

タイトル	責任(6)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 51(4): 517-587
発行日	2016-03-31

責 任 (6)

吉 田 敏 雄

目 次

1 総説 責任主義と責任概念

(1) 責任主義

 A 責任主義の機能

 B 責任主義と憲法

(2) 責任概念

(3) 責任主義と意思自由

 A ドイツ語圏刑法学における歴史の経緯

 B ドイツ語圏刑法学の現状

 a ドイツ

 b オーストリア

2 責任概念の歴史的・理論的發展——心理的責任概念から規範的責任概念へ

(4) 意思形成における心理的現象

 f 評価

 e 中山研一

 d 福田平

 c 平野龍一

 b 團藤重光

 a 木村亀二

 c スイス

 C 日本における意思自由に関する学説

(以上第五〇卷第二号二〇一四年)

- (1) ドイツにおける責任概念の変遷
- A 歴史的経緯 (以上第五〇巻第三号〓第四号二〇一四年)
- B 現在の責任概念
- a ミュラー・テイツ説
- b イエシエック説
- c バオマン／ヴェーバー／ミチュ説
- d シエヒ説
- e 機能的責任概念
- aa ロクスイーン説
- bb ヤコプス説
- cc シュトレング説
- f 性格責任論
- g 責任主義不要論
- (2) オーストリアにおける責任概念の変遷
- A 歴史的経緯
- B 現在の責任概念
- C 一般的免責事由としての期待可能性の賛否
- (3) スイスにおける責任概念の変遷 (以上第五一巻第一号二〇一五年)
- (4) 日本における責任学説
- A 近代学派の社会的責任論 (いわゆる性格責任論)
- B 個人道義的責任論
- a 国家道義的責任論
- b 人格責任論
- C 個別行為責任論
- 3 刑法、法的責任、法的刑罰、量刑及び修復
- (1) 刑法
- (2) 不法
- (3) 法的責任としての客観的・社会倫理的責任
- A 規範的内容
- B 規準
- C 行為責任と行為者責任 (性格責任)
- (4) 法的刑罰
- (5) 量刑
- A 量刑の尺度規準としての責任
- B 責任と予防の關係 (以上第五一巻第三号二〇一五年)
- 4 一般的責任要素
- (1) 責任能力

責任 (6)

一般的責任要素とは、責任を認定するために原理的に必要とされる要素であり、しかも、個別の構成要件に依存しない要素である。かかる要素として先ず責任能力と不法の意識がある。両概念ともに規範的関連性のある心理学的要素である。責任能力と不法の意識は責任基礎づけ要素（責任前提要件）である。責任無能力と禁止の錯誤は責任阻却事由である。免責事由では、責任の存在を前提として、行為者の心理的圧迫が問題とされるのである。すなわち、責任能力で問われるのは、行為者がそもそも規範によって動機づけられること、それ故に法に誠実な行為をすることができたか否かが問題となるのであり、免責事由で問われるのは、規準人であっても具体的な抗しがたい状況にある

- A 責任能力・限定責任能力の意義
 - B 生物学的・心理学的要件
 - C 心理学的・規範的要件
 - D 責任能力の時点
 - E 責任能力の認定
 - F 法的効果
 - (2) 不法の意識
 - A 定義
 - B ドイツ語圏刑法における理論的展開
 - C 日本における学説の状況
 - D 不法の意識の対象と内容
 - E 不法の意識形態
 - (3) 禁止の錯誤
 - A 総説
 - B 直接的禁止の錯誤
 - C 間接的禁止の錯誤
 - (4) 不法の不認識の非難可能性
 - A 非難可能性（回避可能性）の規準
 - B 一般的に容易な不法の認識可能性
 - C 照会義務違反
 - D 非難可能性の欠ける特殊の事例
 - F 潜在的不法の意識
 - G 認定方式
- （以上第五一卷第四号二〇一六年）

4 一般的責任要素

てはもはや規範に適った行為をしなかったといえるか否か、つまり、法秩序が法に適う行為を要求することが許されないか否かである。要するに、積極的要素は通常与えられているので、個別事例において、責任無能力や禁止の錯誤（法の錯誤）の場合に、行為者は責任の仮定から解放される。期待可能性も責任を積極的に基礎づける。規範的責任概念は非難可能性を意味するのであって、期待可能性が無ければ責任概念は充足されないからである。しかし、期待可能性は一般的には責任前提要件（責任能力、不法の意識）がそろうと肯定されるので、個別事例において例外的に検証されるべきである。それ故、期待可能性は期待不可能性という免責事由としてのみ現れることになる。⁽⁵⁵⁾

(1) 責任能力

A 責任能力・限定責任能力の意義 ドイツ刑法第二〇条（心神障礙に基づく責任無能力。Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen）は、「所為の遂行に当り、病的な心神障礙、根深い意識障礙、又は、精神薄弱若しくは重大なその他の心神の変性のため、行為の不法を弁別し又はその弁別に従って行為する能力がない者は、責任なく行為したものである」と定め、同第二一条（限定責任能力）は、「所為の不法を弁別し又はこの弁別に従って行為をする行為者の能力が、第二〇条に列挙された理由により、行為の遂行にあたり著しく低減しているときは、第四九条第一項に従ってその刑を減輕することができる」（裁量的減輕）と定める。「重大なその他の心神の変性」は一九七五年の第二次刑法改正法ではじめて責任無能力規定に加えられた。ドイツ刑法は、第一段階では病的な精神障礙が検証され、次いで、第二段階ではそれらの弁識・制御能力への因果関係が検証される。この二段階モデルによれば、精神病理学的状態に異常が認められても、弁識・制御能力は無傷ということもありうる。

オーストリア刑法第一一条(責任無能力。Zurechnungsunfähigkeit)は、「所為の当時、精神病、知的障礙 (geistige Behinderung, 第二次暴力保護法によってそれまでの精神薄弱から知的障礙へ改められた——筆者注)、根深い意識障礙又はその他これらの状態と等価の重い心神障礙のため、自己の所為の不法を弁別し又はこの弁別にしたがって行為する能力がない者は、有責に行為したものでない」と定める。オーストリア刑法には刑の減輕を可能とする「限定責任能力」の規定はない。しかし、同第三四条が特別の減輕事由として、第一号「行為者が所為を異常な精神状態の影響を受けて為した場合、行為者が理解力において薄弱である場合」、第一号「責任阻却事由……に近い状態の下で所為をなした場合」を定めている。オーストリア刑法第一一条は、ドイツ刑法第二〇条とは異なり、責任無能力を表す言葉としてSchuldunfähigkeitではなくZurechnungsunfähigkeitを用いている。後者の言葉の方が、一般的に有責とされることの無能力でなく、特定の所為に責任を負うことの無能力を的確に表現できるとして、立法者を支持する学説が見られる。⁽³⁶⁾しかし、客観的帰属 (objektive Zurechnung) と混同しやすいことから、前者を用いるべきとの学説も見られる。⁽³⁷⁾なお、精神薄弱 (Schwachsinn) という言葉は古めかしいばかりでなく、否定的意味を暗示するので、知的障礙 (geistige Behinderung) とこの概念が用いられることになった。⁽³⁸⁾

スイス刑法第一九条は責任無能力と限定責任能力を一括して同一条文の中に定める (Schuldunfähigkeit und verminderte Schuldfähigkeit)。「①行為者が、所為の遂行に当り、所為の不法を弁識し又はその弁識に従って行為できなかったとき、可罰的でない。②行為者に、所為の不法を弁識し又はこの弁識に従って行為する能力が部分的にしかなかったとき、裁判所は刑を軽減する」。スイスでも旧法では、責任無能力を表す概念としてUnzurechnungsfähigkeitが用いられていたが、二〇〇七年の新総則からSchuldunfähigkeitが用いられることとなった。ドイツ刑法やオーストリ

ア刑法との顕著な違いはいわゆる生物学的要素が規定されていないことである。旧法第一〇条は、いわゆる心理学的要素と並んでいわゆる生物学的要素（精神病、精神薄弱、その他の重い意識障礙）を規定していたのだが、この生物学的要素は改正過程において現代心理学の発展に合わせて「重い精神障礙」に一括・縮減するように提案されたのである。しかし、結局、この概念の不明確性と責任無能力の根拠となる生物学的要素を扱うことは立法者の任務ではないという理由から、法文化されなかった。それでも、学説では一般に、いわゆる生物学的要素が考慮されないなら責任却の範囲が異常に広がる恐れのことから、「重い精神障礙」は書かれていない構成要件要素と理解されている。精神医学者によって確認されるべき精神の障礙の所見と弁識・制禦能力の判断をする裁判官の分業が必要と考えられている。⁽³⁹⁾

ドイツ語圏刑法に対して、日本刑法第三九条が、「①心神喪失者の行為は、罰しない。②心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する」と規定しているにとどまり、心神喪失（責任無能力）、心神耗弱（限定責任能力）の概念内容についての特段の定めはなく、しかも、ドイツ刑法、オーストリア刑法と異なり、包括的規定となっている。したがって、その内容は学説・判例に委ねられている。旧刑法第七八条は、「罪ヲ犯ス時知覚精神ノ喪失ニ因テ是非ヲ弁別セサル者ハ其罪ヲ論セス」と定め、ここに「知覚精神ノ喪失」という概念はフランスの精神医学者フィリップ・ピネル（一七四五—一八二六）が用いた「*alienation mentale*」に由来し、生物学的概念であり、これが現行刑法の「心神喪失」に繋がったので、現行刑法第三九条は生物学的方法を意図したものと解されることもあるが、大判昭和六・一二・三刑集一〇・六八二は、「心神喪失ト心神耗弱トハ孰レモ精神障礙ノ態様ニ属スルモノナリト雖其ノ程度ヲ異ニスルモノニシテ即チ前者ハ精神ノ障礙ニ因リ事物ノ理非善悪ヲ弁識スルノ能力ナク又ハ此ノ弁識ニ從テ行動スル能力ナキ状態ヲ指

称シ後者ハ精神ノ障礙未タ上叙ノ能力ヲ欠如スル程度ニ達セサルモ其ノ能力著シク減退セル状態ヲ指称スル」と判示して、いわゆる混合的方法を採用し、最高裁判所もこれを受け継いでいる。⁽⁸⁾ わが国の学説においても一般に本判決及びドイツ語圏刑法、とりわけドイツ刑法第二〇条の関連規定を参照した説明がなされている。

従来、心神喪失は、精神障礙と行為の不法を弁識しこれに従って行為する能力という二つの要素からなること、前者は、生物学的要素であり、病的な精神の障礙のあることを云い、後者は、心理学的要素であり、不法を理解する能力である弁識(別)能力(Einsichts- oder Diskretionsfähigkeit)と、その意思を弁識に従って決定する能力である制禦能力(Steuerungs- oder Dispositionsfähigkeit)という二つの要素から成ると説明されてきた。生物学的異常(生物学的階層)に基づく心理学的影響(心理学的階層)という点で、その重畳的存在が要求されたので、これがいわゆる混合的方法(gemischte oder kombinierende Methode)の一種である生物学的・心理学的方法(biologisch-psychologische Methode)と呼ばれてきた。制禦能力は事物論理的に弁識能力に依存する。所為の不法を認識する能力なくして、この弁識に従った行為をする能力の問題は生じない。それ故、制禦能力は、弁識能力が肯定された場合にのみ検証される必要がある。⁽⁹⁾

この二段階の前提となっているのは、所為時点での関連する「生物学的」基礎が存在するにもかかわらず、この上部にある、行為者の規範的に関連する能力に基づいた判断が「心理学的」階層において完全な責任能力の存在をもたらしうることである。しかし、ドイツ語圏刑法学では、このような二階層論は概念的誤解を招くとして批判されようになった。ドイツでは第二次刑法改正法によって、「根深い意識障礙」と「その他の重い心神の変性」という心

理学的に理解されうべき二類型が生物学的階層に取り入れられたのであるが、判例は既に刑法旧規定第五条（現行法第二〇条）の枠内でクルト・シュナイダー（一八八七—一九六七）の器質ないし生物学的指向の「医学的病気概念」^⑧から解放されていたのである。高度の情動状態、性倒錯も責任能力に関連する障礙と認められたのである。これにより、いわゆる「法律的病気概念（Juristischer Krankheitsbegriff）」が創出されたのだった。精神医学の面でも、最近では、病因的に定義された病気診断から離れて、精神障礙の記述的診断への方向をとるようになったのであり、このことは当然ながら生物学的構想を相対化した。このことはアメリカ精神医学会の「精神障礙の診断と統計マニュアル（DSM）」と世界保健機構の「国際疾病分類（ICD）」にはつきり現れている。^⑨

そこで、ドイツ刑法学では、第二〇条の第一水準に当該精神病理学的要素の存在についての「法的・質的問い」を割り当て、第二水準にこの障礙についての「法的・量的問い」を割り当てるという案が構想された。しかし、この質的・量的構造化も、法律が既に第一水準において「根深い」意識障礙とかその他の「重い」心神の変性を要求していること、つまり、量的考察を要求していることによって相対化された。加えて、第二水準は法的意味でもともと量化を含むのではなく、中核において規範的考察を含んでいる。したがって、質的・量的割り当ては貫徹できず、本質的なことを十分に明らかにしていないと批判されることになったのである。^⑩

結局、第一判断水準は、「生物学的・心理学的（biologisch-psychologisch）」、第二判断水準は、「心理学的・規範的（psychologisch-normativ）」と呼ばれるのが相対的に最も有用な妥協と云えるかもしれない。しかし、こういった範疇化でもきっぱりとした水準分けができていないわけではなく、個々人の行為への法秩序の要求を考慮した上での精神医学

的・心理学的所見の包括的評価が問題となっているのである。⁽³⁷⁾

B 生物学的・心理学的要件 日本刑法には詳細な規定がないので、以下ではドイツ語圏刑法を手がかりにして分類する。これらの分類は必ずしも截然と区別できるものではないが、弁識能力、制御能力への影響推定度を異にする点に注意を要する。

a 病的な心神の障礙 これは精神病を意味し、精神病は、外因性精神病と内因性精神病に分けられる。外因性精神病は、外からの影響によるもので、証明可能な脳器質障礙に基づく精神病である (exogen)。この関連で、身体的な根拠づけのできる精神病とも呼ばれる。これには、精神医学的意味における古典的精神病、例えば、脳傷害、脳腫瘍、脳器質痙攣 (例えば、癲癇) といった外傷精神病、感染精神病 (例えば、進行麻痺)、中毒精神病及び脳動脈硬化や脳萎縮の結果として生ずる人格崩壊 (痴呆) が属する。⁽³⁸⁾ 近時は、アルコール、その他の薬物による酩酊状態も含まれる。内因性精神病は、身体内部に由来する精神病である。身体的原因は確実には証明できていないが、しかし、古典的精神医学からは、高度の蓋然性をもって仮定されている (endogen)。これがいわゆる「指定された」病気 (postulierte Krankheit) である。これには、統合失調症 (二〇〇二年の日本「精神神経学会」総会で、従来の精神分裂病が統合失調症という呼称に変更された) と循環気質ないし躁鬱病⁽³⁹⁾ といった精神病がこれに属する。⁽⁴⁰⁾ 結局、病的な心神の障礙は身体的原因を有しなければならぬか、すくなくとも、それが想定されねばならない。統合失調症の場合、従来、それが確認されると心理学・規範的水準における検証なしに責任無能力が肯定されるとの学説が有力だったが、しかし、近時は、急性の精神病的憎悪及び独特の残遺症の場合に限定されるべきとの学説が有力に主張されている。⁽⁴¹⁾

b 根深い意識障礙 意識障礙は、自己の存在、外界との関係についての知的認識が毀損されているか、消滅している状態である。この状態は多くの場合直に消失するが、その間、行為者は完全に失見当にある。これには、心理学的原因（例えば、催眠朦朧状態、特に高度の情動も場合によってはここに入りうる）、生理学的原因（例えば、寝ほけ、疲労困憊）、病理学的原因（酩酊状態、中毒状態、熱譫妄）によるものがある⁽³⁵⁾。もとより意識喪失中や睡眠中の動作はそもそも行為とはいえず、ここには入らない。「根深い」という限定によって、見当を失っていない通常の範囲内にある意識障礙は除外される。誰もが、多少なりとも、疲労、興奮、驚愕等の身体的、心神的原因に帰せられうる意識障礙に陥るものだが、それは責任能力の段階ではなく、期待可能性の段階で判断されるべき事柄である。「根深い」と云えるためには、行為者の心神構造が破壊される程度に至ってなければならぬ⁽³⁶⁾。云うまでもなく、他の生物学的・心理学的要件と同じく、根深い意識障礙それ自体もその程度も行為者の普通の状態ではなく、客観的基準に照らして判断されなければならない⁽³⁷⁾。

司法精神医学上、特に重要な意識障礙は酩酊である。酩酊は、単純酩酊（ないし普通酩酊）と異常酩酊に分けられ、後者はさらに複雑酩酊と病的酩酊に分けられる。アルコールによる酩酊が「根深い」意識障礙と見るに当って考慮されるべき要素は、時間的・空間的見当識の欠如、外的事情の誤認、行為の無意味性、状況に適合しない興奮、呂律が回らないこと、歩行や手を伸ばして掴むことが不安定であること、記憶の欠損である⁽³⁸⁾。なお、アルコールその他の酩酊剤の慢性濫用によって、人格変容が生じているときは、精神病と判断される⁽³⁹⁾。

情動行為はその情動の程度に関して差があるが、高度の情動の場合、責任能力の存否以前の問題として、そもそも

故意が認められるのが問題とされてきた。しかし、故意の存否と責任能力の存否は別の問題である。情動の支配領域は動機制禦であつて、一部は意識下にあり、責任に属する。故意は、この欠けている自己支配から生ずる意識的行為に制禦に係る。行為制禦は情動の所産であつて、所為に属する。すなわち、情動は殺人等の故意を阻却しないどころか、それを基礎づけるのである。⁽⁸⁸⁾次に、高度の情動が責任能力を排除するかが問題となるが、興奮も高度の情動は根深い意識障蔽と見ることが出来る。以前は、精神医学の病氣概念に囚われて、「正常心理学的」、つまり、病的身体的症状に基づかない情動の場合、責任能力が排除される可能性はないとされてきたのであるが、正当にも、戦後のドイツ判例・学説は、きわめて稀な事例に限つてではあるが、責任無能力を認めるようになった。⁽⁸⁹⁾情動がいわゆる「布置的因子」に基づく脱落症状がなくてもさうである。⁽⁹⁰⁾これに対して、責任阻却が認められると、多くの殺人犯がその殺人「特許状」のために無罪とされ、一般予防の観点から問題があるという観点から、情動の無責任性が要求されることがあるが、この要求は適切といえない。第一に、全ての情動犯に「根深い」意識障蔽が認められるわけではないからである。これが認められるのは最高度の興奮状態（情動の嵐）の故に、人間の制禦機構がいわば蹴散らされ、太古・破壊的行為型が猛然と現れる場合に限定される。⁽⁹¹⁾第二に、責任主義が一般予防の要請の犠牲になることは許されない。⁽⁹²⁾第三に、責任無能力を理由とした責任阻却が殺人の増加を促進するという証明はない。⁽⁹³⁾

葛藤が長く続いた果てに情動行為となつて爆発したという場合に、もはや制禦できなくなる情動爆発の前に何らの對抗措置もとらなかつたという場合、例えば、被害者の活動圏から離れるとか、兇器を購入するといった場合、情動や情動行為が予見できたこと、つまり行為者に「有責任」が認められることを理由に行為者を故意犯の廉で処罰することは責任主義に反する。所為の時点で故意の存在が認められても、行為者は責任無能力の状態にあるからである。⁽⁹⁴⁾

故意犯で処罰するためには、原因において自由な行為の法理を用いるしかない。しかし、故意犯の成立には、情動爆発状態での所為を予見できたというだけでは十分でなく、情動爆発とその結果に関して、事前に少なくとも未必の故意が認められ、しかも情動爆発に直接繋がる行為の認定とその故意が必要とされる。しかし、多くの場合、いかなる行為が情動爆発を直接的に惹起するかは偶然的事情に左右される。したがって、故意犯が認められるのは極めて稀であって、ほとんどの場合、過失犯の認められる余地があるに過ぎないだろう。禁止の錯誤における回避可能性・回避不可能性の規準を援用することによって故意犯の成否を決する学説もあるが、それは適当でないだろう。情動の場合、通常、弁識能力が問題となっていないのでなく、制禦能力が問題となっており、とりわけ、禁止の錯誤では構成要件の故意に付け加わる「法過失」が問題となっており、それ故行為者に対する厳しい扱いが正当化されるのに対し、情動行為者の過失の「事前責任」は「事実過失」に属するからである。

c 知的障礙 知的障礙は、以前、「精神薄弱」と呼ばれていた。知的障礙は、多様な程度を含む、原因の証明できない場合もできない場合も含む広い概念である。幼児期の脳障礙が基底にあることが多い。先天的知的障礙だけでなく、脳傷害、中毒、伝染病等に起因する知的障礙も含まれる。ドイツでは、以前、ウェクスラー知能検査 (Hamburg-Wechsler Intelligenztest) に従って、魯鈍 (Debilitat: IQ 60-80)・痴愚 (Imbeszilitat: IQ 40-60)・白痴 (Idiotie: IQ < 40) の三段階に分けられていたが、現在では、それほど烙印づけ効果のない、国際疾病分類 (ICD-10) に従い、知的障礙は、軽度 (IQ 50-69)・中等度 (IQ 35-49)・重度 (IQ 20-34)・最重度 (IQ < 20) に分けられるのが一般である。重要なのは、知的障礙があるということ自体が自動的に責任能力を排除することではなく、それが弁識無能力及び／又は制御無能力にするほどのものか否かということである。このことは特に軽度の知的障礙と正常との境界領域に云

える。⁽⁴⁴⁾

d その他の、上記と等価の心神障礙 これは他の分類には属さないが、しかし、その原因と作用の点でそれらと等価値と見られる場合である。かかる等価値性は医学だけでなく、法的観点からも判断される。したがって、責任無能力規範の脱医学化とか法律的病氣概念とも呼ばれる。規範的等価値性においては、この障礙の下に犯罪を行った行為者の処罰が、精神病者の処罰と同様に、無意味であり余計であるか否かだけが問われるべきである。病的な心神の障礙、根深い意識障礙、知的障礙との等価値性は刑法の反作用の有意義性に従った「法的評価」によって判断される。それ故、他の類型と同じく、処罰をしても無意味だという場合でなければならない。⁽⁴⁵⁾

等価値性判断には厳格な規準がおかれるべきである。多くの犯罪行為は行為者の何らかの心神の障礙に帰せられるので、いかなる心神の障礙であっても責任能力を排除することになれば、多くの行為者が責任無能力とされかねない。単なる反社会的素質、性格の弱さ、意志不定、粗野な性格異常、性的衝動に対する限定制止能力等はこの範疇に入らない。⁽⁴⁶⁾ 盜癖 (Kleptomanie)、放火癖 (Pyromanie)、女子色情症 (Nymphomanie) は、強迫神経症と云えるほど緊迫の度合いが高まった場合にのみ等価値の心神障礙と見られる。⁽⁴⁷⁾

責任 (6)

実務上重要なのは、重い神経症、重い欲動障礙、特に重い精神病質、特に高度の情動である。⁽⁴⁸⁾ 精神病質というのは、性格・素因性の原因から適応障礙にいたる人格障礙の古い名称であって、今日、人格障礙というそれほど烙印づけ効果のない概念によって取って代わられた (ICD 10)。しかし、それだからといって概念的にいつそう明確になったわ

けではない。クルト・シユナイダーの定義によれば、精神病質とは、「その人格の異常性に自ら悩むか、又はその異常性のために社会が悩む異常人格」である。⁽⁴⁶⁾ 神経症というのは長期の心的行動障礙である。これは、精神病質と異なり、素質によるものでなく、その原因は体験処理の失敗にある。この概念は精神分析学者のジューグメント・フロイト（一八五六一—一九三九）に遡るのであるが、今日、人格の心的及びないし又は身体的領域の障礙をもたらす環境起因の病氣と云われている。⁽⁴⁷⁾

C 心理学的・規範的要件

aa 弁識能力 この心理学的・評価的段階で、行為者の不法弁識能力が欠如していると、責任が阻却される。この段階では、生物学的・心理学的要因が具体的な構成要件実現に関して行為者の弁識能力 (Einsichts- oder Diskretionsfähigkeit) にどのような影響を及ぼしたのかを解明する必要がある。責任能力においては、行為者が、一般的に、刑法上重要な行為の不法を弁識することができたか否かが問題とされるのではなく、具体的所為の不法を弁識することができたか否かが問題とされるので、生命・身体に対する犯罪類型の不法は弁識できるが、窃盗、横領といった犯罪類型の不法は弁識できないということもありうる（いわゆる部分的責任無能力ないし一部責任能力）。盗癖、放火癖等も強迫神経症になるほど密になっている場合も部分的責任無能力が考えられる。⁽⁴⁸⁾ 判例も部分的責任能力の観念を認めている。福島地判昭和三四年三月一四日下刑集一・三・六六一は、〔軽症痴愚者の精神薄弱者の詐欺、窃盗、強姦致傷の事案につき、地裁は、窃盗、強姦致傷については心神耗弱を認めたが、詐欺については心神耗弱の主張を排斥した〕事案において、「平常の状態においてさほど重症とは言えない精神薄弱者例えば魯鈍者、軽症痴愚者にあつては、精神作用の各分野における発達の度合いは必ずしも一様でないばかりでなく、その精神状態も常に一定不

変のものとは言えず、特殊な生活経験を有する行動場面においては常人と変わらぬ知能を発揮することがあり得るところ、農家に育ち、自家保有米の横流し売買の実情、価格などにつき知識経験を有する被告人が、適切な相手方を選択し、筋の通った問答を行い、「金員騙取という一定の目的に向って順序正しく組織された行動をしており、その過程において格別奇異な言動はなく、被害者……も被告人の詐欺の意図を察知し得なかった」などの事情からすれば、「被告人が〔本件詐欺の〕犯行当時常人に比して著しくかけ離れた知能ないし精神状態にあったものとは認められ」ないと判示した。大阪地判平成二十一年一月二日・判タ一〇二五・二九五も、「被告人は、平成一〇年二月三日ころに覚せい剤を自己使用した。別件（同年一月二五日の非現住建造物等放火未遂事件、同年一月三一日の建造物侵入・器物損壊事件）に関する精神鑑定によれば、別件被疑事件犯行時、被告人は覚せい剤精神病による幻覚妄想状態にあり、別件犯行はそれによる病的体験に支配されて行われた、被告人は『物事の是非善悪を判断し、それにしたがって自己の行動を統御する能力』は失われていた」という事案で、「被告人にはその判断や行為に著しい影響を与えるような知能の障害は存在せず、……本件当時意識障害の存在した可能性はなく、脳の器質的障害や身体的異常が精神状態に影響を与えている可能性はない……被告人には、覚せい剤取締法違反の実刑前科が三件あり、被告人自身、覚せい剤の違法性については十分に自覚しているところであって、本件犯行当時も覚せい剤を使用してはならないこと、これが許されないことは十分に認識していたものであり、かつ、実際に使用するに当たっては、これを使用しないで済ませようと考えれば被告人の意思により使用しないことができたものと認められる。したがって、別件被疑事件については、確かに……幻覚・妄想に支配されていたことにより、自己の行為が許されるものと考え、事理弁別能力及び行動の統御能力に欠けていたものであるが、本件覚せい剤使用については、その経緯となる生活状況や動機において、……別件被疑事件と同様の幻覚・妄想が影響を与えていたと考えられるが、それによっても、被告人において正当な

理由や動機付けとなるものではないことは認識しているのであるから、被告人においては、本件覚せい剤自己使用が許されず、これが犯罪となることの弁別能力には全く問題がなかったものと認められる上、行動の制御能力についても、本件の被告人において、通常の覚せい剤常用者の覚せい剤使用と異なる点は見いし難く、その責任能力に影響を与えることはないものと認められる」と判示して、完全責任能力を肯定した。

弁識能力は所為の事実的側面ではなく、法的側面に関する。すなわち、行為者によるその行為の法的評価にかかわる問題である。その際、行為者が具体的状況で自分の所為が法秩序に反することを実際に弁識したか否かは重要でなく、行為者がその精神的能力を傾注したならば弁識できたといえればそれで十分である¹¹⁴⁾。

禁止の錯誤と責任無能力の違いは、前者では、所為の前域に関連した、錯誤の非回避可能性を前提とするが、後者では、所為遂行に当たっての弁識無能力が問題となるところにある。

bb 制禦能力 制禦能力 (Verhaltenssteuerungs-, Dispositions- oder Hemmungsfähigkeit) では概念論理的に弁識能力を前提とする。制禦能力では、行為者が、その弁識能力に従った動機づけを現実に行うことができたか否かが問われる。すなわち、正常な決定ができたか否かが問われるのである。¹¹⁵⁾「法規範が、行為者の動機づけ過程に効果的に働く可能性をそもそも有していたか否か。鑑定人の任務は、行為者の心神の状態を手がかりに、当該行為者が適切な規範名宛人だったのか否かを示すことにある¹¹⁶⁾」。それは、意思自由の問題とは関係がない。特定の人間が特定の状況で特定の行為を避ける能力があったか否かについての科学的証明はできないこと、さらに、人間が規範によって動機づ

けられうる限界という一般の問題も原理的に又は現代科学によって答えられないことからすると、「規範による不応答可能性が方法論的に疑問の余地なく示されないかぎり、いかなる成人も基本的に——一般予防の理由からも(……)特別予防の理由からも(……)——法共同体の責任の間われる構成員として扱われるべきである」⁽²⁾。

制禦能力でも、障礙が具体的構成要件実現に関して行為者の制禦能力に影響を与えたのか否か、その程度が問われる。弁識能力と制禦能力の欠けている者が心神喪失者であり、それらの能力が減弱している者が心神耗弱者である。

D 責任能力の時点 行為者の可罰性を基礎づけるためには、責任能力は所為の時点に存在しなければならぬ。しかし、このことは、行為者が所為の開始から既遂まで責任能力を有していなければならぬことを意味しない。行為者に、可罰性の開始時点、つまり、実行行為に接した行為ないし実行行為の遂行時点で責任能力があればそれで十分である。責任能力は、未遂の終了まで、それどころか既遂の時点まで存続する必要がある⁽³⁾。当初未遂に留まっていた犯行によって、ずっと後になって結果が生じたとき、その帰属は専ら客観的規準によって判断されるべきであるから、責任能力のある行為者が被害者を銃で撃ち、被害者は一年後に死亡したが、その時には行為者が責任無能力だったとしても、無罪とされるわけでない。ただし、この場合、行為者の訴訟能力の有無が問題となる⁽⁴⁾。

責任能力が実行行為の開始後、しかし、未遂の終了前に失われた場合、既遂罪の完全な行為無価値を有責に実現していないことを理由に未遂罪の成立を(場合によっては生じた結果についての過失犯との観念的競合)を認める見解がある⁽⁵⁾。さらには、行為者が責任能力のある状態で未遂を終了していたが、その後、責任能力を失ったという場合で

すら、既遂罪の成立を否定する見解がある⁽⁸⁵⁾。しかし、こういったいわゆる「承継的責任無能力」の問題は、表象された因果経過からの逸脱の一場面であつて、客観的帰属の問題である。責任無能力の時の事象経過が客観的帰属の範囲内にある、したがつて、当初の責任能力のある行為者の仕業と見られうるかが問われるのである⁽⁸⁶⁾。

E 責任能力の認定 「心神喪失者の行為は、罰しない」という消極的規定振りは、その反対の疑いの余地なき証明のない限り、責任能力があると見られるべきということ意味しない。責任能力に関して理由のある疑問が生じたとき、その存否・程度に関する挙証責任は検察官にある。鑑定、再鑑定をもつてもかかる疑問が払拭できないとき、責任能力を推定することはできないし、被告人に責任無能力の証明責任を負わせることもできないのであるから、疑わしきは「被告人の利益に」の原則が妥当するのである⁽⁸⁷⁾。

責任能力概念は法的概念であるから、「生物学的・心理学的」要件も「心理学的・規範的」要件も、最終的には裁判所の評価による。最決昭和五八・九・一三判時一一〇〇・一五六は、「被告人の精神状態が刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であつて専ら裁判官に委ねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要件についても、右法律判断との関係で究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題であるところ、記録によれば、本件犯行当時被告人がその述べているような幻聴に襲われたということは甚だ疑わしいとしてその刑事責任能力を肯定した原審の判断は、正当として是認することができる」と説示した。続いて、最決昭和五九・七・三刑集三八・八・二七八三も、「なお、被告人の精神状態が刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であるから専ら裁判所の判断に委ねられているのであつて、原判決が、所論精神鑑定

書(鑑定人に対する証人尋問調書を含む。)の結論部分に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあった旨の記載があるのにその部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその余の精神鑑定の結果、並びに記録により認められる被告人の当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して、被告人が本件犯行当時精神分裂病の影響により心神耗弱の状態にあったと認定したのは、正当として是認することができる」として上記決定と同趣旨の説示をしている。法的判断の前提として、被告人の精神状態に関する精神医学、心理学などの所見が必要となるので、刑事訴訟法上、鑑定の制度が設けられている(刑訴法第一六五条以下、第二二三条以下)。そこで、この制度と上記二つの最高裁決定との関連が問題となるのだが、最決平成二〇・四・二五刑集六二・五・一五五九は、「生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度については、その診断が臨床精神医学の本分であることにかんがみれば、専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となつていゝ場合には、鑑定人の公正さに疑いが生じたり、鑑定の前提条件に問題があつたりするなど、これを採用し得ない合理的事情が認められるのではない限り、その意見を十分に尊重して認定すべきものといふべきである」と説示し、最決平成二一・一二・八刑集六三・一一・二八二九も、「責任能力の有無・程度の判断は、法律判断であつて、専ら裁判所に委ねられるべき問題であり、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、上記法律判断との関係で究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題である。したがつて、専門家たる精神医学者の精神鑑定等が証拠となつていゝ場合においても、鑑定の前提条件に問題があるなど、合理的な事情が認められれば、裁判所は、その意見を採用せずに、責任能力の有無・程度について、被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して判定することができる」と説示し、括弧内で参照判例として上記最高裁三決定を挙げている。

精神鑑定人の鑑定事項は、「生物学的・心理学的要件」だけでなく、「心理学的・規範的要件」にも及ぶのであって、「生物学的・心理学的要件」が犯行に与えた影響の有無・程度の説明に限定されるべきでない。「生物学的・心理学的要件」が心理学的・経験的要素である弁識能力・制御能力に与えた影響の有無及びその程度が事実問題として認定される必要がある。これを前提として、裁判官は法的観点から最終的な規範的評価（法的概念である心神喪失・心神耗弱・完全責任能力）を行う。さなければ事実的基礎の薄弱な法的評価がなされかねないことになる。⁽⁴²⁾

責任能力は意思自由の一般的問題性には触れない。責任能力は生物学的・心理学的未成長、異常、又はそれらと等価値の状態に係る。これらの状態は価値に導かれた行為能力の欠如の特別の場合であり、通常の場合の責任の本質に関しては何も云っていない。⁽⁴³⁾ 責任能力は、リストの有名な定義で表現すると、「動機によって正常に決定されうる」ということである。それは「規範的応答可能性」の概念をそれ自体の中に含んでいる。⁽⁴⁴⁾

F 法的効果 被告人が心神喪失であるときは無罪の言渡がなされ、心神耗弱のときは刑が必要的に減輕される。無罪判決が確定すると、検察官は「精神保健福祉法」第二五条に基づきその旨を都道府県知事に速やかに通報しなければならぬ（不起訴処分の場合も同様）。この通報を受けた知事は、精神保健指定医の診断を受けさせたい、その者が、「精神障害者であり、かつ、医療及び保護のために入院させなければその精神障害のために自身を傷つけ又は他人に害を及ぼすおそれがあると認めるときは」（同第二九条第一項）、指定病院に措置入院させることができる。本法の対象者は、犯行を行った者もそうでない者も、心神喪失・心神耗弱の状態にあった者もそうでない者も含む。

重大犯罪に当る行為については、平成一五年七月一〇日に成立した「心神喪失等の状態で重大な他害行為をおこなった者の医療及び観察等に関する法律（略称：心神喪失者等医療観察法）」（平成一七年七月一五日施行）が適用される。この法律は一種の改善・保安処分を定めたものである。本法は、「心神喪失等の状態で重大な他害行為（……）」を行つた者に対し、その適切な処遇を決定するための手続等を定めることにより、継続的かつ適切な医療並びにその確保のために必要な観察及び指導を行うことによつて、その病状の改善及びこれに伴う同様の行為の再発の防止を図り、もつてその社会復帰を促進することを目的と」（第一条第一項）して制定された。本法の対象者は、①心神喪失もしくは心神耗弱の状態で、殺人、放火、強盗、強姦、強制猥褻及び傷害に当る行為をおこなつた者であり、且つ、②公訴を提起しない処分を受けた者、心神喪失を理由に無罪の確定判決を受けた者若しくは心神耗弱を理由に刑を減輕する旨の確定判決を受けた者である（第二条第二項、第三項）。本法第二章は、処遇の要否及び内容を決定する裁判所の審判手続きを定める。検察官の申立てを受けて、裁判官一名及び精神保健審判員一名の合議により、「対象行為を行った際の精神障害を改善し、これに伴つて同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するため、入院をさせてこの法律による医療を受けさせる必要があると認める場合」には、「医療を受けさせるために入院させる旨の決定」がなされ、それ以外の場合で、同様の目的で、「この法律による医療を受けさせる必要があると認める場合」には、「入院によらない医療を受けさせる旨の決定」がなされる。したがつて、治療可能性がない場合には入院治療も外来治療も許されない。第三章は指定入院医療機関における医療、第四章は退院後の地域社会における処遇等について規定している。

(2) 不法の意識

A 定義 不法の意識は、一般的責任要素として責任非難を他の要素と共に基礎づける、規範的特徴を有する心理学的責任要素である。すなわち、責任能力があっても、自分の行為が不法であることを認識できない者は責任非難に値しない。不法の意識は行為者による不法の主観的判断にかかわる（内的評価）。それは何よりも先ず純粹に心理学的問題である（どのように行為者は不法を評価しているのか？）。その関連点は価値の次元、つまり、所為の違法性である。不法の意識があるにもかかわらず犯罪行為をする者は、法益の尊重要求に抗っており、法心情の欠損を示している。不法の意識が欠如しているときは、これが行為者に非難されうるか否かが検証されるべきである。非難されるなら、行為者に責任が認められる。不法の意識の不存在は、その非難可能性によって補充されうるということである。この点で、不法の意識は純粹に規範的な性質を有する。不法の意識と規範的責任概念を取り違えてはならない。規範的責任概念の対象は法共同体による行為者の心情の客観的評価である（外的評価）。期待可能性という規範的責任要素は不法関係の心理学的要素、したがって、責任能力と不法の意識を前提とする。⁽⁸³⁾

B ドイツ語圏刑法における理論的展開

a 法規定 ドイツ刑法は、その第一七条で禁止の錯誤（Verbotsirrtum）という標題の下に、「行為者に、所為の遂行に当り、不法を為す認識を欠く場合において、行為者がこの錯誤を回避しえなかつたときは責任なく行為したものである。行為者が錯誤を回避しえたときは、その刑は、第四九条第一項に従つて減輕することができる」と定めている。すなわち、回避できない禁止の錯誤は責任阻却事由であるが、回避できる禁止の錯誤は任意的刑の減輕事由で

ある。禁止の錯誤は、それが回避できたか否かを問わず、故意に影響を及ぼすことはない。回避できない禁止の錯誤は故意を阻却するのではなく、責任を阻却するのである。

判例はドイツ刑法旧第五九条につき錯誤の非難可能性ということを云っていたのであるが、現行刑法第一七条は回避可能性という表現を用いている。しかし、両概念は同意義であると理解されている。⁽⁸⁴⁾責任無能力規定の意味での不法の弁識と禁止の錯誤の意味での禁止の認識は同視されており、両規定が交錯する領域では、第二〇条（心神障礙に基づく責任無能力）が特別法として優先的に適用される。⁽⁸⁵⁾問題となるのは、精神的障礙が責任無能力規定の精神的・心理学的要件が要求する程度に達していない場合である。この程度の障礙は禁止の錯誤ではまったく意味をもたないこと、なぜなら、精神に起因する禁止の不認識は第二〇条で完結的に処理されること、さもなければ第一七条がそれほど重くない精神的障礙のための侵入口になってしまい、この点で第二〇条がすり抜けられてしまうという見解と、精神的欠陥のある場合を禁止の錯誤の領域から完全に排除することに反対し、どっちみち回避可能性の規準があると論ずる見解⁽⁸⁶⁾がある。

責任 (6)

オーストリア刑法は、その第九条で法の錯誤 (Rechtsirrtum) とごう標題の下に、「①法の錯誤の故に所為の不法を認識しなかった者は、その錯誤につき行為者を非難することができない場合には、有責に行為したものではない。②法の錯誤は、その不法が行為者にも誰にでも容易に認識することができた場合、又は、行為者がその職業、業務又はその他、事情によってそうすべき義務があつたにもかかわらず、当該規定に精通していなかった場合には非難することができる。③その錯誤につき非難することができる場合には、行為者が故意に行為するときは、故意の所為に対し

て定められた刑を、行為者が過失で行為するときは、過失の所為に対して定められた刑を科するものとする」と定める。オーストリア刑法も不法の意識を故意とは別個の独立した責任要素として捉えている。オーストリア刑法は「法の錯誤」という概念を用いているが、学説では「禁止の錯誤」という用語が一般的である。その理由として、先ず、法規定に関する錯誤がすべて、第九条の定めているような、自己の行為の違法性の評価に関する錯誤となるわけではないことが指摘される。例えば、規範的構成要件要素の場合、法規定に関して思い違いをしているので、事態要素の社会的内容を認識していない者には、この要素に関する故意がなく、構成要件の錯誤が認められるのであって、第九条の定める「法の錯誤」とならない。さらに、行為者が、法律が前提としている超過的内心傾向をもつことなく、誤った法的判断に基づき行為をするときも、第九条の意味での「法の錯誤」は認められないことが指摘される。例えば、他人の物への請求権行使期日が到来していると誤信して、この物を奪取するものの、不法に利得するという故意がない場合である。⁽⁸⁾

ドイツ刑法やスイス刑法とは異なり、オーストリア刑法では、禁止の錯誤が責任阻却されるための規準として、錯誤の回避可能性でなく、非難可能性が挙げられている。ドイツでは禁止の錯誤の規定と責任無能力の規定の関係は一般法、特別法の関係にあるというのが通説であるが、オーストリアでは、それぞれ独自の適用範囲を認める、つまり、責任無能力の場合、心理学的・規範的要件である弁識能力の欠如が生物学的・心理学的欠陥に基づくのに対し、禁止の錯誤の場合、不法の意識（弁識）の欠如はその他の原因に基づくと解するのが通説である。⁽⁹⁾

スイス刑法は、その第二一条で「違法性に関する錯誤 (Irrtum über Rechtswidrigkeit) 」という標題の下で、「所為の遂

行に当り、違法に行為することを知らず且つそのことを知りえなかつた者は、有責に行為したものではない。錯誤が回避しえたときは、裁判所は刑を減輕する」と定める。スイス刑法第二条は、法文上は旧第二〇条に対応しないが、実質的にはそれに対応しているし、実務の発展にも対応している。旧第二〇条によれば、刑は任意に減輕されるか免除されたが、現行第二条では、錯誤が回避できない場合には責任がなくなり、回避できる錯誤の場合には刑は必要的に減輕される。ドイツやオーストリアと同じく、禁止の錯誤という概念が一般的に用いられており、しかも、それは故意とは別個独立の責任要素と捉えられている⁽⁴⁴⁾。

スイス刑法第十九条(責任無能力と限定責任能力)は、弁識能力の欠如に繋がる生物学的・心理学的要件に触れていないので、不法の弁識がない場合に、刑法二一条との関係が問題となる。第十九条の規定上、不法弁識を消失させる限定要件が規定されていないので、重い精神的障礙に起因しない責任無能力も第一条によって解決されうることとなり、そうなると第二条の不法弁識の回避不可能性規定が廃止されたことになってしまう。そこで、体系的理由からも、不法弁識(能力)の欠如が重い精神的障礙に基づくとき、第一条が適用され、精神的に健全な行為者に不法弁識が欠如しているとき、第二条が適用されると理解されている。責任無能力規定は禁止の錯誤規定に対して特別法の関係にある⁽⁴⁵⁾。

b ドイツ かかるドイツ語圏刑法の法規定にはそれなりの法理論的変遷があつたのである⁽⁴⁶⁾。一八七一年のドイツ刑法はその第五九条に単に構成要件的錯誤だけが故意を阻却するものと扱い、禁止の錯誤を定めていなかった。ラヒ裁判所はこれを基に事実の錯誤(Tatirrtum)と法の錯誤(Rechtsirrtum)を区別していた。事実に関する錯誤は

一般的に故意を阻却すべきである。これに対して、法の錯誤は二つに区別された。刑法の法の錯誤はまったく考慮に値しないが、刑法外の法の錯誤は事実の錯誤に等値され、故意を阻却するものと扱われた。例えば、所有関係は民法に定められているので、物の他人性に関する錯誤は刑法外の法の錯誤として、したがって、故意を阻却するとされた (RGSt 50, 183)。しかし、この裁判例は、個別事例では多くの場合は認められるべき結果を生じさせるにもかかわらず、正当にも、学界からはほぼ一致して受け入れられなかった。というのは、刑法の法の錯誤と刑法外の法の錯誤を明確に区別することはできないからである。例えば、他人性という概念は、刑法にも含まれているので、刑法の法概念として解釈することもできたからである。さらに、法の素材が刑法内にか、その外で定められているかどうかという偶然に左右されることの多い問いが、錯誤の重要性をあらかじめ決定すべきだとすることにも説得力がない。「自力救済権に関する法の錯誤に、自力救済が民法に定められていることを理由に免責の効果をもたせ、正当防衛に関する法の錯誤に、正当防衛が刑法で扱われているという理由から免責の効果をもたせないのは意味をなさない」⁽¹⁶⁾。そもそも、いかなる態様であれ、法の錯誤を、それが回避できなかつたときにも、顧慮しないでおくというようなことは責任主義に反する。

したがって、学界では、すくなくとも禁止の錯誤が回避できない、それ故、非難できない場合には、禁止の錯誤は免責の効果をもたねばならないという見解が受け入れられた。規範を知る可能性のない者は規範的に応答可能性がなく、責任なく行為をしているのであり、それ故、処罰されてはならない。しかし、回避できる禁止の錯誤が責任にどういう効果をもつのが依然として論争的として残った。ここに、個々的には多様な変形はあるものの、「故意説 (Vorsatztheorie)」と「責任説 (Schuldtheorie)」という名称で知られている、二つの相反する見解が形成された。き

わめて印象深く、ビンディングによって創始された故意説は、犯罪の本質を規範に対する行為者の意識的反抗に見たのであり、したがって、行為者が違法性の意識をもって行為をした場合にのみ故意責任を認めたのである。⁽⁴⁴⁾ すなわち、故意説は、違法性の意識を故意の前提にしたのである（ここに「故意説」という名称の由来がある）。これに対して、第二次世界大戦後、目的的行為論の影響の下に通説となった責任説は、違法性の意識は故意の前提でないこと、必ずしも完全な責任の前提要件でもないことから出立した。完全な無関心から法律を気かけない者は、法律に違反した場合、意識的に法律を無視する者よりも軽く処罰されるべきでない。禁止の錯誤はその非難可能性の程度に応じて故意犯に対する刑を減輕しようと。

第二次世界大戦後、連邦通常裁判所はライヒ裁判所の裁判例から離れた。一九五二年三月一八日の連合刑事部決定（BGHSf. 2, 194）は歴史的転換を記した。これは、ライヒ裁判所に対してだけでなく、故意説にも反対し、責任説を支持して、将来の路線を決定したのである。すなわち、それは、禁止の錯誤を故意阻却事由として捉えず、回避できない禁止の錯誤を責任阻却事由として、回避できる禁止の錯誤を責任減輕事由として捉えたのである。ここに目的的行為論の先駆的業績が認められるのである。一九六二年刑法草案、一九六六年刑法代案だけでなく、新しい総則の第一七条もこれに従ったのである。法政策的には、新規定の是非が依然として争われた。ピネベルク区裁判所の見解によれば、構成要件の錯誤が故意を阻却し、禁止の錯誤が任意的刑の減輕にしかならないという異なった扱いが基本法第三条に違反するものである。しかし、連邦憲法裁判所（BVerfGE 41, 121）は現行法の合憲性を確認したのである。

c オーストリア 禁止されていることに関する錯誤を故意と結びつけるいわゆる「故意説」は、ある意味では普

通法時代から知られている「悪意 (böser Vorsatz, dolus malus)」という二重概念から続いている。⁽⁴⁵⁾ 悪意では、評価に關して知っていることが外的事象に關して知っていることと分かちがたく結びついていたのである。なぜなら、神又は自然が不法の認識を人々の頭脳に植え付けたといわれ、それ故、人々はいかなる行為であつてもともかくも常に不法を認識しているか、認識すべきであつたからである。旧刑法第三条は刑法典の不知は免責しないとしていたので、禁止の認識は重罪の分野では不要だつたのであるが (error iuris nocet)、ただ法律上は推定されていたのである。そして、旧刑法は故意と不法の意識が二つの異なつた意識次元のものであることを知つていた。旧刑法第一条が、悪意 (böser Vorsatz) と定め、故意自体を定めていないとき、旧刑法は、不法の意識を故意説の意味で故意と結び付けているにせよ、不法の意識を要求していた。

一方で、不法の意識を故意と結びつけ、しかも、不法の意識の反証できない推定を拒否し、他方で、故意説を主張すると、受け入れがたい不公平な結果が生ずる。故意説によれば、不法の意識は故意の構成要素である。事実の認識があつても、不法の認識が欠如しているということはありうる。この場合、不法の認識が故意と結びついているため、故意もなくなるからである。これは、潜在的不法の意識でも基本的には十分であると見られたか、否かとは關係がなかつた。その論理的帰結として、過失犯規定の存在を前提として、過失犯としての可罰性だけが残る。このことは、禁止の錯誤が回避できた場合でも、故意犯で処罰されることはないのので、行為者には有利である。したがって、不法の意識を無視する昔からの自然法の思考に乗っておればいいのだという考えにもそれなりの理由があつた。

しかし、一九七五年のオーストリア刑法第九条は、オーストリア刑法でテレジアナ以来一九七四年まで維持されて

きた構成要件的錯誤と禁止の錯誤の統一(旧第三条、第二三三条)という普通法の伝統を破り、責任説を採用した。一九七五年施行の現行刑法はその第九条においていわゆる「責任説」を採用したのであるが、それ以前まで、ドイツとは異なり、責任説は学説においても判例においても注目されることがまったくなかった。しかし、現行刑法は第五条で故意を、第九条で不法の意識を別個に規定することで、責任説の意味で禁止の錯誤が責任の独立した構成要素であること、故意の一部ではないことを明らかにするとともに、故意は存在関係的、価値自由の概念であることが明らかにされた。第九条は、非難できない禁止の錯誤では責任がなくなることに、これに対して、非難可能な禁止の錯誤は故意犯の可罰性が存続することを定めた。

d スイス スイスにおいても、行為の時点において自己の行為が法規範に違反することを知らず、しかも、知りえなかった者に責任非難を加えることのできないということは、一般的原則として認められており、スイス刑法もその趣旨を定めている。⁽⁴⁸⁾しかし、スイスにおいても、昔からそうだったわけではない。今日なお一般の人々の意識に存続している、しかし、ローマ起源のものと同違つて理解されている準則、つまり、「法律の不知は刑から守らない」(「法の不知は害する」(*ignorantia bzw. error iuris nocet*))という準則は一九世紀の支配的見解であった。多くの州刑法典はこの意味で明文化していたし、明文の規定がない場合でも、たいていの場合、州の実務はこの原則に従った。しかし、こういったことは、刑法が「基本的社会規範の保護」に限られており、加えて、人々が自分の狭い生活圏やそれどころか州の境界を越えない時代に限って、ある程度正当化できたのである。こういった状況下では、実際、法秩序にはじめから無関心でない人は、刑法で保護される規範に関して知りえたのであり、刑法典を知らないということが免責事由になるなどということはほとんど考えられないことだった。刑法の禁止規範はいわばわかりきったこと

だったのである。しかし、刑法が基本的な社会規範の中核領域を超えて広がって行き、州境を超えた流動性が日常のようになってからというもの、法律の不知は、免責事由でないのだから行為者の有利に働かないという準則は、かかる不知が行為者の有利に働かないのは、それが免責可能でない（場合だけ）であるという準則に変わらざるをえなくなつた。

一九世紀の終わり頃、完全な可罰性は違法性の意識を前提とすべだという声が強まってきた。多くの場合、当時の理論状況を反映して、かかる意識は故意に属するものとされていた。一八五三年の連邦刑法は可罰性を「違法な故意で (mit rechtswidrigem Vorsatz)」行われた犯罪に限っていた（故意説）。もともと、一八九三年の予備草案はこの問題に沈黙を通した。シュトースは一般的に違法性の意識を不必要と考えたのだが、その立場を今日でも通用する論拠をもつて擁護した。「法律を……道徳的弱さからあれ無関心からあれ無視する」者が、「もつと強い法意識……をもつ他の者」と異なつた扱いをされることがあつてはならないと⁽⁴⁸⁾。不法の意識がないからといって故意犯での処罰を認めないなら、こういった無関心が優遇されることになり、それは到底正当化できない。ましてや、過失犯処罰の成否は事実の過失 (Tatfahrlässigkeit) によつて決まるのであつて、法の過失 (Rechtsfahrlässigkeit) によつて決まるのではないから、可罰性の間隙が生ぜざるを得ないと。もつとも、シュトースは、例外的に、個々の違警罪によつては不法の意識が必要だと考えた。状況によつては、行為の違法性が行為者に知りえなかつたという場合、例えば、よそ者には稀な地域の規定を知りえなかつたという場合である。シュトースは実質的には責任説を主張したのである。その後、専門家委員会においてきわめて長期の、変転する論争が行われ、「法の錯誤」に関する九つもの案文が作成された後、最終的に、諸州議会で妥協案として一〇個目の案文が旧第二〇条に採用された（責任説）。それ以来、不法の

意識の必要性は基本的に承認されていた。しかし、旧第二〇条の「法の錯誤」という表現については、なお見解の相違が残っていた。二〇〇二年の刑法改正において、その間の学説、学説の発展が条文化されたのである。刑法典には「違法性に関する錯誤」とう表現が用いられているが、学説では一般的に「禁止の錯誤」という表現が用いられている。これらの表現は実質的には同じ意味である。

C 日本における学説の状況 わが国でも、ドイツ語圏刑法学の影響の下で、見解の対立が見られる。大別して、次の五説が見られる。

a 不法の意識不要説 故意は責任要素であるとした上で、責任故意の要件として不法の意識は必要でないとする立場である。本説は、刑法第三八条第三項は、不法の意識は故意の成立に必要なことを定めたものと解する。⁽⁸⁾今日、学説ではほとんど支持者が見出されないが、判例は大審院以来ほぼ一貫してこの立場を維持している。最判昭和二六・一一・一五刑集五・一二・二三五四「犯意があるとするためには犯罪構成要件に該当する具体的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しない」。⁽⁹⁾

本説は、すべて国民は犯罪事実が法によって許されないことを知っているはずである、という国の権威主義的擬制をその基礎においている点で、今日の法観念に適合しない。不法の意識を欠いたことが不可避だった場合にも、行為者に故意犯の成立を認めることが、責任主義に反するのは明らかである。⁽¹⁰⁾

b 不法の意識必要説(嚴格故意説) 故意は責任要素であるとした上で、責任故意の要件として不法の意識は必要であるとする立場である。小野はその道義的責任論の立場から、「違法性の意識こそは、故意と過失とを分つ分水嶺ともいふべきもの」と論ずるし、大塚も、「徹底した意味での道義的非難は、行為者が、単に犯罪事実を表象しただけでは足りず、それが、法的に許されないものであることを知って行為した場合に、初めてなしうるはずである」と論ずる。

本説は、不法の意識を責任要素として必要とするのであるが、これを故意と密接不可分に結びつけるので、故意は、存在次元だけでなく、所為への評価問題を包括する「悪意」と把握されることになる。しかし、既述のように、不法の意識が故意から切り離されることによって初めて、故意が純粹に存在次元に関連する要素として構成要件に位置づけられることが可能となり、人的不法論への道が切り開かれたのである。さらに、本説によれば、法定犯・行政犯において、不法の意識が欠ける場合が多々見られるのであるが、そういった場合、故意犯の成立が否定されることになって、法の目的が達し得ないことになる点に問題がある。

c 自然犯、法定犯区别説 責任故意の要件として、自然犯・刑事犯では不法の意識を必要とするが、法定犯・行政犯では不法の意識を必要としないとする立場である。近代学派から主張されるのであるが、自然犯・刑事犯では、その行為自体がすでに反社会的と考えられているものが構成要件化されているので、構成要件該当の事実の表象があれば、当然、行為者の反社会的性格が表明されるが、法定犯・行政犯では、行為それ自体はなら反社会的ではないものが、行政的・政策的目的から構成要件化されているので、法律上禁ぜられていることを知らない者には、行為者

の反社会的性格を認めないとされる。本説は、刑法第三八条第三項は、自然犯・刑事犯に関し、故意の成立に不法の意識は必要としないことを定めたと解する。⁽⁶⁷⁾

本説も適切といえない。法定犯・行政犯だけでなく、自然犯・刑事犯においても、行為者が、犯罪事実の表象はあっても、不法の意識の欠けることが絶無であるとはいえない点に問題がある。また、自然犯・刑事犯および法定犯・行政犯の観念は、典型的場合については明瞭に区別しうるにしても、限界の場合は明確でなく、しばしば、行政犯の刑事犯化などの現象が説かれるのであるから、このような犯罪の分類に基づいて、取り扱いを区別しようとする方法論も、適当でない。⁽⁶⁸⁾

責任 (6)

d 不法の意識の可能性必要説(制限故意説) 本説は、責任故意の要件として、少なくとも不法の意識の可能性があることが必要とする。本説は、二つに分かれ、その一は、不法の意識を欠いたことについて、行為者に過失がある場合(違法性の過失、法律の過失)を、故意と同様に取り扱う見解である。この説は、刑法第三八条第三項は同第三八条第一項但し書きの「法律に特別の規定がある場合」を受けたもので、故意は刑罰法規の認識を必要としないこと、違法性の不知について過失があった場合を故意のあった場合に準じ、「情状により、その刑を減輕することができる」ことを定めたと解する。⁽⁶⁹⁾ その二は、人格責任論の立場から、行為者が不法の意識を有しなくても、それまでの人格形成に即して不法の意識の可能性が認められる限り、そこには、行為者の直接的な反規範的人格態度を看取しうるから、故意責任を認めてもよいとする見解である。この説は、刑法第三八条第三項は、個々の法律の規定を知らなくても、故意の成立に影響しないことを定め、同項但し書きは、不法の意識の可能性があっても、それを意識することが困難

なため不法の意識が欠いた場合、それがあつた場合よりも責任が軽いから、その刑を減輕しうることを定めたものと解する。⁽⁶⁾

本説も問題を孕んでいる。その一の見解は、どうしてこの場合の過失だけを故意と同視するのにかつて、積極的な説明をしていない。⁽⁶⁾ その二の見解は、非難に値する人格態度との関連で、不法の意識が可能であつたのにこれを意識しなかつた場合を積極的に不法の意識があつた場合と同視するのであるが、それならば、何ゆゑに不法の意思が欠けた場合にのみ人格形成責任を考慮し、事実の認識を欠いた場合には、それを問題としないのかという疑問を生じさせる。⁽⁶⁾

e 責任説 本説は、故意の觀念を犯罪事実の表象を内容とする事実的故意であるとし、不法の意識ないしその可能性は、故意とは區別された別個の独立した責任要素であると解する。行為者が不法を現実に意識した場合には、これに対する責任非難は最も重く、不法を意識しなかつたがよく注意すれば意識しえた場合には、軽い程度の責任が帰せられ、不法の意識の可能性がなかつた場合には、責任が阻却されることになる。したがつて、事実を認識して行為した者が、不法の意識を欠いても、それが避けられた錯誤に基づく場合は、故意犯として処罰される。⁽⁶⁾ 責任説は、元來、目的的行為論の展開に伴つて主張されたされたのであるが、現在では、目的的行為論を採らない者からも支持されている。⁽⁶⁾

f 評価 不法の意識と故意は、いずれも心理学的構造を有している点では共通であるが、しかし、異なつた関連

点をもっている。不法の意識は価値次元と関連し、故意は存在次元と関連する。したがって、当為ないし不法としての法的評価に関する錯誤と、存在ないし構成要件に関する錯誤は異なった心的領域で生ずる。自分のすることを知っている者は、それだからといって、この行為が法的にどのような評価されるべきかを必ずしも知っていないわけではない。教養のある人は両方とも知っているのが普通であろうが、しかし、それでも概念的には異なった領域の出来事である。したがって、不法の意識が欠けるとき、それだからといって故意がなくなることはない。不法の意識が欠けるとき、それが行為者には回避可能であるので（潜在的不法の意識）、非難されるべきか否かが問題とされ、それが否定されるとき、せいぜい責任が阻却される。ここに不法の意識は規範的性質を有することになる。したがって、不法の意識は責任内部における独立した要素と理解されるべきである（責任説⁽⁶⁶⁾）。刑法第三八条第三項本文は、構成要件の故意と責任要素としての不法の意識との関係を規定したものであり、同条第三項但書は不法の意識の可能性に関する規定である。

故意説の論者が、責任という観点の下では、故意犯の成否にとって、不法の意識の存否が決定的に重要であり、単なる事実の認識では足りない主張するとき、それは不法の意識の過大評価である。たしかに、不法の意識をもたないで犯行に及ぶ者がそれをもって犯行に及ぶ者よりも、責任が軽いのが普通であるから、刑は減輕されようが、しかし、常に責任が軽いとはいえない。法秩序に無関心なために、不法の意識がなかった者の責任が軽くなるというものではない。故意犯の処罰根拠は行為者の不服従にあるのでなく、行為者が他者の利益を耐え難い方法で軽視したという所にあるからである。さらに、厳格故意説によれば、故意犯の成立を免れるためには、構成要件を知りさえしなければよい、そうすれば不法の意識もないということになり、故意犯の成否が行為者の主観的事情に委ねられてしまう

のである⁽⁸⁾。そうすると、不法の意識のないことが「法盲目性 (Rechtsblindheit)」、「法敵対性 (Rechtsfeindschaft)」に基づくときでも、故意犯は成立せず、せいぜい過失犯の成否が問題となるにすぎない。そこで、こういった場合、現実の不法の意識を要求しない、いわゆる制限故意説が主張されるのである。すなわち、こうした場合も、例外的に、故意犯で処罰できると主張するのである⁽⁹⁾。しかし、その結論は是認できるとしても、この問題は責任説によりいっそう適切に解決できるのである。

不法の意識、潜在的不法の意識は責任要素であるが、故意は、二〇世紀前半の古典的犯罪概念に対応して責任に位置づけることも可能であるし、今日一般的に認められている犯罪概念に対応して不法構成要件に位置づけることもできる。もつとも、責任説がはじめて故意を構成要件に配置換えすることを、したがってまた、事実の錯誤を構成要件に配置することを可能にしたのである。なぜなら、責任説が現れなかったならば、故意はこれと不可分に結びついた不法の意識によって責任に縛り付けられていたと云えるからである⁽¹⁰⁾。

不法の意識は過失犯においても欠けることがある。行為者は注意を払った行為をとる法義務を知らなかったとか、注意違反を意識していても法義務を知らなかったという場合である。過失責任がなくなるか否かも、故意犯の場合と同じく、不法の不認識の非難可能性によって判断される。

D 不法の意識の対象と内容 犯罪理論体系概念としての責任の前提要件としての不法の意識とは所為が不法であるとの全体的評価である。したがって、故意犯の場合、行為者は事前に法違反の成立に必要な構成要件要素を認識し

ていなければならない。存在次元の認識が価値次元の認識に常に先行するからである。行為者は、不法に関係する存在次元に関する十分な心理学的認識を有しないとき、不法に関する評価もできない。この点で、「法の錯誤」という概念は広すぎる。個々の構成要件要素の意味の錯誤は法の錯誤の一種であるが、構成要件の錯誤にかかわる問題だからである。⁽⁴¹⁾

不法の意識の基準点は所為の不法である。⁽⁴²⁾ 一方で、行為者に、自己の行為に社会害悪性があるとか、公序良俗に反するとかの意識（いわゆる「前法的規範違反認識説」）があるだけでは足りない。これらの行為がすべて法的に禁止されているわけでないからである。もともと、これらの意識があれば禁止の意識もあるのが普通であろう。⁽⁴³⁾ 他方で、行為者に可罰性の意識がなくても、不法の意識は存在しうる。特殊刑法的不法の意識（いわゆる「特殊刑法的違法認識説」）は要しない。民法上は禁止されているが、刑法上は禁止されていないと誤信している者にも不法の意識はある。不法の意識では、法秩序全体の観点から、つまり、所為が全体として法秩序によつて是認されないことを認識しているか否かが問題とされるのである。かかる認識があれば、行為者が適法な行為をする動機づけとして十分といえる（いわゆる「一般的不法認識説」）。可罰性の意識は不要である。例えば、自分は精神病に罹っていて、責任無能力だと思っているが、実際には完全責任能力のある者が、強盗を働くという場合である。この錯誤は不法でなく、責任能力に関係しており、現実の不法の意識とは無関係である。可罰性の意識が欠けているということはせいぜい量刑において考慮されることで足りる。⁽⁴⁴⁾

不法の意識は法的禁止についての意識である。行為者は、不法の意識において、社会倫理的規範が法的承認を受け

たことを知らなければならぬ。これに対して、自己の倫理的、道徳的義務に従ったからというだけでは、不法の意識は排除されない。このことは特に良心犯や確信犯に当てはまる。これらの者は、なるほど、自己の所為に関する法秩序の否定的判断を知っているが、しかし、宗教的動機や、政治的、世界観的動機からこれに組まないものである。かかる行為者は自己の行為が法秩序によって禁止されていることを知っているのが普通である。⁽⁷⁷⁾但し、行為者が自己の破った法規範が無効であると誤信していた場合には、禁止の錯誤がありうる。⁽⁷⁸⁾自己の侵害した倫理的、道徳的義務を法的にも禁止されていると誤信するのは幻覚犯であって、何らの構成要件にも該当せず、不処罰である。⁽⁷⁹⁾

不法の意識は実質的に不法であることの意識であるから、形式的に精確な規範認識を要するわけではない。さもない、素人は有責行為の特許状を得る一方、法律家は不利益の特権 (*privilegium odiosum*) を得ることになってしまいい、これは明らかに不合理な帰結である。したがって、素人圏の相等的な判断があれば足りる。行為者が、規範の価値内容を、刑法的、民事法的はたまた行政法的なものと考えている否かも重要でない。⁽⁸⁰⁾

不法の意識は、抽象的な禁止ではなく、各構成要件の具体的不法に関連しなければならぬから、ある行為によって同時に複数の構成要件が実現されるとき、そのある犯罪には不法の意識はあるが、その他の犯罪には不法の意識が存在しないということがありうる。これは「不法の意識の分割可能性」と云われる。このことは多行為犯罪にも云える。例えば、債務者が売買契約にもかかわらず種類物を引き渡さないので、債権者が力づくでそれを奪取したという場合、強盗罪の成立が考えられるが、暴行については不法の意識があるが、奪取した物については買った種類物であるから違法ではないと考えたという場合である。この禁止の錯誤は非難できないので、責任が阻却されることもあり

うる。⁽⁸⁴⁾

E 不法の意識形態 現実の不法の意識は活動的不法の意識と潜伏的不法の意識に分けることができる。いずれの場合も、行為者の心理的現象として、自己の行為が法的に禁止されていることの積極的認識がある。現実の不法の意識は、活動的不法の意識のみならず、潜伏的不法の意識や未必の不法の意識を含み、その範囲はかなり広い。⁽⁸⁵⁾

a 活動的不法の意識 活動的不法の意識 (aktuelles Unrechtsbewusstsein) の強度が最も強いのは、所為の遂行のために良心の咎めを克服しなければならないときのように、自分の行為の違法性のことを現実に考えている場合である。こういった考えはいつも支配的であるとか、熟慮の中心にある必要はない。むしろ、どの心理学的体験におけるのと同じく、濃淡がある。行為者が自分の行為の不法を付けたりで考えている場合でも、現実の意識はある。⁽⁸⁶⁾

b 潜伏的不法の意識 不法の意識は活動的不法の意識でなくてもよく、潜伏的不法の意識 (latentes Unrechtsbewusstsein) があればそれで足りる。活動的不法の意識とは異なり、この思考内容は意識の辺縁に沈着している。潜伏的意識は最低段階の意識強度である。行為者はなるほど自分の行為が禁止されていることを明晰に考えているわけではないが、しかし、相応の認識は意識内容として存在し、いつでも、特別の想起の努力をせずとも完全に呼び出され、活性化されるのである。この背景認識は、所為遂行の際に行為者に随伴しているのである。⁽⁸⁷⁾

潜在的意識内容は、行為者が侵害される規範の特別の社会的意味の故に幼児期以来心に植えつけられていて、状況

に応じて呼び出すことのできる付随認識 (Begleitwissen) の形態をとることがほとんどである。中核刑法におけるたいていの犯罪行為は意識においてその社会倫理的意味から分離できないからである。犯罪行為と社会倫理的意味は分かちがたい一体をなしている。この低い意識段階でも行為者は、法秩序の要請と取り組み、法に反する又は法に合致する決定をすることになる。情動犯や常習犯には潜在的不法の意識しかないことが多い。潜在的不法の意識と区別されるべきなのが、行為者が一度得た不法の意識を忘却したという場合である。認識が活性化できないと、潜在的不法の意識は存在しない⁽⁸⁾。

c 確実な不法の意識と未必の不法の意識 不法の意識の構成的要素は行為者の法に反するか合致するかの決定である。故意の種類として確定的故意と未必の故意があるように、不法の意識の理解は確固とした認識に基づくことも、不確実な認識に基づくこともある。いずれの場合も、行為者は現実の不法の意識をもって行為をする。すなわち、確実な不法の意識 (sicheres Unrechtsbewusstsein) は行為の違法性についての確信を意味する。この認識要素は故意でいうと確定的故意の形態に似ている。これに対して、未必の不法の意識 (bedingtes Unrechtsbewusstsein) では、行為者は法状況に関して不確かである。行為者は、自分の行為が不法であるか否かを正確にはわからないが、それでも結局行為をおこなない、しかも、不法の実現の可能性を甘受する。これは故意でいうと未必の故意に似ている。行為者は不法性格を真剣に可能だと考え、法違反の危険を引き受けるのである。したがって、行為の適法性に関するわずかな疑問さえあれば、それで不法の認識には十分ということにはならない。未必の不法の意識は活性的意法の意識であるから、禁止の錯誤の問題は生じない⁽⁹⁾。

F 潜在的不法の意識 潜在的不法の意識 (potentielles Unrechtsbewusstsein) というのは、不法の意識が欠如しているが、この価値理解の欠如が行為者に非難できる場合のことを云う。潜在的不法の意識は仮想の不法の意識 (virtuelles Unrechtsbewusstsein) とも呼ばれる。潜在的不法の意識の場合にも故意責任を問えるので、不法の意識は規範的特徴を有する⁽⁸⁾。

法的効果としては、行為者は、潜在的不法の意識であつても、不法の意識が存在した場合と同様に、処罰されうるが、刑の減輕が可能とされるべきである⁽⁹⁾。

活動的不法の意識、潜伏的不法の意識、確実な不法の意識、未必の不法の意識及び潜在的不法の意識は、故意犯においても認識のある過失にも見られる。しかし、認識のない過失の場合、自己の行為が客観的構成要件を実現しうることの認識⁽¹⁰⁾すらない行為者は、不法の認識もちえない。したがつて、認識のない過失では、専ら潜在的不法の意識が問題となる⁽¹¹⁾。

G 認定方式 中核刑法の領域では、成人犯罪者については不法の意識の特別の検証を要しない。むしろ、故意犯と認識のある過失犯では、たいていの場合、現実の不法の認識が、認識のない過失犯では少なくとも潜在的不法の意識が推定できる。しかし、このことは、「法律上の推定」として、拳証責任が転換されることを意味しない。疑いがある場合には、少なくとも、潜在的不法の意識が積極的に証明されねばならない⁽¹²⁾。

中核刑法外の領域では、特別の検証を要することが多い。この領域では、この分野の法に明るい人でも時に行為の違法性がそれほど明白でない場合があるからである。加えて、刑罰規範の解釈に関して疑問があるとき、行為者に、いくつかの解釈の中から自己に不都合な不法とされる解釈を認識できたか否かが検証されるべきである。

(3) 禁止の錯誤

A 総説 禁止の錯誤ないし命令の錯誤は、不法の意識の裏面、つまり、所為の法的全体評価にかかわる錯誤である。作為犯では、行為者は禁止に反した行為をするので、禁止の錯誤と云われるが、不作為犯では、行為者は作為命令に反しているので、命令の錯誤と云われる。この種の錯誤では、行為者に構成要件的事実の認識に欠けるところはないが、責任非難に必要な不法の認識が欠けているのである（以下、命令の錯誤を含めて禁止の錯誤と表記する）。禁止の錯誤は、構成要件に関連するか（直接的禁止の錯誤）、正当化事由に関連する（間接的禁止の錯誤）。行為者に法、不法に関する認識がまったく欠けている（たんなる不知）場合も、行為者が明らかに不法に関して思い違いをしている場合と同様に、禁止の錯誤と扱われる。この点で、構成要件の錯誤に似ている。構成要件の錯誤でも、まったく認識のない場合は意識的誤認と同様に扱われるのである。^(註)

禁止の錯誤は自動的に行為者の責任を阻却するわけではない。錯誤が非難可能な場合、すなわち、潜在的不法の意識がある場合、行為者は故意の行為では故意犯の、過失の行為では過失犯の責任が問われる。行為者は、不法の意識があったかのように扱われるのである。しかし、潜在的不法の意識は量刑において減輕事由として考慮されるべきである。錯誤が避けられず、非難できないとき、潜在的不法の意識もない。行為者には潜在的不法の意識という責任要

素が欠ける。非難に値する法心情が見られないのである。故意犯において、潜在的不法の意識が否定されると、これを過失犯として処罰する可能性もなくなる。⁽⁸⁾

B 直接的禁止の錯誤 直接的禁止の錯誤（抽象的禁止の錯誤とも呼ばれる）は不法を基礎づける全体としての構成要件の違法性に関する錯誤である。行為者は、原則的に法秩序に違反した行為をとっていない、まったく不法への敷居を越えていないと思っ**て**いるのである。⁽⁹⁾

直接的禁止の錯誤の現象形態は、行為者は、禁止の素材をそもそも違法と認識していないか、特定の領域をそれ自体知っている禁止から除外するかに応じて、禁止規範の存在か又はその射程距離に関する錯誤の形をとる。例えば、自殺関与罪の定められていない国からきた外国人には、この禁止規範の存在に関する錯誤が生じうる。行為者が禁止規範を憲法違反と誤信したとか、すでに廃止されたと考えている場合も禁止規範の存在に関する錯誤である。これに對して、親、教師から一定額以下の遺失物は領得しても問題ないと教わっていた少年がかかる物を領得したとき、射程距離に関する錯誤が見られる。⁽¹⁰⁾

責任 (6)

直接的禁止の錯誤が中核刑法の領域で生ずることは極めて稀であり、そのほとんどが中核刑法外の領域で生ずるので、後者の領域での実践的意義は大きい。まさに現代立法者による規範の洪水のために、規範名宛人にはますます把握しがたくなっている。これに對して、中核刑法では、成人の、責任能力の行為者に規範の認識が全くないということはほとんどない。⁽¹¹⁾

C 間接的禁止の錯誤 間接的禁止の錯誤（具体的禁止の錯誤とも許容性の錯誤とも呼ばれる）の場合、行為者は、直接的禁止の錯誤の場合と同様に、価値の次元に関して錯誤にあり、所為は不法でないという結論に達している。但し、この錯誤の原因は構成要件の次元にあるのではなく、正当化事由の評価の過誤にある。すなわち、行為者は、「直接的に」不法の基礎としての構成要件において適法行為をしているという確信に達しているのでなく、違法性においてはじめて、いわば「間接的に」、適法行為をしているとの確信に達している。ここに間接的禁止の錯誤という名称が由来する⁽⁸⁸⁾。

間接的禁止の錯誤の現象形態も規範の存在（有効性）又は射程距離（適用範囲）に関する錯誤の形をとる。存在の錯誤では、行為者は、法秩序のまったく知らない正当化事由を信じている。射程距離の錯誤では、それ自体として存在する正当化事由を拡張しすぎる。存在の錯誤は稀であるが、例えば、宗教家が少年の狼藉行為に懲戒権を有していると考える場合である。射程距離の錯誤は、例えば、侵害者が既に反撃されて倒れこみ抵抗できない状況になっているのに、被害者がなお「急迫性」があると考えている場合である。この場合、被害者は、事実を正しく把握しているのであるが、正当化事由の「急迫性」という規範的要素を間違つて解釈しているのである⁽⁸⁹⁾。

直接的禁止の錯誤も間接的禁止の錯誤も、行為者が法と不法を自己の主観的な法的観念によって線引きしていて、この線引きが法秩序の価値原理に反している点に共通性がある。したがって、この二種類の錯誤はそれらの法的効果において等しく扱われるべきであるので、区別以上の意味をもつものではない⁽⁹⁰⁾。

(4) 不法の不認識の非難可能性

A 非難可能性（回避可能性）の規準 ドイツ刑法第一七条とスイス刑法第二一条は「回避可能性」の存否を有責性の有無の規準とするのに対し、オーストリア刑法第九条は「非難可能性」の存否を有責性の有無の規準としている。この点について、一方で、非難可能性というのはむしろ規範的な概念であるが、回避可能性は「事実面の事情」を考慮しやすい概念であるという指摘がなされたが、他方で、ドイツ刑法第一七条の回避可能性は次第に規範的規準に合わせられるようになったこと、すなわち、「禁止の錯誤が回避可能であったか否かの判断は、所為時点の行為者の能力の解明に縛られるのではなく、先ず、法の認識が錯誤者の答責領域に属するか否かよって定まる」という指摘³⁰⁾、さらには、非難可能性と回避可能性は禁止の錯誤の領域では同義であるという見解³⁰⁾も見られる。

以下の立論は、非難可能性と回避可能性は同義であるという立場から出立する。不法の認識の欠如が非難できるか否かの規準として、オーストリア刑法第九条が定めているように、不法の認識が行為者にも誰にでも容易に可能なことと、特別の情報収集義務の違反の二つが考えられる。すなわち、形式的に見ると、一般的に理解できる不法と、特別の規定によってしか推定できない不法とに分けられる。どちらの規準の前提にも、行為者が、不法を徴表する所為事情を認識したならば、これを「所為の法秩序への関係」を検証する誘因とすべきだといふことがある³⁰⁾。

B 一般的に容易な不法の認識可能性 不法が行為者にも誰にでも容易に認識可能だった場合、その錯誤は非難可能である。中核刑法は、社会において一般的に承認された価値を基礎にしているのであり、したがって、人は、自己

に関係する法的価値を知っているのが通常であり、それを知らなかったということは法的心金の重大な欠陥を露見しているのである。生命、身体に対する犯罪では、その不法内容は誰にでも明らかである。しかし、行為者が法価値秩序に統合されていても、その所為の不法に関して特別の理由からきわめて縮減されている場合がありうる。⁵⁰⁾

先ず、行為者によって実現された行為の不法が客観的に見て一定の明証性を有しているか否か、つまり、他人が行為者の状況にいたならば所為の不法を容易に認識できたか否かが問われるべきである。ここでは、平均人の一般的価値感情、法感情が問題となっており、行為の免責可能性にかかわる、法的に保護された価値と結びついた人の判断が問題となっているのではない。不法の認識が誰にでも容易であったことが肯定されると、次に、行為者もその個人的事情からすると不法理解に至る可能性を有していたか否かが問われねばならない。この判断方法は、客観的要素と主観的・個別的要素から成る。すなわち、混合した、客観的・主観的評価が基礎となるので、「二重規準」とも呼ばれる。行為者に不法理解能力を欠いていたのであれば、平均人が所為の不法を認識したとしても、このこと故に行為者を非難することはできない。⁵¹⁾

非難可能性検証の重点は、誰にでもあった不法認識の可能性が行為者にもあったか否か、つまり、不法不認識の回避可能性があったか否かにある。この規準は価値違反の意思形成の非難としての責任判断に対応する。出立点は、行為者の個人的可能性と能力である。ここから出立して、行為者が行為の具体的違法性を容易に認識できたか否かが問われるべきである。不法の認識は心理学的責任要素であり、価値の個人的な心理学的認識可能性の存否が問われている。⁵²⁾ 行為者個人にある特別の事情が他人には認められる認識可能性を排除する場合、不法の不認識は非難可能とは云えな

い。かかる要因としては、例えば、年齢、職業、教育、社会的素性及び国籍がある。法秩序の異なる故国から日本に來たばかりの外国人とか、成長期に十分に社会的価値を教わる機会をもたなかった少年とかが重要な意味をもつ。⁽³⁶⁾ 行為者は、犯罪傾向が進むにつれて法感情を抑圧するとか、他の規範を全く拒否するようなり、法的に保護された価値に対して拒否的又は無関心な態度をとるので、心理学的に不法理解能力がなくなつたという場合、不法理解能力の欠損は行為者の消極的人格構造に根ざしており、行為者はこの欠損に責任を負わねばならない。この思想は規範的責任論の帰結である。⁽³⁷⁾

C 照会義務違反 行為者が、その職業、業務又はその他、事情から、関連規定を知る特別の義務を懈怠した場合も非難可能である。情報を得られるにもかかわらず、故意又は過失で不認識の態度をとり続けることがあつてはならない。経験則上、法的に規制されている事態があるからである。⁽³⁸⁾

この非難検証も、その前提に、行為者が情報を得る可能性をもつていたこと、この可能性を義務に違反して利用しなかつたということである。すなわち、情報を得ることのできることを利用しないことが重ねて行為者に非難される。この点で、この規準でも具体的行為者人格が中心にある。⁽³⁹⁾

この場合においても、混合した、客観的・主観的評価が基礎となる。主観的義務違反の前にその都度、客観的照会義務が確認されねばならない。先に言及した客観的・主観的二重規準に帰着するこの二段階検証は、情報照会義務を過失犯の領域における義務と比較することから導出される。過失犯においては客観的義務違反と主観的義務違反が異

なっているように、照会義務違反が認められるのは、行為者が、当該規定を知る客観的義務に従わず、しかも、その能力、事情からしてできたにもかかわらず、個人的に従わなかった場合に限定される⁵⁰⁾。

さらに、行為者が情報照会をしたならば必要とされる法的明確性が得られたというように、情報照会の可能性と不法の意識の間に事物連関が存在しなければならぬ。照会義務はそれ自体だけでは無価値であり、それだけで責任非難を担うことはできない。重要なのは、行為者の状況にある人が情報照会で得ることのできたであろう回答の内容にある。回答が明らかに行為の違法性を指摘した、あるいは、違法性の可能性のあることを指摘したに違いなかったといえる場合、禁止の錯誤の回避可能性がある。これに対して、従来最高裁判例から確実に適法との回答が得られたに違いないという場合のように、行為者が照会によっても行為が違法であることの理解に至らなかったであろうという場合には、個人的非難はなくなる、したがって、責任もなくなる⁵¹⁾。疑問がある場合には、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に従って、かから事物連関がないことから出立するべきである⁵²⁾。

照会義務は主として中核刑法外の領域に妥当するのであるが、しかし、中核刑法において法改定がなされた場合、照会義務が意味をもつ。この意味で、一般的に容易な不法の認識可能性と照会義務の二つの規準は相互補充的關係にある⁵³⁾。

D 非難可能性の欠ける特殊の事例 行為者が法情報を信用したが、後にそれが誤りだったことが判明したとき、行為者の非難可能性の有無が問題となる。この判断に当たっては、文書による回答であれ、口頭による回答であれ、情

報提供をする者（公務員も私人も、とりわけ、医師、税理士、弁護士などの自由職業人）・機関が、行為の法的性質についての正しい判断を下すのに必要な専門知識を有していること（適格性）、客観的な、専らその専門知識に担われた情報を提供するものと信頼できること（信頼性）が必要である。このことが行為者に肯定されるように思われるとき、客観・主観評価の二重規準に依れば、行為者の非難可能性はなくなる⁽⁵⁴⁾。したがって、所轄官庁外の公務所に照会したときでも、禁止の錯誤が回避できなかつたという場合がありうる。「市民がどうも所轄外には見えない役所に計画の許容性について尋ねるとき、当該役所は照会者に当該質問を判断するのに十分な専門知識を自らはもっていないことを教示しなければならぬ⁽⁵⁵⁾」。この教示がないとき、その法情報を信用した者の禁止の錯誤は回避可能とはいえない⁽⁵⁶⁾。しかし、こういった情報への信頼は、法情報を求めている者に知られている又は認識可能な事情から、専門家の適格性や信頼性が揺さぶられるときがある。例えば、行為者が知っている又は知ることが期待できた法情報が他の適格な者・機関で得られた情報と矛盾している場合に、性急にも自分に不都合な見解を斥け、都合のよい見解を信頼してはならない⁽⁵⁷⁾。

一般の市民が法的問題についての情報を得ようとすれば、弁護士に照会するのが普通である。そこで得た情報が誤りだったとき、それを信頼した市民に禁止の錯誤が回避できたとはいえないのが普通である。しかし、上記のように、禁止の錯誤が回避できたという場合もありえよう。例えば、脱法のための見え透いた策謀を教える（不誠実）とか、法情報が明らかに客観性を欠いているとか、誤情報であることが素人にでも容易に認識できる（客観性の欠如）といった場合である。弁護士が自分の専門とする分野以外の法律問題について誤法情報を与えたとか、自分の専門領域であっても複雑な法律問題に十分な調べもせず、即興で手短に答えたという場合は、一般的には、禁止の錯誤は回避で

きなかったといえよう。一般市民には、弁護士の能力や専門分野を調べる能力はないのであり、したがって、一般市民は、法実務の有資格者である弁護士から得られた法情報を信頼してもよいと云えよう。⁽¹⁸⁾

判例において、行為時には適法だと判断されていたが、後に違法だと判断された場合、行為者は、前者の判例を信頼して行為をした時点で、禁止の錯誤にある。判例は、許される解釈限界内で事後的に不利益解釈を選択することは許される。しかし、相応の禁止の錯誤は行為者に非難できない。行為者に、自己の行為を法律と整合させて検証することは不可能であり、期待できないからである。⁽¹⁹⁾ 同じことは、行為者が、自己の行為を適法と判断する従前の判例を知らなかった場合にも云える。行為者は、情報収集義務を果たしたとしてもやはり不法の理解には至らなかったといえるからである。照会義務と法の認識の間に事物連関が欠けるのである。上級審と下級審で判断が異なっている場合、前者の判決を信用した行為者には、禁止の錯誤の非難はできない。前者の判決を遵守したのにもかかわらず、刑罰を予期せざるを得ないということにでもなれば、上級審の判決は無駄ということになるからである。これに対して、同審級の裁判所間で、異なった判決があるとき、回避できる禁止の錯誤又は未必の不法の意識が認められる。⁽²⁰⁾

注

(18) Moos, (Fn. 1), § 4 Rn 102 f.; Steininger, (Fn. 1), 12. Kap Rn 16; Fuchs, (Fn. 4), 24. Kap Rn 1 ff.; F. Höpfel, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2000, § 10 Rn 1; Th. Lencker, D. Sternberg-Lieben, Schöнке/Schröder Strafgesetzbuch 2010, Vor § 83 32 ff. Rn 108, 1) に対して、ロクスターンは、責任から免責事由を一般的に排除して、予防上刑罰を必要とするか否かを問う、責任を存続させる。Roxin, (Fn. 8), § 19 Rn 3 ff.; § 24 Rn 127. 1) かつ、免責事由が予防の考慮に基づいて起るとしても、免責事由によって決定的な規程は、行為者に刑罰に値するほどの非難の程度に達しているのか否かである。Trifflerer, (Fn. 3), 12. Kap Rn 127 ff.

(36) Höpfel, (Fn. 375), § 11 Rn. 1; EBRV 1971, 76 r. Sp. 411-112. 第二次刑法改正まではZurechnungsfähigkeitが用いられていた(旧第五一條)の「あるが、」の言葉の方が記述的響きのあるSchuldfähigkeitよりも良いところを学説で見られる。F. Steng, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 20 Rn. 28.

(37) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 1), Z. 14 Rn. 2.

(38) A. Tiplold, Vom „Schwachsinn“, JSt 2009, 118 ff.

(39) F. Bommer, V. Dittmann, Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., 2013, Art 19 Rn. 15, 26 u. 36; K. Seelmann, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2009, 76.

(380) 小野清一郎「責任能力の人間学的解明(2)」ジュリスト368(一九六七)一一〇頁。これに対し、安田拓人『刑事責任能力の本質とその判断基準』二〇〇六年・一九頁注2は、現行刑法には心神喪失と並んで心神耗弱の規定があり、いずれも精神障礙者であるが、その程度が異なり、その判断は認識・制禦能力の程度によらざるをえないので、現行刑法第三九条が生物学的方法を意図していたとは断定できないとする。

(381) 最判昭和二九・七・三〇刑集八・七・一一三二一、東京高判昭和五九・一一・二七判時一一五八・二四九(心神耗弱とは、「是非を弁別する能力及びこれに従って行動する能力が著しく減弱した」状態を言云)。

ドイツ語圏では、「不法」の弁識という表現が用いられている。規範的責任論からは、この用語の法が事物の「理非善悪」という表現よりも優れている。最決昭和二九・七・三〇刑集八・七・一一三二一も「刑法上心神喪失者であるというのはその犯行の当時において行為の違法性を意識することができず又はこれに従って行為をすることができなかったような無能力者を指す」と説示している。内藤(注28)七九二頁、大谷(注1)三三四頁、川端(注28)四〇四頁、安田(注380)七五頁。なお、改正刑法草案第一二六条「①精神の障害により、行為の是非を弁別し又はその弁別に従って行動する能力がない者の行為は、これを罰しない。②精神の障害により、前項に規定する能力が著しく低い者の行為は、その刑を軽減する」と規定し、刑法第三九条に関する大審院昭和六年二月三日判決に従った混合的方法を採用した。

なお、責任能力・限定責任能力の概念内容を定める方法として、歴史上、混合的方法の外に心理学的方法と生物学的方法がある。前者に、一八四三年のイギリス「マクノートン・ルール(M'Naghten rule)」がある。これは、マクノートンがエドワード・ドウラムンドを射殺したが、妄想に囚われていてロバート・ピール卿を殺したと思い込んでいたという政治がらみの事件で、貴族院は裁判官に責任無能力抗弁の定義を求めたところ、その答えが、「精神異常の理由による抗弁を成立させるためには、その行為をおこなったと

きに、被告人が、精神の疾患のために、自分のしている行為の性質を知らなかったほど、又は知っていたとしても、自分は邪悪なこと(wrong)をしてゐることを知らなかったほど理性の欠けた状態にあったことが証明されなければならない」というものだった。この基準は後にアメリカで確立され、時に「抵抗しがたい衝動基準」によって補充されることもあった。McNaghten Case, 8 Eng. Rep. 718, (1843), 14, 36. しかし、マクノートン・ルールに対しては、「責任無能力」が何を意味しようかと、これは「知っている」とか「邪悪もある」とかという指示では全く捉えられない異常な精神の状態を指しているのだから、この基準は全く正鵠を失っている等の批判が加えられた。後者の方法が現れたのはこうした批判を背景にしている。一九五四年に、アメリカ合衆国連邦控訴裁判所によって、「ターラム・ルール(Durham rule)」が宣言されたのである。これは、「被告人は、自己の行為が精神の疾患又は欠陥の所産であったときは、刑事上の責任を負わない」とするものである。Durham v. United States, 214 F.2d 862, 874-5(D.C. Cir. 1954). しかし、これは後に廃棄された。United States v. Brwaner, 471 F.2d 969 (D.C. Cir. 1972). C.R. Jeffery, Criminal Responsibility and Mental Disease, 1967, 14 E. 参照。墨谷谷葵『責任能力基準の研究』一九八〇年・二二頁、一〇〇頁以下、同「責任能力」(『刑法基本講座第二巻』・所収、一九九四年)二三四頁以下、岩井宜子『精神障害者福祉と司法』一九九七年・一二八頁以下。

(37) Trifflerer, (Fn. 3), 12. Kap Rn 33, Steininger, (Fn. 1), 13. Kap Rn 1; Streng, (Fn. 359), XI Rn 842.

(38) 医学的病気概念については、安田(注38)二二頁以下。

(38) BGHS, 14, 30^r 32 「(1)には(すなわち、)法律的病気概念には、臨床・精神医学的意味での精神病だけでなく、理解力並びに意思生活、感情生活あるいは欲動生活のあらゆる種類の障礙が入る。それらは、正常な、精神的に成熟した人に存在する、意思形成を可能とする表象、感情を毀損する。……全力を尽くして自分の意思力を働かせても十分に抵抗できないほどの強力な性的欲動にも当てはまる」。BGH NJW 55, 1726; vgl. Roxin, (Fn. 8), § 20 Rn 3.

(38) W. Perron, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 2010, § 20 Rn 20; W. Schild, NomosKommentar Strafgesetzbuch, 3. Aufl., 2010, § 20 Rn 16; Streng, (Fn. 359), XI Rn 843.

(38) Streng, (Fn. 359), XI Rn 844.

(38) Streng, (Fn. 359), XI Rn 844.

(38) Trifflerer, (Fn. 3), 12. Kap Rn 34; Höpfel, (Fn. 375), § 11 Rn 4.

癲癩につき心神喪失とされた事例：東京高判昭和四九・七・一九東高刑時報二五・七・六〇「業務上過失傷害等被告事件」(被告人が、犯行時癲癩発作のための意識障害の影響下にあったときは、心神喪失にあったものと認めるのが相当)、福岡家小倉支判昭和四一・

八・一六「強盜致傷保護事件」(外因性精神薄弱兼外因性癲癇患者が、その癲癇の発作としてした強盜致傷は、心神喪失者の行為に當る)。

(38) *Tryffner*, (Fn. 3), 12. Kap. Rn. 34.

統合失調症につき、最高裁判所は、統合失調症が直ちに心神喪失を導くものではないこと、又、寛解期であっても犯行に精神分裂病の影響が窺がわれるときは、完全責任能力を認められうるとしている。最決昭和五三・三・二四刑集三二・二・四〇八は、「精神分裂病で入院歴のある被告人が、結婚を断られた相手の家族ら五名を殺害し、二名に重傷を負わせたという事案」で、第一審は死刑を宣告し、第二審もこれを支持したが、「被告人の病歴、犯行態様にみられる奇異な行動及び犯行以後の病状などを総合考察すると、被告人は本件犯行時に精神分裂病の影響により、行為の是非善悪を弁識する能力又はその弁識に従って行動する能力が著しく減退していたとの疑いを抱かざるをえない。ところが、原判決は、本件犯行が被告人の精神分裂病の寛解期になされたことのほか、犯行の動機が存在、右犯行が病的体験と直接のつながりをもたず周到な準備のもとに計画的に行われたこと及び犯行後の証拠隠滅工作を含む一連の行動を重視し、一鑑定を裏付けとして、被告人の精神状態の著しい欠陥、障害はなかったものと認定している。そうすると、原判決は、被告人の限定責任能力を認めなかった点において判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認の疑いがある」と判示して、原判決を破棄し、高松高裁に差し戻した。差し戻し後の原審は、心神耗弱を認め、無期懲役としたのに対し、被告人は心神喪失を主張して上告した。第二次上告審最決昭和五九・七・三刑集三八・八・二七八三は、「なお、被告人の精神状態が刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であるから専ら裁判所の判断に委ねられているのであって、原判決が、所論精神鑑定書(……)の結論の部分に被告人が犯行当時心神喪失の状況にあった旨の記載があるのにその部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその余の精神鑑定の結果、並びに記録により認められる被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して、被告人が本件当時精神分裂病の影響により心神耗弱の状態にあったと認定したのは、正当として是認することができる」と説示した。

下級審で心神喪失とされた事例・福岡高那覇支判平成一六・一一・二五高等裁判所刑事裁判速報集平成一六・二〇五(被告人は緊張型統合失調症の憎悪状態で約一五分の間に両親に対する殺人未遂及び四名の通行人に対する殺人・傷害の無差別連続殺傷事件を起こしたという事案)「被告人が両親を攻撃したのは、了解可能な点は全くなく、その行為が緊張型統合失調症による妄想、幻聴に完全かつ直接に支配されて為されたことが認められ、被告人は、本件第一、第二の事実の当時は非弁別能力及び行動制御能力を完全に失っており、心神喪失の状態にあったものと認められる。また、本件第三以降の事実当時も自分は神であるという妄想、殺せという幻聴

の行為の選択を期待できない状態に陥り、その結果本件犯行に及んだものであって、……被告人は、……心神喪失の状態にあった、神戸地判昭和三三・一・一〇一審刑集一・一・五。心神耗弱とされた事例…神戸地判平成一八・九・八裁判所ウエブサイト掲載〔被告人は空港エプロン内に普通乗用自動車を運転して侵入し、物を損壊し、航空の危険を生じさせたという事案〕「被告人は、本件犯行当時、双極性感情障害の躁状態のため、是非を弁別し、それに従って行動する能力が著しく減退した状態にあった」、東京地判平成一七・三・二三判タ一八二・二二九〔被告人は、大型航空機の操縦室内に侵入し、洋包丁を用いて機長に脅迫を加え、さらに、同機長を殺害したという事案〕「本件犯行当時、被告人は、抗うつ剤などによる治療の途上に生じた、うつ状態と躁状態の混ざった混合状態にあり、その影響により是非弁識能力及び行動制御能力の著しく減退した状態にあったものと認められるが、他方において、そうした能力を全く欠くには至っていないから、被告人は、本件犯行当時、心神耗弱の状態にあったものと認定するのが相当」。

(391) *Steiniger*, (Fn. 1), 13, Kap Rn 3; *Stroeng*, (Fn. 359), XI Rn 845 ff.

わが国では、真の精神病（外因性精神病と内因性精神病）の場合、心理的要素の分析を要せず、無条件で責任無能力を認めるべきだが、但し、その精神病が発病期でまだ軽い場合及び寛解期である場合には、例外的に、行為との心理的結びつきを検討すべきとの見解がある。平野龍一『刑法総論II』一九七五年・二九〇頁、中田修『犯罪精神医学』一九七二年・六七頁以下、仲宗根玄吉『精神医学と刑事法学の交錯』一九八一年・二五〇頁。なお、大谷（注1）三二五頁、浅田（注7）二八四頁「生物学的要件が認められる場合には心理学的要件の存在が事実上推定される」。

(392) *O. Trifflerer*, *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Lfg., § 11 Rn. 29.

(393) *Trifflerer*, (Fn. 3), 12, Kap Rn 36; *Steiniger*, (Fn. 1), 13, Kap Rn 5; *Stroeng*, (Fn. 359), XI Rn 849.

(394) *Höpfel*, (Fn. 375), § 11 Rn. 6.

(395) 病的酩酊につき心神喪失とされた事例：大阪地判昭和五〇・五・二六判時七九六・一一一「殺人被告事件」、仙台高判昭和三〇・三・二二高裁特二・六・一六七「窃盜被告事件」。複雑酩酊につき心神耗弱とされた事例：大阪地判昭和四八・三・一六判タ三〇六・三〇四「強姦被告事件」。

(396) *Roxin*, (Fn. 8), § 20 Rn 9 f.; *Steiniger*, (Fn. 1), 13, Kap Rn 6; *Höpfel*, (Fn. 375), § 11 Rn. 7.

覚せい剤中毒について、名古屋高判昭和三一・四・一九高刑集九・五・四一一は「被告人は生来異常性格者でヒロポン中毒の為その変質の度を増し本件行為当時は薬剤注射により症候性精神病を発しており本件犯行は該病の部分現象である妄想の推進下に遂行され

たものであって通常人としての自由なる意思決定をすることが全く不能であったことを認めることが出来る」と説示して、殺人行為につき心神喪失を認めた。しかし、その後の裁判例は、人格変容の有無を詳細に検討して、心神耗弱ないし完全責任能力を認める傾向にある。東京高判昭和五九・一一・二七判時一一五八・二四九は、「被告人は覚せい剤使用の影響による異常な精神状態で、監禁や殺人等を行った。第一審では、正常とする一鑑定と心神喪失とする二鑑定が提出されたが、完全責任能力が認められたという事案」について、「被告人は……妄想や幻覚の現れた異常な精神状態にあったが、なお被告人は、自己の行為の意味やその反規範性を認識する能力、他人に対する配慮をし、事態に応じ自己の意思により行為する能力をある程度保持していたと認められ、被告人の人格が妄想や幻覚に完全に支配されていたとは認められない」として、心神耗弱を認定した。その他、東京地判昭和五三・一一・二二判時九二九・一四二(控訴審も支持、東京高判昭和五四・九・二七判時九五八・二二二)、京都地判昭和五四・八・二四判時九五八・二二二、札幌地判昭和五四・九・二七判時九五八・二二二、大阪地判昭和五九・四・二〇判夕五三五・三二二。完全責任能力を認めたものに、最判昭和五八・九・一三判時一〇〇・一五六。

(397) 責任無能力の規定はあるが、限定責任能力の規定をもたないオーストリア刑法は、謀殺罪(第七五条。一〇年以上二〇年以下の自由刑又は終身自由刑)と區別してその減輕類型として第七六条で故殺罪を定める。「一般的に当然な激しい興奮状態において我を忘れて他人を殺害するに至った者は、五年以上一〇年以下の自由刑に処する」。本条は限定責任能力に相当する場合の特別の規定と解される。R. Moos, Die Tötung im Affekt im neuen österreichischen Strafrecht, ZStW 89 (1977), 796 ff. 808. スイス刑法も、その第一一一条に殺人罪(五年以上の自由刑)の一般的規定が、その加重類型として第一一二条に謀殺罪(終身自由刑又は一〇年以上の自由刑)が、その減輕類型として第一一三条に故殺罪「行為者が事情によっては免責可能な激しい興奮状態で、又は、重い精神的負担の下で行為したとき、刑は一年以上一〇年以下とする」を定める。G. Stratenwerth, W. Wohlers, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 2007, Art 113.

(398) R. Moos, Die vorsätzlichen Tötungsdelikte im neuen Strafrecht, LJZ Nr. 1 (1991), 9 ff., 14.

(399) K. Schlier, Affekt und § 51 StGB aus psychiatrischer Sicht, NJW 1971, 1070 ff.; P. Bresser, Probleme bei der Schuldfähigkeits- und Schuldbewertung, NJW 1978, 1188 ff.

(400) BGH NJW 1959, 2315; BGHSt 11, 20 「刑法第五一条の意味での意識障礙は、極端な興奮状態で行為をする者の場合、病気に罹患しておらず、行為者の情動状態がその他の脱落症状(例えば、寝ぼけ、催眠、熱又は同種の欠損)を伴っていないくとも、認められうる」。Roszn., (Fn. 8), § 20 Rn 14 ff.; H.-J. Behrend, 1983, Affekt und Vorverschulden, 1983, 14 f. 参照; 林美月子『情動行為と責任能力』一九九

(40) Perron, (Fn. 385), § 20 Rn 15; vgl. BGH NSZ 84, 259; BGH NSZ 97, 232.

これに対して、大阪地判昭和四六・七・一判時六五六・一〇三、判タ二七四・二三五は、「被告人は、実兄から飲酒の上、何等理由なく殴打される等の暴行をしばしば受けていたが、その都度これを堪え忍んでいたところ、昭和四一年五月一日午前零時頃、自宅に実兄が飲酒の上訪れ、同人から再三にわたる顔面等を殴打され、一旦は戸外へ難を避けようとしたが、同人にこれを阻まれ更に同様暴行を加えられたため、遂に憤激の余り咄嗟に同人を殺害しようとした旨、炊事場から菜切包丁を持ち出し同人の胸部、右頸部を突き刺したが、同人に対し加療約三週間を要する右側頸部、前胸部突創等の傷害に止まりその目的を遂げなかったという事案」で、結論的には「心神喪失ではなかったとの合理的疑い」があるとして無罪を言い渡したが、その判決文中、次のように説示した。「被告人にはてんかんや、器質性の脳障害、精神薄弱、精神病、異常ないし病的なアルコール酩酊等の身体疾患は見出されず、かえって、被告人は高度の人格形成と、知的水準の高さが認められるところ、正常な人間のいわゆる『正常な』情動による犯罪行為(激情犯)は、たとえ行為者に意識野の狭窄による意識障害があつても、意識は清明であるから、狭窄した範囲で事象の認識とそれに従つた是非免責を認めることは、社会秩序の維持を使命とする刑法の一般予防作用を否定することではできないと考えられている。蓋し、このような場合において行為が当時意識野の狭窄をきたしていたに止まらず、意識の混濁をきたしていたという疑いが濃厚であること前示のとおりであるが証人浅野の供述によれば、それは、主として心因性のものであることが明らかである。ところで、意識障害を惹起した主要因が身体疾患(体因)に起因する場合に責任能力を否定することは容易であるが、他方、心因性の全ての場合に刑事責任を追及することは却つて妥当を欠く場合がある。即ち、行為者において自己の統御能力の全く及ばない原因によって意識混濁を伴う意識障害を惹起した結果出た行為にまで、行為者の責任を追及することは酷であり、このような場合には、意識障害を惹起した主要因が心因性のものであるも、体因性の意識障害(身体疾患)による行為と同等の扱いがなされるべきであると考ええる。身体疾患の場合には行為時の意識障害、従つて責任能力について心神喪失という判断を担保しうるものがあるが、心因性意識障害の場合もそのような担保と同一価値を有しうる要因が存すると判断される例外的な場合には、同様に考えて差支えないからである。従つて、意識障害を惹起した主要因が、心因性のものであつても身体、精神両面の医学的検討により体因性意識障害と同等に評価しうる要因(これは「医学的布置因子」「生理的布置因子」と呼ばれている……)の有無が検討されねばならない。そして、このような因子として中毒、脳器質損傷、重い体質異常等の『医学的布置因子』、睡眠不足、疲労等の『生理的布置因子』が指摘されている。その他、札幌地判昭和四七・七・一一刑月四・

七・一三〇三^三判タ二八二・一三二〇。

- (402) OGHSt 3, 23 (「回避可能な性格の欠陥と道德的に常軌を逸している行為が所為の原因となっている」として、責任無能力は否定されず)。²⁸⁾ OGHSt 3, 82 (「*いかなる暴力行為に至る状況を自ら有責に生じさせる行為者には責任無能力は認められない*」)。²⁹⁾ BGH NJW 1959, 2315 (責任阻却を認める理由として「行状責任」を持ち出すことと十分とはいえない)。「それ故、有責性を基礎づけるためには、『短絡行為』と密接な連関にある事情だけが考慮される」)。³⁰⁾ BGH NSZ 1997, 334 (興奮が生じたことにつき行為者に非難せざるべき行為者にはそれだけ重い自己自制義務が課せられる)。「この場合、規範的尺度が問題となっており、専ら医学的尺度が問題となっているのではない」)。「これに対して」BGHSt 7, 327 f. (無責任情動にだけ責任阻却効果を認めるという限定をほごすることが、情動に起因する一切の意識が完全に排除されつゝる場合「法律と合致しうるのか否か、疑問が生ずる」)。³¹⁾ Vgl. Roxin, (Fn. 8), § 20 Rn 15.
- (403) BGH NSZ 1995, 175; Perron, (Fn. 385), § 20 Rn 15.
- (404) Roxin, (Fn. 8), § 20 Rn 16; Jeschke/Wegend, (Fn. 1), § 40 III b; Baumann/Weber/Mitsch, (Fn. 115), § 19 Rn 14.
- (405) Roxin, (Fn. 8), § 20 Rn 16.
- (406) Perron, (Fn. 385), § 20 Rn 15a.
- (407) Vgl. BGHSt 35, 143; 林美月子「情動行為と責任能力」(中谷陽二編『精神障害者の責任能力』一九九三)一一三頁以下。
- (408) I. Zerbe, *Schuldausschluss bei Affektaten*, 1999; Perron, (Fn. 385), § 20 Rn 15a; Roxin, (Fn. 8), § 20 Rn 18; K. Kühl, *Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2012, § 11 Rn 26.
- (409) Perron, (Fn. 385), § 20 Rn 15a; W. Frisch, *Grundprobleme der Bestrafung „verschuldeter“ Affektaten*, ZStW 101 (1989), 538 ff., 561 ff.; Roxin, (Fn. 8), § 20 Rn 17; dagegen J. Krümpelmann, *Die strafrechtliche Schuldähnlichkeit bei Affektaten*, *Recht und Psychiatrie* 1990, 150 ff., 154; 安田(注38)五二頁以下。
- (410) Vgl. Höpfel, (Fn. 375), § 11 Rn 5.
- (411) *Strenge*, (Fn. 359), XI Rn 850 f.; Triffener, (Fn. 3), 12. Kap Rn 35; Steininger, (Fn. 1), 13. Kap Rn 4.
- 知的障礙につき心神耗弱とされた事例：大阪高判昭和五三・三・二八判タ三六四・二九八〔常習累犯窃盗事件〕(被告人が、犯行当時痴愚級の精神薄弱者で、精神年齢は六、七歳級のレベルであったときは、心神耗弱である)、宇都宮地裁足利支判昭和四七・一・一四判時六五七・一〇四〔両毛病院放火事件〕(被告人は、「痴愚に相当する興奮型の生来性精神薄弱の状態にあり、感情が不安定で容易に刺激的となるものである」と、「本件犯行は、……右の精神薄弱の基礎の上に行なわれたものである」と)、「これに加えて本件

放火に加功するにいたるまでの経緯および心理状態、犯行後の状況等をもあわせ考えると、……事の是非善悪を弁別し、その弁別に従って行動する能力は著しく減弱していた」、静岡地裁浜松支判昭和四〇・七・九下刑集七・七・一四二六「電車往来危険事件」(被告人が、五、六歳の幼児程度の知能しか有しない痴愚段階の精神薄弱者であったときは、心神耗弱である)。わが国の裁判例が、中等度の知的障礙者(軽症痴愚)については心神耗弱、軽度の知的障礙者(軽愚)については完全責任能力を認めることにつき、参照。安田拓人「精神遅滞者の責任能力に関するわが国の判例について」金沢法学四二・二(二〇〇〇)六八頁以下。

なお、このような年齢との対応は知的障礙概念の解明には役立たないこと、というのは、このような方法では、法規範の判断能力でなく、理解水準の一般的限界が考察の中心におかれること、例えば、痴愚(精神年齢六〜九歳)に相応する子どもも何らかの形で自分にかかわる事柄を理解するが、この説明は法的理解水準については何も云っていないこと、加えて、こういった年齢層の子どもを「痴愚」という言葉で言表すことには、道徳の面、人間の尊厳の面から問題があることについて、Ch. Juhász, Die strafrechtliche

Schuldfähigkeit — Vorschlag für eine zukünftige europäische Regelung, 2013, 139.

(41) Steininger, (Fn. 1), 13. Kap Rn 7; Höpfel, (Fn. 375), § 11 Rn 8; Trüffner, (Fn. 392), § 11 Rn 37.

(42) Steininger, (Fn. 1), 13. Kap Rn 9.

(43) Trüffner, (Fn. 392), § 11 Rn 37.

(44) Höpfel, (Fn. 375), § 11 Rn 8; Trüffner, (Fn. 3), 12. Kap Rn 37.

(45) Steininger, (Fn. 1), 13. Kap Rn 9; Steng, (Fn. 359), XI Rn 854. 参照。加藤久雄「責任能力——法と精神医学」(『現代刑法講座 第二巻

違法と責任」(一九七九年)所収)一五三頁以下、一六八頁以下。

精神病質につき完全責任能力があると考えられた例：東京高判昭和三二・七・三一「東高刑時報八・八・二五五」強盗殺人被告事件。「被告人が自己顕示性、気分易変性、粘着性並びに爆発性の精神病質人の異常性格者であり、本件犯行当時酒酩酊により抑制力にかけ激情行動に出ずる精神状態であったことはこれを認めることに憚らないが、いまだもつて、事理を弁別する能力又は事理を弁別するも、その弁別によつて行動する能力の著しく減退している心神耗弱をもつて論すべき程の精神状態であったものとはどうして認められなく。」

(46) Steininger, (Fn. 1), 13. Kap Rn 9; Steng, (Fn. 359), XI Rn 854.

(47) Trüffner, (Fn. 392), § 11 Rn 39, 51. ders., (Fn. 3), 12. Kap Rn 41; Steininger, (Fn. 1), 13. Kap Rn 11; Kienappel/Höpfel/Kert, (Fn. 1), 2. 16

Rn 18; Ramin, (Fn. 8), § 20 Rn 6; Steng, (Fn. 359), XI Rn 858, 861; BGHS 14, 114. 團藤重光「責任能力の本質」(『刑法講座第三巻』所収・

一九六三年）三六頁以下、西原（注93）四五四頁以下、墨谷（注38）。責任能力）二四九頁、林幹人『刑法総論』〔第二版〕二〇〇八年・三二〇頁。

責任能力が責任の要件となる意味について、責任要素説（責任能力は、故意・過失、違法性の意識の可能性、期待可能性と並ぶ個々の行為について責任を問うための要素である）と責任前提説（責任能力は、個々の行為についての能力ではなく、その前提となる一般的な人格的能力である）が対立しているが、後者の立場は部分的責任無能力の観念を認めない傾向にある。大谷（注1）三二二頁以下、川端（注28）四〇二頁、浅田（注7）二八二頁、平野（注31）二八八頁以下。参照、中空壽雅「部分的責任能力の一考察」関東学園大学法学紀要一（一九九一）二〇一頁以下。

(419) *Triffterer*, (Fn. 392), § 11 Rn. 39.

(420) *v. List*, (Fn. 39), 214 ff. 219; *List/Schmidt*, (Fn. 117), 240 f. 「われわれの意思からしか他人の意識を推測できず、われわれの反応態様からしか他人の反応態様を予測できないから、他人のわれわれとの類似性が、われわれの経験から抽象化された類型との一致が責任の前提である。この意味で責任能力は正常な被決定可能性と定義されうる。したがって、精神的に成熟しており、精神的に健康な人は誰でも意識が混濁していないとき責任能力がある」。Moos, (Fn. 1), § 4 Rn. 69; *Steininger*, (Fn. 1), 12; Kap. Rn. 16.

なお、墨谷（注38）。責任能力基準）二二五頁は、制禦能力の問題は意思自由の問題に帰着し判定が困難であること、これを要件にすると、精神病質者の多くを責任無能力ないし限定責任能力にしなければならなくなることと理由に、心理的要素については制禦能力の検討だけで足りると主張する。これに対して、安田拓人「制禦能力の構造について」刑法雑誌四一・三（二〇〇二）一五頁以下。規範的責任概念からは、制禦能力の有無が決定的に重要である。但し、行為者に実際に不法の弁別に従った行為ができたか否かという事実的証明は必要でなく、生物学的・心理学的要素が制禦能力に及ぼす影響に関する判断が必要である。オーストリアの精神科医であるベルンハルト・ミッテラウアーは、人は、内主観的に、コミュニケーション過程に取り入れられる現実をその独自性において認識し、積極的に決断的に関係づけ、したがって自分自身の主観的決断を行為実行の形で実現できるとき、「その精神的機能において害されていない」という仮定から出立して、人間行動の「バイオサイバネティック制禦モデル」を開発した。それに依れば、自動的制禦システム（*automatisches Steuerungssystem*）と自我意識的制禦システム（*ich-bewusstes Steuerungssystem*）の無傷の者だけに制禦能力が認められる。自動的制禦の領域では、基本的には意思によって支配可能だが、具体的な場合には、行為を熟考する自我意識によって惹起されない行動が「自動的」に行われる。ここでは、なるほど、行為能力は肯定できるが、しかし、自己熟考の可能性、つまり、精神運動を自己熟考によって得られる特定の認識に基づいて修正し、制禦しながら投入する能力が欠如している。こ

- れに対して、自我意識の制禦領域では自己熟考能力がある。これは、無傷に機能すると、現実の全ての側面、すなわち、法の認識も含む。人間の脳は基本的には志向的に (intentional) 働く。脳において、特定の時点に、特定の行為計画で特定の行為態様を実現する決意が下される。この行為態様を実際に実現できるように、無傷に機能する自動的制禦システムを必要とする。このモデルでは、刑法上重要な制禦無能力として次の五類型が示される。①自動的制禦システムが自我意識 (Ich-Bewusstsein) の存在にもかかわらず脳生物学的事象の全体システムを支配する。経過の自己観察はあるものの、目的の対抗制禦が可能でない。例えば、原始反応、緊張病興奮状態のような衝動行為経過。②自動的制禦システムが自我意識の存在しない場合に全体システムを支配する。ここでは自動的制禦と自我意識的行為立案の間の結合が切れている。したがって、当人は進行している行為実行に行為立案の自我意識的変更によって影響を及ぼすことができない。例えば、癲癇性の朦朧状態。③進行する行為計画を変更することの自我意識的無能力。当人は、なるほど、起こっていることを知覚するが、しかし、当人に影響を与える当人の内部からの論拠によって又は当人の行為計画を変更するようにとの環境からの合図によって動機づけられたり、それらに応じて変更したりすることができない。自我意識的意思機能が特定の問題領域に固定していて、これが完全に特定の行為計画で「解決」されるをえない。他の種類の事象経過による解決は当人の支配領域にはない。当人の視点からは、この状況に完全に特定の行為計画で反応する以外の他の可能性は存在しない。例えば、密室恐怖症の人は、最初の機会が与えられるとどんなことがあっても閉じ込められた空間から出ざるをえない。こういった場合、当人は弁識能力はあるのだが一般だが、この不法認識をその行為立案へないしこの実行へと修正しながらなすことができない。④既存の行為計画をそもそも実行することの自我意識的無能力。この場合、自我意識的行為立案と自動的制禦システムとの結合が永続的に断絶されているか一時的に中断されている。例えば、緊張性混迷のような重い抑鬱性の制止状態。⑤自我意識的無防備。行為の全体的制禦が環境からの影響によって支配されている。当人は妄想様に体験される環境状況に対して自己防衛できず、犯罪にでるのが唯一の逃げ道と見える。B. Mitterauer, Aktuelle Fragen der Begutachtung der Zurechnungsfähigkeit, OJZ 1991, 662 ff.; ders., Neue Entwicklungen der Begutachtung der Steuerungsfähigkeit in: R. Pruntnischer-Neumann, H. Hinterhuber (Hrsg.), Stand der Forensischen Psychiatrie in Mitteleuropa, 1966, 55 ff.; ders., Methodische Entwicklungen in der forensischen Psychiatrie. Der Salzburger Weg, 2008, vgl. Triffener, (Fn. 392), § 11 Rn. 42 ff.; Juhász, (Fn. 411), 145 f.
- (42) K. Lachner, K. Küll, Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2007, § 20 Rn. 13; vgl. Perron, (Fn. 385), § 20 Rn. 26.
- (43) H.L. Schreiber, Bedeutung und Auswirkungen der neugefassten Bestimmungen über die Schuldfähigkeit, NSStZ 1981, 46 ff.; 64; Roszn, (Fn. 8), § 20 Rn. 28.

- (423) Schild, (Fn. 385), § 20 Rn 106; Perron, (Fn. 385), § 20 R n 32; V. Krey, R. Esser, Deutsches Strafrecht A.T. 5. Aufl., 2012, § 21 Rn 695; BGHSt 23, 133 (135); BGHSt 23, 356.
- (424) Trifflerer, (Fn. 3), 12. Kap Rn 47; Steininger, (Fn. 1), 13. Kap Rn 11.
- (425) J. Wolter, Der Irrtum über den Kausalverlauf als Problem objektiver Erfolgszurechnung, ZStW 89 (1977), 649 ff., 700 ff.
- (426) G. Geilen, Sukzessive Zurechnungsfähigkeit, Unterbringung und Rücktritt — BGHSt 23, 356, Jus 1972, 73 ff., 77.
- (427) Trifflerer, (Fn. 3), 12. Kap Rn 48; Steininger, (Fn. 1), 13. Kap Rn 12; H.-J. Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Lfg., 1989, § 20 Rn 27.
- (428) Rudolphi, (Fn. 427), § 20 Rn 27; Trifflerer, (Fn. 3), 12. Kap Rn 31; ders., (Fn. 392), § 11 Rn 70. 参照：加藤久雄『人格障害犯罪者と社会治療』二〇〇二・一二九頁、林美月子「責任能力と法律判断」（『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』所収・一九九八年）三〇九頁以下、三三四頁。
- (429) 参照：安田拓人「法的判断としての責任能力判断の事実的基礎——精神鑑定に求められるもの」（『岩井直子先生古稀祝賀論文集』二〇一一年・三四頁以下）、竹川俊也「刑事責任能力判断における精神鑑定人の役割（一）」（『2・完』）早稲田法学会誌六五・二（二〇一五）一五一頁以下、六六・一（二〇一七）一八九頁以下、大谷（注一）三二八頁以下、最大判昭和二三・一・一・一七刑集二・一・一五五八「被告人の近親者に相当多数の精神異常者があるような場合には裁判官は被告人の精神状態については特に慎重な注意と考慮を払ひ、その良識により合理的な判断を下さねばならないことは云う迄もないところである。そして苟くも被告人本人に精神の異常を疑はしめるものがあるならば、鑑定人をして鑑定せしめた上これを参酌してその判断を下すべきである。しかし裁判所が事件を審理した結果、被告人の供述行動、態度その他一切の資料によつて被告人本人についてその疑がないと判断し、その判断が経験則に反しない以上、その判断をもつて違法であると云うことはできない」。
- ドイツ連邦通常裁判所も裁判官と鑑定人の関係について次のように説示している。BGHSt 7, 238 ff.; 239 f. 「鑑定人は裁判官の補助者である。鑑定人は裁判所に、特に専門的知識による観察に基づいてだけ得られる事実を伝え、しかも適切な評価を可能とする科学的知識を伝えるなければならない。しかし、鑑定人は、判決の基礎におかれる認定を行う責務を裁判官から奪うために招かれたのでもないし、そうすることできない。このことは、鑑定人がその鑑定の前提としなければならない実情の解明についてだけでなく、——いとぐちとなる事実——医師による観察帰結についても当てはまる」。鑑定人が刑法第二〇条、第二一条の意味での責任能力の法的問題に意見を表明するとき、裁判官は、「十把ひとからげに組してはならない。それにもかかわらず裁判官がそうするならば、鑑定人の説

明は判決中に再現された「*モース*」を「*モース*」の法的観念から出立して「*モース*」を認識せよとのべきではないから」。

- (40) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 69; *Steininger*, (Fn. 1), 12, Kap Rn 16.
- (41) *v. Liszt*, (Fn. 39), 219.
- (42) *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 69.
- (43) *Jaschek/Weigend*, (Fn. 1), § 4 I 1; *Moos*, (Fn. 1), § 4 Rn 100, 103; *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 1.
- (44) *D. Sternberg-Lieben*, *Schonke/Schröder* Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, § 17 Rn 13.
- (45) *Lachner/Kühl*, Strafgesetzbuch, (Fn. 421), § 20 Rn 15; *Roxin*, (Fn. 8), § 20 Rn 29; *Perron*, (Fn. 385), § 20 Rn 4.
- (46) *H. J. Radolphi*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 12. Lfg., 1989, § 17 Rn 15.
- (47) *W. Joock*, Münchner Kommentar Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, § 17 Rn 28, vgl. *Juhász*, (Fn. 421), 112 f.
- (48) *Trüffterer*, (Fn. 3), 17, Kap Rn 44.
- (49) *Höpfel*, (Fn. 375), § 11 Rn 10; *Juhász*, (Fn. 421), 148.
- (40) *Stratenwerth/Wohlers*, (Fn. 398), Art 21 Rn 2
- (41) *Bommer*, (Fn. 10), Vor Art 19 Rn 11; *Stratenwerth*, (Fn. 63), § 11 Rn 14 f.
- (42) *Roxin*, (Fn. 8), § 21 Rn 5 ff.
- (43) *R. Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18 Aufl., 1931, § 59 III 2.
- (44) *K. Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II/2, 2. Aufl., 1916, §§ 125 ff.
- (45) *R. Moos*, Die Irrtumsproblematik im Finanzstrafrecht in: *R. Leiner* (Hrsg.), Aktuelles zum Finanzstrafrecht, 1997, 101 ff., 104 ff.; *ders.*, (Fn. 194), 23 ff.
- (46) *Nowakowski*, (Fn. 191), 75.
- (47) *Rittler*, (Fn. 194), 196 ff.
- (48) *Stratenwerth*, (Fn. 63), § 11 Rn 39 ff., 50 ff.; *M. A. Niggli*, S. *Meeder*, Basler Kommentar Strafrecht I, 3. Aufl., 2013, Art 21 Rn 5.
- (49) *C. Stooss*, *Vorsatz und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und der Pflichtwidrigkeit*, SchwZStR 12 (1899), 2 ff.
- (50) 泉二新熊『日本刑法総論』【第四四版】一九三九年・四六八頁。
- (51) 大判大正一三・八・五刑集三・六一一〔被告人は、大正一二年九月一〇日頃、関東大震災に祭し暴利を得る目的で、震災前に仕入

れてあった石油缶を、暴利取締令（大正二二年勅令第〇四号）に違反して、不当な価格で販売した。弁護人は、同勅令は同月七日發布、即日施行されたが、行為當時は交通機関が破壊されていたので、命令の發布を知ることができなかったので、被告人には罪を犯す意がなかったと主張した。「被告人カ本件行為ノ当時該勅令ノ發布ヲ了知セス又了知シ得ヘカサル状態ニ在リタルトスルモ苟モ同勅令ノ内容ニ該当スル行為ヲ認識シテ之ヲ実行スルニ於テハ故意ナシト謂フヘカラス其行為カ法令ニ違反スルコトヲ認識セルヤ否ヤハ固ヨリ犯罪ノ成立ニ消長ヲ来ササルモノトス然ラハ被告人カ本件犯行當時勅令ノ發布ヲ了知セザリシトスルモ其ノ勅令違反ノ行為ヲ処罰スルコトヲ妨ケス」、大判大正一五・二・二二刑集五・九七、大判昭和六・一・一九刑集一〇・一、大判昭和九・三・一刑集一三・一七九、最大判昭和二三・七・一四刑集二・八・八九、最判昭和二五・一一・二八刑集四・一一・二四六三「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」。なお、最決昭和六二・七・一六刑集四・一・三三七「百円紙幣模造事件」は、「第一審及び原審が、違法性の錯誤につき相当の理由があるといつたために、確定した判例や、所轄官庁の公式の見解に従って行動するかこれに準じる場合のように、自己の行為が適法であると誤信したことに ついて行為者を非難することができないと認められるとかの事情が必要であるが、本件ではこのような事情はないとして、通貨及証券模造取締法第一条違反として有罪とした事案」につき、「このような事実関係の下においては、被告人が各行為の違法性の意識を欠いていたとしても、それにつきいづれも相当の理由があるばあいには当らないとした原判決の判断は、これを是認することができるから、この際、行為の違法性の意識を欠くにつき相当の理由があれば犯罪は成立しないとの見解の採否について立ち入った検討をまつまでもなく、本件各行為を有罪とした原判決の結論に誤りはない」と説示した。本決定が、従前の立場からすると簡単に上告を棄却できたにもかかわらず、「違法性の意識を欠くことにつき相当の理由」に触れていることは、制限的故意説又は責任説への変更の可能性のあることを示唆するものできよう。

(452) 大塚（注242）四六〇頁以下、福田（注247）二〇七頁。

(453) 瀧川幸辰『犯罪論序説』「改訂第五版」一九五一年・一二七頁、植松正『刑法概論Ⅰ総論』「再訂版」一九七四年・二四五頁、内田文昭『刑法Ⅰ（総論）』「改訂版・補正版」一九九七年・二四四頁。判例として、広島高岡山支判昭和二五・一一・二二判特一四・一五五。

(454) 小野清一郎『刑法概論』「増訂新版」一九六〇年・一一六頁、同『新訂刑法講義・総論』「増補版」一九五〇年（刑法第三八条第三項本文は、故意の成立には個々の法規の明文を知っている必要はないという趣旨であつて、法律の錯誤に関する規定ではない）。

(455) 大塚（注242）四六一頁。

(456) 福田(注247)二〇三頁。

(457) 牧野英一『日本刑法上巻』[「重訂版」一九三七年・二二七頁以下、市川秀雄『刑法総論』一九五五年・二二二頁以下。]

(458) 参照、東京高判昭和二七・一二・二六高刑集五・一三・二六四五(被告人は、自分の畑からこんにやくだまが窃取されるので、ある夜、その盗難を防ぐため、家族の者と見張り中、深夜、こんにやくだま窃取の目的で、その用具をもち畑道を通って右畑に近づき、人の姿をみとめて逃げ出した者のあるのを知って、これを追いかけて捕らえ同人の背負っていた籠につけてあった藁縄で同人の手足を縛り、実弟に、右の事実を警察署に届けさせ、そのまま、警察官の来るのを待ち受けていたのであるが、被告人は、右の者を窃盗の現行犯人と信じてこれを逮捕し、自分の行為を法律上許されたものと信じていたという事案)「甲の行為は、窃盗の実行の著手には達せずの予備の段階にあるものと言わなければならない。そして、窃盗の予備は、犯罪とはされていないのであるから、被告人の本件逮捕行為は、現行犯の逮捕と解することはできない。しかしながら、犯罪の実行の著手をいかに解するかは、さわめて困難な問題であって、専門家の間においても分かれ、本件のような事案についてかかる著手の有無を判断するにあたっては、当然に相反する見解の生ずることが考えられるものであるから、たとえ被告人の現認した事実が前説示によれば未だ窃盗の実行の著手とは解し得ないものであったとしても、普通人たる被告人が、前記のような経過のもとに自己の畑のこんにやくだまの盗難を防ぐため見張中、深夜右こんにやくだま窃取の目的でその用具を携えて右畑に近づき、人の姿を認めて逃げ出した甲を前叙のように窃盗の現行犯人と信じて逮捕し、直ちにその旨を警察署に通報して警官の来場を待ち、自分の行為を法律上許されたものと信じていたことについては、相当の理由があるものと解されるのであって、被告人の右所為は、罪を犯すの意に出たものと言ふことはできない」。

(459) 大塚(注242)四六一頁、福田(注247)二〇九頁。

(460) 宮本『刑法大綱』一九三五年・一四五頁以下、草野豹一郎『刑法要論』一九五六年・八九頁、佐伯千仞『刑法講義総論』[「四訂版」一九八一年・二七七頁、齋藤金作『刑法総論』[「改訂版」一九五五年・一八〇頁以下、一九六頁以下。]

(461) 團藤(注238)三一六頁以下、井上正治『刑法学(総則)』一九五一年・一四四頁以下。

なお、制限的故意説に立ったものと理解される判例がある。大判昭和七・八・四刑集一一・一一五三「被告人ハ本件竹藤区有林を伐採スル当時井堰修繕用材ニ不足ヲ生セシメサル範圍ニ於イテ本件井根立林ヲ自家用ノ為ニ伐採スルコトハ竹藤区ノ認許スル慣例ニシテ差支ナキモノト誤信シタルモノニシテ之ニ付相当ノ理由アリタルモノト認ムルヲ得ヘク從テ被告人ノ本件行為ハ罪ヲ犯スノ意ニ出テタルモノト為スヲ得サルカ故ニ窃盗罪ヲ構成スヘキモノニ非ス」。同趣旨の判例・大判昭和九・二・一〇刑集一三・七六、大判昭和九・九・二八刑集一三・一二三〇、大判昭和一三・一〇・二五刑集一七・七三五、大判昭和一五・一・二六新聞四五三・九「法

律ノ錯誤ト雖モ其ノ錯誤シタルコトニ付過失ナカリシトキハ故意ヲ阻却シ過失アリタルトキハ情状ニ因リ其ノ刑ヲ減輕シ得ルモノト解セラルルに至レリ。しかし、大審院判例の主流は不法の意識は故意の要件でないとするものである。最高裁もこれを踏襲している。それでも、高裁判例には、いわゆる法律の錯誤につき相当の理由があることを理由に、故意の阻却を認めたものがある。東京高判昭和二七・一二・二六高刑集五・二六四五、東京高判昭和四四・九・一七高刑集三二・四・五九五〔黒い雪事件〕〔映画管理倫理委員会の審査を通過したわいせつ映画を上映したという事案〕、東京高判昭和五五・九・二六高刑集三三・五・三五九〔石油生産調整事件〕〔通産省の行政指導に従い石油の生産調整を行ったが、それが独占禁止法違反に当るものの、公正取引委員会もこれに対し何らの措置もとらなかつたという事案〕。なお、東京高判昭和五一・六・一高刑集二九・二・三〇一〔羽田空港ビル事件。差戻後の原審〕「相当の理由に基づく違法性の錯誤は犯罪の成立を阻却する」。第二次上告審（最判昭和五三・六・二九刑集三一・四・九六七）は、「被告人は行為当時本件集団示威運動が法律上許されないものであることを認識していたと認められるのが相当である」と説示して、事実誤認を理由に原判決を破棄した。

(462) 大塚（注242）四六一頁、福田（注247）二〇四頁。

(463) 大塚（注242）四六一頁、福田（注247）二〇五頁。

(464) 福田（注247）二〇九頁以下（刑法第三八条第三項本文は、いわゆる「あてはめの錯誤を規定したもので、この「あてはめの錯誤」は、事実的故意の成否に無関係である旨を明らかにしたものであり、同項但書は、あてはめの錯誤の結果、違法性の意識を欠いた場合には、違法性の意識のある場合よりも、非難可能性が少ないから、その刑を減輕しうる旨を明らかにした規定である）、同「違法性の錯誤」一九六〇年・八五頁以下、木村（注65）三一九頁以下（刑法第三八条第三項本文は、「構成要件の故意と責任要素としての違法の認識がないこと、換言すると法律の錯誤、正確には禁止の錯誤、との関係を規定し、法律の錯誤が故意の存在と関係のない旨を明かにしたものであり、同項但書は、たとえば構成要件の故意が存在しても、法律の錯誤があり違法の認識がないときは、違法の認識があるときよりも責任が軽いからその刑を減輕し得る旨を明かにしたものと解すべきである）、刑法三八条三項但書の規定をもって責任要素としての違法の認識の可能性に関するものであると解する。西原（注93）四一六頁、大谷（注1）三四四頁。

(465) 厳格責任説は違法性阻却事由の錯誤も違法性の錯誤も、故意を阻却することではなく、「責任」を軽減又は阻却するとするのに対し、制限責任説は、違法性阻却事由の錯誤は故意を阻却するとするが、違法性の認識可能性を故意から切り離し、「違法性の意識の可能性」を責任要素と位置づける。山口厚「刑法総論」〔第二版〕二〇〇七年・二四八頁、平野（注39）一六四頁、二六二頁以下。参照、香川達夫「刑法講義総論」〔第三版〕一九九五年・二四二頁以下、中（注75）一七五頁。

- (466) *Moos*, (Fn. 445), 104 f.
- (467) *Roxin*, (Fn. 8), § 21 Rn 8.
- (468) *Roxin*, (Fn. 8), § 21 Rn 9.
- (469) *Roxin*, (Fn. 8), § 21 Rn 9.
- (470) *Moos*, (Fn. 445), 105.
- (471) *Trifflerer*, (Fn. 3), 17. Kap Rn 44.
- (472) っれに対して「一方で、不法の意識には、行為者に自己の具体的行為の社会違反性を認識することができたといえれば足りるとする見解 (*Kaufmann*, (Fn. 28), 130 ff.)、他方で、自己の良心に基づき違法な行為に義務づけられていると思う者には不法の意識がない、たしかに、良心犯、確信犯は法律の禁止を知っているが、しかし、よりによって命題を法規にするもの、つまり、義務づけの力を誤認しているのであり、行為者を具体的に義務づける法規範の力、したがって、法の性格、命令の法有効性を誤認しており、禁止の錯誤にあるとの見解がある (*Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf*, ZStW 80 (1968), 34 ff., 40 f.)
- (473) この立場は、一般的に嚴格故意説から主張される。莊子邦雄『刑法総論』「新版」一九八一年・三五〇頁「自分の行動が不順でやましい」という意識、人倫に反するという意識」、小野(注23)一五五頁「違法性の意識は法秩序に於て許されない行為であり、国民的道義軌範に反する行為である」との意識である」瀧川幸辰『犯罪論序説』一九四七年・八〇頁以下、一二七頁以下。
- (474) *Roxin*, (Fn. 8), § 21 Rn 12; *Trifflerer*, (Fn. 3), 12. Kap Rn 84.
- (475) *Rudolph*, (Fn. 436), § 17 Rn 3. 参照：安田(注38)七七頁「長井長信「違法性の意識」(阿部純二他編『刑法基本講座第三卷 違法論』責任論一九九四年)三〇三頁以下、三〇九頁以下。」「特殊刑法的違法性認識説」は過大な要求をするものと云える。」「刑法上禁止されていることの認識」(山口厚『刑法総論』「第二版」二〇〇七年・二四九頁、同旨、高山佳奈子『故意と違法性の意識』一九九九年・二八六頁以下、堀内(注28)一九七頁。さらに進んで、いわゆる「可罰的違法性認識説」は、「可罰的刑法違反の意識」(町野朔『違法性』の認識について)上智法学二四・三(一九八一)二一八頁以下、同旨、内藤(注268)一〇三四頁以下、西田(注286)二二三頁)を要求する。
- (476) *Fuchs*, (Fn. 4), 23. Kap Rn 6.
- (477) *Steininger*, (Fn. 1), 14. Kap Rn 3; *Stratenwerth*, (Fn. 63), § 11 Rn 44.
- (478) *Rudolph*, (Fn. 436), § 17 Rn 4, 23.

- (47) Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 3.
- (48) Trifflerer, (Fn. 3), 12, Kap Rn 88; Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 4.
- (49) Jäschke/Weigand, (Fn. 1), § 41 I 3 d. Roxin, (Fn. 8), § 21 Rn 16; Rudolphi, (Fn. 436), § 17 Rn 7; Trifflerer, (Fn. 3), 12, Kap Rn 98; Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 7; Fuchs, (Fn. 4), 23, Kap Rn 11.
- (50) Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 9.
- (51) Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 9.
- (52) Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 10; Trifflerer, (Fn. 3), 12, Kap Rn 91 「共認識」; Fuchs, (Fn. 4), 23, Kap Rn 12 「付随認識」; D. Kienzfel, Unrechtsbewußtsein und Verbotstatum, ÖJZ 1976, 113 ff., 115 「所為内在的不法の意識」。
- (53) Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 10.
- (54) Trifflerer, (Fn. 3), 12, Kap Rn 92; Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 11; H.-J. Rudolphi, Die Verbotstatumregelung des § 9 StGB im Widerstreit von Schuld und Prävention, JBl 103 (1981), 289 ff., 293, ders., (Fn. 436), § 17 Rn 12, 11 ff.; フントスは「刑法は事実の意識と不法の意識を区別しようとするので、故意からの類推で不法の意識を論ずることは大きな疑問がある」と論ずる。「未必の不法の認識」というのは中核刑法には適切と云えるかもしれないが、附属刑法においても、行為者に適法性に関する真剣な疑問が生じ、それを払拭してはなかつたときに禁止の錯誤の援用を避けるのは理解できない。このような場合に市民の自由な行動領域が制限されることにもなれば、処罰の危険にさらされたくない市民はその自由な領域を大幅に制限されざるを得なくなる。行為の適法性に疑問があるにもかかわらず、禁止の錯誤として扱う、非難可能性の検証をすくなくとも論ずる。Fuchs, (Fn. 4), 23, Kap Rn 13; vgl. Roxin, (Fn. 8), 21, Kap Rn 33. プランツグマーは未必の不法の認識を限定的に認める。行為者に少しでも適法性に関する不安があれば未必の不法の認識を認めるのは適切とは云えない。それは自分の法に関する見解に確証された重大な疑問がある場合にだけ認められるべきであり、そうでない場合は禁止の錯誤と見なす。W. Platzgummer, Probleme des Rechtsirrtums, StPG 13 (1985), 1 ff., 19 f.
- (55) Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 12.
- (56) Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 13.
- (57) Trifflerer, (Fn. 3), 12, Kap Rn 96.
- (58) Trifflerer, (Fn. 3), 12, Kap Rn 99 f.
- (59) Trifflerer, (Fn. 3), 17, Kap Rn 44; Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 27; Roxin, (Fn. 8), § 21 Rn 27 f.

- (48) Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 27; Fuchs, (Fn. 4), 23, Kap Rn 23; Jescheck/Weigend, (Fn. 1), § 41 III b.
- (49) Roxin, (Fn. 8), § 21 Rn 21; Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 29 f.
- (50) Kienafel, (Fn. 484), 114 f.; Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 29; Fuchs, (Fn. 4), 23, Kap Rn 21; Roxin, (Fn. 8), § 21 Rn 25; Kühl, (Fn. 408), § 13 Rn 59.
- (51) Kienafel/Höfel/Kert, (Fn. 1), Z 18 Rn 12; Niggli/Maeder, (Fn. 448), Art. 21 Rn 9 f.
- (52) Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 31; Fuchs, (Fn. 4), 23, Kap Rn 22.
- (53) Kienafel, (Fn. 484), 114 f.; Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 31; Wessels/Beulke/Satzger, (Fn. 52), § 11 Rn 483.
- (54) Niggli/Maeder, (Fn. 448), Art. 21 Rn 8.
- (55) P. Schick, Die Vorwerfbarkeit des Verbotstrittums bei Handeln auf falschen Rat, OJZ 1980, 595 ff., 597.
- (56) G. Timpe, Normatives und Psychisches im Begriff der Vermeidbarkeit eines Verbotstrittums, GA 1984, 51 ff., 66.
- (57) P. Cramer, Schönke/Schröder-Stratgesetzbuch Kommentar, 1991, 24. Aufl., § 17 Rn 13; Rudolph, (Fn. 486), 295 ff.; vgl. Triffterer, (Fn. 3), 17, Kap Rn 53.
- (58) Steininger, (Fn. 1), 14, Kap Rn 33.
- 註文連邦通常裁判所刑事連合部決定は、禁止の錯誤に関して次のように説示した。BGHS 2, 194 (201)。「人間は……法共同体の関与者として適法な行為をし、不法を避けるように、いつでも責任ある決定をするように呼びかけられている。不法として明白に眼前にあることだけをしないというだけでは、この義務を果たしたことになるのではない。むしろ、人間は、今まさにしようとしていることが一般にわたって、法的当為の命題と一致するか否かを意識しなければならぬ。生じた疑問を熟考又は照会によって除去しなければならぬ。このためには、良心の緊張を必要とし、その程度は事案ごとにそして個人の生活圏や職業圏によって定まる。……しかるべき良心の緊張を払えば、行為者は自分の行為の不法を避けることができるとき、禁止の錯誤は責任を阻却しない。しかし、本決定の説示する「しかるべき良心の緊張」に学説の批判が集中した。良心というものは主として道徳の問題に關係するのであって、法、不法という複雑な問題には向かない。「良心は難しい法の問題について何も述べない。そうでないのなら、法学学習は余計なことになる」²。Baumann/Weber/Misch, (Fn. 143), § 21 Rn 60. なおは、良心の緊張は、それが自己の行為の法、不法を熟考するきっかけを与えるべきものであるが、意味をもちが、しかし、たいていの禁止の錯誤は良心の緊張すれば回避できるというものではない。Roxin, (Fn. 8), § 21 Rn 46; Rudolph, (Fn. 436), § 17 Rn 32. その後、連邦通常裁判所は「良心の緊張」を強調するが、それでも「これを

- より明白に「熟考」と「照会義務」により補充しよう。BGHSt 4, 1(5): 4, 236(243).
- (503) *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 34; *Fuchs*, (Fn. 4), 23, Kap Rn 24.
- (504) *Tryfiferer*, (Fn. 3), 17, Kap Rn 50 f.; *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 34 f.; *Rudolph*, (Fn. 486), 295.
- (505) *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 35.
- (506) *Tryfiferer*, (Fn. 3), 17, Kap Rn 51; *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 36.
- (507) *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 36; *ders.*, *Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 4. Lfg. § 9 Rn 59 f.; ルドルフィーは「多元的社會においても一般に承認された価値と認めらるべきものがなお基礎にあり、法秩序はこの一般の価値意識を、これに誰もが責任を負わねばならぬ最小限の法的心情と捉えよ。」*Rudolph*, (Fn. 486), 296.
- (508) *Tryfiferer*, (Fn. 3), 17, Kap Rn 54; *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 37.
- (509) *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 37.
- (510) *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 37.
- (511) *Rudolph*, (Fn. 436), § 17 Rn 42 f.; *Roxin*, (Fn. 8), § 21 Rn 35 f.; *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 37. これに対して、キーナツプエルフェルは「オーストリア刑法第九条第二項の解釈として、行為者に情報収集義務とよその能力があるのにそれを怠ったことが非難されるのであつて、情報収集の結果はあまり重要でないと論ずる。」*Kienappfel*, (Fn. 484), 120.
- (512) *Roxin*, (Fn. 8), § 21 Rn 65; *Steininger*, (Fn. 1), 14, Kap Rn 37.
- (513) *Tryfiferer*, (Fn. 3), 17, Kap Rn 55.
- (514) この点で、次の二裁判例の結論は支持できない。検察庁の回答により自己の所為を適法と信じた場合：名古屋高判昭和二四・九・二七判特三・四二「違法の認識は犯罪構成の要件でないことは刑法第三八条第三項によつて明らかであるから被告人が仮令検察庁の回答により本件の処為を為すことが違法なものであると確信して居たとしても事実而就て認識を有して居た以上は依然として犯罪を構成するものであつてこれを目して同条第一項の罪を犯す意なき所為と解することが出来ないことは既に学説判例の一致するところであるから此点の論旨も亦理由がない」。警察官の指示に従った場合：札幌高函館支判昭和二八・七・七判特三二・八三「警察官から指示を受けて自宅に貯蔵した旨の記載のあることは所論の通りであるが、たとえ被告人において警察官の指示により自宅に貯蔵するのことは許されたものと信じていたとしても、それは法令の不知であつて犯意の成立には影響がない」。
- (515) BGH NSZ 2000, 364(365)

- (516) *Krey/Esser*, (Fn. 52), § 21 Rn 89.
- (517) *Tryffner*, (Fn. 3), 17. Kap Rn 56; *Steininger*, (Fn. 1), 14. Kap Rn 38 ff.; *Krey/Esser*, (Fn. 52), § 21 Rn 727.
- (518) *Roxin*, (Fn. 8), § 21 Rn 62. 参照：井田(注35)二四〇頁。これに対して、ルドルフィーは限定的な見解を主張する。「情報は、信頼できる情報提供者から得られたからといって、信頼に値するものではない。むしろ、個別事例で実際に、必要な専門知識に担われた情報があったはじめて、信頼してもよいといえる。そのため必要となるのは、信頼のおける人が、自分にきわめて詳細に説明された行為の適法性に関して明確な意見を述べるだけでなく、自分の与えた情報が法状況の詳細な調査の結果でもあるということである。それ故、法状況の詳細な調査もなく即興で与えられた情報が、いかに特定して、明確であっても、基本的に行為者に有利な効果を与えることはない。というのは、もともと専門知識のある人の特定行為の法的性質についての意見であっても、それが正しいことが保証されるのは、その意見がその者によって専門知識全部と知的能力を投入して、つまり、法の助言者として課せられる注意義務を遵守したうえで与えられる場合に限定されるからである」。H.-J. Rudolphi, Anmerkung zum Urteil des KG v. 24.3.1977, 380 ff. (381), 弁護士につき消極判例として、大判昭和九・九・二八刑集一三・一三三〇、東京高判昭和三四・五・二六高裁判決時報一〇・五・二八八。
- (519) 最判平成八・一一・一八刑集五〇・一〇・七四五「岩手教組事件」は、「都教組事件」についての最高裁の無罪判決(最大判昭和四四・四・二刑集二三・五・三〇五)を信頼して行為をしたという場合であったとしても、同判決は国家公務員法に関する「全農林警職法事件」大法院判決(最大判昭和四八・四・二五刑集二七・四・五四七)により実質的に変更されていたので、判例変更の可能性があり、しかも行為者がそのことを認識していた場合につき、有罪を言い渡したが、次のような河合伸一裁判官の補足意見が付けられた。「最高裁判所の判例を信頼し、適法であると信じて行為した者を、事情の如何を問わずすべて処罰することには問題があるといわざるを得ない。……私は、判例を信頼し、それゆに自己の行為が適法であると信じたことに相当な理由のある者については、犯罪を行う意思、すなわち、故意を欠くと解する余地があると考える」。
- (520) *Steininger*, (Fn. 1), 14. Kap Rn 41; *Roxin*, (Fn. 8), § 21 Rn 65.

Schuld (6)

Toshio YOSHIDA

Erstes Kapitel Schuldgrundsatz und Schuldbegriff

- (1) Bedeutung des Schuldgrundsatzes
 - A. Strafbegründende, strafschützende und strafbegrenzende Funktion
 - B. Verfassungsrechtliche Absicherung
- (2) Bedeutung des Schuldbegriffs
- (3) Zur Problematik der Willensfreiheit
 - A. Geschichtliche Entwicklung im deutschsprachigen Raum
 - B. Gegenwärtige Situation im deutschsprachigen Raum
 1. Deutschland
 2. Österreich
 3. Die Schweiz (Bd. 50, Nr. 2)
 - C. Die Auseinandersetzung mit der Willensfreiheit in Japan
 - a. Kimura Kameji
 - b. Dando Shigemitsu
 - c. Hirano Ryuichi
 - d. Fukuda Taira
 - e. Nakayama Kenichi
 - f. Eine Zwischenbilanz
- (4) Psychologische Vorgänge bei der Willensbildung

Zweites Kapitel Geschichtliche dogmatische Entwicklung des Schuldbegriffs — vom psychologischen Schuldbegriff zum normativen Schuldbegriff —

- (1) Deutschland
 - A. Frühere Lehre (Bd. 50, Nr. 3/4)
 - B. Der Schuldbegriff von heute
 - a. Müller-Dietz
 - b. Jescheck
 - c. Bauman/Weber/Mitsch
 - d. Schöch
 - e. Der funktionale Schuldbegriff
 - aa. Roxin
 - bb. Jakobs
 - cc. Streng

- dd. Merkel
- f. Der Charakterschuld
- g. Das Strafrecht ohne Schuld
- (2) Österreich
 - A. Frühere Lehre
 - B. Der Schuld begriff von heute
 - C. Die Zumutbarkeit als allgemeiner Entschuldigungsgrund
- (3) Die Schweiz (Bd. 51, Nr. 1)
- (4) Japan
 - A. Die charakterlistische Schuldlehre der modernen Schule
 - B. Die individualmoralische Schuldauffassungen
 - a. Die staatsittliche Schuldauffassung
 - b. Die Persönlichkeitsschuldauffassung
 - C. Die Einzeltatschuldauffassung
 - a. Fukuda Taira
 - b. Nishihara Haruo
 - c. Ohya Minoru
 - d. Uchida Fumiaki
 - e. Naito Ken
 - f. Eine Zwischenbilanz
 - D. Die nicht individualmoralische Schuldauffassungen
 - a. Kimura Kameji
 - b. Hirano Ryuichi
 - c. Horiuchi Shozo
 - f. Masuda Yutaka (Bd. 51, Nr. 2)
- Drittes Kapitel Strafrecht, Rechtsschuld, Rechtsstrafe, Strafzumessung und Außergerichtlicher Tatausgleich
- (1) Strafrecht
- (2) (Un)recht
- (3) Die objektivierte, sozialetische Schuld als Rechtsschuld
 - A. Der Gehalt des Schuld begriffs
 - B. Maßstab
 - C. Tatschuld und Täterschuld
- (4) Rechtsstrafe
- (5) Strafzumessung
 - A. Schuld als Maßprinzip für die Strafzumessung
 - B. Das Verhältnis der Schuld zur Prävention
- (6) Außergerichtlicher Tatausgleich (Bd. 51, Nr. 3)
- Viertes Kapitel Allgemeine Schuldmerkmale

- (1) Schuldfähigkeit
 - A. Bedeutung der Schuldfähigkeit und der verminderten Schuldfähigkeit
 - B. Das biologisch-psychologische Stockwerk
 - C. Das psychologisch-normative Stockwerk
 - D. Der Zeitpunkt des Vorliegens
 - E. Art der Feststellung
 - F. Rechtsfolgen
- (2) Unrechtsbewusstsein
 - A. Definition
 - B. Entwicklungsstufen im deutschsprachigen Raum
 - C. Theorienstreit in Japan
 - D. Bezugspunkt und Inhalt
 - E. Bewusstseinsformen
 - F. Potentielles Unrechtsbewusstsein
 - G. Erkenntnisprobleme
- (3) Verbotsirrtum
 - A. Allgemeines
 - B. Direkter Verbotsirrtum
 - C. Indirekter Verbotsirrtum
- (4) Die Vorwerfbarkeit der Unrechtsunkenntnis
 - A. Inhalt und Grundlagen
 - B. Allgemeine leichte Erkennbarkeit
 - C. Verletzung einer Erkundigungspflicht
 - D. Spezielle Konstellationen mangelnder Vorwerfbarkeit (Bd.51, Nr.4)
(Die Fortsetzung folgt.)