

### I. 反対尋問

- 5 1. 検察側レジュメ 4 頁 9 行目において、C 説に対して『基準の恣意化』をもたらす恐れのあるものである」と批判しているが、D 説ではそのような恐れはないのか。
2. 検察側レジュメ 4 頁 16 行目以下において、「一般に、……前者の方が心証の良いのは明らかであり、……」とあるが、この心証は誰が得るものなのか。
3. 検察側レジュメ 3 頁 14 行目以下において、「窃盗犯が……中止犯となるのは不合理である」とあるが、なぜ不合理なのか。
- 10 4. 検察側は中止犯の責任判断についてどのように考えているか。

### II. 学説の検討

A 説:主観説について

- 15 そもそも中止犯の成立が認められるためには、「自己の意思により犯罪を中止した」(43 条ただし書) が必要である。自己の意思により、といえるかどうかは中止行為の任意性の問題である<sup>1</sup>。

- この説は、内部的動機が外部的障害の表象によって生じたものであるかによって「自己の意思により」といえるかどうかを区別している。そして、外部的障害の表象によって生じた動機とはなにかについて、フランクの公式は行為者が中止にあたって、「たとえできるとしても、なしとげることを欲しない」とした場合自己の意思によるものとして任意性を認め、
- 20 「たとえ欲したとしても、なしとげることはできない」とした場合には自己の意思によるものではないとする<sup>2</sup>。また、「自己の意思により」は、行為者の意思がどうであったかの問題であるから、外部的事情の表象によって、行為者の意思がどのような影響を受けたかを検討
- 25 しなければならないとし、行為者の現実の意識の過程を客観的に判断し、できると感じたと思われらるに関わらず中止した場合を、自己の意思により中止したものと解するべきであるとしている。

- しかし、その根拠として「自己の意思により」という主観的要素を、違法性を減少せしめるものとして、違法性の要素として捉えており<sup>3</sup>、中止犯の法的性格を違法減少として考
- 30 えている点で妥当ではない。

よって弁護側は主観説を採用しない。

<sup>1</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)429頁。

<sup>2</sup> 福田平『全訂刑法総論[第5版]』(有斐閣,2011年)236頁,237頁。

<sup>3</sup> 福田平・前掲 237頁。

## B 説:客観説について

この見解によれば、行為者の中止の動機などは任意性の判断にとって重要でないことになる。

しかし外部的事情が中止行為者の主観に与えた影響ではなく、一般人に与えた影響を基準とするのは、「自己の意思」という主観を検討するための方法として適切ではない<sup>4</sup>。

なぜなら、例えば、流血を見て動じる人もいればそうでない人もいる場合において、行為者の意思が重要なのであり、行為者の意思を無視して判断することはできない。また、このような判断方法は「自己の意思によ」という条文の本来の意味を形骸化してしまう。

さらに、「あっさり射殺してしまうより、苦しめて殺してやろう」などと、犯罪遂行上欲張った都合で一旦やめるような場合まで、中止犯とすることは<sup>5</sup>、刑法の持つ社会秩序維持機能を害しうる。

よって、弁護側は B 説を採用しない。

## C 説:折衷説について

この説は、外部的刺激が行為者の動機に与えた影響を具体的に検討し、規範意識が働きう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場合には、中止行為の任意性を肯定する説である。

ここで、何らの外部的事情の影響を受けない内部的動機などあり得ないことから、外部的事情の影響を受けて中止したケースの中で、中止未遂が認められる場合と障害未遂にとどまる場合とを区別する必要がある一方で、「自己の意思により」といえるかどうかの問題となっている以上は、外部的事情が行為者の動機に与えた影響を無視することはできない。

また、中止犯において刑の必要的減免がなされることの根拠は、中止行為および結果の不発生という違法減少の要素と、任意性という責任減少の要素の両方があって初めて成立する<sup>6</sup>ものであり、任意性の要件は責任減少に関わる要件であるところ、責任とは、違法行為に出たその意思決定に対する非難可能性のことであり、その場合の非難とは、規範意識を働かせることにより違法行為に出ようとする動機を抑制し、意思決定に至らせるべきでなかったのに、意思決定に至らせたことについての否定的価値判断<sup>7</sup>のことをいう。ここにおいて重要なのは、規範意識が働き得るか否かであって、動機の内容・「行為が規範意識に基づくか否か」ではない。よって、中止行為が任意でなされたものであるか否かの判断において、中止行為が規範意識に基づくことまでは必要ではないというべきである。

以上の点を踏まえると、C 説が妥当というべきであるから、弁護側は C 説を採用する。

<sup>4</sup> 福田平『全訂刑法総論[第4版]』(2004年)230頁。

<sup>5</sup> 斎藤信治『刑法総論[第6版]』(有斐閣, 2008年)226頁。

<sup>6</sup> 井田良・前掲 424頁。

<sup>7</sup> 井田良・前掲 362頁。

#### D 説:限定主観説について

この説は行為者の内心の状態を直視する点において正当であるが、法的評価と倫理的評価の混同を招く恐れがあり、また、常に「広義の後悔」を必要とすることは、中止犯を単に刑の必要的減免事由としているにすぎないわが国の刑法の解釈に新たな要件を加えるものであり、厳格過ぎる。行為者自身の任意の中止である限り、たとえ積極的な後悔によらなくても、刑の減輕を認めてよい場合も少なくない<sup>9</sup>。

また、現行刑法の成立過程において、恐怖心から中止する場合や、利益のために中止する場合など、悔悟がない場合にも中止犯による刑の減輕が与えられることを当然の前提としている。

10 以上より中止犯は悔悟がない場合にも認められるべきであると解し、「広義の後悔」にのみ中止の任意性の存否を求める当説は不合理である。

したがって、弁護側は D 説を採用しない。

### III. 本問の検討

15 1.(1) 甲が A の腹部を包丁で突き刺した行為について、殺人未遂罪(199 条、203 条)が成立しないか。

(2) 甲は、刃渡り 10 センチもある包丁を用いており、これは鋭利で殺傷能力の高い刃物である。甲の行為は、このように危険な刃物で、A の腹部という人体の枢要部を内蔵に到達するまで突き刺す行為であったこと、また、これによる A の失血死の可能性もあったことから、A の死亡という現実的危険性を有する行為といえ、殺人の実行行為にあたる。しかしながら、実際に死亡結果は発生していない。

甲は A の殺害を決意し、公園に A を呼び出し、包丁まで持参していることから、A に対する殺意が認められ、殺人の故意(38 条 1 項本文)があるといえる。

(3) したがって、甲の行為に殺人未遂罪(199 条、203 条)が成立する。

25 2.(1) しかしながら甲は、実行行為終了後、救急車を呼び止血を行う等、A の救命行為を行っている。このことから、甲に中止犯(43 条ただし書)が成立し、刑が必要的に減免されないか。

(2) 甲は「自己の意思により」このように行為したといえるか。甲の救命行為に任意性があるかが問題となる。

30 ここで弁護側は C 説を採用するところ、外部的刺激が行為者の動機に与えた影響を具体的に検討し、規範意識が働きうる心理状態に基づいて当該行為が行われたと考えられる場合には、任意性を肯定する。

本問において、甲は A の腹部からの大量出血を見て、幼少期のトラウマと現実の光景を重ね合わせているが、パニックに陥って自己を見失うこともなく、中止しなければ

<sup>8</sup> 井田良・前掲 431 頁。

<sup>9</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)[第三版増補版]』(有斐閣,2005 年)242 頁。

ならないような生理的事情もない状況で、むしろ我に返り、Bを呼び止める等冷静にAの救命を行っている。

よって、甲の行為は規範意識が働きうる心理状態に基づいて行われたと考えられ、任意性が肯定される。

5 (3) 甲の行為は「中止」行為といえるか。

ここで、「中止」行為といえるためには、結果発生防止に向けた真摯な努力が必要となる。

10 本問において、甲は即座に救急車を呼び、自らAの止血を行っている。このような迅速な処置がなされなければ、Aは失血により死亡していた可能性が高かったことから、甲の行為はAの死亡という結果発生防止に向けた真摯な努力であるといえる。

(4) よって甲には中止犯(43条ただし書)が成立する。

3. 甲の行為は殺人未遂罪(199条、203条)であるが、中止犯(43条ただし書)として必要的減免となる。

15 IV. 結論

甲は殺人未遂罪(199条、203条)の罪責を負い、中止犯(43条ただし書)によって減免される。

以上