

・事実の概要

- 1 甲は、夫の酒癖の悪さに嫌気がさした妻Aが家出をしたのち、Aの連れ子で自らの養女としたB子（一三歳）と二人で生活をしていたが、ある日、夕刻から自宅で酒を飲んだ翌午前三時三〇分ころ、甲方東側の和室六畳間において、うつぶせになって就寝中のB子をぼんやりと見やっているうちに、A子が家出してからこのいら立ちと家族の将来の生活を悲観する気持ちが一気に高まって自殺しようと思うと共に、もしそうなれば残されたB子が不憫であると考えてB子も殺してしまおうと決意し、台所から出刃包丁（刃体の長さ約一四・五センチメートル）を持ち出して前記六畳間に戻り、寝ていたB子の身体を仰向けにした上、「お父さんと死んでくれ。」などと言いながら、殺意をもってその左胸部を出刃包丁で一回突き刺した。これにより甲はB子に第三肋間からやや上方に向かう、加療約二か月間を要する左胸部刺創等の重大な傷害を負わせたが、これにとどまり、殺害の目的を遂げるには至らなかった。
- 2 B子を出刃包丁で突き刺したのち甲は、前記甲方に放火して甲ら共々その財産の全てを灰にしてしまおうと考え、ベランダから灯油入りのポリタンクを持ち出し、甲方西側和室六畳間の整理たんす及び東側和室六畳間の押入れなどに灯油約九リットルを散布した上、ライターで整理たんす及び押入れなどに順次点火して火を放ち、その直後、右出刃包丁で、自らの左胸部及び喉を突き刺した上、右頸部を切って自殺を図り、B子の足元付近にうつ伏せに倒れた。その間にも、火は鴨居、柱及び天井等に燃え移り、よって、そのころ、B子が現在し、かつ、A子が現に住居に使用する前記甲方の一部（約二三平方メートル）を焼燬するに至った。
- 3 甲は、その後しばらく意識を失っていたが、室内に立ち込めた煙により息苦しくなり、目を覚ましたところ、上半身を起こして壁に寄りかかるようにしていたB子が目に入った。この時、「このままではB子に対する自己の犯行が発覚するかもしれない。それよりは今助け出したほうが良いだろう」と考えた甲は、煙に巻かれないうちにB子を助け出そうと思った。
- 4 そこで甲は、B子を玄関から室外に引きずり出し、自宅前の道路に出た上、そこでさらに付近のC方出入口の門扉を開けてその敷地内までB子を引きずって行こうとしたが、力尽きてB子を抱えたままその場に倒れ込んだ。しばらくして、C宅の前を偶然通り掛かった通行人が甲及びB子を発見して一一〇番通報したことから、両名は病院に収容され、緊急手術を受けて一命をとりとめたものである。

・問題の所在

甲がB子を殺そうと出刃包丁で刺した行為につき殺人罪（199条）の実行行為が認められるが、その結果Bは死亡せず、一命を取り留めているため、甲には殺人未遂罪（199、203条）が成立する。しかし、火災中の甲方からB子を連れ出した行為を考慮し、甲に中止犯（46条ただし書）が成立しないか。かかる甲の行為が「自己の意思により（任意性）」、「犯罪を中止した（中止行為）」と認められるか、中止犯の法的性格と関連して問題となる。

・学説の状況

1 中止犯の法的性格について

A 説 政策説¹

中止犯を寛大に取り扱う根拠は犯罪の完成を未然に防止しようとする政策的な考慮がある。

B 説 法律説

B - 1 説 違法性減少説²

故意を放棄し結果発生を防止した以上、結果発生の現実的危険性及び行為の社会的相当性の逸脱の程度が減少するため、違法性が減少する。

B - 2 説 責任減少説³

犯罪実行の意思を撤回した以上、行為者に対する道義的避難が減少するため、責任が減少する。

2 任意性の判断基準について

P 説 限定主観説⁴

自己の行為の内容に対する何らかの意味での規範的評価に基づく中止の場合、すなわち広義の後悔に基づく場合に任意性がある。

Q 説 主観説・フランクの公式説⁵

中止の原因が外部的障害にあるのか内部的動機にあるのかを基準とし、「たとえできるとしても欲しなかった場合」には任意性がある。

R 説 客観説⁶

行為者の表象・それに基づく動機形成が、一般人にとって通常犯罪の完成を妨げる内容が、すなわち通常平均人ならば犯行は中止しないと考えるにも拘らず、行為者が中止した場合には任意性がある。

3 中止行為について

X 説 真摯な努力不要説

客観的にみて結果発生を防止するにふさわしい行為があればよく、真摯性の要件は不要である。(違法性減少説に基づく)

Y 説 真摯な努力必要説

行為者に対する道義的非難が減少するためには、形式的に中止行為がなされただけでなく、真摯な努力によってなされた中止行為が要求される。(責任減少説に基づく)

¹ 木村光江「刑法」東京大学出版会 P 5 0

² 大谷實「刑法講義総論 [新版第 2 版]」成文堂 P 3 8 6 , 3 8 7

³ 前田雅英「刑法総論講義」東京大学出版会

⁴ 宮本英脩「刑法大綱」P 4 3 0

⁵ 団藤重光「刑法綱要 総論 改訂版」創文社

⁶ 前田雅英「刑法総論講義」東京大学出版会

・判例

「福岡高裁昭和 61 年 3 月 6 日判決」

事実の概要

被告人 A は被害者 B の頭部を果物ナイフで一回突き刺したが、B の口から呼気の度に血が流れ出るのを見て、驚愕すると同時に大変なことをしたと思い、直ちにタオルをその頸部に当てて血が吹き出ないようにし、また「動くな、じっとしとけ」などと声をかけ犯行現場から消防署に通報し、その後救急車に運び込んだ。

判旨

「...『大変なことをした。』との思いには、本件犯行に対する反省、悔悟の情が込められていると考えられ...本件の中止行為は、流血という外部的事実の表象を契機としつつも、犯行に対する反省、悔悟の情などから、任意の意思に基づいてなされたと認めるのが相当である。」

・学説の検討

1 中止犯の法的性格について

- (1) まず、中止犯の法的性格について刑事政策的要請によるものだと捉える立場がある。この立場に立つと、任意にその犯罪の完成を中止した者はその褒賞として刑が必要的に減免されることが犯罪の防止となるという刑事政策の目的に合致するが、そもそも中止犯の規定を知っている者にしか期待できず、さらに刑の必要的減免とは行為者が犯行を中止するほど大きな効果を及ぼすものでないため、こういった刑事政策の目的に合致するとは考えにくいので政策説は妥当でない。
- (2) 次に違法性が減少したという立場がある。この立場に立つと一度故意を生じながらこれを放棄して任意の中止がなされた場合、結果発生の現実的危険性及びその犯罪行為の社会的相当性逸脱の程度が減少するため違法性が減少しているが、行為により一度生じた法益に対する結果発生の危険性が中止行為により遡ってなかったことになるわけでないため、違法性が減少することはありえない。また共犯の問題を処理するときに、共犯従属性説に立った場合は中止した者の共犯にまで刑の必要的減免が認められるため不合理な結論になってしまうため妥当でない。
- (3) 思うに、そもそも責任とは犯罪の実行を決意した意思に対する非難可能性であるから、その犯実実行の意思を撤回し、中止行為にでることにより新たな規範的人格的態度が形成されるため、非難可能性が減少ないし消滅する。すなわち中止犯の法的性格は責任が減少したことによるものだと解する。

2 任意性の基準について

- (1) まず、任意性の判断基準につき主観説という立場がある。この立場に立つと、中止の原因が外部にあるのか内部的動機にあるのかを基準とするが、たとえ自己の自由な意思決定に基づいて止めたとしても、客体の価値に失望した場合にまで中止犯を認めるのは不合理であるため妥当でない。
- (2) 次に、客観説という立場がある。この立場は行為者の表象・それに基づく動機形成が一般人にとって通常犯罪の完成を妨げる内容かを基準とするが、「自己の意思により」という主観的な要件を検討するにあたって行為者の主観を考慮しないのは妥当でない。

- (3) 思うに、中止犯の法的性格を責任減少によるものだと考えれば、行為者に対する道義的非難が減少したといえるためには、後悔の念が必要である。したがって限定主観説が妥当であると考える。

3 中止行為について

- (1) まず、その行為が中止行為と認められるためには真摯な努力が不要とされる立場がある。この立場は違法性減少説から導かれる考えであるが、単に結果発生の防止のための積極的な作為をただで、そのすべてに中止行為を認めてしまうのは中止犯の成立範囲を広げてしまうため妥当ではない。
- (2) 思うに、中止行為として認められるためには形式的に中止行為が行われ、かつその行為が真摯な努力にもとづくときに初めて行為者に対する道義的非難が減少する。したがって、中止行為には真摯な努力が要求されると解する。

・本問の検討

- 1 本問において甲が、甲及びA子、B子が現に住居に使用する甲方の一部に灯油をまき焼損させた行為につき現住建造物放火罪（108条）が成立する。
- 2 (1) また甲はB子を殺そうと思い、出刃包丁で刺したがB子は死に至らなかった。かかる行為につき甲に殺人未遂罪（199,203条）が成立する。しかし、甲が火災中の甲方からB子を連れ出した行為につき中止犯（43条ただし書）が成立しないか、以下検討する。
- (2) まず、かかる甲の行為が「自己の意思によ」るものであるか。この点、検察側は学説の検討で述べたとおり限定主観説を採用するから、「このままではB子に対する自己の犯行が発覚するかもしれない。それよりは今助け出したほうが良いだろう」と甲が自らの犯行の発覚を恐れていた本件事案においては、なんら後悔の念が認められず行為者に対する道義的非難が減少したとは言い難い。したがって、かかる行為は「自己の意思によ」という任意性が認められない。
- (3) また、検察側は中止犯の法的性格につき責任減少説を採用しているが、かかる立場に立つと、中止行為といえるためにはその中止行為が真摯な努力に基づく行為であると認められることを要する。本件においては、犯行当時が午前三時三〇分であり人通りも少なく、甲及びB子が道路に倒れているところをたまたま発見されるということは極めて稀なことであり、両人が緊急手術により助かったというのは偶然通りかかった第三者が一〇番通報したことによるものであるといえ、甲には結果発生を自ら防止したと同視するに足りるような積極的な行為、すなわち真摯な努力に基づく行為とは認められない。したがって、かかる行為は「犯罪を中止した」ことにあたらない。
- (4) 以上より、かかる甲の行為は任意性も中止行為の要件も満たさない、すなわち「自己の意思により犯罪を中止した」とは認められないため中止犯は成立しない。

・結論

甲は現住建造物放火罪（108条）と殺人未遂罪（199,203条）の罪責を負い、また両者は併合罪（45条）となる。

以上