

# スイス刑法における違法性の意識と違法性の錯誤

藪 中 悠

- 一 はじめに
- 二 スイス刑法二一条の成立
  - (一) 旧二〇条の成立経緯とその基本的内容
  - (二) 二〇〇二年刑法改正の趣旨
  - (三) 小 括
- 三 「違法性の意識」について
  - (一) 判例の立場
  - (二) 認識の対象としての「違法性」
  - (三) 違法性の意識の「程度」等
- 四 「違法性の錯誤」について
  - (一) 意義と種類
  - (二) 法律効果
  - (三) 錯誤の回避可能性の判断
- 五 若干の検討
  - (一) 錯誤の回避可能性が否定された事例とその性格
  - (二) 弁護士等の私人の回答を信じた場合について
- 六 おわりに

## 一 はじめに

本稿は、スイスにおける違法性の意識および違法性の錯誤をめぐる議論を整理・概観するとともに、違法性の錯誤に陥った行為者の免責のあり方について若干の検討を行うものである。<sup>1)</sup>

本論に先立ち日本における違法性の意識および違法性の錯誤に関する議論の状況を素描すると、判例は、故意犯としての処罰のためには違法性の意識は必要ないとする立場（違法性の意識不要説）だと評価されている。<sup>(2)</sup> 違法性の意識不要説によれば、行為者が行為時に違法性の意識を欠いていたとしても、すなわち、違法性の錯誤に陥っていたとしても、犯罪の成立は否定されない。しかし、いわゆる百円札模造事件に関する最高裁昭和六二年七月一六日決定は、<sup>(3)</sup>「行為の違法性の意識を欠くにつき相当の理由があれば犯罪は成立しないとの見解の採否についての立ち入った検討をまつまでもなく、本件各行為を有罪とした原判決の結論に誤りはない」と、行為者が違法性の錯誤に陥ったことについて相当の理由がある場合には犯罪の成立を阻却する余地を残した判示をしている。当該判示については、「最高裁判例が伝統的にとつてきている違法性の意識不要説について再検討の余地があるとの問題意識を示そうとしたもの」<sup>(4)</sup>と理解されている。また、下級審裁判例では、同決定より以前から、そして、それ以降も違法性の錯誤に相当な理由があると認めて故意を阻却し、犯罪の成立を否定した事例が散見される。<sup>(5)</sup>

日本の学説では、（故意の要素として、あるいは、独立の責任要素として）違法性の意識の可能性が必要であるとする見解が通説的見解といえる。そして、前述のような判例・裁判例の状況を受けて、いかなる場合に違法性の意識の可能性が否定されるのか（いかなる場合に違法性の錯誤に相当の理由があるといえるのかあるいは、いかなる場合に違法性の錯誤の回避可能性が否定されるのか）<sup>(6)</sup>についての検討が課題として意識されてきた。また、近時、違法性の錯誤のケースにおける免責の構造や考慮要素につき、アメリカ法の知見も取り入れた注目すべき見解も主張されている。<sup>(6)</sup>

このような日本の議論状況を踏まえて、本稿では、スイスにおける議論を参照する。スイス法を参照するのは、以前からスイス刑法一般に関して「スイスの刑事法制や学説は、国境を接する独仏伊、そしてオーストリアの法

思想と深く関連しているので比較を行う上で、重要な知見を提供」するものであるとして、「スイス刑事法学を研究する必要性」が説かれていることや、違法性の意識および違法性の錯誤に関して、錯誤の回避可能性の判断基準の具体化が課題として意識されている点で日本と同様の状況にあること、また、近時、弁護士等の私人による（誤った）助言に従った場合の免責可能性に関して検討した論考も公にされているなどの点で注目されるためである。<sup>(8)</sup><sup>(9)</sup>

以下では、まず、第二章で「違法性の錯誤」について規定するスイス刑法二一条の成立経緯を概観する。現在の議論の主な内容が旧規定下の判例に基づいて形成されているため、二一条とその前身規定との関係などを確認する。続いて、二一条によれば、行為者が免責されるためには行為の際に自己の行為が違法であることを「認識せず」、かつ、「認識することができなかったこと」が必要となるのに対応して、第三章ではいかなる場合に違法性の意識を欠くとして違法性の錯誤が認められるのかに関する議論を、第四章では違法性の錯誤に陥った行為者が免責される基準、すなわち、錯誤の回避可能性の判断に関する議論を取り上げる。第五章では前章までの内容や実際に錯誤の回避可能性が否定された事案を素材として、違法性の錯誤に陥った行為者の免責のあり方について若干の検討を行う。<sup>(10)</sup>

## 二 スイス刑法二一条の成立

現行のスイス刑法典は、一九三七年二月二日に成立し、一九四二年一月一日から施行されている。<sup>(11)</sup>

同刑法典の成立当時、違法性の錯誤に関する内容は二〇条に規定されていた。この二〇条は、その後、二〇〇二年に行われた改正により条番号が二一条となり、内容の一部が変更・修正されて現在に至っている。<sup>(12)</sup> 改正後の

二二条は、違法性の錯誤に関して、次のように規定する（このような経緯に照らして、以下では二〇〇二年改正前の二〇条については「旧二〇条」といい、現在の二二条については「現二二条」という）。

【現二二条 違法性の錯誤 (Irrtum über die Rechtswidrigkeit)】

行為の遂行の際に自己の行為が違法であることを認識せず、かつ、認識することができなかった者は、責任なく行為したものとする。錯誤が回避できた場合には、裁判所は、刑を減輕する。

本章では、まず旧二〇条の成立経緯と判例による同条の基本的解釈を概観する。次に二〇〇二年の改正法により旧二〇条が修正された趣旨を確認する。これらの作業により、次章以下の議論の前提となっている旧二〇条と現二二条との関係性などを把握する。

(一) 旧二〇条の成立経緯とその基本的内容

1 旧二〇条の成立経緯<sup>(14)</sup>

スイスでは、一八九八年の憲法改正により連邦に刑法の制定権限が認められるまで、刑法の制定は各州（カントン）の権限とされていた。そのため、一九三七年刑法の成立以前は、一八五三年連邦刑法（政治犯など一部の犯罪を規定）と各州の刑法とが存在し、スイス連邦の統一的な刑法は存在していなかった。当時の各刑法が違法性の錯誤についてどのように規定していたのかをしてみると、連邦刑法には各則の罰則は行為又は不作為が「違法な故意で」行われた場合にのみ適用可能であるとする故意説的な規定（二二条）があったが、「法の不知は害する」という不要説の立場が各州の刑法の主流であった<sup>(15)</sup>。

一九三七年に初めて成立する統一的な刑法典の立法過程では、①一八九三・一八九四年予備草案<sup>(16)</sup>（いわゆる

シュトース草案<sup>(17)</sup>や、②第一次専門家委員会が①の予備草案を審議し、その結果として得られた一八九六年予備草案<sup>(18)</sup>、③一九〇三年予備草案<sup>(18)</sup>、④一九〇八年予備草案<sup>(19)</sup>、⑤第二次専門家委員会が一九〇八年予備草案<sup>(4)</sup>を審議して得られた一九一六年予備草案<sup>(20)</sup>、そして、⑥一九三七年刑法典の原案である一九一八年政府草案<sup>(21)</sup>が作成されている<sup>(22)</sup>。

これらの草案のうち一八九三年予備草案には違法性の意識に関する固有の規定は見られない。しかし、一八九四年予備草案以降、現行刑法の原案の一九一八年政府草案に至るまで、故意について規定する規定とは別に違法性の錯誤に関する規定が設けられている。一九一八年政府草案の一八条は、次のように規定していた。

【一九一八年政府草案 第一八条】

当該行為が許されていると信じて犯罪を行った者は、その刑が減輕されうる（第六二条）。

違法性の錯誤に関する規定が定める法律効果については、この一九一八年政府草案までは刑の減輕のみが認められていた<sup>(23)</sup>。

一九一八年政府草案を審議した結果成立した一九三七年刑法の旧二〇条は、次のように規定していた<sup>(24)</sup>。

【旧二〇条（法律の錯誤 [Rechtsirrtum]）】

行為者が十分な理由に基づいて当該行為が許されていると思料した場合に、裁判官は、自由な裁量により、刑を減輕し（第六六条）、又は免除することができる。

当該規定が前提とする違法性の意識の体系的位置づけについては一般に、違法性の意識の可能性を故意とは別

個の責任要素とする責任説を前提にしたものと理解されている。しかし、一九一八年政府草案の修正を提案した国民議会 (Nationalrat)<sup>(25)</sup> の議事録には、故意説を主張していた Ernst Haffner の批判を受け入れたとの記述も見られる。<sup>(26)</sup> そのため、成立当時の旧二〇条の法的性格は必ずしも明らかではない。<sup>(27)</sup>

政府草案一八条と旧二〇条とを比較すると、旧二〇条では法律要件として行為者の錯誤が「十分な理由」に基づくことが要求されている。法律効果として刑の免除まで認められている。これらは、国民議会において提案された修正による。もっとも、このときの議事録を見る限りではその理由は判然としない。その後、同草案および国民議会の修正提案を審議した全州議会 (Ständerat) の議事録にも、当時の軍刑法一七条と平仄を合わせた旨の記述が見られるだけである。<sup>(28)</sup>

最終的に、全州議会は国民議会の修正提案に賛成したため、先の内容で旧二〇条は成立した。

## 2 旧二〇条の基本的内容

### (1) 理論的基礎

前述のとおり、旧二〇条が、違法性の意識の体系的位置づけに関して、いかなる立場を理論的基礎として立法されたのかについては判然としない部分も存在する。

もっとも、判例 (破棄院一九四四年六月三〇日判決) は、現行刑法の施行後間もない一九四四年にすでに、一九三七年刑法は一八五三年連邦刑法とは異なり認識あるいは意思をもって犯罪を実行した者は故意で行為をしたものと規定しており、違法性の意識は故意の内容ではなく、違法性の意識を欠いたことは旧二〇条で考慮される旨判示して、責任説の立場を明らかにしている。<sup>(29)</sup>

(2) 「十分な理由」の意義

旧二〇条は、行為者の錯誤が「十分な理由」に基づくことを要求している。当該要件に関して、判例は、違法性の錯誤が回避できない場合にのみ「十分な理由」があると認めて同条を適用していたと評価されている。<sup>(30)</sup>

違法性の錯誤に関する規定に、錯誤が「十分な理由」に基づくことが必要である旨の内容が加わったのは、前述のとおり、一九三七年刑法の成立直前の国民議会における審議段階においてである。このときに、なぜ「十分な理由」を要求したのか、「十分な理由」としてどのような内容を想定していたのか、あるいは、違法性の錯誤のケースにおいて、いかなる事情を減少させる方向に働く事情として認識していたのかなどが明らかであれば、現在の錯誤の回避可能性の議論の理解に資する。しかし、少なくとも国民議会の議事録を見る限りではこれらの点については判然としない。<sup>(31)</sup>

(3) 法律効果

旧二〇条は、法律効果として裁量的な刑の減輕又は免除を規定している。

もともと、判例（破棄院一九四九年一月二十九日判決）は、「十分な理由」が認められる場合には、刑の減輕にとどめるのではなく、原則的に刑を免除すべき旨の判断を示している。<sup>(32)</sup> その理由としては、「責任なければ刑罰なし」の原則との適合性が挙げられている。一九四九年判決は、「法の不知は害する」というルールから「責任なければ刑罰なし」という原則への転換を実現したものと評価されている。<sup>(33)</sup>

また、判例は当初、旧二〇条の適用がある場合は、有罪ではあるが刑は免除するという判決をすべきであると示していた。<sup>(34)</sup> しかし、その後、判例（破棄院一九九四年六月十七日判決）<sup>(35)</sup> は、旧二〇条を適用して刑を免除する場合は、行為者に責任が認められない場合なのであるから無罪判決をすべき旨の判断を示すに至った。<sup>(36)</sup> 責任説からは

違法性の錯誤の回避可能性が否定される場合（ないし違法性の錯誤に相当な理由がある場合）には、行為者は責任が阻却され、犯罪は成立せず、したがって、無罪判決がなされることになる。一九九四年判決は、旧二〇条の適用のために錯誤が回避できないこと（「十分な理由」）を要求することとの関係から、条文上は法律効果として裁量的な刑の減輕又は免除が規定されているのみであるにもかかわらず、被告人に刑を科さない手段として、無罪判決をすることを「解釈」として認めたものと理解される。

## （二）二〇〇二年刑法改正の趣旨

前述のとおり、旧二〇条は二〇〇二年の法改正により条番号が二一条となり、内容の一部が変更・修正されている。

二〇〇二年改正草案では、旧二〇条を次のように改正すべき旨提案された。

### 【二〇〇二年改正草案 第一九条（禁止の錯誤〔Verbotstatum〕）】

行為の遂行の際に自己の行為が違法であることを認識せず、かつ、認識することができなかった者は、責任なく行為したものとす。錯誤が回避できた場合には、裁判所は、刑を減輕する。

この改正草案一九条と現二二条とを比較すると、タイトルは異なるものの、内容的には同一である。そこで、現二二条の理解のために、同草案の理由書で当該改正の趣旨がどのように説明されているかを確認する。

まず、理由書では、改正草案一九条は旧二〇条に本質的な変更を加えるものではないことが確認されている。<sup>(37)</sup>

続いて、改正草案一九条において旧二〇条の内容・法律効果の一部に修正・変更が加えられた趣旨については、次のように説明されている。<sup>(38)</sup>

すなわち、法律効果に関して旧二〇条は裁判官が自由な裁量により刑を減輕又は免除しようとしているのに対して、改正草案一九条は回避可能な法律の錯誤と回避不能な法律の錯誤とを区別している。そして、錯誤が回避不能である場合、つまり違法な行為をしていることを行為者は知らず、かつ、知ることもできなかった場合には、行為者は有責ではないとしている。行為者に責任がないのは、良心的な人でさえも錯誤を避けられない場合である。この場合に裁判所は、行為者に無罪を言い渡さなければならず、単に刑だけを免除することはできない。これと異なる評価がなされるべきなのは、錯誤が回避可能な場合である。錯誤に気付きた行為者は、当該事案において有責に行為したものである。しかし、その責任は減輕される。旧二〇条では裁量的減輕であったが改正草案一九条では義務的減輕に修正されており、裁判所は刑を相応に減輕する。

条文のタイトルが変更された点については、次のように説明されている。<sup>(39)</sup>

すなわち、改正草案一九条には「法律の錯誤」ではなく「禁止の錯誤」というタイトルが付されている。法律の錯誤という概念は誤解を招きかねないためである。法律の錯誤は、行為者が行為の法的性質について誤解したすべての場合を含むとの印象を与えかねない。しかし同条が規定するのは、行為者の錯誤が自己の行為の違法性(あるいは「禁止」)に関係する場合だけである。

以上が条文タイトルに関する理由書の説明の要旨であるが、草案一九条の「禁止の錯誤」というタイトルも不作為犯の場合を念頭に置くのと狭すぎるなどの理由から、現二一条では、旧二〇条とも草案一九条とも異なるタイトルが付されている。

(三) 小 括

1 旧二〇条と責任主義

旧二〇条の成立以前は、違法性の意識を故意の要素とする故意説的な連邦刑法二一条などの例外も一部で見られたものの、多くの州の刑法は「法の不知は害する」との立場であった。しかし、旧二〇条の成立過程で作成されたほとんどの草案では、違法性の錯誤に関しては故意について規定した条文とは別の条文で刑の減輕を認め、最終的に一九三七年刑法の旧二〇条では法律効果の点で刑の減輕のみならず免除まで認められている。

さらに、この旧二〇条について判例は、①破棄院一九四四年六月三〇日判決が、「責任なければ刑罰なし」の原則に照らして刑の免除が（刑の減輕よりも）優先されるべき旨を判示し、そして、②破棄院一九九四年六月一七日判決が、旧二〇条の適用により刑を免除する場合というのは被告人に責任がない場合であることから無罪判決をすべき旨を判示している。①については旧二〇条に規定された内容の枠内で責任主義の徹底を図るものであるのに対して、②については同条の枠を超えて（現二二条においてそれが規定されるよりも前に）無罪という法律効果を解釈によって認めたものといえる。このうち②については、旧二〇条は刑の免除まで認めている点で、刑の減輕しか認めていない日本刑法三八条三項ただし書きとは異なるものの、解釈により旧二〇条が規定する刑の減輕・免除のいわば延長線上に（責任阻却による）無罪という法律効果を認めている点で注目される内容である。①の内容についても、②の内容についても、批判的な見解は見られない。これらはいずれも判例が、旧二〇条の適用要件に関して、「十分な理由」の存在を行為者が錯誤を回避できない場合にのみ認めていたことと関係しているものと理解される。

## 2 現二一条と旧二〇条との関係

現二一条は、一文で違法性の錯誤が回避できない場合について規定し、二文で違法性の錯誤が回避可能であった場合について規定している。同条の理論的基礎については、第一二条第二項が故意概念として「認識及び意思をもって行為をした者は、重罪又は軽罪を故意で犯したものとする。犯罪事実の実現をありうると考え、それを認容した者は、すでに故意で行為したものとす。」と規定し、違法性の意識（の可能性）を故意の要素とはしていないこともあり、<sup>(40)</sup>責任説を前提とするものと理解されている。<sup>(41)</sup>また、前述のとおり二〇〇二年改正草案の理由書によれば、旧二〇条と草案一九条とは内容に本質的な変更はなく、草案一九条と現二一条とは同一の内容であることから、現二一条と旧二〇条の間には連続性があると理解されている。そのため、旧二〇条の下での違法性の意識や違法性の錯誤に関する判例や学説による議論については現二一条にも妥当するものと理解されている。<sup>(42)</sup>また、判例は、旧二〇条における「十分な理由」について、違法性の錯誤が回避できないことと同義のものとして理解しており、現二一条の下での錯誤の回避可能性の判断については、旧二〇条の「十分な理由」に関して判示した内容が妥当すると考えられている。

次章以下では、現在のスイス刑法における、①違法性の意識に関する議論、そして、②違法性の錯誤に関する議論を取り上げるが、そこにおいて、それぞれの内容を示したものとして旧二〇条に関する判例が参照される。これは、本章で確認したとおり、旧二〇条と現二一条との間に連続性が認められると理解されていることによるものである。

### 三 「違法性の意識」について

現二一条を適用するためにはまず、行為者が自己の行為が違法であることを知らずに、すなわち、行為者が違法性の意識なく行為に出たことが必要である(同条一文前段)。そのため、違法性の意識の内容をいかに解するかにより、一見すると行為者が違法性の錯誤に陥っていたように見える場合であっても、なお行為者には違法性の意識が認められて現二一条の適用が排除される場合もある<sup>(43)</sup>。

本章では、違法性の意識の内容について判例の理解を中心に確認し、いかなる場合に違法性の意識を欠くとして違法性の錯誤となるのか(現二一条の適用範囲)を明らかにする。

#### (二) 判例の立場

行為者が実定法の規範に抵触するを行うという認識を有している場合には、違法性の意識が認められる<sup>(44)</sup>。

判例は、違法性の意識の内容に関して、破棄院一九七三年一月三〇日判決<sup>(45)</sup>や破棄院一九七八年二月一日判決<sup>(46)</sup>などにおいて同旨の内容を示している。このうち後者は、次のように判示する。

旧二〇条に関する判例によれば、法律の錯誤を主張することができるのは、自分は何ら違法なことを行っていないと考えたことについて十分な理由がある者のみであり、単に当該行為が犯罪にはならないものと考えただけでは足りない。他方で、法律の錯誤を排斥するためには、予定している行為が正しいことに抵触するという漠然とした認識があれば十分である。ここから明らかになるのは、一般市民によるような法的な価値観念に関する素人的評価で足りることである。それゆえ、上述の意味において、自己の行為がその生活する法共同体の法観念に抵触することを認識している者は、行為の違法性を認識して行為したものである。さらに看過されるべきでないのは、一般に法秩序は、少なく

とも重大な倫理違反は通常は法的にも禁止されているという意味において、支配的な倫理的価値観念に合致しているということである。それゆえに、自己の行為が支配的な道徳的指針に反しているという行為者の感覚は、行為者の違法性の意識の重要な手がかりである。特に基礎的な倫理的価値が問題となるとき、通常は倫理的価値の侵害の認識が法的規制の違反の認識の徴憑であるという法的規則もまた首肯できる。」

右に引用した破棄院一九七八年二月一九日判決は、南イタリア出身の行為者がスイス刑法では一五歳未満の児童との性交を禁止されていること（一九一条）を知らずに、交際の中の女兒の年齢を知らずに性交を繰り返したという事案において、結論として行為者には違法性の意識がなかった旨判示している（違法性の意識の回避可能性判断については後述「五」参照）。その判断の要旨は、次のとおりである。

子供が性的な被害を受けないことは、スイスでは基本的な倫理的価値に属し、法秩序によっても保護されている。それゆえ、子供の性的な不可侵性を著しく侵害する行為が倫理に反するという認識は、違法性の意識の存在を強く推認させ、それは例外的な事情によつてのみ覆しうる。被告人は、法的規制の可能性をまったく認識していなかった。保護年齢の概念は、被告人にとつてまったく未知のものである。そのようなものがありうることは一度も考えたことがなかった。これまでに学校においても親戚や友人によつても、それを知らされたことはなかった。被告人は、スイスの倫理規範についても知識を有していなかった。被告人が知っていたのは、南イタリアでは女性と親密な関係を持った後に結婚しないことは倫理に反する、ということだけであった。しかし、この規範は、少女・女性の年齢とは無関係である。被告人は、当時もそして現在も、相手の少女との結婚を望んでおり、彼が唯一知っていた規範には違反していない。被告人には自己の行為が倫理に違反するという認識はなく、違法性の意識を認めるためのその他の十分な手がかりは存在しない。

## (二) 認識の対象としての「違法性」

まず、認識の対象に関しては、判例によっても学説によっても、法に違反するという認識が必要であり、道徳違反の認識では足りないと考えられている。したがって、自己の行為が道徳に違反すると認識していたとしても、違法性の錯誤になりうる。もっとも、道徳違反の認識が違法性の意識あるいは違法性の錯誤の議論において持つ意味に関しては、判例は、道徳違反の認識が通常は違法性の意識の存在を窺わせる事情であると理解している<sup>(47)</sup>。このような理解に対しては、法と道徳の峻別の観点から反対する見解も見られる<sup>(48)</sup>。ただし、判例に反対する見解も基礎的な倫理的価値観に違反するという認識が違法性の意識および違法性の錯誤の議論において何らの意味も持たないと考えているわけではなく、違法性の錯誤が回避可能であったこと示す根拠の一つとなりうるとする<sup>(49)</sup>。

他方で、違法性の意識があると認めるためには、可罰性の認識や適用される法規の正確な認識までは必要ではないとされている<sup>(50)</sup>。行為者が違反した規範が法としての性格を有することを認識していれば、行為者が自己の行為は処罰の対象ではないと考えていたとしても、その一事をもってしては違法性の意識は否定されず違法性の錯誤は認められない。

## (三) 違法性の意識の「程度」等

判例によれば、違法性の意識の存在を肯定するためには、何か違法なことを行うという「漠然とした感覚」があれば、十分であるとされている<sup>(51)</sup>。そして、裁判官のような正確な違法性の認識ではなく、あくまで素人的な認識があれば、違法性の意識は認められるとされている。

また、違法性の意識はおよそ存在するか存在しないかではなく、行為者に対する非難が問題となっている当該犯罪との関係で有無が判断されなければならない。たとえば、許されていると信じて積極的安楽死行為を行った

者に対して、使用した毒物が違法に入手したものであることは認識していたという理由で、積極的安楽死行為について違法性の意識があったということはできない。<sup>(52)</sup> また、たとえば、性的強要の認識で、一六歳未満の者に対する性的行為の違法性の意識を認めることはできないとされている。<sup>(53)</sup>

違法性の意識に関しては、確信犯について違法性の意識を欠くのではないかが議論の対象となっている。しかし、結論として確信犯も違法性の意識を有していると理解されている。<sup>(54)</sup> その理由については、①違法性の意識を認めるためには、客観的な法秩序に違反しているという認識が決定的であり、当該行為者の主観的な法感情は重要ではないことから、確信犯にも違法性の意識は否定されない<sup>(55)</sup>、あるいは、②確信犯も自分が違反している法規範を認識しており、違法性の意識は否定されない<sup>(56)</sup>、などと説明されている。このように、確信犯であっても、自己の行為が（当該犯人によれば変更を要する）現在の実定法秩序に抵触するものであるという認識していると考えられており、違法性の意識は否定されていない。

#### (四) 小括

スイス刑法における違法性の意識の内容に関しては、まず認識の対象については、①一般的違法性で足り、②刑法的違法性の認識までは要求しない一方で、③道德違反の意識では足りない、と理解されている。もともと、④道德違反の認識は違法性の意識の存在を推認させる事情となる。次に、認識の程度については、漠然とした感覚で足り、素人的な認識があれば足りると考えられている。

なお、認識の対象としての「違法性」に関しては、スイスでは右のとおり刑法的違法性の認識は不要とするのが判例・通説となっている<sup>(57)</sup>。なぜ一般的違法性の認識で足りるとされているのかに関しては、立法に携わった専門家委員会の委員たちが「違法性の意識」を、刑法的違法性の認識という意味で考えていたのか、一般的違法性の

認識という意味で考えていたのかについては必ずしも明らかではないが、委員の挙げる事例などからは後者で足りると考えられていたと推察される、という指摘が見られる。<sup>(58)</sup>

#### 四 「違法性の錯誤」について

##### (一) 意義と種類

前章で示した意味における「違法性の意識」を行為者が有していない場合、行為者は「違法性の錯誤」（法律の錯誤ないし禁止の錯誤ともいわれる）に陥っている。事実の錯誤で故意が否定されるような場合には、そもそも違法性の錯誤の問題とはならない。したがって、違法性の錯誤は、法的な構成要件に属する事情を事実的・社会的意味において認識していながら、しかし、当該行為が法に違反しているという認識を行為者が有していない場合に認められる。<sup>(59)</sup>

違法性の錯誤については、スイスにおいても、直接的禁止の錯誤（行為者が当該行為が禁止されていることを知らない場合）、間接的禁止の錯誤（禁止されていることは知っているが、例外的に許されると信じている場合）とがある。と指摘されている。直接的な禁止の錯誤が生じる例としては、特別刑法の領域に属する犯罪の場合や行為者が異なる法文化圏の出身者である場合が挙げられている。また、間接的な禁止の錯誤は、逮捕法の射程範囲を誤解した場合や、武器使用要件の射程範囲を誤解した場合などに生じるものとされている。<sup>(60)</sup>

もつとも、現二一条が両者を区別して異なる法律効果を認めているわけではない。どちらも責任非難の観点からは異なる性格を有するものではなく、意思決定に対する非難可能性を否定する、あるいは減少させるものとされている。<sup>(61)</sup>

(二) 法律効果

現二一条によれば、違法性の錯誤が認められた場合の法律効果は、錯誤が回避可能か否かにより異なる。すなわち、①錯誤が回避できなかったとき（違法性の錯誤に相当の理由があるとき、違法性の意識の可能性すら認められないとき）には責任が否定される。その結果、当該犯罪の成立が否定される（現二一条一文）。これに対して、②錯誤が回避可能であったとき（違法性の錯誤に相当の理由があるとは認められないとき、違法性の意識の可能性が認められる場合）は、行為者の責任は否定されない。したがって、犯罪の成立は肯定されるが、刑が必要的に減輕される（現二条二文）。

このように現二条二文では、違法性の錯誤が回避可能な場合の法律効果として、刑の必要的減輕が規定されている。この点に関しては、従前の判例が錯誤が回避可能な場合には旧二〇条の適用を認めず、刑の免除はもろん刑の減輕も行わなかった点が通説による批判の対象となっていた。通説は、錯誤が回避可能な場合には、違法性の認識が完全に排斥されるわけではないものの、多少なりとも認識は困難になっていることから、回避可能性の程度に応じて刑を減輕すべきと考えていた。現二条二文の規定は、このような通説の見解と一致する内容のものとして理解されている。<sup>(63)</sup>

以上のとおり、錯誤の回避可能性の有無により法律効果が異なる。しかし、（たとえばオーストリア刑法では条文上いかなる場合に非難可能性が否定されて行為者が免責されるのかの基準が示されているのとは異なり）現二一条には、いかなる基準で錯誤の回避可能性の有無を判断するのかについて示されていない。そのため、この点が判例および学説による重要な解釈問題となる。

(三) 錯誤の回避可能性の判断

すでに見たとおり、旧二〇条は、行為者が「十分な理由」により錯誤に陥ったことを要件としていた。そして、当時の判例は、同規定について、違法性の錯誤が回避できない場合に「十分な理由」があると認めており、「十分な理由」の有無に関する判断は回避可能性の判断にほかならなかった。そのため、旧二〇条における「十分な理由」の有無に関する判例の判断は、現二二条における「認識することができなかった」といえるか否か、つまり、違法性の錯誤の回避不可能性の判断に当たっても、意義を有する。<sup>(64)</sup> 以下、本稿で旧二〇条下の判例を引用するのは、このような事情によるものである。

1 判断基準について

違法性の錯誤の回避可能性を判断する基準に関しては、錯誤が「良心的な人 (gewissenhafter Mensch)」もまた行為者と同様に違法性の錯誤に陥ったといえるような事情に基づいているか<sup>(65)</sup>が上位の一般的な基準と考えられており、また、より具体的な基準として、行為者が、その契機がありながら、自ら熟考すること又は助言を得ることによって自己の行為の違法性を知るための客観的に利用可能な機会を利用しなかったか、<sup>(66)</sup>といった基準が挙げられている<sup>(67)</sup>。代表的な注釈書などにより、判断基準を示したもの、あるいは、判断基準の具体化を試みたものとして引用されるのが、次の破棄院一九七三年一月三〇日判決である。<sup>(68)</sup> 本判決は、次のように判示している。

旧二〇条にいう「理由が十分であるのは、法律の錯誤が、良心的な人もまた当該錯誤に陥るような事実に基づいて生じているため、行為者がその法律の錯誤を非難されない場合である。法は同時に、行為者に対して、良心の緊張、良心的な熟考又は当局若しくは信頼に値する人物への照会を要求する。行為者が、そのための契機があったにもかかわらず、

自ら熟考すること又は助言を得ることによって自己の行為の違法性を知る、客観的に利用可能な機会を利用しなかった場合、回避可能な法律の錯誤であり、したがって(旧)二〇条によれば些細な法律の錯誤である。」

## 2 「契機」の有無について

右に引用した判例の基準によれば、①行為者に行為の違法性を認識する契機がない場合については、錯誤の回避可能性は否定される。これに対して、②行為の違法性を認識する契機がある場合については、⑦利用可能な手段・方法を用いたにもかかわらず違法性を認識するに至らなかったときもまた錯誤の回避可能性は否定される。しかし、④利用可能な手段・方法を用いなかったときには錯誤の回避可能性が肯定される。<sup>69)</sup>

具体的にいかなる事情があれば「契機」が認められるのかに関しては、見解が必ずしも一致しているわけではないようである。たとえば、契機が認められる場合として、次のような内容を示す見解がある。<sup>70)</sup>①行為者が自己の行為の適法性について疑いを有している場合、②次のような事情があることにより、行為者が自己の行為の適法性について疑いを持つはずだといえる場合、たとえば、⑦刑罰規定が不明確ないし多義的で、ある特定のケースが行為者の知る規定により規律されているかについて確信が持てないとき、①私人から当該行為について違法であると指摘されたとき、④行為者が依頼した法律の鑑定人が私人のとき(法的助言が権限ある当局から得たものではないとき)、⑤法的見解に対立があるとき、⑥行為者が同様の行為により以前に有罪の判決を受けているとき、③行為者が法的規制の存在は知っているが、その内容や適用範囲について知らない場合、④行為者が自己の行為が広く通用している道徳的な考え方に反しているという感覚を有している場合、である。このような場合には、行為者が適切な相手方に行為の適法性について照会して肯定の回答を得たときか、法律や文献を調査して肯定の結論に至ったときのみ、責任非難が阻却されるとする。

これに対して、同じ論者が行為者がさらに熟慮・調査するための「契機」が認められず、したがって、違法性の錯誤の回避可能性が否定されるとするのは、たとえば、<sup>(71)</sup>①行為者が以前に同一ないし同様の事実関係で無罪判決を得ている場合、<sup>(72)</sup>②禁止されている行為に当局が誤って承認を与えた場合、<sup>(73)</sup>③同種行為が警察によって長期間黙認されていた場合、<sup>(74)</sup>④外国人が行った犯罪が出身地の法秩序や道徳に完全に一致している場合、<sup>(75)</sup>である。

このほかに、<sup>(76)</sup>⑤法律家の間でも見解が分かれるほど規定が不明確である場合を錯誤の回避可能性が否定されるケースとして挙げる見解もあり、後述のように規定の不明確性を錯誤の回避可能性を否定する事情として位置づけている判例も存在する。<sup>(77)</sup>しかし、前述の<sup>(78)</sup>②<sup>(79)</sup>⑦のようにむしろ熟慮ないし調査の契機の存在を肯定する事情として理解する見解もある。

次章では、錯誤の回避可能性を否定した実際のケースを素材に、スイス刑法における違法性の錯誤の回避可能性判断の特徴について若干の考察を行う。

## 五 若干の検討

### (一) 錯誤の回避可能性が否定された事例とその性格

#### 1 錯誤の回避可能性が否定された事例

判例が実際に錯誤の回避可能性を否定した事例、あるいは、判断の中である一定の事情を錯誤の回避可能性を否定する事情として示唆した事例としては、次のようなものがある。

(1) 異なる法文化圏の出身者——破棄院一九七八年二月一九日判決（判例①）

まず、破棄院一九七八年二月一九日判決（第三章で既出）である。<sup>(78)</sup> 事案は、シチリア出身で一九七二年からスイスに住むR（二〇歳）は、一九七七年の初夏から秋まで、自分の交際相手の女性（二五歳）と、年齢を知りながら性交を繰り返したというものである。第一審は、児童との性交の罪（一九一条一項）でRを有罪にしたが、旧二〇条を適用して刑を免除した。控訴審も当該判断を是認した。これに対して、検察官は、Rは処罰されるべきで、控訴審の判決は破棄されるべきであるとして、上訴した。

破棄院は、①Rについて違法性の意識を欠いていたと認めるとともに、次のように、②「十分な理由」の存在も肯定した。児童との性交の罪という刑法の中核的領域に属する犯罪について、行為者の事情を理由に法律の錯誤の回避可能性を否定して刑を免除した珍しい事例である。

旧「二〇条にいう理由が十分なのは、法律の錯誤が、良心的な人もまた当該錯誤に陥るような事実関係に基づいて生じているため、行為者を非難しえない場合のみである。法は同時に、行為者に対して、良心の緊張、良心的な熟考又は、当局若しくは信頼に値する人物への調査を要求している。そのような行為を行う契機が存在するにもかかわらず、行為者がこれを怠る場合、行為者は回避可能な錯誤、したがって、（旧）二〇条によれば些細な法律の錯誤に陥って行為したものである。」

原審の事実認定（前述「三」「一」参照）に基づくと、Rは自己の行為の許容性について良心的に熟考する契機あるいは信頼に値する人物に照会する契機を有していたということはできない。契機があったといえるのは、自己の行為の適法性に疑いを持っていた場合や、疑いを有していたはずだといえる場合、あるいは、倫理規範に違反する可能性のために法秩序への抵触に思い至る場合である。しかし、これはRには、自己の行為と倫理秩序や法秩序とは当然に両立可能であるように思わせた特別な人的関係のために、当てはまらない。

破棄院は概ね右のように判示し、結論として検察官の上訴を棄却した。

(2) 過去の同様の行為に関する無罪判決の存在——破棄院一九六五年七月二日判決(判例②)

次に、行為者が過去に同様の行為について無罪判決を受けていた事例としては、破棄院一九六五年七月二日判決がある<sup>(79)</sup>。事案の概要は次のとおりである。Mは、ローザンヌにある、フランス語を母語とするスイス人の書籍協会の会長であった。一九六四年七月二日、Mは日刊紙に広告を掲載した。そこには、「一五回目の夏のセール」、「七冊の新刊が驚きの価格」という表現とともに、七冊の書籍のタイトルおよび価格が示されていた。価格に関しては、六冊は五・九フラン(一〇月一日からは七・八フラン)、残りの一冊は一一・七フラン(一〇月一日からは一七・五フラン)と記載されていた。Mは、不正競争防止法等に違反したとして起訴された。

破棄院は次のように判示して、Mについて旧二〇条の適用を認めている。

(旧)「二〇条は裁判官に、行為者が当該行為が許されていると信じていることについて十分な理由を有する場合に、自由な裁量により、刑を減輕すること又は刑を完全に免除することを認めている。当該規定は、行為者が当該行為は犯罪ではないと考えたことに理由がある場合ではなく、自己がなんら違法なことを行っていないと考えたことについて免責されうる場合にのみ、適用が可能である。」

原審は、本件の事実関係に関して、Mは今回の「夏のセール」に非常に似た一九六二年の「夏のセール」で刑事訴追されたが、区裁判所により一九六三年一〇月一七日に無罪判決を言い渡されたこと、しかし、検察および警察は彼に一九六三年一〇月二四日に書簡で、検察は当該判決にまったく同意できず、同じことが繰り返された場合には新たな刑事手続を開始すると伝えたこと、を認定した。

同種の行為に関する無罪判決は原則的に、当該行為が法秩序の枠を超えていないと考えることを正当化するこ

とは明らかである。なぜなら、刑事裁判官だけがそれを判断する権限を有するからである。第一審が判決を下した後に唯一可能なのは、他の裁判所による拘束力ある判断によって、一層確かな解決がもたらされる上訴だけである。無罪を言い渡されたMは上訴することができなかった。他方、検察にはその道が開かれていたが、上訴をしなかった。そのことについていかなる理由を有していようと、あるいは、その理由が専ら訴訟上のものであったとしても、第一審の判決が確定して拘束力を生じるという点は何も変わらない。加えて、検察がMに対して書簡で、検察が当該判決は誤りだと考えていることを知らせたことは取るに足らないことである。これにより検察は裁判所とは相違する見解を伝えただけである。当該書簡により若干の疑念が生じた場合であっても、裁判官は同じ事例において再び同じ判決をすることを考えることについてMには十分な理由が認められるということは、決して否定されない。

破棄院は概ね右のように判示し、原審がMに(旧)二〇条を適用したことは正当である旨の判断を示している。<sup>(80)</sup>

(3) 当局による違法行為の継続的な黙認——破棄院一九六五年一月一七日判決(判例③)

当局による違法行為の継続的な黙認が錯誤の回避可能性を否定する事情となりうることを示したのは、違法駐車<sup>(81)</sup>の事案に関する破棄院一九六五年一月一七日判決である。本判決は、次のように判示している。

「州の手続においてそうであったように被告人は、今日もまた繰り返して、問題の位置にはいつも自動車<sup>(82)</sup>が駐車されており、警察がそれに対して措置をとることはなかったと主張している。原審はこの点について何も言及していない。検察は、違法駐車は自動車所有者に被告人がしたような駐車をする権利を生じさせるものではないという同じ反論のみを主張している。このことは疑いもなく正しい。しかし、問題の場所への駐車が警察によって常に黙認されていたというようなことがあれば、少なくとも被告人については(旧)二〇条という法律の錯誤

が斟酌されなければならない」。警察が被告人を、自動車を前述の荷台に近すぎる位置に駐車したことのみに理由に摘発したことは、被告人の主張に有利に作用する。それゆえ、警察が実際に当該場所の端への駐車をこれまでに継続的に許容していたかどうかを明らかにするために、事件を区裁判所に差し戻すべきである。

破棄院は、このように、当局による継続的な黙認を錯誤の回避可能性を否定する事情として位置づけている。

なお、この点に関して、破棄院一九七三年一月三〇日判決<sup>(82)</sup>などは、映画の上映に関して、問題の映画が他の場所では異議を唱えられることなく上映されているという事情は、十分な理由を認めるのに足りない旨判示している。

(4) 法令の内容の不明確性——破棄院一九七一年四月二一日判決(判例④)

法令の内容が不明確であることが錯誤の回避可能性を否定する事情になることを示した事例としては、破棄院一九七一年四月二一日判決<sup>(83)</sup>がある。

事案の概要は、一九七〇年三月一七日、州の食品検査官は、被告人の精肉店で、フライシユケーゼのサンプルを採取した。サンプルを化学的に検査した結果、五%の脱脂粉乳が含まれていることが判明した。同年三月二〇日、スイス獣医局は、健康委員会に通知し、故意の商品偽装による処罰を求めた。なぜなら、フライシユケーゼの脱脂粉乳の含有量は食肉検査規則六四条三項が許容している量である二%を超えており、禁止されている粘着力の強化が図られていたためである。

区裁判所は、被告人を、偽装商品を流通に置いた罪(刑法一五四条二項)で有罪とし、また、消費者の期待を裏切つて多すぎる脱脂粉乳をフライシユケーゼに混ぜたことについても有罪とした。上級裁判所の抗告委員会は、被告人の申立てを是認し、検察官による有罪判決と処罰の請求を棄却したため、検察官が上訴した。破棄院は、

概ね次のように判示した。

上級裁判所の抗告委員会は、法律上の規定に不備があることを理由として、被告人を処罰することは正当化できないと判断したのかもしれない。食肉業のための専門学校の幹部でさえも、スイス獣医局による、脱脂粉乳の添加はペーストの成分全体との関係で法的な規制に服する、という食肉検査規則六四条三項の解釈に精通していなかった。専門学校による精肉業者への助言も不明確である。このような事情によれば、被告人が、脱脂粉乳の使用量については、法的にも専門技術的にも、他のより制限的のみ許容された添加物の場合と同様の慎重さが必要とされるほど、正確には規律されていないと考えることも許される。したがって、責任を阻却する法律の錯誤により刑が免除されうる。

これに対して、検察官は、精肉店主には当局の規則の遵守を期待することが許されると反論する。このような考え方は、法に精通していない人が免責されないという点においては同意することができる。しかし、「前提条件は、法規範が十分に明確で、法に精通していない人もまたその中の命令又は禁止を認識できることである。法的な規則にこの種の明確性が欠けているという不備がある場合には、規則を遵守しなければならない行為者が、違法性の意識を欠くゆえに非難されない可能性は否定されない。このことが妥当な場合には、二〇条という法律の錯誤を行為者に有利に斟酌しなければならぬ。」

破棄院は、以上のように判示し、法令の内容が不明確であることが、錯誤の回避可能性を否定する方向に働く事情であることを示している。<sup>(84)</sup> 法令の内容が不明確なのであればむしろ当該法令を解釈・運用する権限を有する当局に調査・照会を行うべきであると考えられることもできる一方で、本判例のように法令の内容や法制度の不明確性を行為者に不利に考慮すべきではないと考えることも十分に可能である。<sup>(85)</sup>

(5) 権限を有する当局の指示・回答——破棄院一九七二年一月一〇日判決(判例⑤)

最後に、権限を有する当局の指示を信じた場合に関する事例として、被告人が道路交通法に違反して事故を起こし過失傷害罪に問われた破棄院一九七二年一月一〇日判決<sup>(86)</sup>が挙げられる。破棄院は次のように判示して、被告人について法律の錯誤を認めた。

原審は、トロリーバスの運転手である被告人を過失傷害罪で有罪とした。なぜなら彼がバスの停留所に接近する際に特別の注意義務をわずかにしか遵守しなかったからである。被告人には、リドリー通りから来る自動車によって自己の優先権が無視されるかもしれないという、道路交通法二六条二項の意味における兆候が認められる。しかし、「被告人に対する非難は、被告人の上司に対する非難よりも小さい。上司は、バスの運転手に文書で、件の場所では被告人がそうしたように運転するよう指示をした。その際に、被告人にはつきりと優先権はバスの運転手に認められていると説明した。配慮すべきなのは信号付近における歩行者のみだと命じられた。バスの運転手に、都市警察の交通部門の長の了承を得て都市交通会社の幹部によって与えられた指示について、異なる理解を用意するよう要求することはできない。被告人は、権限を有する当局により、はっきりと命じられた行為は許されていると信じてしかるべきである」。

破棄院は、以上のように判示し、結論として被告人に法律の錯誤を認めた。

## 2 回避可能性が否定された事例の性格

以上のような錯誤の回避可能性が否定された事例のうち、判例①では行為者がスイスとは法文化の異なる南イタリア出身であったという特殊な人的な事情が行為者を免責する判断にとり、決定的な重要性を持っている。

これに対して、そのほかの事例では、過去の同種事案での無罪判決(判例②)や、当局による継続的な違法行

為の黙認（判例③）、法令不明確性（判例④）、権限を有する当局の指示・回答（判例⑤）と、いずれも国家側の事情が存在することが指摘できる。

日本においても、違法性の錯誤に「相当な理由があるかどうかは、違法性の意識を欠いたことに全く無理がなく、行為者を非難することができない場合であるかどうかということであるから、そのような観点から、当該具体的事情の下において、国家の側の事情と行為者の側の事情とを総合考慮すべき<sup>(87)</sup>と指摘されるなど、違法性の錯誤のケースで行為者を免責するか否かの判断の際に、国家側の事情は考慮される<sup>(88)</sup>。

この点に関しては特に、行為者が当局ないし私人に対して調査・照会した結果として得た情報が誤っていた場合の議論が、錯誤の回避可能性の判断における①国家側の事情と②行為者側の事情との関係を考える上で一つの素材となりうるように思われる。そこで次にこの点に関する議論を見ることにする。

## （二） 弁護士等の私人の回答を信じた場合について

スイスでは、一般的には、弁護士等の私人の回答を信じた場合であっても、錯誤の回避可能性が否定される余地はあると考えられている。もともと、当該法令の解釈につき権限を有する当局の誤った助言・回答に基づいて違法な行為を行った場合と、弁護士などの私人の誤った助言・回答に基づいて違法な行為を行った場合とでは結論に差があるとされている<sup>(89)</sup>。

日本においても、当該法令の解釈権限を有する当局の誤った回答を信じた場合と、弁護士などの私人の誤った回答を信じた場合<sup>(90)</sup>とは、結論が異なる傾向にある<sup>(91)</sup>。当局に調査・照会した場合と私人に調査・照会した場合との結論・傾向の差異を説明する際に、違法性の意識の可能性の判断に関しては複数の視点が存在することを端的に認め<sup>(92)</sup>、国家側の事情の有無（国家の禁反言）という視点から説明することは合理的である。

さらに、行為者側からの説明を加えることもできるように思われる<sup>(93)</sup>。スイス刑法における違法性の錯誤の非難可能性の判断基準には、①熟考あるいは調査を行う契機の存在だけではなく、②調査などの実行可能性という事情も考慮されている。弁護士などの私人への照会については、回答を得てもなお疑問が残るのであれば、さらに別の弁護士あるいは最終的には法令解釈の権限を有する当局に対して照会することが可能であるし、また、そうすべきであるといえる。これに対して、当該法令の解釈権限を有する当局に問い合わせをした場合には、さらなる調査先は想定できない。行為者としては、最も信頼に値する相手から情報を得ており、すでに調査を尽くしているといえる。このような場合に、当該情報を信用して意思決定をし、行為に出たことについて非難をすることは困難である。もし仮に、行為者が免責されないとすれば、法は行為者にさらなる調査・照会を期待し義務を課すことになるが、もはや行為者にはその義務を履行する手段（調査・照会先）が存在しない。このような、さらなる調査・照会義務を課した場合の履行可能性の有無という意味でも、当局の回答と弁護士など私人の回答との間には差が存在するといえるように思われる。

もつとも、スイスでは私人に対して調査・照会を行った場合であっても行為者が免責される可能性は否定されていない。そうすると、国家側の事情がなくなるとも、行為者として調査を尽くしたといえれば、免責される可能性が残されていることになるが、具体的にどのような事情があれば行為者が免責されるのかは困難な問題である。この点に関しては、スイスでは近時、弁護士や大学教授などに照会を行った場合にも二二条の適用可能性を認めるべきであると改めて主張する見解が見られ<sup>94</sup>、私人の回答の場合に免責を認めるためには、少なくとも、①法的助言と当該行為とに因果関係があること、②法的助言者に検討のために、行為者が後に実現する事実関係が知らされていること（検討事実と実現事実との完全な同一性）、③行為者は、疑わしい行為の実行に関して、万一の可能性を排除するための助言者の提案にも忠実に従っていること、④助言者は、あらゆる法的側面について検討し

ていること、⑤複雑な法状況が関係していること、⑥行為者が、裁判所や学説あるいは当局による反対の见解を指摘されていないこと、が必要であると分析している。<sup>(95)</sup>これらのすべてを満たしながら、裁判で違法性の錯誤が問題となる事案がどのような事案なのかは容易に想像はできないが、日本においても具体的な条件の検討は必要となるように思われる。

## 六 おわりに

本稿では、スイス刑法における違法性の意識および違法性の錯誤に関する議論を概観するとともに、錯誤の回避可能性を否定した判例を素材に、行為者の免責のあり方について若干の検討を行った。

スイスの議論においても見られた他者への調査・照会に関しては、たとえば百円札模造事件のような事件であれば、事前に法的问题の有無について照会することが可能である。これに対して、正当防衛や私人による現行犯逮捕のように緊急事態性を前提とする違法性阻却事由の要件を充足していると誤解した、いわゆる間接的禁止の錯誤のケース<sup>(96)</sup>では、正当防衛における防衛行為や現行犯逮捕における逮捕行為は他人による侵害行為や犯罪行為を前提とし、行為に出るタイミングを自分で決定できるわけではない。また、他者の回答を信じた場合に行為者の免責を認めるためには、照会の際に行為者が伝えた行為と行為者が実際に実行した行為との間に同一性が求められるとすれば、事前に事態を予想することが困難なケースについては調査・照会義務という発想がなじまないように思われる。このような意味で、事例類型毎に異なる考慮も必要となる。<sup>(97)</sup>

今後は、このような場合の扱いも含めて、改めて日本法におけるあり方を検討する機会を得たい。

- (1) スイス刑法における違法性の意識および違法性の錯誤に関する議論を紹介・検討する先行研究として、齋野彦弥『故意概念の再構成』(有斐閣、一九九五年)(一〇—一二頁)、松原久利『違法性の意識の可能性』(成文堂、二〇〇二年)(二一七—二三三頁)・同『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』(成文堂、二〇〇六年)(二八四—二九一頁)、西岡正樹『刑法三八条三項ただし書における『情状』と違法性の錯誤の処理』山形法政六六・六七号(二〇一七年)一頁以下(二六一—二八頁)などがある。
- (2) たとえば、最高裁昭和二十三年七月一日大法廷判決(刑集二卷八号八八九頁)。
- (3) 刑集四一卷五号二三七頁。
- (4) 仙波厚「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和六二年度)』一六〇頁。また、百円札模造事件より前にも、いわゆる羽田空港ロビーデモ事件の第二次上告審である最高裁昭和五三年六月二十九日判決(刑集三二卷四号九六七頁)に関する、佐藤文哉「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(昭和五三年度)』二六三頁は、相当な理由に基づく違法性の錯誤は犯罪の成立を阻却する旨判示して第一審の無罪を是認した原審の判断について、「判例には違反しているけれども、学説の大勢が示している違法性の錯誤の問題が将来進むべき方向と合致しており、もし当小法廷が判例には再検討の余地がありうると考えているとすれば、適切な事案がくるまで現在の判例を更に固めてしまうことがないよう配慮することは合理性がある」と述べている。しかし、まだ判例変更はなされていない。
- (5) 東京高裁昭和二十七年一月二六日判決(高刑集五卷一三号二六四五頁)、東京高裁昭和四四年九月一七日判決(高刑集二二卷四号五九五頁)、東京高裁昭和五五年九月二六日判決(高刑集三三卷五号三五九頁)など。百円札模造事件以降では、比較的近時のものとして、「被告人には、本件各部品の輸入がけん銃部品輸入罪の構成要件に該当する違法な行為である旨の意識がなく、かつ、その意識を欠いたことについて相当な理由があったといえるから、けん銃部品輸入罪の故意を認めることはできず、被告人に同罪は成立しない」と判示した大阪高裁平成二十二年一月二〇日判決(判タ一三〇〇号三〇二頁)がある。
- (6) 樋口亮介「責任非難の意義—複数の視点の析出と構造化の試み」法律時報九〇卷一号(二〇一八年)七頁以下は、違法性の意識の可能性に関して、「苛酷な規範順守要求の禁止」と「適法との信頼を国家が行為者に惹起したにもかかわらず、行為者の行為を違法と非難してはならない」とする禁反言」という視点が存在すると指摘する(同一〇

- 頁)。
- (7) 宮澤浩一「スイス刑法学研究の基礎」研修三八五号(一九八〇年)五頁。
- (8) たゞねぼ Marcel Alexander Niggli/Stefan Maeder. in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 3. Aufl. 2013, Art. 21 N 19 ff. 以下では「BSK<sup>3</sup>」として引用する。
- (9) Gunhild Godenzi, Verbotstirtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung?, in: Daniel Jositsch/Cristian Schwarzenegger/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Andreas Donatsch, 2017, S. 57 ff.
- (10) オーストリアにおける議論を紹介したものとして、拙稿「オーストリア刑法における違法性の意識と違法性の錯誤」慶應法学三七号(二〇一七年)三九三頁以下がある。オーストリア刑法では条文上すでにいかなる場合に違法性の錯誤について行為者を非難できるのが規定されている。同条に関する判例・学説の理解および実際に行為者には非難可能性が認められないとして犯罪の成立を否定した事例については、拙稿四〇九頁以下参照。
- 【オーストリア刑法 第九条 法律の錯誤 (Rechtsirrtum)】
- 法律の錯誤のために犯行 (Tat) の不法 (Unrecht) を認識しなかった者は、その錯誤について行為者を非難することができない場合には、有責に行為したのではない。
- 法律の錯誤は、不法が行為者にも何人 (Jedermann) にも容易に認識することができた場合、又は、行為者その職業 (Beruf)、業務 (Beschäftigung) 若しくはその他の事情により当該規定について知る (sich bekannt machen) 義務があつたにもかかわらず、それを知らなかった場合に非難することができる。
- 錯誤を非難することができる場合は、行為者が故意で行為したときは故意犯の法定刑を適用し、行為者が過失で行為したときは過失犯の法定刑を適用する。
- (11) 成立当時の内容全般を紹介・検討するものとして、牧野英一「スイスの統一新刑法典」同『刑法研究 第十卷』(有斐閣、一九四二年)一五五頁以下がある。
- (12) 当該改正法は二〇〇二年一月一三日に成立し、二〇〇七年一月一日に施行されている。主な改正内容については、末道康之「スイス刑法改正について―刑事制裁論を中心に(一)―」捜査研究六二七号(二〇〇三年)六六頁以下、同「スイス刑法改正について―刑事制裁論を中心に(二)―」捜査研究六二八号(二〇〇四年)六八頁以下、外

- 山美砂子「スイス刑法改正について—犯罪論を中心に(一)—」『捜査研究六三三三号(二〇〇四年)五六頁以下、末道康之「スイス刑法改正について—犯罪論を中心に(二)—」『捜査研究六三四号(二〇〇四年)五八頁以下など参照。
- (13) 条文の翻訳に際しては、小池信太郎＝神馬幸一(訳)「スイス刑法典第一編総則」『慶應法学三六号(二〇一六年)三〇二頁、葛原力三＝川口浩一(監訳)「スイス刑法典総則改正草案(一)」『関西大学法学論集五二巻一号(二〇〇二年)一三一頁以下、吉田敏雄「責任概念と責任要素」(成文堂、二〇一六年)一七一頁を参照した。
- (14) スイス刑法典の成立経緯については、宮澤浩一「比較法的研究—スイス」平場安治＝平野龍一(編)『刑法改正の研究—概論・総則』(東京大学出版会、一九七二年)一〇三頁以下、町野朔「違法阻却事由としての業務行為—スイス刑法三二条を中心として—」平場安治ほか(編)『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第一巻』(有斐閣、一九八三年)二〇三頁以下などを参照。また、旧二〇条の成立経緯については、Willi Borchering, Schuld und Irrtum im schweizerischen und deutschen Strafrecht, 1941, S. 66 ff.; Peter Noll, Unrechtsbewusstsein im schweizerischen Strafrecht, in: Schweizerische Beiträge zum vierten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, 1954, S. 209 ff.
- (15) 当時の連邦刑法典および各州(カントン)の刑法典の内容については、Carl Stooss, Die Schweizerischen Strafgesetzbücher zur Vergleichung zusammengestellt und im Auftrage des Bundesrates, 1890; Carl Stoos, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates, Bd. I, 1892; Carl Stoos, Die Grundzüge des Schweizerischen Strafrechts im Auftrage des Bundesrates, Bd. II, 1893 の整理やれり収録やれり<sup>89</sup>。
- (16) Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Im Auftrage des Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss, 1893; Schweizerisches Strafgesetzbuch, Vorentwurf im Auftrage des schweizerischen Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss, 1894.
- (17) Schweizerisches Strafrecht, Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch, Band I und II, 1896.
- (18) Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung

des schweizerischen Strafgesetzbuches. Nach den Beschlüssen der von dem eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchsicht des Vorentwurfs von 1896 beauftragten Expertenkommission. 1903.

(19) Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch im Auftrag des hohen schweizerischen Justizdepartement neu gefasst von Prof. C. Stooss. 1908.

(20) Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Fassung der zweiten Expertenkommission. 1916.

(21) Entwurf des Bundesrates an die Bundesversammlung. Schweizerisches Strafgesetzbuch. 1918.

(22) 宮澤浩一「比較法的研究—スイス」平場安治＝平野龍一(編)『刑法改正の研究—概論・総則』(前掲注14)一〇四頁以下参照。

(23) これ以前にも刑の免除まで認めるべき旨の提案はなされていた。たとえば、1896 年 Beratungen der ersten grossen Expertenkommission. Schweizerisches Strafrecht. Verhandlungen der von dem Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement einberufenen Expertenkommission über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch. Band II. 1896. S. 388 など。しかし、免除が規定されたのは立法過程の最終段階になつてのことである。

なお、日本刑法における違法性の錯誤に関する規定である刑法三八条三項の成立過程においても、法律効果について刑の免除まで認めるべき旨の提案がなされたことがある。もともと、結論的には採用されなかった。内田文昭「山火正則」吉井蒼生夫『刑法(明治四〇年)』(六)(日本立法資料全集二六)(信山社、一九九五年)一二九頁(改正案)および一七三頁(提案と採決)参照。しかし、提案の理由などについては記録上は明らかではない。この点を含め、日本における立法や議論の沿革については別稿を予定している。

【明治三十九年『刑法改正案』(二編二八九条)「第四〇条」】

罪ヲ犯ス意思ナキ行為ハ之ヲ罰セス但法律ニ特別ノ規定アル場合ハ此限ニ在ラス

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

(24) 条文の翻訳に際しては、法務大臣官房司法法制調査部『スイス刑法典(法務資料三八五号)』(一九六四年)、牧野英一(前掲注11)一七二頁、齋野彦弥(前掲注1)一〇頁を参照した。

- (25) 議会の呼称については、国立国会図書館調査及び立法考査局『各国憲法集（六）スイス憲法』（二〇一三年）〔山岡規雄〕一〇頁以下を参照した。
- (26) Nationalrat, Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Winter 1931–Winter 1937, S. 88, 454ff. Hafner の手稿にひよびて、1916 Beratungen der zweiten grossen Expertenkommission, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band II, September–Oktober 1912, enthält Vorlage der Redaktionskommission, Schweizerisches Strafgesetzbuch, August 1912, S. 88.
- (27) Peter Noll, Unrechtsbewusstsein im schweizerischen Strafrecht, Schweizerische Beiträge zum vierten internationalen Kongress für Rechtsvergleichung, 1954, S. 209 ff.
- (28) Ständerat, Stenographisches Bulletin der Bundesversammlung, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Frühjahr 1931–Frühjahr 1932, S. 140.
- (29) BGE 70 IV 97, 98. \* 42 Andreas Donatsch, Unrechtsbewusstsein und Verbotstirtum, SchwZStr. Bd. 102, 1985, S. 16 の論証。
- (30) BSK<sup>3</sup> (通釋註∞) Art. 21 N 18.
- (31) Peter Noll (前掲註 28) S. 211.
- (32) BGE 70 IV 97, 100. の 2 ヲ 29 本判決以降も刑の減輕の可能性のみを検討してゐる事例は存在してゐる。
- (33) Marc Jean-Richard-dit-Bressel, in: Stefan Trechsel/Mark Pieth (Hrsg.), Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl. 2017, Art. 21 N 2 (21-1) [PK<sup>3</sup>] 21-1-99; BGE 70 IV 97, 100.
- (34) BGE 106 IV 189, 193.
- (35) BGE 120 IV 313.
- (36) BSK<sup>3</sup> (通釋註∞) Art. 21 N 18.
- (37) BBl II 1999, 1979 (2008).
- (38) BBl II 1999, 1979 (2008).
- (39) BBl II 1999, 1979 (2008 f.).

(40) 一二条は、次のように規定する。訳については、小池＝神馬(訳)『スイス刑法典第一編総則』(前掲注13)三〇〇頁を参照した。

【第一二条 一二 故意及び過失。概念 (Vorsatz und Fahrlässigkeit, Begriffe)】

法律が明文で別段の定めをしていないときは、重罪又は軽罪を故意で犯した者のみ罰する。

認識及び意思をもって行為をした者は、重罪又は軽罪を故意で犯したものとす。犯罪事実の実現をありうると考え、それを認容した者は、すでに故意で行為したものとす。

義務に違反する不注意により、自らの態度の結果を考慮せず、又はそれに配慮しなかった者は、重罪又は軽罪を過失で犯したものとす。行為者が状況及び個人的事情により義務づけられている注意を遵守しなかったときは、義務に違反する不注意があったものとす。

(41) Andreas Donatsch/Brigitte Tag, Strafrecht I, 9. Aufl. 2013, S. 286 f.; BGE 99 IV 58 f.; BGE 107 IV 207. 判例はいずれも故意に違法性の意識は不要である旨判示しているものである。

(42) BSK<sup>3</sup> (前掲注8) Art. 21 N 13; Andreas Donatsch/Brigitte Tag (前掲注41) S. 290.

(43) たとえば、仙波厚「判解」(前掲注4)一五五頁は、百円札模造事件におけるサービス券Aの作成行為について、「違法性の意識があったといえるためには、自己の行為が法的に許されないものであることが、漠然とでも表象されれば足りるのであって……稀薄ではあったが、違法性の意識はあったとみてよいのではないかと思われる」とす。

(44) Charles Haenni, in: Thomas Hansjakob/Horst Schmitz/Jürg Sollberger (Hrsg.), Kommentierte Textausgabe zum revidierten Strafgesetzbuch, 2004, S. 18.

(45) BGE 99 IV 185.

(46) BGE 104 IV 217, 218.

(47) BGE 99 IV 185, 186; BGE 104 IV 218. この点に関して、オーストリアの判例では、成人で責任能力を有する者につづいては通常、違法性の意識が推定される旨判示するものがある。OGH 27. 7. 1976.

(48) BSK<sup>3</sup> (前掲注8) Art. 21 N 14.

(49) BSK<sup>3</sup> (前掲注8) Art. 21 N 14; Andreas Donatsch (前掲注8) S. 17f.; Günter Stratenwerth, Schweizerisches

- Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2011, S. 305 f.
- (95) BSK<sup>3</sup> (前掲注8) Art. 21 N 15.
- (15) BGE 104 IV 217, 218; BGE 99 IV 185; BGE 99 IV 250.
- (92) BSK<sup>3</sup> (前掲注8) Art. 21 N 16; Günter Stratenwerth (前掲注9) S. 306 f.; G. Heine/G. Jenny/K.-L. Kunz/H. Vest, Tatbestandes- und Verbotstrittum. In memoriam Prof. Dr. Guido Jenny, SchwZStr. Bd. 129, 2011, S. 123.
- (92) Günter Stratenwerth. (前掲注9) S. 306.
- (94) PK<sup>3</sup> (前掲注93) Art. 21 N 3.
- (95) G. Heine/G. Jenny/K.-L. Kunz/H. Vest (前掲注92) S. 122.
- (92) Kurt Seelmann/Christopher Geth, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2016, S. 156.
- (97) 可罰性の認識が欠けた場合と旧二〇条の適用可能性を認めるべき立場の主張については Peter Noll (前掲注27) S. 211, Fn. 3.
- (95) Peter Noll (前掲注27) S. 211.
- (95) G. Heine/G. Jenny/K.-L. Kunz/H. Vest (前掲注92) S. 117 ff.
- (99) Kurt Seelmann/Christopher Geth (前掲注92) S. 239.
- (99) BSK<sup>3</sup> (前掲注8) Art. 21 N 8.
- (92) スイス刑法における「刑の軽減 (Strafminderung)」や「刑の減軽 (Strafmilderung)」の意味については、シムワルツェネッカー (著)・小池信太郎 (監訳) 藪中悠ほか (訳) 「スイスの刑事制裁制度」慶應法字三六号 (二〇一六年) 一五六頁参照。
- (93) G. Heine/G. Jenny/K.-L. Kunz/H. Vest (前掲注92) S. 117 ff.
- (94) BSK<sup>3</sup> (前掲注8) Art. 21 N 18; Andreas Donatsch/Brigitte Tag (前掲注14) S. 290.
- (99) 1の4の4の内容を挙げるの4の4 BGE 75 IV 150, 153; BGE 98 IV 293, 303 4の4。
- (99) 1の4の4の内容を挙げるの4の4 BGE 75 IV 150, 153; BGE 104 IV 217, 220 ff. 4の4。比較的最近の4の4の4の4 BGer. 17. 3. 2008, 6B\_430/2007.

- (67) BSK<sup>3</sup> (前掲注⑥) Art. 21 N. 18.
- (68) BGE 99 IV 185.
- (69) Andreas Donatsch (前掲注69) S. 25.
- (70) Andreas Donatsch/Brigitte Tag (前掲注41) S. 292.
- (71) BGE 91 IV 164, BGE 99 IV 186.
- (72) BGE 79 IV 41, BGE 98 IV 287.
- (73) BGE 91 IV 204.
- (74) BGE 104 IV 218.
- (75) Andreas Donatsch/Brigitte Tag (前掲注41) S. 293.
- (76) Stefan Trechsel/Mark Pieth, *Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I*, 7. Aufl. 2017, S. 159 f.
- (77) BGE 97 IV 66, BGE 97 IV 218.
- (78) BGE 104 IV 217.
- (79) BGE 91 IV 165. 日本における類似事例としては、行為者自身が無罪判決を受けていたわけではないが、最高裁平成八年一月一八日判決(刑集五〇巻一〇号七四五頁)を参照(河合伸一裁判官の補足意見も参照)。
- (80) 前述の破棄院一九七三年一月三〇日判決(BGE 99 IV 185)は、事案の詳細は不明であるものの、前に同様の事実関係で無罪判決を得たことは「十分な理由」になること、これは検察が行為者の第二行為の前に検察や警察が以前の第一行為に関する判決は誤りだと考えていることを伝えても変わるものではないこと、を判示している。
- (81) BGE 91 IV 204.
- (82) BGE 99 IV 185.
- (83) BGE 97 IV 57.
- (84) 日本において、処罰規定の不明確さを行為者への非難可能性を否定する方向で考慮する見解として、井田良『講義刑法学・総論(第二版)』(有斐閣、二〇一八年)四一四頁。
- (85) Gunhild Godenzi (前掲注⑥) S. 68.

- (86) BGE 98 IV 279.
- (87) 仙波厚 (前掲注 4) 一五七頁。
- (88) 一原亜希子「違法性の錯誤と負担の分配 (一)・(二・完)」関西大学法学論集五三卷六号 (二〇〇四年) 一〇四頁以下・五四卷一号 (二〇〇四年) 八二頁以下、松原芳博『刑法総論〔第二版〕』(日本評論社、二〇一七年) 二七三頁以下など参照。
- (89) PK<sup>3</sup> (前掲注 63) Art. 21 N 8; Andreas Donatsch, in: Andreas Donatsch (Hrsg.), StGB Kommentar, Schweizerisches Strafbuch mit V-StGB-MStG und JStG, 20. Aufl. 2018, Art. 21 N 8.
- (90) 大審院昭和九年九月二八日判決 (刑集一三卷一三三〇頁) (弁護士による誤った助言の事例) (一人ノ看守スル邸宅ナルコトヲ認識シナカラ看守人ノ意思ニ反シ之ニ侵入スルニ於テハ假令辯護士ノ意見ニ依リ侵入スルモ罪トナラスト告ケラレ之ヲ信シタリトスルモ畢竟刑法第三百十條ノ解釋ヲ誤リタルモノニシテ家宅侵入罪ヲ構成スルモノトス)
- (91) 樋口亮介 (前掲注 6) 九頁。弁護士の回答を信じた場合にも免責の余地を認める見解として、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣、一九九九年) 三五〇頁、松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』(前掲注 1) 一四一頁以下、松原芳博 (前掲注 88) 二七四頁、井田良『講義刑法学・総論〔第二版〕』(前掲注 84) 四一五頁など。
- (92) 樋口亮介 (前掲注 6) 六頁以下。
- (93) なお、責任論において国家側の事情 (違法行為など) の考慮を否定する趣旨ではない。
- (94) Gunhild Godenzi (前掲注 6) S. 57 ff.
- (95) Gunhild Godenzi (前掲注 6) S. 66.
- (96) スイスの事案としては、たとえば、BGE vom 8. 11. 2008, 6B. 393/2008, 6B. 395/2008, 日本 の 事 案 と し て は、たとえば、東京高裁昭和二七年二月二六日判決 (高刑集五卷一三三号二六四五頁) [私人による「現行犯逮捕」]。Art. 21 N 3 は、錯誤の回避可能性判断に際して、異なる考慮 (間接的禁止の錯誤については行為者に有利な積極的 事情が必要) を示唆している。

〔付記〕

本稿は公益財団法人升本学術育英会の平成三〇年度学術研究助成を得て執筆されたものである。