

I. 事案の概要

被告人Xは平成23年11月15日、2日後に甲らが多数の子分を擁してXらに斬り込みをかける計画を有しているのを察知した。

翌日17時ころ、機先を制して一騎打ちで勝負をし、甲を殺害したのち自殺する覚悟で、甲を呼び出したXは、呼び出し場所である交差点に現れた同人の背後に駆け寄りざま、所携の弾丸4発を装填した拳銃で、同人の背後から2発を射ち(行為α)、さらに抵抗力を失って路上に倒れた同人に対して残りの弾丸を連続発射し、4発中全部を同人の左背部、左側頸部、胸部、腹部に命中させ、よって同人をして、左背部から右前胸部に貫通する銃創ほか入院加療約2か月を要する傷害を負わせた。

なお、行為αの際、1発目は甲の身体を貫通したのち、さらに通行人乙の左腹部に命中し、よって、同人をして、左腹部盲貫銃創に起因する失血のため、1時間後死亡させた。Xは、乙に弾丸が命中したことを認識していなかった。さらに、興奮のあまり弾丸を使い切ってしまったため、現場で自殺するという当初の企図に及べず、立ち去った。当時、現場付近は小雨により薄暗く、通行人は、X、甲、乙のほか目撃者1名がいる程度であった。

II. 問題の所在

1. 方法の錯誤における故意の評価

Xは甲に対する殺人の故意を有しながら、これとは異なり乙の死という結果が発生している(方法の錯誤)。この場合、Xの有する故意が乙の死という結果にまで対応すると評価しうるか問題となる。

2. 抽象的法定符合説における故意の個数

抽象的法定符合説に立つ場合、Xは甲に対する一つの故意しか有していないと考えられるから、甲乙という複数の客体に関して故意犯を成立させることができるか問題となる。

III. 学説の状況

1. 方法の錯誤における故意の評価について

A説： 具体的法定符合説¹

行為者の認識した事実と現実に発生した事実とが、構成要件より具体的に一致しない限り、発生事実について故意犯の成立は認めないとする。

B説： 抽象的法定符合説²

行為者が認識した事実と発生した事実とが、同一構成要件の範囲内で一致(=符合)する限り、発生事実について故意犯の成立を認める。ただし、何個の故意犯を認めるか、故意の個数という点で

¹西田典之『刑法総論〔第二版〕』(弘文堂, [2010])224頁。

²前田雅英『刑法総論講義〔第五版〕』(東京大学出版会, [2006])268頁。

さらに二つに分かれる。

2. 抽象的法定符合説における故意の個数について

α 説：一故意犯説³

38条2項(責任主義)の観点から故意の個数による制限を認め、一個の故意既遂犯しか認められないとする。

β 説：数故意犯説⁴

抽象的法定符合説において故意は抽象化されたものであるから、故意の個数は問題にならないとする。

IV. 裁判例

【東京高等裁判所平成14年12月25日判決】⁵

本裁判例は暴力団員であり共犯関係にある被告人らに対立する暴力団の会長Aに対する殺意をもってけん銃を発射し、AのほかB・Cにも命中させ、A・Bが死亡、Cが傷害を負ったという事案である。

裁判所は「B及びCに対する各殺意に基づく殺人、同未遂事実が認められることを前提とし、これを量刑上考慮すべきことをいう所論は、失当といわなければならない。」として、故意を有しなかった発生結果について、これらの結果を、量刑上故意を有していた場合と同等に評価できないことを示す一方、その前提として「数故意犯説により、2個の殺人罪と1個の殺人未遂罪の成立が認められる」として明示的に抽象的法定符合説・数故意説に立つことを示した。

V. 学説の検討

1. 方法の錯誤における故意の評価について

A説(具体的法定符合説)は客体の錯誤と方法の錯誤について取り扱いを分け、後者においては行為者の認識内容と発生した結果とが具体的に符合しないゆえ、故意犯の未遂と過失犯との観念的競合を認めるべきであるとする。確かに故意犯の場合、刑罰という制裁は行為者の認識認容した事実についてのみ反対動機たり得るため、抽象化した故意つまり「およそ人を殺す故意」を認めるのは妥当でないと思える。また、刑法法規の犯罪抑止メカニズムからは抽象化する事は許されないというべきであるとも考えられる。しかし、以下の点で問題がある。

第一に「電話をかけ間違えて脅迫する」行為など、特に客体を視覚的に特定できていない場合、客体の錯誤と方法の錯誤の両者を、常に明確に区別しうるとは限らない。

第二に、構成要件は抽象的・類型的なものであるから、法定の実行行為の範囲で符合が認められれば足りるとするのが構成要件論の帰結であって、それ以上の符合を要求するのは、構成要件論の否定につながる。

³川端博『集中講義刑法総論〔第二版〕』(成文堂, [1997])91頁以下。

⁴前田・前掲書270頁。

⁵判タ1168号306頁。

第三に、甲を狙って傍らの乙を流れ弾で殺したのは過失犯に過ぎないという発想自体、社会の常識に反する見解であって妥当ではない⁶。

第四に、例えば器物損壊罪(刑法 261 条)のように、未遂処罰規定も過失処罰規定も無い場合には、方法の錯誤において犯罪不成立となってしまう、処罰範囲の狭隘に失するため、法益保護の観点から妥当でない。

第五に、法益の主体たる犯罪の客体についての認識に重きをおいた場合に、なぜ客体の錯誤と方法の錯誤について取り扱いを分けるのか、論理の一貫性に疑問が残る。

そもそも、構成要件の故意とは客観的構成要件該当事実を、一般的・抽象的に認識・認容することにほかならず、規範の問題は法定の構成要件ごとに類型化された(主要な)事実の認識を満たせば足りるといえ、行為者は犯罪事実を具体的に認識・認容する必要はない。例えば殺人罪においては「『人』を殺す」認識があれば足り、「『ある甲という人』を殺す」認識は不要となる。なぜなら、「『人』を殺す」という規範を乗り越えたことは客観的に確実であるのだから、そこに故意犯の重い刑事責任が問われる余地が生ずるためである。行為者の認識した事実と現に発生した事実とが構成要件の範囲内で符合するならば、同一の前提となる行為規範に直面しうるから、故意は阻却せずとも差し支えないと解する。

よって、検察側は B 説(抽象的法定符合説)を採用する。

2. 抽象的法定符合説における故意の個数について

確かに、責任主義との調和を図ろうとしている点で α 説(一故意犯説)は妥当とも考えられる。

しかし、故意の対象を「人」として抽象化する抽象的法定符合説の論理の中に、複数の可能な故意犯の中から一つだけを選び出し、特定する基準が含まれていない。そのため、事後の事実の変化により実行行為時における故意の判断に変更を認めるもので、このような故意・故意犯の成否の事後的操作は便宜的かつ恣意的にならざるを得ないと考える。また、結果と認識があるにもかかわらず、1つの故意犯のみを成立させることは妥当ではない。

一方で B 説(数故意犯説)では複数の故意犯が成立するため、処罰範囲が不当に拡大するように思えるが、いずれも観念的競合(54 条 1 項前段)として科刑上一罪となることから、不都合は起きないと考える。したがって、複数の故意犯の成立を肯定しても不当ではなく、観念的競合の規定はこうした趣旨を含むと考えられる。

よって、検察側は B 説(数故意犯説)を採用する。

VI. 本問の検討

第1. X の甲に対する行為について

1. X は甲に対して背後から 2 発、倒れたところに更に 2 発、計 4 発の弾丸を発射し、甲は入院加療 2 ヶ月を要する傷害を負った。かかる X の行為につき殺人未遂罪(203 条、199 条)は成立しないか。

⁶ 大谷實『刑法講義総論〔新版第三版〕』(成文堂, [2009])184 頁。

2. (1) 拳銃という殺傷能力が非常に高い武器を用いて胸部、腹部等の人体の枢要を攻撃する行為は人を死に至らしめる高度の蓋然性を有する行為であるから、かかる行為には殺人罪の実行行為性が認められる。
(2) 一方甲は重傷を負ったものの死亡していない。
(3) そしてXは甲を殺害する意思を有していたことから甲に対する殺人罪の故意も認められる。
3. 以上よりXの甲に対する行為につき殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。

第2. Xの乙に対する行為について

1. Xは乙に対して行為αを行い、乙は左腹部盲貫銃創に起因する失血のため1時間後死亡した。かかる行為につき殺人罪(199条)は成立しないか。
2. (1) 前述と同様、拳銃を人に向けて発砲する行為である行為αには殺人罪の実行行為性が認められる。
(2) そして乙は前述したように死亡している。
(3) また、拳銃は元来人を殺害する目的で作られた凶器であるところ、乙の死亡結果もまた拳銃を使用した行為αに内在する危険が現実化したものであると言えるため、Xの実行行為と乙の死亡結果との間に因果関係が認められる。
(4) ではXに殺人罪の故意は認められるか。本件においてXは甲を殺害するために行為αに及んでおり、乙を殺害しようとして行為αに及んだわけではない。また、行為αが行われた当時、現場は薄暗くXは乙の存在を認識していなかった。このような場合、すなわち実行行為により引き起こされた結果が行為者の意図した客体とは異なる客体に生じた場合であっても故意は認められるか。

ここで検察側はB説(抽象的法定符合説)ならびにB説(数故意犯説)を採用するため、かかる場合であっても故意は認められる。

したがってXには乙に対する殺人の故意が認められる。

第3. 罪数について

前述したように、Xには殺人未遂罪(203条、199条)ならびに殺人罪(199条)が成立するが、いずれもXの発砲行為という「一個の行為」によるものであるため観念的競合(54条1項前段)となり、Xはその罪責を負う。

VII. 結論

Xには甲に対する殺人未遂罪(203条、199条)、乙に対する殺人罪(199条)が成立し、観念的競合としてこれらの罪責を負う。

以上