

違法性の意識

西台満

Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit

MICHIRU NISHIDAI

- 一 序論
- 二 制限故意説
- 三 責任説
- 四 結論

(一)

「違法性の意識」は故意の要素であるのか否か、換言すると、法律（禁止）の錯誤は故意を阻却するのかどうかは従来激しく論争されてきた古くて新しい問題である。

「違法性の意識」とは、自分のしようとしている行為が法上許されないものであるということを知っていること、即ち違法の認識である。「法律の錯誤」ないし「禁止の錯誤」とは、法的に許されない行為であるにも拘らず、行為者が何らかの理由で許されていると勘違いすること、即ち違法性に関する錯誤（事実と認識の不一致）を意味する。従って、法律の錯誤がある場合には、当然違法性の意識を欠くという関係になる。

我現行刑法典は、その三八条三項において「法律を知らざるを以て、罪を犯す意なしと為すことを得ず。但し情状に因り其刑を減輕することを得」と規定している。

判例は、この規定を法律の錯誤について定めたものと解し、大審院以来、故意に違法性の意識は不要としてきた。⁽¹⁾ 例えば、メチルアルコールと有毒飲食物等取締令一条二項が禁止しているメタノールとが同一物であることを知らなかったと主張する被告人に対し、最高裁は「それは単なる法律の不知に過ぎないのであって、犯罪構成に必要な事実の認識に何等缺くるところがないから、犯意があったものと認むるに妨げない⁽²⁾」と判示し、また、原判決は被告人が進駐軍物資の運搬が許されないものであることを知っていたとの証明もなしに有罪にした、との上告に対して「所謂自然犯たると行政犯たるを問わず、犯意の成立に違法の認識を必要としないことは当裁判所の判例とするところである⁽³⁾」として棄却している。

一流衣料品問屋の常務取締役の言葉を用いし、統制品を統制外の品物と思つて取引した事例では「犯意があるとするためには犯罪構

成要素である事実を認識すれば足りその行為の違法を認識すること
を要せず、従って法律の不知乃至いわゆる法律の錯誤は犯意を阻却
しない⁽⁴⁾と明言し、物価統制令による統制価格を超えて精米を売渡
した事案で、進駐軍の許可があつて違法でない⁽⁵⁾と信じたとの被告人
の抗弁についても「その行為の違法を認識することを要しない」と
繰り返して、「更らにその違法の認識を欠いたことにつき過失の有無
を問うを要しない」としたのである。

このように判例が一貫して違法性の意識不要説を採る理由として
は、罪となるべき事実を「認識しながら犯行を敢てした以上は、
その間に如何なる心理上の経過あるを問わず、その認識あるだけで
通常抑制感情又は反対動機を起す期待可能性があるが故に法律的責任
を認めて、その犯人を非難し処罰するのである。罪となるべき事実
の認識以外の心理状態は犯意の成立以外における情状たるに過ぎな
い……罪となるべき事実とは、刑罰法令各本条の前半に規定されて
いる犯罪構成要件に該当する具体的事実をいうものである。その事
実は、単なる赤裸々な自然的事実ではなく、当該法条立法の際禁止
せんとした実質的にまみれ、これに化体した事実である。従って、
犯意ありとするには、かかる違法化した罪となるべき事実を認識す
るを以て足りるのである⁽⁶⁾。あるいは、「犯意は犯罪を構成すべき自
然的若しは法律的事実の認識にして、斯る認識にして存在せんか責任
能力を有する通常人は所謂違法の認識又は意識をも有すべきを普通
とすべく、又は少なくとも之を期待し得べく、然るにも拘らず尚且
犯意の成立には更に必ず違法の認識又は意識を要するものとせば、
或は責任能力を有し乍ら道義心遵法心等に乏しきか若は悪習墮落等
に因り之を失ひたるか又は特殊の思想信念に基く等の理由に因り犯
罪事実に対する違法の認識又は意識を欠くが如き者の処罰を逸する
の虞あるのみならず、或は国家社会的秩序感の特に鋭敏にして之が
為犯罪事実に対する違法の認識又は意識の異常に深刻明確なるが如

き者を却って強き犯意あるものとして重く処罰せざるべからざるの不
当なる結果を生じ、従て健全なる通常人の道義的責任を重んずべき
刑罰法規の目的に背反する⁽⁷⁾」と言うにある。

このような判例の立場に対しては、学説の批判が強い。例えば西
原教授は「しかし、行為者にとり違法性の意識をもつ可能性がな
かったために違法性の意識を持たなかったという場合、古い道義的責
任論に立脚する場合でも、そこに道義的非難は考えられないであろ
う。また、主観主義刑法理論により、社会的責任論に立脚する場合
でも、そこに、犯人の反社会的性格の徴表を認めるわけにはいかない
であろう。まして、現在の通説である規範的責任論は、行為者の置
かれた立場に一般人を立たせて、その一般人のなしたことは行為
者にも義務づけられたものと考え、そこに責任非難の根拠を認める
責任論であるから、当該状況に置かれた一般人にも違法性の意識の
可能性がなかったという場合には、故意の責任を否定する結論とな
る。不必要説の問題点は、まさにここにある⁽⁸⁾」とされる。

特に行政犯ないし法定犯の場合に不都合が生ずる。なぜなら、自
然犯はその「本質として構成要件の充足に関する認識自体が違法性
の認識をも包含する」のに対し、「法定犯に於ては右と異なり構成要
件の充足に対する認識は当然に違法性の認識を包含するものとは認
められぬ⁽⁹⁾」からである。従って、「行政犯においては、健全な成人で
も、規定の存在を知らずに、行為が許容されなことを認識しない
ばあい⁽¹⁰⁾が、しばしばみとめられる」ということになる。法律に違反
した者だけが特に法律に無関心なのではなくて、他の一般人にして
も知らない人が結構多いのである。だから、福田教授によれば、「違
法性の意識を欠いたことが無理からぬばあい（法律の錯誤がさけえ
られなかったばあい）刑事責任を否定することは……、法に無関心
な者（現に法律に反する行為をした者だけ（筆者注）に不当な利益
を与えることにもならないし、刑事政策的に不合理でもなく、責任

主義の要請に合致するものといえよう。¹⁰¹⁾

そこで、故意(犯意)には犯罪事実の認識の他に、現実の違法性の意識を要するとする厳格故意説が出て来た。「この学説によれば、故意は過失とくらべて非常に重い責任を科せられているが、その理由は、故意の場合には自分の行為は悪いことだと知りつつあえてその行為に出るところにある。したがって、違法性の意識は故意と過失の分水嶺であり、それは故意の不可欠かつ本質的な要素をなすとされるのである」¹⁰²⁾。

道義的責任論の見地からすれば、「道義的責任の本質は道義的立場からの非難である。それは行為者が主観的に道義的軌範の意識に従って行動すべく、又行動し得た筈であるに拘らず、その義務に反する行為に出たことを非難する意味の消極的な価値判断である」¹⁰³⁾から、「犯罪構成事実の認識があっても、錯誤によって行為の評価を誤り、行為が違法であるに拘らず、その違法性を意識しないで行為した場合には」、行為者は行為を思い止まらるべく義務を課す道義を彼の主観に於て持たないものであるから、彼に対して道義に従わなかったと非難を加えることはできない。違法性に関する錯誤は、故意の道義的責任を阻却するのである」¹⁰⁴⁾。

また、「行為者の社会的危険性を処罰の根拠と考える社会的責任論¹⁰⁵⁾の立場からしても、違法の認識なくして行為する場合、そこに「反社会的の意思」¹⁰⁶⁾たる犯意は認められないのである。「法定犯・行政犯にあっては、行為それ自体は元来反社会的なものではなく、それが一定の政策的・行政的目的の見地から法的に禁止せられることによつて反社会的なものとせられるのであるから、法的に禁止せられ、違法とせられることを知って行為に出ることによって反社会的性格の表現があると解せられ」¹⁰⁷⁾るから、法定犯・行政犯についてのみ故意に違法の認識を必要とするという考え方に対しては、自然犯・刑事犯の場合であっても「法律の錯誤に相当の理由がある場合には、むしろ、それによって実質的に反社会的性格が否定せられるものと解

し、……故意が阻却せられると解する方が妥当というべきである」¹⁰⁸⁾との木村博士の批判がある。

ところで、厳格故意説に対しては次のような批判がある。「まず第一に、行政取締法規のようないわゆる法定犯について故意の成立に違法性の意識がいるということになると、法定犯の場合法規を知らなかつたり忘れてしまつたりすることが多いから、とうてい取締目的を達することができない。第二に、この学説によると、違法性の錯誤の場合、つねに故意が阻却されるが、さればといって過失の成立を認めるのは、すでに犯罪事実の認識も認容もあることからいって、概念の混乱を招くこととなる……。第三に、この学説は、規範に対する意識的攻撃的態度を重い故意責任の根拠とするが、それは常習犯人のように規範意識の鈍麻した者とか、激情犯人、確信犯人のような場合に責任を非常に軽くするかそれとも責任を追及できないことになってしまう」¹⁰⁹⁾。

こうした閉塞的問題状況の中で新たに登場し、厳格故意説に取って替わり、今日通説的地位を占めつつあるのが制限故意説と呼ばれるものである。以下この説を批判的に検討することによって、違法性の意識が故意の要素であるのかないのかを考察することにした。

注

- (1) 参照、福田平、注釈刑法(2)のⅡ、三六九頁。川端博、判例刑法研究(3)責任、一三七頁以下。
- (2) 最判昭二三年七月一四日刑集二卷八号八九一頁。
- (3) 最判昭二四年一月二八日刑集四卷二二号二四六五頁。
- (4) 最判昭二五年一月二六日刑集四卷二二号二六二九頁。
- (5) 最判昭二六年一月一五日刑集五卷二二号二三五六、二三五八頁。
- (6) 注(5)判決に対する齋藤裁判官の補足意見。
- (7) 大判昭一六年二月一〇日、新判例体系(刑法2)二二五六ノ五一(原文件仮名)。

- (8) 西原春夫、刑法の争点(ジュリスト増刊)(以後、西原と略す)、八〇頁。
 (9) 坂本英雄、刑事判例研究「違法の認識」、法律叢書一九卷三・四号、一七七頁。
 (10) 莊子邦雄、刑法総論(現代法律学全集25)(以後、莊子と略す)、五五七頁。
 (11) 福田、注釈刑法(2)のII、三七〇頁。
 (12) 西原、八〇頁。シュレーターも「責任の核心は、不法の意識に、法的當為の禁止に対する反抗に、存する」とする。Schönke - Schröder, Strafgesetzbuch, 19Aufl. (1978), S. 227
 (13) 小野清一郎、新訂刑法講義総論、一三七―八頁。
 (14) 小野、前掲、一六二頁。
 (15) 参照、団藤重光、刑法綱要総論(改訂版)(以後、団藤と略す)、二六頁。佐伯千仞、三訂刑法講義(総論)(以後、佐伯と略す)、二二九頁。
 (16) 牧野英一、刑法総論、三三四頁。
 (17) 木村龜二、刑法総論(増補版)(法律学全集40)(以後、木村と略す)、三三三頁。参照、牧野、前掲、三三五頁。
 (18) 木村、三二五頁。
 (19) 西原、八一頁。「法生活の実際の必要」が厳格故意説の貫徹を許さないと指摘するのHermann Blei, Strafrecht I Allgemeiner Teil, 17Aufl. (1977), S. 178

(二)

団藤博士によれば「違法性の意識は故意の要件ではないが、違法性の意識の可能性は故意の要件をなす」。こう解すれば、行為者が現実に違法性の意識を持つことなく行為した場合であっても、故意責任を問うことが可能であるから、行政上の取締目的に支障を来たという厳格故意説に対する批判を免れることができる。更に「刑法の規制対象が単純であった時期ならばともかく、複雑化した社会のもとでは、一般人が合法と違法の限界を見分けることは自然犯に属する罪についてすら決して容易ではなく、行為の違法性の意識を欠

いたことが無理もないと認められるだけの相当の理由がある場合も、すくなく存在する。かような場合にまで故意犯の罪責を認めるのは酷であり、処罰された者は、むしろ処罰されたことを自己の非違によるものではなく災難にすぎないと感ずるであらうし、責任原理にも反する」との、違法性の意識不要説に向けられた批判をも回避できるという長所を持つのである。

行為の時、違法性の意識がなく、従って行為を抑制する要因を欠くにも拘らず、なぜ行為者を道義的に非難することが可能であるのか? 団藤博士によれば、これは道義的責任論では説明のつかないことである。「道義的責任論の立場をとりながら、当の行為だけでなく、その背後にある人格に責任の基礎をみとめる」人格責任論に進む以外に道はない。人格責任論の立場からは、違法性の意識が純麻・減弱した常習犯人であっても「違法性の意識が純麻するにいたったことのために、人格形成についての非難を受けるべきである。当の行為における違法性の意識よりも、ここでは、むしろ行為の背後における人格形成に要点がある。したがって、当の行為については、規範を意識してこれに違反しようという意思ではなく、人格態度の直接的な反規範性が、故意責任の本質をなす。ただし、規範によって禁じられた内容の事実つまり犯罪事実を表象している以上、行為者は規範についての問題(人を殺してよいか)などに直面する。これに正しい答を与えて(人を殺してはならない)とおもって(しかもこれに違反するばあいと、誤った答を与えて(人を殺してもよい)とおもって)その結果違反するばあいとの間には本質的な差異はない。犯罪事実を表象・認容して、しかもあえて行為に出る以上、そこには直接的な反規範的人格態度をみとめることができる」。

この考え方に対しては、平場教授の「違法性の過失にのみ何故人格形成責任を認めるのか(事実の過失についても、そのような不注意な人格を形成したことにつき責任を認めてよいのでないか)、また法の過失と人格形成責任を加えたものが何故に故意という責任

になるのか明らかにされているとは思われない」という批判がある。これにつき、福田教授によってなされた答は次の如くである。即ち、事実認識の問題は「責任論において、行為のときに表現された行為者の心理的態度として把握され、ここから当該違法行為を行為者に結びつけ、当該行為についての行為者の人格態度に対する責任非難の端緒的契機として問題とされるものである。ここでは、人格の深みに入らず、行為の時に行為者が事実を認識していたかどうかという心理的態度の差異が、行為者の反規範的人格態度が直接的であるか間接的であるかを分けるものとして意味をもっているのに対し、違法性の意識の問題は、行為者の人格態度に対する責任判断の中核的問題として、行為者の人格の深みとの関連において、反対動機の形成の可能性があったかどうかという点に関し問題とされており、従って、このばあい、行為の刹那に行為者が違法性を認識していたかいなかったかという心理的態度の差異に質的差異をみとめる理由はないように思われる」。⁸³⁾要するに、「故意と過失との区別は、事実性の表象の有無によってのみ生じる」のであって、違法性の意識の有無は故意の内部における差異にすぎず、異った定型として分化させるほどの重要な意義はもたない。それは量的な差異、即ち量刑面で考慮されるべき事柄である、ということになる。つまり、「違法性の意識の可能性はあっても、それが困難であるために違法性の意識を欠くときは、故意の成立は妨げないが、非難可能性が減少する。第三八条第三項但書に『情状に因り其刑を減輕することを得』とされているのは、かようなばあいに適用があるものというべきである」し、極端な場合として「その事情のもとでは行為を違法でないと思信するのがまったく無理もないというばあいであれば、非難可能性はなくなるべきであり、責任は阻却される」ことなるのである。⁸⁴⁾

このように制限故意説は、さまざまな長所を持つのであるが、一つ根本的な欠陥を包蔵する。即ち、上記平場教授の批判においても

示唆されていることであるが、なぜ行為の違法性に関する評価の不注意による誤り（所謂法の過失ないし違法性の過失）に対して故意責任を問うのか、という点である。これは既に多くの学者が指摘してきたところであり、例えば木村博士によれば、「もと『可能性の認識』を限界とする故意の概念の中に『認識の可能性』（Bewusstseins-Können）」という過失的要素を加味し、故意と過失という本質的に相排斥し合う矛盾概念を結合しようとするところに論理的矛盾がある」。⁸⁵⁾

団藤博士は「故意において行為者の直接的な反規範的人格態度がみられるのに対して、過失においてみられるのは、単に間接的な反規範的人格態度である。過失においては、注意義務を課する規範に反する点で反規範性がみられるが、本来の規範（人を殺してはならない）など）に対する関係では、かような注意義務違反を通じて間接に違反するにすぎない。かようにして、過失責任は故意責任よりも軽い責任形式である」と説明されている。そこで、違法性の過失を振返って見るに、「行為者は犯罪事実があるがままに正しく認識し、本来の規範を意識に昇らせる。しかし行為者は、この場合は特に許されており、本来の規範に従う必要のない場合である、と誤った判断を下すのである。彼は自己の従うべき規範の取捨選択において誤ちを犯したものの、本来の規範に対して直接に反抗・敵対したわけではない。この場合、本来の規範は彼に何物をも命令又は禁止しなかったからである。彼は当該行為を許す別の規範に柔順に従っただけであるから、そこには反規範的どころか合規範的人格態度しかみとめられないのである」。

他の規範はともかく、彼が従うべき本来の規範との関係では、彼的人格態度は反規範的である、との反論が予想される。しかしながら、行為者の心理ないし主観の如何を問うことなく、行為が正しいとされる規範に反してさえいけば、一律に重い故意責任であるとするのでは、この説も「違法性の意識不要説」が受けた「責任原理に

反する」との批判を免れない。人格責任論は、道義的責任論に結果責任を加味したもの、ということになる。その意味で、大塚教授の「違法性を意識してあえて行為したばあいと、その意識の可能性はあったが、現実には意識を欠いて行為したばあいとは、やはり人格態度において異なった評価をうけるべきであろう」との指摘は正当である。

違法性の過失は、犯罪事実の表象によって規範についての問題に直面するが、規範を正面から打ち破って進むのではなく、注意義務を課する規範に反するという形で先の規範を回避してしまう場合である。注意義務違反を媒介とした、換言すると、間接的な規範違反であるから、団藤博士の見解に忠実であろうとするなら、これは過失責任を問うべき場合ということになる。ここで説得力を生み出す博士のレトリックに言及するなら、規範についての問題に直面するか否かが、故意・過失を分ける反規範性の直接的か間接的かにそのまま結びつけられていることである。しかし両者はそのように等置され得るものではない。行為者が直面するのは規範についての問題（「殺してはならない」という規範がこの場合に妥当するのだろうかそれともしないのだろうか？）であって、規範そのもの（「殺してはならない」）ではない。直接的な反規範的人格態度が認められると言われる時には、規範についての問題に直面したことが、いつの間にか「規範」に直面しながらなお且つ行為に出たというふうに摩り替えられてしまったのである。

人格責任論は「行為者の意識作用ではなく、無意識的な人格態度」⁸³⁾即ち「人格の深み」を問題にするのである、換言すると、規範についての問題に直面した時に、正しい規範を退け、自分に都合の良い規範を採用した点に、行為者の反社会的・反規範的人格が認められ、そこに非難の根拠を見出すものである、との反論も考えられる。そう解するからこそ、人格責任論にとっては、行為者が現実に違法性

の意識をもって行為したか否かは故意と過失を分ける重要なメルクマールにならないのであった。常習犯人の規範意識が如何に純粋しいようとも、あるいは確信犯人が如何に自分の行為は正しいと信じていようとも、これは意識の世界であって、その背後に潜む主体性ある人格というものに目を向けるならば、そういう法に無関心なあるいは敵対的な人格を形成した責任が認められるのであり、強い非難を加えるのに何の支障ともならないのであった。しかし、そう解すると故意と過失の区別ができなくなる。なぜなら、博士によると、「過失責任の中核をなすのは、不注意という要素である。不注意というのは、行為者の意識作用ではなく、無意識的な人格態度である。過失においては――意識的過失においてさえも――意識ではなく意識下の人格態度が要点をなす」⁸⁴⁾からである。「過失を故意から区別するのは、犯罪事実の表象・認容の欠如である」。犯罪事実「を可能なものとして表象したがただ認容を欠くばあい」⁸⁵⁾を認識のある過失（意識的過失）というが、博士によれば、犯罪事実を表象すれば行為者は規範についての問題に直面し、それでもなお行為に出る時は直接的な反規範的人格態度を認めることができるのであったから、意識的過失は故意犯であると結論せざるを得ないことになる。

ところで当然、意識的過失には認容がないと反駁されるだろう。「認容の有無によって行為者の積極的な反規範的人格態度の有無がわかれるのであり、したがって、認容の有無が両者を区別することになるのである」⁸⁶⁾とされているからである。しかし、そうなると、認容は行為の際の意欲的要素であるから、敢えて行為の背後にある人格にまで遡る必要がなくなるのである。人格責任論を貫徹すれば、認容は故意の要件ではない。故意の成立に必要なのは「認容の可能性」なのであって、従って、行為者が現実に結果の発生を認容しなかったとしても、彼が認容の上行為した可能性があれば、意識的過

失ではなく故意の責任を問えるのである。彼は事実をありのままに正しく表象しているから、当然結果発生蓋然性が意識に昇り、規範の問題に直面する。蓋然性の程度を誤認したから規範の問題に直面しなかったと弁解することはできない。なぜなら意識的過失は、犯罪事実の表象には欠けるところがなく、従って「結果発生の可能性を表象して」³⁸⁾ただ認容だけを欠く場合と定義されているからである。結果発生の可能性を表象すれば「可能性の程度は問わない」博士の所謂本来の規範（「殺してはならない」など）に直面せざるを得ない。そうであるからこそ、注意義務（殺さないように注意せよ」など）が続いて成立し得るのである。最初に本来の規範との対決がなければ、行為者に課せられる注意義務は、単に「注意せよ」との無内容な規範になってしまうであろう。

いずれにせよ、意識的過失の場合は、結果発生の可能性を表象したものの、その可能性が無視できる程小さいと誤認したものであるから、これは事実の錯誤であり、故意は成立しない、と言われるかも知れない。しかし、このような反論はあり得ないであろう。なぜなら、故意と過失の限界を事実の錯誤によって分けることになり、「行為者の規範に反する人格態度が直接のか間接的か」認容があるかないか」であるとされたことと矛盾するからである。

このようにして、故意責任の非難の根拠を、規範の問題に直面していながら、規範に従って反対動機を形成するどころか、むしろ自己に都合の良い規範を考え出すことによって、正しい規範の適用を免れようとした行為者の人格態度に求める人格責任論は、違法性の意識の問題において、その可能性で足るとの立場を採用することによって、故意においても認容の可能性で足るとせざるを得なくなるのであるが、故意の意欲的要素においてそうであるならばその知的要素においてもそうであってはならない理由はない。責任の有無の判断は具体的・個別的であって「行為者人格の深み

にまで結びつけて」なされるものである。この点が「定型的な行為者人格一般が予想されている」有責行為類型（構成要件）における判断と異なる。それにも拘らず、故意の有無という責任判断において、行為者には現実の違法性の意識を要しないとするのは矛盾である。なぜなら、違法性の意識の可能性は、行為者ではなく一般人を責任判断の基準に引きずり込むからである。行為者に真に違法性の意識が欠けていたとすれば、それはその時の彼の人格からしてそうなるべくしてそうだったのであり、そこに彼の法に對する無関心な人格態度が窺えるのである。まさに「犯罪行為は行為者の人格の現実化である」⁴⁰⁾。彼は違法性の意識なくして行為したという経験的現実を前にして、いくら「行為者は意識することもできた」と言ったところでそれは実証できないのであるから、所詮非難するための方便にすぎない。行為者本人を基準とする限り、「可能性に基づく非難」が「非難に基づく可能性」へと逆転せざるを得ないのである。従って、違法性の意識が可能であったか否かを判断する基準としては、一般人ならどうであろうかと社会の多数人の経験に問う他はない。結局、行為者本人の心理的態度の如何は問わず、一般人の可能性で処理していくのだとすれば、人格責任論は責任主義が要求する主観的責任をここで断念することによって、客観的責任へと限りなく接近してゆくのである。制限故意説が、取締目的を達することができないという批判を免れることができるのも、このような根本的な所での犠牲の上であることを我々は注意しておく必要があるだろう⁴¹⁾。

二通りの反論が考えられる。第一は、一般人を標準にして違法性の意識の可能性を判断しても、それは、一般人なら誰でも払うであろう注意すら被告人は払わなかったという非難なのであるから、決して一般人の責任を被告人に負わそうとするものでなく、あくまで被告人自身の責任を問うているのである、というものである。しか

し、この反論は、被告人が少なくとも一般人と同程度の能力ないし規範意識を有している場合にのみ正当である。彼が限定責任能力者以上であって一般人以下の場合、即ち一般人と被告人が一致しない場合は、一般人の可能を理由として、被告人に不可能を強いることになる。第二は、より重要な反論で、被告人が一般人の水準に達しない場合は、行為の背後にある彼の人格が一つの問題として立ち現われるのであって、一般人に要求される程度の規範意識すら持ち合わせていなかった彼の人格形成の不十分さが非難の根拠になる、とするものである。「けだし、行為責任も人格の現実的なものから潜在的なものにわたって、行為におけるその人格態度を理解し責任判断を加えるもの」だからである。従って、一般人という客観的基準を用いようとも、個別・具体的な行為者本人の主観的責任を問うのであるから、責任主義に些かも反しない、ということになる。

団藤博士は、行為の背後にある人格は「素質・環境による重大な制約を受けながら…ある程度までは、自分じしんの主体的な努力によって形成して行くものである」とされるのであるが、たとえそれを認めるとしても「人格形成の過程は複雑であり、そこから、有責なものとそうでないものとを区別することは不可能に近く」、「過去の生活歴全体をもれなく調査することなどは事実上不可能である」。結局、違法性の意識の有無という立証し難い部分の挙証責任を検察官に負わせるか（厳格故意説）、人格の主体性という抽象的には争い難い事実から個々の事例に推定を及ぼし、被告人に負わせるか（制限故意説）の違いにすぎない。確かに、制限故意説は違法性の意識を故意の成立要件としないから、当事者がそれについて挙証責任を負うということはあるが、有責の判断が人格の持つ主体性、換言すると程度の差を問わない違法性の可能性、という証明を要しない事実に基づいて導き出され、しかもそれについては事実上の推定を破ることすら難しいから、「違法性の意識の可能性」を故

意の成立要件とすることは、検察官にとっては実際上その要件は無きに等しく、逆に被告人にとっては、その可能性が無かったことの挙証責任を負わされたに等しい。そして、この挙証も不可能に近いから、人格責任論に基づく制限故意説は、「違法性の意識不要説」と「厳格故意説」の中間的立場というよりは、実際の運用面で前者に等しく、しかも故意の中に過失を導き入れるという点で前者より悪い。

団藤博士によれば、「その事情のもとでは行為を違法でないと信じるのがまったく無理もないというばあいであれば、非難可能性はなくなるべきであり、責任は阻却されるものといわなければならない」。しかし、このような場合に責任を阻却すれば、人格責任論を裏切ることになる。行為の時行為者に違法性の意識がなく、しかもそれが如何に無理からぬことであっても、「違法性の意識の可能性」はどのように当の行為における事情に局限されてはならないのである。それでは行為責任と全く同じになってしまう。「単なる行為責任論は、行為環境以上に根強く人間を支配しているところの人格環境―そのもとで成育して来た環境―に対して眼を閉じるものであり、その意味で責任論から社会性を締め出すものである」。なる程、行為時だけの行為者に目を向ければ、何らかの相当な理由があって非難可能性がないかも知れない。しかし、人格責任論は、行為の背後にある潜在的な人格体系の責任をも問うものである。違法性を意識する可能性が全くない行為環境に自ら選択して入った者、あるいは自己の人格形成を通じて規範意識を鈍麻させて行為時に違法性を意識する可能性を消失させてしまった者は人格形成責任を負わなければならない。従って、このような観点から行為を見る時は、行為者が過去の全人格形成過程において違法性を意識するべくその主体性を発揮する余地を全く有しなかったというようなことは考えられないことであり、人格責任論は当然「法の不知は害す」「法律の不知は何人をも容赦せ

ず」との格言通り、違法性の意識不要説に至らざるを得ない。そして、博士の言われるように、違法性の意識の問題は、期待可能性の理論と共通の基礎に立つものであるから、ここでも人格責任論はその理論を否定しなければ、首尾一貫しているとは言い難いのである。なぜなら、その理論は、行為時における「具体的な事情」に着目し、そこから責任阻却を導き出すとするものであるから、人格責任論からすれば、当の行為を現出せしめた人格の歴史というものに対する視点が全く欠落しており、不十分の誹りを免れないだろうからである。

注

- (20) 団藤、二九四頁（傍点筆者）。
 (21) 藤木英雄、刑法講義総論（以後、藤木と略す）、二二三四頁。
 (22) 団藤、二三八頁。
 (23) 団藤、二九二―三頁。
 (24) 平場安治、刑事法講座第二巻、三六〇頁。
 (25) 福田平、違法性の錯誤（以後、福田と略す）、二〇五頁。
 (26) 不破武夫、井上正治、刑法総論、一四三頁。
 (27) 但し、福田教授は、違法性の認識はその可能性で足るとはされるが、後述の責任説を採っておられることに注意。
 (28) 団藤、二九四頁。
 (29) 参照、八木胖「法律錯誤論」七三頁以下。
 (30) 木村、三一〇頁。
 (31) 団藤、三一〇―一頁。
 (32) 大塚仁、刑法概説総論（増補）（以後、大塚、概説と略す）、二九二頁。
 (33) 団藤、三二一頁。
 (34) 注(33)に同じ。
 (35) 団藤、三二五頁。
 (36) 団藤、三二六頁。

- (37) 団藤、三二七頁。
 (38) 団藤、二七五頁。
 (39) 団藤、八七頁。
 (40) 違法性の意識の問題は「期待可能性の理論と共通の基礎に立つもので」問題は共通である（団藤、二九四頁。一般人か行為者本人かの問題について詳しくは、拙稿「期待可能性について―その標準からの考察」秋田大学教育学部研究紀要第二八集、七三―八三頁を参照されたい。規範的責任論が責任を社会倫理的非難と把握したところに、期待可能性ないし一般人標準（通説、なお参照せよ注(8)）が導き出される契機が存する。「規範主義の台頭は、当然事実的存在の自然主義的枠づけをほりくずして行く危険が存在する」。中山研一、刑法総論の基本問題、二二六頁。
 (41) 団藤、二四〇頁。
 (42) 「客観的責任は、被告人の現実の心理を無視し、彼を『一般人（reasonable man）』の標準に基づいて責任ありとするものである」。Jerome Hall, *General Principles of Criminal Law* 163 (2nd ed.).
 (43) ホールも、被告人の大部分は一般人の範ちゅうに入るだろうから、客観的標準が大いの場合、被告人の責任につき正当な結論を導き出すことは認めている。しかし、彼が問題視するのは、被告人が一般人よりも能力が低い「境界的」事例があり得るといふ事実である。Cf. *Ibid.*, at 166-7.
 (44) 法規範は「聖人君子としての人格態度を期待するものではなく、最大限度において、平均人ないし通常人としての人格態度を要求することに与まる」。団藤、二四五頁。
 (45) 団藤、二四一頁。
 (46) 団藤、二四〇頁。
 (47) 八木國之、新法学教室第二巻、一一五頁。同旨、佐伯、一三〇―一頁。
 (48) 西原春夫、刑法総論（以後、西原、総論と略す）、三九九頁。
 (49) もちろん、量刑では考慮される（参照、団藤、二九四頁）が、ここでは、より重要な故意責任の成否についてである。
 (50) 恐らく、「公知の事実」に該当するであろう。「通常の知識経験を有する一般人」（高田卓爾、刑事訴訟法〔改訂版〕、一九一頁）であ

れば、人間の行動は、素質・環境に完全に制約されているとは考えないだろうからである。もし、人格の主体性が公知の事実—少なくとも事実上推定された事実—でないとするれば（従って、検察官の証明が必要となれば）、そこで既に人格責任論そのものが否定されることになる。

(51) 参照、団藤、新刑事訴訟法綱要（七訂版）、二二九頁。

(52) 行為の時に違法性を意識していなかったということならともかく、長きにわたる全生活歴の中で、違法性を意識するような人格に形成することの不可能を証明することは至難であろう。「人格形成責任を論ずることは、通常責任を重い方向に認定する傾向となる。たとえば、個別行為責任の観点からは行為当時期待可能性を欠くが故に責任なしとされるような事案であっても、過去における人格形成の全過程を遡れば、通常、そのような環境に陥ったことに對し行為者人格の全体的現実化が認められるような事態にぶつかるから、責任が肯定されることになる」。西原、総論、三九九頁。

(53) 団藤、二九四頁。藤木博士によれば、「違法性を意識しなかったことにつき過失がないとき、あるいは相当の理由があるときは、故意が否定される」。藤木、二二二頁。

(54) 団藤、二四一頁。

(55) 団藤、二九九頁。

(三)

次に、制限故意説の、故意と過失を混同するという欠点を「理論体系上の矛盾なく合理的に説明できるものである旨自負する」⁵⁶責任説と呼ばれる見解を見ておくことにしたい。責任説とは、「故意と違法の認識又はその認識の可能性を区別し、故意は構成要件該当の外部的事実を認識（予見）することを意味し、それ自体構成要件の主観的違法要素として構成要件の要素であり、従って、故意の存在することは犯罪の成立要件の一たる構成要件該当性の要件を具備することを意味し、犯罪の成立要件の他の一たる責任と区別すべきものと解し、これに反して、違法の認識又はその認識の可能性は、それ

が存在することによって適法な行為の決意が可能であるにかかわらず、義務に違反して、適法行為の決意に出ず違法行為の決意に出たが故に責任非難が可能となるのであるから、責任の要素であると解する説をいう。従って、故意と違法の認識又はその認識の可能性との関係は、犯罪概念の体系においては、前者が構成要件該当性の問題であり後者が責任の問題であるから厳密に区別することを要する」⁵⁷。福田教授も「責任説は、故意の内容を、事実の認識・認容にかぎり、これを事実的故意と名付け、違法性の意識の可能性は、この故意とは区別された別個の責任要素であるとし、ここから、いわゆる法律の錯誤（違法性の錯誤）は、故意の成立とは無関係で、ただその錯誤がさけえられなかったばあいには責任を阻却するが、さけえられたばあいには責任が軽減されるだけであると主張する」⁵⁸ものだと言明されている。

教授によれば、「責任説と制限故意説とは、その実際の結論においては一致している」にも拘らず、後者は故意に過失の要素を混入すると非難されることから明らかなように、なお理論的に不徹底なのである。「責任説の理論構成からは、事実を認識していれば違法性を意識していなくともその可能性さえあれば故意犯としての処罰を免れないと主張しても、ここでは、故意（事実の認識＝事実的故意）と違法性の意識とが区別されているのであるから故意に過失の要素を混入するということはありえないから、右の非難は、責任説に對する非難としては、まったく的はずれのものといえよう」⁵⁹。

しかし、的はずれではない。責任説は今日支持者を漸次ふやしつつあるけれども、そのもつ説得力の基盤は、言葉の巧妙な使い分けという脆弱なものでしかない。即ち、責任説は「故意」という一つの言葉に、ある時にはAという意味をもたせ、またある時にはBという意味を、というように摩り替えることによって成り立っている見解である。

福田教授によれば、先ず「故意とは構成要件に該当する事実の認識（事実的故意「Atvorsatz」）であ」った。而るに、違法性の意識の欠如が「さけえられる錯誤にもとづくばあひは、故意犯としての処罰を妨げない」のである。⁶⁰⁾ 故意犯と言う場合の故意は、明らかに犯罪事実の認識・認容だけを意味するものではなくなっている。違法性を意識する可能性があったということまでをも含む。なぜなら、それは故意犯が成立するための一条件だからである。従って、違法性の意識の可能性は故意の要件でないとすること、その可能性がある場合は故意犯として処罰できるとすることは、相矛盾し両立しないのである。責任説の採るべき道は、違法性の意識の可能性は故意の要件であるとして制限故意説に戻るか、その可能性がなくても故意犯として処罰できるとして違法性の意識不要説に進むか、二つに一つである。

ここで当然次のような反論が予想される。即ち、故意犯を「故意」と「犯」の二つに分解して、違法性の意識の可能性は、故意の成立要件でなく、犯つまり犯罪の成立要件なのであると。現に、西原教授は「違法性の意識の可能性というのが、故意のみを特徴づける要素ではなく、実は故意にも過失にも共通な要素だということである。そうであれば、故意からも過失からも抜き出して、両者に共通な要素として体系づけた方が適切であろう」と言われている。しかしながら、上記反論は、通常の犯罪論体系を採る限り無理であろう。福田教授は、犯罪の成立要件との標題の下に「犯罪とは、構成要件に該当し、違法、有責な行態であると定義しうる」と述べておられる。つまり、犯罪の成立要件とは、構成要件該当性、違法性、有責性の三つなのであって、違法性の意識の可能性は犯罪成立要件の中には入れられていないということである。それは、「責任」の成立要件だとするのが責任説のそもそもの出発点なのであった。そして、教授には「違法性の意識の可能性がなければ、犯罪は成立しないのであ

るから、その意味ではそれは犯罪成立要件であると言える」と反論できない。なぜなら、事実的故意がなければ違法性の意識が行為者に生ずる余地はないのであるから、両者は不可分に結びついているのであり、にも拘らず両者を二つに分離して理論構成する責任説は不当であるとのシュレーダーの非難に対して、教授は「前提条件（Voraussetzung）と構成要素（Bestandteil）」とは厳密に区別されなければならぬ」との理由でそれを退けられているからである。この理屈で行けば、違法性の意識の可能性を犯罪成立要件の一つであるとしてもできないことになる。責任（有責性）は犯罪の構成要素であるが、その責任が肯定されるためには前提条件の一つとして違法性の意識の可能性が存しなければならぬからである。

もし以上のような責任説批判に対して、教授が「形式的」と非難されるとすれば、その非難は責任説自らも甘受せねばならないことになるだろう。即ち、如何に責任説が事実的故意と違法性の意識の責任論における相違を力説しようとも、責任の領域には教授が言われるように評価そのものと評価の対象、あるいは大塚教授が言われるように相互に異質な評価対象も含まれるのであるから、要は、各要素をどのように犯罪論体系の中で位置づけたらうまく説明できるかということに帰着する。現に、責任説は制限故意説と実際の結論において差はなく、そこに至る理論構成が異なるのみである。従って、究極のところでは、責任説は制限故意説が受ける故意と過失の混同という非難を、従本の犯罪論体系に一部修正を施すという「極めて形式的な」手段を用いて回避したものにはすぎないのである。

結論を先に述べてしまったが、もう少し責任説擁護のための努力だけは続けることにしたい。先に、責任説が「違法性の意識の可能性があれば、故意犯として罰して妨げない」と言う場合、違法性の意識の可能性が無言のうちに「故意」の中に含ませられていると批判した。故意犯の成立には、違法性の意識はもちろんその可能性す

ら必要でないとする「違法性の意識不要説」を採ってこそ、初めて真正に「違法性の意識又はその可能性は、故意の要素でない」と主張できる、とするのが私の考えである。それでは、「違法性の意識の可能性がある、換言すると錯誤が避け得られた場合は、故意責任を負う」というように、より責任説に忠実な表現に変えればどうだろうか。やはり、単なる言葉の使い分けとの批判は免れないであろう。なぜなら、責任説の言う「責任」は、犯罪の一成立要件としてのそれであるのに対し、ここでは、更に構成要件該当性、違法性をも具備した責任即ち犯罪、ないしはそれに対して科せられる刑罰、を意味しているからである。

しかし、少なくとも故意犯の成立要件の一つである故意責任は肯定されるのではないだろうか。否である。たとえ違法性の意識があったとしてもなお「適法行為に出ずることが期待しえないばあい」があるからである。ここで我々は、責任の有無を判断するに当たって重要なのは「違法性の意識」ではなく「違法性の意識の可能性」であると力説する責任説論者が、不思議にも、期待可能性に言及する段になると、急に「違法性の意識」を組上にのぼす点を見逃してはならないだろう。例えば福田教授は「違法性を意識していても」とされ、同じく団藤博士は「違法性の意識があっても、なおかつ、その行為をするのが無理もないというばあい」⁶⁵⁾期待可能性の理論による責任阻却が認められる、とされている。これは決して単なる偶然ではない。ここで違法性の意識の可能性を論じては、期待可能性の理論を維持できないのである。つまり、福田教授によれば、違法性の意識の問題は、行為者・人格の深みとの関連で、反対動機形成の可能性を問うものであったのに対し、期待可能性は行為の際の「具体的事情のもとで、その行為をすることがまったく無理もな」⁶⁶⁾かかったかどうか、換言すると反対動機形成の可能性があったかを問題とするものである。責任判断において、前者は「過去における人格形成

の過程」までも考慮の対象とするのに対して、後者は行為者がまさにおかれている現在の行為環境を対象とする。両者は、重なり合う部分をもつにせよ、判断の資料として取り上げる領域を異にするのである。今、仮に、違法性の意識なく行為したのだけれども、人格形成の面から見て意識の可能性があったと考えられる行為者がいるとする。その点に関してだけ言えば確かに彼に対して非難は可能である。しかし、考察の対象を行為時現在に移してみるならば、彼は自己の行動を違法だとは思っていないのであるから、反対動機ないし道義的抑止力は生じようがないのである。違法性の意識が現実にあった場合は、責任説論者が言うように、なお期待可能性の有無を論じる余地がある。しかし、その可能性しかなかった場合は、適法行為の期待可能性がないことは自明であって、その点で非難できないことになって無罪とせざるを得ない。結局、第二章で述べたように、人格責任論と期待可能性の理論とは、相互に排斥し合う関係に立つものである。

更に注意すべきは、団藤博士が一方で「規範主義を徹底するあまり、責任の事実的基礎を忘れてはならない」と言われておきながら、他方で行為者の意識という心理的事実を軽視される点である。即ち博士は客観的責任要素を認める理由として「客観的事情が、かならずしも、行為者の意識を通じてでなく、無意識的にあるいは生物学的に行為者に影響を与えることがありうる」とされるのであるが、そうなると、期待可能性の錯誤があったかどうか、あるいはその錯誤が不可避であったか否か等と問うことは無意味であろう。なぜなら、行為者に錯誤がなくとも客観的事情が無意識的に意思形成に作用して期待不可能に陥らせることがあり得ることになるし、客観的事情から判断して錯誤は不可避であったとしてもそれは認識面の無過失を証明したに止まり、意思形成面の無過失を証明したことにはならないからである。博士によれば、客観的事情が行為者の意識を経由せず、それを飛び越して人格の深みに作用することがあり得るので

ある。行為者が、期待可能性を阻却する事情有りとは全く無過失に信じていたとしても、我々はなおかつ、彼に適法行為の決意を促す客観的事情の無意識的・跳躍的影響力に一縷の望みをつないでよいのである。従って、錯誤が不可避だからといって直ちに故意を阻却し無罪にするなどということは思いも寄らぬことである。

以上、責任説が「違法性の意識の可能性」で足りるとする限りでは制限故意説と同じ批判を受け、共倒れにならざるを得ないことを述べて来た。従って、先に触れておいたように、責任説の進むべき道は「違法性の意識不要説」しか残っていないことになる。しかし、両者は事実的故意を犯罪論体系のどこに置くかで大きく異っている。責任説批判の最後の問題として、責任説の基礎になっている人的違法観を論じないわけにはいかないであろう。

人的違法観 (Personale Unrechtsauffassung) とは、ヴェルツェルの「不法は、行為者から内容的にきりはなされた結果惹起 (法益侵害) につきるものではなく、行為は、一定の行為者のしわざ (Werk) としてのみ違法なのである。行為者がいかなる目標設定を目的活動的にその客観的行為にあたえたか、行為者がいかなる気持からその行為をなしたか、そのばあい、いかなる義務が行為者に存していたか、これらすべてが、生ずるかも知れない法益侵害とともに、行為の不法を決定するのである。違法性とは、つねに、一定の行為者に関係づけられた行為の非認である。不法は、行為者関係の『人的』行為不法である。」との主張である。

この主張の根本的誤りは、違法行為と犯罪とを同一視した点にある。従って、彼の言う「不法」を「犯罪」と読み替えた時には、全く正当なものである。なぜなら、その場合、ヴェルツェルは近代刑法の一大原則たる「責任主義」を説いているに他ならないからである。

このような混同から出発すれば、責任要素たる故意・過失が違法

性の要素 (主観的違法要素) でもあるという結論が出て来るのは当然であろう。⁹⁰⁾ しかし、そうすると、他の責任要素、即ち責任能力、違法性の意識の可能性、期待可能性も又違法要素としなければならなくなる。福田教授によれば、故意犯の刑が重く過失犯の刑が軽いのは「ただ責任において差があるというものではなく、すでに違法性において差異がある」⁹¹⁾ からである。例えば、殺人と過失致死とは生命という同一の法益を侵害しているのに、刑の重さに大きな開きがあるのは法益侵害の態様 (社会的相当性からの逸脱の程度) が類型的に異なるからである。しかし、責任能力者による殺人と責任無能力者による殺人とは、故意犯と過失犯以上に大きな刑の差がある。即ち、全く同一の法益を侵害しているのに、前者は故意犯の刑で後者は無罪である。この差異を責任のちがいで説明してよいはずはない。⁹²⁾ 人的違法観は、単に故意・過失のみを論じて、それを法益侵害と共に違法性の要素としなければならぬとする主張ではないからである。福田教授は故意・過失だけが「主観的要素」であるとしても考えておられるのであろうか。客観的な行為と主観的な故意・過失とを合わせれば、それで評価の対象としての「人」の把握に欠けるところはないとでも考えられるのであろうか。

福田教授は、故意・過失だけでなく、法益侵害の態様 (行為の種類・方法) も考慮すべき対象として挙げていると言われるだろう。例えば、同じ「他人ノ財物」を侵害する行為であっても、窃取 (二三五条) と強取 (二三六条) とでは、違法性即ち社会的相当性からの逸脱の程度が類型的に異なるから、現行刑法典は刑に軽重をつけて別個に規定していると説明する如きである。教授は、この侵害の態様を「違法判断において考慮されなければならない」と⁹³⁾ されているが、これは構成要件該当性判断においての誤りであろう。なぜなら、違法行為の類型的な差異は、既に構成要件で明確に区別されるからである。⁹⁴⁾ また、同じ窃盗でも空巣ねらいと万引き (行為の種類)、

同じ殺人でも刺殺と毒殺（行為の方法）などは量刑事情として、責任判断において考慮されるであろう。

更に、責任能力などは理論上違法要素たり得ないとの反論があるだろう。なぜなら「違法性とは、行為者人格との結びつきを一応捨象した、行態に対する法的無価値判断であり、責任とは、こうした違法な行態をなしたことについて行為者人格に対して加えられる非難であって、両者は理論的に区分されるべきものであるからである」。

しかし、行為者人格と切り離された責任能力を考えることは強ち不可能ではない。それはつまり一般人の責任能力であり、敢えて名付ければ客観的責任能力である。これは、社会の一般人であればこの程度の是非弁別能力は有するであろうと定型的に把握された責任能力があるから、構成要件要素たり得る。そして、行為者の具体的能力は責任において問題とされる。これは過失犯の不注意の有無の判断と全く同一であって、一般常人が行為者のおかれたと同じ具体的事情のもとで結果を予見、及び結果を回避できたであろうと考えられる場合は、行為者の客観的注意違反（構成要件の過失）が肯定され、彼の具体的な能力（主観的注意違反）は責任で考慮される。「客観的に要請される一定の注意：を遵守しても結果の発生がさけえられなかったばあい、その行態は違法とはいえない」と同様、一般人でも是非の弁別はできないと判断される行態なら、それは違法とはいえないのである。違法性の意識の客観的可能性、客観的期待可能性も、すべて連れ立って構成要件の中に入ってくる。福田教授にそれを阻止することはできない筈である。それは行為を主観⇨客観の全体構造において把握すると唱える人的違法観の当然の帰結にすぎないからである。

教授は構成要件を有責類型でもあると理解することに反対して、「違法性の判断においては、違法性阻却事由が存在するかどうかという消極的方法で、違法性を確定することができるが、責任においては、これと同様の消極的方法によっては責任を確定することができず、

積極的に責任の有無を判断しなければならない」とその理由を述べておられるが、これにも賛成し難い。上記のように、人的違法観を貫くならば、行為の構成要件該当性が肯定される時、責任も推定される筈だからである。更に、故意・過失を構成要件要素と考えることは現行刑法典の規定の仕方と調和すると誇られているのだが、責任に関する規定（三八―四一条）は違法阻却事由（三五―七条）と同じく「之ヲ罰セス」と消極的に阻却事由の形式で書かれているのである。構成要件で推定された責任が、責任のところで責任阻却事由が存在するかどうかという消極的方法で確定されると考える方がより条文には忠実であろう。

また教授は「構成要件該当性、違法性、責任は、それぞれ後者は前者を前提とするという意味において論理的に結合しているものであり、構成要件該当性は違法性に、違法性は責任に論理的に先行するものである。したがって、責任なき違法は考えられるが、違法なき責任は考えられない。そこで、構成要件を責任の類型であるといったところで、あまり意味がない」とされる。理由（違法行為）もなしに非難できないということであろう。しかし教授は、責任判断において事実的故意は責任非難の端緒的契機になるとされた。そういう機能をもつ故意が同時に構成要件要素でもあり、而も前述のように人的違法観を徹底し、非難の端緒となる要素が構成要件においてすべて揃った時、何か例外的事情（責任阻却事由）がない限りは、先ず行為者を非難することは可能と考えて差支えないわけである。故意・過失を責任から切離して構成要件だけの問題とされるか、あるいは逆に人的違法観を捨てて故意・過失は責任だけの問題とされるならともかく、故意を責任要素としままま同時に構成要件に入れられた教授が構成要件の有責類型性を否定されるのは不可解である。また、違法なき責任は考えられないというものでもない。例えば、社会倫理的に正しい行動をした子供を、特殊な個人倫理をもつ親が叱る場合がそうである。違

法行為がないにも拘らず非難だけがある。他に、構成要件該当性なき違法行為も無数に考えられるから、構成要件該当性、違法性、責任はこの順番で論理的に結合していると見るのは正しくない。訴訟実務で証明の容易なもの（犯罪の客観面）から困難なもの（犯罪の主観面）へ、思考経済で原則から例外へ、となっているだけのことで論理的にそれ程深くつながっているわけではない。

結局、責任説は人格責任論、目的的行為論からそれぞれのもつ長所を取って来て構成された理論なのであるが、それがまたその説の最大の欠点ともなっている。折衷説とは、得てしてそういうものである。

注

- (56) 藤木、二一五頁。
 (57) 木村、三一八―一九頁。
 (58) 福田、論争刑法(中義勝編)(以後、福田、論争と略す)、一〇三頁。
 (59) 参照、福田、論争、一〇三―一四頁。
 (60) 福田、論争、一〇八頁。
 (61) 福田、一八一頁(傍点筆者)。
 (62) 西原、八一頁。
 (63) 福田、新版刑法総論(以後、福田、総論と略す)、四五―六頁。木村博士も同じ。木村、一二八頁。西原教授の場合も、構成要件該当性が行為に変えられているだけである。西原、総論、六五―六六頁。
 (64) 福田、一九一―二頁。大塚教授も、シュレーダーと同じく、両者の高度の親近性を認め、「統一的な故意概念に包含させて理解することには、何ら論理的な不合理がうかがわれるものでない」とされる。
 論争刑法、九〇―一頁。
 (65) 福田、論争、一〇五頁。
 (66) 大塚、論争刑法、九一頁。
 (67) 佐伯博士の言葉を借りれば、責任という言葉は、非難やその「非難を理由づける行為者の側の主観的事情をさすこともある」し、「義

- 務違反の結果として忍受しなければならない制裁や負担」をさすこともある。佐伯、二二五頁。
 (68) 福田、二〇四頁。論争、一一〇頁。但し、総論、一六〇頁では「可能性があっても」となっていることをお断わりしておく。
 (69) 団藤、二九四頁注(一四)。二九九頁。
 (70) 福田、総論、一六〇頁。
 (71) 「違法性の意識の可能性が存在するならば、その者の法秩序に対する無関心な態度を表現したものであって、道義的抑止力を押し切って行動した場合に準じてさしつかえない」。萩原玉味、現代刑法講座第二卷、三四二頁。
 (72) 団藤、二四五頁。
 (73) 団藤、二四八―九頁注(一一)。
 (74) ハンス・ヴェルツェル「目的的行為論序説(福田、大塚訳)」、四二―三頁。
 (75) 更に「構成要件は違法の認識根拠(存在根拠)である(福田、論争、一〇九頁)とのメツガーの誤った主張に基づいて、故意・過失は構成要件要素ともされる。行為が構成要件に該当したからといって、それで行為の違法性が認識されるわけでも存在するわけでもない。構成要件は違法の推定根拠にすぎない。例えば、煙を見れば火の存在を推定はするが、火そのものを認識するわけではないから、両者は区別を要する。
 (76) 福田、総論、七一頁注(一)。
 (77) 責任能力は違法判断に不可欠とするが主観的違法論である。
 (78) 福田、総論、七一頁。
 (79) 「構成要件該当性は、類型的・抽象的判断であるのに対して、違法性の判断は具体的・非類型的である」。福田、総論、一〇二頁。
 (80) 福田、総論、一〇三頁。
 (81) 参照、福田、総論、九六頁、一四七頁。大塚、概説、一六四頁。
 (82) 福田、総論、九四頁。
 (83) 「たとえば、適法行為の期待可能性などのように、本質的に責任の要素であるものが、構成要件の内容とされているばあいもありうる」。大塚、概説、一〇四頁。

(84) 福田、総論、五九頁。

(85) 参照、福田、総論、七一頁注(一)。福田、一六九頁。西原教授が責任説を支持されるのも、専らこの理由のようである。西原、八一、八九頁。

(86) 福田、総論、五八頁。

(87) 参照、佐伯一一頁。福田、総論、四五頁。

(四)

以上、人格責任論に基づく制限故意説も、更に人的違法観を取り入れた責任説も、まだ我々を納得させるには程遠く、それぞれの理論を推し進めるならば、判例と同じ「違法性の意識不要説」に至らざるを得ないということを述べてきた。そこで、不要説に向けられている批判をどう乗り越えるかが本稿の最後の課題であり、結論である。

先ず、違法性という場合の「法」とは何かを明らかにしておかなければならない。滝川博士は「吾人日常行為の標準をなすものは日常生活の条理にして法律にあらざること換言すれば吾人は通常漠然たる社会の条理により斯々の行為は之をなすべし又斯々の行為は之をなすべからざることを知るべく必しも法律家にあらざる一般人は法律がその行為を禁ずるや否や又之に対し刑罰を科するや否やにより之を決するものにあらざることを知るを得べし」とされ、法をもって「日常生活の条理」と解される。他の学者が「文化規範」「義務」「公序良俗」「全体としての法秩序」「社会倫理」と称するものも、ほぼ同意義かと思われる。要は、法といっても国会で制定される法律ではないということである。

そうすれば、行為者の主観における違法性の判断とは、責任能力でいう是非善悪の弁別に他ならないことになる。「責任能力の判断では、通常、人倫上の洞察にしたがって行為しうる一般的な能力があるかどうかということの意味すれば足りる」からである。このこと

を既に指摘しておられるのが庄子教授であって、教授によれば、責任能力者であれば「違法を認識しうる能力をそなえる。ことさらに、故意責任を検討するにあたって、違法の認識の可能性を論ずるまでもない」。従って、たとえ行為者が違法を認識しなかったことにつき相当の理由があった(無過失)としても、三三条三項但書により刑が減輕され得るだけで、責任阻却はできない⁽⁸⁸⁾。

このように解すれば、違法性を意識せずにあるいはその可能性なしに行爲した者に対しては、いかなる責任論に基づくことも非難はできない筈であるとの不要説批判のもっともらしさは、実は責任無能力者に対する非難不可能性に基づいていることが判明するのである。つまり、責任無能力者には是非弁別能力が欠けているから自己の行為が違法であることを意識する可能性がないのであり、仮にその無能力者に意識の可能性がある場合でも、責任能力の類型化(未成年者)により、あるいは是非弁別「にしたがって意思決定をすることのできる能力」の欠如(瘡啞者・心神喪失者)により、非難ができないということである。従って、行為者の責任能力が一旦認められれば、その上更に違法性の意識ないしその可能性の有無を問うのは不当である。

これに対しては「なる程責任能力の存在によって違法性の意識の可能性は確保された。しかし、責任能力者たる被告人が真実、その意識なくして行為する場合もないとは言えない(例えば法定犯)。その場合にも非難するとすれば、違法性の意識の存在を擬制することになる」と嚴格故意説から批判が出されよう。可能性さえあれば人格形成の面で非難できるのだとする人格責任論を採らない場合、これにどう答えるべきだろうか。違法性の意識なくして行為する場合とは、責任能力がない場合と同義であることは既に述べた。従って、その場合は被告人を非難せず無罪とするのであるから、擬制などとは無縁である。そこで次に、法定犯では被告人に責任能力があつて、

なお且つ現実に違法性の意識を欠く場合があるのではないかとの疑問が出るかも知れない。この疑問は、換言すると、法律上、責任能力有りとする者であっても、なお実質的に観察する時は、責任能力を欠いている場合があるのではないか、ということである。しかし、このような実質的考慮によつては、莊子教授が言われるように、無罪とはされ得ない。あらゆる特殊を包摂し得るように規定を一般化・抽象化せざるを得ない法律の宿命である。例えば、実質的に十四歳以上の「是非を弁別し、それに従つて意思決定する能力」を持つていたとしても、その少年が形式的に十三歳ならば、有罪とはできないし、その逆の場合は無罪とはできないのである。しかし、法律は形式的処理に終始していいことはもちろん、三八条三項但書で実質的考慮により責任能力者に対してさえも「減輕スルコト」を認めているのであるから、現行刑法は今のままで十分と言うべきである。故意ないし責任の阻却までも認める学説は解釈の域を踏み越えた立法論であつて、罪刑法定主義に反するものである⁽⁸⁹⁾。

更に、犯罪を自然犯と法定犯に区別することに對しては、「明確に区別できるものではない」し「全然成法上の根拠を持たない」と批判が強い。明確に区別できないという以上に、そのような区別は理論上できないのである。犯罪は構成要件に該当する違法・有責な行為と定義される。それはつまり、犯罪行為はすべて違法なのであつて、違法でない犯罪など存在しないということである。そうであるならば、行為が違法かそうでないかを識別する能力としての責任能力を持ち合わせている者が、構成要件に該当する事実を正しく認識していながら、違法性を意識しなかったあるいはできなかったというようなことは有り得ない。違法行為とは、既に日常生活の条理に基づいて否定的価値判断を下し得る行為なのであるから、法定犯が犯罪である以上、法律規定を知らなければ違法か否か判断できない行為を内容とする犯罪と定義することは不可能である。もし、実際

そのような行為が犯罪とされるものの中に含まれていると主張するのであれば、上述の犯罪の定義を根本的に改めた独自の定義を提示しなければならぬであろう。結局、嚴格故意説は、責任判断において、同一内容のものを形を変えて二度要求している点で不当であり、違法性の意識（責任能力）が故意の成立要件であることを指摘している点で正当である。

三八条三項にいう「法律」は文字通り成文の刑罰法規と解するのが自然である。しかし、だからといって、違法性の錯誤とは無関係な規定ということにはならないであろう。なぜなら、同条項の趣旨は、刑罰法規（条文）の存在・内容を知らなくても、その行為をしてよいかどうか（違法か否か）は一般常識で判断のつくことだから、条文の不知は違法性の錯誤とは結び付かず、故意の成立に影響しないということ、条文の不知と故意の關係が違法性の錯誤という概念を媒介とすることにより一層明らかになるからである。

注

- (88) 滝川幸辰、「違法の認識」法学論叢二卷三号、二七頁（原文片仮名）。
- (89) 莊子、四五六頁（傍点筆者）。
- (90) 莊子、五五七頁。
- (91) 参照、莊子、五五七—八頁。
- (92) 団藤、二五四頁。
- (93) 心神喪失・心神耗弱は、極めてあいまいな定義しかもたないから、これらの認定は、すべて実質的考慮によると言つて過言ではないだろう。
- (94) 改正刑法草案二一条（法律の錯誤）二項は、同一六条（責任能力）一項と表現を異にしただけで内容は同じだから、不必要な規定であると批判できる。
- (95) ローウィーによれば「法の不知は許されず」(Ignorance of the law is no excuse) という格言は、実は罪刑法定主義 (the principle of legality) 即ち「何人も法に優越することを得ず」から来している。

のである。彼は、この格言の正当根拠として、更に、「法の不知」抗弁の濫用のなれ易さ、つまり犯罪を行なおうとする者を勇気づける事実を指摘している。 Cf. Arnold H. Loewy, *Criminal Law in a Nutshell* 130 (1975).

(96) 植松正, 再訂刑法概論 I 総論, 二四九頁。

(97) 通説なら、構成要件は違法類型だからということとで説明がつくのだが、私はメツガーに反対の立場なので、ここでいう「構成要件」とは消極的構成要件要素をも含んだそれであることをお断わりしておく。従って、違法阻却事由の錯誤は、事実の錯誤として故意を阻却すると解する。