Title	途中でやめるとはどのようなことか： 不作為による中止犯の理論的構造
Sub Title	Vorzeitiges Aufhören? Zur theoretischen Struktur der Unterlassung als Form des Rücktritts vom Versuch
Author	和田, 俊憲(Wada, Toshinori)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.299- 319
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0299

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

途中でやめるとはということか

——不作為による中止犯の理論的構造——

和田俊憲

- I はじめに
- II 中止減免を否定する要請
- III 生命の危険の消滅と傷害の危険の増大
- IV 不作為態様の中止行為の構造
- V おわりに

I はじめに

殺人未遂を犯した行為者が第1撃で被害者に傷害を負わせながら、可能な第2撃を中止したという場合、被害者が負った傷害がそのまま放置されても死亡に至る危険がない程度のものであるときは、第2撃の不作為のみをもって中止行為を認めるのが、中止犯論の現在有力な見解からの帰結である。「犯罪を中止した」(刑法43条ただし書)とは「犯罪を途中で止めた」という意味であり、死亡の危険が実現することで既遂に達する殺人罪を、途中で止めたというためには、実現する可能性のある死亡の危険を消滅させることだけで十分だと解されるからである。しかし、被害者が軽くない傷害を負って倒れているのに何ら手当てを施さずに立ち去った行為者に対して、刑の減免という恩典を必要的に与えなければならないとされることには、実務上、大きな抵抗感があるであろうことは想像に難くない。

そこで、本稿では、被害者を放置しても死亡する危険は存しないという場合であっても、傷害に対する何らかの医療措置を施さない限りは殺人罪の中止犯は認められないと解することができないか、その理論的な可能性を探りたい。

II 中止減免を否定する要請

(1) 関連する裁判例

この問題に関連する裁判例として、以下のようなものがある¹⁾。

被告人は、保険金目的で殺人を企て、被害者に対し、殺意をもって、所携の千枚通し様の調理器具「たこ焼きピック」でその左頸部や項部頭髪境界部などを数回突き刺したが、被害者に全治不明の頸髄損傷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。殺人未遂成立後の事情として、被告人は被害者の哀願に応じて攻撃の続行を止め、その後気を失った被害者を1人残して現場から立ち去ったこと、さらに、意識の戻った被害者が自ら携帯電話で110番通報し、まもなく警察から連絡を受けた救急車により病院に搬送されたことなどが認められている。

これに対して裁判所は次のような判断を示した（傍点引用者）。

前記認定のように、本件犯行は、首の後ろの辺りを先端の鋭利なたこ焼きピックで5回ほどにもわたって突き刺すという態様のものであるところ、言うまでもなく首は身体の枢要部であり、頸髄や頸動脈など多数の神経や血管が集中しており、頸髄の中には横隔膜に通じる神経の枝があり、これが損傷されると、横隔膜が麻痺して呼吸ができなくなるのであり、また、頸動脈が損傷されると、大量の出血を生じ、やはり直ちに生命にかかわる危険性がある。本件においては、刺した位置や角度や深さなどの僅かの違いにより、頸髄中の神経の枝や頸動脈が損傷されるには至らなかったが、頸髄が部分的に損傷され、そのために、[被害者]は、ほぼ全身が麻痺状態となり、床に横たわったまま起き上

1) 東京地判平成14年1月22日判時1821号155頁。

がれない状況に陥っている。さらには、何回も救急車を呼んでくれるように要求し、被告人が現場を立ち去る際には意識を失っていた。そうすると、この時点における一般人の立場からの判断としては、殺人の既遂に至る具体的危険が被告人の行為とは独立して生じた場合に当たるといふべきである。そして、被告人自身の判断も、その否認供述にもかかわらず、同様のものではあったと認められる。しかるに、このような場合には、「犯罪を中止した」というためには、生じた危険を積極的行為により消滅させることが必要であるといふべきであるが、被告人は危険を消滅させる行為を何らすることなく、気を失って横たわっている〔被害者〕を放置して現場から立ち去ったといふのであるから、本件において中止未遂は成立しない。

そして、「今回の刺創が直ちに生命に危険を及ぼしたといふ可能性は乏しい」といふ医師の証言を援用して被告人には結果防止義務が生じないとする弁護人の主張を、裁判所は排斥している。

(2) 若干の分析

これに対してはかつて次のような分析を加えた²⁾。

①中止行為として積極的な作爲が必要かどうかを判断するにあたり、従来の裁判例は、＜行為者の行為を離れた因果の進行だけで結果が発生する危険性であつて、切迫している必要はないがある程度高度で現実的な危険性の存在＞を基準にしていたと整理できる。その危険性は、事後の客観的に判断すべきものと暗黙の裡に解されてきた（「客観的危険消滅説」）ように思われる。これに対して本判決は、明示的に、一般人の立場からの事前判断によるべきだとした（「具体的危険消滅説」）ところに特徴がある。

②中止行為と結果不発生の間因果関係は不要だとする見解は、被害者が致死量に満たない毒薬を摂取したにすぎない場合であっても、それを病院に搬送する行為に中止犯を認めるべきだとする。そこでは、病院に搬送しない限り中

2) 和田俊憲「判批」刑事法ジャーナル4号（2006）79頁。

止犯の成立は認められないことが前提となっている。したがって、因果関係不要説は、不作為態様の中止を排除する危険は未遂犯を基礎づける具体的危険だとする見解である。その限りで、学説の中にも本裁判例と軌を一にする見解はすでに存在する。

③具体的危険消滅説からは、殺人未遂成立後、（たとえば、第三者の行為等の介入により当初の行為者には既遂結果が帰属しない形で）被害者が客観的には死亡した後でも、一般人の立場からまだ生きて見える場合には、その死体を病院に搬送すると中止犯が認められることになりうる。しかし、この帰結はいかにも不自然である。同説からは逆に、客観的には既遂の可能性が存在しても、一般人の立場から既遂の危険が肯定できない場合には、もはや中止犯は成立しないことになりかねない。しかし、たとえば、被害者に軽い切傷を負わせたにすぎなくても、それが血友病患者であり失血死の客観的危険がある場合には、病院搬送による救命を中止行為として認めるべきである。

④一般人の立場から危険消滅があるように見えるだけで中止犯の成立を認めることには、それだけで報奨に値するかという問題と、後に危険の実現によって既遂に達しうる段階ではまだ「中止した」というべきではないのではないかという問題がある。したがって、具体的危険消滅説をとるとしても、射程を客観的危険が存在しない場合に限定し、＜中止の時点において仮に客観的な危険が存在したとすれば、その中止行為によって危険は消滅していたといえる＞という点に報奨の根拠を求める必要がある。しかし、客観的危険が存在する場合にはその現実的な消滅が必要であり、存在しない場合には仮定的な消滅で足りる、とする二元的な理解が理論的に基礎づけ可能であるかは、検討を要する。

⑤具体的危険消滅説が要求するところの實質は、傷を負っている被害者を、救命できるときは救命せよ、救命の必要がないときでも手当せよ、という点にあるとみることできる。その場合、後段は、一般人から見た結果発生危険性と結びつけて説明されるために、かすり傷まで含めた傷害一般ではなく、重傷の場合に事実上限定される仕組みになる。

ここでは結局、中止行為による消滅対象である危険の判断基準という形式を

とりながら、実質的には、＜殺人未遂において一定程度以上の傷害を負わせた場合には、治療措置を施さない限り中止犯を認めるべきでない＞という主張が表れているとみることができるとと思われる。このような考え方は、中止犯の減免根拠についてのいわゆる責任減少説からは、ある程度自然なものだということができよう³⁾。

(3) 政策説からの主張

注目されるのは、いわゆる政策説からも、すなわち、中止減免を、結果の防止を目的として、結果発生危険を消滅させることを奨励し、中止行為者に褒賞を与えるものと解する立場からも、同様の主張が次のようになされている点である⁴⁾。

中止犯の規定にとって、結果の防止は終局的な目的であって、直接の目的は、実行の着手によって発生した結果発生危険を消滅させることにあり、と解すべきである。事前に結果の防止措置が必要かどうかは、行為者の立場からはわからないのであるから、結果の防止を万全なものとするためには、とりあえず結果の防止措置を義務づけることが合理的であり、そのためには、結果不発生との間の因果関係の有無を問わず、中止行為に対する褒賞を与えることが望ましい。結果の発生が不能であるにもかかわらず未遂犯の成立が認められている場合とは、仮定的判断によって未遂危険が認められている場合であるから、そのような仮定的判断において認められた危険を中止行為によって消滅させれば、すなわち、危険が現実のものであったと想定して、それを消滅させる行為を行えば、中止犯の成立が認められるべきである。例えば、致死量の毒が入っていた場合に、病院に運んで治療を受けさせることで、中止犯が認められるのであれば、致死量の毒が入っていた可能性を根拠に危険が肯定される場合にも、

3) 前田雅英・刑法総論講義〔第5版〕(2011) 176頁注39は、責任減少説の立場から、中止行為と結果不発生の因果関係は不要としつつ、不能未遂に近いほどに危険が小さい事案では、結果防止努力があっても中止犯は否定されるとしている。

4) 佐伯仁志・刑法総論の考え方・楽しみ方(2013) 364頁。

そのような可能性に基づいて認められた危険は、病院に運んで治療を受けさせることで消滅すると考えて、中止犯の成立を認めるべきである。

このような主張、すなわち、中止行為と既遂結果不発生の間に因果関係がなくても、中止行為と未遂の危険性の消滅という意味での中止結果との間に因果関係があれば、中止犯を認めるべきだという主張は、理論的には、中止の前提となる未遂犯が、客体の不能が問題になる類型である事案にも同様に適用されなければならないものである。しかし、上記（2）でも少し触れたように、それが徹底できるとは考えられない。たとえば、客観的にはすでに直前に死亡していた被害者に対する攻撃が殺人未遂になるとき、まだ生きてるように見え、かつ、重傷を負っているように見える被害者を病院に搬送し、救急隊員も病院の医師も死亡を見抜けずに「治療」したときに、そしてそのときにのみ、中止犯が成立するという結論が目指されているわけではないであろう。上の見解は、現に上の引用部分で挙げられているような、方法の不能が問題になる類型の事案、すなわち、生きている被害者が傷害を負っている事案のみを対象にして主張されているものと考えられる。そうだとすると、その主張の根幹は、＜死亡の危険が存在するものと事前的に判断される程の重い傷害＞を被害者に負わせた場合には、治療措置を施したのであれば中止犯を認めるべきであり、逆に治療措置を施さずに放置したのであれば中止犯を否定すべきだという点にあるのではないだろうか。

（4）中止減免否定の必要性

傷害を手当てした場合に中止減免を認めることは、仮に理由があるとしても、その実際上の必要性は乏しい。なぜなら、障害未遂でも刑の減軽は認められるからであり、また、中止犯を認めても、起訴される事案で免除の可能性は事実上存しないからである。重要なのはむしろ、傷害の手当てがなされなかった場合に中止減免を否定することである。生命に対する客観的危険のみを基準に中止減免を認めてしまうことは、傷害を手当てせずに放置することが

あたかも積極的に奨励されているかのような印象を与える点で、実務上は受け入れ難いものがあると考えられる。

Ⅲ 生命の危険の消滅と傷害の危険の増大

(1) ひとつの試論

筆者はかつて、上記のような判例・学説の状況に加えて、理論派の実務家の方から、中止犯を否定する理屈がありえないものかと問われていたこともあり、次のような試論を提示したことがある⁵⁾。

殺人未遂の過程で傷害を負わせた場合、傷害罪は殺人未遂と法条競合となり、203条及び199条の適用によって包括的に評価される。殺人未遂成立後、生命の危険は消滅しても、傷害が悪化すれば、殺人未遂と傷害を包括的に評価したときの違法性は増大する。中止行為の要素として、危険の消滅や少なくともその減少が求められるとき、そこでは、未遂の違法性を中止の時点よりも増大させない行為が要求されている。そうであれば、生命に対する物理的危険が存在しなくても、傷害が悪化する危険があるのであれば、それを消滅・減少させて初めて殺人未遂の中止行為が認められるというべきではなからうか。

これに対しては、次のような批判が加えられた⁶⁾。

①殺人未遂の不法とは「死ぬかもしれない」度合いのことをいうのであり、傷害が悪化することで「死ぬかもしれない」度合いが高まらない限り、殺人未遂の不法が増大するとはいえない。

②殺人未遂の不法を測る際に、殺人未遂行為に帰属可能なもろもろの不利益をすべて斟酌するのでは明らかに広すぎである。

③殺人未遂の不法を基礎づける要素を、「死ぬかもしれない」度合い以外は

5) 和田俊憲「未遂犯」法時 81 卷 6 号 (2009) 34 頁。

6) 小林憲太郎「刑罰に関する小講義 (改)」立教法学 78 号 (2010) 361 頁。

傷害に限定する理屈があったとしても、傷害の悪化が傷口の化膿程度のものであるとか、逆に現代医学では完全に防げないものであるとき、それを防ぐ行為がないことで一律に中止犯を否定するのは妥当でない。

④傷害の悪化による痛みで被害者が覚醒する場合のように、傷害の悪化の防止が殺人既遂の防止と同じ方向を向いていないこともありうるから、殺人の既遂の防止を目的とする中止犯を、傷害の悪化を防止しないことを理由に否定するという枠組みには、整合性がない。

これらはいずれももっともな批判であるが、(i) 傷害の悪化の放置を殺人の違法性の枠内で扱うことの問題性、および、(ii) 傷害の悪化の放置を一律に扱うことの問題性を指摘するものといえよう。そうであれば、傷害の悪化の放置を個別の事案ごとに評価し、それを殺人の違法性の外側に位置づけて殺人の中止犯を否定する理屈を見出すことが、本稿の目的を達成するための道だということになる。

(2) 被拐取者解放減輕

そこで参照したいのが、身の代金目的略取誘拐罪における被拐取者解放減輕(刑法228条の2)である⁷⁾。同制度の目的は、身の代金目的拐取罪等の犯人に対して被拐取者の解放行為を奨励することによって、被拐取者の生命・身体の安全を保護することにあると考えられる。ところが、規定されている必要的減輕の要件は、単に「解放した」ことではなく、「安全な場所に解放した」ことである。

ここでは、解放行為自体による安全の増大と、解放場所の状況等に基づく危険の増大とを比較衡量するという枠組みがとられている。すなわち、㉑身の代金目的拐取罪の犯人の支配下に置かれること自体で認められる生命・身体に対する抽象的危険は、解放行為によって消滅するが、㉒解放場所の状況等によっては、被拐取者が近親者や警察当局に救出・保護されるまでの間に、別途、生

7) 以下についての詳細は、和田俊憲「被拐取者解放減輕における「違法減少」と「違法減少阻却」」慶應法学7号(2007)169頁参照。

命・身体に対する具体的な危険が見込まれることがあり、その場合には、⑥の危険創出が⑤の危険消滅を打ち消して解放減軽が否定されるという仕組みになっていると解される。

そして同制度の具体的な適用例をみると、「生命」に対する「抽象的」危険の消滅が、「身体」に対する「具体的」危険の創出によって相殺されうることが認められている。つまり、法益自体の価値を比較すれば、当然、生命法益は身体法益に優越するが、危険を比較する場合は、生命に対する危険が抽象的なものにすぎないときは、身体に対する具体的な危険の方が優越することがありうるものであり、しかしまた、そこで優越しうる身体利益は一定程度以上のものに限られるのである⁸⁾。

(3) 中止犯への導入可能性

これと同じ比較衡量の枠組みを中止犯のなかに見出すことはできないだろうか。つまり、⑤殺人の中止行為が生命に対する危険を消滅させたとしても、それが同時に、⑥当該被害者に対する傷害を悪化させるものでもあるとき、⑥の利益減少が⑤の利益増大に優越すると判断される限りで、殺人罪の中止犯は否定されると考えるのである。中止減免規定の政策目的は、法益保護のための予防にあると考えられるが、個別具体的な中止行為を寛刑処分にすることの法的根拠は、報奨に値する結果を生じさせたことに求められる⁹⁾。そうであれば、既遂の危険を消滅させる中止行為を実行したとしても、同時に当該被害者に対して、それを上回ると評価される、より大きな危険を創出したのであれば、その中止行為は報奨に値しないとして中止犯の成立を否定することは十分に考え

8) その後、仙台地判平成18年6月18日裁判所HPは、解放減軽を肯定する一方で、量刑事情として「解放時、新生児を低体温状態に陥らせて身体の安全を脅かしたこと」を指摘する。その安全侵害が解放行為によって生じたのであれば、本文で示した判断枠組みから外れる判断になりうるが、判文の文脈上は、略取後、解放までの間に生じていた低体温状態が問題にされていると解される。

9) 解放減軽などとの比較も含めて、和田俊憲「中止の共犯について——真摯な努力と中止の任意性」西田典之先生献呈論文集（2017）所収予定を参照。

られるであろう¹⁰⁾。

この判断枠組みは利益衡量を経るので、一定程度以上の傷害悪化の放置が存在する場合に限って中止犯が排除されることになるから、傷害の悪化の放置をすべて一律に扱うことの問題性は回避される。また、殺人罪の違法性の中に判断枠組みを収めようとするものでもないから、傷害の不法と殺人の不法の内包関係という問題にも立ち入らずに済みそうである。

もっとも、このような考え方を採用するためには、少なくともこの場面において、殺人罪の中止行為によって消滅する生命に対する危険は抽象的なものにすぎないといえなければならないであろう（そうであってはじめて傷害の危険の方が優越する余地が生まれると解されるからである）。そのような理解がはたしてありうるのかが最大の問題である。以下では、その点を検討する。

IV 不作為態様の中止行為の構造

(1) 中止行為の判断枠組み

中止行為の判断方法については、今日では次のような考え方が一般化していると思われる¹¹⁾。

結果回避のための中止行為が行われるべき時点……において、結果発生危険が高まっており、かつ、その回避の可能性があると考えられる事態……の存在を前提として、いかなる態様の中止行為が要求されるかは、危険が結果として現実化することを回避するためにいかなる行為が要求されるかにより決められる。単純な不作為により構成要件実現が回避されうると考えられるのであれば、単純な不作為で足りるし、因果関係を遮断しなければ結果が発生してしま

10) より厳密には、中止犯による法律上の減輕に先行して処理される罪数関係（法条競合、包括一罪、科刑上一罪）に立つ別罪の違法性を優越的に拡大させる中止行為は、報奨に値する中止として扱うべきではない、といえると思われる。

11) 井田良・講義刑法学・総論（2008）428頁以下。

う危険性のある状況が生じたのであれば、積極的な作為が中止行為の内容となる。

この判断枠組みを前提としても、(i) 危険を消滅させることが必要だと解するか、それとも危険を(十分に)減少させるだけで足りると解するかという問題と、(ii) そもそも危険の内容をどのようなものとして考えるかという問題がある。このうち(i)の点について、危険減少で十分だとする見解は、たとえば次のように主張している¹²⁾。

中止行為とは、犯罪実現回避のため行為者に遵守が期待される行動準則にかなう行為のことであるから、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なければならない。

中止行為の時点における結果発生の危険性および危険消滅の可能性は、事前判断により評価されなければならない。中止行為時における一般通常人に認識可能な事情(および行為者が特別に認識した事情)を基礎として、結果発生の危険性の有無・程度を判断し、その危険を消滅させることが可能と評価される行為が、中止行為として要求される。たとえば、中止行為時の判断により(実際は重傷であったとしても)軽傷と評価されるケガであったのであれば、それに対応する救助行為が行われることにより、中止行為の要件は充足される。

ここでは要するに、中止行為は、中止行為時の事前判断として犯罪実現の回避が十分に見込まれる行為である必要があり、かつ、それで足りるとされている。

(2) 不作為による中止

上で挙げられているのは作為による中止の例であるが、では、不作為態様の

12) 井田・前掲注11) 426頁・427頁。

中止行為の場合に結果実現の回避が十分に見込まれる「単純な不作為」とは、どのような内容の行為になるのだろうか。不作為の中止として挙げられているのは、次のような具体例である¹³⁾（傍点原文）。

たとえば、人を殺そうとしてピストルを構えるとき、行為者の故意ゆえに危険な事態が存在する〔この場合は、〕ただ「ピストルを撃つのをやめる」という単純な不作為により、中止行為の要件が充足されることになる。

「ピストルを撃つのをやめる」というのはどのような行為であろうか。一旦は射撃の中止を決断したものの、その後、翻意して再び射殺の意思を生じ、当該被害者を撃った場合は、どのように判断されるのだろうか。一旦射撃の中止を決断した時点で、事前判断としては、犯罪の実現を回避するにはそれで十分であるとして、撃つのを止めたことになるのだろうか。それとも、それだけでは犯罪実現回避のためには不十分だとして、まだ撃つのを止めていないことになるのだろうか。

ここで結論を分けるのは、実現されるのを回避すべき「犯罪」の範囲をどのように画定するかであると考えられる。それには次の3つのパターンがありうる。

第1に、個別的にみた狭い意味での実行行為からの結果発生が「犯罪」だとすることが考えられる。そのように考えると、狭い意味での実行行為が失敗に終わった時点で、もはや中止行為の余地はないことになる。しかし、すでに述べたことと重なるが、それを否定する次のような理解が今日では一般的であろう¹⁴⁾（傍点原文）。

結果実現の意思で客観的に危険な行為を行うことにより、ひとたび実行行為が終了したとしても、その時点で、意図した結果を発生させるためには、なお

13) 井田・前掲注11) 428頁。

14) 井田・前掲注11) 428頁。

一定の行為がさらに必要であることが判明するということが起こりえよう。行為者が、そのことを認識しながら、任意にその行為を思いとどまったというとき（単純な不作為）、中止犯の成立を認めてしかるべきである。すでに実行行為は終了していると考えられても、危険にさらされた法益を保護するためには、単純な不作為により結果の発生を回避しうる事態がそこにある限り、不作為を期待し、かつ奨励する理由がある。

第2に、上の対極として、ひとつの犯罪計画・意図に貫かれた行為およびそこから発生した結果の全体が「犯罪」であるという理解がありうる。それによると、犯行を延期しただけでは中止行為は肯定できないことになる。しかし、次のようにこれを否定するのが妥当である¹⁵⁾。

中止行為といいうるためには、犯意を終局的に放棄する必要はない。他日における実行を留保しつつ、その場を立ち去るときにも中止行為とすることができる。ただし、実行行為が継続中で、実行行為をやめたことにならない場合は別である。倉庫に忍び込んだところ余りに物が多く、自動車をとってこようと思っ一時その場を立ち去ったというとき、それは中止行為ではない。

第3に、上の引用のただし書きに表れているように、広い意味での実行行為およびそこからの結果発生が「犯罪」であるとする理解がありうる。つまり、＜一連の実行行為＞が続く限りは、当該「犯罪」は継続しており、それを終了させれば中止行為が肯定されるという理解である。結論としては、このように考えるのが妥当であると思われる。

(3) 基準としての既遂可能性

なぜ、＜一連の実行行為＞の継続性が基準になるのだろうか。犯罪の本質が実行行為だからではない。作為による中止の場合は、実行行為が終了した後に、

15) 井田・前掲注11) 427頁。

そこから結果が発生して「犯罪」が既遂に達する可能性があることを前提に、既遂を回避する行為が中止行為であった。その構造は不作為による中止の場合でも同じであるべきである。条文は「犯罪を中止したときは」となっているのであるから、「犯罪」が完成する可能性があることを前提に、それを回避する行為が、作為の場合も不作為の場合も等しく中止行為であると解するべきである¹⁶⁾。

不作為による中止の場合は、当初、未遂を成立させた狭い意味での第1の実行行為が終了したとしても、仮に、その後さらに第2の実行行為が行われたとして、そこから結果が発生したとしたときに、＜第1の実行行為に始まり第2の実行行為をも含む一連の実行行為＞に当該結果が帰属して、全体が既遂一罪になると考えられるのであれば、当初の未遂犯成立によって始まった「犯罪」はまだ継続していると考えべきである。逆に、第1の実行行為により未遂犯が成立した後、仮に、さらに第2の実行行為が行われたとして、そこから結果が発生したとしたときに、当該結果は第2の実行行為にのみ帰属し、全体としては、第1の実行行為についての未遂犯と第2の実行行為についての既遂犯の二罪が成立することになるという場合には、第1の実行行為の終了をもって当該犯罪は終了したことになるから、第2の実行行為に出ないことにしても、中止犯は認められないと解される¹⁷⁾。

要するに、＜当初成立した未遂犯を構成する実行行為に結果が帰属する可能性＞こそが、中止犯の前提とされる「危険」の内容であり、それを「消滅」させたときに中止行為が肯定されるものと解されるのである¹⁸⁾。

16) そのような理解は、中止減免は処罰による既遂の防止が機能しないところで処罰と同じ目的を果たそうとするものであるという考え方と合致する。小林・前掲注6) 372頁注60および注61参照。なお、和田俊憲「中止犯論——減免政策の構造とその理解に基づく要件解釈」刑法雑誌42巻3号（2003）286頁以下も参照。

17) 第2の実行行為についての処罰（未遂成立前）および中止減免（未遂成立後）によって既遂の防止が図られることになる。

18) もっとも、後掲注21)参照。

(4) 危険消滅の必要性

中止行為としては危険減少で足りるとする一般論をとる立場からも、少なくともこの場面では、上の意味での危険を現に消滅させることを要求すべきことになるのではなかろうか。＜一連の実行行為がまだ継続していると事後的に判断される可能性＞が残っている時点で、射撃の中止を決断したことのみをもって＜事前判断として結果回避が見込まれる＞という理由で中止行為を肯定すると、次のような不都合が生じるからである。

前に挙げた例、すなわち、射撃の中止を一旦は決断した後に、翻意して再び射殺の意思をもち、当該被害者を撃ったという例で考えてみよう。射撃の中止を決断したことで殺人の中止犯を認めても、翻意した後の射撃から結果が生じた場合は、結局、既遂が成立するので、未遂犯であることが前提の中止犯は認められなくなる。その場合は、たしかに、結論において不都合は生じない。これは作為による中止の場合と同じ構造である。

つまり、こういうことである。前にも引用したように、中止行為として危険減少で十分だとする論者は、「たとえば、中止行為時の判断により（実際は重傷であったとしても）軽傷と評価されるケガであったのであれば、それに対応する救助行為が行われることにより、中止行為の要件は充足される」¹⁹⁾と主張していた。そこには、次のような注が付されている²⁰⁾。

ただし、救助行為として不十分であったために結果が発生してしまったのであれば、中止犯は成立しないことになる。

危険減少を事後的に判断すると、事後判断としては十分な危険減少ではなかったと判明した場合への対応が問題になるが、事後的にみて危険減少が不十分だった場合とは、結局、結果が発生して既遂に達した場合であるから、既遂が成立すれば、未遂にとどまることを前提とする中止犯は認められなくなると

19) 井田・前掲注 11) 427 頁。

20) 井田・前掲注 11) 427 頁注 20。

いう形で、事前判断による危険減少のみで中止行為を認めることから生じうる不都合が事実上回避される仕組みになっている。

しかし、不作為による中止の場合は、そのように外在的な制約に頼って不都合を回避することは期待できなくなる。射撃の中止を一旦は決断した後に、翻意して再び射殺の意思をもち、当該被害者を撃ったという前の例でいえば、翻意した後の射撃が失敗して未遂に終わった場合は、既遂を理由に中止犯を否定することができないからである。

ここでは、①<仮に翻意して再び射殺の意思をもって当該被害者を撃ったとした場合には一連の実行行為が肯定されるという可能性>が残っている時点では、射撃の中止を決断してもそれだけでは中止行為として十分ではないと解するか、あるいは、②射撃の中止を決断するだけで<一連の実行行為>は終了すると解するか、いずれかしかない。後述のとおり、このうち①が妥当であるが、①も②も基準が異なるだけで、<当初成立した未遂犯を構成する実行行為に結果が帰属して既遂に達する可能性>を消滅させた、という危険消滅が中止行為の内容であると解すべきことになる点では、違いがないと思われる。

そうであれば、作為による中止の場合も同じく、<当初の実行行為に結果が帰属して既遂に達する可能性>を現に消滅させたときに初めて中止行為を認めるべきであり、そのような解釈が、「犯罪を中止しようとしたとき」ではなく「犯罪を中止したとき」と規定されている文言とも整合的だと思われるのであるが、それは本稿の目的を超えるのでおいておこう²¹⁾。

(5) 既遂可能性消滅の具体的内容

さて、<当初の実行行為に結果が帰属して既遂に達する可能性>を不作為により現に消滅させたといえるのは、具体的にはどのような場合だろうか。これは、2つ（以上）の実行行為が行われたときに、全体が一罪として扱われるのはいかなる場合かという問題である。

21) 中止犯が成立するが、その後既遂が認められて覆されるという事態を完全に排除できるかについては、因果関係論および罪数論と調整しながら検討する必要がある。

一方では、一旦犯行継続意思を放棄するだけでは一罪性を否定するには不十分であり、現場を立ち去るなどの行為が必要であると解される。もっとも、それは、犯行目的があったからこそ現場に行ったという典型的な場合についてであって、自宅で犯行に及んだといった事情がある場合は別であろう。そうすると、ある程度確定的に犯行継続意思を放棄したことを、客観的事情を資料にして判断するということかもしれない。他方で、犯行目的を維持していても、第2の実行行為が時間的・場所的に大きく離隔するときには、一罪性は否定されると解される。また、どの程度の離隔が一罪性を否定するかの基準は、罪種によっても異なるであろう。

(6) 消滅する危険の抽象度

以上に基づいて一罪性の可能性が否定される場合、どの程度具体的な／抽象的な危険を消滅させたことになるのだろうか。これは次の3段階に類型化することができる。

類型 α は、現に第2の実行行為を行う具体的意思があったのに、その行為意思を放棄して第2の実行行為を行わず、一連の実行行為が切断されるまでその不作為を継続したような場合である。この場合は、未遂犯を基礎づける具体的な危険を消滅させているように見える。

類型 β は、第2の実行行為を行う具体的意思はなかった場合のうち、それにもかかわらず犯行を継続するのが通常だと考えられる場合である。つまり、当初の計画では第1の実行行為のみを行う予定だったところ、第1の実行行為に失敗し、その後、さらに犯行を継続し第2の実行行為を行って結果を発生させることも可能だと認識しつつ、これを止めたような場合である。中止が問題となる時点で、そもそも第2の実行行為を行う具体的意思がなかったという点では、既遂の具体的な危険は存しないが、一旦既遂を目指して実行に着手した者は、目的を達成するために犯行を継続するのが通常であるという意味では、既遂の抽象的危険が認められ、それを消滅させたと評価できる。

類型 γ は、第2の実行行為を行う具体的意思がなかった場合のうち、犯行の

継続を止めるのが通常だと考えられる場合である。典型例は、行為者の事前の犯行計画が特定の客体のみに向いていたような場合であり、たとえば、特定の政治家を暗殺する目的で殺人の実行に着手した後、人違いが判明したので止めた事例や、特定の機密書類を盗るべく窃盗の実行に着手したが、当該書類には既知の情報しか記載されていなかったため盗るのを止めた事例がこれにあたる²²⁾。このような場合には、中止が問題となる時点で認められるのは、犯行を継続しようと思えば継続できるということだけであり、上記の類型 β とは異なり、犯行を継続するのが通常であるという事情もないから、そもそも既遂の抽象的危険すら存しないと評価できる。したがって、中止行為による危険消滅が肯定できないので、中止犯は初めから排除されると解する²³⁾のが、合理的である²⁴⁾。

こうして、殺人の犯行の継続を止めた事例では、類型 γ については危険消滅が肯定されず、また、類型 β についても既遂の抽象的危険の消滅が肯定できるのみであるので、犯行継続の不作為が同時に被害者の傷害の悪化を放置するものであるときには、中止行為要件の充足を否定する余地があることになる。

(7) 具体的危険消滅の不可能性

問題は、類型 α である。ここでは既遂の具体的危険を消滅させているように見えるので、類型 β と同じようには考えられないとも思われるが、行為の構造を子細に分析すると必ずしもそうではないことがわかる。

類型 α は、第2の実行行為を行う具体的意思があったのに、その行為意思を放棄して第2の実行行為を行わず、一連の実行行為が切斷されるまでその不作為を継続したような場合であった。ここで既遂の具体的危険を基礎づけているのは、①第2の実行行為を行う具体的意思と、②その実行が客観的に可能であ

22) 山中敬一・刑法総論〔第3版〕(2015) 813頁。

23) 井田・前掲注11) 428頁以下。

24) 佐伯・前掲注4) 361頁は、このような場合に中止犯を否定する方法として、任意性を否定することの困難さを指摘する。

ることである。そのうち①第2の実行行為の意思が放棄されれば、そのことによって既遂の具体的危険は肯定できなくなる。そして、意思を放棄すること自体は行為ではない。中止行為も、通常の犯罪行為と同様、(積極的) 応報の対象なのであるから、行為性が必要であろう。ここで行為性が肯定できるのは、第2の実行行為の意思を放棄したことを前提に、その状態で第2の実行行為の不作为が行われる点である。しかし、その不作为自体は、類型βにおける中止行為そのものであり、抽象的危険を消滅させるだけのものである。こうして、類型αも、中止行為としての危険消滅の構造は、類型βとまったく同じであるということができる。

(8) 実行行為と中止行為の非対称性

通常の犯罪においては不作为による具体的危険の創出も肯定されているのであるから、中止犯でも不作为態様の中止行為により既遂の具体的危険を消滅させることが肯定できるはずだという指摘がありうる。しかし、通常の犯罪と中止犯とは、次のように、意思と行為と危険の関係が対称ではないと思われる。

通常の犯罪において、まず作為の場合は、行為意思を有することを前提に、実行に出ることが、①実行の前後を比較すると、危険を増加させる時間的変化を生じさせるとともに、②仮に実行がなかった場合と比較すると、危険を論理的にも増加させる。次いで、不作为の場合も、行為意思を有することを前提に、実行に出ることが、③実行の前後を比較すると、危険を増加させる時間的変化を生じさせるとともに、④仮に実行がなかった場合、すなわち、作為義務を果たしていた場合と比較すると、危険を論理的にも増加させる。不作为の場合も③の危険増加が肯定できるのは、行為者の行為を離れた物理的な危険が時間経過に伴って増加するからである²⁵⁾。

25) このような③と④の区別については、小林憲太郎・刑法総論(2014)27頁以下参照(「行為客体の変化」と「法益の不良変更」)。通常の犯罪では③は当然に認められるので、意識的な検討が必要なのは④である。その観点から胎児性致死傷を分析したものとして、和田俊憲「交通事故における胎児の生命の保護」慶應法学11号(2008)301頁参照。

中止犯においても、作為の中止の場合は、既遂防止の行為意思を有することを前提に、中止行為に出ることが、㉑中止実行の前後を比較すると、危険を減少させる時間的変化を生じさせるとともに、㉒仮に中止の実行がなかった場合と比較すると、危険を論理的にも減少させる。ここまでは通常の犯罪の単純な裏返しである。しかし、不作為の中止の場合は、㉒仮に中止の実行がなかった場合と比較すると、危険を論理的に減少させるものとはいえるかもしれないが、㉑中止実行の前後を比較したときに、危険を減少させる時間的変化を生じさせるとはいえない。中止行為として不作為態様のそれで十分だとされる場面では、未遂行為者の行為を離れた既遂の危険は存在せず、既遂の危険はひとえに未遂行為者の行為意思（およびそれが客観的に実現可能であること）によっており、しかし、その行為意思は、不作為の中止に先立ってすでに放棄されているからである。中止犯では、不作為によって既遂の具体的危険を消滅させることはできない構造になっているのである。

以上から、類型 α でも、傷害の悪化を放置したときには、殺人の中止犯を否定する余地があると解される。

（9）規定文言との関係

以上のように解することができるとしても、殺人の中止犯で傷害の悪化を放置することを「中止した」という文言の中に位置づけて処理することができるかという問題は残る。

解放減輕においては、解放行為によって生命に対する抽象的危険を消滅させていても、解放場所の状況等によって身体に対する別の危険が生じることが典型的に予想されるから、それを予め「安全な場所に」という文言で規定しておくことは容易であり、そうするのが望ましいであろう。

これに対して中止犯では、同じようなことが生じるのは例外的な場面に限られる。殺人の中止犯における傷害の悪化の放置以外に、これに該当する顕著な場面はあるだろうか。そして、「犯罪を中止した」の中で危険を衡量する以外にどのような文言を規定しうるのか、直ちには思いつかない。

逆に、殺人罪で一定程度以上の傷害の悪化を放置した場合には「犯罪を中止した」とはいえないとする解釈は、身体と生命は別個の法益でありながら、一般的に身体侵害の先に生命侵害があるという両者の間のある種の特別なつながりに鑑みれば、文言の通常の意味を越えるものとはいえないだろうと思われる。

具体的にどのような傷害のどの程度の悪化を放置したときに殺人罪の中止犯が否定されるかについて判断基準を示す必要もあろうが、それは別稿に譲る。

V おわりに

井田良教授が慶應義塾大学を去られたのは選択定年によるものである。これはいわば自己の意思により既遂を早めたのであり、既遂前に途中で止めたのではないということを、念のために確認しておきたい。そして、30年以上にわたり、個人の名によって大学全体の名声が上がる稀有な例を——しかも国際的なレベルで——実践され続けていることに、心からの敬意を表したい。