

◇ 論 説 ◇

責務 (Obliegenheit) と犯罪論 (1)

安 達 光 治*

目 次

はじめに

1. 違法性の錯誤と責務 (以上, 本号)
 2. 例外帰属と責務
 3. 処罰拡張事由と責務
 4. 被害者の危険引受けと責務
 5. 責務概念への批判と限界
 6. 具体的検討
- 結びにかえて

はじめに

犯罪の成否を論じる上で、義務の違反が重要な要素となることがある。たとえば、不作為犯では、作為義務の違反（および、それによりもたられる法益侵害）が可罰性を基礎づける。また、身分犯の共犯の問題においていわゆる義務犯論に依拠する見解は、身分犯の保護法益を身分者に課される特別義務と関連づけて説明する¹⁾。義務者が義務に違反しない場合、当然

* あだち・こうじ 立命館大学法学部教授

1) たとえば、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』（成文堂，2018年）307頁以下は、虚偽公文書作成罪について、「刑法は、156条によって公文書の内容の正確性を、一般的には、保護していないとみるべきであり、その「保護法益は、『公務員の真実義務で担保できる限りでの、公文書の内容の正確性』にすぎないといわざるをえない」とし、また、賄賂罪の保護法益について、「それを公務に対する公衆の信用と解するのであれば職務の不可買収性と解するのであれ、端的に『公務員の忠実義務』を担保することで保護され

ながら処罰を受けることはないし、問題となる者が義務者でない場合には、共犯として関与する場合は措くとして、義務者に対する犯罪構成要件では処罰されない。すなわち、ここでは、行為者が自らに課された義務に違反することが、犯罪成立の本質的な要件をなしている。やや誇張した言い方をすれば、まさに行為者の義務違反が処罰を基礎づけている。

ところで、私法の領域では、特定の義務の違反が直接に法的制裁に結びつくわけではないが、当該義務を履行しておくことが、法的不利益を避け、ないしは正当な利益を得るための前提となるとされる場合がある。これはとりわけ保険法の領域にみられる。保険法は、損害保険では、損害保険契約によりてん補することとされる損害の発生の可能性(危険)に関する重要な事実のうち、保険者になる者が告知を求めたものについて的事实(保険法4条)、生命保険では、保険事故の発生の可能性(危険)に関する重要な事実のうち、保険者になる者が告知を求めたものについて的事实(同法37条)、傷害疾病定額保険では、給付事由の発生の可能性に関する重要な事項のうち保険者になる者が告知を求めたものについて的事实(同法66条)を、保険者契約者や被保険者は、保険契約締結に際して保険者に対し告知しなければならないことを定める²⁾。このいわゆる告知義務に対する違反は、履行強制や損害賠償債務の発生といった法的制裁をもたらすわけではないが、保険契約者らは通常、保険契約の解除(保険法28条1項、55条1項、84条1項)や保険者の保険金支払の免責(同法31条2項1号本文、59条2項1号本文、88条2項1号本文)といった不利益を避けるために告知義務を適正に履行する³⁾。

ゝる」とし、「むしろ法益と義務は密接不可分だというべき」とする。これらは、構成的身分犯に対する身分なき共犯の処罰を、非身分者と身分者の共同での法益の攻撃からではなく、非身分者が身分者に課された特別義務の違反を誘発、促進することから説明するものである。義務犯論に関する詳細につき、J. Sánchez-Vera, *Pflichtdelikt und Beteiligung – Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999; 平山幹子『不作為犯と正犯原理』(成文堂、2005年)。

2) 山下友信『保険法(上)』(有斐閣、2018年)407頁。

3) 山下・前掲書(注2)425頁以下、440頁以下。坂口光男『保険法』(文真堂、1991年)66頁も参照。告知義務の法的性質については種々の議論があるが、ここでは立ち入らな

また、保険給付について、保険契約者や受取人等は、保険事故ないしはそれによる損害が生じたことを知ったときは、遅滞なく、保険者に対しその旨の通知を発しなければならないと定められるが(保険法14条、50条、79条)、かかる通知を怠った場合、保険契約者らは、ただ保険金の受取りの利益を喪失するだけである。たしかに、保険法は「～しなければならぬ」という形式でこれらの規範を定めるが、その違反につき保険契約者らに特別な制裁として何らかの負担を課すわけではない⁴⁾。しかし、他方、保険契約者らは、保険契約上の法的不利益を回避し、ないしは一定の法的利益を得るためには、半ば義務的に上記の事項を履行しておく必要がある。その際、違反に対する直接の制裁のないこれらの義務的存在を、厳密な意味で「義務」と呼ぶことができるかは、それ自身一つの問題である。このような義務的存在は、ドイツでは Obliegenheit (わが国では、「責務」と訳されることが多いので、本稿でもこの訳語を用いることとする。これに対し、Pflicht は、通例どおり「義務」と訳すことにする。)と呼ばれ、その法的性質に関する研究が進められてきた⁵⁾。そして、わが国でも、ドイツ保険法における Obliegenheit (責務) に関する議論について検討がなされている⁶⁾。

刑法についても、責務の概念に一定の意味を認めようとする試みがなされている。たとえば、Hruschka は、「『責務』も、あることに責任を負う者が命令ないしは禁止に拘束されることを意味しており、そのような拘束

ㄨい (詳細な論稿として、石田満「保険契約法における告知義務」『保険契約法の基本問題』(一粒社、1977年) 119頁以下等)。

4) もっとも、山下・前掲書(注2) 441頁によると、告知義務違反による保険者の免責の効果は制裁的色彩が強いとされる。

5) 著名な包括的研究として、R. Schmidt, Die Obliegenheiten – Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, 1953.

6) 石田満「保険法上の Obliegenheit について」『保険契約法の諸問題』(一粒社、1972年) 47頁以下、同「保険契約法における Obliegenheit の法的性質に関する研究序説——ドイツ法を中心として——」前掲書(注3) 61頁以下、坂口光男「保険契約法における責務の義務的性格——ドイツの学説を中心として——」法律論叢64巻1号(1991年) 59頁以下。

のために、その規範遵守の一定の——法的ないしは道徳的な——必要性が存する。そのため、義務と責務の相違は段階的なものである。この相違は差し当たり——大雑把には——、法と道徳は第一次的には——法的ないしは道徳的な——義務の履行に関心があるのに対し、責務の履行への関心は第二次的にはじめて存すると言い表すことができる。特に刑法との関連では、このことは、(法)義務の違反だけが処罰されるのに対し、責務の違反はそれ自身としては不可罰である。』⁷⁾と述べる。ここでは、責務は、義務とは段階的な相違(すなわち、ある意味で量的な相違)を有し、履行が求められつつも、その違反自身は不可罰であるとされる。とはいえ、そのような存在に、犯罪論上どのような意味を見出すことができるのか。責務の違反が、行為者の処罰やその他の犯罪論上の効果をもたらすことはあり得るのか、あるとすれば、それはどのような場合で、どのような理由づけによるのか。責務のように、私法の領域で生成発展してきた法概念が、犯罪論においても一定の意義を有するのであれば、それは刑法と私法の一つの接点を示すものとして興味深いといえる⁸⁾。また、義務とは区別された義務的存在が、行為の可罰性を基礎づけ、ないしは行為者の不可罰の結論を導くとするなら、規範的な刑法的帰属の概念分析についても一定の意義を有する。

本稿では、かかる問題関心から、犯罪論において責務とその違反が持つ意味について検討する。まず、犯罪論における責務概念の導入的問題として、違法性の錯誤を取り上げる。具体的には、行為者が自己の行為の適法性について熟慮ないしは適切な照会を怠った結果、違法性の錯誤に陥った場合である。ここでは、いわゆる「法を知る義務」が問題となるが、かかる義務に責務としての性格を見い出すことができるかについてみる(1.)。

7) J. Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode – Systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil 2. Aufl., 1988, S. 416.

8) J. P. Montiel, Obliegenheiten im Strafrecht?, ZStW 129 (2014), S. 592 ff. は、近時の刑法の私法への接近の傾向を出発点に、刑法における責務について検討している。

次いで、責務概念の犯罪論への本格的導入の試みとして、例外帰属ないしは先行責任を主張する Hruschka および Neumann の見解を取り上げる (2.)。その上で、近時の展開として、未遂や共犯といった処罰拡張事由につき、Jakobs らによる責務違反からの可罰性とその限界に関する説明について検討する (3.)。これらは、行為者の可罰性において責務概念が有する意義に関わる議論である。これに対し、被害者が自らの法益を危殆化し、ないしは危殆化状況に身を委ねる場合、被害者の自己答責性が言われることがある⁹⁾。この場合の自己答責性の根拠は、何に求めるのか。この点に関し、被害者が自己の法益を保全・保護すべき責務から説明は可能であるかについて検討する (4.)¹⁰⁾。もとより、責務の概念には、その独自の意義について懐疑的な見方もあり得るところであり、責務概念を分析しながら、最終的に単なる付随義務として義務概念の下に置く見解もある¹¹⁾。そうした事情から、責務概念に対する批判や限界についてもみておく必要がある (5.)。以上の点を踏まえた上で、犯罪論における責務の意義について、具体的検討を行う (6.)。

1. 違法性の錯誤と責務

(1) 問題の所在

責務と義務との相違は、先にみたように、その違反に対し直接に制裁が課されるか否かにある。責務の違反については、それにより法的な利益を喪失したり、不利益な立場に置かれたりすることがあるものの、それ自身に対し、制裁——ここでは刑罰——が賦課されるわけではない。つまり、責務違反そのものは処罰対象となるわけではない。このような意味での責

9) 塩谷毅『被害者の承諾と自己答責性』(法律文化社、2004年)171頁以下参照。

10) この点に言及するものとして、安達光治「被害者の危険引受け——客観的帰属論からの問題解決」刑法雑誌57巻1号(2017年)92頁。

11) Montiel, a.a.O. (Fn. 8), S. 611 f.

務が、違法性の錯誤の場合にどのような点で想定されるのが、ここでの問題である。

周知のとおり、違法性の錯誤に関しては、違法性の意識ないしはその可能性の位置づけが密接に関係している。このうち、違法性の現実の意識を故意の要素とする厳格故意説は、刑法38条3項を制定法規の不知に関する規定と解さざるを得ない点で理論的に難があり、また実際問題として、確信犯や常習犯罪者の故意犯としての処罰を説明し難いなどの問題があるといえる。そこで、違法性の意識を故意の要素としつつ、この点に過失がある者につき故意犯に準じて処罰を認める見解や、違法性の意識の可能性を故意の要素とする見解（いわゆる制限故意説）、違法性の意識の可能性を独立した責任要素とする見解（いわゆる責任説）では、行為者が自己の行為の違法性について錯誤に陥った場合に、そのことから直ちに故意ないしは故意責任の阻却を認めるのではなく、錯誤につき過失がない場合ないしは相当の理由がある場合にのみ、不処罰とする。

その際に問題となるのは、自己の行為の適法性について疑念を持ちながら、これにつき、自らの持てる知識を総動員して熟考し、ないしは適切な人物ないしは機関に照会することによってかかる疑念を払拭することなしに、違法な行為に出してしまった場合の過失ないしは相当の理由の有無に関する判断である。また、自己の行為に関係する法規範に対しあまりに無頓着であったため、そもそも疑念を持ち得なかった結果、特に照会等をしなかった場合も考えられる。このような熟考や照会を通じて自己の行為の違法性を認識する義務、すなわち「法を知る義務」は、違法性の錯誤に陥ったまま行為に出た行為者の有責性と、それによる可罰性の判断に影響を持ち得るのか。あるいは逆に、そもそも「法を知る義務」など認めるべきではないかが問題となる。この議論は、次にみる連邦通常裁判所の判例を機縁とする。

(2) 法を知る義務？

違法性の錯誤をめぐる、戦後当初のドイツの判例は判断が分かっていたが、これにつき責任説に立つことを明確にしたのが、連邦通常裁判所1952年3月18日刑事大法廷決定 (BGHSt 2, 194) である。そして、本決定は責任説を基礎づけるに際し、行為者には「法を知る義務」があることを前提としたものといえる。本決定の重要性に鑑み、事案の概要を含めてやや詳細に紹介することにする。

本決定は、次のような事案に関するものである。弁護士である被告人は、W女に対する複数の公判期日が見込まれる刑事事件において弁護を引き受けたが、報酬についての取り決めはしていなかった。第1回公判期日には、弁護士Bが、別の案件で忙しい被告人に代わって出廷した。彼はそのことをW女に事前に伝えていた。第1回公判終了後、被告人はW女に対し、応じなければこれ以上弁護を続けないと脅迫して、同日中または翌朝8時半までに50マルクを支払うよう要求した。この脅迫を受けて、彼女は金を工面した。彼女が翌朝に被告人の事務所で支払いをした際、被告人は同様の脅迫をもって、400マルクを超える報酬契約書 (Honorarschein) に署名することを強要した。本件において、地方裁判所 (LG) は、被告人を2つの事実について強要罪により有罪としたが、その理由中で、「被告人がこのような措置についてW女に対し権利を有すると確信していたとすれば、それは、事実的な関連につき全範囲において被告人に知られていた自己の行為態様の評価 (Wertung) と判断 (Bewertung) に関連する、顧慮に値しない刑法に関する錯誤である」と述べられていた¹²⁾。

本件では、BGH 第2刑事部から、次のような問題につき大法廷に回付された。すなわち、「1. 刑法 (旧) 240条において、240条2項の事実の認識だけでなく、その所為が違法であるという意識も責任に属するのか？

12) 本件について、福田平『違法性の錯誤』(有斐閣, 1960年) 111頁以下、松原久利『違法性の意識の可能性』(成文堂, 1992年) 49頁以下、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣, 1999年) 331頁以下も参照。

2. 1.の問いが肯定されるとして、行為者に(1.で示した意味における)違法性の意識が欠けるが、それが過失に基づく場合でも、行為者は240条について有責に行為しているのか?」という2つの問いである。前者の問いについて、まず、強要構成要件の異常な拡大に直面する裁判官の任務に鑑み、立法者は240条2項において強要行為の違法性を要件としたことから、この違法性のメルクマールは、故意と関連付けられなければならない構成要件のメルクマールには属さず、むしろ構成要件の外側であってこれを価値づける一般的な犯罪メルクマールであるとする¹³⁾。そして、このような違法性に関する錯誤は禁止の錯誤であり、第2刑事部が提起する、240条において構成要件の認識のほかに違法性の意識も必要なのか、それともその意識の可能性が必要なのかという問題は、同条において禁止の錯誤が行為者をまったく免責するのか、それともそれが責任のない(unverschuldet)場合にのみ免責するのかという問いを含んでいると評価する¹⁴⁾。ここで、刑法に関する錯誤は故意を阻却しないのに対し、刑法外の法的錯誤については故意を阻却するというライヒ裁判所(RG)によって示されていた考え方に従うと、刑法240条の強要罪の場合、刑法外の法的錯誤の形態での禁止の錯誤は、刑法以外に規定された正当化事由の法的限界に関する誤認に限られる。そのような稀な例外を除いて、強要の違法性の意識およびそのような意識の可能性は、可罰性ないしは責任にとって必要ないことになる¹⁵⁾。

しかしながら、BGHは、刑法に関する錯誤は可罰性を阻却しないというRGが強固に維持してきた命題につき、それは、過失のない禁止の錯誤の場合に、行為者に対し責任非難を向けることができないにもかかわらず処罰し、そのために刑罰は責任を前提とするという抵触することの許されない原則に違反することとなるとして、消極的に解する。

13) BGHSt 2, 196.

14) BGHSt 2, 197.

15) BGHSt 2, 198 f.

禁止の錯誤の場合にも、行為者は不法に反対した決断を行うことができない状況にあるが、あらゆる禁止の錯誤が責任非難を排除するわけではなく、知識の欠如は一定程度まで除去可能であるとする。すなわち、「人間は、自由で道徳的な自己決定を企図するが故に、法共同体の一員として適法に振舞い、不法を避けるよう、責任ある決断が常に呼びかけられてもいる。人間は、ただ自らの眼前にある不法なことを行わないというだけでは、この義務を満足したことにはならない。むしろ、自ら行おうとするこのすべてに際して、それが法的当為の命題に合致するかを意識しなければならない。熟考または照会によって疑念を除去しなければならない。それには、良心の緊張が必要であり、その程度は、事案の諸事情や個々人の生活領域・職業領域に応じて決まる。それらに応じてその者に期待される良心の緊張にもかわらず、自己の行いの不法性に対する洞察を得ることができなくなった場合、錯誤は克服できないものであって、所為は彼にとって回避不可能である。この場合、責任非難を彼に向けることはできない。これに対し、適切な良心の緊張があれば行為者は自己の行いの不法性を認識し得たという場合には、禁止の錯誤は責任を阻却しない。しかし、行為者が適切な良心の緊張を欠いていた程度に応じて、責任非難は減じられる。」¹⁶⁾

以上のような説示において、BGH は、行為者は自己の行為の不法を意識すべきであるとの包括的な法的義務があることが肯定され、禁止の錯誤に基づく行為の責任非難の根拠をかかざる義務違反に求めた上で、違法性の意識の可能性を、適切な良心の緊張によって自己の行為の不法の認識できたかによって判断するとの構造を示している¹⁷⁾。さらに、不法を意識する義務の履行の前提として、自己の行為が不法なものであるか否かにつき疑念がある場合には、熟考ないしは適切な人物又は機関への照会によって、これを払拭すべき義務があるとも述べられている¹⁸⁾。問題は、このような

16) BGHSt 2, 201 f.

17) 松原・前掲書 (注12) 49頁参照。

18) 疑念が払拭されなかった場合、未必的なものであれ、自己の行為の違法性の意識は

法／不法を認識する義務、ないしはそれに関する熟考・照会の義務が、行為に対する責任非難とそれに基づく行為者の可罰性を基礎づけるものとして認められるか否かである。その際に、熟考・照会の義務がいかなる役割を果たすかについて、検討される必要があるのである。それは、「法を知る義務」の前提をなすものである。

(3) 不法を認識する前提としての熟考・照会義務の性質

このような義務の性質に関し、Horn は、本決定の説示につき、具体的行為の不法を「意識する義務」ないしは「認識の義務」が存在するものとして、次のようにその内容を分析する。「ここでは、個々人は〔自己の行為の不法を〕認識することを厳密な意味で義務づけているのではなく、ただ可能な認識が欠けている場合に『無価値なもの』として『否認さ』れ、『債務者』としての責任を負わねばならないという考え方が、時に説得的に思える（これは民法254条の意味でのある種の『債権者「責務」』（Gläubigerobligation）の考え方とそれほどかけ離れていない。）」〔 〕は引用者挿入）ところが、彼はそれに続けて、「そのような単なる責務と『真正な』義務とを区別することは、義務違反の効果が責務の不履行のそれとは区別されないことを想起するならば、疑わしいものとなるであろう」¹⁹⁾と述べて、結局のところ、効果の点からみて、責務と義務に相違はないものとする²⁰⁾。ともあれ、犯罪論において、私法上の責務概念を引き合いに出したという点で先駆的な意義は認められるであろう。

もっとも、この熟考・照会の義務を責任非難の根拠とすることについて、我が国でも、違法性の意識を欠いたことにつき過失がある場合に故意犯に準じて処罰を認めるとする見解においては、肯定的な見方が示され

↘残ったままである。それにもかかわらず行為に出た場合の責任阻却の有無については、ここでは立ち入らない（議論の詳細について、高山・前掲書（注12）365頁以下参照）。

19) E. Horn, Verbotssirrtum und Vorwerfbarkeit – Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie, 1969, S. 61.

20) Vgl. auch Montiel, a.a.O. (Fn. 8), S. 595 (Fn. 15).

る²¹⁾。これに対し、批判的な見解も有力である。とりわけ、事前の調査・照会義務に対しては、禁止の錯誤における責任の問題として行為責任から実質的に基礎づけることは困難であり²²⁾、構成要件該当性や違法性ではなく、責任の段階において、外部的に「何かをする義務」を問題にしなければならないのか疑問とされる²³⁾。そもそも、「法を知る義務」からして、違法性の錯誤を避けるにあたっての国家の追うべき負担という観点から、「国民が『法を知る義務』を負うのではなく、寧ろ、国家の側こそが、国民に特に『良心を緊張させる』までもなく違法性を知り得るよう、法命題の周知を図る責務を負っているとは言えまいか。』²⁴⁾との指摘もなされている。

たしかに、個別行為責任の原則に立脚し、行為時の行為者の事情を責任非難の基礎とするという前提に立ちつつ、事前に自己の行為の適法性についての適切な調査・照会を怠っていたという、行為以前の事情を責任非難の直接の対象とすることは、原則と相容れないようにも見える。他方で、適宜の調査・照会が行為者にとって可能であったにもかかわらず、適法性に対する疑念の払拭を面倒くさがり、あるいは自己の行為に関係する法規範への無関心から、かかる対応を怠ったために、違法性が認識できなかった者を寛大に取り扱うことについては、消極に解されよう。「法に従った動機づけ」をなし得るだけの材料が行為者に与えられていたにもかかわらず

21) 佐伯千仞『刑法講義(総論)』(有斐閣, 1968年) 278頁は、「殊に、国民は少なくとも自分の身分・地位・職業などに応じて自分の日常生活に密接な関係のある規範はこれを知るように努めなければならぬという共同生活の要請がある」とする。中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』(成文堂, 1997年) 42頁も、国民には法を知る義務が強く課せられているとの前提から、同様の立場をとる。

22) 石井徹哉「責任判断としての違法性の意識の可能性」早稲田法学会誌44巻(1994年) 55頁。

23) 高山・前掲書(注12) 337頁。ここでも、個別行為責任の原則からは、行為者は行為より遡って法律を調査する義務はないとされる。松原・前掲書(注12) 50頁も、責任非難は行為時に関係づけられていなければならない、行為者が行為の適法・違法について検討を怠ったというだけでは、直ちに責任を基礎づけることはできないとする。

24) 一原亜貴子「違法性の錯誤と負担の分配(一)」関西大学法学論集53巻6号(2004年) 122頁以下。

ず²⁵⁾、行為者が現実には理性をはたかせなかったために、違法性の認識に至らなかったとしても、それは免責の根拠にはならないはずである。すなわち、『自己の知的能力を用いない自由』は、刑法的な保護の範囲に入らない²⁶⁾とあってよい。そうだとするならば、逆に、疑念が生じる(ないしは生じ得る)場合に理性を働かせて、自己の為そうとすることの法的評価につき情報を収集する措置については、それを怠ることが直接の処罰対象となるわけでもなくとも、それを履行しておくことは、少なくとも行為に出た場合の否定的評価を避ける事情となり得るのではないだろうか。ここに、事前の調査・照会措置の——義務ではなく——責務としての性格を見出すことができる。これに対し、自由社会では、国家の側は、法を国民に周知徹底させる努力をしなければならない²⁷⁾。つまり、法規範の国民への周知徹底は、国家の責務である²⁸⁾。それゆえ、「国家の側の事情と行為者の側の事情」とは「いわば緊張関係」²⁹⁾にあるのであり、行為者の責務はこうした関係の中で把握されるべきである。

問題は、かかる責務を犯罪の実行行為とどのように関係づけるかにあると思われる。予め情報収集の責務を履行していることが、違法性の錯誤による免責を認めるための前提となるのか(この場合、個別行為の責任との調和も問題となる)。逆に、責務に違反した状況で行為に出たことを根拠として、責務違反につき、結果が帰属されることになるのか。後者の立場に関しては、先行責任ないしは例外帰属の枠組みが基礎にあるといえる³⁰⁾。それゆえ、次章において、他の論点も含めた上でこの枠組みについて概観することで、後の検討につなげたい。

25) 高山・前掲書(注12)328頁。

26) 高山・前掲書(注12)343頁。

27) 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』(有斐閣, 1975年)268頁。

28) 一原・前掲(注24)論文は、ここから、違法性の意識を両者の負担分配の問題と捉える。

29) 平野・前掲書(注27)268頁。

30) 石井・前掲(注22)63頁以下参照。