

I. 事実の概要

被告人 X は賭博等にふけて借財がかさんだ結果、実母にも迷惑をかけたので、苦悩の末自殺を決意するとともに自己の死亡後に悲嘆しながら生き残るであろう母の行く末を不憫に思い共に道連れにしようと考え、殺害の目的で、消灯して就寝中の同女の頭部を野球用バットで強く 1 回殴打したところ、同女が「うーん」とうめき声をあげたので死亡したものだと思い込み、隣の自室に入ったが、間もなく右打撃により眠りから覚めた同女が X の名を呼ぶ声が同女の部屋から聞こえたので再び現場に戻り、同女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、殺害を続行することが容易な状況ではあったものの、これ以上殺害行為を続行し同女に苦痛を与えることは自己の当初の意図にも反すると思い、その後の殺害行為を続行することができずに同女に 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。X の罪責を述べよ。(参考判例：最決昭和 32 年 9 月 10 日(刑集 11 卷 9 号 2202 頁))

II. 問題の所在

X が実母を殺そうと同女の頭部を野球用バットで強く 1 回殴打した行為につき殺人罪(199 条)の実行行為が認められるが、その結果実母は死亡せず、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、殺害を続行することが容易な状況ではあったものの、その後の殺害行為をしなかった点を考慮し、甲に中止犯(43 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)犯罪を中止したと認められるか、任意性の判断基準につき、中止犯の刑の減免根拠と関連して問題となる。

III. 学説の状況

1. 中止犯の刑の減免根拠について

A説 政策説¹

中止犯を寛大に取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根拠にあるとするものであり、「後戻りのための黄金の橋」と解する説。

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

¹ 中野次雄『刑法総論概要[第 3 版補訂版]』(成文堂,1997 年)132 頁(大谷實『刑法講義総論[新版第 3 版]』(成文堂,2009 年)387 頁参照)。

犯罪の中止によって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

犯罪の中止によって責任が減少するため刑が減免されるとする説。

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 政策説と違法減少説⁴

政策説と違法減少説を併用して理解するものとする説。

C-2説 責任減少中心の政策説⁵

政策説と責任減少説を併用して理解するものとする説。

2. 任意性の有無の判断基準について

甲説 主観説⁶

犯罪の完成を妨げる外部的事情が、行為者の止めるという動機に影響を与えたか否かを基準とする説。

乙説 限定主観説⁷

「自己の意思により」の要件を、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⁸

行為者の表象(さらに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のものであるか否かという判断方式を採用する説。

IV. 判例⁹

<事実の概要>

被告人は、未必的故意をもってA子の頸部を果物ナイフで一回突き刺したものの、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等をし、警察及び救急車を呼んだ事例。

<判旨>

本件では、被告人はA子の流血を目の当たりにして、驚愕すると同時に、「大変なことを

² 福田平『全訂刑法総論[第4版]』(有斐閣,2004年)228頁(大谷・前掲388頁参照)。

³ 団藤重光『刑法綱要総論[改訂版]』(創文社,1982年)336頁。

⁴ 大谷・前掲388頁。

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

⁶ 大谷・前掲390頁。

⁷ 西田典之『刑法総論[第2版]』(弘文堂,2010年)321頁。

⁸ 前田・前掲169頁。

⁹ 福岡高裁昭和61年3月6日判決(高刑集39巻1号1頁)。

した。」との思いから、同女の死の結果を回避すべく中止行為に出たものであるが、本件犯行直後から逮捕されるまでにおける被告人の真摯な行動や A 子に対する言葉などに照らして考察すると、「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、以上によると、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、任意の意思の基づいてなされたと認めるのが相当である。

V. 学説の検討

1. 中止犯の刑の減免根拠について

(1) まず A 説について、確かに中止犯規定が法益保護のための政策的規定であることは否定できない。しかし、もしこれが純粋に政策規定だとすれば、この政策を知らない者にまで中止犯の恩恵を与える必要はないということになりかねない。

したがって検察側は A 説を採用しない。

(2) 次に B-1 説と C-1 説について、すでに未遂犯が成立している以上、そこでは結果発生 of 具体的危険性が生じているのであり、違法が事後的に減少することはあり得ない。また、「自己の意思による中止」という主観的事情がすでに生じている客観的危険性に影響を与えない。さらに、共犯者の一人に中止犯が成立した場合、共犯における制限従属性説を前提とすると、B-1 説と C-1 説を採用した場合、論理的には共犯者の他方にも中止犯が成立することになり、中止犯の効果は一身専属的だと説明されることとの整合性が取れない。

したがって検察側は B-1 説と C-1 説も採用しない。

(3) 前述のように、中止犯規定が法益保護のための政策的規定としての一面を有していることは確かである。また、自らの意思により思いとどまった行為者については、非難が弱まるといえる。

したがって、検察側は C-2 説を採用する。

2. 任意性の有無の判断基準について

(1) まず甲説について、この説では強姦をしようとしたら相手が「金をやるからやめてくれ」と言ったのでやめた場合でも、続行することが可能であった以上中止犯が成立してしまうが、かかる事情の場合に中止犯を成立させることは妥当でない。

よって検察側は甲説を採用しない。

(2) 次に丙説は、一般人の判断基準を用いる説であるが、「自己の意思により」という行為者の主観を見る条文の文言に反することになり妥当でない。

したがって検察側は丙説も採用しない。

(3) そもそも検察側は、中止犯の必要的減免の根拠を C-2 説ととらえるが、反省・悔悟・

憐憫・同情に基づいて中止行為を行った場合に最も責任が減少するといえ、この根拠に妥当する。

したがって検察側は乙説を採用する。

VI. 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が同女の頭部を野球用バットで一回殴打した行為は、人体の枢要部たる頭部を非常に硬い野球用バットで強く殴打したため、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。

もっとも、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. (1) もっとも、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。

(2) この点につき、検察側は乙説を採ることから、中止行為が反省、悔悟、憐憫、同情といった動機によるか検討する。

Xが中止行為に及んだのは、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、また同女に苦痛を与えることは自己の当初の意図に反するためである。したがって、Xが中止行為に及んだ動機は驚愕恐怖と計画通りに事態が進まなかったことであり、反省、悔悟、憐憫、同情といった動機は無い。

よって、「自己の意思」により中止したとはいえ、中止犯(43条1項)は成立せず、刑の減免を受けない。

4. 以上により、Xには殺人未遂罪(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。なお、中止犯は成立せず、刑の減免は受けない。

以上