

I. 事案の概要

- 5 甲男はA女と交際を続けていたが、甲の酒癖の悪さや金遣いの荒さなどに愛想をつかし、Aは数日前に甲に別れを切り出した。
- 納得のいかなかった甲は、Aを果物ナイフで脅して交際を継続させようと考えた。そこで、「最後にもう一度だけ直接会って話がしたい。そうしたらもう二度と君には近づかないよ。」とAに連絡をし、翌日16時に甲の自宅マンションの裏の公園で待ち合わせをすることになった。
- 10 翌日、Aが公園にやってくると、甲は即座にナイフを取り出しAの頸部に突き付け、「別れ話はなかったことにしろ。これからも俺と付き合え。」などと脅した。しかし、Aは「甲とはもう付き合えない。早くナイフをしまって。」と別れる姿勢を崩すことはなかった。「俺は本気だ。」と甲はかっとなり、Aを傷つけて本気であることを分からせてやろうという気持ちでAの頸部に果物ナイフを突き立てた。
- 15 突き刺した直後、Aが大量の血を口から吐き出し、呼吸の度に血が流れるのを見て驚愕した甲は、直ちに着ていたカーディガンをAの頸部に当てて血が噴き出ないようにしたり、「動くな、じっとしとけ。」と声をかけたりした。甲は消防署に連絡をして自身がAを刺したことを告げ、救急車の手配と警察への連絡を依頼した。
- 20 まもなくして救急車が到着しAは病院に搬送され、全治6ヶ月の傷害を負うにとどまったが、本件の頸部刺傷は深さ約5cmで気管に達し、多量の出血と皮下気腫を伴うもので、出血多量による失血死や出血が気管に入って窒息死する危険があったとの医師の指摘が存在している。また、Aを搬送した救急車は、たまたま買物帰りに公園の前を通り現場を目撃した主婦が呼んだものであり、甲の呼んだ救急車はその3分後に到着していたことが判明した。
- 25 甲の罪責を検討せよ。

参考判例:福岡高裁昭和61年3月6日判決

II. 問題の所在

- 30 甲は、Aの頸部をナイフで刺した後、Aが大量の血を吐き、呼吸の度に血が流れるのを見て驚愕し、Aの傷口を塞いだり、救急車を要請するといった救命行為を行っている。この行為に中止犯(43条ただし書)が成立するか、甲が「自己の意思により」犯罪を中止したと言えるか、中止行為の任意性が問題となる。

35 III. 学説の状況

(1) a 説:主観説(純主観説)

外部的障害の影響を受けずに、やろうと思えばやれたにもかかわらずしなかった場合に

任意性を認める¹。

(2) b 説:限定主観説

改悛、同情、憐憫等の広義の後悔に基づいて行為を中止した場合に任意性を認める²。

(3) c 説:客観説

- 5 行為者の認識した事情をもとに、その事情の下で通常一般人が行為を中止するか否かを判断し、通常一般人が行為を継続するにもかかわらず行為者が行為を中止した場合には任意性を認める³。

(4) d 説:折衷説

- 10 外部的障害が行為者の意思に与えた影響を考慮し、物理的障害により中止した場合及びそこから生理的障害が生じた場合を除いて、本人ができると感じたが行為を中止した場合に任意性を認める説⁴。

IV. 判例

最高裁判所第三小法廷昭和 32 年 9 月 10 日判決。刑集 11 卷 9 号 2202 頁。

15 [事案の概要]

- 自殺を決意するとともに母親を道連れにしようと考えた被告人が、殺害の目的で、就寝中の同女の頭部を野球用バットで力強く一回殴打したところ、同女の呻き声によって早くも死亡したものと思ひ、隣室の自室へ入ったが、間もなく同女が被告人の名を呼ぶ声を聴いて再び現場に戻り、同女が頭部から血を流し、苦しんでいる姿を見て俄かに驚愕恐怖し、その後の殺害行為を続行することができず、同女に全治一週間の頭部挫滅を負わせたにとどまり、所期の目的を遂げなかった、というもの。

[判旨(一部抜粋)]

- 「母は右打撃のため間もなく眠りからさめ意識も判然として被告人の名を続けて呼び、被告人はその母の流血痛苦している姿を眼前に目撃したのであつて、このような事態は被告人の全く予期しなかつたところであり、いわんや、これ以上更に殺害行為を続行し母に痛苦を与えることは自己当初の意図にも反することであるから、所論のように被告人において更に殺害行為を継続するのがむしろ一般の通例であるというわけにはいかない。すなわち被告人は、原判決認定のように、前期母の流血痛苦の様子を見て今さらの如く事の重大性に驚愕恐怖するとともに、自己当初の意図通りに実母殺害の実行完遂ができないことを知り、(中略)右のような事情原因の下に被告人が犯行完成の威力を抑圧せしめられて本件犯行を中止した場合は、犯罪の完成を妨害にするに足る性質の障がいに基づくものと認むべきであつて、刑法四十三条但書にいわゆる自己の意思により犯行を止めた場合に当らな

¹ 曾根威彦『刑法総論〔第 4 版〕』(弘文堂,2008 年)230 頁。なお、同様の説として、山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』(有斐閣,2007 年)287 頁参照。

² 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』(弘文堂,2010 年)321 頁。

³ 前田雅英『刑法総論講義〔第 5 版〕』(東京大学出版会,2011 年)169 頁。

⁴ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008 年)439 頁以下。

いものと解するを相当とする」として、上告を棄却した。

V. 学説の検討

(1) a 説(主観説)について

5 この説は、外部的事情の影響を受けずに中止行為に出た場合に任意性を認めるが、何らの外部的事情の影響も受けない内部的動機などは実際上ありえず⁵、ほとんど任意性が認められることがなくなる。また、仮に外部的事情の影響を受けなかった場合があるとしても、行為者の主観面が任意性を認める場合の最大の考慮要素となっている点、規範論の見地から問題がある⁶(この問題点については、折衷説のところでも詳しく述べる)。

10 以上より、検察側は a 説を採用しない。

(2) b 説(限定主観説)について

この説は、主観説の問題点として挙げられている規範論上の問題を解消するため、主観的要素に広義の後悔という限定を加えている。この説は、中止犯の法的性質を責任減少と捉え、これを徹底する場合に採用されるが、法的責任としての責任は非難可能性を基礎とする規範的責任であるにとどまり、倫理的責任である必要はない⁷。中止犯を刑の必要的減免事由としているにすぎない中止犯規定の下で、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⁸、中止犯規定が、未遂にまで至った犯罪者に「後戻りのための橋」を提供し、結果発生を極力阻止しようとする政策的意義も多分に含んでいる⁹ことを考慮すると、このような過度な限定は妥当でない。

20 以上より、検察側は b 説を採用しない。

(3) c 説(客観説)について

行為者の行為について刑法評価を行う際には、その行為者の社会的危険性も加味して、行為者を社会的に非難できるかを考慮することが重要である¹⁰。そうだとすれば、中止犯の法的性質を違法性減少と捉える立場(違法性減少説)からでも、責任減少と捉える立場(責任減少説)からであっても、中止行為の任意性は通常一般人から見て客観的に判断しなければならない。

違法性減少説は、違法性判断において主観面を考慮すべきでないという見解が主流であり、その点において客観的判断は親和する。中には違法性減少説に立ちながらも、主観的違法要素を広く認め、主観説(その内実は折衷説である)を採用する見解もあるが、後述する
30 ようにその実態はほぼ客観説と変わらない¹¹。

また、責任減少説の立場からでも、単に故意を放棄しただけでは足りず、一般的には遂

⁵ 井田・前掲 430 頁。

⁶ 川端博『刑法総論講義〔第2版〕』(成文堂,2006年)479頁。

⁷ 同上・478頁。

⁸ 井田・前掲 431 頁。

⁹ 山口・前掲 277 頁。

¹⁰ 前田・前掲 170 頁。

¹¹ 前田・前掲 169 頁。

行為の障害とならないような事情を認識しているにもかかわらず、あえて遂行を取り止める行為に出る点にこそ、「法敵対性」の緩和による責任の減少が認められる¹²。

以上より、検察側は c 説を採用する。

(4) d 説(折衷説)について

- 5 この説は、行為者の主観は外部的事情の影響を受けざるを得ないことに鑑みて、それが行為者の主観にどう影響したかを客観的に判断し、この際の判断に「やろうと思えばできたがしなかった」というフランクの公式を用いるものである。しかし、外部的事情を考慮しても、最終的には行為者がどのように心理的に変化したかを見る点で主観説と共通し、この点、行為者の性格などの個人的な性質の相違によって、同じ外部的事情があったとしても中止犯の成立が変わってしまう¹³。これでは、外部的事情を考慮して客観的に判断するとしながら統一的な解決が図れず、規範としての妥当性に欠ける。

ここで、統一的解決を図ろうと行為者の意思の変化を客観的事情から推察しようとするならば、結局一般人がどう考えるかという視点からの考察しかできず、これは客観説と同様の帰結となる。

- 15 以上より、検察側は d 説を採用しない。

VI. 本問の検討

1. 甲が A の頸部に果物ナイフを突き立て全治 6 か月の傷害を負わせた行為につき殺人未遂罪(199 条、203 条)が成立しないか。

- 20 2. 人間の枢要部である頸部に果物ナイフという非常に鋭利な刃物を突き立てた行為は人の死の現実的危険性を有する行為と言え、殺人罪の実行行為に当たる。

そして、甲は A を殺そうとする確定的故意(38 条 1 項本文)までは有していないものの、上記のような危険な行為により A が死ぬという一般的抽象的な認識認容はあるため、未必の故意が認められる。

- 25 もっとも、実行行為から死の結果は生じていないため上記行為について殺人罪の構成要件に該当せず、殺人未遂罪の構成要件に該当することとまる。

3. しかし、本件で甲は実行行為の後に、救急車の手配をするなどしていることから中止犯(43 条ただし書)が成立しないか。

(1) 「中止した」

- 30 「中止した」とは、結果発生防止のための真摯な努力を行ったことをいう。

本件では、甲は血を流している A の頸部にカーディガンを当てて止血しようとしたり、「動くな、じっとしとけ」などと声をかけ精神状態の安定に努めたりと、A が死なないように積極的な救命措置を行った。そして、甲は消防署に連絡して救急車の手配をし、A に医療手当を受けさせるための努力もした。甲のこれらの行動により、出血多量による失血死や気管

¹² 川端・前掲 479 頁。

¹³ 王昭武「中止犯の任意性についての一考察(一)」『同志社法学 60 巻 6 号』(同志社法学会,2009 年)378 頁。

に入って窒息死する恐れがあったAが一命を取り留めた。また、甲は救急車の手配と同時に警察へも連絡し、自らがAを刺したと述べていることから、犯跡を隠蔽しようなどという意思は無く、これらのことも考慮すると、結果発生防止のために真摯な努力を行ったと認められる。

5 (2) 「自己の意思により」

検察側は任意性の判断につきc説(客観説)を採用する。具体的に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かを基準として判断する。

10 本件で甲はAと交際を継続したいがためにAの頸部に果物ナイフを突き立てて、その後Aに交際を拒絶されたことにより突発的にAにナイフを突き刺している。この点、通常復縁を迫っている人がその相手が死亡するかもしれない状況に立たされた時にどのように行動するかを考えると、相手が死んでしまえば再び交際することはできなくなるので、当初の目的を達成できなくなるのであるから、それを避けるために何らかの救命措置を行うはずである。

15 よって、上記の状況に鑑みれば、更に殺害行為を継続するもしくは瀕死状態のAを放置することが通常であるとはいえない。したがって、甲はAが大量の血を流していることに驚愕して中止行為を行ってはいえるものの、上記のような外部的事情を考慮すると、経験則上一般に犯行の障害となる性質のものといえるため、「自己の意思により」中止したとは言えない。

(3) 以上より、任意性の要件を充足せず、中止犯は成立しない。

20 4. よって甲の上記行為に殺人未遂罪(199条、203条)が成立し、甲はその罪責を負う。

VII. 結論

甲は殺人未遂罪(199条、203条)の罪責を負う。

以上