

## 只木ゼミ前期第2問弁護レジュメ

### I. 反対尋問

1. 検察側のV.学説の検討の $\alpha$ 説において、「未遂処罰や過失処罰の規定を欠く犯罪類型」というのは、そもそも立法の時点でそれらの処罰の必要性がないと判断されている類型とされたものであると考えられるところ、「刑のアンバランス」とはどういうものか。
2. 同所に挙げられている具体例において、「社会の常識に反」しない結論とはどのようなものだと解しているか。
3. 同所の第三において、「構成要件論」とは何か。また、「構成要件論の否定につながる」という主張の根拠は何か。
4. 学説の検討の $\beta$ 説の第一において、「故意」とは構成要件の故意のことか。

### II. 学説の検討

1. まず、 $\gamma$ 説について、抽象的符合説は、行為者には、そのおよそ認識していなかった構成要件との関係でも故意が肯定されることになるが、この帰結は、罪刑法定主義ないし責任主義に反するものであり、妥当ではない。
2. 次に、 $\beta$ 説について検討する。

第一に、検察側の学説の検討の $\beta$ 説の第二に挙げられている規範論については、 $\beta$ 説の論拠としては、不十分であると思われる。なぜなら、もし、「規範の問題」が与えられているかを問題にするのであれば、構成要件の枠を超えて故意の符合を認める $\gamma$ 説(抽象的符合説)に至るのが一貫している。犯罪を行う意思さえあれば、「規範の問題」は与えられており、故意責任を問うことができるはずであるからである。 $\beta$ 説がこのような結論をとらないのは、「規範の問題」が与えられていても構成要件を基準に故意を画するからであり、構成要件を基準とするのであれば、今述べたように、 $\beta$ 説を採用することはできないのである。

第二に、 $\beta$ 説では構成要件が抽象的であることを前提としているが、構成要件が抽象的・類型的なのは、犯罪を法律に記述することからくる限界であって、具体的に適用される構成要件自体が抽象的なわけではない。たとえば、殺人罪の規定は「人を殺した」と規定しているが、実際に適用される殺人罪の構成要件が「およそ人を殺した」という抽象的なものであるわけではない。このことは、1個の行為でAとBの2名を殺害した場合、「およそ人を殺した」という1個の殺人罪が成立するわけではなく、Aを殺した罪とBを殺した罪の2個の殺人罪が成立することに現れている。このように、Aの死とBの死を殺人罪の構成要件にとって重要な事実として別個に扱うのであれば、故意の点でも、Aの死とBの死を別個に扱ってそれぞれについて故意を問題にするのが、構成要

件を基準とする法定的符合説の論理に忠実な立場だといわなければならない。

第三に、 $\beta$ 説は、構成要件的に同種の結果については相当因果関係の範囲内で発生したというだけで故意があるとするが、それは偶発的に生じた過失的結果をも故意によって引き起こされたものとするので、妥当でない。しかも、それは実際には過失の要件さえ必要とせず、因果関係の相当性という極めて緩やかな要件を充足することによって、故意による結果惹起という重い評価をすることになり、問題がある。

以上から、弁護側は $\beta$ 説を採用しない。

### 3. そこで、弁護側は $\alpha$ 説を採用する。

検察側は、 $\alpha$ 説を「行為者が認識した犯罪事実と発生した犯罪事実とが具体的に符合しない限り、発生した犯罪事実について故意を阻却すると解する説」としているが、これは具体的符合説の説明としては不適である。仮にそのような見解があるとする、行為者の認識と実際に発生した結果はしばしば食い違うから、きわめて広い範囲で故意が阻却されてしまうことになるが、そのような主張が実際になされたことはない。このことは、実際に主張されている具体的符合説が、「Xが目の中のAをBと間違えて殺害した」といういわゆる客体の錯誤の場合について、Aに対する殺人の故意を認めていることから明らかである。

具体的符合説が客体の錯誤の場合に故意を認めるのは、具体的符合説が構成要件を基準として重要な錯誤とそうでない錯誤を区別する見解であり、「その人」を殺す認識があれば、「その人」が誰であるかは殺人罪の構成要件にとって、重要でないと考えるからである。具体的符合説と法定的符合説は、どちらも構成要件を基準にして故意の有無を判断する「法定的符合説」であり、両説の違いは後者が殺人罪の構成要件を「およそ人を殺す」という形で抽象的にとらえるのに対して、前者が「その人を殺す」という形で具体的にとらえる点にあるだけなのである<sup>1</sup>。つまり、弁護側が考える $\alpha$ 説とは、「法益主体ごとに構成要件該当事実としての符合の有無を個別具体的に判断する」見解のことである。

また、検察側はV学説の検討の $\alpha$ 説において、「客体の錯誤と方法の錯誤の区別」が「現実的には困難である」ことから $\alpha$ 説を批判しているが、弁護側は客体の錯誤と方法の錯誤の区別を絶対化する必要はないと解する。両者は事実上の分類概念であって、法的な概念ではなく、あくまでも故意の存否が問題なのである。よって、検察側の批判は批判にあたらない。

## III. 本問の検討

### 第1. 甲の罪責について

#### 1. Xに対する行為

甲がXに対して拳銃を発射した行為については、検察側と同様の理由で、殺人罪は成立する。

---

<sup>1</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013年)257頁以下。

## 2. Y に対する行為

(1) 甲の Y に対する行為について殺人罪は成立するか。

(2) 甲は、拳銃という殺傷能力の高いものを Y から約 1m 付近の場所から使用して Y の死期を早めており、人の生命という法益侵害の現実的危険性を有する。したがって、殺人罪の実行行為性を有する。

(3) Y は左背面部に命中したことによる右肺および右肺静脈損傷を負い、失血で「死亡」した。

(4) そして、本件行為がなければ Y の死亡はなかったのであり、かかる条件関係は数百人が参列する状況で銃弾を発射したのであるから、参列者の一人である Y に命中することも起こりうるので、相当といえる。したがって、因果関係も認められる。

(5) では、構成要件の故意は認められるか。

そもそも、構成要件の故意とは、構成要件の事実の認識・認容であるところ、これにつき弁護側は  $\alpha$  説を採用するので、法益主体ごとに構成要件該当事実としての符合の有無を個別具体的に判断すると考える。本問において殺人罪の法益主体は「人」であるが、甲が当初殺害しようとして拳銃で狙った「X という人」と実際に甲の弾丸が当たって死亡した「Y という人」は別個の法益主体であるから、甲の認識・認容が個別具体的に符合していない。したがって、構成要件の故意は認められない。

(6) では、過失致死罪(210 条)は成立しないか。

(7) 本罪の構成要件は、①「過失」行為、②「死亡」結果、③因果関係である。

ア、「過失」とは、予見可能性に基づく結果回避義務違反と解する。本問では甲は数百人もの参列者が密集している本件葬儀でよろめきながら弾丸を発射したのであり、いくら銃の腕前に自信があるとしてもよろめいた状態で発射して目標に命中させることは困難であり、発射したらその場にいるほかの大勢に命中することも起こりうるので、予見可能性はある。そして、仮に Y に発射するとしても上記予見可能性がある以上、Y が一人になった時を狙うこともできたはずであり、それに反して本件葬儀で犯行を実行したことから、予見可能性に基づく結果回避義務違反があるといえる。

イ、Y は「死亡」している。

ウ、上記(4)の通り、本件行為によって「死亡」しているのであるから、因果関係も認められる。

(8) したがって、甲の Y に対する行為に過失致死罪が成立する。

## 3. Z に対する行為について

(1) Y 同様、X 以外の「人」に構成要件の故意は認められないから、殺人未遂罪(203 条、199 条)は成立しない。

(2) 過失致傷罪(209 条 1 項)は成立しないか。

上記の通り、本件行為は「過失」行為であり、これに「より」Zの右膝に「傷害」を負ったといえる。したがって、甲のZに対する行為に過失致傷罪が成立する。

4. 以上により、甲の行為に、Xに対する殺人罪、Yに対する過失致死罪、Zに対する過失致傷罪が成立し、これらは一つの行為により成立したので観念的競合(54条1項前段)となる。

## 第2. 乙の罪責について

1. 乙の、Xの頭頂部に弾丸を発射した行為につき、殺人罪(199条)の共同正犯(60条)は成立するか。
2. そもそも、一部実行全部責任の根拠は、共同実行の意思のもと、共同者が他人の行為を相互に利用補充しあうことにある。とすれば、共同正犯が成立するには相互利用補充関係が必要であるが、そのためには①共同実行の意思、②共同実行の事実が必要であると解する。
3. 本問において、A暴力団組員の乙は、甲と共に対立していたB会系暴力団組長であるXを殺害することを考え、事前にXの行動予定を調査し本件葬儀に出席する可能性が高いことを把握して、本件葬儀でXを挟み撃ちにして殺害すること等を計画していることから、①共同実行の意思が明示されているといえる。そして、実際に乙は犯行当日に本件葬儀で本件計画に基づきXの頭頂部に向けて弾丸を命中させたのであるから、②共同実行の事実がある。以上より、①②の要件を満たすので、乙の行為につき殺人罪の共同正犯が成立する。

## IV. 結論

甲の行為につき、Xに対する殺人罪、Yに対する過失致死罪、Zに対する過失致傷罪が成立し、これらは観念的競合となる。

乙の行為につき、殺人罪の共同正犯が成立する。

以上