

## I. 反対尋問

1. 法益主体をどのように解しているのか。
2. 引用判例が、抽象的法定符合説を採用しているといえる根拠は何か。
3. V-1において、「法定の実行行為の範囲」とあるが、なぜ行為客体ではなく実行行為という構成要件要素を持ち出すのか。実行行為は具体的事実の錯誤とどのような関係があるのか。
4. 抽象的符合説<sup>1</sup>を採用しないのはなぜか。

## II. 学説の検討

1. そもそも、構成要件の故意(38条1項)とは、構成要件該当事実の認識・認容をいう。そして、構成要件は各法益主体ごとに与えられている。したがって、法益主体の具体性は捨象しえない重要性を有するから、法益主体が同一である範囲で故意の認識対象を抽象化することができるといえる<sup>2</sup>。よって、弁護側は、法益主体の同一性の範囲内における錯誤は故意が認められるとするA説(具体的法定符合説)を採用する。

2. なお、検察側は、学説の検討において、A説(具体的法定符合説)に対して5つの批判を加えているが、以下ではそれらを踏まえつつ、B説(抽象的法定符合説)を採用できない理由を検討する。

(1) 第一の批判については、客体の錯誤と方法の錯誤の区別は結果的な区別でしかないため、このような指摘は適切とは言えない<sup>3</sup>。

(2) 第二の批判については、仮に「法定の実行行為の範囲内で符合が認められる」とすると、いわゆる客体の不能の事例において、実行行為性が認められると必ず故意が認められ、故意未遂犯が成立することになってしまう。しかし、このような帰結はかなり問題がある。

そもそも検察側の採用するB説(抽象的法定符合説)の構成要件の理解は根本的に誤っており、構成要件は各法益主体ごとに与えられているのであって、それを超えて故意を認めることは別の構成要件に故意を流用することに他ならない(しかも、実は過失の要件さえも満たすことなく故意が認められてしまう可能性がある)<sup>4</sup>。

(3) 第三の批判について、検察側は、何らの統計的なデータを示しているわけでもなく、著しく主観的な批判であると同時に検証不可能な批判であり、不適切である。

(4) 第四の批判については、器物損壊罪のような軽微な犯罪は民事責任を負えば足り、未遂犯・過失犯の処罰規定を置いていないのは立法者の意思であると考えられる<sup>5</sup>。

(5) 第五の批判については、A説(具体的法定符合説)は、法益主体が同一である場合を客体の錯誤、そうでない場合を方法の錯誤と呼んで区別しているに過ぎない。

また、論理として一貫しないのはむしろ検察側ではないかと思われる。すなわち、規範の問題が与えられていることを理由に、B説(抽象的法定符合説)を採用しているようであるが、それならば抽象的

<sup>1</sup> 念のため付言しておくが、「抽象的法定符合説」ではない。なお、抽象的符合説は、現在では支持されていないが、かつての主張として、たとえば、植松正『再訂刑法概論I総論』(勁草書房、1974年)280頁以下などがある。

<sup>2</sup> 山口厚『刑法総論 〔第2版〕』(有斐閣、2011年)208頁以下。

<sup>3</sup> なお、「電話をかけ間違えて脅迫する」事例では、「電話の話し相手であるその人」が法益主体であるから、行為者の認識している被害者と実際の被害者とは、「電話の話し相手であるその人」という点で重なり合い、符合する。したがって、法益主体の同一性の範囲内の錯誤であるから故意は阻却されない。この点に特に不明瞭さがあるとは思われない。

<sup>4</sup> 井田良『講義刑法学・総論(補訂)』(有斐閣、2011年)177頁。

<sup>5</sup> 今井猛嘉「故意」今井猛嘉=小林憲太郎=島田聡一郎=橋爪隆『刑法総論 〔第2版〕』(有斐閣、2012年)131頁以下では、このことを「独自の当罰性がない」と表現している。

符合説を採用することが論理として一貫しているはずである<sup>6</sup>。検察側のいう「構成要件の範囲」という限定基準は、規範の問題だけで導くことはできず、より積極的な理由づけが必要である。

(6) したがって、B説(抽象的法定符合説)は妥当ではない<sup>7</sup>。

### III. 本問の検討

#### 第1 Xの甲に対する罪責

殺傷能力が非常に高い拳銃を用い、計4発の弾丸を甲に対して発射しており、甲を死亡させる現実的危険性を惹起しているのであるから、同行為は実行の着手(43条本文)にあたる。よって、Xの行為に、殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。

#### 第2 Xの乙に対する罪責

1. Xの行為αにより、乙は失血死している。このとき、当該行為に乙に対する殺人罪(199条)が成立しないか。

2. (1) Xの行為αには、同様に、殺人罪の実行行為性が認められる。

(2) そして、乙はXの行為によって受けた傷害により失血死しており、これについて、因果関係も認められる。

(3)ア それでは、Xに、乙に対する殺人罪の故意(38条1項)が認められるか。Xの主観的認識では甲であったが、実際には乙が死亡している。そこで、同一構成要件内において行為者の主観的認識と現実の結果発生とが食い違う場合、同罪の故意が認められるか。具体的事実の錯誤において、故意の内容をどこまで抽象化できるかが問題となる。

イ ここで弁護側はA説(具体的法定符合説)を採用するところ、法益主体が同一である限度で故意の内容を抽象化することが可能であり、法益主体の同一性の範囲内の錯誤は故意を阻却しないものと解する。

ウ 本件において、Xは甲に対する殺人の故意を有している。そして、通行人は、X、甲、乙のほかに目撃者1名がいる程度であったことから、当該交差点は人通りがほとんどなく、また、犯行当時、現場付近に照明物もない上に、小雨により薄暗く視界が悪かったため、仮に他の通行者が現れたとしても、その認識・予見が極めて困難であったことが窺える。そうであれば、Xの故意の対象は、「呼び出し場所である交差点に現れた目の前にいるその人」にまで抽象化できる(「交差点を通行する人」一般にまで認識対象を抽象化することはできない)。ゆえに、「呼び出し場所である交差点に現れた目の前にいるその人」と、通行人である乙とは重なり合わないため、法益主体の同一性の範囲内で符合せず、乙に対する故意は阻却される。

3. 以上より、Xの行為に殺人罪は成立せず、過失致死罪(210条)が成立するととどまる。

### IV. 結論

Xには甲に対する殺人未遂罪(203条、199条)乙に対する過失致死罪(210条)が成立し、両罪は観念的競合(54条1項前段)となる。

以上

<sup>6</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)258頁以下、上嶋一高「具体的事実の錯誤と法定的符合」『理論刑法学の探求②』(成文堂、2009年)70頁参照。

<sup>7</sup> 山口・前掲205頁は、抽象的法定符合説を「法定的符合説としては誤っている」と批判する。