

## 違法性の錯誤と刑法改正(一)

松原久利

### 目次

- 一 問題の所在
- 二 刑法改正作業と違法性の錯誤
  - (1) 概観
  - (2) 改正刑法仮案
  - (3) 改正刑法準備草案
  - (4) 改正刑法草案
  - (5) 改正刑法草案以後
- 三 現状における問題
  - (1) 草案二一条と学説との関係
- 四 外国の立法例
  - (1) 概観
  - (2) 西ドイツ
  - (3) スイス
  - (4) オーストリア
  - (5) アメリカ
- 五 若干の展望

### 一 問題の所在

(1) 違法性の錯誤とは、犯罪事実の認識がありながら、錯誤によって行為の違法性の意識を欠くことをいう。現在、

刑法の全面改正作業が進められているが、そこでの重要な論点の一つとして、この違法性の錯誤の問題がある。

現行刑法三八条三項は「法律ヲ知ラサルヲ以テ罪ヲ犯ス意ナシト為スコトヲ得ス但情状ニ因リ其刑ヲ減輕スルコトヲ得」と規定する。この解釈をめぐっては、学説において、故意と違法性の意識に関する見解の対立を反映して争いがある。大別すれば、違法性の意識不要説、違法性の意識必要説、違法性の意識可能性必要説（以下可能性説と略記する）に分かれる。必要説は、故意には違法性の意識が必要であるとし、本条は違法性の錯誤の規定ではなく、故意の成立には個々の法律の条文の認識は必要でないとした規定であるとする。これに対して、不要説、可能性説は、本条は違法性の錯誤に関する規定であるとする。<sup>(1)</sup>

現在、学説において不要説を採用する者はなく、少なくとも違法性の意識の可能性を欠く場合には犯罪は成立しないとする点では、最低限の一致がある。また、我が国の判例は不要説を採用しているとされているが、近時の下級審判例には、相当の理由のある違法性の錯誤については、故意責任の阻却を認めるものが相当数現れている。<sup>(2)</sup> さらに、外国の立法においては、一定の違法性の錯誤を免責事由とする規定を設ける傾向にある。<sup>(3)</sup>

このような状況の中にあつて、改正刑法草案二一条は、その一項で「法律を知らなかったとしても、そのことによつて故意がなかったとはいえない。但し、情状によつてその刑を軽減することができる」とし、二項で「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くて犯した者は、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。改正刑法草案に対しては多くの批判がよせられているが、免責しうる違法性の錯誤を定めるものと理解される二一条二項の新設自体は、責任主義の前進として一般に好感をもって迎えられている。<sup>(4)</sup> ただし、新設するにあつて、どのように規定すべきであるかについては、違法性の錯誤に関する学説の対立とも関連して、議論

のあるところである。

- (1) 可能性説の中でも、団藤博士、福田教授は、本条は個々の法規の不知を定めたものとされる。団藤重光・刑法綱要総論〔改訂版〕(昭和五四年)二九一頁、福田平・全訂刑法総論(昭和五九年)一九〇頁。
  - (2) 詳細は、福田平「事実の錯誤と法律の錯誤」総合判例研究叢書刑法(6)(昭和三六年)八四頁以下、中森喜彦「違法性の錯誤」芝原邦爾編・刑法の基本判例(昭和六三年)四四頁以下、佐久間修「錯誤」大塚仁他編・大コンメンタール刑法第二巻(平成元年)六四五頁以下参照。なお、最高裁判所も、最近では、不要説を積極的に確認しないようになった。最判昭和五年六月二九日(刑集三二巻四号九六七頁)、最決昭和六二年七月一六日(刑集四一巻五号二三七頁)参照。
  - (3) 本稿四参照。
  - (4) 平場安治Ⅱ平野龍一編・刑法改正の研究1(昭和四七年)、2(昭和四八年)、法律時報四七巻五号「改正刑法草案の総合的検討」(昭和五〇年)、佐伯千仞・刑法改正の総括的批判(昭和五〇年)、吉川経夫・刑法改正二三講(昭和五四年)、東京弁護士会・刑法の全面的改正に対する意見(昭和四七年)、日本弁護士連合会・「改正刑法草案」に対する意見書(昭和四九年)など。
  - (5) 日本弁護士連合会・前掲「改正刑法草案」に対する意見書一〇〇頁、吉川・前掲刑法改正二三講六五頁、平野龍一「概括的批判」平野龍一Ⅱ平場安治編・刑法改正(昭和四九年)二四頁。
- (2) 改正刑法草案二一条二項のような規定を新設する場合、第一に、当然その必要性が検討されなければならない。この点については、規定に反対する立場から、「相当の理由」がなかったことについての立証および認定が困難であるため、この点をめぐって訴訟が紛糾する恐れがあり、本来非難に値する者までが処罰を免れることにもなるだけでなく、従来の判例は具体的事案に即してみれば妥当な結論に達しており、いかなる場合に責任が阻却されるかは、判例の発展に待つことも十分に期待しうるところであって、直ちに判例の考え方を変更するような特別の規定を設ける必要はないとの主張があった。<sup>(1)</sup>

しかし、自己の行為の違法性を意識しなかったことについて、やむをえない理由があった場合にまで行為者を処罰することは、責任がなければ処罰されないという責任主義に反する。また、学説の対立はあるものの、少なくとも違法性の意識の可能性がなければ故意責任は成立しないという点では、最低限の一致がある。このように、免責しうる違法性の錯誤の規定の新設の必要性は、広く肯定されているといつてよい。<sup>(2)</sup>

そこで、第二に問題となるのは、新設するにあたって、どのように規定すべきかということである。改正刑法草案二一条は、現行刑法三八条三項にあたる規定をそのまま一項に置いているために、新設された二項との関係が問題となる。可能性説からは、以下のような批判がある。すなわち、二項が新設された以上、一項はいわゆるあてはめの錯誤についての規定ということになるが、特に立法の必要があるかは疑問であるし、あてはめの錯誤の規定だとすれば、錯誤がありながら違法性の意識がある場合に刑が軽減されることになり、但書の刑の軽減の根拠が不明である。<sup>(3)</sup>もし違法性の意識の可能性はあっても困難であるためだとすれば、相当の理由がないときでも情状によっては刑の軽減をなしうる趣旨の規定として、二項に含まれるべきものである。したがって、もはや一項は不要であり、かえって二項との関係に問題を残すと批判されている。<sup>(4)</sup>そして、二項は「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罰しない。相当の理由がないときでも、情状によってはその刑を減輕することができるといった規定にすべきであると提案されている。<sup>(5)</sup>これに対しては、このような規定では、厳格故意説を立法的に封殺することになるといふ批判がある。<sup>(6)</sup>特定の学説を立法で固定化して他の理論構成を不可能にするのは妥当でないとすれば、どのように規定すべきかは検討を要するところである。

また、違法性の錯誤に基づく行為を免責する場合を「そのことについて相当の理由があるとき」と表現するのが妥

当かということも問題となる。「相当の理由」という表現は、通常違法性に関して用いられるものであり、妥当でないとの指摘もある。<sup>(7)</sup> 実質的には、判断が客観的基準によってなされることになるのではないかという問題であろう。また、違法性の意識を欠いたことについて何らかの落ち度があれば、落ち度がなくても行為の違法性を意識しえない場合にも相当の理由がないとされる虞れがある。これは、故意責任の成立には違法性の意識の可能性が必要であるという場合、その可能性をどのようにして判断すべきかという問題にかかわるものである。この点で検討すべきものがあると思われる。

第三に問題となるのは、規定の新設によって、實際上判例実務および学説の解釈にどのような影響が生じるかという点である。新設によって、従来の最高裁判所のように、違法性の意識を考慮しないということとはできないことになる。したがって、違法性の意識の存否および違法性の意識を欠くとされた場合における相当の理由の有無が争われる事例が増加することが予想される。実際に、下級審判例にはこのような例がかなりみられる。<sup>(8)</sup> 学説においても、問題は、いかなる場合に違法性の錯誤に基づく行為が免責されるのか、すなわち、違法性の意識の存否、および違法性の意識の可能性ないし相当の理由という点に集約されると思われる。

(1) 法制審議会刑事法特別部会第一小委員会議事要録(一)(昭和三九年)三七頁、同(五)(昭和四三年)四三二頁、法務省刑事局編・刑法全面改正の検討結果とその解説(昭和五一年)四二頁。

(2) 必要説も、責任主義の一步前進として、消極的にはあるが違法性の錯誤の規定の新設に賛成している(小野清一郎「序説」刑法改正準備会・改正刑法準備草案附理由書(昭和三六年)九三頁参照)。なお、新設に消極的な見解としては、佐伯千仞・刑法改正の総括的批判(昭和五〇年)一六九頁がある。

(3) 内藤謙「犯罪」前掲刑法改正の研究1二一九頁、同「違法性の錯誤(一)」法学教室九〇号(昭和六三年)五八頁、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）三一六頁、同「刑法改正と犯罪論」ジュリスト四九八号（昭和四七年）四〇頁、平野龍一・刑法総論Ⅱ（昭和五〇年）二六五頁、大谷實・刑法講義総論第二版（平成元年）三二四頁。

(4) 内藤・前掲刑法改正の研究1二二頁、同・前掲法学教室九〇号五八頁、阿部・前掲植松還暦三一六頁。

(5) 阿部・前掲植松還暦三一八頁、内藤・前掲法学教室九〇号五八―九頁。

(6) 中義勝「刑法改正と犯罪論」法時五四卷五号（昭和五七年）五八頁。

(7) 小野清一郎・日本法理の自覚的展開（昭和一七年）二三八頁、福田平「改正刑法準備草案と法律の錯誤」同著・目的的行爲論と犯罪理論（昭和三九年）二三六頁、平野・前掲刑法改正の研究1一九頁。

(8) 拙稿「違法性の錯誤に関する一考察」同志社法学一七六号（昭和五七年）一四一頁以下、前述(1)注(2)に掲げた各文献参照。

(3) そこで本稿は、これらの問題点を念頭に置いて、現在までの違法性の錯誤の規定に関する刑法改正作業の経過を概観し、その間になされた議論を振り返って、立法問題としての違法性の錯誤について、現時点での問題点を検討し、若干の今後の展望を試みようとするものである。以下、いくつかの外国の立法例を参考にしながら、検討を進めていくこととしたい。

## 二 刑法改正作業と違法性の錯誤

(1) 概観 違法性の錯誤の問題は、我が国の刑法改正作業において、重要な論点の一つとして議論されてきた。

大正一五年の臨時法制審議会の答申「刑法改正ノ綱領」第二五項は、「法律の錯誤に因る行為は情状に因り刑を減免することを得べき規定を設くること」とし、この答申に基づき昭和二年の刑法改正予備草案九条三項は「法律を知ら

ざるを以て故意又は過失なしと為すことを得ず但し情状に因り其の刑を減輕又は免除することを得」と規定した。ついで昭和一五年の改正刑法仮案一一条は「法律を知らざるを以て故意なしと為すことを得ず但し情状に因り其の刑を減輕又は免除することを得(一項)。法律を知らざる場合に於て自己の行為が法律上許されたるものと信じたることに付相当の理由あるときは其の刑を免除す(二項)」と規定した。<sup>(1)</sup>

戦後になって、昭和三十一年に刑法改正準備会が設置され、仮案を有力な参考資料として、昭和三五年に改正刑法準備草案(未定稿)が公表された。その二〇条は「法律を知らなかったとしても、そのことによって故意がなかったとはいえない。但し、情状によってその刑を軽減することができ(一項)。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、故意にしたものとはいえない(二項)」と規定した。翌昭和三六年に発表された確定稿では、二項の「故意にしたものとはいえない」が「これを罰しない」と修正された。<sup>(2)</sup>そして法制審議会刑事法特別部会において、この準備草案を重要な参考資料として検討が重ねられ、昭和四九年に法制審議会の答申として発表された改正刑法草案二一条は、準備草案確定稿と同じ規定になっている。<sup>(3)</sup>

その後、昭和五十一年に発表された「刑法全面改正の検討結果とその解説」では、改正刑法草案二一条二項は、代案を作成するには至らなかったが、賛否の意見が対立する等の事情からみて重要であると考えられる問題点とされたが、ここでは草案の立場が支持された。<sup>(4)</sup>さらに、昭和五六年一月二六日に、法務省は、日弁連との間で行なわれた第四回刑法改正問題意見交換会の席上、「刑法改正作業の当面の方針」を提示した。それによると、法律の錯誤の規定については、「賛否の対立が著しく、なおその動向を見守ることが相当」とし、なお検討のうえ決定するとされている。<sup>(5)</sup>

昭和五八年には、日本刑法学会において刑法研究会試案(未定稿)が公表され、その一七条は「行為が不法なもの

であることを知らないで犯した者は、情状によって、その刑を軽減することができる。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。<sup>(6)</sup> また、昭和五九年には、日弁連試案が公表された。その六〇条は改正刑法草案と同じ内容になっている。<sup>(7)</sup> 以上が刑法改正作業における諸草案の違法性の錯誤に関する規定の変遷であるが、次にこれを当時の議論を振り返りながらみてみよう。

- (1) 詳細は、八木胖・刑法における法律の錯誤（昭和二七年）八三頁以下、牧野英一・刑法改正の諸問題（昭和九年）二二〇頁以下、草野豹一郎・刑法改正上の重要問題（昭和二五年）一六五頁以下参照。
- (2) 刑法改正準備会・前掲改正刑法準備草案附同理由書七頁。
- (3) 法務省刑事局・改正刑法草案の解説（昭和五〇年）六三頁。
- (4) 法務省刑事局・前掲刑法全面改正の検討結果とその解説四二頁。
- (5) 日本弁護士連合会・刑法問題意見交換会会議録（昭和五九年）一二五頁。
- (6) 刑法学会討議資料・刑法研究会試案（未定稿）（昭和五八年）一頁。
- (7) 自由と正義三五卷三号（昭和五九年）九一頁。

(2) 改正刑法仮案 刑法改正予備草案九条三項は、刑法改正の綱領第二五項を受けて、裁量的な刑の減輕にとどまる現行刑法に対して裁量免除をも認めるものであった。<sup>(1)</sup> 仮案一条二項は、これに加えて「自己の行為が法律上許されたるものと信じたることに付相当の理由あるとき」に必要的免除を認める規定を新設した。これは、起草委員会において、予備草案に対する三個の対案が作成され、そのうちの牧野案の考え方が中心となって妥協案として二項の規定となったとされており、<sup>(2)</sup> 一九一八年スイス刑法草案一八条およびドイツ諸草案特に一九二五年草案一三条、一九二七年草案二〇条を参考にして立案されたものといわれている。<sup>(3)</sup> 仮案一条二項の新設については、違法性の意識の



問題は、実際上の証拠の問題として考えた場合には、一項で統一的に情状としての裁量免除で賄うのが妥当であると  
の意見も一部にはあったが、<sup>(4)</sup>新設それ自体は広く支持されていた。

そこで議論になったのは、第一には「相当の理由あるとき」の意義いかんということであり、第二には「刑を免除  
す」ということの当否であった。「相当の理由あるとき」の意義に関しては、これを「過失なき場合」と解する立場<sup>(5)</sup>  
と「社会倫理的常識的に無理でない場合」と解する立場<sup>(6)</sup>があった。「相当の理由」という用語は、牧野博士がスイ  
ス刑法二〇条の「十分な理由 (zureichenden Gründen)」の用語を参考にして考案されたものとされているが、博士  
は「第一に、その用語上、特に過失乃至『責に帰すべき関係』といふやうな語の避けられていることが留意されて欲  
しいと思ふのである。さうして、第二に、法律の錯誤につき過失があったといふことは、必しも認識の内容を反社会  
的のものとして犯意ありとするの理由にはならぬといふ実体的な考へ方が特に考慮されて欲しいのである」とされ、  
そこから「自己の行為の違法なることを知らざることにつき過失ある場合においても、その認識にかかる内容が、社  
会の通念から判断して、当然に反社会的なものと為し得ない場合においては、犯意の成立は否定せらるべきものとせ  
ねばならぬのである」とされるのである。<sup>(7)</sup>

これに対して草野博士は、スイス刑法二〇条の「十分な理由あるとき」とは「過失なかりしとき」と解すべきであ  
り、ドイツ草案の「宥恕すべきもの (entschuldbar)」または「責に帰すべからざるもの (unverschuldet)」と同意義  
に解すべきであるとされ、そこから「十分な理由あるとき」という語にならった仮案の「相当の理由あるとき」とは、  
「行為の違法性に関する錯誤に付何等過失の責むべきものなかつた場合と解したい」とされる。<sup>(8)</sup>そして規定の仕方  
としては、「相当の理由があったか否かといふが如く規定するよりは、過失なかりしときとか、責に帰すべからざる

ときとかと規定すべきである」とされるのである。<sup>(9)</sup> 滝川博士も、本条は「法律錯誤につき過失がなければ刑を免除する、過失があるときは情状により刑を減輕または免除するという規定と解される。そうだとすれば、『情状に因り』という表現よりも『過失に依り法律を知らざるときは』という表現を用うることが望ましい」とされる。<sup>(10)</sup>

このような対立について、木村博士は「この二つの説は同じことを異った見地から、即ち、一方は実質的方面から、そして、他方は形式的方面から、理解したものであって、区別はない」とされる。<sup>(11)</sup> しかし、牧野博士の見解によれば、「相当の理由あるとき」とは「過失なきとき」より広く、過失はあるとしても相当の理由があるときを認める点で相違があるといえる。<sup>(12)</sup> またこの対立とは別の観点から、小野博士は「『相当の理由あるとき』といふ如き表現は違法性の考へ方である。ここでは『責に帰すべからざるとき』という表現を用ひて道義的責任の阻却を明かにすべきであるとされる。<sup>(13)</sup> この「相当の理由」という表現は、改正刑法仮案以後現在に至るまで用いられており、これ以後この点をめぐる議論は続けられることになる。

第二の点については、学説はほぼ一致して「之を罰せず」とすべきであるとする。仮案が免除にとどめたのは、「刑法改正ノ綱領」に拘束されたためであろうが、相当の理由がある場合とは、故意が阻却される場合あるいは責任が阻却される場合であるから、犯罪不成立とならなければならぬという理由からである。<sup>(14)</sup>

その他に、二項を置いたうえに一項但書に免除を加えるのは全くの重複であつて必要がない、<sup>(15)</sup> また二項の「法律を知らざる場合に於て」という限定は無用である<sup>(16)</sup> ということが指摘されている。なお、当時すでに中野判事が、一項と二項との関係を反省してみる必要がある、そのためには、一項の意義を明確にすべきであるし、場合によっては一項は削つてもよいことになるかもしれないとされていたことは注目すべきである。<sup>(17)</sup> ここでは、一項の「法律を知らざ

る」というのが法令の不知を意味するのか違法性の錯誤を意味するのかについては、現行刑法と同様に問題を残し、そのうえに二項を新設したために、両者の関係が問われることになるのである。最後に、二項が「自己の行為が法律上許されたものと信じたること」としているのは、当時までのドイツおよびスイスの草案の影響もあろうが、そうすると、単に自己の行為が不法であることに気づかないだけでは足りず、積極的に適法である、あるいは何ら不法を行なうものではないと信じたものでなければならぬということになる。ことさらこの場合に限定する必要があるとは思われず、この点でも問題を残すものであった。

(1) 牧野英一「刑法改正案論評」法学志林三四巻四号(昭和七年)二〇頁、同・改正刑法仮案とナチス刑法綱領(昭和一六年)九一頁参照。

(2) 牧野案は、一〇条として「自己の行為を以て法律上許されたるものと信じたことは犯意ありと為すことを妨げず。但し情状に因り其の刑を減輕又は免除することを得(第一項)。自己の行為を以て法律上許されたるものと信じたことに付行為者に相当の理由あるときは之を罰せず(第二項)」とする。小山案は、一条として「法令を知らざるを以て故意又は過失なしと為すことを得ず。但し情状に因り其の刑を減輕又は免除することを得。」とする。鶴沢・牧野(菊)・和二合作案は、一二条として「法律を知らざるを以て故意又は過失なしと為すことを得ず。但し情状に因り其の刑を減輕又は免除することを得(第一項)。法律を知らざる場合に於て自己の行為が法律上許されたるものと信じたことに付相当の理由ありたるときは之を罰せず(第二項)」とするものであった。なお、草野・前掲刑法改正上の重要問題一八二頁、八木胖・前掲刑法における法律の錯誤八九頁、齋藤金作「法律の錯誤・結果的加重犯」綜合法学二四号(昭和三五年)一一頁参照。

(3) 八木・前掲刑法における法律の錯誤八四頁、草野・前掲刑法改正上の重要問題一七六頁、小野・前掲日本法理の自覚的展開二二五頁など。

一九一八年スイス刑法草案一八条は、「その行為を為す権利があると信じて罪を犯した者は、その刑を軽減することができ」と規定する。

一九二五年ドイツ刑法草案一三条は、「行為者が錯誤によりその行為が許されないものであることを認識しなかったときは、故意行為として処罰することはできない。錯誤が過失によるときは、過失犯の規定を適用する」と規定する。

一九二七年ドイツ刑法草案二〇条は、「行為者が故意により行為をする場合でも、宥恕すべき法律の錯誤によりその行為が不法であることを認識しなかったときは、これを処罰しない。錯誤が宥恕すべきものでないときは、その刑を軽減することができる」と規定する。

(4) 出射義夫「仮案一一条二項のような規定を設けることの可否」法時二九卷二号(昭和三二年)二九頁。

(5) 草野・前掲法改正上の重要問題一九一頁、小野・前掲日本法理の自覚的展開二三七頁、竹田直平「法律の錯誤」法と経済一四卷一号(昭和一五年)一一〇頁。

(6) 牧野・前掲法学志林三四卷四号三二頁。なお、久礼田益喜「昭和一五年改正刑法仮案注釈」法時三二卷八号(昭和三五年)三四三頁参照。

(7) 牧野英一「法律の錯誤」同著・刑法研究第一二卷(昭和二六年)一〇九頁、一一一頁。

(8) 草野・前掲法改正上の重要問題一七六頁、一九一頁、斎藤(金)・前掲綜合法学二四号一一頁。なお、スイス刑法二〇条については、後述四の(3)参照。

(9) 草野・前掲法改正上の重要問題一九二頁。

(10) 滝川幸辰「違法の認識と経済事犯」同著・刑事責任の諸問題(昭和二三年)二二一頁。

(11) 木村亀二「刑法改正に関する若干問題」法時八卷一〇号(昭和一一年)一〇頁。なお、博士は、裁判官による相当の理由の判断の適正を保障するために、実質的標準を定めた一般条項を第三項として規定することを提案されている(同論文一一頁)。

(12) 牧野英一「家畜市場法違反と法律の錯誤」法学志林二九卷八号(昭和二年)八一頁、八木・前掲刑法における法律の錯誤八八頁参照。

(13) 小野・前掲日本法理の自覚的展開二三八頁。同旨、福田平「法律の錯誤」刑法雑誌一一卷一―二号(昭和三六年)六五頁。これに対して、「責に帰すべからざるとき」では同語反復の嫌いがあるとして、責任を阻却する方向に作用する客観的責任要素としての一定の事態を表明するものとして「已むことを得ざる事由あるとき」とすべきであるとの提案があった(大塚

仁「仮案二二条二項のような規定を設けることの可否」法時二九巻二号(昭和三二年)三三三頁。

(14) 牧野・前掲法学志林三四巻四号三二頁、同・前掲刑法研究第一二巻一〇七頁、草野・前掲刑法改正上の重要問題一七六頁、

小野・前掲日本法理の自覚的展開二三八頁、大塚・前掲法時二九巻二号三三頁、中野次雄「仮案二二条二項のような規定を設けることの可否」法時二九巻二号三六頁、井上正治・法時二九巻二号三一頁など。

(15) 小野・前掲日本法理の自覚的展開二三八頁。

(16) 福田・前掲刑法雑誌一一巻一―二号六五頁。

(17) 中野・前掲刑法時二九巻二号三六頁。

(18) たとえば、ドイツ一九一一年対案二三条は、「行為者がその行為を行う権利があると信じたときは、故意ではない。錯誤が過失に基づく場合にのみ、過失がある」と規定する。なお、注(3)に掲げた一九一八年スイス刑法草案一八条、後述する一九六二年ドイツ刑法草案二二条参照。

(3) 改正刑法準備草案 準備草案二〇条は、仮案に対して以下の四点で修正を加え、これを中心に議論が展開さ

れた。<sup>(1)</sup> 第一に、仮案二二条が一項で裁量的免除を規定していたのに対して、準備草案二〇条はこれを削除した。この

点は、二二条一項は二項と重複するという前述の仮案に対する批判が考慮されたためであろう。ただし、仮案二二条二項は「自己の行為が法律上許されたるものと信じたこと」に限って適用されるため、その他の場合で非難可能性が乏しいときに一項の刑の免除が適用されると解する余地はある。

しかし、第二に、準備草案二〇条は仮案二二条二項の「法律上許されたるものと信じたこと」を「法律上許されないものであることを知らないで犯した」と修正した。これは、積極的に適法であると信じた場合と消極的に違法であることを知らなかった場合とで区別する理由はないと考えられたためと思われるが、こうなると一項の免除の規定は当然不要ということになる。

第三に、仮案一一條二項が「法律を知らざる場合に於て」と規定していたのに対して、準備草案二〇條二項はこれを削除した。これは、「法律」の意義とも関連するが、制定法の意味だとすれば、このような限定を加える理由ないし、違法性の意味だとすれば、「法律上許されないものであること」と重複するものであり、削除されたのは当然であらう。<sup>(2)</sup>

第四に、仮案一一條二項が「其の刑を免除す」としていたのに対して、準備草案未定稿二〇條二項は「故意にしたものとはいえない」とした。この間に、厳格故意説の立場から「錯誤により、自己の行為が違法であることを知らないで犯した者は、故意にしたものとはいえない。錯誤が過失によるものであるときは、過失犯の規定を適用する」という規定が提案されたが、特に検察官側委員の強い反対を受け、採用されなかったようである。<sup>(3)</sup>

この未定稿に対しては、学説は一致して反対した。すなわち「故意にしたものとはいえない」とすると、故意は阻却するが、過失があり過失犯処罰規定があるときは、さらに過失犯の成否を問うという故意説の立場を立法化したことになる。それでは違法性の錯誤については故意犯の成立か犯罪不成立かのいずれかであるとする責任説を立法的に封殺することになる。<sup>(5)</sup> また、この規定の仕方では相当の理由があってもなお過失犯として処罰される余地があることになるが、相当の理由があるというのは行為者の責に帰すべきではない場合と解されるから、過失責任をも問えないという理由からである。<sup>(6)</sup>

そこで、「これを罰しない」と修正すべきとの提案がなされた。これに対しては、(1)責任説をとるような結果になる、(2)違法性の意識に関する自然犯法定犯區別説を立てられなくなる、(3)故意犯のみならず過失犯処罰をも規定している道路交通法などの行政取締法規の適用が困難になるとする反対意見もあったようであるが、結局この提案が採用<sup>(7)</sup>

され、確定稿では「これを罰しない」と修正された。ただし、過失犯としての罪責をも否定するものであるかどうかは、解釈に委ねることとされ、<sup>(8)</sup>理由書も「過失の責任はいざ知らず」としている。<sup>(9)</sup>しかし、「これを罰しない」とする以上、相当の理由があれば、過失責任を含めて責任を阻却する旨の規定と解すべきであろう。<sup>(10)</sup>

以上の修正点をめぐる問題とは別に議論となったのは、第一に「相当の理由」の意義、第二に挙証責任の問題、第三に一項と二項との関係の問題の三点である。第一の「相当の理由」の意義について、理由書は「相当の理由があるとき』とは過失がないときと同義ではない。違法性を知らないについて、厳密に言えば、過失はあるとしても、その知らないことを非難することが酷に失すると認められる場合なども、やはり相当の理由があるときといえるであろう」とする。<sup>(11)</sup>これに対しては、過失があれば相当の理由がないことになるという立場が対立する。<sup>(12)</sup>しかし、ここで注意すべきは、この対立が単に「相当の理由があるとき」の範囲についての対立ではなく、その法律効果の相違に由来することである。つまり、理由書では相当の理由があるときであってもなお過失犯として処罰される可能性が留保されているのに対して、後者では相当の理由があれば過失犯も成立しないと考えられているのである。したがって、過失があるとしても相当の理由があることから犯罪不成立となる場合があるという主張はなされてはいないのである。

なお、「相当の理由」という表現については、(1)「責に帰すべきでない」とすべきである、(2)「やむをえない事由」とすべきである、(3)「宥恕すべき」とすべきであるという意見があったが、<sup>(13)</sup>他方で、「相当の理由」という文言は厳格故意説を除くあらゆる学説に一応受け入れられるものであり、若干の大審院判例や仮案一条を通じて法律実務上かなりの定着をみたとはいえるし、一定の学説的立場に立つことを慎重に避けようとする草案が、このような

表現を用いたのは是認できるとの評価もあった。<sup>(14)</sup>

第二の挙証責任の問題については、検察官側からの草案に対する批判という形で主張された。それによると、(1)規定の新設によって、被告人の有力な抗弁の材料となり、捜査官の負担が倍増する。(2)被疑者、被告人の弁解に利用され訴訟を無用の紛糾に陥らせる。客観的色彩の強い刑事訴訟法と矛盾し、その運用を困難にする。(3)立証困難のために検察官が事なかれ主義に陥る。(4)自白偏重の弊害が生ずる。(5)処罰の可能性が不当に減殺され、特に確信犯、公安労働事件、行政犯、常習犯に対して法無視の口実を与える。(6)裁判所がこの規定を濫用して、被告人の主張に対して妥協的な判決をする虞れがある。これらの問題に加えて、(7)これまでの判例は、具体的事件に即してみれば妥当な結論に達しており、将来の発展に待つことを期待しうる。以上のことから、規定の新設は必要ではない。新設するとしても、その適用範囲を限定するか、「相当の理由」があったことについては被告人側に挙証責任を負担させるべきであると主張されたのである。<sup>(15)</sup>

これに対しては、挙証責任の転換は、罪刑法定主義の精神からみて問題であり、責任主義の原則を後退させるものであると批判された。<sup>(16)</sup> また訴訟においては、いわゆる事実上の推定が行なわれ、被告人が相当の理由を主張する場合には、いかなる理由によって自己の行為を許されたものと考えたかを具体的に主張し、かつ立証しなければならぬであろうから、検察官の立証が特に困難になることはないとの意見、あるいは、最終的には検察官が挙証責任を負うが、被告人には証拠提出責任があるとの意見もあった。<sup>(17)</sup>

第三の、二〇条一項と二項との関係の問題について、理由書は、一項は現行刑法三八条三項と同じであり、二項はいわゆる違法性に関する錯誤を規定したものとす。<sup>(18)</sup> この両者の関係が不明確であると指摘されたのは阿部教授であ



る。教授によれば、二〇条については二つの解釈が可能である。しかし第一に、一項は違法性の不知を規定し、二項は違法性の錯誤を規定したものと解するとしても、「不知による場合でも錯誤による場合でも違法性の意識を欠く点では同じであり、一項と二項で法的効果を異にするのはおかしい。もし一項が違法性の不知を規定したのなら、二項の『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』という文言は、右の場合をも含みうる表現であるから、一項は不要である」。第二に、一項は法規についての錯誤ないしあてはめての錯誤を規定し、二項は違法性の錯誤すなわち禁止の錯誤を規定したと解するとしても、「法規ないしあてはめての錯誤について立法化の必要があるかは大いに疑問であり、またこれらの錯誤が一項で刑を減輕されるのは、その錯誤の結果として違法性の意識を欠くからであり、そうだとすればその場合は結局二項に含まれる。一項はやはり必要でない」<sup>(19)</sup>。

このように、一項と二項との関係が不明確なままに一項の場合にのみ刑の減輕が認められているために、「たとえば禁止規定は知っていたが他の事情によって自己の行為は許されたと信じたような場合は、一項による減輕は受けられないことになる。これは妥当でなからう」とされる<sup>(20)</sup>。なお、この点については、学説の対立とも関係があり、また改正刑法草案も同じ規定内容になっているために、これ以後議論は継続されることになるので、詳細は後述することにする。<sup>(21)</sup>

(1) 法務省刑事局・刑法改正準備会議事要録(総則の部)(昭和三八年)六七頁以下参照。

(2) 福田平「改正刑法準備草案と法律の錯誤」法律のひろば一三巻八号(昭和三五年)二六頁、同・前掲刑法雑誌一一巻一―二号六六頁参照。

(3) 法務省刑事局・前掲刑法改正準備会議事要録六九頁。同時に、罰金以下の刑にあたる事件については、違法性の意識を故意の要件とすべきであるとの提案もなされている。

- (4) 吉川・前掲刑法改正二三講六二頁参照。
- (5) 木村亀二「故意と法律の錯誤―新刑法草案論評(二)―法律のひろば一三卷九号三七頁、福田・前掲刑法雑誌一一卷一―二号六二頁、滝川幸辰「準備草案を読む」法時三二卷八号(昭和三五年)四九頁など。
- (6) 大塚仁「犯罪規定上の問題点」警察学論集一三卷六号(昭和三五年)三三頁、滝川幸辰・前掲法時三二卷八号四九頁、木村亀二「刑法草案総則の批判的考察」法時三二卷八号六一頁、福田平・前掲法律のひろば一三卷八号二五頁、同・前掲刑法雑誌一一卷一―二号六四頁、同「法律の錯誤」法時三四卷三号(昭和三七年)一四頁など。
- (7) 臼井滋夫「改正刑法準備草案の概要(一)―警察研究三三卷二号(昭和三七年)五二頁、同「改正刑法準備草案解説(3)―研修一七三号(昭和三七年)三三頁。なお、法務省刑事局・前掲刑法改正準備会議事要録七三頁参照。
- (8) 臼井・前掲研修一七三号三三頁、植松正他「研究会 改正刑法準備草案―準備会最終案をめぐって―」ジュリスト二四二号(昭和三七年)六頁参照。
- (9) 刑法改正準備会・前掲改正刑法準備草案附理由書一〇七頁。
- (10) 福田平「改正刑法準備草案と犯罪論」神戸法学雑誌一一卷三号(昭和三六年)三七五頁、吉川・前掲刑法改正二三講六三頁、伊達秋雄「責任主義」法時三七卷一号(昭和四〇年)一〇頁など。
- (11) 刑法改正準備会・前掲改正刑法準備草案附理由書一〇七頁。
- (12) 中野次雄・平野龍一他「改正刑法準備草案と犯罪捜査(上)」警察研究三三卷三号(昭和三七年)三〇頁など。
- (13) 福田・前掲法律のひろば一三卷八号二六頁、同・前掲刑法雑誌一一卷一―二号六五頁、大塚・前掲法時二九卷二号三三頁など。なお、平安政吉「改正刑法準備草案について」青山法学論集二卷二号(昭和三六年)二四頁、法務省刑事局・前掲刑法改正準備会議事要録七二頁参照。
- (14) 阿部・前掲植松還暦三一七頁、木村亀二「故意と法律の錯誤」同著・刑法改正と世界思潮(昭和四〇年)一四六頁。なお、平野龍一「違法の意識(つづき)」法学セミナー一三六号(昭和四二年)二七頁参照。
- (15) 本田正義・前掲警察研究三三卷三号三三頁、四号二四頁、伊達・前掲法時三七卷一号九頁参照。
- (16) 吉川経夫「刑法改正の現状と問題点(二)」法学セミナー一二五号(昭和四一年)六七頁、佐伯千仞「刑法改正問題審議の姿勢」法時三七卷一号(昭和四一年)八頁。

(17) 伊達・前掲法時三七巻一号一一頁、平野・前掲警察研究三三巻三号三三頁。

(18) 刑法改正準備会・前掲改正刑法準備草案附同理由書一〇七頁。なお、法務省刑事局・前掲刑法改正準備会議事要録六七頁参照。

(19) 阿部・前掲植松還曆三一六頁。なお、法務省刑事局・前掲刑法改正準備会議事要録六七頁参照。

(20) 阿部・前掲植松還曆三一八頁。

(21) 後述(4)、(5)参照。

(4) 改正刑法草案 改正刑法草案二一条は、結果として準備草案二〇条と同様の規定内容になっているが、ここではそこに至るまでの審議過程を中心に議論を振り返ってみることにする。

法制審議会刑事法特別部会第一小委員会において、第一に議論となったのは、二項の新設の要否である。前述のように検察官側から新設に対して反対の意見が出され、せいぜい一項に裁量的免除を加え、その解釈、運用によって賄うのが適当であると主張された。しかし、この問題に関する限り、最高裁判所が従来<sup>(1)</sup>の判例の見解を改めることはほとんど期待できないので、この際立法的に解決すべきであり、それによって一項の趣旨も明白になる。また違法性の意識必要説からも、一步前進という意味において新設は支持されているとして、新設されることになった。<sup>(2)</sup>なお、これとは別に、「罪となるべき事実を知らないで犯した者は、故意にしたものとはいえない」と規定する準備草案一九条一項との関係で、誤想防衛に関する学説への影響を考慮してこれを規定しないとする場合は、同時に二〇条二項も規定しないのが公平であるとの意見もあった。しかし、本項は故意には少なくとも罪となるべき事実の認識が必要であることを定めているにすぎず、誤想防衛に関する学説に影響を及ぼす虞れはないとされ、ともに新設されることになった。<sup>(3)</sup>

そこで、第二に問題となったのは、規定内容としての「相当の理由」である。この点については、仮案、準備草案についてみたように、「責に帰すべきではない」とすべきであるとの意見もあり、「そのことについて行為者を非難することができないとき」とするかが検討された。しかし、それでは(1)違法性の意識を欠いたことについて過失がある場合に過失犯の成立する余地があるとする学説を封じることになること、(2)「相当の理由」という表現は判例に根拠があること、(3)「非難することができない」に比べて客観的立証が容易であり、解釈の余地も大きいといった理由から、「相当の理由」という文言を用いる方が相当であるとされた<sup>(3)</sup>。

第三には、このままでは検察官側の負担増となるとして、適用範囲を限定するために、「相当の理由のあることが明白な」とするか、あるいは举证責任の転換を図るために「相当の理由があると認められる事実を証明したときに限り」とする案が検討された。しかし、この点については、前述のように批判的意見が多く、またこのような文言がなくとも、実際の適用上差異はないこと、検察官側にとってほとんど負担軽減にならないということから、採用されなかった<sup>(4)</sup>。

第四は、「これを罰しない」についてである。違法性の意識必要説から、「故意にしたものとはいえない」として、違法性の意識を欠いたことについて過失があれば過失犯にはなりうることにする方が相当であるという意見が出された。これについて、違法性の意識を欠いたことについての過失が大きいときは故意犯が成立するが、その過失が小さいときには過失犯の成立を認める方が、不可罰とされる誤想防衛（盗犯等防止法一条二項の場合）との関係が明らかになるとして支持する意見もあったが、準備草案でみたように批判が多く、また「相当の理由」があってもなお過失犯の成立する余地があるとすると、「相当の理由がある」とは無過失の場合に限らないということになり、「相当の

理由」の解釈が緩むといった批判もあった。<sup>(5)</sup> こうして、「これを罰しない」のままでは、過失犯の成立する余地があるという見解は立ちにくいという理由から、「故意にしたものとはいえない」とする案も検討対象として残された。しかし、そうすると(1)故意説を公定することになること、(2)相当の理由があったにもかかわらず、なお過失があるとみられる場合は考えにくいこと、(3)「罰しない」としても故意犯としては罰しないという解釈の余地があるといった理由から、結局採用されなかった。<sup>(6)</sup>

第五は、一項の「法律を知らなかったとしても」についてである。ここでは、本項を違法性の意識に関する規定として、「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、故意にしたものとはいえない」とする提案がなされたが、それでは二項と併せて規定すると、学説を固定するおそれがあるとして支持されなかった。また「法律を知らなかった」について、法規の不知であることを明らかにする必要はないかという問題も提起されたが、「法律」というときは実定法の趣旨と解しうるし、解釈の余地も残るということから、他の表現に改める必要はないとされた。<sup>(7)</sup>

以上のような議論を経て、参考案(第一次案)として、二項を設けず一項に裁量的刑の免除を加えるA案、準備草案二〇条と同様の規定とするB案(準備草案未定稿二〇条二項と同様の規定とする別案がある)、現行刑法三八条と同様の内容に準備草案二〇条二項に相当する規定を第四項として規定するC案の三案にまとめられ、審議の結果、A案とB案の各支持者がかなり伯仲したが、僅少差でB案の採用が決定され、改正刑法草案二一条となった。<sup>(8)</sup>

(1) 法務省・法制審議会刑事法特別部会第一小委員参議事要録(一)(昭和三九年)三七頁以下、同(五)(昭和四三年)四三二頁。

(2) 法務省・前掲議事要録(五)四四三頁以下。なお、吉川・前掲刑法改正二三講六七頁参照。

(3) 法務省・前掲議事要録(一)四〇頁、同(五)四三三頁。

(4) 法務省・前掲議事要録(一)三八、四一頁、同(五)四三四頁。なお、検察官側の主張として、本田正義「刑法の全面改正は必要か」ジュリスト四九八号(昭和四七年)三二頁。これに対する批判として、伊達・前掲法時三七卷一号一〇頁、佐伯・前掲法時三七卷一号八頁、吉川・前掲法学セミナー一二五号六七頁参照。

(5) 法務省・前掲議事要録(五)四三四―四五頁。

(6) 法務省・前掲議事要録(五)四三五頁、法務大臣官房司法法制調査部・法制審議会刑事法特別部会第一六回會議事速記録(昭和四七年)七三―七頁。

(7) 法務省・前掲議事要録(五)四三五―四六頁。

(8) 法務省・前掲議事要録(五)四五二頁、同(七)(昭和四五年)六四六頁、六六三頁、奥村誠「刑法改正の動き(12)」法律のひろば二二卷五号(昭和四四年)五二頁、木村栄作「刑法改正作業レポート(8)犯罪(その3)」ジュリスト四四八号(昭和四五年)一〇七頁、法務大臣官房司法法制調査部・前掲議事速記録六頁、二〇頁、四八頁、七三頁参照。

(5) 改正刑法草案以後 改正刑法草案説明書は、二二条二項の新設をもって責任主義を徹底したものと位置づけている<sup>(1)</sup>。責任主義の前進という点では、学説においても積極的に評価されており、日弁連もこの規定の新設には賛成している<sup>(3)</sup>。しかし、規定の仕方という点では、準備草案二〇条と同様の規定となっていることから、問題はそのままの形で残ることになった。

第一に、違法性の意識に関する学説の対立に関連して、一項と二項との関係が問題となる。説明書によると、一項の「法律を知らなかった」というのは、法律の不知・誤解によって違法性の意識を欠くに至った場合と、錯誤にもかかわらず違法性の意識はあった場合とを含む広い意味での法律の錯誤について規定するものである<sup>(4)</sup>。これに対しては、準備草案についてみたように、一項が法規ないしあてはめの錯誤について規定しているとすれば、特に二項の他に立

法化する必要はないし、また一項を違法性の不知に関する規定、二項を違法性の錯誤に関する規定と解するとしても、その場合には不知と錯誤で異なる取り扱いをする合理性に乏しいという批判がある。<sup>(5)</sup>

さらに、一項を法規ないしあてはめの錯誤に関する規定とすると、錯誤の結果違法性の意識を欠くときは、違法性の意識の可能性があってもそれが困難であるために、非難可能性が減少することを根拠とする刑の裁量的軽減は、違法性の意識を欠いたことについて相当の理由がないときでも情状によって刑を軽減できるものとして、もともと二項に含まれるべきである。また錯誤にもかかわらず違法性の意識があった場合を含むとすると、但書の情状とは条文を知らなかったことに基づく情状ということになるが、これでは刑の軽減の根拠が明らかでなくなる。加えて、草案の規定によると、違法性の意識の可能性があったにもかかわらず違法性の意識を欠く場合について、正面から規定する条文はないことになる。一項但書をその規定と解するとしても、違法性の意識を欠くことが法規の不知・誤解の結果である場合に限定される虞れがある。したがって、この立場からは、二項が新設された以上、一項の存在意義はほとんどなく、かえって二項との関係に問題を残すことになるから削除すべきであり、一項但書は相当の理由がないときでも情状によっては刑を軽減できる趣旨として、二項後段に規定すべきであると提案されている。<sup>(6)</sup> 刑法研究会試案一七条が、その前段で裁量的刑の軽減を定め、後段で相当の理由がある場合の不処罰を規定しているのは、このような考慮からであろう。ただし、こうすると少なくとも理論的には厳格故意説の成立する余地はほとんどなくなってしま<sup>(7)</sup>うのではないかという問題が生ずることは否定できない。

第二に、「相当の理由」について、説明書によれば、「相当の理由」は、法律の錯誤に基づく行為について行為者を非難するとのできないような特別の理由を指し、その判断は客観的な立場からなされる。<sup>(7)</sup> この点は、これまでみて

きたように、「相当」というのは違法性に関して用いられるのが通常であるということから、一九七五年西ドイツ刑法一七条のように「避けることができなかつたとき」と規定することも検討に値するとの指摘もある。<sup>(8)</sup> また、一般条項であるために、裁判官による法の主観化あるいは恣意的判断の危険性があるのではないかという問題もある。<sup>(9)</sup> これに対して、違法性の意識の可能性は、行為者個人の主観や能力を中心に考えるべきではなく、違法性の意識を期待する国家の側の事情と期待される個人の側の事情とを総合して判断して、違法性の錯誤に陥るのは無理もないという場合に責任が阻却されるという見地から、草案の規定を支持する見解がある。<sup>(10)</sup>

第三に、「法律上許されないものであること」について、説明書は、行為が違法であることとする。<sup>(11)</sup> しかし、これでは制定法のうえで許されないことと誤解される虞れが強いということから、「不法なものであること」と修正すべきであるという批判がある。<sup>(12)</sup> 刑法研究会試案一七条は、このことを考慮したものと思われる。

以上が、我が国における違法性の錯誤の規定に関する刑法改正作業の経過、およびその間になされた議論の概観であるが、次に現状における問題点を整理してみよう。

- (1) 法務省刑事局編・改正刑法草案の解説(昭和五〇年) 六四頁。
- (2) 平野・前掲刑法改正二四頁、中・前掲刑法改正三九頁、内藤・前掲刑法改正の研究一二一九頁、下村康正「刑法全面改正・法務省中間構想を読んで」法律のひろば二九卷九号(昭和五一年) 二七頁、吉川・前掲刑法改正二三講六五頁など。
- (3) 日本弁護士連合会・前掲「改正刑法草案」に対する意見書一〇〇頁、同・前掲刑法問題意見交換会会議録一三〇頁、三七七頁。
- (4) 法務省刑事局編・前掲改正刑法草案の解説六三頁。
- (5) 内藤・前掲刑法改正の研究一二二〇頁、同・刑法改正と犯罪論(上)(昭和四九年) 一四頁、阿部・前掲植松還暦三一六頁。そこで、「法律上許されないものであることを知らなかつた」とすべきであるとするのは、平野・前掲刑法総論II二六



五頁、大谷・前掲刑法講義総論第二版三一六頁。

(6) 阿部・前掲植松還暦三一八頁、内藤・前掲刑法改正と犯罪論(上)一五頁。なお、日本弁護士連合会・前掲「改正刑法草案」に対する意見書一〇〇頁は、草案の態度は被告人の保護にかなうと解されるので、これを是認するとしている。

(7) 法務省刑事局編・前掲改正刑法草案の解説六四頁。

(8) 内藤・前掲刑法改正と犯罪論(上)一六頁。

(9) 阿部・前掲植松還暦三一七頁。

(10) 平野・前掲法学セミナー一三六号二七頁、同・前掲刑法総論Ⅱ二六八頁、大谷實「刑事責任論の重要問題」法学教室七三(昭和六一年)二八頁。なお、内藤・前掲法学教室九〇号五四頁、大谷・前掲刑法講義総論第二版三一七―一八頁参照。

(11) 法務省刑事局編・前掲改正刑法草案の解説六五頁。

(12) 中・前掲法時五四巻五号五八頁、内藤・前掲刑法改正の研究1二二―二頁。

### 三 現状における問題

(1) 草案二条と学説との関係 現行刑法の下で、違法性の意識に関する学説は、必要説(厳格故意説・法律過失準故意説)、不要説、自然犯法定犯区別説、可能性説(制限故意説・責任説)が対立しているが、これらの学説が、改正刑法草案二一条にどのように対応するのか、それぞれの学説からはどのように解釈されることになるのか、これが第一の問題である。

(a) 不要説 不要説は、故意には違法性の意識は必要ではないとして、現行刑法三八条三項を、違法性の錯誤は故意責任に影響を及ぼさない旨の規定と解する。したがって、この立場は、改正刑法草案二一条二項の新設には消極的である。せいぜい現行刑法三八条三項に裁量的刑の免除を加えるにとどめるべきであるとの主張があったことは前述

のとおりである。<sup>(2)</sup>そこで、改正刑法草案二一条二項が新設されると、不要説は立法的に排除されることになるといわれている。<sup>(3)</sup>しかし、違法性の意識は故意の成否には無関係であり、一項はその旨の規定と解し、二項は例外的に故意の問題とは別個に期待可能性のない場合を責任阻却事由として規定するものと考えられることは可能であろう。<sup>(4)</sup>ただし、現在では学説において不要説を採る見解は姿を消しており、判例も「相当の理由」を考慮する傾向にあることからみれば、立法にあたって、不要説との調整をはかる必要性は乏しいといえよう。

(b) 必要説 必要説は、故意には現実的な違法性の意識が必要であるとして、現行刑法三八条三項を違法性の錯誤に関する規定ではなく、法令の知らないしあてはめの錯誤を規定したものと解する。この立場からは、違法性の意識の欠如について「相当の理由」を問題とする改正刑法草案二一条二項はその趣旨に反し、明らかに不十分ということになる。しかし、この立場に立つ見解も、少なくとも現在より責任主義を一步前進させるものとして、新設を消極的にではあるが支持している。<sup>(5)</sup>

そこで、問題は、草案二一条二項が新設された場合、厳格故意説が成立する余地はあるかということである。ここでは一項が「法律を知らなかったとしても」と規定するのに対して、二項が「自己の行為を法律上許されないものであることを知らないで」と規定している点が重要となってくる。すなわち、このことから一項は、法令の知らないしあてはめの錯誤は故意を阻却しない旨の規定と解釈されることになる。これに対して二項は、当然故意が阻却される場合で、かつ過失犯としても処罰されない場合の規定であり、相当の理由のないときは過失犯として処罰されることになるが、このことは明文化されていないと解することになろう。<sup>(6)</sup>なお、改正刑法草案二一条一項と二項との関係が不明確であるとして、一項を削除して二項に相当の理由のないときでも刑を軽減できる旨の規定を加えるべきである

との意見に対しては、それではこのような理解も困難となり、厳格故意説を立法的に封殺することになるという疑問が提出されている。<sup>(7)</sup>この立場からは、たとえば刑法研究会試案一七条のような規定となれば、解釈の不自然さは残るが、これを過失犯に関する規定と理解することになろうか。<sup>(8)</sup>

このように、理論的には必要説と草案二一条二項ないし可能性説からの提案との隔たりは大きいようにみえる。しかし、現在においては厳格故意説からも、検察官が違法性の意識の存在を立証しなければならぬとは主張されていない。すなわち、違法性の意識の存在について事実上の推定を認めて、被告人がその推定をくつがえす証拠を示さない限り、違法性の意識の存在を認定できるとされている。<sup>(9)</sup>そして、この推定をくつがえすことができるのは、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であると考えれば、結論において可能性説との相違はほとんどないことになる。<sup>(10)</sup>とすると、厳格故意説の立場からも草案二一条二項を受け入れることは可能である。

準故意説については、その結論は実質的には可能性説とほぼ同一であるために、草案を受け入れることは可能であろう。

(c) 自然犯法定犯区別説 この学説は、自然犯については故意には違法性の意識は必要ではないが、法定犯については必要であるとして、現行刑法三八条三項は自然犯に関する規定であると理解する。この立場からは、改正刑法草案二一条一項は自然犯に関する規定であり、二項は法定犯に関する規定であると理解することで、これを受け入れることが可能になる。<sup>(11)</sup>ただし、一項については不要説と同様に考え、二項については必要説と同様に考えるところで、解釈の不自然さが残ることは否定できない。

(d) 可能性説 可能性説は、故意責任の成立のためには違法性の意識の可能性が必要であるとして、現行刑法三八

条三項は、違法性の錯誤は直ちに故意を阻却するものではなく、違法性の意識の可能性があれば故意犯として処罰される（制限故意説）、あるいは違法性の錯誤と故意とは無関係である（責任説）旨の規定であると理解する。したがって、この立場は、草案二一条二項を、違法性の意識を欠いたことについて違法性の意識の可能性がないときは故意あるいは責任を阻却する旨の規定と解して、これを積極的に評価する<sup>(12)</sup>。たしかに草案は可能性説の結論にもっとも近いものであり、現行刑法よりも有力な解釈論上の根拠を与えることになる。

ただし、前述のように、この立場からは、草案二一条一項は二項に含まれるべきもので削除すべきであり、一項但書は相当の理由がないすなわち違法性の意識の可能性があるときの規定として二項に加えるべきであると主張されている<sup>(13)</sup>。このように規定するのが刑法研究会試案一七条である<sup>(14)</sup>。これにより草案では不明確であった点が解消される反面、厳格故意説を正面から封殺することになるのではないかという疑問が生じることになる。

この点で、現在の草案の結論を維持しつつ、かつそれぞれの学説からの解釈の可能性を奪わないような規定の仕方が困難であるとすれば、不明確な点を残しながらも草案のような規定にするか、あるいは刑法研究会試案のように学説上の争点について立法的な解決を明確に示すかの決定を迫られているといえよう<sup>(15)</sup>。

- (1) 拙稿・前掲同志社法学一七五号八八頁以下参照。
- (2) 出射・前掲法時二九卷二号二八頁、法務省・前掲議事要録(五)四三二頁参照。
- (3) 福田・前掲神戸法学雑誌一一卷三号三七五頁など。
- (4) 前田雅英・刑法総論講義(昭和六三年)三〇八頁参照。
- (5) 刑法改正準備会・前掲改正刑法準備草案附理由書九三頁、法務省・前掲議事要録(五)四三二頁参照。
- (6) 中山研一「法律の錯誤と草案規定」受験新報三二卷三号(昭和五七年)二二頁。

- (7) 中・前掲法律時報五四巻五号五八頁。
- (8) 西ドイツにおける故意説論者の中には、このような解釈をとる見解がある。拙稿「西ドイツ刑法一七条と故意説」同志社法学一九二号八九頁以下参照。
- (9) 大塚仁・犯罪論の基本問題(昭和五七年)二七四頁、岡野光雄「道路交通法違反と『違法性の意識』」研修四六七号(昭和六二年)一六一七頁、日高義博「違法性の錯誤(下)」法学セミナー四〇一四〇一四〇一四〇一四〇一四〇一頁。
- (10) 中野・前掲法時二九巻二号三六頁、大谷・前掲法学教室七三三二七頁、同・刑法総論の重要問題(下)(昭和六一年)三二頁、西田典之「違法性の錯誤」町野朔他・考える刑法(昭和六一年)一五三頁、内藤「違法性の錯誤(一)」法学教室八九号(昭和六三年)四五―六頁参照。
- (11) 西山富夫「改正刑法準備草案(1)―その解説と批判―」名城法学一〇巻一號(昭和三六年)三七頁参照。
- (12) 福田・前掲神戸法学雜誌一一巻三号三七六頁など。
- (13) 阿部・前掲植松還曆三一六頁、内藤・前掲刑法改正と犯罪論(上)一五頁。
- (14) なお、刑法研究会試案一七条では、前述した可能性説からの提案とは異なり、その前段で情状による刑の軽減を規定し、後段で相当の理由のある場合の不処罰を規定している。これは相当の理由のある違法性の錯誤を責任阻却事由と考える見解に近づくとみることができようか。
- (15) 相当の理由のない場合、故意犯が成立するのか過失犯が成立するのかわかという点を学説・判例に委ねようとするならば、二項の存在意義はほとんど失われるとするのは、正田満三郎「違法性の意識と刑事責任(一)」法曹時報一三巻八号(昭和三六年)二〇頁。

(2) 草案二一条の規定内容に関する諸見解 (a) 「法律を知らなかったとしても」改正刑法草案二一条一項の「法律を知らなかったとしても」という文言は、二項で「法律上許されないものであることを知らないで」と規定されているために、条文の認識を指すものと解されるが、これは現行刑法三八条三項に関する判例の解釈に反するし、また実質上も必要でないから、二項と同様に「法律上許されないものであることを知らなかったとしても」とすべき

であるという主張がある。<sup>(1)</sup> また現行刑法三八条三項が、学説において解釈上の論争の対象となっていることを考えれば、問題のある規定内容をそのまま草案が引き継いでいることは妥当でなく、二項の新設によって一項の存在意義はほとんどなくなったといってよいから、これを削除すべきであるともいわれている。<sup>(2)</sup>

たしかに、本条を違法性の錯誤に関する規定であることを明確にするためには、一項と二項との関係に不明確な問題を残す草案の規定は妥当でないといえる。ただし、厳格故意説による解釈の余地を残すという点では、草案の規定の仕方の方がまだその可能性が大きいとはいえる。ここでも学説との関係が問題となってくる。

(b) 「法律上許されないもの」 説明書によれば、「法律上許されない」とは違法であることを意味する。<sup>(3)</sup> しかし、これは制定法のうえで許されないと誤解される虞れが強いから、「不法な」と修正すべきであるといわれている。<sup>(4)</sup> 行為が法的に許されないことを明確にし、形式的違法を指すものという誤解を避けるためには、刑法研究会試案一七条のように「不法な」とすべきであろう。なお、刑法研究会試案一九条が、責任能力に関して「行為が不法なものであることを認識し」と規定し、違法性の錯誤の規定と統一している点が注目される。<sup>(5)</sup>

(c) 「相当の理由」この点については、その意義、表現の妥当性をめぐって議論が続けられているところである。違法性の錯誤が故意責任を阻却するのは、(1)錯誤が責に帰すべきでないときである、(2)やむをえない事由のあるときである、(3)非難できないときである、(4)過失がないときである、(5)避けられなかったときである、(6)違法性の意識の可能性がなかった場合であるといった見解がみられる。<sup>(6)</sup> これらは、行為者が違法性の意識を欠いたことについて、行為に出るのは無理もないといえるときは、故意責任を問うべきではないとする趣旨であることに争いはないが、問題はその判断基準にある。

「非難できないとき」<sup>(7)</sup>では基準の内容が明確ではなく、同語反復のきらいがある。<sup>(8)</sup>「過失のないとき」<sup>(9)</sup>では、錯誤自体が何らかの落ち度に基づくというだけで責任を認めることにならないかという問題がある。<sup>(10)</sup>「避けられなかつた」<sup>(11)</sup>では、そのような一元的な可能性判断だけで決定することができるかは疑問であるという指摘がある。<sup>(12)</sup>「相当の理由」は、ある程度判例にも定着しているともいえるが、一般条項であるために、裁判官による恣意的判断の危険はないか、また客観的基準になりがちであるという問題がある。<sup>(13)</sup>違法性の錯誤に基づく行為が、いかなる場合に故意責任を問えないかを判断するにあたって、違法性の意識の可能性判断に尽きるかは一つの問題であるが、<sup>(14)</sup>これを中心とすることはまちがいない。とすれば、このことを表現するために、どのように規定すべきかが検討されなければならないであろう。

- (1) 平野・前掲刑法総論Ⅱ二六五頁、大谷・前掲刑法講義総論第二版三一六頁。
- (2) 阿部・前掲植松還暦三一八頁、内藤・前掲刑法改正と犯罪論(上)一五頁。
- (3) 法務省刑事局・前掲改正刑法草案の解説六五頁。
- (4) 内藤・前掲刑法改正の研究1二二頁、中・前掲法時五四巻五号五八頁。
- (5) 後述するドイツ新刑法一七条参照。
- (6) 大谷・前掲刑法講義総論第二版三一七―一八頁、法務省刑事局・前掲刑法改正準備会議事要録(総則の部)七一頁以下参照。
- (7) 小野・前掲日本法理の自覚的展開二三八頁、福田・前掲刑法雑誌一一巻一―二二号六五頁。
- (8) 大塚・前掲法時二九巻二号三三頁。なお、法務省刑事局・前掲刑法改正準備会議事要録(総則の部)七二頁、法務省・前掲議事要録(五)四三三頁参照。
- (9) 草野・前掲刑法改正上の重要問題一九一頁、香川達夫「違法性の錯誤」刑法の基本判例第二版(昭和四八年)七三頁。なお、相当の理由のないことと、過失、および回避可能性を同様のものとして理解するのは、曾根威彦・刑法総論(昭和六二年)一七六頁、二二四頁。

(10) 拙稿・同志社法学一七五号一二二頁、平野・前掲法学セミナー一三六号二八頁参照。

(11) 後述するドイツ新刑法一七条参照。

(12) 平野・前掲刑法総論Ⅱ二六七頁。

(13) 阿部・前掲植松還暦三一七頁、大谷・前掲刑法講義総論第二版三一八頁、内藤・前掲法学教室九〇号五七頁参照。

(14) 平野・前掲刑法総論Ⅱ二六五頁、大谷・前掲刑法総論の重要問題(下)三五頁参照。

(3) 判例・学説への影響 改正刑法草案二一条二項のような規定が新設されれば、従来の最高裁判例のように、

違法性の錯誤は故意責任に影響を及ぼさないという処理はできないことになる。違法性の意識のある行為と違法性の意識のない行為、後者はさらに違法性の意識を欠いたことについて相当の理由のある行為とない行為で、その取り扱いを異にすることになるからである。したがって、違法性の意識の存否および相当の理由の有無を争う事例が増加することになるであろう。そして、現在では、判例も相当の理由を考慮する傾向にあるといっているであろう。

そこで、判例および学説において重要な問題となるのは、(1)違法性の意識の存否の明確化<sup>(1)</sup>、(2)相当の理由の内容分析・類型化、あるいは違法性の意識の可能性の判断基準の明確化ということである。相当の理由について、説明書によれば、確定した判例や当該法律の実施について責任を有する官庁の指示に従って行動した場合は相当の理由がある場合にあたるが、弁護士その他の専門家に相談したというだけでは相当の理由があったとみることができないとする<sup>(2)</sup>。判例にもこのような傾向がみられるといっている<sup>(3)</sup>。

「相当の理由」という規定になっても、違法性の錯誤に基づく行為に故意責任を問いうるかどうかの判断にあたっては、違法性の意識の可能性が判断されなければならない。現実に行行為者に違法性の意識の可能性があったという判断であるのか、あるいは客観的に行為の違法性について検討するための機会があったという判断であるのか、さ



らには処罰の必要性、公的権威の尊重を促すといった社会的効用をも考慮すべきかは問題であるが、いずれにせよ<sup>(4)</sup>体的に違法性の意識の可能性のある場合とない場合とを限界づけ、違法性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ことが、今後の学説・判例に与えられた課題であるといえよう。

以上が、現状における問題点であるが、次に、これらの問題の解決の参考にするために、いくつかの外国における立法例をみてみよう。

- (1) 町野「『違法性』の認識について」上智法学論集二四巻三号(昭和五六年)一九三頁、長井長信「違法性の意識に関する一考察―その認識内容を中心として―」北大法学論集三六巻三号(昭和六〇年)一三三頁参照。
- (2) 法務省刑事局・前掲改正刑法草案の解説六五頁。
- (3) 札幌高判昭和六〇年三月一二日判夕五五四号三〇四頁、大阪高判昭和六三年九月二〇日判時一三〇六号一三五頁参照。
- (4) 後述する西ドイツおよびアメリカにおける議論状況が参考になる。なお、西ドイツについては、林弘正「禁止の錯誤の回避可能性の判断基準―とくに刑事政策的視点からの見解について―」法学新報九一卷八〇号(昭和六〇年)三二三頁以下参照。