

只木ゼミ前期第9問弁護レジュメ

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. 学説の検討1のD説について、政策説を考慮する積極的理由は何か。
4. 検察側は、任意性が認められると責任が減少すると解しているか。

II. 学説の検討

1. 中止犯の刑の減免の法的性質

(1) A説において、そもそも中止犯についての法的効果が規定されているということを知らなければ、これによって行為を中止することは期待できないが、この規定が一般に周知されているとは考えられず¹、これをもって中止犯の刑の減免根拠とするのは妥当ではない。よって弁護側はA説を採用しない。

(2) まず、B1説において、中止犯が認められるために、43条が「自己の意思」による中止を要件としていることを説明できないという致命的欠陥がある²。また、B2説について、行為責任の原則からは未遂犯の責任非難の対象は実行行為のはずであり、その責任評価が事後的に変化するということはある得ないことだと思われる³。

さらに、中止犯が43条に規定されていることから、これは未遂犯の一種として位置づけられていることは明らかであり、そうであれば、中止犯における特別の扱いを違法面における評価と無関係なものとして理解することはできない。また、43条は「自己の意思」による中止(任意性)を要件としているのだから、任意性とは責任減少に他ならない。ゆえに、違法性または責任の減少についてそのどちらか一方だけと割り切ることは困難である。よって、弁護側はB1、B2、C1、C2説を採用しない。

(3) D説について、そもそも刑罰規定はすべて犯罪の防止という刑事政策目的で規定されているのであるから、中止犯の場合のみ特別に政策的考慮が働くというわけではない。そうであれば、刑事政策的考慮の必要性をことさらに強調するのは妥当ではない⁴。

さらに、刑罰制度の目的は、犯罪の防止に個々の処罰の根拠は、犯罪行為に対する応

¹ 山中敬一『中止未遂の研究』(成文堂,2001年)3頁。

² 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣,2013年)355頁。

³ 佐伯・前掲356頁。これについて、責任「減少」説ではなく、責任「消滅」説と表現されることもあるが、違法性や責任が「消滅」と解するのは、妥当ではないとされている。なぜなら、中止犯の効果たる「刑の免除」は刑事訴訟法(334条)によれば、無罪判決ではないのであるから、もし中止によって犯罪の成立要件たる違法性ないし責任が消滅するとなると、犯罪不成立となり刑事訴訟法の規定と矛盾するからである。この点につき、山中・前掲4頁を参照。

⁴ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂,2008年)282頁。

報にあると解する。そうであれば、同様に中止犯の規定も制度の目的は犯罪(既遂結果)の防止に、個々の減免の根拠は、犯罪の中止を行い結果が発生しなかったという良き行いに対する応報にあると考えることができる⁵。そうであれば、中止犯の理論とは、「裏返しにした犯罪論そのもの」であり、中止犯規定は「逆の方向に向かった」構成要件だといえる。すなわち、違法性と有責性が肯定されなければ、犯罪が成立しないように、違法減少(中止行為と結果の不発生)と責任減少(任意性)という両方の要件が充足されない限りは、中止犯の成立を肯定することはできず⁶、D説の主張するような違法減少と責任減少のどちらかに任意に重点を置いて検討することは許容されるものではない。

(4) したがって、弁護側は違法減少と責任減少両方の要件を考慮する C3 説を採用する。

2. 中止犯の任意性の有無の判断基準

(1) α 説について、中止の原因が外部的事情にあるのか内部的動機にあるのかという区別基準によるならば、何らかの外部的事情が契機となって中止した場合にはすべて「自己の意思」によった中止ではなくなってしまう⁷。また、何らかの外部的事情の影響を受けない内部的事情は、実際上あり得ないのであるから妥当ではない⁸。

(2) β 説は、規範意識に基づく中止行為を要求するものにほかならないが、法的評価と倫理的評価とを混同するおそれがあり、中止犯を単なる刑の必要的減免事由としているにすぎない我が国の刑法のもとで、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という問題がある⁹。犯罪構成要件に故意を超えた「悪しき意思」が必要でないのと同様に、中止犯という裏返しの構成要件にも、悔悟といった「良き意思」は必要ないと解すべきである¹⁰。

(3) γ 説、δ 説については検察側と同様の理由で採用しない。

(4) 以上より、弁護側は新たに ε 説(不合理決断説)を提示する。

本説は、犯罪実行時における目的合理的に行動する人間の冷静な理性を基礎として、不合理に決断して犯罪の実行を中止したとき、任意性を認める説である。

そもそも「自己の意思により」とは、「自己の自由な意思により」と解釈するのが素直である。例えば、自らの犯行現場を警察官に発見され、誰何されたために続行を中止した場合でも、中止したのは「自己の意思」によると主張するのは不自然だからである。不合理に決断することは、価値的に自由な意思によることは明らかであり、文意にも合致する。そして、刑法は目的合理的に規範に敵対する人間を基準に、そのモデルからの逸脱度をもって刑罰を軽くするという考え方を基礎にしているのであるから、任意性の

⁵ 佐伯・前掲 358 頁。

⁶ 井田・前掲 280 頁。

⁷ 山中敬一『刑法総論〔第2版〕』(成文堂,2008年)769頁。

⁸ 井田・前掲 289 頁。

⁹ 井田・前掲 290 頁。

¹⁰ 佐伯・前掲 366 頁。

有無の検討においても目的合理的に行動する冷静な理性的犯人像を基礎にすべきである¹¹。したがって、弁護側はε説を採用する。

III. 本問の検討

1. 甲が殺意をもってAに牛刀を振りかざして切りつけた行為につき、殺人未遂罪(203条、199条)が成立しないか。
2. 未遂の成立要件は①「犯罪の実行に着手」②「これを遂げなかった」(結果の不発生)である。
 - (1)まず、甲はAの身体の枢要部である頭部付近を狙って、殺傷能力の高い牛刀を振りかざしたことから、結果発生の現実的危険を惹起する行為といえ、殺人の実行の着手が認められる。
 - (2)そして、甲はAを殺そうとして上記行為を行ったが、Aは全治約二週間の左前腕切傷にとどまり、殺人を遂げなかった。
したがって、甲の行為につき殺人未遂罪が成立する。
3. もっとも、上記行為後に野次馬が集まり始め、甲は野次馬からのマイナスイメージを恐れて、Aを殺害することをやめ、Aを呼びつけ同乗しAを病院へ搬送したことから、甲の行為につき中止犯(43条ただし書)が成立し、刑が減免されないか。
4. 中止犯の成立要件は上記①②に加え③「自己の意思によって」(任意性)④「犯罪を中止した」(中止行為)である。
 - (1)まず、甲がAの殺害を中止したのは「自己の意思により」と言えるか。中止犯の法的性質と関連して問題となる。
 - (2)この点について、弁護側は中止犯の減免根拠についてC3説(違法・責任減少説)を、任意性の有無の判断基準についてε説(不合理決断説)採用するところ、犯罪実行時における目的合理的に行動する人間の冷静な理性を基礎として、不合理に決断して犯罪の実行を中止したとき、自己の意思により中止したといえ、任意性が認められると解する。不合理な決断か否かの判断は、具体的には、続行の利益が実行の放棄の利益よりも上回る場合にあって実行の放棄がなされた場合に不合理性が認められると考える。
 - (3)本問において、実行の放棄の利益は、Aへの犯行を続行することで野次馬からのマイナスイメージを受けることを避けることにあり、一方で、続行の利益は、Aへの襲撃を続行し殺害を遂げ、Aに対する憤慨の念を晴らすことにある。殺害を止めるのは通常実行の放棄の利益が上回る場合であるところ、本問では犯行時刻が午前3時半頃であるが人通りが想定できる墨田区という場所で、牛刀を用意するなど計画的に犯罪を実行

¹¹ 山中『中止未遂の研究』95頁。不合理決断説の具体例として、女性を強姦しようとした犯人に、その女性が「やめてください」などと哀願したのを契機に犯行を断念した場合、冷静な理性を持ち、確固たる意思を持って犯行に及んだ者が被害者の哀願程度で犯行を止めることは通常考えられないのであるから、その上で犯行を止めることは不合理であるといえる。これはすなわち自然的な発想ではなく自己の自由な意思による発想であると言え、そうであるならば任意性が認められるのである。

しているのであるから、一般人からのマイナスイメージを考えた上での犯行であると
考えられる。とすれば、目的合理的に行動する人間の冷静な理性を基礎とすると、計
画時に考慮したマイナスイメージを避ける利益よりも、憤慨の念を晴らすべく A を殺
害する利益の方が犯人にとって大きいと言える。したがって、甲が不合理な決断をし
て襲撃をやめたのであるから、任意性が認められる。

5. (1)次に甲は A の殺害行為を「中止した」と言えるか。中止行為の意義が問題となる。
(2)弁護側は、C3 説を採用するところ、行為者の結果発生防止のための行為が反社会性を
減少させるから違法性が減少する。また、中止未遂も未遂犯である以上、結果発生へ
向かう因果が進行している場合には当然その結果が生じないようにする必要があり真
摯な中止行為でなければ責任減少は認められない。したがって、中止行為と認められ
るためには、結果防止のために真摯な努力を示す行為である必要があると解する。
(3)本問では、A は刃渡り約 30 cm もの牛刀で切り付けられ、全治 2 週間の左前腕切傷とい
う重傷を負ったことから、A を放置すれば多大な出血や切傷のさらなる悪化の可能性が
あった。そのような状況で甲は、犯行を止めその場から逃走することもできたはずな
のに、わざわざ救急車を呼び A の救助を行おうとした。さらに、甲は救急車に同乗し
ており、本問からはその際の具体的状況は明らかではないが、通常、救急車に同乗す
ればけが人のけがの状況について救急隊員に告げるものであり、そうであれば、甲も
救急隊員にけがの状況を伝え、早急に A に適切な医療行為を受けさせてもらうよう努
力したと考えられる。したがって、甲の行為は結果防止のための真摯な努力を示す中
止行為といえる。

なお、たしかに、甲は救急隊員に自らの犯行の態様を告げなかったが、そもそも救
急隊員には A の傷害について告げれば A に医療行為を受けさせることは可能であり、
自らが A に牛刀を用いて傷害を負わせたことを告げる必要はなく、これのみで真摯性
が失われるわけではない。

6. 以上より要件を満たすので、甲の行為につき殺人の中止犯(199 条、43 条但書)が成立す
る。

IV. 結論

甲が殺意をもって A に牛刀を振りかざして切りつけた行為につき、殺人の中止犯(199 条、
43 条ただし書)が成立し、刑は必要的に減免される。

以上