

事実の錯誤に関する学説史的考察(四)

——「方法の錯誤」をめぐる議論を中心として——

長井長信

目次

はじめに

第一章 ローマ法における事実の錯誤(以上富大経済論集第三四卷第二号)

第二章 中世イタリア法学における事実の錯誤(以上富大経済論集第三四卷第三号)

第三章 ドイツ普通法学における錯誤論(以上本誌第一四卷第二・三・四合併号)

第四章 ドイツ近代刑事立法における錯誤

第一節

第二節 啓蒙時代における法典編纂

(1) ババリア刑事法典

(2) プロイセン一般ラント法

第三節

(1) 一九世紀ドイツ諸領邦における刑法典

(2) バイエレン刑法典ほか

(2) ブラウンシュヴァイク刑法典ほか

(3) ヘッセン大公国刑法典ほか

(4) プロイセン刑法典から帝国刑法典成立まで(以上本号)

第四節 一九世紀ドイツにおける学説の展開(以下次号)

第五節 小括

結びにかえて

## 第四章 ドイツ近代刑事立法における錯誤

### 第一節 序

ドイツでは、一七五一年にバイエルンで刑事法典が制定されたのを嚆矢として、その後いわゆる「啓蒙絶対主義」思想にもとづく「上からの改革」としての法典編纂事業が次々と展開されていくことになる。その間、フランスでは「革命刑法典」次いで「ナポレオン刑法典」が成立するなど、近代刑法学の形成に重要な時代を迎えることになる。本章では、この一八世紀後半から一八七一年「ドイツ帝国刑法典」成立までの諸領邦(地方特別)立法、および一九世紀の学説における「事実の錯誤」事例の(法的)取り扱いを概観することにした。ここでも、「客体の錯誤」および「方法の錯誤」に関する問題が考察の中心となる。

### 第二節 啓蒙時代における法典編纂

(1) パバリア刑事法典

一 クライトマイヤー (Wiguläus Xaver Aloysius Kreitmayer, 1705-1790) により起草された『一七五一年パバリア

刑事法典』(Codex Juris Bavarici Criminalis de anno 1751) は、「カロリナから脱却しえず、啓蒙思想とは全く無縁で」その誕生の時にすでに古臭いものであった」と酷評されるほどである。本法典は厳酷な死刑を維持しており(第一部第一章第六條)、瀆神罪、異端として魔術をも依然として処罰している(第一部第七章第一條、第五條、第七條)。さらに、拷問を四段階に分けて細かく規定する(第二部第八章第三條以下)など、古い時代の残滓を多分に含むものであった。クライトマイヤーは普通法時代の最後に位置する、と評される所以である。そのババリア刑事法典は、第一部第一章第三條において、犯罪を定義して次のように規定していた。

「第三條 犯罪とは、人が法律に反して何事かを為しあるいは為さざるときに、すなわち、邪悪で危険な故意もしくは著しい過失から、ラテン語でいうドルスカルバから行為するとき、為されるものである。……」〔傍線—引用者〕

このような定義にはすでに構成要件該当性および責任を独自に論ずる萌芽(傍線部分)が見受けられるが、違法性の概念は未完成のままであり、正当防衛に関しても消極的な意味で論じられていたにすぎない。この点において、クライトマイヤーはカルプツォフの犯罪の定義に止まっていた。クライトマイヤーは彼の「注釈」において、ドルスもクルバも欠如するならば該行為は何ら犯罪ではなく、それゆえに刑罰を科せられることはない<sup>(4)</sup>と明言する<sup>(5)</sup>。そして彼は故意論において、ライザーと同様、カルプツォフにおける直接故意と間接故意の区別を前提として議論を展開した<sup>(6)</sup>。

二 さて、ババリア刑事法典の第一部第二章第四條は、「十分な分別あるいは自由な意思が欠如する場合には、その者は犯罪を犯し得ない」として、刑事未成年や睡眠、酩酊などの責任無能力と並んで、錯誤あるいは不知から為された行為は犯罪と見做されえない、と規定した<sup>(7)</sup>。そして、所為事情に関する錯誤について、同刑事法典は第一部第三章第三〇條において次のように規定していた。

「第三〇條 錯誤は、錯誤者が許容されかつ責なき事柄に関与するならば、すべての刑罰を阻却する。しかしながら、その錯誤がクルバと結びついていたならば、錯誤者の意図した所為が、錯誤から実際に彼によって為された犯罪と同様に可罰的であるか、あるいはより重大な可罰性を有するものでない限り、刑罰が減輕されるにすぎない」〔傍線—引用者〕

前章で見たように、普通法学者の間では所為事情に関する錯誤は行為の可罰性を阻却する事由として広く承認されてい

たが、クライトマイヤーもこの伝統に従っていたようである。クライトマイヤーの『注釈』によれば、①「許容されかつ責なき事柄」とは、例えば、適法な正当防衛状況において敵とは別の第三者に打ち当てたような場合であり、カロリナの第一四五条により不可罰となる。これに対して、「その際、人が限界を逸脱した」(in moderamine excedit hate)のであれば事情は異なるであろう。何故ならば、ここではクルバが存在しているがゆえに、行為者は通常刑ではないにせよ処罰される「傍線—引用者」と言う。ここにいう「限界を逸脱した」場合が、敵に対する「過剰防衛」なのか、闘争の仲裁者「第三者」に対する侵害か、あるいは「方法の錯誤」による第三者の過剰な侵害なのか、はたまた敵と第三者とを取り違えた場合なのか、今ひとつ明確ではないが、いずれにせよ、行為者は「許容されかつ責なき事柄」に従事していることから、本来の「方法の錯誤」ないし「客体の錯誤」事例と無関係なことは明らかであろう。以上の理由づけに、我々は、「ウエルサリ・イン・レ・リキタ」原則の適用、すなわち「ウエルサリ・イン・レ・イリキタ」原則の反対適用を見て取ることができよう。次に、

②錯誤が「クルバ」と結びついている場合とは、例えば、行為者が相手を女中と誤って自分の妹と同衾したような場合であり、この場合、行為者が自ら主張する錯誤が本当らしい(wahrscheinlich)ことを証明したならば、近親相姦の「通常」刑(Poenā incestus)ではなく、減輕された「例外」刑が科されると言う。さらに、③意図した行為が発生結果と「同様に可罰的」な場合とは、例えば、カイウス(Caius)がティティウス(Titius)を殺害しようとして夜に待ち伏せていたが、ティティウスの代わりに誤ってセムプロニウス(Sempronius)を殺害したような場合である。この場合、カイウスは殺人罪の通常刑(poena ordinaria homicidii)に処せられると言う。「何故ならば、意図していた行為は、「現実」に履行された行為と同様、可罰的なものだからである。」最後に、④意図した行為が「より重大な可罰性を有する」場合とは、例えば、カイウスが彼の父親を殺害しようとして誤って他人を殺害した場合である。この場合、彼は殺人罪の通常刑が減輕されるのではなく、むしろより嚴重に処罰されると言う。これらの論述は一見したところ「客体の錯誤」事例を予定しているように見受けられるが(②・③・④事例について)、<sup>(12)</sup>それらが同時に「方法の錯誤」をも含めた趣旨なのかどうかは判然としない(とりわけ、③・④について)。クライトマイヤー自身は、『注釈』において、③・④の事例に関する記述においてライザーやクルスの著作の参照を求めている。このことから推して、クライトマイヤーは客体の錯誤と方法の錯誤との間に何ら概念的区別を認めず、客体の錯誤の説明の中

で当然に方法の錯誤の事例をも説明していたものと思われる。このことは、ベーマーやライザーなどに見られた両事例の區別を原則的に否定する普通法学の伝統的理解からすれば、けだし当然の帰結であつたであらう。<sup>(14)</sup>

三 さらに、上記の第三〇条に続く第三十一条は「事実の不知」および「法律の不知」に関して次のように規定している。「第三十一条 法によって不知を理由に許容されるような事項に関する不知は、全てではないにせよ、通常刑からは免ぜられる。しかしながら、この〔通常刑による処罰の〕ためには、そのような特殊な刑罰法規〔条文〕を知る必要はなく、<sup>(15)</sup> 所為の内面的な悪性ないし当罰性を知らなくはないかあるいは知り得るものであるかで十分である。」

ピンディングによれば、本条項は、当時一般的に認められていた「法律の不知は害す。事実の不知は害さず。」という法諺を立法的に表現した最初のものであるという。クライトマイヤー自身は、『注釈』において、不知には事実に関するものもあれば法律の関するものもあり、事実の不知 (ignorantia facti) は、「相当なる注意を払いしも過ちを犯しかつその際いかなる悪意も持たざりし者」に対しては、帰責され得ないが、これに対して、「自然法によって (iure naturae) 禁じられたる事項に関する「法律の不知 (ignorantia juris) はおよそ抗弁となり得ないか、あるいはせいぜい、法律の不知が許容されるような事柄 (quibus ius ignorare licet) に関するものであることを理由として抗弁が認められるにすぎない」と述べている。<sup>(17)</sup>

## 注

(1) Vgl. Baumgarten, Das bayerische Strafgesetzbuch von 1813 und Anselm v. Feuerbach, GS 81, 1913, S.110.

(2) Peitzsch, W., Kriminalpolitik in Bayern unter Geltung des Codex Juris Criminalis Bavarici von 1751, 1968, S. 177. クライトマイヤーの法典編纂事業とその法学的著作の法制史的意義について、和田卓朗「中世後期・近世におけるバイエルン・ラント法史研究序説(平和・ポリツァイ・憲法)(一)〜(五・完)」北大法学論集三三卷三号(一九八二年)八三頁以下、三四卷二号(一九八三年)七五頁以下、三四卷六号(一九八四年)二頁以下、三五卷一・二号(一九八四年)一五五頁以下、三七卷三号(一九八七年)一頁以下参照〔書評として、神宝秀夫・法制史研究38(一九八八年)三七三頁

以下がある」。ハンリブ刑事法典については、和田・前掲論文(三)北大法学論集三四卷六号一頁以下、二八頁以下参照。

- (c) Codex Juris Bavarici Criminalis de anno 1751, Teil I Kapitel 1 § 3 (S.2) [= Cod Crim I 1 § 3 (S.2)] :

“Ein Verbrechen wird begangen, da man gegen das Gesetz etwas thut oder unterlasset, und zwar entweder aus gefährlichem bösen Fürsatz, oder aus mercklichen Versehen, zu Latein *dolo vel culpa* ....”

本條ひだりハンリブ刑事法典の「キムムン」 Codex Juris Bavarici Criminalis de anno M.DCC.LI, 1756, Nachdruck 1988 (= hrsg. v. W. Schubert, J. Regge, W. Schmid und R. Schröder, Kodifikationsgeschichte Strafrecht) を使用した。また Codex Juris Bavarici Criminalis de anno 1751, 2. Aufl. 1771 [「東洋大学法学部所蔵」の題頁参照した。なお、和田・前掲論文(三)北大法学論集三四卷六号四一頁以下を参照。]

- (4) Vgl. Peitzsch, a.a.O., S.46ff.

- (5) Kreitmayr, Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Criminalis, 1756, Nachdruck 1988 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht), Teil I Kapitel 1 § 3 Note b (S.10) [= Ann Cod Crim I 1 § 3 Note b (S.10)]; vgl. auch Kreitmayr, Anmerkungen über den Codicem Juris Bavarici Criminalis, 2. Aufl. 1774.

- (6) Vgl. Peitzsch, a.a.O., S.54ff.

- (7) Cod Crim I 1 § 4 (S.2) :

“Wenn es an genugsamen Verstand oder freyen Willen ermangelt, der ist keines Verbrechens fähig. Was demnach von unvernünftigen Viehe, ohnmündigen Kindern, unsinnigen Leuten, oder im Schlaf, Trunkenheit, oder aus Irrthum, Unwissenheit, und Noth=Zwang geschehet, wird für kein Verbrechen geachtet.”

Vgl. Binding, Die Normen und ihre Übertretung [= Die Normen], Bd. III, 1918, Neudruck 1965, S.247; Grünhut, Max, Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1922, Neudruck 1978, S.139.

ゆなみた、ハンリブ刑事法典の錯誤規定(第一部第一章第四条、第三〇条、第三二条)は、一七六八年の「ハンリブ刑事法典」(Constitutio Criminalis Theresiana; Art 11 § 9)との大きな影響を与えたものと見て、Vgl. dazu Binding,

Die Normen, Bd. III, S.248; Moos,R., Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert. Sinn und Strukturwandel, 1968, S.130f.

(∞) Cod Crim I 1 § 30 (S.9) :

“Irrthum hebt alle Straff auf, wann der Irrtende in facto licito & incuposo versiret. Ist aber der Irrthum mit einer culpa verknüpft, so wird die Straff nur gemildert, wann nicht die That, welche der Irrtende vorgehabt, eben so sträflich oder noch sträflicher gewesen, als jene, welche aus Irrthum wirklich von ihm begangen worden.”

(㉞) Ann Cod Crim I 1 § 30 Note b (S.24).

Vgl. Binding, Die Normen, Bd. III, S.247; Grünhut, a.a.O., S.139. 本稿(三)「刑法第一四卷二・三・四合併(一九九一年)一〇〇頁参照。

(10) Ann Cod Crim I 1 § 30 Note c (S.24).

(11) Ann Cod Crim I 1 § 30 Note d (S.24).

(12) Ann Cod Crim I 1 § 30 Note e (S.24).

(13) Ann Cod Crim I 1 § 30 Note d (S.24).

(14) Vgl. Schaffstein, Die Allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, Neudruck 1973 [= Die Allgemeinen Lehren], S.133f. 本稿(三)「一〇〇頁参照」  
頁参照。

(15) Cod Crim I 1 § 31 (S.9f) :

“Unwissenheit in Sachen, welche von Rechts wegen zu ignoriren erlaubt ist, entschuldiget, wo nicht von aller, doch von der Ordinari-Straff. Es ist aber hierzu nicht nöthig, die besondere Satzung derselben Straff zu wissen, sondern es ist genug, daß die innerliche Boß= und Straffmäßigkeit der That nicht unbekannt seye, oder seyn könne.”

(16) Binding, Die Normen, Bd. III, S.248.

(17) Ann Cod Crim I 1 § 31 Note a (S.24f.). Vgl. Binding, Die Normen, Bd. III, S.247; Grünhut, a.a.O., S.139.

(2) プロイセン一般ラント法

一 プロイセンでは、啓蒙専制君主フリードリッヒ大王のもと、一七九四年に『プロイセン一般ラント法』(Allgemeines Landrecht für preussischen Staaten)が制定され、刑事司法の分野においてもその近代化・人道化が開始された。同法は、責任に関わる規定を「精神的に」盛り込んだ。<sup>(2)</sup>一般ラント法の刑事法部分の総則(第二部第二〇款第一条―第九〇条)において、犯罪は以下のように定義されている。

犯罪とは、「自由な行為によって誰かに違法に損害を与える者」によって為されるものであり(第七条)、また、不作為によっても犯されうるものである(第八条)。さらに、「法律で禁止されていない作為ないし不作為は、固有の犯罪とは見做されない」(第九条)。かくして、「自由に行為しえない者は、彼において何ら犯罪となるものはなく、それゆえ何ら刑罰が科せられることはない」(第一六条)。<sup>(4)</sup>

一般ラント法はさらに、通常刑と例外(特別)刑とを区別し(第三〇条以下)、故意・過失の定義規定を置き(第二六条、第二八条)、故意行為には第三二条による通常刑が、過失行為には第三三条による例外刑が科されるものとし、故意が推定される場合(第二七条)には、第三二条による「通常刑に最も近い刑」が科されるものとする。許された行為から生じた偶発的結果は婦責されず(第三六条)、可罰的行為から生じた偶発的結果は、行為者の予見可能性の程度に応じて、刑罰が加重される(第三七条、第三八条)。未遂は既遂よりも軽く処罰され(第四〇条ないし第四三条)、中止未遂や、犯罪防止のための共犯者の暴露に関する規定(第三九条、第四三条)が設けられており、刑事政策的配慮がなされている。共犯についても詳細な規定を設けており、さらに、正当防衛・緊急避難についても画期的な諸規定(第一九条ないし第二二条、第五一七条ないし第五二四条)を置いたことであつた。<sup>(5)</sup>各則では、犯罪を「国家的犯罪」(Staatsverbrechen)と「私的犯罪」(Privatverbrechen)とに分ち、前者に関しても、例えば、従来の普通法の無限定な国家的犯罪概念(crimen maiestatis)を解消し、大逆罪(第



九二条ないし第九九条)と叛逆罪(第一〇〇条ないし第一四八条)とを初めて明確に区別し、それらを不敬罪(第一九六条ないし第二一二条)から分かつなど、この法典は各則上の体系構成においても重要な進展を示している。とりわけ、宗教犯罪は普通法の呪縛から解き放たれ、「宗教的結合に対する侮辱」(Beleidigung der Religionsgesellschaft) (第二一四条ないし第二二八条)として国家的犯罪の一部に位置づけられている点などに窺われるように、プロイセン一般ラント法は啓蒙期自然法思想を反映したドイツ法制史上重要な法典である。<sup>①</sup>

二 さて、我々の問題である錯誤に関して、本法典ではどのような取扱いがなされていただろうか。次にこの点を検討しよう。

まず、法律の錯誤に関しては、総則部分に次のような注目すべき規定が見受けられる。「公的ないし私的安全に対する意図的侵害は、法律の不知によつては免責されえない」(第一〇条)。「さらに、厳正なる法律は、刑罰法規を認識すべきでありかつそれが可能であつた者に対してのみ、妥当する」(第一一条)と。ここでは、①法律の不知は抗弁となりえないこと、そして、②刑罰法規は、法規認識の義務とその可能性のある者にのみ妥当するものとされ、現実的な法律の認識は要求されていないことが、確認されよう。法規認識の「義務」とその「可能性」を前提として刑罰法規の(規範的)妥当性を規定している点<sup>②</sup>が、とくに注目に値する。

次に、事実の錯誤に関しては総則では直接的規定は見られないが、故殺(Totschlag)の取扱いとの関連で、「客体の錯誤」の特別規定を立法史上初めて設置したと考えられる注目すべき規定が存する。まず、第八〇六条は故殺につき次のように規定していた。

「第八〇六条 他人を傷害するといふ敵意ある意図をもって、通常的一般的な経過によつて、あるいはとくにその者に知られた事情の経過によつて他人を死に至らしめるべき行為を行い、かつ、それによつて他人を殺害したる者は、故殺者として剣〔による斬首〕刑に処せられる。」<sup>③</sup>

しかして、同条を受けて、故殺罪にまつわる錯誤に関し次のように規定する。

「第八〇七条 被殺者の人に関する錯誤の証明は、通常、第八〇六条により科される刑罰を加重することはありえても、

それを減輕することはありえない(第八七三条以下)。<sup>(9)</sup>〔傍線—引用者〕

「第八〇八条 かような錯誤が邪惡な故意の非難性ないし行為の危険性を減少させる限りでのみ、本法により規定されている加重的刑罰の減輕がなされる。」<sup>(10)</sup>

第八〇七条の適用を受ける事例とは、第八七三条以下の親族殺人に関するものであり、例えば、行為者が自分の親族と誤って他人を殺害したような場合であって、行為者の錯誤が立証されることによって、親族間の自然的情愛關係に反する行為者の「より邪惡な故意」ないし「より大きな行為の危険性」が徴表されることになり、親族殺人についての加重的刑罰がなお維持されるのである。他方、第八〇八条は、それとは逆の場合、例えば、行為者が被殺者が親族であることを知らなかった場合に適用されるものであり、上記の加重事情が欠如しているが故に、実現された親族殺人の加重的刑罰の減輕が認められるのである。<sup>(11)</sup>このように、これらの規定はいわゆる抽象的事実における客体の錯誤を念頭に置いたものようである。

それでは、これらの規定は具体的事実における客体の錯誤とどのような關係にあるのであろうか。テムメ(Todocus Deodatus (oder Donatus) Hubertus Tenme)などは、原則として客体の錯誤は処罰に何ら相違をもたらすものではなく、上記の規定は親族殺人についての例外規定であると解釈していたようである。すなわち、通常の客体の錯誤については故意既遂犯が原則的に成立するものとされ、親族殺人についても等しく発生結果に対する故意既遂犯が成立するが、第八〇七条および第八〇八条の規定により例外的に行爲者に主観的側面を考慮して刑の加重ないし減輕がなされるものと考えられていたようである。<sup>(12)</sup>もっとも、第八〇七条に関しては疑問がないではない。それは、行為者の故意は発生した普通殺人について成立するのがあるいは意図した親族殺人について成立するのかわ、という点である。この点は明確に意識されていなかったようであるが、従来の伝統的な客体の錯誤の処理の仕方、あるいは親族殺人についてとくに規定を設けた点などからして、故意の成否はもっぱら発生結果との關係でのみ問題とされ、故意者の主観は処罰の点でのみ考慮されたものと考えられる。<sup>(13)</sup>

「方法の錯誤」に関しては、本法典は直接的な規定をもたない。ここでも、従来の普通法学の支配的見解から推して、方法の錯誤は故意を阻却しないものとされていたのであろうか。

## 注

- (1) プロイセン一般ラント法の社会的・政治的性格と思想的背景について vgl. Conrad, H., Die geistigen Grundlagen des Allgemeinen Landrechts für die preussischen Staaten von 1794, 1958; auch ders., Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, 1966, S.444ff. 石部雅亮『啓蒙絶対主義の法構造』(有斐閣・一九六九年)など参照。
- 本法典制定までの前史について vgl. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, 1925, Neudruck 1971, S.271ff.; Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S.387ff.; Wiacker, F., Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., 1967, S.327ff. [なお、同書第二版(一九五二年)の邦訳・鈴木祿弥訳『近世私法史』(創文社・一九六一年)四一〇頁以下]; Hattenhauer, Hans, Einführung in die Geschichte des Preussischen Allgemeinen Landrechts, in: (Hrsg.) Hattenhauer, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Textausgabe, 1970, S.11ff.
- なお、本稿ではプロイセン一般ラント法のテキストについて (Hrsg.) Hattenhauer, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Textausgabe, 1970, S.387ff. (Hrsg.) Mannkopf, A.J., Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten, Bd. 7, enthaltend Teil II Tit. 18-20, 1838.
- (2) v. Hippel, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil [= VDA], Bd. III, 1908, S.472.
- (3) プロイセン一般ラント法における罪刑法定主義規定の歴史的意義について vgl. Schreiber, H.-I., Gesetz und Richter, 1976, S.83ff.
- (4) 責任能力に関する規定につき、浅田和茂『ドイツ刑法における限定責任能力論の展開——帝国刑法典成立以前——』関西大学法学論集二三巻四・五・六合併号(一九七八年)三〇八頁以下〔同『刑事責任能力の研究——限定責任能力論を中心として——』(成文堂・一九八三年)五五頁以下所収]、Hettinger, Michael, Die "actio libera in causa": Strafbarkeit wegen Begehungstat trotz Schuldunfähigkeit? Eine historisch-dogmatische Untersuchung, 1988, S. 79ff. 参照。

- (5) 正当防衛に関する規定につき、村井敏邦「正当防衛の限界とその過剰——歴史的考察——」一橋大学研究年報法学研究八(一九七七年)四一七頁以下、曾根威彦『刑法における正当化の理論』(成文堂・一九八〇年)三六頁以下、津田重憲「正当防衛の歴史的展開(三・完)」専修大学大学院紀要経済と法二三号(一九八一年)三頁以下参照。
- (6) Vgl. v.Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, S.277ff.; Conrad, Deutsche Rechtsgeschichte, Bd. 2, S.445f.
- (7) Vgl. Binding, Die Normen, Bd. 3, S.252.
- (8) “§.806. Wer in der feinseligen Absicht, einen Andern zu beschädigen, solche Handlungen unternimmt, woraus, nach dem gewöhnlichen allgemein, oder ihm besonders bekannten Laufe der Dinge, der Tod desselben erfolgen mußte, und ihn dadurch wirklich tödeter; der hat als ein Todschläger die Strafe des Schwerdtes verwirkt.”
- (9) “§.807. Beweis eines Irrthums in der Person des Getödeten kann in der Regel nur Verschärkung, aber nicht eine Minderung der nach §.806. verwirkten Strafe nach sich ziehen.(§.873.sq.)”
- (10) “§.808. Nur so weit ein solcher Irrthum die Sträflichkeit des bösen Vorsatzes, oder die Gefährlichkeit der Handlung mindert, kann deshalb eine Minderung der nach den Gesetzen eintretenden schwereren Strafe statt finden.”
- (11) Vgl. Verron, Verwechslung und Abirrung, Diss. Rostock, 1903, S.13.
- (12) Temme, Handbuch des preussischen Kriminalrechts, 1837, S.160; ders., Die Lehre von Tötung nach preussischen Recht, 1839, S.149f. (zitiert nach Verron, a.a.O., S.14 Anm.1)
- (13) この点、テンメは、偶然なつし錯誤によつて親族ではなく他人を殺害したという事情は、親族殺人罪の概念に影響を与え、親族の殺害「という犯罪成立要件」が欠けるので親族殺人罪について語り得ないが、刑罰そのものについては影響し得ないとして、従来ヴェーナーなどに見解に反対してテンメ(Temme, Grundlinien der Strafrechtswissenschaft und der deutschen Strafrechtskunde, 1800, Neudruck 1978, § 136 Anm.(S.104))。ちなみに、コッピツ、少なべ、普通殺人罪が成立し(それ故、普通殺人罪の故意が成立することにならうか)、かつ刑罰は親族殺人罪のそれによる

きものとされているのである。このテンメのような見解が一八〇〇年当時どの程度一般化していたのかは、残念ながら、今のところ確認し得ない(なお、バイエルンのクライトマイヤーの見解につき、本章第二節(1)一参照)。

### 第三節 一九世紀ドイツ諸領邦における刑法典

#### (1) バイエルン刑法典ほか

一 バイエルンでは、一九世紀に入ってから、当時ヴェルツブルク大学教授にして宮廷顧問官であったクラインシュロート(Gallus Alois Casper Kleinschrod, 1762-1824)の手になる一八〇二年のいわゆる『クラインシュロート草案』が起草され、これに対して、当時ランツフート大学教授にして宮廷顧問官であった近代刑法学の父「フォイエルバッハ(Paul Johann Anselm von Feuerbach, 1775-1833)」が手厳しい批判を加えたことはよく知られたところであろう。

このクラインシュロート草案の第二部「犯罪と刑罰について」の第一編「犯罪と刑罰に関する総則」第二章「犯罪一般について」において、犯罪は、その張本人「行為者」が行為時にその理性を完全に行使する(den vollen Gebrauch des Vernunft haben)場合のみ、完全な処罰が可能であり(第一七条)、理性行使の程度が少なくなるに依りて、通常刑は減輕されなければならぬ(第一八条)とされ、「この理性行使が剝奪された場合」についての責任能力規定(第一九条ないし第二三条)の後に、故意規定が置かれている。すなわち、「禁止された行為を悪しき故意をもって (mit böslichem Vorsatze) 企てる」者のみが、完全な刑罰に処せられ得る(第二四条)のであり、悪しき故意を認めるには、行為者が「当該行為が法律によって刑罰で禁止されていることを認識し、かつ、かような認識にも拘らず当該行為を遂行する」ことが必要である(第二五条)が、「具体的刑罰」(welche besondere Strafe)の認識は必要ではなく(第二六条)、行為の「目的」(der Zweck)も問わない(第二七条)とされている。そして、行為者が完全な理性行使を為しうる状態で故意的行為を為したならば、「行為の必然的結果」(die notwendigen Folgen dieser Handlung)は故意として帰責され(第二八条)、「主たる所為の付随的結果」(andere Folgen der Hauptthat)は、その結果を予見しかつ発生を促進しようとした限りで故意によるものと見做され(第二九条)、

結果を予見あるいは意欲していなかった場合には、結果発生が通常の人間の理解力をもってして予見し得た限りで過失として帰責される(第三〇条)。<sup>3)</sup>

さて、我々の課題である錯誤に関する規定は、同じく第一部の第六章「刑罰が免除、減輕あるいは加重される諸事由」の第二七五条ないし第二八一条に見受けられる。このうち第二七六条から第二八〇条までは法律の錯誤に関する規定であり、「法律の不知」は原則として免責され得ないが(第二七六条および第二七七条)、例外的に、臣民が法律を知りえなかつた場合(第二七八条および第二七九条)、あるいは、外国人または旅行者で当該ラントの法律を知り得る状況になかつた場合(第二八〇条)には免責され得ると規定する。事実の錯誤との関係で注目すべきは、第二七五条と第二八一条である。それは、以下のように規定されている。

「第二七五条 誰かある者が錯誤から(*aus Irrthum*) 犯罪を犯したのであれば、悪意ある故意の刑罰は生じ得ないが、過失の刑罰は認められ、その重さは過失の程度に応じて決定されなければならない。<sup>4)</sup>」〔傍線—引用者〕

「第二八一条 犯罪が所為事情の不知から(*aus Unwissenheit eines Thatumstandes*) 為されたのであれば、この不知は悪しき故意を阻却する。しかしながら、それが過失によって生じたのであれば、過失の程度に応じて量定された過失の刑罰が科されなければならない。<sup>5)</sup>」〔傍線—引用者〕

この第二七五条と第二八一条とは、一方が「錯誤」、他方が「所為事情の不知」というように用語に違いはあるものの、実質的には同じ趣旨の条文のように見受けられる。

この第二七五条に対して、フォイエルバッハは次の二点を理由に誤りであると批判する。すなわち、彼は、①錯誤は故意の刑罰を根拠づけ得ないということは一一般的に真実であるとはいえず、また、②錯誤が責なきものでありかつ犯罪が存在する唯一の原因であるならば、錯誤もすべての可罰性を阻却しようと主張する。彼は、①の具体的説明として、「客体の錯誤」の事例を挙げ、人(*Person*)あるいは物(*Sache*)における単なる錯誤はドルスを阻却しえないとし、②の説明として、夫の死亡証明書を受け取った妻が他の男と婚姻したがその夫は生きていた場合には、その妻は過失による重婚では処罰されないのではないかと、と言うのである。<sup>6)</sup>

II 及び、『一八一三年のバイエルン刑法典』(Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 1813)は、フォイエルバッハの起草にかかるものである。<sup>(8)</sup> いわゆる「心理強制説」を刑罰論の基礎とするフォイエルバッハは、故意を定義して、「法律違反の認識を伴う、目的としての一定の権利侵害への欲求力(意思)の決定」と言う。<sup>(9)</sup> 彼は、意思と欲求力を同一視し、権利侵害を行為の目的とした場合だけを故意とし、換言すれば、「直接故意」だけを故意とし、「間接故意」を否定し、さらに、故意に刑罰法規の認識を要求した。<sup>(11)</sup> 彼は、故意の二形式として、「確定故意」(dolus determinatus)と「不確定故意ないし未必の故意」(dolus indeterminatus s. eventualis)とを区別し、確定故意とは一個の違法結果を直接的かつ最終的な目的とする場合であるのに対し、不確定故意とは数個の権利侵害につき行為者の意図が択一的に向けられている場合を言うとする。<sup>(12)</sup> これ以外に故意はあり得ないとし、とりわけ間接故意の理論を非難した。間接故意は、彼によれば、「故意に規定された過失」(culpa dolo determinata)であるとされた。<sup>(13)</sup>

フォイエルバッハのかような学説の影響を受け、一八一三年バイエルン刑法典は、故意を次のように規定していた。「誰かある者が、自分の行為から発生した犯罪の惹起を、当該行為の目的または意図として企図し、かつ、その際かかる決意の違法性と可罰性を意識していたならば、犯罪は違法な故意(dolus)をもって為されたものである」(第三十九条第一項)、と。そして、かような狭い故意概念から生ずる実務上の不都合を回避するため、第四三条は故意の推定規定を設け、さらに、第四一条は不確定故意につき、第四二条は故意に規定された過失につき規定する。<sup>(15)</sup>

本法典では、「法律の錯誤」につき、第五章「可罰性阻却事由について」において、「その「法律の」不知が克服し難く責なきものであり、当該行為を許されかつ処罰されないと信じたるとき」には、そもそも帰責性が欠け不可罰とされる(第一二一条第六号)。この点では、心理強制説の理論が貫徹されているようにも見受けられるが、法律の不知の抗弁により刑事司法の実践的要求と矛盾する点を考慮し、重要な特別規定を設けることによって第一二一条の原則的規定の適用を限定している。すなわち、第三九条第二項によれば、「刑罰の種類および程度にのみ関わる錯誤または不知」は「可罰性の意識」として意味がないものとされている。また、第七一条では、「本法典において可罰的であると宣言された行為について、刑罰法規の存在に関する不知を抗弁とする者に対しては、白痴、大愚鈍ないしその他同様の精神的欠陥がかような抗弁の裏付けとな

らない限り、その抗弁は聞き入れられない」と規定され、法律の不知の抗弁は事実上ほとんど排除されてしまふのである。<sup>(16)</sup>  
我々の主題である「事実の錯誤」につき、本法典は第四二条で次のように規定する。

「第四二条 故意による犯罪者が、一定の事情の錯誤または不知の故に、自己の行為の可罰性を加重すべき性質を知らず、意図したよりも重い犯罪を犯したならば、犯罪者の意図に基づく限度度のみ、当該行為はその違法な故意に帰責される。」<sup>(17)</sup>

この規定は前述したフォイエルバッハの「故意に規定された過失」に対応するものであり、可罰性の加重事情に関する錯誤は故意を阻却し、「犯罪者の意図に基づく限度度」すなわち行為者の認識の限度で故意に帰責されることになる。

さらに、第七二条によれば、構成要件的に重要な所為事情に関する錯誤については、その錯誤が落ち度なき（責なき）場合は可罰性を阻却し、非難可能な（責ある）場合は過失のゆえの処罰が規定されている。それは、以下のようなものであった。

「第七二条 所為事情の不知から自己の行為の可罰性を知らなかったとしても、相当な照会または熟慮を怠ることによつてかような不知を招いた違反者はしかし、過失による違警罪により処罰されるべきである。

しかしながら、当該違反者が正しい認識に達し得なかつたとき、または、その認識を得るために自己の関係、事情、能力に照らし可能な事を為したるときは、かような不知は違反者の責には帰せられない。」<sup>(18)</sup>

三 バイエレンではその後、錯誤に関する規定は、ゲンナー（Nikolaus Thaddäus von Gönner）の起草した一八二二年『バイエルン王国刑法典草案』の第六九条ないし第七二条、一八二四年のいわゆる『刑法典フォイエルバッハ草案』の第一編第四部第一四条、シュミットライン（von Schmiedlein）による一八二七年『刑法典修正草案』の第六二条ないし第六七条、シュテュルツェル（Stützer）による一八三二年『刑法典草案』の第八六条ないし第九〇条、一八五四年の『重罪と軽罪に関する法典草案』の第五九条および第六〇条、そして、一八六〇年『バイエルン王国刑法典草案』の第七一条および第七二条などを経て、一八六一年『バイエルン王国刑法典』（Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern. Amtliche Ausgabe, 1861）の第六九条および第七〇条に結実した。

一八六一年バイエルン王国刑法典は、プロイセンの影響を排除しようとするこれまでの態度を変更し、それに歩み寄るも



のとなつてゐる。ここでは、故意・過失に関する規定はなく、プロイセンの事実の錯誤規定に対応する規定は、後に検討する帝国刑法典第五九条の規定に非常に類似している。その第六九条および第七〇条の文言はすでに一八五四年草案および一八六〇年草案の中に見えていたものであるが、錯誤ないし不知に関して次のように規定した。

「第六九条 誰かある者が、行為の際に、その存在によつて行為の可罰性が条件づけられるような所為事情を認識しなかつたならば、その行為は不可罰である。

その存在によつて行為の可罰性が高められるような所為事情が行為者に知られていなかったとしても、かような事情は処罰に際して考慮されない。

具体的な場合に過失の故の処罰がどこまで及ぶべきかは、本法第二部の諸規定に基づいて量定されなければならない。」<sup>(27)</sup>

「第七〇条 刑罰法規そのものの存在あるいは刑罰の種類ないし程度に関する不知、法律で禁じられている行為は良心あるいは信仰によれば許容されているとの考え、最後に、行為へと決心させた最終目的あるいは動機は、可罰性を阻却するものではない。」<sup>(28)</sup>

第七〇条の規定によれば、一八一三年バイエルン刑法典において故意に要求されていた「刑罰法規の認識」はもはや不要とされ、この限りでフォイエルバッハの理論は放棄されている。

四 「一八一四年九月一〇日オルデンブルク刑法典」(Strafgesetzbuch für die Herzoglich-Holstein-Odenburgischen Lande vom 10. September 1814) も「一八一三年バイエルン刑法典」とはほぼ同様の規定を置いていた。故意に関する第五二条ないし第五七条は、バイエルンの第三九条ないし第四四条に一致している。ただし、オルデンブルクの第五五条第一項では、誰かある者が「一定の事実に関する」錯誤から可罰性を基礎づける行為の性質を知らなかったならば、その行為は故意へと帰責されないと規定されている。さらに、バイエルンの第七一条はオルデンブルクでは削除され、また、バイエルンの第七二条に相應するのは第六六条である。行為の可罰性を認識する能力なき者に関するバイエルンの第二二〇条三号、および避けえない責なき法律の錯誤に関するバイエルンの第一二一条六号に相應するのは、それぞれ第一二五条三号および第一二六条第六号である。過失についても、第五八条ないし第六六条はバイエルンの第六四条ないし第七四条に一致している。<sup>(29)</sup>

『一八三八年三月三〇日のザクセン王国刑法典』(Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 30(ten) März 1838)は、故意につき、「故意に為された法律違反行為において、行為者が、当該発生結果を意図したのではなく、それから生じ得る同種あるいは別種の権利侵害の惹起を意図していたならば、あるいは、当該行為の性質からして行為者における発生結果の予見が当然に推定できるものであるならば、発生結果は行為者によって意図されたものと認めらるべきである」(第三条)と規定した。本法典はここで故意概念を拡張し、直接故意と並んで、いわゆる不確定故意および間接故意を故意の中に編入している。また、過失は「法律で規定されている場合にのみ」可罰的である(第三八条)、としている。

「錯誤」に関しては、第六八条で、それを可罰性阻却事由として次のように規定する。

「第六八条 さらに、その者に責なく知られざる事実的な事情のゆえに可罰的な行為をそれ自体禁じられていない行為と信じて為す者は、処罰されない。行為者に知られざる事情が可罰性を加重するにすぎないならば、その処罰に際し、行為は行為者の認識の限度でのみ帰責されるべきである。それに対し、法律で禁じられたる行為が良心あるいは宗教により許されているとの誤想によっても、刑罰の種類ないし程度に関する不知によっても、「あるいは」行為へと決定づける動機ないし最終目的の如何によっても、行為の可罰性が阻却されることはない。」(傍線—引用者)

ここでは、可罰性の認識ではなく、禁止自体の認識が故意の要件とされている点が注目に値する。一八一三年バイエルン刑法典では、その解釈につき疑問がない訳ではなかったが、「可罰性の認識」が故意の要件とされていた点で、本法典と好対照をなしている。この条文は、事実的な事情の責なき不知・錯誤にもとづく「法律の錯誤」を規定するにすぎず、責ある「ないし落ち度ある」錯誤については故意と過失に関する一般原則が適用されるとしており、この点からすれば、責ある法律の錯誤は故意を阻却しないことになろうか。また、「刑罰」加重事情に関する錯誤は行為者の認識の限度でのみ帰責され、単なる刑罰の種類ないし程度に関する錯誤なども可罰性を阻却するものではないとする点は、バイエルンの第四条および第三九条第一項と同様である。この条文で明らかにされた原則が、例えば、窃盗犯が意図したよりも多額の物品を盗んだ場合にも、その総額について故意帰責が肯定される限りでその適用が排除されるのは、<sup>36)</sup>けだし当然のことであろう。

『一八五五年八月一日のザクセン刑法典』(Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen vom 11(ten) August 1855)

では一八三八年刑法典が一部修正され、「違法な故意および無思慮 (Unbedachtsamkeit) について」の諸規定(第四六条ないし第四九条)において、故意は「確定故意(直接故意)」と不確定故意<sup>(38)</sup>であるとされ、不確定故意に未遂はありえないとされ(第四七条)、また、意図した範囲を超えて権利侵害結果が発生した場合は無思慮の責任を負うとして間接故意規定が「故意に規定された過失」へと置き換えられた点で、一定の進歩を示している。過失については以前と同様、法律の特別の規定がある場合にのみ処罰されるものとしているが、注目されるのは、「行為者に特別の義務が課されている場合以外は、行為者に普通の注意〔義務〕以外のものが要求されることはない」(第四八条第二項)とされている点である。<sup>(39)</sup>

さて、「錯誤」に関しては第九五条で次のように規定されていた。刑罰を基礎づけあるいは可罰性を加重する事情に関する錯誤ないし不知は、「それが行為に影響を与える限りで帰責を阻却する。」しかしながら、その錯誤が「行為者の人格ないし行為の性質に応じて行為者に要求される注意〔義務〕を尽くすことによつて避け得た」場合には、過失による処罰が可能である。刑罰法規の不知は、良心ないし宗教により行為は許容されあるいは賞揚されるべきものであるという誤想と同様、免責されえない。<sup>(40)</sup>

かような規定の解釈として、「客体の錯誤」は行為者の有利には働かない、との結論が導かれていたようである。すなわち、錯誤が「行為に影響を与える限りで」という文言の解釈上、「AがCを殺害するものと信じてBを殺害したならば、そのような錯誤は行為に何の影響も持たないが故に」、客体の錯誤の場合、この規定により行為者に有利には適用され得ないことが示されている、と解されていたのである。ゲスラー (Th. Gebler) も、この規定は客体の錯誤に関するものとしていたが、<sup>(41)</sup>少なくとも、直接的ないし明確な規定であると言えないことは明らかである。<sup>(42)</sup>

『一八三九年三月一日のヴェルテンベルク刑法典』(Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg vom 1. März 1839)は故意の定義規定を持たず、第五六条では、いわゆる「概括的故意」につき、「行為者が第二行為の際になお当該権利侵害へと向けられた故意を前提としているか、あるいは「行為者の」想定ではすでに完了された犯罪をいまだ否認していなかった場合には」等しく故意へと帰責される、とされている。第五七条は、フォイエルバッハの意味での不確定故意を規定している。第五八条は、過失を「注意あるいは思慮」を欠いた「意思なき権利侵害」とし、第五九条は「認識ある過失」と

「認識なき過失」を規定する。さらに、第六〇条は「故意と過失の併発」(Zusammentreffen)すなわち「故意に規定された過失」を規定する。<sup>(42)</sup>

「法律の錯誤」については、第九九条が、一八一三年バイエルン刑法典第三九条第一項とは違い、可罰性の意識(ないし「刑罰法規の認識」)は故意にとって不要であり、刑罰法規の不知が行為者にとり全く責任のない場合にのみ、例外的に刑罰が阻却されるとする。「事実の錯誤」については、第一〇〇条が、刑罰を基礎づけあるいは可罰性を加重する所為事情の不知は故意を阻却するとする。「客体の錯誤」および「方法の錯誤」に関する直接的な規定は見受けられない。<sup>(43)</sup>

『一八四〇年八月八日のハノーファー刑法典』(Criminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. August 1840)はバイエルン刑法典を受け継いでいるが、重要な改変を加えている。その第四一条は、「違法な故意とは、刑罰法規に違反する行為をそれが許されざることを意識しつつ遂行する決意である」と定義する。ここでは、①目的ないし意図(Zweck und Absicht)という表現に替え、決意(Entschluß)を故意の本質と捉え、さらに、②可罰性の意識ではなく、「行為の許されざること」「禁止の意識」で足りる、としている点が注目される。かような故意の定義規定を設けることについてはその立法過程で争われ、また、「禁止の意識」で足りるとする点についても、可罰性の意識を要求すべしとの主張も根強かった模様である。フォイエルバッハが故意を極めて狭く理解したため、バイエルン刑法典では実務上の困難を克服すべく故意の推定規定が置かれたことは前述したが、ハノーファーでは、その第四二条は、裁判官は「あらゆる事情を注意深く考慮して」故意か過失のいずれが存するか判断しなければならぬとして、明確に故意の推定を斥けている。もともと、第四三条では間接故意が規定され、故意に不正行為に関与した行為者について故意の推定を事実上認めている。この場合を除けば、第四四条が故意に規定された過失を規定しているように、故意の推定は行われていない。むしろ、第四三条は古い間接故意の理論の残滓と見るべきであろう。<sup>(44)</sup>

「事実の錯誤」に関しては、第四五条が、バイエルンの第四二条が規定する場合に加え、さらに、行為者が一定の事実に関する錯誤のゆえに、「行為者の企図する可罰的犯罪を惹起すべき行為の性質、もしくは、彼によって用いられた方法の性質を認識していなかった」場合にも、行為者の意図に基づく限度でのみ故意帰責が認められるにすぎない、としているのが注

目ぢれんじ。ハルビヤ「客体の錯誤」あるじは「方法の錯誤」と關する直接的な規定は見ることができん。(46)

註

- (1) Kleinschrot, Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die kurpfälzbaierischen Staaten, 1802, Nachdruck 1988 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht).
- (2) Feuerbach, Kritik des Kleinschrotischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfarr-Bayrischen Staaten, 1804, Nachdruck 1988 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht).
- (3) Kleinschrot, a.a.O., S.4ff.
- (4) Kleinschrot, a.a.O., S.45.
- (5) Kleinschrot, a.a.O., S.44.
- (6) Kleinschrot, a.a.O., S.46.
- (7) Feuerbach, a.a.O., S.289.
- (8) ホーデルマンの刑法理論より一八二三年の刑法典の關係をみる。vgl. v.Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd.1, S.293-302; Grünhut, M., Anselm von Feuerbach und das Problem der strafrechtlichen Zurechnung, 1922, Neudruck 1978, S.171-226; Blohm, H., Feuerbach und das Reichsstrafgesetzbuch von 1871, Strafrechtliche Abhandlungen, Ht.358, 1935; Schmidt, Einführung, S.261-267.  
 ホーデルマンの生涯をみる。vgl. Radbruch, G., Johann Paul Anselm Feuerbach, 2.Aufl. 1957 (河野毅一編 地栄一訳『法律家の生涯』(東京大学出版会・一九六三年)); Kipper, E., Johann Paul Anselm Feuerbach. Sein Leben als Denker, Gesetzgeber und Richter, 1969, 2. unveränderte Aufl. 1989 (西村京太郎『近代刑法学の父・ホーデルマン伝』(良書普及会・一九七九年))  
 木のこ『一八二四年草案』を紹介して、ホーデルマンの晩年の刑法思想ならし刑法理論を知るべき貴重な文献として、Schubert, G., Feuerbachs Entwurf zu einem Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824, 1978 (山中敏一訳『一八二四年のホーデルマン王国刑法典草案』(関西大学出版部・一九八〇年))がある。  
 なお、ホーデルマンの現代的意義をみる。vgl. Naucke, W., Paul Johann Anselm von Feuerbach, Zur 200.

Wiederkehr seines Geburtstags am 14. November 1975, ZStW Bd. 87, 1975, S.861ff.; ferner Bohnert, J., Paul Johann Anselm Feuerbach und der Bestimmtheitsgrundsatz im Strafrecht, 1982, 465ff. 前掲・山中訳「付録」七頁以下の「解説」参照。

(9) Grünhut, a.a.O., S.19-27; Naucke, Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs, 1962; Schreiber, Gesetz und Richter, 1976, S.102-112. 山口邦夫「一九世紀ドイツ刑法学研究」(八千代出版・一九七九年)五頁以下、中義勝「フョイエルマンの心理強制説と人間像」関西大学法学論集三〇巻三号(一九八〇年)一頁以下(後に、同「刑法における人間」(一粒社・一九八四年)一〇四頁以下所収)参照。

(10) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts [= Lehrbuch], 14.Aufl.1847, Neudruck 1973, § 54 (S.99). なお、本書のつづきは、西村克彦『保倉和彦訳「フョイエルマン」ドイツ普通刑法綱要』から(一)～(五・完)「警察研究四八巻一一号(一九七七年)～四九巻三号(一九七八年)」、および、西村克彦訳「フョイエルマンの刑法各論——ドイツ普通刑法綱要」第二編——(上)・(下)「青山法学論集二二巻一、二号(一九八〇年)」がある。

(11) Vgl. Rudolphi, H.-J., Unrechtsbewußtsein, Verbotstittum und Vermeidbarkeit des Verbotstittums, 1969, S.48f. 川端博「違法性の認識とドイツ」(1)「明治大学法律論叢四七巻二号(一九七五年)七一一八〇頁参照。

(12) Feuerbach, Lehrbuch, § 59 (S.113).

(13) Feuerbach, Lehrbuch, § 60 (S.116).

ドイツの「フョイエルマン」は、行為者が行為の結果を意識している場合には当該結果は故意に帰責されるべしと言いつつ、この限りでは間接故意を認めない。Vgl. Grünhut, a.a.O., S.103 Anm. 1.

故意に規定された過失においては、故意行為とその行為によって惹起された〔加重〕結果との観念的競合が考えられている。それ故、故意に規定された過失は後には犯罪競合論へと解消されることとなった。Vgl. Geisler, Th., Über den Begriff und die Arten des Dolus, 1860, Neudruck 1970, S.269ff. なお、丸山雅夫「結果的加重犯論」(成文堂・一九九〇年)一八八頁以下参照。

(14) さらに、同条第二項では、「前項の場合、公刑罰によって禁じられたる事柄が良心または宗教によって許されているという想定は勿論、単なる刑罰に種類ないし程度に関する不知も、さらには当該行為へと決意せしめた最終目的ないし動機の如何も、違法な故意を阻却するものではない」と規定されている。

なお、本法典の邦訳として、中川祐夫「一八一三年バイエルン刑法典(一)〜(V)・(記)」竜谷法学二卷一・三・四号(一九七〇年)〜四卷一号(一九七一年)がある。Vgl. auch Anmerkungen zum Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern. Nach den Protokollen des königlichen geheimen Raths, Bd. 1 u. 2, 1813; Bd. 3, 1814.

- (15) Vgl. v. Hippel, VDA, Bd. III, S. 454-459. 平塚安治「責任と故意——事實的故意の体系的地位——第一部」刑法雜誌二卷一号(一九六一年)三九頁以下参照。

- (16) Vgl. Binding, Die Normen, Bd. III, S. 254ff.; Schubert, a. a. O., S. 98f. [山中説一〇六一—〇九頁]

第七一条の解釋に關しては争うがある。すなわち、多くの見解が法典は「実定法の認識」を予定してゐるものと理解するのだから、メンションは、法典は法律の認識ではなく「規範の認識」を要求してゐるにすぎないと主張する(Grünhut, a. a. O., S. 205ff.)。①本法典が実定法の不知を帰責阻却事由として承認してゐる点。②「注釈」を採つては、「実定法の認識がなへんが、通常健全な分別(Verstand)を有してそれな訴訟行為が許されることを識別するに十分である」と記述してゐる点など思つて、メンションの本來の理論的意義はどうかと、メンションの所説と矛盾するものがある点など思ふべき。Vgl. dazu Schubert, a. a. O., S. 99 [山中説一〇六頁]

- (17) “§ 42 Hat ein vorsätzlicher Verbrecher aus Irrtum oder Unwissenheit über gewisse Tatsachen diejenige Eigenschaft seiner Handlung nicht gekannt, welche deren Strafbarkeit vermehrt, sonach ein schwereres Verbrechen begangen, als er begehren wollte, so ist ihm die Tat nur insoweit zum rechtswidrigen Vorsatz anzurechnen, als sie in seiner Absicht gegründet war.” (zitiert nach v. Hippel, VDA, Bd. III, S. 456.)

- (18) Vgl. v. Hippel, VDA, Bd. III, S. 456.

- (19) “§ 72 Ein Übertreter, welcher aus Unwissenheit eines Tatumstandes die Strafbarkeit seiner Handlung nicht gekannt, diese aber durch Unterlassung der erforderlichen Erkundigung oder Bedachtsamkeit selbst verschuldet hat, ist wegen fahrlässiger Übertretung zu bestrafen.  
Wenn aber derselbe die richtige Einsicht nicht erlangen konnte, oder wenn er getan hat, was ihm nach sein Verhältnisse, Umständen und Kräften möglich war, um dieselbe zu erlangen, so wird ihm solche Unwissenheit nicht zur Schuld gerechnet.” (zitiert nach v. Hippel, VDA, Bd. III, S. 457.)

- (20) Entwurf eines Strafgesetzbuchs, 1822, Nachdruck 1988 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht).

- (21) しばしば手続のしかたが、残るべき法的なものである。Vgl. dazu Schubert, Gernot, Feuerbachs Entwurf zu einem

Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern aus dem Jahre 1824 [邦訳ヒケルノート・シュレーヴルト著・山中敏一  
訳『一八二四年ノキロノニ王国刑法典ノキロノニ草案』(関西大学出版部・一九八〇年)]

- (22) Revidirter Entwurf des Straf-Gesetzbuchs, 1827, Nachdruck 1988 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht);  
Motive zum revidirten Entwurf des Strafgesetzbuchs, 1827, Nachdruck 1988 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht).
- (23) Entwurf des Strafgesetzbuches, 1831, Nachdruck 1988 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht); Motive zum Entwurf des Strafgesetzbuches, 1831, Nachdruck 1988 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht).
- (24) Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen, Nebst Motiven, 1854, Nachdruck 1988. (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht).  
 本邦ノハシテ「刑法ノ編纂ニ關スル沿革」(Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen, 1851; Motive zum Entwurf des Gesetzbuches über Verbrechen und Vergehen, 1851.) “本邦ノハシテ” 參照  
 した。
- (25) Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Bayern, 1860, Nachdruck 1989 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht).
- (26) 参照した。本邦ノハシテ“Stenglein, M., Commentar über das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 1. Theil 1861, 2. Theil 1862, Nachdruck 1989 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht) 44-45 (Erläutert von) Weis, Ludwig, Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern, 1863, Nachdruck 1989 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht) 46 参照した。
- (27) § 69 Wenn jemand bei seiner Handlung einen Thatumstand nicht kannte, durch dessen Dasein die Strafbarkeit jener Handlung bedingt ist, so ist die letztere straflos.  
 Waren dem Handelnden solche Thatumstände unbekannt, durch deren Dasein die Strafbarkeit der Handlung erhöht wird, so werden diese Umstände bei der Bestrafung außer Berücksichtigung gelassen.  
 In wie ferne in dem einen oder anderen Falle eine Bestrafung wegen Fahrlässigkeit einzutreten habe, ist nach den in der zweiten Abtheilung des Gesetzbuches enthaltenen Vorschriften zu bemessen.” (zitiert nach Stenglein, a.a.O., 1. Theil, S.544; Weis, a.a.O., S.201.)



(82) § 70 Die Unwissenheit über das Bestehen eines Strafgesetzes überhaupt oder über Art und Größe der Strafe, die Meinung, als ob die durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen oder der Religion erlaubt gewesen sei, endlich die Beschaffenheit des Endzweckes oder Beweggrundes, um dessen willen der Entschluß zur That gefaßt wurde, schließen die Strafbarkeit nicht aus." (zitiert nach Stenglein, a.a.O., I.Theil, S.544f.; Weis, a.a.O., S.201.)

(82) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.459; Binding, Die Normen, Bd.III, S.256 Anm. 7.

(83) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.459.

(83) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.459f.

(83) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.459f.

(83) 堀邦(平)參照。

(85) "§ 68 Strafflos sind ferner diejenigen, welche eine an sich nicht verbotene Handlung zu begehen glauben, die jedoch wegen factischer, ihnen ohne Schuld unbekannt gebliebener Umstände strafbar.

Ist die Handlung an sich strafbar, und wird nur die Strafbarkeit derselben durch Umstände vermehrt, welche dem Thäter unbekannt sind, so ist bei der Bestrafung die Handlung nur nach den dem Thäter bekannten Verhältnissen zu beurtheilen.

Dagegen wird die Strafbarkeit weder durch den Wahn, als ob die durch das Gesetz verbotene Handlung nach dem Gewissen oder Religion erlaubt gewesen, noch durch die Unwissenheit über die Art und Größe der Strafe, noch durch die Beschaffenheit des Beweggrundes oder Endzweckes, weshalb der Entschluß zur That gefaßt worden, ausgeschlossen." (zitiert nach von Hartzsch, A.K.H., Das Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, 1841, S.145.)

(85) v.Hartzsch, A.K.H., Das Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen, 1841, S.145 Fußnote 3.

(86) v.Hartzsch, a.a.O., S.146 Fußnote 4.

(87) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.460.

(88) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.460; Verron, Verwechslung und Abirrtung, Diss.Rostock, 1903, S.17.

(88) Vgl. Verron, a.a.O., S.17; auch Pfotenhauer, Die moderne Doktrin und Gesetzgebung über den Einfluß des

thatsächlichen Irrtums und sogn. Verirrung auf vorsätzliche Verbrechen, GS 13, 1861, S.284 Anm. 47.

- (40) Gebler, a.a.O., S.240.
- (41) Vgl. Pfotenhauer, a.a.O., S.284.
- (42) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.460ff.
- (43) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.463f.
- (44) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.463ff. なお、井上正治『過失犯の構造』(有斐閣・一九五八年)一四九頁以下参照。
- (45) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.465.

(2) ブラウンシュヴァイク刑法典ほか

一 さて、我々の主題との関連でとりわけ重要な意義を有しているのは、ブラウンシュヴァイク刑法典などに見られる錯誤規定である。

一八四〇年の『ブラウンシュヴァイク刑法典』(Criminalgesetzbuch für das Herzogthum Braunschweig vom 10. Juli 1840)は、「客体の錯誤」に関する規定を設け、客体の錯誤は故意を阻却しないと明言した近代ドイツ領邦刑法の嚆矢として、極めて注目すべき立法である。このブラウンシュヴァイク刑法典も、バイエルン刑法典の影響下にあったが、かなりの独自性を打ち出している。<sup>1)</sup>

同法典の第二七条は故意を定義して「意図して刑罰法規に違反する作為または不作為へと決意した者は故意犯として処罰される」と規定し、過失に関する第二九条はヴェルテンベルク刑法典第五八条に倣っている。また、第三一条は「所為の可罰性の不知」は故意を阻却しないとし、「理由書」はこれにつき、可罰性の不知は量刑の際に減輕事由になりうると説明する。さらに、「事実の錯誤」に関する第三二条は一八三八年のザクセン王国刑法典の第六八条を繰り返している。<sup>2)</sup>しかして、本法典は第二八条において次のような故意の特別規定を設けているのである。

「第二八条 犯罪結果は、行為者が当該結果を専一的に意図していた場合だけでなく、これを不確定的に意図していたか、あるいは、より軽微な結果を意図していた場合にも、行為者に故意行為として帰責さるべし。

それに反して、意図せずして発生した可罰的結果、あるいは、意図せぬ作用により偶然に発生した可罰的結果は、故意ではなく過失へと帰責さる。

しかしながら、行為者が誤つて本来意図したとは別の人ないし別の物に対して犯罪行為を向けたとしても、悪しき故意は阻却されない。<sup>(3)</sup>〔傍線―引用者〕

第一項は不確定故意（択一的故意ないし未必的故意）を規定し、第二項は故意に規定された過失を扱うものである。第二項は同時に、意図した結果が「意図せぬ作用」によって発生した場合、例えば、AはBを射殺しようとして発射したところ、弾丸が逸れたがBは驚きの余りショック死したような場合にも適用可能であるという。そして第三項が、近代ドイツ領邦刑法典として初めて、客体の錯誤につき規定を設けたわけである。同条項は客体の錯誤に関する従来の伝統的見解を立法的に確認したものと見て特筆すべきものである。ここで注目すべきは、本法典の『理由書』が客体の錯誤と方法の錯誤とを厳格に区別していることである。すなわち理由書は、客体の錯誤では「意図した結果は当該客体に到達しており、実際にも、「それは」当該の人ないし物に向けられた」犯罪行為である、と説明する。それに対し、方法の錯誤では故意未遂と過失既遂が競合するという。理由書によれば、例えば、①AがBを殺害しようとして全く認識していなかったCを殺害した場合、あるいは、②DがEを殺害しようとしてFをEと取り違えFに向けて発砲したが、発射された弾丸の破片により全く認識していない本来殺害せんとしていたEが死亡した場合（客体の錯誤と方法の錯誤の併発事例）の双方につき、行為者は謀殺未遂と過失致死の故に有罪とされるにすぎない。<sup>(5)</sup>このように、本法典は明らかに後に検討するドイツの学説にいわゆる「具体化説」の理論に依拠しているのである。

二 一八五〇年から一八五二年までザクセン＝アルテンブルクを除くテューリンゲンの諸国に施行されたいわゆる『テューリンゲン刑法典』もブラウンシュヴァイクの諸規定とほぼ同様であるが、故意についてはブラウンシュヴァイクとは違って間接故意を含んでおり、また、過失についてのより詳細な定義規定を設けていたようである。そして、「客体の錯誤」については、その第二九条第三項にブラウンシュヴァイクと同趣旨の規定を置いていた。<sup>(6)</sup>

(1) Vgl. v. Hippel, VDA, Bd. III, S.466ff.; Schmidt, Einführung, S.323.  
 (2) v. Hippel, VDA, Bd. III, S.466f.

(3) § 28 Der Erfolg eines Verbrechen ist dem Täter auch alsdann als vorsätzlich zuzurechnen, wenn er nicht ausschließlich diesen, sondern unbestimmt diesen oder einen geringeren Erfolg beabsichtigte.

Dagegen ist der eingetretene nicht mit absichtigte, sowie der durch eine nicht mit beabsichtigte Wirkung zufällig hervorbrachte strafbare Erfolg nicht zum Vorsatze, sondern zur Fahrlässigkeit zuzurechnen.

Es wird indes der böse Vorsatz dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Täter irrtümlich seine verbrecherische Tätigkeit gegen eine andere Person oder eine andere Sache richtet, als die, worauf seine Absicht eigentlich ging.”

(zitiert nach v. Hippel, VDA, Bd. III, S.466.)

ただし Verron, a.a.O., S.16f. の「用を以てするに非ざるは」indes の文意は「Tätigkeit は Absicht によるべし」  
 19。

なお、内田文昭『犯罪構成要件該当性の理論』（信山社・一九九二年）二五八頁注（一）、二八七頁参照。

(4) Vgl. v. Hippel, VDA, Bd. III, S.467.

(5) Vgl. v. Hippel, VDA, Bd. III, S.467 Fußnote 2; Verron, a.a.O., S.17.

(6) Vgl. v. Hippel, VDA, Bd. III, S.468; auch Verron, a.a.O., S.17.

(3) ヘッセン大公用刑法典ほか

一 一八四一年一〇月一三日に布告され翌一八四二年四月一日に施行された『ヘッセン大公用刑法典』(Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Hessen, 1841)<sup>(1)</sup>は、一八二四年に上級控訴院顧問クナップ (Johann Friedrich Knapp) が提出した刑法草案を起点とする一連の刑法典制定作業を経て成立したものである。その間、当時ハイデルベルク大学の教授であったミッテルマイヤー (Carl Josef Anton Mittermaier) が、一八三〇年から翌三二年にかけてこのクナップ草案に対する『意見書』を提出し、これを受けて、一八三二年七月一日には、クナップの手になる『刑法草案』(Entwurf eines Strafgesetzbuchs

für das Großherzogthum Hessen, 1831) が上程された。<sup>(4)</sup>

同草案は全体で二二章一〇二条から成るもので、その第三章において、「処罰されざる諸事例」として、責任無能力、錯誤および正当防衛が挙げられている。しかし、その第三四条は、「刑罰法規の避け得ない責なき不知」のみが帰責を阻却し、それ以外は帰責を阻却しえないと規定し、第三五条は、所為事情に関する錯誤により行為が可罰的でないと誤信した者も処罰されないとする。また第三六条は、可罰性を加重する一定の「事情もしくは関係」の不知につき、行為者が認識していた事情ないし関係に応じてのみ帰責されるとする。さらに、第三八条では、正当防衛の緊急事態における不処罰につき、「現在かつ急迫の危難」が要件として掲げられている点が注目される。<sup>(5)</sup>

その後さらに、一八三六年七月二八日に全二部四二二条から成る『刑法草案』(Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, 1836) がタナップの手で提出され、これに対して、リンデローン(Friedrich Lindelof)が上級控訴院および破毀院顧問として一八三一年草案総則に対する意見を求められていた関係上、一八三七年一〇月に自らの草案を提出し、これが後の政府草案の基礎となる。リンデローン草案と一八三九年政府草案では内容的に殆ど相違はないが、前者がミッテルマイヤーの要求を入れ「合理的な拡張的類推」解釈を肯定したのに対し、後者は明確に類推禁止を表明している点で、大きな違いがある。

かような経過を経て成立した一八四一年布告の『ヘッセン大公国刑法典』は、故意を定義して、「行為者が意図的に決意したる刑罰法規違反行為と、その意図が向けられたる可罰的結果のすべては、行為者において故意へと帰責される」と言う(第五八条)。これは意図(Absicht)を行為と結果へと関係づけるもので、実質的にはブラウンシュヴァイクの第二七条と同様である。法律の不知は、刑罰の種類ないし程度に関する不知・錯誤と同様、故意を阻却しない(第四一条)<sup>(7)</sup>。所為事情に関する錯誤は故意を阻却し(第四二条)、また、行為の可罰性を加重する一定の「事情もしくは関係」の不知は、それが「行為者に知られていた事情もしくは関係に応じて意図されていた」限度でのみ、故意へと帰責される(第四三条)<sup>(8)</sup>。ここでは、「故意の本質が「行為者の意図が結果に向けられていたこと」の中に求められており、故意の本質に関するいわゆる「意思主義」が採用されていると言えよう。つまり、ここでは、結果の予見(表象)ではなく、違法結果を惹起するという意図(意思)

が故意を決定づけているのである。第五九条は故意の推定を否定し、第六〇条は不確定故意を、さらに、第六一条は故意に規定された過失を規定する。しかして、第六二条において初めて、「客体の錯誤」も「方法の錯誤」もともに故意を阻却しないとす規定を設けたのである。同条は次のように規定する。

「第六二条 故意行為の結果が、偶然、錯誤あるいは取り違えにより、行為者の意図とは別の人ないし物に生じたならば、侵害された人ないし物と行為者の意図したそれとの相違のゆえにより重い犯罪が基礎づけられない限り、その所為は実際の発生結果に従つて故意へと帰責される。」「傍線—引用者」

ここでは、「偶然、錯誤あるいは取り違え」(Zufall, Irrtum oder Verwechslung)という三つのメルクマールが列挙されている。同法草案第五八条では、「錯誤あるいは取り違え」の二つのメルクマールに限られていたが、これでは方法の錯誤を同時に規定するものかどうかにつき疑念が残るとの意見が出され、「偶然」の文言が付加されたという背景がある。この「偶然」という文言が立法技術上適切なものかどうかにつき疑問がないではないが、立法者が「偶然」というメルクマールによつて「方法の錯誤」を考へていたことは注目に値する。<sup>11)</sup>

本条においては、表象結果に対し発生結果が「より重い犯罪を基礎づけ」ない限りでのみ故意帰責を肯定している点も重要である。すなわち、例えば、他人を殺害しようとして自分の親を殺害した場合などには、普通殺人の限度でのみ故意が成立することになる。これは現在の表現でいういわゆる「抽象的事実の錯誤」であり、しかもこの場合は、量的には異なるが、同質の構成要件間の抽象的事実の錯誤であり、実質的に構成要件の重なり合う限度で故意が成立するとされているのである。それではこれと逆の場合、例えば、親族を殺害しようとして誤つて他人を殺害した場合などには、①故意はそのいずれにつき成立するのであろうか。また、②刑罰は、先に見たプロイセン一般ラント法第八〇七条のように、「証明された錯誤」に基づき加重されるのであろうか。この点法律は判然としないが、意図しない発生結果に対して故意を肯定するのが錯誤論の本旨だとすれば、普通殺人罪の故意を認めることになるうか。

さらに、刑罰を加重するかどうかの点についても明確ではなく、また実務の運用状況も参照しえない段階ではいずれとも断言できないが、プロイセン一般ラント法のごとき特別規定を設けていないことからすれば、むしろ本条では消極に解すべ

きであろうか。さらに、異質の構成要件間における「抽象的事実の錯誤」についても本条の適用はあるのだろうか。法律上の文言では、意図した「人」に対して別の「人」を、あるいは、意図した「物」に対して別の「物」を対応させているように思われ、また、後に詳しく検討するように、当時の学説はもっぱら上記のごとき事例を念頭に置いて議論を進めていた。ただ、意図した「人」とは別の「物」に結果が発生することはまま有り得ることで、この場合を排除する趣旨は、本条から直接には読み取れないようにも思われる。しかしながら、翻って、方法の錯誤に故意を肯定する当時の学説がその論拠として「客体の同質性(等価値性)」を挙げていた点を考え併せると、本条は、異質の構成要件間における抽象的事実の錯誤を念頭に置いた規定ではないものと推察される。

かくして、本条は後に「形式的等価値説」と呼ばれる理論に依拠しているものと言えよう。

二 一八四五年の『バーデン大公爵刑法典』の規定の文言の多くはヘッセンの刑法典に一致しているが、ヘッセンでは第五九条で故意の推定を否定していたのに対し、バーデンではこれが見られない。<sup>(12)</sup>そして、バーデンの第一〇〇条も、前述のヘッセンと同様、その一八三九年草案第八九条の規定に「偶然」の字句が付加された。<sup>(13)</sup>さらに、一八四九年の『ナッソー刑法典』の第五九条もヘッセンと同趣旨の規定を置いている。<sup>(14)</sup>

#### 注

(1) Vgl. v. Hippel, VDA, Bd. III, S.468ff.; Christ, Heinrich, Entstehung und Grundgedanken des Strafgesetzbuchs für Großherzogtum Hessen von 1. April 1842, Diss. Marburg, 1968, S.1ff.

(2) 一八二四年クナップ草案は、罪刑法定主義に関してはナポレオン法典(Code pénal)を翻訳したものであったが、フォイエルパッフの影響も見受けられる。注目すべきは、第四三条で「第二部〔各則―筆者注〕において個々の作爲ないし不作爲に課せられる刑罰は、かような作爲ないし不作爲が悪しき故意(dolus)から為された場合にのみ認められる」とされ、第四四条で故意の推定規定が置かれている点で、ここでは明らかにバイエルンに影響を見て取ることができよう。第五三条では、帰責阻却事由についてのカズイスティッシュな規定が置かれ、責任無能力と並んで、刑罰法規の錯誤および責なき知覚的困難に基づく可罰性の不知は、意思の自由を欠くが故に、責任へと帰属されないとさ

れづる。Vgl. Christ, a.a.O., S.51ff.

- (3) ミッテルマイヤーは、草案が故意を「悪しき故意」と規定するのに対し、「違法な意思」(Gesetzwidriger Wille)ないし「悪しき意思」(böser Wille)にすべしと主張した。なぜならば、故意は「激情」をも含むからである、と。しかし、刑法ではいかなる法律上の推定も役立たないとして、故意の推定に反対する。さらに、草案第五三条が「意思の自由は帰責の原則として設定される」とするのに対して、意思の自由が何処に存するかは常に疑問を残す問題であり、裁判官の帰責判断の一般的基準としてはむしろ、「行為者が自己意識、すなわち、意図した行為と結果、そしてそれらと法律との関係についての意識を持っていたかどうか」という点が吟味されるべきであるとして、これを批判す。  
Vgl. Christ, a.a.O., S.85.

- (4) Vgl. Christ, a.a.O., S.91ff.

- (5) 第五章では、故意および過失について規定されている。第五〇条では、過失につきミッテルマイヤーの意見を入れ、通常の相当な注意と考慮が払われたならば「処罰されないとされた。故意についての定義規定はないが、実際に故意が認められる場合を具体的に規定する。第五二条は、「行為者の自由を照らして、所為に先行し、付随し、あるいは後続する諸事情との関係から、当該所為を偶然ないし単なる過失と評価することを許さない場合には」故意は証明されたものと見做す、と規定する。クナップはここでは原則的に一八二四年草案第四四条の故意推定に固執してはいるが、ミッテルマイヤーの意見も採用しているのである。第五三条は、行為者が確かに「悪しき故意」を自白したが、軽微な犯罪を意図したにも拘らず重い犯罪が発生した旨を主張した場合には、当該行為ないし手段の性質から現実の発生結果が「通常あるいはごく頻繁に」惹起されることが認められうるならば、行為者において当該結果は意図されていったものとすべし、と規定する。

- (6) Vgl. Christ, a.a.O., S.134ff.

- (7) Vgl. v. Hippel, VDA, Bd. III, S.469.

政府草案第四二条は次のようなものであった。

「法律の不知は、当該行為が宗教ないし道徳論上の原則によればもはや禁じられていない、あるいは、現在する特別の刑罰法規の避け得ない責なき不知のため当該行為が許されかつ処罰されないと考えた場合を除き、帰責を阻却すべしとすべし。」(zitiert nach Christ, a.a.O., S.171.) Vgl. auch v. Hippel, VDA, Bd. III, S.469 Anm. 3.

- (8) Vgl. v. Hippel, VDA, Bd. III, S.470.



- (9) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.469f.
- (10) "§ 62 Hat der Erfolg einer vorsätzlichen Handlungen wegen Zufalls, Irrtum oder Verwechslung eine andere Person oder eine andere Sache getroffen, als worauf die Absicht des Handelnden gerichtet war, so wird ihm die Tat mit dem wirklich eingetretenen Erfolg insoweit zum Vorsatze zugerechnet, als durch die Verschiedenheit zwischen der verletzten Person oder Sache und derjenigen, auf welche die Absicht des Handelnden gerichtet war, nicht ein schwereres Verbrechen gegründet war." (zitiert nach v.Hippel, VDA, Bd. III, S.470 Fußnote 3.)
- (11) ちなみに「容観的婦屬が許される因果関係以外の「全くの偶然」を包含するか」との疑念が生じうる。Vgl. dazu v.Hippel, VDA, Bd. III, S.470 Anm. 3.
- (12) Vgl. v.Hippel, VDA, Bd. III, S.471.
- (13) Vgl. Verron, aa.O., S.15.
- (14) Vgl. v.Hippel, VDA Bd. III, S.471.

(4) プロイセン刑法典から帝国刑法典成立まで

一 ヒッセル (Robert von Hippel) によれば、帝国刑法典の模範とされる一八五一年『プロイセン刑法典』の前史は四期に分けられ、一〇に及ぶ草案が起草され、その草案作成過程で故意の定義規定を設けることが何度か提案されたが、結局のところ見送られ、ただその第四四条で事実の錯誤に関する規定を置いたにすぎない。ヒッセルの言によれば、「つりゆく立法者の無能の歴史」であった。<sup>1)</sup>

第一期(一八二六年—一八三六年)のボーデ (Bode) の手になる一八二七年の『プロイセン国刑法典第一草案』(Motive zu dem, von dem Revisor vorgelegten, Ersten Entwurfe des Criminal-Gesetzbuches für die Preussischen Staaten. Erster Band, 1827)では、「故意につき、第六七条で「犯罪的な行為であると認識していたにも拘らず意図的に行為を挙行する者は、故意的犯罪を行うものである」と定義していたようである。そして、故意の推定を否定し、故意の亜種としての不確定故意(択一的故意と未必的故意を含む)と故意に規定された過失(これは故意と過失の競合として処理された)とを規定し、「法

律の錯誤」については、刑罰法規の不知は責任を阻却しないとされていた。しかしながら、その後、故意の定義規定は純粹に学問的問題であるとして一八四六年に削除され、故意の推定規定も自明のことであるとして一八五〇年に削除される。また、不確定故意についての満足すべき規定が得られず、またそれも純学問的問題であるとの理由で一八四六年に削除され、法律の錯誤についても動搖の末、それは自明のこととして最終的に一八五〇年に削除されるに至った。これに対して、「事実の錯誤」に関する規定は、一八三八年に初めて責任能力の問題として採り上げられ、幾度かの修正を経て五一年プロイセン刑法典に結実してゆく。以下ではこの過程をやや詳しく検討することにしよう。

一八三六年『ロイセン王国刑法典修正草案』(Revidierter Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Königlich-Preussischen Staat, 1836) は、その第七八条で「事実の錯誤」について次のように規定していた。

「第七八条 それ自体としては許容されかつ行為者に知られざる特殊事情のゆえにのみ可罰的とされる行為を犯した者も、<sup>(3)</sup> 処罰されない。」

一八三九年の枢密院委員会(Staatsratskommission)では、刑罰を根拠づける所為事情の不知は故意を阻却するとされていた。同様のことは刑罰加重事情についても妥当するとされ、一八四三年『ロイセン国刑法典草案』(Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preussischen Staaten, nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsrats, 1843) ではこの点をより明確にすべく、その第八二条において次のような規定が置かれた。

「第八二条 行為の可罰性が特殊な所為事情によって条件づけられる場合には、当該行為はかような所為事情を認識している者のみ故意的犯罪として帰責されうる。

誰かある者が、それ自体可罰的な行為を行い、その可罰性が行為者に知られざる特定の所為事情によって加重されるならば、かような所為事情は行為者に帰責されてはならない。」<sup>(4)</sup>〔傍線―引用者〕

一八四五年の修正委員会では、正当にもかような規定は故意概念自体からの厳密な推論によって獲得しうるものであると強調されたにも拘らず、ここでは「事実的事情に対する主観的意識の異常な関係が問題になっている」という理由から、責任能力における同様の考慮をすべきであるとの考えが支配的であった。さらに、規定自体の表現も消極的な形式にすべき

ものとされ、第八二条第一項の文言は、「当該行為は故意的犯罪として帰責されてはならない」というように修正され、また「故意的」という文言も削除される。かようにして、『一八四五年草案』の第六八条は、後の一八五一年刑法典とほぼ同様の規定を設けるに至った。その後、一八四六年枢密院委員会の審議などで、この規定もまた故意概念からの当然の帰結であり削除すべしとの主張がなされたが、個々の犯罪について生ずる誤解を避けるために必要だとの意見がかるうじて維持され、『一八四六年草案』第五八条、『一八四七年草案』第六〇条を経て、『一八五一年四月一日プロイセン国刑法典』(Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten vom 14. April 1851)の第四四条へと結実する。それは、故意に関連する唯一の規定として、事實の錯誤を規定するものであった。それは次のような文言であった。

「第四四条 行為の可罰性が、行為者ないし当該所為が向けられている者の一身上の特殊な性質、あるいは、当該行為が為されている特殊な事情に依存しているならば、かような行為は、行為時にかような関係ないし事情を知らなかった者に、重罪もしくは軽罪として帰責されてはならない。

行為者に知られていなかったかような特殊な関係ないし事情によって彼により為された行為の可罰性が加重されるならば、かような所為の加重事情は行為者に帰責されてはならない。」

二 プロイセン刑法典の「第二版」と称される『一八七〇年北ドイツ連邦刑法典』(Das Strafgesetzbuch für Norddeutschen Bund von 1870)は、北ドイツ連邦成立(一八六七年七月二六日憲法制定)後間もなく、連邦宰相ビスマルク(Otto von Bismarck)が一八六八年六月一七日に当時のプロイセン司法大臣レオンハルト(Adolf Leonhardt, 1815-1880)に北ドイツ連邦領刑法草案に作成を委嘱したのを契機として委員会が組織され、一八六九年七月三十一日に五一年プロイセン刑法典を模範として第一次草案が作成され、次いで、一八六九年二月三十一日に第二次草案、一八七〇年二月一四日に第三次草案が作成され、帝国議会における審議を経て成立したものであり、一八七〇年五月三十一日連邦法律官報に公布され、一八七一年一月一日から発効するものとされた。この法典が編集上の改正のみで『ドイツ帝国刑法典』(Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich)となり、一八七一年五月一五日に帝国法律官報に公布されるに至ったのである。本法典は現代ドイツ刑法学の出発点であり、その後、数次の改正を経ながらも今日なおその重要な意義を失っていない。以下では、帝国刑法典の錯誤規定である第五

九条成立までの立法過程を一瞥することにしよう。<sup>(8)</sup>

さて、北ドイツ連邦刑法典作成のために連邦議会によって一八六九年七月三日に設置された委員会は、七人の法律家から構成されていた。それは、上述のレオンハルトを議長とし、他にフリードベルク (Heinrich von Friedberg, 1813-1895)、シュヴァルツェ (Friedrich Oskar von Schwarze, 1816-1886)、フナント (Johann Friedrich Budde, gest. 1894)、ヴォルゲルス (Ignatz Josef Bingers, 1815-1882)、フナント (Ferdinand Donandt, 1803-1872) をよびドルン (Carl Dorn, 1816-1893) という顔ぶれであり、その中の四人 (レオンハルト、フリードベルク、ビュルゲルスおよびドルン) はプロイセンから、そしてシュヴァルツェはザクセン、ブッデはメクレンブルク、シュヴェーリン、ドナントはブレーメンからこれに加わったものであった。その一八六九年七月の『第一草案』第五二条は、次のような文言であった。

「第五二条 行為の際に、その存在により行為の可罰性が条件づけられるような事情ないし性質を認識していなかった者は、処罰されない。

その存在により行為の可罰性が加重されるような事情ないし性質が行為者に知られていなかったならば、かような事情ないし性質は彼に帰責されてはならない。」

この条項に対して、第一読会 (一八六九年一〇月一日) において以下のような提案がなされた。まず、シュヴァルツェの第一案は次のような文言であった。

「行為の可罰性を条件づけあるいは加重する事情ないし性質に関する錯誤もしくは不知は、その錯誤もしくは不知が過失として可罰的でない限り、帰責を阻却する。」

これに対し、ブッデによる第二案は次のようなものであった。

「誰かある者が行為の際にその可罰性を条件づけあるいは加重する事実上の諸条件を認識しなかったならば、その不知が可罰的な過失による限り、これらの条件は責任として彼に帰責されなければならない。」

このうち、第一案の「その錯誤もしくは不知が……でない限り」(“soweit…”) 以下の文言が後に削除されたうえで、この第一案が満場一致で採択された。

第二読会(一八六九年二月一日)には、ビュルゲルスの法案が提出された。その第六一条は次のような文言であった。  
 「第六一条 誰かある者が、その行為の際に、可罰的行為の法定構成要件の必要なあるいはその可罰性を加重する事情ないし性質の存在を知らないならば、かような事情は彼に帰責されてはならない。」  
 さらに、これに補足的な第二項および第三項が加えられた。

「それに反して、行為者が可罰性を阻却あるいは減輕する事情ないし性質が存在するものと誤信していたならば、かような事情はそれが実際に存在したと同様に顧慮さるべきである。

過失による処罰が為される場合には、その不知もしくは錯誤が過失によってもたらされたものでない限りでのみ、この規定が妥当する。」

この他にブッデおよびドナントの法案も提出されたが、最終的には、このビュルゲルスの法案が基本的に承認された。すなわち、第一項は、「事情ないし性質」(Umstände oder Eigenschaften)が「所為事情」(Tatumstände)という文言に替えられたうえで満場一致で採択され、第二項は三対三で否決され、第三項は承認されたのである。これにもとづき、一八六九年一月三十一日に作成された『第二草案』では、その第五七条に事実の錯誤に関する規定が置かれた。<sup>①)</sup>

この第二草案は草稿のまままで公刊されることなく、個別的に各専門家に送付されたにすぎなかった。同草案は、連邦参議院での短期日の審議の後、一八七〇年二月一日に北ドイツ連邦の帝国議会に提出された(『第三草案』)。これが帝国議会の審議を経て一八七〇年五月三十一日付けで『北ドイツ連邦刑法典』(Strafgesetzbuch für Norddeutschen Bund)として公布され、一八七一年一月一日施行とされた。これがさらに、ドイツ帝国の成立に伴い、一八七一年五月一日に編集上の修正を加えたのみで、『ドイツ帝国刑法典』(Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich)として公布されたのである。<sup>②)</sup>

かくして帝国刑法典の錯誤規定である第五九条の成立を見たわけである。それは最終的には次のような文言であった。

「第五九条 誰かある者が、可罰的行為の遂行に際して、法定構成要件に属するあるいは可罰性を高める所為事情の存在を知らなかったならば、かような事情は彼に帰責されてはならない。

過失行為が処罰される場合には、不知それ自身が不注意によってもたらされたものでない限りでのみ、前項の規定が妥当

(2) すいふ。」

この錯誤規定が帝國刑法典における故意・過失に関連する唯一の条文であり、同条を巡って「故意」、「過失」、そして「錯誤」などに関する様々な判例・学説が展開され、そこでの議論が、一九七五年の刑法総則改正の後、現代(西)ドイツにおける刑事責任論に色濃く反映しているわけである。本条はまさに現代「錯誤論」の礎であると言えよう。

#### 註

- (1) v.Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd.1, 1925, Neudruck 1971, S.314ff.; ders., VDA, Bd. III, S.472ff.; vgl. auch Schmidt, Einführung, S.314ff.
- (2) Vgl. Goldammer, Die Materialien zum Straf=Gesetzbuche für die Preussischen Staaten, Theil I, 1851, Nachdruck 1991 (= Kodifikationsgeschichte Strafrecht), S.379ff.; v.Hippel, VDA, Bd. III, S.483ff.
- (3) “§ 78 Auch Derjenige ist straflos, der eine Handlung begeht, welche an sich erlaubt, und nur wegen ihm unbekannt geliebener, besonderer Umstände strafbar ist.”  
Vgl. Goldammer, a.a.O., S.379.; v.Hippel, VDA, Bd. III, S.483.
- (4) “§ 82 Wenn die Strafbarkeit einer Handlung durch besondere Thatumstände bedingt ist, so kann diese Handlung nur denjenigen, welche jene Thatumstände kannten, als ein vorsätzliches Verbrechen zugerechnet werden.”  
Wer eine an sich strafbare Handlung begeht, deren Strafbarkeit durch gewisse, ihm unbekannte Thatumstände erhöht wird, dem können diese Thatumstände nicht zugerechnet werden.”  
Vgl. Goldammer, a.a.O., S.379.; v.Hippel, VDA, Bd. III, S.483.
- (5) Vgl. Goldammer, a.a.O., S.379f.; v.Hippel, VDA, Bd. III, S.483ff.
- (6) “§ 44 Wenn die Strafbarkeit einer Handlung abhängig ist, entweder von besonderen Eigenschaften in der

Person des Täters oder desjenigen, auf welchen sich die Tat bezog, oder von den besonderen Umständen, unter welchen die Handlung begangen wurde, so ist eine solche Handlung demjenigen als Verbrechen oder Vergehen nicht zuzurechnen, welchem jene Verhältnisse oder Umstände zur Zeit der Tat unbekannt waren.

Wenn durch solche besondere, dem Täter unbekannt gebliebene Verhältnisse oder Umstände die Strafbarkeit der von ihm begangenen Handlung erhöht wird, so sollen ihm diese erschwerenden Umstände der Tat nicht zugerechnet werden."

Vgl. Goldammer, a.a.O., S.429f.; v.Hippel, VDA, Bd. III, S.483.

(7) Vgl. v.Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, S.341ff.; ders., VDA, Bd. III, S.486ff.; auch Schmidt, Einführung, S. 334ff.

(8) 式六の罪架は廿二ノユ' Schubert, Werner, Die Quellen zum Strafgesetzbuch von 1870 / 71. Zugleich ein Beitrag zur Entstehung der Bestimmungen über den Irrtum, den Versuch, die Teilnahme und die Notwehr. GA 1982, S. 191ff. 及巻二ノユ' S. 9°.

(9) "§ 52 Wenn Jemand bei seiner Handlung Umstände oder Eigenschaften nicht kannte, durch deren Dasein die Strafbarkeit jener Handlung bedingt ist, so ist dieselbe straflos.

Waren dem Handelnden solchen Umstände oder Eigenschaften nicht bekannt, durch deren Dasein die Strafbarkeit der Handlung erhöht wird, so sollen ihm diese Umstände oder Eigenschaften nicht zugerechnet werden."

(zitiert nach Schubert, a.a.O., S.213.)

この一九九年草案に対し「コンメンタール」は「Umstände oder Eigenschaften」云々の表現は行為のそれか、客体のそれか、はたまた主体のそれか不明であり、「また」"durch deren Dasein ...."云々の表現は"deren Dasein die Strafbarkeit der Handlung mitbedingt"云々の如きなり。(Binding, K., Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für Norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen Beurteilt, 1869, Neudruck 1975, S.71ff.)°

- (10) Vgl. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 1, S.343 Anm. 2.  
 (11) Bundesgesetzblatt, Nr. 16, S.195ff.  
 (12) Reichsgesetzblatt, Nr. 24, S.127.  
 (31) "§ 59 Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Tatumstände nicht kannte, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen."

Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist."

なお、同条文の邦訳として、『白井滋夫訳「ドイツ刑法典」法務資料三九七号（一九六七年）三二二頁があるが、必ずしもこれに依拠していない。