

# 違法性の錯誤の限界

06H2011 猪股 聡哉

## 問題の所在

錯誤とは、行為者が認識していた事実と現実に発生した事実（結果）との間の食い違い・不一致を意味し、刑法上最も重要な錯誤として、事実の錯誤と違法性の錯誤がある。条文を見る限り、この両者の具体的な内容に関しては規定されていないため、何を事実の錯誤とし、何を違法性の錯誤とするかという問題については解釈・理論で解決せざるを得ない。

事実の錯誤は、故意を阻却するかどうかの問題になり、故意を阻却する場合には過失犯の成否が問題になるのに対して、違法性の錯誤は、立場によっては、故意犯が成立することもある。したがって、事実の錯誤と違法性の錯誤とを区別することは、法的効果の違いという観点から重要であるといえる。とりわけ行政犯のような事実の認識と違法性の意識とが密接に結びつき、事実の錯誤か違法性の錯誤か明確に振り分けることができない場合において、いずれの錯誤であるかを明らかにする必要がある。

本稿では、違法性の錯誤をどのように解するかという観点から、事実の錯誤と違法性の錯誤との区別基準について考察する。その上で、いまだに見解の対立がある「たぬき・むじな」事件と「むささび・もま」事件を素材にして具体的な事例を検討していきたい。

## 違法性の錯誤

違法性の錯誤に関する学説の対立点は、①違法性の意識が犯罪の成立のために必要かどうか、②違法性の意識が「故意の要素」なのか、それとも「独立した責任要素」なのか、③違法性に関する現実的意識が必要なのか、それとも可能性があれば足りるのか、④38条3項は「あてはめの錯誤」が故意を阻却しない旨を規定したものなのか、それとも違法性の錯誤が故意の成立に影響しない旨を規定したものなのかである。

まず、①の問題について考えなければならないが、責任主義の観点から考えると、行為者にとって違法性の意識を欠いたことが不可避であった場合にまで故意犯としての刑事責任を追及することは妥当ではない。また違法性の意識不要説によると、すべての国民が刑罰法規を知っており、犯罪事実を認識したならば違法性の意識があったという擬制をすることになるが、現代の行政犯などを考えると犯罪事実の認識から違法性の意識を導くことが困難な場合が多く、必ずしもすべての場合に当てはまるとは言えない。したがって、違法性の意識ないしその可能性は、何らかの形で犯罪の成立に影響すると解するべきである。

次に考えなければならないことは、②の問題である。結論からいえば私は、責任説を支持するのであるが、その根拠について、まず故意概念の観点から示したいと思う。思うに、故意とは、犯罪事実の認識および実現意思（事実的故意）をいい、違法性の意識の可能性とは別個の責任要素であると考え。事実的故意は、行為のときに表現された行為者の心

理的態度ではあるが、責任非難の直接の基盤ではない。なぜならば、事実的故意は、主観的違法要素であり、行為の一部としての違法評価の対象となる心理的事実そのものだからである。次いで、違法性の意識の観点から故意と違法性の意識の違いを示そうと思う。違法性の意識の可能性は、責任非難の直接の基盤として、単に違法の認識という心理的事実そのものとしてではなく、犯罪的意思決定に抵抗する規範的な意識として把握されるものであると考える。すなわち、違法性の意識の問題は、行為者人格に対する責任判断の中核的問題として、行為者人格の深みとの関連において、反対動機の形成が可能であったかどうかの問題であり、行為者が違法性を認識していたかどうかという心理的態度の差異は、責任非難の質的差異をもたらすものとはいえない。

続いて、③の問題について考える。私は、責任説の立場から可能性説を支持する。なぜならば、違法性を意識しているという心理的事実そのものが重要なのではなく、違法行為に出る意思決定を抑制する規範的な意識として、違法行為に出ないという反対動機を形成する可能性が行為者に与えられているかどうかということが重要だと考えるからである。違法性の意識とその可能性は、反対動機の形成可能性を与えるという意味では同じであり、責任非難を根拠づける点では質的相違はなく、量的相違にとどまると解する。

最後に、④の問題について考える。私は、38条3項本文に関して、いわゆる「あてはめの錯誤」が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ると考える。なぜならば、文理上「法律」とは刑罰法規のことであり、あてはめの錯誤を規定していると解する方が自然であると考えからである。したがって、38条3項但書は、違法性を意識することは可能であったが、あてはめの錯誤の結果、違法性を意識することが困難であった場合は、違法性の意識を容易に持ち得る場合よりも非難可能性が少ないため、その刑を減輕しうる旨を明らかにした規定であると解するべきである。

### 事実の錯誤と違法性の錯誤との区別基準

事実の錯誤と違法性の錯誤との区別基準に関する学説は、両者を概念的に区別する形式的基準説と、違法性の意識の可能性の有無を基準として両者を区別する実質的基準説に分けられる。さらに、形式的基準説は、「評価の基礎となる事実」に関する錯誤か「刑法的评价の基準となる規範」に関する錯誤かによって区別する説（通説）、厳格責任説を前提とする説、併用説（折衷説）に区別される。また、実質的基準説も、故意説をベースとする説、責任説をベースとする説、違法性の意識の可能性を実質的故意に解消する説に分けられる。

前述したように私は厳格責任説を妥当と解するので、これを前提とする形式的基準説を支持する。すなわち、事実的故意の対象となる事実に関する錯誤を構成要件の錯誤（事実の錯誤）であると解し、事実的故意の対象とならない事実に関する錯誤ないし規範に関する錯誤を違法性の錯誤であると解するのである。なぜならば、故意を阻却する事実の錯誤を構成要件に該当する客観的事実に関する錯誤に純化し、それ以外的事实もしくは評価に関する錯誤を故意に何ら影響を及ぼさない禁止の錯誤であると解することによって、両者

の違いが犯罪成立要件である事実的故意の有無にあると明確化できると考えるからである。思うに、故意とは、当該違法行為を行為者に結びつける責任非難の端緒的契機として問題にされるものだと考える。したがって、事実的故意が阻却されるかどうかという問題は、構成要件の客観的要素（それが記述的要素であるか規範的要素であるかを問わない）を認識したかどうかという問題である。ゆえに、故意阻却の対象となる事実の錯誤は、構成要件の錯誤に限定されるべきであると考えるのである。故意行為の実体は、構成要件の結果についての表象・認容に存するのであり、この点についての錯誤が存在する場合には、もはや故意行為としての罪責追及は許されないから故意阻却が認められるべきである。それ以外の要素については、行為の禁止に関わる限度で責任非難の程度として扱えば足りる。ゆえに、実質的にみても、構成要件要素か否かということは重要な意味を有しており、これを基準として錯誤を分類することは、方法論的にも実質的にも妥当であると考え。よって、たとえ犯罪事実の認識が具体的禁止規定の認識と密接に結びついていても、構成要件の客観的事実を認識していた以上事実的故意は認められ、行為が禁止されていると認識していたかどうかという問題は、責任段階で問題とされることになる。

#### **「たぬき・むじな」事件・「むささび・もま」事件の検討**

「たぬき・むじな」事件と「むささび・もま」事件の問題点は、両被告人の錯誤を事実の錯誤と解するのか、違法性の錯誤と解するのかという点である。学説としては、両事件とも違法性の錯誤と解する見解、「たぬき・むじな」事件は事実の錯誤、「むささび・もま」事件は違法性の錯誤と解する見解、両事件とも事実の錯誤と解する見解が挙げられる。

私は、両事件とも違法性の錯誤と解する見解が最も妥当であると考え。なぜならば、前述したような私見を前提にして考えると、両被告人は、「たぬき」もしくは「むささび」にあたる動物を認識したうえで捕獲する意思を持ったのであるから、構成要件の客観的事実に関する認識に何ら欠けるところはなく、事実的故意があったと評価できるからである。狩猟法違反の故意の成立を認めるためには、捕獲の客体を法文上の文言である「たぬき」もしくは「むささび」として認識している必要はなく、「たぬき」の別名たる「むじな」もしくは「むささび」の別名たる「もま」として認識していれば十分であると考え。

また、両判決が矛盾するかどうかという点についても検討する必要がある。「たぬき・むじな」事件の要点は、「たぬき」と「むじな」の名称が古くから併存し、わが国の習俗もこの二者を区別して少しも怪しまなかったのであるから、狩猟法において「たぬき」という名称を掲げて、その中に当然「むじな」を包含することを明らかにして国民に注意喚起すべきであったという点である。すなわち、被告人は、公共機関の瑕疵により違法性の錯誤が避けられなかったのであるから、「相当の理由」に基づく錯誤であると評価できる。したがって、大審院が非難可能性のない被告人を無罪とした点に関しては妥当であると考え。一方、「むささび・もま」事件の要点は、「もま」という俗称が特定の地方だけでしか使われていなかったという点である。つまり、被告人は、「もま」という一部の地域でしか使われ

ていない俗称をもって「むささび」と「もま」は別の動物であると誤信したのであるから、「相当の理由」に基づく違法性の錯誤があったとは判断できない。ゆえに、大審院が被告人に非難可能性を認めて有罪としたのは妥当な判断だと思われる。よって、両判決は矛盾しない。