

中止犯論の歴史的展開（一）

——日独の比較法的考察——

野 澤 充

序 論

第一章 中止犯の歴史研究の意義その一——制度の存在由来

第二章 中止犯の歴史研究の意義その二——日本における議論の混乱の整理

第一部 日本における中止犯論の歴史的展開

第一章 明治一三年刑法典と明治四〇年刑法典の中止規定

第二章 明治一三年刑法典の中止規定

第一節 明治一三年刑法典制定までの経緯

第二節 明治一三年刑法典の規定に関する学説と判例

第三章 明治四〇年刑法典の中止規定

（以上本号）

第一節 明治四〇年刑法典制定までの経緯

第二節 明治四〇年刑法典制定以後の状況

第四章 日本における中止犯論の歴史的特徴

第一部 ドイツにおける中止犯論の歴史的展開

結 論

序 論

第一章 中止犯の歴史研究の意義その一——制度の存在由来

「中止未遂および行為による悔悟に関するモノグラフィイは、その出版について、まずもってその理由づけを必要とほしない。——その学問的な必要性を否定する専門家はいないだろうからである。」⁽¹⁾

一九世紀末に中止未遂に関するモノグラフィイを執筆したヘルツォークは、前書きの中でこのように述べた。実際にこの後もドイツにおいては中止未遂論に關し多くの議論がなされ、多数のモノグラフィイや論文が存在する。しかしその一方で、主にドイツにおける刑法理論を継受してきたはずの日本においては、中止未遂論はむしろ傍論に属するものと考えられ、⁽²⁾ これまで議論の中心とされることはさほど多くはなかったように思われる。⁽³⁾ 一般的な未遂論を論ずる際に、いわば片手間程度に論じられるだけのものではない側面が強かったわけである。

しかしドイツでは前述のヘルツォークの言葉のとおり、中止未遂は重要な問題点として古くから議論されている。⁽⁴⁾ ケムジースにより「刑法学者にとつての、まことに世話のやける子供 (ein wahres Sorgenkind der Kriminalisten)」⁽⁵⁾ という有名な言葉で表現され、また最近でも「ロングラン映画 (Dauerbrenner)」⁽⁵⁾ とまで評されるほど、中止犯論は解決困難で、昔から議論されつづけてきた中心論点なのである。

日本の現行刑法はドイツ刑法学の強い影響の下に作られたものであり、また日本の刑法理論もそのほとんどがドイツの刑法理論を継受したものであるはずなのに、このように日本とドイツでは、中止犯論に対する議論の温度差が明らかに生じているといえる。これは一体どのような点に原因があるのだろうか。

ドイツでは中止犯という法律制度についての歴史的由来を踏まえた上で、その当時の刑法典の条文解釈を行ない、そこから理論を形成していったが故に、その理論形成の段階で中止犯の持つ特殊な問題性に正面から取り組まざるを得なかった。またドイツでは、判例において具体的事案が抱える問題に直面し、その問題解決と刑法理論体系の調和を図る必要に迫られながら、理論形成が行われた。そのようなドイツの議論の経緯に対して日本では、そもそもまず前提として、中止犯という制度の由来について正面から考察されることがほとんどなかった。このような違いが両者の温度差の原因であると考えられる。日本においては、むしろドイツの議論の枠組みだけを形式的に継受することに終始し、その議論の背景までも検討することはなおざりにされていたのである。その証拠に日本においては、中止未遂という制度に対する認識不足ないしは誤解が根深く存在している。

すなわち、中止未遂の成否が問題となる場合において、その直接の検討の対象となるのは、犯罪行為そのものではなく、犯罪行為後の中止行為である。しかもこの犯罪行為の後に存在する中止行為は、その直前までの犯罪行為を否定する形で行なわれるものである。一般的にはこのような犯罪行為後の事後的事情というのは、通常は犯罪論そのものの中で議論されるのではなく、量刑段階の酌量減輕事由(六六条)として取り扱われるものといえる。だが日本およびドイツの現行法は、そのような単なる酌量減輕事由ではなく、中止未遂の規定を別個に設けた。つまり中止未遂を、未遂犯罪を情状酌量したものの中に含めることなく、わざわざそれ自体独立の類型として設けた点について、まさに中止未遂という制度の存在意義があつたはずなのである。⁶⁾だが現在、日本においてこの点が明確に意識されて議論されることは少ない。このように、制度の存在意義を理解すること無くして議論を進めようとするのは、重大な誤りにもつながりかねないものである。

そして現に、制度の存在意義が理解されなかったが故に、中止未遂という制度の内容について誤解が生じる結果に

も至っている。それが最も端的に現れる例の一つとして、例えば行為者が警察官等に対し自分が犯人であることを隠蔽しようとした点から、中止未遂の成立を否定しようとする一部の判例の考え方が挙げられる。すなわちこれは結局として中止未遂制度を自首制度（四二条）と混同するものである。⁽⁷⁾このような自首制度との混同は、とりわけ日本の判例においてたびたび見られる現象である。例えば最高裁昭和三二年九月一〇日決定は、殺人の際に被告人が「事態をそのままにしておけば、当然犯人は自己であることが直に発覚することを怖れ」、「ことさらに便所の戸や高窓を開いたり等して外部からの侵入者の犯行であるかのように偽装することに努めた」場合に、「前記のような被告人の偽装行為に徴しても」任意性のあるものとはいえない、として、自らの犯行であることを隠蔽しようとした事実を中止未遂否定理由の一つとして挙げている。⁽⁸⁾さらに大阪高判昭和四四年一〇月一七日判決は、同じく殺人行為後に被害者を救助するために行為者が自動車で被害者を病院に運んだ後に、「犯人は自分ではなく、被害者が誰か判らないが他の者に刺されていたと嘘言を弄していたこと及び病院に到着する直前に兇器を川に投げ捨てて犯跡を隠蔽しようとしたことは動かし得ない事実であって、……救助の万全の行動を採ったものとはいいがたく、単に被害者を病院へ運ぶという一応の努力をしたに過ぎない」として、犯行を自分が行なったものとして打ち明けなかったことを中止未遂を否定する直接の論拠とした。⁽⁹⁾このような「自己の行なった犯罪であるという点について打ち明けること」を中止未遂の要件とする⁽¹⁰⁾ような考え方は、「犯罪を中止する」という中止犯の定義内容以上のものを事実上行為者に要求しているとも考えられ、犯人が進んで捜査官憲に対して自己の犯罪事実を告げることを要件とする自首制度との混同があるのではないかと考えられるのである。

以上のように、中止犯という制度の独自性・特殊性は日本において必ずしも理解されてきたとはいいがたい。前述のような誤解の根本的な原因としては、日本がこれまでドイツ等からの刑法理論の継受を行ない、かつ中止犯規定を

立法する際に、中止犯制度と酌量減輕等の他の事後事情を考慮する制度との違いを、その歴史的由来という観点から明確に意識して継受し、立法したわけではなかったことが影響していると考えられる。そしてこれまでの議論においても、そのような中止未遂の制度の由来が明確に意識された上で、中止未遂の解釈論全体に対して投影させる目的をもって議論がなされたことはなかったように思われる。⁽¹²⁾ 中止未遂の議論ないし問題点を解決するためには、まず前提としてその制度としての由来を明確にさせておく必要があるのではなからうか。これらがまず明らかにされてこそ、中止未遂という制度がはらむ根源的な問題が浮き彫りになり、なおかつ現行刑法の規定を解釈する上での指針が示されることになるのではないだろうか。⁽¹³⁾ これが中止犯論の歴史研究を行なう意義の第一点である。

第二章 中止犯の歴史研究の意義その二——日本における議論の混乱の整理

前章で述べたように、日本では中止未遂制度の歴史的由来がほとんど考察されてこなかった。そしてそれに加えて、もともドイツでは条文解釈と連動した形で中止犯の理論・学説が形成されてきたのであるにもかかわらず、日本ではそのような解釈理論の意義内容を理解しないままに、単に形式的に同じような議論の枠組みだけが先行してしまい、結果的に条文解釈とは遊離した形での議論が行なわれることになってしまっている。

すなわち現在日本の学説においては中止未遂の減免根拠ないし法的性格を検討する際に、これを刑事政策として捉える「刑事政策説」⁽¹⁴⁾と、犯罪論体系の中でその法律効果を考察する「法律説」とを対比させて論ずるのが一般的である。⁽¹⁵⁾ まず一九世紀末以降ドイツで有力に主張されていた「刑事政策説」を取り上げて、これを日本とドイツの法文の違いや中止未遂の規定を知らない者には犯罪防止効果は期待できないことなどを理由として否定し、それから犯罪論体系の中で中止の効果を考慮する「法律説」を挙げて、これを肯定的に捉えるものの、いったん生じた未遂の違法

性・有責性が事後行為により減少することの説明が困難であることやその法律効果の一身專屬性の説明に窮することなどから、結局として「法律説」と「刑事政策説」の両者を組み合わせさせて説明する、という手法がとられることが多い⁽¹⁷⁾。しかしこのような形で法律説と刑事政策説の併用ということが可能であったならば、そもそも一九世紀以降のドイツにおける刑事政策説と法律説との対立は何だったのかという疑問が残る。リストが「後戻りのための黄金の橋 (eine goldene Brücke zum Rückzuge)」⁽¹⁸⁾ という有名な表現で提示した「刑事政策説」がツァハリエ、ルーデン等によって主張されたいわゆる「前期法律説」⁽¹⁹⁾ と対立していたのは事実であり、実際、日本に現在この対立軸が残されているのは、当時のこのドイツでの刑法の条文解釈としての議論の影響によるものなのである⁽²⁰⁾。だとすればこのような「法律説と刑事政策説の併用」ということが単純に可能なのかどうかという点について、両説の歴史的意義を踏まえた上での検討が必要不可欠である。この検討なくして両説の併用を唱えることは、それぞれの学説の本来の歴史的な意義および内容をないがしろにすることになる⁽²¹⁾。

また、法律説内部でも違法減少説と責任減少説の争いがある。これはまさに中止犯論の体系的な位置づけにかかわる問題である。この体系的な位置づけの議論もドイツでは条文解釈の結果として導かれて争われたものであった⁽²²⁾。しかしこの議論に関しても、日本では両者を組み合わせさせて中止未遂の法的性格として主張する考えが見られる⁽²³⁾。これについても、中止犯論の体系的な位置づけに関する議論の歴史的意義を検討しなければ、その併用が許されるものなのかどうかは明らかにされ得ないであろう⁽²⁴⁾。このような検討の必要性を無視するならば、犯罪論体系における複数の段階での効果を、歴史研究に裏打ちされた理論的分析なしに認めることになるという点で、犯罪論体系の段階的構成および分析的思考の放棄につながり、体系化の努力の欠如と批判されることにもなるであろう⁽²⁵⁾。

また最近になって、日本の学説の議論において、「新しい刑事政策説」と呼ばれるものが登場し始めたことが注目

される⁽²⁶⁾。それは、積極的特別予防の必要性の減少・喪失に着目したり⁽²⁷⁾、既遂結果を惹起するような危険の消滅に着目したり⁽²⁸⁾、さらには被害者保護・損害回復の観点から中止犯を捉えるものである⁽²⁹⁾。これらの新しい刑事政策説は、それ現状の中止未遂論における問題点を認識した上で展開されたものといえる。しかし、これらの新しい刑事政策説が、従来の刑事政策説と対比した上で、どこがどのように異なるのか、どのような関係に立つのかという点は、いまだそれほど明らかでないように思われる。すなわち、現在新しく現れてきた考え方も含めて、これまでの議論を歴史的な観点から総整理することが、各学説の意義や問題意識を浮き彫りにさせるといっても重要であり、また今後の議論のためにも必要なのである。

そしてこのような議論の混乱状況は単に学説にとどまるものではなく、判例にも現れている。前述のような自首規定との混同もさることながら、判例において問題なのは、具体的事案に対して中止未遂の成立を検討する際の基準について、全く統一性が見られないという点である。すなわち、とりわけ任意性の要件に関して、客観的基準によるものと見られるような判例もあれば、むしろ限定主観的基準を考慮して結論を導いたものと考えられるような判例も存在するのである。具体的には、強姦に着手したが付近を通過する電車の明かりで被害者の出血を見て驚愕して止めた場合⁽³⁰⁾、および放火の時刻が遅くて発火が夜明け後に発覚するおそれがあるのでその露見を怖れて媒介物を取り除いて火を消し止めた場合⁽³¹⁾に、両方とも客観的基準から、中止犯の成立が否定されている。また、被害者が頭から血を流して苦しんでいるので驚きかつ恐怖して殺害の続行が出来なかった場合に、同じく最高裁は「被告人の良心の回復又は悔悟の念に出でたものであることは原判決の認定しないところである」として限定主観的基準を持ち出しながらも、同時に被害者の上記の状況を目撃して、「これ以上更に殺害行為を続行し母に痛苦を与えることは自己当初の意図にも反するところであるから、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」とした上で、客観説的な基準から中止犯を認めなかった⁽³²⁾。そして下級審において中止犯が認められた事例は、二児の母親を殺そうとしたが被害者のつめき声でその二児が目覚まして泣きだし、殺しては子供が可哀想だと考え、かつ大変なことをしたという反省の気持ちからそれを中止した場合に、「反省悔悟した被告人自らの意思により任意に犯罪の実行を中止したもの」としたもの⁽³³⁾、妻と無理心中しようとして腰紐で首を絞めたが、何でもいうことをきくと哀願されて殺さなかった場合に、「同女に対する愛情の念から任意に止めたもの」としたもの⁽³⁴⁾、強盗を企てた者に被害者が「これだけしかない」といつて現金一九〇円くらいを差し出して涙を流したのを見てあわれみの情を覚えて犯行を思い止まり、差し出された現金を奪わなかった場合を中止未遂としたもの⁽³⁵⁾など、何らかの形で「反省、悔悟、哀れみ」のような感情を考慮して中止未遂の成立を認めている⁽³⁶⁾。

すなわち結論として以上のような判例について、最高裁は中止犯を否定するために客観説の基準を用い、一方で下級審判例において中止犯の成立を肯定した場合には、そのほとんどが悔悟、憐憫、哀れみなどの心情を考慮して（すなわち限定主観説の基準から）任意性を肯定したものと指摘されている⁽³⁷⁾。このように實際上、結論に導かれた形で判断基準が選択されているとするならば、そもそも提示された判断基準が果たしてその判例としての実効力を持つものであるかどうかの段階から疑問となる。これは判例における議論の混乱が如実に現れている場面といえるであろう。

また、このように「判例において中止未遂の成立が肯定される場合が、実質上限定主観説の基準により悔悟、憐憫、哀れみなどの心情を考慮して認められた場合に限られている」という事実そのものも、本来ならば議論の対象とされなければならないものであった。すなわち、日本の現行刑法典においては、中止犯の成立要件の中の任意性要件について、「自己の意思により」中止すれば成立するとしているのであり、特定の主観的事情が限定的に要求されているわけではない。フォイエルバッハが起草した一八三三年バイエルン刑法典五八条のように、「良心、同情、ないしは

処罰に対する恐怖によって (aus Gewissensregung, Mitleid oder auch Furcht vor Strafe)⁽³⁸⁾ のような任意性の内容を特定のものに限定する文言が存在しないのである。この結果として、条文の文言をそのまま解釈するならば、悪い動機から中止した場合、例えば単に犯罪の実行を後日に延期したに過ぎない場合⁽³⁹⁾、近年ドイツで激しい議論の対象とされている構成要件外の目的達成の場合⁽⁴⁰⁾においても、本来ならば任意性は認められるはずである。にもかかわらず解釈によって任意性の内容が限定され、中止犯の成立範囲が限定的に絞られて運用されているのであれば、これは被告人にとって不利益な形で条文の文言以上の内容を解釈するものであり、罪刑法定主義違反との批判を免れ得ないのではないだろうか⁽⁴¹⁾。しかしこの点に関する議論は日本においては、任意性についての条文文言が同じであるが故にドイツと同様の問題を抱えるはずであるにもかかわらず、あまり問題視されていない。これなども、日本が議論の枠組みだけを継受し、条文解釈とは遊離した形での議論を続けてきたことの一つの証しといえるであろう。

以上のように日本における中止犯論に関して、明らかな議論の混乱が存在する。これらを再整理するために、それぞれの学説が当時の中止犯規定の条文を解釈した結果として、どのような内容で、どういう目的をもって主張されていたのかということを経史的観点から時代を追って検討することは、今後の議論の混迷の度合いを深めないためにも絶対に必要であると考ええる。そこで、まず日本における中止犯論の流れを、主に西欧の法学が継受された明治期以降について検討し、ついで日本の中止犯論だけでなく刑法学全体について多大な影響を与えたドイツにおける中止犯論の歴史的展開を追うことで、中止犯という法制度の本来的な意義を明らかにし、今後の解釈論の指針を示したいと考える。

(一) Reinhold Herzog, Rücktritt vom Versuch und tätige Reue, 1889, S. V

- (2) 平野龍一「中止犯」『刑事法講座第二巻』(一九五二年)四〇三頁、金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について」『法学(東北大学)』六三巻(一九九九年)六五六頁。
- (3) 中止未遂のみを議論の対象とする日本のモノグラフィイとしては、香川達夫『中止未遂の法的性格』(一九六三年)、黒木忍『中止未遂の諸問題』(一九八九年)、山中敬一『中止未遂の研究』(二〇〇一年)がある。
- (4) Herbert Kemses, Die tätige Reue als Schuldabfertigungsgrund, 1929, S. 9.
- (5) Michael Peter Müller, Die geschichtliche Entwicklung des Rücktritts vom Versuch bis zum Inkrafttreten des neuen StGB-AT 1975, 1995, S. 15.
- (6) この点につき、城下裕二「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「誤判救済と刑事司法の課題」(二〇〇〇年)五六九頁以下、とくに五八三頁および五九〇頁注五〇を参照。
- (7) 自首減輕の理由については、まず第一に改後に非難の者の処罰を防止し、さらに予備罪については事を未然に防ぐという趣旨(の二)が拳げられるが、解釈論としての重点は後者にあるものとされている。その理由としては、「捜査機関に発覚する前に」自首する、という手続的な事情が要件とされていること、また主観的な悔悟が要件とされていないので、改後による非難の減少は必ずしもなくてもよいとされていることが挙げられている。団藤重光編『注釈刑法(2)』(一九六九年)四三八頁以下「田宮裕執筆」参照。このように自首制度は「捜査機関の便宜」という点が決定的なのであるが、中止犯においてはそのようなことは全く関係するものではないのである。
- (8) 最決昭和三年九月一〇日刑集一巻九号三二〇二頁。本判決を解説したものととして、足立勝義・最高裁判所判例解説刑法篇 昭和三年度版(一九五七年)四三七頁、伊達秋雄・法律のひろば一巻二号(一九五八年)五二頁、同・法学セミナー三三三号(一九五八年)八〇頁、香川達夫・警察研究三〇巻五号(一九五九年)九八頁、井上正治・法律のひろば一八巻四号(一九六五年)四八頁、平田友三・研修三五四号(一九七七年)八三頁、中谷瑾子・刑法判例百選Ⅰ総論(一九七八年)一六五頁、同・刑法判例百選Ⅰ総論(第二版)(一九八四年)一五二頁。
- (9) 判タ二四四号二九〇頁。本判決を解説したものととして、荒川雅行・刑法判例百選Ⅰ総論(第三版)(一九九一年)一四八頁、同・刑法判例百選Ⅰ総論(第四版)(一九九七年)一四四頁。このように犯行を自分が行なったものとして打ち明けなかったことを考慮して中止犯の成立を検討した判例として他には、東京高判昭和三〇年三月二日高刑裁特二巻六号一七二頁、東京高判昭和三年九月一〇日決定の原審、東京地判昭和三十七年三月一七日下刑集四巻三・四合併号二二四頁、判時二九八号三三頁、宮崎地裁都城支部判決昭和五九年一月

二五日判タ五二五号三〇二頁(当該判決の解説として河村博・研修四三六号(一九八四年)五一頁参照)、大阪地判昭和五九年六月二日判タ五二七号三五六頁などがある。

(10) この要件を「真摯性」の要件として中止犯の要件に加える考え方もある。判例としては、本文中に挙げた大阪高判昭和四四年一〇月二七日判決が、明確に「真摯な努力をしたものと認めるに足りない」としている。この「真摯性」の要件については荒川・前掲論文(第四版)一四四頁参照。なお本文中にも記述したように、先に示した最高裁昭和三年九月一〇日決定は自己の犯跡を隠蔽しようとした事実を「任意性要件」を否定する要因とするのに対し、大阪高判昭和四四年一〇月二七日判決は同様の事実を「この程度の行動」は結果発生防止のためのものとは認められない、として「中止行為要件」を否定する要因としている。この点も、中止犯の存在意義についての誤解を原因とする大きな混乱が存在することの証しなのではないだろうか。

(11) 米山哲夫「中止未遂と償いの思想」早稲田大学大学院法研論集一九九号(一九八三年)三二五頁以下は、「自分の犯した犯罪の発覚、そしてそれによって科せられるべき様々な不利益を嫌わない態度が、犯人自身の結果防止行為によって示されるといふことではなからうか」として明確に中止犯と自首制度を同視する見解を採る。

(12) 中止犯の歴史について扱った日本の文献としては、香川・前掲書一頁以下、野村稔『未遂犯の研究』三頁以下、中野正剛「未遂犯思想の形成史」国学院法政論叢第一五輯(一九九四年)一四四頁以下、同「明治(前期)における我が国の未遂論について」(一六)「国学院法政論叢第一一三輯(一九九〇―九二年)、第一七―一九輯(一九九六―九八年)、山中・前掲書一〇九頁以下等がある。

(13) この点について、そもそも法律解釈論というものは、法律の条文をふまえた上で現在直面している問題を解決するために行うものであるとして、その歴史的由来に対する考察を軽視する考え方もあるかもしれない。しかし、現在まで存続している、ある法制度は、何らかの理由を以ってそこに存在するようになったのである。そしてそのような法制度に対して、時代の変化と共に、その時代に即した形で解釈・理論形成が行なわれるものなのである。だとするならば、そもそもその論点の対象・問題意識を掘り起こして明らかにすることは、現在我々を取り組んでいる同じ論点に対して新たな視点を提供することにもなり、なおかつその議論の変遷を追うことは、論点の対象・問題意識の変遷を追うことになり、加えて現在の議論の打開策を切り開くことにもつながるものなのである。前述のように法律の文言のみに依拠して目的論的に解釈する考え方は、「客観説」と呼ばれ、それに対して法律解釈論が立法者意思に決定的に拘束されるとする考え方は、「主観説」と呼ばれる(DeLash, 後掲書S.110参照)が、現在の日本では、「主観説」的な考え方を軽視する解釈論が多く見られるといえる。「客観説」的な考え方ももちろん必要であり、そしてその上で、「主観説」的な考え方も重視しなければならないのである。「主観説」的な考え方を軽視した解釈論は、根無し草の様

相を呈することになる。⁽¹⁴⁾ なおこの点に関して、Karl Engisch, Einführung in das juristische Denken, 9. Aufl., 1997, S. 106ff. を参照。

(14) この「刑事政策説」という学説が一般的に示す内容・定義に関して、現在日本では様々な中身が同時に盛り込まれて用いられることが多い。しかし、このように異なる内容を混同したままに「刑事政策説」という学説の検討を行うことは、検討の対象を誤り、ひいては誤解へと至りかねないものである。本論文では検討の前提として、この「刑事政策説」の内容を、現在の日本においてその内容として考えられている以下の三つの内容に分類する。①「(一身の) 処罰消滅(減輕)事由説」としての刑事政策説。すなわち、法律説と対置して「刑事政策説」という単語が用いられる際には、実質的にこの内容を指し示すことが日本では多い。これは事実上、体系的な位置づけ論に他ならない。②「自止の奨励説」、「黄金の橋説」としての刑事政策説。「行為者に結果を発生させしめないことが中止犯の意義である」という、いわば純粋な根拠論であるといえる。また、「とにかく」とんな理由からでもよいから「結果を発生させしめない」という考え方から、中止犯の成立のために任意性について特定の心理状態のみを限定して要求することはない考え方(＝限定主観説以外の説)と結びつきやすい。刑事政策説の主張者の代表格とも言えるリス卜等が活躍した、一九世紀の時代においては、刑事政策説の内容はむしろこのような純粋な形であったと考えられる。③「理論的に裏づけられない立法裁量的・特別の規定である」という意味での、刑事政策説。刑事政策説がこのような内容を伴う場合には、中止犯規定は全くの特別規定・例外規定であることになり、例えば一八七一年ライヒ刑法典四六条のように中止犯規定の対象が文言上「Täter」とされているときには、この四六条は狭義の共犯が自ら中止行為を行なった場合については適用できなかったことになる。また同様に、日本の明治四〇年刑法典四三条において、未遂犯を規定する四三条本文を前提として四三條但書が規定されているので、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかつた者」ではない狭義の共犯に対しては四三條但書の中止犯規定は直接適用できないことになる。以上の三つの学説内容のうち、本論文では原則として「刑事政策説」は、最も純粋かつ本来の形である②説の内容を主に指すものとする。③説の内容を指し示す場合には、その旨適宜注記する。①説の内容については、根本的に異なる次元の内容を指し示すものであると考えるので、「刑事政策説」という言葉ではなく、「(一身の) 処罰消滅(減輕)事由説」という言葉を用いることにする(ただし、日本の議論状況を指摘する場合には、混同している、事実も踏まえて「刑事政策説」という単語を用いることにする)。

(15) 城下裕二「中止未遂における必要的減免について——「根拠」と「体系的な位置づけ」——」北大法学論集三六巻四号(一九八六年)一七三頁以下を参照。

(16) すなわちドイツでは中止未遂は「未遂としては罰しない(Wegen Versuchs wird nicht bestraft)」として不処罰になるのに対し、日本では必要的減免の効果を受けるに過ぎないこと、また減輕および免除という二段階の効果は刑事政策という根拠からは説明困難であることなどであ

る。

- (17) 責任減少説と刑事政策説を組み合わせるものとして植松正、再訂刑法概論Ⅰ総論(一九七四年)三三四頁、莊子邦雄、刑法総論Ⅱ第三版(一九九六年)四三〇頁、前田雅英、刑法総論講義「第三版」(一九九八年)一六五頁など。違法減少説と刑事政策説を組み合わせるものとして平野龍一、刑法総論Ⅱ(一九七五年)三三三頁、福田平、全訂刑法総論「第三版」(一九九六年)二三八頁、西原春夫、刑法総論上巻「改訂版」(一九九八年)三三三頁、大谷實、新版刑法講義総論(二〇〇〇年)四〇八頁など。違法減少説、責任減少説、刑事政策説の全てを組み合わせるもの(特に「総合説」と呼ばれる。山中敬一、刑法総論Ⅱ(一九九九年)七三三頁参照)として大塚仁、刑法概説(総論)「第三版」(一九九七年)二四二頁、藤木英雄、刑法講義総論(一九七五年)二六二頁、林幹人、刑法総論(二〇〇〇年)三七四頁など。
- (18) Franz v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. durchaus umgearbeitete Aufl., 1884, S. 192.
- (19) 前期法律説については、小野清一郎、「刑法総則草案と中止犯」刑罰の本質について・その他(一九五五年)所収二七七頁以下、木村亀一、「中止未遂の概念」刑法の基本概念(一九四八年)所収二七四頁以下、香川・前掲書四〇頁以下、城下・前掲北大法学論集三六卷四号一八二頁以下参照。
- (20) 香川・前掲書四〇頁以下、斉藤誠二、「中止未遂の法的性格をめぐって」筑波法政九号(一九八六年)二頁。
- (21) 回藤重光編『注釈刑法(2)のⅡ』(一九六九年)四七五頁「香川達夫執筆」においても、とくに刑事政策説および違法減少説・責任減少説の全てを包摂して法的性格とする総合説に対して、「「」なるもののために法的性格を把握するのかがその意味がうしなわれる」と批判する。
- (22) Karl Binding, Das bedingte Verbrechen, GS Bd.68, 1906, S. 23; Kemnitz, a. a. O.
- (23) 違法減少説と責任減少説を組み合わせるものとして平場安治、刑法総論講義(一九六一年)二四〇頁(ただし、第一義的に違法性を減少または消滅せしめる事由だと考えた補充的に責任の点を考えればよい)として、あくまで違法減少が主たるものであるとする。佐伯千仞、四訂刑法講義(総論)(一九八一年)三三三頁、川端博、刑法総論講義(一九九五年)四六六頁、内田文昭、刑法概要中巻(犯罪論二)(一九九九年)三九一頁(ただし内田教授も違法減少を主たる法的性格とし、尤も、違法減少に伴う責任減少とは別個に、責任減少がさらに生じうることは否定できない」とされる)、井田良、「中止犯」現代刑事法三巻五号(二〇〇一年)九八頁など。
- (24) 同様の検討の必要性は、既出の「総合説」にも存在する。
- (25) 山中・前掲『刑法総論Ⅱ』七二四頁。
- (26) この「新しい刑事政策説」について、城下・前掲渡部保夫先生古稀五六九頁以下参照。

- (27) 伊東研祐、「積極的特別予防と責任非難——中止犯の法的性格をめぐる議論を出発点に」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』(一九九六年)二六五頁以下。
- (28) 山口厚、『刑法総論』(二〇〇一年)二四二頁以下、同、『問題探究刑法総論』(一九九八年)二一九頁以下。
- (29) 高橋則夫、『刑法における損害回復の思想』(一九九七年)二〇頁以下。
- (30) 最判昭和二十四年七月九日第二小法廷、刑集三巻八号一七四頁(当該判決の解説として香川達夫・判例研究(東京大学判例研究会)三巻三号(一九四九年)一三一頁、吉田常次郎・刑法雑誌一卷二号(一九五〇年)三六〇頁、藤井紀雄・法学セミナー増刊セミナー法学全集5刑法I(一九七三年)二二五頁を参照)。本判決では、「強姦の遂行に障礙となるべき客観性ある事情」に基づくものであることから、任意性が否定された。
- (31) 大判昭和二年九月二日刑集一六巻一三〇三頁。本判決では、「犯罪ノ發覺ヲ恐ルルコトハ經驗上一般ニ犯罪ノ遂行ヲ妨クルノ事情タリ得ヘキモノナル」ことから、任意性が否定された。
- (32) 最決昭和三年九月一〇日第三小法廷、刑集二巻九号二二〇二頁。
- (33) 福岡高判昭和二年九月二九日高刑判特二六号九三頁。
- (34) 大阪高判昭和三年六月一〇日高刑判特五巻七号二七〇頁。
- (35) 福岡高判昭和五年七月二〇日下刑集二巻七・八合併号九九四頁。
- (36) 最近の下級審判例においても、「憐憫の情を催し」(名古屋高裁平成二年一月二五日判タ七三九号二四三頁)、「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」(名古屋高裁平成二年七月一七日判タ七三九号二四三頁)、「憐憫の情に基づく」(東京地裁平成七年一月二四日判時一五六六号二二五頁)、「大変なことをした」、「悪いことをした」(東京地裁平成八年三月二八日判時一五六六号二二五頁)等と内面的な心情が考慮された上で中止の任意性が認められている。
- (37) 井田・前掲論文一〇三頁、中谷理子、「中止犯」、『刑法判例百選—総論(第二版)』(一九八四年)一五三頁。なお現行の明治四〇年刑法典の下で、大審院において中止未遂が肯定された判例で公刊物に登載のある三件の判例のうち、大判大正一五年二月一四日法律新聞二六六一号一五頁および大判昭和二年七月四日大審院裁判例二巻刑事判例一七頁は、それぞれ「大変ナコトヲシテ仕舞ツタト思ヒ」、「頓ニ悔悟シ」中止している。大審院においても、任意性を肯定する際には限定主観説の判断基準を用いていたといえるであろう。
- (38) 一八一三年バイエルン刑法典のこの文言が、中止犯の任意性に関して限定主観説を採用する制定法の条文の最も代表的なものである。

(39) このような場合にも中止犯が認められるべきかどうかは争われていた。前述の二八二三年バイエルン刑法典五八条では、その二項にわたるわりのような場合も障礙未遂と同様に扱っ旨の規定が置かれていた。一八七一年ライヒ刑法典の下でのかつてのドイツの通説は「このような場合にも中止犯を認めた」 Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1931, 18. Aufl., S. 98; Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 317. けれど対して、メンケンタは中止を認めなかった。 Karl Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 1913, S. 139.

(40) 具体的な事例としては、懲戒目的で未必の殺意を持って被害者を刺したが、一回刺したところより懲戒の目的が達成されたと行為者が感じたが故にそれ以上の行為を行わなかった事例 (BGH 一九九三年五月一九日大法廷決定 BGHSt 39, 221-JZ 1993, 894 (Anm. C. Roxin)=MDR 1993, 776-NJW 1993, 2061=NSZ 1993, 433-StV 1993, 408. 当該判決の紹介として鈴木彰雄「中止未遂」比較法雑誌二七巻四号(一九九四年)二二三頁以下参照)。スーパーマーケットの襲撃後、逃走の際に追跡してきた店長に対して未必の殺意で五発発砲し、店長が追跡を止めたので銃撃を中止した事例 (BGH 一九八九年九月二〇日判決 JZ 1990, 246=NJW 1990, 522=NSZ 1990, 77=NSZ 1990, 433 (Anm. I. Puppe)=StV 1990, 108=NSZ Nr. 32 zu § 24 StGB) などが挙げられる。なお、近年のドイツにおけるこの問題を扱った文献としては、金澤真理「中止未遂の成否——ドイツ連邦通常裁判所刑事部大法廷決定 BGHSt 39, 221 を手がかりとして——」東北法学一四号(一九九六年)一頁以下、山中・前掲『中止未遂の研究』二二三頁以下。

(41) 実際にドイツでは、規範的な観点から任意性を限定的にししか認めない考え方に対し、ラックナーがこのような批判を行なっている。 Karl Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 22., neubearbeitete Aufl., 1997, § 24 Rdn. 18; ders., Anmerkung, NSZ 1988, S. 405f.

第一部 日本における中止犯論の歴史的展開

第一章 明治一三年刑法典と明治四〇年刑法典の中止規定⁽¹⁾

現行の明治四〇年刑法典において、中止未遂規定は、四三条の未遂犯規定に対する但書として「……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。」⁽²⁾という未遂犯規定に付随した形式で設けら

れている。一方これに対し、これ以前に施行されていた明治一三年刑法典における中止犯規定は、次のような形式で一二二条に規定されていた。

「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八已ニ遂ケタル者ノ刑二二等又八二等ヲ減ス」

この規定は、中止犯を直接に規定したのではなく、未遂犯を規定したものととして設けられた。この文言中の「犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ」という部分から、逆に「意内」、すなわち自分の意思によるものは未遂犯にならないという形式で中止犯に対する取り扱いを規定したものとされているわけである。

この明治一三年刑法典と明治四〇年刑法典のそれぞれの中止犯規定の相違点としては、次のような点が挙げられる。

① 実行未遂と着手未遂の文言上における区別。明治一三年刑法典においては着手未遂にあたる「障礙」と実行未遂にあたる「舛錯」とを文言上において並列して区別し、未遂においてはこの二つの概念が存在することを認めていた。これに対して明治四〇年刑法典においては、未遂犯規定（四三条本文）にも中止犯規定（四三条但書）にもこの着手未遂と実行未遂の区別に関する文言はない。しかしこの両者の未遂概念上の区別が存することについては明治四〇年刑法典の解釈としても争いはなく、また明治一三年刑法典において両者の区別を文言に明示したのも、その制定過程において両者を条文上も分離していたことの名残といえるものである。⁴⁾

② 中止犯と認められた場合の効果。明治一三年刑法典においては「犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ」結果が生じなかった場合が未遂犯として処罰を受けるのであり、犯人自らの意思により結果が生じなかった場合には、中止犯は未遂犯としても処罰を受けず、不処罰となるといふ法律効果をもっていた。⁵⁾これに対し、明治四〇年刑法典においては「其刑ヲ減輕又ハ免除ス」として、中止犯の法律効果を通常の未遂の法律効果である任意的減輕よりもさらに寛大

な、必要的減免という法律効果を与えることとした。

そしてこの②とも関連するのであるが、明治一三年刑法典と明治四〇年刑法典の最も重要な規定の差異として、③未遂犯と中止犯の理論的構造の差が挙げられる。すなわち、明治一三年刑法典においては、中止は未遂犯のいわば消極的な概念要素とされ、中止犯が成立する場合にはそれはもはや未遂犯ではありえないものであった。すなわち、「未遂犯」の成立のためには「中止犯でないこと」がそもそも要件として要求されたわけである。⁽⁶⁾これに対して、明治四〇年刑法典においては、中止未遂は未遂犯として成立し、その一種としての処罰がなされるという具合に、あくまでも未遂犯の一態様として中止未遂が規定されることとなった。

この明治一三年刑法典と明治四〇年刑法典の理論的構造の差は、それぞれの刑法典の成立における沿革と大きく関連している。明治一三年刑法典は当時の日本の立法の全般について大きく影響を与えたフランスの刑法学を主に参考として、当時法律顧問としてフランスから招かれていたボアソナードの助言により作成されたものである。⁽⁷⁾一方、明治四〇年刑法典は建て前としては多くの刑法典を比較検討して作成したものである⁽⁸⁾もの、その基本思想にはドイツ法学の色彩が色濃く現れている。⁽⁹⁾そしてこのフランス型刑法からドイツ型刑法への移行は、中止犯の形式にも如実に現れていると言える。すなわち、明治一三年刑法典が影響を受けた一八一〇年フランス刑法典においては中止犯は未遂犯の消極的概念徴表として規定されている⁽¹⁰⁾のであり、明治四〇年刑法典が影響を受けた一八七一年ドイツイヒ刑法典においては中止未遂は未遂犯の一類型として規定されているのである。⁽¹¹⁾

では、日本において具体的にどのような過程を経て中止犯規定が立法されていったのであろうか。時系列に従い、まず明治一三年刑法典からその経緯を見ていくことにする。

第二章 明治一三年刑法典の中止規定

第一節 明治一三年刑法典制定までの経緯⁽¹²⁾

日本では明治維新を契機として、それまでの封建的な武家社会における刑事法からの転換をはかる必要に迫られることとなった。当時の明治政府は暫定的に徳川幕府の刑事規定を踏襲したのちに、復古主義的な思想の下で法令形式の刑律を作成した。⁽¹⁴⁾これが明治元年の「仮刑律」、明治三年の「新律綱領」そして明治六年の「改定律例」である。⁽¹⁵⁾しかしこれらの刑事法規は前近代的・復古主義的な色彩を色濃く残すものであり、⁽¹⁶⁾そのような律令的法制度から欧米的な法制度への転換が再びはかられることになる。「刑法モ亦洋律ニ因ルヘシ」⁽¹⁷⁾という井上毅の意見書にも現れるような近代的な刑事法典の制定は、司法省に法制局を置いた明治八年（一八七五年）頃から活発化するのである。⁽¹⁸⁾

当初司法省は日本人編纂委員だけで編纂を試み、ボアソナードからは刑法講義の指導や助言を仰ぐのみにしようとしていたが、後にこの方針は明治九年（一八七六年）の中頃に修正され、ボアソナードが起草する原案を基礎にしてボアソナードの陳述・説明の後、日本人編纂委員が質疑討論を行い、それを基に再びボアソナードが修正案を起草するという形式を採用した。⁽¹⁹⁾この結果、この時点での刑法草案は、当然一八一〇年フランス刑法典の強い影響を受けると同時に、ボアソナードの問題意識が前面に出てくることとなった。そしてこのことはとりわけ未遂犯について、一八一〇年フランス刑法典とボアソナード草案との極めて大きな違いとなって現れることになる。

一八一〇年フランス刑法典はその第二条において、「外部的な行為によって表明され実行の着手をともなった全ての重罪の未遂は、偶然のあるいは行為者の意思とは独立した事情によって中断されあるいは結果を欠いたに過ぎない場合は、重罪そのものとみなされる」と規定していた。⁽²⁰⁾すなわち一八一〇年フランス刑法典においては、未遂犯はそ

の進行の段階を検討されることもなく、しかも未遂犯は全て既遂犯と同等に処罰されていたわけである。これに対しボアソナードは日本の立法における未遂犯について、段階に応じて刑の軽重を決めるということを特に配慮していたようである。すなわち、ボアソナードは編纂作業に並行して編纂委員に対して行われたフランス刑法の講義⁽²¹⁾において上記のフランス刑法典の未遂犯に対する取り扱いを、「立法家ノ誤リナリ」、「何トナレハ悪事ヲ為サントシテ其非ヲ改メ悔悟スレハ固ヨリ其遅速ニ拘ラス何時ニテモ直チニ中止スルヲ以「テ」道理上ニ適セリト為ス然ラハ其罪ノ軽重ニ於テモ矢張其遅速ノ度ニ隨テ罰スヘキナリ」としている⁽²²⁾。そして実際にボアソナードから出された粗案には着手未遂および実行未遂の規定が置かれ、それぞれ減輕されており、さらに重ねて中止犯に関する規定も置かれていた⁽²³⁾。そしてボアソナードと日本人編纂委員との議論の末に、「日本刑法草案」(四編四七八条)が完成され、明治一〇年(一八七七年)一月三〇日に司法卿から太政官に上申された⁽²⁴⁾。その未遂犯規定は、中止犯に関する限りを抜粋すれば、次のようなものであった⁽²⁵⁾。

第二二五条

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行ヒ未タ遂ケサルノ際本犯意外ノ障礙ニ因リ之ヲ中止シタル時ハ已ニ行テ事ヲ遂ケタル者ノ刑ニ二等又ハ三等ヲ減ス

第二二六条

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其所為ヲ盡スト雖モ事後意外ノ舛錯ニ因リ其目的ヲ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

第二二七条

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テ現ニ

加へタル毀傷損害ノ罪ヲ論ス

すなわち二二五条は着手未遂に、一二六条は実行未遂に、一二七条は中止犯に関するものであり、未遂犯は総じて減輕され、さらに犯罪の進行の度合いが少ない着手未遂は実行未遂よりも減輕されていた。そして中止犯の場合には實際に加えられた「毀傷損害」の罪によつて処罰される、すなわち元々の犯罪は不処罰とされ、その中に含まれている既遂に達した犯罪を以て処罰することとしたのである。このように中止犯が既遂に達した犯罪をその内部に含んでいる場合を「加重的未遂 (qualifizierter Versuch)」と呼ぶが、「日本刑法草案」の中止犯規定は、この加重的未遂の場合において、内部に含まれた既遂犯を処罰するという法律効果を明文化する形式を採用したのである。

しかしこのボアソナードと日本人編纂委員による「日本刑法草案」の未遂犯規定には、重大な問題が存在していた。すなわち、一二五条および一二六条においては行為者の「意外ノ」事情によつて結果が発生しなかつた場合に、それぞれ着手未遂ないし実行未遂として処断されるのに対し、一二七条においては「本犯ノ真心悔悟ニ因テ自ラ之ヲ遂ケサル時」にのみ、中止犯として、内部に含まれた既遂犯だけが処罰されることになるわけである。よつて「真心悔悟によらずに自らの意思によつて中止した場合」⁽²⁷⁾に、一二五条から一二七条までのいずれの条文にも該当しないという法適用上の間隙が生じるのである。

この点に関して、ボアソナード自身はどのように考えていたのであろうか。ボアソナードと日本人編纂委員との間の議論の中にはこの「悔悟」による任意性の限定の趣旨については特に明示的には触れられない⁽²⁸⁾。しかしこの中止犯に関する規定の文言は、日本人編纂委員との議論をしていた明治一〇年頃の時点から、その後明治一三年刑法典が施行された後に明治一八年（一八八五年）に修正・補筆して再びボアソナードが刑法改正案を提出した時点に至るまで、フランス語の文言としては全く変化がない。⁽²⁹⁾なおかつその規定の中の任意性に関する文言の意味は、日本

人編纂委員が訳したような「真心悔悟ニ因テ」というような悔悟に限定する趣旨の内容ではなくて、単純に「自発的に」「自分から」という程度の意味しか持っていなかった。そして明治一〇年の「日本刑法草案」の注釈書として明治一三年頃までにポアソナードによって執筆された『刑法草按注⁽³¹⁾』においては、「右ノ場合(筆者注…自ら中止した場合)ニ於テ其悔悟ニヨリテセルカ刑罰ヲ恐レテセルカヲ区別スルヲ要セズ何レノ理由ニ出ツルトモ法律ノ目的ハ既ニ達シ社会ノ損害モ亦少キヲ以テ犯人ニ仁恵ヲ与ヘテ可ナリ」として、中止犯はその動機を特に限定せず⁽³²⁾にその恩恵を与えてよい旨のことが記述されている。また、ポアソナードはオルトランを恩師の一人として持つのであるが、オルトランは行為者が任意に中止した場合には中止に導いた行為者の内部的な動機はいかなるものであつても構わないとしており、このことは当時のフランスにおける学説において支配的であつたようである。⁽³³⁾

そしてさらにこれらのことを裏付けるかのような記述が、後の明治一三年刑法典施行後に著された宮城浩蔵の『刑法正義』(明治二六年、一八九三年)の中に現れている。すなわち宮城浩蔵は、ポアソナードによる仏文の草案の中止犯規定(一一七条)を、「重罪ノ本犯執行中自己ノ意欲ニテ中止スルカ又ハ総テ其執行ニ関スル行為ヲ終成セシモ本犯ノ意欲ニテ実効ヲ虧欠セシメタルトキハ其罪ニ因テ實際生シタル害ニ付テノミ罰セラル可シ⁽³⁴⁾」と訳した上で、このポアソナード草案を修正してできた「日本刑法草案」とを比較し、次のように述べている。

「仏文にては中止の原因の何たるを問はざれども日本文草案は之に制限を加へて唯真心悔悟なる原因によりて中止したる場合に於て、其現に生じたる損害に付き罰することとせり。其制限を加へたるは別に深意あるにあらず。日本文草案起草者以為く、仏文草案によれば中止犯は中止の原因の如何を問はず、総て目的たる犯罪に付きては無罪にして唯現に生じたる損害あれば、其損害に付きて之を罰するのみなるを以て甚⁽³⁵⁾に過ぎ美に危険に堪へずと。故に犯人をして真心悔悟に出でて中止したる時のみは之を無罪とし、若し現に生じたる損害あれば損害の

み之を罰し、其他如何なる原因に出でて中止するも有罪なりと爲し、以て大に中止犯の無罪の場合を制限せり。然れども此起草者は大に誤りたる者にして、今日より之を見れば笑止に堪えず。夫れ真心悔悟は人間の心意内の現象にして、有形上よりは之を知了すべからざる者なり。……故に真心悔悟に因て云々と規定し、中止犯には中止の原因の真心悔悟たることを要すと爲すと雖も、無形的なる真心悔悟は何に由て之を証明すべきや。……凡そ法律の要求する所は唯犯罪なる行為を中止するに在りて、其原因の如何は固より問ふ所に非ざるなり。之を察せずして仏文案案を變更したるは実に不当と謂わざる可からざるなり」⁽³⁷⁾

すなわち日本人起草者は、中止の原因を問ふことのないボアソナードのフランス語の草案は広きに失するとして、中止犯を真心悔悟により中止した者に限定したが、これを宮城浩蔵は「誤り」であるとしたのである。それは「真心悔悟」は外部的にはこれを知ることができず、その証明など為し得ないということを理由としたものであった。⁽³⁸⁾ そのような解釈論の側面からも、ボアソナードの任意性に関する文言について中止犯の動機を限定するように解釈するのは不自然であったことがうかがえる。

以上の点から、ボアソナードは中止犯に関してその動機を限定せず、自ら中止したことだけで足りると考えていたのに対し、日本人編纂委員は意図的にか、もしくは単純に誤訳したのかは不明であるものの、中止犯の成立を「真心悔悟」による場合に限定した。そして、そのままの内容で明治一〇年（一八七七年）一月には「日本刑法草案」が完成することとなった。

さらにその後、この「日本刑法草案」は、明治一一年（一八七八年）一月一四日に元老院内に刑法草案審査局が設けられ、⁽⁴⁰⁾ 其中で再度検討されることになる。しかし、「刑法草案修正稿本第一稿」、「刑法審査修正第二稿」を経て確定稿となる「刑法審査修正案」に至り、これが後に元老院での検討を経て明治一三年刑法典として成立する過程に⁽⁴¹⁾

において、「日本刑法草案」の二二七条に存在していたはずの中止犯規定は「刑法草案修正稿本第一稿」から既に削除され⁽⁴²⁾、その後も復活することがないままに終わり⁽⁴³⁾、結果的に一八一〇年フランス刑法典同様、未遂犯の消極的概念要素として中止犯が規定されることになった。これはどのような意図によるものなのであろうか。

この点に関して、刑法草案審査局による『刑法審査修正案註解第一編』の中の未遂犯規定である一二二条の注釈において、次のような記述がある。

「且ツ司法省上申ノ法案ニ於テ八本犯ノ真心悔悟ニ因テ自ラ其罪ヲ遂ケサル時、及ヒ事物ノ性質施用ノ方法ニ於テ害ヲ為スノ理ナク若クハ害ヲ為スト雖モ本犯ノ目的ヲ遂ク可キ理ナキキハ未遂犯罪ヲ以テ論セス止夕現ニ加ヘタル毀傷損害ノ罪ヲ論スト未遂犯罪ノ變例ヲ二条ニ分チ記載セシト雖モ本條(筆者注…一二二条)未遂犯の規定(条文)意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因テ未タ遂ケサルキハト記載スルニ於テハ其真心悔悟ニ因テ自ラ其犯罪ヲ遂ケサル者ハ未遂犯罪ノ性質ニ非サルニ言外ニ判然セリ故ニ其所為ノ更ニ害ヲ遺サ、ルキハ其罪ヲ論セサルニ言ヲ待タス若シ又害ヲ加ヘタル後悔悟シテ自カラ其罪ヲ遂ケサル者ハ其加ヘタル害ニ就キ各其刑名アル本條ニ依リ処分スルヲ得ルヲ以テ此ノ真心悔悟ニ因テ云々ノ條ハ削除シタル者ナリ……」⁽⁴⁴⁾

すなわち刑法草案審査局内での検討において、未遂犯の規定において中止犯を消極的概念要素として規定した以上、「真心悔悟」による場合は未遂犯にもならないのは当然であるから重ねて規定をおく必要はなく、また加重的未遂の場合においても内部に含まれた既遂犯罪を処罰するのは解釈として当然に導かれるとされたが故に、中止犯の規定は全面的に削除されたのであつた。⁽⁴⁵⁾ 明治一三年刑法典の立法者意思としては、中止犯規定を明文を以て置いておく必要性はないものと判断されたのである。

このようにして明治一三年刑法典は成立し、一八一〇年フランス刑法典と同様に未遂犯の消極的概念要素としての

中止犯規定の形式が採用された。しかしこの明治一三年刑法典成立の直後から、再び刑法を改正しようとする動きが見られるようになる。⁽⁴⁶⁾そして明治四〇年刑法典ではこのフランス型の中止犯の規定形式はドイツ型の中止未遂の規定形式にとつて代わられることになる。それはこの明治一三年刑法典の規定の解釈論において、どのような議論があり、どのような問題点が存在すると考えられたからなのであるうか。この点を明らかにするために、明治一三年刑法典に対する学説の解釈および判例を次に概観する。

第二節 明治一三年刑法典の規定に関する学説と判例

(1) 学説

明治一三年刑法典の公布以降、当該刑法典の解釈論としての刑法理論書・注釈書が当時の学者・実務家などにより多く出されている。⁽⁴⁷⁾そのごく初期の文献においては、中止犯について何ら語られる所が無かったものもある。⁽⁴⁸⁾しかし後になるにつれ、中止犯についても具体的かつ詳細な検討が行なわれるようになる。それらの解釈論を、とりわけ理解を促す便宜の点、および議論の発展を浮き彫りにさせる必要性の点から、論点ごとに、時系列を追う形で検討していくことにする。

(a) 任意性の内容について

前述のように任意性に関して、「日本刑法草案」の立法段階では未遂犯規定内で「意外の障礙（ないし舛錯）」が要求され、中止犯規定内では「真心悔悟」が要求されることにより、任意性の内容にズレが生じていたものの、明治一三年刑法典では中止犯規定が全面削除されたことにより、結果的にはこのようなズレは解消し、任意性は「真心悔悟」の場合に限られないことになった。

しかし初期の一部の学説においては、なお中止犯を「真心悔悟」に関連するものとして捉える見解があった。井上操は、犯人が自ら「悔悟シ、顧慮スル所アリテ」結果を発生させなかつたときは処罰しない、なぜならば害が発生することなく、また「悔悟自止スル」場合にはその過ちを償うに足るべきものであるから、とした。⁽⁴⁹⁾ 小笠原美治も中止犯を「真心悔悟ニ因テ自ラ之レヲ遂ケサル者」とし、堀田正忠も中止犯を「真心悔悟ニ因」るものとしている。⁽⁵¹⁾ これらの見解は、日本刑法草案が中止犯の規定を明文で置いていたことを挙げて、⁽⁵²⁾ それが削除された現在において、加重的未遂の場合における現に発生した害をどのように扱うか、という検討を行っていた。このことから、おそらく彼らは日本刑法草案一二七条の文言から、中止犯の任意性の内容を同様に解することとしたものと思われる。

だが、任意性の内容を明治一三年刑法典においても「真心悔悟」に限定することのような考え方は、その後、明確に否定されていくことになる。井上操らが前述のような見解を示す以前にも、既に織田純一郎が「如何ナル譯ニテ止マルニモセヨ」として、中止犯の中止動機は問われないものとしていた。⁽⁵³⁾ 井上操らの見解が示された後に、明確に理由づけをも行なって任意性の内容を限定する考え方を最初に否定したのは、宮城浩蔵である。宮城は明治二〇年の段階で既に「其自止スル所以犯罪ヲ悔悟シ或ハ刑ヲ恐レ或ハ発覚ヲ恐レタル等其原因ノ何タルヲ問ハス」として、中止するに至つた際の中止動機は問題としないとした。⁽⁵⁴⁾ そしてその理由として、「是レ未タ内部ニ関スル所為ニシテ其果シテ罪ヲ犯スノ意ナルヤ否ヤハ他ヨリ覗ヒ知ル能ハサルニナレハナリ若シ悔悟セサル力或ハ刑ヲ恐レサル力或ハ発覚ヲ恐レサル時ハ必ス遂ケタルナラントノ想像ヲ以テ罰スルヲ得サルナリ」という、内心的な動機はうかがい知ることができず、想像により処罰することにもなりかねない点、および社会的な害悪が少なかつた点を挙げていた。⁽⁵⁵⁾ その点については前述のように、明治一六年の『刑法正義』においても同様であった。⁽⁵⁶⁾

その後は旧刑法の下において、任意性の内容を限定する旨の見解は示されていない。井上正一は良心の誘導による

ものか畏怖によるものかを問わず自ら中止した場合は中止犯であるとし、江木衷も「犯人力之ヲ中止シタルノ原因趣旨ノ如何ヲ問フコトナシ」として、学者が往々にして悔悟の念に出た中止でなければ中止犯ではないとするのは、そのような考えを採用した立法を持つ国もあるものの、日本刑法が「意外の」と断言してこのような誤見を排除しているのは妥当である、とまで述べている。⁽⁵⁸⁾ 富井政章も「自止ノ原因如何ハ之ヲ問フヲ要セス」と述べて、中止犯を悔悟を促す目的であるとするのは誤りであると指摘している。⁽⁵⁹⁾ 磯部四郎は「自己ノ悔悟若クハ其他ノ事故ニ因リ自ヲ犯罪ノ所為ヲ制止シタルトキハ」中止犯である、として「其他ノ事故」の中に悔悟以外の動機の場合を含めて解釈しているようにである。⁽⁶⁰⁾ 岡田朝太郎は中止犯を無罪とする理由を検討する中で、次のように述べる。すなわち中止犯は「犯人ノ悔悟ヲ促ス政策ニ非ス」、なぜならもし悔悟を促す政策ならばそれ以外の「畏懼哀憐等」からの中止犯を罰することになるからである。我が国を初めとして文明国の多数が中止犯を罰しないのは、犯人に自ら制止させる目的のものである。自止を促す目的により無罪とする日本刑法においては、中止の原因を区別しない、⁽⁶¹⁾と。すなわち規定の上からも単に自止を促すことを目的としたものである以上、その中止の原因は問題とならない、としているのである。小疇傳は「自働的動機」に基づく場合を任意的な中止とし、フランクの公式をその任意性判断の基準として示している。その上で「自働的動機ハ道徳的タルコトヲ要セス」として、目的の財物の価値が低かったので窃取や詐欺を中止した場合も任意的な中止であるとしている。⁽⁶²⁾

以上のように、初期の一部の学説には任意性の内容を「真心悔悟」のように限定的に捉える見解も存在したが、後にはこのような見解は廃れ、単に自発的な中止でさえあればよいとする見解が大勢を占めることになる。これはフランスないしドイツからの学問的な継受の進行により、「真心悔悟」による中止と単なる自発的中止の区別が明確に行なわれるようになり、そして条文解釈としても「意外の」という文言が悔悟を要求するものとは解釈し得なかったこ

とによるものと考えられる。そして注目すべきは、このように任意性の内容を限定しない理由について、宮城浩蔵が『刑法正義』において主張していたような「立証の不可能性」という点⁽⁶³⁾は主張されなくなり、代わりに自止を促して社会を保護するという政策的側面が強調されるようになる点である。これは一八七一年ドイツイヒ刑法典の解釈論として、ドイツにおいては刑事政策説が通説的地位を占めていたこと⁽⁶⁵⁾から、その解釈論の流れをくんだことによるもの⁽⁶⁶⁾とも考えられる。だがむしろそれよりも重要なのは、「刑事政策説」という中止犯の根拠論に関わる学説が、任意性の成立範囲に影響するものだった点である。すなわち「自止の奨励」という刑事政策説を前提とするならば、「どのような動機に基づくものであってもよいから自止させる」ことが重要となるのであり、したがって要求される任意性の内容は限定されないことになるのである。逆に言えば、根拠論が議論される意義はまさにこの任意性に関わる点にあったとも考えられるのである。⁽⁶⁷⁾

(b) 加重的未遂の場合における対処

明治一〇年の「日本刑法草案」の立法段階では、中止犯規定である二七条において「止夕現ニ加ヘタル毀傷損害ノ罪ヲ論ス」という法律効果が規定されていたため、加重的未遂の場合には現に発生した既遂犯として処罰されること⁽⁶⁸⁾が明文化されていた。しかし、明治一三年刑法典においてこの規定は削除されてしまった。このことにより、この「削除された」という事実を以つてもはや現に発生した既遂犯を処罰できないとするか、ないしは二七条の考え方はなおも存在するものとして同様の処罰を可能とするかについて、争われることとなった。

しかし学説のほとんどがこの点について、二七条の考え方が明治一三年刑法典においても維持されているとして現に発生した既遂犯の処罰を可能なものとしていた。織田純一郎⁽⁶⁸⁾に始まり、井上操⁽⁶⁹⁾、堀田正忠⁽⁷⁰⁾、高木豊三⁽⁷¹⁾、宮城浩蔵⁽⁷²⁾、井上正一⁽⁷³⁾、江木衷⁽⁷⁴⁾、林正太郎⁽⁷⁵⁾による『日本刑法博議』、磯部四郎⁽⁷⁶⁾、岡田朝太郎⁽⁷⁷⁾、古賀廉造⁽⁷⁸⁾、小疇傳⁽⁷⁹⁾まで、理論構成

に若干の違いが見られる場合があるものの、全て現に発生した既遂犯によって処罰できると解していた。

これに対して、現に生じた既遂犯として処罰することはできないとする見解を採るのが、富井政章である。富井は『刑法論綱』の中で、中止犯は「意外ノ障礙舛錯共ニ之ナキヲ以テ未遂犯ニ非ス」⁽⁸⁰⁾とした上で、日本刑法草案の二二七条が削除された以上は「其削除ノ理由如何ヲ問ハス原理上……無罪ト判決スルノ外ナキナリ」⁽⁸¹⁾とある。また「現今我邦十中八九ノ学者八恰モ右草案條文ノ現存スルト同シク殺人ノ未遂ニ問ハスシテ結果ヲ罰ス可キノ説ヲ主唱セリ」として、明治一三年刑法典の解釈論として、宮城浩蔵のように加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯を処罰する見解が大多数であるとしつつ、この見解を「大謬見」であり、「現行法ノ解釈トシテハ斯カル見解ヲ下スヲ以テ不當」であるとしている⁽⁸²⁾。このことから明治一三年刑法典の解釈として、日本刑法草案の二二七条が削除された点を重視して、加重的未遂の場合には既遂となつた犯罪についても処罰は出来ず、無罪となる、とする考え方があつたことが解る。しかし富井政章はこの加重的未遂の場合の結論の不都合を積極的に肯定していたわけではなく、「聞ク現行刑法ノ改正近キニ在リト然ラハ右草案第百二十七條ハ法律ノ効力ヲ有スル正條ト為ルヘキヲ信ス其日ニ至ラハ大半解釈者ノ説ニ從フヘシ」⁽⁸³⁾としていた。

以上のように、加重的未遂の場合の現に生じた既遂犯の処罰の可否について、学説のほとんどがこれを肯定する結論を導いていたものの、この論点自体は非常に重要な問題点として扱われていたことがわかる。その重要さを示す証拠に、これらの明治一三年刑法典に関する刑法理論書・注釈書の中で、中止犯に触れた文献は全てこの加重的未遂の場合の取り扱いについて言及しているのである⁽⁸⁴⁾。これらの議論が発生した全ての原因は、刑法草案審査局における中止犯規定の削除であつた。加重的未遂の場合においても内部に含まれた既遂犯罪を処罰するのは解釈として当然に導かれると判断されて削除したものの、結局としてそのような解釈を導くためには理論的な困難が避けられなかつたの

である。このような議論に基づいて、後の明治四〇年刑法典を立法する過程において、草案段階から中止犯規定が追加される結果をもたらしたものと考えられる。⁽⁸⁵⁾

(c) 中止犯制度の根拠論

「どのような理由から中止犯は刑罰上の優遇を受けるのか」という根拠論に関して、初期の文献において触れるものはほとんどない。この点について最初に触れたのは、宮城浩蔵である。

宮城浩蔵は『刑法講義（四版）第一巻』において中止犯制度の根拠論につき、「自止ノ着手未遂ヲ罰セサル時ハ自止ノ誘導トナリ犯罪豫防ノ一助トナル可キナリ」として、「自止ノ誘導」「犯罪豫防」という政策的な理由を中止犯制度の根拠として挙げている。⁽⁸⁶⁾

井上正一は、任意性の内容を問わずに中止犯を不処罰とするのは、「是レ其犯人ニ利益ヲ與フルト同時ニ社会ニ大益アルニ由ル」として、「自止の奨励」と「社会の利益」を任意性の内容を限定しない理由と関連づけて、中止犯制度の根拠としている。⁽⁸⁷⁾

江木衷は、中止犯制度の根拠には、「法律上ノ理由」と「政略上ノ理由」の二つがあるとす。⁽⁸⁸⁾ まず「法律上ノ理由」として、「凡ソ自己ノ意思ヲ以テ所為ノ執行ヲ中止スルトキハ其所為ハ未遂犯タル性質ヲ失ヒ從テ又其罪ヲ問フコトヲ得サルナリ」、なぜなら中止犯の場合にはその犯罪の故意は一部が外形に出たものの、まだ実行していない部分についてはこれを取り消すことが可能であり、犯人が自ら中止した時は「犯罪ノ真意ハ未タ外形ニ顕出スルコトナキモノナレハナリ」として、前期法律說的な発想から、法律上、未遂としての行為の性質が失われるとするのである。⁽⁸⁹⁾そして、「政略上ノ理由」として、「犯人力自ラ其犯罪ノ結果ヲ発生スルコトヲ妨止スル以上ハ可成其結果ヲ防止スルハ甚タ好ミスヘキコトニシテ常ニ法律ノ希望スル所ナリ若シ中止ノ犯罪ト雖モ尚ホ之ヲ罰スヘキモノトセハ凡百ノ犯

罪盡ク其悪結果ヲ見サレハ即チ止マラサルニ至ルヘシ」と述べて、「自止の奨励」を中止犯制度のもう一つの根拠としているのである。⁽⁹⁰⁾

このような「法律上の根拠」と「政策上の根拠」とを列挙する考え方は、現在の日本の学説における法律説と刑事政策説を併用する考え方にも通ずるものとも考えられるかもしれない。だが注意すべき点は、江木が「法律上ノ理由」を「法律力中止犯ヲ不問ニ附スルノ理由」とし、「政略上ノ理由」を「立法者力中止犯ノ罪ヲ問ハサル理由」としている点である。すなわち、「法律上ノ理由」とは当時の現行法の解釈として中止犯を犯罪として問うことができないう理由、つまり条文解釈論としての中止犯不可罰の理由なのである。当時の明治一三年刑法典一一二条の解釈としては、その条文上、未遂犯成立のためには「意外ノ障礙若クハ舛錯」による必要があるであつたために、当然に自己の意思による場合には法律上未遂犯にもなり得ない。そしてその法律条文の解釈論上の理由を、江木はここで述べたのである。これに対して、「政略上ノ理由」とは当時の現行法の立法者が中止犯を犯罪として問おうとしなかつた理由、つまり中止犯不可罰についての、立法の前提（ないし背景）としての理論的根拠論なのである。⁽⁹³⁾このような条文解釈論と背景的理论との区別がなされてそれぞれに理由づけが行なわれていることからすれば、このような考え方を現在の日本の学説における法律説と刑事政策説を併用する考え方と単純に同視することは、議論を見誤ることになると思われる。

富井政章は、中止犯不処罰の根拠を、「是畢竟自止ヲ促スノ目的ニ出テタルモノトス社会八事ノ未タ遂ケサルニ罰シテ之ヲ遂クルノ念ヲ起サシムルヨリハ寧ロ不問ニ附シテ可成害ヲ未発ニ防止スルヲ得策トス」として、「自止の奨励」と「社会の利益」を中止犯不処罰の根拠としている。⁽⁹⁴⁾

林正太郎らによる『日本刑法博議』において、中止犯不処罰の根拠は、中止犯を「不問ニ附スルニ於テ犯行ノ中止

ヲ誘導スルノ利益アリ若シ中止スルモ尚既遂ト全刑ニ處スモノトセハ或ハ自暴自棄ノ心ヲ生シ敢テ其罪ヲ遂クルノ弊ナキ能ハス故ニ之レヲ不問ニ附シ可成害悪ノ發生セラレタルニヲ期セサルヲ得ス」として、「中止の誘導」という政策的な根拠を挙げている。しかしその一方で、「或ハ此自止ヲ誘導スル一点ノ理由ヲ以テ法意ヲ説クモノアリト雖モ已ニ余輩ノ論述セシ如ク此ノ理由タル既生ノ犯罪ヲ消滅セシムルノ効力アルモノニアラス故ニ余輩ハ之ヲ以テ唯附随ノ理由ト為スニ過キサルナリ」と述べて、法律の解釈論として既に発生した犯罪を消滅させているという中止犯の不処罰根拠論を主要な根拠とし、政策的根拠は付随的なものに過ぎないとしているのである。⁽⁹⁵⁾ 江木の考え方に對するのと同様に、このような考え方を現在の日本の学説と同視できるかもしれないが、前述のようにあくまで法律的根拠は当時の現行法の条文の解釈論として導かれているのである。「中止犯は未遂犯とはならない」という規定形式であつたからこそ当然に、根拠論に関して法律說的構成がとられ、政策的配慮を二次的なものとなし得たのだといえる。中止犯が未遂犯の成立を前提としている現行の明治四〇年刑法典を前提にしては、このような法律的根拠論は当然に導かれるものでは決してなく、このような当時の考え方と現在の法律説・刑事政策説併用説とを單純に同視し得るかは甚だ疑問といえる。

磯部四郎は自止の不処罰の根拠について、「中止の奨励」という考え方もある、確かにこの考え方も一理あるが、私見では「犯者自止ノ未遂犯ヲ罰セサルハ啻ニ社會ノ利益上ヨリ來ルニアラス社會ハ之ヲ罰スルノ權利ヲ有セスト論決シテ毫毛疑ハサルナリ」としている。すなわち犯罪はそもそも意思のみを罰するものではない。自ら制止して害を社會に加えず、また(そのことにより社會に)加えるべき危険もなくなつてしまつた場合には、どうしてこれを罰することができるのか。「社會ハ背徳加害ノ所為又ハ加害シ得ヘキノ危険アルノ所為ニアラサレハ之ヲ罰スルノ權利ヲ有セサル」のが刑法上の原理であり、その犯罪を遂げよつとするまでの意思は憎むべきものではあるが、自ら制止し

て犯罪を遂げなかつた以上は処罰し得ない。「是レ社會ハ之ヲ罰スルノ權利ヲ有セスト云フ所以ナリ」、とするのである。そして法律がこれらの所為を罰するという明文をもたなかつたのは、この考えによるものであると、と述べている。⁽⁹⁷⁾ 結局として磯部は「中止の奨励」という刑事政策的根拠によらず、もともと社会が処罰する権利を持たないのだという、フランスの社会契約論にも似た発想から、中止犯の不処罰を根拠づけた。そして法律が中止犯を罰するという明文をもたないのは、「前述ノ理論ヲ立法者ノ是認シタルニ由ルト云フモ誣言ナラサルヘシ」⁽⁹⁸⁾として、条文解釈として中止犯が法律上未遂にもならないことの背後に、このような立法者の意思があつたと考えていたようである。

岡田朝太郎は「中止犯ヲ無罪トスル理由如何」として、これを「解釋論ト立法論ト區別シテ論セサル可ラス」と述べて、⁽⁹⁹⁾ 解釋論と立法論を区別して論ずる必要があると指摘する。⁽¹⁰⁰⁾ そして、①「解釋論トシテハ」中止犯は犯人が自ら着手又は実行の所為を中断し、若しくは結果の発生を防止した者であり、「之ヲ罰スル明文ナシ明文無キヲ以テ無罪ナリ而シテ其中止シタル原因ノ如何ヲ論スヘキ明文ナキ力故ニ常ニ無罪ナリ」として、法律上処罰する明文がない以上、その条文の解釋論としては当然に無罪であるとした。その次にこのように法律上処罰の明文がないことの背景として、②「然ラハ立法者力中止犯ヲ無罪トシタル理由如何」として、岡田はそのような立法に至つた背景の理論について検討する。その中で、中止犯は悔悟を促すための政策であるという考え方を批判し、もしそうならば「畏懼哀憐等總テ悔悟ニ出テサル中止犯ヲ罰スルノ已ムヲ得サルニ至ラン」として、条文上悔悟による場合以外にも中止犯が認められていることと合致しなくなることを指摘する。その上で、「我國ヲ初メ文明國多數ノ刑法ノ中止犯ヲ罰セサルハ全ク犯人ヲシテ自ラ制止セシムル目的ニ出ツ」として、中止犯の不処罰根拠を「自止の奨励」という政策的なものとして捉え、このことを「我刑法ノ如キハ中止ノ原因ヲ區別セズ悔悟シテ止ミタルト否トヲ問ハス全然犯罪ノ企ヲ廢棄シタルト一時之ヲ見合セタルニ論ナク常ニ無罪ナリ」⁽¹⁰¹⁾と、条文が任意性の内容を限定していないことと関連づけて

説明している。⁽¹⁰²⁾このようにして、岡田も解釈論として法律が中止犯を処罰する条文を置いていないことを中止犯不処罰の条文解釈論の根拠とし、さらにその上で、ではなぜ立法者がこれを不処罰としたのか、という点で刑事政策的な考え方を中止犯不処罰の背景理論の根拠としているのである。⁽¹⁰³⁾

小疇傳は中止犯不処罰の根拠論に関して、江木や岡田と同様に法律的根拠⁽¹⁰⁴⁾と刑事政策的根拠を列挙して説明する。しかし小疇は、以上に述べてきたようなそれまでの根拠論と比べて、この法律的根拠と刑事政策的根拠の取り扱い方を全く異にしている。それまでの江木や岡田などは、一方を条文解釈論的根拠とし、一方を背景理論的根拠とする。ここで、この両者を次元の異なるものとして扱うことにより、両者を対立させることなく不処罰の根拠としていた。しかし小疇はこのような条文解釈論と背景理論との区別を全く行なうことなく、単に中止犯不処罰の根拠論として「法律的根拠」と「刑事政略」を列挙して、両者を相容れることなく対立する学説として扱ったのである。⁽¹⁰⁵⁾法律説と刑事政策説の関係についてのこのような理解は、まさに現在の日本におけるそれと変わる所のないものと言える。そしてこのような議論の立て方をした上で小疇は、中止犯不処罰の根拠として、法律説ではなく刑事政策説を採ると述べ、これを前提にして「中止犯ヲ處罰セストノ主義ヲ繼承シタル現時各國法制ニ於テモ此力規定上自カラ二個ノ區別アルカ如シ」とする。すなわち、任意的な中止によらないことを処罰すべき未遂の要件とする明治一三年刑法典の形式を「積極的二規定スルモノ」とし、任意的な中止を未遂犯の不処罰の原因とする一八七一年ライヒ刑法典の形式を「消極的二規定スルモノ」として、条文形式の違いを(不処罰根拠の解釈論と全く結びつけることなく)単なる法制上の違いとして分類したのである。⁽¹⁰⁶⁾

このような小疇の中止犯不処罰の根拠論の理解は、ドイツ刑法学、とりわけリストの強い影響によるものであった。小疇の著作はリストの教科書にほぼ全面的に依拠しており、⁽¹⁰⁸⁾この結果として、非常にドイツ刑法学の色彩の強いもの

となつた。しかしリストの教科書は一八七一年ライヒ刑法典の制定後に出されたものであり、フランスの影響の強い日本の明治一三年刑法典の解釈としてそのまま持ち込むことができるものであつたかは疑問である。リストも、一八七一年ライヒ刑法典の未遂の概念規定(四三条)を前提にして、「不処罰となる予備行為と可罰的な未遂の間の限界線を越える瞬間において、未遂に規定された刑罰が科せられることになる。この事實はもはや変更することも、後戻りした後で取り消す」ことも、取り除くこともできないものである」と述べ、その上で「そうではあるがしかし立法は、刑事政策的な根拠から、既に処罰されるべきであつた行為者に後退のための黄金の橋を建設し得る。立法は任意的な中止を処罰消滅事由としたことによつて、それを行なつた(刑法典四六条)」としたのである。すなわち、実行の着手により犯罪を実行する意思を外部的に示し、なおかつ結果が生じなかつた場合には、中止犯であろうとなかると、「未遂」となるライヒ刑法典四三条の文言の下では、その条文解釈論的根拠としては「中止犯の場合には法律上未遂が成立していない」という法律説を採ることが明文上困難となつた。そのために「法律の条文(とりわけ未遂犯規定)上、中止犯は未遂の範疇外にあり、それを処罰する規定が存在である以上、条文解釈論として中止犯は不処罰となる」という「条文解釈論的根拠論」は、ライヒ刑法典においては四三条およびそれに対応した四六条が明文でおかれたことにより、それを示す意味合いが失われ、「背景理論的根拠論」たる刑事政策説のみが中止犯不処罰の根拠論として残つていつたと考えられるのである。このような流れを前提にすれば、小嶋が中止犯不処罰の根拠論として法律説と刑事政策説とを対比させ、両者を対立する見解として扱つたことは、ドイツにおける中止犯論の立法・学説の議論背景を十分に理解したものであつたと言いがたいと思われる。⁽¹¹³⁾

以上により中止犯制度の根拠論に関して、①(特に立法の背景にある「自止の奨励」という理論上の観点から)刑事政策的根拠に基づくものであることを指摘する見解が多いこと、しかしその一方で②「条文解釈論的根拠」と「背

景理論的根拠」を分類した上で法律説を前者の根拠、刑事政策説を後者の根拠とする見解があったこと、そして③現在の日本における法律説と刑事政策説の関係についての理解は、小疇傳によるドイツ刑法学への依拠——ただしそれはドイツの中止犯論の立法・学説の議論背景を正確に踏まえたものではなかった——を端緒としていること、などが判明した。とりわけ②については、法律説と刑事政策説が本来的には対立するものではなく、また同じ根拠論であるとはいえ、そもそもアプローチの方法・観点を全く異にしている学説であったことが如実に示されていると思われる。そしてこのことは、日本において主張されてきた「法律説」の、本来的な意味に關して考察する上でも非常に重要であると思われる。

(d) 日本における「法律説」の本来的な意味

現在の日本の学説においては、「法律説」という学説は中止犯の根拠論・法的性格論に關わるものとして議論されている。序論でも述べたように、刑事政策説と法律説を対比した上で、そのどちらか一方ないしは両方を以って中止犯の根拠としているのである。⁽¹¹⁶⁾しかしこれまでの検討において、日本においても、本来的にそもそも両者は同じ観点からの解答として得られた学説ではなかったことが明らかになる。すなわち法律説は、中止犯ではないことを未遂犯の要件とする当時の明治一三年刑法典の法律解釈として、条文上当然に導かれる不処罰の根拠であった。中止犯についての取り扱いを直接には規定する条文がないものの、未遂犯の規定において「中止犯であれば未遂犯ですらもない」が故に中止犯は不処罰となる、という条文の構造をそのまま指摘し、文理解釈により中止犯の不可罰性を導きだす条文解釈論的根拠であつたわけなのである。これに対し、刑事政策説は「ではなぜ法律がそのように中止犯を不処罰としたのか」という、背景的理由からの不処罰の根拠だったのである。法律説と刑事政策説は、そもそもその根拠論としてのアプローチの方法が全く異なるものだったのである。⁽¹¹⁷⁾

このことから条文解釈論的根拠としての法律説は、中止犯であることが未遂犯としての成立要件を欠かしめる、すなわち未遂犯の可罰類型の該当性を失わせる法制を前提としたものであったとすることができる。実際、明治一三年刑法典の下でのこのような解釈論としての法律説は全て、条文において中止犯ではないことを未遂犯が成立要件としている、ということを描き指していた。⁽¹¹⁸⁾これは中止犯であることによって、未遂犯としての可罰類型性が欠けることになるという、条文の文言に基づくそのままの事実を示している。そして本来的には、「法律説」という学説が指し示すものは、それで十分であるとすらもいえるのである。すなわち「法律説」とは、「なぜ中止犯が不処罰になるのか」ということの理由を直接に示す学説ではなくて、「条文上、中止犯が未遂犯との関係においてどのような形式で規定されることになるのか」という中止と未遂の関係構造を示す学説なのである。昔の法律説は、どのような背景的理論によって理由づけされたものであれ、「——だから、中止は未遂の範疇に入らず、よって不処罰である」という論理展開を行っていた。⁽¹¹⁹⁾つまり「——だから」の部分は「法律説」であるかどうかの定義には関係がなく、「中止は未遂の範疇に入らず」という部分のみが「法律説」であるかどうかについて決定的だったのである。⁽¹²⁰⁾

一八五一年プロイセン刑法典および日本の明治一三年刑法典は、中止犯の場合には未遂犯は成立していないという条文の規定形式であった。しかし中止犯の場合も未遂犯が成立していることを前提にする一八七一年ドイツライヒ刑法典および日本の明治四〇年刑法典が成立することにより、中止犯の根拠論は、中止犯の場合も未遂犯が成立しているという規定を前提として議論しなければならなくなった。これにより、ドイツの通説は中止未遂を体系的に処罰消滅事由として位置づけた。⁽¹²¹⁾条文解釈的根拠論としての法律説は、ライヒ刑法典四三条および四六条の明文を以って、その行き場を失うことになったのである。一方で背景理論的根拠論はそのまま、中止犯不処罰の唯一の根拠論として残り、刑事政策説が主張されたのである。

これに対して、日本ではこのような議論背景を意識することなく、ドイツ刑法学の理論的継受が行われた。刑事政策説と法律説は議論の観点を異にする理論であつたにもかかわらず、最初の段階で条文解釈論的根拠の議論と背景理論的根拠の議論が混同されて日本に取り入れられた。このことは、明治四〇年刑法典制定の後しばらくは、ドイツの理論状況にならつて作られたその刑法典の規定形式、およびドイツの刑法理論の多大な影響から、刑事政策説が圧倒的多数説を占めることにより、問題として表面化しなかつた。⁽¹²⁾しかしこの混同は、やがて戦後になつてから、大きな意味を持つこととなる。⁽¹³⁾

(2) 判例

それでは明治一三年刑法典の下での判例は、中止犯に関してどのような判断を下していたのであろうか。文献内に採録されたものも含めて、中止犯に関わる旧刑法典時代の判例を可能な限り挙げていくことにする。

① 大判明治一七年四月一九日判決(刑録明治一七年四月三二六頁)

謀殺未遂の判決を受けた被告人が、当該謀殺について、「被告人力本村「ウメ」ヲ殺サントシ其事ヲ遂ケサリシハ全ク悛改ノ意ニ出テ中止シタルモノニシテ意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ之ヲ遂ケサルニ非ス……」として、中止犯である旨の上告を行なつた。しかし、大審院はこれを上告理由に当たらないものとして棄却した。

② 大判明治一九年一月一五日判決

(岡田・前掲『日本刑法論(総則之部)「改訂増補三版」二一九〇頁に、「人ヲ殺サントシテ斬付ケ其未タ死セサル内ニ自ラ中止シタル場合ハ中止犯ナリヤ缺効犯ナリヤ判決例並ニ學説ノ多數ハ中止犯ナリト論決ス」として、当該

判決の日付が引用されているものの、事例の記載はなく、判例集からも発見できなかった。

- ③ 大判明治一九年二月一日判決（『日本刑法博議』六六五頁以下、岡田・前掲『日本刑法論（総則之部）』改訂増補三版』二九四頁）

「原裁判ノ事實ヲ閱スルニ、ヨシ」カ寢室ニ至リ携フル處ノ短刀ヲ以テ「ヨシ」ノ咽喉部ヲ刺シタルニ「ヨシ」カ高聲ヲ發シタルニ驚キ自ラ中止シ、コトヲ果サスシテ云々ト認メアル理由ニ依レハ被告自ラノ意中ヨリ犯罪ヲ中止シタルモノニシテ意外ノ障礙若クハ舛錯ニ依リ目的ヲ遂ケサル事實ニ非サルニ明確ナリ已ニ被告自ラノ意思ニ依リ犯罪ヲ止メタル事實明カナル上ハ其中止ノ真心悔悟ニ出テタルヤ將タ被害者ノ發聲ヲ聞キ哀情ヲ起セシニ出テタルヤ否ヤノ意思如何又其刺傷ノ度數ノ如キハ犯罪ニ影響スル處ナキニ依リ明示スルノ必要ナシ是ヲ以テ原裁判ハ毫モ事實不備ト云フヲ得ス故ニ上告ノ効ナキモノト判定ス（原裁判所ハ豫メ謀テ人ヲ毆打創傷シタルモノトシテ處斷セシモノナリ）⁽¹²⁴⁾

すなわち、被害者の叫び声を聞いて殺害行為を中止した者に対し、自らの意思により中止した以上、その中止の動機等は問題とならずに、中止犯となると判示したのである。⁽¹²⁵⁾ また本判決の原審において、咽喉部を刺した行為について、謀殺の中止犯の内部に含まれた毆打創傷罪で処断していることが注目される。

- ④ 大判明治二〇年一月二九日判決（『日本刑法博議』六六六頁、岡田・前掲『日本刑法論（総則之部）』改訂増補三版』二九〇頁）

「刑法第一百十二條ノ所謂未遂犯トハ罪ヲ犯サントシテ已ニ其施行ニ着手スルモ未タ其事ヲ行ヒ了ラサル前犯人意外ノ情況ニ因リ障礙セラレ其目的ヲ遂ケ得サル場合ト已ニ其事ヲ行ヒ終リタリト雖モ意外ノ舛錯ニ因リ遂ケ得サリ

シ場合ヲ謂フモノニシテ彼ノ罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行ヒ始メタルモ未タ之レヲ行ヒ盡サ、ルニ方テ自ラ其事ヲ中止シタルハ意外ノ障礙ニ因リ遂ケ得サルモノニアラサレハ該條ノ所謂未遂犯ニアラサルナリ故ニ(中略)唯現ニ生レタル創傷ノ罪ヲ問フヘキモノトス⁽¹³⁵⁾」

すなわち、自ら中止した者は刑法典一一二条による未遂犯ではなく、ただ現に生じた創傷の罪が問われる、として、加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯として処罰できる旨を明らかにしたのである。⁽¹³⁷⁾

⑤ 大判明治二〇年第四四四号判決(刑録明治二〇年一三三頁)

本判決の事例の概要は以下のとおり。「被告人は自分の妻が他の男性と浮気していることを知り、浮気の現場を確認してこれを殺そうと決意した。当分帰宅しない旨を妻に知らせておいて、短刀を購入して不意に午前三時頃に帰宅して自宅の様子をうかがうと、寢屋に人の声がするのを聴いて浮気の現場であると思い込み、突然侵入して右手で用意していた短刀を持って浮気相手の男性と思われる者を刺した。だが相手が驚く様子もないので、もう一度刺した所、その叫び声が子供の声であったので驚き、妻を起こして明かりをつけさせると、その相手は自分の娘であった。被告人は狼狽して、自首した。」

原審の宇都宮軽罪裁判所は、人違いという舛錯によって殺意を中止したもののので、謀殺未遂として処断されるものであるが、「姦夫」を「姦所」で殺害する意図であったので、七七条二項⁽¹³⁶⁾に従って、三二一条および三二三条により減刑されるべき重罪犯であるから、重罪裁判所の管轄の事件であると宣告した。これに対し被告人は、被害者によって刑の区別が無い以上、人違いによってもその目的の人を殺害した場合と同一の刑に処せられるのであり、たとえ人違いにより中止した場合でも、意外の障礙若しくは舛錯によりその目的を遂げなかった場合と同一視すべ

きではない、として上告した。

これに対して大審院は次のように判示した。「……中止犯トハ犯罪ヲ決行シ了ラサル以前ニ在テ犯人自ラ之ヲ遂行スルヲ止ムルノ謂ニシテ犯人ノ真心悔悟ニ出ルト被害者ノ発聲ヲ聞キ哀情ヲ生スルニ出ルト又ハ其目的人即チ被害者ノ人違ナルニ因ルトヲ問ハス苟モ犯人自己ノ意思ヨリ出テ其行為ヲ中止シタル場合ハ總テ中止犯ニシテ彼ノ犯人意外ノ障碍若クハ舛錯ニ依リ其目的ヲ遂ケ得サル場合トハ決テ同視ス可カラサルナリ……」そして本件については、「……意外ノ障碍ニ依リ遂ケ得サルニアラス被告自ラノ意思ヲ以テ其行為ヲ中止シタル事實ナルニ明力ナリ然リ而シテ被告力現ニ加ヘタル被害者ノ負傷ハ……刑法第三百一條（筆者注…殴打創傷罪）ニ該當スル輕罪ナルニ原裁判所力之ヲ謀殺未遂罪ナリトシ管轄違ヒノ言渡シヲ為タルハ上告ノ論旨ノ如ク破毀ノ原由アル不法ノ裁判ナリト判定ス」すなわち自己の意思により中止した者は、どのような理由から中止したものであつても全て中止犯であり、未遂犯とはならないとしたのである。また本判決は、中止犯となつた場合に、現に発生した限度での既遂犯として処罰することも示した。

⑥ 大判明治二一年一月二五日判決

（この判例も前述の判例②と同じく、岡田・前掲『日本刑法論（総則之部）改訂増補三版』二九六頁に当該判決の日付が引用されていた。すなわち「中止犯ノ場合ニ既ニ生シタル結果ヲ一罪トシテ罰スルコトヲ得ルヤ」として、これを肯定し、日本刑法草案一二七条の明文がなくとも同様に処罰できるとする見解をとるものとして当該判決が引用されるものの、事例の記載はなく、判例集からも発見できなかった。）

⑦ 大判明治二四年一〇月五日判決（刑録明治二四年自一〇月至一二月二八頁）

紙幣偽造罪につき、紙幣偽造行為後にそれ以上の偽造行為を中止し、行使も中止したとしても、既に紙幣偽造罪は成立しているので中止犯とはならないとされた。

⑧ 大判明治三五年二月一日判決(刑録明治三五年自一月至二月七三頁)

判例⑦と同様に、貨幣偽造罪について、「貨幣偽造罪ハ其偽造ニ着手シタルキハ即チ其罪ヲ構成シタルモノニシテ縦令爾後之ヲ中止スルモ中止犯ヲ以テ論スヘキモノニアラス」として中止犯を認めなかった。

⑨ 大判明治三九年四月一〇日判決(刑録別冊明治三九年四月三九頁)

放火罪について、被告人は中止犯である可能性があるのに原審はその検討を行なっていないとの上告がなされたが、原審の事実認定上、「他人ニ於テ之ヲ消止メタリトノ事實ヲ認メタル判旨ナルコト自ラ明瞭」なので、上告の論旨は理由が無いとして退けた。

⑩ 大判明治三九年八月一八日判決(刑録別冊明治三九年自七月至八月一九七頁)

詐欺取財罪について、「其騙取ヲ遂ケサルカ為メ刑法百十二條ヲ適用スルニハ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ遂ケサリシ事實ナカラサルヘカラス然ルニ原判決事實理由ニハ……如何ナル事實ニ因リテ騙取ヲ遂ケサリシカ之ヲ明示セス直チニ詐欺取財ノ未遂ナリトシテ……適用處斷シタルハ判決ニ理由ヲ附セサルノ違法ヲ免カレスシテ上告ハ其理由アリトス」として、どのような事実により結果を遂げなかったのかの明示がない(＝中止犯の可能性がある)ので、違法の判決であるとして原判決が破毀された。この判決は、明治一三年刑法典の未遂犯規定の条文形式から当然に、未遂犯成立の要件として「中止犯ではないこと」の立証が要求されていたということの証しといえる

である⁽¹³¹⁾。

⑪ 大判明治三二年一〇月三日判決（刑録五輯九卷八一頁、小疇・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論總則』訂正増補』三三三頁）

「……凡ソ中止犯ハ自己ノ意思ヲ以テ之レヲ中止スルヲ要ス然ルニ原院力被告ノ所為ヲ中止犯ト認メタル事實ハ佐久間正親力被告ニ對シスル證言ニ因リ請求スルトキハ勾留セラルゝ恐アリト認定シタルヨリ被告ハ犯罪中止ノ念ヲ發シ該訴ヲ取下ケタルモノニシテ被告力犯罪ヲ中止シタルハ全ク佐久間正親ノ注意ニヨリ畏懼ノ念ヲ生シタルニ基キシコトハ著明ノ事實ナリトス既ニ此中止力畏懼ノ為メ止ムヲ得サルニ出テ而シテ其畏懼ノ念力正親ノ注意ニ基キタルモノトセハ其注意ハ即チ意外ノ障礙ニシテ其中止ノ任意ニアラサルコトハ知ルヘキナリ然レハ則本件詐欺取財ノ點ハ未遂犯ヲ構成スヘキモノニシテ中止犯ヲ以テ論スヘカラサルモノナルニ原判決茲ニ出テス之レヲ中止犯ト誤認シ處罰セサリシハ附帶上告論旨ノ如ク擬律錯誤ノ裁判タルヲ免カレサルモノトス⁽¹³²⁾」

すなわち他人の注意によつて畏懼の念を生じて中止した場合には中止犯ではなくて未遂犯である、と大審院は判断した。これに対して小疇は、「本文ニ所謂自動的動機ニ基ク中止ナルトキハ仮令畏懼ノ念アルモ中止犯ナリ」と述べて、たとえ畏懼の念があつたとしても、自動的動機に基づいて中止した場合には中止犯である、として畏懼の念の有無と任意性の成否は連動しないと批評した。

⑫ 大判明治三六年一二月二日判決（刑録九輯一九〇五頁）

詐欺取財の未遂罪に關して、被告側が、中止犯である事實は明確である、として上告したものの、大審院は「被告力犯罪ヲ中止シタル事實ハ原判決ニ認メアラサレハ後段論旨ハ事實認定ノ批難ニ歸シ上告ノ理由ト為ラス⁽¹³⁴⁾」とし

て、上告理由とはならないとした。

⑬ 大判明治三十七年二月一五日判決（刑録一〇輯二六九頁）

自殺教唆凶罪（明治一三年刑法典三三二条）の未遂について、正犯たる被教唆者が苦痛を覚えて溺死できず、自殺を中止した以上、「自己ノ意思ニ基キ溺死ヲ中止シタルニ過キサルモノ」であり、原審がこの点につき溺死の中止ではなくて意外の舛錯に基づく未遂とし、かつ被教唆者の溺死未遂が教唆者たる被告の責任にいかなる責任を及ぼすものかについて何ら理由を示さず自殺教唆未遂としたのは、不法の判決である、と被告が上告した。しかし大審院は、溺死の方法を尽くしたものの予期したようにたやすく死ぬことができなかつたのは意外の舛錯に当たり、被教唆者が任意に中止したのではない、とし、被教唆者の自殺が未遂である以上は被告に対してその未遂罪を以つて処罰するとの理由を説明すれば判決理由として足りる、とした。

⑭ 大判明治三十七年九月九日判決（刑録一〇輯一六六九頁、小疇・前掲）大審院判決引照批評日本刑法論総則「訂正増補」三一九頁）

「原院判示ノ如ク被告力利吉ノ地所ヲ騙取セント欲シ種種手段ヲ講シタル上……其地所ヲ自己所有名義ニ書替ヲ求ムル旨ノ民事訴訟ヲ岐阜地方裁判所ニ提起シタル以上八實行ノ着手アリ其詐欺取財未遂罪ノ成立スルヤ論ヲ俟タス……利吉告訴ノ事實ノ如キハ被告力犯罪行為ヲ實行シタルモ偶々意外ノ障礙ニヨリ目的ヲ達セザリシコトヲ示ス為メニ之ヲ判文ニ擧ケタルニ過キス而シテ意外ノ障礙ニヨリ目的ヲ達セザリシ事實ハ犯罪構成ノ事實即チ罪トナルヘキ事實ニアラサルヲ以テ之ニ對シ一々證據ヲ明示スルヲ要スルモノニアラス故ニ原判決ハ相當ニシテ上告論旨ハ其理由ナシ」⁽¹³⁵⁾

すなわち実行の着手がある以上は詐欺取財未遂罪が成立するのは議論の余地がなく、また「意外ノ障礙ニヨリ目的ヲ達セザリシ事實」は犯罪構成事実そのものではないので証拠を要しないと大審院は判断したのである。しかし小疇は、これは「誤見ニシテ實行ノ着手アリタルノミニテ八未タ罰スヘキ未遂ハ成立セス意外ノ障礙舛錯ニ依ル未遂ニ限り之ヲ處罰スルコトヲ得ルナリ」と述べて、実行の着手のみでは未遂犯は成立せず、意外の障礙舛錯による場合でなければ処罰できないと批評した。この判決内容は判例¹³⁶の大審院判決と明らかに食い違つたものであり、なおかつ当時の未遂犯規定の条文文言にも明らかに反するものといえるので、小疇の批評は適切なものといえる。¹³⁷

⑮ 大判明治三十七年二月一三日判決（刑録一〇輯二三九五頁）

往来妨害罪（明治一三年刑法典一六二条）につき、第三者の詰責によって以後の行為を中止したとしても、それは「被告等ニ於テ自由任意ニ其行為ヲ中止シタルニハアラスシテ」、全く第三者の詰責によるものであるから、意外の障礙により犯行を遂げられなかったことは明瞭であり、よつて詰責が犯行続行を不可能にしたことを明示せずとも、理由不備とはならない、とした。

⑯ 大判明治四十二年二月二日判決（刑録一五輯九七頁）

外国紙幣銀行券偽造器械製造罪（外貨偽造法四条）につき、未遂ではなくて中止である旨の上告を行なつたが、そのような事実認定はなく、上告理由とはならないとされた。

以上のような旧刑法時代における中止犯に関する判例から、(1)任意性の内容に関して、明治一〇年日本刑法草案一

二七条にあった「真心悔悟」などのような限定を行わず、そのような中止の動機・原因を問題とすることなく、自己の意思から中止した場合には全て中止犯が成立するものとしたこと(判例③⑤)、「自己の意思によるものとはいえない」とされたものとして判例⑪⑬⑮⁽³³⁾、(2)中止犯が成立した場合であっても、現に生じた損害についてはその罪が問われること(判例③④⑤、また判例⑪の原審)、(3)未遂犯が成立して有罪とするためには(条文の文言から当然に)「中止犯ではないこと」の立証が要求されていたこと(判例⑩、ただし判例⑭)⁽⁴⁰⁾などがわかる。すなわち判例は、当時の学説における通説とも言うべき立場に沿って判断を下していたということができるのである。しかし、とりわけこの(2)に関する議論をめぐり、中止犯の明文がないことの理論的不都合はどうしても避けることができなかつた。折りしも明治二〇年代から三〇年代にかけて、刑法改正の動きは徐々に高まりつつある時期にあつた。⁽⁴¹⁾このような刑法改正の動きの中で、新しい中止犯規定が求められていくことになる。次にこれまでの議論を踏まえて、この明治四〇年刑法典制定までの経緯を見ていくことにする。

(1) 明治二三年刑法典は明治一五年一月一日施行、明治四〇年刑法典は明治四一年一〇月一日施行なので、それぞれ明治一五年刑法典、明治四一年刑法典と呼ばれることもあるが、本論文では公布時によりそれぞれ明治二三年刑法典、明治四〇年刑法典と呼ぶことにする。

(2) この規定は平成七年の刑法典の現代用語化に関する改正により、現代語に改められたものである。改正以前 すなわち明治四〇年制定当時の文言は次のとおりである。

「……但自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除ス」

以下、明治四〇年刑法典制定時の議論との文言上の整合性から、特に明治四〇年刑法典の文言を引用する際には、この旧規定の文言を引用する。(3) 団藤重光『刑法綱要総論「第三版」』(一九九〇年)三五六頁、小野清一郎「刑法総則草案と中止犯」刑罰の本質について・その他』(一九五五年)所収二八四頁など。

(4) 後述第二章第一節。

- (5) ただし解釈論上、その不処罰となる未遂行為の中に既に既遂に達する犯罪が含まれている場合（これを一般的には「加重的未遂」と呼ぶ、後述第二章第一節）には、その既遂犯の限りにおいて処罰された。宮城浩蔵『刑法正義上巻』（一八九三年、復刻版一九八四年）三四九頁以下。また立法者も同様の意図があつたよつである。後述第二章第一節。
- (6) よつて、未遂犯の成立を前提とする「中止未遂」という用語法は、明治二三年刑法典には適切なものではないといえる。
- (7) 後述第二章第一節「ボアソナードの経歴・業績等については、大久保泰南『日本近代法の父ボアソナード』（一九七七年）、小野清一郎『舊刑法とボアソナードの刑法学』、刑罰の本質について・その他』（一九五五年）所収四二五頁以下、中野正剛『明治（前期）に於ける我が国の未遂論について』（一）『国学院法政論叢第一輯』（一九九〇年）三三頁以下・同第二輯（一九九一年）二七頁以下、澤登俊雄『ボアソナードと明治初期の刑法理論』吉川経夫他編著『刑法理論史の総合的研究』（一九九四年）一頁以下、白取祐司『ボアソナードとフランス刑事法の継受』法律時報七一巻四号（一九九九年）九六頁以下等を参照。
- (8) 内田文昭『山火正則』吉井蒼生夫編著『刑法（明治40年）』（2）日本立法資料全集二巻（一九九三年）九頁以下参照。
- (9) 佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（一九八一年）四〇頁以下、中山研一『刑法総論』（一九八二年）三八頁、平野龍一『刑法 総論I』（一九七二年）一七頁、小早川欣吾『明治法制史論公法之部下巻』（一九四四年）一一〇一頁など。
- (10) 香川達夫『中止未遂の法的性格』（一九六三年）一一頁。
- (11) 後述第三章以下。
- (12) 旧刑法典の制定過程については、新井勉『旧刑法の編纂』法学論叢九八巻一号（一九七五年）五四頁以下、同九八巻四号（一九七六年）九八頁以下、西原春夫『吉井蒼生夫』藤田正『新倉修編著』旧刑法（明治13年）（1）日本立法資料全集一巻（一九九四年）二二頁以下、鶴田徹『元老院議員鶴田皓』（増補改訂版、一九九九年）一四九頁以下、小野・前掲『舊刑法とボアソナードの刑法学』四二五頁以下を参照。
- (13) 石井繁郎編『日本近代法史講義』（一九七二年）一一三頁以下、井ヶ田良治・山中永之佑・石川一三夫共著『日本近代法史』（一九八二年）五〇頁、山中永之佑『日本近代法論』（一九九四年）一一五頁、日本近代刑事法令集上巻『司法資料別冊第一七号』（一九四五年）一頁以下。江戸時代における刑事規定においては、未遂犯は一般的な規定を持たず、カズイステックな処罰規定が設けられていた。中止犯については、刑の執行を受けたとしても、一定年限を経過した場合には必ず赦免すべきことが公事方御定書の中に規定されており、これは通常の未遂犯よりも寛大な処置を示すものであった。高柳真三『徳川時代刑法の概観』司法省調査部『司法資料別冊第九号』（一九四二年）五二頁、野村稔『未遂犯の研究』（一九八四年）三六頁。

- (14) 佐伯千仞・小林好信「刑法学史」鶴飼信成他編、講座日本近代法発達史Ⅱ(一九六七年)二二〇頁以下、小早川・前掲書九九頁以下、石井編・前掲書一一四頁以下。
- (15) これらの刑律における未遂犯規定および中止犯規定については、前掲『日本近代刑事法令集上巻・中巻』(一九四五年)、野村・前掲書三八頁以下、香川・前掲書一頁を参照。
- (16) 牧健二『日本法制史概論完成版』(一九四八年)四六三頁、小早川・前掲書九八四頁、石井編・前掲書二七頁。
- (17) 西原ほか編著・前掲『旧刑法』(1) 六頁、二五頁参照。
- (18) 石井編・前掲書二二〇頁、小早川・前掲書九九九頁。
- (19) 西原ほか編著・前掲『旧刑法』(1) 二七頁以下、同・『旧刑法』(明治13年)(2—1)『日本立法資料全集三〇巻』(一九九五年)三頁、同・『旧刑法』(明治13年)(3—1)『日本立法資料全集三三巻』(一九九六年)一一頁以下。
- (20) 末道康之『フランス刑法における未遂犯論』(一九九八年)五一頁。なお、一八二〇年フランス刑法典については、江口三角『フランス刑法小史 第二章』愛媛大学紀要(社会科学)三巻一号(一九五八年)五〇頁以下、特に未遂犯に関しては江口三角『フランス刑法における未遂犯』愛媛大学紀要(社会科学)五巻三号(第一分冊)(法学)(一九六六年)一頁以下を参照。
- (21) この講義を筆記したものが、仏国刑法会議筆記(西原ほか編著・前掲『旧刑法』(1)『資料6』一六六頁以下)である。同・前掲『旧刑法』(1) 八頁。
- (22) 西原ほか編著・前掲『旧刑法』(1) 二四五頁。さらに同・前掲『旧刑法』(3—1) 八頁参照。また、ボアソナードは明治七年四月から司法省法学校においても、一八二〇年フランス刑法典をその講義対象とする刑法講義を行なっている(西原ほか編著・前掲『旧刑法』(1) 一七頁参照)が、この講義を筆記した『法国』刑法撮要(ボアソナード講述・井上操筆記 一八七七年・復刻一九九一年)の二六三頁以下において、「是し蓋シ法ノ缺典ナリ」(二六五頁)として、進行段階ごとに犯罪の取り扱いを異にするべきことを主張している。
- (23) 西原ほか編著・前掲『旧刑法』(3—1) 三五五頁。
- (24) 西原ほか編著・前掲『旧刑法』(1) 二九頁。
- (25) 西原春夫・吉井蒼生夫・藤田正二・新倉修編著『旧刑法』(明治13年)(2—II)『日本立法資料全集三二巻』(一九九五年)八一七頁、八一八頁。
- (26) この「qualifizierter Versuch」に対する訳語としての「加重的未遂」という訳語は、小野・前掲『刑法総則草案と中止犯』二九〇頁以下において用いられたのが初めてのようである(「刑罰の本質について・その他」(一九五五年)所収であるが、初出は『豊島博士追悼論文及遺稿集』)。

(一九三三年)七二頁以下である)。解りにくい訳語ではあるが、「内部に含まれた既遂犯に対して未遂犯が加重した状態にある」という意味でこのような訳語が当てられたものと考えられる。ただし、元々の「qualifizierter Versuch」というフレーズはフォイエルバッハによって初めて用いられたものであるとされているが(Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 407; Bener, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1898, S. 158 Fn. 1; Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Penitentialen Rechts, Mirvielen Anmerkungen und Zusätzparagrafen von Mittermaier, 14. Aufl., 1847, S. 79) フォイエルバッハ自体を「あまり適切なものではない(wenig glücklich)」とする論者もいる。Vgl. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 1978, S. 51. リストはその教科書の第二版(一八八四年)においてはこの「qualifizierter Versuch」という呼び名を「誤った方向に導くもの(Irreleitend)」と評価しており、第一〇版(一九〇〇年)およびエバハルト・シロミットが補訂した第二六版(一九三三年)では「わずかにしか特徴づけられないもの(wenig bezeichnend)」となっている。v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 194, Fn. 11; ders., 10. Aufl., 1900, S. 194. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 319. なお、「加重的未遂」については小野・前掲書一九〇頁以下の他、香川・前掲書一三二頁以下、虫明満『包括一罪の研究』(一九九二年)二八九頁以下参照。

(27) 具体例としては、処罰を怖れて犯罪を止めた場合、利益の観点から犯罪を止めた場合、犯罪の実行をただ単に延期したに過ぎない場合、そして近年ドイツにおいて問題とされた、構成要件外の行為者の目的が達成されたが故にそれ以後の行為を中止した場合などが考えられる。前述序論第一章。

(28) 西原ほか編著・前掲『旧刑法』(3—1) 三六六頁、三六七頁。その中ではボアンナード自身も「悔悟により中止した場合にこの中止犯とすべし」という結果が発生したらこの条の真心悔悟とは為し得ず、既遂犯となる、等と述べているが、もしこの部分におけるボアンナードの発言が「volontairement」という単語を用いて行われたものであり、その単語が「真心悔悟により」と訳されて記述されている場合には、日本人編纂委員の側に重大な誤解が存在していたことになる。後述注一九、注三九参照。この(日本人編纂委員の誤訳によると思われる)ボアンナードの見解のずれは、後述注三二の「刑法草按注解」においてはつきりと現れている。そしてこの『旧刑法』(3—1) 三六六頁においても、特にこの中止動機を限定する点につき議論もされず、触れられているわけでもない。しかし、この点について後述注三九参照。

(29) 西原ほか編著・前掲『旧刑法』(2—11) 四六八頁(「元老院上皇公文刑法草案」) 五九五頁(「手稿公文刑法草案」)。Gustave Boissonnade, Projet révisé de Code Pénal pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire, 1886, 復刻版 1988, pp. 404-420. ボアンナードにちなんでドイツ語原文の中止犯規定(明治一〇年の日本刑法草案の二二七条に対応する)は、以下の通り。

中止犯論の歴史的展開(一)(野澤)

127. Si l'auteur d'un crime s'est volontairement arrêté au cours de l'exécution, ou si, tous les actes d'exécution ayant été accomplis, il en a volontairement fait manquer les effets, il n'est puni que pour le mal effectivement produit par l'infraction.

上記の三つのいずれの文献においてもこの全く同じ文言が規定されていることから、明治一〇年頃から明治一八年に至るまで、ポアソナード自身の見解は全く変化していなかったことがうかがえる。

(30) 前述注二九で紹介した規定の中の「volontairement」という副詞が、中止犯の任意性に関する文言である。

(31) この資料の解題について詳しくは吉井蒼生夫＝藤田正＝新倉修編著『刑法草按注解(上)日本立法資料全集八巻』(一九九二年)三三頁以下参照。

(32) 吉井ほか編著・前掲書三六二頁。

(33) 大久保・前掲書二九頁、小野清一郎「刑法学小史」前掲『刑罰の本質について』(一九五五年)所収四一〇頁参照。

(34) 末道・前掲書一三七頁。ユルトラン著、井上正一訳『仏国刑法原論第一帙下巻』(一八八八年)は、オルトランの *Éléments de droit pénal: pénalité, juridictions, procédure*, 5e éd., par M. Albert Desjardins, t. 1, 1886 を日本語訳したものとされている(西村捨也編著『明治時代法律書解題』(一九六八年)一八七頁参照)が、その日本語訳の三八三頁(原書では n. 991, pp. 448 et suiv.)にも、「此中止ヲ為シタルノ意思ノ原因如何ナルヲ穿鑿セサルヘシ其原因ハ悔悟ナルカ若クハ深慮ナルカ若クハ思考ノ豫察セシメタル危険ノ厭忌ナルカ又ハ懲罰ノ恐怖ナルヘキ力誰カ能ク現世界ニ於テ人ノ心衷ヲ探索シ得ルモノアラシヤ」として、中止の動機を問わない旨の記述がある。

(35) 末道・前掲書一三九頁。

(36) 宮城・前掲書三五二頁。

(37) 宮城・前掲書三五二頁、三五三頁。

(38) 前述のオルトランが中止の動機を問題としなかったのも、人間の内心面を探ることは不可能であったから(ユルトラン著、井上正一訳・前掲書三八三頁)であり、ベルナーもほぼ同様の、立証の不可能性という理由から、中止犯の成立に関して特定の中止動機を要件とするのに対して否定的であった。Bernier, a. a. O., S. 150.

(39) 宮城・前掲書三五二頁によればそれは意図的なものであった、とされているが、この宮城浩蔵の『刑法正義上巻』において、どの文献・資料から編纂委員が意図的に限定したことを知ることができるのかは記述されていない。ただこの点に関し、ポアソナードから出された草案の中止犯規定における「volontairement」という文言の訳として、当初は「本心ヨリ」(『日本刑法教師元稿不定按 第一巻』西原ほか編著・前掲『旧刑法(2—1—1)』五頁)、「日本帝国刑法草案」同・前掲『旧刑法(2—1—1)』一四六頁、そしてポアソナードの粗案原文訳として同・前掲『旧

刑法(3—1)『三五五頁』という訳が当てられていた。これに対し、ごく初期の草案作成の段階(明治九年五月以降、明治一〇年日本刑法草案成立までの間)において、ポアソナードがその規定の趣旨を説明する際に、たまたま悔悟があるような場合を具体例として例示した(西原ほか編著・前掲『旧刑法』(3—1)『三六六頁』)日本刑法草案会議筆記)参照。すなわち、毒を飲ませた後で、「其悪事ナルヲ知り」消毒薬を与えた場合、人を殺そうとして肩を切り付けたが、その流血の激しいのを見て、「惻怛ノ情ヲ生シ」これを中止した場合。この意をふまえて、「日本刑法草案 第一稿」(西原ほか編著・前掲『旧刑法』(2—1)『三三三頁』その解題については同書一七頁以下参照)において、「真心悔悟ニ依リ」という文言が用いられることになった(西原ほか編著・前掲『旧刑法』(2—1)『二四六頁』同・前掲『旧刑法』(3—1)『三六六頁』)。このことから、①ポアソナードが事例を解りやすくするために悔悟のある場合のみを具体例としたこと、②当初は「volontairement」を「本心から」という程度の意味で(むしろ正確に)訳出していたのが、ポアソナードの話聞いた日本人編纂委員が、中止犯の趣旨をより明確にした条文の文言とするために「volontairement」を「真心悔悟ニ依リ」と限定的に訳したことの二つによって、ポアソナードの本来の意図と日本文草案のずれおよび日本文草案の中止動機の限定とそれによる法適用の間隔が発生したのではないかと考えられる。完全な誤訳があったとはいえないが、見解のずれ違いがあったものと考えられるのである。なお、この法適用の間隔について、日本人編纂委員がどのように考えていたのかは不明である。

(40) 西原ほか編著・前掲『旧刑法』(1)『三〇頁』早稲田大学鶴田文書研究会編『刑法審査修正関係諸案』(一九八四年)一九三頁。

(41) 西原ほか編著・前掲『旧刑法』(1)『三二頁、三三頁』野村・前掲書五六頁以下。前掲『刑法審査修正関係諸案』において、「刑法草案修正稿本第一稿」とほぼ同内容のものとして、「刑法草案修正稿本」(同書三九頁以下)が、またその前段階の検討としての、「刑法再訂本第一編」(同書一頁以下)、「司法省ヨリ廻送 刑法修正案」(同書二頁以下)の全文が挙げられている。同書一九一頁以下参照。

(42) 前掲『刑法審査修正関係諸案』によれば、「刑法再訂本第一編」の段階で既に中止犯規定が削除されている。すなわち、明治一一年(一八七八年)五月頃には既に削除されることが決まっていたことになる。

(43) 野村・前掲書五七頁。明治法制経済史研究所編『元老院會議議筆記前期第八卷』五三頁以下、六九頁以下、一〇八頁以下によれば、刑法草案審査局での検討後に送られた元老院でも、第一読会から第三読会まで、中止犯の規定形式に関して修正・異論が唱えられることはなかった。

(44) 鶴田皓旧蔵『刑法審査修正案註解第一編寫本』一一二条の注釈の第四段落からの抜粋である。

(45) 野村・前掲書五八頁。ロエスレルも、この日本刑法草案においてポアソナードが作成したような詳細な未遂犯規定を定めることに對し、「……復疑問ヲ生ズルノ基タレバ、始メヨリ之ヲ避ケタル方可ナルベシト余ハ信ズルナリ」と述べ、規定を簡素化すべきという意見を出している。

る。口エスレル起稿「日本刑法草案第一篇総則に対する意見」伊藤博文公編。秘書類纂 法制關係資料 上巻(一九三四年)所収六一三頁以下の中止犯規定の削除により、結果的とはいえ、明治一〇年の日本刑法草案に存在したような中止犯規定と未遂犯規定の法適用の間隙は解消されることとなった。だがこの中止犯規定の削除は、本文中に述べた法適用の間隙の解消そのものをねらいとしていたわけではなかった。すなわちこの「刑法審査修正案註解第一編」の解釈によれば、明治一三年刑法典の規定において、加重的未遂の場合におけるような内部に含まれる既遂犯が存在しなかった場合には、たとえ真心悔悟によらずに中止したとしても無罪となるはずであるが、その点については明言をしていない。それゆえに、中止犯規定の任意性の内容の解釈に関して後々論争を招くことになる。後述第二章第二節⁽¹⁾。

(46) 西原ほか編著・前掲、旧刑法(一)三六頁、倉富勇三郎ほか編、松尾浩也増補解題「増補刑法沿革綜覧」(一九九〇年)二二六頁。

(47) 明治一三年刑法典以降の日本の総合的な刑法学史については、佐伯・小林・前掲「刑法学史」二二〇頁以下、小野・前掲「刑法学史」四〇九頁以下を参照。

(48) 長井正海「刑法註釈」(一八八〇「明治一三」年)六四頁以下、村田保「刑法註釈「再版」」(一八八一「明治一四」年)第二巻五九頁以下、立野胤政「改正増補刑法註解」(一八八二「明治一五」年)二二六頁以下、高木豊三「校訂 刑法義解(第一編)」(一八八二「明治一五」年)三二二頁以下においては、未遂犯については記述されているものの、中止犯については何ら触れられていない。

(49) 井上操「刑法述義第一編(下)」(一八八三「明治一六」年)一三〇五頁。

(50) 小笠原美治「刑法註釈」(一八八三「明治一六」年)三三四頁。

(51) 堀田正忠「刑法釈義第一巻」(一八八四「明治一七」年)九九一頁。ただし、同九八四頁には、「犯人自ら其効ヲ停止シタルトキハ法律之ヲ罰スルヲ得サルナリ」とあり、そもそも「悔悟」を要求することと単純に自発的なもので足りるとすることの区別ができていなかった疑いもある。このような傾向は井上操「小笠原美治にも共通してうかがえる。

(52) 井上操・前掲書一三〇六頁、小笠原・前掲書三三四頁、堀田・前掲書九八八頁。

(53) 織田純一郎「刑法註釈」(一八八二「明治一五」年)一四二頁、一四二頁。

(54) 宮城浩蔵「刑法講義(四版)第一巻」(一八八七「明治二〇」年)六五二頁。なお、宮城浩蔵の刑法理論については、澤登俊雄「宮城浩蔵の刑法理論」吉川経夫他編著「刑法理論史の総合的研究」(一九九四)二三頁以下、中野正剛「明治(前期)に於ける我が国の未遂論について」(三、「四」)国学院法政論叢第一三輯(一九九二年)二二頁以下・同第一七輯(一九九六年)二九頁以下参照。

(55) 宮城・前掲「刑法講義(四版)第一巻」六五二頁以下。

(56) 宮城・前掲『刑法正義上巻』三五二頁。

(57) 井上正一『日本刑法講義』(一八八七「明治二〇」年)一五九頁。井上正一の刑法理論については、澤登俊雄「井上正一の刑法理論」前掲

『刑法理論史の総合的研究』五一頁以下、中野正剛「明治(前期)に於ける我が国の未遂論について」(五)(六・完)『国学院法政論叢第一八輯』(一九九七年)五三頁以下・同第一九輯(一九九八年)五三頁以下参照。

(58) 江木衷『改正増補現行刑法汎論「第三版」』(一八八八「明治二二」年)二〇五頁。同じく江木衷『現行刑法原論「再版」』(一八九四「明治二七」年)九四頁以下においても同様である。そして江木は中止犯制度の根拠につき「法律上ノ理由」と「政略上ノ理由」の二つを挙げ、そのうちの「法律上ノ理由」、すなわち自己の意思により所為を中止した場合にはその所為は未遂犯としての性質を(法律上)失うということを、中止犯制度の根拠の一つであるだけでなく、中止ノ趣旨如何ヲ問ハサル所以「でもある」としている。江木・前掲『改正増補現行刑法汎論「第三版」』二〇五頁以下。確かに中止した場合に未遂犯としての性質が失われるとするならば、どんな理由であれ中止すれば未遂犯の性質を失わせることができる以上、中止の動機を問わない理由となるかもしれない。しかし任意性の要件というのは、どのような場合にその未遂犯の性質を失わせる中止といえるのか」という「中止の成立そのもの」の問題であって、「中止と未遂の関係構造」に関する問題ではないのである。このような観点から言えば、江木が「法律上ノ理由」を「中止ノ趣旨如何ヲ問ハサル所以」としたのは不適切であったように思われる。なお江木衷の刑法理論については、木田純一・吉川経夫、江木衷の刑法理論「前掲『刑法理論史の総合的研究』六七頁以下、小林好信「江木衷の刑法理論」大阪学院大学法学研究八巻二号(一九八三年)一頁以下、佐々木和夫「江木衷の刑法理論と旧刑法の改正」専修大学法学研究所紀要一八号「刑法の諸問題Ⅳ」(一九九三年)九三頁以下参照。

(59) 富井政章『刑法論綱』(一八八九「明治二二」年)一〇五頁以下。富井政章の刑法理論については、小林好信「富井政章の刑法理論」前掲『刑法理論史の総合的研究』八四頁以下参照。

(60) 磯部四郎『改正増補刑法講義上巻』(一八九三「明治二六」年)一〇四七頁。

(61) 岡田朝太郎『日本刑法論(総則之部)「改訂増補三版」』(一九九五「明治二八」年)二九三頁以下。岡田はここで後述の明治一九年二月一日判決を引用する。また、同じく岡田朝太郎『刑法講義「訂正三版」』(一九〇六「明治三九」年)三二二頁においてもほぼ同様である。岡田朝太郎の刑法理論については、小林好信「岡田朝太郎の刑法理論」前掲『刑法理論史の総合的研究』一七七頁以下参照。

(62) 小嶋傳『日本刑法論』(一九〇四「明治三七」年)一四二頁以下。同じく小嶋傳「中止犯」法政新誌七巻五号(七〇号)(一九〇三「明治三六」年)三七頁、小嶋傳『大審院判決引照批評日本刑法論総則「訂正増補」』(一九〇六「明治三九」年)三二二頁においても同様である。小嶋

傳の刑法理論については、宮澤浩一「小疇伝の刑法学」前掲『刑法理論史の総合的研究』二二四頁以下参照。

(63) 宮城・前掲『刑法正義上巻』三三五頁。

(64) このような「自止の奨励」、「社会の利益」を強調して、そのことを任意性の内容を限定しないことと関連づけるのは、井上正一・前掲書一五九頁、岡田・前掲『日本刑法論(総則之部)』改訂増補三版』二九三頁以下。また宮城浩蔵も『刑法正義上巻』の前に出された『刑法講義(四版)第一巻』においては、任意性の内容を限定しない理由を前述のように内心的動機の立証不可能性と社会的害悪の僅少性に求めているものの、中止犯制度の根拠論については、その理由を「自止ノ誘導」、「犯罪豫防」に求めている。宮城・前掲『刑法講義(四版)第一巻』六五三頁。同様に任意性の内容とは関連づけなくても、「自止の奨励」、「社会の利益」を中止犯において強調するものとして江木・前掲『改正増補現行刑法汎論』第三版』二〇五頁以下(ただし前述のように江木は「法律上の理由」を任意性の内容と関連づける)、富井・前掲書一〇五頁、小疇・前掲『日本刑法論』二二九頁。

(65) 香川・前掲書四五頁。

(66) 例えば、江木の刑法理論はベルナーの理論に多く依拠したものとされている(小野・前掲『刑法学小史』四二二頁、佐々木・前掲論文一四四頁以下、「江木法学士著刑法汎論」法学協会雑誌四二号(一八八七年)五二頁以下、穂積陳重「江木法学士新著刑法汎論ノ批評」法学協会雑誌四二号(一八八七年)五二頁以下、また江木自らによるものとして江木衷「刑法汎論ニ關スル穂積教授ノ批評ニ答フ」法学協会雑誌四三号(一八八七年)五四頁以下)。また、小疇の刑法理論はリストにほぼ全面的に依拠したものであった(小野・前掲『刑法学小史』四一六頁、宮澤・前掲『小疇伝の刑法学』「刑法理論史の総合的研究」二二二頁。これについては後述する)。このように明治二〇年代以降、急速にフランス刑法理論からドイツ刑法理論への移行が進行していくこととなった。内藤謙「刑法理論の歴史的概観」前掲『刑法理論史の総合的研究』六八八頁。

(67) 明治四〇年刑法典成立後の大正時代以降に、刑事政策説を否定し、主観主義・規範主義的な考え方を前提とした上で、任意性に関して限定主観説を採用したり(宮本英脩『刑法大綱』(一九三五「昭和一〇」年)一八四頁)、「一般人」という基準を用いることで事実上任意性の成立範囲を規範的に限定したりする考え方(牧野英一「日本刑法」(一九一八「大正七」年)一六二頁)が現れる。これなどは、根拠論・法的性格論が任意性の要件に深く関わる議論であったことを示しているように思われる。後述第一部第二章(2)。

(68) 織田・前掲書一四二頁。

(69) 井上操・前掲書一三〇六頁以下。井上操は日本刑法草案一二七条について、「今此法文ナシト雖モ、亦此意ニ解スヘシ……大罪中二八、自ら

小罪ヲ包含スルカ故ニ、其大罪ヲ除ケハ、小罪自ラ現ルヘシ……之ヲ罰セサルヘカラサルナリ」と、規定がなくても同様に処罰が可能であると
している。

(70) 堀田・前掲書九八八頁以下、九九一頁。

(71) 高木豊三『刑法講義録』(一八八六「明治一九」年)四八八頁以下。高木は、明治三年刑法典の一・二条に「意外ノ」とあるのだから、
「意外」でないものは未遂犯にもならないことは推知可能であるが故に、立法者は中止犯規定を削除したのだとす。

(72) 宮城・前掲『刑法講義(四版)』第一巻、六五四頁、同・前掲『刑法正義上巻』三五二頁。宮城も高木と同様に、一・二七条の規定を削除した
としても現に生じた損害について罰するのは「瞭然たる」が故に、この規定が削除されたのは疑いもない、としている。

(73) 井上正一・前掲書一六〇頁。

(74) 江木・前掲『改正増補現行刑法汎論』第三版『二〇四頁以下、同・前掲『現行刑法原論』再版』九四頁。

(75) 林正太郎・水内喜治・平松福三郎・豊田鉦三郎『日本刑法博議』(一八八九「明治二二」年)六五六頁。

(76) 磯部・前掲書一〇四九頁以下、一〇六四頁以下。磯部は現行刑法に規定はないものの、初めから殺意を持って手足を切りつけた場合は、初
めから手足を切る意思のみを持っていた場合よりも情状が重いものとみなしてよいが故に、殺意を持って手足を切りつけて止めた場合と手足を
切る意思のみを持っていた場合は同視してよいとする。そしてこの処罰も規定がないよりはあったほうが良いので、立法者が草案一・二七条を削
除したのは「遺憾」であるとしている。

(77) 岡田・前掲『日本刑法論(総則之部)』改訂増補三版』二九四頁以下。岡田は他の学説とは若干理論構成が異なる。富井政章のように内部
に含まれた既遂犯は処罰し得ないとする考えに対して、「事実犯意アル場合アリ」として批判し、具体例として屋内窃盗において屋内に侵入後に
中止した場合に、家宅侵入の犯意がないとはいえないだろうと指摘する一方で、「當然生スベキ結果ニ對シテ八常ニ犯意アリ故意アリトイフニ至
リテハ謬見恕ス可ラサルモノアリ」として、現に生じた結果についての既遂犯を当然に処罰することはこれも許されないとして、具体的に発生
した結果について犯意の有無を再度検討することが必要であるとしている。

(78) 古賀廉造『刑法新論』増補訂正三版』(一八九九「明治三二」年)二〇九頁。古賀は、「凡ソ人ヲ殺害セント欲スル者ハ必ス殴打ノ意思ト殺
害ノ意思トヲ併有セシムルハアラス何トナレハ殴打ノ所為ハ殺害ヲ行フニ必要避ク可カラサル所ノモノナル」からである、として現に生じた既遂
犯で処罰できるとする。しかし、このように解釈すれば現に生じた結果を明治一三年刑法典でも処罰できるものの、「一旦解釈ノ道ヲ誤ルトキハ
或ハ中止犯ヲ不問ニ付セントスルノ恐ナキト能ハスニ於テ新刑法草案ニハ明ラカニ此場合ヲ規定シ」ているとして、明治二八年草案第六

○条「犯罪ノ實行ニ著手シ自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキ八現ニ生シタル結果ニ從テ之ヲ罰ス」を引用している。ここに、明治四〇年刑法典の立法過程において中止犯規定の明文化による加重的未遂の場合の取り扱いの明確化が必要とされていたことがうかがえる。なお古賀廉造の刑法理論については、中義勝・浅田和茂「古賀廉造の刑法理論」前掲「刑法理論史の総合的研究」一〇九頁以下参照。

(79) 小嶋・前掲「日本刑法論」二五〇頁。同・前掲「大審院判決引照批評日本刑法論総則」訂正増補』三二九頁以下。小嶋は「フオイエルハツ八氏以來此ノ種ノ未遂ヲ稱シテ變態ノ未遂 qualifizierte Versuchト稱スルモ用字適當ナラス」として「qualifizierter Versuch」に日本で最も最初の訳語を与えた。

(80) 富井・前掲書一一二頁。

(81) 富井・前掲書一一二頁。富井は具体例として①銃を発砲して当たらなかったか、もしくは負傷させただけの場合、②殺意を以って切りつけて、死に至らない間に突然悔悟の情から実行を中止した場合、③毒殺の目的で毒薬を施用し、死に至らない前に消毒薬を施用した場合の三つを挙げ、この内の①と②を両方も一一二条の舛錯により結果を欠いた未遂犯とする。②のような事例を舛錯による未遂犯とするのは富井のみであり、この点において富井は他の学説に比べて舛錯による未遂犯の成立範囲が広いものとも思えるが、富井は「一刀二刀ヲ以テ八死ニ到サルノ意思事實ニ於テ確然タルキハ格別」(一〇八頁)として、②の事例においては一刀の下に殺害する意図であったことを前提としている。このことから富井の考え方は、實際上、意図した切りつける回数が不明確な場合には舛錯による未遂犯の成否が確定できないと批判される(岡田・前掲「日本刑法論(総則之部)」改訂増補三版』二九二頁)。以上により、富井が実際に中止犯として無罪とするのは③の事例においてのみである点に注意を要する。また、小笠原・前掲書三三四頁、堀田・前掲書九八八頁以下のように、草案一二七条に従って現に生じた既遂犯として処罰するという説は、(無罪とする説ではなく)舛錯による主たる犯罪の未遂犯であるとする説とを対置させるものもある。

(82) 富井・前掲書一〇七頁以下。このような富井の解釈について、小野清一郎は「甚だ疑はしい解釈である」と述べる。小野・前掲「刑法学小史」四二頁。

(83) 富井・前掲書一〇八頁。この点からも、加重的未遂の場合に関する処遇を明確にするために、明治四〇年刑法典の立法過程において中止犯規定が必要と考えられていたことがうかがえる。

(84) 小笠原・前掲書三三四頁はこの論点について言及するものの、「之レカ可否ヲ決スルヲ好マス」として、態度決定を保留している。

(85) 明治三年草案において、既に第一〇五条として中止犯規定が新しく追加されている。それ以降の草案においても、中止犯に関する規定の部分削除されることはなかった。後述第三章第一節。

- (86) 宮城・前掲『刑法講義(四版)第一巻』六五三頁。同・前掲『刑法正義上巻』においては、このような根拠論については触れられていない。
- (87) 井上正一・前掲書一六〇頁。
- (88) 江木・前掲『改正増補現行刑法汎論「第三版」』二〇五頁以下。
- (89) 前述のように、江木はこの「法律上ノ理由」を中止犯制度の根拠論であると同時に、中止犯成否の検討に際して任意性の内容を問題としな
いこと理由でもあるとしているが、前の注でも述べたように、これは適切なものとは思われない。江木・前掲『改正増補現行刑法汎論「第三
版」』二〇六頁参照。
- (90) 江木・前掲『改正増補現行刑法汎論「第三版」』二〇六頁以下。
- (91) 江木・前掲『改正増補現行刑法汎論「第三版」』二〇六頁。
- (92) 江木・前掲『改正増補現行刑法汎論「第三版」』二〇七頁。
- (93) これと同様に、条文解釈論と背景的理论の区別という観点から中止犯制度の根拠論を論ずるものとして、岡田・前掲『日本刑法論(総則之
部)「改訂増補三版」』二九三頁以下がある。岡田の根拠論については後述。なお、前述のように江木の刑法理論はベルナーの理論に依拠したも
のといわれているが、この中止犯制度の根拠論についてベルナーも江木と全く同様の記述・構成をとっており、江木は彼の理論を元にして中止
犯の理論構成をしたものと思われる。Berner, a. a. O., 18. Aufl., S. 150; ders., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1. Aufl., 1857, S. 156.
- (94) 富井・前掲書一〇五頁。
- (95) すなわちこれらの記述の前の部分において、「蓋シ未遂犯ノ自止ノ場合ハ未タ犯罪ノ發生セサル以前ニ於テ變心シ自ラ犯行ノ所為ヲ中止スル
モノナレハ之レヲ未遂犯トナスヘカラサルヤ勿論ナリ又欠効犯ノ場合ト雖モ其結果ノ生セサル以前ニ變心シ其効果ヲ中止スルニ於テハ……自ラ
其所為ヲ取消シタル以上ハ最早外形ノ害悪生スルニナキヲ以テ之ヲ其目的トナセシ罪ノ未遂トナスヘカラサルヤ理ノ然ル所ナレハナリ」(林ほ
か・前掲『日本刑法博議』六五六頁以下)と述べられているのである。
- (96) 林ほか・前掲『日本刑法博議』六五七頁以下。
- (97) 磯部・前掲書一〇四七頁以下。
- (98) 磯部・前掲書一〇四九頁。
- (99) ここでいう「立法論」とは、岡田が「然ラハ立法者カ中止犯ヲ無罪トシタル理由如何」(岡田・前掲『日本刑法論(総則之部)「改訂増補三
版」』二九三頁)ということを問題としていることからもちがえるように、通常使われる「現在の法律では対処しきれない法律問題が発生した

場合に、その問題に対処するために新たな法律規定を設けるよう提案すること」という意味ではなくて、「現存の法律規定が立法者によって設けられた理由そのもの(＝立法者意思)」という意味であると考えられるので、注意を要する。

(100) 岡田・前掲『日本刑法論(総則之部)「改訂増補三版」』一九三頁。

(101) この文章の直後に岡田は明治一九年二月二十五日判決を引用する。後述第二章第二節⁽²⁾。

(102) 岡田・前掲『日本刑法論(総則之部)「改訂増補三版」』一九三頁以下。

(103) また、同じく岡田・前掲『刑法講義「訂正三版」』三二一頁においても、条文解釈論と背景理論とに明確に論述を書き分けるわけではないものの、「之ヲ罰スル明文ナシ」という解釈を前提に、「無罪ヲ擔保トシテ成ル可ク害ヲ遂ケサラシメントスル政策ナリ」として、政策を背景理論の根拠として挙げている。

(104) 小嶋の文献においては、「Rechtsgründe」(Rechtsgründe)の誤植と思われる(が「法律的基本」と訳出されている。小嶋・前掲『日本刑法論』二三八頁、同・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論総則「訂正増補」』三二七頁。

(105) 小嶋・前掲『日本刑法論』二二七頁以下、同・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論総則「訂正増補」』三二六頁以下。すなわち小嶋は、中止犯の取り扱いにつき「第一 中止犯ヲ處罰セサル主義」と、「第二 中止犯ヲモ處罰スル主義」の二種類に分けた上で、「第一 中止犯ヲ處罰セサル主義」の根拠論として、ミッターマイヤー(犯意不十分ナリ)、ヘルツォーク・ヒンディング(未遂犯ハ犯人力任意ニ中止セサルコトヲ條件トシテ處罰セラル)、ツアハリエ・ルーデン・ケストリン・ヘルシュナー・ベルナー・プーリ・ランマツシュ(犯意ハ既往ニ遡リテ消滅シ又八行為ヨリ滅却ス)、ヒューゴ＝マイヤー(具體的危險ハ消滅シ且ツ同時ニ……實害ヲ生セシメントノ意思モ滅却スル)等の法律説(Rechtsgründe)を挙げた上で、「中止犯ヲ處罰セサル真ノ理由ハ行為者ノ中止ヲ奨励スル為ニ設ケラレタル刑事政策上ノ理由ニ過キサルナリ凡ソ犯意アル行為力豫備ノ程度ヨリ着手ノ程度ニ進ミタル瞬間ニ於テ既ニ未遂ヲ罰スヘキ法律上ノ理由ハ完備スルモノニシテ一旦處罰スヘキ未遂ノ程度ニ達シタル事實ハ如何ナル理由ニ依ルモ到底之ヲ消滅スルコトヲ得ス然レハ法律力特ニ中止ノ場合ニ於テ未遂ヲ處罰セサルハ刑事政策上ノ理由ニ基キ犯人ニ中止ヲ促カス為メナリト云ハサルヘカラス」と述べて、中止犯不処罰の根拠として、法律説ではなくて刑事政策説を採る、と主張したのである。この二つの学説を対立する学説として扱ったのは、日本では小嶋が最初であった。

(106) 小嶋・前掲『日本刑法論』二二九頁、同・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論総則「訂正増補」』三二八頁。

(107) 小嶋・前掲『日本刑法論』二二九頁以下、同・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論総則「訂正増補」』三二八頁以下。この「積極」「消極」の言葉は、香川・前掲書一八頁において用いられている。「積極性」「消極性」という言葉とは正反対の対象に対して用いられていることに注

意を要する。小嶋が「積極」としたフランス刑法の形式は香川・前掲書一八頁では「消極」とされ、小嶋が「消極」の範疇に入れるバイエルン刑法は香川・前掲書一八頁では「積極」とされている。

(108) 小野・前掲「刑法学小史」四一六頁、宮澤・前掲「小嶋伝の刑法学」『刑法理論史の総合的研究』二二二頁。

(109) リストの教科書の初版は一八八一年に出された。その後、全面改訂され題名も新たにした第二版が一八八四年に出される。Vgl. v. Liszt, Das deutsche Reichsstrafrecht auf Grund des Reichsstrafgesetzbuchs und der übrigen strafrechtlichen Reichsgesetze, 1881, S. V.; ders., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. III. 第一版も第二版も当然のことながら、一八七一年ライヒ刑法典の解釈を内容とするもので⁴⁰²。

(110) v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 192.

(111) v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 192.

(112) 当然のことながら、刑事政策説を中止犯不処罰の根拠とする考え方は、フランスのように中止犯でないことを未遂犯成立の要件とする法制の下でも、十分可能である。現にフランスでは刑事政策的考慮を中止犯不可罰の根拠として考える見解が通説的地位を占めていた(末道・前掲書一三四頁)のであり、またフランスの影響から同じく中止犯でないことを未遂犯成立の要件としていた一八五一年プロイセン刑法典の時代においても、例えばベルナーは中止犯不処罰の根拠として「法的根拠(Rechtsgrund)」と「政策的根拠(Politischer Grund)」の二つを挙げている(Berner, a. a. O., 1. Aufl., 1857, S. 156).

(113) 確かに一九世紀ドイツにおいて前期法律説と刑事政策説の争いがあったといわれている(香川・前掲書三九頁以下)。しかしこの争いは、主として立法論における論争であった。すなわち、「なぜ法律がそのように中止犯を不処罰とするのか」という理論的根拠に関して、「中止により犯罪意思が遡って廃棄される(Annulationsstheorie / 廃棄説)」「犯罪意思が確定的ではないと認められる(Infrimitätstheorie / 不確定説)」「全体的に観察すれば犯罪を既遂に至らしめる意思による行為を欠く(Nulitätstheorie / 無効説)」、そして「自止の奨励(刑事政策説)」という考え方(基本理念)が出されて争われたのである(前期法律説の各日本語訳は、小野・前掲「刑法総則草案と中止犯」『刑罰の本質について・その他』(一九五五年)二七二頁以下、初出『豊島博士追悼論文及遺稿集』(一九三三年)七六頁に基づいた)。その前者三つが理論上の体系的な観点から、中止犯ではないことが未遂犯の成立要件である法制を必要前提としていたのにひきかえ、後者は必ずしもそうではなかった。そして「前期法律説」と総称される学説も、その内部において、その背景となる理論としてそれぞれ「廃棄説」「不確定説」「無効説」という内容の異なる考え方を持っていたのである。このように、前期法律説は条文解釈論的根拠だけでなく、中止犯制度の背景理論的根拠をも含むものだった。

たのである。

- (114) 金澤真理「中止未遂の体系的位置づけに関する覚書——刑事政策説批判を出発点として——」東北法学第一六号(一九九八年)八三頁以下において、ほぼ同様の結論が示されている。
- (115) 城下裕二「中止未遂における必要的減免について——「根拠」と「体系的な位置づけ」——」北大法学論集三六卷四号(一九八六年)二〇三頁以下においても、法律説と刑事政策説がその議論の次元を異にするものであることが、適切にも示されている。
- (116) 城下・前掲論文一七三頁以下。城下教授はこの論文の中で、ドイツにおいて中止未遂規定の根拠論と体系的な位置づけ論とを異なる次元の問題として区別する問題設定が採られていることを示した上で、日本における中止未遂規定の本質を考察する際にも同様の視点が必要であることを、適切にも指摘する。同・前掲論文二〇三頁以下参照。
- (117) 「条文」と「理論」というアプローチの出発点がそもそも異なっていたからこそ、江木衷や岡田朝太郎はこの両方のアプローチを以って根拠論とすることができたのである。
- (118) 江木・前掲『改正増補現行刑法汎論「第三版」』二〇六頁、同・前掲『現行刑法原論「再版」』九五頁、岡田・前掲『日本刑法論(総則之部)「改訂増補三版」』二九三頁、同・前掲『刑法講義「訂正三版」』三二二頁、林ほか前掲『日本刑法博議』六五六頁以下。そして法律説と刑事政策説とを対置させた小嶋傳も、法律説について、「中止犯八罪ノ構成要件ノ一ヲ除外ストノ理由ヲ以テ之ヲ説明セリ」としていた。小嶋・前掲『日本刑法論』二三八頁、同・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論総則「訂正増補」』三二七頁。
- (119) 江木・前掲『改正増補現行刑法汎論「第三版」』二〇六頁、林ほか・前掲『日本刑法博議』六五七頁、岡田・前掲『日本刑法論(総則之部)「改訂増補三版」』二九三頁以下。また小嶋も、前述のように、「法律的基本」(法律説)を、その不処罰の理由づけの理論において四種類に分類した上で、「以上何レモ中止犯ヲ處罰セサル理由ヲ法律的基本ニ求メ中止犯八罪ノ構成要件ノ一ヲ除外ストノ理由ヲ以テ之ヲ説明セリ」としており、中止不処罰の背景的問題と、それが法律説であるかどうかの問題を区別している。小嶋・前掲『日本刑法論』二三八頁、同・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論総則「訂正増補」』三二七頁。またドイツにおける前期法律説も、「前期法律説」という括られ方をするもの、その中止不処罰の背景的問題においては、「廃棄説」、「不確定説」、「無効説」という異なる内容をもっていたのである。香川・前掲書四六頁注五および四八頁以下。また、中止犯が未遂犯の範疇に入らない規定形式を採用しているフランスにおいても、刑事政策説が通説的地位を占めている(末道・前掲書二三四頁)のであり、やはり背景理論の根拠の議論と条文解釈論の根拠の議論とは別次元の問題なのであるといえる。
- (120) もちろん法律説において、中止不処罰の背景的問題は、「中止が未遂の範疇に入らない」ことを説明しようとするものなのであるから、法律

説に結びつきやすい内容のものとなりやすい(例えば、「犯罪意思が遡って消滅する」など)。だが本文に述べたように、何が議論されているのかに關して考えてみれば、法律説はその定義として、やはり中止不処罰の背景的理论そのものとは異なる次元の内容を主張するものと言わざるを得ない。

(121) v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 192; Robert v. Hippel, Deutsches Strafrecht, 2. Band, 1930, S. 410.

(122) 後述第三章第二節⁽²⁾。

(123) 戦前においても、大場茂馬のように現在の併合説に近い見解を採る者がいた(後述第三章第二節⁽²⁾参照)。このことは、条文解釈論的根拠と背景理論的根拠の混同が、刑事政策説の圧倒的支配の下でも継続していたことを示唆している。

(124) 『日本刑法博議』六六五頁以下からの抜粋である。おそらく判決文からの引用であると思われる。

(125) 岡田・前掲『日本刑法論(総則之部)「改訂増補三版」』二九四頁においても、中止犯の根拠論に関する個所において、自止した者は中止の原因を区別することなく中止犯とされる、としてこの判例が引用される。

(126) これも同じく、『日本刑法博議』六六六頁からの抜粋である。

(127) 岡田・前掲『日本刑法論(総則之部)「改訂増補三版」』二九〇頁においては、判例⁽²⁾と列挙して、「人ヲ殺サントシテ斬付ケ其未タ死セサル内ニ自ラ中止シタル場合ハ中止犯ナリヤ缺効犯ナリヤ判決例並ニ學說ノ多數ハ中止犯ナリト論決ス」として、当該判決の日付が引用されている。

(128) 現行明治四〇年刑法典三八条一項と同内容の条文である。

(129) 明治一三年刑法典三一一一条は、夫が妻の姦通を知り、姦通の現場で直ちに姦夫または姦婦を殺傷した場合に、その罪に減刑を施す旨の規定であった。三一二条はその減刑の程度として、「二等又八三等ヲ減ス」と規定していた。

(130) 明治一三年刑法典二九八条は、「謀殺故殺ヲ行ヒ誤テ他人ヲ殺シタル者ハ仍ホ謀殺故殺ヲ以テ論ス」という、謀殺故殺に關して客体の錯誤は故意を阻却しない旨の明文規定であった。

(131) この判決から、現在の明治四〇年刑法典の規定に比べて、明治一三年刑法典の規定においては未遂犯成立のための要件が加重されていたことがわかる。なお、このように中止犯を未遂犯の範疇に含めるか否かによって発生する、中止犯であることについての挙証責任の轉換に關しては、ドイツにおいても過去に問題とされていた。詳しくは後述第一部参照。

(132) 刑録五輯九卷八四頁以下。なおこの判決の原審において、「詐欺取財ヲ為スニ因リ私書ヲ變造行使シタル場合」(明治一三年刑法典三九〇条二項)について、詐欺取財罪は中止犯になるとしながら、内部に含まれた既遂犯である私書變造行使罪につき有罪判決が下されていた点が注目

される。被告人からの上告は、この点についても争おうとするものであった。刑録五輯九卷八一頁以下参照。

(133) 小嶋・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論総則「訂正増補」』三三三頁。小嶋は、この判決の冒頭に挙げられている、「他人ノ注意ニ因リ畏懼ノ念ヲ生シテ犯罪ヲ中止シタルハ中止犯ニ非スシテ未遂犯ナリ」という判決要旨を引用した上で、この批評を行なっている。

(134) 刑録九輯一九三三頁。

(135) 刑録一〇輯一六七二頁。

(136) 小嶋・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論総則「訂正増補」』三一九頁。小嶋は本文中に引用した判決文の、「……論ヲ俟タス」の部分までを引用した上で、このような批評を行なっている。

(137) 当時の未遂犯規定(一一二条)は①「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ」②「意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ」③「未タ遂ケサル」場合に、未遂犯として処罰すると規定していた。すなわち①は実行の着手を要求し、②は「中止犯ではないこと」を要求し、③は結果の不発生を要求しているのである。そしてこの判例①のような論拠によれば、この①が立証されればそれだけで未遂犯として処罰できることになる。しかし条文においては、未遂犯の成立のためには②のように「中止犯ではないこと」が要求されていたのであり、この要件を満たすには中止犯ではない旨の立証が必要だったはずなのである(このことは前述の判例①においても現れている)。このような大審院の判例の変更は、このとき行われていた刑法改正作業が影響したものと考えられ得る。すなわち、明治三三年刑法改正案において、既に未遂犯の成立要件から「中止犯ではないこと」は外されていたのである。後述第三章第一節。なお関連する判例として、上述の③の要件は明治三三年刑事訴訟法二〇三条の罪となるべき事実の範囲外であるから証拠により認定する必要はないとする判決がある(大判明治三九年一月八日判決(刑録一二輯二〇一頁)、大判明治四二年二月二〇日判決(刑録一五輯二〇〇六頁))。

(138) 犯罪事実そのものは明治一三年刑法典の適用時代に行われたものである。

(139) 判例①は「畏懼ノ念」が問題となっているようにも思えるが、「他人ノ注意ニ因リ」中止した、ということを考え合わせれば、「自己の意思により」中止したとはいえなかつた事例であつたと言える。

(140) 前述第二章第二節(1)。

(141) 佐伯・小林・前掲『刑法学史』二二六頁以下参照。

