

## I. 事案の概要

5 甲は、かねてから警察官から拳銃を奪取することを企てており、平成27年6月8日午後  
も警視庁新宿警察署の周辺をふらつきながら拳銃奪取の機会をうかがっていた。

同日午後6時25分ころ、甲は、警視庁巡査A(27歳)が制服姿で拳銃を携帯して警ら中であ  
るのを認め、その拳銃を強取しようとして決意し、JR新宿駅西口方面に向かうA巡査の約  
10メートルないし5メートル後方から、約400メートルの距離にわたり追従した。そして  
10 同日午後6時35分ころ、新宿西口の雑居ビル街の路地(道幅6メートル)にさしかかり、た  
またま周囲に人影が見えない状態になった。そこで甲は、コンクリートに打ち込むのに使  
用する建設用びょう1本(長さ約8センチメートル、軸径約6.4ミリメートル)を装てんして  
携帯していた、建設用びょう打銃の銃身部分を改造した手製装薬銃(以下、改造建設用び  
ょう打銃)1丁を左手に構え、ハンマーを右手に持って、A巡査の背後1メートルに接近し、  
15 同巡査の右肩部付近を狙い、ハンマーで改造建設用びょう打銃の撃針部分を叩いて、び  
ょうを1本発射し、同巡査の反抗を抑圧したうえ拳銃1丁を強取しようとした。

甲が発射したびょうはA巡査の右側胸部を貫通し、路地を超えて、たまたまA巡査の約  
45メートル右前方、Oデパート分館裏の歩道上を歩行していた通行人Bの背部にも命中し、  
Bの腹部をも貫通した。これにより、A巡査は右側胸部貫通銃創の傷害(全治5週間)を負い、  
20 また、Bは右腎臓の摘出および肝臓損傷を伴う腹部貫通銃創の傷害(全治2か月)を負った。  
なお本件びょうはA巡査に命中したものの、A巡査の反抗を抑圧するには至らず、射殺ま  
たは逮捕されるのを恐れた甲は犯行後すぐに現場から逃走したため拳銃強取の目的は遂げ  
なかった。

甲の行為の罪責を検討せよ。

25 参考判例:最高裁昭和53年7月28日第三小法廷判決

## II. 問題の所在

1. 本問では、Aに対してびょう打銃を発射して、A・B双方に当たり傷害を負わせている。  
このように、行為者が認識した事実と客観的に実現した事実が同一構成要件間で異なっ  
30 ている具体的事実の錯誤の場合において、故意(38条1項本文)が阻却されないか。
2. また、A・B両者につき故意を認めるとすると、甲のAに対するびょう打銃発射行為か  
ら2つの故意が認められることとなる。このように1つの行為から複数の故意を認めるこ  
とができるのか。

## 35 III. 学説の状況

### 1. 具体的事実の錯誤について

X 説:具体的符合説

構成要件について具体的なレベルでの認識を要求し、具体的事実の錯誤をさらに客体の錯誤・方法の錯誤に分け、前者につき故意を阻却しないと、後者につき故意を阻却とする説<sup>1</sup>。

5 Y 説:法定的符合説

構成要件について抽象的レベルでの認識を要求し、具体的事実の錯誤については客体の錯誤・方法の錯誤に関わらず故意を阻却しないとする説<sup>2</sup>。

## 2. 故意の個数について

10 α 説:一故意犯説

一つの行為につき一つの故意のみを認め、他方については過失罪にとどめるとする説<sup>3</sup>。

β 説:数故意犯説

一つの行為につき複数の故意を認め、罪数処理の段階で観念的競合とする説<sup>4</sup>。

## 15 IV. 判例

最高裁判所第1小法廷昭和24年6月16日判決。刑集第3巻7号1077頁。

〈事実の概要(一部を抽出)〉

被告人は、Bを殴打しようとしてBに殴り掛かったところ、Bの内妻であるCがそれを制止しようとしたため、BとC両方を殴打し、傷害を負わせた。

20 〈判旨(一部抜粋)〉

「いやしくも人を殴打する意思をもって人を殴打した以上暴行罪は直に成立しその殴打された者が殴打せんとした者と異つても暴行罪の成立に必要な故意に影響を来すものではない。されば被告人がBを殴打せんとして、これを制止せんとした同人の内妻「C」を殴打した以上、同女に対する暴行の故意がないものとはいえない」として、BとCそれぞれに対する傷害罪(204条)を認定した。

25

〈解説〉

本判決の判旨の中では、特に明示的に構成要件の範囲での抽象的認識があるとか、一つの行為から複数の故意犯が成立することを述べているわけではないが、BとCは同じ「人」という観点で同視でき、「人を傷害してはならない」という204条の行為規範に直面していると言え、このような具体的事実の錯誤の場合においても故意は阻却されないと判断していると読み取れる。

30

また、判決ではBを殴打しようとした被告人の行為一つからB・Cどちらに対しての傷害についても傷害罪の成立を認めていることから、この判例は数故意犯説の立場を取って

<sup>1</sup> 西田典之『刑法総論〔二版〕』(弘文堂,2010年)221頁以下。

<sup>2</sup> 高橋則夫『刑法総論』(成文堂,2010年)184頁。

<sup>3</sup> 川端博『集中講義 刑法総論』(成文堂,1992年)94頁、95頁。

<sup>4</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』(東京大学出版会,2011年)270、271頁。

いると読み取れる。

## V. 学説の検討

### 1. 具体的事実の錯誤について

#### 5 X説(具体的符合説)

この説は、具体的なレベルでの符合があれば、故意を阻却しないという見解であるため、方法の錯誤は故意を阻却するが、客体の錯誤は故意を阻却しないことになる。しかし、方法の錯誤と客体の錯誤を区別することが容易ではない場合がある。「Xは、Aを殺そうとして、ある晩、Aの乗用車に爆弾を仕掛けたが、翌朝、意外にもAの妻Bが運転したためB  
10 が死亡した。」という事例では、方法の錯誤か、客体の錯誤かで具体的符合説の論者の間でも見解が対立しており<sup>5</sup>、故意を阻却すべきかが不明確で問題である。

また、具体的なレベルでの符合がなければ、故意が認められないため、処罰範囲が不当に狭くなったり、そもそも不処罰となる場合が生じることとなる。例えば、Aの飼犬を殺そうとしてAの飼猫を殺した場合、具体的符合説の考え方では犬につき器物損壊罪の未遂、  
15 猫につき過失器物損壊罪が成立し、両方とも現行法上では不可罰であり、行為者は何ら罪責を負わないこととなる<sup>6</sup>。このような結論は妥当でない。

よって、検察側はX説を採用しない。

#### Y説(法定的符合説)

この説は、構成要件が抽象的・類型的に符合していれば故意を認めることができる見解  
20 である。具体的符合説の立場からは、全く認識していなかった客体に対しても故意責任を認めるのは責任主義に反するとの批判がある。

しかし、そもそも、責任故意の本質とは、規範に直面したにもかかわらず、あえてその規範を乗り越えて行為をしたことに対する道義的非難である。そして、規範は構成要件で客観的に与えられおり、これに該当する事実に対する抽象的認識・認容があれば、故意責  
25 任は認められ、責任を負うべきである。よって犯罪を行う意思さえあれば、発生した事実について責任故意を認めることができ、妥当であると考ええる。

よって、検察側はY説を採用する。

### 2. 故意の個数について

#### 30 α説(一故意犯説)

この説は、1個の故意しか存在しない場合に2個の故意犯を認めるのは責任主義に反し不当であるという見解である。しかし、予期せずに結果が生じた場合、どの被害者に対して故意犯を成立させるかという問題が生じる。

この点について、「第一次的には重い結果発生 of 客体に、第二次的には侵害を意図した客

<sup>5</sup> 大塚裕史他『基本刑法 I 総論 [第1版]』(日本評論社,2012年)120頁。

<sup>6</sup> 前掲・前田270頁。

体」という基準が有力であり<sup>7</sup>、基準を設定し故意犯を認める対象を特定することは可能であるが、このような基準をどのように設定するかが学者の中でも対立がある点問題である。また、この基準を採用した際には、当初侵害を意図していなかった被害者(B)に重い結果が発生していたが、後から侵害を意図した被害者(A)により重い結果が生じた場合には、Bに

5 に対する故意犯が成立していたのに、後に A に対する故意犯が成立することになり、結果後の事情によって故意犯を認める対象が異なる点で妥当でない<sup>8</sup>。

よって、検察側は $\alpha$ 説を採用しない。

#### $\beta$ 説(数故意犯説)

10 この説は、構成要件的故意とは構成要件該当事実に対する抽象的認識・認容であるところ、これが認められれば、数個故意を認めてもよいとする見解である。そもそも、何罪であるかは、各個の構成要件該当事実ごとに、独立に、他の犯罪事実とは無関係に判断されなければならない。例えば、A に対する罪の成否を考える際に、B に対しての罪が成立するかどうかを考えるべきではない<sup>9</sup>。

15 また、一罪の意思をもってした場合に数罪の故意犯の成立を認めるのは観念的競合が科刑上一罪とされていることがその趣旨を含み、責任主義は、罪数論及び量刑論にまで及ぶ原理と位置付けることができる<sup>10</sup>。

このように考えると、1 人の人に対しての故意しかなかったのに 2 個の故意を認めるのは責任主義に反し不当であるという批判は妥当ではない。

よって、検察側は $\beta$ 説を採用する。

20

## VI. 本問の検討

第 1. 甲は A の所持する拳銃を奪取するために A に向けてびょうを発射し、A の右側胸部を貫通して A に右側胸部貫通銃創の傷害を負わせた。この行為について、強盗殺人罪(240 条後段)が成立しないか。

25 1. 本問で甲は A から拳銃を奪取するために A にびょうを発射して A に右側胸部貫通銃創の傷害を負わせたので、実行行為は認められる。もっとも、A の反抗を抑圧するには至らず、また甲は犯行後すぐに逃走したため拳銃奪取の目的は遂げられなかったため、強盗殺人未遂の構成要件を満たすにとどまる。

30 2. また、甲には上記事実の認識・認容が認められる。さらに、甲が使用した改造建設用びょう打銃は A を貫通して 45 メートルも先にいる B の腹部をも貫通するほど威力が高いこと、それを 1 メートルという至近距離で発射したこと、建設用びょう打銃はそもそも間隔が空いた対象に打ち込むものではなく、改造したとしても他の銃器よりも命中率が低いことは明白であり、たとえ右肩付近を狙ったとしてもそれで首や心臓といった人体

<sup>7</sup> 前掲・大塚他 122 頁。

<sup>8</sup> 前掲・前田 271 頁。

<sup>9</sup> 平野龍一『犯罪論の諸問題(上)』(有斐閣,1981 年) 74 頁。

<sup>10</sup> 前掲・高橋 187 頁。

の枢要部に命中してしまう可能性があることは容易に想定できることなどに鑑みると、甲は少なくとも A を殺してしまってもやむをえないとする未必の故意を持って犯行に及んだと解しうる。よって、構成要件的事実の認識・認容があり、殺意もあるので、故意(38条1項本文)も認められる。

- 5 3. よって、A に傷害を負わせた行為について強盗殺人罪は成立せず、強盗殺人未遂罪(240条後段、243条)が成立するにとどまる。

第2. 甲は A に強盗を行う目的で発射したびょうによって B の腹部を貫通し、B に腹部貫通銃創の傷害を負わせた。この行為について、強盗殺人罪(240条後段)が成立しないか。

- 10 1. (1)コンクリートを貫通するほど頑丈なびょうを人に向けて発射するという行為は人の生命を断絶する現実的危険性を有する行為であり、それが強盗の手段としてなされているので、実行行為は認められる。しかし、それによって B は傷害を負うにとどまっているため、強盗殺人未遂の構成要件を満たすにとどまる。

- 15 (2)ア. 本問において甲は B を殺害する意図があったかどうか明示されていないが、故意とは構成要件的结果発生 of 認識・認容であるので、本問における具体的事情において甲に B を殺害する認識・認容があったかが問題となる。

- 20 イ. 本問において、甲は雑居ビルの路地裏という人があまり通りかからないであろうところでしかも1メートル前に A がいるという視界のほとんどを A に遮られている状況にいた。また B がいたのも45メートル先という甲とはかなり距離が開いていたため、甲の視界に B が入っていなかったといえる。したがって甲が B を認識していなかった以上、甲に B を殺害する認識・認容があったとはいえない。

2. (1)しかし甲には A を殺害する認識・認容は認められる。この様に当事者が認識していた事情と実際に発生した結果との間で構成要件内において異なっている場合、つまり具体的事実の錯誤があった場合にも故意(38条1項本文)は阻却されるのだろうか。

- 25 (2)この点検察側は Y 説を採用する。本件においては、A も B も構成要件上で同じ「人」であり、甲が A に対して殺害の故意を持って実行行為に及んだ以上、「人を殺してはならない」という規範に直面していたといえ、甲の実行行為によって傷害を負った B に対しても殺害の故意が認められる。

3. よって、B に傷害を負わせた行為について強盗殺人罪は成立せず、強盗殺人未遂罪(240条後段、243条)が成立するにとどまる。

- 30 4. それでは甲がびょうを発射したという一つの行為につき、A と B に対する強盗殺人未遂罪(240条後段、243条)の二つの故意犯が成立しうるのか。甲は A を殺害する意識しか有していなかったため問題となる。

- 35 この点検察側は β 説を採用するため、故意の個数は一つに限らないとする。よって甲の実行行為には両罪が成立し、これらの結果は一個の行為から生じているため両者は観念的競合(54条1項)として処理される。

## **VII. 結論**

以上より、甲には A と B に対する強盗殺人未遂罪(240 条後段、243 条)が成立し、両罪は観念的競合(54 条 1 項)として処理される。

以上