

I. 事実の概要

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。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。これからは俺と付き合え。」などと脅した。しかし、A は「甲とはもう付き合えない。早くナイフをしまつて。」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。

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。

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、多量の出欠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。

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

本件において、甲は A の頸部にナイフを突き刺しているが、A の出血により驚愕し、止血行為や、救急車の要請などの救命活動に及んでいる。つまり、甲は犯行の実行を中止していると思われるので、甲の行為につき中止犯（43 条但書）は成立しないか。中止犯の刑の減免根拠及び甲の行為が「自己の意思により」行われたか（任意性の有無）の判断基準が問題となる。

III. 学説の状況

1. 中止犯の刑の減免根拠

A 説：政策説¹

この説は、行為者に「後戻りにための黄金の橋」を提供することで、犯罪の完成を未然に防止しようとする政策的な考慮により刑の減免を認める説。

B 説：法律説

B-1 説：違法性減少説²

未遂犯における故意を主観的違法要素と認めると、一度生じた故意を放棄すれば違法性は減少したことになる。また、未遂は結果に対する実質的危険性という違法性を有するから処罰すると考えても、中止はこの危険性を減少させるので刑の減免を認める説。

B-2 説：責任減少説³

自らの意思により思いとどまった行為者については、国民の規範意識からみて、非難可能性が弱まるので責任減少が妥当するとして刑の減免を認める説。

C 説：結合説

C-1 説：政策説+違法性減少説⁴

違法性の減少という犯罪理論により説明をしつつ、中止犯規定の政策的な観点からの説明を加えて刑の減免を認める説。

C-2 説：政策説+責任減少説⁵

行為者の中止行為による非難可能性の減少に基づく責任減少という説明に加えて、政策的な観点も考慮し刑の減免を認める説。

2. 中止犯の任意性の有無の判断基準

α 説：主観説⁶

行為者本人にとって犯罪の完成を妨げる認識を有したか否かを判断基準とする説。

β 説：限定主観説⁷

広義の悔悟（反省、同情、改悛、憐憫等）に基づいて止めているか否かを判断基準とする説。

γ 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を判断基準とする説。

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。

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第 4 版〕』（成文堂,2012 年）p 387 参照。

² 前田雅英『刑法総論講義第 5 版』（東京大学出版会,2011）p 168 参照。

³ 前掲・前田 p 168。

⁴ 福田平『全訂刑法総論〔第 5 版〕』（有斐閣,2011 年）p 234 以下。

⁵ 植松正『刑法概論 再訂 1 総論』（現代法学全書, p 324

⁶ 前掲・福田 p 236。

⁷ 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』（弘文堂,2010 年）p 299。

⁸ 前掲・前田 p 169。

〔事実の概要〕

賭博にふけり借金がかさんだ被告人は自殺を決意したが、自分が死んだ後に残る母親が不憫に思われたので、いっそ同女も殺害しようと考え就寝中の同女をバットで1回殴打した。被告人はこれにより同女が死亡したと思ったが、まもなく同女が被告人の名を呼ぶので同女の部屋に戻ってみると、同女が頭から血を流し痛苦しているのを見た。被告人は、これに驚愕・恐怖したためそれ以上の殺害行為を行えず、目的を遂げなかった。

〔判旨(一部抜粋)〕

「母親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ったところであり、いわんや、これ以上更に殺害行為を続行し母親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

- ・中止犯の減刑根拠について

A 説：政策説

政策説では中止犯に刑の減免を認める根拠として中止行為に刑の必要的減免を認めることで行為者の中止行為を奨励し、既に実行に着手した犯罪の結果防止をする点を挙げている。確かに中止犯規定を設けることによる実行着手者や一般人への一般予防効果は否定できないが、この説からは法的効果である刑の減輕および免除のいずれを選択すべきかといった結論を導出できない。⁹

よって検察側は政策説を採用しない。

B-1 説：違法減少説

この説では行為者の任意の中止により違法性が減少するから刑が免除されるが、これは未遂犯における故意を主観的法的要素としていることが前提となり、故意の放棄により違法性が減少するとしている。しかし結果発生の具体的危険性が現にある以上、主観的要素が既にある客観的な危険性を事後的に減少させるとは考えられず、未遂犯における故意を主

⁹ 福田・前掲 234 頁。

観的違法要素としてとらえるべきではない。¹⁰

よって検察側は B-1 説を採用しない。

B-2 説：責任減少説

単に責任減少のみをもって非難可能性が減少とした場合、責任は犯罪の実行を決意した意思に対する非難可能性であるからその決意の撤回によって、または中止行為による新たな規範的人格態度が形成されることで非難可能性は減少・消滅する。この場合には犯罪が未遂に終わろうと既遂に終わろうと非難可能性の減少・消滅することとなり、中止犯を未遂犯の一種として扱う現行刑法の解釈にそぐわず、妥当ではない¹¹。

よって検察側は B-2 説を採用しない

C-1 説：違法減少説＋政策説

B-1 説で述べた通り中止犯の減刑根拠を違法減少説に求めるのは妥当ではない。

よって C-1 説は採用しない。

C-2 説：責任減少説＋政策説

自らの意思により思いとどまった行為者について非難可能性が弱まることは国民の規範意識から見ても妥当である。一方で中止犯の減免根拠に一般予防効果を期待している点是否めず、いかに責任が減少しようとも結果を生じせしめた場合には刑の減輕をすべきではないから中止犯は未遂に限定されるべきである。¹²

よって検察側は C-2 説を採用する。

・任意性の有無の判断基準

α 説：主観説について

本説は、行為者本人にとって犯罪の完成を妨げる認識を有したか否かを判断基準とするが、中止の動機の倫理性は一切問われないので、同説によれば、中止犯の成立範囲が不当に広くなりすぎるきらいがある。例えば、窃盗において目的物が少量のため犯行を中止した場合にも、任意の中止ということになるだろうが、この場合にまでも「自己の意思により」と解するのは疑問である。¹³反対に、行為者個人の意識を基準とするかぎり、「しなかったとき」はすべて「できなかった」にもなりうるので、任意性は否定されることとなり、成立範囲が極端に狭くなる可能性もある。¹⁴したがって、任意性の判断が恣意的なものとなりかねない点、妥当ではない。

¹⁰ 西田・前掲 294 頁。

¹¹ 大谷・前掲 388 頁。

¹² 前田・前掲 168 頁。

¹³ 斎藤信幸 『刑法講義〔総論〕〔第3版〕』（成文堂,2001年）410 頁。

¹⁴ 林幹人 『刑法総論』（東京大学出版会,2000年）379 頁。

また、行為者ができないと思ったかどうか、いいかえれば、その時の意思が強制によるかどうかを行為者自身の経験において決定することは、客観的妥当性を要請する科学としての刑法学の要請とは一致しない。¹⁵さらに、本説によりよく援用されるフランクの公式においては、行為者自身ができたかどうかの可能性が任意性判断において重要な地位を占めることとなるが、その判断基準が明らかでない。¹⁶

よって、検察側は α 説を採用しない。

β 説：限定主観説

この説では憐憫や同情といった広義の後悔に基づいて中止した場合にのみ中止の任意性を認めているが、ここでは中止同期の任意性と一般的な倫理との混同が見られる。またこの説では倫理的に価値のある動機に基づいて中止がなされた以上、たとえ結果発生があつたとしても同様に刑の減軽が認められるが、中止犯が未遂犯の一種である以上既遂に達した場合にまで刑の減軽を認めるべきではない。¹⁷

よって、検察側は β 説を採用しない。

γ 説：客観説

任意性の判断対象は、外部的事実そのものではなく、あくまでも外部的事情への行為者の表象である。ただ、責任評価に関しては、行為者の社会的危険性に着目して考えるべきなので、判断基準は一般人とするべきである。さらに、減免を認めるための国民一般の納得する非難可能性の減少という点からも、中止犯には政策的考慮が内在している以上、やはり一般人を基準に考えるべきであり、任意性の判断に際しても行為者本人を基準にするべきではない。また、後悔・悔悟の念等の倫理的動機は任意性の要件として必須のものとはいえない。¹⁸よって、検察側は γ 説（客観説）を採用する。

VI. 本問の検討

第一.甲が凶器を用いてAに交際の継続を迫った行為の罪責

1. 甲の、果物ナイフをAの頸部に突き付けてAに別れ話を撤回させ、交際の継続を迫る行為は、Aの①「生命、身体」に対し、②「害を加える旨を告知して脅迫し」て、③「権利の行使を妨害」しようとしている。②でいう「告知」とは明示の必要はなく、態度による脅迫も害悪の告知に含まれ、又、「脅迫」とは恐怖心を起こすことを目的として一般的に通常人を畏怖させる程度の害悪の告知をいう。したがって強要罪(223条1項)の実行行為が認められる。また、甲はナイフでAを脅して交際を継続させようとしていたことから、強要罪

¹⁵ 木村亀二『中止未遂の概念』『刑法の基本概念』(有斐閣,1948年)226頁。

¹⁶ 林・前掲377頁。

¹⁷ 同志社大学「中止未遂の任意性についての一考察」王昭武。

¹⁸ 前掲・前田170頁以下。

の故意(38条1項本文)も認められる。

2. しかし甲の目論見は叶わず、Aはなお甲の交際継続要求を断っており、実際に「権利の行使を妨害した」という結果は生じていない。この点、強要罪は結果が発生しなかった未遂の場合にも処罰されるとしている(223条3項)。

3. 以上から、甲は強要未遂罪(223条3項、1項)の罪責を負う。

第二.甲がAの頸部にナイフを突き立てた行為の罪責

1.(1) 甲は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、深さ約5cmで気管に達し、多量の出欠と皮下気腫を伴う頸部刺傷の大怪我を負わせた。そこで、甲に殺人未遂罪(203条、199条)が成立するか。

(2) 甲の上記行為は、人を死に至らしめる現実的危険性を有するものであるから、殺人罪の実行行為に当たる。では、甲に故意(38条1項本文)は認められるか。

この点、故意とは犯罪結果の認識及び認容をいい、そして認容とは確定的な認容のみならず、不確定的な認容、すなわち未必の故意も含まれる。

(3) 本件において甲は、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を持ってAの頸部にナイフを突きつけていることから、確定的故意があったといえるかについては疑いが残る。しかし、創傷の部位が頸部であり、これは身体の枢要部であること、創傷の程度が深さ約5cmで気管に達し、多量の出欠と皮下気腫を伴う頸部刺傷であること、凶器がナイフであり、一般的に見て相手に致命傷を負わせるに足りるものであること、甲は行為時かっとしていて興奮状態にあったこと等から、甲は自己の行為が死亡の危険性を惹起するものであることを認識していたと言える。それゆえ、甲はAが死亡することもやむを得ないという意思を有していたといえ、未必の故意が認められる。

(4) したがって、甲の行為は殺人未遂罪の構成要件にあたる。

2.(1) もっとも、甲は実行行為終了後結果発生前に自身が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。」と声をかけたり消防署に連絡をして救急車の手配と警察への連絡を依頼している。

(2) そこで、甲に中止犯(43条ただし書)が成立し、刑が必要的に減免されないか。

思うに、中止犯に刑の必要的減免という効果が認められるのは、「自己の意思により」(任意性)「犯罪を中止」した場合には行為者に強い非難ができず責任が減少するためであることと、犯人に「後戻りのための黄金の橋」をかけて法益保護を図る必要があるからである。

そうだとすれば、任意性の判断対象は、外部的事実そのものではなく、あくまでも外部的事情への行為者の表象であるが、責任評価に関しては、行為者の社会的危険性に着目して考えるべきなので、その判断にあたっては一般人を基準とするべきである。さらに、減免を認めるための国民一般の納得する非難可能性の減少という点からも、中止犯には政策的考慮が内在している以上、やはり一般人を基準に考えるべきであり、任意性の判断に際しても行為者本人を基準にするべきではない。(γ説)

(3) 具体的には、まず、一般人を基準として未遂の原因が犯罪の既遂となることに通常障害

となる性質のものであるかどうかを判断し、これが肯定される場合には任意性がなく、否定される場合には任意性があるといえる。

また、結果発生を防ぐ真摯な努力が尽くされていれば「犯罪を中止した」といえる。この点、結果発生に向けての因果の経過が発生していない場合(着手未遂)には以後の実行行為を中止することで足りるが進行を始めている場合(実行未遂)の場合には結果発生阻止のための積極的な努力が必要であると解する。

さらに、中止行為と結果不発生との因果関係は不要と解する。

(4) 本問において、Aを刺傷した後、甲は自己の罪責を免れるために逃走しようとせず、Aの死亡を防止しようとしている。しかし犯行時刻は16時過ぎというまだ日が沈んでいない時間帯であり、かつ犯行現場は甲の住むマンションのすぐ裏であることから、マンションの他の居住者が目撃している可能性が十分にあったといえる。また、甲の犯行は公園の中でなされているが、公園前の通りを歩いていた買い物帰りの主婦から現場を目撃されていることから、通りから犯行現場を目撃することを困難ならしめるような遮蔽物のない、ある程度見通しの良い場所で甲の刺傷行為が行われたと認められる。

そして、被害者の状況として、Aは血を口から吐き出し、呼吸の度に血が流れ、その出血量は出血多量による失血死の危険すらある大量の出血であった。このことから、犯行の瞬間を仮に目撃していない者であっても犯行後にその状況を見た者が、そこで何らかの犯罪が行われたと判断することも容易であった。

以上の事情を考慮すれば、甲が本件主婦に犯行現場を目撃されていたことを仮に認識していなかったとしても、誰かしらに自身の犯行を目撃され、警察・医療機関に通報されたかもしれない、または誰かしらに新たに目撃、通報されるかもしれないと考えるであろうことは社会経験則上一般に犯行の障害となる性質のものといえることは明らかである。

また、甲はAとの交際の継続を切望しており、一時の興奮から殺人の未必の故意をもってAの頸部にナイフを突き立てているが、その刺傷行為も元々は自身がAとの交際の継続につき本気であることを示すためになそうとしたものである。そうだとすると、Aが死んでしまうと交際は不可能になるため甲がAの死亡結果を防ごうとすることはむしろ当然である、このことも社会経験則上一般に犯行の障害となる性質のものといえる。

(5) したがって、甲が逃走せずにその場にとどまって自らAの死亡結果を防ごうとしたことについて、一般人を基準として、未遂の原因たる結果発生防止行為は目撃者がいることの高度の蓋然性、犯罪が既遂に至れば今後の交際は不可能になるという、犯罪の既遂となることに通常障害となる性質のものであるから、任意性は認められず、そして任意性が認められない以上殺人未遂罪(203条、199条)につき中止犯(43条ただし書)の成立は認められない。

Ⅶ. 結論

よって、甲は強要未遂罪(223条3項、1項)及び殺人未遂罪(203条、199条)の罪責を負

い、両罪は併合罪(45条)となる。

以上