

松 山 大 学 論 集
第 30 卷 第 6 号 抜 刷
2 0 1 9 年 2 月 発 行

[刑事判例研究]

不法装てん罪においては、実包が装てんされている状態が開始した時点で、猟銃等の所持者がそのことを認識していれば、その状態が維持されている限り、その後同人がそのことを失念、忘却しても、故意が失われるものではないとされた事例

今 村 暢 好

研究ノート

[刑事判例研究]

不法装てん罪においては、実包が装てんされている状態が開始した時点で、猟銃等の所持者がそのことを認識していれば、その状態が維持されている限り、その後同人がそのことを失念、忘却しても、故意が失われるものではないとされた事例

今 村 暢 好

銃砲刀剣類所持等取締法違反被告事件

東京高等裁判所 平成二七年(う)第七八〇号

平成 27 年 8 月 12 日刑事第五部判決

(判例時報 2317 号 136 頁 高刑速 3555 号平成 27 年 144 頁)

第一審 平成 27 年 3 月 11 日 中之条簡裁 判決 事件番号不詳

I. 本判決の要旨等

1. 事実の概要

被告人は、群馬県公安委員会から許可を受けて猟銃であるライフル銃を所持していた。当該ライフル銃は、発砲をすると弾倉内の次の実包が自動的に薬室に装填される仕組みになっていた。

平成 25 年 12 月に、被告人は、4 発の実包を込めた弾倉を装着したライフル

銃を持って山中の猟場に行き、1発目の実包を発射させ、2発目を発射させることなく狩猟を止めた。1発目の実包を発射したことで、2発目の実包が自動的に薬室に装填され、この装てん状態は継続していた。

その後、被告人は、立ち寄ったガソリンスタンドに停車中の車内において、引き金を引いたために、実包が発射され、自己の車輛を破損させた。

検察官は、2発目の発射の時点をついて、銃砲刀剣類所持等取締法の不法装填罪（10条5号、35条2号）で起訴した。弁護人は、被告人が自車で本件ライフル銃の引き金を引いた事実から、被告人には本件ライフル銃に実包が装てんされた状態である認識はなかったと主張した。

原判決（中之条簡裁平成27年3月11日判決）は、実包の発射は誤射であると認定した上で、被告人がガソリンスタンドにおいて実包が装てんされていることを認識していた故意に欠けるところはないとして、不法装てん罪の成立を認め罰金刑に処した。

これに対して被告人が控訴した。

2. 判決要旨

控訴棄却。

「不法装てん罪は、鉄砲の暴発、誤発射等の事故を未然に防止するために、猟銃等所持の許可を受けた者に対し、法定の除外事由がある場合を除き、実包等が装てんされていない状態に置くことを要求し、これに違反した行為を処罰するものである。このような不法装てん罪の趣旨、そして、法一〇条五項の「装てんしておいてはならない」との規定ぶりからして、法定の除外事由がないのに実包が装てんされている状態が開始された時点で、猟銃等の所持者がそのことを認識していれば、その状態が維持されている限り、その後同人がそのことを失念、忘却しても、故意が失われるものではないと解される。

結局、本件において被告人に不法装てん罪の故意が認められるか否かは、**被告人が狩猟を終えた時点で、本件ライフル銃に実包が装てんされたままになっていることを認識していたかどうか**に尽きるところ、〔1〕本件ライフル銃は、発砲すると弾倉内の次の実包が自動的に薬室内に装てんされる仕組みになっており、被告人はその仕組みを認識していたこと、〔2〕被告人は猟場で一発目の実包を発射し、二発目の実包が本件ライフル銃の薬室に装てんされ、被告人もそのことを認識していたこと、〔3〕被告人は、二発目を発射することなく、狩猟を終えたこと、〔4〕××に駐車中の自動車内で実包が発射されるまで、その実包は本件ライフル銃の薬室に装てんされたままの状態であったという原判決が正当に認定している事実を照らせば、被告人は、狩猟を終えた時点で、本件ライフル銃に実包が装てんされたままになっていることを認識していたと推認することができる。

被告人は、遊底を引いて薬室の中を見たが、弾が入っていなかったのも、最初に遊底を引いたときに雪の中に飛んでしまったのかなと思った旨供述する。しかし、薬室内の弾が見えなかったというのは、空撃ち薬莖及び被告人が使用していた空薬莖とを本件ライフル銃に装てんし、排莖部からそれぞれの底面を目視した場合に、いずれも底面を肉眼で確認することが可能であったとの原審の検証結果と反するものである上、猟銃所持の許可を受けた者には、実包を消費した場合、帳簿にその種類、数量、消費した年月日、場所を記載することが義務づけられ（法一〇条の五の二、法施行規則八七条）、実包の管理が厳しく求められているところ、被告人の供述を前提にすると、それを認識しているはずの被告人が、雪の中に飛んでいった実包を探すこともなく、そのまま放置して立ち去ったことになるが、それは余りにも不自然な行為であり、薬室内を確認したということ自体にわかに信用することができない。そして、被告人が本件ライフル銃の引き金を引いたのが意図的なものであったとしても、それはその時点で被告人が本件ライフル銃に実包が装てんされていることを失念していたことを意味しているに過ぎないと認められる。そうすると、**被告人が引き金**

を引いた時点において、被告人に不法装てん罪の故意があったものと認められ、原判決は結論において正当として是認することができる。」(太字は筆者)

(裁判長裁判官 八木正一 裁判官 川本清巖)

裁判官入江猛は転補のため署名、押印できない。

(裁判長裁判官 八木正一)

Ⅱ. 不法装填罪の規定内容

本罪では、銃砲刀剣類所持等取締法(昭和三十三年法律第六号)10条5号で規定される不法装填罪の解釈が問題となっている。不法装填罪の規定は、次の通りである。

1. 関係規定〔銃砲刀剣類所持等取締法〕

(許可)

第4条1項 次の各号のいずれかに該当する者は、所持しようとする銃砲又は刀剣類ごとに、その所持について、住所地を管轄する都道府県公安委員会の許可を受けなければならない。(以下、各号省略)

(国際競技に参加する外国人に対する許可の特例)

第6条1項 本邦において開催される銃砲又は刀剣類を使用する国際競技に参加するため入国する外国人は、当該国際競技に用いる銃砲又は刀剣類の所持について、出入国港の所在地を管轄する都道府県公安委員会の許可を受けなければならない。

(所持の態様についての制限)

第10条2項 第四条又は第六条の規定による許可を受けた者は、次の各号のいずれかに該当する場合を除いては、当該許可を受けた銃砲を発射してはならない。

- ① 第四条第一項第一号の規定により狩猟又は有害鳥獣駆除(政令で定めるものを除く。)の用途に供するため猟銃又は空気銃の所持の許可を受けた者が、当該用途に供するため、鳥獣の保護及び管理並びに狩猟の適正化に関する法律の規定により狩猟をする場合。ただし、許可に係る銃砲がライフル銃である場合において、事業に対する被害を防止するため当

該ライフル銃の所持の許可を受けた者にあつては、当該事業に対する被害を防止するために獣類の捕獲をする必要がある場合に限る。

- ② 第四条第一項第一号の規定による猟銃若しくは空気銃の所持の許可を受けた者又は同項第四号若しくは第六条の規定による銃砲の所持の許可を受けた者が、指定射撃場、教習射撃場又は練習射撃場において、その指定射撃場、教習射撃場又は練習射撃場の指定に係る種類の銃砲で射撃をする場合
- ③ 第四条の規定による銃砲の所持の許可を受けた者（前二号に規定する者を除く。）が、当該許可に係る用途に供するため使用する場合

第10条 5 項 **第四条又は第六条の規定による許可を受けた者は、第二項各号のいずれかに該当する場合を除き、当該銃砲に実包、空包又は金属性弾丸（以下「実包等」という。）を装着しておいてはならない。**

（帳簿）

第10条の5 の2 第四条第一項第一号の規定による猟銃の所持の許可を受けた者は、内閣府令で定めるところにより、帳簿を備え、当該猟銃に適合する実包を製造し、譲り渡し、譲り受け、交付し、交付され、消費し、又は廃棄したときは、当該帳簿に内閣府令で定める事項を記載し、これを保存しなければならない。

（罰則）

第35条 次の各号のいずれかに該当する者は、二十万円以下の罰金に処する。

5 号 第四条の四第一項、第七条第二項（第九条の十三第三項において準用する場合を含む。）、第八条第二項（第九条の十五第二項において準用する場合を含む。）、第三項、第四項（第九条の十五第三項において準用する場合を含む。）、若しくは第五項、第九条第三項、第九条の五第三項後段（第九条の十第三項において準用する場合を含む。）、第九条の七第二項（第九条の十一第二項及び第十条の八第二項において準用する場合を含む。）、若しくは第五項（第九条の十一第二項において準用する場合を含む。）、第九条の十一第三項、第十条第四項若しくは第五項（第二十一条において準用する場合を含む。）、第十条の四第一項から第三項まで、第十五条第二項、第十六条第一項、第十八条第三項、第二十一条の二、第二十二条の二第一項、第二十二条の四、第二十三条又は第二十四条第一項の規定に違反した者（第三十三条第二号に該当する者を除く。）

○銃砲刀剣類所持等取締法施行規則

(帳簿)

第87条 法第十条の五の二の内閣府令で定める事項は、次に掲げる場合の区分に応じ、それぞれ次に定める事項とする。

- 一 実包を製造した場合 製造した実包の種類及び数量並びに製造した年月日
 - 二 実包を譲り渡した場合 譲り渡した実包の種類及び数量、譲り渡した年月日並びに相手方の住所及び氏名
 - 三 実包を譲り受けた場合 譲り受けた実包の種類及び数量、譲り受けた年月日並びに相手方の住所及び氏名
 - 四 実包を交付した場合 交付した実包の種類及び数量、交付した年月日並びに相手方の住所及び氏名
 - 五 実包を交付された場合 交付された実包の種類及び数量、交付された年月日並びに相手方の住所及び氏名
 - 六 実包を消費した場合 消費した実包の種類及び数量並びに消費した年月日及び場所
 - 七 実包を廃棄した場合 廃棄した実包の種類及び数量並びに廃棄した年月日
- 2 法第四条第一項第一号の規定による猟銃の所持の許可を受けた者は、指定射撃場、教習射撃場又は練習射撃場において実包を消費したときは、法第十条の五の二に規定する帳簿に当該実包の数量を疎明する書面を添付しなければならない。
- 3 法第四条第一項第一号の規定による猟銃の所持の許可を受けた者は、法第十条の五の二の帳簿を、最終の記載をした日から三年間保存しなければならない。

(法令の下線および太字は筆者による。以下、同様とする。)

2. 「しておいてはならない」形式の他の規定

構成要件において「しておいてはならない」とする規定は、特別刑法上は極めて珍しい規定形式であり、わが国の他の法令では以下の2例ほか僅かである。そのうちの1例は、同様の不法装填罪となっている。そのため、まだ解釈についての理解が収斂されていない状況である。

○海賊多発海域における日本船舶の警備に関する特別措置法（平成二十五年法律第七十五号）

第15条（小銃等の所持の態様についての制限）

8 確認特定警備従事者は、第三項、第四項及び第六項の規定により小銃を発射する場合を除き、当該小銃に実包を装填しておいてはならない。

○危険物船舶運送及び貯蔵規則（昭和三十二年運輸省令第三十号）

第330条（開口の開閉）

タンクの倉口、油面測定口、洗浄口等の開閉は、タンクに引火性ガスが残存している間は、船長又はその指定する者が立ち会わないでしてはならず、またその開口は、防火金網を取り付けないで開放したままにしておいてはならない。

3. 不法装填罪の立法趣旨

不法装填罪の規定の趣旨は、主に次のように説明されている。

「銃砲による事故及び危害は、銃砲を発射することによって発生するものという前提に立ち、銃砲による事故を未然に防止するためには、銃砲を発射する必要のある場合を除き、銃砲を直ちに発射できない状態、即ち、実包等が装填されていない状態に置くことが要求される」としている（後掲・阿部＝北野・注釈574頁ほか）。そのために、5項においては、許可を受けた銃砲が使用状態にある場合を除いて、実包、空包又は金属性弾丸を装填しておいてはならないことを定めた、とされている。（ただし、なぜ「空包」を装填しておいてはならないかについては、詳細な理由付けは見つけられていない。）

4. 不法装填罪の行為＝「装てんしておく」行為の解釈

不法装填罪の実行行為については、一般的に「装てん」「しておく」行為として説明される。

(1) 装てん行為

「装てん」とは、実包、空包又は金属性弾丸を薬室または弾倉に込めることと定義されている（後掲・辻＝大塚・注釈347頁）。

(2) 「しておいてはならない」

「しておいてはならない」については、明確に解説されている記述はあまり多くない上に、理解についても定まっていない部分が多いと思われる。そこで、以下では、まず通説的な理解を紹介し、その後で、本判決の争点と関わる問題点について検討する。

① 「装てん」された状態を規制する趣旨

本罪の趣旨から導かれるように、「しておいてはならない」とは、「装てん」された状態を規制するものであるという点で学説は一致している。これは、銃砲自体の機構を操作すれば、直ちに発射しうる状態にしておくことを意味するとされている。

ただし、着脱式弾倉の場合、実包等を弾倉に込めただけでは、弾倉を銃砲に装着しない限り、未だ、実包等を「銃砲」に「装填しておいた」と評価できないとする見解もある（阿部＝北野・注釈575頁）。

② 「装てん」行為＋一定の時間的継続が必要

学説は、「しておいて」という点から、本罪の成立には「装てん」行為に加えて、装てん状態の一定の時間的継続を要求することで一致している。すなわち、単に「装てん」行為があっただけでは成立しないとされている。例えば、実包等を装填し、その後直ちに抜き出すという一連の行為の中で、一時的に、実包を装填した状態が形成されたとしても本罪は成立しないことになる。一方で、狩猟の帰途、猟銃に実包等を装填したままで移動した場合には、本罪が成立する。

③ 作為・不作為が対象

「しておいて」という文言から、本罪は、作為または不作為を処罰する内容であることで学説は一致している（どのような不作為まで成立範囲なのかについては後述の(3)を参照）。銃砲を発射する必要（10条2項各号の定める内容）があって、

実包等を装填したが、その必要が無くなった場合は、直ちに実包等を抜き出さなければならないとし、一定の義務的な内容を定めていると理解されている。そのために、銃砲に実包を装填したものの発射前の状況が止んだ場合、それにも拘わらずそのまま実包を装填し続ける不作為に対しては、本罪が成立する。

ただし、銃砲を発射する必要性の認識との関係で、本罪の成否が問題となるばかりである。例えば、狩猟において、獲物の捕獲が一端終わってから次の猟場へ移動する際に「ひょっとすると獲物が現れるかもしれない」という期待感等から、脱包しないで猟銃を携帯運搬する行為については、学説は、本罪の対象となり得るとしているものの、その基準については判然としない。(さらに、狩猟中に移動する際は「猟銃から実包を抜き取るべき注意義務」を認めて業務上過失致死罪を肯定する裁判例として、後掲・東京高判昭和48年3月9日がある。)

(3) 「しておいてはならない」についての学説

「しておいてはならない」の理解において、①継続犯か挙動犯か、②純粋な故意犯か、③どの時点で故意が必要か[争点]、④(①～③前提に)途中で失念した場合の効果[争点]、について問題となる。

① 継続犯と理解するか否か

(a) 継続犯とする考え方

継続犯とは「一定の法益侵害状態が継続する犯罪」と定義され、結果である法益侵害が発生して既遂に達したとしても、その状態が終了するまでのあいだは引き続き法益侵害が更新され、犯罪が進行しているとされる犯罪である。逮捕監禁罪、保護責任者不保護罪、不退去罪、住居侵入罪(最決昭31・8・22。ただし争いあり)、不法所持罪(後掲判例参照)が継続犯とされている。

継続犯については、実行行為が継続していると解するのが通説的であるが、一方では、行為の継続は擬制に過ぎず、行為の効果が継続しているとする見解が有力となっている(後掲・山口・総論129頁。ただし後掲・井田・総論105頁は、行為も効果も継続している)。

不法装填罪については、その必要性がないのに装填をする行為によって、銃砲が直ちに発射できる状態が続く限り、法益への侵害の危険が継続している「継続犯」として考えることができる。本罪を継続犯と理解する場合、次のような理解に結びつきやすいものと考えられる。

①法益の侵害または危険状態を犯罪行為と考えるために、装填行為自体よりも継続される侵害・危険状態の継続部分が、犯罪行為の中心となる。不作為のみによる法益侵害・危険状態を処罰対象とすることが説明しやすい。②継続犯である以上は、相当程度の実包装填状態の時間的継続が必要となる。③故意については、装填開始時点で装填状態の継続についての表象・認容が必要となる。④過失不作為犯による犯罪成立も肯定しやすい。

(b) 挙動犯とする考え方

挙動犯とは、一般的に「構成要件上、一定の身体の動静のみを内容とする」犯罪と定義され、結果発生を予定しない又は行為と同時に結果が発生することによって、行為だけで犯罪が成立するように見える犯罪である。暴行罪、偽証罪、住居侵入罪（山口・各論119頁ほか有力）が挙動犯とされている。不法装填罪については、本罪を抽象的危険犯と捉えて、その必要性がないのに実包を装填する行為によって、抽象的危険が発生する「挙動犯」として考えることも可能と考えられる。本罪は、実弾が入っていない空砲を装てんしても、また、火薬の入っていない金属性弾丸のみを装てんした場合においても成立することから、抽象的危険犯と解することは可能である。

本罪を挙動犯とする場合、次のような理解に結びつきやすいものと考えられる。

①挙動が犯罪行為なので「不法装填罪」の名称の通り、不必要な装填をする作為が犯罪行為の中心となる。②抽象的危険を自ら創出する挙動に犯罪性があるので、故意犯が原則となる。③挙動により犯罪が成立するので、実包装填状態の時間的継続性はほとんど不要となる。④実包を装てんする際には、装てん

状態を継続させる認識で足りる。⑤本罪を抽象的危険犯と理解する場合、行為後の危険発生についての具体的認識が不要となる。⑥過失不作为による犯罪成立は観念できなくなる。

(c) 状態犯, その他の特殊類型と理解する考え方

本罪を継続犯, 挙動犯以外のものと理解する見解も考えられる。

状態犯は, 「一定の法益侵害の発生によって犯罪は終了し, その後も法益が侵害されている状態が続く」犯罪とされ, 傷害罪, 窃盗罪, 横領罪などが状態犯とされている。法益侵害状態が継続している点においては, 継続犯と同様であるが, 状態犯は構成要件該当行為ないし該当性の継続性を肯定できないために, 行為の終了をもって犯罪は終了すると理解されている(この区別基準については山口・総論 48 頁)。

本罪を状態犯とした場合は, 挙動犯と同様の理解に結びつきやすい。

これら以外にも, 本罪を一般的な継続犯や挙動犯ではなく, 「装てん」「しておいた」という2つの要素からなる特殊な類型と理解することも可能である。故意・作為的な「装てん」行為と不作为・継続的な「しておいた」行為の2つの特殊結合体と捉える見解も考えられる。

② 純粋な故意犯か否か

(a) 純粋な故意犯とする考え方

刑法 38 条 1 項本文は, 故意犯処罰の原則を定めており, 特別な定めがない限りにおいては, 特別法においても故意犯が基本であり, この趣旨から本罪も純粋な故意犯とするものである。この考え方は, 本罪を監禁罪と同様の継続犯とする見解 [①(a)] や挙動犯とする見解 [①(b)] から導かれる。

本罪を純粋な故意犯とする場合, 次のような理解に結びつきやすいものと考えられる。

①銃砲への実包の装てんの作為ないし不作为の時点で少なくとも故意が要求

される。②過失による装てんまたはその状態の継続は、不可罰となる。③「必要ではないのに装てんすること」と「装てんしたままにしておくこと」の両方または一方の認識が要求される。

(b) 特殊な故意犯とする考え方

故意犯処罰の原則により故意犯と理解するものの、本罪の規定形式の特殊性から38条1項但書の「法律に特別の規定がある場合」に該当するとして、本罪を特殊な故意犯と理解する考え方がある。特に本罪を特殊類型と解する考え方〔①(c)〕から導かれるであろう。

本罪を特殊な故意犯とする場合、次のような理解に結びつきやすいものと考えられる。

①「必要ではないのに装てんすること」と「装てんしたままにしておくこと」という両方の認識が要求される。②銃砲への実包の装てんの作為ないし不作為の時点で少なくとも故意が要求される。③過失による装てんまたはその状態の継続は、不可罰となる、という理解につながるであろう。

(c) 過失犯を包含しているとする考え方

本罪の特殊な規定形式は、刑法38条1項但書の「法律に特別の規定がある場合」に該当するとして、本罪を故意犯だけでなく過失犯を含む特殊な規定と理解することも可能である。本罪を特殊類型と解する見解〔①(c)〕から導かれる。この考え方からは、過失による不作為犯（忘却犯）を肯定することになり得る。許可を得て銃砲を持つ者に対して、本罪は「銃砲を直ちに発射できない状態」を要請するのが立法趣旨であるので、過失犯処罰も許容していると考えられることも不可能では無い。

本罪は故意犯・過失犯の双方を含むとする場合、次のような理解に結びつきやすいものと考えられる。

①実包の不必要な装てん状態に対する注意義務が銃砲の許可者に課せられて

いる。②「必要ではないのに装てんすること」又は「装てんしたままにしておくこと」のどちらかの認識が要求される。③過失による装てん、過失によるその状態の継続も、本罪が成立する。

関係判例：東京高判昭 48・3・9（業務上過失致死罪）

「被告人がすりばち池付近で猟をしようとして猟銃に実包二発を装てんしたが、獲物が見当らなかったで同所での狩猟を中止し、ジープに乗車し約一・四キロメートル離れた大湊地内に向おうとしたことは疑いない。所論は、被告人がすりばち池付近から大湊地内まで狩猟をしながら移動するつもりであったと主張するが、関係証拠を検討しても、右主張は認めがたく、かりにその意思があったとしても、被告人としては、当時の天候、道路状況（なお雪が降りつづいており、相当の降雪で道も悪かった。）などに徴し、また銃の安全装置が一〇〇パーセント安全といえない事情にかんがみ、少なくともジープに乗る前には、その動揺等による銃の万一の暴発事故を防ぐため、あらかじめ銃から実包を抜き取るべき注意義務があったものといわなければならない。またたとい所論のように、この注意義務が昭和四六年法律四八号による改正前の銃砲刀剣類所持等取締法一〇条三項に該当しないとしても、本件におけるその義務の存在は、条理上当然肯定されると解するのが相当である」とした。

※改正前の規定

3 第四条又は第六条の規定による許可を受けた者は、当該許可を受けた銃砲を携帯し、又は運搬する場合においては、前項各号の一に該当する場合を除き、当該銃砲に実包、空包又は金属性弾丸を装てんしないで、おおいをかぶせ、又は当該銃砲を容器に入れなければならない。

③ どの時点で故意が必要か [争点]

(a) 装填時から装填中に継続して故意が必要とする考え方

刑法は、故意犯処罰の原則を定めるとともに、故意責任の原則、行為と責任の同時存在の原則があり、これを貫徹するならば、実行行為の開始時である「実包の装てん時」に故意が要求されるだけでなく、「装てんしておいている」間についても故意が要求され続けることになるであろう。

この考え方は、〔①(a)〕や〔②(a)〕、特に〔②(b)〕の見解から導かれやすい。

(b) 装填時のみ故意が必要とする考え方

本罪の成立に必要な故意については、銃砲に実包を装てんした際に故意が必要であり、その後の装てん継続中については、特に認識している必要はないとする考え方である。

本罪を挙動犯と理解した場合〔①(b)〕はもちろんのこと、継続犯と理解した〔①(a)〕としても、故意は実行行為開始時のみ要求すればよいとする見解がある。たとえば、代表的な継続犯である監禁罪の場合、監禁行為開始後に、監禁行為者が睡眠をしても、監禁行為が継続しているのであり（又は、監禁効果が継続しているのであり）、監禁罪は終了しない。このことから、継続犯と解する本罪においても、装てん時にのみに故意があれば足りると結論づけられる（継続犯の故意について開始時のみで足りる見解として、団藤・総論293頁、佐久間・大コメ125頁ほか）。

関係判例：最大判昭24・5・18（不法所持罪）

「人が物を保管する意思を以てその物に対し実力支配関係を実現する行為をすれば、それによつて物の所持は開始される、そして一旦所持が開始されれば爾後所持が存続するためには、その所持人が常にその物を所持しているということを意識している必要はないのであつて苟くもその人とその物との間にこれを保管する実力支配関係が持続されていることを客観的に表明するに足るその人の容態さえあれば所持はなお存続するのである。だから所持は人が物を保管するためその物に対して実力支配関係を開始する行為と、その実力関係の持続を客観的に表明する容態とから成り立つていくというべきである。」

④ 途中で失念した場合の効果〔争点〕

(a) 失念は影響しないとする考え方

(a-i) 失念自体が故意と無関係〔③(b)〕〔②(c)〕

まず、装填開始時のみに故意が必要だとする見解〔③(b)〕と、過失犯を包含

しているとする見解〔②(c)〕に立った場合は、失念自体にそれほどの意味は無いので、犯罪の成立に影響はしない。見解〔③(b)〕の場合は、装填開始時に故意が認められれば十分であり、装填状態継続中の認識は必要とされない。見解〔②(c)〕の場合は、失念したとしても、実包が装填されていることに対する注意義務が発生しているので、故意は無くても、これを怠れば過失犯として成立する可能性がある。

(a-ii) 失念しても潜在的な故意が認められる

装填時・装填中に継続的に故意が必要だとする見解〔③(a)〕であっても、故意の程度内容については、明確な表象・認容を要求するのではなくて、一種の「潜在的な故意」があればそれで足りるとする考え方がある。

故意における認識については、特別の緊張を伴わない状態を認め、故意が意識の深層にあって表面に現れなかったとしても、故意は継続しているとする見解が有力である。(他にも、未必的な故意を拡張する見解、潜在的な故意や事物思考的な同時意識を肯定する見解も同様の説明になると思われる。)

関係判例：高松高判昭 31・10・16 (殺人罪)

「殺人罪の犯意即ち殺意は、必ずしもそれが犯人の意識の表面に明確に現れたことを要するものではない。殺意が意識の深層にあつて、犯行時夢中で人体の重要部分にそれを対象として重大な傷害を与えた場合には、たとえ犯人の意識の表面に殺意が現われていなかったとしてもなお殺人罪の殺意を認めなければならない場合もある。」

このほか、団藤・総論 292 頁以下も、この判決の理解に対して肯定的である。

(a-iii) 積極的な解消行動が無い限りは失念しても故意が否定されない考

え方 (多数説)

継続的な故意が必要な継続犯と考えた場合〔①(a)+③(a)〕においても、客観的な行為・効果が継続している限りは、積極的な解消行動が無い限りは、失念は影響しないとする考え方が多数的と思われる。

監禁罪について判例は、客観的に監禁状態が継続中であるときは、行為者が主体的にこれを否定するような積極的な態様がない限りは、故意が途中でなくなることを認めていない。また、不法所持罪においても、違法薬物の所持中に所持していることを失念したとしても、所持罪の故意を否定しない。(後掲 5. 参考判例(2)参照。)

学説の中には、これを原因において自由な行為の理論によって説明付けようとする見解もある。(ただし、所持自体を失念した上に客観的な支配から薬物が離れた場合、例えば違法薬物を入れた鞆を置き忘れた場合は、行為の客観面を失うので、その時点で不法所持罪は否定されることになる。後掲の 5. 参考判例(3)を参照。)

(b) 相当な理由で失念した場合は故意が否定されるとする考え方

継続的な故意が必要とする立場においても、単なる失念では故意は否定されないが、「相当な理由」に基づいて失念する、または積極的にそうでないと信じた場合は、故意が否定されて犯罪不成立とすべきとする見解がある。この立場によれば、必要性がなく実包を装填した後に、第三者が脱包したとする虚言を聞いて、それを相当の理由のもとで信じ、そのままにしておいた場合は、本罪は否定されることになる。

関係判例：東京高判平 25・12・3 (監禁罪)

「監禁罪は、被害者の行動の自由の拘束が継続する間、犯罪が成立するいわゆる継続犯であり、客観的に監禁行為が継続しているにも関わらず、故意が途中でなくなるという事態は通常は想定し難いというべきである。あえていえば、犯人が監禁状態が解消したと誤信したというような場合であろうが、自ら監禁状態を作出した犯人が、そのような誤信をするに至ったと認められ、あるいはそのような合理的疑いが生じるといえるのは、自ら監禁状態の解消に向けた具体的な行動に出るといった特段の事情がある場合に限られる」とした。

5. 検討

「しておいてはならない」

不法装填罪の「しておいてはならない」を継続犯と理解するか否かについては、その必要性がないのに装填をした結果、銃砲が直ちに発射できる状態が続くのであり、これは、法益侵害の危険が継続している「継続犯」として考えることができるであろう。

本罪を故意犯と理解すべきか否かについてであるが、故意による不法装填行為と、そのままの状態を故意又は過失で継続していると解釈すべきと考える。「実包の装てん時」のみに故意が要求され、それ以降は、装填状態を解除する義務が発生するので、故意又は過失によって、これを怠った場合に犯罪が成立するものとするのが、最も無理のない理解のように思われる。もちろん、薬物所持罪の所持後の失念のような捉え方も可能ではあるが、薬物犯の場合、一定時間以上の所持が違法行為の本体なのであって、不法装填罪のような「しておいてはならない」規定とは全く構成要件の構成が異なっている。

銃砲による事故を未然に防止するための特別刑法であるから、銃砲の許可者には、安全に対する義務が前提に存在すると解するのが妥当と思われる。

本判決は、故意を継続的に要求する立場を採りつつ、狩猟を終えた時点で装てん状態を認識していれば失念しても故意は失われないという基準を明確に示したことに、非常に意義があるといえるだろう。

6. 参考判例

(1) 路上継続駐車について失念により故意を否定した事例

本最高裁判決は、作為に加えて相当時間の経過を犯罪の成立要素とする罪についての判断であり、今回の事件を検討する上で極めて参考となる判例である。

○最高裁平成 15 年 11 月 21 日判決（自動車の保管場所の確保等に関する法律違反被告事件）

本件は、被告人が、名古屋市内の自宅車庫前の道路上に、夜間 8 時間を超えて自動車 1 台を駐車させて置いたとして、「自動車が夜間に道路上の同一の場所に引き続き 8 時間以上駐車することとなるような行為」（以下「路上継続駐車」ともいう。）の処罰を定めた、自動車の保管場所の確保等に関する法律 11 条 2 項 2 号、17 条 2 項 2 号違反の罪に問われた事案である。

本件では、問題の自動車が駐車されていた場所は自宅車庫前の路上であり、その車庫のシャッターは開けられたままであったという特殊な事情が認められ、被告人は、いつもは必ず車庫に格納するようにしていたが、本件当夜は、自動車で帰宅した際に、買物に行きたいので後でもう一度運転してほしいと妻から頼まれたため、車庫前の路上に駐車したところ、その後、妻から買物はやめると言われた時点では、路上駐車の実事を失念してしまっていた旨を供述し、弁護人は、この供述を前提に、被告人に本罪の故意はなかった旨を主張して争った。

判決要旨：原判決及び第一審判決を破棄する。被告人は無罪。

「自動車の保管場所の確保等に関する法律 11 条 2 項 2 号、17 条 2 項 2 号は、専ら故意犯を処罰する趣旨であると解すべきである。そして、本罪の**故意が成立するためには、行為者が、駐車開始時又はその後において、法定の制限時間を超えて駐車状態を続けることを、少なくとも未必的に認識することが必要である**というべきである。記録によれば、被告人は、妻から買物に行くのをやめると言われた時点においては、本件自動車を道路上に駐車させたままであることを失念していた旨を一貫して供述しているところ、本件自動車が駐車されていた場所は自宅車庫前の路上であり、車庫のシャッターは開けられたままであったこと、被告人は日ごろは毎晩本件自動車を車庫に格納していたものと認められること等の本件における諸事情にかんがみれば、被告人の上記弁解を排斥して被告人に**本罪の故意があったと認定するには、合理的な疑いがある**というべきである。

そうすると、本件においては、公訴事実の証明が十分でないといわざるを得ず、本罪の成立を認めて被告人を罰金 4 万円に処した第一審判決及びこれを維持した原判決は、事実を誤認して法令の解釈適用を誤ったものであって、破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる。」

(2) 所持罪について途中で失念しても故意を認めた事例

①最高裁昭和 25 年 10 月 26 日判決（占領軍の物資不法所持）

「物の所持とは人がその実力支配下に物を保管する行為をいうのであるから、人が物を保管する意思をもってこれに適応する実力支配関係を多少の時間継続して実現する行為をすれば、それによって物の所持は成立するのである。そして一旦成立した所持が爾後存続するためには、その所持人が常にその物を所持することを意識している必要はないのであって、苟くもその人とその物との間にこれを保管する実力支配関係が持続されていることを客観的に示めすに足るその人の容態されれば、所持はなお存続するものといわなければならない。蓋しもし所持継続のために所持意識の存続が必要であるとすれば、人がその財産を自宅に蔵置している場合においても、その人がその蔵置の事実を失念したというだけのことでその人はその財物の所持を喪失するという、到底是認することのできない結論に到達するからである」。

②大阪高裁昭和 25 年 4 月 5 日判決（銃砲等所持禁止令違反事件）

「銃砲等所持禁止令にいわゆる所持は物を保管する意味においての実力的支配関係の存在であつて、一旦かような関係が成立した上は所持人が常にその物の所持を意識している必要はなく実力的支配関係の継続する限り病氣その他の理由によつて一時的若しくは相当久しい時間に亘つて物に対する意識を全然喪失した場合であつても尚その所持を喪失したことにはならない」。

③東京高裁昭和 50 年 9 月 23 日判決（覚せい剤取締法違反事件）

「「所持」とは、人が物を保管するという実力支配行為をいうのであつて、一旦物を保管する意思でその物に対する実力支配関係が実現する行為をすれば、右関係が維持されているかぎり、所持人が右所持を忘却しても「所持」にあたると解するのが相当であるところ、原判決が右各事実について挙示する関係証拠によれば、原判決が「争点についての判断等」の一において説示しているとおり、右覚せい剤粉末等は、被告人が将来これらが容易に入手できなくなった場合のことを考え捨てないで保存しておいた物であることを認めることができるのであるから、被告人がその後において本件各物件の所持を忘れていたとしても、所持罪の成立が妨げられるいわれはない。」

④東京高裁平成2年11月15日判決（火薬類取締法違反被告事件）

「被告人は、転居に際して本件火薬類を転居先である原判示の被告人方において所持していることの認識があったことが明らかである。とすれば、右転居当時、被告人が、本件火薬類を所持していることの認識があった以上、その後その所持について常に意識している必要はなく、また、その後仮にその所持を失念していたとしても、いわゆる継続犯である不法所持罪の性質上、所持の認識を欠くことにはならないものと解される」。

（3）所持罪について置き忘れのために成立が否定された事例

○東京高裁平成14年2月28日判決（覚せい剤取締法違反被告事件）

「**所持**とは、人が物を保管する実力支配関係を内容とする行為をいい、この関係は、必ずしも覚せい剤を物理的に把持することまでは必要ではなく、**その存在を認識してこれを管理し得る状態にあれば足り**と解されるが、被告人は、乗車した車両が榎戸駅から八街駅の付近を進行しているところに、本件覚せい剤入りの財布が入った本件紙袋を座席に置き忘れたまま他の車両に移動しており、その後置き忘れに気付かないまま横芝駅か八日市場駅で降車し、その後本件紙袋を電車内に置き忘れたことを駅員に届けることなどもしていない。被告人が車両を移動して以降、座席に置かれていた本件紙袋は不特定の乗客等により発見されて拾得される可能性があっただけでなく、被告人は、異常な精神状態にあったため、**本件覚せい剤の存在自体を失念していた可能性が高い**。したがって、原判決が認定した時点では、被告人が**本件覚せい剤を車両内に保管していたとはいえず、本件覚せい剤に対する実力支配関係が被告人にあったものではないから、その所持を認めることができない**。」（上記各判例の太字処理については筆者による。）

7. 参考文献ほか

（1）参考文献

- 本稿は、平成30年3月3日に開催された第16回中四国刑事法判例研究会（於・海上保安大学校）および同年4月14日に開催された第9回松山刑事判例研究会（於・愛媛大学）において発表報告させて戴いた内容を修正したものである。
- 銃砲刀剣類所持等取締法に関するもの
大塚尚（辻義之監修）『注釈 銃砲刀剣類所持等取締法〔第2版〕』（平成27年）347頁以下、阿部純二・北野通世「銃砲刀剣類所持等取締法」『注釈 特別刑法〔第七巻〕』（昭和62年）574頁以下、米澤慶治「銃砲刀剣類所持等取締法」『注解 特別刑法〔第七巻〕』（昭和61年）

231 頁以下。

○判例評釈（関係判例に関するものを含む）

内藤惣一郎・研修 828 号 19 頁以下，判時 2317 号 136 頁以下，小池直希・法時 90 巻 2 号 128 頁以下，南由介・刑事法ジャーナル 54 号 171 頁以下，判タ 1140 号 92 頁以下，判時 1844 号 120 頁以下，上田哲『最高裁判所判例解説 刑事篇（平成 15 年度）』509 頁以下，古川伸彦・ジュリスト 1311 号 204 頁以下，上田哲・ジュリスト 1280 号 124 頁[時の判例]，曲田統・判評 564 号 51 頁（判時 1912 号 213 頁）以下，宮田正之・研修 670 号 113 頁以下，Westlaw Japan・新判例解説 372 号（2003WLJCC172），大山邦士・警察公論 60 巻 9 号 88 頁以下，本田稔・法セ 596 号 113 頁以下，法時 76 巻 7 号 139 頁以下，嘉門優『甲南法学』45 巻 1・2 号 303 頁以下，判タ 306 号 286 頁以下。

○刑法の一般概念に関するもの（参照部分）

団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（平成 2 年）90 頁，292 頁以下，藤木英雄『行政刑法』（昭和 51 年）89 頁，藤木英雄『刑法講義総論』（昭和 50 年）232 頁，平野龍一『刑法概説』（昭和 52 年）42 頁，福田平『行政刑法〔新版〕』（昭和 53 年）89 頁，川端博『刑法総論講義〔第 3 版〕』（平成 27 年）111 頁以下，川端博『刑法各論講義〔第 2 版〕』（平成 22 年）147 頁・210 頁以下，山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』（平成 27 年）48 頁以下，山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（平成 22 年）86 頁・119 頁以下，井田良『講義刑法学・総論』（平成 20 年）103 頁以下，井田良『講義刑法学・各論』（平成 28 年）129 頁・143 頁以下，佐久間修「§38（故意）」『大コンメンタール刑法〔第三版〕第 3 巻』（平成 27 年）125 頁など。

このほか，渡辺咲子「所持」『薬物犯罪』（平成 18 年）77 頁以下も参照。

（2）関連用語

「装てん」：実包，空包又は金属性弾丸を，薬室または弾倉に込めること。

「実包」：弾丸を装着した薬莢に，点火用雷管を組み込み，発射薬（装薬）を入れたもの。なお，非薬莢弾（ケースレス弾）は，薬莢を有さないが，弾丸と装薬が一体化されているので，「実包」に含まれる。

「空包」：弾丸を装着する代わりに，薬莢の口を紙等の可燃物で塞いだもの。

「弾倉」：実包をあらかじめ装填しておき，発射の際に次弾を供給するための銃砲の部品のひとつ（マガジン）。

「金属性弾丸」：銃砲の金属を材料とする弾丸部分。なお，装薬銃砲において弾丸と装薬が分離している場合，弾丸のみを装填した状態では実包を装填した

とはいえないが、金属性弾丸は装填した状態であるので、不法装填罪の対象となる。

「発射」：金属性弾丸等を射出すること。

「遊底」：銃砲の機関部後方にあり、前後にスライドして弾薬の装填、空薬莢の排出を行い、発射時には機関部を閉鎖し爆発圧が逃げるのを防ぐ装置。