

法の不知・錯誤と英米におけるジャスト・デザートの理論

中村秀次

一

本論は、人格権の保障としての刑事法という視点を背景におきながら、所謂法の不知・錯誤の問題が英米においてどのように取り扱われることになるのか、そして、そこにどのような学ぶべきものがあるのかどうか、若干の検討を加えるものである。その際、アメリカの所謂ジャスト・デザートの理論（ここでは、その中で人格権の保障としての倫理的意思を適確に追求していると思われる立場を公正デザート論と指称して用いることにする。）の考え方の筋道をたどりながら、我が国やドイツの議論と比較しつつ、考えてみることにする。

所謂法の不知・錯誤（違法性の錯誤）の問題に対する英米刑法の態度は、我が国の刑法のこの問題に対する取り扱いは方と実質的には余り違ひはないようである。<sup>(1)</sup> 英米刑法も所謂事実の不知・錯誤と法の不知・錯誤とを別様に取り扱う。<sup>(2)</sup> 事実の不知は、被告人にとって有利に働くが、法の不知は、被告人にとって有利に働かない、ということが一般的理解である。「法の不知は害す」という言葉が今でも随所で聞かれる。但し、これについては、少し補足説明が必要である。事実の不知も必ずしも常に責任解除・阻却に導くことになるわけではない。事実の不知・錯誤が合理的なものであるか、不合理なものであるかによつて取り扱いに差異が認められている。合理的な事実の不知・錯誤は、英米法に所謂厳格責任犯罪に関する場合を除いて責任を解除・阻却する。不合理な事実の不知・錯誤の場合には、過失犯を処罰する旨の規定があれば、過失責任を問われ得る。法の不知は害す、という理論に対しても諸々の修正が考案されてきた。例えば、模範刑法典がその実際的観点を代表するであろう。<sup>(3)</sup>

法の不知と比べて、事実の不知と判断された場合の、被告人にとっての有利さは動かせない。そのため、事実の不知にあたる場合と法の不知にあたる場合との限界を画定しようとして、様々の見解が主張され、議論が展開されてきたが、その結果、困難さが和らげられてきたという印象を必ずしも受けないのは、我が国においても同様であろう。<sup>(4)</sup> 刑法の分野においても、法と事実との間で画一的な区別が可能である、という観念それ自体に反省が加えられてきたのも周知のことである。<sup>(5)</sup> それでも、平易、素朴な観念は、逆になお法と事実との区別を必要とするものであるとすれば、それにはそれ相応の学問的根拠があるであろう。

英米刑法の場合、法の不知と事実の不知との法律的取り扱ひの相違を説明するために援用されるのが、メンズ・レアの理論である。<sup>(6)</sup> 重要な事実について認識を欠いている者は、責任非難を向けるために必要とされるメンズ・レアを欠く、という考え方である。例えば、狩猟動物であると信じて発砲したところ、実際にはそれは人であったために、

人を殺してしまったという場合、その狩猟家は、殺人のアクトス・レウスを実現しているが、謀殺のメンス・レアを欠いている、と言われる。英米刑法上、謀殺罪 (murder) が成立するためには、一般的に、「目的的に、または、認識して」人を殺すことが必要とされている。犯罪成立には、アクトス・レウスとメンス・レアの双方が必要とされる以上、その狩猟家に対して謀殺罪の責任を問うことはできない。<sup>7)</sup>

他方、法の不知の状態にある行為者がメンス・レアを欠くというような議論は見られない。人(他者)を人(他者)と知って殺す者は、それが処罰される条文を具体的に知らなくても、一般的に謀殺罪にとつて必要なアクトス・レウスとメンス・レア双方の要件を充足する。行為者は、自分が殺人行為を行っていることを知っている限りで、また、自分が殺しているものが人(他者)であると知っている限りでメンス・レアを有している。それに加えて、自分の行っていることが法律に違反していることを知る必要はない、と言われる。アメリカの模範刑法典の次の規定は、このことを実際の観点から明確にしている、と解される。<sup>8)</sup>「行為が犯罪を構成するかどうかに関しての、または、犯罪の要素を決定する法の実在や意味付けないし適用に関しての認識、無謀、そして過失は、何れも犯罪の要素ではない。但し、法典やその犯罪の定義によつて、それらが犯罪の要素である旨、規定されている場合にはその限りではない。<sup>9)</sup>

模範刑法典におけるこのメンス・レアの取り扱いは、確立されたコモン・ロー理論と一致する。<sup>10)</sup>例えば、フリード事件の補足意見の中で、ブレナン判事はこの点を明白に述べている。仮に、法の不知は害す、との古来の格言がなお有効性をもつとしても、その意味することは、即ち、メンス・レアというものはある行為が違法であるとか、悪いことであるとか、あるいは、非難可能であるとかの認識を要求するものではない、ということである、と。<sup>11)</sup>これに対して、先の模範刑法典の条文の但し書きは、その例外を規定したことになり、その立場を貫くならば、明文の規定があ

る場合には、その法の認識が要求されるはずである。<sup>(12)</sup>しかし、英米においても、刑罰法規にそのような明文の規定がある場合は稀なことである。したがって、大抵の場合、その法の認識は要求されないとすれば、その法の不知の状態にある者は責任を問われうることになる。

次に、伝統的な理論の根拠が問われる。事実の不知は原則的に責任を解除・阻却するのに対して、法の不知は原則的に責任を解除・阻却しない、というのが社会通常人の法律観念に合致しているように思われるのは何故か。これについては、特に英米では、功利主義的立場を基調とする犯罪予防の観点からの説明が有力視されてきた観がある。それによると、法は不知を奨励するべきではないとか、被告人が現実<sup>(13)</sup>に法を知っていたことを立証するのは困難であり、そのために罪を免れるのは不当なことである等々、ということになる。功利論も、時代と共に変種を生み出してきたし、もつと穩当に、説得的に、あるいはまた、自由主義的に構成されてきているが、英米の刑法思想を単純化してみれば、そのような観念は根深いであろう。

それに対して、倫理的観点を重視する思想は、特に英米刑法学では、従来、薄弱視または特異視されてきたように見えるが、一九六〇年代以降の社会変化に対応して、所謂ジャスト・デザート論を生成してきた。この思想の規範的表現については、ドイツ法や日本法になじんだ位置からは、目新しいものとは見えないかもしれないが、我が国などで従来言われてきた道義的責任論の立場とは甚だしく相違することがある。それでも、その立場が理論化され、説明されてみると、一見陳腐である。法理論がある時期甚だしく緻密化し、錯綜したと言つてよいほど精巧さを極めたりする所では、簡明さや平易さといったことは、むしろ公正さを保証しうるかもしれない。社会的次元の刑法にあつては、基礎観念は平易、簡明でよいのである。社会的善の一形態の追求にとどまるものであれば、権力支配下の社会の抑制原理としての機能や、政治力学的圏内における作用の仕方に着目すれば、デザート論の論理構成を辿ることに今

日的意味がある。

デザート論の正統的理解と思われるもの、公正デザートの理論によれば、決定的論点とは、法の不知は行為の非難可能性に影響を及ぼすかどうか、また、どの程度まで影響を及ぼすか、ということである。<sup>(14)</sup> この現実社会の法のあり方としては、非難可能性のある行為でなければ、国家による強制的な自由の剝奪・制約という苦痛を属性とする刑罰を科してはならない、ということの理由は何か。そしてまた、刑罰を科すために、責任・有責任の要件が必要とされるのは何故か。行為の非難可能性が必要とされるのは、その行為に対して「つみ・とが」(guilt)のある者に対してしか刑事罰が科せられないことを保証するためである。刑罰は、非難を伝達するものであり、それ故に、有害な行為を実現することを自ら選択したと言える者に対してしか、非難としての刑罰は科せられるべきではないからである。<sup>(15)</sup> 「つみ」のない者に刑罰を科し、そのことよって非難を加えることは、社会の合理的な通常人の「正義・公正」の観念を著しく侵害する、と感じられるからである。<sup>(16)</sup>

この雑多な社会に生じた刑法の解釈・適用について、公正さとデザート(正当な責任)の観念を特に強調する公正デザート理論においては、法の不知の状態において行為する者と事実の不知の状態において行為する者の何れが、その行為の非難可能性は大きいであろうか、刑事罰の汚名を被せ、自由の剝奪・制約の措置を科することが正当化されるほどに有責であるのは何れか、あるいは、両者共にそうであるのか、ということに専ら関心が向けられる。したがって、何れの措置が犯罪抑止効果に寄与するか、犯罪統制目的を達成するのに有利であるか、というような問題関心は、ここでは取り上げられない。また、法の不知と責任・有責任との関係に着眼しつつも、不公平に有利な立場に立つのは何れであるか、というようなとらえ方をする、言わば、立場の不公平さの理論もあらかじめ退けられる。<sup>(17)</sup> 正義の観念、公正の観念を強調する立場は、立場の有利さの公平・不公平という見方にも誘引され易いのは事実である

説  
論  
う。しかし、そこには、なお功利論の屬性が根強く自己主張している姿がうかがわれるし、既に頭の中では乗り越えたはずの階級的倫理の陥穽であろう。ひいては、個人の精神保健の問題、通俗文学的に言えば、日々の生き方の問題がからまって、今のところ解きほぐし難い混乱を招き寄せることであろう。

一一

(一)

公正デザート論においても、結論的には、事実の不知と法の不知とは別様に取り扱われる。法の不知と事実の不知とは、被告人の有責性に重要な点で相違があることが認められる。<sup>18)</sup> その直感的発想によつて、所謂「同等取り扱い論」(等置論) (equal-treatment doctrine) は退けられる。<sup>19)</sup>

それでは、公正デザート論によれば、事実の不知と法の不知との間にあると言われる責任非難・有責性の相違はどのように根拠づけられるのであろうか。一般的に主張されてきたのは、法的主体には当該国家社会の法を知る義務がある、という考え方である。この考え方は、普遍的に根強く見られるもののおよである。ドイツにも、我が国にもあつたし、英米法系の国々にも見られる。<sup>20)</sup>

市民は法を知る義務がある、という議論に対する疑問は、一方において、そのように法的主体に法を知る義務があるということが認められるとしても、それでは、他方において、他者の生活利益を侵害したり、侵害する危険を生ずるような事実状況を知るように注意すべき義務というようなもの存在しないのか、ということであろう。これに対

しては、そのような事実状況を知るよう注意すべき義務はある、と答えられるであろうが、実定法秩序を見た場合、一般的にそのような注意義務に違反して結果を発生させた場合には、過失としての責任が問われ得るに過ぎない。過失の場合には結果が発生しなければ刑事責任は問われないうし、また、過失の刑事責任が問われる犯罪は意図的犯罪（故意犯）よりも限定されており、しかも意図的犯罪よりも軽い刑罰が規定されているだけである。このことは日本法でも英米法でも概略同じである。法の不知の場合にはそれと同一に取り扱われないのは何故か、という疑問は残されたままである。

それでは、事実の不知と法の不知とは、どのように相違するのか、その相違の認められる理由は何か、また、事実の不知の申し立てが認められる根拠はどのように説明されるのか、さらに問われなければならない。公正デザート論によれば、平明に言つて、事実の不知の状態にある行為者をそうでない行為者よりも責任非難、有責性が軽いという風に解釈される理由は、事実の不知の状態にある被告人にはその被害者を侵害するつもりはなかつた、ということである。侵害するつもりはなかつた、というこの申し立ては、刑法的概念構成というよりもむしろ日常的行為の非難、評価としてなじみ易いものである。狩猟で野獣と信じて発砲したところ同僚であつたため、その同僚たる人を殺してしまつた者の刑事責任というものは、その者の道徳的非難の度合いと同一である。その者は、他者の権利、生活利益等を侵害するつもりはなかつたのであるから非難は軽い、ということである。無謀な者、すなわち、正当な理由がないのに、人の生活利益を侵害する実質的な危険を意識的に無視する者は、意図的に他者の生活利益を侵害したり危険にさらしたりする者とほとんど同様に非難に値し、責任があるとみなされる。無謀な者は、能動的に他者の生活利益を侵害するつもりはないとしても、自分の行為の結果としてそのような侵害事実は十分に生じるであろうことに気付いている。過失犯については、英米の理論家たちの間でも多くの議論があつたところであるが、過失犯は、他者の生

活利益を侵害するつもりはなく、あるいはその危険を及ぼすつもりもなく、ただ気付くべきであった危険を無視したものに外ならないために、意図的に他者の生活利益を侵害する者よりも責任非難は軽いものであるべきである、とされる。<sup>(21)</sup>

次に、法の不知に関する刑法的非難の意味はどのようなものと理解されるか。単純な法規の不知 (Ignorant of the law) の場合、行為者は、自分の行為の性質及び結果については認識・理解しているが、その行為が法律によって禁止されていることを知らない。自己の財産を守るために不法侵入者を目的的に殺害する場合が例として掲げられる。<sup>(22)</sup> 行為者は、不法侵入者を殺害する意図を有しているが、自分の財産に対する侵害者を殺すことは法律上認められている、と信じている。この行為者は、被害者の生活利益・生命を侵害するつもりはあるのであり、したがって、非難を軽減させるための、先述の根拠は存在しない、とされる。この行為者は、一般的には、殺人行為に対する法の規範が何であるかについては知っているものであるが、この場合、不法侵入者を殺害することは法律上許されている、と考えている。しかし、そのように広範な許容規定はアメリカ法にも我が国の法の中にも見当たらない。こうして、この法の不知は責任解除・阻却的意義を欠くことになる。<sup>(23)</sup>

認識的行為の場合も同様に構成される。盗犯から財産を守るために、盗犯の侵入を予見して住居敷地内に猛犬を放し飼いにした結果、偶然に所用で立ち入った者に犬がかみついてその者に傷害を負わせた場合が例としてあげられる。我が国では、重大な認識ある過失として処理されるかどうか議論があるかもしれないが、アメリカ法では、一般的に重大な身体傷害を認識的に引き起こした罪 (加重暴行罪) として訴追される行為である。この行為の侵害性は明白であり、行為者はその侵害結果を生ぜしめるつもりであった、侵害結果を生じてもよいと思っていた、と言える。そのような侵害結果は、行為者の特定された目的ではなく、潜在的侵入者を威嚇するという本来的目的の副次的結果とし



て生じたものであるから、潜在的侵入者の生活利益・生存の利益を侵害するつもりはなかった、と抗弁されるかもしれないが、その申し立てには無理がある。他者の人格権を侵害し、生活利益を侵害するつもりがあったことは承認せざるをえない。ただ、その行為者は自己の財産を侵害する者、不法侵入者を殺傷しても許容される、と信じているにすぎない。あるいはまた、法の不知の状態にある者には法秩序に挑戦する意思は存在しないから、国家の権威が損なわれることはない、と弁明されることもある。この議論は、違法性の実質をめぐる争いにも波及するであろうが、そのような言わば「権威主義的概念構成」は、公正デザート論の回避する考え方である。<sup>26)</sup>

以上は、行為者において侵害的であること、あるいは、悪いことであることは分かっているが、法に反していることを知らない、という言わば単一の法の不知の場合である。次に、複合的な不知とも言うべき場合、すなわち、行為者は、法について不知であるばかりでなく、自分の行為の性質、その行為が悪いことであるとか侵害的であるということさえ知らない場合はどのように考えられるか。自分の財産を守るために侵害者を殺傷することは合法的であり、また、道徳的にも悪いことではなく許容される、と信じている者の例がとりあげられる。この場合、行為者がそのような信念を有するに至った理由として、さらに二つの場合が想定されるが、公正デザート論からは、何れも責任を軽減しないと結論づけられる。

第一に、行為者は、他者の権利について欠陥のある観念を有しているため、自分の行為が悪いことであると信じていない場合である。<sup>27)</sup> そのような信念とは、自分の利益のためになるものはいかに利己的と言われようとも許容される、という極端な利己主義者のそれであるかもしれない。あるいは、この世界における人の行為に悪いことは何もない、すべてが許されている、と信じる実践的虚無主義者のそれであるかもしれない。何れにしても、そのような自己正当化の判断は「嫌悪すべき差別観念」に依拠するものと言わざるをえないであろう。事実の不知の状態にあるために、

人を殺傷するという意欲を持たないまま、他者の死傷の結果を引き起こしてしまう者と違つて、このような複合的不知の状態にある者は、人を殺傷するという完全な意図を有している。そして、その自己弁明の根拠はただ被害者の権利・生活利益は自分の関心事ではない、という信念である。被害者の、一般に他者の人格の尊厳さ及び存在の普遍的価値に対しては、原理上評価すべき何の価値も与えられていない。近代法において、そのような信念が法的責任を軽減する根拠として受け入れられる理由はない。

第二に、行為者は、自分の行為が侵害的なものであるということに気付いていないために、その行為が道徳的に悪いことであるとの信念を欠くに至つている場合である。例として、人を殺害していることの認識はあるが、それは被害者のこの世における肉体の死、天国への救済・昇天を早めるものであるから褒められるべきことである、と信じている者の場合があげられる。<sup>28</sup>この例で、行為者は、その被害者を侵害するつもりはなかつたのであるから責任は軽減される、と弁明されるかもしれない。その弁明の中では、法律上の利益、所謂世俗的な身体・生命の侵害が被害者にとって本質的な生命の侵害であるとは信じられていない、というところに要点があろう。公正デザート論によれば、行為者がそのような信念を有しているというのは、当該行為者には人間の利益・価値が何であるのか、本当には理解されていないことを表している。そのことは、行為者としてこの法的世界において適切な道徳的規範を全く有していないに等しいことである。道徳的規範が機能するためには、差し当たり人間の価値・利益についての一定の基本的理解が要求されるからである。ところで、事実の不知の状態にある行為者にはそのような社会の道徳的規準についての基本的理解力が備わつている、ということが前提にはある。その事実の認識があれば、通常の合理的な生活環境条件が整つてさえおれば、その行為によつてもたらされるであろう侵害結果を回避することを欲するであろう、と想定されてゐる。また、その前提として、差し当たり他者の基本的な生活利益について一般的な理解を有していることが想

定されている。特定の場合において、他者の生活利益に対して侵害及びその危険を生ずるであろう、ということについての事実的認識を欠いているにすぎない者は、一般的には、他者の生活利益に敬意を払うものと想定されている。

それに対して、他者の生活利益の侵害に関して欠陥のある考え方を抱いている者は、一般的様式においてすら人の権利・生活利益が何であるかについて理解が欠けているとみられる。これらの事柄は、行為者の精神生理的な根拠に基づくものではないという点において、責任能力の問題とは区別されるであろう。このような取り上げ方は、我が国においても各種の責任概念の構成によって試みられてきたであろうが、その出所と社会的機能は異なる。

以上の二つの場合、法の不知は、道徳的不正の不知という考え方によって補足されようと、事実の不知が責任を軽減するのと同様の様式において、必ずしも常に責任を軽減させるものではない、と結論づけられる。

## (二)

公正デザートの立場からすれば、法の不知が責任を解除・阻却したり、軽減したりする可能性をもたらすのはどのような場合であろうか。ここで、法の知らないし違法性の錯誤は、合理的なものとは不合理なものに分けて考えられる。これは、ドイツや我が国の分析の視点と相似している。合理的な法の不知、違法性の錯誤というものは、行為者がそのような不知・錯誤に陥ったことに不注意はなかつた場合である。この合理的な法の不知・錯誤はさらに二つの種類に分けられる。第一は、責任の解除・阻却が所謂法律主義 (legalism) の原理に基づけられるものである。そして、この場合の合理性の基準は客観的なものである。第二は、責任解除・阻却効果が所謂責任主義 (culpability) の原理に基づけられるものであり、行為者の有責性、狭い意義の責任の概念に関するものである。そして、この場合の合理性の基準は言わば主観的なものである。合理的な法の不知の責任解除・阻却効果をこのような形で分けて位置づ

ける論じ方には、ドイツや我が国の議論の仕方とは異なる面が見られる。因に、所謂不可避な法の不知に関するドイツ法の抗弁は、法律主義の原理にかかわる客観的合理性の考え方に對しては目を開いていない、と解されて来た。<sup>(29)</sup>

客観的合理性 (objective reasonableness) とはどのようなものか。それは、ある刑罰法規に對して通常の市民が合理的な方法によつてアクセスすることができなかつたために、その刑罰法規を知らず、自分の行為が法に違反することを知らない、という場合を指している。その例として、アメリカの模範刑法典の規定する幾つかの場合が挙げられる。当該立法がまだ公布されていなかった場合、裁判所の意見 (judicial opinion) や行政命令 (administrative order) その他の、法についての公式的解釈に依拠したが、後でそれらの解釈が誤りであることが明らかとなつた場合である。<sup>(30)</sup> 公正デザート論によれば、これらの場合は、有責性の欠如の問題というよりも、むしろ法律主義 (legalism) の原理に関する問題である。<sup>(31)</sup> 何故なら、これらの場合には、行為者は仮に自分の行為が他者の権利・生活利益等に對して侵害・危険を及ぼすことになるということに気付いていたとしても、免除されるべきだからである。法律主義の原理は、有責性・責任主義の原理とは異なつて、間違つた意味認識を有する者に對しても、正しい意味認識を有する者に對すると同様に適用されるべきだからである。その背景にあるのは、人は如何なる行為が処罰されるかについて公正な觀念を受け取るべきである、という思想である。これは、近代法の自由主義の考え方であり、如何なる者も、刑事罰を受けることになるかもしれない、という潜在的可能性について合理的な警告を与えられているべきであり、それによつて自分の行為を法の枠内におさまるように配慮することができることになる、というものである。近代の法治国家という以上は、人は、合理的で慎重な調査 (reasonably diligent inquiry) を行いさえすれば、刑罰の法を知ることができるといふのでないならば、その潜在的な刑事罰の可能性について公正に注意を与えられたことにはならない。その正当根拠は、遡及処罰の禁止の法理や不明確・曖昧な刑事立法の排斥の法理と同様の思想的地盤に立つものである。<sup>(32)</sup>

ところで、法の不知の問題に対する法律主義の原理のこのような意味づけは、一般的に従来の学説では明確に意識化されてこなかったように見える。そのようなわけで、客観的合理性の法律主義原理との関連性に関する公正デザートの指摘は注目すべきことであろう。<sup>(33)</sup>

次に、主観的合理性 (subjective reasonableness) とは何か。これは、法の禁止を確証することは、客観的な基準に照らしてみれば可能であるが、行為者の置かれた状況においては、それに気付くことを合理的に期待することができなかつた、という場合を指す。例として、ある地域に長く居住してきた住人のある行為が、その地域では許容されているが、旅行先の別の地域では禁止され、処罰される行為として規定されているのに、それを知らないで行為した、というような場合があげられる。その場合、その旅行先の地域・国の法典を熟読すれば、その行為が処罰されることは明示されているから、合理性の客観的基準に従えば、罪を問われるであろうが、合理性の主観的基準によれば、行為者本人は何らかの事情で自分の行為の可罰性を認識するのに不利な立場にあつたとすれば、それと異なる結論に導かれる可能性がある。<sup>(34)</sup>

法の不知・違法性の錯誤の法的取り扱いと事実の不知・錯誤の法的取り扱いとを異ならしめる公正デザート論によれば、その主観的に合理的な法の不知の抗弁が責任解除・阻却の理由として受け入れられるためには、結局、二つの条件が満たされることが必要とされる。第一の条件は、行為の侵害性の認識に関するものであり、第二の条件は、法規の不知の合理性に関するものである。第一の条件については、行為者は、自分の行為が他者の生活利益・権利等にとって侵害的であること、ないし侵害の危険を及ぼすものであることを知っていたかどうか、が問われると共に、そのことを承知していなかつた場合、その認識の欠如は行為者の道徳的理解の欠陥を示すものであつたかどうか、が問われる。個々人の生活利益・権利を直接の危害の対象とする殺人、傷害、強盗、窃盗、詐欺のようなほとんどの刑法

犯については、行為の侵害性は通例明白である。それでは、安楽死のような限界的事例の場合はどうか。行為者は、激痛に喘ぐ患者を殺していることは知っているが、行為の侵害性は被害者の「本質的利益」の観点からみられたとすれば、さほど明白なものとも言えなくなる。それでも、そのために行為者の道徳的理解の欠陥が示されているとは言われない。<sup>(35)</sup> 個々の被害者が特定されないような犯罪の場合であっても、言わば不特定人に対する侵害性・危険性は明白であることが少なくない。無謀な自動車運転行為や有害な廃棄物を排出するような行為の侵害性・危険性は明白である。個々の被害者は特定されなくても、防止されるべき害悪は十分に明らかである。ただその行為と不特定人に対する侵害・危険との実質的関連性については、審判者の判断に委ねられる場合がある、というに過ぎない。例として、従来の一年の車検期間を半年の車検期間に変更するという法規の改正が行われたのに、それを知らずに期限切れの車検証を貼ったまま車を運転した、という場合があげられる。<sup>(36)</sup> この例では、行為者は、自分の行為が侵害的であるということを知るべき理由を有しないであろう。自分の自動車が適切に整備された状態で維持・管理されている必要があることは承知しているが、そのためには、従来通り一年毎の検査で十分であると信じているであろう。その他にも、法の禁止の認識なしには当該行為の侵害性・危険性はほとんど認識できない、という場合は、既に従前より言われている通り、少なくないであろう。

次に、法の不知による自己の行為は侵害的ではなかった、という第一の条件が充足されたとしても、責任解除・阻却のためにはそれだけでは十分とはされない。第二に、合理性の条件が検討されねばならない。行為者の法の不知は、行為者が行為するにあたっておかれていたその状況において合理的であったかどうか、という問題がそうである。この問題は、我が国やドイツにおいて、法律の錯誤ないし違法性の錯誤について「相当の理由」があったかどうか、また、違法性について錯誤することが行為者にとって不可避であったかどうか、といわれる問題と実質的に重なる所が

あるであろう。ここで、特に決定的な論点となるのは合理性ないし不可避性の基準である。その基準があまりに狭く立てられると、実のところ責任解除・阻却の理論は高鳴されていても、現実に免責される者は稀である、ということになるであろう。<sup>(37)</sup>

その適切な基準とは何か。公正デザート論によれば、行為者に自分の行為の合法性を十分に調査することを求めるのは適切でなく、自分の行為が禁止されているであろうと信ずるにふさわしい状況が手掛かりとして提供されていることで足りる、としなくてはならない。<sup>(38)</sup> その手掛かりの一例として考えられるのは、一般的にその行為が違法であるとか、また、合法性の問題を生ずる、と広く理解されている場合である。所得税の不払い等がその例としてあげられる。<sup>(39)</sup> 所得税の不払いは、当該税法を知らない者でも任意に支払うよう道徳的に義務づけられると感ずるといふのではなく、その意味において、その行為の侵害性は明白であるとはいえない。しかし、所得税の納付は、市民として一般的に承知されている事柄であり、その意味においては、行為者にとって承知義務があると見える。したがって、行為者がその義務を免れると言われるためには、当該行為者にとって何か特段の事情がなければならぬ。所得税を納付すべき義務について普通に利用できる情報に対してアクセスすることができないような事情の存在が求められるであろう。そのような特別な事情が存在しないとすれば、その法の不知・錯誤は不合理と判断される。<sup>(40)</sup> その特段の事情をどこまで具体的に特定できるか、また、予め類型化できるかどうかは、さらに問われる必要がある。

禁止の事情を承知する手掛かりの別の例は、当該行為が、国家や公的機関による刑罰法規を手段とする規制が通常予測されるような、特定種類の行為である場合である。庇護と統制の両面にわたって、社会制度の管理的組織化が一段と進行するよう見える現代においては、この種の行為態様は増加する傾向性を秘めている。例として、問題の産物の採取には免状（免許）が必要とされていることを知らずに、採取禁止の対象物を採取する場合があげられる。

また、採取の免状は有しているが、採取許可地域外や、採取期間外に、それと知らずに採取する場合、さらには、免状もあるが、採取禁止対象の物をそれと知らないで採取するというような場合も同様であろう。我が国では、狩猟法や漁業関係規則に関して幾つもの判例があつて、議論のあるところである。アメリカの公正デザート論によれば、具体的には、メーン州で夏期休暇を過ごす旅行者が、その採取には免許が必要であるのにそれと知らないで、若干のロプスターを採取する、という場合がとりあげられる。<sup>(11)</sup>この旅行者の行為は、先の主観的合理性に関する法の不知の抗弁の許容条件のうち第一の条件を満たしている。休暇中に自己消費のために少しのロプスターを採取すること自体は、何者かに対して明白に侵害的であるというわけではない。しかし、第二の、合理性の条件が問題となる。ロプスターの採取を取り締まる刑罰法規のことについては承知していなくても、その地域のロプスター採取は、慣習的にロプスター採取に従事してきたその地域の住民によつて、その生計を維持するための手段として、生業としてとり行われている、ということについては、旅行者といえども承知しているはずである。また、ロプスターという、相当な価値のある漁業資源は、その採取行為を放任すれば、利欲に走りがちな人間の営為の常として、濫獲によつて恐らく枯渇の恐れが大きい、ということについても明らかに認識があるはずである。これらの事実は、ロプスター採取行為が規制を受けてもよいし（規制の必要性）、規制を受けることが適切である（規制の適合性）、との合理的な推認を許容する手掛かりを提供するであろう。そうであるとすれば、当該旅行者の不知・錯誤は、不合理であると判断されてよいことになる。これは、アメリカ連邦最高裁のブレナン判事の、状況認識に関する先の見解と一致するであろう。また、我が国でも、違法評価の基礎事実の認識があるかどうかが重要である、とする見地等と相通じるところがあるであろう。<sup>(12)</sup>状況認識のための行為者の調査義務の範囲・程度については、適度に勤勉な調査（a duly diligent research）で足りる、とされる。<sup>(13)</sup>行為者の不知・錯誤の合理性が問題となつているのであるから、認識可能なあらゆる法的調査系列



を尽くすことは求められるべきではないからである。この点については、ドイツや我が国でも種々の議論のあるところである。<sup>(14)</sup> 非難可能性を属性とする責任の解除・阻却が問題となっているのであるから、それとの関連で調査義務の内容も決まる、ということになりそうであるが、同語反復ということになるのであろうか。

合理的な法の不知の許容二条件の充足関係はどうか。侵害性と合理性とは別個の条件であるから、両者共に充足されなければ免責はえられない。その関係については、さらに二つの例が掲げられ、やや詳しく説明される。それらの例の取り上げ方とその解決の仕方は興味のあるところである。一つは夫婦間強姦の例であり、今一つは安楽死の例である。

先ず前者について、行為者は、英国の領海上を航行する船中で妻を強姦したが、その行為は、配偶者であっても強姦禁止の罰則の適用から免除されないとする貴族院の決議の後に行われた、と想定される。行為者は、暴行の時点では旧法である婚姻上の免除例がなお適用される、と信じていたものであり、したがって、その法の不知は合理的である。それ以前の婚姻上の免除例は英国人に一般的によく承知されていたし、行為者としては、貴族院の新しい決定を知る方法がなかったであらうからである。そのようにして、合理性に関する第二の条件は充足されたとしても、第一の条件は別途考慮する必要がある。結論的に、行為者は、自分の行為が侵害的なものであることを知っており、そのような行為は妻に屈辱を与え、その性的自由を無視するものであることを知っていたのであるから、侵害性に関する許容条件を満たすことはできない。<sup>(15)</sup> 次に、安楽死が許されると信じて実行する者の場合は、被害者にとって本質的な苦痛を正面に据えると、侵害性に関する第一の条件は充足されるであらうと判断されたとしても、合理性に関する第二の条件は、一般的には満たされないのであろう。殺人行為が刑法によって禁止されていることは広く認識・理解されている以上、その禁令を破るためには、その合法性をさらに詳しく調査することがなくては、合理的な法の不知とは

言われないからである。<sup>(46)</sup>

公正デザート論は、倫理的視点を重要視する思想的背景があるために、主観的に合理的な法の不知の場合、その許容二条件が共に充足される必要があるとされる結果、その限りで責任解除・阻却の認められる範囲は狭くなるように思われよう。そして、その結論は公正デザート論者を悩ませるものではない。既に述べたように、法の不知・錯誤と事実の不知・錯誤との同等取り扱い理論を排斥する公正デザート論によれば、法の不知・錯誤の抗弁は狭い範囲で認められるべきものだからである。ただ、それは事実の不知・錯誤の場合に比べて狭いということである。行為の侵害性が明白でなく、しかも行為の違法性の認識の手掛かりが明白に示されていない場合には、当然に法の不知・錯誤の抗弁は許容されるのである。このような結論の出し方は、我が国やドイツの学説などの導く方向と同様の方向を指し示している、と言える。

不合理な法の不知・錯誤の場合ほどのように取り扱われるか。行為者は、関連の法規を知っているべきであった、あるいは知っていたはずだ、と判断される場合、ドイツや我が国の刑法学の用語例によれば、違法性の意識の可能性があつたにもかかわらず違法であることを意識しなかつた、というような場合の取り扱いはどうか。この場合、英米法は、従来、不合理な法の不知・錯誤を抗弁として許容することには消極的であつた。行為者の側に弁明すべき何らかの事情があつたとしても、それは量刑の領域にふりあてられていた。量刑の領域は、従来、裁判官の幅広い自由裁量に委ねられていた。それに関して、近年においては、犯罪の重さと釣り合った刑罰の量を要求する刑事立法を制定すると共に、軽減的事由に対しては明白に刑の軽減を行うべき権限を裁判所に付与する等、各種の試みが見られるようになった。<sup>(47)</sup> そのような法制度の下では、裁判官は、一定の場合には一定の様式で均衡的に刑を軽減する任務を負わされることになり、不合理な法の不知・錯誤がどのような事情の下でどのように刑を軽減するべきなのか、という現

実的な論点に対処する必要性に迫られる。そして、この軽減事情の拡充と明確化とは、公正デザート論の枢要な主張と合致するものとして、積極的に推し進められることになる。

なお、我が国やドイツ等の刑法にあつては、明文上、不合理な法の不知・錯誤が行為者の非難可能性を減少させることができることを認めている、と解される<sup>48)</sup>。ドイツの支配的見解によれば、制定法の「できる」という文言は、自由・解放的に解釈されるべきであり、したがって、刑の軽減はしばしば認められるであろうし、刑の軽減が否定されるのは、行為者が法に対して有意的に目を閉ざしていた場合、無関心の場合、明らかに無思慮であつた場合、法に對して敵意のあつた場合等に限られるであろう<sup>49)</sup>。このような實際的解決の考え方は、既に述べたようにデザート論が擁護し、積極的に推し進めようとする意向と合致している。

被告人の主張する法の不知が不合理なものであるというのは、先の第二の条件を充足することができないことを意味する。行為者自身は誠実に (iii) good faith) 自分の行為は適法であると信じているとしても、その信念が誤つていることに気付く可能性を与える事情というものは、本人の認識できるとような形で現存していた場合である。そのような手掛かりが与えられていた場合にもなお、行為の非難可能性が減少し、刑が軽減されるのは、どのような理由・根拠に基づくものであるのか、あらためて問われる必要がある。それと関連して、公正デザート論の立場においては、もしも行為者が第一の条件をも満たすことができなかつたとすれば、もはや刑の軽減は認められないことに注意する必要がある<sup>50)</sup>。他者の生活利益・権利を侵害するつもりがあり、現に侵害しており、または、その危険にさらしており、法の認識の手掛かりも行為者に対して与えられている場合に、その者に対する刑を法律上軽減する理由は、その限りにおいては、見当たらないからである。これに対して、侵害性に関する第一の条件だけは満たされていたらとすれば、公正デザート論によれば、行為者の責任非難は減少し、その刑は軽減される<sup>51)</sup>。当該行為者は、生活利益を侵害するつ

もりもなければ、法をやぶるつもりもなかった。その際の「つみ・とが」(三三三)というものは、法の要求を知ることができる事情の下にありながら、その法的要求を自ら知ろうとしなかったということにあり、言わばそれは不注意かそれに類するものであり、それ相応の非難を受けるに値し、刑を軽減されるに値する、ということになるからである。この見地によれば、法の不知・錯誤による責任非難の減少、刑の軽減の範囲・対象領域というものは、責任解除・阻却の対象領域よりもはるかに広いであろう。<sup>(32)</sup>

## 三

公正デザート論の主張は、主観的に合理的な法の不知・錯誤の状態の下で犯罪行為を行う者が刑事免責を認められるためには、単に自分の行為は侵害的ではない、他者の生活利益・権利等を侵害したり、その危険にさらしたりするものではない、と誠実に信じるだけでは十分ではなく、そのように信じるについて説得的な根拠を有していなくてはならない、ということであった。不合理な法の不知・錯誤についても、同様の基準が示された。その考え方には固有の道徳的基礎というものがある。それによれば、仮に行為の道徳的正当性 (moral rightness) を誠実に信じていたとしても、その信念が侵害性ないし道義性について「粗雑な」ものであるか、または、「逸脱的」考え方に由来するものであったとすれば、必ずしも免責されるに値しない、ということである。<sup>(33)</sup>ここで、その道義性の高調に対して異議が生じることが予想されるし、現に異議が唱えられてきた。公正デザート論の主張は、被告人自身の自己の行為の道義性についての信念が正当であるかどうか、正しいかどうかを判断することを、裁判所に対して許容するし、要求

することになるであろう。このように明白に道徳的判断とされるものを裁判官に委ねるのは不適切なことである、と批判されるであろう。正常な・健全な道徳的規準と粗野な・逸脱的な規準との間で区別することを裁判官に求めるのは、裁判官に道徳哲学者の役割を求めることになり、不適切である、と批判されるであろう。裁判官の独自の道徳観によつて様々の判断が生じ、そのために客観的であるべき法的判断が主観的となり、むしろ公平さを損なう結果を生ずることにならないか懸念される、とも言われよう。この問題は、古くから他所で甚だ論議されてきたところである。しかし、道徳哲学的でない法的判断というものは実際的であろうか。

有責性に焦点をあてた平易な公正観念というものがこの公正デザート論の指導原理である。それによれば、法の不知についての実在の英米の法原則は狭すぎる、ということになる。そして、その法の実務を改めるに際しては、ドイツ刑法の例が参考になる、ということになる。<sup>(54)</sup>ただ、その場合、行為の道徳的正当性への信念だけでは十分ではなく、行為の侵害性の認識を考慮することも必要であるとされることによつて、その公正観の近代的理解の質がうかがい知れるであろう。さらに、裁判官の裁量に任せすぎることとは不当であり、裁判官自身にとつても負担であり、その判断を指導する適切な指針となるもの、判断の基準・解釈の原理を示すことの必要性が指摘される。公正デザート論によれば、その指導的公式としては、一般に行為が侵害的でないとの誠実な信念は、通例の場合においては、抗弁として十分であるが、行為の侵害性が当該の状況の下で明白である場合には、特に例外的に抗弁として許容されない、というルールが示される。<sup>(55)</sup>

結論的に、敷衍して公正デザート論の、この問題に対する見解を要約すると、次のようである。適用可能な法規範について不知であつて、自分の行為は侵害的ではない、または、悪いものではない、という誠実な信念を有していた行為者は、通例、もしも法の不知・錯誤がその事情にあつて合理的であつたとすれば、免除されるべきであり、また、

説  
もしも行為の違法性を知らなかったが、知るべきであったと言える事情にあったとすれば、刑を軽減されるべきである、と。以上は通則である。例外として、行為の道徳的適正さについての信念があったとしても、その信念が粗雑ないし逸脱的な性質のものであれば、刑の軽減・免除の資格を付与されるべきではない、という規定が附加される。<sup>(56)</sup> 公正デザート論にとって、その例外規定の範囲の画定、その規定原理の明確化が今後の課題となるであろう。

以上の議論は、現代における刑法の倫理的関連性を重要視する公正デザート論の有責任に焦点をあてた構想によるものであり、平易さと公正さ（公平かつ正当）に専心するものであって、ドイツや我が国の今日の議論、方法とは性格を異にする面があるが、結論的には、公正さの観念は、この法の不知・錯誤の問題領域における制約的取り扱いを緩和する方向に向いている、<sup>(57)</sup> ということで共通性がある。そして、公正デザート論の主張の、法律主義の原理との結び付きをも問題領域に組み込んでいくやり方には、学ぶべきことがあるであろう。また、不合理な法の不知の場合における、その刑の軽減の範囲の拡充とその基準・原理の明確化への方向性は、特に今日参考に供するに値する。

#### 注

(1) この問題に関する我が国の主要な判例として、一般的に次のものを参照。大判大正一三年四月二五日（刑集三卷三六四頁）、大判大正一四年六月九日（刑集四卷三七八頁）、最判昭和二三年七月一日（刑集二卷八号八八九頁）、最判昭和二六年八月一七日（刑集五卷九号一七八九頁）、東京高判昭和二七年二月二六日（高刑集五卷一三三二六四五頁）、東京高判昭和三〇年四月一八日（高刑集八卷三二五頁）、東京高判昭和三五年五月二四日（高刑集一三卷三三三五頁）、最判昭和五三年六月二九日（刑集三二卷四号九六七頁）、最決昭和六二年七月二六日（刑集四一卷五号二二三七頁）、最判平成元年七月一八日（刑集四三卷七号七五二頁）。邦語文献として一般的に次のものを参照。平野龍一「刑法総論」、内藤謙「違法性の錯誤（一）・（二）」、法字教室八九号・九〇号、西原春夫「刑法総論」、曾根威彦「刑法総論」、町野朔「違法性の認識に

「いつ」上巻法律三二四巻三号一九三頁、沢登佳人「規範の存在構造と犯罪論の体系」中京大学論叢五巻四号七七頁。

- 外国の文獻とつて一般的に次のものを参照。D. O'Connor, "Mistake and Ignorance in Criminal Cases," 39 *Modern L. Rev.* 644 (1976) ; J. Hall, "Ignorance and Mistake in Criminal Law," 33 *Ind. L. J.* 1 (1957) ; J. Hall, *General Principles of Criminal Law* (2d ed. 1960) ; Hall & Seligman, "Mistake of Law and Mens Rea," 8 *U. Chicago L. Rev.* 641 (1941) ; R. M. Perkins "Ignorance or Mistake of Law Revisited," 3 *Utah L. Rev.* 473 (1980) ; R. A. Cass, "Ignorance of the Law," 17 *William and Mary L. Rev.* 671 (1976) ; P. Brett, "Mistake of Law as a Criminal Defence," 5 *Melb. U. L. Rev.* 179 (1966) ; E. Keedy, "Ignorance and Mistake in the Criminal Law," 22 *Harv. L. Rev.* 75 (1908) ; R. M. Perkins, "Ignorance and Mistake in Criminal Law," 88 *U. Pa. L. Rev.* 35 (1939) ; A. J. Ashworth, "Excusable Mistake of Law," 1974 *Crim. L. Rev.* 652.
- (2) 日英法米四法体系の比較と総論。P. Ryu & H. Silving, "Error Juris : A Comparative Study," 24 *U. Chicago L. Rev.* 421 (1957) .
- (3) Model Penal Code § 2.04(3). 英米法体系の比較と総論。G. Fletcher, "Mistake in the Model Penal Code," 19 *Rutgers L. J.* 649 (1988). 米法。誤差と総論。K. W. Simons, "Mistake and Impossibility, Law and Fact, and Culpability," 81 *J. Crim. L. & Crim.* 447 (1990).
- (4) W. R. LaFare & A. W. Scott, *Substantive Criminal Law* 575 (1986).
- (5) J. Hall, *General Principles of Criminal Law* 376 ; D. Husak & A. von Hirsch, "Culpability and Mistake of Law," in *Action and Value in Criminal Law* 157 (eds. Shule, Gardner & Horder. 1993).
- (6) マン・ドナルド・サウザンと総論。G. O. W. Mueller, "On Common Law Mens Rea," 42 *Minnesota L. Rev.* 1043 (1958) ; F. B. Sayre, "Mens Rea," 45 *Harv. L. Rev.* 974 (1932) ; R. Singer, "The Resurgence of Mens Rea," 27 *Boston College L. Rev.* 243 (1986) ; G. V. Dubin, "Mens Rea Reconsidered," 18 *Stanford L. Rev.* 322 (1966) ; A. Levitt, "The Origin of the Doctrine of Mens Rea," 17 *Illinois L. Rev.* 117 (1922) ; R. Wasserstrom,

"H. L. A. Hart and the Doctrines of Mens Rea and Criminal Responsibility," 35 U. Chicago L. Rev. 92 (1967) ; P. Robinson, "Should the Criminal Law Abandon the Actus Reus-Mens Rea Distinction?" in *Action and Value in Criminal Law* 187 (eds. Shule, Gerder and Horder, 1993).

(7) P. Robinson, "Criminal Law Defenses : A Systematic Analysis," 82 Colum. L. Rev. 199 (1989) ; P. Robinson, *Criminal Law Defenses* 21 (1984).

(8) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 158.

(9) Model Penal Code, § 2.02(9).

(10) アメリカの旧来の判例の分析等については次のものを参照。Perkins, "Ignorance and Mistake in Criminal Law," 88 U. Pa. L. Rev. 35 (1939) ; Hall and Seligman, "Mistake of Law and Mens Rea," 8 U. Chicago. L. Rev. 641 (1941).

(11) U. S. v. Freed, 401 U. S. 601, 612 (1971). フリード事件は、所謂火気規制法の規定する無登録の手投げ弾の所持に關するものである。原審は、無登録の認識が欠けているとして無罪としたが、当審はこれを破棄して有罪を言い渡した。ブレナン判事は、補足意見の中で、本罪は単純な規制違反の犯罪ではなく、厳格責任犯罪ではないが、無登録の認識、違法性の意識自体は必要ではなく、状況の認識でよいと述べた。

(12) *Liporia v. U. S.*, 471 U. S. 418 (1985) (商取引等の詐欺行為を規制する連邦法は、正当な権限なくクーポン券や資格カードを使用したり、所持したりする行為を処罰している。被告人は、レストラン経営者であるが、農務省から権限を付与されていないのに、フード・スタンプを所持したことで起訴された。一審、二審では有罪であったが、当審で破棄された。ブレナン判事が判決意見を書いている。本罪の成立には、行為者が単にフード・スタンプについての認識を有しているだけでは十分ではなく、それが法の権限を付与されていないものであること、ないし違法であることの認識をも必要とするとした。ホワイト判事、バーカー判事の反対意見があった。) ; U. S. v. Yermian, 468 U. S. 63 (1984) (連邦法は、政府機関の管轄内にある事柄について虚偽の陳述をしないし詐欺的陳述をすることを処罰している。被告人は、国防安全



関係の個人質問事項に関して、職歴について虚偽の事項を記載したものをその雇主に提出したということで起訴された。一番では、陳述・記載の虚偽性の認識があればよく、連邦政府機関の管轄内の事柄にあることの認識は不要である、として有罪を言い渡された。二審では破棄された。最高裁の多数意見は、一審の判断を支持したが、その反対意見は、連邦政府機関の管轄内の事柄であることの認識が必要であるとして二審を支持した。反対意見は、レーンキスト判事が書いているが、ブレナン判事もそれに同調した。なお、「法の不知は害す」の格言を宣明したのもとして次のものを参照。Shevlin-Carpenter Company v. Minnesota, 218 U. S. 57 (1910) (森林保護に関する違反事件について、有意的侵害者に対してのみならず、不任意の侵害者に対しても適用があるとした)。また、次のものを参照。U. S. v. Dotterweich, 320 U. S. 277 (1943) (連邦薬品食品等規制に関する法律違反の罪。主要な論点は法人と法人の役員処罰についてであった)。Missouri v. U. S., 342 U. S. 246 (1951) (軍用物領得の罪に関する。被告人は、当該物件は廃棄された物であると思つたと弁明した。一・二審では有罪判決を受けた。最高裁は、所謂嚴格責任はコモン・ロー犯罪に対しては適用されないと述べて、破棄した)。Lambert v. California, 355 U. S. 225 (1957) (被告人は、犯罪者登録に関する法律の不登録滞留の罪で訴追された。原審では有罪決定を受けた。連邦最高裁は、警察上の便宜を主たる理由とする本法の登録義務について現実に認識していないで、単に居住しているという消極的な行為しかない場合には、「法の不知は害す」の格言は一方で適正手続条項による制約を受けると述べて破棄した。フランクフーター判事を含む四名の反対意見がついた)。Patel v. Ohio, 360 U. S. 423 (1959) (被告人らは非米活動委員会に関する法律の不答弁の罪で起訴された。四名の被告人のうち三名は、委員長による負罪特権の教示を信頼して答弁しなかった、と主張した。オハイオ州最高裁は、負罪特権は州法によって剝奪されていることを被告人らは知っていたと推定される、として有罪判決を支持した。連邦最高裁は、ブレナン判事の判決意見において、誤の理論、適正手続条項違反を理由に破棄した)。Cox v. Louisiana, 379 U. S. 559 (1965) (被告人は、裁判を防げる目的をもって裁判所付近で集団行動を行うことを禁止する州法違反の罪で起訴された。被告人は、その場所は禁止区域ではないとの警察職員の助言を信頼して二千人のデモ隊を指揮した、と主張した。ルイジアナ最高裁は有罪判決を支持した。連邦最高裁は、多数意見によって異の型式による適正手続条項違反にあたる、と述べて破棄

した。): U. S. v. International Minerals & Chemical Corp., 402 U. S. 557 (1971) (被告人は、州際取引委員会の規制に関する法律違反の罪によって起訴された。多数意見は、「法の不知は害す」の法格言を宣明し、危険で有害な化学物質の所持者は法を知っていると推定されるとした。これに対して、反対意見は、本件を刑法の倫理性の根本に関する問題としてとらえ、本件処罰の非倫理性を強調した。ブレンナン判事もこれに同調した。)

- (13) O. W. Holmes, *The Common Law* 48 (1881); J. Austin, *Lectures on Jurisprudence* vol. II 171 (orig. 1861, repr. 1970).
- (14) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 159.
- (15) A. von Hirsch, *Past or Future Crimes* 54-57 (1986).
- (16) D. N. Husak, *Philosophy of Criminal Law* 30-34 (1987); T. L. Price, "Faultless Mistake of Fact: Justification or Excuse?" 12 *Criminal Justice Ethics* 14 (1993). 英米法では、正当化事由と免責事由の問題は一般的に次のように論ぜられる。G. Fletcher, "The Right and the Reasonable," 98 *Harv. L. Rev.* 949 (1985); G. Fletcher, *Rethinking the Criminal Law* (1978); J. Feinberg, *Harm to Others* (1984). 本誌では、この免責事由と正当化事由の問題は、K. Greenawalt, "Distinguishing Justifications from Excuses," 49 *L. & Contemp. Prob.* 90 (1986). 免責事由の免責事由と正当化事由の問題は、M. R. Cohen, "Moral Aspects of the Criminal Law," 49 *Yale L. J.* 987 (1940); M. R. Cohen, *Law and the Social Order* (1982); H. M. Hart, "The Aims of Criminal Law," in *Readings in Criminal Justice* 1 (ed. Foster, 1969); G. Hughes, "Morals and the Criminal Law," 71 *Yale L. J.* 662 (1962); R. Wasserstrom, "Strict Liability in the Criminal Law," 12 *Stanford L. Rev.* 731 (1960).
- (17) L. Honigate, "Ignorantia Juris: A Plea for Justice," 78 *Ethics* 32 (1967); A. von Hirsch, *Doing Justice* (1976). 免責事由と正当化事由の問題は、A. von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Ch. 2 (1993).
- (18) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 160.

- (19) K. Binding, *Die Normen und ihre Ubertretung* I, 91, 92 (1872) ; G. Arzl, "The Problem of Mistake of Law," 1986 *Bingham Young U. L. Rev.* 711.
- (20) ドイツの最高裁判所は、次のような判決で等置論を返却して、主要に義務論の立場を明確にした<sup>2</sup>といわれる。2 BGHSt. 194 (1952) ; 16 BGHSt. 155 (1961)。我が国では、故意が成立するためには違法性の意識を必要としない<sup>3</sup>とするのは従来の大審院及び最高裁の判例の趨勢であるとされるが、その理由として法を知るべき義務について明言しているものは一見したところ見いだし難い。次のものは不要説に立つものであったが、文意が必ずしも明らかでない。泉二新熊「改訂刑法大要全」一四八頁(大正八年)。我が国で義務論の立場を宣明したものと<sup>4</sup>して次のものがあげられる。美濃部達吉「日本行政法上巻」三三四頁(昭和十五年)。英米の例で、義務論を指して最も説得力のある考え方であると称するものと<sup>5</sup>「次のものを参照」R. Cass, *supra* note 1, at 693. の問題として<sup>6</sup>「次のものを参照」R. Wasserstrom, "The Obligation to Obey the Law," 10 UCLA L. Rev. 780 (1963) ; A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 207-212 (1991) ; D. N. Husak, "Ignorance of Law and Duties of Citizenship," 14 *Legal Studies* 105 (1994).
- (21) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 162.
- (22) *Id.* at 163.
- (23) LaFare & Scott, *Substantive Criminal Law* I 667 (1986).
- (24) 所謂盜犯防止法の正当防衛権の規定を参照せよ。
- (25) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 162-163 ; G. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 683-691.
- (26) A. von Hirsch & N. Jareborg, "Gauging Criminal Harm : A Living-Standard Analysis," 11 *Oxford J. of Legal Studies* I (1991).
- (27) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 163-164.
- (28) *Id.* at 164.
- (29) Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 749-750.

- (30) Model Penal Code § 2.04(3).
- (31) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 166.
- (32) *Id.*
- (33) Hall, *General Principles of Criminal Law* 382-387 ; Foulgate, *supra* note 17, at 38-40.
- (34) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 167 ; Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 740.
- (35) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 168.
- (36) *Id.*
- (37) Arzt, *supra* note 19, at 725 ; C. Roxin, *Strafrecht : Allgemeiner Teil* 601-602 (1992).
- (38) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 169.
- (39) *Id.*
- (40) *Id.*
- (41) *Id.* at 169-170.
- (42) 沢登佳入、前掲論文等。
- (43) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 170.
- (44) Roxin, *supra* note 37, at 604-606.
- (45) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 170.
- (46) *Id.*
- (47) *Criminal Justice Act* 1991, S. 3(3)(a) ; A. Ashworth, *Sentencing and Criminal Justice* Ch. 5 (1992).
- (48) *German Penal Code*, § 17, 49. 我々の国の刑法三八条三項但し書中の解釈参照。
- (49) Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts* 415 (1988).
- (50) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 171.

- (51) *Id.*
- (52) *Id.*
- (53) *Id.* at 172.
- (54) *Id.* ; Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 749-755.
- (55) Husak & von Hirsch, *supra* note 5, at 173.
- (56) *Id.*
- (57) *Id.* at 174.