

# 公権力の不適切な対応と違法性の錯誤

— 大阪高判平成21年1月20日<sup>(1)</sup>をめぐる —

専 田 泰 孝

はじめに

- 1 違法行為を回避するべく行われた適切な努力
- 2 公権力の落ち度と相当の理由

おわりに

## はじめに

自分が行おうとしている行為が違法であるか否かについて所管官庁等の公権力に照会したところ、担当者から「その行為は違法でない」との回答を得たので、違法でないと信じてその行為を行ったが、実はそれが違法であったという場合、行為者が陥った違法性の錯誤には、相当の理由があるとされることが多い。この結論を説明する際に注目する観点は、いろいろあり得るだろうが、本稿では、さしあたり、次の3つを挙げておこう。

第一は、行為者の信じたものが信頼に値する情報であったことに注目する観点である。これによると、前記の場合、権限ある公権力から受けた回答は信頼に値するから、その回答を信じて違法性の錯誤に陥ったとしてもそれは無理もないことであり、それによって違法行為を行ったとしても行為者を非難することはできないということになる<sup>(2)</sup>。

第二は、行為者が違法行為を回避するための適切な努力を行ったことに注

(1) 判タ1300号302頁。同判決の評釈には、一原亜貴子「判批」刑事法ジャーナル21号（2010年）78-82頁、菅沼真也子「判批」法学新報119巻1・2号（2012年）201-215頁、林弘正「相当な理由に基づく違法性の錯誤」（2012年）149-178頁（＝同「判批」島大法学54巻4号（2011年）41-62頁）、南由介「判批」法学教室353号別冊付録判例セレクト2009〔1〕（2010年）29頁、同「判批」桃山法学15号（2010年）385-406頁などがある。

目する観点である。これによると、権限ある公権力に照会して得た回答に従った以上、行為者は違法行為を回避するための適切な努力を行ったといえるから、前記の場合のように、それでも違法性の錯誤に陥って違法行為を行ってしまったという場合は、違法行為が避けられないものだったということになって、行為者を非難することはできないということになる<sup>(3)</sup>。

第三は、行為者に誤った回答を示し、違法性の錯誤を惹き起こしたのが公権力であることに注目する観点である。これによると、前記の場合も、誤った回答で行為者を違法性の錯誤に陥れたのは、ほかでもない公権力自身なのであるから、その公権力が、自ら誘発した違法性の錯誤により違法行為を行った行為者を非難することは許されないということになる<sup>(4)</sup>。

これらの観点は、前記の場合、結論として相当の理由を認めることになるから、違いは生じない。しかし、それでは、次のような場合はどうであろうか。

たとえば、前記の場合と同様、公権力に照会した行為者が、担当者から「その行為は一定の措置を伴えば違法でない」との回答を得たとする。ところが、行為者は、その回答に誤りが含まれており、公権力が指示したとおりの措置を行っても行為がなお違法であることに気づいたとしよう。そこで、行為者は、公権力が指示した措置を行っただけでなく、さらに、自らが必要だと考えた措置を加え、それで行為の違法性を完全に排除できたと考えて、その行為を行ったとする。この場合、行為者は、公権力が指示した措置も行っているから、公権力の指示に背いたわけではない。ただ、それが、行為の違法性を排除するのに充分でないことを見抜いただけである。そして、その結果、

(2) たとえば、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(1999年) 348頁は、「過失犯において、『認識ある過失』に見える場合でも『信頼の原則』に従って予見可能性が否定されるように、ここでも行為者の一定の信頼は保護しなければならない」とする。

(3) たとえば、南・前掲注(1)桃山法学15号399頁は、「国民には法を知る義務がないとしても、法に違反しないよう努力する必要がある。問い合わせることが容易であり、その結果、行為の違法性を意識することができるときには、それを怠った者に対して非難することは可能であろう」とする。

(4) たとえば、高山・前掲注(2)348頁は、「処罰する側が自ら行為者の動機づけの条件を奪っている場合、非難の資格は失われる」とする。

指示に従うだけでなく、必要だと考えた措置も行ったわけであるが、しかし、その行為は、行為者がそこまで行っても、やはり違法だったとする。そうすると、行為者はそれらの措置で違法性が完全になくなったと考えて行為を行ったのだから、違法性の錯誤があったことになるが、では、この違法性の錯誤に相当の理由があるといえるだろうか。

近時、銃砲刀剣類所持等取締法（以下「銃刀法」という）で処罰されている「けん銃部品」の輸入について、これが問題になり、大阪高裁は、公権力の落ち度を被告人に転嫁できないとして、被告人が陥った違法性の錯誤に相当の理由があるとした。本稿は、この判例で取り扱われた事案を素材に、前記3つの観点について検討しようとするものである。

## 1 違法行為を回避するべく行われた適切な努力

(1) まず、素材となる判例について紹介しておこう。本稿で取り上げるのは、大阪高判平成21年1月20日である。

この事案では、銃刀法上の犯罪の成否が争われている。もともと銃刀法は、「けん銃」を始めとする「銃砲」に対し、さまざまな規制を行っているが、「けん銃」の輸入を処罰しているだけでなく<sup>(5)</sup>、「けん銃部品」の輸入も処罰している<sup>(6)</sup>。そして、この事案では、被告人がけん銃を加工し、それを、前記のような銃刀法の規制にふれないようにしたつもりで輸入したが、その後、輸入したけん銃加工品の部品が、銃刀法で輸入を禁じられている「けん銃部品」のうちの「機関部体」にあたりとされたことから、けん銃部品輸入罪の成否が問題になった。

この事案では、けん銃加工品の輸入事業を思い立った被告人が、あらかじめ警察に対して、けん銃加工品を適法に輸入するための加工方法を照会し、回答を得ている。これは、大阪府警を訪ねて、銃器対策を担当する複数の警

(5) 銃刀法31条の2第1項および2項。

(6) 同31条の11第1項2号。

察官に対し、その意図を十分に説明した上で、回答を得たというものであるから、その照会方法自体には何も問題ない。そして、このとき、担当の警察官は、被告人に、「無可動銃の認定基準について」と題する文書に沿った回答を与えている。この文書は、警察庁生活安全局銃器対策課長と警察庁刑事局鑑識課長の連名で、各管区の警察局長等に対して発出したという警察の内部文書である<sup>(7)</sup>。

ところが、このとき大阪府警の警察官が示した回答は、けん銃輸入罪との関係では適切だったが、けん銃部品輸入罪との関係では十分なものでなかった。すなわち、けん銃を「無可動銃の認定基準について」に従って加工すると、客体の「けん銃」性は失われるが、客体の個々の部品の「けん銃部品」性までは失われないということである。

このように、大阪府警の警察官が被告人に対して示した回答は、結果として十分なものでなかったが、しかし、この事案では、被告人もそれがけん銃部品輸入罪との関係では充分でないことに輸入前の時点で気づいたという。そのため、被告人は、警察で指示された加工だけでなく、さらに、けん銃部品輸入罪との関係で行わなければならないと自らが考えた加工を施した。したがって、被告人が輸入物件に対して行った加工は、警察で指示された加工を大幅に上回っていたことになる。そして、そのような加工を施した結果、被告人は、銃刀法上の問題が完全になくなったと考え、けん銃加工品を輸入したが、結局、被告人はけん銃部品輸入罪で訴追された。

公判において、被告人は、客体の「けん銃部品」性を第一に争ったが、たとえそれが「けん銃部品（＝機関部体）」にあたるとしても、被告人には違法性の錯誤があり、その錯誤には相当の理由があったと主張した。

(7) 平成9（1997）年12月19日付・警察庁丁銃発第677号、丁鑑発第216号。警察庁トップページ（<http://www.npa.go.jp/>）>法令・訓令・通達等>警察庁の訓令・通達>銃器対策課>無可動銃の認定基準について、あるいは、<http://www.npa.go.jp/pdc/notification/seian/juutai/juutai19971219-1.pdf>（いずれも2012年12月14日）。さらに、林・前掲注(1)『相当な理由に基づく違法性の錯誤』175-178頁でも、この事案とかかわりのある部分が資料として紹介されている。

これに対し、大阪高裁は、客体の「けん銃部品」性については被告人の主張を退けたが、被告人に違法性の錯誤があったことを認めた上で、相当の理由については、次のように述べて、これを肯定した。

「まず、被告人は……けん銃加工品の輸入事業開始に先立ち、合法的な輸入を行うために必要とされる加工の方法等を警察官……から確認しているが、この確認行為は……けん銃加工品の輸入行為を合法化するという明確な目的をもって、銃器類の規制に関する専門的知見を有することが期待される専門部署の警察官2人から、その方法を詳細に聴取し……自らの疑問を主体的に提示しながら、念入りに合法性を確認したのであるから、被告人が、その指導や回答の内容について、それが警察……の内部、ひいては、銃器に関する実務全般に、公的に通用している合法性の基準であると考えるのは、やむを得ないところである。

加えて、被告人は、警察で教示された基準を、けん銃部品性を否定する法的な十分条件として鵜呑みにすることなく、この基準ではなお不十分であると判断して、各部品に対する破壊度を同基準より更に高め、けん銃部品性を確実に失わせようと、積極的に努力していた。……客観的に評価しても、警察の専門部署に対して念入りに合法性の基準を確認した上、その基準を上回る加工を実践した以上、自らの行為が法的にも合法であると確信することには、それなりの根拠があったといえる。

これと異なる見解をとることは、被告人に対して、その指示を守れば適法な輸入ができるという趣旨で、しかも、担当警察官個人の見解ではなく、警察内部の公的な基準に基づいて、客観的には不十分な指導しかなかった捜査機関自身の落ち度を、その指導内容を上回る実践をした被告人に、刑事責任という重大な不利益を負わせるという形で転嫁することにほかならず、こうした社会的正義の観点も、可能な限り、法的評価に反映させるのが相当である。<sup>(8)</sup>」

(2) このように、大阪高裁は相当の理由を肯定したが、ここでは、この点について、まず、被告人が信じたものが、信頼に値する情報だったかという観点から考えてみよう。

たしかに、この事案では、被告人が、権限ある警察官に対し必要な説明を行った上でけん銃加工品の輸入を適法に行うための方法を照会しているから、その結果与えられた情報は、外形的にみる限り充分信頼に値するものだとすることができる。そして、被告人がその内容を信じて違法性の錯誤に陥ったというのであれば、それは無理もないといえる。したがって、この事案でも、被告人が、警察の回答を信じて違法性の錯誤に陥っていたとするなら、その違法性の錯誤については相当の理由を認めることができるとと思われる。次の記述も、おそらくこの方向から、前記の大阪高裁判決を支持する趣旨であろう。

「行為者が違法性を認識し得たと言うためには、当該行為者に、意思決定の段階で違法性を認識するための機会が与えられていなければならない。しかし、公的機関に照会を行って自らの企図する態度が違法でないとの結論を得た者は、その機会を奪われている。法秩序は、このような者に対して、当該態度が違法であることを認識し、これを思い留まるよう期待することはできない。<sup>(9)</sup>」

しかし、この事案の場合、実際は、被告人が警察の回答を信じて違法性の

(8) この判決では、①本文で引用した根拠のほか、②被告人がけん銃加工品の輸入を繰り返していたにもかかわらず税関の摘発を受けない状態が続いたこと、③輸入された「けん銃部品」でけん銃が製造されて使用される可能性が事実上ほとんどなかったことも、相当の理由を認める根拠とされている。しかし、この判決について書かれた文献をみると、それらについては補充的な根拠とみて、本文で引用した根拠を重視するものが多い。一原・前掲注(1)81頁(=「これのみでも違法性の意識の可能性を否定し得る事情」)、南・前掲注(1)桃山法学15号399頁(=「本件で違法性の意識の可能性が欠けるとする結論において決定的」)等参照。

(9) 一原・前掲注(1)80頁。

錯誤に陥ったわけではない。大阪高裁は、被告人が「無可動銃の認定基準について」に基づいた警察の回答を信じたとする弁護人の主張を退けて、被告人が警察の回答では不十分であると考えていたことを認めている。

「……所論は、本件各輸入行為時においては、『無可動銃の認定基準』のみが、機関部体を定義付ける唯一の公文書であり、被告人は、そこで前提とされる機関部体の定義を信頼し、その程度より更に厳重に機関部体を破壊して、合法的な商品を開発したこと……など、『無可動銃の認定基準』が唯一の規制基準であることと、被告人のこれに対する信頼を、違法性の意識やその可能性がなかったことに関する中核的な根拠とするものである。

しかし、……被告人は、『無可動銃の認定基準』を信頼したために、本件各部品は機関部体に該当せず、あるいは、該当しても適法に輸入できると思っていたと……述べておらず、むしろ、警察官に示された基準では、機関部体性を失わせる加工として不十分であると判断したから、より破壊度の高い加工をした旨供述している。

したがって、上記所論をそのままの形で採用することはできない……。

【中略】

……被告人自身も、警察での指導、すなわち『無可動銃の認定基準』の内容は、機関部体の機能を破壊するものとしては非常に甘く、この基準は法律であるとは思っていなかったことを一貫して述べ……同基準を守るだけで機関部体性が否定されるわけではないという認識があったことも明らかである。」

これによると、被告人は、警察の回答に従っても、銃刀法の「けん銃部品」に対する規制との関係では不十分だと認識していたのだから、警察の回答に従った行為に関する限りは、むしろ違法性の意識を有していたといえる。だからこそ、被告人は、警察の回答を上回る加工を行ったのである。そして、

そうだとすると、この事案の場合、被告人は「公的機関に照会」したかもしれないが、結果的には、それにより「違法性を認識するための機会」が「奪われて」いたということではできないと思われる<sup>(10)</sup>。

この事案の場合、被告人は、警察の回答を信じて違法性の錯誤に陥ったわけではないが、最終的には、違法性の錯誤に陥っている。その際、被告人が何を信じたかという点、それは、被告人自身の法解釈である。この点につき、大阪高裁は次のようにいう。

「……被告人は、『例えば「無可動銃の認定基準」を100とした場合、120か130壊した物を出そうという意識はあり、同基準を2割も3割も上回る破壊をすれば、誰も文句は言わないだろうと思っていた。』旨供述しており、この供述は、被告人の心境を示すものとして十分信用できるとともに、この『誰も文句は言わない』という意識は、単に、事実上摘発されることはないという認識を示すにとどまらず、法的な意味でも、誰が判断しても問題なく合法と判定される、いわゆる安全圏に達している、という意識を示すものと理解するのが自然であ……る。』

すなわち、被告人は、警察の回答が不充分であることに気づいて、それを大幅に上回る加工を行ったわけだが、ここまで加工を施せば「けん銃部品」に対する規制との関係でも適法だという判断の根拠となったのは、(実は不適切な内容だった)警察の回答でも、そのほかの第三者から寄せられた意見でもなく、被告人は、ただ単に、銃刀法の「けん銃部品」に対する規制を自己流に解釈してそう考えたに過ぎない<sup>(11)</sup>。

そうだとすると、行為者が信じたものが信頼に値するものだったかどうかという第一の観点からは、相当の理由を認めることはできない。銃刀法に詳し

(10) 松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』(2006年)144頁は、「情報内容が信頼のための適切な基礎を欠くことが行為者に認識できたときは、なお、自己の行為の法的性質を検討するための契機は失われておらず、違法性の意識の可能性はある」とする。

いとはいえ、単なる一私人の法解釈に過ぎないものは、信頼に値しないからである。

通常、違法性の錯誤では、単なる一私人が自己の法解釈を信じて錯誤に陥ったという場合に、相当の理由が認められることはない。たとえば、この事案を一部変更し、仮に銃刀法に詳しい輸入業者が、警察に何も問い合わせることなく、けん銃加工品を輸入したとしよう。しかも、その業者は、輸入のとき、客体を適法に輸入できるよう充分加工したと思っていたとする。したがって、業者は、違法性の錯誤に陥っているが、しかし、たとえその業者が銃刀法に詳しくなかったとしても、ただ単に自己の法解釈を信じて違法性の錯誤に陥ったということであれば、その錯誤に相当の理由が認められることはないだろう<sup>(12)</sup>。

仮にこの事案で相当の理由を否定するのが、業者自身の法解釈は信頼に値しないから、それを信じても相当の理由にならないということだとすると、被告人が、自己の法解釈を信じたに過ぎない前掲大阪高裁判決の事案でも、同じように、相当の理由を認めることはできない。

もちろん、この事案の場合、被告人は、警察の回答を前提に、それを「2

(11) 「けん銃部品」であるためには、何ら性能に欠陥のない別の部品と組み合わせたときに「けん銃」を製作できることを要するが、組み合わせられて製作された物が「けん銃」といえるためには、その製作物に金属製弾丸を発射する機能が備わってなければならない。そして、この発射機能は、金属製弾丸を発射すること自体が可能なら、その発射の際に使用者が負傷したり銃器全体が破損したりする危険があっても否定されない。この事案の場合、②警察が（当該部品については）この発射機能を失わせるに至らないだけでなく、発射の際に使用者が負傷する等の危険も伴わない程度の加工しか指示しなかったのに対し、⑤被告人は自己の判断でその危険を伴う状態まで加工し、結果として警察の回答を大幅に上回る加工を施した。しかし、本来は、③金属製弾丸の発射自体が不能になるまで加工する必要があるから、被告人がそれに満たない前記⑤の加工で充分と考えた点は、やはり被告人自身の解釈に過ぎないといえる。

(12) 一原・前掲注(181頁参照。なお、この点については、「行為者自身が法的判断のために必要な知識・能力をそなえている場合」照会の必要はなく、熟慮で足りるという指摘もあるが（松原・前掲注(10)129頁）、しかし、本文で考えているような単なる輸入業者が「法的判断のために必要な知識・能力をそなえている」とされることは、通常ないと思われる（たとえば、同131頁注(10)は、豊富な職業経験のある弁護士について、照会を不要としたドイツの判例を挙げる。さらに、同141-143頁も参照）。

割も3割も上回る」措置を考えたのだから、前記のような（照会をまったく行わずに）自己の法解釈を信じただけの場合とは異なるというみかたもあるかもしれない。しかし、たとえそのように考えたとしても、「上回る」程度が2割・3割で足りる（＝4割・5割まで要しない）とする判断<sup>(13)</sup>は、警察の回答による裏付けを欠いた純粋な「自己の法解釈」であるから、少なくともこの部分については、（照会をまったく行わなかった場合と同様）自己の法解釈を信じたに過ぎないといえるだろう。

さらに、この事案の場合、警察の回答が適法性の基準として信頼できないということ、行為の時点で被告人も認識している（だからこそ、その回答を上回る措置を実践したのである）。そうだとすると、行為の時点で信頼に値する情報か否かという観点からは、前提にしたのが警察の回答であることに特別な意味を認めることはできない。すなわち、この事案の場合も、行為が違法でないという被告人の判断は、信頼に値しないことがわかっている情報に自己の法解釈を加えて導き出されたものに過ぎず、信頼に値する情報を信じたか否かという観点からは、ゼロにゼロを足しただけとしかいえないと思われる。

(3) では、次に、被告人が、違法行為を回避するための適切な努力を行ったか否かという観点から、この事案を検討してみよう。前掲大阪高裁判決の事案では、被告人が、けん銃加工品の輸入を合法的に行う方法を照会し、警察から回答を得ている。そこで、この被告人のように、違法行為を回避するべく努力した者には、前記のような、照会をまったく行わないで自己の法解釈を信じた場合と異なり、相当の理由を認めるべきではないかという理解があるかもしれない。たとえば、前記(2)の冒頭で紹介した文献は、同所で引用した記述に続けて次のように述べている。

「違法行為を回避するべく適切に努力した者になお処罰の危険を負わ

(13) 注(11)の説明でいうと、「上回る」程度が⑥で足りる（＝③まで要しない）とする判断である。

せることは、過大な負担……である。本判決はこれを『社会的正義の観点』と表現しているが、このような視座は基本的に支持し得る。<sup>(14)</sup>」

しかし、この事案の場合、被告人が「違法行為を回避するべく適切に努力した」といえるかは疑問である。

この事案で被告人が行った「努力」は、大きくわけて、あらかじめ警察に照会し回答を得たことと、警察の回答に誤りが含まれていると気づいてからその指示を大幅に上回る加工を施したことである。ここでは、まず、警察に照会し回答を得たことから考えてみよう。もちろん、被告人は、回答を得ただけでなく、その指示に従った措置も行っているが、問題は、この事案でそれを、「違法行為を回避するべく適切に努力した」と評価できるかということである。

この問題を考えるには、前記事案の被告人が、仮に警察の指示に従うだけでけん銃加工品を輸入したらどうなるかを考えると、わかりやすいであろう。まず、前掲大阪高裁判決の事案と同様、被告人が、警察に照会し、回答を得たものの、その回答が不十分であることに気づいたとする。したがって、被告人は、警察の指示に従うだけでは「けん銃部品」に対する規制との関係で違法性が失われないことに気づいたわけである。しかし、被告人は、それだけでは違法性が失われないことを認識しながら、その、不十分だとわかっている加工だけを行ってけん銃加工品を輸入したとする。たとえば、被告人が、「警察の回答にあった程度の措置だと違法性は失われないはずであるが、警察が誤ってお墨付きをくれたから、摘発されるまでのあいだは、それを利用して稼げるだけ稼いでやろう」とか「もしも摘発されたら、そのときは警察がくれた今回のお墨付きを突きつけて罪責を免れてやろう」と考えていた場合を想定すると、そのようなこともありえないわけではない。

この場合、被告人は、違法性の意識を有しているから、相当の理由を問題

(14) 一原・前掲注(1)80頁。

とするまでもなく、処罰を免れないであろう<sup>(15)</sup>。けん銃加工品を合法的に輸入する方法について警察に照会し、その回答に従ったときは、それだけで「違法行為を回避するべく適切に努力した」といえるとする、この場合は、「違法行為を回避するべく適切に努力した」にもかかわらず、処罰されることになる。

たしかに、警察の回答を信じたときは、警察に照会しその回答に従ったことで「違法行為を回避するべく適切に努力した」といえるだろう。しかし、それは、外形的にみる限り信頼に値する警察の回答を、行為者が信じたことにより、行為者にとっては、当該行為の違法性を意識する可能性がなくなったからである<sup>(16)</sup>。行為者が、当該行為の法的許容性について疑義を持ち得ないところまでおこなったから、「違法行為を回避するべく適切に努力した」といえるのであり、警察に照会してその回答に従えば、それだけですべて「適切に努力した」ことになるのではない。

では、警察の回答に従った加工方法が不充分であることを認識したあと、それを大幅に上回る加工を行ったことで、「違法行為を回避するべく適切に努力した」といえるだろうか。しかし、前記のように、警察が指示した内容を大幅に上回る加工を行う際、被告人が前提にしたのは、自己の法解釈である。そうだとすると、それは、一私人である被告人の法解釈を信じたということ以上のなものでもないのだから、「違法行為を回避するべく適切に努力した」と考えることはできないだろう。

ここで紹介した記述のように、違法行為を回避するべく適切に努力したかという観点から考えると、いま問題になっているのは、違法性を意識する可能性の有無であるから、違法行為を回避するための努力が「適切」であるかは、行為が違法であることを意識する可能性との関係で考えなければならない<sup>(17)</sup>。そして、行為が違法でないという評価について信頼に値する情

(15) 高橋則夫『刑法総論』(2010年) 350頁など参照。

(16) 曾根威彦『刑法の重要問題総論〔第2版〕』(2005年) 221頁は、官公庁などの公的機関の見解を信頼して行動した場合について、「通常それ以上に行為の適法・違法を検討する機会はないのであるから」違法性を意識する可能性は認められないとする。

報を信じ、それ以上、違法性を意識する可能性がないということになれば、行為者の「努力」としても、それで充分である。信頼に値する情報があらかじめ与えられている場合などを考えれば、行為者自身は実質的に何も「努力」しないこともあるが、それでも、「違法行為を回避するべく適切に努力した」といえる<sup>(18)</sup>。

しかし、行為者が、違法行為を回避しようとして、いかに多くの汗を流し、多額の金銭を費やしたとしても、違法性を意識する可能性が失われなければ、「違法行為を回避するべく適切に努力した」ことにはならない。たしかに、前掲大阪高裁判決の事案において、被告人が「努力」したのは間違いない。しかし、警察に照会してその回答に従ったという「努力」は、その回答に疑義があると気づいた被告人との関係では、違法行為を回避するためにそれだけで充分といえるものではないし、その後、警察の指示を大幅に上回る加工を行ったという「努力」は、自己の法解釈を信じて行ったに過ぎないという点で「適切」ではない<sup>(19)</sup>。

(4) このことは、過失犯の予見可能性が問題になる場合と比較してみると、

(17) たとえば、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』(2008年) 660-661頁は、「責任説によれば、違法性の意識の『可能性』が責任要素である」とし、「違法性の意識に至らなかったことが『回避可能であったかどうか』という判断を、これと『実質的に同一である』と位置付けた上で、違法性の錯誤を「回避するための手段は、法状況に関する確認作業と情報収集である」とする。法状況に関する確認作業や情報収集のような努力は、違法性の錯誤を回避する「手段」に過ぎず、それ自体が責任を失わせるわけではないということであろう。

(18) 松原・前掲注(10)129頁は、「専門家の信頼に値する情報を知っていた場合」照会を要しないとする。また、最決昭和62年7月16日刑集41巻5号237頁は、先行して作成・配布されていた百円紙幣模造サービス券をまねて同様のサービス券を作成し、通貨及証券模造取締法2条の罪に問われた被告人について、そのようなサービス券の法的許容性を独自に調査しなかったことを挙げて相当の理由を否定したが、この事案でも、仮に被告人の信じた情報が信頼に値するものであれば、被告人自身が独自に調査しなくても相当の理由を認めることはできるだろう。拙稿「違法性の錯誤」松原芳博編『刑法の判例総論』(2011年) 134-135頁参照。

(19) たとえば、山中・前掲注(17)661頁では、法状況に関する確認が求められる場合の筆頭に、「法状況につき疑念を生じたとき」が挙げられている。これによると、本文で考えている事案のように、法状況に関する確認を行っても、なお法状況につき疑義が生じたというときは、法状況に関する確認がさらに必要となるであろう。

わかりやすいかもしれない<sup>(20)</sup>。

たとえば、ある行為者が、日中、片側一車線の道路で自動車を運転していたところ、そのとき走行していた車線と境を接する歩道に、歩行者がいるのを認めたとする。歩行者は、スーツを着た若い成人男性で、行為者が進行しているのと同じ方向に歩いている。歩道と車道のあいだは、ガードレール等で仕切られていないが、歩道が車道よりも一段高くなっていて、歩道と車道の境目は明確である。車道には、行為者の前にもあとにも自動車が走っていて、交通量はそれなりにある。歩道は平坦で、ほかに人通りもなく、歩行者が歩道上の障害物や穴を避けようとして車道に出てくることも考えられない。この場合、通常の運転者であれば、歩行者がいきなり自分の前に飛び出してくることはないと信頼して、走行してよいであろう。この状況で、歩行者が飛び出してくることは予測できないから、それにより事故が発生することは予見不可能である。

しかし、その行為者は、特に動体視力に恵まれていて、歩行者が（昼間なのに）ひどく酔っ払っていること、そして、それにより歩行者の足がもつれていることに気づいたとする。そのもつれ方は、転倒して歩道から車道に転落することを窺わせる状態で、その状態を前提にすると、歩行者が自分の前にいきなり飛び出してくることも予想できるとしよう。

この場合でも、（前記の行為者は、その優れた動体視力により認識できたが）通常の運転者は、歩行者が酔っ払っていることを認識できない。したがって、通常の運転者は、道路の状態や自動車の交通量、歩行者が子供や老人でないことなどから、歩行者がいきなり飛び出してこないことを信頼してよいし、それを信頼して走行したのであれば、たとえ歩行者がいきなり飛び出してきて、事故になったとしても、予見可能性が否定されるであろう<sup>(21)</sup>。

(20) 高山・前掲注(2)348頁は、あてはめの錯誤でも免責すべき場合があるとした上で、「過失犯において、『認識ある過失』に見える場合でも『信頼の原則』に従って予見可能性が否定されうるように、ここでも行為者の一定の信頼は保護しなければならない」とする。ただし、松原・前掲注(10)53頁のように、過失の問題と違法性を意識する可能性の問題とは、「質を異にする」という理解もある。

しかし、そうだととしても、前記の行為者について、これと同じように考えることはできない。この行為者のように、歩行者が酔っ払っていることや、車道に飛び出してきかねない状態であることを、たまたま認識できたのであれば、そのまま何も対策をとらずに走行するのが事故に発展しかねないことは予見可能である。そうだとすると、この行為者については、少なくとも事故の予見可能性を否定することはできないだろう<sup>(22)</sup>。

では、この場合、行為者が事故を避けるために自己流の努力を行ったとすると、それで結論が変わるであろうか。たとえば、ここでは、前記のような歩行者の状態を前提にして考えると（急な飛び出しを防止する有効な手だてがないため）急な飛び出しがあっても安全といえるところまで自動車の速度を落とさない限り事故の予見可能性がなくなるとしよう。しかし、行為者は、その同じ状態を認識して、歩行者に聞こえるようにクラクションを鳴らしてやれば（歩行者が目覚ますから飛び出しを防止できると思込み）事故にならないと考えたとする。そして、その結果、行為者は、クラクションを鳴らしただけで、速度を保ったまま歩行者のわきを通過しようとしたとしよう。

この場合でも、行為者が、事故を回避しようとして行為者なりの努力を行ったことは否定できない。しかし、たとえ行為者が、自分ではそれで事故が起らないと思っていたとしても、前記のような歩行者の状態を認識しながら、安全なところまでスピードを落とさずに歩行者のわきを通過しようとしたとすると、行為者に事故の予見可能性があったことは依然否定できない。それゆえ、そのまま走行して飛び出してきた歩行者をはねたという場合は、その責任を免れないであろう。

そうだとすると、努力の適切さは、予見可能性を失わせるのに適切か否かで決まるということになる。自己流の努力がそれに満たないものであれば、その努力に向けた行為者の負担がどれほど大きくても、意味のある努力とは

(21) 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年）274-275頁など。

(22) 堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（2004年）131頁。

いえないわけである。たとえば、前記の事例において、行為者がクラクションの代わりに窓から叫んで歩行者の注意を喚起しようとしたとしよう。行為者が、力いっぱい叫んでも、そのままスピードを緩めず走行して、飛び出してきた歩行者をはねたら、行為者は免責されない。この場合、たとえ行為者の努力が、声の限りを尽くし、のどから血が出るほど叫ぶというものであったとしても（それにより、実は歌手であった行為者が、自らの職業生命を絶たれるほどの犠牲を払ったとしても）、行為者が事故を避けるために努力したから免責されるということはない。

(5) このように考えると、行為者は、歩行者の異常な状態にたまたま気づいたがために、処罰されるということになる。そうすると、通常の運転者なら、状況を信頼しただけで免責されるにもかかわらず、より多くの注意を払ったがために、処罰されるということになるから、その結論は、均衡を欠くのでないかという疑問もありえよう<sup>(23)</sup>。

しかし、通常の運転者よりも注意を払った行為者が、そのまま走行すれば歩行者を死亡させることを認識したにもかかわらず、そのまま走行して（認識したとおりに）歩行者を死亡させた場合、殺人罪が成立する<sup>(24)</sup>。この場合に、通常の運転者なら歩行者の隠れた異変には気づかず事故を起こし、なおかつその責任は問われないという仮定を持ち出しても、それは、行為者を免責する根拠にはならない。歩行者の隠れた異変に気づかないで事故を起こすことがやむを得ないとしても、その異変に気づいていた行為者には、その異変があることを前提とした対応が求められる。そうだとすると、通常の運転者よりも注意を払い、歩行者の異変を把握したときは、その異変を前提に、事故を回避するための注意を求めるべきであろう<sup>(25)</sup>。

(23) 松原・前掲注(10)76-77頁参照。

(24) Vgl. Claus Roxin, ZStW 116 (2004), S.943. 「生命の保護は刑法の第一の任務であるところ、容易に回避し得る完全に無価値な故意の殺人を許すことにはいかなる利益があるのであろうか」(=松原芳博「クラウス・ロクシン『法益保護と個人の自由との狭間における刑事不法』」早稲田法学80巻4号(2005年)266頁)。

(25) 高橋・前掲注(15)219-222頁、堀内・前掲注(22)128-129頁、西田・前掲注(21)269-270頁等参照。

そして、そのとき、行為者が行為者なりに事故を回避するための行為を行ったとしても、その努力が事故の予見可能性を失わせるものでなければ、行為者は責任を免れないと考えられる。前記の場合に、クラクションを鳴らし、あるいは声で注意を喚起しようとしたことが、事故の予見可能性を失わせないのであれば、その状態で、そのまま通り抜けようとしたことは、事故を回避するという観点からは、不注意にほかならない。したがって、行為者自身が、音による注意喚起のためいかに「努力」したとしても、それは、行為者の処罰を否定する根拠にならないわけである。

(6) これらの点は、違法性の錯誤で、違法性を意識する可能性を考えると、同じようにいえると思われる。

もともと、違法性を意識する可能性が、初めから全然ないときは、「努力」はまったく問題にならない。逆に、行為者自身が違法行為を避けるためのつもりで行っている「努力」が見当違いのものであれば、どれほど「努力」しても、違法性を意識する可能性がなくなるといえることもある。その意味で、違法性を意識する可能性が問題になっているときに、これを、違法行為を避けるための「努力」という観点から考えることには、注意を要する。すなわち、「努力」の独り歩きを許してはならないということである。

ここで問題なのは、違法性を意識する可能性の程度であって、違法行為を避けるためにおこなった「努力」の程度ではない。行為者が何らかの情報を信じたことにより違法性の錯誤に陥ったのであれば、その、行為者が実際に信じた情報を行為の時点で疑うことの困難さが、違法性を意識する可能性の程度を基礎づけると考えられる。信頼に値する情報を信じて違法性の錯誤に陥ったのであれば、その信頼可能性からみて、当該情報を疑えというのは無理であるから、違法性の錯誤に陥ったこともやむを得ないといえるだろう。このような場合には、違法性の錯誤に相当の理由があるということができる。

このように考えると、ここで問題にしている違法性の錯誤の場合、相当の理由を認めるに足りる行為者の「努力」とは、信頼に値する情報を信じて違法性の錯誤に陥るまでの努力だということになる（これは、行為者の側から

みると、信頼に値する情報を信じて違法の疑いを払拭するまでの努力ということもできる<sup>(26)</sup>。もしも信頼に値する情報を信じて違法性の錯誤に陥ったのであれば、たとえ何も「努力」しなくても、違法性を意識する可能性はない。これに対し、信頼に値する情報を信じて違法性の錯誤に陥ったのでなければ、あらゆる犠牲を払い、「努力」の限りを尽くしたとしても、それは見当違いの努力であり、相当の理由にはなりえない。そして、このような理解からは、行為者の信じたものが信頼に値する情報だったか否かを問う第一の観点と、違法行為を避けるために適切な「努力」を行ったかを問う第二の観点は、結論において重なり合うと考えられる<sup>(27)</sup>。

たしかに、この事案で被告人に対して示された警察の回答には、いかにも正しそうな外観がある。したがって、被告人がそれを信じてしまったとするならば、行為のときそれ以外に何か考慮すべき情報があったというのでもない限り、その回答を疑って立ち止まるための手掛かりは皆無である。しかし、この事案では、被告人自身が警察の回答に誤りがあると感じたことによつて、警察の回答にもかかわらず、自己の行為の法的許容性を疑って立ち止まるための手掛かりが、与えられていたといえる。

仮に被告人が警察の回答を信じたのであれば、被告人には行為の法的許容性を疑う手掛かりがないのだから、疑いを否定する際に必要な注意を払ったかということは問題にならない。しかし、被告人にその手掛かりが与えられていたのであれば、疑いを否定する際には必要な注意を払わなければならない<sup>(28)</sup>。

(26) 違法性の錯誤に陥るまでの努力ということ、やや奇妙に聞こえるかもしれないが、違法の疑いを払拭したというときに、その行為が実際にも違法でなかったら、違法性の錯誤や相当の理由が問題になることはない。一方で、実際には違法であるにもかかわらず、その疑いを払拭してしまったら、それは違法性の錯誤に陥ったことを意味する。いずれにしても、行為者の側からみると、信頼に値する情報を信じて違法の疑いを払拭するまで努力しなければならないわけであるが、相当の理由を認めるためということであろうと、そのような情報を信じて違法性の錯誤に陥るまで努力しなければならないということになるのである。

(27) 高山・前掲注(2)330頁も参照。

このことは、被告人に与えられていた手掛かりが、被告人自身の通常人より慎重な態度の結果得られたものだったとしても変わらない。ここで問題になっているのは、あくまでも行為の時点で、違法性を意識する可能性があったかということだからである。たとえ事前にどれほど多くの注意を払っていたとしても、実際に手掛かりを有していた行為の時点で、注意を払わずに違法性を意識しなかったのであれば、その時点で本来払われるべきだった注意を払うことにより、被告人は違法性を意識できたといえる。そうだとすると、この場合も、行為の時点では被告人に違法性を意識する可能性があったことを否定できないだろう。たとえ事前に通常より多くの注意を払って疑いに達したとしても、だからといって、そのあとは不注意でその疑いを否定しても許されるとか、自己の行為の法的許容性を軽信してもよいということにはならないわけである<sup>(29)</sup>。

## 2 公権力の落ち度と相当の理由

(1) 本稿の冒頭で示したように、公権力の回答を信じたことによる違法性

(28) たとえば、認識ある過失については、「いったん結果の発生を予見しながらも、不注意により、後になってこれを打ち消したもの」といわれている。曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）176頁参照。したがって、ここで過失とされているのは、いったん認識したことを否定する際の不注意だということになるだろう。

(29) たとえば、同居人Aを殺したいと思うほど憎悪しているXが、自宅で一過性の精神障害に陥り責任能力に問題ある状態になったとする。その結果、Xは、責任能力に問題ある状態でAを殺害することもあり得たが、そのときは、通常人より強固な規範意識を発揮してAに対する憎悪を抑制したとしよう。ところが、そのXが、精神障害から回復したあとになって、やはり憎悪の感情からAを殺害したとする。この場合、もしも責任能力に問題ある時点でAを殺害していれば、Xは完全な責任を問われない。また、その後XがAを殺害したのは、そのときAがまだ生きていたからであるが、そのときAが生きていたのは、その前の時点でXが通常人より強固な規範意識を発揮してAの殺害を思いとどまったからである。しかし、だからといって、精神障害から回復したXがAを殺害しても完全な責任を問うのが不均衡だということにはならないだろう。ある時点でX自身が通常人より強固な規範意識を発揮した結果であろうと、Aが生き残ったのであれば、その後のXに対しては、Aが生きていることを前提にした規範意識が求められる。この意味で、刑事責任は、「前払い」することができない性質のものであるように思われる。

の錯誤で、相当の理由があるか否かを判断する際には、3つの観点が考えられる。第一は、行為者の信じたものが、信頼に値する情報だったか否かを問う観点である。そして、第二は、行為者が、違法行為を回避するために適切な「努力」を行ったか、という形で考える観点である。ただ、これらを前提にした場合、前記1で検討したように、前掲大阪高裁判決の事案で相当の理由を認めることは難しいと思われる。

これに対し、大阪高裁は、当該事案で相当の理由を認め、「これと異なる見解をとることは、被告人に対して……不十分な指導しかしなかった捜査機関自身の落ち度を、その指導内容を上回る実践をした被告人に……転嫁することにほかならず」社会的正義の観点から許容できないとする。このように、刑罰権を行使しようとしている公権力自身の落ち度という観点から考えると、被告人が違法性を意識する可能性自体は否定できなくても、なお違法性の錯誤に相当の理由を認めるという理解が生じ得る。たしかに、被告人には違法性を意識する可能性があったかもしれない。しかし、被告人は、銃刀法の水準を満たそうとして真摯にその方法を尋ね、そのみならず、公権力の回答に隠れていた問題点を補おうとする努力さえ行っている。そうだとすると、もともと被告人に不適切な回答しか与えなかった公権力が、そこまで行った被告人を非難するのは、筋違いではないかというわけである。

たとえば、次の文献が、前記の大阪高裁判決を支持するのは、この趣旨とみることができるかもしれない。

「行為者が違法行為を避けるために公的機関の指示に従って行為した場合には、公的機関が後からそれを処罰するというのは矛盾である。…  
…本判決も、被告人の錯誤がやむを得ないものではないとするならば、  
『警察内部の公的な基準に基づいて、客観的には不十分な指導しかしなかった捜査機関自身の落ち度を、その指導内容を上回る実践をした被告人に、刑事責任という重大な不利益を負わせるという形で転嫁することにほかならず』ないと指摘しており、正当である。<sup>(30)</sup>」

同判決に対するもの以外にも、違法性の錯誤に関する文献には、錯誤に相当の理由があると行為者が免責されるのはなぜかという点について、この観点から説明しようとする理解が少なくない。

「……法令に関して公的機関の提供する情報については、一般市民はこれを唯一の情報源として信頼することも許されるであろうし、公的機関の判断に従ったときに、同じ国がそれでもその者を処罰するのは不公正であるといえる。<sup>(31)</sup>」

この「矛盾」ないし「不公正」が許されないことについては、公権力が国民に対し法を周知徹底させる任務を負うとして、その根拠を示そうとするものもある。

「……国家は法を国民に周知徹底させ、また法の解釈について正確な見解を国民に示す任務を有しているのであるから、かりに国家がこの任務を怠り、あるいは最初の見解を翻して処罰するようなことがあれば、それは許されないことである……。これは、行為者が違法性の意識を欠いたことについて相当の理由がある場合であって、このような場合には違法性の意識の可能性がなかったということになる。<sup>(32)</sup>」

さらに、次の文献にある「国家の側」の「行為者を非難するのが適当でない事情」というのも、この「矛盾」を指すと考えてよいであろう。

「学説の多数は、故意犯の成立には違法性の認識可能性が必要でありそれで足る、としている。責任非難の限界は自己の行為を違法と認識し

(30) 南・前掲注(1)桃山法学15号395-396頁（傍点は引用者）。

(31) 井田良『講義刑法学・総論』（2008年）379頁（傍点は引用者）。

(32) 曾根・前掲注(6)220頁。もっとも、現行憲法における三権分立原則との関係で、この「任務」に限界があると考えられることについては、本文(5)参照。

えたことにあるとってよいから、この立場が妥当であろう。……

このような見解を採った場合には、違法性の錯誤が何時避けえなかったものと認められるかが重要な問題になる。犯罪事実の認識は行為の社会的意味の認識を含むから、通常、行為の違法性の認識も可能であったはずであり、それにも拘らず違法性を認識することができなかったというのは、例外的な特殊事情があった場合に限られることになる。実際的には、法的非難は国家的非難であることから、国家の側に行為者を非難するのが適当でない事情が認められる場合がこれに当たることになる。その主たる例は、行為者が当該事項につき権限ある国家機関の判断に従って行動したところ、その国家機関の判断が誤っていた場合である。これには、所轄の行政官庁の判断に従った場合、裁判所の判断である判例に従った場合などが考えられる。<sup>(33)</sup>」

この「国家の側」の「事情」を、端的に、公権力の側の「行為者を非難する資格」の問題だとする文献もある。

「……処罰する国家の側において行為者を非難する資格を自ら失っているような場合には、非難の条件がなく、責任を阻却すべきである。実はこの帰結は、戦前の下級審判例によっても認められていた。すなわち、行為者が、行政機関による指示等を信頼して行動した場合には、たとえ事後的にその指示が不適切なものであったことが判明しても、行為者の違法性の錯誤には『相当の理由』があるとして無罪とされたのである。国家法秩序の側で、行為者から『法に従った動機づけ』のための手段を奪っている場合には、国家には非難する資格がなく、行為者には非難されるいわれがない。<sup>(34)</sup>」

(33) 中森喜彦「錯誤論3・完」法教108号（1989年）44頁（傍点は引用者）。

(34) 高山・前掲注(2)329頁（傍点は引用者）。

「国家は、行為者が適切に照会しさえすれば正しい法情報を入手し得るような環境を整えなければならない。それゆえ、これもまた、国民が『法を知る』ことに関して国家に課せられるべき負担なのである。国家の側が法を知るための機会を奪っている場合には、国家が行為者を非難することは許されない。<sup>(35)</sup>」

このような観点から行為者の免責が考えられるのは、多くの場合、違法性の錯誤に相当の理由があるか否かを判断する場面である。しかし、この観点に、理論的な基礎があるなら、違法性の錯誤以外の議論でも、それは同じと考えることができるかもしれない。

「……国家の側の事情と行為者の側の事情を衡量し、合理的な期待が可能な範囲内においてのみ違法性の認識が獲得しえたとの判断を下すべきである。期待可能性は、期待する国家と期待される行為者との緊張関係をふまえ、当該犯行を思いとどまることへの国家の期待を考慮して判断されるべきであるが、それは、違法性の認識の獲得『可能性』、および、責任能力判断における認識・制御『可能性』の判断でも同じなのである。<sup>(36)</sup>」

(2) それでは、公権力の落ち度が違法行為を誘発したという場合、それが責任判断に影響を与えるだろうか。ここでは、まず、責任能力についてこれを考えてみよう。たとえば、精神障害を惹き起こすある薬物によって精神障害に陥った者が、その精神障害の状態では違法行為を行ったとして、その精神障害が公権力の不適切な対応に由来するものであったというときは、どうなるだろうか。

(35) 一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配(二・完)」関西大学法学論集54巻1号(2004年)97頁。

(36) 安田拓人「錯誤論(下)」法学教室274号(2003年)96頁。

薬物による精神障害が公権力の不適切な対応に由来する例としては、当該薬物の規制が公権力の不手際で遅れた場合が考えられる。そのようにして薬物が野放しになっているあいだに、行為者が（当該薬物の精神に対する作用を知らないで）服用し精神障害に陥ったとすると、その場合は、行為者が精神障害に陥ったことについて公権力の側に責任があるといえるであろう。薬害エイズ事件のようなケースを想定すれば、行為者自身が受けた「健康被害」について、国家賠償のような公権力の法的責任を認めることも可能だと思われる。

これに対して、同じように薬物で精神障害に陥った事案でも、行為者の行為のとき当該薬物に対する規制がなかったことについては、公権力の側に一切落ち度がないということも考えられる。たとえば、当該薬物の向精神作用が、当時は薬物の専門家にもまったく知られていなかったとすると、当時公権力がその薬物を規制していなかったとしても、それは、公権力の不適切な対応といえないだろう。

では、これらの場合に、責任能力の判断が変わるであろうか。それを検討するには、行為者が行った違法行為も、行為者の精神障害の程度や心理的能力の程度も同じだとして、前者の場合と後者の場合で、責任能力の判断が変わることがあり得るかを考えればよい。

責任能力の判断については、統合失調症と覚せい剤中毒を念頭において、「精神の障害が、いわば宿命的なものであるのか自ら招いたものであるのかによって、制御可能性を判断する際の規範的要求の寛厳が異なることは、認められてよい」とする指摘もある<sup>(37)</sup>。これは、「当為は可能性を前提にする」という命題の堅守を前提にした上で、衝動の制御をなし得る制御主体が残されている場合、前記の事情も考慮に入れて、「その主体にどこまでの厳しい要求をなしうるか、また、なすべきか」を判断するということである<sup>(38)</sup>。したがって、これは、行為者の側の落ち度が責任能力の判断で考慮されるという

<sup>(37)</sup> 安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断』（2006年）132頁。

<sup>(38)</sup> 安田・前掲注<sup>(37)</sup>132-133頁。

ことだと思われるが、前記のように行為者の側には落ち度がなかったというときでも、公権力の側に落ち度があるか否かで責任能力の判断が変わることを認める趣旨かは、明らかでない。たとえば、責任能力の判断でも、「合理的」な期待の範囲を定める際に「国家の側の事情と行為者の側の事情」を「衡量」すべきだとすると<sup>(39)</sup>、責任能力の判断で公権力の側の落ち度を考慮して「要求」の水準が変化することを認める余地もあるかもしれない。

しかし、そのように考えると、行為者の側の事情には何も違いがないのに、服用した薬物がたまたま違ったというだけで、一方は処罰され他方は免責されるということになる。同じ違法行為、精神障害、心理的能力でも、ある行為者は、使った薬物が、薬物の専門家にも向精神作用が知られていなかったということで処罰されるのに対し、同時に隣の法廷で審理を受けている別の行為者は、たまたま使った薬が違ったため、あとになって発覚した公権力の不手際に付け込んで処罰を免れることができるわけである。そうだとすると、その判断が「合理的」かは、一応考えてみる必要があると思われる。

刑法上の責任は、いったん違法行為が行われてしまうと、適法行為を求める法の期待に反して行為者が違法行為に出たことを非難するという形で現れる<sup>(40)</sup>。しかし、これは、いい方を換えると、行為の時点では、法が行為者に適法行為を求めるという形で現れているということである。この要求は、もちろん、行為者がそれに応じなければ処罰するというように、処罰を背景にした強力なものであるが、もともと刑法は、行為者がその要求に従うことによって、法益が保護されることを予定している。そうだとすると、行為のとき行為者に適法行為を求めるのは、刑法の法益保護作用そのものであるといってもよいであろう<sup>(41)</sup>。

(39) 本文(1)で引用した安田・前掲注3696頁を参照。

(40) たとえば、西田・前掲注(2)206頁をみると、「有責性とは、他の適法な行為をすることが期待できたのに……違法行為をしたことに対する法的非難である」とされている。

(41) たとえば、西田・前掲注(2)206頁をみると、「刑法は法益保護の見地から一定の行為を禁止・命令し、その違反に刑罰の制裁を予告・実行することにより国民が犯罪を犯さないように動機づけるものである」とされている。

もちろん、精神障害に陥った行為者の弁識能力・制御能力そのものに問題があって、違法行為を避けることができない場合は、行為者に適法行為を求めることができない。したがって、前記のような形による法益の保護をすべての場合に貫くことはできない。しかし、行為者の責任能力を否定するということは、行為の時点でみれば、公権力がその行為者に違法行為を避けるよう求めているという意を意味する。そして、これは、その限度で、国民が行為者による法益侵害から保護されないということにほかならない。

そうだとするなら、精神障害に陥った行為者の、弁識能力・制御能力そのものをみて無理な要求でない限り、公権力の不適切な対応が行為者の違法行為を誘発したとしても、公権力は行為者に適法行為を求め続けるべきであろう。たしかに、公権力は、保健衛生上必要な規制を実施し、国民を薬物による健康被害から守る任務を負っている。しかし、公権力は、行為時の行為者に対して、構成要件に該当する違法行為を避けるよう求め、それを通じて、国民を行為者による法益侵害から守る任務も負っている。

もちろん、公権力が、保健衛生行政における失敗を取り戻そうとして、行為者に通常よりも過酷な要求を行うということであれば、それは許すべきではない。しかし、逆に、保健衛生行政で失敗したからといって、それとは別に負っている法益保護の任務まで放棄すべきだということにもならないだろう。もともと違法行為を避けることに関する行為者への要求は、公権力自身のためではなく、潜在的な被害者のために行われるものである<sup>(42)</sup>。そして、その要求水準を下げるとすれば、それは、その限度で被害者の法益保護を犠牲にすることを意味する。そうだとするなら、違法行為を避けることに関する行為者への要求は、公権力が自らの不適切な対応でその違法行為を誘発したという場合でも、原則としてほかの場合と同じように行われなければならない

(42) このことは、銃刀法の犯罪類型のように、直接的な被害者を想定していないものでも変わらない。同法は、銃砲、刀剣類等の所持、使用等に関する「危害」予防上必要な規制を行うものであるから（同法1条）、同法の処罰規定との関係で行為者に向けられる適法行為の要求は、同法の規制が守られないことで銃砲等の「危害」を被ることになる不特定多数の被害者のためと考えられるであろう。

ない。

同じことは、期待可能性の判断でも考えることができる。たとえば、恐喝的手段による収賄の場合、公務員の側に、贈賄者の賄賂供与を誘発する不適切な行為があったとしても、それだけで賄賂を供与した側に贈賄罪が成立しないと考えることはできないだろう<sup>(43)</sup>。もちろん、恐喝的手段が用いられた結果、贈賄側に期待可能性が欠如したといえれば、責任阻却を認めることは可能であるが、行為者の違法行為を誘発したのが公権力だから、同じ公権力がそれを非難するのは不公正であるという論理はあまりみられない。すなわち、贈賄者の賄賂供与を誘発したのが公権力だったから、(同じ行為を私人が誘発した場合に比べて)責任阻却を広く認めるべきだということにはならないわけである<sup>(44)</sup>。

期待可能性の欠如が問題になる、より一般的な事例でも、これは同じように考えられる。たとえば、不況下で「困窮せる失業者の妻が餓へた子供達に與へる爲めに店頭のパニー魂を盗んだ<sup>(45)</sup>」としよう。この事例でも、行為者の経済的困窮を惹き起こした不況の原因が、自国の政府による経済政策の失敗ということもあれば、それ以外の原因ということもあるだろう。前者の場合、行為者を経済的困窮に陥れて違法行為を行わせたのは、もとを正せば行為者を処罰しようとしている公権力の不適切な対応だが、後者の場合、自国の政府ではどうしようもない原因ということもあると思われる。

しかし、仮に行為者が同じ違法行為を行い、行為の時点における経済的困窮の程度もそれ以外の状況もまったく同じだったとすると、不況が公権力の

(43) 最決昭和39年12月8日刑集18巻10号952頁。

(44) 大谷實『刑法講義各論〔新版第3版〕』(2009年)624-625頁、川端博『刑法各論講義〔第2版〕』(2010年)764頁、曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』(2012年)323頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』(2010年)622頁など。なお、中森喜彦『刑法各論〔第3版〕』(2011年)278頁注(73)や、西田典之『刑法各論〔第6版〕』(2012年)499頁は、贈賄罪の成立を疑問とするが、これらも、行為者が「被害者」であることや「喝取されること……を禁止することは不合理である」ことをその根拠としており、行為者の行為を誘発したのが公権力であることを根拠とするものではない。

(45) 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』(1947年)6-7頁。

不適切な対応に基づくもの場合は期待可能性の欠如による責任阻却を肯定するが、そうでない場合は責任阻却を否定する、ということは、認めるべきではない<sup>(46)</sup>。

(3) たしかに公権力は、適切な対応をとることによって「行為者が自ら違法行為を避けられるようにしておく」任務を負うかもしれない。しかし、違法行為を避けられない状態におかれた行為者が違法行為を行ってしまったという場合に、公権力がそれを非難できないのは、公権力が自らの任務を果たさないのに、行為者を非難するのが不公正だからではない。この場合に、行為者を非難できないのは、行為者が違法行為を避けることのできない状態にあるのに、公権力がそのできないことを行為者に要求したり、それができなかったと行って行為者に害悪（＝刑罰）を加えたりするのが不公正だからである。

自由な市民社会では、すべての市民に、刑罰とは無縁な生活を選ぶ自由が保障されていなければならない<sup>(47)</sup>。そして、違法行為を避けることができない状態にある者が違法行為を行ったときまで処罰すると、その者は刑罰を避けることができないから、そのときは（前記の自由保障のために）刑事責任を通じた法益の保護が後退するのもやむを得ないだろう。たとえ違法行為が行われても、それが避けることのできない状態で行われたものなら、刑事責任を問われないことが保障されていなければならないというわけである。

しかし、公権力が法益の保護を犠牲にしてでも市民に保障しなければならないのは、避けることのできない状態で行われた違法行為の責任を問わない

(46) 期待可能性の判断における国家標準説については、たとえば、佐伯・前掲注(45)327-342頁参照。同書で「期待する主體としての國家と期待される相手方としての國民とが與へられた行為事情の下に於て示すところの緊張關係」(339頁)といわれているのは、その時代における國家の價值觀や置かれた狀況が期待可能性の判断にも影響を与えるということ、そのために同一の時代でも國家が重視する価値との関係では期待可能性の基準が厳しくなることがあり、また、その基準は時代とともに変化するということであるから、本文で論じたように、個々の行為について、公権力に落ち度があると期待可能性の基準が緩むということまで当然に含んでいるものではない。

(47) 高山・前掲注(2)269頁（＝「国家刑罰権からの市民の自由保障」）参照。

という点であり、その（違法行為を避けることのできない）状態自体が公権力の任務懈怠に端を発したのか、それともそれ以外の原因によるかは、この保障とは関係ない。この自由保障との関係では、できもしないことを要求し、それができなかつたといって非難することが、許されないのであって、それができない状態に陥った原因が、公権力の任務懈怠なのか、公権力にとってどうしようもない事情だったのかは、重要でないということである。

このように、違法行為を避けることができない場合は、刑罰と無縁な生活を選ぶ自由を保障するために、責任が否定されなければならない。しかし、行為者の責任は、本来、潜在的な被害者の保護のためにあるのだから、その、潜在的な被害者の保護を犠牲にしてでも追求すべき利益がある場合に限り、責任を否定すべきであろう。したがって、公権力の側に不適切な対応がある場合も、それだけで行為者の責任を否定すべきではなく、公権力の不適切な対応を根拠にして行為者の責任を問わないことが、いかなる意味を持ち得るのかということを考えるべきだと思われる。

たとえば、刑訴法の領域では、おとり捜査を一定の範囲で違法とする「罠の理論」が認められている。捜査官Xが一般人Yを検挙するためYに犯罪の実行を教唆したとしよう。このとき、もともとYの側に、機会さえあれば犯罪を実行しようという意思があり、Xの教唆が具体的な犯行の決意に至る機会の提供に過ぎなかつたのであれば、捜査機関の教唆で決意に至り犯罪を実行したとしても、Yはその犯罪に基づく訴追を免れない。しかし、YがXの教唆で初めて犯罪の実行を考えたのであれば、それは、その時点まで、Yが善良な一般市民だったことを意味する。そうすると、善良な一般市民をわなにかけて犯罪者を作り出した捜査機関が、わなにかけられた者を訴追することは許されない。

このように、おとり捜査が許されるか否かについては、機会提供型と犯意誘発型に分類し、犯意誘発型については、違法とするのが一般であるが<sup>(48)</sup>、そうすると、犯意誘発型の場合、Yが犯罪を実行したことそれ自体は事実であるにもかかわらず、公権力の不適切な対応を根拠にして、その刑事責任追

及が断念されるということになる<sup>(49)</sup>。このような結論を認めることには、いかなる意味があるのだろうか。

まず、畏の理論が問題になる場合であるが、この場合、公権力の不適切な対応は、「行為者を処罰するために」行われているのが特徴的である。このような場合、公権力の側が不適切な対応によって得ようとした成果を剥奪し、不適切な対応を選択してもその目的を達成できないようにしておくということには、公権力により将来類似の行為が行われるのを抑止するという点で、大きな意味があるといえるだろう。

公権力が行為者を処罰するために不適切な対応を選択した場合、結果として行為者を処罰してしまえば、公権力にそれを繰り返す動機を与えることになる。逆からいうと、このような場合は、行為者を処罰しないことが、公権力に不適切な対応を選ばせる動機を失わせ、その抑止につながる。この抑止効は、抑止される公権力の対応が悪質であれば悪質であるほど、国民の権利・利益を守る手段としての価値を増すから、その対応が悪質であれば、行為者の刑事責任追及で得ようとしているものを犠牲にしてでも、その対応に対する抑止効を追求すべき場合があるだろう<sup>(50)</sup>。

このような理解によると、わなにかけられる国民の権利・利益を守るため、抑止の必要性が高い犯意誘発型のおとり捜査については、行為者の責任追及を断念すべきだということになる。

しかし、わが国では、この問題が、もっぱら刑法の領域で考えられ、刑

(48) 後藤昭「判批」井上正仁ほか編『別冊ジュリスト No.203刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』(2011年)26-27頁。多和田隆史「判批」財団法人法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇(平成16年度)』(2007年)292頁は、機会提供型と犯意誘発型に分ける理解を「二分説」と呼び(269頁)、最決平成16年7月12日刑集58巻5号333頁を、「これまで二分説的な発想で適否の判断を積み重ねてきた下級審裁判例の方向性を基本的に是認する……もの」と位置付ける。

(49) 具体的な処理の仕方として、学説上は、公訴棄却、免訴、証拠排除など、さまざまな可能性が指摘されている(後藤・前掲注(48)27頁参照)。

(50) 多和田・前掲注(48)287頁は、違法なおとり捜査の訴訟法的な効果をどのように考えるかについて、政策的な証拠の許容性の問題とみるべきであり、「違法捜査抑制の見地から」事案に応じ、違法収集証拠排除の法則により妥当な解決を図っていくのが実際の、現実的であるとする。

法で論じられることはない<sup>(51)</sup>。おとり捜査の場合、刑法では、正犯Yに犯罪を執行させた教唆者Xの罪責が問題にされる。すなわち、「未遂の教唆」との関連で、いわゆるアジャン・プロヴォカトゥールについて、教唆者Xの罪責が議論され、墮落説を前提にすると教唆犯が成立するが、惹起説を前提にすると教唆者には故意がないから教唆犯が成立しないといわれる<sup>(52)</sup>。そして、その際、正犯Yについては、(機会提供型・犯意誘発型を問わず)犯罪の成立が否定されるという議論はみられない(むしろ、故意がある正犯Yについては、犯罪の成立が当然と考えられているようである<sup>(53)</sup>)。

刑法理論と刑訴法理論のあいだにこのような差が生じた原因は、1つには、刑法と刑訴法の歴史があるだろう。罣の理論は、もともとアメリカ法で発展した理論であり、わが国の刑訴法が戦後アメリカ法の影響を強く受けるようになって、わが国でも受け入れられるようになったという背景がある<sup>(54)</sup>。しかし、そのような経緯によるとはいえ、犯意誘発型のおとり捜査については、刑訴法の領域で罣の理論を認めるのが、現在では一般である。そうだとすると、この問題について、刑法の領域で重ねて同じことをする必要はないだろう。

(4) では、前記(2)で述べた責任能力や期待可能性の場合、公権力に落ち度があったことに注目して行為者の責任を否定することには、いかなる意味があるだろうか。

まず、公権力が薬物規制を怠った場合、その薬物による精神障害で違法行為を行ったという行為者を罰したからといって、公権力がそれを繰り返そうと考えることはないだろう。また、公権力が有効な経済政策を怠った場合も、それにより経済的苦境に陥って違法行為を行ったという行為者を罰したところで、公権力がそれに味をしめて、再度経済政策を怠るということはないと

(51) 多和田・前掲注(48)286頁は、「おとり捜査が違法とされた場合でも、実体法的な被告人の刑責自体は否定できない」とし、最判昭和29年11月5日刑集8巻11号1715頁を犯意誘発型の判例と理解したとしても、「その判断は今日でも維持されるべき」とする。

(52) 高橋・前掲注(15)446頁、西田・前掲注(2)338-339頁など。

(53) 堀内・前掲注(22)269頁は、「この場合にも、犯人は未遂犯として処罰される」が、おとり捜査官には未遂の教唆が成立するかが問題になるとする。

(54) 下級審判例に罣の理論が浸透していった背景については、後藤・前掲注(48)26-27頁参照。

思われる。おとり捜査の場合は、公権力の側の動機が処罰であるから、処罰の排除は動機の排除を意味する。しかし、薬物規制の懈怠や経済政策の失敗では、処罰を排除しても公権力の側の動機はなくなる。

もちろん、薬物規制や経済政策の場合も、不適切な対応ゆえに行為者の責任が否定されれば、公権力はそれを回避するために努力するから、公権力に適切な対応を求める作用を有すると考えることもできる。しかし、おとり捜査の場合と異なり、この場合は不適切な対応をとる部門と免責の影響を受ける部門がまったく別である。そうだとすると、この場合、おとり捜査の場合ほどの効果は期待できないだろう。

さらに、行為者の責任は本来潜在的な被害者のためのものであるから、行為者の責任を否定したときに直接不利益を被るのは、公権力ではなく、むしろ潜在的な被害者である。おとり捜査の場合、処罰の排除は、動機の排除という形で公権力に対し直接作用するが、薬物規制や経済政策の場合、行為者の責任を否定することは、潜在的な被害者の不利益を介してしか公権力に作用しない。そうだとすると、それは、ただ潜在的な被害者を人質にとって公権力に薬物規制や経済政策を促していることを意味する。

しかし、このように、無関係な人々に被害が及ぶと脅して公権力の対応を正そうというのは、テロリストの論理であろう。もともとこれらの政策課題については、公権力に適切な対応を求めるための民主的な手続があるし、公権力に不手際があったときその（法的・政治的な）責任を追及する手段も用意されている<sup>(55)</sup>。前記のように、行為者の責任を否定することが公権力に直接働きかけるものでないことも考えると、この場合、潜在的な被害者の法益を危険にさらして公権力に働きかけるということは望ましくないと思われる。

このことは、違法性の錯誤について相当の理由の有無が問題になる場合でも、同じように考えられる。たしかに、公権力は「法を国民に周知徹底させ、また法の解釈について正確な見解を国民に示す任務」を有しているかもしれ

55) 刑法37条1項をみると、たとえ正当な目的のためでも、無関係な第三者を犠牲にするときは補充性を要求するのが刑法の基本姿勢であると考えられるかもしれない。

ない。しかし、公権力は、刑事責任を通じて行為者をコントロールし、それによって国民の法益を保護する任務も有している。すなわち、行為の違法性を意識することが可能な行為者に対し、違法行為を避けるよう求めることによって、潜在的な被害者を行為者の法益侵害から保護する任務を負っている。そうだとすると、公権力が法を周知する任務を怠ったからといって、直ちに法益を保護する任務まで怠るべきだということにはならない。行為者の責任を否定するなら、それは、その限度で法益保護を放棄することを意味するのだから、それにみあうだけの利益がなければならぬ。

しかし、公権力が行為者の照会に対し誤った回答を示すのは、おとり捜査の場合と違って、行為者を処罰するためではない<sup>(56)</sup>。公権力の誤った回答で違法性の錯誤に陥って違法行為を行ったという行為者の責任を否定しても、その不適切な対応の動機を排除できるわけではない。そうだとすると、この場合、公権力に落ち度があったとして行為者の責任を否定することに、根拠があるとは思われない。この場合は、行為者の責任を否定しても、公権力が不適切な対応を選ぶ動機を排除できるわけではないのだから、行為者の違法行為を誘発した不適切な対応が、公権力によるものであってもそれ以外であっても、相当の理由の判断は、同じ基準で行うべきである<sup>(57)</sup>。

(5) すでに述べたように、前掲大阪高裁判決の事案では、被告人が信じたものが信頼に値する情報だったかという観点や、違法行為を回避するために適切な努力を行ったかという観点から考えると、相当の理由を認めることはできない。これに対して、大阪高裁は、相当の理由を認めた上で、当該事案で相当の理由を否定することは、「被告人に対して……不十分な指導しかな

<sup>(56)</sup> なお、公権力が、行為者を処罰する目的で、法の解釈・適用に関する行為者の照会に対し意図的に誤った回答を示すという場合を、おとり捜査に分類してよいかはわからないが、仮にそのような場合であれば、おとり捜査の場合と同じように考えられるのは、もちろんである。

<sup>(57)</sup> 松原・前掲注(10)168頁は、判例において「私人の情報を信頼しても相当の理由がないとされるのは、私人から与えられる情報は、必ずしも絶対的に信頼されているとはいえないからであろう。したがって、情報提供者として信頼でき、かつその情報内容が信頼できる場合には免責をみとめてもよいと思われる」とする。

かった捜査機関自身の落ち度を、その指導内容を上回る実践をした被告人に……転嫁することに」ほかならないとする。

たしかに、行為者が公権力の回答を信頼して違法性の錯誤に陥り、違法行為を行ったという場合を考えると、行為者が公権力の回答通りの行為を行ってもそれが違法だったわけだから、公権力が「不十分な指導」しか行わなかったということができる。しかし、この場合に相当の理由が認められるのは、公権力が「不十分な指導」しか行わなかったからではなく、行為者が、外形的には信頼に値する公権力の回答を信じて違法性の錯誤に陥ったからではなかろうか。もしも公権力が「不十分な指導」しか行わなかったことが問題なのだとする、さらに進んで、公権力がまったく指導を行わなかった場合は、なおさら相当の理由が認められるということになりそうであるが、行為者の照会に対し、公権力がまったく回答を示さなかったというときに、行為者（自己の法解釈に基づいて）違法性の錯誤に陥ったとしても、それで相当の理由が認められるかは疑問である。

わが国では、2001年3月27日の閣議決定<sup>(58)</sup>を受け、「行政機関による法令適用事前確認手続」が導入された。これは、「民間企業等が、みずから予定する行為と特定の法令の規定との関係（いわゆる『あてはめ』）に関して事前に行政庁に照会を行ない、これに対して行政庁がその見解を表明した文書（ノーアクション・レター）により回答を行なうとともに、一定期間後その見解を公表する」という制度である<sup>(59)</sup>。一般には、ノーアクション・レター制度と

58) 「行政機関による法令適用事前確認手続の導入について」（平成13年3月27日閣議決定、平成16年3月19日閣議決定改正、平成19年6月22日閣議決定改正）。総務省トップページ（<http://www.soumu.go.jp/>）>組織案内>行政管理局>行政手続>（法令適用事前確認手続）このページに行く、あるいは、[http://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/gyoukan/kanri/kakunin/index.html](http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/gyoukan/kanri/kakunin/index.html)（いずれも2012年12月14日）。これによると、具体的実施方法等については、「本指針の範囲内で、各府省（その外局を含む。以下同じ。）において『細則』を定め、これを公表するものとする」とされている。この閣議決定を受けて、各府省で導入された制度の情報をまとめているページについても、前記のリンクを参照。

59) 笠井修・高山佳奈子「ノーアクション・レターに対する信頼と民・刑事責任（1）」NBL720号（2001年）6頁。

呼ばれている。

しかし、この制度では、「照会者からの照会に対し回答を行うことができない場合又は回答を行うことが適当でない場合」各府省は回答を行わないことができる。また、回答を行わない事案については、各府省が「その要件等を細則であらかじめ定めておかなければならない」が<sup>(60)</sup>、この制度が、いまだ「法律によって根拠づけられた制度」ではないことからすると<sup>(61)</sup>、この「細則」も、法規命令ではなく行政規則とみるべきであろう。そうだとすると、わが国の制度においては、あらかじめ「細則」で定めている限り、行為者の照会に対しても公権力は回答を拒否できるし<sup>(62)</sup>、また、たとえその「細則」に反する回答拒否が行われても、それが違法だということは基本的にないと考えられる。

このような仕組みになっていることは、公権力の「法を国民に周知徹底させ、また法の解釈について正確な見解を国民に示す任務」という観点からは不満も残るところであるが<sup>(63)</sup>、わが国の憲法が三権分立を採用していることを考えると、やむを得ない面もあると思われる。もともと司法には、立法権に対する侵害を避けるため、法律上の争訟を解決する場合に限って法の解釈・適用を行うことが求められており、法律上の争訟の解決を離れて行為者の照会に応じるわけにいかないという事情がある。したがって、行為者の照会に応じるのは、どうしても行政ということになるが、司法権の独立を守ることを考えると、行政の回答が司法の判断を拘束することは認められない。そうすると、必然的に、行為者の照会に応じるのは行政だが、その行政は、回答に最終的な責任を負えないということになる<sup>(64)</sup>。

行為者の照会に対して公権力が回答を拒否すると、行為者は、自分の行お

(60) 前掲注582-3頁 (= 3(3)「回答を行わない事案」) 参照。

(61) 笠井修・高山佳奈子「ノーアクション・レターに対する信頼と民・刑事責任(3・完)」NBL731号(2002年)60頁参照。

(62) ただし、前掲注583頁 (= 3(3)「回答を行わない事案」) によると、各府省は、回答を行わない場合、「照会者に対し、その理由を通知しなければならない」。

(63) 笠井修・高山佳奈子・前掲注(61)60頁も、不回答は「極力避け……」ことが望ましいとする。

うとしている行為が適法であるか否かを判断できなくなり、たとえ実際には適法であっても、事実上その行為を断念しなければならなくなる。これが、国民の行動の自由に対する制約であることは、いうまでもない。しかし、わが国の憲法が三権分立を採用しているのは、権力相互の抑制と均衡を通じて国民の権利保障を担保するためである<sup>(65)</sup>。そうだとすると、少なくとも前記のような事情から公権力が回答し得ない場合については、自由の制約も、三権分立の代償として国民に求められる、やむを得ない負担だと考えられるであろう<sup>(66)</sup>。

もっとも、これは、正当な理由があれば回答拒否もやむを得ないということであって、公権力の側に正当な理由がなければ、回答拒否を違法と考えることはできるかもしれない<sup>(67)</sup>。それゆえ、ここでは、行為者から照会を受けた公権力が、正当な理由なく、その回答を拒否した場合を考えてみよう。たとえば、行為者が、けん銃加工品の合法的な輸入方法を公権力に照会したのに、公権力が正当な理由なくその回答を拒否したとする。そこで、行為者は、自己の法解釈に従ってけん銃を加工し、違法性は失われたと信じて、それを輸入したとしよう。しかし、その輸入は、客観的には、けん銃部品輸入罪を

(64) 清水真「事前法令照会制度と経済刑法犯における違法性の錯誤」東亜法学論叢8号(2003年)13頁も参照。

(65) たとえば、高橋和之「権力分立」高橋和之・大石真編『ジュリスト増刊憲法の争点〔第3版〕』(1999年)14-15頁参照。

(66) この自由の制約も、ある意味では、委縮効果ということができるとは、もともと違法性の錯誤が問題になるのは、罪刑法定主義の明確性が充たされた処罰規定についてである(松原・前掲注(0)105-106頁参照)。罪刑法定主義の場合、規定の文言が不明確で、文言の意味を最も広く解したときにあり得る拡張解釈の限界も明らかでないということになれば、明確性を欠くということになるが、外枠が明確になっている文言の範囲内で、可能な解釈のいずれをとるかについて選択の余地があったとしても、明確性を欠くということにはならない。そうだとすると、そのような解釈の余地によって生じる委縮効果は、罪刑法定主義で要求される明確性との関係でも、許容されていると考えるべきであろう(萩原滋『刑法概要総論〔第2版〕』(2009年)27-28頁など参照)。本文で指摘した委縮効果も、違法性の錯誤に関する議論であるから、処罰規定が罪刑法定主義に反していないことを前提としており、外枠が明確になっている文言の範囲内で、複数の解釈が可能なることにより生じる委縮効果を想定している。

(67) 現行制度で違法性を肯定することはできないかもしれないが、少なくとも将来的には、そのような制度になることもあり得ないわけではないだろう。

構成するものだったとする。

この場合、公権力は、正当な理由なく、回答を拒否している。したがって、「法を国民に周知徹底させ、また法の解釈について正確な見解を国民に示す任務」を完全に怠っていると見えるであろう。公権力の側が主観的には誠実に対応しようとしてミスを犯し誤った回答を示してしまった場合に比べると、正当な理由がないことを初めから百も承知で面倒くさがって回答を拒否した場合の方が、公権力の対応としては悪質だといえるかもしれない。

いずれにしても、「法を国民に周知徹底させ、また法の解釈について正確な見解を国民に示す任務」との関係では、それは公権力の落ち度にほかならず、そうだとすると、前記の観点からみた場合、同じ公権力が行為者を処罰するのは、「不公正」ということになると思われる。公権力が自ら、法を守るための条件を奪っておきながら、法を守らなかったといって行為者を処罰するのは、「矛盾」だというわけである。

しかし、この例のように、公権力が回答しなかったのであれば、行為が違法である可能性が否定されていないことは行為者にとっても明白であるから、行為者は、行為を適法に行うため公権力に対しさらに回答を求めることもできるし、自分が行おうとしている行為が違法である可能性に思いを巡らせてその行為を断念することもできる<sup>(68)</sup>。それゆえ、たとえ公権力が再三の照会にも回答せず、その対応を、公権力の落ち度ということができるとしても、だからといって、行為者が自己の法解釈に従って行為しさえすればそれで免責されるということにはならないだろう。このような場合、行為者は、(違法である可能性を排除できない) 当該行為を断念した上で、行為者の照会に回答しなかったことを公権力の落ち度といえるなら、それについては、公権力の責任を追及すべきだということになるのではなかろうか。

このような形の責任追及を認める場合、(具体的には、おそらく国家賠償請

<sup>(68)</sup> ドイツでは、違法性の意識が未必的なものであっても、その「違法の可能性」の認識によってすでに、行為者に具体的な法的義務が届いており(長井長信『故意概念と錯誤論』(1998年)104頁)、「違法な」行為を行うかもしれないと思った場合、その行為をやめなければならないと考えるのが、判例・通説だという(山中・前掲注47659-660頁)。

求ということになるだろうが) 行為者が公権力の落ち度のため(やり方次第で) 適法に行うことができた行為を断念させられたといえれば、当該行為を行えなかったこと自体を損害と考えることができる。適法な行為を断念させられたのであれば、公権力の落ち度が行為者の行動の自由を侵害したということになるが、その自由の侵害については、公権力に対する責任追及という形で処理されるわけである。これに対して、当該行為が実際には適法に行う余地のまったくないものだったというとき、行為を断念させても行為者の自由を侵害したということとはできないが、行為者が公権力の落ち度のため行為を行うか否かの判断において本来は必要なかったはずの苦悩を強いられたといえれば、精神的損害を観念できるかもしれない。しかし、いずれにしても、公権力に落ち度があるなら、公権力に対する責任追及を認めるべきであり、行為者が自己の法解釈に従って行った違法行為を免責するというにはならない。そうだとすると、公権力が誤った回答を示し、行為者がそれに気づいた場合も、これは同じと思われる。

繰り返しになるが、行為者の照会に対し公権力が誤った回答を示したという場合であっても、行為者がそれを信じて違法性の錯誤に陥ったのであれば、公権力の回答はその時点では信頼に値するから、相当の理由を認めるべきである。行為者が信頼に値する情報によって行為の法的許容性を信じたとすれば、行為者からみてその法的許容性を疑うことはできない状況になったといえるから、行為者が行為の違法性に気づいて立ち止まるということは、もはや想定し得ない。

しかし、公権力が誤った回答を示したという場合であっても、公権力の回答に疑義があると気づいたのであれば、行為が違法である可能性が否定されていないことは行為者にとっても明白であるから、行為者は、行為に出る前に(その疑義の内容を示して)公権力に適切な回答を示すよう再度求めることもできるし、自分が行おうとしている行為が違法である可能性に思いを巡らせてその行為を断念することもできる。これは、行為者の照会に対し公権力がまったく回答を示さなかった場合と何ら変わらない。したがって、ここ

でも、仮に公権力の対応を公権力の落ち度ということができれば、行為者は、(違法である可能性を排除できない) 当該行為を断念した上で、その落ち度については、公権力の責任を追及すべきであると思われる。

もしも回答の疑義に気づいたのに、自己の法解釈を信じて違法性の錯誤に陥った行為者が免責されるなら、公権力が正当な理由なく回答を拒否した場合も、自己の法解釈を信じて違法性の錯誤に陥った行為者を免責すべきであろう<sup>(69)</sup>。しかし、誤った回答でも無回答でも、公権力の側に落ち度があり、しかも信頼に値する回答が得られなかったことを行為者が認識しているのであれば、その場合は、むしろ公権力に対する責任追及を認めるべきで、行為者が自己の個人的な法解釈を信じて違法行為を行うことまで許すべきではない。

たとえ公権力が「法を国民に周知徹底させ、また法の解釈について正確な見解を国民に示す任務を有している」としても、公権力は、それと同時に、行為者の刑事責任を通じて、国民の法益を守る任務を有している。もともと刑事責任は、前記(4)で述べたように、行為の時点では、違法性を意識することが可能な行為者に対して、違法行為を避けるよう求めるという形で現れる。これは、行為に出ようとしている行為者の意思に働きかけて、違法行為を抑え、その違法行為から被害者の法益を保護するものとして作用している。したがって、これを取り払えば、被害者の法益は、それだけ法的な保護を失うことになる。このように、行為者に課せられる刑事責任は、本来、潜在的な被害者のためのものであり、公権力のためにあるのではない。そうだとする

(69) 一原・前掲注(35)97頁は、公権力の側に「行為者が適切に照会しさえすれば正しい法情報を入手し得るような環境を整えなければならない」負担を認めた上で、「適切な照会は、行為者の免責される余地を拡大する効果を持つ」とするが、そこでは、行為者が自らの態度の法的な評価を知り得ない場合、「情報を提供する能力があると形式的に認められる機関に問い合わせをすることによって」自らの負担を軽減することができることとされている。したがって、行為者が適切に照会しさえすれば、回答があるうとなかろうと(あるいは、回答を信じて違法性の錯誤に陥ろうと回答の疑義に気づいて違法性の意識を持ったまま行為を行おうと)免責されるという趣旨かもしれない(同111頁は、行為者が照会を行い、得られた情報を「信頼して」行為した場合に、行為者を免責すべきであるとするが、同109頁は、公権力が規範の周知を怠っている場合、「即時に、形式的に」責任阻却が導かれるとする)。なお、この点については、本文1(3)も参照。

と、たとえ公権力が「不十分な指導」しか行わず、非難されるべきであるとしても、行為者の責任を否定するのは、結果として、公権力の落ち度を、法益の担い手である被害者に転嫁することにほかならない。はたしてそれが「社会的正義の観点」にかなっているかは、筆者には疑問である<sup>(70)</sup>。

(6) このように、公権力が(適切な)回答を示さない場合、たとえそれを公権力の落ち度ということができるとしても、信頼に値する回答が与えられなかったことを行為者が認識しているのであれば、相当の理由を認めるべきではない。たしかに、公権力が(適切な)回答を示さない場合は、行為者に行為を断念するよう求めるのが酷だ、ということも、状況によっては考えられる。しかし、そのようなときは、期待可能性の欠如による責任阻却を考えるべきであろう。この問題については、次の文献の記述が参考になる。

「違法かもしれないと認識した行為を回避するためには重大な不利益が生じる場合、たとえば、特定の商品の製造・販売により主たる収入を得ていた者が、関連法規の改正により、当該商品の販売が引き続き許されるのか否かについて疑いが生じ、これについて照会したが確定的な情報が得られず、主たる収入を失わないために、行為の違法性に関する確定的な情報が得られるまで当該商品の製造・販売を継続し、後に当該行為が違法であることが判明した場合、法律状態が不明確であり、行為を

(70) なお、大阪高判平成21年1月20日の事案では、「無可動銃の認定基準について」に従って与えられた回答が誤りとされたが、この文書が実務でどのように扱われていたかという状況次第では、被告人が何度照会しても回答は変わらなかったであろうということが考えられないではない。それゆえ、違法性を意識する可能性の判断において、仮に行為者が照会していれば正しい法情報を得られたといえることが必要であるとする立場によった場合(松原・前掲注⑩53-56頁)、この側面から、当該事案で相当の理由を認めるということも考えられる(同144頁も参照)。しかし、この仮定的判断については、これを不要とする立場もある(一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配(一)」関西大学法学論集53巻6号(2004年)125頁、高山・前掲注⑫336-339頁など)。また、当該事案においても、被告人が疑義の内容を伝えた上で改めて照会すれば、(その内容が大阪府警から警察庁に伝わるなどして)警察の回答が変わったかもしれない。そうだとすると、前記の仮定的判断を必要とする立場に従ったとしても、回答が変わった可能性があるか否かを一切争点にすることなく、相当の理由を認めてしまった点は、問題になり得るであろう。

断念することにより重大な利益を喪失することになるにもかかわらず、法律状態が明らかになるまで、許されているかもしれない行為を思いとどまるように期待することはできないというべきである。<sup>(71)</sup>」

前掲大阪高裁の事案でも、被告人が（疑義の内容を示して）再度適切な回答を示すよう求めたにもかかわらず、公権力がそれに応じないということは当然起り得るが、このようなときに、（やり方次第で適法に行える）けん銃加工品の輸入事業そのものをやめるよう求めることが被告人にとっては酷だといえる特別な事情（＝重大な不利益）があれば、前記の引用と同様の処理が考えられる。

しかし、そうだとすると、その場合、行為者に違法性の意識があったか否かということは問題にならない。たとえ（未必的な）違法性の意識があっても、行為者に行為を断念するよう求めるのは酷だといえる特別な事情があるから、責任が否定されるのであり、ここで責任が否定されるのは、違法性の錯誤に相当の理由があったか否かという話とは無関係である<sup>(72)</sup>。

また、前記(4)で述べた本稿の立場を前提にするなら、この場合に、期待可能性の欠如による責任阻却が認められるのは、行為を断念するよう求めることが行為者にとって酷だからであり、その原因を作ったのが公権力だからではない。

「この場合は……行為者が計画していた行為の違法性の重大性、どのような利益が危険にさらされるか、行為を思いとどまることにより生じる不利益の重大性、明確な情報が得られるまで行為を延期することができるかを考慮して期待可能性の有無を判断すべきであり、その結果として責任が阻却される場合がありうる。したがって、行為の違法性が重大

(71) 松原・前掲注(10)75頁（傍点は引用者）。このほか、高山・前掲注(2)373頁、長井・前掲注(68)133-141頁も参照。

(72) 高山・前掲注(2)372-374頁、松原・前掲注(10)58頁。

であり、行為を思いとどまることにより生じる不利益が重大でなく、法律状態が解明されるまで行為を延期することができる場合には、それまで行為を思いとどまることを期待することができるのであり……責任は減少しないというべきであろう。<sup>(73)</sup>」

前記の引用で検討されている事案においても、行為者から照会を受けた者が「確定的な情報」を与えなかったために、行為者が違法行為を行うに至っているが、照会されて「確定的な情報」を与えなかったのが公権力なのかそれ以外の者なのかは、前記(4)の立場を前提にする限り、期待可能性の判断とは関係ない。したがって、期待可能性の欠如を認めるか否かに関しては、それが公権力である場合も公権力以外の者である場合も同じ基準で考えるべきだということになる。行為が違法であるか否かを明確にすることができず、しかし、だからといってその行為を断念すれば（それが適法だったとき）行為者が重大な不利益を被るといふ事情が同じであれば、そのような事情を生じさせたのが公権力であるかそれ以外の者であるかは、期待可能性の判断に影響を及ぼさないというわけである<sup>(74)</sup>。

いずれにしても、前記のように、期待可能性の欠如を認めなければならない例外的な場合というのは、たしかにあり得る。したがって、前掲大阪高裁判決の事案も、そのようなものであれば、責任を否定すべきである。しかし、そのように考えるだけの特別な事情が現れてきていない以上、たとえ公権力が「法を国民に周知徹底させ、また法の解釈について正確な見解を国民に示す任務」を怠ったとしても、それだけで、行為の違法性を意識することが可能だった被告人に免責を与えるべきではない。

(73) 松原・前掲注(10)75-76頁。

(74) 松原・前掲注(10)80頁参照。これに対し、高山・前掲注(2)373頁は、「ここでも、警察の指示のような国家の不適切行為を行為者の有利に考慮しうることになる」とする。

## おわりに

違法性を意識する可能性の判断基準を明確化することが、刑法学の課題であると説かれるようになってから<sup>(75)</sup>、だいぶ時間が経つ。いま現在、その判断にかかわる観点をいくつも指摘することができるのは、そのとき以来多くの議論が積み重ねられてきたことの証であろう。しかし、それらの観点の差異や相互関係が意識されないまま、渾然一体として議論されるようなことがあれば、それはむしろ明確化の妨げになるかもしれない。違法性の錯誤で相当の理由を肯定したり否定したりする際、その根拠に複数の観点を重ねて挙げるができる場合が多いのも事実であるが、それらの観点を区別し、あえて対立させてみるのも、1つの方法かと思った次第である。

本稿は、大阪高判平成21年1月20日の事案を念頭において検討しただけであるが、前記のような発想に基づき、とりあえず3つの観点について考えた。もちろん、複数の観点があっても、優先順位や適用場面を整理することができれば、判断基準は明確にできるかもしれない。また、たとえどれか1つの観点を選ぶということになったとしても、いずれが望ましいかを議論すれば、いろいろな考え方があるだろう。しかし、本稿は、この問題について、第一の観点を基本におくべきだと考える。

すなわち、公権力の誤った回答が発端となって行為者が違法性の錯誤に陥ったという場合の相当の理由は、行為者が信じたものが行為の時点で信頼に値する情報だったかという観点から考えるべきであり、ほかの2つの観点には、独自の意味を持たせるべきでない。違法行為を回避するために適切な努力が行われたかという観点は、行為者が信頼に値する情報を信じて違法性の錯誤に陥るまでの努力を指しているに過ぎない。一方で、行為者の違法行為を誘発した公権力に行為者を非難する資格がないという観点は、潜在的な被害者の保護を犠牲にしてまで行為者の責任を否定するだけの根拠があるの

(75) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年) 266-267頁。

かという点に、疑問がある<sup>(76)</sup>。

このような理解を前提にすると、前掲大阪高裁判決の事案では、被告人が結局自己の法解釈を信じたに過ぎず、相当の理由を認めるべきではないと思われる<sup>(77)</sup>。もともと捜査機関に適法な輸入の方法を照会し、その回答に従ったというのは、その回答が誤っていることに気づいていた被告人との関係では、十分な努力といえない。また、回答の誤りに気づいた被告人が、自己の法解釈に基づいてさらなる加工を施したことも、結局のところ自己の（そして見当違いの）法解釈を前提にしたものに過ぎないから、違法行為を避けるための努力としては、適切といえないであろう。さらに、たとえ捜査機関に落ち度があったとしても、それだけで被告人に課されていた違法行為を避ける責任を免除することは、その責任が本来被告人の違法行為によって法益を侵害される潜在的な被害者のための責任であることを考えると、「社会的正義の観点」にかなうとは思われない<sup>(78)</sup>。

この点、前掲大阪高裁判決は、被告人が輸入した「けん銃部品」が、性能に欠陥のない別の部品と組み合わせられ、凶器として使用される可能性について、「事実上、ほとんどなかった」とし、法益侵害の可能性がないことを、根拠の1つとしているようにもみえる<sup>(79)</sup>。しかし、仮にこれがその趣旨だとすると、今度は、被告人の行為を「けん銃部品」の輸入と認めた構成要件該当性の判断自体が問題になるだろう。

同判決は、被告人の行為の構成要件該当性を肯定するにあたり、けん銃部

(76) 松原・前掲注(10)140頁は、公権力の回答を信頼して違法性の錯誤に陥った場合について、「たしかに、『国家機関が法を誤解させるような行動をとりながら、その違反者を処罰するのは公正でない』という考慮が背後で働いているとはいえる。しかし、この場合に責任が阻却されるのは、やはり違法性の意識の可能性がないからであると思われる。すなわち、行為者にとっても一般人にとっても信頼に値するといえる権限ある官庁の担当者から得られた情報が、当該行為は適法であることを示唆している以上、行為者にはさらに行為の法的性質を検討するための契機は与えられていないからである」とする。

(77) 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）250頁は、行為者の照会に対し、当該の法の執行を担当する機関が、法的に許されているという誤った教示を与えていた場合、「行為者においてそれが誤りであるという認識に到達しうる例外的な場合を除いて」違法性を意識する可能性がないとする。

品輸入罪にいう「けん銃部品」を、何ら性能に欠陥のない別の部品と組み合わせさせてけん銃を制作できるものであれば足りるとする。これは、別の部品と組み合わせられる可能性自体を問うことなく、別の部品と組み合わせられたと仮定した場合に、けん銃を制作できるかを問えば足りるということであるから、「けん銃部品」の規制はそれだけ厳格に行わなければならないという理解を含むものと考えられるが、同判決自身、銃刀法による銃器類規制の趣旨に、その凶器としての殺傷能力の高さと、これを用いた犯罪の、被害者の立場に置かれる者の保護を挙げるのだから、前記の解釈の背景にあるのも、この趣旨であると考えざるを得ない。けん銃部品輸入罪では、別の部品と組み合わせさせてけん銃を制作できれば、別の部品と組み合わせられる可能性自体は問わずに、その輸入を処罰することが求められる。それは、けん銃の殺傷能力の高さに鑑みると、けん銃を用いた犯罪で被害者の立場におかれる者の生命・身体を保護するためには、そこまで行うことが必要だからだ、というわけである。

そして、同判決のこのような立場を前提にするなら、けん銃部品輸入罪で処罰されている違法行為は、たとえ別の部品と組み合わせられる可能性がそのときはないようにみえたとしても、依然、けん銃を用いた犯罪で被害者の立

(78) なお、この結論は、公権力の落ち度を重視する場合に比べると行為者の免責を限定するものになっているが、これは、本稿が同判決の事案を中心に検討を進めたからであって、すべての事案に共通の傾向とは必ずしもいえない。たとえば、松原・前掲注00313頁は、アメリカで「法律の錯誤の抗弁」をめぐる展開されている議論を検討しているが、それによると、この抗弁を認める根拠としては、「行為について非難すべきでない者を処罰してはならないという責任非難の原則」のほか、「国家が行為者を誤らせておきながら、それまで公表してきたことを否定して行為者を処罰するのは不公正であるというエストッペルの原則」など、数々の観点が示されているという。その上で、同313-314頁は、その議論の傾向について、「エストッペルの原則を重視する見解は、情報提供者が国家を代弁すると認められることを重要視し、抗弁の拡大には消極的である。具体的には、単なる不知では足りず、法を知るために積極的に努力した結果として錯誤が生じたことを要求する。また、情報提供者を一定の権限ある公務員ないし公の機関に限定し、『公式』の法律見解を要求して、弁護士などの私人の情報を排除する」。「責任非難の原則を重視する見解は、当該状況下における信頼の合理性を重要視し、信頼できるのであれば、錯誤の対象を『制定法』に限定せず、情報源として下級審判例を排除しない。また、情報提供者を公の機関に限定せず、法律見解の『公式』性を要求しない」と分析している。

(79) 注(8)③参照。

場におかれる者の生命・身体を脅かすものだと考えなければならない。そうだとすると、同判決がいうように、たとえ別の部品と組み合わせられる可能性がそのときは「事実上、ほとんどなかった」ようにみえたとしても、捜査機関の落ち度を根拠にして被告人の違法行為を免責することは、捜査機関の落ち度を同罪の想定する被害者に転嫁するものにほかならない。しかし、仮にこの事案で、捜査機関に落ち度があるというのであれば、被告人には違法行為を避ける責任を認めた上で、別途被告人に捜査機関への責任追及を認め、捜査機関の落ち度は捜査機関自身に責任を取らせるべきはなからうか。

たしかに、捜査機関の責任といっても、現行制度を前提にした場合、この事案で捜査機関に法的責任を認めることができるかには疑問の余地もある<sup>(80)</sup>。したがって、前記の捜査機関に対する責任追及も、法的責任以外の（政治的ないし道義的）責任を含んだものとならざるを得ない。しかし、たとえ捜査機関の法的責任を問うことができなくても、本来であれば捜査機関自身が被告人に対してすべての責任を負わなければならない問題に、それとまったく関係ない被害者を巻き込むよりは、はるかに望ましいであろう。

加えて、仮に捜査機関の法的責任を認めることができずとすれば、それは、この事案における捜査機関の落ち度が、法的責任を問題にできるほどのものでなかったということを意味する。そうすると、今度は、その（法的には無視される）程度の落ち度で、（法的には前記のように無視できない）被告人の違法行為を免責する根拠になり得るのかが、新たに問われなければならない。たとえば、前記2(2)では、経済政策の失敗で生じた不況を背景とする行為者の違法行為について、期待可能性の欠如が問題になり得ることを指摘したが、行為者の違法行為を誘発した公権力の落ち度には、経済政策の失敗のような、公権力の法的責任を追及できないものもあり得る。したがって、公権力の落ち度で行為者の違法行為を免責するという立場をとるときは、公権力のいかなる落ち度が行為者の責任判断に影響を及ぼすかを明らかにする

(80) 本文2(5)参照。

必要がある。そして、仮に前掲大阪高裁判決の事案で、法的責任を追及できない程度の落ち度でも充分であると考えるなら、それ以外の、たとえば、経済政策の失敗のような落ち度の場合でも、違法行為を行った行為者の免責が認められるということになるかもしれない。

ともあれ、本稿の問題意識の中心は、公権力に落ち度があることと行為者の違法行為を免責することに関連があるかということである。そして、その問題意識を前提にするならば、前掲大阪高裁判決の判断には疑問がある。念のために繰り返すが、本稿は、違法性を意識する可能性がなかったときまで、責任を認めるべきだと主張しているわけではない。仮にこの事案の被告人が、捜査機関から与えられた回答を信じて違法性の錯誤に陥ったのであれば、その違法性の錯誤には相当の理由があるというべきであろう。しかし、被告人が、回答の誤りに気づいたことで行為の違法性を意識することができたにもかかわらず、安易に自己の法解釈を信じて、違法行為を避けるという自らの責任を果たさなかったとするならば、その責任は、捜査機関のためではなく潜在的な被害者のための責任なのだから、その責任を否定してでもなお追求すべき利益が何かあるというのでない限り、捜査機関の落ち度とは関係なく責任を肯定すべきではないか。前掲大阪高裁判決については、このようなみかたもあり得るとするのが、本稿の結論である。

〔付記〕本稿は、2011年6月18日に早稲田大学で開催された特別刑法判例研究会の報告に手を加えたものである。報告の機会を与えていただいた同研究会事務局と、貴重なご意見をお寄せいただいた会員の方々に、改めて御礼申し上げます。