

I. 反対尋問

1. 判例をあげた趣旨は何か。
2. 「自己の意思により」という文言からなぜ「反省・悔悟・憐憫・同情」が出てくるのか。
3. V. 学説の検討 2(3)において「最も」とあるがなぜ「反省・悔悟・憐憫・同情」に限って「最も」なのか。
4. V. 学説の検討、乙説について「中止行為が反省・悔悟・憐憫・同情といった動機による」とあるが、それらが認められる判断事情は何か。

II. 学説の検討

1. 中止犯の刑の減免根拠について

- (1) 弁護側は検察側と同様の理由により A 説を採用しない。
- (2) 弁護側は以下の理由により B-2 説、C-2 説を採用しない。

これらの説は、犯罪を実行する決意の撤回ないし中止行為がなされたことによって、行為者に対する非難可能性が減少・消滅し刑が減免されると主張する。とすれば、未遂に終わろうとも既遂に達しようとも、中止行為などが行われれば非難可能性は減少・消滅するため中止犯の成立を認めるべきである。しかし、現行法が中止犯の適用を「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者」(43 条本文)にのみ限定しているため、これらの説は整合性を欠く。

- (3) 弁護側は以下の理由により C-1 説を採用する。¹

そもそも、未遂犯の処罰根拠は構成要件的结果発生の危険を惹起した点にある。とすれば、中止行為によってかかる危険および行為の反社会的相当性が減少したと言えるため B-1 説が基本的に妥当する。もっとも、中止犯規定が法益保護のための政策規定であることは否定できないため C-1 説が妥当である。

2. 任意性について

- (1) 弁護側は以下の理由により丙説(客観説)を採用しない。

「自己の意思により」中止したかどうか問われているのにもかかわらず、外部的刺激が当該行為者も動機に与えた影響がどのようなものであったかを度外視し、一般にどのような影響をもつであろうかにより任意性の有無を決することは妥当でない。²

- (2) 弁護側は以下の理由により乙説(限定主観説)を採用しない。

法的評価と倫理的評価の混同を招く恐れがあり、中止犯を単なる刑の必要的減免事由としているに過ぎない中止犯規定のもとで、条文にない要件を加えて成立範囲を制限することになり、実際上も、中止犯の認められる範囲を狭くしすぎるため、妥当でない。³

- (3) 弁護側は以下の理由により甲説(主観説)を採用する。

自己の意思によるか否かは行為者の主観面から出発して判断すべきであり、外部的事情が行為者の動機に与えた影響を具体的に検討し、中止を強制するような物理的障害ないし生理的障害が

¹ 大谷『刑法講義総論[新版第 3 版]』(成文堂、2009) 387 - 389 頁。

² 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、2011) 430-431 頁参照。

³ 同上

存在しない時は、規範的意識が働きえる心理状態に基づいて中止行為が行われたとして任意性を肯定すべきである。そしてその任意性を判断するには「やろうと思えばできるがやることを欲しない」場合に任意性があり、「やろうと思ってもやれない」場合に任意性を否定するフランクの公式を参考にする。⁴

Ⅲ. 本問の検討

1. Xが実母の頭部を野球用バットで一回殴打した行為につき、殺人罪(199条)が成立しないか、以下検討する。
2. Xが人体の枢要部たる同女の頭部を野球用バットで一回殴打した行為は、生命断絶の現実的危険性を有するため、殺人罪の実行行為に該当する。
もつとも、同女は頭部挫傷を負ったにとどまり、死という結果が発生しなかったため、Xの行為につき殺人未遂罪(203条、199条)が成立する。
3. しかし、Xは殺害を続行することが容易な状況であったにもかかわらず、その後の殺害行為を続行しなかったため、中止犯(43条1項但書)が成立し、刑の減免を受けるのではないか。「自己の意思により」中止したか否かの判断基準が問題となる。
4. この点、弁護側は甲説をとるため、犯罪の完成を妨げる外部的事情が行為者の留めるといふ動機に影響を与えたか否かを基準とし、外部的事情が行為者の動機に与えた影響を具体的に検討し、中止を強制するような物理的障害ないし生理的障害が存在しない時は、規範的意識が働きえる心理状態に基づいて中止行為が行われたか、任意性があったか否かを検討する。

まず本問について、付近の住民が異変に気づき様子を見に来て殺害の続行が困難になるなどの物理的障害は存在しない。また、自らが障害を負って殺害の続行が困難になるなどの生理的障害も存在しない。そして、中止行為に及んだ動機は、実母が頭部から血を流し苦痛に悶えている同女の姿を見てにわかに驚愕恐怖し、自己の当初の意図に反することである。それは、規範的意識が働きえる心理状態に基づいて中止行為が行われたといえる。殺害を続行することは容易な状況であったにもかかわらず、しなかったのであるから、フランクの公式に該当し、任意性は肯定される。したがって「自己の意思により」中止したといえ、中止犯(43条1項但書)が成立する。

以上により、Xの上記殴打行為につき殺人未遂罪(199条、203条)が成立する。ただし、刑の必要的減免(43条但書)となる。

Ⅳ. 結論

Xは殺人未遂罪(199条、203条)の罪責を負う。そして、中止犯(43条)が成立し、必要的減免(43条但書)となる。

以上

⁴ 大塚裕史『刑法総論の思考方法〔新版〕』（早稲田経営出版,2007）164頁。