

**I. 反対尋問**

- 5 1. 検察側の採用する責任減少説に立つ場合、非難可能性の減少のみを減免根拠としているにも関わらず、中止犯の成立要件に中止行為が含まれていることはどのように考えているのか。
2. 「行為者の外部的事情へ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」を「自己の意思により」と言えるのか。
3. 「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」としているが、場合によっては含むということか。また、含む場合は具体的にどのような状況か。
- 10 4. 責任減少説の検討において、「犯罪が未遂に終わろうと既遂に終わろうと避難可能性の減少・消滅することとなり・・・妥当ではない。」と説明しているが、この批判は検察が採用する責任減少説+政策説にも当てはまるのではないか。

**15 II. 学説の検討**

**1. 中止犯の刑の減免根拠**

**A説(政策説)について**

- 20 本説は一般予防主義的な認識を基礎づけとし犯罪の防止という政策的な理由から人が犯罪を犯そうとしたとき、その最後の瞬間においても思い直して止めるように推奨しようとする見解である。これは、行為者が中止すれば寛大に取り扱われることを事前によく知っていれば意味があるが、この規定を知らないものには効果が期待できず、減免根拠としては不適切である。したがって、弁護側は採用しない<sup>1</sup>。したがって、弁護側はA説を採用しない。

**B説(法律説)について**

**B-1説(違法性減少説)について**

- 25 主観的違法要素である故意が阻却されるとすれば、違法性だけでなく責任も減少するはずである。またこの説によれば、違法性が減少するのは意思の危険性が減少するからだけではなく、客観的な危険状態も減少すると説明されるが、主観的違法要素である故意を撤回しただけで客観的な危険状態が事後的に減少するというのは無理がある<sup>2</sup>。したがって、違法性減少のみを減免根拠とすることは不十分であるから、弁護側はB-1説を採用しない。

**30 B-2説(責任減少説)について**

たしかに、犯罪実行の決意を放棄したことによって非難可能性が減少する。しかし、それは中止犯の法的性格の一面にすぎない。行為者が発生させた法益侵害の危険性を中止行為で除去したことによって違法性が減少したこともまた中止犯の法的性格であるから、責任減少のみを減免根拠とすることは不十分である。したがって、弁護側はB-2説を採用しない。

**35 C説(結合説)について**

**C-1説(政策説+違法性減少説)について**

政策説、違法減少説と同様の批判が妥当する。したがって、弁護側はC-1説を採用しない。

**C-2説(政策説+責任減少説)について**

政策説、責任減少説と同様の批判が妥当する。したがって、弁護側はC-2説を採用しない。

40

以上の通り、検察側が提起した上記の説について採用しうる説がなかったため、弁護側は新たにD説(違法性・責任減少説)を提起する。

**D説(違法性・責任減少説)について**

- 45 この説は故意を主観的違法要素として認める限り、中止行為による違法性減少を肯定し、また任意

<sup>1</sup> 渡邊誉『南九州大研報 No38(2008)』「中止犯の法的性格」38頁参照。

<sup>2</sup> 西田典之『刑法総論』(2006年, 弘文堂) 315頁参照。

性のある中止行為は同時に責任も減少する説<sup>3</sup>。

- 前述した通り、中止犯において、違法性減少、責任減少のみでは、減免根拠としてならず、両方が備わって初めて中止犯が成立すると考える。というのも、そもそも中止犯の理論とは、「裏返しにした犯罪論そのもの」であり、中止犯規定は「逆の方向に向かった」構成要件であると考えられるからである。違法性と有責性が肯定されなければ犯罪が成立しないように、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の成立を肯定することはできない<sup>4</sup>。したがって、弁護側はD説を採用する。

## 2. 中止犯の任意性の有無の判断基準

### 10 α説(主観説)について

外部からの影響を受けず心のなかから生じた動機にしたがって止めた時に任意の注意であるとする見解は、結論の妥当性に問題がある。例えばもし助けを哀願する被害者の姿(これは外部的事情である)を見たことで中止に至った場合、任意性を否定することになるが、かかる結論は不当である<sup>5</sup>。したがって、弁護側はα説を採用しない。

### 15 β説(限定主観説)について

検察側と同様、任意性と倫理性を混同すべきではなく、またこの説は、道義的動機にもとづく中止行為であれば既遂の場合にも、未遂と同じ取り扱いをしなければならない点で妥当ではない<sup>6</sup>。したがって、弁護側はβ説を採用しない。

### γ説(客観説)について

- 20 そもそも、一般人の基準というのが曖昧である。さらに、「自己の意思により」という条文の文言から行為者の主観を任意性の基準とすべきであるのに、本説は一切行為者の主観面を考慮しない<sup>7</sup>点で妥当でない。したがって、弁護側はγ説を採用しない。

- 25 以上の通り、検察側が提起した上記の説について採用しうる説がなかったため、弁護側は新たにδ説(客観的主観説)を提起する。

### δ説(客観的主観説)について

- 30 この説は外部的刺激が行為者の同期に与えた影響を具体的に検討したときに、それが中止を強制するような物理的障害に相当する程度のものであった場合か、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は、規範意識が働き得る心理状態に基づいて中止行為が行われたと考えられるから、違法減少を主観的に帰責することが可能となり、中止未遂を認め得るとする<sup>8</sup>。

- 35 任意性の要件をいかに解するかの問題は、「自己の意思により」中止したのかどうかの問題なのである。そして、自己の意思ということからして、その要件は行為者の主観面を顧慮するものでなければならぬ。あくまでも判断の対象は一般人ではなく行為者とされるべきである。

- 一方で、内面的動機は何らかの外部的事情の影響を受けずに形成されるものは実際上ほぼありえないのであるから、外部からの影響を受けずに行為者に生じた動機にしたがって止めた場合のみを任意の中止とすることは厳格に失する。外部的刺激を受けて中止した場合の中でも、中止未遂が認められる場合を認めるのがより妥当である。

- 40 したがって、判断対象は行為者の主観面とし、外部的刺激がそれに与えた影響を具体的に、客観的に判断して中止犯の任意性が認められる範囲を決するべきである。

よって、外部的刺激が一般人ではなく行為者の動機に与えた影響を具体的に検討したとき、規範意識がはたらきうる心理状態で中止行為が行われた場合には、外部的影響を受けたが自発的意思にもとづいて中止したといえるので、任意性を認めるとする本説が妥当である<sup>9</sup>。したがって、弁護側はδ説

<sup>3</sup> 川端博『刑法総論講義』(1995年, 成文堂) 496頁。

<sup>4</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年, 成文堂) 281頁。

<sup>5</sup> 前掲・井田 290頁。

<sup>6</sup> 前掲・山中 825頁。

<sup>7</sup> 大塚裕史ら『基本刑法 I—総論 第2版』(201年, 日本論評社)292頁。

<sup>8</sup> 前掲・井田 290頁。

<sup>9</sup> 大塚仁『刑法総論[第四版]』(有斐閣、2008年)258頁。

を採用する。

### Ⅲ 本問の検討

- 1 (1) 甲がAの頸部にナイフを突き立てた行為に殺人罪（199条）が成立しないか検討する。殺人罪の要件は人を殺したことである。
- 5 (2) ナイフという殺傷力の高い武器で人の頸部という人体の体に重要な部分を刺す行為は人の死という現実的危険性を有する行為である。しかし、Aは死んでおらず全治6ヶ月の傷害を負ったにとどまるから死の結果は発生していないので殺人罪（199条）は成立せず、殺人未遂罪（199条、203条）が成立するに留まる。
- 10 2(1)もつとも、甲は救急車を手配している。かかる場合に中止犯（43条但書）となり必要的減免とならないか検討する。
- (2) 中止犯の減免根拠は弁護側のとる違法性・責任減少説より、「自己の意思に」基づいて中止行為を決意した点で常に責任が減少し、「中止した」ことによって常に違法性を減少させるところであると解する。
- 15 (3) これを本件についてみると、自己の意思によりとは常に主観的違法要素としての、弁護側のとる「中止した」とは犯罪の完成を阻止する行為であり、着手未遂の場合は、実行行為を続行しないだけで足りるが、実行未遂の場合には、結果への因果が発生している以上結果の発生を防止する真摯な努力が必要であると解するところ、甲は既にAの頸部をナイフで刺して因果が発生している。この点、甲は救急車の手配を行っており、通常もし負傷していた人がいた場合に症状を悪化させない場合には、救急車を手配してプロの医師に委ねることが最善であるから救急車の手配を行ったことは相当結果の発生を防止に役立ったといえる。さらに、甲は着ていたカーディガンでAの頸部を押さえるという応急処置を行っており、失血死の結果を防止するための止血方法として、頸部を圧迫する方法は合理的である。よって、真摯な努力をしていると言え中止したといえる。
- 20 (4) 次に、任意性、すなわち中止行為が「自己の意思により」行われたものであるかを検討する。弁護側は8説に立つので、外部的刺激が行為者の動機に与えた影響を検討し、それが中止を強制するような物理的障害に相当する程度のものであった場合か、もしくはそこから生理的障害が生じて中止に至った場合かを判断する。そして、かかる場合でない認められる場合には、規範意識が働き得る心理状態に基づいて中止行為が行われたといえるので、「自己の意思により」犯罪を中止しようとしたと認められると解する。
- 25 本問においては、甲はAの大量の血を口から吐き出し、呼吸の度に血が流れている様子を認識しており、驚愕しているが、その後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するなど行動しているから、生理的障害が生じていたということはできない。また、かかるAの状態は、抵抗することがしにくい状態であるといえることができるから、これからとどめをさす行為はむしろしやすくなっているといえ、物理的障害とはいえないし、それは甲に中止行為を行うことを物理的障害に相当する程度に心理的に強制したものともしえない。また、甲の行為は16時にマンションの裏の公園で行われたものである。かかる事情も甲の認識していた外部的事情といえる。たしかに、16時はまだ日が沈んでおらず、通りがかった人やマンションの住人に目撃される可能性は否定できない。また、実際に買い物帰りの主婦が現場を目撃していることから、現場が目撃される可能性のある場所であったと認められる。しかし、甲はカーディガンを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りするなどの行為を他人に依頼することなくすべて一人で行っていることから、行為者である甲が認識していたのは、あくまでも人に目撃される可能性のある場所でAを刺したということのみであり、実際に人に目撃されたことなどを認識したとはいえない。むしろ甲は当時、現場の周りに自分以外誰もいないと認識していたといえる。
- 30 そのような行為者の認識した外部的事情は、生理的障害や物理的障害に相当するものとはいえない。したがって、任意性が認められ、甲の中止行為は「自己の意思により」行われたものであるといえる。
- 35 (5) なお、上記構成要件の認識認容は問題ない。
- (6) よって、殺人未遂罪(199条、203条)の中止犯（43条但書）が成立する。
- 40 3 また、甲がAの頸部にナイフを突きつけAが畏怖するに足りる程度の有形力の行使によって間接的に生命、身体に対する害悪を告知して、交際を断られたものの、Aに義務のない交際を続けさせようとした行為に強要未遂罪（233条3項）が成立する。
- 45 4 以上より、甲は殺人未遂罪(199条.203条)の中止犯（43条但書）と強要未遂罪（233条3項）の罪責を負い、両者は併合罪（45条）となる。

#### IV. 結論

甲は殺人未遂罪(199条.203条)の中止犯（43条但書）と強要未遂罪（233条3項）の罪責を負い、両者は併合罪（45条）となる。

以上