

# 中止犯における任意性

鈴木 一 永

- 1 はじめに
- 2 任意性その他の成立要件との関係
  - 2-1 中止意思
  - 2-2 中止行為（特に失敗未遂論について）
- 3 任意性の基準
  - 3-1 わが国における従来の学説議論の整理と分析軸の抽出
    - 3-1-1 主観説と客観説
    - 3-1-2 限定主観説と主観説、客観説
  - 3-2 ドイツにおける議論
    - 3-2-1 心理学的考察方法と規範的考察方法
    - 3-2-2 検討
  - 3-3 学説の整理
- 4 おわりに

## 1 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

から近時では、いわゆる「裏返し<sup>(2)</sup>の理論」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ぱ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<sup>(3)</sup>の問題)。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<sup>(4)</sup>を再確認しておく必要がある。

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、何に着目するかが異なることによって生じる。たとえば、西原春夫博士<sup>(5)</sup>は一般的には主観説に分類される小野清一郎博士や団藤重光博士等の<sup>(6)</sup>見解を客観説と呼ぶ。また一般に限定主観説に分類される宮本英脩博士、佐伯千仞博士<sup>(7)</sup>の見解を主観説と呼び、牧野英一博士、木村亀二博士といった客観説に分類される<sup>(8)</sup>見解を折衷説と呼んでいる。西原博士は、客観説とは外部的障害と

(1) 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。

(2) 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論文集第3巻』(1993年)263頁以下参照。

(3) 野村稔教授は、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)。

(4) 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。

(5) 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。

(6) たとえば、山中敬一『刑法総論[第2版]』(2008年)771頁。

(7) たとえば、山中・前掲注6)772頁(もともと山中は規範的主観説と呼ぶ)。

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づけている。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、さほど問題は大きくない。

より大きな問題は、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して生じる分類の違いである。たとえば、福田平博士や大塚仁博士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、また香川達夫博士の見解が客観説に分類されたり折衷説に分類されたり限定主観説に分類されたりしている。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。

(8) たとえば、山中・前掲注6) 771頁。

(9) 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。

(10) 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。

(11) 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）。

本稿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。

## 2 任意性と他の成立要件との関係

### 2-1 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、「純粹に外部的な事実によってだけでなくその当時の客觀的事情と行為者の主觀とを綜合して客觀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觀を考慮することに対して、「たしかに中止犯の成立にとって、主觀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<sup>(15)</sup>」と批判が向けられたのである。

このような状況に対し、山中敬一教授は〔事例1〕<sup>(16)</sup>のような場合は任意性に関する通説とされる主觀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、山中教授は「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「中止行為の主觀的要件」を主張することでこの問題を解決しようとした<sup>(18)</sup>。

(12) 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。

(13) 平野・前掲注2)148頁。

(14) 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。

(15) 大谷實「判批」昭和52年度重判解(1978年)159頁以下。

(16) 山中敬一『中止未遂の研究』(2001年)217頁。

(17) 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。

(18) 山中・前掲注16)218頁以下。後に山中教授は、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

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で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。これによ

---

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。

(19) 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。

(20) 伊藤涉ほか『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。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。

(21) 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論文集』（2005年）66頁参照。

(22) 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。

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。

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る。<sup>(26)</sup>これに対して、中止犯を犯罪の裏返しと考れば、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

---

(23) 鈴木・前掲注20) 104頁以下。

(24) 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。

(25) 曾根・前掲注1) 251頁。

(26) 大谷・前掲注15) 159頁。

(27) 堀内・前掲注20) 245頁。

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、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>(28)</sup>  
<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』かどうかはいつ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<sup>(30)</sup>と述べるものもある。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」<sup>(31)</sup>かどうかを問うことは不可能ではないだろうか。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

(28) 井田・前掲注9)427頁。塩見・前掲注2)264頁参照。なお、福田博士は、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。

(29) 和田俊憲「中止犯論」刑法42巻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。

(30) 内田・前掲注1)22頁。

(31) 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。

(32) 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巻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。



狭義の中止行為と同様に任意性の前提である中止意思は「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教授は、「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

(33) 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。和田俊憲教授は、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。

(34) 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」『田宮裕先生追悼論文集下巻』（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。

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、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ところである。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性の認識である中止意思に解消できない実質的な内容が残ることになる。

## 2-2 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の続行可能性を欠いた場合も任意性

(35) 山口厚『問題探究 刑法総論』(1998年)232頁、同・前掲注20)287頁以下。

(36) 山口・前掲注20)287頁。

(37) 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。

(38) 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ろう。

(39) 西田ほか編・前掲注19)687頁〔和田〕。

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<sup>(42)</sup>となる。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。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>

(40) 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*, *JuS*1962, S. 82f.; *Ernst Heinitz*, *Streitfragen der Versuchslehre*, *JR*1956, S. 250.

(41) たとえば *Claus Roxin*, *Der fehrgeschlagene Versuch*, *JuS*1981, 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。

(42) BGHSt34, 53, 56; BGHSt39, 221, 228.

(43) *Hans Lilie/Dietlinde Albrecht*, in: *Strafgesetzbuch Lipziger Kommentar*, 12. Aufl., §24, Rn. 90; *Albin Eser*, in: *Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 28. Aufl., §24, Rn. 8.

(44) *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

わが国でもそれを失敗未遂と呼ぶか否かは別として、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。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すでに「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>

---

解もなお有力である。近時でも、Schroeder, a. a. O (Anm. 44), S. 2; Karl Heinz Gössel, Der fehlgeschlagene Versuch: Ein Fehlschlag, GA2013, S. 65ff.; Christian Fahl, Der » fehlgeschlagene Versuch « — ein » Fehlschlag «?, GA2014, S. 453ff. など。

(45) 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、斎藤誠二「いわゆる失効未遂をめぐる(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。

(46) 塩見・前掲注2)253頁以下。

(47) 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。

(48) 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。

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中止犯論における危険も判断することは自然なことといえよう。

わが国でも、たとえば井田良教授は「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、山中敬一教授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

(49) 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。

(50) 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。

(51) *Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 513f.*

(52) 井田・前掲注9）428頁以下。

(53) 山中・前掲注6）760頁。

(54) 町野朔「中止犯における『止メタ』の意義」*Lawschool* 7号（1979年）107頁。

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<sup>(56)</sup>」であるとして、任意性の段階での処理を主張する。

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

(55) 清水・前掲注34) 270頁。

(56) 塩谷・前掲注19) 68頁。同旨、塩見・前掲注2) 255頁。

(57) 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教授は、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）。

(58) 塩見・前掲注2) 255頁。

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<sup>(59)</sup>＝危険の消滅そのものではなく、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<sup>(60)</sup>）というべきで、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は、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、<sup>(61)</sup> やっかいな衡量が必要となる」。た

(59) 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。

(60) 小林憲太郎『刑法総論』（2014年）135頁以下。

(61) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 41), S. 3. など。



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るだろう。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、といて任意性で処理することとの間に、実質的な考慮の内容に相違が生じるようにも思われ<sup>(62)</sup>ない。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、規範的评价を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、いずれにしる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だろう。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。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

(62) 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。

(63) 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巻3号(2014年)261頁以下参照)。



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<sup>(65)</sup>か、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。

(64) Schroeder, a. a. O. (Anm. 44), S. 3.

(65) 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。

〔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」<sup>(66)</sup>のであるから中止行為が欠ける、というのである。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と、中止行為要件で検討しようとする見解にわかれている。<sup>(67)</sup>構成要件外の目標達成の場合は、構成要件の結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の結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>(68)</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>

(66) *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.

(67) 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。

(68) たとえば、川端・前掲注67)268頁〔井田良発言〕。

(69) 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 unbeendeten Versuch bei aussertatbestandlicher Zielerreichung, MDR 1993, S. 929f.

(70) 山中・前掲注16)275頁以下。

### 3 任意性の基準

#### 3-1 わが国における従来の学説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。さらに香川博士が<sup>(71)</sup>「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、どの論者をどの説に分類するか、という点にはかなりのばらつきがみられる。これは、論者によって各説を分類する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思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、客観的事情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

(71) 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」宮崎産業経営大学法学論集18巻2号（2009年）57頁以下。

(72) 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、ということを考慮するのであれば、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。

(73) 福田・前掲注14）235頁。

(74) 福田・前掲注14）234頁、山中・前掲注6）771頁など。

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博士である。大場博士は、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」ることを強調する。すなわち、通常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、<sup>(77)</sup>というのである。

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、という二分法は妥当ではない、という適切な批判が<sup>(78)</sup>加えられている。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らう。大場博士も、「外部的動機と雖も之を実行

(75) 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。

(76) 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。

(77) 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。

(78) 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。

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<sup>(79)</sup>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。

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>

### 3-1-1 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みえる。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博士は、「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」ことを指摘した。<sup>(82)</sup>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

(79) 西田ほか編・前掲注19) 685頁〔和田〕参照。

(80) 福田・前掲注14) 236頁、井田・前掲注9) 430頁。

(81) 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。

(82) 団藤重光編『注釈刑法（2）のⅡ』（1964年）476頁〔香川達夫〕。

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<sup>(83)</sup>みるることができる過程が存在する。まさに「『われわれは同じ現象に対してもそれぞれ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<sup>(84)</sup>重要」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博士や木村博士の見解を確認してみよう。

まず牧野博士は「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<sup>(85)</sup>」であるとする。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」じるという。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<sup>(86)</sup>いうのである。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

(83) 香川博士によれば、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、あるいは表象にともなう「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。

(84) 団藤編・前掲注82)474頁以下〔香川〕。

(85) 牧野英一『刑法総論〔全訂版〕』(1959年)628頁以下。

(86) 牧野・前掲注85)632頁。

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>

木村博士も「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>

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<sup>(91)</sup>における対立であることがわかる。

(87) 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、現実に中止がなされる・・・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。

(88) 木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論〔増補版〕』（1978年）362頁。

(89) 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、木村博士は「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。

(90) 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、客観的事情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。

(91) 山中・前掲注16) 80頁。

### 3-1-2 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>。たとえば団藤博士の見解について、これを限定主観説と理解するものと、主観説と理解するものがある<sup>(95)</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、団藤博士は「『自己の意思に因り』<sup>(96)</sup>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、「中止にむかっつての行為者の積極的な人格態度を意味する<sup>(98)</sup>」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

(92) 金澤・前掲注4) 4頁以下。

(93) 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(2010年) 299頁。

(94) 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。

(95) 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。

(96) たとえば大谷・前掲注9) 351頁、内藤・前掲注9) 1291頁。

(97) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(1990年) 363頁。



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こう。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>。

## 3-2 ドイツにおける議論

### 3-2-1 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

(98) 清水・前掲注34) 244頁。

(99) 王昭武「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）294頁。

(100) 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。さらに王副教授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、香川博士の所説について、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。

(101) 斎野彦弥『刑法総論』（2007年）252頁。

(102) 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。

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、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>(103)</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であるとみることができる。<sup>(104)</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>(105)</sup> このように少なくとも規範的考察方法が有力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>(106)</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

(103) 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〕。

(104) 山中・前掲注16)93頁。

(105) 伊東・前掲注33)337頁参照。

(106) *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。

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>

(107) *Reinhard Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 97.

(108) *Lilie/Arbrecht*, a. a. O. (Anm. 43), Rn. 223.; *Rainer Zaczky*, 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。

(109) *Urs Kindhäuser*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., §32, Rn. 22.

(110) *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)。

(111) 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の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

もつとも、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、恩典として中止の性質に反する、という批判がなされてきた。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<sup>(115)</sup>うる。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>(116)</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>(117)</sup>。

規範的考察方法は、任意性を純粋に規範的・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

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いすぎないとみることでもできるように思われる。

(112) BGHSt, 7 296, 299.

(113) *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。

(114) 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.

(115) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 63), §30, Rn. 366ff.

(116) BGHSt 7, 296. は実際に、同様の事案で任意の中止を認めている。

(117) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 63), §30, Rn. 361.

(118) *Lilie/Arbrecht*, a. a. O. (Anm. 43), Rn. 231. 江藤准教授は、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)。

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>

### 3-2-2 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

(119) Claus Roxin, Der fehlgeschlagene Versuch—eine kapazitätsvergeudende, überflüssige Rechtsfigur?, ZStW 2009, S. 319ff.

(120) Roxin, a. a. O. (Anm. 63), §30, Rn383ff.、類似するものとして Cristos Mylonopoulos, Roxin-FS, Bd. 1, 2011, 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。

(121) 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「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.

(122) 山中・前掲注6）773頁。

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<sup>(123)</sup>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。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、これはそのような基準の厳緩<sup>(124)</sup>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<sup>(126)</sup>る。

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った。前述したように、

(123) 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。

(124) 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。

(125) 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。

(126) 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。

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。したがって、わが国の議論状況についてみたとしても、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。

### 3-3 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るのか（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る見解（A—B—C説）として、山口厚教授や高橋則夫教授の見解を挙げる<sup>(127)</sup>ことができる。

(127) 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思活動がうながされた



山口教授は、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」とする。<sup>(129)</sup><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

---

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教授は、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、野村教授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）。

(128) 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。

(129) 山口・前掲注20) 287頁。

(130) 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〔橋爪隆〕も同旨。また、野澤充准教授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〕）。野澤准教授は、「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。

(131) 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。

(132) 山口・前掲注20) 280頁。



ことは不当ではない。<sup>(133)</sup> 実際にはフランクは、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<sup>(135)</sup>のである。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）として佐伯仁志教授の見解を挙げることができる。佐伯教授は、『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<sup>(137)</sup>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ける行為者の価値体系に照らして

(133) 松宮編・前掲注103) 230頁〔野澤〕。

(134) *Frank*, a. a. O (Anm. 107), S. 98.

(135) 現在でも *Reinhard Maurach/ Karl Heinz Gössel/ Heinz Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., §41, Rn. 118, 120.

(136) 鈴木・前掲注34) 182頁もここに含めることができよう。

(137) 佐伯・前掲注123) 365頁。

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」とする見解もここに位置づけることができよう。<sup>(138)</sup><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、後述する大谷實教授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>もともと、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、<sup>(145)</sup>ではなく、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、<sup>(146)</sup>を判断しなければならない。仮に行為者自身の実際の判断を前提とす

(138) 小林・前掲注60) 135頁以下。

(139) 「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。

(140) たとえば佐久間・前掲注25) 336頁。

(141) 西田ほか・前掲注19) 686頁〔和田〕参照。

(142) たとえば塩谷・前掲注19) 67頁、松原・前掲注29) 328頁。

(143) 井田・前掲注9) 430頁。

(144) その他、福田・前掲注14) 237頁、大塚・前掲注14) 258頁以下等。

(145) 井田・前掲注9) 430頁注30参照。

(146) 金澤・前掲注4) 35頁参照。

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ろう。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。このような意味において、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<sup>(150)</sup>できる。

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<sup>(152)</sup>ないし、なんらかの自由意思ないし非

(147) 山中・前掲注16) 32頁、同・前掲注6) 770頁参照。

(148) 「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。

(149) 山口・前掲注35) 232頁、今井ほか・前掲注130) 339頁〔橋爪〕以下。

(150) 大野真義ほか『刑法総論』（2011年）273頁〔神馬幸一〕。また、井田教授は、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）。

(151) 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〕。

(152) *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

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。たとえば藤木英雄博士は「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」<sup>(155)</sup> は任意性を否定する。

このようにみてくると、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見解(a—B—C説ないしa—B—c説)を主張する論者

棄が認められない失敗未遂にあたるとすべきではないだろうか。

(153) 西田ほか編・前掲注19) 689頁 [和田]。

(154) 林・前掲注29) 369頁。

(155) 藤木英雄『刑法講義 総論』(1975年) 262頁以下。

(156) 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。

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判断基準を一般人においた狙いは、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）<sup>(158)</sup>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。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、純粋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<sup>(160)</sup>ははっきりとしない。佐伯仁志教授が指摘するように「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<sup>(161)</sup>おかしい」からである。この点、行為者自身が「やろうと

(157) 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。

(158) 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ぬとする点を捉えて〔事例7〕のような場合に任意性を否定することになろうという指摘がみられる（平野・前掲注2）163頁）が、香川博士は〔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。

(159) 川端・前掲注9）498頁。また西原・前掲注5）334頁以下。

(160) 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。

(161) 佐伯・前掲注123）365頁。

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、とする大谷實教授<sup>(162)</sup>の見解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、たとえば斎藤信治教授の見解がある。斎藤教授は、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、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教授の見解もここに含まれるとみることができる。前田教授は、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、前田教授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

(162) 大谷・前掲注9)385頁以下。

(163) 客観説の代表的論者である川端博教授は「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)。

(164) 斎藤信治『刑法総論〔第6版〕』(2008年)227頁。

(165) 前田・前掲注87)160頁以下。

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博士が「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、山中敬一教授により主張される「不合理決断説」もここに含めることができる。山中教授は、「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

(166) 前田教授は、「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、前田教授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（前田教授は、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。前述した川端教授の見解も、「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）。

(167) 板倉・前掲注12）141頁以下。

(168) 山中・前掲注16）41頁以下。

(169) 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、「そのような非犯罪の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



そう思った場合には、一般人は犯行を中止するのはむしろ通常である<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<sup>(171)</sup>で、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<sup>(173)</sup>か、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]<sup>(174)</sup>[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。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<sup>(175)</sup>が、「任意性の判断基準を客観化しようとする点」<sup>(176)</sup>で客観説に含める整理もみられる。このように

---

する。

(170) 王・前掲注15) 327頁。

(171) 山中・前掲注6) 773頁、同・前掲注16) 95頁以下。

(172) 今井ほか・前掲注128) 338頁以下〔橋爪〕。

(173) 山中・前掲注6) 753頁。

(174) 仮に、清水博士による「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」であると指摘している。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。

(175) 伊東・前掲注20) 337頁。

(176) 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〕。



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<sup>(177)</sup>が<sup>3</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。

#### 4 おわりに

本稿は従来、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を試みたものである。本稿において行った学説の整理は、従来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なる。

さらに、実際にどの立場が妥当か、私見を明らかにする前に減免根拠論と任意性の関係を検討しなければならない。任意性論は減免根拠論と密接な関係にあるものとして理解される一方で、直接的な結びつきがあるとは<sup>(178)</sup>ではない、ともされる<sup>(179)</sup>。規範的限定をそもそもかけるかかけないか

(177) 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〕）。

(178) 曾根・前掲注10）279頁以下。なお野澤・前掲注130）402頁以下。

(179) *Herrmann*, a. a. O. (Anm. 106), S. 119ff.

(たとえば限定主観説か主観説か)、あるいは行為者基準か一般人基準か(主観説か客観説か)、というような大きな違いに減免根拠論が反映しうることはもちろんであるが、さらにたとえば、責任減少説からすれば、責任の考え方の違いによって、特に規範的限定の内容に違いが生じることになるように思われる。この点も、別稿において減免根拠論の検討と共に扱うこととしたい。