

6) 犯罪の成立にかかわる用語

1 故意・確定的故意(殺意)・未必の故意(殺意)・認識ある過失

故意
犯罪を行う意思

確定的殺意
殺そうと思って、・・・した

未必の殺意
必ず殺してやろうと思ったわけではないが、死んでしまうならそれも仕方がないと思って、・・・した

認識ある過失
死んでもかまわないと思ったわけではないけれども、危険を知りながら・・・した

使用例

冒頭陳述で

弁護人 「被告人が持っていたナイフが、被害者のお腹に刺さったことは、そのとおりまちがいありません。しかし、被告人は、被害者を殺そう、あるいは、死んでもかまわないと思っていたわけではありません。被告人には、殺人の故意がありません。」

最終弁論で

弁護人 「被告人には、確定的な故意があったとまでは言えません。」

冒頭陳述で

検察官 「被告人には少なくとも未必の殺意があり、死ぬなら死んでもかまわないと思って、被害者を刺したのです。」

最終弁論で

弁護人 「以上の点からすれば、被告人の行為は、認識ある過失によるものであり、被告人に殺意はなかったのです」

裁判員のための解説

1 刑法では、故意がない者の行為は処罰しないのが原則

刑法では、犯罪を行う意思、すなわち、故意のない者の行為は処罰しないのが原則です。犯罪を行う意思がない人の行為は、その人に刑罰を与えて非難することができないからです。

故意とは、犯罪行為によって結果が発生することが分かっているのに、あえてそれをする事です。例えば、殺人罪で言えば、相手が死ぬということが分かっている殺人行為をした者でなければ、殺人罪で処罰することはできません。

2 故意にも程度がある

故意があると言える場合でも、いろいろな程度があります。例えば、殺人罪の故意＝殺意で言えば、相手が確実に死ぬとわかっている場合と、相手が確実に死ぬとまではわかっていないが、もし死ぬなら死んでもかまわないと思っている場合とがあります。前者を「確定的故意」、後者を「未必の故意」と言います。相手が確実に死ぬとはわかっていなくても、もし死ぬなら死んでもかまわないと思っているわけですから、その人の行為は処罰に値します。したがって、「未必の故意」があるにすぎない場合も、故意があるとして処罰の対象になります。

ただし、同じ「故意」がある場合でも、「確定的故意」がある場合と「未必の故意」の場合とでは、非難される程度が異なるでしょう。具体的には「未必の故意」の場合の方が「確定的故意」がある場合よりも、処罰は軽くなるでしょう。

3 故意のある、なしの境界線

これに対して、結果が発生するかもしれないとは思ったが、発生してもかまわないとまでは思わなかった場合には、その人に刑罰を与えてまで非難することはできません。これを「認識ある過失」と言います。「過失」とは不注意の事です。このような場合には、故意がないので、原則として処罰することはできません。しかし、不注意によって結果を発生させたということで、例外的に処罰される場合があります。例えば、人の死という重大な結果を発生させた場合です。このような場合には、故意犯＝殺人罪としての処罰はできませんが、発生した結果が重大なので、過失犯＝過失致死罪として処罰されます。

結果が発生するかもしれないと思った場合には、発生してもかまわないと思ったのか、そこまでは思わなかったのかによって、「未必の故意」と「認識ある過失」に別れます。その境界線は、故意があるかないか、つまり、犯罪が成立するかどうかの別れ目になるので、その別れ目の決め方はとても重要です。

法律家のための解説

1 これらの用語は、特に、殺人事件で、殺意が認められるかどうか争点になる事件で登場する人が多いでしょう。殺意があるかどうかは「事実の認定」ですから、裁判員が判断する事項です。

2 「未必の故意」は、一般的には知られていない専門用語です。刑法学的、専門的な抽象化した概念なので、予備知識を期待せず、言い換え、または、説明をすることが必要です。

説明する場合には、抽象化された「確定的故意」、「未必の故意」ではなく、個別の事件における具体的な罪、例えば、殺人事件であれば「確定的殺意」、「未必の殺意」として説明する方がわかりやすいでしょう。

また、「未必の故意」は、「認識ある過失」あるいは「確定的故意」との対比で説明するとわかりやすいでしょう。

- 3 弁護士、検察官は、冒頭陳述や最終弁論においてこれらの用語を使用するだけでなく、それを前提にした証人尋問などを行うことになりすから、問題点がどこにあるかを理解してもらうため、内容の説明が必要になります。
- 4 裁判官は、評議において、再度これらの用語を裁判員に説明して理解してもらい、事実の認定のための評議をすることになります。

2 正当防衛・過剰防衛

正当防衛

危害を加えてきた相手に対して、自分の身体や財産を守るために、その場でやむをえず反撃すること。

(まわりの人間を守るために行う場合も含む)

過剰防衛

危害を加えてきた相手に対して、自分の身体や財産を守るために、その場でやむをえず反撃したが、その程度が行き過ぎたもの。

使用例

冒頭陳述で

弁護士 「被告人の行為は、正当防衛にあたるので、無罪です。」

論告で

検察官 「仮に、被告人が被害者の攻撃に対してやむをえずに反撃したものだとしても、その反撃の程度は行き過ぎたものであり、被告人の行為は過剰防衛とされるべきです」

裁判員のための解説

1 正当防衛が成立する場合には罪に問われない

例えば、ある人が相手を殺そうと思ってそばにあった鉄パイプで相手の頭を殴って、死なせたとします。しかし、相手が包丁でその人を刺そうとしてきたので、自分の身を守るために仕方なく反撃したものであるとしたらどうでしょうか。

このように、攻撃してきた相手に対し、自分を守るためにやむをえない行為を行った人に刑罰を与えることはできません。この場合、正当防衛が成立し、罪に問われません。

2 行き過ぎはいけない

しかし、相手の攻撃に対するやむをえない反撃だとしても、その反撃の程度が行き過ぎた場合には、罪に問われます。

例えば、相手が素手で殴りかかってきたのに対し、自分の身を守るために仕方なく反撃したが、持っていたナイフで相手の心臓付近を突き刺して殺してしまった場合はどうでしょうか。いくら自分の身を守るためとは言え、これは行き過ぎた行為で「過剰防衛」とよばれ、罪を問われることとなります。

ただし、相手に反撃すること自体はやむをえないことなので、刑を免除したり、刑を軽くしたりすることはできます。

法律家のための解説

(正当防衛について)

1 「正当防衛」は、言葉としては一般に広く知られており、完全に正確と言わないまでも、ある程度のイメージを持っています。ですから、用語そのものを置き換えてしまう必要はありません。

「急迫不正の侵害」に対する反撃であると言う要件や、自分に対する侵害だけでなく第三者に対する侵害も含むことなどを正確に伝える必要があります。

基本的な説明の枠組みを作っておいて、必要な場面で具体的な説明を追加するとよいでしょう。

2 「急迫・不正の侵害」とは

「他人の不正な行為」だけでは足りず、「急迫」とのコンビネーションが必要とされることを理解してもらう必要があります。

『急迫』をどう説明するか

候補となる言葉：「差し迫った」「切羽詰まった」「その場で」

- ・ 「差し迫った」は、差し迫った期限、差し迫った事情など、日常語として幅広い使い方をされており、危険や危害に限定された表現ではない。
- ・ 「切羽詰った」は、差し迫り方が強い印象を与えるため、切羽詰った状況が極端な場合にだけ限定されすぎる危険性があるでしょう。
- ・ 「その場で」という表現は、場所という空間的把握だけでなく、時間的把握、つまりある行為が起こっている場面で、その行為が行われている限りにおいてという意味が伝わる。正当防衛の成立要件である「急迫性」にもっとも近いニュアンスを持ち、理解されやすいと思われます。
- ・ 反撃は直ちに行われるものである必要があることから、「危害を加えてきた相手に・・・」という進行形の表現を使えば、「今まさに起きていること」という急迫のニュアンスが伝わります。

このような検討を踏まえて、「危害を加えてきた相手に対してその場で反撃すること」としました。

3 守る対象について

正当防衛は、自己だけでなく他人に対する不正な侵害についても成立するし、「権利」(=身体だけでなく財産や名誉などの権利も)が保護の対象となります。

- ・ 「権利を守る」という言葉では、「身体・財産」というイメージは伝わりにくいです。
- ・ 一般に「権利を守る」とは、時間的に継続しているもの、幅のあるものを想像するため、そのようなものに対する「急迫」の侵害ということが理解しにくいでしょう。
- ・ 他人に対する侵害についても、第三者が防衛行為を行えることは一般にはあまり知られていません。しかし一つの文に入れるとわかりにくいので、補足的に説明しました。もっとも、事案の多くは、自分を守る場合です。

このような検討を踏まえて、「身体や財産」は具体的に明記し、「まわりの人間を守るために行う場合も含む」ことは別文にしました。

また、「名誉」など身体・財産以外の権利については、一般的な説明には取り込まず、それが対象となる事件において具体的に説明することとしました。

4 防衛の相当性，防衛の程度の問題

刑法の基本的な概念の問題で説明は難しいのですが，防衛が妥当な範囲であるかは過剰防衛との関係でも裁判員の重要な判断事項となります。特に一般常識，一般人の感覚が意味を持つ場面となります。

正当防衛と過剰防衛の境界を念頭におきながら検討する必要があります。

- ・ 「防衛のための行為」であることを示す言葉としては「反撃する」が適当でしょう。
- ・ 「他に手段がない」「避けるために他に手段がない」「他に選択肢がない」というニュアンスは、「やむを得ず反撃する」という表現で伝わります。
- ・ 「その被害を避けるために」と付け加える必要性については、「やむを得ず」と言う言葉そのものに、防衛の目的、つまり自分の権利を守るためという意味が含まれるので、必要ないと考えました。

(過剰防衛について)

- 1 広辞苑では、「正当防衛として行われたが、実は防衛の程度を超えていた」とされています。わかりやすい説明です。

しかし、「実は」という表現は、「結果的にそうなった」（事後的に判断して「過剰だった」とされる場合）というニュアンスであるが、過剰防衛には、「もともと過剰であることを認識していた場合」も含まれます。そこで、「実は」を取ることにしました。

- 2 「防衛の程度を超える」というポイントをどのように説明するか。

正当防衛の説明では、「防衛」という言葉を避けましたが、過剰防衛の説明で『防衛の程度』と出てくると、議論が戻ってしまうことになってしまいます。

過剰防衛は、正当防衛の「『やむを得ず』の要件が欠ける場合」、あるいは「『やむを得ない程度』を超えた場合」、「『やむを得ない程度』よりもやりすぎた場合」ということです。「本来正当防衛としてやったことが、反撃が行き過ぎていた」というイメージなのです。

そこで、『行き過ぎた反撃をした場合』としました。

条文では「防衛の程度を超えた場合」となっていますが、これは必ずしも「相手からの危害」と「自分のした反撃」がイコールでなければならないと厳密には要求されておらず（判例）、多少の行き過ぎは認められます。単純な大小関係とは少し異なり、「相当な程度を超えた」という意味です。日常用語で言え

ば、「それは行き過ぎだ」、「それはやり過ぎだ」という感じです。

そこで、「反撃の程度が大きすぎた場合」、「反撃が強すぎた場合」とすることも検討しました。

しかし、反撃が強い・弱いという比較ではなく、バランスがどうかの問題であることから、「程度が行き過ぎたもの」とするほうが良いと言う結論になりました。

関連語 誤想防衛，誤想過剰防衛，緊急避難

3 緊急避難・過剰避難

緊急避難

自分やまわりにいる他人の身体や財産に迫ってきた危険を避けるために、やむをえず第三者に対してした加害行為で、その行為によって生じた害が、避けようとした害の程度を超えず、かつ、その加害行為をするより他に方法がなかった場合。

過剰避難

自分やまわりにいる他人の身体や財産に迫ってきた危険を避けるために、やむをえず第三者に対してした加害行為だが、その行為によって生じた害が、避けようとした害の程度を超えてしまったか、または、その加害行為をする以外に危険を避ける方法があった場合

使用例

冒頭陳述で

弁護士 「被告人の行為は、**緊急避難にあたる**ので、無罪です。」

論告で

検察官 「被告人は、自己に迫った命の危険を避けるためにやむをえずにとった行動であると主張しますが、実際には、他にもこの危険をから逃れる方法は存在したのです。被告人の行為は過剰避難とされるべきです」

裁判員のための解説

1 緊急避難が成立する場合には罪に問われない

緊急避難は、正当防衛と同様、自分やまわりにいる他人に危険が迫っている場合に、やむをえずにしてしまう犯罪行為です。しかし、正当防衛は、危害を加えようとしてきた相手に対してする行為であるのに対し、緊急避難は、全く無関係の人や物に対する行為です。

正当防衛の場合は、その加害行為によって被害を受けるのは、攻撃をした人そのものですから、防衛行為をした者は罪に問われないということは、比較的理解しやすいでしょう。

2 生じた害は避けようとした害を超えてはならない

しかし、緊急避難の場合は、その加害行為によって被害を受けるのは、全く関係のない第三者です。危険を避けるためにやむにやまれずにした行為というだけで罪に問われないというわけにはいきません。そこで、まず、緊急避難が成立するには、その行為によって生じた害と避けようとした害とを比べてみて、前者の程度が後者の程度を超えなかったことが必要です。たとえば、ある人が、包丁を持った他人から追いかけて殺されそうになり、それから逃げるために、やむにやまれず、そばにいた通行人を突き飛ばしてしまい、その通行人が死亡してしまいましたとします。この人の行為に

よって生じた害は、通行人の命が失われたことです。この人が避けようとした害は、自分の命が失われることです。そこで、人の命と人の命を比べることになりますが、誰の命であっても命の価値は同じですから、その行為によって生じた害が、避けようとした害の程度を超えたとは言えません。したがって、この場合には、緊急避難が成立する可能性があります。

3 他に避ける方法がないこと

さらに、緊急避難が成立するには、迫っている危険を避けるためには、その加害行為をする以外に他に現実的な方法がないという事情がなければなりません。これも、加害行為によって被害を受けるのは、全く関係のない第三者であることから、緊急避難の成立に必要とされる要件です。たとえば、先ほど挙げたケースで言えば、通行人を突き飛ばさなくても、その脇をすり抜けるなどして逃げる方法があったとすれば、この要件を充たさないことになり、緊急避難は成立しません。

4 過剰避難

ある行為によって生じた害が、避けようとした害の程度を超えてしまった場合には、緊急避難は成立しません。また、危険を避けるためには、他にとりうる現実的な方法があったという場合にも、緊急避難は、成立しません。

しかし、危険を避けるためにはその加害行為をするしか方法がなかったが、それによって生じた害が、避けようとした害の程度を超えてしまったという場合は、どうでしょうか。たとえば、ある人が、バッグを奪い取ろうとする他人から追いかけて、今にもバッグを取られそうになり、それから逃げるためには、そばにいた通行人を突き飛ばす方法しかなかったため、その通行人を突き飛ばし、死なせてしまったという場合です。あるいは、加害行為によって生じた害が、避けようとした害の程度を超えてはいないが、その加害行為以外にも危険を避ける方法があったという場合は、どうでしょうか。たとえば、ある人が、包丁を持った他人から追いかけて殺されそうになり、それから逃げるために、そばにいた通行人を突き飛ばしてしまい、その通行人が死亡してしまったが、現実的には、その通行人の脇をすり抜けるなどして逃げる方法があったという場合です。

このような場合には、その加害行為をした人に対し、通常と同様の刑罰を科すのは気の毒です。そこで、情状によっては、刑を軽くしたり、刑を免除したりすることができます。これを、過剰避難と言います。

これに対して、加害行為によって生じた害が、避けようとした害の程度を超えてしまっていて、しかも、危険を避けるには他にもとりうる現実的な方法があったという場合には、緊急避難はもちろん、過剰避難も成立しません。たとえば、ある人が、バッグを奪い取ろうとする他人から追いかけて、今にもバッグを取られそうになり、それから逃げるために、そばにいた通行人を突き飛ばして死なせてしまったが、通行人を突き飛ばさなくても、その脇をすり抜けるなどして、逃げる事ができたという場合です。この場合には、過剰避難も成立しません。

法律家のための解説

1 「緊急避難」という言葉自体は、一般にも比較的知られていると思われます。しか

し、「緊急避難場所」などのように、一時的に避難するという意味で使われたり、「緊急避難的な措置」などのように、やむをえず一時的にとりあえず行うという意味で使われたりするのが一般です。そこには、いわゆる「法益の権衡性」,「補充の原則」などの概念は意識されていないでしょう。したがって、一般的に使われている「緊急避難」という言葉と刑法上の「緊急避難」とは、全く違う概念であるということ意識して用いる必要があります。

- 2 刑法上は、正当防衛も緊急避難も「やむを得ずにした行為」という全く同じ言葉を使っています。しかし、正当防衛の場合と異なり、緊急避難の場合には、この「やむを得ずにした行為」という文言から、解釈上「補充の原則」が導かれます。混同しないよう注意が必要です。
- 3 「法益の権衡性」の要件と「補充の原則」の要件とは、それぞれ別個独立した要件ではなく、両方をあわせて避難行為の相当性の問題として総合的に検討すべきものです。したがって、抽象的に論じてあまり意味がなく、具体的な事案に応じて、柔軟に説明する必要があるでしょう。

4 責任能力

犯行当時の精神状態が、自分の行動に責任を負えるようなものであったこと

使用例

最終弁論（論告）で

検察官 「弁護人は、被告人は本件犯行当時、心神喪失の状態にあり、責任能力がなかったなどと主張します。しかし、被告人の精神鑑定を行った 医師の証言によれば、被告人に責任能力があったことは明白です。」（検察官の論告）

最終弁論で

弁護人 「被告人は本件犯行当時、心神耗弱状態にあり、完全な責任能力がありませんでした。刑を減輕すべきです。」

裁判員のための解説

1 責任能力がないと処罰されないのが刑法の原則

なぜ、犯罪を行った人が犯罪者として刑罰を科されるかと言えば、やってよいことと悪いこととを区別し、悪いことはしないという判断できるにもかかわらず、あえて悪いこと＝犯罪を行ったからです。これに対して、やってよいことと悪いことが区別できない人が犯罪行為を行ったとしても、あえて悪いこと＝犯罪を行ったとは言えませんからその人を非難し、刑罰を科することはできません。善悪を判断できる人が、自らの判断によって罪を犯した場合に処罰するのが、刑法の大原則なのです。

2 責任能力の有無や程度が法廷で問題とされるのは、使用例にある「心神喪失」（刑法39条1項）、「心神耗弱」（刑法39条2項）の場合です。その意味については、各項目を参照してください。

ほかに「14才に満たない場合」（刑法41条）も処罰されないことになっていますが、この場合は起訴されることがないので、法廷で問題となることはありません。

法律家のための解説

1 責任能力は刑法学上の概念であり、言葉自体が抽象的です。正面から「責任能力」という用語で議論をすると、各人が持っているこの言葉に対するイメージが一人歩きしてしまうおそれもあります。

したがって、裁判員に対し、「責任能力があるかどうか判断して下さい」と正面から問いかけるのではなく、「心神喪失の疑いがあるかどうか、心神耗弱の疑いがあるかどうかを判断して下さい」というように、責任能力を他の具体的な用語（心神喪失、心神耗弱等）に置き換えて話した方がわかりやすいでしょう。勿論、これらの言葉を使う時には、わかりやすい説明を伴うことが必要です。

2 しかし、たとえば最終弁論の中で「心神喪失のため責任を問うことはできない。」というように、最終的に被告人に責任があるのか、被告人が責任を負う能力を持っているのかどうかといった文脈の中で、前提として、責任能力の内容を説明する場面が考えられます。この点は、評議の場においても同様でしょう。

したがって、裁判員が理解しやすい基本的な説明の枠組みは、準備しておく必要があります。

3 被告人・弁護人側は、責任阻却事由について立証責任を負担しているわけではありません。「心神喪失が認められるかどうか、心神耗弱が認められるかどうかを判断して下さい」というような表現は、この点について誤解を生む可能性があるため、前項のような表現をしました。言い方に工夫が必要です。

4 論じ方

法廷では、責任能力が争われた過去の事例などを引用しながら、被告人の当時の具体的な行動から、被告人に心神喪失、心神耗弱を認めることができるのかどうかを説明していくことになるでしょう。

その際も、抽象的に「責任能力」という表現を用いるのではなく、具体的に「心神喪失」「心神耗弱」という表現を用いた方が分かりやすいことは、前述のとおりです。

関連語 心神喪失，心神耗弱，刑の減輕

5 心神喪失・心神耗弱

心神喪失

精神の障害により、やってよいこととやってはいけないことを判断し、またはやってはいけない行為を抑えることが、全くできない状態。

なお、「精神の障害」というのは、病気などの長期的な障害だけでなく、薬物や飲酒などによる妄想などの一時的な障害も含む。

使用例

論告で

検察官 「弁護人は、被告人は本件犯行当時、**心神喪失の状態**にあり、責任能力がなかったなどと主張します。しかし、被告人の精神鑑定を行った 医師の証言によれば、被告人に責任能力があったことは明白です。」

裁判員のための解説

- 1 「精神の障害」として典型的なのは、統合失調症など幻覚や妄想をともなう病気です。しかし、統合失調症の場合でも重度であるかどうか、またその他の精神病や知的障害の場合は、その症状や程度が、慎重に検討されることとなります。
- 2 長期にわたる病気だけでなく、薬物の影響や、飲酒による病的酩酊による意識障害なども、心神喪失と認められる場合があります。

法律家のための解説

- 1 「精神障害」と表現すると、長期的な障害のイメージが強くなり、一時的な障害も含むことが伝わりにくくなります。これを的確に伝える必要がある場合は、「精神の障害」と、助詞「の」を入れることにより、伝わりやすくなるでしょう。
- 2 「精神障害」「精神の障害」については、主張する病気や障害に関して知識を持たない人もあり得ることを踏まえ、簡単な補足説明を加えることが必要でしょう。
- 3 「能力」という言葉には注意が必要
説明のため、「弁別能力」「行動制御能力」という言葉を使いたくなるかも知れませんが、「能力」という法律用語は、責任能力の概念からくる法律学特有の要件（主観的要件）です。社会生活で使用されている「能力」とはニュアンスが異なります。また、社会生活で使用されている「能力」には、たとえば「能力主義」、「能力が劣っている」といったような、特定の意味や価値評価が込められていることもあります。
したがって、法律学特有の「能力」という用語をそのまま使用することは避けた方がよいでしょう。
- 4 「弁別」「行動制御」の置き換え方
「弁別」 「やってよいこととやってはいけないこと」
「行動制御」 「行動を制御する」よりは「行為を抑える」

関連語 責任能力，心神耗弱

心神耗弱

精神の障害により，やってよいこととやってはいけないことを判断し，またはやってはいけない行為を抑えることが，非常に困難な状態。

なお，精神の障害というのは，病気などの長期的な障害だけでなく，薬物や飲酒などによる妄想などの一時的な障害も含む。

使用例

最終弁論で

弁護人 「被告人は本件犯行当時，**心神耗弱状態にあり**，完全な責任能力がありませんでした。刑を減輕すべきです。」

裁判員のための解説

- 1 心神喪失とは，やってよいこととやってはいけないことを判断し，またはやってはいけない行為を抑えることが「全くできない」場合ですが，心神耗弱とは，それが「非常に困難な」場合のことです。
- 2 完全なものではありませんが，責任能力があることになりすから，刑罰を科することはできます。しかし，完全な責任能力がある場合と比べれば，非難される度合いは低くなりますので，刑を減輕しなければなりません。

法律家のための解説

心神喪失の項を参照してください。

関連語 責任能力，心神喪失，刑の減輕

6 既遂・未遂・中止未遂（中止犯）

既遂

ある犯罪行為にとりかかり，その結果を生じさせたこと。

未遂

ある犯罪行為にとりかかったけれども，その結果が生じるに至らなかったこと。

中止未遂（中止犯）

犯罪行為にとりかかったけれども，自分の意思で途中でやめたため未遂に終わったこと。

使用例

冒頭陳述で

検察官 「被害者が死亡したのは，まさに被告人の行為によるものなのです。したがって，被告人は殺人既遂の責任を負います。」

最終弁論で（未遂の使用例）

弁護士 「確かに，被告人が殺人の実行行為を行ったことは間違いありません。しかし，被害者が死亡したのは，被告人の行為とは全く別の原因によるものなのです。被告人には，殺人未遂が成立するにすぎません。」

冒頭陳述で

弁護士 「確かに，被告人は，被害者を殺そうとして，両手でその首を絞めました。しかし，苦しそうにする被害者の顔を見ると，『人殺しなどいけない』と思い直し，自分の意思で首を絞めるのをやめたのです。被告人には中止未遂が成立します。」

裁判員のための解説

1 犯罪は結果が生じることが必要

多くの犯罪は，犯罪行為を行うだけでなく，それによってある結果が生じることが必要とされています。例えば，殺人罪（刑法199条）は，「人を殺した者は，死刑又は無期若しくは5年以上の懲役に処する」と規定されています。つまり，殺人罪が成立するには，人を殺す行為だけでなく，「人を殺した」という結果が生じることが必要とされているのです。人を殺す行為によって「人を殺した」という結果が生じれば，当然，殺人罪として処罰されます。

2 結果が生じなくても処罰される場合がある

これに対して，犯罪行為にとりかかったが，それが終わらなかったために結果が生じなかった場合，あるいは，犯罪行為にとりかかり，それを終えたが結果が生じなか

った場合というのもありえます。例えば、人を殺そうと思って鉄パイプで頭を殴ろうとしたが、空振りしてしまい、その後相手が逃げてしまったために殺せなかった場合、あるいは、実際に鉄パイプで頭を殴ったが、結果的に相手が死ななかった場合などである。確かに、この場合、殺人罪が予定している「人を殺した」という結果は生じていませんが、人を殺そうとする行為をしたことに違いはありません。たとえ結果が生じていなくても、このような危険な行為をした者は処罰する必要があります。そこで、一定の犯罪については、結果が生じていなくても未遂罪として処罰されるのです。ちなみに、未遂が処罰されるのは、放火、殺人、強制わいせつ、強姦、窃盗、強盗、詐欺、恐喝、背任などの犯罪です。

そして、犯罪行為によって結果が生じた場合を、未遂と区別する意味で、既遂と言います。

3 実行の着手がなければ未遂にもならない

犯罪行為にとりかかることを実行の着手と言います。たとえば、殺人罪で言えば、人を殺す行為にとりかかることを殺人の実行の着手と言います。

たとえ、結果が生じなかった場合であっても、そもそも、実行の着手が内場合には、未遂にもなりません。たとえば、人を殺そうと思って包丁を買って、家に置いておいたが、その後、気が変わって、殺すのをやめたという場合を考えてみましょう。この場合、包丁を買ってそれを家に置いておくことは、「人を殺す行為」とは言えません。したがって、殺人の実行の着手がないこととなります。実行の着手がありませんから、殺人未遂にはなりません。

もっとも、この例で、包丁を買ってきて家に置いておくということは、人を殺す行為の準備のための行為ですから、殺人予備罪として処罰されます。犯罪行為にとりかかってもないのに処罰するということですから、予備が処罰されるのは、殺人、身代金誘拐、強盗などの重大犯に限られます。

4 未遂にも二種類ある

結果が生じなかったと言っても、その原因にはいろいろなものがあります。例えば、相手を殺そうとして両手で相手の首を絞めたが、結果的に相手は死ななかったというケースでも、相手が激しく抵抗したために、殺すほど強く首を絞めることができなかった場合もあれば、首を絞められて苦しんでいる相手の顔を見て、かわいそうになり、自分から首を絞めるのをやめたという場合もあるでしょう。このように、殺そうと思えば殺せたけれども、あえて殺すのをやめた人は、殺そうと思っても相手の抵抗にあって殺せなかった人よりも寛大に扱う必要があります。

そこで、結果を生じさせようと思えばできたにもかかわらず、自分の意思で犯罪行為をやめて、結果が発生しなかった場合は、中止未遂（中止犯）として、刑を減軽（p.53）するか免除しなければなりません。これに対して、中止未遂（中止犯）以外の未遂は、障害未遂と言って、刑を減軽することもできますが、刑を減軽しないこともできるのです。

法律家のための解説

- 1 「未遂」という言葉は、一般的にも使われていますが、法律上の概念は必ずしも厳密に理解されているとは言えません。上記に詳細な説明をしたので、参考にしてください。
- 2 「実行の着手」を抽象的に論じても、理解しにくいと思われます。具体的事例に則して説明する方がよいでしょう。