

# 中止犯論の歴史的展開(2)

## 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13年刑法典と明治40年刑法典の中止規定

第二章 明治13年刑法典の中止規定

第一節 明治13年刑法典制定までの経緯

第二節 明治13年刑法典の規定に関する学説と判例 (以上280号)

第三章 明治40年刑法典の中止規定

第一節 明治40年刑法典制定までの経緯

第二節 明治40年刑法典制定以後の状況

(1) 立法者の見地から

(2) 学 説

a) 任意性の内容について

b) 中止犯制度の根拠論 (以上本号)

c) 共犯問題(とりわけ一身専属性)について

(3) 判 例

(4) 草 案 等

第四章 日本における中止犯論の歴史的特徴

### 第二部 ドイツにおける中止犯論の歴史的展開

第一章 ローマ古代法時代から中世期に至るまで

第二章 継受法時代以降, 16世紀から18世紀まで

第三章 19世紀、ライヒ刑法典制定まで(領邦国家法時代)

第四章 ライヒ刑法典制定以後

### 結 論

### 第三章 明治40年刑法典の中止規定

#### 第一節 明治40年刑法典制定までの経緯

明治13年刑法典が明治15年(1882年)1月1日に施行されて間もない頃から、多くの刑法改正意見が提出され、議論となりつつも、刑法を改正すべしとの考えが徐々に広まっていった<sup>1)</sup>。そして政府内でも、明治15年5月頃から、既に司法省は刑法改正案を作成し<sup>2)</sup>、太政官に提出していた<sup>3)</sup>。そしてその後も刑法を改正しようとする動きはほとんど止まることがなかった。これは明治13年刑法典の自由主義的性格が急進的に過ぎるものであると当時の政府が考えたことと、犯罪の増加に伴う社会防衛上の必要性に応じられなかったことが原因であると言われている<sup>4)</sup>。これらの刑法改正案においては、未遂犯規定に対する修正は全く行われなかったが、その後ポアソナードによる刑法改正案が明治18年(1885年)に脱稿され<sup>5)</sup>、さらにこのポアソナード草案や前述の司法省案をも含めて法律取調委員会で検討された結果、明治23年刑法改正案が作成された<sup>6)</sup>。この明治23年刑法草案において未遂犯および中止犯の規定は、以下に挙げるように、明治10年のポアソナードによる「日本刑法草案」に類似する形式を採用した<sup>7)</sup>。

#### 第102条

罪ヲ犯サントシテ已ニ其實行ニ著手スト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ遂ケサルモノハ未遂犯ト為ス

#### 第105条

罪ヲ行フノ際犯人自ラ中止シ又ハ其所為ヲ盡スモ自ラ効果ヲ缺カシメタルトキハ止夕現ニ生シタル害ニ從テ之ヲ罰ス

すなわち、未遂犯の規定の中において未遂犯は「意外ノ障礙若クハ舛錯」によって結果が発生しなかった場合を指すものとして、中止犯が消極的に規定されている一方で、それとは別に中止犯規定が積極的に105条におい

て規定されているのである。ただ、明治10年の「日本刑法草案」と決定的に異なる点は、中止犯の積極規定（105条）の文言においては、「真心悔悟」などの中止動機の限定がなされていないという点である。

この明治23年草案は審議未了で可決されなかったが、その後明治25年（1892年）に刑法改正審査委員会が設置され<sup>8)</sup>、再び草案が作成された。この委員会で検討されて作成されたのが、明治28年刑法草案および明治30年刑法草案である。その未遂犯・中止犯規定は両者とも同じ文言であり（但し条数のみ異なる）、それは次のようなものであった<sup>9)</sup>。

第59条（明治30年草案は「第58条」）

犯罪ノ實行ニ著手シ意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕ス

未遂罪ヲ罰スル場合ハ各本條ニ於テ之ヲ定ム

第60条（明治30年草案は「第59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ハ現ニ生シタル結果ニ從テ之ヲ罰ス

すなわちこの両者の草案においても、文言こそ変更されたものの、明治23年草案と同様に、中止犯が未遂犯の規定において消極的に規定されている一方、積極的な中止犯規定も並列的に規定されていたのである。

このように処罰の間隙が生じない形式ではあれ、再び積極的な中止犯規定を置くことが求められたのは、なぜであろうか。前述の刑法改正審査委員会の決議録の第53回（明治27年4月11日）に、次のように記述されている<sup>10)</sup>。

「中止犯ハ之ヲ罰スル乎否ニ付キ不論罪説ト処罰説トノ二アリ 不論罪説ニ曰ク禍害ノ未発ニ之ヲ防遏スルハ法律ノ企望スル所犯人自ラ其行為ヲ取消スルハ法律ノ黽メテ勸ムル所ニ在リ若シ中止犯ヲ罰スルトセハ遂ケサルモ罰セラレ遂ケルモ罰セラレ罰ハ一ツノミ寧ろ遂行シテ我意ヲ満タスニ如カスト自暴自棄ノ心ヲ起スモノナキ能ハス故ニ之ヲ罰セサルニ如クハナシ而シテ其匪行ノ結果ニ付テハ場合ニ依リ狀況ヲ異

ニスルモノナルヲ以テ之ヲ罰スヘキ乎否ハ各人ノ解釈ニ一任シテ可ナリト 処罰説ニ曰ク中止犯ノ奨励スヘキハ固ヨリ言ヲ俟タス然レモ其結果ハ到底之ヲ不問ニ置クヲ得ス而シテ其結果ノ擬律ニ付テハ現今種々議論アルモノニシテ一例ヲ示セハ殺人罪ノ中止犯ノ如キ之ヲ中止シタルカ為メ殺人ノ結果ヲ生セサルモ為メニ被害者創傷ヲ受ケタルトキ謀故殺罪ノ未遂ニ問ハンカ中止シタルヲ以テ擬律ノ限リニアラス之ヲ殴打創傷罪ニ問ハンカ殴打ノ意思ヲ以テセサルヲ如何セン之レ学者間種々ノ異論アル點ナレハ明文ナケレハ或ハ無罪ヲ主張スルモノナキヲ計リ難シ之レ処罰ノ明文ヲ要スルモノナリト遂ニ第二説ニ決ス」(文中の空白は筆者による)

すなわち中止犯においては不処罰説と処罰説が対立しており、 犯行の中止を奨励するためにも原則として不処罰にしておいて、その中で生じた結果については解釈により対応するという考え方と、 中止犯は奨励すべきものであるが、その中で生じた結果が不問にされることは決してあってはならないという考え方が対立していた。そして の場合にはその結果をどのようにして処断するかは争いがあり、例えば殺人罪を中止した場合には、殺人未遂罪は中止したので成立せず、傷害罪は傷害罪そのものの故意がなかったものであり、結局不処罰となる可能性がある、これをどうすべきかで激しく議論されていたのである<sup>11)</sup>。そしてこの点につき無罪を主張する考え方を排斥する意図で、明文をもって中止犯を規定し、加重的未遂の場合において含まれた既遂犯を処罰すると明示したのである。

さらにその後、明治32年(1899年)3月に刑法改正作業は法典調査会第三部の担当となった<sup>12)</sup>。この法典調査会第三部の第二十回(明治32年11月22日)の会合において、都筑委員が「『現ニ生シタル結果ニ從テ之ヲ罰スル』ヲ之ヲ減輕スルカ又ハ之ヲ免除スルコトヲ得ルト云フ主意ニ改正スヘシトノ修正説ヲ提出<sup>13)</sup>」した。すなわち「五十八條(筆者注:未遂犯の規定条文)ハ凡テノ未遂犯ヲ總括シ之ヲ罰スルヲ原則トシ唯々之ヲ減輕スルトコトヲ得ルモ(筆者注:「スルコトヲ得ルモ」の誤りと考えられる)本

條八其ノ例外トシテ『未遂罪中中止犯ノ場合ハ当然之ヲ減輕スルコトト為シ唯々場合ニ依リ之ヲ免罪スルコトモ出来得ルノ主意ニ改ムト云フニ在ルナリ<sup>14)</sup>』とされたのである。そして「採決ノ結果此ノ修正説ヲ採用確定セリ<sup>15)</sup>」と、この修正案が採用されることになった。

なぜこのように、中止犯の法律効果が「加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯罪に限り処罰」から「必要的減免」へと変更されたのであろうか。明治23年草案から明治30年刑法草案まで、中止犯の法律形式・効果に関しては前述のように一貫して、加重的未遂の場合の内部に含まれた既遂犯罪に限り処罰するという内容を別個に規定していたが、通常の未遂犯に関してはそれに対応する形で中止犯でないことを要求していた。すなわち明治23年草案では「犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ<sup>16)</sup>」結果が生じなかったことを要求し、明治28年刑法草案・明治30年刑法草案もそれぞれの未遂犯の一般規定条文の第1項において「意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ<sup>17)</sup>」未遂となったことを要求しており、明治13年刑法典と同様の未遂犯の成立範囲を規定していた。しかしこれに対し、この法典調査会第三部での検討を基に作成された明治33年刑法改正案は、次のように規定していた<sup>18)</sup>。

#### 第58条

犯罪ノ實行ニ著手シ之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得  
未遂罪ヲ罰スル場合ハ各本條ニ於テ之ヲ定ム

#### 第59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ハ其刑ヲ減免  
ス

すなわち「意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ」という要件が、未遂犯の成立要件から完全に外されてしまったのである。そしてこのことは前述の法典調査会第三部の会議日誌(第二十回)において「五十八條八凡テノ未遂犯ヲ總括シ」とあることから、この法典調査会での検討の段階で既にこのような未遂犯規定の形式を採用していたものと思われる<sup>19)</sup>。

これらのことから、次のように考えられる。明治30年刑法草案までは未遂犯の一般規定の中に、なお消極的要素として「中止犯にあたらぬこと」が要求されていたのに対し、明治33年刑法改正案はこのような形式を取らず、実行の著手を含む行為を行なった全ての未遂犯を処罰することとした。この結果として中止犯も未遂犯の一部であり、その限りでは犯罪として成立している性質のものであることが明確となった<sup>20)</sup>。ということは、加重的未遂の場合にのみ内部に含まれていた既遂犯罪で処罰するという中止未遂の法律効果は、ドイツ刑法典のように「未遂としては処罰しない」という法律効果の裏返しとして現れるならばともかく、未遂犯が既に成立していることとの理論的整合性を欠くことになる。このことから、加重的未遂の場合に内部に含まれていた既遂犯罪に限って処罰するというそれまでの中止犯の法律効果が、必要的減免へと変更されたと考えられるのである。逆に言えば日本の現行法においては、加重的未遂の場合に内部に含まれている既遂犯罪として処罰することは、解釈としても原則的には排除されているのである。

その後明治34年(1901年)の第15回帝国議会に、さらに修正を加えた明治34年刑法改正案が提出された。そしてその未遂犯規定・中止犯規定は、次のようなものであった<sup>21)</sup>。

#### 第55条

犯罪ノ實行ニ著手シ之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得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  
すなわち、明治40年刑法典の未遂犯規定・中止犯規定と全く同一の条文が、ここに初めて現れたわけである。

そしてこの刑法改正案をもとに全国裁判所・検事局・弁護士会などに諮問して「刑法再整理案」をまとめ、これをもとに明治35年(1902年)1月25日に、明治35年刑法改正案が第16帝国議会に提出された。そしてこの改正案は2月に貴族院で修正可決されて衆議院に送付されたが、衆議院での審議が未了のまま、第16帝国議会の会期が尽きてしまった。そして同じ年

の12月に第17帝国議会で再び明治35年刑法改正案が提出されるが、議会展散の為に審議に入らなかった<sup>22)</sup>。この時点までに出された刑法改正案における未遂犯・中止犯規定は、いずれも前述の明治34年刑法改正案と全く同じ文言であり<sup>23)</sup>、その理由書においても特に見るべき変化・注目点もない<sup>24)</sup>。そして明治36年（1903年）に法典調査会が廃止され<sup>25)</sup>、日露戦争により刑法改正作業は一時停滞する。

日露戦争終了後、明治34年刑法改正案と同一の文言を持つ刑法改正案が明治39年（1906年）10月に出され、その年の6月8日に既に設置されていた法律取調委員会において検討された結果、第14回委員総会（明治39年11月28日）の際に花井委員による「本文『減輕スルコトヲ得』トアルヲ『減輕ス』……ノ修正説」が賛成多数により可決され、障礙未遂の法律効果のみが修正された<sup>26)</sup>。この結果明治39年（1906年）12月29日に完成した刑法改正案において、未遂犯・中止犯規定は次のような文言になった<sup>27)</sup>。

#### 第43条

犯罪ノ實行ニ著手シ之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕ス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

この案は明治40年刑法改正案として、明治40年（1907年）1月に第23回帝国議会で提出された<sup>28)</sup>。しかしこの障礙未遂に関する変更も、明治40年2月6日の貴族院刑法改正案特別委員会において奥山政敬により障礙未遂を必要的減輕にした理由が問われ<sup>29)</sup>、さらに同年2月8日の同じく貴族院刑法改正案特別委員会において富井政章から再び任意的減輕に戻す旨の提案があり、採決の結果、賛否同数の末、議長役の村田保副委員長の裁決により任意的減輕へと戻すこととなった<sup>30)</sup>。

貴族院で修正可決された後、明治40年刑法改正案は、同年2月に衆議院に送付される<sup>31)</sup>が、衆議院では刑法改正案委員会の中でさらに特別調査委員会を組織してそこでの検討結果を刑法改正案委員会に諮問するという方式を採用した<sup>32)</sup>。この特別調査委員会において、望月長夫により障礙未遂の法律効果を再び必要的減輕にすることが提案され、賛成多数で可決し

た<sup>33)</sup>。この検討結果が刑法改正案委員会に報告された<sup>34)</sup>が、刑法改正案委員会においてはかなりもめた末に結局否決されて任意的減軽となった<sup>35)</sup>。しかし衆議院での第一読会において再び必要的減軽の形式に改められ<sup>36)</sup>、最後に両院協議会が開かれて、未遂犯規定は貴族院議決案、すなわち任意的減軽の形式とすると決定され、明治40年刑法典は成立した<sup>37)</sup>。

このように通常の未遂犯の法律効果についてはかなりの紆余曲折が存在したものの、中止犯に関してその法律効果および法律形式が変更されることは、明治34年刑法改正案以降には一度もなかった。ただ、前述の法律取調委員会の第14回委員総会(明治39年11月28日)において花井卓蔵委員が中止犯の必要的減免という法律効果を必要的免除に変更する旨の提案を行なって<sup>38)</sup>以降、貴族院修正可決後の衆議院第一読会(明治40年2月22日<sup>39)</sup>)および特別調査委員会(明治40年2月27日<sup>40)</sup>)において同じく花井卓蔵が、衆議院刑法改正案委員会(明治40年3月8日<sup>41)</sup>)において加瀬禎逸が同様の提案を行なっているが、いずれも否決されている。これらの点から、中止犯を完全に不処罰にするということには抵抗感が根強く<sup>42)</sup>、またこのことは、加重的未遂の場合に内部に含まれる既遂犯罪として処罰することを排除する法律形式が採用されたこととも結果的には整合したものとなったと考えられる。

そしてもう一つ、中止犯の成立範囲に関して重要な点が存在する。それは前述の貴族院修正可決後の衆議院第一読会(明治40年2月22日)において、花井卓蔵が中止犯の法律効果を必要的減免ではなく、必要的免除にすべきではないのかと質問した<sup>43)</sup>ことに対する、政府委員平沼騏一郎の、次に挙げる答弁である<sup>44)</sup>。

「……今度ノ改正案ニ於キマシテハ、中止犯ハ其刑ヲ減免又ハ免除スルコトヲ得、斯ウ云フコトニ相成ツテ居ルノデアリマス、即チ最モ氣ノ毒ナ場合、即チ真ニ悔悟ヲシテ中止シタト云フヤウナ場合ハ、其刑ヲ全ク免除スルコトガ出来ルノデアル、サリナガラ中止犯ニハイロイロアリマシテ、必シモ悔悟致シタ者バカリデナイ、或ハ怖レテ止メル



者モアル、或ハ利益ノ觀念カラ中止スル者モアル、是等ノ者マデ免除ノ恩典ヲ與ヘル必要ハナイ、斯ウ云フ考カラ致シマシテ、是〔八〕裁判官ノ裁量ニ一任致シタノデアリマス、……」

すなわちここにおいて、中止犯は悔悟の場合にのみ、それが認められるものではなく、恐怖により犯罪を止めた者や利益を考慮して止める者も中止犯の範疇に入っているということが、立法者の見解として明確にされているのである。この点から、日本の中止犯規定の要件である任意性に関して、限定主観説は排除する意図があったことがうかがえるのである。これは、明治10年の日本刑法草案以来の中止犯に関する日本人の誤解、即ち中止犯には悔悟を要するという考え方に対する修正が、既に明治23年草案で法律の文言上で悔悟が要求されなかった時点でなされていたとも考えられるものの、条文の形式の上で明確に示された最初のときであった<sup>45)</sup>。そしてその任意性要件を限定しないことと対応して、「悪い動機等から中止した者も中止犯となる」と積極的に述べられることとなったのである。

## 第二節 明治40年刑法典制定以後の状況

以上のような経緯を経て明治40年刑法典は制定されたのであるが、その後、中止犯規定に対する解釈論はどのように移り変わっていったのであろうか。まずはこの明治40年刑法典を立法者の見地からその内容に関して明らかにした文献につき検討した後、学説、および判例について、現在行なわれている議論形式が誕生する1955〔昭和30〕年頃までの流れを見ていくことにする。

### (1) 立法者の見地から

明治40年刑法典に関して立法者の見地からその内容を示した文献として、田中正身『改正刑法釈義上巻』（1907〔明治40〕年）と南雲庄之助『刑法修正理由』（1907〔明治40〕年）の二つが挙げられる。これらはいずれも、できるだけ著者（编者）の私見を排した形で、明治40年刑法典の成立に際

しどのような立法者の意図があったのか、どのような議論が交わされたのかを記述したものである<sup>46)</sup>。これらの文献により、立法者の意思を補足的に知ることができる。

まず『改正刑法釈義上巻』において、その立法趣旨および法文の意義が「釋義」として示されている<sup>47)</sup>。中止犯については568頁に記述がある<sup>48)</sup>が、それによれば「中止犯ヲ無罪ト為ス法制ノ不當ナルハ論ナキ所ナリ」、しかし中止犯は「社会ニ及ボス害悪少ナク且犯情モ亦憫察ス可キ所アルヲ以テ之ヲ罰スル場合ニモ一般ニ減輕スルモノトシ情状ニ因リ其刑ヲ免除スルコトヲ得セシメ以テ刑ノ適用ニ不権衡ナカラシメタリ若シ此ノ但書ヲ缺クトキハ畜ニ刑ノ不権衡ヲ来タスノミナラス一旦犯罪ノ實行ニ著手シタル後ハ自己ノ意思ニ因リ之ヲ中止シタルトキト雖モ尚ホ未遂犯ト為ルヲ以テ或ハ既ニ犯罪ノ實行ニ著手シタル者ハ決シテ之ヲ中止スルコトナク常ニ遂行スル虞ナシトセス是本法ニ於テ此但書ヲ設ケタル所以ナリ」とされている。すなわち、全くの無罪として（現に結果が発生したような場合でも）不処罰としてしまうのは不当であるが、免除も可能とすることによって未遂犯との刑の権衡を保ち、なおかつ犯罪を既遂に至らしめてしまうことを避ける目的で、「自止の奨励」「社会の保護」を主眼として設けられたことが示されている。

また中止犯規定に関し、中止犯の法律効果を免除とすべきである旨の異説と、未遂の場合でも多少の結果が発生した場合には処罰し、結果が発生しなかった場合には処罰を免除することになるが、本文において未遂犯は減輕することを得としていずれにせよ処罰することを規定しているのだから、無用の中止犯規定を削除すべきとの異説があったことが述べられている<sup>49)</sup>。これに対してまず前者の異説に対しては、中止犯はその程度において欠効犯（＝実行未遂）と変わらない程度のものもあり、実害の点においては未遂犯と変わらないものもある。権衡上これを処罰しない理由がなく、かつ実際の事例においても看過し得ない場合がある。「理論ノ上ニ於テハ多少ノ缺點アリト雖モ刑事政策ノ上ニ於テハ到底之ヲ處罰セサル可ラサル

必要アルヲ以テ本條ニ於テハ其刑ヲ減輕スルモ原則トシテハ之ヲ處罰スルノ意義ヲ明確ニシタルモノナリ」として、実害において未遂犯と変わらない場合がある以上、完全に無罪とはし得ないという考えがあったことが示されている<sup>50)</sup>。これは、明治13年刑法典において加重的未遂の場合に現に発生した既遂犯について処罰するという考え方が、明治40年刑法典の下でもその処罰の必要性について依然として肯定されたが故に明文化されたものであったといえる。「中止犯は未遂犯ではない」という明治13年刑法典の形式でも、また「未遂犯は成立するが未遂としては罰しない」という1871年ライヒ刑法典の形式でもなくて、「未遂犯が成立してかつ未遂犯として処断する」形式を採用した明治40年刑法典の下では、結果的にその規定形式から、不処罰という法律効果は採り得なかったのである。また後者の異説に対しては、中止犯の概念が今回の改正によって初めて設けられたものではなく、旧刑法の下でも解釈としてそのような概念は存在したのであり、また「此規定ヲ設クルノ趣旨ハ法律上一箇ノ略略ニ過ス」、犯罪の実行に着手した者を全て既遂として処罰するならば犯行を完成させかねない。「故ニ出来得ル限りハ犯罪ノ中止ヲ奨励センカ為ノ趣旨ナルコト疑ヲ容レズ」。着手未遂についてその刑を軽くするのは削除論者も異論がないであろうし、実行未遂についてもこの但書の規定がない場合には「何ヲ以テ處分スルカ之ヲ決スルニ由ナシト云ハサル可カラズ」として、中止犯規定を置くことの必要性が述べられている<sup>51)</sup>。

『刑法修正理由』においては、刑法起草委員である倉富勇三郎・平沼騏一郎・谷野格の所説がそれぞれ示されている。まず倉富勇三郎の所説として、未遂犯を必要減輕にした理由が述べられた後で、「……尤も中止犯の場合には其刑を免除又は減輕すと規定してあるけれ共、之も矢張程度の問題で、例へ自分の意思で中止した場合とて餘ほど犯行を進めて罷めた場合もある、又始めに罷める場合もあつて一様でないから其の刑を或は免除し或は減輕するのである、此と同時に未遂犯の犯行の場合は其刑を減輕すと規定するは至極權衡を得たものと云はなければならぬ。」と述べられてい

る<sup>52)</sup>。すなわち、加重的未遂の場合に現に発生した侵害を処罰することをも含めて、その犯行の程度にあわせて裁量的に判断することを念頭においた規定にしたことが明確にされているのである。

次に「刑法起草委員の中止犯法制論」として谷野格の所論が述べられている<sup>53)</sup>。すなわちまず中止犯の場合に処罰するかどうかについて議論があるとして、「イ、中止犯の場合に於ては之を處罰せざる法制」と「ロ、中止犯の場合に於ても之を處罰する法制」の二つを列挙した上で、後者を刑法改正案は採用したとする。その理由として、ヨーロッパの立法例においては中止犯を不処罰としているが学者はこの不処罰の理由を附するものの「一も見るべきものなし」とする。そして「要するに刑法の目的は公の秩序維持に在るを以て中止犯の如きも之を處罰すると否とは各其場合の事情を参酌して判断すべく法律上豫め之れを一定し得べきものにあらず、然らば中止犯に對して刑を免除すると之を減輕して處罰するとは一に之を判事の裁量に任し刑法に於ては消極的<sup>54)</sup>に規定する法制に依り中止犯の場合に於ては……二場合あり得ることを認めるも可なりと信ず」として、中止犯の場合にも処罰を可能なものとし、その判断を裁判官に委ねた旨が示されている。そして旧刑法においては、不処罰主義を採ったことにより未遂犯のみが不処罰となり、現に発生した他の既遂犯は処罰され、また「積極的に規定するの法制<sup>55)</sup>」を採用したことにより、自己の意思により中止した場合には「その中止の原由が善意なると悪意なると(を)……問はず」中止となり、かつ中止による未遂は法律上未遂ではなく、共犯は法律上の共犯とならなかつたということが述べられている。その上で、旧刑法典の中止法制は大体において非難すべき所はないものの、「近時の社會の情勢に適せず」、したがって刑法の目的を達することができないものであるとしている。注目すべきは、共犯に関する指摘である。すなわち、フランス型の中止犯の規定方式であった旧刑法においては、正犯が中止した場合には未遂犯が成立しなかつたことにより、その教唆犯および従犯にも法律上犯罪が成立しなかつたことになるという指摘である<sup>56)</sup>。この点が「社會の情

勢に適」しないことであつたかどうかは明確ではないものの、旧刑法の法制の下でのこのような共犯の取り扱いに関する問題は、重要であるといえる。

最後に平沼騏一郎の所論が次のように述べられている。

「中止犯を罰せざるは政策に出て学理上の根據を有せず立法論としては中止を（以）て未遂に入れ判官の裁量に依り免刑の事由となすを可とする<sup>57)</sup>。」

すなわち中止犯不処罰というのは全く刑事政策的なものであり、学問上理論的な根拠を有しないと指摘しているのである<sup>58)</sup>。

また平沼騏一郎に関しては、明治36、7年ごろに出されたものと思われる『刑法汎論』という旧刑法典をその対象とする文献が存在する。これによれば、「中止犯ハ現行刑法（筆者注：旧刑法典）ノ解釈論トシテハ之ヲ未遂犯中ニ包含セシムルコトヲ得ス然レトモ本人ノ意思ニ基キテ既遂ニ至ラシメサリシ場合ヲ他ノ場合ト區別スルハ学理上ノ根拠ヲ有セス故ニ理論トシテハ中止犯ヲ以テ未遂犯ノ一種トシテ其中ニ包含セシムルヲ至當トス<sup>59)</sup>」として、明治13年刑法典の解釈論としては中止犯は未遂犯の範疇外にあるが、理論的にいえば中止犯も未遂犯の範疇に入れるべきであると平沼騏一郎が考えていたことがわかる<sup>60)</sup>。

以上のことから、明治40年刑法典における改正の主眼は、中止犯を完全に不処罰とすることの回避、とりわけ加重的未遂の場合における現に侵害が発生した場合など、不処罰とするに値しない者に対する処罰規定の明文化という点、および平沼騏一郎が述べているように理論的観点から中止犯を未遂犯の範疇に加えることが意図された点<sup>61)</sup>、この二点が大きかったものと考えられる。そして同時に、明確な指摘はないものの、明治13年刑法典の形式から明治40年刑法典の形式へと中止犯規定が変わったことにより、正犯が中止した場合に、中止犯の場合でも未遂犯が成立していることを前提としたために、その中止犯の法律効果が正犯に一身専属的に発生することになり、明治13年刑法典において見られたように法律上未遂犯が消えて

しまうことにより教唆犯や従犯にまでその影響が及ぶようなことがなくなっただ点が重要である<sup>62)</sup>。その他の点、とりわけ任意性の内容に関しては、旧刑法時代と変わらず、その動機はどのようなものでもよい、ということが立法者意思としても示されていた<sup>63)</sup>。これらの前提を踏まえて、次に学説の流れを、再び時系列に沿って、論点ごとに追っていくことにする。

## (2) 学 説

### a) 任意性の内容について

前述のように、明治40年刑法典の立法者意思としては、中止犯はその任意性の内容に関して、悔悟などの規範的内容のみに限定する趣旨ではなかった。このことは以後の学説においても、一部の例外を除いて、ほぼ踏襲されているものといえる。泉二新熊は「犯人力任意ニ犯罪ノ實行ヲ中止スルニ至リタル遠因、動機ハ其種類ノ如何ヲ問ハサルヲ以テ通説トス」と述べており<sup>64)</sup>、小疇傳は刑法改正後においても「任意ナル中止ニ必要ナル自動的動機ハ道德的タルコトヲ要セス」として、任意性の内容を限定しない点について変わりはないものとした<sup>65)</sup>。その後も勝本勳三郎<sup>66)</sup>、神谷健夫・神原甚造<sup>67)</sup>、大場茂馬<sup>68)</sup>、山岡萬之助<sup>69)</sup>、富田山壽<sup>70)</sup>、牧野英一<sup>71)</sup>、久禮田益喜<sup>72)</sup>、瀧川幸辰<sup>73)</sup>、小野清一郎<sup>74)</sup>、草野豹一郎<sup>75)</sup>、佐瀬昌三<sup>76)</sup>、江家義男<sup>77)</sup>、木村亀二<sup>78)</sup>、安平政吉<sup>79)</sup>、宮崎澄夫<sup>80)</sup>、平場安治<sup>81)</sup>、平野龍一<sup>82)</sup>、団藤重光<sup>83)</sup>など、任意性の内容を限定して悔悟等を要求することはしない、とする見解が圧倒的である。明治40年刑法典の中止犯規定の解釈として、任意性の内容を限定して悔悟等を要求するものとしては、宮本英脩<sup>84)</sup>、佐伯千仞<sup>85)</sup>、植田重正<sup>86)</sup>が見られるぐらいである。

宮本英脩は、任意性の要件は「固より心理学的な意義に於ていふのではなく、これは主観主義の立場からいへば、中止者の動機に対する刑法的立場から見た一種の評価的観察である<sup>78)</sup>」として、いかなる場合に中止犯としての特別処分をすべきかどうかの観点から考えるべきとした上で、犯人が中止する事情を「犯罪実行の動機たる事情が存在する為めの中止の場

合」,「犯罪実行の動機たる事情が具はるも、その実行に伴ふ外部的障礙を豫見した為めの中止の場合」および「犯罪実行の動機たる事情が具はるも、行為者の性情が内部的障礙(悔改、慚愧、恐懼、同情、憐愍、その他これに類する感情)として作用したことによる中止の場合」の三種に分けて、第三の場合のみが「自己の行為の価値を否定する意識(規範意識)として働いた譯であるから、斯かる場合こそ犯人の反規範性は通常の未遂罪の場合に比して軽微なものとして、刑の減輕または免除を與えることが相當」であるとしている<sup>88)</sup>。

佐伯千仞は、「自己の意思に因り」という文言の意味を「心理的に自己の意思によるを以て足るとする説」、「心理的に自己の意思による場合の中、一般社会觀念上特に障礙と考へられる事情に基く場合を除いた部分が任意の中止であるとする説」および「廣義の後悔に因つて止めた場合のみが任意の中止といはれ得るといふ説」の三種に分けた上で、これらのいずれを採るべきかは中止犯の必要的免除という特殊な取り扱いと関連させて考えるべきとする。そして刑事政策説はドイツ刑法のように中止犯について刑を全免する法制では意味があるが、中止犯も処罰する日本においては「其の犯罪的企圖を抛棄するに至つた行為者の心情、動機に對する規範的並びに可罰的評価に基くものと解せざるを得ない」として、第三説を支持するのである<sup>89)</sup>。植田重正も、このような佐伯千仞とほぼ同様の論理展開により任意性の内容を限定している<sup>90)</sup>。

宮本英脩らのように、中止未遂の法律効果から目的論的に任意性の内容を限定的に解釈する手法は、ドイツにおいて戦後にロクシン等が主張した刑罰目的説<sup>91)</sup>から導かれた規範的考察説<sup>92)</sup>と同様のものといえる。しかしドイツにおいて現在でもそのように批判されているように、「自己の意思により」という文言の内容は「規範的な動機により」という言葉の内容とは明らかにかけ離れたものであり、そのように読み替えて解釈することは行為者の不利益になる類推であるとして罪刑法定主義違反とのそしりを免れ得ない<sup>93)</sup>。日本においても、ここまでの限定をすべきではないとの考え

から、宮本英脩らのような考え方は広い支持を得るまでには至らなかった。

しかしその他の一般的な学説においても、特に、発見や処罰を恐れて中止した場合<sup>94)</sup>などを障礙未遂の範疇に含ませることによって、事実上中止未遂の成立範囲を限定し、規範的観点から肯定できるものだけを中止未遂として認める見解が徐々に広まることになる。

純粹に心理的な観点から自己の意思でやめた場合を全て中止未遂とすることにに関して、最初に明確に疑問を投げかけたのは泉二新熊である。彼は「犯人力人ヲ殺サンカ為メニ兇器ヲ振上ケタル際警官ノ為メニ発見セラレタル場合」において、犯人は一瞬でその実行を遂げ得ることを知っているにもかかわらず、その実行により逮捕される恐れがあるが故に実行を完了せず逃亡した事例について、「之ヲ以テ任意ノ中止ト認ムルコト能ハサルヘシ」とし、この点からフランクの公式の内、中止未遂に関する部分について、たとえなしうるとしてもなすことを望まない場合というのは外部的障礙による場合もありうることから、「不精密ナリ」と評価した<sup>95)</sup>。

その後、中止犯内部の一要件である任意性要件に関して「規範的動機を要求する説」と「単純な自己の意思によるものでよいとする説」を対立させるそれまでの図式に取って代わって、そもそもの障礙未遂と中止未遂の區別基準として「単純に物理的障礙によるもの以外を全て中止未遂とする説、未遂が後悔によるものである場合を中止未遂とする説、未遂の原因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れば障礙未遂とする説」という三つの説を対立させる図式が、牧野英一により初めて提示されることになる<sup>96)</sup>。そして牧野英一はこの図式を提示した上で説を採り、巡査が来るのを見て逃げ出した場合において、「巡査ヲ見テ犯罪ノ遂行ヲ止ムルノハ一般ノ現象」であるが故に、このような場合は障礙未遂であるとした<sup>97)</sup>。後に牧野はこの自説である説を修正し、未遂に至る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れば障礙未遂とする、とした<sup>98)</sup>。これにより原因事実そのものではなくて、その原因から未遂に至るまでの関係を評価の対象とすることで、大審院昭



和12年3月6日判決の流血に驚いて我にかえり殺人を中止した事案に対して、流血を見て悔悟して中止したのであれば経験上一般ではなく、中止未遂とすべきであり、その一方で流血を見て恐怖心から中止したのであれば経験上一般であり、障礙未遂とすべきと主張したのである<sup>99)</sup>。そして発見を恐れた場合でも、「人影を認めて事を止めるということが一般的な事柄である<sup>100)</sup>」が故に、障礙未遂であるとしたのである。

このような「悔悟までも要求する説」と「外部的ないし物理的障礙による場合以外に全て中止を認める説」という両極端の説の間に、中間説として「社会一般の通念により判断する」という説を置いた上でそれを採用する、という三分説の図式は、牧野英一以降、非常に多く採用されていくことになる<sup>101)</sup>。しかしこのような「社会一般の通念」という漠然とした基準を採用した結果、ある事実に対して「経験上一般に」犯罪を中止するものであるかどうかの判断は実際上その判断者の手に委ねられてしまうことになり、もしこれを法に合致するような規範的な観点から、驚愕して犯行を継続できなかった場合や目的物の価値が予想以上に低かった場合、構成要件外の目的を達成したが故に中止した場合などに中止を認めないものとするれば、その実質的内容は任意性の内容を規範的に限定する考え方に近づくことになる<sup>102)</sup>。そうだとすれば、判断基準そのものの曖昧さに加えて、それらの規範的な考え方に対してなされる批判が同様にこれらの中間説に対しても当てはまることになる。

以上のように、任意性の内容を限定しないことを表向き的前提としつつも、純粋に物理的に妨害されて結果発生できなかった場合だけでなく、内心的に妨害があったと一般的基準から評価できる場合をも中止未遂の範疇から排除し、任意性があるとされる場合を絞ることで、結果として中止未遂の成立範囲を(しかも半ば裁量的・恣意的に)狭くする<sup>103)</sup>見解が、大正期から徐々に広まっていったことになる。任意性に関するこれまでの議論を通じて言えば、このような中止犯に対する規範的観点からの限定傾向は、当時に始まったことではなかったことが思い起こされる。明治13年刑

法典の制定の際に、日本人起草者はボアソナードの説明を誤解し、「真心悔悟二因テ」という文言によって任意性の内容を限定しようとした。この限定は半ば偶然的に回避され、また明治13年刑法典成立後も学問上の研究が進むにつれて、任意性の内容は当時の法律の文言の下では限定されないものであるという見解が広まっていった。しかし不処罰の恩典に値しない者<sup>104)</sup>も中止犯の範疇に入る以上、これを何とかしなければいけない、そこで一律の免除ではなく、減軽と免除の選択ができるようにして<sup>105)</sup>、対処することにした。これによって規範的に好ましくない中止者に対しても、「中止犯である」とした上で刑を減軽にとどめることが可能なはずであった。しかし泉二新熊に始まり、牧野英一によって確立した、規範的観点から任意性を（正面からではなくその具体的基準を恣意的なものに変更することで）事実上限定する見解の出現は、やはりどうしても「中止犯」というものは規範的に肯定できるものに限りたいという感覚が根強かったことの現われではないか、と考えられるのである。ではこのような任意性に対する考え方の変遷に対し、中止犯制度の根拠論そのものはどのように変化していったのであろうか。次にこれを見ていくことにする。

#### b) 中止犯制度の根拠論

前述のように中止犯制度の根拠論に関しては、明治13年刑法典が施行されていた時代においても刑事政策説が有力であった。そしてこの刑事政策説という「背景理論的根拠」に加えて、「条文解釈論的根拠」として「条文の文言上、中止犯は未遂犯の範疇外なので処罰できない」という意味での「法律説」が併せて主張されることもあった。この二つの根拠は次元の異なる議論における学説であり、両者が相容れないような性質のものではなかった。このような議論状況に対し、1871年ライヒ刑法典に基づく解釈論としてのドイツ刑法学に強く影響されて、それに引きずられる形でこの「刑事政策説」と「法律説」を対立する学説として初めて位置づけたのが小疇傳であった。そして同じくドイツ刑法学の強い影響の下で、明治40年刑法典が成立する。これにより中止犯制度の根拠論に関して、1871年ライ

ヒ刑法典成立後のドイツにおけるのと同様に、条文解釈の結果としての単純な法律説は根拠論として採ることができなくなった。その後のドイツにおいては、リストによる刑事政策説（「黄金の橋」説）が台頭し、通説化していくことになる。

明治40年刑法典成立後の日本においても、同様に「自止の奨励」という意味での刑事政策説が当初は通説的な立場を占めていた。すなわち、磯部四郎<sup>106)</sup>、束野俊一<sup>107)</sup>、泉二新熊<sup>108)</sup>、小疇傳<sup>109)</sup>、勝本勘三郎<sup>110)</sup>、岡田庄作<sup>111)</sup>、山岡萬之助<sup>112)</sup>、富田山壽<sup>113)</sup>、小野清一郎<sup>114)</sup>などは、それぞれ「自止の奨励」「社会への犯罪害悪の回避」を中止犯制度の根拠としていたのである。この刑事政策説の圧倒的ともいえる優位は、明治から大正、昭和の初めにかけてまで続くこととなった。

これに対して、この刑事政策的根拠に加えて法律的根拠をも中止犯規定の根拠とする考えもあった。まず大場茂馬は、中止犯制度の根拠についてある者は「行為其モノノ實質上ノ理由」に基くものとし、またある者は「刑事政策上ノ理由」に基くものとするが、「寧ろ行為ノ實質及ヒ刑事政策上ノ理由ハ共ニ法律カ中止犯ヲ認メタル理由ト為スヘキモノ」と主張する<sup>115)</sup>。すなわち、「中止犯ノ行為タル之ヲ主觀的方面ヨリ考フレハ行為者ハ其自由意思ニ依リ犯罪ノ決意ヲ翻シタルモノナレハ犯罪ノ主觀的要素タル故意ハ既ニ存在セサルニ至リタルモノナリ。更ニ之ヲ客觀的方面ヨリ察スレハ犯罪ヲ中止シタルモノナレハ犯罪ニ因ル實害若クハ危険ハ最早存在セサルニ至リタルモノナリ」として、「中止犯タル行為ハ普通ノ犯罪ト同一視スヘキ實質ヲ有セサルモノトス」とするのである<sup>116)</sup>。もちろんこのような法律説的な理論構成に対しては、既に罰せられるべき行為が成立した後に中止行為があったとしても既に成立した行為はこれを変更することはできないのではないかという批判がある。しかし大場茂馬は「凡ソ一定ノ行為ニ對シ刑法上如何ナル處分ヲ為スヘキ實質ヲ有スルヤハ其行為ノ全部ヲ觀テ之カ断案ヲ下スヘキモノニシテ其一部ヲ觀テ之ヲ決スヘキモノニ非ス。故ニ一旦刑法上意義ヲ有スル行為成立シタル後ト雖モ其後他ノ情状

之ニ加ハラハ之ヲ合シタル全部ニ從ヒ其行為ノ刑法上ノ価値ヲ断定スヘキモノトス」として、未遂行為と中止行為を一括して評価の対象とすべきであると主張するのである<sup>117)</sup>。そして窃盗犯人が被害者の取り戻しを拒むために被害者に暴行または脅迫を加えるときは事後強盗罪になるように、中止行為という特別の情状が加わったときは、これを合わせて刑法上の価値を判断すべきであるとする。しかし大場茂馬はこの一方で、「中止犯ハ普通ノ未遂犯ト同一視ス可カラサル實質ヲ有スルニ止マラス尚ホ刑事政策上之ヲ普通ノ未遂犯ト同一視ス可カラサル理由アリ。既ニ著手セラレタル犯罪カ中止セラルトカ如キハ最モ望マシキ事項ニ属スルモノナレハ之ヲ奨励スルカ為メ中止犯ヲ無罪ト為シ以テ行為者ヲシテ犯罪ヲ完成セサラシムヘク誘導スル動機ヲ與フルノ必要アリ。左レハ中止犯ヲ無罪ト為スノ規定ヲ設クルハ其將ニ攻撃セラレントスル法益ヲシテ侵害ヲ免レシムル所以ニシテ又之ト同時ニ行為者ヲシテ邪道ヲ去テ正道ニ還ラシムル為メノ金橋 (golden Brücke) ヲ築造スル所以ナリ」として、自止を奨励する必要があることから刑事政策的根拠をもまた中止犯制度の根拠であると主張するのである<sup>118)</sup>。大場茂馬のこのような考え方は、刑事政策説と法律説が対立するものである(すなわち本来的に異なる観点の問題であることを自覚しない)としつつ、両者を併せて考えるべきというアプローチの点で、現在の日本で広く主張される刑事政策説と法律説の併用説に類似しているようにも見える。しかしそもそもの「法律説」の内容について、本来の「中止は未遂の範疇に入らず」という条文上の内容ではなく、前期法律説的な理論構成を前提にして、いわゆる全体的考察説(単一説、一体化説)の論理形式で説明するという内容は、法律説内部の違法減少か責任減少かという争いが含まれていない点も含めて、若干現在の日本の法律説とはその趣きを異にしているとも言える。

草野豹一郎は、「中止犯に付て、刑の減免乃至行為の不處罰を規定する所以のものは、一面には中止犯を奨励すると云ふ政策的理由 リストの所謂犯人に對する復歸への黄金橋 に基くと同時に、他面行為者の反社

會性の微弱であると云ふ本質的理由に基くものと解すべきであらう」と述べた上で、1931〔昭和6〕年に出された刑法改正仮案23条2項(結果が不発生の場合においての真摯な努力に関する規定)を、「本質的理由」によってのみ説明可能なものとしている<sup>119)</sup>。草野豹一郎の見解における「本質的理由」とは、「行為者の反社會性の微弱」ということをその内容としていることから、「法律の条文上中止の場合は未遂が成立しない」とする法律説とはその内容面において一線を画しているといえる<sup>120)</sup>ので、このような草野豹一郎の見解は他の併用説とは異なるものとして扱うべきと考える<sup>121)</sup>。

そして瀧川幸辰は、「刑の減輕または免除は法律上並びに政策上の考慮に基く。(1) 實行の著手は構成要件の概念的な中心をめぐる一定範圍の地帯に比すべきものである。圓周においては中心におけるよりも稀薄であり得る。中止未遂は目標に進まずその外廓の程度で脱退したのであるから法律上軽く取扱うべきである。これが法律上の理由。(2) 行為者に對して、犯罪を完成するよりも中途から脱退して刑の減輕または免除を受けるのが利益であるという感銘を與へることは犯罪防止の一方法である。これは『既に刑罰に陥つて居る行為者に黄金の懸橋を架けて退却させる』ことを意味する。これが政策的理由<sup>122)</sup>」と述べて、法律上の根拠と政策上の根拠の両方を中止犯制度の根拠とする。この瀧川幸辰の見解における「法律上の理由」は、「(目標たる犯罪結果に進まなかったので)法律上軽く取扱うべき」という条文解釈に基づいたものともいえるかもしれない。しかしこれは「中止は未遂の範疇に入らない」という、中止と未遂の關係構造を示す本来の法律説の内容とはそもそも異なる内容をもつものである。そしてもし仮に「目標に進まずその外廓の程度で脱退した」という点を、中止が未遂の構造に影響を与える旨の内容として捉えたならば、それは實際上大場茂馬が主張した「行為其モノノ實質上ノ理由」とほとんど変わらないものといえる。

以上三つの考え方のうち、大場茂馬と瀧川幸辰の併用説は一見すると現

在の法律説に近いものがあるようにも見えるが、次のような点で異なる。すなわち、現在の併用説のように法律説内部で違法減少かまたは責任減少かを問題にせず、単純に中止犯の場合には法律上、通常の未遂犯と同程度に処罰するための実質性がないが故に減免という優遇的な効果が与えられるとしている点、現在の併用説があくまでも主たる要因として違法減少説ないしは責任減少説を挙げ、それを補足する形で刑事政策説を補助的に援用するのに対し、この頃の併用説は両者をほぼ同レベルのものとして援用している点、である。しかし条文上未遂犯が成立しているにもかかわらず、「中止は未遂犯の範疇に入らない」とする法律説をとることは、明治40年刑法典の規定の下ではもともと理論的に困難であった<sup>123)</sup>。このような点から、この当時において刑事政策説と法律説の併用説は広まることがなかった。

しかし以上に述べた三つの考え方においても共通して支持されていたはずの刑事政策説に対して、やがて明確な批判が唱えられ始めることになる。それは、主観主義の立場から唱えられたものであった。

まず最初に刑事政策説に疑問を呈したのは、牧野英一であった。牧野英一は1918〔大正7〕年の時点においては、「中止犯ニ付キ特例ヲ認ムルノ趣旨ニ關シテハ、コレ中止ヲ奨励セントスルニ出ツルモノナリト説クヲ普通トス。予輩ハ寧ろ犯人ノ主観ヲ基礎トシテ之ヲ解ス可キモノト信ス」として刑事政策説を採らないとするものの、自説についてはあまり具体的な内容を示していない<sup>124)</sup>。その後牧野英一は1939〔昭和14〕年に出した論文の中で、前述の草野豹一郎の見解<sup>125)</sup>を引用した上で、「従来は、その『政策的理由』が特に高調されたのであるが、わたくしは、やはり、その『本質的理由』を基礎として考へたい。犯罪決意の遂行性が徹底化されないといふ點に、その減免の理由があると考へたいのである。草野判事の『本質的理由』といふことは、要するに、中止犯に對する主観主義的考察といふことになるのである」と述べている<sup>126)</sup>。そして1941〔昭和16〕年の時点において、牧野英一は中止犯が現実に結果発生を防止する必要があ

るか、もしくは結果発生を防止するに足りる行為(努力)をしたことで足りるかについて、「(中止犯の)規定ノ精神ハ、事ヲ中止シタル行為者ノ意思ニ重キヲ置キタルモノト解スヘシ」として後者の立場をとることを明らかにした上で、その注の中で次のように述べる。「中止犯ヲ障礙未遂ヨリ區別スルノ理由ニ付テハ學說一様ナラス。客觀說ヲ採ル者ハ此ノ場合ニ於テ犯罪ノ實害ノ発生セサルコトヲ説キ、尚、其ノ不完成ヲ奨励スル政策的見地ヨリ之ヲ論スルニ對シ、主觀說ヲ採ル者ハ行為者ノ意思ノ性質ヲ其ノ論據トス(大場博士第八〇六頁参照)。若シ単ニ實害ノ発生セサルコトヲ論據トスルニ於テハ、中止ハ之ヲ障礙未遂ト區別スヘキモノニ非ス。其ノ政策上ノ見地又ハ主觀の見地ヲ採ルニ於テハ、結果防止ニ對スル努力ヲ以テ中止ノ利益ヲ許與スルニ十分ナリト考フヘキニ非サルカ<sup>127)</sup>。」すなわち中止犯の根拠を、自止を奨励して犯罪の実害が発生しないようにすることであると見る見解を「客觀說」、未遂犯の処罰において重視されるべき行為者の意思の性質に着目する見解を「主觀說」とした上で、実害が発生しないという点では障礙未遂も中止も同じであること、および「刑法力行為者ノ意思ニ重キヲ置キテ未遂ヲ処罰スルノ精神ヲ考ヘ」て<sup>128)</sup>、「主觀說」を採る、としたのである。さらに1949〔昭和24〕年の時点においては、中止犯制度の根拠論に関して「大別して二種」あり、その一つは「成るべく犯罪を中止せしめるように仕向けるためかような規定になつている」という「政策的見解」であり、もう一つは「中止未遂の場合には、行為者の反社會性の強さにおいて障礙未遂とは同視することのできないものがあるから」という「主觀主義の見解」である、とする<sup>129)</sup>。その上で「政策的見解」がフランスおよびドイツでは通説であるが、それは中止未遂を処罰しない法制の下で可能なものであり、日本の刑法のように中止未遂をなお犯罪として成立するものとする立場においては「これを主張することが困難であろう」と述べて<sup>130)</sup>、「主觀主義の見解」を採るものとする<sup>131)</sup>。

もう一人、主觀主義の立場から刑事政策説を批判したのは宮本英脩であった。宮本英脩は中止犯制度の根拠について、「通説特に客觀主義の

人々は刑法が中止犯を認めた理由を中止の奨励に歸してゐる結果、一般の通念に従つて特に障礙と考ふべき事情のない限り任意の中止と解し、多く前記第一の場合(筆者注:前述の「犯罪實行の動機たる事情が存在する為めの中止の場合」)をも任意の中止とする。然し前に述べた如く、障礙未遂は中止犯以外の一般の場合なのであるから、障礙未遂の觀念から先に定めるのは觀察が逆である。又中止の奨励といふ考へ方は、犯人が皆刑法の中止犯の規定を知つてゐること並に獨逸法の如くその刑を全免することを前提とするのでなければ不可能である」と述べて、自止の奨励を中止犯制度の根柢とする考へ方は中止犯の成立範圍が広くなりすぎ、また犯人が中止犯規定を知っていること、なおかつ法律効果を免除に限定するものでなければ不可能であると主張する<sup>132)</sup>。しかしその一方で、宮本英脩自身の見解がどのような内容のものであるのかは積極的には明確にされていない。

このような主観主義の立場からの批判の根底には、規範主義的な観点から行為者の反社会性が弱まったことを中止犯の成否に際して重視するという発想があるように思われる。牧野英一は「単純な自止の奨励で足りるとする説」と「行為者の反社会性の減弱まで要求する説」を対立して位置づけ、後者を採ると述べたのであり、また宮本英脩もともと任意性の内容に関して限定主観説を採っていたのである<sup>133)</sup>。牧野英一も宮本英脩も、そして後述する佐伯千仞や植田重正も、「反規範的意思の輕微」「反社会性の減弱」という点ではその内容的傾向は一致していたのであり、この点でこれらの学説は、中止犯の成立範圍を規範的観点で限定するものとして、現在のドイツにおける「刑罰目的説」「褒賞説」と同列のものといえるであろう。しかし主観主義から発せられたこれらの刑事政策説に対する批判は、個別的な批判(すなわち「欠点」の指摘)としては徐々に広まるものの、そのあからさまに規範的・限定的な中止犯観が好まれなかったためであろうか、その後の理論における主流を形成するまでには至らなかった。しかしやがて刑事政策説への批判を前提に、現行法の解釈論として、全く



新しい理論形式が登場することになる。

その過渡期にあったのが佐伯千仞である。佐伯千仞は中止犯制度の根拠について、1943〔昭和18〕年の段階で次のように述べた。従来の通説によれば「一旦犯罪の世界に踏み込んだ者にもできるだけそれを抛棄させようとする刑事政策的理由(中止の奨励)」によるものとされている。しかしこのような考え方は中止犯について常に刑を全免する法制にあってこそ意味を有し、また行為者はさらにその前提として中止犯の規定を知っていることを必要とするが、我が刑法の解釈としてはこれは採れない。「我刑法上の中止犯はむしろ、其の犯罪的企圖を抛棄するに至つた行為者の心情、動機に對する規範的並びに可罰的評價に基くものと解せざるを得ない。……蓋しそれが説くやうな中止にあつては、行為者は自ら正道に立戻するための努力を示してゐるのであつて、我々は彼については斯かる態度を示さぬ一般未遂罪の犯人よりも性格の危険性、従つて刑罰の必要性低く、或ひは全然處罰の必要なしと評價し得るからである」、と<sup>134)</sup>。これは刑事政策説に対しては宮本英脩と同じ論拠で批判し、その上で自説としては牧野英一と同様の論拠によるものであるといえる。佐伯千仞も任意性の内容に関して限定主観説を採る<sup>135)</sup>ことから、中止犯を広く認めることになる刑事政策説に対して、規範主義的な観点に基づいて中止犯の成立範囲を制限すべきと批判したのである。また、植田重正も佐伯千仞とほぼ同様の論理展開により「犯人の反規範性を重視して考察する」べきであると主張している<sup>136)</sup>。

以上までのように戦前・戦中までは、圧倒的多数説としての刑事政策説と、その刑事政策説を批判する日本型の刑罰目的説(規範主義説)が、具体的には中止未遂の成立範囲について広くこれを認めるか、ある程度規範的観点から限定するかで争っていたことになる。しかし戦後になって、全く新しい理論形式が現れることになった。それが、現在議論されている形式とほぼ同様の形での法律説の登場である。ここで登場した法律説には、これまでの法律説と称されたものとは決定的に異なる点があった。それは、

刑事政策説を批判し、法律説を採るとした上で、さらにその際に違法性が減少(消滅)するのか、それとも責任が減少(消滅)するのかという議論形式を提示した点である。

初めて現行法の解釈として、この現在でも行なわれている議論形式を提示し、その上で中止犯制度の一般的な根拠論として法律説を採ったのは、平場安治である<sup>137)</sup>。平場安治は、宮本英脩と同じ論拠によって刑事政策説を批判し、また前期法律説も今日では「骨董的価値」しかないというマックス・エルンスト・マイヤーの言葉<sup>138)</sup>を引用した上で、「今日に於ては犯罪は違法有責の行為であるという見地から、中止の減免事由も、違法性を減少又は消滅せしめるか、責任を減少又は消滅せしめるかに帰せられる」として、法律説をさらに違法性減少(消滅)と責任減少(消滅)の二種類に分類する<sup>139)</sup>。その上で違法性の面からは「計画の危険性の消滅」と「客観的危険状態の消滅」という二つの試みが可能であり<sup>140)</sup>、責任の面からは規範的責任論と性格的責任論からの試みが可能であるとしている<sup>141)</sup>。これを前提として平場安治は、「わたくしは違法性に於ても責任に於ても中止犯の刑の減免を理由付けうると考える。たゞ違法問題の責任問題に対する論理的先行性から及び責任に根拠を求める立場を貫けば既遂の中止、不能犯の中止も中止犯の中に入れねばならぬがゆえに、中止犯の理由付けは第一義的に違法性を減少又は消滅せしめる事由だと考える。……すなわち、実行の着手により生じた行為の危険への方向が未だ客観化されない以前に於て中止された場合は主観的違法要素の消滅による計画の危険性の喪失にまた一度危険状態が客観化された場合はかゝる危険状態の消滅による現実の危険性の喪失に根拠を求むべきであると思われる」と述べて、違法減少説を採るのである<sup>142)</sup>。

同様の議論形式から違法減少説を主張したのが、平野龍一であった。平野龍一は、刑事政策的根拠を一般予防と特別予防に分けた上で、次のように述べる。「しかし、犯罪の成立とこれに対する科刑とを、ばらばらのものと考え、中止犯を単なる政策的理由によって説明するだけでは満足せず、

両者を不可分のものと考え、中止犯を、犯罪成立要件のいずれかを阻却消滅するものとして説明しようという努力も存在する。政策説に対し、法律説と呼ばれる<sup>143)</sup>。」すなわち、法律説を、政策説の理論が発展して得られたものとして捉えているのである<sup>144)</sup>。その上で法律説を「責任消滅原由<sup>145)</sup>」と「違法消滅原由<sup>146)</sup>」の二種類に分類する。それを前提にして平野龍一は、「中止犯の要件として悔悟を必要とすれば別であるが、そうでないわが法においては責任消滅と解釋することは困難である。違法消滅説はこの点では採用できる。そうしてまた、刑の免除だけではなく、刑の減輕をも認めているのを説明することもできる。違法性は程度を附し得る概念だからである。しかし、違法性が消滅してしまうならば、犯罪自體が不成立となる筈である、しかるにわが法は、犯罪の成立を認め、刑だけを減輕免除するにとどめる。刑の免除を無罪判決だと解する説もないではないが、わが訴訟法のもとでは採用し難い。又刑の免除は一旦犯罪が成立し、後に消滅した場合だという解釈もあるが、わが法では、一貫してこれを採用することができない。わが法のもとでは違法性の消滅を認めることはできないのである。したがって違法性の減少と政策的理由との二元的な説明をする外はないように思われる」と述べて<sup>147)</sup>、中止犯の要件として悔悟が要求されていないこと、および刑の減輕の場合を認めていることから違法減少説を採るものの、刑の免除が犯罪の成立を肯定するものである<sup>148)</sup>以上、違法性の消滅は否定せざるを得ず、結果として違法減少説と政策説の併用説を採る<sup>149)</sup>。

この現在とほぼ同様の「違法減少か責任減少か」という議論形式を伴う新しい法律説は、このように、違法減少説の側から最初に提示された議論の枠組みであった。そしてまもなく、この同じ議論形式に基づいて、現行の中止犯規定の根拠論として責任減少説が主張されるようになる。

「違法減少か責任減少か」という議論形式を伴う形での法律説を前提に、現行法の中止犯規定の根拠論として責任減少(消滅)説を最初に主張したのは香川達夫である。香川達夫は、刑事政策説<sup>150)</sup>及び違法性消滅事由

説<sup>151)</sup>を批判した上で、規範的責任論の立場から責任評価の事後的な変更・消滅を可能なものとして中止未遂の不処罰根拠を責任の消滅に求めるケムジース<sup>152)</sup>に大きく依拠しつつ、「たとえ一度は法的義務に違反して犯罪的意思決定をしたのであつても、したがつてために有責の非難がさげられない場合であつても、行為者自身の主體的な介入によつて、すなわち許されない意識のもとに、換言すれば既に破つた法的義務にふたたび合致しようとする意欲　それが規範の要求に合致するという意味において規範的意識と名づけるならば、そうした規範的意識の具體化としての中止未遂は、たとえ事後的ではあるにせよ積極的・直接的に法的義務の要求に合致した場合と認められるのであり、ために責任の消滅を認めてもいいはずである」と述べて、行為者の意欲すなわち義務に違反した意欲そのものの変化に伴う評価の変動を基礎にして、中止未遂は責任消滅事由である、としたのである<sup>153)</sup>。

さらに団藤重光は、その『刑法綱要総論』の中で政策説について、いくつか論拠を挙げて<sup>154)</sup>「わが刑法のような規定のもとでは、政策説は論理的に成り立たないとさえいってよいであろう<sup>155)</sup>」と批判した上で、「中止犯について刑の必要的減免が認められるのは、おそらく、中止行為に示される行為者の人格的態度が責任を減少させるからである。かような責任の事後的減少という考え方は、人格形成責任を中核とする動的な犯罪理論の構成を前提として、はじめて成り立つであろう」と述べて<sup>156)</sup>、人格形成責任の考え方から、中止未遂制度の根拠を責任減少に求めた<sup>157)</sup>。

これにより、「責任減少説対違法減少説」という、中止未遂規定の根拠論に関する現在の日本における議論形式が完成することになる。これ以降、日本の中止未遂の根拠に関する議論は、ほとんど全てこの対立図式を前提として行われるのである。実際、この対立図式の影響は大きく、例えば佐伯千仞は、前述のように1943〔昭和18〕年の段階では「蓋しそれが説くやうな中止にあつては、行為者は自ら正道に立戻するための努力を示してゐるのであつて、我々は彼については斯かる態度を示さぬ一般未遂罪の犯人よ

りも性格の危険性、従つて刑罰の必要性低く、或ひは全然處罰の必要なしと評價し得るからである」として牧野英一のような「規範的並びに可罰的評價」という点のみを根拠としていた<sup>158)</sup>が、1968〔昭和43〕年の段階ではこの部分の記述が「けだし、それが説くような中止にあっては、行為者はみずから正道に立ち戻るための努力を示しているのであって、法的には、著手によって一度は生じた違法（法益侵害の危険）および責任が中止行為によって減少または消滅させられることになり、また主観主義的に考えても行為者の反社会的性格（悪性）が消滅または減少するとみうるからである（法律説）」と変更されるのである<sup>159)</sup>。前述のように戦前・戦中までは、明治40年刑法典成立以降の圧倒的多数説である刑事政策説と、それに対抗する形での草野豹一郎や牧野英一などの「反社会性の減弱・消滅」という日本型の刑罰目的説（規範主義説）の対立が存在していた。しかし戦後になって、まず刑事政策説に対する批判を前提にしつつ、「主観的違法要素の消滅による計畫の危険性の喪失」「危険状態の消滅による現實の危険性の喪失」、または中止犯の成立範囲を悔悟を要求することによって限定はしない点から、中止未遂の成立範囲について広くこれを認める「違法性減少・消滅」という法律説が現れ、そして同じ議論の枠組みに沿った形で、「規範的意識の具體化」または「中止行為に示される行為者の人格的態度」の点から、悔悟こそ要求しないものの、中止未遂の成立範囲をある程度規範的観点から限定する「責任減少・消滅」という法律説が現れていったことがうかがえるのである<sup>160)</sup>。そしてそれと同時に、違法減少説ないしは責任減少説のいずれかの法律説を唯一、もしくは主たる根拠とする学説が急速に増加し、刑事政策説は否定されるか、ないしはその法律説と合わせて補助的に支持されるに過ぎないものとなっていく<sup>161)</sup>。

以上まで見てきたように、この現在行なわれている法律説を中心とした議論形式は、それほど古くから存在したものではなく、戦後に突如として現れたものであったことがわかる<sup>162)</sup>。しかしなぜそうまでして刑事政策説が否定されなければならなかったのか、そしてそれに対立する考え方と

して、なぜ本来的に異なる次元の議論に関する学説である「法律説」という考え方が持ち出されたのかは、あまり明確ではない。刑事政策説を否定する理由として、「ドイツ刑法のように中止犯の法律効果が不処罰ではないから」というのであれば、ドイツ刑法においても加重的未遂の場合には内部に含まれた既遂犯として処罰されるのであるから、効果の大きさはドイツとさほど変わらないことになる。またそもそも全面的に不処罰でなければ「自止の奨励」の効果がないとするのも極端である。さらに「犯人が全員、中止犯規定を知っていることを前提としなければならない」というのも、刑事政策説に対する有効な反論とはならない。「自止の奨励」とはあくまでも「自らの犯罪結果の発生を自発的に(どんな理由からでもよいから)回避すること」であって、「犯罪結果発生」が刑法上好ましくないものであるのが当然であると同様に、「犯罪結果発生の回避」は刑法上好ましいものとして評価されるということに過ぎず、そのことは「中止規定を知っているかどうか」が関わって影響するものではない<sup>163)</sup>。

ここで、刑事政策説に対する批判が当初、主観主義・規範主義の立場から出されたものであったことが手がかりになるように思われる。すなわち、牧野英一は刑事政策説を批判した上で「反社会性の減弱」という規範主義的な見解を中止犯の根拠とし、任意性に関して「一般人基準」を持ち出すことによって、事実上、規範的な判断をその任意性判断の基準の中に取り込んでしまった。また宮本英脩は任意性に関して明確に「限定主観説」を採用した。このような中止犯の成立を規範的にみて肯定できるものみに絞る見解は、「中止犯の意義は自止の奨励であり、行為者に結果を発生させしめないこと」を内容とする刑事政策説とは相容れにくいものである。なぜならばこのような刑事政策説の帰結として「とにかく(どんな理由・動機からでもよいから)結果を発生させしめないようにする」という考えが導き出されるので、規範的な観点からは許容できない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や、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<sup>164)</sup>においても、中止犯が成立することを認めるべきなのである。だが規範的な立場からはこの結論は許容できない。そこで刑事政策説を批判した上で、規範主義的な根拠が持ち出されたと考えられるのである。

しかしこのような前提に立ったとしても、戦後になってから中止犯制度の根拠論に関して、「違法減少」「責任減少」という体系的位置づけに関わる形で、「法律説」という看板を伴った見解が突如として提示された理由は明らかにはならない。というのもまず第一に、「違法減少」「責任減少」という体系的位置づけ論は、規範主義説などの根拠論とはやはり議論の次元が異なるものなのであり、それ自体、「なぜ違法が減少するのか」「なぜ責任が減少するのか」の説明を必要としている以上、このような見解を提示する意義がどこにあるのかが不明だからである。そして第二に、本来の「法律説」は、明治40年刑法典において中止犯が未遂犯の範疇に含まれていることを前提にした時から、もはや中止犯の根拠論に関する日本の刑法典の解釈としてはかなり困難なものになってしまったはずのものだからである。だがいずれにせよ、このように根拠論において体系的位置づけ論に関わらせた形での説明が、しかも「法律説」という看板を伴って行なわれたことは、結果的に別の点において重要な意味をもつことになる。それが「正犯が中止した場合の、その狭義の共犯の取り扱い」という共犯問題である。次にこの点について扱うことにする。

1) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(1)』日本立法資料全集20巻(1999年)4頁。これらの刑法改正意見の具体的内容については、同書429頁以下参照。これらの刑法改正意見において、未遂犯ないし中止犯に関して触れた記述は発見できなかった。また明治13年刑法典に対して西欧刑法学者が論評したものを日本語訳した文献が散見される(同書475頁以下参照)が、中止犯に関しては御雇外国人のルードルフ(Otto Rudorff)が「尚望マシキハ悔悟ノ發心ヨリ其實行ヲ思ヒ止マリ或ハ事毫モ未タ發覺セサル前ニ於テ其所為ノ結果ヲ防止シタル未遂犯ヲ罰セサル一事ナリ是レ蓋シ一般ノ安全ノ為メ又徳義ノタメニ望マシキ所トス」(同書508頁)として、悔悟による中止犯を不処罰とすべきであると論評したほかは、特に注目すべき記述はない。同書533頁, 557頁, 583頁, 602頁, 618頁参照。

2) この司法省改正案については、内田ほか編著・前掲『刑法(1)』9頁および65頁

以下参照。この司法省改正案作成の段階において、未遂犯規定に関しては何ら修正は加えられていない。同書96頁以下参照。

- 3) 西原ほか編著・前掲『旧刑法(1)』36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』(1990年)236頁, 内田ほか編著・前掲『刑法(1)』9頁。太政官に属する参事院に提出されたこの改正案は、まず部会議において修正され、その後参事院総会議に付された。この総会議に提出されたものが「参事院総会議提案」であり、その提出案が参事院において検討・修正されたものが「参事院議決案」である。手塚豊「明治十六年・参事院の刑法改正草案」手塚豊著作集第四巻『明治刑法史の研究(上)』(1984年)所収229頁以下, および内田ほか編著・前掲『刑法(1)』9頁, 167頁以下参照。これらの参事院での改正作業においても、未遂犯規定に関しては何ら修正が加えられなかったようである(手塚・前掲書235頁, 内田ほか編著・前掲『刑法(1)』191頁, 250頁, 297頁以下, 417頁参照)。なおこの改正案そのものの最大の眼目は、各種自由刑の大幅な刑期の延長と財産刑の金額の増加にあった。手塚・前掲書223頁。
- 4) 小野清一郎『舊刑法とポアソナードの刑法學』前掲書所収430頁, 石井編・前掲書124頁以下, 野村・前掲書67頁以下。
- 5) 倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』236頁。このポアソナードによる改正案およびその注釈が前掲の Boissonade, *Projet révisé de Code Pénal pour l'Empire du Japon accompagné d'un commentaire* (1886, 復刻版1988)であり、その日本語訳がポアソナード著(森順正ほか訳)『刑法草案註釈』(1886年, 復刻版1988年)である。それぞれの未遂犯に関する記述は、Boissonade, *op. cit.*, pp. 404-420, ポアソナード・前掲書526頁以下参照。前述のように、このポアソナードの1886年の改正案においても、中止犯規定(127条)の文言は全く変化しなかった。
- 6) 西原ほか編著・前掲『旧刑法(1)』39頁, 倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』236頁, 佐伯・小林・前掲『刑法学史』237頁, 小早川・前掲書1027頁, 野村・前掲書68頁。この明治23年刑法改正案が、明治13年刑法典以後の公にされた改正案としては、最初のものであると思われる。なおその改正案の全文は、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』72頁以下参照。
- 7) 倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』88頁。
- 8) 内田ほか編著・前掲『刑法(2)』5頁以下参照。
- 9) 内田ほか編著・前掲『刑法(2)』139頁, 140頁。なお、刑法改正審査委員会の決議録の第53回(明治27年4月11日)において、既にこれと全く同一の文言の未遂犯・中止犯規定が置かれていた。内田ほか編著・前掲『刑法(2)』97頁参照。
- 10) 内田ほか編著・前掲『刑法(2)』97頁以下。
- 11) 前述第二章第二節(1)b)。このような加重的未遂の場合の処遇について、かつてのドイツにおいては、特に中止未遂とその中に含まれる既遂犯の罪数関係が法条競合である場合に関して、罪数関係の点(すなわち法条競合の場合には中止未遂しか成立していないのであって、その中に含まれる既遂犯はそもそも成立していない、ということ)から、含まれた既遂犯も不処罰とする見解が有力に存在したようである。香川・前掲『中止未遂の法的性格』132頁以下。Berner, a.a.O., 18.Aufl., S.157; Karl Hatzig, *Über den Rücktritt vom*



Versuch und die sogenannte thätige Reue, 1897, S.40. ベルナーは「終了した(既遂)行為がそれを越える未遂犯罪のそもそもの必要な構成要素を形成している場合には、未遂と既遂の重なり合いは承認されるべきではない」とし、ハツイヒモ「この場合には刑法上そもそも競合が存在するのではなくて、(未遂の)犯罪のみが存在するのであって、他の(既遂の)犯罪はもはや意味をもたないのである」として、法条競合の場合は不処罰とした。これに対しアルフェルトは「どうして、例えば他の者にひどい傷害を負わせた者が、その者の故意がさらに重い、すなわち殺害にまで向けられたものであったが、その死が彼により避けられたことを理由として、身体傷害罪により可罰的とはされるべきでないことになるのであろうか?」(Philipp Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 9. Aufl., 1934, S. 203 Fn.57)と批判した。リストは当初、内部に含まれる既遂犯の処罰は罪数関係が「観念的競合の場合のみに当てはまり、法条競合に対しては当てはまらない」(v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1911, S. 218 Fn. 6)としていたが、のちに「これ(未遂行為の中に存在するその他の既遂犯罪の可罰性が失われないこと)はいわゆる観念的競合に対しても、法条競合に対しても当てはまる。かつての版とは(見解が)異なる。」(v. Liszt, a. a. O., 21-22. Aufl., 1919, S. 203 Fn. 7)と考えを変更した。フランクはFrank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 100において法条競合の場合にも含まれた既遂犯は可罰的であるとしつつ、「殺人未遂の中止の際に身体傷害が残ったままであるかどうかという問題は、全く以て肯定されるべきではない、なぜなら殺害の故意と傷害の故意とは決して常に結び付けられるものとは限らないからである」(ders, a. a. O., S. 100)としている。しかし現在では法条競合の場合にも内部に含まれた既遂犯の処罰を認めるのが通説のようである。Schönke/Schröder/Eser, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 1997, §24 Rn. 109; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 549; Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, S. 291; Karl Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 22. Aufl., 1997, §24 Rn. 23.

- 12) 西原ほか編著・前掲『旧刑法(1)』41頁。
- 13) 内田ほか編著・前掲『刑法(2)』189頁。
- 14) 内田ほか編著・前掲『刑法(2)』189頁。
- 15) 内田ほか編著・前掲『刑法(2)』189頁。
- 16) 倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』88頁。
- 17) 内田ほか編著・前掲『刑法(2)』139頁。
- 18) 内田ほか編著・前掲『刑法(2)』473頁, 474頁。
- 19) このように未遂犯の成立範囲が、それまでは「中止犯」であって「未遂犯」ではないとされた領域にまで拡大された理由は定かではない。未遂犯の一般規定である58条については、法典調査会第三部の第十八回の会議において原案に対して修正案が出され、「熱心ナル討議」があったようである。しかしこの議論の内容については詳細な記載が全くなく、具体的にどのような過程を経て、どのような理由から未遂犯の成立範囲が拡大されたのかは定かではない。だが結果として「遂二原案ノ通可決ス」とあることから、法典調査会の

原案の時点で既に自己の意思により結果が発生しなかった場合にも未遂犯が成立すると改められていたものと考えられる。内田ほか編著・前掲『刑法(2)』188頁。

- 20) 実際、明治33年「刑法改正案」理由書の中止犯規定である第59条には、「前條(筆者注：未遂犯の一般規定)ノ規定ニヨレハ一旦犯罪ノ實行ニ著手シタル後ハ自己ノ意思ニ因リ之ヲ中止シタルトキト雖モ猶ホ未遂罪ト為ルヲ以テ或ハ已ニ犯罪ノ實行ニ著手シタルモノハ決シテ之ヲ中止スルコトナク常ニ遂行スルノ虞アリ……」とある。「中止犯の場合にも未遂罪となる」という前提が存在することがここからもうかがえる。内田ほか編著・前掲『刑法(2)』520頁。
- 21) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(3)』日本立法資料全集22巻(1994年)40頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』170頁。この明治34年刑法改正案のように、中止犯を但書にするという形式にした理由は定かではない。内田ほか編著・前掲『刑法(3)』91頁。ただ、中止犯も未遂犯の一部であることはこのことからもより一層明確にされたと言えるであろう。
- 22) 西原ほか編著・前掲『旧刑法(1)』43頁、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(5)』日本立法資料全集25巻(1995年)5頁以下参照。
- 23) 明治35年1月の刑法改正案について、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(4)』日本立法資料全集24巻(1995年)38頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』444頁。明治35年2月に衆議院に送付された刑法改正案について、内田ほか編著・前掲『刑法(5)』32頁。第17帝国議院に再び提出された刑法改正案について、内田ほか編著・前掲『刑法(5)』328頁。
- 24) 明治35年1月の刑法改正案理由書について、内田ほか編著・前掲『刑法(4)』87頁以下。第17帝国議院に再び提出された刑法改正案の理由書について、内田ほか編著・前掲『刑法(5)』377頁以下。明治34年の「刑法再整理案」においても問題とされず(内田ほか編著・前掲『刑法(3)』377頁以下)、会議等の議論においても特に大きな問題があるとはされていない。内田ほか編著・前掲『刑法(4)』358頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』583頁、902頁以下。
- 25) 内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(6)』日本立法資料全集26巻(1995年)5頁以下参照。
- 26) 内田ほか編著・前掲『刑法(6)』180頁以下参照。なお花井委員から同時に出された中止犯を必要的免除にする旨の修正案は、後述のように賛成少数で否決された。
- 27) 内田ほか編著・前掲『刑法(6)』263頁(但し表題は「明治三九年『刑法改正案』」である)、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』1563頁。この規定のように未遂犯を必要的減輕にすることは、当時の現行法(明治13年刑法典)を維持するものであった。内田ほか編著・前掲『刑法(6)』306頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』2147頁。
- 28) 西原ほか編著・前掲『旧刑法(1)』46頁、内田ほか編著・前掲『刑法(6)』10頁、11頁。
- 29) 内田ほか編著・前掲『刑法(6)』390頁。ここで奥山政敬は中止犯規定との刑の権衡が失われている点について質問した。これに対し倉富勇三郎は、中止犯においても「随分程

## 中止犯論の歴史的展開(2)(野澤)

度ノ問題デ、例ヘバ自分ノ意思デ罷メタ場合モ餘ホド進ンデ罷メタ場合モアル、又始メニ罷メル場合ガアリマスカラ、自己ノ意思ニ依ツテ罷メタ者ハ之ヲ輕クセヌケレバナラヌカラシテ、此改正案ノ通り減輕免除ノ通りニ致セバ矢張り未遂犯ノ現行ノ場合デモ左ホド不都合ハ無カラウト思ヒマス」と答弁した。

- 30) 内田ほか編著・前掲『刑法(6)』432頁。
- 31) 送付された刑法改正案の未遂犯・中止犯規定については、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(7)日本立法資料全集27巻』(1996年)35頁。
- 32) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』5頁以下参照。
- 33) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』122頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』1898頁。
- 34) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』6頁、7頁にその報告書の内容がある。
- 35) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』255頁以下、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』2021頁。
- 36) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』320頁以下、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』1824頁。  
その衆議院で修正可決された刑法改正案の未遂犯・中止犯規定については、内田ほか編著・前掲『刑法(7)』335頁。
- 37) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』362頁以下、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』2083頁以下参照。
- 38) 内田ほか編著・前掲『刑法(6)』181頁。この提案は結局否決された。
- 39) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』55頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』1781頁。
- 40) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』122頁。倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』1898頁においては、この花井卓蔵の中止犯に関する提案の部分は全て削除されている。なお、花井卓蔵の中止犯に関する見解については、花井卓蔵『増訂刑法俗論』(1922〔大正11〕年)405頁以下を参照。
- 41) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』255頁。これも倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』2021頁においては、加瀬禧逸の中止犯に関する提案そのものが全て削除されている。
- 42) 明治40年刑法改正案の理由書においても、「中止犯ヲ無罪ト為ス法制ノ不當ナルハ論ナキトコロナリ」と述べられている。内田ほか編著・前掲『刑法(6)』306頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』2147頁。
- 43) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』55頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』1781頁。
- 44) 内田ほか編著・前掲『刑法(7)』57頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』1783頁。
- 45) 平沼騏一郎は、前述の明治39年刑法改正案を検討する法律取調委員会の第14回委員総会(明治39年11月28日)において、既に「中止犯ト云ヘドモ中ニハ未遂犯ト區別スベカラザル程度ニ屬スルモノアリ」等と述べてはいるが、「悔悟を要しない」「悪い動機から中止しても中止犯となる」ということまでは明確にはしていない。内田ほか編著・前掲『刑法(6)』182頁。
- 46) 田中正身『改正刑法釈義上巻』(1907〔明治40〕年)凡例1頁、南雲庄之助『刑法修正理由』(1907〔明治40〕年)凡例参照。
- 47) 田中・前掲書565頁以下。
- 48) なお、この568頁の記述は「刑法改正政府提出案理由書」の中止犯に関する記述箇所と

全く同じ文面である。内田ほか編著・前掲『刑法( 6 )』306頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』2147頁参照。

- 49) 田中・前掲書570頁以下。
- 50) 田中・前掲書574頁。
- 51) 田中・前掲書574頁以下。
- 52) 南雲・前掲書123頁以下。
- 53) 南雲・前掲書125頁以下。なお、谷野格講義『刑法汎論』( 早稲田大学出版部蔵版、出版年不明であるが、「刑法改正案」として「第五十五條」「犯罪の實行に着手し之を遂げざる者は其刑を減輕することを得但自己の意思に因り之を止めたるときは其刑を減輕又は免除す」と条文が挙げられていることから、明治34年頃に出版されたものと思われる) の212頁以下においてもほぼ同じ記述がなされている。
- 54) この場合の「消極的」に規定する法制とは、中止犯を未遂犯の範疇に含めるドイツ型の中止犯の形式を指す。逆に中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とするフランス型の中止犯の形式は「積極的」に規定する法制と呼ばれている。このような呼び方は、小疇・前掲『日本刑法論』239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〕』318頁以下において用いられているのと同じであり、また谷野所論の当該個所の記述は小疇傳の記述形式に全体的にほぼ倣う形となっている。香川・前掲書18頁において述べられている「積極」「消極」という言葉とはほぼ正反対に用いられていることに注意を要する。
- 55) 前の注でも述べたとおり、この「積極的に規定するの法制」とはフランス型の中止犯の規定形式を指す。
- 56) 後述第三章第二節( 2 ) c )。
- 57) 南雲・前掲書132頁。なおこの文章は、後掲の平沼駿一郎講述『刑法汎論』( 出版年不明であるが、1903 1904〔明治36 37〕年頃の出版と思われる) 194頁以下において、既にほぼ同じ内容が記述されていた。
- 58) なお南雲・前掲書15頁以下において、前述の衆議院第一議會( 明治40年2月22日) における平沼駿一郎の答弁内容が「平沼駿一郎氏所説」として掲載されている。
- 59) 平沼・前掲書192頁。
- 60) なお平沼駿一郎はこの文献の中で他に、明治13年刑法典の解釈論としてではあるが、「中止ノ決意ハ如何ナル動機ニ因ルモ可ナリ」として、自発的なものであれば中止犯の動機は問わないこと、加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯として処罰をすべきであることを述べている。平沼・前掲書193頁以下参照。
- 61) ただし当然のことながら、法典調査会第三部での検討を基に作成された明治33年刑法改正案の時点で既に中止犯が未遂犯の範疇に入れられていることから、このような考え方を平沼駿一郎が最初に主張し始めたものとは、もちろん考えにくい。しかしこのような考え方を起草者( の一人) が明確に持っていたことは重要であると思われる。
- 62) この点につき、後述第三章第二節( 2 ) c )。
- 63) 内田ほか編著・前掲『刑法( 7 )』57頁、倉富ほか編『増補刑法沿革綜覧』1783頁、南

## 中止犯論の歴史的展開(2)(野澤)

雲・前掲書15頁以下。

- 64) 泉二新熊『改正日本刑法論〔訂正七版〕』(1909〔明治42〕年)287頁。同じく泉二新熊『日本刑法論上巻〔訂正第四十版〕』(1927〔昭和2〕年)527頁においても同様の記述が見られ、また泉二新熊『刑法大要〔全訂増補三十版〕』(1934〔昭和9〕年)190頁においても「中止ノ原因ハ悔悟ニ限ルモノニ非ス」との記述がある。なお泉二新熊の刑法理論については、内田文昭「泉二新熊の刑法理論( )」前掲『刑法理論史の総合的研究』373頁以下および田宮裕「泉二新熊の刑法理論( )」前掲『刑法理論史の総合的研究』395頁以下参照。
- 65) 小疇傳『新刑法論』(1910〔明治43〕年)322頁。
- 66) 勝本勘三郎『刑法要論 総則』(1913〔大正2〕年)168頁。なお勝本勘三郎の刑法理論については、中義勝・山中敬一「勝本勘三郎の刑法理論」前掲『刑法理論史の総合的研究』140頁以下参照。
- 67) 神谷健夫・神原甚造『刑法詳論』(1913〔大正2〕年)326頁以下。
- 68) 大場茂馬『刑法総論下巻』(1918〔大正7〕年)814頁。同じく大場茂馬『刑法要綱〔三版〕』(1918〔大正7〕年)205頁においてもほぼ同様である。なお大場茂馬の刑法理論については、堀内捷三「大場茂馬の刑法理論」前掲『刑法理論史の総合的研究』232頁以下参照。
- 69) 山岡萬之助『刑法原理〔訂正増補第七版〕』(1918〔大正7〕年)212頁。
- 70) 富田山壽『日本刑法』(1918〔大正7〕年)317頁。
- 71) 牧野英一『日本刑法』(1918〔大正7〕年)162頁。同じく牧野英一『日本刑法上巻総論〔重訂版〕』(1941〔昭和16〕年)306頁、同『刑法総論下巻〔全訂版〕』(1966〔昭和41〕年)628頁以下においてもほぼ同様である。なお牧野英一の刑法理論については、佐藤昌彦『牧野刑法学説の研究』(1981年)、中山研一「牧野英一の刑法理論」前掲『刑法理論史の総合的研究』287頁以下、同じく中山研一『刑法の基本思想』(1979年)1頁以下、同じく中山研一『刑法諸家の思想と理論』(1995年)1頁以下等を参照。
- 72) 久禮田益喜『日本刑法総論』(1925〔大正14〕年)258頁以下。同じく久禮田益喜『刑法学概説』(1930〔昭和5〕年)301頁においてもほぼ同様である。
- 73) 瀧川幸辰『刑法講義改訂版』(1930〔昭和5〕年)155頁。同じく瀧川幸辰『犯罪論序説』(1938〔昭和13〕年)251頁、同『犯罪論序説』(1947〔昭和22〕年、改訂版)190頁においてもほぼ同様である。なお瀧川幸辰の刑法理論については、内藤謙「瀧川幸辰の刑法理論」前掲『刑法理論史の総合的研究』537頁以下、中山・前掲『刑法の基本思想』83頁以下参照。
- 74) 小野・前掲「刑法総則草案と中止犯」『豊島博士追悼論文及遺稿集』(1933年)85頁(小野『刑罰の本質について・その他』(1955年)所収)。同じく小野清一郎『全訂刑法講義』(1944〔昭和19〕年)196頁、『新訂刑法講義総論』(1948〔昭和23〕年)186頁においてもほぼ同様である。なお小野清一郎の刑法理論については、宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」前掲『刑法理論史の総合的研究』475頁以下、中山・前掲『刑法の基本思想』54頁以下参照。

- 75) 草野豹一郎『刑法総則講義第一分冊』(1935〔昭和10〕年)179頁。同じく草野豹一郎『刑法総則講義第二分冊』(1952〔昭和27〕年)142頁においてもほぼ同様である。なお草野豹一郎の刑法理論については、真鍋毅「草野豹一郎の刑法理論」前掲『刑法理論史の総合的研究』450頁以下参照。
- 76) 佐瀬昌三『刑法大意(第一分冊)』(1937〔昭和12〕年)211頁以下。
- 77) 江家義男『刑法』(1938〔昭和13〕年)87頁。同じく江家義男『刑法講義(総則篇)』(1940〔昭和15〕年)307頁、『新版刑法講話』(1948〔昭和23〕年)96頁においても同様である。
- 78) 木村亀二「中止未遂の概念」法学(東北大学)8巻2号(1939〔昭和14〕年)280頁以下(木村亀二『刑法の基本概念』(1948〔昭和23〕年)所収)。なお木村亀二の刑法理論については、西原春夫「木村亀二の刑法理論」前掲『刑法理論史の総合的研究』638頁以下、中山・前掲『刑法の基本思想』27頁以下参照。
- 79) 安平政吉『改正刑法総論』(1950〔昭和25〕年)317頁。
- 80) 宮崎澄夫『刑法総論』(1950〔昭和25〕年)136頁。
- 81) 瀧川春雄・宮内裕・平場安治『刑法理論学総論』(1950〔昭和25〕年)210頁以下〔平場安治執筆〕。同じく平場安治『刑法総論講義』(1961〔昭和36〕年)141頁においてもほぼ同様である。
- 82) 平野龍一「中止犯」刑事法講座第二巻』(1952〔昭和27〕年)414頁(平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』(1981年)所収,154頁)。なお平野龍一の刑法理論については、中山・前掲『刑法の基本思想』166頁以下等を参照。
- 83) 団藤重光『刑法綱要総論』(1957〔昭和32〕年)271頁。なお団藤重光の刑法理論については、中山・前掲『刑法の基本思想』137頁以下等を参照。
- 84) 宮本英脩『刑法大綱』(1935〔昭和10〕年)184頁。なお宮本英脩の刑法理論については、鈴木茂嗣「宮本英脩の刑事法理論」前掲『刑法理論史の総合的研究』425頁以下、中山・前掲『刑法諸家の思想と理論』45頁以下等を参照。
- 85) 佐伯千仞『刑法総論』(1943〔昭和18〕年)291頁以下。なお佐伯千仞の刑法理論については、中山・前掲『刑法の基本思想』111頁以下等を参照。
- 86) 植田重正『刑法要説(総論)』(1949〔昭和24〕年)211頁以下。
- 87) 宮本・前掲書183頁。
- 88) 宮本・前掲書183頁以下。この第三の場合のような意識を宮本英脩は「これを廣義の後悔といつても差支へない」としている。
- 89) 佐伯・前掲書291頁以下。
- 90) 植田・前掲書211頁以下。
- 91) Claus Roxin, Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch, Festschrift für Ernst Heintz, 1972, S. 256ff.
- 92) ドイツにおいては、任意性の要件に関して、心理学的考察説と規範的考察説が対立している。Vgl. Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S.82ff.; Christian Jäger, Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt

中止犯論の歴史的展開(2)(野澤)

vom Versuch, ZStW Bd.112, 2000, S.783ff.

- 93) Karl Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 22., neubearbeitete Aufl., 1997, §24 Rdn. 18; ders., Anmerkung, NSTZ 1988, S. 405f.
- 94) 泉二・前掲『改正日本刑法論〔訂正七版〕』287頁, 勝本・前掲書167頁, 大場・前掲『刑法総論下巻』814頁, 牧野・前掲『日本刑法』162頁, 同じく牧野・前掲『日本刑法上巻総論〔重訂版〕』305頁以下, 同・前掲『刑法総論下巻〔全訂版〕』629頁以下, 瀧川・前掲『犯罪論序説』251頁および『犯罪論序説(改訂版)』189頁以下(ただし瀧川幸辰はもともと前掲『刑法講義改訂版』155頁においては「犯罪発覚の恐怖」によっても中止未遂となる, としていた), 宮崎・前掲書136頁, 平野・前掲論文416頁, 草野・前掲『刑法総則講義第一分冊』178頁以下, 団藤・前掲書272頁。
- 95) 泉二・前掲『改正日本刑法論〔訂正七版〕』287頁。なおフランクは, このような事例に関して, 「行為者が既遂の阻止を恐れたという意味で露見を認めた場合には, その中止は任意的なものではない。しかし彼が告発および処罰を予見したが故にのみ, それが彼を中止させるきっかけとなった場合には, 彼の中止は任意的なままである」として, 結果発生そのものが不可能であることを理由とする場合は任意性を否定する一方で, 結果発生は可能だが, その後の処罰を恐れたにすぎない場合は任意性を肯定した。Frank, a. a. O., 18. Aufl., 1931, S. 98.
- 96) 牧野・前掲『日本刑法』162頁。牧野英一『改正刑法通義』(明治40年)95頁以下においても, 既に障礙未遂と中止未遂の区別基準に関して三種類の説が挙げられ, 結論として同様に 説と同じ内容の考え方が主張されているようではあるが, その分類において「後悔を要求する説」が挙げられていない。
- 97) 牧野・前掲『日本刑法』162頁。
- 98) 牧野・前掲『日本刑法上巻総論〔重訂版〕』305頁以下, 同・前掲『刑法総論下巻〔全訂版〕』629頁以下。
- 99) 牧野英一「刑事判例研究(四) 障礙未遂と中止未遂との区別」『刑法研究第七巻』(1939年)400頁以下, 同・前掲『刑法総論下巻〔全訂版〕』632頁以下。
- 100) 牧野・前掲『刑法総論下巻〔全訂版〕』632頁。
- 101) 久禮田・前掲『日本刑法総論』258頁以下, 同・前掲『刑法学概説』301頁, 草野・前掲『刑法総則講義第一分冊』178頁以下, 佐瀬・前掲書211頁以下, 江家・前掲『刑法講義(総則篇)』306頁以下, 瀧川他・前掲『刑法理論学総論』206頁以下〔平場執筆〕, 平野・前掲論文412頁等を参照。
- 102) この点について, Manfred Maiwald, Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch, in GS für Heinz Zipf, 1999, S. 255ff. (とくに S. 268ff.) を参照。マイバルトは, 心理学的考察説の立場に立つ論者が任意性に関する判断基準を具体的に示す際に, 「通常的生活観に基づいて (nach der gewöhnlichen Lebensauffassung)」(vgl. RGSt 55, 66) 任意性を判断したり, エーザーのように「思慮分別に従って (vernünftigerweise)」(Schönke/ Schröder/ Eser, a. a. O., 25. Aufl., 1997, §24 Rn. 47) のものであるかどうかを判断基準にしたりする場合には, それは規範的考察以外の何ものでもなくなり, 心理学的考察説を前提としたことと

矛盾する、と指摘する。

- 103) このような任意性の側面からだけでなく、中止行為において「真摯性」をも要求することによって、中止未遂の成立範囲を絞る見解も存在した。牧野・前掲『刑法総論下巻(全訂版)』643頁以下、同・『刑事判例研究(七)中止行為の真摯性』『刑法研究第七巻』(1939年)449頁以下など。
- 104) この「不処罰の恩典に値しない者」としてどのような者が考えられていたのか、という点も重要である。明治30年刑法草案までは中止犯の法律効果は「現ニ生シタル結果ニ從テ之ヲ罰ス」という形式であった。しかし明治33年刑法改正案においては「其刑ヲ減免ス」という形式になった。このことからすなわち、明治30年刑法草案においては殺人の中止未遂の際の傷害のように実際に客観的な害が発生した場合でなければ処罰できず、よって悪い動機から中止しなおかつ何ら客観的な実害を発生させなかった者は不処罰であったのである。これに対し、明治33年刑法改正案においては裁判官に減輕か免除かという選択が委ねられたため、このような者に対しても、減輕したものとはいえ刑罰を科すことができるようになったのである。このように、「不処罰の恩典に値しない者」であるかどうかの判断に関して裁判官の裁量範囲が拡大したことも、規範的観点の傾向が根強かったことと関連しているように思われる。
- 105) 立法の際のこのような意図は、前述の平沼騏一郎の国会答弁においても如実に現れているといえる。前述第三章第一節参照。
- 106) 磯部四郎『改正刑法正解』(1907〔明治40〕年)93頁以下。前述のように彼は旧刑法下での磯部・前掲『改正増補刑法講義上巻』1047頁以下において、「自止の奨励」という刑事政策的根拠によらず、中止犯はもともと社会が処罰する権利をもたないものであるという、フランスの社会契約論にも似た考え方を主張していた。そして前掲『改正刑法正解』93頁以下においてはこれを具体的にして、「自己ニ因リテ止メタルモノハ社会ニ及ボス害毒少ナク且犯情モ亦憫諒スヘキ所アル」であり、中止した場合に既遂の刑と同じ刑を受ける可能性がある場合には「決シテ中止スルコトナク常ニ之ヲ遂行スルニ至ルノ虞ナシトセサルヘケレハナリ」として、「社会への害悪の回避」という考え方から中止犯制度の根拠を指摘した。
- 107) 束野俊一『改正刑法註釈』(1907〔明治40〕年)123頁。
- 108) 泉二・前掲『改正日本刑法論(訂正七版)』(1909〔明治42〕年)288頁。泉二は、ペンディングのように中止犯成立のためには犯罪意思を終局的に放棄することを必要とする(＝一時的な犯罪実行の延期は中止犯とはならない)考え方もあり、また中止未遂の法律効果の根拠は「犯人ヲシテ自ラ其犯行ノ既遂ニ至ルコトヲ防止セシメ以テ犯罪ヨリ生ルル害悪ヲ避ケントスル政策ニ出テタルモノ」であり、これを貫けばその犯罪意思の終局的放棄を要求するのが立法上適当であるが、解釈論としては他の犯罪を行おうとする意思の留保により現在の実行を中止した場合でも中止未遂となるというべきである、と述べる。同じく泉二・前掲『日本刑法論上巻(訂正第四十版)』(1927〔昭和2〕年)527頁以下においても同様の記述が見られる。
- 109) 小嶋傳『新刑法論』(1910〔明治43〕年)406頁以下。小嶋傳の記述は、明治13年刑典



## 中止犯論の歴史的展開(2)(野澤)

時代に書かれた小疇・前掲『日本刑法論』239頁,同・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論総則〔訂正増補〕』318頁と全く変わらない。

- 110) 勝本・前掲『刑法要論 総則』168頁。
- 111) 岡田庄作『刑法原論総論(増訂改版第四版)』(1917〔大正6〕年)342頁。岡田庄作は「中止犯ハ其犯意不十分ナルカ故ニ其刑ヲ減免ストノ説アルモ中止犯ノ處分ハ犯意論ノ支配スヘキ範圍ニアラスシテ刑事政策上ノ理由ニヨリ決セラルヘキモノナリ」とする。なお、同じく岡田庄作『裁判上ノ免刑論』(1920〔大正9〕年)141頁以下も参照。
- 112) 山岡・前掲書213頁。ただし山岡萬之助は中止犯の不処罰を「行為者ヲシテ可成的犯意ヲ翻ヘサシメ因リテ害實ノ發生ヲ減少セントスル趣旨」であるとはするが、「中止未遂ハ犯罪ノ未遂ニ外ナラザルヲ以テ性質上處罰セラルベキモノナリ」、したがってこれを処罰するかどうかは刑事政策上の問題であるとして、刑事政策説を処罰消滅事由説の内容を併せ持った形式で捉えていることがうかがえる。学説のこのような傾向は徐々に強まっていくことになる。
- 113) 富田・前掲書319頁。富田山壽は明治40年刑法典の理由書の一節(もしこの中止犯規定の部分がなければ、犯罪の実行に着手した者は自らの意思により中止した場合も未遂犯として処罰されるが故に、常に犯罪を遂行してしまう虞がある旨の指摘箇所)を挙げて、現行法も刑事政策説に基づいているとした上で、「此見地ニ於テ云ヘハ當然中止ハ犯罪不成立ノ原因ト非スシテ刑罰排除ノ原因ト為ルモノト解ス可ク我刑法力ノ刑ノ減免ノ原因ト為シタルハ固ヨリ當然ノ事ナリ」と述べている。すなわち刑事政策説を採用することと処罰消滅事由説を採用することは結びつくものである、としているのである。富田山壽のこのような理解は当然かつ妥当なものであったといえる。
- 114) 小野清一郎『刑法講義』(1932〔昭和7〕年)175頁以下。同じく小野・前掲『全訂刑法講義』194頁以下,前掲『新訂刑法講義総論』(1948〔昭和23〕年)185頁においてもほぼ同様である。
- 115) 大場・前掲『刑法総論下巻』(1918〔大正7〕年)806頁。
- 116) 大場・前掲『刑法総論下巻』807頁。
- 117) 大場・前掲『刑法総論下巻』808頁。このような「未遂行為と中止行為の一括評価」という大場茂馬の考え方に近いものとして、金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について(一)(二・完)」法学(東北大学)63巻(1999年)655頁以下,64巻(2000年)53頁以下(特に64巻78頁以下参照),同じく金澤真理「中止未遂とその法的性格」刑法雑誌41巻3号(2002年)29頁以下,清水一成「中止未遂における「自己ノ意思ニ因リ」の意義」上智法学論集29巻2・3号(1986年)235頁以下,Dietrich Lang-Hinrichsen, Bemerkungen zum Begriff der „Tat“ im Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff), in Festschrift für Karl Engisch, 1969, S.353 ff. (本論文の紹介として,刑法読書会「カールエンギッシュ記念論文集の紹介(八)ラング=ヒンリクセン『刑法における所為概念についての覚書』」(中山研一紹介)法学論叢89巻3号(1971年)58頁以下参照)。このような全体的考察方法は法律説と結びつくものであるが,このような論理構

成を前提とすると、正犯が中止した場合に正犯の中止行為を未遂行為と一括的に評価する以上、その教唆犯・幫助犯は従属性の観点から「中止未遂の」教唆犯・幫助犯であることになり、中止が一身専属的なものではないことになる(ただしラング=ヒンリクセンは、ただ単に中止行為と未遂行為を合わせたものを「行為(Tat)」とすべきだとするのはなく、通常未遂行為部分のみの「行為」とは別に量刑事情としての「拡大された行為」概念を立てるべきだとして、「行為」概念の相対化を試みていることに注意を要する)。後述第三章第二節(2)c)。

- 118) 大場・前掲『刑法総論下巻』809頁以下。
- 119) 草野・前掲『刑法総則講義第一分冊』(1935〔昭和10〕年)182頁。同じく草野・前掲『刑法総則講義第二分冊』(1952〔昭和27〕年)145頁、同・『刑法要論』(1956〔昭和31〕年)110頁においてもほぼ同様である。これと同じく「刑事政策」と「反社会的性格の軽微さ」を根拠とするのは、江家・前掲『刑法講義(総則篇)』(1940〔昭和15〕年)305頁、同・前掲『新版刑法講話』(1948〔昭和23〕年)95頁以下。さらにこれらの考え方とほぼ同様に、根拠論として「行為者の反規範性が軽微である」という「實體法的な理由」と中止犯の奨励という「政策的な理由」を挙げるものとして、小泉英一『改訂刑法要論(総論)』(1943〔昭和18〕年)225頁、斉藤金作『刑法総論(改訂版)』(1955〔昭和30〕年)215頁。
- 120) 前述のように、「法律説」とは「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」についての学説であって、「なぜ中止犯が不処罰になるか」についての学説ではないのである。「行為者の反社会性の微弱」ということは中止制度の根拠にはなるが、その内容から即座に「中止が未遂の範疇に入らないこと」を導き出すものとはいえないのであり、これを条文解釈論的根拠とすることはできない。
- 121) この草野野一郎の見解の方が、「なぜ中止犯が不処罰になるか」について二つの考え方を合わせて採用している所から、これこそ「併用説」と呼ばれるべきものと考えられる(ただし本論文では混乱を避けるために「併用説」は従来どおりの「法律説と刑事政策説の併用」を意味するものとした)。しかしこのような草野野一郎の見解は、「刑事政策」という、中止をその動機を問わずに認めやすい見解と、「行為の反社会性の微弱」という、中止を規範的に限定する見解の両方を採用する、ということの意味するので、結局として中止を承認するかどうかについての基準を導き出せず、根拠論の存在意義を失わせることになるものと考えられる。
- 122) 瀧川・前掲『犯罪論序説』(1938〔昭和13〕年)248頁以下。同じく瀧川・前掲『犯罪論序説(改訂版)』188頁においてもほぼ同様の内容である。
- 123) この点で、大場茂馬が前期法律説的な説明で中止犯の根拠を説明しようとしたのは、根本的に条文から外れるものである。瀧川幸辰の主張する「法律上の理由」は、本来の法律説の内容とはかけ離れたものである。この「法律上の理由」を前期法律説的な説明として捉えるならば、大場茂馬に対するのと同様、条文から外れることになる。
- 124) 牧野・前掲『日本刑法』(1918〔大正7〕年)164頁。
- 125) 前掲の草野・『刑法総則講義第一分冊』(1935〔昭和10〕年)182頁の、「中止犯に付て、

## 中止犯論の歴史的展開(2)(野澤)

刑の減免乃至行為の不處罰を規定する所以のものは、一面には中止犯を奨励すると云ふ政策的理由 リストの所謂犯人に対する復歸への黄金橋 に基くと同時に、他面行為者の反社会的性の微弱であると云ふ本質的理由に基くものと解すべきであらう」という部分が引用されている。

- 126) 牧野英一「障礙未遂と中止未遂」『刑法研究第八巻』(1939〔昭和14〕年)258頁以下(特に275頁以下を参照)(初出は国家試験昭和11年8月1日号)。
- 127) 牧野・前掲『日本刑法上巻総論〔重訂版〕』(1941〔昭和16〕年)316頁。
- 128) 牧野・前掲『日本刑法上巻総論〔重訂版〕』316頁。
- 129) 牧野英一『刑法総論』(1949〔昭和24〕年)361頁。同じく牧野・前掲『刑法総論下巻〔全訂版〕』(1966〔昭和41〕年)642頁においてもほぼ同様である。
- 130) 牧野・前掲『刑法総論』361頁。同じく牧野・前掲『刑法総論下巻〔全訂版〕』642頁においてもほぼ同様である。なお、さらに牧野英一は、フランスやドイツの刑法を理解するについてもこの見解の方が合理的であると信ずる、としている(同頁参照)。
- 131) このような「反社会的性の減弱」という点を、同様に中止犯規定の根拠とするものとして、市川秀雄『刑法総論』(1955〔昭和30〕年)132頁。
- 132) 宮本・前掲『刑法大綱』(1935〔昭和10〕年)184頁以下。
- 133) 前述第三章第二節(2)a)。
- 134) 佐伯・前掲『刑法総論』(1943〔昭和18〕年)292頁以下。
- 135) 佐伯・前掲書292頁以下。
- 136) 植田・前掲『刑法要説(総論)』(1949〔昭和24〕年)213頁。
- 137) これ以前にも、中止犯の根拠(法的性格)論として違法性消滅や責任消滅などを検討し採用するものはあった。しかしそれらは、改正刑法草案の中止犯規定の中の悔悟による場合に対する解釈であったり(小野・前掲「刑法総則草案と中止犯」『豊島博士追悼論文及遺稿集』(1933〔昭和8〕年)78頁(小野『刑罰の本質について・その他』(1955年)所収)、木村亀二「中止未遂と悔悟」佐藤教授退職記念『法及政治の諸問題』(1939〔昭和14〕年)337頁以下(木村亀二『刑法の基本概念』(1948〔昭和23〕年)所収)、泉二新熊『刑法大要〔全訂増補三十版〕』(1934〔昭和9〕年)190頁も参照)、また現行法の解釈であったとしても、悔悟による中止の場合に限定した上での解釈であったり(木村・前掲「中止未遂と悔悟」367頁以下)したものであり、(悔悟によらない場合も含めての)中止犯一般の現行法解釈として導かれたものではなかった。
- 138) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 370 Fn. 7.
- 139) 瀧川他・前掲『刑法理論学総論』(1950〔昭和25〕年)208頁〔平場安治執筆〕。同じく平場安治『刑法総論講義』(1961〔昭和36〕年)140頁以下においてもほぼ同様である。
- 140) 瀧川他・前掲書209頁〔平場執筆〕。平場安治は「計画の危険性の消滅」から説明するものとしてペンディングとヘーグラを挙げ、「客観的危険状態の消滅」から説明するものとしてフランクとバッハフェルトを挙げる。
- 141) 瀧川他・前掲書209頁以下〔平場執筆〕。平場安治は規範的責任論から説明するものとし

- てザウアーとケムジースを挙げ、性格的責任論から説明するものとして宮本英脩を挙げる。
- 142) 瀧川他・前掲書210頁〔平場執筆〕。これを前提として平場安治は、中止に至った動機を問わないこと、結果発生が不能であったり、その阻止が行為者によってもはやできない場合には中止犯はありえないこと等を導く。
- 143) 平野・前掲「中止犯」(1952〔昭和27〕年)404頁以下。
- 144) 平野・前掲論文405頁においても、「法律説からは、政策的効果を、その反射的效果として包攝することができる。違法消滅説は一般豫防、及び特別豫防の、責任消滅説は特別豫防の。したがってこの説の方が論理的には進んだものということができる」と述べられている。
- 145) 平野龍一はこの責任消滅原由説を採る者として、ザウアー、ケムジース、宮本英脩、佐伯千仞、植田重正を挙げる。平野・前掲論文405頁。
- 146) 平野龍一はこの違法消滅原由説を採る者として、ビンディング、ヘーグラーを挙げる。平野・前掲論文405頁。
- 147) 平野・前掲論文405頁以下。
- 148) 刑事訴訟法334条および335条参照。団藤重光『刑法綱要総論第三版』(1979年)519頁も参照。
- 149) なお平野龍一『刑法総論』(1975〔昭和50〕年)333頁においては、「違法減少説は、厳格に言えば若干のちがいはあるが、おおむねこの政策説を理論的に表現したものだといつてよい」として、違法減少説と政策説が同種のものとして理解されている。
- 150) 香川達夫「中止未遂の法的性格」刑法雑誌5巻2号(1954〔昭和29〕年)203頁以下(香川・前掲『中止未遂の法的性格』56頁以下に所収)。
- 151) 香川・前掲「中止未遂の法的性格」218頁以下(香川・前掲『中止未遂の法的性格』82頁以下に所収)。
- 152) Herbert Kemsies, Die tätige Reue als Schuldaufhebungsgrund, 1929.
- 153) 香川・前掲「中止未遂の法的性格」228頁(香川・前掲『中止未遂の法的性格』97頁以下に所収)。
- 154) 団藤重光は、日本では中止犯をドイツ刑法のように不可罰にせず、必要的減免にしている点から、減免の裁量が事後的なものである以上、事前においてのみ可能な政策的考慮は不可能である、とする。また政策的効果がその規定を知る者にしか働かないとも批判する。
- 155) 団藤・前掲『刑法綱要総論』(1957〔昭和32〕年)270頁。
- 156) 団藤・前掲『刑法綱要総論』271頁。
- 157) このような責任消滅(減少)説について団藤重光は、ドイツではケムジースが説き、日本でも宮本英脩、香川達夫が採るとしている。また団藤重光は、牧野英一の見解(行為者の危険性が消滅する)を「責任消滅説の亜型」としている。団藤・前掲『刑法綱要総論』271頁参照。
- 158) 佐伯・前掲『刑法総論』(1943〔昭和18〕年)292頁以下。
- 159) 佐伯千仞『刑法講義(総論)』(1968〔昭和43〕年)323頁。このことから、この1968年の時点では佐伯千仞は日本型の刑罰目的説と法律説の併用説を採ったことになる。

中止犯論の歴史的展開(2)(野澤)

- 160) この流れを単純に言えば、その理論構成に違いはあるものの、中止未遂の成立範囲を限定するかしないかでの争いが主に行われてきたといえる。すなわち、非限定(刑事政策説) 限定(日本型刑罰目的説) 非限定(違法減少消滅説) 限定(責任減少消滅説) という流れがあったといえるのである。
- 161) これ以後の学説で刑事政策説のみを中止未遂制度の根拠とするものとしては、木村亀二著・阿部純二増補『刑法総論〔増補版〕』(1978〔昭和53〕年)369頁、中野次雄『刑法総論概要第三版補訂版』(1997〔平成9〕年)132頁がある。また井上正治『刑法学総則』(1951〔昭和26〕年)196頁以下においては、「将来にわたつて違法性や責任性を消滅せしめた」ことを指して「刑事政策的理由」の内容とされている。
- 162) 事実、団藤重光編『注釈刑法(2)の』(1969年)474頁〔香川達夫執筆〕において、このような議論形式について「もつとも、わが国の場合、中止未遂の法的性格が、既述したような形で論議されだしたのは、そう古いことではない」と述べられている。
- 163) 例えば自首制度(42条)は「捜査機関の便宜」という政策的趣旨による規定であると解されている(前述序論第一章)が、それは「自首規定を知っているかどうか」が関わるものではない。自首規定を知らない者が自首をしたとしても、自首規定が適用できる条件が存在すればその規定を適用するであろう。ある規定が「政策的」であるということは、「その規定を知っているかどうか」にその規定の適用が左右される」ということを意味するわけではないのである。
- 164) 前述序論第二章。