

具体的事実の錯誤に関する一考察

—— 刑法 240 条と方法の錯誤 ——

大 山 徹

目 次

1. 問題の所在
2. 最高裁昭和 53 年 7 月 28 日判決
3. 強盗犯人が殺意を有している場合に刑法 240 条は適用されるか
4. 法定的符合説と具体的符合説
5. 本稿の立場

1. 問題の所在

刑法 240 条が規定している強盗致死傷罪は、刑法典中に規定されている数多くの刑罰法規のうちでもかなり重い法定刑を用意している⁽¹⁾。そのため、強盗致死傷罪は、第一級の重い犯罪群に属するともいわれている⁽²⁾。現在の判例・通説によれば、強盗致死罪および強盗殺人罪の両方が刑法 240 条後段で捕捉されると考えられているが、強盗致死罪の法定刑が死刑または無期懲役であることについては異論も提起されているところである。たしかに、強盗致死罪を例にとって考えてみると、強盗罪と傷害致死罪の 2 つの犯罪を成立させ観念的競合と処理すれば事足りるように思われるの

に、刑法 240 条後段が定める法定刑をそのまま適用するというのは、行為者にあまりに酷であるようにも思われる。実際、学説の中には、強盗致死罪の法定刑は憲法違反であり刑法 240 条前段の法定刑を適用すべきだとの説⁽³⁾、酌量減刑の規定を弾力的に活用し適切な宣告刑が言い渡せるようにすべきだとの説も提唱されているのである⁽⁴⁾。このように、刑法 240 条後段の法定刑が重すぎることについては根強い反対論がある⁽⁵⁾。

周知のように、刑法総論上の著名な論点として、方法の錯誤をめぐる学説上の論争がある。判例は法定的符合説のうちの数故意犯説を採り、学説は法定的符合説のうちの数故意犯説、法定的符合説のうちの一故意犯説、具体的符合説の 3 説に分岐しているのが現状である。法定的符合説と具体的符合説の間の論争は議論が出尽くした感もある。しかしながら、このような方法の錯誤をめぐる議論は、刑法 240 条との関係ではどのような意味を持つのであろうか。この問題については、これまで必ずしも積極的に論じられてこなかったように思われるが、最判昭和 53 年 7 月 28 日は、方法の錯誤の事案で、意図しなかった客体との間でも強盗殺人未遂罪が成立するとした。最高裁昭和 53 年 7 月 28 日判決が提起した問題は重要である。最高裁昭和 53 年 7 月 28 日判決の論理にしたがえば、仮に意図しない客体を殺害した事案であったとしても、その意図しない客体との関係で強盗殺人罪が成立するという帰結に至ることになるからである。

本稿は、刑法 240 条と方法の錯誤の問題を取り上げ、この問題をいかに解決すべきか、おおまかな解決の指針を提示することを目的とするものである。また、この問題は最判昭和 53 年 7 月 28 日を契機に議論されるようになったことから、次の 2 では、当該判例を紹介し検討を加えるものとする。さらには、当然のことであるが、この問題の解決の指針を提示するためには、刑法 240 条をめぐる解釈論と方法の錯誤をめぐる解釈論の双方を踏まえることが不可欠となる。そこで、3 では、強盗犯人が殺意を有している場合に刑法 240 条は適用されるかという問題に検討を加え、4 では方法の錯誤をめぐる法定的符合説と具体的符合説の論争を紹介しどちらの説

を採るのが適切につき検討を加えることにしたい。そして、5で、1～4までで得られた知見を基に、私見を開陳することにした。なお、5では、最判昭和53年7月28日で問題になったような方法の錯誤の事案のみならず、刑法240条に関わるいろいろなパターンの方法の錯誤の事案を念頭に置いて、刑法240条と方法の錯誤の問題を論ずることにする。

2. 最高裁昭和53年7月28日判決

それでは、以下で、最判昭和53年7月28日の事実の概要と判決要旨とを一瞥してみることにしよう。事実の概要は次のとおりである。

被告人Xは警察官から拳銃を強取しようと企てた。Xは、国鉄新宿駅に向かう警ら中の巡査Yを約10メートルないし5メートル後方から約400メートル尾行し、たまたま周囲に人影がなくなった昭和47年2月15日午後6時25分頃、Yの背後1メートルに接近し、建設用びょう打ち銃を改造した手製装薬銃一丁を左手に持ち、右手に携帯していたハンマーで手製装薬銃の撃針部分を叩いてびょう一丁を発射せしめた。XはYの右肩部分を狙ってびょう一丁を発射せしめたが、当該びょう一丁はYの右側胸部に命中し、Yに加療約5週間の傷害を負わせた。

しかしながら、発射されたびょう一丁は、Yに右側胸部貫通銃創の傷害を負わせたにとどまらず、Yの身体を貫通し、たまたまYの約30メートル右前方の歩道を通行していたZの背中部にこれを命中させ、Zに全治約2ヶ月の重傷を負わせることになった。なお、Xの拳銃強取は失敗に終わっている。

第一審の東京地判昭和50年6月5日は、XがYの右肩部分を狙ったことに着眼しXには殺人の故意がないとし、傷害の故意のみを認め、2個の強盗傷人罪の成立を認め⁽⁶⁾た。第二審の東京高判昭和52年3月8日は、反対に、被告人には殺意があったとし、2個の強盗殺人未遂罪の成立を認め⁽⁷⁾た。そして、最判昭和53年7月28日は、以下のように判示し、被告人に

は 2 個の強盗殺人未遂罪が成立するとの判断を示した。

「犯罪の故意があるとするには、罪となるべき事実の認識を必要とするものであるが、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く、両者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べきである…から、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかった人に対して、その結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべきである。…被告人が人を殺害する意図のもとに手製装薬銃を発射して殺害行為に出た結果…同巡査に対する殺人未遂罪が成立し、同時に、被告人の予期しなかった通行人…に対し腹部貫通銃創の結果が発生し、かつ、右殺害行為と…傷害の結果との間に因果関係が認められるから、同人に対する殺人未遂罪もまた成立し…しかも、被告人の右殺人未遂の所為は同巡査に対する強盗の手段として行われたものであるから、強盗との結合犯として、強盗殺人未遂罪が成立するというべきである。したがって、原判決が右各所為につき刑法 240 条後段、243 条⁽⁸⁾を適用した点に誤りはない」。

最判昭和 53 年 7 月 28 日は、上記のように述べて、Y に対する強盗殺人未遂罪と Z に対する強盗殺人未遂罪をそれぞれ肯定し、両者は観念的競合になる旨判示した。最判昭和 53 年 7 月 28 日の特徴としては、いくつかの点が指摘できる。まず、強盗関係罪に関する部分に目を向けると、刑法 240 条後段には強盗犯人に殺意がある場合をも包含されているとの立場が採用されている。すなわち、刑法 240 条後段は強盗致死の形態のみならず、強盗殺人の形態をも補捉するとの立場が採られている。また、本事案では、X は Y の殺害に失敗しているが、本判決はこの点に着眼して、強盗殺人未遂罪を認めている点にも我々は注意を払う必要がある。すなわち、刑法 243 条では刑法 240 条の未遂が処罰されているが、本判決では刑法 243 条では強盗殺人の未遂の形態が失敗に終わったパターンが補捉されるとの立場が採られているのである。

次に、最判昭和 53 年 7 月 28 日が方法の錯誤をどのように取り扱っているかという点に目を転じてみよう。本件では、被告人は Y に対する殺意しか有していないにもかかわらず、Z との関係でも殺人の故意が肯認されている。この部分は見落としてはならない点である。よく知られているように、方法の錯誤をめぐる論争では、法定的符合説と具体的符合説の対立が存在する。我々がここで注目すべきことは、本判決は法定的符合説のうちの数故意犯説の立場を採用することを明確にしていることである。仮に、本件で、具体的符合説が採用されていたとすれば、どのような帰結が導かれるのであろうか。いうまでもないことであるが、X は Z に対しては殺意を抱いていなかったのであるから、X には Z に対する強盗致傷罪か過失傷害罪が成立するという結論に到達するはずである。ところが、最判昭和 53 年 7 月 28 日は、Y に対する強盗殺人未遂罪に加え、Z との関係で、X に強盗致傷罪や過失傷害罪ではなく強盗殺人未遂罪の成立を認めたのである。最判昭和 53 年 7 月 28 日が法定的符合説のうちの数故意犯説に依拠していることは明白である。

3. 強盗犯人が殺意を有している場合に刑法 240 条は適用されるか

2 では、最判昭和 53 年 7 月 28 日の事案を簡単に紹介し、当該判例をめぐる主要な論点を浮き彫りにした。3 では、まず、強盗致死傷罪に関する従前からの著名な論点を取り上げてみたい。すなわち、3 では、強盗犯人が殺意を有する場合に刑法 240 条は適用されるかというテーマを取り上げて、本稿がいかなる見解にしたがうべきかを予め示しておくことにしたい。

強盗犯人が殺意を有している場合に、いかなる処理がなされるべきか。刑法 240 条が殺意のある場合を包含するかについては、従前から盛んな論争が展開されているが、学説は 3 つの見解に分かれ相対峙している状況に

⁽⁹⁾ある。すなわち、殺意がある場合には、刑法 240 条後段のみを適用すれば足りるとする見解、刑法 199 条と刑法 240 条後段が適用されるべきとの見解、刑法 199 条と刑法 236 条が適用されるべきであるとの見解が、それぞれ相対峙しているのである。以下で、刑法 240 条後段の適用に関する各々の見解を検討することにした。

(1) 刑法 240 条後段のみを適用すれば足りるとする見解＝第 1 説

まず、強盗犯人に殺意があるパターンにつき、刑法 240 条後段のみを適用して解決する見解がある。⁽¹⁰⁾本説は、刑法 240 条後段の法定刑は重く、強盗致死のみならず強盗殺人の形態が含まれていると解するのが自然であること、刑法 243 条は刑法 240 条の未遂を処罰する旨規定しているが、これは強盗殺人の未遂を処罰する趣旨であること、刑法 240 条には「よって」という文言が使用されておらず純粹な結果的加重犯として把握するには無理があること等を自説の基盤としている。⁽¹¹⁾本説は現在の判例の採る立場である。⁽¹²⁾本説によれば、前述した最判昭和 53 年 7 月 28 日の事案は、2 つの強盗殺人未遂罪の観念的競合として処理されるか、強盗殺人未遂罪と強盗致傷罪（または過失傷害罪）の観念的競合として処理されることになる。

(2) 刑法 199 条と刑法 240 条が適用されるべきとの見解＝第 2 説

次に、強盗犯人が殺意を抱いた場合には、殺人罪と強盗致死罪という 2 つの犯罪が成立し、両者は観念的競合となるという見解がある。⁽¹³⁾本説は、大判明治 43 年 5 月 31 日が採用していた立場でもある。⁽¹⁴⁾現在でも、本説は有力に主張されているが、この見解の背後には、刑法 240 条は純粹な結果的加重犯であり、刑法 240 条は殺意がある場合を本来的には予定しておらず、殺意があるケースでは別途刑法 199 条を適用すべきだとの考えがある。本説によれば、刑法 240 条の未遂罪が成立するのは、財物の奪取に失敗した場合だということになる。⁽¹⁵⁾

本説にしたがえば、最判昭和 53 年 7 月 28 日の事案は、強盗致傷未遂罪

と2つの殺人未遂罪の観念的競合か、強盜致傷未遂罪と殺人未遂罪および強盜致傷罪（または過失傷害罪）の観念的競合かのいずれかの理論構成を採るという結論に行き着くことになる。

(3) 刑法 199 条と刑法 236 条が適用されるべきであるとの見解＝第 3 説

次に、刑法 240 条は純然たる結果的加重犯規定であるとの前提に立ち、強盜犯人に殺意がある場合は、刑法 199 条の殺人罪と刑法 236 条の強盜罪をそれぞれ適用して解決すべきだとの見解が存在する。なお、本説は、この場合には、殺人罪と強盜罪とは観念的競合の關係に立つと解している⁽¹⁶⁾。

この見解に対しては、刑法 243 条の未遂処罰規定は当然殺意がある場合を含んでいるとの趣旨の批判や強盜致死罪との間に刑の不均衡が生ずるとの批判が提起されている。

本説にしたがえば、最判昭和 53 年 7 月 28 日の事案は、強盜未遂罪と2つの殺人未遂罪の観念的競合として処理されるか、強盜未遂罪と殺人未遂罪および過失傷害罪の観念的競合として処理されるかのいずれかの理論構成に依拠して解決が図られることになる。なお、最判昭和 53 年 7 月 28 日の事案で手段たる強盜が重複評価されない点が本説の利点とされることもあるが、この点については後に検討することにした。

(4) 検 討

第 2 説の独自性は、死の結果が発生し強盜犯人に殺意がある場合に強盜致死罪と強盜殺人罪とを両方成立させる点にある。しかし、このような考え方は死の結果を二重評価する点で妥当でないといえる。また、1つの法益侵害が過失で惹起されると同時に故意によっても惹起されるという考え方は奇異であるといえる。さらに、より根本的には、刑法 240 条が殺意のある場合を予定していないと説きながら、それにもかかわらず同条を適用するという点で第 2 説は矛盾を抱えていると考えられる⁽¹⁷⁾。したがって、我々は第 2 説に与することはできない。

それでは、第3説を採用することはできるのだろうか。第3説は、刑法240条は殺意のあるパターンを想定していないので、殺意がある場合には、刑法236条の強盗罪と刑法199条の殺人罪を適用すべき旨主張する。しかしながら、第3説のような考え方も穏当なものではないというべきである。そもそも、強盗殺人の形態は我々の社会で頻繁に起こり得る当罰性の高い類型である。立法者が強盗殺人に関して固有の刑罰法規を設けず、強盗致死の形態だけのために独立した刑罰法規を設定したと解する方が不自然である。また、第3説のように理解すると、前述したように、強盗致死罪との間に刑の不均衡が生ずるとの批判が提起されている。すなわち、第3説にしたがうと、強盗殺人の類型は強盗罪と殺人罪の観念的競合として処理されるが、このように解すると強盗殺人の処断刑の下限が懲役5年となり強盗致死の類型よりも軽くなってしまふのである。これでは、本来重くてしかるべき強盗殺人の類型が、強盗致死の類型よりも軽く処罰されるということになってしまう。⁽¹⁸⁾これらの事情を踏まえると、第3説もこれを採用することが厳しいように感じられるのである。

結局、第1説にしたがうのが穏当だということになる。第1説に対しては、厳密には、被害者を殺害することは強盗の手段である暴行には含まれないはずだとの批判も提起されている。⁽¹⁹⁾しかしながら、被害者を殺害することは相手方の反抗を抑圧し財物を強取する手段としては最たるものなのであるから、第1説は矛盾を抱えていないというべきなのである。⁽²⁰⁾

以上で述べてきたように、第1説が正しい見解であることが論証された。⁽²¹⁾したがって、刑法240条は後段で強盗致死罪、強盗殺人罪を捕捉し、前段で強盗致傷罪、強盗傷人罪を捕捉しているということになる。⁽²²⁾

なお、最判昭和53年7月28日の事案では、Xには2つの強盗殺人未遂罪が成立していた。手段である強盗が重複評価されることになることは一見すると不当であるとも考えられるが、このことは別段疑問を差し挟む事柄ではないように思われる。何故なら、強盗犯人が被害者を殺した上、逮捕を免れるため警察官を殺したケースでは、強盗殺人罪が2つ成立するの

であり、強盗が重複評価されるのは仕方がないように思われるからである。

さて、このような認識に立脚した場合、刑法 240 条の未遂罪が成立するのはいかなる場合なのであろうか。以下、この点につき若干の検討を行うことにしたい。

まず、念のため、仮に第 2 説を採ったとして、刑法 240 条後段の未遂罪が成立するのがいかなる場合なのかにつき考えてみることにしよう。たとえば、強盗犯人が殺意をもって発砲し被害者を死に至らしめたものの財物の強取には成功しなかった事例では、第 2 説にしたがえば、殺人罪とともに刑法 240 条後段の未遂罪が成立することになる。また、強盗犯人が暴行を加える過程で被害者を誤って死に至らしめたものの財物の強取には成功しなかった事例では、刑法 240 条後段の未遂罪のみが成立することになる。それでは、仮に第 2 説を採ったとして、刑法 240 条前段の未遂罪が成立する事態とはどのような場合なのか。たとえば、強盗犯人が傷害の故意をもって発砲し被害者を負傷させたものの財物の強取には成功しなかった事例では、傷害罪とともに刑法 240 条前段の未遂罪が成立することになる。そして、強盗犯人が暴行を加える過程で被害者に誤って怪我をさせたものの財物の強取には成功しなかった事例では、第 2 説にしたがえば、刑法 240 条前段の未遂罪のみが成立するということになる。しかしながら、前述したように、第 2 説自体が妥当でないので、本稿はこのような理解に与することはできない。また、基本犯が未遂に終わったという意味ではあるが、結果的加重犯の未遂を肯定する第 2 説の前提にも疑問が残る。⁽²³⁾

他方、第 3 説を採った場合に、刑法 240 条後段の未遂罪が成立する事態とはどのような場合なのであろうか。一応、この点についても検討してみることになろう。第 3 説に依拠した場合、強盗犯人が殺意をもって発砲し被害者を死に至らしめたものの財物の強取には成功しなかったケースでは、殺人罪と強盗未遂罪とがそれぞれ成立するという帰結に至る。また、第 3 説にしたがった場合に、強盗犯人が暴行を加え誤って被害者を死亡さ

せたが財物の取得には失敗したケースでは、刑法 240 条後段の未遂罪が成立するということになる。それでは、第 3 説からは、刑法 240 条前段の未遂が成立する場合とはどのような場合なのであろうか。強盗犯人が傷害の故意をもって発砲し被害者を負傷させたが財物の強取には成功しなかった事例では、傷害罪と強盗未遂罪がそれぞれ成立するということになる。強盗犯人が被害者に暴行を加え誤って怪我を負わせたが財物の取得には失敗したケースでは、刑法 240 条前段の未遂罪のみが成立するということになる。しかしながら、第 3 説も、第 2 説同様、基本犯が未遂に終わったという意味ではあるものの、結果的加重犯の未遂という観念を認める結果に行き着く。したがって、本稿は第 3 説の立場にも与することはできない。

では、本稿が正しいとした第 1 説を採った場合、刑法 240 条の未遂は、いかなる場合に認められるのであろうか。これについては際立った 2 つの見方が対立している状況にある。1 つの考え方は、刑法 240 条後段の未遂は、殺人が未遂になった場合であるとの見方である。⁽²⁴⁾もう 1 つの考え方は、刑法 240 条後段の未遂は、殺人が未遂に終わるか、財物の取得が失敗に終わったか、そのどちらかの場合であるとの見方である。⁽²⁵⁾思うに、前者の考え方が妥当である。刑法 240 条の法定刑がかなり重いことを視野に入れば、本条は財産犯的性格よりも殺傷犯的性格が濃厚な規定であると捉えるべきである。また、後者の考え方にしたとすると、強盗犯人が被害者を殺害した後、任意で財物の取得を中止すると中止未遂になるとの結論に立ち至るが、このような結論は穏当なものだとはいえないであろう。⁽²⁶⁾

他方、第 1 説にしたがったとして、刑法 240 条前段につき未遂が成立する場面はどのような場面なのか。この点については、強盗犯人に傷害の故意があり傷害結果が発生しなかったケースで刑法 240 条前段の未遂が成立するとの見方も披瀝されているが、刑法 236 条の強盗罪のみの成立を肯定するのがより通説的な見方である。傷害罪の未遂が暴行罪だと捉えるのが一般的な見解であり、このことを視野に入れると、通説的な見方がより適切な見解であると考えられる。⁽²⁷⁾したがって、第 1 説に依拠する限り、刑法

240条前段の未遂は観念できない。

結局、本稿の立場からすれば、刑法240条の未遂が成立するのは、財物の取得に失敗した場合ではなく、あくまでも行為者が被害者等の殺害に失敗した⁽²⁸⁾場合だということになる。

4. 法定的符合説と具体的符合説

3では、強盗犯人が殺意を抱いている場合に果たして刑法240条後段が適用されるか否かという問題を検討した。これについては第1説、第2説、第3説の各説が先鋭的に対立している状況にあった。結論としては、第1説が正しいとされ、強盗犯人が殺意を有する場合にも刑法240条後段が適用されるとの帰結が妥当だとされた。

結局、本稿では、第1説が適切な見解だとされたので、最判昭和53年7月28日の事案は、2個の強盗殺人未遂罪を成立させた上での両者を観念的競合の關係に立つとして処理するか、強盗殺人未遂罪と強盗致傷罪（または過失傷害罪）を成立させて解決する以外に途はないということになる。しかしながら、この問題を解決するためには、方法の錯誤において法定的符合説のうちの数故意犯説、法定的符合説のうちの一故意犯説、具体的符合説のうち、我々がいずれの見解に立脚するべきかを明確にする必要がある。そこで、4では、方法の錯誤をめぐる学説の状況を概観し、法定的符合説のうちの数故意犯説、法定的符合説のうちの一故意犯説、具体的符合説のうち、どの見解が妥当なのかを論じてみたいと思う。

(1) 法定的符合説

まず、数故意犯説から検討してみることにしたい。⁽²⁹⁾数故意犯説は、XがAに殺意を抱きAを狙って発砲したが、弾丸は予想に反してそばにいたBに命中したという方法の錯誤の事例で、Aに対する殺人既遂罪、Bに対する殺人既遂罪をそれぞれ肯定する。そしてAに対する殺人既遂罪、Bに対

する殺人既遂罪は観念的競合の關係に立つとするのである。しかしながら、数故意犯説に対しては、概括的故意の事例とは異なり方法の錯誤の事例では一個の故意しか行為者は有しておらず、責任主義の見地からはXに数個の故意犯の成立を認めるのは妥当ではないとの批判も提起されている。しかし、一故意犯説や具体的符合説を採用したとしても故意の個数の問題はいずれにせよ問題が生じてくることを我々は直視しなければならない。たとえば、一人の人に投石しようと考え投石したが、まがり角をまがってくるアベックA、Bに命中し両方怪我をした事例では、一故意犯説や具体的符合説は故意の個数の問題をどのように解決するのかが何ら基準を有してはいないのである。⁽³⁰⁾結論から述べれば、一故意犯説も具体的符合説もこの事例ではAに対する傷害罪とBに対する傷害罪の双方を認めざるをえないように思われる。また、2つのグラスの中の一方のグラスに毒を入れた択一的故意の事例の場合、一故意犯説や具体的符合説に立脚したとしても、両方に対する殺人未遂罪を肯定せざるをえないようにも思われる。⁽³¹⁾故意の個数の問題は数故意犯説に対する決定的な批判とはなりえないものというべきなのである。

また、数故意犯説を採る論者の中には、「一罪の意思をもってしたのに数罪の成立をみとめるのは不当だ」という批判があるが、観念的競合を科刑上一罪としているのは、このような趣旨を含むもの」⁽³²⁾とし、数故意犯説を擁護する見解もある。⁽³³⁾同種類の観念的競合を認めるのが今日の一般的な見解なのであるが、複数の故意犯を認めたとしても処断刑の上限は一個の故意犯のみを成立させた場合と変わりがなく、実際上の不都合も生じないことを我々は念頭に置く必要がある。すなわち、科刑上も、行為者の故意の個数を超過する複数の故意犯を認めても別段差し支えないと考えられるのである。実際、器物損壊罪や名誉毀損罪のような比較的法定刑の軽い刑罰法規を念頭に置いた場合には、このことは容易に理解できるに違いない。また、観念的競合の規定自体が違法評価の重複を想定しこれを回避しようとしていることを視野に入れると、数故意犯説は十分に説得的な見解

であるといえるだろう。⁽³⁴⁾

むしろ、数故意犯説の抱えている難点は次の点にあるように思われる。殺人罪のような一身専属的の法益に関わる犯罪においては、ひとりひとりの生命という法益は独立して保護されているはずである。数故意犯説は、一身専属的の法益に関わる犯罪において、「およそ人を殺そうとしておよそ人が死んだ」という理由で同価値の客体に被害が及んだ場合にまで殺人既遂罪の成立を認める。しかしながら、このような解決策は故意を過度に抽象化する解釈論であるように思われる。XがAに殺意を抱きAを狙って発砲したが、弾丸は予想に反してそばにいたBに命中したという前述の事例で、数故意犯説は、「Aを殺す」というXの意思を抽象化して「およそ人を殺す」意思があったとして故意既遂犯を肯定するが、このようなアプローチは現実の行為者の意思をあまりに抽象化しているものと思われる。また、厳密には、方法の錯誤は同種だが別個の構成要件に跨る錯誤だとの指摘もあり、このような指摘は正鵠を射たものであるように感じられる。⁽³⁵⁾XがAの家に放火しようとしてBの家に放火した事例は同一構成要件内の錯誤であるといえるが、この事例とXがAに殺意を抱きAを狙って発砲したが、弾丸は予想に反してそばにいたBに命中したという事例とを同列に論じるべきではないのである。したがって、数故意犯説はこれを採用することが厳しいように思われる。

それでは、数故意犯説ではなく、我々は一故意犯説を採るべきなのであろうか。⁽³⁶⁾一故意犯説は、行為者が一個の故意しか有しないのに複数の故意犯の成立を肯定する数故意犯説は責任主義に反すると批判する。そして、あくまでも行為者の故意の個数に対応した数だけの故意犯を成立させるべきである旨主張するのである。したがって、XがAに殺意を抱きAを狙って発砲したが、弾丸は予想に反してそばにいたBに命中したという事例では、Bに対する殺人既遂罪のみが成立するとの帰結がダイレクトに導かれることになる。

しかし、結論から述べれば、一故意犯説を支持することは困難であるよ

うに思われる。ここで、XがAを射殺しようと発砲したが、弾丸はXの予想に反してAの体を貫通し背後にいたBに命中しBのみが死亡したという事例を念頭において、一故意犯説からはどのような帰結がもたらされるかを検討してみよう。一見すると、一故意犯説からはBに対する殺人既遂罪のみが成立することになるように思われるが、我々はこのような解決策が唯一の解決策でないことに留意する必要がある。すなわち、一故意犯説からは、Bに対する殺人既遂罪という解決策以外に、Aに対する過失傷害罪とBに対する過失致死罪という解決策、Aに対する殺人未遂罪とBに対する過失致死罪という解決策が提示されていることに我々は留意する必要があるのである。また、XがAを射殺しようと発砲したが、弾丸はXの予想に反してAの体を貫通し背後にいたBに命中しBが死亡したという事例で、第一審判決が下された後、重症を負っていたAが死亡したとしよう。この場合、一故意犯説からはどのような結論が導かれることになるのであろうか。基本に立ち返ってAに対する殺人既遂罪が成立していたものとして改めて審理が開始されるのであろうか。⁽³⁷⁾一故意犯説の基盤は必ずしも盤石ではないといえよう。⁽³⁸⁾

さらには、一故意犯説は、XがAを狙って発砲したが、弾丸はそばにいたB・Cに命中しB・Cが死亡したという事案をどのように解決するのであろうか。Bに対する殺人既遂罪を肯定するのであろうか。Cに対する殺人既遂罪を肯定するのであろうか。一故意犯説からは被害客体を特定することなく一個の殺人既遂罪を肯認すべきだとの見解も公にされているが、このような見解にしたがうこともまたできないように感じられる。⁽³⁹⁾このように考えれば、一故意犯説はこれを採用することが難しいように思われる。

(2) 具体的符合説

最後に、具体的符合説について検討してみよう。⁽⁴⁰⁾具体的符合説は、客体の錯誤で故意の阻却を否認し方法の錯誤で故意の阻却を肯定する見解である。⁽⁴¹⁾すなわち、具体的符合説は客体の錯誤と方法の錯誤で異なった取り扱い

いをする見解である。⁽⁴²⁾したがって、具体的符合説にしたがえば、XがBをAだと勘違いして殺意を抱いて発砲し誤ってBに弾丸を命中させた事案では故意が阻却されず、XがAに殺意を抱いて発砲したが、弾丸はAのそば⁽⁴³⁾にいたBに命中しBが死亡した事案では故意が阻却されることになる。

問題はこのような結論が正当化されうるかである。具体的符合説は、概ね、次のような問題を抱えているとされている。第一の問題は具体的符合説は暗黙裡に客体の錯誤と方法の錯誤を厳然と区別できることを前提にしているが、本当に客体の錯誤と方法の錯誤が截然と区分しうるのかという点である。⁽⁴⁴⁾たとえば、XがAを脅迫しようと電話をかけたが間違って電話がBにつながってしまいBを脅迫した事例は客体の錯誤なのか方法の錯誤なのか。⁽⁴⁵⁾あるいは、XがAを殺害しようとAの車に爆弾を仕掛けたが、Xが想定していないAの妻Bが車のエンジンをかけ死亡した事例は、客体の錯誤なのか方法の錯誤なのか。⁽⁴⁶⁾要するに、客体の錯誤か方法の錯誤かが一見して判別できない事案がいくつもあるのではないかという批判が展開されているのである。また、具体的符合説に対しては次のような批判も投げかけられている。正犯が客体の錯誤に陥ったケースで、かかる錯誤が共犯者にとって客体の錯誤か方法の錯誤かは争われているが、仮にかかる錯誤を方法の錯誤だとすると、具体的符合説からは耐え難い可罰性の空隙が生ずることになる。具体的符合説に対しては、このような批判が向けられている。

しかしながら、XがAを脅迫しようと電話をかけたが間違って電話がBにつながってしまいBを脅迫した事例は客体の錯誤だと解するべきである。この事例ではXは現実にBを脅迫しているのだから、人違いの事例であり、脅迫罪の成立を認めてよいからである。また、XがAを殺害しようとAの車に爆弾を仕掛けたが、Aの妻Bが車のエンジンをかけ死亡した事例においても、車上荒らしが死亡した事例に象徴されるように一般人がおおよそ想定しえない客体が爆死したわけではないのである。したがって、行為者が目的とした客体以外に被害が及ぶ可能性が排除できないケースで

は、原則として既遂の故意を認めてもよいであろう。⁽⁴⁷⁾ たしかに、方法の錯誤か客体の錯誤か区別するのが困難な事例は数多く存在するが、客体の錯誤であるといえれば故意既遂犯を肯定すれば事足りるのであり、区別が困難であることが具体的符合説を採らない理由になるわけではないものと推察される。

さて、具体的符合説の立場からは、正犯者の客体の錯誤は、共犯者にとって客体の錯誤なのか方法の錯誤なのかという問題を解決する必要がある。⁽⁴⁸⁾ この問題の検討に移ろう。具体的符合説の中には、正犯者の錯誤は共犯者にとっても客体の錯誤だとする見解もある。たしかに、客体の錯誤だとすれば、共犯者を殺人教唆の罪責に問うこともできよう。しかしながら、このような見解はやはり難点を抱えているというべきである。たとえば、XがAを殺害するようYに命じたところ、YがAと容貌が似ているBを殺害したが、その後Y自身が誤りに気づいて改めてAを殺害したという事例について考えてみよう。この事例で、上述の見解はどのような結論を用意しているのだろうか。Bに対する殺人教唆罪とAに対する殺人教唆罪の双方が成立するものと思われるが、このような結論は具体的符合説の出発点からは矛盾するものであるというべきだろう。⁽⁴⁹⁾ 方法の錯誤と解するのが適切である。

したがって、本稿は、原則として、具体的符合説を支持するものとした⁽⁵⁰⁾。

5. 本稿の立場

冒頭で述べたように、刑法 240 条と方法の錯誤の問題がクローズアップされる契機となったのは最判昭和 53 年 7 月 28 日であった。しかしながら、方法の錯誤で、行為者の故意を抽象化し重い結果を行為者に帰属させる可能性が生ずるのは、何も強盗罪の構成要件該当行為から死傷結果が発生した場面に限られない。我々は、強盗の機会から死傷結果が発生したパ

ターンにおいても種々の方法の錯誤の事例を想起することができる。すなわち、強盗犯人Xが自分を逮捕しにきた警察官Aと乱闘となり、殺意を持ってAに向かってそばにある金庫を投げつけたがそれが家人Bに命中しBが死亡した事例や強盗犯人Xが財物を取り返しにきた被害者Aを射殺しようと考え発砲したが、近くで寝ていた赤子Bに弾丸が命中しBが死亡した事例等種々の事例を想起することができるのである。ただ、強盗の機会に方法の錯誤から死傷結果が生じたいくつかのパターンを解決するにあたっては、強盗手段説か強盗機会説かの論争に決着をつけておく必要がある。また、強盗機会説に依拠するとしても、およそ強盗の機会から死傷結果から生じた場合に刑法 240 条を適用するのが妥当かについては異論も提起されている。そこで、5 の(1)では、強盗手段説と強盗機会説のいずれが適切か、強盗機会説にも一定の修正が施される必要があるのかにつき考察することにした⁽⁵¹⁾。

(1) 強盗手段説と強盗機会説

強盗の手段である暴行・脅迫から直接死傷結果が生じた場合のみに刑法 240 条が適用されると解するのが強盗手段説である⁽⁵²⁾。従前から指摘されているように、強盗手段説は、3 で検討した第2説および第3説と親和性を有する見解である⁽⁵³⁾。しかしながら、結論から述べれば、強盗手段説は妥当でないといえよう。まず、被害者から財物を取り戻すのを阻止するため窃盗犯人が被害者に暴行を加え死傷させた事例や、逮捕を免れ罪跡を隠滅するため警察官に窃盗犯人が暴行を加え死傷させた事例では、強盗手段説においても、刑法 240 条の適用があることに異論はない。すなわち、事後強盗から死傷結果が発生した場合にも刑法 240 条の適用があるとするのが通説である。ところが、強盗手段説は、強盗犯人が一旦財物を確保した後に被害者や警察官に暴行を加え彼らを死傷せしめた事例で刑法 240 条の適用はない旨説⁽⁵⁴⁾なのである。しかし、事後強盗から死傷結果が発生したパターンと強盗犯人が財物を確保した後に暴行・脅迫を加えて死傷結果が発生し

たパターンとでは可罰性の程度という視点からすれば何らの径庭もないはずである。このように、強盗手段説は可罰性の程度に全く差異がない事案であるにもかかわらず以上のような結論を導くのである。このような帰結は我々を納得させるものではあり得ないといえる。また、既に言及したことであるが、我々は 3 で第 1 説（第 1 説については 3 を参照）が正しいとの結論に到達した。したがって、この見地からも強盗手段説は適切な見解ではないといえる。

問題なのは、強盗機会説に全面的にしたがうべきかどうかである。⁽⁵⁵⁾ 強盗機会説によれば、強盗犯人 X と強盗犯人 Y が仲間割れを起こし、X が Y を死傷した事例や、被害者 A が強盗犯人 X を追跡する際に A が自ら階段から転げ落ち死傷した事例、強盗犯人 X が被害者 A を静かにさせるため箆筒を蹴飛ばしたが箆筒が倒れてきて死傷した事例、さらには強盗犯人 X が通行人 A と激突して A が死傷した事例等で刑法 240 条が適用される可能性が出てくる。⁽⁵⁷⁾ しかしながら、このような結論は妥当でないというべきである。これらの事例で発生した死傷結果は行為者にとり偶発的に生じた過失の結果であり、これらの事例は刑法 240 条が規定する重い刑の適用を正当化するに足る事例だとは考えられないからである。⁽⁵⁸⁾ 強盗行為と致死傷の原因行為との間に牽連性を要求する見解は、強盗機会説に修正を施した見解だが、発生した死傷結果が、財物の奪取、確保、維持、または犯行後の逃走のための行為から、その遂行の障害となる者に発生する必要があると説く。本見解が妥当だといえるべきである。⁽⁵⁹⁾ したがって、強盗犯人 X と強盗犯人 Y が仲間割れを起こし、X が Y を死傷した事例や、被害者 A が強盗犯人 X を追跡する際に A が自ら階段から転げ落ち死傷した事例等は死傷結果が偶発的に生じた事例なのであるから、刑法 240 条を適用することは困難だといえる。

もっとも、強盗犯人が逃走の過程で赤子を殺害する行為については、刑法 240 条を適用してよいであろう。⁽⁶⁰⁾ 何故なら、強盗犯人が逃走を確実にするために、泣く可能性がある赤子を殺害することは往々にして起こりうる

事態だからである。⁽⁶¹⁾また、女性の衣類を剥ぎ取って死傷に至らしめた行為も、刑法240条を適用しても差し支えないものと思量される。⁽⁶²⁾強盗犯人が警察への通報を遅延させるために女性の衣服を剥ぎ取るような事態も充分に起こりうることだからである。強盗の機会にたまたま仇敵に遭遇し復讐の意味で殺害した事例においても、仇敵の殺害が財物の確保や逃走を確実にするために行われたのであれば、刑法240条を適用しても差し支えないであろう。⁽⁶³⁾

(2) 第1説および法定的符合説に立脚した場合の諸事例の処理

さて、以上で強盗行為と致死傷の原因行為との牽連性を要求する見解を採るべきことが明らかになった。以下では、方法の錯誤の事案として、想定される事案をいくつか挙げ、これらの説例の検討を行っていくことにする。我々はさしあたり、強盗犯人Xが家人Aを殺して財物を奪おうと殺意をもって発砲したところ、弾丸はAには命中せずたまたま屋根裏部屋にいた修理工Bに命中しBが死亡した事例、強盗犯人Xが財物を領得しようとして、殺意をもって家人Aに向かって発砲したが、弾丸はAに命中せずたまたまAの家に遊びにきていた友人Bに命中しBが死亡した事例、強盗犯人Xが財物を領得した後現場から立ち去ろうとしたが、自分を逮捕しに駆けつけた警察官Aと乱闘となり、殺意を持ってAに向かってそばにあった金庫を投げつけたがそれが家人Bに命中しBが死亡した事例、強盗犯人Xが財物を確保して被害者宅から立ち去ろうとしたが、被害者Aが財物を取り返しにきたので殺意をもってAに発砲したところ、近くで寝ていた赤子Bに弾丸が命中しBが死亡した事例、XがAから財物を奪ったあげく殺害するようYに慫慂したところ、Yが別人のBから財物を強取した上Bを殺害した事例、XがAから衣類を剥奪して凍死させるようYに教唆したところ、Yが別人のBから衣類を奪い取りBが凍死した事例、強盗犯人Xと強盗犯人Yが仲間割れを起こし、XがYを殺しようと考えて発砲したが弾丸は通行人Bに命中しBが死亡した事例等の諸事例を想起することができ

る。以下では、判例の立場を前提にして、各々の事例を解決していきたい。すなわち、第1説および法定的符合説を前提にして各々の事例の解決策を検討していくことにする。

まず、強盗犯人Xが家人Aを殺して財物を奪おうと殺意をもって発砲したところ、弾丸はAには命中せず、たまたま屋根裏部屋にいた修理工Bに命中し、Bが死亡した事例につき考察することにしよう。もし、相当因果関係説の客観説を採ったとすれば、本事例も方法の錯誤に関する事例だと捉えることができる。すなわち、強盗目的で家人Aに対して発砲する行為は強盗殺人罪の実行行為だと捉えられる。また、修理工Bの死の結果と実行行為との間に相当因果関係も肯定できる上、XはAに対し殺意も有していることから、「人を殺そうとして人を殺した」事案だと評価でき、刑法240条後段の既遂を認めることができるものと推察される。しかしながら、果たして、このような解決策は我々を納得させるものなのであろうか。思うに、刑法上の因果関係は自然科学のそれとは異なるのであるからここでは、我々は相当因果関係説の折衷説を採るべきである。このような認識の下にこの事案を評価すると、どのような解決がもたらされるのだろうか。この事案では、XはAの存在を認識していないので、Aに対する発砲行為とBの死亡結果との間の相当因果関係はこれを否定すべきである。したがって、本事案は方法の錯誤の事案ではなく、相当因果関係の存否に関わる事案であるように思われる。Xには強盗殺人未遂罪のみが成立する。

強盗犯人Xが財物を領得しよう和家人Aに向かって発砲したが、弾丸はAではなく、たまたまAの家に遊びにきていた友人Bに命中しBが死亡した事例の解決はどのようになされるべきか。第1説および法定的符合説に与した場合の解決策は次のようになるはずである。先の事例と異なり、この事例では、Xの実行行為と死亡結果との間に相当因果関係も肯定できる。また「人を殺そうとして人を殺した」事案でもある。この事例は典型的な方法の錯誤の事例であり、Xには強盗殺人既遂罪が成立するという帰結に至るはずである。なお、この事例では、強盗手段説を採ろうと強盗機

会説を採ろうと結論に差が出ない事例であることを付言しておきたい。

強盗犯人Xが財物を領得した後現場から立ち去ろうとしたが、自分を逮捕しに駆けつけた警察官Aと乱闘となり、殺意を持ってAに向かって近くにあった金庫を投げつけたがそれが家人Bに命中しBが死亡した事例はどうか。第1説および法定的符合説を採る限り、やはり強盗殺人既遂が認められることになろう。この事案でXは殺意を持ってAに金庫を投げつけているのであり、金庫をAに向かって投げる行為は強盗殺人罪の実行行為と評価できる。また、実行行為とBの死亡結果との間の相当因果関係も認められる。この事例は「人を殺そうとして人を殺した」事例であり、強盗殺人既遂を肯定することに何らの問題もないといえる。もっとも、強盗手段説を採らない場合にはじめてこのような帰結がもたらされることを我々は念頭に置く必要もある。この事例は財物の領得の段階でBの死亡結果が惹起された事例ではないからである。

強盗犯人Xが財物を確保して侵入した邸宅から立ち去ろうとしたが、被害者Aが財物を取り返しにきたので殺意をもってAに発砲したところ、近くで寝ていた赤子Bに弾丸が命中しBが死亡した事例についても、第1説および法定的符合説を採る以上、Xには強盗殺人罪が肯定されることになろう。この事例は、強盗犯人Xが財物を領得した後現場から立ち去ろうとしたが、自分を逮捕しに駆けつけた警察官Aと乱闘となり、殺意を持ってAに向かってそばにあった金庫を投げつけたがそれが家人Bに命中しBが死亡した事例と何ら径庭がない事例である。なお、この事例においても、強盗手段説を採らないことを前提にしてこのような解決が図られることを我々は視野に入れておく必要がある。

次に、XがAから財物を奪ったあげく殺害するようYを慫慂したところ、Yが別人のBから財物を強取しBを殺害した事例について検討してみよう。この事例は、正犯者にとっての客体の錯誤が共犯者にとって方法の錯誤であるかが鋭く問われる事例である。第1説および法定的符合説を前提にすれば、「人を殺すよう教唆して人が殺害された」事例なのであるか

ら、Xには強盗殺人教唆罪が成立するということになる。また、XがAを衣類を剥奪して凍死させるようにYを教唆したところ、Yが別人のBから衣類を奪い取りBを凍死させた事例でも同様に考えることができる。第1説および法定的符合説を採るのであれば、それぞれの事例でXに強盗殺人教唆罪が成立するものと考えられる。

それでは、強盗犯人Xと強盗犯人Yが仲間割れを起こし、XがYを殺害しようと考えて発砲したが弾丸は通行人Bに命中しBが死亡した事例は、第1説および法定的符合説を採った場合にどのように処理すべきか。本稿では、強盗行為と死亡結果の原因行為との牽連性を要求する見解が正しいとされたが、もし強盗機会説に立脚するのであればXに強盗殺人罪が成立するという帰結に至るはずである。しかしながら、このような帰結は妥当でない。ここでは、端的に、Xに殺人罪が成立するという結論を導くのが妥当なのである。

以上、刑法 240 条後段の適用と方法の錯誤の問題とが交錯する事例を種々取り上げてきた。そして、第1説および法定的符合説の立場から諸事例がどのように解決されるべきかを検証した。しかしながら、刑法 240 条前段の適用と方法の錯誤の問題とが交錯する諸事例についてはどうだろうか。今度は刑法 240 条前段の適用と方法の錯誤の問題とが交錯する種々の事例を検討してみることにはしたい。

まず、強盗犯人Xが家人Aに傷害を負わせ財物を奪おうと考えてAに向かって発砲したところ、弾丸はAには命中せずたまたま屋根裏部屋にいた修理工Bに命中しBが重症を負った事例について考えてみることにしたい。第1説と法定的符合説を前提にし、相当因果関係説の客観説に依拠すれば、Xには強盗傷人罪が成立することになる。他方、相当因果関係説の折衷説に依拠すれば、Xの行為とBの傷害結果との間の相当因果関係が欠如するので、Xには強盗罪のみが成立することになる(ただし、XがAから財物を強取できなかったのであれば強盗未遂罪が成立するにすぎない)。ここでは、相当因果関係説の折衷説にしたがうのが穏当な解決策である。

強盗犯人Xが財物を領得する目的で、家人Aを負傷させようと思ってAに発砲したが、弾丸はAではなく、たまたまAの家に遊びにきていた友人Bに命中しBに重症を負わせた事例ではどうか。第1説と法定的符合説に与する立場からは、強盗傷人罪が成立する。

強盗犯人Xが財物を領得した後現場から立ち去ろうとしたが、自分を逮捕しに駆けつけた警察官Aと乱闘となり、Aに怪我を負わせようと思ってそばにあった金庫を投げつけたがそれが家人Bに命中しBが負傷した事例、強盗犯人Xが財物を確保して侵入した邸宅から立ち去ろうとしたが、被害者Aが財物を取り返しにきたので傷害の故意でAに発砲したところ、近くで寝ていた赤子Bに弾丸が命中しBが負傷した事例はどのように解決されるのか。第1説と法定的符合説を採るのであれば、各々の事例において、Xには強盗傷人罪が成立することになる。

XがAから財物を奪ったあげくAを負傷させるようにYに慫慂したところ、Yが別人のBから財物を強取しBに怪我を負わせた事例、XがAから衣類を剥奪し凍傷を負わせるようにYに教唆したが、Yは別人Bの衣服を剥奪し凍傷を負わせた事例ではどうか。第1説および法定的符合説を前提にすれば、前者についてはXに強盗傷人教唆罪が成立し、後者についてもXには強盗傷人教唆罪が成立する。

強盗犯人Xと強盗犯人Yが仲間割れを起こし、XがYに怪我を負わせようと思って発砲したが弾丸は通行人Bに命中しBが重症を負った事例では、第1説および法定的符合説の立場からはどのような取扱いがなされるのであろうか。強盗機会説からはXを強盗傷人罪に問擬される結論が導かれ、強盗行為と致死傷の原因行為に牽連性を要求する見解からはXを端的に刑法204条の傷害罪で問擬する結論が導かれることになる。強盗行為と致死傷の原因行為との間に牽連性を要求する見解の結論が適切である。

(3) 本稿の立場からの諸事例の処理

前節では、第1説および法定的符合説を採った場合の諸事例の解決策を

提示した。しかしながら、本稿は 4 で明らかにしたように、方法の錯誤では故意を阻却させるとの立場である。すなわち、本稿は、原則として、具体的符合説を支持するものである。ここで改めて、本稿が前提とする具体的符合説の立場から諸事例を検討しておきたいと思う。

強盗犯人 X が家人 A を殺して財物を奪おうと殺意をもって発砲したところ、弾丸は A には命中せずたまたま屋根裏部屋にいた修理工 B に命中し B が死亡した事例は、本稿の立場からどのように解決されるのか。まず、この事例について考えてみよう。相当因果関係説の折衷説が妥当であることは前述した。したがって、X には強盗殺人未遂罪のみが成立する。

次に、強盗犯人 X が財物を確保しようと家人 A に向かって発砲したが、弾丸は A ではなくたまたま A の家に遊びにきていた友人 B に命中し B が死亡した事例について検討を加えることにしたい。この事例は最判昭和 53 年 7 月 28 日の延長線上にある事例である。もっとも、最高裁昭和 53 年 7 月 28 日の事案では 2 人の被害者のいずれもが命をとりとめているが、この事例では B が死亡している点が決定的に異なっている。この事例は方法の錯誤の典型的な事例であり、具体的符合説を採る本稿の立場からは、X には強盗殺人未遂罪と強盗致死罪が成立し、両者は観念的競合となる。

強盗犯人 X が財物を領得した後現場から立ち去ろうとしたが、自分を逮捕しに駆けつけた警察官 A と乱闘となり、殺意を持って A にそばにあった金庫を投げつけたがそれが家人 B に命中し B が死亡した事例、そして強盗犯人 X が財物を確保して侵入した邸宅から立ち去ろうとしたが、被害者 A が財物を取り返しにきたので殺意をもって A に発砲したところ、近くで寝ていた赤子 B に弾丸が命中し B が死亡した事例は、それぞれどう扱われるのか。本稿が強盗手段説に与しないことは前述したが、かかる立場からは X には強盗殺人未遂罪と強盗致死罪が成立する。これが具体的符合説からの帰結であるように思われる。

X が A から財物を奪ったあげく殺害するよう Y に慫慂したところ、Y が別人の B から財物を強取し B を殺害した事例、そして X が A の衣類を剥奪

して殺害するようYに教唆したところ、Yが別人のBから衣類を奪い取りBが凍死した事例ではどのような処理がなされるべきか。3で明らかにしたように、本稿は、正犯者の客体の錯誤を共犯者の方法の錯誤と把握した。したがって、説例のXは各々の事例で不可罰となる（もっとも、被害者の死の結果を予見しうるのであればXには過失致死罪が成立する）。

強盗犯人Xと強盗犯人Yが仲間割れを起こし、XがYを殺害しようと考えて発砲したが弾丸は通行人Bに命中しBが死亡した事例についてはどうか。上述したように、本稿は強盗機会説に与せず、強盗行為と致死傷の原因行為の牽連性を要求する見解が正しいと考えた。したがって、本稿の立場からは、XにはYに対する殺人未遂罪とBに対する過失致死罪がそれぞれ成立することになる。⁶⁴

刑法 240 条前段に関わる諸事例の検討に移ろう。

まず、強盗犯人Xが家人Aに傷害を負わせ財物を奪おうと考えてAに向かって発砲したところ、弾丸はAには命中せずたまたま屋根裏部屋にいた修理工Bに命中しBが重症を負った事例について考えてみたい。本稿は具体的符合説を採るが、相当因果関係説の折衷説の立場が妥当だと解することは前述した。本稿の立場からは、Xの発砲行為とBの傷害結果との間の相当因果関係は否定される。したがって、Xには刑法 236 条の強盗罪が成立するにすぎない（もっとも、XがAから財物を強取することに失敗すれば強盗未遂罪が成立する）。このような解決方法は奇異であるかのような印象を与えるかもしれないが、強盗傷人罪の未遂は強盗罪と解するべきであり、このような帰結は傷害罪の未遂が暴行で捕捉されることと平仄を合わせた結果であり、特に不当な帰結でもないように思われる。

強盗犯人Xが財物を確保する目的で、家人Aを負傷させようと思ってAに向かって発砲したが、弾丸はAではなく、たまたまAの家に遊びにきていた友人Bに命中しBが重症を負った事例では、本稿の立場からは、Xには強盗致傷罪が成立する。

強盗犯人Xが財物を領得した後現場から立ち去ろうとしたが、Xを逮捕

しに駆けつけた警察官Aと乱闘となり、XがAに怪我をさせようと考えてそばにあった金庫を投げつけたが、それが家人Bに命中しBが重症を負った事例ではどうか。本稿の立場からは、XにはBに対する強盗致傷罪が成立する。強盗犯人Xが財物を確保して侵入した邸宅から立ち去ろうとしたが、被害者Aが財物を取り返しにきたので傷害の故意でAに発砲したところ、近くで寝ていた赤子Bに弾丸が命中しBが負傷した事例についても、本稿の立場からは、XにはBに対する強盗致傷罪が成立する。

XがYにAから財物を奪ったあげくAを負傷させるように慫慂したところ、Yが別人のBから財物を強取しBに怪我を負わせた事例、XがAから衣類を剥奪するようYに教唆したところ、Yが別人のBから衣服を剥奪し凍傷を負わせた事例ではどうか。本稿は、正犯者の客体の錯誤は共犯者にとっては方法の錯誤と理解したので、この2つの事例におけるXは不可罰となる（もっとも、被害者の死の結果を予見しうるのであればXには過失傷害罪が成立する）。

最後に、強盗犯人Xと強盗犯人Yが仲間割れを起こし、XがYに怪我を負わせようと思って発砲したが弾丸は通行人Bに命中しBが重症を負った事例を検討することにしよう。本稿は強盗の機会説には立脚せず、強盗行為と致死傷の原因行為との間の牽連性を要求する見解を支持した。したがって、この事例におけるXにはYに対する暴行罪とBに対する過失傷害罪とがそれぞれ成立すると解する。⁽⁶⁵⁾

- (1) 井田良『新論点講義シリーズ2・刑法各論』（2007年）110頁。
- (2) 刑事学上は強盗罪ですら凶悪犯罪に分類されている。
- (3) 神山敏雄「強盗致死傷罪」中山研一ほか編『現代刑法講座第4巻・刑法各論の諸問題』（1982年）269頁以下、とくに284頁を参照。
- (4) 西村克彦『強盗罪考述』（1983年）61頁。
- (5) 井田教授は、刑法240後段の法定刑が重いことを視野に入れば、単に相当因果関係や死傷結果の予見可能性だけでは足りず、強盗行為と致死傷の原因行為との間に牽連性が必要だと述べている。井田良「強盗致死傷罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座・第5巻—財産犯論』（1993年）127頁以下。

- (6) 判例時報 789 号 19 頁。
- (7) 判例時報 869 号 104 頁。
- (8) 判例時報 900 号 58 頁。なお、本件の評釈として、中山研一「打撃の錯誤と強盜殺人未遂罪の成立」判例時報 913 号（1979 年）159 頁以下、野村稔「打撃の錯誤と強盜殺人罪の成立」判例タイムズ 371 号（1979 年）39 頁以下、長井長信「法定的符合説(1)－故意の個数」芝原邦爾＝西田典之＝山口厚編『刑法判例百選 I 総論・第 5 版』（2003 年）80 頁以下、石井徹哉「法定的符合説(1)－故意の個数」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選 I 総論・第 5 版』（2003 年）82 頁以下等がある。
- (9) 改正刑法草案は強盜殺人罪と強盜致死罪とを別個の刑罰法規にし、さらには法定刑にも差異を設け、この問題を立法論的に解決した。平場安治「第 36 章 窃盜及び強盜の罪」平場安治＝平野龍一編『刑法改正の研究 2・各則』（1973 年）384 頁。
- (10) 西原春夫『犯罪各論』（1974 年）223 頁、平野龍一『刑法概説』（1977 年）210 頁以下、団藤重光『刑法綱要各論・第 3 版』（1990 年）593 頁以下、平川宗信『刑法各論』（1995 年）358 頁以下、内田文昭『刑法各論・第 3 版』（1999 年）287 頁以下、中山研一『新版・口述刑法各論』（2004 年）149 頁以下、福田平『全訂刑法各論・第 3 版増補』（2002 年）243 頁以下、佐久間修『刑法各論』（2006 年）191 頁以下、林幹人『刑法各論・第 2 版』（2007 年）219 頁以下、松宮孝明『刑法各論・第 2 版』（2008 年）223 頁以下、大塚仁『刑法概説各論・第 3 版補訂版』（2008 年）226 頁以下、曾根威彦『刑法各論・第 4 版』（2008 年）133 頁以下、山中敬一『刑法各論・第 2 版』（2009 年）298 頁以下、大谷實『刑法講義各論・第 3 版』（2009 年）237 頁以下、川端博『刑法各論講義・第 2 版』（2010 年）342 頁以下、西田典之『刑法各論・第 5 版』（2010 年）180 頁以下、大塚裕史『刑法各論の思考方法』（2010 年）185 頁以下、山口厚『刑法各論・第 2 版』（2011 年）234 頁以下、伊東研祐『刑法講義各論』（2011 年）181 頁以下、中森喜彦『刑法各論・第 3 版』（2011 年）113 頁以下、高橋則夫『刑法各論』（2011 年）276 頁以下、須之内克彦『刑法概説各論』（2011 年）144 頁以下、前田雅英『刑法各論・第 5 版』（2011 年）206 頁以下。なお、井田教授も第 1 説を支持している。井田『新論点講義シリーズ 2・刑法各論』（前掲注 1）110 頁以下。
- (11) 「航空機の強取等の処罰に関する法律」2 条には「よって」という文言が用いられているが、殺意がある場合を包含するものと考えられている。したがって、「よって」という文言が使用されていないことを根拠に、殺意があるパターンが包摂されるとの結論を導くことはやや早計であろう。井田『新論点講義シリーズ 2・刑法各論』（前掲注 1）114 頁。
- (12) 最判昭和 23 年 6 月 12 日刑集 2 卷 7 号 676 頁、最判昭和 32 年 8 月 1 日刑集 11 卷 8 号 2065 頁、最判昭和 33 年 6 月 24 日刑集 12 卷 10 号 2301 頁をそれぞれ参照。
- (13) 最判昭和 31 年 10 月 25 日は、強姦犯人が殺意を抱いて被害者を死に致したケースで、強姦致死罪と殺人罪をそれぞれ適用し両者は観念的競合の立つとした。ここで

- は第 2 説のような解決方法が採用されている。刑集 10 卷 10 号 1455 頁を参照。
- (14) 刑録 16 卷 1021 頁。なお、大判大正 11 年 12 月 22 日によって当該判決は覆されている。さらに、刑集 1 卷 805 頁参照。
- (15) 瀧川博士、香川博士が本説を支持している。団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集・第 2 卷』（1981 年）330 頁以下、香川達夫『刑法講義各論・第 3 版』（1996 年）530 頁以下。また、只木教授が第 2 説を支持している。只木誠『罪数論の研究・補訂版』（2009 年）214 頁参照。なお、ドイツでも、殺人罪と強盗致死罪をそれぞれ適用するとの見解は有力である。Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 251, Rdn. 9.
- (16) 大場茂馬『刑法各論（上）』（1909 年）441 頁以下、西村克彦『解罪説法集』（1980 年）179 頁以下。
- (17) 井田「強盗致死傷罪」（前掲注 5）138 頁参照。
- (18) 井田「強盗致死傷罪」（前掲注 5）138 頁参照。
- (19) たとえば、西村克彦『暴力犯群像』（1984 年）16 頁には「強盗殺人罪について言えば、強盗が人を殺すというのは、いろいろな形をとりうる。…まず強盗をして事後に被害者を殺すことも可能であるが、このような例はまれであって、通常は、強盗の手段としての暴行が殺人の形をとるのである。これは『強盗が人を殺す』のではなく、『人を殺して財物を奪取する』のである。この場合の殺人が『暴行の極致』だからといって、これが刑法第 240 条後段でまかなえるということにはならない」との記述がある。
- (20) 神山「強盗致死傷罪」（前掲注 3）284 頁を参照。
- (21) 刑法 240 条は、結果的加重犯のみならず、強盗罪と殺人罪の結合犯、強盗罪と傷害致死罪の結合犯、強盗罪と傷害罪の結合犯を含むということになる。神山「強盗致死傷罪」（前掲注 3）289 頁以下を参照。
- (22) 筑間正泰「結果的加重犯と罪数（2・完）」広島法学 22 卷 2 号（1998 年）12 頁以下。なお、筑間教授も第 1 説を採る。
- (23) 基本犯が未遂に終わった場合における結果的加重犯の未遂については、香川達夫『結果的加重犯の本質』（1978 年）101 頁以下を参照。さらに、榎本桃也『結果的加重犯論の再検討』（2011 年）274 頁以下を参照。なお、別のパターンではあるが故意のある結果的加重犯を認めれば、理論上結果的加重犯の未遂も肯定できるように思われる。この点については、神山「強盗致死傷罪」（前掲注 3）274 頁以下を参照。
- (24) 西原『犯罪各論』（前掲注 10）223 頁、団藤『刑法綱要各論・第 3 版』（前掲注 10）596 頁以下、平川『刑法各論』（前掲注 10）361 頁、内田『刑法各論・第 3 版』（前掲注 10）294 頁以下、福田『全訂刑法各論・第 3 版増補』（前掲注 10）246 頁以下、佐久間『刑法各論』（前掲注 10）194 頁以下、林『刑法各論・第 2 版』（前掲注 10）221 頁以下、松宮『刑法各論・第 2 版』（前掲注 10）224 頁、大塚仁『刑法概説各論・第

- 3版補訂版』（前掲注10）232頁以下，山中『刑法各論・第2版』（前掲注10）305頁，大谷『刑法講義各論・第3版』（前掲注10）241頁以下，川端『刑法各論講義・第2版』（前掲注10）349頁，西田『刑法各論・第5版』（前掲注10）182頁，大塚裕史『刑法各論の思考方法』（前掲注10）191頁以下，山口『刑法各論・第2版』（前掲注10）240頁以下，伊東『刑法講義各論』（前掲注10）184頁以下，中森『刑法各論・第3版』（前掲注10）114頁以下，高橋『刑法各論』（前掲注10）284頁以下，須之内『刑法概説各論』（前掲注10）146頁以下，前田『刑法各論・第5版』（前掲注10）214頁以下。
- (25) 平野『刑法概説』（前掲注10）210頁以下，中山『新版・口述刑法各論』（前掲注10）151頁以下，曾根『刑法各論・第4版』（前掲注10）135頁以下。
- (26) 井田「強盜致死傷罪」（前掲注5）140頁参照。
- (27) 井田『新論点講義シリーズ2・刑法各論』（前掲注1）114頁以下を参照。
- (28) しかしながら，反対に，本稿のような立場を採ると，一度財物を取得した強盜犯人が抵抗してきた被害者を射殺しようとしたものの翻意して任意で射殺を中止した場合に，中止犯が成立することになる。このような結論を疑問視するのは，西村『強盜罪考述』（前掲注4）74頁以下。本稿が辿り着いた結論は不当な帰結かもしれないが，これはむしろ中止犯規定に内在する問題であるというべきである。
- (29) 数故意犯説を採るのは，団藤重光『刑法綱要総論・第3版』（1990年），林幹人『刑法総論・第2版』（2008年）249頁以下，大谷實『刑法講義総論・新版第3版』（2009年）175頁以下，高橋則夫『刑法総論』（2010年）183頁以下，前田雅英『刑法総論講義・第5版』（2011年）266頁以下等。
- (30) 井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察(3)」法学研究58巻11号（1985年）61頁参照。
- (31) 佐伯仁志「第3章 故意・錯誤論」山口厚・井田良・佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（2001年）116頁参照。
- (32) 団藤『刑法綱要総論・第3版』（前掲注29）304頁以下。
- (33) かつて，牧野博士は同種類の観念的競合の観念は無用であるとしていた。牧野英一『刑法総論・下巻』（1959年）772頁以下。
- (34) 数故意犯説については，以前に拙稿「具体的事実の錯誤に関する覚書」杏林社会科学27巻4号（2011年）59頁以下で論じたことがある。
- (35) 松宮孝明『刑法総論講義・第4版』（2009年）197頁。
- (36) 一故意犯説を採るのは，下村康正『刑法総論の現代的諸問題』（1979年）121頁以下，西原春夫『刑法総論改訂版・上巻』（1998年）215頁以下，佐久間修『刑法講義総論』（2005年）118頁以下，川端博『刑法総論講義・第2版』（2006年）232頁以下，大塚仁『刑法概説総論・第4版』（2008年）188頁以下，福田平『全訂刑法総論・第5版』（2011年）114頁以下等。なお，只木教授も一故意犯説を支持している。只

- 木誠「併発事実と錯誤について—いわゆる数故意犯説と罪数論および量刑論」法学新報 113 卷 9・10 号 (2007 年) 337 頁以下。他に、一故意犯説を採るのは、神山敏雄「3 教唆犯の錯誤」『判例コメンタール刑法 I 総則』(1976 年) 537 頁以下。
- (37) 中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィジョン刑法 3 構成要件・違法性・責任』(2009 年) 354 頁以下。松宮教授の発言を参照。
- (38) 数故意犯説についても、以前に拙稿「具体的事実の錯誤に関する覚書」(前掲 34) 62 頁以下で論じたことがある。
- (39) 金澤文雄「打撃の錯誤について」広島法学 5 卷 3・4 号 (1982 年) 37 頁以下、とくに 46 頁を参照。
- (40) 齋野教授は具体的符合説を支持しているが、故意を極力具体的に把握していこうとの立場である。「徹底して具体化された故意の概念と故意の認定について」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・上巻』(1998 年) 300 頁。
- (41) なお、島田教授は、甲が丙所有の国宝級の壺をほとんど価値がないと偽って乙に壊させた場合に、甲に間接正犯が成立するとしている。島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(2002 年) 282 頁以下を参照。
- (42) 具体的符合説(具体的法定符合説)に立つのは、平野龍一『刑法総論 I』(1972 年) 174 頁以下、内藤謙『刑法講義総論(下) I』(1991 年) 909 頁以下、町野朔『刑法総論講義案 I・第 2 版』(1995 年) 237 頁以下、山口厚『刑法総論・第 2 版』(2007 年) 200 頁以下、中山研一『口述刑法総論・補訂 2 版』(2007 年) 219 頁以下、山中敬一『刑法総論・第 2 版』(2008 年) 321 頁以下、曾根威彦『刑法総論・第 4 版』(2008 年) 182 頁以下、大塚裕史『刑法総論の思考方法・新版補訂版』(2008 年) 307 頁以下、松宮孝明『刑法総論講義』(2009 年) 249 頁以下、伊東研祐『刑法講義総論』(2010 年) 122 頁以下、西田典之『刑法総論・第 2 版』(2011 年) 220 頁以下等。なお、浅田和茂『刑法総論・補正版』(2007 年) 309 頁以下、齋野彦弥『刑法総論』(2007 年) 187 頁以下は具体的法定符合説ではない具体的符合説であると見受けられる。
- (43) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(1999 年) 229 頁以下参照。
- (44) この点につき、葛原力三「打撃の錯誤と客体の錯誤の区別(2・完)—具体的符合説の再検討—」関西大学法学論集 36 卷 2 号 (1986 年) 126 頁。
- (45) 齋野『刑法総論』(前掲注 42) 192 頁以下参照。
- (46) 井田良『講義刑法学総論』(2008 年) 178 頁以下を参照。
- (47) もっとも、自動車爆破事例で故意を阻却せしめるとの見解も有力である。西田『刑法総論・第 2 版』(前掲注 42) 225 頁以下。
- (48) 客体の錯誤だとするものとして、山口『刑法総論・第 2 版』(前掲注 42) 342 頁以下、山中『刑法総論・第 2 版』(前掲注 42) 321 頁以下等が、方法の錯誤だとするものとして、内藤謙『刑法講義総論(下) II』(2002 年) 1450 頁以下、浅田『刑法総論・補正版』(前掲注 42) 456 頁以下、松宮『刑法総論講義』(前掲注 42) 249 頁以

- 下、西田『刑法総論・第2版』（前掲注42）220頁以下等がある。
- (49) 内藤『刑法講義総論（下）Ⅱ』（前掲注47）1452頁参照。さらに専田孝泰「具体的事実の錯誤における方法の錯誤（二・完）－具体的符合説の立場から－」（2000年）372頁以下。
- (50) 井田『講義刑法学総論』（前掲注46）179頁が、修正された具体的符合説を採るが、本稿もこの見解を支持する。
- (51) 内田浩『結果的加重犯の構造』（2005年）271頁以下を参照。
- (52) たとえば、瀧川博士が強盜手段説を採っている。団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集・第2巻』（前掲注15）333頁。
- (53) もっとも、第3説を採る大場博士は「死傷及ヒ致死ハ強盜ノ手段タル暴行又ハ脅迫ニ基因スルコトアリ。又ハ財物ノ取還ヲ拒キ逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅センカ為メ施シタル暴行又ハ脅迫ニ因リ生スルコトアリ」と述べていた。しかし、第3説に与する以上、強盜の機會説を採るのは不自然であると思われる。大場茂馬『刑法各論（上）』（1909年）442頁。
- (54) たとえば、瀧川博士は、強盜強姦致死罪が独立して規定されている趣旨を考慮すれば、強盜機會説に与することはできないはずだと述べている。したがって、瀧川博士の立場からは、一旦財物を確保した強盜犯人がその財物を取り返しにきた被害者を射殺した事例は、刑法236条の強盜罪と刑法199条の殺人罪とがそれぞれ成立するという帰結に到達する。しかし、このような処理をしなければならぬ必然性は特になく思われる。なお、瀧川博士は第2説を採った上で強盜手段説が正しい旨述べている。団藤重光ほか編『瀧川幸辰刑法著作集・第2巻』（前掲注15）333頁。
- (55) たとえば、団藤『刑法綱要各論・第3版』（前掲注10）594頁以下が強盜機會説を採っている。
- (56) 井田「強盜致死傷罪」（前掲注5）137頁を参照。もっとも、強盜犯人が被害者を静かにさせた後で殺害する予定だった場合には、法的評価は異なってくるように思われる。被害者の殺害が強盜犯人の所為計画の中に取り込まれていたのであれば、早すぎた構成要件の実現と位置づけることができるのであり、強盜殺人罪が認められるものと考えられる。早すぎた構成要件の実現については、井田『講義刑法学・総論』（前掲注46）185頁以下を参照。
- (57) 内田『刑法各論・第3版』（前掲注10）290頁は、出合頭で強盜犯人が通行人と衝突して怪我をさせた事例で刑法240条の適用を否定する。
- (58) 井田「強盜致死傷罪」（前掲注5）137頁を参照。
- (59) 井田「強盜致死傷罪」（前掲注5）131頁以下を参照。
- (60) 意図的ではないが、強盜犯人が逃走途中で赤子を踏み誤り赤子が死亡したケースで刑法240条の適用を否定するのは、山中『刑法各論・第2版』（前掲注10）303頁

以下。

- (61) 井田「強盗致死傷罪」(前掲注 5) 132 頁を参照。
- (62) 神山「強盗致死傷罪」(前掲注 3) 288 頁を参照。
- (63) 井田「強盗致死傷罪」(前掲注 5) 132 頁を参照。
- (64) 1947 年に刑法 211 条に重過失致死傷罪が導入されたことに注意すべきである。したがって、具体的符合説を採っても、現在では實際上それほど不都合は生じない。
- (65) 強盗犯人 X が A に向かって傷害の故意で発砲したが、弾丸は意外にもそばにいた B に命中し、しかも B が死亡したケースでは、本稿が依拠する具体的符合説からは強盗致死罪が成立するように思われる。

(おおやま・とおる 連合法務研究科准教授)