

---

---

論 説

---

---

## 中止未遂の法的性質と成立要件\*

丸 山 雅 夫

はじめに

I 中止未遂の法的性質

- (1) 政策説と法律説の主張
- (2) 中止未遂の本質と法的性質

II 中止未遂の成立要件

- (1) 中止の任意性——「自己の意思により」の意義
- (2) 中止行為——「犯罪を中止した」の意義

III 中止未遂の効果

- (1) 科刑と罪数
- (2) 共犯と中止
- (3) 予備の中止

はじめに

刑法 43 条本文は、犯罪の実行に着手した以上は既遂に至らなかった場合であっても、既遂の前段階としての犯罪（未遂罪）が成立することを明示したうえで、「その刑を減輕することができる」こと（刑の任意的減輕）を認めている。他方、同条ただし書は、自己の意思によって犯罪を未遂段階にとどめた（既遂を回避した）場合には、その刑を必要的に減輕または免除するという効果を明示している。わが国の刑法は、未遂段階で犯罪が成立することを前提としながら、未遂にとどまった原因を「自己の意思によるか否か」で区別し、それぞれの場合の法的効果を区別しているのである。一般に、自己の

意思によらずに未遂にとどまった形態を「障害未遂」と呼び、自己の意思によって未遂にとどめた形態を「中止未遂（中止犯）」と呼ぶ。実務において、中止未遂は、「犯罪ノ実行ニ着手シタル後之ヲ継続スルニ付外部的障碍ノ原因存在セサルニ拘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実行ヲ中止シ若シクハ結果ノ発生ヲ防止シタルトキハ刑法 43 条後段ニ規定スル中止犯成立スヘキ」ものとされている（大判大正 2 年 11 月 18 日刑録 19 輯 1212 頁）<sup>1)</sup>。このような障害未遂と中止未遂との区別は、学説が前提とするところでもある。

障害未遂と中止未遂は、結果発生 of 具体的危険が認められる段階で犯罪（未遂罪）として扱われる点では異なるところがなく、科刑上の効果（刑の任意的減軽と必要的減免）において異なるにすぎない。このような基本的な構造（犯罪成立を認めたとえでの科刑上の優遇）との関係では、未遂罪一般の扱いは、過剰防衛・過剰避難における刑の任意的減免（36 条 2 項、37 条 1 項ただし書）などと同じものである<sup>2)</sup>。また、障害未遂と中止未遂の法的効果の関係については、① 個々の犯罪類型に対して規定されている法定刑の幅が広いだけでなく、懲役 3 年以下は執行猶予を付けることができるため（25 条）、障害未遂の場合でさえも、刑の減軽をしなくても適切な量刑が可能である点、② 減軽が必要な事案においても、障害未遂としての任意的減軽で対処が可能であり、弁護人が中止未遂として特に争うだけの実益が小さい点、③ 起訴便宜主義（刑訴 248 条）のもとでは、刑の免除が相当な中止未遂の事案を檢察官が起訴することは極めて想定しにくい点、を指摘することができる。これらの点を考慮すれば、しばしば指摘されているように<sup>3)</sup>、量刑実務においては、中止減免規定に特段の意義は認められないようにも思われる。しかし、それにもかかわらず、下級審を中心とした事例判例が多く見られる。

また、学説上も、未遂罪と同じような法的効果が認められる諸規定については特に大きな争いが見られないのに対して、中止未遂については、その法的性質（本質）と成立要件、法的効果をめぐって争われており、多くの文献が公表されているところである<sup>4)</sup>。その実質的な理由は、それぞれの条文の

規定ぶりにもとづいていると言ってよい。中止未遂以外の刑の減免規定は、比較的単純に構成されており、その法的性質と成立要件の解釈にも特に大きな対立は見られない<sup>5)</sup>。他方、中止未遂については、前提となる法的性質の理解で見解が異なりうるだけでなく、成立要件（任意性と中止行為）も実質的な解釈を必要とする規定ぶりになっていることから、法的性質とも関連して成立要件の具体的な解釈と運用が大きく異なりうるのである。そこで、以下において、中止未遂の法的性質の検討を前提として、具体的な成立要件の解釈と運用（の限界）、さらには法的効果について、それぞれ検討を加えていくことにする。

注

- 1) さらに、大判昭和 11 年 3 月 6 日刑集 16 卷 272 頁。
- 2) 同様の構造を持つ規定としては、心神耗弱者に対する刑の必要的減軽（39 条 2 項）、自首等による刑の任意的減軽（42 条）、内乱の予備・陰謀・幫助等における自首による刑の必要的免除（80 条）、親族による犯人蔵匿・証拠隠滅等における刑の任意的免除（105 条）、偽証・虚偽告訴等における自白による刑の任意的減免（170 条、173 条）、身代金目的拐取等における被害者解放による刑の必要的減軽（228 条の 8）、親族相盗例等における刑の必要的免除（244 条 1 項、251 条、255 条、257 条 1 項）、がある。
- 3) たとえば、佐伯仁志「未遂犯論」法学教室 304 号（2006 年）136 頁。
- 4) 本格的な研究書に限っても、すでに古典とも言える香川達夫『中止未遂の法的性格』（有斐閣、1963 年）をはじめとして、山中敬一『中止未遂の研究』（成文堂、2001 年）、町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社、2005 年）、金澤真理『中止未遂の本質』（成文堂、2006 年）、野澤充『中止犯の理論的構造』（成文堂、2012 年）、を挙げることができる。なお、野村稔『未遂犯の研究』（成文堂、1984 年）、宗岡嗣郎『客観的未遂論の基本構造』（成文堂、1990 年）。
- 5) たとえば、過剰防衛および過剰避難については、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第 2 版〕第 2 巻』（青林書院、1999 年）400 頁以下〔堀籠幸男＝中山隆夫〕、『同第 4 巻』（青林書院、1999 年）117 頁以下〔野村稔〕、参照。また、注 2) に掲記した諸規定についても、同じような状況が見られるところである。

# I 中止未遂の法的性質

## (1) 政策説と法律説の主張

1 中止未遂の法的性質について、かつては、障害未遂の法的効果（刑の任意的減輕）に対する中止未遂の優遇的扱い（刑の必要的減免）の根拠を何に求めるかということと関連して、刑事政策的観点から説明する立場（政策説）と中止行為の法的意義に着目して説明する立場（法律説）とが、言わば排他的な関係にあるかのような形で主張されてきた。

政策説は、さらに、一般予防的観点からのものと特別予防的観点からのものに区別され、それぞれ次のようにまとめることができる。前者は、ドイツ刑法学説（通説）の強い影響のもとに、行為者に「（犯罪から）引き返すための黄金の橋」（リスト）を用意してやることによって、犯罪（既遂犯）を一般的に予防する最後のチャンスを与える機能を期待できるとするものである。ただ、中止未遂の刑を必要的に免除するドイツ刑法とは異なり、わが国の刑法は中止の効果を刑の必要的減免にとどめ、免除が認められることがほとんどない状況にあるため、わが国で一般予防的観点からの政策説を一貫することは困難であった。他方、後者の立場は、行為者の悪性の外部的徴表を犯罪と捉える、いわゆる主観主義刑法理論の立場から主張されていた。主観主義によれば、中止行為によって行為者の悪性の消滅・減少が徴表された以上は、そのような行為者を処罰する必要性が消滅ないしは低減すると考えられるからである。また、これらの立場に対して、一般予防的観点と特別予防的観点の両方を根拠とする政策説もありうる。刑法理論においては、いずれを強調するかの違いはあるにしても、一般予防的観点と特別予防的観点は必ずしも排他的に考慮されているわけではないからである。

以上のような政策説の基本的な発想は、後に述べるように、さらに精緻化されて近時の学説へと受け継がれている。

2 政策説に対して、法律説においては、中止したことによって違法性が減少すると考える立場（違法減少説）、責任が減少すると考える立場（責任減少説）、違法性と責任がともに減少すると考える立場（違法・責任減少説）が主張されており、それぞれ次のようにまとめることができる。違法減少説は、主観的違法要素を認める立場と親和性を持つもので、中止行為の任意性（「自己の意思により」の要件）という主観的要素が違法性の評価に影響を及ぼすとする。他方、責任減少説は、責任の本質を非難可能性と捉える前提から、中止行為によって行為者に対する社会的非難が消滅または減少すると考えるもので、中止の動機を強調する立場と親和的である。これらに対して、違法・責任減少説は、中止行為が違法性と責任のいずれについても影響を及ぼしうるとする。このように、法律説は、中止の要件の解釈論と必ずしも直結しない政策説とは異なり、中止の要件との関連を意識して主張されるものである。このような法律説の主張内容は、近時においても基本的に大きな変化は見られない。また、こうした法律説に対しては、後に検討するように、未遂犯の成立に際して評価された違法性・責任が事後的に減少・消滅することはありえない、といった批判が加えられている。

## (2) 中止未遂の本質と法的性質

1 中止未遂の優遇的扱いの根拠を何に求めるにしても、中止未遂の本質は、行為者が「犯罪を中止した」という事実、換言すれば、未遂犯として評価された実行行為の危険性（既遂に至りうる具体的危険）を未遂段階にとどめた（既遂として実現させなかった〔重い法益侵害を回避した〕）ことにある。それには、実行行為以後の危険を全く増加させなかった場合（着手未遂において以後の実行を放棄したような場合）と実行行為以後の危険の増加を低く抑えた場合（意図した既遂結果〔殺害〕に至る危険を中間結果〔傷害〕の発生にとどめた場合）とがある。このような形態の違いは、既遂との関係では、いずれも「既遂へと向かう危険を消滅させた」ものとして同視することができるが、法的効果（刑の減輕

または免除)を考える場面では、それぞれの違いに応じた扱いが認められてよい(後述 III(1)1)。中止未遂の法的性質と成立要件の解釈を議論するに当たっては、このような本質が当然の前提とされなければならない。

では、中止未遂の法的性質をめぐる政策説と法律説の関係はどのように考えるべきであろうか。すでに述べたように、かつては、政策説と法律説は互いに排他的な関係(対立関係)にあるものとして捉えられがちであった。しかし、そのような排他的な理解は適切でないように思われる。政策説は、政策判断の結果として中止減免を認めるとすることから、中止未遂を障害未遂よりも優遇する結論を示すだけのものにすぎず、優遇的扱いの実質的な根拠を説明するものではないし、政策説から具体的な中止要件が導き出せるというわけでもない。他方、科刑の免除・減輕は、中止減免規定にどのような効果を期待するかという刑事政策的な判断の結果と言わざるをえないから、法律説だけで優遇的扱いの必要性を論理的に説明するのは困難である。したがって、政策説と法律説の対立関係は相対的なものであり、優遇的扱いの実質的根拠(法律説)を基盤としながら、それにどのような刑事政策的効果を期待するか(政策説)が問われるべきであり、いずれをどの程度に強調するかということにならざるをえない。その点では、中止未遂の法的性質について、「二元的な説明をする外はないように思われる」とする平野博士の指摘が<sup>6)</sup>、基本的に妥当である。

したがって、検討されるべきは、政策説と法律説との関連性を意識したうえで、それぞれの具体的な内容の妥当性ということになる。一般的な傾向として言えば、一般予防的政策説は違法減少説と親和的であり、特別予防的政策説は責任減少説と親和的である。前者は、いずれも平均的一般人を念頭に置いて主張されるものであり、後者は、いずれも具体的な行為者を念頭に置いて主張されるものだからである。

2 近時の政策説は、展望的見地からのものと回顧的見地からのものに大別される。前者は、かつての一般予防的政策説と通底するもので、刑の必要的減免で中止行為を奨励することによって既遂実現を防止しようとする立場

(予防政策説)であり<sup>7)</sup>、中止減免規定に積極的な一般予防的機能を期待するものである。他方、後者は、かつての特別予防的政策説と通底するもので、中止によって非難の必要性が減少した者に対しては責任(非難の程度)に応じた刑罰を科せば足りるとする立場(責任相応刑政策説)であり<sup>8)</sup>、中止減免規定に具体的な行為者に対する犯罪予防機能を期待するにとどまる。前者は、身代金目的拐取罪における被害者の解放による刑の必要的減軽規定(228条の2)に類似するものとして中止減免を捉え、後者は、法定化された量刑事情と解されている自首減軽規定(42条)に類似するものとして中止減免を捉える。また、これら以外にも、具体的な被害者保護の観点から政策説を新たに構成する立場も見られる<sup>9) 10)</sup>。

近時の有力説である予防政策説に対しては、かつての一般予防的政策説に対するのと同じように、一般人に対して中止未遂規定の存在の周知が不徹底であることと、中止の効果が中途半端なこと(刑の減軽にとどまる場合を認める)を根拠として、予防政策的効果の有効性に対する疑問が提起されうる<sup>11)</sup>。しかし、このような古典的とも言える常套的な批判は、一定の正しさはあるにしても、予防政策説の主張を完全に否定しうるまでのものではない。刑事政策的な観点からすれば、中止規定の存在を知らない者にもその適用が認められるのは、犯罪であることを知らない者にも犯罪の成立を否定できないこと(38条3項本文)の裏返しである。こうした事態は、中止未遂規定に限らず、他の刑罰減免規定でも当然の前提とされている。このような批判には根拠がない<sup>12)</sup>。他方、責任相応刑政策説は、このような批判を免れる一方で、中止減免規定に積極的な犯罪予防機能を期待しないものである。中止減免規定にどのような機能を期待するかは最終的には政策的判断によるが、具体的行為者に対する単なる恩恵的な扱いにとどめるよりは、一般人に対する犯罪予防的(より軽い犯罪にとどめる)効果を期待することは認められてよい。このような観点は、刑法理論における一般予防的観点と共通の発想に立つものであり、理論的に否定されるものでもない。中止未遂の議論においては、一般予防的観点からの政策説を前提にすべきものと考えらる。

3 中止減免の刑事政策的意義を強調する政策説に対して、法律説は、中止未遂における優遇的扱いの実質的根拠を積極的に明らかにしようとするものである。減免根拠を何に求めるかの違いに応じて、違法減少説、責任減少説、違法・責任減少説に区別される。

違法減少説は、未遂犯における主観的違法要素である故意の放棄または結果発生（既遂）の防止に違法減少の効果を認め、そこに刑の減免根拠を求める立場である。その趣旨は、実行に着手した後に「故意を放棄し、あるいはみずから結果の発生を防止した場合は、結果発生の現実的危険および行為の反社会的相当性を事後的に減少させるものとして、違法性を減少させる」とする大谷博士の表現<sup>13)</sup>に端的に示されている。違法減少説の背景には、責任減少説によれば任意性の要件として倫理的動機を求めることこそが自然であるが、それは現行規定を超える過度の要件を要求することになる、という批判がある。他方、責任減少説は、中止行為に示された行為者の人格的態度が責任を減少させ、それが刑の減免をもたらすという団藤博士の人格責任論の見解<sup>14)</sup>に典型的に見られたところである。しかし、近時の責任減少説は、結果無価値論（客観的違法論）の立場を前提として、中止要件である「自己の意思」という主観的要素を客観的であるべき違法性の判断に取り込むことはできず、責任減少の枠内で考慮すべきだとするものになっている<sup>15)</sup>。

違法減少と責任減少をそれぞれ独立して考える違法減少説と責任減少説に対して、中止犯においては違法性と責任のいずれもが減少するという考え方（違法・責任減少説）も、有力に主張されている<sup>16)</sup>。その典型は、客観的な中止行為によって「既遂の具体的危険」を「消滅」させることが違法減少をもたらす（危険消滅説）、危険消滅の意思によって中止したことが責任減少をもたらす、とする山口教授の見解（意識的危険消滅説）に見ることができる<sup>17)</sup>。

4 法律説の立場は、それぞれが中止行為の具体的な要件と結びつき、その当否を別にすれば、いずれも考え方としては成り立つものである。ただ、そのような法律説は、いずれも、未遂犯が成立した後の違法減少や責任減少を問題にするものであり、その点で批判されている。佐伯教授によれば、



「違法減少説は、故意が主観的違法要素であることを前提として、一度生じた故意を放棄し、自ら結果を防止したことによって、行為の違法性が減少する、と説明しているが、結果の不発生と故意の消滅は、障害未遂の場合も同じであって、このような意味での違法減少は、既遂の場合と比べた減少にすぎない」とされ、「責任減少説は、自己の意思により中止行為をした場合は、行為者に対する非難可能性の程度が軽くなるので、責任が減少する、と説明する見解であるが、行為責任の原則からは、未遂犯の責任非難の対象は、実行行為のはずであり、その責任評価が、事後的に変化するということは、違法減少と同じようにあり得ない」とされる<sup>18)</sup>。たしかに、中止未遂が認められる事案であっても、未遂犯としての犯罪成立が認められる点では障害未遂の場合と異なるところはなく、未遂犯として評価された違法性と責任は確定しており、それらを事後的に消滅・低減させるというのはいり得ないことである。また、従来法律説は、「違法」・「責任」という同じ用語を用いながら、未遂犯として評価された違法・責任との違いを必ずしも意識してはいなかった<sup>19)</sup>。その意味で、佐伯教授の批判は的確なものである。西田教授が、責任減少説を基礎としながら、中止未遂規定を法定量刑事事由と考えるのも<sup>20)</sup>、このような批判を意識したからであると言えよう。

ただ、名称の適否を別にすれば、未遂犯として評価された違法性と責任とは別に、未遂犯成立後の違法性と責任を考慮することは認められてよい。障害未遂と中止未遂は、いずれも当初は既遂の故意をもって行為したものでありながら、未遂犯の段階にとどまってしまった場合が障害未遂であるのに対して、中止未遂は自己の意思によって未遂犯の段階にとどめた場合だからである。当初に意図していた既遂との関係で言えば、障害未遂は既遂に至る具体的危険性が認められた段階で、その後の事態が既遂へと進展していく危険性はなくなっているから、未遂犯として評価された違法性と責任は固定されたままで事後的に変化することはあり得ない。他方、中止未遂が認められる事案は、事態が既遂へと進展していく危険性が依然として残っている場合であり、そうした危険性を消滅・減少させることによってはじめて既遂を回避

しうるものである。したがって、未遂犯として評価された違法性と責任は確定しているものの、その後の既遂に至りうる危険性を消滅・減少させる場面での違法性および責任を問題にすることができる。従来の法律説を批判する佐伯教授もこのような事後的場面での違法性評価と責任評価までをも否定しているわけではないし、従来の法律説の実質的な内容もこのようなものであった。中止未遂の要件との関係で言えば、中止行為と結果の不発生が違法性に関わる要件であり、任意性が責任に関わる要件ということになろう。山口教授が、自説を従来の違法・責任減少説と内容的に異ならないとしながらも、客観的な危険消滅と意識的な危険消滅で説明するのも、違法・責任減少説の名称の曖昧さを回避しようとするものと言えよう。

5 未遂犯の成立後に既遂へと至りうる危険性を消滅・低減させる中止未遂は、刑事政策的にも、処罰の必要性がないか著しく低減していると考えることができる。中止未遂の法的効果（刑の必要的減免）は、中止未遂の構造（法律説）を前提としながら刑事政策的判断（政策説）によって基礎づけられるものである。また、刑の必要的減免を明示することによって、未遂犯として評価された行為者に対しても当初の犯罪の完成を阻止する（既遂を回避する）契機を与えることができるから、中止未遂規定は一般予防的な刑事政策の実現を目的とするものと考えることができる。

近時の学説においては、中止未遂規定のこのような性質に着目して、中止未遂を通常の犯罪論（違法・責任判断）とパラレルに捉え、「裏返し（逆向き）の構成要件」等と表現したうえで、そこから中止犯の成立要件を導く立場が有力になっている<sup>21)</sup>。こうした表現は、きわめて印象的なものではあるが、犯罪成立における違法・責任判断と中止行為の違法・責任判断との違いを曖昧にするものと言わざるをえない。後者は、未遂犯の成立が認められた後の危険消滅に関わる違法・責任判断であって、犯罪の成否に関わる通常の違法・責任判断とは明らかに異なるものだからである。また、犯罪論体系における中止未遂規定は、事後的な危険消滅による違法・責任減少にもとづく一身的刑罰減免事由と解すべきであるから<sup>22)</sup>、「裏返しの構成要件」といった

表現とは調和しないように思われる。

なお、このような立場に対しては、被告人に有利な効果を認める中止規定の解釈に際して、刑事政策的な観点から被告人に不利な効果を導く通常の犯罪論における厳格な判断を求めることについて、罪刑法定主義違反の疑いがあるとする批判も見られる<sup>23)</sup>。しかし、処罰の必要性の有無という限度では、中止未遂規定が通常の犯罪構成要件とパラレルな関係（逆の関係）にあることは否定できない一方で、その成立要件の解釈は、両者をパラレルに捉えることと論理必然的に結びつくというわけでもない。このような批判には理由がない。

#### 注

- 6) 平野龍一「中止犯」同『犯罪論の諸問題（上）総論』（有斐閣，1981年）145頁。さらに、山口厚「中止犯」同『問題探究刑法総論』（有斐閣，1998年）220頁、和田俊憲「中止犯論」刑法雑誌42巻3号（2003年）282頁以下。
- 7) たとえば、和田・前出注6）284頁、井田良「中止犯」同『刑法総論の理論構造』（成文堂，2005年）277頁、佐伯・前出注3）129頁以下、山口厚『刑法総論〔第2版〕』（有斐閣，2007年）279頁、野澤充「中止犯の理論的構造について」刑法雑誌49巻2・3号（2010年）31頁以下、原口伸夫「刑法43条ただし書における『中止した』の解釈について」刑法雑誌51巻2号（2012年）202頁。なお、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）260頁以下。
- 8) 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂，2010年）316頁。さらに、一般予防的観点を完全に排斥する政策説の立場として、伊東研祐「積極的特別予防と責任非難—中止犯の法的性格を巡る議論を出発点に」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』（成文堂，1996年）273頁以下。
- 9) 高橋則夫『刑法における損害回復の思想』（成文堂，1997年）20頁以下。
- 10) さらに、政策説の議論の詳細については、城下裕二「中止未遂の減免根拠をめぐる近時の理論動向」渡部保夫先生古稀記念『誤判救済と刑事司法の課題』（日本評論社，2000年）569頁以下、金澤・前出注4）5頁以下参照。
- 11) 香川達夫「中止犯」『総合判例研究叢書刑法（3）』（有斐閣，1956年）64頁、木村静子「中止犯」日本刑法学会編『刑法講座4』（有斐閣，1963年）22頁、団藤重光編『注釈刑法（2）のII』（有斐閣，1969年）472頁〔香川達夫〕、二本柳誠「中止犯」曾根徳彦／松原芳博編『重点課題刑法総論』（成文堂，2008年）202頁。
- 12) このような常套的批判の根拠のなさについては、城下裕二「中止未遂における必要的減免について」北大法学論集36巻4号（1986年）207頁以下参照。
- 13) 大谷實『刑法講義総論〔新版第2版〕』（成文堂，2007年）386頁以下。さらに、

- 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣，1975年）333頁，福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣，2011年）235頁。
- 14) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社，1990年）362頁。
- 15) たとえば，内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（有斐閣，2002年）1286頁以下，曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』（弘文堂，2008年）227頁，前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』（東京大学出版会，2011年）168頁。なお，山中敬一『刑法総論〔第2版〕』（成文堂，2009年）752頁。
- 16) たとえば，川端博『刑法総論講義〔第2版〕』（成文堂，2006年）479頁，大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣，2008年）258頁，佐久間修『刑法総論』（成文堂，2009年）334頁。
- 17) 山口・前出注6) 223頁以下，同・前出注7) 279頁以下。
- 18) 佐伯・前出注3) 129頁。
- 19) 山口・前出注6) 224頁以下。
- 20) 西田・前出注8) 316頁。
- 21) 山口・前出注6) 225頁，佐伯・前出注3) 131頁，井田良「中止犯」現代刑事法25号（2001年）98頁。こうした表現は，平野・前出注6) 146頁の『『防止』を結果とする一つの構成要件——いわば逆の方向に向った——になぞらえることができる」にすでに見られたところである。
- 22) ただ，中止未遂規定の刑法体系上の位置づけについては，見解が異なりうる。たとえば，伊東・前出注8) 279頁，高橋・前出注9) 19頁以下は，構成要件該当性・違法・責任に続く「第4の犯罪成立要件」として位置づけ，塩谷毅「中止犯」法学教室279号（2003年）67頁は，違法・責任判断への還元を排除した人的刑罰消滅・減輕事由としている。さらに，西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』（有斐閣，2010年）669頁以下参照〔和田俊憲〕。
- 23) 岡本勝「中止犯論の現状と展望」現代刑事法45号（2003年）30頁。さらに，同「中止未遂における減免根拠に関する一考察」齊藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』（信山社，2003年）280頁以下参照。

## II 中止未遂の成立要件

### (1) 中止の任意性——「自己の意思により」の意義

1 中止未遂の本質は，未遂犯成立後の危険が消滅したことによって，既遂結果の発生が回避されたことに求められる。43条ただし書の「犯罪を中

止した」は、このことを明示したものである。ただ、刑の減免という効果が認められるためには、さらに、犯罪の中止が「自己の意思によ〔る〕」もの（任意的な中止）でなければならない。前者が中止未遂の客観的要件であり、後者が主観的要件である。また、任意的な中止は行為者の自発性が前提となるから、中止行為を行っていることを行為者自身が認識していることが当然に要求される。

中止の任意性については、どのような場合に任意性を認めることができるかについて争われ、主観説からのアプローチと客観説からのアプローチとに大別される<sup>24)</sup>。

2 主観説の立場は、行為者本人を基準として、犯罪の完成を妨げる外部的事情の影響とは無関係に、自由な意思決定にもとづいて中止した場合に任意性を肯定する立場である<sup>25)</sup>。これによれば、「やろうと思えばやれる」場合の中止に任意性を肯定し、「やろうと思ってもやれない」場合の中止には任意性が否定される。このような区別は、いわゆるフランクの公式と同じものである。したがって、外部的事情のために「中止せざるを得なかった」場合は障害未遂ということになる。判例は、当初、主観説の立場から、犯罪の発覚を恐れて行為の続行を断念した事案において、被告人は「殺害ノ目的ヲ以テ人ヲ斬リ重傷ヲ負ハセタルモ外部ノ障碍ニ因リテ犯罪ノ発覚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コトナク任意ニ殺害行為ヲ中止シタル事実ニ非サル」とし（大判大正2年11月18日刑録19輯1212頁）、短刀による傷からの流血を見て中止したという事実について、「流血ノ逆ルヲ見テ止ムルハ意外ノ障碍ニ外ナラサレハ」としていた（大判昭和12年3月6日刑集16巻272頁）。こうした主観説を一貫すれば、中止の意思形成に倫理的な動機を要求する立場<sup>26)</sup>に至ることになる。倫理的な動機こそは、外部の事情に全く左右されないものだからである。

他方、客観説は、平均的一般人を基準として、行為者の認識していた事情を考慮したうえで、それが経験則上一般に犯罪の遂行を妨げる性質のもので

ある場合には任意性を否定し、そうでない場合は行為者の自発的な意思によるものとして任意性を肯定するものである<sup>27)</sup>。当初は主観説に立っていた大審院も、ほどなく客観説の立場を明示するようになり、犯行の発覚を恐れて中止した事案について、「犯罪ノ発覚ヲ恐ルルコトハ経験上一般ニ犯罪ノ遂行ヲ妨クルノ事情タリ得ヘキモノ」として任意性を否定した（大判昭和12年9月21日刑集16巻1303頁）。こうした態度は最高裁にも引き継がれ、最高裁は、被害者の流血を見て姦淫を中止した「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」とし（最判昭和24年7月9日刑集3巻8号1174頁）、バットで頭部を殴打した実母が流血痛苦している状況のもとでは「被告人において更に殺害行為を継続するのがむしろ一般の通例であるというわけにはいかない」として（最決昭和32年9月10日刑集11巻9号2202頁）、それぞれ任意性を否定している。このような判示はアプローチとしては主観説の判例と明らかに異なっているものの、具体的事案における結論としてはかつての主観説の判例と異ならないものになると言えよう。

こうした2つのアプローチのもとで、中間的な見解として、何らかの法的責任非難を低減させるような動機（広義の悔悟等）にもとづく場合に任意性を肯定する限定主観説<sup>28)</sup>、理性的に不合理な（合理的な価値判断から逸脱する）決断による中止の場合に任意性を肯定する不合理決断説<sup>29)</sup>、行為者の意識（できるとするか、できないと思うか）を客観的に判断する折衷説<sup>30)</sup>、が主張されている。このような中間的な見解が主張されるのも、主観説のアプローチが倫理的動機を要求することに親和的である一方で、「自己の意思により」を客観的基準（平均的一般人標準）で判断すること（客観説のアプローチ）の是非に疑問が提起されるからである。

3 43条ただし書が「自己の意思により」犯罪を中止したことを要件として明示している以上、一般人を念頭に置いた一般予防的政策に中止減免の根拠を求めるとしても、任意性の有無は行為者本人を基準として判断するものでなければならない。ここでは、行為者と同じような状況に置かれた一般人

がどのように行動するか(すべきか)といった観点は重要でない。そもそも、客観説においても、事案の具体的な判断として、行為者の内心を全く捨象した判断は不可能であり、多少なりとも動機等を取り込んだ判断にならざるを得ないのが実情である<sup>31)</sup>。任意性の判断については、主観説のアプローチが出発点となるべきであり、純粋な客観説を採ることはできない。

他方、主観説は、中止行為に倫理的動機を求める立場と親和的であり、そのため、中止未遂の成立範囲が極めて限定されることに批判が向けられてきた。限定主観説が広義の悔悟等による場合に限り任意性を肯定するのも、このような主観説の内容を不当だとするものである。たしかに、倫理的動機にもとづく場合に任意性が肯定されるのは当然である。しかし、そのことは、倫理的動機にもとづかない場合に任意性を否定すべきことを意味しているわけではない。主観説は、本来、外部的事情によらない自発性にもとづいて中止すべきことを要求するものであり、その動機の内容とは無関係なものである。その意味では、動機の内容を限定しようとする限定主観説さえも、「自己の意思により」という文言を超える要件を課すものであり、中止未遂の成立範囲を文言以上に狭めるものだと言わざるを得ない。中止未遂規定の立法者意思も、中止行為の動機内容を問わないものであった<sup>32)</sup>。

もともと、中止行為が問題になるのは抽象的に想定される場面ではなく、個別具体的な事案との関係であるから、行為者本人との関係で任意性を問題にするとしても、行為者が直面している事情を抜きにして判断することはできない。この意味で、客観的事情をも考慮する折衷説の見解が適切なものと思われる。また、そこでの任意性は、行為者が直面している具体的事情のもとで、特定の犯罪の実行行為について、自発的に既遂の犯意を放棄することですら<sup>33)</sup>。それは、単に処罰の恐怖にもとづいて中止するだけでも十分であるし<sup>34)</sup>、一般的な犯罪意思の永続的な放棄であることも必要でない。以上のところから明らかなように、任意性の要件に関する本稿の立場は、任意性を自発性と同視するものであり、動機等による特段の制約を要求するものではない。

4 上級審の判例が主観説から客観説に移行してきた中で、その後の下級審判例の動向は必ずしも一致してはいない<sup>35)</sup>。ただ、一般的な傾向として、昭和50年代初頭までは、任意性の肯定判例は動機の内容を重視する限定主観説に立つものであったと思われる（福岡高判昭和29年5月29日高刑判特26号93頁、福岡高判昭和35年7月20日下刑集2巻7・8号994頁、和歌山地判昭和38年7月22日下刑集5巻7・8号756頁、東京地判昭和40年4月28日判例時報410号16頁、東京地判昭和40年12月10日下刑集7巻12号2200頁、東京高判昭和51年7月14日判例時報834号106頁等）一方で、任意性を否定する判例は、動機内容を理由とする主観説に立つもの（佐賀地判昭和35年6月27日下刑集2巻5・6号938頁、東京地判昭和43年11月6日下刑集10巻11号1113頁等）ないしは外部的事情の認識にもとづく犯罪遂行の障害を理由とする客観説に立つもの（札幌高判昭和36年2月9日下刑集3巻1・2号34頁、東京高判昭和39年8月5日高刑集17巻6号557頁等）が見られた。その後、何らかの倫理的動機が存在することに言及したうえで客観説的な判断にもとづいて任意性を肯定する判例が出現するようになり（横浜地川崎支判昭和52年9月19日刑裁月報9巻9・10号739頁、福岡高判昭和61年3月6日高刑集39巻1号1頁、東京高判昭和62年7月16日判例時報1247号140頁、名古屋高判平成2年1月25日判例タイムズ739号243頁、東京地判平成8年3月28日判例時報1596号125頁、大阪地判平成9年6月18日判例時報1610号155頁、札幌高判平成13年5月10日判例タイムズ1089号298頁等）、さらには、動機内容とは無関係に純粹な客観説の立場から任意性を肯定したと解される判例も現れるに至っている（浦和地判平成4年2月27日判例タイムズ795号263頁）。

こうした一連の下級審判例の動向は、従来の最高裁判例からの大きな逸脱を回避しつつも、徐々に動機内容の脱倫理化を図ろうとするものと見ることができ<sup>36)</sup>。倫理性からの完全な脱却を実現していない点では理論的な不徹底さが残るし、本稿の立場とも異なるが、具体的な事案の解決としては、大方の支持を得られるものであろう。また、こうした動向については、「最高裁の新判断が俟たれる」とも指摘されているが<sup>37)</sup>、倫理的観点を完全に捨象した主観説の立場から任意性を肯定する判例でも現れない限りは、任意



性が問題となる事案が上級審に係属することはないように思われる。

## (2) 中止行為—「犯罪を中止した」の意義

1 中止未遂が認められるためには、自己の意思によって「犯罪を中止した」ことが必要である。「犯罪を中止した」の要件については、中止行為が問題になる事案の具体的内容がさまざまであることから、中止行為の態様と既遂回避との間の因果関係が問題になる。

中止行為の態様については、一般に、実行行為の段階に応じて、未遂を着手未遂（未終了未遂）と実行未遂（終了未遂）の2形態のものに区別したうえで、前者においては着手後の実行行為の継続を放棄すること（不作為）で足り、後者においては積極的な既遂回避行為（作為）が必要であると考えられてきた。前者は着手中止と呼ばれ、後者が実行中止と呼ばれる。着手未遂と実行未遂との区別は、法的効果としては異なるところがないが、中止未遂の容易性との関係で事実上の意義が大きいとされたのである。こうした理解は、すでに、「中止犯ノ成立スルニハ、実行ノ着手アルモ未ダ行爲完了前ニ在リテハ、行爲者ガ單ニ行爲ヲ止ムルノ不作為ニ出デタルコトヲ以テ足ルモ、既ニ行爲完了後ニ在リテハ、行爲者ガ進ンデ結果ノ發生ヲ防止スルノ作爲ニ出デ、而カモ現實ニ結果ノ發生ヲ防止シ得タルコトヲ要ス」とする判例（大判昭和12年12月24日刑集16巻1728頁）に見られたところである。たしかに、実行行為に着手しただけの段階では、以後の実行を継続しない限りは既遂に至る因果の流れが生じることはないから、不作為による中止が可能である。それは、実質的には、当該犯罪に対する犯意の放棄と同じことになる。他方、実行行為が終了した段階では、実行行為によって既遂に向かう因果の流れがすでに生じていることから、それを切断しない限りは犯罪を中止したと言うことはできない。

しかし、着手未遂と不作為中止および実行未遂と作為中止という関係は、そのような結びつきが一般的であるというだけにとどまり、論理必然的なもの

のではない。重要なのは、具体的な事案において、既遂を回避するための中止行為として不作為で足りるか、作為を要するか（因果の切断の要否）ということである。たとえば、被害者に向けて拳銃の照準を定めて引金に指をかけた段階で犯意を放棄し、被害者と全く別の方向に発射した場合も、作為の中止行為を認めることができよう。他方、実行行為が行われた後であっても、行為者による行為の続行によって既遂に至る可能性が存在している以上は、以後の行為の続行を放棄する不作為による中止を認める余地がある。後者のような事案については、従来、着手未遂と実行未遂の区別を前提として、実行行為の認定に当たって行為者の計画を考慮することの是非が議論されてきた。その背後には、不作為中止は着手未遂の場合に限られるとする認識があったように思われる。最近の下級審判例にも、不作為の中止行為について、着手未遂であることを理由として中止未遂を認めたものがある（東京高判昭和51年7月14日判例時報834号106頁、東京高判昭和62年7月16日判例時報1247号140頁等）一方で、実行未遂であることを理由として中止未遂を否定したものが見られる（福岡高判平成11年9月7日判例時報1691号156頁）。しかし、中止未遂が認められるためには、作為と不作為のいずれであれ、既遂に至る危険を消滅させることで足りる。中止未遂においても、障害未遂と同じように、着手未遂と実行未遂を概念的に区別する特段の実益は認められない。最近の下級審判例の動向については、結果発生 of 危険に着目するようになった点を評価する見方もあるが<sup>38)</sup>、着手未遂と不作為中止および実行未遂と作為中止の関係に依然として拘泥している点に疑問が残る。

2 不作為中止が認められる場合は、いわゆる着手未遂の事案に典型的に見られるように、自発的な犯意の放棄にもとづいて実行行為(の続行)をやめることだけで既遂実現の危険は当然に消滅する。また、いわゆる実行未遂の事案においても、毒物を被害者に送付した後、被害者が受け取る以前に配達人から取り戻す場合などは、行為者の行為のみで既遂実現の危険を消滅させることができる。これらの事案においては、中止行為と既遂回避との間の因果関係を特に問題にするまでもなく、中止未遂を肯定することができる。こ

れらに対して、殺害の故意で傷害結果を生じた後に死亡結果を回避（殺人を中止）しようとする場合のように、他人（救急隊や医師等）の助力なしに行為者だけでは既遂実現の危険を消滅させ得ない事案においては、中止行為と既遂回避との間の因果関係が問題になる。

このような事案について、当初の判例は、中止行為と既遂回避との間に因果関係を必要としながらも、具体的な事例判断においては異なる結論が導かれることがあった。たとえば、いずれも放火の中止が問題になった事案において、他人の助力があつて消火できた場合に、中止未遂を肯定した判例がある（大判大正15年12月14日法律新聞2661号15頁）一方で、中止行為の任意性を認めながらも、「放火行為ニ着手後其ノ結果ノ発生ヲ独力防止シタルモノニ非サレハ」として中止未遂を否定した判例も見られた（大判昭和2年10月25日法律新聞2762号11頁<sup>39)</sup>。前者は、他人の助力があつても中止行為と評価できる場合があるとするもので、後者は、もっぱら行為者の行為による既遂回避でなければ中止行為とは評価できないとするものである。また、同じような事案について、中止行為ではなしに任意性を否定した判例も見られた（大判昭和7年4月18日刑集11巻380頁）。こうした状況のなかで、放火した者が「放火したから宜敷く頼む」と叫んで逃げ、叫びを聞いた者が消火したという事案について、「結果発生ニ付テノ防止ハ必スシモ犯人单独ニテ之ニ当ルノ要ナキコト勿論ナリト雖其ノ自ラ之ニ当ラサル場合ハ少クトモ犯人自身之カ防止ニ当リタルト同視スルニ足ルヘキ程度ノ努力ヲ払フノ要アルモノトス」として中止未遂を否定する判例が現れた（大判昭和12年6月25日刑集16巻998頁）。これは、他人の助力があつて既遂が回避された場合であっても、行為者自身による既遂回避と評価できるだけの努力の存在を要件として中止行為を認める得ることを前提としながら、因果関係を補完する要件として「行為者の努力」を要求するものである。その後、それは、「真摯な努力」ないしは「努力の真摯性」という表現に言い換えられて、中止行為の要件として機能することになった。しかも、この要件は、判例と有力学説においては中止未遂の成立範囲を限定する方向で強調される一方、一部の学説において

は、中止行為と既遂回避との間の因果関係が認められない場合にも中止未遂を認める要件としての機能を期待されるものとなっている。

3 中止未遂の成立範囲を限定する機能は、主観主義刑法理論に立脚する牧野博士の見解に代表されるとともに<sup>40)</sup>、違法減少<sup>41)</sup>ないしは責任減少<sup>42)</sup>をもたらし要件として要求されることがある。こうした方向を一貫すれば、実行継続を放棄すれば足りる不作為中止の事案においても、真摯な態度での実行継続の放棄が要求されることになる。しかし、真摯な努力がなければ中止行為が認められないとするのは、行為者に倫理的な中止動機を求めることと同じことになるし、そもそも、条文に明示されていない要件を解釈によって付加することに重大な疑問がある。そこで、近時の学説は、中止未遂の本質を既遂回避（既遂に至る危険の消滅）に見ることから、真摯な努力の要求を過大なものとして否定し、「積極的な努力」<sup>43)</sup>、「適切な努力」<sup>44)</sup>、「必要な行為」<sup>45)</sup>、「犯罪実現の回避が十分に見込まれる行為」<sup>46)</sup>で既遂を回避すれば足りるとしている。その実質は、「行為者の中止行為によって既遂が回避された」という客観的な評価ができれば足りるということであり、中止行為と既遂回避との間の因果関係を必要とすることに他ならない。その場合の因果関係としては、相当因果関係を必要とすべきであろう<sup>47)</sup>。因果関係を不要とする場合は勿論のこと、単に中止の一条件を与えただけにすぎない場合には、「行為者が犯罪を中止した」とまでは評価することができないからである。

従来の下級審判例には、かつてと同じ内容の厳格な真摯性を前提として、中止未遂を認めたものがある（東京地判昭和37年3月17日下刑集4巻3・4号224頁、東京地判昭和40年4月28日下刑集7巻4号766頁、東京地判昭和40年12月10日下刑集7巻12号2200頁、福岡高判昭和61年3月6日高刑集39巻1号1頁等）一方で、中止未遂を否定するものも見られた<sup>48)</sup>。それに対して、近時の事例判例の多くにおいては、「真摯な努力」という用語から完全には解放されていないものの、その内容を緩和することによって中止未遂を広く認める傾向が見られる。たとえば、119番通報をした後に止血措置を行った事案（名古屋高

判平成2年7月17日判例タイムズ739号243頁), 犯行後に警察や消防に連絡しただけにとどまった事案(東京地判平成8年3月28日判例時報1596号125頁), 被害者を病院に搬送しただけにとどまった事案(札幌高判平成13年5月10日判例タイムズ1089号298頁)等がある。その一方で, 行為者が被害者を玄関から運び出しただけにとどまり, それを知った通行人が警察に通報したため病院に搬送されて救命された事案では, 中止未遂が否定されている(東京地判平成7年10月24日判例タイムズ1113号281頁)。こうした近時の下級審判例の動向は<sup>49)</sup>, 実質的には, 「真摯な努力」の要件を積極的に問題にするものというよりは, 中止行為と既遂回避との間の相当因果関係の有無による判断と親和的であるように思われる。

4 「真摯な努力」の要件は, 中止未遂の範囲を限定する方向に機能しうる一方で, 中止するために真摯な努力がなされている以上は行為者の中止行為が効を奏さなかった(既遂回避との間の因果関係が認められない)場合であっても43条ただし書の適用ないしは準用を認めてよい, とする形で中止未遂の成立範囲を拡張する方向にも機能しうるものである。こうした主張は, 一部の学説が主張するところであり<sup>50)</sup>, 責任減少説との親和性を有している。しかし, 既遂結果が発生している事案に中止未遂を認めるのは, 明らかに現行法を超えた解釈であり, 行為無価値論的アプローチの過度の強調につながりかねない。このような事態の扱いについては, 立法による解決を図る以外にないと思われる。その意味で, 改正刑法草案假案(1940年, 未定稿)23条2項や改正刑法準備草案(1961年)24条2項, 改正刑法草案(1974年)24条2項が中止行為と既遂回避との間の因果関係が認められない場合に中止未遂規定の適用を提案したのは<sup>51)</sup>, 立法による積極的な解決を目指すものとして評価することができる。しかし, 立法による解決が実現していない以上, 現行法の解釈によって解決していかざるを得ない。真摯な努力が中止に役立たなかった場合は, 既遂犯の量刑事情として考慮する以外にない<sup>52)</sup>。

また, 中止未遂が問題になりうる事案の内容はさまざま, すべての事案を統一的に解決することは困難であり, 最終的には, 一般予防的観点からの

処罰の必要性を個別に問題にせざるを得ないものである。中止行為に関する以上のような理解は、もっぱら「犯罪を中止した」の解釈から導かれるものであり、刑法の特定の立場、特に結果無価値論と行為無価値論との対立を直接に反映するようなものではない<sup>53)</sup>。

#### 注

- 24) 詳細については、城下裕二「中止未遂における任意性について」小暮得雄先生古稀祝賀記念論文集『罪と罰・非情にして人間的なるもの』（信山社、2005年）43頁以下、西田ほか編・前出注22）684頁以下参照〔和田〕。
- 25) 平野・前出注13）334頁、内藤・前出注15）1291頁など。
- 26) たとえば、宮本英脩『刑法大綱』（弘文堂書房、1935年）184頁は、内部的障碍としての悔改、慚愧、同情、憐憫等の作用を要求している。
- 27) 前田・前出注15）170頁、原口・前出注7）208頁など。
- 28) 佐伯千仞『刑法講義総論〔4訂版〕』（有斐閣、1981年）324頁、西田・前出注8）321頁など。
- 29) 山中・前出注15）772頁以下。なお、同・前出4）95頁以下参照。
- 30) 井田・前出注7）290頁、大谷・前出注13）389頁、福田・前出注13）236頁以下など。
- 31) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（有斐閣、1958年）186頁、木村亀二/阿部純二『刑法総論〔増補版〕』（有斐閣、1978年）362頁以下。なお、清水一成「中止未遂に関する近時の判例の動向」現代刑事法45号（2003年）53頁。
- 32) 倉富勇三郎ほか編/松尾浩也増補解題『増補刑法沿革総覧』（信山社、1990年）1783頁参照〔現行刑法成立過程の第23回衆議院における政府委員平沼騏一郎の答弁〕。なお、野澤充「中止犯論の歴史的展開（2）」立命館法学281号（2002年）32頁以下。
- 33) その内容は、内田文昭「いわゆる実行未遂につき中止犯が認められた事例」判例タイムズ609号（1986年）20頁における、「いったん抱いた『法益侵害意思』を『法』の呼びかけに応じて『放棄する意思』……『法益侵害回避意思』で十分なりと考える」とする表現に端的に示されている。なお、自発的でない犯意の放棄の場合には、中止未遂は当然に否定される（大判昭和7年10月8日刑集11巻1444頁）。
- 34) 山口・前出注6）233頁参照。
- 35) 任意性に関する判例の動向については、香川・前出注11）84頁以下、木村静子「中止犯」西原春夫ほか編『判例刑法研究4』（有斐閣、1981年）51頁以下、塩見淳「中止の任意性」判例タイムズ702号（1989年）75頁以下、清水・前出注31）47頁以下、和田俊憲「中止犯——中止行為および任意性」松原芳博編『刑法の判例総論』

- (成文堂, 2011年) 207頁以下参照。
- 36) 塩見・前出注35) 75頁, 77頁参照。
- 37) 奥村正雄「中止行為の任意性」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ 総論〔第6版〕』別冊ジュリスト189号(2008年)141頁。
- 38) 塩見淳「不作為による中止の可否」『平成11年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊1179号(2000年)151頁, 山口・前出注7) 282頁以下。なお, 浅田和茂「中止犯」芝原邦爾編『刑法の基本判例』別冊法学教室(1988年)58頁, 斎藤信治「実行未遂と中止未遂」西田ほか編・前出注37) 143頁。
- 39) 同様に, 大判昭和4年9月17日刑集8巻446頁は, 「犯人自ら犯罪ノ完成ヲ現実ニ妨害シタル事実ノ存スルコトヲ必要トスヘク……被告人自ら点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実ニ妨害シタル場合ニ在リテハ」43条但書の適用は否定されるとしている。
- 40) 牧野英一「中止行為の真摯性」同『刑法研究7巻』(有斐閣, 1939年)449頁以下, 同「中止犯と中止の真摯性」同『刑法研究8巻』(有斐閣, 1939年)295頁。
- 41) たとえば, 香川達夫「中止犯(24条)」刑法雑誌11巻1・2号(1961年)74頁以下, 同・前出注4) 116頁以下。
- 42) たとえば, 藤木英雄『刑法講義総論』(弘文堂, 1975年)263頁, 西原春夫『刑法総論』(成文堂, 1977年)293頁。
- 43) 曾根・前出注15) 229頁以下。さらに, 同「中止犯の法的性格」同『刑法の重要問題総論〔第2版〕』(成文堂, 2005年)282頁。
- 44) 内藤・前出注15) 1312頁。さらに, 平場安治/平野龍一編『刑法改正の研究1』(東京大学出版会, 1972年)225頁以下〔内藤謙, 内藤謙「中止犯(三)」法学教室113号(1990年)69頁。
- 45) 佐伯・前出注3) 132頁。
- 46) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2008年)426頁。
- 47) なお, 和田・前出注6) 289頁, 山口・前出注7) 284頁, 伊藤涉ほか編『アクチュアル刑法総論』(弘文堂, 2005年)271頁〔安田拓人〕, 今井猛嘉ほか『刑法総論』(有斐閣, 2009年)324頁〔橋爪隆〕。
- 48) 否定判例の典型として, 大阪高判昭和44年10月17日判例タイムズ244号290頁は, 殺意をもって被害者に重傷を負わせた被告人が, ただちに自ら運転する自動車ですぐ近くの病院に運んで医師に引渡し, 被害者が一命を取りとめたという事案について, 罪証隠滅行為であることに言及したうえで, 「その病院の医師に対し, 犯人が自分であることを打明けいつどこでどのような兇器でどのように突刺したとか及び医師の手術, 治療等に対し自己が経済的負担を約束するとかの救助のための万全の行動を採ったものとは言いがたく, 単に被害者を病院に運ぶという一応の努力をしたに過ぎないもので……結果発生防止のため被告人が真摯な努力をしたものと認めるに

足りない]としている。

- 49) なお、判例の動向の詳細については、塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集第3巻』(成文堂, 1997年)258頁以下, 原口伸夫「実行未遂の中止行為」桐蔭法学11巻1号(2004年)1頁以下, 名和鐵郎「結果防止行為の真摯性」西田ほか編・前出注37)144頁以下, 参照。
- 50) たとえば、牧野英一『重訂日本刑法上巻』(有斐閣, 1937年)316頁, 香川・前出注11)74頁, 同・前出注4)122頁, 川端・前出注16)481頁。
- 51) 刑法改正準備会『改正刑法準備草案附同理由書』(1961年)110頁〔日沖憲郎〕, 法務省刑事局編『法制審議会改正刑法草案の解説』(1975年)69頁。
- 52) 他方、大谷・前出注13)393頁は、いわゆる欠効未遂の場合に中止が否定されることの「不均衡を是正する次善の策」として、立法的解決が実現するまでは、43条ただし書の準用による解決が必要であるとする。
- 53) たとえば、中空壽雅「中止犯の法的性格と成立要件——行為無価値論の立場から」現代刑事法45号(2003年)34頁以下, および山本輝之「中止犯の法的性格と成立要件——結果無価値論の立場から」同誌40頁, 参照。

### III 中止未遂の効果

#### (1) 科刑と罪数

1 中止未遂が認められる場合には、その直接的な効果として、刑が必要的に免除または減輕される。しかし、43条ただし書は、刑の必要的減免(法的効果)を規定するだけで、免除と減輕の区別の基準等については特に規定するところがない。したがって、両者の実際上の区別は、具体的な事案の実質的評価によることにならざるを得ない。ただ、中止未遂の本質を自発的な既遂回避(既遂に至る危険性の消滅)に求め、中止行為に倫理的な動機や真摯な努力を要求しない本稿の立場からは、危険消滅の態様に応じて、両者を区別するための一応の客観的基準を定立することができるように思われる。不作為中止および作為中止の一部に見られるような、行為者が独力で既遂を回避した場合には、刑の必要的免除が認められてよいであろう。他方、行為者以外の者の助力によって既遂が回避され、行為者自身の中止行為がそれに相当



の寄与をしていた（中止行為と既遂回避との間に相当因果関係が認められる）場合には、刑の必要的減輕の限度で優遇的扱いが認められることになる。

2 中止未遂規定は、未遂罪の成立を左右するものではなく、未遂罪の成立を前提としたうえで、刑の必要的減免を認めるものにすぎない。したがって、罪数の扱いも、障害未遂の場合と異なるところがない。たとえば、殺害の故意で傷害を与えた後に中止した場合には、殺人未遂の中止として扱われるだけで、傷害罪の成立は認められない。これは、殺人未遂罪と傷害罪が法条競合（見かけ上の数罪）の関係にあり、後者が前者に吸収されるからである。また、殺人未遂罪（中止未遂）としての量刑に当たっても、傷害罪の法定刑の下限よりも軽く処罰することができるし、もとより刑を免除することも可能である<sup>54)</sup>。殺人未遂罪が傷害罪を包摂する以上、殺人未遂の中止の効果は、包摂されている傷害罪にも当然に及ぶからである<sup>55)</sup>。

他方、科刑上一罪や包括一罪のように、成立上の数罪を一罪として処断する事案にあっては、その一部に中止未遂の成立が認められる場合であっても、中止の効果は他の部分に及ぶことはない。

## (2) 共犯と中止

共犯形態で実現する犯罪についても、中止未遂は当然に可能である。その典型は、共同正犯の関係にある者の全員が中止の意思を形成し、それぞれが中止行為を分担して既遂を回避するような場合である。また、不作為中止の場合には、実行の継続を放棄した共犯者間に中止意思の形成が認められれば足りる（東京高判昭和51年7月14日判例時報834号106頁）。このような場合は、単独正犯による中止未遂の場合と同じ構造のものであり、中止の効果は共犯者全員に及ぶことにも特段の問題はない。他方、共犯者中の一部の者が中止意思を生じて中止行為に出た場合は、中止未遂の成否の問題と法的効果が及ぶ範囲の問題とを区別して考える必要がある。

中止未遂は意図していた犯罪の既遂を回避した場合に限って認められるか

ら、中止意思を生じた関与者が自己の分担した部分との関係で中止をしただけでは十分でなく、他の関与者が実行した部分を含めて、全体としての犯罪の既遂を回避しなければならない（大判昭和12年12月24日刑集16巻1728頁）。中止を決意した関与者は、他の関与者に実行継続を放棄させたり、他の関与者の行為から生じた因果の流れを切断しなければならないのである。また、中止行為と既遂回避との間に相当因果関係を必要とする本稿の立場からすれば、既遂阻止に向けた努力がいかにか真摯なものであったとしても、中止に失敗した以上、既遂犯の量刑事情として考慮しうるとどまる。これらの点も、単独正犯における中止未遂の成否の判断と異なるところがない。他方、共犯関係からの離脱ないしは共犯関係の解消が認められる場合には、それ以後に他の関与者が発生させた結果（既遂部分）について離脱者は刑責を問われることはないが、それは中止未遂が認められることの結果としてではない。共犯の中止の問題は、共犯関係からの離脱の問題が前提になっているものであり、中止の任意性にもとづいて離脱意思が形成される場合には中止未遂が認められる<sup>56)</sup>。

次に、関与者の一部の者によって既遂が回避された場合、中止未遂が認められることには問題がないとしても、中止行為に全く関与しなかった者の扱い（刑の減免の適否）が問題となる。もっとも、そのような事案でも、全員で形成した中止意思にもとづいて一部の者だけが中止行為を行って既遂を回避した場合には、共謀共同正犯を認めるのと同様の観点から、中止行為に関与しなかった者にも中止の効果を与えてよいと思われる<sup>57)</sup>。他方、中止の意思すら持たなかった関与者については、他の者による中止にもとづく優遇的扱いを認めることはできない。その意味で、中止未遂の効果は一身専属的なものである。この点について、判例は、中止効果の一身専属性を当然のこととしてきた（大判大正2年11月18日刑録19輯1212頁、大判大正12年7月2日刑集2巻610号、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12月17日刑集3巻12号2028頁等）。それに対して、特に違法減少説に立脚する学説においては、共犯における「違法の連帯性」との

関係で、中止効果の一身専属性を説明するのに一定の困難があったように思われる。しかし、中止効果の一身専属性は、共犯について違法の連帯性を認めることとは関係がない。中止未遂において違法性が減少するのは、未遂罪成立後の既遂回避（危険性の消滅）が認められるからであり、しかも既遂回避行為が自発性にもとづくものだからである<sup>58)</sup>。他の関与者による中止は、中止意思すら持たない関与者にとっては全くの外部的な偶然の事情にすぎず、したがって障害未遂そのものでしかない。また、刑事政策的にも、特別予防の観点からは勿論のこと、一般予防の観点からも、そのような者に優遇的扱いを認める実質的な理由は全く認められない。

### (3) 予備の中止

未遂罪成立後の既遂回避を中止未遂として優遇する態度は、予備罪成立後に未遂を回避した（実行行為に出なかった）場合にも妥当すべきであろうか。この問題は、「予備の中止」として議論されているものである。もともと、挙動犯の性質を有する予備罪には未遂を観念することができないし、その実益もないから、予備罪自体の中止の場合を「予備の中止」として問題にする必要はない<sup>59)</sup>。

予備罪成立後に自発的に未遂を回避した事案について、判例は、予備罪には中止未遂の観念を容れる余地がないことを理由として、43条ただし書の準用を否定する結論で一致している（大判大正5年5月4日刑録22輯685頁〔殺人予備罪〕、最判昭和24年5月17日裁判集刑事10号177頁〔強盗予備罪〕、最大判昭和29年1月20日刑集8巻1号41頁〔強盗予備罪〕）。判例は、43条本文が中止の前提として「犯罪の実行」を明示することとの関係で、実行よりも前の段階に中止を想定することはできないとするものである。

他方、学説においては、43条ただし書の準用を認める見解が従来の多数説であったと言ってよい<sup>60)</sup>。これに対して、近時、準用を否定する立場から、「予備罪の法定刑について、刑の免除を認めるものとそうでないものと

が区別されているところから、中止に対する対応は予備罪の内部においてすでに織込済みであるとも解され……中止犯は、そもそも政策的なものであるから、明文の規定を欠くところにそれを準用することには困難があり、実質的にも、具体的な被害法益を救助する切迫した必要性が未だ認められない予備の段階では、その準用を認めないことにもかなりの理由がある」とされ<sup>61)</sup>、「未遂が成立した者に対しては既遂防止のため刑の必要的減免を用意する必要性が認められるのに対して、予備の場合は、犯行を継続すると未遂犯という格段に重い犯罪が成立するのであり、既遂防止のためにはそれで十分である」ともされている<sup>62)</sup>。しかし、犯罪が予備から未遂、そして既遂へと順次に発展していくものであることからすれば、刑事政策的観点からは、既遂防止だけでなく、未遂防止にも大きな意義が認められる。また、放火予備罪および殺人予備罪においては任意的免除の可能性が明示されている一方で、強盗予備罪においては通常の酌量減輕（66条）の可能性しか認められないこととの関係では、43条ただし書の準用によって刑の免除の可能性を認めることの意義は決して小さくない<sup>63)</sup>。いわゆる予備の中止については、43条ただし書の準用を認めてよいと考える<sup>64)</sup>。

#### 注

- 54) 西田ほか編・前出注 22) 714 頁以下〔山口厚〕。さらに、町野朔「法条競合論」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』（有斐閣、1990年）433 頁以下参照。
- 55) 他方、下級審判例のなかには、強取の目的を遂げた後に強姦が未遂に終わった事案について、強盗強姦罪（241条前段）の未遂として刑の減輕を認めるべき場合にも強盗罪（236条）の法定刑を下回ることができないとするものがある（宮崎地判昭和 53 年 2 月 16 日判例時報 900 号 118 頁）。この考え方を一貫すれば、中止未遂の量刑についても、未遂罪の成立によって適用を排除された犯罪の法定刑の下限を下回れないとすることになる。
- 56) 西田典之「共犯の中止について—共犯からの離脱と共犯の中止犯」法学協会雑誌 100 卷 2 号（1983 年）221 頁以下参照。
- 57) 佐伯・前出注 3) 133 頁参照。
- 58) 野村・前出注 4) 453 頁以下、清水・前出注 7) 237 頁、同「共犯と中止犯」西田ほか編・前出注 37) 199 頁、塩見・前出注 49) 248 頁。
- 59) 平野・前出注 6) 159 頁。

- 60) たとえば、団藤・前出注 14) 367 頁注 3, 平野・前出注 13) 338 頁。
- 61) 山口・前出注 7) 288 頁。
- 62) 西田ほか編・前出注 22) 701 頁 [和田]。さらに、和田・前出注 6) 7 頁。
- 63) 平野・前出注 6) 159 頁。
- 64) なお、城下裕二『『予備の中止』について』札幌学院法学 8 卷 2 号 (1992 年) 22 頁。

\*本稿は、南山大学 2011 年度パツヘ研究奨励金 I-A-2 (研究助成・一般) にもとづく研究成果の一部である。記して謝意を表す。