

行政犯及び経済犯における違法性の認識

神 山 敏 雄

目 次

- 一 序論
- 二 本分野の特徴
- 三 本分野における規範的要素の役割
- 四 ドイツにおける制度的解決の歴史
- 五 学説の分析と検討
- 六 結論

一 序論

一 現在、行政犯及び経済犯を特別に考慮して違法性の認識の問題を解決する当該分野固有の理論は影をひそめ、全刑法法規において統一的に当該問題を解決する方法論が大勢を占めている。しかし、違法性の錯誤事件は、現実的には刑事犯におけるよりは行政犯においてより多く

発生し、裁判上もより頻繁に争われている。最近の下級審の判例の中でも、従来の大審院及び最高裁の判例にあえて挑戦する形で違法性の認識の可能性がないとして、あるいは違法性の認識がなかったことに相当の理由があったとして無罪判決を下した判例が相次いで登場したのも主として行政犯及び経済犯においてであった。⁽¹⁾従って、本問題を解決する理論は、行政犯の特殊性をも十分考慮した上で構築されるべきことが要求されよう。

二 違法性の認識に関する最近の議論は、違法性の錯誤を解決する枠組みの理論、即ち故意説、責任説、違法性の認識不要説の間における論争というよりは、認識の対象となる違法性の中身をどう捉えるかの問題に重点を移しつつある。⁽²⁾このことは、違法性の本質をどう解するか

の問題とも関係して違法性の意識内容を細分化し、複雑化している面も否定できない。本稿は、違法性の本質についての諸学説を超越して、違法性の認識内容を刑罰法規上の禁止・命令に反し、処罰に値する行為であるとの素人的認識をもって足るものと解し、従来の責任説の枠組みを再検討することを目的とする。そのためには、従来、ほとんど顧みられなかった行政犯及び狭義の経済犯の分野における違法性の認識に関する諸学説の分析・検討にもかなりのウェイトが置かれなければならないであろう。

三 福田教授は行政刑法及び違法性の錯誤の分野でも我が国の権威者であり、教授の優れた数々の業績は後学の指標となってきた。教授の退官記念論文集に当該分野に関する拙稿を掲載できることは身に余る光栄であり、本稿がいささかでも学恩に報いることができれば幸いである。

二 本分野の特徴

一 一九〇二年のゴルトシュミットの行政刑法以来、刑事犯と行政犯の区別について種々の角度から議論がな

されてきたが、この点については深入りしない⁽³⁾で、我々の問題と関係する範囲で行政犯の若干の特徴を指摘する。

二 第一の特徴は、刑事犯では個人の生命、自由、財産等の法益侵害を中心に禁止・命令違反があり、たとい社会法益及び国家法益を侵害する場合であっても、直接的に個人的法益の侵害を通して行われる場合が多いのに対し、行政犯では一定の制度、秩序、行政利益といった抽象的法益の侵害行為が主たる地位を占める。従って、前者では個人の法益侵害と関係する処罰法規の禁止・命令規範を認識することは容易であるのに対し、後者では行政法規が複雑化し、しかも法益侵害が必ずしも明瞭でないため処罰法規の禁止・命令規範を認識することは前者ほど容易とはいえない。ゴルトシュミット⁽⁴⁾が、行政刑法においては法規違反の認識は行政違反の認識の代わりとなり、この法規違反の認識は一般刑法における違法性の認識に相当する形式的要素を意味すると述べたことや、エルク・ヴォルフ⁽⁵⁾が、行政利益の侵害は私的利益の領域への侵害の媒介物を要しなく、行為に対する心理的關係は意図された身体動作によって惹起された外界の変更ではないので、不法行為の意識は行政刑法上の故意の主た

る要素を形成するといったのもこの特徴との関係で捉えられる。

三 第二の特徴は、行政刑法においては、ほとんどの構成要件が規範的要素をもって形成されていることである。従って、当該分野では、規範的要素の認識を違法性の認識とするか、それとも構成要件要素として事実の認識とするかが常に問題となり、何れに位置づけるかによって法的効果に重大な相違をもたらす。エリク・ヴォルフは、行政刑法において不法類型が存する場合は、これらの不法類型は大抵は規範的構成要件要素が強く混入されているので、ここにおいても行為事情の認識は価値の認識という形で存し、その認識は不法の認識であるとみただのこの点についての一つの見方であるといえよう。

四 第三の特徴は、行政犯は刑事犯に比較して軽微な犯罪であるにも拘らず、行為過失を処罰する規定が多いことである。⁽⁷⁾明文規定がない場合でも、判例は取締目的、立法趣旨、その他の事情から法意として過失をも処罰できるものと解している。⁽⁸⁾学説は区々に分れているが、本稿ではその分析を省略する。⁽⁹⁾行政犯においては過失犯が多いということは、日本及び西ドイツにおいて違法性の

錯誤の問題を解決するに際し独特の理論あるいは立法論を展開せしめる余地をつくり出した。

五 第四の特徴は、違法性の錯誤の事例は刑事犯におけるよりも行政犯において多いことである。特に抽象的禁止・命令の錯誤の事例は刑法典ではほとんど考えられない。西ドイツでは、従来、外国人が成人間の同性愛を行う場合に抽象的禁止の錯誤の事例が考えられたが、⁽¹⁰⁾ティーデマンは現在では当該犯罪規定は廃止されているので、それ以外の事例では抽象的禁止の錯誤はほとんど考えられないと指摘している。⁽¹¹⁾これに対し、行政犯においては、抽象的禁止・命令の錯誤事例が考えられるが、規範的構成要件要素の理論によってその範囲はかなり限縮されよう。いずれにせよ、後述の如く、行政犯における抽象的禁止の錯誤は過失犯との関係で考慮すべきである。

三 本分野における規範的要素の役割

一 本分野に多い規範的要素の認識を違法性の認識として捉えるか、それとも構成要件事実の認識として捉えるかによって違法性の錯誤問題の領域が伸縮する。例えば、物価統制令違反において、ある価格で販売するという裸

の事実の認識をもって故意として十分であるとすれば、当該価格が統制価格を超過していることを知らない場合は違法性の錯誤の問題となる。これに対し、故意というためには統制価格を超過していることの規範的意味を認識する必要があるとすれば、構成要件事実の錯誤の問題となる。西ドイツでは、「所定の認可なしに」とか「必要不許可なしに」といった要素は構成要件メルクマールとされたり、認可の対象となる行為の性質の違いによって、即ちもともと社会的に有用でない行為か又は少くとも価値中立的である行為を対象とする場合を正当化事由とし、これに対しても社会的に有用である行為を対象とする場合を構成要件阻却事由とする立場もある。⁽¹³⁾また、租税法における租税請求権及びそれに相応する納税義務も規範的構成要件要素とするのが判例及び通説である。⁽¹⁴⁾これに対しては、最近、右の権利及び義務は構成要件の要素ではなく、それを構成する事情が構成要件要素であるとする異論も唱えられている。⁽¹⁵⁾

二 我が国の判例は規範的要素を一定の基準をもって一貫して捉えているとはいえない。それを構成要件事実の問題とする判例として、①価格統制令違反事件において、

取引価格が統制価格を超えているという認識で足り、正確に統制価格を知る必要はないとした判例、⁽¹⁶⁾②価格等統制令違反事件において、超過買受の故意ありというには買主において超過するかもしれないという事実を未必的な認識をもって足るとした判例、⁽¹⁷⁾③道交法違反事件において、公安委員会の定める場所における他の自動車を追い越す罪の故意は、単に他車を追い越すという認識だけでは足りず、追越禁止区域内で他車を追い越すという認識が必要であるとした判例、⁽¹⁸⁾④狩猟法違反事件において、銃猟禁止区域で銃猟していることを知らなかった場合、銃猟禁止区域において銃猟した罪の構成要件事実について故意がないとした判例、⁽¹⁹⁾⑤十文字路は禁止獣である狸と別物であるとの信念でこれを捕獲した場合は狸を捕獲する故意がないとした判例等がある。⁽²⁰⁾

禁止の錯誤の問題とする判例として、⑥輸出入品等臨時措置法に基づく物品販売価格取締規則によって定められた商工省告示違反事件において、告示に反して空樽若干を停止価格を超えた価格で販売したが、空樽が指定物品であることを知らなかったことは法律の不知であるとされた判例、⁽²¹⁾⑦価格等統制令違反事件において、指定期日

における価格は法律の内容を補充し、国民をして遵守の義務を負わしめるものであり、買受け行為の当時その価格を知らなくても法律の不知に過ぎず、当該買受け行為を認識しておれば犯意はあるとした判例⁽²²⁾、④物品税法違反事件において、遊戯具が課税物品であることを知らず、そしてその製造について政府に申告しなければならぬことを知らなかった場合、事実の錯誤ではなく、法令の不知に過ぎないとした判例⁽²³⁾、⑤狩猟法違反事件において、もともと俗称されている動物が狩猟法上の禁止獣であるむさびであることを知らずに捕獲した場合は法律の不知であるとした判例⁽²⁴⁾等がある。

三 我が国においても、学説は判例と同様に二つのグループに分れている。例えば、価格統制令違反事件において、故意は、単にその販売することについての意識では足りず、販売が法定額を超過しているという意識を要するが、法定価格や超過額を意識する必要はないとする考えは判例の前者の立場に立脚している⁽²⁵⁾。これに対し、統制価格を超過していることの認識は必要でなく、ある金額で契約、支払、受領することの認識があれば、構成要件の故意は成立するものと考え、統制価格を超過するこ

とを認識していたか否かは違法性の意識の問題とする考えは判例の後者の立場に立脚するものである⁽²⁶⁾。

思うに、構成要件は違法類型行為を規定している以上、構成要件事実の認識は少くとも違法性の認識をする契機を与える性質のものでなければならぬ。単に一定の値段で販売するという裸の事実を認識するだけでは直ちに現実的な違法性の認識に導き、反対動機を形成せしめるものとはいえない。違法性の認識の導火線となるには故意の内容は、法定額を超過しているという認識又は未必の認識を必要とするべきである。同様な根拠から、追越禁止地帯、銃猟禁止区域、禁猟獣、許認可、課税物品等も規範的構成要件要素として位置づけ、判例①②③はすべて構成要件事実の錯誤の問題として解決すべきである⁽²⁷⁾。このような規範的要素は、行政犯において、故意説、責任説及び違法性の認識不要説間の間隙を狭める重要な役割を果たすものといえる。

四 ドイツにおける制度的解決の歴史

一 ドイツでは、一九世紀初頭以来、違法性の認識は学説の活発な論争の対象となり、RGは刑罰法規と非刑罰

法規に分けて前者での法律の錯誤は故意を阻却せず、後者での法律の錯誤は故意を阻却するという立場を一貫して堅持してきた。⁽²⁸⁾ ドイツは、第一次大戦の勃発とともに本格的な経済統制立法の時代を迎えた。戦争遂行目的のために制定された一九一四年八月四日の授權法を軸に、予想に反し戦争が長引いたこともあって多くの一連の経済統制令が発せられ、大量の犯罪現象をもたらした。R Gの判例によると、経済犯罪においても刑罰法規における違法性の錯誤は故意を阻却しないので、その緩和のために、一九一七年に画期的な「経済措置規定違反の訴追に関する命令」が発せられた。これによると、授權法三条に基づいて発せられた、又は発せられる諸規定に違反し、これらの諸規定の存在又は適用可能性について責に帰せられない錯誤をした場合は公訴提起前には檢察官による手続打ち切り、公訴提起後は公判開始の打ち切り、無罪判決の言渡しがなされるようになった。⁽²⁹⁾

二一九一九年の帝國租税法三九五条は、税法の規定の存在又はその適用可能性について無過失の錯誤によって当該行為が許されたものと思つた場合は処罰されないと規定した。さらに、一九三四年には、同条第二項に、不

注意によって当該行為が許されたものと思つた場合は過失によって処罰されるとする規定が追加立法された。ここで初めて法律の過失が過失犯とされたことが注目される。

しかし、三九五条は一九六八年の第二租税法改正法によって廃止された。⁽³⁰⁾ 現行の租税法は、特別の規定がない限り、一般刑法を適用することを規定している(同法三六九条)。ティードマンは、旧規定の削除は誤つた前提に基づいていると決めつけ、特別刑法における事柄の特別性は尊重されるべきであるとして批判した。⁽³¹⁾ 本分野では、規範的構成要件要素が広く認められているため、禁止の錯誤の問題は裁判実務上ほとんど役割を果たさなるといわれる。現に、租税法三九五条の廃止以来、禁止の錯誤が承認された事件が一件もB G Hに上告されなかつたことも指摘されている。⁽³²⁾ その背景には、刑罰法規以外の法律の錯誤を事実の錯誤としたR G以来の判例の考え方があつたことも無視できない。⁽³³⁾

三一九五二年には経済刑法典から秩序違反法が分離され、前者の二六条aと後者の一二条にそれぞれ禁止の錯誤規定がおかれた。両者の内容は、法規の存在又は適用

可能性について責に帰すことができない錯誤によって自己の行為が許されたと思つた場合は無罪とし、これに対し、責に帰すことができる錯誤によって自己の行為が許されたと思つた場合は刑が減輕されるとした。

四 一九七四年の第二次刑法改正法は、一般刑法典一七条に責任説を導入し、また、一九七四年の刑法施行法は、刑法典の規定と調子を合わせるために秩序違反法一条にも責任説を導入した。現在、両規定は、すべての犯罪行為及び秩序違反行為に適用されることになっている。

五 以上の考察から、ドイツでは、早くから特別刑法の分野では違法性の錯誤をめぐって苛酷な責任を緩和し、実務上の取締目的との調和を目ざして立法的手段によって種々の解決努力をしてきたことが指摘される。これに反し、我が国ではみるべき立法的解決はなかった。

五 学説の分析と検討

一 主観主義刑法理論に基づく二分説

牧野博士は、自然犯においては、一定の行為が犯罪であることは前法律的なものであり、即ち反社会的なものであるからこれを法律上処罰するのであり、ここでは反

社会的なものであることの実を知りつつその行為を敢えてした以上、違法性の認識は不要であるが、法定犯においては、一定の行為は法律において初めてこれを犯罪とするので、違法性の認識が必要であるとする⁽³⁴⁾。八木博士も、自然犯は本来的に反道義的犯罪事実であるから、それが法律上違法であるとの認識がなくても、反道義的犯罪事実を認識して行為する以上、反倫理的・反道徳的・情操としての反社会性を認めることができるのに対し、法定犯においては、犯罪事實はそれ自体に右のような性質を有しないので、その事實が法律上許されないという違法性の認識があつて初めて反倫理的・反道義的・反社会的な反社会性を認めることができるとして牧野博士と同じ結論に達した⁽³⁵⁾。

この見解は、主観主義刑法理論に立脚して行為者の反社会的性格に責任の本質を見出すことからすれば、それなりに理論の一貫性はある。また、自然犯においては、前法律的な反社会的ないし反道義的事実の認識で十分であるということは、客観主義刑法理論に立脚する滝川博士や小野博士が違法性の認識は前法律的な有害性、反道義性の認識でよいとした考え方と実質的に同じ結論にい

たることにならう。それはさておき、本説に対する批判としては、第一に、主観主義理論自体が妥当でないことである。第二に、刑事犯と行政犯において、刑罰をもって故意責任を追及する以上、行為者の違法性の認識において両者を区別する合理的根拠がないことである。刑罰を伴う故意責任は刑罰法規に反する行為に対するものである以上、行為者は少くとも自己の行為が何らかの刑罰法規によって禁止・命令されている行為と関係していることの認識又は未必の認識を有すべきである。そうでない限り、過失責任との質的区別は不可能とならう。第三に、本説によると、両分野において法律効果が決定的に異なることになるので、両分野が截然と区別されることが要求されるが、それはほとんど不可能である。

ここで注目すべきことは、八木博士が行政犯において、違法性の認識なきことに過失がある場合、当該法規上及び法規の趣旨から過失犯が処罰されることが認められる限り、過失犯の成立を認めている点である。⁽³⁶⁾ また、立法論としても、法律の過失を過失犯とする方法も提唱し、⁽³⁷⁾ そして先ず事実の過失を処罰する必要がある場合はすべてこれを明規し、他方では法律の過失を右の範圍におい

てその科刑上の程度において過失犯として処罰し得るよう立案すべきであるとす。⁽³⁸⁾ この点は傾聴すべきであると思われる。

二 厳格故意説に立脚した二分説

本説は、刑事犯においては、違法性の認識は故意の要件であるが、法規違反の認識はその要件ではなく、前法的社会悪、有害性、反条理性の認識をもって違法性の認識とし、行政犯においては、法規違反の認識を要するとする。我が国では滝川博士⁽³⁹⁾によって主張された。ゴルトシュミットも本説に立脚するものと思われる。即ち彼は、刑事犯罪者は、実質的法益侵害を行うことから、行為の有害性を常に認識しているので、違法性の認識について特別に証明する必要はないのに対し、行政違反者の唯一の犯罪要素は行政違反であり、行政法規について免責的不認識の証明が違反者に残されなければならないとした。⁽⁴⁰⁾

本説に対する批判として、第一に、厳格故意説自体に欠点がある。即ち事実の認識と違法性の認識という性質の異なるものは体系的に分離すべきであり、それを一つの故意に位置づけることは妥当でない。第二に、刑罰を

伴う故意責任を追及するためには、すべての刑罰法規において統一的に解決すべきであり、両分野において區別する合理的根拠はない。第三に、刑罰法規上の故意責任を追及するための違法性の認識は、前法律的社會惡、有害性、反条理性の認識だけでは不十分であり、少くとも刑罰法規上の禁止・命令違反との關係で捉えるべきである。トロブスは、別の観点から、ゴールトシュミットの見解を次のように批判している。即ち法的禁止を認識して行爲する者は、有責的意思決定にも拘らず、有害結果の認識を有しなければ無罪判決にしなければならぬだろうとした。⁽⁴¹⁾そして両分野において、法的に禁止されているかを認識することが問題であり、両者は統一的に解決されるべきとしている。⁽⁴²⁾

ここで注目すべきことは、滝川博士が法律の過失について、經濟事犯において過失犯の成立を認めることは公平の見地からも行政目的の達成からも望ましいとしながら、実定法の解釈としては無理であり、立法的解決を図るべきとしている点である。⁽⁴³⁾

三 古典的刑法では責任説、行政犯では故意説を採る説(ランゲ)

ランゲは、古典的刑法においては、形式的違法と實質的違法の程度の間に區別がなされ得るし、また區別されなければならないので、そこには構成要件の錯誤と禁止の錯誤との対立化にとって一つの手掛りがあるのに対し、經濟刑法及び行政刑法においては、構成要件と違法性のこの種の分離はもともと全く不可能であるとして、その理由を特別な實質的違法性の担い手としての構成要件自体が欠けることに求めている。⁽⁴⁴⁾真正な刑事犯罪のために發展し、そこへ方向づけられた可罰的行爲の体系は行政命令の違反行爲には適せず、当該違反行爲は所与の社會倫理的価値中心の要素を侵害するものではないので、それ自体にその違法性を有するものではないとする。ここでの禁止違反の認識は、行爲の社會的意味にとっての新しく構成された事實の認識を意味するとし、それ故に、構成要件の錯誤と禁止の錯誤は同時に起こり、両者とも故意を阻却するとする。要するに、刑事犯においては、責任説が妥当とするが、行政犯においては、実定的禁止・命令を積極的に認識する者が初めて何をなしているかを知るとして故意説を採用した。⁽⁴⁵⁾

そして特に經濟刑法の分野においては、禁止の錯誤の

処理方法については、五〇年代の経済法規を取り上げ、「故意又は過失で……する者」方式の立法は法律の過失においてのみ考えられ、行為過失においては考えられ得ないとして、責に帰せられる禁止の錯誤は過失行為として評価する解釈論を展開した。⁽⁴⁶⁾

本説に対する批判はヴェルツェルによって詳細に展開されているので、重要と思われる次の三点に絞ってそれを挙げることにする。第一に、「故意又は過失で……する者」方式の規定での過失は行為過失を意味する。そして具体的に関係法規を引用して行為過失の事例を挙げて反論し、ランゲは誤った事実を前提として議論していると決めつけた。⁽⁴⁷⁾ これに対してはランゲは後の論文で反論している。⁽⁴⁸⁾ 第二に、刑法の中心領域では責任説が、特別刑法の領域では故意説がそれぞれ妥当すると仮定しても、両領域の行為が明確に限界づけられることが必要であるが、ランゲはそれを明確にしていな⁽⁴⁹⁾。第三に、特別法においても、国家は単に市民を服従せしめるために命令・禁止を発するのではなく、法的に価値ある状態若くは事実関係の価値をもたらし、又は事実関係の無価値を防止するために発するのである。刑法上の価値視点の下

においては、全く中身の無い刑法上の命令又は禁止は純然たる専制命令としてのみ存する。このような命令又は禁止は我々の法体系から直ちに排除されるであろうとする。⁽⁵⁰⁾

四 ハルトヴツヒの見解

彼は、一般的法命令の内容を、第一に、汝は汝の義務を知り、第二に、汝は認識した法義務を実際上也遵守することに於て法義務の侵害を力の限り回避せよ！と分析する。両命令は故意又は過失で侵害され得る。認識している法義務を履行しようとしな⁽⁵¹⁾故意は、故意の行為態様を根拠づけ、これに対し、自分の義務を認識していない故意は決して故意行為を根拠づけな⁽⁵²⁾として嚴格故意説を主張している。以上を前提として独自の解決方法を次のように展開する。Aは、一方交通道路への進入禁止の交通標識の意味を認識しないで、当該道路を逆方向へ進入した。Aは不法であることを知らずに何かを意図的に行った。Bは、リング泥棒を殺害することは正当防衛として正当化されるものと考え、意図的に殺害した。Bは当該行為を不法とは考えずに意図的に行った。AもBも義務の過失でもって行為している。しかし、Bを故

意行為と同様に取り扱って、ただ減輕の可能性をもって処罰すべきであるのに対し、Aを故意行為と同様に取り扱うことは不合理であり、過失の行為者としてのみ処罰し得るが、それは行為過失によるのではなく、義務の過失によるのである。その理由は次の如く要約される。交通標識がなければ、道路を任意の方向へ走ることは完全に価値中立的である。Bの事例においては、人を無造作に殺すことは許されないこと、人を殺すには許容される特別の事由が存する必要があることを知っている（このように一般義務を知りながらの侵害行為を価値関係行為と称している）。価値中立行為の場合、何らかの種類の法的義務と所与の意思内容との関係はそもそも存しない。これに対し、価値関係行為の場合は、意思は不法には向けられないが、侵害される可能性のある一般的義務と関係しているのです、故意はなくても故意への一定の接近というものがある。このように、価値中立行為の場合の状態は価値関係行為の場合とは心理的に異⁽⁵²⁾⁽⁵³⁾⁽⁵⁴⁾なるとする。

価値中立行為と価値関係行為とを区別すると、義務の錯誤を一元的に取り扱うことは不可能となる。何故ならば、価値中立行為の場合に義務の錯誤の等級を引き上げ

ることは事柄の性質上、適切でないからである。刑事刑法においては、義務の錯誤の事例はほとんど見出されない。何故ならば、ここでは法益の保護が問題であり、それ故に問題となる行為はその性質上価値関係行為となり、他人の法益を侵害するからである。非刑事刑法においては、一般的に故意と過失が処罰される。立法者がそれについて何も明言していない場合でも、当該規定において故意及び過失が処罰されるような解釈がなされる。ここでは、立法者は過失行為について何らの制限的選択も行わなかったため、可罰性の空白は生じ得ない。また、法の区別が輕微である場合は、故意行為と過失行為のための二つの構成要件を創設する必要はない。それ故に、非刑事刑法にとっては価値中立行為であるか、価値関係行為であるかによって、義務の過失を異って取り扱う根拠はない。ここでは、義務の過失を統一的に処罰すべきであるとして⁽⁵⁵⁾いる。

本説に対する批判として、第一に、一方交通の標識を認識していない事例は、義務（禁止）の認識の問題ではなく、規範的構成要素の問題として解決すべきである。第二に、価値関係行為における義務（具体的禁止）の

錯誤においては嚴格故意説を制限し、責任説ないし制限故意説と同様に解決することは妥当であるが、刑事刑法と非刑事刑法とで区別することは妥当でない。第三に、ハルトヴッヒの特別刑法における過失犯の位置づけについては問題があり、ティーデマンがカルテル刑法上の多くの構成要件、食料刑法の広い分野、著作権法の一連の刑罰構成要件、その他の法律で専ら故意行為のみを刑罰の下においている例を挙げてその誤りを指摘している。⁽⁵⁵⁾

以上のように本説は内容的には欠点はあるけれども、後に述べる抽象的禁止の錯誤と具体的禁止の錯誤とに分けて解決を試みる考え方の先駆的役割を果たした点で高く評価すべきである。

五 ティーデマンの見解

ティーデマンは、マウラッハの抽象的禁止の錯誤 (*abstrakter Verbotssirrtum*) と具体的禁止の錯誤 (*konkreter Verbotssirrtum*) の分類⁽⁵⁷⁾に従って彼独自の解決方法を展開した⁽⁵⁸⁾。特に、特別刑法においては、抽象的禁止・命令は構成要件メルクマールと同じ役割を果たすことに目をつけ、それを故意の対象とする大胆な見解を主張した。例えば、国家の租税請求権、それに相応する個人の

納税義務、その他の租税刑法上の構成要件における届出義務等が構成要件に取り入れられるならば、そのことは構成要件へ命令規範を導入することと同じことを意味するとする。そして租税請求権は規範的構成要件メルクマールであるとする形式的主張は、抽象的(租税)違法性が構成要件メルクマールとして現われていることを欺くことはできないとする⁽⁵⁹⁾。要するに、抽象的規範の認識又は錯誤を構成要件事実の認識又は錯誤と同様に取り扱い、具体的規範の認識又は錯誤を本来の禁止の認識又は錯誤として取り扱うことを主張した⁽⁶⁰⁾。その考えは、特別刑法の分野において展開したものであり、中核刑法には適用されるものとは思われない⁽⁶¹⁾。このことは、中核刑法の領域では抽象的禁止の錯誤の事例はほとんど考えられないと指摘していることから裏づけられよう⁽⁶²⁾。そしてO W i G 一一条二項の責任説に基づく法律の錯誤規定は、抽象的法律の存在、妥当性、内容についてはなく、個々の行為者に向けられた具体的状況の規範内容が問題であるとする⁽⁶³⁾。本説はハルトヴッヒの見解と一脈通ずるものがある。

抽象的禁止・命令はあくまでも規範である以上、それ

についての錯誤を構成要件の錯誤と同様に取り扱うことは妥当でないが、ただ、抽象的禁止の錯誤が構成要件の錯誤と同様な機能を有する点に着眼したことは評価されよう。理論的効果は、その錯誤に過失があれば、行為過失犯とされることになろう。

六 刑事犯と行政犯において統一的に解決する説(通説)

違法性の錯誤については、伝統的には、故意説であれ、責任説であれ、はたまた違法性の認識不要説であれ、両分野において統一的に解決する立場が圧倒的優勢を保ってきた。西ドイツでは、責任説による立法的解決が実現したので、右の理論的対立は実定法から駆逐され、現在では違法性の認識内容に問題が移されている。統一的解決方法についての学説の分析は割愛する。

六 結論

一 違法性の認識は、処罰法規上の抽象的禁止・命令と具体的禁止・命令とに分離して考察することが妥当である。古典的刑法においては、前者の錯誤はほとんど考えられず、主として後者の錯誤が実務上問題となる。こ

れに對し、行政刑法においては、行為自体の有害性が明確に認識されない場合が多いので、抽象的禁止・命令を認識しない場合もかなり起こり得る。従来、我が国の責任説は、抽象的禁止・命令と具体的禁止・命令とを区別することなく、これらの錯誤を一率的に解決してきたが、両者間には本質的な差異があるので、その解決方法には疑問がある。そこで、多くの論者によって主張されてきた法律の過失についての理論を採り入れながら責任説の修正を試みてみたい。

二 故意行為を違法性の認識との関係で分類すると、第一に、処罰法規上の抽象的禁止・命令及び具体的禁止・命令を認識して法益侵害にいたる場合、第二に、抽象的禁止・命令を認識しているが、具体的禁止・命令を認識せずに法益侵害にいたる場合、第三に、抽象的禁止・命令を認識せずに法益侵害にいたる場合が考えられる。

第一、第二の場合においては、抽象的禁止・命令についての認識がある点で共通しているが、第二の場合には類型的な正当化事由の存在についての錯誤以外において、何らかの理由から自己の行為の場合には許容されると思つた点で第一の場合と異なる。問題なのは、当該故意行為

において、一般の場合には許容されないことを知りながら、自己の場合には許容されると思ったことがそのまま刑法上宥恕されるかである。当該故意行為を行為者の単なる価値観や主観によって直ちに刑事上の責任非難から解放することは法共同体の仲間を受け入れられない。何故ならば、このような主観的判断に合理的根拠がないにも拘らず、当該故意行為を容赦することになれば、例えば、リング泥棒の例の如く、無責任の状態を是認することになるからである。従って、当該故意行為は、自己の行為が許容されると思つたことが法共同体の平均的仲間からみて合理的根拠がないと判断される場合は第一の場合と同様に故意責任を追及すべきである。これに対し、そう思つたことに合理的根拠があれば、法共同体の仲間は刑法上の非難を加えることはできない。何故ならば、ここでは行為者に合規範的動機形成をすることを期待できないからである。責任は法共同体に対するものであると解すれば、行為者の主観を非難対象にして、その非難判断はあくまでも法共同体の平均的な仲間から客観的に行うことが要求されよう。

第三の場合には、抽象的禁止・命令を認識していない結

果、自己の行為が禁止されている法益侵害と関係していることの認識も全くない。この場合、違法類型の構成要件事実、特に規範的要素の認識もないのが通常であろう。従って、ここでは、ランゲが指摘するが如く、禁止の錯誤と構成要件の錯誤とが同時に起こる場合が多い。三で分析した判例①から⑨までの事例において、規範的構成要件要素の錯誤とする立場と禁止の錯誤とする立場とがあったが、前者の立場からは両者の錯誤が同時に起こることになる。いずれにせよ、抽象的禁止・命令を全く認識していない場合は、認識の次元では規範との直面がないので、構成要件事実を認識せずに行爲をした場合と同じような反規範的態度として評価することができよう。従って、ここでは嚴格故意説が妥当し、抽象的禁止の錯誤は過失犯の成否を論ずる余地を残すだけとなる。⁽⁶⁾

三 抽象的禁止・命令の錯誤は、主として行政犯において問題となるが、規範的要素を広く解するとその範囲は狭まる。いずれにせよ、抽象的禁止・命令の錯誤は故意犯として処罰できないとすれば、行政上の取締目的が達成されないとの危惧も生じよう。筆者は、抽象的禁止・命令の錯誤について過失があれば、当該罰則規定に過失

犯が規定され、又はそれが明記されてなくても、明確に故意犯に限定されてなく、過失犯も含まれるものと解釈される限り、そこでは過失犯として処罰すべきであると解するので、その範囲では右の危惧は解消する。さらに、今日では行政法規の対象となる業者、許認可を受ける当事者及びその他の関係者は、関係法令を知らなければ種類の活動ができない場合が多く、また、官庁、任意団体、業者仲間、マスコミ等を通じて法令が知らされる機会が多くなっているので、その点からも右の問題は減少することになる。立法論としては、行政目的を達成する上で過失行為ないし法律の過失を処罰する必要がある場合は、罰則にその旨を明記することが望ましい。⁽⁶⁵⁾

四 最後に、具体的禁止・命令の錯誤に関する問題を下級審の判例事例を素材にしながら検討してみたい。この形態の錯誤が刑事犯及び行政犯において、最も頻繁に争われる。従来の責任説及び制限故意説は、違法性の認識の可能性を基準にして故意責任の限界を設定するのが通常であった。⁽⁶⁶⁾この場合、違法性の認識の可能性があったか否かは行為者を基準とするのか、それとも平均人を基準とするかの問題が起こる。さらに、違法性の内容につ

いても種々の見解があるので、その認識可能性も多様化するおそれがある。また、判断基準が曖昧なるが故に、結論的に違法性の認識の可能性があったと判断されやすいことを後に検討される判例が実証している。そこで、このような判断形式を放棄して、一般の場合は禁止されているが、類型的違法阻却事由以外において、自己の場合は許容されていると思つたことが法共同体の仲間から判断して合理的根拠があつたか否かの判断形式に切り換えることによつて判断の安定性を図るべきであろう。ここでは、行為者が許容されると思つたことが判断素材となり、それが合理的根拠があつたか否かは法共同体の平均的な仲間から判断されるので、判断基準がより明確であると同時に刑事責任は法共同体に対するものであるという考え方にもうまく適合するように思われる。

下級審の判例には、違法性の認識の可能性を必要とする立場が増えつつあるが、以下の二つの判例は、結論的にはいづれも違法性の認識の可能性があつたとするものである。その一は、武蔵野市長給水拒否事件（水道法違反事件）である。⁽⁶⁷⁾武蔵野市宅地開発等指導要綱で、一定規模以上の宅地開発事業、中高層建築物の建物事業につ

構成要件事実の認識の有無	違法性の認識の有無	責任形式
故意行為	①抽象的禁止(命令)の認識—具体的禁止(命令)の認識 ②抽象的禁止(命令)の認識—具体的禁止(命令)の不認識	故意責任
	③抽象的禁止(命令)の不認識	
過失行為 <div style="display: inline-block; vertical-align: middle; border-left: 1px solid black; border-right: 1px solid black; padding: 0 5px;"> 認識ある過失 認識なき過失 </div>	抽象的禁止(命令)の認識—具体的禁止(命令)の不認識 抽象的禁止(命令)の不認識	過失責任

いては建築物による日照の影響に関して、付近住民の同意を得ること、教育施設負担金を負担することを定め、この要綱に従わない事業者に対しては市は上下水道等必要な施設その他必要な協力を行わないことがあると定めた。マンションの建設にとりかかった建築会社は右指導要綱に従わなかったため、新設水道工事申込書は再三にわたって受けつけられなかった。そこで、その拒否の理由が水道法一五条一項にいう「正当の理由」にあたるか

が問題となった。指導要綱の性質や水道法一五条一項の「正当の理由」を行政法上どのように解するかについては難しい解釈論はあるとしても、市長としては市議会全員協議会の承認を得た右指導要綱に基づいて、市民に非協力的な右建築業者に対抗することは正当な行為と想ったのである。そう思ったことは、法律に詳しい人からは別として、法共同体の平均人から判断すれば合理的根拠があったとみるべきであろう。

その二は、通貨及び証券模造取締法違反事件である。⁽⁶⁸⁾ 被告人は、既に発行停止となっている百円紙幣類似のサービス券を製造する際に、警察署の防犯課に向いて勤務の警官らに相談した結果、右法律の存在を知らされた上、アドバイスを受けて「サービス券」などの文字も入れて製造した。出来上った券を右警官らに示したら、何らの注意も受けず、同室の他の警官らにもサービス券を配付してくれたので、安心して印刷内容に工夫を加えてサービス券の印刷を依頼した。以上の事情を考慮すれば、被告人が許容されると思ったことは、法共同体の平均人から判断して合理的根拠があったといふべきであろう。

紙幅も尽きたので筆者の結論を図表で示しておきたい。

(1) 羽田空港ビルデモ事件(東京高判昭和五一・六・一高

刑集二九卷二号三〇一頁)、石油生産調整事件(東京高判昭和五五・九・二六高刑集三三卷五号三五九頁)。なお、

後者については、神山敏雄「最高裁の石油価格カルテル刑事事件判決の検討—経済刑法の観点から—」経済法学会年報第六号(一九八五年)五六頁以下参照。

(2) この点で注(1)の東京高裁の判例が大きな役割を果たしている。町野朔『違法性』の認識について「上智法學論集二四卷三号(一九八一年)一九三頁以下、長井長信「違法性の意識に関する一考察—その認識内容を中心として」北大法學論集第三六卷第三号(一九八五年)七九七頁以下等。

(3) 現在、西ドイツではその区別よりも、刑罰を伴う犯罪行為と行政処分を伴う秩序違反行為との区別が重視されている(神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界」『法雑誌』第二四卷第二号(一九八一年)一四九頁以下、同第二六卷第二号(一九八三年)二五六頁以下、同第二七卷第一号(一九八六年)二二頁以下。

(4) James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902. S. 578.

(5) Erik Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte, im Strafrechtssystem, in: Beiträge zur Strafrechtswissenschaft, Festgabe für R. v. Frank Bd. 2, 1930, SS. 574~575.

(9) Erik Wolf, a. a. O., 575.

(7) Fritz Trops, Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechtes, 1926, S. 80.

(8) 最決昭和二八・三・五刑集七・三・五〇六頁、最判昭和三七・五・四刑集一六・五・五一〇頁、最決昭和五七・四・二刑集三六・四・五〇三頁。

(6) 学説は、日独両国に於て同一範囲で肯定するのが通説であると云う。

(9) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht (AT), 3. Aufl., 1965, S. 403.

(11) Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I (AT), 1976, S. 209.

(8) Erich Göhler, Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, S. 587.

(13) Hans-Heinrich Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts (AT), 3. Aufl., 1978, SS. 295~297.

(14) BGHSt. 5, 92, BGHSt. 9, 358 (360), Hans Welzel, Irrtumsfragen im Steuerstrafrecht, NJW 1953, S. 487, Heinz Lohmeyer, Die Bedeutung des Irrtums als Schuldanschiebungsgrund im Steuerstrafrecht, GA 1964, S. 17, Klaus Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 325.

(12) Fritz Meyer, Der Verbotstratum im Steuerstrafrecht, NSStZ 1986, Heft 10, SS. 443~444, S. 444, S. 445, S. 446.

- (16) 大判昭和一六・一二・二三刑集二〇・七二五頁。
- (17) 東京控訴院判昭一七・八・二七大審院刑集二一・一四・二一頁。
- (18) 東京高判昭和三〇・四・一八高裁刑集八・三・三二五頁。
- (19) 東京高判昭和三五・五・二四高裁刑集一三・四・三三三頁。
- (20) 大判大正一四・六・九刑集四・三七八頁。
- (21) 大判昭和一五・一一・七刑集一九・七三七頁。
- (22) 朝高判昭和一六・一一・二四司協二一卷一号一三七頁
〔定塚道雄『日本経済刑法概論』(昭和一八年)四二二頁より引用)。
- (23) 最判昭和三四・二・二七刑集一三・二・二五〇頁。
- (24) 大判大正一三・四・二五刑集三・三六四頁。
- (25) 経済刑法研究会編『経済刑法研究第一巻』(定塚道雄)(一九四四年)六四頁、中山研一『刑法総論の基本問題』(一九七四年)一八六頁。
- (26) 福田平『行政刑法』(一九七八年)一七一〜一七二頁。
- (27) 学説の中には⑤と⑨を判例と同じように解したり、③の判例を是認し、④を判例とは異って違法性の錯誤とすべきだとする考え方も主張されている(平野竜一『刑法総論 I』(一九七二年)一七二〜一七三頁)。
- (28) RGの判例及び学説の詳細な分析については、福田平『違法性の錯誤』(昭和三五年)一頁以下参照。
- (29) 神山敏雄「ドイツ経済刑法の沿革」岡法第三〇巻第一号(一九八〇年)四三頁、六三頁、八四頁参照。
- (30) Fritz Meyer, Der Verbotstirtum im Steuerrecht, NZStZ 1986, Heft 10, S. 443.
- (31) Klaus Tiedemann, a. a. O., S. 215 ff., derselbe, Zur Legislatorsichen Behandlung des Verbotstirtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrechts, ZStW 1969, Heft 4, S. 882 ff.
- (32) Fritz Meyer, a. a. O., S. 443.
- (33) RGSt 64, 25 (26), RGSt 61, 263, BGHSt 5, 90 (92).
- (34) 牧野英一『刑法総論下巻』全訂版(一九五九年)五八二頁以下。
- (35) 八木胖『刑法における法律の錯誤』(一九五二年)三四八〜三四九頁。
- (36) 八木胖前掲書三六六頁。
- (37) 八木胖前掲書三六七頁。
- (38) 八木胖前掲書三六九頁。
- (39) 滝川幸辰「経済事犯の死点」法律時報一五卷九号(一九四三年)滝川幸辰刑法著作集第四卷(一九八一年)五二五〜五二六頁。
- (40) Jaumes Goldschmidt, Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts, GA Jg. 49 (1903), S. 90.
- (41) Fritz Tropf, a. a. O., S. 85.
- (42) Fritz Tropf, a. a. O., S. 87.

- (43) 滝川幸辰前報五三十三頁。
- (44) Richard Lange, Der Strafgesetzgeber und die Schuldlehre—Zugleich ein Beitrag zum Unrechtsbegriff bei den Zuwerdhandlungen, JZ 1956, S. 78.
- (45) Richard Lange, a. a. O., S. 79.
- (46) Richard Lange, a. a. O., S. 74.
- (47) Hans Welzel, Der Verbotstrittum im Nebenstrafrecht, JZ 1956, SS. 238~240.
- (48) Richard Lange, Die Magna Charta der anständigen Leute, JZ 1956, S. 519f.
- (49) Hans Welzel, a. a. O., S. 240.
- (50) Hans Welzel, a. a. O., S. 240.
- (51) Werner Hardwig, Pflichtirtum, Vorsatz und Fallrälligkeit, ZStW Bd. 78 (1966), SS. 3~4.
- (52) Werner Hardwig, a. a. O., S. 17.
- (53) ヲロロ注意すべきは、彼は正当化事由の前提事実としての錯誤(例えば誤想防衛)を事実の錯誤としての位置づけ、リント泥棒の事例を区別して、その位置(a. a. O., S. 13)。
- (54) ヲロロ注意すべき点は、価値関係行為は非刑事上の不法においても存し得るとしてゐるのである。例えば、患者が一方交通の標識を認識しているが、人命救助の目的で近道をするために逆方向に走行することが許されると思つた場合である(a. a. O., S. 18)。

- (55) Werner Hardwig, a. a. O. SS., 20~21.
- (56) Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I (AT), 1976, S. 209.
- (57) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht (AT), 3. Aufl., 1965, S. 403f. フォントハンザの固筆を区別した点、同様に禁止の錯誤としての位置づけである。また、具体的禁止の錯誤にせよ、類型的な正当化事由が存在しないことが存在する点、場合を自己の行為は正当化される点、た場合を区別する点、制限責任説と解決として、59。
- (58) Klaus Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 282.
- (59) Klaus Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 325, derselbe, Literaturbericht—Nebenstrafrecht einschließlich Ordnungswidrigkeitenecht, ZStW 83 (1971), S. 825f.
- (60) Klaus Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 282f, S. 328, S. 380, S. 385ff, S. 402f.
- (61) Werner Georg Tischer, Verbotstrittum und Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale, 1984, S. 329 のの点を指摘してゐる。
- (62) もっとも、チャーゼマンは、R・シットミットが抽象的規範を構成要件に含めることは、一般的に承認された犯罪

体系の破壊であると批判したことに対し、中核刑法においても、抽象的規範を構成要件に含め、本来の意味における禁止の錯誤が具体的法義務に限定されるならば、これまでの結論は実際上交更されないであろうとしている。(Klaus Tiedemann, Literaturbericht, S. 826)。

(63) Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität I (AT), 1976, S. 214f.

(64) 抽象的禁止の錯誤の事例として、田舎の青年が遊び心で十七歳の女子高校生と性的関係を結び、次第に性的耽溺行為に陥っていったが、右青年はこのような性的関係は法令上処罰されるとは思わなかった場合が挙げられる。筆者の立場からは、淫行条例上の故意責任は否定されるが、従来の責任説からは違法性の認識の可能性があったとして故意責任が肯定されるおそれがある。

(65) ラング・ヒンリクセンは故意説に立脚して、行政犯に限らず、一般的に、過失による違法性の錯誤を法律の過失犯として立法することを提案した(Dietrich Lang-Hinrichsen, Zur Frage des Unrechtsbewusstseins, ZStW 63

(1951), S. 438f.)。我が国では八木博士、滝川博士によって主張された。

(66) 違法性の認識可能性の判断基準を詳細に検討している文献として、松原久利「違法性の錯誤に関する一考察(一)」同志社法学三四卷三号(一九八三年)八二頁以下、同三四卷四号(一九八三年)一二四頁以下がある。

(67) 東京高判昭和六〇・八・三〇(判時一一六六・四二)。違法性の認識の可能性は十分あったとみざるを得ないとして有罪とした。

(68) 札幌高判昭和六〇・三・一二(判タ五五四・三〇四)。要するに、違法性の意識を欠くことについて相当な理由があったとはいえず、違法性の意識の可能性があるとして有罪とした。

追記 本稿は一九八七年五月の第六五回日本刑法学会の第一分科会における共同研究での報告に加筆したものである。

(岡山大学教授)