

早稲田大学審査学位論文（博士）

## 中止犯論の再検討

鈴木 一永

〔目次〕

初出一覧

序章

第1章 中止犯の根拠論

はじめに

第1節 従来の学説と近時の動向

第1款 刑事政策説と法律説の対置

- 1 根拠論と体系的位置づけ論の区別
- 2 法律説と刑事政策説の併用
- 3 法律説における違法と責任
  - ① 違法減少説
  - ② 責任減少説
  - ③ 小括

第2款 「裏返しの理論」と刑事政策説・法律説

- 1 政策方向の裏返しと要件の裏返し
- 2 根拠論としての法律説と要件論の裏返し
- 3 小括

第3款 違法・責任評価の事後的変更に対する対応

- 1 刑事政策的考慮を犯罪論内で考慮する立場
- 2 全体的考察
- 3 中止犯固有の違法・責任
- 4 小括

第2節 法定量刑事由としての中止犯の位置づけ

第1款 量刑事由の分類と中止犯の位置づけ

第2款 「単なる」量刑事由説への批判と「法定」量刑事由としての意義

第3節 量刑事由としての中止犯の法的評価

第1款 法律説と刑罰目的説

第2款 特別予防の必要性

第3款 違法関連的事由の考慮

第4款 責任関連的事由の考慮

第5款 小括

第4節 中止犯としての量刑事由として考慮されるべき範囲

第1款 中止犯の成否と免除の可否における量刑事由

第2款 免除の可否の基準

おわりに

## 第2章 中止行為論

### 第1節 中止意思

はじめに

#### 第1款 中止意思論の位置づけ

- 1 中止行為の態様についての議論と中止意思論
- 2 裏返し論と中止意思論
- 3 (故意の放棄による) 違法減少説・責任減少説と中止意思論
- 4 小括

#### 第2款 中止意思の内容

- 1 不作為態様の中止行為における中止意思
  - ① 行為の続行必要性の認識
  - ② 行為の続行可能性の認識
  - ③ 小括
- 2 危険消滅の認識
- 3 (故意の放棄による) 違法減少説・責任減少説と中止意思
- 4 あるべき中止意思の内容

おわりに

### 第2節 中止行為の態様

はじめに

#### 第1款 中止行為の態様をめぐる議論の内容

- 1 中止行為の態様をめぐる議論の経緯と概要
- 2 中止行為の態様をめぐる議論の分析
  - ① 判断資料の時点
  - ② 態様判断の判断基底
  - ③ 複数の行為が存在する場合
- 3 小括

#### 第2款 「実行行為の終了時期」論から因果関係遮断説へ

- 1 いわゆる「第二の客観説」と因果関係遮断説
- 2 要件論の分析的検討
- 3 不作為で「足りる」の意義
- 4 危険の判断基準
- 5 小括

おわりに

### 第3節 中止行為の態様に関する判例の検討

はじめに

#### 第1款 中止行為の態様を区別する基準

- 1 危険を唯一の基準とする判例
- 2 危険およびその認識を基準とする判例
- 3 計画を唯一の基準とする判例
- 4 危険および計画（意図）を基準とする判例
- 5 基準が明らかでない判例
- 6 小括

#### 第2款 危険の判断基準

#### 第3款 着手未遂・実行未遂の区別と中止行為の態様

- 1 中止行為の態様が明らかな判例
- 2 中止行為の態様が明らかでない判例
- 3 作為態様の中止行為とその時間的限界

おわりに

### 第4節 失敗未遂

はじめに

#### 第1款 ドイツにおける失敗未遂論

- 1 肯定論
- 2 否定論
- 3 小括

#### 第2款 わが国における失敗未遂論

- 1 ドイツ型（主観的）失敗未遂論
- 2 日本型（客観的）失敗未遂論
- 3 わが国の失敗未遂論と中止犯の成立要件との関係

#### 第3款 構成要件外の目標達成事例

- 1 「懲らしめ」事件判決
- 2 失敗未遂論との関係
- 3 わが国における議論

おわりに

## 第3章 任意性論

### 第1節 任意性に関する学説の整理

はじめに

## 第1款 任意性と他の成立要件との関係

- 1 中止意思
- 2 中止行為（特に失敗未遂論について）

## 第2款 任意性の基準

- 1 わが国における従来の学説の整理と分析軸の抽出
  - ① 主観説と客観説
  - ② 限定主観説と主観説、客観説
- 2 ドイツにおける議論
  - ① 心理学的考察方法と規範的考察方法
  - ② 検討
- 3 学説の整理

おわりに

## 第2節 任意性に関する判例の検討

はじめに

### 第1款 判例の整理

- 1 任意性を肯定ないし否定する際に言及される事項
  - ① 内部的原因と外部的障害
  - ② 任意性の認定において考慮される事情
  - ③ 検討
- 2 任意性判断における基準
  - ① 「一般的基準」の意義
  - ② 「広義の後悔」の扱い

### 第2款 中止行為の態様と任意性

- 1 着手中止と任意性
- 2 実行中止と任意性
- 3 着手中止か実行中止か不明な場合における任意性
- 4 小括

おわりに

## 第4章 中止犯における内包既遂犯

はじめに

### 第1節 わが国の現行刑法以前の議論状況

### 第2節 ドイツの議論状況

### 第3節 わが国の現行刑法下での議論状況

#### 第1款 罪数論の観点からの議論

第2款 中止犯論の観点からの議論

第3款 中止行為要件に取り込んで考慮する見解  
おわりに

## 第5章 既遂後の行為による刑の減免規定

はじめに

### 第1節 ドイツにおける行為による悔悟規定

第1款 規定の種類

第2款 行為による悔悟の成立要件

- 1 積極的な行為
- 2 悔悟行為の「結果」の発生
- 3 悔悟行為の任意性

### 第2節 わが国における既遂後の減軽規定

第1款 現行規定

- 1 自首（自白）減免規定
- 2 身代金目的略取等解放減軽規定

第2款 旧刑法における自首減免規定

第3節 検討

終章

参考文献一覧

## 初出一覧

はじめに

書き下ろし

### 第1章

「中止犯の根拠論について」早稲田大学法学会誌 66 巻 2 号（2016 年）267 頁以下

### 第2章

#### 第1節

「中止意思について」早稲田大学大学院法研論集 135 号（2010 年）101 頁以下

#### 第2節

「中止行為の態様について」早稲田法学 89 巻 3 号（2014 年）243 頁以下

#### 第3節

「判例における作為の中止と不作為の中止」早稲田大学大学院法研論集 142 号  
（2012 年）101 頁以下

#### 第4節

「失敗未遂について」早稲田大学大学院法研論集 140 号（2011 年）189 頁以下

### 第3章

#### 第1節

「中止犯における任意性」早稲田法学 90 巻 3 号（2015 年）169 頁以下

#### 第2節

「判例における中止犯の任意性」早稲田法学会誌 66 巻 1 号（2015 年）143 頁以下

### 第4章

「中止犯における内包既遂犯について」曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕（2014 年）773 頁以下

### 第5章

「既遂後の行為による刑の減免制度について」清和法学研究 21 巻 1 号（2016 年発行予定）

おわりに

書き下ろし

## 序章

従来、中止犯論は、いわゆる減免根拠論において刑事政策説と法律説を対置して議論してきた。その中でも、法律説を主としつつ刑事政策説的な考慮も無視できない、という立場が多数説を形成していたように思われる。そのような見解からは、違法減少説ないし責任減少説という減免根拠論に基づいて要件解釈が行われるが、違法減少説においては故意という主観的違法要素の放棄という構成がとられたこともあり、いずれにしる主観的事情を重視し、要件論としては任意性が中心に論じられる傾向にあった。

これに対して近時、要件論では中止行為の性質に着目した研究が盛んになった<sup>1</sup>。また、減免根拠論においては奨励説という意味における刑事政策説が有力に主張されるようになった<sup>2</sup>。この減免根拠論における傾向は、中止行為を危険減少ないし違法減少行為とする理解に親和的なものであったといえよう。

このような刑事政策説の立場からは、法律説に対して、違法ないし責任という法律要素は、中止行為という事後的な事情によって減少したり消滅したりすることはありえない、という批判が向けられた（事後的変更批判）<sup>3</sup>。この批判は、確かに無視できない正しい一面を有している。とはいえ、刑事政策説が奨励政策の観点を強調することによって、従来の法律説の主張に含まれていた、中止犯は未遂犯としての当罰性を失わせるが故に刑が減免される、という観点を軽視しすぎてはいないか、懸念される<sup>4</sup>。

また、要件論においては、中止行為論の進展と関連して、「『犯罪が裏返されたもの』と捉え、犯罪論の体系とパラレルに中止行為を構成する」<sup>5</sup>、いわゆる「裏返し論」が有力となっている。この考え方は、中止犯論に犯罪論の知見を導入することで要件論に新たな進展をもたらしたものと評価できるが、「裏返す」というイメージ的なわかりやすさの一方で、その位置づけ、内容には論者によって多くの差異が見出される。また、従来中止犯論の中心的

---

<sup>1</sup> 塩見淳「中止行為の構造」中山研一先生古稀祝賀第3巻（1993年）247頁以下、和田俊憲「中止犯論」刑法42巻3号（2003年）281頁以下、金澤真理『中止未遂の本質』（2006年）など。

<sup>2</sup> 和田・前掲注1）284頁以下、山口厚『刑法総論〔第3版〕』（2016年）293頁以下、また野澤充『中止犯の理論的構造』（2012年）405頁以下。

<sup>3</sup> たとえば山口・前掲注2）294頁。

<sup>4</sup> 小林憲太郎『刑法総論』（2014年）135頁以下が「既遂到達防止のためにわざわざ中止減免を投入する」と述べたり、和田・前掲注1）286頁が「処罰の必要性を多少なりとも犠牲にして為される減免による予防は、例外的なものであるべき」と述べたりする点にそのような傾向がうかがわれる。また和田・前掲注1）283頁以下において、主として従来の法律説が属する、「重く処断する必要ないという消極的視点に立つ……『責任相応刑政策説』とでも呼ぶべき考え方」と、「軽く処断することに意味があるという積極的視点に立つ……『予防政策説』」という対立関係において理解し、後者を採用する、という学説の整理にも、そのような対立的な理解があらわれているといえる。

<sup>5</sup> 塩見・前掲注1）263頁以下。



論点を担ってきた任意性論は言うまでもなく、中止行為論における中止行為の態様判断の問題を中心に、議論が整理されていない部分が残っているように見受けられる。さらに近時ではいわゆる中止意思や失敗未遂といった、新しい概念が要件論に取り入れられて議論されているが、これらと、中止行為ないし任意性といった従来の要件論との関係も必ずしも明らかとはなっていない。

本稿は、このような問題意識のもと、従来、減免根拠論において多数説を形成していた法律説を、量刑論の知見を取り入れて再構成することを試みたい（第1章）。その上で、中止行為論（第2章）、任意性論（第3章）の順に要件論を整理してゆくこととする。その後、ある未遂犯に中止犯が成立する場合に、既に成立しており、罪数上は当該未遂犯に吸収ないし包括されるものと考えられている既遂犯（内包既遂犯）の扱いについて検討する（第4章）。ここでは、罪数論と中止犯論のそれぞれの観点が交錯する場面となる。最後に、既遂後の行為による刑の減免規定について検討する（第5章）。具体的には、わが国では被拐取者解放減軽規定、自首・自白による減免規定が問題となり、ドイツでは行為による悔悟規定が問題となる。これらは、既遂後という点で中止犯とは異なるが、なお終局的な法益侵害前の時点での行為者の行為によって刑が減免される点で、盗品返還や損害賠償といった犯罪後の事情ともまた異なっている。中止犯の検討により得られた知見を活かしつつ、検討を試みる。

## 第1章 中止犯の根拠論

### はじめに

中止犯の根拠論<sup>1</sup>とは、中止犯はなぜ障害未遂に比べて処罰が軽減されるのか、という理由を明らかにする議論である。従来、わが国の根拠論は、刑事政策説<sup>2</sup>と法律説という大きな対立軸のもとで論じられ、法律説を基本としつつ、刑事政策説の主張も取り入れる併用説が有力であった。ここでは刑事政策説は補助的なものに過ぎなかった。一時は、「純然たる刑事政策説は、実際にはすでに学説史の領域に入り、わずかに法律説に対立する理論モデルとしてその命脈を保っているにすぎない」<sup>3</sup>とさえいわれた。

このように刑事政策説と法律説を同一平面で対立的に捉えたり、併用したりすること自体にも疑問が呈されるようになった。このような状況において、近時では中止犯を「純然たる政策的なもの」<sup>4</sup>とする見解が登場し、支持を集めるようになっていく。このいわば新しい刑事政策説は、根拠論を犯罪論の枠内で語ろうとした法律説を批判し、未遂犯の違法評価、責任評価は事後的に変更されることはない、と主張する（事後的変更批判）。その上で、中止犯を犯罪論の枠内では考慮できない政策的規定とみる<sup>5</sup>。他方で、この新しい刑事政策説は、中止犯を「裏返された構成要件」とみることによって、違法減少ないし責任減少という、従来法律説によって用いられていた用語を用いて要件論を構成する<sup>6</sup>。そうすると、そこでの「違法減少」ないし「責任減少」の理解と、従来の法律説による用い方との関係が問題となろう。また、この近時の刑事政策説は、中止犯を一身的刑罰消滅・減少事由に位置づけるものが多い<sup>7</sup>。これは、上述の事後的変更批判という消去法的理由<sup>8</sup>、あるいは中止犯の効果の一身専属性を説明するため<sup>9</sup>、という目的論的理由によっている<sup>10</sup>。一身的刑罰消滅・減少事由とは、

---

<sup>1</sup> わが国では「減免」根拠論として議論されてきたが、わが国とドイツでは中止犯の法的効果が異なる。したがって、本稿ではわが国及びドイツに共通する議論として中止犯の根拠論という用語を用いる。

<sup>2</sup> 刑事政策説という用語は多義的である（野澤充『中止犯の理論的構造』（2012年）8頁以下注15）が、従来わが国ではいわゆる「黄金の橋」理論を念頭において刑事政策説と呼んできた。近時では、これを奨励説と呼び変えるものも増えている。

<sup>3</sup> 山中敬一『中止未遂の研究』（2001年）2頁。

<sup>4</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）280頁。

<sup>5</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）355頁。

<sup>6</sup> 山口・前掲注4）280頁は、「従来の用語法に従えば、違法・責任減少説と表現することが可能である」と述べる。

<sup>7</sup> 莊子邦雄「刑法総論〔初版〕」（1969年）640頁、城下裕二「中止未遂における必要的減免について」北法36巻4号（1986年）1472頁以下、塩谷毅「中止犯」法教279号（2003年）66頁、小林憲太郎『刑法総論』（2014年）132頁、吉田敏雄『未遂犯と中止犯』（2014年）155頁以下、野澤・前掲注2）405頁注148、高橋則夫「中止行為の規範論的基礎づけ」浅田和茂先生古稀祝賀上巻（2016年）425頁以下など。

<sup>8</sup> 塩谷・前掲注7）66頁。

<sup>9</sup> 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（2003年）307頁、野澤・前掲注2）405頁注148。

<sup>10</sup> 町田行男『中止未遂の理論』（2005年）79頁以下。

一旦発生した刑罰権を事後的に消滅させる事由をいうものとされている。したがって、このような事由それ自体では無内容なものであり<sup>11</sup>、「中止犯が一身的刑罰消滅事由である」、とすることは、中止犯は違法（阻却）ないし責任（阻却）という犯罪論内部の考慮では説明できない何らかの政策的考慮から刑罰が科されなくなる<sup>12</sup>、ということ述べているに過ぎない<sup>13</sup>。したがって、本説の妥当性は、その特殊な考慮の内容の妥当性にかかっている。

また、上述の批判を受け、法律説の枠組みを維持しようとする論者も、責任と予防の議論の知見を取り入れて責任概念を再構成したり、ドイツでの根拠論に関する知見を取り入れて法律説を再生しようとしたりするなど、様々な対応をみせている。これらの試みは成功しているだろうか。

以上のような議論を整理することで、わが国の中止犯の根拠論について私見を示すのが本章の目的である。

## 第1節 従来の学説と近時の動向

### 第1款 刑事政策説と法律説の対置

従来わが国の根拠論では、法律説として違法減少説、責任減少説、さらには違法責任減少説が主張されてきた。これら法律説をいわゆる刑事政策説と対置して一方のみを採用する、あるいはこれらを組み合わせることで根拠論が形成されている。現在でも大多数の教科書や体系書がこの枠組みにしたがって記述している<sup>14</sup>。

#### 1 根拠論と体系的位置づけ論の区別

このような従来のわが国の議論状況に対しては、ドイツの議論枠組みの影響を受けた論者から批判がなされた。すなわち、根拠論と体系的位置づけ論（法的性格論）を区別して議論すべきであり、刑事政策説は根拠論であるのに対して法律説は体系的位置づけ論の問題であるから両者は区別して論じられなければならない、というのである<sup>15</sup>。ドイツでは、根

<sup>11</sup> 高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（2013年）372頁は、中止犯が属する「可罰性阻却・減少事由」は、違法と責任の範疇に属さないが「政策的判断がどうしても必要な場合」であるとす。また、一身的刑罰阻却事由同様に特殊な政策的考慮が強調される一身的処罰阻却事由について批判的に検討する佐伯千仞『刑法の理論と体系』（2014年）278頁以下（同『刑法講義（総論）〔4訂版〕』（1981年）を収録）、松原芳博『犯罪概念と可罰性』（1997年）326頁以下も参照。

<sup>12</sup> *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1995, § 52 I 1; *Urs Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 6, Rn. 14.

<sup>13</sup> *Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 5. Aufl, 2004, § 11, Rn. 71 は「それによってほとんど何も述べていない」と指摘する。金澤真理『中止未遂の本質』（2006年）20頁、町田・前掲注10）81頁。佐伯・前掲注11）285頁、368頁。

<sup>14</sup> 木村光江「中止犯論の展望」研修579号（1996年）3頁。

<sup>15</sup> 城下・前掲注7）173頁以下。この両者の議論を混同してドイツから継受したことについて野澤・前掲注2）367頁以下参照。

拠論とは、①障害未遂に比べて寛大な取扱いをうける理由を論じるものであり、②その寛大な取扱いが体系上どのように位置づけられるのか、について論じる体系的な位置づけ論とは次元の異なる問題として区別されており、それはわが国にも妥当するはずだといえる<sup>16</sup>。

近時、根拠論と体系的な位置づけ論の混同を強く戒める観点から法律説を批判するのが野澤充である<sup>17</sup>。野澤は、日本の法律説は「ただ単純に『責任が減少する』『違法性が減少する』と述べているにすぎない」のであって、中止犯の成立範囲を方向付けるという根拠論の機能を有しない、と論難する<sup>18</sup>。

たしかに根拠論としての法律説は、「なぜ違法／責任が減少するのか」という違法減少ないし責任減少の理由に言及するものでなければならない<sup>19</sup>。しかし、わが国の法律説が「なぜ違法／責任が減少するのか」という論拠を含まない、無内容なものとして展開されていたかといえはそのようなことはない。違法減少説はたとえば、主観的違法要素としての故意の放棄による規範違反性の減少<sup>20</sup>、未遂犯の処罰根拠としての危険の減少・消滅<sup>21</sup>や反社会的相当性の減少<sup>22</sup>を理由として違法性が減少すると論じていた。また、責任減少説はたとえば、規範的意識の具体化としての中止によって、法的義務としての要求に合致したことにより責任が減少すること<sup>23</sup>、あるいは適法行為たる中止が期待困難な状況で中止したことにより

---

<sup>16</sup> 城下・前掲注7) 205頁。

<sup>17</sup> さらに野澤は、法律説がそもそも中止犯の場合には未遂犯はそもそも成立していない、というフランス型の規定を前提とするものであるという観点からも、(わが国の)法律説を強く批判する。『法律説』であることは、定義としては『中止犯の場合には未遂犯も成立していないとする考え方』であることのみがその内容となるのである(野澤・前掲注2) 374頁以下注61)る、というのである。歴史的に中止犯の概念が、フランス型の中止犯規定を前提とするものと、中止犯の場合には未遂犯が成立していることを前提とするドイツ／現行日本型の規定を前提とするものとの間で激しい変遷があり、それに伴って法律説を含めた根拠論についての学説に盛衰があったことは事実であろう(この点は、まさに野澤・前掲注2)第2部において詳細に明らかにされている)。しかし、かつての法律説と、現在のわが国で主張される法律説とでは、その前提とする中止犯規定も異なり、それに応じて内容も異なっている。根拠を犯罪構成要素に関わらせて説明する点において名称が同一になっただけであり、もはや異なる学説というべきである。浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(2007年)390頁。もちろん、フランス型の中止犯規定を前提とする、もともとの法律説と内容の点で異なる説を「法律説」と呼ぶべきではない、という批判(野澤・前掲注2)178頁以下)は傾聴に値するが、それはあくまでレッテルの貼り方の問題である。

<sup>18</sup> 野澤・前掲注2)374頁。もっとも、法律説でありながら一部論拠を示すものとして平場説等を挙げる(同・374頁注60)。

<sup>19</sup> 野澤・前掲注2)372頁。

<sup>20</sup> 西原春夫『刑法総論〔改訂版第3分冊〕』(1991年)332頁以下、福田平『全訂 刑法総論〔第5版〕』(2011年)232頁。

<sup>21</sup> たとえば平場安治『刑法総論講義』(1961年)139頁、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(2012年)384頁。

<sup>22</sup> たとえば大谷・前掲注21)384頁。

<sup>23</sup> 香川達夫『中止未遂の法的性格』(1963年)95頁。

非難可能性が減少すること<sup>24</sup>、を理由にして責任が減少すると説明してきたのである。このように、法律説の論者が、中止犯の場合には「～だから」刑が減免される、と述べる際の「～」に入る内容には、「違法減少」ないしは「責任減少」だけではなく、それらを基礎づける理由が含まれている。したがって、この法律説はまさに根拠論にほかならない。さらに、この根拠論である法律説が、「違法減少説からは中止の効果の一身専属性が説明できないが、責任減少説は中止の効果の一身専属性を説明できる」「責任減少説からすれば、結果が発生した場合にも中止犯を認めざるをえない」などというように、体系的な位置づけ論としても機能してきたのである。

このようにして、わが国の法律説は根拠論と体系的な位置づけ論を併せて論じる学説と理解すべきである<sup>25</sup>。野澤は、法律説が『中止未遂の減免根拠』ないし『法的性格』論について触れた上で、それに何の意味があるのか、そして中止犯論の具体的帰結のどの部分に影響するのかという点まで明確に示すものはほとんどない<sup>26</sup>から、このように根拠論と体系的な位置づけ論とを併せて論じる手法からは何ら有意義な帰結は導かれていないと、指摘する<sup>27</sup>。しかし、法律説に立つ論者は、法律説の各説の帰結として体系的な位置づけ論を論じている<sup>28</sup>。

結局のところ、場面に応じ、日本型法律説の主張を、「根拠論」としての内容と「体系的な位置づけ論」としての内容とに分けて検討すれば足りる。たしかに1つの学説が2つの論点に関する主張を兼ねることはわかりにくいかもしれないが、両者を分離しなければ根拠論として論理的に誤っているとはいえない<sup>29</sup>。むしろ、わが国の法律説は、何らかの事情に

<sup>24</sup> 内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（2002年）1286頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）227頁。

<sup>25</sup> このこと自体は野澤も認めている。野澤・前掲注2）109頁、さらに同書・109頁以下注374も参照。

<sup>26</sup> 野澤・前掲注2）12頁。

<sup>27</sup> 野澤・前掲注2）12頁注28、400頁注137。

<sup>28</sup> たとえば、曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕〔第2版〕』（2005年）279頁以下。野澤がこれを認めないのは、結局、自身の立場からは法律説そのものが認められず、しかも法律説の論者がいう体系的な位置づけ論の論じ方も誤っている、という立場を採用するからである。しかし、その批判はあくまで論点の内容に対する批判であって、根拠論と体系的な位置づけ論の枠組みに対する批判とはなっていない。

<sup>29</sup> たとえば違法減少説は「～ということによって違法性が減少するから障害未遂に比べて軽くなる」という主張を行うことになる。野澤の主張によれば、「～ということ」の部分が根拠論、「違法性が減少する」の部分が体系的な位置づけ論であり、これらは分けるべき、ということになる。それでは、たとえば過剰防衛の減免根拠における違法減少説や責任減少説に対してはこのようなことが問題とされないのはなぜだろうか。過剰防衛の場合に、違法性が減少する理由（たとえば、急迫不正の侵害に対する防衛行為であるから（曾根・前掲注24）106頁）や責任が減少する理由（たとえば、緊急事態での行為なので狼狽等の精神の動揺があり強い非難が向けられない（平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（1975年）245頁））があり、厳密にはそれが減免根拠として捉えられるべきもののはずである。ここで中止犯の違法減少説ないし責任減少説に対してのみ「根拠論を論ぜよ」という批判が向けられる理由として考えられるのは、中止犯論でのこれらの説が「法律説」としてわざわざまとめられることに示されるように、（刑事政策説のように犯罪論体系外で処理するの

よって違法減少、責任減少が説明され、それによって体系的位置づけが論じられる、という内部での論理的結びつきに大きな意義を見出してきたと評価できよう<sup>30</sup>。

ドイツとわが国の議論状況の違いについて、かつて山中敬一は「ドイツでは、中止規定の根拠をむしろ犯罪体系外的考察によってその本質を問うという形で説明しようとする傾向があるのに対し、わが国では、体系内的考察の枠内でその根拠を見出そうとする傾向」があるという「両国における中止犯の解釈に対するアプローチの違い」とであると指摘した。そし

---

ではなく) 犯罪論体系内で処理すること自体にそもそも疑問があるからであろう。しかし、そのような疑問は、法律説が根拠論と体系的な位置づけ論を混同しているから、ではなく、たとえば「主観的違法要素としての故意を放棄したからといって違法は減少しない」あるいは「悪い動機による中止では責任が減少しないはずだ」というような法律説内部での根拠論と体系的な位置づけ論との結びつきに対する疑問として生じている。法律説の論者が中止犯において根拠論と体系的な位置づけ論を併せて論じてきた理由は、これらの区別に気付いていなかったり混同していたりしたわけではなく、(過剰防衛のように) 犯罪論体系内で説明できるのであればそれはあえて分けて論じる意味がないと考えていたからであろう。法律説とは結局、処罰を基礎づけるように機能する犯罪の積極的要件である違法ないし責任が減少すれば、当然に処罰基礎づけの量も減るはずであって、処罰は減らされるべき、ということを行っているにすぎない。和田俊憲はこれを「重く処断する必要のないという消極的側面に立つ」もので、(広義の) 責任の「類型的な少なさに応じた刑罰のみを認めて不必要な刑罰を回避すること、を政策目的とする……『責任相応刑政策説』とも呼ぶべき考え方」であるという(和田俊憲「中止犯論」刑法 42 卷 3 号 (2003 年) 3 頁以下)。そうすると、この批判の核心は結局、中止犯の根拠論は犯罪論体系内では語れない、少なくとも語りつくせないのではないか、という点にあると思われる。この点は、減免根拠論と体系的な位置づけ論の区別を主張する論者が減免根拠論において刑事政策説を採用している点に明らかであろう。また、山中・前掲注 3) 7 頁は、ドイツの議論状況に対して、「このような問題の立て方は、すでに体系的に位置づけることのみによっては、中止規定の根拠は説明し切れないということを前提にしていると思われる」と評するが、「体系的に位置づけること」と「中止規定の根拠を説明すること」は目的が異なる議論であるから、前者が後者を「説明し切る」ことができるかどうか、ということはそもそも問題ではない。

<sup>30</sup> 江藤隆之「中止未遂の法的性格について」法学研究論集 20 号 (2004 年) 58 頁以下も議論を切り離すことに意味はない、と述べる。同「中止未遂の法的性格をめぐる諸議論の方法論的研究」法学研究論集 21 号 (2004 年) 95 頁以下も参照。もっとも、法律説が「『犯罪構成要素が減少するから』という根拠論を展開してきた」(同・「中止未遂の法的性格について」59 頁) と理解すると、法律説が「トートロジーである」という批判が妥当してしまう。その意味では、日本とドイツの議論の仕方の違いは、「どちらがよいか」というレベルの問題である(藤木英雄=板倉宏編『刑法の争点 [新版]』(1987 年) 105 頁 [齊藤誠二])。分析的な議論が行える点ではドイツの方がよいが、犯罪論との関係において理解しようとするならば(また、すべきであるとすれば) 日本の方がよいといえよう。また、江藤は、刑事政策説の多くが、中止犯の体系的な位置づけを一身的刑罰阻却事由とすることから、刑事政策説も体系的な位置づけ論を併せて論じるものであるとする(江藤・前掲 58 頁以下) が、刑事政策説はその政策の内容を犯罪論体系内で論じるか体系外で論じるか、によって体系的な位置づけが異なる。したがって必ずしも体系的な位置づけ論の内容を含むものではなく、両説は一致するものではない(野澤・前掲注 2) 394 頁以下、同「中止犯論の問題点」『理論刑法学の探究⑦』(2014 年) 191 頁以下)。刑事政策説を主張する論者は減免根拠論と体系的な位置づけ論とを区別して論じる傾向にあるといえよう。

てその理由について、ドイツで有力な根拠論である「報奨説や刑罰目的説は体系内的考察のみでは説明し切れないがゆえに、根拠と体系的地位の問題を区別せざるをえないのであろう」と述べたのである<sup>31</sup>。さらに山中は、根拠論は「～のためである」という目的論的説明を行うのに対して、体系的な位置づけ論は「～だからである」という因果論的説明を与えていると整理し、「このことは、体系内的説明のみでは、中止規定の根拠に関してその本質を捉え切れないという意識があることを示している」と分析した<sup>32</sup>。以上の山中の分析からは、体系内的説明、すなわち法律説によって説明し切れない内容を捕捉しようとするのが刑事政策説である、という理解が見て取れる。そして、法律説の論者の多くが刑事政策説を「併用」する点に示されるように、このような理解は山中以外にも多くみられる。それでは刑事政策説で捕捉しなければならない内容というのはどのような内容を指すのであろうか。

前述したように、根拠論と体系的な位置づけ論を分離すべきである、という論者の問題意識には、異なる問題は分けるべきだ、という点に加えて、法律説の挙げる根拠が違法減少ないし責任減少を導くものではなく、中止犯を体系的に違法減少ないし責任減少に位置づけるのは不可能である、したがって両者を併せて論じる法律説そのものが成り立たない、という理解があるように思われる。

そこで、まず法律説が「併用」してきた刑事政策説の内容を確認しつつ、これを「併用」してきたことの意味を整理する。その上で、法律説における違法減少、責任減少の内容についても確認していくこととする。

## 2 法律説と刑事政策説の併用

周知のように、わが国の根拠論においては、いわゆる刑事政策説と法律説を併用する立場が多数説を占めている。もっとも、法律説と併用されている政策説の「内容」や、併用される「理由」は必ずしも明らかではない。この点を明らかにすることで、上述したドイツの議論状況とわが国の議論状況の違いもまた明らかになってくるであろう。

そして、併用といっても両者には対等の地位が与えられているわけではなく、一般に法律説が主たる論拠であり、刑事政策説を補充的に用いる、とされることが多い<sup>33</sup>。そこで、①刑事政策説が主たる根拠として用いられない理由、及び②法律説だけでは説明しない理由について検討することにした。

①として、まずしばしば指摘されるのが刑事政策の内容そのものの有効性である。ドイツ

<sup>31</sup> 山中・前掲注3) 23頁。

<sup>32</sup> 山中・前掲注3) 23頁。

<sup>33</sup> 政策的考慮があることは否定できない(板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』(2007年)136頁)ともいわれるが、まさにそこでの政策の内容が問題である。「犯罪の完成を未然に防止しようとする刑事政策的考慮」(同書・136頁)というのであれば、刑罰規定はすべて犯罪の防止という政策に基づいているのであるから何も言っていないに等しい、という批判が妥当しよう(佐伯・前掲注5)355頁)。そして刑事政策説が通常の犯罪論の枠内では説明できない、ということを行っているとするれば、それは何か、ということが明らかにされなければならない。

では、刑事政策説は「黄金の橋」理論と呼ばれることが多いが、厳密にはその内容はフォイエルバッハにより主張された「消極的刑事政策説」と、リストにより提唱された形での「積極的刑事政策説」に分けて理解されている<sup>34</sup>。

消極的刑事政策説の論理は以下のようなものである。行為者が中止しようとした時点において未遂規定によって処罰されるとすれば、既遂に至っても中止してもいずれにせよ処罰されることになって、行為者はあえて中止しようとは思わない、という意味で中止の妨げとなる。したがって、行為者の中止への退路を断たないため、という消極的な意味で中止犯は不処罰とされるべきだ、というのである<sup>35</sup>。このような理解は、後述の、積極的刑事政策説に向けられるような経験的な見地からの批判を免れる点からも<sup>36</sup>、現在でもドイツで比較的多くの支持を得ている<sup>37</sup>。

これに対して積極的刑事政策説とは、いわゆる奨励説と呼ばれる見解である。中止による恩典の効果を、行為者に対する「黄金の橋」<sup>38</sup>として、積極的に中止へと促す契機となることを期待して規定されたものとして理解する。ライヒ裁判所が採用し<sup>39</sup>、わが国やドイツの学説でもかつては多くの支持を受けた見解であった。しかし現在では、後述するようにBGHは少なくとも主たる理由としては奨励説に依拠していない。また学説でもかつての支持を失い、ドイツでは刑罰目的説、わが国では法律説に通説の立場をとってかわられている。以下に検討するように、奨励説に対して向けられた批判には、妥当なものもあれば、必ずしも当たらないものもみられる。

まず、特にわが国では、中止犯の法的効果の観点から奨励説に対して疑問が提起される。ドイツのように中止の効果を不処罰とするならともかく、わが国のような刑の必要的減免という効果では、刑事政策説の本来的な効果が期待できない、というのである<sup>40</sup>。しかし、

---

<sup>34</sup> たとえば、*Rüdiger Schäfer*, Die Privilegierung des “freiwillig-positiven” Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat, 1992, S. 21f.

<sup>35</sup> *Paul Johan Anselm Ritter von Feuerbach*, Kritik des Kleinshrodichen Entwurfs zu einen peinlichen Gwsetzbuche für die Chur=Pfalz=Bayrischen Staaten, 1804, S. 102. この帰結は、いわゆる心理強制説からすれば、刑罰の威嚇によって中止した者を処罰することは矛盾に等しいこと (*ders.*, S. 104) からも導かれる (*Schäfer*, a. a. O (Anm. 34), S. 28)。金澤・前掲注 13) 38 頁以下も参照。

<sup>36</sup> *Schäfer*, a. a. O (Anm. 34), S. 28 は、この消極的刑事政策説が経験的に否定されるのは、不可罰の恩典が廃止された場合に犯罪者が法益侵害へと促進されるようになったといえる場合のみである、とする。

<sup>37</sup> *Jescheck/ Weigend*, a. a. O. (Anm. 12), § 51 I 2; *Hans Joahim Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 2012, § 24, Rn. 4; *Theo Vogler*, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1985, § 24, Rn. 9. わが国でも、吉田・前掲注 7) 138 頁。

<sup>38</sup> *Franz v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, 2. Aufl., 1884, § 47 I.

<sup>39</sup> たとえば RGSt6, 341.

<sup>40</sup> 香川・前掲注 23) 56 頁以下。同旨、佐伯・前掲注 11) 323 頁、立石二六『刑法総論 [第 4 版]』(2015 年) 276 頁、大谷・前掲注 21) 383 頁、二本柳誠「中止犯」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』(2008 年) 202 頁。ドイツで奨励説が、リストの表現を



法的効果の設定は政策決定レベルの問題であり、決定的な批判とはならないように思われる<sup>41</sup>。中止によって完全な不処罰が得られなくとも、少なくとも中止犯規定がない場合に比べて軽くなることが保証されているのであれば、一定の中止奨励効果は得られるはずだからである<sup>42</sup>。また、刑事政策説からでは減輕にとどまる場合と免除が認められる場合を区別することができない、といわれることもある<sup>43</sup>。これに対しては、中止犯の根拠論は中止犯の成否を明らかにできれば足りるのであり、減輕と免除の区別が根拠論から明らかにされる必要はない、と反論がなされている<sup>44</sup>。

また、奨励が機能する前提として、行為者が中止犯の規定を知っていなければならず<sup>45</sup>、知らない者に恩典を与える必要がないことになりかねない<sup>46</sup>、と批判される。これに対しては、通常の犯罪規定の一般予防効果に対して個々の処罰規定を知らない場合には効果がない、といわれぬのと同様、中止犯の規定を知らなくても、およそ知り得ないというのでない限り問題ないという反論がなされており<sup>47</sup>、妥当と思われる。

---

用いて「黄金の橋 (goldene Brücke)」と呼ばれることになぞらえて、わが国の中止犯の法的効果はせいぜい「鉛の橋」、「木の橋」(板倉・前掲注 26) 136 頁)、「不安定な吊り橋」(只木誠「刑法総論を学ぶ 第 22 回」白門 64 卷 10 号 (2012 年) 27 頁)といわれる。なお、ドイツでも、たしかに未遂としては不処罰となるが、中止の時点ですでに成立している既遂犯(内包既遂犯)を処罰するため(この点については、鈴木一永「中止犯における内包既遂犯について」曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀上巻 (2014 年) 773 頁以下)、そのような部分的な不処罰が中止への促進効果を持つのは幻想に過ぎない、という批判がなされている (*Michael Walter, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht, 1980, S. 18f; Schäfer, a. a. O (Anm. 34) S. 25.*)。

<sup>41</sup> 佐伯・前掲注 5) 357 頁以下参照。むしろ、内包既遂犯まで含めて免除まで認められうるわが国の方が奨励効果は高い、ということも可能である。

<sup>42</sup> 城下・前掲注 7) 207 頁、米山哲夫「中止未遂と償いの思想」早研 29 号 (1983 年) 310 頁。また、「政策的考慮は事前においてのみ可能なのに、減免の裁量は事後的であるから、わが刑法のような規定のもとでは、政策説は論理的に成り立たないとさえいってよい」(団藤重光『刑法綱要総論 [第 3 版]』(1990 年) 361 頁、福田・前掲注 20) 231 頁以下も同旨)ともいわれるが、事前において少なくとも「必要的減輕」の法的効果は得られることは確定しているため、その限りでの刑事政策説は論理的に成り立つであろう(中空壽雅「中止犯の法的性格と成立要件」現刑 45 号 (2003 年) 35 頁参照)。

<sup>43</sup> 西田典之『刑法総論 [第 2 版]』(2010 年) 315 頁、福田・前掲注 20) 231 頁、曾根・前掲注 24) 226 頁、香川・前掲注 23) 57 頁以下。

<sup>44</sup> 野澤・前掲注 2) 395 頁以下。

<sup>45</sup> *Hans Lilie/ Dietlinde Albrecht*, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 24, Rn. 8, *Jescheck/Weigend*, a. a. O (Anm. 12), § 51 I 2, *Rudolphi*, a. a. O (Anm. 37), § 24, Rn. 2, *Albin Eser*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., § 24, Rn. 4. 佐伯・前掲注 11) 323 頁、団藤・前掲注 42) 361 頁以下、福田・前掲注 20) 232 頁、立石・前掲注 40) 276 頁、二本柳・前掲注 40) 202 頁、松宮孝明『刑法総論講義 [第 4 版]』(2009 年) 244 頁。

<sup>46</sup> 西田・前掲注 43) 314 頁。

<sup>47</sup> 植松正『刑法概論Ⅱ総論 [再訂版]』(1974 年) 323 頁、山口・前掲注 4) 280 頁、佐伯・前掲注 5) 357 頁、松原芳博『刑法総論』(2013 年) 316 頁。西原・前掲注 20) 286 頁

また、ドイツにおいて、刑事政策説に対する「決定的な異論」<sup>48</sup>とされているのが、同説が依拠する心理学的な推定自体に対する疑問である。たしかに奨励効果がある場合も存在しうることは否定し得ない<sup>49</sup>。しかし、実際にはそのような合理的・理性的な人間はほとんど存在しえず、奨励は決定的な役割を果たし得ない。そのことは、実務において経験的に実証されている<sup>50</sup>、というのである<sup>51</sup>。この批判に対しても、「効果が完全に実証されない限り立法化あるいは処罰できないとするのならば、刑事制度は排除されてしまうことになる」との反論がなされる<sup>52</sup>。たしかに、通常の犯罪規定において一般予防が果たされた場合とは、犯罪が発生しない場合である。したがって、少なくとも犯罪を実行の着手の段階以前において断念した者を発見することは事実上不可能であるから、実際上の一般予防効果を実証することは困難である。それに対して中止犯の場合には、奨励による一般予防効果が働いたかどうかは、まさに中止犯がなされた場合について調査すればよいはずである。そして、その場合に奨励効果が実証されていないというのであれば、刑の軽減による奨励という政策が有効ではないことを事実上示しているのではなからうか。

このような批判によって、刑事政策説は通説としての地位を失った。現在のドイツでの刑事政策説は消極的刑事政策説として、あるいは被害者保護の形をとって主張される<sup>53</sup>に過ぎない状況にある。ただし、わが国では中止犯の法的効果が必要的減免に過ぎないことが、後に見るように法律説との併用という形で刑事政策説が残存することになったと考えられる<sup>54</sup>。

さらに、奨励思想からすれば、既遂に至った犯罪についても刑を免じることが自然であり、

---

は、中止を有利に取り扱うことによる「事後の犯罪発生防止に役立つと解する余地」を認める。

<sup>48</sup> *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 2, 3. Aufl., 2003, § 30, Rn17.

<sup>49</sup> *Johannes Wessels/Werner Beulke/ Helmut Satzger*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl., 2014, § 626.

<sup>50</sup> *Paul Bockelmann*, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW, 1955, S. 1420. や *Klaus Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 243f. は、ドイツやオーストリア、スイスの判例を調査したが、行為者が中止犯の規定を知って中止した、という事例は見つからなかったとしている。

<sup>51</sup> BGHとして奨励説から刑罰目的説へ転換した判例として評価される1956年2月28日決定(BGHSt, 9, 48)も、「未遂の段階にある行為者は通常、刑法的な効果にはまったく考慮せず、自己の犯罪的意図を放棄すれば処罰されないことについて、しばしば知らないどころか念頭においてさえいない」と述べて奨励説の考え方を否定している。

<sup>52</sup> 城下・前掲注8) 208頁。

<sup>53</sup> *Ingeborg Puppe*, Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt, NStZ1986, S. 490; *Ina Elisabeth Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990, S. 30f.

<sup>54</sup> *Roxin*, a. a. O(Anm. 48), § 30, Rn. 19 は、未遂の可罰性や中止犯の知識が一般人にはない、という奨励説批判に対する、中止すれば寛大な扱いを受けることができる、ということは素人でも知っている、という反論(たとえば *Weinhold*, a. a. O(Anm. 53), S. 33. わが国でも植松・前掲注47) 323頁、板倉・前掲注33) 136頁)に対して、そのような考慮によってはせいぜい刑の減輕を説明可能なだけで、不処罰までは説明できない、と指摘している。

中止規定による奨励の対象が未遂に限定されていることについて、説明ができないという指摘もなされる<sup>55</sup>。たしかに、犯罪の進行を止めるべく奨励する、という観点は、未遂段階に限られない<sup>56</sup>。したがって、どの範囲を対象に奨励規定を設定するか決定する際に、範囲を限定する要素が奨励思想には内在しない。奨励規定の設定が未遂段階に限られている理由は、既遂処罰を原則とする刑法において、例外的な処罰対象である未遂という犯罪発展段階そのものの意義を検討することで導かれなければならないのではなかろうか。

このようにみてくると、刑事政策説が現在、わが国でもドイツでも主たる根拠として用いられないことには理由があるようにも思われる。とはいえわが国の通説である法律説は、刑事政策説をなお併用するものが多い<sup>57</sup>。これにはどのような理由があるだろうか。

まず、わが国の中止犯規定に、刑の減輕のほか刑の免除という法的効果が設定されている点が挙げられる<sup>58</sup>。たとえば、木村静子は、責任の量がいかに小さくとも存在するのであれば刑罰が科されるのが原則であって、刑が科されない程度に極度に小さいのであれば犯罪不成立と考えるべきであるとし、免除の場合には政策的理由を考えざるをえない、とする<sup>59</sup>。しかし、減輕と免除の区別の考慮において、責任減少の程度と奨励政策的考慮という全く異なる性質をもつ考慮要素がどのように総合されるのか不明である。責任が非常に小さい場合には、奨励という政策的考慮により刑罰を科されない免除とする、という趣旨かもしれない。これに対しては、免除が規定されているからといって必ずしも政策的考慮がなされているわけではない、という反論がなされる<sup>60</sup>。たとえば、わが国の刑法 36 条 2 項における過剰防衛の法的効果は任意的減免であるが、その減免根拠は通常、違法減少説、責任減少説、違法責任減少説のいずれかによって説明されている<sup>61</sup>。そして減輕と免除（さらに過剰防衛の場合は減輕すらしない場合）の区別は、たとえば責任の減少の程度によって区別されているのであって<sup>62</sup>、ここでの免除は最も軽い有罪判決<sup>63</sup>ということ以上の意味を持たないでは

<sup>55</sup> *Günter Jakobs*, Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachverhalten, ZStW104, 1992, S. 83f. すでに、大刑法委員会の特別委員会に置いて、連邦法務省を代表していた Corves によって同様の批判がなされていたという。Vgl. *Volker Haas*, Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt, ZStW123, 2011, S. 232.

<sup>56</sup> 実際にドイツでは、たとえば放火罪に対するドイツ刑法 306 条 e のように、既遂に至った後でも、損害の拡大を防止する行為を行った場合には刑が減免される規定（いわゆる「行為による悔悟 (Tätige Reue)」）がある。

<sup>57</sup> 城下・前掲注 7) 199 頁以下は、刑事政策説と法律説の併合説について、政策説を無視できないとして併用する見解と、免除の場合の説明に政策的考慮を用いる見解とに分類して検討を加えている。

<sup>58</sup> 木村静子「中止犯」『刑法講座 4 卷』（1964 年）25 頁以下、長岡龍一「中止未遂の法的性格と窃盗の既遂時期」*Lawschool*135 号（1981 年）49 頁、中山研一『刑法総論の基本問題』（1974 年）242 頁。

<sup>59</sup> 木村・前掲注 58) 25 頁以下。山中・前掲注 3) 97 頁も同旨。

<sup>60</sup> 城下・前掲注 7) 199 頁以下。

<sup>61</sup> 西田典之ほか編『注釈刑法第 1 卷』（2010 年）460 頁以下〔橋爪隆〕。

<sup>62</sup> 内藤謙『刑法講義総論（中）』（1986 年）351 頁以下。

<sup>63</sup> 免除判決を無罪判決と同様に考える見解もあるが（たとえば平場・前掲注 21) 208 頁、

なかろうか<sup>64</sup>。そのような考え方からは、免除の場合に特別の政策的意義を考える必要は必ずしもないことになる<sup>65</sup>。

これに対して、免除の場合に限らず刑事政策説と法律説を併用しようとする立場は、さらに三つに分けることができるように思われる。

一つ目は、政策的考慮は「まったく否定することはできない」が「それだけでは必要的減免の根拠としては弱すぎる」ので「法律的考慮と合体して、現行法の説明に役立つと解すべき」<sup>66</sup>とするように、法律説を基礎としつつも、刑事政策説を併用することによって根拠づけが説得力を増す、と考える立場である<sup>67</sup>。たしかに、異なった論拠を複数挙げる場合に説得力が増すと一般的に言えるかもしれない。しかし、ここでは法律的考慮と政策的考慮という根拠がどのように「合体」するかは不明であるため、説得力を増すかも疑問である<sup>68</sup>。

二つ目は、法律説が、純粹に犯罪論的内在的に説明しきれない部分を政策的考慮により基礎づける立場である。たとえば、刑事政策説を援用する理由が『事後の』中止を違法性または責任の消滅・減少として完全に理論化しえない部分がのこるのではないかという点に由来する<sup>69</sup>とされることがある。しかし、仮にここでの刑事政策説が、犯罪の成立要件とは関係なく結果防止を奨励するという奨励説を意味するとすれば<sup>70</sup>、犯罪成立要件たる違法ないし責任の減少によって減免根拠を説明しようとする法律説が、その減少の根拠づけに

---

佐伯・前掲注 11) 422 頁)、無罪判決とは刑訴法 336 条によれば「罪とならないとき、又は被告事件について犯罪の証明がないとき」であって、「被告事件について犯罪の証明があつた」が「刑を免除するとき」の判決である刑の免除判決（刑訴法 333 条、334 条）はやはり有罪判決の一種であると考えざるをえない。

<sup>64</sup> 井田良＝川端博「対談中止犯論の現在と課題」現刑 45 号（2003 年）9 頁〔井田発言〕。実際にたとえば香川・前掲注 23) 106 頁以下は、責任減少の程度に応じた減軽と免除の区別を明示的に主張するほか、実際には法律説の大多数がそのように考えているものと思われる。

<sup>65</sup> 一般に中止犯の「減免」根拠論、といわれることから明らかなように、このような多数説は、いわゆる中止犯の成立根拠論と減軽と免除の区別の問題とが統一的に解決されるべきだ、と考えている。しかし、中止犯の法的効果は 43 条に「減軽し、又は免除する」とされ、一般に必要的減免、と省略されるが、これは必要的減軽と任意的免除、が組み合わされていることに注意が必要である。中止犯が成立し、法的効果が任意的減軽である障害未遂に比較して軽く処罰されるためには必要的減軽で十分なのであり、中止犯の成立根拠論とは任意的減軽から必要的減軽へと寛大に扱われる理由を検討すべきである。岡本勝「中止未遂における減免根拠に関する一考察」齊藤誠二先生古稀記念（2003 年）285 頁以下参照。

<sup>66</sup> 西原・前掲注 20) 287 頁。なお、西原は「違法性の減少という法律的理由に、刑事政策的理由を加味したものに求めるべき」とする（同・288 頁）。

<sup>67</sup> 植松・前掲注 47) 324 頁、内藤・前掲注 24) 1285 頁、大谷・前掲注 21) 384 頁、曾根・前掲注 24) 226 頁など。

<sup>68</sup> 城下・前掲注 7) 202 頁。

<sup>69</sup> 中山研一『刑法総論』（1982 年）432 頁。

<sup>70</sup> 中山は、積極的刑事政策説としての「黄金の橋」理論を「政策説」として「立法理由として注目される」としている（中山・前掲注 69) 430 頁）。

犯罪の成否とは関係ない奨励政策を用いることになる。それは結局、奨励説そのものにほかならないのではないだろうか。法律説が、違法責任の減少を主張するのであれば、その減少の仕組みは犯罪論内部の要素によって説明されるべきであろう<sup>71</sup>。

三つ目は、刑事政策説と法律説は対立するものではない、という理解である。刑事政策説の内容を法律説によって説明し、基礎づける、という体系的理解を試みるものといえよう<sup>72</sup>。かつて平野龍一は、法律説には「政策的効果を、その反射的效果として包摂することができる。違法消滅説は一般予防、および特別予防の、責任消滅説は特別予防の。したがってこの説の方が論理的には進んだものということができる。」と述べた<sup>73</sup>。平野自身は、現行中止犯規定は悔悟を要件としないため責任減少説はとれないとし、被拐取者解放減輕等の規定と中止犯をほぼ同趣旨と述べた上で、違法減少説は「おおむねこの政策説を理論的に表現したものだといってよい」とした<sup>74</sup>。ここでの「一般予防」とは、奨励説の意味における刑事政策説を指している<sup>75</sup>。

上述したように、法律説が有力となってからは刑事政策説を単独で主張する論者は多くなかったが<sup>76</sup>、近時、平野の構想を発展させたと思われる論者から刑事政策説は支持されている<sup>77</sup>。この論者は、刑事政策説を基礎としつつ、他方要件論においては「違法責任減少」という法律説が用いてきた用語によって説明を行うことがあるが<sup>78</sup>、その整合性はなお検討を要する。さらに、この見解は、後述するように、法律説に対する疑問からいわば消去法的に刑事政策説を採用しているようにも思われる<sup>79</sup>。しかし、法律説が取れない場合に奨励説の意味での刑事政策説をとらなければならない必然性もないであろう<sup>80</sup>。

この見解について検討する前に、従来の法律説の内容を確認し、これに対して向けられてきた批判を整理することにする。

---

<sup>71</sup> 中止犯規定が倫理的動機を要求していないのは、政策的考慮を重視しているからである、という指摘もあるが（植松・前掲注 47） 324 頁）、これは道義的責任論に立脚する立場にのみ妥当する。

<sup>72</sup> 伊東研祐『刑法総論』（2010 年） 325 頁。町田・前掲注 10） 11 頁以下。

<sup>73</sup> 平野龍一「中止犯」同『犯罪論の諸問題』（1981 年） 144 頁。

<sup>74</sup> 平野・前掲注 73） 33 頁

<sup>75</sup> 平野・前掲注 73） 143 頁。

<sup>76</sup> たとえば中野次雄『刑法総論概要〔第 3 版補訂版〕』（1997 年） 132 頁。

<sup>77</sup> また、立法者意思を理由として奨励説を支持するものとして、野澤・前掲注 2） 405 頁、松宮・前掲注 45） 244 頁以下。

<sup>78</sup> 今井猛嘉ほか『リーガルクエスト刑法総論』 333 頁〔橋爪隆〕。

<sup>79</sup> 松宮・前掲注 45） 244 頁は、奨励説や法律説には問題があり、刑罰目的説ないし量刑責任の減少とするのが「比較的無難」としつつ、立法者意思が奨励説にあったことから、それが現行憲法に照らして不当と云えない限りは解釈論としても奨励説に基づかなければならない、とする。

<sup>80</sup> 刑事政策説を奨励説の意味でとらえつつ、刑事政策説と法律説を「実質的には、同じ事柄の表裏を、政策的側面と法律的側面という相異なる観点から説明しているにすぎないもの」と評価するものとして安田拓人ほか『アクチュアル刑法総論』（2005 年） 266 頁〔安田〕。

### 3 法律説における違法と責任

周知のように法律説として違法減少説と責任減少説が主張されている<sup>81</sup>。従来の法律説が減少している、とする違法性、責任の内容と判断方法が問題となる。

#### ① 違法減少説

違法減少説には、論者の違法の本質論の理解に応じていくつかの類型が存在する。

まず、主観的違法要素である反規範的意思を放棄することにより違法性が減少する、という説明がなされる<sup>82</sup>。主観的違法要素たる未遂の「決意が後に変更放棄せられることにより行為の危険への方向が取り除かれる」とするのである<sup>83</sup>。

これに対して、客観的な危険の消失による違法減少も主張される。未遂結果としての客観化された危険状態の消滅という現実の危険性の喪失により違法性が減少消滅するとされ<sup>84</sup>、実害の発生を防止したことも挙げられる<sup>85</sup>。

また、刑法規範の法益保護機能を動的に考察する野村稔は、規範違反説を前提として、中止犯は「犯罪中止義務」ないしは「結果発生防止義務」を尽くすことにより義務違反性が欠ける分、障害未遂の違法性より軽い、とする<sup>86</sup>。

#### ② 責任減少説

責任減少説における責任減少は、その責任論の理解により内容が異なる<sup>87</sup>。

規範的責任論にたつて責任阻却説を展開したケムジースの見解<sup>88</sup>の検討を通じて責任減

---

<sup>81</sup> 違法・責任減少説についても、違法責任両方の減少を主張することに独自の意義を見出していない限り、違法減少説・責任減少説それぞれの中で扱う。

<sup>82</sup> 西原・前掲注20) 287頁、板倉・前掲注33) 137頁以下、福田・前掲注20) 232頁、齊藤信幸『刑法総論〔新版〕』(2007年) 394頁、大谷・前掲注21) 384頁、立石・前掲注40) 276頁。

<sup>83</sup> 平場・前掲注21) 139頁、平野・前掲注29) 333頁。ドイツでは *August Hegler*, *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs*, Festgabe für Frank, Bd. 1, 1930, S329.

<sup>84</sup> 平場・前掲注21) 139頁、立石・前掲注40) 276頁、清水一成「中止未遂における『自己ノ意思ニ因リ』の意義」上法29巻2=3号(1986年) 259頁以下、山本輝之「中止犯の法的性格と成立要件」現刑35号(2003年) 40頁以下。香川・前掲注23) 83頁参照。

<sup>85</sup> 西原・前掲注20) 287頁。もちろん、実害の発生防止ということが、結果不発生に終わったことを意味しているのであれば、それは障害未遂と変わらないという指摘が妥当するが(野村稔『未遂犯の研究』(1984年) 449頁注7)、ここでは結果発生を防止するための危険消滅を意味していると理解しておく。

<sup>86</sup> 野村・前掲注85) 453頁。

<sup>87</sup> かつては、主観主義刑法理論の立場から、行為者の危険性が弱まる点が主張されたが(たとえば、宮本英脩『刑法学綱要』(1928年) 440頁以下)、主観主義刑法学が支持を失った現在では支持されていない。

<sup>88</sup> *Herbert Kemsies*, *Die tätige Reue als Schldaufhebungsgrund*, 1929, S. 27f.

少説を主張したのは香川達夫であった。香川は、責任非難が意思決定規範違反によって判断され、意思決定規範の本質的機能が「法的義務に合する態度をとるよう要求する点」にあるとすれば、「たとえ一度は法的義務に違反して犯罪的意思決定をなしたのであっても、……すでに破った法的義務にふたたび合致しようとする意欲—それが規範の要求に合致するという意味において規範意識と名づけるならば、そうした規範意識の具体化としての中止未遂は、たとえ事後的ではあるにせよ、積極的、直接的に法的義務の要求に合致した場合と認められるのであり、ために責任の消滅を認めてよい」としつつ<sup>89</sup>、わが国の中止犯の法的効果は刑の必要的減免を定め、無罪としていないので犯罪の成立を前提とするほかない、として規範意識の具体化の度合に応じて減輕、免除の区別を行うとする責任減少説を主張する<sup>90</sup>。

人格的責任論の見地にたつ団藤重光は、「中止行為に示される行為者の人格態度が責任を減少させる」と述べ、「責任の事後的減少という考え方は、人格形成責任を中核とする動的な犯罪理論の構成を前提として、はじめて成り立つであろう」とする<sup>91</sup>。「事後的」な責任減少について、独自の責任論から「動的」な理解により説明しようとする。

法的責任論からはたとえば、「中止行為に示される故意（決意）の自発的・事後的な放棄が行為者の規範的意識の具体化（……）としてはたらくことによって、行為者に対する非難可能性が減少する」<sup>92</sup>、あるいは「故意の放棄それ自体ではなく、適法行為の期待可能性が困難な状況で（……）、あえて適法行為（中止行為）を選択したことによる非難の減少」<sup>93</sup>によって責任減少が説明される<sup>94</sup>。

### ③ 小括

このように、違法減少説、責任減少説は、論者のよってたつ違法ないし責任の本質論によって、その内容はさまざまであるが、その違法ないし責任が「どのように」減少しているか説明されているのか、という点に着目すると、一定の共通点、問題点を見出すことができる。

まず、法律説のいう「違法減少」ないし「責任減少」は、評価対象に実行行為に後続する中止行為を取り込んで説明するものである。これに対し、犯罪成立要件としての違法ないし責任は、実行行為のみを評価対象とするものであるから、この点で法律説のいう違法ないし責任は、すでに厳密には犯罪成立要件としての違法・責任と異なるものである。

これに対し、「一つの事実に対する違法評価は固定的なものであり、変化した事実に対する違法評価はさきのものとは別個であって、さきの実事に対する違法評価に影響を及ぼすことはできない」一方で、「責任は単に犯罪を行う際の心理状態に対する判断のみではなく、

<sup>89</sup> 香川・前掲注 23) 97 頁。

<sup>90</sup> 香川・前掲注 23) 106 頁以下。

<sup>91</sup> 団藤・前掲注 42) 362 頁。

<sup>92</sup> 内藤・前掲注 24) 1286 頁。

<sup>93</sup> 曾根・前掲注 24) 227 頁。

<sup>94</sup> この他、責任減少説をとるものとして前田雅英『刑法総論講義 [第 6 版]』(2015 年) 117 頁。

犯罪実行の途中に見られる完成への欲望と阻止への義務意識（いかなる動機からであれ）との闘争という内心の変化をも判断の対象としなければならず、責任評価は流動的である<sup>95</sup>、というように、違法評価の事後的変更は認められないが、責任評価の事後的変更は認められる、とされることがある。木村光江も、未遂の違法性が客観的違法性である以上、違法減少を認めることは困難であるとしつつ、責任減少を認めている。それは、「実行行為時の責任量」は変化しないが、「刑罰の量を決定するに際して問題にする責任非難の量が減少する」ことで責任評価が減少する、と理解するものである<sup>96</sup>。また、平野は、「責任の判断は持続的な人格に対するものであるために流動的な評価方法が親しみ易いに対し、違法は、特にこれを社会侵害性という事実的なものと理解する人々にとっては、後になって消滅するなどということは考え難い。しかし、違法性も一つの評価であるとするならば、違法性が後にいつか消滅することも、また可能であるといわなければならない。」と述べる<sup>97</sup>。

評価とはなんらかの事実ないし対象に対してなされる。評価の変更は、適用する基準が変わるか、基準を適用する対象が変わるかのいずれかを意味しよう<sup>98</sup>。評価の基準が変わるべきでないとするれば、平野のいうように、責任評価が流動的評価に親和的であるのは、「持続的な人格」すなわち、犯罪行為当時の事情に限られない事情が次々に対象に取り込まれることが想定されやすいからであろう<sup>99</sup>。平野のこのような責任評価の流動性についての理解は、主として人格的責任論を念頭に置いたものと思われるが、結局はそれ以外の責任論にとっても事情は同じであるといえる。というのも、結局は、責任も評価の対象としてどこまで含めることができるか、ということ次第であると考えられるからである。個別行為責任の原則を維持し、実行行為のみを対象として中止行為を評価に含めないのであれば、後述する徴表説の構成をとらない限り、責任「評価」の変更もありえないというべきであろう<sup>100</sup>。責任減少説における「責任減少」は、「故意の事後的な放棄」という事情を「規範意識の具体化」として評価したり、「適法行為の期待可能性が困難な状況であえて適法行為を選択した」事情を「非難の減少」として評価したりすることによって生じている。これは評価対象として実行行為に後続する中止行為まで取り込んでいるからこそ為し得ることではないだろうか。

<sup>95</sup> 木村・前掲注 58) 25 頁。この他、中山・前掲注 69) 431 頁。

<sup>96</sup> 木村・前掲 14) 8 頁。

<sup>97</sup> 平野・前掲注 73) 144 頁。板倉・前掲注 33) 138 頁以下も同旨。

<sup>98</sup> 伊東研祐「積極的特別予防と責任非難」香川達夫博士古稀祝賀（1996 年）266 頁以下参照。

<sup>99</sup> 木村・前掲注 58) 25 頁は「責任評価は流動的であり、実行行為の終了によってはじめて確定するといつてよい」とする。もっとも、「実行行為の終了」によって責任評価の対象を画するのであれば、たとえば一発しかない拳銃を発射後に（しばらくして）反省し、被害者を病院に連れて行ったような実行未遂の中止の場合には、中止の意思が生じた時点はすでに実行行為の終了後であり、責任評価の対象足り得ないのではないだろうか。やはり、責任評価の変動を主張する場合には、中止の時点までの責任評価の対象とすることが必要であるように思われる。

<sup>100</sup> 中空・前掲注 42) 36 頁参照。



違法減少説においても事情は同じである。違法減少の内実を、故意の放棄による規範違反性の低下という行為無価値において理解しようとも<sup>101</sup>、危険の消滅という結果無価値において理解しようとも<sup>102</sup>、中止行為まで違法評価の対象を拡大していることにほかならない<sup>103</sup>。

これに対し、責任減少説にたつ浅田和茂は「途中で放棄されるような故意は（事後的になくなったり減少したりするわけではないが）当初から強力なものではなかった、という評価が可能であり、それによって非難可能性が減少」<sup>104</sup>すると説明する<sup>105</sup>。たしかにこのような徴表説によれば、実行行為時において障害未遂に比べて中止犯は行為責任が低い、という責任減少が生じることになる。もっとも、任意の中止行為が行われることによって、もともと低かったと「評価」あるいは「判明」する、という遡及的な構成は大幅な擬制を伴うものと言わざるを得ないし<sup>106</sup>、事後の変更に対する批判を回避し切れているかも疑わしい。遡及的構成も結局は、中止行為という「徴表」があつて初めて行為責任が少なかったといえる以上、中止行為を評価対象そのものとするわけではないが、実行行為の再評価のきっかけとして必須のものとする。したがって、中止行為を未遂犯の責任の考慮対象に含める点では、通常責任減少説と変わらないからである。

## 第2款 「裏返しの理論」と刑事政策説・法律説

近時の中止犯論では、法律説は違法・責任評価の事後の変更に対する批判を受けることから、中止犯規定を犯罪成立要件と関係ないものと捉える刑事政策説が有力となった。同時に中止犯を「犯罪が裏返されたもの」と捉える「裏返しの理論」が有力となっている。もっとも、そこで論じられる「裏返し」の意味は、論者により違いがみられ<sup>107</sup>、その違いは中止犯の根拠論に大きな影響を受けていると考えられる<sup>108</sup>。

### 1 政策方向の裏返しと要件の裏返し

裏返しの理論は、もともと平野が「中止とは、犯罪が既遂に達することを防止する意思で、防止するに足りる行為をなし、その結果防止されたことをいう。これを『防止』を結果とす

<sup>101</sup> 中空・前掲注 42) 37 頁。

<sup>102</sup> 清水・前掲注 84) 260 頁以下、山本・前掲注 84) 40 頁以下。

<sup>103</sup> 中空・前掲注 42) 37 頁。

<sup>104</sup> 浅田・前掲注 17) 391 頁。

<sup>105</sup> 二本柳・前掲注 40) 203 頁、206 頁も、事後の変更問題を「任意の中止行為によりそもそも行為時の責任が少なかったことが判明する」という説明によって」回避するとする。

<sup>106</sup> 松原・前掲注 47) 320 頁。

<sup>107</sup> 松原・前掲注 47) 318 頁以下は、裏返しの理論を①効果の裏返し②評価の裏返し③構造の裏返しの3通りに分類する。

<sup>108</sup> 「裏返しの理論」については、鈴木一永「中止意思について」早研 135 号 (2010 年) 105 頁以下 (本稿第 2 章第 1 節) において、中止意思の位置づけとの関係において簡単に検討したが、以下ではこれを詳論するものである。なお近時、「裏返し」という観点から中止犯の理論構造を探った試みとして高橋則夫ほか『理論刑法学入門』(2014 年) 145 頁以下 [仲道祐樹]。

る一つの構成要件——いわば逆の方向に向った——になぞらえることができる」<sup>109</sup>とし、「犯罪論は『どういう要件がそなわったとき、刑を科することができるか』を検討するものであるが、中止犯は『どういう要件がそなわったとき、刑を減輕または免除するか』を検討する。それはいわば『裏がえしにした犯罪論そのもの』といってもよいのである」<sup>110</sup>と述べたのが嚆矢と思われる。平野は実行行為と結果、その間の因果関係、という犯罪論の構成要件と、中止行為と防止結果、その間の因果関係、という中止犯の構造との相似性に着目し<sup>111</sup>、中止行為以後の事情に着目してこれを中止行為以前の事情と分離して検討する方向性を示した<sup>112</sup>。

平野の問題意識を受けて、「『中止』という事態を『犯罪が裏返されたもの』と捉え、犯罪論の体系と平行に中止行為を構成する視点から整理」<sup>113</sup>することを試みたのが塩見淳である。そして、「中止犯に危険を消滅させる性質を正面から認めるべき」<sup>114</sup>という問題意識に立ったうえで、中止犯論における要件と犯罪論における要件、具体的には中止行為と実行行為、中止故意と故意、任意性と期待可能性を平行な関係にあるものと捉えることで犯罪論における議論を中止犯論における要件分析に応用する手法をとる<sup>115</sup>。このような塩見の裏返し論の特徴は、中止行為を実行行為と切り離して「体系的把握の一層の徹底」<sup>116</sup>を目指す点にあり、中止犯を独自の構成要件とみるものといえよう。

塩見は、特段、特定の根拠論と結びつけて以上のような要件分析を行ったわけではなく、「中止犯の減免根拠論において一元的な刑事政策説を採用しない限り、要するに法律説にもなんらかの位置価を許容するのであれば、基本的に承認されるものと思われる」<sup>117</sup>としていた。もっとも、このような中止犯を独自の構成要件とみる手法は、実行行為と中止行為を切り離してその独自の意義を理解する手法をとることから、刑事政策説と親和性を持つといえる。

たとえば山口厚は、中止犯を「未遂犯の成立により危険にさらされた具体的被害法益を侵害の間際で救助するために、既遂の具体的危険の消滅を行為者自身に奨励すべく定められた純然たる政策的なもの」<sup>118</sup>ととらえ、犯罪論は犯罪成立に対する科刑による犯罪抑止であ

<sup>109</sup> 平野・前掲注 73) 146 頁〔初出『刑事法講座』(1952 年)〕。

<sup>110</sup> 平野龍一「中止未遂の法的性格」同『犯罪論の諸問題』(1981 年) 162 頁〔初出法時 36 卷 3 号 (1964 年)〕。

<sup>111</sup> 平野は、いわゆる中止行為と結果不発生の因果関係の要否について、条件説と相当因果関係説、定型説の対立の議論を当てはめて検討する(平野・前掲注 73) 147 頁以下)。

<sup>112</sup> 中止行為の態様の区別の議論において「わが国では中止行為といえるかという点から検討すれば足りる」とする点を捉えてこのように分析するものとして塩見淳「中止行為の構造」中山研一先生古稀祝賀 3 卷 (1997 年) 248 頁。

<sup>113</sup> 塩見・前掲注 112) 247 頁。

<sup>114</sup> 塩見・前掲注 112) 251 頁。

<sup>115</sup> 塩見・前掲注 112) 249 頁以下。

<sup>116</sup> 塩見・前掲注 112) 269 頁。

<sup>117</sup> 塩見・前掲注 112) 247 頁以下。

<sup>118</sup> 山口・前掲注 4) 279 頁以下、同『問題探究刑法総論』(1998 年) 224 頁。

るのに対して中止犯論は中止に対する刑の減免による中止促進という意味において「いわば一般の犯罪とは『逆の方向に向った』構成要件からなるもの」<sup>119</sup>と理解する。そして「このように考えると、中止犯の要件は一般の犯罪成立要件に対比して考えうることになる」として、中止行為と危険消滅との間の因果関係、故意・過失に対応する中止犯の故意としての危険消滅の認識を要件とするのである<sup>120</sup>。また、中止犯を「マイナス犯罪」として捉え、規範による行動コントロールという一般予防目的を強調しつつ、「先行する未遂犯を前提とし、刑罰目的に照らしてその可罰的評価が減弱すると考えるアプローチによるよりも、危険にさらされた被害法益を救うための特別な制度として位置づける方が、中止犯規定の独自性がより明確に捉えられる」<sup>121</sup>と述べる井田良は、「一般の犯罪について、違法と責任という2つの成立要件を考えることが、規範による法益保護という目的に照らして合理的であるのであれば、中止犯についても、違法と責任という2つの面において要件を定立することが、法益保護という目的に照らして合理的なはずである」<sup>122</sup>と述べ、違法減少要件として結果の不発生、中止行為、責任減少要件として任意性を要求する<sup>123</sup>。

さらに山口は、「このような政策的配慮は、それを法的に表現すれば、一次的には違法減少に着目する見解ということができ……褒賞・特典を与えるに値する心理状態が必要になるという観点から責任減少も考慮される」のであって、「従来の用語法に従えば、違法・責任減少説と表現することが可能である」と述べる。しかし、ここでの違法減少、責任減少、とは、従来の法律説がとっていたような、実行行為と中止行為とを全体的に評価する、あるいは相殺する、というような意味における「減少」ではない。「違法」とは「既遂の具体的危険」をいうのであり、「減少」とはその危険を消滅させることを意味する。したがって、それらは未遂の可罰性（違法・責任）を減少させるものではなく、独自の中止構成要件の「違法・責任」を基礎づけるものである。「減少」といっても、未遂犯処罰を基礎づける要素である違法・責任を減らす、という理解は存在しない。「裏返し」ないし「逆向き」という言葉は、通常は違法・責任とは、法益への働きかけ（及びその意思）の方向が逆向きであることを示し、むしろ「逆違法・逆責任」というべきものである<sup>124</sup>。和田は、従来の違法減少、責任減少という表現について「中止犯の成立要件を解釈する上でその根拠となるものではなく、むしろ、他の何らの根拠に基づいて要件解釈が為された後にそれに対して事後的なラベリングを行うものである、と理解すべき」<sup>125</sup>と指摘している。和田のように刑事政策説に

<sup>119</sup> 山口・前掲注 118) 224 頁以下。

<sup>120</sup> 山口・前掲注 118) 225 頁。

<sup>121</sup> 川端＝井田・前掲注 64) 10 頁〔井田発言〕。

<sup>122</sup> 井田良『講義刑法学・総論』（2008 年）424 頁。

<sup>123</sup> 井田・前掲注 122) 425 頁以下。同様の手法をとるものとして林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（2008 年）364 頁以下、佐伯・前掲注 5) 359 頁。

<sup>124</sup> 佐久間修ほか『刑法基本講義〔第 2 版〕』（2013 年）86 頁〔上畠一高〕。なお、構造としてのパラレル性に批判的なものとして城下裕二「中止未遂における任意性について」小暮得夫先生古稀記念（2003 年）69 頁注 52。松原・前掲注 47) 319 頁参照。

<sup>125</sup> 和田・前掲注 29) 3 頁。

依拠する立場からの「ラベリング」には、厳密には「違法・責任というラベリング」と「減少というラベリング」という2段階のラベリングをするものといえよう。

このように、刑事政策説に依拠する裏返し論は、政策レベルでの裏返しと、それに伴った要件レベルでの裏返しを行うものである。そこで裏返した要件に「違法減少・責任減少」とラベリングするかは論者によって異なる<sup>126</sup>。このような理解は、逆の方向に向っていると、未遂と中止を全体として相殺する、という理解ではなく、中止犯独自の違法・責任を満たせば（＝中止構成要件の犯罪防止効果が達成されれば）中止構成要件が充足され、中止犯の法的効果が得られる、ということの意味している。しかし、違法減少、責任減少という用語を、未遂処罰を基礎づける違法ないし責任が減少する、という意味で根拠論として用いる法律説と、そのような違法ないし責任の事後的な減少は認められない前提にたち、単に客観的要素と主観的要素が必要である、ということの要件論におけるラベリングとして用いる刑事政策説とでは、単なる用語法にとどまらない根本的な中止犯理解の相違が認められる。このような両説が同じ用語を用いることは避けるべきであるように思われる。

## 2 根拠論としての法律説と要件論の裏返し

近時は法律説において、違法責任減少説が有力化している状況にあるように思われる<sup>127</sup>。それは、中止犯の成立要件のうち、中止行為を違法減少要件、任意性を責任減少要件とし、中止犯全体として違法及び責任が減少する、という説明をしている点に、従来の違法責任減少説との相違を見出すことができ、上述の要件論としての裏返しを見出すことができる。

従来、違法減少説に対しては、物的な違法観に立つ論者から、違法性の程度は障害未遂と中止犯とでは変わらない、との批判が向けられていた<sup>128</sup>。一方で、そのような物的な違法観に立つ論者が採用した責任減少説に対しては、中止行為の位置づけが不明である<sup>129</sup>、とか中止犯が未遂に限られる理由が説明できない<sup>130</sup>、などと批判がなされてきた<sup>131</sup>。これに対して責任減少説からは、中止犯も未遂犯の一種であるから、などと反論がなされるのが一般的である<sup>132</sup>。

もっとも責任減少説においても、中止行為が危険を減少させる行為であることは認められ<sup>133</sup>、これを違法減少と呼ぶことは可能であろう。何らの違法減少もない行為について責任

<sup>126</sup> たとえば、佐久間ほか・前掲注 124) 85 頁以下〔上掲〕は、奨励説に立ちつつ要件レベルでの裏返しを行うが、それらを違法減少、責任減少というラベリングによって説明しない。

<sup>127</sup> 松原・前掲注 47) 320 頁以下、只木・前掲注 42) 27 頁以下。

<sup>128</sup> たとえば、曾根・前掲注 24) 227 頁。

<sup>129</sup> 金澤・前掲注 13) 89 頁。

<sup>130</sup> 高橋・前掲注 11) 396 頁。

<sup>131</sup> 責任減少説から、結果が発生した場合にも中止犯の成立を認めるものとして香川達夫『刑法講義〔総論〕〔第3版〕』（1995年）315頁。

<sup>132</sup> 曾根・前掲注 28) 282 頁。

<sup>133</sup> 曾根威彦『刑事違法論の研究』（1997年）248頁注10。

減少を問うことはできないというべきであるから<sup>134</sup>、それ自体は当然の前提というべきである。責任減少説は、そのような危険減少ないし違法減少は、障害未遂の場合でも障害によって生じるため、障害未遂と中止犯の違法性の量は変わらない、したがって障害未遂と中止犯の差を説明するための根拠となるのは責任の違いでしかない、といているだけである<sup>135</sup>。

したがって、中止犯の成立要件を考える上では、中止行為を危険減少行為として違法減少要素として位置付け、任意性を責任減少要素として位置付けることは可能である。またそのように要件論としての裏返しとして、中止犯の要件に犯罪論の知見を導入することで、中止犯の成立要件の明確化に資することにもなる<sup>136</sup>。

### 3 小括

このように裏返しの要件論という考え方は、刑事政策説を背景として登場した<sup>137</sup>。刑事政策説に対しては従来、成否の基準が導けない<sup>138</sup>、あるいは減輕と免除の区別が出てこない<sup>139</sup>という批判がなされてきた。これに対し、近時の裏返し要件論は、「犯罪の抑止」あるいは「行為規範による行動コントロール」という規定の目的に一般の犯罪と中止犯の共通点を見出し、犯罪構成要件論を裏返すという形で要件論を構成してきた<sup>140</sup>。また、近時では、予防目的と予防手段に対する制限的観点という複数の観点を組み合わせることにより、中止犯の成立要件を導こうという試みもなされている<sup>141</sup>。これに対しては、刑事政策説に立ちつつ未遂犯の違法性、責任との関係で実質的に論じられている場合があるのではないかという疑問も提起されているが<sup>142</sup>、刑事政策説から要件論を導くことは不可能とはいえないであろう<sup>143</sup>。

---

<sup>134</sup> 金澤・前掲注 13) 89 頁。したがって、責任減少説が、いわゆる中止行為と結果不発生のみならず、危険減少との因果関係も不要と解することができるかは、さらに検討が必要である。

<sup>135</sup> 曾根・前掲注 133) 246 頁以下。

<sup>136</sup> 松原・前掲注 47) 318 頁以下、仲道・前掲注 108) 146 頁。

<sup>137</sup> 只木・前掲注 42) 36 頁注 2。

<sup>138</sup> 中空・前掲注 42) 34 頁以下、金澤・前掲注 13) 87 頁。

<sup>139</sup> 曾根・前掲注 28) 276 頁以下。

<sup>140</sup> 只木・前掲注 42) 36 頁注 2

<sup>141</sup> 和田・前掲注 29) 284 頁以下は「予防政策説」と称する。ここでは「刑の減免による予防はあくまで二次的な政策である、という理解」から制限的観点が導かれているが、なぜ「刑法における予防は刑罰によってなされるが原則であり……減免による予防は、例外的なものであるべき」(同・286 頁、小林・前掲注 7) 135 頁も同旨) なのかは明らかではなく、結論の先取りの疑いがある。

<sup>142</sup> 金澤真理「未遂の理論構造と中止未遂」『理論刑法学の探究④』(2011 年) 93 頁、未遂の処罰根拠としての危険を消滅させることを要求すると、結局違法性の事後変更をしているのと変わらない、という批判をする城下・前掲注 124) 52 頁。

<sup>143</sup> また、減免の区別について小林・前掲注 7) 137 頁は、刑事政策説の立場から「刑の減免が刑そのものとパラレルなはたらきを与えられていることにかんがみ、通常の量刑判断を中止犯にもパラレルにあてはめていけば足りる」と述べる。

刑事政策説の、根拠論としてのより大きな問題は、未遂犯という犯罪と切り離し、中止犯を独自の政策規定として捉える点にある<sup>144</sup>。刑事政策説の根底には、通常の犯罪規定とパラレルな一般的な犯罪予防目的という意味での刑事政策を超えて<sup>145</sup>、中止の場面における結果発生抑止の奨励という特殊な目的のために刑の減免は投入され、未遂犯としての当罰性を「犠牲」<sup>146</sup>にして中止による法益保護を実現する、という理解がある<sup>147</sup>。しかし、中止の奨励に用いられる手段は、あくまで当該未遂犯の処罰の軽減である。通説によれば、中止犯の効果は、当該未遂犯と本来の一罪関係にある範囲まで及び、科刑上一罪、あるいは併合罪の犯罪には及ばない<sup>148</sup>。奨励効果を重視するのであれば、当該未遂犯より後になされた併合罪となる犯罪は除くとしても、牽連犯関係になるものや、当該未遂犯より前になされた併合罪となる犯罪にも中止犯の法的効果を及ぼすことも考えられるはずである<sup>149</sup>。しかし立法者は、中止犯を未遂犯の一種として定め、法的効果を当該未遂犯の刑の減免にとどめている。また一般に、中止犯が成立しない場合であっても、救護措置等をとった場合には量刑上有利に考慮されることが認められている<sup>150</sup>。当該法益への侵害を未遂の段階に自ら食い止める行為が、未遂犯としての当罰性に影響を与えない、ということは考え難い<sup>151</sup>。

他方で、刑事政策説に基づいた裏返しの要件論という思考方法が、中止行為自体の客観的性質に着目したことは、中止犯の根拠を未遂犯としての当罰性の低下に求める見解にとっても有益な視点を提供する。上述したように、中止行為の危険消滅行為としての性格に着目

---

<sup>144</sup> 金澤・前掲注 142) 73 頁以下は、刑事政策説について、「中止未遂の規定がなければ、未遂の一般理論から中止未遂の特別な取扱いが認められないとの理解を出発点として、中止未遂という特別な類型の根拠を端的に刑法 43 条但書に求める主張」であり、「中止未遂の特別な効果を未遂犯の違法性、責任とは無関係な一身的な刑の減軽・(裁量的) 免除事由と位置づける」見解であり、「犯罪成立要件に即したその正当化の論拠を議論の外に置いているもの」する理解を示す。

<sup>145</sup> 小林・前掲注 7) 131 頁は、「政策説は刑の減免のはたらきを刑そのもののはたらきとパラレルに理解しようとするものであり、刑法理論全体に最もよく整合する」と評価するが、刑(の減免)による犯罪予防のために犯罪規定も中止犯規定もある、という点ではおそらくすべての論者が一致しており、それでは「何も言っていないのに等しい」(佐伯・前掲注 5) 355 頁) ことになろう。刑事政策説の問題は、刑(の減免)の目的を奨励のみに特化することにある。

<sup>146</sup> 和田・前掲注 29) 7 頁以下。

<sup>147</sup> 松原・前掲注 47) 320 頁。

<sup>148</sup> 鈴木・前掲注 40) 780 頁以下参照。

<sup>149</sup> あるいは、刑の減免とは全く関係ない、賞金を与えるなどということも考えられるかもしれない。松原・前掲注 47) 319 頁。なお、刑罰の正当化根拠論における抑止刑論に対しては、なぜ犯罪に対する抑止手段が刑罰でなければいけないのか、という疑問が向けられる(中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察(4・完)」立命 344 号(2012 年) 183 頁)。刑事政策説は抑止刑論の「裏返し」であると考えられるところ、抑止刑論に対する疑問も裏返されて刑事政策説に対する疑問になるといえる。

<sup>150</sup> 大阪刑事実務研究会『量刑実務体系 5 巻』(2013 年) 86 頁以下〔西田眞基＝小倉哲浩＝中川綾子〕

<sup>151</sup> 西田・前掲注 43) 314 頁。

することが刑事政策説に必ずしも結びつくわけではない。刑事政策説の観点からは、中止による消滅が奨励される対象として既遂結果惹起の危険に着目する一方で<sup>152</sup>、中止が未遂の処罰根拠を止揚することで当罰性（ないしはその反映としての要罰性）が軽減される、という観点からは、未遂の処罰根拠である危険を既遂に至らせなかったこと自体を評価することが必要となるからである。従来、責任減少説に対しては、中止行為の意義を説明できない、という批判が向けられてきたが、前述したように責任減少説もそれを根拠論としての「違法減少」と評価しないだけで、中止行為の危険減少としての性質は当然前提とし、だからこそ中止犯は未遂の枠内にあるともいうこともできる<sup>153</sup>。このようにして、要件論としての裏返しは刑事政策説に結びつくわけではなく、中止犯の根拠を未遂犯の要罰性の低下に求める立場からもとることができる<sup>154</sup>。

### 第3款 違法・責任評価の事後的変更に対する対応

違法・責任評価は事後的に変更されない、という法律説に対して向けられた批判に対して、前節で検討した見解のように中止犯を特殊な政策規定とみる刑事政策説に依拠するのではなく、なお未遂犯との関連で理解しつつ、同批判を乗り越えようとする試みもなされている。

そのような見解は大別して3通りに分けられる。一つ目は、責任の概念を再構成することで事後的な評価の変更を認めたり、構成要件該当性、違法性、責任という従来の犯罪論体系に第4のカテゴリを付け加え、中止犯をそこで処理することによって、犯罪論内に刑事政策的な考慮を織り込んだりする立場である。二つ目は、中止犯における違法・責任評価における全体的考察方法を主張し、それは違法・責任の事後的変更ではない、とする立場である。三つ目は、中止犯の根拠論において減少する、とされている違法や責任は、犯罪論における違法、責任とは異なる中止犯固有のものであることを正面から認める立場である。

#### 1 刑事政策的考慮を犯罪論内で考慮する立場

山中は、規範適合的意思決定可能性という意味での非難可能性に加えて、刑罰目的や刑事政策的考慮によって根拠づけられる処罰の必要性を考慮した「可罰的責任」論を採用する<sup>155</sup>。その上で、中止行為は「先行の結果実現を目指す行為に対する責任を清算する試み」であり、「処罰の必要性を考慮する可罰的責任にとっては、未遂結果惹起責任は、具体的危険結果惹起責任と、それを清算する結果回避による責任清算の和からなる」として、中止犯の根拠論として「全体としての未遂結果に対する責任が軽減される」可罰的責任減少説を主張する<sup>156</sup>。

<sup>152</sup> 山口・前掲注4) 280頁。

<sup>153</sup> 曾根・前掲注133) 246頁以下参照。

<sup>154</sup> 松原・前掲注47) 321頁は「裏返し理論が指摘した分析的思考と、伝統的な法律説に内在していた総合的思考は、いずれも中止犯の検討にとって不可欠である」と指摘する。

<sup>155</sup> 山中敬一「可罰的責任論について」西原春夫先生古稀祝賀第2巻（1998年）137頁以下、特に164頁以下。同『刑法総論〔第3版〕』（2015年）676頁以下参照。

<sup>156</sup> 山中・前掲注3) 70頁以下、山中・前掲注155)『総論』806頁以下。

山中も、特に結果無価値論の立場からは中止行為によって違法性が変わらないという理解に立つ<sup>157</sup>。責任についても、実行行為の時点における規範適合的意思決定可能性の意味における非難可能性（行為責任）が減少する、としているわけではない。実行行為と中止行為を含めた全体的行為が可罰的責任評価の対象となり、行為責任が事後行為による責任清算により減じられるという差し引き計算を行うことで<sup>158</sup>、差し引き計算後の中止犯の可罰的責任は、実行行為時の行為責任のみを対象とする障害未遂の可罰的責任より少ない<sup>159</sup>、という静的な比較を「減少」と表現しているのである。したがって、山中も従来の法律説に向けられた事後的な評価の変更は認められないという批判の妥当性を認めた上で、通説が犯罪論外で考慮する予防等の政策的考慮を犯罪論内で論じるものである<sup>160</sup>。ここで処罰の必要性の減少の根拠は「いったん逸脱した法秩序に再び帰還したのであって、法秩序の動揺を自ら収束させたこと」<sup>161</sup>により責任清算がなされ、制裁による犯罪の事後処理を行うよりも制裁に恩恵を与えることが刑事政策的に社会システムの安定化につながることに<sup>162</sup>、「刑罰目的に内在する……刑法の補充性または謙抑性の原理」から処罰の必要性が減少、消滅することに求められている<sup>163</sup>。

ドイツにおいて同様の見解を示すのはロクシンである。ロクシンは、周知のように刑事政策的考慮が「責任」概念には必要であるとして、他行為可能性に加えて刑罰的観点の下で制裁が必要かを問う「答責性」概念を用いる<sup>164</sup>。この答責性は、行為者の責任及び、刑罰的威嚇による予防上の必要性からなる<sup>165</sup>。ロクシンは、中止犯の不処罰根拠を、中止者自身が未遂の危険性を排除し、法動揺的な印象を解消することで一般人に悪例を与えなかったことから一般予防的観点からの処罰の必要性は存在せず、また中止することによって合法性へと帰還しており特別予防的観点からも処罰の必要性が存在しないことに求める（修正）刑罰

<sup>157</sup> 山中・前掲注 3) 65 頁。

<sup>158</sup> 山中・前掲注 3) 66 頁以下。

<sup>159</sup> 山中・前掲注 3) 70 頁。

<sup>160</sup> したがって、事後的変更問題を提起する立場と山中の違いは、いわゆる「責任と予防」における立場の違いに帰せられるものであり、中止犯固有の問題ではない。もちろん、「責任と予防」の議論は本稿の射程を大きく超えるものであるので、その適否をここで論じることはしない。

<sup>161</sup> 山中・前掲注 155 「可罰的責任論」 169 頁以下。

<sup>162</sup> 山中・前掲注 155 『総論』 806 頁。

<sup>163</sup> 山中・前掲注 3) 25 頁。なお、刑罰目的に関して理解の相違が存在する点で、後述するロクシンの答責性阻却説と可罰的責任減少説は異なる、とする。

<sup>164</sup> ロクシンの答責性概念については、*Claus Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliches Systemkategorien*, *Festschrift für Henkel*, 1974, S. 171ff. (邦訳として C. ロクシン (宮澤浩一監訳) 『刑法における責任と予防』 (1984 年) 71 頁以下 [高橋則夫訳])、*Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 4. Aufl.*, 2006, § 19。またこれを検討するものとしてたとえば、浅田和茂「責任と答責性」平場安治博士還暦祝賀 (1977 年) 272 頁以下。

<sup>165</sup> *Roxin*, a. a. O (Anm. 164), § 19, Rn. 3。



目的説<sup>166</sup>を主張する。このような予防的考慮は答責性に位置づけられ、中止犯を答責性阻却事由とするのである<sup>167</sup>。

このような責任概念の再構成という手法によらず、従来の責任概念は維持しつつ、予防目的を考慮する新たなカテゴリを設ける見解も存在する。たとえば伊東研祐は、構成要件該当性、違法性、有責性という行為時を基準時とした回顧的な否定的判断・非難を志向する要素と異なり、犯罪行為後の行為者の行為に依存する事情（量刑事情）を軽減方向にのみ処罰の要否、程度に影響を与える積極的特別予防上の必要性を、第4の犯罪構成要素として措定する<sup>168</sup>。そして中止犯を「積極的特別予防上、即ち、一身専属的に、行為者の処罰の必要性が減じる又は喪失すると法ないし立法者が看做している・（反証を許さず）推定しているものと捉えるべき」<sup>169</sup>とする<sup>170</sup>。積極的特別予防の必要性とは、「犯罪的行為の実行によって行為者自らがその規範（遵守）意識や事人的生活形態に問題性のあること・矯正の必要のあることを顕在化した」ことによって生じ、その実質は「被処遇者の規範（遵守）意識、少なくとも、処遇後の事人的生活形態を一般市民のそれに近づけること、（被処遇者における）行為価値の回復・促進」である<sup>171</sup>。中止犯の場合には、犯罪の任意な中止という犯罪行為後の行為者の事情によって「規範適合的（ないしは規範非敵対的）生活態度への復帰徴表を考慮・評価」<sup>172</sup>した結果、「積極的特別予防上の処罰の必要性の著しい低減もしくは消失近似状態」<sup>173</sup>が生じているといえ、刑が必要的に減免されることになる、というのである。

また高橋則夫は、違法と責任の範疇に属さないが、「政策的判断がどうしても必要な場合」に用いられる「可罰性」減少事由<sup>174</sup>に中止犯を位置づける。中止犯は、実害発生を防止するという純粋に政策的理由に基づいて<sup>175</sup>、「実行行為によって惹起された具体的危険（危険の進展）を消滅させるという、（実行行為の違法性とは関係しない）違法性関連的な可罰性が

---

<sup>166</sup> *Claus Roxin, Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch*, Festschrift für Heiniz, 1972, S. 251f.; *ders*, a. a. O (Anm. 48), § 30, Rn. 6f.

<sup>167</sup> *Roxin*, a. a. O (Anm. 48), § 30, Rn. 29.

<sup>168</sup> 伊東研祐「責任非難と積極的一般予防・特別予防」福田平博士・大塚仁博士古稀祝賀（上）（1993年）316頁以下。

<sup>169</sup> 伊東・前掲注98）275頁。

<sup>170</sup> なお、伊東研祐『『自首』の法的性格と要件に関する犯罪体系論の一考察』能勢弘文先生追悼論集（2003年）412頁以下は、自首（刑法42条）の法的性格についても中止犯と同様に積極的特別予防上の必要性というカテゴリで解決されるとしている。

<sup>171</sup> 伊東・前掲注168）313頁。

<sup>172</sup> 伊東・前掲注98）275頁。

<sup>173</sup> 伊東・前掲注98）279頁。

<sup>174</sup> 高橋・前掲注11）63頁、372頁。

<sup>175</sup> 高橋・前掲注11）372頁。

減少することになる」<sup>176</sup>というのである<sup>177,178</sup>。

これらの見解は、未遂の違法性と（行為責任という意味での）責任は中止行為によって変更されないことを認めている点で<sup>179</sup>、未遂犯の違法・責任は事後的に変更しないという立場と理解を同じくしている。その上でこれらの見解は、違法性ないし責任に依拠せず、予防の考慮に基づく処罰の必要性の減少（日本）ないし消滅（ドイツ）、そして可罰性の減少に中止犯の根拠を求めた上で、その体系的な位置づけの問題としても違法性ないし責任とは異なるカテゴリで論じるものである<sup>180</sup>。

## 2 全体的考察

金澤真理は、実行行為と中止行為とを統一的な評価に付する「全体的考察法」を導入することによって、根拠論として違法・責任減少説を主張する。金澤によれば、「実行行為による未遂犯としての処罰の基礎づけは、それ自体として確定したものであり、これは事後的に否定されるものではない」が、自己の意思によって結果発生阻止行為を行うことで「行為の修正」として実行行為と中止行為が結び付けられ全体として一つのものとして評価される。このような中止犯における類型的な違法減少及び責任減少が刑の必要的減免を基礎づけるのである<sup>181</sup>。何らかの外部的障害によって未遂に終わったような場合はもちろん、結果防止行為を行っていてもそれが任意になされなかった場合には、自己の意思による結果防止行

---

<sup>176</sup> 高橋・前掲注 11) 397 頁。

<sup>177</sup> かつて高橋は、違法関連的な可罰性の減少について、損害回復を用いて説明していた。すなわち、中止犯の法的性格は「未遂によって生じた損害（危殆化結果）を回復（除去）することによって、具体的な被害者を保護すること」にあり、「刑事政策説を具体的な被害者保護の観点から新たに構成したもの」であると述べる（高橋則夫『刑法における損害回復の思想』（1997年）20頁）。さらに「（行為時の違法性とは関係しない）違法性関連的な要素（行為無価値・結果無価値の事後的廃棄による可罰性減少）を内包する刑事政策説」である、とも述べている（同・25頁注52）。もっとも、この見解が、中止犯と並んで事後的な回復行為として自首、偽証・虚偽告訴自白、身代金目的拐取解放減輕等を挙げている点は、事後回復が未遂犯に限られている中止犯の性質を捉える点で不十分であるようにも思われる。もっともこの点は、その他の刑事政策説とも共通する問題点である。

<sup>178</sup> また、「犯罪行為の実体形成とかかわりを持つ構成要件該当の『結果』発生を未然に阻止した」ことによる「実体関係的事由」としての刑罰減少・消滅事由とするのは莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』（1996年）430頁である。

<sup>179</sup> Harro Otto, Grundkurs Strafrecht; allgemeine Strafrechtslehre, 7Aufl., 2004, 19/5; Eser, a. a. O (Anm. 30), Rn. 4; Cristian Kühn, Strafrecht allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 16, Rn. 8,

<sup>180</sup> したがって、ロクシンのように答責性といわずとも、予防的に理解された責任概念を採用する論者からは、たとえば「刑法的に重要な責任が欠ける」

（Rudolphi, a. a. O (Anm. 37), § 24, Rn. 6.）とされたり、「量刑に近い答責性阻却」（Björn Burkhard, Der “Rücktritt” als Rechtsfolgebestimmung, 1975, S. 121）とされたりする。

<sup>181</sup> 以上の金澤の見解の概観について、金澤真理「中止未遂とその法的性格」刑法 41 卷 3 号（2002年）37頁、金澤・前掲注 13) 91頁以下、金澤・前掲注 142) 73頁以下。

為という「実行行為の修正である中止行為の法的意味付けの基盤」が存在しないため、(類型的な)違法減少が生ぜず、障害未遂となる<sup>182</sup>。

このような全体的考察方法は、「類型的な」違法・責任減少と説明することによって、因果的な危険判断に基づく批判を免れるものといえよう<sup>183</sup>。すなわち、実行の着手によって生じた危険は、未遂に終わった場合には障害未遂であるにせよ、中止犯であるにせよ、最終的に消滅している。さらに、たとえば被害者を毒殺しようとして毒を飲ませたが、思い直して解毒薬を飲ませた、という中止犯の場合と、被害者を毒殺しようとして毒を飲ませて放置しておいたが、偶然通りかかった医者が解毒薬を飲ませた、という障害未遂の場合を比較すると、行為者が解毒薬を飲ませた時点と医者が解毒薬を飲ませた時点が同じであれば、毒を飲ませることによって生じた危険が解毒薬によって減少し、最終的に消滅する過程はどちらの場合も因果的には同じであり、その意味で違法の量は同じである。従来の責任減少説が違法減少説に向けていた批判はこのような理解に基づいていた。

違法・責任評価の事後的変更は生じないという批判に対して金澤は、全体的考察方法は実行行為とその後の中止行為とを一体として評価対象とするもので、「違法な実行行為」の後に「適法な中止行為」が行われることによって後者が前者の評価(違法性、責任)に遡って影響を与えるという論法ではないため、批判を免れているとする<sup>184</sup>。すなわち、この批判を「実行行為の評価である違法性・責任が事後的に変更されることはない」と捉えた上で、未遂犯の評価は実行行為の評価だけでは「確定」せず、後に障害未遂に至るか、中止犯に至るか、ということが決して初めて「確定」するものであるから、未遂としての最後の段階まで評価の対象を広げて、すなわち中止犯の場合には中止行為まで評価に含めて未遂犯としての一個の評価が決するとしているのであって事後的変更ではない、と説明するのである<sup>185</sup>。換言すれば、実行の着手があった時点で確定するのは、障害未遂と中止犯を包含する「未遂犯」であり、その後の事情を見なければその未遂犯が障害未遂であるか中止犯であるかは決まらない、とすることになる。

未遂とは「未だ遂げざる」状態にあるのであって、障害未遂と中止犯とを含む概念である。「未だ遂げざる状態」から、結果が発生するか(既遂)、結果が発生しないか(未遂、正確には、行為者に帰属可能な結果がもう発生し得ない状態)といういずれかの状態に確定することで犯罪は終了する<sup>186</sup>。その意味では、中止行為は、まだ犯罪が終了していない時点で行われる。障害未遂の場合も、犯罪が終了するまでに刻々と変化する法益に関する事情は、違

<sup>182</sup> 金澤・前掲注 181) 37 頁以下。

<sup>183</sup> これに対して、中空・前掲注 42) 36 頁は、このような結果不発生の確実性の差という意味における類型的な危険性の差では違法減少は基礎づけられないとする。

<sup>184</sup> 金澤・前掲注 142) 75 頁。

<sup>185</sup> 松原・前掲注 47) 320 頁は、「実行の着手後、法益侵害の発生前の『浮動状態』と表現する。なお、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上巻(2014年)753頁以下は、同様の思考を一部の既遂犯にも及ぼすことができることを主張する。

<sup>186</sup> 山中・前掲注 3) 63 頁以下。

法関連の事情として考慮される<sup>187</sup>。そうであるならば、法益の状態に変化を及ぼす行為である中止行為を未遂犯の「量」を決める要素として取り込むことは、未遂の概念上当然に予定されている。その意味で全体的考察方法の基本思想は正当である。

しばしば全体的考察方法に対しては、実行行為と中止行為を一体評価してはじめて未遂犯としての評価が決まるとすると、中止行為を行うまで未遂犯としての違法ないし責任が決定されないことになる、と批判される<sup>188</sup>。しかしそれは、未遂犯の場合に、結果が発生するかどうかわかるまでは未遂犯の違法・責任が決まらない、とは言われぬと同様である。結果の発生・不発生いずれもが行為者に帰属する可能性がある限りは未遂か既遂か最終的に決定されぬと同様、中止行為を行うことによって中止犯の成立が肯定されうる時点までは中止犯成立の可能性は残っているのであって、その時点まで未遂犯としての可罰性が確定しないことはむしろ当然である。

このような実行行為と中止行為を一体的に評価するという思考方法は、ドイツにおいて根拠論として判例や学説の多数説によって支持される刑罰目的説も同様にとっている。BGHは1956年2月28日決定において、「行為者が行われた未遂を任意に止めたのであれば、それは行為者の犯罪的意思が所為を完遂するために必要であるほど強くはなかったであろうということを示している。未遂において明らかとなった行為者の危険性は、本来的にわずかであったといえる。このような理由から法は『未遂それ自体』に罰を加えることを止めている。というのも、刑罰は、未来における行為者に対して予防するためにも、他者を威嚇して止めさせるためにも、侵害された法秩序を再び回復させるためにも、もはや必要ないと考えられるからである」<sup>189</sup>と述べた。このBGHの見解は、もともと犯罪的意思が強くなかったことを中止が示す、という構成をとるために徴表説とも呼ばれている。BGHがこのように特別予防の必要性が欠ける点について徴表的構成をとる点について、任意の中止のような稀有な事情が行為者の将来的な法忠誠的態度を徴表するというのは「非常に大胆な刑事学的予測」<sup>190</sup>である、また中止はしばしば偶然の事情によって引き起こされるものであって、また十分に強固な意思がその偶然な事情によって打ち砕かれることもあるのだから、中止があったからといって行為者の犯罪的意思が必ずしも弱いものであったとはいえない、という批判にさらされる<sup>191</sup>。この点について、刑罰目的説<sup>192</sup>の有力な支持者であるロクシンは、

<sup>187</sup> 高橋・前掲注11) 397頁、和田俊憲「未遂犯」法時81巻6号(2009年)34頁参照。

<sup>188</sup> たとえば、岡本・前掲注65) 290頁。

<sup>189</sup> BGHSt9, 48, 52f.

<sup>190</sup> *Dietrich Lang-Hinrichsen*, Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, in FS für Karl Engisch, 1969, S. 370. また、*Rolf Dietrich Herzberg*, Zum Grundgedanken des § 24 StGB, NSTz1989, S. 56 は「単なる願望か根拠のない憶測」であるとする。さらに *Weinhold*, a. a. O. (Anm. 53), S. 18f; *Hans-Walter Mayer*, Privilegierungswürdigkeit passiven Rücktrittsverhaltens bei modeler Tatortsetzungsmöglichkeit, 1986, S. 35.

<sup>191</sup> *Ulsenheimer*, a. a. O. (Anm. 50), S. 85; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 37), § 51 I 4. 同旨、町田・前掲注10) 25頁以下。

<sup>192</sup> 刑罰目的説は、論者の刑罰目的の理解によってその内容が異なることになる。BGHは消

任意の中止をなした者は、その現実の所為において合法性へ帰還することで特別予防の必要性を生じさせなかったものであり、それは犯罪を犯す危険があるがまだしていない他の人間に対して特別予防の必要性が認められないのと同じである、という修正を加えた<sup>193</sup>。また一般予防の必要性が存在しなかったことについて、未遂の基本的な処罰根拠である法益侵害の危険性<sup>194</sup>を中止行為者自身が排除しており、また不能未遂の処罰根拠である法動搖的印象<sup>195</sup>も任意の中止によって消滅すること、そうして一般人に悪例を与えなかったことによって基礎づけられる<sup>196</sup>。

ロクシンによって修正された形での刑罰目的説は、未遂と中止を一体的に捉えるという全体的考察の方法論に立って<sup>197</sup>、未遂自体の要罰性の低下とそれに伴う刑罰目的の消滅を導くことによって中止犯の効果の根拠を説明する。近時、わが国でも刑罰目的説が有力に主張されるようになってきているが<sup>198</sup>、このような未遂と中止の全体的考察による未遂犯自体の要罰性の低下、という思考方法は、わが国においては従来 of 法律説がこれまで主張してきたものと重なる<sup>199</sup>。犯罪論と刑罰目的論の関係を考えるとそれも理解できるように思われる。犯罪、すなわち構成要件に該当する違法で有責な行為に対して刑罰は科される。その刑罰を科す理由を明らかにするのが刑罰目的論である。すなわち、違法で有責な行為がなされたことにより、刑罰目的が生じ、刑罰が科されるのである。それとパラレルに考えると、法

---

極的一般予防、積極的一般予防、特別予防の内容を含んでいるし（このように複数の刑罰目的は、特に消極的一般予防と特別予防の関係に見られるように二律背反の関係にあることもあり、予防目的間の関係を整序する必要性を指摘するものとして *Schäfer*, a. a. O (Anm. 34), S. 38f)、積極的一般予防に特化した「一般予防の衣をまとった刑罰目的説」をとるものとして *Mattias Bergmann*, Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?, ZStW100, 1988, 334f があり、特別予防に特化した「実証モデル」を展開するものとして *Walter*, a. a. O (Anm. 40), S. 23.

<sup>193</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 48), § 30, Rn. 6, *ders*, FS-Heinitz, S270.

<sup>194</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 164), § 29, Rn. 10f.

<sup>195</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 48), § 29, Rn. 17.

<sup>196</sup> *Roxin*, a. a. O (Anm. 48), § 30, Rn. 7.

<sup>197</sup> *Roxin*, a. a. O (Anm. 48) § 30, Rn. 29; *Rene Bloy*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, S. 168f;

*Lilie/Arbrecht*, a. a. O (Anm. 45), § 24, Rn. 21; *Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch, 2. Aufl., 1984, § 11, Rn. 69. この点については金澤・前掲注 28) 77 頁以下。

<sup>198</sup> 藤木=板倉編・前掲注 30) 107 頁 [齊藤誠二]、印象説の立場から、積極的一般予防を重視した刑罰目的説として齋藤信治『刑法総論 [第 6 版]』226 頁。松原・前掲注 40) 319 頁以下、「行為者については、実行の着手の時点では鈍磨しているようにみえた『法益尊重意識』が、その後任意の中止行為に出たことにより、実はそれほど鈍磨していなかったことが明らかになるという限度で、また、一般人の『法益尊重意識』に対して、任意の中止行為者が必ずしも悪影響を与えないといえる限度で、刑罰を科すまでもなく予防目的が達成され、その程度に応じて、中止行為者の刑が減免される」と述べるのは二本柳・前掲注 33) 203 頁。

<sup>199</sup> 山口・前掲注 118) 220 頁以下参照。

律説とは、中止犯の場合には、違法性ないし有責性が減少することにより、刑罰目的を生じさせる未遂そのものの当罰性が低下し、反射的に刑罰目的上の処罰の必要性も低下する、という内容を持つものといえる<sup>200</sup>。

金澤は、以上のような刑罰目的説に示唆を得つつ、刑罰目的説の論理が中止犯にとどまらず妥当するものであることから、中止犯において刑罰目的、すなわち予防の必要性が消滅する根拠の実体をさらに明らかにすべきことを指摘して<sup>201</sup>違法責任減少説を主張する。もっとも刑罰目的説が当罰性を欠落させるとする根拠は、わが国の法律説の違法減少、責任減少の根拠と重なるものである。たとえば、刑罰目的説における一般予防の必要性の低下は、未遂の危険性<sup>202</sup>ないし法動揺的印象の除去<sup>203</sup>によって基礎づけられている。これは未遂犯の処罰根拠の除去を根拠とする点で<sup>204</sup>、実行の着手により生じた危険を除去したことにより違法が減少する、というわが国の違法減少説の主張と重なる。また、特別予防の必要性の減少は、自ら合法性へ帰還したことによって基礎づけられるが、これは違法減少説から合規範的意思の表動により違法性が低下する、とされ、責任減少説から、規範適合的態度を示したことにより非難可能性が低下する、とされていた主張と重なるのである<sup>205</sup>。

わが国の法律説における違法ないし責任減少を基礎づける内容が、刑罰目的説において刑罰目的の減少を基礎づける内容となる理由は、ドイツでは実行行為に対する違法・責任評価の不変性を前提に、全体的考察という思考方法によって低下するのは、未遂より生じた要罰性である、としたのに対し、前述したようにわが国の法律説は違法評価ないし責任評価をある意味緩やかに捉え、実行行為後の事情である中止行為を取り込んで行っていたことによると考えられる。金澤はこの点、未遂の論理構造を検討し、未遂における危険は実行行為に対する評価として固定されるものではなく、中止行為も含めて行われるべきという認識を明確にして、違法・責任減少説を主張しているのである<sup>206</sup>。

<sup>200</sup> 木村光江は「刑罰目的説の考え方は、……わが国においても援用しうる考え方」であり「違法減少説や責任減少説と結びつけることも可能である」とし（木村・前掲注14）6頁）、川端＝井田・前掲注64）8頁〔井田発言〕は「わが国の法律説ともダイレクトに結びつき得る」と述べる。松原・前掲注47）319頁以下は刑罰目的説をとりつつ「要罰性の低下も犯罪論の内部に位置づけることが望ましい」として違法責任減少を認める。小林・前掲注7）131頁以下も参照。

<sup>201</sup> 金澤・前掲注13）80頁以下、島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第3版〕』（2014年）233頁〔小林〕。

<sup>202</sup> *Roxin*, a. a. O (Anm. 48), § 30, Rn. 7.

<sup>203</sup> *Roxin*, a. a. O (Anm. 48), § 30, Rn. 7, *Matthias Bergmann*, Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch?, ZStW100, 1988, S. 335.

<sup>204</sup> *Lilie/Arbrecht*, a. a. O (Anm. 45), § 24, Rn. 21.

<sup>205</sup> すでに平野・前掲注73）144頁が「法律説からは、政策的効果を、その反射的效果として包摂することができる。違法消滅説は一般予防、および特別予防の、責任消滅説は特別予防の。」と指摘していた。

<sup>206</sup> したがって、金澤の全体的考察方法に基づく違法責任減少説とは、内容として特に新しい主張を展開しているわけではなく、従来の法律説が不明確にしつつ暗黙のうちに採用していた「全体的考察方法」を明示したものと評価できる。

もっとも、実行の着手の時点においてはいったん、障害未遂として十分な可罰性が生じたのであり、犯罪の成立は確定したものと考えられている。中止行為と任意性は、実行行為によって生じさせた犯罪性を否定する方向の要素である。ただし、わが国における中止犯は無罪とならない以上、犯罪の成立を否定することはできない。しかし全体的考察方法をとることによって、実行行為と中止行為全体に対する一つの評価として出された違法・責任評価が、実行行為だけを評価対象とした場合における違法・責任評価よりも減少したものと理解するとすれば、それは可罰的なものと評価できるか疑問が生じるようにも思われる。金澤は、実行の着手という一線を越えていることにより「未遂犯としての成否を左右するものではない」<sup>207</sup>とされるが、確定している未遂犯成立という評価と、全体的考察を経た全体としての（中止）未遂犯の評価との関係がなお明らかではないのではないだろうか。全体的考察方法は、犯罪成立のための必要条件である犯罪論の範囲内で論じようとしている点で、問題が生じているように思われる。

### 3 中止犯固有の違法・責任

これに対して、中止犯の根拠論における違法減少、責任減少の「違法」「責任」が犯罪論のものとは異なる中止犯固有なものであることを正面から認める見解として岡本勝の見解が挙げられる。

岡本は、「中止未遂において論じられるべき違法及び責任は、犯罪論体系において通常確定されるべき違法及び責任とはその本質を異にする」ものであって「先行する未遂と自己の意思による中止行為とを総合評価することによって得られる、中止未遂特有の違法及び責任である」とする。その根拠は、43条但し書が「事後の中止行為の発生を考慮して全体的に『中止未遂』の成否を論定することを要求しているものと解すべき」だから、という点に求められている<sup>208</sup>。そして、中止犯固有の違法減少とは「先行する未遂が包蔵する既遂実現の可能性を、事後的な任意の中止行為によって既遂結果として実現させなかった点」にあり、中止犯固有の責任減少とは「先行未遂を導いた犯罪結果実現の意思を自己の意思により（任意に）放棄し、結果実現を自発的に断念した意思」にある、というのである<sup>209</sup>。

しかし、「自己の意思により中止したと認められる場合には中止未遂が成立し、これら違法減少と責任減少とが相俟って、最低限『減輕』の法的効果を得る」ということは、43条但し書の規定する要件である「自己の意思による中止」がある場合には中止犯が成立する、と法の文言を言い換えているに過ぎず、根拠論とは言い難い。岡本が挙げる中止犯固有の違法減少、責任減少の内容は、従来の法律説が述べてきた違法減少、責任減少の内容と同じものである。それが中止犯の成立根拠とするならば、なぜ未遂犯としての処罰を減少させるのか、

<sup>207</sup> 金澤・前掲注13) 88頁。

<sup>208</sup> 岡本・前掲注65) 290頁以下。

<sup>209</sup> 岡本・前掲注65) 291頁。

を説明する必要がある<sup>210</sup>。

#### 4 小括

本節では、法律説に対して向けられた違法・責任評価の事後的な不変性の指摘を正当なものとして受け止めつつ、責任概念を再構成する見解や新たなカテゴリを犯罪論に設ける見解、全体的考察方法を主張する見解を検討してきた。これらの見解に共通するのは、基本的な中止犯像として、刑の必要的減免の根拠を未遂犯の当罰性（ないしそれに応じた要罰性）の減弱に求めていることである。この点で、これらの見解は従来の法律説の基本思想と共通している。

前述したように、中止犯が独自の政策的規定であることを強調して未遂犯と中止犯とを切り離し、中止行為独自の意義を考察する刑事政策説の考察方法よりも、中止犯の必要的減免は未遂犯そのもの当罰性の減弱により導かれる、という法律説ないし刑罰目的説の基本的な思考方法が望ましい。

しかし結局のところ、個別行為責任に基づいた違法責任概念を維持する以上、狭義の犯罪論における違法減少説ないし責任減少説を主張することは困難である<sup>211</sup>。とすれば、従来の法律説が主張していた違法減少ないし責任減少とは量刑事情における違法関連の事情、責任関連の事情の減少をいうと考えるべきであろう<sup>212</sup>。その意味で、違法減少、責任減少とは、犯罪論固有の意味での（過剰防衛等で主張される）ものと異なる。しかし、ここでの違法減少、責任減少とは、刑事政策説に立脚する裏返し論のように、危険関連の事情を違法減少、行為者主観関連の事情を責任減少とラベリングし、新たな中止構成要件を未遂と分断して作り出す、という発想に基づくものとは根本的に異なる。あくまで未遂によって発生した当罰性を削減させるような行為に基づいて刑が軽減される場合が中止犯として規定された、という基本的発想にたっており、その意味で「減少」という表現を用いるものである<sup>213</sup>。

以下では、このような法定化された量刑事由としての中止犯の性格をさらに検討を加えることとする。なお、量刑事由にはさまざまな性質のものが含まれているが、犯罪論における違法ないし責任に関する事情が量刑論においてもなおその中核をなしている<sup>214</sup>。以下では、量刑論と犯罪論とは断絶したものと考えるべきではない<sup>215</sup>、という基本思想に基づいて

---

<sup>210</sup> 岡本は、中止犯固有の違法・責任が量刑責任とも異なることを明言している（岡本・前掲注 65） 284 頁注 11）。

<sup>211</sup> 島田＝小林・前掲注 201） 241 頁以下〔小林〕 参照。

<sup>212</sup> 野澤・前掲注 2） 180 頁。

<sup>213</sup> 清水・前掲注 84） 239 頁、260 頁以下。

<sup>214</sup> 佐伯千仞「刑の量定の基準」刑法講座 1 卷（1963 年） 121 頁以下、木村光江「中止犯の一考察」都法 39 卷 1 号（1998 年） 69 頁。

<sup>215</sup> 岡上雅美「量刑判断の構造一序説」早研 48 号（1988 年） 93 頁以下、本庄武「量刑責任の刑罰限定機能について（2）」一橋研究 24 卷 2 号（1999 年） 134 頁、城下裕二『量刑基準の研究』（1995 年） 112 頁、鈴木茂嗣「犯罪論と量刑論」松岡正章先生古稀祝賀（2005 年） 3 頁。



私見をより明らかにしたい。

## 第2節 法定量刑事由としての中止犯の位置づけ

### 第1款 量刑事情の分類と中止犯の位置づけ

まず、実務における量刑事情の範囲や分類は、必ずしも統一的なものとはなっていない。もっとも、犯罪事実自体とそれに関係する事情としての犯情（犯行の動機、方法、結果、社会的影響、被害者側の落ち度など、常習性など）によって、刑の大枠がきまり、その中でいわゆる一般情状（犯人の年齢、性格、経歴、環境、犯罪後の反省の態度、示談の成否、被害感情など）が考慮される、という二段階に分けた理解が一般的である<sup>216</sup>。

この犯情と一般情状という区別は、犯罪事実それ自体ないしそれに関する事情か（犯情）、そうではないか（一般情状）という事実的な側面に着目した区別である。法的評価としては、犯情が主として違法責任に関係する事情、一般情状が主として予防に関する事情と対応すると一応いえるが、そのような対応関係は厳密なものではない。また、それぞれの中でどの事情を重要視するか<sup>217</sup>、あるいはそもそもある事情が犯情と一般情状のどちらに区分されるか、論者によって異なる場合すらある<sup>218</sup>。

このように、量刑事情の分類の議論は一致を見ないが<sup>219</sup>、ここでは本稿の対象である中止犯に関連した事情に限定して考察してみよう。

まず、中止犯は未遂犯の一種であり、結果は既遂に至らず未遂にとどまっている。しかも、その未遂結果は、「犯罪を中止した」という中止行為によってもたらされた、という点で、発生する可能性のあった既遂結果よりは当然軽く<sup>220</sup>、さらには何らかの障害によって未遂にとどまる場合に比べれば行為者自身の介入が予定されている点で典型的に軽い<sup>221</sup>、といえる。量刑事情において、結果の重大性は違法関連事実の中核であり、それをもたらした犯行態様と共に犯情の中でも最も重要視される事情である<sup>222</sup>。

未遂の場合に刑の任意的減軽を定めた43条本文も、未遂結果が既遂結果に比べて軽いと

<sup>216</sup> 朝山芳史「量刑における結果無価値と行為無価値」原田國男判事退官記念（2010年）501頁、松山昇平「量刑判断過程の分析」原田國男判事退官記念（2010年）541頁。

<sup>217</sup> 松山・前掲注216）542頁。

<sup>218</sup> 城下裕二「量刑判断における行為事情と行為者事情」刑事弁護83号（2015年）127頁。

<sup>219</sup> さらに学説では、違法責任に直接関係する事情を「行為事情」、そうでない事情を「行為者事情」と呼ぶことを提案する城下・前掲注215）127頁以下、量刑事情の6分類を提案する井田良「量刑理論と量刑事情」現刑3巻1号（2001年）39頁（これに対する批判として鈴木・前掲注215）18頁参照）などがある。

<sup>220</sup> もちろんこれは障害未遂にも共通した事情である。

<sup>221</sup> 金澤・前掲注13）92頁以下参照。

<sup>222</sup> 朝山・前掲注216）502頁、井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（4）」法研56巻1号（1983年）66頁。松山・前掲注216）542頁は、犯行態様と結果が抽象化になじみ、他の事例との比較が容易であることを指摘する。

いう点に着目した類型的な量刑判断をあらかじめ括り出した法定量刑事由である。中止犯は障害未遂の場合と比べてさらに犯情が軽いことから、障害未遂よりも一段上の法的効果が規定されたものといえる。

また、中止行為は自然観察的には実行行為とは別の、事後的な行為であることから、量刑上問題となるその他の「犯行後の態度」との関係が問題となる。自首や自白、損害賠償、盗品返還あるいは反省といった犯行後の態度は、犯罪後の事情として一般情状において考慮されている。このうち、損害賠償、盗品返還等は、犯罪結果そのものを軽減すると理解されることで<sup>223</sup>、一般情状であっても、特に経済事犯では量刑に重要な意味をもつとされている<sup>224</sup>。これに対して、生命身体犯の場合には、損害賠償は量刑においてそれほど重要な扱いを受けない、という理解が一般と思われる<sup>225</sup>。このような違いは、生命身体犯の場合に発生した結果そのものは時間をかけた生物的な治癒機能によってしか回復不可能であり、損害賠償とは、そのような結果の性質からみれば代替手段たる金銭によって補償しているにすぎないからであると考えられる。このような観点からみれば、中止犯は構成要件の結果に向けて進行していた危険を食い止め、それが現実化して発生がするのを防止した、という点で、まさに直接的に結果を軽減する事情であり、重要な考慮に値するというべきである。

## 第2款 「単なる」量刑事情説への批判と「法定」量刑事由としての意義

このように、中止犯は未遂犯における犯情として中核的な要素に位置づけられるがゆえに、特に法定されたものと理解できる。このような理解に対しては、中止犯を「単なる」量刑事情として理解すべきではない、という批判が向けられることがある<sup>226</sup>。この批判にはいくつかの主張が含まれている。まず①行為者による事後的な中止・回復行動が刑罰軽減的考慮に値するのだとしても、多くの事後的な事情の中で、なぜ中止犯という事情に限って刑法がこれを明文で規定したのか、という疑問である。これと関連して、②酌量減輕規定が存在するのに、なぜ中止犯が独立して規定されているのか、という点も問題とされている。また、③中止犯を単なる量刑事情として理解する見解は、中止犯独自の意義、すなわち奨励の観点を等閑視している、という批判も向けられている<sup>227</sup>。

<sup>223</sup> 岡田雄一「量刑一裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』（2002年）487頁以下。

<sup>224</sup> 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法研69巻2号（1996年）304頁参照。松山・前掲注216）545頁以下は「諸般の財産犯の場合、被害弁償は、犯情に準じる大枠決定要素とされているとみるべき」と指摘する。これに対し、自発的な損害賠償のみを特別予防的考慮に還元するのは城下・前掲注215）244頁以下。

<sup>225</sup> 松山・前掲注216）546頁。

<sup>226</sup> 特に近時のものとして野澤充「中止犯は単なる『量刑規定』か？」浅田和茂先生古稀祝賀（2016年）433頁以下。

<sup>227</sup> 以上の指摘について、野澤・前掲注226）435頁、川端＝井田・前掲注64）8頁〔井田発言〕、山口・前掲注118）223頁等参照。所為概念を拡張することで全体的考察方法を採用したラングヒンリクセンの見解（Lang-Hinrichsen, a. a. O. (Anm. 190), S. 353f.）に対し

それでは、中止犯だけがなぜ「必要的減免」という強力な効果を伴って法定化されているのだろうか<sup>228</sup>。確かに、事後的な回復・中止行動という点において見れば、中止犯と損害回復・盗品返還との間には共通性がある。たとえば、中止犯を法定量刑事由として考える論者にも、「窃盗犯人が自首した場合（42条）、盗品を被害者に返還した場合、被害弁償をした場合など、犯罪後の情状によって量刑の場面において責任非難が減少するということはあり得るのである」と述べた上で、「中止犯の場合も、自己の意思による中止行為という事後の情状が量刑責任を減少させるということが出来る」という理解を示すものがある<sup>229</sup>。

しかし、中止犯は未遂犯の一種として規定されているという点、すなわち、未だ既遂に至っていない段階の事情である点で、その他の「犯罪後」の事情とは異なっている。わが国の刑法は、犯罪を既遂の段階で時間的に区切り、さらに既遂以前の段階においては、原則形態としての既遂犯処罰に対し、例外形態としての未遂犯処罰を区別している。この点からすれば、同じく結果の大小を左右する事情であっても、犯罪が「既遂」に達した後の段階で、その結果の大小を左右する事情（たとえば傷害を負わせた後、それを手当てして治癒させた<sup>230</sup>とか、財物を窃取した後にそれを返還したといった事情）と、既遂の前段階として法定化された未遂の段階で犯罪を食い止めたことによって、結果の大小を左右したといえる場合には、その扱いは自ずから異なるというべきであって、後者だけを法定するという異なった扱いをすることにも妥当性があるというべきである。

さらには、未遂段階が既遂に至る途中の過程である、という点に着目すれば、この過程における中止・回復行動を法定化し、この行動に出なかった場合に比べて寛大な取扱い<sup>231</sup>を明示することには、奨励の観点から見ても合理性があるといえよう。この意味で、中止犯を量刑事情として理解したとしても、それが典型的に「法定」されることによって、そうでない場合よりも實際上奨励効果を望みうることは否定できないのであって<sup>232</sup>、その限りでは法定量刑事由説も奨励の観点を等閑視しているわけではないのである。

なお、中止犯は「法定」量刑事情である点で、一般的な量刑事情とは異なっている。すな

---

でも、「中止を単に量刑における観点として理解するもの」

（*Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 12), § 51 I 5.*）であるとか、「中止を量刑規定として理解することで、不処罰についての説明を何も提供しない」（*Cristian Jäger, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, S. 5.*）などという批判が向けられた。

<sup>228</sup> 小林・前掲注7) 64頁以下、城下裕二「中止犯の減免根拠をめぐる近時の理論動向」渡部保夫先生古稀記念（2000年）590頁注50参照。

<sup>229</sup> 西田・前掲注43) 316頁。

<sup>230</sup> 今井ほか・前掲注78) 333頁〔橋爪隆〕。

<sup>231</sup> したがって、障害未遂における任意的減軽よりも軽い必要的減軽という法的効果が少なくとも必要になるといえよう。さらに任意的な免除が付け加えられている点についてはさらに検討が必要である。

<sup>232</sup> この批判が、量刑事情としての意味を超えるレベルで、すなわち奨励の目的のために行為の当罰性を犠牲にして奨励すべき、というのであれば、それは一つの立場の主張にすぎないし、後述するように本稿は賛成できない。

わち、中止犯は法定刑を加重減輕する処断刑形成段階の規定であるのに対し、上述の犯情ないし一般情状に関する議論は、法定の加重減輕事由を適用した処断刑形成後の宣告刑形成段階での考慮である。

しかし、このような違いはここでは重要ではないと考える。法定された加重減輕事由は、量刑の過程で幅広い法定刑の幅から最終的な宣告刑へと絞り込んでいく判断過程を大きく区切り、可視化する機能を果たすものである<sup>233</sup>。したがって、狭義の量刑事由と法定の量刑事由とは質的に異なるものではなく<sup>234</sup>、(法定刑の議論は本稿の射程を超えるが)、法定の加重減輕事由たる中止犯も量刑事由論と同じ土台に載せて分析することができる<sup>235</sup>。

### 第3節 量刑事情としての中止犯の法的評価

#### 第1款 法律説と刑罰目的説

それでは、このような法定された量刑事情としての中止犯は、法的にはどのような評価に値するだろうか。

まず、ドイツの通説であり、わが国においても近時有力となっている刑罰目的説は、一般予防ないし特別予防という刑罰目的が中止によって減少ないし消滅していることを理由に、中止犯規定を基礎づける。

たしかに、中止行為者はすでに自己の意思により犯罪結果を未遂にとどめた点で「合法性に帰還」しており、積極的一般予防の必要性は低下している、ということが出来る。またそのような行為者には規範意識を強化するために刑罰を科す必要性が少なくなっており、特別予防の必要性が低下している<sup>236</sup>、ということも可能であろう<sup>237</sup>。

上述したように、従来の法律説と刑罰目的説とは互いに相いれない主張ではない。犯罪と刑罰の関係を考えると、行為者が違法で有責な行為を行ったことに対して生じた刑罰の必要性を根拠づけるのが刑罰目的論であるならば、中止犯では違法ないし責任が減少するという法律説の主張は、刑罰目的に照らして当該行為者に対する刑罰の必要性が減少する、と

---

<sup>233</sup> 松山・前掲注 226) 541 頁以下参照。また、井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察 (1)」法研 55 卷 10 号 (1982 年) 73 頁は、そもそも各犯罪構成要件の構成要件自体が、犯罪を構成する諸事情から、特に重要な要素を抜き出して類型化され法定された量刑事由にほかならないと述べる。

<sup>234</sup> 井田・前掲注 122) 558 頁注 6。

<sup>235</sup> 岡上雅美「量刑研究の進展」犯罪と刑罰 24 号 (2014 年) 111 頁以下は、わが国の構成要件の比較法的にみた抽象性を指摘した上で、自首や中止犯、違法阻却事由や責任阻却事由の規定を「法典から読み取れる量刑事情のヒント」と指摘する。もちろん上述したように、「法定化」されている点についての考察が必要になるのはその通りである。

<sup>236</sup> 浅田・前掲注 17) 391 頁。

<sup>237</sup> 城下・前掲注 7) 1460 頁以下。これに対して、「法的平和の回復」という規範目的の観点から刑罰目的に欠けていることを指摘するのは高橋・前掲注 7) 424 頁。

いう主張に結びつきうるものである<sup>238</sup>。

この点について、従来の法律説の多くが刑罰目的を明示的に意識することがなかったのは、刑罰目的論として応報（ないしはその反射的效果としての一般予防）を基礎においていたからであると推測される。違法ないし責任が減少すれば、相応して科すべき責任相当刑も減少する。これは中止という犯罪とは逆向きの行いに対し「逆」非難としての減免を与えることを意味し、いわば「逆」応報と理解することが可能である<sup>239</sup>。これに対して、刑罰目的説が違法ないし責任という概念を用いないのは、事後的変更批判を意識しつつ積極的一般予防という刑罰目的によって説明する方法をとったからであろう<sup>240</sup>。

## 第2款 特別予防の必要性

中止犯の根拠論の中心に特別予防の必要性の考慮を据える論者として伊東研祐がいる。伊東は、違法性判断、責任判断およびそこまでで実質上行なわれている積極的一般予防の必要性の判断とは異質な、将来的・展望的判断として積極的特別予防の必要性を第4の犯罪要

---

<sup>238</sup> 木村・前掲注14) 6頁、川端＝井田・前掲注64) 8頁〔井田発言〕。松宮・前掲注45) 244頁は、刑罰目的説における予防の必要性の減少は「中止行為にあらわれた行為者の規範意識の回復を根拠としているのであるから、責任非難の必要性を小さくするものでもある。…予防の必要性の減少は量刑の基礎たるべき責任(…)の減少につながる」と述べる。刑罰目的説に対して、「現行法の規定を超えて、…予防の必要性が認められる場合には、中止犯の成立が認められないとするのであれば疑問である」というような批判(浅田・前掲注35) 389頁)が向けられることがあるが、これは刑罰目的の理解次第である。たとえば「合法性への帰還」という基準によっていわゆる価値僅少事例などは任意性が否定されるのが通常であるように思われるが、価値が僅少であろうと中止すれば十分に合法性に帰還している、と理解することも可能ではないだろうか。(野澤・前掲注2) 345頁以下参照)もちろん、そのような規範的考慮の流入を招きやすい概念を用いるべきでない、という批判は可能である。

<sup>239</sup> 山中・前掲注3) 25頁(同・前掲注155) 806頁も同旨)が「刑法の補充性または謙抑性の原理から処罰の必要性が減少または消滅する」と述べるのも同じ理解であろう(さらに「謙抑説」を主張する町田・前掲注10) 36頁以下)。またこのことを「政策」の観点から整理した西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(2010年) 669頁以下〔和田俊憲〕は、非難の可能性が減少した者に対して責任に相応した軽い処罰を用意しようとする回顧的な責任相応刑政策説と表現し、展望的な奨励政策説と対置する。

<sup>240</sup> 金澤・前掲注13) 78頁以下。城下・前掲注7) 1461頁参照。もともと、伊東・前掲注168) 316頁以下は、「行為帰責可能性(責任)」の肯定と積極的一般予防上の処罰の必要性が同一の事態を別の角度から捉えたものである、という指摘がなされるように、法律説と刑罰目的説とで実質的な考慮の内容が変わったようには思われない。積極的一般予防の必要性の観点からは、「合法性への帰還」という観点から中止犯の成否において規範的考察が行われるが、責任減少説・法定量刑事由説にたつ西田・前掲注43) 321頁が「なんらかの法的責任非難を低減させるような動機であれば足りる」としつつ広義の悔悟を要求する限定責任説にたち、違法責任減少説にたつ川端博『刑法総論講義〔第3版〕』(2013年) 496頁以下が「法にふたたび合致しようとする行為者の人格態度が明らかに『法敵対性』を弱める」として真摯な中止行為を要求することにみられるように、法律説にたつとしても、論者の違法、責任の理解において積極的一般予防論同様の規範的考慮は入り得るのである。

素として導入し、事後的変更批判の観点から違法・責任とは無関係に論ずべき中止犯を「積極的特別予防上、即ち、一身専属的に、行為者の処罰の必要性が減じる又は喪失すると法ないし立法者が看做している・(反証を許さず) 推定している」場合とする<sup>241</sup>。

ところで、従来の量刑理論において通説的な立場とされる「幅の理論」は、刑罰論において通説とされる相対的応報刑論と結びついて展開される<sup>242</sup>。そこでは、「刑罰の予防目的も、その応報的正義の枠内において、いいかえれば、犯罪に価値的に相応する刑罰の枠内においてのみ、合理的意義を見出されなければならない」とされ、量刑判断の基調をなすのは『「応報の中における予防」である』とされる<sup>243</sup>。実務においても、「量刑の大枠も、…犯罪行為自体に関する情状(犯情)により決め、その大枠の中のどのランクの量刑を選択するかは、一般予防・特別予防や損害賠償・示談の成否といった広い意味での刑事政策的な情状(一般情状)を主として考慮して決めるというプロセスを取る」というような説明が一般になされている<sup>244</sup>。

このような、責任を基礎として予防で調整する、という一般的理解を前提とすれば、特別予防の必要性が低いことのみによって中止犯の効果を基礎づけることは困難であるように思われる<sup>245</sup>。

量刑論における責任刑と特別予防の関係については、周知のとおり、特別予防的考慮によって、責任を基礎とした幅を下回ることができるか(あるいは、責任は単なる上限か)、という論点がある<sup>246</sup>。

---

<sup>241</sup> 以上の伊東の見解について、同・前掲注 98) 273 頁以下、同・前掲注 168) 299 頁以下も参照。

<sup>242</sup> 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮(1)」慶応法学 6 号(2006 年) 13 頁。同「量刑における幅の理論と死刑・無期刑」論ジュリ 4 号(2013 年) 82 頁、司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』(2012 年) 143 頁参照。もっとも、「点の理論」をとったとしても、「責任に見合った点としての刑量を離れることが許される範囲は、通常、幅の理論と同じであろう」(C. ロクシン著宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』(1984 年) 142 頁〔山田伸直訳〕)とされる(小池・前出均衡 34 頁参照)。ここではどちらの理論構成が妥当か、という量刑理論固有の問題には立ち入れない。

<sup>243</sup> 大塚仁『刑法概説総論〔第 4 版〕』(2008 年) 49 頁以下、530 頁。

<sup>244</sup> 原田國男『量刑判断の実際〔第 3 版〕』(2008 年) 53 頁。実務家において同様の見解を述べるものとして、松浦秀寿「量刑不当」判タ 353 号(1978 年) 87 頁、松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第 6 卷』(1982 年) 156 頁以下、岡田・前掲注 21) 486 頁、小林充原著(植村立郎監修、園原敏彦改訂)「刑法〔第 4 版〕」(2015 年) 7 頁。なお大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 1』(2011 年)〔遠藤邦彦〕 18 頁以下参照。

<sup>245</sup> 大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 3』(2011 年) 181 頁以下〔川合昌幸〕は、「犯罪後の態度の中には、……違法評価・責任評価と結びつけて考える方が適切なものもあるのではないか」と述べた上で、「犯罪事実そのものに関係する犯行後の態度」に中止未遂を分類する。

<sup>246</sup> たとえば小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶応法学 1 号(2004 年) 213 頁以下参照。

まず、特別予防の考慮によって責任刑の下限を下回る余地を認めるとしても<sup>247</sup>、中止犯の場合がそのような場合に当たるのかについては疑問がある。というのも、中止犯において特別予防の必要性がそこまで減弱しているかには疑問が向けられているからである<sup>248</sup>。ロクシンは、中止行為者は、その現実の所為によって合法性に帰還したのであるから、彼に犯罪傾向が残存しているとしても、それはもはや犯罪的危険のある他の人間一般と同程度においてそのように言えるのに過ぎない、と反論している<sup>249</sup>。しかしこの現実の所為によって示されているのは、一旦可罰的な障害未遂の段階に踏み込んだ行為者が引き返した、ということだけである。そうだとすると、確かに、まったく引き返さなかった行為者と比較すれば、中止行為者の特別予防の必要性は減弱しているといえるかもしれないが、なんら（未遂）犯罪を開始していない通常人と同じレベルにまでその特別予防の必要性が減じている、とまではいえないのではないだろうか<sup>250</sup>。

これに対して、特別予防の考慮によって責任刑の下限を下回る、という事態を認めることに否定的な立場からは、反省を示しているといった特別予防の必要性の低下を示す事情が考慮される場合があるとしても、それは、一般情状として責任刑の幅の範囲内で刑量を修正するレベルにおいて考慮しうる事情、というにとどまる<sup>251</sup>。以上のことからすれば、特別予防の考慮だけでは、中止犯の場合に限って法定刑の枠を修正するほどの効果が得られる、ということはないのであって、結局、特別予防的な考慮は最終的な刑量を導くうえで必ずしも決定的な意味を持つ要素とはいえない、ということになるのではないだろうか<sup>252</sup>。

---

<sup>247</sup> 井田・前掲注 224) 301 頁。これに対しては本庄武「刑罰論から見た量刑基準 (1)」一橋法学 1 巻 1 号 (2002 年) 198 頁の批判がある。

<sup>248</sup> Lang-Hinrichsen, a. a. O. (Anm. 190), S. 370; Herzberg, NStZ 1989, 56; Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 50), S. 85. Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 12), § 51 I 4;

<sup>249</sup> Roxin, a. a. O. (Anm. 48), § 30, Rn. 6.

<sup>250</sup> もちろん、ドイツでは中止犯の法的効果が未遂として不処罰となるのに対して、わが国ではもっとも軽減されても免除であり、これは有罪判決とされているので問題は少ないかもしれない。伊東も、中止犯については免除が法定されているためか、「積極的特別予防上の処罰の必要性の著しい低減もしくは消失近似状態」としているが、一般論としては積極的特別予防上の処罰の必要性の考慮により無罪の判断までなされ得ると述べている（伊東・前掲注 98) 277 頁以下）が、これに対しては、特別予防の面だけからいえば「誰でも一回は犯罪をやっていいということになるのではないかと思います。誰でも一回はいい、もう二度とやらないから、誰でも一人は人を殺してもいい。そういうことになりかねないのではないかと」と疑問が向けられている（川端博ほか『徹底討論 刑法理論の展望』（2000 年）〔山口厚発言、川端博発言も参照〕）。

<sup>251</sup> 本庄・前掲注 247) 219 頁は、犯罪の重大性と刑の重さが切り離される可能性を指摘する。

<sup>252</sup> 大阪刑事実務研究会・前掲注 244) 102 頁〔遠藤〕は、予防に関連する事情は、「現在の実務を前提にする限り、それほど立証されているものではないのであるから、当然、そのような量刑事情にはあくまでの従たる地位しか与えるべきではない」とする。大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系 2 巻』（2011 年）56 頁〔横田信之〕は、違法減少ないし責任減少と捉えた場合には刑事責任に直結し、量刑への影響が大きい、刑事政策ないし特別予防から捉えた場合には、2 次的な位置づけになる、とする。

また、特別予防の必要性に基づいた刑の量定に対しては、「きわめて重大な犯罪を行っておきながら、それを度外視して著しく軽く刑を量定することが、まさに問題とされなければならない」と批判がなされている<sup>253</sup>。中止犯に刑の必要的減免という特別な効果が規定されていることからすれば、中止犯の規定では責任刑自体の修正が行われているというべきであって、このような規定の内実を特別予防の必要性に基づく考慮だけで説明することはできないように思われる<sup>254</sup>。

このようにして、特別予防的考慮は単独で中止犯の減免を基礎づけるものではないというべきである。そのような考慮は、後述するように、中止犯が成立したうえで、たとえば特に真摯な中止行為を行ったような場合には、特別予防の必要性が低下することで免除まで認められるという形で意味をもち、あるいは減免の選択においては減輕にとどまったとしても、その後の最終的な宣告刑形成段階で刑量に反映されるべきものと考えられる<sup>255</sup>。

### 第3款 違法関連的事情の考慮

量刑事情という観点から見れば中止犯は、上述したように犯罪「結果」にかかわる要素である。結果の大小は、まさに違法性を基礎づける要素の中核をなすものであって、そうだとすれば、それが中止犯において違法関連的事情の減少を示す要素として考慮に入れられることは自然なことに思われる。量刑実務においては、被害弁償が特に財産犯において、軽減の事情として大きな役割を果たしているとされる<sup>256</sup>。これについて、「そのような考慮は、犯罪要素である『（結果）不法』が被害弁償によって事後的に減少したと考えなければ、説明できないもの」との指摘もある<sup>257</sup>。

このような「違法減少」は、中止犯においては事後的変更批判を考慮することで「実行行為によって惹起された具体的危険を消滅させるという、（実行行為の違法性とは関係しない）違法性関連的な可罰性が減少する」という形で主張されることがある<sup>258</sup>。個別行為責任を厳

---

<sup>253</sup> 小池・前掲注 246) 267 頁。また同・前掲注 242) 37 頁注 133 では「きわめて重大な犯行（殺人など）については、仮に特別予防の必要性が全くないとしても、処罰を放棄できないように思われる」とも述べている。

<sup>254</sup> 大阪刑事実務研究会・前掲注 244) 46 頁〔遠藤〕は「判例実務は、その前提とする道義的責任論を踏まえて考えれば、自己の意思により犯行をやめたことが責任刑としての軽量に影響を及ぼすことを前提としているように考えられ」と分析する。

<sup>255</sup> 小池信太郎「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮（3・完）」慶応法学 10 号（2008 年）48 頁は、特別予防は、せいぜい副次的な刑罰目的として考慮され得るものにすぎず、犯行の重大性に均衡した量刑が優先されるべき、とする。なお、小林憲太郎「刑法判例と実務 第 1 回刑罰の目的」判時 2274 号（2016 年）14 頁も参照。

<sup>256</sup> 松山・前掲注 216) 546 頁、大阪刑事実務研究会・前掲注 252) 56 頁以下〔横田〕参照。

<sup>257</sup> 野村健太郎「国家機関の違法行為と量刑責任」愛学 56 卷 3=4 号（2015 年）155 頁。大阪刑事実務研究会・前掲注 252) 56 頁〔横田〕も参照。

<sup>258</sup> 高橋・前掲注 11) 397 頁（可罰性減少説）、同・前掲注 7) 426 頁。類似するものとして町田・前掲注 10) 66 頁以下。



密に捉えると、たしかに事後の変更批判は妥当である。しかし、量刑事情として中止犯を捉えたとき、実行行為によって発生した未遂犯の違法性の実体である危険を、行為者による中止行為が減少させ消滅させることによって、行為者に帰属する違法関連的要素は減少するとみることができよう<sup>259</sup>。

従来、責任減少説から違法減少説に対し、中止未遂も障害未遂も未遂犯である点でその違法性には違いがない、あるいは、違法減少とは既遂犯との比較で初めていえるのであって、中止未遂と障害未遂の差を説明すべき減免根拠論にはならない、との批判がなされてきた<sup>260</sup>。しかし、中止犯とは、なお事後の犯行の続行が可能な時点において（そのような犯行が継続される可能性が残されているという意味で）存在する危険を、中止行為によって除去する場合である。これに対し、障害未遂の場合には、何らかの障害の介入によって結果的に危険が除去されるに過ぎない。上述の批判は、未遂に終わった最終的な時点を見て、危険が消滅する点では中止未遂も障害未遂も変わらない、というのであるが、中止未遂の方が、中止行為により危険を除去している分、全体として類型的に違法の量が少なくなるといえよう<sup>261</sup>。

#### 第4款 責任関連的事情の考慮

事後の変更批判を意識して、物的な違法観に立つ論者からは責任減少説が支持された<sup>262</sup>。しかし、結局のところ、前述したように、責任減少説も中止行為を責任評価の対象として含める限りにおいて、事後の変更批判を免れていないように思われる。

この点を意識して、自首、盗品返還、被害賠償等の「犯罪後の情状によって量刑の場面において責任非難が減少するということはありうる」、「中止犯の場合も、自己の意思による中止行為という事後の情状が量刑責任を減少させる」として、法定量刑事由説としての責任減少説が主張された<sup>263</sup>。この見解については、論者の「量刑責任」という概念が定かではない

<sup>259</sup> 野村・前掲注 257) 158 頁参照。

<sup>260</sup> もっとも、責任減少説が中止行為は違法性と全く関連性を有さないものと解している（金澤・前掲注 13) 89 頁）わけではない。責任減少説の論者も、中止行為が危険減少行為であることを認めており（曾根・前掲注 133) 246 頁以下）、それは責任減少の根拠である任意性が、まさに中止行為の任意性だからである（金澤・前掲注 13) 89 頁以下）。

<sup>261</sup> 金澤・前掲注 13) 92 頁以下、松原・前掲注 47) 320 頁以下参照。障害よりも中止行為の方が早期に介入し、危険を減少させ消滅させることが期待される点で、時間の経過とともに蓄積する危険ないし違法性の総量が中止犯は障害未遂よりも少ない、と考えることができる。もちろん、中止行為者が被害者を救助するために病院に搬送し、医者の治療を受けさせるためにある程度の時間を要するような中止犯の場合に対し、たとえば名医が偶然通りかかって被害者を即座に救助した障害未遂の方が、危険の総量は少なくなるような場合も考えられなくはない。しかし、そのような好都合な障害が介入する可能性は少ないと考えられることからすれば、中止犯の障害未遂に対する類型的な違法関連要素の減少を認めることができよう。

<sup>262</sup> 木村・前掲注 14) 8 頁。

<sup>263</sup> 西田・前掲注 43) 316 頁。西田編・前掲注 239) 670 頁〔和田俊憲〕、丸山雅夫『刑法の論点と解釈』（2014 年）28 頁も参照。また Schäfer, a. a. O (Anm. 34), S. 191 も犯罪後の態度との関係で中止犯を検討する。

ものの、この見解がいうように、実行行為に対する非難可能性に基礎付けられた非難という責任評価が、自己の意思による中止という法の立場からみて望ましい行為を選択することによってある程度相殺され減少する、ということをも認める余地はあるだろう。しかし、中止犯が一般的な事後的回復行為としてではなく、未遂犯に限った事情として規定されたことからすれば、中止犯を、捜査の容易化といった純粋に政策的規定とされる自首<sup>264</sup>と並列的に理解することは妥当でないように思われる。たしかに自首においても、悔悟して自首した場合のように、責任関連の事情の減少が認められる場合もある。しかしそれは、中止犯における責任関連の事情の減少とは異なり、自首成立の必要条件ではなく、任意的減軽の可否や具体的刑量の決定に際して考慮される要素と解すべきだからである<sup>265</sup>。

## 第5款 小括

このように見てくると、法定量刑事事由としての中止犯は、違法関連の事情、責任関連の事情の減少によって基礎づけられ、付加的に特別予防の必要性が減少していることが考慮されることで、刑の必要的減免という法的効果が付与されたものと理解することができる。

そしてこのような理解は、刑罰目的論の観点からいえば、相対的応報刑論を裏返したもの、ということができる。すなわち、相対的応報刑論が、違法・責任に基礎づけられた責任相当刑を科す応報を基本とし、その範囲内で特別予防の必要性を考慮するのに対し、中止犯では、違法責任関連の事情の減少によって中止犯の成立が基礎づけられ(＝逆向きの応報、褒賞といってもよい)、その範囲内で特別予防の必要性が考慮され、減軽か免除か、さらには具体的な刑量が決定されることになる<sup>266</sup>。

それでは、このような法定量刑事事情として中止犯を理解したとき、どのような事情が考慮されるべきことになるのだろうか。

<sup>264</sup> たとえば西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(2010年)638頁〔古川伸彦〕。

<sup>265</sup> もっとも、自首は行為者の改悛により責任非難が減少する、とする責任減少説を主張するものも少なくない。大谷・前掲注21)539頁、高橋・前掲注11)529頁。平谷正弘「自首についての若干の検討」中山善房判事退官記念(1998年)464頁は、「犯罪後の情状によって責任の軽減を認めるものであり、犯罪論上の狭義の責任ではないが、その延長線上における広義の責任に関係するものである」と述べる。これに対して実務は責任減少を成立要件としても重視する傾向にある。たとえば大阪刑事実務研究会・前掲注150)144頁〔宮崎英一＝伊藤寿＝鈴嶋晋一〕は「自首減軽の理由の一つが、犯人の改悛による非難の減少にあると解されるところ、そもそも真摯な反省態度がみられないものについては減軽理由を欠くことになるであろう」と述べる。内藤・前掲注17)1492頁も責任非難の事後的減少を挙げるが、悔悟は要件ではないとするのは法的責任論の表れであろう。なお、改悛による事後的な「責任非難という場合の広義の責任」の減少を特別予防、絶対的応報という刑罰目的(及び「ゆるし」の風土)という文化論的根拠によって根拠づけるものとして服部朗「自首に関する一考察」善家幸敏教授還暦記念(1992年)167頁。

<sup>266</sup> そこで、責任刑を科せば一般予防効果も達成されると解すること(井田・前掲注224)296頁、司法研修所・前掲注242)143頁。阿部純二「量刑論の現状と展望」現刑21号(2001年)6頁参照)の裏返しとして、違法責任が減少することで一般予防の必要性が低下する、ということもできよう。

## 第4節 中止犯としての量刑事情として考慮されるべき範囲

### 第1款 中止犯の成否と免除の可否における量刑事情

このように、中止犯を量刑の問題として捉える立場に対しては、前述のような批判の他、法定量刑事由として考慮されるべき範囲に関連して批判が向けられることがある。

たとえば、『『妥当な量刑を導く』判断は、『自己の意思により』『中止した』行為に対し、少なくとも刑を必要的に減輕することを求める法の趣旨を超えてはいないであろうか』とし、未遂犯を規定する43条の但書として中止犯が規定されたことからすれば「犯罪事実とはかけ離れた行為者の前歴や経済状態、並びに損害賠償の有無、示談行為の成否等被害者の事情をも含む量刑の場で判断することは、いかにも不合理」<sup>267</sup>とするのがそれである。

たしかにこのような批判は、『『妥当な量刑を導きうる理論』が重要』であって、「刑の量定の際に考慮される様々な政策的事情が中止犯論に入るのは当然」という理解を示すもの<sup>268</sup>に対しては妥当するかもしれない。この論者は、「日本の中止犯規定というのは……刑を軽くする量刑の事情の一つというふうに捉えている……から、どうしたって政策的なものが入り込んでくるのは当然だ」という理解に立ったうえで、「量刑判断においても、違法性が少ないから刑を軽くする、責任が小さくなるから軽くするという面が併存することも否定できない」し、「悔い改めたから、犯罪後の態度がいいから、刑を軽くしてやるという量刑判断もある」と述べる<sup>269</sup>。このような理解は、任意性の解釈において、「量刑判断においては、責任に関連する事情が重視され、『さらに反省したか否か』も問題とされる」とし<sup>270</sup>、いわゆる客観説を基本としつつ、一般人ならば中止するかどうか「どちらともいえない」場合に、悔悟ないし反省が存在するならば任意性を肯定してよい、とするところにあらわれる<sup>271</sup>。

しかし、中止犯を「法定量刑事由」と解するからといって、あらゆる量刑事情を中止犯の成否において考慮しなければならないことにはならないし、また、すべきでもない。たとえば、中止犯と同様に法定量刑事由と解される自首（42条）に関して、「捜査機関に発覚する

<sup>267</sup> 金澤・前掲注13) 18頁以下。さらに、中止犯の成否の判断が妥当な量刑の観点から行われることで「行為者の予測を許さないものとはならないだろうか」（同ページ）との疑問も提示する。この点について山中・前掲注155) 802頁は、行為者に有利な予測の裏切りは決定的な批判とならないことを指摘する。

<sup>268</sup> 前田雅英「中止犯」警論48巻12号（1995年）154頁以下。

<sup>269</sup> 川端博ほか・前掲注250) 320頁〔前田雅英発言〕。

<sup>270</sup> 前田・前掲注268) 156頁。

<sup>271</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（2015年）120頁、木村・前掲注14) 10頁も同旨。また、前田・前掲注268) 160頁において、一般人なら思い止まる事情が存在したとしても、悔悟ないし反省が存在する場合には「少なくとも量刑上減輕を認めうるのであり、それ故、中止犯に分類して必要的減免を認めることも一定の合理性を持ち得る」とする理解にも明確に現れている。

前に自首」することに加え、それ以外のあらゆる量刑事情をも考慮してその成否が判断される、というようなことはならないであろう<sup>272</sup>。ここでは、問題を中止犯の成否のレベルと、成立したうえで減軽か免除かを選択するレベルとで、判断の段階を区別して考えなければならない<sup>273</sup>。中止犯は、「犯罪を自己の意思により中止した」ことによる違法関連の事情、責任関連の事情の相殺的評価によって基礎づけられるのであるから、中止意思に担われた任意な中止行為がなされれば中止犯の成立には必要十分である。中止犯の成立によって、最低限、必要的減軽の効果が確定する。その上で、免除が認められるかという裁量的判断はまさに狭義の量刑の問題であり、一般的な犯罪の量刑において一般情状が考慮されて宣告刑が決定するように、予防に関連する事情も考慮されることになるろう。

それでは、この免除の可否の判断において考慮される事情の範囲についてはいかに考えるべきであろうか。免除の可否の判断は裁量的である<sup>274</sup>から、「それはまさに、情状に基づく量刑判断」であり「量刑判断と全く同質なもの」として、『自己の意思により中止した』行為をめぐる全ての量刑事情を考慮して判断しなければならず、中止に「直接的に関連する事情」のみならず「中止行為の前後にわたる諸事情も（量刑事情として考慮することが許されるものである限り）すべて含まれるものと解すべき」という主張がなされる<sup>275</sup>。またこの見解は、免除に「情状により」という文言が記されていないのは、「情状に基づくのは自明のことであるゆえの単なる文章の綾と考えるべき」であるから、「中止未遂の要件に関連する事情を基本としながらも副次的にはその他の一般的な量刑事情をも考慮した上で判断を下さなければならない」<sup>276</sup>とも述べている。

この見解に対しては、まず「文章の綾」とする点について、それが自明であることの根拠が示されていない点<sup>277</sup>、また、一般的な量刑事情を考慮してしまうと、「免除までは認め難いが、なお第 66 条の適用の可能性がある場合に同条の適用の可能性が排除されてしまいかねない」<sup>278</sup>点に批判が向けられている。また、66 条の酌量減軽の法的効果が減軽にとどめられ、一般的な免除規定がないことからすれば<sup>279</sup>、情状一般にもとづいて免除までは認められない、との立場を立法者はとっていると考えるべきではないだろうか。とすれば、中止犯規定における免除の可否の判断において、中止犯に関連した事情に、中止犯に全く関係のな

---

<sup>272</sup> たとえば、自首の際に虚偽を含む申告をしたとしても、それが犯罪事実の特定を誤らせるわけではない場合には、その虚偽を理由として自首の成立自体が否定されるべきではない（最高裁平成 13 年 2 月 9 日決定刑集 55 卷 1 号 76 頁参照、西田ほか・前掲注 264）642 頁〔古川〕参照。

<sup>273</sup> 岡本・前掲注 65）11 頁、金澤・前掲注 13）20 頁以下。

<sup>274</sup> 松尾浩也「刑の量定」宮澤浩一ほか編『刑事政策講座第 1 卷』（1971 年）343 頁参照。

<sup>275</sup> 岡本・前掲注 65）287 頁。

<sup>276</sup> 岡本・前掲注 65）285 頁注 17。

<sup>277</sup> 野澤・前掲注 2）393 頁注 118。

<sup>278</sup> 金澤・前掲注 13）21 頁以下。

<sup>279</sup> なお、総則に酌量的免除規定を導入することを主張する吉岡一男「量刑と適正手続」『刑事制度論の展開』（1997 年）229 頁、また野澤・前掲注 2）404 頁注 146。

い事情をプラスして免除を認めるべきではないように思われる。したがって、ここでは中止犯の成否の段階で考慮した違法関連の事情、責任関連の事情の減弱の程度に加えて、悔悟に基づいた中止であることや、従来真摯性などとして議論されてきた事情のように、中止行為者が中止の際にとった態度に基づく特別予防の必要性の観点も考慮して、免除を認めるか、減軽にとどめるかを決すべきである<sup>280</sup>。

## 第2款 免除の可否の基準

このように考えると、免除が認められるのは、違法関連の事情、責任関連の事情の減殺の程度が非常に大きく、また予防の必要性も低下している場合であるといえよう。この意味で、従来の法律説が、違法減少ないし責任減少の程度が著しい場合に免除を認めると考えていたのは妥当であった<sup>281</sup>。

これに対して、中止犯の奨励政策を重視する立場からは批判が向けられた。すなわち、「違法減少にせよ、責任減少にせよ、実質的な理由だけで中止犯を説明しようとするならば、傷害の責を問わざるをえなくなるのではなかろうか」として、この内包既遂犯の当罰性が中止によって相殺しきれないにもかかわらず免除が認められるとすれば、中止の奨励という政策的理由にその根拠を求めなければならない、というのである<sup>282</sup>。もっとも、このような理解からは、どのような内包既遂犯が存在する場合であっても、奨励政策に基づき免除とすべきことにならないだろうか<sup>283</sup>。しかし、たとえば殺人未遂の中止犯において、重傷を負ったものの一命をとりとめたというような場合に刑を免除することは、実務的にも受け入れられない帰結であろう。

もっとも、減軽と免除の区別基準を実際に内包既遂犯の有無に求める見解もある<sup>284</sup>。この基準はたしかに明確であるが、硬直的に過ぎるように思われる。内包既遂犯の程度が非常に軽いような場合には、中止が悔悟に基づいており、態度が真摯であったなどの特別予防の必要性を低下させる事情があれば、内包既遂犯の軽い責任相当刑の範囲から刑の免除を選択

---

<sup>280</sup> 金澤・前掲注13) 21頁、佐伯・前掲注11) 361頁以下、曾根威彦『刑法原論』(2016年) 506頁注69。立法経緯の検討から、必要的減免という法律効果を採用し、裁判官の裁量を認めることで「規範的に好ましくない中止者に対しても裁判官の裁量による相応の処罰を可能にした」と推測する野澤・前掲注2) 367頁以下参照。また、免除の可否の判断に悔悟を入れる松宮・前掲注45) 246頁。(量刑) 責任減少に加え、刑事政策説ないし褒賞説も併存可能としたうえで、これを「量刑判断が、責任の量に加え、一般・特別予防の視点を加味して行われることに対応する」とする木村・前掲注214) 70頁、同・前掲注14) 8頁も同旨。

<sup>281</sup> たとえば浅田・前掲注17) 391頁。

<sup>282</sup> 平野・前掲注110) 162頁。同旨、井田・前掲注122) 433頁注40、松原・前掲注47) 320頁など。

<sup>283</sup> 政策説に対しては、従来、減軽と免除の区別ができない、という批判が向けられていたのである。たとえば、曾根・前掲注24) 226頁。

<sup>284</sup> 町田・前掲注10) 44頁以下。

することも可能ではないだろうか<sup>285</sup>。刑の免除は、実質的に無罪と等しいものと理解されることもあるが<sup>286</sup>、通説のように有罪判決(のうち最も軽いもの)として理解すべきであろう。刑訴法という形式的根拠だけでなく、実質的な刑罰を科す必要まではない場合であっても<sup>287</sup>、いったん可罰的な未遂段階に踏み込んだ行為者に対して、象徴的な意味で有罪判決としての免除を言い渡すことに積極的意義があるということもできよう<sup>288</sup>。

## おわりに

このようにして、本稿は中止犯を法定された量刑事由として体系的に位置づけるものであり、減免根拠は、未遂犯の処罰根拠としての危険を減少させる中止行為により、障害未遂に比べて典型的に違法関連的要素が減少し、そのような中止行為を意識的に選択したことにより、実行行為を意識的に選択したことによる責任関連的要素が減少することにあると考える。

最後に、従来減免根拠論の対立が反映される論点として考えられてきた、中止行為と結果不発生との間に因果関係が必要か、という点について私見を適用するとどうなるかを、簡単に示したい。

従来、責任減少説からは結果的に未遂に終わっていればよいことから因果関係が不要と解される一方で<sup>289</sup>、違法減少説からは結果無価値を回復するために必要とされた<sup>290</sup>。また刑事政策説からは、中止行為がなくとも結果が不発生に終わるのであれば、恩典を与えて奨励する必要はない、として<sup>291</sup>因果関係を要求する見解が多かった。これに対し、未遂の当罰性を減少させるという本稿の観点からは、致死量に足りない毒によって致死の結果の発生が現実には不能であったとしても、未遂犯の処罰根拠たる危険が「仮に致死量の毒があれば」であるとか、「被害者の体調が悪ければ」といった一定の抽象化ないし仮定的事情の置換によって認められるのであれば、そのような仮定的事情が現実に存在したとしても結果発生を阻止するに十分な行為を行っていれば、(仮定的)危険の減少が典型的に認められる事態といえ、中止行為と認めるべきことになろう<sup>292</sup>。

---

<sup>285</sup> このような理解からは、刑の免除に値する内包既遂犯とは、それ単独であればそもそも起訴されるかも明らかではない軽微なものに限られることになろう。これに対し、ある程度内包既遂犯があったとしても免除の余地を認めるのであれば、やはり奨励の観点を入れなければならないだろう。そのように、未遂犯としての当罰性減少とは異質な奨励の観点をどこまで考慮することが許されるかは、今後の検討課題としたい。

<sup>286</sup> 佐伯・前掲注 11) 409 頁以下、浅田・前掲注 17) 391 頁。

<sup>287</sup> 免除は実質的な刑罰を伴わない点で無罪判決と共通し、特に実際受けなければならない刑罰に関心がある被告人の側からすれば無罪に限りなく等しいといえる。もっともこの点は、奨励効果からはむしろ好都合であろう。

<sup>288</sup> 吉岡・前掲注 279) 228 頁以下参照。

<sup>289</sup> 曾根・前掲注 24) 230 頁。

<sup>290</sup> 植松・前掲注 47) 332 頁、大谷・前掲注 21) 393 頁。

<sup>291</sup> 山口・前掲注 4) 283 頁、和田・前掲注 29) 290 頁。

<sup>292</sup> 平野・前掲注 73) 148 頁、佐伯・前掲注 11) 364 頁、松原・前掲注 47) 324 頁。



## 第2章 中止行為論

### 第1節 中止意思

#### はじめに

わが国の刑法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、その刑を減輕し、又は免除する」と規定している。この中止犯規定の文言のうち、「自己の意思により」という部分から任意性要件が導かれ、「犯罪を中止した」という部分から中止行為要件が導かれる、と一般に理解されてきた。

近時、中止犯における主観的要件を任意性としてのみ考慮するのでは、中止犯の成否を適切に判断できない、という指摘がなされている。この指摘は、以下のような事例を挙げて説明している。行為者は銃を2発発射して被害者を殺害しようと考えて発砲したところ、実際には被害者に弾は命中していないものの、1発目が被害者の心臓に命中し殺害目的が達せられた、と誤信して2発目を撃つのをやめた。この場合、「客観的には……行為の続行を『中止』しているといえなくはない」。その上で、任意性を、通説であるフランクの公式に基づいて判断しようとすると、すでに殺害したと思っている行為者は、やろうと思えばやれるがやらないとも、やろうと思ってもやることができない、ともいえないので「破綻に陥らざるをえない」。したがって『中止行為』自体に、中止意思が含まれていると解すべきであり、上述の事例は、中止意思がないことにより中止行為要件がみたされず、中止犯の成立が否定されることになる、と主張するのである<sup>1</sup>。

上述の主張は、中止意思という主観的要素を中止行為要件の下位要件として要求する<sup>2</sup>。しかし、このような立場を採らなくとも、中止意思がないような場合であれば、中止犯の成立はこれまでも当然のように否定されてきたように思われる<sup>3</sup>。そうだとすれば、中止意思の内容と実質的に同様なしは類似の考慮が、従来の中止犯論のどこかでなされてきているはずである。

また、近時では、中止犯を一般の犯罪構成要件を「裏返したもの」とみて中止犯の成立要件を検討しようとする立場<sup>4</sup>から、犯罪構成要件における故意を裏返した対応物として中止意思を要求する見解がみられる<sup>5</sup>。この見解は中止意思という要件を独立して論じる点では

<sup>1</sup> 以上の指摘は、引用部分も含めて山中敬一『中止未遂の研究』（2001年）217頁以下。

<sup>2</sup> 中止意思を中止行為、任意性と並ぶ要件として考えることも可能である（たとえば、佐久間修ほか『刑法基本講義』（2009年）〔上〕92頁など）。

<sup>3</sup> 曾根威彦「中止犯における違法と責任」『刑事違法論の研究』（1998年）251頁、内藤謙『刑法総論講義（下）Ⅱ』（2002年）1306頁など。

<sup>4</sup> 本稿では「裏返しにした犯罪論」（平野龍一「中止犯」『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981年）146頁）「マイナス犯罪」（井田良『講義刑法学・総論』（2008年）424頁）、などと中止犯規定を捉える見解を総称して「裏返し論」と呼ぶ。

<sup>5</sup> この立場からは故意を裏返した対応物である、という認識から、「中止意思」ではなく



上述の見解と同一であるが、その基礎づけ方は異なっている。

このように、「中止犯は中止の事実を認識して行われなければならない」<sup>6</sup>ことには一定の理解があるように思われるものの、その根拠及び位置づけは一致をみていない。したがって本節では、中止犯の成立要件として、狭義の任意性とは別個に要求されている、中止行為に対する認識・意思的要素を中止意思論<sup>7</sup>として、その用語の位置づけ如何にかかわらず広く考察することで、その実質的内容を明らかにすることを試みる。

## 第1款 中止意思論の位置づけ

### 1 中止行為の態様についての議論と中止意思論

中止犯の成立に必要な中止行為の態様を判断する資料として、行為者の主観が論じられることがある。この中止行為の態様についての問題は、長く実行行為の終了時期の問題と関連させる形で議論されてきた。すなわち、実行行為が終了していない場合（着手未遂）には中止行為は不作為態様でよく（着手中止）、実行行為が終了している場合（実行未遂）には中止行為は作為態様によるものが必要（実行中止）とされたのである<sup>8</sup>。この実行行為の終了時期はいつか、という観点から主張されてきたのが、行為者の計画を基準とする主観説<sup>9</sup>や、行為の外形において本来既遂に達しうべき動作の有無を基準とする客観説<sup>10</sup>といった学説であった。しかしその後、着手中止と実行中止の区別がドイツ刑法のように明文では存在しているわけではないわが国の刑法では、両者の区別は重要ではないという指摘がなされ、「中止行為といえるか否かという点から検討すれば足りる」<sup>11</sup>という観点から中止行為の態様が議論されることが一般化しているように思われる。

この観点からの議論は、客観説を修正したものともいえるが、まずここに至るまでの議論の経過を簡単に確認する。

そもそも客観説は、客観的にみて、行為の外形において本来既遂に達しうべき動作が終わ

---

「中止故意」という用語が使われることが多い。もっとも、裏返し論を採らなくても「中止故意」という用語を用いるものもあり（たとえば齋野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」田宮裕博士追悼下巻（2003年）587頁以下）、その用語法は一致していない。

<sup>6</sup> 塩見淳「中止行為の構造」中山研一先生古稀祝賀第3巻（1993年）263頁。

<sup>7</sup> 本稿では「中止行為」という用語を用いる場合に、中止意思を含まない外部的な客観的態度のみを指す。伊東研祐『刑法総論』（2008年）305頁参照。

<sup>8</sup> この問題に関する詳細な研究として山中・前掲注1）107頁以下、また金澤真理『中止未遂の本質』（2006年）119頁以下がある。ただ、この問題についての詳しい検討は本章第2節にゆずり、本節では中止意思の問題を検討する上で必要な限度でふれるにとどめる。

<sup>9</sup> 牧野英一『刑法総論〔全訂版〕』（1959年）634頁、宮本英脩『刑法大綱』（1935年）185頁。

<sup>10</sup> 大場茂馬『刑法総論下』（1994年）819頁、植松正『刑法概論Ⅰ総論〔再訂版〕』（1974年）324頁以下。

<sup>11</sup> 平野・前掲注4）148頁。

れば実行行為は終了しており、実行未遂となるとする見解<sup>12</sup>であった。この見解からはたとえば、1発目を発射した場合、それが命中すれば治療行為などの結果回避行為を行うことで中止犯成立の可能性があるのに対し、それが外れた場合には、2発目以降の発射が可能であり、また行為者がそれを控えたとしても中止が認められないということになる。もっとも、この結論はあまりにも形式的であり、また妥当性を欠くものとして支持は広がらなかった。

そこで「第2の客観説」が主張されるようになった。これは「因果関係を遮断しなければ結果が発生してしまう状態が惹起されたか否かによって」<sup>13</sup>区別する見解である。この見解は、もともと実行行為の終了時期を確定する基準として提案された。しかし、現在ではこの基準は、実行行為の終了時期を画する基準としてではなく、端的に中止犯成立のために必要である中止行為の態様を判断する際の基準として、多くの支持者を集めている<sup>14</sup>。

その上で、「客観的事情と行為者の主観とを総合して客観的に判断しなければならない」から、①1発で殺そうと思って発射したが、命中しなかった場合には「客観的に、1個の構成要件該当行為の一部として、2発目の発射が可能であるばあいに、これを認識しつつなお発射しないのは、その構成要件該当の結果を不作為によって防止したことになる」のに対して、②2発で殺そうと思って発射し、1発目が命中した場合には、「すでに行行為者の行為をまたなくとも、因果関係の進行だけで結果発生可能な状態が生じており、それを認識しておれば、自らその因果関係の進行を遮断しなければ、止めたことにはならない」とする見解がある<sup>15</sup>。この見解は、客観説を基本としつつ、行為者の主観も考慮して、いつ「犯罪を中止した」といえるかを判断する<sup>16</sup>。すなわち、客観説を基本とすることで、中止行為の態様を決定する上では「結果の発生を防止することに必要な行為という観点から客観的に決められるべき」であるが、「中止行為を認めるため」には行為者の主観も問題となり、「中止行為時において、結果がまだ発生しておらず、自分が結果の発生を防止するための中止行為（作為または不作為）をすることを認識している必要がある」<sup>17</sup>のである。ここで考慮される行為者主観は、①においては、不作為態様での中止犯を認める要素であり、②では作為態様での中止犯を認める要素として機能している。これは、以下に検討する中止意思要件に期待されている役割とまさに重なるものである<sup>18</sup>。

したがって、ここで検討した中止犯の成立のために要求される中止行為の態様を判断す

---

<sup>12</sup> 植松・前掲注10) 325頁。

<sup>13</sup> 西原春夫『刑法総論第3分冊〔改訂版〕』（1991年）292頁、中山研一『刑法総論』（1982年）437頁。

<sup>14</sup> 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007年）396頁以下、大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』（2009年）391頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）229頁、井田・前掲注4) 428頁以下など。

<sup>15</sup> 平野・前掲注4) 148頁以下。

<sup>16</sup> 内藤・前掲注3) 1304頁以下（総合説）。

<sup>17</sup> 内藤・前掲注3) 1306頁。福田平『全訂刑法総論〔第4版〕』（2004年）236頁以下、大塚仁『刑法概説総論〔第4版〕』（2008年）261頁など。

<sup>18</sup> 山口厚『問題探究刑法総論』（1998年）229頁参照。

る議論において、(第2の)客観説を基本としつつ行為者の主観も考慮する見解<sup>19</sup>は、中止行為の態様判断の問題としては第2の客観説をとりつつ、この議論とは別に中止意思という要件をたてる見解と同じ問題意識に基づくものであると整理することができる。したがって、その内容を考える上でも共通の検討を行うことができよう。

## 2 裏返し論と中止意思論

中止意思を中止犯の成立要件論のどの部分で論じるべきか、という問題について、中止犯を「『犯罪が裏返されたもの』と捉え、犯罪論の体系とパラレルに中止行為を構成する」立場から、「故意を主観的違法要素とする立場のもとでは、中止故意もまた(狭義の)中止行為の要件に含めるほうが体系的には一貫する」<sup>20</sup>といった主張がなされている<sup>21</sup>。

<sup>19</sup> 裁判例においても実行行為の終了時期の検討で、客観的な危険の存在に加え、行為者の主観を問題にするものがある。これらは、放置しても結果が発生するような危険が存在せず、かつ、そのことを認識している場合に、着手未遂であり、その後の実行行為の不作为で中止未遂が認められている(東京高判昭和51年7月14日判時834号106頁、青森地判平成18年11月16日判タ1279号345頁等。なお東京高判昭和62年7月16日判時1691号156頁も参照)。また、「生命に対する現実的な危険」が生じており、それを生じさせた自己の行為を認識していれば実行未遂であり、なんら積極的な救助行為を行っていないので中止犯は認められない、としたものがある(福岡高判平成11年9月7日判時1247号140頁等)。これらは学説において中止行為の態様判断の問題において行為者主観を考慮する立場に相応するといえよう。ところで、裁判例における危険判断においては、放置すれば結果が発生する危険として捉えるものが一般的であるが、これを「一般人の立場からの危険」とするものがある(東京地判平成14年1月22日判時1821号155頁。なお、評釈として和田俊憲「判批」刑事法ジャーナル4号(2006年)79頁以下がある。また長崎地判平成16年6月30日LEX/DB番号:28095541も参照)。この判決は「一般人の立場からの判断として・・・殺人の既遂に至る具体的危険」が生じており、「被告人自身の判断も・・・同様のものではあった」にもかかわらず積極的行為をなんらせず、立ち去ったのみである行為者に中止犯の成立を否定した。危険の判断基準が一般人か事後客観的かという点も問題になりうるが、本件の場合、行為者自身が「既遂に至る危険が生じている」と認識しているのだから、当然立ち去る行為を(不作为の)中止行為としては考えておらず、したがって中止意思が認められない、として中止犯の成立を否定することが可能であったように思われる(和田・前掲注19)83頁)。また、判例の実行行為の終了時期判断においては、客観的な危険の存在に加え、行為者の当初の計画に言及するものが多い(たとえば大阪高判昭和44年10月17日判タ244号290頁、福岡高判昭和61年3月6日判時1193号152頁等)。ただ、これらの多くは実行未遂とされた事案であり、したがって積極的な作為の有無が検討されているために中止意思の存在は当然と考えられているためか、言及しているものはあまりみられない(判例においては単なる積極的な作為というだけでなく、真摯性が要求されるのが通常である。このことから中止意思はさらに言及するまでもない当然の前提として扱われやすいことになろう)。

<sup>20</sup> 塩見・前掲注6)263頁以下。主観的違法要素としての故意の放棄ということから違法減少を基礎づける立場(川端博『刑法総論講義〔第2版〕』(2006年)476頁など)が裏返し論をとらない場合については本款3参照。

<sup>21</sup> 塩見淳はこれに反する見解として故意を責任要素としつつ、主観的事情を中止行為の判断資料に援用する見解(前田雅英『刑法総論講義〔第4版〕』(2006年)165頁)を挙げているが(塩見・前掲注6)264頁注54)、これは裏返し論を採用するかしないか、という区

ところで、そもそもこの「裏返し論」は、平野龍一が「中止とは、・・・『防止を結果とする』一つの構成要件—いわば逆の方向に向った—になぞらえることができる」ので『『裏返しにした犯罪論そのもの』といってもいい』<sup>22</sup>としたのがその嚆矢と思われる。そこでは、「犯罪論は『どういう要件がそなわったとき、刑を科することができるか』を検討するものである」一方で、「中止犯は『どういう要件がそなわったとき、刑を減輕または免除するか』を検討する」ものであるから「いわば『裏返しにした犯罪論そのもの』」<sup>23</sup>であると述べられている。このことから、「裏返し論」といっても、犯罪論の成立要件を一つ一つ「裏返し」てその対応物を中止犯の成立要件とする意図までは読み取ることにはできない。また現に、平野は減免根拠論においては「主観的違法要素が違法性の評価に影響を及ぼす」違法減少説を採用しており<sup>24</sup>、犯罪の成立要件論における責任の部分を裏返す形で中止犯の成立要件論において責任減少要件をたてるようなことはしていない。

ただ、後にこの政策面での裏返し論は、減免根拠論で論じられていた違法責任減少説と要件論での結びつきをみせるようになる。

たとえば、井田良<sup>25</sup>は中止犯を「規範による行動コントロール」として把握する立場から、「通常の犯罪と中止犯とは、プラス犯罪とマイナス犯罪の関係にある」と述べる。すなわち、政策説のいう政策的考慮、すなわち「規範による行動コントロールによる法益侵害の回避」というのは「中止犯規定に固有の性格を示すものとはいえず、「通常の犯罪の処罰もまったく同様の政策的考慮にもとづいている」のであるから、「もし一般の犯罪について違法と責任という2つの成立要件を考えることが規範による法益保護という目的に照らして合理的であるのであれば・・・、中止犯についても違法と責任という2つの面において要件を定立することが法益保護という目的に照らして合理的なはず」だと述べる。そして、中止行為および結果の不発生が違法減少の要件であり、任意性が責任減少の要件であると要件論を整理する。ここで「違法減少の主観的要件として中止行為に対応した」中止意思が認められる場合に、そのような中止意思で中止行為を行う「行為者は、行為基準に合致する行動をしている」ので行為無価値が減少し、違法減少が認められることになる。

また、減免根拠論において意識的危険消滅説を主張する山口厚の見解をみると、この点がさらに明らかにあらわれている。すなわち、「一般の罰則は、・・・刑を科することにより、結果惹起の防止という犯罪抑止の政策を遂行しようとするものである」のに対して、「中止犯規定は、『自己の意思による』中止行為により『既遂結果惹起の危険』の消滅が生じたと

---

別によるところが大きいように思われる。その他故意を責任要素としつつ主観的事情を中止行為において判断する見解として浅田・前掲注14) 397頁など。

<sup>22</sup> 平野・前掲注4) 146頁。

<sup>23</sup> 平野龍一「中止未遂の法的性格」『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981年）162頁。

<sup>24</sup> ただし、平野は「違法減少説は・・・おおむねこの政策説を理論的に表現したもの」（平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（1975年）333頁）とされていたが、「違法性の減少と政策的理由との二元的な説明」（平野・前掲注4）145頁）と表現を変えている。

<sup>25</sup> 川端博＝井田良「《対談》中止犯論の現在と課題」現代刑事法45号（2003年）4頁以下〔井田発言〕。

きに、中止犯の成立を認め、必要的刑の減免という特典を与えることによって、犯罪の中止の促進を図ろうとする政策的意義を有するもの」であり、「この意味で、中止犯はいわば一般の犯罪とは『逆の方向に向った』構成要件からなるものである」とする。そうした上で、「このように考えると、中止犯の要件は一般の犯罪成立要件に対比して考えうる」ことになり、「犯罪成立要件の場合の故意・過失に対応する主観的要件として、自己の行為による危険消滅の認識が、いわば中止犯の故意として要求されるべき」<sup>26</sup>ことになるのである。

このように「裏返し論」は、もともと中止犯規定は犯罪防止のための手段という政策的レベルにおいて犯罪規定を裏返したものと考えることができる、と主張されていたに過ぎないものが、一部の論者によってこの政策的レベルでの裏返しが要件論レベルでの裏返しを行う根拠として用いられることで、違法責任減少説と結びつき<sup>27</sup>、要件論における地位を確立したといえる<sup>28</sup>。したがってこの立場からは、一方で「表」の構成要件において故意を主観的違法要素として考えるのであれば、「裏」の構成要件においては中止意思を主観的違法「減少」要素として考え、他方で故意を責任要素として考えるのであれば、責任「減少」要素として整理を行うことが素直であるといえるだろう。

しかし、そもそも中止犯規定が、犯罪防止という政策目標を達成する手段として、一般の犯罪構成要件をそのまま裏返したものとイえるかは明らかではない。一般的な処罰規定も中止犯規定も、ともに法益保護という刑法の目的に資することが最終的な目的であるという点が共通していることは承認するとしても、さらに中止犯規定のもつ「独自の政策的意義」、またそれに基づく「特別の行為規範」<sup>29</sup>といった点を考慮に入れる場合、それが要件解釈論に反映されてはこないのか、という点は別に検討が必要となる<sup>30</sup>。

<sup>26</sup> 山口・前掲注18) 224頁以下。

<sup>27</sup> また、減免根拠論について中止行為が未遂によって生じている法益侵害の危険を取り去った点に求める違法減少説からも以下のように主張される。すなわち、「中止未遂論は未遂論を裏返した議論でなければならない」から実行行為における「故意」と中止行為における「自己の意思」が対応すべきである。また、故意が「動機説」によって説明されることに対応して、この中止行為を行うことの認容にも「自発性」が含まれていると解すべきであり、これが任意性の内容である（清水一成「中止未遂における『自己ノ意思ニ因リ』の意義」上法29巻2=3号（1986年）265頁以下）。この見解は違法減少説をとりつつも、裏返し論を要件にも反映することで「自己の意思」を故意の「裏返し」として理解し、任意性要件に中止意思とその自発性が含まれることを論証している。ただし、この見解が「法益を保護する行為を認識しているだけでは十分ではなく、さらにこの行為に出ることを認容する心理状態が存在していることが必要であり、かつそれで十分だ」と述べるが、中止行為を「認容」する心理状態が、もともとの構成要件的结果の認識、認容と併存することにならないか、疑問が残る。

<sup>28</sup> 山口は、自身の意識的危険消滅説とそれに基づく要件解釈について、「従来の用語法に従えば、違法・責任減少説と表現することが可能」と述べる（山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）280頁）。

<sup>29</sup> 川端=井田・前掲注25) 8頁〔井田発言〕。

<sup>30</sup> この点、注目すべきは和田俊憲が減免根拠論において主張する「予防政策説」とそれに基づいて行われる要件解釈である（以下、和田の見解は引用も含めて和田俊憲「中止犯

### 3 (故意の放棄による) 違法減少説・責任減少説と中止意思論

従来の中止犯の成立要件論においては、中止意思という要件を積極的に挙げる見解は多くはなかった<sup>31</sup>。もっとも、これらの見解が中止意思論で議論される内容を想定していなかったか、という点必ずしもそうではないように思われる。すなわち、これらの見解は、中止意思の存在を任意性ないし中止行為を肯定する上での当然の前提としていたとみることができるのではないだろうか。

まず、故意または犯罪意思を放棄することで違法性が減少する、と説明する違法減少説を減免根拠論としてとる論者からは、中止意思が存在しないような場合には「反規範的意思を撤回し合規範的意思を中止行為という外界に表動させ」<sup>32</sup>ていない、または結果発生を防止を目標としていないために「故意の実効性を失わせ」<sup>33</sup>ておらず、違法減少がないと評価されることになる。

また、減免根拠論における責任減少説をとる論者からは、「中止行為の認識がないところに犯罪意思の放棄は存在せず、そこに非難可能性の減少」は認められないので「中止故意がある場合にのみ中止犯が成立するということは、責任減少説からすれば当然の帰結」としていたのである<sup>34</sup>。その上で、中止意思を中止行為における「積極的な努力」を認めるために必要であると解しているものがある<sup>35</sup>。この位置づけからすれば、積極的な努力があれば「合規範的意思の中止行為への表動」が認められ、(任意性も満たせば)責任減少が認められることになる。

---

論」刑法 42 卷 3 号 (2003 年) 1 頁以下)。和田の見解を概観すると以下のようなものである。すなわち、予防目的という観点から (抽象的なものであってもよい) 危険の存在とその減少が中止犯成立範囲の外枠を画定し、これに対して予防目的の外から予防手段に関する制限的観点が導入されることで要件解釈の「本質的な部分」が行われ、最終的な成立範囲が確定することになる。制限的観点とは「減免予防の必要性」「行為者のコントロール可能性」「報奨性」の 3 点である。このうち行為者のコントロール可能性の観点から中止行為の客観面の認識・予見として中止故意が要求されている。和田は、予防目的という点では中止犯論は犯罪論と同じであり、「その手段に関する政策も犯罪論と同様の構造を有すると解するのが合理的」である「裏返しの犯罪論」としつつ、「刑罰を科すことによる予防との関係で刑の減免による予防はあくまで二次的な政策である」として、ここから前述の制限的観点及び要件解釈を導きだしている。いわゆる「政策説」は要件解釈上指針とならず、成立範囲を確定する指導原理とはならないことが一般に指摘されるが、この見解は「予防目的」という政策を指導原理とした一貫した要件解釈を試みたものといえる。

<sup>31</sup> ここでは第 1 款 1 でみたような、中止行為の態様判断において主観を考慮する立場以外について検討するものである。したがって、減免根拠論において責任減少説をとりつつ、中止行為の態様判断において行為者の認識を考慮に入れる見解には妥当しない。

<sup>32</sup> 西原・前掲注 13) 287 頁。

<sup>33</sup> 川端・前掲注 20) 476 頁。

<sup>34</sup> 曾根・前掲注 3) 251 頁。浅田・前掲注 14) 397 頁が「中止行為の認識」を中止行為の要件として要求しつつ、「通常の場合、中止行為の認識がない場合は、すでに「自己の意思により」中止したとはいえないであろう」と述べるのも同旨か。

<sup>35</sup> 曾根・前掲注 14) 229 頁。

これらの見解は、故意ないし犯罪意思の（任意の）放棄によって違法減少ないし責任減少が生じる点、すなわち行為無価値ないし行為者の主観面に（障害未遂とは異なる）中止犯論の要点があると考え、減免根拠論に拠っている。そしてそれに基づいた要件解釈を行うため、中止意思が存在していないような場合は、各々の減免根拠からして違法減少ないし責任減少が認められず、「当然に」中止犯の成立を否定する、という帰結が導かれることになる<sup>36</sup>。

#### 4 小括

以上の検討により、中止意思の扱いとしては、中止行為の態様判断において考慮される主観とする立場（1）、裏返し論を採用した上で中止意思を正面から違法減少要件・責任減少要件として位置づける立場（2）、その減免根拠論から中止意思の存在を当然の前提として論じる立場（3）に大別できる。

このように中止意思に対する態度はさまざまであるが、そこから中止犯の成立範囲については異なる結論が導かれているのだろうか。第2款ではこのことを検討しつつ、中止意思の内容について明らかにしたい。

### 第2款 中止意思の内容

#### 1 不作為態様の中止行為における中止意思

中止意思の問題は、これまで主として不作為の中止行為の場合を念頭に置いてなされてきた。それは、行為者が何らかの作為の中止行為に出ている場合は、中止意思の存在が改めて論じられるまでもなく認められる場合が多いからだと思われる。けれども、たとえば、放火をしようとする者がバケツに入っている水をかけて火種を消してしまったが、その者はバケツに入っていた液体を油だと思っており、それをかけることで火勢を増すつもりであった場合のように、客観的には危険を減少ないし消滅させる作為による行為をしているが、行為者にはそのつもりがなかった場合などでは、作為態様の中止行為の場合についても中止意思を論じる実益はある。また、これまで減免根拠論において責任減少を要求する立場が有力であるため、明らかに責任減少が認められないこのような場合は特に重要視されてこなかったとも考えられる。さらに、外部的には「何もしていない」ように見える「単なる不作為」に対し、中止犯の成立要件たる不作為態様での中止行為という性格を与えることは、行為者の主観面を論じることで容易になった、とも考えられよう。

この問題を論じる上で、中止意思は結果回避意思として要求されてきた<sup>37</sup>。そして、不作為態様の中止行為の場合に、中止意思の具体的な内容として主張されてきたのが、「行為の

<sup>36</sup> 中止意思がない場合、「任意性」あるいは「中止行為」のどちらかの要件が欠ける、というよりは、どちらの要件も満たさないことになる。

<sup>37</sup> 山中・前掲注1) 218頁。

続行必要性の認識」及び「行為の続行可能性の認識」である<sup>38</sup>。以下では、まず中止意思を要件として考慮することで適切な事例解決を導くとされてきた論点において、これら2つが妥当な役割を果たしているか、確認していきたい。

### ① 行為の続行必要性の認識

中止意思の内容としてまず要求されているのが、行為の続行の必要性の認識である。たとえば、〔事例1〕実際には弾はかすただけであったが、行為者は1発目ですでに致命傷を与えることができた、と思ったために、2発目を（撃てたにもかかわらず）撃たなかった場合にこの認識が欠けるため、中止意思が認められない、とされる。これは「必然の因果の流れによって、早晚、結果が発生する状況に至っているがゆえに、行為の続行の必要性なしと判断した行為者には、結果を回避しようとする意欲は認めら〔れ〕ない」<sup>39</sup>（亀甲括弧内引用者）からである。たしかに、この事例では中止犯の成立を認めるべきではない、という結論については当然首肯できる。

だが、それは「行為続行の必要性の認識がない」からであろうか。そこで上の事例を少し変えて、〔事例2〕実際には弾はかすただけであったが、行為者は1発目で致命傷を与えた、と思ったので、その時点で中止しようと考えて（当然2発目は撃たず）救急車を呼んで救助した、という事例を考えてみる。この事例では、行為者は「救急車を呼ぶ」という積極的「作為」を行っている。それでは2発目を撃たなかった、という「不作為」はもはや意味を持たないのであろうか。

現在、中止犯成立のために必要とされる中止行為の態様を決定する議論においては、いわゆる「因果関係遮断説」が通説的な立場をしめている<sup>40</sup>。この見解は、事態を放置すれば結果の発生する危険がすでに生じている場合には作為態様での中止行為が必要であり、一方その危険が生じていない場合には不作為態様の中止行為で足りる、とする、中止行為態様の区別基準を採用するものである<sup>41</sup>。この基準によれば、上記〔事例1〕〔事例2〕はいずれも、行為者は致命傷と誤認しているものの、実際にはかすり傷であるため、中止行為の態様は不作為で足りる、ということになる。

ところで、この不作為で「足りる」という表現には、不作為態様でもよいし、作為態様での中止行為を行うのであればなおよい、という考えが現れているように思われる。このような考えは、中止犯の減免根拠論における責任減少説からは採り易いように思われるが、違法減少を要求し中止行為と結果不発生との因果関係を要求する立場からは採り難いものであ

<sup>38</sup> これらの2つを中止意思の内容としてあげるものとして塩谷毅「中止犯」法教279号（2003年）69頁、前田・前掲注21）165頁、伊東・前掲注7）306頁以下など。

<sup>39</sup> 山中・前掲注1）219頁。

<sup>40</sup> 少なくとも、中止意思論を（中止行為の主観的な）要件として独立に掲げるものはこの見解をとっているといえる。中止行為の態様判断において主観を考慮することで中止意思をすでに論じている立場については第1章第1節参照。

<sup>41</sup> 注14参照。なお第1章第1節参照。



ろう。放置することで結果が発生する危険が生じていない場合、何らかの作為と結果の不発生との間には因果関係が認められないからである。もっとも、責任減少説からも〔事例2〕のような場合に、不作為態様の中止行為について中止犯の成立を検討することは不可能ではないはずである。そこでこの事例において、まずは不作為態様での中止行為が認められないか、検討を行うことにする。

そうすると、2発目を撃たない、という不作為について中止犯の成立を検討することになる。確かに行為者は致命傷と誤認しているため、2発目を撃たなかった不作為は、救急車を呼ぶという作為を行う過程で当然に伴う行為であるに過ぎない。すなわち行為者の立場からすれば、(2発目を撃たないという)不作為「で」中止しようとしていたわけではなく、(救急車を呼ぶという)作為「で」中止しようとしていたことは間違いない。ただし、客観的にみれば、中止にとって不作為で十分であり、なおかつ行為者の見地からしても、不作為もなお中止の「ため」<sup>42)</sup>になされた行為であることは否定できない。そうすると、この不作為を中止行為とみて、そこに結果回避意思が表れていることを認めることが可能ではないだろうか。たとえ誤りであれ、放置すれば結果が発生する危険が生じていると認識している場合に、それを放置する意思がある場合、すなわち結果回避行為を認識していない場合(事例1)に結果回避意思が認められないのであって、これを放置する意思がなく、(行為者の認識上での)結果回避行為を認識している場合(事例2)には、結果回避意思の存在を不作為に対してなお認めることができよう<sup>43)</sup>。

したがって、〔事例1〕においては、行為続行の必要性の認識がないから中止意思がないのではなく、行為者が放置すれば結果が発生する危険を認識しているにもかかわらず結果回避行為を認識せず、(2発目を撃たないという)その不作為に事態の放置としての意味付けしか与えていないために結果回避意思が認められないに過ぎない、と考えることができる<sup>44)</sup>。

結局、結果回避意思としての中止意思を認める上で、行為の続行の必要性の認識は必要条件ではないと考えられる。

---

<sup>42)</sup> ここで用いている「ため」とは、当該不作為が中止にとって必要な作業の一部である、という意味にとどまり、中止にとって必要十分な行為である、ということの意味しない。

<sup>43)</sup> このような事例について、塩見・前掲注6) 263頁は、「行為の続行が客観的になお可能であったことを条件として中止犯の余地を認めてよいであろう」とするが、この場合に、不作為態様の中止が認められているのか、作為態様での中止が認められているのかは明らかではない。高橋則夫『刑法総論』(2010年)383頁以下参照。

<sup>44)</sup> なお、仮に減免根拠論において責任減少説ないし中止行為と結果不発生との因果関係を要求しない立場を採用したとしても、因果関係遮断説の基準において不作為で「足りる」場合、すなわち〔事例2〕のようなにおいて2発目の弾を撃たない、という不作為を中止行為として考えることは十分可能な立論であるように思われるので、この議論は中止行為と結果不発生との間に因果関係を要求する立場のみならず要求しない立場にも妥当するものである。

## ② 行為の続行可能性の認識

次に中止意思の内容として一般に要求されるのは行為の続行可能性の認識である。たとえば、〔事例3〕人を射殺しようとして弾を何発か撃ち込んだがまだ被害者は死亡せず、もはや弾を撃ちつくしてしまったのもう撃てないと思って撃たなかった場合に、結果回避意思がない、とされる。「結果惹起不可能性の認識は、結果回避意思と矛盾する」<sup>45</sup>からである。確かにこの事例であれば、結果惹起の不可能性の認識があり、行為の続行可能性の認識がなく、結果回避意思がない場合であるといえよう。

しかし、不作為態様の中止行為の場合、「行為の続行可能性の認識」がなければ「結果惹起不可能性の認識」があり「結果回避意思」がない、という結びつきは必然なのだろうか。ここで、上の事例を少し変えて、〔事例4〕人を射殺しようとして弾を何発か撃ち込んだところ、（実際には弾は残っていたものの）弾をちょうど撃ちつくしたと考えたところで（実際には軽傷であったが）致命傷を負わせたと認識し、その時点で中止しようとして救急車を呼び病院に搬送した、という事例を考えてみる。この事例であれば、病院に搬送した、という作為が見て取れるものの、それ以上撃たなかった、という不作為も意味を持ちうるのは、先に行為の続行必要性の認識の検討で見た通りである。それ以上撃たなかった、という不作為は、病院に搬送するという作為に当然伴う行為であるが、結果の不発生にとっては意味を持つ行為であり、結果回避意思がそこに任意に現れているのであれば、中止犯の成立を認めることが可能である。そうすると、この不作為時点においては行為の続行可能性の認識はないが、放置すれば結果が発生する危険を誤認している行為者にとっては結果惹起可能性の認識があり、また結果回避意思が認められるといえよう。

行為者の認識した危険の状態と、実際の客観的な危険の状態とが、いまだ放置するだけでは結果が発生しない、という形で一致している場合には、結果惹起の可能性の認識と行為の続行可能性の認識、さらには結果回避意思のそれぞれの有無は一致する。しかし、行為者の認識と客観的状況との間に齟齬がある場合にはこれらは一致しないが、仮に一致しなくとも結果回避意思としての中止意思を認めることが妥当な場合がある。

したがって行為の続行可能性の認識もまた、中止意思を認める上での必要条件ではない。

## ③ 小括

不作為態様での中止行為の場合の中止意思の議論では、行為の続行必要性の認識及び行為の続行可能性の認識がない事例において、結果回避意思がないために中止犯の成立を認めるべきではない、という主張がなされている。確かに、結果回避意思がない場合に中止犯を成立させるべきではないことは明らかである。しかし、行為の続行必要性の認識及び行為の続行可能性の認識がない場合に、すべて結果回避意思もない、という結論には、には疑問があることが明らかとなった。

まず、客観的には放置するだけで結果が発生するような危険が生じてはいないものの、行

<sup>45</sup> 山中・前掲注1) 218頁。

為者としてはそのような危険を誤認している場合には、中止をしようとする行為者は（続行必要性の認識は当然持たずに）作為態様の何らかの行為に出るはずである。この場合には、なお不作為態様の中止行為での中止犯成立を認めることができ、行為の続行必要性の認識は不要であった。これに対し、客観的には放置すれば結果が発生するような危険が生じておらず、そのことを正しく認識している行為者は、中止しようとするればその後の行為の不作為でよいが、その場合、当然に行為者には行為の続行必要性の認識があることになる。

また、行為の続行可能性の認識についても同様のことがいえる。すなわち、客観的には放置すれば結果が発生するような危険が生じてはいないが、そのような危険を誤認している行為者は、中止しようと考えれば何らかの作為にでるはずである。ここで行為者が作為に出た場合でも、不作為態様の中止行為での中止犯の成立を認めうるとすれば、その行為者が行為の続行可能性を認識している必要はない。一方で、客観的に放置すれば結果発生に至るような危険が生じておらず、そのことを正しく認識している行為者の場合、中止をしようとするれば不作為をする、つまりその後の行為の続行をしなければよいのであるが、この行為者には行為の続行可能性の認識が必要である。

すなわち、これまで不作為態様の中止行為で論じてこられた中止意思の要件は、客観的に放置すれば結果が発生するような危険が生じていない場合に、その状況を正しく認識している行為者が中止しようとする場合に必要となる下位要件であって、すべての不作為態様の中止において妥当する要件ではないというべきである。これらをすべての不作為態様の中止に妥当させることは、結果回避意思を担保する以上の制約を中止犯の成立範囲にかけてしまうおそれがあるといえよう。

## 2 危険消滅の認識

中止犯の減免根拠論における意識的危険消滅説からは、中止行為とは危険消滅行為にほかならず、行為者の主観面としてこれに対応した危険消滅の認識が必要であるとされている<sup>46</sup>。この認識を要求することで、「拳銃を1発発射したところ命中しなかったが、被害者が命中したように装ったので、2発目を発射しなかった場合」を中止犯から排除することができるとする。

ただ、この見解が「認識されていない危険消滅にまで特典を与える必要はない」<sup>47</sup>というとき、客観的な危険消滅とその認識の一致をどこまで要求するのかが問題となりうるように思われる。たとえば、前述した〔事例2〕において、被害者は実際には軽傷であるので放置しておいても既遂に至る危険はない。したがって、危険消滅は不作為によってなされている。山口は、中止行為と危険消滅との間に因果関係を要求する<sup>48</sup>ので、中止行為としては2

<sup>46</sup> 山口・前掲注18) 225頁、同・前掲注28) 280頁以下。なお塩見・前掲注6) 263頁。

<sup>47</sup> 山口・前掲注18) 228頁。

<sup>48</sup> 山口はこれまで、「中止行為（作為・不作為）と危険消滅との間に因果関係が必要である」と述べてきた（同・前掲注18) 228頁、同『刑法総論〔初版〕』（2001年）245頁、同『刑法総論〔補訂版〕』（2005年）245頁）。ところが教科書の第2版（前掲注28) 283

発目を撃たなかった、という不作為が考えられることになる。一方で行為者の認識上は、救急車を呼び救助するという作為によって危険消滅がなされている。この場合には、中止行為という客観的要件について主観的要件、すなわち危険消滅の認識が対応しておらず、中止犯の成立は認められないのだろうか<sup>49</sup>。結論からいえば、このような場合にも中止犯の成立を肯定することが危険消滅説の立場からでも可能なのではないかと考える。

そもそもこの見解が危険消滅の認識を要求するのは、中止犯規定を具体的被害法益の救助を図ろうとする政策的な規定であると解することから、「危険消滅の奨励のための特典は、その意思により危険を消滅させた者だけに与えられることが正当化される」<sup>50</sup>ことになるからである。ところで、〔事例2〕のように、作為による危険消滅行為が、放置することで結果が発生する危険を消滅させると誤って認識している行為者は、（それが実際に生じている危険、すなわち法益侵害行為の遂行のおそれにより結果が発生する危険を消滅させることを認識していないとしても）不作為をも必ず行うことになる。またこの場合、「作為による中止行為を行おう」と決意すると同時に不作為の中止行為を行うことになる。したがって、中止の奨励という観点からみれば、行為者に働きかけることで結果回避に益することになる時系列上の段階は作為、不作為という中止行為の態様によって変化するものではない。このように、行為者の危険状況についての錯誤は、意識的危険消滅説が減免根拠とする危険消滅の奨励の必要性の有無になんら影響するものではないといえよう。そうするとこの奨励に応じて「中止しよう」と決意した行為者には中止の恩典を与えるべきではないだろうか。

結局、危険消滅の認識が中止犯規定の奨励を受けるに値する場合とは、行為者が結果回避意思を持つこと以上のものではないように思われる。

### 3 (故意の放棄による) 違法減少説・責任減少説と中止意思

---

頁)において「中止行為(作為・不作為)と危険消滅(による結果の不発生)との間に因果関係が必要である」と記述を改めた。これは、当初は中止行為と危険消滅との間の因果関係は「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」であって「未遂として処罰可能なのは既遂結果惹起の危険が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」(前掲注18)228頁以下)としていたが、後に「構成要件的结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」(前掲注48)初版・補訂版245頁、前掲注28)283頁)と見解を改めたことを明確化する意図ではないかと推測できる。このことの当否を検討することは本稿の射程を超えるので、中止行為の客観的要件の検討において再度扱いたい。

<sup>49</sup> いわゆる「早すぎた構成要件実現」の問題の解決として「未遂故意」と「既遂故意」とを区別し、未遂犯の成立を肯定する立場(山口厚『新判例から見た刑法〔第2版〕』(2008年)88頁以下)からは、この考え方を仮に中止犯に应用した場合、行為者が危険消滅性を認識していない不作為で実際には危険が消滅している場合、これはいわば中止の未遂ともいえるべき場合であり、中止犯の成立は肯定されない結論に至るであろう。

<sup>50</sup> 山口・前掲注28)283頁。

前述したように、主観的違法要素たる故意の放棄を論拠とする違法減少説や責任減少説の立場からも中止意思は「当然に」必要とされる。それは「中止行為の認識」である、とされたり「構成要件実現の危険減少の認識」であるとされたりする。

そもそもこれらの見解が違法減少ないし責任減少を認めるのは、犯罪を中止するという合規範的意思が中止行為に表動されていることにより違法性が減少し、または責任が減少する、と考えるためである<sup>51</sup>。

特に責任減少説は、結果不発生に終わった場合、客観的な危険が最終的に消滅することは障害未遂も中止未遂も同じであると考えることから、多くの論者が中止行為と結果不発生との間の因果関係について不要と解するため、客観的な危険の変化は中止行為にとって意味を持たない。そうすると責任減少説では、主観面、すなわち中止意思こそが中止行為の存在を示し、また中止行為を特定する役割も担っていると考えられる。したがって、〔事例2〕のように、放置すれば結果発生に至るような危険が生じていないにもかかわらず、生じていると誤認して（結果不発生とは因果関係を持たない）積極的な結果回避行為をとった場合に、その結果回避行為に中止意思が表動していると認められ、中止行為として認められることになる<sup>52</sup>。一方で、放置すれば結果発生に至る危険を誤認した点は同じであるが、行為者が（結果不発生と因果関係を持たない）結果回避行為を完遂する前に（たとえば被害者が）結果回避行為を行ってしまった場合に中止犯の成立が認められるのであれば、行為者が考える結果回避行為を少なくとも完遂する必要はないといえる。すなわち、〔事例2〕のような場合に、（結果不発生と因果関係を持たない）結果回避行為を行う前の時点ですでに中止犯の成立を認めることも可能であり、この限りでは中止意思が中止行為を特定する機能は確定的なものではない。責任減少説の立場からすれば、行為者の認識上では、作為・不作為という中止行為の態様に関係なく、故意を放棄し、結果回避意思が存在していれば、その後の危険消滅行為が中止行為として認められることになり、それが任意性要件も充足すれば中止犯成立が肯定されることになるといえよう。

#### 4 あるべき中止意思の内容

以上の検討から、中止意思が担うことを期待されている機能とは、1点目として結果回避意思を認めること（故意の放棄を保証すること）が中止意思論の位置づけいかんにかかわらず全体に共通して求められるものであり、それに加え2点目として結果発生回避のための中止の奨励という観点から、中止犯に値する心理状態で中止行為を行っていることを担保

<sup>51</sup> 西原・前掲注13) 287頁、曾根・前掲注14) 229頁など。

<sup>52</sup> もっとも、責任減少説からも、中止行為として「結果発生を防止するために客観的に相当な行為」（木村静子「中止犯」刑法講座4巻（1963年）28頁）であるとか「客観的にみて結果を防止するにふさわしい積極的な行為」（曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕〔第2版〕』（2005年）282頁）を要求することで、加持祈とうのような行為は中止行為と認められないことになる。この点を批判するものとして町田行男『中止未遂の理論』（2005年）147頁。

することまでこの機能に含めるものがあると整理できる。もっとも 2 点目を要求する立場も、その実質的内容は単なる結果回避意思を要求する以上のものではないと考えることができた<sup>53</sup>。

そうすると中止意思とは、行為者自身が「中止しよう」と考えること、すなわち結果回避意思を持つことで十分であるといえるのではないだろうか。それは換言すれば、行為者自身による危険の状況に対する判断に応じた形での結果回避行為の認識である。

まず、行為者が未だ放置してもそのまま結果が発生する状況に至っていない、と判断した場合には、犯罪行為を中断して放置することが行為者の認識上の結果回避行為となり、その認識があればよい<sup>54</sup>。これに対して、事態を放置すれば結果が発生する状況に既に至っている、と行為者が判断した場合には、そのような状況に対応した結果回避行為を認識して実行に移すことが必要になる。

ここでの客観的な危険の状況に対する行為者の判断は、本款 1、2 で検討を加えたように、正確なものである必要は無い。このことは、先に検討したものとは逆の形での行為者が錯誤したときも当てはまる。たとえば、以下のような事例を考える。〔事例 5〕行為者は銃で被害者を殺害しようとして 1 発目を発射し、そこで中止しようと考えた。1 発目は命中していないと思っていたため 2 発目の発射をとりやめただけであったが、実際には胸部に命中していた。この場合、客観的には放置すれば結果が発生するような危険が生じているが、行為者はそのような危険が生じていないと誤認しているため、不作為で中止をするつもりである。因果関係遮断説からすれば中止行為として作為が要求されるために中止犯は成立しない<sup>55</sup>が、なお中止意思の存在自体は認めることができる。

## おわりに

本節の検討内容をまとめると以下ようになる。

まず、中止意思論の内容を中止犯論のどこで論じるのかについては立場が分かれるもの

---

<sup>53</sup> もっとも、中止行為に結果発生危険を規範的にも減少させなければならないとする立場（塩見・前掲注 6）258 頁以下、和田俊憲「未遂犯 特集刑法典施行 100 年」法律時報 81 卷 6 号（2009 年）34 頁以下）からは、そのような規範的な危険減少を反映した中止意思が要求されることで、本稿が主張するような結果回避意思以上の内容を含む規範的な結果回避意思を要件とすることが必要となろう。このような中止意思を要求することの当否は、中止行為の内容としてそのような規範的危険減少まで要求することの妥当性と密接に関連するため、中止行為の内容を考える際に改めて検討したい。

<sup>54</sup> 行為者がこのように危険状況を判断した、ということを示しているのが「行為続行の必要性の認識」であるといえる。また、「行為続行可能性の認識」は、単なる不作為に対して、そのような判断に基づいた結果回避行為である、ということを示していることを示している。

<sup>55</sup> またこの場合、第三者が偶然被害者を救助する等の事情がなければ結果が発生し、因果関係遮断説を用いるまでもなく中止犯の成立は否定されると思われる。なお、責任減少説の見地から結果発生の場合でも中止犯の成立を認めるものとして香川達夫『刑法講義〔総論〕〔第 3 版〕』（1995 年）315 頁。

の、どの枠組みであっても相応する内容が検討可能であることが確認できる。そしてその内容としては、中止行為者の客観的状況に対する認識に対応した結果回避意思を有していることで足りる。その中止行為者の認識が正しいか、誤っているかは中止意思の存否とは関係しないが、中止意思以外の要件が満たされない場合には中止犯は当然成立しない。

中止意思論においては、構成要件的危险が減少している認識、であるとか、危険消滅の認識などが主張されている。そこでは、結果発生の可能性の認識が前提とされている。それでは結果発生の可能性とは如何に判断すべきだろうか。特に中止意思論では、不作為態様の中止行為の場合の中止意思の内容として、行為の続行可能性の認識が問題とされている。しかし、この認識対象たる行為の続行可能性自体の検討は本節で行うことはできなかった。この問題を検討する際には、ドイツで判例、学説において有力に認められている失敗未遂（*fehrgeschlagener Versuch*）の議論が参考になるように思われる<sup>56</sup>。

---

<sup>56</sup> 本稿第2章第4節参照。

## 第2節 中止行為の態様

### はじめに

中止犯の成立要件である中止行為は、一般に作為による中止と不作為による中止による場合があるとされる。そして、作為態様の中止行為と不作為態様の中止行為のいずれが中止犯の成立要件を満たすのか<sup>1</sup>、という点について従来は「着手未遂（未終了未遂）と実行未遂（終了未遂）の区別」すなわち、「実行行為の終了時期」と呼ばれる論点から結論が導かれるものとされ、主観説と客観説という対立構造によって論じられてきた<sup>2</sup>。これに対して、ドイツとは中止犯の規定形式が異なるわが国では、「中止行為といえるかという点から検討すれば足りるのであって、両者〔着手未遂と実行未遂：引用者注〕の区別は重要ではない」<sup>3</sup>という指摘がなされ、近時では、従前の「実行行為の終了時期」論とは観点を異にする、いわゆる因果関係遮断説がこの論点に関する多数説の地位を占めるようになっている<sup>4</sup>。すなわち、わが国の刑法43条は、

犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。

と、障害未遂及び中止未遂を定めるだけであるので、特段、着手未遂と実行未遂とを分けることを前提として、それに対応する形で中止行為を考える必要はない、というのである。このような考え方を端的に示すのが、「実行行為終了の有無の判断から必要となる中止行為の内容が導かれているのではない、結果発生を積極的に阻止する作為が必要な場合を実行中止といい、単なる実行行為の不作為で足りる場合を着手未遂と事後的に名付けているにすぎない」<sup>5</sup>という指摘である。

もつとも、ドイツ刑法において中止犯を定める24条1項前段も、任意に、更なる行為の遂行を放棄し又は行為が既遂に達するのを妨げた者は、未遂を理由としては罰せられない。

とするだけであるので、着手未遂ないし実行未遂という区別が文言上用いられているわけではない。ただ、中止行為の態様が、「行為の遂行を放棄」する場合と「行為が既遂に達するのを妨げる」場合とに明文によって区別されている点は、わが国と異なる。そしてこの「行為の遂行を放棄」する中止行為が行われる場合を着手未遂、「行為が既遂に達するのを妨げ」

<sup>1</sup> この点には、後述するように、作為による中止行為と不作為による中止行為とが二者択一の関係に立つのか、という検討すべき問題が残っている。

<sup>2</sup> 本稿においては、実行行為の終了時期がいつか、という問いに対する答えから中止行為の態様を区別する枠組みの議論を「実行行為の終了時期論」と呼ぶことがある。学説の概観については、たとえば団藤重光編『注釈刑法(2)のII』（1969年）470頁以下〔香川達夫〕など。

<sup>3</sup> 平野龍一「中止犯」同『犯罪論の諸問題』（1981年）148頁。

<sup>4</sup> たとえば、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）229頁など。

<sup>5</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）281頁以下。



る中止行為が行われる場合を実行未遂とし、この区別基準が議論されてきた。たしかに、前者の場合は行為が遂行中であること、すなわち着手未遂であることが文言から導かれるので、この区別に従った議論がなされてきたことには理由があるといえる。もっともドイツでも、この区別は「さらなる所為の遂行の放棄」ないしは「所為が既遂に達することの阻止」という文言から目的論的に導かれるべきであると指摘され<sup>6</sup>、さらには、「せいぜい問題を隠ぺいし得るにすぎない回り道」<sup>7</sup>であって余計なものであるとして、法文に規定されているわけではない着手未遂、実行未遂という区別自体を否定する議論もみられる。

このように、わが国固有の規定の解釈論として発展してきている中止犯論であるが、なおドイツの議論の進展状況と軌を一にするとところは多く、参照に値する。

このような中止行為の態様判断についての議論状況を確認しながら、現在わが国で通説的地位を確立するに至った因果関係遮断説の、中止行為論における位置づけと内容を明らかにすることが本節の目的である<sup>8</sup>。

なお、本節において用いる事例をまず挙げておき、論述の必要に応じて用いることとする。

〔事例1〕連発銃を2発撃ってAを殺害するつもりであったが、1発撃ったところで2発目の発射を取りやめた。

〔事例2〕連発銃を1発だけ撃ってAを殺害するつもりであったところ、予定通り1発しか発射しなかった。

〔事例3〕XはAを殺害しようと思って斬りつけて軽傷を負わせたところで我に返り、それ以上斬りつけるのをやめて病院へAを連れて行った。

〔事例4〕XはAを殺害しようとして毒薬を飲ませた後、後悔して解毒薬を飲ませたが、もともと毒は致死量に達していなかった。

〔事例5〕XはAを射殺しようとして発砲したが、なかなか命中しなかったので絞殺してしまおうと考えたが、首に手をかけたところで思い止まった。

<sup>6</sup> *Rolf Dietrich Herzberg*, Aufgaben durch blosses aufhören? Der BGH im Dilemma einer Theorie, JuS 1990, 273, 277; *Andreas Heckler*, Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsfahr, 2002, S. 148; *Christian Jäger*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, S. 65. Vgl. *Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 3Afl., § 30, Rn. 153ff. 着手未遂、実行未遂という文言を用いること自体がせいぜい「リップサービス」にすぎない、ともいわれる (*Heckler*, a. a. O. (Anm. 6), S. 150)。このことは、わが国において、因果関係遮断説をとる論者の一部から、実行行為の終了時期論が「夾雑物」(松原芳博編『刑法の判例 総論』(2011年) 213頁 [和田俊憲]) とされる状況に類似している。

<sup>7</sup> *Gundram V. Scheurl*, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972, S. 44; *Jörg Scheinfeld*, Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch in der Fallbearbeitung, JuS 2002, S. 250, 251.

<sup>8</sup> なお、判例における中止行為の態様判断をめぐる問題はすでに鈴木一永「判例における作為の中止と不作為の中止」早稲田大学大学院法研論集 142号 (2012年) 101頁において検討を加えた(本稿第2章第3節)。

## 第1款 中止行為の態様をめぐる議論の内容

### 1 中止行為の態様判断をめぐる議論の経緯と概要

わが国では長く、着手未遂と実行未遂とを分け、着手未遂の場合には不作為態様の中止行為、実行未遂の場合には作為態様の中止行為が必要である、と学説において理解されてきたし、判例においては現在もなおこの枠組みが用いられている<sup>9</sup>。着手未遂とは「実行には着手したが実行行為そのものが完了しない場合であり」、実行未遂とは「実行行為は完了したが結果の発生しない場合」<sup>10</sup>とする理解が一般的である。そして、中止犯成立のためには、着手未遂の場合には実行行為がまだ完了していないのであるから、中止をするためにはその後の実行行為の継続を取りやめるという不作為態様の中止行為で足りるのに対して、実行行為が終了している場合には結果を防止するための作為による中止行為が必要とされることになる。

それでは着手未遂と実行未遂とを区別し、それを中止犯の成立要件としての中止行為の態様の区別に対応させる、という議論の枠組みはそもそもどのようにして成立してきたのであろうか。

現在では、解釈上も中止犯においてしか区別の実益がないともいわれる着手未遂と実行未遂<sup>11</sup>とは、歴史的経緯をたどれば、そもそも障害未遂それ自体の区分として、実行未遂が重く処罰されるように法的効果に差が設けられていた。

わが国では、ボアソナードの影響を強く受けた旧刑法立法時の「日本刑法草案」においては着手未遂(125条)と実行未遂(126条)とが分けて規定された。その法的効果としては、前者が既遂犯の刑から「二等又ハ三等ヲ減ス」とされる一方で、後者は「一等又ハ二等ヲ減ス」とされ、犯罪の発展段階として既遂に近い実行未遂の方が重く処罰されるようになっていた。それに対し、中止犯については、127条に「重罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行ヒ又ハ所為ヲ盡スト雖モ本犯ノ真心悔悟ニ因テ自ラ之ヲ遂ケサル時ハ止タ現ニ加ヘタル毀傷損害ノ罪ヲ論ス」と規定された。前段が着手未遂の中止、後者が実行未遂の中止を示しているが、中止犯としての成立要件、効果に差はつけられていない。しかし、その後実際に成立した旧

<sup>9</sup> たとえば、東京高判昭和51年7月14日判時834号106頁、東京高判昭和62年7月16日判時1247号140頁など。鈴木・前掲注7)102頁参照。

<sup>10</sup> 西原春夫『刑法総論〔改訂版第3分冊〕』(1991年)330頁。

<sup>11</sup> 西原・前掲注10)330頁、香川達夫『刑法講義 総論〔第3版〕』(1995年)297頁など。もっとも、近時ではいわゆるクロロホルム事件(最判平成16年3月22日刑集58巻3号187頁)を機に議論が活発化してきた、いわゆる「早すぎた構成要件の実現」の場合に、着手未遂の段階では既遂故意が欠ける、として既遂犯の成立を認めない立場をとった場合(林幹人「早すぎた結果の発生」判時1869号(2004年)6頁、石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良産15巻1=2号(2002年)21頁以下、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(2007年)73頁、松原編・前掲注6)186頁以下〔松原〕など)には、区別の実益がなお認められる。もっとも、そこでの着手未遂・実行未遂が、中止犯論におけるその区別と同じ区別基準に基づいた概念かは検討の必要があろう。

刑法においては障碍未遂として 112 条のみが規定され、そこでは「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障碍若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」として着手未遂、実行未遂がひとつの条文にまとめられると共に法的効果の差異が消滅し、さらには中止犯自体が規定から姿を消した。ただし中止犯に相当する場合は 112 条の解釈上、障碍未遂とならない場合、すなわち「犯人意外ノ障碍若クハ舛錯」によらずして既遂に至らなかった場合であり、不可罰になると解されていた<sup>12</sup><sup>13</sup>。そして、学説においても着手未遂、実行未遂の議論は、法的効果の差がない障害未遂においてではなく、中止行為の行為態様の区別において論じられるにとどまることになった<sup>14</sup>。

ドイツでも、19 世紀のドイツ領邦国家の刑法典においては、障害未遂の処罰として、実行未遂を着手未遂より重い刑量に値するものとして扱われている例が多くみられた<sup>15</sup>。また、中止犯については、その成立が着手未遂の場合に限られたり（たとえばザクセン刑法典 44 条）、着手中止と実行中止の法的効果が異なったりしているものがみられた（たとえば、前者を不処罰、後者を減輕事由とするバーデン刑法典 117 条、118 条）<sup>16</sup>。しかし、その後の 1871 年ドイツライヒ刑法典は、障害未遂規定（43 条）を単に「重罪または軽罪を行う決意を、この重罪または軽罪の実行の着手を含む行為によって、行為に表した者は、その意図された重罪または軽罪が既遂へ至らなかった場合には、未遂として処罰されうる」として定め、着手未遂と実行未遂の区別を設けなかった。また、中止犯の規定も、着手中止と実行中止を区別したものの、法的効果には差が付けられなかったことにより、これ以後は中止行為の態

<sup>12</sup> 岡田朝太郎『日本刑法論 総則之部〔訂正増補 3 版〕』（1895 年）282 頁以下。

<sup>13</sup> ただし、日本刑法草案において明示されているように、中止犯となる場合であってもその時点で既に他の犯罪が成立している場合（いわゆる「加重的未遂」という論点として議論されてきている）には、独立して当該犯罪が成立し処罰されることになる。したがって、たとえば殺人をしようとした行為者が中止した場合に、すでに障害を被害者に負わせている場合には、殺人未遂は中止犯となり、不可罰になったとしても傷害罪で処罰されることになる。したがって、実行未遂の場合にはなんらかの実害が生じている可能性が事実上高い、という意味において（なんら他の犯罪が成立していない場合の）着手中止と（他の犯罪が成立している場合の）実行中止の場合とで、処罰に差が生じることになる。加重的未遂については、鈴木一永「中止犯における内包既遂犯について」曾根威彦先生・田口守一先生古稀記念（2014 年）773 頁以下参照。

<sup>14</sup> 岡田・前掲注 12) 282 頁以下。

<sup>15</sup> たとえば、ヴェルテンブルク刑法典 64 条、65 条、68 条や、ザクセン刑法典 40 条、42 条など。また、プロイセン刑法典やバイエルン刑法典では、実行未遂について規定されていなかった。Klaus Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 132f. (同書の概要の紹介として虫明満「クラウス・ウルゼンハイマー著『理論及び実務における中止未遂の基本問題』(1976 年)」名大法政論集 78 号 (1979 年) 427 頁以下) また、西山富夫「ドイツ刑法思想の発展と未遂・不能犯 (二)」名城法学 4 卷 3=4 号 (1954 年) 35 頁以下、山中敬一『中止未遂の研究』(2001 年) 112 頁以下、江藤隆之「着手未遂と実行未遂の概念について」法学研究論集 22 号 (2005 年) 82 頁なども参照。

<sup>16</sup> 野澤充『中止犯の理論的構造』(2012 年) 201 頁以下、山中・前掲注 15) 115 頁以下。

様との関係でのみ、着手未遂と実行未遂の区別は論じられることになった<sup>17</sup>。

このように、かつては着手未遂と実行未遂の区別は障害未遂においても中止未遂においても法的効果の違いを伴って規定されていたものが、立法において差が設けられなくなると共に学説もそれに従い、中止行為の態様を区別する上での「事実上」の区別として残ったことを見て取ることができる<sup>19</sup>。

わが国では、戦後になっても、着手未遂と実行未遂を区別し、それに応じて中止行為の態様を区別する、という実行行為の終了時期論の枠組みは維持され、通説化した。そしてその内部で主観説、客観説、折衷説を中心に基準が争われた。

主観説は、実行行為の終了時期を行為者の犯行計画にしたがって判断するものである<sup>20</sup>。この立場からすれば、〔事例1〕については2発目まで撃っていないので着手未遂としてそ

---

<sup>17</sup> 中止犯規定(46条)は「行為者が、1. 意図された行為の実行を、その者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして放棄した、または、2. 行為がなお露見していない時に、重罪もしくは軽罪の既遂に固有の結果の発生を、自己の行動によって阻止したときは、その未遂はそのようなものとしては不処罰のままである」とされた。これにより、実行未遂の中止が規定されたことで学説においても、実行未遂の中止を肯定する立場が多数になった。*Ulsenheimer* a. O. (Anm. 15), S. 143. なお、2002年改正以前のスイス刑法では、着手未遂(旧21条、任意的減輕)と実行未遂(旧22条、任意的減輕)とが条文を分けて規定されていた。これに対応して、着手未遂(旧21条2項。規定上は単に中止

(Rücktritt)とされている)と実行中止(旧22条2項。規定上は行為による悔悟(Tätige Reue)とされている)が規定され、法的効果も前者は任意的免除、後者は任意的減輕というように異なっていた(この点についてStratenwerthは、着手未遂と実行未遂において不法内容に差があるが、それは通常の未遂処罰において考慮されるのであればまだしも、中止においては実行未遂の中止(Tätige Reue)の方が、中止犯成立のためにより多くの努力が要求されることで埋め合わせがなされているのであるから、法的効果の差を正当化することはできない、と否定的見解を示していた(Günter Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I; Die Straftat, 2. Aufl., 1996, § 12, Rn. 78.))。現行スイス刑法では、未遂について、22条1項において着手未遂、実行未遂を併せて規定し、(任意的減輕)、23条において中止犯(着手中止(Rücktritt)と実行中止(Tätige Reue))が規定され、法的効果は刑の任意的減免とされている。なお、末道康之「スイス刑法改正について—犯罪論を中心に(2)—」捜査研究634号(2004年)58頁参照。また、スイス刑法の未遂犯、中止犯の規定の紹介と簡単な議論状況について吉田敏雄『未遂犯と中止犯』(2014年)23頁以下、131頁以下参照。

<sup>18</sup> もっとも、行為無価値一元論の立場にたてば、なお着手未遂と実行未遂に法的効果の差を認めるべき、と主張することはできよう。たとえばArmin Kaufmannは、行為者が自己の計画上必要であることをすべて行ってしまっている実行未遂の場合には完全な行為無価値が存在することから、未遂減輕の適用は基本的になされるべきではなく、他方で行為無価値が完全な形で存在していない着手未遂の場合には、必要的に減輕されるべきである、とする立法論を主張している(Armin Kaufmann, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW80, 1968, S. 50f.)。

<sup>19</sup> 本稿でも、中止犯固有の議論としての着手未遂と実行未遂の区別の問題を検討することとどめる。なお、それ以前のものも含めた未遂犯の変遷を検討するものとして野村稔『未遂犯の研究』(1984年)1頁以下、山中・前掲注15)109頁以下、野澤・前掲注16)21頁以下等参照。

<sup>20</sup> 牧野英一『重訂日本刑法 上巻』(1937年)310頁。

の後の2発目を発射しない不作為で中止行為として足りる。〔事例2〕についていえば、行為者の計画はもともと1発だけ撃つことであるので、1発撃った段階で実行は終了し、実行未遂となる。

これに対し客観説とは、行為の外形において本来既遂に達し得べき動作が終了したかどうかを基準に判断するものである<sup>21</sup>。この立場からすれば、〔事例1〕、〔事例2〕のいずれも、行為者の当初の意図がどうであれ、また命中していようがいまいが、1発目を撃っている以上、その1発目が命中していれば既遂に達しうる行為であるから実行未遂となることになる。

これらに対し、折衷説に分類される学説はさまざまなものがあり、主観説を基礎として修正を加えるもの<sup>22</sup>、客観説をベースとして修正を加えるもの<sup>23</sup>などがある。この中で特に注目されるのは、客観説を出発点とし、「因果関係を遮断しなければ結果が発生してしまう状態が惹起されたか否かによって」<sup>24</sup>実行行為の終了時期を区別すべきであるという西原春夫の見解である。この「第2の客観説」<sup>25</sup>によれば、〔事例1〕〔事例2〕いずれも行為者が当初どう考えていたかは重要ではなく、「因果関係を遮断しなければ結果が発生してしまう状態」が惹起されていれば実行未遂となり結果防止のための作為が必要とされ、惹起されていなければ着手未遂となりその後の実行行為の不作為でよいことになる。

現在では、以上のような実行行為の終了時期論の枠組みに対しては、「中止行為が不作為で足りるか作為を要するかの問題は、実行行為が終了したか否かではなく、結果発生に向けて因果が進行を開始したかどうか、換言すると既遂の結果を惹起する状態に達したかどうかに関係するものであるから、両者を区別することは余り重要でない」<sup>26</sup>というような評価がなされることが多い。そして、そのような評価をする見解からは、まさに結果発生に向けて因果が進行しているか、が問題とされる。すなわち、因果の流れが進行しているのであれば、それを食い止めるような作為による結果防止行為が必要となり、進行していないのであれば不作為でよい、といういわゆる因果関係遮断説が学説においては通説としての地位を占めているといつてよい<sup>27</sup>。

ドイツにおいても、中止行為の態様の区別を着手未遂ないし実行未遂の区別に対応させることに否定的な論者も存在する。その理由としてまず挙げられるのが、前述したように、着手未遂ないし実行未遂が条文の文言にない、ということである。その上で、論者は条文上の概念である「放棄」ないし「阻止」を出発点として、中止の本質論を援用しつつ、各人に

<sup>21</sup> 植松正『刑法概論Ⅱ総論〔再訂版〕』（1974年）328頁

<sup>22</sup> たとえば、齊藤金作『刑法総論〔改訂版〕』（1955年）212頁以下。

<sup>23</sup> たとえば、平野・前掲注3）149頁。

<sup>24</sup> 西原・前掲注10）338頁。同旨、中山研一『刑法総論』（1982年）437頁。

<sup>25</sup> 山中・前掲注15）203頁による呼び方にならっている。西原自身は、「ある意味での客観説といえよう」と述べている（西原・前掲注10）338頁）。

<sup>26</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（2012年）388頁。

<sup>27</sup> 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007年）396頁、曾根・前掲注4）229頁、井田良『刑法学講義総論』（2008年）428頁以下など。

とっての適切な基準を導き出すことになる<sup>28</sup>。たとえば、中止の本質を危殆化の後退に見出す *Jäger* は、『着手未遂』および『実行未遂』の概念は、中止規定の本質に目を向けることを妨げる」のであって、未遂の段階によってではなく、被害者が危殆化されている段階によって区別しようとする<sup>29</sup>。これに対し、着手未遂と実行未遂の区別を維持しようとする大多数の論者は、この区別が法的な中止の可能性についての目的合理的な限界づけとして有益な区別であるとして支持している<sup>30</sup>。もっとも、これらの論者は、この区別が「放棄」ないし「阻止」という 24 条の法文上の要素から演繹されるべきであると主張するものである<sup>31</sup>。そうであるならば、「中止規定の本質」から実質的な独自の区別基準をたてようとする論者と、着手未遂と実行未遂の区別を維持しつつ、それを実質的な基準として考えようとする論者の差は、実際には大きいものではないといえるだろう。

## 2 中止行為の態様判断をめぐる議論の分析

中止行為の態様に関する学説は、わが国では実行行為の終了時期論と因果関係遮断説といった議論の枠組みのレベルでの相違が存在すること、さらにしばしば比較考察の対象となるドイツとわが国では、学説の争点や名称が一致していないため、単に各学説を並列的に列挙するだけでは比較検討を行うことが困難である。そこで本節では、実行行為の終了時期論における学説や上述した因果関係遮断説を含めて、広く中止行為の態様判断に関する考え方を対象とし、対立軸として3つの判断要素を設定して整理することで検討を進めたい。

### ① 判断資料の時点

一つ目の判断要素は、当該判断をどの時点の事情に照らして行うか、という時間的問題

<sup>28</sup> *Scheinfeld*, a. a. O. (Anm. 7), S. 250f. ; *Ulsenheimer*, a. a. O. (Anm. 15), S. 217f. また、*Bernd v. Heintschel-Heinegg*, Versuch und Rücktritt, ZStW109, 1997, 29f. は、着手未遂、実行未遂という概念を、中止の本質の考察を踏まえた上でのレッテルとして用いるのであれば問題ない、と述べる。

<sup>29</sup> *Jäger*, a. a. O. (Anm. 6), S. 65. さらに *Jäger* は、ドイツ刑法が 24 条 1 項 1 文後段において「行為が既遂に達するのを妨げる」ことを要求し、同条 1 項 2 文においては「中止行為者の関与がなくとも行為が既遂に達しなかったとき、中止行為者が任意かつ真摯に、行為が既遂に達するのを妨げるように努力」することを要求することで、これらの場合を区別しているにもかかわらず、着手未遂と実行未遂の分類を用いる通説の見地からは、この両方の場合が、法文になくわざわざ作りだした実行未遂という法形象に属することを確認することしかできないことを指摘する (*ders.* a. a. O. (Anm. 6), S. 65)。この他、*Murmann* は、所為後の態度についての要求は「一般的な未遂の不法にだけではなく、結局は実現された不法として具体的にあらわれたもの」に依存するのである、としたうえで、『構成要件類似の予備行為』の実行の中止」と、「一行為者の表象を基準とした一構成要件該当行為の実行の中止」とを区別する (*Uwe Murmann*, Versuchunrecht und Rücktritt, 1999, S. 33f.)。

<sup>30</sup> *Karl Lackner/Kristian Kühl*, Starafgesetzbuch Kommentar, 27Auf1., 2011, § 24, Rn. 3.

<sup>31</sup> *Lackner/Kühl*, a. a. O. (Anm. 30), § 24, Rn. 3; *Harro Otto*, Fehlgeschlagerer Versuch und Rücktritt, Jura 1992, S. 423.

である。

この点、ドイツにおいては通説の変遷が明らかである。かつてのドイツ判例はこの点、行為を決意した時点の事情（行為策定の地平）に焦点を当てていた。すなわち、行為者が計画策定の際にある一定の所為によってのみ結果を惹起する予定であることを出発点とするのであれば、未遂はその行動が挫折することにより失敗におわる。それに対し、行為者が結果の惹起のために別の - すでに明確であるにしろいまだ漠然としているにしろ - 行為をあらかじめ考えに入れていたのであれば、個々の行為に結果を発生させる可能性をどれほど見込んでいたかは関係なく、未遂は考慮に入れられていたすべての可能性が挫折することではじめて失敗でとなる（行為計画説）<sup>32</sup>。しかし、この考え方は現在ではまったく支持されていない<sup>33</sup>。まず、所為を始める時点において多かれ少なかれ偶然に左右される行為者の表象は、結論にとって決定的に重要な要素であるとはいえない、という批判にさらされている。すなわち、結論にとっては具体的な所為の推移こそが決定的でありうるということである<sup>34</sup>。また、行為者が特に事前に明確な計画を持っていなかった場合には、本説は有効な基準を示し得ない<sup>35</sup>。したがって、行為計画説は行為策定の地平の基準を貫徹することができず、場合によって行為前の表象に依存させ、他の場合には事後的な考慮に依存させることになるが、それは法的一貫性を欠くものであるといわざるを得ない<sup>36</sup>。さらに、この時点を基準とすると、計画時において特定的手段、あるいは唯一の実行行為によって目標を達成できると無思慮にも考えている行為者を、状況次第で必要となる可能性がある実行の修正を考える行為者、あるいはそもそも実行行為の数についてなんら考えをもっていなかった行為者に比べ不利に扱うことになってしまう<sup>37</sup>。また、目標のために可能なあらゆるやり方を思いつくような、ためらいのない行為者を有利に扱ってしまうことになる、という批判も向けられる<sup>38</sup>。

そうして現在では最後の実行行為を行った後における行為者の表象に基づいた全体的観察が、未遂が失敗し中止がはじめから排除されていないか、を確認するために決定的であ

<sup>32</sup> BGHSt10 129;14 75, 79;22 176, 177;22 330, 331.

<sup>33</sup> *Walter Gropp*, Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont, FS Gössel, 2002, S175, 185.

<sup>34</sup> *Urs Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6Aufl., 2013, § 32, Rn. 12; *Arbin Eser*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28Aufl., 2010, § 24, Rn13.

<sup>35</sup> BGHSt14 75 では、行為者が当初明確な計画をいっていた場合には、その計画を基準とすること、そして当初行為者が明確な計画を持たず、目標達成のための行為を特定していなかった場合には、行為者が行為を中断した時点で、それまでの自身の行いによっていかなる結果を期待しているか、が基準となる、とされた。

<sup>36</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 6), § 30, Rn. 201.

<sup>37</sup> *Roxin*, Der fehlgeschlagene Versuch, JuS 1981, S. 7; *ders*, a. a. O (Anm. 6), § 30, Rn. 201.

<sup>38</sup> *Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 34), § 32, Rn. 12. このほか、本説によると、判定は行為者の主張によらざるを得ないが、仮にひとつの行為で目標を達成しようとしていても、特に考えていなかった、あるいは複数の行為が場合によっては必要であると考えていた、と主張されてしまうと、検証することができないことも指摘される。

ると考える、いわゆる全体的観察説が判例によってとられ<sup>39</sup>、学説の多くもこれを支持している<sup>40</sup>。この見解は、判断の基礎におかれる事情の時間的基準としては最後の実行行為を行った後、すなわち中止が問題となる時点を基準とするということになる（中止の地平）。

わが国の議論では、判断資料の時点の相違は、まず主観説と客観説の対立に表れている。主観説と客観説の対立は行為者の認識内容（主観）を基準とするか、客観的な結果発生の可能性（客観）を基準とするか、という判断基底におかれる事情自体の内容に着目した対立構造として一般には整理されるが<sup>41</sup>、判断資料の時点という対立軸に着目すれば、主観説は当初の行為計画時の事情を基礎において判断するのに対して<sup>42</sup>、客観説は結果を発生させるに足る行為をなし終わったかどうかで着手未遂と実行未遂を区別するのであるから<sup>43</sup>、行為を行った後の事情を基礎として判断する、という関係に整理できる。さらに、第二の客観説、そして因果関係遮断説も中止行為時の客観的事情を基礎とする考え方である。

第二の客観説ないし因果関係遮断説は、どのような行為が「中止行為といえるか」、すなわち結果発生に向けて因果が流れているか、という客観的な危険の状態に対応した結果回避措置を提示する基準を提供する学説であるため、当然に当該中止犯の成否が問題となる時点の事情を基礎に判断が行われる。主観説へ向けられる批判として、〔事例1〕において瀕死の重傷を被害者に負わせていたとしても中止犯になるとすれば不合理であることが指摘される<sup>44</sup>。この帰結の不合理性は、対立する考え方である事後の事情を基準にする立場の中止犯観、すなわち『中止した』といえるには、行為者の主体的な介入により結果発生が防止されたことが必要<sup>45</sup>であるという考え方を根拠とした外在的な批判である。とはいえ、この批判に対応するものとして、主観説から出発しつつも、「結果発生ノ危険カ進行ヲ始メタル以上ハ」積極的な結果防止行為が必要であるという修正主観説<sup>46</sup>があらわれている。このことから、事前の行為計画を基準とすることは、当該批判が効果的なものであること、すなわち結果発生防止が可能な行為が中止行為であると考えらるべ

<sup>39</sup> BGHSt 40, 75, 76: 39, 244, 246; 39, 221, 227.

<sup>40</sup> たとえば、Otto, Strafrecht allgemeiner Teil, 6. Aufl., § 191, ;

Wessels, Johannes/Beulke, Werner, Strafrecht allgemeiner Teil, 31. Aufl., Rn. 630.

<sup>41</sup> 曾根・前掲注4) 228頁など。

<sup>42</sup> このほか主観説をとる論者として木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論〔増補版〕』（1978年）359頁、平場安治『刑法総論講義』（1961年）134頁、坂本武志『刑法総論』（1990年）158頁など。

<sup>43</sup> 植松・前掲注21) 328頁以下。

<sup>44</sup> たとえば、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（2007年）756頁。

<sup>45</sup> 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年）317頁。

<sup>46</sup> 佐伯千仞『四訂 刑法講義（総論）』（1981年）325頁以下、齊藤金作『刑法総論〔改訂版〕』（1955年）212頁以下等、なお佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）360頁以下。



きことを示しているといえよう。

## ② 態様判断の判断基底

二つ目の判断要素は、どのような事情を基に判断を行うか、という判断基底である。ここでは客観的な事情を基礎とするのか、行為者の主観的な認識を基礎とするのか、という対立がある。

この点について、ドイツの判例および通説は行為者の主観的な認識を基礎に置くことで一致している<sup>47</sup>。ドイツでも客観的基準を導入しようとする学説も一部存在する。たとえば、中止を「法益の危殆化の後退」として理解するイエーガーによれば、ドイツ刑法 24 条 1 項 1 文後段は「実際に法益に対する危険が行為者によって惹起された」場合のみを捕捉する規定ということになる<sup>48</sup>。したがって、客観的な危殆化が存在しない場合には、行為者は結果の阻止という中止行為ができないことになる。また、行為者の行為によって構成要件の結果が実際に発生しうる場合には、24 条 1 項 1 文前段による放棄では中止犯の法的効果としての刑の免除を得るには十分ではない<sup>49</sup>。しかし、このような客観的基準を導入する見解は多くの支持を得るには至っていない<sup>50</sup>。

これとは対照的に、わが国では、かつて主張されていた純粋な主観説を除き、客観説、その後の因果関係遮断説ともに客観的基準にしたがっている。

主観説から客観説に対しては、「あくまでも客観的見地に立脚して判断すべしという見解に立脚するときは、妨害によって結果が生じなかつたばあいでも、確実に結果が生ずることはきわめてまれであるときに、問題が生じる。射殺の名手は別として、一発で殺人の結果を生じることばまれであるとすれば、三発によって殺害する意図をもって一発を発砲したときには、未終了未遂としなければならない」<sup>51</sup>という批判が向けられる。もっとも、これは「客観的見地に立脚している」ことによる問題性ではなく、事案が複数行為による場合に、客観説が個々の個別行為を分断して判断対象としていることに対する批判である<sup>52</sup>。

<sup>47</sup> たとえば、BGHSt 36 224, 225; 35 90, 92; 31 170, 171.

<sup>48</sup> Jäger, a. a. O. (Anm. 6) S. 63.

<sup>49</sup> Jäger, a. a. O. (Anm. 6), S. 65f, 85f, 89ff. Vgl. Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 15), S. 217f.

<sup>50</sup> Jägerのほか、Borchert, Uwe/Hellmann, Uwe, Die Abgrenzung der Versuchsstadien des § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit, GA1982, 429, 438; Heckler, a. a. O. (Anm. 6), S. 170ff. などが着手未遂と実行未遂の客観的な区別を試みている。

<sup>51</sup> 莊子邦雄『刑法総論〔初版〕』（1969年）638頁以下。もっとも莊子は後に、実行行為の終了時期についてどのような判断をするか、基準をはっきり明示しなくなっている（同『刑法総論〔第三版〕』（1996年）413頁以下）。

<sup>52</sup> 同様に客観的事情を基礎とする、第二の客観説、あるいは因果関係遮断説からは、このような場合には着手未遂（不作為中止）とされるのでこの批判は妥当しない。またドイツの個別行為説は、行為者の主観を基準として個別行為がなされた場合に実行未遂とするのである。

客観説から主観説に対しては、〔事例1〕において、1発目の弾丸が命中していて重傷を負ったとしても中止犯が認められるのであればおかしい、という批判が向けられる<sup>53</sup>。この批判は、弾丸が命中していることを行為者自身が認識している場合にさらに妥当しよう。

この批判に対応しようとしているとみることができるのが、主観説を基本としつつも、客観的事情を用いて作為による中止行為を要求する見解であり、修正主観説と呼ばれている。たとえば宮本英脩は、着手中止の場合については「犯人ノ主観ニ付テ之ヲ論スヘキモノトス」としつつ、実行中止の場合に実行中か終了後かは「結果発生ノ危険カ犯人ノ行為ヲ離レテ進行ヲ始メタルヤ否ヤノ客観的事情ニ因リテ判スヘキ」であるとしているし<sup>54</sup>、佐伯千巳は「犯罪が実行中であるかどうかは、行為者の主観によって決まる」が、「行為者としてはなお行為を反復・継続するつもりでいても、それまでの彼の行為によってすでに結果発生の可能性が設定されていれば、もはや行為の継続をやめるだけで中止できないことは当然である」と述べている<sup>55</sup>。もっとも、ここでの佐伯の趣旨は、「結果発生の可能性」が設定されている場合には、実行行為が終了するのか、それとも着手未遂だが中止行為として単なる放棄では認められない類型と考えるのかは、記述からは明らかではない。これに対して斉藤金作は「実行行為の完了したかどうかはこれを主観的に決すべきものとする」としつつ、「結果発生危険が既に生じた以上、行為者がその予定の行為を完了したかどうかはこれを問わないで、実行行為は完了したものである」と明言する<sup>56</sup>。これに対し、中野次雄は「実行行為は、まず行為者によって予定された行為である」<sup>57</sup>としつつ、「終了前でも、すでにした行為によって結果への因果経過が進行し始めている場合・・・は、あとの行為をしないだけでは足りず、さらに結果発生を防止することが必要である」と述べている<sup>58</sup>。

このように主観説を修正する論者は、積極的な結果発生防止行為を要求する必要性が客観的事情として存在する場合には、実行行為の終了時期を修正したり（斉藤）、着手未遂

---

<sup>53</sup> 連発銃の事例は、講壇事例としてしばしば用いられるが、「2発で殺す」ということの意味は必ずしも明らかではない。「2発目で殺す」ということは、たとえば「1発目で動きを止めて、2発目でとどめをさす」ような場合と、「1発目で殺せなかったら2発目で殺す」ような場合とが考えられよう。もっとも、莊子（初版）・前掲注51）638頁以下が連発銃事例について「射殺の名手は別として、一発で殺人の結果を生じることがまれであるとすれば」と付言していることも考えると、「1発目で殺す」計画と「（1発目で殺せなかった場合に）2発目で殺す」計画とが併存している場合を意味していると思われる。

<sup>54</sup> 宮本英脩『刑法学綱要』（1928年）378頁以下。

<sup>55</sup> 佐伯（千）・前掲注46）325頁以下。

<sup>56</sup> 斉藤・前掲注22）212頁以下。莊子（初版）・前掲注51）639頁は、「ばあいにより、客観的事実を基準として区別しなければならない。行為者が完全に有効な因果的展開の動因を与えたにもかかわらず、行為者じしんの錯覚によって、自己の行為の因果的意味を過小評価し、自己の行動は終了していないと考えているばあいである」として、そのような場合の例として「毒を盛った飲物を自分が届けようと思っていたのに、相手が予期に反して、その飲物を手に入れたばあい」を挙げている。

<sup>57</sup> 中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（1997年）99頁。

<sup>58</sup> 中野・前掲注57）131頁。

の段階でも積極的な結果発生防止行為を要求する修正を加えている（中野）ことがわかる。このように考えると、この説は結局、客観的な結果発生危険が生じていないことを前提として行為者主観を基準としているに過ぎない。そうするとここで行為者主観が果たす役割は、着手未遂の場合に単なる不作為が中止行為となるか、というレベルの問題であって、中止犯として成立しうる中止行為の態様判断の基準としては客観的基準を用いているとよい。

それでは、この問題について以下に考えるべきであろうか。まず、上述したように、ドイツで主観的事情、わが国で客観的事情が基礎におかれる原因の主たるものとして刑法理論、特に未遂犯論との関連が重要であるということができよう。ドイツでは未遂の処罰根拠の通説は印象説とされるのである<sup>59</sup>。そこでは行為者の表象に基づいた「着手」を前提として処罰されるため、中止が「危険化の反転」であるとすれば<sup>60</sup>、その反転を遂行する中止の際にも行為者の表象に基づいて判断されなければならないことになろう<sup>61</sup>。したがって、主観的未遂論が支配的である現代のドイツにおいて、中止行為の態様判断に客観的基準を用いることは、未遂犯論との関連をおろそかにするという批判が向けられるのである<sup>62</sup>。

それに対して、わが国では客観的未遂論が通説である。中止犯はわが国においてもドイツにおいても未遂犯の一種であり、可罰的未遂が一旦は成立していることを前提とする。そして、中止犯が成立することによりその未遂犯としての可罰性（の一部）が失われることになる。このことは、中止犯の減免根拠論においていわゆる法律説をとらず、行為者に対する奨励・褒賞として中止犯を捉える刑事政策説を重視する立場をとったとしても同じである。すなわち、刑事政策説をとったとしても、中止犯の法的効果はあくまでも未遂犯の刑を減らすものであり、未遂犯の刑とは関係のない「褒賞」が与えられるわけではない。それならば、中止犯の減免根拠、成立要件を考える上では、当然に未遂犯論との関係を意識しつつ整合的な中止犯論を構築しなければならない<sup>63</sup>。そして、わが国において、未遂の処罰根拠が客観的危険を惹起したことにあるのであれば、中止犯の成立によって未遂犯としての処罰根拠が減弱させられるような事情についても、客観的な事情に基づいて

<sup>59</sup> Jescheck, Hans-Heinrich /Weigend, Thomas, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5Aufl., 1996, § 49 II 3.

<sup>60</sup> Roxin, a. a. O. (Anm. 6), § 30, Rn. 34. Vgl. Jäger, a. a. O. (Anm. 6), 65ff.

<sup>61</sup> Roxin, a. a. O. (Anm. 6), § 30, Rn. 44.

<sup>62</sup> Lilie/Arbrecht, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12Aufl., 2006, § 24, Rn. 152. 19世紀のドイツにおいては、はじめ現代とは逆に客観的基準が有力であった。それが1871年ドイツライヒ刑法典制定後になると、主観的基準が判例・学説ともに有力となっていったという変化がみられる。これは未遂犯論において、主観的未遂論が有力化したことに要因があると考えられる

(Ulsenheimer, a. a. O. (Anm. 15), S. 142f. 山中・前掲注 15) 119頁以下)。

<sup>63</sup> 松原芳博『刑法総論』（2013年）319頁以下参照。

判断されるべきであろう<sup>64</sup>。

さらに、この基準から導かれた中止行為の態様において、特に積極的作為が必要ない、という判断になった場合に、その後の行為者の態度が不作為態様による中止行為として認められるためには、さらに中止意思等の別要件を満たすことが必要である。修正主観説が、不作為態様の中止行為の場合に主観説を維持するのは、その後の犯罪行為の継続可能性を行為者が認識していることが、行為者の主観によって担保されていなければ、その不作為は中止行為として認められるべきではない、ということが念頭に置かれていたためであろう。しかし、前述したように、この場合にも行為者の主観を考慮することが必要であるとしても、それは犯罪の続行を止めた時点、すなわちまさに中止行為の時点における行為者の認識を問題にすべきであって、犯罪行為に着手する当初の行為者の計画が重要であるわけではない。そして、この中止行為時点における行為者の認識は中止意思として、中止行為要件を肯定するための一下位要件として考えることができる<sup>65</sup>。

### ③ 複数の行為が存在する場合

ドイツでは、中止犯の成立の有無を検討する際に、失敗未遂 (fehlgeschlagener Versuch) という概念が用いられる<sup>66</sup>。この概念は、中止犯の成否を考える際、そもそも「さらなる行為の遂行を放棄」ないし「行為が既遂に達するのを妨げ」ることができるか、ということを確認するために用いられる。このように、上記のドイツ刑法 24 条における中止行為要件の解釈、すなわち着手未遂と実行未遂の区別の問題に入る前に、24 条を適用する前提をそなえているかが、失敗未遂の概念を用いることにより検討されるのである。そして事案が失敗未遂である、と判断された場合には、着手未遂か実行未遂かを判断する前の段階でそもそも中止犯とはなりえないことが確定する<sup>67</sup>。この失敗未遂という考

<sup>64</sup> わが国においても、未遂の処罰根拠として印象説に近い見解をとり、中止行為態様の区別基準において行為者主観を用いるものとして原口伸夫「刑法 43 条ただし書における『中止した』の解釈について」刑法雑誌 51 巻 2 号 (2004 年) 76 頁以下。なお、斎藤信治『刑法総論 [第 6 版]』(2008 年) 228 頁以下参照。

<sup>65</sup> 中止意思については、鈴木一永「中止意思について」早稲田大学大学院法研論集 135 号 (2010 年) 101 頁以下参照。

<sup>66</sup> Roxin, a. a. O. (Anm6), § 30, Rn. 77ff. ; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 59), § 51 II 6. など多数説。なお、わが国でも (論者により訳語に違いはあるものの) fehlgeschlagener Versuch の概念をドイツと同様の用法で使うものとして園田寿「『欠効未遂』について」関西法学 32 巻 3=4=5 号 (1982 年) 59 頁以下、齊藤誠二「いわゆる失効未遂をめぐって (上) (下)」警察研究 58 巻 1 号 3 頁以下、3 号 3 頁以下 (1987 年)、江藤隆之「欠効未遂の概念について」法学研究論集 23 号 (2005 年) 1 頁以下、吉田・前掲注 17) 156 頁以下などがある。また、ドイツのような行為者の観点からの主観的な既遂の達成不可能性ではなく、たとえば 1 発しかない弾丸を撃ちきってしまっただけでそれ以上発射できない場合や、泥棒に入って開けた金庫が空であったので何も盗めなかった場合など中止行為によって消滅させるべき危険、すなわち中止行為の前提としての危険を欠く場合を「失敗未遂」と呼ぶことがある (和田俊憲「未遂犯」法律時報 81 巻 6 号 (2009 年) 34 頁など)。

<sup>67</sup> 例えば Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 34), § 32, Rn. 5ff. これに対し、町田行男『中止未遂の理

え方に関連して、〔事例5〕における銃撃行為と首絞め行為のように、複数の行為が問題となる場合において全体的観察説と個別行為説の対立が存在する。

通説である全体的観察説<sup>68</sup>からすれば、最後の実行行為の後で結果がなお惹起されない場合、行為者自身が、さらに自らの意のままになる手段によって結果を惹起する可能性がある、と判断されれば未遂は着手未遂であり、その後の行為を任意にしないことによって中止することができる。それに対して、結果を惹起することがすでにできない、と判断した場合には失敗未遂となり、中止することはできない。

これに対して個別行為説<sup>69</sup>は、行為者が結果を惹起するのに適していると当初は考えたが、事後的には結果を惹起しなかつたいかなる個々の行為であってもひとつの所為であって、独立した未遂であると主張する。行為者が結果を惹起せず、そのことを認識している場合には未遂は失敗しており、失敗未遂であるという。行為者が更なる行為に取り掛からないとしても、それは行為者が所為を「放棄」しているのではなく、新たな未遂を繰り返しているのであって、すでに当初の未遂について中止は排除されている、というのである。ここで、行為者が当初から行為の反復が可能であると考えていたのか、さらにはいったん手段が挫折したあとになって新たに考慮に入れたのか、ということは、中止犯の成否についてなんら違いをもたらさない。

このように、個別行為説と全体的観察説という対立は、失敗未遂という概念の広狭をめぐる争われることになる。全体的観察説は個別行為説に比べて失敗未遂とされる領域を著しく狭め、中止犯の成立を広く認めることになる<sup>70</sup>。この失敗未遂という概念に対しては、法律上は存在しない概念であるため、そのような法律に基づかない概念によって中止犯という被告人に有利な措置の適用を妨げることは許されない、という批判が向けられる<sup>71</sup>。た

---

論』(2005年)107頁は失敗未遂(町田は欠効犯と呼ぶ)は「終了未遂の中止の可能性のないものをいう」としているが、失敗未遂は着手未遂、実行未遂の両方の場合に想定できる(あるいは、着手未遂、実行未遂の区別の前に論じられる)ものであって、このような説明は疑問である。

<sup>68</sup> *Baumann, Jürgen/ Weber, Ulrich/ Mitsch, Wolfgang*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 27, Rn. 31; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 59), § 51 II 3, 6; *Kühl*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, § 16, Rn. 27f.; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 59), § 30, Rn. 187ff.; *Hans Joachim Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 2012, Rn. 14.

<sup>69</sup> *Gerd Geilen*, Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch, JZ 1972, 335, 337ff.; *Heintschel-Heinegg*, a. a. O. (Anm. 28), S. 48ff.; *Günter Jakobs*, Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts, JuS1980, 714; *ders.*, Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten, ZStW104, 1992, 82, 89f.

<sup>70</sup> このことについて、全体的観察説は中止友好的であり、個別行為説は中止敵対的である、と表現されることがある。

<sup>71</sup> *Bernd-Rüdiger Sonnen*, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktrittsvoraussetzungen, JA1980, S. 159; *Karl Heinz Gössel*, über den fehlgeschlagenen Versuch, ZStW 87, 1975, S. 8f.; *Maurach, Reinhard / Gössel, Karl*

しかに、仮に失敗未遂という概念が、ドイツ刑法 24 条という中止犯規定から導かれず、中止犯の成立範囲を狭めているのであれば問題であるが<sup>72</sup>、そうではなく、法文の解釈として可能であれば、必ずしも法律の規定にない概念を用いることは許されないわけではない<sup>73</sup>。そこで「失敗未遂」概念を 24 条の文言に即して実質的に考えると、「放棄」あるいは「阻止」という中止行為の要件が欠ける場合であると考えべきである<sup>74</sup>。このように考えると、失敗未遂の場合を、着手未遂、実行未遂の概念とは別に論じるドイツの議論構造と、中止行為の存否の問題として検討するわが国の議論方法とは、中止犯論全体的を視野に入れば、中止行為論に属する同じ問題を対象にしていると捉えた上で、比較検討することが可能となる。

個別行為説と全体的観察説の対立点は、既遂に至るために複数行為が考えられる事案において、これを結果発生にとって適性のある個々の行為に分割し、それらを個々の未遂犯として考えるのか、まとめてひとつの未遂犯として考えるのか、という点にある。この点についての対立は、わが国ではほぼ存在しない。というのも、現在ではほぼすべての論者が全体的観察説と同様の考え方をとっており、個別行為説のように考える見解は客観説<sup>75</sup>のみだからである。このような議論状況の違いはなぜ生じているのだろうか。ドイツにおける全体的観察説と個別行為説のそれぞれの主張、またわが国における客観説とそれ以外の学説の議論をみてみよう。

まず、個別行為説からは、全体的観察説は中止犯を認める範囲が広きに失している、という批判が向けられる<sup>76</sup>。個別行為説からすれば、全体的観察説は、結果発生に向けて周到な計画を立てて多くを努力し、その上で結果の不発生を偶然に委ねている者に対して中止犯を認め、優遇してしまうことになる、というのである<sup>77</sup>。

---

Heinz / Zipf, Heinz, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd2, 6Auf1., 1984, § 41, Rn. 3.

<sup>72</sup> Vogler が「失敗未遂は独立の事例群を形成し、24 条という規定の範囲に含まれないことが堅持されるべきである」と述べ (ders, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 10Auf1, 1985, S132f.)、Schmidhäuser が失敗未遂の場合に「24 条 1 項 1 文の要件は法効果にとってもはや問題ではない」と述べるのは (ders, Strafrecht Allgemeiner Teil, 15/77.)、24 条の要件論の枠の外で失敗未遂を論じているものと理解することもできる (Herzberg, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, S. 939.)。

<sup>73</sup> Roxin がいうように、「学問上当然に、状況に応じて法律規定から導き出されるものの、明記はされていないような概念を作り出すことができる」のである (ders, a. a. O. (Anm. 6), § 30, Rn. 78.)。

<sup>74</sup> 鈴木一永「失敗未遂について」早大法研論集 140 号 (2011 年) 195 頁以下 (本稿第 2 章第 4 節)、町田・前掲注 67) 192 頁以下も参照。

<sup>75</sup> 植松・前掲注 21) 328 頁、西村克彦『犯罪形態論序説』(1967 年) 23 頁以下は実行中止の場合に 43 条但書の類推適用を認めるが、実行中止と着手中止 (西村の用語でいえば「中途断念行為」と「結果防止行為」) の区別基準は明らかではない。

<sup>76</sup> Roxin, a. a. O. (Anm. 6), § 30, Rn202ff.

<sup>77</sup> わが国の客観説の論者もたとえば、通説的な解釈では「凶悪執拗な手段を尽くそうとする犯人の方がむしろ中止犯成立の余地を広く認められることになり、悪性の大きい者がかえって恩恵に浴する結果となって不合理である」ことを指摘している (植松・前掲注 21)

反対に、全体的観察説からは、個別行為説は中止犯が認められる範囲を限定しすぎるものである、という批判が向けられる<sup>78</sup>。また、個別行為説の帰結によれば、個別行為後に引き続いて行為をしないことは、犯行の発覚・訴追・処罰の観点からみて単に行為者にとって不利になるだけであるから、全体的観察説が被害者保護の要請により適うと主張する<sup>79</sup>。また、個別行為説は所為ないし単一の生活事象を分解しすぎるものだ、という批判も向けられる<sup>80</sup>。

この対立は、行為者の観点からは十分だと思われたが、失敗に終わった法益侵害後のさらなる可能な法益に対する攻撃の断念と、所為既遂の積極的な阻止とを、法律効果において同一視すべきかどうか、という価値判断にあるのだ、という指摘がなされている<sup>82</sup>。この点、全体的観察説は、結果不発生を偶然に委ねる行為者を優遇するもので、中止友好的にすぎる、という批判に対する全体的観察説からの反論が注目される。すなわち、実行未遂の場合も結果の発生を偶然に委ねている点では、いったん行為者が十分だと考える行為を終了したが結果は発生しなかったものの、さらなる結果発生の可能性を認識している場合と同じである。そして、実行未遂の場合に中止犯が成立することはドイツ刑法 24 条 1 項 1 文後段から明らかである。したがって、結果不発生を偶然に任せていることは、現行法の価値判断として中止犯を否定する根拠にはならない、というのである<sup>83</sup>。この点、単に「自己の意思により犯罪を中止したとき」と規定し、着手未遂の中止と実行未遂の中止とを分けて規定していないわが国の 43 条但し書からすれば、個別行為分断タイプ（わが国でいえば客観説）の主張がドイツより有力に主張されていてもおかしくはない。しかし現状はそうになっておらず、またそれは妥当である。思うに、中止犯とは未遂犯の一種であり、いったんは成立した可罰的な未遂について、それが中止となるか中止とならないか、を検討する概念であることを考えれば、平野が「客観的に、一個の構成要件該当行為の一部として、二発目の発射が可能である場合に、これを認識しつつなお発射しないのは、その構成要件該当の結果を不作為によって防止したことになる」と述べるように<sup>84</sup>、1 個の法

---

328 頁)。

<sup>78</sup> Roxin, a. a. O. (Anm. 6), Rn. 202ff.; Kudlich, Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch, JuS1999, 240, 243; Wessels/Beulke, a. a. O. (Anm. 40), Rn. 629; Rengier, BGH, Urt. v. 10. 4. 1986, JZ1986, 964, 965f.

<sup>79</sup> Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 59), § 51 II 4.

<sup>80</sup> Wessels/Beulke, a. a. O. (Anm. 40), Rn. 629.

<sup>81</sup> このほか、個別行為説に対しては、同説が「行為者による事前の評価」を基準にしている点を捉えて、行為計画説に対するのと同様の批判が妥当する、ともいわれる。その指摘は妥当であるが、これはここで問題にしている個別行為説と全体的観察説の対立の本質にかかわるものではない。わが国の客観説は「行為者による事前の評価」ではなく、結果発生危険という客観的・外形的基準によって個別行為説同様の行為の切り分け方を行っている。

<sup>82</sup> Otto, a. a. O. (Anm. 31), S. 423, 428.

<sup>83</sup> Lilie/Arbrecht, a. a. O. (Anm. 62), § 24, Rn. 102; Rudolphi, a. a. O. (Anm. 68), Rn. 14.

<sup>84</sup> 平野・前掲注 3) 149 頁、中山・前掲注 24) 437 頁。

益侵害に向けられた複数の行為が包括一罪として評価されるのであれば、その範囲においては自然的には個別行為が観念できるとしてもそれらを分断することなく、全体に対してひとつの中止犯の成否を考えるべきではなかろうか<sup>85</sup>。

### 3 小括

以上、本款における日独の学説の分析結果をまとめておこう。

まず、判断資料の基準時の問題は、わが国もドイツでも（行為者の計画・主観という）事前の事情を基準とする説から、中止行為時の事情を基準にする説へと移り変わっている。これは、事前の事情を基礎とすると不合理な結論に至ると考えられたこと、また中止犯規定の目的である結果発生防止という観点が強調されるにつれ、客観的事情にしても（日本）、主観的事情にしても（ドイツ）、まさに中止行為が問題になる時点における事情が決定的であるという認識が一般化したことによると思われる<sup>86</sup>。

また、基準とする事情を行為者の表象に求めるか、客観的事情に求めるか、という点については日本とドイツで大きな違いが見られた。そこでは、中止犯の法的効果としてわが国では必要的に減免され、ドイツでは不可罰となる対象である、未遂犯処罰の理論との関連が決定的な役割を果たすことになっており、それは妥当な関係である。

行為者の犯罪行為を、犯罪実現の手段として自然的にみれば複数行為に分けてみることができる場合、日独共に、個別行為に分断するタイプ（個別行為説／客観説）よりも、全体的に把握するタイプ（全体的観察説／主観説、第二の客観説、因果関係遮断説）が有力であるが、一罪として把握可能な範囲の行為に対しては、全体として一つの中止犯の成否を考えるべきであり、妥当な方向にある。

## 第2款 「実行行為の終了時期」論から因果関係遮断説へ

前款では、中止行為の態様判断をめぐる各学説の内容を、いくつかの分析軸にしたがって検討した。そこで確認されたように、支持される学説には時間の流れによって移り変わりが見られた。本款では、特にわが国における主観説ないし客観説という実行行為の終了時期論から因果関係遮断説へ、という中止行為論の思考枠組みの変化に着目する。その分析を通じて、現在は通説としての地位を獲得している因果関係遮断説の位置づけ、内容について明らかにしたい。

---

<sup>85</sup> 松原・前掲注 63) 320 頁参照。もともと、全体的に観察することができるのはどこまでの範囲か、という限界については全体的観察説の内部でも議論は一致していない。競合論における「自然的行為単一 (natürlichen Handlungseinheit)」というメルクマール (BGHSt 34 53; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 6), § 30, Rn. 199)、あるいは「当該生活事象の単一性 (Einheitlichkeit des betreffenden Lebensvorgangs)」というメルクマールが用いられる (BGHSt 41 368, 369; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 59), § 51, II 4.) が、罪数論、行為論にもまたがる問題であり、将来の課題としたい。

<sup>86</sup> 山中・前掲注 15) 218 頁。



## 1 いわゆる「第二の客観説」と因果関係遮断説

実行行為の終了時期論から因果関係遮断説への転換は、いったいどのような基本思想に基づいて行われたのだろうか。まず、本節冒頭にも引用したが、かつて平野は、中止行為の態様判断の問題について「注意を要するのはこの問題は従来着手未遂と実行未遂の区別としてあまりに概念的に論じられたきらいがあることである。ドイツではそれも必要であろうが、わが国では中止行為といえるかという点から検討すれば足りるのであって、両者の区別は重要ではないのである」<sup>87</sup>と指摘した。問題はここでの「中止行為といえるか」とはどのような意味を持っているか、である。

また、因果関係遮断説を支持する論者は「危殆に瀕した法益を保護するという目的を達成するためには、かりに実行行為が終了したと考えられても、なお法益に対する危険が存在しており、かつ単純な不作為により結果の発生を阻止し得る事態があれば、それを期待し奨励する理由がある」から中止行為の態様の問題と実行行為の終了の問題は切り離されるべきだ、と主張する<sup>88</sup>。これは換言すれば、実行行為の終了時期論の枠組みは、中止の奨励による危険の消滅という中止犯規定の目的からみて有用な枠組みではない、という指摘であるといえよう。それでは「中止行為といえるか」という問題と実行行為の終了時期論とは切り離されるべきなのだろうか。

先に見たように、着手未遂と実行未遂の区別とは、もともと未遂犯の発展段階における区別であった。現行規定ではわが国もドイツも両者に等しい法的効果を規定しているが、かつては着手未遂と実行未遂とで処罰の程度や中止犯の成否に差が設けられることもあった。この点についていえば、中止犯は当該未遂犯の可罰性を消滅あるいは減少させるものであることからすれば、着手未遂、実行未遂の区別に応じて中止犯の法的効果、あるいは要件に何らかの区別が設けられることはありうることというべきである。

そして、着手未遂と実行未遂の区別がその定義上、実行行為の終了の時点にあるのだから、実行行為の終了時期論という枠組みで中止行為の態様を論じてきたことには、一定の妥当性が認められる。実行行為が終了していなければそれ以後の実行行為を止めればよく、実行行為が終了していれば、実行行為とは別の何らかの行為をしなければならぬ、という区別は一見説得的である。ただここで問題となるのは、それ以後の実行行為を「止める」、あるいは「別の行為をする」のは何のためか、ということである。

中止犯の成立要件を論じている以上、ここでの「止める」あるいは「別の行為」は「中止行為」としての性質を備えるものでなければならない。ただし、「結果発生を防止するためにはどのような行為をしなければならぬかという実質的な視点」<sup>89</sup>は、必ずしも結果に向かう因果の流れを止める、という客観的な意味での結果防止行為ではなく、論者の中止犯の

<sup>87</sup> 平野・前掲注3) 148頁。

<sup>88</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年) 286頁。

<sup>89</sup> 内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(2002年) 1301頁。

減免根拠を満たす行為であれば中止行為として中止犯の成立を認めることができよう。もちろん「結果防止」を行為者主観的には目指していることが必要であるが、その中止行為によって中止犯の減免根拠を満たすことができれば中止犯の成立を認めることができよう。そうすると、実行行為の終了時期論の枠組みにおいて中止行為として因果の遮断行為を要求することは、(任意に行われる)因果の遮断行為こそが中止の奨励といった政策、あるいは違法減少、責任減少といった犯罪論における要素の減少という各論者の減免根拠を満たす行為、すなわち「中止行為といえる」行為である、と理解すべきことになる。問題はその理解の妥当性であって、「中止行為といえるか」という問題を実行行為の終了時期論から切り離すことではないというべきである。

## 2 要件論の分析的検討

もっとも、中止行為の態様をめぐる議論の枠組みが、実行行為の終了時期論から因果関係遮断説へと変化する過程においては、中止犯の成立要件を考える上での要件設定や、その検討の順序の違いによって無用の争いが生み出されているように思われる<sup>90</sup>。

実行行為の終了時期論における「第二の客観説」として分類される<sup>91</sup>中山研一の見解は、前述した西原による「因果関係を遮断しなければ結果が発生してしまう状態が惹起された」かどうか、という基準を、行為の続行可能性のある場合に限定された枠組みとして用いた<sup>92</sup>。これによって、西原説をそのまま用いた場合に、1発しか弾の入っていない銃を発射し、命中しなかったような場合に、不作為によって中止行為が認められることで中止犯となってしまうかねない、という難点を免れることができた<sup>93</sup>。もっとも、中山説によってもなお、〔事例1〕で2発目の発射を取りやめた理由が、1発目が命中して致命傷を負わせたと誤認したためである場合<sup>94</sup>、あるいは1発しか弾丸が入っていないと誤信したためである場合<sup>95</sup>

---

<sup>90</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)360頁以下は、積極的作為を義務付ける場合については因果関係遮断説に肯定的に言及しつつ、「もっとも、実行行為が終了した後は、実行行為の中止ということはありませんから、不作為形態の中止行為については、着手未遂か終了未遂かの区別がなお意味を持っている」として、「着手未遂と終了未遂の区別の基準については、行為者の計画を基準とする主観説が妥当であろう」とする。この考え方は因果関係遮断説を積極的作為を義務付けるかどうか、という段階の基準として扱い、積極的作為を義務付けない、という結論になった場合にさらに主観説を用いて当該「不作為」の中止行為としての適格性を判断する、という複合的な構造を持っていると理解できる。本文中に述べたように、因果関係遮断説が最終的な中止行為「特定」の基準としては考えない点では妥当である。もっとも、ドイツの所為計画説に対する批判として向けられたように、計画の変更があった場合に、なお当初の行為計画を基準とするとすれば不合理な結論を避けられないように思われる。

<sup>91</sup> 山中・前掲注15)203頁、内藤・前掲注89)1303頁。

<sup>92</sup> 山中・前掲注24)437頁。

<sup>93</sup> 山中・前掲15)204頁参照。

<sup>94</sup> 内藤・前掲注89)1304頁。

<sup>95</sup> 野村稔編『現代法講義 刑法総論〔改訂版〕』(1997年)226頁以下〔奥村正雄〕。

であっても中止犯が成立してしまいかねない、との批判がなされる。このように、「第二の客観説」が、実行行為の終了時期論内の学説として、客観的な因果の流れだけを基準として着手未遂と実行未遂とを区別し、中止犯の成立を考えるとすれば不当な結論を免れ得ない。この問題点を回避するために、実行行為の終了時期論では、客観的事実と行為者主観とを組み合わせた修正主観説、あるいは折衷説が主張されることになった<sup>96</sup>。

これに対して山中敬一<sup>97</sup>は、平野説に対して、「中止行為の態様の決定の問題と、そもそも中止行為といえるかという問題とは区別することが可能なのであるが、」平野説及びその支持者<sup>98</sup>は「この両者を混同しているのである」と指摘する。その上で「そもそも中止行為といえるかという問題にとっては、たしかに、行為者の表象は重要であるかもしれない。しかし、態様（作為か不作為か）の決定にとり『表象』は別段の意義をもたないのではないだろうか」という。そして、中止行為の態様の決定という「問題の解決のために結果発生危険以外の他の概念要素はすべて不要である」というのである<sup>99</sup>。

たしかに、客観的にみて、放置すれば結果発生に至るような危険が存在している場合には、行為者がどのように考えていようと、客観的に作為による防止行為を行わなければ結果が発生してしまい、中止犯は成立しない、という意味において山中の指摘はあたっている。それに対して、客観的な結果発生危険が存在していない場合には、どうだろうか。この場合には危険（のみ）を基準として考えると中止行為の態様は不作為で足りる、ということになると思われるが、これによって中止行為の態様が決定したということとはできるのだろうか。次節では、因果関係遮断説がそのような場合に不作為で「足りる」とすることの意味を考えてみたい。

### 3 不作為で「足りる」の意義

繰り返しになるが、因果関係遮断説は「放置すれば結果が発生するような因果の流れが始動していない場合には不作為の中止行為で足りるが、始動してしまっている場合には作為による中止行為が必要である」という基準を用いている。また、実行行為の終了時期論においても着手未遂の場合に、それ以後の実行行為をしないことで足りる、という表現が用いられる<sup>100</sup>。

<sup>96</sup> 平野・前掲注3) 149頁、内藤・前掲注89) 1304頁以下、特に1306頁〔総合説と呼ぶ〕。また従来、不作為の中止の場合に任意性の要件が特に重視され、近時では中止行為要件の主観面としての中止意思が要件とされるようになっている。

<sup>97</sup> 以下の引用は山中・前掲注15) 203頁。

<sup>98</sup> ここでの山中の指摘は、平野説を支持する木村静子「中止犯」『刑法講座4巻』（1963年）28頁の「行為が終了したかどうかが問題とされるのは・・・中止行為の態様を決定するためである。そうとすれば、単に客観的な事実によってではなく、それに対する行為者の表象によって決定されると考えるのが正しいであろう」という記述に対して行われている。

<sup>99</sup> 山中・前掲注15) 214頁以下。

<sup>100</sup> 佐伯（千）・前掲注46) 325頁。

ここで着目したいのは、「足りる」という言葉が示す意味である。この言葉の使い方は2通りありうるのではなかろうか。国語辞典によれば、「足りる」とは「数量などが必要なだけある。十分である。」という意味と、「間に合う。役に立つ。」という複数の使い方があるとされている<sup>101</sup>。それでは、ここでの「足りる」はどちらの意味であろうか。当てはめて確認してみる。

まず、ひとつめは「過不足ない」という意味での「足りる」である。この使い方によれば、「不作為で足りる」とは、不作為で過不足なく、ちょうどよい場合、つまり当該不作為がまさに中止行為となることを意味しよう。したがって、因果関係遮断説、実行行為の終了論いずれにしる、当該基準によって中止行為の作為ないし不作為という態様が特定することになる。

これに対して、ふたつめの意味、すなわち中止をするために「それで十分である、なんとか間に合う」という意味での「足りる」であるとすればどうだろうか。この使い方によれば、「不作為で足りる」とは、不作為でも十分であり間に合うが、それ以上のことをやるのであればさらによいということになろう<sup>102</sup>。したがって、〔事例3〕において当該基準を適用すると、怪我が軽傷であることから「不作為で足りる」場合とされようが、必ずしもそれ以上斬りつけなかったという不作為が中止行為とはならず、病院へ連れて行ったという作為が中止行為として捉えられる可能性がある<sup>103</sup>。

因果関係遮断説の基本的視座である「中止行為といえるか否か」<sup>104</sup>が意味するところは、結果発生を回避することができる行為であるかどうかである。作為が必要であると判断される場合には適切な作為がなければ因果が遮断されないが、不作為で足りると判断される場合には、まだ因果の流れが結果発生へと向かって進行してはいないため、それ以上因果を流れさせるような行為をしさえしなければ結果回避が可能である。したがって、〔事例3〕

---

<sup>101</sup> 新村出編『広辞苑〔第6版〕』（2008年）1765頁。

<sup>102</sup> もっとも、このように理解したとしても、さらによいこととしての作為部分がいかなる行為であるべきか、という基準は不明である。すなわち、このような因果関係遮断説の思考方法からは「不作為態様の中止行為で足りる」場合に、いかなる作為を中止行為として要求するか、ということは明らかにならない（和田俊憲「中止犯論」刑法42巻3号（2003年）10頁参照）。

<sup>103</sup> 実際に名古屋高裁平成2年7月17日判決（判タ739号243頁）においては、「切り口の長さ約二センチメートル、深さ約一・五センチメートルで肺には達していなかった」傷を負わせたが「医師の治療が施されれば死亡の結果はまず発生しないと考えられる」事案について「事実関係に基づき考察するに、本件はいわゆる実行未遂の事例ではある」として、救急車を呼び病院へ搬送したことを「積極的で真摯な努力」と認めて中止犯の成立が認められた。これを医師による治療がなければ死の結果が発生していた可能性ゆえに実行未遂とした事案とする評価もみられるが（山中・前掲注15）293頁）、本事案の程度の傷害が、因果関係遮断説の基準における放置すれば結果が発生するような危険というべきか疑問であるし、この他の判例の傾向からいっても着手未遂と評価されるべき事案であったように思われる。鈴木・前掲注8）109頁、117頁参照。

<sup>104</sup> 平野・前掲注3）148頁

のような場合に、中止行為として不作為態様の中止行為が特定されることは自然であるようにも思われる。また、実行行為の終了時期論からしても、実行行為が終了していなければその後の実行行為を継続しなければよい、という前提からすれば、着手未遂の場合には不作為態様の中止行為が特定されることは自然なことであろう。

しかし、特に〔事例3〕において行為者がすでに致命傷を与えていると錯誤している場合には、病院へ連れて行くという積極的な結果発生防止行為を中止行為と捉える見解がある<sup>105</sup>。いわゆる中止行為と結果不発生との因果関係の要否の議論において、因果関係を不要と解する見解は、〔事例3〕や〔事例4〕を例として、積極的な結果防止行為には結果不発生との因果関係が欠けるが、それでも中止犯の成立を認めるべきである、という<sup>106</sup>。このことについて、責任減少説（あるいは故意の消滅に依拠する違法減少説）が有力な法律説的な立場からは、たとえば以下のような説明がなされる。「責任減少説の立場から、中止行為と結果不発生との間に因果関係がない場合にも、行為者が自己の意思により、自己の行為が結果防止のための中止行為であると認識して結果防止に足りる努力をしていれば、故意（法益侵害意思）の自発的な放棄が中止行為に表現されているから、法的非難可能性が減少する」<sup>107</sup>。このように考えると、〔事例3〕のような場合に病院へ連れて行く作為も中止行為として認められることになる。中止行為とは減免根拠を満たす行為であり、中止行為にそれが表れていれば中止犯の成立が認められるべきだからである。

また、減免根拠論として違法・責任減少説をとる立場であっても、作為態様の部分が中止行為として認められることは考えられる。すなわち、中止行為と結果不発生との因果関係の要否の議論において、中止行為と結果不発生ではなく、中止行為と危険消滅の間に因果関係があれば足りる、とする立場<sup>108</sup>からすれば、作為態様の部分も仮定的な危険を消滅させる行為であるから中止犯としての「違法」要件が充足され、行為者はそれを認識し、任意に行っていれば「責任」要件も充足され、中止犯が成立すると考えることは可能であろう。

そうすると、因果関係遮断説の基準を適用すれば不作為で「足りる」場合であるものの、実際には中止行為者による積極的な作為が認められる場合には、作為態様による中止行為も不作為態様による中止行為もいずれも認めることができるのだろうか。因果関係不要説からは「病院に搬送しない限り中止犯の成立は認められないということが事実上前提となって」いる<sup>109</sup>とすれば、それはなぜだろうか。山中は上述のように、〔事例3〕や〔事例4〕で行為者がすでに致命的な傷を負わせている、あるいは致死量の毒を与えていると錯誤している場合には「積極的結果防止行為と結果の不発生の間には因果関係がないが、もともと

<sup>105</sup> 齊藤信治「判批」刑法判例百選第6版Ⅰ（2008年）143頁によれば、通説とされる。

<sup>106</sup> 特に因果関係遮断説に立ちながら中止行為と結果不発生との間の因果関係を不要と解するものとして曾根・前掲注4）230頁、浅田・前掲注27）397頁、

<sup>107</sup> 内藤・前掲注89）1316頁。

<sup>108</sup> 佐伯（仁）・前掲注46）363頁以下、松原・前掲注63）324頁。なお、平野・前掲注3）148頁参照。

<sup>109</sup> 和田俊憲「判批」刑ジャ4号（2006年）82頁。

積極的結果防止行為を必要としない事例であったのであるから、実行行為の続行を断念した際に任意の中止行為が表れておれば中止犯となりうるというべきである。〔原文改行〕ただ、現実には、致死量の毒薬を投与したと信じている行為者は、次段の行為を予定しているはずはないから、さらなる行為を行わない場合でも中止意思にもとづく『中止行為』であると評価することができない」と述べる<sup>110</sup>。したがって、このような場合に不作為態様による中止行為が認められないとすれば、それは中止意思が認められない<sup>111</sup>という主観的要件の欠如が原因である<sup>112</sup>。たしかに、致死量の毒を与えた、あるいは致命的な傷を負わせたと錯誤している行為者が、犯罪の目的を達成したと考えてそれ以上の犯行をしなかったとしても、その不作為は中止行為として評価すべきではない。しかし、致命傷を負わせたと誤認して病院へ搬送する等の積極的な結果防止措置を行為者が行っている場合、行為者の認識においては病院搬送という作為によって結果回避を（錯誤であるが）認識していることは間違いない。もっとも、そのように自身の（錯誤ある）状況の認識にしたがって結果回避に向けて作為している場合には、作為の裏面に当然に伴うことになる犯行継続をしないという不作為も結果回避意思という意味における中止意思の表れにほかならない<sup>113</sup>。そこには単なる不作為では中止することができない、という錯誤があるが、その錯誤は中止犯の成立にとって重要ではない。したがって、行為者の錯誤がある場合でも〔事例3〕ないし〔事例4〕において、不作為態様による中止行為を認めることができる。

以上のようにみても、因果の流れが進行していない場合には、不作為態様、作為態様のどちらの中止行為も認めることが可能であるようにも思われるが、それは妥当だろうか。妥当でないとすれば、どちらの態様による中止行為を認めるべきであろうか。

まず、新しい政策説、あるいは危険消滅説といった中止行為と結果不発生との間に因果関係を必要とする立場<sup>114</sup>からは、不作為態様の中止行為しか認めることができない。この場合に不作為態様の中止行為を認めないことは中止犯の成立範囲を（論者の立場からも）不当に狭めるものである。これに対し、因果関係不要説からすれば、前述したようにどちらを認めることも可能である。しかし、作為態様の中止行為にはしばしば「真摯性」<sup>115</sup>、あるいはそれを緩和した「積極的な努力」<sup>116</sup>という、不作為態様の中止行為にはない要件が要求される

<sup>110</sup> 山中・前掲注44) 765頁。

<sup>111</sup> あるいはその前段階として、続行必要性の認識（山中・前掲注44) 761頁）が欠けることにより中止行為の前提としての危険の存在がすでに認められない、ということも考えられる（鈴木・前掲注65) 111頁参照）。

<sup>112</sup> 西田・前掲注45) 318頁、井田・前掲注88) 288頁、山口・前掲注5) 282頁以下等も同旨。

<sup>113</sup> 鈴木・前掲注65) 108頁以下、特に110頁以下。

<sup>114</sup> 山口・前掲注5) 282頁以下。

<sup>115</sup> 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）365頁、香川・前掲注11) 313頁以下等。

<sup>116</sup> 曾根・前掲注4) 229頁等。

こと<sup>117</sup>からすれば、中止犯成立の範囲を不当に狭めないためにも「最低限」の要件として不作為態様の中止行為を認めるべきではなかろうか<sup>118</sup>。もちろん、違法・責任減少説にとって、作為態様の部分が違法・責任減少をもたらすことは十分あり得る。しかし、それは中止犯の成否のレベルではなく、中止犯の法的効果が減輕にとどまるか、免除にいたるか、といういわば「量刑」レベルにおいて考慮されるべき事情であるように思われる<sup>119</sup>。

#### 4 危険の判断基準<sup>120</sup>

3でみたように因果関係遮断説を理解した場合、「放置すれば結果が発生するような状況」ないし「結果発生危険が生じている」とはどういうことか、が問題となる<sup>121</sup>。ここでは、一般人基準・事前判断によるべきか、客観的基準・事後判断によるべきか、という対立がみられる。この違いが影響を及ぼしうるのは、①一般人・事前判断によれば危険が存在しないが、客観的・事後判断によれば危険が存在する場合、②一般人・事前判断によれば危険が存在するが、客観的・事後判断によれば危険が存在しない場合、のように両者の危険判断にずれが生じる場合である。事前判断にたった場合の帰結を事後判断による場合と比較してみよう。

まず①の場合、行為者が中止行為としてそれ以上の犯行の単なる不作為しかなかった場合、第三者による救助等の事情が介入しなければ結果が発生する。実行行為との間に因果関係が肯定される結果が発生した場合、事前判断であろうと事後判断であろうと、中止行為の要件を満たしたとしても中止犯の成立は認められないとするのが多数説である<sup>122</sup>。それに

<sup>117</sup> 真摯性は、中止行為と結果不発生との因果関係が欠けている場合に、中止行為概念の「修正の原理」、「因果関係の代役」としての役割を果たすものともされるが（香川・前掲注11）313頁以下）、修正や代役が働く場面はなるべく少なくすべきであろう。

<sup>118</sup> もっとも、特に実務上では任意性の認定の便宜上、作為態様の結果防止の努力に言及することが考えられ、そのこと自体は不当なことではない（鈴木一永「判例における中止犯の任意性」早稲田法学会誌66巻1号（2015年）169頁以下）。青森地裁平成18年11月16日判決（判タ1279号345頁）、東京高裁昭和62年7月16日判決（判タ653号205頁）等。齊藤豊治「判批」刑法判例百選I第3版（1991年）147頁参照。

<sup>119</sup> 鈴木・前掲注8）117頁以下。不作為の中止行為というときの「不作為」とは「犯行の継続という作為をしない」という意味での不作為である。したがって、〔事例3〕のような場合に病院へ連れて行ったという「作為による中止行為」が見かけ上あったとしても中止犯成立レベルでは意味を持たず、あくまで不作為態様による部分が中止行為であることになる。作為による結果回避行為は、行為者に有利な量刑事由として中止犯の法的効果の減輕・免除の区別において、また宣告刑に至る量刑事情として考慮されることが考えられる。高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（2013年）398頁は、〔事例3〕に類似する事実である東京高裁昭和62年7月16日判決（判時1247号140頁）について「病院に運んだことは、単なる量刑事由として判断されることとなろう」と述べている。

<sup>120</sup> この問題をめぐる近時の論考として須之内克彦「中止犯における中止行為の因果性に関する一考察」明大法科大学院論集13号（2013年）139頁以下。

<sup>121</sup> 不作為中止において問題となる危険概念と、結果不発生との因果関係の要否の議論との関連を指摘するものとして和田・前掲注109）82頁。

<sup>122</sup> 実行行為との間に因果関係のない結果が発生した場合には中止犯の成立が認められる可

対して、第三者による救助等によって結果が発生しなかった場合には中止犯の成立が認められることになり、事後判断に比べて中止犯の成立範囲が広がりうることになる。

続いて②の場合、単なる不作為しか行為者がとらなかった場合、純客観的な危険がない以上、結果は発生しないが、事前判断にたった場合には作為態様の中止行為が行為者に要請されるため、中止犯は成立しない。したがって、事後判断に比べて中止犯の成立範囲が狭まりうることになる<sup>123</sup>。

ここでの危険判断を一般人基準によるべきとする井田良は、中止犯規定の基礎に「規範による行為統制を通じての法益侵害の回避という一般予防目的があると考えるとき、刑法の要求する行動基準に従った中止行為が行われたという、違法レベルにおける肯定的評価」<sup>124</sup>をおいたうえで、「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、結果発生危険の有無を判断し、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」<sup>125</sup>という。

これに対し、多くの見解は事後的な見地から危険を判断している。これらの見解は、本基準が「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が問題になっていること」<sup>126</sup>を理由に挙げる。もっとも、これだけでは単に結論を述べているにすぎないだろう。

それでは、因果関係遮断説における危険判断は、事前判断、事後判断のいずれによるべきであろうか。まず、前述②の場合、行為者自身は中止しようと考えて犯行継続を取りやめ、それが行為者の判断通りに効を奏して結果が発生しなかったのであれば中止犯にすべきであり、（行為者が特に認識した事情を基礎においた上でも）一般人を基準に判断した危険が消滅していないから中止犯が成立しない、とすることは結果不発生の奨励の観点からみて不合理である。また、①の場合、行為者が事前判断による危険消滅に適した中止行為を行ったにも関わらず結果が発生した場合に、事前判断をとる論者であっても「中止犯の未遂」として何等の法的効果の発生をも認めない立場をとるのであれば<sup>127</sup>、むしろ「中止犯の既遂」にのみ法的効果の発生を認めている現行法の解釈として、事後・客観的基準によるべきではなかろうか<sup>128</sup>。

## 5 小括

---

能性がある（松原・前掲注 63） 324 頁参照）。

<sup>123</sup> 東京地裁平成 14 年 1 月 22 日判決（判時 1821 号 155 頁）、岡山地裁平成 21 年 10 月 9 日判決（公刊物未登載、LEX/DB25460191）参照。

<sup>124</sup> 井田・前掲注 27） 423 頁。

<sup>125</sup> 井田・前掲注 27） 427 頁。

<sup>126</sup> 高橋・前掲注 119） 399 頁。

<sup>127</sup> 井田・前掲注 27） 425 頁。これに対して、野村・前掲注 19） 367 頁は「客観的に十分な結果発生防止義務を履行したにもかかわらず、行為者および一般人の認識できない事情によりその義務の履行が功を奏さなかった場合には、その危険は、被害者が負担するものと解するべきである。」として中止犯規定の準用を認める。

<sup>128</sup> 和田・前掲注 109） 83 頁以下、高橋・前掲注 119） 399 頁、西田・前掲注 45） 318 頁。



実行行為の終了時期論とは、少なくともその建前上はまさに「実行行為」の終了時期論である。したがって、本論点は論者の実行行為概念で結論が導かれる<sup>129</sup>のが素直とも考えられる。たとえば宮本は、実行の着手を「犯意の飛躍的表動」であるとした上で、「犯意の飛躍的緊張の継続する限り単一の犯罪の実行であると考えることが出来る」ので、「当初の犯意の飛躍的表動の継続」であるといえる限り犯罪は実行中であり、終了していないことになる<sup>130</sup>、とする。しかし、多くの論者は必ずしもそうではなく<sup>131</sup>、やはり中止犯独自の観点から修正が加えられることになる<sup>132</sup>。そして、この中止犯としての観点を既遂結果発生阻止であると考え、正面から強調するのが、現在有力に主張される政策重視の因果関係遮断説の立場であるといえよう<sup>133</sup>。

実行行為の終了時期の議論、特に修正主観説や折衷説（総合説）といった見解は、客観と主観とを組み合わせることで中止行為としてどのような行為がふさわしいか、を導き出そうとしていた<sup>134</sup>。すなわち、着手未遂ならそれ以後の実行行為をしなければ中止になる、という議論の立て方は、着手未遂と実行未遂との区別を中止行為の態様の学説として検討するものではなく、不作為の中止行為ないし作為の中止行為が認められる場合の基準を提示しようとする学説にほかならない。それに対して、因果関係遮断説は「積極的作為が必要か不要か」「必要／不要ならどのような行為が必要か（たとえば、主観面における中止意思、客観面における続行可能性）」という過程での一段階としての意味をもつ学説であり、実行行為の終了時期論とは次元を異にする。このようにみると、中止行為の態様についての議論の土俵が実行行為の終了時期論ではなくなり、因果関係遮断説が有力化するという変遷は、それ自体が中止犯（中止行為）の認められる範囲という結論に大きな違いをもたらすものではなく、要件論の「引き出し」の変化であったといえよう。したがって、「実行行為の終了

<sup>129</sup> 福田平『全訂 刑法総論〔第5版〕』（2011年）239頁注1は「実行行為は、主観＝客観の全体構造をもつものであるから、その終了時期も、実行行為の主観・客観の両側面を総合的に考量して、判断すべきものである」と述べている。山中・前掲注15）198頁参照。

<sup>130</sup> 宮本英脩『刑法学粹』（1930年）179頁以下、185頁。

<sup>131</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（2011年）165頁注34は中止行為といえるかどうかの判断においては、「通常の実行行為性の有無の判断とは異なり、行為者がいかなる意図・認識を持っていたかも考慮される」とする。

<sup>132</sup> 野村稔『刑法総論〔補訂版〕』（1998年）359頁は「着手未遂と実行未遂との区別は、実行行為自体の終了の有無のみならず、その進行の段階において、刑法規範はその保護法益の動的機能により、実害の発生を防止するために、いかなる状況にあればそれぞれ犯罪中止義務、結果発生防止義務を課するか、という観点から判断されるべきである」とする。同・前掲注19）457頁も参照。また、香川・前掲注11）298頁も、「実行行為の着手時期をめぐる理論的対立が、その終了時期に関してもそのまま個々に反映する。したがって基本的にやはり客観的に解すべき」としつつ、「ただ同時に、実行行為終了の時点で、行為者がどう考えていたかをも、あわせて考慮しなければならない」とも述べる。

<sup>133</sup> 山口・前掲注5）279頁以下。

<sup>134</sup> 現在は中止行為要件のうち独立した下位要件として認識されつつある、中止意思（中止故意、中止行為の認識）が、実行行為の終了時期論の内部に織り込む形で考慮されていたことについて鈴木・前掲注65）104頁以下。

時期論自体に意味はなく、単に中止行為といえるか、という観点から判断すべきである」という因果関係遮断説の論者からの指摘は、必ずしもあたっていない。そして、中止行為の態様の問題と、中止行為といえるか、の問題とを切り離す必要性も必ずしもない。結局のところ、実行行為の終了時期論と因果関係遮断説は要件論の「引き出し」の違いにすぎず、いずれも「中止犯がいかなる場合に成立するか」を導き出すための方法論であるべきで、またそうであるからである。

その上で、因果関係遮断説による中止行為態様の「区別」に焦点をあてると、本説は中止行為の態様を作為か不作為のいずれかに特定する理論としては必ずしも用いられていないと思われた。もっともそれ自体は必ずしも不当な理解ではない。しかし、実務の動向、真摯性といった付加的な要件の内容次第では不当な結論に至ることも懸念されるので、「不作為で足りる」場合には、まさに当該不作為を中止行為として中止犯の成否について検討すべきである。なんらかの作為が存在した場合、それは減軽と免除の区別、さらに狭義の量刑事情として考慮されうるにとどまる。

また、因果関係遮断説における「危険」判断のあり方について検討すると、そこで用いられている「危険」という用語の多義性が明らかとなった。まず、犯罪論における違法論の考え方を反映して一般人・事前判断によるべきとの主張が見られた<sup>135</sup>。これに対し、結果発生  
の阻止という観点から事後・客観的に判断すべきという論拠も挙げられた。

## おわりに

本節で検討を加えた中止行為の態様をめぐる議論では、主として不作為態様の中止行為の場合と作為態様の中止行為の態様との限界が問題とされるに止まっており、それぞれの態様において具体的に必要な中止行為の内容についてはなお明らかではない。また、特に実行中止の場合に「真摯な努力」が必要とされることがある。この概念は中止行為と結果不発生の「因果関係の代役」<sup>136</sup>として必要とされるとともに、任意性との関係でも問題になる。これらが本節における課題として残されている。

---

<sup>135</sup> 中止犯論は「裏返し（逆向き）の犯罪論」といわれる。平野・前掲注3) 146頁、塩見淳「中止行為の構造」中山研一先生古稀祝賀第3巻（1993年）247頁以下、松原・前掲注63) 318頁以下。なお、鈴木・前掲注65) 105頁以下参照。

<sup>136</sup> 香川・前掲注11) 313頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題 総論〔第2版〕』（2005年）282頁。なお、野澤・前掲注16) 457頁以下は、中止行為と結果不発生との間の因果関係を不要とすることは、現行規定のもとでは「解釈論で直接導くことは不可能である」としつつ、ドイツ刑法24条1項2文や、同条2項2文といった規定を参考にしつつ立法措置をとる必要があることを指摘する。

### 第3節 中止行為の態様に関する判例の検討

#### はじめに

中止犯の成立要件である中止行為には、その態様として不作為による場合と作為による場合とがあるとされ、前者が着手中止、後者が実行中止と呼ばれている。従来学説では、この区別を実行行為の終了時期の問題として捉え、主観説、客観説、折衷説、因果関係遮断説などが主張されてきた<sup>1</sup>。これに対し近時の学説では、中止行為の態様と実行行為の終了時期とを関連付ける必要がないという認識が広まりつつある<sup>2</sup>。他方、判例において古くは、中止犯の成立を否定した大審院昭和12年12月24日判決（刑集16巻1728頁）が「中止犯ノ成立スルニハ、実行ノ着手アルモ未ダ行為完了前ニ在リテハ、行為者ガ単ニ行為ヲ止ムルノ不作為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、行為者カ進ンデ結果ノ発生ヲ防止スルノ作為ニ出デ、而カモ現実ニ結果ノ発生ヲ防止シ得タルコトヲ要ス」と述べ、「行為完了前」、すなわち着手未遂の場合には不作為で足りるが、「行為完了後」、すなわち実行未遂の場合には作為が要求されることを示した<sup>3</sup>。この後の多くの判例も、後にみるように着手未遂・実行未遂の区別と、本稿での問題関心である中止行為の態様の区別と一致させるため、中止行為の態様の区別基準は実行行為の終了時期の基準として表れる<sup>4</sup>。これに対し、一部の判例では特に着手未遂・実行未遂の区別に触れずに、たとえば単に危険の存在を指摘して積極的な救助行為を要求するものがみられる<sup>5</sup>。そこで以下では、この着手未遂・実行行為の区別として現れる基準と、要求される中止行為の態様を直接示すために用いられている基準とを共に中止行為の態様の区別の基準と考え、判例を分析することとする。

また、判例の中には中止行為の態様の区別・特定が必ずしもはっきりとしないものも多くみられる。学説の議論においては、中止行為の態様の区別は中止行為論において最も重要な議論であるように思われるが、そのような判例を分析することにより、そもそも態様を区別する意義について示唆が得られることが期待される。

---

<sup>1</sup> 主観説は行為認識内容を基準とし（宮本英脩『刑法大綱』（1935年）185頁、牧野英一『刑法総論〔全訂版〕』（1959年）634頁など）、客観説は客観的な結果発生可能性を基準とする（植松正『刑法概論Ⅰ総論〔再訂版〕』（1974年）324頁以下）。折衷説は主観・客観の両側面を考慮すべきであるとし（平野龍一『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981年）148頁以下など）、因果関係遮断説は、因果関係を遮断しなければ結果が発生してしまう状態が惹起されたか否かによって区別する（西原春夫『刑法総論上巻〔改訂版〕』（1995年）338頁、第2の客観説とも呼ばれる（山中敬一『中止未遂の研究』（2001年）203頁））。本節では学説による分類は検討しないが、これらの用語を用いることがある（学説の検討については本稿第2章第3節参照）。

<sup>2</sup> たとえば平野・前掲注1）148頁、山口厚『問題探究 刑法総論』（1998年）226頁など。

<sup>3</sup> 本判決は、着手未遂と実行未遂とを区別する具体的な基準は示していない。

<sup>4</sup> たとえば後掲判例④など。

<sup>5</sup> たとえば、後掲判例①、後掲判例⑬、後掲判例⑮など。

## 第1款 中止行為の態様を区別する基準

### 1 危険を唯一の基準とする判例

中止行為の態様を区別する基準が明示的に現れた最初の判決が、**東京地裁昭和40年4月28日判決**（判時410号16頁＝判例①）であった<sup>6</sup>。被告人は、被害者の頭部に石を投げ下ろし、さらに沢の水中に頭を押さえ入れたところ、被害者が抵抗して逃げ出したのでこれを追跡した。うずくまっている被害者を発見し、殺害の目的を遂げるために包丁を携えて近寄ったが、被害者が茫然自失している様子を見て可哀想になると同時にすまないと思って殺害行為を思いとどまり、手当てを施した上で医者の治療を受けさせた。以上のような事案において、弁護人は殺害行為を思いとどまった点について中止犯が成立すると主張した。これに対して裁判所は、被告人が殺害行為を継続しなかったことが反省悔悟によるものであることを認定した上で、被害者が「頭部に受けた前記傷並びにこれに伴う身体障害は相当重症であるから、これを放置して医療措置を講じなかったとしても死の結果を来す可能性が全くなかったとは決して断じ難く」、被告人による「暴行は被害者を死に致す可能性ある危険な行為であったといわなければならない」とし、「そうだとすると・・・思い止まったとしても、同被告人について中止未遂の成立が認められるためには、更に既に加えた前記暴行に基く死の結果発生を積極的に防止する行為に出で」る必要があるとした<sup>7</sup>。

本事案では、弁護人が不作為態様の中止行為による中止犯の成立を主張したことから、これを否定するために、区別基準について具体的な言及がなされたとみることができ、結論として、放置すれば結果が発生するような危険の存在を理由に積極的な作為による結果防止措置をとることを、中止行為として要求している。このように危険の存在ないしは不存在（のみ）に言及して、実行未遂ないし着手未遂の区別を行う判例は多くみられる<sup>8</sup>。

### 2 危険およびその認識を基準とする判例

判例には、危険の存在に加えて、その危険についての行為者の認識から実行未遂を認定したものもある。

---

<sup>6</sup> 昭和40年ごろまでは中止行為の態様の区別、特に不作為による中止はあまり論じられていなかった。この理由として塩見淳「判批」重判解平成11年度150頁は、①任意性により処理されていたこと、②被告人の主張する積極的中止行動が中止行為とするに十分であったかが問題とされたため、中止行為の態様は争点化しなかったためであると分析している。

<sup>7</sup> 判例①では、行為者が素人なりに応急手当を行い、医師の治療行為を受けさせるべく努力し、医師の適切な措置が行われたことにより被害者は死の結果を免れえた、として行為者の行為は「被告人自身その防止に当たると同視するに足るべき程度の真摯な努力を払った」として中止犯の成立が肯定されている。

<sup>8</sup> この他、放置すれば結果が発生するような危険という危険判断だけで中止行為の態様の区別を行うものとして後掲判例④の原審、後掲判例⑬、神戸地判平成16年3月18日公刊物未登載（LEX/DB25410559）、東京地判平成19年1月25日公刊物未登載（LEX/DB28145153）。また、後掲判例⑮、⑰も参照。

たとえば、**福岡高裁平成 11 年 9 月 7 日判決**（判時 1691 号 156 頁＝判例②）は、実行行為の終了前に犯行を止めたという弁護人の主張に対して、「客観的にみて、既に被害者の生命に対する現実的な危険性が生じていたと認められるうえ、被告人においても、このような危険を生じさせた自己の行為……を認識していたものとみ得るから、その時点において、本件の実行行為は終了していたものと解され」として、危険の存在とその認識が被告人にあったことをもって実行行為の終了を認めた<sup>9</sup>。また、**仙台地裁平成 14 年 9 月 12 日判決**（裁判所ウェブサイト・LEX/DB28075729＝判例③）は、「(1) 被告人が刺突行為によって被害者に負わせた腹部の刺創については、そのまま処置を講じずに放置すると、出血量の増加に伴い出血性ショック状態に陥り、腹膜炎により全身状態が悪化して死に至る可能性があったこと、(2) 被告人は、被害者を 2 回刺した後に取り返しのつかないことをしてしまったと思い・・・逃げていったことなど、が認められ、以上の事実関係からすれば、被告人は刺突行為によって被害者殺害の実行行為を既に終了している」としており、危険が生じ、それを行為者も認識していたことから実行未遂としている<sup>10</sup>。

これらの判例は、危険の存在を行為者も認識していたにもかかわらず、作為による結果防止行為にでなかったとして中止犯を否定したものである。これらは、前節と同様に危険が発生している場合であったが、危険が存在しない場合には、危険の認識はより重要な役割を担うことになるように思われる。

たとえば、**東京高裁昭和 51 年 7 月 14 日判決**（判時 834 号 106 頁＝判例④）の事案では、被告人 T が被害者に日本刀で一回切りつけた後、倒れた被害者に止めを刺そうとするところを被告人 S が止め、T もこれに応じた。その後 S が、親友 C と自己の若衆 D に被害者を病院に連れて行くよう指示し、被害者は直ちに病院に連れて行かれ治療を受けた。原判決は、被告人 T および S について「そのまま放置すれば出血多量により死に至る危険が存したのに、何らの応急手当さえせず放置していたもので、結果発生回避の真しな努力があったとは認められない」として中止犯の成立を否定していた。これに対して東京高裁は、「被告人らとしても・・・最初の一撃で同人〔被害者〕を殺害できたとは考えず、・・・〔被害者〕が受けた傷害の程度も右肩部の長さ約 22 センチメートルの切創で、その傷の深さは骨に達しない程度のものであった（医師 A 作成の被害者に対する診断書）のであるから、・・・実行行為が・・・一撃をもって終了したものと到底考えられない」（亀甲括弧内筆者、以下同様）とし、実行行為の終了までに自発的に犯意を放棄し、それ以上の実行を行わないことで足りる着手未遂の事案とした上で、攻撃の中止をもって中止犯の成立を肯定した。東京高裁は、被告人の認識および医師の診断書に基づいた傷害の程度から実行行為が終了していないことを導いている<sup>11</sup>。また、**青森地裁平成 18 年 11 月 16 日判決**（判タ 1279 号 345 頁＝判例

<sup>9</sup> 判例②では被告人は何ら救護行為に出ていないとして中止犯の成立は否定されている。

<sup>10</sup> 判例③では、被告人が結果防止行為に出ていないとして中止犯の成立は否定されている。

<sup>11</sup> 奈良俊夫「判批」刑法判例百選 I 第 2 版（1984 年）155 頁、西原春夫ほか編『判例刑法研究第 4 巻』（1981 年）70 頁〔木村静子〕、高橋則夫『刑法総論』（2010 年）383

⑤) では、被告人は、殺意をもって被害者の頸部を強く締め付けて失神させ、意識を回復するとまた締め付けて失神させることを数回繰り返していたところ、被害者が急激に失神した様子を見て死亡したものと誤信し、その頸部から両手を離した。その後、大変なことをしてしまったと考え、被害者の呼吸を確認し、死亡していないこと、および更に殺害を継続することに支障はないことを認識しつつ、被害者を揺さぶり起こすなどした事案において「被告人が最後に被害者の頸部を締め付けて失神させた後、そのまま同人を放置しても、同人の死亡という結果が発生しなかったことは明らかである。また、被告人は、いったんは被害者が死亡したものと誤信したものの、その後、同人がいまだ死亡するに至っていないことを認識したのであるから、その時点では被告人の殺人の実行行為は終了していなかったものと認められ」と判示し、それ以上の殺害行為に及ばなかったことをもって中止犯の成立を認めた。したがって、本件では危険が発生していないこと及び行為者がそのことを認識していることから実行行為が終了していなかったことが認められている。

以上の2つの判例は、危険の不存在及びその点についての行為者の認識によって着手未遂であることを導いている。中止犯の成否を考える上で、危険が存在しない場合に行行為者が単に立ち去るなどした際には、それが不作為態様での中止行為となるかを検討しなければならない。ただ、それは客観的には単に「それ以上の実行行為をしないこと」であるために、目標を達成したと考えて、あるいは単に怖くなって逃走したのか、それとも危険は発生していないことを認識した上で結果発生を回避しようと考えて立ち去ったのか、を区別することは、客観的には不可能である。放置すれば結果が発生するような危険が生じていない段階において、行為者が立ち去りさえすれば、犯行の継続の危険は消滅するからである。したがって、放置すれば結果が発生するような危険が存在しない場合においては、危険の認識が中止行為性の判断にとって重要となる。すなわち、危険の不存在を行為者が認識したうえで立ち去ったのであれば、それは中止行為として認めうることになる<sup>12</sup>。

また、**東京地裁平成14年1月22日判決**（判時1821号155頁＝判例⑥）は、被害者を刺した被告人が救護措置をとらずに立ち去った事案であるが、その「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・・・同様のものではあった」ので、「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」として中止犯の成立を否定し

---

頁注55。これに対し、山中・前掲注1) 284頁は、折衷説か第2の客観説か明らかでないとする。なお、原判決と中止犯の成否について判断が分かれた原因は出血多量により放置して死に至る危険の有無という認定の違いにある。原判決も、攻撃を一撃で止めた点については任意に犯行を中止したものと推認されることを認めている。

<sup>12</sup> 学説においても、このような危険の認識は主に不作為態様の中止行為の場合を念頭において検討されてきた。なお、この危険の認識（中止意思）を中止犯の成立要件論においてどのように位置づけるかは一個の問題であるが、本文中での記述は、これを中止行為の要素と考える立場を前提としている。鈴木一永「中止意思について」早稲田大学大学院法研論集135号（2010年）101頁以下（本稿第2章第1節）参照。

ている。本事案では、危険が純粹に客觀的に判断されるか、一般人を基準に判断されるかが争われている<sup>13</sup>。しかし、行為者自身が（それが誤解であっても）危険の発生を認識していることが認定されているのだから、仮に着手未遂とした場合でも、その点をもって「立ち去った」行動は不作為態様の中止行為ではない、と判断することが可能であったように思われる<sup>14</sup>。

このように、特に不作為態様の中止行為において重要な役割を果たす危険の認識であるが、「中止行為性」を認定する際には本来、不作為態様、作為態様を問わずに要求されるべきものであるとすれば<sup>15</sup>、着手未遂の場合のみならず実行未遂の事案でも危険の存在およびその危険の認識に言及する一連の裁判例は妥当なものであるといえよう<sup>16</sup>。

### 3 計画を唯一の基準とする判例

東京高裁昭和 62 年 7 月 16 日判決（判タ 653 号 205 頁＝判例⑦）の原判決は、被告人は牛刀で被害者の頭部付近に切りつけたが、被害者がとっさに左腕で防ぐなどしたために全治約 2 週間の左前腕部切創を負わせたにとどまった、という事案において、実行未遂の事案と判断した上で、障害未遂とした。これに対して東京高裁は「被告人は、A を右牛刀でぶった切り、あるいはめった切りにして殺害する意図を有していたものであって、最初の一撃で殺害の目的が達せられなかった場合には、その目的を完遂するため、更に、二撃、三撃というふうに追撃に及ぶ意図があったことが明らかであるから、原判示のように、被告人が同牛刀で A に一撃を加えたものの、その殺害に奏功しなかったという段階では、いまだ殺人の実行行為は終了しておらず、したがって、本件はいわゆる着手未遂に該当する事案である」とした上で、「着手未遂の事案にあっては、犯人がそれ以上の実行行為をせずに犯行を中止し」かつ任意性があれば中止犯が成立するとした。本判決は、行為者の当初の計画、意図を基準としたように読むことができるが、「その殺害に奏功しなかったという段階では」という留保があることから、危険の不存在およびその認識を基準に含めていると理解することも不可能ではない<sup>17</sup>。そして、仮に重傷を負わせているような危険状況にあれば、着手未遂とはしなかったのではないだろうか<sup>18</sup>。また、仮に危険による基準を適用していたとしても、「全

---

<sup>13</sup> この問題については後述する。

<sup>14</sup> 和田俊憲「判批」刑ジャ 4 号（2006 年）84 頁。

<sup>15</sup> 鈴木・前掲注 12) 116 頁以下。

<sup>16</sup> この他、「事の重大さに恐怖驚愕して」いることなどに、危険が存在しているという行為者の認識が含まれているとみる余地もある（後掲判例⑨参照）。なお後掲判例⑩では、行為者は被害者が「死なないと思っていた」ことが認められているが、結局危険が存在することが認められているために、単に立ち去ったことでは中止行為として認められていない。

<sup>17</sup> 斉藤豊治「判批」刑法判例百選 I 第 4 版（1997 年）143 頁、和田俊憲「判批」刑法判例百選 I 第 5 版（2003 年）141 頁、斎藤信治「判批」刑法判例百選 I 第 6 版（2008 年）143 頁参照。

<sup>18</sup> 坂本武志裁判長が執筆した教科書では主観説にたって終了未遂には中止犯の余地はないのを「原則」としつつ、放置すれば結果が発生するような原因を与えた後に行為

治約二週間の左前部腕切創」にとどまっていることから着手未遂という帰結は変わらないものと考えられる<sup>19</sup>。

また、**長崎地裁平成 16 年 6 月 30 日判決**（公刊物未登載・LEX/DB28095541＝判例⑧）は、「殺意を抱いた後、複数回の刺突行為を継続する意思を持っていたとは考え難いから、被害者の左頸部を 1 回刺突した時点で実行行為は終了したものと評価できる」ので実行未遂とした上で、被告人がとった一連の救護措置を結果発生回避のための真摯な努力と評価し、中止犯の成立を肯定している。本判決では「現に生じた傷害は客観的には重いものではなかった」とも述べられており、危険を基準としていれば着手未遂とされえた事案といえる。ただし、「被害者の負傷状況を見て我に返り、大変なことをしてしまったなどと考え」たことが認定されており、これを行為者が危険の存在を認識していたものとみれば、結局不作為態様の中止行為をするだけでは中止犯の成立は認められえなかった事案である。

#### 4 危険および計画（意図）を基準とする判例

また、危険の存否と行為者のあらかじめの計画（意図）を併せて着手未遂・実行未遂の区別を判断する判例もみられる。

**大阪高裁昭和 44 年 10 月 17 日判決**（判タ 244 号 290 頁＝判例⑨）は、腹部を刺された後で痛がる被害者に病院へ連れて行くよう哀願されたため、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、直ちに病院へ連れて行って治療を受けさせた事案において、「被告人は、計画的に被害者を殺害しようという意図を抱いていたのではなく、・・・何回も突き刺そうなどという予謀があったとは到底考えられず、刺突行為は事実上一回で終了しているのみでなく、その刺突行為たるや・・・肝臓に達する深さ約 12 センチメートルの刺創を負わせたものであって、右一回の刺突行為それ自体において殺害の結果を発生せしめる可能性を有するものである」から「実行未遂の類型に属する」とした。その上で、「本件のように実行行為終了後重傷に呻吟する被害者を放置すれば致死の結果が発生する可能性がきわめて大きいのであるから、・・・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」とした<sup>20</sup>。本判決では、実行未遂であることは計画（の不存在）と実際上の犯行の一致、さらに行為の危険性から認められている一方で「放置すれば致死の結果が発生する可能性がきわめて大きい」ことから真摯な作為を要求している<sup>21</sup>。さらに、**神戸地裁平成 14 年 2 月 15 日判決**（公刊物未登載・LEX/DB28075164＝判例⑩）は「被告人が夫の右腋窩部を突き刺したその部位、刺創の程度等に照らすと、被告人が夫の右腋窩部を 1

---

者が結果発生を防止した場合には着手未遂の中止と価値的に同視できる、として中止犯の成立を肯定する（坂本武志『刑法総論』（1990 年）157 頁以下）。

<sup>19</sup> 松原芳博『刑法総論』（2013 年）323 頁。

<sup>20</sup> 判例⑨では、被害者を病院に運んだだけでは「救助のための万全の行動を採ったものとはいいがた」として中止犯の成立を否定している。

<sup>21</sup> 同様の判断を行うものとして大阪地判昭和 59 年 6 月 21 日判タ 537 号 256 頁、後掲判例⑭、東京地判平成 7 年 10 月 24 日判時 1596 号 129 頁（ただし、「一撃のもとに B 子を殺害しよう」と意図していた」という積極的意図が存在）など。



回突き刺した時点において夫には死の結果に至る高度の危険が生じていたと認められ、被告人が夫の右腋窩部を1回突き刺したのは、とどめをさす考えであったことを考慮すると、被告人の夫に対する殺人の実行行為は、その時点において終了したというべきであり、本件はいわゆる実行未遂の事案である」とする<sup>22</sup>。

また、**名古屋高裁平成19年2月16日判決**（判タ1247号342頁＝判例⑩）は、被害者の動きを止めるために自動車を衝突させて転倒させてその上で包丁で刺す、との計画を立てた被告人が、自動車を時速約20キロメートルで被害者の右斜め後方から車両前部を衝突させたところ、被害者はボンネットに跳ね上げられ後頭部をフロントガラスに打ちつけて路上に落下し加療約50日を要する傷害を負ったものの、その被害者を見て翻意した被告人は刃物で突き刺すことを中止したという事案について、自動車の衝突行為に殺人の実行の着手を認めた上で「一定の傷害は発生しているものの、重いものではなく、結果として被害者の生命に危険が生じるほどのものではない」と、「結果が軽傷であった」と認定した上で、「そして、被告人の計画が転倒させた被害者を刃物で刺し殺すというものであったことに照らせば」着手未遂であるとし、中止犯の成立を肯定した。

これらの判例は、中止行為の時点で生じている危険に言及した上で、行為者の「考えを考慮」ないし「計画に照らす」というかたちで、生じている危険に適合した被告人の計画ないし意図について付加的に言及するものである。したがって、危険のみでの基準と異なる結論を導くものではないと考えられる。

## 5 基準が明らかでない判例

**名古屋高裁平成2年7月17日判決**（判タ739号243頁＝判例⑪）は、布団で仰向けになっていた被害者にのしかかるようにして手工用切り出しナイフで右胸部を一回突き刺して「切り口の長さ約二センチメートル、深さ約一・五センチメートルで肺には達していなかった」傷を負わせた被告人が、一回突き刺したところで被害者のうめき声によって我に返るとともに可愛そうになり、続けて刺すのを止めて119番通報し、救急車が到着するまで傷口を被害者とともに押さえていた事案について、「事実関係に基づき考察するに、本件はいわゆる実行未遂の事例ではある」とし、中止犯の成立を肯定している。本判決は特に着手未遂と実行未遂との区別の基準について言及していない。「医師の治療が施されれば死亡の結果はまず発生しないと考えられる」とされているにもかかわらず実行未遂とされているので、生じた危険を基準としているわけではなく<sup>23</sup>、また特に当初の計画、意図についても言及されていない。したがって判決文から読み取れる基準としては、客観説的な立場がとられたものと考えざるをえない。これに対し、上述のような傷害の程度からすれば、中止行為時に存在する危険による

<sup>22</sup> 判例⑩では、被告人は119番通報をしたものの、住所等を告げることはなく、またその後も茫然と立ちすくんでいただけであって、真摯な努力と認められないとして中止犯の成立は否定されている。

<sup>23</sup> 山中・前掲注1）293頁は、医師の治療がなければ死の結果が発生していた可能性ゆえに実行未遂とした事案であるとするが、本事案のような傷害が放置すれば結果が発生するような危険とまでいえるかは疑問に思われる。

基準を用いれば、着手未遂となった事案であると考えられる。

## 6 小括

以上に見たように、中止行為の態様を区別する基準として判例は大きく分けて2つの要素を考慮している<sup>24</sup>。すなわち、中止行為時における結果発生危険の程度と当初の行為者の意図ないし計画である。もっとも、行為者の意図ないし計画は、危険判断と並列的に考慮されることが多く<sup>25</sup>、また危険のみを基準として判断した場合と異なる帰結がでないものがほとんどである。したがって、着手未遂・実行未遂という実行行為の終了時期による用語を用いて区別する傾向がなお強いが、基本的に危険を基準とした中止行為の態様の区別が行われてきているといえよう<sup>26</sup>。あえて着手未遂・実行未遂という区別にふれずに中止行為を認定している判例が散見されるのもそのような傾向の表れといえる<sup>27</sup>。

そして、この危険の程度については、「放置すれば結果が発生するような危険」が生じているか否かという表現がなされることが多いが、具体的には中止行為の時点での傷害の程度が悪化して結果発生に至る可能性が考えられる。たとえば判例①は、被害者が「頭部に受けた前記傷並びにこれに伴う身体障害は相当重症であるから、これを放置して医療措置を講じなかったとしても死の結果を来す可能性が全くなかったとは決して断じ難く」、被告人による「暴行は0を死に致す可能性ある危険な行為であったといわなければならない」と述べ、**宮崎地裁都城支部昭和59年1月25日判決**（判タ525号302頁＝判例⑬）は「病院において治療措置を受けることなくそのまま放置すれば、出血多量により死亡させるに至る危険性」、また**福岡高裁昭和61年3月6日判決**（高刑集39巻1号1頁＝判例⑭）は「多量の出血と皮下気腫を伴うもので、出血多量による出血死や出血が気道内に入って窒息死する危険」と表現している<sup>28</sup>。そうすると、「放置すること」の意味は「医療措置を受けないこと」と理解することができ、医療措置を受けないと症状が悪化して危険が現実化する可能性があれば、ここでの危

<sup>24</sup> 危険の認識については、仮に危険は存在しないが、行為者が誤信により危険を認識したような場合に、作為態様の中止行為による中止犯の成立を認めるようなことがあれば、中止行為の態様の区別に影響を与えるといえるが、現時点ではそのような事案は見出せない。第2節でみたような危険の状況を行為者が正しく認識している場合には、危険の認識が基準として働くことはないと考えられる。

<sup>25</sup> 行為者の意図ないし計画を危険判断に影響を及ぼす限りで判断資料とすることを認めるものとして和田・前掲注11) 81頁。これに対して、意図ないし計画を考慮にされることに批判的なものとして金澤真理「判批」刑ジャ12号(2008年)75頁。もっとも、判例が行為者の意図ないし計画を危険判断に関係させて考慮しているのかは定かではない。

<sup>26</sup> 山中・前掲注1) 286頁。

<sup>27</sup> もっとも、着手未遂・実行未遂という文言上の区別からも離れていく傾向にあるかは現時点では定かではない（そのような傾向を「妥当なアプローチ」として評価するものとして斉藤豊治「判批」刑法判例百選I第4版(1997年)143頁）。

<sup>28</sup> この他、判例③は「そのまま処置を講じずに放置すると、出血量の増加に伴い出血性ショック状態に陥り、腹膜炎により全身状態が悪化して死に至る可能性があった」としている。

険が認められるように思われる。もっとも、その時点では軽傷であっても、たとえば病院へ行かずに放置すれば破傷風を起して1ヵ月後に死亡する、というような因果経過も考え得ないわけではないが、このような危険が存在することをもって作為態様の中止行為を要求することは妥当ではない<sup>29</sup>。そのような場合には、被害者自身が治療することや他人に助けを求めること、救急車を呼んだりすることが<sup>30</sup>、生命に差し迫った危険を及ぼすことなく可能であるからである。そうすると、危険が現実化するまでの時間的幅にも当然限界は存在すると考えるべきことになる。したがって、事案の具体的状況による部分が大きいの、一応まとめれば、「放置すれば結果が発生するような危険」が認められる場合とは、結果回避措置がまさに行為者によってとられないまま経過すると状況が悪化し結果発生に至る状態ということができよう<sup>31</sup>。

## 第2款 危険の判断基準

以上のように、判例では、放置すれば結果が発生するような危険の有無によって作為による中止行為が要求されるか不作為による中止行為で足りるかを区別するものが多いことは明らかになったが、その「危険」はどのように判断されているのだろうか。ここでは事後的・客観的基準と、事前的・一般人基準との対立がみられる。

たとえば、判例②は「客観的にみて、既に被害者の生命に対する現実的な危険性が生じていたものと認められる（医師Aの警察官調書によれば、生命に非常に危険な状態に陥ったものとされている。）」から積極的な救助行為が必要であるとし、**札幌高裁平成13年5月10日判決**（判タ1296号57頁＝判例⑮）では被害者の負った傷害の程度が「左前胸部の刺創の幅は5センチメートルであるが、肋骨の動脈が損傷し、胸腔内に250ミリリットルの血液が貯留し推定で約750ミリリットルから1000ミリリットルの出血があり、肝臓にも挫滅があつて腹腔内血腫も認められるという相当に重篤なものであり、そのまま放置すれば死亡するほどのものであったと推察される」ところ」病院搬送等の被告人の行為によって一命をとりとめた、などと認定されている。このように、具体的な傷害の程度に依拠して判断されることが多く<sup>32</sup>、またその際に医師の診断書、証言が引き合いに出されていることからすれば<sup>33</sup>、これらの判例が念頭においている危険とは事後的・客観的なものであるということができよう<sup>34</sup>。

これに対して、以下に検討する判例は、いずれも中止行為の認定において一般人に

---

<sup>29</sup> 犯罪成立の場面で因果関係と中止行為による因果性遮断における因果性との関係を同一に解する必要があるかは一考を要する問題であるが、将来の課題としたい。

<sup>30</sup> 後掲判例⑮は傷害の程度に加えて「被害者が受傷後自ら消毒したり電話に出ることができた状況等に照らすと」着手中止の色彩が強い、としている。

<sup>31</sup> 和田俊憲は「物理的な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現実的な危険性が存在するとき」であると言語化している（和田俊憲「中止犯」松原芳博編『刑法の判例』（2011年）212頁）。これは特にその「現実的」危険の内容が明らかではないように思われる。

<sup>32</sup> この他、具体的な傷害の程度に依拠するものとして判例⑩、判例⑭、前出神戸地裁平成16年判決など。

<sup>33</sup> 判例⑭のほか、判例④など。

<sup>34</sup> 和田・前掲注31）213頁。

言及し、事後的・客観的危険とは異なる基準を用いているように思われるものである<sup>35</sup>。

たとえば判例⑥は、「一般人の立場からの判断としての・・・具体的危険」が生じているから危険を消滅させる積極的作為が必要であるとしている。また弁護人が本件刺傷は致命傷とはならないという医師の証言を引用して結果発生防止行為は不要であると主張している点については、「医師の上記の判断は、・・・客観的判断であるところ、既遂に至る具体的危険が生じたか否かについては前記のように事前の一般人の立場からの判断を基準とすべきであり、事後的な客観的判断を基準とすべきではない」としている。また判例⑧は、被害者の客観的な傷害は重いものではなかったが、頸部から出血しているという事情があるので「一般的にみれば、このままでは被害者の生命に危険が生じかねない状況にあ」り、被告人の「救護措置は、結果発生回避のための真摯な努力と評価できる」として中止犯の成立を肯定した。さらに、**岡山地裁平成21年10月9日判決**（公刊物未登載・LEX/DB25460191＝判例⑩）は、被告人が被害者の左胸部を果物ナイフで刺し、その後ナイフが被害者に刺さったまま車で約9時間連れまわした後、逮捕を恐れて被害者を車内に残して逃走した、という事案について、「被害者の出血が止まり、それ以後、同人及び被告人が、被害者は死なないと思っていたことなどが認められるとしても、果物ナイフの刃体全てが被害者の左胸に刺さったままであることからすれば、一般人は、そのままの状態では何がおこるかわからず、被害者は死んでしまうかもしれないと思うものであり、なお被害者には死の危険性が認められる。そうすると、その危険性を除去するために、一般人であれば、被害者を病院へ連れて行くものであるが」被告人は「被害者に生じた死の危険性を除去するに足る行為を何もしていない」として中止犯の成立を否定している。

これらの判決は中止犯の成否の検討において「一般人」に言及している点で共通するが、相違点もある。まず判例⑥及び判例⑩は、着手未遂と実行未遂の区別に言及することはないものの、積極的作為が要求されることを根拠付ける危険の基準として「一般人」を用いている。さらに判例⑩は、その危険を除去する行為として一般人ならば「病院へ連れて行く」と述べていることから、要求される作為による中止行為の内容についても一般人基準を適用しているものと理解できる。これに対して、判例⑧は前述のように殺意を抱いた時点における被告人の意図（計画）から実行未遂であることを認定し、その上で結果発生回避のための真摯な努力を行っているかの検討において「一般的にみれば」という基準を用いている。

したがって、一般人基準の適用場面には2パターンあるといえる。すなわち、作為による結果回避行為を要求する基準、つまり危険判断の基準として用いる場合と、作為による結果回避行為としていかなる内容を要求するかの基準として用いる場合である。後者の様に一般人基準を用いる場合、それはいわば真摯性の目安、ないし下位基

---

<sup>35</sup> 和田・前掲注14) 84頁は、判例⑥の評釈として、「一般論として具体的危険消滅説〔本文中での一般人基準により危険を判断する立場：筆者注〕が真面目に主張されているかどうかは疑わしい」と述べたが、本文中で見ると、一般人基準に言及する裁判例は地裁レベルではあるが蓄積されており、現在では無視できる流れではなくなっているといえる。

準として用いられているに過ぎないため、その内実は真摯性の内容の検討にゆだねられることになる<sup>36</sup>。

これに対して、危険判断の基準として一般人基準を用いる場合には、事後的・客観的基準を用いる場合とどのような差異が生じるであろうか。この差異が生じうるのは、(1) 事後客観的には危険が存在しないが一般人基準からすれば危険が存在する場合と、(2) 事後客観的には危険が存在するが一般人基準からすれば危険が存在しない場合である。上述の3判例のいずれも(1)の場合であったと考えられるが、この場合は事後的・客観的基準によれば作為による結果回避行為が要求されない。そうすると行為者が何ら救助措置をとっていない判例⑥や判例⑩も中止犯の成立が肯定されうる事案であったと考えることができ、結果的に一般人基準が用いられることで中止犯の成立範囲が狭くなっているといえる。これに対して(2)の場合に一般人基準が用いられるとすれば<sup>37</sup>事後的・客観的基準を用いる場合と比べて中止犯の成立範囲は広がりうることになる。

### 第3款 着手未遂・実行未遂の区別と中止行為の態様

本款では、前節の中止行為の態様の区別に関連する問題を判例についてみることにする。まず作為・不作為という中止行為の態様の区別を、判決文から読み取ることができる判例をみることで、区別された態様が持つ意義を検討する。引き続き、中止行為の態様の区別が明らかでない判例を検討することで区別することの意義について示唆を得たい。また、特に作為態様の中止行為が行われるまでに時間的懸隔がみられる場合がいかに扱われているかを最後に確認することにする。

#### 1 中止行為の態様が明らかな判例

まず、実行未遂とされて結果防止のための真摯な努力、すなわち作為が要求されている一方で、不作為部分についても言及がなされている裁判例について検討する。

判例⑨は、殺害の意図を放棄した点(＝不作為部分)について「外部的障がいに基づくもの」として任意のものではないとした上で「この点はいずれにしても実行未遂である本件において実行行為終了後の不作為は問題ではな」として、その後の任意の救助行為についてその真摯性を検討している。本判決は、実行未遂の事案に関する限り不作為部分を取り上げる必要は無く、作為部分のみを中止行為としてその任意性ないし真摯性を検討すればよいと考えている。また、不作為の部分については任意性を否定しているにもかかわらず、その後の作為部分の任意性および真摯性を問題としていることから、不作為部分の任意性の有無は、結論として中止犯の成否にとって決定的な事情ではない、と考えているといえよう。

これに対して判例⑬は、積極的な救助行為を中止行為として認めると共に、殺害行

<sup>36</sup> 判例の傾向からすれば判例⑩のように、逮捕を恐れて被害者を病院へ搬送しないような態度は真摯な努力とは認められないであろう。

<sup>37</sup> このような帰結を認められるものとして野村稔『未遂犯の研究』(1984年)464頁以下、否定するものとして井田良『講義刑法学・総論』(2008年)425頁以下。

為の継続を思い止まった時点における任意性を検討している。すなわち、「被告人が右殺害行為を継続しなかったのは、被害者の右出血に驚愕したことがきっかけとなって、正気を取戻し、積極的に被害者を救助すべく決意したことによるものであって、任意の意思に基づくものである」ことを認めている。

また判例①は「(イ)被告人において・・・被害者の判示の如き姿を見て憐憫を覚えて翻意し、反省悔悟して爾後の実行々為を任意に中止したこと及び(ロ)・・・被告人としては被害者の死の結果発生危険を防止するため、素人なりの応急手当を行い、そして、医師の治療をうけるために努力し、医師の適切な措置が行われた」のであって、(ロ)の行為は真摯性を充足するものであるから中止未遂が成立することを認めた。本判決は、積極的防止行為、すなわち作為にでる必要がある基準として「放置して・・・死の結果を来す可能性」に言及している。そうすると、本来、真摯性を充足する(ロ)の存在だけでも中止犯の成立には十分であるように思われるが、本判決は「爾後の実行行為の任意な中止」という不作為と「応急手当及び医師に治療を受けさせる」作為の両方の存在をもって中止犯の成立を肯定しているように読むことができる。また、本判決は特に「任意性」「中止行為」の各要件を明確に分けずに中止犯の成否を論じているが、(イ)部分については憐憫の情、反省悔悟について言及しているものの、(ロ)については特にそのような言及はない。

判例⑩および(明確ではないが)判例①が、不作為部分についての任意性判断を行っていることは興味深い。作為の中止行為がある場合には、その作為に取り掛かる前に当然に犯行の継続を(少なくともまだ既遂に達していないという意味で)中断する「不作為」が必ず存在するといえる<sup>38</sup>。すなわち、作為の中止行為を行っている場合、必然的にその作為の裏側には犯行の不継続という意味における不作為が存在することになる。そして、任意性の認定がこの不作為部分についてのみ行われていることから、(1)不作為部分に任意性が肯定されれば当然にその後の真摯な努力たる作為部分については任意性が肯定されるという考え方、あるいは(2)不作為部分について任意性が肯定されればその効果が作為部分についても及ぶという考え方がとられている可能性がある。(1)と(2)の違いは、不作為部分と作為部分とを一応分けて考えるか((1))、一体のものとして考えるか((2))の違いといえる。不作為部分について任意性を否定した判例⑨の考え方は、不作為部分と作為部分とを分けて考えたうえで、不作為部分について任意性が否定されても、中止行為たりうる作為部分に任意性が肯定できればよいという考え方であり、(1)にたつものといえる。

引き続き、着手未遂と判断されたため、作為による結果防止の真摯な努力は要求されないはずであるにもかかわらず、作為による結果防止にも言及している判例を検討する。

まず、任意性の認定との関係で作為による結果防止に言及するものが見られる。たとえば判例⑦は、着手未遂の事案と判断して「あえて殺人の実行行為を中止した」こ

---

<sup>38</sup> 判例においても、実行未遂の事案において更なる攻撃をしないだけでなく結果発生防止措置が必要である、という書き方がなされることが多い(たとえば判例⑩、前出神戸地裁平成16年判決など)。

とに中止行為を見出しながら、被告人が犯行を中止したのち、通りがかりのタクシーで被害者を病院に運んだという事実も認定し、このような「行為には、本件所為に対する被告人の反省、後悔の念も作用していたことが看取される」としている。これは、作為の結果回避措置によって中止の任意性を裏付けているものといえよう。また、判例⑤は、着手未遂として頸部を締め付ける行為を中断したのは被害者が死亡したと誤信したことによるものの、その後死亡していないことを認識していることから、「その後、被害者の頸部を締め付けるなどの殺害行為に及ばなかった」ことによって中止行為を認定したものであるが、被害者を揺さぶり起す行為をしていることは中止行為としては必要ないものの、任意性を示す客観的事実とはなりうると評価されている<sup>39</sup>。

このように、任意性（の認定）との関係で着手未遂において作為部分を取り上げることには理由がある<sup>40</sup>。他方で、何らかの作為が存在することで、その部分が中止行為（の態様、あるいは真摯性）の認定に影響を及ぼすことはないだろうか。

判例⑫は前述のように、実行未遂であることを明言しているが、その基準は明示していない。中止行為については、「被告人は、被害者の右胸部を一回突き刺したのち、自ら実行行為を中止したうえ、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いわざるをえないから・・・この傷害の程度からして、医師の治療が施されれば死亡の結果はまず発生しないと考えられることも併せて判断すると」中止犯が成立するとした。「この傷害の程度からして、医師の治療が施されれば死亡の結果はまず発生しない」のであれば、仮に、他の判例の多数が用いる危険基準を本判決の事案に適用すれば、着手未遂となることが予想できる。そうするとそれ以上の実行行為をしなければ中止行為となるはずである。ところが、本件被告人は傷口を押さえる、救急車を呼ぶなどの作為を行っているため、これを中止行為としてみることから実行未遂がいわば「逆算」されているのではないかと、とも考えることができる<sup>41</sup>。

このような逆算は、作為による結果防止部分について、真摯性（あるいはいわゆる同視基準）が否定される場合になされる場合に不当な結論に至ることになる<sup>42</sup>。たとえば、判例④は、殺害行為の続行が容易になしえたにもかかわらず止めたことをもって

---

<sup>39</sup> 匿名解説・判タ 1279号 346頁。

<sup>40</sup> 齊藤豊治「判批」刑法判例百選Ⅰ第3版（1991年）147頁、和田・前掲注31）222頁参照。

<sup>41</sup> ここではこのような「逆算」が常に不当である、ということを指摘したいわけではない。また、この他、判例⑧は、前述したように実行未遂であることを行為者の計画ないし意図のみによって基礎づけているが、行為者が119番通報などの中止行為として十分な救護措置をとっていることから逆算して実行未遂が認められたのではないだろうか。

<sup>42</sup> また、判例で要求される真摯性は厳しすぎるものになることが否定できない。たとえば、自分が犯人であることを打ち明けず、治療費等の負担を申し出なかったことを挙げて真摯性を否定した判例⑨が挙げられる。また、同視基準として厳しすぎるように思われるものとして大阪地判昭和59年6月21日判タ537号256頁（浅田和茂「中止犯」芝原邦爾編『刑法の基本判例』（1988年）57頁、原口伸夫「実行未遂の中止行為」桐蔭法学11巻1号（2004年）84頁以下参照）。

不作為態様の中止行為による中止を認めている。前述の通り、本件の被告人は他人に依頼して被害者を病院に連れて行かせ、治療を受けさせており、弁護人はこの他人の行為を被告人の行為と同一視すべきで中止犯に当たることを主張していた。原判決はこの主張を認めず、被害者にはそのまま放置すれば出血多量により死に至る危険が存したのに被告人はなんら応急手当さえせず放置していたとして真摯な努力を否定した。原判決と異なり、東京高裁は本事案を着手未遂としたが、仮に原判決のように実行未遂と判断するならば、被害者を他人に指示して病院に連れて行かせる行為を（真摯な努力を肯定できる）作為の中止行為として認められるか考えると、行為者自らの、またはこれと同視できる行為を要求する判例<sup>43</sup>の傾向からすれば否定的な結論が予想される。したがって、中止行為と判断される可能性があるものの、真摯性を欠くかもしれない作為部分が存在することから実行未遂であることを「逆算」することなく、東京高裁が不作為部分を中止行為として認定したことは妥当といえる。

## 2 中止行為の態様が明らかでない判例

判例においては中止行為の態様の区別（着手未遂・実行未遂の区別）が判決文において明示されないこともある。

たとえば、**横浜地裁平成 10 年 3 月 30 日判決**（判時 1649 号 176 頁＝判例⑰）では、被告人は被害者を「所携の包丁で、数回、同人の前胸部、左側胸部、左腰部等を目掛けて突き刺すなどしたが・・・犯意を喪失し、攻撃を中止した上、119 番通報して被害者を病院に搬送等した」中止犯の事案であるとだけ述べられ、着手未遂なのか実行未遂なのか、また中止行為がどの行為なのかは明示されていない。また、**横浜地裁川崎支部昭和 52 年 9 月 19 日判決**（判時 876 号 128 頁＝判例⑱）は、被告人は、ウイスキー瓶で被害者の左前額部を一撃し、さらに裁ち鋏で咽喉部から右頬にかけて十数回突き刺し、さらに電気コードで頸部を締め付けたが、出血を見て驚愕し、また憐憫の情を抱いて中止したため、加療約二週間の傷害にとどまったという事案について、傷害の程度等からすれば「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ければ、被告人が自家治療行為に出なかったとはいえ、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ったとはいえず、その結果被害者は確実に死を免れたのであって、その面では実行中止の要素もあり、・・・積極的な自己の意思により殺害を中止したと認めて差し支えない」と述べ、着手中止、実行中止のどちらと確定することなく、結論として中止犯の成立を肯定している<sup>44</sup>。

そもそも、わが国の刑法 43 条但書は「犯罪を中止したとき」としか中止行為については述べていない。着手未遂、実行未遂の区別自体が学説および判例実務によって作り上げられてきた概念である。したがって、着手未遂、実行未遂という概念自体が、中止犯成立のためにはいかなる中止行為をすればよいか、すなわちどのような場合が

<sup>43</sup> いわゆる同視基準については大判昭和 12 年 6 月 25 日刑集 16 卷 998 頁など。

<sup>44</sup> 中神正義「判批」研修 460 号（1986 年）46 頁は本判例を着手中止の認定を前提とすると分類する。また山中・前掲注 1）290 頁は、理論的にはもっぱら着手中止とされるべき事案とする。



「犯罪を中止した」にあたるかを示すものにすぎないため、この概念を用いずとも「犯罪を中止した」に該当することが明らかになる場合には、区別する必要性がないことにはないと考えれば、上述のような判例の態度も首肯できよう。

それでは着手未遂、実行未遂を区別する必要性がない場合とはいかなる場合であると考えられるだろうか。この点、上述の判例⑰、⑱もそうであるが、行為者が作為による結果発生防止行為を行っている場合に区別に触れないものがみられる点が参考になる<sup>45</sup>。すなわち、行為者が作為による結果防止措置を行っているのであれば、当然実行行為をそれ以上行わないという意味での不作為態様での中止行為にあたる行為も同時になされているといえる。したがって、作為態様での行為が「結果発生防止のための真摯な努力」として認めうるものであれば、あえて着手未遂、実行未遂という区別にふれることなく中止犯の成立を肯定することができる。判例⑱が述べている「着手中止の要素」とは、この作為の中止行為を行うことによって当然に認められる犯罪行為の中止という不作為部分を指しており、他方で「実行中止の要素」とは結果防止のための真摯な努力という作為部分を指していて、これにより実行中止による中止犯の成立要件の充足を認めるものと理解することができる<sup>46</sup>。また、判例⑰についても、被告人は被害者を病院へ搬送するという作為による結果防止にむけた行為を行っており、これが作為による中止行為と認められるのであれば、あえて着手未遂と実行未遂との区別などにふれる必要はないと理解をしているものと読むことができる<sup>47</sup>。

### 3 作為態様の中止行為とその時間的限界

第1款、第2款にみてきたように危険を基準として中止行為の態様が区別されるとしても、中止行為が可能な時間的限界は存在しないのだろうか<sup>48</sup>。すなわち、放置すれば結果発生に至るような危険が存在しない場合には常に不作為態様での中止行為が認められ、そのような危険が存在する場合には常に作為態様での中止行為が認められる可能性があることになるのだろうか。ここでは特に後者の場合、危険が存在する場合について検討してみたい。

たとえば、傷害の程度が重い場合には**東京地裁平成8年3月28日判決**（判時1596号125頁＝判例⑲）のように「迅速に病院へ搬送して医師による迅速適切な治療を受けさせない限りは死の結果が発生してしまった」として「迅速」が強調されることもある。これに対して**大阪地裁平成14年11月27日判決**（判タ1113号281頁＝判例⑳）は、刺してから約4時間経過後に救急車を呼ぶなどした事例に中止犯の成立を認めた。

<sup>45</sup> 金澤真理「判批」現刑10号（2000年）75頁。

<sup>46</sup> 藤永幸治「判批」研修365号（1978年）74頁は、理論的には、結果防止措置の評価をしなければならないのであれば死の結果発生の可能性を認定すべきであって、また本事案のような裁ちばさみで咽喉部を突き刺す行為などは十分に死の結果発生を認めうるものであるから実行未遂として中止犯の成否を検討すべきであった、と指摘する。

<sup>47</sup> 「攻撃を中止した上」の部分の不作為部分、「119番通報して被害者を病院に搬送等した」部分を作為部分として理解することができる。

<sup>48</sup> このような問題意識を持つものとして金澤真理「未遂の理論構造と中止未遂」川端博ほか編『理論刑法学の探究④』（2010年）84頁以下。

ここでは「生命の危険性の程度は、超緊急的には生命の危険性がなかったが、放置していれば生命の危険性があった」と述べられており、傷害の程度が喫緊のものでない場合には中止犯成立にある程度の時間の幅を認めていることがわかる。本判決ではまず、「被告人の行為態様が極めて危険なものであること、Aの傷害の部位・程度からするとそのまま放置すればAが死亡する高度の蓋然性があったこと、〔刺した後の〕時点における〔放置すれば殺害の目的を達すると考えたという〕被告人の意図等の諸点に照らせば、被告人の実行行為は終了していた」実行未遂の事案であり、結果発生防止のための真摯な努力を要するとされている。その上で、本事案において被告人は、刺したことで待っていれば被害者は死に至り殺害の目的を達すると考えて放置していたが、4時間余りしてから反省悔悟して110番通報し、それによって手配された救急車により病院に搬送されたことで被害者は救助されている。裁判所は、この4時間余り放置している点について「結果発生防止との関係では反対の行為であるが、翻意前の行為でいわば実行行為の因果の流れであり、中止行為の真摯性を判断するに際して決定的な事情ということとはできない」と述べた上で、被害者が死に至る現実的危険性が存在し、その生死を支配する立場にいた行為者が110番通報をし、健康保険証を準備した上で臨場した警察官に事情を素直に話している点などを摘示して結果発生防止のための真摯な努力として認めている。そして「中止未遂の制度趣旨も踏まえて考えれば、・・・その〔中止未遂の〕要件については・・・実行の着手から110番通報によりAが救命されるまでの一連の事態全体を対象として考察すべきものである」と述べた。したがって、中止行為については、実行の着手から救命されるまで、すなわち未遂が確定するまでの一連の事態を全体としてみると<sup>49</sup>、なお事態が実行行為の因果の流れにあり、行為者が被害者の生死を支配していた、すなわち救命可能でもあり殺害を完遂可能でもあった時点ならば、中止行為の態様の基準にしたがった行為を全体の流れの中で判断して真摯性が認められれば、それを「結果防止のための真摯な努力」、すなわち中止行為として認めることが可能であることを示したものと見える<sup>50</sup>。

このように時間的懸隔の問題は、判例での要件論としては真摯性において問題となりうるといえる<sup>51</sup>。時間的懸隔が真摯性判断にどこまで影響するかは定かではないが、

---

<sup>49</sup> 山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（2008年）759頁以下は、大阪地裁平成14年判決の事案について、中止の時点にたつて、中止されるべき行為とすでになされた実行行為との回顧的継続性が認められるかが実行中止において問題となった事案とする。

<sup>50</sup> 金澤・前掲注48）86頁は、本判決を「どの時点まで中止行為が可能かを問う、いわば中止行為が可能最終時点を問題にした」と評価する。この他、たとえば判例⑩において、仮に行為者が逃走せず、被害者を連れまわした後でも病院へ搬送したならば中止犯が認められえただろうか。また、前出松山地裁平成22年判決も時間的懸隔が問題となりうる事案である。

<sup>51</sup> 一連の事態としてみることができるといえる問題はここで扱った時間的懸隔がみられる場合以外でも被害者の抵抗があった場合などにも現れる。たとえば前出東京地裁平成19年判決は、腹部を刺された被害者が、力を振り絞って被告人を押さえつけて説得したところ、我に返った被告人が119番通報した事案について、被害者が押さえつけた時点で被告人は眼鏡を失い包丁の所在もわからなくなっていたのだから障害未遂であるとの検察官の主張に対して、そのような点は「犯行継続に対する一時的な

少なくとも結果発生に至る危険が客観的に消滅可能であればいつまでも中止行為が可能であると裁判所が考えているとはいえないように思われる。たとえば、**名古屋地裁平成15年12月25日判決**（裁判所ウェブサイト・LEX/DB28095152）では、行為者が着火行為をした後、自分が犯人であることがばれないように火災報知機がなるまで気づかないふりをし、報知器がなった時点で他人と協力して消火活動を行ったという事案において、裁判所は「被告人は、結果の発生を防止することよりも、自己が犯人であることを隠すことを優先させ、その結果、中止のための行為をする時期を遅らせたものである。そうすると、……被告人が現実にCとともに消火行為を行い、結果も発生しなかったことは認められるものの、上記のとおり被告人が消火をするに至った経緯等を考慮すると、被告人は結果発生防止のため真摯な努力をしたとはいえず、被告人がした消火行為は中止行為とはいえない」と述べた。本件においては危険がなお消滅可能であり、現実に消滅させたにもかかわらず真摯性が否定されているのである<sup>52</sup>。

## おわりに

本節の検討内容をまとめると以下のようになる。

まず、判例においては中止行為の態様について、着手未遂・実行未遂という実行行為の終了時期の論点として扱うものが多いものの、これらの用語を用いない判例も現れている。これらは、危険を中心とした実質的判断のもとにおおよそ統一的に理解することが可能である（第1款）。

その危険の判断は、多くの場合事後的・客観的になされていると理解できるが、一部に事前的・一般人基準を明言するものがある。この事前的・一般人基準が用いられている裁判例は、事後的・客観的には危険が存在しないが、一般人基準ならば認められる、という場合に限られているため、結果的に中止犯の成立範囲を狭める傾向にあることが指摘できる（第2款）。

また、上述の基準を適用して導かれた中止行為の態様に基づいた行為とは異なる態様の行為に言及する判例が見られるが、その多くは任意性の認定との関係で言及されているものといえた。さらに作為による結果回避措置が存在する場合は、前述の基準によれば不作為態様の中止行為で足りる場合であるにもかかわらず作為態様の中止行

---

障害に過ぎない」のであって「一連の事情を全体として考察すれば」中止未遂が成立し、検察官の主張は「いささか局所的に過ぎ、木を見る余り森を見失ったものと言わざるを得ない」とした。もっとも、このような一時的な障害はむしろ危険が存在するか否かという問題（いわゆる失敗未遂論）との関係で議論すべきであり、ここで扱う時間的懸隔の事例はそのような障害が存在しない場合であっても中止行為の可能性には制限が課されるのか、という観点である。

<sup>52</sup> これに対し、睡眠薬を飲ませた被害者が口から泡を吹いているのをみて、大変なことをしたと悟った被告人が独力ではどうしようもないと考えて派出所を探して走り回ったが見つからず、約1時間後に帰宅後、110番通報して警察官が駆けつけ、病院へ収容され一命をとりとめた東京地判昭和37年3月17日判時298号32頁の事案では、1時間が経過している点は「付近の地理にも不案内な被告人が、前記のように警察署派出所を探し回ったことなどのため時間を経過したことによるのであって、被告人の結果防止の努力の真摯性を失わせるものではない」と判示されている。

為として構成される可能性があるが、その結果として真摯性の制約がかかることとなり、中止犯の成立が不当に制約される可能性も指摘しえた。一方、実行行為の終了時期ないし中止行為の態様に言及しない判例は、作為態様の中止行為が認定できる事案についてはあえて作為の中止か不作為の中止かを特定する必要がないと考えているのではないかとみることができる。さらに作為による結果防止行為を行うまでに一定の時間的懸隔がみられる事案に対しては、その中止行為性の判断は主に真摯性の枠組みでなされるといえる（第3款）。

## 第4節 失敗未遂

### はじめに

ドイツでは、中止犯の成立を否定する概念として「失敗未遂(fehlgeschlagener Versuch)<sup>1)</sup>」が多数説及び判例において用いられている。一般的には、行為者がもはや結果を発生させることはできない、と判断した場合には失敗未遂となるものとされ、中止犯の成立は否定されることになる(主観的失敗未遂)。一方、わが国の中止犯論においては、この概念を(少なくともドイツで用いられている意味では)肯定する論者は多くない。多くの分野において、わが国の刑法理論はドイツ刑法理論に大きな影響を受けているが、この失敗未遂という概念についてはそうではないようである。この違いは何に起因するものであろうか。

ところで、わが国の刑法43条但書は「ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、または免除する」と規定している。この文言のうち、「自己の意思により」という部分から任意性要件が導かれ、「犯罪を中止した」という部分から中止行為要件が導かれるのが通常である。そしてかつての要件論は、任意性要件を中心として議論がなされていた。それは、(現在でもなおそうであるが)中止犯の減免根拠論において責任減少説が多数説の地位を占めていることによるように思われる。

まず責任減少説からは、障害未遂と中止犯との間に、既遂と比較した違法性の減少に差はないと考えられるため、任意性こそが責任減少を基礎づけ、障害未遂と中止犯とを区別する要件であるとされる<sup>2)</sup>。また、特に着手中止の場合には中止行為としては単なる不作為で足りると一般に考えられているが、外部的変化が目に見えない不作為の中止行為というものは検討対象としにくい。それに対し、実行中止の場合には中止行為は作為態様の行為が要求されるものの、責任減少説からは一般に、いわゆる中止行為と結果防止との因果関係が要求

---

<sup>1)</sup> fehlgeschlagener Versuch の訳語については、欠効未遂(たとえば、園田寿『欠効未遂』について)関西法学32巻3=4=5号(1982年)、江藤隆之「欠効未遂の概念について」法学研究論集23号(2005年)、伊東研祐『刑法講義総論』(2010年)323頁)とするもの、失効未遂(たとえば齊藤誠二「いわゆる失効未遂をめぐって(上)(下)」警察研究58巻1号、3号(1987年)、鈴木彰雄「ドイツ刑事判例研究(6)」名城ロー5号(2007年)207頁以下)とするもの、失敗未遂(たとえば金澤真理『中止未遂の本質』(2006年)、町野朔ほか『プロセス演習刑法』(2009年)114頁〔和田俊憲〕)とするものなどがある。欠効未遂という訳語は、この概念自体が欠効犯概念から発展してきたことによるが(園田・前掲68頁以下参照)、本稿では、近時用いられることが比較的多い「失敗未遂」の語を用いることにする。なお、山中敬一は、単に障害未遂と呼べばよい、とする(山中敬一『中止未遂の研究』(2001年)103頁)。これが、失敗未遂のような独立のカテゴリを認める必要はなく、結論として障害未遂となるものを扱っているに過ぎない、という主張だとすれば理解可能であるが、fehlgeschlagener Versuch の訳語として(「広義の」、「狭義の」、として使い分けるとしても〔山中・前掲213頁注(1)〕)障害未遂という語をあてることは誤解を招くように思われる(江藤・前掲4頁)。

<sup>2)</sup> 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(2008年)227頁以下。

されないために、中止行為の特に客観的役割はあいまいなものとならざるをえない<sup>3</sup>。このようなことから、中止犯の要件としては中止行為よりも任意性こそが中心的テーマとして扱われてきたと考えられる。

これに対して近時、中止行為要件の意義を危険減少（消滅）ないし違法減少という側面から捉えなおす見解が有力に主張されるようになった<sup>4</sup>。このような見解からは、行為者が中止しようと考えた時点で、中止行為により消滅させるべき危険がないので中止犯は成立しない事例、という領域の存在が主張され、これが（客観的）失敗未遂と呼ばれることもある<sup>5</sup>。

このように失敗未遂という概念は、通説的に用いられているドイツにおける用法と、近時わが国において一部の学説で用いられるようになった用法とでは異なる点が多い。また、解釈論の前提となる法の規定形式自体が異なっている点に注意する必要があるものの、その議論の展開状況には類似する点が見られる。すなわち、「失敗未遂」が対象とする類型は異なるものの、「中止行為」要件（ドイツ刑法における「放棄」ないし「阻止」、日本刑法の「中止した」）に着目して、この概念を検討することで共通点が見出せるように思われるのである。このようにして、ドイツと日本における「失敗未遂」概念およびその類似概念について扱われ方を比較検討し議論状況を整理することは、わが国の中止犯論にとっても有益と思われる。

そこで注意すべきことは、失敗未遂の概念を導入しない論者が、いわゆる失敗未遂に当たるとされる場合をいかに処理しているか、という点である。すなわち、この場合に中止犯の成立を肯定する結論に至るのか、あるいは、何らかの要件においてなお中止犯の成立を否定する結論に至るのか、という点を検討することで、失敗未遂概念のより本質的な部分が明らかになることが期待される。さらに、失敗未遂という概念は、そもそも中止犯の成立が否定されるような一定の事例群に対する呼称であったが、以下に検討するように、中止犯の成否に関わる一定の法理としての「失敗未遂論」として用いられる場合がある点にも注意すべきである。本稿では、基本的に前者の用法に従うことにする。

また、ドイツではいわゆる「構成要件外の目標達成」事例が、失敗未遂とパラレルに論じられる場合がある。これについても合わせて若干の検討をすることで、わが国の中止犯論への示唆をえることとしたい。

ここで、いくつか「失敗未遂」論の領域において扱われる典型的な事例を挙げて以下の論述において用いることにする。

#### 【構成要件実現可能性不存在事例】

〔事例1〕 行為者は弾が1発しか入っていない拳銃を被害者に向けて発射しこれを外し

<sup>3</sup> 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）250頁、和田俊憲「中止犯論」刑法雑誌42巻3号（2003年）10頁。

<sup>4</sup> 塩見・前掲注3）249頁以下、金澤真理「中止未遂とその法的性格」刑法雑誌41巻3号（2002年）37頁、山口厚『問題探究 刑法総論』（1998年）224頁以下など。

<sup>5</sup> 和田俊憲「未遂犯」法時81巻6号（2009年）34頁。

た。そして行為者は客観的事情をすべて正しく認識している。

〔事例 2〕行為者は弾が 1 発しか入っていないけん銃を被害者に向けて発射しこれを外した。そして行為者は外したことを認識していたがまだ弾が入っていると誤信していた。

〔事例 3〕行為者は弾が 1 発しか入っていないけん銃を被害者に向けて発射しこれを外した。そして行為者はすでに弾がないことは認識していたが、被害者に致命傷を負わせたと誤信した。

〔事例 4〕行為者は金庫に入っている 1000 万円を盗もうと考えたが、開けてみると金庫は空であった。

#### 【構成要件実現可能性存在事例】

〔事例 5〕行為者は政治家 A を暗殺しようとしてけん銃を構えたが、振り返った顔を確認すると親友の B だった。

### 第 1 款 ドイツにおける失敗未遂論

本款では、ドイツにおいて失敗未遂概念の導入を肯定する立場（1）と、これに反対する立場（2）とを概観する。もともと、ここでの目標は、失敗未遂論の採否、またその内容の適否を検討することにはなく、肯定説と否定説の対立状況がなぜ発生し、どのように論じられているのか、という議論の枠組みに焦点をあてて検討を行いたい。

#### 1 肯定論

そもそも失敗未遂とは、これが認められる場合に中止犯の成立を排除する概念であり、学説ではこれを用いる立場が多数説となっている。学説上一般には、行為者が具体的な所為の範囲において、もはや既遂を達成可能ではないと考えている場合に失敗未遂になるとされる<sup>6</sup>。したがって、この概念においては行為者の主観が決定的な役割を果たすことになる<sup>7</sup>。ドイツ刑法 24 条 1 項 2 文は「中止行為者の関与がなくとも行為が既遂に達しなかったとき、中止行為者が任意にかつ真摯に、行為が既遂に達するのを妨げるように努力した場合は罰せられない」<sup>8</sup>として、客観的な危険が存在しない場合（不能未遂）にも中止犯成立の余地を認めているため、不能未遂と失敗未遂とは区別されることになる<sup>9</sup>。

<sup>6</sup> この概念にいかなる事例が含まれるかは、論者によって異なる。「具体的な所為の範囲」を如何に捉えるかによって、大きく分けていわゆる全体的考察説と個別行為説とが対立し、さらにそれぞれの説の内部でも細部に相違がある。また、行為者が既遂を達成可能ではないと考える場合をいかにして認めるか、という点にも相違が存在する。

<sup>7</sup> *Lilie/Albrecht*, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12Auf1., § 24, Rn. 90; *Eser*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28Auf1., 2010, § 24, Rn. 8.

<sup>8</sup> ドイツ刑法の訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（2007 年）によった。

<sup>9</sup> *Roxin* の言葉によれば、「失敗未遂はしばしば不能であるが、失敗未遂は不能であること

失敗未遂概念を導入すべき理由としては、この概念の有用性と、法の文言及び中止犯の法的根拠からの根拠付けとが主張されている。

まず前者としては、この概念を導入することで、法適用の簡素化・明確化に至るとされる。すなわち、失敗未遂であることが確認されれば、それ以後の中止犯の要件の充足について検討する必要がなくなり、特に、なお激しい争いがある任意性の論点に踏み込まなくて済む、というのである<sup>10</sup>。

また、後者の点について、*Roxin*は中止犯の存在根拠論において、行為者が所為決意を任意に修正し後退することで一般予防上・特別予防上の処罰の必要性が失われるとする刑罰目的説を支持することを前提に<sup>11</sup>、失敗未遂の場合には「行為者が後退するのではなく挫折しており、・・・刑を免じる根拠が存在しない」<sup>12</sup>のであって、このようにして「中止の恩典の存在根拠との接続がなされている」<sup>13</sup>と述べる。その上で、このような解釈が、ドイツ刑法24条の文言にも適合することを主張する。すなわち、中止犯成立の要件として「更なる行為の遂行を放棄」することが定められており、行為者が更なる行為を可能と考えていない場合には、放棄することもできない、というのである<sup>14</sup>。

現在では、判例も失敗未遂概念を恒常的に用いている<sup>15</sup>。BGHSt34, 53, 56は「事象の直接的進展において結果を惹起させることが、行為者にとって事実上不可能であり、そのことを行為者が認識している場合には、未遂はいずれにせよ失敗している」と述べ、またBGHSt39, 221, 228は「結果発生が一行為者の認識にしたがって一客観的にもはや可能ではないか、行為者がもはやそれを可能であるとは考えていない」場合に失敗未遂が存在する、と述べている。

ところで、この失敗未遂は、しばしば「あらかじめ (vorab)」<sup>16</sup>あるいは「はじめから (von vornherein)」<sup>17</sup>中止を認めない領域である、といわれることがある。これをそのままの意味で受け取れば、失敗未遂は24条の要件論の範囲外の議論である、とも理解できる。たとえば、*Vogler*が「失敗未遂が独立の事例群を形成し、24条の規定の範囲に属さないことが堅持されるべきである」<sup>18</sup>と述べていること、また *Schmidhäuser*が、失敗の場合には「法的効

---

を要しないし、不能未遂は失敗していないことがありうる」のである (*Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 3Aufl., § 30, Rn82)。

<sup>10</sup> *Roxin*, Der fehlgeschlagene Versuch, JuS 1981, S. 3. ; *ders*, Der fehlgeschlagene Versuch-eine kapazitätsvergeudende, überflüssige Rechtsfigur? NStZ2009, S. 320. .

<sup>11</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 9), § 30, Rn. 7.

<sup>12</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 10), S. 2.

<sup>13</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 9), § 30, Rn. 77.

<sup>14</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 9), § 30, Rdn. 78.

<sup>15</sup> Vgl. *Lilie/Albrecht*, a. a. O. (Anm. 7), § 24, Rn. 85.

<sup>16</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 10), S. 1ff., 2.

<sup>17</sup> etwa, *Eser*, a. a. O. (Anm. 7), § 24, Rn. 7.

<sup>18</sup> *Vogler*, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 10Aufl. (1985), S. 132f. (Rn. 26)、また、*Vogler*は失敗未遂という概念が不必要である、という反対説に対して「24条の中



果にとって、24条1項1文の要件はもはや問題とならない<sup>19</sup>と述べるのは、そのような考え方に基づくものかもしれない<sup>20</sup>。しかし、失敗未遂という概念自体、中止犯の成立範囲を画する概念であり、要件論と切り離されて存在しうるものではない。そもそもこの概念の支持者の多くは、先述したように、失敗未遂の場合にはそもそも「更なる行為の遂行を放棄」することも「既遂の阻止」もできない場合である、として24条の文言に依拠している。それはすなわち、失敗未遂が、「放棄」要件、あるいは「阻止」要件が欠けている場合<sup>21</sup>にほかならないことを示している<sup>22</sup>。このようにして、この「はじめから」という表現は、24条1項がいわゆる着手中止と実行中止とを区別して規定しているということを前提に<sup>23</sup>、この着手未遂と実行未遂との区別の問題に入る前に（前提として）放棄も阻止もできない場合である失敗未遂に当たるかどうかの確認が中止犯要件論の「内部で」行われることを表すと考えられよう<sup>24</sup>。中止犯要件論を踏まえない失敗未遂論とはそもそも存在し得ないと考えるべきである。

## 2 否定論

このように、ドイツにおいては失敗未遂という概念を用いる立場が、判例・通説であるといえるが、なおこれを否定する立場も有力に主張されている。その主張内容を分類すると以下ようになる。

まず、そもそも「失敗未遂」自体が法文上にない概念であり、そのような概念を用いるこ

---

止規定のもとでも、そのような状況における行為者に不処罰を与えることを拒みうる、という限りでは正当である」（Rn. 25）と述べていることから、失敗未遂を24条の範囲外で考えていることが読み取れる。

<sup>19</sup> Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch, 2. Aufl., 1984, 15/77.

<sup>20</sup> Herzberg, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, S. 939.

<sup>21</sup> Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2008, Kap. 28, Rn. 19. また Roxin も、「失敗の概念は、目標達成の（現実ないし想像上の）不可能性ゆえにもはや放棄し得ない、あるいは阻止し得ないような未遂をまとめている標識なのである」と述べ、また、失敗未遂は「そもそも中止が存在するかどうか」という問題であると述べている

（Roxin, a. a. O. (Anm. 10), NStZ 2009, S. 320.）。また Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., § 24, Rn. 3. も参照。山中もこのような「放棄」要件での解釈に賛成する（山中・前掲注1）275頁）。

<sup>22</sup> Schroeder は、「はじめから」というような定式化を行う失敗未遂論に対し、中止犯規定の要件が存在しないことが決定的に重要であることを指摘して批判する（Schroeder, Rücktrittsunfähig und fehlerträchtig: der fehlgeschlagener Versuch, NStZ 2009, S. 10.）が、本文中のように考えるのであれば、失敗未遂論自体に問題があるわけではない。

<sup>23</sup> ドイツ刑法においては24条1項1文の前段（「更なる行為の遂行を放棄し」）で着手中止を規定し、後段（「行為が既遂に達するのを妨げた」）で実行中止を規定しているので、中止犯の成立を検討する際にはまず、着手未遂なのか実行未遂なのかが確定されることになる。

<sup>24</sup> Vgl. Kindhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 32, Rn. 5.

とで中止犯の成立を妨げることは許されない、という指摘がなされる<sup>25</sup>。しかし、*Roxin*が「学問上当然に、状況に応じて法規から導き出されるものの、明記はされていないような概念を作り出すことができる」と述べるように<sup>26</sup>、法解釈上、法文に存在しない概念が用いられることはそれ自体拒絶されるべきことではない<sup>27</sup>。そうするとこの批判は、失敗未遂という概念を法文から解釈によって導き出すべきではない、という主張として理解されるべきことになる。

そしてこの点、中止犯の成否の判断は、24条の要件を検討することでなされるべきであり、失敗未遂のような概念を用いることは不必要であり有害でさえある、という批判がある。*Scheinfeld*は「ある事実に対して、法が適用可能かどうかを決定するためには、構成要件要素の充足を検討するより他に方法は存在しない」のであって、失敗未遂の場合には「行為者が引き続いて行為しなかったことによって『更なる行為の遂行を放棄』しているのかどうかということだけが決定的」<sup>28</sup>であると述べるのである<sup>29</sup>。また、*Schroeder*は、未終了未遂及び終了未遂と並ぶ失敗未遂という新たな類型を設けることで、理論的には無用な複雑化を招き、さらには実務での法適用において不要な負担となることを指摘している<sup>30</sup>。

もっとも、「失敗未遂」事例について、中止犯の成立を否定するという結論自体は失敗未遂論を批判する論者もほぼ変わらない。そして、これらの論者は、24条の要件に基づく解決を主張することから、上述のように「放棄」要件を否定する立場のほか、任意性を否定する立場<sup>31</sup>、終了未遂とすることで単なる不作為、すなわち放棄では中止犯を認めないとする

---

<sup>25</sup> たとえば *Sonnen*, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktrittsvoraussetzungen, JA 1980, 159; *Gössel*, Über den frrhlgeschlagenen Versuch, ZStW 87, S. 8ff., さらに、*Maurach/Gössel/Zipf*は失敗未遂概念を用いることで、24条の要件の下で中止犯が成立すべき場合にまで可罰性が肯定されてしまうのではないかと疑念を呈している (*Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht allgemeiner Teil, Band 2, 6Aufl., § 41, Rn. 3.)。

<sup>26</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 9), § 30, Rn. 78.

<sup>27</sup> 失敗未遂概念を用いることには反対する *Schroeder*も、法律上概念が規定されていないのは間接正犯も同様である、と指摘する (*Schroeder*, a. a. O. (Anm. 22), S. 10.)。

<sup>28</sup> *Scheinfeld*, Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch in der Fallbearbeitung, JuS 2002, JuS 2002, S. 250, 251; *Herzberg*, a. a. O. (Anm. 20), S. 940.

<sup>29</sup> 同旨、*Frister*, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 28, Rn. 19.

<sup>30</sup> *Schroeder*, a. a. O. (Anm. 22), S. 1ff. 反論として *Roxin*, a. a. O. (Anm. 10), S. 319 以下。

<sup>31</sup> *Maurach/Gössel/Zipf*, a. a. O. (Anm. 25), § 41, Rn. 36.; また *Frister*は物理的にさらなる所為実行が不可能な場合には「放棄」要件を否定する一方で、更なる所為実行が行為者にとってはや無意味である場合には（「放棄」が否定できないことを前提に）「任意性」要件を否定する (*Frister*, a. a. O. (Anm. 21), Kap. 28, Rn. 19f.)。また、失敗未遂概念を導入していないかつての判例は、失敗未遂事例を任意性の要件論で検討していた。たとえば、RGSt 39, 27は他人の家の庭に転がるボールを盗もうとして手に取ってみた時点で木の玉であることに気づいてがっかりして投げ出した事例において、任意の中止の成立を肯定した。それに対し、BGHSt 4, 56は300ドイツマルクの額を必要としていた行為者が窃盗を試みたが、金庫に20-30ドイツマルクしか発見できず、何もとらずに逃走した事例で不任意の中止として、任意性要件を否定することで中止犯の成立を否定した。

立場<sup>32</sup>などがある。

もっとも、ここで注意しなければならないのは、失敗未遂概念を否定する論者も、必ずしも事例群としての「失敗未遂」を否定するわけではない、ということである。たとえば、*Baumann=Weber=Mitsch*は「中止が排除される一定の未遂類型にとっては、それ〔失敗未遂〕が適切な名称であるのかもしれない」と指摘した上で<sup>33</sup>、「法の適用においてはこれらの概念〔失敗未遂〕を放棄し、24条の適用はもっぱら法の文言に定められた中止の要件において整理することを試みるべきである」と述べる<sup>34</sup>。すなわち、失敗未遂を否定する論者というのは、事例群としての失敗未遂を否定するのではなく、問題解決法理としての「失敗未遂論」を否定しているということができよう<sup>35</sup>。*Baumann=Weber=Mitsch*が「失敗しているという理由で行為者に不処罰が与えられないことになるのではなく、失敗ゆえに一定の中止の要素が充足されえないという理由でそうなるのである」<sup>36</sup>と述べるのは、そのような意味において理解することができる<sup>37</sup>。

### 3 小括

以上に見たように、「失敗未遂」という法概念を積極的に導入しようとする論者は、「失敗未遂」を、一定の場合に中止が否定される事例群としてまとめると同時に、中止行為要件の充足を否定することにより中止犯の成立を否定するための法理としての「失敗未遂論」として導入している。その動機は、任意性における困難な解釈上の争点に入らずにすみ、かつ法適用の簡素化につながるといった実務的な利点に基づくものであり、これに対して、「失敗しているような場合は報奨に値するような中止をすることはそもそもできないのだ」といった中止犯の存在根拠論に基づいた理論的裏付けが与えられている。そして、この「失敗未遂論」は、24条という中止犯規定の「外」にあると考えるべきではなく、実質的にみて要件論としての「放棄」（あるいは中止行為）の不存在を表したものと考えることができる。

<sup>32</sup> Vgl. BGHSt4, 181; BGHSt10, 131; BGHSt22, 331; BGHSt, 23, 359.

<sup>33</sup> *Baumann=Weber=Mitsch*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11Auf1., 2003, § 27, Rn12. また、*Krey*も「失敗未遂とは、中止の可能性が欠けているという一定の特殊なケースのための特別な術語に他ならない」と述べる (*Krey*, Deutsches Strafrecht allgemeiner Teil, Bd. 2, Rn. 467. )。

<sup>34</sup> *Baumann=Weber=Mitsch*, a. a. O. (Anm. 33), § 27, Rn. 12.

<sup>35</sup> *Frister*は「未遂の失敗が独立の中止排除事由として理解される・・・ことは方法論的に正しくない」と述べる (*Frister*, a. a. O. (Anm. 21) , Kap. 28, Rn. 19. )。

<sup>36</sup> *Baumann=Weber=Mitsch*, a. a. O. (Anm. 33), § 27, Rn. 12. ; v. *Heintschel-Heinegg*, ZStW 109(1997), S. 29, 36.

<sup>37</sup> したがって、*Roxin*は失敗未遂反対説の論者が失敗未遂という「事例群」を認めうることをもって「反対論者によってもそのような〔失敗未遂の〕事例において放棄が欠けており中止が欠けていることは承認されており、決定的である」と述べている

(*Roxin*, a. a. O. (Anm. 9), § 30, Rn. 81) が、もともと反対説の論者は「放棄」などの法の文言・要件での解決を提言しているのであるから、反対説が「守勢にある」わけではなく、むしろ両者が同じことをしようとしていることを示しているといえよう。

これに対して、「失敗未遂」概念の導入に反対する論者は、この概念の実務・解釈上の簡便性を認めない。もっとも、「失敗未遂」事例の場合には「放棄」を否定し、あるいは「任意性」を否定することで中止犯の成立を否定する、という結論の点では必ずしも「失敗未遂論」と異ならない。また、「失敗未遂論」を否定する論者も、事例群としての「失敗未遂」を（「不要だ」、などという反対のレベルをこえて）論理的に否定するわけでは必ずしもない。

このように見てくると、「失敗未遂論」内部での概念の広狭をめぐる対立は、法的根拠論、あるいは要件論において議論することが可能であり、またそうすべきである。そして、そうした「失敗未遂論」によって導かれた中止犯の成否における議論は、「失敗未遂」概念を用いずに存在根拠論、あるいはそれに基づく要件論から導かれる議論と同じレベルにおいて比較・検討が可能である。

そうすると、結論として中止犯の成立が否定される事例群に「失敗未遂」という用語を用いるかは語法レベルの争いとなり、一方で「失敗未遂論」が一種の法適用法理として定着するかどうかは、この概念がどれだけ明確なものとなり、法解釈・法適用の簡便化に資することができるかにかかっていると見える。

## 第2款 わが国における失敗未遂論

わが国においては、前述したドイツとは異なり、失敗未遂という概念を肯定的に用いる論者はわずかである（1）。他方で、失敗未遂という用語を用いつつも、ドイツにおける概念とは異なる内容を持つ概念として用いる論者がいる（2）。そして大多数の論者はそもそも失敗未遂ないしはそれに類する概念を認めない、ないしは用いない（3）。このような議論状況を整理し、前款での知見を活かしつつその背景を探るのが本款の目的である。

### 1 ドイツ型（主観的）失敗未遂論

ドイツで失敗未遂論が盛んに論じられるようになったことを受けて、わが国でもこれを導入しようとする動きが現れた。園田寿は、「刑法は『自己ノ意思ニ因リ』『止メ』る可能性のない事例を中止未遂の問題から除外して」おり、「行為者が主観的に実現不可能と判断した場合には、中止未遂の問題は生じえない」のであって、このような場合が「欠効未遂」であるとする<sup>38</sup>。また、齊藤誠二は「行為者がもはや目標にたつることができないとおもっていた場合には、はじめから『自己の意思』で『やめた』かどうかということは問題とならない」<sup>39</sup>として、この場合を「失効未遂」と呼ぶ<sup>40</sup>。

失敗未遂概念内部の細かい分類は論者によって若干の違いは見られる<sup>41</sup>が、これらの論者

<sup>38</sup> 園田・前掲注1) 66頁以下。

<sup>39</sup> 齊藤・前掲注1) 「いわゆる失効未遂をめぐって（下）」15頁以下、同『特別講義刑法』（1991年）166頁以下。

<sup>40</sup> この他、ドイツ型の失敗未遂概念を支持するものとして江藤・前掲注1)。

<sup>41</sup> たとえば、園田は *Ulsenheimer* の見解を参照しつつ、行為の付随的事情に関して計画とのずれが生じた場合に、それが行為計画の本質的条件となっているかいないか、によって

が、ドイツにおけるのと同様、行為者の主観に依拠して失敗未遂という類型を整理する点は一致している。

これらの見解がドイツ型失敗未遂論を導入する理由としては、中止犯が成立しない場合をすべて単なる障害未遂とするよりも「ベター」であって「中止未遂が成りたつ場合を明確にする」<sup>42</sup>ことができることが挙げられている。

## 2 日本型（客観的）失敗未遂論

ここでは、中止行為論の発展という観点から、中止行為の前提としての危険を欠くといえる場合がある、とする主張（以下、危険不存在論という）を検討する<sup>43</sup>。このような場合は、1でみたドイツ型の失敗未遂論（主観的失敗未遂）とは異なる内容を持つが、（客観的）失敗未遂と呼ばれることがある<sup>44</sup>。

近時、中止行為の性質に着目した中止行為論が盛んに論じられている。そこでは中止行為における違法減少、あるいは危険減少（消滅）という性格が注目されている。このような考え方は、いわゆる中止行為の態様判断という問題から議論が出発したといえる。

一般に、中止行為には作為態様の中止行為が要求される場合（実行中止）と不作為態様の中止行為で足りるとされる場合（着手中止）があるとされるが、この中止行為態様の区別基準は、かつては実行行為の終了時期の問題として議論され<sup>45</sup>、主観説<sup>46</sup>、客観説<sup>47</sup>などが主張されていた。これに対し、ドイツ刑法のように着手中止と実行中止の区別が明文では存在しているわけではないわが国の刑法では、両者の区別は重要ではないという理解から、平野龍一は「中止行為といえるか否かという点から検討すれば足りる」<sup>48</sup>と指摘した。このような理解からは、中止行為の態様は結果発生（既遂）の危険のあり方<sup>49</sup>によって区別する見解が有力となった。すなわち、一方で事態を放置すれば結果発生に至るような危険が存在する場合には、これを阻止するような作為態様の中止行為が要求され、他方で行為者がなお犯行を

---

失敗未遂の適用を区別する立場をとる（園田・前掲注1）88頁以下）が、これに対して齊藤は、何が行為計画の本質的要素かは説得的に述べ得ないし、区別は現実的ではないとして、行為計画とのずれが生じた場合に一律失敗未遂の適用を排除している（齊藤・前掲注1）「いわゆる失効未遂をめぐって」16頁以下）。

<sup>42</sup> 齊藤・前掲注1）「いわゆる失効未遂をめぐって」16頁。

<sup>43</sup> なお、ドイツでは客観的失敗未遂（及びいわゆる具体的不能）の場合に一律に中止犯の成立を排除することはできないことは第1款1で述べた。

<sup>44</sup> 和田・前掲注5）34頁など。

<sup>45</sup> この問題に関する詳細な研究として山中・前掲注1）107頁以下、また金澤・前掲注1）119頁以下がある。

<sup>46</sup> 牧野英一『刑法総論〔全訂版〕』（1959年）634頁、宮本英脩『刑法大綱』（1935年）185頁。

<sup>47</sup> 大場茂馬『刑法総論下』（1994年）819頁、植松正『刑法概論Ⅰ総論〔再訂版〕』（1974年）324頁以下。

<sup>48</sup> 平野龍一「中止犯」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981年）148頁。

<sup>49</sup> ここでの危険の判断方法については別に検討が必要である。後注77参照。

継続することによって結果発生に至りうるような危険が存在している場合には、そのような犯行をしないという不作為態様の中止行為で足りる、とするのである（因果関係遮断説）<sup>50</sup>。

このうち、特に犯行継続による危険が存在しない場合を捉えて、中止行為の前提としての危険が否定されると述べる論者がいる。たとえば、塩見淳は「中止に際して未遂犯に必要とされる危険が消失していないことが不可欠の条件となり」、「行為の続行がもはや不可能となった時点、又は結果発生への因果の進行が遮断された時点以降は中止犯が排除される」と述べている<sup>51</sup>。井田良は「行為者の事前の犯罪計画に照らして行為を続行する可能性が存在しないとき、そこにおいては危険事態が否定される」とし、「（任意性の要件ではなく一筆者注）中止行為の要件が欠如することになる」<sup>52</sup>とし、上嶋一高は「既遂結果発生に至る可能性がそもそもなかった場合には、犯罪を中止することはできないから、・・・中止行為を観念することはできない」<sup>53</sup>と述べる。また、山口厚は「既遂の危険が失われるために、消滅させるべき危険がもはや存在せず、中止犯は成立しなくなる」場合について、「任意性の問題というよりは、中止の可否の問題である」と考へることができると述べている<sup>54</sup>。

ここで、山口のいう「中止の可否」の意味をどのように考へるべきかが問題となるが、中止行為が危険消滅行為である<sup>55</sup>とする立場からは、危険が存在する場合にのみ中止行為をすることが可能であって、危険が存在しない場合には危険消滅行為をとることが不可能となるために中止行為をすることができなくなる、と理解することができよう<sup>56</sup>。

このように、中止行為論の進展に伴い、消滅させるべき危険の存在しない場合が、中止行為要件を否定することによって中止犯成立が否定される領域として新たに意識されるようになってきている<sup>57</sup>。このような危険不存在の事例を、客観的失敗未遂と呼ぶ論者も存在する<sup>58</sup>。

ここで注意しなければならないのは、ドイツとわが国との失敗未遂論における行為者主観の扱いの相違である。すなわち、ドイツでは先述したように行為者主観を決定的な判断要素として失敗未遂判断を行う。そこでたとえば、〔事例 1〕のような場合、ドイツでは弾がもうないという行為者の認識こそが失敗未遂を基礎づけるのに対して、ここでみたような

<sup>50</sup> 西原春夫『刑法総論第3分冊〔改訂版〕』（1991年）292頁、中山研一『刑法総論』（1982年）437頁、また浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007年）396頁以下、大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』（2009年）391頁、曾根・前掲注2）229頁、井田良『講義刑法学・総論』（2008年）428頁以下など。

<sup>51</sup> 塩見・前掲注3）253頁以下。

<sup>52</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）287頁。

<sup>53</sup> 佐久間修ほか『刑法基本講義』（2009年）88頁〔上嶋一高〕。

<sup>54</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）287頁以下。

<sup>55</sup> 山口・前掲注54）279頁以下。

<sup>56</sup> この他、高橋則夫『刑法総論』（2010年）388頁も同旨。

<sup>57</sup> 江藤は、このような状況を評して「欠効未遂論と領域において重なりうる議論をされているのではないかと推察される」と述べるが（江藤・前掲注1）16頁）、必ずしも江藤が支持する「主観的」失敗未遂を補強するものとはならないであろう。

<sup>58</sup> 和田・前掲注5）34頁など。

わが国の客観的失敗未遂論（あるいは危険不存在論）は、行為者の認識に関係なく客観的危険が存在しない（弾がもうない）ことが失敗（あるいは中止行為の不存在）を基礎づけることになるのである<sup>59</sup>。

### 3 わが国の失敗未遂論と中止犯の成立要件との関係

失敗未遂論と要件論との関係を検討する上で、失敗未遂概念を導入しようとする有力な動機について、ここで検討しておきたい。この概念はあくまで解釈によって作り出されたものであって法文に明確な基礎があるわけではない。先に見たように（第2款1、2）各論者の解釈により範囲は異なるが、ここでまず注目するのはその位置づけの問題である。

失敗未遂概念の導入に賛成する論者は、そもそも中止犯となる「可能性がない」、あるいは「問題とならない」領域が解釈上観念されるべきである、という主張をすることが多い<sup>60</sup>。このような主張はドイツでの失敗未遂肯定論でもなされていたところであるが、先述したように（第1款1）、その解釈は中止犯規定（ドイツ刑法24条ないし日本刑法43条但書）の内部で行われるべきであり、ドイツ刑法の要件解釈論としては「放棄」要件ないしは「阻止」要件が欠けると考えられた。もっとも、ドイツ刑法と異なり、わが国の中止犯規定は着手中止と実行中止とは法文上区別がないため、着手中止と実行中止とを区別しなければならない必然性はない。そうすると、ドイツでの中止犯規定において「放棄」要件ないしは「阻止」要件が欠ける場合というのは、我が国の規定に即した要件論でいえば中止行為要件が欠ける場合にほかならない。失敗未遂とは「自己の意思により」「止めた」かがもともと問題にならない場合である、という説明からは、「自己の意思により＝任意性要件」と「止めた＝中止行為要件」から等距離にある概念について述べているようにも読み取れる。しかし、中止犯の成否においてまず中止行為が存在するか検討し、続いてこの中止行為に任意性が存在するかを検討する、という順序をたどることを考えると、失敗未遂の場合には、まずそもそも「止めた」という中止行為要件を充たさないことになる<sup>61</sup>。このように考えると、失敗未遂論は先に（第2款2）検討した、近時盛んになった中止行為論からも理解可能である。

ところで、わが国において失敗未遂概念の導入に反対する論者は、その理由として、わが国の未遂犯規定である43条の構造上、失敗未遂論は採りえない、という指摘<sup>62</sup>や、失敗未遂という概念が不明確であるため、中止犯の成立を否定する要素として安易に導入すべき

<sup>59</sup> 塩見・前掲注3) 255頁は、主観的失敗未遂論は主観的未遂論をとるドイツでは成りたちうるが、わが国への導入は困難であると指摘する。

<sup>60</sup> 園田・前掲注1) 67頁など。江藤は「欠効未遂は中止行為判断や任意性判断に先行する概念であり、中止の可能性をあらかじめ排除するものである」（江藤・前掲注1) 17頁）と述べる。

<sup>61</sup> 園田・前掲注1) 66頁、斉藤・前掲注1) 「いわゆる失効未遂をめぐって（上）」9頁、塩見・前掲注3) 255頁。

<sup>62</sup> 山中・前掲注1) 210頁以下。

でない、という慎重論<sup>63</sup>を提示する。そして、このような理由づけの裏に存在しているもっとも重要な理由として考えられるのは、失敗未遂という概念を用いる必要性がない、すなわち失敗未遂という新しい概念を導入しなくとも、従来の中止犯論で議論されてきた中止行為及び任意性という要件論で処理が可能ということである<sup>64</sup>。したがって、失敗未遂という概念（あるいは危険不存在論）を特に用いない論者は、いわゆる失敗未遂事例をどのように扱うのかという点、すなわち、中止犯の成否とその根拠付けが関心の対象となる<sup>65</sup>。

まず構成要件実現の可能性が存在しなくなっている場合には、そのことを行為者が認識している場合には中止行為要件を欠くといえるのではないだろうか<sup>66</sup>。もっともここで、具体的不能の場合に中止の余地を認めない立場<sup>67</sup>をとるのであれば、そもそも行為者の認識如何にかかわらずはじめから（〔事例 4〕 でいえば金庫を開ける前から）中止の余地はなかったことになる<sup>68</sup>。これに対して多数説は、具体的不能の場合にも中止の余地を認めるため、〔事例 4〕 のような場合にも、金庫を開けるまでは、行為者が行為を続行することによる危険の存在を承認していることになる。そして、金庫を開けて空であることを認識した時点で行為者による行為の続行可能性は失われ、それに基づく危険も消滅し、中止行為によってこれを消滅させる契機は失われる。これは中止行為の態様判断において因果関係遮断説をとる限り、どの立場からも受け入れられる解決であるように思われるのである。

これに対して、〔事例 2〕 のように、構成要件実現の可能性が存在しなくなっている場合でも、行為者がこれを認識していない場合にはどうなるのだろうか。まず、具体的不能の場合に中止の余地を認めない立場からは、行為者の認識如何にかかわらず（1 発目を発射した時点以後は）中止の余地はないことは同じである。一方で、具体的不能の場合に中止の余地を認める多数説からは、たとえば〔事例 2〕 においてそれ以上撃つことを止めることが中止行為として認められ、かつ任意性が肯定されて中止犯が成立する余地があるのではないだろうか。

特に責任減少説からは、客観的失敗未遂という概念（あるいは危険不存在論）を用いないとする方が自然かもしれない。すなわち、一方で客観的な危険が存在しないことを行為者が認識している場合には（それが中止意思を否定するのであれば任意性を否定するのであれば）同時に責任減少も認められないことになることが予想できるため、中止犯の成立は、客観的失敗未遂論を用いた場合の結論と同様に、否定されることになると考えられる。他方でこれを

<sup>63</sup> 金澤・前掲注 1) 192 頁。

<sup>64</sup> 金澤・前掲注 1) 192 頁など。

<sup>65</sup> 失敗未遂論を採用する場合に、失敗未遂の成否と中止犯の成否が直結するわけではなく、失敗未遂が否定された場合には当然に各要件の検討が行われることには注意すべきである。

<sup>66</sup> 江藤・前掲注 1) 18 頁注(75)は危険消滅説以外の説が危険不存在型において中止行為要件を欠くとする点に対して、その理論根拠が欠けていると批判する。

<sup>67</sup> 和田・前掲注 3) 288 頁、山口・前掲注 54) 283 頁。

<sup>68</sup> もちろん、この事例を客体の不能であり不能犯とする立場をとればそもそも中止犯の成否を考える必要はない。



行為者が認識していない場合にはなお、行為者が適切な中止行為<sup>69</sup>を行い、かつその中止行為が任意であれば中止犯の成立を認めるものと思われる<sup>70</sup>。したがって、責任減少説の立場からは、客観的な危険の存否のみに焦点をあてた客観的失敗未遂という問題領域を設定する意義は少ないものとされるであろう<sup>71</sup>。

これに対し、構成要件実現の可能性が存在している場合はいかに解決されているだろうか。[事例 5] のような場合、人違いに気づいた時点で危険は存在せず、したがって消滅させることができない、と考えれば中止行為要件を否定することになる。たとえば山中敬一は「行為計画と現実の行為客体に著しい齟齬があった場合、・・・現実の行為客体に対する行為を行わなかったとしても、行為続行可能性が存在しないがゆえに、『中止した』とはいえない」<sup>72</sup>と述べる。他方で、この場合は A だと誤信していた B に向けていたけん銃をおろすことで、それまで存在した危険が消滅する中止行為として捉えることも可能である。この立場からはこの後に任意性を肯定できるか否かの問題となるであろう。この違いはなぜ生じるのであろうか。

まず、中止行為が消滅させる危険をいかなる判断資料をもとに判断するか、という問題であるとの指摘がある。すなわち、[事例 5] のような場合には、事前の行為計画等を危険判断の資料に取り込むのであれば危険がない、として中止行為要件が否定されることになる<sup>73</sup>、取り込まないのであれば任意性要件で処理されるべき、という主張である<sup>74</sup>。しかし、行為者主観、すなわち行為意思ないし行為計画を資料に取り込むのであっても、たとえば、人違いなので引き金を引くのを止めよう(＝行為意思をなくそう)と考えて行為意思をなくすことで、いったん生じていた危険<sup>75</sup>が消滅する、すなわちそれが中止行為であるという立場はとりうる。したがって、危険の判断資料の違いがここでの決定的な問題ではないように思われる。

---

<sup>69</sup> この内容についてここで詳しく論じることはできないが、(責任減少説だけに当てはまるわけではないが)中止行為と結果不発生(あるいは危険消滅)との因果関係を不要とした場合に中止行為の内容としていかなるものを要求すべきなのかは明らかとならない、という批判が因果関係必要説の立場からはなされる。たとえば、和田・前掲注 3) 10 頁。

<sup>70</sup> たとえば、責任減少説をとる浅田和茂は、単発銃を撃って外した場合を中止の余地がない場合であって、失敗未遂と呼ばれる、としつつ、実際は弾の入っていないけん銃を殺意をもって相手に向けたのち、発射がなお可能であると誤信しながらそれをしなかった場合には中止犯の成立が認められるべきである、としている(浅田・前掲注 50) 397 頁)。

<sup>71</sup> 前注の浅田が、「もはや中止の余地がない事態に立ち至った場合……には、中止犯成立の余地はない」(浅田・前掲注 50) 397 頁) 場合を失敗未遂と呼んでいるが、これはドイツ同様の主観的失敗未遂概念をさしていると考えられるべきであろう。

<sup>72</sup> 山中・前掲注 1) 217 頁。井田・前掲注 52) 287 頁注(27)も同旨。

<sup>73</sup> 井田・前掲注 52) 287 頁。

<sup>74</sup> 塩見・前掲注 3) 255 頁

<sup>75</sup> 人違いだとわかることがあらかじめ決定されているとすれば、危険不存在ということもいえるかもしれないが、人違いだと判明するかしないかは偶然であり、いったん結果発生危険が生じているとはいえよう。

ここでは、危険不存在論の一部が主張する危険のイメージと、いわゆる未遂犯の処罰根拠としての危険概念との間にあるずれにも着目すべきではないだろうか。特に、奨励説をとる論者が「中止行為の前提としての危険が存在しない」という場合の「危険」とは、中止を奨励するに値する危険という意味であり、構成要件実現の可能性という意味での危険とは異なる性質も有していると考えられるように思われる。すなわち、ここでは危険の判断において（中止の奨励という）減免根拠に基づく考慮が加えられることによって、〔事例 5〕のような場合には、構成要件実現の可能性という意味での危険は存在するものの、人違いだと分かった場合には通常、殺害を実行することにはならないから、それはわざわざ量刑責任の均衡を犠牲にしてまで<sup>76</sup>奨励しなくとも消滅するため、「危険が存在しない」と理解すべきことになる<sup>77</sup>のではないだろうか<sup>78</sup>。もっとも、ここで未遂犯の処罰根拠としての危険を念頭におき、殺害を実行しなかったことによって危険および中止行為要件の充足を肯定する立場であっても、特に責任減少を重視する立場からは、任意性の検討において減免根拠による考慮が中止犯の成立を左右しうる。したがってこれらの異なる立場は、中止行為（あるいはその前提としての危険）が存在するか、任意性が認められるか、といった個々の要件論内での対立構造において議論するのではなく、要件論全体を考慮に入れ、さらには減免根拠論に立ち返った対立をも意識すべきであろう<sup>79</sup>。

また、客観的失敗未遂論および中止犯の前提としての危険が欠けるとする立場は、任意性論においていわゆる主観説をとることが多い。主観説の説明としては、「やろうとすればやれるがやらない場合が中止未遂、やろうとしてもできないからやらない場合が障害未遂」とするいわゆるフランクの公式が用いられることが多いものの、この公式が、特に「やれる／やれない」の意味や基準において不明確であることは従来から指摘されており<sup>80</sup>、解釈しただいではいろいろな立場がありうることになる。ここでの主観説は、中止行為を強制されたよ

<sup>76</sup> 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』（2010年）684頁〔和田俊憲〕。

<sup>77</sup> 奨励説をとらない高橋則夫も「可罰性減少説の立場からすれば、主観的に犯罪遂行が不可能という場合には、犯罪遂行の危険がないのであり、その場合には、もはや中止行為の前提たる意見が」存しないと述べるが（高橋・前掲注56）388頁）、これも中止犯固有の減免根拠論に基づいた危険イメージであるといえる。

<sup>78</sup> ここで詳しく論じることにはしないが、具体的不能の場合に中止犯の余地を否定する（あるいは中止行為と結果不発生との間の因果関係を要求する）論者が考える危険は、消滅を奨励するに値する結果発生に至る純客観的な危険であるのに対し、中止犯の余地を肯定する（あるいは中止行為と危険消滅との因果関係で足りるとする）論者は中止犯において未遂犯の成立を基礎づけるような（語弊を恐れずにいえば）ある意味抽象化された危険（和田・前掲注76）683頁以下参照）を念頭においているといえ、ここでもずれが生じていることが指摘できよう。

<sup>79</sup> そうすると、必ずしも「失敗未遂の主唱者が想定するケースは、〔失敗未遂を否定する一筆者注〕論者の主張する任意性の基準を適用しこれを否定しうるものである」（小林憲太郎「刑罰に関する小講義（改）」立教法学78号（2010年）369頁注（65）、島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第2版〕』（2011年、有斐閣）229頁〔小林憲太郎〕）といえない場合もでてくるのではないだろうか。

<sup>80</sup> 伊東・前掲注1）335頁以下。

うな場合以外はすべて任意性を肯定するような立場がとられる<sup>81</sup>。また、中止犯の主観的要件として中止意思（中止行為の認識、中止故意）を任意性要件とは別に要求し、これを中止行為要件に属するものと考え、客観的な危険は行為者の行為によって消滅させられていても、その認識がない場合には中止行為要件が充たされないことになる。たとえば〔事例3〕のような場合や、火勢を増そうとして油をかけるつもりで誤って水をかけて消火してしまう場合などが、中止意思論で処理されるべきと主張されている<sup>82</sup>。そうすると任意性要件はほとんどの場合に認められる空虚なものとなりかねない<sup>83</sup>。文言上、「自己の意思により」が任意性という独立の要件として考えられてきた歴史を考えると、そこに実質的な意義を残すような解釈が目指されるべきかもしれない<sup>84</sup>。

### 第3款 構成要件外の目標達成事例

#### 1 「懲らしめ」事件判決

失敗未遂の議論と関連して、行為者が（中止犯の成否が問題となっている当該構成要件の射程外である）第1次的な目標を達成した場合に、なお中止犯の成立の余地があるか、が「構成要件外の目標達成」事例（以下、目標達成事例という）として議論されている<sup>85</sup>。

この問題についてのリーディングケースとされるのが、BGH39, 221（懲らしめ事件）<sup>86</sup>であ

<sup>81</sup> 山口・前掲注54) 287頁、高橋・前掲注56) 388頁。

<sup>82</sup> 中止意思については、鈴木一永「中止意思について」早大法研論集135号（2010年）101頁以下。

<sup>83</sup> 和田・前掲注76) 687頁。また、小林・前掲注79)「刑罰に関する小講義（改）」369頁注(65)は「任意性のフィルターが粗すぎる見解は、失敗未遂によって思考経済を図るといふよりも、むしろ中止犯の成立範囲を適切に限定するという役割を、一手に引き受けさせることになる」と評している。これは、任意性概念が担っていた中止犯の成立範囲を画する機能（の一部）を失敗未遂概念が担っていることを指摘している限りで正当な評価であるが、「任意性のフィルターが粗すぎる」かどうかは一概にはいえないことであろう。

<sup>84</sup> 失敗未遂論および中止行為の前提としての危険の有無を考える立場は、中止犯の成立要件を「自己の意思により犯罪を中止した」といういわば「中止」要件ともいふべき一つの統合的要件として判断する方向にあるといえるかもしれない。確かに、（自己の意思によらなければ犯罪を中止したということはできないと読むこともできるから）文言上「自己の意思により」と「犯罪を中止した」とを分けることが必然的なわけではないが、「中止行為」要件と「任意性」要件とが分けられて議論されてきたことから、より分析的に検討することで議論が精緻になされうるといふ利点がこれまでは認められてきたといえよう。

<sup>85</sup> この問題について詳細な先行研究として山中・前掲注1) 234頁以下、金澤・前掲注1) 148頁以下がある。なお、構成要件外の目標達成が不可能になった場合も、目標達成事例と平行に議論がなされている。また鈴木一永「行為計画が進行中に無意味になった場合における中止犯の成否」早稲田法学87巻1号（2011年）205頁以下参照。

<sup>86</sup> 邦語による本判決の評釈として、鈴木彰雄「中止未遂 ドイツ刑事判例研究(24)」比較法雑誌27巻4号（1994年）223頁（また、刑事第1部の決定についての評釈として同「未必的な殺意がある場合の中止未遂 ドイツ刑事判例研究(22)」比較法雑誌27巻2号（1993年）145頁）。

る。これは、以下のような事案であった。すなわち、行為者は被害者を「懲らしめ (Denkzettel)」、そして「抵抗することは許されない (keine Gegenwehr dulden)」ことをはっきりと分からせるために、殺害の未必の故意をもって被害者の腹部をナイフで激しく突いた。その後、行為者はナイフを引き抜いて立ち去り、被害者は警察に出向き、医師の治療を受けた。これに対し刑事第 1 部は、構成要件外の目標（ここでは被害者を「懲らしめる」こと）が達成されたためにさらなる行為を放棄した場合であっても、なお最後の実行行為の後に構成要件的结果は発生しないと行為者が考えていた場合には、未終了未遂の中止未遂が成立することを認めた<sup>87</sup>が、目標達成事例において各刑事部の判断が分かっていた<sup>88</sup>ために刑事大法廷 (Großer Senat für Strafsachen) に統一的判断を求める呈示決定 (Vorlagebeschluss) とした。これに対して刑事大法廷は、刑事第 1 部の決定を支持した。その理由として刑事大法廷は、未終了未遂の場合の中止犯規定である 24 条 1 項 1 文にいう「行為 (Tat)」とは、構成要件的行為及び構成要件的结果であって、非構成要件的な動機、目的を考慮に入れるべきでないこと、また被害者に具体的な危険が発生している多くの場合には、行為者も結果の発生を可能なものと認識しているのであって、終了未遂の存在を認めるべきであり、また構成要件外の目標を達成したと考えている行為者もなお行為目標を決定的に確実にするために<sup>89</sup>侵害を継続することができるのであって、中止の可能性を残しておくことが被害者保護の観点から有意義である<sup>90</sup>ために、刑事政策的にも問題のある帰結とはならないことを挙げている。

## 2 失敗未遂論との関係

これに対して、学説の大多数は連邦通常裁判所の決定に反対している<sup>91</sup>。その主たる理由は、「賞賛に値するか」ということを考慮するのであれば、自身の第一義的な行為目標を達

<sup>87</sup> BGH NStZ1993, 280.

<sup>88</sup> 鈴木・前掲注 85) 208 頁注 (11) 参照。

<sup>89</sup> 刑事第 1 部はこの被害者保護という観点について、構成要件外の目標を達成したといった人は考えた行為者であっても、さらにその効果を増大させるため、また犯行を隠蔽するために行為が継続される場合が顕著にみられることを指摘している (BGH NStZ 1993, 280、Vgl. *Streng*, Rücktritt und dolus eventualis, JZ 1990, S. 212, 216 f.)。

<sup>90</sup> 被害者保護の観点については、既遂犯の可罰性からの解放にも持ち出されうるものであって中止犯成立を基礎づけるものではなく、またそもそもこの場合に中止犯成立の可能性を認めることが必ずしも被害者保護に益するとは限らない、という批判が向けられている (*v. Heintschel-Heinegg*, Rücktritt bei sinnlos gewordenem weitergehenden Tatplan, JA 2008, S. 546、*Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl., S. 263、*dies*, BGH, Beschl. v. 27. 10. 1992, JZ 1993, S. 362。これに対して、被害者保護の思想が中止犯の成立する範囲を拡大する方向に働くことに肯定的な論者として *Hauf*, Der Grosse Senat des BGH zum Rücktritt vom unbeeendeten Versuch bei aussertatbestandlicher Zielerreichung, MDR 1993, S. 930、*Kudlich*, Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch, JuS 1999, S. 349, 354.)。

<sup>91</sup> これに対して連邦通常裁判所の結論を肯定するものとして *Hauf*, a. a. O. (Anm. 90), S. 929、*Pahlke*, Rücktritt nach Zielerreichung, GA 1995, S. 72 など。

成した者にとって、さらなる行為を続行することは行為者にとって無意味であることは明らかであって<sup>92</sup>、「計画しなかったことを放棄することはできない」<sup>93</sup>ことにある。すなわち、このような主張は、中止犯の要件論としてドイツ刑法 24 条 1 項 1 文前段の意味における所為の放棄が欠けている、ということを実質的考慮に基づいて導いている<sup>94</sup>。目標達成事例においては、行為者が構成要件外の目標達成をなした後も、行為者にとって構成要件的结果を発生させることは不可能ではなく、また通常そのように認識もされないため、正面から目標達成事例を失敗未遂とされることは多くないものの、このように実質的に「放棄」という要件を解釈してその存否を検討する点に、失敗未遂論との共通点がみられる。たとえば *Roxin* は、「失敗未遂と目標達成未遂とは確かに同一ではないが、行為者の計画がもはや実現されえないという理由で構造的に類似している・・・ので両方の状況は同一のルールによって扱われるべき」<sup>95</sup>と述べている<sup>96</sup>。そうすると、目標達成事例において BGH が中止犯の成立を肯定したのは、結局、以上のような中止犯の成立を否定する方向に働く失敗未遂類似の考慮と、中止犯の成立を肯定する方向に働く被害者保護という考慮とを比較考量して後者を重視するという価値判断を下したものとみるべきであろう<sup>97</sup>。

### 3 わが国における議論

わが国の目標達成事例の処理についてもドイツと類似する議論状況にあるといえる。すなわち、任意性要件で解決しようとする従来の多数説<sup>98</sup>と、中止行為要件で検討しようとする見解<sup>99</sup>との間で議論が行われている。

もっとも、いわゆる失敗未遂事例において中止行為要件（ないしはその前提としての危険）を否定していた論者は、目標達成事例においては、なお中止行為要件（ないしはその前提としての危険）を否定する論者<sup>100</sup>と、中止行為要件は肯定しつつ任意性の問題として処理する

<sup>92</sup> *Kudlich*, a. a. O. (Anm. 90), S. 353.

<sup>93</sup> *Puppe*, a. a. O. (Anm. 90 (JZ)), S. 361.

<sup>94</sup> *v. Heintschel-Heinegg*, a. a. O. (Anm. 90), S. 546.

<sup>95</sup> *Roxin*, BGH, Beschl. v. 19. 5. 1993, JZ 1993, S. 896, 897、また *Seier*, Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz, JuS 1989, S. 102, 105 も同旨。これに対して、*Pahlke* は失敗未遂の場合には構成要件要素たる客体に変化が生じているのに対し、目標達成事例においては構成要件レベルでの状況の変更はなんら生じていないことを指摘して、目標達成事例を失敗未遂と平行に解決することに反対する

(*Pahlke*, a. a. O (Anm. 91), S. 75. ; *ders*, Rücktritt bei dolus eventualis, S. 124ff. また *Hauf*, a. a. O (Anm. 90), S. 929f. )。

<sup>96</sup> また自身の教科書においては、目標達成事例と失敗未遂とを「中止をすることができない場合 (Fall der Rücktrittsunfähigkeit)」としてまとめて扱っている

(*Roxin*, a. a. O (Anm. 9), § 30, Rn. 33f. )。また、Vgl. *Eser*, a. a. O. (Anm. 7), § 24, Rn. 11.

<sup>97</sup> *Kudlich*, a. a. O (Anm. 90), S. 354.

<sup>98</sup> たとえば、川端博『現代刑法理論の現状と課題』（2005年）269頁〔川端発言〕、塩見・前掲注3）256頁。

<sup>99</sup> たとえば、川端・前掲注98）268頁〔井田良発言〕。

<sup>100</sup> 川端・前掲注98）268頁〔井田良発言〕など。

論者<sup>101</sup>とに分かれる点には注意が必要である。

## おわりに

本節の検討内容をまとめると以下のようなになる。

まず、ドイツにおいて展開されている失敗未遂論は、危険概念に対する考え方の違いもあり、そのままわが国の中止犯論に持ち込むことは難しい。これが「はじめから」中止犯の成立を排除するかどうか、という、形式的な位置づけ論に意味は見出せないが、実質的にみて中止行為要件に着目しているという点では、わが国のいわゆる危険不存在論（あるいは客観的失敗未遂論）と共通する議論を行っている。

そしてこのような失敗未遂論あるいは危険不存在論を有用とみてこれを採用するか、それとも任意性を中心とする別要件で解決するかという問題は、両者が中止犯論においてイメージする危険概念のずれに着目すると、局所的な議論によって解決される問題ではなく、各論者の減免根拠論（あるいは法的性格論）との関係で検討すべきであると考えられた。

また、失敗未遂と関連して扱われるいわゆる目標達成事例についても、これを失敗未遂と同様に、中止犯の成立を否定しようとする学説の多数説と、中止犯成立の余地を肯定しようとする BGH および少数説との対立は、存在根拠論から見て「放棄」に値しないものとみるか、被害者保護という刑事政策的考慮を優先して考えるか、という根拠論に起因するものと考えることができた。

---

<sup>101</sup> 山中・前掲注 1) 275 頁以下、金澤・前掲注 1) 197 頁など。

## 第3章 任意性論

### 第1節 任意性に関する学説の整理

#### はじめに

中止犯は「自己の意思により」に対応する任意性と「犯罪を中止した」に対応する中止行為という2つの要件から成り立っており、前者が主観要素、後者が客観要素と解されてきた。かつては、中止犯と単なる障害未遂を区別するのは、まさに犯罪の中止が「自己の意思によ」ったか否かであるとして、主観的な要素である任意性の要件が重視されていた<sup>1</sup>。しかしながら近時では、いわゆる「裏返しの理論」<sup>2</sup>の影響もあり、主観面がすべて任意性の問題なのか（中止意思ないし中止故意の問題）、あるいは中止行為がもつばら客観的に判断されるのかには疑問が提起されるようになった（いわゆる失敗未遂論の問題）<sup>3</sup>。したがって、主観的な要素であれば任意性の問題と即断できない以上、任意性の内容、また任意性とその他の要件との関係を再確認しておくことが必要である<sup>4</sup>。

任意性の基準についての従来の学説の議論状況をみると、わが国ではいわゆる主観説、客観説、限定主観説という3つの学説が並列的に論じられることが多く、これに折衷説や不合理決断説が付け加えられる状況にある。とはいえ、各説の内容についての確たる共通認識が存在するとはいえず、各学説の分類が論者によって異なることも多い。

この問題は、第一には、ある考え方を分類して命名する際に、どの点に着目するかが異なることによって生じる。たとえば、西原春夫<sup>5</sup>は、一般的には主観説に分類される小野清一郎や団藤重光等の見解<sup>6</sup>を客観説と呼ぶ。また、一般に限定主観説に分類される宮本英脩、佐伯千仞の見解<sup>7</sup>を主観説と呼び、牧野英一、木村亀二といった客観説に分類される見解<sup>8</sup>を折衷説と呼んでいる。西原は、客観説とは外部的障害という「客観的」障害によって止める場合かどうかで判断する見解、主観説とは犯意の放棄、後悔という「主観的」事情によって

<sup>1</sup> 内田文昭「判批」判タ609号（1986年）22頁。減免根拠論において責任減少説が有力であったこともその理由のひとつといえる。曾根威彦「中止犯における違法と責任」『刑事違法論の研究』（1998年）251頁参照。

<sup>2</sup> 平野龍一「中止犯」『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981年）146頁、塩見淳「中止行為の構造」中山研一先生古稀祝賀第3巻（1993年）263頁以下参照。

<sup>3</sup> 野村稔は、失敗未遂論という議論形式を採用しないが、中止犯を問題とする前提である義務違反性判断として行為者の主観や計画といった事情を取り込んだ危険判断を行う（野村稔『未遂犯の研究』（1984年）457頁）。

<sup>4</sup> 金澤真理「中止行為の任意性について」法政論叢47号（2010年）3頁参照。

<sup>5</sup> 西原春夫『刑法総論〔改訂版第3分冊〕』（1991年）334頁、斉藤金作『刑法総論〔改訂版〕』（1955年）212頁も同様である。

<sup>6</sup> たとえば、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（2008年）771頁。

<sup>7</sup> たとえば、山中・前掲注6）772頁（もっとも山中は規範的主観説と呼ぶ）。

<sup>8</sup> たとえば、山中・前掲注6）771頁。

止める場合かどうかで判断する見解、というように、中止に至った原因がどこに存在するかによって学説を名付けているようである。これに対し、多くの論者は、行為者を基準にして判断するから主観説、一般人という客観的基準を用いるから客観説、というように、判断基準をもとに名付けている。この違いは確かに混乱を招きうるが、違いの存在を意識し、必要に応じていずれかに統一すれば解決するので、さほど大きい問題ではない。

より重要な問題は、学説の内容に対する理解が論者によって異なるために整理が混乱することで生じる分類の違いである。たとえば、福田平や大塚仁の見解が主観説に分類されたり折衷説に分類されたりしているし<sup>9</sup>、また香川達夫の見解に至っては、客観説、折衷説、限定主観説のいずれにも分類されることがある<sup>10</sup>。これは、単に呼称の不統一にとどまらず、そもそも各説を分類する座標軸が混在しており、共有されていないからに他ならない。この点、ドイツでは心理学的アプローチと規範的アプローチという対立軸が設定され、前者の立場に基本的にたっているとされる BGH 判例と、近時学説において有力になってきた後者の立場が対立し、それぞれの内部でさらに議論される状況にあることが参考となろう<sup>11</sup>。

本節は以上のような点の検討を踏まえることで、中止犯における任意性解釈のための一定の視座を得ることを目的とする。

なお、以下に本論文において論述の必要上用いる事例を掲げておくことにする。

〔事例1〕 XはAを殺害しようとして銃を一発発射し、命中したと勘違いして立ち去ったが、実際には命中していなかった。

〔事例2〕 XはA宅の金庫に100万円相当のダイヤが入っていると思っていたが、金庫が空だったので盗むことができなかった。

〔事例3〕 XはA宅の金庫に100万円相当のダイヤが入っていると思っていたが、5万円相当のヒスイの指輪だったので取りやめた。

〔事例4〕 Xは追跡者Aが追ってくるのを防ごうと、未必の殺意をもって発砲し、命中しなかったもののAが追跡をやめたのでそれ以上の発砲を取りやめた。

〔事例5〕 政治家Aを殺害しようとしてXは背後から接近してけん銃を構えたが、その人物が振り向いたところまったくの無関係のBであったので殺害を取り止めた。

〔事例6〕 XはAを殺害しようとしてけん銃を向けたが、警官が接近してきていることに気が付

<sup>9</sup> 主観説に分類するものとして大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（2012年）385頁、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（2002年）1291頁など、折衷説に分類するものとして佐藤拓磨「判批」刑ジャ10号（2008年）117頁、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（2013年）498頁、井田良『講義刑法学・総論』（2008年）430頁など。

<sup>10</sup> 客観説に分類するものとして曾根威彦『刑法の重要問題総論〔第2版〕』（2005年）281頁、折衷説に分類するものとして佐藤・前掲注9）117頁など、限定主観説に分類するものとして中山研一『刑法総論』（1982年）435頁、井田・前掲注9）430頁など。

<sup>11</sup> もっとも、近時ではこの対立軸自体に疑問を呈するものも見られる（たとえば *Manfred Maiwald, Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch*, GS für Heinz Zipf, 1999, S. 255ff.; *Rolf Dietrich Herzberg*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2003, § 24, Rn. 142ff. など）。



いて殺害を取りやめた。

〔事例7〕XはAを強姦しようとしたが、少し待ってくれば自ら応じる、とAが申し出たため、それに応じて強姦を取りやめた。

## 第1款 任意性その他の成立要件との関係

### 1 中止意思

かつて中止犯の成立要件の主観面については、「自己の意思により」という文言の解釈としてもっぱら任意性について論じられるのが一般的であった<sup>12</sup>。このような立場からは、着手未遂と実行未遂の区別（実行行為の終了時期）の論点における折衷説が、「純粋に外部的な事実によってだけでなくその当時の客観的事実と行為者の主観とを総合して客観的に判断しなければならない」<sup>13</sup>と述べて行為者の主観を考慮する<sup>14</sup>ことに対して、「たしかに中止犯の成立にとって、主観面を無視することはできないが、しかしこれは中止行為の問題ではなく、もっぱら中止未遂における『任意性』に関する要素である」と批判が向けられたのである<sup>15</sup>。

このような状況に対し、山中敬一<sup>16</sup>は〔事例1〕のような場合は任意性に関する通説とされる主観説の用いるフランクの公式によっては解決できないことを指摘し、「任意性とは別の、意思的側面が存在する」ことを主張した<sup>17</sup>。すなわち、実行行為をやり終えてしまっていると認識している行為者は、それ以後の行為を「やろう」とは思わないのであるから、「やろうと思えばできたがやらなかった」とも「やろうと思ってもできなかった」ともいえず、フランクの公式が機能しない、というのである。そして、山中は「行為の継続可能性の認識」及び「結果発生の危険の認識」を内容とする「中止行為の主観的要件」を主張することでこの問題を解決しようとした<sup>18</sup>。

<sup>12</sup> たとえば板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』（2007年）140頁以下など。王昭武「中止犯における中止行為についての一考察（1）」同法60巻5号（2009年）288頁は、中止意思がなければ任意性の要件を満たすことはない、と述べる。

<sup>13</sup> 平野・前掲注2）148頁。

<sup>14</sup> 折衷説をとるものとして、内藤・前掲注9）1304頁以下（総合説という）、福田平『刑法総論〔第5版〕』（2011年）239頁、大塚仁『刑法概説総論〔第4版〕』（2008年）261頁など。

<sup>15</sup> 大谷實「判批」昭和52年度重判解（1978年）159頁以下。

<sup>16</sup> 山中敬一『中止未遂の研究』（2001年）217頁。

<sup>17</sup> 瀧川幸辰『犯罪論序説』（1947年）168頁は、着手中止の場合において、「被害者は継続せられないことを予期して居たが、行為者はこれを考えて居なかった場合には、行為者の意志に基づく行為（不作為）は存在しない」としており、中止意思を中止行為の内容として考えていたといえる。

<sup>18</sup> 山中・前掲注16）218頁以下。後に山中は、中止意思の内容を「行為の続行可能性の認識」と「行為の続行の必要性の認識」と表現するようになる（山中・前掲注6）761頁）。行為の続行可能性の認識、あるいは続行必要性の認識というのは不作為態様の中止行為についての結果回避意思を徴表する間接事実であるといえる。

ここでは、客観的には結果を生じさせないことになる行為（〔事例1〕でいえば、それ以上発砲しないという不作為）を、それと認識せず行為者が行っているという、いわば過失（あるいは無過失）による中止行為が問題となっている<sup>19</sup>。このような場合に中止犯を認めるべきでないとするれば、その不一致を解消するような認識（中止意思）が要件として必要となる<sup>20</sup>。そうして中止意思の内容としては、主に中止行為をするに至った経緯、動機に着目する従来の任意性とは異なり、放置してもそのまま結果発生に至ることはないという状況において犯罪行為の続行をやめたことの認識、あるいは放置すれば結果発生に至るとい状況において結果が発生しないような作為をとっていることの認識が必要となる<sup>21</sup>。すなわち、行為者の客観的な危険の状況についての判断に応じた危険消滅の認識を内容とする<sup>22</sup>。これによって行為者の中止行為が結果回避意思に基づいていることが担保される。換言すれば、犯罪が未遂に終わったことが偶然にではなく、行為者に対して「自己の意思により犯罪を中止した」こととして帰属されることになる。

そして、上述の実行行為の終了時期に関する折衷説が行為者主観を考慮するのは、その主観が果たす役割をみると、中止意思に相当するものを実行行為の終了ないし中止行為の態様の論点に組み込んだものといえる<sup>23</sup>。中止意思が独立の要件として挙げられるようになった背景には、中止行為の態様判断の論点において、そのまま放置すれば結果発生に至る危険が存在するかどうか、といった客観的な判断を行う因果関係遮断説が通説化したこともあると考えられる。このような状況において、主観面の問題はすべて任意性の要件で論じるべきであって中止行為要件の中で論じるべきでない、という批判は、主観面は任意性要件、客観面は中止行為要件とする、という立場の表明に過ぎない。

---

<sup>19</sup> 塩谷毅「中止犯」法教 279号（2003年）69頁、西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』（2010年）675頁〔和田俊憲〕参照。

<sup>20</sup> 伊藤渉ほか『アクチュアル刑法総論』（2005年）272頁〔安田拓人〕。もっとも、中止意思を独立の要件としない従来の議論においても、（無意識のうちにか）中止意思が欠ける場合について、任意性がない、あるいはその前提となる減免根拠における違法減少、責任減少をみとさない、として中止犯の成立が排除されてきている。鈴木一永「中止意思について」早研 135号（2010年）107頁以下（本稿第2章第1節）。現在では、中止意思（伊東研祐『刑法講義総論』（2010年）328頁）、中止故意（塩見・前掲注2）263頁、西田ほか編・前掲注19）674頁〔和田〕、中止行為の認識（堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（2004年）245頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007年）397頁）、危険消滅の認識（山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）283頁）など、呼び方はさまざまであるが、任意性とは区別された主観的要素を中止犯の独立した要件として掲げるものが多くみられる。

<sup>21</sup> 任意性は中止の動機にかかわる意思的要素、中止意思は中止行為を対象とする認識的要素であるといわれる。曾根・前掲注1）250頁、城下裕二「中止未遂における任意性について」小暮得雄先生古稀記念（2005年）66頁参照。

<sup>22</sup> もっとも、多くの論者が不作為の中止行為に対して要求する「行為の続行可能性の認識」及び「行為の続行必要性の認識」は過大な要求となる場合があり、行為者の認識に基づいた結果回避意思があることで足りると考える。鈴木・前掲注20）101頁以下。

<sup>23</sup> 鈴木・前掲注20）104頁以下。

それでは、この中止意思を「犯罪を中止した」という中止行為要件で論じるべきか、あるいは「自己の意思により」という任意性要件において論じるべきか、という引き出し論についてどのように考えるべきであろうか<sup>24</sup>。この問題に対する回答は、中止行為要件と任意性要件を区別する目的次第で異なる<sup>25</sup>。たとえば、従来のように中止行為要件は客観的要素、任意性要件は主観的要素、という分類をするならば、中止意思は当然任意性要件の一要素ということになろう<sup>26</sup>。これに対して、中止犯を犯罪の裏返しと考えれば、中止意思は故意の裏返しとして理解される<sup>27</sup>。中止行為要件を違法関連要素、任意性要件を責任関連要素として要件論を整理する見地に立ち、故意を主観的違法要素と考えるのであれば、中止意思は中止行為の要件となるであろうし<sup>28</sup>、責任要素とするのであれば任意性要件となるであろう<sup>29</sup>。

もっとも、「自己の意思により」という文言が、従来論じられてきた意味での任意性を指しており、中止意思はそのような任意性とは異なる意味を持っていることからすれば、中止意思は中止行為の主観的要件として整理する方が自然な理解に思われる。「『自己の意思に因り』といえない場合には、『止めた』かどうかはどうでもよいこと」であるから、「第一に確定されるべきは、『任意性』の問題で」あり、「『未遂』が、『自己の意思に因り』といえるものかどうかは先決問題である」と述べるものもある<sup>30</sup>。たしかに、任意性がない場合には、止めていようが止めていまいが、中止犯は成立しない。しかし「止めた」と切り離された「未遂」が「自己の意思による」かどうかを問うことは不可能ではないだろうか<sup>31</sup>。任意性とは独立に存在するものではなく、中止意思を伴った中止行為をその論理的な前提として必要とする<sup>32</sup>。「自己の意思により」=任意性が「犯罪を中止した」に掛かっている法文の構造からは、客観的結果回避行為という意味における狭義の中止行為と同様に任意性の前提であ

---

<sup>24</sup> 中止行為要件で論じるものとして塩谷・前掲注 19) 69 頁、山口・前掲注 20) 283 頁、任意性要件で論じるものとして大谷・前掲注 15) 159 頁。

<sup>25</sup> 曾根・前掲注 1) 251 頁。

<sup>26</sup> 大谷・前掲注 15) 159 頁。

<sup>27</sup> 堀内・前掲注 20) 245 頁。

<sup>28</sup> 井田・前掲注 9) 427 頁。塩見・前掲注 2) 264 頁参照。なお、福田は、中止行為の態様判断（実行行為の終了時期）について、「実行行為は、主観＝客観の全体構造をもつものであるから、……実行行為の主観・客観の両側面を総合的に考量して、判断すべき」とする（福田・前掲注 14) 239 頁注 1）が、これも故意の体系的地位論の裏返しといえる。城下・前掲注 21) 66 頁も参照。

<sup>29</sup> 和田俊憲「中止犯論」刑法 42 卷 3 号（2003 年）11 頁、松原芳博『刑法総論』（2013 年）327 頁、林幹人『刑法総論〔第 2 版〕』（2008 年）365 頁以下。

<sup>30</sup> 内田・前掲注 1) 22 頁。

<sup>31</sup> ここでは中止行為と結果不発生との間の因果関係の必要性を主張したいわけではない。

<sup>32</sup> 香川達夫「中止犯」佐伯千仞＝団藤重光編『総合判例研究叢書 刑法（3）』（1956 年）66 頁は「止めた」といいうるための「行為者の主体的な介入……の態様を規制する意味」で任意性は意味を持つものだから中止行為が中止犯成立の第一の要件として考えられなければならない、という。同旨、安富潔＝橋本雄太郎「判批」法学研究 50 卷 10 号（1977 年）91 頁、藤永幸治「判研」研修 365 号（1978 年）71 頁。王・前掲注 12) 292 頁以下参照。

る中止意思は「犯罪を中止した」の文言に含めて解釈する方がよいように思われる<sup>33</sup>。

なお、中止意思を任意性から独立させ、かつ任意性において主観説をとると任意性の存在意義がなくなってしまうことが指摘される<sup>34</sup>。実際、「危険消滅という観点から」主観説を支持する山口厚は、「任意性の要件は、危険が消滅したところでは中止犯の余地はないという、中止行為の可能性の限界を画する意義を有するにすぎないものであり」、「任意性がない場合とは、犯罪の遂行が主観的に不可能な場合を指し、結局、犯罪遂行による危険がない（すでに消滅した）ために、中止犯の成立を肯定することができない場合を意味する」<sup>35</sup>とし、「この意味で、任意性の要件の意義は極めて軽いものとなる」<sup>36</sup>ことを認めている<sup>37</sup>。たしかに、任意性において主観説をとり、その内容を外部により強制されていないこと、とする物理的強制に限定する見解をとれば、物理的強制がある場合には中止行為の前提としての危険が消滅するため<sup>38</sup>、任意性において判断すべき実質的な内容は失われる。この点については、『自ら犯罪を中止したとき』ではなく、『自己の意思により犯罪を中止したとき』と

<sup>33</sup> 伊東研祐『刑法総論』（2008年）305頁以下では、「自己の意思により」という「任意性の要件は、……中止するという意思ないし認識（いわゆる中止意思）の発生およびそのような意思ないし認識に担われた行為の任意性ないし自発性を意味する」としつつ、「任意性の要件は、まずは中止意思の認められることを前提と」し、「中止意思は中止行為を構成する要素であるから、……任意性の一部は中止行為という要件の下位的要件の一とも位置付けうる」と整理する。このような「捉え方」は、「自己の意思により」という文言＝「任意性の要件」としつつ、中止意思は中止行為の要素である、という実質的理解を共存させるために生じるが、本文中に述べたように「自己の意思により」は狭義の任意性のみをさすと理解することも可能であり、思考経済上も便宜ではないだろうか。和田俊憲は、同・前掲注29）11頁では中止故意を任意性の要素としているが、同「未遂犯」法時81巻6号（2009年）36頁以下では中止行為の要素としている。それは、予防政策説の観点からは故意は事後行為に基づく減免事由に共通の要件であり、任意性が規定されているか否かに関係ない、というのがその理由である。もっとも、それは「自己の意思により」という文言が（狭義の）任意性のみを指しているという前提にたち、かつ任意性と中止故意が異なるものであるということ述べているに過ぎない。

<sup>34</sup> 西田ほか編・前掲注19）687頁〔和田〕。なお、任意性を中止故意に解消する見解として、任意性の議論を行為者の因果的寄与の有無の問題に解消し、「自己の意思により」の要件を中止故意として因果的寄与の帰属の問題とする齋野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」田宮裕先生追悼下巻（2003年）604頁以下、さらに、（未必の）故意論における動機説を裏返して、法益保護を（消極的）動機として中止行為を行った場合に任意性を認める見解（清水一成「中止未遂における『自己ノ意思ニ因リ』の意義」上法29巻2＝3号（1986年）265頁以下）は、いわゆる中止意思があれば任意性を認めることになり、任意性の内容を中止意思と考えていると評価できる。また、鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』（2011年）203頁以下も自己選択意思としての「中止故意」こそが43条にいう「自己の意思」そのものであるとする。

<sup>35</sup> 山口厚『問題探究 刑法総論』（1998年）232頁、同・前掲注20）287頁以下。

<sup>36</sup> 山口・前掲注20）287頁。

<sup>37</sup> 高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』（2013年）403頁も「任意性は、中止行為の可能性の限界を画する機能しかない」と述べる。

<sup>38</sup> あるいは、中止行為を純客観的に判断する場合は、中止意思がないということになるう。

規定されているのであるから、任意性要件にも一定の意義を認める解釈を追求すべきであろう<sup>39</sup>との指摘もなされる場所である。これに対し、主観説の多くは、任意性にいう主観説の「できる／できない」の判断対象に心理的可能性も含め、物理的可能性を対象とする中止意思とは区別している。このように理解する立場からは、任意性には客観的な中止行為の認識である中止意思に解消できない実質的内容が残ることになる。

## 2 中止行為（特に失敗未遂論について）

中止行為は不作為による場合（着手中止）と作為による場合（実行中止）がある。この区別の問題は、長年にわたって中止行為論の中心的課題であった。そして着手中止の場合、外形的には単に何もしないことに等しいために、任意性の有無が中止犯の成否を分けるものとしてその重要性が強調されてきた。また、警官に逮捕されるなどの外部的障碍によって犯行が妨げられる場合、すなわち物理的な犯行継続の可能性を欠いた場合も任意性を欠くものとして扱われてきたのである<sup>40</sup>。これに対して近時では、作為による中止行為が存在しない場合に、任意性の存否を論じるまでもなく、中止行為論の段階で中止犯の成立を否定できる一定の事例領域がある、という議論が日本でもドイツでもなされている。

まず現在のドイツでは、失敗未遂（*fehlgeschlagener Versuch*）という概念が、中止犯の成立を否定する概念として用いられるのが一般的である。ドイツ刑法 24 条が、「行為のさらなる遂行を放棄」することを着手中止の要件としていることから、「放棄」するためにはその前提として放棄する「対象」である「さらなる行為の遂行の可能性」が存在していなければならず、それが存在しない場合にはそもそも「放棄」できない、というのである<sup>41</sup>。そして、行為者が具体的な所為の範囲でもはや既遂を達成可能ではないと考えている場合に、失敗未遂として障害未遂となる<sup>42</sup>。ここでは、行為者の主観が決定的な役割を果たすことになる<sup>43</sup>。もともとは任意性の問題として論じられていた問題の一部を失敗未遂として中止行為論の枠内で論じようとするものである<sup>44</sup>。

<sup>39</sup> 西田ほか編・前掲注 19) 687 頁 [和田]。

<sup>40</sup> たとえば、西原・前掲注 5) 334 頁、大塚・前掲注 14) 260 頁など。失敗未遂論が現れる以前のドイツにおいても、たとえば、*Horst Schröder*, Grundprobleme des Rücktritt vom Versuch, JuS1962, S. 82f.; *Ernst Heinitz*, Streitfragen der Versuchslehre, JR1956, S. 250.

<sup>41</sup> たとえば *Claus Roxin*, Der fehlgeschlagene Versuch, JuS1981, S. 1. なお、失敗未遂は「24 条の規定の範囲に属さない」というような表現 (*Theo Vogler*, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1985, S. 132f.) はあまり妥当とはいえない。結局は「放棄」という中止行為の解釈の問題であり、それは 24 条の「内部」の話だからである。

<sup>42</sup> BGHSt34, 53, 56; BGHSt39, 221, 228.

<sup>43</sup> *Hans Lilie/Dietlinde Albrecht*, in: Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 12. Aufl., § 24, Rn. 90; *Albin Eser*, in: Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., § 24, Rn. 8.

<sup>44</sup> *Friedrich-Christian Schroeder*, Rücktrittsunfähig und fehlerträchtig: der fehlgeschlagene Versuch, NStZ 2009, S. 1. もっとも、現在においても失敗未遂という概

わが国でもそれを失敗未遂と呼ぶか否かは別として<sup>45</sup>、中止行為論の発展とともに、中止行為をする前提としての構成要件実現の危険が存在、存続していることに着目することで同様の思考方法がとられるようになった。すなわち、中止行為を危険消滅行為であると考えることによって、危険が存在しない場合にはすでに中止行為自体が存在しないとするのである<sup>46</sup>。たとえば〔事例2〕のような場合には、(少なくとも)行為者が、金庫が空であることを認識した時点で構成要件実現の危険は存在せず、その後の行為を続行しないことはずでに「放棄」あるいは「犯罪を中止した」とはいえない、というのである<sup>47</sup>。

このような場合は、従来であれば任意性がない、として処理されていたかもしれない<sup>48</sup>が、むしろ犯罪行為を続行しないという(不作為による)中止行為をすることができないから中止犯は成立しない、というべきであろう。このような場合には中止意思もなく、任意性も存在しないが、前述したように任意性とは「中止行為の」任意性であって、中止行為の属性であるから、前提としての中止行為ないし中止意思が存在しない場合には任意性を論じる意味はないからである<sup>49</sup>。

問題となるのは、この中止行為の前提としての危険の内容をどのように考えるかである。上述した〔事例2〕のように、客体が存在せず物理的に行為の続行が不可能である場合を中止行為要件で処理することは近時コンセンサスが得られつつある。これに対し、なお物理的な行為の続行可能性が存在している場合も中止行為論で処理することができるか、についてはなお争いがある。

ドイツでは、失敗未遂は〔事例2〕のような、事後的にみれば絶対的に結果発生が不能である場合だけでなく、〔事例3〕のような客体の価値への失望事例や〔事例5〕のような行為計画との齟齬事例が失敗未遂として認められている<sup>50</sup>。失望事例を中止行為要件の問題と

---

念は結局任意性を欠く場合であり、独立の意義を認める必要はない、あるいは法律に定めのない概念で中止犯の成立範囲を狭めることは妥当でない、という見解もなお有力である。近時でも、*Schroeder*, a. a. O (Anm. 44), S. 2; *Karl Heinz Gössele*, *Der fehlgeschlagene Versuch: Ein Fehlschlag*, GA2013, S. 65ff.; *Christian Fahl*, *Der » fehlgeschlagene Versuch« — ein » Fehlschlag« ?*, GA2014, S. 453ff. など。

<sup>45</sup> 失敗未遂(論者により呼び方は異なるが)という領域を解釈上わが国においても導入しようとするものとして、園田寿『「欠効未遂」について』関法32巻3=4=5号(1982年)59頁以下、齊藤誠二「いわゆる失効未遂をめぐって(上)」警研58巻1号(1987年)3頁以下「同(下)」警研58巻3号(1987年)3頁以下、江藤隆之「失効未遂の概念について」法学研究論集23号(2005年)1頁以下、吉田敏雄『未遂犯と中止犯』(2014年)156頁以下など。

<sup>46</sup> 塩見・前掲注2)253頁以下。

<sup>47</sup> もちろん、純粋な客観的危険説や、客体の不能を一律不能犯とする見解(山口厚『危険犯の研究』(1982年)166頁以下)からすれば、空金庫の場合には不能犯となり、ここで中止犯を論じる意味もなくなる。これに対して、具体的危険説や修正された客観的危険説など多数説からは未遂犯の成立が認められるであろう。

<sup>48</sup> たとえば塩谷・前掲注19)67頁など。園田・前掲注45)62頁以下参照。

<sup>49</sup> 葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』(2009年)251頁〔塩見淳〕参照。

<sup>50</sup> わが国でも、ドイツ型の失敗未遂論を導入すべきであると主張する園田・前掲注45)62

することは、行為者の意図・期待といった主観的な事情を中止行為が消滅させるべき危険判断に係わらせることを意味する。ドイツでは主観的未遂論が通説であるため<sup>51</sup>、行為者の主観に基づいて危険を判断することは自然なことといえよう。

わが国でも、たとえば井田良は「行為者の事前の犯罪計画に照らして、もはや行為の続行が問題にならないというとき、そこにおいては危険事態が否定されることから、中止行為そのものが欠如することになる」<sup>52</sup>といい、山中敬一も行為者の計画を基礎として行為客体の同一性の齟齬、行為客体の価値の齟齬がある場合には行為の続行可能性がなくなるという見解を示している<sup>53</sup>。これに対しては、「既遂結果の内容を行為者の目的との関係で主観的に理解すべきではあるまい」<sup>54</sup>というように否定的な見解が有力に示されている。これは、失敗未遂を客観的な継続不可能の場合のみならず「目的の脱落のように、主観的に行為の継続がなしえない場合にまで拡大することは妥当ではない。中止行為は客観的な法益侵害の危険性を取り去ろうとする行為であるから、この危険が客観的に存在する以上は中止行為の可能性も存在するというべきである」<sup>55</sup>とする考え方に基づいている。そして、中止行為あるいは危険の段階ではなく、「任意性の問題として具体的に中止犯の成立可能性を検討すべき」であるとして、任意性の段階での処理を主張する<sup>56</sup>。

ここで検討すべきは、①中止行為要件における「危険」はどう判断されるべきか、ということ、また②任意性要件で検討すると中止行為要件で検討するよりも「具体的」に検討できるのか、ということである。

まず、①の点に関して、〔事例3〕のような失望事例において危険事態の消滅を認める見解は、未遂犯論において行為者の故意や計画といった主観を危険判断に取り込む立場から主張されるものであり、これは未遂犯論の危険概念をそのまま中止犯論での危険判断に用いようとするものである<sup>57</sup>。この点は、失敗未遂の概念を「行為者の認識した事情のみを基礎にして未遂犯の成否を決するドイツでは成り立ちうるとしても、わが国への導入には困難がある」<sup>58</sup>として、ここでの危険を客観的に判断し、失望事例の処理を任意性の要件において行おうとする考えも同様である。すなわち、客体の価値に失望した（〔事例3〕）、ある

---

頁などは、失望事例を失敗未遂に含まれるものと解している。

<sup>51</sup> Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 513f.

<sup>52</sup> 井田・前掲注9) 428頁以下。

<sup>53</sup> 山中・前掲注6) 760頁。

<sup>54</sup> 町野朔「中止犯における『止メタ』の意義」Lawschool7号(1979年)107頁。

<sup>55</sup> 清水・前掲注34) 270頁。

<sup>56</sup> 塩谷・前掲注19) 68頁。同旨、塩見・前掲注2) 255頁。

<sup>57</sup> たとえば、「法規範の動的な法益保護機能の観点」から障害未遂と中止未遂の間に違法性の構造の相違を見出す野村は、行為者の所為計画ないし認識事情などの主観的事情をも併せ考慮して一般人が危険を感じる場合に犯罪中止義務が生じるとし、実行の着手についての折衷説による危険判断と統一的に理解する(野村・前掲注3) 457頁、466頁、同『刑法総論〔補訂版〕』(1998年) 359頁)。

<sup>58</sup> 塩見・前掲注2) 255頁。

いは人違いであると認識した（〔事例5〕）、という行為者の主観の変化によって危険は消滅するとは考えない。この危険は、金庫の中身をそのままにする、あるいは対象を放置するという（不作為の）中止行為によって危険は消滅すると考えるのである。その上で、中止行為をした理由は客体への失望あるいは人違いの認識にあるのだから、その中止行為が任意であるかを考えるべきである、と主張する。

もっとも、それは行為者の意図ないし計画を危険判断に織り込む立場でも同じではないだろうか。この場合、たしかにAを殺害したい、という意図ないし計画は、人違いであることを認識した時点で実現不能となる。しかし、客体へ失望ないし人違いであることを認識することがそのまま意図ないし計画の放棄＝危険の消滅そのものではなく<sup>59</sup>、そのような失望ないし認識をしたことを理由として、意図ないし計画を放棄している（不作為による中止行為）というべきで<sup>60</sup>、それは、意図ないし計画を放棄することにより危険を消滅させる、という中止行為の理由を問う任意性の問題に他ならない。たしかに、実際上の問題として、客体への失望ないし殺害相手が人違いであることに気づけば、通常は行為を続行しないことが多いであろう。しかし、その場合には危険がないというのは、通常の人であれば続行しないのだから中止の恩典を与える必要はない、という任意性に関する一般人基準による規範的判断を先取りしているのではなかろうか。

②の点については、中止行為要件で考えるのと、任意性要件で考えるのとでは、何が異なるのだろうか。ドイツでは、中止行為要件を充足しないことを意味する失敗未遂概念を採用する理由について「任意性の問題に入らないようにする」という理由が挙げられることがある。ロクシンによれば、「失敗未遂の場合は、外部的ないし内心の事実の確定が問題となり、中止の任意性ないし不任意性の場合、中止の恩典の根拠から導き出されるべき評価が問題となる」のである。したがって、任意性は「規範的な基準にしたがって下されなければならない、やっかいな衡量が必要となる」<sup>61</sup>。たしかに、失敗未遂は事実の問題であり、任意性は規範的評価の問題である、として明確に区別できるのであれば、このような区別も意味があるものとなろう。しかし、たとえば〔事例5〕において、人違いに気が付いた後はもともと殺す予定ではなかった人間の殺害行為を放棄することができない、として中止行為要件で処理することと、人違いでやめたのだから任意ではない、とって任意性で処理することとの間に、実質的な考慮内容に相違が生じるようには思われない<sup>62</sup>。中止行為要件で処理する見解は、中止犯の政策目的に影響された中止犯独自の危険概念を導入し、規範的評価を

---

<sup>59</sup> 目の前にいるBに対する危険とは別に、目の前にいることがあり得たAに対する危険を考えるのであれば、目の前にいないことがはっきりした時点でAに対する危険は消滅するといえるかもしれない。

<sup>60</sup> 小林憲太郎『刑法総論』（2014年）135頁以下。

<sup>61</sup> Roxin, a. a. O. (Anm. 41), S. 3. など。

<sup>62</sup> 小林憲太郎「刑罰に関する小講義（改）」立教78号（2010年）72頁注65は、「失敗未遂の主唱者〔ロクシン〕が想定するケースは、論者〔ロクシン〕の主張する任意性の基準を適用し、これを否定しうるものである」（括弧内筆者注）と指摘している。



中止行為の段階で行うものであるといわざるを得ない。そうして、いずれにしろ中止犯の減免根拠論に起因する「やっかいな衡量」を避けることができないのであれば、任意性論での解決を避けて失敗未遂概念を創出した意味は失われることになる。論者により失敗未遂とされる事例の範囲が異なることもこのことを示しているといえよう<sup>63</sup>。結局、失敗未遂概念を用いることによって、任意性要件でどう考えるべきかという問題の一部を、失敗未遂の概念はどういうものかという問題に前倒ししただけではなかろうか。『失敗未遂』論の成果は、犯行実行を続行しないことの任意性が明らかに欠如する事例をはっきりさせたことにある<sup>64</sup>という評価は妥当なものといえよう。わが国で、任意性要件で「具体的」に判断すべき、という論者は、結局は中止行為段階での危険判断では表の犯罪論におけるような客観的な危険概念を維持しようとした結果、中止犯において考慮すべきであるように一般に考えられている行為者の具体的な目的や計画といった事情を任意性要件において処理しようとしているに過ぎない。中止行為要件については、犯罪論における実行行為を裏返して考えることができ、危険概念の判断方法を借りてくることができるため、比較的明確なイメージを構築できる。それに対して、任意性要件は、その概念の不明確性からか<sup>65</sup>、どこまで判断資料を取り込んで判断すべきか、という段階から一致していない。後に検討するように、任意性判断においてもそのような純粋な犯罪の既遂達成可能性とは関係のない行為者の目的や計画、意図は考慮すべきでない、という立場はありうる。したがって、任意性において検討すれば中止行為におけるそれよりも具体的に判断することができる、というのは、多数説がそのような行為者の主観を任意性において取り込んで判断する、ということの帰結に過ぎない。もっとも、前述したように、中止行為が任意性に論理的に先行するものであるとすれば、検討の順番として前段階にある中止行為論よりも任意性論において具体的・個別的な考慮を行うことが、任意性を裏返された犯罪論の責任要件に対応するものと捉える場合には妥当であるように思われる。

行為者の意図ないし目的と危険の関係においては、〔事例4〕のような、いわゆる構成要

---

<sup>63</sup> たとえば、窃盗犯人が、人に見られたと思い、逮捕を恐れたことで、盗むこと自体はなお可能であると思ったにもかかわらず犯行を中止したときのように、行為態様において犯罪計画と齟齬がある場合これを失敗未遂とするものと（*Klaus Ulsenheimer*, Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 320ff.）、失敗未遂とはせず、任意性で検討すべきとするものがある（*Claus Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 2, 3. Aufl., 2003, § 30, Rn. 109ff.）。また、金持ちの叔父を殺害して遺産を相続しようと思ったが、未遂の開始後に叔父が一文無しであることを知って殺害を取りやめた場合、これを失敗未遂とするものと（*Hans Joachim Rudolphi*, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 8. Aufl., 2012, § 24, Rn. 9.）、任意性の問題とするものがある（*Roxin*, a. a. O. (Anm. 63), § 30, Rn. 111.）。この他、いわゆる全体的観察説にたつか、個別行為説にたつかによって、失敗未遂の範囲は大きく異なる（鈴木一永「中止行為の態様について」早法 89 卷 3 号（2014 年）261 頁以下（本稿第 2 章第 2 節）参照）。

<sup>64</sup> *Schroeder*, a. a. O. (Anm. 44), S. 3.

<sup>65</sup> 小林・前掲注 62) 75 頁は、任意性は「一見すると通常の犯罪論に対応物をもたない」という。

件外の目標達成の場合も問題となる。この場合、当初行為者が意図、あるいは少なくとも認容していた既遂結果を生じさせることは物理的にも心理的にも可能であるが、すでにその必要がなくなっている。〔事例4〕についていえば、Aを射殺することはXにとってなお可能であるが、ここでの行為者Xの目的は逃走すること、そのために追跡を取り止めさせることであり、それはすでに達成されている。したがってここで構成要件上問題となるA殺害は行為者にとって無意味なものとなっているのである。ドイツでは、このような場合も失敗未遂とパラレルに捉えて、中止犯の成立を認めない立場が多数である。すなわち、無意味な所為の続行をしないことは賞賛に値せず、「計画しなかったことは放棄することができない」のであるから中止行為が欠ける、というのである<sup>66</sup>。わが国においても失敗未遂論と同様の議論状況にあり、任意性において処理する従来の多数説<sup>67</sup>と、中止行為要件で検討しようとする見解<sup>68</sup>にわかれている。

構成要件外の目標達成の場合、構成要件的结果を発生させる可能性自体に疑義があった失敗未遂の場合と異なり、それが「無意味」であるとはいえ構成要件的结果の発生がなお可能であることが行為者によっても認識されていることは明らかである<sup>69</sup>。したがってそれを「放棄」することはなお可能であり、「無意味」であることが中止犯の成否に影響するとすれば、その「放棄」という中止行為が任意であったか否かとして検討されるべきである<sup>70</sup>。

## 第2款 任意性の基準

### 1 わが国における従来の学説の議論の整理と分析軸の抽出

従来のわが国の任意性に関する議論は、主に主観説、客観説、限定主観説の3説について並列的に論じる形で進められてきた<sup>71</sup>。さらに香川が「新しい客観説」を提唱して以降、これを折衷説（あるいは客観的主観説）、として分類がなされた。

ところが、前述したように、どの論者の見解をどの説に分類するか、という点にはかなり

---

<sup>66</sup> *Ingeborg Puppe*, BGH, Beschl. v. 27. 10. 1992, JZ 1993, S. 361.; *Claus Roxin*, BGH, Beschl. v. 19. 5. 1993, JZ 1993, S. 896, 897.; *ders*, a. a. O. (Anm. 63), § 30, Rn. 33ff.; *Jürgen Seier*, Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz, JuS 1989, S. 102, 105.

<sup>67</sup> たとえば、川端博『現代刑法理論の現状と課題』（2005年）269頁〔川端博発言〕、塩見・前掲注2）256頁等。

<sup>68</sup> たとえば、川端・前掲注67）268頁〔井田良発言〕。

<sup>69</sup> BGHSt, 39, 221; *Bernd Pahlke*, Rücktritt nach Zielerreichung, GA 1995, S. 75; *ders*, Rücktritt bei dolus eventualis, S. 124ff.; *Claus-Jürgen Hauf*, Der Grosse Senat des BGH zum Rücktritt vom unbeeendeten Versuch bei aussertatbestandlicher Zielerreichung, MDR 1993, S. 929f.

<sup>70</sup> 山中・前掲注16）275頁以下。

<sup>71</sup> たとえば、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第4巻〔第3版〕』（2013年）130頁以下〔野村稔〕。西田ほか編・前掲注19）684頁以下〔和田〕も参照。この枠組みは数十年変わっていないとも指摘される。江藤隆之「ドイツ刑法におけるFreiwilligkeitの意義」官崎産業経営大学法学論集18巻2号（2009年）57頁以下。

のばらつきがみられる。これは、分類する側の論者によって基準が異なるからであると推測される。

まず前提として、たとえば、風の音を警官の足音と違って中止意思を形成した場合、あるいは、実際には警官が接近していたにもかかわらず風の音であると思いつつ、反省して中止意思を形成した場合のように、客観的事実と行為者の表象に食い違いがみられる場合には、行為者の表象が基礎とされなければならない<sup>72</sup>。任意かどうかは行為者の意思形成の問題であり<sup>73</sup>、客観的事実を基礎に置くことは「自己の意思により」という文言に反することになる。なお、しばしば客観説に対して、「自己の意思により」と規定されている主観的判断を、行為者の意思を度外視して行うこととなってしまうため妥当でない、という批判が向けられている<sup>74</sup>。たしかに客観説が上述のように、行為者の主観とは関係なく、当該状況における客観的評価を行うのであればその批判が妥当する。しかし、客観説はあくまで行為者に表象された事情を基礎として、それに一般人という客観的基準を適用するために客観説と呼ばれるに過ぎない。その限りでは、法文の文言に反するとの批判は当たっていない。

中止が外部的障害ないし物理的障害によるか否かによって任意性の有無を区別する見解がある。かつての判例がとっているとされた立場であり<sup>75</sup>、主観説と呼ばれることもあった<sup>76</sup>。

このような見解を明確に主張するのは大場茂馬である。大場は、中止の原因たる「自由意思とは・・・犯罪完成に対する何等の障礙なきに拘らず行為者が自動的即ち自発的に」中止する意思であるとし、ここでの自由意思は「普通の意義に於ける自由意思と相異なる意義を有す」ことを強調する。すなわち、通常の意味での自由意思とは強制されていないという意味であり、影響力が強制というレベルに達していない限り自由意思と解されるのに対し、中止犯においては強制力がなくとも外部的事情に基づく動機による場合には自由意思ではない、というのである<sup>77</sup>。

これに対しては、外部的障害は動機を通じて行動に影響するものであり、他方で完全に自発的に生じる動機はないのだから、外部的障害によるか、内部的動機によるか、という二分

---

<sup>72</sup> 後者の場合に中止犯を否定するために実際には警官が接近していたのだから、犯行を継続することは不可能であった、ということを検討するのであれば、それは任意性の問題ではなく、中止行為要件、あるいはいわゆる中止行為と結果不発生の因果関係の問題である。

<sup>73</sup> 福田・前掲注14) 235頁。

<sup>74</sup> 福田・前掲注14) 234頁、山中・前掲注6) 771頁など。

<sup>75</sup> 大判大正2年11月18日刑録19輯1212頁、大判昭和12年3月6日刑集16巻272頁参照。

<sup>76</sup> 平野・前掲注2) 152頁参照。西田ほか編・前掲注19) 684頁以下〔和田〕は内部的動機説と呼び、井田・前掲注9) 429頁は純主観説と呼ぶ。

<sup>77</sup> 以上の引用は大場茂馬『刑法総論下』(1917年)810頁。そのほか同様の見解として、小野清一郎『新訂刑法講義総論』(1956年)186頁。

法は妥当ではない、という適切な批判が加えられている<sup>78</sup>。確かに、そもそも何らかの外部的障害の影響があれば任意ではないと理解すべきではないし、仮にそのように解した場合の実際の帰結も妥当ではなかろう。大場も、「外部的動機と雖も之を実行に対する障害なりと為す能はざるものに基き犯罪を中止したるときは之を自由意思に基きたる中止と為すに妨げざる」とし、その例として友人によって中止するよう忠告されて応じる場合を挙げている。したがって、外部的障害と内部的動機を形式的に分けているわけではなく、外部的な事情の中にも外部的障害となりうるものとそうでないものがある、としていると考えられるのであって、結局は一般的な主観説と同じように、自由意思かそうではないかの基準が実質的に設定されているのである<sup>79</sup>。

したがって、問題は外部的事情の影響を受けたことによって中止意思が形成された場合の任意性の有無を区別する基準を示すことである<sup>80</sup>。

### ① 主観説と客観説

まず、主観説と客観説の対立点はどこにあるだろうか。一般に主観説は、外部的障害が行為者の表象を通じて内部的動機に強制的影響を与えたか否か、という基準によるとされる。それに対して客観説は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もの<sup>81</sup>として理解されている。そうすると、両説は判断資料の点において、主観説は行為者の表象とその動機への過程という主観的事情に基づくのに対して、客観説は行為者に表象された外部的事情という客観的事情のみが検討対象となっている点が異なるように見える。しかし果たしてそのように理解すべきであろうか。この点について香川は、「いうところの客観的判断の対象が、なにを意味する趣旨であるか明確を欠く」ことを指摘<sup>82</sup>した。すなわち、なんらかの外部的事情を表象して止めるに至った場合におよそ任意性を認めない内部的動機説を除けば、外部的事情から中止に至る過程のどの部分をどのような基準で評価することで任意性が明らかになるのかを考えなければならない。たとえば、行為者が殺意をもってナイフで被害者を刺したが、流血を見て中止した、という場合であっても、流血という外部的事情が生じ、それから中止に至るには複数に分割してみることができる過程が存在する<sup>83</sup>。まさに「『われわれは同じ現象に対してもそれぞれ

<sup>78</sup> 平野・前掲注2) 152頁以下、内田文昭『改訂刑法I (総論) [補正版]』(1997年) 258頁。

<sup>79</sup> 西田ほか編・前掲注19) 685頁 [和田] 参照。

<sup>80</sup> 福田・前掲注14) 236頁、井田・前掲注9) 430頁。

<sup>81</sup> たとえば大谷・前掲注9) 385頁、伊東・前掲注33) 312頁以下、高橋・前掲注37) 402頁、佐久間修ほか『刑法基本講義 [第2版]』(2013年) 93頁 [上嶋一高] など。

<sup>82</sup> 団藤重光編『注釈刑法(2)のII』(1964年) 476頁 [香川達夫]。

<sup>83</sup> 香川によれば、従来の客観説の言明からは、評価の対象が中止するに至った「事情」なのか、そのような事情の「表象」であるのか、あるいは表象にとまなう「内部的事情」であるのか、という「三様の理解が可能」となるという(団藤編・前掲注82) 476頁 [香川])。福田・前掲注14) 235頁参照。

が異なった反応を示す』……のが実相であるなら、まさしく各人各様に示された反応の仕方こそが重要」<sup>84</sup>である、という。これはまさに上述した客観説の判断資料が、行為事情の表象から動機形成、中止意思の形成へ至る全過程にあることを明示した指摘である。

もっとも、(明示的でないものもみられるが) 従来の客観説も同様に考えていたようにも思われる。客観説の代表的な論者として挙げられる牧野や木村の見解を確認してみよう。

まず牧野は「経験的な標準によって事を論じ、未遂となるに至った関係が犯罪の既遂となることに通常妨害を与えるべき性質のものであるかどうか、によって区別を為すべき」であるとする<sup>85</sup>。その上で「流血がほとばしったという事実と事を止めたという事実との間に成立した因果の過程を考え、その過程が経験的に一般的なものであるかどうかを論」じるといふ。その過程の検討方法としては、流血を見て恐怖心をかられたのであれば障害未遂、流血を見て事を悔いたのであれば中止犯と解すべきことになるというのである<sup>86</sup>。これは行為者に表象された外部的事情(たとえば流血がほとばしること)のみから中止意思を形成することが一般的であるかを問うのではなく、外部的事情の表象から動機形成、さらには中止意思の形成という一連の過程を対象としてその一般性を問うているのである<sup>87</sup>。

木村も「犯行中止の動機の内容たる事情が一般人の見解において意思決定に対して強制的影響を与えないとせられる場合が任意」である、とし、具体的には発覚、逮捕の恐れの場合には障害未遂、後悔が動機となれば中止犯であると述べている<sup>88</sup>。これは、行為者が抱いた動機から中止意思の形成に至る過程の一般性を問うているのであって、表象された外部的事情のみを判断資料としているわけではない<sup>89,90</sup>。

<sup>84</sup> 団藤編・前掲注 82) 474 頁以下〔香川〕。

<sup>85</sup> 牧野英一『刑法総論〔全訂版〕』(1959年) 628 頁以下。

<sup>86</sup> 牧野・前掲注 85) 632 頁。

<sup>87</sup> 佐藤・前掲注 9) 116 頁注(2)は、このことから牧野説はむしろ折衷説に近い、と評する。西原・前掲注 5) 335 頁は、さらに明確に「中止行為の過程として、通常は一定の外部的事実の表象があり、それが行為者の情緒にはたらきかけ、それが動機となって中止の意思決定が行われ、現実中止がなされる・・・これらの要因のそれぞれが、経験上当該行為者にとり必然の関係にあるとみられる場合」には障害未遂であり「必ずしも必然の関係に立たず、独立に生起したとみられる場合」には中止未遂であるとする。前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』(2011年) 161 頁も、客観説について「行為者の表象(さらにそれに基づく動機形成)が一般人にとって通常、犯罪の完成を妨げる内容のものであるか否かという判断方式」と説明する。

<sup>88</sup> 木村亀二(阿部純二増補)『刑法総論〔増補版〕』(1978年) 362 頁。

<sup>89</sup> 塩見淳「中止の任意性」判タ 702 号(1989年) 78 頁は、木村説について『動機の内容たる事情』と『動機』自体とが区別されずに扱われている」としているが、木村は「動機の内容たる事情」として行為者に認識された事情ではなく、「動機そのものの内実」という意味で扱っているように思われる。松原・前掲注 29) 326 頁参照。

<sup>90</sup> この他、川端・前掲注 9) 478 頁以下。川端は、「実際の適用の次元においては、客観説は折衷説とほぼ同一の結論に到達する」と述べている(同・479 頁)が、その原因は結局、客観的事実を認識したことによる内心の動きとして行為者を基準にしても一般人とずれることが少ないという事実上の理由によるものであろうか。

そうすると、主観説と客観説の対立は、自由意思ないし非強制性を行為者基準によって判断するか一般人基準によって判断するか、という判断基準における対立であることがわかる<sup>91</sup>。

## ② 限定主観説と主観説、客観説

このような主観説と客観説との争点とは異なり、限定主観説の眼目は、中止の動機の質を問う点にある。主観説、客観説は、少なくともその定義上は動機の質を問うものではない<sup>92</sup>。ここに、中止行為を行った動機に規範的な限定をかけるか否か、という対立軸が見いだされる。

注意すべきは、この対立軸は、上に述べた自由意思ないし非強制性の判断基準の対立軸とは次元の異なる問題であって相容れないものではないことである。すなわち、「限定主観説とは、『自己の意思により』の要件を、単なる任意性では足りず、中止行為が反省・悔悟・憐憫、同情といった動機による場合に限定する見解」<sup>93</sup>であり、非強制という意味における自由意思の存在を前提として、さらに動機の質を判断資料に含めて任意性を肯定する範囲に限定をかけるものと理解できる<sup>94</sup>。たとえば団藤の見解について、これを限定主観説と理解するもの<sup>95</sup>と、主観説と理解するものがある<sup>96</sup>が、このように分類が分かれるのも、主観説と限定主観説が次元の違う点に着目する分類だからである。まず、団藤は「『自己の意思に因り』というのは、中止の動機がかならずしも道徳的悔悟でなくても、自発的・積極的な中止であるかぎり」<sup>97</sup>任意性が認められると述べており、行為者を基準として自由意思ないし非強制性の判断を行う点では主観説を基礎としているといえる。その上で、「中止にむかっての行為者の積極的な人格態度を意味する」と述べている点につき、これを広義の後悔同様と評価すれば<sup>98</sup>限定主観説に分類され、規範的限定をかけるものではないと評価すれば単なる主観説に分類されることになる。このことから、主観説と限定主観説は相容れないものではなく、次元を異にするものであることがわかっていく。また、限定主観説は主観説を基礎としてこれに動機の限定をかける見解と理解されているが<sup>99</sup>、これらが別次元の問題である

<sup>91</sup> 山中・前掲注 16) 80 頁。

<sup>92</sup> 金澤・前掲注 4) 4 頁以下。

<sup>93</sup> 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』(2010 年) 299 頁。

<sup>94</sup> 中止犯の成立自体は主観説基準によって認め、免除の効果を与えるためには動機による規範的限定をかけるものもある。松宮孝明『刑法総論講義〔第 4 版〕』(2009 年) 231 頁、塩谷・前掲注 19) 67 頁。

<sup>95</sup> たとえば中山・前掲注 10) 435 頁、藤永幸治「殺人の中止未遂を認めた二つの裁判例」研修 365 号 (1978 年) 75 頁、清水・前掲注 34) 244 頁参照。

<sup>96</sup> たとえば大谷・前掲注 9) 351 頁、内藤・前掲注 9) 1291 頁。

<sup>97</sup> 団藤重光『刑法綱要総論〔第 3 版〕』(1990 年) 363 頁。

<sup>98</sup> 清水・前掲注 34) 244 頁。

<sup>99</sup> 王昭武「中止未遂の任意性についての一考察 (2・完)」同法 60 卷 8 号 (2009 年) 294 頁。

からには、客観説を基礎として自由意思ないし非強制性を判断し、それに規範的限定を行う見解もありうる<sup>100</sup>。

このように、任意性論の混乱の原因の一つは、自由意思ないし非強制性という意味における任意性を判断する上で行為者を基準とするか、一般人を基準とするか、という判断基準の問題と、中止の動機ないし目的を判断資料に含めることで、自由意思ないし非強制性が認められるだけでなく、規範的要素を必要とするか、という次元の異なる2つの問題を同一平面において扱っていたことにあるといえよう<sup>101</sup>。

## 2 ドイツにおける議論

### ① 心理学的考察方法と規範的考察方法

ドイツでは任意性に関する議論は、心理学的な考察方法と規範的な考察方法という対立軸で行われる<sup>102</sup>。心理学的考察方法は行為者が自由な意思で選択をしたか、あるいは何らかの事情に強制されて決定をなしたか、という行為者の心理状態に着目して任意性を判断するのに対し、規範的考察方法は中止をした行為者の動機が一定の規範的観点からみて評価に値する状態であるか否かによって任意性を判断する。

わが国でも近時これに基づいた学説の分類をするものがみられるが<sup>103</sup>、主観説や客観説、折衷説などは心理学的考察方法に含まれ、規範的考察方法には限定主観説および不合理決断説が含まれるとされる<sup>104</sup>。わが国では、明確に規範的考察方法に分類される限定主観説および不合理決断説が少数説にとどまっているため、上記のような分類だけをみれば、心理学的考察方法の方が優勢にあるとみることができる<sup>105</sup>。これに対して、ドイツでは心理学的考察方法と規範的考察方法のいずれも有力に主張され、どちらの立場が優勢であるかについても論者によって見方が分かれる状況にある<sup>106</sup>。このように少なくとも規範的考察方法が有

---

<sup>100</sup> 齊藤信治『刑法総論〔第6版〕』（2008年）227頁はそのような見解とみることができる。さらに王は折衷説ベースの限定主観説をとっている（王・前掲注99）335頁以下）。また、香川の所説について、これを折衷説とみるもの（佐藤・前掲注9）117頁）と、限定主観説に含めるもの（中山・前掲注10）435頁、井田・前掲注9）431頁参照）がみられる。

<sup>101</sup> 斎野彦弥『刑法総論』（2007年）252頁。

<sup>102</sup> 議論状況を紹介するものとして、山中・前掲注16）29頁以下、江藤・前掲注67）58頁以下、町田行男『中止未遂の理論』（2005年）2002頁以下参照。

<sup>103</sup> たとえば、松宮孝明編『ハイブリッド刑法総論』（2009年）229頁以下〔野澤充〕。

<sup>104</sup> 山中・前掲注16）93頁。

<sup>105</sup> 伊東・前掲注33）337頁参照。

<sup>106</sup> *Mareike Herrmann, Der Rücktritt im Strafrecht, 2013, S. 98. たとえば, Eser / Bosch, a. a. O. (Anm. 43), Rn. 43, Johannes Wessels/Werner Beulke/ Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl., 2014, Rn. 651, Volker Krey/ Robert Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2012, Rn. 1301f. は心理学的考察方法が支配的であるといい, Georg Küpper, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990, S. 179 は規範的考察方法がそうであるという。*

方に支持されている状況は日本と異なるように思われる。日独の任意性論において一見存在するこの「ずれ」はどのように理解すべきであろうか。

まず、心理学的な考察方法はドイツ判例がとっているとされる立場であり、学説においても有力な支持を得ている。

心理学的な任意性の指標として古くはフランクの公式が用いられた。これによれば、「たとえそれが可能であったとしても、目的を達することを望まない」と行為者が考えて中止した場合には任意であり、「たとえ望んだとしても、目的を達することができない」と考えて中止した場合には不任意となる<sup>107</sup>。失敗未遂という概念を用いることが一般的となった現在では、この公式や上述の判例の基準は失敗未遂を示すものであって任意性の指標としては適当でないという評価もある<sup>108</sup>。すなわち、この公式によれば、たとえば〔事例6〕のように物理的可能性として所為を既遂に至らしめる可能性が存在し、行為者もそれを認識している場合には、犯罪行為を継続することが「可能であった」とはいいうるために任意性を認めることになってしまう<sup>109</sup>。しかし、物理的可能性が存在する、すなわち失敗未遂ではない場合においても、行為者が実際中止以外の選択肢を有していない場合には任意でないというべきであるから、この公式によって認められる任意性の範囲は広すぎる、というのである<sup>110</sup>。しかし、前述したように、失敗未遂概念を用いる論者が、当該概念の範囲を設定する際に検討する内容は、従来任意性の枠内において論じられてきた問題そのものである。したがって、フランクの公式を任意性の基準として用いる立場と、これに対して向けられる批判のよってたつ立場の争いの原因は、結局、中止犯をどこまで認めるべきか、という中止犯についての原則的な理解の相違にあるというべきであって、フランクの公式を任意性の基準として用いるか、失敗未遂の基準としてみるか、という点にあるわけではない<sup>111</sup>。

もっとも、現在の心理学的考察方法においては、行為者が「なお決断を支配しており、自

---

<sup>107</sup> *Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 97.

<sup>108</sup> *Lilie/Arbrecht*, a. a. O. (Anm. 43), Rn. 223.; *Rainer Zaczyk*, in: *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 3. Aufl., 2010, Rn. 64. わが国においても同様に述べるものとして、齊藤・前掲注 45) 「いわゆる失効未遂をめぐって (上)」 5 頁以下。

<sup>109</sup> *Urs Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015, § 32, Rn. 22.

<sup>110</sup> *Schröder*, a. a. O. (Anm. 40), S. 82f.; *Heinitz*, a. a. O. (Anm. 40), S. 250; *Eser/Bosch*, a. a. O. (Anm. 43), Rn. 44.; *Rudolphi* は、「任意性の問題は、行為者が自身の計画した所為をなお実行可能である場合、したがって相対的な阻害原因が存在する場合に、はじめて生じる」という (*Rudolphi*, a. a. O. (Anm. 63), § 24, Rn. 20)。

<sup>111</sup> また、任意性におけるフランクの公式が多義的に理解されうることは従来指摘されてきたことである。中止犯の成立を認める範囲に規範的な限定が必要と考える立場からすれば、フランクの公式という心理学的な判断を任意性から分離して失敗未遂という新しいカテゴリで処理し、任意性においては規範的な考察を正面から行おうとする整理は一つの方法として理解することができる。しかし、失敗未遂に含まれる内容が論者によって異なり議論がなされている現状をみると、従来の任意性における混乱を中止行為論にも波及させたにすぎないとみることもできるように思われる。



身の犯罪計画の実行がなお可能であると考えているかどうか<sup>112</sup>、あるいは中止に至った動機形成が「自律的」か「他律的」かという基準<sup>113</sup>によって任意性の有無を区別する見解が一般的である<sup>114</sup>。これは、任意性の内容として、行為継続の物理的可能性ではなく、心理的可能性の有無に焦点をあてた基準である。

この心理学的な考察方法に対しては、一貫してこの基準を適用すると、恩典としての中止の性質に反する、という批判がなされてきた<sup>115</sup>。たとえば、[事例7]のような場合には、強姦を止めるように強制されているわけではないために、心理学的考察方法からは任意性が認められうる<sup>116</sup>。しかしこのような場合に中止行為者は「合法性へ帰還」したとはいえ、任意性を認めるべきではない、というのである<sup>117</sup>。こうして、任意性において中止犯の恩典性を正面から考慮する規範的考察方法が主張される<sup>118</sup>。

規範的考察方法は、任意性を純粹に規範的・価値的な問題であるとするが、ここでの「規範的」の内実は論者によりさまざまである。それは心理学的考察方法に対する批判に見られるように、規範的評価は中止犯の恩典性の根拠から導かれるからである<sup>119</sup>。たとえば、根拠論として刑罰目的説を支持するロクシンは、具体的な犯行計画のリスクとチャンスを冷静に衡量する「犯罪者の理性 (Verbrechervernunft)」に従って行動したかどうかによって、任意ないし不任意を区別しようとする<sup>120</sup>。規範的考察方法によれば、[事例7]のような場合の他、たとえば、別のよりよい客体に目標を変更したために最初の客体に対する犯行を止める場合にも、心理学的考察方法とは異なり任意性が否定されることになる<sup>121</sup>。

---

<sup>112</sup> BGHSt, 7 296, 299.

<sup>113</sup> *Horst Schröder*, Grundprobleme des Rücktritt vom Versuch, JuS1962, S. 83; *Krey/Esser*, a. a. O. (Anm. 106), Rn. 1302. ;

*Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Anm. 106), Rn. 651. わが国でも吉田・前掲注 45) 195 頁以下が自律的動機か他律的動機か、によって任意性の有無を類型化している。

<sup>114</sup> その他、心理学的考察方法として、行為者がなお興味をひかれる自らの関心から離れたのか、興味がなくなったから離れたのか、によって区別しようとする *Eberhard Schmidhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch, 2. Aufl., 1984, 11/83.

<sup>115</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 63), § 30, Rn. 366ff.

<sup>116</sup> BGHSt 7, 296. は実際に、同様の事案で任意の中止を認めている。

<sup>117</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 63), § 30, Rn. 361.

<sup>118</sup> *Lilie/Arbrecht*, a. a. O. (Anm. 43), Rn. 231. 江藤隆之は、規範的考察方法の共通点として、心理学的考察方法は不十分であるという問題意識を持っていることを指摘する (江藤・前掲注 67) 65 頁以下)。

<sup>119</sup> *Claus Roxin*, Der fehlgeschlagene Versuch-eine kapazitätsvergeudende , überflüssige Rechtsfigur?, ZStW 2009, S. 319ff.

<sup>120</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 63), § 30, Rn.383ff.、類似するものとして *Cristos Mylonopoulos*, Die „Vernunft des rechtstreuen Bürgers“ als Freiwilligkeitskriterium beim Rücktritt vom unbeeendeten Versuch, Festschrift für Imme Roxin, 2012, S. 165. は「法的に誠実な市民の理性」を基準とし、*Nikolaos Bitzilekis*, Zur Autonomie der Rücktrittsentscheidung, Hassemer-FS, 2010, S. 661ff. は「犯罪的な必然性からの自由」を基準とする。

<sup>121</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 63), § 30, Rn. 357ff. この規範的考察方法には、24 条が単に

## ② 検討

行為者の自由意思の存在ないし強制性の不存在を問う心理学的任意性概念は「やろうと思ってもできないから止めたのか、やろうと思えばできるにもかかわらず止めたのか」で任意、不任意を判断するフランクの公式に従っている。わが国の主観説、折衷説等もフランクの公式を挙げるものが多い。

このフランクの公式に対しては、「できる／できない」の意味が多義的であり、不明確であるとの批判が向けられてきた<sup>122</sup>。まず、「できる／できない」を判断する基準であるが、これを行為者とすれば主観説になるし、一般人とすれば客観説となる。さらに問題となるのは「できる／できない」の意味である。すなわち、(行為者の認識における)物理的可能性を問うているのか、心理的可能性を問うているのかが明確ではないのである。〔事例6〕のような場合、物理的可能性についていえば、警官に取り押さえられる前に発砲が可能であるとすれば、「できる」ことになるし、発砲前に取り押さえられてしまうとすれば、「できない」ことになる<sup>123</sup>。他方、心理的可能性についていえば、発砲後に逮捕されるくらいならばやらない、と行為者が思っているとすれば、仮に取り押さえられる前に発砲が可能であると考えていたとしても、「できない」ことになる。この違いを単に判断基準の厳緩として理解する見解があるが<sup>124</sup>、これはそのような基準の厳緩といった量的な相違ではなく、判断内容における質的な相違として理解すべきであろう<sup>125</sup>。ドイツでは、主観的失敗未遂という概念を用いることで物理的不可能性の認識が存在する場合を任意性の問題から排除したことで、心理学的考察方法の論者は心理的可能性の問題を任意性で論じている<sup>126</sup>。

したがって、任意性判断をめぐっては、自由意思ないし非強制性についての判断内容が、物理的可能性であるのか、心理的可能性であるのか、という対立軸が存在することになる。

また、心理学的考察方法が自由意思ないし非強制性という意味に任意性を理解するのに対して、規範的考察方法は任意性を刑罰目的説、褒賞説といった減免根拠論に合致する動機が任意である、として、自由意思ないし非強制性とは全く異なる基準を提示するものであ

---

「freiwillig」としていることと相容れず、文言の限界を超えているとの批判がなされる。Vgl. BGH 35, 184, 187.

<sup>122</sup> 山中・前掲注6) 773頁。

<sup>123</sup> 殺害しようとしても、発砲する前に警官に取り押さえられてしまっていてできない、と思った場合には任意性が当然欠けることになる。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年) 365頁注52。

<sup>124</sup> 西田ほか編・前掲注19) 686頁〔和田〕は、心理的可能性を内容とする場合について「判断基準を若干緩めるもの」と述べる。

<sup>125</sup> 平野・前掲注2) 156頁は、物理的可能性が存在しない場合を「外部的障壁」とし、心理的可能性が存在しない場合を「内部的障壁」と呼ぶ。

<sup>126</sup> 城下・前掲注21) 70頁注59。わが国でも、客観的に物理的可能性の存在しない場合を中止行為の不存在とし(客観的失敗未遂)、中止行為の主観的な認識を中止意思として要求することで同様の議論構造になる。

た。前述したように、わが国の学説は、中止が広義の悔悟によったか、という自由意思ないし非強制性とは異なる基準を示す限定主観説が規範的考察方法の代表とみなされ、その他の考え方はほぼ心理学的考察方法と理解されている。しかし、主観説（あるいは客観説）であるから心理学的考察方法、限定主観説であるから規範的考察方法である、というように、従来の日本の学説の分類をドイツでの議論形式にそのまま当てはめることは妥当とは思われない。というのも、主観説ないし客観説とされている各論者の見解をみると、自由意思ないし非強制性を基準として示しつつも、〔事例3〕のような失望事例や〔事例7〕のような有利な事情変更事例において任意性を否定する見解がみられるからである。このような見解は、自由意思ないし非強制性とは異なる要素を考慮する点で規範的考察方法にたっているといえることができる。したがって、わが国の議論状況についてみても、心理学的考察方法が圧倒的多数説である、ということはず、わが国においても心理学的考察方法と規範的考察方法がなお激しく対立している状況にあると理解すべきである。

### 3 学説の整理

以上の検討により、任意性をめぐって主張される主な学説を分類する上での3つの対立軸が明らかとなった。それは、①自由意思ないし非強制性の判断基準が行為者か（A）、一般人か（a）、②自由意思ないし非強制性の判断内容が物理的可能性であるのか（B）、心理的可能性であるのか（b）、③自由意思ないし非強制性の有無とは別に、規範的観点からの限定をかけないのか（C）、かけるのか（c）、である。

まず、自由意思ないし非強制性の判断基準を行為者に置き、その判断内容を物理的可能性とし、規範的観点からの限定をかけない見解（A－B－C説）として、山口厚や高橋則夫の見解を挙げることができる<sup>127</sup>。山口は、主観説を支持するとしつつ逮捕の恐れがある場合でも「犯行継続の事実上の可能性がある状況における中止という意味での任意性」が認められ<sup>128</sup>、「任意性に欠けるのは、中止行為を強制されたというような例外的な場合に限られる」<sup>129</sup>とする<sup>130</sup>。この見解に対しては、たとえば〔事例6〕において、殺害を続行すれば、犯行

<sup>127</sup> さらに、「意思と関係のない外部的事実によって犯罪が未完成に終わった場合以外は、外部的事情を表象したことにより中止行為という意味活動がうながされたとしても、それが全く意思決定の自由を奪うようなものではないかぎり、やはりその意思活動は自己の意思によったものであることを否定できない」とする野村・前掲注3) 463頁もここに含めることができよう。もっとも、前述したように野村は、中止犯を成立させる前提としての犯罪中止義務ないし結果発生防止義務の発生判断において一般人基準の危険判断を行うため、中止犯の成立範囲としては結果として任意性に関する客観説を採用したのと同じ結論になる（野村・前掲注3) 466頁参照）。なお、野村はかつては任意性に関して客観説をとっていたが（野村稔「未遂犯の違法性」刑法24巻3=4号（1982年）471頁）、これを改説している（野村・前掲注3) 470頁注33参照）。

<sup>128</sup> 山口・前掲注35) 232頁、佐久間修＝橋本正博＝上嶋一高『刑法基本講義〔第2版〕』（2013年）93頁〔上嶋〕参照。

<sup>129</sup> 山口・前掲注20) 287頁。

<sup>130</sup> 高橋・前掲注37) 403頁、今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』（2013年）339頁以下

は達成できるものの、ほぼ確実に逮捕される、というような場合に任意性を認めることになるのはおかしい、という批判が向けられる<sup>131</sup>。しかし、あくまで中止行為（危険消滅行為）の奨励という観点からすれば<sup>132</sup>、犯人を確実に逮捕できる場合であっても、その前に犯行が既遂に至りうるのであれば、中止の奨励が妥当すると考えることは不当ではない<sup>133</sup>。実際にフランクは、実際に犯行が発覚したことによって、あるいは未だ発覚していなくとも発覚の恐れによって中止する場合について、一方で「行為者が発覚を、既遂の阻止が懸念される、という意味において評価したのであれば、彼の中止は任意のものではないとする。しかし他方で、その発覚が、彼が通報と処罰を予見したという理由によってのみ彼に中止をさせたのであれば、彼の中止は任意のもののみである」<sup>134</sup>と述べ、既遂の物理的可能性が失われたという判断にしたがって中止した場合にのみ任意性を否定しているのである<sup>135</sup>。この見解からすれば、失望事例〔事例3〕や〔事例7〕のように感心できない動機に基づく中止にも広く任意性を認めることになる<sup>136</sup>。

自由意思ないし非強制性の判断基準を行為者に置き、その判断内容を物理的可能性としつつ、規範的観点からの限定をかける見解（A－B－c説）として佐伯仁志の見解を挙げる事ができる。佐伯は、『自己の意思による』かどうかの判断は、行為者（＝「自己」）を基準とするものであるから、基本的に主観説が妥当であるとしつつ、「行為者の主観を基準として、『できるのに止めた』場合であっても、警察官に逮捕されることを恐れて犯行を中止したような場合については、中止犯を認めるべきでない」とする。その理由は、「中止犯は、刑罰による犯罪防止が失敗した場合に、刑の減免という褒賞で結果の発生を防止しようとするものであり、逮捕を恐れて止めたのであれば、……中止犯を適用する必要がない」からと説明する<sup>137</sup>。また、逮捕の恐れがある場合〔事例6〕だけでなく、主観的失敗未遂の場合〔事例5〕や構成要件外の目標達成事例〔事例4〕において「実行に着手した時点にお

---

〔橋爪隆〕も同旨。また、野澤充も奨励説の見地から、規範的限定を行わない心理学的考察説を支持すべきとする（松宮編・前掲注103）231頁以下〔野澤〕。野澤は、「規範的限定」として、物理的可能性ではなく、逮捕の恐れによって止めざるを得ないというような心理的可能性の問題と、限定主観説のような動機の質による限定を同列に扱っているようであるが（野澤充『中止犯の理論的構造』（2012年）77頁以下）、本文において述べたように、自由意思ないし非強制性の内容の問題と、それとは直接関係のない動機の質の問題は分けて考えるべきであるように思われる。

<sup>131</sup> 林・前掲注29）367頁注36。なお泉二新熊『日本刑法論総論』（1930年）526頁以下は、本文中のすぐ後に述べるように、やれるかやれないかの判断において既遂に至る物理的可能性を前提としていたフランクに対して同様の批判を向けていた。

<sup>132</sup> 山口・前掲注20）280頁。

<sup>133</sup> 松宮編・前掲注103）230頁〔野澤〕。

<sup>134</sup> Frank, a. a. O (Anm. 107), S. 98.

<sup>135</sup> 現在でも Reinhard Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., § 41, Rn. 118, 120.

<sup>136</sup> 鈴木・前掲注34）182頁もここに含めることができよう。

<sup>137</sup> 佐伯・前掲注123）365頁。

ける行為者の価値体系に照らして中止することが合理的である場合には、既遂到達防止のためにわざわざ中止減免を投入する必要性に欠ける」として、「中止減免の補充性からくる任意性が欠ける」とする見解<sup>138</sup>もここに位置づけることができよう<sup>139</sup>。

自由意思ないし非強制性の判断基準を行為者に置き、その判断内容を心理的可能性とし、規範的観点からの限定をかけない見解（A－b－C説）には、従来主観説（あるいは折衷説）とされてきた多くの見解が含まれる<sup>140</sup>。この見解は、A－B－C説では任意性を認めうる範囲が広すぎるため、これを限定することを意図している<sup>141</sup>。〔事例6〕では、逮捕の恐れによってやめることを余儀なくされたといえるので任意性が否定される<sup>142</sup>。また、折衷説と呼ばれる見解の多くもここに含まれるであろう。折衷説と呼ばれる見解には、後述する大谷實の見解のような行為者基準と一般人基準を併用するという意味での「折衷」説と、「外部的刺激が行為者の動機に与えた影響を具体的に検討」し、「外部から与えられた影響が中止を強制する物理的障碍に相当する程度のものであった」か否かを問う<sup>143</sup>、という意味における「折衷」説が含まれている<sup>144</sup>。もっとも、主観説が行為者を基準とする、という場合であっても、現実に行為者ができると感じたか否か、ではなく<sup>145</sup>、行為者本人に与えられた外部的事情の影響を一定の法的な観点から評価し、その行為者にとって自由意思ないし非強制性が認められるか、を判断しなければならない<sup>146</sup>。仮に行為者自身の実際の判断を前提とすると、たとえば良心の呵責から「これ以上できない」と考えた者は任意でなくなってしまうが、それは妥当ではない、という批判<sup>147</sup>が妥当してしまうことになる<sup>148</sup>。しかしそのような場合は、行為者自身にとっても事実上犯行の続行が可能であるけれどもやることを望まないからやらないだけであって、自由意思ないし非強制性の判断に影響する「できない」とは判断すべきではなく、主観説からも任意性を認めることができる<sup>149</sup>。このような意味において、

<sup>138</sup> 小林・前掲注 60) 135 頁以下。

<sup>139</sup> 「法益の保護を認識しそれが動機となって中止行為を行った」という自発性を含んだ心理状態が認められる場合に任意性を肯定する清水・前掲注 34) 266 頁もここに含めることができる。

<sup>140</sup> たとえば佐久間・前掲注 25) 336 頁。

<sup>141</sup> 西田ほか・前掲注 19) 686 頁〔和田〕参照。

<sup>142</sup> たとえば塩谷・前掲注 19) 67 頁、松原・前掲注 29) 328 頁。

<sup>143</sup> 井田・前掲注 9) 430 頁。

<sup>144</sup> その他、福田・前掲注 14) 237 頁、大塚・前掲注 14) 258 頁以下等。

<sup>145</sup> 井田・前掲注 9) 430 頁注 30 参照。

<sup>146</sup> 金澤・前掲注 4) 35 頁参照。

<sup>147</sup> 山中・前掲注 16) 32 頁、同・前掲注 6) 770 頁参照。

<sup>148</sup> 「行為者本人の属する類型人」を基準とする見解（内藤・前掲注 9) 1292 頁）も同様の考慮に基づいているといえよう。これに対して、野村・前掲注 3) 463 頁は「外部的事情を表象した結果、行為者ができると感じたかまたはできないと感じたかを客観的基準により判断することは、結局、表象した外部的事情が経験的に犯罪遂行にとって妨害となるべきものであったかどうかを判断することに帰着することにもならないであろうか」と指摘する。

<sup>149</sup> 山口・前掲注 35) 232 頁、今井ほか・前掲注 130) 339 頁〔橋爪〕以下。

後者の折衷説と主観説とは行為者基準という点で同じ見解に分類できる<sup>150</sup>。

自由意思ないし非強制性の判断基準を行為者に置き、その判断内容を心理的可能性とし、規範的観点からの限定をかける見解（A－b－c説）には、まず限定主観説と従来呼ばれてきた見解が含まれる。上述したように、限定主観説とは、自由意思ないし非強制性という要素を任意性から排除し、後悔、同情といった広義の悔悟の存在のみによって任意性を肯定するものではないと考えるべきである<sup>151</sup>。たとえば、〔事例6〕のような場合に、このままだと捕まると思いつつ、強い反省、後悔の念を抱いている場合に、任意性を肯定するとは思われない<sup>152</sup>、なんらかの自由意思ないし非強制性を前提として悔悟等の動機によって中止することで初めて、その悔悟等が中止行為の動機であるといえるのであるから、肯定すべきでもない<sup>153</sup>。そのほか、「法益侵害意思がなくなり、反対に、法益保護または規範遵守の意思が生じ、これが動機となって中止行為に出た場合」<sup>154</sup>に任意性を認める見解もここに分類できよう。「法益保護または規範遵守の意思」という規範的観点からの限定をかけるものである。また、主観説に分類される一部の見解もここに含めることができる。たとえば藤木英雄は「外部的な障害に影響された結果ではなく、もっぱら自発的な意思に基づき」中止した場合が任意であるとしつつ、「いったん着手はしたが、いっそう有利な条件が整うまで犯行を延期する意思でやめた場合あるいは他の犠牲者を害すること、または同じ罪を構成する他の目的物に犯行を向けることに意思を変更したにとどまるとき」は任意性を否定する<sup>155</sup>。

このようにみえてくると、従来の学説の分類において主観説とされてきた見解は、自由意思ないし非強制性の基準を行為者にするという点は共通しているものの、内容が物理的不可能性か心理的不可能性も含むか、さらに（広義の後悔に動機を限定する限定主観説とは異なり）自由意思ないし非強制性とは関係のない動機に規範的限定をかけるかかけないか、という選択肢を組み合わせた4つの類型が含まれていたことになる<sup>156</sup>が、これらを「主観説」として一律に扱ってきたことが、従来の任意性論における大きな問題であったといえる。

自由意思ないし非強制性の判断基準を一般人とし、その判断基準を物理的可能性とする

---

<sup>150</sup> 大野真義ほか『刑法総論』（2011年）273頁〔神馬幸一〕。また、井田は、はじめいわゆる内部的動機説を「主観説」と呼び、自説を「折衷説」に分類していたが（井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）289頁）、現在では自説を「主観説（または折衷説）」としている（井田・前掲注9）430頁）。

<sup>151</sup> 西田・前掲注93）299頁参照。また今井ほか・前掲注130）339頁以下〔橋爪〕。

<sup>152</sup> *Roxin*, a. a. O. (Anm. 63), § 30, Rn. 388 では、強姦しようとした者が決定的な瞬間において、良心の呵責によって神経性ショックを受け、肉体的に続行不可能になった場合について、任意の中止が認められるとするが、任意性の前にそもそも放棄が認められない失敗未遂にあたるべきではないだろうか。

<sup>153</sup> 西田ほか編・前掲注19）689頁〔和田〕。

<sup>154</sup> 林・前掲注29）369頁。

<sup>155</sup> 藤木英雄『刑法講義 総論』（1975年）262頁以下。

<sup>156</sup> 近時では、A－B－C説を主観説と区別して扱うものもみられる。たとえば佐伯・前掲注121）365頁はこれを「中止行為を強制されたような場合以外はすべて任意性を認める説」という。高橋・前掲注37）402頁も同様。

見解（a－B－C説ないしa－B－c説）を主張する論者はみられない。この理由は、客観説が自由意思ないし非強制性の基準を一般人においた狙いが、A－b－C説型の主観説、すなわち心理的可能性を内容とする主観説に限定をかけることにあったからであると推測される<sup>157</sup>。判断基準を物理的可能性とすることは、むしろ任意性を認める範囲が広がることになる。たとえば〔事例6〕において、一般人にとっても警官に取り押さえられるまでに発砲して被害者を殺害することが可能であった、といえるのであれば任意性が肯定されるが、客観説の論者がそのような帰結を認めるとは思われない。

自由意思ないし非強制性の判断基準を一般人とし、その判断内容を心理的可能性とし、規範的限定をかけない見解（a－b－C説）には、従来客観説と呼ばれてきた見解がほぼ含まれることになる<sup>158</sup>。これは「一般の経験上、意思に対して強制的影響を与えない事情が動機となって止めたばあい」に任意性を肯定する見解である<sup>159</sup>。もっともこの見解が、純粹に外部的事情が一般人にとって障害となるか否かのみ焦点をあて、外部的事情が行為者に与えた影響を全く度外視するものかははっきりとしない<sup>160</sup>。佐伯が指摘するように「蜘蛛が死ぬほどきらいな窃盗犯人が、金庫の上に蜘蛛がいたので金庫を開けられなかった、という場合に、客観説から、蜘蛛は一般に犯行の障害となるようなものでないとして、任意性を認めるのは、明らかにおかしい」<sup>161</sup>からである。この点、行為者自身が「やろうと思えばできる」と考え、かつ一般人の立場からみて「やろうと思えばできたのにやらなかった」と評価されることが必要である、とする大谷の見解<sup>162</sup>は折衷説に分類されるが、実際の客観説の意図するところに近いといえるかもしれない<sup>163</sup>。

自由意思ないし非強制性の判断基準を一般人とし、その判断内容を心理的可能性とし、規範的限定をかける見解（a－b－c説）には、たとえば斎藤信治の見解がある。斎藤は、客観説同様の一般人基準を原則的基準として、広義の後悔による場合を加え、犯罪遂行上の都合の場合を除く、という規範的制限をかける、という「修正客観説」を主張する<sup>164</sup>。また、

---

<sup>157</sup> 野澤・前掲注130) 77頁以下。町野朔ほか編『プロセス演習刑法』(2009年) 115頁〔和田俊憲〕参照。

<sup>158</sup> なお、香川達夫『中止未遂の法的性格』(1963年) 97頁が「規範的意識の具体化としての中止未遂は、……積極的、直接的に法的義務の要求に合致」しなければならないとする点を捉えて〔事例7〕のような場合に任意性を否定することになるという指摘がみられる(平野・前掲注2) 163頁)が、香川は〔事例7〕がもとにしたドイツ判例(BGHSt, 7 296)が任意性を肯定しているのを支持している(香川・前掲注158) 220頁)。清水・前掲注34) 193頁参照。

<sup>159</sup> 川端・前掲注9) 498頁。また西原・前掲注5) 334頁以下。

<sup>160</sup> 井田・前掲注148) 289頁も、客観説の論者が、外部的事情が行為者に与えた影響を全く度外視しているかは「疑いがないわけではない」と述べる。

<sup>161</sup> 佐伯・前掲注123) 365頁。

<sup>162</sup> 大谷・前掲注9) 385頁以下。

<sup>163</sup> 客観説の代表的論者である川端は「実際の適用の次元においては、客観説は折衷説とほぼ同一の結論に達すると考えられる」と述べる(川端・前掲注9) 479頁)。

<sup>164</sup> 斎藤信治『刑法総論〔第6版〕』(2008年) 227頁。

客観説の代表的論者として挙げられることの多い前田雅英の見解もここに含まれるとみることができる。前田は、客観説について「行為者の表象（さらにそれに基づく動機形成）が一般人にとって通常、犯罪の完成を妨げるものであるか否か」という標準な説明を付してこれを妥当としつつ、実際の任意性の判断では「中止を導いた事情の認識を一般人が持てば結果発生を欲するであろう場合」か「通常は欲しない場合」かによって区別する<sup>165</sup>。したがって、前田は自説について客観説と名乗っているものの、犯行を止める上での自由意思ないし非強制性の有無についてではなく、犯行を継続する意欲の有無に対して一般人基準を適用し、任意性の有無を決する点で、一般的な客観説と一線を画している。この基準は、たとえば〔事例7〕のような場合には（一般人基準によれば犯行継続を妨げられないと判断されて）自由意思ないし非強制性が認められるとしても、それ以上の遂行を一般人は欲しないとして任意性を否定することが可能な基準である。そしてそれは自由意思ないし非強制性の有無と関係のない規範的限定をかけることになる<sup>166</sup>。「犯罪を遂げようとししない原因が、社会通念上、障害となる性質のものかどうか」によって区別するとする板倉宏が「いっそう有利な条件が整うまで犯行を延期する意思でやめた場合は、中止未遂とはいえない」<sup>167</sup>とするのも同様である。さらに、山中により主張される「不合理決断説」もここに含めることができる。山中は、「犯罪者の理性」を基準にするロクシン説を基礎にし、「すでに犯罪遂行に着手しており、犯罪目的の実現に向けて自己の行為を統制している」「目的合理的に行動する人間の理性」を基礎とし、「目的実現にともなう利益」と「目的実現にともなう不利益」とを比較し、「合理的な判断をなすという価値……から逸脱する不合理な決断」を任意な自己の意思と理解する<sup>168</sup>。従来、客観説に対してはその判断基準たる「一般人」が何を指しているのか不明確であるという批判が向けられ<sup>169</sup>、「恐怖驚愕した場合、かわいそうと思った場合

<sup>165</sup> 前田・前掲注 87) 160 頁以下。

<sup>166</sup> 前田は、「褒賞を与える必要」も任意性において考慮するとしていることも（同・前掲注 87) 161 頁）、自由意思ないし非強制性を超える規範的限定に親和的であるといえる。実際、前田は一般人基準による自由意思ないし非強制性の判断が微妙で「どちらともいえない」という場合には、悔悟・反省が存在する場合には任意性を肯定してよいとする（同・前掲注 87) 162 頁）。しかし、限定主観説について既述したように、自由意思ないし非強制性を前提としない悔悟・反省で任意性を肯定すべきではない（前田は、かつては明確に、一般人基準による自由意思ないし非強制性が存在しない場合でも、悔悟・反省に基づいていれば任意性を肯定してよいとしていた（同「事例演習刑法 中止犯」警論 48 巻 12 号（1995 年）160 頁））。これに対して、城下・前掲注 21) 49 頁参照。山中・前掲注 16) 81 頁は、前田説の任意性概念について「もはや心理的概念ではなく、ある意味で『規範的概念』となっている」と指摘する。前述した川端の見解も、「法敵対性の緩和」を要求することから同様の問題が生じる可能性はある（川端・前掲注 9) 499 頁）。

<sup>167</sup> 板倉・前掲注 12) 141 頁以下。

<sup>168</sup> 山中・前掲注 16) 41 頁以下。

<sup>169</sup> 内藤・前掲注 9) 1290 頁以下。また西田ほか編・前掲注 19) 688 頁〔和田〕は、通常の一般人はそもそも犯罪を犯さないものであって、「そのような非犯罪的一般人を基準とすると、犯行に出ている状況の認識自体が通常は中止を強制するのであって……任意性は必ず否定されることになりかね」ず、「未遂行為に出た一般的犯罪者を基準とすると、いっ



には、一般人は犯行を中止するのはむしろ通常であろう<sup>170</sup>という指摘がなされることになる。不合理決断説の意図するところの第一は、未遂の段階にある合理的・理性人を、一般人・平均人といった「あいまいなモデル」に代えて用いることで<sup>171</sup>、この点を明確化しようとするところにあると理解できる<sup>172</sup>。そして第二の意図は、客観説が「一般人ならば犯行をやめたか」を問うていたのに対して、「やめたことは理性的な犯人の合理的な判断であったか」という基準を用いて「理性的な犯人ならば犯行をやろうとしたか」を問うことで、合法性への帰還として報奨に値するか<sup>173</sup>、という観点からの規範的限定をかけることにある。これによって、〔事例5〕〔事例6〕〔事例7〕のような類型で任意性が否定されることになろう<sup>174</sup>。この見解の整理としては、限定主観説と並んで動機に対する規範的評価を行う見解とする整理が一般的であるが<sup>175</sup>、「任意性の判断基準を客観化しようとする点」で客観説に含める整理もみられる<sup>176</sup>。このように分かれているのは、前者が規範的限定をかけるか、という観点（C/c）から分類し、後者が判断基準の観点から分類している（A/a）ためであるが<sup>177</sup>、上述したように、いずれか一方の観点のみで整理すべきではない。

## おわりに

本節は従来、主として主観説、客観説、そして限定主観説として大まかに分類されてきた任意性論について、①自由意思ないし非強制性の判断基準が行為者基準か、一般人基準か、②判断内容は物理的可能性か心理的可能性か、③自由意思ないし非強制性の判断とは別に、何らかの規範的観点からの限定をするのかしないのか、という3つの観点から議論の整理

---

たん実行に着手した以上、……犯罪を最後まで遂行するのが通常であるともいえ、任意性は必ず肯定されることにもなりかねない」と指摘する。

<sup>170</sup> 王・前掲注15) 327頁。

<sup>171</sup> 山中・前掲注6) 773頁、同・前掲注16) 95頁以下。

<sup>172</sup> 今井ほか・前掲注128) 338頁以下〔橋爪〕。

<sup>173</sup> 山中・前掲注6) 753頁。

<sup>174</sup> 仮に、清水による「犯人の危険性を問題とする牧野・木村博士の立場からは、やはりこのような場合〔事例7のような有利な事態の変化に基づく中止〕には任意性を否定することになろう」（清水・前掲注34) 269頁、括弧内筆者）という推測が正しいとすれば、客観説の代表とされる牧野・木村説はa-b-c説ではなく、a-b-c説に分類されることになる。松宮編・前掲注103) 230頁〔野澤〕は、「客観説は、……社会通念からすれば好ましくない、規範的に是認しがたい動機から中止した場合には任意性を否定し、規範的に承認できる動機から中止した場合には任意性を肯定するということに傾きがち」と指摘している。今井ほか・前掲注130) 338頁以下〔橋爪〕も、客観説は不合理決断説と基本的には同趣旨のものと解することができ、中止の動機が感心できない理由の場合は一般人でも犯行を中止するから任意性が否定される、と指摘している。

<sup>175</sup> 伊東・前掲注20) 337頁。

<sup>176</sup> 松原・前掲注29) 326頁、浅田・前掲注9) 394頁、大塚裕史『刑法総論の思考方法〔第4版〕』（2012年）453頁、今井ほか・前掲注130) 338頁以下〔橋爪〕。

<sup>177</sup> この意味で、不合理決断説を評して限定主観説と客観説を「刑罰目的説という減免根拠論に照らし、いわば目的論的に再構成ないし統合する動き」とする理解は妥当である（島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第3版〕』（2014年）235頁〔小林〕）。

を試みたものである。本節において行った学説の整理は、従来の学説の分類に代わり、任意性の判断プロセスを明確化することによって事案解決の重要な前提となると考えられる。とはいえ、自由意思ないし非強制性があるか、また規範的限定をかけているか、といってもすべて程度問題であることは否定できない。したがって、本稿における学説の分類においてどの立場を選択するかを決定したとしても、個別の事例に対する一義的な解決に至るわけではない。その限りでは事例の類型化、さらには判例の分析による補助的な指針の設定が今後の課題として残されている。

## 第2節 任意性に関する判例の検討

### はじめに

刑法43条但書に規定される中止犯は、「自己の意思により犯罪を中止したとき」に成立する。そして、どのような場合が「自己の意思により」といえるか、については任意性の要件と呼ばれ議論がなされてきた。

本節の目的の第一は、任意性について裁判所がどのような判断要素に基づき、どのような判断基準を持っているのか、分析することにある。周知のとおり、これまで中止犯の任意性について判例がいかなる見解をとっているか、については数多くの整理、分析がなされてきている<sup>1</sup>。学説では、一方で任意性について、行為者の自由な意思により強制を受けずに中止行為を行うことであると理解し、その強制的影響の有無について行為者を基準として判断する主観説<sup>2</sup>と一般人を基準として判断する客観説<sup>3</sup>が存在し、他方、いわゆる広義の後悔ないし規範意識の覚醒という、意思への強制的影響とは別次元の問題である中止動機に対する規範的評価によって任意性の有無を判断する限定主観説<sup>4</sup>などが主張されている。これに対して判例は一般的には客観説に親和的であるとする評価<sup>5</sup>、主観説であるとする評価<sup>6</sup>、限定主観説とする評価<sup>7</sup>のいずれもが主張されている。また任意性を否定する場合には客観説がとられ、肯定するときには限定主観説がとられているという理解<sup>8</sup>、さらには客観説と限定主観説が併用されている、という評価<sup>9</sup>もなされている。このように判例の任意性判断

<sup>1</sup> 古くは佐伯千仞＝団藤重光編『総合判例研究叢書 刑法(3)』(1956年)62頁以下〔香川達夫〕が昭和30年ごろまでの裁判例を網羅的に評釈しており、また塩見淳「中止の任意性」判タ702号(1989年)75頁以下は、平成以前の判例の傾向を整理している。この他、網羅的に判例の整理、検討をするものとして、清水一成「中止未遂に関する近時の判例の動向」現刑45号(2003年)47頁以下、大塚仁編『大コンメンタール刑法 第4巻〔第3版〕』(2013年)132頁以下〔野村稔〕、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(2010年)690頁以下〔和田俊憲〕、野澤充『中止犯の理論的構造』(2012年)111頁以下。

<sup>2</sup> たとえば、平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975年)334頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(2008年)230頁以下、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(2012年)385頁以下など。

<sup>3</sup> たとえば、牧野英一『刑法総論〔全訂版〕』(1959年)628頁以下、木村亀二(阿部純二増補)『刑法総論〔増補版〕』(1978年)362頁、川端博『刑法講義総論〔第3版〕』(2013年)478頁以下、前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』(2015年)119頁など。

<sup>4</sup> たとえば、宮本英脩『刑法大綱』(1935年)184頁、佐伯千仞『刑法総論』(1943年)291頁以下、西田典之『刑法総論〔第2版〕』(2010年)321頁など。

<sup>5</sup> 今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』(2012年)339頁〔橋爪隆〕、立石二六『刑法総論〔第4版〕』(2015年)278頁以下。

<sup>6</sup> 佐久間修『刑法総論』(2009年)335頁。

<sup>7</sup> 西田・前掲注4)321頁以下。

<sup>8</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(2008年)431頁以下。

<sup>9</sup> 曾根・前掲注2)232頁、江藤隆之「中止未遂における任意性の概念について」桃山法学

に対する評価はなお定まっていない状況にあるといえる。

本節の目的の第二は、判例における任意性の認定と、中止行為の認定との関係を整理することにある。周知のように、判例においては、事案が着手未遂であるか実行未遂であるか、という実行行為の終了時期による区別に応じて中止行為の態様が異なるとされている。すなわち、着手未遂の中止（着手中止）はその後の実行行為をしないという不作為態様の中止行為で足りるが、実行未遂の中止（実行中止）は積極的かつ真摯な努力による作為態様の中止行為が必要であるとされるのである<sup>10</sup>。中止行為の態様の区別について、学説においては、中止行為の時点で存在する危険のあり方によって事実上中止行為の態様が異なると理解する、いわゆる因果関係遮断説が通説的地位を占めるに至っている。判例も、文言上は実行行為の終了時期の問題として着手未遂、実行未遂という用語を用いつつも、実質的にみれば危険のあり方によった基準で区別しているといえることができる<sup>11</sup>。中止犯が「自己の意思により中止した」と規定されており、任意性とは中止行為についての任意性、すなわち中止行為の性質であることからすれば、中止行為の態様が異なるのが上述したような事実上の違いにとどまるのであれば、着手中止の任意性と実行中止の任意性が理論的には異なるものであるとは考えにくい。もっとも判例における任意性の判断をみると、少なくともその認定方法については中止行為の態様の区別の影響を受けているように見え、整理を試みたい。

## 第1款 判例の整理

### 1 任意性を肯定ないし否定する際に言及される事項

#### ① 内部的原因と外部的障害

裁判所は任意性の肯否につき、外部的障害の存否を問い、その有無によって決してきたといえる。まず、任意性が肯定される場合には、外部的障害が存在しないことについて行為者が認識していることを指摘するものが多くみられる。外部的障害の不存在の認識は、中止意思ないし任意性の前提であり、それ自体が任意性であるわけではないが、外部的障害が存在しないと考えているにもかかわらず中止するのであれば、それは何らかの内部的原因に基づくことを裏面から示すものであるといえよう。判例においても、たとえば福岡高裁昭和35年7月20日判決（下刑集2巻7=8号994頁=判例1）は、強盗未遂事案において「これ〔差し出された現金〕を奪取できない特別の事情も何ら認められないに拘らず全然手を触れないで立ち去った点から見ると、単に予期のとおり金が存しなかったためというより

---

16号（2010年）13頁以下、西田ほか・前掲注1）〔和田〕、西田眞基＝木山暢郎＝福島恵子「中止未遂（上）」判タ1380号（2012年）91頁。また、前田・前掲注3）120頁は、判例が悔悟の情を重視しているように見えるのは、客観説基準による判断が「非常に微妙で、『どちらともいえない』という場合」に、行為者の悔悟の情の存否により中止犯の成否を決するという判断を行っている、と述べる。

<sup>10</sup> たとえば、板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』（2007年）142頁以下。

<sup>11</sup> 鈴木一永「判例における作為の中止と不作為の中止」早研142号（2012年）110頁以下（本稿第2章第3節）。

は、むしろ右憐憫の情に動かされて犯行の遂行を翻意したに因るものと解される」として任意性を認めている。ここでは中止の動機として、金が予想より少なかった、という事情よりも憐憫の情にあったことを裏付ける事情として「奪取できない特別の事情」の不存在が認定されている。

これに対して、何らかの理由によって外部的障害の存在が肯定される場合には、それだけで任意性が否定される。これはもともと未遂犯を規定していた旧刑法 112 条が「罪を犯さんとして已に其事行くと雖も犯人意外の障礙若しくは舛錯に因り未だ遂げざる時は已に遂げたる者の刑に一等又は二等を減ず」<sup>12</sup>としていたことによると考えられる<sup>13</sup>。旧刑法は上記のように障害未遂を定める一方で、中止犯にあたる場合は「犯人意外の障礙若しくは舛錯」によらない未遂であり、障害未遂に該当しないから不可罰となる、という消極的な中止犯の規定方式をとっていた。この理解に従えば、未遂に終わった原因が「犯人意外の障礙」、すなわち外部的障害による場合には障害未遂になるため、中止犯は否定されるのである。実際にたとえば大審院明治 32 年 10 月 23 日判決（刑録 5 輯 9 卷 81 頁＝判例 2）は、変造証書を裁判所に提出した後、勾留されるおそれがあるという他人 A の忠告によってこれを恐れて中止したという私文書偽造行使詐欺取財未遂事案において「中止犯は自己の意思を以て之れを中止するを要す。……既に此中止が畏懼の爲め止むを得ざるに出で、而して其畏懼の念が A の注意に基きたるものとせば、其注意は即ち意外の障礙にして其中止の任意にあらざることは知るべきなり」と述べていた。

現行刑法典 43 条において「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。」と規定されるようになってもこの点は変わらなかった。すなわち、裁判所は、中止した原因が犯人の意外の障礙、すなわち外部的障害にあるか、内部的原因にあるかによって任意性の有無を判断する方法を維持したのである。もともと、この外部的障害と内部的原因の区別基準には変動がみられる。

古い判例では、なんらかの外部的事情を表象して行為者が中止すれば、それは外部的障害であるとされていた。たとえば、大審院大正 2 年 12 月 18 日判決（刑録 19 輯 1212 頁＝判例 3）は「外部的障礙の原因存在せざるに拘はらず内部的原因に由り、すなわち犯人の意思に拘わらざる事情に因り強制せらるることなく任意に」犯罪の継続実行を中止した場合が中止犯である、と一般論を示した上で、斬りつけた被害者が起き上がろうとしているのでぐずぐずして人に見られては大変と思って逃走した事案について、「外部の障礙に因りて犯罪の発覚せんことを畏怖し、殺害行為を遂行すること能わず現場を逃走するの止むなきに至りたる者にして、犯人の意思以外の事情に強制せらるることなく任意に殺害行為を中

<sup>12</sup> 本稿においては、条文、裁判例の原文におけるカタカナで記述されている部分はすべてひらがなに直す。また、原文にはない句読点を適宜補った文章にしている。

<sup>13</sup> 木村亀二『刑法 活きている判例』（1962 年）151 頁、金澤真理「中止行為の任意性について」法政論叢 47 号（2010 年）8 頁。

止したる事実に非ざる」こと明らかであるから中止犯は成立しないとした。特段、接近する人が実際にいたことなどは認定されておらず、被害者を即座に殺害できなかった、という通常起こり得る事情を外部的障害としたものである<sup>14</sup>。また大審院昭和 11 年 3 月 6 日判決（刑集 16 卷 272 頁＝判例 4）では「犯人が人を殺さんとして短刀を抜き其の胸部を突刺したるも流血の迸るを見て翻然之を止めたるときは障害未遂犯にして中止犯と為らざるものとす。中止犯たるには外部的障碍の原因存せざるに拘らず内部的原因に由り任意に実行を中止し……たる場合なれば流血の迸るを見て止むるは意外の障碍に他なら」ないとしている。本判決の原審は、被害者の「胸部より吹出したる流血を見て遂に恐怖心に駆られ其の恐怖心の為に危害を加えんとして加え得ざりしが為に他ならず被告人自ら任意に之を中止したるものにあらざる」としていたのに対し、弁護側は、被告人が出血を見て我に返り、死んで詫びようと自殺を図っているのであるから、恐怖心でできなかったわけではない、と主張していた。これに対して大審院は恐怖心による影響には言及しておらず、「翻然と」という表現が示すように、単に流血という外部的事実を認識してやめることが外部の障害によって止める場合であるとしていると理解できる<sup>15</sup>。恐怖心といった、外部の事情を認識して起こる内心の事情に触れることなく外部的障害を直接認定する態度からは、初期の大審院判例はもっぱら内部的原因によるといえるような場合を除いて外部的障害とする形式的な基準をとっていたといつてよい<sup>16</sup>。

<sup>14</sup> 西田ほか編・前掲注 1) 691 頁〔和田〕参照。

<sup>15</sup> 木村・前掲注 13) 154 頁参照。

<sup>16</sup> 足立勝義「判批」最判解昭和 32 年度（1971 年）440 頁は、「犯人の意思に拘らざる事情に因りて強制せらるることなく」と判例 3 が述べていることを指摘して、あらゆる外部的事情の存在を行為者が認識しさえすればそのまま外部的障害とするのではなく、外部的事情の存在が行為者の表象に反映し、外部的障害として働くか否かが判断されていたと理解できる旨を指摘している（内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（2002 年）1294 頁参照）。同様に、金澤・前掲注 13) 8 頁以下も、「具体的事情が行為者をして中止を余儀なくする性質をもつか否かの判断が既に先行してなされているとすれば、実質的には客観説が既に採用されていたとも言える」と評価する。たしかに放火罪については、大審院大正 15 年 3 月 30 日判決（拾遺 1 卷刑 21 頁）は「火勢の熾なるを見て恐怖の念を生じ自ら他の雇人等と共に消火に努めたる」場合に中止犯の成立を認め、大審院大正 15 年 12 月 14 日判決（新聞 2661 号 15 頁）は「その勢漸く熾ならんとしたるより被告人は大いに驚き、自ら右犯行を中止する意思を以て『バケツ』に水を汲みたるも……独力消火すること能わざりしかば」大声で隣人を呼び助力を得て消火した事案について中止犯の成立を認めている。これらはいずれも火の勢いに恐怖、驚愕して消火した事案で任意性を肯定した事案である。このような流血ないし火が燃え上がるという事情は、殺人罪ないし放火罪という犯罪の過程として一般的な事情であるが、どちらも外部的な事情であることに変わりはない。それにもかかわらず中止犯の成否が分かれていることからすれば、大審院が単に外部的事情がきっかけとなった場合にすべて形式的に任意性を否定している、と断定することは妥当ではないかもしれない。とはいえ、流血、あるいは被害者が起き上がるという、少なくとも一般的に言って犯行遂行上の障礙となるとは考えにくい事情を外部的障害と判断していることから、外部的障害を認める基準が少なくとも殺人罪の事案においては著しく低かったと言わざるをえない。

これに対して、その後学説においては、外部的障害は動機を通じて行動に影響するものであり、他方で完全に自発的に生じる動機はないという適切な理解が一般的となっている<sup>17</sup>、判例においてもそのような理解がとられるようになってきていると思われる。したがって、様々な外部的事情の中で任意性を否定するに足りる「外部的障害」となる事情としてはどのようなものが考えられるべきか、諸判例の挙げる事情を検討することで、外部的障害となるかならないか、の実質的な基準を探るとともに、その他任意性を肯定ないし否定する際に言及されている事情を検討し、その役割を検討したい。

## ② 任意性の認定において考慮される事情

### (1) 恐怖・驚愕

放火の際に燃え上がった炎、殺人や強姦の際にみられる流血といった中間結果に対する恐怖、驚愕について言及する判例は非常に多い<sup>18</sup>。

まず、放火罪に関しては、大審院大正 15 年 3 月 30 日判決（大審院判例拾遺 1 巻刑 21 頁＝判例 5）は「火勢の熾なるを見て恐怖の念を生じ」て消火した事案、大審院大正 15 年 12 月 14 日判決（新聞 2661 号 15 頁＝判例 6）は、火の「勢漸く熾ならんとしたるより被告人は大に驚き」隣人と共に消火した事案、横浜地裁平成 8 年 10 月 28 日判決（判時 1603 号 159 頁＝判例 7）において「燃え上がった火の勢いに驚がくして我に返り」消火した事案などで任意性を肯定している。

さらに強姦罪に関しては、最高裁昭和 24 年 7 月 9 日判決（刑集 3 巻 7 号 1174 頁＝判例 8）が、陰部に挿入した指が血にそまっていたのを見て驚愕して中止した事案で任意性を否定している。

また殺人罪に関しては、横浜地裁昭和 29 年 4 月 27 日判決（刑集 11 巻 9 号 2209 頁参照＝判例 9）が被害者である「同女が負傷したのを見て驚き、自ら殺害行為をなすことを中止した」とし、東京地裁昭和 37 年 3 月 17 日判決（下刑集 4 巻 3＝4 号 224 頁＝判例 10）が、睡眠薬を飲ませた後被害者が口から泡を吹き始め、脈も速くなってきた様子に驚いた事案、東京地裁昭和 40 年 12 月 10 日判決（下刑集 7 巻 12 号 2200 頁＝判例 11）が、首を絞めつけた被害者が苦しむのを見て「驚き、はっと我に返り」中止した事案、横浜地裁川崎支部昭和 52 年 9 月 19 日判決（判時 867 号 128 頁＝判例 12）は「被害者にかなりの量の出血があり被告人がこれに驚愕したことも認められる」事案、宮崎地裁都城支部昭和 59 年 1 月 25 日判決（判タ 525 号 302 頁＝判例 13）は「被告人が本件殺害行為の継続を思い止まったのは、

<sup>17</sup> 平野龍一「中止犯」『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981 年）152 頁以下、内田文昭『改訂刑法 I（総論）〔補正版〕』（1997 年）258 頁。

<sup>18</sup> 恐怖と驚愕は「恐怖驚愕」として組み合わせて用いられることが多い（最高裁昭和 32 年 9 月 10 日決定（刑集 11 巻 9 号 2202 頁）、大阪高裁昭和 44 年 10 月 17 日（判タ 244 号 290 頁）など）。これに対して恐怖を単独で用いているのは、大審院大正 15 年 3 月 30 日判決（大審院判例拾遺 1 巻刑 21 頁）、大審院昭和 11 年 3 月 6 日判決（刑集 16 巻 272 頁）の原審、最高裁昭和 26 年 9 月 18 日判決（集刑 53 号 35 頁）だけである。

被害者の切創部から多量に出血しているのを見て、驚がくしたことがきっかけとなっている」事案、福岡高裁昭和 61 年 3 月 6 日判決（判時 1193 号 152 頁＝判例 14）は、「中止行為に出た契機が、A 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」である事案、東京地裁平成 8 年 3 月 28 日判決（判時 1596 号 125 頁＝判例 15）は「A 子の多量の出血を見て、驚愕」した事案、横浜地裁平成 10 年 3 月 30 日判決（判時 1649 号 176 頁＝判例 16）は「手に伝わった被害者の血のぬくもりに驚がく」した事案などで任意性を肯定している<sup>19</sup>。これに対し、判例 4 の原審は「A の胸部より吹出したる流血を見て遂に恐怖心に駆られ其の恐怖心の為に危害を加えんとして加え得ざりしが為に他なら」ないとし、最高裁昭和 26 年 9 月 18 日判決（集刑 53 号 35 頁＝判例 17）は、被害者が「抵抗しなくなったことから被告人が恐ろしくなったため」逃げ出した事案、東京高裁昭和 30 年 3 月 22 日判決（刑集 11 巻 9 号 2210 頁参照＝判例 18）は「被告人の本件殺害行為中絶は、被告人の自由意思に基く中止未遂というは正当ではなく、単に自己の予定行動の中間的事態の発生に早くも自ら驚愕恐怖に襲われ既遂に至らしめる意力を抑圧された結果であって即ち無形の心理的強制ともいふべき客観的障碍による未遂」であるとし、判例 18 の上告審である最高裁昭和 32 年 9 月 10 日決定（刑集 11 巻 9 号 2202 頁＝判例 19）は「母の流血痛苦の様子を見て今さらの如く事の重大性に驚愕恐怖するとともに、自己の当初の意図どおりに実母殺害の実行完遂ができないことを知り、これらのために殺害行為続行の意力を抑圧せられた」とし、大阪高裁昭和 44 年 10 月 17 日判決（判タ 244 号 290 頁＝判例 20）は「事の重大性に驚愕恐怖し殺害意思を抑圧せられたことは外部的障がいに基づくものといひ得るであろう」として任意性を否定している。

## (2) 発覚・逮捕へのおそれ

発覚ないし逮捕へのおそれについて言及しているものはかなりみられる。古くは殺人罪に関して、判例 3 が「犯罪の発覚せんことを畏怖し」て逃走した場合は任意ではないとしたし、放火の事案について大審院昭和 12 年 9 月 21 日判決（刑集 16 巻 1303 頁＝判例 21）が「放火の時刻遅く発火払暁に及ぶ虞ありし為、犯罪の発覚を恐れたる」ために止めたとして任意ではないとした。それに対して、特に強姦罪の場合、その場での発覚と、被害者が被害を申告することで犯罪終了後になって逮捕されるおそれとで異なる帰結が導かれている。たとえば、福岡地裁飯塚支部昭和 34 年 2 月 17 日判決（下刑集 1 巻 2 号 399 頁＝判例 22）は、幼女強姦の犯行現場から約 40m 離れたところに人が居るのを認識しているという前提のもと、被害者が泣き出したことをもって「発見されることを恐れたため」として中止犯を否定し、名古屋高裁金沢支部昭和 46 年 4 月 8 日判決（刑月 3 巻 12 号 1613 頁＝判例 23）も、強姦の被害者が必死に抵抗し、大声で助けを求める等したことにより「その犯行を他人に発見されることをおそれた」として外部的障害に当たるとして中止犯を否定している。そ

<sup>19</sup> この他、長崎地裁平成 16 年 6 月 30 日判決（LEX/DB28095541）など。



れに対し、浦和地裁平成4年2月27日判決（判タ795号263頁＝判例24）は、周囲に民家、人通りのない現場で、被害者も大声をあげていたわけではない状況において中止した事案について「判例・学説上、『犯罪の発覚を怖れて犯行を中止しても、中止未遂は成立しない。』と説かれるのが一般であるが、右は、犯罪の遂行中、第三者に発見されそうになったことを犯人が認識し、これを怖れた場合のように、犯罪の遂行上実質的な障害となる事由を犯人が認識した場合に関する議論と解すべきであり「にわかに、後刻の被害申告等の事態に思い至って中止したというような場合を念頭に置いたものではないと解するのが相当である」と指摘し<sup>20</sup>、東京高裁平成19年3月6日判決（刑ジャ10号115頁参照＝判例25）も「被告人が姦淫を止めた主たる動機が、……自らの逮捕、その後の刑務所への服役を覚悟してまで強引に犯行を継続したくないとの点にあったとしても、なお、姦淫については被告人が自らの意思によりこれを中止したと認めるのが相当」としている。強姦罪以外の犯罪においても、任意性を否定するような「発覚のおそれ」とはあくまでまさに犯行の時点における発覚が念頭に置かれているといえる。たとえば、佐賀地裁昭和35年6月27日判決（下刑集2巻5＝6号938頁＝判例26）は、加重逃走未遂事件において、逃走のための穴を広げるために「これ以上石で叩くとその音で犯行が発見されると考えて、やむなく逃走をあきらめたものであることが明らかであるから、同被告人が自己の意思によって逃走を止めたものとはいうことができない」とし、大阪高裁昭和62年12月16日判決（判タ662号241頁＝判例27）は、窃盗に入った隣家からの通報により到着したパトカーの「発進音等から人の気配を察知し犯行の発覚を恐れた被告人において」共犯者に中止を呼びかけ、共犯者もこれに応じた、という事案について障害未遂としている<sup>21</sup>。

### (3) 嫌悪の情

強姦罪に特有の事情として、被害者の出血等に対する嫌悪の情が挙げられる。判例においては通常、嫌悪の情を抱いた場合には任意性が否定されている。たとえば、仙台高裁昭和26年9月26日判決（判特22号73頁＝判例28）は「月経帯を着しおるを確認した結果、嫌悪

---

<sup>20</sup> 岡山地裁平成24年10月5日判決（LEX/DB25483493）も「一般に、犯罪の発覚を恐れて犯罪を中止した場合には、中止犯は成立しないと考えられているが、これは犯罪が発覚しそうな具体的事情の下で中止した場合には、それが犯罪遂行の障害となるためであり、本件では、被害者が申告すると告げたわけでも、警察が事件を察知したというわけでもないから、同様に考えることはできない」と述べている。

<sup>21</sup> この他、最高裁昭和24年10月18日判決（集刑14号223頁）は強盗事件において、共犯者が被害者を脅迫している最中に、偶然訪れた第三者に被害者が助けを求めたのを知り、見張りをしていた被告人は共犯者を連れ出した事案において「被告人等の本件犯行が発覚し逮捕せられることを虞れた為である」として中止犯を否定し、東京高裁昭和31年1月17日判決（高刑集9巻1号9頁）は強盗未遂の事案において、被害者が精神遅滞者であって顔つきや風体が異様な者でありピストルを見ても驚きもしなかったことから「逮捕されることを恐れて犯行を中止するに至るは極めて一般的なこと」として中止犯を否定している。

の情を催して断念するに至」った場合、<sup>22</sup>これに対し、**大阪地裁平成 19 年 2 月 19 日判決 (LEX/DB28135106＝判例 29)** は「同女の陰部から出血していることに気付いて嫌悪感を抱いたため、その目的を遂げ」なかった場合に中止犯を肯定している。

#### (4) 打算・失望

**東京地裁昭和 43 年 11 月 6 日判決 (下刑集 10 卷 11 号 1113 頁＝判例 30)** は、強姦被害女性の同行者が溺れだしたので「若し溺死したならば同人に暴行を加えたりなどしている被告人らに責任がふりかかるという恐怖心から、同人の救助に赴くため本件犯行の中止も止むを得なかった」事案について「もはや被告人等の意思による中止とは言え」ないとし、**東京地裁平成 14 年 1 月 16 日判決 (判時 1817 号 166 頁＝判例 31)** は、姦淫せずに立ち去ったことにつき「本件犯行時に被害者の行動を支配しわいせつ行為を甘受させたような関係を維持しつつ、後日機会を改めて、より容易に姦淫の目的を遂げ、あわよくば被害者とのそのような性的関係を維持発展させたいとの期待の下に、被害者とその場で強いて姦淫するのは得策でないと考え、打算的に当面の姦淫行為を差し控えた」場合に中止を否定している。これに対し、**東京地裁平成 19 年 8 月 20 日判決 (LEX/DB28145220＝判例 32)** は、「被告人が被害女性との関係を良好に維持しておきたいとの願望の下に犯行を中止したこと」について「被告人が被害女性との関係をこれ以上悪化させたくないと考えて犯行を中止したとしても、それが直ちに中止未遂の成立を否定する方向に働くとは考えられ」ないと述べている。

また、**判例 1** は強盗罪に関して、予期していたよりも僅少の金しか出てこなかった点について、「被告人としては、予期に反して被害者等の所持金が僅少であったためばかりでなく、他面被害者の嘆きに憐憫を覚えて翻意し、犯行の遂行を思い止まるに至ったものと推察される」とした上で「単に予期のとおり金が存しなかったためというよりは、むしろ右憐憫の情に動かされて犯行の遂行を翻意したに因るものと解される」ので、予期通りの金が存しなかったという外部的障害のためというより「むしろ右のように憐憫の情を催した被告人の自発的な任意の意思に出でたるものと解する」としている。この事案においては、たしかに予期通りの金が存在しなかったという一種の失望は認められているものの、それよりもむしろ憐憫の情によって中止したことが認定され、任意性が肯定されている。予期通りの金が存在しなかったという客観的事情による障害未遂である、と主張していた検察官主張について「所論のような外部的障碍のために犯罪の遂行が妨げられたというより、むしろ」憐憫の情によると判示していることからして、仮に憐憫の情が存在しなかったとすれば、中止犯の成立は認められなかったと考えられる。

#### (5) 憐憫・同情

<sup>22</sup> 嫌悪の情が強姦において欲情を失わせるという意味では、**東京高裁昭和 39 年 8 月 5 日判決 (高刑集 17 卷 6 号 557 頁)** が、被害者の「露出した肌が寒気のために鳥肌たっているのを見て欲情が減退」したのも同様である。

被害者に対する憐憫の情や同情について言及する裁判例は、被害者を目前にする犯罪類型である強姦、殺人において非常に多くみられる<sup>23</sup>。

たとえば強姦罪に関して、大阪高裁昭和 33 年 12 月 9 日判決（判時 175 号 35 頁＝判例 33）は被害者である「同女がしくしく泣いていたので同情して姦淫することを断念した」事案、大阪地裁平成 9 年 6 月 18 日判決（判時 1610 号 155 頁＝判例 34）は「被害者を妊娠させることを可哀想に思い、姦淫することが怖くなって中止した」事案、大阪地裁平成 20 年 6 月 23 日判決（LEX/DB28145382＝判例 35）では「姦淫しようとしたが、その言動から同女が処女だと思いこみ、不憫に思ったため姦淫の目的を遂げ」なかった事案、岐阜地裁平成 24 年 6 月 12 日判決（LEX/DB25482087＝判例 36）では姦淫しようとしたが「同女に対し憐れみの情が生じたため中止し」た事案で中止犯の成立を肯定している<sup>24</sup>。

また殺人罪に関しては、大阪高裁昭和 33 年 6 月 10 日判決（裁特 5 卷 7 号 12 頁＝判例 37）は被害者である「同女が被告人のいうことはなんでもきくとって哀願したので、哀れみを覚えて殺害するに至らなかった」のであって「同女に対する愛情の念から殺害するに忍びず、任意にその実行を中止した」事案や、東京高裁昭和 51 年 7 月 14 日判決（判時 834 号 106 頁＝判例 38）は被告人が共犯者に「二の太刀を加えることを止めさせた理由として、被告人 X は……『A の息の根を止め、とどめをさすのを見るのにしのびなかった』『……A を殺してはいけないと思ひ……とどめを刺すのをやめさせた』と述べているのであって、かかる動機に基づく攻撃の中止は、法にいわゆる自己の意思による中止」であるとした事案、判例 12 が「決定的な殺害行為には及ばないうち、出血状態を見て驚愕するとともに強い憐憫の情によって妻の生命を奪い去ることを欲せず、その遂行を思い止まった」事案、名古屋高裁平成 2 年 1 月 25 日判決（判タ 739 号 243 頁＝判例 39）は「被告人は、A の悲しそうで苦しそうな目を見て、憐憫の情を催し、ロープを引っ張る力の手を抜き、A を殺害しようとの気持ちを持てなくなった」のであり、「何よりも決定的な原因は A の悲しそうで苦しそうな目を見たことにより A に対する愛情の念が生じたことによる」のであるとした事案、名古屋高裁平成 2 年 7 月 17 日判決（判タ 739 号 243 頁＝判例 40）は「被害者がうめき声をあげたので、我に返るとともに可愛そうになり、続けて刺すのを止め」た事案、福岡地裁平成 24 年 3 月 16 日判決（LEX/DB25481182＝判例 41）は被害者が「やめるよう懇願したので、かわいそうだと思い、犯行を中止した」事案で中止犯の成立を肯定している<sup>25</sup>。また東京地裁平成 7 年 10

<sup>23</sup> 被害者を目前にしない放火については、同じ広義の後悔に分類される反省・悔悟については言及するものはみられるが、憐憫・同情に言及するものは見られない。

<sup>24</sup> その他、福岡高裁昭和 29 年 5 月 29 日判決（高刑特報 26 号 93 頁）、東京地裁平成 19 年 8 月 20 日判決（LEX/DB28145220）、岡山地裁平成 24 年 10 月 5 日判決（LEX/DB25483493）で憐憫の情に言及している。

<sup>25</sup> この他、東京地裁平成 2 年 5 月 15 日判決（判タ 734 号 246 頁）、浦和地裁平成 4 年 2 月 27 日判決（判タ 795 号 263 頁）、札幌高裁平成 13 年 5 月 10 日判決（判タ 1089 号 298 頁）、名古屋高裁平成 19 年 2 月 16 日判決（判タ 1247 号 342 頁）などが憐憫の情に言及している。

月 24 日判決（判時 1596 号 129 頁＝判例 42）では娘である被害者が『お父さん、助けて』と言ったのを聞いて B 子のかわいそうに思ったことによるものであるから、右行為はいわゆる憐憫の情に基づく任意かつ自発的なものであったと認められる」と述べている<sup>26</sup>。

その他の犯罪類型では、判例 1 が強盗罪に関して『これをとられたら明日米を買う金もない』と涙を流すのを見て、一面憐憫の情を覚え、右現金には何等手を触れないで同人方を立ち去った」として「憐憫の情を催した被告人の自発的な任意の意思」が認められている。

## （6）悔悟・反省

反省や悔悟、あるいは大変なことをした、といった自己の犯罪に対する否定的評価を伴った動機を任意性の認定において挙げる判例もまた多い。

放火罪に関し、古くは大審院昭和 2 年 7 月 4 日判決（大審院裁判例（2）刑 17 頁＝判例 43）は「被告は頓に悔悟し直ちに水を注ぎてこれを消し止めたるものなり」とし、和歌山地裁昭和 38 年 7 月 22 日判決（下刑集 5 巻 7＝8 号 756 頁＝判例 44）は「その火勢を見て俄かに悔悟の念にかられ」て身の危険を顧みず消火活動をした事案において任意性を肯定している。

強姦罪に関して、判例 32 が、被害者が「突然しゃがみ込んで泣き出したために同女を可哀想に思うとともに、自責の念に駆られ」た事案中中止犯を認める一方で、判例 25 は「被告人が姦淫を止めた主たる動機が、同女への憐憫の情や真摯な反省から出たものではなく、自らの逮捕、その後の刑務所への服役を覚悟してまで強引に犯行を継続したくないとの点にあったとしても、なお姦淫については被告人が自らの意思によりこれを中止した」として、また静岡地裁平成 22 年 1 月 21 日判決（LEX/DB25441771＝判例 45）では「後悔の気持ちを主たる原因として姦淫行為を中止したとは言い難い」としつつ中止犯を肯定している。

殺人罪に関して、判例 10 が、睡眠薬を飲ませた被害者が口から泡を吹き始め、脈も速くなってきた様子に驚き、「間もなく大変なことをしたと悟り」110 番通報をした事案、判例 11 で「驚き、はっと我に振り返りどうせ殺したところで一緒になれないのなら、殺さないで助けて別れた方がよいと考え直して、同女に対する殺害行為の継続を思い止まり」救助行為をとったことにつき「反省にもとづく任意のもの」とした事案、判例 13 は「被害者の右出血に驚がくしたことがきっかけとなって、正気を取戻し、……その行為を反省し、積極的に被害者を救助すべく決意したものであって、任意の意思に基づくものである」とした事案、判例 14 は「被告人は、A 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、A 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

<sup>26</sup> ただし、任意になされた中止行為により現実に結果の発生が防止されていないとして中止犯の成立は否定されている。

えられ、以上によると、本件の中止行為は、……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」とした事案、**判例 15** が被害者の「多量の出血を見て、驚愕すると同時に大変なことをした、あるいは妻に悪いことをした、とあって」119 番通報、110 番通報をした事案、**神戸地裁平成 14 年 2 月 15 日判決 (LEX/DB28075164＝判例 46)** において「被告人が 119 番通報したのは、被告人が、大変なことをしてしまったと思ったことによるものであるから、……被告人の任意かつ自発的なものであったと認められる」と述べられた事案、**大阪地裁平成 14 年 11 月 27 日判決 (判タ 1113 号 281 頁＝判例 47)** で被害者 A が「激しく苦痛を訴えるのを見て我に返り、反省悔悟し、A が助かるのであれば、病院に連れて行こうと考え」救助措置をとった事案、**長崎地裁平成 16 年 6 月 30 日判決 (LEX/DB28095541＝判例 48)** において「被告人は、驚き、後悔の念によって任意に犯行を中止したと認められる」とされた事案、**青森地裁弘前支部平成 18 年 11 月 16 日判決 (判タ 1279 号 345 頁＝判例 49)** が「被告人は、……大変なことをしてしまったと考えて、すなわち本件犯行を反省する気持ちから、殺意を失ってそれ以上殺害行為に及ばなかったもの」であるとされた事案、**東京地裁平成 19 年 1 月 25 日判決 (LEX/DB28145153＝判例 50)** の被害者の「説得により、我に返るとともに犯行を悔悟し、119 番通報、すなわち、中止行為に至った」事案、**青森地裁平成 26 年 12 月 8 日判決 (LEX/DB2550536＝判例 51)** は腹部を突き刺すなどした後「事の重大さに気付き直ちに」救急車を呼ぶなどした事案などで中止犯が肯定されている<sup>27</sup>。

#### (7) 客観的な障害の不存在

任意性を肯定する際には、犯行当時の状況を前提として、犯行を完遂する障害が客観的に存在しなかったことしばしば認定される。そのような障害が少なくとも外部的に存在しないことは、犯行を中止したことが行為者の内部的事情によるものであることを推認させることになる。

強盗罪に関する**判例 1** においては、被告人が差し出された現金について「これを奪取できない特別の事情も何ら認められないに拘らず全然手を触れないで立ち去った点から見ると、単に予期のとおり金が存しなかったためというよりは、むしろ右憐憫の情に動かされて犯行の遂行を翻意したに因るものと解される」として任意性を肯定している。

さらにたとえば、強姦罪に関して、**判例 24** は、「〔1〕本件は、周囲に田圃が広がるなど周囲の状況からして「右犯行が通行人や付近の住民に発見されて未遂に終わる等の蓋然性は、まず存在しない状況であったこと（換言すれば、本件については、犯行を未遂に導くような客観的、物理的ないし実質的障害事由は存在しなかったこと）、〔2〕被告人は、被害者に哀願された時点では、既に、判示のような暴行・脅迫により被害者の反抗を抑圧した上、

<sup>27</sup> この他、**判例 28**、**東京地裁昭和 40 年 4 月 28 日判決 (判時 410 号 16 頁)**、**判例 11**、**判例 20**、**東京高裁昭和 62 年 7 月 16 日判決 (判時 1247 号 140 頁)**、**名古屋高裁平成 19 年 2 月 16 日判決 (判タ 1247 号 342 頁)** において反省・悔悟等に言及されている。

下半身の着衣を全て脱がせた状態にまでしてしまっていたこと、〔3〕被害者は、当初は悲鳴をあげて必死に抵抗したが、下半身裸にされたのちにおいては、大声をあげることもなく、ただ『やめて下さい。』などと哀願しながら、姦淫を嫌がっていただけであることが明らかである。そして、右のような状況のもとにおいては、25歳の屈強な若者である被告人が、17歳の少女である被害者を強いて姦淫することは、比較的容易なことであったと認められる」とし、**判例 34**は「客観的には、被告人が被害者を姦淫することは容易な状況にあったと考えられる。それにもかかわらず、被告人が姦淫に及ばなかったのは、何らかの主観的要因が作用したためであるとみざるを得ない」とし、**判例 25**は「被告人は、被害者をホテルの客室内に連れ込んでドアに施錠して密室状態にし、第三者によって本件犯行が覚知されるおそれのない状態で、同女の衣服を脱がせて姦淫に及ぼうとしていたのであり、その間の同女の抵抗も特段効を奏していなかったのであるから、被告人の犯行の遂行にとって実質的な障害となる事由は何ら発生していなかった」こと、**判例 32**は「本件が、深夜の時間帯にマンション居室内の密室で二人きりの状況下に行われたものであって、被告人と被害女性との間には少なからぬ体格差があったことなどにも照らすと、被告人が犯行を継続することは客観的には容易な状況にあったといえることができる」とし、「被告人が姦淫行為を断念しなければならないような事情はな」いことを認定して、いずれも任意性を肯定している。

また殺人罪に関して、**判例 38**は、「被告人らとしては、Aを殺害するため更に次の攻撃を加えようとすれば容易にこれをなしえた」状況にあったが「被告人らは次の攻撃を自ら止めている」とし<sup>28</sup>、**判例 12**は「客観的には殺害可能な状況にあったのに」中止したこと、**判例 13**は「深夜、密室において、無抵抗の被害者と二人きりの状況にあることを考えると、容易に殺害の目的を遂げたであろうことは推察するに難くない」こと、**判例 39**は被告人が抵抗していたとはいえ「大の男である被告人がロープを引っ張り続けようとするれば、それが可能であったという状況も認められる」こと、**判例 47**は「本件で、被告人は、実行行為終了後も、なおAの生死についていわばこれを支配する立場にあり、犯行を完遂することも可能であった」こと、**判例 48**は「攻撃を継続しようと思えば攻撃できたにもかかわらず、その後の攻撃をしていない。したがって、被告人の犯行は、外的な障害によって阻止されたものではない」こと、**判例 49**は「積極的に被害者を殺そうと考えるに至った犯人と頸部を締め付けられて失神した被害者とが居室内に二人きりであったという状況」を認定していずれも任意性を肯定している。

### ③ 検討

まず、従来任意性を否定する方向に働く要素として、自身の犯行が引き起こした出血等に対する驚愕・恐怖と犯行発覚のおそれ・反省悔悟等の事情とでは、次元が異なるというべき

---

<sup>28</sup> 原審である浦和地裁昭和51年3月1日判決も「被告人らにおいて、Aを殺害すべく、さらに攻撃を加えようと思えばこれを妨げる事情が存しなかったのに攻撃を止めているのであるから、被告人らの任意の意思により犯行を中止したものと推認される」としている。

であろう。たしかに古い判例では、驚愕のみを原因として挙げて任意性を否定する判例がみられないわけではない。しかし、一般に驚愕はたしかに犯行を一時「中断」する事情になるとはいえるだろうが、必ずしも犯行を「中止」させるような強制的影響を行為者に与える動機ではない。仮にその後驚愕がおさまれば再度犯行を継続することが可能な状態にあり、かつ、自由な意思で中止したといえれば任意性を肯定すべきである。判例 12 が「犯罪の実行に着手したが、高度の情操を働かせてこれを止めるような者は、外部的障害（たとえば流血）を認識するのは通常であり、かつこれに驚愕する情を懐くのも亦通常であって、かかる場合すべて任意の意思を否定するのは妥当ではな」と述べているのはそのような趣旨に理解することができる。それに対して、犯行発覚のおそれや反省・悔悟といった事情は、それを抱いた時点ではもちろん犯行を一時「中断」する事由になるであろうし、その後の犯行を「中止」する動機になる。従来、「驚愕と憐憫の情が併存することはあり得ることである<sup>29</sup>等といわれることがあり、そのような認定を行っている判例も数多くみられるが<sup>30</sup>、それはこのような意味に理解することができるのであって、両者は任意性認定において同レベルに扱われるべきものではない<sup>31</sup>。

憐憫・同情と反省・後悔とは、「広義の後悔」といわれてひとまとめの扱いを受けることが多く<sup>32</sup>、裁判所もこれの両者に言及するものが多くみられるのも事実である。たとえば、東京地裁昭和 40 年 4 月 28 日判決（判時 410 号 16 頁＝判例 52）は殴られた被害者が茫然自失している様子に「可哀想に思うと同時に A に対し済まないことをしたと思っ」て殺害を思い止まり、病院に運ぶ等した事案について、殺害行為を継続しなかったのは「水に濡れ頭か

---

<sup>29</sup> 小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決 50 選（上）〔第 2 版〕』（2013 年）252 頁〔中桐圭一〕。

<sup>30</sup> たとえば、判例 11 は明示的に「本件驚愕は、これによって身体の硬直を来たすなど被告人の行為継続に障害となるべき状態を引き起こしたのではなく、被告人に反省の機会を作った一つのきっかけに過ぎない」と述べているし、判例 14 も「本件において、被告人が中止行為に出た契機が、……驚愕したことにあることは前記認定のとおりであるが、中止行為が流血等外部的事実の表象を契機とするすべてについて、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には、任意の意思によるものとみるべき」と述べている。判例 48 も同様。

<sup>31</sup> なお、恐怖・驚愕という両者の関係性については、「恐怖・驚愕」と両者に併せて言及するものがみられるが、厳密に言えば恐怖は驚愕を含む概念という理解が可能であろう。すなわち、驚愕は本文中に述べたように犯行を「中断」する時点についての行為者の心情であるのに対して、恐怖は犯行を「中断」した時点についての行為者の心情であると同時に、その後も恐怖に支配されることによって犯行を続行できなくなるといえる。したがって、恐怖の方が驚愕よりも犯行を続けられなくなる心情になりやすいという意味で任意性が否定されることにつながりやすい。実際、中間結果に対する恐怖まで言及するもので任意性を肯定しているのは判例 5 のみであり、その他の判例 4 の原審、判例 17、判例 18、判例 19 は任意性を否定している。

<sup>32</sup> たとえば、佐久間・前掲注 6) 334 頁など。

ら血を流してうずくまっている A の姿を見て憐憫を覚えて翻意し、自己の行為を反省悔悟したことによるものと認めるのが相当」としている。本判決にみられるように「可哀想」というような同情や憐憫の情はいわば驚愕同様に「翻意」するきっかけであるにとどまる場合もある。たとえば、**判例 12** では「出血状態を見て驚愕するとともに強い憐憫の情によって」殺害行為の遂行を思い止まったことが認定された後、「自己の意思」の認定においては一般人（通常人）基準のみを用いている。もちろん、驚愕に比べればその後に中止行為に出る可能性は一般に高いといえるかもしれないが、反省、悔悟と異なり、被害者に「同情」あるいは「憐憫」の情を抱くことは、現実の規範意識の覚醒を示す感情とはいいがたく、それによる責任減少を肯定できる要素ではないのではなかろうか。

また、任意性判断において言及される事情は、恐怖、発覚のおそれのように、行為者の自由意思に対して犯行を中止させるような強制的影響を与える客観的事情となり得る事情と、反省・悔悟、あるいは打算のように動機への質的な評価がなされている事情に分けることができる。そうすると、前述したように、従来は判例は客観説と限定主観説の併用がなされている、という評価がなされることが多かったが、その一般人基準による判断、また中止動機の質的評価の内実、またそれぞれの関係についてさらに検討を加えることが必要となろう。

## 2 任意性判断における基準

### ① 「一般人基準」の意義

任意性の基準について、判例の見解は客観説であると評価されることが多い<sup>33</sup>。確かに、判例は経験上一般に、あるいは通常人であれば、という表現を肯定例・否定例いずれも用いているし、大審院および最高裁判所は、いずれも任意性を否定した判例においてそのように述べている。

古くは放火罪に関して、**判例 21** が「犯罪の発覚を恐ることは経験上一般に犯罪の遂行を妨ぐるの事情足り得べきもの」なので障害未遂であるとし、強姦罪に関して**判例 8** は陰部に挿入した指が血にそまっているのをみて驚愕して姦淫を中止した「かくのごとき諸般の情況は被告人をして強姦の遂行を思い止まらしめる障礙の事情として、客観性のないものとはいえない」「驚愕の原因となった諸般の事情を考慮するときは、それが被告人の強姦の遂行に障害となるべき客観性ある事情である」とした。また**判例 19** は殺人罪に関し「所論のように被告人において更に殺害行為を継続するのがむしろ一般の通例であるというわけにはいかない」と述べている。

#### (1) 「一般人基準」により任意性を否定した下級審判例

その後<sup>34</sup>、下級審においても札幌高裁昭和 36 年 2 月 9 日判決（下刑集 3 卷 1=2 号 34 頁

<sup>33</sup> 今井ほか・前掲注 5) 339 頁〔橋爪〕、立石・前掲注 5) 278 頁以下。

<sup>34</sup> これ以前にも、東京高裁昭和 31 年 1 月 17 日判決（高刑集 9 卷 1 号 9 頁）。



＝判例 53) は、強姦しようとした被害者が急病を装って倒れるふりをした事案につき「客観的にもこのような事態の発生は強姦犯人に対し通常犯罪の遂行に対する障害になったといわなければならない」とし、東京高裁昭和 39 年 8 月 5 判決（高刑集 17 卷 6 号 557 頁＝判例 54) は、強姦の被害者の露出した肌が鳥肌だっていたのを行為者が見たことにつき「一般の経験上、この種の行為においては、行為者の意思決定に相当強度の支配力を及ぼすべき外部的事実が存したものである」とし、判例 30 は、強姦の被害者の同行者が逃走しようとして溺れかかっているという「このような状況は、被告人に本件犯行を思いとどまらせる障碍の事情として、客観性があるものと認められるから、本件は障碍未遂と認めるのが相当」とした。近年でも、判例 31 は、「被告人が姦淫行為に及ばなかったのは、通常姦淫行為に及ぶことの障害となり得る被害者の抵抗に遭ってその契機を失ったためである」とし、東京地裁平成 16 年 12 月 7 日判決（LEX/DB28105356＝判例 55) は「姦淫しようとする相手が生理中であることは、……通常、姦淫を思いとどまらせる客観的事実となり得る」「姦淫しようとする相手が性病に罹患していることは、……通常その犯行を思いとどまらせる客観的事実となり得る」とし、大阪地裁平成 17 年 5 月 25 日判決（LEX/DB28135088＝判例 56) は「被害者が『心臓が悪い。』などと言って苦しそうな様子をした……かかる事情は、姦淫行為を行うことにより、場合によっては同女の健康状態に重大な悪影響を及ぼすのではないかという不安感を与え、一般に姦淫行為に及ぶことを躊躇させる事情である」として、いずれも任意性を否定している<sup>35</sup>。

## (2) 「一般人基準」により任意性を肯定した下級審判例

客観的基準を用いて任意性を肯定した判例としては、判例 12 は「客観的には殺害可能な状態にあったのに、妻をいとおしむ気が先立ち急所を刺撃しえず、傷害の程度の物語る如く、決定的な殺害行為に及ばないうち、出血状態を見て驚愕するとともに強い憐憫の情によって妻の生命を奪い去ることを」欲しなかった事案につき、「通常人があえてなしうるのに、行為者はなすことを欲しないという意思の認められる場合は、その意思が外部的障害を契機として生じたにせよ『自己の意思』あるものと解するのを相当とする」とし、判例 14 も「外部的障害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出たときには、任意の意思によるものとみるべきである」としたうえで、犯行が早朝に第三者のいない飲食店内でなされたことからすれば、自己の罪責を免れるために被害者を放置して逃走することも十分考えられるのであるから、「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る」としている。東京高裁昭和 62 年 7 月 16 日判決（判時 1247 号 140 頁＝判例 57) は、被害者が被告人の一撃を防御した上で、被告人に取りすがって謝罪し、助命を嘆願したことを契機としてれんびんの情を催し、

<sup>35</sup> 横浜地裁平成 24 年 9 月 21 日判決（LEX/DB25482900）も同様。

タクシーで被害者を病院に運んだ事案において、「一般的にみて、そのような契機があったからといって、被告人のように強固な確定的殺意を有する犯人が、その実行行為を中止するものとは必ずしもいえず、殺害行為を更に継続するのがむしろ通例である」とし、**札幌高裁平成13年5月10日判決（判タ1089号298頁＝判例58）**は、被害者が機転を利かせて被告人の要求に応じる旨や気を引くような言動を繰り返したということが「被告人の気持ちを揺さぶり、被告人が同女を病院に運ぶに至った契機にはなっているけれども、一般的にみて、前記のような経過・状況のもとに、一旦相手女性の殺害や無理心中を決意した者が前記のような言葉にたやすく心を動かし犯行の遂行を断念するとは必ずしもいえない」として、いずれも任意性を肯定している<sup>36</sup>。

### (3) 「一般人基準」の位置づけ

もっとも、これらの判例も一般人基準を適用するというもののみによって、任意性を肯定したり否定したりしているわけではない。

そもそも**判例19**が「一般の通例」に言及したのは、判示に「所論のように」とあるように弁護人の上告趣意が「仮に被害者から自己の行動を覚知されたと思えば斯る種類の犯罪の場合には却って強力にその犯行を続行して『死人に口なからしめ』をもって犯跡を蔽わんとすることが通例である」と主張したことに応えたためである。その上で、「母の流血痛苦の様子を見て今さらの如く事の重大性に驚愕恐怖するとともに、自己当初の意図どおりに実母殺害の実行完遂ができないことを知り、これらのために殺害行為続行の意力を抑圧せられ」たのであって「被告人が犯行完成の意力を抑圧せしめられて本件犯行を中止した場合には、犯罪の完成を妨害するに足る性質の障がいに基づくものと認むべきであって」中止犯ではない、としており、結局は行為者自身の犯罪実行意思を妨げる外部的障害の存在により任意性が否定されているのである。**判例53**も、被害者の仮病を信じたことが客観的な障害としてだけでなく、「被告人の主観においてこの事態が犯行の遂行に対する障害になっている」ことが認定されている。また**判例56**も一般人基準を示した後「被告人自身、姦淫行為に及ぶことにより同女の健康状態に悪影響を及ぼすことを恐れて犯行を断念したものと認められる」としているのである<sup>37</sup>。

反対に、一般人基準を適用することのみによって任意性が認められているわけでもない。**判例14**は通常人基準の言及の後に、「また」と並列の接続詞によって大変なことをした、という反省、悔悟の情を認定し、これらを併せて受ける形で「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」としている。**判例57**も、「一般的にみて……殺害行為

<sup>36</sup> この他、判例24、判例15、判例47、判例49、大阪地裁平成26年5月26日判決（LEX/DB25504177）で一般人基準に言及して中止犯の成立が肯定されている。

<sup>37</sup> この他、判例54、判例30、判例55、判例56も同様に一般人基準を示して任意性を否定しつつ、行為者自身の内心状況も同様に任意ではなかったことを判示している。

を更に継続することがむしろ通例であるとも考えられる。ところが、被告人は……Aの哀願にれんびんの情を催して、あえて殺害の実行行為を中止した」として、行為者本人の心理状態を最終的に認定している。判例58にはこの傾向がよりはっきりとあらわれている。判例58の原審は、被害者の言動により「同女を殺害して自分も死ぬ必要がなくなったのであり、このため同女を病院に運んだと認められるのであって、このような事態の発生は、被告人のような心理状態にある者にとって、犯罪の実現への意欲を喪失させるものとして、社会通念上、犯罪の実現に対する客観的障害となると考えるが相当である」から中止犯ではない、としていたのであり、判例58における、被害者の言動が「一般的にみて……犯罪の遂行を断念するとは必ずしもいえない」という判示は原審の認定を否定する文脈に過ぎない。札幌高裁は「実際被告人の場合も、同女の言葉により直ちに犯罪の遂行を断念したわけではない」として、被告人が被害者を病院に運ぶ過程で道の選択をなお迷っていた過程を認定した上で<sup>38</sup>「最終的には、同女を救命することに意を決し、そのまま直進して病院に向けて車を走らせたのである。……被告人は、同女の、店をやめるとか被告人のことが好きだったという言葉に触発されて心を動かされたものではあるが、苦しい息の中で一生懸命訴え続けている同女に対する憐憫の気持ちなども加わって、あれこれ迷いつつも、最後には無理心中しようなどという思いを吹っ切り、同女の命を助けようと決断したと解されるのであって、このような事情を総合考慮すると、被告人は自らの意思で犯行を中止したと認めるのが相当である」としている<sup>39</sup>。

このようにみえてくると、裁判所は一般人を基準とした任意性判断を行っている、すなわち客観説と採用しているといえるかは疑問である。任意性のような行為者の主観的な事情<sup>40</sup>は直接外から見るができないため、実体法的要件としての最終目標はあくまで主観的な事情としつつも、その存在は客観的に表れた行為、外部的事情等からこれを認定するほかない<sup>41</sup>。したがって、行為者に認識された外部的事情自体の性質として、それが一般的に考えれば任意性を肯定できるような（あるいは否定するような）事情であれば、行為者本人にとっても、それを覆すような特別の事情が存在しない限り任意性が肯定できる（あるいは否定される）状況であった、ということが推認できることになる。上述したように、任意性を否定する場合には、一般人基準によれば強制的影響が与えられるような状況で、かつ実際に行

<sup>38</sup> 和田俊憲「判批」判セレ2002・30頁は「行為者の迷いが自動車の運転経路に客観化されていた」ことを指摘する。

<sup>39</sup> 本判決について、主観説的であるという評価もみられる。たしかに行為者自身の決断を認定しているのは間違いないが、「そのような事情を総合考慮」して「自らの意思」かどうかを評価しているのであって、折衷説に分類するのがよいと思われる。

<sup>40</sup> 行為者の認識と関係ない外部的事情に対する一般的评价を下すのが「客観説」であるとするれば、この立場からは任意性は行為者の主観的な事情とは言い難いかもしれない。しかし、そのような「客観説」は妥当ではないと正当にも批判されているし（たとえば）、またそのような「客観説」を実際に主張している論者はいないと考えるべきであろう。

<sup>41</sup> 高橋則夫ほか『理論刑法学入門』（2014年）161頁〔杉本一敏〕。

為者本人にとっても自由な意思により中止したとはいえないとし、任意性を肯定する場合には、一般人基準によれば強制的影響が与えられる状況ではなく、かつ行為者本人にとっても実際に自由な意思により中止したことが認定されている判例が数多くある。これらのように、行為者基準による結論と一般人基準による結論とが一致している場合が多くみられることは、一般人基準が、それ自体が実体法的要件たる任意性そのものを導くものというよりも、行為者本人の主観的事実を裏付ける事情として用いられていることを示しているといえるのではないだろうか。

これに対して、行為者を基準とした場合と、一般人を基準とした場合とで判断が分かれ得るのは、①行為者としては自由な意思で決断しているが、一般人基準によれば強制的影響を受けるような場合と、②行為者としては強制的影響を受けているが、一般人基準によれば強制的な影響を受けない場合、であるが、このような場合について任意性を判断した事例は見られない<sup>42</sup>。

たとえば、**判例 8**の事案が「客観性のないものとはいえない」とした事情は、「性交の経験が全くなかったため、容易に目的を遂げず、かれこれ焦慮している際突然……電車の前燈の直射を受け、よって犯行の現場を照明されたのみならず、その明りによって」陰部に挿入した指が血にそまっていたので「性交の経験のない被告人は、その出血に驚愕して姦淫の行為を中止した」という事情である。このような驚愕は、前述したような単なる犯行を一時中断する契機としての驚愕にとどまらず、その後の犯行中断を余儀なくさせる驚愕といえるように思われる。

## ② 「広義の後悔」の扱い

いわゆる広義の後悔といわれる事情に裁判所が言及することについては、限定主観説を採用しているとの理解もありうる<sup>43</sup>。たしかに、広義の後悔の存在のみに言及して任意性を肯定する判例もみられる<sup>44</sup>。しかし同時に、広義の後悔の他にさまざまな事情が併せて言及されることも多く、とりわけ、通常人基準による外部的障害の判断と併せて言及する判例が多い。たとえば、**判例 14**は「外部的事実の表象が中止行為の契機に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でるとは限らない場合であっても、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には、任意の意思によるものとみるべきである」とした上で、『大変なことをした。』と

---

<sup>42</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）367頁は「行為者の認識した事情が一般の経験上犯行の障害となるものでなかったとしても、行為者にとって現に障害となっていたことが明らかであれば、判例が客観説の立場から任意性を肯定するとは思われない」と指摘している。

<sup>43</sup> 西田・前掲注4) 321頁以下。

<sup>44</sup> たとえば、**判例 43**、**判例 28**、**判例 37**、**判例 33**、**判例 44**、**判例 52**、**判例 11**、**東京地裁平成2年5月15日判決（判タ734号246頁）**、**判例 35**、**判例 41**、**判例 36**、**判例 51**などが挙げられる。

の思い」や中止行為に「本件犯行に対する反省、悔悟の情が込められている」ことなどを指摘し、「本件の中止行為は……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」とし、**判例 57**は「一般的にみて、そのような契機があったからといって、被告人のように強固な確定的殺意を有する犯人が、その実行行為を中止するものとは必ずしもいえず、殺害行為を更に継続するのがむしろ通例であるとも考えられる」とした後、被告人は「Aの哀願にれんびんの情を催して、あえて殺人の実行行為を中止したものである」としている<sup>45</sup>。行為者が反省して中止したというような、広義の後悔の存在は、中止の動機が質的に「よい」ものであるという意味だけでなく、その前提として当然に行為者が強制されない自由な意思によって中止を選択した、という意味を含むと考えるべきである<sup>46</sup>。**判例 58**が被害者である「同女に対する憐憫の情なども加わって……同女の命を助けようと決断したと解される」と述べているのもそのように理解することができる<sup>47</sup>。

これに対し、そもそも広義の後悔が存在しないことを、任意性を否定する理由として挙げる判例は多くない。**判例 19**が「被告人の良心の回復又は悔悟の念に出でたるものであることは……首肯し難い」と述べているのは弁護人の主張に対する判示であり、結局は「母の流血痛苦の様子を見て今さらの如く事の重大性に驚愕恐怖するとともに、自己の当初の意図どおりに実母殺害の実行完遂ができないことを知り、これらのため殺害行為続行の意力を抑圧せられ」たことを認定し、「被告人が犯行完成の意力を抑圧せしめられて本件犯行を中止した場合は、犯罪の完成を妨害するに足る性質の障がいに基づくものと認むべきであって」中止犯ではないとし、**大阪地裁平成 2 年 10 月 17 日判決 (判タ 770 号 276 頁＝判例 59)**は「被告人が姦淫行為に至らなかった動機が、被害者に対する憐憫、同情等の内面的要因に基づく自発的な犯行の断念にあったものとは認められない」と述べているが、併せて「被告人において隣室の幼児の存在が気になり、被害者の拒否にもかかわらず強いて姦淫にまで及ぼうとすれば、いつ右幼児や被害者に騒ぎ立てられるかもしれない状況となったため、姦淫を遂げることを諦めた」ことや「被害者が……被告人に腹痛と産後の身であることを訴え、姦淫を拒絶する態度を示したため、その予期しない言動に姦淫を遂げる意欲をそがれた結果、これを中止したものと認められる」として任意性を否定している。また**和歌山地裁平成**

---

<sup>45</sup> これら 2 つの高裁事例の広義の後悔への言及の仕方について、塩見・前掲注 1) 77 頁は「単なる事実の適示にすぎないと見られなくもないような抑えた言及にとどめている」と述べる。

<sup>46</sup> 主観説および客観説と、限定主観説とが異なるレベルの学説であり、相互排他的な関係にないことについて鈴木一永「中止犯における任意性について」早法 90 巻 3 号 (2015 年) 187 頁以下 (本稿第 3 章第 1 節)。特に、広義の後悔に基づいて中止した場合には、主観説における行為者基準での自由意思は肯定される (井田・前掲注 8) 431 頁参照)。前述したように、外部的障害の不存在は少なくとも、一般人基準による外部的強制状況の不存在を示すものであり、中止が何らかの行為者の内部的原因によるものであることを推定させる。広義の後悔がさらに認められれば、恐怖等に強制されたわけではない行為者の自由な意思により中止したといえる。

<sup>47</sup> この点を捉えて、**判例 58**が主観説を採用したといわれることもある。

18年6月28日判決(判タ1240号345頁=判例60)も「被告人の中止行為が何ら反省、悔悟、憐憫等の心情に基づくものでないことも明らかである」としているが、被害者の女性から口淫という予期しない「申出は、性欲が著しく昂進していたという被告人の当時の心理状態のもとで、十分犯罪遂行の外部的障害となりうるものであったと評価できる」とも述べて任意性を否定している。このように、判例は任意性を否定する場合に、広義の後悔の不存在のみを理由としているわけではない。

また、広義の後悔が必要ないことにわざわざ言及して任意性を肯定した判例もわずかながらみられるところである。たとえば判例24は「犯人の主観が、憐憫の情にあったか、犯行の発覚を恐れた点にあったかによって、中止未遂の成否が左右されるという見解は、当裁判所の採らないところである」と述べ、判例45は「被告人が、抵抗しなくなった被害者に対し、立ち去る際も含めて2回にわたって接ふんをしたことに照らしても、後悔の気持ちを主たる原因として姦淫行為を中止したとは言い難いものの、中止犯が成立する」としている。

このようにみてくると、少なくとも、広義の後悔を任意性肯定の必要条件とするという意味における限定主観説が判例においてとられているとは言い難いであろう<sup>48</sup>。それでは、広義の後悔に判例が言及する点についてはどのように考えるべきであろうか。まず、広義の後悔を抱きながら中止した、という事情は少なくとも量刑上は被告人に有利な事情であり、これを認定することには意味がある<sup>49</sup>。そしてなにより、広義の後悔による中止を認定することで、行為者の主観が何らかの強制的影響を受けていなかったということも同時に示すことができる<sup>50</sup>。このようにみてくると、この概念は、これまでなされてきたように特に弁護

---

<sup>48</sup> 任意性の必要条件を客観説で画し、肯定する際には広義の後悔に言及する傾向、で広義の後悔の任意性判断におけるウェイトは低下してきているという理解(佐藤拓磨「判批」刑ジャ10号(2008年)119頁以下)があるが、広義の後悔が認められることで任意性が高度になる、という理解をしているのだとすれば疑問であろう。和田・前掲注1)693頁以下は、判例14につき、「障礙の大きさの要素と動機の倫理性の要素とが量的問題とされた上で、後者の不足分を前者が補い、双方が相俟って初めて任意性を基礎づけている」と分析した上で、判例のこの態度は2つの要素を「責任減少の下に統一的な把握」することで理解可能であるとし、いずれか単独でも任意性を肯定し得る立場をとっている、と整理している。しかし、本文中にも述べたように広義の後悔を必要とするかしないか、は自由意思の存在あるいは非強制性とは別の問題であり、広義の後悔が存在することで他の基準のハードルが下がる、というような相互関連的な理解は必然ではないように思われるし、広義の後悔のみに言及しているように見えても、自由意思の存在あるいは非強制性を当然の前提として併せて示している、という理解も可能であって、自由意思が存在しないが非常に後悔している、というような場合に任意性を裁判所が認めるとは思われない。

<sup>49</sup> 松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』(2009年)245頁以下は、広義の後悔による中止の場合には原則として免除を認めるべきであると主張するが、少なくとも裁判所はそのような立場はとっていない。

<sup>50</sup> 伊藤渉ほか『アクチュアル刑法総論』(2005年)275頁〔安田拓人〕、佐伯・前掲注39)366頁以下、橋本正博『刑法総論』(2015年)215頁。野澤・前掲注1)153頁は「限定主観説は、基準として示されているのではなくて、『中止犯を認める』という結論を正当化するための『後づけの事情』として示されているものとも言える」と述べている(同「判

側から主張され、裁判所がそれを採用する形で、任意性が肯定される場合において広義の後悔へ言及される傾向は続くであろうと考えられる。そして広義の後悔の上述のような役割からすると、限定主観説を採用しない立場からも妥当な認定手法であると評価できよう<sup>51</sup>。

## 第2款 中止行為の態様と任意性

任意性とは中止行為を任意にすることを意味することから、任意にする「対象」である中止行為が任意性を認定する前提として必要である<sup>52</sup>。また文言上も、「自己の意思により犯罪を中止した者」が中止犯となるどころ、「自己の意思」すなわち任意性は「犯罪を中止」すること、すなわち中止行為にかかっていると考えられる。そして判例において中止犯が論じられる場合、着手未遂か実行未遂かによって中止行為の態様が異なる。すなわち実行に着手したが行為を完了していない着手未遂においてはその後の犯行を放棄すればよいが、行為を完了している実行未遂においては結果防止のための積極的行為が必要であるとされるのである<sup>53</sup>。したがって、任意性の問題としては、着手未遂においては当該犯行を止める不作為が任意であったかが問われ、実行未遂においては当該積極的行為が任意になされたか、が問われるべきであることになろう。

以下では実際に判例において何の任意性が判断されているのか、という点を見てみよう。着手中止と実行中止とでは任意性がなんらかの意味において異なる、ということはあるのだろうか<sup>54</sup>。

### ① 着手中止と任意性

たとえば判例 38 は、被告人 A が日本刀で被害者の右肩辺りを一回切りつけたところでさらに次の攻撃に移ろうとする A を共犯者 B が止め、A もそれに応じた事案において、被告人らが最初の一撃で被害者を殺害し得たとは考えなかったこと、被害者が受けた傷は右肩部の長さ約 22 cm の切創で、骨に達しない程度のものであったことから着手未遂の事案であ

---

批』『刑法判例百選 I 〔第 7 版〕』（2014 年）141 頁も同旨）。広義の後悔のみに言及して任意性を認めた判例のうち、特に近時のものは、中止犯の認定自体は非常に簡潔に行われている判例が多い。このことも、広義の後悔を認定できれば一般に認定でき、一般人基準による判断を行うまでもない事例であるとみることもできよう。清水・前掲注 1) 52 頁は「倫理的心情以外の心理が関わってくる限りで客観說的判断をすれば足り、倫理的心情のみが中止動機であったというケースではもはやそれをあえて持ち出す必要もないというのが最近の判例の論理なのであろう」と述べる。

<sup>51</sup> 松原芳博『刑法総論』（2013 年）330 頁、金澤・前掲注 13) 11 頁参照。

<sup>52</sup> 香川・前掲注 1) 66 頁は「止めたといいうるため」の「行為者の主体的な介入……の態様を規制する意味」で任意性は意味を持つことから中止行為が中止犯成立の第一の要件として考えられなければならない、という。同旨、安富潔＝橋本雄太郎「判批」法学研究 50 巻 10 号（1977 年）91 頁、藤永幸治「判研」研修 365 号（1978 年）71 頁。

<sup>53</sup> 大審院昭和 12 年 12 月 24 日判決（刑集 16 巻 1728 頁）など。

<sup>54</sup> 西村克彦「中止未遂とは何か（一）（二・完）」判時 409 号（1965 年）2 頁以下、410 号（1965 年）3 頁以下。今上益雄「判批」東洋法学 9 巻 2＝3 号（1965 年）123 頁参照。

るとしたうえで、「攻撃の中止は、法にいわゆる自己の意思による中止と言わざるをえない」と述べている。そして、ここでの「攻撃の中止」の内容として、被害者を「殺害するために更に次の攻撃を加えようとすれば容易にこれをなした……」のに、被告人らは次の攻撃を自ら止めている」ことが認定されている。したがって、「攻撃の中止」とは、単に攻撃を中断したことそれ自体のみを指すのではなく、攻撃を中断したことによって開始され、その後継続している不作為の中止行為を指すものと考えており、それが「自己の意思による」ことが認められ、中止犯が肯定されているのである。このように、着手中止において中止行為である「その後の実行行為をしないという不作為」について任意性を検討することが原則に忠実な方法である。

これに対し、着手中止の事案については、犯行の続行を止めた時点における、「止めたこと」の任意性が問われることが多い。たとえば、**判例 39**<sup>55</sup>は、被告人は就寝中の被害者の頸部にナイロン製ロープを巻き付けてこれを引っ張って締め付けたところ、気配で目を覚ました被害者は布団の上に半身を起し、首を振ったりして必死で抵抗しながら後ろを振り向いたが、その際に被害者と目があい、その悲しそうで苦しそうな目を見て「憐憫の情を催し、ロープを引っ張る手の力を抜き、Aを殺害しようとの気持ちを失くした」ことを認定した上で、「A殺害の気持ちを放棄したのは、……何より決定的な原因はAの悲しそうで苦しそうな目を見たことによりAに対する愛情の念が生じたことによると判断せざるを得ない」ので任意に中止したことが明らかである、としている。着手中止の中止行為である不作為とはそもそも「その後の実行行為をしない」ことであり、「実行行為を中断する」部分だけが中止行為であるわけではない<sup>56</sup>。中止犯となる犯行の一連の流れにおいて、実行行為の中断は不作為の中止行為の開始点にすぎないからである。もっとも、中止行為の開始点において任意性が肯定されれば、その後犯行継続をしない状況が続く、すなわち不作為の中止行為が客観的に継続していれば、一般的にはその部分にも任意性が認められると考えてもよいように思われる。

それでは、着手中止の事案において、犯行中断部分についてだけでなく、犯行中断後の救助行為といった作為部分に着目している判例はどのように考えるべきであろうか。たとえば**判例 57**は、被告人が殺意をもって牛刀で被害者を一撃したところ、被害者がとっさに左腕で防いだため全治約 2 週間の左前腕部切傷を負わせたが、被害者が哀願したためにその後の攻撃を中止し、被害者に治療を受けさせるため通り掛かりのタクシーを呼び止めて病

<sup>55</sup> 本判決文中には、特に着手中止でないし実行未遂の区別が認定されているわけではないが、認定された事実からみて、絞殺という殺害方法において被害者がいまだ抵抗を続けている時点においては放置すれば被害者が死に至るような危険が既に発生しているとは言い難いこと、作為による真摯な努力ではなく、単に殺害行為を中断したことのみによって中止犯の成立を肯定していることから、着手中止の事案であるといえる。

<sup>56</sup> **判例 49**では「被告人は、その〔絞殺しようとした被害者の生存を確認した〕後、被害者の頸部を締め付けるなどの殺害行為に及ばなかったのであるから、同人の殺害を中止したものと認められる」（亀甲括弧内筆者注）と中止行為を認定している。



院に運んだ事案<sup>57</sup>において、被告人は被害者の「哀願にれんびんの情を催して、あえて殺人の実行行為を中止したものであり、加えて、被告人が前記のように、自らもAに謝罪して、同人を病院に運び込んだ行為には、本件所為に対する被告人の反省、後悔の念も作用していたことが看取されるのである」から中止未遂にあたと判示している。ここでは「実行行為の中止」がれんびんの情によることと「病院に運び込んだ行為」が反省、後悔の念によることが分けて認定されている。上述したように、不作為の中止行為とは、単に実行行為を取り止めるという行為の「変化」のみを指すものではなく、その後実行行為を行わない、という不作為による行為の「継続」も合わせて構成される。そうすると、**判例 57**のような任意性の認定方法は、止めた時点という不作為の中止行為の開始時点において任意であることが「れんびんの情」によって認められ、その後に継続している不作為の中止行為は、直接的な言及は病院への搬送という作為行為についてなされている「反省、後悔の念」によって認められる、というように理解することができよう<sup>58</sup>。

このように判例において着手中止の場合の任意性判断は、基本的に犯行を中断した部分について行われる。そして通常はその時点で任意性が認められれば、その後犯行を再度行わない状況が継続されている限り<sup>59</sup>不作為の中止行為の任意性は肯定されると考えている。そ

---

<sup>57</sup> 本件につき裁判所は、「最初の一撃で殺害の目的が達せられなかった場合には、その目的を完遂するため、更に二撃、三撃というふうには追撃に及ぶ意図が被告人にあったことが明らかであるから、……被告人が、同牛刀でAに一撃を加えたものの、その殺害に奏功しなかったという段階では、いまだ殺人の実行行為は終了しておらず、従って本件はいわゆる着手中止に該当する事案である」として、行為者の当初の意図を重視して着手中止を認定しているようにも読めるが、本文中に引用したように、本件で被害者が負ったのは全治約2週間の左前腕部切創に過ぎず、また上述したように裁判所自身も「殺害に奏功しなかったという段階」にあることを指摘していることからすると、いわゆる因果関係遮断説がとるような、放置すれば結果発生に至る危険が生じているか否か、という基準によっても着手中止が認められる事案といえる。

<sup>58</sup> この他、**判例 49**は、被害者の頸部を絞めつけ、急激に失神した様子を見て同人が死亡したと思い、頸部から両手を離した後、大変なことをしたと不安になり、同人の呼吸を確認し、揺さぶり起こして意識を取り戻させるなどした、という事案について、「揺さぶり起こすなどしたことは、中止行為が認められるために必要な行為ではないが、被告人の反省の情や殺意の喪失を表す客観的事情と評価することもできる」（匿名解説・判タ 1279号（2008年）346頁）と指摘されている。また、中桐圭一「中止未遂」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決 50 選(上) [補訂版]』（2007年）198頁以下参照。もともと、中桐は「行為者が積極的な既遂結果防止行為を行っている場合、驚愕や犯行発覚のおそれが行為者の心理に与えた影響はさほど大きくなかったと推認され、逆に反省悔悟などの内面的要因が中止の主たる動機であったことを窺わせる事情となる」と述べる。たしかに、犯行発覚のおそれが大きければ行為者は逃走するはずであり、積極的な既遂防止行為が反省悔悟等を推認させるといえるかもしれないが、驚愕はあくまで犯行継続を中断させる上で意味を持つものであり、その後の行為の性質を徴表するものではないようにも思われる。

<sup>59</sup> いったんは憐憫の情を抱いて犯行を中止したものの、わずかな後に犯行を継続しようと考えたがその時点では第三者に取り押さえられているなど、犯行継続が不可能な状況に至っているなどの例外的な場合があり得るかもしれない。

の後の積極的救助行為の存在などを指摘することで、継続する中止行為の任意性を裏付けることもできる。

## ② 実行中止と任意性

実行中止の事案として、**判例 14** は被害者の頸部を一回突き刺した後、流血を見て驚愕するとともに大変なことをしたと思い、救急車を呼び、出血を食い止めるためタオルを当てるなどした措置を中止行為と認定した上で、「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ものと認めるのが相当である」とした。また**判例 15** は「通常人が本件のような出血を見て、被告人と同様の中止行為に出るとは限らないから、右結果発生防止行為は、被告人の任意の意思に基づくものといえる」とした。これらの判決は結果発生防止行為という中止行為の作為態様の部分について任意性を判断している<sup>60</sup>。

これに対し、以下にみるように実行中止の事案において（少なくとも判決の文章上は）そのようになっていない判例は、かなりの数見出すことができる。これはどのように考えるべきであろうか<sup>61</sup>。

まず、実行中止として中止行為としては積極的な結果防止行為が要求されていながら、任意性の対象は犯行中断にあるように読めるものがある。たとえば、**判例 52** は、被害者を石で殴り、さらに手拭いで首を絞めた後、逃げ出した被害者を追ってとどめをさそうと近寄ったところ被害者は茫然自失しており、「この様子を見て可哀想に思うと同時にAに対し済まないことをしたと思った被告人Xは、Aに対する殺害行為を思い止まり、直ちにAを背負って」救助措置をとった後医者連れていき、さらに入院させた、という事案につき、前頭部及び後頭部にそれぞれ長さ約4mmの縫合手術を要する亀裂を生じており、頭蓋内出血も来

---

<sup>60</sup> 同様の判例として、**判例 47**。

<sup>61</sup> 中止行為が不作為である場合と作為である場合を比較する際には、中止犯が認められる事例の大多数が、殺人、強姦、放火の3犯罪類型である点に注意しなければならない。まず、強姦の中止未遂の場合には、強姦は姦淫時点で既遂になることから、既遂、未遂の区別は姦淫しているかいないか、にある一方、着手は犯行抑圧のための暴行脅迫に着手した時点で認められるため、実行行為の性質が暴行脅迫と姦淫で大きく異なる。したがって、中止行為としては「姦淫を止める」という不作為態様のものしか考えられない。これに対し、放火は着火（あるいはその直前行為）を行わなければ未遂ならず、既遂時点に関する独立燃焼説からすれば、独立燃焼の程度に達した時点で既遂になり、未遂から既遂に至るために（もちろん油をかける、さらに着火点を増やすなど考えられないわけではないが）一般にさらなる行為は必要ない。したがって放火未遂を中止するためには原則的に消火行為という作為態様の中止行為が必要になる。これに対して殺人は、未遂が認められる着手によって自動的に既遂に因果が必ずしも進むわけではないために放火罪と異なり不作為態様の中止行為が存在し得るし、またすでに重傷を負わせてしまっているなど自動的に因果が進む場合もあるために強姦罪と異なり作為態様の中止行為が必要となる場合もあるといえる。したがって、中止行為の不作為態様、作為態様の区別に応じた任意性の認定について検討する際には、必然的に殺人罪の事案を検討することになる。

たしており、病院収容当時その症状は重症で絶対安静を必要とする状態であったことから、死亡の結果を発生させる可能性のある行為をしているといえ、積極的な結果発生防止行為が必要である、と述べた上で、「被告人Xにおいて……Aの判示の如き姿を見て憐憫を覚えて翻意し、反省悔悟して爾後の実行行為を任意に中止したこと」及び素人なりの応急手当を行い、医師の治療を受けさせたという「被告人自身その防止に当たると同視するに足るべき程度の真摯な努力を払ったものであって……被告人Xの判示所為は殺人の中止未遂と認めるのが相当である」とした。ここでは、「爾後の実行行為を任意に中止したこと」という犯行の中断部分について任意性が肯定されたこと<sup>62</sup>とは別に、積極的な結果防止行為について特に任意性に言及することなく、中止犯の成立を認めているのである。また判例11は、被害者の首を絞めたが、苦しむのを見て驚き、我に返って殺害行為の継続を思い止まり、救急車の手配を依頼して救命措置を受けさせた、という事案において、被告人の首絞め行為は、被害者の生命をとりとめるために病院での治療もさることながら救急車内での酸素吸入が大いに役だったという事実から「それだけで充分に同女を死に致す可能性を有したものであるから中止犯成立のためには結果発生防止のための積極的な阻止行為が必要である、とした上で、「被告人のやめた行為は、右の反省にもとづく任意のものであると考えるのが相当である」と述べ、さらに、本件で被告人がとった行為は「被告人自身が結果の発生を積極的に阻止する行為に出たと同視し得る真しな努力を払ったものと考えられ、その行為は前記の絞首行為の継続を任意にやめた行為と相まって、中止未遂の要件を充足している」としている。さらに判例13は、包丁で被害者の頸部前面を一回切り裂いたが、多量の出血を見て驚き、正気を取戻して同女を助けようと考えて殺害行為の継続を思い止まり、110番通報をして救急車の手配を依頼するとともに同女の求めに応じて止血用のお絞りを渡し、救急車まで付き添って病院に収容させて治療を受けさせた事案において、「病院において治療措置を受けることなくそのまま放置すれば、出血多量により死亡させるに至る危険性が大きかった」ことから「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」と述べ、「被告人が右行為を継続しなかったのは、被害者の右出血に驚がくしたことがきっかけとなって、正気を取戻し、…その行為を反省し、積極的に被害者を救助すべく決意したことによるもので、任意の意思に基づくものである」とした上で、「自らの防止行為と同視できる真摯な努力をはらっており」中止犯を認めている。

これらの3つの判例に共通しているのは、犯行の中断部分についての任意性判断と併せて、積極的な作為による中止行為部分について任意性ではなく、いわゆる真摯性の判断を行

---

<sup>62</sup> もちろん、「中止」という文言は不作為部分のみを指すのではない、と解する余地はないではないが、本判決は被害者に対する応急手当、医師の治療を受けさせるという積極的作為についてはその後別に触れているのであるから、ここでの「中止」は実行行為を止めたという変化の部分の指すと捉えるのが自然であろう。

っていることである<sup>63</sup>。真摯性という要件の要否・内容について学説では争いのあるところであるが、判例は実行中止の事案についてほぼ一致してこれを要求している。そもそも真摯性は、大審院昭和12年6月25日判決（刑集16巻998頁）が、「自ら之に当らざる場合は少くとも犯人自身が防止に当りたると同視するに足るべき程度の努力を払うの要あるものとす」と述べた、他人の助力を得て中止した場合に中止行為を認めるためのいわゆる同視基準から出発したものである<sup>64</sup>。それが現在では、他人の助力を得た場合における同視基準にとどまらない責任減少要素を取り込む「真摯な努力」として一部学説<sup>65</sup>、判例においては理解され、実行中止の場合の要件に取り込まれているように思われる。判例においては、①実行未遂の場合には「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って結果の発生が防止されたことが必要である」として同視基準についてのみ述べるもの<sup>66</sup>、②「実行未遂の中止未遂は、結果発生を防止するため真摯な努力をなすことが要件であると解すべきである」などと単に真摯な努力が必要であると述べるもの<sup>67</sup>、また③「実行未遂においては、自己の行為若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」などとして、同視できる真摯な努力という表現を用いるもの<sup>68</sup>がみられる。単独の行為者が中止行為を行った場合について、大審院昭和13年4月19日判決（刑集17巻336頁）は、保険金目的で被害者Aを殺害しようとして、青酸カリを

---

<sup>63</sup> この他、判例40は中断部分について「被害者がうめき声をあげたので、我に返るとともに可愛そうになり、続けて指すのを止めることとし、直ちにナイフの柄から手を離して立ち上がった」とした上で119番通報をし、自分が刺したことを説明して病院に同行するなどして「被告人は……自ら実行行為を中止した上、被害者の死亡という結果の発生を防止するため積極的で真摯な努力をしたものといわざるを得ないから」傷害が軽傷であって医師の治療を受ければ死の結果はまず発生しないことを「併せて判断すると」中止犯になるとする。また、判例48も同様。

<sup>64</sup> 同視基準については、いわば中止犯としての「正犯性」を要求するものであるとの指摘がなされる（西田ほか編・前掲注1）680頁〔和田〕。さらに野澤・前掲注1）157頁は、「中止行為が正犯的に（……）行われたことを中止行為の要件の中で要求すれば足りるのであり」真摯性といった「あたかも評価的な表現を伴って要求することは、被告人に有利な規定である中止犯規定の成立範囲を条文上にない要件で限定するものであり、罪刑法定主義違反のそしりも受けうるものと言わざるを得ない」と批判する。

<sup>65</sup> 香川達夫『中止未遂の法的性格』（1963年）112頁以下は、「真摯な努力の存在が規範意識の具体化として責任を排除する」（同・116頁）という責任減少一元説の立場から、真摯性を「中止行為として結果の不発生に対し因果関係をもたないのに、それに代行しうるものとしてあるいは因果関係をもつと擬制し得る契機ないし同一視する要素」（同・112頁）として理解することで、他人の助力を得た場合と単独で中止行為をした場合の真摯性を責任減少の観点から統一的に把握する。

<sup>66</sup> 大阪地裁昭和59年6月21日判決（判タ537号256頁）。

<sup>67</sup> 大阪地裁昭和42年11月9日判決（判タ218号264頁）、このほか判例20、判例47。

<sup>68</sup> 判例14。このほか、判例10、判例52、判例11、判例13、判例15。東京地裁昭和38年10月7日判決（判タ155号96頁）は「被告人が結果の発生を防止につき、真摯な努力をなしたものとも、ひいてまた、被告人自ら結果の発生を防止したと同視するに足る努力を払ったものとも認めることはできない」として中止犯を否定している。

胃腸薬と偽って渡した後、自ら翻意して青酸カリを取り戻そうとしたが、Aがすでに服用した、と嘘を告げたため、それを信じていたところ、数日後にAが服用して死亡した、という事案について「苟も青酸加里の如き毒物を服用して激変なかりしが如きは輒く首肯すべき事柄に非ず。被告人にして真に結果の発生を防止せんとせば宜しくその囊に交付したる薬品が毒物なりしことを告白するの真摯なる態度に出でざるべからざるを以て被告人が単にAの言に依りて其の儘放任し置きたるは未だ結果の発生を防止する行為を為したりと云うを得ざる、と述べて中止犯の成立を否定した。また、①や③のように、他人の助力を要した場合における同視基準としてこれを用いるものが多いが、行為者が自分自身が犯人であることを告げなかったこと、凶器を川に投げ捨てて犯跡を隠ぺいしようとしていたことなどを指摘して「この程度の行動では、……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**判例 20**や、110番通報をして救護を依頼するまでに3時間以上救命行為を行わなかった点について「翻意前の行為でいわば実行行為の因果の流れであり、中止行為の真摯性の判断をするに際して決定的な事情ということとはできない」とし、その後の救命行動や「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」などから「結果発生防止のために真摯な努力をしたと評価するのが相当」とした**判例 47**などは、責任減少要素としての真摯性を重視していると言わざるをえない。

もっとも、真摯性の内実を同視基準として理解するにしろ、責任減少要素として理解するにしろ、実行中止の場合、行為者は作為による中止行為を行っているという事情があり、しかもその中止行為に真摯性が肯定されるのであれば、少なくとも自由意思という意味における任意性が否定されることは考えにくい<sup>69</sup>。そうすると真摯性を認定することによって、当然に任意性も合わせて認定されていると考えることができよう。もっとも、真摯性と任意性とはもとより異なるものであるから、任意性が肯定されても真摯性が否定されることはありうる。実際に**判例 42**は、被害者を自宅内において包丁で突き刺した後放火して心中しようとしたが、被害者に「助けて」といわれたのでかわいそうになり、助けようと被害者を室外に引きずり出し、道路に出た後付近のC宅の敷地内まで引きずって行ったところで力尽きた後、通行人に発見されて救助された、という実行未遂の事案において、「被告人が被害者を室外に引きずり出したのは、被害者が『お父さん、助けて。』と言ったのを聞いて被害者のことをかわいそうに思ったことによるものであるから、右行為はいわゆる憐憫の情に基づく任意かつ自発的なものであったと認められる」とした上で、「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る積極的な行為を行った場合であるとま

---

<sup>69</sup> 責任減少要素として真摯性を捉えるのであれば、真摯性が肯定される場合に任意性が否定されることはないといつてよいであろう。それに対し、同視基準として真摯性を捉えた場合には、仮に広義の後悔を必要条件とする限定主観説の立場を裁判所がとっているとするれば、同視基準が満たされるような中止行為を行ったとしても、任意性が否定される場合はありうる。もっとも、真摯性を肯定しつつ任意性を否定した判例はみられない。

では言い難く、……本件が被告人の中止行為によって現実に結果の発生が防止された事案であるとは認められない」として同視基準該当性ないし中止行為の因果性を否定しているし、**判例 46**は「被告人の119番通報した行為は、被告人の任意かつ自発的なものであったと認められる」する一方で119番通報の際にフルネームや場所を伝えなかった態度等は真摯な努力とは認められないし、消防救急隊の電話の発信地検索によって病院に搬送され、救助されたというのだから中止行為による現実の結果発生防止が認められない、として中止犯の成立を否定している。また、真摯性の存在に疑いがある場合には、任意性の認定と別に真摯性について特に認定がなされることもある。**判例 47**は、被害者の胸部を2度刺し、放置すれば死亡すると考えて放置していたところ、被害者が苦痛を訴えたのを見て我に返り救助行動に出た事案について、「外部的障害によるのではなく、内部的原因によって当該行動に出た、というべきであり、中止の任意性が認められる」とした上で、苦痛を訴えられるまで放置していた点について真摯性判断において決定的な事情とはいえない、とした上で、通報後に健康保険証を準備していること、警官に素直に事情を説明していることなどから真摯性も肯定している。

これに対して、犯行の中断部分及びその後の積極的な作為部分の両方について任意性を検討している判例も存在する。**判例 20**は、包丁で刺した被害者を直ちに病院へ搬送して医師に引き渡した事案において、「被害者の流血痛苦の状態を目前にして憐憫の情を催しかつ事の重大性に驚愕恐怖し殺害意思を抑圧せられたことは外部的障がいに基づくものといえる」が「実行未遂である本件において実行行為終了後の不作為は問題ではなく、むしろ……救助活動を開始した点は、被告人がその内心の意思により任意に結果の発生を防止するに努めたものと評価してこの点に着目する必要がある」とする。その上で大阪高裁は、「然しながら、……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、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」が、被告人の言動は真摯な努力とは認められないから中止犯は成立しない、と結論付けている。本判例は、実行未遂の事案において犯行中断の部分の任意性については否定的に解しながらも、積極的作為部分の救助行為については任意性を肯定している。

### 3 着手中止か実行中止か不明な場合における任意性

判例においては着手中止ないし実行中止の区別がなされるとは必ずしも限らない。また、着手中止が問題となっているのか、実行中止が問題となっているのか、がそもそもはっきりしない判例がみられる。

たとえば、**判例 16**は、長男の将来を悲観して心中しようとした母親が長男を包丁で数回突き刺したが、「その際、被害者が謝りの言葉を発したことに犯意を喪失して犯行を中止した殺人の中止未遂の事案である」とし、特に本事案が着手中止であるか実行中止であるかに言及せず中止犯の成立を認めている。行為者が作為態様による積極的結果防止措置をとっている場合であれば、実行行為を中断しそれ以上行わない、という意味における不作為態様

での（中止）行為を当然に伴っている。したがって、作為態様による積極的結果防止措置が作為態様の中止行為と認められる場合には、あえて着手中止、実行中止の区別に触れる必要はないと考えられる<sup>70</sup>。

また、**判例 12**は、ウイスキー瓶で殴る、裁ち鋏で咽喉部を突き刺す、電気コードで首を絞める等の行為を行ったが、脳震盪も起こさず皮膚の創傷も浅く、頸部に索痕も残さないという被害者が負った傷害の程度等からすれば「着手中止の色彩が強いばかりか」、被告人が救急車を呼ぶなど真摯な努力をしており「実行中止の要素」もあるとして中止犯の成立を認めている。「通常人があえてなしうるのに、行為者はなすことを欲しないという意味の認められる場合は、その意思が外部的障害を契機として生じたにせよ、『自己ノ意思』あるものと解する」として任意性の判断基準は着手中止のそれを設定していることから原則的には着手未遂と考えているように考えられる<sup>71</sup>。そうして「客観的には殺害可能な状態にあったのに、……出血状態を見て驚愕するとともに強い憐憫の情によって妻の生命を奪い去ることを欲せず、その遂行を思い止まった」と認定しているのである。その上で真摯で積極的な結果防止行為を行っていることから「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のない」と判示している点からは、救助行為を含めて任意性判断をしているのは明らかであるが、それは（着手中止の中止犯成立要件を超える）真摯な努力と評価可能な行為、すなわち「実行中止の要素」までしていることから任意性を十分に満たしていることを裏付けているものと理解できよう。

このように、中止犯の成立要件として着手中止の要件を実行中止の要件が包摂する関係にあるため、実行中止の要件を満たす事案について、裁判所はあえて着手中止と実行中止の区別を示す必要はないと理解していると判例の論理を理解することができる。そしてその場合の任意性判断は、実行中止の場合と同様になっていると理解できる。前出横浜地裁川崎支部昭和 52 年判決も犯行の中断部分についての任意性を判断し、さらに積極的結果防止行為について真摯性を判断する、という方法をとっている。

#### 4 小括

このように見てくると、着手中止と実行中止とで任意性の判断対象、基準が異なるとはいがたい。もっとも、直接任意性に言及するか、真摯性判断を中心にするか、という点に事実上の認定方法、重点の置き方の違いはあることは指摘できよう<sup>72</sup>。実行中止において積極

---

<sup>70</sup> 鈴木・前掲注 11) 118 頁以下。このほかにも、**松山地判平成 22 年 2 月 3 日**

(LEX/DB25441989)、**判例 51** も参照。

<sup>71</sup> 中神正義「判批」研修 460 号（1986 年）46 頁、山中敬一『中止未遂の研究』（2001 年）290 頁参照。

<sup>72</sup> 金澤真理「判批」現刑 10 号（2000 年）77 頁が「任意性の存否が問題になるのは、犯行を中断したに過ぎない場合である。これに対し、積極的結果防止行為がなされている場合には、実際には任意性の問題は問われていない」と述べるのも、このような意味で理解するとすれば的確な指摘といえよう。

的防止行為が行われている場合には、中止行為自体がいわば任意性を認定する間接事実となりうることで事実上任意性自体は否定されにくいことに加えて、真摯性判断が中心となることで、任意性の問題は重視されない傾向にある。

## おわりに

本節の整理、検討によって得られた内容を簡潔に整理したい。

まず、任意性を認定する際に言及される要素について、犯行の中間結果に対する驚愕・恐怖という要素はかつて、任意性の認定において否定的に作用するものと捉えられていたが、その後、驚愕が犯行中断に影響していても任意性を肯定するものが現れた。これは、驚愕そのものは犯行を中断させることはあってもそれだけで犯行を中止するだけの理由とはならず、広義の後悔や外部的障害の認識といった犯行を中止する直接の動機となる事情との質的な違いが判例によって意識されるようになったと見ることができ、妥当な方向性を示している。

また、従来判例が一般人基準による外部的障害の判断を行うことから客観説に依拠しているといわれ、広義の後悔に言及するものが多くみられることから限定主観説をとっているともいわれた。しかし、そもそも行為者の意思に対する強制的影響の有無によって任意性を判断する主観説ないし客観説と、中止の動機に対する規範的評価を行うことで任意性を判断する限定主観説は次元の異なる考え方であり、両者を併せて用いる判例も、そのことを意識しているとみることもできた。もっとも、判例が広義の後悔という要素を、任意性を肯定するための必要条件としている、とまではみることができないというべきである。

中止行為の態様の区別と任意性の認定の関係について、着手中止、実行中止とでは任意性の内容、本質には違いはないし、また認めるべきでもないというべきである。作為による救助行為をしている場合には、行為者が犯行とはいわば逆ベクトルとなる積極的なエネルギーを投入していることから、中止行為の存在自体が任意性の存在を徴表するものとなっていること、また真摯性という概念が作られたことによって、中止行為とそれに対する任意性、という対応関係がみえにくくなってはいるが、真摯性を肯定することで任意性を伴った中止行為が認定されていると理解することができた。



## 第4章 中止犯における内包既遂犯

### はじめに

ある（未遂）犯罪の中止犯が成立する場合に、その時点ですでに単独で考えれば既遂に達している犯罪に対して中止犯の効果はどのように及ぶのであろうか<sup>1</sup>。この問題は、特に当該未遂犯と法条競合（ないしは包括一罪）関係にあり吸収される既遂犯（内包既遂犯）を念頭において議論がなされてきた。典型的には、殺人の意思で実行に着手し、一定の傷害結果を生じさせた後にその殺人未遂を中止した行為者に対する刑罰を決定する上で、すでに既遂に達していると考えられる傷害罪はいかなる役割を果たすのか、が問題となる<sup>2</sup>。

この問題についてわが国では現在、内包既遂犯を独立した犯罪として成立させず、さらには吸収された犯罪の法定刑が処断刑の下限として意味をもつ、いわゆる遮断効をもつことで、中止犯の効果として刑の免除判決がでることを妨げもしない、と考える立場が多数を占めている。これに対して、ドイツにおいてはこれを原則的に独立した犯罪として成立させることを認めて処罰するのが通説的な立場であるし、現行刑法成立以前のわが国でも内包既遂犯を処罰するのがむしろ多数説であった。このような解釈上の違いは、もちろん中止犯の規定自体の違いに由来する点が多い<sup>3</sup>。もっとも後にみるように、規定の文理解釈から帰結が絶対的に導かれるとは思われない。したがって規定の文言の背後にある、帰結の相違に結びつく実質的な点を比較・検討することはなお意味のあることであると考えられる。

また、近時では、内包既遂犯に独自の意味を認める場合であっても、これを独立して処罰対象とする、という処理の仕方ではなく、中止犯の成否の段階における中止行為要件の検討においてこれを考慮していると考えられる見解もみられる。これらの議論をあわせて整理することで中止行為の性質、あるいは中止犯全体の性質にも示唆が得られることが期待さ

---

<sup>1</sup> この問題は「加重的未遂」と呼ばれ議論されてきた。この文言自体はドイツの *qualifizierter Versuch* の訳語であるが（加重未遂（町田行男『中止未遂の理論』（2005年）40頁）などと訳されることもある）、その内容はあまり明らかではない。ドイツにおいてもこの *qualifizierter Versuch* という用語は「ほとんど適切ではない」

（*Maurach/Gössel/Zipf*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band 2, 7. Aufl., 1987, § 41, Rn. 131,）、あるいは「あまり明確ではなくちぐはぐなキーワード」

（*Lilie/Albrecht*, ;in *Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar*, 6. Aufl., 2006, § 24, Rn. 484）として批判的に評価されることもある。本問題を中心的に扱ったわが国における先行研究としては、香川達夫『中止未遂の法的性格』（1963年）131頁以下、虫明満『包括一罪の研究』（1992年）289頁以下等がある。また、野澤充『中止犯の理論的構造』（2012年）27頁以下、178頁以下等も参照。

<sup>2</sup> このような一般に吸収関係とされる場合以外であっても、たとえば他人の家に侵入して殺人を行おうとしたが中止した、という牽連犯の場合における住居侵入罪の処理も加重的未遂の問題領域に含まれる。したがって内包既遂犯の概念と加重的未遂の概念は完全に重なるものではない。ただし、本章では、特に注意しない限り、加重的未遂の問題がもっとも先鋭化する法条競合関係にある内包既遂犯の処理を念頭において論を進める。

<sup>3</sup> それはわが国において、旧規定から現行規定に変わったことで通説が大きく変化したこと示されている。

れる。

### 第1節 わが国の現行刑法以前の議論状況<sup>4</sup>

旧刑法制定過程において、中止犯を規定する旧刑法草案 127 条では「重罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行ヒ又ハ所為ヲ盡スト雖モ本犯ノ真心悔悟ニ因テ自ラ之ヲ遂ゲザル時ハ止タ現ニ加エタル毀傷損害ノ罪ヲ論ズ」と規定され、内包既遂犯を処罰することが明文によって明らかにされていた。

しかし、施行された旧刑法（明治 13 年）ではこのような規定は削除され、112 条において「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」と規定された。これによれば「意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時」という障害未遂の場合のみが規定され、自己の意思により中止した場合は「意外ノ」による場合ではないから、この障害未遂の概念に当たらず、不可罰となる。他方で、中止犯固有の規定がなくなったことで内包既遂犯が存在する場合の扱いに関する規定もなくなった。しかし、学説の多くは自己の意思により既遂に至らなかった犯罪自体は不可罰とする一方で、なお内包既遂犯を処罰すべきという解釈をとっていた<sup>6</sup>。この理由としては、大きく分けて均衡論によるものと、中止犯となった未遂犯罪と内包既遂

<sup>4</sup> 旧刑法制定から現行刑法制定にかけての中止犯における内包既遂犯をめぐる立法経緯、学説の状況については野澤・前掲注 1) 24 頁以下にある程度詳しいが、本稿でも必要な限度で整理する。

<sup>5</sup> 岡田朝太郎『日本刑法論 総則之部〔訂正増補 3 版〕』（1895 年）282 頁以下。

<sup>6</sup> たとえば、磯部四郎『改訂増補刑法講義 下巻』（1893 年）1049 頁以下、さらに磯部は「我立法者が之を削除したるは一の遺憾なりと云うべし」とも述べている。これに対し、宮城浩蔵『刑法正義』（1984 年）352 頁は、これは中止犯を規定することで「彼是錯綜して種々困難を生ぜんよりは、寧ろ之を削除するの勝れるに如かず。仮令之を削除するも法理上現に生じたる損害に付きて之を罰するは瞭然たるを以て、終に之を削除したるものなることは毫も疑を容れず」と述べて規定を削除したことを肯定的に評価している。また、井上正一『訂正日本刑法講義』（1893 年）121 頁は謀殺を試みてすでに「多少の実害」を与えている場合において殴打創傷の罪として罰することは「明文なしと雖ども法律の適用上然らざるを得ざるが如し」であると述べている。なお、高木豊三『刑法講義録』（1886 年）487 頁以下は、草案から削除した立法者の意思は「現行の明文ある以上は犯人の自ら其事を中止したる場合の明文を要せずとして之を削除したるもの」であろうと述べている。これに対して明文による規定がなくなったことにより加重的未遂について内包既遂犯を罰するという処理はできなくなったと主張する論者も存在する。富井正章『刑法論綱全』（1889 年）107 頁以下は、なお削除された 127 条の考え方にしたがって内包既遂犯を処罰しようとする解釈を「大謬見」であって現行法の解釈としては不当であるとした。もっとも富井は、相手を殺そうとして斬りつけ、死ぬまでに悔悟の情により自ら中止したような場合を不可罰である中止犯ではなく、「既に事を行ひ意外の舛錯に因て遂げざる者」として 112 条を適用し、可罰的な障碍未遂として扱う。これに対しては、「意外」は「意欲に係はらざる」という草案での文言を略したものであって予期しない偶然という意味ではないので、富井のような解釈は立法論としてはありうるが現行法（当時の旧刑法）の適用論としては不可能であると批判が向けられている（宮城・前掲書 349 頁）。

犯両罪の關係に着目するものがある。

均衡論を主張するものとして磯部四郎が挙げられる。磯部は、殺人を犯そうとして手や足を傷つけた段階で殺意を止めた場合は（殺人未遂ではなく）創傷罪として罰しなければならないとしつつ、それは「其れ然り此の如きの區別は現行刑法の指示せざる所なりと雖ども既に殺意を有して人の手若くは足に傷けて止みたる場合の如きは初めより手若くは足を斬るの意思を以て之を遂げたるものと同視すべきは当然なりと云うべし。何となれば殺意の結果より手若くは足に傷けたるものは初めより手若くは足を斬るの意思を有したるに過ぎざりしものに比すれば其情狀に於て一層重きものと看做して可なればなり」<sup>7</sup>と述べる。しかし、これが「情狀」の重さという均衡論（のみ）によって殴打創傷の罪の成立を認めることを主張しているとすれば疑問が残る<sup>8</sup>。殺意をもって傷害結果を発生させたことが、傷害の意思をもって傷害した場合より重い情狀に値することは認められるとしても、それが殺意をもって傷害した上で止めた者と傷害の意思で傷害を遂げた者と同視すべき理由になるのか疑わしいからである。

中止犯が成立する未遂犯自体と内包既遂犯両罪の關係に着目するものとして、たとえば井上操は「大罪中には、自ら小罪を包含するが故に、其大罪を除けば、小罪自ら現はる」<sup>9</sup>ことになると述べる。大罪を除く、すなわち優位法によって処罰されなくなれば被排除法である小罪によって罰せられる、という法適用は、現行法下でも少なくとも併合罪、あるいは科刑上一罪の場合には一般的に行われる。井上はこのような關係にある犯罪の例として、謀殺・故殺と殴打創傷、強盜・窃盜と住居侵入・家屋器物損壞<sup>10</sup>とを挙げている。これらは現行法に基づいて考えれば、殺人罪と傷害罪は法条競合の吸収關係にあり、窃盜罪と住居侵入罪とは牽連犯となる。しかし、旧刑法においては現行法での併合罪（45条以下）に当たる数罪俱發（旧刑法100条～103条）のみが明文によって規定されており<sup>11</sup>、觀念的競合、牽連犯といった科刑上一罪（54条）は規定されていなかったため、形式的に法文を適用することで処理することはできない。

議論上も罪數的な觀點からの區別はあまりみられないが<sup>12</sup>、宮城浩蔵は謀殺の中止犯の場合につき、「殴打創傷罪は謀殺の通路関門とも稱す可く、之を経過して謀殺を遂げたる時は

<sup>7</sup> 磯部四郎『日本刑法講義筆記』（1888年）652頁以下も参照。

<sup>8</sup> 富井・前掲注6）109頁以下参照。また岡田・前掲注5）294頁以下、同『刑法講義案』（1902年）95頁、宮城・前掲注6）350頁以下も参照。

<sup>9</sup> 井上操『刑法述義 第一篇』（1883年）1307頁。

<sup>10</sup> なお、旧刑法は368条において「門戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キ邸宅倉庫ニ入り窃盜ヲ犯シタル者ハ亦前条ニ同シ」と規定し、住居侵入窃盜を一罪として規定していた。これに対し、「門戸牆壁ヲ踰越損壞シ若クハ鎖鑰ヲ開キ邸宅倉庫ニ入」る行為自体は住居侵入罪として171条以下において独立して規定されている。

<sup>11</sup> ただし、旧刑法における数罪俱發は「重罪輕罪ヲ犯シ未タ判決ヲ經スニ罪以上俱ニ發シタル時ハ一ノ重キニ從テ処断ス」（100条1項）とされるなど原則的に吸収刑主義を採っており、現行法の併合罪とは大きく異なっている。

<sup>12</sup> 磯部四郎『改正刑法正解』（1907年）112頁以下参照。

固より謀殺として問われると雖も、其謀殺罪に迄到達することを止めて只其通路関門に止まり即ち毀傷損害のみに止まりたる時は、之を殴打創傷罪に問わざる可からざるなり」と述べている。謀殺を遂げた場合には謀殺に問われるが、殴打創傷罪も「通路関門」であり成立している。殴打創傷罪は「苟も故意ありて犯したる時は悉く其結果に就きて罰する所の犯罪」であるので、謀殺を中止したので「殺人罪たるを得ざるに至ると雖も、其結果として現に生じたる損害あるに於ては」殴打創傷罪に問われることになる。また、「事件の性質上」一罪として立法、規定されている家宅侵入窃盗罪において家宅侵入後に中止した場合、「家宅侵入窃盗罪」としては不可罰であっても家宅侵入の部分は独立して家宅侵入罪自体は成立していると評価でき、罰すべきであるという<sup>13</sup>。現在では住居侵入と窃盗は牽連犯とされており、窃盗を中止して刑が免除される場合であっても住居侵入独立で処罰することが可能とされているので、ここでの実質的な価値判断は現行法と変わらないともいえよう<sup>14</sup>。もっとも、現行法では後に見るように結合犯を構成する一部の犯罪に遮断効を認めていないので、その点は後にさらに検討を行う。

## 第2節 ドイツの議論状況

ドイツにおいては、内包既遂犯を独立して処罰する立場が現在における通説<sup>15</sup>であり、それは観念的競合の場合<sup>16</sup>であっても法条競合の場合<sup>17</sup>であっても同じとされる<sup>18</sup>。

ドイツでは中止犯の体系的な位置づけ（法的性格）は一身的刑罰阻却事由とする理解が通説である<sup>19</sup>。したがって、中止犯が成立する場合にも未遂犯の成立を前提として罪数を考える点でわが国と変わらない。もっとも、罪数上の観点を考える上で注意しなければならないのは、ドイツではわが国に比べて観念的競合とされる範囲が広い、ということである。たとえば殺人未遂において傷害結果が発生している場合、わが国であれば通常、法条競合として処

<sup>13</sup> 宮城・前掲注6) 350頁以下、また293頁以下参照。

<sup>14</sup> 牽連犯が現行刑法において採用されたことにつき、中野次雄は「恐らく、その具体的な動機は、旧刑法において合して一罪とされていた文書偽造とその行使、住居侵入と窃盗等が分離されて別罪とされるに至ったのによるものではなかろうか」と指摘している（中野次雄「併合罪」『刑事法講座 第7巻』（1953年）1391頁以下）。同旨、井田良『講義刑法学・総論』（2008年）536頁注48。

<sup>15</sup> Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 24, Rn. 109.; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 51, VI, 2.; Lilie/Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), § 24, Rn. 484.

<sup>16</sup> たとえば、詐欺（263条）未遂の中止犯が成立しても、文書偽造（267条）が既遂に達している場合にはなお罰せられる。

<sup>17</sup> たとえば、強盜的恐喝（255条）未遂の中止犯が成立しても、なお脅迫（241条）既遂罪として処罰される。

<sup>18</sup> 立法論としてドイツ型の規定方式、すなわち中止犯の法的効果は必要的免除とし、別個に内包既遂犯を処罰する、という立法形式の可能性を述べるものとして島田聡一郎「重要条文コンメンタール刑法 未遂」法教261号（2002年）25頁。

<sup>19</sup> Eser, a. a. O. (Anm. 15), § 24, Rn. 4.; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 15), § 51, VI, 1.; Lilie/Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), § 24, Rn. 50.

理される。このような場合、かつてはドイツでも法条単一 (Gesetzeinheit) とされていたが<sup>20</sup>、現在では殺人未遂罪と傷害罪との観念的競合とされる<sup>21</sup>。法条単一は「行為の不法内容が文言において適用が可能な複数の犯罪構成要件のうちの一つによって余すところなく把握される場合に限られる」ので、傷害の結果が生じている場合に殺人未遂だけを適用すると、行為の不法内容を正しく評価していないことになる。これに対し、殺人未遂と傷害の観念的競合とすると、傷害結果が生じているという不法内容が明示されることになる。これは観念的競合の明示機能 (Klarstellungsfunktion der Idealkonkurrenz) といわれる<sup>22</sup>。したがって、罪数論の観点からは観念的競合なのであれば、わが国の一般的な考えによっても殺人を中止することで殺人未遂の刑が免除されたとしても、当然に傷害罪によって処罰されることになろう。

ただ、前述したようにドイツでは観念的競合だけではなく、法条競合 (法条単一) の関係にあっても内包既遂犯が独立して処罰される<sup>23</sup>。その理由を考えるためには罪数論によるよりも、中止犯論としての観点をみる必要があるとなろう。

この観点からまず挙げられるのは法文上の根拠である。すなわち、中止犯の規定であるドイツ刑法 24 条は「未遂を理由としては罰せられない (Wegen Versuchs wird nicht bestraft)」となっていることから、中止犯の効果は未遂それ自体としては処罰されないことにとどまり、既遂行為は行為者がそれと同時に他の犯罪を未遂に至らせたという理由で不処罰とされることはない、というのである<sup>24</sup>。さらに、内包既遂犯を積極的に処罰すべき理由として、軽い罪だけを犯したのであれば処罰されることとの均衡が挙げられる。すなわち、ドイツの中止犯規定の法的効果は不可罰であるため、行為者がより重い罪を犯すことを当初意図していたことによって刑が軽くなることがあってはならない<sup>25</sup>、とされる。たしかに、重い犯罪を意図していたことが根拠となって刑が軽くなるのはありえない。しかし、中止犯が問題となる場面では、行為者が重い犯罪を意図していることが前提となっている。その上で、中止犯が成立したことの効果として、当初重い評価に値する行為が結果的に軽くなることは、必ずしも不合理なことではなからう。

ただし、中止犯が成立する未遂犯と同時に行われた既遂犯が、未遂犯と同一の法益に関する具体的危険犯になっている場合には、例外的に中止の効果は未遂以外の既遂犯に及ぶと

<sup>20</sup> BGHSt 16, 122 ; 21, 265 ; 22, 248.

<sup>21</sup> BGHSt 44, 196. 本判決についての邦語文献として山本光英「判批」山口経済学雑誌 49 巻 4 号 (2001 年) 67 頁。Eser, a. a. O. (Anm. 15), § 52, Rn2.

<sup>22</sup> Eser, a. a. O. (Anm. 15), § 52, Rn2. なお観念的競合の明示機能については只木誠『罪数論の研究 [補訂版]』(2009 年) 147 頁以下。なお、わが国においても観念的競合の明示機能の重視により観念的競合の範囲を拡大することに疑問を呈するものとして松原芳博「罪数論は何のためにあるのか」川端博ほか編『理論刑法学の探究③』(2010 年) 217 頁。

<sup>23</sup> 批判するものとして虫明・前掲注 1) 315 頁。

<sup>24</sup> Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 15), § 51, VI, 2. なお、旧規定では「未遂それ自体としては処罰されない (Der Versuch als solcher bleibt straflos)」とされていた。

<sup>25</sup> Eser, a. a. O. (Anm. 15), § 24, Rn. 109.

するのが有力な見解である<sup>2627</sup>。それは、中止犯の成立によって未遂に存在する危険に対する処罰が排除されるのであれば、同様の危険の処罰が別構成要件として規定されていたとしても、なおその処罰は排除されなければならないからである<sup>28</sup>。これに対して抽象的危険犯の場合には、抽象的危険は未遂犯における危険と比較するとより広い一般的な危険であるので、侵害犯が中止されても処罰は排除されない<sup>29</sup>。このように当該未遂犯に含まれる危険に対する処罰が排除される限りで危険犯の処罰が排除される、という考え方はわが国において中止行為が危険除去行為であると考えられていることに示唆的であるように思われる。

### 第3節 わが国の現行刑法下での議論状況

現行刑法は43条において「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。」<sup>30</sup>と規定する。したがって現行刑法では（障害未遂、中止犯を含む）未遂の条文において内包既遂犯をどのように扱うかということは、少なくとも明文によって示されているわけではない。

現行法の下でも、旧刑法下における通説的解釈であった内包既遂犯の処罰説の維持を主張した数少ない論者が大場茂馬である<sup>31</sup>。その理由について「中止の効力は行為者が真に中止したる行為に之を及ぼすことを得れども其中止せざる行為に之を及ぼす能はざるものなればなり」と述べている。すなわち、現行刑法下でも旧刑法下における通説的解釈を維持すべきことを主張し、「何となれば中止犯とは行為者が其中止したる範囲の行為に限り

<sup>26</sup> Eser, a. a. O. (Anm. 15), § 24, Rn. 110. したがってこの考えに従えば放火（306条）について306条eによって真摯な悔悟がなされた場合には306条f（火災危険の惹起）による処罰はなされない。これに対して、BGHSt. 39, 128は、立法者は抽象的ないし具体的危険犯を規定することによって被害が既に発生しているか否かに関わらず一定の特に保護に値する法益の危殆化に独自の不法を見出している、ということ表現しているのであって、この不法がさらなる侵害結果を指向する意思から切り離された場合、意思の放棄と法益侵害の阻止によってそれは除去されるわけではない、という理由によってこれを否定する。同旨、Lilie/Albrecht, a. a. O. (Anm. 1), § 24, Rn. 488。また、Fristerも未遂において処罰されるのは客観的危険ではなく故意である、という理由でこの結論を支持する

（Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5Aufl, 2011, S. 324, Rn. 9.）。

<sup>27</sup> 謀殺未遂が中止犯となった場合における生命を危険にさらす取り扱いを手段とする危険な傷害（224条）は不可罰となるが、単純傷害（223条）による処罰の可能性は残る。

<sup>28</sup> Eser, a. a. O. (Anm. 15), § 24, Rn. 110.; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 15), § 51, VI, 2.

<sup>29</sup> 通貨偽造（146条）が中止犯となった場合にも、偽造可能性という危険性は中止によってすべて排除されるわけではないのでなお通貨偽造予備罪（149条）ではなお可罰的ということになる。また殺人未遂が中止された場合における無権限の武器携帯も同様である。

<sup>30</sup> 口語化前の文言は「犯罪の実行に着手し之を遂げざる者は其刑を減輕することを得、但自己の意思に因り之を止めたる時は其刑を減輕又は免除す」。

<sup>31</sup> 大場茂馬『刑法総論 下巻』（1917年）831頁以下。

之を言い得べきものにして其範囲外の行為に就て之を言う能はざればなり」と述べる。ここでは行為者は内包既遂犯の部分中止していないから、これに中止の効果は及ばない、という理解がなされている。また、これを不処罰として処理すると、著しい不均衡が生じることも指摘している<sup>32</sup>。すなわち、文書偽造罪と同行使とを例に挙げて、行使を中止することで文書偽造行使を減輕することになると、寛大に処分する必要のない偽造の刑まで減輕せざるをえない、というのである<sup>33</sup>。もっとも、牽連犯については中止の効果は及ばないとするのが現在では通説的な立場であり、この点については後に検討することにする<sup>34</sup>。

これに対して、多くの論者は内包既遂犯を不処罰とする結論をとる（不処罰説）。この理由付けは、罪数論の観点からの説明と、中止犯論の観点からの説明に大別できる。ここでは、中止犯となる未遂犯と内包既遂犯との関係を考えることになるため、少なくとも複数の犯罪が成立しうるようにみえることは間違いない。そこでこれまでまずは罪数論（あるいは犯罪競合論）の領域で解決が試みられてきた。以下でもまずは罪数論の観点から先に検討を行う。

#### 第1款 罪数論の観点からの議論

罪数論の観点からは、少なくとも法条競合の場合には、刑罰法規の適用は1個のみであるから、中止犯の場合に未遂犯の成立を前提とする現行法の下では、内包既遂犯に法的評価の対象として独自の存在意義を見出しえない、という主張がなされる<sup>35</sup>。「中止未遂の場合、それに法条競合として含まれる他の犯罪として処罰されるかという問題は、中止未遂が未遂犯としての犯罪成立要件を充足すると考えるかどうかにかかっている」<sup>36</sup>のであって、たとえば、「殺人未遂と傷害罪とは法条競合の関係にあり、殺人未遂が認められるときは前者は前者に吸収されて傷害罪が成立する余地はない。・・・中止が認められても依然として殺人未遂は成立しており、傷害罪はこれに吸収されて存在しないことになる」<sup>37</sup>というのである。そして、現行法起草時にはこのような理解を前提にしたうえで、前述したような内包既遂犯を処罰する規定形式から現行刑法のように中止犯の効果を「必要的減免」、すなわち必要的減輕と任意的免除に変更したのであるから、内包既遂犯を処罰することは現行法下では「解

<sup>32</sup> 大場・前掲注31) 833頁以下。

<sup>33</sup> さらに、結合犯や手段-結果の関係にある犯罪についても同様の問題があるとする。なお、中止行為中に別個の犯罪が含まれている場合にはこれを独立の犯罪として処罰すべきことを「同一理二依」という（大場・前掲注31) 835頁）。

<sup>34</sup> なお、斎藤信宰『刑法講義 総論』（2007年）399頁は具体的状況によるべきであるとする。

<sup>35</sup> 野澤・前掲注1) 178頁は、このことから現行法の解釈として内包既遂犯を処罰しようとする、中止犯の場合には未遂犯ではない、という全体的考察を行わなければならないと述べる。

<sup>36</sup> 虫明・前掲注1) 314頁。

<sup>37</sup> 町田・前掲注1) 41頁。

釈としても原則的には排除されている」<sup>38</sup>という。

特に法条競合の場合に、排除される劣位法（の法定刑）が何らかの役割を果たすか、という問題はかねてより、立法上、一罪として規定されている結合犯の未遂における遮断効の肯否の議論において扱われているので参照する。

たとえば、強取の目的は遂げたものの、強姦が障害未遂になった場合は通説によれば強盗強姦未遂罪（241条前段）となる。ここで未遂減輕をした場合に、強盗強姦（未遂）と法条競合となり適用が排除された強盗罪（236条）の法定刑の下限を下回る刑を言い渡すことができるだろうか<sup>39</sup>。また、行為者が強姦を中止した場合には、強盗強姦未遂の中止犯が成立することで刑の免除まで認めることはできるだろうか。

判例や通説はこのような場合にいわゆる遮断効を否定してきた<sup>40</sup>。その理由として挙げられるのが、遮断効を認めてしまうと「結合犯性」あるいは「一罪性」を軽視する解釈となる点、また「処断刑の間に必ずしも合理的とはいえない不均衡が生ずる・・・場合については、裁判所の裁量権の適正な行使によって妥当な量計〔ママ〕がなされることが期待されているので」ある、という点である<sup>41</sup>。しかし、そもそも強盗強姦罪という犯罪類型が設けられたのは強盗犯人が強姦に及ぶ例が少なからずあり、その悪質性に鑑みてこれを結合犯とし、強盗罪、強姦罪の加重類型とすることにあつたのである<sup>42</sup>。したがって、量

<sup>38</sup> 野澤・前掲注1) 63頁。また、中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジオン刑法2』（2002年）128頁以下〔松宮〕は「加重的未遂を論ずる必要がない」という。

<sup>39</sup> 福岡高那覇支部昭和50年11月5日判決（判決速報1219号（北村篤「判批」研修552号（1994年）23頁以下参照）は「強盗罪の法定刑との均衡上、その短期は、強盗罪の法定刑のそれを下まわるとは許されないと解するのが相当」であると述べ、宮崎地裁昭和53年2月16日判決（判時900号118頁）も「強取行為が既遂であつて、数罪性の強い結合犯の場合であるから、短期は強盗罪の刑のそれによる」とする。

<sup>40</sup> 強盗殺人罪と強盗致傷罪について大審院昭和8年11月30日判決（刑集12巻2177頁）は強盗殺人の中止犯が強盗致傷より（免除を認めた場合に）軽くなる点につき「前者ハ故意犯トシテ中止未遂ヲ認メ得ルニ反シ後若ハ結果犯トシテ未遂罪ノ成立ヲ認ムヘカラサルヨリ生スル当然ノ結果ニシテ斯克ノ如キハ裁判上量刑ニ付考慮ヲ払ヒ適當ニ之ヲ処理スルヲ以テ足り其ノ間何等不合理存スルモノニ非サルナリ」としていた。また、東京高裁平成5年12月13日判決（高刑集46巻3号312頁）は既遂に至っている強盗罪の法定刑の短期による内在的制約を認めることは「強盗強姦未遂罪に更に同法236条の適用を二重に認めるにも等しいこととなるので、同罪の結合犯性を軽視するものといわざるをえず」解釈論の範囲を越える疑いがある、とする。「結合犯の刑は、そこに含まれる各法益侵害に対する刑の総和ではなく、独自のものである」としてこれを支持するものとして中森喜彦「判批」判時1537号（1995年）256頁等。後述するように確かに結合犯の刑は各法益侵害の単純な足し算ではないが、「足し算+α」なのではないだろうか。だとすれば、「足し算」の刑を下回るべきではない、といえそうである。

<sup>41</sup> 前出東京高裁平成5年判決。同判決ではさらに「仮にその量刑に不服があれば量刑不当として争うことができる」と述べ、実際に検察官側の量刑不当の訴えをいれ、原審（東京地裁平成5年3月29日判決）で懲役4年とされた被告人に対し改めて懲役5年を宣告している。これに対して中森・前掲注40) 257頁。

<sup>42</sup> 団藤重光編『注釈刑法(6)』（1966年）130頁〔藤木英雄〕、伊東研祐ほか編『学習コンメンタール刑法』（2007年）400頁〔松宮孝明〕参照。



刑上の考慮を行ったとしても強盗が既遂に達している場合に、法条競合の関係にあり排除された強盗罪の法定刑を下回る量刑なされることはありえない、と考えるべきであり、そうすることがむしろ「結合犯性」を重視することになるのではなかろうか<sup>43</sup>。このような思考の背後にあるのは、すでに惹起させてしまった分の法益侵害（およびその危険）を法条の適用上の都合でなかったことにする余地を認めるべきではない、という考量である

<sup>44</sup> 町野朔は、障害未遂の場合に「結合犯自体が未遂に終わったときにも、他の法益侵害（危殆）の結果が発生している場合には、それを処罰する刑罰法規の法定刑を無視することは許されない」と述べる。その理由は、障害未遂において既遂犯の刑を減輕しうる理由が「法益侵害（危殆）の結果が発生せずその危険にとどまったこと」にあるからである

<sup>45</sup> 上述の強盗強姦罪の例でいえば、危険にとどまっているのは「強姦」の部分にすぎず、強盗の部分は結果が発生してしまっているのだから刑を減輕する理由に欠け、強盗罪の法定刑の下限は下回れないことになる<sup>46</sup>。このような理解は、強盗と強姦という異質な犯罪を結合させた結合犯に限れば、上述した本結合犯の趣旨からしても正しい解釈というべきである<sup>47</sup>。とすれば、中止犯における中止行為が危険除去行為であるとして、この中止行為が除去できるのは危険だけであり、すでに法益侵害が発生してしまっている内包既遂犯は遮断効をもつ、ということになりそうであるが、結合犯と中止犯における内包既遂犯の問題との相違点を考慮に入れると問題点が二点ある。まず一点目は、結合犯は異質な2つの犯罪が結合し、完全に重なり合う部分の劣位法を吸収するのに対して、中止犯における内包既遂犯の場合は、殺人と傷害を例に挙げると、傷害は殺人を実現する過程であるという点である。二点目は、一点目とも関連して、中止犯における内包既遂犯の場合には中止犯論の観点からの考慮がさらに働く余地があることである。ここでは、法条競合関係にあっても適用が排除された劣位法が必ずしも意味を失うわけではない、という点だけを確認し、結論は次款で中止犯の観点からの検討を行った上でだすことにする。

またその法的性格にはなお争いがあるものの、かつては法条競合の一類型である吸収関

<sup>43</sup> 注39に挙げた判例、町野朔「法条競合論」平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻（1990年）434頁、さらに西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』（2010年）702頁〔和田俊憲〕は内包既遂犯を実質的な処罰根拠として考えることで減輕の場合にも上限を内包既遂犯の上限と解することができる、と指摘する。

<sup>44</sup> 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）370頁以下参照。

<sup>45</sup> 町野・前掲注43）434頁、同旨山口・前掲44）370頁以下。

<sup>46</sup> 莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』（1996年）442頁では、結合犯の中止につき、既遂に達した手段行為を分離して処罰の対象とはすべきではない、としつつ、「通常の中止犯と比較すれば、刑の免除を認めることは極めて困難になろう」と述べている。また、団藤編・前掲注42）125頁以下〔藤木〕も同旨。

<sup>47</sup> 亀山継夫「結合犯の未遂」研修340号（1976年）55頁以下は、結合犯を「一罪的結合犯」と「数罪的結合犯」とにわけ、強盗強姦罪などの数罪的結合犯については実質的数罪である一種の科刑上一罪と考えることで、その処理に準じた取り扱いを行うべきであると主張する。ほぼ同旨、木藤繁夫「強盗強姦未遂犯人が婦女に傷害を負わせた場合の擬律」警論37巻1号（1984年）148頁。

係として「不可罰的」事前行為、あるいは事後行為と呼ばれていたものが、近時では包括一罪（吸収一罪）としての「共罰的」事前行為、あるいは事前行為との理解が一般的になっている<sup>48</sup>。「共罰的」という言葉の意味するところは、適用が排除される法条の当罰性は「不可罰」、換言すれば「なかったこと」にされるわけではなく、「共罰的」、すなわち適用法条においてあわせて評価されるということにある。また、劣位法によって起訴されれば、成立要件に欠けるところはないので、それを認定して処罰することも可能である<sup>49</sup>。

このようにみてくると、法条競合の場合<sup>50</sup>であったとしても優位法、劣位法のいずれもそれぞれについて考えれば成立要件を備えているのであるから、両罪の構成要件に該当し、犯罪が成立しうることは否めない<sup>51</sup>。したがってここでは、あくまで両方の罰条を「適用」できない、あるいはする必要がないとされているに過ぎないのであって、優位法が適用された場合には劣位法の当罰性はその中で考慮されるという意味において「共罰的」と理解すべきである。したがってこの限りでは、仮に両方の罰条を適用して処罰すると二重処罰等の問題が生じる可能性があるとしても、その一方が適用されず処罰されないことになった場合には他方の当罰性がどうなるか、罪数の形式的適用にとどまることなく、実質的に考える必要がある。本稿で問題にしている中止犯における内包既遂犯についていえば、劣位法の当罰性に対して中止犯の効果がいかに及ぶかを考えるべきことになる<sup>52</sup>。

## 第2款 中止犯論の観点からの議論

それでは中止犯論の観点からはどのような説明がなされているのだろうか。平野龍一は、中止犯における内包既遂犯の処理の問題を考える際には形式論<sup>53</sup>ではなく実質的な理由に依拠しなければならない、とした上で、「違法減少にせよ責任減少にせよ、実質的な理由だけで中止犯を説明しようとするならば、傷害の責を問わざるをえなくなるのではな

<sup>48</sup> 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）414頁以下。

<sup>49</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）358頁注39参照。

<sup>50</sup> 法条競合同じく本来の一罪とされ、科刑上一罪に近い性質も指摘される包括一罪について、通説は法条競合同様加重的未遂の場合に内包既遂犯を処罰しない帰結をとる。しかし虫明満は包括一罪の場合、「中止未遂の効果は、それと包括一罪を構成する他の犯罪には及ばないと一般的には言いうる」と述べる（虫明・前掲注1）316頁以下。また114頁以下も参照）。このように虫明の加重的未遂の処理が通説と異なる理由は、虫明が法条競合と包括一罪とを異なったものと考えたからである（虫明・前掲注1）317頁、平野龍一「法条競合と包括一罪」警研64巻5号（1993年）3頁参照）。

<sup>51</sup> 小田直樹『法条競合論一考』広島ロー創刊号（2005年）197頁以下、虫明・前掲注1）12頁以下参照、また松原芳博『刑法総論』（2013年）444頁。これに対して、山火正則「法条競合の諸問題（一）」神奈川法学7巻1号（1971年）19頁は数個の構成要件を充足してもただちに数個の犯罪が成立するかは疑問と述べる。刑罰法規が適用されてこそ構成要件該当性の肯定、犯罪の成立が認められると述べるのは町野・前掲注43）414頁。

<sup>52</sup> 町野・前掲注43）434頁参照。

<sup>53</sup> ここでの「形式論」とは殺人罪と傷害罪とは法条競合の関係にあるから、殺人未遂が成立すれば傷害罪は成立しない、という説明方法を指している。

かろうか」<sup>54</sup>と述べる。中止犯の減免根拠論における法律説の観点からは中止による違法減少、責任減少はすでに生じている傷害結果には及ばないはずであるから、傷害の分の責任を問わない実質的な理由、すなわち中止を奨励する政策的理由に加重的未遂を処罰しない理由として求めなければならないという<sup>55</sup>。実際に、中止犯の根拠において奨励に言及しない町田行男は、仮に中止犯の効果として刑の免除しか認めないとすると、重い後遺症が残るような傷害を与えた上で殺人未遂を中止した場合や、暴行・脅迫を行った後で財物奪取や姦淫行為を中止することで強盗罪や強姦罪の中止犯となった場合に、刑が免除されるような不都合を立法者が回避しようとするための政策的配慮から刑の必要的減免と規定されていると理解し<sup>56</sup>、そのうえで中止者に対する刑の減免の基準を導いている。すなわち、「中止未遂は原則として刑の免除であるが、中止した未遂の中にすでに軽い罪の既遂が成立している場合（加重未遂）には刑の減輕になる」とし、このように理解することで「有罪・無罪の差を別にすれば、・・・ドイツやフランスとわが国とでは中止犯に対する扱いがそれほど異ならないということになる」というのである<sup>57</sup>。この見解は、中止犯の場合には危険消滅分に対応した要罰性が失われ、実質的な処罰根拠となるのは残された内包既遂犯であると理解している<sup>58</sup>。そして、このようにはっきりと免除と減輕の区別基準とまではいわなくとも、内包既遂犯が存在する場合には免除までは認められにくい、という指摘は多くみられる<sup>60</sup>。

これに対し、近時の中止行為の危険消滅的役割を重視する立場<sup>61</sup>からも政策的目的の影響が挙げられている。たとえば、内包既遂犯は「犯罪としては成立するが、中止犯の政策目的を達成するため、不問に付される」<sup>62</sup>、あるいは内包既遂犯の刑よりも低い刑を言い渡すこ

<sup>54</sup> 平野龍一「中止未遂の法的性格」同『犯罪論の諸問題』（1981年）165頁。

<sup>55</sup> 平野・前掲注54）165頁。

<sup>56</sup> 町田・前掲注1）42頁。

<sup>57</sup> 町田・前掲注1）40頁以下。このような町田の考え方は、中止犯の立法理由を補充性の原則に求めることから導かれる。すなわち、中止犯の立法理由は、行為者がみずから生ぜしめた違法な状態を再び消滅したため、すでにその行為には処罰の対象となるほどの高い違法性が認められない、という補充性の原則に求められるというのである（町田・前掲注1）36頁以下。謙抑説、と称する）。

<sup>58</sup> 西田ほか編・前掲注43）702頁〔和田〕参照。もっとも前述したように、町田は免除とすると不都合な場合として、重い後遺症が残るような場合を挙げているところからすると、軽微な傷害は除く趣旨かもしれない。

<sup>59</sup> 内包既遂犯の存否を減輕ないし免除の区別基準とすることによって、（中止犯となって免除の可能性がある未遂犯ではなく）内包既遂犯によって起訴された場合に免除されないこととの不均衡は生じないことになる。

<sup>60</sup> たとえば浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007年）388頁注1。

<sup>61</sup> 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）249頁以下参照。

<sup>62</sup> 井田・前掲注14）433頁注40。そこでは内包既遂犯は「共罰的事前行為とは区別された、不可罰的事前行為として理解することができ」、いわば「真の不可罰的事前行為」（同・526頁注21）である、という。たしかに刑の免除が選択された場合には不問に付き

とができる点について「行為の要罰性の低下を超えた効果であって、減免措置による中止の奨励という目的によってはじめて正当化することができる」<sup>63</sup>とされる。鈴木茂嗣も「法条競合の場合にも、包括一罪に関してはそれぞれの行為の相対的独自性に鑑み、理論上積極説〔既遂犯を処罰する立場、引用者注〕をとることは不可能ではない」が、「未遂行為者に対する既遂結果回避の動機付けを強化するという政策目的のためには消極説〔既遂犯を処罰しない立場、引用者注〕が望ましい」<sup>64</sup>と述べている。

町野は「中止未遂の場合の刑の必要的減免（刑法43条但書）は、法益侵害（危殆）の危険を行為者が自発的に除去したことによるものである。したがって、劣位法の構成要件の充足が優位法の保護法益侵害（危殆）の手段であり、その危険を実質的に含んだものであるときには、中止未遂による後者の刑の減免の効果は前者にも及ぶとしなければならない」と述べる<sup>65</sup>。しかし、中止行為が法益侵害の危険を除去したという理由だけでは既遂に達している、すなわちすでに法益侵害結果が発生している既遂犯の要罰性を不問に付すことまではいえないであろう。法益侵害の危険を処罰根拠とする未遂犯の要罰性は自発的な行為者の危険除去行為によって消滅ないしは減少するものであるとしても、そこで除去されるのはあくまで内包既遂犯として発生した結果から優位法の結果発生に至る可能性、危険であって、まさにここで要罰性を考慮しなければならないかが問題となっている内包既遂犯の（既遂）結果ではないからである<sup>66</sup>。

この点、中止犯の減免根拠として政策的理由を強調する山口厚は、中止犯における内包既遂犯の場合に、法条競合の関係にある被排除法に優先法である中止犯の減免効果が及ぶことについて「適用が排除される罰条の構成要件の充足が優先適用される罰条の罪が処罰の対象とする法益侵害惹起の手段であり、その危険を含んでいるときには、犯罪中止の奨励という中止未遂の特別の政策目的からして」可能である、と述べる<sup>67</sup>。傷害（既遂）罪と殺人（未遂）罪の関係を例にすれば、適用が排除される傷害罪の傷害行為は殺人罪の手段となっており、殺人罪の保護法益である人の生命侵害の危険を含むがゆえに、傷害罪の可罰性も不問にすることを行為者に提示して行為者に殺人を中止するように奨励する、ということになろう。すなわち、中止犯特別の政策目的を根拠に、中止犯の効果が及ぶ範囲を「手段性」、「危険を含んでいること」という二つの条件を両方満たす場合に限定し、それが法条競合で

---

れているようにもみえる。しかし、たとえば現に生じている傷害の程度が重く、刑の減輕にとどまるような場合には、それは傷害の当罰性が考慮された結果であろう。そうであるとすれば、刑の免除がなされる場合でも、傷害の当罰性が考慮されたうえで免除という判断が下されるはずである。これもまさに「共罰的」事前行為にほかならず、あえて区別すると語弊が生じるように思われる。

<sup>63</sup> 松原・前掲注51) 320頁。

<sup>64</sup> 鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』（2011年）205頁以下。

<sup>65</sup> 町野・前掲注43) 434頁。

<sup>66</sup> これは違法減少説（危険消滅説）の批判としてよく挙げられることと同じといえる。たとえば山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（2008年）749頁以下。

<sup>67</sup> 山口・前掲注44) 371頁。

ある、としているのである。

ここで仮に「手段性」の観点を強調すれば、たとえば住居侵入窃盗のような牽連犯の場合も中止の効果が及ぶことが考えられよう。牽連犯とはまさに「犯罪の手段若しくは結果である行為が他の罪名に触れるとき」(54条1項後段)だからである。また、牽連犯が一罪で処断される理由は、1個の意思発動に準じて責任減少が(あるいは違法減少が)認められるほど密接に結びついた一連の行為であるところに認められるのであるから<sup>68</sup>、刑の減免効果を及ぼすことによるインセンティブは大きいといえよう。しかし、通説は牽連犯について中止犯の効果が及ぶことを認めない。この理由としてはまず立法者の意思が考えられようか。すなわち、旧刑法では結合犯として規定されていた一部の犯罪を牽連犯という観念的競合と同様の科刑上一罪としたことに、牽連犯関係にある内包既遂犯には中止犯の効果が及ばないことが明らかにされている、と考えるのである。しかし、前述したように罪数による区別は絶対的なものではなく、実質的な区別理由が必要であろう。次に理由として考えられるのは、牽連犯の被吸収法の行為には吸収法の結果を発生させる(直接的な)危険が含まれていないことである<sup>69</sup>。たとえば住居侵入窃盗についていえば、住居侵入を行えば窃盗罪の結果発生への段階がひとつ達成され、結果発生に近づいたことは間違いないが、住居侵入を行っただけでは、その後の行為を続けられない限り窃盗結果は絶対に発生しない。厳密に言えば住居侵入(既遂)後に窃盗未遂の段階を経て窃盗既遂に至ることになる<sup>70</sup>。したがって住居侵入行為のもつ危険性は窃盗の危険そのものというわけではない。そうすると、ここで用いられている「手段」という用語は危険を含んでいる、ということを使い換えているに過ぎないものと理解すべきであろうか。それでは危険を含んでいること、というのはいかなる意味を持っているだろうか。

前述したような、犯罪中止の奨励という「政策目的」によって中止行為による当罰性除去分以上に刑罰を減じる点を説明しようとするアプローチ自体はあり得る考え方であろう。しかし、問題に思われるのは、この「政策目的」によって減免効果が及ぶ範囲を「適用が排除される罰条の構成要件の充足が優先適用される罰条の罪が処罰の対象とする法益侵害惹起の手段であり、その危険を含んでいるとき」、すなわち本位的一罪の範囲に限定することを根拠付けることは可能であり妥当なのか、という点である。

まず、「政策目的」を単純に中止行為の奨励のみと考えると<sup>71</sup>、(罪数論の観点を措けば)中止犯の減免効果が及ぶ範囲を本位的一罪に限る論理は内在的には存在しない。犯罪行為者に対して刑罰を減らす、というインセンティブを与えて中止行為を奨励する場合、科刑上一罪や併合罪になる罪にも中止犯の減免効果が及ぶ、とする方が中止の奨励効果は高まる

<sup>68</sup> 西田ほか編・前掲注43) 759頁以下〔鎮目征樹〕参照。

<sup>69</sup> 町野・前掲注43) 434頁以下

<sup>70</sup> 住居侵入窃盗では、住居侵入の段階でただちに窃盗の実行の着手が認められるわけではない。大審院昭和9年10月19日判決刑集13巻1473頁など。

<sup>71</sup> 政策説の意義については金澤真理『中止未遂の本質』(2006年)5頁以下参照。

からである<sup>72</sup>。それは奨励内容について、危険を消滅させるような中止行為と限定したとしてもかわらない。

しかし、そうすると中止犯の効果が及ぶ範囲を（直接的な）危険を含む範囲に限定する論理はいかにして導かれるのだろうか。それはひとつには中止犯の減免根拠として、中止行為自体が未遂行為により生じさせた要罰性を消滅させている、あるいは中止による減免が褒賞によるものである、という理解から裏付けられよう。すなわち、中止と減免効果が一種の等価・交換関係にある部分があると考えると、中止行為により消滅させられる要罰性の範囲は一個の法益侵害事実に対する法適用を意味する本来の一罪の範囲に限ることは罪数論の観点とも適合する。またこのように中止犯の減免根拠を理解することで、中止犯の法的効果がまさに未遂によって生じた可罰性を減じるものであることも基礎付けられる<sup>73</sup>。

また、中止犯の政策目的が達成されることによる利益とインセンティブの量、すなわちその政策目的を達成するために「犠牲に」できる処罰の必要性<sup>74</sup>との均衡がはかられなければならない、という外在的な事情がありえよう。本稿のように未遂の要罰性が消滅することに中止犯の減免根拠（の一部）を求める立場からは、仮に奨励による「犠牲」を認めたとしても、その範囲はそれほど広くないと考えるべきだろう。仮に科刑上一罪にまで中止犯の効果を及ぼすことになると、銃弾を一発発射して2人に重傷を負わせた場合、1人を救えばもう1人は放置しても中止犯の効果が全体に及ぶことになるが、それは実際上の妥当性を欠くように思われるのである<sup>75</sup>。

以上のような内在的理由、外在的理由を考え合わせると、加重的未遂の場合に本来の一罪の範囲に限って内包既遂犯を処罰しない現在の通説、判例の立場は一応穏当なものとして評価することができるように思われる。

### 第3款 中止行為要件に取り込んで考慮する見解

近時では、中止犯の成立条件としての中止行為要件の充足判断において内包既遂犯に意味を見出す見解も見られる。和田俊憲は「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、殺人未遂の違法性は増大する」ので、中止行為を危険消滅・減少行為と

---

<sup>72</sup> 特に、たとえば被害者をガス中毒死させるつもりで部屋にガスを充満させたが、この殺人未遂を中止するために窓ガラスを割ったような場合（大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（2012年）392頁以下参照）、すなわち中止行為自体が当該未遂犯罪とは別個の犯罪を構成する場合、それと当該未遂犯罪とは併合罪関係に立つように思われるが、このような場合であっても、その犯罪を独立して成立させない方が奨励効果はより高まるといえよう。

<sup>73</sup> 松原・前掲注51) 319頁。

<sup>74</sup> 和田俊憲「中止犯論」刑法42巻3号（2003年）289頁以下参照。ただし、和田は行為が具体的に不能であり、実行されてもおおよそ既遂結果が生じない場合に中止犯の成立を認める必要はない、という文脈で「処罰の必要性を・・・犠牲に」する必要はない、と述べている。

<sup>75</sup> 併合罪関係の場合はさらに不均衡が大きくなるといえよう。

捉える立場からすれば「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」、すなわち「内包既遂犯の違法性が増大する危険がある場合は、それを消滅させる作為行為があって初めて中止行為要件の充足が認められる」と述べる<sup>76</sup>。この見解は、傷害の当罰性が殺人未遂において評価されることを前提としている。たしかに殺人未遂において傷害の違法性が吸収されてあわせて評価されており、傷害が悪化すれば結果として殺人未遂一罪で合わせて評価される違法性は増加する。しかし、あくまで中止犯を既遂結果回避のための政策的手段にとらえるのであれば<sup>77</sup>、人の死という結果に結び付かない違法性はいくら増大しても中止犯の成否には関係がない<sup>78</sup>。そのような政策目的から殺人未遂の阻止のために傷害の治療を求める論理は出てこないからである<sup>79</sup>。したがって論者の立場から中止犯の成立要件である中止行為としてそのような行動を要求するのは過大であるし<sup>80</sup>、また結論の妥当性という観点からいっても、必要的減軽と任意的減免というわが国の中止犯の法的効果からみて、内包既遂犯に手当てをしないことにより中止犯の成立自体が認められないとするのは厳格にすぎるように思われる<sup>81</sup>。

## おわりに

本章の検討内容をまとめると以下のようになる。

まず、加重的未遂の問題は罪数論と中止犯論の観点が入り混じる論点であり、これらを区別して検討することが便宜である。

従来は罪数論の観点から、特に中止犯が成立する未遂犯罪と法条競合関係にある内包既遂犯は、わが国の中止犯が未遂犯の成立を前提としている以上、内包既遂犯はこれに吸収され、独自の意味を持たないと考えられていた。しかし、いかに法条競合関係にあると、劣位法が量刑上意味を持つかどうかを決するためには、実質的な検討が必要である。そうすると、加重的未遂においては罪数論の観点のみならず、中止犯論の観点を無視できないことになる。

---

<sup>76</sup> 和田俊憲「未遂犯」法時 81 巻 6 号 (2008 年) 34 頁以下。西田ほか編・前掲注 43) 676 頁 [和田]。塩見は中止行為に (因果的であるのみならず) 規範的な危険減少を求める立場から同様の結論に至る。すなわち、「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に出て初めて、実質的な意味での殺人未遂の危険が減少した」といえ、中止行為を認めることができる、というのである (塩見・前掲注 61) 259 頁)。

<sup>77</sup> 山口・前掲注 44) 279 頁以下、和田・前掲注 74) 284 頁以下。

<sup>78</sup> もちろん、減免の可否や、狭義の量刑においては重要な役割を果たすことになるろう。

<sup>79</sup> 小林憲太郎「刑罰に関する小講義 (改)」立教法学 78 号 (2010 年) 361 頁。

<sup>80</sup> 仮に中止行為にそのような一罪に評価される違法関連的な要素の増大を抑える性質を要求するとすれば、「政策目的」として念のために治療を求める、などの別の要求を加える必要があるろう。

<sup>81</sup> 小林憲太郎『刑法総論』(2014 年) 136 頁。

中止犯論の観点からは、中止犯の法的効果が及ぶ範囲を本位的一罪に限る通説の立場は政策的考慮に基づくが、それは単に中止行為の奨励という政策的考慮だけではなく、中止犯の褒賞的性格といった内在的理由や帰結の妥当性といった外在的理由から裏付けられるべきであると思われた。

なお、中止行為要件自体に内包既遂犯への手当てを織り込む見解は、論者の中止犯における基本的立場からは導かれないだけでなく、帰結においても妥当性を欠くように思われた。



## 第5章 既遂後の行為による刑の減免規定

### はじめに

刑法は、犯罪に対して刑罰を科すことを規定し、また行なわれた法益侵害行為に対して刑罰を科すことにより犯罪を予防し、法益を保護する機能を有している<sup>1</sup>。この点、わが国の刑法 43 条但書の中止犯規定は、行為が未遂犯として可罰的になった後の時点において、刑の必要的減軽ないし免除という法的効果を設定することによって行為者に対して中止を奨励することによって、法益保護を図る規定であると理解されている<sup>2</sup>。もっとも中止犯は、あくまで未遂犯の一種として規定されているため、犯罪結果が発生し、既遂に至った場合には適用されない<sup>3</sup>。

ドイツでも同様に、中止犯は未遂犯の一種として扱われ、既遂に至った後は適用されない。これに対し「既遂後の中止規定」<sup>4</sup>といわれる、「行為による悔悟 (Tätige Reue) <sup>5</sup>」が各則に規定されていることがある。これは既遂に至った後でも、行為者が一定の行為をすることで刑の減免という優遇<sup>6</sup>が認められる規定である<sup>7</sup>。どのような行為に対してどの程度恩典を

<sup>1</sup> たとえば、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(2008年)6頁。

<sup>2</sup> たとえば、井田良=川端博「対談 中止犯論の現在と課題」現刑 45号(2003年)5頁〔井田発言〕。なお、中止犯の根拠論における政策説からはもちろん、法律説からも、少なくとも刑が減免される反射的效果としての奨励効果は否定されず、立法時の政策決定として中止犯を単なる量刑事情としてではなく、法定化することによる奨励効果は否定されない(曾根威彦『刑法原論』(2016年)494頁参照)。

<sup>3</sup> 責任減少説からは、結果発生時にも中止犯規定を適用ないし準用する余地を認める見解もある(香川達夫『刑法講義〔総論〕〔第3版〕』(1995年)315頁)。

<sup>4</sup> わが国では、ドイツ刑法 24 条における Rücktritt vom Versuch に対して「中止犯」あるいは「中止未遂」の訳語を当てるのが一般である。そしてこの Tätige Reue は Rücktritt vom vollendeten Delikt と表現され、多くの場合 Rücktritt vom Versuch と並んで(あるいはこれに含めて)論じられる。すなわち、未遂の場合の Rücktritt と既遂の場合の Rücktritt として並列的に考えられるのである(たとえば Gunther Arzt/Ulrich Weber/Heinrich/Eric Hilgendorf, Strafrecht Besonder Teil, 3. Auflage, 2015, § 37Rn. 51ff.)。

<sup>5</sup> Tätige Reue の訳語としては、「顕著な悔悟」(西村克彦『無罪の限界』(1980年)127頁)や「有効な悔悟」(山口林之助「内乱罪(西独)」社会科学論叢 16号(1967年)8頁、城下裕二『量刑基準の研究』(1995年)176頁、長井圓ほか訳「アルビン=エーザー比較法からみた刑法による汚職腐敗の防止」神奈川法学 33 卷 2 号(2000年)31頁など)、「行為に表した悔悟」(法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(2007年))なども用いられるが、ここでは「行為による悔悟」(高橋則夫『刑法における損害回復の思想』(1997年)14頁、西原春夫監訳『イエシエック=ヴァイгент ドイツ刑法総論 第5版』(1999年)427頁〔鈴木彰雄〕、野澤充『中止犯の理論的構造』(2010年)432頁)を用いておく。なお、本稿のドイツ刑法典に関する訳語は、原則的に前出『ドイツ刑法典』に従うことにする。

<sup>6</sup> 法的効果の多くは 49 条 2 項の裁量的な減軽と刑の免除の組み合わせであり(83 条 a、142 条 4 項、158 条、306 条 e など)、一部 49 条 1 項の裁量的減軽が適用される(239 条 a 4 項、239 条 b 2 項)。

<sup>7</sup> 2016 年 5 月 30 日時点でのドイツ刑法典における行為による悔悟の規定としては、83 条 a、84 条 5 項、85 条 3 項(84 条 5 項を準用)、87 条 3 項、89 条 a 7 項、89 条 c 7 項、98

与えるか、という問題は、刑法理論から論理必然的に答えが出るものではなく、多分に刑事政策的な判断によるものである<sup>8</sup>。そしてその判断は、効果的な法益保護を図る観点から、既遂後にさらに侵害が発生する場合には、それに応じた刑罰を科すことにとどめるよりも、既遂後であっても法益を保護する行為を褒賞することによって、法益保護という刑法の任務により資する場合がある、という理解<sup>9</sup>に基づいているといえる。

わが国においてこれと類似する制度として、刑法各則や特別法にみられる自首減免規定を挙げることができる。また、228条の2の被拐取者解放減輕規定は、要件に自首を伴わない点でドイツの行為による悔悟規定に近いものである<sup>10</sup>。これらの規定をドイツの行為による悔悟規定と比較することで、立法論的な観点も含めて示唆を得たい。

## 第1節 ドイツにおける行為による悔悟規定

### 第1款 規定の種類

行為による悔悟規定は中止犯規定と異なり、各則に規定されている。同規定の適用がなされる犯罪はいくつかの類型に分類することができる。

まず、予備罪に関する行為による悔悟の規定として、内乱企行の予備罪（83条）についての83条a、通貨偽造及び証券偽造の予備罪（149条1項）についての149条2項、爆発犯罪又は放射線犯罪の予備罪（310条）についての314条a3項2号などがある。

また、ドイツ刑法では、未遂と既遂を併せた「企行（unternehmen）」と呼ばれる犯罪態様が設けられている（11条1項6号）。この概念の目的は、未遂を既遂と同等に扱うことで未遂減輕の適用をなくすことで、刑法による威嚇をより前段階において強めることにあるとされている<sup>11</sup>。この企行犯に関する行為による悔悟の規定として、連邦に対する内乱企行（81条）、州に対する内乱企行（82条）についての83条a、核エネルギーによる爆発の惹起（307条1項）及び電離放射線の濫用（309条1項・2項）についての314条1項・2項、航空交通及び海上交通への攻撃（316条c）についての320条1項などがある。

危険犯に関しては非常に多くの行為による悔悟の規定がなされている。たとえば、反逆のための秘密情報員活動（98条1項）についての98条2項、事故現場からの無許可離脱（142

---

条2項、99条3項（98条2項を準用）、129条6項、129条a7項（129条6項を準用）、139条3項・4項、142条4項、149条2項・3項、152条（149条2項・3項を準用）、152条a5項（142条2項・3項を準用）、152条b5項（142条2項・3項を準用）、158条、161条2項、239条a4項、239条b2項（239条a4項を準用）、261条9項、264条5項、264条a3項、265条b2項、266条a6項、298条3項、306条e、314条a、320条、330b条である。

<sup>8</sup> Rüdiger Schäfer, Die Privilegierung des "freiwillig-positiven" Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat, 1992, S. 1.

<sup>9</sup> Morten Blöcker, Die Tatige Reue, 2000, S. 194.

<sup>10</sup> 野澤充「略取誘拐罪における解放減輕規定（228条の2）について」犯罪と刑罰19号（2009年）141頁以下。なお、組織的犯罪処罰法5条は、身代金目的略取等罪の組織犯罪加重規定（3条1項10号）に対する解放減輕を規定している。

<sup>11</sup> Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehebuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 49VIII.

条1項・2項) についての142条4項、虚偽の非宣誓陳述(153条)や偽証(154条)についての158条、恐喝目的での人身強取(239条a1項・2項)についての239条a4項、資金洗浄等(261条1-5項)についての261条9項、軌条交通等への危険な介入等(315条1項・3項1号・5項)についての320条2項1号、道路交通への危険な介入(315条b1項・3項・4項・5項)に対する320条2項2号・3項1号b)、騒音、振動及び非電離放射線の惹起(325条a条2項・3項2号)や危険な廃棄物の無許可取扱い(326条1-3項・5項)、放射性物質並びにその他の危険な物質及び物品の無許可取扱い(328条1-3項・5項)、毒物の放出による重大な危殆化(330条a1項1項・3-5項)に対する330条b条などがある<sup>12</sup>。

これら予備罪、企行犯、危険犯といった犯罪類型は、実質的にみれば「既遂」と考えられる法益侵害の前段階を可罰的な範囲に取り込むことによって、犯罪行為のより早期の段階において法益保護を図るために導入されてきた。他方で、これらの犯罪類型は、同様に既遂の前段階を対象とする未遂犯と異なり、独立の既遂犯の形式をとる。このような場合には、犯罪化されている行為が法益そのものから離れており、行為者によって法益を救助する可能性が存在する点において、未遂及びその中止と共通性を有しているが、総則の未遂規定の適用はなく、中止犯規定の適用もない<sup>13</sup>。そうすると、最終的、実質的な法益侵害からみれば未遂より前段階ないし同等の段階にあるにもかかわらず、規定形式の違いによって刑の減免による法益保護の手段がないことになるが、それは立法者の刑事政策的意図に沿うことにならない<sup>14</sup>。

これらの前倒しされた形式的な犯罪の既遂ないし終了と、実質的な既遂ないし終了の間には、時間的な懸隔が存在し、行為者はその間に、すなわち法益の実質的な侵害発生前に犯行を中断する可能性を有する。まさにそのような態度を行為者が示した場合に<sup>15</sup>、刑の減免という恩典を与える制度が、行為による悔悟なのである<sup>16</sup>。

## 第2款 行為による悔悟の成立要件

行為による悔悟は各則に規定され、要件も異なっているため、制度全体に共通する一般的な要件を示すことは困難を伴う。ここではBlöckerの分類を参考に<sup>17</sup>、ほぼすべての規定において必要とされている要件を中心に概観する。

### 1 積極的な行為

まず、行為者の積極的な行為が原則として必要である。もっとも、具体的な行為の内容はそれぞれの構成要件によって異なる。たとえば通貨偽造等予備(149条1項)については、他の者が更に行為の予備を行い若しくは行為を実行するという自らが招いた「危険を回避」

<sup>12</sup> この他、構成要件の態様による分類についてBlöcker, a. a. O. (Anm. 9), S. 78 参照。

<sup>13</sup> Schäfer, a. a. O. (Anm. 8), S. 191.

<sup>14</sup> Blöcker, a. a. O. (Anm. 9), S. 42.

<sup>15</sup> 本稿では、以下このような行為者の行為を「悔悟行為」と呼ぶことがある。

<sup>16</sup> Blöcker, a. a. O. (Anm. 9), S. 79f.

<sup>17</sup> Blöcker, a. a. O. (Anm. 9), S. 82f.

(149条2項1号)することが必要であり<sup>18</sup>、妨害目的での諜報活動(87条1項)や反逆のための秘密情報員活動(98条1項)、資金洗浄等(261条1-5項)について行為者が自ら知ることを「知らせる」(87条3項、98条2項、99条3項、261条10項)ことが必要である。また、偽証(154条)等については「訂正する」(158条)ことが必要であり、放火等(306条、306条a、306条b、306条d)については「消火する」(306条e)ことが必要である。

また、そのような行為を行為者自身でやらなければならないのか、についても各構成要件の把握によって異なることになる。たとえば158条の虚偽陳述を「訂正する」ことは行為者自身にしかなし得ず、第三者によって訂正されるのでは不十分である<sup>19</sup>。それに対して、306条eの「消火する」ことは、行為者単独で行うことは事実上困難な場合が多い。それにもかかわらず、これを単独で行うことを要求することは、火災による被害拡大を防ぐという規定の目的にむしろ反することになる<sup>20</sup>。したがって消防隊等の助けを借りても当然に消火したと認められる<sup>21</sup>。

もっともいくつかの規定においては、所為の放棄による行為による悔悟が可能であり<sup>22</sup>、積極的な行為は必須の要件とはいえない。ただしその場合であっても、補足的に積極的な行為が要求されることがある。たとえば、通貨偽造等予備(149条1項)に対する行為による悔悟(149条2項)において、偽造手段がなお存在し利用されうる場合に、それを廃棄すること、使用不能にすること、存在を官庁に通報すること、官庁に引き渡すことなどがその例である。

## 2 悔悟行為の「結果」の発生

行為による悔悟の行為の「結果」として、実質的な意味における既遂の阻止が要求される。したがって、保護法益の実質的な侵害がすでに認められる場合には、行為による悔悟の適用は原則として排除されることになる<sup>23</sup>。

例外として「重大な損害(erheblicher Schaden)」の不発生が要求されることで、実質的な侵害に至っている場合についても行為による悔悟の規定が設定される場合がある。たとえば、放火罪に対する306条eは、「重大な損害が生じる前に」行為者が任意に消火することを要求している<sup>24</sup>。

<sup>18</sup> 「危険の回避」はほかに、314条a1-3項などにおいても要件とされている。

<sup>19</sup> Reinhard Maurach/Friedrich-Cristian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht Besonder Teil, Teilband 2, 10. Aufl., 2012, § 75 Rn. 119; Blöcker, a. a. O. (Anm. 9), S. 83.

<sup>20</sup> Blöcker, a. a. O. (Anm. 9), S. 83.

<sup>21</sup> Henning Radtke, Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 418; Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 63. Aufl., 2016, § 306 Rn. 5; Maurach/Schroeder/Maiwald, a. a. O. (Anm. 19) § 52 Rn. 39; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a. a. O. (Anm. 4), § 37 Rn. 59; Blöcker, a. a. O. (Anm. 9), S. 83.

<sup>22</sup> たとえば、83条a、149条2項・3項、314条a、320条1項・3項2号など。

<sup>23</sup> Blöcker, a. a. O. (Anm. 9), S. 84.

<sup>24</sup> このほか、314条a2項2号f)・3項1号e)、320条2項・3項1号、330条b1項など。もっとも、どの程度の損害が生じれば重大といえるかは、解釈にゆだねられている。306条eが人の死亡結果を伴う306条cを適用外としていることから、人の死亡は当然に

この要件が要求されている犯罪は公共危険犯であり、既遂の要件である法益への具体的な危険が生じることで、すでにわずかな程度現実的な侵害結果の発生に結びついている場合がある<sup>25</sup>。306条以下の放火罪においては、建造物等に火をつけること、すなわち物的損害が発生していることが既遂の要件とされている<sup>26</sup>。そして、このような場合に行為による悔悟の適用を認めないのであれば、より強度な法益侵害を回避しようとした立法者の意思に反することになる<sup>27</sup>。このように一定程度の実質的な損害が生じてはなお、行為による悔悟規定の適用を認めることで、より柔軟な立法が可能となるともいえる<sup>28</sup>。

なお、306条eが適用された場合でも、すでに放火行為によって生じている実質的な損害に対する器物損壊(303条・304条)としての可罰性は排除されないため<sup>29</sup>、実質的な損害の可罰性を「犠牲」にした法益侵害の回避までは認められていない<sup>30</sup>。

### 3 悔悟行為の任意性

行為による悔悟規定の多くは、行為者が悔悟行為を任意に<sup>31</sup>行うことを要件としており、任意性を要件としない規定はわずかである。

たとえば、偽証等の虚偽陳述の修正についての158条<sup>32</sup>は、少なくとも明文では任意性を要求していない<sup>33</sup>。この理由として、158条の法的効果は裁量的な刑の減免に過ぎず、未遂

---

重大な損害に当たる。さらに、306条b1項を適用範囲に含んでいるものの、人に重大な健康侵害を生じさせた場合には適用が排除されることになると理解されている

(*Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, a. a. O. (Anm. 4), § 37 Rn. 58)。これに対して物の損害の場合は1000ユーロ前後まで、建造物の損害の場合は2500ユーロ前後が重大な侵害といえるかの分かれ目とされている(*Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, a. a. O. (Anm. 4), § 37 Rn. 59)。

<sup>25</sup> *Blöcker*, a. a. O. (Anm. 9), S. 84.

<sup>26</sup> 同様に、320条2項の行為による悔悟規定が対象とする315条1項は、施設若しくは輸送手段の破壊、損壊、除去を要件とし、315条b1項は、施設又は乗り物の破壊、損壊、除去を要件とし、318条1項は、水道管、ダム、橋梁等の施設の損壊、破壊を要件としている。

<sup>27</sup> *Rudolf Rengier*, Die Brandstiftungdelikte nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts, JuS1998, S. 401; *Blöcker*, a. a. O. (Anm. 9), S. 84

<sup>28</sup> *Blöcker*, a. a. O. (Anm. 9), S. 84f.

<sup>29</sup> *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, a. a. O. (Anm. 4), § 37, Rn. 61. ; *Schäfer*, a. a. O. (Anm. 8), S. 270. ders, S. 278 は、このような内包既遂犯を処罰する規定を「受け皿構成要件 (Auffangtatbestand)」と呼ぶ。

<sup>30</sup> ドイツでは、中止犯の場合に内包既遂犯が処罰される(たとえば謀殺の実行中止の事案において、すでに傷害結果が生じている場合には、危険な傷害(224条)は不可罰となるが、単純傷害(223条)として処罰がなされる)ことと同様に考えられる。鈴木一永「中止犯における内包既遂犯について」曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集上巻(2014年)773頁以下(本稿第4章)参照。

<sup>31</sup> *Freiwillig* という、中止犯規定(24条)と同一の文言が用いられ、その内容についても中止犯と同じ議論がそのまま妥当すると考えられている。たとえば306条eの任意性について *Fischer*, a. a. O. (Anm. 21), § 306 e Rn. 5. ;

*Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, a. a. O. (Anm. 4), § 37, Rn. 57.

<sup>32</sup> 過失による虚偽陳述(161条1項)の訂正(161条2項)も同様である。

<sup>33</sup> これに対して *Blöcker*, a. a. O. (Anm. 9), S. 82 は、158条1項は、訂正が「適切な時期」

として不可罰であることを規定する 24 条に比べて弱いことが指摘されている<sup>34</sup>。

また、恐喝利用のための人身強取に関する 239 条 a 4 項<sup>35</sup>も任意性を要件としていない<sup>36</sup>。その理由は、本規定の目的が、第一に被害者を生活領域への帰還させることによる被害者保護にあるからと理解されている<sup>37</sup>。

## 第 2 節 わが国における既遂後の減輕規定

このようなドイツの規定に対して、わが国の刑法典において、(形式的な) 既遂後の行為者の行為を理由として刑の減輕が規定されているものとしては、予備罪に対するものとして 80 条、93 条但書、228 条の 3 但書があり、それ以外に 170 条、173 条、228 条の 2 がある。これらは、228 条の 2 を除いては、自首ないし自白を要件とする減免規定であり、刑法 42 条 1 項の総則自首の特例として位置付けられている点に特徴がある。また、特別法にも多くの自首(自白)減免規定が存在している<sup>38</sup>。

以下、現行法の規定について概観した後、旧刑法時の規定についても言及する。

---

になされることを要求し、2 項において、行為者に対して告訴が行われるか、捜査が開始された場合には時期を逸している、と定めているため、「適切な時期」に訂正がなされることによって任意性が間接的に (Vgl. *Fischer*, a. a. O. (Anm. 21), § 158 Rn. 3.) 示されると指摘する。

<sup>34</sup> *Urs Kindhäuser*, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 6. Aufl., 2015, § 158 Rn. 5. これに対し、中止犯の場合には任意性が要求されるため、未遂にとどまった者が既遂に至った者よりも不利に扱われてしまうため、中止をしたが任意性を欠く未遂行為者に 158 条を拡張適用しようとする見解 (*Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, a. a. O. (Anm. 4), § 47 Rn. 125) もある。

<sup>35</sup> また同条を準用する 239 条 b 2 項も同様である。

<sup>36</sup> したがって、警官に取り囲まれて人質を解放するような、行為者にとって逃げ道のなくなった場合にも本規定の適用が認められることになる (*Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 34), § 239a Rn. 17)。もっとも被害者を生活領域に戻「らせる (lässt)」という文言から、行為者がそれを望んでいなければならない、とする見解 (*Fischer*, a. a. O. (Anm. 21), § 239 a Rn. 19) や、少なくとも行為者の「同意」によることが必要とする見解

(*Blöcker*, a. a. O. (Anm. 9), S. 55) がみられる。もっとも、どのような状況で解放するに至ったのか、という事情は、49 条 1 項における裁量的減輕の領域で考慮されることになる (*Schäfer*, a. a. O. (Anm. 8), S. 273)。

<sup>37</sup> *Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 34), § 239 a Rn. 17; *Blöcker*, a. a. O. (Anm. 9), S. 82; *Schäfer*, a. a. O. (Anm. 8), S. 273. まさに、行為者にとって任意性が失われるような見込みのない状況に至った時こそ、被害者が殺害される危険性があるといえるのである

(*Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, a. a. O. (Anm. 4), § 18 Rn. 39)。

<sup>38</sup> 自首減免規定の法的効果として必要的免除を規定するものとして爆発物使用予備等 (爆発 11 条)、必要的減免を規定するものとしてけん銃等提出 (銃刀法 31 条の 5)、航空機強取等予備 (航空機強取 3 条)、防衛秘密探知収集等陰謀 (秘密保護 6 条)、サリン等発散予備 (サリン 5 条 3 項)、必要的減輕を規定するものとして流通食品毒物混入等 (流通食品 9 条 5 項)、任意的免除を規定するものとして外貨等偽変造 (外貨偽造 8 条)、任意的減輕又は免除を規定するものとして経済団体役員等贈賄 (経罰 5 条 2 項) ほか贈賄多数などが規定されている。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第 3 卷』(2015 年) 546 頁以下 [増井清彦]、西田典之ほか編『注釈刑法 第 1 卷』(2010 年) 645 頁以下 [古川伸彦] 参照。

## 第1款 現行規定

### 1 自首（自白）減免規定

80条は、内乱予備陰謀罪（78条）、内乱等幫助罪（79条）の罪を犯した者が、暴動に至る前に自首したときに刑が必要的に免除されるものである。内乱罪における暴動を未然に防止しようとする政策的規定であるとされている<sup>39</sup>。本規定の適用には「暴動に至る前」という時間的な制限が設けられる一方で、42条の総則自首のように「捜査機関に発覚する前」という要件が規定されていない。この点、総則自首同様に「捜査機関に発覚する前」を要件とするという見解もみられるが<sup>40</sup>、政策的見地を重視して、犯罪事実及び犯人が発覚した後でも、所在が発見される前であれば本条の適用を認める見解<sup>41</sup>が有力である。

93条但書は、私戦予備及び陰謀（93条本文）の罪を犯した者が自首した場合に、刑を必要的に免除する規定である。私戦への発展をできるだけ未然に防止しようとする政策的規定であるとされている<sup>42</sup>。

170条は、偽証（169条）の罪を犯した者が自白した場合に、刑の任意的減輕ないし免除を認める規定である<sup>43</sup>。本規定も、自白を奨励し、偽証に基づく誤った裁判又は懲戒処分をなるべく未然に防止しようとする政策的規定であるとされる<sup>44</sup>。

228条の3但書は、身代金目的略取等予備罪（228条の3本文）を犯した者が、実行に着手する前に自首した場合に、刑を必要的に減輕し、あるいは免除する規定である。自首を奨励し、身代金目的略取等罪という重大な犯罪に発展することを未然に防止する政策的規定であるとされている<sup>45</sup>。本規定の適用が可能な時期について、「実行に着手する前」と規定されているが、上述の80条同様に、「捜査機関に発覚する前」であることが必要か、議論がなされている。これを要求する見解<sup>46</sup>もみられるが、本規定の政策目的に鑑みて、発覚の有無

<sup>39</sup> 団藤重光編『注釈刑法（3）』（1965年）18頁〔団藤〕、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第6巻』（2015年）50頁〔亀井源太郎〕。

<sup>40</sup> 小野清一郎ほか『刑法（ポケット註釈全書）〔第2版増補〕』（1980年）221頁〔中野次雄〕なお、このような見解は、現行刑法制定当時は有力に主張されていたようである。泉二新熊『刑法各論』（1919年）38頁、磯部四郎『改正刑法正解〔復刻版〕』（1995年）190頁以下、田中正身『改正刑法釋義 下巻〔復刻版〕』（1994年）61頁、大場茂馬『刑法各論下巻』（1910年）580頁。

<sup>41</sup> 団藤編・前掲注（39）19頁〔団藤〕、大塚ほか編・前掲注（39）51頁〔亀井〕。

<sup>42</sup> 団藤編・前掲注（39）38頁〔小暮得雄〕、大塚ほか編・前掲注（39）94頁〔亀井〕。

<sup>43</sup> なお、改正刑法草案では、偽証自白規定（165条）の法的効果が裁量的減免ではなく裁量的免除になっているが、その理由として、法定刑（10年以下の懲役）の下限に定めがないため裁量的減輕の実益がない、との説明がなされている（法務省刑事局編『法制審議会改正刑法草案の解説』（1975年）201頁以下）

<sup>44</sup> 団藤重光編『注釈刑法（4）』（1965年）256頁〔団藤〕、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第8巻〔第3版〕』（2014年）392頁〔池上政幸〕。虚偽告訴罪に関する173条も同様に解されている。

<sup>45</sup> 団藤重光編『注釈刑法（5）〔改訂版〕』（1968年）325頁〔香川達夫〕、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第11巻〔第3版〕』（2014年）591頁〔山室恵〕。

<sup>46</sup> 鈴木義男「みのしろ金目的誘拐に関する刑法の一部改正」警論17巻8号（1964年）99頁以下。

にかかわらず実行に着手する前であれば適用を認める見解<sup>47</sup>が有力である。

このように、刑法各則における自首・自白による減免規定は、政策的規定であるとの説明がなされるのが一般的である。これに対し、自首・自白による事後的な違法減少ないし責任減少という犯罪論的根拠が挙げられることがある。たとえば、93 条について「違法性又は責任が事後的に減少」<sup>48</sup>することや、170 条について「自白により違法性及び責任が減少すること」<sup>49</sup>や、「単なる政策的考慮ということのほか、責任の減少という要素が含まれている」<sup>50</sup>ことを認める見解がこれである。

規定の根拠論における、このようないわゆる政策説と法律説の対立は、中止犯の根拠論における議論でもみられる<sup>51</sup>。もっとも中止犯での議論では、政策説と法律説を折衷的に用いる見解が多数を占めていたのに対して、自首・自白による減免規定の根拠論では、政策説が単独で主張される傾向が強いようである。この原因としては、自首・自白減免規定は、総則ではなく各則に規定されていることから、各犯罪構成要件固有の政策目的が認識されやすいことが考えられる。また、中止犯は未遂犯の一種であったのに対し、自首・自白減免規定は既遂後の事情であるため、より違法・責任という法的評価の事後的変更を認めにくいことも考えられる。

この評価の事後的変更という問題については、中止犯の議論において法律説に対して、未遂犯の違法・責任評価が中止行為という事後的行為によって変更されることは考えられない、という形で批判がなされていた<sup>52</sup>。たしかに、未遂犯に対する法的評価を、実行行為に対する評価として固定すれば、『過去の事実は過去に確定した』以上、変えようがない<sup>53</sup>。しかし、その内実を検討すると、法律説は評価対象に中止行為をも取り込んで評価するものとみることができた<sup>54</sup>。未遂犯は、法益侵害との関係ではいまだ『浮動状態』<sup>55</sup>にあり、その法的評価は確定していないといえる<sup>56</sup>。

わが国において自首・自白減免規定が規定されているのは予備罪ないし偽証罪等の危険犯<sup>57</sup>である。行為による悔悟規定の検討で述べたように、これらの犯罪類型は、最終的な保護法益からみれば前倒しして犯罪化されたものであり、法益の実質的な侵害に至るまでには時間的な懸隔が存在する。そしてまた、既遂に至った後も、犯罪が最終的に終了するまで

<sup>47</sup> 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説（その2）」曹時 16 卷 8 号（1964 年）18 頁、団藤編・前掲注（45）325 頁以下〔香川〕、大塚ほか編・前掲注（45）591 頁〔山室〕。

<sup>48</sup> 大塚仁『刑法注解〔増補第 2 版〕』（1977 年）478 頁。

<sup>49</sup> 大塚・前掲注（48）775 頁。松原芳博『刑法各論』（2016 年）578 頁参照。

<sup>50</sup> 団藤編・前掲注（44）256 頁〔団藤〕。

<sup>51</sup> 中止犯における議論は、鈴木一永「中止犯の根拠論について」早稲田法学会誌 66 卷 2 号（2016 年）268 頁以下（本稿第 1 章）において検討した。

<sup>52</sup> たとえば、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013 年）355 頁。

<sup>53</sup> 山口厚『刑法総論〔第 3 版〕』（2016 年）294 頁。

<sup>54</sup> 鈴木・前掲注（51）279 頁以下。

<sup>55</sup> 松原芳博『刑法総論』（2013 年）320 頁。

<sup>56</sup> 金澤真理「未遂の理論構造と中止未遂」『理論刑法学の探究④』（2011 年）73 頁以下参照。

<sup>57</sup> 西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』（2012 年）469 頁。



は、法益に関する事情は違法関連の事情として考慮される<sup>58</sup>。自首・自白減免規定における自首ないし自白とは、そうすることで自身が以後の行為をしないことによって、あるいは捜査機関等の力を借りてであっても<sup>59</sup>、事後の法益侵害を防止し、危険を減少させようとする、行為による悔悟の悔悟行為としての性格を認めることができる<sup>60</sup>。その意味で、自首ないし自白減免規定に違法減少的性格が認められるとあってよく、その自首は自発性が要件とされていることから、責任減少的性格を認めることができる、と評価することができよう。

## 2 身代金目的略取等解放減輕規定

228条の2は、身代金目的略取等罪（225条の2）等を侵した者が、公訴が提起される前に、略取され又は誘拐された者を安全な場所に解放したときに刑を必要的に減輕する規定である。本規定は、上述した各種自首・自白減免規定と異なり、自首（自白）を要件とせず、「略取され又は誘拐された者を安全な場所に解放」するという独自の要件を設定した刑の減輕規定である点に特徴がある。

戦前はほとんど見られなかった身代金目的誘拐という犯罪類型が、戦後になり増加の傾向がみられたこと、この犯罪類型においては被害者が殺害されるケースが非常に多いこと、模倣性が強いことなどを理由にして<sup>61</sup>、昭和39年に身代金目的略取等罪（225条の2）が新設され、これに無期又は3年以上の懲役という重い法定刑が規定されたことと同時に<sup>62</sup>、本減輕規定も新設されている。

本規定の減輕根拠については、被害者を解放させ、生命ないし身体の安全を図る政策的考慮が立法当局者の解説<sup>63</sup>をはじめ、広くなされている。他方で、それに加えて違法減少ないし責任減少という実体法的説明が比較的多くなされている<sup>64</sup>。本規定の対象である身代金目的略取等罪は、被害者を略取した時点で既遂に至るものの、無期懲役刑を上限とする重い法

---

<sup>58</sup> 高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』397頁、和田俊憲「未遂犯」法時81巻6号（2009年）34頁参照。松原・前掲注（44）578頁は、「危険犯では、既遂に達した後も法益の侵害に至るまではその法的評価に流動的な面があるとして、違法減少・責任減少の観点から」偽証罪の自白減免を説明することも可能であろう、と述べている。

<sup>59</sup> 228条の3は「実行に着手する前」に自首することを要求しているが、共犯者がいる場合に、これが実行に着手するのを妨げる目的である。鈴木・前掲注（46）100頁参照。

<sup>60</sup> 西田ほか編・前掲注（38）646頁〔古川〕は、「いわば自首と中止の融合形態」と表現する。

<sup>61</sup> 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説（その1）」曹時16巻7号（1964年）49頁以下、鈴木・前掲注（46）84頁以下。

<sup>62</sup> それまでは、みのしろ金目的の誘拐は営利目的誘拐罪（1年以上10年以下の懲役）で、みのしろ金の要求・取得は恐喝罪（10年以下の懲役）で処理されていた（長島・前掲注（61）48頁）。

<sup>63</sup> 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説（その2）」曹時16巻8号（1964年）12頁。なお、併せて「中止犯の場合と共通する思想」としての責任減少の観点も挙げている。これに対する批判として団藤編・前掲注（45）318頁以下〔香川〕。

<sup>64</sup> たとえば、違法減少を挙げるものとし林幹人「判批」警研51巻12号（1980年）69頁。違法減少、責任減少を挙げるものとして川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（2010年）188頁、大塚仁『刑法概説各論〔第3版増補版〕』（2005年）96頁など。

定刑を考慮すると、同罪の既遂後に侵害されるおそれのある被害者の生命ないし身体が同罪に織り込まれていることは明らかである<sup>65</sup>。したがって、解放行為を少なくとも強制によってではなく行ったのであれば、違法関連の事情ないし責任関連の事情が減少している、ということは可能であろう。

もっとも、どの程度の違法減少ないし責任減少が認められれば減輕を認めてよいか、という解釈には、政策的観点が重要な意義を持つてくる<sup>66</sup>。そもそも身代金目的略取等罪が財産犯の性質と人身犯の性質を併せ持つとすれば<sup>67</sup>、立法論的にいえば、ドイツ刑法の恐喝目的による人身強取罪に対する 239 条 a のように、身代金の断念という違法減少要素を要件とすることも可能であった<sup>68</sup>。しかし、わが国の 228 条の 2 はそのような要件を明文で要求していないことからすれば、被拐取者の生命の安全を第一に優先し、解放へのインセンティブを可能な限り高めようとしているといえる。このような理解からは、最高裁が、「安全な場所」に当たる場合を広く認める態度をとっているとされる<sup>69</sup>ことも、肯定的に評価できる。

## 第 2 款 旧刑法における自首減免規定

上述した現行の規定のうち、内乱予備陰謀等、偽証及び虚偽告訴（誣告）については、基本的に旧刑法の規定を受け継ぐものであるが、異なる点も存在する。旧刑法の立法過程も含めて検討する<sup>70</sup>。

内乱罪についての優遇規定は、「日本刑法草案」の段階では、指導的立場でもなく、予備・陰謀段階にしか加わっていない者については、徒党から離脱するだけで足り、一定の指導的な立場に立っていた者は自首したうえで陰謀の内容や首謀者について自白する必要があるものとされていた<sup>71</sup>。ボアソナードは本規定について、そのような行為は社会に対する大きな功績を為すものであるから、立法者は免罪を約束することで奨励するものである、と趣旨

<sup>65</sup> 長島・前掲注 (61) 50 頁は、「現実は無期刑の言渡がなされる事案は、犯人が被拐取者を解放せず、その所在や生死が不明である場合とか、誘拐中の虐待・遺棄等によって被拐取者が死亡した（傷害致死や遺棄致死等）場合等が予想されるにすぎない」と述べている。

<sup>66</sup> 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』」慶応法学 7 号 (2007 年) 187 頁以下参照。

<sup>67</sup> 井田良＝浅田和茂『新基本法コンメンタール 刑法』(2012 年) 495 頁〔高山佳奈子〕。また、改正刑法仮案では「窃盜及強盜ノ罪」の章の 426 条に「人ヲ略取シ其ノ釈放ノ代償トシテ財物ヲ得タル者ハ強盜ヲ以テ論ズ」と規定されていた。

<sup>68</sup> 飛田清弘「判研」警論 32 卷 12 号 (1979 年) 149 頁以下は、身代金の要求が実現した場合に被拐取者を解放したとしても解放減輕が適用されることにつき、「一体、このような規定を設ける必要があるのかどうか」「国民の素朴な正義感情に抵抗を感じさせるものがないとはいえない」と指摘している。

<sup>69</sup> 古田祐紀「判批」研修 376 号 (1979 年) 479 頁。

<sup>70</sup> 城下・前掲注 (5) 156 頁以下も参照。

<sup>71</sup> 141 条：内亂ニ與スト雖モ其指揮ヲ爲サス及ヒ威權アル職務ヲ爲ササル者未タ其事ヲ行ハサル前ニ於テ自ラ解散シタル時ハ本刑ヲ免ス  
其指揮ヲ爲シ及ヒ威權アル職務ヲ爲ス者ト雖モ未タ其事ヲ行ハサル前に於テ自首シテ捕ニ就キ其首魁ヲ告知シタル時亦同シ  
此條ノ犯人ハ並ニ二年以上五年以下ノ監視ニ附スルヲ得

を述べている<sup>72</sup>。旧刑法制定時には現行法とほぼ同様の規定になったものであるが<sup>73</sup>、その趣旨は同様に理解されていた<sup>74</sup>。また、自首することなく着手前に徒党から離脱しただけでは優遇は得られない理由として、自首しなかった者は優遇の根拠であるところの、社会への利益を与えていないことが指摘されており<sup>75</sup>、自首行為自体が法益保護行為であることが本規定の核心であると理解されていることが分かる<sup>76</sup>。

偽証及び虚偽告訴罪についてみれば、現行法では自白が要件であり、法的効果は任意的減軽ないし免除となっているが、旧刑法ではいずれも自首を要件とし、法的効果は必要的免除であった<sup>77</sup>。その根拠としては、自首によって実害が生じていないこと、冤罪を避けるための奨励として得策であることが挙げられていた<sup>78</sup>。現行法において要件及び法的効果を改めた理由について、政府提出案理由書は「是一方ニ於テハ自首ヲ自白ト改メタルヲ以テ刑ヲ減輕ス可キ場合ヲ多クシ又一方ニ於テハ自首以外ノ自白ニモ恩典ヲ及ホスヲ以テ必ス本刑ヲ免ス可キモノト爲ササリシナリ」<sup>79</sup>としている<sup>80</sup>。自白は、単に自己の犯罪事実を具体的に告白することで足り、自ら進んで告白する必要はなく、尋問に応じて告白することで足りるとされており<sup>81</sup>、自首より広く認められる<sup>82</sup>。減免特例をより緩やかな要件で認めることで奨励効果の範囲を広くするとともに<sup>83</sup>、減免の可否も含めて任意的なものとするすることで、事案に応じた効果を適切に選択できるようにしたものといえる<sup>84</sup>。

また、現行刑法において存在しないものとして、通貨偽造等自首減免の規定が挙げられる

<sup>72</sup> 吉井蒼生夫ほか編著『旧刑法別冊(1) 刑法草按注解上』(1992年)449頁

<sup>73</sup> 旧刑法126条：内乱ノ予備又ハ陰謀ヲ為スト雖モ未タ其事ヲ行ハサル前ニ於テ官ニ自首シタル者ハ本刑ヲ免シ六月以上三年以下ノ監視ニ付ス

<sup>74</sup> 井上操『刑法〔明治13年〕述義 第二編(上)』(1999年)102頁以下、磯部四郎『改正増補刑法〔明治13年〕講義 下巻第一分冊』(1999年)133頁。

<sup>75</sup> 堀田正忠『刑法釋義 第貳篇』(2000年)57頁以下。同・55頁は、予備・陰謀によって生じようとしていた危害を消滅させたことを指摘している。

<sup>76</sup> 改正刑法草案の議論においても、自首せずに犯行をとりやめた者に対して情状による任意的免除規定をおく提案もなされたが、自首免除のみで足りるものとされた(法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案 附同説明書』(1972年)171頁以下)。

<sup>77</sup> 旧刑法226条：此節ニ記載シタル罪ヲ犯シタル者其事件ノ裁判宣告ニ至ラサル前ニ於テ自首シタル時ハ本刑ヲ免ス

旧刑法356条：誣告ヲ為スト雖モ被告人ノ推問ヲ始メサル前ニ於テ誣告者自首シタル時ハ本刑ヲ免ス

<sup>78</sup> 磯部・前掲注(74)589頁、誣告についても同様に磯部四郎『改正増補 刑法〔明治13年〕講義 下巻第二分冊』(1999年)1028頁。井上操『刑法〔明治13年〕述義 第二篇(下)』(1999年)808頁も同旨。

<sup>79</sup> 倉富勇三郎ほか監修『増補 刑法沿革総覧』(1990年)2189頁。

<sup>80</sup> 虚偽告訴罪(誣告)の減免規定についても同様の趣旨である(倉富ほか・前掲注78)2190頁)。田中・前掲注(40)661頁以下。

<sup>81</sup> 大審院明治42年12月16日判決(刑録15輯1795頁)。

<sup>82</sup> 団藤編・前掲注(44)257頁〔団藤〕、大塚ほか編・前掲注(44)392頁〔池上〕。

<sup>83</sup> 磯部・前掲注(40)354頁。

<sup>84</sup> 団藤編・前掲注(44)257頁以下〔団藤〕、大塚ほか編・前掲注(44)393頁以下〔池上〕参照。

85。これは偽造等をした後、行使前に自首をすれば刑が免除されるもので、通貨に対する社会の信用が害されることを未然に防止しようとしたものとされている<sup>86</sup>。現行法でこの規定がなくなった理由として、通貨偽造罪の原則形態の変化が理由として挙げられている。現行法では、行使の目的をもった偽造等を原則形態としているのに対し、旧刑法は、偽造行使を原則形態とし<sup>87</sup>、偽造等にとどまる場合には刑を減輕することとしていた<sup>88</sup>。このように、旧刑法時には、行使により通貨に対する社会的信用が害されると解していたのが、現行刑法は、偽造等じたいによって害されると解していると理解できるため、いったん偽造等が行われた以上、行使を未然に防止しても意味がなく、それは一般的な総則自首と変わらない、というのである<sup>89</sup>。もっとも、偽造された通貨が流通過程におかれなければ、実際には通貨の信用は害されず、その危険があるに過ぎない<sup>90</sup>。法益の侵害を防止するために、総則自首を適用にとどめるのではなく、特則を設けることになお合理性を認めることもできよう<sup>91</sup>。

### 第3節 検討

以上のような、日独の既遂後の行為による刑の減免制度の概観から、若干の検討を試みる。

まず日独ともに、そのような規定が設定されている犯罪類型に共通点がみられる。すなわち、予備罪や危険犯といった、実質的な法益侵害からみて前倒しされた段階を対象とする犯罪類型にこのような規定が設定されている。このような犯罪類型は、形式的には既遂犯であ

---

<sup>85</sup> 旧刑法 192 条：貨幣ヲ偽造變造シ及ヒ輸入取受シタル者未タ行使セサル前ニ於テ官ニ自首シタル時ハ本刑ヲ免シ六月以上三年以下ノ監視ニ付ス

②若シ職工雑役及ヒ房屋ヲ給與シタル者未タ行使セサル前ニ於テ自首シタル時ハ本刑ヲ免ス

<sup>86</sup> 村田保『刑法註解 卷四』（1880年）33頁以下、山火正則「現行『通貨偽造ノ罪』規定の成立過程」神川法学 26 卷 2=3 号（1991年）258頁。なお、旧刑法制定過程における「日本刑法草案」では、さらに細かく要件等が定められていた。すなわち、

225 条 貨幣ヲ偽造變造及ヒ輸入シ又ハ取受ケシタル者未タ之ヲ行使セス且未タ發覺セサル前ニ於テ官署ニ自首シテ捕ニ就キタル時ハ本刑ヲ免シ三年以上七年以下ノ監視ニ付ス既ニ發覺スト雖モ未タ行使セスシテ自ラ捕ニ就キ其重キ犯人ヲ捕獲スルヲ助ケ且其偽貨ノ所在ヲ申告シタル者亦同シ

とされていた。発覺後に要件を加重している点も特徴的である。

<sup>87</sup> たとえば旧刑法 182 条：①内国通用ノ金銀貨及ヒ紙幣ヲ偽造シテ行使シタル者ハ無期徒刑ニ処ス

<sup>88</sup> 旧刑法 186 条①前数条ニ記載シタル貨幣ノ偽造變造已ニ成テ未タ行使セサル者ハ各本刑ニ照シ一等ヲ減シ其未タ成ラサル者ハ二等ヲ減ス

<sup>89</sup> 山火・前掲注（85）258頁以下。「刑法改正政府提出案理由書」には、旧刑法 192 条は「總則自首ノ規定ニ譲リ之ヲ削除シタリ」とされている（倉富ほか・前掲注（79）2180頁）。

<sup>90</sup> 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（2010年）422頁。旧刑法について、行使まえに自首すれば実害が未だなされていないことが指摘されていた（磯部・前掲注（74）429頁、堀田・前掲注（75）418頁）。

<sup>91</sup> 改正刑法草案は、218条において「本章の罪を犯したことが發覺する前に自首した者は、その刑を減輕し、又は免除する」とし、自首の特則の復活を提唱していた。佐伯仁志「通貨偽造罪の研究」金融研究 23 卷法律特集号（2004年）167頁は、「流通による混乱の重大性と發見の困難を考慮すると、妥當な立法案であらう」と評価している。

るため、総則の中止犯規定の適用がない。しかし実質的な法益侵害を防止するためには、なお行為者自身に法益保全行為を期待することは有益な手段といえる。

他方で、ドイツでは、各犯罪類型ごとに要件となる行為の内容が設定されているのに対し、日本では、そのような規定は例外的に被拐取者解放減軽規定（228条の2）にみられるものの、原則として自首ないし自白が共通の要件とされていることがみてとれる。また、法的効果については、ドイツでは原則として任意的な減軽あるいは免除が認められるに過ぎないのに対し、わが国では、減軽すら任意的なのは、偽証ないし虚偽告訴の自白減免規定に限られ<sup>92</sup>、それ以外は必要的な減軽以上の法的効果が認められている。このことは、少なくともわが国では、自首減免規定が総則自首の特例として規定されていることに理由があろう。各則の自首減免規定は、総則自首を適用するだけでは果たせない特別の効果、すなわち自首へのより強い奨励効果を狙って規定されている。したがって、総則自首の法的効果である任意的減軽よりも強い法的効果を設定する必要があると考えられる。

それでは、わが国のように、自首を要件とする規定方式は有効なものといえるだろうか。42条の総則自首の減軽根拠については議論のあるところであるが、一般に、捜査の容易化という観点が挙げられる<sup>93</sup>。これに加えて、改悛による非難の減少という観点が付け加えられることもあるが<sup>94</sup>、要件として「捜査機関に発覚する前に」という時間的制約が設けられていること、悔悟を明文で要件としていないことなどから、批判も強くなされている<sup>95</sup>。

そうすると、各則の自首減免規定においても、これらが自首を要件としている限り、この捜査の容易化という自首減軽の根拠が解釈に影響してくることになる<sup>96</sup>。

たとえば、銃刀法31条の5<sup>97</sup>は、けん銃等を不法に所持する者が、当該けん銃等を提出し

<sup>92</sup> ただし、免除も選択可能である。

<sup>93</sup> 西田ほか編・前掲注（38）638頁〔古川〕。

<sup>94</sup> たとえば、平谷正弘「自首についての若干の検討」中山善房判事退官記念（1998年）464頁、坂本武志『刑法総論』（1990年）251頁。また、服部朗「自首に関する一考察」善家幸敏教授還暦記念（1992年）166頁以下は、特別予防論、応報刑論といった刑罰論的根拠、また「ゆるし」の風土」としての文化論的根拠の組み合わせによって、責任減少の内実を検討する。

<sup>95</sup> 非難減少という観点が自己負罪拒否特権の保障に反することも指摘される（西田ほか編・前掲注（38）638頁以下〔古川〕、佐伯千仞「量刑理由としての自白と否認」木村亀二還暦祝賀下巻（1958年）985頁以下参照）。もちろん、わが国の自首制度が当初手本にしたとされる唐律等以来、歴史的にはむしろ改悛を理由とした制度であり、立法者にそのような意識がみられたことは明らかである（矢野祐子「旧刑法における自首条の成立」早研56号（1990年）84頁以下など参照）。非難減少という観点は、自首の成否の場面では考慮すべきでないが、減軽の可否においては考慮される余地があろう。

<sup>96</sup> さらに、自首の成否に虚偽告訴自首の内容自体がかかるのか、そうではないか、といった自首としての性質を中心とした議論が行われることになる。中村雄一「虚偽を含む申告と自首の成否」秋田法学44号（2005年）111頁以下、鋤本豊博「自首減軽規定と制裁減免制度」能勢弘之先生追悼論集（2003年）683頁以下など参照。

<sup>97</sup> 「第三条第一項の規定に違反してけん銃等を所持する者が当該けん銃等を提出して自首したときは、当該けん銃等の所持についての第三十一条の三の罪及び当該けん銃等の所持に係る譲受け又は借受けについての前条第一項又は第二項の罪の刑を減軽し、又は免除する」。本規定は、けん銃等の暴力団以外への拡散がみられる情勢に対し、けん銃等不法所持罪その他の法定刑が引き上げられ、けん銃等加重所持罪が新設されるなどの重罰化と同

て自首したときに、刑の必要的減免を規定している。本規定の特徴は、他の自首減免規定と異なり、自首とは別に、提出という悔悟行為が独自に設定されている点にある。本規定の刑の減輕の根拠については、自首としての根拠に加えて、けん銃等の提出を促し、以後の使用を防止するという政策的目的<sup>98</sup>や、けん銃等の所持という継続的な違法状態を自ら断ち切った点<sup>99</sup>に求められている。

ここで特に、刑の必要的減免という法的効果について、被拐取者解放減輕規定を引き合いに出した説明がなされている点が注目される。すなわち、被拐取者の「解放」とけん銃等の「提出」が同等に評価することができる。被拐取者解放減輕規定の法的効果は必要的減輕であるが、けん銃等提出自首規定はさらに自首を要件としているため、より程度の高い必要的減免とした、というのである<sup>100</sup>。このような説明の仕方からは、本規定が自首としての性格よりも、けん銃等の提出という政策目標を達成するための手段としての性格に重点が置かれていることが看取できよう。しかし、本規定が自首を要件とすることから、けん銃等の提出は認められたとしても、自首固有の要件が否定されることで本規定の適用は認められないことがありえる<sup>101</sup>。そして、そのような場合には、けん銃等の提出により追及される政策目的が、自首を要件とすることによって妨げられてしまうことになる。

このことから、自首とは別の行為による悔悟行為が設定されている場合、行為による悔悟規定としての政策目的追求が、自首が認められないことにより妨げられる可能性があることが指摘できる。捜査の容易化という（総則）自首の減輕根拠と、さらなる法益侵害の防止という各則自首減免規定の根拠とは直接の結びつきはなく、むしろ相反する帰結に至り得るのである<sup>102</sup>。もちろん、どちらの目的を重視して規定ないし要件を設定するのか、は立法

---

時に平成5年に新設された（辻義之「銃砲刀剣類取締法及び武器等製造法の一部を改正する法律について」警論46巻7号（1993年）123頁以下参照）。

<sup>98</sup> 辻・前掲注（97）143頁。

<sup>99</sup> 中川清明「銃砲刀剣類所持等取締法」『シリーズ捜査実務全書7・暴力団犯罪〔第2版〕』（2005年）320頁。

<sup>100</sup> 辻・前掲注（97）143頁。

<sup>101</sup> たとえば、捜査官が嫌疑を抱いてした取り調べに応じてけん銃等を提出した場合には、自発性が否定されることになる（東京高裁平成18年4月6日判決（判タ1222号317頁）参照、本判決については鈴木一永「判批」法時82巻10号121頁以下で検討を加えた）。もっとも、このような捜査官による嫌疑の有無は「捜査機関に発覚する前」の要件の問題であるというべきである（渡辺修「余罪取調べと自首」佐伯千仞先生卒寿祝賀論文集（1997年）113頁以下、西田ほか編・前掲注（38）643頁以下〔古川〕）。しかし前述したように、けん銃等提出自首の規定においてはこの要件が要求されていない。したがって、捜査官が嫌疑を抱いてした取り調べであっても、証拠を挙げられてやむを得ずに認めたとした場合でなければ、自発性を緩やかに認めることが本規定の趣旨に沿うのではなかろうか（斎藤信治「判批」判時1582号（判例評論455号）（1997年）231頁も参照）。また実際に、申告がなければけん銃等の発見・回収が困難であったような場合には、捜査官が嫌疑を抱いてした発問に応じて提出したとしても、自発性が肯定される事案もみられ（たとえば札幌地裁平成7年3月22日公刊物未登載（『銃砲刀剣類所持等取締法違反事件の処理に関する実務上の諸問題』司法研究報告書51輯2号（2000年）255頁参照）、神戸地裁平成17年1月20日判決公刊物未登載（LEX-DB 25410624参照）、このような判断の仕方は妥当であると評価できる。

<sup>102</sup> 城下・前掲注（5）173頁は「自首においては捜査・処罰の容易化、自首の特例および

裁量に属するものであり、自明な結論は存在しない。しかし、敢えてそのような規定を作るのであれば、行為による悔悟としての性質を優先した解釈が行われるべきではなからうか。現に行われている解釈論としても、前述したように、80条や228条の3但書の自首の解釈においては、「捜査機関に発覚する前」要件が規定されていないことの意味を積極的に解する立場が有力であり、妥当といえよう。

また、このような自首と行為による悔悟の複合的な規定をとることが、行為による悔悟としての規定目的追求を妨げる可能性を生じさせることからすれば、わが国でも、行為による悔悟の趣旨に特化した228条の2のような規定方法が有効活用されるべきではないだろうか<sup>103</sup>。法律上の減軽として法定化することには、悔悟行為を奨励する行為規範としての効果はもちろん、例外的な一定の事情を括り出すことで法定刑の幅を狭め、量刑判断過程を合理化する制裁規範としての効果が期待できる<sup>104</sup>。そして、ここで設定される法的効果は、自首としての法的効果を基礎におかなくてよいのだから、任意的減軽から設定可能となる<sup>105</sup>。また、法的効果だけではなく、要件として行為者に奨励される行為も、法益保護の必要性和負担の大きさ、実効性の観点等を衡量して具体的に規定することが可能となる<sup>106</sup>。

対象となる犯罪類型としては、既遂後になお実質的な法益侵害の拡大が見込まれる放火

---

自白においては実害の発生防止、解放減軽においては被拐取者の生命の安全の確保」という政策的考慮を内容とするが、「いずれもより重大な法益侵害へと至る前に行為者に後退の途を開いておく」という意味で、一般予防的考慮につながると言ってよい」と述べて総則自首と自首・自白の特例を並列的に扱うが、疑問である。

<sup>103</sup> なお、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上巻（2014年）768頁以下は、「特定の犯罪を前提に既遂結果が発生していたとしても、行為者の任意の中止行為により、危険結果の危険性を減少・消滅させたと認められるとき、あるいは終局結果を阻止したと認められるときには、中止犯規定を適用すべき」と主張する（同「障害未遂・中止未遂における点と線・再論」川端博先生古稀記念論文集上巻（2014年）439頁以下において過失犯についても同様の議論を展開する）。この見解が、「犯罪の未遂犯・既遂犯の違法性・有責性は、点思考により、実行行為時のそれをもって固定的に確定されるのではなく、線思考により、流動性・変動性を前提にした可変性の中で確定される」という「前提認識」に立っている点は（同「試論」768頁）、本文中にも述べたように筆者も賛成するものである（鈴木・前掲注（51）290頁以下も参照）。しかし筆者は、既遂に至っていない未遂犯という段階に限定し、未遂犯を規定する43条の但書として中止犯を法定化したことに、中止犯規定のもつ奨励効果を見出すため（鈴木・前掲注（51）297頁）、未遂犯以外に中止犯規定を適用ないし準用することには賛成できない。

<sup>104</sup> 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻2号（1996年）309頁、城下・前掲注（5）174頁以下、同「中止未遂の減免根拠をめぐる近時の理論動向」渡部保夫先生古稀記念（2000年）583頁参照。

<sup>105</sup> なお、現行法で任意的免除が規定されているものとして外貨等偽変造（外貨偽造8条）が挙げられるが、本法は旧刑法時の明治38年に施行された古い法律である。本文中に述べたように、旧刑法の通貨偽造等罪には自首の必要的免除特例があったため、これに倣いつつ、外国において流通する外貨を対象とする点で効果を一段下げたものと理解することができるように思われる。本法自体の問題点については、佐伯・前掲注（91）131頁以下、町野朔『刑法各論の現在』（1996年）342頁を参照

<sup>106</sup> 和田・前掲注（66）201頁参照

罪<sup>107</sup>のような危険犯や予備罪<sup>108</sup>、道路交通における危険運転致死傷罪<sup>109</sup>などが考えられるが<sup>110</sup>、詳しい検討はドイツその他の具体的な規定ごとの各論的検討と共に別稿に譲らざるを得ない。

---

<sup>107</sup> 放火罪については、既遂の成立時期の議論における独立燃焼説に対し、既遂時期が早くなりすぎ、中止犯の成立範囲が狭くなりすぎる、という批判が向けられた（たとえば曾根威彦『刑法各論〔第5版〕』（2012年）218頁）が、（独立燃焼説自体の当否は別として）行為による悔悟規定を導入することでこの批判は回避可能なものとなろう。もっとも、この放火罪のように、実質的損害が既遂に至った時点で一定程度存在している類型については、一定以上の損害が発生している場合には減軽がなじまないため、ドイツの重大な損害要件のような制限を設けるべきであろう。旧刑法制定過程における「日本刑法草案」の通貨偽造罪の予備自首減軽規定についてボアソナードは、行使前であることを要件としているものの、仮に既に若干が行使されていてもそれが僅かであり、製造された量と告発によって行使が妨げられた量を考慮して裁判所の判断により刑を宥恕してよい、としているのが注目される（吉井蒼生夫ほか編著『刑法草按注解下 日本立法資料全集9』（1992年）680頁以下）。

<sup>108</sup> 予備罪については、予備罪に中止犯規定が準用できるか、という周知の論点が存在するが、詳しい検討は別稿に譲らざるを得ない。なお、自首減免規定のない予備罪のうち、放火予備罪と殺人予備罪には、情状による免除規定があるため準用を認めなくても不均衡の問題が生じない、といわれることもある（たとえば、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』（2013年）502頁）。しかし、情状による免除は予備の中止が問題となるような場合だけを念頭に置いた規定ではない（野澤・前掲注（5）417頁）。また本文中に述べたように、特に悔悟行為を法定化することによって規範的效果が期待できることから、情状による免除規定がある場合にも、行為による悔悟規定を設けることは有益であると考えられる。

<sup>109</sup> 和田・前掲注（66）201頁参照。

<sup>110</sup> 高橋・前掲注（5）15頁、23頁以下参照。



## 終章

### 第1節 本稿の帰結

以上、本稿の検討を経て得られた帰結を簡単にまとめる。

まず第1章では、中止犯の減免根拠について分析した。まず従来の法律説が体系的位置づけ論と根拠論とを併せて論じるものであったことを明らかにした上で、刑事政策説、法律説の内容について、特にそれらの併用のあり方に注意しつつ確認した。そして、近時の動向として、奨励説の意味における刑事政策説が有力化しつつあり、あわせていわゆる「裏返しの理論」が用いられるようになってきていることが指摘できた。

この「裏返しの理論」は、中止犯規定は通常の犯罪規定を「裏返し」たものと理解する。これには、刑罰による犯罪抑止と刑の減免による中止促進という政策レベルでの「裏返し」と、犯罪の成立要件である違法ないし責任に対して中止犯において「逆違法・逆責任」を要件とするという、要件レベルでの「裏返し」という2種類がある。政策レベルでの「裏返し」を行う奨励説は、未遂犯の当罰性を「犠牲」にすることで奨励目的を達成しようとするものであるが、中止は未遂犯の当罰性そのものを減少させると考えるべきである。もっとも、中止行為に着目した要件レベルでの「裏返し」という思考方法は、奨励説のみならず未遂犯の当罰性の低下に着目する立場にとっても、要件論の明確化という観点から有益である。

また、実行行為に対する違法・責任評価は中止行為によって事後的に減少するものではない、という批判が法律説に対してかねてより向けられていた（事後的変更批判）。これに対しては、可罰的責任や答責性、また積極的特別予防の必要性といった形で犯罪論内において刑事政策的考慮を組み入れるもの、実行行為と中止行為を一体として評価対象とすることで事後的に変更するものではないとする全体的考察や刑罰目的説、中止犯固有の違法責任を考えるものなどの対応がみられる。本稿は、未遂犯そのものの当罰性の減弱に着目する点で全体的考察に基づく法律説ないし刑罰目的説の方向性を支持しつつ、事後的変更批判は個別行為責任に基づく違法責任概念を維持する限り免れがたいと考える。したがって中止犯は、「自己の意思による中止」という違法関連的事情、責任関連的事情を生じさせることで、実行行為により生じた未遂犯の当罰性を、障害未遂に比べて軽くする法定量刑事事由であると主張した。

そこで、量刑事情における中止犯の位置づけを考察すると、中止犯は行為者による中止行為がある点で、障害未遂に比べて危険結果の量が典型的に軽いとみることができる。結果の重大性は、違法関連事実の中核として犯情の中でも最も重要視される要素であることから、障害未遂よりも寛大な法的効果を設定して法定されたものとみることができる。なお、犯罪が既遂に至った後の盗品返還や弁償などの量刑事情も、特に経済事犯では犯罪結果そのものを軽減する要素として重要視されることからすれば、なお既遂前で結果発生に至る過程において問題となる中止犯はまさに直接的に結果を軽減する事情というべきである。法定

量刑事由説に対しては、中止犯のみが特に優遇される理由が明らかではなく、また中止の奨励という政策面を捉えていない、と批判がなされる。しかし、わが国の刑法が既遂処罰を原則とし、未遂処罰は例外的に可罰性の限界を前倒することで犯罪が既遂に至ることを防ごうとするものである。中止とは、まさに未遂の段階において犯罪が既遂に至ることを行為者自身が阻止するものであるから、特に法定化して奨励することに合理性が認められるのである。このように理解する限りで、奨励の観点等を等閑視しているわけではない。

そして、法定量刑事由としての中止犯は、違法関連的事情、責任関連的事情の減少によって基礎づけられ、付加的に特別予防の必要性が減少していることが考慮されることで、刑の必要的減免という効果が設定されたと理解できる。これは、刑罰目的論的には、相対的応報刑論を裏返したものとみることができる。したがって、違法関連的事情、責任関連的事情の減少によって中止犯の成立が基礎づけられ、減輕か免除の区別、最終的な刑の量定に際して、悔悟していたか、真摯に中止したか、などの特別予防の必要性を減少させる事情が考慮される。減輕と免除の区別の基準については、違法減少・責任減少の程度が著しい場合にあくまで有罪判決としての免除を認めることができる。

第2章では、中止行為論について検討した。第1節では、中止意思の中止犯成立要件論における位置付け、及びその内容を検討した。伝統的には中止犯の成立要件論は、中止行為と任意性という二つの要件によって検討されてきた。それが近時では中止行為論の発展とともに、この二要件では解決できないとされる事案（たとえば、殺意をもって発砲し、被害者に実際には弾は命中していないものの、命中して致命傷を与えたと誤信し、それ以上の発砲をしなかったような場合）が提起され、中止意思という要件を論じる必要性が主張されるようになった。

もっとも、中止意思として論じるべきとされる内容は従来の要件論においても論じられていなかったわけではない。中止意思が果たすべきとされる役割に着目すると、中止行為の態様（実行行為の終了時期）の議論において、客観説を基本としつつも行為者主観を考慮する見解は、中止意思を要件としてたてる立場と同様の問題意識を持っていたとみることができる。また、主観的違法要素の減少を認める違法減少説、あるいは責任減少説は、任意性、あるいは中止行為の要件において中止意思の存在を当然の前提としていることが読み取れる。また、中止犯を「犯罪が裏返されたもの」と捉えるいわゆる“裏返し論”の見地から、犯罪論における故意の裏返しとして中止意思が論じられるようになったことが、中止意思論が盛んになった契機のひとつである。これらいずれの立場からも、中止意思の内容について共通の議論を行う基礎が存在することが確認できた。

中止意思の内容としては、「行為の続行必要性の認識」と「行為の続行可能性の認識」が必要であると論じられることが多かった。しかし、結果発生危険についての客観的状況に行為者の錯誤がある場合を念頭に置いて検討すると、これらが無い場合であっても中止犯の成立を認めるべき場合があることがわかる。そうすると「行為の続行可能性の認識」や「行為の続行必要性の認識」を中止意思の内容の必要条件として要求することは、中止犯の

成立範囲の不当な制約につながる可能性があるといえる。また、中止意思の内容として「危険消滅の認識」を要求する見解がある。この見解は、中止の奨励という観点から「認識されていない危険消滅にまで特典を与える必要はない」として現実の危険消滅の認識を要求する。しかし、中止の奨励の観点からすれば、行為者の危険の客観的状況についての認識に錯誤がある場合には、その（誤った）認識に応じた結果回避意思をもって行為することで足りるというべきである。

そうすると、結局、中止意思の内容とは、行為者自身が認識した危険の状況に応じた結果回避行為の認識で足りると考えられた。

第2節で検討したのは、不作為態様の中止行為で足りるか、作為態様の中止行為が必要か、という中止行為の態様の区別をめぐる議論であった。学説は、主観説、客観説といった実行行為の終了時期を基準とする学説から因果関係遮断説へ変化がみられる。本節ではまずこの学説の変遷の意義を明らかにし、さらに通説的地位を確立したといえる因果関係遮断説の意義を明らかにした。

まず、実行行為の終了時期に関する学説と因果関係遮断説を整理し、未遂犯の処罰根拠についてわが国では客観的未遂論がとられていることとの整合性などから、中止行為の成否が問題となる時点における客観的事情に基づいた判断が妥当といえる。

その上で、実行行為の終了時期に関する学説から因果関係遮断説へ、という枠組みの変化を検討する。因果関係遮断説を支持する論者は、中止行為の態様の問題を考える上では、「中止行為といえるか」という点からの検討をすれば足り、実行行為の終了時期の問題とは切り離すべきと主張する。しかし、「中止行為といえる」ということは、当該行為が減免根拠をみたす行為であることを意味し、他方で実行行為の終了時期に関する学説もそれぞれの減免根拠論に適合する行為を中止行為としていると考えられることから、両者は必ずしも対立関係にはないことが明らかになる。

そして、この変化の過程では、中止行為の主観面である中止意思と客観面である態様の問題を併せて論じる実行行為の終了時期に関する学説と、これを分離して客観面を対象とする因果関係遮断説とが、要件論の枠組みをめぐって無用の対立を起こしている。いずれの立場からでも、最終的な中止犯の成立要件としては中止行為の主観面、客観面のいずれも考慮せざるを得ないのであって、要件論の「引き出し」の違いで争うのは生産的な議論ではない。その上で因果関係遮断説が中止行為は不作為で「足りる」とする場合には、不作為態様でも作為態様でもよい、あるいは作為態様ならさらによい、との理解がなされていることが読み取れる。したがって、同説は中止行為の態様を作為か不作為かに特定する基準として用いられていない。しかし、作為態様の中止行為にはしばしば「真摯性」あるいは「積極的な努力」という要件が付け加えられることで中止犯の成立範囲が狭められかねないことを考えれば、不作為で足りる場合には不作為態様の中止行為を認めることで中止犯の成立を認めるべきである。その場合に作為態様の部分は、法的効果が減輕にとどまるか、免除に至るか、といういわば「量刑」レベルで考慮されるべき事情である。

以上のように、因果関係遮断説は、従来の実行行為の終了時期に関する学説とは要件論の「引き出し」を異にする学説であって対立関係にはなく、中止行為の客観的な問題である態様を特定する基準として用いられるべきことが明らかとなる。

第3節では、中止行為の態様について判例の傾向を分析・検討した。多くの判例は、事案が不作為態様の中止行為で足る着手未遂か、作為態様の中止行為が必要となる実行未遂かを判断しているが、その区別基準は必ずしも明確ではない。また、この区別自体を明示しない判例もみられることから、判例を検討することによって、そもそも中止行為の態様を区別することの意義にも示唆が得られることが期待された。

まず、区別を明示する判例からは、大きく分けて中止行為時における結果発生危険と、当初の行為者の意図ないし計画を、区別の判断要素として考慮していることが読み取れる。ただし、この意図ないし計画が考慮されている事案の中には、危険が並列的に考慮されているものがある。また、これらが単独で考慮されている場合であっても、危険を基準とする場合と結論に違いがでるものはほぼ見られない。したがって事実上、裁判例においては危険を中心とした判断基準が用いられていると理解できる。

もっとも、この危険を事前的・一般人基準によって判断するか、事後的・客観的基準によって判断するかによって中止犯の成立範囲に差異が生じる。多くの判例は事後的基準によっているとみることができるが、一部「一般人」に言及する判例は、事後・客観的には危険が存在しないが、一般人基準からは危険が存在するとみられる事案であるため、結果的に中止犯成立範囲が狭くなっている可能性がある。

実行未遂の事案において不作為態様の部分に言及し、他方、着手未遂の事案において作為態様の部分に言及する判例がみられるが、任意性（の認定）との関係でこれを取り上げることには一定の意義が認められる。ただし、作為態様の積極的結果回避措置が存在する事案では、（危険による態様の区別基準に反してでも）作為態様による中止と構成されることによって、成立要件として真摯性が必要とされることが考えられる。一部の判例が、真摯性に過度の要求をしていることを考慮すれば、結果的に中止犯の成立範囲が不当に制約される恐れがある。

また、態様の区別に言及しない判例もみられる。これらは作為態様の中止行為が認定できる事案であれば、あえて区別を論じて態様を特定する必要がないと考えていると理解できる。行為者が作為態様による結果防止行為を行っているのであれば、それ以上の実行行為をしない、という意味における不作為態様の中止行為も同時になされているといえるから、判例の態度は正当なものと評価できた。

第4節では「失敗未遂 (fehlgeschlagener Versuch)」の概念について検討した。行為者がもはや結果を発生させることができない、と判断した場合が（主観的）失敗未遂と呼ばれ、中止犯がもはや成立し得ないことになる。近時のドイツでは、中止犯の成否を検討する際に、まずこの失敗未遂に当たるかが確認され、失敗未遂にならないことが確認された後に、着手未遂か実行未遂か、さらには任意性の検討が行われるのが一般的となっている。

失敗未遂について、中止犯の要件を検討する前に「あらかじめ」あるいは「はじめから」中止の可能性を排除するものとして説明がなされることがある。しかし、失敗未遂概念を用いることに賛成する論者が述べるように、失敗未遂とはさらなる行為を「放棄」あるいは「阻止」することができない場合である。そして、失敗未遂概念に反対する論者も、一般に失敗未遂とされる事案について中止犯の成立を否定する結論はほぼ変わらない。その帰結を、任意性を否定したり、いずれにしろ単なる放棄では中止行為とならない終了未遂に事案を分類することで導いたりするに過ぎない。

このような失敗未遂論は、前提とする未遂論の違いもあり、そのままの主観的失敗未遂として導入する論者は多くない。もっとも近時のわが国では、中止行為の違法減少ないし危険減少という性質に着目した中止行為論が発展するとともに、中止行為をする前提として危険がすでに存在しなくなっている場合を特に客観的失敗未遂と呼び、中止行為要件が欠けるために中止犯が成立しない場合として意識されるようになっている。

もっとも、この概念を用いるか否か、は根拠論における立場が大きく影響しよう。刑事政策説をとり、奨励という観点を重視すれば、危険が存在しない場合には中止行為はそもそもできない、としてこれを客観的失敗未遂と呼ぶことができる。これに対し、責任減少説をとれば、純客観的に危険が存在しない場合であっても、行為者がこれを認識していないのであれば責任減少が認められ、中止犯の成立が認められうるのであって、客観的失敗未遂という領域を設ける意義は少ないといえる。

第3章は、任意性について検討を加えた。第1節ではまず、任意性に関する議論の状況を分析した。

はじめに任意性と他の要件との関係を整理した。まず第2章第1節で論じたように、行為者の客観的な危険の状況についての判断に応じた危険消滅の認識を内容とする中止意思に、従来議論されてきた任意性と異なる独自の意義を認める立場からは、任意性判断の対象たる中止行為の主観的要件として中止意思を整理することが妥当であるように思われた。また、いわゆる失敗未遂論については、第2章第4節で論じたように、中止行為論の進展に伴って、従来漠然と任意性の枠内で論じられてきた議論の一部が中止行為論に移して論じるものであり、その限りでは妥当な一面を有する。もっとも、そこで論じられる危険の理解は論者により一致しておらず、任意性において論じられていた規範的判断を先取りしているように見られるものも存在している。そのような判断が妥当かは、中止行為論で論じるか、任意性論で論じるかという引き出し論とは無関係に、いずれにせよ検討が必要となる。

引き続き、任意性に関する学説を整理する対立軸を抽出した。任意性に関しては、従来、主観説・客観説・限定主観説が並列的に比較されて検討されてきたが、ここでは自由意思ないし非強制性の判断が行為者基準で行われるか一般人基準で行われるか、という判断基準における対立軸と、中止の動機ないし目的を考慮に入れることで規範的限定をかけるか否か、という対立軸が混在していたというべきである。さらに、自由意思ないし非強制性の内容が物理的強制か心理的強制も含むか、という対立軸も存在する。これら3つの対立軸を

組み合わせることで 8 通りにこれまでの学説を分類して整理し、任意性の判断プロセスを明確化することができた。

第 2 節では、判例における任意性の認定について検討した。任意性の認定に影響を与える要素を分類し、位置づけを整理したが、特に、驚愕等の犯行を一時中断させるに過ぎない事情と、犯行中止の動機となる事情とを区別すべきことを指摘した。驚愕等があっても任意性を肯定する判例も一部存在し、それはこのような意味で肯定的に評価できる。また、反省・悔悟と共にいわゆる広義の後悔に含まれるとされることのある被害者への同情、憐憫は、それ自体責任減少ないし特別予防の必要性が低いことを示すものとは言い難く、驚愕同様に翻意するきっかけとして考えるべきことを指摘した。

また、判例が一般人や通常人に言及する点は、必ずしも客観説を採用するものとは即断できないというべきである。判例は一般人基準のみによって任意性を肯定ないし否定していないことから、行為者の主観を裏付ける客観的状況として言及しているに過ぎない可能性を指摘した。また、広義の後悔については、これを必要条件とする限定主観説をとっているとはいえない。広義の後悔が認められる場合には、行為者の主観が外部からの強制的影響を受けていないことを示すことができるのである。さらに、量刑上有利な事情であるため、これを認定することは、減軽と免除の区別、さらには宣告刑を量定する際の狭義の量刑事情として認定することに意味がある。

また、中止行為の態様と任意性認定の関係についても整理した。まず、着手中止の場合は、基本的に犯行を中断した部分について行われ、その時点で任意性が認められれば、その後の不作為の中止行為に任意性が肯定されると見ることができる。さらに積極的な救助行為などが存在する場合には、それを指摘することで継続して任意性を裏付けることができる。これに対し実行中止の場合は、積極的な作為における真摯性が判断される場合が多くある。真摯性が肯定される場合には、通常任意性も認められると考えられるため、これを併せて認定しているとみることもできよう。

第 4 章は、ある（未遂）犯罪の中止犯が成立する場合に、単独で考えればすでに既遂に達している犯罪（内包既遂犯）に対し、中止犯の効果がどのように及ぶか、という問題について検討した。

わが国の旧刑法制定の過程では、内包既遂犯を独立して処罰する文言が存在していた段階もあった。しかし、実際に制定された旧刑法は、単に可罰的な障害未遂のみを 112 条に規定し、中止犯は障害未遂に当たらない場合として不可罰になるとされた。内包既遂犯に関しても明文規定はないものの、均衡論的観点、罪数論的観点から独立して処罰されるという解釈が一般的であった。

ドイツにおいては、明文規定はわが国同様存在しないが、内包既遂犯を独立して処罰する解釈が通説的地位を占めている。これは罪数関係が法条競合（法条単一）関係にある場合でも同じである。その理由としては、中止犯は「未遂を理由としては罰せられない」と規定するドイツ刑法 24 条の法文上の根拠、および均衡論といった中止犯論的な観点が挙げられる。

以上の議論を踏まえてわが国の現行法下での議論状況をみると、内包既遂犯は独立した犯罪としては扱われず、不処罰とするのが通説である。その理由づけとしては、罪数論によるものと中止犯論によるものがある。

まず、罪数論的観点としては、中止犯が成立する場合、当該未遂犯は犯罪として成立しているため、そこに吸収される既遂犯は独立した法的な評価対象たりえない、という主張がなされる。もっとも、結合犯、不可罰的事後行為の議論などを参照すると、法条競合の関係にあったとしても内包既遂犯は犯罪として成立しないわけではないため、罪数における形式的処理にとどまることなく中止犯の内実を考慮した実質的な理由づけが望まれる。

そこで中止犯論固有の観点を検討すると、中止犯の法的効果である必要的減免が犯罪を中止したことによる一種の「応報」ないし「褒賞」であるという内在的制約、および、中止犯の法的効果として「犠牲」にすることが許される範囲という外在的制約を考慮すると、中止犯の法的効果が及び、不可罰となしうる範囲を、中止犯となる犯罪と本来の一罪の関係になる範囲としている現在の判例、通説の立場は妥当なものであるといえることができる。

なお、近時、内包既遂犯を中止犯の成立要件である中止行為要件に織り込んで考慮する見解がみられる。しかし、中止犯の減免根拠における論者の基本的立場からみても、中止犯成立に過大な制約を課すものであり、妥当でないと評価できる。

第5章では、既遂後の行為者の行為による刑の減免規定について検討した。わが国においては被拐取者解放減輕規定及び各種自首減免規定があり、ドイツではいわゆる行為による悔悟と呼ばれる規定が各則に多く規定されている。これらは、既遂後の行為である点でいうまでもなく未遂犯である中止犯とは異なるが、事後的な結果（拡大）回避への一定の行為が有利に扱われることを法定することで、実質的な法益保護に資する場合があるという理解に基づいている点で、中止犯と共通しているとみることができる。

ドイツにおける行為による悔悟が規定されている犯罪類型は、予備罪、企行犯、危険犯といった、実質的にみれば「既遂」とされるべき法益侵害の前段階を、独立の既遂犯の形式をとりつつ可罰的な範囲に取り込むことによって、早期の法益保護を図るものといえる。これらは、既遂犯であるがゆえに中止犯が適用されないが、なお実質的な法益侵害が未発生である場合に法益保護の手段として規定されるのが行為による悔悟である。一般的な成立要件としては、行為者の積極的な行為、悔悟行為による実質的な法益侵害回避結果、悔悟行為の任意性が要求されている。

わが国の自首減免規定、被拐取者解放減輕規定の根拠については、中止犯の場合と同様、刑事政策説と法律説が対立している。もっとも、これらの規定が既遂後の事情であること、各則の規定であることなどから、中止犯の場合よりも刑事政策説が強く主張される傾向にある。これらの規定はたしかに既遂後の事情であるとはいえ、行為による悔悟規定と同様、最終的な法益侵害からみれば前倒して既遂が設定されている犯罪類型に設けられたものであることから、自首自白行為、被拐取者の解放行為は違法減少的性格が認められ、またそのような行為の自発性が要求されることから、責任関連の事情の減少も認められるといえる、

このような当罰性の減少が減免の根拠になっている点は、中止犯と同じであるといえる。

わが国の既遂後の行為による刑の減免規定の多くが総則自首規定の特則として理解され、自首が要件とされている点については、さらなる法益侵害の防止というこれらの規定の根拠と、自首の減輕根拠とされる捜査の容易化とは、解釈上相反する帰結を導きうるといえる。刑法の最大の目的である法益保護という観点からすれば、行為による悔悟としての性質を重視した解釈が望ましく、さらにはわが国においても自首を要件としない、純粋な行為による悔悟規定を活用することで、法的効果の設定の面からも柔軟な規定が可能であるように思われた。

## 第2節 残された課題

以上のように、本稿は中止犯の根拠論にはじまり、中止行為、任意性と要件論について検討してきた。とはいえ、中止行為と結果不発生の因果関係の要否や真摯性の要否の論点など、触れることができなかつた論点が存在する。さらに、本稿の中止犯はすべて単独行為者の場合を念頭に置いており、いわゆる同視基準など、他の関与者がいる場合の中止犯成立の要件は検討できなかつた。

また、本稿は中止犯を、未遂犯の当罰性が減少することで刑が減輕される事情として特に法定化されたものと理解しうることを示し、刑事政策説の主張する奨励の観点からは、法定することによって果たされる、との立場をとった。とはいえ、第1章ないし第4章で検討したように、奨励といういわば裸の政策によって、内包既遂犯の分の当罰性を「犠牲」<sup>1</sup>にすることが認められるのであれば、刑の免除が認められる範囲を広くする解釈が可能となる。そのような解釈の可否は現時点では留保し、特に既遂後の行為による刑の減免など、より政策が強く表れるように思われる諸規定の検討を深めた上で、妥当な解決を見つきたい。

また、中止犯による刑の免除がほぼ認められない実務の現状からすれば、實際上中止犯の狭義の量刑事情としての役割、特に執行猶予において重要な役割を果たしているのはいかた推測され<sup>2</sup>、分析をしたい。

---

<sup>1</sup> 和田俊憲「中止犯論」刑法42巻3号（2003年）286頁参照。

<sup>2</sup> 千葉地裁平成22年4月23日判決は、中止犯が成立する殺人未遂の事案では、懲役3年以下で執行猶予が付された事案が最も多い、という量刑傾向に言及しているとされる（日本弁護士連合会裁判員本部編『裁判員裁判の量刑』（2012年）153頁参照）。



## 参考文献一覧

### 〔日本語文献〕

- 浅田和茂「責任と答責性」平場安治博士還暦祝賀（1977年）  
——「中止犯」芝原邦爾編『刑法の基本判例』（1988年）  
——『刑法総論〔補正版〕』（2007年）  
朝山芳史「量刑における結果無価値と行為無価値」原田國男判事退官記念（2010年）  
足立勝義「判批」最判解昭和32年度（1971年）  
阿部純二「量刑論の現状と展望」現刑3巻1号（2001年）  
石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良産15巻1=2号（2002年）  
磯部四郎『日本刑法講義筆記』（1888年）  
——『改訂増補刑法講義 下巻』（1893年）  
——『改正刑法正解』（1907年）  
——『改正増補刑法〔明治13年〕講義 下巻第一分冊』（1999年）  
——『改正増補 刑法〔明治13年〕講義 下巻第二分冊』（1999年）  
板倉宏『刑法総論〔補訂版〕』（2007年）  
井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（1）」法研55巻10号（1982年）  
——「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察（4）」法研56巻1号（1983年）  
——「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻2号（1996年）  
——「量刑理論と量刑事情」現刑3巻1号（2001年）  
——「量刑をめぐる理論と実務」司法研修所論集113号（2004年）  
——『刑法総論の理論構造』（2005年）  
——『講義刑法学・総論』（2008年）  
井田良＝浅田和茂『新基本法コンメンタール 刑法』（2012年）  
伊東研祐「責任非難と積極的一般予防・特別予防」福田平博士・大塚仁博士古稀祝賀（上）（1993年）  
——「積極的特別予防と責任非難」香川達夫博士古稀祝賀（1996年）  
——『『自首』の法的性格と要件に関する犯罪体系論の一考察』能勢弘文先生追悼論集（2003年）  
——『刑法総論』（2008年）  
——『刑法講義総論』（2010年）  
伊東研祐ほか編『学習コンメンタール刑法』（2007年）  
伊藤渉ほか『アクチュアル刑法総論』（2005年）  
井上正一『訂正日本刑法講義』（1893年）

- 井上操『刑法述義 第一篇』(1883年)
- 『刑法〔明治13年〕述義 第二編(上)』(1999年)
- 『刑法〔明治13年〕述義 第二編(下)』(1999年)
- 今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』(2013年)
- 今上益雄「判批」東洋法学9巻2=3号(1965年)
- 植松正『刑法概論I 総論〔再訂版〕』(1974年)
- 内田文昭「判批」判タ609号(1986年)
- 『改訂刑法I(総論)〔補正版〕』(1997年)
- 江藤隆之「中止未遂の法的性格について」法学研究論集20号(2004年)
- 「中止未遂の法的性格をめぐる諸議論の方法論的研究」法学研究論集21号(2004年)
- 「着手未遂と実行未遂の概念について」法学研究論集22号(2005年)
- 「欠効未遂の概念について」法学研究論集23号(2005年)
- 「ドイツ刑法におけるFreiwilligkeitの意義」宮崎産業経営大学法学論集18巻2号(2009年)
- 「中止未遂における任意性の概念について」桃山法学16号(2010年)
- 王昭武「中止犯における中止行為についての一考察(1)」同法60巻5号(2009年)
- 「中止未遂の任意性についての一考察(2・完)」同法60巻8号(2009年)
- 大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第1巻』(2011年)
- 大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第2巻』(2011年)
- 大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第3巻』(2011年)
- 大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第5巻』(2013年)
- 大塚仁『刑法注解〔増補第2版〕』(1977年)
- 『刑法概説各論〔第3版増補版〕』(2005年)
- 『刑法概説総論〔第4版〕』(2008年)
- 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第3巻』(2015年)
- 『大コンメンタール刑法 第4巻〔第3版〕』(2013年)
- 『大コンメンタール刑法 第6巻』(2015年)
- 『大コンメンタール刑法 第8巻〔第3版〕』(2014年)
- 『大コンメンタール刑法 第11巻〔第3版〕』(2014年)
- 大塚裕史『刑法総論の思考方法〔第4版〕』(2012年) 453頁
- 大野真義ほか『刑法総論』(2011年)
- 大場茂馬『刑法総論下』(1994年)
- 大谷實「判批」昭和52年度重判解(1978年)
- 『刑法講義総論〔新版第4版〕』(2012年)
- 岡上雅美「量刑判断の構造—序説」早研48号(1988年)

- 「量刑研究の進展」 犯罪と刑罰 24 号 (2014 年)
- 岡田朝太郎『日本刑法論 総則之部〔訂正増補 3 版〕』(1895 年)
- 『刑法講義案』(1902 年)
- 岡田雄一「量刑—裁判の立場から」三井誠ほか編『新刑事手続Ⅱ』(2002 年)
- 岡本勝「中止未遂における減免根拠に関する一考察」齊藤誠二先生古稀記念 (2003 年)
- 小田直樹『法条競合論一考』広島ロー創刊号 (2005 年)
- 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(1956 年)
- 小野清一郎ほか『刑法 (ポケット註釈全書)〔第 2 版増補〕』(1980 年)
- 香川達夫「中止犯」佐伯千仞=団藤重光編『総合判例研究叢書 刑法 (3)』(1956 年)
- 『中止未遂の法的性格』(1963 年)
- 『刑法講義〔総論〕〔第 3 版〕』(1995 年)
- 金澤真理「判批」現刑 10 号 (2000 年)
- 「中止未遂とその法的性格」刑法雑誌 41 卷 3 号 (2002 年)
- 『中止未遂の本質』(2006 年)
- 「判批」刑ジャ 12 号 (2008 年)
- 「中止行為の任意性について」法政論叢 47 号 (2010 年)
- 「未遂の理論構造と中止未遂」川端博ほか編『理論刑法学の探究④』(2010 年)
- 亀山継夫「結合犯の未遂」研修 340 号 (1976 年)
- 川端博『刑法各論講義〔第 2 版〕』(2010 年)
- 『刑法総論講義〔第 3 版〕』(2013 年)
- 川端博ほか『徹底討論 刑法理論の展望』(2000 年)
- 川端博=井田良「《対談》中止犯論の現在と課題」現代刑事法 45 号 (2003 年)
- 川端博『現代刑法理論の現状と課題』(2005 年)
- 北村篤「判批」研修 552 号 (1994 年)
- 木藤繁夫「強盗強姦未遂犯人が婦女に傷害を負わせた場合の擬律」警論 37 卷 1 号 (1984 年)
- 木村亀二『刑法 活きている判例』(1962 年)
- (阿部純二増補)『刑法総論〔増補版〕』(1978 年)
- 木村静子「中止犯」刑法講座 4 卷 (1963 年)
- 木村光江「中止犯論の展望」研修 579 号 (1996 年)
- 「中止犯の一考察」都法 39 卷 1 号 (1998 年)
- 葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』(2009 年)
- 倉富勇三郎ほか監修『増補 刑法沿革総覧』(1990 年)
- 小池信太郎「量刑における消極的責任主義の再構成」慶応法学 1 号 (2004 年)
- 「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮 (1)」慶応法学 6 号 (2006 年)
- 「量刑における犯行均衡原理と予防的考慮 (3・完)」慶応法学 10 号 (2008 年)
- 「量刑における幅の理論と死刑・無期刑」論ジュリ 4 号 (2013 年)

小林憲太郎「刑罰に関する小講義（改）」立教法学 78 号（2010 年）  
——『刑法総論』（2014 年）  
——「刑法判例と実務 第 1 回 刑罰の目的」判時 2274 号（2016 年）  
小林充原著（植村立郎監修、園原敏彦改訂）「刑法〔第 4 版〕」（2015 年）  
小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決 50 選（上）〔第 2 版〕』（2013 年）  
斎藤金作『刑法総論〔改訂版〕』（1955 年）  
斎藤誠二「いわゆる失効未遂をめぐる（上）（下）」警察研究 58 巻 1 号、3 号（1987 年）  
——『特別講義刑法』（1991 年）  
佐伯仁志「通貨偽造罪の研究」金融研究 23 巻法律特集号（2004 年）  
——『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013 年）  
斎藤信治「判批」判時 1582 号（判例評論 455 号）（1997 年）  
——『刑法総論〔第 6 版〕』（2008 年）  
斎藤信幸『刑法講義 総論』（2007 年）  
齋野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」田宮裕博士追悼下巻（2003 年）  
——『刑法総論』（2007 年）  
佐伯千仞『刑法総論』（1943 年）  
——「量刑理由としての自白と否認」木村亀二還暦祝賀下巻（1958 年）  
——「刑の量定の基準」刑法講座 1 巻（1963 年）  
——『四訂 刑法講義（総論）』（1981 年）  
——『刑法の理論と体系』（2014 年）  
坂本武志『刑法総論』（1990 年）  
佐久間修『刑法総論』（2009 年）  
佐久間修ほか『刑法基本講義〔第 2 版〕』（2013 年）  
佐藤拓磨「判批」刑ジャ 10 号（2008 年）  
塩谷毅「中止犯」法教 279 号（2003 年）  
塩見淳「中止の任意性」判タ 702 号（1989 年）  
——「判批」重判解平成 11 年度  
——「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集第 3 巻』（1993 年）  
司法研修所編『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』（2012 年）  
島田聡一郎「重要条文コンメンタル刑法 未遂」法教 261 号（2002 年）  
島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第 3 版〕』（2014 年）  
清水一成「中止未遂における『自己ノ意思ニ因リ』の意義」上法 29 巻 2＝3 号（1986 年）  
——「中止未遂に関する近時の判例の動向」現刑 45 号（2003 年）  
莊子邦雄『刑法総論〔初版〕』（1969 年）  
——『刑法総論〔第三版〕』（1996 年）  
城下裕二「中止未遂における必要的減免について」北法 36 巻 4 号（1986 年）

- 『量刑基準の研究』(1995年)
- 「中止未遂の減免根拠をめぐる近時の理論動向」渡部保夫先生古稀記念(2000年)
- 「中止未遂における任意性について」小暮得雄先生古稀記念(2005年)
- 「量刑判断における行為事情と行為者事情」刑事弁護 83号(2015年)
- 新村出編『広辞苑〔第6版〕』(2008年)
- 末道康之「スイス刑法改正について—犯罪論を中心に(2)—」捜査研究 634号(2004年)
- 鋤本豊博「自首減輕規定と制裁減免制度」能勢弘之先生追悼論集(2003年)
- 鈴木彰雄「未必的な殺意がある場合の中止未遂 ドイツ刑事判例研究(22)」比較法雑誌 27巻2号(1993年)
- 「中止未遂 ドイツ刑事判例研究(24)」比較法雑誌 27巻4号(1994年)
- 「ドイツ刑事判例研究(6)」名城ロー5号(2007年)
- 鈴木茂嗣「犯罪論と量刑論」松岡正章先生古稀祝賀(2005年)
- 『刑法総論〔第2版〕』(2011年)
- 鈴木義男「みのしろ金目的誘拐に関する刑法の一部改正」警論 17巻8号(1964年)
- 須之内克彦「中止犯における中止行為の因果性に関する一考察」明大法科大学院論集 13号(2013年)
- 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上巻(2014年)
- 「障害未遂・中止未遂における点と線・再論」川端博先生古稀記念論文集上巻(2014年)
- 園田寿「『欠効未遂』について」関西法学 32巻3=4=5号(1982年)
- 曾根威彦「中止犯における違法と責任」『刑事違法論の研究』(1998年)
- 『刑法の重要問題〔総論〕〔第2版〕』(2005年)
- 『刑法総論〔第4版〕』(2008年)
- 『刑法各論〔第5版〕』(2012年)
- 『刑法原論』(2016年)
- 高木豊三『刑法講義録』(1886年)
- 高橋則夫『刑法における損害回復の思想』(1997年)
- 『規範論と刑法解釈論』(2007年)
- 『刑法総論〔第3版〕』(2016年)
- 「中止行為の規範論的基礎づけ」浅田和茂先生古稀祝賀上巻(2016年)
- 高橋則夫ほか『理論刑法学入門』(2014年)
- 瀧川幸辰『犯罪論序説』(1947年)
- 只木誠『罪数論の研究〔補訂版〕』(2009年)
- 「刑法総論を学ぶ 第22回」白門 64巻10号(2012年)
- 立石二六『刑法総論〔第4版〕』(2015年)

- 田中正身『改正刑法釋義 下卷〔復刻版〕』(1994年)
- 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(1990年)
- 団藤重光編『注釈刑法(2)のⅡ』(1969年)
- 『注釈刑法(3)』(1965年)
- 『注釈刑法(4)』(1965年)
- 『注釈刑法(5)〔改訂版〕』(1968年)
- 『注釈刑法(6)』(1966年)
- 辻義之「銃砲刀剣類取締法及び武器等製造法の一部を改正する法律について」警論46巻7号(1993年)
- 飛田清弘「判研」警論32巻12号(1979年)
- 富井正章『刑法論綱全』(1889年)
- 内藤謙『刑法講義総論(中)』(1986年)
- 『刑法総論講義(下)Ⅱ』(2002年)
- 長井圓ほか訳「アルビン=エーザー比較法からみた刑法による汚職腐敗の防止」神奈川法学33巻2号(2000年)
- 長岡龍一「中止未遂の法的性格と窃盗の既遂時期」Lawschool35号(1981年)
- 中神正義「判批」研修460号(1986年)
- 中川清明「銃砲刀剣類所持等取締法」『シリーズ捜査実務全書7・暴力団犯罪〔第2版〕』(2005年)
- 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説(その1)(その2)」曹時16巻7号、8号(1964年)
- 中空壽雅「中止犯の法的性格と成立要件」現刑45号(2003年)
- 中野次雄「併合罪」『刑事法講座 第7巻』(1953年)
- 『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』(1997年)
- 仲道祐樹「特集条文からスタート刑法 IV未遂(43条)」法教407号(2014年)
- 中村雄一「虚偽を含む申告と自首の成否」秋田法学44号(2005年)
- 中村悠人「刑罰の正当化根拠に関する一考察(4・完)」立命344号(2012年)
- 中森喜彦「判批」判時1537号(1995年)
- 中山研一『刑法総論の基本問題』(1974年)
- 『刑法総論』(1982年)
- 中山研一=浅田和茂=松宮孝明『レヴィジョン刑法2』(2002年)
- 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(2010年)
- 『刑法各論〔第6版〕』(2012年)
- 西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(2010年)
- 西田眞基=木山暢郎=福島恵子「中止未遂(上)」判タ1380号(2012年)
- 西原春夫『刑法総論第3分冊〔改訂版〕』(1991年)

西原春夫ほか編『判例刑法研究第4巻』(1981年)  
西原春夫監訳『イエシエック＝ヴァイゲント ドイツ刑法総論 第5版』(1999年)  
西村克彦「中止未遂とは何か(一)(二・完)」判時409号、410号(1965年)  
——『犯罪形態論序説』(1967年)  
——『無罪の限界』(1980年)  
西山富夫「ドイツ刑法思想の発展と未遂・不能犯(二)」名城法学4巻3=4号(1954年)  
日本弁護士連合会裁判員本部編『裁判員裁判の量刑』(2012年)  
二本柳誠「中止犯」曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』(2008年)  
野澤充「略取誘拐罪における解放減輕規定(228条の2)について」犯罪と刑罰19号(2009年)  
——『中止犯の理論的構造』(2012年)  
——「中止犯論の問題点」『理論刑法学の探究⑦』(2014年)  
——「中止犯は単なる『量刑規定』か？」浅田和茂先生古稀祝賀(2016年)  
野村健太郎「国家機関の違法行為と量刑責任」愛学56巻3=4号(2015年)  
野村稔「未遂犯の違法性」刑法24巻3=4号(1982年)  
——『未遂犯の研究』(1984年)  
——『刑法総論〔補訂版〕』(1998年)  
野村稔編『現代法講義 刑法総論〔改訂版〕』(1997年)  
橋本正博『刑法総論』(2015年)  
服部朗「自首に関する一考察」善家幸敏教授還暦記念(1992年)  
林幹人「判批」警研51巻12号(1980年)  
——「早すぎた結果の発生」判時1869号(2004年)  
——『刑法総論〔第2版〕』(2008年)  
原口伸夫「実行未遂の中止行為」桐蔭法学11巻1号(2004年)  
——「刑法43条ただし書における『中止した』の解釈について」刑法雑誌51巻2号(2004年)  
原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』(2008年)  
平野龍一『刑法 総論Ⅱ』(1975年)  
——「中止犯」『犯罪論の諸問題(上)総論』(1981年)  
——「中止未遂の法的性格」『犯罪論の諸問題(上)総論』(1981年)  
——「法条競合と包括一罪」警研64巻5号(1993年)  
平場安治『刑法総論講義』(1961年)  
平谷正弘「自首についての若干の検討」中山善房判事退官記念(1998年)  
福田平『全訂 刑法総論〔第5版〕』(2011年)  
藤木英雄『刑法講義 総論』(1975年)  
藤木英雄＝板倉宏編『刑法の争点〔新版〕』(1987年)

藤永幸治「判批」研修 365 号（1978 年）  
古田祐紀「判批」研修 376 号（1979 年）  
法制審議会刑事法特別部会『改正刑法草案 附同説明書』（1972 年）  
法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』（1975 年）  
堀田正忠『刑法釋義 第貳篇』（2000 年）  
堀内捷三『刑法総論〔第 2 版〕』（2004 年）  
本庄武「量刑責任の刑罰限定機能について（2）」一橋研究 24 卷 2 号（1999 年）  
——「刑罰論から見た量刑基準（1）」一橋法学 1 卷 1 号（2002 年）  
前田雅英『刑法総論講義〔第 6 版〕』（2015 年）  
——「事例演習刑法 中止犯」警論 48 卷 12 号（1995 年）  
牧野英一『重訂日本刑法 上卷』（1937 年）  
——『刑法総論〔全訂版〕』（1959 年）  
町野朔「中止犯における『止メタ』の意義」Lawschool 17 号（1979 年）  
——「法条競合論」平野龍一先生古稀祝賀論文集上卷（1990 年）  
——『刑法各論の現在』（1996 年）  
町野朔ほか『プロセス演習刑法』（2009 年）  
町田行男『中止未遂の理論』（2005 年）  
松浦秀寿「量刑不当」判タ 353 号（1978 年）  
松尾浩也「刑の量定」宮澤浩一ほか編『刑事政策講座第 1 卷』（1971 年）  
松本時夫「刑の量定・求刑・情状立証」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第 6 卷』（1982 年）  
松原芳博『犯罪概念と可罰性』（1997 年）  
——「罪数論は何のためにあるのか」川端博ほか編『理論刑法学の探究③』（2010 年）  
——『刑法総論』（2013 年）  
——『刑法各論』（2016 年）  
松原芳博編『刑法の判例 総論』（2011 年）  
松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（2003 年）  
——『刑法総論講義〔第 4 版〕』（2009 年）  
松宮孝明編『ハイブリッド刑法総論』（2009 年）  
松山昇平「量刑判断過程の分析」原田國男判事退官記念（2010 年）  
丸山雅夫『刑法の論点と解釈』（2014 年）  
宮城浩蔵『刑法正義』（1984 年）  
宮本英脩『刑法学綱要』（1928 年）  
——『刑法大綱』（1935 年）  
——『刑法学粹』（1930 年）  
虫明満「クラウス・ウルゼンハイマー著『理論及び実務における中止未遂の基本問題』（1976 年）」名大法政論集 78 号（1979 年）



- 『包括一罪の研究』(1992年)
- 村田保『刑法註解 卷四』(1880年)
- 泉二新熊『日本刑法論総論』(1930年)
- 『刑法各論』(1919年)
- 安富潔＝橋本雄太郎「判批」法学研究 50 卷 10 号 (1977年)
- 矢野祐子「旧刑法における自首条の成立」早研 56 号 (1990年)
- 山口厚『危険犯の研究』(1982年)
- 『問題探究刑法総論』(1998年)
- 『刑法総論〔初版〕』(2001年)
- 『刑法総論〔補訂版〕』(2005年)
- 『刑法総論〔第2版〕』(2007年)
- 『新判例から見た刑法〔第2版〕』(2008年)
- 『刑法各論〔第2版〕』(2010年)
- 『刑法総論〔第3版〕』(2016年)
- 山口林之助「内乱罪(西独)」社会科学論叢 16 号 (1967年)
- 山中敬一「可罰的責任論について」西原春夫先生古稀祝賀第2巻 (1998年)
- 『中止未遂の研究』(2001年)
- 『刑法総論〔第3版〕』(2015年)
- 山火正則「法条競合の諸問題(一)」神奈川法学 7 卷 1 号 (1971年)
- 「現行『通貨偽造ノ罪』規定の成立過程」神奈川法学 26 卷 2=3 号 (1991年)
- 山本輝之「中止犯の法的性格と成立要件」現刑 35 号 (2003年)
- 山本光英「判批」山口経済学雑誌 49 卷 4 号 (2001年)
- 吉井蒼生夫ほか編著『旧刑法別冊(1) 刑法草按注解上』(1992年)
- 『刑法草按注解下 日本立法資料全集 9』(1992年)
- 吉岡一男『刑事制度論の展開』(1997年)
- 吉田敏雄『未遂犯と中止犯』(2014年)
- 米山哲夫「中止未遂と償いの思想」早研 29 号 (1983年)
- 渡辺修「余罪取調べと自首」佐伯千仞先生卒寿祝賀 (1997年)
- 和田俊憲「判批」判セレ 2002
- 「中止犯論」刑法 42 卷 3 号 (2003年)
- 「判批」刑事法ジャーナル 4 号 (2006年)
- 「被拐取者解放減輕における『違法減少』と『違法減少阻却』」慶応法学 7 号 (2007年)
- 「未遂犯 特集刑法典施行 100 年」法律時報 81 卷 6 号 (2009年)
- C. ロクシン(宮澤浩一監訳)『刑法における責任と予防』(1984年)

[独語文献]

◆コンメンタール類

Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar,10Aufl.1985

Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar,12Aufl.2007

Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar,28Aufl.,2010

Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,8.Aufl.,2012

*Thomas Fischer*,Strafgesetzbuch,63.Aufl.,2016

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch,Bd.1,2003

Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3.Aufl.,2010

*Karl Lackner/Kristian Kühl*,Strafgesetzbuch Kommentar,27Aufl.,2011

◆その他

*Arzt, Gunther / Weber Ulrich /Heinrich/ Hilgendorf, Eric* ,Strafrecht Besonderer Teil,3.Auflage,2015

*Baumann,Jürgen/ Weber,Ulrich/ Mitsch,Wolfgang*,Strafrecht Allgemeiner Teil,11Aufl.,2003

*Bergmann, Mattias* ,Einzelakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch ? ,ZStW100,1988

*Bitzilekis, Nikolaos* .Zur Autonomie der Rücktrittsentscheidung, Hassemer-FS, 2010

*Blöcker, Morten* ,Die Tatige Reue,2000

*Bloy, Rene* ,Die dogmatische Bedeutung der Strafausschliessungs- und Strafaufhebungsgründe,1976

*Bockelmann, Paul* ,Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig ? , NJW, 1955

*Borchert,Uwe/Hellmann,Uwe*,Die Abgrenzung der Versuchsstadien des §24 Abs.1 Satz1 StGB anhand der objektiven Erfolgstauglichkeit,GA1982

*Burkhard, Björn* ,Der “Rücktritt” als Rechtsfolgebestimmung,1975

*Fahl, Christian* ,Der » fehlgeschlagene Versuch«—ein » Fehlschlag« ? , GA2014

*Frank, Reinhard* ,Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,18.Aufl.,1931

*Frister,Helmut*,Strafrecht Allgemeiner Teil,5Aufl,2011

*Feuerbach, Paul Johan Anselm Ritter von* ,Kritik des Kleinshrodichen Entwurfs zu einen peinlichen Gwsetzbuche für die Chur=Pfalz=Bayrischen Staaten,1804

*Geilen,Gerd*,Zur Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem Versuch,JZ 1972

*Gössel,Karl Heinz*,Über den frhlgeschlagenen Versuch,ZStW 87,1975

—— Der fehlgeschlagene Versuch: Ein Fehlschlag, GA2013

*Gropp, Walter*,Vom Rücktrittshorizont zum Versuchshorizont,FS Gössel,2002

*Haas, Volker*, Zum Rechtsgrund von Versuch und Rücktritt,ZStW123,2011

- Hauf, Claus-Jürgen*, Der Grosse Senat des BGH zum Rücktritt vom unbeeendeten Versuch bei aussertatbestandlicher Zielerreichung, MDR 1993
- Heckler, Andreas*, Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung anhand der objektiven Vollendungsgefahr, 2002
- Hegler, August*, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für Frank, Bd. 1, 1930
- Heinitz, Ernst*, Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956
- Heintschel-Heinegg, Bernd von*, Versuch und Rücktritt, ZStW 109, 1997
- Rücktritt bei sinnlos gewordenem weitergehenden Tatplan, JA 2008
- Herrmann, Mareike*, Der Rücktritt im Strafrecht, 2013
- Herzberg, Rolf Dietrich*, Zum Grundgedanken des § 24 StGB, NStZ 1989
- Aufgaben durch blosses aufhören? Der BGH im Dilemma einer Theorie, JuS 1990
- Jäger, Christian*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996
- Jakobs, Günter*, Die Bedeutung des Versuchsstadiums für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts, JuS 1980
- Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991
- Rücktritt als Tatänderung versus allgemeines Nachtatverhalten, ZStW 104, 1992
- Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996
- Kaufmann, Armin*, Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf, ZStW 80, 1968
- Kemsies, Herbert*, Die tätige Reue als Schldaufhebungsgrund, 1929
- Kindhäuser, Urs*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2015
- Krey, Volker / Esser, Robert*, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2012
- Kudlich, Hans*, Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch, JuS 1999
- Kühl, Cristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012,
- Küpper, Georg*, Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik, 1990
- Lang-Hinrichsen, Dietrich*, Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, in FS für Karl Engisch, 1969
- Liszt, Franz v.*, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, 2. Aufl., 1884
- Maiwald, Manfred*, Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch, GS für Heinz Zipf, 1999
- Maurach, Reinhard / Gössel, Karl Heinz / Zipf, Heinz*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl
- Maurach, Reinhartd/ Schroeder, Friedrich-Cristian / Maiwald, Manfred*, Strafrecht Besonder Teil, Teilband 2, 10. Aufl., 2012
- Mayer, Hans-Walter*, Privilegierungswürdigkeit passiven Rücktrittsverhaltens bei modeler Tatortsetzungsmöglichkeit, 1986

- Murmann, Uwe*, Versuchunrecht und Rücktritt, 1999
- Mylonopoulos, Cristos* „Die „Vernunft des rechtstreuen Bürgers“ als Freiwilligkeitskriterium beim Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Festschrift für Imme Roxin, 2012
- Otto, Harro*, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, Jura 1992
- Grundkurs Strafrecht; allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004
- Pahlke, Bernd* „Rücktritt nach Zielerreichung, GA 1995
- Rücktritt bei *dolus eventualis*,
- Puppe, Ingeborg* „Zur Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch beim Rücktritt, NStZ 1986
- Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2. Aufl.
- BGH, Beschl. v. 27.10.1992, JZ 1993
- Radtke, Henning* „Die Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998
- Rengier, Rudolf* „BGH, Urt. v. 10.4.1986, JZ 1986
- Die Brandstiftungsdelikte nach dem Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts, JuS 1998
- Roxin, Claus* „Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Festschrift für Heinz, 1972
- „Schuld“ und „Verantwortlichkeit“ als strafrechtliches Systemkategorien, Festschrift für Henkel, 1974
- Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1, 4. Aufl., 2006
- Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 2, 3. Aufl.
- Der fehlgeschlagene Versuch, JuS 1981
- BGH, Beschl. v. 19.5.1993, JZ 1993
- Der fehlgeschlagene Versuch-eine kapazitätsvergeudende, überflüssige Rechtsfigur?, ZStW 2009
- Schäfer, Rüdiger* „Die Privilegierung des „freiwillig-positiven“ Verhaltens des Delinquenten nach formell vollendeter Straftat, 1992
- Scheinfeld, Jörg* „Der strafbefreiende Rücktritt vom Versuch in der Fallbearbeitung, JuS 2002
- Scheurl, Guntram von* „Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972
- Schmidhäuser, Eberhard* „Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch, 2. Aufl., 1984
- Schroeder, Friedrich-Christian* „Rücktrittsunfähig und fehlerträchtig: der fehlgeschlagene Versuch, NStZ 2009,
- Schröder, Horst* „Grundprobleme des Rücktritt vom Versuch, JuS 1962
- Seier, Jürgen* „Rücktritt vom Versuch bei bedingtem Tötungsvorsatz, JuS 1989
- Sonnenbernd-Rüdiger* „Fehlgeschlagener Versuch und Rücktrittsvoraussetzungen,

JA1980

*Stratenwerth, Günter*, Schweizerisches Strafrecht Allgemeiner Teil I ;Die Straftat, 2. Aufl., 1996,

*Stratenwerth, Günter / Kuhlen, Lothar*, Strafrecht Allgemeiner Teil 1, 5. Aufl., 2004

*Streng, Franz*, Rücktritt und dolus eventualis, JZ 1990

*Ulsenheimer, Klaus*, Grundfragen des Rücktritt vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976

*Walter, Michael*, Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht, 1980

*Weinhold, Ina Elisabeth*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, 1990

*Wessels, Johannes/Beulke, Werner/Satzger, Helmut*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 44. Aufl., 2014