

只木ゼミ前期第9問検察レジュメ

I. 事案の概要

甲は、暴力団住吉連合会α田会β山組も構成員であったところ、平成5年5月19日の夜、自宅において飲酒中、墨田区のMハイムでミュージックパブ「チェリー」を経営するAから、かつて暴力団関係者であるとの理由で店への出入りを断られた一件を思い起こし、同行者の手前メンツをつぶされる思いをさせられたことや、その後この件で再三Aに電話しても無視されたことなどをかれこれ考えているうちに、次第にAに対する憤慨の念が高まった。そこで、翌20日午前3時ころ、Aを殺害しようと決意したうえ、自宅の台所から刃渡り約29.3cmの牛刀一丁を持ち出して、「チェリー」に赴き、同日午前3時30分ころ、AをMハイム前路上に連れ出して、「この野郎、殺してやる。」などと怒号しながら牛刀を振り上げた。身の危険を感じたAが逃げ出したため、甲はそれを追いかけていったところ、200mほど離れた路上でAが転倒した。甲は起き上がろうとしていたAの左側頭部付近をめがけ、右手に持った牛刀を振り下ろして切りつけたが、とっさにこれを左腕で防いだAから、両腰付近に抱き着くようにとりすがられ、「勘弁してください。私が悪かった。命だけは助けてください。」などと哀願された。そうこうしているうちに野次馬が集まり始め、野次馬からのマイナスイメージを恐れた甲はAに対する襲撃をやめ、救急車を呼びつけて同乗しAを病院へ搬送した。なお、犯行の態様については救急隊員に告げることはなかった。甲の襲撃によって、Aは全治約二週間の左前腕切傷を負った。

甲の罪責を述べよ。

II. 問題の所在

甲は殺意をもってAを牛刀で切り付け、Aは死亡しなかったため、当該行為に殺人未遂罪の構成要件該当性が認められる。しかし、本問において甲はAに行為をやめるよう哀願され、Aに対する襲撃を中止したのであって、中止犯(43条ただし書)が成立しないか。この際、中止犯の刑の減免の法的性質および「自己の意思により」(任意性)の有無の判断基準が問題となる。

III. 学説の状況

1. 中止犯の刑の減免の法的性質

A説：政策説¹

実行に着手している犯行現場において、結果発生を防止するためには、犯人に中止するよう働きかける必要があり、「後戻りのための黄金の架け橋」として中止犯規定が設けられたとする説。

¹ 木村光江『刑法〔第3版〕』(東京大学出版,2010年)61頁。

B 説：法律説

B1 説：違法性減少説²

「自己の意思による」中止という主観的要素は違法性の評価に影響を与えるものとする説。

B2 説：責任減少説³

中止行為に示される行為者の人格的態度が責任を減少させるとする説。

C 説：結合説

C1 説：政策説＋違法性減少説⁴

違法性の減少という法律的理由に、刑事政策的理由を加味したものに求めるべきだとする説。

C2 説：政策説＋責任減少説⁵

実行行為以後の中止行為によって変化するのは、事後行為責任としての可罰的責任であるとする説。

C3 説：違法性減少説＋責任減少説⁶

違法減少と責任減少という両方の要件が充足されない限りは中止犯を肯定することはできないとする説。

D 説：総合説⁷

A 説、B 説、C 説のすべてを総合して考える説。

2. 中止犯の任意性の有無の判断基準

α 説：主観説⁸

外部的障害がないのに、行為者が自由な意思決定によって中止する場合に任意性を認める説。

β 説：限定主観説⁹

反省、悔悟、同情、憐憫など、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る説。

γ 説：客観説¹⁰

当該状況におかれた一般人を基準に、一般人でも犯罪の完成が不可能だと考える場合が障害未遂、一般人なら完成できた場合が中止犯だとする説。

² 福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣,2011年）235頁。

³ 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社,1990年）361頁。

⁴ 西原春夫『刑法総論改訂版〔上巻〕』（成文堂,1977年）333頁。

⁵ 山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（成文堂,2008年）754頁。

⁶ 井田良『講義刑法学・総論〔補訂〕』（有斐閣,2011年）424頁。

⁷ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』（有斐閣,2008年）257頁以下。

⁸ 大塚・前掲書 257頁。

⁹ 宮本英脩『宮本英脩著作集〔第3巻〕刑法大綱』（成文堂,1984年）180頁以下。

¹⁰ 木村・前掲 62頁。

8 説：折衷説¹¹

外部的事情を表象した結果、行為者ができると感じたかという、行為者の現実の意識過程を客観的に判断し、できると感じたと認められるにかかわらず中止した場合に任意性を認める説。

IV. 判例

名古屋高判平成 19 年 2 月 16 日

〔事実の概要〕

被告人が被害者に自動車を衝突させ、転倒させて動きを止めたうえで刃物で刺し殺すとの計画を立てたが、自動車で衝突したところで刃物で刺すことは断念した。

〔判旨〕

被告人が被害者を刃物で刺すことを断念した理由、原因は、…同女への一種の憐憫の情がわいたか若しくは自己の行動についての自責の念が起きたためと認めるのが合理的であってその後の被告人の行動は刃物を自動車に残したまま降車し、同女に「ごめんなさい」等の言葉をかけただけで同女に暴行や脅迫に及んでいない以上、被告人は自己の意思により殺人の実行行為を途中で中止したものと認めるのが相当である。

V. 学説の検討

A 説について

刑事政策説は行為者に対し中止行為を奨励し法益侵害を回避しようという目的がある。しかし、中止未遂が成立したとき、刑を免除するのか、それとも減軽にとどめるのか、刑をどの程度に減軽するのか実質的な基準を示すことはできず必ずしも中止未遂の法的性格の全てを示すことはできない¹²。また中止犯規定を知っているものにしか政策的効果を期待できない¹³。

よって、検察側は A 説を採用しない。

B1 説について

中止犯の刑の減免が一身専属的効果と解されるところ、共犯者の一人が中止行為に及んだ場合、中止した者にのみ減免の効果が及ぶことになるが、共犯における違法の連帯性ないし制限従属性説を前提にすると、違法減少性説ではこの一身専属的効果を説明しにくい¹⁴。

よって、検察側は B1 説を採用しない。

B2 説について

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、その決意を撤回し犯

¹¹ 福田・前掲 237 頁。

¹² 井田良・川端博「中止犯論の現在と課題」『現代刑事法学』（現代法律出版、2003 年）45 巻 6 頁。

¹³ 福田平『全訂刑法総論〔第 5 版〕』（有斐閣、2011 年）235 頁。

¹⁴ 野澤充『中止犯の理論的構造』（成文堂、2012 年）379 頁。

罪の実現をやめた以上、非難可能性は減少する。

しかし主観面だけを減免の根拠とするならば、犯罪結果が発生した場合も含めて、常に中止未遂を肯定せざるおえないことになる¹⁵。

よって検察側は B2 説を採用しない。

C1 説について

B1 説と同様の批判を免れえない。

よって検察側は C1 説を採用しない¹⁶。

C2 説について

かりに広義の後悔を要求するのであれば、中止の任意性で足りるとした法文に反する。

よって検察側は C2 説を採用しない¹⁷。

C3 説について

「違法・責任減少説」は「違法または責任減少説」ではなく「違法かつ責任減少説」であるから B1 説と同様の批判を免れえない¹⁸。

よって検察側は C3 説を採用しない。

D 説について

中止犯における刑の減免の目的は、中止行為によって不法、責任が減少することによって中止行為を推奨しようとするものである。A 説、B 説、C 説は中止犯の法的性格の一面のみをとらえるものであって妥当でなく、この点、中止犯の法的性格の多面を考慮することができる総合説(D 説)が妥当である。

よって検察側は D 説を採用する。

2. 中止犯の主観の判断基準について

α 説について

任意性の判断にあたって、まず行為者本人がどう思っていたかを検討しなければならない。その意味において、主観説は基本的に妥当である。

しかし、犯罪の実行に着手したが他人に発見されて止めた場合にも主観説にいう任意性はあることになってしまい結局行為者の言いなりになって任意性の認められる範囲が広くなりすぎる恐れがある¹⁹。

γ 説について

γ 説(客観説)は、主観的構成要件要素である「自己の意思により」という要件を理解するにあたって、行為者の主観面を考慮することなく専ら一般的経験を標準とした客観的見地から考える点で妥当ではない²⁰。

δ 説(折衷説)について

¹⁵ 佐久間修『刑法講義(総論)』(成文堂,1997年)324頁。

¹⁶ 佐久間・前掲書 326頁。

¹⁷ 佐久間・前掲書 326頁。

¹⁸ 野澤・前掲書 379頁。

¹⁹ 王昭武「中止未遂の任意性についての一考察(二・完)」(同志社法学,2009年)60巻8号 324頁。

²⁰ 井田・前掲 24頁。

任意性とは「自己の意思により」中止したかどうかの問題であるから外部的刺激が行為者の動機に与えた具体的影響がどのようなものであったか社会通念や一般人の経験上から、客観的に判断することはできない²¹。

B説について

思うに、B説は中止行為が反省、悔悟、同情、憐憫など、広義の後悔の感情に基づいて行われることが必要とするものであるが、このような行為は、結局自己の犯罪の実行をよくないとする感情、すなわち自己の行為を否定する意識(規範意識)をもって働いたものであるから、かかる意識を伴った行為である場合にこそ犯人の反規範性は通常の未遂罪の場合に比べて軽微なものとして刑の減輕または免除を与えることが相当である²²。

VI. 本問の検討

1. 本問で甲は殺意をもってAを殺傷力のきわめて高い牛刀を用いて切りつけ、よってAに全治約二週間の左前腕切傷を負わせており、死という結果が発生していないので殺人未遂罪(199条、203条)が成立する。

2. しかし、甲は上記行為後にAから命だけは助けるよう哀願され、集まり始めた野次馬からのマイナスイメージを恐れ、Aに対する襲撃をやめ、救急車を呼びつけて同乗しAを病院に搬送した。かかる行為につき中止犯(43条ただし書)が成立し刑が減免されないか。

(1) この点、中止犯が成立するためには、①実行の着手があること、②結果の不発生、③自己の意思により(任意性)、④犯罪を中止したことが必要である。

これを本問についてみると、甲はAに対して殺傷力の極めて高い牛刀を用いて切りつけ行為を行っており、かかる行為は人の生命断絶という結果発生の現実的危険性を有する行為であるから、①実行の着手が認められる。

また、甲は殺人罪の実行行為を行っているが、Aは死亡するに至っていない。よって②結果の不発生があるといえる。

(2) 次に、「自己の意思により」犯罪を中止したといえるか。「自己の意思により」の意義が中止犯の法的根拠と関連して問題となる。

ここで検察側はD説を採用し、中止犯が刑の必要的減免を受ける根拠は、一次的には中止行為によって結果の発生が防がれることによる違法性の減少、並びに自らの意思に基づいて中止行為を行うという真摯な人格態度に対する責任減少であり、二次的には犯罪行為を働こうとした行為者に後戻りの動機を与え、もって犯罪を防止しようとする刑事政策的配慮に基づくものであると解する。そうであるならば、「自己の意思により」の内容としては、行為者が反省・悔悟・憐憫・同情といった広義の反省等の心情を抱いて中止したといえる場合を指すものと解するのが相当である(B説)。

(3) これを本問についてみると、甲はAを切りつけた後、Aから両腰付近に抱きつくよ

²¹ 井田・前掲 25 頁。

²² 宮本英脩『宮本英脩著作集第3巻刑法大綱』(成文堂,1997年)184頁。

うに取りすがられ命乞いをされているが、これを受けて特段に後悔、同情などの念を抱くことはなかった。また、甲は救急車を呼びつけてこれに同乗し、A を病院まで搬送しているが、これは集まり始めた野次馬からのマイナスイメージを恐れたために行った行為であり、救急隊員に犯行の態様について告げなかった点からも自己の行為について後悔するといった反省の感情は感じられない。また、救急車に同乗したのは A の容体について心配であった等の理由ではなく、単に野次馬が集まり始めていた現場から離れたかっただけのことであると考えられる。よって、甲が反省・悔悟・後悔・憐憫・同情などの広義の反省等の心情を抱いて中止行為を行っているとは認められない。

(4) したがって、「自己の意思により」犯罪を中止したとはいえない。

3. 以上より、甲の行為につき中止犯(43条ただし書)は成立しない。

VII. 結論

甲は殺人未遂罪(199条、203条)の罪責を負う。

以上