

### I. 反対尋問

- 5 1. 観念的競合が科刑上一罪とされるのは犯罪実行の意思決定や行為意思が一個しか存在しないことを根拠としている<sup>1</sup>。本問を観念的競合として処理しておきながら(検察レジュメ 4 ページ 33 行目)、複数の故意犯の成立を認める数故意犯説を採用するのは矛盾していないか。
- 10 2. 責任主義は刑法の基本原理の一つであり、「一つの故意から複数の故意が認められる」(検察レジュメ 3 ページ 15 行目)という責任主義に反することを刑法自体が予定しているものと解釈することは無理があるように思われるが、検察側はどういう理論でこのような解釈にたどり着いたのか。

### II. 学説の検討

- 15 1. 具体的事実の錯誤について

#### A 説(具体的符合説)

- 20 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。行為者は法律上許されていない行為(違法類型)である構成要件に該当する客観的事実を具体的に認識し、その認識があつて初めて反対動機が形成されるのであるから、この認識がない場合は故意を認めてはならない<sup>2</sup>。そのため、行為者が認識していない客体について発生した結果について故意責任を認めるのは責任主義に反する。つまり、行為者が認識した客体についてのみ故意を認める具体的符合説が妥当である<sup>3</sup>。

- 25 また、(故意)責任を肯定するためには違法結果の惹起の認識が必要であり、そのためには結果が発生した客体と行為者の認識していた客体が同一でなければならない。例えば殺人罪において、法定的符合説では「人」を殺す認識で反対動機の形成が可能とされ、非難可能性がある。しかし、それではそのような行為に出たことへの非難を基礎づけるだけであり、違法結果を惹起したことへの非難を基礎づけることはできない。結果惹起を非難する上では誰に結果が発生したかは重要だからである<sup>4</sup>。

よつて弁護側はこの説を採用する。

30

#### B 説(法定的符合説)

法定的符合説は構成要件的評価上符合していれば故意を認めるとするが、処罰範囲が不当に拡大するという欠陥がある。故意の成立に法定の構成要件的事実の認識で足りるとす

<sup>1</sup> 藤尾彰『法学教室(第二期)6号』(有斐閣, 1974年)127頁。

<sup>2</sup> 大谷實『刑法講義総論』(成文堂, 2019年)148頁。

<sup>3</sup> 大塚裕史「応用刑法I—総論」『法学セミナー735号』(日本評論社, 2016年)98頁。

<sup>4</sup> 大塚・前掲書96頁。

ると、例えば殺人罪の場合、「人」を殺す認識で足りるとしているが、実際に結果が発生した客体が予見（認識）可能でない場合、判例は通常危険の現実化説をとっており客観的に存在するすべての事情を判断材料とするため、不当な処罰が成立する<sup>5</sup>。つまり、行為者の行為から当該結果が発生することが予見不可能な場合にまで刑事責任を認めるのは責任主義

5 に反するということである。

よって弁護側はこの説を採用しない。

## 2. 故意の数について

### β 説(数故意犯説)

10 この説は故意の成立範囲をあまりにも拡大し、本人の責任を超えた罪責を認めると 38 条 2 項の責任主義に反する。これに対し観念的競合が認められるため問題がないという意見もあるが、他の客体に対する故意を転用するのは心理的事実（犯罪事実の認識認容）としての故意概念を無視するものである。同様に、例えば別の客体に生じた傷害という結果が、他の客体の殺人に吸収されるというのも、犯罪の態様を犯罪の成立上無視することになり不当

15 であり、宣告刑を定めるに際して、擬制的に認められる犯罪を、刑を加重する方向で斟酌することで、不均衡が生ずる場合もある<sup>6</sup>。

よって弁護側はこの説を採用しない。

### α 説(一故意犯説)

20 具体的事実の錯誤において具体的符合説を採用している以上、一人を殺す意思であれば常に 1 個の故意犯が成立するにすぎないので、一故意犯説を採る<sup>7</sup>。また β 説のような故意をまとめることによる問題もない。

よって弁護側はこの説を採用する。

## 25 III. 本問の検討

### 第 1. A に対する行為について

1. 甲が A に対して建設用びょう打銃を改造した手製法薬銃を撃った行為について、強盗殺人罪(240 条後段) が成立しないか。

2.(1) 本件の手製法薬銃を A から約 5m の地点から撃つことは、人を死に至らしめる現実的

30 危険性を有する行為であるから、かかる行為は反抗抑圧するに足る有形力の行使であり「暴行」(236 条 1 項)に当たる。甲は「暴行」の時点において、「他人の財物」(236 条 1 項)を「強取」(236 条 1 項)しており、強盗罪(240 条)の実行行為に当たる。

(2) 上記の行為により A は死亡という結果が発生している。一時は負傷程度であったが、後

<sup>5</sup> 大塚・前掲書 99 頁。

<sup>6</sup> 只木誠「併発事実と錯誤について」『法学新報 113 卷 9-10 号』（中央大学出版部, 2007 年）337 頁参照。

<sup>7</sup> 大谷實『刑法講義総論』（成文堂, 2019 年）170, 171 頁参照。

にその負傷が原因で死亡しており、危険が現実化したと言えるため、甲の上記行為と A の死亡には因果関係があると言える。

(3) 甲はびょうを A に向けて発射しており、構成要件的故意の認識と認容があり、故意は問題なく認められる。

5 3. よってかかる行為につき強盗殺人罪(240 条後段)が成立する。

## 第 2. C に対する行為について

1. 甲の C に対してびょうを命中した行為について、強盗殺人罪(240 条後段)が成立しないか。

10 2.(1) 甲が A に撃ったびょうが C にも命中している。そして死亡という結果を招いた。また、上記の通り甲は「強盗」に当たる行為をしており、強盗殺人罪の実行行為として認められる。

(2) 甲の行為がなければ C の死亡は起こらなかったのであるから、条件関係が認められる。行為当時、甲は A の背後に C の存在を認識しており、A に対する発射行為の危険の中には C の生命に対する危険も含まれていたことを十分に予見でき、危険が結果に現実化したと言

15 えるため、因果関係も認められる。

(3)ア 甲は C の存在を認識しているが、故意は認められるか。

イ 故意とは、客観的構成要件該当事実の認識認容をいうが、故意の成立を認めるには、構成要件に該当する客観的事実を認識・予見することだけでは足りず、犯罪事実を実現しよう

20 という意思が必要であり(意思説)、このような意思がない場合には、認識があったとしても故意がないものとされ、認識ある過失となる。

ウ 本問では、確かに甲は C の存在を認識しているが、甲は A を殺害する意思を有していたにすぎず、C を殺害しようという意思は有していなかったといえる。

エ したがって、故意は認められない。

25 3. 以上より、強盗殺人罪(240 条後段)が成立しない。

4. 次に、過失致死罪(210 条)は成立しないか。

5.(1)ア 「過失」とは、結果を予見し回避すべき義務の違反であるところ、上記の通り A の背後に C の存在を認識しており、かつ、人を死亡させる危険性を十分に有している手製装

30 イ また、A の周囲に誰もおらず A が 1 人になったこと確認することは可能であり、それに反し当該行為を行っているため結果回避義務に違反している。

ウ したがって、「過失」が認められる。

(2) C は甲の行為により死亡している。

(3) 上記 2(2)で述べたように、甲の行為と C の死亡は因果関係が認められる。

35 6. よってかかる行為につき過失致死罪(210 条)が成立する。

### 第3. Bに対する行為について

1. 甲のBに対してびょうを命中した行為について、強盗殺人罪(240条後段)が成立しないか。

5 2.(1) Cと同様に、甲は「強盗」に当たる行為をしており、結果としてCが死亡している  
ので、強盗殺人罪の実行行為として認められる。

(2) 甲の行為がなければBの死亡は起こらなかったのであるから、条件関係が認められる。  
また、Aの背後にBが存在していたという客観的な事実がある以上、Aに対する発射行為  
10 らBの生命に対する危害を及ぼすことを十分に予見でき、危険が結果に現実化したと言え  
るため、因果関係も認められる。

(3)ア 甲はBを撃つ意図がなかったが、結果的に死亡させたことについて故意が認められ  
るか。

イ 故意の定義は前述の通りであり、弁護側は具体的符合説を採用するので、認識事実と実  
現事実とで法益主体が異なっていれば、故意は阻却される。

15 ウ 本問では、甲が認識していたのはAの死亡という事実であり、実現したのはBの死亡と  
いう事実であるから、両者の法益主体は具体的に一致しない。

エ したがって、故意が阻却される。

3. 以上より、強盗殺人罪(240条後段)が成立しない。

4. 次に、過失致死罪(210条)は成立しないか。

20 5.(1) たしかに、甲はBの存在を認識していなかったが、危険性を十分に有している手製装  
薬銃を使用している時点で、発射したらパチンコ店にいるA以外の人をも命中してしまう  
危険性は予見可能であった。また、認識しようと思えば認識できた。したがって、過失が認  
められる。

(2) Bは甲の行為により死亡している。

25 (3) 上記2(2)で述べたように、甲の行為とBの死亡は因果関係が認められる。

6. よってかかる行為につき過失致死罪(210条)が成立する。

### 第4. 罪数

30 弁護側がとるα説から鑑みても、甲の「一個」の行為により甲の狙ったAが死亡しAに  
対する強盗殺人罪(240条後段)が成立する以上、Bに対する過失致死罪(210条)、Cに対す  
る過失致死罪(210条)が成立し、これらは観念的競合(54条1項前段)となる。

### IV. 結論

35 甲はAに対する強盗殺人罪(240条後段)、Bに対する過失致死罪(210条)、Cに対する過  
失致死罪(210条)が成立し、これらは観念的競合(54条1項前段)となる。

以上