

## I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ「Ⅲ. 学説の状況」2 頁 5 行目に「行為者の認識した事情をもとに」とあるが、「行為者の認識した事情」とは具体的に何か。
2. 検察レジュメ「Ⅴ. 学説の検討」3 頁 25 行目に「中止犯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」とあるが、そのように考える具体的な理由は何か。
3. 検察レジュメ「Ⅲ. 学説の状況」2 頁 5 行目に「通常一般人が行為を中止するか否かを判
- 10 断し」とあるが、かかる考えと「自己の意思により犯罪を中止」という刑法 43 条ただし書の文言との関係を検察側はどう考えているか。

## II. 学説の検討

### ・ a 説(主観説)について

- 15 この説によれば、少しでも外部的事情から影響を受ければ任意性が否定されることになるが、何らの外部的事情の影響も受けない内部的動機の形成は事実上あり得ず、任意性が全く肯定されなくなってしまう<sup>1</sup>。例えば、実際には警察官が近づいていないのに近づいてくると思って犯行をやめた場合に、本説によれば、外部的事情とは全く独立に犯行を中止しているから任意性が認められることとなる。しかし、これは中止犯の減免根拠を違法性
- 20 減少説ととらえても責任減少説ととらえても、減免するに値する人格的態度とは言えず、任意性を肯定するのは不合理である。

また多少外部的事情から影響を受けたとしても、犯罪行為者の人格的態度に対する減免の余地は十分残されていると考えられるから、完全に自己の意思で犯罪を中止しなければ任意性を一切否定するというのは妥当ではない。

- 25 従って、弁護側は a 説を採用しない。

### ・ b 説(限定主観説)

- この説は中止犯の減免根拠について責任減少説に立ち、中止が広義の後悔(悔悟、憐れみ、憐憫、同情、反省等)に基づく限り任意性を肯定する説である。もっとも、責任減少を動機が倫理的に好ましい場合に限る理由が不明であるし、どこまでが広義の後悔に含まれるのか基準も不明確である<sup>2</sup>。また、このように任意性を倫理的動機に基づかせるのであれば、
- 30 結果が発生してしまった場合にも同じ取り扱いをしなければならなくなるし、中止犯は必要的減免を法的効果とするにすぎないのに、任意性概念をこのように限定する必要はなく、このような要件を掲げるのは刑法の謙抑主義に反する。

従って、弁護側は b 説を採用しない。

<sup>1</sup> 山中敬一『刑法総論Ⅱ』(成文堂,1999 年) 725 頁。

<sup>2</sup> 山中・前掲 727 頁。

・c 説(客観説)について

この説は任意性を通常一般人から見て客観的に判断し、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任意性を認める説であるが、そもそも「一般人」という基準が曖昧であるといえる。また、本説は犯罪者の認識した事情をもとに、一般人が犯罪者の立場にたった場合どのように行動するかを考える説であるが、犯罪者の認識した事情や犯罪者の性質を一般人のどこまで負わせるのか疑問であるし、行為者の主観を度外視して客観的な性質のみを判断するのは「自己の意思により」という文言にそぐわない。例えば、犯罪行為者が長年忌み嫌っていた相手を殺そうとナイフで相手の腹を刺したが、思いとどまって犯行を中止し救命行為を行った場合、通常の殺意よりも非常に強い殺意を抱いていたにもかかわらずそれを中止したことは任意性を肯定する方向に大きく傾く事情であるが、一般人の立場で考えた場合、相手が腹から血を出しているのを見たら通常何らかの救命行為を行うと考えられるから、任意性は否定されてしまう。これは、規範に直面し一度は犯行に及んだにもかかわらず、自らもう一度反対動機を形成し、犯罪結果が起こらないようにした行為者の人格態度に対する道義的非難を減少させるという責任減少説の立場からすると中止犯の根拠に著しく反する結果となってしまう。

また、中止犯の根拠を違法性減少説と解しても結果の防止に向けられた行為を認識・認容する心理状態が中止行為者に存在する点で違法減少が認められるのであるから、行為者の主観を判断基準とすべきである。以上のように、中止犯は個々の犯罪につき刑の減免に値する行為を行為者がしたかどうかを考えるものであるから、実際に犯行を行った行為者ではなく、犯罪と無関係の一般人を基準とするのは妥当ではない。

従って、弁護側はc 説を採用しない。

・d 説(折衷説)について

本説は行為者の主観について外部的障害がどのような影響を与えたのかを具体的に検討し、外部から与えられた影響が中止を強制する物理的障害に相当する程度のものであった場合、またはそこから生理的障害が生じて中止に至った場合を障害未遂とし、そうでない場合が規範意識の働きうる心理状態に基づいて行われた中止行為であり、任意性を認めるというものである<sup>3</sup>。

任意性の要件は中止犯の法的性格との関連において論ずべきであるところ、その中核は犯罪意思の放棄により結果発生の危険性が減少したことに求める違法性減少説に有ると考えると、外部的障害を認識したことを条件とし、そのうえで行為者が犯罪意思を放棄したという意味で違法性を減少させる違法要素と考えるべきである以上、その判断は客観的でなければならない。このように考えると、任意性の要件は違法性を減少させる主観的要素であるから、その判断は行為者の主観を基準としなければならない。

また、中止犯の根拠を責任減少と考えると、「自己の意思により」とは「中止に向かっての積極的な人格態度」を意味することとなるため、やはり判断基準は行為者の主観による

<sup>3</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)430頁。

ものでなければならない。

従って、弁護側は d 説を採用する。

### Ⅲ. 本問の検討

#### 5 第 1. 甲の罪責について

1. 甲が A の頸部を果物ナイフで突き刺した行為に殺人未遂罪(199 条、203 条)が成立するか。

2. (1) 甲は A の人体の枢要部である頸部を果物ナイフという鋭利な凶器で突き刺し、よって A に全治 6 か月の傷害を負わせているところ、かかる行為は死亡結果発生の現実的危険を有する行為であり、殺人の実行行為は認められる。

(2) では、甲に殺人の故意(38 条 1 項本文)は認められるか。確かに、当該行為は果物ナイフという鋭利な凶器で、人体の枢要部である頸部に深さ 5cm も突き刺すという非常に危険な行為であり、故意が認められそうに思える。

しかし甲は当初、交際を認めさせるため、A を脅す目的で果物ナイフを使用するつもりであった。ところが、A は果物ナイフを見せても態度を変えることはなかったことから、甲が実際に危害を加えることはないだろうという A の内心を察知し、脅すだけでは A の態度は変わらないと思い、次の手段として、専ら危害を加える気があることをわからせるために A の頸部に果物ナイフを突き立てたと言える。このことから、甲は A をわずかに傷つける程度の故意しか有していなかったと考えられる。その上、そもそも A が死亡してしまえば交際の継続など不可能であり、当該行為後に、A を必死で救命しようとしていることから A の死などまったく望んでいないことがわかる。とすると愛する A の死亡結果を認識、認容しておらず、殺人の未必の故意すらも認められず、傷害の故意を有するにとどまる。

3. よって殺人未遂罪(199 条、203 条)は成立せず傷害罪(204 条)が成立する。

#### 第 2. 予備的検討

1. 次に、仮に甲に殺人の故意が認められた場合について予備的に検討する。

2. 甲は殺人の故意を持って、上述の通り、殺人の実行行為を行っているが、死亡結果が発生していないため、殺人未遂罪(199 条、203 条)が成立する。

3. (1) とはいえ、甲は当該行為に及んだ後、救急車を呼ぶ等しており中止犯(43 条ただし書)が成立しないか。

(2) 中止犯とは自己の意思で犯罪を中止した場合に刑を減輕または免除するものである。以下検討を加える。

(3) まず、中止したといえるか。中止したといえるためには結果発生防止のために真摯な努力をすることが必要となる。本件では甲は A の血が流れるのを見て、迷うことなく直ちに來ていたカーディガンを傷口に当て止血し、「動くな、じっとしとけ。」と声をかけ意識喪失を防止している。その上自ら消防に連絡し、救急車と警察の手配を頼み、自らの犯行を隠すどころか申告している。それらの事情を見ると、甲は可能な限りの救命活動を行っ

ており、結果発生防止のための真摯な努力をしている。

次に自らの意思で中止行為に出たといえるか。いわゆる任意性の有無が問題となる。任意性の判断につき、弁護側は d 説を採用する。具体的には、外部的事情が行為者の主観にどう影響したかを客観的に判断し、行為者がやろうと思えば出来たがしなかったといえた場合に任意性を肯定する。本件において、16 時の公園とはいえ、ナイフを取り出した上で  
5 のやりとりがあったにも拘わらず誰も警察を呼んでいないことから、公園に人がいなかったと推察される。そのような場所で瀕死の重傷を負っている A に止めをさすことは容易であるし、甲は A の呼吸の度に血が流れ出るのを見て驚愕しているものの、即座に救命行為に出ていることから、至って冷静であり、血を見て犯行の続行が不可能になったとは考え  
10 られず、状況的にも精神的にもやろうと思えば犯行を続行できたといえる。よって、任意性が肯定でき、甲は自らの意思で中止行為にでたといえる。

また、甲の呼んだ救急車は通りがかりの主婦が呼んだ救急車の 3 分後に到着しているものの、甲の止血等の救命活動がなければ、出血多量による失血死や出血が気管に入ることによって窒息死する可能性があり、中止行為と結果防止の間の因果関係は認められる。

15 以上より、甲は自己の意思で犯罪を中止したといえるため、中止犯(43 条ただし書)が成立し、刑が必要的に減免される。

4, よって甲には殺人未遂罪(199 条、203 条)が成立し、43 条ただし書きにより刑が必要的に減免される。

#### 20 IV. 結論

甲は傷害罪(204 条)の罪責を負う。また殺意が認められれば殺人未遂罪(199 条、203 条)が成立、43 条ただし書により刑が必要的に減免される。

以上