

実行未遂における結果発生防止の努力と中止未遂の成否

——刑事判例研究——

山内 義 廣

一福岡高裁昭和61年3月6日判決（昭和60年（う）643号殺人未遂被告人事件刑2部判決，破棄自判・確定。第1審福岡地裁昭和60年（わ）866号昭和60年11月6日判決。判例時報1193号・152頁以下。判例タイムズ600号・143頁以下。一

〔事実の概要〕

被告人は，未必的故意をもって被告人の愛人である被害者花子の頸部を別れ話のもつれから果物ナイフで1回突き刺した後，同女が呼吸するたびに口から多量の血を吐き出し，それが流れ出るのを見て驚愕すると同時に「大変なことをしてしまった」と思い，直ちに血を止めるために頸部にタオルを当てるなどしたり，同女に「動くな，じっとしとけ」などの声をかけたりしたうえ，被害者花子の経営する飲食店から消防署に架電し，救急車の派遣と警察署への通報を依頼し，苦しんでいる被害者には「救急車がきよるけん，心配せんでいいよ」と激励し，救急車の到着を待った。そして，救急車が現場に到着するや否や，被告人は，飲食店のある一階の出入口のシャッターの内側から鍵をさし出し，消防署員と共にシャッターを開け，被害者を担架に乗せて救急車に運びこみ，同時に，かけつけた警察官に「別れ話がこじれて花子の首筋をナイフで刺した」旨告げ，その場で現行犯逮捕された。被害者花子は，救急車で病院に運ばれた後手術を受けたが無事一命をとりとめ，加療8週間を要する傷害にとどまった。なお，被

害者の傷は、頸部刺傷で深さ 5 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管内に入って窒息死する危険があった。

本件について、第一審福岡地方裁判所は障害未遂を認定したのみであった。これに対して第二審福岡高等裁判所は「職権をもって原判決の事実認定及び法令の適用の当否を検討するに、原判決は『罪となるべき事実』において、殺人の障害未遂の事実を認定し…『法令の適用』において、中止未遂に関する刑法43条但書及び刑の減軽に関する同法68条 3 号を適用していないが、本件については中止未遂を認めるのが相当であり、原判決には事実誤認及び法令の適用の誤りがあるといわなければならない」として原判決を破棄し、自判して被告人に懲役二年六月の刑を言い渡した。

〔判旨理由〕

「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っ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、本件犯行は、花子の頸部にナイフを突きつけて同女を脅していた際、一時的な激情にかられて未必的殺意を生じ、とっさに右ナイフで同女の頸部を一回突き刺したというものであって 2 度 3 度と続けて攻撃を加えることを意図していたものではなく、右の一撃によって同女に失血死、窒息死の危険を生じさせていることに照らすと、本件は実行未遂の事案というべきである。そして、前記認定事実によれば、被告人が、本件犯行後、花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、花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花子の死の結果を回避せしめたことは疑いのないところであり、

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。

次に中止未遂における中止行為は『自己ノ意思ニ因リ』(刑法43条但書)なされることを要するが、右の『自己ノ意思ニ因リ』とは、外部的障碍によってではなく、犯人の任意な意思によってなされることをいうと解すべきところ、本件において、被告人が中止行為に出た契機が、花子の口から多量の血が吐き出されるのを目のあたりにして驚愕したことにあることは前記認定のとおりであるが、中止行為が流血等の外部的事実の表象を契機とする場合のすべてについて、いわゆる外部的障碍によるものとして中止未遂の成立を否定するのは相当ではなく、外部的事実の表象が中止行為の契機となっている場合であっても、犯人がその表象によって必ずしも中止行為に出るとは限らない場合に敢えて中止行為に出たときは、任意の意思によるものとみるべきである。これを本件についてみるに、本件犯行が早朝、第三者のいない飲食店内でなされたものであることに徴すると、被告人が自己の罪責を免れるために、花子を放置したまま犯行現場から逃走することも十分に考えられ、通常人であれば、本件の如き流血のさまを見ると、被告人の前記中止行為と同様の措置をとるとは限らないというべきであり、また、前記認定のとおり、被告人は、花子の流血を目のあたりにして、驚愕すると同時に、『大変なことをした』との思いから、同女の死の結果を回避すべく中止行為に出たものであるが、本件犯行直後から逮捕されるまでにおける被告人の真摯な行動や花子に対する言葉などに照らして考察すると、『大変なことをした。』との思いには、本件犯行に対する反省、悔悟の情が込められていると考えられ、以上によると、本件の中止行為は、流血という外部的事実の表象を契機としつつも、犯行に対する反省、悔悟の情などから、任意の意思に基づいてなされたと認めるのが相当である。

以上の次第で、本件については中止未遂の成立を認めるのが相当…」。

〔批評〕

1. 着手未遂と実行未遂の区別の基準

本判決は、実行未遂における中止未遂の成立を肯定した事案である。第一審の福岡地方裁判所は事案を着手未遂としてとらえ中止未遂の成立を否定した。このように事案を着手未遂として論ずるか、実行未遂として論ずるかは中止未遂の成立に大きな影響を与える。¹⁾

刑法第43条但書によれば中止未遂が成立するためには「自己ノ意思ニ因リ」犯行を中止しなければならないことを要する。これは、客観的要件としてまず中止行為が存在することを必要とし、主観的要件として犯行の中止が任意な、あるいは、自発的な意思に基づくものであることを必要とすることを意味する。この要件についての考慮は、刑法第43条但書が着手未遂における中止未遂の要件と実行未遂における要件を明確にしていないので、それぞれの未遂の型態にしたがって別々になされなければならない。²⁾したがって、われわれはまず与えられた事案が着手未遂なのか、実行未遂なのかを判断し、その後で中止未遂の成否を考慮しなければならない。

着手未遂か実行未遂かの判断の基準は、行為者の犯罪実行行為がいつ終了したかに求めることができる。この実行行為終了の時期について学説上、主観説と客観説の争いがある。主観説は、行為者の意思に基づいて行為の終了時期を決定する。³⁾たとえば、甲が乙をピストルで射殺しようとする場合、一発で射殺しようとする場合には玉が命中する・しないにかかわらず一発発射したことによって犯罪実行行為は完了することになり、被害者乙が死に至らない場合は実行未遂の中止未遂の成立を考慮することになる。この場合に命中しなかった場合、行為者は事実上結果の防止をなすことが不可能なので中止未遂の成立する余地はまったくない。また、二発で発射しようとする場合、一発の発射だけではまだ犯罪実行行為は完了していないので一発で命中した場合でも二発目の発射を行為者が任意に中止したのであれば、いまだ殺人の実行行為は完了していないので着手未遂として扱

われることになる。この場合、仮りに、一発目の命中後、被害者乙が第三者によって救助されたとしても、なおも、中止未遂の成立する余地はある。

このような結論は、われわれの法的感情に照らしてみても必ずしも妥当なものであるとはいえない。客観説は、行為者の意思がどうであろうとも客観的に結果発生の危険性があれば犯罪実行行為はすでに完了しているとする。たとえば、行為者が二発で射殺しようとする場合、一発目の発射が命中しなくてもその発射によって死という結果発生の危険性は十分に存在するので一発目の発射によってすでに犯罪実行行為は完了しているものとするということである。⁴⁾したがって、行為者の意図においては、一発で発射を中止したとしてももはや客観的には実行行為は終了しているので仮りに二発目の発射を行為者の任意な意思によって中止したとしても着手未遂の中止未遂の成立する余地はない。

この結論に対しては、刑法第43条但書が「自己ノ意思ニ因リ」という行為者の意思を中止未遂の成立要件としていることを無視する危険性があるという批判がなされている。このような両説の欠陥を修正して折衷説は、客観説を基礎に置いて「その当事の客観的事情と行為者の主観とを総合して客観的に行為完了時期を判断する」とする。⁵⁾

思うに、犯罪実行行為終了の時期の判断については、各種の犯罪行為の持つ特質からいつ実行行為が終了したかという客観的・一般的な判断を無視することは出来ないのは当然であるし、それと同時に行為者の犯罪計画全体の中で犯罪実行行為終了の時期をいつにするかという行為者の主観的判断も無視することはできない。したがって、行為者の主観および行為の客観性の両面から総合的に判断する必要がある、その意味では折衷説が妥当である。⁶⁾

本判決は、行為者による一回の刺殺行為によって犯罪実行行為はすでに完了していると判断し、実行未遂の中止未遂の成立を考慮した。この判断は、本件の客観的情况から一回の刺殺行為によって被害者花子が失血死ま

たは窒息死する危険性があったことおよび行為者が一回目の刺殺行為後「大変なことをしてしまった」と思い被害者の傷口にタオルを当てるなどの手当をし介抱したということから、一面では客観的情況を重視し、他面では行為者の意思を尊重し、折衷説に基づいて犯罪実行行為の終了時期を判断したものと思われる。下級審の判例の中にも犯罪実行行為終了の時期の判断について同判決と同じように客観説あるいは折衷説に基づいて判断されたものがある。⁷⁾ 本判決もこれらの判例の流れに沿ったものであることは言うまでもない。

2. 結果発生防止行為の内容

中止未遂における任意性の判断については着手未遂と実行未遂では異なるが、実行未遂における中止未遂の任意性の判断については通説・判例によれば、結果発生について任意な意思に基づく真摯な防止行為がなければならないと同時にそれによって現実の結果発生が防止されたことが必要とされる。したがって、両要件がともに充足されなければ実行未遂における中止未遂の成立は是認されない。⁸⁾ この点について学説の中には、結果発生防止について真摯な努力がありさえすれば現実の結果が発生しても、なおも、中止未遂の成立が認められるとする見解がある。⁹⁾ この見解は、刑法改正草案第24条2項が行為者が結果発生を防止するに足る努力をした場合には中止未遂に準じて扱うと規定しているので、この条項をもって結果発生した場合にも中止未遂を認めようと考えているように思われるが、これは疑問である。なぜならば、この規定の立法趣旨は、「自発的に犯罪意思を放棄した行為者が結果の発生を防止するために真剣な努力をした以上…行為者の努力を責任軽減の要素とみてよいことには変わりない」ということであり、真摯な努力があった場合には、中止未遂に準じて扱うという意味だからである。¹⁰⁾

つぎに、行為者が結果発生防止について真摯な努力をしたが、その間に

他人の行為が介入しそれによって結果発生が防止された場合に、中止未遂の成立を認めるかどうかを考慮しなければならない。本来、実行未遂における中止行為は、行為と結果との間の因果関係を犯人自らの行為によって遮断しなければならないという性質のものであるが、現実には他人の行為の介入によって行為と結果との間の因果関係が遮断される場合が多い。この点について過去のいくつかの判例¹¹⁾は他人の行為の介入によって結果発生が防止された場合、中止未遂の成立を認めなかったが、その後、この判例¹²⁾の流れは変更され、他人の行為の介入があっても行為者が自ら防止しえたと同視しうる真摯な努力があれば中止未遂の成立を認めるようになった。¹³⁾このような判例の傾向は、最近のいくつかの下級審の判例の中にもみられる。宮崎地裁・昭和59年1月25日判決¹⁴⁾では、中止未遂の成立については「結果防止行為は犯人が単独で必ずしも当たる必要はないものの、他人の助力を受けても犯人自身が防止に当たったと同視しうる程度の真しな努力が払われた場合でなければならない」として中止未遂の成立を肯定した。同様な事案で、大阪地裁・昭和59年6月21日判決¹⁵⁾でも同様な見解を採っている。通説においても判例と同様に他人の行為の介入があっても本人の真摯な努力がありその結果、結果発生が防止できた場合であれば中止未遂¹⁶⁾の成立を肯定する。

本判決が、判例および通説と同様な見解にしたがって被告人の犯行直後の行為（被害者の介抱や消防署に架電した等の行為）を結果発生防止のための真摯な行為として評価し、しかも、それが医師等の救助行為と法律上同視しうるものであると評価したのは妥当である。ただ従来¹⁷⁾の傾向として、この結果防止行為については積極的な行為が必要であるとされているが、方法的には他人の行為あるいは自然の力を利用して結果発生をくいとめることも可能であるから必ずしも積極的な行為に限る必要はなく、消極的な行為でも十分ではないかと思われる。

3. 判例における意思の任意性の判断基準

中止未遂の任意性の判断については学説上争いのあるところであるが、大審院時代は主として行為者の認識を基礎として判断する主観説の立場が主流であったが¹⁸⁾、最高裁判所時代に入っては行為者の判断を基礎に一般的見地から客観的に判断しようとする客観説が主流となっている¹⁹⁾。本判決もその流れに沿ったものであり、客観説的配慮によって中止行為の任意性を認めた。本件のように行為者が被害者の口からの出血という外部的障害によって恐愕し、その結果犯行を中止した事案について中止未遂の成否を問題にした判例はいくつかあるが²⁰⁾、これらの判例はどれも恐怖・恐愕による中止行為について中止未遂の成立を否定している。このように、判例では恐怖・恐愕に基づいて犯行を中止した場合には中止未遂の成立を否定する傾向が強いが、逆に、憐憫の情や後悔による中止の場合には比較的簡単に中止未遂の成立を認める傾向にある²¹⁾。これは、中止未遂の成立についてその要件として広義の後悔を必要としているように思える。本判決も同様な判断の域を出るものではない²²⁾。この点、中止未遂の成立要件要素として「後悔」が必要かどうか考慮すべきではないだろうか。なぜならば、現行刑法第43条但書は、中止未遂の成立要件として必ずしも後悔を必要としないからである²³⁾。

以上、考慮した結果、本判決は、多少問題点を残してはいるものの実行未遂における中止未遂の要件について十分に検討され妥当な結論を導いていると思われる。

注 1) 本事案について、福岡地裁判決昭和60年11月6日は事案を着手未遂として論じ、その中止未遂の成立を否定した。同様に、殺人未遂被告事件について、東京地裁判決昭和62年3月17日は事案を実行未遂として論じ、その中止未遂を否定したが、第二審の東京高裁判決昭和62年7月16日は着手未遂として論じその中止未遂の成立を肯定した。判例時報昭和62年11月1日・1247号・140頁以下。

2) 改正刑法草案第24条では、中止未遂の成立要件について着手未遂と実行

実行未遂における結果発生防止の努力と中止未遂の成否

未遂に分けて規定した。法曹会・改正刑法草案115頁以下。

- 3) 牧野英一・刑法総論下巻・633頁以下。木村亀二・刑法総論・359頁。齊藤金作・刑法総論・213頁。宮本英脩・刑法大綱・185頁。滝川幸辰・犯罪論序説・188頁以下。
- 4) 植松正・増訂刑法概論Ⅰ・262頁参照。
- 5) 平野龍一・中止犯・刑事法講座第2巻・410頁。その他、福田平・刑法総論・188頁。大塚仁・刑法概説（総論）・137頁。
- 6) 香川達夫・注釈刑法(2)のⅡ・470頁参照。
- 7) 東京地裁判決昭和40年4月28日・丹沢山中殺人未遂事件・判例時報410号・16頁以下。大阪高裁判決昭和44年10月17日・判例タイムズ244号・290頁以下。横浜地裁判決昭和52年9月19日・殺人未遂被告事件・判例時報876号・128頁以下。
- 8) 香川達夫・前掲書・484頁参照。
- 9) 牧野英一・刑法総論・365頁。江家義男・刑法講義総則篇・310頁以下。
- 10) 木村静子・中止犯・刑法講座4巻・29頁参照。
- 11) 大審院判決・昭和4年9月17日・刑集8巻・446頁以下。同・昭和6年12月5日・刑集10巻・688頁以下。
- 12) 注11に掲げた判例など。
- 13) 大審院判決・昭和12年6月25日・刑集16巻2号・998頁以下。この判例により第三者の行為介入によっても中止未遂は成立することになった。
- 14) 判例タイムズ525号・302頁以下。本件は「殺意をもって包丁で被害者の頸部を切り裂いた被告人が、多量の出血を見て驚き、被害者を助けなければならないと考えて殺害行為の継続を思い止まり、直ちに治療措置を受けさせるべく救急車の出動を求めて119番に電話し、これがつながらなかったため、110番をもって警察に救急車の手配を依頼するとともに、被害者の求めに応じて出血箇所の止血のため被害者におしぼりを手渡し、さらに救急車の到着を見計って救急車まで被害者に付添い、救急車で付近の病院に被害者を収容させ、治療措置を受けさせた結果、被害者を殺害するに至らなかった」という事案である。
- 15) 判例タイムズ537号・256頁以下。
- 16) 木村亀二・前掲書・368頁。香川達夫・前掲書・484頁。大塚仁・前掲書・176頁。国藤重光・刑法綱要総論・273頁。木村静子・前掲書・29頁。
- 17) 内田文昭・判例タイムズ609号・20頁。同・刑法Ⅰ（総論）・258頁参照。
- 18) 大審院判決・大正2年11月18日・刑録19輯・1214頁。同・昭和12年3月6日・刑集16巻・2721頁。
- 19) 最高裁判決・昭和24年7月9日・刑集3巻8号・1174頁。この判決では中止未遂の成立を否定したが、はっきりと客観説を採用している。判旨は「…犯罪の実行に着手した後、驚愕によって犯行を中止した場合において

もその驚愕の原因となった諸般の状況が、被告人の犯意の遂行を思い止まらしめる障礙の事情として、客観性あるものと認められるときは、障礙未遂であって中止未遂ではない」としている。同・昭和32年9月10日・刑集11巻・2202頁。

- 20) 前注に掲げた2つの最高裁判決や東京高裁判決昭和31年1月10日・高刑集9巻1号9頁などがある。
- 21) 内田文昭・前掲判例タイムズ・20頁。
- 22) ごく最近の判例としては注1)に掲げた東京高裁判決・昭和62年7月16日・判例時報昭和62年11月1日・1247号がある。
- 23) ほとんどの学説は、中止の動機に倫理性は必要でないとする。木村静子・前掲書・31頁。香川達夫・総合判例研究叢書刑法(3)・84頁。大塚仁・前掲書・175頁。その他多数。