

◇ 判例研究 ◇

刑事判例研究24

作為態様の中止には、結果発生防止に必要かつ適切な措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例
(札幌高判平成 30・10・1 判例集未掲載)

刑事判例研究会
金澤真理*

【事実の概要】

被告人は、長年勤めていた会社を辞めて実家に戻り、実母（事件当時75歳）と2人で生活するようになっていたところ、外出中に同人から受け取った電子メールを読み、同人が無断で被告人宛ての封書を開封したことを知り、腹を立て、直ちにタクシーに乗車して帰宅の途に就き、そのタクシーの車中で、被告人方車庫にある鉄製スコップ（長さ約97.5センチメートル、重量約1.94キログラム）で、同人を殴打して制裁を加えようと考えた。そこで被告人は、帰宅直後上記鉄製スコップを持ち出し、居間において、実母を殺意をもって、その頭部等を複数回殴打するなどしたが、同人に廃用症候群を伴う入院加療約206日間を要する外傷性くも膜下出血、脳挫傷、頭蓋骨陥没骨折等の傷害を負わせたにとどまり、殺害の目的を遂げなかった。争点である中止未遂の成否をめぐる、第一審（札幌地判平成30・4・27判例集未掲載）は、大要以下の事実を認定した。

* かなざわ・まり 大阪市立大学大学院法学研究科教授

作為態様の中止には、結果発生防止に必要な適切な措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例（金澤）

被告人は、本件の被害者たる実母（以下、「被害者」という）に対し、上記暴行を加えた後、床に倒れた被害者が頭部から相当量の出血をしているのを見て、直ちに110番通報をし、応答に出た警察官に対し、「母を半殺しにしました」、「逮捕してください」などと述べ、自分の氏名、住所や被害者をスコップで殴打したこと等を申告するとともに、被害者が呼吸を苦しそうにしていることを伝えたものの、被害者のために救急車を呼んで欲しい旨を申し入れることはなかった。警察官は被告人に救急車を呼ぶ旨を告げ、引き続き、被告人から犯行の動機等の事情を聴取した。その際、被告人は、警察官から、後悔して110番通報をしたのかと問われたのに対し、「後悔はしてないですよ」、「すっきりしてますね、ホントすっきりしてますわ」などと答えた。110番通報による被告人と警察官との通話は、救急隊員又は警察官が被告人方に駆け付けるまで8分ほど続いたが、その間、被告人は、被害者に対し、止血や声掛け等の応急処置を全く行わなかった。

そのうえで、争点である中止未遂の成否については次のように述べてこれを否定した。「被告人は、床に倒れた被害者が頭部から相当量の出血をしているのを見たというのであるから、被害者が重篤な状態にあることを認識したはずであるのに、あえて、119番通報ではなく、110番通報をした上、応答に出た警察官に対し、『母を半殺しにしました』、『逮捕してください』などと述べ、本件犯行を申告する一方、被害者のために救急車を呼んで欲しい旨を申し入れることはなかった。これらの事情からすれば、被告人が110番通報をしたのは、主として、自首をする意思に出たものであったと推認される。また、被告人が、警察官から後悔して110番通報をしたのかと問われて、『後悔はしてないですよ』、『すっきりしてますね、ホントすっきりしてますわ』などと答えた事情や、救急隊員又は警察官が被告人方に駆け付けるまでの8分ほどの間、通報に應對した警察官からの事情聴取に応じるだけで、被害者に対する止血や声掛け等の応急処置を一切行わなかったという事情は、被害者を救助しようという被告人の意思が希薄であったことをうかがわせる。これらの事情に鑑みると、被告人が

110番通報をしたことにより、救急隊にも連絡がなされ、その結果、被害者が救助されたという関係にあることを考慮しても、被告人は、被害者が死亡しないように真剣な努力を行わなかったと認められるというべきである」と。

被告人が止血処置を行わなかったのは、頭を怪我している場合、動かしてはいけないと思ったからである、110番通報中は、ずっと警察官に話し掛けられていたため、他の手段を取ることはできない状態だった、しかも通報の最中に警察官に対し「早く呼んでいただけませんかね。」と救急車を差し向ける催促をしたという弁護人の主張に対しては、「被告人が被害者を救助したいと強く考えていたのであれば、たとえ止血処置を行うことは適切でないと考えていたとしても、声掛け等のその他の応急処置はできたはずである。また、通報中にずっと警察官に話し掛けられていたとしても、応急処置を行いたい旨申し出て、通話を一時止め、または通話を打ち切って被害者に対し応急処置をすることは容易であったと考えられ」、警察官との通話に関しても、通話記録の文脈から判断して、「救急車を差し向ける催促をしたのではなく、警察官を早く寄越してほしいという趣旨に出たものとみるのが自然であるし、仮にそれが救急車を差し向ける催促をしたものだとしても、被告人がその後救急車の派遣を一切依頼していないことからすると、被告人が警察官に対し救急車の派遣を強く求めたとはいえない」として、いずれも採用しなかった。さらに、「そもそも被告人が110番通報をしたのは、主として、自首をする意思に出たものであったと推認されることを考慮すると、同通報の際、被告人が被害者を救助しようとする意思を有していたとしても、その意思は自首をする意思に付随する付け足し程度のものにすぎなかったと推認される」と断じ、被告人に懲役4年の判決を言い渡した。この判決に対して、被告人が控訴した。

【判 旨】

札幌高裁は、原判決の認定した事実を是認したうえで、中止未遂の成否

作為態様の中止には、結果発生防止に必要かつ適切な措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例（金澤）

に関し、次のように述べて控訴を棄却した。

「刑法43条ただし書は、自己の意思により『犯罪を中止した』ときは、刑を減輕又は免除すると規定し、中止未遂の成立にいわゆる中止行為が必要であることを明らかにしている。そして、本件のように、殺人未遂の被害者に重傷を負わせ、放置すれば死亡という結果が生じかねない事態に至らせた場合には、犯人が、そうした危険を作出しながら、単にそれ以上の犯行に出ないと言う不作為をもって所定の中止行為をしたとは到底いえず、結果発生の防止に向けた積極的な作為に出ることが必要であり、当該規定上もこのことを想定しているものと解される。犯人が第三者の協力を得て結果発生を防止した場合であっても、これに当たり得るものの、刑の必要的減免という特別の効果が生じることや、当該規定の趣旨等に照らすと、当該犯人において、作出した危険を除去し結果発生を防止する意思で、そのために必要かつ適切な措置を講じることが求められると解するのが相当である」。「本件では、被告人が110番通報を行っており、それを契機として、警察官によって救急隊の出動が要請され、被害者が救助されている。しかし、原判決も説示するように、被告人は、自分では119番通報を試みてもいない上、応対に出た警察官に対し、救急車の手配を直ちに要請することはなかったし、その後もそうした要請を明確に、あるいは強く行ってはいない。原判決は、このような事情の下においては、被告人が前期の必要かつ適切な措置を行ったとはいえないと判断したものと考えられ、その判断が不合理とはいえない。

また、被告人は、原審判決で、母親を助けるために110番通報を行ったなどと供述し、所論も上記の通り被告人について母親を救命する意思が十分にあったなどと主張している。しかし、前記の事情に加え、被告人は、110番通報をして警察官の質問に答えるだけで、この間、被害者に対する応急処置を全く行ってないばかりか、警察官にこの点に関する申出や質問をするなどの行為にも出ていないことなどに照らすと、被告人の上記供述はそうした事実と整合せず、信用し難い」と。このように、札幌高裁

は、中止未遂に関する弁護人の主張を容れず、また、量刑不当の主張に対しても、①自首の成立、②被害者自身が被告人の早期の社会復帰を望んでいる点につき、①については原判決が相応に考慮済みであること、②の点を加味しても、「量刑が重すぎて不当であるとはいえない」とした。なお、本判決に対する被告人の上告は、最高裁で棄却された(最決平成30・11・27判例集未登載)。

【研究】

1 作為態様の中止行為に「真摯な努力」は必要か。

犯罪の実行に着手した者が既遂に達する前に、自己の意思により中止した場合、刑が必要的に減輕、若しくは免除される(刑法43条ただし書)。中止行為は、不作為態様と作為態様とに分けられ、前者の場合、実行に着手した行為者は、既遂に向けてそれ以上行為を続行しなければ中止と認められるのに対し、後者の場合、既遂結果の発生を防止する積極的な行為を要するとされ、判例も同様に解している¹⁾。特に作為態様の中止に関し、本件の第一審も判示したように、判例は、結果の不発生につながる積極的な結果阻止のための行為のみならず、行為の真摯性や真剣な努力(以下、「真摯な努力」という)を求める。学説においてもこれを肯定する見解は根強い²⁾。その幾つかは、中止未遂の法的性格との関連でこれを説明しようとする。まず、中止未遂の特別の効果の根拠を、規定の文言の存在に求める刑事政策説がある³⁾。同説は、未遂の違法性、責任等との関連で中止未遂の特別の効果の説明しきれないとして、刑事政策を(も)規定の根拠とするが、その政策内容は多様であり、着手した行為の中止を奨励するのか、中止したことに褒賞を与えるのか、また或いは被害者の保護をはかるのかという政策内容により、中止未遂の成否の判断が分かれるうえ、刑事政策的根拠から作為態様の中止に「真摯な努力」を求め得るにしても、どのような行為を行えば「真摯な努力」があったと言えるかにつき、同説から一義的に基準を導くことは困難である。刑法43条ただし書の文言そのものに

作為態様の中止には、結果発生防止に必要な適切な措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例（金澤）

中止未遂の特別の効果の根拠を求める刑事政策説は、その効果が何故認められるかを説明し得たとしても、その論理の中に未遂との関連における中止未遂の成否、特に中止行為の判断基準の指針を持たないのである。

これに対して、学説においては、自己の意思による中止行為の法的な効果は、未遂の違法性、責任等との関係で明らかにされるべきであるとして、法律説の説明に説得力を見出す見解が主張されるようになってきた。法律説の中でも、以前より主張されてきた見解、即ち、未遂犯の故意を主観的違法要素と捉え、これを放棄したことに違法性の減少を見出す（主観的）違法減少説⁴⁾、責任非難の減少が認められる場合に特別の効果を認める責任減少説⁵⁾が、「真摯な努力」の必要性を説く。主観的違法要素を重視すれば「合規範的意思の中止行為への表動」⁶⁾、また責任減少説からは、非難可能性を減じる要素⁷⁾が認められるからである。しかし、前者については主観的違法要素論を採らなければ主張し得ず、後者についても、責任非難の減少を示す事実が認められることにより中止未遂の成立を肯定するのであれば、既遂犯にも中止未遂を認めなければならず、未遂論の内部に位置づけられる中止未遂論の解釈としての限界に直面し、現在は、既遂実現の危険を消滅させる中止行為の性質に着目する危険消滅説⁸⁾が有力に主張されている。

この状況を受けて近年は、中止未遂の法的性格に関する理解の相違にかかわらず、「真摯な努力」を不要と解する見解が有力化している⁹⁾。「真摯な努力」を求める条文上の根拠がないのに、解釈により過度に倫理的な要件を付すこととなり不当であること¹⁰⁾に加え、「真摯な努力」の基準が不明確であること¹¹⁾等が、その主たる理由である。もとより、中止未遂の要件を、条文上の根拠なく厳格化することは許されない。故に積極的結果防止行為に「真摯な努力」を要求するなら、それが中止行為の要件に含まれることを論証しなければならないであろう。

2 中止行為の要件としての「真摯な努力」？

この点で有益な示唆を与えるのは、中止行為に「適格」を求める見解である。その理論の枠組みによれば、中止行為の適格性の一要素として「真摯な努力」を判断する余地が生じるからである。上記見解の特徴は、中止行為に構成要件実現の危険を減少させる性質を認めるべきであるとしたうえで、規範の見地から危険減少を判断すべしとする結論にある¹²⁾。中止行為が必ずしも構成要件実現の危険を減少させる必要はないとすれば、結果阻止効果のないものも中止行為に含めることとなり、未遂にとどまった場合にのみ効果を生じる規定の文言と矛盾を生じる。かかる解釈は、中止行為の有無に関する明確な基準を提示し得ない。また、後に検討するように、判例においては、量刑事情の考慮要素であるような、結果防止行為と直接関係のない行為者の犯行後の態度までもが「真摯な努力」の判断要素に組み込まれているが、かかる理解によっても、刑法43条ただし書の要件たる中止行為の有無の判断が不明確となり、中止未遂の成否判断と量刑判断とが渾然となるおそれがある¹³⁾。

如上の問題に鑑みて中止行為の適否を論じるならば、中止未遂の要件判断にあたり、まず、中止行為に構成要件実現の危険を減少させる性質を認める必要があるのは当然である。それでは、如何なる場合に中止行為が認められるか。構成要件実現の危険の捉え方によっては、危険の消長は一義的に決まらない。従って、規範的な判断のすべてが排除されるわけではない。ただし、中止行為の「適格」を、「真摯な努力」に求めるべきかどうかはこれとは別である。問題は、中止行為の「適格」の実体を基礎づける事実とは何か、「真摯な努力」にはそれが認められるか、また具体的事例において規範の見地から下されるその判断の基準は如何なるものかである。そこで、これを明らかにするために、作為態様の中止行為をめぐる判例の動向を概観しよう。

作為態様の中止には、結果発生防止に必要な適切な措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例（金澤）

3 判例に表れた「真摯な努力」

判例は、旧くから、作為態様の中止に関し、刑法43条ただし書を適用するために「真摯な努力」を求めている。放火の案件につき、火を放ったが、炎上する火勢を認め恐怖心を生じた被告人が「放火したるに依り宜敷頼む」と叫び他人に消火を委ねて走り去った事例¹⁴⁾に関する昭和12年に出された大審院判例がリーディングケースである。大審院は、結果発生の防止について犯人単独でこれにあたる必要はないとしながらも、自ら結果発生防止にあたったと同視するに足るべき程度の努力を払う必要があるとして、結果防止を丸ごと他人まかせにした被告人の行為につき、中止行為を否定した。その後の下級審も、必ずしも行為者が単独で結果の阻止にあたることまで要求しないものの、自ら結果発生を防止したと同視するに足りる努力、即ち「真摯な努力」を求める判断を下している。かくして、作為態様の中止の有無が問われる場面で、行為者が単独で結果防止をしなかった場合でも中止行為を肯定し、いわば補足の機能を果たすものとして、「真摯な努力」が判例上の要件とされるに至った。行為者が殺意をもって攻撃した相手に傷害等を追わせたが、救急救命のために通報架電したためこれが治療につながり、死亡に至らなかった事例（以下、「通報架電事例」という）がその典型例である。そこで以下では、対象をこの事例に絞ってさらに考察を加えよう。

通報架電事例においては、ただ通報架電により救急出動を依頼するにとどまったという理由のみにより、行為者の中止行為を否定した判例は、最近では見当たらない。前掲昭和12年判決のように、消火の専門家でもなく、また実際に消火にあたってくれるかも不明な者に「宜敷頼む」と言い置いてその場を立ち去る例とはまったく異なり、救命に必要な治療の主たる部分を専門家に委ねることは、救急処置や医療の知識、技術のない者が単独で手当をするより、遥かに合理的かつ効率的であり、一刻を争う場合には、なおさらそれがあてはまるからであると考えられる。それを明らかにしているのは、例えば、以下の一連の殺人未遂に関する判例である。①

睡眠薬を飲ませて幼児を殺害しようとした被告人が、その苦悶の様子を見て大変なことをしたと思い致死を防止しようと焦慮した末、独力ではいかんともし難いと観念し、警察官に自らの犯行を告げ、その助力を得て幼児を病院に収容させるほかないと考えて、付近の派出所を探し回ったが見つからず、緊急電話で事態を警察官に通報連絡した結果、直ちに病院に収容された被害者が一命を取り留めた事案¹⁵⁾、②被告人は人里離れた山奥で被害者を殺害しようと、大人の頭大の石をその頭部めがけて投げ下ろし、その首を所携の手ぬぐいで締め上げ、沢の水の中に同人の顔を押しつける暴行を加えて傷害を負わせたが、殺害の継続を思いとどまった。その後被告人は、約一時間にわたって、たき火で同人の体を暖め、傷口をしばるためのタオルを与え、予備の衣服に着替えさせる等したうえで、下山の途につき、道中肩を貸したり手を貸したりする等の手助けはしなかったものの、途中の部落に医者がいることを聞きつけ、まずその手当てを受けさせた後にさらに十分な治療を受けるために外科の専門医の診断を仰ぎ、この医師のはからいで大学付属病院への入院がかない、治療の結果、殺害に至らなかった事案¹⁶⁾、③同棲相手の首をバンドで強く締めつけたが、苦しむ様子を見て行為を中断し、直ちに同人の顔に水を吹きかけ、濡れタオルをその頭の上に載せる等の措置を講じたが改善しないため、近所に住む雇主に救護の助力を求め、雇主の指示で隣人に救急車の手配を依頼する等して応急の治療を受けさせた結果、救急車内で被告人が酸素吸入を行ったことも功を奏し、殺害の結果を生じなかった事案¹⁷⁾がある。いずれも行為者単独で結果発生を阻止したわけではなく、救命治療を受けさせるのにも、被害者や近隣住民の助力等を得て、結局医師の治療により命が助かった事例であるが、それを理由に中止行為が否定されているわけではない。むしろ医療の知識がない行為者に応急処置を期待し得べくもないことは前提とされている。そのうえで、例えば③判決では、「直ちに自分が被害者を医師のもとへ連れていくとか、医師を現場に呼ぶなどの措置を講じなかつたとしても、「経験豊かな人間に助力を請い、その指示に従って行動した

作為態様の中止には、結果発生防止に必要かつ適切な措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例（金澤）

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」であるとして、中止行為が認定されている。

殺人未遂の中止が認められた初期の下級審判例で重視されているのは、行為者が単独で、また一貫して行為にあたらなくとも、救命を目指す諸々の行動が総じて結果発生阻止につながった事実であり、被害者の死亡結果の回避のために手を尽くしたことが「なしえた最善の措置」と評されたとと言える。それが端的に表れたのが、④ 未必的殺意をもって相手の頸を果物ナイフで一回突き刺し、被害者に気道内に達する傷害を負わせたが、直ちにタオルを患部に当てて血が噴き出さないようにしたうえ、救急車の派遣を依頼し、救急車が到着した後は自己の犯行を説明して消防署員と共に救急車へ被害者を運び込んだ行為が「最善の措置」として「真摯な努力」が認められた事例¹⁸⁾である。まず救急出動を要請し、必要な応急処置を行いつつ、救急隊員等の到着後は事件の詳細を伝えた点が特に認定され、「真摯な努力」の認定につながっている。

これに対して、作為態様の中止を否定したものには、⑤ 刺身包丁で未必の殺意をもって相手の腹部を一回突き刺し、肝臓に達する深さの刺創を負わせた被告人が、自己が運転する自動車に被害者を抱き入れて病院に連れて行き、医師の手に引き渡した事例¹⁹⁾がある。病院搬送の事実はあるものの、共通の友人数名や被害者の母等に犯人は自分ではない等の虚言を弄し、凶器を川に投げ捨てて犯跡を隠蔽しようとした事実が認定され、「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」ないと、「真摯な努力」をしたとは認めるに足りないとした。本判決のように隠し立てすることなく自己の犯行を進んで供述したか否かに着目し、自ら犯行を告げた事実が中止未遂の認定に加え量刑面にも反映した判例はほかにもある²⁰⁾。

さらにまた、⑥ 憤激のあまり咄嗟に果物ナイフで相手の背中を突き刺した被告人が、110番通報して自己の犯罪を申告すると共に救急車の手配を要求し、その治療が功を奏して一命を取り留めたものの、被告人の行為

は被害者の指示のもとに救急車の手配を手助けしたものと大差なく、この程度の行為では未だ被告人自身が防止にあたったと同視すべき程度の努力が払われたと認められないとして中止行為を否定した例²¹⁾もある。

構成要件実現の危険の減少という観点から上記諸事例を比べると、行為者の行動のうちのいずれが中止行為の有無の判断に決定的要素かは必ずしも明らかではない。例えば、④の事例では、行為者は通報架電するかたわら、応急処置を行い、通報で到着した救急隊員等に進んで自己の犯行を自供していることが中止行為を肯定する事情として認定された。他方、⑤の事例では自己の行為を進んで認めず、むしろ犯跡を隠蔽しようとした点、⑥の事例では、被害者が主導的に救急車の手配をしたことが中止行為の否定の理由とされている。しかし、この点をもって、④の事例で示されたいずれかの要素が欠ければ、「真摯な努力」が否定されると解するのは早計である。救急出動要請が間接的であった①、③の事例や、被害者に対して手当てを積極的に行ったことが認定されていない②の事例でも中止行為が認められているからである。これら初期の判例においては、緊急連絡網の知識や装備の普及が未だ進まない時代、他人の手を借りつつ間接的であれ救急出動を要請したり、そもそも連絡装備のない山での犯行の試みの後、下山の手助けはせずとも、十分な治療を受けられるよう臨機応変に専門家の助力を得たりする等の行為が、当時の具体的状況下において救急救命や医療の専門知識や技術をもたない者として、なしえた「最善の措置」であったと評価されたと見るならば、救急医療体制の整備が進んだ今日において、別様の行為を最善と解する余地がある。むしろ「最善の措置」を一般的に求めるときには、「真摯な努力」の語感と相まって、中止行為の要件の厳格化を招くおそれがあることから、近年は、作為態様の中止行為に「真摯な努力」を求める判例の立場を批判し、適切な努力で十分と解する見解が有力に主張されていることに注意を要する²²⁾。

規範的観点から中止行為に「適格」を求める立場に立脚しても、結果発生阻止に適切な行為を超える努力が求められるわけではない。むしろこの

作為態様の中止には、結果発生防止に必要な適切な措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例（金澤）

見解は、作為態様の中止に関し、「怪我の治療のように専門知識・技術を要する場合には、行為者が主体的に被害者を医師のもとに運ぶ程度で足りる」²³⁾として、法益侵害阻止のための適切な行為の選択を重視する。中止行為に構成要件実現の危険を減少させる性質を認める出発点に立てば、かかる危険を減少させるに適切な行為があれば作為態様の中止として十分だからである。殺人未遂の行為が被害者の救命措置を要する状態を発生させた場合、まず必要なのは、法益たる生命の侵害の阻止であり、それが可能な救命医療の専門機関による早急な出動の要請であることは言うをまたない。医療技術が進み、搬送中も治療可能な設備を備えた緊急車両で移動中に受入可能な医療機関の照会を行う、高機能の緊急医療制度が充実した現代においては、救急救命システムへの連絡、即ち通報架電が、救助の蓋然性が高いという意味で、結果阻止にとって適切で有効な行為である。その場で相互に連絡がなされる場合には、110番に通報するか119番に通報するかは、結果阻止の適切性に決定的な影響を及ぼすものではない。さらに、①、③の肯定事例に示されたように、通報架電の際に他者の助力を得たとしても、中止行為の成立を妨げない。その際、適切な治療に不可欠な限りで行為者による行為の態様の詳細な説明が求められるようが、そうでなければ自供を中止行為の必須の要件と解する理由もない。また、救命医療の専門家が到着するのを待つ間も刻々と容態が悪くなる場合には応急処置の必要があるが、そうでない場合、特に専門家の判断に従うことが最適の場合には、応急処置の有無を中止行為の判断要素とする必要はない。放置すれば燃え広がる危険が刻一刻と増し、素人であれ消火にあたる必要性が一般的に高い放火の事例と異なるのはこの点である。殺人未遂に関する通報架電事例を概観すると、生命侵害阻止のための行為、即ち構成要件実現の危険減少に重点を置いて中止行為の要件が判断されていることが分かる。そうすると、⑤の事例のように、犯行後の行為者の言動や態度を考慮に入れて、最善を尽くさなかったことを理由に「真摯な努力」を認めず、中止行為を否定することは、中止行為の要件判断を逸脱していると言わざるを得

ない。

尤も、最近の判例の中には、「真摯な努力」を要求しつつも、その基準を緩和したと見られる例がある。⑦ 殺意をもって相手の胸部を突き刺した後、直ちに110番及び119番通報した行為者の行為は、「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った」という状況下では、「結果発生防止のためにとり得る最も適切な措置であった」として、中止未遂の成立が肯定された²⁴⁾。また、⑧ 無理心中を図った母親が包丁で長男を数回刺した後、我に返り、119番通報して病院に搬送等した事案のように、通報以外の点について特に認定されていないが、中止未遂が認められ執行猶予も付された例²⁵⁾もある。⑨ 不倫の交際相手と無理心中しようと、自動車の助手席から降りようとする相手の胸部を鋭利な刃物で二回にわたり刺した行為者が、同人を車に乗せ、病院に連れて行ってほしいとする相手の懇願に逡巡しつつ運転を続け、最終的に病院まで搬送し、そこで自己の犯行を申告して緊急逮捕された事案²⁶⁾につき中止未遂が認められたほか、⑩ 高齢の妻がアルツハイマー型認知症を煩う夫を殺して自分も死のうと、包丁の刺突による殺害の試みの後、夫に包丁をとりあげられ、その後3時間あまり放置した後、被害者たる夫に激しい痛みを訴えられて初めて「病院に電話しようか」と問い、「うん」と答えがあったので、通報した事案が注目される。大阪地方裁判所は、密室に被告人と刺された被害者の二人しかおらず、被告人が何らかの措置を講じなければ、被害者が死に至る現実的危険性があったという状況下で、被告人は110番通報し、その後、病院に行く準備として健康保険証を用意していたこと、医学的に素人で高齢の被告人にとって、左胸部に二か所の刺創の傷害を負った被害者を救助するには救急車を呼んで病院に運ぶほか適当な手段がないこと、緊急の事態において、119番通報せず、110番通報して負傷者の救護を依頼するということはままあるものであり、119番通報しなかったことで被告人を責めることはできないこと、実際、被告人の通報によって救急車が手配され、その救

作為態様の中止には、結果発生防止に必要な適切な措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例（金澤）

急車によって被害者が病院に搬送されて現に一命を取り留めていること、被告人が、臨場した警察官等に対し、素直に事情を説明していることなどを総合し、結果発生防止のために「真摯な努力」をしたとするのが相当であると結論し、中止未遂を認めたとえ、被告人を保護観察付き執行猶予に付した²⁷⁾。⑪ さらに、被害者から挑発されて刃体の長さ約8.9センチメートルのペテナ이프（ママ）でその頸部を刺したが、被害者に救急車を呼ぶよう言われ、また被害者の首から血が流れているのを見てティッシュペーパーを渡して救急車の到着を待った被告人の措置は「真摯な努力」であると評価され中止未遂が認められ、執行猶予も付された事案²⁸⁾がある。

上記諸事例に見られるように、判例は、各事案における行為者の能力やその置かれた事情等も加味して、行為者の通報が救命の決定的要因となったことを重視して中止行為の成否を判断している。事件、事故による出動の場合、救急車と警察との間で相互に緊急の連絡がなされることは少なくない。そのため110番通報と119番通報とを厳密に区別せず、むしろ通報そのものに焦点を合わせた判断が散見されることに注意を要する。既遂を阻止する蓋然性が高い救急救命システムへの適時の連絡が、実際に被害者の救命につながった場合、結果発生防止のためにとり得る適切な措置だと言えるのである。通報架電を契機として救命医療が功を奏したと評価されれば、⑩の事例のように、行為後相当期間が経過してからでも、さらにまた⑪の事例にも見られるように、被害者の求めに応じた通報でも「真摯な努力」は認められている。構成要件実現の危険減少にとって、より効率性が高い方法を選択した点が評価されたと見るならば、従前の判例と理論的に齟齬はないであろう²⁹⁾。作為態様の中止行為として「真摯な努力」は論理的に必須ではない。よしんば、他人の助力を得る場合にも中止行為を認める基準として「真摯な努力」を導入するとしても、そこで要求されるのは、構成要件実現の危険を減少させる方途の選択であり、それで足りると言える。

4 結果阻止への機会提供と最善の努力の要請とその批判

以上の立論に対しては、作為態様の中止として、なお十分ではないとする批判もあり得よう。単に適切な手段を選択するばかりでなく、それ以上に具体的状況下で最善を尽くす態度を示すことを要請する見方があり得るからである。例えば、ドイツでは、「真摯な努力」を認めるために、結果阻止にとって適切な行為を行えば足りるとする見解³⁰⁾に対し、ベストを尽くすことを求める見解が主張されている³¹⁾。ただし、ドイツ刑法は、日本の刑法とは異なり、本来的な中止、即ち、任意の行為の続行の放棄若しくは既遂の阻止としての中止のほか、「真摯な努力」を規定する。即ち、「行為が中止者の行為がなくとも結果が発生しなかったとしても、その者が任意かつ真摯に既遂を防止すべく努力する場合には不処罰である」(24条1項2文³²⁾)と。このように、ドイツ刑法上の結果防止のための「真摯な努力」は、中止者の行為と結果不発生との間に因果関係がない場合にも中止の効果を補充的に肯定する要件に関する明文の独立規定であり、中止行為そのものに「真摯な努力」を要請するものではない。さらに、ドイツ刑法上の中止未遂の効果は、未遂として不処罰とするものであり、必要的減輕若しくは裁量的免除を定めるにとどまる日本の中止未遂の効果とは大きな相違がある。この点からまず明らかになることは、ドイツの議論を参考にして、日本刑法上の中止行為の要件として、行為者にベストを尽くすことを求めることはできないということである。むしろドイツ刑法との比較において明らかになるのは、ドイツ刑法上、中止行為と別異に規定される「真摯な努力」を、日本刑法43条ただし書の中止行為それ自体の要件として要請することこそが、中止行為の認定に混乱を招く原因となるという点である。「真摯な努力」は、結果不発生との因果関係がないため中止行為が認められない場合を本来の中止未遂に準じて特別の効果が付与するための要件であり、ドイツのように別に規定を設けなければ、かかる効果を認めることはできないであろう。

さらに付言すると、ドイツにおいても中止行為自体の要件として、最善

作為態様の中止には、結果発生防止に必要かつ適切な措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例（金澤）

の努力を要する見解はあるが、それは、中止者が他の者と共同して既遂阻止原因を設定し、救助の機会の一端を拓いた（mitursächlich）ことを理由に中止を認める通説に対する批判的見解であり、それが指す「最善」は、不確実な救助措置と対比されていることに注意を要する。即ち、医療機関に救急隊の派遣を依頼することで救命の蓋然性が十分に認められる措置をとったと言えれば、十分最善の努力を果たしたこととなり、それ以上の行為を求められるものではない³³⁾。

その理由は、構成要件実現の危険の減少の内実の解明によって明らかにされる。殺人未遂の場合、中止行為による死亡結果の回避が要請されるが、それは、中止行為が、未遂行為によって生じた危険そのものを遡って除去するものであること、ないし原状回復するものであることを意味しない。未遂の処罰根拠は、構成要件が完全に充足され既遂に至る危険であり、その危険が実現するのを阻止して未遂にとどめ、もはや既遂に達することのないよう消滅させた場合に中止行為が認められる。殺人未遂行為により重篤な傷害の結果が既に生じ、法益たる生命が風前の灯の状態になろうとも、寸前に被害者が一命をとりとめることができれば、中止したと言えるのである³⁴⁾。行為者が発生させた危険に応じて中止行為にも相応の努力を求めることは、上記の未遂の構造を踏まえたものではない。未遂行為の着手後、事態の経緯において傷害既遂の状態が生じようとも、内包される既遂の部分も含めて中止未遂が成立し、殺人未遂全体につき、少なくとも刑が減輕され、場合によっては免除される。既に傷害の結果が生じた場合、量刑の観点から免除を認めないということではできるが、殺人未遂の中止そのものを否定することはできない。未遂行為によって生じた危険が結果発生に至るのを阻止することが即ち中止行為なのである。それ故具体的状況において、通報架電が救命の蓋然性の高い行為であるなら、そして、結果防止のためにそれ以上の措置が必ずしも必要でないならば、たとえ行為者が通報後その場で応急処置をしなかったとしても、それを理由に中止行為を否定することはできない。

5 結 論

規定の文言を出発点にすれば、単に「自己の意思により犯罪を中止した」ことを要件として、刑の必要的減輕若しくは裁量的免除を定める刑法43条ただし書の要件に「真摯な努力」まで追加して求めることはできない。「真摯な努力」は、他人の助力を得るなどして、中止者が単独で中止行為を行ったわけではない場合でも「犯罪を中止した」と言えるための要件として、判例上中止未遂の成立を拡張する方向で認められてきた経緯に照らせば、その要件を厳格にする方向で解釈すべきではないからである。未遂行為により発生した危険が既遂に至らないよう、具体的状況に応じて適切で効果的な措置を、しかも犯罪中止の認識をもって講じれば足りる。通報架電事例への対処を概観すれば、判例も基本的にこれに沿い、構成要件実現の危険を減少させたことを重視して、中止行為の有無を判断していると判明する。例えば、既遂を阻止する蓋然性が高い救命制度を利用できる場合には、通報架電により適時の連絡をすることが構成要件実現の危険の減少、消滅に適切であり、最善とも考えられる。救命医療が功を奏し、構成要件の実現が阻止された場合、中止の意思に基づく行為者の通報が任意に、かつ中止の意思で行われたと認定されれば中止未遂の効果が認められるべきである。

本判決が、あえて「真摯な努力」という表現を用いず、「当該犯人において、作出した危険を除去し結果発生を防止する意思で、そのために必要かつ適切な措置を講じることが求められる」と判示したことは意義深い。中止未遂の特殊な効果や規定の趣旨等に照らして、従来の判例を踏襲し、自ら結果発生防止に当たったと同視できる措置を求めたものと解される。同時に、規定の文言に、より忠実に、結果防止に必要なかつ適切な措置が作為態様の中止行為の要件であるとの解釈を示したとも評価できる。尤も、具体的状況に則して、必要かつ適切な措置と言えるかどうかの判断を下したかについては、なお疑問の余地がある。上記で検討したように、通報架電事例については、必ずしも119番通報をしなくとも「110番通報して負傷

作為態様の中止には、結果発生防止に必要な適切措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例（金澤）

者の救護を依頼するというはままある」とする前掲大阪地判平成14・11・27（⑩）があるうえ、従前中止行為が否定されていた、被告人自身が必ずしも率先して通報を行わない場合（前掲長崎地判平成16・6・30（⑪））でも中止行為が認められている状況に照らせば、本件において、中止行為が否定された真の理由は明らかではない。被告人が110番通報をして、応対に出た警察官と約8分にわたり通話をしている事実を認定しながら、「あえて119番通報をしていない」と断じる根拠も定かではないうえ、その110番通報が契機となり、警察官によって救急隊の出動が要請され、被害者が救助されていることが認定されているにも拘らず、重ねて119番通報をすることが必要かつ適切かも不明である。110番通報は、主として自首をする意思に出たものであるとする第1審判決の認定に対してなされた、母親を助けるために通報したとする弁護人の主張に対しても、自首をすることと救命の意思を示すことが相矛盾するわけではないにも拘らず、これを排斥する明快な論証がなされていない。被告人は、110番通報をした理由について、後悔したのかを問われ、これに答えていたことも認定されているのであり、仮にその時間の間に119番通報をすべきであったとしても、被告人のみを責めることは不当であろう。

量刑の理由に示されるように、本件事案においては、被告人の行為による被害者の傷害の程度が相当重大であった点が考慮されたとも考えられる。しかし、そのような場合であっても、生命侵害を避け得たのであれば、殺人の中止未遂が認められる可能性は十分にある。また、かかる重大な生命への危険が被告人の通報により適時に回避されたことには、相応の評価がなされるべきであり、必ずしも冷静と言えない状況における被告人の発言や、重篤な状況であるからこそ控えられていたと解する余地もある現場での手当ての欠如への評価も、専ら被告人の不利益に解すべき合理的な理由があるとは言えないであろう。

宜敷頼むと告げただけで放火現場を去るような、積極的な結果発生防止措置をそもそも講じていない、若しくは依頼が結果防止に直接つながった

とは言えない事例については中止行為が否定されることは当然である。しかし、そのような事例と比べて格段の差があり、既に検討したように、被害者や他者が音頭をとって通報に至った事例や被告人自身が格別応急手当てをしていない事例でも中止行為が肯定されてきた判例の蓄積に徴すれば、結果発生防止のための必要かつ適切な措置を否定しきれるか、なお論ずべき点が残されていると言えよう。

- 1) 大判昭和12・12・24刑集16巻1728頁。
- 2) 阿部純二『刑法総論』(1997年)212頁以下、内田文昭『刑法概要中巻』(1999年)395頁以下、佐久間修『刑法講義総論』(2009年)337頁以下、川端博『刑法総論講義第三版』(2013年)500頁等。
- 3) 刑事政策説は、いったん生じた未遂犯の可罰性が、たとえ自己の意思によって犯罪を中止したとしても事後的に変更を受けることはないとして、法律説を批判し、中止未遂の効果の根拠を最終的に刑法43条ただし書の文言の存在に依拠せしめる。その政策内容は、犯罪中止の奨励、行為者への褒賞、恩典、被害者に対する保護等多岐にわたる。金澤真理『中止未遂の本質』(2006年)5頁以下参照。
- 4) 例えば、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)333頁、西原春夫『刑法総論改訂版上巻第四版』(2008年)339頁等。
- 5) 代表的なものとして、「真摯な努力の存在が規範的意識の具体化として責任を排除する」と、刑事政策的根拠を加味しながら説く香川達夫『中止未遂の法的性格』(1963年)116頁、団藤重光『刑法綱要総論第三版』(1990年)170頁。
- 6) 西原・前掲(注4)339頁。
- 7) 「真摯な努力」を重視して結果が既遂に達しても刑法43条ただし書の準用ないし類推適用を認めるのは市川秀雄『刑法総論』(1955年)127頁以下。
- 8) 未遂の危険の消滅を違法減少と捉えれば違法減少説に位置づけられる。尤も、危険消滅を主張する論者自身は、中止未遂に固有の政策的性格が存在することは否定できないとする(山口厚『問題探究刑法総論』(1998年)221頁)。
- 9) 例えば、責任減少説を支持する立場から、刑法43条ただし書が自己の意思による中止のみを要件とするのに対し、「真摯な努力」を要求するのは過大な要求であるとするのが内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(2002年)1312頁、曾根威彦『刑法総論第四版』(2007年)229頁、浅田和茂『刑法総論補正版』(2007年)397頁。これに対し、違法減少説の一角に位置づけられる危険消滅説の立場から「真摯な努力」を不要とするのが山口厚『刑法総論第三版』(2016年)300頁等。
- 10) 金澤真理「中止犯」ジュリスト増刊『刑法の争点』(2007年)93頁、丸山雅夫『刑法の論点と解釈』(2014年)41頁。内藤・前掲(注9)1312頁、山口・前掲(注9)300頁も参照。

作為態様の中止には、結果発生防止に必要な適切な措置を講じることが求められるとして、中止未遂の成立を否定した一事例（金澤）

- 11) 大谷實『刑法講義総論新版第四版』（2012年）389頁。
- 12) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集第3巻』（1997年）258頁以下。もっとも、本説の主張の主眼は、殺人未遂の事例で相手に死の結果が発生していないならば、行為の続行の放棄という不作為の態様で中止行為が認められるのは不当だと指摘する点に置かれている。
- 13) 後掲大阪高判昭和44・10・17（⑤）は、中止者の目的が「救助」であるか否かに焦点を合わせていることも相まって、法定された中止要件と一般的量刑事情とを同一次元で判断していると批判するのは、城下裕二「判批」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅰ総論（第5版）』（2003年）143頁。
- 14) 大判昭和12・6・25刑集16巻988頁。同様に放火未遂の事案に関し、東京高判昭和26・12・24高判特25号115頁、大阪地判昭和42・11・9判タ218号264頁も中止未遂の成立を否定した。
- 15) 東京地判昭和37・3・17下刑集4巻3・4号224頁。
- 16) 東京高判昭和40・4・28下刑集7巻4号766頁。
- 17) 東京地判昭和40・12・10下刑集7巻12号2200頁。
- 18) 福岡高判昭和61・3・6高判集39巻1号1頁。名古屋高判平成2・7・17判タ739号243頁も、激昂のあまり交際相手の胸をナイフで一撃したが、相手がうめき声をあげたことで我に返るとともに可愛そうになり、続けて刺すのを止めた被告人が、直ちにナイフの柄から手を離して立ち上がり、相手に「傷口を押さえておけ」と言い残して居室外に出て119番通報をし、同人とともにその傷口を着衣の上から押さえて救急車を待ち、救急車の到着後は救急隊員に対して自己の犯行を説明した事案につき、行為者が通報のかたわら手当てをしたこと、自供したことを認定して「真摯な努力」を認めた。
- 19) 大阪高判昭和44・10・17判タ244号290頁。
- 20) 前掲東京地判昭和37・3・17、宮崎地都城支判昭和59・1・25判時876号128頁等。他方、結論としては任意性を否定して中止未遂の成立を認めなかった最高裁判例（最判昭和32・9・10刑集11巻9号2202頁）は、外部からの侵入者の犯行であるかのように偽装した点を重視して、悔悟の念に出た中止であるとの主張を却けた。
- 21) 大阪地判昭和59・6・21判タ537号256頁。新潟地長岡支判昭和38・5・17下刑集5巻5=6号551頁も殺害を試みた後他者の指示により救命にあたった事例につき、同様に被告人自身が防止にあたったと同視すべき程度の努力があったと認めなかった。
- 22) 例えば、非難可能性の減少を中止未遂の根拠として考慮しつつも、「真摯な努力」までは不要とする内藤・前掲（注9）1312頁。曾根・前掲（注9）229頁以下の「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」との叙述も同旨と考えられる。適切な努力標準に対しては、行為者の能力、置かれている状況を十分に汲めるか疑問であるとして、これらを考慮しつつ、中止措置への人並みの法益尊重意思の具体化を求める見解（原口伸夫『「未遂犯論の諸問題」』（2018年）263頁）もある。
- 23) 塩見・前掲（注12）262頁注50。主体的な努力を求めるが、任意性があれば十分と解される。

- 24) 東京地判平成8・3・28判時1596号125頁。
- 25) 横浜地判平成10・3・30判時1649号176頁。
- 26) 札幌高判平成13・5・10判タ1089号298頁。
- 27) 大阪地判平成14・11・27判タ1113号281頁。
- 28) 長崎地判平成16・6・30裁判所ウェブサイト。
- 29) 原口・前掲(注22)270頁も、判例も既遂の阻止とは直接関係しない要因につき、「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いないといえるように思われる」と評する。
- 30) Gerald Grünwald, Zum Rücktritt des Tatbeteiligten im künftigen Recht, FS für Hans Welzel, 1974, S. 701 ff. (715 (Fn. 38)). は、結果発生の見込みがある本来の中止未遂と同様に、行為者がなし得るすべてを行う必要はないとして、「真摯な努力」が欠けるという理由で中止未遂の成立を否定した連邦通常裁判所1972年5月3日判決(BGH MDR 1972, 751)を批判した。真摯性という文言から最善、最適を求めることには疑問を呈する見解が少なくない。Statt aller Thomas Fischer, StGB, 66. Aufl., 2019, 24/36 (S. 246).
- 31) Karl Lackner/ Kristian Kühl, StGB, 28. Aufl., 2014, 24/20, u.a. 判例にも、確実な若しくは最適の手段を尽くすこと、少なくとも生命が危機にさらされている場合には、最善の措置(bestmögliche Maßnahmen)をとることを求めるものが散見される(BGHSt 31, 46; BGH NSTZ 2008, 508)。S. auch Ingeborg Puppe, NSTz 1984, 488 (489); Wolfgang Joeschs/ Christian Jäger, StGB Studienkommentar, 12. Aufl., 2018, 24/44 (S. 124), u.a.
- 32) 1969年に改正され、1975年より施行された刑法改正により追加された条文である。Vgl. Ingo Rau, Ernsthaftes Bemühen beim Rücktritt nach §24 Abs. 1 S. 1 StGB, 2002, S. 28 ff.
- 33) むしろ中止者の行為によって結果阻止がなされれば「真摯な努力」が果たされたと言ふべきであるとするのは、齋野彦弥『基本講義刑法総論』(2007年)254頁。ドイツ刑法上の「真摯な努力」が、中止行為と結果防止との間の因果関係が認められない場合でも中止者に恩恵を認めるために求められる結果防止の適格性であるとして、同様の見解を述べるのは、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』(2018年)249頁。また、「真摯な努力」の内実として、(共同)正犯性と同等の主要な役割を求めるのは、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(2018年)496頁。
- 34) 関哲夫「障害未遂・中止未遂における点と線・試論」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(2014年)753頁以下は、現在の支配的見解を、未遂犯の違法性・有責性は実行行為時のそれによって固定的に確定されると解する点思考にとらわれていると批判し、未遂犯・既遂犯の違法性・有責性は、時間的幅の中で流動する可変的なものと指定されるべきであり、むしろ線思考をとるべきと主張する(760頁以下)。この説によれば、悪化し深刻化する可能性の高い危険性が最終的に既遂に達する前にこれを消滅させれば、違法性・有責性の減少を説くことができ(762頁)、因果性を重視する思考に適合的な理論を提示する点で示唆に富む。