

I. 反対尋問

- 5 1. 判例を引用した趣旨は何か。
2. 3頁10行目以下「客体の錯誤において意図していなかった客体に対する結果発生であっても故意を認めるにもかかわらず、方法の錯誤においては客体の違いという具体的事実を重要なものとするのは一貫しない。」とあるが、客体の錯誤と方法の錯誤は錯誤類型が異なるためこのような批判は当たらないのではないか。また、そのことが検察側のイ説を採用しない唯一の理由なのか。
- 10 3. 法定符合説に立つといわゆる併発事実について、因果関係がある限りは生じた結果に応じた複数の故意犯が成立するところ、一個の故意で複数の故意犯が成立するのは責任主義に反するのではないか。
4. 5頁5行目の「また～」の一文で法定符合説では故意の個数は問題にならないとあるが、
- 15 必ずしもそうとは言えないのではないか。

II. 学説の検討

1. 具体的事実の錯誤について

ア説について

- 20 ア説の根拠として挙げられているのは、行為者は、構成要件のうえで同一の評価を受ける事実を認識すれば、当該行為を実行に移してよいかという規範の問題に直面するのであるから、発生結果に対して「直接的な反規範意思活動」を認めるべきとする¹。
- しかし、同一の評価を受ける事実を認識すれば、なぜ発生した別の事実について直接的な反規範的人格態度ないし意思活動を認めるべきなのかは、説明されていない。そのため
- 25 故意概念は、不当に抽象化されすぎているといえ、ア説の欠陥がみられる。
- したがって弁護側はア説を主張しない。

イ説について

- イ説の根拠は以下のように考えられる。現に行為規範を破ろうとしている者に対して抽象的な行為規範はほとんど意味がない。すなわち「人を殺そう」とする者には具体的な規範が与えられる必要があるのである。それは「あなたが殺そうとしているその人を殺すな²」という規範である。そして当該の行為客体のもつ具体的な法益を保護することがこの具体的規範の機能であるから、故意に向けられた客体についてのみ規範違反が存在する。そのためイ説は認識と事実との間のより具体的な合致を要求するのである。このように考える

¹ 大谷實『刑法講義総論[新版第4版]』(成文堂,2012年)176頁。

² 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015年)340頁。

ことでア説のような欠陥はないように思われる。

以上から弁護側はイ説を採用する。

2. 故意の個数について

A説について

- 5 この説は故意の成立範囲をあまりにも拡大しすぎる点が問題である。
そのため弁護側はA説を採用しない。

B説について

この説は構成要件の故意には故意の個数に関する認識までも含まれていると考えていて
そのように考えることで正当に罪を成立させることが可能になる³。

- 10 そのため弁護側はB説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

第1 Xの罪責

- 15 1.Xの知人から覚せい剤の粉末0.044グラムを譲受け、所持した行為について、覚せい剤譲
受け罪及び所持罪(覚せい剤取締法41条の2)が成立するか。

2.Xの上記行為は覚せい剤取締法41条の2の客観的構成要件を充たすが、一方でXは覚せい
剤ではなく、ヘロインであると認識しているため、故意に欠け上記罪責を負わないので
はないか。

- 20 3.(1)確かに、故意責任の本質は、反規範的人格態度に対する道義的非難である。そして、
規範は刑法上構成要件の形で与えられているから、認識した内容と実現した事実とが異なる
抽象的事実の錯誤の場合、規範に直面する可能性がないため、故意が阻却されるのが原則
である。

もともと、構成要件に実質的な重なり合いが認められる場合には、その限度で規範に直面
するといえ、故意責任を問うべきであると考えられる。

- 25 かかる実質的な重なり合いの有無については、①両罪の行為態様、及び②保護法益の共通
性をもって判断する。

(2)これを本問についてみると、覚せい剤譲受け・所持罪と麻薬譲受け・所持罪は行為態様
が共通しており、また、両罪の保護法益は、有害な違法薬物から社会秩序を守ることを保
護法益としており、法益にも共通性が認められる。

- 30 (3)したがって、覚せい剤譲受け・所持罪の故意が認められるように思える。

- 35 4.ここで、38条2項が軽い犯罪事実の認識で重い犯罪事実を実現した場合、重い犯罪で行
為者を処断できないとしているところ、法定刑が全く同一の場合には、どのように処理す
べきか、また主観と客観のどちらの犯罪事実について故意の成立が認められるのかが明ら
かでなく、問題となるも、客観的に実現した方の犯罪を認めるべきである。なぜなら重なり
合う限度では、客観的構成要件該当事実に対して故意犯としての責任非難が可能である

³ 佐久間修『刑法総論』(成文堂,2009年)130頁参照。

のに対して、主観的に実現しようとした犯罪を成立させれば、構成要件に該当する客観的事実がないのに犯罪を成立させることになり、罪刑法定主義に反するおそれがあるからである。

したがって覚せい剤譲受け・所持罪の故意を認め、同罪を成立させるべきである。

- 5 5.以上より、Xに覚せい剤譲受け・所持罪(覚せい剤取締法 41 条の 2)が成立する。

第2 Yの罪責

1.Xに対する罪

(1)YがXに対して建設用びょう打銃を改造した手製装薬銃から、びょうを一本発射した行為について強盗殺人未遂罪(243条、240条後段)が成立するか。

- 10 (2)手製装薬銃で相手を打つ行為は相手方の反抗を抑圧する程度の不法な有形力の行使を指す1項強盗罪における「暴行」(236条1項)に当たり、これを用いてXの覚せい剤(「他人の財物」)を「強取」(236条1項)しようとしているのであるから、Yは「強盗」(240条)にあたるといえる。

- 15 この時、覚せい剤が「財物」にあたるか問題となるが、これを肯定すべきである。なぜなら、禁制品も法律上の没収手続によらなければ没収されないという点において、事実上の所有・占有が可能であるから、その限度で、財物性を認めるべきであるからである。

(3)そして、Yは殺意をもってかかる行為に臨んでいるところ、殺意ある場合に240条に含まれるか問題となるも、240条には結果的加重犯特有の「よって」の文言がないため、含まれると考える。

- 20 (4)また、本罪の法定刑が非常に重いのは、生命・身体を保護法益とするからであることからすれば、既遂未遂の区別も殺人の点を基準とすべきである。

したがって、Xは死亡していないので、強盗殺人未遂罪(243条、240条後段)が成立する。

2.Aに対する罪

(1)Yの上記行為についてAに対する強盗殺人罪(240条後段)が成立するか。

- 25 (2)上記のように、Yは強盗殺人罪の客観的構成要件は充たすものの、Aにびょうを命中させ、死亡させることについては意図していなかったのであるから、本件のような方法の錯誤において、故意が認められるかが問題となる。

- 30 (3)(i)現に行為規範を破ろうとしている者に対して抽象的な行為規範はほとんど意味がなく、具体的な規範が与えられる必要がある。そして当該の行為客体のもつ具体的な法益を保護することがこの具体的な規範の機能であるから、故意に向けられた客体についてのみ規範違反が存在する。そのため法益主体である被害者の相違は重要で、その個別性は捨象することができないと考える。ゆえに行為者が特定した「その人」に対する故意をもって異なる法益主体である行為者の特定した「その人」以外の人に対する故意を認めることはできない。

- 35 (ii)本件では、「強盗」であるYが「その人」たるXを殺害しようと手製装薬銃を発射した結果、Xだけでなく、Aにまで命中させてしまい、Aを死亡させてしまっている。この時、

YはあくまでもXに対する殺人の故意のみを有するのであるから、その故意をもってAに対する殺人罪を肯定することはできず、過失致死罪(210条)が成立するにとどまる。

(4)以上より、Yの上記行為について、Aに対する過失致死罪(210条)が成立する。

3.罪数

- 5 以上のようにYには、Xに対する強盗殺人未遂罪(243条、240条後段)、Aに対する過失致死罪(210)が成立し、両罪は、Yが手製装薬銃を発射したという一つの行為によるものであるから、観念的競合(54条1項前段)となる。

IV. 結論

- 10 Xは覚せい剤譲受け・所持罪(覚せい剤取締法41条の2)の罪責を負う。

YはXに対する強盗殺人未遂罪(243条、240条後段)及びAに対する過失致死罪(210条)の罪責を負う。

罪数について、強盗殺人未遂罪(243条、240条後段)と過失致死罪(210条)は観念的競合(54条1項前段)となる。

15

以上