

## 論 説

# 刑法38条3項ただし書における「情状」と 違法性の錯誤の処理

西 岡 正 樹

- I はじめに
- II 刑法38条3項と違法性の意識
- III 判例における刑法38条3項ただし書の解釈
- IV ドイツ刑法, スイス刑法およびオーストリア刑法における違法性の  
錯誤の処理
- V むすびにかえて

## I はじめに

わが国の刑法38条3項は、「法律を知らなかったとしても、そのこと  
によって、罪を犯す意思がなかったとすることはできない。ただし、情  
状により、その刑を減輕することができる」と定める。そして、同項は、  
一般に、いわゆる違法性の錯誤に関する規定と解されている。

周知のように、違法性の錯誤とは、行為者が、犯罪事実は認識してい  
たものの、自己の行為を違法でないと誤信した場合であり、禁止の錯誤  
ないし法律の錯誤ともいわれる。そこでは、違法性の錯誤が故意ないし  
責任にかなる影響を及ぼすか、つまり違法性の意識と故意ないし責任  
との関係如何が主題とされる。そして、違法性の意識と故意ないし責任  
との関係を巡る議論においては、違法性の意識を欠いた場合に犯罪の成  
立が否定される余地はあるか、またそのような余地があるとしてそれは  
どのような事情が存在する場合かが問題とされてきた。

ところで、刑法38条3項ただし書は、違法性の錯誤に関して刑の減輕の余地を認めている。ここで問題となるのが、どのような場合に刑の減輕が認められるかである。この点については、違法性の意識と故意ないし責任との関係をいかに捉えるかによって理解が異なってくる。つまり、違法性の意識を巡る見解の差異が刑法38条3項ただし書の解釈に影響を与えるのであり<sup>(1)</sup>、とりわけ、違法性の意識を欠いた場合に犯罪の成立を否定する余地を認める見解にあつては、犯罪の成立が否定される場合と、犯罪の成立は否定されないが刑の減輕が認められる場合との区別如何が重要な問題となる。

そこで、本稿では、違法性の意識と故意ないし責任との関係如何について考察を加えながら、刑法38条3項ただし書によって刑が減輕されるのはいかなる場合かについて、判例および学説を参照しながら明らかにし、違法性の錯誤の処理について私見を提示したい。

## II 刑法38条3項と違法性の意識

一 わが国の旧刑法(明治13年7月17日太政官布告第36号)77条4項は、「法律規則ヲ知ラサルヲ以テ犯スノ意ナシト爲スコトヲ得ス」と規定するのみで、現行刑法38条3項とは異なり、違法性の錯誤に関して刑の減輕の余地を認めていなかった。「刑法改正政府提出案理由書」によれば、現行刑法38条3項の規定は、「現行法第七十七條第四項ト同シク法律ヲ知ラサルコトヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲ササル趣旨ニシテ實際上ノ必要ニ基ツク規定ナリ然リト雖モ眞ニ法律ヲ知ラサル爲メ不幸ニシテ或ハ罪名ニ觸レ事實憫諒ス可キ者ナキニアラサルヲ以テ本條但書ニ於テ裁判所ヲシテ其情状ヲ看テ刑ヲ減輕スルコトヲ得セシメタルモノナリ」とされ

---

(1) 福田平「刑法三八條三項但書の法意」警察研究30巻10号（1959年）76頁以下。

ている<sup>(2)</sup>。現行刑法38条3項と同趣旨であるとされる旧刑法77条4項の規定を素直に読めば、法規の存在を知らなかったとしても故意が否定されるわけではない、つまり、いわゆる法の不知は故意犯の成否とは無関係である旨を規定したものと解し得るのであり、したがって、現行刑法38条3項にいう「法律」とは「刑罰法規」を意味すると解し得る。しかし、一般に、38条3項にいう「法律」とは、「自己の行為が違法であること」を意味し、これは違法性の意識の問題である、とされる<sup>(3)</sup>。

判例は、刑法38条3項本文の法意について、大決大正15年2月22日刑集5巻97頁が、「刑法第三十八條第三項ニ於テ法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト爲スコトヲ得スト規定シタルハ犯罪ノ違法性ノ錯誤ハ犯意ヲ阻却セサルノ趣旨ヲ明ニシタルモノ」と判示し、最判昭和25年11月28日刑集4巻12号2463頁が、「所謂自然犯たと行政犯たとを問わず、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」と判示するように、大審院以来、故意犯の成立にとって違法性の意識は不要であるとの立場（以下、不要説）を明らかにしている。さらに、最判昭和32年10月18日刑集11巻10号2663頁（関根橋事件第1次上告審）は、不要説の立場から、刑法38条3項ただし書の法意について、「刑法38条3項但書は、自己の行為が刑罰法令により処罰さるべきことを知らず、これがためその行為の違法であることを意識しなかつたにかかわらず、それが故意犯として処罰される場合において、右違法の意識を欠くことにつき勘酌または宥恕すべき事由があるときは、刑の減輕をなし得べきことを認めたものと解するを相当とする。従つて自己の行為に適用される具体的な刑罰法令の規定ないし法定刑の寛厳の程度を知らなかつたとしても、その行為の違法であることを意識している場合は、

(2) 松尾浩也解題＝倉富勇三郎ほか編『増補刑法沿革綜覧』（1990年）2144頁。

(3) 川端博ほか編『裁判例コンメンタール第1巻』（2006年）294頁〔川端博〕。

故意の成否につき同項本文の規定をまつまでもなく、また前記のような事由による科刑上の寛典を考慮する余地はあり得ないのであるから、同項但書により刑の減輕をなし得べきものでないことはいうまでもない」と判示している。

以上のように、判例の主流は、違法性の意識は故意犯の成否に影響を与えず、したがって、違法性の錯誤は故意を阻却しないが、違法性の意識を欠いたことについて「勘酌または宥恕すべき事由」が存在する場合には、刑法38条3項ただし書によって刑を減輕し得るとの立場を採るものである。

二 これに対して、学説においては、かつては不要説も存在したが<sup>(4)</sup>、現在では、違法性の意識を欠いたことについて「相当の理由」があった場合（違法性の意識の可能性がない場合）に犯罪の成立を否定する余地を認める見解（以下、可能性説）が多数を占めている。可能性説は、違法性の意識の可能性がない場合に故意を阻却すると解する制限故意説<sup>(5)</sup>と、違法性の意識の可能性は、故意とは区別された責任要素であって、違法性の意識の可能性がない場合に責任を阻却すると解する責任説<sup>(6)</sup>とに区別される。さらに、犯罪の成立にとって違法性の意識が必要であり、

---

(4) 例えば、莊子邦雄『刑法総論』（1969年）556頁以下。なお、いわゆる自然犯（刑事犯）については不要説の立場を採りつつ、法定犯（行政犯）については違法性の錯誤は故意を阻却するとの見解（自然犯・法定犯区別説）も存在した。例えば、牧野英一『刑法総論下巻〔全訂版〕』（1966年）590頁。しかし、この見解は、前掲最判昭和25年11月28日によって明確に否定されている。ただし、最判昭和34年2月27日刑集13巻2号250頁における藤田八郎裁判官の少数意見参照。

(5) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）317頁以下、佐久間修『刑法総論』（2009年）298頁等。

(6) 木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論〔増補版〕』（1978年）318頁以下、中義勝『講述犯罪総論』（1980年）178頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）263頁以下、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（2011年）210頁、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅰ』（1991年）1016頁以下、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（2012年）339頁、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（2013年）450頁、曾根威彦『刑

違法性の錯誤は故意を阻却すると解する見解<sup>(7)</sup>（以下、必要説）もなお有力に主張されている<sup>(8)</sup>。

これらの見解のうち、必要説は、38条3項本文は、行為者が自己の行為に適用される刑罰法規を知らないことは、その故意を阻却しないということを示したものであり、同項ただし書は、刑罰法規を知らないことについて特に行為者に宥恕すべき情状があるときは責任が減少し、したがって、刑を減輕し得る旨を規定したものと解する<sup>(9)</sup>。つまり、刑法38条3項本文は、法の不知によって故意が否定されることはないということの意味するものであって、違法性の意識に関する規定ではなく、したがって、同項ただし書は、法の不知によって、違法性の意識があっても、その違法性の程度についての認識が困難な場合には、責任減少による刑の減輕をなし得るということを規定したものと解する。他方、可能性説

- 
- 法総論〔第4版〕』（2008年）192頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年）241頁、山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年）700頁、高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（2013年）363頁、伊東研祐『刑法講義総論』（2010年）280頁、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年）266頁、松原芳博『刑法総論』（2013年）241頁等。
- (7) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（1948年）154頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年）459頁以下、中山研一『刑法総論』（1982年）372頁、莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』（1996年）378頁、内田文昭『改訂刑法I（総論）〔補正版〕』（2002年）244頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007年）329頁以下、日高義博『刑法総論』（2015年）294頁以下等。なお、必要説から出発しつつ、違法性の意識を欠いたことについて過失がある場合には故意犯と同様に取り扱うとする見解（準故意説）も、かつて有力に唱えられた。佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（1981年）277頁以下。
- (8) さらに、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（2015年）177頁参照。そこでは、故意の成立にとって違法性の意識は不要であるが、一般人ならばその罪の違法性を意識し得る程度の事実の認識がなければ故意非難はできないとする見解（実質的故意論）が主張されている。
- (9) 大塚・前掲（注7）467頁以下。なお、準故意説によれば、38条3項ただし書は、過失がある場合に、具体的に妥当な量刑を導くための規定であるとされる。佐伯・前掲（注7）278頁。

においては、刑法38条3項本文は、違法性の錯誤が故意の存在と関係のない旨を明らかにしたものであり、同項ただし書は、違法性の意識がないときは、違法性の意識がある場合に比して責任がより軽いので、その刑を減輕し得る旨を明らかにしたものと解する見解<sup>(10)</sup>のほか、刑法38条3項本文は、刑罰法規を知らなくとも故意を阻却しないということを意味するものと解しつつ、違法性の意識の可能性はあっても、それが困難であるために違法性の意識を欠くときは、故意の成立は妨げないが、非難可能性が減少し、同項ただし書は、そのような場合に適用があると解する見解<sup>(11)</sup>や、刑法38条3項本文は、いわゆる「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、同項ただし書は、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、その刑を減輕し得る旨を明らかにした規定であると解する見解<sup>(12)</sup>等、刑法38条3項と違法性の意識の関係について様々な見解が主張されている。

三 それでは、刑法38条3項と違法性の意識の関係について、いかに解すべきか。惟うに、前述したように、刑法38条3項は、その立法趣旨に鑑みれば、いわゆる法の不知は故意犯の成否とは無関係である旨を規定したものであり、したがって、同項にいう「法律」とは「刑罰法規」を意味し、同項本文は違法性の意識に関する規定ではないと解するのが自然であろう。そして、同項ただし書は、法の不知に陥ったことについて宥恕すべき事情が存在する場合には刑の減輕をなし得ることを定めた規定である。つまり、刑法38条3項は、刑罰法規の存在を知らなかったという理由で故意が否定されることはないが、刑罰法規の存在を知り得なかったことについて特別の事情が存在する場合には刑の減輕が認めら

---

(10) 木村・前掲（注6）319頁、中・前掲（注6）178頁参照。

(11) 団藤・前掲（注5）317頁以下。

(12) 福田・前掲（注6）210頁以下。

れるとする規定であると解し得よう。

他方で、改正刑法草案21条1項は「法律を知らなかつたとしても、そのことによつて故意がなかつたとはいえない。但し、情状によつて、その刑を軽減することができる」と規定し、同条2項は「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」と規定する。当該規定の立法趣旨について、1項にいう「法律を知らなかつた」というのは、刑罰法規の存在を意識しなかつた場合だけでなく、その解釈を誤つた場合をも含むものであり、現行刑法38条3項と同趣旨であるとされる<sup>(13)</sup>。これに対して、2項は、相当の理由に基づく違法性の錯誤が犯罪の成立を否定することを明らかにした規定であるとされ、同項が設けられた理由は、「自己の行為が適法であると信じたことについてやむを得ない理由があつたと考えられるような場合にまで行為者を処罰するのは、非難可能性がなければ責任はないという責任主義の原則からみて疑問があり、また、少なくとも右のような場合について犯罪の成立を否定することは、現在の刑法理論において一般に認められている」という点が挙げられている<sup>(14)</sup>。そして、1項と2項とで規定の表現が異なるのは、前者は、後者とは異なり、違法性の意識がある場合をも含む趣旨であるからとされる<sup>(15)</sup>。このように解するならば、實際上違法性の意識がある場合を適用対象としない現行刑法38条3項は、改正刑法草案21条1項とは同趣旨ではないことになろう<sup>(16)</sup>。

惟うに、かつて規範的責任論の創唱者である R. フランクが述べたよ

(13) 法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案附同説明書』（1972年）113頁。

(14) 法制審議会刑事法特別部会・前掲（注13）113頁。

(15) 法制審議会刑事法特別部会・前掲（注13）113頁。

(16) 町野朔『「違法性」の認識について』上智法學論集24巻3号（1981年）204頁注24は、改正刑法草案21条1項は、厳格故意説を主張する小野博士の見解を採用したという見方を示す。

うに、「禁止された行態を行ったことについて或る者を非難し得るとき、それがその者に帰責され得る」<sup>(17)</sup>と解すべきである。つまり、客観的にみれば違法な行為が行われたとしても、当該行為者が自己の行為が禁止されていることを認識することが不可能であった場合には、当該行為者を有責とすることはできないと解される。このことは、改正刑法草案21条2項の立法趣旨と同旨である。そして、このような観点からは、判例の主流である不要説は採用し得ない。通常、自己の行為が刑罰法規によって禁止されていることを認識することが不可能であった場合（違法性の意識がなく、かつ違法性の意識を欠いたことについて相当の理由がある場合）には、当該行為を行った者に対して責任非難をなすことはできないであろう。つまり、特別な事情の存在によって、行為者が、刑罰法規の存在を知り得なかった、あるいは、刑罰法規を適正に解釈し得なかった場合には、当該行為者の有責性を肯定することはできない。さらに、このような場合には、非難可能性の存在が否定されるのであるから、過失犯の成立を認めることもできない。この点において、違法性の錯誤について故意犯の成立が否定される場合に過失犯の成立可能性を認める制限故意説は採用し得ない。

このような視点からは、刑法38条3項は、自己の行為が刑罰法規によって禁止されていることを認識していなかったとしても、それだけで直ちに故意が否定されることはないが、特別な事情の存在によって、刑罰法規の存在を知ることが困難であった、あるいは、刑罰法規の適正な解釈が困難であった場合には、刑を減輕し得る旨を規定したものと解されよう。そして、自己の行為が刑罰法規によって禁止されていることを

---

(17) R. Frank, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, in : Frank (Hrsg.), Festschrift für die Juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum überreicht von ihren früheren Dozenten, 1907, S.529.

認識することが不可能であった場合には、非難可能性が不存在であることから、超法規的に責任が阻却され、故意犯のみならず過失犯の成立も否定されると解すべきである。つまり、現行刑法38条3項の下での違法性の錯誤の処理については、①違法性の錯誤を回避することが不可能であった場合には、犯罪の成立を認めることはできないが、②違法性の錯誤を回避することが可能であった場合には、犯罪の成立を妨げない。ただし、③違法性の錯誤を回避することが不可能ではなかったが困難であった場合には、38条3項ただし書によって刑が減輕され得る、ということになろう。

四 上記のうち、①については、犯罪の成否を決する明確な基準を提示することが一層必要とされる。実際に、違法性の錯誤に関する近時の研究においても、「違法性の錯誤の取り扱いについては、可能性説を軸にして、学説、判例、立法がほぼ同じ方向に進展しつつあるということが出来る。したがって、問題は、故意と違法性の意識をめぐる見解の対立という点から、違法性の意識の可能性の内容いかんという点に移行したといえる」<sup>18)</sup>との分析がなされているように、①を確定することは、違法性の錯誤論において、最重要課題であるといえよう。この点について、判例は、後述するように、いわゆる百円紙幣模造事件の控訴審判決（札幌高判昭和60年3月12日刑集41巻5号247頁）で示された、次の「相当の理由」の判断基準を基本的に踏襲するものといえる。すなわち、「刑罰法規に関し確立していると考えられる判例や所管官庁の公式の見解又は刑罰法規の解釈運用の職責のある公務員の公の言明などに従つて行動した場合ないしこれに準ずる場合など」の特別な事情が存在した場合に、「その行為者においてその行為が許されたものであると信じ、かつそのように信ずるについて全く無理もないと考えられるような場合」に「相

18) 松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（2006年）154頁。

当の理由」が認められる（違法性の錯誤の回避可能性が不存在である）との判断基準である。そして、違法性の意識の可能性は、個人的・主観的非難可能性をその本質とする「責任」の要素であることから、ここにいう「回避可能性」の標準は、一般人ではなく、行為者自身であると解される。

学説においても、このような判断基準を基礎としつつ、「相当の理由」の有無が検討されている。そこでは、一般に、違法性の錯誤の二つの類型である、法の不知と当てはめの錯誤に分類して個別的な検討が行われている。このうち、刑罰法規の存在に関する錯誤を意味する法の不知については、近年のグローバル社会の進展と刑事立法の活性化という状況において、自らの行為を禁止する刑罰法規の存在を知ることが困難な場合が増えているのではないと思われるが、通常は、法定犯（行政犯）も含め、刑罰法規の存在を知ることが可能といえる。ただ、行為者が置かれた状況によっては、刑罰法規の存在を知ることが不可能な場合も例外的に存在し得ると考えられることから、法の不知の場合に、犯罪不成立の余地はあり得よう。これに対して、刑罰法規の解釈に関する錯誤を意味する当てはめの錯誤の場合には、違法性の意識の可能性の存否が問題となる局面がより多くみられる。そのような局面として、特に争いがあるのが、弁護士や法律学者などの私人の意見を信託して行為した場合である。この場合については、そのような私人が刑罰法規の解釈・運用・執行について法的な責任を持つ公務員ではなく、また、私人の意見によって法制度が左右されることは否定されるべきであることから、原則として相当の理由にあたらないが、例えば、法律的知識の乏しい一般人が、弁護士に照会したうえで回答に従って行為したような場合には、例外的に相当の理由があると解すべきであるとの見解が多い<sup>19)</sup>。

五 それでは、②と③はどのように区別されるべきか、ここでは、刑法38条3項ただし書における刑の減輕根拠如何が問題解決の指針となる

う。この点について、既述のように、必要説や可能性説は、「責任」ないし「非難可能性」の減少に刑の減輕根拠を求めている。しかし、そこでは、いかなる意味において「責任」ないし「非難可能性」の減少が認められるのかについてはあまり明確に論じられていない。さらに、①と③の判断基準の相違も問題となる。次章では、これらの点を明確にするために、38条3項ただし書の適用の可否を巡るわが国の判例および裁判例（以下、単に「判例」とする）を概観する。

### Ⅲ 判例における刑法38条3項ただし書の解釈

一 既述のように、わが国の判例の主流は、違法性の錯誤について不要説を採る。しかしながら、既に大審院においても、違法性の意識を欠いたことについて「相当の理由」があった場合、あるいは違法性の錯誤に陥ったことについて過失がなかった場合に犯罪の成立を否定する余地を認めた判例が少なからず存在している<sup>20)</sup>。例えば、大判昭和7年8月4日刑集11巻1153頁は、森林窃盗罪（森林法違反）の成否が争われた事案について、「被告人ハ本件T区有林ヲ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テ本件井根立林ヲ自家用ノ為ニ伐採スルコトハT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

19) 平野・前掲（注6）269頁、内藤・前掲（注6）1041頁、大谷・前掲（注6）347頁、山中・前掲（注6）712頁、伊東・前掲（注6）285頁以下、佐久間・前掲（注5）290頁、井田良『講義刑法学・総論』（2008年）380頁、松原（芳）・前掲（注6）251頁等。

20) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第3巻』（2015年）281頁以下〔佐久間修〕参照。

モノニ非ス」と判示して、被告人に無罪を言い渡した。また、大判昭和15年1月26日法律新聞4531号9頁は、「所謂法律ノ錯誤ハ即チ行為カ法律上許サレサルモノナルニ拘ラス許サレタルモノト信シタル行為ノ違法性ニ関スル錯誤トシテ解セラレ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免シ得ルモノト解セラルル」と判示している<sup>21)</sup>。

二 このような流れの中で、刑法38条3項ただし書の法意およびその適用の可否が争われた判例として、前掲最判昭和32年10月18日がある。事案は次のとおりである。被告人Xおよび被告人Yは、村所有の堰根橋が腐朽し車馬の通行が危険となったところから、村当局に対し再三架替を要請したがその実現の運びに至らず、日常著しく不便を感じていた。そこで、人工的に橋を落下させ、表向きは雪害によって落橋したように装って災害補償金の交付を受ければ、同橋の架替も容易であろうと考え、他数名と共に謀のうえ、ダイナマイトをもって同橋を爆破、落下させた。しかし、被告人両名は、ダイナマイトを使用して橋を爆破するような行為が悪いことであることは判っていたが、重罪ではなく罰金くらいで済むものと思っていたという事情がある。以上の事実について、原審（仙台高秋田支判昭和30年1月27日刑集11巻10号2671頁）は、「被告人等は死刑または無期もしくは7年以上の懲役または禁錮に処せらるべき爆発物取締罰則第1条を知らなかつたものというべきである」と認定したうえで、「被告人等の本件犯行の動機、性格、素行などを考えるときは被告人両名について所論のように刑を減輕すべき情状があるものと認むべきである」と判示して、刑法38条3項ただし書の適用を認めた<sup>22)</sup>。

---

(21) 終局的には、被告人の行為について、「法律ノ錯誤タルノミナラス其ノ之ヲ錯誤シタルニ付過失ナカリシモノト認メ難ク随ツテ故意ノ阻却セサルハ勿論刑法第三十八条第三項但書ニ依ル刑ノ減輕事情アリタルモノトモ認メ難シ」と判示して、刑の減輕を認めなかった。

これに対して、最高裁は、「被告人等は右本件所為が違法であることはこれを意識していたものであり、ただその罰条または法定刑の程度を知らなかつたというに過ぎないものであるにかかわらず、一般の量刑事情を挙げて刑法38条3項但書を適用し」た「原判決は刑法38条3項但書の解釈適用を誤つたものであ」として、原判決を破棄した。原審は、被告人等が法定刑として死刑をも有する爆発物取締罰則1条の規定を知らなかつたことを認定したうえで、被告人等の本件犯行の動機、性格、素行などを考慮して、38条3項ただし書を適用して刑の減輕を認めた。ここでは、最高裁も指摘するように、犯行の動機、被告人の性格、素行という一般の量刑事情の存在によって38条3項ただし書の適用が認められている<sup>23</sup>。しかしながら、最高裁は、この点を批判して、原判決を破棄した。

以上のように、本件における刑法38条3項ただし書の適用の可否について、原審と最高裁で判断が分かれた最大の理由は、原審が被告人兩名

<sup>22</sup> なお、本件第1審（山形地鶴岡支判昭和29年4月9日刑集11巻10号2669頁）においては、主として緊急避難の成否が争われたが、緊急避難の成立は認められず、被告人兩名に爆発物取締罰則1条および往来妨害罪（刑法124条1項）の成立が認められた。ただし、情状憫諒すべきものがあるとして、刑法66条による酌量減輕が行われ、被告人兩名に懲役3年6月が言い渡された。これに対して、弁護人は、被告人等は法律（爆発物取締罰則）を知らなかつたものであり減輕されるべき情状がある、として控訴した。

<sup>23</sup> 具体的には、「被告人等は腐朽により車馬の往来が危険となつた堰根橋についてH村当局に再三その架替を要請したが、実現に至らずその早期実現を企図して本件の誤つた行為に出でたものであり」、また、証人等の各供述記載によれば、「被告人兩名とも善良な部落民であり、被告人Xは村会議員の経歴も有し、非常に正直でかつ真面目であつて、部落のためによくつくして信用を得ており、被告人Yも真面目な性格で部落民から信用されている事実が認められる。以上のような被告人等の本件犯行の動機、性格、素行などを考えるときは被告人兩名について所論のように刑を減輕すべき情状があるものと認むべきである」と判示している。さらに、原審は、なお犯情憫諒すべきものがあるとして、刑法66条による酌量減輕を施している。

に違法性の意識はなかったと認定したのに対して、最高裁は違法性の意識があったと認定した点に求められるが、これを突き詰めれば、違法性の意識という「違法性」の内容をいかに把握するかの違いに求められよう。すなわち、原審は、「違法性」の内容について、法定刑の寛厳に関する認識まで含めるのに対して、最高裁は、刑罰を科せられ得るとの認識があれば違法性の意識は認められるとするものである。つまり、「違法性」の内容について、原審は、いわゆる可罰的刑法違反の認識まで必要とする立場<sup>24)</sup>であり、最高裁は、そのような認識までは必要とせず、少なくとも刑法違反の認識があれば違法性の意識は認められるとする立場であるといえる<sup>25)</sup>。このように、最高裁と原審における「違法性」の内容の理解の差異が、刑法38条3項ただし書適用の可否の判断を分けたともいえるが、両者ともに不要説の立場から、違法性の意識を欠いたことについて斟酌または宥恕すべき事由がある場合には、38条3項ただし書によって刑の減輕をなし得るとの立場を採るものと解することができよう。しかしながら、最高裁が指摘するように、原審が一般的な量刑事情の存在を挙げて38条3項ただし書を適用したことの根拠は不明であり、原審がさらに刑法66条を適用して酌量減輕を施した実質的根拠も判文上明らかでない。

三 その後、刑法38条3項ただし書の適用の可否が争われた判例として参照し得たものは少ないが、そのうち、横浜地判平成14年9月6日判時1804号160頁（判例①）は、被告人が、いわゆるマジックマッシュルームと称されるきのこ類を所持し、施用したことにより、麻薬及び向精神薬取締法違反に問われた事案について、被告人はマジックマッシュルームの所持および施用が違法になることを知らなかったものであり、被告

---

24) このような見解について、町野・前掲（注16）231頁参照。

25) 内藤・前掲（注6）1033頁参照。

人には違法性の認識がなく、刑法38条3項ただし書を適用して刑の減輕をすべきとする弁護人の主張に対して、関係証拠により被告人に違法性の意識があったと認定したうえで、「仮に被告人が十分な違法性の認識を有していなかったとしても、本件事案の罪質や被告人がマジックマッシュルームに幻覚作用があるのを知りながら所持及び施用に及んでいること等に鑑みると、情状により刑の減輕をすべき事案とは認められず、いずれにせよ弁護人の主張は採用できない」と判示した。判例①では、罪質および行為遂行態様の悪辣性といった、個別行為責任に関する事情が刑法38条3項ただし書の適用の可否を決するための重要な判断要素とされている。

さらに、東京高判平成24年5月31日高検速報平成14年128頁（判例②）は、薬事法違反の事案について、被告人には違法性の意識を欠いたことに酌量または宥恕すべき事情があるとして刑法38条3項ただし書の適用を認めるべきであるとする弁護人の主張に対して、「被告人は、本件薬品に関する説明書に表示されていた原料成分についてインターネットで副作用の有無等を簡単に調査した程度で、それ以上には本件薬品が医薬品に該当するかどうかの調査や検討を行っていなかったというのであるから、それを知らなかったことについて、斟酌又は宥恕すべき事情があるということとはできない」と判示して、38条3項ただし書の適用を認めなかった。判例②では、違法性の意識を欠いたことについて斟酌または宥恕すべき事情の有無が38条3項ただし書の適用の可否を決する基準とされているが、そこでは、被告人が、自己の行為の違法性について十分な調査・検討を行ったといえるか否かが判断要素とされている。

四 このような状況において、近時、38条3項ただし書の適用が認められた判例として、佐賀地判平成20年1月10日裁判所 HP（判例③）がある。事案は次のとおりである。被告人は、A町教育委員会事務局生涯学習課主査として、同課が所管する生涯スポーツ事業の企画・運営、非

常勤職員である A 町体育指導委員の管理・研修およびそれらの予算執行管理等の職務に従事していた者であるが、同課が所管する生涯スポーツ事業等に関して、内容虚偽の公文書を作成し行使して、あるいは、公文書を偽造し行使して、同町体育指導委員または同町老人クラブ連合会会員に対する指導・審判の謝金等支払名下に金員の交付を受けた。以上の事実について、弁護人は、被告人は当時の A 町役場の財務慣行に従って前記事務処理を行ったものであり、決裁権者らが被告人の行為を承認または黙認していたことを理由に、被告人は前記行為を行うにつき違法性の意識を欠き、そのことにつき相当の理由があったと主張した。

これに対して、判例③は、「故意犯において、行為者が当該犯罪を犯すにつき違法性の意識を欠いただけで直ちに故意責任がないとは言えないが、違法性の意識を欠いたことにつき相当の理由がある場合は、故意責任を問い得ない」との前提のもと、「当該具体的な事情のもとで、行為者が違法性の意識を持つことが可能ではあったが、困難であったと認められるときは、その刑を減輕することができる」と判示する。つまり、判例③は、可能性説の立場から、違法性の意識を持つこと自体は可能であったものの、行為の違法性に思い至ることが困難であったと認められる場合には、刑法38条3項ただし書によって刑が減輕されるとの見解を採る。このような前提のもと、判例③は、違法性の錯誤について「相当の理由」があったか否かの判断について、「法令の発布を知り得ない特殊の事情がある場合や、所管官庁あるいは法規の解釈・運用を職責とする公務員の責任ある回答ないし言明に従った場合又はこれに準ずる事情がある場合は、違法性の意識を欠いたことにつき相当の理由があると言うことができる。そして、前記検討をするに当たっては、官庁又は公務員の側の事情と行為者の側の事情を総合的に考慮すべきである。この見地からすると、前記の公務員が行為者の行為を事実上黙認したにとどまる場合は、一般的には前記の相当の理由があるとは言えないし、

行為者が、同公務員に対して必要な情報を提供しないで得た同公務員の回答等に基づいて行動した場合も、同様に相当の理由があると見ることはできない。」と判示する。このように、判例③は、基本的に、前掲百円紙幣模造事件控訴審判決で示された「相当の理由」の判断基準を踏襲するものである<sup>26)</sup>。

そして、本件においては、被告人が採った事務処理方法はA町役場の財務慣行とは異質であり、前任者の事務処理方法を相当程度拡大させているものでもあることや、A町役場では被告人の事例以外にも過去少なからぬ数の予算の流用や不正または不適切な支出が行われており、被告人は長年の勤務を通じそのような同役場の実態を相当程度知っていたとは言えること、決裁権者らが被告人の行為を承認または黙認していた事実は認められないことを理由に、「被告人が本件各犯行を行うにつき違法性の意識を欠き、かつそのことにつき相当の理由があると言うことはできない」と判示した。そのうえで、被告人は、A町役場に採用さ

---

26) さらに、最近の判例として、被告人が、N社の家庭用テレビゲームおもちゃの内臓プログラムに改変を加えた家庭用ゲーム機（以下、本件改造品）を、N社の商標を付したまま譲渡し、譲渡のために所持し、もってN社の商標権を侵害したとの商標法違反事件につき、本件改造品がオークションで取引されていたことや、被告人がヤフー知恵袋などで本件改造品が違法でないとの回答を得ていたことなどから、被告人には違法性の意識ないしその可能性もなかったとの弁護人の主張に対して、名古屋地判平成24年2月29日D1/DB28210786は、「違法性の認識を欠如したことに相当の理由があるといえるためには、確立した判例や所管官庁あるいは刑罰法規の解釈・運用を職責とする公務員の責任ある回答ないし言明に従った場合又はこれに準ずるような場合でなければならない」としつつ、本件はこのような場合に当たらないとして、被告人には違法性の意識の可能性があったとした。これに対して弁護人が控訴したところ、名古屋高判平成25年1月29日裁判所HPは、「被告人に以上のような商標権侵害に当たる事実の認識がある以上、自己の行為が違法であることを認識することは十分可能であって、被告人が、自己の行為が法に触れるとは思わなかったというの、単なる法の不知にすぎず、故意ないし責任を阻却するに由ないことは明らかである」と判示して、不要説の立場から、控訴を棄却した。

れ、以来同役場に長年にわたり勤務する過程で、先輩職員等から様々な機会に予算の流用等の財務規則に違反する事務処理方法を学び、それがA町役場や町民に利益をもたらすのであれば許されないものではないという執務姿勢を身に付けていったこと、A町役場では過去少なからぬ数の予算の流用や不正または不適切な支出が行われており、その中には財政課が主導または関与した事例もあり、被告人は勤務を通じてそれらのことを知っていたこと、他の自治体の職員との交流の中でそれらの自治体の職員もA町役場の職員と同様の事務処理方法を採用していることを知ったこと等の諸種の事情を指摘して、「被告人が本件各犯行を行うに当たり、違法性の意識を持つこと自体は可能ではあったものの、実際問題として、自らそれらの行為の違法性に思い至ることは困難であったと認められる」として、刑法38条3項ただし書の適用を認めた。

判例③の判旨によれば、犯罪の成立が阻却される場合、つまり、違法性の意識を欠いたことについて相当の理由があると認められる場合とは、諸種の事情によって違法性の錯誤を回避することが不可能であった場合を意味し、他方、犯罪の成立は認められながら38条3項ただし書によって刑の減輕がなされ得る場合とは、違法性の意識を持つこと自体は可能ではあったがそれが困難であった場合（違法性の錯誤を回避することが困難であった場合）を意味する。そして、判例③においては、38条3項ただし書の適用を認めるための事情として、被告人が犯罪に至った経緯が重視されている。犯罪に至った経緯は、非難可能性の程度に影響を与える量刑事情として捉えられ得る<sup>27)</sup>。

ところで、判例③が示すように、違法性の錯誤が回避不可能であった場合には犯罪の成立が否定され、違法性の錯誤が回避可能ではあったが困難であった場合には刑法38条3項ただし書によって刑の減輕をなし得

---

27) 拙稿「量刑と責任」東北法学32号（2008年）255頁参照。

るといふ考えは、既に以前の判例においても示されていたところである。

五 すなわち、鹿児島地判昭和36年1月11日下刑集3巻1＝2号65頁（判例④）は、「その所為が法的に許されないかどうかという違法性の認識は、非難可能性の一要素として責任性の問題であつて、犯意の内包ではない。刑法第38条第3項を、違法性の不認識は故意の成立を否定しない趣旨の規定であるとする見解は、本来同条第1項に規定する犯意の要素に違法性の認識を加えて理解しながら、同条第3項によつて違法性の認識が犯意の要素たる地位を奪われると解しているようにも考えられるのであるが、これは、無用の迂路をたどつた解釈であるし、同項にいう法律を形式的な法律の規定と解し、違法性の認識は、犯意の要素であるとする見解は、犯意には、構成要件該当性の判断（これは、全部裁判官がすべきものである。）を若干なりとも必要とすることになるから採用できない。同項は、違法性の認識は、犯意の内包ではなく、これとは全く別個の要素であることを明白にした規定である。同項本文及び但書の規定を総合して考えると、違法性の認識（正確に言えば、違法性の認識可能性）は、責任の要素であることを明らかにしたものと解される。その規定の表現は、不充分であるが、同項は、当該所為が法的に許されないことを知る可能性があつても、それが困難であるために違法性の認識を欠くときは、責任を減輕することを規定するにとどまらず、違法性の認識の可能性すらないために、当該所為が法的に許されないことを認識しなかつた場合は、全く責任がないことまで含めて規定したものと解すべきである」と判示する。つまり、判例④は、可能性説とりわけ責任説の立場から、違法性の意識を持つことが困難であつた場合には、38条3項ただし書によつて、責任の減少を根拠として、刑が減輕されるとの見解を採っている。

そして、責任説の立場から、判例④は、被告人等が、K港G岸壁付近の保税地域内で、定期汽船の船客から関税未納の2オンス瓶入り米国

製ネスコーヒー合計80本を代金22,400円で買い受け、前記保全地域内の赤帽詰所に置いていたが、その頃これを一括携帯して前記保全地域から本邦に引き取るに際し、所轄税関であるK税関支署に輸入申告をせず、不正の行為により前記貨物に対する関税を免れるなどした関税法違反事件につき、前記K税関支署の旅具検査済を証するスタンプの押捺された貨物については、関税を納入しないでこれを保税地域から本邦に搬入しても違法ではないと信じていたなどの被告人等の主張に対して、「各被告人等の当公廷における供述のみによると、同人等が、その主張にかかる各犯行当時、前記税関のスタンプの押捺された貨物について、これを関税を納入しないで本邦に引き取り、又は運搬等しても違法ではないと信じていたことは認められるけれども、各被告人は、いずれも本件犯行当時文化程度の高いK市内に居住しており、その智能、職業及び生活歴等に照らし、かつ、客観的考察を加えても、同被告人等が右各所為の違法かどうかを認識するために前記K税関支署の責任ある係官なり、法律家に質して、正しい理解をうることは容易にできた事情にあつたものと認めるべく、いささかも違法性の認識不可能性及びその可能性の困難の存在を認めることはできない」と判示して、被告人等による違法性の錯誤の主張を採用しなかった。判例④では、被告人の性格および境遇という行為者関係的な犯罪前の事情が違法性の意識の可能性の有無・程度の判断要素として重視されている。

六 以上のように、刑法38条3項ただし書の解釈に関する判例の立場を概観するに、とりわけ下級審判例は、違法性の意識を持つこと自体は可能であったがそれが困難であった場合（違法性の錯誤を回避することが困難であった場合）に、38条3項ただし書の適用をなし得るとし、38条3項ただし書の適用を認めるための事情として、被告人の犯行の動機、犯罪に至った経緯、性格、素行といった、犯情および一般情状を考慮している。確かに、刑法38条3項ただし書は「情状により、その刑を減輕

することができる」と規定するものであるから、刑の減輕根拠も、責任減少に限定すべきではなく、文字通り犯情と一般情状を含めて広く解すべきとの見方もあり得よう<sup>28</sup>。しかしながら、38条3項はあくまで違法性の錯誤に関する規定であると解されるから、具体的な事案において、違法性の錯誤とは無関係の事情を38条3項ただし書の適用の可否を判断するに際して考慮すべきではない。それ故に、犯人の前科の有無、犯人の反省の有無、被害弁償の有無等の事情は38条3項ただし書にいう「情状」には含まれないと解すべきである。そのように解さなければ、38条3項ただし書を適用したうえでさらに66条の適用を認めることは困難であろう。38条3項ただし書と66条の適用を可能とするためには、両規定において考慮すべき「情状」に重複があってはならない。したがって、結論として、38条3項ただし書における刑の減輕根拠は、違法性の錯誤に係る事情（とりわけ、犯罪行為の有責性に関する事情としての犯情および考慮することが許されるべき一般情状）の存在によって判断される量刑責任の減少に求められるべきである<sup>29</sup>。

次章では、この点をより説得的にするために、ドイツ刑法、スイス刑法およびオーストリア刑法における違法性の錯誤の処理について、本稿の考察にとって必要な限度で概観する。

<sup>28</sup> 岡本勝『犯罪論と刑法思想』（2000年）295頁以下参照。岡本教授は、過剰防衛における刑の減免根拠について考察するにつき、過剰防衛の場合に考慮すべき「情状」は、刑法38条3項ただし書および刑法66条において用いられる「情状」と同義のものとして統一的に解されることが望ましいとする。そのうえで、「過剰防衛における減免根拠にいう『責任』は、最広義の責任、即ち、考慮することが許されるべき全量刑事情を考慮した情状に基づく量刑『責任』であるに過ぎない」（岡本・前掲312頁）と主張する。

<sup>29</sup> 現行刑法上、「情状」という文言は、36条2項、38条3項、66条以外にも、25条、26条の2、30条1項、37条1項、113条、201条において規定されているが、各条項において考慮されるべき「情状」が全て同一であるとは解し難いように思われる。

## Ⅳ ドイツ刑法，スイス刑法およびオーストリア刑法における違法性の錯誤の処理

### （1）ドイツ刑法17条

ドイツ刑法17条は、「禁止の錯誤（Verbotsirrtum）」の標題で、「行為遂行時に、行為者に不法を行う認識が欠けていたとき、行為者が当該錯誤を回避し得なかった場合には、責任なく行為したものである。行為者が当該錯誤を回避し得た場合には、第49条第1項によって刑を減輕することができる」と規定する。この規定の内容から明らかなように、ドイツ刑法17条は責任説を採る<sup>30)</sup>。そのうえで、禁止の錯誤が回避可能であった場合にも、刑の裁量的減輕の余地を認めている。

しかしながら、C. ロクシンは、回避可能な禁止の錯誤について刑の裁量的減輕しか認めないドイツ刑法17条2文には問題があるとする。なぜならば、禁止の錯誤においては、通常、行為者には不法を行う認識が欠けていたが故に、行為者の責任は大幅に減少するからである。したがって、ドイツ刑法17条2文にいう「減輕することができる」という文言は、「責任主義の原則との調和のもとで、通例、減輕された刑罰枠を適用することが義務付けられている」と解釈されるべきであり、減輕された刑罰枠を適用しないのならば、例外的な場合を除いて、判決において、常に、その特別な理由付けが必要であると主張する<sup>31)</sup>。また、禁止の錯誤に陥つ

<sup>30)</sup> D. Sternberg-Lieben/F. Schuster, in : Schönke/Schröder StGB, 29. Auflage, 2014, § 17 Rn. 3.

<sup>31)</sup> C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Auflage, 2006, § 21 Rn.71. そして、特別な理由付けなくして刑の減輕が否定されるのは、行為者の禁止の錯誤が法敵対性（Rechtsfeindschaft）に基づく場合だけであるという。同旨、G. Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage, 1991, Rn.19/49; H.-J. Rudolphi, in : Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Auflage, 2002, § 17 Rn.48; U. Neumann, in : Nomos Kommentar StGB, 4. Auflage, 2013, § 17 Rn.83; K.Kühl, in : Lackner/Kühl StGB, 28. Auflage, 2014, § 17 Rn. 8.

た行為者について、実際に存在する責任の量が49条1項3号に規定された下限刑を下回る場合には、刑法上の答責性を阻却して無罪を言い渡すべきであるとする<sup>32)</sup>。さらに、ドイツ刑法17条は、責任説に基づく規定であることから、故意が認められる場合であっても、その刑が減輕される場合には、過失犯の下限刑を下回ることも許されると主張する<sup>33)</sup>。このようなロクシンの見解に対して、錯誤がとりわけ容易に回避し得た場合や、行為者が自らの行為は社会的に非難されるものである、あるいは完全に民事法上または行政法上は禁止されているということを認識していた場合には、刑の減輕は否定されるとの見解も存在する<sup>34)</sup>。しかし、このような見解においても、その他の責任加重的な行為事情に基づいて刑の減輕を否定することは容認されていない。したがって、行為者が保護観察中であるとか、行為が特に悪辣であるという理由で刑の減輕を否定することは許されないとされている<sup>35)</sup>。

H.-J. ルドルフィーは、責任相応刑の原則に従えば、刑の減輕について決定する際の基準は、専ら、回避可能な禁止の錯誤において行われた行為の責任内容であるとする。そして、「禁止の錯誤に陥った行為者の責任内容は、規範適合的な動機付けを通じて自身の不法な行為を回避し得るように、自身の行為の違法性を認識し得よう努力すべきであったという点で、一般に、不法の意識を伴って行われた行為の責任内容より軽い」という。したがって、ルドルフィーによれば、ロクシンの見解と

32) Roxin, a.a.O.(Fn.31), § 21 Rn.72. 同旨, Rudolphi, a.a.O.(Fn.31), § 17 Rn.50. これに対して, Jakobs, a.a.O.(Fn.31), Rn.19/50は, このような場合には, 49条1項に加えて, さらに同条2項を適用するという処理方法を示す。Vgl.auch, Kühl, a.a.O.(Fn.31), § 17 Rn. 8.

33) Roxin, a.a.O.(Fn.31), § 21 Rn.72. 同旨, Jakobs, a.a.O.(Fn.31), Rn.19/50.

34) W. Joecks, in : Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2011, § 17 Rn.74; Neumann, a.a.O.(Fn.31), § 17 Rn.84.

35) Joecks, a.a.O.(Fn.34), § 17 Rn.75; Neumann, a.a.O.(Fn.31), § 17 Rn.85.

同様に、回避可能な禁止の錯誤について、裁判官は、原則として刑の減輕を施すべきであるとされる<sup>36)</sup>。さらに、ルドルフィーはいう。「具体的な事例において、禁止の錯誤にとっていかなる意義も有しない事情に依拠して刑の減輕の可否を決してはならない。したがって、専ら行為者に前科があるという理由で刑の減輕を否定することも、行為者には将来再犯を犯さないことが期待されるということのみを理由に刑の減輕を肯定することも同様に許されまい」<sup>37)</sup>と。そして、刑の減輕に際しては、「回避可能な禁止の錯誤の裸の事実（die bloße Tatsache des vermeidbaren Verbotsirrtums）」を再度考慮することは許されないが、しかし、回避可能な禁止の錯誤において行われた行為の具体的な責任内容を、したがって、とりわけ責任減少の程度を考慮することが命じられねばならず、反対に、裁判官が17条2文による刑の減輕を認めない場合には、通常の刑の枠内で処理されることとなるが、その場合であっても、回避可能な禁止の錯誤を減刑事情として考慮することは排除されないと主張する<sup>38)</sup>。

T. ヘアンレは、回避可能な禁止の錯誤において行為する者は、認識なき過失犯と同様に、自身の置かれている状況に対する行為規範の重要性を認識していない、ということを根拠に、実際になされた規範の無視について当該行為者を非難することはできないと主張する<sup>39)</sup>。禁止の錯誤が回避可能か否かを判断する際に、いかなる事情を考慮すべきかについて、ヘアンレはいう。行為規範に習熟する契機が客観的に存在す

---

<sup>36)</sup> Rudolphi, a.a.O. (Fn.31), § 17 Rn.48.

<sup>37)</sup> Rudolphi, a.a.O. (Fn.31), § 17 Rn.49.

<sup>38)</sup> Rudolphi, a.a.O. (Fn.31), § 17 Rn.50. Sternberg-Lieben/Schuster, a.a.O. (Fn.30), § 17 Rn.28も、「有責宣告の法的効果は、上訴裁判所が量刑において禁止の錯誤を考慮することを妨げない」とする。

<sup>39)</sup> T. Hörnle, Das Unwerturteil und Schuldvorwurf, in : R. Hefendehl (Hrsg.), Empirische und dogmatische Befunde, Kriminalpolitischer Impetus – Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, 2005, S.127.

るにも拘らず、このことを拒否する者は、彼の行為が刑法17条2文に該当することを理由に、大抵は無関心を咎められてしかるべきである。しかしながら、過失犯の場合とは異なり、故意犯の場合に「事前責任 (Vorverschulden)」を考慮することには問題がある。例えば、異なる文化圏出身の行為者が、自分の妻を殴ることは許されると信じていたという事例において、反価値判断は、「被害者に加えられた侵害」および「身体傷害に対して向けられた禁止の無視」に関係する。確かに、新天地における法秩序について照会しなかったことについて、当該行為者を法的に非難することは可能であろう。しかしながら、そのような非難は、反価値判断、つまり故意の身体傷害を理由とする刑法的判断の対象とは無関係である<sup>40)</sup>、と。

以上のように、ドイツ刑法17条によれば、回避可能な禁止の錯誤の場合に、刑を、法定刑から導き出すか、49条1項に従って減輕された刑罰枠から導き出すかは、裁判官の裁量に委ねられるが、当該決定を行うに際しては、考慮すべき事情の選別が重要となる。この点については、ロクシンおよびドルフィーが示す見解のほか、「すべての行為事情および行為者人格の全体的考察」を基礎とすることは許されないとしたうえで、例えば、犯罪が行われた生活領域、錯誤が法の軽視あるいは法敵対性に基づいていたこと、違反された義務の認識可能性または自明性、職業上の調査義務を怠ったか否かの状況、外国人犯罪者の場合の国内滞在期間等の事情が裁量的減輕の可否を決するに際して重要となり得るといふ見解も存在する<sup>41)</sup>。しかし、いずれの見解においても、刑の減輕の可

40) Hörnle, a.a.O. (Fn.39), S.128. また, Neumann, a.a.O. (Fn.31), § 17 Rn.53も、自己の行為が違法であることを認識していない行為者には、適切に「法に従った」決定を行う能力が欠如しているということを理由に、刑法17条2文に対して懐疑的な態度を示す。

41) Sternberg-Lieben/Schuster, a.a.O. (Fn.30), § 17 Rn.26. そして、刑の裁量的減輕を施す場合には、量刑事情の二重評価の禁止が妥当するという。

否を決するにあたって、禁止の錯誤とは無関係の事情を考慮することは否定的に解されている。

## （2）スイス刑法21条

スイス刑法21条は、「違法性に関する錯誤（Irrtum über die Rechtswidrigkeit）」の標題で、「行為遂行時に、行為者が、違法に行為していることを認識せず、かつ認識し得なかった場合には、責任なく行爲したものである。錯誤を回避し得た場合は、裁判所は、刑を減輕する」と規定する。スイス刑法21条は、ドイツ刑法17条と同趣旨の規定であり、責任説を採用したものと解されている<sup>42)</sup>。しかしながら、スイス刑法21条は、ドイツ刑法17条とは異なり、回避可能な禁止の錯誤について、刑の必要的減輕を認める。元々、旧規定であるスイス刑法旧20条は、「法律の錯誤（Rechtsirrtum）」の標題のもと、法律の錯誤について刑の任意的減免しか認めていなかったが、1998年に公表されたスイス刑法典改正草案19条は、回避可能な禁止の錯誤と回避不可能な禁止の錯誤を区別したうえで、前者について刑の必要的減輕を認め、後者について不可罰とした<sup>43)</sup>。そして、同草案19条が現行規定にそのまま取り入れられている。

旧20条下においても、回避可能な禁止の錯誤の状態にある行為者は、法に違反するという認識を欠いているが故に、完全なる不法の認識をもって行爲した者よりも重く処罰されてはならないと主張されていた。例えば、A. ドーナチュはいう。「回避可能な禁止の錯誤の状態にある行為者が、法状態を解明するための端緒を有していたにも拘らず、これを怠った場合、彼の行爲は、禁止の錯誤の状態にあるその他の行為者と同様に、不法の意識をもって行爲した者よりも有責性は軽いと評価されね

---

<sup>42)</sup> Vgl. G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Auflage, 2011, § 11 Rn.53.

<sup>43)</sup> BBl 1999, S.2008.

ばならない」と。というのも、当該行為者にとって、法に賛成するか反対するかを決定すべき現実の意識はなかったからである<sup>44)</sup>。さらに、ドーナチュは、「法敵対性」および「無関心」といった概念を用いて記述される「法との特別な関係性」は、禁止の錯誤の枠内においては考慮され得ないと主張する<sup>45)</sup>。

現行スイス刑法21条について、G. シュトラーテンヴェルトは、同条が、回避可能な禁止の錯誤の場合に、行為者を（故意に行為を遂行したことを理由に）有責としつつ、その刑を減輕すると規定することから、たとえ行為者が法の要請に対して全く無関心である事案においても、刑の減輕は留保なく認められるとする。そして、その他の点では、行為者にとってなお適切な責任非難の程度に相応するように刑の減輕がなされるべきであると主張する<sup>46)</sup>。スイス刑法21条によれば、禁止の錯誤が回避可能であった場合には、必要的に刑が減輕される。したがって、シュトラーテンヴェルトがいうように、スイス刑法21条は、法の要請に対して全く無関心である事案においても、法定刑の上限または完全な故意犯の刑を賦科することを排除する。このことについて、法は何ら留保を持っていない。さらに、刑の減輕は、行為者にとってなお適切な責任非難の程度に相応するよう量定されねばならない。この点に関して、G. ジェニーはいう。「尤も、判例は、このような原則を具体的な個別事案に変換することに、従来ほとんど取り組んでこなかった。これは、判例が、不当にも、旧20条の適用可能性を回避不可能な禁止の錯誤に限定してきたことに起因する。判例が、将来的に、このような錯誤を認定する際の実務的厳格さを、量刑の枠内における妥協によって調整し得ると見做し、そして、このことから、さらに、錯誤の回避不可能性へと向けられた要求

---

44) A. Donatsch, Unrechtsbewusstsein und Verbotsirrtum, ZStrR 102 (1985), S.51.

45) Donatsch, a.a.O. (Fn.44), S.51.

46) Stratenwerth, a.a.O. (Fn.42), § 11 Rn.59.

を緩和することは不必要であると見做すということは、完全には排除され得ない。これに与することはできない」<sup>(47)</sup>と。

以上のように、従来の判例が回避可能な禁止の錯誤について旧20条の適用を否定してきたことに対しては学説から批判が寄せられたが、このような批判が現行スイス刑法21条2文の成立という形で結実したのである<sup>(48)</sup>。

### （3）オーストリア刑法9条

オーストリア刑法9条は、1項で「法律の錯誤によって行為の不法を認識しなかった者は、その者に対して錯誤を非難し得ないときは、責任なく行為したものとする」と規定し、2項で「法律の錯誤は、不法が行為者にとっても何人にとっても容易に認識可能であったとき、あるいは、行為者が、その業務上、職務上またはその他の事情により当該規定に精通すべき義務が存在したにもかかわらず、当該規定に精通していなかったときは、これを非難することができる」と規定し、さらに、3項で「錯誤が非難し得る場合に、行為者が故意によって行為したときは故意犯に予定された法定刑が適用され、過失によって行為したときは過失犯に予定された法定刑が適用される」と規定する。

オーストリア刑法9条の標題は、「法律の錯誤（Rechtsirrtum）」となっているが、同条は、禁止の錯誤に関する規定であるとされている<sup>(49)</sup>。そして、同条において有責性の判断指標とされる「非難可能性」も、ドイ

---

(47) G. Jenny, in : Basler Kommentar, Strafrecht I , 2. Auflage, 2007, Art.21 Rn.21; M. A. Niggli/S. Maeder, in : Basler Kommentar, Strafrecht I , 3. Auflage, 2013, Art.21 Rn.24.

(48) G. Heine/G. Jenny/K.-L. Kunz/H. Vest, Tatbestands-und Verbotsirrtum, ZStrR 129 (2011), S.123.

(49) H. Fuchs, Strafrecht Allgemeiner Teil I , 8. Auflage, 2012, Rn.23/19.

ツ刑法およびスイス刑法において有責性の判断指標とされている「回避可能性」と同義であるといえる。さらに、規定の内容から明らかなように、オーストリア刑法9条は、ドイツ刑法17条およびスイス刑法21条と同じく、責任説を採る<sup>50</sup>。しかし、オーストリア刑法9条は、ドイツ刑法17条およびスイス刑法21条とは異なり、非難可能な法律の錯誤(したがって、回避可能な禁止の錯誤)について、刑の減輕に関する規定を設けていない。尤も、現行オーストリア刑法9条の立法過程を振り返ると、戦後の1962年草案<sup>51</sup>および1964年草案<sup>52</sup>においては、非難可能な法律の錯誤について刑の減輕の余地を認める規定が存在していた。ところが、1968年草案

50) Vgl. F. Höpel, in : Wiener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2000, § 9 Rn. 1 f. とりわけ、正当化事情の錯誤を過失犯の問題と捉えるオーストリア刑法8条との関係から、制限責任説を採るものとされる (Höpel, a.a.O., § 9 Rn. 2)。

51) 1962年オーストリア刑法草案8条(法律の錯誤)は、以下のように規定していた。

「① 法律の錯誤の故により自己の所為の違法性なしと誤認した者は、法の保護する諸価値を備える人であってもこの所為の不法を洞察するために法律上の知識を必要とし、且つ当該規定に精通していなかったことにつき行為者を非難することができないときは、有責に行為するものではない。

② 刑を科されている故意の行為をなした者は、前項に掲げる非難が加えられる場合には、故意の所為の故をもってこれを罰するものとし、ただ、その刑の上限および下限は、その所為につきこれと異なる場合に予告されているものの半分とする。

③ 過失の行動の可罰性は、影響を受けない。」

法務省刑事局『一九六二年オーストリア刑法草案』刑事基本法令改正資料5号(1964年)4頁。

52) 1964年オーストリア刑法草案8条(法律の錯誤)は、以下のように規定していた。

「① 法律の錯誤の故により自己の所為の違法性なしと誤認した者は、その所為の不法を洞察するためには法の保護する諸価値を備える者でも法規の存在を知っていなければならず、且つ当該規定に精通していなかったことにつき行為者を非難することができないときは、有責に行為したものではない。

② 前項に掲げる非難が行為者に加えられる場合、その者が可罰的行為を故意になしたときは、故意の所為の故をもってこれを罰するものとし、ただ、

において当該規定は削除され、その後、1971年草案を経て現行刑法9条の成立に至るまで、刑の減輕の余地を認める規定が設けられることはなかったのである<sup>53</sup>。刑の減輕の余地を認める規定が削除された理由の一つとして、責任非難の減少は事案によって異なり、加重事由によって相殺される場合もあり得るから、法定刑を修正することなく、量刑における「特別な減輕事由」の中に、非難可能な法律の錯誤についての規定を設ければ足りるということが挙げられたとされている<sup>54</sup>。このような経緯から、現行オーストリア刑法は、34条1項12号において、「特別な刑の減輕事由」の一つとして、「行為が、責任を阻却しない法律の錯誤（9条）において行われ、とりわけ故意犯を理由に処罰される場合」を規定している。

以上のように、オーストリア刑法において、非難可能な法律の錯誤は、専ら量刑に際して役割を演じ得るに過ぎない<sup>55</sup>。オーストリア刑法は、32条に「量刑の一般原則」の規定を置いているが、同条2項によれば、「犯行がどの程度法益を否認したかあるいは行為者の法益に対する無関心な態度がどの程度であったか」が量刑に際して考慮されねばならないとされる。このような量刑基準に従えば、行為者にとっても何人にとっても

---

その刑の上限および下限は、その所為につき通常科されているものの半分とする。その者が可罰的行為を過失でなしたときは、過失の所為につき規定されている法定刑を適用するものとする。」

法務省刑事局『一九六四年オーストリア刑法草案』刑事基本法令改正資料9号（1964年）3頁以下。

53) 内藤謙「オーストリア新刑法における『法律の錯誤』」平場安治博士還暦祝賀『現代の刑事法学（上）』（1977年）484頁以下。

54) 内藤・前掲（注53）489頁。さらに、同論文489頁によると、総則の犯罪論規定の中に刑の減輕規定を設けることはオーストリア刑法の体系として異質である旨の指摘がなされたとのことである。

55) E. Fabrizz, StGB, 11. Auflage, 2013, § 9 Rn. 6.

容易に認識可能であったにもかかわらず不法の意識を欠いた行為者には重い刑が科されてしかるべきであるとも考えられる。しかし、このような観点によっても、なお34条1項12号による特別な刑の減輕は行われ得る。というのも、34条1項12号は同項11号とは異なり、錯誤が責任阻却事由に近いという事情を要件としないからである<sup>56)</sup>。さらに、学説においては、非難可能な法律の錯誤について、当該錯誤が故意犯の場合には当罰性が大幅に減少し得るとの見地から、34条1項11号の減輕事由の一例として法律の錯誤を列挙することないし41条の例外的な刑の減輕の可能性が考慮されるとの見解<sup>57)</sup>や、34条1項12号は過失犯を理由に処罰される場合にも妥当するとの見解<sup>58)</sup>が主張されている。

## V むすびにかえて

わが国の現行刑法38条3項は、回避可能な違法性の錯誤について、刑の裁量的減輕の余地しか認めていない。これに対して、1940年に公表された改正刑法仮案11条は、1項で「法律ヲ知ラサルヲ以テ故意ナシト為スコトヲ得ス但シ情状ニ因リ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除スルコトヲ得」と規定し、2項で「法律ヲ知ラサル場合ニ於テ自己ノ行為カ法律上許サレタルモノト信シタルコトニ付相当ノ理由アルトキハ其ノ刑ヲ免除ス」と規定した。つまり、改正刑法仮案は、回避可能な（相当の理由に基づかない）違法性の錯誤について刑の裁量的減免を認め、回避不可能な（相当

<sup>56)</sup> Höpel, a.a.O. (Fn.50), § 9 Rn.16.

<sup>57)</sup> Fabrizio, a.a.O. (Fn.55), § 9 Rn. 8. これに対して、Höpel, a.a.O. (Fn.50), § 9 Rn.16は、非難可能な法律の錯誤において明らかとなった「評価の不認識 (Wertfremdheit)」は、法的命令の意識的な無視と同等の評価を受け得るとする。

<sup>58)</sup> J. Ebner, in : Wiener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2003, § 34 Rn.29.

の理由に基づく）違法性の錯誤について刑の必要的免除を認めている<sup>59)</sup>。さらに、1974年に公表された改正刑法草案21条は、1項で、回避可能な違法性の錯誤について（違法性の意識がある場合も含めて）刑の裁量的減軽に止める一方、2項で、相当の理由に基づく違法性の錯誤について「これを罰しない」と規定する。

わが国の改正刑法草案およびドイツ、スイス、オーストリアの各国現行刑法は、回避不可能な違法性の錯誤について不可罰とする点では一致している。しかしながら、回避可能な違法性の錯誤の取扱いについては異なる立場を採っている。相違点は、回避可能な違法性の錯誤について、刑の必要的減軽を認めるか裁量的減軽に止めるかである。それでは、回避可能な違法性の錯誤について、刑の必要的減軽を認めるべきであろうか。この点、わが国の現行刑法において刑の必要的減軽を認める総則規定として、39条2項（心神耗弱）、43条ただし書（中止犯）、63条（従犯減軽）が存在するが、「刑法改正政府提出案理由書」によれば、各規定の刑の必要的減軽の根拠として、まず、39条2項については、心神耗弱者の場合はその行為が多少宥恕すべきものと認められるから<sup>60)</sup>、次に、43条ただし書については、中止犯は社会に及ぼす害悪が少なくかつ犯情もなお憫察すべきところがあるから<sup>61)</sup>、そして、63条については、従犯は正犯とは異なり犯罪の成立を幫助したに止まるのであって、その情状が正犯と比較して大幅に軽いからという点が挙げられている<sup>62)</sup>。ここで挙げられたそれぞれの減軽根拠からすれば、回避可能な違法性の錯誤についても、刑の必要的減軽を認めることは排除され得ないようにも思わ

---

59) 改正刑法仮案11条の成立に至るまでの立法過程について、林弘正『相当な理由に基づく違法性の錯誤』（2012年）217頁以下参照。

60) 松尾解題＝倉富ほか編・前掲（注2）2144頁。

61) 松尾解題＝倉富ほか編・前掲（注2）2147頁。

62) 松尾解題＝倉富ほか編・前掲（注2）2155頁。

れる。しかしながら、刑の必要的減軽が認められる心神耗弱、中止犯、従犯は、それぞれの性質ないし態様に鑑みれば、ある程度類型的に把握され得る（あるいは、把握されるべき）<sup>63</sup>ものである。そして、このような類型的把握が可能であるが故に、心神耗弱は完全責任能力と比較して、中止犯は既遂犯ないし障碍未遂と比較して、従犯は広義の正犯ないし教唆犯と比較して、それぞれ類型的に責任が軽いと評価し得る。これに対して、回避可能な違法性の錯誤は、このような類型的把握が困難（かつ不相応）であることから、必要的減軽には馴染まないと考える。

それでは、改正刑法仮案が予定していたように、回避可能な違法性の錯誤について、裁量的免除を施す余地はないか。この点、わが国の現行刑法において刑の裁量的免除を認める総則規定として、36条2項（過剰防衛）と37条1項ただし書（過剰避難）が存在する。過剰防衛および過剰避難の場合に刑の裁量的免除が認められる理由として、36条2項については、「防衛ノ行為其必要ナル程度ヲ超エタルトキハ既ニ危急防衛ニ非サルヲ以テ罪トシテ之ヲ罰スト雖モ其情状ニシテ斟酌ス可キモノアルトキハ其刑ヲ減軽又ハ免除スルコトヲ得セシムルモノナリ」と説明され

63 尤も、とりわけ心神耗弱については、類型的把握の可能性を巡って異論もあり得よう。実際に、心神耗弱（限定責任能力）に関しては、ドイツ、スイス、オーストリアの各国現行刑法において異なった取扱いがされている。すなわち、ドイツ刑法21条は、限定責任能力について刑の裁量的減軽を認めるのに対して、スイス刑法19条は、刑の必要的減軽を認める。他方、オーストリア刑法は、11条に責任無能力に関して責任を阻却する旨の規定を置すが、限定責任能力に関する規定を設けていない。ただし、34条1項1号において、「行為者が行為を異常な精神状態の下で行った場合」と「行為者が知的能力の点で薄弱である場合」を「特別な刑の減軽事由」の一つとして規定している。さらに、限定責任能力が責任無能力と境を接するときには、同項11号が「特別な刑の減軽事由」の一つとして規定する「行為が責任阻却事由あるいは正当化事由に近い状況の下で行われた場合」に、限定責任能力も含まれ得るとされる。Fabrizy, a.a.O. (Fn.55), § 34 Rn. 9.

ており<sup>64</sup>、37条1項ただし書についても同様の理由付けがなされている<sup>65</sup>。このような立法趣旨に照らせば、回避可能な違法性の錯誤の場合も、違法性の意識を欠いたことについて相当の理由がないが故に犯罪の成立は認められるとしても、特別な事情の存在により、違法性の錯誤を回避することが相当困難であったときには、刑の免除が施されるべきであると考える。

以上、違法性の錯誤の処理について、刑法38条3項ただし書における「情状」の意義を明らかにしつつ検討してきたが、もとより、本稿で考察の中心とした「回避可能な違法性の錯誤」の処理を巡る問題に関しては、違法性の錯誤にいう「違法性」の内実如何および「回避可能性」の判断基準如何について考究する必要がある。これらについては、別稿を期したい。

---

(64) 松尾解題＝倉富ほか編・前掲（注2）2142頁。

(65) 松尾解題＝倉富ほか編・前掲（注2）2143頁。