

I. 事案の概要

- 5 甲は普段からアルバイト先の店長 A からいじめを受けていた。A からのいじめに耐えかねた甲は、A の殺害を決意した。
- 翌日、甲はアルバイト後の午後 10 時 30 分に、A に話があると伝え、人気のない閑散とした公園に呼び出した。A が同日午後 10 時 40 分に公園に来るや否や、甲は家から持参していた刃渡り 10 センチの包丁で、A の腹部を突き刺した。甲は、そのまま現場を立ち去
- 10 ろうかと思ったが、A の腹部から大量の血液が流れ出るのを見て、かねてからのトラウマであった幼少時代に見たスプラッター映画のワンシーンとその光景が重なったことから我に返った後、恐怖心を感じ、A の救命を決意した。甲は救急車を即座に呼び、たまたま通り
- 15 がかった B とともに止血を行った。その後、病院に運ばれた A は、なんとか一命をとりとめ、全治 6 か月の傷害を負うにとどまった。医師によると、刺し傷は内臓に到達し、即座に止血と救急車を呼んでいなかったら、失血により死亡していた可能性が高かったと指摘されている。
- このときの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

20 II. 問題の所在

甲は自ら傷害を負わせた A の救命を決意し、救急車を即座に呼び、たまたま通りがかった B とともに止血を行った行為について中止犯(43 条但書き)が成立するか。甲が自己の意思により犯罪を中止したといえるか、中止行為の任意性が問題となる。

25 III. 学説の状況

A 説:主観説

- 行為者にとって犯罪の継続が可能であったにもかかわらず行為者が犯罪を中止したか否かにより任意性を判断する説。結果を発生させることができたにもかかわらず、行為者が結果の発生を欲しなかったときは中止犯であるが、行為者は結果の発生を欲したのに、結果を
- 30 発生させることができなかった場合は障害未遂であるとする¹フランクの公式を採用する。

B 説:客観説

行為者の表象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²。

35

¹ 堀内捷三『刑法総論[第 2 版]』(有斐閣, 2004 年)245 頁。

² 前田雅英『刑法総論講義[第 5 版]』(東京大学出版会, 2011 年)169 頁。

C 説:折衷説

5 外部的刺激が「中止を強制するような物理的障害に相当する程度であった」か、または「そこから生理的障害が生じて中止に至った場合」であれば障害未遂、そうでない場合には、規範意識が働き得る心理状況に基づいて中止行為が行われたとして違法減少を主観的に帰責し³、中止未遂を認める説。

D 説:限定主観説

10 行為者の規範意識が多少とも犯罪に対する障害観念として作用した場合、例えば悔悟・慚愧、被害者の受ける災厄に対する斟酌・同情、犯罪の重大性からくる恐怖感などによってやめた場合には、中止犯を認め⁴とする説。

IV. 判例

判例 昭和 30 年(あ)1418 尊属殺人未遂事件

昭和 32 年 9 月 10 日 最高裁判所第三小法廷 棄却

15

(事実の概要)

午前零時頃自宅において電灯を消して就寝中の実母 A の頭部を被告人 X が野球用バットで力強く一回殴打したところ、同女がうーんと呻き声をあげたので早くも死亡したものと思ひ、バットをその場に置いたまま自己が就寝していた隣室三畳間に入ったが、間もなく同女が自己の名を呼ぶ声を聞き再び右六畳間に戻り、同女の頭部を手探りし電灯をつけて見ると、母が頭部より血を流し痛苦していたので、その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、所期の殺害の目的を遂げなかった。

20

(判旨)

25 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苦痛を与えることは自己当初の意図にも反するところであるから、所論のように被告人においてさら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。また、このような殺害行為続行の意力の抑圧が論旨主張のように被告人の良心の回復又は悔悟の念に出でたものであることは原判決の認定しないところである。そして右のような事情原因のもとに被告人が犯罪完成の意力を抑圧せしめられて犯行を中止した場合は、犯罪の完成を妨害するに足る性質の障害に基づくものと認むべきであつて、刑法 43 条但し書きにいわゆる自己の意思により犯行を止めた場合に当たらないものと解するを相当とする。

35

³ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂, 2005 年)290 頁。

⁴ 佐伯千仞『刑法講義[総論]』(有斐閣, 1975 年)322 頁。

(引用の趣旨)

本判決は、未遂となるに至った過程を前段で客観的に判断しているものの、中止行為の任意性の判断につき、行為者自身の主観も「被告人の良心の回復又は悔悟の念」として判断の基礎としているため、限定主観説に親和的な判断を下したものと見える。本判決から、中止行為が被告人の良心の回復又は悔悟の念に基づいたものであったか否かは、任意性の判断の重要な基礎であると捉えることができる。

V.学説の検討

A 説:主観説について

- 10 この説では、中止犯が認められるためには、行為者が積極的に中止行為に出た以上、中止の動機が、道徳的なものであると、功利的なものであるとを問わず、また、必ずしも行為者が犯罪意思を放棄したことも必要でない。犯罪に着手したが、一旦中止して他の機会を待つことが得策だと考えて中止する場合も、中止犯である⁵。しかし、単にそれが「得策だから」中止した者に刑の減免がなぜ必要なのかは説明できない⁶。また、窃盗犯人が摂取しようとした財物が僅少であることを知り、失望して中止した場合にも、財物は盗むことができたのだから中止犯となる⁷のは不合理である。
- 15 よって、検察側は A 説を採用しない。

B 説:客観説について

- 20 この説は、行為者の主観そのものではなく、行為者の意思を度外視して、一般人といった客観的な性質のみを基準とするので、「自己の意思」という主観の判断が、客観的性質に解消されてしまっている⁸。これでは、「自己の意思によ」るという法文の本来の意味を失ってしまう⁹。そもそも任意性の判断は、任意性が行為者の主観的要件である以上、客観的事実そのものではなく、その事象に対して行為者自身がどのように受け止めたのかを問題としなければならない、行為者の主観を無視することができない。また、この説にいう
- 25 「社会一般の通念」という概念は、基準として有効なのか疑問である。この基準によると、社会一般の通念から好ましくない、規範的に是認しがたい動機から中止した場合、任意性を否定し、規範的に是認できる動機から中止した場合、任意性を肯定するということが傾きがちである。つまり、この説では、中止未遂を認めたい事例には「社会一般の通念上」障害とはならないとし、中止未遂を認めたくない事例には「社会一般の通念上」障害
- 30 となるとして、基準を恣意的に用いることが可能であるため、任意性の有無について、合理的な結論を導くことが困難であるといえる。

⁵ 大塚 仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣, 2008年)260頁。

⁶ 山中敬一『刑法総論II〔第1版〕』(成文堂, 1999年)726頁。

⁷ 大塚仁 前掲 260頁。

⁸ 山中敬一「刑法総論[第3版]」(成文堂, 2015年)824頁。

⁹ 大谷實「刑法講義総論[新版第2版]」(成文堂, 2007年)389頁。

よって、検察側はB説を採用しない。

C説:折衷説について

この説は、外部的事実が行為者の動機に与えた影響を具体的に検討したとき、外部的事
5 情が「中止を強制するような物理的障害に相当する程度であった」か、または「そこから
生理的障害が生じて中止に至った場合」であれば、障害未遂として中止犯の成立を否定す
る説であるが、行為者にとって、いかなる場合に物理的障害に「相当する」程度であるか
が明らかではなく、また、いかなる場合に「生理的障害が生じて中止に至った」といえる
10 かも明らかでない。つまり、この説は、結論を先取りした「基準の恣意化」をもたらす恐
れのあるものであるといえ、およそ基準として機能しえない説であるといえる。

また、この説では、外部的刺激が行為者にとって物理的障害・生理的障害とはなってい
なかつたと認められる場合は、規範意識が働き得る心理状況に基づいて中止行為を行な
たとして任意性を肯定する。つまり、外部的事実が行為者の動機に与えた影響が著しいも
のでない限り、規範意識に基づいて行為を中止したとして任意性を認めるものである。し
15 かし、少なからず外部的な強制から意思が自由であるからといって、常に減免されるに値
する規範意識があるとするのには疑問が残る。というのも、一般に、行為者が自らの意思
で犯罪を止めた場合と、そうではなく何らかの外部的刺激に促されて犯罪をやめた場合と
を比較したとき、前者の方が心証の良いのは明らかであり¹⁰、それにもかかわらず、外部
20 的強制が相当程度のものであっても、「規範意識が働きうる心理状況であった」として
容易に任意性を認めてしまうのは、一般人の法秩序への信頼を失わせることになりかね
ないからである。悔悟その他、倫理的に是認すべき動機なしに、何らかの外部的刺激に促
されて犯罪をやめた場合にも、規範意識があったとして中止行為の任意性を容易に認め
この説は、およそ国民の法感情と合致しない。

したがって、検察側はC説を採用しない。

25

D説:限定主観説について

この説は任意性の存否について、悔悟その他、倫理的に是認すべき動機があったと
き、いわゆる「広義の後悔」があったときにその存在を認め、中止犯を成立させる説であ
る。つまり、行為者の規範意識が多少とも犯罪に対する障害観念として作用した場合に中
30 止未遂を認めるべきだと考えるが、その根拠は、自己の反規範的な行為について消極的な
判断下した場合、つまり、自己の違法な行為の否定的評価をした場合こそ、犯人の反規範
性は、通常の未遂罪の場合と比べて軽微なものとして、刑の減免又は免除を与えることが
相当である¹¹といえるからである。

この説は、犯行の発覚や刑罰を恐れて中止行為に及ぶことを、刑事政策的な観点から積
35 極的に奨励されるべきものとする考え方にはそぐわないものである。しかし、現行法上の

¹⁰ 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社、2005年）244頁。

¹¹ 宮本英脩『刑法大綱総論』（弘文堂、1932年）184頁。

観点から鑑みると、中止にあたっては、行為者は自らの手によって生じた責任を中止行為によって減少又は消滅させるという点こそが中止犯の任意性として要求されているものと考えられる。そうであるならば、その犯罪的企画を放棄するに至った行為者の心情・動機という規範意識こそが積極的に評価されるべきであるとしても不合理はない¹²。また、要求される「広義の後悔」とは、何らかの規範意識が働き自己の行為に対する価値否定の感情が働いたという程度で足りるものと考えられ¹³、不当に中止犯の成立を狭めることもなく妥当な結論を導き出せる。

したがって、検察側は D 説を採用する。

10 VI.本問の検討

1. 甲が A の腹部の包丁で突き刺して全治 6 ヶ月の傷害を負わせた行為について殺人未遂罪(199 条、203 条)が成立しないか。

2. (1) 人体の枢要部である内臓が集中している腹部へと刃渡り 10cm の包丁を突き刺すという行為は、人の死を現実的に引き起こす危険性を有する行為であるといえ、殺人罪の実行行為にあたると言える。また甲は A の殺害を決意しているので、故意(38 条 1 項本文)が認められる。もっとも、本問において A は全治 6 ヶ月の傷害に留まっており、甲の行為は被害者の死という結果を実現させていないので殺人未遂罪の構成要件を満たすに留まる。

15 (2) しかし甲は A を刺した後、自ら救急車を手配するなど A の救命活動を行っている。以上の事から甲に中止犯(43 条ただし書)が成立しないか。中止犯が認められる為には、「自己の意思によって」、「犯罪を中止した事」が必要である。

20 (3) 「犯罪を中止した事」とは、結果発生防止の為に真摯な努力を行ない、結果を発生させなかった事を指すところ、本問においてはもし甲による止血や救急車の手配等の救命行為が無ければ A は失血死していたと推測されるため、甲の一連の行為は殺人罪の結果発生を防いだ真摯な努力と言える。

25 (4) 「自己の意思によって」について、検察側は C 説を採用するところ、本問において甲は A を刺した時に生じた大量の出血によって、幼い頃のトラウマを生じさせている。この幼少期の恐怖体験を思い起こしてしまった事によって、犯罪を継続させる事が困難な状況になっていると言える。よって先述した甲による中止行為には任意性が認められない。

30 3. よって甲の行為に中止犯の成立は認められず、殺人未遂罪(199 条、203 条)の罪責を負う。

VII.結論

甲の行為に中止犯の成立は認められず、殺人未遂罪(199 条、203 条)の罪責を負う。

以上

¹² 佐伯千仞・前掲 323 頁。

¹³ 佐伯千仞・前掲 324 頁。