

《論 説》

「文化的背景に由来する抗弁」に関する一考察

清 水 真

序

- 一 アメリカ合衆国における「文化的背景に由来する抗弁」をめぐる状況
 - 二 我が国の刑事実体法との関連
 - 三 我が国の刑事訴訟法との関連
- 終わりに

序

「法の不知は許されない (ignorantia juris non excusatur)」という法原則は、大陸法においても英米法においても広く採用されている¹⁾。とはいえ、自己の行為は許されると行為者が誤信するに相当な理由があった場合については、反対動機の形成可能性がなかったのではないかという観点から、罪責を問うことの是非をめぐって議論が分かれ得るところである。違法性の錯誤を生じたことに相当性があるとされる典型例としては、「当該行為は適法である」旨の所管官庁による回答、あるいは弁護士の助言等を信じたために行為者が自己の行為を適法と信じたものの、裁判所の法律判断が異なっていた場合が論じられてきた²⁾。

1) 英米法に関して木村光江『主観的犯罪要素の研究 英米法と日本法』(平成4年・東京大学出版会)79頁等、ドイツ法に関して高山佳奈子『故意と違法性の意識』(平成11年・有斐閣)331頁以下等、フランス法に関して只木誠「フランスにおける違法性の錯誤」獨協35号91頁以下等参照。

2) この点に関して、清水真「事前法令照会制度と経済刑法犯における違法性の錯誤」東亜8号3頁以下、及びそこに掲記の文献を参照。

他方で、我が国とは文化的背景が全く異なるために、およそ違法性の意識を持たず、むしろ自己の行為を適法であると確信して行為した外国人等の責任については、講壇事例としては議論されてきたものの、些か現実味の薄い命題であると受け止められてきた面がある。とはいえ、来日外国人は年々増加の一途を辿っているだけでなく、かつてのように我が国社会の価値観・文化を一応把握してから我が国における就学・就労を目指す者ばかりではなくなっていること、我が国の社会規範に対して十分に敬意を払い周到に振舞う者ばかりではなくなってきたこと等を看過すべきではなからう。

そこで本稿では、既に「文化的背景に由来する違法性の錯誤」が問題となつて久しい米国の法状況を検討し、次いで、我が国の法解釈・運用上、「文化的背景に由来する違法性の錯誤」を如何に扱うべきかを検討したい。特に、これまで論じられて来なかった訴訟法上の問題点をも交えて検討したい。

尚、実体法上の問題に関する詳細な研究としては、奈良俊夫教授による先駆的研究が既に出されており、本稿の第一章及び第二章についてもこれらの論文に大きく依存していることを付言する³⁾。

一 アメリカ合衆国における「文化的背景に由来する抗弁」をめぐ る状況

アメリカ合衆国は移民によって成り立つ多民族・多宗教国家であるとは言われるものの、植民地時代からアメリカ社会建設の主たる担い手であったイングランド出身のプロテスタント系移民の価値観・倫理観がアメリカ社会を代表する価値観・倫理観とされてゆき、刑事法制にもそれが反映してきた⁴⁾。その顕

3) 以下の諸論文を参照。奈良俊夫「外国人の刑事責任と違法性の意識」研修568号3頁以下、同『「カルチャー・ギャップ」と刑事責任—“Cultural Defense”の検討(1)(2)』獨協34号101頁以下・38号65頁以下、同『アメリカ刑法における『抗弁』法理の動向(1)』比較法雑誌29巻1号223頁以下、同『刑事責任論の新断面』『西原春夫先生古稀記念論文集第二巻』(成文堂・平成10年)263頁以下等がある。

4) 独立革命後に実施された第一回の国勢調査によれば、イングランド系住民が59.7%を占めていたのに対して、ドイツ系が8.9%、オランダ系が3.1%、フランス系が2.1%、スカンジナビア系が0.3%で、他はスコットランド系・ウェールズ系・アイルランド系であった。

See, Tomas L.Purvis, The European Ancestry of the United States Population, 1790.

著な例として、禁酒法の名で知られたアメリカ合衆国憲法第18修正は、アメリカ社会に溶け込めずに酒に溺れる傾向のあった第二次移民を墮落から守ろうというプロテスタント的倫理観に由来するとも言われる⁵⁾。その他、今は「死文化」しているとはいえ、多くのカウンティの条例で日曜日閉店条項が定められていたこと等も、このような傾向を物語っているといえよう。とはいえ、ヨーロッパからの移民が大半を占めていた当時は、共通の文化的基盤があったアメリカ合衆国への移民は、概ね、異なる文化的背景に由来する社会規範に戸惑いながらも必死にアメリカ合衆国の社会規範に順応しようとしていたのである⁶⁾。

ところが、1970年代以降は状況が一変する。1965年に新移民法（いわゆるジョーンソン移民法）⁷⁾が制定されたために1924年移民法による移民制限が大幅に緩和されたこと、インドシナ半島諸国における相次ぐ共産主義政権の誕生により大量の政治難民がアメリカ合衆国にも流入したこと等が主たる原因であると指摘されている⁸⁾。また、近年のヒスパニック系移民に顕著であると言われていたが、英語の習得にすら不熱心でアメリカ社会に溶け込もうとはせずに独自の言語文化圏を形成する傾向が見られる等⁹⁾、アメリカ社会における伝統的

5) その他に、第一次世界大戦に伴う国民精神の総動員、醸造業者に多かったドイツ系移民への経済的締め付け、酒場が地方政治腐敗の舞台となりがちであったこと等種々の要因があったといわれる。齋藤真『アメリカ現代史』（昭和51年・山川出版社）97～98頁。

6) 日系移民のアメリカ社会規範への順応に関して、藤本哲也「在米日本人の犯罪」犯罪と非行29号116頁、同「アメリカにおける社会学的犯罪理論に関する一考察」比較法雑誌10巻1号1頁等参照。See also, T.Sellin, CULTURE CONFLICT AND CRIME 73,106 (1938)。

南欧系・東欧系や中国系移民はそれ以前の移民に比してアメリカ社会に順応しにくい傾向が見られたものの、後述するような1970年代以降の移民・難民に比較すればアメリカ社会への順応度は高いようである。

7) Act of Oct.3, 1965, Pub.L.No.89-236, 79Stat. 911.

8) Symposium: Critical Race Theory, 82 CALIF.L.Rev. 1053 (1994).

9) イ・ヨンスク「『国語』と言語的公共性」三浦信孝・糟谷啓介編『言語帝国主義とは何か』（平成12年・藤原書店）344頁、飯野正子「移民」高村宏子他編『アメリカ合衆国とは何か』（平成11年・雄山閣出版）106頁。

価値感を共有しない人々がその出身文化圏における行動様式・社会規範を維持したがために、自己の行為がアメリカ合衆国における連邦又は州の法秩序に照らして違法であることを認識することなく訴追される事例が増え始めた。

このような事例に関して議論されるようになったのが、「文化的背景に由来する抗弁 (cultural defense)」の是非であった¹⁰⁾。すなわち、文化的背景の差異があったが故に自己の行為が違法であることを認識し得なかった者に対しては、道義的非難を加えることは公正とはいえないのではないかという疑問が提示されたのである¹¹⁾。また、文化的多様性を持っていることが自由主義の真髄であるという見方が伝統的にあったため¹²⁾、文化的背景に由来する法の不知又は誤解に関して罪責を問うことは、少数者の価値観・文化を支配的影響力を有する多数者の価値観・文化に照らして否定することにつながる虞があり、多数の移民を受容しつつ発展するというアメリカ社会の健全性に反するのではないかという疑問も出された¹³⁾。そこで、行為者が自身の属する集団の文化的伝統に従った行為であると認められる場合には、犯罪不成立又は刑の減免事由とすべきであるという主張がなされるに至ったのである¹⁴⁾。

とはいえ、文化的背景に由来する抗弁を認めた場合にも、①不貞妻や婚前交渉によって家名を汚した娘の殺害・略奪婚・幼児への割礼や入れ墨等に見られ

10) Note, The Cultural Defense in Criminal Law, 99 HARV. L. REV. 1293, 1303—1304 (1986).

11) そもそも英米刑事法では、行為者に自己の行為の法令適合性を知り得る公正な機会があった場合にのみ、非難することが可能であると伝統的に説かれてきた。

See, H.L.A.Hart, PUNISHMENT AND RESPONSIBILITY pp 180—183 (1968); Bazelon, The Morality of the Criminal Law, 49 S. CALIF.L.Rev. 385, 386—387 (1976); A.T.Lam, Culture As a Defense: Preventing Judicial Bias Against Asians and Pacific Islanders, 1 ASIANS. AM. & PAC. ISLANDS L.J. 49, 67—68 (1986).

12) E.g., J.S.Mill, Endowments, in ESSAYS ON ECONOMICS AND SOCIETY at 617 (J.Robson ed. 1967); J.Hall, LAW, SOCIAL SCIENCE AND CRIMINAL THEORY at 76 (1982).

13) Note, *supra* note 10, at 1303—1304.

14) J.P.Sams, The Availability of the Cultural Defense as an Excuse for Criminal Behavior, 13 Ga.J.Int'l & Comp.L.Rev. 311, at 335 (1986).

るような刑法規範と出身部族の社会規範との衝突、②祭礼や治療目的での麻薬使用・自動二輪車の無免許運転等に見られるような法の不知、③自殺するに際して幼児を残すことを不憫に感じた母親や婚外子を蔑視する郷里の風習を慮った母親による母子心中の未遂に見られるように違法性があることは前提としつつも違法性の強さや宥恕されるべき度合いに関する感覚の差異等、多様な類型が考えられるところである¹⁵⁾。

「文化的背景に由来する抗弁」については、アメリカ合衆国においても目下、消極説の方が大勢を占めているようである。例えば、訴訟手続において「文化的背景に由来する抗弁」を主張し得る行為者の範疇を画する上での明確な基準が欠けており、実体法上の抗弁として用いることが困難である点が指摘されている¹⁶⁾。また、行為者が自己の価値観に従って行動することに寛容であることによって、既存の法規範は尊重されなくなるため、社会秩序が混乱し、法益の保護が危機に瀕する虞がある点も指摘されている¹⁷⁾。裁判例の中にも同様な観点から「文化的背景に由来する抗弁」を認めない旨判示したものが散見される¹⁸⁾。この他にも、「文化的背景に由来する抗弁」を認めて犯罪不成立ないし刑の減免をすることは、家庭の中で弱い立場にある妻、娘あるいは幼児の尊厳に対する侵害行為を結果的に是認することにつながるのではないかという観点からの批判、社会構成員の中の特定の集団に対してのみ「法の不知」「法の誤解」を寛容に扱うのであれば、合衆国憲法第14修正の平等保障条項に違反することになるという見地からの批判等が展開されている¹⁹⁾。

他方で、「文化的背景に由来する抗弁」の導入を支持する立場からは、①行為者が当該事件迄に滞在した時間と環境、②行為者の年齢・教育程度、③行為者の文化に属する集団の規模、④同種行為再発の蓋然性、⑤犯罪の重大性等の要

15) 奈良・前掲注3)「刑事責任論の新断面」272～273頁。

16) D.C.Chiu, The Cultural Defense, 82 CALIF.L.Rev. 1053 (1994); Sams, *supra* note 11, at 311.

17) See, A Symposium on The Death Penalty, 23 Hofsta L.Rev. 627 (1995).

18) E.g., United States v. Moylan, 417 F.2d 1002, 1009 (4th Cir. 1969).

19) 詳しくは、奈良・前掲注3)「刑事責任論の新断面」275頁を参照。

素を考慮することで、この抗弁が実務上導入可能となる旨主張されている²⁰⁾。

上述の要素の内、①については、確かに行為者がアメリカ合衆国に滞在した期間の長短やいかなる環境の下で生活してきたかという点はアメリカ社会への同化を推し量る要素にはなり得よう。しかし、そこに個人差が介在することは否定しようがない。この点で②の要素が同化の度を測る要素とはなり得るものの、刑事裁判、就中、陪審審理においても採用することが可能な程度に明確性を持ち得るとは言い難い。公判裁判官が「文化的背景に由来する抗弁」の内容と判断基準を説示をすることによっても、陪審員に適切且つ明確な基準を提供することは決して容易ではないであろう。また、犯罪成立要件の有無を判断するにあたって③④⑤のような点を考慮することには疑問が残る。このような事情のためであろうかアメリカ合衆国の裁判実務においては、犯罪の成立を否定する判断を下すに際して「文化的背景に由来する抗弁」を採用したと思われる例が見られないのである²¹⁾。また、1970年代から90年代にかけて「文化的背景に由来する抗弁」は移民・駐在員家族の事件がある度に法律専門誌にしばしば取り上げられたものの、正当防衛や心神喪失に匹敵するような抗弁として採用すべきだという主張は、未だ多くの支持を集めるには至っていないのである。

二 我が国の刑事実体法との関連

コモン・ローの伝統に基づいて形成されてきた英米刑事実体法は、我が国の刑事実体法の原型であるドイツ刑法とは異なる構造を採っている。すなわち、犯罪の客観的要素 (actus reus) と主観的要素 (mens rea) の双方が具備されて

20) Sams, *supra* note 14, at 353.

21) 刑の減輕については別論である。夫の不倫に悩んだ日本人駐在員の妻が自殺を図るに際して幼児を残すことを不憫に感じたという親子心中未遂事件において、刑の減輕に関してこの点が考慮されたのではないかと推測する文献として、奈良・前掲注3)「刑事責任論の新断面」269頁がある。

See also, M-M. Shebani, Cultural Defense: One Person'S Culture Is Another's Crime, 9 Loy.L.A. Int'l & Comp.L.J. 751, at 760-779 (1987).

いる行為については犯罪が成立するものの、心神喪失・正当防衛等の抗弁(defense)が認められれば有罪判決を下し得なくなるのである²²⁾。

仮に「文化的背景に由来する抗弁」を日本法に置き換えた場合には、法律の錯誤と構成した上で法の不知・誤解に相当な理由があった場合として処理することになる²³⁾。

我が国の刑法38条3項本文においても、アメリカ合衆国各法域の刑事実体法同様に法の不知又は誤解は責任阻却事由とはされていない。従って厳格故意説を採用しない限りは、文化的背景の故に生じた法の不知又は誤解の結果として法益侵害行為がなされた場合に行為者が罪責を免れる余地はない²⁴⁾。

もっとも、同項但書は情状による任意的な刑の減輕を定めていることから、我が国の現行刑法の解釈・適用上、「文化的背景に由来する抗弁」を検討することに実益があるといえよう。また改正刑法草案21条2項では、「自己の行為が法律上許されないものであることを知らないで犯した者は、そのことについて相当の理由があるときは、これを罰しない」となっていることから、将来的には立法論・解釈論双方にとって重要な意味を持ってくる可能性もある。取り分け、序においても触れたように、我が国の社会規範をわきまえていない来日外国人が増加する一方である状況の中で、違法性の意識の可能性すら欠く者に対して刑事制裁を科すことの正当性については検討する余地もあるのかも知れない。

とはいえ、たとえ短期的であるにせよ、異なる文化圏において生活を送る者には、滞在先の文化圏における社会規範に対して十分に敬意を払って周到な振

22) 奈良・前掲注3)「アメリカ法における『抗弁』法理の動向」238頁、木村・前掲注1)166頁等参照。

See also, K.Greenwalt, The Perplexing Borders of Justification and Excuse, 84 COLUM.L.Rev. 1897 (1984).

23) 奈良・前掲注3)「刑事責任論の新断面」276~282頁。

24) この点、厳格故意説を採用されるべき旨説かれる奈良教授の御見解では、文化的背景の故の法の不知又は誤解について犯罪不成立という結論が導かれ、現行法の解釈・適用上も極めて重要な論点となり得ることになる。奈良・前掲注3)「刑事責任論の新断面」282頁。

る舞いをすべき義務があるとはいえないであろうか。個の尊重、文化的多様性に対する理解は確かに自由社会において重要である。しかしそれ以上に、共同体における相互敬讓、特にその一要素である社会規範の尊重が平穩な共存にとって不可欠であることは否定する余地がない筈である²⁵⁾。

ところでアメリカ合衆国では連邦法域においても州法域においても、自己のなさんとする行為の適法性に不安を感じた者が所轄官庁に照会した結果、適法である旨の回答を信じてこれに従った場合には、たとえ当該行為が現実には違法であったとしても法律の誤解を生じたことには相当な理由があるとの理由で、行為者の罪責を否定した裁判例が散見される²⁶⁾。また、ALIの模範刑典並びに多くの州法域の刑事法によれば、当該法令の解釈・運用・執行につき責任を有する公務員又は公的機関による公式の法律解釈を信頼した場合には、相当の理由に基づく法の不知又は誤解であるとして抗弁になり得る²⁷⁾。法の不知又は誤解に関して、「文化的背景に由来する抗弁」が認められにくいこととの差異は何処にあるのであろうか。思うに、適法性に関する照会に対する責任官庁からの誤った回答を信じたために行為者が違法行為を犯したという事案においては、行為者には法秩序を尊重して慎重に自己の行為の適法性を調査したという姿勢が窺われる。すなわち、当該行為の適法性に関して私人として可能な限り調査を尽くしたものといえる。これに対して文化的背景に由来する法の不知又は誤解が生じたという事案においては、行為者が滞在先の法秩序に対す

25) 渥美東洋『複雑社会で法をどう活かすか～相互尊敬と心の平穩の回復に向かって～』(平成10年・立花書房) 478～480頁。

26) E.g., *State v. White*, 237 Mo.208, 140S.W. 896 (1911); *State v. Ferguson*, 134 Cal. App. 41, 24P. 2d 965 (1933); *Commonwealth v. Olshefski*, 64Pa. D.&C. 343 (1948); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 559 (1965); *United States v. Barker*, 546 F.2d 940 (D.C. Cir 1976); *State v. Sheedy*, 125 N.H. 108, 480 A. 2d 887 (1984)

尚、詳しくは清水・前掲注2) 11頁、木村・前掲注1) 93～97頁等参照。

27) Model Penal Code §2.04(3)(b).

See also, Colo. §53a-6(b); Haw. §§702—220; Ky. §501. 070 (3); Met. tit. 17—A, §52(4)(B); N.H. §626: 3; N.J. §2C: 2—4 (c); N.Y. §15. 20 (2); N.D. §12.1—05—09; Mass. (p) ch. 263, §19 (d)(2); Mich. (p) S.B. 82 §327 (2); Vt. (p) §1.2.3 (2)(B); W.Va. (a) §61—2—7 (c).

る尊重の念が不足しているからこそ、自己の出身文化圏と滞在先との法規範の差異に気付かず、滞在先の法秩序を害する結果を招いたものといえるのである。滞在先の異文化圏において自己のなさんとする行為が適法視されるものか否か、行為者自身が慎重に調査をした結果、誤った回答・助言を得たのであれば別論として、単に文化的背景の故の法の不知又は誤解があったに過ぎないという場合には、その罪責を免れないと考えるべきであろう。

従って、我が国の刑事実体法の解釈・運用においても、文化的背景に由来する法の不知又は誤解があった事案は、あくまでも情状による刑の任意的減輕事由という限度で考慮すべきものとする。仮に罪責そのものに影響を及ぼす場合があるとすれば、奈良教授が指摘されるように被害者自身も行為者と同一文化圏の出身者である事例（成人間の略奪婚等）において、被害者の同意・承諾があった、あるいは推定的同意・承諾があったものと行為者が誤解したという形での「事実の錯誤」の問題がこれに当たるものといえよう²⁸⁾。この場合ならば、刑法38条1項本文にいう「罪を犯す意思がない行為」として阻却事由となる。しかし厳格故意説を採用しない限り、このような場合以外には行為者の罪責を否定する余地はないものと考えられる。さもなくば、滞在先の文化圏である我が国の法秩序に対して敬意を払わなかった者が軽率に我が国の法規範を侵害した行為が結果的には不可罰になるという不条理が生じてしまうからである。第一章において触れたように、アメリカ合衆国において「文化的背景に由来する抗弁」を導入することに積極的な論者は、滞在期間の長短（併せて恐らくは滞在の目的）・滞在の環境（態様）・行為者の教育水準等を総合的に考慮すべき旨提言している。しかし、いかに一時滞在の目的であろうとも、あるいは難民としてやむを得ずに入国・滞在している場合であろうとも、滞在先の文化圏である我が国の法秩序に対して敬意を払わず、慎重さを欠く振る舞いの故に惹起された法益侵害に対してまでも我が国の法秩序が寛容であらねばならない理由は見出し得ない筈である。

また、仮にアメリカ合衆国における「文化的背景に由来する抗弁」の導入に

28) 奈良・前掲注3)「刑事責任論の新断面」272～273頁。

積極的な提言を受け入れるとした場合、滞在期間がどの位に及べば、あるいは入国・滞在目的が如何なるものであれば「文化的背景に由来する抗弁」が認められなくなるのか線引きすることは極めて難しい。専門家である裁判官のみが事実認定・法律解釈・量刑を行っている現行の裁判実務ならばともかく、今後、一般市民の中から選ばれた裁判員が第一審の審理に参加するという制度が導入される可能性が高いが、そのような事態となれば猶一層、判断基準の一義的明確性に欠ける「文化的背景に由来する」法の不知又は誤解を「相当な理由」のある法律の錯誤であるとして、犯罪の成立を阻却する事由として扱うのであれば、裁判実務に大きな混乱をもたらす危険性も否定し得ないのである。

結論として、(改正刑法草案21条2項も含めた意味で)我が国の刑事実体法の解釈論としては、文化的背景に由来する法律の錯誤を理由に行爲者の罪責を否定することはできず、刑の任意的減輕情状の限度で考慮できるに過ぎないものと考えている。

三 我が国の刑事訴訟法との関連

次に、仮に文化的背景に由来する法の不知又は誤解による法益侵害は行為者の罪責を否定する事由となるという結論を採用した場合、訴訟法上はいかなる問題が生じるのかを検討してみたい。

第二次世界大戦後もドイツ刑法の強い影響下にある刑事実体法とは異なり、我が国の刑事訴訟法は戦後、アメリカ法の強い影響を受けるに至った。その結果、無罪仮定 (presumption of innocence) 原則が採用された。すなわち、①犯罪成立要件の存在は全て専ら検察官が主張・立証責任を負い、②被告人には罪責立証への協力義務がないことは勿論、自ら積極的に反論・反証しなかったからといってそれだけで何ら不利益とはならないのである²⁹⁾。そして検察官は犯罪成立要件を合理的疑いを容れない程度に証明すべき義務を負うのである³⁰⁾。

29) 瀧美東洋『刑事訴訟法』(新版補訂・平成13年・有斐閣) 219～221頁・同321～322頁、安富潔『やさしい刑事訴訟法』(第4版・平成13年・法学書院) 180頁等。

30) *In re Winship*, 397 U.S. 358 (1969).

勿論、犯罪成立要件の全てを検察官が立証しなければならないとするとその負担は極めて重くなる。特に、我が国の刑事実体法という阻却事由や英米刑事実体法にいう抗弁に関して、被告人が主張すらしていない場合であっても、その阻却事由（又は英米刑事法上の抗弁）の不存在を検察官が主張・立証しなければならないとすれば、審理は徒に長期化し、検察官の負担が過大となる。このような観点から、阻却事由が存在することに関する主張責任・証拠提出責任（一応の証明をすべき責任）を被告人が果たした場合に限って当該阻却事由の存否は初めて争点として顕在化し、それによって初めて検察官に当該阻却事由の不存在を証明すべき義務が生じることになる³¹⁾。そもそも被告人が主張すらしていない阻却事由は争点にすらなっていないし、阻却事由の濫用を防ぐ意味からも一応の証拠を被告人が示した場合に限って争点として顕在化させることには合理性があるといえるからである。

アメリカ合衆国において「文化的背景に由来する抗弁」を導入すべき旨説く論者は、これを affirmative defense であると位置付ける³²⁾。affirmative defense の主張・証明責任の所在と証明量に関しては当該抗弁の種別によって異なり³³⁾、被告人が証明の優越の程度まで証明すべき責任を負うとされるものもある³⁴⁾。しかし、我が国の刑事実体法のように阻却事由が存在すれば犯罪そのものは不成立なのであるという構成を採るならば、被告人に証明責任を負わせることは無罪仮定原則に違反し許されないものと考えざるを得ない。勿論、その場合であっても被告人は主張責任・証拠提出責任を負うことになる。しかし、被告人が我が国の法規範を知らず、また、想像すら不可能である程に価値観の異なる文化圏の出身であること、それ故に法の不知又は誤解が生じたことについて僅かに主張責任及び証拠提出責任を負うにとどまり、それによって一度争点が形成された後は検察官が当該阻却事由の不存在を合理的疑いを容れな

31) 渥美・前掲注29) 325～328頁、田宮裕『刑事訴訟法』（新版・平成8年・有斐閣）306頁、松尾浩也『刑事訴訟法下』（新版・平成5年・弘文堂）19頁等。

32) Chiu, *supra* note 16, at 1097—1103.

33) McCormick, ON EVIDENCE 5th ed. vol 2 (1999) pp462—463.

34) Paterson v. New York, 432 U.S. 197 (1977).

い程度まで証明しなければ無罪判決が下ってしまうのであるとすれば、検察官が被告人の出身文化圏の価値観に関して十分に調査できないことに乗じて、文化的背景に由来する法の不知又は誤解を理由とする違法性の意識の欠如を阻却事由であるとする主張が濫発される危険性がある。仮に文化的背景に由来する法の不知又は誤解を阻却事由として裁判実務で採用した場合、検察官は被告人の出身文化圏においても我が国の法規範と格別大きな隔たりがない社会規範が妥当していること等に照らし、被告人が犯した法律の錯誤には相当性がないことを立証すべきことになるのであろう。しかし、我が国の捜査権を外国領土において行使することは原則として許されない。外国領土において我が国の国家権力である捜査権を行使することは、相手国の主権侵害になるからである³⁵⁾。しかも、少数民族の間で受け継がれている社会規範の存在と社会構成員に対する拘束力の度合を調査するに至っては困難を極めることも少なくないであろう。そのような調査の経費・時間も侮り難いものと想像される。来日外国人又は在日外国人事件の捜査及び公判に関してそのような経費・時間を要するとすべきか否かは極めて疑問である。更に、このような状況の下では、外国の文化・慣習を詳細に調査することができたとしても、当該阻却事由が存在しないことを合理的疑いを容れない程度まで立証することには著しい困難が伴うであろうことを看過すべきではない。すなわち、現在の刑事実体法の体系を前提とする限りは、刑事訴訟法上の証明責任の構造という観点からも、文化的背景に由来する法の不知又は誤解を犯罪の成否に関わる事由すなわち阻却事由として扱うことはできないものとする。

しかし、刑事実体法上の位置付けとして、文化的背景に由来する法の不知又は誤解を刑の任意的減輕事由と構成した場合は別論である。何故ならば、無罪仮定原則が妥当するのはあくまでも犯罪の成否に関する事実に限られるのであって、犯罪の成立を前提にした上で論じられる「刑の加重減免事由」については無罪仮定原則が及ぶ余地はないからである³⁶⁾。従って、刑の加重減免事由

35) 安富潔『演習講座捜査手続法』(平成6年・立花書房)334~335頁等。

36) 渥美・前掲注29)321頁、松尾・前掲注31)210~211頁、田宮・前掲注31)300頁等。
尚、アメリカ刑事手続法に関して、島伸一『アメリカの刑事司法』(平成14年・弘文堂)169頁等。

に関する証明責任については、検察官のみが負担するという結論が必然的に導き出されるものではない。刑の任意的減軽事由については被告人に証明責任を負担させることも理論上可能である。従って、文化的背景に由来する法の不知又は誤解があった場合を刑の任意的減軽事由として扱うのであれば、①行為者の文化的背景に由来する法の不知又は誤解が現実生じたこと、②それによって行為者が違法性の意識を持つ可能性がなかったことという、通常ならば、我が国の検察官が関連証拠に接近することに多大な困難を伴う事項については、被告人に対して全面的に主張・立証責任を負わせるという構成を採ることも可能である³⁷⁾。また、文化的背景に由来する法の不知又は誤解の故に違法性の意識の可能性がなかったという主張について、単に証拠提出責任を負うにとどまらず、合理的疑いを容れない程度 (beyond a reasonable doubt) の証明、又は、少なくとも証明の優越の程度 (preponderance of proof) までの証明責任を負わせるのであれば、被告人が不合理に軽い刑罰で済まされてしまうような事態を回避することが可能となるものと考えられる。

終わりに

文化的等質性が崩れた社会において、伝統的な既存の価値観・倫理観に基づく刑事実体法と異なる文化圏出身者の価値観・倫理観との間に深刻な対立が生じることは起こり得ることである。そしてこれは、アメリカ合衆国のみならず、白豪主義を放棄した後のオーストラリア連邦、香港の返還直前から華僑系移民が増加したカナダ連邦、統合が進み域内の人の移動が自由化すると共に旧東欧圏からの膨大な人口流入が進むEU域内諸国等においても顕在化している問題なのである。そして序で触れた通り、我が国においても不法入国・不法滞在の外国人が膨大な数に上っていることに加えて、我が国の社会規範・既存の価値観に対して必ずしも真摯な敬意を払わない傾向のある来日外国人・在日外国人が増加する等、既に欧米諸国と同じ問題も起き始めているのである。

37) 安富潔『演習講座証拠法』(平成13年・東京法令出版)15頁、田宮・前掲注31)306頁等。

文化的背景に由来する法の不知又は誤解を抗弁（affirmative defense）として構成し、被告人を有罪判決から免れさせるべきである旨主張するアメリカ合衆国における学説は確かに傾聴に値するものである。しかし、我が国の法運用にも同様な考え方を導入して、文化的背景に由来する法の不知又は誤解を阻却事由として扱うことには、首肯し得ない。我が国の法秩序が軽視され、社会的混乱を招く危険性を否定し得ないからである。あるいはまた、文化的多様性の尊重・少数派に対する寛容さとは、法秩序の安定・社会構成員の平穏な共存という利益を犠牲にしてまでも重視されるべき優越的価値を有するものではないと考えるからである。更に、刑事訴訟における証明構造の観点からも、無罪仮定原則に違反しない限度において当該主張が濫発される事態を防ぐためには、文化的背景に由来する法の不知又は誤解に基づく違法行為を阻却事由として構成し、罪責を否定することには、やはり首肯し得ないのである。

他方で、文化的背景に由来する法の不知又は誤解の結果としてなされた法益侵害をあくまでも刑の任意的減免事由（現行刑法の38条3項但書においては任意的減軽事由）として扱うのであれば、我が国の法秩序を害しない限度で個々の被告人に対する情状を十分に反映する余地がある。また、根拠に乏しい主張が濫発されることによって不合理な刑の減軽がなされる事態を阻止することも可能となるのである。今後は、刑の任意的減軽事由（立法論としては任意的減免事由）として、文化的背景に由来する法の不知又は誤解を扱うという方向で議論を深めていくことが現実的であろうと考える。