

早稲田大学大学院法学研究科

2018年5月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目 「経済刑法における自由保障と適正処罰——  
いわゆる刑罰法規明確性の原則及び錯誤について」

申請者氏名 安嶋 建

主査	早稲田大学教授	博士（法学）（早稲田大学）	松原芳博
	早稲田大学教授	法学博士（早稲田大学）	高橋則夫
	早稲田大学教授	博士（法学）（立教大学）	松澤 伸

# 安嶋建氏博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学大学院法学研究科博士後期課程を満期退学した安嶋建氏は、早稲田大学学位規則第7条第1項に基づき、2018年2月5日、その論文「経済刑法における自由保障と適正処罰——いわゆる刑罰法規明確性の原則及び錯誤について」を早稲田大学大学院法学研究科長に提出し、博士(法学)(早稲田大学)の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2018年5月20日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

## I 本論文の目的および内容

### 1 本論文の目的

本論文は、とりわけ経済刑法においては政策的要請から伝統的な刑法上の原則のあり方に疑念が生じる状況が生じていることを背景として、経済刑法の解釈の指針を与えるとともに新たな犯罪類型の創設を検討する際の判断材料を提供することを可能とするべく、刑罰法規明確性の原則及び錯誤を素材として、経済刑法において自由保障と適正処罰という正反対の2つの要請をいかに調和させるべきかを明らかにすることを意図したものである。

### 2 本論文の内容

(1) 序では、我が国の経済刑法にみられる特徴を整理したうえで、本論文における問題意識が提示されている。安嶋氏によれば、経済刑法においては国家が秩序維持を目的として市民の行動を統制することを内容とする刑法の機能(第1次社会統制機能)と、犯罪者を含む市民の権利や自由を保障するために統治権力の主体である国家自体を統制することを内容とする刑法の機能(第2次社会統制機能)の緊張関係がより先鋭化した形で立ち現れることがあるという。この背景には、意図せずに犯罪行為に出てしまう懸念が強い、経済犯罪の処罰が経済活動に対する委縮効果をもたらし得るといった事情から、自由保障が強く要請される一方、経済犯罪は社会に対して多大な影響を与え得る、脱法行為が生じやすい、規制枠組みの国際的な調和が強く要請される場面があるといった事情から、同時に適正処罰も強く要請されるということが指摘されている。

経済刑法の現状に関する以上のような認識のもと、安嶋氏は、経済刑法における行為者に対する規範の役割及び行為者の認識の評価を実質的見地に基づいて検討することが喫緊の課題であるとともに、これが具体的に問題になり得るものとして刑罰法規に要求される明確性のあり方を巡る問題、とりわけ規範的構成要件要素と白地刑罰法規について事実の錯誤と違法性の錯誤をどのようにして区別するべきかという問題、違法性の錯誤に

よる免責の要件を巡る問題を再検討することが予告されている。

(2) 第1部第1章「我が国における明確性の原則を巡る議論の展開」では、我が国において明確性の原則を巡ってどのような議論が展開されてきたかが整理されている。

安嶋氏によれば、戦後の我が国では明確性の原則が早期に学説に受容され、最高裁（徳島市公安条例事件判決）が「通常判断能力を有する一般人の理解」に基づく判断基準を提示して以降、このような理解が広く受け入れられることになったが、経済刑法の領域において要請される明確性の程度は一般刑法におけるそれと異なるのかという点について明らかにされた訳ではなかった。その後、経済刑法における脱法行為の禁止の要請等を背景として、通常の場合ほどには高い明確性の程度は不要とする見方も示されたが、なお異論も強いことが示されている。このような議論の展開を受け、安嶋氏は明確性の原則を支える根拠論にまで立ち返ったうえで、そのあり方を再検討すべきと指摘する。

(3) 第1部第2章「刑罰法規に明確性が要求される根拠」では、明確性の原則の根拠を何に求めるべきかが論じられている。安嶋氏によれば、従来挙げられてきた政治的自由主義や民主主義といった国家論上の論拠のみならず、刑法上の責任主義、一般予防や法適用の容易性といった論拠も重要性を有するとされる。もっとも、民主主義という根拠はあくまで補助的な根拠と捉えられるべきとの見方が示されている。その上で、刑罰法規に明確性が要求されるのは、行為者本人にとっては政治的自由主義及び責任主義に基づくものであり、行為者以外の市民にとっては一般予防に基づくものであり、法適用者（検察官、裁判官）にとっては法適用の容易性に基づくものである、との見方が示される。このように、利害関係者の属性に応じて複数の根拠が併存し得ることは、刑法が果たす役割が各利害関係者にとって異なることの反映であるとの指摘がなされている。

(4) 第1部第3章「刑罰法規に要求される明確性の程度に関する判断基準」では、刑罰法規が最低限満たさなければならない明確性の程度をいかに考えるべきかという問題が論じられている。

安嶋氏によれば、刑罰法規の明確性を判断する場合、まず、その対象となるものとして具体的な事案における法規の適用可能性を想定すべきか、法規一般の適用可能性を想定すべきかが問題となるという。この点については、明確性の原則の根拠の1つである責任主義に鑑みれば、具体的な事案における事情を無視することはできず、いかに一般予防の効果が認められるとしても、行為者に対する非難をなしえない場合には、刑罰権の発動は正当化されないことから、具体的な事案における法規の適用可能性を想定すべきとの結論が導かれている。

また、判断基準となる主体を一般人ないし国民一般に求めるべきか、規制の名宛人に求めるべきかも問題になるという。この点については、民主主義という根拠が補助的な根拠と捉えられるべきであることに加え、国民一般の認識可能性を問うことが現在の我が国における立法状況から見て大きな困難を有していることは否定し難いことから、規制の名宛人から見て刑罰法規の内容を把握できるか否かを基準とすべきとされている。もっとも、安嶋氏によれば、実際に存在する規制の名宛人そのものを基準としてしまうと、同じく規制を受ける者の間で知識の多寡の点で格差があるという現実を見過ごすことになるため、「規制対象としての属性を有する一般人」を基準とした上で、当該規制対象者に期待され

る一定の知識を有していることを想定すべきと主張されている。

(5) 第1部第4章「適用領域による差異」では、明確性の原則のあり方が適用領域に応じて差異を生じ得るのかという問題が論じられている。

まず、安嶋氏は経済刑法のような脱法行為の禁圧の必要性が高い領域については刑罰法規の明確性を厳格に要求すべきでないとする見解の妥当性を検証し、要求した本来の趣旨に鑑みれば、規制対象や保護の対象となる利益の性質に関わらず、刑罰法規にはやはり一定の明確性が共通して要求されると考えるべきと反論している。

また、明確性の原則が行政制裁にも適用されるべきかという問題についても検討がなされ、結論としては行政制裁の規定にも適用されるとの立場をとった上で、但しその明確性は刑罰法規の場合に比べてより緩やかでよいとの結論が導かれている。

(6) 第2部第1章「構成要件該当事実の意味の認識」では、故意を認めるためには行為者にどのような意味の認識が必要であるかが論じられている。

従来、この問題については「素人領域における平行的評価」の基準によって解決すべきとする見解が有力であった。しかし、安嶋氏によれば、法文において用いられている用語については一般的理解が成立していない場合も多く、素人が抱くことが可能な一般的理解が存在していない以上、常に故意が否定されることになりかねないことに加え、社会的に受け入れられている意味（素人的意味）と有権的意味（裁判所をはじめとする権威のある主体における理解）が相反するものである場合、この判断基準を適用して一定の結論を導くことが困難になってしまうという問題があるため、この基準には限界があるという。その上で、安嶋氏はこれらの問題を回避し得るものとして、各犯罪の構成要件要素に内在している、立法者が犯罪の実定化に際して下した決定の内容についての認識を基準とすべきという結論を示している。

(7) 第2部第2章「白地刑罰法規の特殊性」では、白地刑罰法規の場合における故意の判断のあり方が論じられている。

通説的見解によれば、白地刑罰法規を補充する規範（「補充規範」）は構成要件該当事実と位置付けられるべきでなく、したがって故意の対象でもないとされる。しかし、安嶋氏は、現代のように各種職業領域・専門領域毎に規制を行う法規が数多く定立されている状況においては刑罰法規に違反した行為者全てに責任を問うことは過酷であること、補充規範についての錯誤の場合に非難が向けられているのは補充規範の内容を照会することを怠ったという点であること、一定の犯罪類型においては補充規範の錯誤を構成要件の錯誤ではなく禁止の錯誤として取り扱うとすれば不法を記述するという構成要件の機能が結果的に失われてしまうということを理由として、補充規範も故意の対象とすべきと結論付ける。その限りで、基本的には責任説を妥当としつつも、部分的に故意説の考え方が承認されている。

(8) 第2部第3章「事実の錯誤と違法性の錯誤の区別に関する基準とその適用」では、とりわけ経済刑法において困難となる事実の錯誤と違法性の錯誤の区別について、前章までの検討結果を踏まえ、具体例を交えながら区別の基準とその適用が示されている。

(9) 第3部第1章「ビジネス実務及び裁判実務における照会行為の取り扱い」では、我が国で導入されている公的照会制度の意義及び裁判実務において照会行為がどのように位

置づけられてきたかが整理されている。

まず、我が国で導入されている各種照会制度は後の司法判断を拘束するものではないものの、照会は市民にとって法の内容を把握するための重要な手段であり、これを適切に活用することが遵法行為を奨励するという観点からは望ましいため、これを通じて把握した情報を信頼して構成要件該当行為に出た場合については、何らかの形で刑法上の評価に反映することで、行為者を有利に取り扱う必要があるとの指摘がなされている。

また、我が国の判例の主流においては違法性の意識の可能性を不要としつつ、個別の事案において処罰が酷に過ぎると考えられる場合には故意を否定するという便宜的な処理がなされてきたが、このような処理は、違法性の意識の可能性の問題を行為者が現に故意を有しているかという問題に混入させるものであることが指摘されるとともに、我が国の判例において顕在化していない照会を伴う未必的違法性の意識の問題についても解決を図る必要があることが示されている。

(10) 第3部第2章「違法性の錯誤における照会行為の位置づけ」では、照会行為が犯罪論においてどのように位置づけられるべきかを論じている。

安嶋氏は、犯罪論において照会行為の独自の意義を一切認めない見解には刑事政策上の困難がある一方、照会を怠ることを不利益に直結させることは不当であるとの観点から、照会行為を義務と捉えることも正当化できないと指摘する。その上で、行為者の行動が他者の利益又は共有財を損なう可能性がある以上、これを回避すべく、行為者は可能な範囲で自らの行動が適法であることを確かめてしかるべきであるとの観点から、照会を市民の責務と位置付ける結論が示されている。

(11) 第3部第3章「違法性の意識の可能性の判断」では、どのような場合に違法性の意識の可能性が認められるべきかが論じられている。

安嶋氏は、違法性の意識を有する契機がなければ行為者に責任を問うことはできないとの立場を示している。その上で、従来挙げられてきた行為の反社会性や反道徳性の認識では足りず、自らの行為が違法であるとの疑念を有するか、規制領域に含まれていることの認識を要求すべきと指摘している。

また、実際には照会がなされなくとも、適切な照会がなされていれば違法性の認識が可能であったという関係（仮定的因果関係）が犯罪の成立に必要であるか否かという問題についても検討がなされている。安嶋氏によれば、刑事責任の本質を非難可能性として捉え、それが成立するためには他行為可能性が不可欠と考えるのであれば、仮に照会行為がなされたとしても得られる情報が不正確であったと考えられる場合、行為者には他行為可能性がなかったといえ、また、仮に適切に照会を行ったとしても不正確な情報しか得られなかったという場合であれば、行為者を処罰したとしても一般予防効果が得られるか疑わしいことから、やはりこれを要求すべきとされる。

(12) 第3部第4章「違法性に関する疑念を払拭し得ない場合の取り扱い」では、公的機関等に対して適切な照会を行ったものの、自らの行為の違法性に関する疑念を払拭し得ない場合についてどのような処理を行うべきかについて論じられている。

従来、このような場合については期待可能性の欠如の観点から免責が認められることが多かった。しかし、安嶋氏によれば、これではある行為を差し控えることが行為者に期待

できるか否かという観点のみによって責任の有無が判定されることになり、行為者の主観における行為の違法性の把握のあり方が考慮されなくなってしまうという問題があることに加え、現代のように規制が複雑化している状況下では自らの行為の違法性の疑念が殆ど常に存在し得るため違法性の錯誤の生じる余地が殆どなくなってしまうことから、行為者の認識のみに着目するだけではなく、行為者の意思をも考慮に入れた解決の可能性を探る必要性があるとされる。その上で、安嶋氏は従来「未必的違法性の意識を有する場合」として位置づけられていた事案についても、行為者による違反の甘受が認められない限り、違法性の錯誤の事例として位置付ける（そして違法性の錯誤による免責の余地を肯定する）べきであると主張する。

(13) 終章では、本論文で得られた帰結を確認するとともに、残された課題について言及されている。

## II 本論文の評価

以上のように、本論文は、適正処罰と自由保障の調和を目指した経済刑法の横断的・総合的研究であって、ドイツおよびアメリカの判例・学説を綿密に検討するとともに、ノーアクションレター制度の実際の運用を刑法理論の俎上に乗せるなど、実務的にも有意義な示唆を含んだ注目すべき研究である。外国のものも含めた文献・資料の理解・引用は的確であり、学術的水準を保持しているといえる。

以下では、本論文に特徴的な点を指摘することにした。

本論文の特徴は、第 1 に、適正処罰と自由保障の調和を目指すべく、刑罰法規の明確性の問題と故意および違法性の意識の双方からアプローチするとともに、特定の犯罪類型ないし法令を対象を限定せず、広く経済刑法一般を射程に入れている点に見出される。前者は刑罰法規の明確性という罪法定主義の問題領域と故意や違法性の意識という責任論の問題領域が自由保障と適正処罰の調和という見地からは協働するという問題意識に基づくものであり、後者は経済刑法全般において上記調和が喫緊の課題であるという問題意識に基づくものであって、シンクタンクでの勤務経験を踏まえた安嶋氏の刑法理論とビジネス実務を架橋したいという意図を示すものといえる。

本論文の特徴は、第 2 に、刑罰法規の明確性を自由主義、責任主義、一般予防、法適用の容易性という多元的な根拠により説明しようとするところに見出される。この多元論は、刑罰法規の明確性の基準を具体化すること、および、明確性の判断にも法適用の容易性や一般予防の必要性の考慮を入れることで具体的妥当性を確保することを意図したものであって、安嶋氏の実践的志向を示すとともに、抽象的議論に終始してきた感のある明確性の原則をめぐる議論に具体性を付与しようとするものとして有意義といえる。

本論文の特徴は、第 3 に、白地刑罰法規に関しては、補充規範の存在、射程、内容についての認識が故意の内容として必要であるとし、補充規範の不知については故意の阻却を認める点に見出される。この結論は、理論的には規範的構成要件要素の認識を要することとの整合性から基礎づけられるとともに、実践的には白地刑罰法規は社会に根付いた規範の実定化といえないためこの認識を欠く場合には過失的非難しか向けえないことによって基礎づけられている。従来、故意と違法性の意識の関係は責任の本質や故意の体系的地位

といった抽象的な議論から導かれていたのに対し、本論文では、白地刑罰法規という具体的な場面を想定することによって議論に具体性を与えることに成功している。

本論文の特徴は、第 4 に、ノーアクションレター制度等を踏まえつつ、照会行為の刑法理論上の意義・機能について検討を加えている点に求められる。安嶋氏によれば、市民間の相互尊重要請から、市民には照会の責務があるとされ、禁止に対する疑念がある場合や自らの行為が規制領域にあることの認識がある場合などのように照会を行う契機がある場合には、照会を行わない限り違法性の意識の可能性が肯定されるが、仮に行為者が適切な照会を行っていたとしても行政機関等が誤った回答を行ったであろうと考えられる場合には違法性の意識の可能性が認められないとされる。この安嶋氏の構想は、ドイツで有力な違法性を意識する契機に注目する立場に照会行為を組み込んだ実践的にも有用な判断枠組みといえる。

本論文の特徴は、第 5 に、違法性の意識に関して甘受を要求し、違法性の疑念を払拭できない場合であっても、違法行為に出ることを甘受していない場合には免責することを提案する点に見出される。安嶋氏は、複雑な法律状況において自己の行為が違法ではないかとの疑念が残ることもビジネス実務の現実において認められるところであり、このような場合に取引等の経済活動を常に控えなければならないとすれば経済活動は成り立たないことから、違法性の意識の領域にも知的要素のみならず意思的要素があるとするので、免責の余地を認めたのである。従来、この問題については期待可能性による解決が提案されていたが、期待可能性という一般条項に頼ることの問題性に鑑みると、この点に関する安嶋氏の提案については学界も真摯に検討する必要があるといえる。

以上のように、本論文は、比較法も含めた周到な検討の下に、理論的にも実践的にも有意義な結論を提示したものであって、従来の学説に新たな知見を加えた注目すべき研究であるが、いくつかの課題もないわけではない。

第 1 に、経済刑法における自由保障と適正処罰の調和という観点からは、刑罰法規の明確性および故意ないし違法性の意識のほかに、違法性阻却論も重要になってくるところである。この点については、安嶋氏の今後の研究に期待したい。

第 2 に、刑罰法規の明確性の根拠に責任主義を含めると、明確性の問題と違法性の意識の問題との適用領域の交錯が生じるおそれがあるように思われる。2つの問題領域の関係について、さらなる説明がほしいところである。

第 3 に、白地刑罰法規において補充規範自体の認識を必要とするということになると、その限りで厳格故意説を採用することになりそうであるが、その点が責任説を基礎とする安嶋氏の責任論の内部でどのように正当化されるのか、さらなる説明がほしいところである。また、違法性の意識に「甘受」という意思的要素を導入する点でも故意と違法性の意識との融合が生じており、この点の理論的説明が求められよう。

第 4 に、違法性の意識について甘受がない場合に免責するという主張の意図は十分に理解しうるものの、それが過剰な免責に至らないかは、具体例に即して慎重に検討することを要するように思われる。

しかし、これらの課題は、本研究のさらなる発展可能性を示すものであって、本論文全体の価値をいささかも損なうものではない。

### Ⅲ 結論

以上の審査の結果、後記の審査委員は、全員一致をもって、本論文の執筆者である安嶋建氏が、博士（法学）（早稲田大学）の学位を取得するに値することを認める。

2018年5月20日

主査 早稲田大学教授 博士（法学）（早稲田大学） 松原芳博（刑法）

---

早稲田大学教授 法学博士（早稲田大学） 高橋則夫（刑法）

---

早稲田大学教授 博士（法学）（立教大学） 松澤 伸（刑法）

---