

**[書評] 中山研一著 『違法性の錯誤の実体（二〇〇八年・成文堂）』**

著者	川口 浩一
雑誌名	關西大學法學論集
巻	58
号	2
ページ	297-306
発行年	2008-07-15
その他のタイトル	Was ist der Verbotsirrtum eigentlich? 2008
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10112/5318">http://hdl.handle.net/10112/5318</a>

〔書評〕

中山研一著

『違法性の錯誤の实体』（二〇〇八年・成文堂）

川口浩一

一

本書は、著者の刑事法研究第一二巻として公刊されたものであり、かつて判例タイムズ誌上に一〇回に亘り連載された同名の論説（判タ九四一号六四頁以下、九四六号四二頁以下、九五四号八九頁以下、九五八号四九頁以下、九六二号四八頁以下、九七一号八七頁以下、九七六号三四頁以下、九八三号七六頁以下、一〇一〇号八六頁以下、一〇一一号四六頁以下）にその後の判例の検討を追加したもの（第一篇）と、違法性の錯誤に関する最近の二冊のモノグラフィ―（①高山佳奈子『故意と違法性の意識』（一九九九年）、②松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（二〇〇六年））の書評（第二編）を一冊にまとめたものである。本書の執筆目的は、いわゆる目的的行為論の影響として①行為無価値論の興隆と②責任説の受容と通説化に危機感を抱く著者の立場から、厳格故意説が「理論的にも責任主義の原理に忠実だけでなく、実際上の問題解決においても決して不当な結論をもたらすものではない」ということを論証しようとするものである（まえがきi頁以下）。私は、責任に関する基本的理解において著者と結論を異にするが、故意説を理論的に支持する点においては著者の見解に賛成し、また実際の問題解決においても故意説が「そ

『違法性の錯誤の实体』

一六七（二九七）

れほど」不当な結論をもたらすものではないと考えている。というのは、規範的な責任論の観点からも著者と同じく原則的に違法性に関する過失 (Rechtsfahrlässigkeit) は故意犯ではなく、過失犯と評価すべきだからである。ただ著者のように「決して」ではなく「それほど」としたのは、著者が指摘するように、ほとんどの事例においては、違法性の錯誤とされている事例はむしろ事実の錯誤に還元できるものであり、実体的に見ても故意阻却が事案の処理において不当な結論をもたらすとはいえないものが多いが、少数ではあるが違法性の認識がなくても故意と評価すべき事例が残ると考えるからである。この点を含めて、著者の見解を以下において第一篇「違法性の錯誤の実体」の目次の順序(但し第一〇章の三乃至五は①函館地判昭一五・二・一六乃至②東京高判昭五三・一二・七の判例を取り上げた第一章乃至八章の補逸にあたるものであるが、各章の一部に組み入れ、第二編の書評における高山説及び松原説の検討は第九章の学説の検討に組み入れた)に従って辿り、若干のコメントを付け加えたい。

## 二 第一章「法令の不知」に関する判例の分析

「刑罰法規の不知」に関する①最判昭和二六・一・三〇、②大判大正一三・八・五、③最判昭和二四・四・九、④大判昭和一四・二・二八、⑤大判昭和一五・一一・一七、⑥東京高判昭和三八・一二・一一、⑦大判大正五・五・六／大判大正五・五・六の各判例が検討され、「法令の不知から違法性の認識に問題を移すのではなく、むしろ法令の不知が『法令によって禁止された事実の認識』の不知として構成することができないか」ということを再吟味すべきで(二〇頁)、例えば③についても占領軍物資の收受所持を禁止する法令を知らなければ、その行為が違法であることの認識を認めることはできず(二八頁)、その点の認識があったことを認定できるかどうかの問題だとする。ここで注目されるのは、この③の事例のように法令を知らなければ違法性の意識が生じない事例が存在していることが示されている点である。

### 三 第二章「法令の内容の不知に関する判例の検討」

次に「刑罰法令自体の存在は知っているが、その具体的な内容や基準を知らなかった場合」に関する①大判昭二・一二・一一、②最判昭二五・九・二九、③最判昭三四・二・二七、④札幌高判昭二五・五・一三、⑤大判昭一六・六・二八の判例を検討し、この類型の判例の中にも「法令の不知は故意を阻却しないという一般的な論理による解決には問題が含まれており、……③のケースのように、これを犯罪事実の認識に引き寄せて解決しようとする方向」をさらに模索すべきであるとする（三七頁）。

### 四 第三章「刑罰法規の意味の誤解に関する判例の検討」

本章では「刑罰法令自体の存在は知っているが、その有効性や意味内容、あるいはその前提事実を知らず、または誤解した場合」に関する①大判大一・一一・一七、②最判昭二四・一一・二八、③最判昭三五・九・九、④東京高判昭五一・三・二六、⑤盛岡地判昭三六・二・二、⑥仙台高判昭五四・四・二六、⑦大判昭一五・九・一二、⑧福岡高判昭四七・七・二〇の判例を検討の対象とし、特に免許の有無とその錯誤が問題となったケース（①⑤⑥）が後述の無免許による公衆浴場の経営に関する最高裁判決（第五章⑦）のように構成要件の故意のない場合として校正できないかどうかを吟味したうえで、それを否定している判例の「判断にはいずれも原則的な疑義があり、行政犯の構成要件に該当する『違法な事実の錯誤』として再構成されてしかるべきものである」とする（五六頁）。

### 五 第四章「他人の言動に従った誤信に冠する判例の検討」

本章では「他人からの情報を信頼したために自己の行為が許されると誤信したような場合」に関する①名古屋高判昭二四・九・二七、②札幌高函館支判昭二八・七・七、③高知地判昭四三・四・三、④最判昭二五・一二・二六、⑤大阪高判昭三一・一一・二

八、⑥高松高判昭二九・八・三、⑦大判昭一五・五・九、⑧最判昭二五・一二・二六の判例を検討の対象とし、これらの判例がこの事例をすべて違法性の錯誤として取扱っている点と学説においてもその相当性判断が微妙に分かれている点を批判し、むしろこれらも行政犯における「違法な事実」の錯誤に由来するものであり、「他人の言動への信頼といった誤信の相当性に関する事情は、上のような事実認識の存否を判断する際の有力な資料として位置づけられるべきものである」(七二頁)とする。

## 六 第五章 「法律の錯誤と事実の錯誤の関係に関する判例の検討」

本章では、法律の錯誤と事実の錯誤の関係が正面から扱われた①大判大一三・四・二五、②大判大一四・六・九、③札幌高函館支判昭二六・三・九、④大判大一五・二・二二、⑤最判昭二六・七・一〇、⑥最判昭二六・八・一七、⑦最判平一・七・一八判例の検討がなされ、①の「むささび・もま事件」と②の「たぬき・むじな事件」では従来の①を法律の錯誤とし②を事実の錯誤としていた自説(中山研一・刑法総論(一九八二年)三六七頁)を改め、①についても「もま」が禁猟獣である「むささび」と同一物でないと信じている者に『禁制のある動物』であることの認識があったといえるであろうかという根本的な疑問」があり、「事実の認識があるというためには、『もま』の認識から禁猟獣である『むささび』かもしれないという未必の認識を生じたことが必要であるとするのが、判旨からの論理的な帰結」(八八頁)であるとし、共に故意を阻却する事実の錯誤であるとする。③の物価統制令違反事件判決は「洗濯ソーダ」と統制品である「炭酸ソーダ」の錯誤について事実の錯誤として構成し故意阻却を認めただは妥当であり(八〇頁)、⑦の公衆浴場法に関する最高裁の判例は、従来無免許医業・無許可運転についての錯誤が法律の錯誤とし手処理されてきたのに対し、故意阻却を認めたことは「判例の動向に大きなインパクトを与える可能性」(九〇頁)があるとする。またいわゆる非刑罰法規の錯誤に関する④の封印破棄、⑤の公正証書不実記載、⑥の器物損壊に関する各判例は、法令(非刑罰法規)の誤解に基づく事実の認識の欠如の場合について故意阻却を認めただ点につき共通しているが、④のケースについては「具体的な構成要素の認識に還元することが必ずしも容易でない」(九一頁)点を指摘し、⑥のケースにおいても場合分けして無主犬

であるという誤信もないうままに、他人の飼犬であっても私人が勝手に撲殺してよいと誤信した場合であれば法律の錯誤としてよいとする見解（藤木、内藤）もあるが「そのような場合が現実には起こるとすれば、他の違法阻却事由（例えば正当防衛）の誤認を伴うのが通常であって、法律の錯誤とし手の解決が相応しい現実的なケースといえるかは疑問である」とした上で、結論的には行政犯のみならず「刑法犯においても、自然的な行為自体からは直ちに違法性が推定されず、むしろ一定の法的な評価を前提とせざるを得ないような犯罪においては、構成要件に該当する『法的な事実』、つまり『違法性を化体した事実』の認識がなければ故意を認めることができない」（九二頁）とするのである。

## 七 第六章「違法性の意識の可能性に関する判例の検討」

本章では、違法性の錯誤の可能性を問題として故意の成否を問うという構成方法をとった①大判昭和七・八・四、②東京高判昭和二七・一一・二六、③広島高岡山支判昭三二・八・二〇、④東京高判昭四四・九・一七、⑤最判昭五三・六・二九、⑥東京高判昭五五・九・二六、⑦東京高判昭六〇・八・三〇、⑧最決昭六一・七・一六、⑨大阪高判昭六三・九・二〇の判例（第一〇章三・四の判例も参照）の検討がなされ、類型としては(1)無届または無許可の認識と錯誤(③⑤)、(2)規範的構成要件の「意味の認識」(④⑧⑨)、(3)「正当な理由」の認識と錯誤(①②⑥⑦)が問題となる事例に分類できるとする。そして(1)の③について「被告人は『一回目の移転の際に届け出る』という構成要件の認識を欠いたもの」であり、⑤についても被告人に「慣例の存在またはその誤解」という点を根拠とすれば『無許可のデモ行動をする』という事実認識を肯定することは困難」であり、いずれも故意の存在に疑問があるとする（一一〇頁）。(2)の④のわいせつ性に関する事例でも「これを違法性の認識とする前に、禁止の実体としての『わいせつ』の内容を具体化し、これを『わいせつな事実の認識』として把握する方向が追及されるべき」であるとし（一一〇頁）、⑧の通貨模造についても問題は「通貨と紛らわしい外観を有する」ことという「規範的事実」の認識と構成すべきであり、そのような観点からの分析が欠けていると批判し、また⑨についても「商標の機能に関する『規範的な事実』の認識」の問題とし

て構成すべきであったとする(一一一頁)。さらに(3)の①についても被告人に「盗伐に当たることの認識」がなければ構成要件の事実認識に欠け、「慣例により許される」と誤信した場合であれば正当化事由の錯誤の事例であるとし、②の現行犯の誤認の事例についても正当化事由の錯誤または誤想防衛として構成可能な事例であり、⑥についても「不当な取引制限」に当たることの錯誤または一定の違法阻却事由の錯誤と構成する可能性があるとし、さらに⑦についても「正当な理由なく給水を拒否する」ことの認識があつたかどうかは、違法性の錯誤の問題ではなく「違法な事実ないし正当化事由の錯誤の問題であることは明らかである」とし、いずれも故意の存在自体を疑問視している(一一二頁)。

#### 八 第七章「日時・場所等の不知に関する判例の検討」

本章では、「ある行為が一定の日時や場所などで行われた場合に禁止され、刑罰が科されているような場合に、行為者がその日時・場所などを知らなかったときにも、その犯罪についての故意を認めることができるか、という問題」に関する①大阪高判昭二八・四・二八、②東京高判昭三〇・四・一八、③東京高判昭三一・六・三〇、④大阪高判昭四三・一・三〇、⑤大判大一一・一一・二八、⑥東京高判昭三五・五・二四、⑦大判大三・一一・二四、⑧大決昭一二・三・三一、⑨大阪高判昭三八・七・一九、⑩大判大五・五・六、⑪大判大一一・二七、⑫大阪高判平四・四・二二、⑬浦和地判平二・一〇・一二、⑭高松高判昭五三・一一・二二の判例を検討し、①②③④の交通事犯ではいずれも道路標識の存在とその不知が問題となっており、その認識が故意の要件となすものとされており、そのこと自体は妥当であるが、問題となるのは標識がなくても禁止される「法定禁止」の場所について、何らかの事情で法定禁止の場所に当たらないと真に誤解していた場合についても故意阻却を認めるべきであるとする(一一八頁)。次に⑤⑥⑦⑧⑨⑩⑪⑫などの交通事犯以外のケースでは⑥のケースを除いて禁止を示す標識の不知は問題とされていないにもかかわらず、故意阻却を認めていることを評価し、標識の有無にかかわらず「禁止された事実の錯誤」として構成すべきであるとし(一二九頁)、この点で禁止日時・期間の不知についての⑩⑪⑬(前二者は区域と期間の両方が問題となった事例)において

は、故意が認められてしまっており、禁止区域の不知の判例と不整合である点が批判され、統一的に「禁止された事実」の不知として構成する方向をもっと徹底するべきであるとする（一三〇頁。これに対して第一〇章三⑩八日市簡裁昭四七・一・二四は故意を相当な理由経過ではなく否定している点で評価されている「一八五頁」）。

## 九 第八章「有毒物・薬事事犯に関する判例の検討」

最後の類型として有毒物・薬物事犯の故意に関して違法性が錯誤となった①最判昭二三・三・二〇、②最大判昭二三・七・一四、③最判昭二三・一二・七、④最判昭二四・一一・二二、⑤最判昭二四・四・二三、⑥最判昭三〇・四・一九、⑦東京高判昭四九・七・九、⑧東京高判昭四九・一一・一一、⑨最決昭五四・三・二七、⑩最決昭六一・六・九、⑪最決平一一・二・九の判例を検討し、①乃至⑤の有毒物事犯については判例が法禁物の特定性に固執したことは、「具体的に明示された法規制物であることの認識が、行政犯における構成要件の事実の認識の核心的な部分」（一四八頁）であることから見れば、むしろ積極的に評価されるべきであり、④⑤の判例で故意が否定されたことの意義も大きいとする。これに対して②は、「むささび・もま事件」判決の形式的論理を踏襲したものであり、同事件に対するものと同様の批判が妥当するとされる。次に⑥乃至⑪は薬物事案に関するものであり、⑨と⑩の判例は抽象的事実の錯誤と具体的事実の錯誤の区別に関するものであり、本書の本来のテーマと異なるものであるが、いずれにせよこれらの判例には共通して故意の認定の不十分性を不明確な他の法理によってカバーしようとする傾向がみられ問題だとする。

## 一〇 第九章「学説による違法性の錯誤論の検討」

以上における著者の判例分析において学説に関する著者の立場も明確に示されているので、ここでは著者が厳格故意説の立場から特に責任説に対して批判的な立場に立ち、特にその前提となっている事実の錯誤と違法性の区別基準に関する学説に未だに一致

が見られないことの問題性が強調されていることを確認し、それ以上の著者の分析については原著(一五五頁以下)を参照してもらいたい。第二編の書評においても同様の見地から最近の責任説に関する批判が展開されている。まず高山説に対しては、その基本的な方向性に著者は一定の親近感を示しつつも故意の提訴機能説に対する批判の「理由づけが説得的であるか」に高山説の「最大の問題点がある」とする。すなわち高山説は、故意・過失は責任刑を基礎づける心理的事実を根拠づける心理的事実であり、それは行為者の犯罪的傾向行為を現実化したものであり、提訴機能を有するものではないとするが、故意と責任非難との関係を分断するのは妥当ではなく、故意を動機形成過程から除外し故意を事実の認識に限定したとしても意味(属性)の認識を含まざるを得ない以上、違法性の意識と明確に区別することは困難であり(二六一頁)、体系的整合性にも問題があると批判する。次に松原説に対しては、責任説自体及び自説である厳格責任説の根拠が必ずしも十分に示されておらず、事実の認識と違法性の意識の可能性との限界が不明確で、未必の違法性の認識の問題を指摘しておきながら、それを違法性の意識の問題に解消してしまうのは問題であるなどの問題点を指摘している(二八二頁)。

## 一一 第一〇章「その後の判例の検討」

前述のように本章の本来の考察対象は六の「最近の判例の検討」の部分であるが、ここでは(1)行政犯における違法性の錯誤の問題に関するものとして①東京高判平五・六・四、②大阪高判平六・八・一九、③東京地判平九・九・一七、④東京地判平一四・一〇・三〇、(2)毒物・薬物取締法違反の故意と違法性の認識の問題に関するものとして⑤東京地判平三・一二・一九、⑥福岡高判平五・八・二三、⑦千葉地判平八・九・一七、(3)刑法犯(規範的構成要件)の故意と違法性の意識の問題に関するものとして⑧東京地判平一六・一・一三の判例が取り上げられており、判例の傾向としては違法性の認識不要説から脱却して、事実の認識に加えて違法性の意識をも考慮するという一般的な傾向が見られるのは責任主義の見地から評価されるべきであるが、しかしそれは上述の「従来の判例の路線の転換を意味するものとは必ずしもいえないところに問題がある」(二〇九頁)としつつ、なお一部の判例に

見られる「禁止された事実の認識」を考慮する方向に着目すべきだとする。

## 一一 若干のコメント

責任説が支配的になりつつある学説状況にあえて少数説である嚴格故意説の立場から著者が、異論を唱えていることは、責任説の「本家」であり、それが立法化までされているドイツにおいても最近になって責任説批判（これには多数の文献があるが最も詳細なモノグラフィーと最新の文献として *Tonio Walker, Der Kern des Strafrechts, 2006, S. 215 ff; Herzberg, Vorsatzaus-schließende Rechtsirrtümer, Jus 2008, 385 ff.* のみを挙げよう）が有力になってきていることから見ても注目すべきことであり、しかもそれを日本の判例を詳細に分析することによって具体的に論証しようとしている点で非常に重要な文献であるといえる。特に事実の認識と違法性の認識の明確な区別基準が存在しないことはドイツでも認識されつつあり（*Walker, a. a. O. S. 389 ff.*）、本書はそのことを説得的かつ具体的に示したものといえよう。結局は両者の区別は多くの場合「どちらともいえる」のであり、このような不安定な基準に故意犯と過失犯という決定的に刑の重さの異なる犯罪類型の区別を依存させることは大きな問題であるといわざるを得なし、中山説とは逆に井田説（井田良・刑法総論の理論構造「二〇〇六年」二四一頁以下参照）のように「疑わしきは違法性の錯誤に」としてしまうのもより問題のある立場であると思う。しかし中山説は、この区別問題を回避でき、問題となったほとんどの事例を故意阻却を認めることで解決できる点で非常に明確であるが、従来から嚴格故意説に対して向けられてきた、非常に軽率に違法性がないと思込んで行爲した者を故意犯として処罰できないという問題はなお残るのである。私見ではこの問題は、錯誤論のレベルで解決することは不可能であり嚴格故意説をとりつつ、その故意の内容をいわゆる間接故意論で修正するのが最も妥当であると考えるがこれに関しては別稿で詳しく検討した（*Kawaguchi, Dolus indirectus im Spiegel der japanischer Rechtsprechung, FS für Jakobs, 2007, S. 259 ff.*）ので、ここではこれ以上触れない。いずれにせよ本書は、現在通説化しつつある責任説に対してアンチテーゼを示した点で重要な意義を持ち、嚴格故意説は決して克服された過去の学説に過ぎない

わけではないことを示した点で貴重な問題提起をなしているといえよう(この問題提起は、上述のような比較法的な観点から見ても重要であろう)。