

I. 事実の概要

5 甲は、平成27年6月23日夕刻、巡回中の警察官Aから拳銃を強取しようとして決意して、Aを追尾し始めた。同日午後7時30分ごろ、街路灯の少ない雑居ビルの立ち並ぶ東京都新宿区ab丁目c番d号先附近の歩道(道幅約6メートル)上に至った際、たまたま周囲に人影が見えなくなったとみて、建設用びょう打銃を改造し、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)を装てんした手製装薬銃1丁を構えてAの背後約1メートルから同人の右肩部付近をねらい、ハンマーで右手製装薬銃の撃針後部をたたいて右びょうを発射させたが、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ができなかった。さらにAの身体を貫通した右びょうをたまたまAの約40メートル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。

15 なお、本件びょうはAに命中したものの、A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。

甲の罪責を論ぜよ。

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

20 1. 本問において、甲はAに強盗殺人の故意(38条1項)をもってびょう打銃を発射し、結果A、B両名に傷害結果を生じさせている。このように同一構成要件間において行為者が認識した事実と発生した事実が異なっている具体的事実の錯誤の場合に故意が阻却されないか。

2. また、AB両者に対する故意犯成立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AB二人への強盗殺人の故意を認めることになる。このように一つの故意行為から複数の故意犯の成立を認めることができるのか。

25

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¹

30 行為者の認識した事実と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する説。

Y説: 法定的符合説²

行為者の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、故意を阻却しないとする説。

35

2. 故意の個数について

¹ 西田典之『刑法総論』(2008, 弘文堂) 207頁。

² 大谷實『刑法講義総論』(2012, 成文堂) 168頁。

α 説：一故意犯説³

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説。

β 説：数故意犯説⁴

- 5 故意の個数による制限を認めず、およそ生じた結果の数だけ故意犯の成立を認める説。

IV. 判例

東京高等裁判所 平成 6 年 6 月 6 日判決。高等判例集 47 卷 2 号 252 頁。

〈事実の概要〉

- 10 被告人は、A 巡査、B 警部補らが、被告人を強盗致傷事件の被疑者として通常逮捕しようとした際、これを免れるため、殺意をもって、前記警察官兩名に対し、所携の自動装てん式けん銃で銃弾一発を発射し、もって、(中略)、A 巡査を心臓銃創による失血により死亡させて殺害し、さらに、右銃弾を B 警部補の左下腿部に命中させたが、(中略) 左下腿銃創の傷害を負わせたにとどまり、殺害の目的を遂げなかった。

- 15 〈判旨(一部抜粋)〉

「被告人が背後に迫った A 巡査を殺害する意思のもとにけん銃から銃弾一発を発射するという殺害行為に出、同巡査を殺害するとともに、同じ殺害行為により、B 警部補に左下腿銃創の傷害を負わせたのであるから、それが被告人の予期しなかったものであったとしても、被告人に同警部補に対する殺意が認められるというべきは明らかであり、したがって、同警部補に対する殺人未遂罪が成立することは明らかである」として、A に対する殺人罪、B に対する殺人未遂罪を認めた。

- 20

V. 学説の検討

1. 具体的事実の錯誤について

- 25 X 説 (具体的符合説)

この説は、行為者の認識していた事実と現実に発生した事実とが具体的に符合していれば、構成要件的故意を認める見解である。かかる説によると客体の錯誤の場合には故意が阻却されず、方法の錯誤の場合は故意が阻却される。その理由として、客体の錯誤の場合、故意を阻却しないのは、客体が刑法上同価値であるからとしている。しかし、客体が刑法上同価値であるということが構成要件的に同じだという意味ならば、方法の錯誤の場合も同様であるから、この場合も故意を阻却しないものと解すべきである⁵。

- 30

また、この説によると具体的妥当性を欠くことがある。例えば、A の飼犬を殺そうとして隣にいた A の飼猫を殺した場合、具体的符合説では、犬につき器物損壊罪の未遂、猫につき過失器物損壊罪が成立することになるが、両者ともに現行刑法では不可罰となってしまう⁶。かかる結論は不当な結論である。

- 35

³ 大塚仁『刑法概説総論』(2008, 有斐閣) 208 頁。

⁴ 西田・前掲 206 頁。

⁵ 福田平『全訂 刑法総論 [第 5 版]』(有斐閣, 2011 年) 116 頁。

⁶ 前田雅英『刑法総論講義 [第 6 版]』(東京大学出版会, 2015 年) 190 頁。

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、行為者の認識していた事実と現実が発生した事実とが構成要件の範囲内で符合していれば、構成要件の故意を認める見解である。そもそも故意の本質は、構成要件に該当する事実を認識し、その事実を実現する意思にあるから、具体的に構成要件該当事実を認識している必要はなく、法定の構成要件で類型化された事実について抽象的・一般的な認識があれば足りる⁷。したがって、構成要件により客観的に明らかになっている規範に直面したにも関わらず、その規範に反し行為を行った者は責任を負うべきであり、妥当である。

よって、検察側は Y 説を採用する。

10

2. 故意の個数について

この点、X 説においては、当然に 1 個の故意しか認められないため、故意の個数における問題は生じず問題はない。では、Y 説においてはかかる故意の個数の問題が生じる可能性があるため、問題となる。

α 説（一故意犯説）

この説は、刑法の責任主義の立場から、客体のどちらか一方に対してのみ故意を認める見解である。この説に立つと、どちらに故意を認めるのかという点で基準が分かれ、どの基準を用いるのかについても争いがあり、明確性を失ってしまう点が問題である⁸。例えば、B が C を殺害しようとして C に傷害を負わせ、さらに D を殺害した場合、D に対する殺人既遂を認めて 1 個の故意を使った以上、C に対しては過失傷害罪しか成立しないこととなり、殺そうと思っていた C に対して過失傷害罪しか成立しないのは不当である⁹。また、上記事例で、D に対して殺人既遂を認めるということは、C に対する殺人罪の故意を D に転用するということであり、かかる処理は故意の概念を無視したもので許容されるものではない¹⁰。

よって、検察側は α 説を採用しない。

β 説（数故意犯説）

この説は、故意の個数を観念せず、複数の故意犯を認める見解である。かかる見解には 1 個の故意に複数の故意犯を成立させ、観念的競合とすることは、刑法の認めるところではないという批判がある。しかし、行為が 1 個でも複数の故意犯を認めるのが、観念的競合であるので、1 個の故意で複数の故意犯を認めてもこれは、刑法が当然に認めることである。

さらに、法定的符合説は、構成要件の範囲内で符合している場合にいずれの客体においても故意を認めうるという見解であるので¹¹、かかる説が妥当である。

よって、検察側は β 説を採用する。

VI. 本問の検討

⁷ 大谷・前掲 168 頁。

⁸ 山中敬一『刑法総論 I』（成文堂,1999 年）311 頁。

⁹ 前田・前掲 192 頁。

¹⁰ 大谷・前掲 173 頁。

¹¹ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣,2008 年）180 頁以下。

第 1. 甲の A に対する罪責について

1. 甲は A から拳銃を強取する目的で手製装薬銃を発射し、発射されたびょうは A の右側胸部を貫通し、A を負傷させている。街路灯の少ない歩道上という視界の悪い場所で、突然手製装薬銃で高速で発射したびょうを命中させる行為は、客観的に見て相手に苦痛や恐怖を与えて反抗を抑圧するに足るものであるといえ、この行為は強盗罪における「暴行」にあたるといえる。またびょうの命中した箇所は右側胸部であり、心臓や肺などの重要な器官が周囲に集中する箇所である。このような場所をびょうで貫通させる行為により相手が死亡することは十分に考えられるため、甲の A に対する殺人の未必の故意があったといえる。よって X は A に対する強盗殺人罪の未遂罪(240 条、243 条)の罪責を負う。

第 2. 甲の B に対する罪責について

2. 甲は A に向けてびょうを発射したが、びょうは貫通して結果として甲の意図していなかった B にも命中し、負傷させた。この場合、甲に B に対する強盗殺人の未遂罪の罪責を負わせることはできるか。

3. 本問で甲は B に対して殺人の故意を有していたとは明記されていない。しかし、故意とは構成要件的结果の認識・認容であるので、具体的状況下において甲が B の殺害を認識・認容していたかが問題となる。

4. 本問事件の発生した場所は街路灯が少ないビル街であり、事件の発生時刻は午後 7 時 30 分である。夜間で、しかも周囲からの光がビル群に遮られる視界の悪い環境下で道路反対側の 40 メートル前方にいた B を甲が認識できたとは考えにくい。よって甲が B の殺害を認識・認容していたとは言えない。

5. もっとも本件では甲は A に対する殺人の故意はあり、その上で結果的に B を負傷させている。このように当事者が認識していた事情と生じた結果とが構成要件内において異なっている場合に錯誤として故意が阻却されるかが問題となる。

6. この点について検察側のとる Y 説では、行為者の認識していた事実と現実に発生した事実とが構成要件の範囲内で符合していれば構成要件の故意を認める。本件では甲は殺人の故意によって、結果的に B を負傷させているから甲の B に対する殺人の故意が認められる。したがって甲は B に対する強盗殺人の未遂罪(240 条、243 条)の罪責を負う。

7. また、本件で甲は A に対しての殺人の故意しか有していなかった。このような場合に、A に対する強盗殺人未遂罪と B に対する強盗殺人未遂罪の 2 つの故意犯が成立しうるかが問題となる。

8. この点について検察側のとる β 説では故意の個数を観念せず、複数の故意犯を認める。

以上より 2 つの故意犯が成立し、両罪は 1 つの行為により結果が発生したものであるから観念的競合となる。

VII. 結論

よって、甲は A に対する強盗殺人罪の未遂罪と B に対する強盗殺人罪の未遂罪の罪責を負い、両罪は観念的競合(54 条 1 項前段)となる。

以上