

### ．事実の概要

- 1 . 甲と乙は自分の息子である X の将来について悲観し、X を殺害した上、自身も睡眠薬で自殺することを考え、準備をした。その後、甲と乙は、就寝中の X の腹部を包丁で刺し、乙は睡眠薬を飲んだが、甲は X の部屋からうめき声が聞こえたため部屋へ向かった。甲は大量出血で苦しむ X を目の前にし、さらに X が甲と乙の名を呼んでいたことなどから、憐憫の情から助けようとした。ただ、自らの犯行が発覚するのを恐れたため、強盗の犯行に見せかけたうえ、救急車を呼んだ。X は搬送先の病院での救命措置の結果、一命を取り留めた。
- 2 . X のオタク仲間丙は、X への恨みから X を殺害しようと考えた。そこで X 宛てに致死量の毒を注入した和牛の詰め合わせをヤマト急便に宅配を依頼したところ配達中の手違いにより廃棄された。

### ．問題の所在

- 1 . 甲と乙は共犯として丙に殺人罪（199 条）の実行行為を行っているが、丙の死亡という結果が発生する前に、甲は結果不発生のための中止行為を行っている。そこで、甲の中止行為に中止犯（43 条但書）が成立し刑の減免がなされないか。中止行為を行った場合に、なぜ刑の必要的減免がなされるのか、中止犯（43 条但書）の法的性格が問題となる。また、中止犯が成立するためには、実行の着手があること、結果の不発生、「自己の意思」（任意性）により、「犯罪を中止」したことが必要となるが、いかなる場合に任意性を認めるかが問題となる。さらに中止行為には真摯な努力が必要か、中止行為と結果の不発生の間因果関係が必要となるか問題となる。
- 2 . 丙は X 殺害のために毒入りの贈り物をしているが、ヤマト急便の手違いにより、廃棄されている。そこで、丙の行為に実行の着手があると言えるか。未遂犯が認められるには、犯罪の実行に着手したこと、構成要件的结果が発生しなかったことが必要であるが、犯罪の実行に着手したといえるのはいつなのか、未遂罪の実行の着手時期が問題となる。

### ．学説の状況

#### 1 . 中止犯(刑法 43 条但書)の場合に刑の必要的減免が認められる根拠

##### A 政策説<sup>1</sup>

中止行為を奨励するため、中止すれば未遂犯の刑を必要的に減輕または免除してやるという恩典を示したものとする。中止犯規定は、行為者に対して「退却のための黄金の橋」を構築したものだとする説

##### B 法律説

中止犯規定を違法・責任という犯罪理論との関係により説明しようとする説

##### B-1 説 違法減少説<sup>2</sup>

いったん故意（主観的違法要素）を生じながら、これを放棄して任意の中止がなされた場合は、違法性が減少するため、刑が減免されるとする説

<sup>1</sup> 木村光江『刑法〔第 2 版〕』（2002）東京大学出版会 50 頁

<sup>2</sup> 福田平『全訂刑法総論〔第 4 版〕』（2004）有斐閣 228 頁

## B-2 説 責任減少説<sup>3</sup>

一度は法に違反したものの、規範に応えようとして中止行為に出たことに示される行為者の人格態度が、責任避難を減少させるとする説

## C 結合説

いずれか一義によるのではなく、諸要素を組み合わせて理解しようとする説

### C-1 違法・責任減少説<sup>4</sup>

中止犯は、中止行為及び結果の不発生という違法性減少の要件と、任意性という責任減少の要件の両方があることで初めて成立する説

### C-2 政策説と違法減少説<sup>5</sup>

中止行為によってすでに成立している未遂犯の違法性が減少する。違法性の減少と政策的理由との二元的な説明をする説

### C-3 責任減少中心の政策説<sup>6</sup>

中止犯の減免を責任減少のみでは説明できない。思いとどまった行為者への「褒章」による実行着手者及び一般予防効果を意図した政策的規定であることは否めない。刑法は、いかに責任が減少しようとも結果を生ぜしめた場合には褒賞を与えるべきではないとして、中止犯を未遂に限定したのである。

## 2. 任意性の判断基準について

### 説 主観説<sup>7</sup>

犯罪の完成を妨げる外部的事情が行為者のやめるといふ動機に影響を与えたか否かを基準とする説

### 説 限定主観説<sup>8</sup>

改悛、同情、憐憫などの広義の後悔に基づいてやめたか否かを基準とする説

### 説 客観説<sup>9</sup>

行為者の認識した外部的事情が一般人にとって通常障害となるべき性質のものか否かを基準とする説

## 3. 中止行為が、結果発生防止のため真摯な努力をしたものであることを要するか

### イ説 必要説<sup>10</sup>

結果発生防止のために真摯な努力まで必要であるとする説

### ロ説 不要説<sup>11</sup>

結果発生防止のために真摯な努力は不要であるとする説

## 4. 中止行為と結果不発生間の因果関係

### P説 因果関係必要説<sup>12</sup>

中止行為と結果不発生との間に因果関係がある場合に限り中止犯の成立を認める説

<sup>3</sup> 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990）創文社 362頁

<sup>4</sup> 井田良『講義刑法学総論』（2008）有斐閣 424頁

<sup>5</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』（2007）成文堂 387頁

<sup>6</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』（2006）東京大学出版会 159頁

<sup>7</sup> 前掲・団藤 363頁

<sup>8</sup> 西田典之『刑法総論』（2006）弘文堂 299頁

<sup>9</sup> 前掲・前田 160頁

<sup>10</sup> 前掲・団藤 365頁

<sup>11</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007）有斐閣 282頁

<sup>12</sup> 前掲・山口 283頁

## Q説 因果関係不要説<sup>13</sup>

中止行為と結果不発生との間の因果関係がなくても中止犯の成立を認める説

## 5. 未遂犯の成立要件である「実行の着手」の解釈について

### a説 主観説

犯意の成立が、その遂行的行動により確定的に認められるとき

### b説 客観説

#### b-1説 形式的客観説<sup>14</sup>

実行の着手をもって、構成要件に属する行為を行うこと

#### b-2説 実質的客観説<sup>15</sup>

既遂に至る切迫した危険を要求し、法益侵害の危険性が具体的程度以上に達した時点

#### b-3説 折衷説、個別的客観説<sup>16</sup>

切迫した危険を必要とし、その有無を判断する際に犯罪遂行の計画全体を考慮する

## ・判例

### 結果防止行為の真摯性

大阪高裁昭和 44 年 10 月 17 日判決 判例タイムズ 244 号 290 頁

#### <事実の概要>

被告人は、被害者の左腹部を刺身包丁で突き刺し、肝臓に達する刺創を負わせたところ、被害者が「痛い痛い」と泣きながら、「病院に連れて行ってくれ」と哀願したため、被告人が自分の運転する自動車ですぐに病院に連れて行き、医師の手に引き渡したため、被害者は一命を取りとめた。

#### <判旨>

「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。」

「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つどこでどのような凶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っ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って、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ない」として、中止犯の成立を否定した。

## ・学説の検討

### 1. 中止犯の場合に刑の必要的減免が認められる根拠

この点、政策説（A説）のみを根拠とする見解がある。しかし我が国では、43条で刑の減免しか認めていないためかかる政策の効果は薄く、規定を知る者にしか効果がないので妥当ではない。

また、違法減少説（B-1説）ならびに結合説の中で、根拠を違法減少に求める説（C-1、C-2説）がある。しかし、この説にたつと43条が「自己の意思によ」る中止を要件としていることを説明できず妥当ではない。

思うに、中止犯に刑の必要的減免が認められるのは、一度は法に違反したものの、その後自発的に中止を決意

<sup>13</sup> 前掲・前田 166 頁

<sup>14</sup> 前掲・団藤 355 頁

<sup>15</sup> 前掲・前田 140 頁

<sup>16</sup> 前掲・西田 279、280、284、285 頁

した行為者の態度や、中止行為にあらわれた結果発生防止に向けての行為者の真摯な態度によって非難可能性が減少することを根拠と解すべきである。

よって、責任減少を刑の必要的減免の中心に考えるべきである。ただし、犯罪の予防効果を意図した政策的規定であることを否定しえないため、責任減少中心の政策説（C-3説）が妥当である。

## 2．任意性の判断基準について

客観説（ 説）は、中止の動機となった事情が行為者の決意にどう作用したかではなく、一般経験則上、心理的に強制力を有するかどうかを基準とするものであるが、これによると、任意性の有無の判断は、行為者自らの意思がどうであったかを問うことなく行われてしまうので、「自己の意思によ」という法文上の本来の意味を失ってしまい、妥当ではない。

また、任意性と同情や憐憫などの広義の後悔は倫理的動機を混同し、広義の後悔に基づく場合にのみ、「自己の意思によ」とする限定主観説（ 説）は中止犯の成立を狭めるため妥当でない。

思うに、「自己の意思によ」とりとは外部的事情がなく、行為者が自由な意思決定によってやめた場合に任意性があるといえる。すなわち、行為者が中止にあたって、「たとえできるとしても欲しなかった」場合に任意性があり、「たとえ欲したとしてもできなかった」場合には任意性がないのである。（フランクの公式）

したがって、主観説（ 説）が妥当である。

## 3．中止行為が真摯な努力を必要とするか

不要説（口説）に立った場合、この立場は違法減少説から導かれる。しかし、中止犯の法的性格を責任減少と考える立場からは、形式的に中止行為が行われただけではなく、真摯な努力による中止行為が行われて初めて、責任非難が弱まるといえる。したがって、必要説（イ説）が妥当である。

また、事態を放置しておけば結果派生にいたるであろうという場合の中止行為は、結果の発生を防止するに足りる程度のものであることが必要である。すなわち、必要説（イ説）からすれば、自ら結果発生阻止のために積極的な努力をしなければならないのであるから、すでにした行為によって結果の発生する可能性が大きければ大きいほど、結果発生阻止のための努力も大きなものが要求されるとすべきである。

## 4．中止行為と結果不発生間の因果関係

因果関係必要説（P説）に立った場合、たとえば、毒薬を飲ませた後に死の結果を防止すべく病院に連れて行ったが、実ははじめから致死量の毒を与えておらず結果発生が不能な場合（実行未遂）、中止が認められないことになり、妥当な結論が導けない。

この点、因果関係不要説（Q説）に立った場合、上記事例においても真摯な努力による中止行為が行われている以上、非難可能性（責任の減少）は認められるし、また刑事政策的観点からも中止の効果を認める必要がある。

したがって、因果関係不要説（Q説）が妥当である。

## 5．未遂犯の成立要件である「実行の着手」の解釈について

実行の着手時期を主観説（a説）に求めた場合、行為者の犯罪意思を重視することにより処罰時期が早くなりすぎると共に、基準が不明確になりやすく恣意的判断を招きやすいので妥当でない。

形式的客観説（b-1説）によると、形式性を重んずる点で罪刑法定主義に即するものであるが、たとえばポケットからピストルを取り出し人を射殺する行為について、どの段階で殺人の一部の行為を行ったかということを確認することは困難であるから、このような基準では未遂と予備を区別することができないため妥当ではない。

また、実質的客観説（b-2 説）における実行行為による結果発生 of 具体的危険を判断するに際しては、行為計画を考慮しなければ結果発生 of 危険を認定できない。なぜなら、どういう手順、やり方が考えられているかにより切迫性の有無・程度は左右されるからである。例えば、スリが他人のポケットに手を触れた場合でも、それが単に財物の存否を確かめることを直接の目的としているにとどまり、実際に盗むのは後の機会を伺って行うつもりだったときは単なる「あたり」行為として、予備にとどまるのに対し、外形的には同じ行為であっても、すでに財物があると思い、取ろうとした場合は、窃盗未遂罪(243 条、235 条)である。

したがって、折衷説、個別的客観説（b-3 説）が妥当である。

## ・本問の検討

### 第1 甲の罪責について

1. 甲は殺意をもって人体の枢要部たる X の腹部を包丁で刺しており、そして、X は一命を取り留めており死という結果が発生していないため、殺人未遂罪（203 条、199 条）が成立する。
2. しかし、その後甲は、X のうめき声が聞こえたことに驚き部屋に向かい、腹部から大量に出血し苦しんでいる X を目の当たりにした。さらに甲と乙の名をうめきながら叫んでおり、以上のことから憐憫の情で救急車を呼んでいる。かかる甲の行為が中止行為にあたり、中止犯（43 条但書）が成立し刑が減免されないか。

- (1) 中止犯が成立するためには 実行の着手があること、結果の不発生、自己の意思により(任意性) 犯罪を中止したことが必要である。

本問につき見るに、前述のとおり甲は人体の枢要部たる X の腹部に包丁を刺しており、人の生命断絶の現実的危険性を有することから、実行の着手があるといえる。また、X が運ばれた病院で救急救命処置の結果、X は一命を取り留めており、結果の不発生を満たす。

では 自己の意思により(任意性) という要件を満たすか。この点検察は主観説( 説) から判断するので、X の腹部からの大量出血や自己の名を叫んで苦しんでいる様子を見て、甲の自発的な意思で中止行為に出ている。したがって甲は「たとえできるとしても欲しなかった」のであり、 を満たす。

- (2) さらに 犯罪を中止したといえるか。この点、前述のとおり、真摯な努力を必要とする説(イ説) からすれば、すでにした行為によって結果の発生する可能性が大きければ大きいほど、結果発生阻止のための努力も大きなものが要求される。

腹部から大量の出血をしていた X について、死という結果の発生の可能性は相当程度高いものであったのだから、結果発生阻止のための努力も特に真摯な行為が要求される。具体的には、すぐに救急車を呼び、自ら止血を行うなどして応急措置を施すという程度に達する真摯な行為が要求される。

甲は X のうめき声や、腹部からの大量の出血により、X の死の結果が相当の切迫性をもって発生しかねないことを認識している。それにもかかわらず、自分の犯行の発覚を防ぐという責任減少が認められないような不純な動機から、X の部屋を荒らした上、X の所有していたフィギュアなどを隠し、強盗が入ったかのように見せかける隠ぺい行為に及んだ。かかる隠ぺい行為の分、時間の間隔を置いた後に救急車を呼んでいる。

よって、真摯な努力によるものとは評価できず、 を満たさない。

- (3) したがって甲には中止犯は成立しない。

3. 以上より、甲には殺人未遂罪（203 条、199 条）が成立する。

### 第2 乙の罪責について

1. 乙は殺意をもって X の腹部を包丁で刺しており、これは殺人罪（199 条）の構成要件に該当する実行行為をいえるが、X は一命を取り留めており死という結果が発生していないため、殺人未遂罪（203 条、199 条）

が成立する。

2. 先述のとおり、甲は実行行為後に中止行為を行っており、かかる甲の行為によって乙の罪責にいかなる影響を及ぼすか。

そもそも責任とは個別に判断されるものである。中止犯の法的性格を責任減少中心の政策説と捉える以上、共同正犯の一部の者が中止行為を行ったとしても、残りの共同正犯者には何らの影響を与えるものではない。

よって、本問では、甲は中止行為に出ているものの乙は何も行っていないのであり何らの影響も受けない。

3. 以上より、乙には殺人未遂罪（203条、199条）が成立する。

### 第3 丙の罪責について

1. 丙はXを殺害するために、致死量の毒を注入した和牛の詰め合わせを贈ろうとしたが、配送中の手違いにより廃棄されており、殺人既遂には至らなかった。かかる場合に殺人未遂罪（203条、199条）が成立するか、殺人予備罪（201条、199条）にとどまるのか、犯罪の実行に着手したと認められる時期が問題となる。

2. 未遂犯の実行の着手時期を折衷説（b-3説）で判断する立場からは、法益侵害の切迫した危険を必要とし、危険の有無は行為者の犯罪計画全体から判断する。

本問では、丙の犯罪計画は、毒を用意し、和牛に毒を注入し、かかる和牛の配達をヤマト急便に頼むというものであった。そして、丙が配達を依頼する段階まで終了しているのだから、丙はもうそれ以上の行為を行うことはなく、丙の犯罪の計画はほぼ完全に終了しているといえる。丙が和牛の詰め合わせをヤマト急便に宅配を依頼した後は、Xに届くまでの過程は自動的なもので、あとは配達人がかかる荷物をXの元に届けるのを待つだけである。以上から、犯罪計画全体から判断するに、丙の配達を依頼する行為は、自らが直接Xに対して毒入りのものを手渡した場合と同程度に危険が切迫しているといえる。

よって、丙には殺人未遂犯の実行の着手があったといえるので 犯罪の実行に着手したという要件を満たす。また、殺人罪の実行行為があったが、Xの死という結果が発生していないので 構成要件的结果が発生しなかったという要件を満たす。

3. 以上より、丙には殺人未遂罪（203条、199条）が成立する。

### ・結論

甲、乙、丙はそれぞれ殺人未遂罪（203条、199条）の罪責を負う。

以上