

一、反対尋問

1. 判例について、検察のいう「真摯な努力」とは当該判決に示された程度を言うのか。
2. 学説の検討 4 について、「結果発生が不能な場合」に導かれるべき妥当な結論とは如何なるものか。
3. 本問の検討第 1(2) について、「結果の発生する可能性が大きければ大きいほど、結果発生阻止のための努力も大きなものが要求される」とあるが、なぜこのように言えるのか。

二、立論

1. 学説の検討

1. 中止犯の刑の必要的減免の根拠について  
 まず、検察側の採用する責任減少説の見解に従うならば、中止行為の十分な意思・動機が行為者に存在し、それに基づいた中止行為が行われた場合には、結果発生の有無に関わらず中止犯の成立を肯定することが論理的に一貫するが、客観的に「犯罪を中止した」と言えない場合にまで中止犯を成立させるといふ見解は、現行法の解釈上到底容認できるものではない。この点、違法減少説のいう「既遂結果惹起の危険の消滅」こそが「犯罪の中止」を示すものであると解すべきである。しかしながら、中止犯規定は危険消滅を奨励すべく設けられた政策的なものであることは否定しえないので、単に危険が消滅したことでは足りず「自己の意思により」中止したこと、すなわち「自己の行為による危険消滅の認識」が必要であると解すべきである。したがって弁護側は、検察側の分類に従うならば違法・責任減少説(C-1)とされる見解を採用する。
2. 任意性の判断基準について  
 弁護側も、検察側の採用する主観説( )に異論はないので、これを支持する。
3. 「真摯な努力」の必要性について  
 真摯な努力は責任減少の観点から要求されているが、判例にいうところの「真摯な努力」とは「行為者にできる限りのこと」をいふとされる。具体的には「犯人自らが消火活動に当たったと同視するに足るべき努力」(大判昭和 12・6・25 刑集 16 卷 998 頁)であるとか「交付した薬品が毒物であることを自ら告白するという真摯な態度」<sup>2</sup>(大判昭和 13・4・19 刑集 17 卷 336 頁)であると判示されている。かかる見解は倫理主義の見地から中止犯の成立を明らかに不当に制限するものであり、到底容認し得ない。行為者が自らの行為で危険を消滅させることを認識しつつ、それを達成することで十分である。  
 よって弁護側は不要説(口)を採用する。
4. 中止行為と結果不発生間の因果関係について  
 検察側のいう因果関係不要説とは、刑の減免根拠を専ら責任減少による上での「防止のための真摯な努力を示す行為」さえあれば、結果を防止したことは不要であり、かかる場合には既遂結果が発生したとしても中止犯の成立を認めるという見解である。あくまで客観的な「犯罪の中止」を中止犯成立の要件と定める現行法の解釈上、このような理解は不可能であるから、弁護側は因果関係必要説(P)を採用する。  
 尚、検察側の例示する「行為者の未遂行為が結果を惹起するために具体的に不能」である場合に於いても、行為者の行為が「既遂結果惹起の危険」を発生させている以上未遂犯として処罰しうるし、この危険を消滅させれば中止犯は当然に成立する。
5. 「実行の着手」の解釈について  
 実行の着手を単なる犯意の表動で足るとするならば、未遂と予備の区別が曖昧になり、「実行の着手」から未遂犯の成立を限定する機能が失われるから、主観説は妥当でない。また、構成要件の結果を直接惹起する行為への着手を以て未遂犯の成立を認める形式的客観説の見解は、未遂犯成立を肯定するのが遅すぎてしまい、十分な法益保護が図れないために認めることができない。  
 さらに、切迫した危険性を要する点で折衷的個別的客観説にも一定の理解を示し得るが、最終的な既遂の結果惹起の危険判定の為に犯罪計画全体を検討するというのは、法文の文言による制限を加えるのと同様の結論であり、敢えてかかる文理上の制限を加える必要性を認めない。従って弁護側は実質的客観説(b-2)を採用する。

2. 本問の検討

第 1 甲の罪責について

1. 甲は殺意をもって X の腹部を刺突したものの、結果発生より前に憐憫の情を催して救急車を呼び、適切な治療を受け X は一命を取り留めた。このため甲には殺人未遂罪(203 条、199 条)が成立することは疑いがないと弁護側も考える。
2. 次に中止犯の成立の可否について検討するが、中止犯成立の為に 実行の着手があり、結果が発生しておらず、自己の意思により、犯罪を中止したことが必要であることは弁護側も同意する。  
 そして甲は X を刺突したことから 実行の着手があり、救命により X の 死の結果が発生しておらず、任意性については救急車を呼ぶことによって結果発生危険が消滅することを認識しているから を満たす。  
 検察側は甲の「真摯な努力」を要求し、結果発生防止に十分努めたとは言えないとして を満たさないというが、弁護側は「真摯な努力」を必要とせず、行為者が自らの行為で危険を消滅させることの認識があり、それを達成すれば足りると解するところ、甲は危険消滅の意図で救急車を呼び、X の死の危険は回避されたのであるから を満たすのに十分であり、甲には中止犯が成立する。
3. 以上により、甲には殺人未遂罪(203 条)が成立するものの、その刑は必要的に減免される。

第 2 乙の罪責について

1. 乙は殺意をもって X の腹部を刺突しており、これは殺人罪(199 条)の構成要件に該当する実行行為であるが、X の死の結果が発生していないため、殺人未遂罪(203 条)が成立するに留まる。
2. X は甲の中止行為によって一命を取り留めたのであるが、乙は刺突直後に睡眠薬を服用し昏倒しており、甲の中止行為に関与せず、また自ら別個に中止行為を行ったわけでもない。従って乙には中止犯の成立する余地はなく、刑の減免もない。
3. 以上により、乙には殺人未遂罪(203 条)が成立する。

第 3 丙の罪責について

1. 丙は X 殺害の為、致死性の毒を混入した和牛を用意し宅配便にて送付するも、宅配業者の手違いにより廃棄されている。弁護側の採用する実質的客観説に立つならば、既遂の具体的・客観的危険が発生した時点<sup>3</sup>で実行の着手を認めるべきである。  
 従って、本問のような離隔犯の場合、毒入り和牛が X 宅に到着し、「X が食すことが可能になった時点」で初めて既遂の具体的危険の発生を認め得る。  
 本問においては、丙の送付した毒入り和牛は宅配業者の手違いにより廃棄されており、X 宅へ到達していないため、X 死亡の危険は未だ発生しておらず、丙に殺人罪(199 条)の実行の着手は認められない。毒入り和牛を準備した行為につき殺人予備罪(201 条)が認められるに留まる。
2. 以上により、丙には殺人予備罪(201 条)が成立する。

三、結論

甲及び乙は殺人未遂罪(203 条)、丙は殺人予備罪(201 条)の罪責を負い、甲は中止未遂(43 条但書)により刑の必要的減免を受ける。  
 以上

<sup>1</sup> 山口厚『刑法総論〔第二版〕』(2007 年)有斐閣 281 頁  
<sup>2</sup> 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』(1990 年)創文社 366 頁  
<sup>3</sup> 山口・前掲 270 頁