

### I. 事実の概要

- 5 平成30年3月22日、Xは知人から「いいものやるよ」といわれ、覚せい剤の粉末0.044グラムを渡されたが、以前から同知人が麻薬であるヘロインを密輸して儲けているという話を聞いていたので、これをヘロインと誤認して所持していた。一方、かねてからXに恨みを持っていたYは、同知人から「Xに覚せい剤を渡した」という話を聞き、「どうせならこの際、Xを殺して覚せい剤も奪ってやろう」と思い立ち、平成30年3月28日にXに対して「最近いいものもらったらしいな。俺にも見せてくれ」等言い、Yの事務所に覚せい剤を持ってくるよう約束した上、その道中で待ち伏せしていた。待ち伏せしてから20分ほど経つと、Xが現れ、たまたま周囲に人影もなかったことからYは殺意をもってXに向けて用意していた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。同弾丸はXの右肩付近に命中し重傷を負わせた。さらに同弾丸は予想外にも、たまたま前方約15 30メートルのところにいるAにも命中し、同人は死亡した。なお、Xは重傷を負ったものの、意識ははっきりしており、YはXからの反撃を恐れたため、覚せい剤を奪うことはできなかった。また、Xには覚せい剤所持について営利目的はなかった。XとYの罪責について論ぜよ。

- 20 参考条文:覚せい剤取締法第41条の2第1項  
麻薬及び向精神薬取締法第64条1項  
参考判例:最高裁昭和53年7月28日第三小法廷判決  
最高裁昭和61年6月9日第一小法廷判決

### II. 問題の所在

- 25 1. Xはヘロインと誤認して覚せい剤を所持している。抽象的事実について錯誤がある本問において、覚せい剤取締法第41条の2第1項と麻薬及び向精神薬取締法第64条1項のどちらを適用すべきか。  
2. YのXに向けたびょうの発射によりXの重傷及びAの死亡という結果が生じている。具体的事実について錯誤があった場合に故意犯は成立するか。また、成立する場合の故意の個数が問題となる。
- 30

### III. 学説の状況

#### 1. 具体的事実の錯誤について

ア説(法定的符合説)

- 35 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解する立場<sup>1</sup>。

<sup>1</sup> 大谷實『刑法講義総論[第4版]』(成文堂,2016年)168頁。

イ説(具体的符合説)

故意の認定に当たり認識と事実との間のより具体的な合致を要求する説<sup>2</sup>。

## 2. 故意の個数について

### 5 A 説(数故意犯説)

一つの故意しかなくても数個の故意犯の成立を認める立場。

### B 説(一故意犯説)

一つの客体の侵害のみを企図していたのであれば故意の個数は一つであるとする説<sup>3</sup>。

10

## IV. 判例(裁判例)

東京高裁昭和 30 年 4 月 19 日判決。高等裁判所刑事判例集 8 卷 4 号 505 頁。

[事実の概要]

15 被告人が A を殺害する目的で農薬ホリドール乳剤を混入した日本酒を A に贈与したものの、A はこれを飲用せずに放置していたところ、半年後、情を知らない A の妻 B がこれを C に贈与し、C がこれを飲用し死亡した。

[判旨]

20 「被告人は A を殺害する意思はもっていたが、C を殺害する意思はなかつた。C の死亡はひとえに B の行為に基因するものであるから、被告人は A に対する殺人未遂罪の責任の他に、本件毒酒を A 以外の者が飲用するかも知れないということを認識しなかつた点において過失致死の責任を負わねばならないのは格別、C に対する殺人既遂罪の成立する余地はない」と主張するが、およそ殺人の罪は故意に人を殺害するによって成立するものであつて、その被害者の何人であるかは毫もその成立に影響を及ぼすものではないから、原判示のように、いやしくも人を殺害する意思をもつて他人に毒酒を供与し、因ってこれを飲用した者を死亡せしめた以上は、仮令その飲用死亡者が被告人の意図した者と相違していた

25 としても、なお被告人に殺人罪の刑責の存することは論をまたないところである。…原裁判所が原判示事実を認定したうえ、刑法第百九十九条を適用処断したのはまことに相当であつて、原判決には所論のような事実誤認もしくは法令適用の誤りは存しない」。

## 30 V. 学説の検討

### 1. 具体的事実の錯誤について

A 説(法定的符合説)

35 故意の本質は、構成要件要素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のだから、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い。よって、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るべきであ

<sup>2</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)176頁。

<sup>3</sup> 山中敬一『刑法総論[第3版]』(成文堂,2015年)345頁。

る<sup>4</sup>。

本件においても、強盗殺人罪(刑法 240 条)の構成要件は「強盗が、人を死亡させること」であり、客体の相違および結果に至る因果経過の相違は法的に重要ではない。「およそ人」を殺すつもりで「およそ人」を殺した以上、構成要件を完全に充たす事実が存在する。

5 よって、検察側はア説を採用する。

イ説(具体的符合説)

行為者によって認識された個別具体的な法益主体の範囲に限り故意犯の責任を問うとする本説は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<sup>5</sup>。

よって、検察側はイ説を採用しない。

## 2. 故意の個数について

15 A 説(数故意犯説)

観念的競合により、行為が一個であっても複数の犯罪の成立を認められるのであるから、一個の故意であっても、その故意が構成要件上の評価において複数の犯罪に共通に使用されることは、刑法が当然予定するものと解すべきである<sup>6</sup>。

よって、検察側は A 説を採用する。

20

B 説(一故意犯説)

一つの故意に基づいて結果が複数発生したとしても一つの故意犯を成立させ、いずれかの客体に対する故意を認めるにあたっては事例に即した判断を行うとする本説は、論者によって具体的にどの客体に対して故意犯が成立するのかという基準が分かれ、解決方法の統一性に欠けるため明確性を失う点が問題である。

25

よって、検察側は B 説を採用しない。

## VI. 本問の検討

### 第 1 X の罪責

30 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は負わないのではないか。

35 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

<sup>4</sup> 井田・前掲 176 頁

<sup>5</sup> 西田典之『刑法総論[第 2 版]』(弘文堂,2015 年)224 頁。

<sup>6</sup> 大谷・前掲 171 頁。

則である。

もっとも、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。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。

5 (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。

(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。

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  
10 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  
15 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 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

20 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。

(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。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。

30 (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。

(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。

35 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。

(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。

5 (3)(i) そもそも故意責任の本質は上記のように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として類型化されており、かつ、各構成要件の文言上、具体的な法益主体の認識までは要求されていないと考えられるから、認識した内容と発生した事実がおおよそ構成要件の範囲内で符合していれば犯罪事実を認識し、規範に直面したといえ、故意が認められると考える。また、このように故意の対象を構成要件の範囲内で抽象化する以上、故意の数は問題にならないと考える。

10 (ii) 本件では、「強盗」である Y が「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、「人」たる 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 が認識した内容と発生した事実はおおよそ「強盗」たる自身が「人」を殺害するという点で一致しており、また故意の数は問題にならないから Y に故意が認められる。

(4) 以上より、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。

### 3 罪数

15 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 に対する強盗殺人罪(240 条後段)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。

## VII. 結論

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。

20 Y は X に対する強盗殺人未遂罪(243 条、240 条後段)及び A に対する強盗殺人罪(240 条後段)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)と強盗殺人罪(240 条後段)は観念的競合(54 条 1 項前段)となる。

25

以上