

## I. 反対尋問

1. 検察側が福岡高裁昭和 61 年 3 月 6 日判決をレジュメで取り上げたのは何故か。
2. 『V. 学説の検討』の 1.(2)の第二段落において、『実行行為時の違法性が事後的な中止行為によって減少すると考えることはできない』とあるが、何故か。
3. 『V. 学説の検討』の 1.(3)の第六段落において『褒章』とあるが、実行行為を思いとどまった行為者に『褒章』を与えるということが導かれる根拠は何か。
4. 『V. 学説の検討』の 1.(3)第六段落において、政策説を併用することで責任減少説の不備が補われるとするが、理由は何か。
5. 『V. 学説の検討』の 2.(3)第一段落において、何故行為者の単なる任意性だけではなく、反省・悔悟・憐憫・同情といった動機を必要とするのか。またその動機が倫理的なものではなく何らかの法的責任非難を低減させるもので済むとする根拠は何か。
6. 『V. 学説の検討』の 2.(3)第二段落において、任意性について動機を求めることは文言の持つ意味を越えていないとしているが、何故そう言えるのか。

## II. 学説の検討

1. 中止犯における刑の減免根拠について
  - (1) まず、弁護側は検察側と同様の理由で A 説(政策説)及び B-2 説(責任減少説)、C-1 説(違法・責任減少説)を採用しない。
  - (2) 次に、C-3 説(責任減少中心の政策説)について検討を加える。

C-3 説は B-2 説を基礎としつつも、中止犯は政策的規定であって結果が発生した以上は責任がいくら減少しようとも「褒章」としての刑の減免を認めるべきではなく、これによって中止犯が既遂の時に成立しない根拠としている。

しかし、運悪く既遂結果をもたらした場合などについても刑の減免を全く認めないということについて、政策上の理由だけでは運悪く既遂結果に至ってしまった者に中止犯を全く認めないことについて理論的に説明出来てはいえない<sup>1</sup>。また、責任減少説への批判としてあげられる既遂結果の場合において中止犯が成立しないという点について、単に政策上の規定によるものであると説明するのは議論の放棄であるともいえる。

よって弁護側は C-3 説を採用しない。
  - (3) さらに、B-1 説(違法性減少説)及び C-2 説(違法性減少・政策結合説)について検討を加える。

B-1 説は犯罪行為の中止によって違法性が減少するものと解する。そもそも未遂犯の処

<sup>1</sup> 斎藤信治『刑法総論〔第 6 版〕』(有斐閣,2008 年)225 頁。

罰根拠は結果発生の現実的危険の惹起にあるが、未遂行為の後に故意を放棄、あるいは自ら結果発生を防止した場合は結果発生の現実的危険及び行為の反社会的相当性を事後的に減少させるものとして違法性を減少させたものと言いうる。

この考え方によれば、既遂により法益の侵害が発生した以上は中止犯が認められない理由を説明することも容易であり、基本的に違法性減少説が妥当である。しかし、我が刑法が中止犯に付き不可罰ないし刑の免除を一律に認めない我が国としても、寛大な取り扱いをすることによって犯罪の完成を未然に防止する一般予防効果が皆無とはいえないから、違法減少の反射的效果として、違法性減少説に政策説を結合させる説が妥当である<sup>2</sup>。

よって、弁護側はC-2説を採用する。

## 2. 任意性の判断基準について

(1) まず、弁護側は検察側と同様に甲説(主観説)を採用しない。

(2) 次に、乙説(限定主観説)について検討を加える。

乙説は任意性について行為者が外部的な障害によらずに実行行為を中止したのみではならず、中止行為に改悛・同情・憐憫・後悔といった動機が必要だとする。しかし、このように動機が必要だと解すべき文理上の根拠はないばかりか、むしろ法文よりも過度の要求を強いることとなる。またこの考えは中止犯の成立範囲を狭めることにもなる<sup>3</sup>。

さらに、この考え方は中止犯における任意性と倫理性を混同するもので非難可能性について論じる責任減少説にのみ通じる考え方であり、責任減少説を取らない弁護側としてはこれを取ることはできない。

よって、弁護側は乙説を採用しない。

(3) 続いて、丙説(客観説)について検討を加える。

丙説は行為者の認識した外部的事情が、経験則上一般に犯行の障害となる性質のものを任意性の基準とする考え方である。違法性判断は本来客観的になされるものであるから、中止犯の減免が認められる趣旨が違法性減少にあるところ、その任意性の判断もまた客観的に行われるべきである。この考え方によれば行為者の認識した事情から任意性を判断する以上、「自己の意思により」という文言から逸脱することはないし、違法性減少説に基づく中止犯の趣旨にも沿うものといえる。加えて要件も主観説と異なり明確であり、行為者に退却の為の道を示すという一般予防的見地に立つ政策説の立場からも支持しうる。実質的にも主観に全面的に依存する主観説と異なり、不当な結論を排除することが限定主観説のように動機という新たな要件を敢えて加えなくとも可能であり、優れているといえる。

よって、弁護側は丙説を採用する。

<sup>2</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂,2012年)384頁。

<sup>3</sup> 川端博『刑法総論講義〔第2版〕』(成文堂,2006年)478頁。

### Ⅲ. 本問の検討

1. 本問において、Xは殺意を持って自らの母の頭部を野球用バットで1回殴打し、Xの母に全治一週間の頭部挫傷を負わせた。これについてXの行為には殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。

2.(1) もっとも、Xは同女が自分の名を呼ぶのを聞き現場に戻ったところ、頭部から血を流し苦痛に悶えている母を見てにわかに驚愕恐怖し、殺害行為を続行することが容易であったにも拘らず敢えてこれをしなかった。かかるXの行為に中止犯(43条ただし書)が成立し、Xは刑の必要的減免を受けないか。

(2) まず、中止行為が成立するには、①「自己の意思」による任意性、②「犯罪を中止した」といえる中止行為が必要となる。では、本問において、Xは「自己の意思により」母の殺害行為を続行しなかったと言えるか。中止犯の任意性について問題となる。

この点、弁護側は中止犯の減免根拠についてC-2説を採用するところ、違法性減少及び犯罪の一般的予防の政策的根拠より、任意性の判断基準について丙説を採用する。すなわち、行為者が認識した外部的事情が経験則上犯行の外部的障害となりうるか否かで任意性を判断すべきである。この場合行為者が犯行を中止したことが一般人から見て経験則上「やろうと思えばできたのに、敢えてやらなかった」場合には任意性が認められるが、外部的障害が存在したために「やろうとしたが、できなかった」場合には任意性が否定されるものと解する。

本件では、Xは自らの母が頭部より血を流し苦痛に悶えている姿を見て驚愕恐怖して犯行を中止している。この点確かにこのような状況においては一般人にとって心理的圧迫が生じてはいるといえるが、そうだとしても犯行が不可能になるほどの心理的障害が経験則上行為者に対して生じるものと言うことはできない。そもそも殺人を決意する以上血がある程度流れることは行為者も想定していると見るべきであり、本件のように頭部に全治一週間という比較的軽い傷から流れる血程度では一般人から見ても犯行を不可能にするような心理的障害になりえたとまで言うことはできない。

そして苦痛に呻いているXの母は最早反撃はおろか命乞いすらもする余裕がなかったものと見ることができる。また犯行当時はXの母が消灯して就寝中であつたことから深夜であると思われるため、自宅内での犯行ということも手伝って他者が異変に気が付き何らかの介入をしてくるといった可能性も極めて低いものと言わざるを得ない。以上の事情を総合考慮すればXが自らの母にとどめを刺し殺害行為を完遂することは一般人から見ても極めて容易であつたものという。それにも拘らずXが自らの母に対する殺害行為を続行しなかったのであるから、Xはまさに、一般人から見ても経験則上「やろうと思えばできたのに、敢えてやらなかった」ものと言うことができる。以上より、Xの任意性は肯定される。

(3) そして、Xが最初に自らの母にバットで一撃を加えた段階では、同女に全治一週間の頭部挫傷という軽い傷を負わせたに過ぎないから、未だXは殺人の既遂の結果を惹起

する状態に至ったとはいえないため、着手中止にあたるといえる。よって「犯罪を中止した」と言うためには単なる不作為で足りるものというべきである。

そして、Xは自らの母に対する殺害行為を中止しているから「犯罪を中止した」と言え、中止行為をしたものと言いうる。

(4) 以上より、Xは中止犯の要件を満たす。

3. 従って、Xの行為には殺人未遂罪が成立するが、中止犯の成立が認められる。

#### IV. 結論

以上より、Xの行為には殺人未遂罪(203条、199条)が成立するが、Xは中止犯(43条但書)として刑の必要的減免を受ける。

以上