

I. 事実の概要

被告人 X は賭博等に耽って借財がかさんだ結果、苦悩の末自殺を決意した。それにもない、X は、自己の死後悲観しながら生き残るであろう母の行く末を案じ共に道連れにしようと考え、殺害目的で、就寝中の同女の頭部を野球バットで強く一回殴打した。そして、同女がうめき声をあげたので死亡したものと思い込み、隣の自室へ戻った。

しかし、間もなく右打撃により眠りから覚めた同女が X の名を呼ぶ声が聞こえたため、再び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同女の姿に驚愕恐怖し、殺害を続行することが容易な状況ではあったものの、これ以上同女に苦痛を与えることは自己の当初の意図に反すると思い、その後の殺害行為を続行できなかった。

その結果、X は同女に対して、右打撃により全治 1 週間の頭部挫傷を負わせるにとどまり、本来意図していた目的を遂げなかった。

(参考判例：最高裁第三小法廷決定昭和 32 年 9 月 10 日 刑集 11 卷 9 号 2202 頁)

II. 問題の所在

本件において、X は殺害目的で、野球バットを用いて母の頭部を一回殴打することにより、殺人罪(199 条)の実行に着手している。しかし、依然殺害行為の続行が容易な状況下にあったにもかかわらず、その後の殺害行為を続行せず、同女は全治 1 週間の傷害を負うにとどまった。

では、X の本件行為につき、殺人未遂罪(203 条、199 条)の中止犯(43 条但書)が成立するか。中止犯の刑の減免根拠、及び「自己の意思」(任意性)の判断基準が問題となる。

III. 学説の状況

1. 中止犯における刑の減免根拠について

A 説：政策説¹

中止行為を奨励するため、中止すれば未遂犯の刑を必要的に減輕または免除してやるという恩典を示したものとする。中止犯規定は、行為者に対して「退却のための黄金の橋」を構築したものだとする説。

B 説：法律説

中止犯規定を違法・責任という犯罪理論との関係により説明しようとする説。

B-1 説：違法減少説²

いったん故意(主観的違法要素)を生じながら、これを放棄して任意の中止がなされた

¹ 木村光江『刑法〔第 3 版〕』(東京大学出版会,2010 年) 61 頁。

² 平野龍一『刑法総論 II』(有斐閣,1979 年)333 頁以下。

場合は、違法性が減少するため、刑が減免されるとする説。

B-2 説：責任減少説³

一度は法に違反したものの、規範に応えようとして中止行為に出たことに示される行為者の人格態度が、責任非難を減少させるとする説。

C 説：結合説

いずれか一義によるのではなく、諸要素を組み合わせて理解しようとする説。

C-1 説：違法・責任減少説⁴

中止犯は、中止行為及び結果の不発生という違法性減少の要件と、任意性という責任減少の要件の両方があって初めて成立する説。

C-2 説：政策説と違法減少説⁵

中止行為によってすでに成立している未遂犯の違法性が減少する。違法性の減少と政策的理由との二元的な説明をする説。

C-3 説：責任減少中心の政策説⁶

中止犯の減免を責任減少のみでは説明できない。思いとどまった行為者への「褒章」による実行着手者及び一般人に対する一般予防効果を意図した政策的規定であることは否めない。刑法は、いかに責任が減少しようとも結果を生ぜしめた場合には褒賞を与えるべきではないとして、中止犯を未遂に限定したのであるとする。

2. 任意性の判断基準について

甲説：単純主観説⁷

外部的障害が、行為者の表象を通じて内部的動機に強制的影響を与えたか、そうでなかったかにより区別する説。

乙説：限定主観説⁸

「自己の意思により」の要件を、単なる任意性では足りず、中止行為が反省・悔悟・憐憫・同情といった動機による場合に限定する説。

丙説：客観説⁹

一般の経験上、意思に対して強制的影響を与える事情があったために中止に至ったかどうかによって「自己の意思により」といえるかどうかを区別する説。

IV. 判例

福岡高裁 昭和 61 年 3 月 6 日判決

³ 曾根威彦『刑法総論〔第 4 版〕』（弘文堂,2010 年）227-228 頁。

⁴ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣,2008 年）424 頁。

⁵ 大谷實『刑法講義総論〔新版第 4 版〕』（成文堂,2012 年）384 頁。

⁶ 前田雅英『刑法総論講義〔第 5 版〕』（東京大学出版会,2011 年）168 頁。

⁷ 曾根・前掲 230 頁。

⁸ 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂,2010 年）321 頁。

⁹ 前田・前掲 170 頁。

〈事実の概要〉

被告人は、未必的殺意を持って被害者 A の頸部を果物ナイフで 1 回突き刺して気管内に達する頸部刺傷等の傷害を負わせたが、A が口から多量の血を吐き出しているのを見て驚愕すると同時に大変なことをしたと思いタオルを当てて止血したり、「動くな、じっとしとけ」等声をかけたり、救急車の派遣と警察への通報を依頼した。さらに、被告人は A を励まし、消防署員とともに A を救急車に運びこんだ。A は、失血死や窒息死の危険があったが、医師の治療により死亡に至らなかった。

〈判旨〉

「中止行為が流血等の外部的事実の表象を契機とする場合の全てについて、中止未遂の成立を否定するのは相当でなく、外部的事実の表象が中止行為の契機となっている場合であっても、犯人がその表象によって必ずしも中止行為に出るとは限らない場合に敢えて中止行為に出たときは、任意の意思によるものと見るべきである。・・・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。」と判示し、中止犯の成立を認めた。

V. 学説の検討

1. 中止犯における刑の減免根拠について

(1) A 説は、犯罪は完全に成立しているが政策的に刑の減免を認めると説明する。例えば、実行に着手している犯行現場において結果発生を防止するには、犯人に中止するよう働きかけるのが合理的であるとして中止犯規定が設けられたとする。

しかし、ドイツのように中止犯を不可罰とするわけではない我が国においては、政策としての意義は小さく¹⁰、A 説は妥当でない。

(2) 次に、B 説について検討する。

まず、B-1 説は、中止行為によって、既に成立している未遂犯の違法性が減少するとする。そこでは、未遂犯における故意を主観的違法要素ととらえる見解が前提とされ、故意の放棄によって違法性が減少すると説明されている。

しかし、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ので、妥当でない¹¹。

次に、B-2 説は、犯行の決意(故意)の事後的な撤回が行為者の規範意識として働くことによって、行為に対する責任が減少するとする。

しかし、これを一貫させるならば、既遂の場合にも責任は減少し得るから、既遂結果が発生しても中止犯は肯定されることになることにならざるを得ない¹²。したがって、B-2

¹⁰ 前田・前掲 167 頁。

¹¹ 高橋則夫『刑法総論』(成文堂,2010年)382頁。

¹² 曾根威彦『刑法の重要問題・総論〔第2版〕』(成文堂,2006年)278頁。

説も妥当でない。

(3) さらに、C説について検討を加える。

まず、C-1説は、違法性と責任との両者の減少を根拠とするものである。違法性の減少と責任の減少について、それぞれ違法性減少説と責任減少説と同様の根拠づけを行っている。

しかし、違法性減少説と責任減少説に対するものと同様の批判が、違法性の減少と責任の減少を説明する各部分について向けられ得るため妥当でなく¹³、検察側はC-1説を採用しない。

次に、C-2説は、違法性減少説が基本的には妥当であるとしつつも、我が国の刑法が中止犯につき不可罰ないし刑の免除を一律に認めていないとはいえ、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は皆無ではないから、違法性減少説に刑事政策説を結合させるとする。

しかし、中止犯の刑の減免根拠を、故意を放棄したことについて結果発生の実害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点に求める違法減少の要素を含めるのは、先述の違法減少説同様、やはり妥当ではない。

したがって、検察側はC-2説も採用しない。

他方、C-3説は、責任減少説が基本的には妥当であるとしつつも、中止犯の減免を責任減少のみでは説明できないとする。思いとどまった行為者への「褒章」による、実行着手者及び一般人に対する一般予防効果を意図した政策的規定であることは否めないからである。刑法は、いかに責任が減少しようとも結果を生ぜしめた場合には褒章を与えるべきではないとして中止犯を未遂に限定したと考えられる。かかる点に鑑みると、先述した責任減少説単体では不十分であった減免根拠を政策説との併用により補充・増強することができ、妥当である。

したがって、検察側はC-3説を採用する。

2. 任意性の判断基準について

(1) 丙説は、自己の意思によって中止したかどうか、という本来主観的であるべき問題を「社会一般の通念」という客観的基準により判断しようというものである。したがって、丙説は行為者の意思を度外視して、客観的な性質のみを基準とし、「自己の意思」という主観的判断の際に客観的にこれを判断するものであり、妥当でない¹⁴。

また、丙説は「自己の意思により」という法文上の本来の意味と反するものである。

(2) 甲説は、やろうと思えばできたけれどもやらなかったときに自己の意思による場合(中止未遂)であり、やりたかったけれどもできなかったときを自己の意思によらない場合(障害未遂)とする。例えば、パトカーのサイレンが聞こえたので窃盗を止めたという場合、犯罪発覚に対する恐怖心から犯罪の続行ができなくなったのであれば、内心に強制

¹³ 伊東研祐『刑法総論』(日本評論社,2010年)327頁。

¹⁴ 山中敬一『刑法総論〔第2版〕』(成文堂,2008年)771頁。

を与えており障害未遂となるが、窃盗を継続しても良かったが用心のためにやめたのであれば、パトカーのサイレンが内心に強制的影響を与えていないため中止未遂となる。つまり、行為の続行が「不利益」であるから中止した場合であっても、甲説によれば、続行が不可能でない限り任意の中止となる。

しかし、単にそれが「得策だから」中止した者に刑の減免が必要であるとするのは妥当でない¹⁵。

- (3) 乙説は、「自己の意思により」の要件を、単なる任意性だけでは足りず、中止行為が反省・悔悟・憐憫・同情といった動機による場合に限定するものである。そして、これらの動機は倫理的なものである必要はなく、なんらかの法的責任非難を低減させるような動機で足りる。したがって、中止犯における刑の減免根拠を責任減少中心に解する立場からは、乙説をもって任意性を判断することが妥当である。

また、乙説に対しては条文の文言からそのように限定するのは、中止犯の成立を不当に狭めるものであるとの批判があるが、このような解釈は「自己の意思により」という文言のもつ可能な意味を必ずしも超えているわけではない。

よって、検察側は乙説を採用する。

VI. 本問の検討

- 1 本問において、Xは殺害目的で、就寝中の母の頭部を野球バットで強く一回殴打したが、死には至らなかったことについて、殺人罪未遂罪(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叫ぶのを聞き現場に戻ったが、その後の殺害行為を続行しなかった。かかるXの行為について中止犯(43条但書)が成立し、刑の減免が認められないか。
- (2) この点、中止未遂が成立するには、①「自己の意思により」(任意性)、②「犯罪を中止したこと」(中止行為)が必要となる。本問において、Xが最初に同女に野球バットで負わせた打撃では、殺人の結果発生に向けた因果の過程がまだ進行を開始していない状態であり、それ以降の実行行為を中止すれば中止行為が認められるところ、それを続行しなかった本問においては②「犯罪を中止したこと」(中止行為)と言える。
- (3) では、再び現場に戻ったが、その後の殺害行為を続行しなかった点について、①「自己の意思により」(任意性)中止したと言えるか。

この点、上記の通り検察側は中止犯の減免根拠についてC-3説を採用するところ、任意性の認定についても、行為者の責任減少を認め「褒章」を与えるにふさわしい態度が要求されることから、任意性の判断基準について乙説を採用する。すなわち、ただ任意的に中止したというだけでは足りず、中止行為が反省・悔悟・憐憫・同情といった動機による場合に43条但書の①任意性が認められるとする。

そこで、本問Xの主観を検討するに、Xが殺害行為を続行できなかったのは、頭部か

¹⁵ 西田・前掲 321頁。

ら血を流し苦痛に悶えている同女の姿に驚愕恐怖しているが、かかる事由による中止は反省・悔悟・憐憫・同情といった動機によるものではない。

また、Xは同女にこれ以上苦痛を与えることは自己の当初の意図に反すると考え、殺害の続行を思いとどまっているが、Xはあくまでこれ以上苦痛を与えることを思いとどまったに過ぎず、母を殺害することそのものについて反省・悔悟・憐憫・同情があったとは認めがたい。そのことは本問において血を流し苦痛に悶えている同女を前に何の積極的処置を施そうとした事情が認められない点からも窺うことができる。以上より任意性は否定される。

(4) したがって、Xの中止行為について①任意性が否定され、Xに中止犯は成立せず、刑の必要的減免は認められない。

3. よって、Xの行為について同女に対する殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。

Ⅶ. 結論

Xは殺人未遂罪(203条、199条)の罪責を負う。

以上