

予備罪の中止について

予備罪に対する中止犯規定の類推適用の可否

野澤 充*

1. はじめに
2. 日本における学説および判例の概観
 - a. 学説および判例
 - b. 学説の問題点
3. ドイツにおける考え方
 - a. ドイツにおける学説
 - b. ドイツにおける判例
4. 結 論

1. はじめに

本稿は、「予備罪の中止」、すなわち「予備罪に対して刑法43条但書の中止犯規定を類推適用（準用）¹⁾することができるか」という、「論議も略ぼ（ほぼ）盡されて居る観がある」²⁾問題点について扱うものである。解釈論

* のざわ・みつる 神奈川大学准教授

- 1) 「準用」といった場合、「準用する」という文言の規定があることによって、他の規定がその箇所にも適用されることを意味する（林修三『法令用語の常識』（1975年）25頁以下、林修三『法令解釈の常識』（1975年）130頁以下）。ここではそのような「『準用する』という規定のあるべきところに、そういう明文がないので、解釈によって、『準用する』という規定があるようにこれを補ってゆく」場合なので、この場合は類推適用と呼ぶべきである。この点については齊藤誠二『予備罪の研究』（1971年）322頁注152も参照。なお刑法解釈論において罪刑法定主義の観点から許されない「類推適用」は、被告人に不利益なものに限られる（団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』（1990年）60頁など参照）のであり、被告人に有利な類推適用は罪刑法定主義に違反しない点について争いはないものと考えられる。
- 2) 草野野一郎「予備罪と刑法第四十三條但書の規定」同『刑事判例研究第五卷』（1940

の枠内にとどまろうとする限り，確かにこの論点に関しては，その「論議もほぼ尽されている観がある」という表現はあながち間違っていない。しかし結論からいえば，この問題点について解釈論の枠組み内での論理的かつ整合的な解決は不可能であるといわざるを得ない。本稿の前半で日本の学説および判例の概略を検討したあとに，そのような解釈論的な枠組みでの解決が不可能である理由について示し，さらに本稿の後半においては，それを踏まえた上での立法論も視野に入れた形での理論の展開を示していきたい。

この予備罪の中止というテーマを，生田勝義先生の退職記念号の論文のテーマとして選択することは，私にとっては必然的なことと言わざるを得ない。立命館大学法学部生の頃，所属していた生田ゼミで書いた卒業論文が，この「予備罪の中止」に関するテーマのものであった（「予備罪の中止に関する一考察」）。私は学部ゼミで2年，大学院で6年，計8年にもわたり生田勝義先生の御指導を受けた。これだけの指導を受けたにもかかわらず，いまだに御心配をおかけすることの多い不肖の弟子なのであるが，卒論のときからの進歩を少しでも示して，生田先生の学恩にわずかでも報いることができれば幸いである。

また大河純夫先生にも，私が大学院の後期課程の頃，前期課程の院生の独書講読の授業を大河先生・生田先生の両名が担当された際に，その授業補助者的な役割を担当させて頂いたことがあり，非常にお世話して頂いた。両先生に謹んでこの論文を献呈する次第である。

2．日本における学説および判例の概観

a．学説および判例

この「予備罪の中止」というテーマは，日本においては「刑の不均衡を

年) 270頁，斎藤誠二「予備罪と中止」藤木英雄・板倉宏編『刑法の争点(新版)』(1987年) 111頁。

どのように処理するのか」という観点から問題視され、その解決が求められるものとされている。すなわち、実行の着手以後に未遂の段階で中止した場合には中止未遂となり、刑罰が必要的に減輕されるだけでなく、場合によっては免除も受ける可能性があるにもかかわらず、実行の着手以前に、すなわち予備罪のみが成立した段階で以後の犯罪の継続を中止した場合には、中止犯規定が未遂犯規定の但書として、未遂犯のみを予定して規定されているがゆえに、その適用を受けず、免除の可能性が潰れてしまうという「刑の不均衡」をどのように解決すべきかが議論の中心におかれているのである。

そして予備罪に対する中止犯規定の類推適用の可否に関する学説としては、大きく分けて(1)類推適用否定説、(2)類推適用肯定説、(3)二分説が主張され、またそのそれぞれにおいてその理由などの点でさらに学説が分かれている。

(1)類推適用否定説は、その内容に応じて、[Ⓐ]全面的に類推適用を否定して、刑の不均衡をやむなしとし、立法的解決によるべきとする説³⁾、[Ⓑ]予備罪規定に免除規定の存在しない基本犯の中止未遂には、免除の可能性を排除する説⁴⁾、[Ⓒ]予備罪と基本犯の罪数関係を吸収関係(吸収一罪)ではなく包括一罪と捉え、基本犯が中止犯として免除になった場合にはその予備罪の罪責が問われることになるとする説⁵⁾に分かれる。

3) 正田満三郎『刑法における犯罪論の批判的考察』(1962年)32頁以下、青柳文雄『刑法通論 総論』(1965年)346頁、中野次雄『刑法総論概要〔第三版補訂版〕』(1997年)135頁以下、西田典之『刑法総論』(2006年)300頁以下など。強盗予備罪に関連してではあるが、藤木英雄「強盗予備罪」岡藤重光編『注釈刑法(6)各則(4)』(1966年)109頁(なお藤木英雄『刑法講義総論』(1975年)265頁も参照)。また、山口厚『刑法総論〔第2版〕』(2007年)288頁以下は、「準用に積極的に反対する必要は存在しないが、準用を肯定することには解釈として困難があるといえよう」とする。

4) 泉二新熊「予備罪及ヒ陰謀罪ニ付テ」法学新報27巻3号(1917年)41頁以下、江家義男「中止犯」日本刑法学会編『刑法演習〔総論〕』(1955年)87頁。

5) 植松正『再訂刑法概論 総論』(1974年)333頁以下、永野義一「予備罪と中止未遂」研修440号(1985年)119頁以下、虫明満「優位法の中止未遂と劣位法による処罰」香川法学10巻3・4号(1991年)269頁以下(同『包括一罪の研究』(1992年)所収318頁以下)。

(2) 類推適用肯定説は、基本的に予備罪に対しても中止犯規定の類推適用を全面的に認めるものの、その際法律効果の運用の方法によって学説が分かれ、[Ⓐ] 類推適用の際の基準刑を基本犯の既遂罪に求め、免除または減輕を適用し、減輕の場合は通常の予備罪の刑との衡量を行う説⁶⁾、[Ⓑ] 類推適用の際の基準刑を基本犯の既遂罪に求め、免除のみを適用する説⁷⁾、[Ⓒ] 類推適用の際の基準刑を予備罪に求め、免除または減輕を適用する説⁸⁾に分かれる。

- 6) 牧野英一「予備行為ノ中止」法学協会雑誌35巻2号（1917年）135頁以下（同『刑法研究第二巻』（1921年）132頁以下に所収）、同じく牧野英一「予備行為の中止」同『刑法研究第八巻』（1939年）318頁以下、同じく牧野英一『刑法総論下巻〔全訂版〕』（1959年）651頁以下、木村亀二（阿部純二増補）『刑法総論〔増補版〕』（1978年）369頁以下、前野育三「予備罪の諸問題」中山研一他編『現代刑法講座第3巻』（1979年）155頁以下、高窪貞人・奈良俊夫・石川才顕・佐藤芳男共著『刑法総論〔全訂版〕』（1997年）176頁以下〔佐藤芳男執筆〕、野村稔『刑法総論 補訂版』（1998年）371頁以下、福田平『全訂刑法総論〔第四版〕』（2004年）238頁以下、大塚仁『刑法概説（総論）〔第四版〕』（2008年）264頁、曾根威彦『刑法総論〔第四版〕』（2008年）232頁など。減輕の場合の衡量を行うかについて明確にはしないものの、基準刑を既遂罪の刑に求めるものとして、佐藤司『刑法総論講義（第二版）』（2000年）150頁、堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（2004年）249頁以下（ただし堀内捷三「予備の中止」『刑司法判例百選 総論』（1978年）170頁以下、同「予備の中止」『刑司法判例百選 総論（第二版）』（1984年）156頁以下においては[Ⓐ][Ⓑ]説が採られていた）など。
- 7) 宮本英脩「予備罪ト実行着手前ノ中止」京都法学会雑誌11巻11号（1916年）122頁以下、同『刑法大綱』（1935年）186頁、平野龍一「中止犯」日本刑法学会編『刑事法講座第二巻〔刑法〕』（1952年）418頁以下（同『犯罪論の諸問題（上）総論』（1981年）所収158頁以下）、中山研一『刑法総論』（1982年）439頁以下、大野平吉『概説犯罪総論下巻補訂版』（1994年）43頁以下、鈴木茂嗣『刑法総論〔犯罪論〕』（2001年）181頁、内藤謙『刑法講義総論（下）』（2002年）1318頁以下、川端博『刑法総論講義〔第2版〕』（2006年）481頁以下、井田良『講義刑法学・総論』（2008年）433頁以下、大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』（2009年）395頁以下など。
- 8) 草野野一郎「予備行為の中止」同『刑事法学の諸問題第二巻』（1952年）56頁以下、小野清一郎「刑法総則草案と中止犯」『刑罰の本質について・その他』（1955年）295頁以下、吉田次次郎「予備行為の一部中止」『刑事法判例研究』（1956年）123頁以下、下村康正「予備行為の中止」法学新報66巻5号（1959年）335頁以下（『刑事法学論集 林頼三郎博士追悼論文』（1960年）480頁以下に所収）、城下裕二「予備の中止」について」札幌学院法学8巻2号（1992年）18頁以下、清水洋雄「予備・陰謀」阿部純二他編『刑法基本講座第4巻』（1992年）57頁以下、森下忠『刑法総論』（1993年）177頁以下、莊子邦

そして(3)二分説は、予備罪の内部で中止犯規定を類推適用するもの(非独立罪)と類推適用しないもの(独立罪)に分ける考え方である。ただしこの考え方の中でも、どのような基準により中止犯規定の類推適用の可能な予備罪と不可能な予備罪を分けるのかという点に関して、見解が分かれている⁹⁾。

これに対して判例においては、予備罪に対して中止犯規定を(類推)適用することについては、一貫して否定的である。大判大正5年5月4日刑録22輯685頁は、「刑法第二百一條ノ予備罪ハ其着手前自己ノ意思ニ依リ之ヲ止メタルトキハ之ヲ罰スヘキモノニアラスト雖モ一旦同條ノ予備行為ニ着手シ其幾分ヲ為シタルトキハ其後ニ至リ假令任意之ヲ中止シタリトスルモ同條ノ制裁ヲ免ルルコトヲ得サルモノトス」として、殺人予備罪について中止犯規定の(類推)適用を否定した¹⁰⁾。この判決においては、殺人予備罪には情状による刑の免除規定があるために、刑罰において「権衡ヲ失

雄『刑法総論〔第三版〕』(1996年)436頁以下、内田文昭『改訂刑法(総論)〔補正版〕』(1997年)262頁以下、岡野光雄『刑法要説総論』(2001年)262頁、斎藤信治『刑法総論〔第五版〕』(2003年)233頁、大嶋一泰『刑法総論講義』(2004年)412頁以下、齊藤信宰『新版刑法講義〔総論〕』(2007年)399頁以下、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(2007年)399頁以下、金澤真理『予備の中止』、『刑法判例百選 総論(第6版)』(2008年)146頁以下、川崎一夫『刑法総論(犯罪論)』(2009年)207頁以下など。

- 9) 香川達夫『中止未遂の法的性格』(1963年)152頁以下、同じく香川達夫『刑法講義〔総論〕第三版』(1995年)317頁以下、齊藤誠二・前掲『予備罪の研究』315頁以下、今上益雄「予備罪の諸問題」東洋法学25巻1号(1981年)119頁以下、西原春夫『刑法総論改訂版〔上巻〕』(1991年)316頁以下、立石二六『刑法総論〔補正版〕』(2004年)268頁以下、佐久間修『刑法総論』(2009年)339頁以下など。
- 10) さらに同判決においては、「同條ノ予備行為ヲ為シタル上進テ殺人ノ実行ニ着手シ其後ニ至リ任意之ヲ中止シタルトキハ同法第四十三條ニ依リ第百九十九條又ハ第二百條ノ刑ヲ減輕シテ處罰スルカ若クハ其刑ヲ免除スルニ止リ其予備ノ行為ヲ為シタル點ニ對シ別ニ第二百一條ノ刑ヲ科スヘキ筋合ノモノニアラス何トナレハ殺人ノ目的ヲ以テ其予備ヲ為シ進テ其実行ニ着手シタル後任意之ヲ中止シタルトキハ法律ハ之ヲ任意未遂罪トシテ処分スルモノナレハ更ニ之ヲ殺人予備トシテ處罰スヘキ理由ナキヲ以テナリ」として、殺人未遂罪が中止によって中止未遂となった場合には、その当該殺人未遂の中止犯が成立して刑罰の減輕または免除を受けるに止まるのであって、それとは別個に殺人予備罪が成立すべきものではないとの判断も示されている。

スルカ如キ虞アルコトナシ」という点も理由として挙げられていたため、刑罰の不均衡を失しない殺人予備罪に関してだけの判断なのか、予備罪一般に対する判断なのかが不明確であった。その後、大判昭和3年10月9日大審院裁判例3巻刑事判例15頁も、同じく殺人予備罪に関して、「殺人ノ目的ヲ以テ日本刀ヲ携帯前記事務所附近ニ到リタル以上八直ニ殺人予備罪八成立シ縦令其ノ後同被告人ニ於テ犯意ヲ抛棄シタルトスルモ同罪ノ成立ニ何等ノ影響ヲ及ホスコトナケレハ」問題なく殺人予備罪が成立すると認めた。最高裁においても、最判昭和24年5月17日裁集刑10号177頁は強盗予備の事実について「……既に予備としては既遂になつて居るのである。従つて其以後の行為を中止したからといつて未遂にはならない。原審が中止未遂の法条を適用しなかつたのは当然である。……」として中止犯規定の（類推）適用を否定し、さらに最大判昭和29年1月20日刑集8巻1号41頁は、「……強盗予備の行為をした事実は十分これを認めることができる。故に強盗の意思がなかつたとの主張は理由がなく、又予備罪には中止未遂の観念を容れる余地のないものであるから、被告人の所為は中止未遂であるとの主張も亦採ることを得ない。」として、予備罪には中止犯規定の（類推）適用は、全般的に認められないものであることを判示した。また、いくつかの特別法上における予備罪についても、判例においては同様に中止犯規定の（類推）適用が否定されている¹¹⁾。しかしこのような判例の立

11) 大判大正13年10月10日刑集3巻657頁（外国ニ於テ流通スル貨幣紙幣銀行券証券偽造及模造ニ関スル法律（明治38年法律66号）第4条の偽造変造予備罪）は、「明治三十八年法律第六十六號第四條八同法第一條所定ノ……目的ヲ以テ器械又ハ原料ヲ製造シ授受シ若ハ準備スル等ノ行為ニ因リテ成立シ偽造又ハ變造ノ目的ヲ遂行シタルト否トニ因リ本罪ノ消長ヲ来スコトナケレハ縦令被告人等カ銀行券ノ偽造ヲ中止シタルトスルモ之カ為ニ右銀行券製造ノ目的ヲ以テ偽造ノ用ニ供スル器械原料ヲ準備シタル犯罪ノ成立ヲ阻却スヘキニ非ス」とした。また福岡高判昭和26年10月13日高刑集4巻10号1297頁（関税法76条（現在の関税法111条）の免許を受けないで貨物の密輸出入を為した罪の予備罪）は「……免許を受けないで貨物の輸出入をなした罪の外、同罪の未遂乃至は予備行為たる貨物の密輸出、入を図つた罪をも独立罪としているのであるから、貨物の密輸出、入を図つたときは、たとえ、犯人においてその目的とした密輸出、入行為をその意思により中止し、遂げなかつた場合と雖、密輸出、入を図つた罪は完成し、これに中止未遂の観念を容れる余地は

場に対しては、前述の「刑の不均衡」の点からの学説の強い批判が向けられるのである。

b. 学説の問題点

しかしそもそもこのような「刑の不均衡」を問題とし、それを解決するためだけにバランス論的にのみ解釈論を展開すること自体に、強い疑問を感じざるを得ない。法律規定上からは実際としてこの刑の不均衡は必然的に出てくるものであり、それを払拭するためだけに解釈論を展開することが可能なのであれば、立法者がそのように立法したという事実そのものを「刑罰のバランス論」の点だけから解釈論が無視しても構わないことにもなりかねない。よってここでは、立法者による制度趣旨に準拠するか、もしくは理論的見地からの制度のあり方に準拠する必要があるのである。

すなわちここで必要となってくるのは、「予備罪に対して『中止犯規定を』類推適用することができるか」という問題、つまり「中止犯規定がそのような類推適用を許す趣旨のものであったのか」という点の検討であり、その際にはまず「中止犯という制度がそもそもどのような事象を対象として設けられたものであったのか」を考慮しなければならない。さらにそれに加えて、「『予備罪に対して』中止犯規定を類推適用することができるか」という問題、つまり「予備罪に対してそのような類推適用が許される要素があるのか」という点の検討が必要であり、その際には「理論的に予備罪という犯罪類型がどのような性質をもつのか」という点を考慮しなけ

ないものといわなければならない」とした。さらに仙台高判昭和29年2月16日高刑判特36号58頁(関税法76条(現在の関税法111条)の免許を受けないで貨物の密輸入を為した罪の予備罪)も、「〔所論は〕予備罪として独立の域に達していない予備の中止未遂であると主張するもので、それは予備罪の実行に着手しこれを遂げないことが自己の意思に基く場合の意味に解されるのであるが、予備は犯罪行為の発展過程として着手以前のものである以上、予備罪につき実行の着手ということは考え得られないわけであり、苟も犯人において予備行為に出るときは、その計画せられた諸準備がすべて整つたと否とを問わず予備罪は完全に成立し、そこに障碍未遂とか中止未遂とかいう観念を挟む余地はないものと解さねばならない」としている。

ればならないのである¹²⁾。

まず「中止犯という制度がそもそもどのような事象を対象として設けられたものであったのか」という点、すなわち「中止犯という法制度の射程」については、既に歴史的観点、つまり中止犯制度の由来の観点から、筆者はその対象となる事象について明らかにした¹³⁾。それによれば、そもそも中止犯制度は、「結果不発生なので客観的要件が無い」けれども「故意はあるので主観的要件はある」という状態を未遂犯とし、それに対応する形で「客観的要件が無い」とともに「自己の意思により中止したので悪い意思（故意）という主観的要件も無くなった」ので、未遂犯としても処罰する要件を失ったために不処罰にする、というところから出発している。古い時代の結果責任の考え方を克服し、犯罪を客観的側面からだけではなく、主観的側面をも視野に入れた上で捉える北イタリア法学の考え方からは、本来、犯罪が処罰されるためには、その客観的要件および主観的要件のいずれもが完全に満たされる必要がある。このような前提からは、「客観的要件（＝犯罪結果）が生じなかった」ものの、「主観的要件（＝犯罪意思）は存在したまま」であり、そのような「現出するに至りたる基たる悪しき意思」¹⁴⁾を対象として処罰されるべき状況が「未遂犯」として想定

12) 香川達夫も「基本的には、予備罪の性格に関する正しい認識の欠如が、異なつた帰結をもたらす原因ともなつている。……単に科刑の当否からではなく、予備罪をもつて独立罪と解するか修正形式として理解するかといった、その本質論に解決の緒口が求められなければならない」（香川・前掲『中止未遂の法的性格』154頁）とし、また城下裕二も、同様の趣旨から「この問題については、予備罪の本質、あるいは中止未遂の法的性格といった視点からの演繹的論証がより重要であるように思われる」（城下・前掲「予備の中止」について」1頁）として、このような分析的アプローチを行っている。

13) 拙稿「中止犯論の歴史的展開 日独の比較法的考察（一）～（5・完）」立命館法学280号（2001年）34頁以下、同281号（2002年）31頁以下、同282号（2002年）91頁以下、同288号（2003年）148頁以下、同291号（2004年）113頁以下、拙稿「日本の中止犯論の問題点とあるべき議論形式について」神奈川法学38巻2・3合併号（2006年）117頁以下。

14) これはカリリナ刑事法典の未遂犯規定である178条の日本語訳（埴浩「カルル五世刑事裁判令（カリリナ）」『フランス・ドイツ刑事法史』（1992年）所収220頁）に見られる表現である。このカリリナ刑事法典における未遂概念は、「主としてイタリア学派によって発展させられた理論に基づいている」（Friedrich Schaffstein, Die allgemeinen Lehren

されたのである。このような考え方にに基づき、初期の未遂犯の概念は「客観的要件(犯罪結果)は存在しない」が「主観的要件(犯罪意思)は存在したまま」の状態のものに限られるのであって、「自己の意思により犯罪結果がもたらされなかった場合」のように、既に「主観的要件(犯罪意思)も失われてしまった」ような場合には、未遂犯としての処罰の要件を欠くものと考えられたのである。つまりこの初期の未遂犯の成立には「自己の意思によらずに結果が発生しなかったこと」、すなわち「中止犯ではないこと」が要件として求められ、中止犯である場合にはもはや未遂犯の成立もないものとされたのである¹⁵⁾。

このような中止犯概念の由来を前提とするのであれば、中止犯規定の適用のためには、まず何よりも「結果の不発生」、すなわち「客観的要件の不存在」という状況が必要といえる。つまり、「客観的要件が存在してしまった状況」である既遂犯は、そもそも中止犯の概念が射程とするものではないのであって、必然的に中止犯規定の適用は排除されるのである。中止犯規定が未遂犯にだけ特化して規定されているのはこのことに由来している。よってこのような観点から、既遂犯に中止犯規定を適用することは、その直接適用が規定上形式的に排除されているだけでなく、類推適用も実質的な観点から排除されるべきものとされていると考えざるを得ない¹⁶⁾。

vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930, S. 158) ものであった。

15) これは現在のフランスにおける未遂犯・中止犯の規定形式と同じものである。現行フランス刑法第121-5条は、「実行の着手によって表明され、行為者の意思とは独立した事情を理由にしてのみ、中断され、またはその結果が欠けてしまったときに、未遂が構成される。」と規定し、中止犯である場合には未遂犯の成立もなく、したがって処罰規定がないために不処罰となると考えられているのである。なおこの点について、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開 日独の比較法的考察 (5・完)」立命館法学291号199頁以下、拙稿「日本の中止犯論の問題点とあるべき議論形式について」神奈川法学38巻2・3合併号121頁以下も参照。

16) このような観点から、「既遂犯となった場合であっても、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なった時はなお中止未遂として取り扱うべきである」というような牧野英一(牧野英一『日本刑法』(1917年)165頁以下、同じく牧

中止犯が未遂犯にのみ付随する形で制度化されていて、既遂犯を含めた犯罪類型全般に対しての制度となっていないのは、理由なく、偶然的にそのようになったのではなく、むしろ制度の由来からすれば理論上、必然的なものなのである。

そしてこれを踏まえた上で、「予備罪には中止犯規定の類推適用が許される要素はあるのか」という点の検討のために、「理論的に予備罪という犯罪類型がどのような性質をもつのか」という点を検討しなければならない。この点に関しては、古くから予備罪を「独立罪（*delictum sui generis*）」とするか「非独立罪」とするか、という観点で議論がなされてきた。前述の（3）二分説も、予備罪をこの二種類に分類した上で、類推適用の可否をこの独立性の有無に依拠させるのであり、予備罪の本質がここで問題となっているといえる。

前述のように、多くの日本の見解が予備罪に対して、中止犯規定の類推適用を認める。その際に一つの見解として、予備罪を「修正された構成要件」として、基本となる犯罪を修正した非独立的なものとして扱う見解が見られる¹⁷⁾。そして、通常の既遂犯罪を基本犯として、その構成要件に修正を加えて、その発展段階にある犯罪状況として「未遂」、さらには「予

野英一『日本刑法上巻総論（重訂版）』（1941年）315頁以下、同じく牧野・前掲『刑法総論下巻（全訂版）』（1959年）645頁以下参照）の見解は、中止犯における学説としては全く成り立ち得ないものである。また同様に、責任減少説を採用した場合には「中止行為をしたときは、それが成功せず結果が発生してしまった場合も、同じ取り扱い（筆者注：中止犯として認める）をするのが一貫するであろう」（平野龍一『刑法総論』333頁）と、責任減少説に対して批判する見解も存在する。しかし既遂犯に対して中止犯規定を類推適用することは、そもそも法規定が予定していないことである（平野・前掲『刑法総論』334頁）だけでなく、「中止犯」という概念の生成過程を見てもあり得ないことと言わざるを得ない（拙稿「中止犯論の歴史的展開（5・完）」立命館法学291号199頁以下および同211頁注2参照）以上、このような批判は、批判としてそもそも的を射たものではないことになる。

17) 平野・前掲「中止犯」419頁（同・前掲『犯罪論の諸問題（上）総論』所収159頁）など。このような見解は、中止犯規定の類推適用を認めつつ、あくまでも予備罪の処罰規定は「基本犯となる既遂犯の要件および法定刑を修正したもの」と捉えるので、前述の(2)④説または(2)⑤説に結びつきやすいといえる。

備」という状況を想定し、処罰の対象となし得るものと考え、これにより「修正された構成要件」である予備罪の「非独立性」から、同じく「非独立性」を持つ未遂犯について中止犯による優遇がある以上、そのさらに前段階である予備罪についても中止犯既定による優遇を認めるべきであると見る見解がある¹⁸⁾。

他方で、予備罪の「独立性」を強調する見解も存在する。これは、予備罪に対して中止犯規定の類推適用を認めつつ、その場合の基準刑に関して、「従属予備罪であっても、基本犯が不成立のときに成立が認められる独立の罪であり」、「予備罪に法定減軽が加えられているとしても、予備罪自体に刑が定められているのである」ことから、予備罪を基準として減軽または免除を行うべきである(2)類推適用肯定説の◎説)、とするのである¹⁹⁾。

しかし、予備罪はその予定する行為態様に関して基本犯罪とは全く別個の独立した行為態様を内容として、個別に各則において法定刑が規定されている。そして中止犯規定は刑法43条但書において未遂犯のみを対象として定められているものであり、「未遂犯について中止規定の優遇があり得る以上、そのさらに前段階である行為にも中止規定の優遇を認めるべき」とする「非独立性」の観点からの説明は、「偽造私文書行使罪(161条1項)の未遂(同2項)について中止規定の優遇があり得る以上、そのさらに前段階である私文書偽造既遂罪(159条)にも中止規定の優遇を認めるべき」とするのと何ら変わらないのではないかとの疑問がある²⁰⁾。またそ

18) 堀内捷三「予備の中止」『刑法判例百選 総論』(1978年)170頁,同「予備の中止」『刑法判例百選 総論(第二版)』(1984年)156頁,香川・前掲『中止未遂の法的性格』162頁以下など。ただし、香川達夫は前述のように(3)二分説を採用しつつ、非独立罪としての予備罪への類推適用の際の基準刑については(2)◎説と同様に既遂罪であると考え(香川・前掲『中止未遂の法的性格』170頁以下)。

19) 川崎一夫・前掲『刑法総論(犯罪論)』208頁,前田雅英『刑法総論講義[第4版]』(2006年)168頁,立石・前掲『刑法総論[補正版]』269頁など。ただし前述のように、立石二六は(3)二分説を採用し、非独立罪としての予備罪への類推適用の際の基準刑については(2)◎説と同様に予備罪であると考え(立石・前掲『刑法総論[補正版]』269頁)。

20) 予備罪の多くが目的犯の形式を取っており(刑法113条,201条,237条などを参照),

の一方で「独立性」を強調する見解に対しては、もし本当にこれらの予備罪が独立した性質をもつものであるならば、「修正された構成要件」である未遂犯に対してのみの適用を前提とする中止犯の規定が「独立した構成要件」である予備罪規定に適用されることについて、そもそも疑問視すべきであるように思われる²¹⁾。

このように、予備罪に「非独立性」があるとする見解も、「独立性」があるとする見解も、そのいずれかの側面のみを強調する場合には、理論的整合性を欠く解釈となりやすい。このような観点から、「独立性」および「非独立性」の性質に関して、予備罪とされている犯罪類型の中でも相互に程度の差をもつという観点から、「予備罪」とされている犯罪類型を「独立罪」としての予備罪と「非独立罪」としての予備罪に分類する前述の(3)二分説の考え方が出てくることになる。しかしこのような二分説の考え方は、その分類の基準が明確かつ理論的な根拠をもってなされ得るものとはいえず²²⁾、またその点でやはり理論的整合性を欠くことは否めない

基本となる犯罪の発展的前段階であるこのような予備罪に対して中止犯規定の類推適用が可能であるならば、少なくとも、同じく何らかの別犯罪の実行を目的とする目的犯に対しても、その客観的成立要件と主観的成立要件が同種の構造をもつ以上、同様に中止犯規定の類推が可能であることを認めざるを得なくなると考えられるのである。

21) 後述するように、「独立した犯罪」としての「既遂犯」に中止犯規定の類推適用が認められないことについては、学説も判例も一致しているといつてよい。

22) 例えば私戦予備罪(93条)に関して、基本犯となる犯罪類型(「私戦罪」)が刑法典の規定として存在しないことから、これは独立予備罪であるとする見解が見られる(香川・前掲『中止未遂の法的性格』168頁以下、齊藤誠二・前掲『予備罪の研究』264頁以下、今上・前掲『予備罪の諸問題』125頁以下、西原・前掲『刑法総論改訂版〔上巻〕』316頁、立石・前掲『刑法総論〔補正版〕』269頁など)。また、通貨偽造準備罪(153条)に関して、「当該行為の性質上、中止犯の効果を及ぼすだけの理由がない」(佐久間・前掲『刑法総論』340頁)として、中止犯規定の類推適用を否定する見解もある。さらに、内乱予備罪(78条)に関して、法定刑の点から実質的に基本犯(内乱罪、77条)と同一に評価されているとして、これも独立予備罪であるとする見解がある(香川・前掲『中止未遂の法的性格』168頁以下、齊藤誠二・前掲『予備罪の研究』264頁以下)。また、凶器準備集合・結集罪についても、これを独立予備罪であるとする見解も見られる(齊藤誠二・前掲『予備罪の研究』265頁以下)。このように、二分説の内部においても、「いずれを独立予備罪とし、いずれを非独立予備罪と解するか」という点に関しては見解が激しく分かれるので

のである。

このような観点からすれば、「全ての予備罪について独立・非独立という二面性を承認することになる」²³⁾として、全ての予備罪に「『独立性』の側面と『非独立性』の側面の両方の性質がある」のだという主張は、傾聴に値するものといえる²⁴⁾。予備罪には独立的側面も非独立的側面も見られるのだとする点は、ある意味、予備罪の規定されている状況の本質を的確に指摘するものともいえる。

しかしそうだとする場合には、次の問題が出てくる。すなわちこのような考え方からすれば、「『独立性』の側面と『非独立性』の側面の両方の性質がある」犯罪類型が予備罪であることになるが、これに対して各則におけるそれ以外の通常の犯罪類型（既遂犯としてだけ評価されている規定）は、逆に言えばそのような両方の性質を併せ持つものではない犯罪類型（すなわち「独立性」の側面のみをもつ犯罪類型）であることになる。しかしこのような観点から既遂犯として考えられている犯罪類型の全てについて、「予備罪と同様の『非独立性』はない」ということは本当に言えるのであろうか。例えば、前述のように、偽造私文書行使罪（161条1項）に対する関係で言えば、そのさらに前段階の行為を対象とする私文書偽造罪（159条）は、「予備罪である」ことになるのであろうか。また身の代金要求罪（225条の2第2項）に対する関係で言えば、その前段階行為を対象とする身の代金目的拐取罪（225条の2第1項）は予備罪であることになるのであろうか。いずれの場合においても、それらは「予備罪」として

あり、予備罪内部でその独立性・非独立性によって明確な線引きを行うことは困難ないしは不可能なことなのである。

23) 城下・前掲「『予備の中止』について」20頁。

24) 城下・前掲「『予備の中止』について」20頁および25頁。同様の趣旨が見られるものとして、内田文昭・前掲『改訂刑法（総論）（補正版）』262頁、酒井安行「予備の中止」『刑法判例百選 総論（第三版）』（1991年）150頁、同「予備の中止」『刑法判例百選 総論（第四版）』（1997年）146頁など。酒井安行は「ア・プリオリな独立・非独立論から直ちに結論を抽出することは困難なように思われる」とする（酒井・前掲「予備の中止」『刑法判例百選 総論（第三版）』150頁）。

は評価されず、通常の「既遂犯」が規定されていると見るのが一般的であろう²⁵⁾。すなわち、既遂犯とされている犯罪の中にも、時系列的な関係でいえば「既遂」と「予備」の状態をそれぞれ犯罪類型化したといえるものが見られる²⁶⁾のであり、このような場合の前段階の犯罪類型を全て「予備罪」として分類することはできないのである。そして実際、予備罪について扱う論稿においても、「そもそも『予備罪』として検討されるべき犯罪はどの犯罪なのか」という基準自体に関して争いがあり、学説も分かれているのである²⁷⁾。

25) この点に関して、「私文書偽造罪と偽造私文書行使罪や、身の代金目的拐取罪と身の代金要求罪は、それぞれ牽連犯の関係にあるのだから、吸収関係（吸収一罪）にある予備罪とその後の基本犯罪とは異なるのであり、それらの前段階の犯罪を予備罪として扱うことはありえない」として批判する見解も考えられる。しかしこれは「罪数関係から犯罪類型の性質を決定づけようとする」ものであり、アプローチとしての手順が逆であるといえる。本来、罪数関係こそが、まさに各犯罪類型の性質から導かれてその結論を決定づけられるべきものである。すなわち「予備罪である」ことを前提にして「牽連犯にはならない」とすることはありえても、逆に「牽連犯である」ことから「予備罪ではない」ことを導くと、結局「予備罪である」という犯罪類型の性質の決定のために「罪数関係」をその資料として用いることになり、これは単なる循環論法に陥っているといえるのである。その場合には、結局、「予備罪と、そうでない前段階犯罪の区別基準」はまったく明らかにならないことになってしまう。

26) とくに、いわゆる「切り縮められた二行為犯（verkümmert zweiaktige Delikte）」においては、このような形での既遂犯の犯罪類型が作られやすい。この「切り縮められた二行為犯」については、Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, § 10 Rn. 84 u. Rn. 128; Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 266; Gunther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 6. Abschn. Rn. 93 u. s. w. を参照。

27) 齊藤誠二・前掲『予備罪の研究』63頁以下は、凶器準備集合罪・結集罪（208条の3）を予備罪の一種とするが、例えば香川・前掲『刑法講義〔総論〕第三版』284頁以下はこれを予備罪に含めない。その一方で、香川達夫『刑法講義〔各論〕第三版』（1996年）251頁は、通貨偽造準備罪（153条）を予備罪に含めないが、齊藤誠二・前掲『予備罪の研究』65頁は「学説は、……通貨偽造準備罪……が、現行刑法の規定する予備罪である、という点においては、その所見を一つにしている」とする。また、私戦予備罪（93条）を予備罪に含めない見解（宮本英脩『刑法大綱』（1935年）488頁、佐伯千仞『四訂刑法講義（総論）』（1981年）294頁）や、逃走援助罪（100条）、多衆不解散罪（107条）、出水危険罪（123条後段）、往来危険罪（125条）も予備罪に含める見解（泉二新熊『日本刑法論上

これは「予備罪が各則において独立に規定されている」ことから、「予備罪にも独立罪としての側面がある」ことを前提とする限り、「予備罪」と「(通常の犯罪である)既遂罪」との区別は相対的なものでしかないことを示すものであり²⁸⁾、すなわち、「予備罪である」ということの明確な、そしてそれでいて結論の差に有意義であるような基準が出されない限り、通常の各則の犯罪類型の一部を「予備罪」というカテゴリーによって取り出すことには、意味がないのである²⁹⁾。さらに総則規定との関係では、

巻』(1927年)548頁以下など)もある。さらに、わいせつ物販売目的所持罪(175条)、多衆不解散罪(107条)、あへん煙販売目的所持罪(136条)、あへん煙吸食器具販売目的所持罪(137条)、偽造通貨等取得罪(150条)、不正電磁的記録カード所持罪(163条の3)も予備罪であるとする見解もある(菊地慶彦「予備罪の分析」とくにその処罰根拠論を中心として」法学政治学論究61号(2004年)426頁以下)。このように、「そもそも予備罪がどの犯罪類型を指すのか」という点自体に意見の相違が見られ、その判断基準も大きく異なっているのである。

- 28) もちろん相対的なものなので、犯罪類型によっては「非独立的側面」の強い犯罪類型(一般的に「予備罪だ」として評価されることに争いのない犯罪類型)もあり、また逆に「独立的側面」しかないような犯罪類型(一般的に既遂罪としてしか評価されない犯罪類型)もあるということなのである。そしてその「予備罪」と「既遂罪」の両者の間に、明確な線引きを行って区別することが、「独立性」「非独立性」の性質が各犯罪類型ごとに相対的なものである以上、困難であるということなのである。
- 29) この点について、前述の罪数論の観点から、ある犯罪とその前段階犯罪の罪数関係が、牽連犯になるものや吸収一罪になるものなどに分かれるので、この区別こそが予備罪を他の犯罪類型と区別する意義であるとする考えもありうるかもしれない。しかしそもそも前述のように、罪数関係は犯罪類型の性質から決まるものであって、「予備罪である」ということの決定的な要素を別の観点から定義づけられない限り、循環論法に陥ることになる。さらに罪数論における分類方法やその法律効果が、学説上も現段階では複雑かつ多岐に分かれており、特に予備罪と基本犯罪の罪数関係に関しても詳細に見るとその見解は統一的ではなく(成立上も一罪なのか、解釈論上の科刑上一罪なのか、さらに成立上一罪だとしても、成立する犯罪が何らかの事情で処罰されない場合に、成立しなかったはずの犯罪が再び復活し得るのか、など)、この罪数関係の区別をもって「予備罪かどうか」の基準とすることはできない。現時点では、この罪数関係が牽連犯になったり吸収一罪になったりする点については、各犯罪類型ごとの各則的差異の段階にとどまるのであり、総論的な一般化の段階にまでは残念ながら至ってないものと評価せざるを得ないのではないかと考えられる。この罪数論の問題については、今回はとりあえずこの程度にとどめ、今後も検討すべき課題とさせていただきます。なお、本稿での検討対象とした「予備罪」は、形式的に「予備」または「準備」という行為態様が単純に文言上予定されている犯罪類型を指すもの

「予備罪である」ということに基づく一般的・普遍的な効果は、それらが一般的・普遍的に総則規定の下に置かれてその法律効果が規定されている³⁰⁾ のでもない限り、無いのであり、予備罪においては、個別の各則の犯罪類型がそれぞれ設定されているに過ぎないと評価せざるを得ないのである。

この点に関して、「予備罪は自己の犯罪の前段階・準備段階行為をその対象とするものであり、各則の既遂罪構成要件と予備罪構成要件を相対化して区別せず考えることは、予備罪が本来的には「自己予備」のみを対象としていることにそぐわないではないか」、すなわち「自己予備に限る」という、一般的に予備罪に認められている内容が失われるのではないかとの批判も考えられる。しかし、実際上ある犯罪の前段階行為として設定されている犯罪類型の中で、全ての犯罪が自己予備とされているわけではない。通貨偽造準備罪は他人予備も含むとするのが一般的な見解である。このことから、逆に「通貨偽造準備罪は『予備罪』には含まれない」とする見解もあり得るかもしれない³¹⁾。しかしもしそのようにいえるのであれば、そもそもそこでいう「予備罪」というものの定義をどうするのか、そしてその定義に意味があるのかややはり逆に問われなければならない。このことから示されるように、結局予備罪と称されるものの中でもその独立的性質と非独立的性質は相対的なレベルで各犯罪類型ごとに個別に考えられているのが現実なのである。とするならば、そこでいう独立的性質と非独立的性質の程度の問題は、刑法各論的な「各犯罪類型における個別の

としており、本稿ではそれ以上の意義があるものとは考えていないことになる。

30) 例えば過去には1813年バイエルン刑法典における未遂規定などはこのような規定の方法を採っていた。すなわち「実行の着手」の概念を持たず、現在の未遂にあたる「近い未遂」と、現在の予備にあたる「遠い未遂」を両方とも処罰の対象としていたのである。この点については、拙稿「中止犯論の歴史的展開 日独の比較法的考察（4）」立命館法学288号（2003年）175頁および198頁注2参照。なお総則規定による予備の規定化または一般的処罰の例については、中森喜彦「予備行為の処罰」法学論叢116巻1=6号（1985年）532頁以下などを参照。

31) 例えば、香川達夫『刑法講義〔各論〕第三版』（1996年）251頁。

要件」に解消される程度のものでしかないことになる。例えば、当該犯罪類型において成立要件の1つとされている「目的」の中に「自己の犯罪として犯す目的」という内容を読み込むなど、刑法各論的な個別の成立要件としての内容上の特色として要求されるべきであり、「『予備罪だから』いわゆる自己予備の場合だけが予定されている」などとして総則的発想から演繹的に帰結できるものではない³²⁾と考えるべきなのである³³⁾。

すなわちこのような観点からは、予備罪の構成要件は、とくに客観的な行為態様については基本となる既遂犯罪とは全く別の行為態様をその内容とするものであり、なおかつ基本犯罪の構成要件に従属するものでもない。未遂犯は、基本となる既遂犯罪の成立要件のうち、「結果の不発生(ないしは因果関係)」の部分のみをその成立要件から外す形で成立するものとして、まさに成立要件が「修正されて」いるものである。すなわち行為態様においては既遂犯も未遂犯も同じ事実を対象としており、とくに結果犯においては結果発生の有無がその両者を分けているにすぎない。しかし予備罪はその基本となる犯罪とは全く別個の行為態様を対象としており、

32) 基本犯罪と予備罪の罪数関係についても、同様のことが言える。殺人既遂罪・殺人未遂罪に対して殺人予備罪は吸収関係(吸収一罪)にある、といわれるが、これは「殺人既遂罪・殺人未遂罪」と「殺人予備罪」の罪数関係はそのように考えられる、という各論的配慮によるものであり、「予備罪であるがゆえに基本犯との関係は吸収関係(吸収一罪)になる」という総論的配慮によるものではないのである。実際、予備罪と基本犯の罪数関係を吸収関係(吸収一罪)ではなく包括一罪と捉え、基本犯が中止犯として免除になった場合にはその予備罪の罪責が問われることになるとする説(前述の(1)類推適用否定説の◎説)も存在するということが、予備罪と基本犯罪の罪数関係が総則的発想から演繹的に帰結できるものではないことを示していると思われる。

33) この点について、島田雅子「予備罪考」法学新報96巻1・2号(1989年)176頁(同じく山本雅子『実質的犯罪論の考察』(2007年)所収203頁)は「(予備罪と既遂罪の関係は)目的従属性にあるといい得るのみである。この目的従属性は予備罪を目的犯たらしめるものとして法的に構成されるのである。従って、一定の既遂罪との直接のつながりを示すこの目的は当該予備罪の範疇にとり込まれることとなり、両者は基本構成要件とそこから生ぜしめられる修正構成要件であるという法的関係を失う。両者はむしろ目的に対する手段であるという関係で把握されていくべきであろう」とする。

もはや「修正」では済まされない、別態様の犯罪といえる³⁴⁾。

また、共犯のように、正犯の実行行為を前提として、それに従属して処罰の対象となり得るものでもない。現在一般的な見解である共犯従属性説の考え方からは、共犯行為がなされたとしても、そのみで処罰の対象となり得るものではなく、正犯の実行を待って処罰の対象となり（実行従属性）、また正犯が犯罪としての一定の内容を備えていることを要求している（要素従属性）³⁵⁾。これらの正犯側の要件が満たされて、なおかつ共犯としての要件も満たされることで初めて共犯は成立するのであり、これは「正犯の要件」に修正を加えた要件（例えば「その正犯行為を教唆する」、

34) この点について、中谷瑾子「予備罪に関する一考察」法学研究38巻10号（1965年）19頁以下、および島田雅子・前掲「予備罪考」159頁以下（同じく山本雅子・前掲『実質的犯罪論の考察』所収186頁以下）を参照。中谷瑾子は、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（1953年）による構成要件の理論に大きく依拠した上で、「（この構成要件の理論を前提にするならば）予備罪は結局構成要件の修正形式という枠をはみ出すことになるというべきではなからうか」（中谷・前掲「予備罪に関する一考察」23頁）と主張する。また山本雅子（島田雅子）はフィンケの見解（Martin Fincke, Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts, 1975）に依拠して、「予備罪の構成要件は、既遂罪の構成要件と重なり合う部分を全く有しない。構成要件を行為の定型であると考えれば、この二つの構成要件は完全に別個のものであるといわなければならないであろう」（島田雅子・前掲「予備罪考」176頁（同じく山本雅子・前掲『実質的犯罪論の考察』所収203頁））とし、さらに予備罪について総則規定がない点を捉えて、「総則規定が存在であるという事実は単なる立法政策を越える意思表示があるというべきである。我刑法を例にとつていえば、犯罪の開始は実行の着手を基点とするものであり、予備行為は例外なく不処罰であるというのが立法者の意思である。したがって、各則に於いて、予備行為の形態を持つ行為が犯罪とされている場合には、それは決して当該行為を予備行為として処罰の対象としているのではない。いいかえれば、それはむしろ全く別の視点からみられて、そこに固有の中核となり得る不法が認められるとして処罰の対象とされるのである。但し、勿論、そのことをもって、予備罪が総則規定を特に排除する程の特別犯であるとするにはならない。……」（島田雅子・前掲「予備罪考」178頁以下（同じく山本雅子・前掲『実質的犯罪論の考察』所収205頁以下））として、予備罪が固有の不法内容をもつ、独立した犯罪であるとする（ただし、予備罪のこのような独立罪としての性質を強調しながら、「中止犯規定の類推適用は例外的に認められるものと解する」とする。島田雅子・前掲「予備罪考」181頁（同じく山本雅子・前掲『実質的犯罪論の考察』所収208頁）参照）。

35) 平野・前掲『刑法総論』343頁以下、松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（2009年）280頁以下など参照。

など)が要求されているといえる。しかし予備罪の同様のことは当てはまらない。確かに「目的犯」の形式で基本犯罪の実行が予定されている犯罪類型も見られる。しかしそれらはその目的とされた犯罪の成立要件に従属するものではない。すなわち基本犯罪にまで結局として至らなかったとしても、予備罪はその成立要件を満たす限りにおいて、独立して十分に成立しうるのである。

よって予備罪は、それ自体が独立した犯罪類型として、各則に個別に規定された通常犯罪として扱われるべきであり、「修正された構成要件」とすべきものではないことになる³⁶⁾。つまり、「予備罪も一つの独立した犯罪類型として規定されたもの」であることになる。すなわちこれはそのような「準備行為および準備結果」を客観的構成要件とするような「既遂犯」なのである。よって、このような予備罪に中止犯規定の類推適用を認めることは、つまりは、「既遂犯に対する中止犯規定の類推適用の可能性」を認めることになる。だが、これはおそらく多くの学説³⁷⁾および判例³⁸⁾によって否定されているところである。例えば具体例として、ある書店で

36) このような観点から、「予備」と「予備罪」は区別しなければならない。前者は犯罪の実行行為段階からみたその前段階の行為状況をさすものである。そしてこれが「実行の着手」にも至っていない以上、未遂犯処罰規定があったとしても「不処罰」であるという前提がある。これを独立に処罰の対象とすると、それが「予備罪」と称されることになるのだが、それは独立した犯罪類型を各則に必要とするのであり、特定の犯罪構成要件の「修正」として規定されるわけではない(この点について同様の趣旨から「予備罪」と「予備犯」を分けるべきとする島田雅子・前掲「予備罪考」161頁および183頁注1(同じく山本雅子・前掲『実質的犯罪論の考察』所収188頁および210頁注1)も参照)。よって、例えば「予備罪を原則として不処罰とし、例外的に処罰する」という表現は、実行の着手に至らない「予備」が不処罰であるのは当然であり、かつ「予備罪」が原則としてそのように処罰されるべきものとして規定されている事実を踏まえると、「予備」という概念のつもりで「予備罪」という言葉を使用していることがうかがわれ、この両者が区別できていないことを示すものであり、表現として適切なものではない。

37) 団藤・前掲『刑法綱要総論(第三版)』365頁(ただし立法論としては既遂後にも中止犯を認めるべきとする。362頁および366頁参照)、平野・前掲『刑法総論』334頁など。

38) 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日高刑判特30号32頁、広島高裁岡山支部判決昭和28年2月12日高刑判特31号65頁など。

本を万引きし、その店舗を出て数百メートル離れた段階で「やはり盗みはよくない」と思い直し、店舗に戻って店主に万引きした本を返却したような場合³⁹⁾に、通説・判例によればこのような状況では本を取得したといえるので既に窃盗既遂に達している以上、当然のことながら中止犯は成立せず、43条但書は適用されない。せいぜい酌量減輕（66条）が問題となるべき事案とされるであろう。しかし自己の意思によりその既遂結果を解消し、法益侵害状況を事後的に回復したような場合に、「それは既遂犯だから」という極めて形式的な理由だけで「中止犯規定の類推適用の可能性」を否定しつつ、その一方で同じく「既遂犯」としての性質をもつ予備罪に対しては「中止犯規定の類推適用の可能性」を肯定するのは、明らかな矛盾であり、理論的根拠を欠くものといわざるを得ない。「予備罪」と「既遂罪」との区別が實際上各則において相対化されており、また相対化されざるを得ない以上、片方にだけ類推適用を肯定することには理由がなく、類推適用の可能な犯罪類型と不可能な犯罪類型の区別は困難であるといわざるを得ないのである。

さらに既遂も含めた全体に対して類推適用をすべきとする見解については、それは中止犯制度の由来の観点から問題がある。前述のように、「客観的要件が満たされていない」状況を前提として初めて「中止犯」という概念が考慮できたのであり、「客観的要件が満たされている」状況である既遂犯に対しては、中止犯規定の適用は、形式的にも実質的にも排除されているのである。実際、今でも「中止犯」の規定は「未遂犯」に特化して、とくに規定が置かれている。よって「客観的要件がある」場合にも「中止犯」の規定の類推適用を認めるような見解は採用できない。

実際、「予備罪」と「既遂罪」が相対化されていることは、現在の日本の刑法典にも現れているといえる。刑法163条の4は「支払用カード電磁

39) 類似の事案で、店舗内で窃取した本を、その直後に元の棚に返却した場合に、既に窃盗既遂罪であって中止未遂の観念を容れるべき余地がないとされた事例として、前掲の広島高裁岡山支部判決昭和28年2月12日高刑判特31号65頁を参照。

的記録不正作出準備罪」として、その第1項に「第百六十三条の二第一項の犯罪行為の用に供する目的で、同項の電磁的記録の情報を取得した者は、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。情を知って、その情報を提供した者も、同様とする。」と規定して「支払用カード電磁的記録不正作出罪」(163条の2)の予備行為を処罰対象としつつ、刑法163条の5は、「第百六十三条の二及び前条第一項の罪の未遂は、罰する。」として、その「準備行為(予備行為)」の「未遂犯」を処罰する規定を置いているのである。これはとくに、従来までの考え方として「予備に未遂は存在しない」といわれていた考え方⁴⁰⁾を覆すものである⁴¹⁾。確かに犯罪の実行の着手以前の段階を指し示す用語としての「予備」には、未遂の状態というものは考えにくい。しかしそれがひとたび「予備罪」などとして独立した犯罪類型となった場合には、その犯罪類型を達成するつもりで行為が行われたものの、しかしその犯罪類型の既遂段階にまでは至らなかった、という意味での「未遂」は考えられ得るのである。

また歴史的にみても、このような現象は多く見られるところのものであった。例えば、「偽罪(falsum)」を出発点とする詐欺罪は、その犯罪類型の発展過程の中で事前的・予備的行為態様である文書の偽造行為を予定

40) 正田・前掲『刑法における犯罪論の批判的考察』31頁以下、牧野・前掲「予備行為の中止」同『刑法研究第八巻』332頁など。なおこの点については齊藤誠二・前掲『予備罪の研究』287頁以下も参照。

41) さらにこれらの支払用カード電磁的記録不正作出準備罪の犯罪類型に関して言えば、その「予備罪の中止」の場合において、前述のような(2)類推適用肯定説は、不合理な結論をもたらす。電磁的記録の情報取得行為の実行の着手後、情報取得前に(既遂前に)中止した場合には、163条の5により、163条の4の未遂として処罰されることになる(減輕されるとして、1年6月以下の懲役または25万円以下の罰金)。そして、この情報取得がなされれば、163条の4の既遂として3年以下の懲役または50万円以下の罰金により処罰される。ところが、電磁的記録の情報取得後に(既遂後に)、さらなる支払用カード電磁的記録不正作出(162条の2第1項)の行為を開始せずに中止した場合(=予備罪の中止)には、前述の(2)Ⓐ説または(2)Ⓔ説によれば、この法定刑に加えて免除の可能性が出てくることになり、さらに(2)Ⓒ説によれば163条の4を基準刑として、そこから減輕・免除することになるので(1年6月以下の懲役もしくは25万円以下の罰金、または免除)、明らかに法定刑のアンバランスが生じることになるのである。

しつつ、やがてそれが文書偽造罪として分離し、独立した犯罪類型となつていったのである⁴²⁾。ある犯罪の、実質的には前段階にあたるような行為態様が、やがて独立して別の犯罪類型を構成するようになることは、現象としてあり得ないことではなかったのである。

以上のような点を踏まえると、予備罪は通常の既遂罪と何らかわることなく、独立に犯罪類型化された犯罪であり、いわば既遂罪そのものといふことができる。そして既遂罪に対する中止犯規定の類推適用は、中止犯規定の沿革からも中止犯規定の解釈上も認められない以上、「予備罪に対して刑法43条但書の中止犯規定の類推適用は、全面的に認められない」という結論に至ることになる。だがその場合には、前述の「刑の不均衡」という問題が現れることになる。もちろん、本来はこのような問題を解釈論において解決することこそが、法律解釈論を行う刑法学者の役割であるといえるであろう。しかしこの問題においては、その解釈論内部では理論的な解決に限界があり、どのような説明を試みても理論的欠点や不備が生じるものといえる。このような状況の下では、むしろ今後の立法としてどのような解決方向に向かうべきなのかを、(当然のことながら)理論的に支えられた形で指し示すことも、刑法学の研究者として求められる役割であると考えられる。

この点で、20世紀初頭からほぼ同様の「予備罪に対する中止」の問題を抱えていたドイツが、やがて立法論的観点からどのような制度設計の方向に動いていったかが参考になるものと考えられる。学説における解釈論の枠内での努力と、それが立法論における新たな制度、すなわちいわゆる「行為による悔悟 (Tätige Reue)」制度への結実に結びつくまでの流れについて検討し、立法論をも含めた日本の今後の理論的発展の方向性を示したい。

42) このような文書偽造罪の生成過程については、成瀬幸典「文書偽造罪の史的考察 (一)~(三)」法学60巻1号(1996年)123頁以下、同60巻2号(1996年)94頁以下、同60巻5号(1996年)110頁以下を参照。

3. ドイツにおける考え方

ドイツにおいても、日本と同様の予備罪の中止の問題が生じることがあった。すなわち例えば現行のドイツ刑法234条aは拉致罪(Verschleppung)を規定しているが、その第3項において、包括的な予備罪処罰の規定が存在する⁴³⁾。このような予備罪規定⁴⁴⁾に対して、中止犯規定(ドイツ刑法24条、旧規定では46条)の規定が適用されるかが問題となることがあった。

43) ドイツ刑法234条aの拉致罪の規定の文言は以下のとおり。

§ 234 a 拉致

- (1) 他者を、策略、脅迫もしくは暴行によって、この法律の場所的適用領域外の地域に移送し、またはその地域へ赴くようさせ、またはその地域から戻るのが妨げ、そしてそれにより、政治的な理由から迫害され、そしてその際に法治国家的原則と矛盾して暴力的処置もしくは専断的な処置によって身体もしくは生命への侵害を被り、自由を剥奪され、またはその職業的なもしくは経済的な地位においてひどく侵害される危険にその者をさらした者は、1年以上の自由刑に処する。
- (2) それほど重大ではない場合においては、その刑罰は、3月以上5年以下の自由刑とする。
- (3) 当該行為の予備は、5年以下の自由刑または罰金刑に処する。

44) ドイツ刑法における予備罪処罰規定(「予備(Vorbereitung)」という行為態様が文言上形式的に含まれている犯罪類型)としては、前述の拉致予備罪(234条a)のほか、侵略戦争の予備罪(80条)、内乱の企行の予備罪(83条)、国家を危殆化するような重大な暴力行為の予備罪(89条a第1項ないし6項)、通貨または有価証券の偽造予備罪(149条1項)、データの探知および傍受の予備罪(202条c第1項)、公式証明書の偽造予備罪(275条1項および2項)、データ改竄予備罪(303条a第3項)、コンピューター破壊工作予備罪(303条b第5項)、爆発犯罪または放射線犯罪の予備罪(310条)、航空交通および海上交通への襲撃予備罪(316条c第4項)などが挙げられる。このうち、83条に対しては83条aが、89条a第1項ないし6項に対しては89条a第7項が、149条1項に対しては149条2項および3項が、202条c第1項に対しては2項(ただし149条2項および3項の準用)が、275条1項および2項に対しては3項(ただし149条2項および3項の準用)が、303条a第3項および303条b第5項に対しては202条cの準用(これによる149条2項および3項の準用)が、310条に対しては314条aが、316条c第4項に対しては320条が、それぞれ「行為による悔悟(Tätige Reue)」規定として用意されている。

a. ドイツにおける学説

このような予備罪規定に対して中止犯規定が類推適用可能かどうかについて、ドイツにおいても古くから学説が争われていた⁴⁵⁾。ここでもやはり(1) 類推適用否定説⁴⁶⁾、(2) 類推適用肯定説、(3) 二分説⁴⁷⁾が主張されてい

45) ドイツにおける以前の学説のこのような論争状況については、下村・前掲「予備行為の中止」法学新報66巻5号349頁以下（『刑事法学論集 林頼三郎博士追悼論文』473頁以下）が詳細な検討を行っている。また、城下・前掲「予備の中止」について、4頁以下のドイツの各学説の箇所も参照。

46) Franz von Liszt/ Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 319; Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 369 usw.. 例えばリスト/シュミットは、「予備行為または未遂行為が特別な刑罰によって規定されている場合、もしくは処罰において企行犯罪または未遂犯罪が既遂犯罪と同様に扱われている場合……には、その逆のものが規定されていないからには、中止は刑罰を消滅させる効果を持たない」とする。またリストの古い版においては、「(オルスハウゼンの見解によれば)中止は、処罰の際における同様の扱いが問題となる場合ではなくて、独立した軽罪の設置が問題となる場合にのみ、排除される、とする。しかしこれは決定的な観点ではない。むしろ決定的なのは、それ自体として与えられており、かつこのような場合にも存在している未遂行為の可罰性が、明文かつ特別な法律の規定によってのみ排除され得るのであるが、そのような規定がここでは欠けている、という考慮である」(Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 10. Aufl., 1900, S. 195, Fn. 5)としていた。マックス・エルンスト・マイヤーも、「独立して刑罰の下におかれている未遂行為ないしは予備行為の中止は、何ら効果を持たない」とし、46条の直接適用可能性または類推適用可能性を主張する見解に対して、「彼らは、正当な判断を行う願望に多かれ(例えば Frank) 少なかれ(例えば Allfeld) 屈することによって、相互にかなり逸脱している。しかしそれはますます実定法に反することになる、なぜなら46条の意味における「未遂」は、技術的にこのような概念に従うもののみであるからである(当然に80条も)」と批判する。

47) Philipp Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 9. Aufl. des von Hugo Meyer begründeten Lehrbuch, unter Berücksichtigung der neuesten Gesetzgebung vielfach verändert, 1934, S. 203f.; Justus Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 7. Aufl., 1905, 1. Band, § 46 Nr. 5; Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 93 usw. アルフェルトは、「任意的な中止の処罰消滅事由は、その独特の性質に従って、未遂行為ないしは予備行為が特別な犯罪として取り扱われている場合にまで拡張されるべきではない、そして「企行」がそのようなものとして処罰の下に置かれている場合にも同様に拡張されるべきではない。そうではあるがしかし(内乱, 86条におけるように)予備行為がそのようなものとして(一般的に)処罰の下に置かれている場合には、それは適切に使用されることになる」

たのである。そして(1)類推適用否定説と(2)類推適用肯定説が主に対立している状況であったのが、このような状況が徐々に変化していく。すなわち、(2)類推適用肯定説の内容として主張されたのは、当初は「刑法46条の中止犯規定を類推すべきである」とした主張であった⁴⁸⁾。しかしやがてこのような主張はなされなくなり、代わって主張されるようになったのが、「刑法49条a第3項および第4項の規定を類推すべきである」という

として、独立した特別の犯罪の場合には、46条は適用不可能だが、一般的な予備行為が例外的に刑罰の下におかれている場合には、適用可能性がある、とする。またオルスハウゼンも、「……重罪または軽罪の未遂または予備が例外的に形式的に独立した重罪または軽罪の構成要件へと高められた場合には、その(46条の)規定は適用がない。……それに対して、法律上の規定による重罪または軽罪の構成要件の作成と関連して、それにより独立した重罪または軽罪が創出されること(86条を参照)なく、例外的に予備も同様に刑罰の下に置かれている場合には、「大から小への論証(argumento a maiore ad minus)」により、重罪または軽罪の予備への46条の適用可能性が認められるべきである」、として、46条の適用可能な予備罪と適用不可能な予備罪を分ける。またフランクも、「……その遂行後に不処罰となるような中止(46条)が不可能であろうことも、同様にわずかにしか、予備行為の可罰性からは導かれ得ない。それでもやはり可罰的な予備行為は始められたということが引き合いに出される場合には、そのことは、未遂が開始されたあとでは、もはや未遂を不処罰に中止し得ない、という主張と同様の意味をもつ。実際、中止は未遂の開始前または開始後のいずれに行われても構わないので、中止は予備行為にもまた不処罰を生じるのである。このことは「大から小への論証(argumentum a maiori ad minus)」からも生じる」として、予備罪への46条の適用可能性を広く認めつつ、「未遂犯罪または予備犯罪とは対照的であるのが、独立罪(delictum sui generis)である」として、46条の適用可能性を「予備が独立罪(delictum sui generis)として評価されるべきではない限りにおいて」(Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 15. Aufl., 1924, S. 95)認めるべきものとする。

- 48) Ernst Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, S. 69. 例えばベーリンクは、「刑法46条はその根拠から、未遂が刑法43条による出現形式として打ち出される場合に対してのみならず、未遂が「独立罪(delictum sui generis)」にまで高められた場合に対しても当てはまり、そして独立した犯罪類型にまで形成されている予備行為(例えば刑法86条)に対しては、ますますもって当てはまることになる ただし争いがある」とする。下村・前掲「予備行為の中止」法学新報66巻5号349頁以下(『刑事法学論集 林頼三郎博士追悼論文』473頁以下)には、他の同様の主張をするものとして、クラウトハンマー(Karl Krauthammer, Der Rücktritt vom Versuch, 1932)、コッホ(Gerhard Koch, Der Rücktritt vom formell vollendeten Delikt, 1939)、ライプチガーコンメンタール第7版(ナーグレー)などが挙げられている。

主張であった。この刑法49条aは、重罪の教唆の未遂（同第1項）および重罪の協定または受諾、予備（同第2項）を処罰するものであり、そのような行為形態の犯罪行為のさらなる継続を中止した場合の優遇について定めたのが同第3項および第4項であった⁴⁹⁾。この重罪の前段階行為を処罰する規定についての49条a第3項および第4項を、各則における予備罪について類推適用しようとしたのである⁵⁰⁾。

その後、刑法総則規定の全面改正により、刑法49条a第3項および第4項は、新しい刑法31条に引き継がれることになった⁵¹⁾。その後においても、

49) 1975年の刑法総則全面改正前のドイツ刑法49条aの規定は以下のとおりである。

§ 49 a

- (1) 重罪として刑罰が科せられている行為を実行するように他の者を決意するよう試みた者は、重罪の未遂に対して適用される規定（44条）により処罰される。
- (2) 重罪として刑罰が科せられている行為を約束し、そのような行為を実行することについての他の者の申し出を承諾し、または自ら重罪を行う意思を表明した者も、同様に処罰される。
- (3) 自発的に、
 1. その者が他の者を、重罪として刑罰が科せられている行為へと決意するよう試みたあとで、もしくはこれについての他の者の申し出を承諾したあとで、この行為を阻止した、
 2. 重罪として刑罰が科せられている行為の約束後に、そのような行動を放棄し、かつその行為を阻止した、
 3. その者が自ら重罪を行う意思を表明した、その明言を取り消した者は、この規定によっては処罰されない。
- (4) その者の中止行動がなくとも行為がなされないままであった、またはその者の先行する態度に関わりなく行為が実行された場合には、実行を阻止しようとするその者の任意かつ真摯な努力で十分である。

この49条aの規定は、1975年の刑法総則全面改正後においても、30条および31条としてほぼ同様の規定がなされた（その文言は後掲）。これらの関与の未遂処罰規定および中止規定に関する詳細な検討は、今後の課題としたい。

50) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 199 usw..

51) 1975年の刑法総則全面改正後の30条および31条の規定は以下のとおりである。

§ 30 関与の未遂

- (1) 他の者を、重罪を犯すように、またはその者を教唆するように決定づけようとして試みた者は、重罪の未遂に関する規定に従って罰せられる。ただし、その刑罰は49条1項に従って減輕され得る。23条3項は準用される。

予備罪の中止の場合には、刑法31条を類推適用しようとする見解が多く見られるのであり、刑法24条の通常の未遂犯に対する中止犯規定を類推適用しようとする見解は、全く見られないのである⁵²⁾。

このような考え方に加えて、もう一つのアプローチがなされるようになったことが重要である。それは、いわゆる「行為による悔悟(Tätige Reue)」規定を個別におくことによって、個別の予備罪規定について、犯罪の実行段階に達しないままに犯行の継続を止めた場合に、優遇する規定をおく、という方法である。例えば1969年6月25日の第1次刑法改正法により削除される前の決闘罪(205条)は、決闘を挑む行為やこのような挑みに応ずる行為のような、いわば決闘行為の予備段階の行為も処罰の対象となっていた(201条)が、この201条には中止の場合の規定が独立に設けられていた(204条)。このような形で、個別に各則の予備罪ごとに、それ

(2) 賛同した者、他の者の申し出を受け入れた者、または、重罪を犯すようにもしくはその者を教唆するに他の者と申し合わせた者は、同様に罰せられる。

§ 31 関与の中止未遂

(1) 任意に、

1. 他人を重罪へと決定づける試みを放棄し、そしておよそ存在する、他人がその行為を犯す危険を阻止する者、
2. その者が重罪に賛同した後で、その意図を放棄した者、または
3. その者が重罪の実行を約束し、もしくは他の者の重罪の実行の申し込みを受け入れた後で、行為を阻止した者は、30条に従って罰せられることはない。

(2) 行為が中止者の中止関与なしにも行われないうままであった場合、または行為がその者の以前の態度から独立して犯された場合には、行為を阻止しようとするその者の任意かつ真摯な努力は、その者の不処罰に十分である。

52) 「行為による悔悟」規定のおかれていない予備罪である拉致予備罪(234a条)の中止の場合に、31条を類推適用すべきとするものとして、Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 56. Aufl., 2009, § 234a, Rn. 13; Reinhart Maurach/ Friedrich-Christian Schroeder/ Manfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilband 1, 8. Aufl., 1995, S. 156; Karl Lackner/ Kristian Kühn, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 234a, Rn. 6; Albin Eser, in: Adorf Schönke/ Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2001, § 234a, Rn. 15. usw.. いずれの見解も、後述の BGHSt 6, 85. を引用し、その見解の論拠としている。また、Heike Neuhaus, Die strafbare Delikt Vorbereitung unter besonderer Berücksichtigung des § 234a Abs. 3 StGB, 1993, S. 242f. は、31条, 311条 c 第3項第2号(現在の314条 a 第3項第2号)の規範の「法類推」が行われるべきであるとする。

ぞれの中止となる場合を定めて、立法的に解決していくアプローチが現れるようになったのである。

そしてこの考え方はさらに解釈論的な展開がなされ、すなわち法律上「行為による悔悟」規定が定められている予備罪だけでなく、そのような規定を持たない予備罪に対しても、その別の犯罪に対して規定されている「行為による悔悟」規定を類推適用していこうとする見解へと至ることになった。例えばイエシェック/ヴァイгентは、「特別な中止規定が、固有の処罰構成要件にまで形作られた予備行為に対して適用される」として関与の中止未遂（31条）、内乱予備の中止（83条a第2項）、爆発物犯罪の予備における行為の放棄または危険の回避（311条c第3項第2号、現在の314条a第3項第2号）、航空機に対する攻撃の予備の中止（316条c第3項、4項、現在の320条第3項第2号）の規定を挙げた上で、「特別規定が欠けているような同様の事例へのこれらの規定の類推適用は、必要なものである」としている⁵³⁾。またシェンケ/シュレーダー（エーザー）も、「当該行為が既遂に達した……場合には、中止はいずれにせよ24条によっては考慮に入れられない。しかしながら刑法典は特定の（形式的な）既遂犯に対して例外的に中止の道を開いており（例えば31条、83条a、149条2項、264条5項、314条a……）、それらは部分的には24条と同様の原理に基づくものである。このような規定の選択は、明らかに偶然的な事情の原理と何ら変わらない原理に基礎をおくものである……がゆえに、対応する中止規定が欠けている（例えば234条a第3項、257条、265条、323条c、334条3項におけるように）限りにおいて、当該状況に応じて31条、83条a、306条eの規定は類推適用が見られる……が、しかし24条の規定は類推適用は見られない……。」として、31条または「行為による悔悟」規定の類推適用を肯定する⁵⁴⁾。さらにシュトラテンベルトも、「24条の中止規

53) Hans-Heinrich Jescheck/ Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1996, 5. Aufl., S. 548.

54) Albin Eser, in: Adorf Schönke/ Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 26.

定は、犯罪がまだ完成していない限りにおいてのみ、介入するものである。その際に、ほとんどみな一致して学説は、形式的な既遂の時点をも十分なものと評価するのであって、実質的な既遂……の時点をも十分なものと評価しない。このような解決にとって、実際、22条ないし24条が原則的に、形式的に未遂として、構成要件に該当する不法の部分的実現として現れる態度の種類にのみ関連していることは、有利な材料を提供する。しかし事物の観点からは、なぜ行為者が本来の不法結果を阻止したかどうかではなく、しばしば任意に十分なものと定められた形式的な既遂の時点の前に行為者が中止したかどうかにより刑罰の免除が依存すべきなのか、ということは、ほとんど理解され得べきものではないであろう。それゆえにそもそも少なくとも、実質的にまだ完成していない犯罪の中止への24条の類推適用は、求められるものであろう」としつつ、「しかしながらこれに対して、法律において、既に本来の不法結果の惹起の予備または未遂を（形式的に）完成した犯罪として取り扱う場合において、ときどき特別な中止規定があるということは、その存在が、立法者は24条をここでは適用不可能なものと評価したという、正反対の帰結を強制することになる。このような特別規定は、その優遇において規定どおり、24条よりもはるかに狭いものであり、その限りでその規定は、刑罰を減少させ、または刑罰を放棄する可能性のみを開くのである（例えば83条a, 84条5項, 129条4項, 129条a第5項, 314条a, 320条, 330条bを参照）。これに際して、少なくとも、ここで予定された法定刑の減輕を、類推という方法で、犯罪の形式的既遂以後ではあるが、しかし実質的な既遂以前である段階で行われた中止に対して一般的に拡張することを要求することが許されるであろう。……」として、「行為による悔悟」規定の存在が24条の類推適用の可能性を否定するものであり、そのような観点から、少なくとも「行為による悔悟」規定の類推適用が認められるべきであるとする⁵⁵⁾。

Aufl., 2001, § 24, Rn. 116.

55) Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, S. 291f.

しかしその一方で、このような「行為による悔悟」規定の類推適用を否定する見解もある⁵⁶⁾。ライプチガーコンメンタール第11版（リリー／アルブレヒト）は、「犯罪が形式的に完成している場合には、本来的な予備行為または未遂行為が独立して刑罰の下におかれている場合（例えば149条、234条a第3項、306条f、310条、316条c第4項）においても、24条の適用は排除される⁵⁷⁾」として、24条の類推適用を排除しつつ、さらに「立法者が明文での中止の可能性または行為による悔悟の規定を予定していた場合にのみ、不処罰または刑罰減輕が考慮に入れられ得る。……各則の個々の特別規定も24条の中止規定も、異なる構成要件に類推して適用され得ない。それに対して、中止規定の選択に明らかに、偶然性の原理とは何ら異なる原理が基礎におかれており、企行犯においては、立法者が23条2項による処罰減輕の可能性のみを排除しようとしていた、もしくは各則の規定が24条の一般的な効力に関して何も変えようとしていない、ということが部分的に明らかにされる場合には、各則における行為による悔悟の規定が部分的に24条とは異なって形作られ、そして互いに一部において根本的に区別されるということは十分に考慮に入れられていないことになる。同様に、当該規定において「内在的な原理も何ら基礎におかれぬ」。……法的安定性の原則からも、そして犯罪の実質的無価値の原則からも、類推適用は与えられない。同時に、24条がその限りにおいても適用されるべき場合には、それは各則における規定を必要としない。しかしながら24条は明

56) 古くは、Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 100f.において、「例外的に、独立した犯罪の際にも、形式的に既遂となった後に生じたような、本来的な侵害の回避は中止と同等の立場におかれる、すなわち163条、310条、ライヒ公課法374条。158条も参照。……この規定の類推による拡張は排除される。とりわけ、当該「意図」が外部的構成要件の向こう側に存在している状況に関連がある場合に、構成要件の充足による既遂は生じ、なおかつそれゆえに当該意図の実現が欠けているにもかかわらず、刑罰を消滅させるような中止は不可能であるということは、強く保持されなければならない」として、この種の「行為による悔悟」規定を他の規定へ類推適用することが排除されていた。

57) Hans Lilie/ Dietlinde Albrecht LK-StGB, 11. Aufl., §§ 22-24 StGB, 2003, Rn. 348.

文で、22条、23条の意味における未遂犯罪に限定されている」として、明文での準用または「行為による悔悟」規定が独自に規定されているのではない限り、そのような中止状況に対する優遇は認められず、類推適用も排除されるべきと主張するのである⁵⁸⁾。

以上のような観点から、ドイツの学説の方向性の特色を検討すると、まず現在において予備罪の中止の場合に、未遂犯に対する中止犯規定である刑法24条を類推適用しようとする見解は存在しないということである。ほとんど全ての学説が、この点で共通している。さらに31条の「関与の中止未遂」に関する規定を類推適用しようとする見解が多数であり、また一部には他の予備罪などに規定された「行為による悔悟」規定を類推適用しようとする見解も見られることが挙げられる。そしてこの関連では、立法論として、個別に「行為による悔悟」規定を各予備罪に規定することで対処する傾向がみられるのも大きな特色であるといえる。そしてこのような学説の方向性について大きな影響力を与えたのが、ドイツにおける判例の考え方であった。次にドイツ判例の大まかな流れを検討する。

b. ドイツにおける判例⁵⁹⁾

ドイツにおいても、当初は(1)類推適用否定説が採られていた。すなわち、ライヒ裁判所1884年4月29日第2刑事部判決⁶⁰⁾において問題となったのは、偽証へのそそのかし罪(刑法159条)の中止であった。事案は、最初に証人Bに対して虚偽の事実に関する証言を依頼した後で、彼が既に他の証人を見つけたことができたので、その証人Bの証言を全く必要とし

58) Hans Lilie/ Dietlinde Albrecht LK-StGB, 11. Aufl., §§ 22-24 StGB, 2003, Rn. 349. ただしライブチガーコンメンタル第11版(リリー/アルブレヒト)は、「各則の個々の特別規定」および「24条の中止規定」の類推適用を否定しているので、「31条の規定」の類推適用については必ずしも排除していない。

59) ドイツにおける判例については、下村・前掲「予備行為の中止」法学新報66巻5号345頁以下(『刑事法学論集 林頼三郎博士追悼論文』469頁以下)も参照。

60) RGSt 10, 324.

なくなったことをそのBに後に知らせたというものである。この事案に関して被告人の側から、偽証のそそのかしの企行の中止が存在するのであり、抗告人の有利になるような刑法46条からの不処罰事由が適用されなければならなかった、との主張がなされたが、以下のような理由からその主張が退けられた。すなわち、「……偽証へのそそのかし（刑法159条）という、結果の無い企行の重罪は、歴史的に、かつてこのような行為が不処罰であると認識していた未遂の理論からのプロイセン刑法130条の自己発展において、進捗する法意識が、それをその公共への危険性を理由として刑罰の下におくことを強く求めることによって、展開されてきたものであることは争われ得るものではないだろう……したがって今やまさにもはや犯罪未遂が問題となっているのではなくて、既遂犯罪が問題となっているのであって、そのような既遂犯罪へは、単純にその未遂理論との遺伝的関連性を考慮することで、その原則を容易に適用させることがあってはならないのである。刑法159条の犯罪の性質は、むしろ第一にそれ自体から評価されなければならない、そしてこのような観点から、刑法46条はそれには決して適用され得ないとするのが正しいと判断されなければならない。刑法46条の不処罰根拠は、正犯者が既に可罰的な行為の実行を開始したが、しかし意図された犯罪がなお既遂には達していない場合に、行為の既遂への促進が、したがってそれによりもたらされた法秩序のより重大な破壊への促進が、行為の放棄または結果の阻止に対して不処罰が保証されることにより、減少されねばならないという刑事政策的考慮に基づいている。そしてそれによって、未遂の既遂への進展は阻止されるべきなのである。しかし、このことが刑法159条において事実そうであるように、法律が特別の要件の下に未遂の存在を重大な犯罪であるとみなしたがゆえに、法律は、それを未遂の体系から引き離して取り出し、そして新しい犯罪の種類として、教唆が成功して虚偽の宣誓が成し遂げられたかどうか、つまりは教唆の従属的性質を全く問題にすることなく、特別な刑罰を科す気になったのであれば、単に刑法46条の条件が存在しているがゆえに、独立した既遂犯とし

ての刑法159条の行為の意図的な取り扱いを再び消滅させ、そして当該犯罪行為を、まさに遠ざけられるべきであった未遂行為のカテゴリーの中に戻す、などということは問題になり得ない。そのような承認のためには、積極的な法規定を必要としたであろう、だがそれは存在しないのである」と。

このように、刑法159条が完成した既遂犯罪である以上、未遂を前提とする刑法46条の適用は認められないものであるとされたのである。ただ、この刑法159条はいわゆる「企行犯(Das Unternehmensdelikt)」⁶¹⁾として、未遂が既遂と同等に処罰される、特殊な犯罪類型として規定されたものである⁶²⁾ことを前提に、立法者がそのように規定したものであった場合に

61) この「企行犯」とは、本文中にもあるとおり、未遂を既遂と同等に処罰の対象とする犯罪類型のことを指す。すなわち、何らかの結果が生じた段階で処罰の対象とするのではなく、当該結果が生じうる行為を「試みた」段階で、既に既遂と同等の状況になったと評価するのである。現在ではドイツ刑法11条1項6号に定義規定がおかれており(「行為の企行とは、その未遂および既遂を指す。」、刑法典の中のいくつかの犯罪類型がこのような企行犯として規定されていると考えられている。これについては詳しくは、Horst Schröder, Die Unternehmensdelikte, Tübinger Festschrift für Eduard Kern, 1968, S. 457ff.; Gereon Wolters, Das Unternehmensdelikt, 2001 を参照。

62) なお、この判決が出た当時のこの刑法159条の文言は以下のとおりであった。

§ 159

他の者を偽証の実行へとそそのかすことを試みた者は、5年以下の重懲役に、そして他の者を宣誓代わりに虚偽の確認の故意による発表へとそそのかすことを試みた者は、1年以下の軽懲役に処する。

この規定は試みる(unternehmen)という表現を用いることにより、いわゆる「企行犯」として規定されているものと考えられた。その後、1943年5月29日および1944年1月20日の法改正により、以下のような文言に改正された。

§ 159

重罪における、結果なき教唆および他の予備行為の処罰に関する規定(49条a)は、宣誓無き虚偽の証言、偽証、および宣誓代わりに虚偽の確認の故意による発表の全ての事例に対して準用される。

すなわちこの159条は、制定当時は前述の「企行犯」の形式で規定されていたのであるが、法改正により、独立教唆犯規定の特別規定の形式をとることになったのである。当時の刑法49条aによれば、本来は重罪に対する独立教唆犯のみが対象となっていたものの、偽証関連の犯罪に関しては、正犯行為が軽罪として評価される場合にも広くその独立教

は、未遂犯のみを対象とする46条の適用がそのことによって排除される、としたものであった。よって、純粋な意味での「予備罪」への中止犯規定の適用を否定したもとはいいにくい側面もあった⁶³⁾。

これに対して、各則上の予備罪についての中止犯規定の適用を正面から問題とした判例が、戦後のドイツ連邦裁判所の判決に現れた。ドイツ連邦裁判所1954年4月7日第6刑事部判決⁶⁴⁾は、拉致予備罪（刑法234条a第3項）を行いつつも、結局として拉致の実行に出ることを止めた事案について、「被告人がその計画を共同決意にもとづいて実行しようとした……場合においては、まず第一に刑法49条aが適用可能なのである。すなわち、刑法234条aの規定は、その刑法49条aの背後に隠れなければならないのである」として、複数人で234条a第3項に該当する行為を行った場合には49条a第1項または第2項が適用されるのであって、234条a第3項が適用されるのは、単独正犯の場合のみに限られるとした。その上で連邦裁判所は、「刑法49条aは、第3項および第4項において予備行為の不処罰を予定している」のであり、それが検討されなければならないが、被告人が「場合によっては単独で行動し、なおかつそれゆえにその態度が刑法234条a第3項によってのみ評価されるべきであった限りにおいても、その者にその原則により不処罰は認められ得る」として、刑法234条a第3項によってのみ評価されるべき事案の場合にも刑法49条a第3項または第4項

唆行為を処罰する必要から、このような規定がおかれたものと考えられる。そしてこの49条aの準用という考え方によれば、まさにこの偽証へのそそのかし罪の中止行為に対しては、46条の未遂犯の中止規定ではなく、49条a第3項および第4項の、独立教唆犯の中止規定が対応することになるのである。

63) 昔のドイツにおける「Conatus」の概念は、未遂状態だけではなく予備状態も含む概念であり、「企行（Unternehmen）」の概念に近いものではあった。Vgl. Schaffstein, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts (a. a. O.), S. 157f. 現在の刑法11条1項6号のような「企行」に関する概念規定ができる以前、すなわち1934年4月24日改正で当時の刑法87条に「刑法典の意味における企行は、既遂および未遂である。」という規定が設けられる以前は、この「企行（Unternehmen）」の内容に予備段階も含むとする見解があった。Schröder, Die Unternehmensdelikte (a. a. O.), S. 458.

64) BGHSt 6, 85.

が類推適用され得るとしたのである。すなわち、「むろん、刑法46条1号もしくは2号の直接適用、または刑法49条a第3項および第4項の直接適用は排除されている。前者の規定は未遂にのみ適用されるものである。刑罰の下に置かれている予備行為の未遂は考えられない、なぜならそのような未遂はその本質によれば、実行行為のさらなる予備と何ら異ならないであろうからである。……しかしながら刑事部は、刑法234条a第3項の場合において 刑法典の他の規定(例えば49条bおよび151条)とは異なって、特定の予備行為を選び出しておらず、なおかつその予備行為を特別の規定の下においている、被告人の有利になるような刑法49条a第3項および第4項を準用しての適用は何ら妨げられるものではないという見解である。

法律はいくつかの規定において、可罰的な犯罪行為の任意的な中止において、このような方法で結果の発生が阻止された場合には、不処罰を認める意思を示している。それにより、行為者に向けられている責任非難は、償いの必要性がもはや存在しない限りにおいて減少され得る。その上、刑法規定によって追求された、共同生活を攪乱から守るという目的もまた、脅威となる侵害の回避に役立つ行為者の行為が支援されることを要求している。このような考えは刑法46条の規定を考慮し、そして可罰的な予備行為の領域においては刑法49条a第3項および4項、49条b第3項、82条および90条3項を顧慮するのである。

刑法234条a第3項においては同種の規定を欠いている。そのことから、それが意識的になされないままとされたということは推論され得るものではない。刑罰の下に置かれた態度の特別な危険性もまた、このような方向への助言を何ら与えない。なぜなら法秩序を高い程度に危殆化する未遂には、刑法46条が直接に適用され、そして刑法234条a第1項の重罪の共同予備に際しても、既に説明したように、刑法49条a第3項および第4項により不処罰が認められるからである。単独で行動する行為者に対して、刑法234条a第1項の重罪の予備の任意的な中止の優遇を拒絶しようとする

場合には、首尾一貫していないであろうし、法律によって普段追求されている目的とも一致しないであろう。

もっとも、そのような不処罰となる中止にとって決定的な原則は、刑法46条から読み取られることはできない。むしろその限りにおいて、刑法49条a第3項および第4項を準用しての適用が与えられる。このような規定は、刑法234条a第3項と同様に、可罰的な予備行為を取り扱うものであり、そしてこのような特別事例に適合しようとする規定を含んでいるのである。その上その49条aは、説明したように、複数人の合意による共同作業に際しては、刑法234条a第3項の代わりを引き受けるものなのである。それゆえに、どのような要件の下で行為者が、刑法234条a第3項によって可罰的である予備行為の不処罰となる中止に際して不処罰なままでなければならぬのかという問題に対しては、同様に刑法49条a第3項および第4項を用いるのが適切なのである⁶⁵⁾、として、刑法234条a第3項の予備罪を中止した場合についても、刑法49条a第3項および第4項の中止犯規定が類推適用され得るとしたのである。

ここで注目すべきは、連邦裁判所は、予備罪に対する中止犯規定の類推適用を認めつつも、その際には刑法46条の未遂犯に対する中止犯規定の類推を排除し、ここで類推されるべき規定を刑法49条a第3項および第4項の中止規定であるとしている点である。すなわち、このような複数人関与の場合の予備行為については刑法49条a第2項が規定し、そしてそれに対応する中止行為に関する内容を刑法49条a第3項および第4項が規定しているのであって、このような観点から予備罪の中止という現象に対して類推適用の可能性があるのは、未遂犯の中止規定である46条ではなく、同様の状況を想定している49条a第3項および第4項なのであることが明確に示されているのである。

さらにその後、前述した企行犯について、例えば不真正企行犯⁶⁵⁾の一

65) 「真正企行犯」と「不真正企行犯」の違いは、「真正企行犯」がその犯罪類型の条文の

つとされている「救助の不作为罪(刑法330条c)⁶⁶⁾」について、連邦裁判所1960年4月8日第4刑事部判決⁶⁷⁾は、以下のようにして、46条の通常の未遂犯に対する中止犯規定だけでなく、49条a第3項および第4項や他の規定に存在する「行為による悔悟」規定の類推適用をも排除した。すなわち、「……刑法330条cの犯罪行為は当該事案においては、被告人がガソリンスタンドを通り過ぎて、自分の車の前照灯の破片を取り除くために製紙工場の敷地に車を乗り入れたときに、既に既遂となっていたので、たとえ被告人がその後再び事故現場へと戻り、そしてそこで もっとも、効果のないものではあるが 被害者の面倒を見たとしても、不処罰となるような中止は排除される。この場合に行為による悔悟の基本思想が不処罰となる効果を伴って用いられるべきであるという、シェンケ・シュレーダーによって主張された見解は、同様に賛成され得るものではない。なぜなら立法者は優遇措置を特定の処罰構成要件に対してのみ、特別な刑事政策的考慮から予定した(他には刑法49条a第4項, 158条, 公課法410条参照)のであり、そしてその他の犯罪行為への準用での適用は、刑事政策的に望ましくない帰結へと至るであろうからである」、と。

さらに真正企行犯である「囚人反乱罪(Gefangeneneuterei, 刑法122

文言中に「unternehmen」という表現を用いており、企行犯であることが文言上からも明らかかなものであるのに対し、「不真正企行犯」においては、その条文の文言中に「unternehmen」という表現が用いられず、例えば「攻撃する(tätlich angreifen)」といった表現を用いることで、「攻撃しさえすればその犯罪の構成要件充足には十分となるのであって、その攻撃によって何らかの別の結果が生じたことまでは要求しない」という解釈を認めるものである。すなわち不真正企行犯の構成要件は、「企行の概念がそこに浮かび上がることなしに、しかしながら同様の構造原理を提示するような構成要件」であり、「行為者の特定の傾向の行動を、実際上の結果をもっていたことを必要とせず、刑罰の下に置くような全ての構成要件」(unten Schröder)がそうであることになる。詳しくは Vgl. Schröder, Die Unternehmensdelikte (a. a. O.), S. 464ff.; Jescheck/ Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil (a. a. O.), S. 267 u. S. 526f.

66) これは救助の不作为罪についての旧規定であって、現行ドイツ刑法の救助の不作为罪は刑法323条cに規定がある。

67) BGHSt 14, 213.

条)⁶⁸⁾についても、連邦裁判所1960年11月22日第5刑事部判決⁶⁹⁾は、やはり以下のようにして46条の通常の未遂犯に対する中止犯規定だけではなく、49条a第3項および第4項や他の規定に存在する「行為による悔悟」規定の類推適用を排除した。すなわち、「不処罰となる中止未遂に関する刑法46条の規定は、刑法122条2項に対する軽罪は既遂となったが、しかし損壊は未遂でしかなかった場合には、適用はされない。刑法46条は、法律が未遂をそのようなものとして刑罰によって処罰している未遂行為に対してのみ適用されるのであるが、しかし刑法122条2項におけるように、行為者が既遂犯罪行為によって処罰されているのと同様に規定されている未遂行為に対しては適用されない。そのことは、上告趣意書もまた否定していない。しかし上告趣意書は、刑法49条a第3項および第4項、82条および89条第3項の規定が準用して適用されなければならないであろうという見解なのである。そのことに、刑事部は賛成できない。

刑法49条a第3項および第4項の規定は、刑法49条a第1項および第2項において規定された種類の行為によって準備されている、計画された重罪の不処罰となる中止、すなわち予備行為の中止のみに関係するものである。当該規定がこのような予備行為の中止について規定していることは、刑法122条第2項の意味における損壊の未遂の中止に対しては 類推適

68) 当時の刑法122条の条文は以下のとおり。

§ 122

- (1) 被拘禁者が、徒党を組み、力を合わせて、施設公務員もしくはその監督の受託者を攻撃し、その反抗を達成した場合、またはそれらの者を作為もしくは不作為へと強要することを試みた場合には、反乱により6月以上の軽懲役に処する。
- (2) 被拘禁者が、徒党を組み、力を合わせて、暴力的な脱出を試みた場合も、同様とする。
- (3) それらの反乱者が、施設公務員もしくはその監督の受託者に対して暴行を行った場合には、10年以下の重懲役に処する。警察監視の許可も宣告され得る。

この122条の真正企行犯としての規定は、刑法施行法（1974年3月2日）により121条へと変更され、また文言も変更されて「unternehmen」という表現を用いなくなったことから、現在では少なくとも真正企行犯ではなくなったことになる。

69) BGHSt 15, 198.

用であっても適用されない。このことは既に、単なる予備行為が脅かされた法益を、未遂行為におけるよりも通常はわずかにしか強く危険にさらすものでしかないという考慮を許さないものである。上告趣意書が指摘している BGHSt 6, 85 の判決は、それと正反対のことを何ら明らかにするものではない。その判決は、それがここで考慮に入れられる限りにおいて、刑法234条a第3項の事例への刑法49条a第3項および第4項の適用のみについて取り扱うものである。しかしこの規定は刑法49条a第1項および第2項と同様に、未遂行為について規定したのではなく、単に予備行為について規定したものである。

刑法82条および89条第3項もまた、刑法122条2項の意味における損壊未遂には準用して適用され得ない。刑法82条において述べられている80条の規定、刑法89条第3項が適用される刑法89条1項の規定、および刑法122条2項は、確かに共通して、それぞれのこのような規定において「企行」が既遂犯罪行為として刑罰を科せられており、その際には行為者が、企行が目指している結果を達成したか、達成しようと試みたに過ぎないかは、重要ではない。しかしながらこのことだけでは、刑法82条、89条第3項の規定を刑法122条2項の事例に準用して適用することを正当化はしない。そのような類推適用に対しては、刑法122条2項の意味における損壊未遂を、規定によって保護された法益に対して共通して持つ効果が妨げになるのである。

刑法122条は囚人の拘置を保護するものではない。囚人の単なる損壊が刑罰を科せられているのでもない。囚人が、刑法122条において規定された特別な要件の下で損壊し、または損壊しようとした場合にのみ、その者の態度は可罰的であるのである。これによれば、刑法122条2項によって保護された法益は、そのようなものとしての拘置ではなくて、隔離設備が損壊されないことなのである。……しかし刑法122条の手段によって行われた損壊未遂は、通常、既にそれによって隔離設備が損壊されていることを意味し、すなわち保護された法益が既に侵害されているのである。した

がって判決の事実認定によれば、ここでもまたそうであったのである。刑法80条および89条第1項の事例に対して、このことは当てはまらない。それらの規定は連邦共和国およびそのラントの憲法に合致した秩序、および国土に合致した秩序の存在を保護しようとするものである。このような規定の意味における未遂行為は、このような秩序の変更に向けられたものであり、一般的にまだ保護された法益の侵害をもたらすのではなく、これを危険にさらすのみなのである」、と。このようにして、刑法122条2項の真正企行犯に対しては、刑法46条の通常の未遂犯に対する中止犯規定だけではなく、49条a第3項および第4項や他の規定に存在する「行為による悔悟」規定の類推適用も排除されたとしたのである。

ただし、これらの連邦裁判所1960年4月8日判決も連邦裁判所1960年11月22日判決も、いずれも「企行犯」に関して、刑法46条だけでなく、刑法49条第3項および第4項、さらには他の「行為による悔悟」規定の類推適用がいずれも否定されたとしたものであって、「予備罪」の問題ではないことに注意を要する。すなわち、「企行犯」は「未遂が既遂と同値されている犯罪類型」なのであり⁷⁰⁾、その内容として「予備」の部分を含むものとしては考えられていないからである。しかし以下の点に関してはやはり参考になるものと考えられる。

既に既遂犯と同様に規定されている犯罪類型に対しては、刑法46条（現行刑法24条）の中止犯規定は類推適用されない。すなわち、「既に既遂となっていたので、……不処罰となるような中止は排除される⁷¹⁾」とか、「刑法46条は、法律が未遂をそのようなものとして刑罰によって処罰している未遂行為に対してのみ適用されるのであるが、しかし刑法122条2項におけるように、行為者が既遂犯罪行為によって処罰されているのと同様に規定されている未遂行為に対しては適用されない⁷²⁾」という表現に、そ

70) ドイツ刑法典11条1項6号の定義規定を参照。

71) BGHSt 14, 217.

72) BGHSt 15, 199.

の趣旨がうかがわれるのである。あくまでも、刑法46条は、未遂犯を対象としており、その未遂犯の刑罰の優遇を規定したものである。よって、当該対象行為が既遂と評価される以上は、その行為には、刑法46条の趣旨は及ばず、直接適用はおろか類推適用も排除されるのである。この点は、刑法234条a第3項の予備罪に関する判例も、「そのような不処罰となる中止にとって決定的な原則は、刑法46条から読み取られることはできない」⁷³⁾と明確にこれを示していた。

刑法典における、他の「行為による悔悟」規定の類推適用も否定されるべきである。すなわち「立法者は優遇措置を特定の処罰構成要件に対してのみ、特別な刑事政策的考慮から予定したのであり、そしてその他の犯罪行為への準用での適用は、刑事政策的に望ましくない帰結へと至るであろう」⁷⁴⁾として、「行為による悔悟」規定は各則において個別に、犯罪類型ごとに特別な配慮から規定したものである以上、そのような規定を他の犯罪構成要件に転用することは、その個別的な配慮についての立法の趣旨を没却することになる、としたのである。

4. 結 論

以上のような検討を踏まえて、予備罪の中止に関して、どのように考えていくべきであろうか。

まず前提として、2.b.の「学説の問題点」でも制度趣旨の観点から批判したとおり、未遂犯を対象とする中止犯規定の類推適用の可能性は、ありえないものと考えざるを得ない。これを認めるのであれば、全ての既遂犯に対し、中止犯規定の類推適用の可能性を開いてしまうことになる。未遂犯を対象とする中止犯規定は、その由来に鑑みると、そのようなことを許容して構わない制度ではない。実際、ドイツにおいて現在は、刑法24

73) BGHSt 6, 88.

74) BGHSt 14, 217.

条の類推適用の可能性は全く考えられていない。それはドイツの初期の判例においても既に否定されたことだったのである。

そうすると、ドイツにおいて「予備罪の中止」事例への類推適用の可能性のある規定は、「31条」か、もしくは「他の犯罪類型に対する行為による悔悟規定」ということになる。しかし後者のやり方は、個別に犯罪類型ごとに「行為による悔悟」規定を定めた立法の趣旨を没却することになりかねない。現在の規定のやり方としては、「行為による悔悟」の規定は、各犯罪類型ごとにその成立要件を異にする形でそれぞれ定められており⁷⁵⁾、そのような規定が、全く犯罪構成要件の異なる別の犯罪類型に転用可能であるというのは、不自然な解釈といえる。このような観点から、ドイツにおいては「予備罪の中止」の事例に対しては31条の類推適用がなされるべきとする見解が圧倒的多数となったのである。これは、31条が前提とする30条の態様が、複数人関与の予備的態様の事例をも射程にしていることから、認められるべきものといえる。

しかし問題は、日本にはこれに対応する規定が存在しないことである。以上までの検討を前提とする限り、日本においては「予備罪の中止」の問題についての解釈論での解決はほぼ絶望的なものといわざるを得ない。しかし、仮に解釈論での解決が不可能であったとしても、いや逆にそうであるからこそ、このような検討を踏まえた上での、今後のあるべき立法論を

75) 例えば日本の身の代金目的拐取罪（刑法225条の2）に相当するドイツ刑法239aの恐喝的誘拐罪には、その4項に行為による悔悟規定がおかれているが、その際には「行為者が得ようとした給付を断念したこと」や「被害者をその生活領域に帰らせたこと」が要件とされている。とくに「給付の断念」要件が要求されているのは、人身の自由に対する罪と恐喝罪の結合犯的性格をもつ恐喝的誘拐罪であればこそ、誘拐後に予定される恐喝行為が断念されることが求められているといえる。よってドイツ刑法239a第4項の「行為による悔悟」規定を他の略取誘拐罪に類推適用することはできないのであり、すなわちこのような個別的な成立要件の配慮がなされている「行為による悔悟」規定を、安易に他の類似犯罪類型の事例に類推適用することは許されないのである。なおこの点については、拙稿「略取誘拐罪における解放減輕規定（刑法228条の2）について」犯罪と刑罰19号141頁以下、とくに注42および注109も参照。

考える必要がある。

まずドイツ刑法31条と同様に規定を作ることが考えられる。しかし関与の未遂行為を独立して処罰すること自体、そもそも好ましいことであるとは言いがたい以上、ドイツ刑法31条に類似した一般規定をおくことも、望ましいとはいいがたいものである⁷⁶⁾。

そうであるならば、やはり個別に各則に規定を置いて、当該犯罪類型の成立要件が満たされ、いわゆる「既遂」と評価される状態になって以降も、何らかの形でさらなる法益侵害または法益危殆化を回避した場合に、刑罰を優遇する規定をおくことが望ましいものといえる。その際には、「予備罪」だけにとどまらず、抽象的危険犯や、他の犯罪の事前的段階を予定する犯罪構成要件に、それぞれ規定を設けることが望ましい。これが、「行為による悔悟 (Tätige Reue)」制度なのであり、このような制度を活用することにより、さらなる犯罪結果の進展を回避し、ひいては被害者保護につながる場合も考えられ得るものといえる⁷⁷⁾。

そして実際、ドイツではこのような「行為による悔悟」規定による個別的な優遇による犯罪結果回避の方策が進んでいるといえるのである⁷⁸⁾。処

76) そもそもドイツ刑法31条は30条の規定を前提としつつ、その中止態様についての優遇を定めたものである以上、30条がない状態での31条類似の規定の立法を考えることは、それ自体が意味がないといえる。また、総則的・包括的な予備罪処罰の規定も、望ましいものではないばかりか、実際の運用にも耐えないものと考えられる。

77) ドイツ刑法における、具体的な予備罪に関連する「行為による悔悟」規定の例として、参考となるものとしては、83条(内乱の企行の予備罪)に対する83条a、149条第1項(通貨または有価証券の偽造予備罪)に対する149条第2項および第3項、310条(爆発犯罪または放射線犯罪の予備罪)に対する314条a第3項第2号などが挙げられるかと思われる。

78) ドイツ刑法典中の「行為による悔悟」の規定の例としては以下のとおり。直接に「行為による悔悟」の内容を規定する(準用ではない)条文として、83条a、84条第5項、87条第3項、89条a第7項、98条第2項、129条第6項、142条第4項、149条第2項および第3項、158条、239条a第4項、261条第9項および第10項、264条第5項、264条a第3項、265条b第2項、266条a第6項、298条第3項、306条e、314条a、320条、330条b。準用規定の条文として、85条第3項(84条第5項を準用)、99条第3項(98条第2項を準用)、129条a第7項(129条第6項を準用)、152条、152条a第5項、152条b第5項(以上3つは149条第2項および第3項を準用)、163条第2項(158条第2項および第3項を準用)。

罰段階の早期化や厳罰化が進行しつつあるといわれる日本の刑事立法において、もちろん当然のことながら、そのような刑事立法の是非そのものも検討されるべきである⁷⁹⁾が、そのような早期化や厳罰化に対応しての優遇制度、すなわちさらなる犯罪結果の進行を回避した者を、その点を考慮して優遇する法制度が、もっと検討されるべきであると考ええる。

思いがけなくも長大な論考となった。そういえば、法学部4年生のときに、とりあえず完成した卒論を生田先生のところに最初に提出した際に、その卒論をパラパラと見た上での生田先生の第一声は、「多いなあ」であった。大学院時代に公表論文を執筆する際には、「野澤君、この注は何とか本文に入れられないの？ 注の方が本文より多いのはおかしいじゃないの」と何度も言われた。その両方もが直るどころか、むしろ悪化してしまったようなこの論文を生田先生に贈るのは心苦しいばかりであるが、「野澤君、まだまだやな」と笑ってくださることを祈りつつ、筆をおくことにする。

202条c第2項（149条第2項および第3項を準用）、239条b第2項（239条a第4項を準用）、275条第3項（149条第2項および第3項を準用）。

79) そもそも、ある犯罪類型の予備段階を対象とする処罰規定をおくこと自体について、本来、熟慮が必要である。予備罪を新たに立法する場合には、ある犯罪行為の実行の着手以前の前段階行為の部分を取り出して処罰の対象とする、ということになるのであろうが、果たして実際の裁判の場でそのような犯罪事実の立件が可能なのかどうかという、実際上の起訴可能性を考慮すべきである。とくにどのような客観的事実を対象として犯罪行為態様とするのが明確にならないような包括的な犯罪類型を設定することは、それ自体全く無意味なことである。