HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	刑事判例研究奈良地判令和2年10月12日（2020WLJPCA10126005）　（中止未遂における結果発生の危険性の有無の判断と刑の減免根拠）
著者	神元，隆賢；KANMOTO，Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，57(2)：97-118
発行日	2021-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

判例研究

中止未遂の刑の減免根拠に言及したうえで、結果発生の危険性の有無を、客観的事情をもとに一般人の立場から判断して、中止未遂の成立を否定した事例

奈良地裁令和2年10月12日判決
（令元（わ）429号）
（2020WLJPCA10126005）

神　元　隆　賢

【事実の概要】

被告人は、実父A（以下「父親」という。）、実母B（以下「母親」といい、実父と実母を合わせて「両親」という。）及び兄と生活していたが、30代半ば頃、それまでの警備のアルバイトを辞め、その後は職に就かず、家事の手伝い等を行うほかは、専ら自宅に引きこもる生活を送るようになった。

被告人は、令和元年9月、左下肢静脈瘤との診断を受けて手術を受けることになったことや、その後に生じた体調不良等から、同年10月頃にうつ病にり患し、同月中旬頃には、このまま生きていれば経済面や生活面で家族に迷惑を掛けると考え、自殺しようと考えるようになった。そして、同年11月5日夜、自殺を実行に移そうと決意したが、現在被告人方の家事や両親からの頼まれごとをしている自分が死んでしまえば、肺気腫を患っており、歩行にも困難を来している父親や左眼網膜剥離により左目の視力をほとんど失っていた母親が困るので、両親も一緒に死んだ方が良いと考え、両親を殺害した上で自殺しようと考えた。

被告人は、同月6日午前7時頃、前記被告人方において、殺意をもって、父親（当時81歳）に対し、その腹部を包丁（刃体の長さ約16.7 cm）で突き刺した上、頭部を携帯用酸素ボンベ（重さ約3 kg）で複数回殴打

したが、同人に全治約4か月ないし5か月を要する歩行困難、高次機能障害の後遺症が見込まれる頭部多発挫創、びまん性軸索損傷、腹部刺創等の傷害を負わせたにとどまり、同人を死亡させるに至らず、前記日時場所において、殺意をもって、母親（当時77歳）に対し、1階から2階につながる階段の上方からその背中を両手で突き飛ばして同人を1階廊下まで突き落とし、さらに、左頬を前記包丁で突き刺すなどした上、頭部を前記携帯用酸素ボンベで殴打したが、同人に全治約114日間を要する第一腰椎破裂骨折、左頬切創等の傷害を負わせたにとどまり、同人を死亡させるに至らなかった。

被告人は、両親に各判示の加害行為（以下「本件加害行為」という。）を加えた後、被害者両名がいずれも動かなくなり、放置すれば死亡するであろうと考え、それ以上の加害行為をするのをやめた（被告人供述）。このとき、父親は上記の傷害を負って、死亡する危険性の高い状態にあった。母親は上記の傷害を負って、死亡する危険性のある状態にあった。

被告人は、両親を殺害後、つり橋に行き自殺するつもりであったことから、犯行の発覚を遅らせる目的で、自宅の電話機の受話器のコードを切断し、続いて、外出前に着替えをするために2階の自室に向かったが、そのとき、母親がうめき声を上げたことから、我に返り、大変なことをしてしまったと考えた。そこで、被告人は、携帯電話を使用して110番通報をしたが、その中で、被告人は、救急車に来てほしい、早く来てほしいなどと訴えていた（なお、この行為により被告人には刑法上の自首が成立する。）。

弁護人は、本件各犯行について、被告人は、「自らの意思により」「犯行を中止した」（これらは、中止未遂の要件となる講学上の概念であるから、かぎ括弧書きで用いる。）から、中止未遂となり、また、本件各犯行当時、うつ病の影響のため心神耗弱の状態にあったと主張した。

【判旨】

有罪（殺人未遂罪、中止未遂不成立、懲役4年）。

中止未遂の「自らの意思により」といえるかについては、「被告人は、本件加害行為直後は、両親は放置すれば死亡すると認識していたのであるから、この時点で被告人が『自らの意思により』更なる加害行為をしなかったということはできない。また、受話器のコードを切断した時点でも同様である。しかし、被告人は、母親のうめき声を聞いた後は、両

親の救命が可能かもしれないと考える一方で、両親が抵抗することができる状態にはなく、両親に対して更なる加害行為をすることができる状態であったのに、更なる加害行為はせず、110番通報をし、その際、上記のとおり両親の救命を望んでいたのである。この時点でも、被告人は自宅に留まり続けており、本件各犯行の機会はなお継続中であったといえるから、このような状況下で被告人が両親に更なる加害行為をしなかったことは、『自らの意思による』ものと認められる。……確かに被告人には自殺をすることが怖くなったという気持ちもあったと認められるが、その一方で、大変なことをしてしまったとも考え、本件各犯行を後悔し、両親の救命を望んで110番通報をしたのであるから、なお『自らの意思による』ものといえる。」とした。

中止未遂の「犯行を中止した」といえるかについては、「『犯行を中止した』というために、更に加害行為をしないことで足りるか、結果が発生しないよう積極的に活動することが必要となるかの区分の基準は、結果が発生する危険性があったかどうかによるべきであり、また、ここでいう結果発生の危険性の有無は、中止未遂では必ず刑を減軽又は免除しなければならないとされている理由が、『自らの意思により犯行を中止した』犯人に対しては社会からの非難の程度が低下することと、そのような犯人に恩典を与えて犯罪結果の発生を社会的に減少させるという政策的考慮にあるという中止未遂の意義・趣旨に照らせば、客観的事情をもとに、一般人の立場から判断すべきである。

これを本件についてみると、……両親は、本件加害行為後、いずれも死亡する危険性がある状態にあったと認められるのであるから、被告人が『犯行を中止した』というためには、両親が死亡しないように積極的に活動することが必要である。しかし、被告人は、110番通報をし、救急隊員が被告人方に入りやすいように玄関の鍵を外し、廊下にあった酸素ボンベを移動させたほかは、両親に声を掛けることも、両親の呼吸、脈、出血等その様子を具体的に見ることも、止血措置をすることもなかったのであるから、両親が死亡しないようにするための積極的な活動を十分行ったとは到底いえず、本件各犯行は、いずれも被告人が『犯行を中止した』ものとはいえず、中止未遂とはならない。

弁護人は、被告人は、110番通報の際、警察官に対し、父親が出血していること、意識の有無が分からないこと、父親に対して行った加害行為の内容等を分かる範囲で伝えていることや、仮に止血措置をしたとして

も父親の容態には影響しなかったと思われることを挙げて、被告人は両親が死亡しないようにするための積極的な活動を十分行ったといえると主張する。しかしながら、被告人は、通報に携帯電話を使用していたのであるから、通報をしながらであっても両親の下に移動して声を掛け、その様子を見たり、清潔なタオルで圧迫止血をしたりすることは容易にできたのに、上記のとおり、両親に対する声掛けその他の具体的な措置を行っていないのであるし、止血措置等の措置の有効性に疑問があるからといって、その措置を採らないことが逆に積極的な活動をしたことと評価されるわけではないから、弁護人の主張は採用することができない。」とした。

心神耗弱にあたるかについては、「E 鑑定が指摘するとおり、本件各犯行において被告人のうつ病が影響を与えたのは、①被告人が自殺を決意したという点と、②自殺を決意した被告人が『自分が死ぬと両親も困るので、両親も一緒に死んだ方が良い』と考えて本件各犯行を決意したという点に限られ、関係証拠に照らしても、本件各犯行のその余の部分、すなわち犯行の計画・準備内容、犯行態様、犯行後の状況、これらに関する被告人の認識や記憶等には、うつ病の影響は見られない。

そこで、①及び②の点が被告人の善悪を判断する能力及びその判断に従って行動を制御する能力に与えた影響についてみると、仮にこれらの点が専らうつ病の影響であったとすれば、被告人は、専らうつ病のために、自殺するという考えや両親も一緒に死んだ方が良いという考えにとらわれていたものとして、その善悪を判断する能力やその判断に従って行動を制御する能力が著しく損なわれていたとみる余地がある。しかし、E 鑑定が指摘するとおり、被告人のうつ病は、軽症（その中では中等症寄り）であって、①の自殺の決意は、うつ病が直接影響したものではなく、被告人の回避的な性格傾向を反映したものと認められるし、実際に、本件各犯行後、被告人はうつ病の治療を受けておらず、そのうつ病の病態はさほど変わらずに推移しているとみられるのに、本件各犯行後は自殺の考え（希死念慮）は目立たなくなったことからしても、被告人の自殺の決意にうつ病が与えた影響が大きかったとはいえないのであって、本件各犯行時に被告人が自殺するという思考にとらわれていたとしても、それが専らうつ病に起因したという関係にはない。また、②の両親殺害の決意は、このような①の自殺の決意を前提とするものであるし、E 鑑定も指摘するとおり、『自分が死ぬと両親も困るので両親も死んだ

方が良い』という過度に悲観的な考え方にはうつ病の影響が一定程度あったとは考えられるものの、被告人のうつ病は軽症である上、本件各犯行後間もなく、母親のうめき声を機に、そのうつ病の病態はさほど変化していないとみられるのに、その考えがなくなったということは、その考えに対するうつ病の影響が大きくなかったことを意味するものである。そうすると、やはり、被告人が、両親も死んだ方が良いという思考にとらわれて本件各犯行を決意したとしても、それが専らうつ病に起因したという関係にはないというべきである。

そうすると、被告人の自殺の決意も、これを前提とする本件各犯行の決意も、主として障害されていない被告人の正常な精神機能の下でなされたものというべきであって（このことは、被告人はうつ病にり患していなければおそらく自殺を決意しなかったであろうという関係が成り立ったとしても左右されるものではない。）、被告人が、うつ病のためにその善悪を判断する能力やこれに従って自らの行為を制御する能力がある程度損なわれていたとは考えられるものの、専らうつ病のためにその思考が自殺や両親の殺害にとらわれ、それゆえにこれらの能力が著しく損なわれていたとは考え難い。

したがって、本件各犯行当時、被告人がうつ病のためにその善悪を判断する能力やこれに従って自らの行為を制御する能力が著しく損なわれていたという疑いはなく、被告人は完全責任能力の状態にあったものと認められる。」とした。

【評釈】

1　本件で問題となるのは、以下の点である。

第1は、中止犯（中止未遂）が成立するためには、自己の意思により「中止した」という、任意による行為の中止が必要であるところ、この任意性の有無をどのようにして判断すべきかという点である。

学説上は、主に以下が主張されている。

客観説は、外部的障害の認識が、社会通念上一般に障害とならないのに止めた場合であるとする[1)]。本説に対しては、「自己の意思」により中止したかが問題となるのに、行為者自身の動機に与えた影響を考慮しないのは妥当でないとの批判がある[2)]。

1）木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論』（増補版・1978年）362頁。

純主観説（心理的主観説、単純主観説）は、外部的障害の影響を受けずに自発的・積極的に止めた場合であるとする[3]。本説に対しては、助けを哀願する被害者の姿を見たという外部的障害により中止した場合に、中止犯を否定するという結論は不当であるとの批判がある[4]。

限定主観説は、改悛・同情等の広義の悔悟に基づいて止めた場合であるとする[5]。本説に対しては、法的評価と倫理的評価の混同を招くおそれがある[6]、第43条にない要件を加えて中止犯の成立範囲を狭めるのは疑問である[7]などの批判がある。

フランクの公式説は、①「やろうと思ってもやれない」と思った場合が障害未遂、②「やろうと思えばやれた」と思ったが止めた場合が中止未遂であるとするドイツのフランクの公式を用いて、行為者が外部的障害を認識して①と②のいずれと判断するかを判断して、任意性の有無を決定すべきとする。この見解は、内部において、フランクの公式に該当するかを、行為者を基準として判断する主観説[8]と、一般人を基準として客観的に判断する折衷説[9]とに分かれる。

従来の判例はどうか。

最判昭和24年7月9日刑集3巻8号1174頁は、被告人が強姦に着手したところ、被害者の出血を見て驚愕し姦淫を止めた場合につき、「その驚愕の原因となった諸般の事情を考慮するときは、それが被告人の強姦の遂行に障碍となるべき客観性ある事情である」として、中止犯を認めなかった。これは明確に客観説に拠ったといえよう。

2）曽根威彦『刑法原論』（2016年）509頁、井田良『講義刑法学・総論』（第2版・2018年）471頁。

3）小野清一郎『刑法講義総論』（新訂増補・1950年）186頁、団藤重光『刑法綱要総論』（第3版・1991年）363頁。

4）井田・前掲書471頁。

5）内田文昭『刑法Ⅰ総論』（改訂補正版・1997年）272頁、佐伯千仞『刑法講義（総論）』（四訂・1981年）322頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法総論』（第3版・2019年）344頁。

6）山口厚『刑法総論』（第3版・2016年）302頁、井田・前掲書472頁。

7）井田・前掲書472頁。

8）曽根・前掲書508頁、井田・前掲書471頁、高橋則夫『刑法総論』（第4版・2018年）426頁。

9）大谷實『刑法講義総論』（新版第5版・2019年）385頁。

最決昭和32年9月10日刑集11巻9号2202頁は、被告人が就寝中の母親を殺害しようとしてバットで殴ったところ、呻き声をあげたので死んだと思い自室に戻ったが、同女が被告人を呼ぶので現場に戻ると、同女が頭から血を流して苦しんでいるので驚きかつ恐怖して殺害の続行ができなかった事案につき、「これ以上更に殺害行為を続行し母に痛苦を与えることは自己当初の意図にも反するところであるから、所論のように被告人において更に殺害行為を継続するのがむしろ一般の通例であるというわけにはいかない」とし、「被告人の良心の回復又は悔悟の念に出たものであることは原判決の認定しないところであるのみならず、……右のような事情原因の下に被告人が犯行完成の意力を抑圧せしめられて本件犯行を中止した場合は、犯罪の完成を妨害するに足る性質の障がいに基くものと認むべきであって、刑法四三条但書にいわゆる自己の意思により犯行を止めたる場合に当らない」として、中止犯を認めなかった。本決定の採った任意性の判断基準については、「犯罪の完成を妨害するに足る性質の障がいに基く」かを問題としていることから客観説に拠るとする論者[10]、「犯行完成の意力を抑圧」されていたか否かを問題としていることから主観説に拠るとする論者[11]、「一般の通例」かを問題としていることから、フランクの公式説の折衷説に拠るとする論者[12] などがあり、見解が分かれている。さらに言えば、「良心の回復又は悔悟の念」を問題としていることから、限定主観説に拠るものと見る余地も当然にある[13]。

福岡高判昭和61年3月6日高刑集39巻1号1頁は、被害者の流血を見て中止した事案について、「外部的事実の表象が中止行為の契機となつている場合であつても、犯人がその表象によつて必ずしも中止行為に出るとは限らない場合に敢えて中止行為に出たときには、任意の意思によるものとみるべきである。……本件の中止行為は、流血という外部的事実の表象を契機としつつも、犯行に対する反省、悔悟の情などから、任意の意思に基づいてなされたと認めるのが相当である。」として中止

10）西田・総論343頁、曽根・前掲書510頁、井田・前掲書431頁、川端博『刑法総論講義』（第3版・2013年）498頁。

11）佐久間修『刑法総論』（2009年）335頁。

12）大谷・前掲書387頁。

13）大谷・前掲書387頁参照。

犯を肯定しており、外部的障害が一般に障害となるか否かという、後掲する客観説のいう客観的基準による判断を基本としつつ、限定主観説のいう倫理的基準を併せ考えて中止犯の成否を判断したものと解される[14]。

以上のとおり、客観説とも限定主観説ともとりうる判例の理論を、どのように理解するべきであろうか。その分析においてとくに見解の分かれる最決昭和32年9月10日をも含めた従来の判例について、「言葉の上では中止動機の倫理性を要求しているが、犯罪遂行にとって外部的障害が大きかったと認められた場合は中止動機の倫理性を否定することによって任意性を否認し、小さかったときはそれを肯定することによって任意性を認めるというものであり、任意性の判断において中止動機の倫理性の役割は絶対的ではない」[15]、「一貫して整合的な理論的構造を有するものであるかはやや疑わしいが、傾向としては、任意性を肯定する際には限定主観説に近い口ぶりを、反対に、任意性を否定する際には客観説に近い口ぶりを示すものが多いようである」[16] などの指摘があるが、このあたりが真相に近いように思われる。

そして本判決は、「大変なことをしてしまったとも考え、本件各犯行を後悔し、両親の救命を望んで」いた点を「『自らの意思による』ものといえる。」として、まさに「限定主観説に近い口ぶり」で任意性を肯定している。これもまた、ある意味、従来の判例の立場を踏襲したと見ることができよう。もっとも、母親がうめき声を上げたことから我にかえって中止したという点で、本判決の事案は上掲最決昭和32年9月10日と類似している。これに照らせば、本判決は、任意性を否定した上掲最決昭和32年9月10日よりも、さらに限定主観説寄りの、倫理性を重視する立場をとったと見る余地もあろう。

なお私見は、限定主観説を妥当と考えている。限定主観説は、後悔、改悛、同情、憐憫といった主観的要素を要求するが、これは道義的責任

14）奥村正雄「中止行為の任意性」西田典之他編『刑法判例百選Ⅰ総論』（第6版・2008年）141頁参照。

15）町野朔『刑法総論』（2019年）353頁。これに対し、前田雅英『刑法総論講義』（第7版・2019年）126頁は同様の指摘をするものの「悔悟の情の存否が重要な意味を有する」とする。

16）小林憲太郎『刑法総論』（第2版・2020年）278頁。

論を前提とすれば責任非難を減少させる要素であって、中止犯の刑の減免根拠に関する責任減少説との親和性が高いとの指摘がある[17]。私見は、中止犯の刑の減免根拠について違法・責任減少説を採るが、任意性を責任減少要素と解して限定主観説を支持することは可能である。

2　第2は、中止犯が何故、いったん未遂犯が成立しているにもかかわらず、通常の未遂犯から区別されて特別に寛大な取り扱いをされ、刑を必要的に減刑または免除されるのかという、中止犯の刑の減免の根拠に関する議論について、本判決が明確な立場を示した点である。

中止犯の刑の減免の根拠について、学説上は大きく、政策説（刑事政策説）と法律説が対立する。

政策説は、中止犯を寛大に扱う根拠を、多くはリストの「後戻りのための黄金の架け橋」との説明を用いて、犯罪の完成を未然に防止しようとする政策的配慮にあるとする。政策説はドイツでは通説的地位を占めているが、どのような政策目的によるものかを巡って、その内部で非常に多彩な学説が主張されている[18]。これに対し、今日のわが国の政策説は、概ね、一般予防と特別予防のいずれの効果を期待するかを巡って議論が展開されている。すなわち、犯罪の中止を奨励することで一般予防効果を期待するもの（一般予防説）[19]、犯人の危険性の消滅という特別予防効果を根拠とするもの（特別予防説）[20]、積極的特別予防上、すなわち一身専属的に、行為者の処罰の必要性が減少ないし消滅すると、法ないし立法者が看做している、推定しているとするもの（積極的特別予防説）[21]、積極的特別予防に加えて積極的一般予防、すなわち行為者の任意の中止行為により一般の人々の規範妥当性意識が維持・強化されて処罰の必要性が減少ないし消滅するとするもの[22] などである。本説に対し

17）西田・総論 344 頁、大谷・前掲書 385 頁。

18）ドイツの政策説の状況については、野澤充『中止犯の理論的構造』（2012 年）342 頁以下、吉田敏雄『未遂犯と中止犯』（2014 年）134 頁以下参照。

19）大場茂馬『刑法総論下巻』（再版（復刻版）・1918 年）809 頁、木村（阿部）・総論 369 頁、小林・前掲書 263 頁。

20）木村『刑法の基本概念』（1949 年）276 頁。

21）伊東研祐「積極的特別予防と責任非難」『刑事法学の課題と展望　香川達夫博士古稀祝賀』（1996 年）275 頁。

22）吉田・前掲書 155 頁。

ては、ドイツ刑法第24条第1項は中止犯の刑の必要的免除を認めているところ、必要的減免しか認めないわが国では政策的効果が薄い[23]、中止の奨励が効果あるためには刑法典が一般に周知されていなければならないが、これが期待できるか疑問である[24]、刑事政策的考慮というだけでは中止行為そのものの可罰的評価、すなわち刑を免除するのか、減軽するのか、減軽するならばどの程度の刑とするのかを明らかにすることが全くできない[25] などの批判がある。

一方、法律説は、中止犯を寛大に扱う根拠を、犯罪成立要件である違法性と責任のいずれかの減少に求めるが、違法性と責任のいずれに、あるいは両方に根拠を求めるべきかを巡って議論がある。

違法減少説は、犯罪行為の中止によって違法性が減少するとする。本説は、その内部で、主観的違法要素としての故意を生じた後にこれを放棄することで違法性が減少することを根拠とするもの[26]、中止行為により法益侵害の危険性が減少したことを根拠とするもの[27]、あるいはその両方を根拠とするもの[28] に分かれる。本説が違法性を「消滅」ではなく

23）牧野英一『刑法総論下巻』（全訂版・1959年）642頁、平場安治『刑法総論講義』（1954年）138頁、香川達夫『刑法講義〔総論〕』（第3版・1996年）306頁、中義勝『犯罪総論』（1980年）211頁、大谷・前掲書383頁。なお、法律説の立場から政策説を批判する論者も、「多少なりとも『後戻りのための橋』の機能をもつ」（団藤・前掲書362頁）、「日本の刑法でも『土橋』くらいの意味はある」（町野・前掲書347頁）などとして、政策的意味を必ずしも全面的には否定しないことが多い。

24）平場・前掲書138頁。なお、浅田和茂『刑法総論』（第2版・2019年）401頁は、「身代金目的拐取罪の解放減軽規定に見られるように、刑事政策目的はかならずしも国民が知っていることを前提とするものではないから、これらの批判は、かならずしも決定的ではない」とする。

25）井田・前掲書462頁。

26）齊藤信宰『刑法諸問題の解釈』（2015年）215頁以下、福田平『刑法総論』（全訂第5版・2011年）235頁（もっとも、政策説と違法減少説の結合説を採る）。

27）塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻』（1997年）250頁、町野・前掲書347頁、高橋・前掲書420頁（もっとも、中止行為という事後的回復行為により「違法性関連的な可罰性」が減少するとする可罰性減少説を採る）。

28）平場・前掲書140頁、佐伯・前掲書323頁、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）334頁（もっとも、同『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981年）144頁では政策説と違法減少説の結合説を採る）、西原春夫『刑法総論』（1987年）287頁（もっ

「減少」とするのは、いったん未遂犯となった後で、中止行為により事後的に違法性の消滅を認めることが困難だからであると説明される[29]。本説に対しては、共犯者のうち一人が中止犯となった場合に、制限従属性説によれば違法性の減少が他の共犯者にも連帯することとなりかねないとの批判[30]、自己の意思による中止という主観的事情を違法性と結びつけるべきではないとの批判[31]がある。

責任減少説は、自己の意思で思いとどまった以上、犯罪実行を決意した意思に対する非難可能性が減少するから、責任が減少ないし消滅するとする[32]。本説に対しては、決意の撤回ないし中止行為がなされた以上は責任が減少すると解すると、結果が発生した場合についても刑の減免を認めるべきということになるのではないかとの批判がある[33]。

違法・責任減少説は、中止犯は、中止行為及び結果の不発生という違法性減少と、任意性という責任減少の両方の要件がそろってはじめて成立するから、違法性と責任の両方が減少するとする[34]。

他方、政策説とくに一般予防説と法律説を結合（併合）ないし総合すべきとする主張もある。

政策説と違法減少説の結合（併合）説は、違法減少説が基本的には妥当であるが、中止犯につき第43条但書により寛大な取り扱いをすることで犯罪の完成を未然に防止する一般予防効果は皆無でないとする[35]。

政策説と責任減少説の結合説は、任意性の存在により、国民の規範意識からみた非難は弱まるから、責任減少説が妥当であるが、第43条但書

とも、政策説と違法減少説の結合説を採る）。

29）平野・諸問題（上）144頁。

30）香川・総論307頁、野澤・前掲書379頁。

31）前田『刑法総論講義』（第5版・2011年）168頁。なお、第6版以降ではこの記述は削除されている。

32）香川・総論306頁、団藤・前掲書362頁、西田・総論338頁、前田・第7版124頁、曽根・前掲書499頁（適法行為の期待可能性が困難な状況で、あえて適法行為（中止行為）を選択したことによる非難の減少であるとする）、浅田・総論403頁（可罰的責任が減少するとする（可罰的責任減少説））。

33）香川・総論315頁。

34）井田・前掲書465頁、山口・前掲書295頁。

35）瀧川幸辰『犯罪論序説』（改訂・1947年）188頁、福田・前掲書235頁、大谷・前掲書383頁、平野・総論333頁、西原・前掲書287頁。

は、いかに責任が減少しようとも結果を生ぜしめた場合には褒賞を与えるべきでないとして中止犯を未遂に限定しているから、同条は一般予防効果を意図した政策的規定であることを否定しきれないとする[36)]。

総合説は、政策説と違法減少説・責任減少説を総合して考えるべきとする[37)]。本説に対しては、「あまりにも不明確である」[38)]、「犯罪論の段階的構成および分析的思考の放棄であって、全体直観的思考につながる」[39)]などの批判がある。

本判決は、「中止未遂では必ず刑を減軽又は免除しなければならないとされている理由が、『自らの意思により犯行を中止した』犯人に対しては社会からの非難の程度が低下することと、そのような犯人に恩典を与えて犯罪結果の発生を社会的に減少させるという政策的考慮にある」として、この議論にあえて踏み込んだうえで、政策説と責任減少説の結合説を採ることを明示した。中止犯の刑の減免根拠に関する判例の立場は、上述のように、任意性の内容において道義的責任の減少にかかる広義の後悔の情を重視することから、刑の減免根拠について基本的には責任減少説を採用しているとする指摘はある[40)]。しかし、本判決のように、中止犯の刑の減免根拠の議論に実際に踏み込んだうえで、その立場を明確に示した判例は皆無である。しかも、本判決は非難の程度すなわち責任の減少と政策的考慮に言及し、政策説と責任減少説の結合説という、必ずしも支配的とは言い難い学説を採用したのであるから、この点は特筆に値するというべきである。

36）植松正『刑法概説Ⅰ総論』（再訂・1974 年）324 頁、前田・第 7 版 124 頁、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（2002 年）1284、1286、1289 頁。なお、山中敬一『刑法総論』（第 3 版・2015 年）806 頁は、中止犯という報奨の存在を前提とし、結果の発生を回避するよう勧奨する規範（勧奨規範）が存在しており、この規範に従うことにより可罰的責任が減少すると解する可罰的責任減少説を主張する。一般予防説のいう報奨を犯罪論体系に組み入れることで、一般予防説と責任減少説の結合説の主張内容を法律説一元の立場から展開したものと言えよう。

37）大塚仁『刑法概説（総論）』（第 4 版・2008 年）257 頁、伊東『刑法講義総論』（2010 年）325 頁、林幹人『刑法総論』（第 2 版・2008 年）365 頁。

38）浅田・総論 403 頁。

39）山中・前掲書 805 頁。

40）前田・第 7 版 124、126 頁。

3　第3は、着手中止と実行中止の区別に関する議論について、本判決が、政策説と責任減少説の結合説を根拠とし、結果発生の危険性の有無を、客観的事情をもとに、一般人の立場から判断して区分すべきとの立場を示した点である。

未遂犯は、実行行為には着手したが終了しなかった着手未遂と、実行行為は終了したが結果が発生しなかった実行未遂に分類される。さらに中止犯は、実行行為に着手後、その終了前に継続して行うべき実行行為を放棄する、言い換えれば着手未遂の段階で実行を放棄する不作為に出る着手中止と、既に実行行為を終了した後に結果の発生を防止する、言い換えれば実行未遂の段階から結果発生を防止する作為に出る実行中止の2つに分類される。そして実行中止では、どの程度の作為が中止犯となるために必要であるかが問題とされる。

従来の判例はどうか。最高裁では、結果発生の危険性の判断基準について立場を示したものは格別見られない。しかし、下級審では、客観的事情を中心に判断するもの、さらに近年は、行為者における結果発生の危険性の認識という主観的事情をこれに併せて判断するものが見られる。

東京地判昭和40年4月28日下刑集7巻4号766頁は、被告人が大人の頭大の石を取り上げ、立つたまま頭の上から三回にわたってAの頭部に投げ下ろすなどし、逃げ出したAに対し、殺害の目的を遂げるべく庖丁を携えて近寄ったが、Aの様子を見て可哀想に思うと同時に済まないことをしたと思い、Aを医師のもとに連れていき治療を受けさせ、入院加療二三日間を要する頭蓋内出血を伴う前額部及び後頭部挫創の傷害を負わせた事案について、「頭部に受けた前記傷並びにこれに伴う身体障害は相当重症であるから、これを放置して医療措置を講じなかつたとしても死の結果を来たす可能性が全くなかつたとは決して断じ難く、被告人が石を以てAの頭部に加えた暴行は岸を死に致す可能性ある危険な行為であつたといわなければならない」としたうえで、中止未遂の成立を認めた。結果発生の危険性の有無を客観的事情をもとに判断し、実行中止による中止犯を認めたものといえる。

東京高判昭和51年7月14日判時834号106頁は、被告人らがAを殺害することを共謀し、被告人Bの意をうけた被告人Cが、刃渡り約五二センチメートルの日本刀を振り上げてAの右肩辺りを一回切りつけたところ、Aが前かがみに倒れたので、更に引き続き二の太刀を加えて

Aの息の根を止めようとして次の攻撃に移ろうとした折、Bが、Cに対し次の攻撃を止めさせ、被告人Cもこれに応じてAに対し二の太刀を振り降ろすことを断念した事案について、「被告人らとしても、右被告人CがAに加えた最初の一撃で同人を殺害できたとは考えず、さればこそCは続けて次の攻撃に移ろうとしたものであり、Aが受けた傷害の程度も右肩部の長さ約二二センチメートルの切創で、その傷の深さは骨に達しない程度のものであった……のであるから、被告人らのAに対する殺害の実行行為が原判示Cの加えた一撃をもって終了したものとはとうてい考えられない（なお、原判決は、右Cの加えた一撃によりAは出血多量による死の危険があったというがこれを認めるに足りる証拠はない。）。してみれば、本件はまさに前記着手未遂の事案に当たる場合であ」るとしたうえで、中止未遂の成立を認めた。これも、結果発生の危険性の有無を客観的事情をもとに判断し、実行中止による中止犯を認めたものといえる。もっとも、「被告人らとしても、……最初の一撃で同人を殺害できたとは考えず」というから、行為者の主観的事情も危険性判断において考慮された可能性がある。

東京高判昭和62年7月16日判時1247号140頁は、被告人がAの左側頭部をめがけて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「命だけは助けて下さい」などと哀願され、憐憫の情と後悔の念から行為の続行を中止し、Aは全治約2週間の左前腕切傷を負った事案について、「被告人は、Aを右牛刀でぶった切り、あるいはめった切りにして殺害する意図を有していたものであって、最初の一撃で殺害の目的が達せられなかった場合には、その目的を完遂するため、更に、二撃、三撃というふうに追撃に及ぶ意図が被告人にあったことが明らかであるから、原判示のように、被告人が同牛刀でAに一撃を加えたものの、その殺害に奏功しなかつたという段階では、いまだ殺人の実行行為は終了しておらず、従つて、従って本件はいわゆる着手未遂に該当する事案であるといわねばならない。」としたうえで、中止未遂の成立を認めた。危険性判断において、行為者の主観的事情が重視されたように見えなくもないが、そもそもAの負傷の部位・程度は生命の危険を発生させるものではないから、これを客観的事情として考慮し、着手中止による中止犯の成立を認めたと見ることもできよう。

東京地判平成14年1月22日判時1821号155頁は、被告人が殺意をもってAの首の後ろの辺りを先端の鋭利なたこ焼きピックで五回ほど

にもわたって突き刺し、全治不明の頸髄損傷の傷害を負わせたが殺害の目的を遂げない状態で、床に横たわったまま起き上がれない状況に陥ったAから救急車を呼んでくれるよう要求されたが放置して立ち去った事案について、「この時点における一般人の立場からの判断としては、殺人の既遂に至る具体的危険が被告人の行為とは独立して生じた場合に当たるというべきである。そして、被告人自身の判断も、その否認供述にもかかわらず、同様のものであったと認められる。しかるに、このような場合には、『犯罪を中止した』というためには、生じた危険を積極的行為により消滅させることが必要であるというべきであるが、被告人は危険を消滅させる行為を何らすることなく、気を失って横たわっているAを放置して現場から立ち去ったというのであるから、本件において中止未遂は成立しない。……(Aの頸髄は部分損傷の程度に止まっており、直ちに生命に危険を及ぼした可能性は乏しいとの)医師の上記の判断は、Aが自分で一一〇番通報して病院に搬送され、高圧酸素治療などを受けて一命をとりとめた後になされた客観的判断であるところ、既遂に至る具体的危険が生じたか否かについては前記のように事前の一般人の立場からの判断を基準とすべきであり、事後的な客観的判断を基準とすべきではない。」とした。危険性判断を事前（行為時）と事後のいずれの時点で行うべきかという問題について行為時判断を採用したもので[41]、これは不能犯に関する具体的危険の判断に通じる[42]。

一方、学説上は、着手未遂（着手中止）か実行未遂（実行中止）かを判断するに際し、主観的事情と客観的事情のいずれか、あるいは両方を用いるべきであるかを巡って議論が展開されている。

主観説は、主観的事情のみを考慮し、結果発生に至るための行為計画が完了した時点で実行未遂となり、そこに至るまでは着手未遂であるとする[43]。これによれば、たとえば行為者が連発銃を数発発射して殺害する計画であった場合は、最後の一発を発射し終わるまでは着手未遂となるから、数発発射して致命傷を負わせられなかったとしても、最後の一

41）井田・前掲書468頁注19、斎藤信治「実行未遂と着手未遂」百選Ⅰ（第6版）143頁、城下祐二「実行未遂と着手未遂」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅰ総論』（第8版・2020年）143頁。

42）和田俊憲・刑事法ジャーナル4号（2006年）81頁。

43）瀧川・前掲書188頁、牧野・前掲書633頁、吉田・前掲書176頁。

発を発射する前に中止したならば中止犯となる。本説に対しては、最後の一発を発射し終えてもなお殺害に至らず、なお所持の短刀をもって殺意を遂げようとした場合などは、限りなく中止犯成立の余地が続くこととなってしまい、悪性の大きい者がかえって恩恵に浴する結果となってしまう[44] などの批判がある。

客観説は、客観的事情のみを考慮し、結果発生に至る可能性のある行為が終了した時点で実行未遂となるとする[45]。これによれば、連発銃の最初の一発であっても人を殺すには足りるから、最初の一発の時点で実行未遂となる。本説に対しては、一発目が外れた場合、救護のための作為の余地がないから、その後の行為を中止しても中止犯は成立しないこととなってしまう[46] などの批判がある。

折衷説は、主観と客観の両者を考慮して総合的に判断すべきとする。これによった場合に、上記の連発銃事例がどうなるかについては、その内部で見解が分かれている。例えば、福田博士は、最初の一発が命中した場合は実行未遂であって、積極的に結果を防止する作為のない限り中止犯とはならないが、最初の一発が命中せず、二発目の発射が客観的に可能かつ行為者もそのように認識していた場合は着手未遂であって、二発目を発射しない不作為で中止犯を認めうるとする[47]。これに対し、齊藤教授は、「殺そうという行為者の主観」で一発目を発射したならば、その行為計画が一発目で殺そうと思っていたとしても、あるいは三発目で殺そうと思っていたとしても、いずれにせよ結果発生の危険性の面から実行未遂となるとする[48]。ここでは行為者の主観の考慮が強調されているものの、結論としては客観説と同様となるように思われる。

近年支持者を集めている因果関係遮断説（新客観説）は、結果発生に向けた因果の経過が、未だ既遂の結果を惹起する状態に達していなければ不作為で足りる着手中止、達していたならば結果発生を防止する作為を必要とする実行中止とし、作為の中止行為に出たか否かを問わず、結果が発生してしまったならばそもそも中止犯にならないとする[49]。これ

44）植松・前掲書 329 頁。
45）植松・前掲書 328 頁。
46）浅田・総論 408 頁。
47）福田・前掲書 239 頁注 1 。
48）齊藤・前掲書 221 頁。

によれば、連発銃の最初の一発で致命傷を負わせた場合は実行未遂で、積極的な中止行為により死亡結果との因果関係を遮断できれば中止犯が成立するが、死亡結果との因果関係を持ちうる致命傷を負わせない限りは、数発を発射したとしてもなお着手中止となる。行為者が何発発射して殺害しようと考えていたかという行為計画は、問題とはならない。この立場からは、着手中止と実行中止の区別はさほど重要なものではなく[50]、中止行為と結果不発生の間に因果関係があれば中止犯が成立する。本説に対しては、刑の減免根拠に関する責任減少説からの、そもそも中止行為と結果不発生の間に因果関係を要求すべきではない[51]などの批判がある。

思うに、因果関係遮断説のいう、既遂結果を惹起する状態に達していたか否かの判断は、従来の判例や学説のいう結果発生の危険性の判断と、格別異なるものとは思われない。一発目が命中したとして、それが死亡結果と因果関係を持ちうる致命傷であるか否かという、結果発生の危険性判断はどうしても必要となるからである。そして、ここでの因果関係やその遮断の有無は、相当因果関係説に基づいて判断せざるを得ない[52]。従って、因果関係に関する相当因果関係折衷説[53]によれば、行為時において、行為者本人が認識しまたは予見しえた事情、及び一般人が認識しまたは予見しえた事情を基礎として、因果関係遮断の有無を判断することとなる。そうすると、着手未遂か実行未遂かは、客観的事情と主観的事情を併せて判断されることとなり、結果発生の危険性判断基準に関する折衷説と大差ないこととなる[54]。

49）平野・諸問題（上）148 頁、西田・総論 340 頁、大谷・前掲書 388 頁、曽根・前掲書 504 頁。

50）大谷・前掲書 388 頁。

51）浅田・総論 408 頁、西田・総論 343 頁、曽根・前掲書 506 頁以下参照。

52）牧野・前掲書 628 頁は、障害未遂と中止未遂の区別について「要するに、経験的な標準に依って事を論じ、未遂となるに至った関係が犯罪の既遂となることに通常妨害を与えるべき性質のものであるかどうかに依って区別を為すべきことになるであろう。ここに経験的な標準とせられるものについては、相当因果関係を論ずる場合において根拠とした考え方の原理に依るのである。」とする。

53）大塚・前掲書 227 頁、大谷・前掲書 207 頁、井田・前掲書 126 頁など。

54）城下・百選Ⅰ（第 8 版）143 頁は、従来の判例を総括し「（現実的）危険性が惹起されていたか否かが主たる根拠であり、……実質的に因果関係遮断説と親近

他方、本判決は、中止犯の刑の減免根拠について政策説と責任減少説の結合説を採用し、それを根拠として、「結果発生の危険性の有無は、……客観的事情をもとに、一般人の立場から判断すべきである。」とした。被告人は、放置すれば被害者が死亡するとも認識していたが、この点は危険性判断に格別影響していない。問題は、本判決の挙げる判断基準を、はたして中止犯の刑の減免根拠について政策説と責任減少説の結合説を採ることから導きうるかということである。任意性を、責任非難を減少させる責任要素と考えたならば、結果発生の危険性の判断において、行為者の主観的事情を考慮すべきであろう[55]。あるいは、任意性を、違法性を減少させる違法要素と考えたならば、この危険性の判断は客観的に行うべきこととなろうが[56]、本判決は任意性を「限定主観説に近い口ぶり」で肯定しており、責任減少要素としてはともかく、違法減少要素とは考えていない。「国民の納得する非難可能性という観点からは、責任判断は、一般人を基準に判断すべきであり、そして中止未遂には政策的考慮が内在している以上、基本的には、一般人を基準に考えるべきである」として、違法減少説のみならず責任減少説（さらに政策説と責任減少説の結合説）からも客観説を採用しうるとする主張がある[57]。しかし、客観説は責任減少説からのみ導きうるわけではない。政策説と責任減少説の結合説と、結果発生の危険性判断に関する客観説との間に、論理必然的な関係性を認めうるかは疑問が残る。本判決からは、中止犯の刑の減免根拠という、言わなくてもよい、余計なことに言及してしまったのではないかとの印象をぬぐい去ることができない。本判決と同様の危険性判断基準を採用した上掲東京地判平成14年1月22日も、中止犯の刑の減免根拠についてはまったく言及していないのである。

4　第4は、被害者が死亡する危険性がある状態からの実行中止において要求される作為の程度について、110番、119番通報で足りるかという

性を有している。ただし、行為者の主観面も並列的に考慮されている点では、（筆者注：結果発生の危険性判断基準に関する）折衷説に属するという見方も成り立つ。」とする。

55）西田・総論341頁。

56）大谷・前掲書385頁参照。

57）前田・第7版125頁。

点である。

従来の判例は、医師等の他人が介在して結果発生を防止したとしても、行為者が「真摯な努力」ないし「自身が防止するのと同程度の努力」を払っていたかを基準に中止犯の成否を検討している。

東京地判昭和37年3月17日下刑集4巻3・4号224頁は、被告人が2才7か月の幼児Aを殺害しようとして、致死量の睡眠薬を幼児に嚥下させ寝かせたが、Aが口から泡を吹き始め、脈も非常に早くなってきた様子に驚き、大変な事をしたと悟って死の結果を防止しようと焦慮した末、警察官に頼んで病院に収容してもらおうと警察署派出所を探し回ったが見当たらず、110番をもって警察官に通報し、駆けつけた警察官の助力を得てすでに意識不明の状態に陥っていたAを直ちに付近の病院に収容し、解毒等の医療手当を加え、Aが一命を取り止めた（治療約15日）事案について、「Aは、当時既に睡眠薬中毒のため生死の境にあつたのであつて、もとより、かような場合における医療知識のない被告人に応急の救護処置を期待し得べくもなく、Aの生命を助けるため、被告人が右のような処置を採つたのは、被告人として精一杯の努力を尽したものというべきであり、その処置は、当時の差し迫つた状況下において、被告人として採り得べき最も適切な善後処置であつたといわなければならない。……被害者Aが死の結果を免れ得たのは、警察官及び医師の協力を得たことによるのではあるけれども、被告人としては、Aの死の結果を防止するため、被告人自身その防止に当つたと同視するに足るべき程度の真摯な努力を払つたものというべきであり、被告人の判示所為は、殺人の中止未遂と認めるのが相当である」とした。

大阪地判昭和59年6月21日判タ537号256頁は、被告人が夫Aと女性問題や生活費、借金について口論となった際、Aから罵られ殴打されるなどしたこと等から、憤激のあまり果物ナイフを持ち出し、Aが死亡するかもしれないことを認識しながら、あえてAの背中を1回突き刺したが、自らナイフを抜き取り、Aに対して救急車を呼ぶよう指示し、さらにAが出血しているのを見て大変なことをしたと思い、110番通報して自らの犯罪を申告するとともに救急車の手配を要求し、その時Aも自力で同所へ降りて来て被告人に対して救急車の手配を指示して、Aは救急車で運ばれ医師の手当が功を奏したため負傷（入院加療19日）するにとどまった事案について、「本件は一回の突刺し行為だけで被告人の実行行為が終了しており、いわゆる実行未遂にあたると解される。」と

したうえで、「中止未遂が認められるためには、被告人自らのまたはこれと同視できる行為によつて結果の発生が防止されたことが必要であるところ、……被告人の行動は、結局のところ、被害者の指示のもとで被害者自身が救急車の手配をするのを手助けしたものと大差なく、もとより結果の発生は医師の行為により防止されており、したがつてこの程度の被告人の行為をもつてしては、未だ被告人自身が防止にあたつたと同視すべき程度の努力が払われたものと認めることができず、本件が中止未遂であるということはできない。」とした。本判決については、未必の故意の事案であることに加え、A の負傷の程度が軽かったことが、かえって中止犯の成立を困難にしているとの指摘がある[58)]。

福岡高判昭和 61 年 3 月 6 日高刑集 39 巻 1 号 1 頁は、被告人が、未必的殺意をもって A の頸部をナイフで一回突き刺して気管内に達する頸部刺傷等の傷害を負わせたが、A が口から多量の血を吐き出しているのを見て驚愕すると同時に大変なことをしたと思い、タオルを当てて止血したり「動くな、じっとしておけ」等と声をかけたりしたうえ、救急車の派遣と警察への通報を依頼し、「救急車がきよるけん心配せんでいいよ」と A を励まし、消防署員とともに A を救急車へ運び込み、その場で警察官に犯行を自ら告げて現行犯逮捕され、A は、失血死や窒息死の危険があったものの、医師の治療により死亡に至らなかった事案について、「本件犯行直後から逮捕されるまでにおける被告人の真摯な行動」があったなどとして、中止犯の成立を認めた。

以上を総括すると、次のことがいえるのではないか。すなわち、外傷による殺人未遂の事案では、行為者自ら 110 番、119 番通報するのみでは、原則的には真摯な努力を払ったとは認め難く、これが認められるためには、さらに自ら止血等の救護処置に出る必要がある。しかし、毒物による殺人未遂の事案では、上掲東京地判昭和 37 年 3 月 17 日が「医療知識のない被告人に応急の救護処置を期待し得べくもなく」としたように、解毒の知識のない者が誤った救護処置をして死亡の結果発生を逆に促進してしまうこともありうるから、解毒についての正確な知識がない場合には 110 番、119 番通報のみでも足りる。

一方、学説上はどうか。中止犯の刑の減免根拠について違法減少説（ないし違法・責任減少説）を採る論者は、最終的には医師等の他人が介在

58）浅田「中止犯」芝原邦爾編『刑法の基本判例』（1988 年）57 頁。

したとしても、行為者の中止行為が既遂の結果発生の危険を減少させていれば足りると主張する[59]。これによれば、中止行為と結果不発生の間に、因果性のあること必要となる。これに対し、責任減少説を採る論者は、結果発生防止の努力がなされれば非難性が減少するから、結果不発生でさえあれば、中止行為と結果不発生の間に因果性がなくとも「真摯な努力」を認めうると主張するものが多い[60]。

他方、本判決は、「被告人は、110番通報をし、救急隊員が被告人方に入りやすいように玄関の鍵を外し、廊下にあった酸素ボンベを移動させたほかは、両親に声を掛けることも、両親の呼吸、脈、出血等その様子を具体的に見ることも、止血措置をすることもなかったのであるから、両親が死亡しないようにするための積極的な活動を十分行ったとは到底いえ」ないとし、さらに、仮に止血措置をしたとしても父親の容態には影響しなかったとの主張に対し、「止血措置等の措置の有効性に疑問があるからといって、その措置を採らないことが逆に積極的な活動をしたことと評価されるわけではない」として、中止犯の成立を否定した。「真摯な努力」ないし「自身が防止するのと同程度の努力」の基準は必ずしも示されておらず、「死亡しないように積極的に活動すること」との基準が用いられているが、この基準は、「真摯な努力」ないし「自身が防止するのと同程度の努力」の基準と必ずしも極端に異なるものではなかろう。本判決は、止血措置の有効性に疑問がある場合に、それでもなお止血措置をする必要があるとし、止血措置と死亡結果不発生の因果関係を必ずしも要求していない。上述したように、責任減少説の論者の多くは中止行為と結果不発生の間の因果関係を不要とするから、本判決は、自らがいうように、確かに責任減少説を基本としているといえる。もっとも、本判決が採る政策説と責任減少説の結合説のうち政策説の面を強調したならば、本判決が言うように「犯罪結果の発生を社会的に減少させる」ことが重要であるから、むしろ中止行為と結果不発生の間の因果関係を要求すべきと考える余地もあろう[61]。

なお私見は、止血措置が死亡結果を決定的に防止し因果関係を遮断す

59）山口・前掲書300頁。

60）内藤・前掲書1312頁、前田・第7版130頁、曽根・前掲書506頁。

61）西田・総論342頁以下は、政策説によれば中止行為と結果不発生の間に因果関係が要求されると指摘する。

るに至らないものであったとしても、出血を抑えることで被害者の生命・身体法益の減少を多少なりとも阻止したならば、違法減少説（および違法・責任減少説、政策説との結合説、総合説）からも中止犯の成立を肯定できるのではないかと考えている。違法減少説において問題とすべきは、中止行為と結果不発生の因果関係ではなく、中止行為と因果性を有する、法益侵害の程度ないしその危険の減少や法益救助といった、結果有価値の存在ではなかろうか。