

# 中止犯論の歴史的展開(3)

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281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 (以上本号)

## 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

c) 共犯問題(とりわけ一身専属性)<sup>1)</sup>について

前述のように、明治13年刑法典は「中止犯ではないこと」を未遂犯の成立要件としていた<sup>2)</sup>。つまり中止犯の場合を未遂犯の範疇から外していたのである。これに対し、明治40年刑法典においては、中止犯の場合も未遂犯が成立していることを前提とするようになった<sup>3)</sup>。このことは、「正犯が中止した場合の、その教唆犯<sup>4)</sup>・従犯<sup>5)</sup>の取り扱い」に関して、大きな違いを生むこととなった。

すなわち明治13年刑法典においては、中止犯であれば未遂犯でさえもない以上、正犯者が中止した場合には正犯の未遂行為が存在しないことになり、従属性の観点からその教唆犯・従犯も不処罰となるのである。実際にこのような考え方から、正犯が中止した場合にその教唆犯を不処罰とする旨を明らかにするものとして、江木衷<sup>6)</sup>、谷野格<sup>7)</sup>、小疇傳<sup>8)</sup>、平沼騏一郎<sup>9)</sup>、さらに正犯が中止した場合にその従犯を不処罰とする旨を明らかにするものとして、江木衷<sup>10)</sup>、富井政章<sup>11)</sup>、岡田朝太郎<sup>12)</sup>、谷野格<sup>13)</sup>、小疇傳<sup>14)</sup>、平沼騏一郎<sup>15)</sup>が挙げられる。そしてこの正犯が中止した場合の共犯の問題点に関して記述した文献の中で、このように共犯に正犯の中止の効果が及ぶことを解釈論で否定する文献は一つもない。それどころか、このような解釈的結論を生む原因である明治13年刑法典の未遂犯の規定形式を、この共犯への影響の観点から、好ましくないものとして否定的に捉える見解すらも見当たらない。これは、このような場合における教唆犯・従犯が、現在のいわゆる「教唆・幫助の未遂」と当罰性の点で同等のものとして捉えられていたからではないかとも考えられる。

これに対して明治40年刑法典においては、中止犯も未遂犯の範疇にあることが前提とされたため、たとえ正犯が中止したとしても、その正犯の未遂犯は成立していることになった。中止犯は中止未遂として、処罰消滅事由ないし処罰減輕事由となったのである。それ故に、その教唆犯や従犯に対して正犯の中止の効果は影響しなくなった。ここで初めて、中止効果の一身専属性という作用が導かれたのである<sup>16)</sup>。明治40年刑法典成立後にお

いては、この共犯問題に関して、明確にその効果が一身専属的なものである旨が多く記述されるようになる。すなわち、小疇傳<sup>17)</sup>や泉二新熊<sup>18)</sup>、岡田庄作<sup>19)</sup>、大場茂馬<sup>20)</sup>、山岡萬之助<sup>21)</sup>、富田山壽<sup>22)</sup>、久禮田益喜<sup>23)</sup>、牧野英一<sup>24)</sup>などが、中止の効果は中止した正犯に一身専属的なものであって、その教唆犯や幫助犯に中止の効果は及ばない、とするのである。以上によりこのような一身専属性の効果は、明治40年刑法典の規定により中止も未遂の範疇に含まれることになったことを前提として、「一旦生じた可罰的な状態にある未遂を事後的に不処罰ないし処罰減輕にする」効果をもつもの、すなわち「処罰消滅事由ないし処罰減輕事由」であることから導かれるものであったことがわかる。決して中止犯の一般的定義やその性質・内容そのものから自明のものとして当然に導かれるわけではないのである。

そしてこの共犯の従属性の議論は、やがてマックス・エルンスト・マイヤーにより、その性質に関して段階づけが行なわれるべきであることが示されるようになる<sup>25)</sup>。すなわち今日、日本で言われるところの「要素従属性」の議論が生まれたのである。そしてまさにこの要素従属性の議論の発生により、「違法減少説」と「責任減少説」という体系的な位置づけ論が直接に関わる場面が現れるのである。すなわち当時のドイツにおいては、共犯の従属性に関して「極端従属形式」が通説であり、当時のドイツ刑法典の文言においても「極端従属形式」を前提とした文言があった<sup>26)</sup>。そしてこの「極端従属形式」を前提とした上で、中止犯の体系的な位置づけに関して「違法」ないし「責任」が減少（消滅）するものと考えるのであれば、正犯が中止行為を行なった際には、当然にその共犯にその法律効果が及ぶことにならざるを得ないのである。すなわちシュポールは次のように述べる。「不処罰となる中止を犯罪阻却事由と見なした者は、やむなくその共犯もまた不処罰となると説明した。というのも、犯罪要素の一つ、すなわち責任ないしは違法性が欠ける場合には、そもそも構成要件に該当する、犯罪となる行為は全く存在せず、そして現行法における共犯の強い従属性の性質においては、そのような犯罪ではない行為への可罰的な共犯行為は問

題にならないからである。」<sup>27)</sup>また、クラウドハンマーも次のように述べている。「46条において犯罪阻却事由、とりわけ様々に主張されているような責任阻却事由が問題となる場合には、正犯者の中止の際にその従属性に基づいてその共犯全体が不処罰となるという、正当と認められるべきではない結論が明らかになるであろう。」<sup>28)</sup>このように、極端従属形式の下で中止犯の体系的位置づけを違法性ないし責任に係らしめることは、正犯が中止した場合にその共犯に中止の効果が及ぶという結論へと当然に至るのである。

そしてそうであるならば、制限従属形式の下で中止犯の体系的位置づけを違法性に係らしめる場合にも、同様に正犯が中止した場合にはその共犯に中止の効果が及ぶことになる<sup>29)</sup>。とりわけドイツでは1943年に法改正がなされて、法律の明文において制限従属形式が採用されることになった<sup>30)</sup>。この結果として、もし中止犯の体系的位置づけを違法性に係らしめるものとする学説があれば、その学説においては正犯のみが中止した場合でも当然に共犯にその効果が及ぶことになったであろう<sup>31)</sup>。そして、法律の明文において制限従属形式を採用しているわけではない日本においても、その共犯の要素従属性の解釈論として制限従属性説を採りつつ、中止犯の体系的位置づけに関して違法性が関係するものと主張する場合には、その学説においては正犯の中止の効果は、中止行為を何も行わなかった共犯にも及ぶことになる<sup>32)</sup>。現在の日本の学説において、この正犯のみが中止した場合のその共犯への影響に関して、そのような論点自体を明確に取り上げて検討しているものは少ない。これは中止犯の体系的位置づけに関して、それを責任に係るものとする立場<sup>33)</sup>においても、また(共犯に影響の及ぶことになりやすい)違法性に関係するものとする立場<sup>34)35)</sup>においても、同様である<sup>36)</sup>。しかし上述したような中止効果の一身専属性に関する議論の経緯を鑑みると、まさに中止犯の体系的位置づけ論を議論する際には、このような共犯への影響という観点からの検討は欠くことはできない<sup>37)</sup>。逆に言うならば、中止犯の体系的位置づけに関して議論する意義は、まさ

にこの共犯問題の点にこそあるといってもよい。

実際、ドイツではこのような共犯問題に対する一身専属性の確保の点から、法律説内部において、体系的位置づけとは異なる観点からの新たな理論構成が模索されたのである。前述のようにもともとの（前期）法律説は、例えば中止によって「刑法の違反に向けられた悪い意思が・・遡って廃棄される」場合には、「必然的にその可罰性は抹消されなければならない」<sup>38)</sup>などとしていたのであり、これは「中止が未遂の範疇に入らない」という立法形式を前提としたものであった<sup>39)</sup>。その後1871年刑法典が成立し、このような法律説を採ることは条文上は困難なものとなった。しかしその後法律説的な理論構成を維持する見解は、この1871年ライヒ刑法典43条と46条は形式的には分離しているものの、やはりあわせて考察すべきものである<sup>40)</sup>としたり、「全体として考察された私の態度は　そして全体としてそれは観察されなければならない　有害な結果への原因の設定という性格を欠くのである。違法な部分は塵芥のように、存在する主要部分から追放されるのである。全体としての態度はもはや違法なものではないのである」<sup>41)</sup>としたりして、未遂と中止の全体的考察という手法を用いて、中止の場合には既に違法性が無いことを論証しようとした<sup>42)</sup>。しかしそれらの見解は、結論として事実上存在した出来事を事後的に否定することになると批判され<sup>43)</sup>、また共犯問題に関して、正犯のみが中止した場合でも何ら中止行為をしていない共犯にもその効果が及ぶことになってしまっても批判された<sup>44)</sup>。そこでこのような全体的考察方法を維持しつつ、中止犯の効果の一身専属性を導きだす論理構成として、一体化説（Einheitstheorie）を主張したのが、ラング＝ヒンリクセンであった<sup>45)</sup>。ラング＝ヒンリクセンは「行為（Tat）」というものの概念が目的論的概念であることを出発点に、法律上の構成要件の意味における「行為」と量刑の意味における「行為」の概念は異なる概念として解されなければならない、としたのである<sup>46)</sup>。このような「行為概念の相対性（Relativität des Tatbegriffs）」を前提にする<sup>47)</sup>ことで、彼は法律説の理論構成を維持

しつつ、共犯問題における中止犯の効果の一身専属性を導き出そうとしたのである。すなわち「正犯者のある行為態様(ここでは未遂)は、同様の正犯者の異なる行為態様(ここでは中止)と、両者が単一体を形成し、そして可罰的な出来事が存在していないという効果によって、分離不可能な事実関係にある。共犯者にとって、この関係(すなわち中止に対する未遂の関係)は存在しない。それゆえに、共犯者にとって正犯者の行為は、このような関係なしに評価されるべきである。したがって共犯者に投影する際には、正犯者の行為の第一の部分は独立しているものであり、そしてそれにより固有の法律上の評価である共犯者に対して可罰的な未遂として受け入れやすくなるのである」と<sup>48)</sup>。しかしこのような一体化説の構想も、「中止を単に量刑上の視点として理解するものである」<sup>49)</sup>と批判された。すなわち、刑法上の犯罪行為として検討の対象とされるのは、まさに構成要件に該当する行為であって、「量刑の意味における行為概念」に基づく行為、すなわち「拡大された行為」ではないのである。このような「拡大された行為」概念をわざわざ設定し、それを量刑の対象となるものでしかないとするのであれば、ここまでしてあえて法律説を採らなければならない必然性が疑問視される<sup>50)</sup>。また行為概念を相対化させることで、その「行為」というものの輪郭線が失われることになるとも批判されている。すなわち、「行為概念の拡張によってその限界づけをもたらずということは、つじつまの合わないことである。中止の行為概念への統合は、せいぜい、既に否定された方法で可能なものとなり得るにすぎないように思われる。その方法とは、任意的な中止という要件を消極的構成要件要素として把握する方法である」と<sup>51)</sup>。このようにして、法律説を改良して、共犯問題を解決するために主張された一体化説も、結局として批判が根強く、大きな支持を得ることはできなかったのである。

以上まで述べてきたように、ドイツにおける法律説の進展は、中止未遂における未遂行為と中止行為の一体的評価を前提にした上で、行為概念の相対化という方向で共犯問題に対処しようとするものであった。しかし日

本においては、このような形での法律説の進展はほとんど見られない。これは、まずそもそも前提として共犯問題に対処しようとする意識が高くな<sup>52)</sup>、また法律説を採った際に、未遂行為と中止行為を全体的に一体のものとして評価しなければ、「中止の際には未遂も成立していない」という法律説の定義に反することになるという意識が弱かったためであると考えられる<sup>53)</sup>。だが、とりわけ日本の法律説が、中止未遂における未遂行為と中止行為の一体的評価を行いつつ、通常障害未遂とは異なるどのような法的性格を中止未遂が持つことになるのかを体系的な位置づけ論において明らかにすることは、その共犯問題の結論を左右する上で、欠くことのできない、決定的な要因となるのである。シュポールは次のように述べる。「中止および行為による悔悟の不処罰事由の法的性格に関してまさに展開された問題の大きな実際上の意味は、多く争われている次のような問題の決定が、ある程度までその回答により左右されるということにある。それはすなわち、行為者による任意的な未遂の放棄ないしは結果阻止が、任意に共同して中止しなかった共犯者（教唆犯と幫助犯）の可罰性にどのような影響を及ぼすのか、言い換えるならば未遂における正犯の任意的な中止の効果は、客観的、事実的で、未遂犯罪に参与する全ての者を包括するものであるのか、もしくは主観的、一身専属的、個人的で、中止規定の法律上の要件を自ら満たす人にものみ役立つものであるのか、という問題である。」<sup>54)</sup> またクラウトハンマーも次のように述べる。「中止の法的性格に関する問題は、正犯の中止が共犯をも不処罰にするかどうか、およびそれがとりわけ特殊な共犯の中止にも存在するかどうか、という問題に対して、大きな実際上の意義がある。」<sup>55)</sup> すなわちここでシュポールやクラウトハンマーが指摘するように、「法的性格（Die rechtliche Natur）」論は、このような共犯問題に対してこそ意義をもつのである。中止犯の「法的性格」論とはこのような中止の効果の体系的な位置づけ論を示すものであり、それは中止犯の「根拠」論とは区別されるべきものなのである<sup>56)</sup>。現にクラウトハンマーは、この「法的性格」論とは別に「不処罰の理由づけ（Die

Rechtfertigung des Strafwegfalls)」と銘打って根拠論に別章を置いているのである<sup>57)</sup>。また最近のドイツにおける中止犯論の検討も、このような「法的性格論」すなわち「体系的位置づけ論」と、「根拠論」を区別して検討するものがほとんどである<sup>58)</sup>。

現在、日本ではこの「法的性格」論があたかも「根拠」論と同じ論点であるかのように扱われている<sup>59)</sup>。しかし、このように法的性格論と呼ばれるべきものを捉え直すことは、「法的性格」という日本語の語義にもむしろ合致するように思われる<sup>60)</sup>。そして実際に、日本では「法的性格論」と称して「違法減少説か責任減少説か」という争いが行なわれている。この日本の議論形式の問題点は、「法的性格論として違法性減少か責任減少かが争われていること」そのものではなくて、「その法的性格論の議論が根拠論それ自体と同視されていること」なのである<sup>61)</sup>。法的性格論とは「その中止犯が法律上どのような性格（性質）を持つのか」を示すものである。これは中止犯の存在を前提とした、いわば中止犯の効果を示すものである。よって、中止犯が成立したその法律効果として、共犯にその影響が及ぶかどうかが重要となるのであり、まさにその点で法的性格論（体系的位置づけ論）が意味を持つのである。これに対して、根拠論とは「なぜ中止犯が法律上（通常の未遂犯とは）異なる扱いを受けるか」を示すものである。よって、そこで争われるべき学説は、中止犯の成立範囲そのものに影響を与えるべき内実を持つものでなければならないのである。ゆえに、「自止の奨励」という形で中止犯の任意性を広く認めて、結果的に被害者の保護にも役立つことになる「刑事政策説」は、その内容からも根拠論であることになるのである。根拠論と法的性格（体系的位置づけ）論は、根拠論を前提にして中止犯の成立範囲が確定され、それによって成立した中止犯の法的性格を前提にして、その共犯への影響の有無が確定される、という関係にたつものなのである。

そして、まさにこのような体系的位置づけ（法的性格）論と根拠論がもとも別のものではあった、という事実から、前述したような戦後に突如と



して法律説が現れたことの意義（狙い）がうかがえることになる。すなわちこれらの説は、根拠論を、法的性格論という別の次元の議論を使って、両者を併せて説明しようとする試みであったのである<sup>62)</sup>。別の次元の議論であることを自覚しつつ、その両者の密接な理論的関連性を前提にして、あえてその両者を関連づけてあわせて説明しようとした、一種の理論的試みだったのである<sup>63)</sup>。しかし法的性格論は前述のように本来的には中止犯の効果に関わるものであり、また「根拠論と法的性格論を合わせて説明する」という手法は、結果的に根拠論と体系的位置づけ（法的性格）論が混同されやすい環境を作り出すことになり、違法性の減少を理由として違法減少説をとる、ないしは責任の減少を理由として責任減少説をとるというようなトートロジーへと陥りやすい状況になってしまったのである<sup>64)</sup>。

以上まで述べてきたように、正犯のみが中止した場合の共犯への効果という共犯問題を視野に入れて、体系的な位置づけの議論はなされるべきものであった。実際、中止犯の場合には未遂犯も成立しないという法制を採用した明治13年刑法典の下では、その効果は共犯にも及んだ。そして明治40年刑法典が成立し、それまでの条文解釈論的根拠であった法律説は根拠論としては成り立ち得なくなり、背景理論的根拠である刑事政策説のみが根拠論として生き残ることとなった。またそれと同時に中止犯の場合も未遂犯は成立していることになり、中止犯の体系的な位置づけとして一身的処罰減少消滅事由説が採用されることになった。しかし条文解釈論的根拠と背景理論的根拠の混同が根強く継続していた日本においては、「法律説」が明治13年刑法典のような法制を前提としたものであることがいつのまにか忘れられることになった。刑事政策説が圧倒的支持を受けつつ、それに対立して、中止犯を犯罪成立要件に関わらせる学説として、法律説の名は記憶に残された。やがて昭和初期の頃から、圧倒的通説である刑事政策説に対抗する学説として日本型の刑罰目的説（規範主義説）も主張されるようになったが、その規範的・限定的な中止犯観が好まれなかったためか、多くの支持を得るには至らなかった。そして日本においては一身的処罰減少

消滅事由説と刑事政策説が圧倒的に支持された結果、それらが同視・混同されやすい環境が発生し、根拠論と体系的位置づけ論(法的性格論)をも混同したままで議論が進められることにもつながった。このことはすなわち、中止の一身専属性が、前述の共犯問題および法的性格論を前提として初めて意味があるということも忘れられてしまうことへと結びついた。そしてそのような共犯問題の視点を欠いたまま、「法的性格論」であるはずの違法減少消滅説ないし責任減少消滅説が、「根拠論」の議論における説明の試みとして、主張されるようになった。その際に、現行の条文からはもはや採り得ないはずの学説である「法律説」という看板が、刑事政策説(一身の処罰減少消滅事由説)に対抗して「犯罪論体系内で検討している」という意味もこめてか、再び使用されることとなった。しかしこれらの法的性格論と根拠論を合わせて説明しようとする見解は、結果的に「違法か責任か」という法的性格の観点からの議論の枠組みのみが強調されてしまい、「なぜ違法が減少するのか」「なぜ責任が消滅するのか」という、本来根拠論で争われるべき内容の部分の論争が見えにくくなってしまった。このようにして、「根拠論」を議論しているつもりで「体系的位置づけ論」を検討する　しかもそこには「共犯問題」の視点はほとんど無い！という現在の日本の中止犯論の議論形式が形成されたのである。

では次に、このような明治40年刑法典の解釈論の下での判例の流れを、大まかに見ていくことにする。

### (3) 判例

ここでは、明治40年刑法典の下での中止犯に関する主要な判例に関して、その大まかな流れを、中止犯の成立要件に関わる点が問題になった事例についてのみ<sup>65)</sup>、前述のような現在の議論形式が完成する昭和30年代前半頃まで検討していくことにする。具体的には、大審院・最高裁判例については、中止犯に関する判例として現在のところ最後のものである昭和32年の最高裁決定まで、全て扱う。高裁判決に関してはこの最後の最高裁決定が

出された昭和32年までのものを扱うことにする<sup>66)</sup>。

〔大審院・最高裁判例〕

(1) 大判明治44年10月12日（刑録17輯1672頁）

放火罪において、弁護人が「……自ラ之ヲ消止メタル行為ハ中止犯ニシテ既遂又ハ未遂ノ犯罪ヲ構成セス……」と主張したものの、大審院は「現行刑法ニ於テハ犯罪人カ自己ノ意思ニ因リ犯罪行為ヲ止メタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除スルコトト為シ犯罪ノ中止モ亦未遂犯ヲ構成スル」として、中止犯の場合にも未遂犯が成立していることを現行法が前提としている以上、「未遂犯が成立していない」との主張はあたらないとされた<sup>67)</sup>。この判決は、明治13年刑法典から明治40年刑法典へと未遂犯・中止犯規定が変更されたことに伴って、中止犯が未遂犯の範疇に含まれるようになったということを明示したものと見える。

(2) 大判大正2年2月7日（法律評論2巻刑法27頁）

恐喝罪において、恐喝行為をしたものの、事前に警察署に探知されて発覚したために犯罪を遂行し得なかったのは、「犯人意外ノ障碍ニ依リ其遂行ヲ妨ケラレタルモノニシテ自己ノ自由ナル意思ヲ以テ犯罪ノ實行ヲ中止セシモノニ非ス」として、任意性を否定して中止犯を認めなかった。

(3) 大判大正2年11月18日（刑録19輯1212頁）<sup>68)</sup>

殺害の目的で斬りつけたものの、現場を逃走した者について、「外部的障碍ノ原因存在セサルニ拘ハラス内部的原因ニ由リ即チ犯人ノ意思ニ拘ハラサル事情ニ因リ強制セラルルコトナク任意ニ實行ヲ中止シ若クハ結果ノ發生ヲ防止シタルトキハ刑法第四十三條後段ニ規定スル中止犯成立スヘキモ所謂中止犯ニ該當セサル犯罪ノ未遂状態ハ其原因ノ如何ヲ論セス総テ之ヲ同條前段ニ規定スル未遂犯ニ屬スルモノト解セサルヘカラス」とした上で、本件は、「判示事實ニ據レハ……外部

ノ障碍ニ因リテ犯罪ノ發覺センコトヲ畏怖シ殺害行為ヲ遂行スルコト能ハス現場ヲ逃走スルノ止ムナキニ至リタル者ニシテ犯人ノ意思以外ノ事情ニ強制セラルルコトナク任意ニ殺害行為ヲ中止シタル事實ニ非サル」として、任意性が否定されて中止未遂ではないとされた。

(4) 大判大正11年12月13日(刑集1巻11号749頁)

詐欺罪において、「詐欺ヲ行フノ目的ヲ以テ民事訴訟ヲ提起シタル後之ヲ取下ケ又ハ請求ヲ抛棄スルモ其ノ取下又ハ抛棄力意外ノ障碍ニ因リ訴訟ヲ維持スルヲ得サル為已ムヲ得サルニ出テタルモノナルトキハ中止未遂ニ非スシテ普通ノ未遂ナリトス」として、被害者から共犯者が告訴されるなどしたために訴訟が維持できないとして請求を取り下げたのは、中止未遂ではないとされた。

(5) 大判大正15年3月30日(大審院判例拾遺1巻刑事判例21頁)

放火罪について、放火後に「火勢ノ熾ナルヲ見テ恐怖ノ念ヲ生シ自ラ他ノ雇人等ト共ニ消火ニ努メタルヨリ須臾ニシテ鎮火シ該家屋ヲ焼燬スルニ至ラサリシモノナリ」との事実を認定した上で、中止未遂の成立を認めた。

(6) 大判大正15年4月13日(大審院判例拾遺1巻刑事判例31頁)

保険金目的で放火をしたものの、部屋が燃えているのを他人が発見し、「被告人亦之ニ協力セサルヲ得サルニ至」った事例について、「前掲各證據ニ依レハ本件ノ放火力未遂ニ終リタルハ判示ノ障碍ニ基因スルモノナルコト明白」として、中止未遂を認めなかった。

(7) 大判大正15年12月14日(法律新聞2661号15頁)

判例(6)と同様に保険金目的で放火をしたものの、火が「新聞紙等ヲ燃燒シテ其ノ勢漸ク熾ナラントシタルヨリ被告人ハ大ニ驚キ」、「之ハ大變ナコトヲシテ仕舞ツタト思ヒ」、「自ラ右犯行ヲ中止スル意思ヲ以テ「バケツ」ニ水ヲ汲ミタルモ當時病ニ罹リ衰弱シ居タリシ為獨力消火スルコト能ハサリシカハ大聲隣人ヲ呼ビ其ノ助カヲ得テ消火シ」た事例について、中止未遂の成立を認めた。

- (8) 大判昭和2年6月25日（刑集6巻7号231頁）

詐欺罪について、「民事訴訟手續ニ依リ財物ヲ騙取セント企テ既ニ第一審ニ於テ敗訴ノ言渡ヲ受ケタル以上其ノ判決ニ對シ上訴ヲ為サスシテ確定セシムルニ至リタリトスルモ此ノ事ヲ以テ任意其ノ犯行ヲ中止シタルモノト稱スヘキモノニ非ス」として、上訴を行わなかったことを以って中止未遂とすることはできないとした。

- (9) 大判昭和2年7月4日（大審院裁判例2巻刑事判例17頁）

判例<sup>(6)(7)</sup>と同様に保険金目的で放火をしたが、「頓ニ悔悟シ直ニ水ヲ注キテ之ヲ消シ止メタ」事例について、「被告ノ意思ニ因リ之ヲ中止シタルモノ」として中止未遂の成立を認め<sup>69)</sup>た。

- (10) 大判昭和2年10月25日（法律新聞2762号11頁，法律評論16巻刑法322頁）

放火罪について、被告人が近隣の人々と共に消防活動に尽力したのは中止犯にあたと上告したものの、大審院は、原判決においてはそのような事実は認定されておらず、さらに「縦令所論ノ如ク被告人力近隣ノ人々ノ消防ニ助力シタル事實アリトスルモ右ハ被告人自發ノ意思ニ因リテ放火行為ニ着手後其ノ結果ノ發生ヲ獨力防止シタルモノニ非サレハ刑法第四十三條但書ノ場合ニ該當セス」として、被告人の主張したような助力行為では、たとえそれが存在したとしても中止行為とはならない、と評価された。

- (11) 大判昭和4年9月17日（刑集8巻446頁）

放火罪の事例に関して、中止犯が成立するためには「犯人自ラ犯罪ノ完成ヲ現實ニ妨害シタル事實ノ存スルコトヲ必要トスヘク原判示ノ如ク被告人自ラ點火シタル麻縄ノ揉消ヲ試ミタルモ消火ノ効ナク被告人以外ノ者ニ於テ犯罪ノ完成ヲ現實ニ妨害シタル場合ニ在リテハ同條但書ヲ適用スルヲ得サル」として、中止未遂が成立するためには犯人自らが犯罪の完成を現実防止することを要する、とされた。

- (12) 大判昭和6年12月5日（刑集10巻668頁）<sup>70)</sup>

放火の事例で、他人がその火災を発見して消火を開始し、被告人もそれに加わったという場合において、「他人に於て犯罪ノ完成ニ要スル結果ノ發生防止ニ著手シタル上犯人ニ於テ之ニ協力シ因テ右結果ノ發生ヲ防止シ得タル場合ニ於テハ右結果ノ發生防止ハ犯人ノ自發ニ出タルモノニ非スシテ他人ノ發意ニ基クモノニ外ナラサルニ依リ犯人ノ協力ハ最早障礙未遂犯ノ成立ヲ阻却スルノ効力ナク中止犯ヲ以テ論スルコトヲ得ス」として、他人が結果発生防止行為を開始した後に行為者が中止行為を行なっても、中止未遂としては認められない、とされた。

(13) 大判昭和7年4月18日(刑集11卷380頁)<sup>71)</sup>

判例<sup>(12)</sup>とほぼ同様の放火の事例で、他人が消火した後に水を注ぐ行為を行なった行為者について、「被告ハ判示ノ如ク放火ヲ為シタルモ隣人等ニ於テ之ヲ発見シテ消止メタル為焼燬ノ目的ヲ遂ケサリシモノナルカ故ニ障礙未遂罪ヲ以テ論スヘキコト當然ナリトス而シテ所論ノ如ク假ニ被告カ隣人等ノ所為ニ因リ消火シタル後ニ於テバケツヲ以テ水ヲ注ク等ノ行為ヲ為シタルトスルモ自己ノ意思ニ因リ實行ヲ止メタルモノト謂フコトヲ得サルカ故ニ中止犯ヲ以テ論スヘキ限ニ在ラス」として、結果が防止された後に中止行為を行なっても中止未遂とはならない、とされた。

(14) 大判昭和7年6月29日(刑集11卷985頁)<sup>72)</sup>

放火の事例で、一つの家屋の二箇所<sup>6)</sup>に放火したが、その一箇所のみを自己の意思により消し止めた行為者について、「……斯ノ如ク一ノ住宅焼燬ノ意思ヲ以テ其ノ二箇所ニ放火シタル場合ニ於テ自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メンニハ須ク其ノ雙方ノ焼燬ヲ消止ムルヲ要スルハ論ヲ待タサル所ナル……」として、点火の両方について中止行為(消火行為)をしなければ障礙未遂が成立する、とされた。

(15) 大判昭和7年10月8日(刑集11卷1444頁)

保険金目的の放火の事案で、行為者が発火装置を作成し、家屋が燃

えるようにしておいたものの、気にかかって、しばらく後で放火現場を見に行ったところ、火は燃え上がり消えている様子だったので、燃えずによかったと思って帰宅して安心して就寝したが、結局火災が発生した場合において、「一定ノ犯意ヲ以テ之カ實行行為ニ出テタル以上爾後犯意ヲ翻スコトアリトスルモ自己ノ意思ニ因リテ犯罪ノ實行ヲ中止スルカ結果ノ發生ヲ防止スルニ非スニ行為者ノ責任ニ何等ノ消長ヲ來スモノニ非ス」とした上で、行為者は消火行為を何ら行っていないので中止未遂ではなく、またさらに故意が否定されて過失犯として失火罪となることもない、とされた。

(16) 大判昭和9年6月21日（刑集13巻852頁）

尊属殺人の事案で、被害者を二回背後から切りつけたものの、更には追いかけることをせず、自分が実際に切りつけたあれだけの程度では死なないと思った行為者について、「被告人カ……殺害ノ目的ヲ遂ケザリシハ所論ノ如ク被告人カ其ノ殺害行為ヲ中止シタルニ因ルモノニアラスシテ（被害者の）逃避ニ因ルモノナルカ故ニ被告人ノ行為ハ尊属殺ノ障礙未遂ヲ以テ問擬スヘキモノナルコト勿論」であるとして、中止未遂とは認められないとされた。

(17) 大判昭和9年9月17日（刑集13巻1178頁）

詐欺目的で、虚偽の債権に基づく他人名義の配当要求申立書およびその他人名義の委任状を偽造して執行吏に提出行使して競売売得金配当要求の申し立てをしたが、差押債権者から告訴を為す模様があることを知って犯行の発覚を怖れてやむを得ず配当要求を放棄した場合に、「原判示ニ依レハ所論配当要求ノ拋棄ハ差押債権者……ヨリ告訴セララルルニ於テハ被告人ノ犯行發覺シ到底配當金騙取ノ目的ヲ遂クルヲ得サル為已ムヲ得ス拋棄スルニ至リタルモノニシテ斯クノ如ク意外ノ障礙ニ因リ已ムヲ得シテ拋棄シタル場合ニアリテハ任意ニ實行ヲ中止シタルモノト為スヘキモノニ非ス」として、当該事案の詐欺未遂は中止未遂ではないとされた。

(18) 大判昭和10年6月8日(大審院裁判例9巻刑事判例80頁)

詐欺未遂罪の事案について、「未遂ノ罪ヲ斷スルニ當リテハ其ノ科刑ノ基準ヲ知ルカ為須ク右ノ何レ(障礙未遂か中止未遂か)ニ該當スルヤヲ判定スルノ要アリ然レハ障礙未遂ナルカ將又中止未遂ナルカヲ確定セス単ニ犯罪ニ着手シ之ヲ遂ケサル事實ノミヲ判示シタル判決ハ理由不備タルヲ免レス」として、大審院は、原判決がこの点についての事実審理を尽くしていないとして原判決を破毀した<sup>73)</sup>。

(19) 大判昭和12年3月6日(刑集16巻272頁)<sup>74)</sup>

殺人未遂の事例において、行為者が殺意を以て被害者の胸部を突き刺したものの、流血を見て恐怖心から中止した事例につき、「犯人カ人ヲ殺セントシテ短刀ヲ抜キ其ノ胸部ヲ突刺シタルモ流血ノ進ルヲ見テ翻然之ヲ止メタルトキハ障礙未遂犯ニシテ中止犯ト為ラサルモノトス蓋中止犯タルニハ外部的障礙ノ原因存セサルニ拘ラス内部的原因ニ由リ任意ニ實行ヲ中止シ若ハ結果ノ發生ヲ防止シタル場合ナレハ流血ノ進ルヲ見テ止ムルハ意外ノ障礙ニ他ナラサレハナリ」として、行為者は流血という「外部的障礙」を見てやめたのであるから、これは中止犯にあたらぬ、という判断が下された。

(20) 大判昭和12年6月25日(刑集16巻998頁)<sup>75)</sup>

放火した後に行為者が「屋内ヨリ炎上スル火勢ヲ認め遽ニ恐怖心ヲ生シ(行為者の叔父に対して)放火シタルニ依リ宜敷頼ムト叫ヒナカラ走り去」ったので、その叔父等が駆けつけて消火した事案について、「結果發生ニ付テノ防止ハ必スシモ犯人單獨ニテ之ニ當ルノ要ナキコト勿論ナリト雖其ノ自ラ之ニ當ラサル場合ハ少クトモ犯人自身ノ力防止ニ當リタルト同視スルニ足ルヘキ程度ノ努力ヲ拂フノ要アルモノトス(本件的事実からは)被告人ニ於テ放火ノ結果發生ノ防止ニ付自ラ之ニ當リタルト同視スルニ足ルヘキ努力ヲ盡シタルモノト認ムルヲ得サル」が故に中止犯ではない、として、行為者が必ず単独で中止行為を行わなければならないわけではないが、行為者が中止行為を行な



わない場合には行為者自身が中止行為を行なったのと同視すべき程度の努力を払う必要がある、と判示した上で、本件では中止未遂の成立を否定した。

- (21) 大判昭和12年9月21日（刑集16巻1303頁，法律新聞4207号16頁）<sup>76)</sup>

放火の事案において、「放火ノ時刻遅ク發火拂曉ニ及フ虞アリシ為犯罪ノ發覺ヲ恐レタルニ因ルモノナルコトヲ認ムルニ足ルヘク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ヲ以テ右被告人ノ所為ハ障礙未遂ニシテ之ヲ任意中止ヲ以テ目スヘキモノニアラス」として、犯罪の発覚を恐れるのは経験上一般に犯罪の遂行を妨げる事情であるから、中止未遂ではない、と判示した。ここで注目すべきは、判例において初めて、任意性の判断に関して「経験上一般」という、前述の牧野英一の三分説の中間説が採用されている点である。この判断基準は、後掲の最高裁昭和32年9月10日第三小法廷決定刑集11巻9号2202頁（判例（27））や東京高裁昭和31年1月17日判決高刑集9巻1号9頁＝東高刑時報7巻1号12頁（判例〔10〕）においても「一般の通例」「極めて一般的な事柄」のような形式で用いられている。

- (22) 大判昭和12年12月22日（刑集16巻1690頁）

一つの家屋の四ヶ所に放火して二ヶ所が自然鎮火し、一ヶ所のみを自分で消した事案について、「一個ノ意思發動ニ基キ同一家屋ニ對シ數ヶ所ニ放火ヲ為シタル場合ニ於テハ其ノ放火行為ハ包括一罪ヲ成スモノナルカ故ニ其ノ數ヶ所中ノ一ヶ所ニ放チタル火ヲ消止メタリトテ犯罪全體ヲ中止犯ト為スニ足ラサルコト多言ヲ俟タス」として、前掲の判例<sup>(14)</sup>（大判昭和7年6月29日）と同様に、複数の点火を行なった場合にその内の一部の消火を行なったのみでは中止犯とはいえない、と判示された。

- (23) 大判昭和13年4月19日（刑集17巻336頁）<sup>77)</sup>

殺人の目的で被害者に青酸カリを胃腸薬と称して与えた後に、犯意

を翻してこれを取り返しに行ったところ、被害者に「既に服用した」と嘘を言われたのでそれを信じてそのままにしていたが、数日後にそれを服用した被害者が死亡したという事案について、「(被害者に)青酸加里ヲ交付シタル後被告人自ラ犯意ヲ翻シ(被害者)方ニ至リ該薬品ヲ取戻サントシタルニ(被害者)カ詐ツテ既ニ服用シタルト告ケタル為同人ニ異状ナカリシニ安ンシテ敢テ之ヲ取戻ササリシニ數日後同人カ服用シテ死亡シタル事實ナリトスルモ右ハ結果發生前結果ノ發生ヲ現實ニ防止シタルモノニアラサルカ故ニ中止未遂ニ當ラサルモノトス蓋シ苟モ青酸加里ノ如キ毒物ヲ服用シテ激變ナカリシカ如キハ輒ク首肯スヘキ事柄ニ非ス被告人ニシテ眞ニ結果ノ發生ヲ防止セントセハ宜シク其ノ曩ニ交付シタル薬品カ毒物ナリシコトヲ告白スルノ眞摯ナル態度ニ出テサルヘカラサルヲ以テ被告人カ単ニ(被害者)ノ言ニ依リテ其ノ儘放任シ置キタルハ未タ結果ノ發生ヲ防止スル行為ヲ為シタルト云フヲ得サレハナリ」と判示された。すなわち、本件のような事案において要求される結果発生防止行為としては前に与えた薬品が毒物であるという点を告白するという「真摯な態度」が求められる、としたのである。これは事実上犯罪の自白を中止未遂成立の要件とするに近いものであり<sup>78)</sup>、自首制度と中止未遂制度を混同しているものとも言えるであろう<sup>79)</sup>。

(24) 大判昭和21年11月27日(刑集25卷2号55頁)

窃盜の意思で目的物を物色搜索したものの、「それを發見することができなかつたゝめに、目的を遂げなかつた」事案について、「抑も中止犯は犯人が自己の任意の行為によつて結果の發生を防止した場合であつて、之を本件窃盜の事實について見るに、窃取と云ふ結果の不發生は目的物の不發見と云ふことに原由して居り、その目的物不發見と云ふことは到底被告人等の任意的行為による原因事實とは謂ひ得ないので、所詮これは中止犯を以て論ずべき筋合ではない。況んや、被告人等の盜取の斷念が目的物不發見の後の事實であると云ふに至つて

は、尚更のことである」として、目的物の不発見というのは任意性を肯定し得る原因事実とはいえない、として中止未遂の成立を否定した。

(25) 最高裁昭和24年7月9日第二小法廷判決（刑集3巻8号1174頁）<sup>80)</sup>

強姦罪の行為者が「姦淫の所為に及ぼうとしたが被告人は當時二三歳で性交の経験が全くなかつたため、容易に目的を遂げず、かれこれ焦慮している際突然約一丁をへだてた石切驛に停車した電車の前燈の直射を受け、よつて犯行の現場を照明されたのみならず、その明りによつて、被害者の陰部に挿入した二指を見たところ、赤黒い血が人差指から手の甲を傳わり手首まで一面に附着していたので、性交に経験のない被告人は、その出血に驚愕して姦淫の行為を中止した」という事案について、「かくのごとき諸般の情況は被告人をして強姦の遂行を思い止まらしめる障礙の事情として、客観性のないものとはいえないのであつて被告人が……反省悔悟して、その所為を中止したとの事實は、原判決の認定せざるところである。また驚愕が犯行中止の動機であることは、……辯護人所論のとおりであるけれども、その驚愕の原因となった諸般の事情を考慮するときは、それが被告人の強姦の遂行に障礙となるべき客観性ある事情であることは前述のとおりである以上、本件被告人の所為を以て、原判決が障礙未遂に該当するものとし、これを中止未遂にあらずと判定したのは相當であつて何ら所論のごとき違法はない」として、強姦の中止未遂が否定された。すなわち、「驚愕の原因となった諸般の事情」を考慮して、それらは「強姦の遂行に障礙となるべき客観性ある事情」なので、中止未遂ではない、とされたのである。

(26) 最高裁昭和26年9月18日第三小法廷判決（集刑53号35頁）

殺人罪に関して、犯行の途中で被告人が逃げ出したという事案について、「被告人……の供述によれば、同人が犯行の半ばに（被害者）方を逃げだしたのは、（被害者）の女房に騒がれたためか、（被害者）本人が抵抗したためか、或は同人が抵抗しなくなつたことから被告人

が恐ろしくなつたためであるか、何れとも認められ得るのであるが、いずれにしても本件の場合が障礙未遂であつて中止未遂でないことは疑ない。そして、原判決挙示の証拠により原判示のような障礙未遂の事実を認定し得られないわけではないから、原判決には所論のように審理不尽若しくは理由齟齬の違法はない」として、殺人の中止未遂が否定された。

(27) 最高裁昭和32年9月10日第三小法廷決定(刑集11巻9号2202頁)<sup>81)</sup>

被害者である母親が「頭部より血を流し痛苦していたので、その姿を見て俄かに驚愕恐怖し、その後の殺害行為を続行することができず、所期の殺害の目的を遂げなかつた」という事案において、次のように判示して、中止未遂とはならないとされた。

「被告人は母に対し何ら怨恨等の害悪的感情をいただいていたものではなく、いわば憐憫の情から自殺の道連れとして殺害しようとしたものであり、従つてその殺害方法も実母にできるだけ痛苦の念を感じしめないようにと意図し、その熟睡中を見計し前記のように強打したものであると認められる。しかるに、母は右打撃のため間もなく眠りからさめ意識も判然として被告人の名を続けて呼び、被告人はその母の流血痛苦している姿を眼前に目撃したのであつて、このような事態は被告人の全く予期しなかつたところであり、いわんや、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一般の通例であるというわけにはいかない。すなわち被告人は、原判決認定のように、前記母の流血痛苦の様子を見て今さらの如く事の重大性に驚愕恐怖するとともに、自己当初の意図どおりに実母殺害の実行完遂ができないことを知り、これらのため殺害行為続行の意力を抑圧せられ、他面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恐れ、原判示のように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ものと認めるのが相当である。右意力の抑圧が論旨主張のように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のみならず、前記のような被告人の偽装行為に徴しても首肯し難い。そして右のような事情原因の下に被告人が犯行完成の意力を抑圧せしめられて本件犯行を中止した場合は、犯罪の完成を妨害するに足る性質の障がいに基くものと認むべきであつて、刑法四三条但書にいわゆる自己の意思により犯行を止めた場合に当たらないものと解するを相当とする。」

すなわち、行為者の当初の意図と比較して、それに反する状況が発生した場合に、さらに計画を継続することが「一般の通例」であるかどうか、として、任意性の判断の対象そのものは行為者の認識であるとしつつ、その判断の基準は一般的基準によるという判断形式が採用されたのである。また本決定に関しては、犯罪の発覚を怖れて偽装行為を行なった点を、中止未遂の成立を否定する要因の一つとしている点が注目される。このような犯跡の隠蔽行為は、本来中止犯の成立要件とは何ら直接的には関わりのないものであり、これは事実上、規範的観点から中止犯の成立を限定する立場にたつか、もしくは犯行を自分が行なったものとして打ち明けることを要求するような、自首制度と中止犯制度を混同する立場にたつものであるといえる。

〔高裁判決〕

〔1〕 東京高裁昭和25年11月9日判決（高刑判特15号23頁）

自殺幫助の事例について、「本件においては被告人の自殺幫助の所為は原判示青酸加里を（被害者らに）与へた点において、被告人の側の行為は既に完了し、原判示の如く（被害者らが）これを呑んだ後においては、ただ時間の経過によつて死の結果が発生したか否かによつて既遂或は未遂となるに過ぎないのである。従つてかような場合には被告人のみがその後結果の発生を防止するか又は自ら防止したと同視

するに足る行為をして、その結果未遂となつた場合に限り中止未遂を以て論ずることができると解するべきである。然るに原判決挙示の証拠によれば被告人は(被害者らが)苦悶を初めたので旅館の人に知らせて医師を呼び迎えるように依頼しただけであつて、あとは旅館の女中及び医師の手当等第三者において結果発生防止のため加工されているから障碍未遂であつて、中止未遂とはならない」と判示された。すなわち実行未遂であると認定した上で、医師を呼ぶよう依頼しただけでは、結果発生を防止するか、ないしは自ら防止したと同視するに足る行為とはいえないとして、中止未遂の成立が否定されたのである。

〔2〕 高松高裁昭和26年1月25日判決(高刑判特17号1頁)

強盗目的で船を襲ったが目的物の闇物資がなく、奪取に適当な物資を積んでおらず、また現金を提供されたが受け取らなかった事案で、「判示の状況においては判示の船が奪取に適当な物資を積んでおると普通に予想し得られるところであり被告人等の判示所為は強取の結果を発生する可能性もあつて実害を生ずる危険があるから当時偶々適当な物資を積んでいなかったがため奪取することができなかつたものでそれは所謂意外の障礙によつて行為が予想の結果を生じなかつたのであるから未遂犯として処断するに妨げるところはない。そうすると前叙提供された現金を受領しなかつたのが所論のように中止犯であるとしてもそれは叙上未遂の罪に該する所為と一帯乃至は過程における一部に過ぎないから被告人等の所為を全体とし客観的に観るときは結局障礙により犯行を遂げ得なかつたもので障礙未遂の一罪とするのが当然である」として、過程の一部に中止犯と評価し得る行為があつたとしても、全体としての行為が障礙未遂と評価できる場合にはそれは障礙未遂一罪が成立するに過ぎない、とされた。

〔3〕 名古屋高裁昭和26年2月24日判決(高刑判特27号28頁)

恐喝未遂の事案について、「凡そ中止未遂とは犯罪の実行の着手したる後純然たる自己の意思発動に因り該犯行を中絶する行為であるか

ら之を本件に就て見るに、仮りに被害者が金員を提供したとしても被告人に於て之を受領しない程度の意思発動が無ければならぬ」とした上で、「然るに（被害者）の供述記載に依ると『私は田舎から来た者で金は一銭も持つて居ないからと云ひますとその人は（ぢつと）私を睨んだ上三人とも相談したように何処かに行つて了はれました』とあるから此関係から看ると、被告人は被害者に金員の持合せが無いことを知つて犯行を断念した迄であつて而も其断念は金員の持合せが無いと謂ふ障礙に基因するものであるから素より純然たる障礙未遂罪に属する」として、中止未遂の成立が否定された。

〔4〕 仙台高裁昭和26年9月26日判決（高刑判特22号73頁）

強姦罪の事案について、「被害者に暴行を加えた上執拗に『メンスなら其証拠を見せろ』と迫り月経帯を着しおるを確認した結果、嫌悪の情を催して断念するに至り、強姦の目的を遂げるに至らなかつたのはいわゆる中止未遂ではなく障碍未遂である」と判示された。

〔5〕 東京高裁昭和26年12月24日判決（高刑判特25号115頁）

放火罪の事案について、「中止未遂であるがためには、犯人自ら結果の発生を防止するか又は自ら防止したと同一視するに足るべき程度の努力を払うことを必要とするものと解すべきを相当とする」とした上で、「本件においては、原判示第二事実適示のとおり『被告人は枯松枝の燃えあがるのを見て急に恐ろしくなり同家の娘……に火事だと知らせ、二人で火事だ火事だと大声で叫んだので（附近の者が）かけつけ消火し、そのため北側の板戸一枚をくん焼したのみで焼毀の目的を遂げなかつた』のであつて、右の如く未遂に終わつたのは被告人の防止行為（消火行為）又はこれと同視する努力のあつたためとは到底認め難く、従つて原判決が原判示第二事実につき中止未遂を認めなかつたのは洵に相当であつて、論旨はその理由がない」として、中止未遂とは認められないとされた。

〔6〕 高松高裁昭和27年10月16日判決（高刑集5巻12号2134頁）

〔(被害者)を強姦せんとし同女を地上に押倒して乗りかかり同女の陰部に自己の陰茎を挿入しようとしたが同女の抵抗により、未だ陰茎を挿入しない中に射精してしまつたためその目的を遂げなかつた〕という強姦罪の事案について、「被告人は右射精のため姦淫行為を中止して立去つた事実はこれを窺い得るけれどもかかる場合犯行を中止したことが被告人の意思によるものとしてもその原因が右の如く被害者の抵抗により未だ陰茎を挿入できない中に射精したためである以上中止未遂を以て論ずるのは相当でなく被告人の右行為は障礙未遂罪を構成するものと謂わなければならない」として、中止未遂の成立が否定された。

〔7〕 仙台高裁昭和28年1月14日判決(高刑判特35号2頁)

殺人未遂の事案について、「中止未遂たるには外部的障碍の原因が存しないのに拘らず内部的原因により任意に実行を中止し若くは結果の発生を防止した場合でなければならぬと解すべきである」とした上で、「本件被告人は(被害者)を殺そうとして鉞を以てその頭部を殴打したが流血のため左頬が染つたのを見て更に打撃を加えることを中止したのであるから意外の障碍により殺害の目的を遂げなかつたものに外ならない」として、障碍未遂である、とした。

〔8〕 福岡高裁昭和29年5月29日判決(高刑判特26号93頁)

殺人の事案に関して、「三十秒か一分位(被害者)の首を絞めていたが子供達が泣き出した様子を見て(被害者)を殺してしまえばこの子供たちが可愛想だという気が起るとともに、自分は大変なことをしたという反省の気持も起つたので(被害者)を殺すことを断念して手を放した」、ないし「既に(被害者)が死んだと思つて手を弛めたのではなく、未だ決して死んではないと思ひながらこれ以上押えて殺すという気がなくなつて手を弛め」、また弛めてから十秒もした頃被害者が起き上がって便所に行ったので安心して自分の部屋に歸つた、という被告人の供述、さらに被告人が犯行後に「巡査に逮捕されるに



際し、『すみませんでした』といつて極めて温順であつた」という事実などを考え合わせた上で、「被告人が犯罪の実行に着手した後これを中止したのは、幼児達が泣き出したため、犯罪が発覚し、逮捕されることを怖れたことによるものではなく、公訴事実のとおり『泣き出した幼児に憐憫を覚え翻意した』ことによるもので、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みるのが相当であるから、被告人の本件所為は障碍未遂ではなく、まさしく中止未遂に当たるものといわねばならない」として、中止未遂の成立を認めた。本件においては、中止時の状況だけではなく逮捕時の被告人の様子も含めて中止成否の判断対象とした点、またその際に「『泣き出した幼児に憐憫を覚え翻意した』ことによるもので、反省悔悟した」と評価した上で中止未遂と判断した点が注目される。前者は中止行為とは関わりのない事実を中止未遂の成否に組み入れる点で問題があるといえ、また後者は任意性に関して限定主観説的な立場を採用しているものとも考えられる。

- (9) 東京高裁昭和30年3月22日判決（高刑裁特2巻6号172頁，東高刑時報6巻3号69頁）

本判決は最判昭和32年9月10日（刑集11巻9号2202頁，判例<sup>(27)</sup>）の原審である。この事案において、本判決の原審である横浜地裁は殺人の中止未遂として刑を免除した。しかし本判決は、次のように述べて原判決を破棄した。

「被告人は初め母……に気付かれないうちに同人を殺害しようと計画して、消燈した室内で一撃したのに予期の効果を奏せず、母が頭部より流血して痛苦している場面に直面するや、今更ながら事の重大性を痛感して驚愕すると同時に、既に犯行の被害者たる母親から自己の行動の結果を覚知された以上そのまま当人殺害の予定行動を継続することは直ちに自己の犯行を他に知らしめることになつて極めて不利なるを連想し、爾後重ねて（被害者）に対する攻撃的行動を取らず、ひ

たすら事態を糊塗して犯跡を隠蔽するために母の傷口の手当てをしたり、ことさらに母の負傷を隣家に告知に赴いたり、更に、室内の筆筒抽斗をあけたり又は便所の戸や高窓を開いて外部より侵入者があつた風を装うなどに努めていたことを認めるに十分である。故に、被告人の本件殺害行為中絶は、被告人の自由意思に基く中止未遂というは正当ではなく、単に自己の所業の中間的事態の発生に早くも自ら驚愕恐怖に襲はれ既遂に至らしめる意力を喪失した結果であつて即ち無形の心理的強制ともいふべき客観的障碍による未遂の一態様と認めるを相当とする。」

すなわち自己の行為の途中で驚愕恐怖したことによる、無形の心理的強制という客観的障碍によるものであるから、中止未遂ではない、としたのである。しかし犯跡隠蔽行為をもって心理的強制の証しの一つとしている点については、犯跡を隠蔽することが心理的強制の存在を示すものとは必ずしも言えないであろうことから、かなり疑問が残るように思われる。

〔10〕 東京高裁昭和31年1月17日判決（高刑集9巻1号9頁，東高刑時報7巻1号12頁）

強盗の事案について、被脅迫者が精神薄弱者で、顔つきや風態が異様であり、脅迫されても余りに平然としているのを見て犯人においてかえって気味が悪くなりその犯行を止めるに至った場合に、「(被害者は)目つきも普通人とは変つているし、頭髪を長く肩まで垂らしているなど、顔つきや風態も異様な点が存したことは認められるけど、(被害者)が普通人の知能程度を有しない人であつたがため、ピストルを見ても驚きもせず、平然としていて、被告人等が金を出せと脅迫しても応ずる気配がなかつたのは、被告人にとつては思いもかけなかつた事であり、そのため強盗の目的を達することができなかつたのであるから本件は正しく意外の障礙によりその目的を遂げなかつたというに該当するのである。従つて原審がこれを障礙未遂となし、中止未

遂としなかつたのは当然の事というべきである。又被告人等が（被害者）において余りに平然としているのを見て、却つて気味が悪くなり、その犯行を止めるに至つたとしても、（被害者）のような精神状態にあつてその顔つきや風態が異様な者に出あつて、気味が悪くなつて犯行を止めることは決して被告人等に特殊な事例とは認められず、このような過程において、ピストルが玩具であることを見破られたかと恐れ或は逮捕されることを恐れて犯行を中止するに至るは極めて一般的な事柄であると認められるから、これを以つて中止未遂とする主張は採用できない」として強盗の中止未遂の成立が否定された。本判決で注目すべきは、任意性の判断に関して「一般的な事柄」であるかどうかという、前述の牧野英一の三分説の中間説が採用されている点であるといえる。

- 〔11〕 東京高裁昭和31年6月1日判決（高刑裁特3巻12号608頁，東高刑時報7巻6号229頁）

強盗の際に、被害者の首を縄で絞めて抑圧しようとした所、金を出すから縄を緩めてもらいたい旨の被害者の申し出に対し、被告人が「ほんとうか、ほんとうか」と確認の念を押すと、被害者がちょうど被告人につり銭として渡そうと手に持っていた金銭を投げ出した。そこで被告人は手を緩めたが、今度は被害者に反撃され、反抗もせず強盗を遂げなかった、という事案について、「被告人が右の如く縄を引き絞める手を緩めた原因につき、所論は之を以て被告人が自己の行動の非を悟り全く自発的に暴行を止めたものとなすのであるが、前記の如く、被告人は、（被害者）が金を出すと申した後も、ほんとうかと数回念を押し之に対し（被害者）が手にせる金銭を投げ出してから初めて縄を緩めたのであり、更に・・被告人は（被害者）から殴りかけられた当時食物も十分採つていないので（被害者）に再び暴行を加える気力もなく直ぐ同人に捕らえられたものなることを認められるので、これらの点よりみれば、被告人は（被害者）が真実金銭を被告人が入

手し得る状態に置く意思あるものと思ひ縄を引き絞める手を少しく緩和した際に直ちに同人から反撃的態度に出られ、これらがため結局金銭強取の目的を遂げなかつたものと推認するを相当とする」として、反撃までの犯行継続性および被告人の体力不足による再暴行不可能性に基づいて、被害者の抵抗による障碍未遂であるとした。

〔12〕 東京高裁昭和31年6月20日判決（高刑裁特3巻13号646頁，東高刑時報7巻7号249頁）

昼間に女性一人だけしか居ないと思つてナイフで住居侵入強盗をしようとしたが、女性が隣室の夫に助けを求めたので主人が在宅中であることに気づいて犯行を放棄した事案につき、「被告人の予想に反して（被害者女性）の夫も隣座敷に在宅していたとの事實は、とりもなおさず、所期の犯行を著しく困難ならしめるに至るべき事情であつたといふことができる」とした上で、被告人の行為は「（被害者女性が）隣座敷にいた夫に救いを求めたため主人の在宅中であることに気づいて爾余の犯行を放棄して金品強取の目的を遂げなかつたものであるから、その所為は明らかに障碍未遂の所為に属し、これが所為につき中止犯の觀念をもつて律すべきかぎりではない」として、中止未遂の成立を否定した。

以上の判例から、任意性の判断に関して「経験上一般」という、牧野英一の三分説の中間説を採用するものが昭和10年代から見られること（判例<sup>(21)</sup>(27)〔10〕）がまず指摘できる。またそれとも関連して、中止未遂の成立が否定されるような外部的要因としては、訴訟の維持が不可能になつたこと（判例<sup>(4)</sup>）または第一審での敗訴（判例<sup>(8)</sup>）、被害者の逃避（判例<sup>(16)</sup>）、被害者の流血（判例<sup>(19)</sup>(27)〔7〕）、また自分に被害者の血がついていたものとして判例<sup>(25)</sup>）、目的物の不発見（判例<sup>(24)</sup>〔2〕〔3〕）、強姦被害者の生理状態（判例〔4〕）、強姦での挿入前の行為者の射精（判例〔6〕）、被害者の態度の異様さ（判例〔10〕）、被害者の抵抗（判例〔11〕）、思いがけず隣室に被害者の夫が居たこと（判例〔12〕）などが挙げられており、

特によく問題とされる「犯罪の発覚を恐れた場合」にも、中止未遂の成立は否定されている（判例(3)(17)(21)<sup>82)</sup>。そして 以上挙げた判例の中で中止を認めた判例は39件中4件（判例(5)(7)(9)〔8〕）しかなく、判例(5)では「火勢ノ熾ナルヲ見テ恐怖ノ念ヲ生シ」として純粋な恐怖から中止した場合に中止未遂を認めているものの、その他の判例では「之八大變ナコトヲシテ仕舞ツタト思」った場合（判例(7)）や「頓ニ悔悟シ」た場合（判例(9)）、「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」場合（判例〔8〕）に中止未遂を認めているのであり、やはり判例は中止未遂を肯定する際には、任意性に関して限定主観説を採用した上で中止未遂の成立を認めているといえよう<sup>83)</sup>。さらに 「自己の犯罪を隠そうとした態度」に関して、判例(23)は「真摯ナル態度」ではないということから、渡した薬が毒であることを告白すべきであったとした<sup>84)</sup>。また判例(27)も、「真摯」という単語は用いなかったものの、外部からの侵入者の犯行であるかのようにした「偽装行為」を、中止を否定する一因としている。しかしこれはやはり中止未遂の成立に際してその定義内容以上の過度の行為を行為者に要求するものであり、自首制度と中止犯制度を混同するものといわざるを得ない。そして 行為者が着手未遂のつもりで以後の行為を行なわなかったとしても、客観的には実行未遂の状態にあった場合には中止行為を積極的に行なわねばならないとされており（判例(15)）、また 複数の行為、具体的には一つの家屋に対する数ヶ所の点火行為による放火未遂は、その全てについて中止を行なわねばならないとされている（判例(14)(22)）。最後に 中止行為を単独では行なわなかった場合の判断について、病気で衰弱していたので一人では消せず、大声で隣人をつぶやいた事案について中止を認めた（判例(7)）ものの、他人と協力して中止しようとしたそれ以降の事案については「犯人自ラ犯罪ノ完成ヲ現實ニ妨害シタル事實ノ存スルコトヲ必要トスヘク」（判例(11)）とされたり、「他人ノ發意ニ基クモノニ外ナラサル」（判例(12)）と事実認定されたりして、中止が認められなかった（判例(10)<sup>85)</sup>(11)(12)(13)）。しかし判例(20)において「結果發生ニ付テノ防

止ハ必スシモ犯人單獨ニテ之ニ當ルノ要ナキコト勿論ナリト雖其ノ自ラ之ニ當ラサル場合ハ少クトモ犯人自身之カ防止ニ當リタルト同視スルニ足ルヘキ程度ノ努力ヲ拂フノ要アルモノトス」という新たな基準が立てられ、必ずしも行為者自らが単独で行なう必要はないとされた<sup>86)</sup>。以後も下級審において全く同じ基準が引用されているものの、医師を呼ぶよう依頼しただけ(判例〔1])でも、また判例(7)のように火事だと知らせて叫んだ(判例〔5])としても、いずれも中止とは認められていない。結局として他者に(それも結果回避の能力の高い者などに)中止行為を依頼したとしても、實際上中止として認められる可能性は非常に低くなってしまいう傾向があるといえる<sup>87)</sup>。結果発生を回避するために他者に頼んでも結果を避けようと客観的に努力した行為者には中止が認められず( )、主観的に反省悔悟した場合にしか中止未遂が成立していない( )という傾向からすると、この頃の判例の立場は被害者保護の観点から犯罪結果回避を奨励する刑事政策説よりは、むしろ任意性における限定主観説を基礎にして、規範的観点から肯定できる場合のみに中止未遂を認めようとする規範主義説(日本型の刑罰目的説)に近いものであると考えられる。

では次に以上までのような学説・判例を踏まえて、明治40年刑法定制以降の刑法改正作業がどのような影響を受けていったのかを検討する。

#### (4) 草案等

以上まで述べてきたような学説・判例を前提として、それらがその後の刑法改正作業にどのような影響を及ぼしていったのかについて、現在の学説の議論形式が完成する1955〔昭和30〕年頃までの流れを見ていくことにする<sup>88)</sup>。

明治40年刑法定制後における、最初のさらなる刑法改正への動きは、1921〔大正10〕年に政府が臨時法制審議会に対し改正の綱領を諮問したことに始まる<sup>89)</sup>。その臨時法制審議会は1926〔大正15〕年に至るまで主査委員会および総会を数十回開き、審議の後に「刑法改正の綱領」を可決して、

1926年11月に政府に答申した。この刑法改正の綱領の中には、中止犯ないしは未遂犯に関する内容は含まれていなかった。

そして1927〔昭和2〕年1月に当時司法省行刑局長であった泉二新熊が刑法改正原案起草委員会主査委員に任せられ、3月末日までに改正刑法の原案を作成するよう命じられた<sup>90)</sup>。そして同年4月に泉二新熊の手による「予備草案」が完成した。この「予備草案」において、中止犯は未遂犯規定である22条の第2項および第3項に規定された。

#### 第22条

犯罪ノ実行ニ着手シ之ヲ遂ケサル者ハ未遂犯トシ其ノ刑ヲ減輕スルコトヲ得

犯罪ノ実行ニ着手シタル者自己ノ意思ニ因リ之ヲ中止シ又ハ結果ノ発生ヲ防止シタルトキハ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除ス

結果ノ発生スルコト不能ナリシ場合又ハ行為既ニ終了シタルモ其ノ結果発生セザリシ場合ニ於テ犯人其ノ結果ヲ防止スヘキ真摯ナル努力ヲ爲シタルトキハ前項ノ例ニ依ル但シ犯人其ノ事情ヲ知りタル後ハ此ノ限ニ在ラス

すなわち22条2項において、中止未遂には着手中止の場合と実行中止の場合があることを明文化し、また3項において不能犯の場合ないしは行為が終了したものの結果が発生しなかった場合について、行為者がその事情を知らない限り、結果を防止するような真摯な努力を行ったときにはなお中止未遂として扱われる旨の規定が新たに設けられたのである<sup>91)</sup>。しかしそれ以外の、中止未遂の要件（とりわけ任意性の内容）などについては特に変更されることはなく、必要的減免という法律効果もなお維持されていたことがわかる。

その後、同年6月に、司法省内に刑法並監獄法改正調査委員会が設けられて、刑法と監獄法の改正案の起草に着手することとなった<sup>92)</sup>。その第一回総会（1927〔昭和2〕年6月14日）において刑法と監獄法それぞれ6名の起草委員を選出し、その起草委員により刑法改正案を作成し、その後で

それを総会において検討するという審議形式をとることが決められた<sup>93)</sup>。その後起草委員会は花井卓蔵を起草委員長として1931〔昭和6〕年9月に至るまで百五十数回にわたって会議を行い、刑法総則編の起草を終了し、総会に付議した<sup>94)</sup>。そしてその第四回総会(1931〔昭和6〕年10月20日)において、未遂犯規定全体が検討された。この時に最初に議題に供された時点での中止犯規定、すなわち起草委員会により総会に付議された中止犯規定は、次のようなものであった<sup>95)</sup>。

### 第23条

自己ノ意思二因リ犯罪ノ実行ヲ中止シ又ハ結果ノ発生ヲ防止シタル者  
ハ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除ス悔悟ニ出テタルトキハ之ヲ罰セサルコトヲ  
得

結果ノ発生スルコト不能ナル場合又ハ行為終了スルモ結果発生セサル  
場合ニ於テ行為者其ノ事情ヲ知ラスシテ結果ヲ防止スル為真摯ナル努  
力ヲ為シタルトキハ前項ノ例ニ依リ結果ノ発生シタル場合ニ於テ行為  
者其ノ事情ヲ知ラスシテ結果ヲ防止スル為真摯ナル努力ヲ為シタルト  
キ亦同シ

すなわちこの時点での規定の特徴、とりわけ予備草案と比較しての重要な変化としては、まず23条1項において悔悟によって中止した場合に「之ヲ罰セサルコトヲ得」という法律効果が規定されたこと、ならびに23条2項において、結果が発生した場合についても、行為者がその事情を知らない限り、結果を防止するような真摯な努力を行ったときにはなお中止未遂として扱われる旨の規定が新たに追加されたのである。この23条2項における変更は、とりわけ前述の第一回総会で選出された刑法起草委員の中でも、とりわけ未遂犯論について主観説を主張する牧野英一の強い影響によるものであったことがうかがえる<sup>96)</sup>。その証拠に、この部分についての後述の山岡萬之助からの異議に対して、未遂犯論の主観説の立場からの規定である旨を牧野英一が答えているのである。しかしこの23条2項の変更部分については反発が強く、具体的には山岡萬之助から次のような留保の意見が



出された。

「…之は又どうも余程刑法の世の實際を規律する法文としては考慮を要することと考へるのであります。勿論刑法は人間の悪性に因つて来る悪意の結果を防止すると云ふことが任務でありますから主觀的に基礎を置き、之に重きを置くと云ふことは之は結構なことであらうと思ひます。唯此の最後の項になりますと、最後と申上げても後段の場合であります。結果の発生せざる場合に於て行為者其の事情を知らずして結果を防止する為め真摯なる努力をした人が即ち毒物と云ふことを知つて居る、知つて居るけれども顔色を見たら死んだ様子がないからと云ふので努力した。此の場合結果は既に発生して行為者は其の事情を知らぬと云へば其の場合に相当する一の例にならうと思ひます。此れは既に犯罪は終了して居る。終了してしまつたと云ふことは回復の出来ない事情になつて来て居る。さうなつて居るから犯罪は完成して居る。完成して居るならば此の刑法案の予想して居る如く刑罰の種類も頗る広く又刑の選択も自由である。加ふるに刑の範圍も拡大されて居るのでありますから、そこらで之を補へば十分であらうと思ひます。然るに茲に結果は既に発生して人は知つて居る。それを知らぬであつて努力をした場合に尚且前項に依つて刑を減輕免除してしまふ。それも必然的に免除するのでありますから甚だ条文として不可思議な結果になると思ふのであります。犯罪は完成して居る、事後の行為に於て努力したからそれを許すと云ふことは誠に犯罪論として縁遠い理窟であると思ひます。」<sup>97)</sup>

すなわち、結果が発生した場合でもその事情を知らなかったといえこの23条2項後段の場合に当てはまることになるであらうが、しかしこれはもう犯罪としては完成したものなのであり、これを知らなかったからとはいへ事後の行為によって努力したから刑を減輕免除するというのはおかしい、と指摘し、また量刑上の裁量で十分対処できると批判したのである<sup>98)</sup>。また原案である予備草案起草者の泉二新熊からも山岡萬之助に賛成する意見

が出された<sup>99)</sup>。

そこで再び起草委員会で修正の検討をすることとなり、23条については1931〔昭和6〕年12月1日の第156回起草委員会において修正が施された<sup>100)</sup>。その修正後の規定は第十二回総会(1931〔昭和6〕年12月18日)においてそのまま可決され、これが刑法総則改正仮案となり<sup>101)</sup>、1940〔昭和15〕年に各則部分とあわせて「改正刑法仮案」となった<sup>102)</sup>。その中止犯規定である23条は次のようなものであった。

### 第23条

自己ノ意思ニ因リ犯罪ノ實行ヲ中止シ又ハ結果ノ發生ヲ防止シタル者  
ハ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除ス悔悟ニ出テタルトキハ之ヲ罰セサルコトヲ  
得

結果ノ發生スルコト不能ナル場合又ハ行為終了スルモ結果發生セサル  
場合ニ於テ行為者其ノ事情ヲ知ラスシテ結果ヲ防止スル為眞摯ナル努  
力ヲ為シタルトキハ前項ノ例ニ依ル

すなわち23条2項の後半にあった、結果が発生した場合についても行為者がその事情を知らない限り、結果を防止するような真摯な努力を行ったときにはなお中止未遂として扱う旨の規定が、再び削除された。起草委員会において追加されたこの部分は、結局として支持を得ることができなかった<sup>103)</sup>。

しかしそれでもなお、この改正刑法仮案の規定は現行の明治40年刑法典と大きく異なる特色をもつものとなった。すなわちそれは、着手中止と実行中止の明文化、不能犯の場合ないしは行為が終了したものの結果が発生しなかった場合について、行為者がその事情を知らない限り、結果を防止するような真摯な努力を行ったときにはなお中止未遂として扱われる旨の規定の設置、という予備草案から維持されてきた特色に加えて、さらに予備草案にもなかった特色として、悔悟により中止した場合には「罰セサルコトヲ得」という法律効果が明記された点である。この法律効果は、「罰セス」という法律効果を任意的に発生させることができると

いう形式であるが、この「罰セス」という法律効果は心神喪失（14条）、刑事未成年（16条）、恐怖・驚愕・興奮または狼狽による過剰防衛（18条3項）、不能犯（22条）などに規定されているものである。そして、正当防衛（18条1項）や法令正当行為（17条）においては、「罪ト為ラス」という法律効果が規定されていた。このことから、泉二新熊はこの23条1項後段について、「改正假案ニ依レハ悔悟ニ出テタル場合ニハ之ヲ罰セサルコトヲ得ルモノト為ス其罪ト為ラスト云ハサルハ犯罪ノ成立ヲ否定セサル趣旨ナリ」<sup>104)</sup>と述べて、悔悟による中止犯であっても正当化されるものではなく、犯罪の成立を否定するものではないと指摘した。また小野清一郎は、以上に述べたような「罪と為らず」「之を罰せず」「其の刑を免除す」という表現に着目した上で<sup>105)</sup>、「罪と為らず」とは「違法性阻却の原由」であり、「之を罰せず」とは「道義的責任阻却の原由」であって、さらに「其の刑を免除す」または「其の刑を免除することを得」とは可罰性の成立があるにも関わらず一定の事由により法律上当然にこれを免除するか、裁判官の裁量により免除し得るものである、とした<sup>106)</sup>。そして悔悟により中止した場合についての「罰セサルコトヲ得」という仮案の中止犯規定の法律効果について、「其は悔悟に出でたる中止犯に付ては、道義的責任なきものとして犯罪そのものの成立を否認し、之に對して無罪の言渡を為し得るといふ意味に解されるであらう」と評価したのである<sup>107)</sup>。さらに木村龜二は、この仮案23条1項後段の悔悟による中止について、小野清一郎と同様に法律効果の文言に着目しつつ<sup>108)</sup>、ドイツの理論を詳細に検討した上で、この悔悟による中止規定は「違法性消滅事由たると同時に責任消滅事由たる特殊の場合」であるとした<sup>109)</sup>。

このように大きな特色を持つ「改正刑法仮案」ではあったが、その後間もなく太平洋戦争によって刑法改正事業は中止されることになる<sup>110)</sup>。そして1956〔昭和31〕年に当時の牧野良三法務大臣が、小野清一郎を法務省の特別顧問として、「刑法・刑訴法改正について考慮すべき事項如何」という諮問を行なう<sup>111)</sup>まで、全体的な形での刑法改正作業の動きは見られ

なくなるのである<sup>112)</sup>。

最後に日本編のまとめとして、日本における中止犯論の歴史的特徴、およびその現在の未遂犯・中止犯規定の下でのあるべき解釈論について、まとめることにする。

## 第四章 日本における中止犯論の歴史的特徴

### (1) 日本における中止犯論の歴史的特徴

以上のように日本の中止犯規定の流れを見てきたわけであるが、結論として次のようないくつかの歴史的特徴を挙げることができる。まず第一に法律規定の形式的な変化という観点から、明治13年刑法典から明治40年刑法典への中止犯規定の移行・変化は、単純にフランス型法制からドイツ型法制への変化というだけではなく、中止犯規定の二段階の形式的変化のあらわれであったといえる。すなわちまず第一段階として、明治13年刑法典の法律形式では中止犯が未遂犯としては処罰できない一方で、その行為中に含まれた既遂犯については本来成立しないものである以上処罰できないのではないかという疑義に関して、加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯が処罰されることを明治23年草案の段階から立法的に明文化することで解決しようとした。さらに第二段階として、法典調査会第三部における刑法改正作業の中で、実行の着手を含む行為を行なった全ての未遂犯を原則的に処罰することとした結果として、中止犯は未遂犯が成立していることを前提とするものとなり、これにより加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯を処罰するという法律形式が採れなくなって、この結果として明治33年刑法改正案では中止犯の法律効果が必要的減免となった。このような二段階の変化過程を経ることによって、現行の明治40年刑法典の中止犯の法律形式が成立したのである。

そして具体的な中止犯成立の要件の中でも、とりわけ任意性に関する議論の流れについて、日本ではどうしても中止犯を成立させる際の任意性の

内容を、規範的・倫理的観点から限定しようとする傾向が強かったことがうかがえる。その最初が、明治13年刑法典における日本人起草者の誤解であった。この結果として明治10年の日本刑法草案においては「真心悔悟二因テ」という文言で任意性の内容が限定されていた。この限定は刑法審査局による中止犯規定の削除によって、半ば偶然に回避された。その後明治13年刑法典が成立し、刑法学の研究が進展するにつれて、任意性の内容は限定されないものであり、当時の明治13年刑法典の規定文言もそれに沿ったものであるという考え方が広まっていった。しかしそれでは中止犯自体の成立範囲は広いものとなり、中止犯の中でも程度の差というものがやはり存在して、不処罰の恩典に値しないようなものもある、これに対処するために、一律の免除ではなく、処罰減輕と処罰免除の選択ができるようにすることで、中止犯の成立範囲を広くしたままで、規範的に好ましくない中止者に対しても裁判官の裁量による相応の処罰を可能にしたのである。しかし泉二新熊に始まり、牧野英一によって確立した、任意性に関して「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」という二つ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、事実上裁量的・恣意的に任意性判断を行なうことを可能にしたために、「社会一般の通念」という判断基準の中身が実質的に理想的な状態としての規範的基準と全く変わらなくなってしまう以上、結果として中止犯の成立範囲そのものが限定してしまうことにつながったのである。

さらに、このような任意性に関する議論の流れと関連して、中止犯制度の根拠論においても、このような中止犯の成立範囲を限定する考え方と、むしろ広く認めていく考え方の対立の歴史があったことが分かった。すなわち、明治から大正、昭和の戦前期まで、日本においては刑事政策説が圧倒的な多数説であった。しかしやがて大正期から牧野英一や宮本英脩などがこの刑事政策説に異議を唱え始めるようになった。牧野英一や佐伯千仞はこの刑事政策説に対抗する学説として、規範主義説という、日本型の刑

罰目的説を主張した。この規範主義説は、規範的観点から中止犯の成立範囲を限定しようとする傾向を持つものであったが、日本の現行法では条文上任意性を限定する文言がなく、またその規範的・限定的な中止犯観が好まれなかったためか、多くの支持を得るには至らなかった。さらに戦後になって、新たな議論の枠組みとして、中止犯の法的性格論を用いて中止犯の根拠論を説明しようとする試みが行なわれるようになった。まず最初に違法減少消滅説が、「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実の危険性の喪失」<sup>113)</sup>、または中止犯の成立範囲を悔悟の要求によって限定することはしない点から、中止未遂の成立範囲に関してこれを広く認めるものとして主張された。そして同じ議論の枠組みに沿った形で、責任減少消滅説が、「規範的意識の具體化」<sup>114)</sup>または「中止行為に示される行為者の人格的態度」<sup>115)</sup>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ものとして主張されるようになったのである。中止犯制度の根拠論は、その理論構成にさまざまな違いはあるものの、結局としては中止未遂の成立範囲を限定するかしないかでの争いであったのである。そして日本におけるこの根拠論の学説の発生した流れを単純に示すならば、限定しない見解(刑事政策説) 限定する見解(日本型刑罰目的説) 限定しない見解(違法減少消滅説) 限定する見解(責任減少消滅説)と変化していったといえるのである。

そして日本の中止犯論の歴史的展開を特徴づけるものとして、「法律説」と呼ばれる学説の変化が何よりも挙げられなければならない。法律説は本来、明治13年刑法典における「中止犯の場合は未遂犯も成立しない」という法制を前提にして、そのような未遂犯規定の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出すという、条文解釈論的根拠であった。それは条文上、未遂と中止がどのような関係にあるかという未遂と中止の関係構造を示す学説であり、刑事政策説のように「ではなぜ法律がそのように中止犯を通常の未遂犯よりも優遇しているのか」という

問いに答える背景理論の根拠とは、そもそも不処罰を理由づけるアプローチの方法として全く次元の異なるものであった。そしてこのような「法律説」という未遂と中止の関係構造を前提にすることで、正犯のみが行なった中止の効果は共犯にも及ぶとされていたのである。

やがて明治40年刑法典が成立することによって、それまでの条文解釈論の根拠であった法律説は、もはや根拠論として主張されるには困難なものとなった。この結果として、背景理論的根拠である刑事政策説のみが「根拠論」として残ることになった。また同時に中止犯の場合も未遂犯が成立していることを前提とする規定形式になったことから、中止犯の体系的な位置づけとしては一身の処罰減少消滅事由説が広く採られることになった。しかし前述のような条文解釈論的根拠論と背景理論的根拠論との区別が明確に意識されていなかったために、日本では「法律説」が明治13年刑法典のような規定形式を前提としたものであるということが忘れられ、中止犯を犯罪成立要件に関わらせる学説として、その名が記憶に残されてしまうことになった。やがて刑事政策説と一身の処罰減少消滅事由説が圧倒的に支持された結果、中止の効果の一身専属性がその法的性格（体系的な位置づけ）の理論構成と共犯の従属性（必要条件）の議論との関連に基づいて初めて導かれるものであるということが、忘れ去られていくことにもつながった。そして戦後になって、このような共犯問題からの視点を欠いたまま、「法的性格（体系的な位置づけ）論」であるところの違法減少消滅事由説ないし責任減少消滅事由説が、「根拠論」の議論における説明の試みとして主張されるようになった。その際に、現行の条文からはもはや採り得ないはずの学説である「法律説」という看板が、刑事政策説（一身の処罰減少消滅事由説）に対抗して「犯罪論体系内で検討している」という意味もこめて、再び使用された。しかしこれらの法的性格論を以て根拠論を説明しようとする学説は、もともとは「危険性の喪失」などの根拠論も合わせて検討するものであったが、結果的に「違法か」「責任か」という法的性格に関する議論の部分だけが強調されて「違法減少説」「責任減少説」

という法的性格論の枠組みのみが前面に出てしまい、「なぜ違法が減少するのか」「なぜ責任が減少するのか」という本来争うべき根拠論に関する議論の部分を見えにくくしてしまった。「根拠論を議論しているつもりで法的性格論(体系的位置づけ論)を議論してしまっている」という、現在の日本の中止犯論の混乱を特徴づける事実が、ここに浮かび上がるのである。

そしてさらにそれに加えて、それらの学説がもし「法律説」を標榜するのであれば、「中止の場合には犯罪論体系上、(違法性ないしは責任、もしくはその両方において中止が認められたことが影響して)通常の未遂犯とは異なる犯罪が成立する」ことを前提とするのであるから、「未遂行為と中止行為を包括した犯罪類型が成立する」と言わざるを得ないはずであり、このことから正犯のみが中止した場合にも、共犯への影響は避けられないことになるはずなのである。法律説を採るということは、このような共犯への影響の点を考慮に入れた上でのものでなければならないのである<sup>116)</sup>。

## (2) 日本における中止犯論の展望

最後に、以上まで述べてきたような条文形式や学説等の変化の流れを検討した上で、日本の現行法の解釈として、どのような見解が可能なものとなるのであろうか。これを見ていくことにする。

まず中止犯はあくまでも未遂犯の一類型として成立しているのであり、したがって中止犯の際には未遂犯が存在しなくなるというフランス型の未遂犯規定の法制形式から導かれる、加重的未遂の場合の内部に含まれた既遂犯の処罰は、現行法の下では困難なものであるといえる。ただし後述するように、刑法典43条の本文と但書を合わせて考察すべきものとして、法律説を維持し、未遂と中止の全体的考察を行なう場合には、そのような解釈方法を採る限りにおいてのみ、加重的未遂の場合の内部に含まれた既遂犯の処罰が可能となるであろう。この点で、現行法においてもこのような加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯としての処罰を主張する考え



方<sup>117)</sup>は、刑法典43条に関してこのような解釈論を展開しないかぎり、論理的に矛盾したものであるといえる。

そして現行法の中止犯の要件である任意性に関して、立法者は後悔等の内面的な事情変更を要求するつもりもなく、悪い動機から中止した場合でも、それが自発的なものである限り、中止犯の要件は満たされることになる。このことは前述の現在の判例における厳格な認定態度と、相容れないものであるといえる<sup>118)</sup>。これらの点から、現行法における中止未遂は、それ自体の成立範囲は現在一般的に考えられているよりは広いものであり、その広い裁判官の裁量範囲内において、免除を与える必要がないような者を減軽にとどまると処断することで対処しようとしたと考えられるのである。よって、ここでもし規範的な観点から中止犯の成立範囲そのものを限定しようとする見解を主張するならば、そのような見解が条文の文言以上に中止犯の成立範囲を狭めるものであり、罪刑法定主義の点から問題があることを自覚せねばならず、したがって、刑法典43条の「自己の意思により」という文言をそのように被告人に不利益な形で限定して解釈したとしても、なおそれが罪刑法定主義の観点から許容できる拡張解釈の範囲にとどまるものであるかについて、さらなる説明を必要としなければならないことになる。

そして現在日本においては法律説が圧倒的多数説を占めているわけであるが、日本の現行法の規定形式を前提として、なおかつ「法律説」をどうしても維持して主張しようとするならば、現段階では次に挙げる三つの論理形式の中から選択することになる。

1. 刑法典43条の本文と但書は形式的には分かれているものの、これは合わせて考察すべきものであると考えて、明治13年刑法典と同様に、中止犯の場合は未遂犯の範疇から外れてしまう、とする。このような全体的考察の考え方から、中止犯の場合には未遂行為と中止行為を包括した犯罪類型を想定することになる。法律説の本来の姿がこれである。ただし必然的に、正犯のみが中止した場合には何ら中止行為を行っていない共犯にもその

中止の効果が及ぶことになる<sup>119)</sup>。

2. 1の考え方と同様に全体的考察方法を採用しつつ、行為(Tat)概念を相対化させて、構成要件に該当する行為と量刑の対象となる行為は異なる概念であり得る、とした上で、正犯が中止した場合であっても、共犯の従属の対象となる正犯行為は構成要件該当行為のみに限られる、とする<sup>120)</sup>。これにより正犯のみが中止した場合に共犯にその効果が影響することはなくなるが、中止犯規定が単なる量刑規定となってしまうし、そもそも行為概念を相対化させてしまう点について疑問が残る。

3. そもそも全体的考察方法を採用せず、中止未遂の法的性格でいうところの「違法」概念ないしは「責任」概念そのものを変更し、それらを単なる量刑上のものとして捉え直す。すなわち、中止行為前までの未遂行為によって、犯罪論体系に関わる形での「行為違法」「行為責任」が存在することになり、中止行為によっては、これとは別の「量刑違法」「量刑責任」が減少・消滅する、と考える。日本において主張されている法律説は、実質的にこのような形式のものである。しかしこの見解でも中止犯規定が単なる量刑規定となってしまうし、何よりもこのように中止犯を「行為違法」「行為責任」とは異なるただの「量刑」上の問題として捉え直す見解が、そもそも「法律説」の定義の範疇になお入り得るのかは、全く以って疑わしい。「中止犯は『行為違法』ないし『行為責任』に影響する」ということこそが、まさに法律説の本質的内容だったはずなのであるから、これは「法律説」という学説の概念内容を骨抜きにして看板だけを借りると言うに等しい。中止犯が「行為」とは関係のない「量刑」上のものであるに過ぎないなら、一身の処罰減少消滅事由説を採るのが一番素直な見解だと言える。中止の効果の一身専属性も維持できる。

以上のように、1の考え方では論理的には一貫するものの、結論において妥当性を欠くことになる。2の考え方では1の考え方のような結論の妥当性に関する欠点は修正されているものの、論理構成としては苦しいことは否めない。3の考え方に至っては、もはやこれは論理破綻していると

いってよい。日本の現行法の下で法律説を採用するということは、それほどまでに困難なこと<sup>121)</sup>なのである<sup>122)</sup>。

そしてさらに、いずれの形式の法律説を採るにしても、また法律説を採らなかったとしても、このことは当てはまるのであるが、「法律説」などというのはあくまでも未遂と中止の関係構造を示すものであり、またその看板の下で主張されている「違法減少消滅説」も「責任減少消滅説」も法的性格（体系的位置づけ）論における学説でしかないのであって、これとは異なる次元の議論である中止未遂の根拠論に関しては、中止未遂の成立範囲を限定するかないかという点にも関係してさらなる理論構成を行わなければならないのである。すなわち、「なぜ違法性が減少・消滅するのか」「なぜ責任が減少・消滅するのか」「なぜ一身的に処罰が減少・消滅するのか」について、さらなる理論（例えば刑事政策説、刑罰目的説など）を立てなければならず<sup>123)</sup>、その理論に基づいて中止犯の成立範囲が確定されなければならないのである<sup>124)</sup>。ここにこそ中止未遂の根拠論の意義が存在するのである。中止未遂の根拠論の内容が決まることによって、中止犯の成立範囲が決定づけられ、それによって中止犯の法的性格が方向づけられて、この結果として中止犯の一身専属性の有無などが決定づけられるのである。

では以上まで述べたような日本における議論の特色および問題点をふまえた上で、今後の日本の議論の展望をさらに明確に方向づけるために、現行の明治40年刑法典がその理論的影響を最も大きく受けたと言われているドイツ刑法学について、その中止未遂の歴史的展開を、日本と同様に時系列に沿って追うことにする。

1) ここでの「共犯」は、中止効果の「一身専属性」を議論の対象とするので、従属共犯としてのいわゆる「狭義の共犯」を想定することにする。共同正犯、間接正犯の中止に関する検討は別稿に譲ることにする。また中止犯における（狭義の）共犯に関する問題は、大きく分けて二種類の場合を分けて考える必要がある。すなわち 正犯が中止した場合に従属性に基づいてその効果が中止行為に関与していない共犯に及ぶかどうか、 共犯自身

が中止行為を行なうことができるのかという問題である。ここではやはり「中止犯の効果の一身専属性」を議論の対象とするので、を議論の中心とすることにしたい。

- 2) 前述第二章第二節参照。
- 3) 前述第三章第二節(1)参照。
- 4) 明治13年刑法典105条によれば、教唆犯も「正犯」として扱われていた。しかし教唆犯の正犯に対する実行従属性については認められていたようである。宮城浩蔵『刑法講義(四版)第一巻』(1887〔明治20〕年)631頁、江木衷『現行刑法汎論〔再版〕』(1887〔明治20〕年)156頁以下、江木衷『改正増補現行刑法汎論〔第三版〕』(1888〔明治21〕年)223頁、富井政章『刑法論綱』(1889〔明治22〕年)248頁。
- 5) 従犯の正犯に対する実行従属性についても認められていたようである。江木・前掲『現行刑法汎論〔再版〕』165頁以下、江木・前掲『改正増補現行刑法汎論〔第三版〕』235頁以下。
- 6) 江木・前掲『現行刑法汎論〔再版〕』159頁。江木は「教唆者ノ責任ハ正犯ノ犯罪ノ執行ニ着手シタル時ヨリ生ルカ故ニ正犯ニシテ犯罪ヲ中止シタルトキハ教唆者ヲ併セテ無罪ト為スヘク正犯ニシテ未遂ニ止マルトキハ教唆者モ亦未遂犯ヲ以テ罰スルニ過キサルヘシ」と述べる。同じく江木・前掲『改正増補現行刑法汎論〔第三版〕』227頁、江木衷『現行刑法原論〔再版〕』(1894〔明治27〕年)109頁においても同様である。なお、江木衷は前掲『現行刑法汎論〔再版〕』142頁において「又數人共犯ニ係ル中止犯ハ共犯者中一人ノ中止ニ係ルトキト雖モ尚ホ他ノ共犯者ヲ罰スルコトナシ是レ共犯ハ數人一體ノ共同ニ出タルモノニシテ一人ノ中止進取ハ其全體ヲ左右スルニ足ルヘキモノトスルノ原則ニ基タル結果ナリ但シオツペンホツフ氏及ヒ其他ノ學者ハ反對ノ説ニ出テタリ」と述べているものの、江木・前掲『改正増補現行刑法汎論〔第三版〕』においてはこの記述が削除されている。思うに、この記述の「共犯者」が教唆犯・従犯のみを指すのか、共同正犯を指すのか、それとも全体を指すのかが明らかでなかったため、混乱を避けるために削除されたものとも考えられる。
- 7) 谷野格講義・前掲『刑法汎論』(早稲田大学出版部蔵版、出版年不明、1901〔明治34〕年頃の出版と思われる)217頁。谷野格は「犯行の中止に因る未遂は之を法律上の未遂と認めず即ち此種の未遂は其性質上罪たる行為にあらざるを以て其共犯は之を法律上の共犯と認むること能はず。換言すれば犯行の中止ありたるときは事實上正犯準正犯(筆者注:教唆犯を指す)又は従犯ありと雖も法律上に於ては之を正犯、準正犯又は従犯として處罰することを得ず」と述べる。
- 8) 小疇傳『日本刑法論』(1904〔明治37〕年)248頁。小疇傳は「我現行刑法ニ依レハ犯人カ任意ニ中止シタルトキハ處罰スヘキ行為即チ犯罪ハ存在セズ從テ其中止以前ニ於テ此ニ加担シタル他ノ實行正犯及ヒ教唆者従犯者ハ他人ト共同シテ罪ヲ犯シ又ハ他人ノ犯罪ニ從トシテ加担シタルト云フコトヲ得サルヲ以テ刑法上共犯者トシテ之ヲ處罰スルコトヲ得サルナリ(刑法第四百條第五百條第九條參照)」と述べる。同じく小疇傳『大審院判決引照批評日本刑法論総則〔訂正増補〕』(1906〔明治39〕年)327頁においても同様である。
- 9) 平沼驥一郎講述・前掲『刑法汎論』(出版年不明、1903 1904〔明治36 37〕年頃の出版と思われる)227頁。平沼驥一郎は「中止ハ現行法ノ解釋トシテハ全ク犯罪ノ成立ヲ阻

却シ免刑ノ原因ニアラス故ニ實行正犯カ中止スルトキハ教唆犯又ハ從犯ヲ成立セシメサルモノト論セサルヘカラス」と述べる。

- 10) 江木・前掲『改正増補現行刑法汎論〔第三版〕』235頁以下。江木衷は「從犯ノ所為ハ豫備中ノミナラス犯罪ノ執行中ト雖モ存在スルコトナキニアラス然レトモ豫備中ニ屬スルモノハ正犯ニシテ現ニ犯罪ヲ執行シタルトキニアラサレハ從犯タルノ責任ナルベク只タ豫備ノ所為ヲ幫助スルモ正犯ニシテ犯罪ヲ中止シタルトキハ其ノ責任ナシ」と述べる（ただし、単に從犯の實行從属性についての記述とも読める。いずれの意図の記述かは不明である）。同じく江木・前掲『現行刑法原論〔再版〕』114頁においても同様である。なお江木・前掲『現行刑法汎論〔再版〕』においては、まだこの後半部分の中止に関する記述が見られない（同書165頁以下参照）。
- 11) 富井政章『刑法論綱』（1889〔明治22〕年）267頁。富井政章は「例ヘハ器具ヲ供給シタル後ニ於テ正犯其悔悟ニ因リ實行ヲ中止シタルキハ從犯モ亦無罪タルヘシ」と述べる。
- 12) 岡田朝太郎『日本刑法論（総則之部）〔改訂増補三版〕』（1895〔明治28〕年）1091頁以下。岡田朝太郎は「中止犯ニ付テモ亦同シク從犯ナシ中止犯ハ犯罪ニ非ラス」と述べた上で具体例を挙げ、ある人が政治集会場に爆弾を投げ込もうとしたときに、それを知った他の人が爆弾を給与したものの、結局中止した場合には「助成者モ亦從犯ニ問フ可ラス壯士自身カ中止犯トシテ不問ニ付セラルレバナリ」と述べる。
- 13) 谷野・前掲『刑法汎論』217頁。
- 14) 小嶋・前掲『日本刑法論』248頁。同じく小嶋・前掲『大審院判決引照批評日本刑法論総則〔訂正増補〕』327頁においても同様である。
- 15) 平沼・前掲『刑法汎論』227頁。
- 16) 現在の日本ではこのような「中止未遂の効果の一身専属性」ということは、中止犯というものの性質上から当然に導かれることであるかのように受け取られている印象が強い。団藤重光『刑法綱要総論第三版』（1990年）430頁、前田雅英『刑法総論講義（第3版）』（1998年）461頁および465頁以下、大谷實『新版刑法講義総論』（2000年）494頁、濱邦久『未遂〔刑事法重点講座〕理論と実際』（1982年）228頁以下など。しかし明治13年刑法典の下でのこの問題に関する学説の議論を見ると、これは逆であって、中止犯が一身専属的であることは自明のものではなく、中止犯の理論構成を行なった上で導かれるべきものであることが明らかになる。Vgl. v. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 318 Fn. 8; Frank, a. a. O., 18. Aufl., 1931, S. 101; Philipp Allfeld, a. a. O., 9. Aufl., 1934, S. 205 Fn. 67.
- 17) 小嶋・前掲『新刑法論』（1910〔明治43〕年）417頁。小嶋は「新刑法ノ規定ニ依レハ中止犯ハ犯罪ニ成立ニアラスシテ既ニ未遂犯トシテ犯罪ハ成立セルモ任意ナル中止ヲ理由トシテ之ニ科スヘキ刑ヲ減輕又ハ免除スルニ過キスシテ之カ力ヲ未遂行為ノ犯罪タル性質ニ何等ノ影響ヲ與フルモノニアラス」ということを前提にした上で、「共同正犯中ノ或者カ任意ニ罪ノ實行ヲ中止シ又ハ罪トナルヘキ結果ノ發生ヲ妨止スルモ力カ中止ニ關與セサル他ノ共同正犯及教唆又ハ從犯ハ前ニ犯罪行為ニ加功シタル事實ニ伴フ刑責ヲ免ルルコトヲ得ス」と述べた。小嶋は明治13年刑法典の下では前述のように正犯が中止した場合にはその効果は共犯に及ぶとしていたのであるから、これは明らかに条文が改正されたことに基

づいて解釈を変更したものである。

- 18) 泉二・前掲『改正日本刑法論〔訂正七版〕』(1909〔明治42〕年)292頁以下。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)533頁においても同様である。
- 19) 岡田・前掲『刑法原論総論〔増訂改版第四版〕』(1917〔大正6〕年)340頁。
- 20) 大場・前掲『刑法総論下巻』(1918〔大正7〕年)824頁以下。
- 21) 山岡・前掲『刑法原理〔訂正増補第七版〕』(1918〔大正7〕年)213頁以下。
- 22) 富田・前掲『日本刑法』(1918〔大正7〕年)320頁。
- 23) 久禮田益喜『日本刑法総論』(1925〔大正14〕年)263頁。
- 24) 牧野・前掲『日本刑法上巻総論〔重訂版〕』(1941〔昭和16〕年)484頁以下。
- 25) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. unveränderte Aufl., 1923, S.390. 1915年の初版は参照できなかったが,「unveränderte」とあることから同様の主張であると考えられる。また P. F. Aschrott/Franz von Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuchs, Band I, 1910, S. 355ff. においても,既に M. E. Mayer は,このような共犯の正犯に対する従属性について,段階づけを行なうことが可能であると示している。なお,なぜこのような要素従属性という観点から共犯の従属性を緩和することが試みられたのか,その理由については,佐伯千仞「いわゆる共犯の制限された従属形式」(『共犯理論の源流』(1987年)所収35頁以下),松宮孝明「非故意行為に対する共犯 「故意への従属性」について」立命館法学231・232号(1993年)241頁以下,同じく松宮孝明「共犯の「従属性」について」立命館法学243・244号(1995年)302頁以下,松宮孝明「行為」概念と犯罪体系」立命館法学271・272号下巻(2000年)879頁以下等を参照。
- 26) すなわち48条において教唆犯の従属の対象は「... strafbaren Handlung」であり,49条においても幫助犯の従属の対象は単に「... Verbrechen oder Vergehens」とされていた。
- 27) Ludwig Spohr, Rücktritt und tätige Reue, 1926, S.70. シュポールはこのことからの当然の帰結として,ペンディングが,正犯が中止した場合に中止行為をしていない教唆犯や幫助犯にもその効果が及ぶ,としていることを指摘している。Vgl. Karl Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1913, S.138; ders., Das bedingte Verbrechen, GS Bd. 68, 1906, S. 23f.
- 28) Karl Krauthammer, Der Rücktritt vom Versuch, 1932, S. 53.
- 29) Vgl. Klaus Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1975, S. 123ff. (本論文の紹介として,虫明満「クラウス・ウルゼンハイマー著『理論及び実務における中止未遂の基本問題』(一九七六年)」名大法政論集78号(1979年)427頁以下参照); Christian Jäger, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungs-umkehr, 1996, S. 4.
- 30) すなわち前掲のように48条における教唆犯の従属の対象は「... strafbaren Handlung」であったのだが,これが「... mit Strafe bedrohten Handlung」になり,49条においても幫助犯の従属の対象は単に「... Verbrechen oder Vergehens」であったのが,「... als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohten Handlung」と変更された。
- 31) 1943年の改正後に,中止犯の体系的位置づけを直接に違法性に関係するものと主張する

### 中止犯論の歴史的展開 (3) (野澤)

学説は、ドイツにおいては見当たらない。ただし、消極的構成要件要素の理論を前提に、中止犯でないことを未遂犯成立の消極的構成要件要素と考える学説は存在した。この考え方によれば、正犯の中止はその共犯に効果が及ぶことになる。Reinhard v. Hippel, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966, S. 71f. u. S. 77. なお同じく消極的構成要件要素の理論を採りつつ、正犯の中止は共犯に効果が及ばないことの論証を試みるものとして、Guntram v. Scheurl, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, S. 37ff. 参照。

- 32) このように制限従属性説を採りつつ中止犯の体系的位置づけを違法性にも関わるものとして捉える見解(すなわち違法減少(消滅)説, ないしは違法・責任減少(消滅)説など)としては、平場安治『刑法総論講義』(1961年)140頁および147頁(なお瀧川他・前掲『刑法理論学総論』(1950年)210頁および215頁〔いずれも平場安治執筆〕も同様である)、平野・前掲『刑法総論』334頁および355頁、藤木英雄『刑法講義総論』(1975年)262頁および297頁、佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(1981年)323頁および338頁、川端博『刑法総論講義』(1995年)466頁および522頁、福田平『全訂刑法総論〔第三版〕』(1996年)228頁および253頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔第三版〕』(1997年)242頁および272頁、内田文昭『刑法概要中巻(犯罪論2)』(1999年)391頁および447頁、林幹人『刑法総論』(2000年)374頁および431頁、井田良『犯罪論の思考と論理〔第19回〕中止犯』現代刑事法3巻5号(2001年)98頁および同・『犯罪論の思考と論理〔第20回〕正犯と共犯』現代刑事法3巻6号(2001年)109頁以下など。
- 33) この立場において、この共犯の論点を意識した上で違法減少説を否定し、責任に関わるものとする結論を導く数少ない例外として、香川達夫『刑法講義(総論)第三版』(1995年)307頁、同じく香川・前掲『中止未遂の法的性格』76頁以下および177頁以下、山中敬一『刑法総論』(1999年)712頁。
- 34) 制限従属性説を採りつつ中止犯の体系的位置づけを違法性にも関わるものとする見解のうち、この論点を取り上げて「共犯にもその効果が及ぶことになる」という結論に反論するものとして、まず「違法の個別化」や「人的不法論」の見地から「違法の連帯性」というテーゼの絶対性を否定することに基づいて、中止行為を行なった者のみにその効果を及ぼそうとする見解(内田・前掲『刑法概要中巻(犯罪論2)』397頁、川端博『刑法総論25講』(1990年)277頁以下)がある。しかし、「違法の連帯性」の絶対性が否定されるべきということと、この正犯のみの中止の効果が共犯には及ばないということは、全く論理関係がない。そもそも共犯の従属性におけるこの制限従属性説と極端従属性説の争いは、「狭義の共犯が成立し、かつ、可罰性を有するためには、正犯の行為がどの程度に犯罪の要件を具備することを必要とするのか」(川端・前掲『刑法総論講義』520頁)に関する争いなのであるから、あくまでも「共犯の成立のための必要条件」が問題となっているにすぎず、「正犯に発生したどの事由が共犯に及ぶか」という議論ではない(この点でまさにいわゆる「誇張従属形式」は他の従属形式と性格を異にしていると言われているのである。松宮孝明『刑法総論講義第2版』(1999年)257頁、同じく松宮・前掲『共犯の「従属性」について』302頁以下、M. E. Mayer, a. a. O., S. 391 参照)。「違法の連帯性を否定すること」とは「正犯に違法があるからといって共犯に違法があるわけではない」ことを示す

にとどまり、正犯のみの中止の場合のような「正犯に違法が無いからといって共犯に違法が無いわけではない」ことを示すものではないのである(「連帯性」の観点と「従属性(必要条件)」の観点的違いである)。さらに、日本の中止犯の法律効果が完全に不処罰ではなく「減少」ととどまるものであることから、中止者の行為は中止により違法性が減少しても違法であることには変わりなく、「自己の意思による中止という主観的要素が、違法性の評価に影響をあたえ違法性が減少をするのであり」、「中止者個人の主観的要素はその行為者の行為の違法性の強弱に影響をあたえるのみであるから」、「他の共犯者の行為の違法性にそのまま、影響をおよぼすものではない」とする見解(板倉宏「共犯と中止」『刑法判例百選 総論』(1978年)201頁)もあるが、この見解も「違法の連帯性の否定」から結論を導く見解と同様に、「従属性(必要条件)」の観点と「連帯性」の観点を混同しているものと思われる。「人的違法論」(板倉・同201頁)を強調して違法性判断を個別的に行なうとしても、「共犯の正犯に対する従属」は結局(制限従属性説を採用する限り)要求するのであるから、「従属性(必要条件)」と「連帯性」の誤解についての批判が同様に当てはまり、また違法が減少したとしても違法に変わりがないとするならば、これは最初から中止犯の体系的な位置づけを違法性段階で扱う必要がないと言っているに等しい。まさにその減少した違法が影響してしまうということがここで問題となっているのである。そしてさらに、違法減少説を妥当としながら、中止未遂の一身専属性を説明するために、障礙未遂の場合の違法性のメルクマールを「法益侵害の危険性」と「犯罪中止義務ないしは結果防止義務に対する義務違反性」としつつ、中止未遂の場合の違法性のメルクマールを「法益侵害の危険性」のみであるとすることで、両者は違法性の構造に違いがあり、「義務違反性はその義務を履行した者のみに欠けるから、中止未遂効果の一身専属性も説明できる」とする見解(野村稔『未遂犯の研究』(1984年)452頁以下、同じく野村稔『刑法総論補訂版』(1998年)357頁以下)もある。このような障礙未遂と中止未遂の構造論そのものについても疑問が残る(浅田和茂「紹介・野村稔著『未遂犯の研究』」犯罪と刑罰2号(1986年)142頁以下参照)し、また前述のような違法の連帯性と従属性(必要条件)に関する混同がここでも存在するように思われる(義務履行により正犯が中止未遂となっても、その効果が違法性に現れる限り、制限従属性説では共犯に影響が及ばざるを得ない)。また、「中止未遂は中止行為をその本質的要素とするものである以上、中止行為を行なって結果を防止した者のみが特典にあずかれる」(清水一成「中止未遂における「自己ノ意思ニ因リ」の意義」上智法学論集29巻2・3号(1986年)237頁)とするのも、同様に共犯の従属性(必要条件)の観点を誤解(ないしは看過)するものである。以上のように、現在のところこの見解からは、体系的・論理的に整合した形での説得力ある反論がなされているようには思われない。中止犯の体系的な位置づけを違法性に関わるものとする見解から導かれるであろう体系的・論理的に整合した結論は、最小限従属性説ないしは共犯独立性説を採用して共犯への影響を否定する(ただし最小限従属性説ないしは共犯独立性説を採ったとしても、後述のように法律説を維持する場合には未遂行為と中止行為の一体的評価を前提にせねばならず、やはり共犯への影響は避けたいように思われる)か、もしくは「正犯のみが中止した場合にも共犯にその効果が及ぶ」と言いきってしまうことである。



- 35) 実質的に最小限従属性説を採りつつ中止犯の体系的位置づけを違法性にも関わるものとする見解として、大谷教授は、「たしかに、違法性のうち法益侵害については運動することを認めるべきであるが、違法性は法益侵害の結果を前提として行為の無価値を評価するものであり、行為自体の運動ということはありませんから、共犯者に運動することもありえないのである」と述べる（大谷實『新版刑法講義総論』（2000年）409頁）。その上で「自己の意思によらないで中止した共犯者に運動することはありません」（大谷・前掲書409頁）とも述べるが、必要条件としての共犯の従属性というものは、共犯者の主観面によって左右されることなく作用するものなのであるから、この大谷教授の指摘は単に「この場合（＝正犯のみが中止した場合）は共犯者自身が中止を行った場合ではない」と述べているだけでしかなく、この場合に従属性が作用することに対する反論となっていない。また、「政策目的上の効果も、自己の意思により中止した者についてのみ及ぶと解されるから、違法性減少が共犯に運動することはありません」（大谷・前掲書409頁）とされるが、「政策目的上の効果も、自己の意思により中止した者についてのみ及ぶと解される」というのは、その中止者が自止の奨励に応じたが故にその効果が一身にのみ作用する、ということである。そうだとすればそれは一身の処罰消滅事由として中止を捉えることになり、そもそも違法性減少とは関係がない。またそもそも、最小限従属性説を採ったとしても、後述のように法律説を維持する場合には未遂行為と中止行為の一体的評価を前提にせねばならず、やはり共犯への影響は避けられないものといえる。
- 36) このような議論状況は、前述のような『中止未遂の効果の一身専属性』ということとは、中止犯というものの性質上から当然に導かれることである」という誤解から発生しているように思われる。
- 37) Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 123ff.
- 38) H. A. Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 2. Theil, 1839, S. 240.
- 39) 前述第二章第二節（1）参照。
- 40) Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 18. Aufl., 1898, S. 165 Fn. 1.
- 41) Karl Binding, Das bedingte Verbrechen, GS Bd. 68, 1906, S. 23.
- 42) このように、とりわけ1871年ライヒ刑典や明治40年刑典のような未遂犯の規定形式の下で法律説を採る際には、中止行為開始時点で既に成立してしまっているはずの未遂犯について「（評価の上では通常の未遂犯としては）成立していない」ことを論証するために、未遂行為と中止行為との一体的評価が必要不可欠とされることになる。もしこの一体的評価なしに明治40年刑典のような未遂規定の形式の下で法律説を採るならば、それは「一旦生じた未遂犯が事後的にその評価を変化させる」ことになり、「通常の（障礙）未遂犯はそもそも成立していない（＝違法性ないしは責任に影響して中止未遂犯が成立している）」という（最近の）法律説の内容とは矛盾したものになる。事後的な評価変更という説明方法は、（最近の）法律説には（その定義からしても）許されないものなのである。だからこそ、後述の一体化説の「行為概念の相対性」という理論構成が、中止未遂の効果の一身専属性を維持するために、有意義なものとなってくるわけである。
- 43) Jäger, a. a. O., S. 4.
- 44) Jäger, a. a. O., S. 4.

- 45) 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. 353ff. (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)。
- 46) Lang-Hinrichsen, a. a. O., S. 359. この量刑の意味における「行為」概念を、彼は「拡大された行為概念 (der erweiterte Tatbegriff)」と呼ぶ。
- 47) ラング= ヒンリクセンは、このような正犯行為の相対化の結果としてのその行為の二重評価の考え方は、既に特定の事例形式における刑法解釈においても行われていることである、と指摘する。すなわちそれは、連続行為(正犯者にとっては連続行為は単一の行為であり、連続行為中の個別行為は独立していない構成分子であるにすぎないが、その連続行為中の一個の個別行為に關与した共犯者にとっては、その個別行為のみが行為として独立した単一行為となる)、共罰的事後行為(正犯者にとっては共罰的事後行為として先行する可罰的態度との関係で合わせて評価されるが、事後行為のみに關与した共犯者にとっては共罰的事後行為は独立して評価されるべきものである)、法条競合(BGHSt 11, 66)におけるように、詐欺行為(欺罔)を手段として恐喝を行なった事例について、正犯者にとってはその欺罔は脅迫に吸収され、恐喝のみが存在するが故に恐喝罪で処罰されたが、欺罔にのみ關与し、かつ脅迫の事実を知らなかった幫助犯が詐欺幫助で処罰された場合。ただし学説上は争いがある)の三つの場合である。Lang-Hinrichsen, a. a. O., S. 377f.
- 48) Lang-Hinrichsen, a. a. O., S. 376. このような点から逆に、日本で主張されているような、全体的考察方法を採用した上で法律説を主張する見解が、行為概念の相対化をもたらずものとしてではなく、単純に「未遂と中止とを一体として考察する枠組を立てる」ものとしてのみ主張される場合(大場茂馬『刑法総論下巻』(1918年)808頁、清水・前掲論文235頁以下、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頁以下等を参照)には、それらの見解に対してはビンディングらの主張した従来の法律説に対するのと同様の批判が向けられることになる。すなわち、行為概念を未遂行為と中止行為を合わせたものとして捉えることは、正犯のみ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・幫助犯は從属性の観点から「中止未遂の」教唆犯・幫助犯であることになり、中止未遂の効果が一身專屬的なものではないことになるのである。ラング= ヒンリクセンの主張は、このような単純な全体的考察のみを内容とするものではなく、さらにそこから進んで、行為概念を相対化することで、従来の全体的考察の手法(およびそれに基づく法律説)が抱える、共犯に關しての問題点を克服しようとする狙いがあったのである。
- 49) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 1996, S. 540; vgl. auch Jäger, a. a. O., S. 5.
- 50) 「拡大された行為」概念を設定せずとも、中止を一身の処罰消滅事由とした上で、

未遂行為と中止行為をまとめて量刑の対象である、とすればよい。共犯における一身専属性の問題もそもそも生じなくなる。そしてこのような批判は、後述するように、日本の法律説に対しても当てはまるものである。

- 51) Michael Walter, *Der Rücktritt vom Versuch als Ausdruck des Bewährungsgedankens im zurechnenden Strafrecht*, 1980, S. 27.
- 52) 前述してきたような、「『中止未遂の効果の一身専属性』ということとは中止犯というものの性質上から当然に導かれることである」という誤解が、このような共犯問題に対処するという点についての意識の低さを招いているように思える。
- 53) この点で、日本において広く行われているように、行為概念を相対化させることなく、なおかつ全体的考察方法をも採用せずに違法減少説ないし責任減少説を採るためには、中止未遂の法的性格でいうところの「違法」概念ないしは「責任」概念そのものを変更し、それらを量刑上のものとして捉え直す必要があることになる。すなわち、中止行為前までの未遂行為によって、犯罪論体系に関わる形での「行為違法」「行為責任」が存在することになり、中止行為によっては、これとは別の「量刑違法」「量刑責任」が減少・消滅する、と考えるわけである。日本の法律説は、違法減少説であれ、責任減少説であれ、また違法・責任減少説であれ、結局として事実上、このような「量刑違法」「量刑責任」といった意味での「違法性」「責任」「違法性および責任」が減少している、と述べているにすぎないのである。しかし、そもそも日本の「違法減少説」「責任減少説」および「違法・責任減少説」が、自説に関してこのように「行為違法」「行為責任」ではなくて「量刑違法」「量刑責任」に関してのみの説明しかなし得ていない点について自覚できているかどうかがまず疑問である。また、このような「量刑違法」「量刑責任」が減少・消滅するという説明に対しては、一体化説に対して為された「中止を単に量刑上の視点として理解するものである」との批判が当てはまり得るし、さらに「積極的責任主義」(=「責任あれば刑罰あり」)の要請を充たすという点以外では、わざわざこのような説明を行わねばならない意義も見いだしがたい。そして何よりも、このように中止犯を、「行為違法」「行為責任」とは異なる「量刑」上の問題として捉え直してしまうような考え方が、そもそも「法律説」というものの範疇になお入り得るのかどうか、全く以って疑問である。「中止犯は『行為違法』ないし『行為責任』に影響する」ということこそが、まさに法律説の本質の中身だったはずなのである。だとするならば、日本において法律説をなお採用する際には、未遂行為と中止行為の全体的考察方法を採らざるを得ないことになり、さらに共犯への影響を避けるために行為概念を相対化させる必要もあることになる。だがこのように考えたとしても、前述のように、こうまでして法律説を主張しつづける意義がどのような点に存在するのか、わざわざこのような説明を行わねばならない意義がどこにあるのかは、やはり見いだしがたいといえる。
- 54) Spohr, a. a. O., S. 69f.
- 55) Krauthammer, a. a. O., S. 53.
- 56) このような中止犯論における「根拠」論と「体系的位置づけ」論の区別の必要性については、既に城下裕二「中止未遂における必要的減免について 「根拠」と「体系的位置づけ」」北大法学論集36巻4号(1986年)203頁以下において、同様の全く以って適切な

指摘がなされている。しかし城下・前掲論文は、「法的性格」論という単語の指し示す内容(および日本におけるそれに関する誤解)については、踏み込んで指摘・検討していない。すなわち、この「体系的位置づけ」論と「根拠」論とが区別されるべきものであるとは指摘するものの、現在日本で「法的性格」論と呼ばれているものが、実は「体系的位置づけ」論と同じであり、その「法的性格」論もまた「根拠」論とは区別されるべきことになる、という、用語上の誤解の点までも指摘しているわけではない。

- 57) Krauthammer, a. a. O., S. 4ff. これと類似して、「Rechtsnatur」という単語を用いて、その中で体系的位置づけ論を述べる最近のドイツの文献として、Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995, S. 564; Volker Krey, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 2001, S. 185. Baumann/Weber/Mitsch はこの法的性格論とは別に根拠論を「Grund der Strafbefreiung」として検討し、Krey は根拠論を「ratio legis」として検討する。
- 58) Maurach/Gössel/Zipf, a. a. O., S. 56ff. u. S. 88; Georg Freund, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1998, S. 294 u. S. 296; Walter Gropp, Strafrecht allgemeiner Teil, 1997, S. 285 u. S. 288; Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, S. 741; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000, S. 552 u. S. 554; Schönke/Schröder/Eser, a. a. O., 25. Aufl., 1997, § 24 Rn. 1-5; SK(Hans-Joachim Rudolphi), 6. Aufl., 1993, § 24 Rn. 2-7. これらにおいて、根拠論は例えば「Grund」ないしは「Ratio」という表題で議論され、体系的位置づけ論は例えば「(systematische) Einordnung」ないし「Stellung」か、または「Wirkung」として中止の法的効果の説明の中で検討されている。
- 59) 例えば前田・前掲書164頁、大谷・前掲書407頁などは、いずれも「根拠」論を検討する際に(本来「法的性格」論における学説であるはずの)責任減少説や違法減少説を取り扱っている。
- 60) すなわち、中止犯が構成要件すらも充足しないという「性格」を持つか、違法性が減少消滅するという「性格」を持つか、責任が減少消滅するという「性格」を持つか、という観点で、中止犯の法律上の「性格(性質)」が明らかになるのである。「性格(性質)」というものは、「根拠」ないし「理由づけ」とは語義的に異なるものと考えの方が自然だと思われる。
- 61) そしてこの「根拠」論と「法的性格」論が日本においても、本来は同一視されてはいなかったことの証明として、次のような記述表現が存在する。「これ(筆者注:前期法律説および刑事政策説)に対し、中止犯不処罰の根拠を中止の法的性格においてとらえようとする考えがある。法律説と呼ばれる。」(木村静子「中止犯」日本刑法学会編『刑法講座4』(1963年)22頁)。この表現は、現在の法律説が、根拠論の問題を法的性格論で解決しようと試みたものであったことを示しており、両者が次元の異なる論点であることを前提にしていたものといえる。
- 62) 実際に、この議論の枠組みを最も早く示した平場安治は、違法減少消滅説と責任減少消滅説を対置させた上で、さらにその根拠論の具体的内容に関して、「計画の危険性の消滅」と「客観的危険状態の消滅」、ないしは「規範的責任論」と「性格的責任論」という形で、違法減少消滅説および責任減少消滅説を、それぞれ根拠論の内容の観点から二つに分類し

ていた。

- 63) 前述の法律説に対する「中止犯不処置の根拠を中止の法的性格においてとらえようとする考え」（木村静子・前掲論文22頁）という評価は、まさにこのような日本の戦後の法律説が発生した意図を示すものとも言えるであろう。
- 64) この点でまさに今日本で必要とされるべき議論は、法的性格論が根拠論そのものではありえないことを自覚した上で、議論の枠組みとして「違法減少説」「責任減少説」という枠組みではなく、根拠論について、もう一度内容的な再分類（すなわちどのような理由から中止未遂の場合の優遇を認めるのかについての議論の再整理）を行なった上で、正面から議論しなおすことであろう。現在「違法減少」「責任減少」等と主張する見解も、何らかの理由をもってそのような違法減少ないしは責任減少の効果が生じると主張しているのであるから、まさにその理由を以って根拠論として議論すべきなのである。法的性格論そのものは共犯問題との関係でなお議論・検討されるべきものであるが、それに加えて、中止犯の成立範囲そのものに関わる形での根拠論も、法的性格論（体系的位置づけ論）とは別に、改めて議論されるべきなのである。
- 65) よって、予備罪の中止に関する事例（大判大正5年5月4日刑録22輯685頁，大判大正13年10月10日刑集3巻657頁，最判昭和29年1月20日刑集8巻1号41頁，仙台高判昭和29年2月16日高判判特36号58頁），共同正犯における中止の事例（大判大正12年7月2日刑集2巻610頁，大判昭和10年6月20日刑集14巻722頁，大判昭和12年12月24日刑集16巻1728頁，最判昭和24年7月12日刑集3巻8号1237頁，最判昭和24年12月17日刑集3巻12号2028頁，東京高判昭和25年9月14日高判集3巻3号407頁，福岡高判昭和28年1月12日高判集6巻1号1頁，仙台高判秋田支部昭和30年7月12日高判裁判特2巻13号700頁，東京高判昭和30年12月21日東高判時報6巻12号456頁），中止である旨の主張がなされたが既に既遂であるとされて中止犯とされなかった事例（大判昭和3年11月5日大審院裁判例3巻刑事判例43頁，大判昭和13年6月14日刑集17巻438頁，最判昭和23年11月2日刑集2巻12号1443頁，名古屋高裁金沢支部判決昭和26年2月12日高判判特30号32頁，広島高裁岡山支部判決昭和28年2月12日高判判特31号65頁），他の共犯者から関係を断たれたに過ぎないとされた事例（大判昭和9年2月10日刑集13巻127頁，東京高判昭和28年1月27日東高判時報3巻1号23頁），独立未遂罪の中止の事例（大判昭和18年10月22日刑集22巻270頁，福岡高判昭和26年10月13日高判集4巻10号1297頁），ないしは事実認定上中止が問題となった事例（大判大正2年7月5日刑録19輯757頁＝法律評論2巻刑法113頁，最判昭和22年12月11日刑集1巻73頁）に関しては、ここでは取り扱わないことにする。
- 66) ここでは現在の中止未遂の議論形式・要件に対する判例への影響ないし判例からの影響を検討したいので、それ以後の下級審判例の流れについては、別稿で検討することにした。なお、昭和32年以前の地裁判決は判例集から発見できなかった。
- 67) その一方で当該判決は、中止の事実の有無および中止未遂成立の可否については全く検討していない。
- 68) 本判決を解説したものとして、吉川経夫『刑事裁判の諸論点（吉川経夫著作選集第5巻）』（2001年）193頁参照。
- 69) なお本件では、「……且被告八着手後直ちニ悔悟シ大事ニ至ラサル間ニ之ヲ消シ止メ被

害モ亦僅少ニシテ未タ公安ヲ害スルノ程度ニ達セザル等其ノ他犯情ニ鑑ミ刑法第二十五條ニ則リ三年間其ノ刑ヲ執行ヲ猶豫シ……」として、悔悟して中止した点が、執行猶予とした理由の一つとして挙げられている。

- 70) 本判決を解説したものとして、飯塚敏夫『刑法論攷』(1934年)455頁参照。
- 71) 本判決を解説したものとして、草野豹一郎『刑事判例研究第一巻』(1934年)60頁、飯塚・前掲書457頁参照。
- 72) 本判決を解説したものとして、飯塚・前掲書458頁参照。
- 73) 大審院はこのように原判決を破毀した上で、改めて事実審理を行い、既遂事実を明らかにした上で、詐欺既遂罪で処断した。大審院裁判例9巻刑事判例81頁以下参照。
- 74) 本判決を解説したものとして、竹田直平・法と経済(立命館出版社)8巻1号(1937年)123頁、佐瀬昌三・法学志林39巻8号(1937年)1184頁、牧野英一『刑法研究七巻』(1939年)390頁、草野豹一郎『刑事判例研究第四巻』(1939年)106頁、植松正『刑事法学研究第一巻』(1949年)229頁、澤登俊雄『刑法の判例 第二版』(1973年)104頁参照。なお刑集16巻272頁に「昭和十一年……同年三月六日第三刑事部判決」とあることから本判決の判決日付を「昭和11年3月6日」としたものもあるが、大審院刑事判例集第十六巻索引の末尾の「大審院判例集第十六巻刑事判例正誤」によれば「同年三月六日第三刑事部判決は同十二年三月六日第三刑事部判決の誤」とあるので、これに従う。
- 75) 本判決を解説したものとして、佐瀬昌三・法学志林40巻2号(1938年)191頁、牧野・前掲『刑法研究七巻』449頁、草野・前掲『刑事判例研究第四巻』122頁、吉田常次郎『刑事法判例研究』(1956年)117頁参照。
- 76) 本判決を解説したものとして、牧野・前掲『刑法研究七巻』456頁、吉田・前掲書112頁参照。
- 77) 本判決を解説したものとして、坂本英雄・法律論叢17巻8号(1938年)87頁、草野豹一郎・法学新報48巻10号(1938年)1662頁、同じく草野豹一郎『刑事判例研究第五巻』(1940年)83頁、瀧川幸辰・民商法雑誌8巻(1938年)720頁、城富次・刑事判例評釈集1巻(1938年)169頁参照。
- 78) この判決に関して坂本・前掲法律論叢17巻8号91頁は、「行為者の意思の方面より見るときは犯意を翻し該薬品を取戻さんとしたところに本人の中止の意思を認めてやらねばならぬと思ふ。薬品を服用したるに異状なきものと安んじたる者に毒物なりしことの告白を要求するのは社会一般の観念に適合せざるものと思ふ。果して然らば主観説よりすれば本件事案は中止未遂の適用を受けてよいものと考へられる」とする(ただし結果不発生が中止未遂の成立要件として要求されている点から主観説の採用を否定し、結局として本件事案は中止未遂とはすべきではない、とする)これに対して草野・前掲『刑事判例研究第五巻』96頁は、「私には、矢張、本判決の説いて居る如く、其の曩きに交付したる薬品が毒物なりしことを告白してこそ、そこに始めて中止犯に値する眞摯なる努力があるものとし考へられないのである」とする。
- 79) 序論でも触れたように、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(ないしは犯跡隠蔽行為)を考慮して中止犯の成立を検討した他の判例としては、後掲の最判昭和32年9月10日第三小法廷決定(判例(27))および東京高判昭和30年3月22

### 中止犯論の歴史的展開 (3) (野澤)

日高刑裁特 2 巻 6 号172頁 = 東高刑時報 6 巻 3 号69頁 (上記最判昭和32年 9 月10日決定の原審, 判例〔9〕), そして東京地判昭和37年 3 月17日下刑集 4 巻 3・4 合併号224頁 = 判時298号32頁, 大阪高判昭和44年10月17日判決判タ244号290頁, 宮崎地裁都城支部判決昭和59年 1 月25日判タ525号302頁 (当該判決の解説として河村博・研修436号 (1984年) 51頁参照), 大阪地判昭和59年 6 月21日判タ537号256頁などがある。

- 80) 本判決を解説したものとして, 香川達夫・判例研究 (東京大学判例研究会) 3 巻 3 号 (1949年) 131頁, 吉田常次郎・刑法雑誌 1 巻 2 号 (1950年) 360頁, 藤井紀雄・法学セミナー増刊セミナー法学全集5刑法 (1973年) 215頁参照。
- 81) 本判決を解説したものとして, 足立勝義・最高裁判所判例解説刑法篇昭和32年度版 (1957年) 437頁, 伊達秋雄・法律のひろば11巻 3 号 (1958年) 52頁, 同じく伊達秋雄・法学セミナー23号 (1958年) 80頁, 香川達夫・警察研究30巻5号 (1959年) 98頁, 井上正治・法律のひろば18巻 4 号 (1965年) 48頁, 平田友三・研修354号 (1977年) 83頁, 中谷瑾子・刑法判例百選 総論 (1978年) 165頁, 同じく中谷瑾子・刑法判例百選 総論 (第二版) (1984年) 152頁参照。なお, この判決の原審である後掲の判例〔9〕(東京高裁昭和30年 3 月22日判決, 高刑裁特 2 巻 6 号172頁 = 東高刑時報 6 巻 3 号69頁) も参照。
- 82) とりわけ判例<sup>(21)</sup>は「犯罪の発覚を恐れた場合」が, 「経験上一般」に犯罪の遂行を妨げる事情である, として牧野英一の三分説を用いて, このような場合を中止未遂が成立しない場合へと類型化している点が注目される。
- 83) 前述序論第二章参照。
- 84) 今回取り上げた昭和32年までの判例の中で「真摯」という単語を用いた判決はこの昭和13年の判例<sup>(23)</sup>のみである。これは牧野英一などの学説や, 当時行なわれていた刑法改正作業の中の中止犯規定が影響したものとも考えられる。牧野英一「中止行為の真摯性」『刑法研究第七巻』(1939年) 449頁以下, 後述第三章第二節(4) など参照。
- 85) ただし判例<sup>(10)</sup>は, そもそも原判決においてはそのような事実が認定されていない, とされ, もし被告人が主張するような助力行為があったとしても, という仮定の状況を前提にして, そのような場合でも中止とはならないとされた。
- 86) この基準の中の, 「犯人自身之力防止ニ當リタルト同視スルニ足ルヘキ程度ノ努力」という部分を捉えて, 牧野英一は「真摯性」と呼んだ。牧野・前掲「中止行為の真摯性」452頁。
- 87) 実際, 今回取り上げた判例の中で, このような中止行為を単独で行なわなかった類型において, 判例<sup>(7)</sup>以外は全て中止未遂の成立が否定された。
- 88) 1956〔昭和31〕年の小野清一郎への諮問以降の「改正刑法準備草案」「改正刑法草案」へと続く一連の戦後の刑法改正の流れについては, その事実関係の連続性が戦前の改正作業以上に強いので, 別稿で取り扱うことにしたい(ただ, これらの戦後の草案も, 戦前の「改正刑法仮案」を基礎にしたに過ぎないものであった。法務省刑事局『改正刑法準備草案 附同理由書』(1961年) 85頁以下〔小野清一郎執筆〕参照)。
- 89) 池田克「刑法並監獄法改正調査委員会決議刑法総則未定稿に就いて」『刑法総則改正仮案』(1932年) 2 頁, 法曹会『改正刑法仮案』(1940年) はしがき1頁。これ以後の改正案立案のための経過についての記述も, 主にこの二つの文献を参考にした。

- 90) 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』376頁,江藤孝「泉二新熊(日本刑法学者のプロフィール5)」法学教室155号(1993年)81頁。なお、この年の2月に泉二新熊は司法省刑事局長に任ぜられている。
- 91) このような規定が追加されたことにより、中止犯規定は主観化が進んだことになる。すなわち現行法ではこのような場合に中止犯として扱われるかどうかは争いのあるところであり、行為者本人が結果不発生の事情を知らずに真摯な努力を行った場合にも中止を明文で認めることは、その行為者の主観面を重視していることの現れであるといえる。この主観化の傾向は後の刑法起草委員会において、結果が発生した場合にも同様に中止を認める規定が追加されたことで、より一層進行した。
- 92) 泉二の「予備草案」はあくまで「司法省で参考の為に作られた案」であり、この刑法並監獄法改正調査委員会における起草が正式の改正案立案作業であった。法務大臣官房調査課『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』法務資料別冊第23号(1957年)4頁。
- 93) 前掲『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』3頁以下。このとき選出された刑法起草委員は花井卓蔵、牧野英一、豊島直通、林頼三郎、鶴沢総明、泉二新熊の6名であった。
- 94) 前掲『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』14頁。この起草委員会の起草の詳細な手順(検討した委員の顔ぶれ)などについては、同書14頁が詳細に明らかにしている。
- 95) 前掲『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』79頁。
- 96) 前掲『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』80頁以下。また、牧野自身の学説もこのように、たとえ結果が発生した場合であっても、行為者がその事情を知らない限り、結果を防止するような真摯な努力を行ったときにはなお中止未遂として取り扱うべきであるとする学説であった。牧野・前掲『日本刑法』(1918〔大正7〕年)165頁以下、牧野・前掲『日本刑法上巻総論(重訂版)』(1941〔昭和16〕年)315頁以下、牧野・前掲『刑法総論』(1949〔昭和24〕年)365頁。
- 97) 前掲『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』80頁以下。
- 98) 山岡萬之助はさらに、牧野英一の答弁に対して、「……第二十三条の第二項の末段に於けること、之は削除せられたい。刑法全体を御立案になつて常にさう云ふ犯人の真摯の努力をした場合には起訴猶予なり、執行猶予なり乃至軽い刑を科するなり十分にできるのでありますから之は無益の規定である。且又概念上甚だ面白くないと思はれますので削除致すと云ふことに付いて御考慮を煩はしたいと私は考へますのであります」と加えて述べている。前掲『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』84頁。
- 99) 前掲『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』85頁。すなわち、「一体此の末項に当たるやうな場合は結果が既に発生した場合でありますからどうしても既遂になつて居るのであります。それが未遂犯として茲に這入ると云ふ形になつて、どうも之は体裁を為さぬと思ふ。凡て未遂犯に関する規定でありますから茲に末段に斯う云ふものを持つて来て未遂犯と見たものであるが如くする、之は甚だ体裁を為さない。矢張り之は既遂である。唯色々事情があるのでありますから刑の適用の所に色々な軽い場合、最も簡單なる処置をされ得るやうな場合を幾らも規定してあります。末段の場合だけは山岡委員の御意見の方が私は適当であると私一個の考へを申上げて置きます」として、23条2項後段は削除す



べきであるとの意見に賛成したのである。

- 100) 前掲『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』192頁, 197頁。
- 101) 前掲『刑法総則改正假案』（1932年）に収録された「刑法並監獄法改正調査委員会決議及留保條項（刑法総則未定稿）」がこれである。
- 102) 前掲『改正刑法假案』（1940年）に収録された「刑法並監獄法改正調査委員会總會決議及留保條項（刑法総則及各則未定稿）」がこれである。
- 103) 前掲『刑法並びに監獄法改正調査委員会議事速記録』197頁における泉二新熊委員の弁によれば、「それは解釈上の余地は有り得るであらうが、此の法文としては後段を明文にして置く必要はないと云ふことで、委員会に於きましては山岡委員の修正案の通りに此の第二項は削除すると云ふことに決したのであります」と、12月1日の起草委員会において、解釈上の余地を残しつつ、明文を置く必要がないということになった、という修正の経緯が示されている。
- 104) 泉二・前掲『刑法大要〔全訂増補三十版〕』（1934〔昭和9〕年）190頁。
- 105) 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）80頁（小野『刑罰の本質について・その他』（1955年）所収）参照。
- 106) 小野・前掲「刑法総則草案と中止犯」80頁以下。
- 107) 小野・前掲「刑法総則草案と中止犯」82頁。その一方で小野清一郎は、「だが、中止犯は、たとひ悔悟に出でざる場合に於ても、其の刑を減輕又は免除すべきものとされる。若し悔悟に出でたる場合を特に寛大に取扱はんとするならば、悔悟に出でたときは『之を罰せず』とするに非ざれば、其の趣旨は徹底されないであらう」として、悔悟による中止犯の法律効果を「之を罰せず」とすべきであると提案した。同82頁以下参照。
- 108) 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）343頁以下（木村亀二『刑法の基本概念』（1948〔昭和23〕年）所収）。
- 109) 木村亀二・前掲「中止未遂と悔悟」364頁。それに加えて木村亀二は、「既に一定の事がら違法性消滅事由なることが明かになれば、更に重ねてその責任消滅事由なることについて論ずる必要はないであらう。故に、刑法改正草案第二三條第一項後段は違法性消滅事由としての「悔悟」を規定したものと謂へば足るのである」とする。そしてさらに、このような悔悟に関する明文規定を持たない現行法においても、「既に学説は違法性につきその超法規的な阻却事由の存在することを一般に認めている、そして、それと同様に、違法性消滅事由も亦超法規的に存在すると解し得べき筈である」ことから、現行法上も悔悟による中止は超法規的な違法性消滅事由であると解すべきと主張する。木村亀二・前掲「中止未遂と悔悟」367頁以下参照。
- 110) 吉川経夫『刑法改正を考える』（1974年）88頁、野村稔『未遂犯の研究』（1984年）78頁。
- 111) 平野龍一・平場安治編『刑法改正 改訂版』（1974年）158頁以下、吉川経夫「刑法改正審議経過の実証的検討」法律時報1975年4月臨時増刊2頁以下、野村・前掲『未遂犯の研究』78頁。これ以降の「改正刑法準備草案」「改正刑法草案」といった戦後の草案も、結局は戦前の「改正刑法仮案」を基礎にしたに過ぎないものであった。法務省刑事局・前掲『改正刑法準備草案 附同理由書』85頁以下〔小野清一郎執筆〕、平野・平場編・前掲『刑法改正 改訂版』158頁以下等を参照。

- 112) ただし個別の部分改正の形では、昭和16年に「安寧秩序に対する罪」や収賄関係の規定の新設等が行なわれたり、また昭和22年には「皇室に対する罪」や「安寧秩序に対する罪」、「姦通罪」や「連続犯」の規定の削除等が行なわれたりしている。ただし、いずれも未遂犯の規定形式には影響するものではなかった。
- 113) 瀧川他・前掲『刑法理論学総論』(1950〔昭和25〕年)210頁〔平場安治執筆〕。
- 114) 香川・前掲「中止未遂の法的性格」刑法雑誌5巻2号(1954〔昭和29〕年)228頁(香川・前掲『中止未遂の法的性格』97頁に所収)。
- 115) 団藤・前掲『刑法綱要総論』(1957〔昭和32〕年)271頁。
- 116) もし現在の日本において主張されている「違法減少(消滅)説」「責任減少(消滅)説」ないしは「違法・責任減少(消滅)説」をなおも維持して主張したいのであれば、後述するように、まず前提として「法律説」という看板を外すことが必要なのである。「法律説」であるかぎり、「中止行為は『行為違法』ないし『行為責任』に影響する」ということを前提にせざるを得ず、全体的考察の手法をとらざるを得なくなり、必然的に共犯への影響も免れ得なくなるのである。ただ、中止行為は事後的に量刑責任ないしは量刑違法に影響するものであると主張したとしても、後述のように例えば責任減少(消滅)説に対しては「責任は中止によって消滅されるのではなく、事後的にある程度まで埋め合わせられるものでしかない」(Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1996, 5. Aufl., S. 540)等との批判がなされているのであり、「一旦生じた行為違法を量刑上事後的に軽くする」ことになる違法減少(消滅)説に対してはさらなる反発があることになるであろう。
- 117) 虫明・前掲書313頁以下参照。虫明教授は、未遂犯の実行行為が他の犯罪構成要件をも満たしており、それが法条競合として含まれている場合には、未遂犯が中止未遂となった場合でも軽い既遂犯が成立することはなく、その既遂犯として処罰されるようなことは無いが、包括一罪として含まれている場合には軽い既遂犯が成立し、処罰されるとする(法条競合の例として挙げられているのは、殺人罪の中止未遂と傷害罪。包括一罪の例として挙げられているのは強盗罪の中止未遂と単純暴行・脅迫罪、および予備罪が処罰される犯罪の中止未遂とその予備罪)。植松教授も、予備罪が処罰される犯罪が中止未遂として免除になった場合には、その予備罪が処罰されるとする。植松正『再訂刑法概論 総論』(1974年)335頁以下。
- 118) 前述第三章第二節(3)参照。
- 119) ベルナーやビンディングと同様の理論構成である。
- 120) ラング= ヒンリクセンの「一体化説」と同様の理論構成である。
- 121) このような結論に至るのは、「法律説」という学説に付随する内容が、現行法の下で採用するには決定的に矛盾を抱えるものであることが大きい。逆に言うならば、どうしても3のような考え方を維持したい場合には、「法律説」という看板を捨ててしまえばいいのである。すなわち例えば「中止によって量刑責任が事後的に影響を受ける、だがこれはあくまで量刑責任が影響されるのであって、現在日本でいわれているような法律説を採用するものではない」とするのである。ドイツではヘルツベルクやロクシンなどがこれに近い説明を行なう。Claus Roxin, Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch, FS für Ernst

Heinitz, 1972, S. 273; Rolf Dietrich Herzberg, Theorien zum Rücktritt und teleologische Gesetzesdeutung, NStZ 1990, S. 172. しかし、もし仮にこのような論理形式を採用したとしても、例えば責任減少（消滅）説に対しては「責任の評価段階においては、行為の時点における行為者の答責性が問題なのである。中止はその答責性を事後的に排除し得るものではない」（Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 2000, 4. Aufl., S. 282）とか、「責任は中止によって消滅されるのではなく、事後的にある程度まで埋め合わせられるものでしかない」（Jescheck/Weigend, a. a. O., S. 540）等との批判がなされているのである。また「一旦生じた行為違法を量刑上事後的に軽くする」ことになる違法減少（消滅）説に対してはさらなる反発があることになるであろう（例えば「中止によっては構成要件該当性も違法性も何ら関わりを持つものではなく、そして責任もある程度までのみ埋め合わせられるものである」（Jescheck/Weigend, a. a. O., S. 548）など）。違法・責任減少（消滅）説に対しては、違法減少（消滅）説と責任減少（消滅）説のそれぞれに対して向けられた批判が両方とも当てはまることになる（いわゆる『『難点』の『相乗の効果』』（香川達夫『刑法講義（総論）第三版』（1995年）308頁参照）である）。すなわち「一旦生じた行為違法を量刑上事後的に軽くする」ことが「違法性」という概念の性質上、本当に可能なことなのかどうかはまずいって何よりも疑問とされるであろうし、また責任に関しても、前述のシュトラーターテンペルトやイエシェック・パイゲントからの批判が当てはまることになるであろう。さらに「（量刑）違法減少（消滅）」と「（量刑）責任減少（消滅）」という二つの効果の概念の相互関係が不明確である。「中止によって量刑違法および量刑責任が事後的に影響を受ける」ということを前提とするならば、そのような量刑上の問題についてなぜ「量刑違法減少（消滅）」の他に「量刑責任減少（消滅）」ということまで合わせて言わねばならないのか、また逆に「量刑責任減少（消滅）」の他になぜ「量刑違法減少（消滅）」ということまで合わせて言わねばならないのか、それぞれの量刑上の効果が持つ内容は一体どのような性質を振り分けて持つものなのか、そしてなぜ振り分けて持たねばならないのかが明らかにされなければならないであろう。

122) 最後に体系的位置づけ（法的性格）論の考え方全体について、現段階で想定され得る考え方を整理しておくことにする。

- (1) まず、「法律説をとるか否か。これを肯定するならば必然的に未遂行為と中止行為の全体的考察をせねばならず、共犯への影響は避けられない（これ以外の以下の考え方は、いずれも「法律説をとらないこと」を前提にしている）。
- (2A) 法律説をとらないことを前提にしたとしても、中止を「行為違法」に関わるものとするならば、少なくとも違法の側面における未遂行為と中止行為の全体的考察は避けられず、共犯の従属性に関して最小限従属性説ないしは共犯独立性説を採らない限り、共犯に影響してしまうことになる。
- (2B) 「行為違法・責任」に関わるものとする場合でも、(2A)と同様に中止を「行為違法」に関わるものとしている以上、違法および責任の側面における未遂行為と中止行為の全体的考察は避けられないことになり、共犯の従属性に関して最小限従属性説ないしは共犯独立性説を採らない限り、共犯に影響してしまう。また、なぜ違法と責任の二つの段階に振り分けられるのか、なぜその必要性があるのかが理由と

してさらに説明されなければならない。

- (2C) 「行為責任」に関わるものとする場合には、極端従属性説を採らない限りは、共犯には影響しない。しかしそもそも、ドイツ刑法29条のような責任に関する個別判断の明文規定をもたない日本の刑法典の下では、責任の側面における未遂行為と中止行為の全体的考察は共犯に影響することへと結びつきやすい。また、一旦成立した有責的な犯罪行為が、事後的にその有責性の側面において評価を変化させる、ということについても、説明が必要とされることになる。そのためこの考え方を採る場合でも、ケムジースのように規範的責任論に基づいて評価の事後的変更はあり得る、等といった行為責任概念の修正が迫られることになる。
- (3) 違法(3A)、ないしは責任(3C)、またはその両方(3B)の側面における未遂行為と中止行為の全体的考察を前提にした上で、行為概念を相対化させ、構成要件該当行為と量刑の対象行為は異なり得る、とする(一体化説)。しかしこれに対しては、本文等でも述べたような批判がなされている。
- (4) そもそも中止は「行為違法」「行為責任」ないし「行為違法・責任」が影響されるものではなく、あくまでも「量刑違法」(4A)「量刑責任」(4C)ないし「量刑違法・責任」(4B)が影響されるものである、とする。しかしこのように説明したとしても、中止犯規定が単なる量刑規定となってしまうし、またなぜ一旦生じたはずの行為に対する評価と分離して量刑上は軽い評価がなされるのかの説明が必要になる。
- (5) 一身的処罰減少消滅事由説を採る。条文上は最も素直な解釈となる。
- 123) 中止の法的性格をどのように捉える見解においても、このことは当てはまる。前述の1から3のいずれの法律説を採ったとしても、また法律説の看板を外して「量刑違法減少(消滅)説」ないしは「量刑責任減少(消滅)説」「量刑違法・責任減少(消滅)説」を採ったとしても、または一身的処罰減少消滅事由説を採ったとしても、これらの検討とは別にしてさらに根拠論を検討せねばならない。
- 124) このような本来の根拠論は、日本の中止未遂論では法的性格論の争いの背後に隠れてしまっていた。根拠論を「違法減少消滅説」と「責任減少消滅説」に分類することは、根拠論から導かれる効果としての法的性格の観点からの分類であって、根拠論そのものの内容に基づいた分類とはいえないのである。実際に平場安治は、違法性減少消滅説および責任減少消滅説を、それぞれその根拠論の内容の観点からさらに二つずつに分類していたのである。瀧川他・前掲『刑法理論学総論』(1950年)209頁以下〔平場安治執筆〕参照。

【補助資料 1】

日本の刑法典・刑法草案における中止犯規定の変遷

各表題の右側の括弧内は出典を示す。

「1-資料3」……明治13年刑法典以前のものについては西原春夫 = 吉井蒼生夫 = 藤田正 = 新倉修編著『旧刑法〔明治13年〕日本立法資料全集』の巻号と資料番号を、明治40年刑法典以前のもの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〕日本立法資料全集』の巻号と資料番号を指す。

『「諸案」』……早稲田大学鶴田文書研究会編『刑法審査修正関係諸案』（1984年）

『「刑法審査修正案註解」』……鶴田皓旧蔵『刑法審査修正案註解第一編寫本』

「沿革」……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）

日本帝国刑法初案（1876〔明治9〕年4月）（1-資料1）

第37条

犯罪ノ設備ヲ爲スト雖モ未タ行ハス若クハ已ニ行フト雖モ事意外ニ出テ遂  
〔ケ〕サルニ非ス自ラ悔悟停止スル者ハ未遂犯罪ノ限ニ在ラス

日本刑法草案（改正刑法名例案）（1876〔明治9〕年5月17日）（1-資料2）

（1-資料1に同じ）

井上毅「初案」修正意見（1-資料3）

第29條

犯罪ノ設備ヲ為メ未タ行ワザルノ前若クハ已ニ行フト雖モ未タ遂ケザルノ前  
悔悟メ自ラ止ム者ハ論スルヲ勿シ其事ニ遭ヒ中コロ止ム者ハ此ノ限ニ在ラス  
（これ（1876年後半）以後の草案は、ポアソナードの主導のもとに編纂される）

大日本刑法草案（2-資料2）

第98(112)條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ着手シ其犯狀顯然タリト雖モ犯人意外ノ障碍ニ依リ  
之ヲ中止シタル時ハ第71(79)條ニ記スル例ニ照シ已ニ行テ遂ケタル罪ニ二等  
又ハ三等ヲ減ス

第99(113)條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其所爲ヲ盡スト雖モ犯人意外ノ舛錯ニ依リ其目的ヲ  
遂ケサル時ハ第71條ニ記スル例ニ照シ已ニ遂ケタル罪ニ一等又ハ二等ヲ減ス

第100(114)條

若シ真心悔悟ニ依リ其犯サントセシ所爲ヲ中止シ又ハ已ニ所爲ヲ盡スト雖モ

其目的ヲ遂ケサル時ハ現ニ加タル毀損傷害ノ外其罪ヲ論セス  
日本刑法教師元稿不定按 第一卷(2-資料3)

第 條

重罪ヲ犯サントセシ端緒ニ於テ其犯狀顯然ニシテ止タ犯人意外ノ景況ニヨリ  
之ヲ中止シタル時ハ已ニ行フテ遂ケタル重罪ニ第 條ニ從ヒ二等ヲ減シ刑ニ  
處ス

第 條

犯サントセシ所行ヲ已ニ遂ルト雖モ犯人ノ意外ノ景況ニヨリ其目的タル重罪  
ヲ誤機シタル時ハ已ニ行フテ遂ケタル重罪ニ第 條ニ從ヒ一等ヲ減シ刑ニ  
處ス

第 條

若シ本心ヨリ其犯サントセシ所行ヲ中止シ又犯サントセシ所行ハ已ニ遂ルト  
雖モ其目的タル重罪ヲ本心ヨリ誤機スル時ハ現ニ犯シタル害ヲナシタル罪ニ  
非サレハ刑ニ處ス可カラス

日本帝国刑法草案(2-資料5)

(2-資料3に同じ)

日本刑法草按 第一稿(1876〔明治9〕年12月)(2-資料7)

第112條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ着手シ其犯狀顯然タリト雖モ犯人意外ノ障碍ニ依リ  
之ヲ中止シタル時ハ第79條ニ記載スル例ニ照シ已ニ行テ遂ケタル罪ニ二等又  
ハ三等ヲ減ス

第113條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其所爲ヲ盡スト雖モ犯人意外ノ舛錯ニ依リ其目的ヲ  
遂ケサル時ハ第79條ニ記載スル例ニ照シ已ニ遂ケタル罪ニ一等ヲ減ス

第114條

若シ真心悔悟ニ依リ其犯サントセシ所爲ヲ中止シ又ハ已ニ其所爲ヲ盡スト雖モ  
其目的ヲ遂ケサル時ハ現ニ加タル毀損傷害ノ外其罪ヲ論セス

日本刑法草案 第二稿(1877〔明治10〕年6月)(2-資料9)

第123條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ着手シ其事ヲ行ヒ未タ遂ケサルノ際本犯意外ノ障碍  
ニ依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124條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其所爲ヲ盡スト雖モ事後意外ノ舛錯ニ依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三等ヲ減ス

第125條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行ヒ又ハ所爲ヲ盡スト雖モ本犯ノ真心悔悟ニ依テ自ラ之ヲ遂ケサル時ハ止夕現ニ加ヘタル毀傷損害ノ罪ヲ論ス

日本刑法草案 完（2-資料10）

第125條

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126條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其所爲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127條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行ヒ又ハ所爲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夕現ニ加ヘタル毀傷損害ノ罪ヲ論ス

日本刑法草案（2-資料13）

（2-資料10と同じ）

確定日本刑法草案 完（1877〔明治10〕年11月）（2-資料14）

（2-資料10と同じ）

日本刑法草案（1877〔明治10〕年11月30日 司法卿から太政官に上申）

（2-資料10と同じ）

刑法再訂本第一編（1878〔明治11〕年5月）（『諸案』）

第115條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ本犯意外ノ障礙ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス

第116條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其所爲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ヲ減ス

司法省ヨリ廻送 刑法修正案（1878〔明治11〕年7月3日）（『諸案』）

第112條

重罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ本犯意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ

未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス  
刑法草案修正稿本(1878〔明治11〕年10月〔1-参考〕)(『諸案』)

第112條

罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ本犯意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未  
タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス  
刑法審査修正第二稿(1879〔明治12〕年3月〔1-参考〕)(『諸案』)

第112條

罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未  
タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス  
刑法審査修正案(1879〔明治12〕年6月25日〔1-参考〕)(『刑法審査修正案註  
解』)

(変更なし)

明治13年刑法典(1880〔明治13〕年7月17日)

(変更なし)

明治23年草案(1890〔明治23〕年)(沿革 S. 88)

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  
キハ止テ現ニ生シタル害ニ從テ之ヲ罰ス

刑法改正審査委員会決議録(1894〔明治27〕年4月)(2-資料2)

第78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  
軽ス

未遂罪ヲ罰スル場合ハ各本條ニ於テ之ヲ定ム

第79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

明治28年草案(1895〔明治28〕年12月)(2-資料3)

(2-資料2と同じ; 78条 59条, 79条 60条)

明治30年草案(1897〔明治30〕年12月)(2-資料4)



（2-資料2と同じ；78条 58条，79条 59条）

明治33年「刑法改正案」2編308条（1900〔明治33〕年始め）（2-資料15）

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

明治34年「刑法改正案」（1901〔明治34〕年2月）（3-資料1，沿革S.170）

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

明治35年「刑法改正案」2編299条（第16回帝国議會，1902〔明治35〕年1月）  
（4-資料1，沿革S.444）

（3-資料1と同じ）

明治35年「刑法改正案」（第16回帝国議會衆議院送付，1902〔明治35〕年2月）

（5-資料19）

（3-資料1と同じ）

明治35年「刑法改正案」2編298条（第17回帝国議會，1902〔明治35〕年12月）  
（5-資料44）

（3-資料1と同じ；55条 54条）

明治39年「刑法改正案」2編289条（1906〔明治39〕年10月）（6-資料40）

（3-資料1と同じ；55条 47条）

明治39年「刑法改正案」2編265条（1906〔明治39〕年12月）（6-資料64，沿革S.  
1563）

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

明治40年「刑法改正案」（貴族院修正可決案，1907〔明治40〕年2月）（7-資料  
73）

（3-資料1と同じ）

明治40年「刑法改正案」（衆議院修正可決案，1907〔明治40〕年2月）（7-資料  
87）

(6-資料64, 沿革 S. 1563と同じ)

明治40年「刑法」2編264条(1907〔明治40〕年4月)(7-資料96)

(3-資料1と同じ)