

ドイツ刑法草案における誤想避難について

植  
田  
重  
正

一九五六年のドイツ刑法総則草案は緊急状態およびその錯誤に関し、つぎのような規定をもうけた。<sup>(1)</sup>

第三九条（緊急状態）

(一) 生命、身体、自由、名誉、財産またはその他の法益に対する、他の方法をもってしては回避することのできない現在の危険を、自己または他人から事情上適当な方法で遠ざけるために所為をなした者は、緊急状態において行為したものである。

(二) 緊急状態において所為をなした者は、その保護した法益が所為によって侵害された法益より本質上より高い価値を有するときは、違法に行為したのではない。また、脅かされた法益に対する危険を甘受することが行為者に期待し得ないときは、行為者は違法に行為したものはあるが、有責に行為したのではない。

第四〇条（緊急状態における錯誤）

(一) 行為者が誤って、所為が緊急状態のため正当化されまたは免責されたと信じたときは、行為者は、事態を慎重に検討し且つ相反する利益を良心的に比較考量した場合またはこのような検討および考量が事情上行為者に期待し得なかった場合に限って、無罪とする。行為者がこのような検討および考量に対する義務を侵害したときは、その刑は、第六五条第一項によってこれを減輕することができる。

(二) 第一九条は、これを適用しないものとする。

緊急避難の本質をどのように解するかについては従来から学説上争いがあり、その見解も可なり多岐にわたっている。

るのであるが、草案は右のようにその三九条において、違法性を阻却する緊急状態（正当化的緊急状態）と責任を阻却する緊急状態（免責的緊急状態）とを認め、現在の通説であるいわゆる二分説をとることを明らかにしている。そして、それに応じて、その四〇条で、右のように緊急状態における錯誤すなわち誤想避難も、正当化的緊急状態の錯誤と免責的緊急状態の錯誤の二つがあることを定めているのである。したがって、この点では無論問題はないわけであるが、しかし同時に同条は、その法的効果として、若し錯誤者がその錯誤について軽卒があったときは、正当化的緊急状態の錯誤たる免責的緊急状態の錯誤たるを問わず、ともに同様にこれを処罰すべきものとし、その刑は草案六五条一頂によって減輕することはできるが、一九条はこれを適用しないものとしている。しかし、この点には問題がある。しかも、この点は、私見では、刑法理論全般に通ずる可なり重要な問題を含んでいるとおもわれるので、以下この点について考えてみたいとおもう。

ところで、この点について考察する前にあらかじめ注意しておかねばならぬことは、この草案四〇条の規定は、それが正当化的緊急状態の錯誤にしろまた免責的緊急状態の錯誤にしろ、共にその事実的前提についての錯誤の場合を定めたものであって、その法規自体の錯誤を定めたものではない、ということである。このことは、同草案の理由書が『行為者が、現に存する事情または自己の表象した事情を、たといそれが存在したところで第三九条第一項の要件を欠くが、やはり緊急状態とみなすべきである」と誤信した場合には、第四〇条を適用すべきではない。このような錯誤は、行為者が右の理由によって不法をなしているのではないと信じた場合に、第二〇条の範囲内において斟酌されるにすぎない<sup>(2)</sup>』と述べていることから明らかである。ここで第二〇条というのは、いわゆる「禁令の錯誤」として、

『所為の遂行に際し誤っていかなる不法をも行っていないと認められた者は、その錯誤が非難すべきでないときは、責

任を有しない。その者の錯誤が非難すべきときは、その刑は、第六五条第一項によってこれを減輕することができる』と規定されているもので、したがって右のような緊急状態の法規自体に関する錯誤は、草案ではこの禁令の錯誤に該当すべきものとされているのである（そしてまたこの意味で、草案は連邦裁判所の判例にしたがって、いわゆる責任説 *Schuldtheorie* の見地に与したものと見てよむ。）<sup>(38)</sup>

ところで、若しかように草案四〇条の誤想避難が、緊急状態の事実的前提の錯誤にもとづく場合をいうのだとすると、同条がこれに対して故意犯を認め、六五条一項による任意的減輕のみを認めたことが、果して妥当であるかが問題となる。この点に関し、まず第一に指摘されるのは、草案一九条との関係である。この一九条は「正当化原因または免責原因に関する錯誤」を定めたもので、『所為の遂行に際し誤って所為を正当化しまたは免責する事実ありと認められた者は、故意に遂行したものとしては処罰しない。過失で遂行したものとしての可罰性は、以上とは何等関係がないと』規定している。<sup>(4)</sup>したがって、この規定から考えると、四〇条の誤想避難もまた当然に故意が阻却せられ、場合によって過失犯が成立するに過ぎないことになる筈である。にもかかわらず、同条があえてこの一九条の適用を排除し、これを故意犯として禁令の錯誤と同視する規定を設けたことは、全く彼此相矛盾する規定を置いたということになる。のみならず、この四〇条の規定は、草案（一九五九年草案）の各論上の類似的規定と比較して、科刑上可なり大きい不均衡を生ぜしめるという不合理がある。すなわち、同草案一六四条によると、医師の誤想妊娠中絶の刑は三年以下の輕懲役または拘留であり、一六五条三項によると、医師の誤想による独断的妊娠中絶の刑は二年以下の輕懲役または拘留であり、さらに一六八条三項によると、誤想による独断的治療行為の刑は同じく二年以下の輕懲役または拘留となっている。これらの法定刑は、この種の誤想行為に右の四〇条をあてはめた場合の刑と比較すると、

著るしく減輕されているのであって（たとえば医師の故意墮胎罪は、草案一四七条一項二号によって、一〇年以下の重懲役で処罰されるから、かりに六五条一項によって輕懲役に減輕されても、なお六月以上七年六月以下の輕懲役となって、右の場合より著るしく重くなる）、その点ではむしろ故意犯としての処罰というよりも、實質上は過失犯としての刑を認めたものとみるのが妥当である（この点については、過失致死が草案一四四条で五年以下の輕懲役とされており、また過失傷害でも同一五七条によって三年以下の輕懲役、拘留または罰金とされていることを考え合わせたらよい）。したがって、この点から観てもまた、この四〇条の規定には問題があるということになる。<sup>(5)</sup>

かように、この規定に対しては、草案自体の内部にすでに疑問が内含されているわけであるが、しかしこの外にも問題がないわけではない。それはつぎの点にある。すなわち、草案一九条は、右に見たように、所為を正当化したまたは免責する事実ありと誤認した者に、故意を阻却することを定め、故意阻却の点で正当的事実の錯誤と免責的事実の錯誤との間に、何らの区別も設けていない。そしてまた四〇条も、右のように、所為が緊急状態のため正当化されたまたは免責されたと誤信したときは、その者にも同一効果が帰属することを定め、その間に何の区別も設けていないのである。この兩条が相矛盾する規定であることは右に指摘したとおりであるが、しかしそれはさておき、かような規定から観ると、草案はいわゆる正当的事実の錯誤と免責的事実の錯誤とは、概念的には別であっても、機能的には区別がない、という見地をとっているということができる。けれども、この二つの錯誤が、果してかように同一視されてよいかは問題である。理由書はこの点について何も述べていないので、その根拠は固より明らかでない。おそらく、この兩錯誤は、ともに犯罪の成立を阻却する事実に関する錯誤という点で同一であるから、これを区別する必要がないとする考え方であるとおもすが、しか反面から考えると、この兩錯誤は犯罪理論上その地位を異にする事

実に関する錯誤という点で別のものであるから、その共通面だけをとり上げてこれを同視する態度は、片手落のうらみがないではない。この意味で、この点にもまた問題があるということになる。

一九五六年の草案四〇条には、以上のような点で問題があり、これをどう解決するかは遺された問題になっていたといつてよい（この点についてはすでに本草案の共犯規定を考察する際に触れておいたところである。法学論集九卷三・四号二〇六頁参照）。一九五九年の草案は、この点に殆んど触れるところがなかったが（尤もこの草案はその重点を主として刑法各論の編成においたためでもある）、一九六〇年の草案では予想どおり、この点に大きな修正が加えられたのである。それでは、どの程度に右の問題点がそこで解決されたであろうか。つきに、この点について検討したい。

註(1) 本論文中の草案条文の訳は、便宜上すべて齊藤金作訳「一九五六年ドイツ刑法総則草案」、「一九五九年ドイツ刑法各則草案」、「一九六〇年ドイツ刑法草案」に従ったので、ここに附記する。

註(2) 齊藤金作訳「一九五六年ドイツ刑法総則草案理由書」(上)二二八頁。

註(3) 前掲理由書一四九頁以下参照。

註(4) 尤も、理由書によると（前掲理由書一四八頁参照）、この場合の錯誤は可罰的行為の構成要件の故意的実現は阻却しないが、故意の故を以てする処罰はこれを阻却するものである、としている。しかし、かような見解が根拠のない無理なものであることは、改めて説くまでもないであろう。ヴェルツェルもかかる見解は理論的にも実際のにも支持し得ない妥協的見解だとしてゐる（vgl. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 6 Aufl., S. 150f.）

註(5) この点は連邦司法省の専門家によつて指摘されたところでもある（vgl. Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission. 12. Band, 1959, S. 498）。

## 二

一九六〇年の草案は、誤想避難について、つきのように規定している。

ドイツ刑法草案における誤想避難について

第三九条（正当化する緊急状態）

(一) 生命、身体、自由、名譽、財産またはその他の法益に対する、他の方法をもってしては回避することのできない現在の危険を自己または他人から回避するため、その危険の中で所為をなした者があり、矛盾する利益、とくに当該法益およびこれを脅かす危険の程度を比較衡量した結果、その保護した利益が侵害した利益よりもいちじるしく重いことが明らかになったときは、その者は、その所為が危険を回避するのに相当な手段であった場合に限り、違法に行為したものとはならない。

(二) 行為者が、所為の遂行に際し、第一項によりその所為を正当化する事情ありと誤信したときは、その者にとり錯誤が非難すべき場合に限って、これを罰する。その刑は、第六四案第一項により、次の標準に従ってこれを減輕するものとする。

- 1 重懲役の代わりは、三月以上五年以下の軽懲役とする。
  - 2 軽懲役の高められた短期の代わりは、その法定の短期とする。
  - 3 軽懲役の長期は、五年を越えてはならない。
- 第二〇条は、これを適用しないものとする。

第四〇条（免責する緊急状態）

(一) 生命、身体または自由に対する、他の方法をもってしては回避することのできない現在の危険を自己または近親者またはその他の密接な関係にある者から回避するため、その危険の中で違法な所為をなした者があったときは、その者は、脅かされた法益に対する危険を甘受することが期待できない場合、責任なく行為したものとす。

(二) 行為者が、所為の遂行に際し、第一項によりその所為を免責する事情ありと誤信したときは、その者にとり錯誤が非難すべき場合に限って、これを罰する。その刑は、第六四条第一項により、次の標準に従ってこれを減輕するものとする。

1 重懲役の代わりは、第六四条第一項第四号の範囲内において、六月以上の輕懲役とする。

2 輕懲役の高められた短期の代わりは、その法定の短期とする。

右の規定において、まず第一に看取される点は、本草案が先の草案を修正して、正当化的緊急状態の錯誤と免責的緊急状態の錯誤とを区別し、これにそれぞれ別個の法的効果を認めたという点である。つぎに、第二に看取される点は、本草案がこの二つの錯誤に対し、先の草案の刑と比較して、いちじるしくその刑の範囲を縮小、減輕したという点である。そこで、かような本草案の態度が果して妥当であるか、が改めて問題となるわけであるが、規定の順序にしたがって、まず前者の正当化的緊急状態の錯誤から、考察することとしたい。

本草案が右のように正当化的緊急状態の錯誤に対し、ただか五年を限度とする輕懲役を認めて重懲役を排除したことは、六五条一項による任意的減輕を認めるに過ぎなかつた前草案に対し、科刑上はるかに大きい修正をほどこしたものと云つてよい。そしてこの修正は、すでに指摘したように、前草案上の誤想避難とその各論上の類似規定との間に見出された、刑の不均衡を是正するという意味で、一応理由のある修正だといつて支障はない。しかし、同時に、三九条二項は右のように『第二〇条は、これを適用しないものとする』という規定をおいていることに、注意しなければならぬ。ここに二〇条というのは、正当化原因を錯誤した者は故意を阻却することを定めたもので、つまり前草案一九条の規定から免責原因の錯誤を除いたものに外ならぬ。<sup>1)</sup>したがって、三九条二項は当然故意犯を規定し



たものとなり、その意味でまた本草案も前草案と同様、なお依然として、それ自らのうちに相矛盾する規定をおいたということになる。

ところで、かように正当化的緊急状態の錯誤が故意を阻却せず、ただ刑を減輕するにとどまるとすると、錯誤論上これをどう理解するかが改めて問題となる。現在、錯誤論ではいわゆる構成要件の錯誤と禁令の錯誤とが區別され、そして前者は故意を阻却するが、後者は故意を阻却せずただ責任を減輕するに過ぎないとするのが、通説である。そこで、この見地からみると、この三九条二項の錯誤は右のように故意を阻却しないのであるから、これを構成要件の錯誤とみることは固よりゆるされない。それではこれを禁令の錯誤と解し得るかということ、それも不可能である。ただし、すでに見たように、草案上の禁令の錯誤が正当化事由の事実的前提の錯誤を含まないことは、理由書によって明確に指示されているからである。尤も、学説によると、かような錯誤も、理論上は禁令の錯誤に属するとする見解がないではないが、<sup>(2)</sup>しかし仮りにこの見解を認めるとしても、この三九条二項の錯誤を禁令の錯誤と解することは妥当でない。けだし、禁令の錯誤といっても、本草案上では(二一条参照)前草案の場合(二〇条)と同様、ただ六四条一項(前草案では六五条一項)によってその刑を減輕し得るにすぎないのであるから、この中に実質上過失刑にちかい効果をもつ三九条二項の錯誤まで含まれるということは、概念上不当であるといわねばならぬからである。

ところで、若しかようにこの三九条二項の錯誤が、構成要件の錯誤でなく、また禁令の錯誤でもなく、さらに過失犯でなくて故意犯だとされながら、実質上は過失刑にちかい軽い刑で処罰されるとすると、一体われわれはこの錯誤をどのように理解したらよいのであろうか。卒直に言って、まことに正体の判らない錯誤という外はない。このような錯誤は、少なくとも従来<sup>(1)</sup>の理論では把み得ないものであり、その意味で三九条二項も合理性を欠く規定であって、結

局ただかように規定されているから、事実上これを認めるというより外に考え方のないものである。尤も、一部では、同じ正当化原因でも、緊急避難は正当防衛や懲戒などと異なり、適法な第三者の法益の犠牲において自己または他人の法益を保護するものであるから、その避難行為にはとくに慎重な諸事情の検討が必要であり、したがってこの点に若し不注意があった場合、これを他の正当化事由の錯誤と同視して刑責を免れさせること（すなわちただ過失が処罰されるときにのみ処罰すること）は、法の規制として充分でないという主張がある。<sup>(3)</sup>この主張は一見尤ものようであるが、しかし錯誤によって正当な第三者の法益を侵害することは、なにも誤想避難の場合にかぎられたことではない。たとえば、盗賊を取還しようとした被害者が暗がりのために善良な通行人を窃盗犯人と錯誤して、これに暴行を加えたような場合がこれである。この場合、通行人にとっては全く迷惑な災難といふべきであって、その点で誤想避難における第三者ととくに異なるところは無い。にもかかわらず、暴行者は誤想防衛として草案二〇条により無罪となり（尤も暴行によって傷害を生ぜしめたときは過失傷害者となる）、後者の場合のように有罪（故意犯）とならない。のみならず、一般的に考えても、右の主張では、誤想避難以外の場合ではいかにその不注意が大であっても、若しその過失行為が処罰されないときは無罪となるが、誤想避難の場合にはたとえその不注意が小であっても、なお有罪として処罰されるということになる。たとえば、重大な不注意で他人の物を毀棄した場合と、軽微な不注意に基づく誤想避難によって同じ他人の物を毀棄した場合のごときがこれである。かくみると、結局右の主張もまた理由がないということになるであろう。この意味で正当化的緊急状態の錯誤についての草案三九条二項の規定は、折角の修正にもかかわらず、結局合理的根拠がなく、したがってむしろこれを削除するのが妥当であると考えられる。いいかえると、この種の誤想避難はこれを他の正当化事由の錯誤と同様、草案二〇条によって一律に取扱うことが、立法論的にのぞましいとい

うことになる。

註(一) 草案二〇条が前草案一九条を修正して、正当化原因の錯誤にのみ故意阻却を認め免責原因の錯誤にそれを否定したのは、草案が右に正当化的緊急状態の錯誤と免責的緊急状態の錯誤とを区別したことと相照応するものである。

註(二) *Welzel, Das deutsche Strafrecht*, 7 Aufl., S. 152; *Maurach, Deutsches Strafrecht*, Allg. Teil, 2 Aufl., S. 379 ff.

註(三) 前掲理由書二一七頁以下参照。なおヘンキントの「緊急避難の過失」*Notstandsfahrlässigkeit*の考え方も又この見地から由来するものとしてよい。(English, *Tatbestandsirrtum und Verbotirrtum bei Rechtfertigungsgrund*, in *ZStW*, 70, 1958, S. 609)。この考え方は、正当化的緊急避難の錯誤の責任を、本質上構成要件の過失としながら、しかも草案(一九五六年の)一五条二項の制限(すなわち、法規が明文をもって過失の行動に刑を科していない場合、これを処罰するためには故意の行動の存することが必要である、とする制限)を越えて、なおその処罰を認めようとするものである。従ってその意味で、故意そのものは阻却するが刑罰は(原則として軽懲役)のこしておくとするもので、結局過失犯の拡大を意味するものといつてよい。この考え方は、本草案三九条二項にとって好都合のものといつてよいが、しかしこのような緊急避難の過失は、結局従来の故意にも過失にも含まれない第三の範疇を認めるもので、立法論としても果して支持されるかは大きな疑問があるとおもう。いいかえると、かような従来にない無理な操作をしてまで、なお三九条二項を存続させる必要があるかが、逆に問題となると考える。

### 三

右において、一九六〇年の草案における正当化的緊急状態の錯誤について検討したのであるが、つぎにその免責的緊急状態の錯誤について考察する。

すでに右に摘記したように、草案四〇条二項は、免責的緊急状態を誤想した者に対し、もしその誤想が非難すべき場合には、重懲役の代わりは六四条一項四号の範囲内で六月以上の軽懲役により、また軽懲役の高められた短期の代わりはその法定刑の短期により、刑を科すべきものと定めている。したがって、この規定は、まず第一に先の草案四

○条が誤想者に対し、単に六五条一項による任意的減輕を認めたのに較べ、より一層の減輕を認めた点で修正を加えているのみでなく、さらに第二に右に見た正当化的緊急状態の錯誤に較べてもまた、その処遇を異にすべく修正を加えているのである。その意味で、この錯誤は、前の草案のそれが一面では禁令の錯誤と、他面では正当化的緊急状態の錯誤と同視されていた点を、同時に修正したものといつてよいわけである。そこで、かように修正された草案上の免責的緊急状態の錯誤が、果して支持されてよいかどうかという点が、問題とされるのである。

従来、この免責的緊急状態の錯誤を如何に観るかについては学説がわかれており、これにドイツ刑法五九条を類推適用して故意阻却を認める説と、禁令の錯誤を類推適用して故意を阻却せずただ責任の減輕のみを認める説との二つがあるといつてよい。その理由は必ずしも一様でないが、この中主要なものをみると、まず故意阻却説では、(A)、故意は自由意思で法秩序に反抗する意欲をいうのであるから、誤想避難のように被強制状態で已むなく行為に出たようなときは、故意責任は阻却されるとする見解<sup>(1)</sup>、(B)、免責的緊急状態の錯誤でも、その法規自体を錯誤したときは故意を阻却しないが、その事実的前提を錯誤したときは故意を阻却するとする見解とがあり、つぎに禁令の錯誤説では、(C)、現実に免責的緊急避難で行つた者は、故意が阻却されず責任だけが阻却されるのに、現存しない緊急状態を輕卒に錯誤した者が、逆に輕い過失的不法を犯したとすることは不当であると見る見解<sup>(3)</sup>、(D)、免責的緊急状態の錯誤は厳密には禁令の錯誤ではないが、しかし規範の存在の錯誤とその決定力の錯誤とは内容的に等置すべきものであるから、これに禁令の錯誤を拡張してもよいとする見解とがある<sup>(4)</sup>。

かように説が岐れているのであるが、しかし右に見たように草案四〇条二項は、この故意阻却説および禁令の錯誤説のいずれにもしたがっていない。むしろその中間ともいふべき第三の立場をとっているのである。そこで、この点

の妥当性が問題となるわけであるが、私はつぎのような理由によって、この草案の立場を支持したいと考える。まず故意阻却説であるが、この場合の誤想者は、なるほど右(B)のいうように事実関係を錯誤したもので法規自体を錯誤したものであるが、しかしその事実関係はどこまでも免責的のものであって、直接故意の対象となる構成要件に関するものではない。故にこれに故意阻却を認めるということは理由がない。したがってこの点では、右(C)の見解が正しいとせねばならぬ。尤も、この点については、(A)のように故意責任は自由な状態で法秩序に反する意思をいうのだとする考え方がないではないが、しかしこの考え方は、すでに述べたように、責任説にしがたった草案の立場からは妥当とされ得ない。けだし、責任説は故意を責任から切り離して、それと別個に考えろという見地を保持するものであるからである。この意味で、この故意阻却説は支持し得ないといわねばならぬ。つぎに禁令の錯誤説であるが、この場合の錯誤が免責的緊急状態に関する法規自体の錯誤でなく、単にその事実的前提についての錯誤であるのに、なおこれを禁令の錯誤とする点(またはこれと同視する点)に問題がある。けだし、この後の錯誤の場合は、誤想者に必ずしも禁止(すなわち違法)の認識が欠けているのでないから、これを禁止の錯誤とすることは不当であるし、またすでに見たように、草案自ら正当化事由の事実的前提の錯誤(二〇条)と法規自体の錯誤(二一条)とを区別し、後者の場合だけを禁令の錯誤としているのであるから、この点から推考してもこれを禁令の錯誤と解することは、妥当でないからである。したがって禁令の錯誤説もまた支持しがたいといわねばならぬ。この意味で、本草案が、免責的緊急状態の錯誤につき従来の学説のいずれにもしたがわず、これを故意犯としつつも前草案(禁令の錯誤と同視した)を修正し、新に別個の軽い刑をもって処罰すべきことを定めたのは、妥当な立法措置として支持されてよいと考える。<sup>(5)</sup>

それでは、錯誤が、かように免責的緊急状態の事実的前提についてではなく、その法規自体について存した場合、

一体これを如何に解すべきかが改めて問われるであろう。この点につき草案は直接規定していないので問題であるが、解釈上は、やはりこれを禁令の錯誤に準じて考えるのが妥当でないかと解する。固より、法規の錯誤といつても、この場合は免責的法規の錯誤で正当化的法規の錯誤でないから、これを右のように禁令の錯誤に結びつけて考えてよいかは、一応疑義がないではない。けれども翻つて考えると、この種の錯誤はなるほど概念上は禁令の錯誤と同じではないが、しかし国民一般の法意識の上で、事実上この両者がしかく判然と区別されているとおもわれな<sup>い</sup>。何故なら、国民一般は、免責的緊急状態と正当化的緊急状態との法的区別を識別して行為するほど、それほど法的知識に習熟しているとおもわれな<sup>い</sup>からである。たとえば、現在急迫の危険から自己の財産を保護するために、已むを得ずそれとほぼ同価値の他人の財産を犠牲にした場合、草案上では正当化的緊急状態にもあてはまらないし、また免責的緊急状態にもあてはまらない<sup>(6)</sup>。したがって、この場合に、もし避難者が不注意で「免責される」と信じて避難行為に出たときは、免責的法規を錯誤したものであり、「正当化される」と信じて同様行為に出たときは、正当化的法規を錯誤したものでいわゆる禁令の錯誤となる。しかし、国民一般はたとえ緊急状態の法規を錯誤するとしても、かように両者を判然と区別して錯誤することは稀で、むしろ自分の行為がただ単に「ゆるされる」という程度で、無差別に錯誤するのが普通だといつてよいとおもう。そうだとすると、この免責的法規の錯誤と正当化的法規の錯誤（禁令の錯誤）とを、概念上の要求にしたがって区別することは実益に乏しく、したがってまた適切でもないといふことになる。のみならず、かりに避難者にこの両錯誤が区別されていたとしても、かような両錯誤に、果して法的効果を型別しなければならぬほどの根拠があるか、は疑問である。何故なら、右のように自分の財産をまもるために他人の財産を侵すことが「正当化される」と誤解した場合と、「免責される」と誤解した場合との間に、法を知る義

務違反の点で大小、軽重の差があることは理由がないし（けだし法を知る義務は同一だから）、また避止可能性の点から観ても、たとえ不注意にしろ「免責される」と信じたときは、かかる誤信のない普通の場合と比べて、その避止可能性は若干弱まるのが通常であるから、これに対しては禁令の錯誤と同様任意的減輕を認めるのを相当とするからである。かく観ると、免責的緊急状態に関する法規自体を錯誤したときは、その事実的前提を錯誤したときと異なり、事実上もまた理論上もこれを禁令の錯誤に準じて考えるのが妥当とされる、ということになるであろう。（この帰結は右の故意阻却説でも禁令の錯誤説でも結論的には一致して承認されている）。

註(1) Baumann, Strafrecht, Allg. Teil, 2 Aufl., S. 334.

註(2) Mezger, Strafrecht (Studienbuch 1) 9. Aufl., S. 178; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, 10. Aufl., S. 365.

註(3) Welzel, Das deutsche Strafrecht, 7. Aufl., S. 165.

註(4) Maurach, Deutsches Strafrecht, Allg., Teil, 2. Aufl., S. 382f.

註(5) 尤もここではこの種の錯誤の行くべき方向が従来の故意阻却説でも、禁令の錯誤説でもなく、第三の中間的方向にあることを支持しているので、四〇条二項に定められた刑そのものがそのまま承認されてよいとしているわけではない。

註(6) 一九五六年草案では、右にみたように、財産に対する緊急避難が一般に認められているが、しかし同価値の財産に対しては正当化的緊急避難が認められず、免責的緊急避難だけが一応認められるということになっていた。しかし一九六〇年の草案では、右のように、正当化的緊急避難については大体前草案と同じだが、免責的緊急避難は修正をうけ、単に生命、身体、自由に対してのみ（さらに自己または近親者または密接な関係にある者にかぎり）認められるにすぎないので、このような場合はどちらの緊急避難も認められないということになる。