

実行未遂の中止行為

原口伸夫

目次

はじめに

第一節 実行未遂の中止行為に関する判例の立場

第二節 実行未遂の中止行為に関する学説の状況

第三節 実行未遂の中止行為の要件

おわりに

はじめに

中止未遂により刑の減免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」ことが必要である（刑法四三条但書）¹⁾。前者が任意性の要件、後者が中止行為の要件である。後者の中止行為の要件に関して、古くから、着

手未遂の場合と実行未遂の場合とで分けて、(作為犯について)着手未遂の場合には行為者がそれ以上の実行行為をやめること、つまり、不作為で足りるのに対して、実行未遂の場合には既遂を阻止するための積極的な阻止行為、つまり、作為を要するということが一般的に認められてきた。⁽²⁾⁽³⁾判例も、たとえば、「中止犯ノ成立スルニハ、實行ノ著手アルモ未ダ行為完了前ニ在リテハ、行為者ガ單ニ行為ヲ止ムルノ不作爲ニ出デタルコトヲ以テ足ルモ、既ニ行為完了後ニ在リテハ、行為者ガ進ンデ結果ノ發生ヲ防止スルノ作爲ニ出デ、而カモ現實ニ結果ノ發生ヲ防止シ得タルコトヲ要ス⁽⁴⁾」と判示し、このような區別を前提としてきている。そのような區別をする場合、着手未遂の場合には中止行為が不作為で足りることから、もっぱら任意性が認められるか否かの検討に重点が置かれるのに対して、実行未遂の段階にいたった場合には、たとえば、殺傷事件では被害者の傷を治療するために素人である行為者には手に負えず、専門家である医師の助力を必要とすることが多く、また、放火事件でも独力の消火活動だけよりも、近隣の人々や消防士の助力を得て消火する方がより確実かつ迅速に消火できるのが一般であるため、このように他人の助力を得て既遂を阻止した場合にも「犯罪を中止した」といえるのかどうか、さらに、これが肯定される場合に、翻意した行為者自身がどの程度の阻止行為ないしは阻止への寄与をすれば「犯罪を中止した」といえるのかという中止行為の問題が重要になってくる。⁽⁵⁾本稿では、このような実行未遂の中止行為の問題について考察する。

第一節 実行未遂の中止行為に関する判例の立場

一 宜しく頼む事例判決までの大審院判例

実行未遂の中止行為の要件、とくに他人の助力を得て既遂を阻止した場合の取扱いについて、大審院時代の当初の判例は必ずしも明確ではなかった。病気の妻の療養費を調達するため、火災による混乱に乗じ財物を窃取する目的で、雇用されていた診療所に放火したが、火勢が激しいのを見て恐怖の念を生じ、他の雇人等と共に消火に努めて鎮火した事案⁽⁶⁾。夫死亡後病氣の子供を抱えながら小売業を営む中でその医療費等に苦慮し保険金詐取の目的で放火したが、火勢に驚き大声で隣人呼びその助力を得て消火した事案⁽⁷⁾で、いずれもその理由を明確にせずに中止未遂を肯定したものがあ⁽⁸⁾る一方、放火した後近隣の住人がその場に駆けつけ消火した事案で、「縦令所論ノ如ク被告人カ近隣ノ人々ノ消防ニ助力シタル事實アリトスルモ右ハ被告人自發ノ意思ニ因リテ放火行爲ニ着手後其ノ結果ノ發生ヲ獨力防止シタルモノニ非サレハ刑法第四十三條但書ノ場合ニ該當セス」と判示し、独力の既遂阻止を要求し中止未遂を否定した⁽⁹⁾もの、保険金を詐取する目的で賃借する家屋に放火したが、しばらくして同居人が火災を発見し消火に着手したため、被告人もこれに協力せざるをえなくなり、その結果消火するにいたった事案で、「本件ノ放火カ未遂ニ終リタルハ判示ノ障碍ニ基因スルモノナルコト明白ナルカ故ニ」中止未遂の主張は認められないとした⁽¹⁰⁾もの、不本意な扱いに対する鬱憤を晴らすため雇い主の店舗に放火したが、居合わせた店員等が火災を発見し、被告人も消火行為に協力して消火した事案で、「他人ニ於テ犯罪ノ完成ニ要スル結果ノ發生防止ニ著手シタル上犯人ニ於テ之ニ協力シ因テ右結果ノ發生ヲ防止シ得タル場合ニ於テハ右結果ノ發生防止ハ犯人ノ自發ニ出タルモノニ非スシテ他人ノ發意ニ基クモノニ外ナラサルニ依リ犯人ノ協力ハ最早障礙未遂犯ノ成立ヲ阻却スルノ效力ナク中止犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス」と判示して、自発の既遂阻止でないことを理由に中止未遂を否定した⁽¹¹⁾ものがあり、他人の助力を得て既遂を阻止した場合の取扱いについて、概ね自発性の有無に着目して区別しているようであるが、それ以上のことは明らかではなかった。

二 宜しく頼む事例判決

このような状況の下、大審院昭和二年六月二五日判決（刑集一六卷九九八頁。「宜しく頼む事例（判決）」と表記）が下されることになる。すなわち、被告人は、自らの身勝手な振る舞いに対する同居の父等の対応に対し（これまた身勝手に）憤慨し、その鬱憤を晴らそうと、某日午後一〇時三〇分頃、父等の不在に乗じ、台所の土間の竈と東側出入口板戸との間に長さ約四、五尺、周囲一抱えの枯松枝三束、藎草一束を積み重ね、竈の上にあつたマッチで一番下の松枝束に点火し放火し、即時その場を立ち去つた。しかし、裏手の叔父 A 方門前に差しかかった際に、屋内より炎上する火勢を認め恐怖心を生じたため、A に対し「放火したるに依り宜敷頼む」と叫びながら走り去つてしまった。その後、A 等において直ちに現場に駆けつけ消火した結果、松枝藎草の各一部を燃焼するにとどまつたという事案に關して、他人の助力を得て既遂を阻止した場合の一般的基準について、「結果發生ニ付テノ防止ハ必スシモ犯人單獨ニテ之ニ當ルノ要ナキコト勿論ナリト雖其ノ自ラ之ニ當ラサル場合ハ少クトモ犯人自身之カ防止ニ當リタルト同視スルニ足ルヘキ程度ノ努力ヲ拂フノ要アルモノトス」（以下、この考え方を「同視基準」と略記）とした上で、ただ「宜敷頼む」と依頼しただけで叫びながら走り去つてしまつた本件については、この同視基準を充たしていないとして中止未遂を否定した。この判例は、第一に、既遂を阻止するために他人の助力を得てもよいことを明確にし、第二に、その場合の基準として同視基準を示した点で重要な意味をもち、その後の判例に大きな影響を与えることになつた。

三 宜しく頼む事例判決以降の判決

この宜しく頼む事例判決の後、実行未遂の中止行為に関する最高裁判例はないが、下級審判例において、同視基準を示した上で、それに具体的事例を当てはめようとするのが主流である。たとえば、青酸カリを与えて被害者の自殺を補助し、その後被害者が苦悶しはじめたので旅館の人に知らせて医師を呼び迎えるように依頼し未遂にとどまった事案で、実行未遂の場合に、「被告人のみがその後結果の発生を防止するか又は自ら防止したと同視するに足る行為をして、その結果未遂となつた場合に限り中止未遂を以て論ずることができると解すべきである」とするもの⁽¹⁾、放火後その家の娘に火事だと知らせ、その娘と二人で火事だ大声で叫んだので付近の者が駆けつけて消火し未遂にとどまった事案で、「中止未遂であるがためには、犯人自ら結果の発生を防止するか又は自ら防止したと同一視するに足るべき程度の努力を払うことを必要とするものと解すべきを相当とする」と判示するものである⁽²⁾。

第二に、同視基準に「真摯な努力」を付け加えるものがある。住込みでの家事手伝い先の小児に睡眠薬を飲ませて殺害しようとしたが、小児が口から泡を吹き始める等の様子に驚き、大変なことをしたと思い、警察に電話した結果未遂にとどまった事案で、宜しく頼む事例判決を引用し、「犯罪の実行行為終了後におけるいわゆる実行中止による中止未遂の成立要件とされる結果発生の防止は、必ずしも犯人単独で、これに当る必要はないのであつて、結果発生の防止について他人の助力を受けても、犯人自身が防止に当つたと同視するに足る程度の真摯な努力が払われたと認められる場合は、やはり、中止未遂の成立が認められるのである」と判示するものである⁽³⁾。

第三に、同視基準には触れず、単に「真摯な努力」を要すると判示するものがある。たとえば、宜しく頼む事例判決の後の共犯者の中止未遂に関する判決であるが、「假りニ所論ノ如ク被告人ニ於テ翻意シテ共謀者ノ一人Bニ對シテ『一切ノ手ヲ引クカラ承知シテ呉レ』ト申聞ケタルノ事實アリトスルモ、之ヲ目シテ結果ノ發生ヲ防止スルノ眞摯ナル努力ニ出デタルモノト爲スコト能ハザルハ勿論、亦結果ノ發生ヲ防止スルノ實效ナカリシノ事跡ニ徴スレバ、

中止未遂を認めなかったのは妥当であると判示し、また、被告人が、Cを毒殺し保険金を詐取する目的でCに胃腸薬と称して青酸カリを交付した後で翻意し、C方で当該薬品を取り戻そうとしたが、Cが偽って既に服用したと告げたため、Cに異常のないことに安心して取戻さずに行ったところ、数日後にCが服用して死亡してしまつたという既遂にいたつた事例に関して、「結果発生前結果ノ發生ヲ現實ニ防止シタルモノニアラサルカ故ニ中止未遂ニ當ラサルモノトス蓋シ苟モ青酸加里ノ如キ毒物ヲ服用シテ激變ナカリシカ如キハ輒ク首肯スヘキ事柄ニ非ス被告人ニシテ眞ニ結果ノ發生ヲ防止セントセハ宜シク其ノ曩ニ交付シタル藥品カ毒物ナリシコトヲ告白スルノ眞摯ナル態度ニ出テサルヘカラサルヲ以テ被告人カ單ニCノ言ニ依リテ其ノ儘放任シ置キタルハ未タ結果ノ發生ヲ防止スル行爲ヲ爲シタリト云フヲ得サレハナリ」と判示するもの¹⁶、戦後の下級審判例でも、アパートに放火後翻意してアパート所有者方に赴いて火災を知らせ、所有者が消火に當つたため未遂にとどまつた事案で、「およそ実行未遂の中止未遂は、結果発生を防止するため眞摯な努力をなすことが要件であると解すべきところ」と判示するものがある¹⁷。

なお、その他、妻に対し殺意をもつて自動車内で気を失うまでその頸部を力一杯絞めたが、妻の意識が戻つた後、妻に対し「俺には、わいはやっぱり殺しきれんやつた。」と述べ、それ以上の実行を思いとどまり未遂にとどまつた事案で、「本件の実行行為は終了していたものと解され……被害者の救護等結果発生を防止するための積極的な行為が必要とされるというべきであ」と判示するものもある¹⁸。これは従来の判例よりも緩やかな中止行為の要件を提示するものだと理解もありえようが、本件においては、実行行為が終了しておらず自らの意思で頸部を絞める行為をやめれば中止未遂が成立する旨の弁護側主張に対して、本件は実行未遂の事案であり、したがって、実行行為の放棄では十分ではないにもかかわらず被害者を病院に連れて行くなど何ら積極的な救助行為をしなかつた以上中止未遂が認められないということを簡潔に示し、弁護人側の主張をしりぞけたもので、従来の判例の変更を意図するものでは

ないと理解できるように思われる。⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾

四 小括

以上のように、実行未遂の中止行為、とりわけ他人の助力を受けた場合の中止行為の要件について、宜しく頼む事
 例判決以降の判決の表現は、(1)自ら防止したのと同視するに足る努力、(2)自ら防止したのと同視するに足る程度の真
 摯な努力、さらに、(3)単に真摯な努力を要すると表現するものに大別できる。これらの表現は同じことを意味してい
 るのか、同視基準と真摯性基準とは異なるものなのかは必ずしも明らかではない。しかし、原則的な判例の立場は、
 同視できる程度の真摯な努力を要する（同視基準は真摯性基準を限定ないしは具体化するもの）という意味で、宜し
 く頼む事例判決の同視基準に従っているものと解釈できるように思われる。実際に、既に古く、牧野博士は、宜しく
 頼む事例判決の評釈において、「判例が『犯人自身之が防止に當りたると同視するに足るべき程度の努力』としてお
 るところを、わたくしは『真摯性』と呼びたい」と判例の同視基準を（その表現の言い換えが適切なものか否かは別
 として）真摯性という語に置き換え、その後も、宜しく頼む事例判決について、「中止未遂において真摯性が必要で
 あることを認めたものである」とか、「中止行為に真摯な結果防止の態度を要求する立場を一般的前提としつつ、さ
 らに、とくに他人の協力をえる場合に、犯人がどの程度の努力を払ったならば中止犯を認めうるかの基準を示したも
 の」と理解されてきている。⁽²¹⁾

もちろん、同視基準と真摯性基準を―その表現が違う以上―別個の異なる内容をもった基準であると理解すること
 も可能である（本来ならば、別個のものにとらえるべきであろう）。しかし、いずれにせよ、同視基準は、他人の助

力を受ける場合に「どの程度の阻止措置をとれば」同視できるのかについては何ら明らかにするものではなく（したがって、この意味で「基準」というのも不適切かもしれない）、一方で、真摯な努力というのも、一般的には、既遂を阻止するための力の及ぶ限りの努力、一生懸命な努力またはひたむきな努力というようなことであろうが、具体的事案でとるべき措置の内容には相当な幅が考えられ（このような不明確性がむしろ問題とされるべきである）、内容が定まらない以上一般論として両者の比較またはその関係を述べることは困難である⁽²³⁾。ただ、宜しく頼む事例判決で消火を依頼して走り去った行為が中止行為として認められなかったことから、同視基準を挙げる判例であれ、真摯な基準を挙げる判例であれ、判例によれば、既遂の阻止について自ら責任をもたず他人任せにするような場合に中止行為は認められない、という限りで一致を見いだすことができよう。しかし、当該具体的事案においてどのような行動をとったために（もしくはとらなかつたために）中止行為と認められ（もしくは認められない）のかは必ずしも十分に明らかにされてきておらず、したがって、中止行為を判断する際にどのような要因が重視されているのかを個々のケースごとに分析することが重要になってこよう⁽²⁴⁾。

第二節 実行未遂の中止行為に関する学説の状況

一 学説の整理

(一) 真剣な努力説

実行未遂の中止について、従来の通説は真摯な（真剣な）努力を要すると解してきた（以下、「真剣な努力説」と略記）⁽²⁶⁾。なぜ真摯な努力が必要なのか、また、その内容としてどのような中止行為が考えられているのかということについて、この立場のすべての論者が十分に明確にしているわけではないが、中止行為が認められるために規範に合致した意思の現れや態度がなければならぬということが指摘され、このことが真剣な努力と表現されることが多い。たとえば、西原教授は、「実行中止の成立のためには、単に偶然的に結果が生じなかつただけでなく、結果防止を真に目的とした行為者自身の努力（もちろん行為者にとって可能な限度内での努力）が必要である。このような要件が要求されたのは、……合規範的意思の中止行為への表動がなければ違法性の減少を認めて刑を減免するわけにはいかないからである」と論じ、川端教授は、真摯性の要求は「形式的に中止行為がなされただけでは責任減少をみとめるべきではないとする思考に由来する。いったん違法「行為」を終了してしまっている以上、法的義務にふたたび合致しようとする態度があるといえるためには、真剣に結果発生防止に取り組む必要がある。つまり、真摯な中止行為がなされてはじめて、中止行為者の『法敵対性』が弱まると見られるのである」と述べている。⁽²⁷⁾その他、結果を防止する義務が指摘されることもある。江家教授は、「一旦犯罪の実行に着手し結果発生危険を生ぜしめた以上は、結果の発生を防止するため『真摯な努力』をしない限り、中止未遂として取扱われなければならないことである。何となれば、自己の作爲により結果発生危険を生ぜしめたものは、結果の発生を防止すべき義務があるからである（先行行為に基く防止義務。……）」と論じている。⁽²⁸⁾

なお、香川教授の見解は若干複雑であるが、結論的に真剣な努力説とはほぼ同様といえよう。すなわち、この見解は、(1)教授のいう本来の意味での中止行為の場合と、(2)結果の不発生が確定的な場合や、第三者の介入によって結果発生が防止された場合（さらに、未遂の段階で中止したにもかかわらず、結果が発生した場合も含める）を分け、(1)の

場合に、「着手した犯罪の完成を阻止しえたこと」、すなわち、「本来的な構成要件における実行行為のもたらす因果関係の遮断」を要件とし、(2)の場合には、既遂阻止と中止措置との間の因果関係を要求すると、着手未遂の中止における中止行為との関連で中止の認められる要件がより厳格になることから、因果関係に代わる要件として真摯性を要求する³¹⁾。そして、(2)の第三者の介入によって結果発生が防止された場合の中に、(2)①行為者が既遂の阻止に条件を与えた場合と、(2)②条件を与えていない場合の両者を含めるため、わが国の判例で同視基準(等)が問題となっているところの(実行未遂の中止行為の典型的な場合である)(2)①の類型は、真摯な努力が要件となり、この限りで通説と同じ見解となる³²⁾。そして、このような真摯な努力の要求は、「要求される法的義務に合致しようとする意欲」、「そうした規範的意識の具体化としてなされた中止であつて、はじめて責任の消滅減少事由として作用する」という³³⁾中止未遂の理解とも密接に関連しているものと思われる。

(二) 適切な努力説

真剣な努力説に対してかつてはそれほど異論が向けられてこなかったが、近時では、(その表現にニュアンスはあるが)真剣な努力という表現を避けもしくは限定し、中止行為の認められる範囲について真剣な努力説よりも若干広く(緩やかに)認めていこうと志向する見解が有力に主張され、支持されてきている。代表的なのは、客観的に結果を防止するのにふさわしい積極的な行為で足りるとする曾根教授や、結果発生防止に適切な努力を要するとする内藤教授の見解であろう(以下、「適切な努力説」と呼ぶ³⁵⁾)。次のように論じられる。「実行中止の成立のためには、単に偶然的に結果が生じなかつただけでなく、結果防止を目的とした行為者自身の積極的な努力が必要である。このよう

な要件が要求されるのは、合規範的意思の中止行為への表動がなければ、非難可能性（責任）の減少を認めて刑を減免するわけにはゆかないからである。……従来、中止行為が認められるためには真摯な努力が必要であるとされてきたが、刑法上の責任を法的責任と解して倫理的（道義的）責任から区別する立場では、努力の「真摯性」は過度の要求とすべきであろう。客観的にみて結果を防止するにふさわしい、行為者の積極的な行為およびその認識があればそれで十分である」とされ、また、「もともと、『努力』の語は、目標実現のため、心身を労してつとめることを意味しているから、そのうえに、まじめで、ひたむきなさまを意味する『真摯な』の語を付け加えて、それを強調することは、中止行為に条文の文理にもない過大な要求をしていることになる。たしかに、道義的（倫理的）責任論の見地から道義的非難可能性の減少を中止犯における必要的刑減免の根拠とするならば、努力の「真摯性」を強調することになるかもしれない。そして、その考え方は、任意性の要件も道義的悔悟による場合に限定することに連なるおそれがある。しかし、法的責任論の見地から刑罰を手段とする法的非難可能性の減少を問題とするならば、『真摯性』の要件は必要でなく、結果発生防止に適切な努力をすれば足りると解することになる。たしかに、他人の助力を得た場合に、故意の自発的放棄が中止行為に表現されているとして責任減少を認めるためには、自分の行為が結果発生を防止するための中止行為であることを認識していることは必要である……。いわゆる「真摯性」の要件にあたるものは、そのような認識を意味するにとどまると理解すべきであろう。そして、その認識は「努力」の語に表現されているように思われる。さらに、結果の発生を防止するという法政策的な観点からみても、右の程度の努力がなされれば十分であろう」と述べられている⁽³⁷⁾⁽³⁸⁾。

また、真摯な努力という表現を用いることが必ずしも排斥されるわけではないが、その表現を用いるとしても、それが行き過ぎた限定にならないように、前記の適切な努力説と同じような表現で、真摯な努力の内容として要求され

ることの範囲が限定され明確にされる場合もある。たとえば、山中教授は、「積極的結果防止行為は、結果の発生を防止するに足りる行為をすることで十分である……。通説・判例は……結果発生防止のための『真摯な努力』を要求する……。真摯性を要求するとしても、倫理的評価とは切り離して、ただ、真に結果の発生を防止しよう意欲したかどうかを問題にすべきであるが、第一次的には、客観的に結果発生を防止するために適当に必要な行為（中止行為）をすればよいのであって、その客観的行為に結果発生防止の意欲（中止意思）が表れておればよい。『真摯な努力』とは、このような意味で用いられるべき概念である。すなわち、真摯な努力は、あくまで結果防止のために必要な行為で足り、自己が犯人であることを自ら告げたかどうかなど、法秩序に対する全面的な恭順の意を示すことまでも要求するものであるべきではない」と論じ、井田教授は、「中止行為とは、犯罪実現回避のため行為者に期待された行動要請になう行為のことであるから、中止行為時において（＝事前判断を基準として）犯罪実現の回避が十分に見込まれる行為でなければならぬ。……判例・通説によると、中止行為は、結果の発生を防止するについての『真摯な努力』を示す行為でなければならぬとされる……。『真摯性』とは誤解を招きやすい表現であるが……、中止行為を行うにあたって他人の手を借りるとき、他人まかせであってはならず（それは結果発生阻止を保証できる行為ではない）、みずから結果不発生の確度の高い行為を行うことを要求する趣旨であれば、それは妥当なものといえよう」と論じている⁽⁴⁾⁽⁵⁾。

(三) 因果関係必要説

さらに、近時において、真剣なもしくは適切な「努力」といった中止行為それ自体の性質（努力や、中止措置のも

つ既遂阻止適性)を重視するのではなく、因果性の観点から解決しようとする見解、すなわち、狭義の中止行為と既遂阻止(もしくは危険消滅)の間の因果関係の有無を問題とする考え方(以下、「因果関係必要説」と略記)が有力な論者により主張されてきている。たとえば、山口教授は、「犯罪を中止した」といえるためには「中止行為と危険の消滅との間に因果関係が必要であり(客観的中止要件)、行為者には自己の中止行為により危険を消滅させることの認識が必要である(主観的中止要件)」とその基本的立場を簡潔に示され、また、和田助教教授は、中止規定のもつ犯罪予防機能を重視・強調する立場から次のように論ずる。すなわち、「狭義の中止行為と中止結果との間の因果関係を中止犯の成立要件として要求すべきか否かである。今日の有力説は因果関係を不要と解している。それは、行為者が十分なことを為したのであれば、未遂の罪責に留まる限りでは中止犯の成立を認めるべきであるという判断に基づいている。しかし、一旦因果関係を不要とすると、行為者がどれだけのことを為したら十分であるのか、その基準を見つけることは困難であるように思われる。仮に、結果発生を防止するための真摯な、あるいは積極的な努力、という基準が、十分に根拠があり明白なものであるとしても、因果関係が認められる事案においてもそれらの要件が重ねて要求される結果、中止犯の成立範囲を不当に狭めるおそれがあり、妥当ではない。逆に、因果関係を要求しても、行為者の行為が明らかに中止行為として不十分である場合には、相当因果関係を否定することで中止犯の成立を制限することが可能である。しかも、因果関係を要求して初めて、未遂に留まったことを中止犯の単なる形式的・外在的要件とはせずに済むことにもなる。即ち、中止減免は中止結果を発生させ未遂を未遂に留めたことに対する報奨として為されるものである、という説明が可能になるのである。それ故、狭義の中止行為と中止結果との間に因果関係が認められる場合に初めて、そしてそのときには必ず、『犯罪を中止した』と言えると解すべきであるように思われる」と。

(四) 小括—以下の考察の出発点

以上のように、学説において、従来の通説である真剣な努力説のほかに、近時では、これを緩和もしくは適度に限定しようとする適切な努力説、さらに、既遂阻止（ないし危険消滅）結果に対する因果関係を重視して「中止行為」を考えていこうとする因果関係必要説が有力に主張・支持されてきている。さらに、それぞれの分類の中の各論者の微妙な相違も考えると、かつては比較的安定した状態にあったように思われる学説の状況が近時にわかに多様化してきているといえよう。その一方で、それぞれの学説に立った場合に具体的にどのような違いが出てくるのか、換言すれば、一判例の同視基準と真摯性基準との関係について述べたのと同じように—具体的にどのような場合に中止行為が認められ、また認められないのかということは、これまでの議論において必ずしも十分に明らかにされ、深められてこなかったように思われる。もちろん、実行未遂の中止行為の行われうる状況が多種多様であるために、その要件がどうしても一般的・抽象的なものにとどまらざるをえないということは確かであろう。しかし、少なくとも裁判での事案の解決の指針になりえ、また、建設的な批判の対象になりうる程度の明確化は必要であろう。

そこで、このような関心から、以下の考察において（わが国およびドイツの判例で問題になった）具体的な事案を前提として、それを手がかりに各説の結論を（できるだけ）明らかにしつつ、各説の適否を検討していきたい。具体例として、わが国の判例においてよく知られており、この問題の出発点を形づくっている宜しく頼む事例、ドイツの判例で近時議論の対象となっている病院事例・毒事例を用いる。というのも、これらの事例により各説の結論の異同がある程度浮き彫りになると考えられるからである。

そこで、ここでは、以下の考察に先立って、各事例について示しておくことにする。宜しく頼む事例については前

で示した⁽⁴³⁾。病院事例と毒事例の事案は次のようなものであった。

(イ) 病院事例　被告人は、妻に離婚するように要求したが、これを拒否されたことに憤激して、ビールびんや重いガラス製の灰皿、さらに木製の椅子で妻を激しく殴った。彼女が頭から激しく出血したとき、彼は殴るのをやめた。彼女は膝から崩れ落ち、しばらくの間意識を失っていた。被告人は彼女を病院に連れていこうと決意し、途中まで車に乗せていったが、病院の通用口まで約九五メートルのところまで出血している妻を降ろし、一人で歩いて病院に行かせ、そこを離れた。その後、病院の正面入口から約四〇メートル離れた所で意識を失って倒れていた彼女は通行人によって発見され、救助された。彼女は出血多量で、頭の怪我は脳水腫の危険があり、直ちに医療上の処置をしなければ、少なくとも心不全および循環不全のために死亡する可能性があったという状態であった。なお、被告人は妻が病院まで行けたかどうか不安だったためもう一度病院の近くに帰り、そこで病院の中に妻らしき人物を確認して家に戻った、というものである⁽⁴⁴⁾。

(ロ) 毒事例　被告人は、彼女の夫にPOISONという一服の毒を与えた。その毒は医師による即座の救助がなされなければ死へと導くものであった。呼吸中枢を麻痺させるその毒の作用が現れはじめたとき、彼女は、夫の要求に基づいて、(Arbeiter-Samariter-Bundという)救急医療機関に電話し、「夫の具合が悪く、彼が台所でよろめいている」と知らせ、救急車の派遣を要請した。それに基づいて到着した救急医が夫を救助することができた。なお、彼女は、到着した医師に対して、まったく毒のことを指摘せず、かえって、「夫がコーヒーと青い葉を飲んだ」と意識的に誤解を招く説明をした、というものであった⁽⁴⁵⁾。

以下、これらの事例を手がかりとしつつ各学説の結論・適否について検討していく。

二 真剣な努力説と適切な努力説

これまでの学説の対立においては、従来の通説である真剣な努力説に対して、適切な努力説の側から、「努力の真摯性」という要件が倫理的な要求につながり、そのような要求は不適切である、または、中止行為を認めるにあたって過大な要求である（または過大な要求になりうる）ということが批判され、法的な観点からもしくは中止未遂の認められる実質的な根拠から、中止行為の合理的な範囲を導き出すことができるような基準として、適切な努力という基準（ほか、論者が妥当と考える基準）が提案されてきた。⁴⁸ このような適切な努力説の関心は適切かつ妥当なものである。ただ、これまでの真剣な努力説と適切な努力説のこのような対立は、その背後にある体系的な関心等を一旦度外視し、実行未遂の中止行為の要件としてのみみた場合には、その批判や用いられる表現（真摯な努力か、適切な努力か）が与える印象ほど大きなものではないように思われる。むしろ、両者の結論は基本的にはほぼ一致している（いた）のではないかと考えられる。以下、いくつかの観点からこのことを検討する。

（一）犯跡隠蔽措置と中止行為

真剣な努力説に対するこれまでの主たる批判であったところの倫理性云々ということに関して、一般論として、真剣な努力説の論者も、批判されるような倫理的な反省・悔悟や、道徳的にあるべき態度・事後措置を強調・重視し、

中止行為を必要以上に限定しようと意図したものは各論述から読み取れない。たとえば、前述のように、この真摯性という表現について、かつて牧野博士は判例の同視基準を真摯性という語に置き換え⁽⁴⁹⁾、また、別の論者も、「中止行為が真摯な努力の現われでなければならぬ」としつつ、「しかし、真摯な努力は結果の防止に相当な行為の主観的裏づけの限度において要求されるべきであり、主観的態度はそれ以上に評価されるべきではない」と論じ⁽⁵⁰⁾、近時でも、明確に「ここにいう真摯性は倫理的評価とは直接、関係を有せず、結果の不発生を真に意欲して行動したか否か、という観点から判断されることになる」と述べられているからである。⁽⁵¹⁾

ただ、この倫理性云々という批判との関係で、真剣な努力を要求する場合に、中止行為の際にまたはその後で自己の犯行であることを救急医療機関の関係者・現場に駆けつけた警察官などに申告しないこと、さらに、より積極的に犯跡を隠蔽する措置をなしたことが中止行為を否定する方向で重視されることになるのではないのか、ということが問題になりうる。実際に、裁判例では救助措置に際しての犯跡の隠蔽措置等を重視して中止未遂を否定したものがあ⁽⁵²⁾る。事案は、被害者の腹部を包丁で刺し（肝臓に達する深さ約一二センチメートルの刺創を負わせ）た後、被害者が激痛に耐えかね、「痛い痛い」と言って泣きながら「病院へ連れて行ってくれ」と哀願したので、被告人は憐憫の情を発するとともに事の重大さに恐怖驚愕して死の結果発生を防止するため被害者を自己運転の自動車に乗せ、直ちに近くの病院に運び込み、一命をとりとめたというものであった（以下、「犯跡隠蔽事例」と表記）。このような事案に対して、大阪高裁昭和四四年一〇月一七日判決は次のように判示して中止未遂を否定した。すなわち、「本件のように実行行為終了後重傷に呻吟する被害者をそのまま放置すれば致死の結果が発生する可能性はきわめて大きいのであるから、被告人の爾後の救助活動が中止未遂としての認定を受けるためには、死亡の結果発生を防止するため被告人が真摯な努力を傾注したと評価しうることを必要とするものと解すべきである。そこで救助の段階における被告人の

言動を検討すると……被害者を……病院へ運ぶ途中自動車内において、被告人は被害者に対し『わしに刺されたといわんようにしてくれ』と言ったところ、被害者はそれを断つてはまた刺されて殺されると思い、かつ一刻も早く病院へ運んでほしかつたので、『お前のよいように言うておけ』と返事した、というのであり、……被害者を病院へ担ぎ込んだ時同人が被告人に『お前がやったと警察へは言うなよ』と言ったのでその好意に甘えた、というのであつて、その動機は何れとも断定しがたいが、被告人が被害者を病院へ担ぎ込み、医師の手術施行中病院に居た間に被告人、被害者の共通の友人数名や被害者の母等に犯人は自分ではなく、被害者が誰か判らないが他の者に刺されていたと嘘言を弄していたこと及び病院に到着する直前に兇器を川に投げ捨てて犯跡を隠蔽しようとしたことは動かし得ない事実であつて、被告人が被害者を病院へ運び入れた際、その病院の医師に対し、犯人が自分であることを打ち明けいづどこでどのような兇器でどのように突刺したとか及び医師の手術、治療等に対し自己が経済的負担を約するとかの救助のための万全の行動を採つたものとはいいがたく、単に被害者を病院へ運ぶという一応の努力をしたに過ぎないものであつて、この程度の行動では、未だ以て結果発生防止のため被告人が真摯な努力をしたものと認めるに足りないものといわなければならぬ。従つて本件が中止未遂にあたるとする所論は採用するに由なく本論旨は失当である」と。

この判決は学説から最も批判を受けているものである。たとえば、凶器を川に投げ捨てたことや犯人が自分ではないと虚言を弄したことのような犯跡隠蔽措置をなしたことや、医療費の経済的負担を約束しなかつたことのように、「結果の防止行為とは何ら関係ない被告人の事後的な態度までをも判断材料の射程に入れた判例の立場にはきわめて問題があるように思われる」⁽³⁾。「本判決が『真摯な努力』の内容として要求する諸事情は、結果防止行為とは直接関係のない事後的な態度までもが対象となつており……、その点ですでに『中止行為』の要件を逸脱しているといわざるを得

ない」と批判されてきた。

中止行為を考えるにあたり、真剣な努力説の立場から、このような自己の犯行であることの不申告やより積極的な犯跡隠蔽措置のように、既遂の阻止に直接関係しない事情を重視するのであれば、やはりそれは疑問といわざるをえず、前記批判にはもとより異論はない。⁽⁵⁵⁾しかし、真剣な努力説からも、むしろ次のような理解が一般的ではないかと考えられる。すなわち、「結果回避（防止）のための真摯な努力」という場合に、大切なことは、法益侵害の結果を防止するに役立つような努力をしているか否かであって、殊勝な態度をとることではないはずである。つまり、本件なら、生命救助のために必要な努力がなされていればよいのである。とくに、H（Ⅱ被害者。原口注）にとって不可欠なのは、いち早く医師による専門的な医療行為を受けることであって、素人がなすべきことは医師のところへ連れていくことである。したがって、判例が指摘するように、G（Ⅱ被告人。原口注）が自分は犯人でないと虚言を弄したり、凶器を川に捨てたり、医療の経済的負担を申し出ないことなどをもって、万全の行動を採っていないとするのは、見当違いといわざるをえない。この判例は中止犯の要件としての真摯な努力について誤解をしているものであり、判例の全体的な流れに影響を与えるものではない」という理解である。⁽⁵⁶⁾このような理解を前提とすれば、犯跡隠蔽事例判決は、自己の犯行であることの不申告やより積極的な犯跡隠蔽措置のように、既遂の阻止に直接関係しない事情の評価に関して、一般的に主張されている真剣な努力説とは大きく異なる判断をするものであり、この判決をもって真剣な努力説を批判するとすれば、それは公正ではないように思われる。むしろ、真剣な努力説の一般的な理解と適切な努力説とでは、中止行為の際またはその後の犯跡隠蔽措置の評価に関して、原則的に違いはないと考えてよいように思われる。

もつとも、「真摯な（真剣な）努力」という表現の意味する内容に相当な幅があることも確かであり、犯跡隠蔽事

例判決にみられるように、中止行為を評価する者の（価値）判断によって—もちろん、このような価値判断は、それを表面に出すのか否かは別として、法解釈をする上で避けることはできないが—大きく左右される可能性があることから、真剣な努力という表現を用いる場合には、内容を合理的に限定した上でその概念を用いることが必要になってこよう。

(二) 宜しく頼む事例の場合には真剣な努力・適切な努力は認められない

次に、犯跡隠蔽措置のような既遂の阻止に直接関係しない事情の評価以外でも、真剣な努力説と適切な努力説は基本的に一致しているものと考えられる。

宜しく頼む事例について、真剣な努力説の立場から、「行為者みずから消火行為をしたと思われるので、真摯な努力というには不十分である」とされ⁽³⁸⁾、適切な努力説の立場からも、宜しく頼む事例判決の「結論は妥当である」とし、「本件の場合、中止行為を認めるためには、少なくとも、放火の現場に引き返して A（＝隣人。原口注）らとともに自ら消火作業に当たることが必要であろう」と論じ⁽³⁹⁾られている。したがって、宜しく頼む事例に関して、いずれの立場でも要求される「中止行為」が否定される点で一致しているといえよう。

(三) 病院事例・毒事例—中止措置を途中から他人任せにする場合、もしくはおざなりな態度で心身を労さない場合には真剣な努力・適切な努力は認められない

さらに、宜しく頼む事例の場合をより一般化して、翻意した行為者が既遂阻止へ向けての因果の流れを始動させた
 が、その後の中止措置は他人任せにする場合、もしくはおぼざりな態度で心身を労さないような場合、典型的には、
 放火事件や殺傷事件で、消防車や救急車の派遣を依頼した後でただちに現場から立ち去ってしまったような場合にも、
 両説とも、もちろん、具体的な事案でとられるべき措置は、たとえば、殺傷事件の場合、被害者の傷害の部位・程
 度や犯行現場の状況などの具体的な事情にも大きく依存するが、実行未遂の場合にはそのまま放置すれば死にいたる
 程度の傷害を被害者に負わせているということが前提になることからすれば、一般的には「真剣な努力・適切な努力
 を認めないように思われる。確かに、一一九番・一一〇番通報自体がある意味で「既遂を阻止するのに適した」行為
 と評価しうることから、とくに適切な努力説において既遂阻止の純客観的な確率だけを問題とするならば、このよう
 な通報だけで（一般的に）中止行為と認めてよいとも考えられうるものの、適切な努力説の代表的論者の論述から見
 て、一般論として一一九番・一一〇番通報をしただけは中止行為として十分なものとは考えていないように思われる。
 たとえば、内藤教授は、「努力」という表現に「目標実現のため、心身を労してつとめる」という意味を認めた上
 で「適切な努力」という要件を示し、具体的に、一一〇番通報に加えて、止血のためのお絞りの手交や救急車到着ま
 での被害者への付き添いなどという行動も指摘して中止行為を肯定した宮崎地裁都城支部昭和五九年一月二五日判決⁽⁴⁾
 や、救急車の派遣要請に加えて、止血措置をしたり被害者を励ましながら救急車の到着を待ち、救急車の到着後速や
 かな搬送を手伝うといった行動なども指摘し中止行為を肯定している福岡高裁昭和六一年三月六日判決⁽⁵⁾について、「努
 力の『真摯』性に過大な要求はなされていないように思われる」としているからである。

さらに、結果防止に適当で必要な行為を要求する山中教授は、救急車等の派遣要請後立ち去ってしまった場合や投
 毒後の情報提供をしなかった場合について一層明確に次のように述べている。「例えば、重傷を負わせた者が、救急

車を呼ぶべく電話しただけでその場を逃走した場合、放火後火勢を恐れ、よろしく頼むと叫び逃走する場合……、酸カリの投与後、他人に医者を呼び迎えるよう依頼しただけの場合……には、いまだ結果防止にふさわしい結果防止行為とはいえない⁶⁵⁾とし、また、毒事例について、「本判決は、『救助の意思』の問題に還元しているが、本件における『結果発生防止行為』の時点、すなわち、電話をした時点では、救助の意思は否定できないのではないだろうか。問題は『電話をする』行為のみでは積極的結果防止行為としては客観的に十分でなかったという点にある。本件の事案が示すように、結果の不発生に向かう因果連鎖を進行に置く行為が存在するだけでは十分でなく、確実に結果の発生を防止することができる行為が必要なのである」と指摘し⁶⁶⁾、「医師の手当てが適切に行われ、確実に結果発生を防止するためには、例えば、医師に当該の傷害をもたらした凶器ないし毒物について説明し、治療の促進を図るべきである」と論じている⁶⁶⁾。また、中止行為時において犯罪実現の回避が十分に見込まれる行為であることを要求する井田教授も、同じように、「救急車を呼ぶために電話しただけとか、他人に救助を依頼して逃げ去ったとかいうだけでは被害者が救助される確実性が低く、中止行為として十分でないが、被害者を病院に運び込み、傷害に至った経過を医師に説明したうえで、治療させたというのであれば中止行為の要件をみたすであらう」と論じている⁶⁷⁾。

したがって、以上のような適切な努力説の代表的主張者によれば、被害者の救助の成否を病院までの被害者自身の独力での歩行または第三者の救助に委ね（しかも、直しく頼む事例とは異なって、第三者に救助を依頼していない）、重傷の被害者を病院付近で降ろして立ち去ってしまった病院事例において、要求される「適切な努力」という中止行為の要件は充たされず、また、毒の投与や毒の種類についての情報提供をせず、救急車を呼ぶにとどまった毒事例においても同様に中止行為は否定されることにならう。そして、このことは真剣な努力説でも同様であらう⁶⁸⁾。つまり、既遂阻止へ向けての重要な因果の流れを始動させたものの、その後の中止措置（の進展・新たな状況への対応）につ

いては自ら責任をもたず、他人任せにしてしまう場合、もしくはおざなりの態度で心身を労さないような場合に、真剣な努力説も適切な努力説も中止行為は認めないものと考えられる。

(四) 小括

確かに、適切な努力説は様々なニュアンスで主張されており、また、しばしば、「適切な努力」その他要求される基準を充たしているのか否かをどのように判断するのか、または、具体例においてどのような結論になるのかということは必ずしも十分に明らかにされていないことから、論者によってはここで示された結論とは異なる結論を導く場合もあるかもしれない。しかし、検討したように、真剣な努力説の一般的理解によって要求される中止行為と、従来主張されてきた適切な努力説の代表的な主張者によって要求される中止行為とは、その結論において基本的に異なるものではないと考えてよいように思われる。^② 具体的には、いずれの立場でも、犯跡隠蔽事例では中止行為が肯定され、宜しく頼む事例、病院事例、毒事例では否定されるものと考えられる。

このような結論の基本的な同一性は、実行未遂の中止行為の要件の根拠として指摘されている実質的観点の類似性からも裏づけられるように思われる。前述のように、いずれの立場でも、その要件に関する表現の違いはあれ、実質的な観点として「合規範的意思の中止行為への表動」や「法的義務にふたたび合致しようとする態度」を問題とする論者が多く、^③ また、内藤教授も、前述のように、「努力」という表現に「目標実現のため、心身を労してつとめる」という意味を認めた上でこの表現を用いている。^④ したがって、このような実質的な観点からも、既遂阻止へ向けての重要な因果の流れを始動させ、結果的に生じた既遂の阻止と行為者の中止措置との間に(条件関係はもとより相当)

因果関係が肯定され、た場合でも、その後の中止措置（の進展・新たな状況への対応）については自ら責任をもたず、他人任せにしてしまう場合、もしくはおごさなりの態度で心身を労さないような場合に要求される中止行為を肯定しないであろうと考えられるからである。

三 因果関係必要説の射程

真剣な努力説と適切な努力説が、その一般的なもしくは代表的な論者の理解において、その結論の点で基本的にはほぼ一致するものと考えられるのに対して、近時有力な論者によって主張されてきている因果関係必要説の結論は、そのような従来ある程度一致がみられた結論からの隔たりが大きいように思われる。以下において、毒事例、宜しく頼む事例、病院事例の順に因果関係、とくに相当因果関係が認められるのか否かを検討していく。

(一) 毒事例の場合、相当因果関係が認められる

因果関係必要説の論者は、「相当因果関係は……救急車を呼んで救助した場合はそれ以上の積極的努力の有無に拘わらず肯定される」として⁽²⁾おり、救助に当たった医療関係者に毒の投与の一切言及しなかったものの、救急車の派遣を依頼した毒事例については中止行為が肯定されることになろう。

(二) 宜しく頼む事例の場合に相当因果関係は認められないのか

因果関係必要説によれば、宜しく頼む事例の場合に相当因果関係が否定されると明確に論ずる論者もいる。¹⁷⁾しかし、宜しく頼む事例において中止措置(宜しく頼むという依頼)と既遂(独立燃焼段階その他適切と考えられる放火罪の既遂段階にいたること)の阻止結果との間の条件関係はもとより、相当因果関係も肯定されるべきであろう。すなわち、出火に気づいていなかった近隣の者(宜しく頼む事例の場合には、とりわけ放火者の親類)が近所での出火を知らざれば、それを(現在であれば)消防署等に通報し、または自らが(場合によつては近隣の人の協力を求めて)消火活動に出て、(もちろん、既遂を阻止できるか否かについては放火の態様・燃焼している物の素材・放火の時刻・天候や、火災の進捗状況等に大きく依存するであろうが)焼損にいたらないことも決して稀有な事態ではなく、むしろ通常ありうるプロセスであろう。¹⁸⁾つまり、この場合のよろしく頼むという既遂阻止行為のいわば「教唆」行為から他人による既遂阻止結果までの因果のプロセスは決して特異・偶然的なものではなく、その本質的な因果経過も予見可能であり、したがって、(相当因果関係説の折衷説であれ、客観説であれ)相当因果関係は否定されないと考えられる。¹⁹⁾

実際に、古く、吉田常次郎教授は、宜しく頼む事例判決の評釈において、「假に中止行為は結果発生防止に對し相當原因力あるものに限るとすることが正當なりとするも放火したるに依り宜敷頼む旨を近親に依頼したるときは其の依頼を受けたる者は消火に努力すること一般の經驗に照し明白なるが故に右依頼行為は鎮火に對し相當原因力あるものといはねばならぬ」としており、²⁰⁾また、近時では、危険消滅説の立場からも、宜しく頼む事例の場合に「行為者の行為と危険消滅との間に因果関係が認められることは明らかである」。「中止犯を一般の犯罪の裏返しのものとして理解するならば、中止行為と危険消滅との間に因果関係さえ認められれば、中止未遂の成立を肯定すべきであるように思われる」と論じられている。²¹⁾

(三) 病院事例の場合に相当因果関係は認められるのか

重傷の被害者を病院の通用口から九五メートル離れた所で降ろした病院事例について、因果関係必要説の論者が、いずれにせよ病院の近くまで被害者を運んだ行為と、既遂阻止結果ないしは危険消滅との間の相当因果関係を認めるのか否かは明らかではない。そこで、因果関係必要説と類似すると考えられるドイツの学説を検討することによって、因果関係必要説のこの事案における結論を考えてみたい。

(イ) 客観的帰属を問題とする立場

まず、構成要件該当性判断（すなわち、因果関係論）でのわが国の相当因果関係説と類似する思考から条件関係を限定しようとする客観的帰属論を用いて、客観的に帰属可能なかたちで既遂の阻止をもたらした場合には不処罰となる中止が認められるべきであると主張するドイツの有力な見解が一つの参考になろう。

たとえば、Boy は、既遂阻止結果の客観的帰属可能性を問題とし、行為者が既遂を阻止するために第三者と共働する場合を類型化し、既遂の阻止について、行為者が第三者の助言や援助を受けるだけの（単独）正犯形態、間接正犯形態または共同正犯形態の場合には、問題なくその既遂阻止結果は行為者に帰属し、教唆形態の場合には、医師・消防士等の専門家⁽⁷⁹⁾または素人に既遂の阻止を要請する場合と、第三者（と意を通じず、その介入を誘発するように状況のお膳立てをする（arrangieren））にすぎない場合とに分けるが、いずれの場合も原則的には阻止結果は行為者に帰属⁽⁸⁰⁾し、病院事例はこの教唆形態の后者に属し、行為者に不処罰となる中止が認められなければなかったであろうと（中

止未遂の成立を否定した)判例を批判している。同様に、Rudolphも、ドイツ刑法二四条一項一文第二選択肢の意味での行為の既遂の阻止という要件が充たされるために、最善の救助措置をとる必要はなく、行為者が行為の既遂を客観的に帰属可能な方法で阻止するということが十分であり、換言すれば、彼が危険にさらされている法益に関して救助の重要なチャンスを生じ、その創出されたチャンスが既遂にいたらないことの中に現実化する場合には、行為者は行為の既遂を阻止するとし、病院事例について、行為者が、彼の行動によってたとえ、BGHS 31,49において致命傷を負わせられた被害者を病院の近くに運ぶことのように一自らイニシアチブをとって第三者が救助作業を完成させるような状況を創出する場合でも十分であるとしている。⁽⁸¹⁾⁽⁸²⁾

このような既遂阻止結果の帰属可能性と同様に(もしくは類似して)相当因果関係を考えるのであれば、同様に、病院事例においても相当因果関係は肯定されることになる。ただ、わが国の従来の相当因果関係説(または近時の修正された相当因果関係説)と、近時有力になりつつある客観的帰属論の相互の関係はそれ自体一つの大きな問題であり、両者が少なくともまったく同様なわけではない以上、BloyやRudolphなどの既遂阻止結果の客観的帰属の有無を問題にする見解から、因果関係必要説による病院事例の結論を断定することは難しいであろう。

(口) 中止行為の適性を問題にすることによる限定

さらに、既遂阻止結果を(事前に)予見可能なものと思わせる中止措置(中止行為の適性)を問題とし、前述の既遂阻止結果の客観的帰属のみを問題とする立場よりも中止行為の範囲を限定的に解する立場がより参考になるように思われる。というのも、この判断は相当因果関係説(の折衷説)の判断と重なる部分が大いように思われるからである。⁽⁸³⁾

この立場を主張する Bog は、行為者の中止阻止と既遂不発生の間に条件関係があるだけでは十分ではなく、既遂の阻止に関するその中止措置の適性(すなわち、事前判断をして、行為者が、客観的に、中止結果の発生を予見可能なものと思わせるような適する中止行為を行うこと)を要求し、⁸⁴ 病院事例等について、この要件を以下のように当てはめている。

病院事例の場合に、中止行為の適性を考えるにあたり、(1)妻が自力で病院に到達しうるこの予見可能性と、(2)通行人による発見・病院への搬送についての予見可能性が問題となるとし、大要次のように述べて、その予見可能性、したがって、中止行為の適性は認められえないとする。すなわち、(1)については、椅子の脚でのような堅い物体による頭部の殴打および妻の多量の失血に基づいて、彼女が―実際に意識を失ったように―意識を失いうるであろうということは予見可能であった。したがって、妻を降ろして一人で病院に行かせることは、救助結果をひき起こすのに適するものではなく、客観的な予見可能性、したがって、事前の客観的適性は認められえない。また、(2)に関して、被害者を病院の前で降ろすことは救命治療をひき起こすのに一般的に適していないわけではなく、事情によっては、たとえば、病院の正面入口の前で降ろした場合のように、病院の来訪者の多さ次第では、被害者がそこで意識を失ったとしても、職員、面会者または患者が被害者に気づき、彼を助けることが蓋然性のある場合もあるが、この事例の場合には、夫は、正面入口ではなく、通用口から九五メートル離れた所で被害者を降ろし、しかも、妻が茂みの中に意識を失って倒れた(そのことから、彼女は助けを呼ぶことができず、それどころか、すすり泣くことやうめき声を上げることとも不可能であった)ということも考慮すれば、通りすがりの通行人にとって直ちには認識可能ではなく、通行人が時機を失しないで発見する可能性は事前には極めてありそうもないものであり、妻が実際に通行人によって時機を失せずに発見されたということは、事前の見方からは、まったくの偶然としてしか評価されえない。したがって、

この点でも客観的な予見可能性、したがって、救助行為の客観的な適性は否定されるべきである、と。

因果関係必要説が、Bogと同じような中止行為の適性(事前判断での客観的な予見可能性)を問題とするならば、客観的帰属可能性を問題とする前述(イ)の立場よりは限定的に、病院事例の場合には中止行為が否定されることにならう。しかし、その場合でも、Bogが論じるように、条件が多少変われば、たとえば、被害者が病院まで連れて行かれなくても、病院の正面入り口付近など重傷の被害者がそこで意識を失っても誰かにすぐに発見され治療を受けられることが客観的に予想しうるような場所まで連れて行かれれば中止行為の認められる場合も考えられよう。

(四) 小括

以上の検討から、因果関係必要説からは、毒事例の場合に中止行為は認められ、宜しく頼む事例の場合にも一否定する論者もいるが一中止行為は認められることになり、病院事例のような場合には、少なくとも、被害者が傷害の程度から考えて自力でなんとか病院までたどりつくことが客観的に予想しうるような場所まで運ばれた場合や、被害者が重傷でありそこで意識を失ったとしても誰かにすぐに発見され治療を受けられることが客観的に予想しうるような場所まで運ばれた場合(もしくはこれよりも緩やかに)には中止行為が認められることにならう。

このような結論が適切に推論されているならば、前で示したように、これまでの真剣な努力説および適切な努力説によって導かれる結論⁽⁸⁾、そして、宜しく頼む事例以降を積み重ねられてきたこれまでの(必ずしも不当な結論をとってきたとはいえないと思われる)判例との乖離⁽⁹⁾が大きいことが指摘できよう。

以上でそれぞれの学説から導かれる結論が(ある程度)明らかに became、次節では、実行未遂の中止行為につ

いてどのように考えるべきなのか各説の適否を検討する。

第三節 実行未遂の中止行為の要件

一 中止措置への人並みの法益尊重意思の具体化

(一) 中止未遂の認められる実質的な根拠からの演繹

前節の考察において、実行未遂の中止行為に関して、従来の真剣な努力説および適切な努力説によって導き出される結論と、近時有力な論者によって主張されている因果関係必要説の結論とが大きく異なる（少なくとも異なりうる）ということが示された。すなわち、宜しく頼む事例や毒事例の場合に、前者からは中止行為が否定されるのに対して、後者からは肯定されることになる。病院事例のように被害者を病院の外で降ろして立ち去ってしまった場合にも、前者からはその後の中止措置（の進展、新たな状況への対応）について自ら責任をもたず他人任せにし、もしくはおざなりな態度で心身を労さないものとして中止行為が認められないのに対して、後者からは事情によっては（相当）因果関係が認められる限度で中止行為が認められる場合も考えられよう。

このような結論いたる各説の適否を考える上で、四三条但書の文言は決定的な論拠を提供しえない。確かに、四三條但書の「中止した」（平成七年までの文言では「止メタ」という多義的な文言の下で、中止措置と既遂阻止結果の間の（相当）因果関係が必要であり、かつそれで足りると解するのも現行法上一つの可能な解釈であり、そこから

導き出される前述のような結論も、必要的減輕・免除という柔軟性のある法効果の下でまったくりえない結論だといふわけではなからう(具体的事案において中止未遂を肯定した上で減輕にとどめる一判例において免除まで認められた事例は極めて少ない一ならば、障害未遂による減輕をした場合と処断刑は同じである。もちろん、任意的減輕か、必要的減輕かという類型的な法効果の違いが重要だとも考えられよう)。しかし、逆に、既遂の阻止に対する因果関係が必要であると解すべき文言上の必然性もないといえよう。⁽⁸⁸⁾ このような四三条但書の文言の多義性は次のような規定と比較することにより一層明らかにならう。たとえば、「自己の意思によつて、犯罪の実行を中止し、又は結果の発生を防止したため、これを遂げなかつた者は」と規定する改正刑法草案二四一条一項(昭和四九年五月二九日法制審議会総会決定)、また、単独正犯者の実行未遂の中止について「既遂を阻止する(Vollendung verhindert)者は」と規定するドイツ刑法二四一条一項第二選択肢や、実行未遂の中止について「重罪又は輕罪の既遂に属する結果の発生を自分の行為により回避した(den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Tätigkeit abgewendet hat)場合」と規定していたドイツ刑法旧四六条二号のような規定と比較する場合である。これらのような文言が用いられていたとすれば、少なくとも文言上は、中止措置と既遂阻止結果との間の因果関係が必要であるとする解釈がより説得的なものにならう。しかし、四三条但書において、これらの規定と比べて、既遂阻止結果に対する中止措置の(相当)因果関係を要求する文言上の根拠は弱く、むしろ、ドイツ刑法二四一条の規定の下ですら、そこでの「既遂の阻止」という要件を充たすために、既遂阻止結果に対する中止措置の条件関係もしくは既遂阻止結果の客観的帰属可能性では十分ではないとする見解が増えてきていることにこそ注目すべきであらう。いづれにせよ、四三条但書の「中止した」という相対的に多義的な文言の下では、中止未遂の認められる実質的な根拠がより重要になつてこよう。⁽⁸⁹⁾

前述のように、実行未遂の中止行為について真剣な努力を要求する立場でも、適切な努力を要求する立場でも、「合規範的意思の表動」ないしはそれと類似する観点が指摘され、中止未遂の他の要件の關係でも、しばしば規範意識（の具体化）といったものがしばしば（それ自体は正当に）問題とされてきたように思われる。⁽²¹⁾ ただ、法益保護を重要な任務とする刑法の役割および実行未遂の中止行為という観点から表現すれば、中止措置への法益尊重意思の具体化と表現するのがよいであろう。法益尊重意思が中止措置に具体化されることによって、故意（法益侵害意思）をもつて実行に着手した（さらに、実行未遂の段階にいたらしめた）ことよつて（各法定刑に見合う程度に）揺るがされたところの法秩序の実効性に対する社会一般の人々の信頼が再び安定化され、もしくは未遂によりひき起こされた社会心理的な衝撃が事後的に緩和されることにより、（積極的）一般予防上の働きかけの必要性も減少・消滅し、加えて、そのような法益尊重意思を具体化した行為者に対して国家財政を投入しての（刑事施設内での規律正しい生活や刑務作業等を通じた）刑罰による特別予防上の働きかけの必要性も減少・消滅し、刑が減免されると考えることができる。⁽²²⁾⁽²³⁾

そして、ここでいう法益尊重意思の中止措置への具体化の程度が問題になるが、この社会心理的衝撃性の考え方は、法秩序の実効性に対する（揺るがされた）社会一般の人々の信頼を安定化し、もしくは社会心理的な衝撃を緩和できる程度のものである必要がある、かつその程度で足りると考えるべきであり、これを定式化すれば、一般の人がその状況に置かれたならば、被害者の救助（厳密には既遂の阻止）のためにとるであろうような措置、つまり、「人並みの」法益尊重意思を示す必要がある、それで十分であると考えることができよう。⁽²⁴⁾

そのように考えれば、宜しく頼む事例のような放火事件において、近隣の者に消火を依頼しただけでその場を立ち去ってしまうことでは十分ではなく、（火災の進捗の程度等によるが、少なくともまだ放火罪の既遂にいたっていない状態では）他人任せにするのではなく、自らもその消火活動に当たりないしは消火活動に協力することも一般に必

要になつてこよう。また、殺傷事件においては、一一九番（ないし一一〇番）通報による救急車の手配は確かに決定的に重要な措置であるが、それを行つた後直ちに立ち去つてしまふのではなく、救急車の到着まで可能な範囲で応急処置を施す、被害者に付き添つている（場合によつては救急車に乗り込み病院にも付き添う）など、自分が怪我を負わせた以上、それに対する善後策として、そして、状況の変化への対応も視野に入れて人並みの法益尊重意思を具体化するような「常識的な」救助措置を行つて初めて、法秩序の実効性に対する社会一般の人々の信頼を安定化し、もしくは社会心理的な衝撃を緩和できる程度に達し、社会の立場から寛容さを示すことができるものといえよう。

（二）既遂の阻止に直接関係する要因への限定

このような実行未遂における「中止行為」と認められるために必要な法益尊重意思の具体化は、既遂の阻止との関係で考えられるべきである。⁽⁹⁵⁾ 既遂の阻止とは直接関係しない要因、たとえば、自己の犯行を申告しないことや、より積極的に犯跡隠蔽措置をなしたことは中止行為を判断するにあたり考慮されるべきではない。条文上も四三一条但書は「犯罪を中止」すればよいのであり、四二一条、八〇条等のような自首による減免の規定⁽⁹⁶⁾とは異なる趣旨・要件の規定⁽⁹⁷⁾であり、実際にも通説・判例は、着手未遂の中止行為について、自己の意思によりそれ以上の実行行為をやめれば足りると解しており、それに加えて、たとえば、改悛等は要件とされておらず、また、実行未遂の中止のうち独力で中止行為をする場合も同様であろう。そうであれば、条文上は着手未遂と実行未遂を区別していない四三一条但書の下で、実行未遂の中止行為、その中でも他人の助力を受ける場合についてだけ、同視基準ないしは真摯性基準の下で自己の犯行の申告等、既遂阻止との関係を越えた事情を要求するのは、四三一条但書の条文解釈内でも均衡を失し妥当ではな

い。したがって、中止行為はあくまで既遂阻止との関係で考えるべきである。

なお、毒事例のように、事案によっては、たとえば、殺害するために毒を投与し、治療に当たる者にとつてもどのような種類の毒物かによつて処置が大きく異なり、毒についての情報を与えないことが（結果として救助に成功したとしても）被害者の生命救助の成否を憂慮すべき程度で偶然に任ねるような場合には、毒についての情報提供（必ずしも「自分が投与した」ことまで言及する必要はない）が必要になってこよう。このような情報提供は、適切且つ迅速な治療という「既遂の阻止に直接関連する事情」と考えられ、人並みの法益尊重意思の具体化という観点からも必要になってくる場合も少なくないと考えられよう。

(三) 因果関係必要説に対する疑問点

前述のように、実行未遂の中止行為について、中止措置の中に人並みの法益尊重意思を具体化することが必要であると解する本論文の立場から、因果関係必要説に対して次のような疑問が生ずる。

第一に、これまで本論文で示してきたような因果関係必要説の結論に賛同することができない。実行未遂の中止行為と認められるためには、なされた救助措置と既遂阻止との間に相当因果関係が認められるだけでは十分ではなく、他方で、必ずしも相当因果関係が認められることも必要ではなく、中止措置の中に人並みの法益尊重意思を具体化することが必要であり、かつそれで十分である。このような理解からすると、因果関係必要説は宜しく頼む事例、毒事例、事情によっては病院事例の場合のように、相当因果関係が認められる限りで（中止未遂の認められる根拠から考へて疑問のあるかたちで）緩やかに中止行為を肯定する一方で、非因果的中止の場合に中止行為を認めない限りで中

止行為を限定しすぎている。

第二に、被害者保護の観点からも疑問が残る。確かに、黄金の橋の理論の意味での刑事政策的効果を強調し、できるだけ緩やかな要件を設定した方が行為者に対する中止奨励(動機づけ)効果が上がり、その分被害者にとっても利益であるとの考えもあるが、これまでも中止未遂の議論においてくり返し指摘されてきたように、黄金の橋の理論の意味での刑事政策的効果には疑問があり、中止規定の補充的な理由になりうることまでは否定しないものの、中止未遂の認められる決定的・中心的な理由にはなりえないといふべきであろう。仮に行為者に対する十分な動機づけ効果があると仮定した場合にも、あるいはその場合にはなおさら、中止行為をする段階でござんりの措置であれ、心身を労さない措置であれ、「ともかくなんらかの中止措置をとることが重要であり、結果的に既遂阻止結果と相当因果関係が認められればよい」とするよりも、中止行為をする段階で「ある程度既遂阻止結果の見込まれる措置」や、本論文の立場からは「人並みの法益尊重意思を具体化する措置をとる必要がある」との法解釈・法適用を周知徹底する方が、具体的な被害者の保護、少なくとも多くの事例が積み重ねられる中でより多くの被害者の保護・救助の観点から有意義であるように思われる。⁽⁹⁾

第三に、行為者の中止措置と危険消滅との(相当)因果関係を問題とする場合、そこで言われる危険概念・危険減少概念も問題になる。たとえば、致死量に足りない毒物を投与した後で後悔して救急車を呼んで医療措置を施されたが、救急車を呼ばなくてもその毒の量では死にはいたらなかったであろうというような(可罰的な)「不能」未遂を中止する場合に、山口教授は、かつては、「行為者の未遂行為が結果を惹起するために『具体的に不能』であったとしても肯定することが可能である。不能犯ではなく、未遂として処罰可能なのは既遂結果惹起の危険を発生させたからであり、これを消滅させれば中止行為としては十分だからである」としていたが、近時では、「構成要件の結果を

惹起することが具体的に不能である場合には、既遂の具体的危険が存在するために未遂犯は成立するが、中止行為と危険消滅との間に因果関係を欠くため、中止犯は成立しない^(四)としている。一方で、危険消滅説を支持する他の多くの論者は、この場合に危険消滅との相当因果関係を認めている。このように、危険消滅説のいうところの危険概念にはなお不明確さが残る(さらには混乱がある)ように思われる^(五)。

以上のことから、因果関係必要説に従うことはできない。

(四) 真剣な努力説に対する疑問点

学説において主張されてきた真剣な努力説の結論は、本稿で主張される立場と基本的にはほぼ同じものになると考えられ、その限りで異論はない。しかし、前にも指摘したように^(四)、「真剣な努力」という表現に含まれる中止行為の「無限定とまではいえないが」相当な幅が問題となる。そこで、その概念を合理的に限定し、もしくは適切に言い換える必要があり、また、裁判での事案の解決の指針になりえ、建設的な批判の対象になりうる程度の基準という観点から、本稿で示した中止行為への人並みの法益尊重意思の具体化という基準が優先されるべきである。

(五) 適切な努力説に対する疑問点

実行未遂の中止行為の合理的な限定ということに関しては、真剣な努力説よりも、むしろ適切な努力説(の代表的主張者の理解)の方が妥当であるともいえる。しかし、適切な努力説は、「その表現どおりに」適用した場合に、そ

の状況下での行為者の能力を十分に考慮に入れることができるのか、という点で疑問が残る。このことを考える上で、東京地裁平成七年一〇月二四日判決^④が参考になる。これは次のような無理心中の事案であった。

被告人はG子と婚姻するとともにG子の連れ子H(犯行当時一三歳)と養子縁組をし、親子三人で暮らすようになったが、被告人の酒癖の悪さなどに嫌気をさしたG子がHを残して家を出てしまった。そのような中で、某日午前三時三〇分頃、自宅六畳間でうつぶせになって就寝中のHをほんやり見やつているうちに、G子が家出してからの苛立ちと家族の将来の生活を悲観する気持ちが一気に高まって自殺しようと思うとともに、残されたHが不憫であると考え、てHも殺してしまおうと決意し、台所から出刃包丁(刃体の長さ約一四・五センチメートル)を持ち出し、前記六畳間に戻り、Hを仰向けにした上、「お父さんと死んでくれ。」などと言いながら、殺意をもってその左胸部を出刃包丁で一回突き刺した(Hは左乳頭内側に幅約五・五センチメートルの刺創を負い、その刺創は、第三肋骨からやや上方に向かい、左上葉肺を内側約五センチメートル、外側約二センチメートル弱の幅で貫通するという重大なもので、わずか数ミリメートルでもずれていれば心臓や大動脈を傷つけて致命傷になりうるものであった)後、放火して被告人ら共々その財産のすべてを灰にしてしまおうと考え、整理たんすや押入れ等に灯油を散布しライターで点火した(現住建造物放火罪については、その後、焼損にいたり既遂)。その直後、被告人は、右出刃包丁で自らの左胸部および喉を突き刺した上、右頸部を切つて自殺を図り、Hの足元付近にうつ伏せに倒れた。被告人はその後しばらく意識を失っていたが、室内に立ち込めた煙により息苦しくなり目を覚ました。すると、上半身を起こして壁に寄りかかるようにしていたHが、被告人に向かつて「お父さん、助けて。」と言ったことから急にHのことがかわいそうになり、煙に巻かれないうちに助け出そうという気持ちになり、Hを玄関から室外に引きずり出し、道路に出た上、付近甲方出入口の門扉を開けてその敷地内までHを引きずっていったが、意識を失ってその場に倒れ込んでしまったところ、

午前三時五五分頃、同所付近を偶然通りかかった通行人がこれを発見して一一〇番通報したため、Hは病院に収容され緊急手術により一命をとりとめた⁽¹⁰⁾。

このような事案に関し、東京地裁は次のように判示して中止未遂の成立を否定した。すなわち、被告人の行為の任意性は認められる。しかし、「被告人は、Hを被告人方から甲方敷地内まで運び出してはいるものの、それ以上の行為には及んでいないのであって、当時の時間的、場所的状况に照らすと、被告人の右の程度の行為が結果発生を自ら防止したと同視するに足りる積極的な行為を行った場合であるとまでは言い難く、Hが一命をとりとめたのは、偶然通り掛かった通行人の一一〇番通報により病院に収容されて緊急手術を受けた結果によるものであったことを併せ考慮すると、本件が被告人の中止行為によって現実の結果の発生が防止された事案であるとは認められない」。

確かに、たとえば、被告人が自ら傷害を負っていない状態で、同様に室外に連れ出し、甲方敷地内までHを引きずっていった段階で逃走してしまつたとしたら、人並みの法益尊重意思の具体化という中止行為の要件を充たしていないと考えるべきであろう。しかし、自らも重傷を負つた状態でなお力を振り絞つてHの救助に当り、力尽きて自らも意識を失つてしまつた本件の場合、行為者からしてみれば「その状況下での最善の行為」もしくは「精一杯の努力」をしたと評価することもでき、このような場合に、行為者の置かれた具体的な状況・行為者の能力を捨象して、たとえば、人を刺した場合にとるべき救助措置を一般化して、いかなる場合にも自ら直ちに応急処置をしなければならず、かつ、速やかに一一〇番ないしは一一九番通報をしなければならぬ、というような要求をすることは、それができず、望ましい救助措置ではあるが、本件のように行為者にできうことが相当に制約されている事案では酷な要求といえよう⁽¹⁰⁾。したがつて、中止行為を考えるに当つて行為者の置かれた当該状況や、とりわけ行為者の能力も顧慮し、そのような状況下で、法益尊重意思の具体化が認められるのか否かを判断する必要があると思われる。このよ

うに考えた場合、ここでの被告人の場合に必要な法益尊重意思の具体化は優に認められ、中止が認められてよかつたと思われ⁽¹⁰⁾る。

判例も、確かに非因果的な中止を肯定していない⁽¹⁰⁾が、行為者の置かれた当該状況やその状況下での行為者の能力については、これまでも考慮に入れてきている。たとえば、古い判例であるが、夫死亡後も病氣の子供を抱えながら小売業を営んでいた被告人が、その営業が思わしくなく、子供の医療費もかさみ苦慮していたところ、家財商品等の動産に火災保険がかけられていることに思い至り、家屋・家財等を焼燬し右保険金を騙取しよう⁽¹⁰⁾と決意し、某日午前二時ごろ、商品陳列棚に置かれた蓄音機の上に載せてあつた新聞紙にマッチで点火した後で、新聞紙等の燃焼する火勢に驚き、犯行を中止する意思をもってバケツに水を汲んだが、当時病氣にかかり衰弱していたため（数日前より頭痛と下痢で臥床）独力で消火することができず、大声で隣人を呼びその助力を得て消火し、家屋については柱等を焦がしたにとどまり、焼燬するにはいたらなかつたという事案で、大審院大正一五年二月一四日判決⁽¹⁰⁾は、中止未遂の認められるべき中止行為の内容に言及してはいないが、結論的に中止未遂を認めている。これは病氣で衰弱していた当該被告人の能力も考慮した上での判断であつたものと考えられる。また、戦後の下級審判例においても、「被告人としての精一杯の努力を尽くした」、「被告人なりに出来るだけの努力を尽くした」、「被告人としては、なした最善の措置」であつたとして中止未遂を肯定するものも多い⁽¹⁰⁾。判例が、このように当該状況下での行為者の能力を考慮するのであれば、このような判例の立場からしても、本件について中止行為が認められてよかつたように思われる。

これに対して、「客観的にみて結果を防止するのにふさわしい」積極的な行為、「結果発生防止に適切な」努力や「犯罪実現の回避が十分に見込まれる」行為を要求する場合、その趣旨が行為者の能力を顧慮しないということまで意図するものではないのかもしれないが、少なくともその表現をそのまま適用した場合には、本件被告人の行為は要求さ

れる中止行為の要件を充たしていないように思われる。

したがって、中止行為を考えるに当って、行為者の置かれた当該状況や、とりわけ行為者の能力も考慮に入れるべきであり、そしてそれを考慮に入れることができるという点で、適切な努力説の要件よりも、この意味で柔軟性のある、中止措置への人並みの法益尊重意思の具体化という要件の方がより適切であると考える。

二 宜しく頼む事例判例以降の下級審判決の分析

最後に、宜しく頼む事例判決以降に下された以下の下級審判決について検討・分析して本論文を締めくくりたい。これらの事案・結論（肯定例一二例、否定例一〇例。罪名別では、殺人未遂事件「自殺関与未遂事件も含む」一八例、放火未遂事件三例、恐喝未遂事件一例）を分析すると、概ね前述の観点から支持できるように思われる。

- ① 東京高判昭和二五年一月九日高等裁判所刑事判決特報一五号二三頁
- ② 東京高判昭和二六年二月二四日高等裁判所刑事判決特報二五号一一五頁
- ③ 前橋地判昭和三三年三月五日第一審刑事裁判例集一卷二号三四五頁
- ④ 東京地判昭和三七年三月一七日下午刑集四卷三〓四号二二四頁
- ⑤ 新潟地長岡支判昭和三八年五月一七日下午刑集五卷五〓六号五五二頁
- ⑥ 和歌山地判昭和三八年七月二二日下午刑集五卷七〓八号七五六頁（注20参照）
- ⑦ 東京地判昭和四〇年四月二八日下午刑集七卷四号七六六頁

- ⑧ 東京地判昭和四〇年二月一〇日下刑集七卷二二二二〇〇頁
- ⑨ 大阪地判昭和四二年一月九日判例タイムズ二一八号二六四頁（注75参照）
- ⑩ 大阪高判昭和四四年一〇月一七日判例タイムズ二四四号二九〇頁（17頁以下参照）
- ⑪ 東京高判昭和四七年三月一三日判例タイムズ二七八号三九二頁
- ⑫ 横浜地川崎支判昭和五二年九月一九日刑月九卷九〥一〇号七三九頁（注63参照）
- ⑬ 宮崎地都城支判昭和五九年一月二五日判例タイムズ五二五号三〇二頁（注61参照）
- ⑭ 大阪地判昭和五九年六月二一日判例タイムズ五三七号二五六頁
- ⑮ 福岡高判昭和六一年三月六日高刑集三九卷一号一頁（注62参照）
- ⑯ 名古屋高判平成二年七月一七日判例タイムズ七三三九号二四三頁
- ⑰ 東京地判平成七年一〇月二四日判例時報一五九六号一二五頁（37頁以下参照）
- ⑱ 東京地判平成八年三月二八日判例時報一五九六号一二五頁
- ⑲ 横浜地判平成一〇年三月三〇日判例時報一六四九号一七六頁
- ⑳ 福岡高判平成一一年九月七日判例時報一六九一号一五六頁（6頁以下参照）
- ㉑ 札幌高判平成一三年五月一〇日判例タイムズ一〇八九号二九八頁（注20参照）
- ㉒ 大阪地判平成一四年一月二七日判例タイムズ一一一三三号二八一頁

[資料] 実行未遂の中止行為が問題となった判決において被告人のとした措置

	肯定判例 (12例)	否定判例 (10例)
①		[自殺関与未遂]旅館の人に知らせて医師を呼ぶように依頼。
②		[放火未遂]放火した家の娘に火事だと知らせ、二人で火事だ火事だと叫ぶ。
③		[殺人未遂]何ら措置をとらず。
④	[殺人未遂]緊急電話で事態を警察に通報。駆けつけた警察官を被害者を寝かせた二階に案内するなど、速やかに救護措置が講ぜられるよう努力。 ※警察官に率直に犯行の告白。	
⑤		[殺人未遂]第三者甲の指示により被告人が現場付近から飲食店まで被害者を背負う。甲が被害者の傷をタオルで押え、甲がさらに別の者に医師を呼ぶように依頼。
⑥	[放火未遂]身の危険を顧みず火傷を負いながら消火活動。近隣の者に応援を求める。	
⑦	[殺人未遂]被害者を焚火で暖め、タオルを与え、衣服を着替えさせる。下山後医院に同行、さらに十分な手当てを受けさせるため大学病院に入院させ、病院で協力・世話。 ※当初医師や捜査官に遭難と偽る。	
⑧	[殺人未遂]濡れたタオルを頭に載せる。経験豊かな雇主に助力を求め、その指示により隣人に救急車の手配を依頼。	
⑨		[放火未遂]所有者方へ赴いて火災を知らせ、部屋への入り方を教えた他は傍観。
⑩		[殺人未遂]自己の運転する自動車病院に運ぶ。 ※凶器の隠蔽、犯人は自分でないと言。
⑪		[恐喝未遂]恐喝目的で被害者を畏怖させた後そのまま放置。

実行未遂の中止行為（原口伸夫）

⑫	[殺人未遂]救急車を呼ぶ（なお、着手未遂の色彩が強い）。	
⑬	[殺人未遂]110番・119番通報。止血のためにお絞りを手交。救急車到着まで付き添い。 ※警察官に傷害の原因を素直に申告。	
⑭		[殺人未遂]被害者の指示により110番通報。 ※自らの犯罪を申告。
⑮	[殺人未遂]救急車の派遣を依頼。被害者を励ましタオルで止血し、救急車の到着を待つ。 被害者の搬送につき消防隊員に協力。 ※傷害事件を起こした旨告げる。	
⑯	[殺人未遂]119番通報。傷口を押さえていた。 ※救急隊員にナイフで刺したことを説明。	
⑰		[殺人未遂]放火した部屋から被害者（自分の子供）を屋外に連れ出し、そこで意識を失った。
⑱	[殺人未遂]110番・119番通報。 ※現場で警察官に自らの犯罪を申告。	
⑲	[殺人未遂]119番通報。	
⑳		[殺人未遂]何ら措置をとらず。
㉑	[殺人未遂]自己の運転する自動車で病院に搬送。 ※病院の関係者に被害者を刺した旨申告。	
㉒	[殺人未遂]110番通報し、その指示に従う。 ※通報の際および到着した警察官に素直に事情を説明。	

まず、否定判例で被告人の行った措置を検討すると、救助措置など、既遂を阻止するために何ら積極的な措置をとらなかつた場合に中止行為が否定された三例(③、⑪、⑳)はもとより、宜しく頼む事例判決で他人に消火を依頼しただけで逃げ去つた場合に同視基準を充たさないということが示されたのを受けて、同様に、旅館の人に知らせて医師を呼ぶように依頼しただけでその後は自ら関与しなかつた場合(①)、放火した家の娘に火事だと知らせ、その娘と二人で火事だ火事だと叫んだだけで消火活動には協力しなかつた場合(②)、放火後所有者方に赴いて火事を知らせ、部屋への入り方を教えた他は傍観していた場合(⑨)のように、救助措置・消火活動を他人任せにした場合に中止行為と認められず、さらに、被害者を刺した後、被害者を飲食店まで背負っていったものの、それが他人の指示によるものであり、かつ、他人がその飲食店から医師を呼ぶように手配した場合(⑤)や、被害者の指示により一一〇番通報をして救急車を呼んだ場合(⑭)⁽¹⁷⁾のように、既遂の阻止に關してある程度重要な救助活動をしたものの自らイニシアチブをとらない、もしくは積極性にかける措置しかとらなかつた場合にも中止行為が否定されている。そこで、これらの否定判例から、判例は、中止措置と既遂阻止との間の相当因果關係が認められ、もしくは既遂を阻止するための重要な切つ掛けを創出しただけでは十分ではなく、それを超えた措置、たとえば、既遂の阻止を他人任せにするのではなく(力の及ぶ限りで)自らイニシアチブをとつてもしくは主導的にその中止事象に關与したといったことも要求しているものと考えられる。

このことは、中止未遂を肯定した判例からも裏づけられるように思われる。肯定判例を検討すると、性質の違う放火未遂事件を除き、残りの殺人未遂事件一一例すべて(④⑦⑧⑫⑬⑮⑯⑰⑱⑲⑳)において、一一九番ないし一一〇番通報により救急車を呼び(ないしは警察官に通報し)、または、自ら運転する自動車で病院に搬送しないしは病院に連れて行き、医師による専門的な治療を受けさせている。したがって、このように専門家による治療を受けさせる

という意味で、既遂を阻止するための「適切な」措置をとり、もしくはその重要な切っ掛けを創出するということが、行為者のとるべき必要な措置として要求されているものと考えられるが、それを超えて、救急車が到着するまでの間の応急措置や、被害者への付き添い等の措置がしばしば言及されており、それらの措置がなされていないような場合には、それがなされなかった事情を考慮し、行為者が当該状況下ではとりうる精一杯の措置をとっていたとして、中止行為が肯定されることが多い。

たとえば、殺害する意図で小児Ⅰに多量の睡眠薬を飲ませた後で翻意し、緊急電話により警察官に通報連絡したものの、応急措置は採らなかつた事案(④)では、「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、Ⅰの生命を助けるため……被告人として精一杯の努力を尽したものであるべきであり、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」とし、また、駆けつけた警察官を「Ⅰを寝かせた二階に案内するなど、速やかにⅠに対する救護処置が講ぜられるよう必死になつて協力していたことがうかがわれ」ということが指摘されており、また、登山中の遭難を装つて殺害する計画で被害者の頭部に石を投げつけるなどして重傷を負わせた後で翻意し、約一時間にわたつて焚火で被害者の体を暖め、傷口を縛るためのタオルを与え、濡れた衣服を自己の予備の衣類に着換えさせる等の措置を行った上、下山の途につき病院に連れて行つたという事案(⑦)では、「本件のように医療設備の勿論あり得る筈のない山中において、しかも医療知識のない被告人に医学的に完全な応急の医療乃至は救護の処置を期待し得べくもないことは当然であり、本件の如き環境、傷の状況等においては、何よりも先づ早急に医師の診断治療を受けさせること並びにそれまでの間に対処する素人なりの応急措置を採ること等が最善の措置といつてよいであらう。そうだとすると、被告人が判示の場合に判示のような措置を採つたのは、被告人なりに出来るだけの努力を尽くしたというべきであり、またその措置は、結果発生防止のため被告人

としてなし得る最も適切な措置であつたといつて差支えないと考える」と判示し、さらに、別居中の妻との復縁話のもつれからズボンの布製バンドで妻の頸部を締めつけ殺害しようとしたものの翻意し、右バンドをゆるめ、直ちに妻の顔を水を吹きかけ、あるいは濡れたタオルを頭に載せる等の措置を講じたけれども、依然妻が苦しみ続けていたところから、近所に住む雇主 J 方に走って、J に対し、妻の救護につき助力を求め、J の指示により隣人に救急車の手配を依頼するなどした結果未遂にとどまったという事案 (⑧) で、「被告人が結果の発生阻止のためにとつた措置は、前示のとおりであつて、直ちに自分が被害者を医師のもとに連れていくとか、医師を現場に呼ぶなどの措置を講じなかつたとはいへ、経験豊かな人間に助力を乞ひ、その指示に従つて行動したことは、知識経験に浅く突如このような事態に遭遇した被告人としては、なしえた最善の措置といふべきである」と評価している¹⁰⁾。

さらに、被害者の胸部をナイフで刺した後翻意して一一九番通報して救命措置を講じた結果未遂にとどまった事案 (⑩) で、「被告人自身は、L 子に対して止血措置を取るなどの行為には何ら出ていないものの、本件犯行後約数分の間に、まず、一一九番通報を試みたが通じず、次に直ちに一一〇番通報し、その後、再度一一九番通報し、右通報中に警察官が到着し、警察官が被告人に質問している最中に救急隊員が到着したというものであつて、被告人は、死の結果発生を防止すべく出来るだけ早く電話をかけようと努力していて、他の止血措置等を取る時間的余裕はほとんどなかつたものといふべきである」ということから、被告人の行った一一九番および一一〇番通報は、「犯行後において、被告人が結果発生防止のためにとり得る最も適切な措置であ」り、真摯な努力といえるとしている。

この他の肯定判例でも、被害者の頸部にタオルを当てて出血を多少でも食い止めようと試みたこと (⑮)、傷口を着衣の上から押さえていたこと (⑯) に言及し、他方で、このような事情に言及しない事案は、傷害の程度が加療約二週間 (入院六日間) と相対的に軽かつた事案 (⑫)、自動車内で包丁で刺した後そのまま病院に連れて行き、主と

してその任意性が問題になった事案(⑫)、登校拒否や暴力を繰り返す長男の将来を悲観した母親が、長男を殺害して自分も死のうと考えて、包丁で長男の前胸部などを刺した事案(⑬)で、応急措置等がとられず、または判決の中でそのような点に触れられていないものもあるが、それはそれぞれの事案の性質もしくは特殊性によるものと考えられよう。

また、放火未遂の事案(⑭)で、情状(量刑事由)についての判断ではあるが、身の危険を顧みず、狭隘な機関室に身を挺して飛び込み、顔面や両手等に全治約一〇日間を要する火傷を負いながら消火に努めたことが指摘されている。

以上のような否定判例および肯定判例から、判例は、殺傷事件においては救急車を呼び医療措置を手配し、放火事件においては消防車を呼びもしくは近隣の人の助力を求めるといった、既遂を阻止するためのこの意味で適切な措置の重要な切っ掛けをつくったことに加えて、止血などの応急措置や、救急車が到着するまでまたは病院への被害者への付き添い、消火活動への自らの関与など、必ずしも客観的には最善な措置ではないにせよ、行為者の置かれた当該状況・行為者の能力や、火災や傷害の程度等を考慮した上で、行為者として可能な範囲内で行うだけの努力を要求しているものと考えられる。もともと、行為者の「可能な範囲内で行うだけの」努力といっても、その程度に関しては、非常に高度なものを要求しているというよりも、本稿で示したような、一般の人がその状況に置かれた場合に、既遂を阻止するために(制約された)当該状況下で通常ととらえらるような「常識的な」救助措置をとったか否かという程度といえるのではないかと思われる。その意味で、実行未遂の中止行為に関する判例の表現には多少問題は残るものの、実質的には概ね支持できると考える。

なお、自己の犯罪事実の不申告等に関して、犯跡隠蔽事例のような問題のある判決もあるが、そのような判例から

逸脱する判決を除けば、判例は、自己の犯罪の申告のような既遂の阻止とは直接関係しない要因を、中止行為を認めるための必要不可欠な要因と考えていないのではないかと思われる。なぜなら、まず、(1)このような事実は、中止未遂は別にしても、被告人に有利な情状を示すものとして必要な判示であり、自己の犯行の申告に言及しているからといって、そのことから、それが直ちに中止行為を認めるために必要な要因であるということにはならないと考えられること、実際に、事実認定においては、自己の犯罪の申告を認定しているもの、中止行為か否かを判断するにあたりこのような事情を挙げていない判決(⑮⑯)もあること、また、(2)自己の犯罪の申告がない場合ないしは判決内でそれが示されていない場合でも肯定されている判決があり(⑥⑧⑨)、中止未遂の成立と同時に、自首の成立を認めている判決もある(⑫⑬)こと、さらに、(3)山中での殺人未遂事件で、当初被害者が山で遭難したと医師や捜査機関に偽っていたことについて、「このことは結果の発生防止という点からみれば異質のことであつて」救助努力の「真摯性を否定するものではない」と明確に判示するものもある(⑦)からである。したがって、判例も既遂の阻止とは直接関係しない要因、典型的には自己の犯行の申告のような要因を、被告人に有利な事情として、また中止行為が一層認められやすい要因としてしばしば言及するものの、中止行為を判断する際の必要不可欠な要因とまではしてはいないといえるように思われる。

おわりに

本論文において、中止未遂の認められる実質的な根拠について、人並みの法益尊重意思が中止措置に具体化されることによって、故意(法益侵害意思)をもって実行に着手した(さらに、実行未遂の段階にいたらしめた)ことによ

り(各法定刑に見合う程度に)揺るがされたところの法秩序の実効性に対する社会一般の人々の信頼が再び安定化され、もしくは未遂によりひき起こされた社会心理的な衝撃が事後的に緩和されることにより、(積極的)一般予防上の働きかけの必要性も減少・消滅し、加えて、そのような法益尊重意思を具体化した行為者に対して国家財政を投入しての(刑事施設内での規律正しい生活や刑務作業等を通じた)刑罰による特別予防上の働きかけの必要性も減少・消滅し、刑が減免されることになると考え、このことから、実行未遂の中止行為と認められるためには、一般の人がその状況に置かれたならば、被害者の救助(厳密には既遂の阻止)のためにとるであろうような措置、つまり、人並みの法益尊重意思を示す必要があり、それで十分であると考えるべきであることが示された。また、そのような中止行為を考えるにあたって、行為者の置かれた当該状況や、とりわけ行為者の能力も考慮に入れられるべきであることが論じられた。^(註)

このような考え方・結論に対しては批判も予想されるが、いずれにせよ、これまで必ずしも十分に明らかにされてこなかったように思われる実行未遂の中止行為の具体的な内容、とりわけ具体的事案における結論についての議論を多少なりとも深められたのではないかと考える。今後、本論文が細部において未決定にしたままである着手未遂と実行未遂の区別^(註)、中止未遂の体系的な位置づけ^(註)、また中止未遂の重要問題である任意性の要件^(註)について、本稿で示された基本的な考え方に基づいて今後明らかにしていきたい。

【注】

(一) 四三条但書は四三条本文を前提としており、したがって、四三条但書が適用されるためには、さらに、行為者が四三条本文の意味で「実行に着手し」たこと、および「これを遂げなかった」こと(つまり、犯罪が既遂にいたらなかった

こと)も要件となる。そこで、実行に着手する前の段階で(可罰的な)予備行為を中止する場合や、教唆者、幫助者、実行行為を分担しない共同正犯者が既遂にいたる前に中止する場合に、四三条但書が準用(もしくは類推適用)されるべきか否かが問題になる。後者の問題について、参照、原口伸夫「共犯者の中止未遂」佐藤司先生古稀祝賀『日本刑事法の理論と展望(上巻)』三五一頁以下(信山社、二〇〇二年)。

(2) 異説として、実行未遂は常に障害未遂であり、中止未遂たりえないとするのは、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』三三四頁以下(勁草書房、一九七四年)。もともと、一旦行為を終了した後であっても、そのまま放置すれば当然既遂に達すべき事態が生じているのに、行為者が真剣な努力によって結果の発生を防止しえた場合に、例外的に、固有の中止犯に準じて刑の減免規定の類推適用を認める(前掲三三二頁以下)。また、齊藤信宰『刑法講義総論(第三版)』四一五頁以下(成文堂、二〇〇一年)など。しかし、このような見解は、適切にも通説・判例によって退けられている。

なお、どのような場合が着手未遂であり、どのような場合が実行未遂であるのかについても争われてきた。本稿はこの着手未遂と実行未遂の区別の問題を検討の対象にするものではないが、以下の考察において、実行未遂として、中止行為の段階(中止の時点)で、行為者のそれ以上の行為がなくても既遂に向かう因果経過が始動しはじめており、かつ、行為者がそのことを(錯誤せずに)認識している場合を念頭においている。

(3) なお、着手未遂の場合の中止行為が不作為で足りるのか否かについて近時有力な異論も唱えられている。たとえば、殺人未遂事件で、致命的ではないが相当程度の傷害を負わせた場合に、後悔してそれ以上の実行行為をやめたただけで、傷の手当てなど一切せず立ち去ってしまったような場合である。任意性の要件につき必ず広義の後悔まで必要とすべきかどうかは別として、いずれにせよ後悔してやめた場合には任意性の要件は充たされると考えてよい。また、やめることにより既遂にいたらないことを予想(認識、表象)していれば中止意思も否定されまい。そこで、もし中止未遂の成立を否定すべきだとすれば着手未遂の中止行為を否定するか、このような事例を実行未遂の領域に分類することになる(判例は後者の傾向にあるように思われる)。この点について、塩見教授は、「被害者が死に至る危険が生じてさえいなければ、次の攻撃をやめるだけで殺人の中止犯の恩典を受けうるとする帰結は本当に妥当といえるだろうか」と、着

手未遂の中止は不作為で足り、実行未遂の中止は作為を要するという従来の考え方を疑問視し、「問題となる時点で結果発生の危険がなければ、行為をやめるだけで構成要件実現の危険が消滅することはたしかであるけれども、そのことと、そのような不作為のすべてに中止行為としての適格があるかどうかは区別されるべき問題である。殺人の過程で傷害が生じたのであれば、たとえ軽微であっても、治療行為（作為）に出て初めて、実質的な意味で殺人未遂の危険が減少した、即ち、刑法の立場から『中止行為』があつたといえよう」とする（『中止行為の構造』『中山研一先生古稀祝賀論文集第三卷』二五八頁以下「成文堂、一九九七年」）。また、内田教授も、着手未遂の中止は不作為で足り、実行未遂の中止は積極的な既遂回避努力が必要であるという「理解に拘泥することは妥当でない。着手未遂においても、単なる実行行為の『放棄』では足りず、さらに、既遂回避のための『真摯な努力』が要請されなければならない場合があることを看過してはならないのである。主観的・客観的に数回に亘る攻撃が想定される状況では、最初の一撃は未だ『着手未遂』の域にとどまるというのが一般的な理解であるといえようが、第二攻撃以後を『放棄』するだけで『中止未遂』が成立するといえないのは自明であるといわなければならないまい。最初の一撃によって生じた『被害』の拡大を防止し、『死の結果』を回避しえたときに、はじめ『殺人の中止未遂』が肯定されるのである」とする（『刑法概要中巻（犯罪論（2）』三九五頁以下「青林書院、一九九九年」）。重要な問題提起であると思われる。なお、木村光江「中止犯の一考察」東京都立大学法学会雑誌三九卷一八八頁（一九九八年）。他方、塩見教授の見解に対して、「過多の要求」であるとするのは、山口厚「問題探究刑法総論」二二八頁（有斐閣、一九九八年）、鈴木茂嗣「刑法総論（犯罪論）」一七九頁（成文堂、二〇〇一年）。「中止未遂の成立範囲を極端に狭めることとなり、疑問」とするのは、金澤真理「中止犯」西田典之・山口厚編『刑法の争点（第三版）』九三頁（有斐閣、二〇〇〇年）。

(4) 大判昭和二年二月二十四日刑集一六卷一七二八頁。また、東京高判昭和五年七月一日判例時報八三四号一〇六頁（『中止未遂はもとより犯人の中止行為を内容とするものであるところ、その中止行為は、着手未遂の段階においては、実行行為の終了までに自発的に犯意を放棄してそれ以上の実行を行わないことで足りるが、実行未遂の場合にあつては、犯人の実行行為は終つてゐるのであるから、中止行為といふためには任意に結果の発生を妨げることによつて、既

- 遂の状態に至らせないことが必要であり、そのため結果発生回避のための真しな努力が要求される所以である(一)、福岡高判昭和六一年三月六日高刑集三九卷一号一頁(「中止未遂における中止行為は、実行行為終了前のいわゆる着手未遂においては、実行行為を中止すること自体で足りるが、実行行為終了後のいわゆる実行未遂においては、自己の行為もしくはこれと同視できる程度の真摯な行為によつて結果の発生を防止することを要すると解すべきところ」)など。
- (5) 実行未遂を中止する場合にも、当然に任意性も問題になるが、何らかの積極的な既遂阻止措置を行う場合には、少なくとも任意性を推測する事情となる場合が多いであろう。
- (6) 大判大正一五年三月三〇日大審院判例拾遺一卷刑事判例二二頁。
- (7) 大判大正一五年二月一四日法律新聞二六六一号一五頁。
- (8) なお、放火後、独力で、すなわち、自ら直ちに水を注いで消火した事案につき、中止未遂を肯定したものととして、大判昭和二年七月四日大審院裁判例二号刑事判例一七頁。
- (9) 大判昭和二年一〇月二五日法律新聞二七六二号一頁。この判決は、確かに、「独力で防止したものでないからという理由で中止犯の成立を認めなかった」のは「不当である」(西原春夫『刑法総論(改訂版) 上巻』三三九頁「成文堂、一九九五年」)。ただ、この判示の前に、「原判決ニハ被告人力近隣ノ人々ト共ニ消防ニ盡力シタル事實ヲ認定セサルノミナラス」としており、被告人が共に消防に尽力していないという事実であれば、この事案で中止未遂の成立を否定した結論は妥当であった。
- (10) 大判大正一五年四月一三日大審院判例拾遺一卷刑事判例三二頁。
- (11) 大判昭和六年二月五日刑集一〇卷六八八頁。なお、学説においても、任意性の要件について、ときに「自発性」という表現が同義に用いられることがある(たとえば、瀧川幸辰『犯罪論序説(改訂版)』一八九頁以下「有斐閣、一九四七年」、団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』三六三頁「創文社、一九九〇年」、藤木英雄『刑法講義総論』二六二頁以下「弘文堂、一九七五年」、莊子邦雄『刑法総論(第三版)』四三二頁以下「青林書院、一九九六年」、内田・前掲(注3)『刑法概要中巻』三九三頁以下、清水一成「中止未遂における『自己ノ意思ニ因リ』の意義」上智法学論集二九卷二二三号

二六六頁以下「一九八六年」などが、本稿で問題とする実行未遂の中止の場合や、また、共犯者の中止未遂を考える場合、第三者（もしくは他の共犯者）から促され、または示唆されて第三者（もしくは他の共犯者）と共同で（または促された行為者がその後主導的に）既遂阻止行為をした場合に、促されて翻意した行為者がそのことから直ちに「自己の意思により」といえないというのは妥当ではないように思われる。柏木千秋『刑法総論』二六一頁（有斐閣、一九八二年）も、「他人が結果の防止に着手した後犯人がこれに協力したのではないけない」という判例もあるが（大判昭六・二・五集一〇・六八八）、一概にそうもいえない」とする。その意味で、「自発性」という表現より、「任意性」という表現の方が適切だと考える。

なお、木村亀二博士は、着手未遂の場合には強制に対する意味での「任意」であるが（阿部純二増補『刑法総論（増補版）』三六二頁以下「有斐閣、一九七八年」）、実行未遂の場合には他人の発意に対する意味での「自発の意思」であるとして、着手未遂と実行未遂の場合で「自己の意思により」を異なる意味に解釈し（前掲三六六頁以下）、「他人の注意・忠告によって行為者が後悔により任意に結果発生防止行為に出て結果を防止しても中止未遂とはいえず障礙未遂と解すべきである」とする（同『犯罪論の新構造（下）』四三頁「有斐閣、一九六八年」）。前述の点に加え、両者をこのように区別すべき合理的な理由があるか疑問である。

- (12) 東京高判昭和二五年一月九日高等裁判所刑事判決特報一五号三三頁（否定）。
- (13) 東京高判昭和二六年二月二四日高等裁判所刑事判決特報二五号一一五頁（否定）。同様に、新潟地長岡支判昭和三八年五月一七日下午刑集五卷五二六号五五二頁（殺人未遂罪。否定）、大阪地判昭和五九年六月二一日判例タイムズ五三七号二五六頁（殺人未遂罪。否定）、東京地判平成七年一〇月二四日判例時報一五九六号二二五頁（殺人未遂罪。否定）。
- (14) 東京地判昭和三七年三月一七日下午刑集四卷三二四号二二四頁（肯定）。同様に、東京地判昭和四〇年四月二八日下午刑集七卷四号七六六頁（殺人未遂罪。肯定）、東京地判昭和四〇年二月一〇日下午刑集七卷二二二号二二〇頁（殺人未遂罪。肯定）。宮崎地都城支判昭和五九年一月二五日判例タイムズ五二五号三〇二頁（殺人未遂罪。肯定）、前掲（注4）福岡高判昭和六一年三月六日（殺人未遂罪。肯定）、東京地判平成八年三月二八日判例時報一五九六号二二五頁（殺人未遂罪。

肯定)。

(15) 前掲(注4) 大判昭和十二年二月二十四日(恐喝罪。事案では既遂にいたっており否定)。

(16) 大判昭和十三年四月十九日刑集一七卷三三三頁(殺人罪。事案では既遂にいたっており否定)。この判決について、内藤教授は、「毒物であることを告白しなかったたのであるから、結果発生防止のための積極的行為としての中止行為をそれ自体が存在しなかったたのであり、とくに『真摯』性を問題とする必要はなかったといえよう」とする(『刑法講義総論(下)』一三三三頁「有斐閣、二〇〇二年」)のに対して、浅田教授は、「本件ではすでに結果が発生しているのもそも中止犯の余地はなかったとも評されている……。理論的には、結果が発生した場合にも中止犯成立の余地を認めるか……、青酸カリを渡した行為と死亡との因果関係を(被害者の行為の介在を理由に)否定して未遂とするか(本事案では無理であろう)したうえで、はじめて中止行為の真摯性が問題になりうる。その場合であっても十分な中止行為とはいえないとするのが、判例の基準といえよう」(「中止犯」芝原邦爾編『刑法の基本判例』五六頁以下「有斐閣、一九八八年」と評釈している)。

(17) 大阪地判昭和四二年一月九日判例タイムズ二二八号二六四頁(否定)。同様に、大阪高判昭和四四年一〇月一七日判例タイムズ二四四号二九〇頁(殺人未遂罪。否定)。大阪地判平成一四年一月二七日判例タイムズ一一三三号二八二頁(殺人未遂罪。肯定)。他人の助力を得て既遂を阻止した事案ではなく、金員喝取目的での脅迫行為により被害者を畏怖せしめた後、そのまま放置したために既遂にいたらなかった恐喝未遂の事案につき、東京高判昭和四七年三月一三日判例タイムズ二七八号三九二頁(否定)。なお、名古屋高判平成二年七月一七日判例タイムズ七三九号二四三頁は、一般的基準を示すものではないが、「本件はいわゆる実行未遂の事例ではあるが、被告人は、被害者の右胸部を一突き刺したのち、自ら実行行為を中止したうえで、被害者の死亡という結果の発生を防止するため積極的に真摯な努力をしたもの」として、殺人罪の中止未遂を肯定し、横浜地川崎支判昭和五二年九月一九日刑月九卷九二一〇号七三九頁は、「着手中止の色彩が強い」としつつ、「結果防止に真摯な努力をしなかったとはいえず」中止未遂が認められるとしている。

(18) 福岡高判平成一一年九月七日判例時報一六九一号一五六頁(否定)。本判決につき、参照、大山弘「着手中止と実行中

止の区別」法学セミナー五四五号一〇六頁(二〇〇〇年)、金澤真理「不作為による中止の成否」『判例セレクト』86、100、五三二頁(有斐閣、二〇〇二年)、神垣英郎「中止犯における結果発生防止のための積極的な行為」警察時報五六卷一四九頁以下(二〇〇一年)、塩見淳「不作為による中止の可否」平成一一年度重要判例解説一五〇頁以下(二〇〇〇年)。

(19) やや古く、同様に、殺人未遂事件で死の結果発生を阻止する何ら積極的な行為をとらなかつた事案で、前橋地判昭和三十三年三月五日第一審刑事裁判例集一卷三三三三四五頁も、「実行未遂の場合において中止未遂が成立するためには、犯人が結果の発生を阻止する積極的行為をなすことを要するものと解すべきところ」と判示している。

(20) なお、一般的な情状について判示するのみで、実行未遂の中止の認められる基準についてとくに言及しないが、中止未遂を肯定したのもとして、仕事でのトラブルから他人所有の糞尿運搬船に放火したが、火勢をみて悔悟の念にかられ、自ら機関室に入り顔面および両手に火傷を負いながら消火に努め、さらに、付近住民の協力を求めてこれを消火したため既遂にいたらなかつた事案(和歌山地判昭和三八年七月二二日下刑集五卷七二八号七五六頁。情状について「特に重要な点は犯罪の実行に着手後直ちに悔悟の念にかられ、身の危険を顧みず、狭隘な機関室に身を挺して飛び込み、顔面や両手等に全治約一〇日間を要する火傷を負いながら消化に努め、略その目的を達し、更に近隣の者の応援を求めて完全消化に努めた結果殆んど被害が発生しなかつたこと」を挙げている)、登校拒否や暴力を繰り返す長男の将来を悲観した母親が、長男を殺害して自分も死のうと考えて包丁で長男の前胸部などを刺したが、長男が謝罪の言葉を発する等したことから犯意を喪失し、殺害を中止した事案(横浜地判平成一〇年三月三〇日判例時報一六四九号一七六頁)がある。また、札幌高判平成一三年五月一〇日判例タイムズ一〇八九号二九八頁は、不倫関係のもつれから被害者の左胸部をマキリ包丁で二回突き刺したが、被害者が機転を利かせて「もうお店を辞めるから。」「本当は好きだったんだよ。」「病院に連れて行って。」等と被告人の要求に応ずる旨や気を引くような言葉を繰り返したことにより、行為者は殺害を思いとどまり病院に搬送したため未遂にとどまつた事案で、任意性について重点的に判示し、これを肯定した上で、中止行為につき「被告人がそれ以上の攻撃を行わず、同女を病院に搬送し、医療措置を可能としたことにより一命をとり

とめることができたものと認められるから、本件殺人未遂については中止未遂が成立する」と判示している。それぞれ
 事案の特殊性を考慮すべきであるように思われる。最後の札幌高裁平成一三年判決につき、参照、門田成人「被害者の
 言葉による誤信と中止行為の任意性」法学セミナー五七四号一〇五頁(二〇〇二年)。

(21) 牧野英一「中止行為の眞摯性」『刑法研究第七卷』四五二頁(有斐閣、一九三九年)。

(22) 市川秀雄「刑法総論」一一七頁以下(春秋社、一九五五年)。

(23) 木村静子「中止犯」西原春夫ほか編『判例刑法研究第四卷』六二頁(有斐閣、一九八一年)。注16も参照。また、荒川雅行「結
 果防止行為の眞摯性」松尾浩也ほか編『刑法判例百選I総論(第四版)』一四五頁(有斐閣、一九九七年)、城下裕二「結
 果防止行為の眞摯性」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選I総論(第五版)』一四三頁(有斐閣、二〇〇三年)、山本輝之「中
 止犯の法的性格と成立要件―結果無価値論の立場から―」現代刑事法四五号四三頁(二〇〇三年)(宜しく頼む事例判
 決につき、「文言上は、『眞摯な努力』を必要とはしてはいないが、『行為者自身が結果防止に当たったと同視するに足
 る努力』というのが『眞摯な努力』を意味するものであると一般に理解されている)など。

(24) ちなみに、同視基準を用いる注12、注13の事案はいずれも中止未遂の成立が否定された事案であり、逆に、同視基準
 に眞摯性をプラスする注14の事案では、表現だけを考えれば眞摯性の分だけ要件が厳しくなっているはずであるが、い
 ずれも中止未遂が肯定されているという点は興味深い。中止未遂を肯定する際に、「これだけの努力をしたのだから肯
 定してよい」というような裁判官の心理も判示の表現に影響しているのであろうか。

(25) 判例の分析については、また、後述、第三節二(40頁以下)も参照。

(26) 阿部純二「刑法総論」一一二頁以下(日本評論社、一九九七年)、板倉宏「新訂刑法総論(補訂版)」一四六頁以下(勁
 草書房、二〇〇一年)、同「中止犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座第四卷』四〇頁以下(法学書院、一九九二年)、内田・
 前掲(注3)『刑法概要中巻』三九五頁以下、同「改訂刑法I総論(補正版)」二七二頁(青林書院、一九九七年)、大塚仁「刑
 法概説総論(第三版)」二四六頁(有斐閣、一九九七年)、吉川経夫「三訂刑法総論」二四二頁(法律文化社、一九八九
 年)、木村静子「中止犯」日本刑法学会編『刑法講座第四卷』二九頁(有斐閣、一九六三年)、佐久間修「刑法講義総論」

三二八頁以下(成文堂、一九九七年)、莊子・前掲(注11)『刑法総論』四三二頁(「真剣に且つ誠実に結果発生を未然に阻止する努力を傾けたこと」、正田満三郎『刑法体系総論』一三八頁以下(良書普及会、一九七九年)、団藤・前掲(注11)『刑法網要総論』三六五頁、中義勝『講述犯罪総論』二二五頁(有斐閣、一九八〇年)、中野次雄『刑法総論概要(第三版補訂版)』一三三頁注四(成文堂、一九九七年)、西原・前掲(注9)『刑法総論』三三八頁以下、萩原滋『刑法概要総論』一四五頁以下(成文堂、二〇〇二年)、福田平『全訂刑法総論(第三版増補)』一三二頁(有斐閣、二〇〇一年)、藤木・前掲(注11)『刑法講義総論』二六三頁以下、船山泰範『刑法』一七二頁以下(弘文堂、一九九九年)、前田雅英『刑法総論講義(第三版)』一七〇頁(東京大学出版会、一九九八年)、前田雅英ほか編『条解刑法』一六五頁(弘文堂、二〇〇二年)、森下忠『刑法総論』一七六頁(悠々社、一九九三年)。なお、木村亀一・前掲(注11)『刑法総論』三六六頁、三六八頁注一三、平場安治『刑法総論講義』一四二頁(有信堂、一九六一年)。実行未遂を中止する場合に真摯な(真剣な)努力を要すると解し、さらに、その努力にもかかわらず既遂にいたってしまった場合にも努力の真摯性を評価して四三条但書の準用(ないしは類推適用)を認めるのは、市川・前掲(注22)『刑法総論』一二七頁以下、井上正治『刑法学総則』一九九頁(朝倉書店、一九五二年)、岡野光雄『刑法要説総論』二六〇頁(成文堂、二〇〇一年)、江家義男『刑法総論』一六〇頁以下(千倉書房、一九五二年)、牧野英一『重訂日本刑法上巻』三一五頁以下(有斐閣、一九三八年)。既遂にいたった場合に刑の減輕の限度で四三条但書の類推適用を認めるのは、川端博『刑法総論講義』四七〇頁以下(成文堂、一九九五年)。

(27) 西原・前掲(注9)『刑法総論』三三九頁。

(28) 川端・前掲(注26)『刑法総論講義』四七〇頁。

(29) 江家・前掲(注26)『刑法総論』一六〇頁。なお、法益保護の観点から、犯罪防止義務に違反して犯罪に着手した者に、着手未遂の段階では犯罪中止義務が課せられ、実行未遂の段階では結果発生防止義務が課せられると理解し、このような理解から、実行未遂の中止行為は、行為者が客観的に十分な結果発生防止義務を履行することが必要であると解するのは、野村稔『大コンメンタール刑法(第二版)第四卷』一三四頁以下(大塚仁ほか編)(青林書院、一九九九年)、同『刑

法総論(補訂版)』三六四頁以下(成文堂、一九九八年)、同『未遂犯の研究』四七一頁以下(成文堂、一九八四年)。

(30) 香川達夫『注釈刑法(2)のⅡ総則(3)』四八四頁以下〔団藤重光編〕(有斐閣、一九六九年)。これが「中止行為のもつ原則的な形態である」(前掲四八四頁)、「本来的な意味で中止行為とは、これのみに限定されるべきであろう」(前掲四八五頁)とする。同様に、同『刑法講義総論(第三版)』三二三頁以下(成文堂、一九九五年)も、「典型的な意味での中止行為を、そう把握するのは正しい」とする。

(31) 香川・前掲(注30)『注釈刑法』四八五頁以下。「真摯性が要件とされるのは、それが因果関係を遮断しえたと同視しうる程度のものであること……、そして、その遮断しえなかつた事情が、中止行為と関連のない客観的事情の介在によるばあいにかぎるべきである」(前掲(注30))『注釈刑法』四八六頁)、「真剣な努力とは本来的な中止行為の修正原理として作用するだけのことであつて、中止行為そのものに現実性を不要ならしめるための原理なのではない」(前掲(注30))『注釈刑法』四八七頁)とする。同様に、同・前掲(注30)『刑法総論』三一四頁(因果関係の代役)。

(32) 香川・前掲(注30)『注釈刑法』四八七頁以下。(2)①の場合、行為者の中止措置が既遂阻止結果に対して少なくとも条件関係の認められる場合であり、また、事案によつては相当因果関係の認められると考えるべき場合もあり(参照、後述、第二節三「24頁以下」)、したがつて、「因果関係に代わる要件としての真摯性」ということを主張される教授の基本的な立脚点からすると首尾一貫していないところがあるように思われる。それに対して、(2)②の場合は、ドイツ刑法二四条一項二文で規定するいわゆる「非因果的な中止」の場合にはほぼ対応するが、努力にもかかわらず既遂にいたつた場合まで含めるべきではなからう。すなわち、非因果的な中止の場合として、第三者の介入や被害者自身の措置によつて既遂が妨げられた場合、実行行為が不能であつたために既遂にいたらなかつた場合や、共犯事例では、正犯者や他の共犯者の中止行為により既遂が妨げられた場合で、かつ、いずれの場合も行為者がそのような未遂の失敗を知らずに中止措置をとつた場合に限定すべきであろう。

(33) なお、香川達夫『中止未遂の法的性格』一一六頁など(有斐閣、一九六三年)では、前記(1)と(2)の場合で異なる要件を考へるのではなく、むしろ、すべての中止行為に真摯な努力を要求しているようである。

- (34) 香川・前掲(注30)『刑法総論』三〇七頁、同・前掲(注33)『中止未遂の法的性格』九七頁以下。
- (35) 「積極的な」という表現は、その表現のみからは、「着手未遂の中止は不作為で足り、実行未遂の中止は作為による阻止が必要である」という意味での作為＝積極的な行為を超える意味でその要件を考えているのか否かが必ずしもはっきりしないので、「客観的に結果を防止するのにふさわしい」という観点の方が強調されるべきであるように思われる。積極的な行為で足りると表現する古い学説は、「実行未遂の中止は作為による阻止が必要」という意味で考えているように思われる。たとえば、草野豹一郎『刑法要論』一〇九頁(有斐閣、一九五六年)、斉藤金作『刑法総論(改訂版)』二二三頁(有斐閣、一九五五年)、瀧川・前掲(注11)『犯罪論序説』一九〇頁、宮本英脩『刑法学粹』三七九頁(弘文堂書房、一九三一年)、同『刑法大綱』一八五頁以下(弘文堂書房、一九三五年)など。
- (36) 曾根威彦『刑法総論(第三版)』二五五頁(弘文堂、二〇〇〇年)、同『刑法の重要問題(総論)補訂版』二六九頁(成文堂、一九九六年)。同様に、佐伯千仞『四訂刑法講義総論』三二六頁(有斐閣、一九八一年)、奈良俊夫『概説刑法総論(第三版)』二六九頁(芦書房、一九九八年)。おそらくまた、柏木・前掲(注11)『刑法総論』二六一頁以下、立石二六『刑法総論(補正版)』二六七頁以下(成文堂、二〇〇四年)。なお、大谷實『新版刑法講義総論』四一四頁(成文堂、二〇〇〇年)。
- (37) 内藤・前掲(注16)『刑法講義総論(下)Ⅱ』一三二二頁。同様に、鈴木茂嗣・前掲(注3)『刑法総論』一八〇頁。また、鈴木彰雄「実行中止における第三者の関与」関東学園大学法学紀要二七頁以下(一九九一年)。
- (38) なお、結果防止に相当な行為とするのは、浅田・前掲(注16)五七頁。主体的な努力を要するのは、塩見前掲(注3)二六二頁注五〇。また、他人の援助を借りることは差支えないが行為者の努力が中心でなければならないとするのは、青柳文雄『刑法通論Ⅰ総論』三四三頁注三(泉文堂、一九六五年)。
- (39) 山中敬一『刑法総論Ⅱ』七二二頁(成文堂、一九九九年)。なお、山中敬一『中止未遂の研究』二六〇頁以下(成文堂、二〇〇一年)は、確実に結果発生防止が客観的に予測しうるまで、結果不発生への因果経過を少なくとも潜在的に支配していなければならないとする。

(40) 井田良「中止犯」現代刑事法二五号一〇〇頁(二〇〇一年)。同様に、井田良・川端博「対談・中止犯論の現在と課題」現代刑事法四五号一七頁、二七頁以下〔井田発言〕(二〇〇三年)。

(41) なお、斎藤信治教授も、着手未遂と実行未遂の区別に関連してであるが、「作為形態での実行を止めても、既に結果発生の危険を生じているのを認識しており、放置または御座なりの態度が(不真正)不作為形態での実行継続と認められるときは、無論全体として『中止した』ことにならない……とするのが、妥当であろう……。しばしば、実行行為を終えている場合に中止犯が認められるためには『真摯(真剣)な』結果発生防止が必要だ、と説かれるのも」、この「趣旨の限度においてのみ理解しうる」としている(『刑法総論(第五版)』一三三頁〔有斐閣、二〇〇三年〕)。

(42) 山口厚「刑法総論」二四三頁(有斐閣、二〇〇一年)。また、二四六頁。同、前掲(注3)「問題探究刑法総論」二二八頁以下。同様に、林幹人「刑法総論」三七四頁以下(東京大学出版会、二〇〇〇年)、堀内捷三「刑法総論(第二版)」二四二頁、二四九頁(有斐閣、二〇〇四年)、山本・前掲(注23)四〇頁以下。おそらく、先駆的に、平野龍一「中止犯」日本刑法学会編『刑事法講座第二巻』四〇七頁以下(有斐閣、一九五二年)、同「刑法総論Ⅱ」三三七頁以下(有斐閣、一九七五年)。また、對馬直紀「中止行為について」明治大学大学院紀要法学篇三〇集一四五頁以下(一九九三年)。ただ、中止行為をなしたにもかかわらず結果が発生した場合にも法的義務に合致しようとする意欲を評価して四三條但書の準用を認める。なお、犯罪論体系における従来の実行行為概念、そして、その対概念としての中止行為という構成を批判し、結果不発生に対する行為者の因果的寄与を重視するのは、齋野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集下巻』五八七頁以下(信山社、二〇〇三年)。

(43) 和田俊憲「中止犯論」刑法雑誌四二巻三三二頁以下(二〇〇三年)。論者のいう「予防政策説」は若干複雑である。この説は、未遂行為者を中止行為に誘導して犯罪が既遂に達するのを防止するという政策目的に減免の根拠を求めつつ(黄金の橋の理論)、その予防政策を実現する観点から、減免予防の必要性、行為者のコントロール可能性、報奨性という二つの制限的観点により、その予防目的に一定の限定がなされるとする(二八四頁以下)。このような考え方から、(本文で引用する)狭義の中止行為と中止結果との間の相当因果関係が必要であり、かつそれで十分であることのほか、予

備罪の中止に四三条但書の類推適用を認めるべきではないこと（二八七頁）、（可罰的な）未遂犯が当初から具体的に不能である場合に四三条但書の適用・類推適用を認めるべきではないこと（二八八頁）、任意性に関して主観説が妥当であること（二九二頁）という帰結が体系的に一貫した解釈として導かれるとする。

(44) 和田・前掲（注43）二八九頁以下。

(45) 参照、前述、第一節一（二）（4頁）。

(46) BGHSt. 31, 46 (Urt.v. 27.4.1982)。連邦通常裁判所は、次のように述べて不処罰となる中止を否定した。すなわち、「構成要件に該当する結果が自分の構成要件に該当する行為に基づいて発生するということを予想する者は、または、そのことをありうると考えるにすぎない者も、行為の既遂の阻止に向けてられた活動を展開しなければならぬ。彼は、彼の表象において、構成要件に該当する結果の実現の危険をつくりだした。その結果、彼は、行為を既遂にいたらせないことを目指し、そして、客観的にまたは少なくとも彼の見方からはそのために十分であるような行為によって、行為を断念する意思を表明しなければならない（……）。彼によりよい阻止手段が意のままになる場合、彼は、彼が認識したように、（もしかしたら）不十分である（かもしれない）措置で満足してはならない。そのような阻止手段を彼は汲み尽くさなければならぬ（……）。彼は、偶然を回避しようとするので、その偶然に余地を与えてはならない。彼が偶然に余地を与える場合、彼は自分の活動によって行為の既遂を回避しない（……）。彼は、常に結果発生 of の全リスクを負う（……）。結果が「不能未遂の事例におけるように」発生しえなかったために、または第三者の介入が行為の既遂を阻止したために、行為者の阻止的行為にかかわりなく結果が発生しないということが判明する場合、確かに、結果回避の成功という要件は必要ない。しかし、結果を発生させないことに向けられた行為者の行為に対して、その行為を展開する時点で課されるべき要求は、そのことによつて何ら変わらない。……既遂を阻止しようとする『任意で真剣な努力』（刑法二四一条一項二文）は、この本質によれば、結果回避の意図によつて決定される努力でしかありえない。行為者は、彼の知っているところの客観的に十分な、または少なくとも彼の見方から十分な阻止手段を汲み尽くさなければならぬのである。参照、本件について紹介しているのは、鈴木彰雄・前掲（注37）一七頁以下、山中・前掲（注39）『中止未遂の研究』

二六一頁注四。

- (47) BGH NSZ 1989, 525 (Urt.v.1.2.1989)。連邦通常裁判所は、次のように述べて不処罰となる中止を否定した。「被告人は、差当り彼女の見方から救助のために必要なことを行った後も、救助にひき続き協力することが一彼女が認識していたように一必要であったにもかかわらず、その協力を拒んだ」。「そのことによつて、被告人は、一たとえ彼女が差当り夫を救助する気があったとしても一有害な結果の阻止にさらに寄与することが必要であり、また彼女にとつて可能であった時点で、このような救助意思(Bereitschaft)を再び放棄した」。つまり、「被告人は、夫の生命が救助されるためには、毒の投与について医師に情報を与えなければならぬと考へていたにもかかわらず、毒の投与を黙っていた」のであり、このことから、継続する救助意思(fortbestehenden Rettungswillen)が認められず、したがつて、不処罰となる中止未遂は認められない。参照、本件について紹介しているのは、鈴木彰雄・前掲(注37)一九頁、山中・前掲(注39)「中止未遂の研究」二五八頁。また、実行未遂の中止行為に関するその他の重要なドイツ判例について、参照、鈴木彰雄・前掲(注37)一四頁以下、山中・前掲(注39)「中止未遂の研究」二五三頁以下。

(48) 参照、前述、第二節一(二)(10頁以下)。

(49) 参照、前述、7頁。

(50) 木村静子・前掲(注26)『刑法講座』二九頁。また、前述、11頁以下の山中、井田、斎藤信治各教授の論述も参照。

(51) 川端・前掲(注26)『刑法総論講義』四七〇頁。ちなみに、ドイツ刑法二四一条一項二文、二項二文の「真摯性」概念も道徳的・倫理的な要求をするものだとは解されない。

(52) 前掲(注17)。

(53) 荒川・前掲(注23)一四五頁。同様に、井田・前掲(注40)一〇〇頁、斎藤信治・前掲(注41)『刑法総論』三七四頁、塩見・前掲(注3)二六二頁注五〇、内藤・前掲(注16)『刑法講義総論(下)』II一三二一頁以下など。

(54) 城下・前掲(注23)一四三頁。

(55) 参照、また、後述、第三節一(二)(33頁以下)も。

(56) 船山・前掲(注26)『刑法』一七三頁。同様に、板倉・前掲(注26)『刑法総論』一四七頁(「医療のように専門家の力を仰がなければならぬ場合は、被害者をすみやかに医療施設に送り、治療を受けさせるように努力すれば、真剣な中止行為と認めることができる」)。また、神垣・前掲(注18)五五頁。この点に関する判例の態度につき、後述、47頁以下も参照。

(57) なお、前田雅英『最新重要判例二五〇(刑法) 第四版』二二頁(弘文堂、二〇〇二年)は犯跡隠蔽事例判決にやや理解を示しているように思われる。なお、また、米山哲夫「中止未遂と償いの思想」早稲田大学大学院法研論集二九号(一九八三年)は、判例が実行未遂の中止に關してかなり嚴格な要件を課しているとしつつ、そのような嚴格な要求が出てくる理由は、「自分の犯した犯罪の發覚、そしてそれによって科せられるべき様々な不利益を嫌わない態度が、犯人自身の結果防止行為によって示されるといふことなのではなからうか。そうした態度に対して法は刑の必要的減免という恩典を与えるべきものとしたのではないかと考えられるのである」(三二六頁以下)と判例の「嚴格な要求」に理解を示し、これを支持し、さらに、「自首、首服(刑法第四二条)の場合の裁量的減輕にも同じ意味あいが見込められているように思う」(三二九頁注二)、「真摯な結果防止行為であるかどうかを、犯罪の發覚、自らの逮捕を嫌わない態度であるかどうかを基準として判断することを、一つの方法として考慮することもよいのではなからうか」(三二九頁注三)とする。自首制度は東洋の律における伝統であることが指摘されており(参照、たとえば、小野清一郎『新訂刑法講義総論』二九一頁「有斐閣、一九五〇年」、団藤・前掲(注11)『刑法綱要総論』五二六頁注一。また、佐伯・前掲(注36)『刑法講義総論』三二二頁など)、一方で、明治以降の西洋法の継受の過程で取り入れられた中止未遂制度はそれに比べて歴史が浅く、そのような歴史の違い(そして、そのことに基づく制度の定着・普及の程度の相違)がこのような理解を生む原因になっているのかもしれないが、自首制度と中止未遂制度は区別されるべきであり、このような理解は真剣な努力の理解としても特異な説であらう。

(58) 西原・前掲(注9)『刑法総論』三三九頁。板倉・前掲(注26)『刑法総論』一四七頁、木村靜子・前掲(注23)『判例刑法研究』六一頁、佐久間・前掲(注26)『刑法講義総論』三二九頁、莊子・前掲(注26)『刑法総論』四三二頁、中・

前掲(注26)『講述犯罪総論』二二五頁、藤木・前掲(注11)『刑法講義総論』二六四頁、前田・前掲(注26)『刑法総論講義』一七〇頁など。

(59) 内藤・前掲(注16)『刑法講義総論(下)』二二二頁。また、大谷・前掲(注36)『刑法講義総論』四一四頁、柏木・前掲(注11)『刑法総論』二六一頁。

(60) 救助にいたる客観的な確率ないしはその客観的な予見可能性(中止措置の既遂阻止適性)を問題とするRDSの見解について、参照、後述、第二節三(三)(口)(27頁以下)。このような立場は、以下で示される「適切な努力説の代表的論者の理解」よりも、次項で検討する因果関係必要説に近づくことになる。

(61) 前掲(注14)。宮崎地裁都城支部昭和五九年判決の事案は次のようなものであった。被告人は、スナックの経営者Dに一方的に恋慕していたが、そのうちDの態度が急変し冷たくなったものと邪推し、Dを殺害して自分も自殺しようとい意するにいたった。そして、D経営の店舗内で、「御免、一緒に死んでくれ」と言いながらDの首に絞殺用に準備携帯したファスナー(長さ約九三センチメートル)を一回巻きつけて絞めつけたが、右ファスナーが切れたため、店内調理場から刃渡り約一二センチメートルの包丁一本を持ち出し、これを右手逆手に握ってDの頸部前面を左から右に真横に一回切り裂いた。しかし、多量の出血を見て驚き、正気を取り戻すや、Dを助けようと考え、直ちにDに対し治療措置を受けさせるべく、救急車の出勤を求めて緊急電話一一九番をしたがからなかつたので、緊急電話一一〇番をもって救急車の手配を依頼するとともに、Dの求めに応じ、出血箇所を押えて止血するため、Dに対し店内にあったお絞り二本を手交し、さらに救急車の到着する頃を見計らってDを促して同店前まで付き添うなどし、同店前に急行した救急車によってDを付近の病院に収容させ治療を受けさせた結果、Dに対し入院加療七八日間、通院加療三九日間を要する頸部切創、頭部外傷および加療約二〇日間を要する球結膜下出血の傷害を負わせたにとどまった。このような事案に対し、判決は次のように判示し中止未遂を肯定した。本件「事実関係のもとにおいて、被告人に中止未遂の成立が認められるためには、単に殺害行為を中止するのみでは足りず、被告人がすでに加えた前記行為に基づく死の結果の発生を防止するため、積極的な行為に出て現実に結果の発生を防止し得たことが必要である」と考える。そして、右結果発生の防止行

為は、必ずしも犯人が単独でこれに当る必要がないものの、他人の助力を受けても犯人自身が防止に当つたと同視し得る程度の真摯な努力が払われた場合でなければならぬと解すべきである。本件の場合、被告人が結果発生防止のためにとつた措置は前示のとおりであり、加えて、被告人は右措置を本件犯行後極めて短時間の内に了しており、また、警察署に対する救急車の手配を依頼した際には、自らが被害者を切創したものであるとは伝えていないものの、現場に急行した警察官に対しては「私がたつた今包丁で彼女の首を切りました。彼女を殺して自分も死ぬつもりでした。一一〇番したのは私です。早く救急車を呼んで下さい。」などと述べ、傷害の原因について素直に真実を申告し、あくまでも被害者の救助を求める意思を表明していることからすると、右措置は、特に有効な治療措置を加える知識、経験をもたない被告人としては、できるだけの努力を尽したものであるべきであり、また、結果発生防止のため被告人のとり得る最も適切な措置であつたといふことができる。そうだとすると、被告人は、被告人自身が結果発生を防止する行為に当たると同視するに足る真摯な努力を払つたものといふことができ、その行為は、中止未遂の要件を充足するものと認められるが相当である」。

(62) 前掲(注14)。福岡高裁昭和六一年判決の事案は次のようなものであつた。すなわち、被告人は、E子の経営する店内で、未必的殺意をもってE子の頸部を果物ナイフで一回突き刺した直後、E子が大量の血を口から吐き出し、呼吸のたびに血が流れ出るのを見て、驚愕すると同時に大変なことをしたと思い、直ちにタオルをE子の頸部に当てて血が吹き出ないようにしたり、E子に「動くな、じっとしとけ。」と声をかけたりなどした上、店内から消防署に架電し、傷害事件を起こした旨告げて救急車の派遣と警察署への通報を依頼し、その後、「救急車がきよるけん心配せんでいいよ。」とE子を励ましたりしながら救急車の到着を待ち、救急車が到着するや、一階出入口のシャッターの内側から鍵を差し出して消防署員にシャッターを開けてもらい、消防署員とともにE子を担架に乗せて救急車に運び込み、そのころ駆けつけた警察官に「別れ話がかじれてE子の首筋をナイフで刺した」旨自ら告げてその場で現行犯逮捕された。E子は直ちに病院に搬送され手術を受けた結果、加療約八週間を要する頸部刺傷等（頸部刺傷は深さ約五センチメートルで気管内に達し、多量の出血と皮下気腫を伴うもので、出血多量による失血死や出血が気道内に入って窒息死する危険があつた）

の傷害を負うにとどまった。このような事案に対し、判決は次のように判示し中止未遂を肯定した。実行未遂の事案である本件において、「被告人が、本件犯行後、E子が死に至ることを防止すべく、消防署に架電して救急車の派遣を要請し、E子の頸部にタオルを当てて出血を多少でもくい止めようと試みるなどの真摯な努力を払い、これが消防署員や医師らによる早期かつ適切な措置とあいまってE子の死の結果を回避せしめたことは疑いないところであり、したがって、被告人の犯行後における前記所為は中止未遂にいう中止行為に当たるとみることができる」。

(63) 内藤・前掲(注16)『刑法講義総論(下)』II 一三二五頁。また、内藤教授は、「過大な要求はなされていない」として、前掲(注17)横浜地裁川崎支部昭和五二年九月一九日判決も挙げている。ただ、これは傷害の程度が比較的軽かった事案であった(また、妻の介護に疲れての無理心中崩れの事案という特殊性もあった)。すなわち、この事案は次のようなものであった。被告人は、妻Fが「部屋に感度器が仕掛けられている」旨言うなど被害妄想の症状を呈するようになったため、兄弟に相談した上Fを精神科に入院させた。しかし、Fがこれを嫌がって帰宅を望むことから完治しないまま自宅に連れ帰ったため、依然被害妄想がとれず「映写機で写される。」などと口走るFと過ごすうち被告人自身の気持ちも不安定な状態となり、仕事も退職してしまった。右状態をみかねた兄弟からFを再び入院させるよう勧められたが、Fが入院を強く拒むばかりか、入院させるなら離婚する旨言うので、離婚する気の全くなかった被告人はFが可哀想だと思ふ気持ちも手伝って入院に反対したものの、その後は退職後の就職先も見つからないことからくる老後の不安も重なって思い悩んでいたところ、某日午前四時頃、目覚めて眠れないまま台所からウイスキー入りの瓶を持ち出してコップに半分程度のウイスキーを二杯飲み、足指の爪を切ろうと裁ち鋏を持ち出したりした後暫くまどろみ、午前六時三分頃再び目覚めて隣に床をとっていたFと話しているうち、思い余っていつそFを殺害して自殺しようと思慮するにいたり、七時三〇分頃ウイスキー瓶を右手に握りこれでFの左前額部を一回殴打し、さらに裁ち鋏の真中を右手に持ち刃先の部分でFの咽喉部から右頬にかけて十数回突き刺し、電気炊飯器用の電気コードでFの頸部を絞めつけたが、Fの出血を見て驚愕するとともに、憐憫の情を抱き自ら中止したため、Fに対し加療約二週間(入院六日間)を要する左前額部挫傷、右頬・右耳・咽喉部刺創の傷害を負わせたにとどまり、その後自首した。このような事案に対して、横浜地方

裁判所川崎支部は、次のように判示して中止未遂を肯定した。「前叙のような傷害、出血の程度、被害者が受傷後自ら消毒をしたり電話に出ることができた状況等に照らすと、本件は実行行為の終了前にその実行を放棄した着手中止の色彩が強いばかりか、被告人が自家治療行為にななかつたとはいえず、結果の悪化を防止するためその後直ちに救急車を呼んだことから結果防止に真摯な努力をしなかつたとはいえず、その結果被害者は確実に死を免れたのであつて、その面では実行中止の要素もあり、結局のところ本件は外部的障害の存在は否定されなければいけぬけれどもそれのみによつて未遂に終つたとはいえず、むしろ積極的な自己の意思により殺害を中止したと認めて差支えない事案である」。

(64) 山中・前掲(注39)『刑法総論Ⅱ』七二四頁。

(65) 山中・前掲(注39)『中止未遂の研究』二五八頁以下。

(66) 山中・前掲(注39)『中止未遂の研究』二六〇頁。

(67) 井田・前掲(注40)一〇〇頁。なお、また、斎藤信治教授は、犯跡隠蔽事例判決に關してであるが、「死んでもよいと考へ救命に必要な情報提供等を拒んだような場合でない限り、中止行為ありとすべきであつた」とし、情報提供が必要なる場合もあることを指摘している(前掲(注41)『刑法総論』三七四頁)。

(68) 板倉・前掲(注26)『刑法総論』一四七頁、西原・前掲(注9)『刑法総論』三三九頁。

(69) 實際に、荒川教授は、一九九一年に、学説の状況を次のようにまとめている。すなわち、「学説においては、中止犯の法的性格に關しては、おおくの対立があるにもかかわらず、実行未遂における結果の発生防止義務については、『真摯性』の要件が必要であるとはしているものの、その内容や程度については比較的緩やかに解している点では、ほぼ一致しているとみてよいであろう」(荒川雅行「結果防止行為の真摯性」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論(第三版)』一四九頁「有斐閣、一九九一年」。同・前掲(注23)一四五頁)。

(70) 前述、第二節一(一)(二)(9頁以下)の西原教授、川端教授、香川教授、曾根教授の各論述参照。また、山中教授も、中止未遂の法的性格に關して、「義務違反的意欲が事後的に合法的な意欲へと復帰したこと」を問題としている(前掲(注39)七一四頁)。

- (71) 参照、前述、11頁。
- (72) 和田・前掲(注43)二九四頁。また、山口・前掲(注3)『問題探究刑法総論』一三〇頁(後述、注77も参照)。
- (73) 和田・前掲(注43)二九四頁。また、齊野・前掲(注42)六〇八頁(後述、注77も参照)。なお、山口・前掲(注3)『問題探究刑法総論』一三〇頁、同(注42)『刑法総論』二四六頁。
- (74) 相当因果関係説の問題とする相当性の程度も問題になるが、「極めて偶然的なものを除くという趣旨」(平野龍一『刑法総論I』一四二頁「有斐閣、一九七二年」)であればなおさら、宜しく頼む事例においてその依頼行為と既遂阻止結果との間の相当因果関係を肯定すべきことになろう。
- (75) 放火後翻意して他人に出火を知らせたが、判例が中止未遂の成立を否定した他の放火事例に関しても概ね同様のことがいえよう。たとえば、前掲(注13)東京高判昭和二六年二月二四日(事案について、前述、5頁を参照)や、被告人がアパート二階二号室の食卓上の新聞紙にマッチで点火して放火した後隣の三号室(自室)に暫く潜んでいたところ、次第に恐怖心に駆られ、廊下に出て見ると二号室から煙が出ていたのでそのまま放置すると大火事になると思ひ、一階のアパート所有者方に赴いて火災を知らせ、所有者に同道して二階二号室前廊下に引き返し、その後所有者に同室入り口の開戸の一端を無理に引けば隙間からでも部屋内に入れることを教えたほかは、所有者が開戸の錠を金槌で外して開け、階下の炊事場から二回に亘りバケツで水を運んで消火する間、何らなすところなく傍観していた事案(前掲(注17)大阪地判昭和四二年一月九日)においても、被告人が火災を知らせた行為と、他人による既遂阻止結果との間の相当因果関係は認められよう。なお、仮に「宜しく頼む」との依頼がなくても、いずれにせよ近隣の者が出火を発見し消火活動に出て、既遂前に消火したかもしれないとしても、それは仮定的な代替原因であり、現実の因果性について変えるものではないであろう。
- (76) 「第三者の協力に依る結果防止と中止犯」法学新報四七卷二二号二二頁(一九三七年)。また、二二四頁。もつとも、吉田常次郎教授自身は、「主観主義的な刑法理論から言へば原因力が相当なりや否に關係なく結果の發生を防止せんとする眞面目なる努力自體に重點を置くべきである」(二三三頁)という立場から、宜しく頼む事例について、「辯護人の

上告論旨に依ると被告人は放火後Aに放火したるに依り宜敷頼むと叫びながら走り去りたる當時は心神喪失状態に陥り自ら消火する力なかつたのである。若し眞に被告人は當時左様な状態にあつたとすれば右の如き依頼を爲して走り去り自らは消火行為を爲さなかつたからといつて眞面目に消火する意思なかつたものとは言はれぬ。故に被告人が果して當時右の如き状態にあつたか否かを検討すべきである」（一二〇頁以下）と行為者の責任能力の点等を問題とし、この判決に批判的な見方を示している。なお、牧野・前掲（注21）『刑法研究第七卷』四五〇頁以下、同「中止犯と中止の眞摯性」『刑法研究第八卷』二九六頁以下（有斐閣、一九三九年）は、宜しく頼む事例の場合に相当因果関係が認められないとする趣旨か。また、宜しく頼む事例の評釈として、参照、草野豹一郎「放火罪と中止犯」『刑事判例研究第四卷』一二二頁以下（巖松堂書店、一九三九年）、佐瀬昌三「中止犯」『法学志林四〇卷』二二二頁（一九三八年）五九頁以下。なお、木村静子・前掲（注23）『判例刑法研究』六一頁も、「この事案において、被告人は『放火したからよろしく頼む』といったが、これは消火を依頼する意味であることは明らかであり、また、被告人はその後A等の消火行為によつて火が消し止められるであろうことも予測していたに違いない。しかし、それだけでは、被告人自身に結果防止のための眞摯な努力がなされたとはいへないことももちろんであつて、被告人に中止犯が認められるためには、少なくともAらとともに放火の現場に引き返して、みずから積極的に消火作業にあつたことが必要である」とする。

(77) 山本・前掲（注23）四五頁。それに対して、齊野・前掲（注42）六〇八頁は、「放火した後に、単に消火について『よろしく頼む』と走り去るような行為は、結果的には第三者によつて消火されても、通常、依頼されたから消火されるといふ因果法則は成立しないと考えられるのであるから、因果的寄与はないといえる」とするが、ここでいう「通常」といふのがどのような場合を考へているのか（たとえば、放火犯人が通りがかりの赤の他人に消火を依頼するような場合なのか）定かではないが、宜しく頼む事例の具体的事案を前提にした場合、本文のように考へるべきであろう。なお、山口・前掲（注3）『問題探究刑法総論』一三〇頁は、宜しく頼む事例について、「もしも中止犯の成立を肯定することはできないとすれば……消火される保障がない以上、たまたま他人により消火されて既遂に至らなかつたととしても、危険消滅との間に条件関係・相当因果関係がないか、危険消滅についての認識がないと考へられるからなのである」として、

この場合に相当因果関係が認められないとまでは断定しておらず(また、同・前掲(注42)『刑法総論』二四六頁)一般論としては、「一一九番通報が中止行為になりうることを否定する理由はないから、素人に可能な消火を依頼するのでは足りないとする根拠はない」ともしている。

- (78) René Bloy, Zurechnungsstrukturen des Rücktritts vom beendeten Versuch und Mitwirkung Dritter an der Verhinderung der Tatvollendung, Juristische Schulung(=JuS), 1987, S.533ff. 同様に、既遂阻止結果の客観的帰属可能性を問題とするのば、Kristian Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2002, § 16 Rn. 73ff.; Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafrechtbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl. 2001, § 24 Rn. 19a, 19b; Hans-Joachim Rudolph, Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbemühen, Neue Zeitschrift für Strafrecht(=NSZ) 1989, S.511ff.; ders., in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch I, 20. Lfg. 6. Aufl. 1993, § 24 Rn. 27c; Günter Straatenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 4. Aufl. 2000, § 11 Rn. 90. 若十限定して、Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl. 2000, § 19 Rn. 46ff. など、あへて、Albin Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 26. Aufl. 2001, § 24 Rn. 59, 66. など、Bloy の見解については、鈴木彰雄・前掲(注37)二八頁以下も参照。

- (79) Bloy は、このような専門家に既遂の阻止を要請する場合が、第三者と共働して中止する原型(Prototyp)であるとし(a.a.O. [Fn. 78], S. 534)、未遂行為と中止行為が鏡像的なものでなければならぬとするならば、未遂行為の正犯者は、正犯的に既遂を阻止しなければ不処罰となる中止にならないであろうが、これは「ばかげた論理(absurde Logik)」だと指摘している(a.a.O. [Fn. 78], S. 534)。近時、中止未遂の法的性格をめぐるわが国の議論において、中止未遂の問題が「裏返された犯罪論」であるということが強調されることが多いが、中止未遂論において犯罪論をどの程度裏返して考えられるのか、また考えるべきなのかについてなお慎重な検討を要しよう。

- (80) 後者の場合において、中止者が、最終的になされた救助がもはや彼の行為(Leistung)として現れない程度にしか状況のお膳立てをしない場合には、その阻止結果は中止者に帰属せず(a.a.O. [Fn. 78], S. 535)。また、救助している第三者を単に補助するにすぎない場合も、その阻止結果は中止者に帰属しないとする(a.a.O. [Fn. 78], S. 535)。

(18) Rudolphi,a.a.O.(Fn.78),NSiZ 1989,S.511,514; ders.,a.a.O.(Fn.78),SK-SiGB, § 24 Rn.27c.

(82) ドイツにおける従来の通説は「これよりも緩やかに、既遂阻止結果に対して中止者の措置が条件関係のある」と(共に原因になつてゐる)と「足りると解してきた。参照: Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend,Lehrbuch des Strafrechts,Allgemeiner Teil,5.Aufl.1996 § 51 IV 2 Fn.41; Michael Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S. 475f.; Reinhart Maurach/Karl Heinz Gossel/Heinz Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2,7. Aufl. 1989, § 41 Rn.88; Ingeborg Puppe, Der halberzige Rücktritt, NSiZ 1984, S.490ff. など; Herbert Tröndle/Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Aufl. 2003, § 24 Rn.35. 若干限定して、 Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 33. Aufl. 2003, Rn.644. など」の立場に関して、Puppe が次のように述べているのが参考になる。すなわち「ドイツ刑法二四条の中止規定にとつて、被害者を救助するチャンスを与えるために、行為者に結果を回避する「黄金の橋」を架け、それを可能な限り長く維持することが重要である。中止規定全体を説明することができるのは、「このような『終わりよければすべてよし』という粗野な原理 („grob-schlächtige Prinzip, Ende gut, alles gut“) である(黄金の橋の理論の意味での刑事政策説)。したがつて、既遂の阻止に対してその中止措置が共に原因になつてゐなければ、すなわち、中止行為と既遂阻止との間に条件関係が認められれば、二四条でいう「既遂の阻止」が認められ、行為者が結果の回避に成功した場合、彼の努力の真摯性、彼がいつでも手を貸す気であること、いわんや犠牲を払うのをいとわないこと、または彼の慎重さといった要件 (Anforderungen an die Ernstlichkeit seines Bemühens, seine Einsatz- oder gar Opferbereitschaft oder auch an seine Sorgfalt) は必要でない(a.a.O.,S.490)と論じている。

一方、近時では、ドイツ刑法二四条一項一文第二選択肢による中止の場合にも、二四条一項一文と同様に、真剣な努力(もしくは最善の中止措置)を要求する立場も有力に主張されている。参照: Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 1995, § 27 Rn.28; Hermann Blei, Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 1983, S.242,245; Rolf D.Hertzberg, Problemfälle des Rücktritts durch Verhindern der Tatvollendung, Neue Juristische Wochenschrift 1989, S.865ff.; Günther Jakobs, Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten, Zeitschrift

für die gesamte Strafrechtswissenschaft(=ZStW) 104(1992),S.89ff.;ders.,Strafrecht,Allgemeiner Teil,2.Aufl.1991,26/21,Hans-Jürgen Römer,Fragen des „Ernsthaften Bemühens“ bei Rücktritt und tätiger Reue,1987,S.54f.,65f.;ders.,Vollendungsverhinderung durch „ernsthaftes Bemühen“,Monatsschrift für Deutsches Recht 1989,S.947;Eberhard Schmidthäuser,Strafrecht,Allgemeiner Teil,2.Aufl.1975,15/89.など、Theo Vogler,in:Strafgesetzbuch,Leipziger Kommentar 10.Aufl.1985,§ 24 Rn.121f.以下、他方で、Rn.120,123.

なお、Roxin は、自分の手により結果を阻止する(救助措置を一人でかつ自分の手により成し遂げる)場合と、他人の手によって結果を阻止する場合とを区別し、前者の場合には、最善の救助行為である必要はなく、帰属可能な方法で結果を阻止すれば足りるのに対して、後者の場合には、行為者は認識できる(おおよそ)最善の救助措置をとらなければならないという立場を主張する(Claus Roxin,Die Verhinderung der Vollendung als Rücktritt vom beendeten Versuch,Festschrift für Hans Joachim Hirsch,1999,S.335ff.;ders.,Strafrecht,Allgemeiner Teil,Band II,2003,§ 30 Rn.243ff.)。

- (83) もともと、因果関係必要説の論者は、かりに中止行為の適性を問題としたとしても、事前判断より、事後判断という方法をとる傾向があり、その意味では、以下で示す見解よりも中止行為(の適性)をより広く認めることも考えられる。
- (84) Hendrik Bof, Der halberzige Rücktritt,Zum Rücktritt des Alleinüters vom beendeten Versuch,2002,S.186,196f.なお、例外的に、結果の阻止が「行為者の作業として」と現れるのか否かを問題とする。すなわち、適性が救助行為の予見可能性によるだけでは決定されえないということは、適性の要件が導かれるところの基本思想から生ずる。その基本思想は、因果的不法概念から人的不法概念への移行に基づいている。中止に転用すれば、この考え方から、行為者に中止結果を「帰属する」ために単なる「共同」原因性では十分ではないということが推論される。中止結果が行為者の「作業」とみなされうることも必要である。行為者が全く重要でない行為を行い、その行為が簡単に被害者または第三者によっても肩代わりされ(Übernehmen)うるであろう場合には、そのことは原則的に認められない(a.a.O.,S.192)。

既遂阻止結果に対する中止措置の条件関係もしくは既遂阻止結果の客観的帰属可能性で足りるとする立場と、最善の行為を要求する立場の中間的な結論を基礎づけようとするのは、Bofの他に、Hubertus Kolster, Die Qualität der

Rücktrittsbenütigungen des Täters beim beendeten Versuch, 1993 (未遂の処罰根拠を主観的観点において法敵対的な意思傾向、客観的観点においてこの法敵対的意思が保護法益への攻撃という形で外部的に表明されたことであると理解した上で [S.40,111f.]、中止未遂はこの処罰根拠を相殺するために不処罰になるとし、既遂意思が救助意思に変わり、行為の状況および行為者の個人的な能力を顧慮した上で、この救助意思が、外部的に現れた適切な救助措置に表明される場合に、中止未遂が肯定されるとする [S.112]) ; Volker Key, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 2, 2001, § 47 Rn.507 (行為者が十分に確実な救助活動を意図的に怠り、結果の阻止を広範囲にわたって偶然に委ね、そのことにより、結果発生の具体的な危険をわざと創出する場合には、結果的に既遂結果が生じなかったとしても中止は認められない) ; Hans Lilje/Dietlinde Albrecht, in: Stragesetzbuch, Leipziger Kommentar 11. Aufl. 2002, § 24 Rn.188ff. (行為者の見方から必要であり、かつ信頼できる救助手段をとる) ; Rainer Zaczyk, in: Nomos Kommentar zur Stragesetzbuch, 2001, § 24 Rn. 61 (行為者が彼の見方から信頼できる手段を選択すること)。

(85) *Boß*, a.a.O.(Fn.84),S.188f. なお、毒事例については、*Boß* は以下のように論じ、中止行為の適性を肯定する。すなわち、原則的に、専門的な救助者に急報することは、被害者を救助するのに客観的に適している。また、被害者の負傷の状態について詳細に申告しなくても、専門的な救助者を呼び寄せることで原則的に十分である。なぜなら、医学的に素人である行為者は、しばしば、被害者の健康状態についての適切な申告をなすことができないだろうからである。決定的なのは、救助スタッフを動かして決然とそして迅速に介入させることなのである。この事例で、妻は、通話の際に、夫の具合が悪く、台所であちこちよるめいていると誤解の余地なくはっきり告げたのだから、その電話は、事前に、救急車の即座の派遣を促すのに客観的に適していた。しかし、彼女が毒の投与について申告しなかったことから、救急車の派遣が予見可能であったというだけでなく、事前判断において、毒の投与についての情報がなくても、救急医が客観的に被害者を救助することができたのか否かがさらに問われなければならない。このことは次の理由から肯定されるべきである。すなわち、救急医が毒の投与の現象を認識し、然るべき措置を始めるということは、救急医に対して期待することができるからである。したがって、救助結果の予見可能性に関して、妻が彼女の電話によって、夫に対す

る迅速な救助の切っ掛けをつくったということでも十分であり、その電話の客観的な適性は肯定されるべきである (Boß, aaO.[Fn.84].S.193f.)。もっとも、とくに危険な毒が与えられ、その毒が限られたわずかの時間内で解毒剤を注射することによってしか中和されえないような場合には事情が異なるとする。このような場合には、夫の救助にとって、投与された毒の申告も決定的に重要であるが、ここで問題の毒事例の場合にはそのような事態ではないとする (Boß, aaO.[Fn.84].S.194)。

(86) 参照、前述、第二節一 (16 頁以下)。

(87) 参照、後述、第三節二 (40 頁以下)。

(88) もちろん、四三条但書は四三条本文を前提としており、中止措置をとったにもかかわらず犯罪行為が既遂にいたった場合、四三条本文の「これを遂げなかった」という要件を充たしておらず (実質的にも、法を揺るがす印象は、既遂結果が発生する場合と否とで格段に異なる)、そのことから四三条但書も適用されない。あとは、予備罪の中止、共犯者の中止と同じように、準用の可否が問題になるにすぎない。なお、注 1 も参照。

(89) 前述、注 82、注 84 参照。

(90) (i) では中止未遂の体系的位置づけ (ないしは法的性格) を問題にするのではない。各国法制において中止未遂の取扱いがまちまちなこと (参照、たとえば、香川・前掲 (注 33) 『中止未遂の法的性格』一頁以下)、たとえば、責任主義というような立法者をも拘束する (すべき) 刑法の基本原則と比べて、中止未遂の取扱いについて立法者の裁量の余地が相対的に広く認められていることも考慮に入れた上で、これまでも指摘されてきたように、体系的な位置づけの問題と中止未遂の認められる根拠の關係についても一度整理・再検討が必要であるように思われる。

(91) 参照、前述、9 頁以下の西原、川端、香川、曾根各教授の論述のほか、任意性の關係で (ただ、これを「広義の後悔」と表現するのは、常には後悔まで要求するのが妥当なのかということに加え、「自己の意思により」という文言との關係でも問題であろう)、内田・前掲注 (26) 『改訂刑法 I』二七二頁、二七五頁注一一、齊藤信幸・前掲 (注 2) 『刑法講義総論』四一一頁以下、佐伯・前掲 (注 36) 『刑法講義総論』三三二頁以下、中・前掲 (注 26) 『講述犯罪総論』二二二

頁以下、宮本・前掲(注35)『刑法学粹』三七六頁以下、同・前掲(注35)『刑法大綱』一八四頁以下など。なお、林・前掲(注42)『刑法総論』三七八頁は、「中止犯の場合に刑の減免を与えるのは、いったん生じた未遂犯の不法・責任を、責任消滅へと行為者を動機づけることによって、不法を消滅させようとするためである。このような中止犯の目的を達成するためには、任意性とは、責任、すなわち、法益侵害意思に基づく反規範的意欲がなくなり、反対に、法益保護または規範遵守の意思が生じ、これが動機となつて中止行為に出た場合を意味するべきであろう。このような意欲があつたことを根拠として責任の減少を認め、刑の減免を与えることによって、将来同一の状況が生じたときに、法益保護または規範遵守の意思が生じるように動機づけようとするのである」と論ずる。

中止未遂の法的性格に関係づけて、責任減少を重視する立場から、奈良・前掲(注36)『概説刑法総論』二六七頁(「自己の意思による自発的な犯罪の中止は、法の要求する規範意識に合致するものとして責任の減少を考える」、中山研一『刑法総論』四三五頁(成文堂、一九八二年)。責任減少と政策的考慮を併用する立場から、山中・前掲(注39)『刑法総論Ⅱ』七一四頁以下(「法秩序に帰還したことに對する褒賞」、「義務違反的意欲が事後的に合法的な意欲へと復帰したことに非難可能性の減少」)。なお、松宮孝明『刑法総論講義(第三版)』二三〇頁(成文堂、二〇〇四年)。総合説的な立場から、正田・前掲(注26)『刑法体系総論』一三九頁、一四三頁注八(中止行為は、犯罪の実行行為とは相反する合規範的態度)。一般予防・特別予防上の必要性を問題とし、人的刑罰消滅・減輕事由と解する立場から、城下裕二「中止未遂における必要的減免について」『根拠』と『体系的位置づけ』一(北大法学論集三六卷四号二二四頁(一九八六年))「不必要な規範意識の確認強化を行わないためと同時に、法規範の内容を一般人に知らせるため」)。

(92) 中止未遂は一般予防的な観点と特別予防的な観点から刑罰という制裁を科す必要性が減少・消滅するため寛大に取り扱われるとするのは、斎藤誠二「中止未遂を寛大に扱う根拠」藤木英雄・板倉宏編『刑法の争点(新版)』一〇七頁(有斐閣、一九八七年)。また、城下・前掲(注91)二二四頁、鈴木彰雄・前掲(注37)三一頁。中止未遂の場合に、社会心理的衝撃性(「実体的には特別予防・一般予防の必要性」が弱まり、刑の減免が認められるとするのは、斎藤信治・前掲(注41)『刑法総論』二二八頁以下。また、山中教授は、「法秩序に帰還したことに對する褒賞として、特別予防上

考慮され、あるいは、それに対して報いることで、法秩序に対する信頼を強固にし、社会的統合を促進するという意味での積極的一般予防的效果を考慮されるという意味で、刑事政策的観点から、減免根拠に入り込むことは否定できないように思われる」とし(前掲・(注39)『刑法総論Ⅱ』七一四頁。また、七一五頁)、「可罰的責任判断は、行為者の行為がもたらした法益侵害とそれによる法秩序の動揺に対する、処罰の必要性の観点からみた行為の非難可能性の判断である」とする(「中止犯の減免根拠に関する考察」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二巻』四六二頁「成文堂、二〇〇〇年」(前掲(注39)『中止未遂の研究』所収。四七頁以下)。木村光江教授も、「行為者が決定的な時点で、自らが法に忠実であることを示した以上、一般予防の必要はない」という刑罰目的説の考え方は、中止行為については国民に規範違反の確認をわざわざ行うまでもないという意味で、わが国においても援用しうる考え方のようにも思われる」とし(「中止犯論の展望」『研修五七九号六頁「一九九六年」)、「わが国で用いられている政策説のかんりの部分には、ドイツで主張されている褒賞説や刑罰目的説が含まれているということを確認しなければならない」とする(七頁。また、同・前掲(注3)「中止犯の一考察」七〇頁)。また、井田教授は、中止犯規定が国民一般に対し行為規範ないし行動準則を定立し、ポジティブ・サンクションを提示することにより中止行為を奨励して、規範による行動コントロールを通じての法益の保護という一般予防目的を果たすという考え方から、「法益を侵害する行為をするな」という規範に違反した者が、侵害されようとしている法益を保全する行為をしたときには、規範的一般予防の必要性が減少し、規範違反性の評価が軽くなる」とする(前掲(注40)九七頁)。なお、積極的特別予防上行為者を処罰する必要性が減少・喪失するというのは、伊東研祐「積極的特別予防と責任非難—中止犯の法的性格を巡る議論を出発点に」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』二七五頁(成文堂、一九九六年)、刑の免除に当たる場合につき特別予防の観点(行為者の社会復帰を図る見地)を重視するのは、森下・前掲(注26)『刑法総論』一七四頁。

古く、黄金の橋の理論とは異なる合理的な刑事政策的理由を求め、中止未遂の場合に規範意識の覚醒があることに基づいて刑罰を科す必要性が減少・消滅することを指摘していたのは、井上・前掲(注26)『刑法学総則』一九七頁。また、四三条但書に関して、刑法改正政府提出案理由書が、「中止犯ヲ無罪ト爲ス法制ノ不當ナルハ論ナキトコロナリ然

レトモ犯罪ノ實行ニ著手シタル後自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタル者ハ社會ニ及ホス害惡少ナク且犯情モ亦憫察ス可キ所アルヲ以テ之ヲ罰スル場合ニモ一般ニ減輕スルモノトシ情狀ニ因リ其刑ヲ免除スルコトヲ得セシメ以テ刑ノ適用ニ不權衡ナカラシメタリ」(松尾浩也増補解題「増補刑法沿革綜覽」二二四七頁「信山社出版、一九九〇年」として(なお、これに続けて、黄金の橋の理論の意味での中止奨励効果も加えている)、自己の意思により中止した場合に社会に及ぼす害悪が少ないとしている点が注目される。

(93) 未遂の処罰根拠(さらに、刑法の解釈・適用、また立法に関する重要な観点)に関する印象説(社会心理的衝撃性の考え方)について、参照、斎藤信治・前掲(注41)『刑法総論』五頁以下、原口伸夫「間接正犯者の実行の着手時期」法学新報一〇五巻一号一〇四頁以下(一九九八年)。ドイツの印象説についても、参照、原口・前掲「間接正犯者の実行の着手時期」一〇八頁注一一。また、未遂行為により法秩序の実効性に対する社会一般の信頼を動揺させたこと、そして中止行為によりその信頼を安定化させたことを(しばしば他の観点とともに)指摘するのは、Baumann/Weber/Mitsch,a.a.O.(Fn.82), § 27 Rn.8; Mathias Bergmann, Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?, ZStW 100(1988), S.334f.; Eser,a.a.O.(Fn.78), § 24 Rn.2b; Claus-Jürgen Gores, Der Rücktritt des Tatbeteiligten, 1982, S.155f.; Jescheck/Weigend,a.a.O.(Fn.82), § 51 I 3; Detlef Krauβ, Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch, Jus 1981, S.888; Kühl,a.a.O.(Fn.82), § 16 Rn.5; Maurach/Gössel/Zipf,a.a.O.(Fn.82), § 41 Rn.12ff.; Rudolphi,a.a.O.(Fn.78), NStZ 1989, S.511; Wessels/Beulke,a.a.O.(Fn.82), Rn.626; Vogler,a.a.O.(Fn.82), § 24 Rn.20など。これに関して、Baumann/Weber/Mitschの以下のような論述が簡潔に要点を示しているように思われる。すなわち、未遂を中止する場合には、刑法という手段による行為者に対する予防的な働きかけ(特別予防)および社会に対する予防的な働きかけ(一般予防)は必要ではない。行為者は、彼が任意に後戻りすることによって、自力で規範に合致した生活態度(normkonforme Lebensführung)への帰路を見つけ、したがって、国家の刑事司法によって再社会化される必要はないということを示している。社会一般の人々は一般予防的に呼びかけられる必要はない。なぜなら、行為者の中止は、彼の未遂の規範を不安定にする効果(normdestabilisierende Wirkung)を中立化したからである。結局のところ法秩序は確認され、法

- の実効力 (Geltungskraft) への社会一般の信頼は最後まで残る程には損なわれなかった。それどころか、法の保護的な作用が、未遂を中止することの中にとくに印象的に示されているとさえいえることができる。なぜなら、この場合に、既に違法なことへ決定的な一歩を踏み出したが、それでも彼の行為の最も決定的な時点 (am kritischsten Punkt) でなんとか引き返す行為者に対して、結局、法は自分の意思を押し通した (sich durchsetzen) からである。その限りでは、中止する行為者に模範機能 (Vorbildfunktion) に近いものが認められうるであろう (a.a.O. [Fn. 82], § 27 Rn. 8) 。
- (94) この人並みの法益尊重意思の具体化という中止行為の要件に関して、とりわけ、斎藤信治教授の次のような責任に關連する見解、すなわち、「社会人としての最低限の法益尊重心を欠いた」のか否かを責任非難の要点とし (前掲 (注 41) 『刑法総論』二六頁以下、また、一一四頁、二二一頁以下)、責任故意・過失を、「法規範の見地からみた非良心的な主観的態度」社会人としての最低限の法益尊重心を欠いた主観的態度」として捉え (前掲 (注 41) 『刑法総論』一〇〇頁、また、一〇三頁。過失につき、一一六頁以下、一五五頁)、未必の故意と認識ある過失の区別での蓋然性説を支持して、「普通の法益尊重感覚でみれば行為を思い止まるに足りない程度の可能性の高さを『蓋然性』である (前掲 (注 41) 『刑法総論』一〇七頁) とし、また、過剰防衛の關係で、『人並みの良識を明瞭に逸脱した』ときに初めて過剰防衛となる」 (前掲 (注 41) 『刑法総論』一九四頁。また、一八一頁以下) とする見解に多くの示唆を受けた。
- (95) このことは、真剣な努力説も含めて学説において一致していると考えられる。参照、前述、第二節二 (一) (16 頁以下)。
- (96) したがって、中止未遂と自首は同時に成立しうる。たとえば、前掲 (注 17) 横浜地川崎支判昭和五二年九月一九日、前掲 (注 14) 東京地判平成八年三月二八日。もちろん、その場合も法律上の減輕は一回である (六八条)。
- (97) 野澤充「中止犯論の歴史的展開 (1) — 日独の比較法的考察 —」立命館法学二八〇号三七頁 (二〇〇二年) も、「行為者が警察官等に対し自分が犯人であることを隠蔽しようとした点から、中止未遂の成立を否定しようとする一部の判例の考え方が挙げられる。すなわちこれは結局として中止未遂制度を自首制度 (四二条) と混同するものである。……『犯罪を中止する』という中止犯の定義内容以上のもを事実上行行為者に要求しているとも考えられ、犯人が進んで捜査官憲に対して自己の犯罪事実を告げることを要件とする自首制度との混同があるのではないかと考えられるのである」と

指摘している。また、同「中止犯論の歴史的展開(3)―日独の比較法的考察―」立命館法学二八二号一〇八頁、一一一頁、一一九頁(二〇〇二年)。

(98) 後述のように、可罰的な「不能」未遂を中止する場合には見解が分かれる。なお、四三条但書の「適用」に関して、中止措置と既遂阻止結果の間の因果関係を必要とした上で、非因果的な中止の場合にはこれとは異なる要件を設定し、四三条但書を「準用」という解釈も考えられる(参照、なお、前述、9頁以下の香川教授の見解。なお、ドイツ刑法二四一条一項一文「因果的な中止」と一項二文「非因果的な中止」についての通説的解釈)。ただ、この場合には、適用の場合と準用の場合で要件が異なること、それによって生じうる不均衡、また準用の場合にどのような要件を設定すべきなのかということが問題になる。さらに、このような準用を認めるのであれば、中止措置と既遂阻止結果の間の因果関係を必要と解する文言上の根拠も明白でない以上、むしろ、四三条但書適用の要件として因果関係を不要と解した上で、その中止行為の要件を設定した方が簡明ではないかということも問題になる(もちろん、適用・準用を区別する場合には、因果関係の認められる限りでその緩やかな要件が適用されるので、まったく同じ結論になるというわけではない)。

(99) 中止奨励効果を重視して、既遂阻止結果に対して中止措置の条件関係が存在するだけで足りるとする *Puppe* の見解について、参照、前述、注82。

(100) 社会一般の人々は、中止未遂規定とその効果(刑の減免)を(あまり)知らないのだから、そのような減免が行為者の動機づけに(それ程)なっているとは考えられず、また、裁判実務において、後悔してやめたとか、大変なことをしたと思ってやめたという事例は少なからずあるが、行為者が「中止することによって刑の減免が受けられるだろう」と考えて(つまり、刑の減免が直接の動機になって)中止したという事例はこれまで指摘されてきておらず、中止規定の中止動機づけ効果を仮定する黄金の橋の理論は、いづれにせよその効果を過大視しすぎているといえよう。なお、不処罰を認めるドイツと異なり、わが国は刑の減免を認めるにすぎないから中止奨励効果はあまり期待できないとの指摘に関しては、とくに実行未遂の場合には、ドイツ刑法でも、遂行された未遂行為の中に既に既遂に達した犯罪行為が含ま

れている(殺人行為を中止したが、既に傷害結果が生じている)限りで、その既遂行為が原則的に処罰されることから、この限りではドイツの中止規定が「黄金の橋」で、わが国の中止規定が「鉛の橋」とはいえない。むしろ、四三条但書の中止奨励効果を仮定したとしても、わが国の刑法においては、中止未遂による刑の(必要的)減免に加えて、自首(四二条)による刑の(任意的)減軽を認めていることが、四三条但書の中止奨励効果を減殺する効果の点で大きいように思われる。なぜなら、必要的減免(四三条但書)と任意的減軽(四二条)という法律上の大きな違いはあるものの、一般の人はこの違いをおそらくあまり(厳密に)意識しないであろうと考えられること、そもそも自首制度と中止未遂制度のわが国の歴史の違い(参照、前述、注57)から、中止未遂制度よりも自首制度の方が(正確ではないにせよ、経験・事件報道等を通じて)認知度が格段に高いであろうということも考えあわせれば、「仮に」これらの規定の動機づけ効果が(十分に)あると考えた場合にも、その動機づけ効果は中止未遂制度より自首制度の方が優っているのではない(その結果、刑が軽くなるとの誘因だけならば、「何も中途でやめなくても、やるだけやって既遂までいたらせた後で、その必要があるなら自首をすればよい」といった考えを抱かせかねない。しかし、いずれにせよこのような打算的な考慮を促すことになるかはやはり疑問である)と考えられるからである。また、中止奨励効果を肯定すべき一つの根拠として、身代金目的誘拐罪の解放による刑の減軽(二二八条の二)の存在が指摘されることもあるが、身代金目的での誘拐の場合には、一般的に(類型的に)、実行に着手してから、(構成要件上既遂の後の問題であるが)最終目的達成(身代金の取得)までの時間が比較的に長いことが多く、その間に、行為者に熟慮・再考・利害打算をする十分な時間が考えられる犯罪類型であるという特性が考慮に入れられていると考えることができる。したがって、「よしやろう」と最終決断をし、実行につきさつき踏み切ったばかりの段階において、刑の減免(不処罰)の見込みが、実際にどの程度、再びその行為の継続を放棄させるだけの十分な刺激になりうるのかは疑わしい、というような批判(参照、たとえば、Eser, a. O., [Fn. 78], § 24 Rn. 2)が一般的には(一般の犯罪類型の場合に、つまり、四三条但書について)妥当するとしても、前述のような特性をもつ二二八条の二の犯罪類型の場合には妥当しない。このように考えられるとすれば、二二八条の二の存在は、四三条但書に関する黄金の橋の理論の十分な根拠にはならない。

- (101) Roxin も、Puppe の考え方に反対して、不処罰となる中止を手に入れるのが容易であれば容易である程、それだけ一層、行為者はわれを忘れてつい危険な行為に走るだろう、と言うこともできるし、被害者を保護するという意味では、言うまでもなく、あまり熱のこもっていない努力よりも最善の行為の方が役に立つということも考慮すべきであるとする (a.a.O.[Fn.82],FS-Hirsch,S.337; ders.,a.a.O.[Fn.82],AT, § 30 Rn.247)。
- (102) 山口・前掲(注3)『問題探求刑法総論』二二八頁以下。同・町野朔ほか『考える刑法』二八一頁(弘文堂、一九八六年)。
- (103) 山口・前掲(注42)『刑法総論』二四五頁。
- (104) 林・前掲(注42)『刑法総論』三七五頁、山本・前掲(注23)四五頁。おそらく、また、堀内・前掲(注42)『刑法総論』二四八頁。
- (105) 金澤・前掲(注3)九二頁以下は、「危険消滅説の説く危険は、未遂犯の違法性を基礎づけた危険と同一のものであり得ない」と指摘している。その他、危険消滅説の批判について、参照、山中・前掲(注39)『刑法総論Ⅱ』七一〇頁以下、同・前掲(注92)『宮澤古稀』四五〇頁以下。さらに、また、不能犯との関係で客観的危険説の結論のばらつき、したがって、そこで問題とされる危険概念の不明確さを適切に批判するのは、斎藤信治「不能犯(3)」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論(第五版)』一三六頁以下(有斐閣、二〇〇三年)。
- (106) 参照、前述、19頁以下。
- (107) 前掲(注13)。
- (108) 本件事が因果的な中止の事案なのか、非因果的な中止の事案なのかは問題になりうる。本件被告人がHを屋外に連れ出さなければHは発見され救助されることもなかったであろうから、被告人の措置と既遂阻止結果との間の条件関係が認められることは異論がないであろう。この意味で、既遂阻止結果に対してまったく因果的寄与を及ぼしていない典型的な「非因果的な中止」の事案から区別される。ただ、相当因果関係が認められるかは疑問である。判例も指摘するよ
うに、「被告人らが倒れ込んだ……申上方敷地付近は、夜間の人通りのほとんどない住宅街に位置」し、「犯行当日の午前
三時五十分ころ、同所付近を偶然通り掛かった通行人が被告人及びHを発見」したという「当時の時間的、場所的状况

に照らすと」因果経過の相当性(相当因果関係)は否定されるように思われる。したがって、構成要件該当性の段階での因果関係の判断に相当因果関係を要求し、中止未遂の阻止結果にも同様に相当因果関係を問題とするならば、本件事案は既遂阻止結果の帰責(帰属)に必要な相当因果関係が欠けるといふ意味での「非因果的な中止」に分類されることも考えられる。ただ、非因果的な中止を認めない場合や、非因果的な中止の場合に因果的な中止と異なる要件で中止未遂を認める場合には、この区別が決定的に重要になるであろうが、本稿では、前述のように、四三条但書の「中止した」といえるために、中止措置と既遂阻止結果の間の因果関係は不要であると解し、人並みの法益尊重意思の具体化が認められればよいと解するので、因果的な中止と非因果的な中止を(概念上の分類は別として、四三条但書を適用する上で)区別する実益はない。

(109) 前田教授が、本件について、「包丁で生じたケガの治療に向けられた行為(ないし治療が行われる高い蓋然性のある状況)にもっていく行為」がなければ、本件事案についての中止犯の成立は認めがたい」(前掲(注57)『最新重要判例』二二頁)とするのは、具体的な行為者の能力を捨象して中止行為の要求を一般化しすぎている嫌いがある。

(110) 実行未遂の中止行為を考えるにあたり、行為の状況(犯行現場、犯行時間、攻撃手段、結果発生の蓋然性の程度、被害者の行動など)、救助の可能性、期待可能性の限界や行為者の主観的能力などを考慮に入れるべきであり、中止行為と認められるか否かは状況により条件づけられ、人によって異なる(べき)ことを適切に指摘しているのは、Kolster, aaO(Fn.84),S.112f.なお、また、Gores は、ドイツ刑法二四一条一項二文における真剣な努力の要件を充たすために、非現実的なもしくは迷信的な手段によって既遂を阻止しようと努力する場合でもよいのか否かの検討においてではあるが、この場合に超自然的な力の介入(たとえば、健康回復の祈り)によって構成要件の結果が阻止されるだろうという信頼はそのみでは自分の努力ではないという限定をしつつ(a.a.O.[Fn.93],S.195)、次のように論じているのも、「客観的に適切な措置」に限定すべきではない点で参考になる。すなわち、中止意思のある者が、少なくとも彼の確信によれば切迫している構成要件の結果を阻止するために、しばしば瞬時に決断し、行為しなければならぬということが考えられるべきである。冷静で落ち着いて考察するならば笑いを誘うような誤った措置も、そのような状況において、誰もが共感

することができ、その結果、法共同体は、その措置の客観的な無思慮さにもかかわらず、その措置をよい意思の証拠として「真剣に」受けることができる。行為者が規則的に落ち着いて熟慮する時間をもっていたところの愚かな未遂の諸事例(ドイツ刑法二三条三項)との根本的な相違がここにある。加えて、とくに強くショックを与えられ、極度の同情または後悔に襲われた中止意思のある者が、規則的に冷静さを失い、無思慮な中止措置をとるということも考えられるべきである。そのことから、その種の客観的に愚かなまたは笑うべき中止措置でも十分なものとすることは正当化されるように思われる(a.a.O.[Fn.93]S.196)。

(111) 斎藤信治教授も、本件について、「懸念の結果発生防止行為までしているのだから、『犯罪を中止した』とみるべきはむしろ当然で、実質論としても、責任・違法性・衝撃性……も大きく減少しているし、政策的にも褒賞にふさわしい」とする(前掲(注41)『刑法総論』三七四頁)。なお、本件についての結論を明確にしているわけではないが、「行為者にとって可能な限度内の努力」を問題とする真剣な努力説(西原・前掲(注9)『刑法総論』三三九頁。また、萩原・前掲(注26)『刑法概要総論』一四六頁など)や、実行未遂の中止を結果発生防止義務の履行として理解し、「当該具体的な状況において行為者としてなし得る行為」を問題とする立場(野村・前掲(注29)『大コンメンタール刑法』一三五頁)も同様の結論になるべきではないだろうか。

(112) 大判昭和四年九月一七日刑集八巻四四六頁など。ただし、判例が、構成要件該当性の段階での因果関係の判断で条件説を妥当とし、中止未遂の阻止結果についても条件説を適用するならば、本件は非因果的な中止の事案ではない。参照、注108。

(113) 前掲(注7)。

(114) 参照、後述、第三節二(40頁以下。とくに45頁以下)。近時において、被告人が高齢であったことも指摘して、真剣な努力を肯定しているのは、前掲(注17)大阪地判平成一四年一月二七日。

(115) これらの下級審判決は、第一節三(5頁以下)で、それぞれの示す実行未遂の中止行為の基準(同視基準、真摯性基準など)により既に整理し、初出ではないが、これまでのように「前掲注」として掲記するのは煩雑なばかりか、分かりづら

くとなると考え、ここで改めて掲載判例集も含めて掲記し判例番号を付し、以下ではその判例番号により示すことにした。なお、掲載判例集の下の参照頁(注)は事案などが比較的詳しく示されている箇所である。

(116) ⑩判決は本稿の立場からも支持できないだけでなく、一連の判決の中でも異質であり、判例から逸脱する判断をしていると考えられるため検討からも除外する。⑩判決については、参照、17頁以下。また、⑰判決も支持できない。参照、前述、37頁以下。

(117) 注119も参照。

(118) なお、また、⑬判決(注61参照)も。

(119) この⑧判決との比較で、殺人未遂行為の後で翻意して救急車を呼んだ被告人の行動が、「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い」との理由から中止行為を認めなかった⑭判決は疑問が残る。この⑭判決の事案は次のようなものであった。被告人はKと結婚したものの、Kが生活費を入れず被告人から借金をし、また女性関係が絶えなかったこと等から半年余りのうちに離婚し、その後一旦縊りを戻し同棲したが、再び同様の問題から別居するにいたり、その後Kが今までの生活態度を改めるからと懇願してきたため、K方で三度目の同棲生活を開始するにいたった。しかし、Kが相変わらず他の女性との関係を絶たず、生活費も入れなかったため、K方において、女性問題や生活費、Kに対する貸金のことでKと口論になった際、Kからこれらの問題についてまともに取り合ってもらえず、かえって居直った態度をとられ「出て行け。」等と罵られ、頭髪をつかんで玄関口まで引きずられた上手拳で顔を殴打されたことから、Kからこのような仕打ちをされたことに屈辱を感じるとともに、これまでKから女性問題について裏切り続けられ、また自分が働いて得た収入も吸い取られてきたことに対して押え難い怒りを感じ、憤激のあまり果物ナイフ(刃体の長さ約一〇センチメートル)を持ち出し、かがんでいたKの背後から、殺意をもって果物ナイフで背中を一回刺したが、入院加療一九日間を要する右背部および肺刺創の傷害を負わせるにとどまっただけというものである。このような事案に対して、大阪地方裁判所は次のように判示した。実行未遂の本件において「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、関係証拠によれば、被告人が果物ナイフで被害者の背中を突き刺した後、被害者は自らナイフを抜き取り、被告人に対して救急車を呼ぶよう指示し、被告人は被害者から指示された同人が出血しているのを見て大変なことをしたとの気持ちも伴つて、直ちに一階に降りて公衆電話から一一九番したが通じなかつたため、一一〇番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たが、その時被害者も自力で同所へ降りて来ていて被告人に対して救急車の手配を指示していること、被害者はその後救急車で運ばれ医師の手当が功を奏したため結果の発生を防止することができたことが認められるが、その間の被告人の行動は、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とはできない。

⑧判決での行為者の行動との相違を挙げれば、⑧判決の事案では、近所に住む雇主方まで走つて助力を求めたという限りで、救助のチャンスを行為者が積極的に創出したと考えられるのに対して、④判決の事案では、「被害者は自らナイフを抜き取り、被告人に対して救急車を呼ぶよう指示し」、また、被告人が公衆電話から一一〇番した際にも、「被害者も自力で同所へ降りて来ていて被告人に対して救急車の手配を指示している」とされており、被害者の指示が直接的・積極的であり、その反面、被告人の行動が受動的なものにとどまっていたと考えられようか。しかし、④の事案で（判決文からは明らかではないが）、これまでの夫婦生活において被害者（夫）が（亭主関白であった、暴力的に振舞つていたなど）主導的な関係であったとか、被告人があまり逆らえないような関係にあったとすれば、そのような事情（男女の力関係なども）も考慮に入れて中止行為を評価する必要があるのではないかと思われる。また、④判決の結論に疑問を投げかけているのは、浅田・前掲（注16）五七頁、内藤・前掲（注16）『刑法講義総論（下）Ⅱ』一三三四頁。

(120) 参照、第二節一(一) (16頁以下)。

(121) 参照、第三節一(一) (30頁以下)。

(122) 参照、第三節一(五) (36頁以下)。

(123) なお、参照、注2。

(124) 注90。

(125) 中止行為の判断について「法益尊重意思の具体化」を重視することは、任意性の問題につき限定主観説をとることに
なるわけではない(注91で挙げられている論者の任意性についての見解も参照)。むしろ、「人並みの」法益尊重意思を
中止行為に具体化することによる「(積極的)一般予防上の働きかけの必要性」(社会一般の人々に対する影響)の減弱
を問題にすることにより、任意性についての客観説的な立場(行為者の中止の動機を、客観的・規範的な基準により評
価する立場)を基礎づけることができるのではないかと考えているが、これについての十分な検討は今後の課題とした
い。

(はらぐち のぶお・本学法学部専任講師)