

みせかけの構成要件要素と刑法38条2項

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 補充関係あるいは「受け皿的」関係にある場合と減輕類型の場合
- 3 補充規定によって構成要件該当行為が拡張される場合
- 4 違法性減少事由の誤想との異同
- 5 減輕事情を純粹主観的な構成要件要素とする見解
- 6 責任減少類型を別扱いとする見解
- 7 薬物に関する錯誤
- 8 むすびにかえて

1 問題の所在

1 刑法38条2項は「重い罪に当たるべき行為をしたのに、行為の時にその重い罪に該当することとなる事実を知らなかった者は、その重い罪によって処断することはできない。」と定める。この規定は、旧刑法77条3項を継承したもので、1975年現代用語化改正を経てはいるが、1907年現行刑法の政府提案理由書によれば、その趣旨は旧刑法77条3項と同一とされているし¹⁾、現代用語化改正によっても趣旨は変わらないものとされている。

2 そこで、たとえば行為者が、1995年に削除される前の刑法200条にいう尊属をそうであることを知らずに殺した場合、この38条2項に従って200条では処断されない。その結果、行為者は199条の普通殺人罪で処断されることになる²⁾。また、窃盗の共犯や恐喝の共犯の故意で強盗の共犯と

* まつみや・たかあき 立命館大学教授

1) 倉富勇三郎ほか監修・松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』(1990年)2144頁参照。

2) 大阪高判昭和30・12・1裁特2巻22号1196頁、長崎地佐世保支判昭和33・1・3第一ノ

なる結果になった場合でも、行為者は強盗の共犯では処断されず、その結果、窃盗の共犯や恐喝の共犯で処断されることになる³⁾。重い罪の成立が否定されるのと同時に軽い罪が成立するのは、尊属殺人が普通殺人の加重類型で前者は後者に対して特別関係に立つし、強盗もまた、財物の奪取(＝窃取＝強取)という点で窃盗を常に包含する関係にあるからである。つまり、行為者が被害者の尊属という属性を知らなかったとしても、199条の「人を殺した」という構成要件は実現されており、それに対する故意もあるし、共犯者が暴行・脅迫を用いて財物を奪取しようとしていることを知らなかったとしても、235条の「他人の財物を窃取した」という構成要件は実現されており、それに対する故意もあるので、それぞれ軽い犯罪が成立するのである。大事なことは、重い罪での処断が否定されると、それに吸収されていた軽い犯罪が残るという関係にあるということである⁴⁾。

3 しかし、重い罪に当たることとなる事実を知らなかった行為者に、問題なく常に、軽い罪の既遂が成立するというわけではない。すでに、109条1項にいう非現住建造物に放火するつもりで、108条にいう現住建造物に放火してしまった場合には、109条1項が「現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない」建造物等を客体とするという前提を動かさない限

、審刑事裁判例集1巻1号62頁参照。

- 3) 窃盗幫助を認めた例として最判昭和23・5・1刑集2巻5号435頁、恐喝の共同正犯を認めた例として東京高判昭和35・4・21東高時報11巻4号86頁。所有権がすでに被害者に移転していることを知らずに土地を売却した事例について、横領に当たる事実を背任の故意で実現したものとして背任罪で処断したものに東京高判昭和59・8・29東高時報35巻8・9号70頁がある。さらに、強盗教唆と窃盗教唆との間に同様の関係を認めたが、結論的には教唆の因果関係を否定したものに、最判昭和25・7・11刑集4巻7号1261頁がある。
- 4) この点で、強盗と恐喝の関係については、少し説明が必要である。というのも、恐喝(249条1項)の構成要件は畏怖した被害者による財物の交付を要求しているので、現実には「奪取」(＝「強取」)という方法で共犯者が財物を手に入れた場合でも、249条1項の構成要件が充たされるのかという疑問があるからである。この疑問については、別に検討したいと考えているが、仮に、東京高判昭和35・4・21東高時報11巻4号86頁のように、恐喝(既遂)の共同正犯の成立を認めるべきだとすれば、「財物を交付させた」という構成要件要素は「財物を奪取した」場合を含むと解釈せざるを得ない。その限りでは、恐喝罪も「奪取罪」となりうるのである。

り、現実には108条にいう「現に人が住居に使用し又は現に人がいる」建造物等に放火した行為を109条1項の構成要件に該当すると即断することはできない。

また、被殺者の現実の囑託ないし承諾があったと誤信して人を殺した人物は、実際には、202条後段が要求するはずの、人を「その囑託を受け若しくはその承諾を得て」殺したわけではないのであるから、このような殺人行為がすぐさま202条後段の同意殺人構成要件に該当するとは言えないはずである。せいぜい、行為者が認識した軽い犯罪の未遂が認められるにすぎない。

さらに、他人の占有下にある財物を遺失物だと誤信して持ち去り自己のものとした行為者には、通説や判例は、軽い遺失物横領の既遂を認める。しかし、このような窃盗と遺失物横領にまたがる錯誤の場合、両罪は一方が他方の加重または減輕類型に当たるものではない。くわえて、客観的には他人の占有下にある物は、254条にいう「占有を離れた……物」に当たるものではない。したがって、同一客体に対して、同時に、窃盗と遺失物横領を実現することはできない。ゆえに、行為者が、その財物を他人の占有下にあると知らずに持ち出した場合に「窃取」の故意がないことを理由に窃盗罪の成立を否定しても、そのことから自動的に遺失物横領罪の成立が帰結されるわけではない。それどころか、このままでは、「占有を離れた……物」が存在しないので、遺失物横領罪の成立は難しい。ありうるのは、不可罰の過失窃盗と、同じく不可罰の遺失物横領未遂でしかない。

最後に、176条の強制わいせつや177条の強姦にも問題がある。いずれも、手段として暴行または脅迫を要求する第1文の被害者には「13歳以上」という属性が付され、暴行または脅迫を要求しない第2文の被害者には「13歳未満」という属性を要求している。そのため、13歳未満の被害者を13歳以上であると誤信して、暴行・脅迫を用いてわいせつ行為ないし姦淫に及んだ人物については、第1文の要求する「13歳以上」の被害者がいないため第1文は適用できず、さりとて、行為時に被害者が「13歳未満」であることを知らなかったために第2文の「罪を犯す意思」（38条1項）つまり

故意がないので、第 2 文で処断することもできないことになってしまう。せいぜい、暴行・脅迫を用いて13歳以上の被害者にわいせつ行為ないし姦淫をしようとしたことを理由に第 1 文の未遂しか認められないのである。

4 しかし、従来の判例は、さしたる理由も示さず、行為者が認識していた軽い罪の既遂を認めている。被告人が非現住建造物放火のつもりで現住建造物放火を実現したケースについては、下級審ではあるが、札幌地判平成 6 年 2 月 7 日判タ873号288頁が、放火した派出所に仮眠休憩施設があることを知らなかった被告人について、特に理由を示さず、「被告人の犯行当時の認識を前提とする限り、被告人に現住建造物放火の故意を認めることには合理的な疑い残り、他方、被告人が非現住建造物等放火の故意を有していたことは明らかであるから、現住建造物等放火の訴因の範囲内で非現住建造物等放火の事実を認定することにする。」と判示しているし、神戸地判昭和36年 6 月21日下刑集 3 巻 5 = 6 号569頁もまた、放火した家屋内の被害者が自己の殺害行為によってすでに死亡していると誤信していた被告人について、「放火の点は、被告人において本件家屋にHが未だ生存していることを知らず、既に死亡しているもの即ち人の住居に使用せず且つ人の現在しない建物として誤認して放火したものであるから、同法第38条 2 項に則り同法第109条第 1 項により処断すべく」と述べている。いずれも、43条の未遂減軽は行っていないのである。

同様に、殺人と同意殺人については、すでに大判明治43年 4 月28日刑録 16輯760頁が、被害者が戯れに自己の殺害を囑託したのにこれを信じて殺害しようとした被告人に、刑法38条 2 項によって202条、203条を適用しているし、最決昭和28年 9 月30日刑集 7 巻 9 号1868頁も、類似の事案に関し、殺人の起訴に対して38条 2 項により同意殺人の責任を認めても訴因、罰条の変更を要しないと述べている。いずれも、同意のない被害者の殺害に対して、同意殺人に関する202条を適用しているのである⁵⁾。しかし、この

5) さらに、同様の事案で、202条の適用を認めた下級審判例として、東京高判昭和 53・11・15 判時928号121頁、名古屋高判平成 7・6・6 判時1541号144頁がある。

ケースでは、先の現住建造物放火と非現住建造物放火との間の錯誤と異なり、199条の構成要件である「人を殺した」という事実については、行為者は認識しているので、38条2項にいう「行為の時にその重い罪に該当することとなる事実を知らなかった」という錯誤は、行為者にはないようにみえる。にもかかわらず、判例は、特に理由を示すことなく、38条2項によって202条の適用を認めているのである。

また、たとえば他人の占有下にある財物を遺失物だと思い込んで持ち帰り横領した場合のように、もともと加重減輕類型の関係にない窃盗と遺失物横領との間の錯誤でも、従来の判例や通説は、38条2項によって当然に遺失物横領罪を認めている⁶⁾。さらに、法定刑に差のない176条や177条の被害者の年齢に関する錯誤の場合でも、判例は、全体として176条あるいは177条に該当するものとしており、それ以上の理由を示していない⁷⁾。もともと、この場合には、刑に差異がないのであるから、そもそも38条2項は使えない。

5 本稿は、このような問題について、軽い犯罪の既遂や、被害者年齢の錯誤に関しては強制わいせつ罪および強姦罪の既遂を認める通説・判例の結論を妥当とする前提の下で、この妥当な結論を導くための妥当な解釈を検討してみようとするものである。もっとも、その結論の如何では、あわせて、重い罪の成立を否定するにとどまる現行刑法38条2項の改正の必要性にも言及することとなる。

なお、判例では、さらに、覚せい剤を麻薬（コカイン）と誤認して所持した行為者に麻薬所持罪を適用した最決昭和61年6月9日刑集40巻4号269頁がある。この決定の法廷意見中には刑法38条2項の適用は明示され

6) 東京高判昭和35・7・15下刑集2巻7＝8号989頁。

7) 177条について大判大正2・11・19刑録19輯1255頁、176条について最決昭和44・7・25刑集23巻8号1068頁。これについて大谷實教授は、「学説上も十分な検討がなされないまま、ほぼ判例と同様の結論を採用することで見解が一致しているようであるが、その根拠は、かならずしも共通しているとはいえない。」と述べている。大谷實・法学セミナーベストセクション177条（1970年）126頁。

ていないが、「重い罪となるべき事実の認識がないから、覚せい剤所持罪の故意を欠くものとして同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で軽い麻薬所持罪の故意が成立し同罪が成立するものと解すべきである」という判示が見られるし、谷口正孝裁判官の補足意見では、「違法・責任の質、量の重い罪（本件では覚せい剤所持罪）の構成要件が、刑法38条2項により修正を受ける結果（同規定は構成要件の修正を認める実定法上の根拠規定と考えることもできる。）、違法・責任の質、量の軽い罪（麻薬所持罪）が成立する」と述べられていることからみて、判例では、覚せい剤所持（10年以下の懲役）と麻薬所持（7年以下の懲役）という客体も法律も異なる犯罪についても、法定刑が異なれば38条2項の適用が可能と考えているように見受けられる⁸⁾。そこで、最後に、この問題についても、検討してみることにしよう。

2 補充関係あるいは「受け皿的」関係にある場合と 減輕類型の場合

1 まず、他人の占有下にある財物を遺失物だと誤信して持ち帰り領得した「窃盗と遺失物横領」にまたがる錯誤を検討してみよう。この場合には、先に述べたように、「窃取」の客体となる「他人の占有下にある財物」と遺失物横領の客体となる「占有を離れた……物」とは択一的関係にあるから⁹⁾、同一物が同時にこの二つの属性を充たすことはできない。

しかし、視点を少し変えれば、この場合にも遺失物横領罪の成立は可能となる。すなわち、「横領行為」＝「不法領得の意思の実現」時点を、行

8) 安廣文夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（昭和61年度）（1989年）100頁も、「本決定……のように、判例上、構成要件が実質的に重なり合うとか、罪質が同一であるとされている場合には、少なくとも実現された重い罪の規定は論理的には必要というべきであり、したがって、その適用を示すほうがベターであると考え」と述べている。

9) ここでは、通説に従い、刑法235条にいう「財物」と刑法254条にいう「物」は同じ意味であることを前提とする。

為者が他人の財物を持ち出した直後の時点に認めればよいのである。たとえば、公園のベンチに所有者Aが意識して短時間置いていたカメラを、Xが遺失物と誤信して持ち帰り使用したり質入れしたりした場合、Xがカメラを持ち出した直後に、そのカメラはAの占有を離れ、かつ、Xによる使用ないし質入れ等の処分が事実上Aに妨げられることなくできるようになった時点で、Xによる横領行為があったと解すればよい¹⁰⁾。この場合には、持ち出しから横領行為までにわずかでも時間を置くことで、同一物が同時にAの占有下にありかつ占有を離れているという矛盾した評価を免れることになる¹¹⁾。

このような解決法は、同じく遺失物横領に関するドイツ刑法の「小さな修正解釈」にヒントを得たものである。ドイツ刑法246条の横領罪は、1998年に改正されるまでは、日本刑法と異なり、いわゆる遺失物横領を想定した規定はなく、かつ、横領罪の成立に客体が行為者の占有または保管の下にあることを要求していた。そして、客体が委託されたものである場合には、246条2項により、刑が加重されていたのである。したがって、遺失物横領を処罰するにはこの横領罪の規定を用いざるを得なかったのであるが、ここで厳格に、横領の前にすでに客体が行為者によって占有または保管されていることを要求すると、この規定を遺失物横領に適用することができなかった。そこで、判例および学説では、遺失物の占有取得と（ほぼ）同時に横領がなされても、その間にわずかな時間的差異を認めることで246条の構成要件は充足されるとする「小さな修正解釈」が主張さ

10) 前掲東京高判昭和35・7・15下刑集2巻7=8号989頁は、駅の改札口付近に置いてあったカメラを、被告人が遺失物と信じて持ち帰り質入れしたという事案に関するものである。持ち出しのとき、所有者はすぐそばにいて失念に気付いたが、被告人は所有者が付近にいることを認識していなかった。本判決は、このような場合になお被害者にカメラの占有があることを認定しつつ、被告人を遺失物横領としたのである。

11) すでに、拙稿「演習刑法1」法学教室241号（2000年）172頁で提案していた解決法である。したがって、「遺失物横領罪と窃盗罪の両者にまたがる『共通構成要件』……を両者の法文解釈により導出・想定」（山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）222頁）するという、立法権の領域に踏み込む解釈論を展開する必要はない。

れるようになったのである¹²⁾。

2 もっとも、このような「小さな修正解釈」は、窃盗も遺失物横領も他人の財物を不法領得する罪という点で共通でありながら、窃盗罪では不法領得は「意思」であればよく「行為」である必要はないという特殊性から、財物の持ち出しから領得までの時間差を利用するという「微分」的な方法を用いることが可能であったという「幸運」に支えられたものである。したがって、次の現住建造物放火と非現住建造物放火にまたがる錯誤のように、「行為」の時間差を利用することができない事例では、別の方法を考えなければならない。

ここでは、行為者が非現住だと思っていた建造物が現に人が住居に使用しまたは人が現在するものであったのであるから、これに109条1項を適用するためには、38条2項により——重い犯罪の故意がないため——重い108条の適用を否定するだけでは不十分である。なぜなら、109条1項の(客観的)構成要件が充足されていないと解するなら、せいぜい、109条1項の未遂しか成立しないという解釈も、「具体的危険説」などの見解に拠るなら、十分に可能だからである。それにもかかわらず、それより被告人に不利益な109条1項の既遂を認めるためには、108条の否定に加えて、109条1項が「現に人が住居に使用せず、かつ、現に人がいない」建造物等を客体とするという前提を覆さなければならない。つまり、同項の構成要件は、とにかく「建造物……に放火した」ことで足りるとしななければならないのである。そして、判例および通説は、この作業を無意識のうちにやっている。

さらに厄介なのは、殺人と同意殺人にまたがる錯誤である。行為者が被害者の同意を誤想した場合、202条後段の同意殺人罪が199条の普通殺人罪

12) 判例としては、RGSt 49, 195; 58, 228; 67, 70 など。詳細については、伊藤司「ドイツ刑法典の『横領罪』に関する予備的一考察」法政研究66巻2号595頁、同「ドイツ刑法典の『横領罪』に関する予備的一考察——『判例』の具体的内容と評価」法政研究66巻3号1219頁参照。

の減輕類型にすぎないと解するだけなら、被害者が現実には同意していない事例では、それは199条の「人を殺した」という基本犯の構成要件に該当する行為であり、かつ、「人を殺した」という限度で199条の「罪を犯す意思」（38条1項）もあることになるので、202条後段の要件を充足していない以上、特別法である減輕類型の出番はない。つまり、「重い罪に該当することとなる事実を知らなかった」場合に適用される38条2項はそもそも出番がなく、行為者は199条で処断されるのであり、同意の誤想が動機であったという事情は、一般的な量刑事情として考慮されうるにすぎないという結論になるのである¹³⁾。したがって、ここで202条後段の適用を認めるべきであるなら¹⁴⁾、一方で、202条後段にいう「その囑託を受け若しくはその承諾を得て」という文言を同罪の（客観的）構成要件要素から追い出し、他方で、199条の構成要件を、人を「その囑託を受けずかつその承諾も得ずに」殺したという「書かれざる構成要件要素」を含むものと解すべきことになる¹⁵⁾。そして、この作業もまた、判例および通説は無意識のうちにやっている。

3 しかし、結論的には妥当として判例も通説も認めるこれらの解決法は、

13) それどころか、ピンディングのように、囑託殺人による減輕は被殺者の囑託を不可欠の前提とし、囑託が現存せず、単に誤想されているだけの場合には、実際には、完全な減輕事由は存在しないと考える場合には、202条の直接適用も類推も妥当でないことになる。Vgl., K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. III, 1918, S. 325. しかし、罪責は、引き起こされた不法と、これに対応する責任との積によって評価されるべきものであり、錯誤を無視して、違法減少事由の不存在から直ちに減輕を拒否するべきではない。

14) この結論の妥当性は、被殺者の同意が199条に対して同意殺人の違法性を減ずる事情であるという理解と、このような違法減少事情を類型化した202条後段は、その不法内容において199条よりも軽い構成要件を定めたものであり、そのような軽い構成要件該当事実しか認識していない行為者の故意責任は、普通殺人に関する故意責任よりも典型的に軽くすべきであるという「故意責任の本質論」から導かれる。もちろん、同意の誤想の場合には、真の同意殺人よりも行為の違法性は重いが、これに対応する責任は過失的なものでしかないので、202条の法定刑の中で量刑事情として考慮すれば足りると考えるのである。

15) すでに、中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジオン刑法2 未遂犯論・罪数論』（2002年）190頁以下や松宮孝明『刑法各論』（2006年）30頁以下で示した解決法である。

制定法の明文を無視するものとして罪刑法定の原則に反しないのであろうか。これについて参考となるのは、先の窃盗と遺失物横領にまたがる錯誤の場合に、ヴェルツェルらによって主張された「大きな修正解釈」である。それによれば、ドイツ刑法246条にある「自己が占有または保管する」という文言は、厳密には構成要件要素ではなく、横領を——より重い——窃盗から区別するための「限界設定公式」(Abgrenzungsformel) にすぎないというのである¹⁶⁾。

このような「大きな修正解釈」は、残念ながら、多数説や判例から罪刑法定原則違反という批判を浴びていたが、1998年の改正により占有・保管条項が246条から削除されたため、立法論としてはこの考え方が支持されたことになる。そこで、現住建造物放火と非現住建造物放火にまたがる錯誤や同意殺人と普通殺人とにまたがる錯誤にこの考え方が応用できるとすれば¹⁷⁾、わが国の判例および通説の考え方は、解釈論として、一応の正統性を得ることとなる。このように、とりわけ「補充関係」や「減輕類型」に当たるように思われる規定間では、より重い犯罪との関係での「錯誤を考慮せずに限界設定要素が条文化されているため、必ずしもすべての文言が『構成要件要素』とならないことがある」¹⁸⁾のである。

このような考え方の背後には、罪刑法定の原則は解釈者が立法者の意思を無視して恣意的な解釈をすることを禁止するものであり、その反対に、解釈者が制定法の罰条の相互関係ないしその総体から読み取れる立法者の意思を生かす解釈をする場合には、この原則の要請には反しないとする理解がある。立法者の真意が条文を形式的に読むだけでは生かされない場合に、ここには立法者の「表示の錯誤」(民法95条) に類似したものがあるとみて、その意思を生かす解釈をするわけである¹⁹⁾。しかし、そうはいっ

16) Vgl., H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht—Eine systematische Darstellung, 11. Aufl. 1969, S. 339f. これについて詳細は、伊藤・前掲法政研究66巻2号599頁注(9)参照。

17) すでに、松宮・前掲法学教室241号172頁で示した解決法である。

18) 前掲法学教室241号172頁。

19) 拙著『ブチゼミ 刑法総論』(2006年)39頁を参照されたい。仄聞するところでは、ノ

ても、このような場合には、欠陥が見つければその都度、ドイツ刑法が246条で行ったように²⁰⁾、その旨を明示する法改正が望ましい。

4 ところで、このような「大きな修正解釈」は、先の横領罪に関しても、必要となることがある。ヴェルツェルによれば、すでに行為者から占有が離れた委託物を横領する場合である²¹⁾。たとえば、委託物を委託者の許可を得て転貸していた人物が、その物を勝手に売却したり質入れしたりした場合である。この場合に、日本刑法252条にいう「自己の占有する」という文言に、このような間接占有は当てはまらないという解釈を採用なら、この行為に委託物横領罪を認めることはできなくなる。したがって、日本でも、252条の「占有」条項は、より重い窃盗罪との限界設定公式にすぎないと考えるか、あるいは、刑法の「占有」概念を民法に接近させて「間接占有」を含むと解するか、いずれかの解決法が必要となるであろう。もっとも、後者の方法では、多くの場合、横領罪が窃盗罪に吸収されてしまうが。

3 補充規定によって構成要件該当行為が拡張される場合

1 このように「大きな修正解釈」は、立法者の真意を生かして、罰条の中に「書かれた非構成要件要素」²²⁾ないし「みせかけの構成要件要素

ゝこのような「立法者の表示の錯誤」という考え方はサヴィニーが主張していたとのことであるが、残念ながら、筆者はまだ、それを確認する作業ができていない。

20) 1998年の改正では、同時に、246条の横領罪と242条の窃盗罪について、自己領得の目的ばかりでなく、他人に領得させる目的の場合も含まれるという「不法領得の意思」を拡張する改正も行われた。その背景には、被告人が直接物の占有を取得することなく他人（旧DDR）のために、国外から発送された郵便物から財物を抜き取るよう指示を出した事件（被告人の名をとって「ミールケ事件」とも呼ばれる）において、BGHが246条の適用を否定したという事情があった。Vgl., BGHSt 41, 187. このBGH刑事連合部決定については、松宮孝明「ドイツ刑法学界の近況と日本刑法学」現代刑事法33号（2002年）58頁以下を参照されたい。

21) Vgl., Welzel, a. a. O., S. 339f.

22) この「書かれた非構成要件要素」という用語法は、高山佳奈子「故意の構造（2）」法学協会雑誌111巻4号（1994年）556頁，同『故意と違法性の意識』（1999年）220頁による。

素」²³⁾があることを認め、同時に、「書かれざる構成要件要素」を補充して妥当な結論を導くものである。この方法の優位性は、とりわけ、法定刑は同じだが補充規定によって構成要件該当行為が拡張される場合には、いっそう明らかになる。というのも、そのような場合には、二つの罰条の法定刑に差がないので、そもそも法定刑に差異があることを前提としている刑法38条2項は適用の余地がないからである。たとえば、13歳未満の被害者を13歳以上であると誤信し、かつ、暴行または脅迫を用いて176条にいうわいせつ行為ないし177条にいう姦淫行為を行った行為者に関しては、条文を文言通りに読むと、被害者が13歳未満である以上、「13歳以上」と書かれた第1文は適用できず、かつ、被害者が13歳未満であることを知らない行為者には「13歳未満」と書かれた第2文も、その「罪を犯す意思」つまり故意が欠けるために適用できないこととなる²⁴⁾。

2 しかし、176条や177条を総合して読めば、立法者は、被害者の年齢如何にかかわらず、暴行または脅迫を用いてわいせつ行為や姦淫行為を行った場合には、一律に、176条や177条を適用する趣旨であったと解することができる。なぜなら、被害者の年齢に関する錯誤を想定しなければ、13歳以上の被害者に対しては第1文が適用でき、また、13歳未満の被害者に対しては、暴行または脅迫を用いなくても第2文が適用できるはずであるからである。ここでは、立法者は、錯誤の問題を忘れていたので、これで処罰の間隙は生じないと思っていたと解するしかない。したがって、立法者の真意を生かした解釈をするなら、第2文では、被害者が13歳未満であることが暴行または脅迫を手段としなくても176条や177条の罪を成立させる根拠であるから「13歳未満」を構成要件要素でないとはできない

23) この「みせかけの構成要件要素」という用語法は、松宮孝明「薬物事犯と抽象的事実の錯誤」立命館法学236号(1994年)216頁、同『刑事立法と犯罪体系』(2002年)175頁による。

24) このような事例において、厳密に言えば被害者が13歳未満であるという認識が被告人にあったことの認定なしに、176条の既遂を認めたものに、前掲最決昭和44・7・25刑集23巻8号1068頁が、同様の事例において177条の既遂を認めたものに、前掲大判大正2・11・19刑録19輯1255頁がある。

が、第1文では、被害者が13歳以上であることが176条や177条に該当する行為の可罰的違法性を根拠づけるものではないのであるから、この「13歳以上」という文言は、暴行または脅迫がなくても罪となる第2文の構成要件との間の限界を設定する要素にすぎない、つまり「みせかけの構成要件要素」にすぎないと解すべきことになる。ここでも、解釈の決め手は、「立法者意思」である²⁵⁾。

4 違法性減少事由の誤想との異同

1 ところで、学説の中には、このような事例を、構成要件要素の解釈によってではなく、違法性阻却事由の誤想に準じた違法性減少事由の誤想として解決しようとするものがある。ドイツのヴィルフリート・キューパーの見解である。それによれば、減輕事由が、それが無い場合に比べて行為の違法性が小さいことを理由とする場合は、違法性阻却事由の誤想が故意を否定するのと同じく²⁶⁾、違法性減少事由の誤想は責任の小さい故意を、つまり軽い故意責任を根拠づけるとするのである²⁷⁾。

たしかに、たとえば急迫不正の侵害を誤想し、かつ、誤想した侵害に対しても過剰な防衛を行った「誤想過剰防衛」の場合、これについては違法性減少事由の誤想があるのだから刑法36条2項を類推して刑の任意的減免の余地を認めるのが通説および判例の考え方である²⁸⁾。この結論を、過剰

25) 立法者意思は、それが憲法に違反するなど特段の不都合がない限り、解釈者が尊重すべきものであり、それは「客観的解釈」と矛盾するものではない。現に、先の最決昭和44・7・25を評釈した西田典之教授も、「結局立法者の意図は、およそ人に対し暴行脅迫を用いてわいせつ行為を行なった場合を処罰する点にあると考えられる。」と述べて、その結論の拠り所を「立法者意思」に求めている。西田典之「判批」警察研究42巻2号（1971年）147頁。

26) キューパーは、いわゆる制限責任説を支持している。その背後には、おそらく、「消極的構成要件要素の理論」があるものと思われる。

27) W. Küper, Zur irrigen Annahme von Strafmilderungsgründen, GA 1968, S. 321, 331ff.

28) 代表的な判例としては、最決昭和41・7・7刑集20巻6号554頁や「勘違い騎士道事件」などと呼ばれる最決昭和62・3・26刑集41巻2号182頁がある。

防衛を違法性減少事由ないし違法・責任減少事由とみる考え方で説明しようとするなら、それは、過剰防衛という違法性の小さい犯罪の故意で、通常の犯罪を実現したとみて、ちょうど減輕類型の誤想の場合と同じように、故意責任が小さくなるという説明が妥当であるように思われる。

2 しかし、このような説明方法は、同一の構成要件に該当する行為につき、存在しない違法性減少事由を誤想した場合に妥当するものである。つまり、その限りで当該構成要件に該当する事情は行為者に認識されている。これに対して、本稿で問題としている異なった構成要件にまたがる錯誤の場合には、重い犯罪の構成要件を充足しているという認識が行為者にないことに注意が必要である。たとえば、窃盗と遺失物横領にまたがる錯誤では、他人の占有を害しているという認識のないことは、窃盗罪の構成要件内で当該行為の違法性を小さくする事情を誤想しているということを意味しない。同様に、現住建造物を非現住建造物と誤信して放火した場合でも、非現住性の誤想は、現住建造物放火罪の構成要件内で行為の違法性を小さくする事情の誤想を意味しない。

また、この考え方では、本来、構成要件該当事実の錯誤で解決すべき問題を違法性阻却・減少事由に関する錯誤に持ち越して処理することになる。つまり、この考え方では、たとえば行為者が被害者による殺害の囑託を誤想して殺害した場合、この殺害行為は一旦199条の殺人罪の構成要件を実現する故意で行われたと判定し、その後で、被害者の囑託の誤想という行為の違法性を減ずる事情の誤想を理由として、故意責任の程度が202条後段に相当するので、199条に該当する行為であるにもかかわらず、その法定刑にはない「6 月以上 7 年以下の懲役又は禁錮」(202 条) で処断されるという構成になるのである。しかし、これでは、199条の明文を無視した法定刑が適用されることになってしまう。

くわえて、現住建造物を非現住建造物と誤信して放火した事例では、108条の故意はないので38条 2 項により現住建造物放火罪は成立しないため、108条の構成要件該当性とその故意を認めた上で109条 1 項の法定刑を

適用するという方法は使えない。

さらに、強制わいせつや強姦における被害者の年齢に関する錯誤の事例のように、法定刑に差異のない罰条間での錯誤の場合には、そもそも、このような「違法性の小さい行為に対する故意」という構成は使えない。なぜなら、法定刑が同じである以上、故意責任の程度も同じだからである。たとえば、13歳未満の被害者を13歳以上であると誤信して暴行または脅迫によってわいせつ行為を行った場合、その行為は一旦、13歳未満の被害者を客体とする176条第2文の構成要件に該当した後、故意責任が小さいとして176条第1文や、第1文・第2文を問わず176条全体が適用されるわけではない。

以上の理由から、違法性阻却事由の誤想に準じた違法性減少事由の誤想という処理は、本稿で検討している諸事例には適切でないことが明らかとなる。

5 減輕事情を純粹主觀的な構成要件要素とする見解

1 これに対して、ドイツ刑法では、1969年の総則改正によって、その16条2項に「行為遂行時に、より軽い法律の構成要件を実現する事情を誤認した者は、より軽い法律によってのみ故意による遂行を理由として罰することができる。」²⁹⁾とする規定が新設されている。この規定に関し、一部の学説は、このような減輕事情の誤想の場合、そのような減輕事情はすべて純粹主觀的な要素であるとする見解を主張している。たとえば、マウラッハは次のように述べる。すなわち、「この規定は、この点で古くからの法によって支持されてきた見解、すなわち、減輕的な構成要件メルクマールは純粹主觀的なメルクマールであるという見解を確証したものである。すなわち、16条2項は、減輕構成要件が常に主觀的にのみ重要である

29) この規定の翻訳については、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（2007年）24頁を参照した。

ことに、つまり、その客観的な存在はまったく問題でないことに帰着するのである。」³⁰⁾と。たしかに、この方法によるなら、被害者が囑託をしていなくても、行為者が囑託を誤想すれば、その殺害は囑託殺人罪として処断されることになる。

2 しかし、この見解では、日本刑法202条が、「被殺者の囑託を受けたと思つて」ではなく、「被殺者の囑託を受け」と規定していることと矛盾する。この被殺者の囑託をあくまで（客観的）構成要件要素と解する限りでは、このような読み変えは不可能と思われる。

また、この見解でも、行為者が被殺者の同意を誤想した場合、ドイツ刑法16条2項のような減輕類型の既遂のみで処罰するという特別な規定を持たない日本刑法では、202条後段と同時に、199条の既遂も成立してしまう³¹⁾。

さらに、強制わいせつや強姦における被害者の年齢に関する錯誤の事例では、法定刑に差異はないのであるから、ドイツ刑法16条2項のような規定があっても、適切な解決は図れない。

30) R. Maurach, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 1971, S. 277. なお、この見解は、その後のツィップによる改訂後も継承されている。Vgl., Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Tb. 1. 1992 Rn. 23/19f. S. 325f.

31) マウラッハ自身、「行為遂行時に、法定構成要件に属する事情を認識していなかった者は、故意に行爲したものではない。」というドイツ刑法16条1項第1文では問題を処理できないとする理由として、「なぜなら、このような事例を加重事情の不知の場合と同じように判断すると、減輕の根拠がその反対物に転化してしまうからである。すなわち、減輕要素を誤想した行為者は、一貫してより重く、すなわち軽い罪の未遂と減輕されない罪の既遂との観念的競合で処罰されなくてはならないことになってしまう。」と述べている。Maurach, a. a. O., S. 277. なお、このドイツ刑法16条1項第1文は、「罪となるべき事実を知らずして犯したる者は其の罪を論ぜず」と規定していた日本の旧刑法77条2項とほぼ同じ内容のものである。「法定構成要件に属する事情」を「罪となるべき事実」と読み替えればよいのである。その限りで、日本刑法の「罪」とドイツ刑法の「法定構成要件」(gesetzlicher Tatbestand)は、よく似た概念である。

6 責任減少類型を別扱いとする見解

1 もっとも、減輕類型が行為者の責任の小ささを理由とする場合には、その誤想は行為の不法に関する事実の認識を内容とする故意の問題ではなく、減輕類型は行為者の主観に応じて適用されるべきであるとする見解がある。これは、もともとはピンディングが主張した見解であり³²⁾、その後、キューパーによって復活されたものである³³⁾。そこでは、たとえば、1998年に削除されたドイツ刑法217条の「(婚外) 嬰兒殺」³⁴⁾について、母親が出産したばかりのわが子を、真実は嫡出子であるにもかかわらず非嫡出子・婚外子であると誤解して殺害した場合には、ドイツ刑法217条の減輕類型は、子供が婚外子であることによる違法性減少ではなく、婚外子を産むことによる——かつての——厳しい社会的非難を理由とする心理的葛藤にあるから、わが子を婚外子と誤解した母親も同じ心理状態にあると推定されることを理由に、錯誤規定を介さずに、217条が適用される。

2 しかし、今日のドイツ刑法16条2項は、違法性減少を理由とするか責任減少を理由とするかを区別せずに、減輕事情の誤想に関して同じ効果を認めている。それは、一般には、減輕類型の立法理由をめぐって解釈に争いがある場合に、これに拘泥するのを避ける意味があると解されている。わが国の38条2項も、加重事由の理由の如何を問わず、つまり、それが実質的に責任加重事由であると考えられる場合でも適用があると解する。

さらに、そもそも立法理由が行為者の置かれた心理状態からみて期待可能性が小さい、つまり責任が小さいと解される場合でも、一旦それが、個別具体的な行為者の情状としてではなく、一般的・客観的な事情として構

32) Vgl., Binding, a. a. O., S. 325f.

33) Vgl., Küper, a. a. O., S. 322ff.

34) 1998年改正前のドイツ刑法217条は、1項で「婚外子を出産中または出産直後に殺害した母親は、3年以上の自由刑に処される。」と規定し、2項で減輕事情がある場合には6月以上5年以下の自由刑を定めていた。

成要件要素にされた場合には、それは不法類型 (= 可罰的違法類型) としての構成要件を構成する要素と解すべきである³⁵⁾。したがって、実質的には責任減少類型であったとしても、その誤想については、違法性減少類型の誤想と同じように考えてよい。

7 薬物に関する錯誤

1 これまでの検討から最後に残るのが、薬物に関する錯誤、すなわち、たとえば覚せい剤をコカインと誤信して所持したといった類の錯誤である。この問題を扱ったのが、最決昭和61年6月9日刑集40巻4号269頁であった。

その公訴事実の当時、コカイン所持は麻薬取締法66条1項により7年以下の懲役であったのに対し、覚せい剤所持は覚せい剤取締法41条の2第1項1号により10年以下の懲役であった。そこで、このような場合、被告人は、軽い麻薬所持罪を犯す故意で重い覚せい剤所持の事実を実現したことになる。しかし、もともと覚せい剤所持罪と麻薬所持罪は、現住建造物放火と非現住建造物放火のような加重・減輕類型の関係にはないし、窃盗罪と遺失物横領罪のような「受け皿的」関係にもない。くわえて、176条の第1文と第2文のような、後者が前者を拡張する関係にもない。

これについて、本決定は、両罪の構成要件は、軽い麻薬所持罪の限度で実質的に重なり合っているとしつつ、「被告人には、所持にかかる薬物が覚せい剤であるという重い罪となるべき事実の認識がないから、覚せい剤所持罪の故意を欠くものとして同罪の成立は認められないが、両罪の構成要件が実質的に重なり合う限度で軽い麻薬所持罪の故意が成立し同罪が成立するものと解すべきである」と述べたのである。

35) 山口厚・前掲書32頁も、「それが一旦構成要件要素として構成要件に取り入れられた場合には、……客観的要素として、違法行為類型を客観的に画する意味を有するに至り、責任要素としての意味を失う」と述べている。正確に言えば、そのような立法者の政策判断を加味した「可罰的」違法類型の要素となるのである。

2 しかし、本件では、被告人には麻薬所持罪の故意があったことは前提である。したがって、問題は、「軽い麻薬所持罪の故意が成立するかどうか」ではなくて、「麻薬所持の事実がないのに麻薬所持罪（既遂）を認めても罪刑法定の原則に反しないのか」である³⁶⁾。この点で、本決定は問題の所在を捉え損ねたと評しても、過言ではあるまい。

この点では、覚せい剤所持罪と麻薬所持罪がいかなる意味で構成要件的に重なるのか理解できないとする本決定の谷口正孝裁判官の補足意見、および両罪の重なり合いを認めることは覚せい剤の中に麻薬が入っているということであって、「それは化学的非常識以外の何物でもない」³⁷⁾とする町野朔教授の見解のほうが、常識的である。

そこで、この決定を説明するために、「重い罪の構成要件が刑法38条2項により修正を受ける結果、軽い罪が成立する」という、論証されざる命題を持ち出す見解がある³⁸⁾。しかし、適用される刑は軽い罪のものをを用いるのであるから、重い罪の構成要件をいくら修正しても、軽い罪が成立するという回答は出てこない。修正されるべきは、軽い罪の構成要件なのである。

さらに、両罪の「共通構成要件」を解釈で導き出すという見解もある³⁹⁾。しかし、それもまた、解釈の限界を超える手法であろう。また、これまで

36) この点では、専田泰孝「判批」刑法判例百選 総論〔第6版〕(2008年)85頁が、どちらの罪も法律で定められているのだから罪刑法定の原則に反しないとするのは失当である。

37) 町野朔『ブレップ刑法〔第3版〕』(2004年)110頁。しかし、教授の支持する不法・責任符合説もまた、「罪に当たることとなる事実の認識」(刑法38条2項)を要求する刑法の解釈としては支持しがたい。

38) 本決定の谷口補足意見および安廣文夫調査官の見解である。安廣文夫「判解」最高裁判所判例解説刑事篇(昭和61年度)94頁。この見解は、もともと、町野教授の発案であった。町野朔「法定的符合説について(下)」警察研究54巻5号17頁参照。そこでは、「おそらく、刑法38条2項は、主観的に認識された罪の構成要件が客観的に実現された重い罪のそれに含まれていず、従って軽い罪の構成要件の実現がないときでも、前者の不法・責任内容が後者のそれに含まれている以上、前者の罪で処断することをも規定したものと解すべきであろう。」と述べられている。しかし、本条の提案理由にも、また筆者の知る限りでは、立法時の立案関係者の説明にも、そのような説明はない。

39) 山口・前掲書222頁参照。

の検討から明らかなように、窃盗と遺失物横領にまたがる錯誤は、そのような手法を用いなくても解決が可能である。

3 最後に、本決定の結論が「みせかけの構成要件要素」という手法で解決可能か、そして解決すべきかどうかを検討してみよう。そこで、試しに、軽い麻薬所持罪の構成要件について、所持の目的物である「麻薬」具体的には「コカイン」という要素を抜き出しても、立法者の意思に沿った構成要件が形成できるかどうかを考えてみればよい。その結果は、「……を所持した者は」という意味のない構成要件ができあがるだけである。

ところで、現在、「麻薬及び向精神薬取締法」76条には、「ジアセチルモルヒネ等であるか、第十二条第二項に規定する麻薬であるか、又はこれらの麻薬以外の麻薬であるかを知ることができない麻薬は、この章（罰則）の規定の適用については、ジアセチルモルヒネ等及び同条第二項に規定する麻薬以外の麻薬とみなす。」という規定がある。これは、客体たる薬物が客観的にどの麻薬であるか明らかでない場合の特例であるが、仮にこれを行為者に薬物の錯誤がある場合にも適用できると考えたとしても、それは、「麻薬及び向精神薬取締法」12条に規定する薬物に限って認められるものと解される。したがって、異なる法律に規定されている覚せい剤に関しては、この規定を根拠としても錯誤の処理をすることはできない。

むしろ、昭和61年決定当時には、覚せい剤取締法にまだなかった所持の未遂処罰規定が、その後、同法に追加されたことを考えるなら、法状態に変化があったのであるから、コカインを覚せい剤と誤認して所持した場合に覚せい剤所持未遂で処罰できなかった時代に下された昭和61年決定はその先例的価値を失い、今日では改めて、類似の事例について麻薬所持罪の未遂での処理を考えるべき時期にきていると言えよう。事実、最高裁は、その平成2年2月9日の決定において、「覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であることの認識」を要求する態度を示したのである⁴⁰⁾。昭和

40) 最決平成2・2・9判時1341号157頁。

61年決定の事案でも、やはり、「覚せい剤を含む身体に有害で違法な薬物類であることの認識」があって初めて、構成要件と故意が符合すると考えるべきであったのである。

8 むすびにかえて

以上のような錯誤の処理は、一見すると客観的には充足されていない軽い犯罪構成要件を持つ規定で行為者を処罰しようとするものである。したがって、問題の本質は、「故意の符合」ではなくて、軽い構成要件の充足をいかにして認めるかにある。これは、まさに、罪刑法定の原則に関わるものである。したがって、現行38条2項には、ドイツ刑法16条2項に類する規定を追加し、さらに、各則にも適切な改正を施すことが望ましい。本稿が提起する「みせかけの構成要件要素」ないし「書かれた非構成要件要素」という考え方が、解釈や立法において、何らかの形でこの難問を解決する道を開くものとなることを期待して、本稿を、敬愛する生田勝義教授に献呈したいと思う。