

## 西ドイツ刑法一七条と故意説

— 刑法一七条後段の合憲性に関する連邦憲法裁判所決定に関連して —

松 原 久 利

## 一 はじめに

一九七五年西ドイツ刑法は、その一六条および一七条で、構成要件的錯誤および禁止の錯誤について次のような規定を新設した。

一六条一項 行為の遂行にあたり、法律上の構成要件に属する事情を知らなかった者は、故意に行為したものではない。過失の犯行を理由とする可罰性はそのままとする。

一六条二項 行為の遂行にあたり、軽い法律の構成要件を實現する事情を誤認した者は、軽い法律によってのみ故意の犯行を理由として処罰することが出来る。

一七条 行為の遂行にあたり、不法をなす認識を欠く場合において、犯人がこの錯誤を回避しえなかったときは責任なく行為したものである。犯人が錯誤を回避しえたときは、その刑は、第四九条一項に従って軽減することが出来る。<sup>(1)</sup>

学説の多くは、この規定によって、立法者は責任説を採用し、故意説と責任説の対立に最終的な決着をつけたものと理解している。<sup>(2)</sup> このことは、刑法改正作業の経過、刑法委員会における審議過程、草案の理由書などからみても明らかであるとされる。<sup>(3)</sup> すなわち、この規定によって、禁止の錯誤は故意とは無関係であり、その錯誤が回避可能かどうかによって、故意による構成要件実現についての非難性を軽減するか、あるいは阻却すると

いう解決がとられることになったとされるわけである。<sup>(4)</sup>そこで問題は故意説と責任説の対立という点から、どのような場合に責任が阻却されるのか、すなわち禁止の錯誤の回避可能性の判断基準という点に移ったということになる。

したがって、現行法のもとでは、もはや故意説の成立する余地はなくなり、この説はいわば過去のものとなった<sup>(5)</sup>、あるいは実定法上の基礎を失い、もはや法史的、法政策的な意味しか持たない<sup>(6)</sup>とさえいわれている。これに対して、故意説の支持者からは、現行法のもとでも故意説の意義は失われぬ、あるいは故意説による解釈もなお可能であるといった異論がとねえられている<sup>(7)</sup>。そこで本稿では、刑法理論上激しい対立のある禁止の錯誤について、立法的解決がなされた場合に、それが対立する学説におよぼす影響という点に焦点をあてて、ランガーとシュミットホイザーの見解を中心にして刑法一七条制定以後の故意説の対応を概観してみたい。その素材として、一九七五年に出された、刑法一七条後段の合憲性に関する連邦憲法裁判所の決定を紹介する。

## 二 連邦憲法裁判所決定<sup>(8)</sup>

(1) 事実概要 Xは、被害者である建築依頼主Yのために錠前を作ったが、Yが契約に従って代金を支払わないので、期

日までに支払わなければ事件をYが働いている金融機関に知らせるといふ手紙をYに書いた。それでもYが支払わないので、Xは本当にこれを知らせ、事情を示してYのために賃金支払いのための金員の貸付を頼んだ。その際、Xは自己の行為は許されていると考えていた。この行為が強要未遂罪(刑法二四〇条、二二条、二三条)および悪評の流布罪(刑法一八六条)で起訴された。

これに対して、ピンネベルグ(Pinneberg)区裁判所は、基本法一〇〇条一項により手続を中止して、刑法一七条後段の合憲性について連邦憲法裁判所の判断を求める呈示決定を下した。その理由は次のとおりである。被告人は回避可能な禁止の錯誤で行為したものであり、刑法一七条後段により故意行為者とされる。したがって有罪宣告のための要件は満たしている。しかし刑法一七条後段は、平等原則を定める基本法三条一項に違反し無効であるから、被告人はその禁止の錯誤を理由として、刑法一六条一項後段により、過失が非難されうるにすぎないが、過失による強要罪および悪評の流布罪は不可罰である。基本法三条一項をみれば、回避可能な構成要件の錯誤は、とくに過失犯の可罰性が規定されている場合にのみ過失行為として処罰される(刑法一五条)<sup>(10)</sup>のに対して、回避可能な禁止の錯誤は、明確に故意犯だけを規定している刑罰法規を適用してよいことを

正当化する根拠は存在しない。構成要件の錯誤で行為する者も禁止の錯誤で行為する者も、意識して法秩序の要求に反抗するものではなく、したがって故意にはなく過失によって行為するものだからである。禁止の錯誤は、構成要件の錯誤より容易に回避できるものでもなく、またより社会的に危険でもないのである。

(2) 連邦憲法裁判所決定 決定主文 一九七五年一月二日公布の刑法一七条は、それが回避可能な禁止の錯誤で行為した者に関するかぎりでは、基本法に違反しない。

理由 呈示の対象は、新刑法において構成要件の錯誤と禁止の錯誤とで異なった法律効果を規定したのは基本法に違反しないかどうかの問題である。新刑法一六条一項および一七条は、一九五二年三月一八日の連邦通常裁判所の原則決定<sup>(11)</sup> (Grundsatzentscheidung) 以来、判例が適用してきたいわゆる責任説を成文化したものである。検討のために呈示された法規定に対する呈示裁判所の憲法上の疑いは、明らかに理由がない。

まず、基本法三条一項には違反しない。刑法学における責任説と故意説のうち、どちらを法規定の基礎に置こうとするかの決定は、立法者の任務であった。連邦憲法裁判所は、立法者が選択した解決が「最も正しい」と考えられる解決であるかどうかについて検討する必要はない。したがって、故意説が責任説

より正しい結論となるかどうかは重要ではない。立法者が行った区別について、実質的に納得させるに足りる理由が認められないために、その区別の維持が恣意的であると判断されなければならぬ場合に初めて立法者に対抗できるのである。立法者は、事実性に関する錯誤は不法性に関する錯誤より軽い評価に値するという結論を、主に刑事政策的観点から導き出した。このような決定は、立法者の権限領域に属し、これを恣意的であるとして非難することはできない。

次に、法治国家原理から生じ、憲法上の地位を有する責任主義からも、刑法一七条の規定に対する疑いを導き出すことはできない。刑罰法規の創設にあたって、責任主義に従って責任の程度を考慮すべき場合、刑法一七条後段がそれを考慮している。なぜならこの規定は、違法性を意識せずに行為したが、違法性の意識の欠如が非難されるべきである行為者については、刑法四九条一項により故意行為の法定刑に対して刑の軽減を許容するからである。呈示された問題の判断のために、憲法原理としての責任主義からは多くを引き出すことはできない。

(3) 本決定に対する評価 一般に、本決定は刑法一七条に対する憲法上の疑いをも取り除いたものとして評価されている<sup>(12)</sup>。すなわち本決定は、刑法一七条は責任説を成文化したものである、それでも合憲としたものである。そして故意説と責任説と

いう刑法理論上の対立に最終的な決着をつけることはしなかったが、これにより故意説の意味で刑法一七条を解釈すべきであるとの見解は、相当の論拠を失ったとされる<sup>(13)</sup>。故意説は、憲法に適合した法律である刑法一七条とは相容れない<sup>(14)</sup>ということになる。

これに対しては、本決定によって拘束力をもって確定されたのは、刑法一七条の合憲性という点のみであって、刑法一七条の解釈の部分には拘束力(Bindungswirkung)は及ばないとする批判がある。規定の合憲性は実務を特定の解釈に拘束するものではなく、決定理由の前提たる規定の解釈には拘束力はないというのである。そこで、次にこの見解の主張者の例としてランガーの見解とシュミットホイザーの見解をみてみたい。

### 三 故意説論者の見解

(1) ランガーの見解<sup>(15)</sup> ランガーは、本決定について三つの問題点を指摘する。第一に、本決定では呈示の許容性の問題が「決定理由」において無視されている。呈示裁判所が求めた故意説による法律効果は、刑法一七条の無効の宣言によって得られるものではなく、検討すべき法律の違憲性とは無関係である。したがって検討すべき法律の効力が問題となっていないこと、また故意説による現行法の解釈の可能性があることなどから、

そもそも本件呈示は許容できないものであったとする。

第二に、呈示裁判所の刑法一七条に対する憲法上の疑いは、「明らかに理由がない」ものであったか。この点については、結論的には本決定に賛成せざるをえないとする。

第三に、本決定の拘束力はどこまで及ぶのか。刑法一七条後段が「単に」刑の軽減を可能にするにすぎないとしている部分は、決定主文には含まれないのであって、拘束力は及ばない。また単に法律解釈のみを対象とする部分には拘束力は及ばない。したがって、本決定において拘束力があり、法的効力をもって確定されたのは、刑法一七条と基本法との合致ということのみであって、錯誤規定の解釈は本来刑法学の任務であるとする。

(2) シュミットホイザーの見解<sup>(16)</sup> シュミットホイザーは、本決定の意義とその拘束力について次のようにいう。本決定は、刑法一七条後段の合憲性を確認したものであり、これは連邦憲法裁判所法三一条二項により法的効力を有する<sup>(17)</sup>。つまり、法律を国家機関に対する命令として確認するものである。しかし、法律の解釈についてはまったくふれてはいない。本決定の理由は、明らかに刑法一七条は責任説を成文化したものであるということを前提としているが、これは刑法一七条についての連邦憲法裁判所の見解が示されたにすぎない。したがって、国家の刑事司法機関は必ずしもこれに拘束されるわけではない。

決定主文がその内容において理由によって支えられている場合、すなわち主文だけでは必ずしも完全な意味をなさない場合には、拘束力は決定主文に限定されず、理由にも拘束力が及ぶ<sup>(17)</sup>ということとは、刑法一七条については問題とならない。特定の解釈が憲法上の原則に違反し、避けるべきであるような場合には問題となるが、他の合憲解釈が可能であれば、規定の合憲性は実務を特定の解釈の意味において拘束するものではないのである。これは、決定主文がその理由から独立して完全な意味をなしている本決定の拘束力は、決定理由（およびその前提となる規定の解釈）には及ばないということを意味する。以上のことから、本決定は刑法一七条後段の合憲性を示したにとどまり、刑法一七条の解釈については刑法実務を拘束するものではないとする。

#### 四 刑法一七条と故意説

(1) 故意説の主張 このようにして、現行法のもとでも故意説による刑法一七条の解釈は可能であるとするわけであるが、その前提として故意説の正当性を次のように主張する。ここでもランガーとシュミットホイザーの見解をその例としてみてみることにする。

ランガーによれば、まず、争いのある問題について、立法に

よる特定の学説の固定化が、より広い学問上の取り扱いを妨げるおそれがある場合には、立法者は特定の学説の固定化は避けるべきである。そして解釈にあたっては、立法者が刑法一七条によって責任説を成文化しようとしたということは、法律解釈の補助的手段にすぎないとする。

次に、彼によれば、故意説に対して加えられた刑事政策的疑問<sup>(18)</sup>という批判には根拠がない。第一に、違法性の意識は事物思想的な (sachgedanklich) 意識<sup>(19)</sup>で足りるのであって、瞬間的行為 (raschen Taten) の場合にも通常違法性の意識は存在する。第二に、常習犯および確信犯の問題は、およそ故意説と責任説との対立とは無関係である。第三に、可罰性の間隙を理由とする刑事政策的疑問は、結局より高次元の法原理——ここでは基本法一〇三条二項<sup>(20)</sup>で基礎づけられる「刑法の断片的性格」——の遵守を要請すれば、後方に退かなければならない。また固有の刑法 (Kernstrafrecht) において過失構成要件が存在する場合に、禁止の錯誤で行為した者を故意犯で処罰した上級裁判所の判例はないことから、刑法実務においては刑事政策的疑問は提出されていないことがわかる。<sup>(21)</sup>したがって、過失犯の法定刑は行為者の責任に応じ、刑事政策的要求を満たすものとされている。法律が過失犯処罰規定を定めていない場合に、過失行為を故意犯として処罰してはならないのであって、処罰の刑事政策的必要

性が確認されれば、必要な過失構成要件を創設すべきであり、これはもっぱら立法者の任務である。

これに対して、責任説は価値構造においても理論構成においても、積極的な基礎づけはなく、その説明は空虚な形式である。責任説の論理的、概念的な一貫性は認めるにしても、<sup>(22)</sup>それ自体批判的分析にたえうるものではない。さらに、責任説は、違法性の意識の認定を放棄し、またそれが認定できない場合に、その意識の獲得の可能性があったとするように裁判官を誘惑する。結局、責任説は生まれかわった新たな嫌疑刑である。このように、故意説は価値構造、理論構成、刑事政策的必要性からみて、明らかに責任説に優るものであり、刑事訴追はこれによりその有効性を損なうものではなく、むしろより適正なものとなり、<sup>(23)</sup>法的安定性を得ることになるとする。

シュミットホイザーは、どのような法適用が最良であるかについて、その前提となる禁止の錯誤の理論、法律の文言、立法者の意思、概念構成の論理、責任主義、刑事政策的目的という観点から、厳格責任説、制限責任説、故意説を検討する。

前提問題として、それぞれの禁止の錯誤に関する理論は、刑法一六条一項および一七条をどのように適用するのかわ示すこと次のようになる。<sup>(24)</sup>厳格責任説によれば、一六条一項の「法律上の構成要件」とは客観的構成要件のことであり、「故意に行為

したものではない」とは主観的構成要件要素としての故意を阻却することを意味する。一七条前段は、故意・過失の両行為について適用される。もっとも一七条後段はほとんど故意行為のみに関するものである。すなわち、故意に行為するものであるが、禁止の錯誤であれば、その錯誤が回避不可能な場合は責任なく行為するものであり、回避可能な場合は故意行為を理由として処罰されるが、刑の軽減が可能である。これによって、関連規定を矛盾なく解釈することができる。

制限責任説には種々の理解があるが、共通点は正当化事由の事実的前提の誤信の場合は故意行為を理由としては処罰してはならないということである。<sup>(25)</sup>判例もこの見解を採用するが、その根拠は示されていない。第一に、消極的構成要件要素の理論は、<sup>(26)</sup>一六条一項の意味での法律上の構成要件には正当化事由の事実的前提の不存在も含まれるとする。そこから正当化事由の事実的前提の誤信は一六条一項前段に係るべからず、この事実的前提の誤信は、「法律上の構成要件に属する事情を知らなかった」ことになる。<sup>(27)</sup>これによれば、一七条は直接的禁止の錯誤に<sup>(28)</sup>限定されることになる。第二に、一六条一項を類推適用する見解は、違法性の問題にとって構成要件の違法類型要素と許容構成要件要素（正当化事由）との間に質的差異はないという理由から、正当化事由の事実的前提の誤信の場合、故意が「阻却され

るとみなす」べきであるとする。第三に、法律効果を指示する責任説<sup>(29)</sup> (rechtsfolgenverweisende Schuldtheorie) は、法律効果においてのみ一六条と結びつけることができるとする。すなわち、行為者は故意による行為不法を実現したにもかかわらず、過失によってのみ処罰されることになる。

故意説は、<sup>(30)</sup> 法治国家的原理としての責任主義を前提として、行為の違法性を意識して行為した者だけが故意行為を理由として処罰されるとする。これによれば、一六条一項は、責任主義に合致する法思想の一部を規定するにすぎないとする。したがって一六条は、これを類推して不法性の「認識」<sup>(31)</sup>にまで拡大すべきである。直接的禁止の錯誤も間接的禁止の錯誤も故意行為ではない。一六条一項後段で「過失の犯行を理由とする可罰性はそのままとする」とされた行為のみが一七条の規定内容として残る。一七条前段は、自明のこと(過失と不可罰との限界)を示したものであり、後段は事実の認識はあったが回避可能な禁止の錯誤で行なわれた行為に対する刑の軽減の可能性を規定するものである。

これらの法適用の提案のうち、いずれが最良のものであろうか。第一に法律の文言からは、厳格責任説のみがこれに一致することは明らかである。第二に立法者の意思についても、委員会や議会における議論をみると、故意説に反対し責任説に

賛成していることが示されている。第三に概念構成の論理については、故意説と厳格責任説は論理的に問題はない。これに対して、制限責任説はいずれの理解によっても問題である。消極的構成要件要素の理論は、故意を肯定すべき場合には正当化事由の不在の積極的な認識が前提となるが、このようなことはほとんどないという点で、概念と現実が遊離している。一六条を類推適用する見解も、異なった部分から組み合わされた故意概念となる点で不自然である。法律効果を指示する責任説に対しては、故意として示された概念は法律効果と無関係なものとしては存在しないというべきである。

第四に責任主義について、刑事司法領域では最も強く正義(Gerechtigkeit)が要求される(BVerfGE, 45, 187, 228.)<sup>(32)</sup>とすれば、それが基本的に異なる法律効果に要請されている場合、故意行為と過失行為との間には明確な相違が見出されなければならない。行為者の事実認識の問題は、それと結びついた違法性の意識に関連してのみ有意義でありうるのであるから、責任主義の観点からは、両者の決定的な相違は、故意行為は違法性の意識をもって行なわれるのに対して、過失行為は違法性の意識なく行なわれる(がその可能性はある)という点に見出される。したがって、故意説が責任主義と完全に一致し、厳格責任説は最も責任主義に合致しない。

第五に刑事政策的観点から、故意説に対しては違法性を意識していなかったという被告人の言い逃れや口実に基づく不当な無罪が増加するという批判がなされているが、この批判には根拠がない。まず、回避可能な直接的禁止の錯誤で行なわれた行為は故意行為として処罰すべきであるという、そもそも疑わしい要求から可罰性の間隙という結論を導き出すのであれば、それは、始めに基礎づけられるべきものが先取りされている。次に違法性の意識は言語思考的 (sprachgedanklich) である必要はなく、事物思考的な意識で足りることが認められれば、客観的に必要な場合にのみ無罪となる。したがって、一般的な法律の過失の構成要件を設ける必要はない。故意説を批判する刑事政策的論拠は、刑法学がはるか以前に放棄することのできた悪夢 (Schreckgespenst) である。憲法原理として承認された責任主義は、刑事政策的考慮に基づいて制限されてはならないのであって、むしろ刑事政策的観点は責任主義の範囲内で刑法規の解釈が問題となる場合に初めて利用されるのである。以上のことから、責任主義を最優先するのであれば、故意説の法適用に優位が与えられるべきであるとする<sup>(33)</sup>。

(2) 故意説による刑法一七条の解釈 このようにして、故意説の正当性および現行法は責任説を固定化したものではないということ为前提として、ランガーは、一七条は過失責任を定め

たものであるとする。ランガーによれば、一五条、一六条一項、一八条<sup>(34)</sup>の位置からみて、一七条では過失として帰責される行為状況が問題とされていることがわかる。そして一七条後段は、不法の弁識の欠如の回避可能性を過失責任の最小形式として理解すれば、責任内容にふさわしいものとなる。法律の過失は、必ずしも事実の過失ほど重大でないとはいえないから、一七条後段による単なる刑の軽減の可能性は、回避可能な禁止の錯誤での行為者に対する最善の可罰性の規定であることが明らかになる。すなわち、一七条は故意説の成文化として理解できる。責任説では、一七条後段によって、禁止の錯誤で行った者も現実的な違法性の意識をもって行為した者と同様に、完全な故意犯の刑罰を科すことができるのであるから、結局、違法性の意識は責任要素としては重要でないことになる。

ここで問題となるのは、二六条、二七条一項で「故意で遂行された違法な行為」という場合、違法性を意識した行為は要求されていないということである。この点については、客観的、目的論的に基礎づけられた実質的に正しい概念構成の要請から、機能関係的に解釈すべきであり、ここで「故意で」というのは事実を認識した作為、不作為をいうと解すべきである。したがって、方法として承認された解釈によれば、故意説は法律に合致した錯誤論であることが明らかになると結論する<sup>(36)</sup>。



また、シュミットホイザーによれば、一六条一項前段は不法の「不知」に適用すべき場合の部分的規定と解すべきであり、したがって禁止の錯誤も故意を阻却する。一七条前段は、一六条一項後段により過失の犯行を理由とする可罰性はそのままとされた行為で、それが禁止の錯誤に基づく場合について、責任主義の下限すなわち不可罰を規定するものである。一七条後段は、一六条一項後段により過失の犯行を理由とする可罰性はそのままとされた行為で、それが回避可能な禁止の錯誤に基づく場合について、刑の軽減の許容性を規定するものである。ここでは責任が事実の過失の程度を下回るような直接的禁止の錯誤の場合が考えられる。これに対して、責任説による単なる刑の軽減可能性というのは誤りである。自己の行為は許されていると考へた者は、必ずしも意識的に法秩序に反抗する者より軽く処罰されるわけではないとするのは不当である。

すなわち、一六条は故意行為の要件としての現実的な事実および不法の意識を扱い、一七条は過失行為の要件としての潜在的な不法の意識を扱うものである。たしかに、これにより一七条後段は実際には空虚なものとなる。また法規の理解において、若干の不自然さは免れない。しかし、責任主義を制限することなく貫徹すべきであるとすれば、法律上の規定の不十分な文言は、その下位に置かれるべきであり、また全体としてはこのわ

ずかな害悪は、容易に克服できるものである。こうして、現行法においても、責任主義に完全に合致する故意説による解決は排除されていないと結論する<sup>(37)</sup>。

このほかに、実質的不法の意識 (materiellen Unrechtsbewußtsein) については故意説が、形式的違法性の意識 (formellen Rechtswidrigkeitsbewußtsein) については責任説が正しいとするアルトゥール・カウフマンの見解がある。カウフマンによれば、故意説と責任説の論争は表面上の対立であり、これは不法の意識を実質的に規定することにより解消する。ここで実質的不法の意識とは、行為の特別な反価値性、すなわち社会侵害性の意識であり、形式的違法性の意識とは、法的に禁止されているという意識である。そして、故意には実質的不法の意識が必要であり、その意味で故意説は正しい。したがって、故意に形式的違法性の意識を要求するのは誤りである。そこから、形式的違法性の意識の欠如は故意を阻却しない。この意味で責任説は正しいが、故意は自然的故意で足りるとすれば、それは誤りである。こうして、両説の正しい点を理解すれば問題はなくなる<sup>(38)</sup>とするのである。

カウフマンと同様に、故意には社会侵害性の意識すなわち実質的不法の意識が必要であるとするのはオットーである。オットーは、この考え方を修正故意説 (modifizierte Vorsatztheorie)

であるとする。そこから、刑法一七条は形式的意味での違法性の意識に関する規定であるから、従来の厳格故意説や制限故意説はこれと相容れない。しかし社会侵害性の意識の欠如については何も述べてはいないのであるから、修正故意説はこれとは無関係であるとする。<sup>(39)</sup> なお、一七条は、故意責任と過失責任の中間に位置する特別の責任形式としての「法律の過失」について定め、回避可能な禁止の錯誤は法律効果においてのみ故意と同視する旨の規定として構成することも可能であるとの指摘もある。<sup>(40)</sup> これらの見解からは、現行法においてもなお故意説の意義は失われないことになる。

(3) 責任説からの批判 このような故意説による解釈に対しては、責任説から、明らかに立法者の意思に反するのみならず、法律自体に反すると批判されている。刑法一六条、一七条、二六条、二七条の法律上の概念は間違いなく支配的である責任説およびそれに従っている判例を前提とするものである。<sup>(41)</sup> また、修正故意説の解釈によれば、立法者はまさに規制の必要な対象についてまったく規定しなかったことになる。回避不可能であれば過失を阻却することは当然であるから、一七条前段は不要な規定となる。他方、構成要件の過失と法律の過失が共に規定されているとすれば、法律の過失の特別な規定は不要であるし、また法律の過失の程度は構成要件の過失の程度を下回る場合が

あるとの主張は誤りであるから、同条後段は不合理な内容ということになる。<sup>(42)</sup>

なお、故意説の支持者からも、修正故意説の主張には賛成であるが、現行法のもとでは受け入れられる見込みは乏しいから、責任説を受け入れざるをえないとして、その中でさらに責任主義を考慮すべきであるとの指摘もみられる。<sup>(43)</sup>

## 五 おわりに

以上で概観したところから、西ドイツにおける刑法改正後の経過からみた、故意説と責任説との対立という点に関する現在の問題状況がうかがえる。すなわち刑法一六条、一七条の新設により、少なくとも現行法の解釈として、従来の意味での厳格故意説を主張することは困難である。そこで修正故意説の主張が生まれた。これはある意味では責任説への接近である。他方、責任説の側からも故意説への接近がみられる。<sup>(44)</sup> こうして、少なくとも固有の刑法においては、問題は、禁止の錯誤に基づく行為について、どのような場合に故意責任が阻却されるのかを明らかにするという方向に向かっているといえよう。

これに対して、特別刑法(Nebenstrafrecht)や秩序違反法<sup>(45)</sup>においては、なお故意説が妥当するという主張も有力である。<sup>(46)</sup> また最近では、過失行為においても禁止の錯誤が問題になるとし

て、ここでも故意説が妥当するとの主張もみられる。<sup>(47)</sup>

わが国の刑法改正作業においても、違法性の錯誤の規定は大きな問題となっている。規定の新設自体については一般に承認されているといえるが、その規定の仕方については見解の一致をみていない。その原因は、学説の対立にある。立法で特定の学説を固定化することは妥当でないとの見地から、制限故意説を固定化し、責任説を封殺することになるとして準備草案の未定稿は批判された。<sup>(48)</sup> また改正刑法草案も、可能性説からは二一条一項は不要でありこれを削除し、但書は相当の理由がない場合の規定として、二項の後に加えるべきであると批判される一方で、<sup>(49)</sup> 一項を削除すると正面から故意説を立法的に封殺することになるとの問題が提起されており、<sup>(50)</sup> いまだに解決をみていない。このように、学説が対立する問題について立法的に解決する場合に、その一つの例として、責任説を採用した西ドイツにおける刑法改正から現在に至るまでの問題状況は、参考になると思われる。

(1) 訳文は、法務大臣官房司法法制調査部編・ドイツ刑法典〔宮澤浩一訳〕(昭和五七年)による。

(2) Baumann, Strafrecht, A. T., 8. Aufl., 1977, S. 448; Blei, Strafrecht I, A. T., 18. Aufl., 1983, S. 198; Dreher/Tröndle, StGB, 41. Aufl., 1983, S. 99; Cramer, Schönke-Schröder StGB, 21. Aufl., 1982, S. 206, 243; Jescheck, Lehrbuch des Strafre-

chts, A. T., 3. Aufl., 1978, S. 366; Maurach/Zipf, Strafrecht, A. T., Teilbd. 1, 6. Aufl., 1983, S. 496; Rudolphi, Systematischer Kommentar StGB, Bd. 1, A. T., 3. Aufl., 1981, S. 84; F. C. Schroeder, Leipziger Kommentar StGB, 10. Aufl., 1980, S. 100; Stratenwerth, Strafrecht, A. T., I, 3. Aufl., 1981, S. 174; Wessels, Strafrecht, A. T., 13. Aufl., 1983, S. 111; Jakobs, Strafrecht, A. T., 1983, S. 446.

(3) Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 2. Bd., 1958, S. 16 ff.; Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB) E 1962 mit Begründung, S. 135 (法務省刑事局・刑事基本法令改正資料 第一〇号「一九六二年ドイツ刑法草案理由書(総則篇)―第一分冊―」(昭和四一年)一二六頁参照); Friedrichs, Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrrertragung 1967 in Münster, ZStW 80 (1968), S. 127 (ホルゲン・マイアー/小暮得雄・能勢弘之「西ドイツ刑法総則代案をめぐって」―シヨンスター会議の一記録―「シヨリスト四〇四号(昭和四三年)一〇四頁参照); Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches A. T., 2. Aufl., 1969, S. 204 (法務省刑事局・刑事基本法令改正資料 第一五号「一九六六年ドイツ刑法草案総則対案理由書」(昭和四四年)三九頁参照); Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Drucksache, V/4095, S. 9. なお、阿部純二「西ドイツ新刑法総則における禁止の錯誤」植松博士還暦祝賀 刑法と科学・法律編(昭和四六年)二九七頁以下、内藤謙「西ドイツ刑法改正事業の新段階」『シヨリスト四三八号(昭和四四年)一四七頁以下参照。

(4) Vgl. Rudolphi, SK StGB, S. 84; Jescheck, a. a. O., S. 366.

- (5) Arzt, Zum Verbotirrtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91 (1979), S. 857.
- (6) Maurach/Zipf, a. a. O., S. 496.
- (7) Langer, Vorsaththeorie und strafrechtliche Irrtumsregelung, GA 1976, S. 193 ff.; Schmidhäuser, Der Verbotirrtum und das Strafgesetz (§ 16 I Satz 1 und § 17 StGB), JZ 1979, S. 361 ff.; H.-W. Schönemann, Verbotirrtum und faktische Verbotskenntnis, NJW 1980, S. 738; Arthur Kaufmann, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982, S. 12 (Plattner・カウフマン／上田健二「素人仲間における並行評価」同志社法学一八〇号(昭和五八年)一一三頁以下参照).
- (8) BVerfGE. 41, 121 (Beschl. v. 17. 12. 1975). なお、事実概要を Langer, GA 1976, S. 195 による。
- (9) 「裁判所が、裁判にさいしてその効力が問題となる法律を違憲と考えるときは、手続を中止し、かつ、ラントの憲法違反が問題となるときは、憲法争議について管轄を有するラントの裁判所の決定を、また、この基本法の違反が問題となるときは、連邦憲法裁判所の決定を求めなければならない。この基本法に対するラントの法の違反またはラントの法律の連邦法律との不一致が問題となる場合も、また同様である」。
- (10) 「法律が、過失行為に対して、明文をもって、刑罰を科していない場合には、故意の行為のみが罰となる」。
- (11) BGHSt. 2, 194 (Großer Senat für Strafsachen, Beschl. v. 18. 3. 1952). 本決定については、福田平「敗戦後の西ドイツにおける法律の錯誤に関する判例の概観」同著・違法性の錯誤(昭和三五五年)一一一頁参照。
- (12) 注2に掲げた文献を参照。なお、Bockelmann, Strafrecht, A. T., 3. Aufl., 1979, S. 127 以下、これは責任主義の修正を意味するものとして認めざるをえないが、この修正は、刑事政策上、正義の理由から必要であるとする。
- (13) Kramer/Trittel, Zur Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des § 17 StGB, JZ 1980, S. 396.
- (14) Maurach/Zipf, a. a. O., S. 496; Wessels, a. a. O., S. 111.
- (15) Langer, GA 1976, S. 197 ff.; ders., Das Sonderverbrechen, 1972, S. 353 f.
- (16) Schmidhäuser, JZ 1979, S. 361 ff.; ders., JZ 1980, S. 396; ders., Strafrecht, A. T., 2. Aufl., 1975, S. 416 ff.; ders., Strafrecht, A. T., Studienbuch, 2. Aufl., 1984, S. 222 ff.
- (17) Vgl. Kramer/Trittel, JZ 1980, S. 393.
- (18) Vgl. BGHSt. 2, 194 (206 f.).
- (19) Vgl. Schmidhäuser, Über Aktualität und Potentialität des Unrechtsbewußtseins, H. Mayer-Festschr., 1966, S. 329.
- (20) 「ある行為は、その行為がなされる前に、その可罰性が法律で定められていた場合にのみ、これを処罰することができる」。
- (21) Langer, GA 1976, S. 210. なお、特別刑法においては、判例は故意説を前提としているとする。この点については疑問の残るところである。
- (22) Langer, GA 1976, S. 212. これは厳格責任説について認められるのであって、これに対して、制限責任説はいずれも理論的に維持できなるとする。
- (23) Langer, GA 1976, S. 204 ff., 210 ff.

(24) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 164 ff.;

Bockelmann, a. a. O., S. 129; Maurach, Deutsches Strafrecht, A. T., 4. Aufl., 1971, S. 473; Armin Kaufmann, Tatbestand-

seinschränkung und Rechtfertigung, JZ 1955, S. 37 u. a. m.

(25) BGHSt. 3, 105, 3, 194, 17, 87, BGH Dallinger MDR 1975, 365, BGH NSStZ 1983, 500. u. a. m.

(26) Arthur Kaufmann, Die Irrtumsregelung im Strafgesetzbuch des Irrtums im Entwurf 1962, ZStW 76 (1964), S. 599. u. a. m. なお、中義勝・誤想防衛論(昭和四六年)参照。

(27) 行為者が、直接行為に関する禁止規範を知らず、あることは錯誤したために、行為の違法性を意識しない場合をいう。Vgl. Jescheck, a. a. O., S. 368 ff.

(28) Stratenwerth, a. a. O., S. 154, Rudolphi, SK StGB, S. 53.

(29) Jescheck, a. a. O., S. 375; Maurach/Zipf, a. a. O., S. 499; Wessels, a. a. O., S. 116. Vgl. Jakobs, a. a. O., S. 309. 499

構成要件の錯誤との類似性から、責任形式としての故意を阻却する「許容構成要件の錯誤」とする見解も、同じに含められることがあろう。Dreher, Der Irrtum über Rechtfertigungsgründe, Heintz-Festschr., 1972, S. 223 ff.; Herdegen, Der Verbotirrtum

in der Rechtsprechung des BGH, 25 Jahre BGH, 1975, S. 208.; Krümpelmann, Die strafrechtliche Behandlung des Irrtums, Deutsche strafrechtliche Landesferate zum X. Internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, Budapest, 1978, S. 40 ff (川端博「刑法化事情の錯誤」第三の錯誤が(十)(十一)」

警察研究五一卷(昭和五五年)六号四五頁以下、七号四五頁以下

参照)。

(30) Baumann, a. a. O., S. 443; Schmidhäuser, Strafrecht, A. T., 2. Aufl., 1975, S. 416 ff.; Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 2. Aufl., 1982, S. 80 ff.; Langer, Sonderverbrechen, 1972, S. 356.

(31) 行為者が、法益侵害行為は認識していたが、自己の行為を正当化するような事情を誤信したために、行為の違法性を意識しない場合をいう。Vgl. Jescheck, a. a. O., S. 373 ff.

(32) Urteil des Ersten Senats v. 21. 6. 1977 (無期自由刑の合憲性に関するもの)。その中で、「最も強く正義が要求される刑事司法領域では……基本法一条一項(人間の尊厳)および二条一項(人格の自由な発展)、法治国家原理から生ずる責任主義から、構成要件と法律効果は、正義の理念に従って実質的に一致していなければならない。刑罰は行為者の責任を超えてはならない(S. 259 f.)」と述べられている。

(33) Schmidhäuser, JZ 1979, S. 363-368.

(34) 「法律が、行為の特別な結果により重い刑を結びつけているときは、この結果に関してその者に少なくとも過失の責めを負わせるときに限り、この重い刑をもって正犯者又は共犯者を処断する」。

(35) 二六条「他人をしてその者の故意で遂行された違法な行為を行なうことを故意に決意させた者は、教唆犯とし、正犯と等しく罰する」。二七条一項「他人をしてその者の故意で遂行された違法な行為を犯すのを故意に補助した者は、従犯として罰する」。

(36) Langer, GA 1976, S. 213-218.

(37) Schmidhäuser, JZ 1979, S. 369.; ders., Studienbuch, S. 223.

- (38) Arthur Kaufmann, Das Schuldprinzip, 2. Aufl., 1976, S. 135.; ders., Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts, 1949, S. 142 ff.; ders., ZStW 76 (1964), S. 543 ff. (ヘンネター・カンプマン／木田龍一「一九六二年刑法草案のそと『錯誤類型』回教社雑誌一三三三号(昭和五〇年)四五頁参照」。Vgl. Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches A. T., 2. Aufl., 1969, S. 204.; Armin Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80 (1968), S. 40 ff.; Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs. ZStW 80 (1968), S. 30.
- (39) Otto, a. a. O., S. 83 ff., 183.; ders., Personales Unrecht, Schuld und Strafe, ZStW 87 (1975), S. 595.
- (40) Schönemann, NJW 1980, S. 738.; Cramer, Schönke-Schröder StGB, S. 206.
- (41) Wessels, a. a. O., S. 111.; Dreher/Tröndle, StGB, S. 99. Vgl. Otto, a. a. O., S. 184.
- (42) Jakobs, Strafrecht, A. T., 1983, S. 451 f.
- (43) Baumann/Weber, Strafrecht, A. T., 9. Aufl., 1985, S. 424 f.
- (44) 責任説における同時認識の理論の承認が「その現れと」である。それ批判的なのは Welzel, a. a. O., S. 161.; Schmidt-Klügmann, Das Bewußtsein der Fremdexistenz als Voraussetzung für ein Unrechtsbewußtsein, 1975, S. 77 f.; Schönemann, a. a. O., S. 741.; Arthur Kaufmann, Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982, S. 15. なお、ロッシン／斎藤誠「責任主義の二面性」『面性』刑法雑誌二四卷一号(昭和五五年)三六頁以下参照。
- (45) 一九七五年の秩序違反法一一条は、刑法一六条一七条とほぼ同じ内容の規定である。
- (46) Tiedemann, Zur legislatorischen Behandlung des Verboisirtums im Ordnungswidrigkeiten- und Steuerstrafrecht, ZStW 81 (1969), S. 876 ff.; Otto, a. a. O., S. 183.; Langer, GA 1976, S. 210.; Schmidhäuser, Strafrecht, AT., 2. Aufl., 1975, S. 423. Vgl. Weber, Konzeption und Grundsätze des Wirtschaftsstrafrechts, ZStW 96 (1984), S. 393.
- 「それ」は「区別」の「Jescheck, a. a. O., S. 371.; Schroeder, LK StGB, S. 100.; Jakobs, a. a. O., S. 453. u. a. m. Vgl. J. Meyer, Verboisirtum im Ordnungswidrigkeitenrecht, Jus 1983, S. 513 ff.
- (47) Arzt, Zum Verboisirtum beim Fahrlässigkeitsdelikt, ZStW 91 (1979), S. 857 ff.; Baumann/Weber, a. a. O., S. 425. Vgl. Rudolphi, SK StGB, S. 90.; Schroeder, LK StGB, S. 100. ただし「それ」は「禁止の錯誤が」構成要件的事実の認識を欠く点で本来の意味での禁止の錯誤と同じの問題としてよいかは疑問の残るところである。
- (48) 大塚仁「犯罪規定上の問題点」警察学論集一三卷六号(昭和三年)三三三頁、木村亀一「刑法草案総則の批判的考察」法律時報三二卷八号(昭和三五年)六一頁、福田平「改正刑法準備草案と法律の錯誤」法律のひびき一三卷八号(昭和三五年)二四頁など。
- (49) 阿部・前掲論文三二六頁、内藤謙「犯罪」平場安治＝平野龍一編・刑法改正の研究一(昭和四七年)二一九頁など。
- (50) 中義勝「刑法改正と犯罪論」法律時報五四卷五号(昭和五七年)五八頁。