

只木ゼミ前期第2問検察レジュメ

I. 事実の概要

A 暴力団の組員である甲と乙は、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た。

その上で X の行動予定を調査し、同人が平成 15 年 3 月 3 日の B 会関係者の通夜に出席する可能性が高いことを把握して、その場で犯行を実行することにした。また、現場では X が式場の外に出てきたところを挟み撃ちにすること等を計画した。

平成 15 年 3 月 3 日、甲及び乙は本件葬儀場にそれぞれ実包 5、6 発を装填した拳銃を 1 丁ずつ隠し持って赴き、参列者の中に混じり、犯行の実行の機会を伺っていた。本件葬儀終了後、建物の前で X から B 会幹部 5、6 名が挨拶のために整列をして、数百名の参列者と向かい合った。そして X の挨拶が終わり、全員がお辞儀し X が頭を下げた瞬間に、乙は X の正面約 1m の所に飛び出すと同時に、銃口を X の頭に向けて引き金を引き、X の頭頂部に弾丸を命中させた。その上、さらに X の腹部に向けて引き金を引いたが不発に終わった。乙の発射後、後方にいた甲もすぐに拳銃を構えながら前に出て、よろめきながら逃げる X の背中を狙って、3 発の弾丸を発射した。この 3 発がそれぞれ 1 発ずつ、X、近くにいた参列者 Y 及び Z に命中した。なお、その後の捜査から 1 発目は Y、2 発目は X、3 発目は Z に命中したということがあきらかとなっている。

その結果、X は甲の弾丸が右胸部に命中したことによる肝臓損傷を負い、同傷害に起因する出血性ショックにより死亡した。また、Y も甲の弾丸が Y の左背面部に命中したことによる右肺及び右肺静脈損傷を負い、これによる失血によって死亡した。Z は、甲の弾丸が右膝に命中し、加療約 3 ヶ月間を要する右膝銃創の傷害を負った。

甲及び乙の罪責を検討せよ。

なお、甲は銃の腕前に相当な自信をもっており、X に外すことなく命中したものと認識していた。

II. 問題の所在

甲及び乙が銃を X に向けて発射した行為について殺人の実行行為性が認められる。また、数百名の参列者がいるなかで銃を発射すれば、X 以外にも銃弾があたることは十分予測されることから甲の行為と Y の死亡、Z の傷害という結果に相当因果関係が認められる。しかし、甲及び乙は X 殺害の意思は有しているものの、Y の殺害及び Z の傷害についての故意はなく、予期しなかったことである。そこで、かかる錯誤があった場合故意が認められるか、また認められるとしても複数の故意が認められるかが問題となる。

III. 学説の状況

1. 具体的事実の錯誤をどのように処理するか。

行為者が認識した事実と現に発生した事実との間にずれが同一構成要件の範囲内で生じた具体的事実の錯誤は、主に客体の錯誤と方法の錯誤の二つに分けられる。具体的事実の錯誤がある場合、認識した事実と現実に発生した事実との間にどの程度の符合があれば、発生した結果について故意の成立を認めてよいか問題となる。

α 説:具体的符合説¹

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。客体の錯誤の場合、認識事実と発生事実が具体的に一致しているから故意を阻却しないが、方法の錯誤の場合、認識事実と発生事実が具体的に一致していないため故意を阻却する。

β 説:法定的符合説²

行為者が認識した犯罪事実と発生した犯罪事実とが構成要件において符合している限り、発生した犯罪事実について故意を阻却しないと解する説。同一構成要件内の範囲内で生じた具体的事実の錯誤の場合、故意を阻却しない。

γ 説:抽象的符合説³

行為者が認識した犯罪事実と発生した犯罪事実とを比べ、行為者の社会的危険性という点で認識の内容と発生した犯罪事実との間に抽象的な符合が認められるから、少なくとも軽い罪については故意犯の成立を認めるべきと解する説。

2. 故意の個数をどのように処理するか。

A 説:一故意犯説⁴

一個の故意がある場合には、故意犯は一個しか成立しないと解する説。

B 説:数故意犯説⁵

発生した結果に対応する複数の故意犯の成立を肯定すると解する説。

IV. 判例

昭和 53 年 7 月 28 日最高裁第三小法廷判決 刑集 32 卷 5 号 1068 頁

〈事実の概要〉

被告人は、警ら中の巡査から拳銃を強取しようと企て、某日夕刻、周囲に人影がなくなつたとみて、建設用びょう打銃を改造した手製装薬銃で A の背後約 1m から同人の右肩部位

¹ 大谷實『刑法総論講義新版〔第 4 版〕』（成文堂、2009 年）168 頁。

² 大谷・前掲 168 頁。

³ 大谷・前掲 168 頁。

⁴ 山口厚『刑法〔第 2 版〕』（有斐閣、2011 年）116 頁。

⁵ 山口・前掲 116 頁。

近をねらい、びょうを発射したが、A に加療約 5 週間を要する右側胸部貫通銃創を負わせたにとどまり、かつAの拳銃を強取することはできなかった。さらに A の身体を貫通したびょうをたまたまAの約 30m 前方の道路反対側の歩道上を通行中の B の背部に命中させ、B に加療約 2 か月を要する腹部貫通銃創を負わせた。

〈判旨〉

犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもって足りるものと解すべきであるから、人を殺す意思のもとに殺害行為にでた以上、犯人の認識しなかった人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべきである。

被告人が人を殺害する意思のもとに手製装薬銃を発射して殺害行為にでた結果、被告人の意図した巡査Aに右側胸部貫通銃創を負わせたが殺害するに至らなかったのであるから、同巡査に対する殺人未遂罪が成立し、同時に被告人の予測しなかった通行人 B に対し腹部貫通銃創の結果が発生し、かつ右殺害行為と B の傷害の結果との間に因果関係が認められるから、同人に対する殺人未遂罪も成立する

以上から判例は、具体的事実の錯誤を法定符合説に立って処理している。

そして、行為者が「一人」を殺害する意思であったかどうかを問わず、複数の故意犯を認める数故意説が採用していると考え引用する。

V. 学説の検討

1. 具体的事実の錯誤をどのように処理するか。

α 説:具体的符合説

第一に、具体的符合説は行為者の認識した事実と現に発生した事実とが具体的に一致しない限り故意を阻却するとの見解なので、客体の錯誤の場合、認識事実と発生事実が具体的に一致しているから故意を阻却しないが、方法の錯誤の場合、認識事実と発生事実とが具体的に一致していないから故意を阻却することになる。しかし、「電話をかけ間違えて脅迫する」行為のように客体の錯誤と方法の錯誤との区別は現実には困難であり、その定義自体も明確でなく、両者の限界が非常に曖昧である。

第二に、具体的符合説は故意の成立範囲を不当に狭くしすぎる。具体的符合説の立場からでは、未遂処罰や過失処罰の規定を欠く犯罪類型の場合には刑のアンバランスが生じ⁶、また、未遂規定が存在するとしても、例えば、A という人を狙って散弾銃を発砲したところ行為者が認識していなかった A の背後にいた B を殺してしまった場合、行為者の実現意思に基づいた犯罪事実の罪を認められないことになる。しかし、A を狙って流れ弾で B を殺

⁶前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会、2011年）270頁。

したのは過失犯にすぎないとするのは、社会の常識に反する見解であり妥当でない。

第三に、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、それ以上の具体的符合を要求するのは構成要件論の否定につながる⁷。

以上より、検察側はα説を採用しない。

β説:法定的符合説

第一に、罪刑法定主義の要請から、故意の認識対象は構成要件に該当する客観的事実であるから、構成要件の枠を超えて故意の成立を認めることはできない。

第二に、故意責任の本質から、故意があるというためには、直接規範の問題が与えられる程度の認識が必要である。規範は構成要件という形で一般国民に与えられているのであるから、構成要件で類型化された事実の認識があれば、故意に必要な認識はあったと見てよい。例えば、殺人罪において重要なのは、「人」を殺す認識であり、「Aという人」を殺す認識ではない。Aという「人」を殺す認識で行われた実行行為により実現されたBという「人」の死亡は、直接的反規範的意思活動によって発生した結果であり、認識した事実と発生した事実とが、構成要件上同一の評価を受けるという点で符合している限り、発生した事実について故意を認めるのが妥当である⁸。

また、法定的符合説は、事実を離れて抽象的、観念的に故意を議論するので不当であるという批判がなされるが、そもそも故意は行為者の表象、認容したところを基礎として裁判所によって認定されるものであるから、故意が規範的性格を持つべきことはむしろ当然である⁹。

以上より、検察側はβ説を採用する。

γ説:抽象的符合説

この見解は、実際に発生した構成要件該当事実についての認識がなくとも、当該の構成要件にかかる犯罪の故意を認めることとなってしまう、構成要件の区別の重要性を否定している。さらに、同一構成要件内の錯誤である具体的事実の錯誤の問題において、この説を採用するのは妥当でない¹⁰。

よって検察側はγ説を採用しない。

2. 故意の個数をどのように処理するか。

A説:一故意犯説

一故意犯説は、殺人罪のような一身専属的な重要な客体に関しては、「一人の」人を殺す

⁷ 大谷・前掲 168 頁。

⁸ 大谷實『法学講義刑法1総論』(悠々社,2007年)118頁。

⁹ 大塚裕史『刑法総論の思考方法新版補訂版』(早稲田経営出版,2012年)314頁。

¹⁰ 山口・前掲 114 頁。

意思と「二人の」人を殺す意思とでは行為者の意思形成において大きな違いがあるので、故意の認定に際しては「客体の個数」を重視すべきであるという見地から、一人の人に対する殺人の故意しか持っていない行為者に、二人の人に対する殺人の故意を認めるのは責任主義に反するという見解である。

しかし、一人の人を殺す意思しかない場合に狙った人以外に認識していなかった他人を死傷させてしまった場合、どの被害者に対して故意犯の成立を認めるかという問題点がある。例えば、Aという人を殺す意思のみで発砲したところ、Aを負傷させ、行為者が認識していなかったBを殺した場合、一故意犯説の立場からは複数の結論が導かれる。①一人を殺す故意を持っていることからBについての殺人既遂罪を認め、後は故意を超えた過剰な結果の発生があるにすぎないとしてAに対する過失傷害罪が成立する、②一人を殺す意思で一人を殺した以上、一個の故意が実現されたものとしてBに対する殺人既遂罪のみが成立し、Aの傷害はそれに吸収されるとする、③意図した客体に対して実際に傷害を負わせていることからもはや錯誤の問題は無いとして、Aに対する殺人未遂罪、Bに対する過失致傷罪が成立する、以上の三つのパターンが考えられる。まず、①についてであるが、実際に殺されかけたAに対して過失犯の成立を認めるのは不自然で、行為者はAを殺害する意思を持っていたのに、それを過失犯であるとするのはあまりに技巧的である。②についても、現に負傷しているAに対して何らの罪も成立しないとするのは社会の常識に反する。③も、行為者はBの死亡という結果を認識していなかった以上、認識事実と発生事実とにズレが生じているので錯誤論でないとは言えない。このようにいずれの考え方も方法の錯誤の問題を合理的に解決することができない。

さらに、傷ついたAがのちに死亡したという場合には、Aに対する殺人既遂罪、Bに対する過失致死罪が成立することになるであろう。一故意犯説の立場から考えると、どの被害者に対して故意犯の成立かを認めるかの基準は、第一次的には最も重大な法益侵害が発生した被害者に対して故意犯の成立を認め、すべての被害者の法益侵害の程度が同じ場合には、第二次的に行為者が直接狙った被害者に対して故意犯の成立を認めるということになる。このように、行為の後に生じた事実によって、当初過失犯であったAに対する罪責が故意犯になったり、当初故意犯であったBに対する罪責が故意犯でなくなったりするのは奇妙である。また、一人の人を殺すつもりだったが、狙ったその人には何の被害がなく予想外の複数人を死亡させた場合には、誰について故意犯を認めるべきかの基準を一故意犯説は示すことができないという重大な欠陥がある¹¹。

前項で検察側はβ説:法定的符合説を採用したが、法定的符合説は構成要件的に同一の評価を受ける事実という点で符合する限り、いずれの客体についても故意を認める立場であるから、本体的に故意をある客体のみに限定するための基準は無いのであり、法定的符合説に立ちながら一個のみの故意犯を認めようとするのは無理がある¹²。

¹¹ 大塚・前掲 316 頁。

¹² 大谷實『法学講義刑法 1 総論』(悠々社,2007 年)121 頁。

以上により、検察側は A 説を採用しない。

B 説:数故意犯説

人を殺す意思で人の死亡という結果が発生すれば符合を認めて殺人の故意を肯定するという法定符合説の考え方を一貫すれば、認識した客体に対する故意の未遂罪、発生した客体についての故意の既遂罪が成立するとする数故意犯説に行きつくはずである。

一人を殺そうとしたのに二つの殺人罪が成立して不当であり、故意の個数を無視する点で責任主義に反するとの批判がある。しかし、行為者が一人を殺す意思しか持っていないときにも二つの殺人既遂または未遂罪の成立を認め、ただ一人の人を殺す意思しかもっていなかったことは責任の量の問題として、量刑において考慮すればよく、具体的に一個の故意で二個以上の結果が発生させた場合は刑法 54 条の観念的競合として扱うべきである。

さらにこれに対して、観念的競合が科刑上一罪とされるのは、複数の犯罪成立後に、ただそれが一個の行為であることに着眼して、科刑上は一罪として処断することが妥当であるという趣旨によるのであって、一個の故意しかない場合に複数の故意犯の成立を認める根拠にはなり得ないとの批判がある。しかし、二つの殺人罪の成立を認めたとしても、実際の科刑上不当な結論には至らないから責任主義には反しない¹³。

以上により、検察側は B 説を採用する。

VI. 本問の検討

第 1. 甲の罪責について

1. X に対する行為

(1)甲が X に対して拳銃を発射した行為につき、殺人罪(199 条)が成立するか。

(2)まず、X の背中という、人の身体の中での的として大きく、無防備な部位に向けて連続して 3 発の弾丸を発射しており、この行為は、生命侵害の具体的危険性があるといえる。よって実行行為性が認められる。次に、X の死亡という結果が発生している。そして、X は甲の銃弾が命中したことによる、肝臓損傷に起因する出血性ショックにより死亡しているので、甲の行為と X の死との間には因果関係が認められる。さらに、甲は X を殺害する意図を有していたから、X に対する殺人罪の故意が認められる。

(3)よって、甲には X に対する殺人罪(199 条)が成立する。

2. Y に対する行為

(1)甲が Y に対して拳銃を発射した行為につき、殺人罪(199 条)が成立するか。

(2)まず、甲は拳銃というそれ自体高度な殺傷能力のある武器を人に向けて使用している。

これは、人の生命を断絶する恐れの高い具体的危険性の有する行為であるので、甲の行為は殺人罪の実行行為だといえる。

¹³ 大塚・前掲 317 頁。

次に、甲の弾丸がYの左背面部に命中したことにより、右肺及び右肺静脈損傷による出血によるYの死亡という結果が発生している。また、甲の発砲時、Xの周りには数百名もの多くの参列者が整列していたという状況であり、発射した銃弾がYに当たることは十分予測されうる。よって、甲の行為からYの死が惹起されたといえるし、甲の行為とYの死亡との間には相当の因果関係が認められる。

(3) 次に、甲は拳銃の腕前に相当な自信を持っておりXに外すことなく命中したものと認識していて、Yを殺害するという認識はなかった。しかし、甲はXを殺害しようと弾丸を発射しており、結果的にYを死亡させているので、Xを殺害する認識は認められている。このように、当事者が認識していた事情と生じた結果との間に具体的錯誤がある場合にも構成要件の故意(38条1項本文)が認められるのか。

思うに構成要件の故意とは、構成要件の事実の認識・認容であるから、規範は構成要件として示される。

これにつき、検察側はβ説(法定的符合説)を採用するため、当事者の認識していた事情と発生した結果が、構成要件内において符合すれば故意が認められると解する。本問においては、甲はXを殺害する意図でYを死亡させており、人を殺すという点においては符合している。よって、甲のYに対する構成要件の故意は認められる。

(4)ここで、甲は既にXに対する殺害の故意を有しているので、Yに対する故意を認めるとなると、そこで、一つの行為につき複数の故意を認めることができるかが問題となる。

これにつき、検察側はB説(数故意犯説)を採用するため、一つの行為につき故意は一つだけとは限らないと解する。よって、甲には殺人罪の故意が認められる。

(5)したがって甲にはYに対する殺人罪(199条)が成立する。

3. Zに対する行為

(1)甲が、Zに対して拳銃を発射した行為につき、殺人未遂罪(203条、199条)が成立するか。

(2)まず、甲は拳銃というそれ自体高度な殺傷能力のある武器を人に向けて使用している。

この行為は、人の生命を断絶する具体的危険性の有する行為である。その為、甲の行為には殺人罪の実行行為性が認められる。一方、Zは傷害を負ったものの死亡してはいない。そして、Zは甲の弾丸が右膝に命中したことにより加療3ヶ月を要する右膝銃創の傷害を負ったので、甲の行為とZの傷害との間に因果関係が認められる。

(3)次に、ここで甲はXを殺害しようと弾丸を発射している。ここで、甲のZに対する構成要件の故意(38条1項本文)が認められるかが問題となる。

思うに構成要件の故意とは、構成要件の事実の認識・認容であるから、規範は構成要件として示される。これについて検察側はβ説(法定的符合説)を採用するため、先述の通り、故意は認められる。

(4)また、甲は既にXを殺害する意思を有しているため、一つの行為につき複数の故意を認めることができるかが問題となる。

これにつき、検察側は B 説(数故意犯説)を採用するため、一つの行為につき故意は一つだけとは限らないと解する。

(5)よって、甲に対して、殺人未遂罪が成立する。

4. 以上より、甲には X に対する殺人罪(199 条)、Y に対する殺人罪(199 条)、Z に対する殺人未遂罪(203 条、199 条)が成立し、これらは甲の発砲という社会観念上一つの行為により生じているものであるから観念的競合(54 条 1 項前段)となる。

第 2. 乙の罪責について

1. 乙には、殺人罪(199 条)の共同正犯(60 条)が成立するか。
2. 共同正犯が成立するための要件には、共同実行の意思と実行行為共同の事実があることを必要とする。
3. これを本問についてみると、乙は甲と共に X を挟み撃ちにして殺害すること等を計画しており共同実行の意思はあるものと認められる。次に、乙は甲と同様に X に向かって拳銃を発射しているので、実行行為共同の事実も認められる。

よって、共同正犯の要件を満たす。したがって、乙には殺人罪(199 条)の共同正犯(60 条)が成立する。

VII. 結論

甲には X に対する殺人罪(199 条)、Y に対する殺人罪(199 条)、Z に対する殺人未遂罪(203 条、199 条)が成立し、これらは甲の発砲という社会観念上一つの行為により生じているものであるから観念的競合(54 条 1 項前段)となる。

乙には殺人罪(199 条)の共同正犯(60 条)が成立する。

以上