

中止犯における中止行為についての一考察（二）

王 昭 武

- 一 はじめに
- 二 中止行為の概念
 - 1 概念
 - 2 中止意思の要件の要否
- 三 任意性と中止行為の判断の順序
- 四 中止行為の態様——着手中止と実行中止
 - 1 概 論
 - 2 学 説
 - （一） 主観説
 - （二） 修正的主観説

中止犯における中止行為についての一考察（二）

同志社法学 六〇巻五号 二七七（二〇二一）

(三) 客観説 (以上本号)

(四) 折衷説

(五) 因果関係遮断説

(六) 実質説

(七) 既遂危険消滅説

3 判例の態度

4 検討

(一) 着手中止と実行中止

(二) 因果関係遮断説の妥当性

五 中止行為の程度

1 不作為による中止

2 作為による中止

(一) 中止行為と結果の不発生との間に因果関係の要否

(二) 真摯性の要否

(三) 結果が発生した場合の取扱い

六 おわりに

一 はじめに

日本の刑法四三条は「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかつた者は、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する」と規定している。本文は障害未遂を規定し、

但書は中止未遂を規定している。他人による強制や何らかの障害によって行為者が犯罪行為をやめた場合は、障害未遂となり、任意的に刑が減輕されるのに対して、行為者の任意な意思によって犯罪行為を中止した場合は、中止未遂として刑の必要的減輕又は免除となる。中止未遂が成立するためには、行為者が犯罪行為を中止した原因について一定の要件が必要である。一般に、中止未遂は、犯罪の実行に着手した未遂犯人が自己の自発的な任意行為によって結果の発生を阻止して既遂に至らしめないことを要件とするから、中止未遂が成立するためには、実行の着手、任意性、中止行為、犯罪の不完成という四つが要件となる^①ともいえるが、中止犯は広義の未遂犯の一類型にすぎないから、実行の着手は中止犯の要件であるというより、当然の前提であるから、あえてそれを要件とする意義はないと思う。

また、中止未遂は、障害未遂と同じ四三条の中において規定されているため、未遂犯の一種として理解されている。未遂犯の処罰根拠は、犯罪意思の表動としての行為自体の有する「構成要件の結果発生の実現的・客観的危険性」にある^②。それを分解してみれば、未遂犯の処罰根拠は、①故意（犯罪意思）、②実行行為、③危険性（既遂結果発生の実現的客観的危険性）からなる。それ故、いかなる見解に立つにせよ、中止犯の減免根拠としては、未遂犯の処罰根拠に対応する①任意性（「自己の意思による」）、②中止行為、③危険の消滅（結果の不発生）という三つの要件を満足しなればならない。そして、結果が発生すれば既遂となつて、もはや未遂の領域を超えるために中止未遂の成立する余地はない。このことは法的に明確に規定されているし、ごく少数の見解を除き学説においても一般的に認められていることから、あえてこの点を問題にする必要はない。したがって、その三つの要件のうち、とくに問題となるのは任意性および中止行為である。そして、中止行為というためにはどのような行為がなされる必要があるか、どのような基準によって任意性の有無を判断すべきかについては依然として争いがあり、不明確な部分が少なからず残されている。

従来、任意性と中止行為はそれぞれ、中止犯が成立するための主観的要件、客観的要件であると、一般にいわれてき

③ ④ ⑤ ⑥ ⑦ ⑧ ⑨ ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿

たのに対して、近年、結果無価値論の立場から中止行為の内容として、中止行為を実行するという客観面以外に、中止行為の認識という主観面を強調する見解が有力に主張され、新しい議論が展開されている。私見によれば、中止行為に関する問題は特に、①中止犯の要件としての「任意性」と「中止行為」の判断の順序、②中止行為の態様(着手未遂と実行未遂という概念の要否)、③中止行為の程度(中止行為と結果不発生との間の因果関係の要否、中止行為に真摯性の要否、結果が発生した場合の取扱い)、という三点に集中している。なお、それらの三つの問題点のうち、特に中止行為の態様をめぐっては、従来から激しい論争が繰り広げられてきたばかりでなく、それは中止行為の程度を検討するための前提的議論であることから、以下においてもその点を詳しく検討していくことにする。

そこで、本稿では、中止行為の概念を明確にしたうえ、上記の三つの問題点について検討することにした。

二 中止行為の概念

1 概念

中止行為の内容を検討するに当たっては、最初に、中止行為概念の意義を明確しておく必要がある。それは、中止行為と結果不発生との間に因果関係が不可欠なものであるかどうかにかかわるからである。すなわち、行為者が結果防止行為を積極的に行なったが、欠効未遂のように結果の不発生が最初から確定的な場合、または、第三者の行為によって結果発生が阻止された場合に、中止行為があったといえるかどうかに関して論者によって理解の違いがあるため、各論者が中止行為をどのように定義しているのかという点に着目することによって、中止行為と結果不発生との関係についてその論者がどのような態度をとっているのかが浮き彫りになるのである。従来、この点は、ほとんど問題視されてこ

なかった。

中止行為の概念について、各論者の表現を見ると、二つの類型に大別されることがわかる。まず、一般的な見解としては、中止行為とは、行為者の中止行為によって結果が発生しえなかったことであると定義されている。たとえば、「それは、行為者が犯罪の完成を阻止したことである」⁶、「中止犯が認めるためには、犯罪の完成を妨げる行為すなわち中止行為によって結果が発生に至ったことを必要とする」⁷、「中止行為とは、犯罪を完成させないことをいう」⁸、「『止メタ』すなわち中止行為とは、著手した犯罪の完成を阻止したことをいう」⁹、「中止行為とは、着手した犯罪の完成を阻止しえたことをいう」¹⁰、「結果は中止者の行為により現実防止されなければならない」¹¹、「中止犯が成立するためには、自己の意思により、『犯罪を中止』しなければならない。すなわち、中止行為によって結果発生を防止しなければならないのである」¹²、「中止犯になるためには、中止行為によって結果が発生しなかったことが必要である」¹³、「自己の意思により、『犯罪を中止した』こと、すなわち、中止行為によって犯罪の完成が妨げられたことが必要である」¹⁴、「中止犯の不法内容は、法益侵害の危険を発生させた者が、自らそれを消滅させることである。『犯罪を中止した』とは、このことを意味する」¹⁵、「中止犯になるためには、『やめた』こと、すなわち中止行為によって結果は発生しなかったこと、が必要である」¹⁶、「これは、実行の着手により生じた『既遂の具体的危険』を消滅させたことを意味する」¹⁷、などがそれぞれである。

この見解は、行為者の行った中止行為によって結果が発生しない点を重視しているため、中止行為と結果不発生との間に因果関係が必要になるという結論につながる。

それに対して、中止行為と結果不発生との間には必ずしも因果関係を要しないとの立場から、中止行為とは行為者が犯行を中止する行為を行なったことであるとの見解も有力に主張されている。たとえば、『中止した』とは、着手した犯罪の完成を阻止する行為をしたことをいう¹⁸、「犯罪の遂行を『中止した』というのは、『中止行為』、すなわち、犯罪

の完成を阻止する行為をしたことを意味する」⁽¹⁹⁾、「行為者の自発の意思により、自ら結果発生防止の行為をなし、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程度の努力によって結果の発生を防止した場合を中止未遂と解すべきである」⁽²⁰⁾、「犯罪の中止が認められるためには、中止行為が行われ、その結果、結果発生の危険が消滅したことと、行為者がそのことを認識・予見していたこと(中止故意)が必要である」⁽²¹⁾、「中止した」と認められるためには、第一に結果の発生を阻止するため真摯な努力をしたことが必要であり、第二に現実に構成要件の結果が発生しなかったことを要する」⁽²²⁾、「犯罪を中止する」とは、犯罪を完了させないこと、言い換えれば既遂に至らしめないことをいう⁽²³⁾、「次に『止めた』というのは、中止行為すなわち犯罪の完成を阻止する行為をしたことである」⁽²⁴⁾、「犯罪を中止した」＝中止行為とは、既遂結果の発生を防止するための行為(作為または不作為)をして犯罪を既遂にいたらせないことである⁽²⁵⁾、「『中止した』といえるには、行為者の主体的な介入により結果発生が防止されたことが必要なのである」⁽²⁶⁾、「『これをやめること』とは、犯罪を完了させないこと、いいかえれば既遂にいたらしめないことである」⁽²⁷⁾、「『中止した』というの、中止行為、すなわち、犯罪の完成を阻止する行為をしたことである」⁽²⁸⁾、「四三条但書は、中止した、つまり結果の防止を要件とする」⁽²⁹⁾、「中止行為は、結果発生の危険を消滅させる行為であれば十分と解すべきであろう」⁽³⁰⁾、などがそれである。

この見解は団藤博士によりはじめて主張されたものであり、現在では広く支持されるようになっていいる。博士は次のように説明している。「わたくしがここに犯罪の完成を阻止する行為をしたというのは、犯罪の完成を阻止した、という意味ではない。その行為によって阻止の結果を生じたことを要しないものとする趣旨である。——しかし、これは通説ではない」。草案二四条二項は「行為者が結果の発生を防止するに足る努力をしたときは、結果の発生しなかったことが他の事情による場合であっても、前項と同じである」と規定することによって立法的な解決をはかっているが、

「わたくしは、現行法の解釈としても同趣旨のことを主張しようとするのである」²¹。これについて、香川博士は、この見解は「阻止しえたことを必要とせず、阻止する行為さえあればたりるとも説かれる」ものであり、「積極性だけで中止行為となりうる」とする点で、この見解の特長があり、具体的適用において、結果の不発生が確定的な類型について中止未遂を認めることが容易となるが、結果が発生した場合と比べて、「防止行為が因果関係をもっていない点で両者が共通している」にもかかわらず、結果が発生した場合だけについて消極論が展開され、それは「前提としている中止行為概念とその適用との間に論理性を欠くきらいがある」と批判している。²²

おもうに、刑法四三条後段は「ただし、自己の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する」と規定しているため、行為者の実行行為によって結果が発生しなかったことであると理解するのは、条文に対する素直な解釈であるように見える。ただ、「犯罪を中止した」という表現から「中止行為」、「結果の不発生」という二つの要件が導きだされるが、ここでは因果関係は不可欠な要件とされていないと解することも、文言上必ずしも不可能ではない。より実質的な理由は、後述するように、因果関係の存在をも要件とすれば、欠効未遂のような場合には不都合が生じるため、行為者が中止行為を実行したこと、かつ、結果的に犯罪が阻止されたこと、という要件を満足していれば、中止行為の要件を満足したと解釈すべきであり、後者の見解の方が優れていると思う。このような立場からは、中止行為とは、犯罪の完成を阻止するに足りる行為であると定義されることになる。

なお、後者の見解は「積極性だけで中止行為となりうる」ことを意味しているわけではない。いわば、中止行為というために、中止者の中止行為と結果不発生との間に因果関係がなくてもよいが、そのかわりに、少なくとも行為者自身が積極的に中止行為を行い、かつ通常ならばその中止行為が犯行を中止するに足りるものでなければならぬとしている。また、結果が発生した場合に中止犯にならないのは、因果関係の有無の問題ではなく、法文上、中止犯が広義の未遂犯

の一類型に限定されているからである。それに対して、中止犯の法的性格について責任減少説をとる香川博士は、真摯性が「因果関係の代役」としての役割を働くことができるから、かつそこに責任減少が見られるため、結果が発生した場合であつても、中止犯になりうると主張している³³⁾。香川博士はおそらく、この前提に立たれて、後者の見解では「前提としている中止行為概念とその適用との間に論理性を欠くくらいがある」と批判したのであろう。しかし、香川博士のその前提したいが問題であるといわなければならない。

また、一部の学者は前者の見解をとりながら、具体的問題の解決にあたっては、その主張されている法的性格についての見解との関連で、中止行為と結果の不発生との間に必ずしも因果関係を要しないと主張しているが、その結論には賛同すべきだとおもふが、中止行為の概念との間に理論的一貫性があるかについて疑問を禁じえない。

2 中止意思の要件の要否

中止行為の概念を明確するために、もう一つ検討しておかなければならない問題がある。それは、中止犯の成立要件として、「任意性」という主観的要件とは別に、中止行為における中止故意(中止意思)が必要かどうかである。

従来、この点は、あまり問題視されてこなかったが、近時、一部の見解において、中止未遂の主観的要件として、「任意性」と並んで「中止の認識」(中止意思・中止故意)が必要となるのではないかという問題提起がなされている³⁵⁾。この見解は、自己の意思により「犯罪を中止した」という「中止行為」の要件を充足するためには、客観的に中止行為を行うだけでは足りず、自己の行為(作為・不作為)によつて結果発生を防止しようという認識をも持たなければならぬと解している。この見解は結果無価値論の立場、とくにそのうち、中止犯の法的性格について新しい政策説(危険消滅説)をとる学者から多く主張されている³⁶⁾。これは、中止犯の成立要件として「任意性」という主観的要素の役割を極

力薄め、その代わりに「中止行為」という客観的要件のうち、中止意思（中止故意）という主観的中止要件を強調しようとしているのである。

この見解はもともと、「止める、すなわち中止とは、犯罪が既遂に達することを防止する意思で、防止するに足りる行為をなし、その結果防止されたことをいう」³⁷⁾とする平野博士の提唱した中止行為の概念に由来するものである。この見解の代表的な論者である山口教授は、結果無価値論を徹底して、中止犯の法的性格について新しい政策説すなわち危険消滅説を唱え、平野博士の上記の主張をより明確に展開したのである。教授によれば、「犯罪を中止した」ことは、「実行の着手により生じた『既遂の具体的危険』を消滅させたことが意味するが、そのためには「中止行為と危険の消滅との間に因果関係が必要であり（客観的中止要件）、行為者には自己の中止行為により危険を消滅させることの認識が必要である（主観的中止要件）」³⁸⁾。

教授の見解は、佐伯教授、大塚裕史教授³⁹⁾、安田教授⁴⁰⁾などによって支持されている。たとえば、佐伯教授によれば、犯罪の中止が認められるためには、「中止行為が行われ、その結果、結果発生⁴¹⁾の危険が消滅した」と、行為者がそのことを認識・予見していたこと（中止故意）が必要である⁴²⁾。

塩谷教授によれば、「中止行為といえるためには、中止によって結果を防止しようという認識（中止意思・中止故意）がなければならぬ」。具体的に、その中止意思（中止故意）は、①行為続行の必要性の認識、②行為続行の可能性の認識、③作為における結果防止の認識からなる⁴³⁾。ただ、教授は、「この続行可能性は、行為者の主観を基礎に判断されるものではなく、客観的に判断されなければならない」とする⁴⁴⁾。

ほかに、山中教授は、中止犯の法的性格について可罰的責任減少説をとる限り、「『中止行為』概念に、主観的要素を認めることには不都合がない」という認識⁴⁵⁾から、「心理的任意性概念に立って、意思的・心理的要素は、すべて『任意性』

の問題とするのは妥当ではなく、「中止行為」自体に、中止意思が含まれていると解すべきである」と指摘した。教授は、「この中止意思とは、結果回避意思であり、具体的に、行為の続行可能性の認識（手段的行為の続行可能性）の認識のみ、結果発生の危険の認識が含まれるとする。⁽⁴⁵⁾

堀内教授は、中止犯論は「裏がえしにした犯罪論である」といわれているから、「行為者が犯罪事実を認識して行為したときに犯罪が成立するように、中止行為が認められるためには、まず中止行為者は結果の不発生を認識し、中止行為をしなければならぬ⁽⁴⁶⁾」とする。

伊東教授は、従前の議論では、任意性の問題と中止意思の問題とが混合されている嫌いがあると批判したうえで、中止行為の要件は、中止意思の外在化・客観化としての一定の外部的態度として捉えられているものであって、いわゆる主観と客観の両方に係わるものであると指摘する。具体的に、中止意思と中止意思形成の任意性は中止行為の主観面であり、既遂結果発生に向けた「行為の続行の必要性の認識」と「続行の可能性の認識」からなるものである。中止行為の客観面は、「中止意思の客観化・外部化したものである⁽⁴⁷⁾」。

それに対して、同じく結果無価値論の論者である林幹人教授は、「中止行為の認識は中止犯の責任内容として要求されるのであり、『自己の意思』の一要素と解すべき⁽⁴⁸⁾」であり、中止行為は「法益侵害の危険を発生させた者が、自らそれを消滅させる」という中止犯の不法内容であるから、中止行為は「まったく客観的要件である」と主張している。⁽⁴⁸⁾

思うに、中止行為に中止意思（中止故意）という主観的要素を要するかの問題は、任意性の内容、および、中止犯の成立要件としての任意性と中止行為の判断の順序にもかかわるものである。結果無価値の立場から、中止行為を中止犯成立の中核的要件とみなし、任意性という主観的部分を極力排除しようという考え方によって、任意性の補てんの意味で中止行為に中止意思（中止故意）という主観的要素を入れようとするならば、それは理解できないわけではない。

それに対して、林説のように、任意性と中止行為をそれぞれ主観的責任要素、客観的違法要素として取扱うのは単純明快な考えであり、中止犯の成立要件を説明しやすい。⁴⁹⁾

しかし、まず、違法二元論の立場からみれば、任意的「中止行為」は行為有価値の行動であり、そこから反規範性からの脱退も見られるから、それは単に中止犯の違法性を減少するものではなく、中止犯の責任減少にも影響するものである。さらに、後述する任意性と中止行為の順序関係からわかるように、任意性が中止行為によってはじめて外的に認識されるものでありながら、主観とまったく関係のない中止行為もありえない。したがって、中止行為は「まったく客観的要件」にとどまらず、自分が中止行為をやっているなど一定の主観的認識が入っているのは当然であろう。その意味からいえば、上記の林説は中止行為の性格のうち違法性減少という側面に偏りすぎて、適当とはいえない。

次に、「やめる」という中止行為それ自体は行為者の意思的行為であるほかならないから、「中止の認識」（中止意思・中止故意）の存在及びその役割を否定してはならない。具体的にいえば、「中止の認識」は、不作為による中止の場合、客観的には行為者の不作為により結果発生に至らなくても、主観的には「中止の認識」が欠けるときの（例えば行為者が殺意をもって被害者に発砲し、一発目が命中しなかったにもかかわらず致命傷を与えたと誤信して二発目を発砲しなかつたとき）には、「中止行為」が認められず中止未遂が不成立になるという形で機能する⁵⁰⁾。また、作による中止の場合は、客観的には行為者の作による結果が発生しなかったが、主観的には「中止の認識」が欠けるときの（たとえば放火の実行に着手した者が、焼損に至る前に、激しく燃え上がらせようとして灯油と誤信してバケツの水を火にかけたとき）に、同様に中止未遂が不成立になるという点で意味を持つ⁵¹⁾。

しかし、ここでの問題は、その中止行為にかかわる主観の存在を完全に否定しようとするものではなく、むしろそれを中止行為の主観的要件としてまで取り上げる必要があるかどうかにある。私見よれば、たとえ中止行為は主観・客観

の全体構造を持った統一体であっても、そこにある主観すなわち中止の認識が「自己の意思」に包括されない限り、それは中止犯の成立要件としての意味がないともいえる。⁸²⁾したがって、もし行為者が実行行為を続行することが未だ可能であることを認識しながら、あえて作爲または不作爲によつて犯行を「やめよう」という意思がなければ、そもそも「自己の意思により」という任意性の要件を満たすことはない。行為者が中止行為を行なう時に、行為者本人が単に「やめよう」と思っていたことすなわち自分が中止行為を行なっているという認識があることは否定できないが(「やめよう」と思うようになったきっかけは様々であるから、悔悟など明確な意思の場合もあれば、まだ漠然のものに過ぎない場合もあり、そのよう認識があつたからだちに任意性があるとはいえず、したがって、さらに任意性の判断が必要である)、しかし、中止行為の有無を判断するためにその程度の認識があれば十分であり、あえてそれを中止行為の主観的要件として取り上げ、しかもそれをもつて任意性の役割を薄める、あるいは、それを代替できる程度のものではない。とくに、中止犯の法的性格について総合説をとる立場から考えれば、障害未遂と比べ、任意的中止行為があつてはじめて中止犯の違法および責任が減少されるわけであるから、任意性と中止行為という二つの法的要件が緊密で不可分な関係にあり、いずれの要件の役割も軽視してはならない。したがって、上記の山口説などは中止行為の要件を強調しすぎる嫌いがあり、適切とはいえない。

これのみならず、この見解を貫くには以下の難点も立ちはだかつている。第一に、条文では、「自己の意思により」以外の主観的要件は何ら定められていないから、いかなる認識・動機に基づいたのであれ中止行為がなされ構成要件実現が防止された以上、それで足りるのではないかと考えられる。したがって、「自己の意思により」という要件以外に、さらに中止意思(中止故意)という主観的要素を中止行為の主観的要件として要求する法的根拠はどこにあるのかは不明であり、被告人に不利益な解釈にならないかと危惧すべきところでもある。

第二に、この見解は任意性要件の役割を弱めたうえで主張されたものであり、ただ、自説としての結果無価値論を貫いていくために、条文中明文に規定されている任意性要件の役割を弱めてまで中止行為要件の役割を強調することは果たして妥当であるといえるのかという疑問もある。

第三に、仮に中止行為に中止故意という主観的要素が必要であるとしても、まず、中止行為の成否を判断する時に、それは中止行為の客観的要素との関係でどういう順番で判断するのかが不明である。後述する任意性と中止行為との判断順序の関係からもわかるように、結局は客観的要素から主観的要素という順序で判断せざるをえないであろう。さらに、いくら任意性要件を弱めようとしても、法的要件としてのそれは捨てられるわけでもないから、中止行為の段階で一度行為者の主観的意思（中止故意）の有無を判断したうえで、さらに任意性の段階でもう一度その主観的意思を判断しなければならなくなり、それならば、本来は任意性に含められるはずの中止故意をわざわざ取り上げる現実的意味が見出せないばかりか、それと中止未遂の主観的要件としての任意性との関係をいかに位置づけるのかも不明になってしまう。なぜならば、この理論によれば、客観的中止行為があり、かつ、この中止行為が中止故意のもとで行われていれば、中止行為を強制されたというような極めて例外的な場合でないかぎり中止未遂を否定する理由はないはずであり、それを徹底していけば、任意性要件の役割は弱まっていくばかりではなく、不要になるおそれもあるからである。その意味において、かえって任意性と中止意思との関係を混乱させるのではないか。⁵³⁾ そのため、学説上は、こうした中止故意を、任意性の問題の一部として捉え、それ以上の主観的要件を設けない見解が有力であったわけである。⁵⁴⁾

結局、中止故意（続行可能性）がありながら、中止行為を行なうことについての認識⁵⁵⁾は中止行為時に実際に存在していることは否定できないが、問題は、その体系的な位置づけに集約される。本稿の理解によれば、中止行為の認識はそもそも中止行為の問題として取り上げるべきではなく、もっぱら中止未遂における「任意性」に関する要素であるから、⁵⁶⁾

それは中止未遂の主観的要件の内容の一部を構成するものにすぎず、それを任意性の内容として考慮すれば十分であり、中止行為の主観的要件である中止意思(中止故意)として取り上げるべき程度のものではない。⁵⁷⁾⁵⁸⁾

三 任意性と中止行為の判断の順序

中止犯が成立するためには、まず行為者が実行行為に着手すること、次に行為者が任意的中止行為を行なうこと、結果的に犯罪が既遂にならなかったこと、という要件を充足することが必要であり、任意性、中止行為がそのうちの中核的な要件であることは共通の認識である。実際上は、中止未遂成立の要件として問題になるのは、「自己の意思により」という任意性と「犯罪を中止した」という中止行為の二つである。一般的に、それはそれぞれ責任、違法性に関する主観的要件、客観的要件と理解されている。⁵⁹⁾任意性と中止行為は中止犯の成立要件として緊密で不可分な関係にあり、そのいずれかが欠ければ中止犯の成立要件を満たすことなく、中止犯が不成立になる。具体的にいえば、中止行為は違法性の減少をもたらしようが、客観的な中止行為の存在のみによって、法はただちに刑の必要的減免という効果を与えるわけではなく、中止未遂が成立するためには、客観的な中止行為のみならず任意性という主観的要素も存在しなければならない。それに対して、任意性は責任の減少をもたらしようが、客観的な中止行為がなければ任意性という主観的要素のみでは中止犯にもならない。

もつとも、中止未遂の成否を判断するにあたって、任意性・中止行為のうち、いずれを先行して検討すべきなのかが問われる。従来、その判断の順序はあまり問題視されておらず、ほとんどの教科書では、任意性↓中止行為という順序で記述されている。

それに対して、近年、任意性↓中止行為というごく当たり前のようになられてきた判断順序に異議を唱え、中止行為↓任意性という順序で判断すべきであるとする見解が有力に主張されつつある。たとえば、平野博士は、「中止犯の要件の第一は『止める』ことであり、第二はそれが『自己の意思による』ことである⁽⁶⁵⁾」と明示している。ほかに、「まず『止メタ』すなわち中止行為が、中止犯成立の第一の要件として考えられなければならない⁽⁶⁶⁾」こと、「中止未遂の成立要件は、まず『止めた』こと、すなわち中止行為があつたことであり、さらにそれが『自己の意思に因⁽⁶⁷⁾』ること、すなわち中止の原因が『自己の意思』であることの二つである⁽⁶⁸⁾」こと、中止未遂成立の二つの要件のうち、「論理的には中止行為の存否の判断が先行する。『止めさせられた』のではなく、『止めた』といいうるためには、行為者の主体的な介入が前提となり、任意性が障害未遂との区別の本質的要件ではあるが、中止行為がなければ、そもそも中止未遂は問題とならないからである⁽⁶⁹⁾」こと、「中止未遂の成立が認められるためには、刑法四三条但書が規定するように、犯罪の実行に着手した者が、まず、犯罪を『止メタ』こと、すなわち中止行為をしたことが必要であり、更に、その中止行為が『自己ノ意思ニ因⁽⁷⁰⁾』ること、すなわち『任意』になされたことが必要である⁽⁷¹⁾」こと、などもそれである。

こうした見解は、より客観面を重視する結果無価値論の理念に親しみやすいかもしれないが、ほとんどは結果無価値論から主張されており⁽⁷²⁾、行為無価値論の立場からこの見解を支持しているものは、ごくわずかである⁽⁷³⁾。学説の傾向と同様に、多くの判例は、任意性↓中止行為という順序で中止未遂の成否を判断しているの⁽⁷⁴⁾に対して、少数ながら、中止行為↓任意性という順序で判断する判例もみられる⁽⁷⁵⁾。

一方、任意性↓中止行為という従来の順序をとる学者はほとんど、なぜそういう順序でなければならないのかを説明していないが、中止未遂は、「自己の意思により犯罪を中止した」といえるかどうかによって決まるのであるから、「第一に確定されるべきは、『任意性』の問題である。『未遂』が、『自己ノ意思ニ因リ』といえない場合には、『止メタ』か

どうかはいつでもよいことなのである」という理解が、その発想の根底にあると考えられる。ただ、任意性と中止行為はいずれも不可欠な要件となっている以上は、これは決定的な理由にならない。ここでは、中止行為↓任意性の順序に変えるべきだと主張するならば、従来の順序に不都合があるということを示さなければならぬ。

確かに、第一に、法文上は「自己の意思により犯罪を中止した」と規定されている以上は、中止者の中止行為が「自己の意思により」行なっていないければ、いくら中止行為を行なって犯罪を中止したとしても中止犯にはならない。任意性↓中止行為という順序で判断するのはむしろ条文に対する素直な解釈であるともいえる。第二に、中止未遂が障害未遂から区別される中止犯の本質的特徴が客観的要件(中止行為)ではなく主観的要件(中止の任意性)にあることは一般的認識である。⁽¹⁾第三に、中止行為は主観・客観の全体構造を持った統一体であるから、行為者が中止行為を行なう前(少なくとも同時)に、「やめよう」という主観的意思が働くというのが現状である。第四に、任意性、中止行為は中止犯を成立するための二重の制限であり、この二つの要件はいずれも欠けてはいけないものであり、いずれをさきに検討しても、もう一つの要件を無視してはいけない。この意味において、むしろ中止行為↓任意性という順序を唱導する結果無価値論は法的根拠もなく任意性要件の役割を不当に薄める嫌いがあるといふべきであろう。⁽²⁾したがって、任意性↓中止行為という順序で中止犯の成否を判断する従来の考え方はごく自然な発想であり、特に適用上は不都合を引き起こすことでもないようにみえる。こうした事情から、従来、一般的に、任意性↓中止行為という順序で中止犯の成否が判断されてきたのであろう。

しかし、以下の検討からわかるように、任意性↓中止行為という順序は実際の適用上に不都合がないとは言いきれず、かつ、中止行為↓任意性という順序は論理的要請でもあるから、従来の順序は正しくないといふべきである。

第一に、中止犯の成立要件として任意性、中止行為のいずれも欠けてはいけない存在であるにもかかわらず、そのう

ちのどれかが中止犯の本質的要素であることを明らかにする必要がある。たしかに、前述したように、障害未遂から區別する意味において、任意性が中止犯の本質的特徴であることを否定する者はほとんど見られない。しかし、中止犯規定の終局的目的は結果発生を防止することにあるから、実行為があつてはじめて犯罪が成立しうると同様に、未遂犯が処罰される根拠である結果発生 of 具体的危険は、中止行為を通じてはじめて消滅させることが可能である。その意味からいえば、中止犯の本質的要素は、むしろ中止行為である。したがつて、従来のやり方は忠実に条文を解釈していると評価すべきであるが、障害未遂から區別するという意味において任意性が中止犯の本質的特徴であることに目が奪われており、中止犯の成立要件として中止行為こそがその本質的要素であることを看過している嫌いがあるといわざるをえない。

第二に、中止犯の法的性格の観点からみれば、責任減少説の立場からは、任意性の要件が中止犯の特典を支える要件として重視されるの⁽²⁾に對して、その以外の立場からすれば、違法性が論理的に責任に先行するものであるから、中止犯の特典としての刑の必要的減免を与えるに値するかどうかを判断するにあつて、責任減少要素としての任意性より先立つて、違法減少要素としての中止行為があつたかどうかをみるのが筋であろう。その意味においては、責任減少説ならはともかく、それ以外の学説を主張する者は違法性の責任に對する理論的先行性を認めながら、中止犯の成否を検討する際に、任意性という責任減少要素を中止行為という違法減少要素の前に位置づけるのは、論理上、矛盾がないとはいきれないであろう。

第三に、任意性と中止行為は中止犯の成立要件の不可欠な要素であるからといつて、両者を平均的に考慮すればよいという考え方をとるべきではないばかりか、一般的な判断の実情にも合わない。なぜならば、中止未遂の成否を判断するにあつて、判断者はおのずからまたは意識的にいずれかに重きを置いておくことこそが人間の心理的活動の実情で

あるはずだからである。私見によれば、主観主義刑法理論が完全に排除された今日では、中止行為という客観面を重視し、客観面から主観面という順序で物事を判断するのがむしろしかるべき姿であり、中止犯だけを例外とする理由は何ひとつもないはずである。

第四に、行為者が中止行為を行う際に、「やめよう」という中止の認識があつて中止行為を行なっていることは否定できないが、任意性が行為者の主観意思にかかわるものであり、それは中止行為という客観的行動によつてはじめて外部に知られることになり、何の外的行為のない者に任意性の有無を判断することはできない(中止行為を継続しないという不作為も一つの外的行為である)。中止犯が成立するかどうかの判断はあくまで裁判官の心証に委ねられているものであり、裁判官が裁判の時点で冷靜的な判断をするのは勿論、裁判官が中止行為の時点で行為者または一般人の立場にたつて判断するとしても、行為者の内心を推測によつて判断すべきではなく、結局は行為者のとられた何かの客観的行動に基づいてはじめて、行為者の任意性の有無を判断できるわけである(着手中止の場合においては、行為者が犯行を続行しないという消極的な中止行為を取つていればよい場合は多い。それについて、行為者の実行したこの消極的な中止行為、さらにこの中止行為を実行するように触発した外的状況によつて行為者の主観を判断する)。それは、客観的な行為があつてはじめて主観がみえるからである。したがつて、構成要件、違法性、有責性という順序で犯罪の成否を判断すべきであると同じく、中止行為(違法性の減少)↓任意性(責任の減少)という順序で中止未遂の成否を判断するのはむしろ、しかるべきやり方であろう。

第五に、任意性と中止行為という二つの要件とも考慮すれば、実際の適用上は一般的にさほど問題がないかも知れないが、任意性(主観面)、中止行為(客観面)という二つの要件のいずれかを重視し、それを先に判断するのかによつて中止未遂の成否に影響しかねないから、従来のやり方は不都合がないとは言いい切れない。すなわち、構成要件、違法

性、有責性という順序で犯罪の有無を判断すべきであるように、責任が違法性のある行為についてだけの評価であるから、任意性↓中止行為という順序で中止未遂の成否を判断するならば、中止行為（違法性）という限定枠をはずして先に任意性（責任）を検討することになり、それは中止未遂の成立範囲を不当に狭めることになりかねない。たとえば、被告人は刺身包丁で被害者の左腹部を一回突き刺し、重傷を負わせた後、同人を自己運転の自動車に抱き入れて直ちに近くの病院に連れていき医師の手に引き渡して、被害者の一命をとりとめたという事案につき、大阪高裁昭和四四年一月一七日判決（判タ二四四号二九〇頁）は、「…医師の手術施行中病院に居た間に被告人、被害者の共通の友人数名や被害者の母等に犯人は自分ではなく、被害者が誰か判らないが他の者に刺されていたと嘘言を弄していたこと及び病院に到着する直前に兇器を川に投げ捨てて犯跡を隠蔽しようとしたことは動かし得ない事実であつて、被告人が被害者を病院へ運び入れた際、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するとかの救助のための万全の行動を採つたものとはいいがたく、単に被害者を病院へ運ぶという一応の努力をしたに過ぎないものであつて、この程度の行動では、未だ以て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ものといわなければならない」として、中止犯の成立を否定した。この判決において、裁判官は、中止行為が客観的に必要な程度に達しているかどうかを判断するより、むしろその前に被告人の中止行為から中止犯の刑の減免を与えるべきほどの主観的意思がみられないと判断しているといえる。反対に、第三者（医師）の力を借りたとしても、結局は被告人の中止行為によって犯行が未遂に終わった（既遂危険を消滅させた）こと、さらに、行為者の中止行為（被害者を自己運転の自動車に抱き入れて直ちに近くの病院に連れていき医師の手に引き渡した行為）が自己の意思によつたものではないとはいえないこと、そういう順序で判断すれば当事案は中止未遂になる可能性が高いともいえる。事実上、ほぼ類似の事案で、被告人は自分が犯人で

あることを素直に認めたために、中止未遂の成立を認めた判例もある(たとえば、宮崎地判都城支判昭和五九年一月二五日判タ五二五号三〇二頁、東京地判平成八年三月二八日判時一五九六号二二五頁、大阪地判平成一四年一月二七日判タ一一一三号二八一頁)。ここからは、中止行為という客観面、任意性という主観面のいずれを重視し、いずれを先に判断することによって中止未遂の成否に影響しかねないことが分かる。大阪高裁昭和四四年判決は、多くの学説から疑問視されているが、論拠はそれぞれであるものの、その根底には、上述したような懸念があるのである。

ただ、注意すべきなのは、任意性の要件の役割を弱めるために中止行為↓任意性という順序を主張した結果無価値論と違って、筆者は、結果無価値論が違法二元論にかかわらずなく、論理的にどういう順序であるべきかを検討しているにすぎず、中止行為・任意性という二つの要件のうちのどちらか一方に偏りすぎるべきではないと主張したい。要するに、任意性↓中止行為という従来の判断の順序は四三条後段の条文を忠実に従ったものであると評価すべきであるが、中止行為↓任意性という順序こそが論理的必然性を有し、刑法理論の取るべき順序であると思う。どういう順序で判断すべきかという問題は単に理論的な議論にとどまることなく、実務上の中止未遂の成否にも影響しかねないこともある。

四 中止行為の態様——着手中止と実行中止

1 概論

前記の問題のほかに、学説上は、中止行為の態様すなわち着手中止と実行中止の区別に力を入れている。それは、中止行為の態様を検討するための前提的議論であるからであろう。

従来、中止行為は、一般に、実行行為そのものが終了しなかったために既遂結果が発生しなかった着手未遂（未終了未遂）と、実行行為が終了したが既遂結果が発生しなかった実行未遂（終了未遂）との区別に対応して、着手中止と実行中止の二つの態様があるといわれてきた。着手未遂の段階では、単に実行中の行為を将来に向かってやめるといふ不作為による中止があれば足りるが（たとえば、相手を殺そうとしてピストルで狙いをつけ引き金をかけても、引き金を引くことをしないこと〔不作為〕で足りる）、実行未遂の段階では、結果の発生を防止する積極的行為としての作為による中止が必要である（たとえば、相手を殺そうとしてピストルを射ち重傷を負わせたときは、傷の手当てをし、あるいは病院に運ぶこと、死亡の結果発生を防止する積極的行為〔作為〕をする必要がある）とされている。この考え方によれば、「実行行為の終了」の有無が、中止犯の要件である中止行為の内容を確定するために決定的な意義を有するものとして議論されることになり、この点につき、客観的に結果発生の可能性がある行為が行われたかを基準とする客観説と、行為者の主観（意思・計画）を基準とする主観説が主張されてきた。さらに、「主観説と客観説は、実行行為終了時期の区別があまりにも概念的であり過ぎ、具体的事案の解決として不当な結論の差異をもたらすことがある」という認識から、それぞれをベースにする因果関係遮断説、修正的主観説、および、それぞれの短所を克服しようとする折衷説が主張されるようになった。

なお、多くの立法例は、この区別を前提とするか（例えばドイツ刑法四六条、イタリア刑法五六条三項四項、ポランド刑法二五条、フランス刑法二条、中国刑法二四条）、又は明文をもって規定している（スイス刑法二二条一項・二三条一項、ギリシア刑法四四四条）のに対して、日本の現行刑法はこれを認めていない。だが、改正刑法草案二四条は、その一項において、「自己の意思によつて、犯罪の実行を中止し、又は結果の発生を防止したため、これを遂げなかつた者は、その刑を減輕し、又は免除する」と規定し、これを明文化しようとしている。

判例は古くから、「犯意を翻すことありとするも、自己の意思に因りて犯罪の実行を中止するか又は結果の発生を防止するに非ずんば、行為者の責任に何等の消長を来すものに非ず」(大判昭和七年一〇月八日刑集一一卷一四四頁)、「中止犯ノ成立スルニハ、実行ノ著手アルモ未ダ行為完了前ニ在リテハ、行為者ガ単ニ行為ヲ止ムルノ不作為ニ出デタルコトヲ以テ足ルモ、既ニ行為完了後ニ在リテハ、行為者ガ進シテ結果ノ発生ヲ防止スルノ作為ニ出デ、而カモ現実ニ結果ノ発生ヲ防止シ得タルコトヲ要ス」(大判昭和一二年二月二四日刑集一六卷一七二八頁)、「中止未遂における中止行為は、実行行為終了前のいわゆる着手未遂においては、実行行為を中止すること自体で足りるが、実行行為終了後のいわゆる実行未遂においては、自己の行為もしくはこれと同視できる程度の真摯な行為によつて結果の発生を防止することを要する」(福岡高判昭和六一年三月六日判時一一九三号一五二頁。なお、東京高判昭和五一年七月一四日判時八三四号一〇六頁)として、着手未遂の中止犯(着手中止)と実行未遂(終了未遂)の中止犯(実行中止)とを区別してきた。さらに、実行未遂の中止犯は着手未遂のそれと比べて成立要件がより厳格になつており、特に積極性の点については、「真摯ナル態度」(大判昭和一三年四月一九日刑集一七卷三三三六頁)あるいは「真摯ナル努力」(大判昭和一二年一月二四日刑集一六卷一七二八頁)、「真しな努力」(東京高判昭和五一年七月一四日判時八三四号一〇六頁)、「自己の行為もしくはこれと同視できる程度の真摯な行為」(福岡高判昭和六一年三月六日判時一一九三号一五二頁)、などと表現される程度の規範的意識に裏づけされた行為者の積極的行動が要求されることになる。

しかし、近年、現行法はそのような区別をしていないこと、また、不作為の場合や、離隔犯において發送主義に立たない場合には、そのような基準があてはまらないことなどを論拠として、着手中止と実行中止の区別は「一応の『めやす』にすぎ」⁷⁶⁾ず、「実行未遂か否かは無用の議論」⁷⁷⁾であり、「却つて混乱を招くだけである」⁷⁸⁾と強く批判され、「着手中止、実行中止という概念は不要である」⁷⁹⁾とさえいわれている。たとえば、「中止行為が不作為で足りるか作為を要するかの

問題は、実行行為が終了したか否かではなく、結果発生に向けて因果の経過が進行を開始したかどうか、換言すると既遂の結果を惹起する状態に達したかどうかに関係するものであるから、両者を区別することは余り重要でない⁽⁸⁰⁾、「この区別が、もっぱら、中止行為の態様に関し、着手未遂の場合には、行為の続行を不作為することで足りるのに対し、実行未遂の場合には積極的な作為によって結果の発生を防止しなければならぬとするために用いられるにすぎない⁽⁸¹⁾」、「問題は、行為者が結果の発生を防止したと言えるかどうかであり、その際、中止未遂の制度を設けた理由からみて、行為者にいかなる意思、行為を要求すべきかが直接に議論の対象とされるべきであつて、中止行為と実行行為の終了時期を結びつけて議論することは妥当な方法とは言えないのではなからうか⁽⁸²⁾」、「本来この二つの中止犯の形態を区別することはあまり重要な意味をもたない。要は犯罪の完成、結果の発生を防止することであり、そのために実行行為の発展段階に応じた適切な阻止行為が要求されるのである⁽⁸³⁾」、「中止未遂が認められると刑を必要的に減免することの法の趣旨を考えると、中止未遂を論ずるにあつて重要なことは、実行行為の段階に応じて、いかなる行為が中止行為として相応なものであるかということであり、一定の行為が着手未遂に該当するか実行未遂に該当するかということは、付随的な問題であるようにも思われる⁽⁸⁴⁾」、「刑の減免を認めるか否かは、『着手未遂か実行未遂か』、『実行行為が終了したか否か』という形で形式的に区別することが困難な場合がある⁽⁸⁵⁾」、「やはり、中止行為を実行行為によって生じた危険性の消滅行為として理解する以上、それが不作為でも足りる場合はいつかを問題にすべきで、実行未遂か着手未遂かという概念的な区別をこれに直結させて考えるべきではなからう⁽⁸⁶⁾」、「着手未遂と実行未遂は「事後的に名づけているにすぎないのであり⁽⁸⁷⁾」、「あくまでも、問題は、中止犯の実質的要件である「既遂結果惹起の危険の消滅」を認めるためにはいかなる行為が必要かという角度から検討されなければならないのである⁽⁸⁸⁾」、などがそれである。したがつて、「こうした議論に直接結論を左右するような意義が認められなく⁽⁸⁹⁾」、「中止行為の態様の問題は、実行行為の終了時期の問題とは切り離

されなければならない⁹⁰⁾ことは広く認められつつある。

そこで、現在では、結果の発生を防止するために、いつ、どのような態様の中止行為が必要かという問題を、単に「実行行為の終了時期」はいつかということによって概念的に解決しきれないのではないかという疑問が提起されていることにより、因果関係遮断説がますます有力になり、さらに、結果の発生を防止するためにはどのような行為をしなければならぬかという実質的な視点から問題を解決しようとする学説すなわち後述する実質説、既遂危険消滅説が有力に主張されているようになっていく。

ここでは、上記の学説および判例の態度の分析説明を通じて、因果関係遮断説の妥当性を主張したい。

2 学説

前述したように、かつては一般に、未遂における着手未遂と実行未遂の区別に対応して中止未遂も着手中止と実行中止とに区別され、着手中止における中止行為はそれ以降のさらなる侵害行為を継続しないという不作為で十分であるが、実行中止においては結果発生防止のための作為が必要であるとされていた。すなわち、学説は従来、着手未遂——不作為、実行未遂——作為という図式を前提に実行行為の終了時期を論じてきたため、「単に侵害行為の継続をやめたに過ぎない場合に、そのような不作為態様の中止行為が認められて中止未遂が成立するか否かをめぐり、結論の分水嶺である実行行為の終了時期が問題とされてきた⁹¹⁾」。

実行行為の終了時期については、①行為者の犯罪計画ないし認識内容を標準とするという主観説、②主観説から出発しながら、主観説の修正を主張している修正的主観説、③行為の外形において既遂に達しうべき動作かどうかを標準とする客観説が対立していた。そして、主観説と客観説の不足を解消するために主張された、④行為当時の客観的事情と

行為者の主観とを総合して判断する折衷説、⑤因果関係を遮断しなければ結果が発生してしまう状態が惹起されたか否かを標準とする因果関係遮断説、さらに、実質的観点から主張された、⑥結果の発生を防止するために、いつ、どのような態様の中止行為が必要かという角度から検討すべきであるとする実質説、⑦中止犯の実質的要件である「既遂結果惹起の危険の消滅」を認めるためにはいかなる行為が必要かという角度から検討すべきであるとする既遂危険消滅説、などがある。

以下はまず、各説を概説することにした。

(一) 主観説

(ア) 所説

学説上は当初、主観説が有力であったように思われ、この説は、行為者の当初の意思ないし計画を基準として行為の終了時点を確認するものである。この見解は主に、主観主義の立場から展開されたものであるが、⁽⁹²⁾ かならずしも主観主義刑法理論と不可分の関係にあるわけではない。⁽⁹³⁾⁽⁹⁴⁾

実行の終了の時期を決するに当たり、一時は実行の着手によっていたことがあるが、実行の着手について主観説をとるからといってその終了にも主観説をとる必然性はなく、さらに、近年、実行の着手につき純粹に主観説をとる学説はほぼ見られないため、実行の着手とその終了を連結して実行の終了を検討する意味はさほど大きくない。むしろ、その点より注目すべきなのは、主観説をとる論者はほとんど、「中止行為の内容は、終了未遂と未終了未遂との区別に即応し変動する⁽⁹⁵⁾」として、中止行為の態様を着手未遂と実行未遂の区別の問題と結び付けて論じ、着手未遂とするか実行未遂とするかによって中止犯の成立範囲が異なってくるとしている点である。一般に、着手未遂と実行未遂について主観

説をとっていることに合せて、着手中止と実行中止についても主観説をとったわけである。⁹⁶

牧野博士は、実行の着手の概念につき、犯意の成立がその遂行的行為によって確定的に認められるとき、着手があるものとして、主観説に立つが、「実行の終了」についても、行為者が犯意の遂行的表現として為さんとした所に依らざるべからずとして、主観説を説く。⁹⁷ 具体的に、博士は、「実行が終了したものと認められる場合においては、その後の行為を中止しても中止未遂となることがないわけであるので」、実行の終了点を明らかにする必要があるとして、実行の終了に関し、次のように述べる。連発銃を使用する場合について、「連発銃は、その第一発においてすでに結果発生の可能性を有するのであるから、客観説に依るときは、第二発に際して事を取りやめても、それは、もはや、中止未遂となる余地のないものになるのである。しかし、主観説の立場において事を考えるにおいては、行為者ははじめから発を以って事を行うつもりでいたのであるから、その数発の発射せられるまでは実行は継続すべきものになっているのである。それで、その第二発に方って事を取りやめたという場合には、中止未遂としてしかるべきわけである」⁹⁸。

瀧川博士は、「着手未遂の中止は行為者がその後の実行を抛棄すること、即ち継続を見合わすことよって行われる。継続せられて居るかどうかは行為者の犯罪計画によつてのみこれを認め得るに過ぎない。未だ死なない者に向つて第二発目の弾丸を発射しようとする場合に、実行は完了して居ない。この継続が自己の意思によつて抛棄せられたならば、既に存する実行着手もそのまま許される」と述べて、主観説をとる。⁹⁹

ほかに、莊子博士は、一時は「着手未遂と実行未遂との区別は、原則として、行為者が行為について怠っていた観念を中心として行うべきである」として、主観説をとっていたが、その後「客観説に拠るべきである」と述べて客観説に改説した。¹⁰⁰

(イ) 具体的問題の解決

主観説は、いつ「犯罪を中止した」といえるかを、「実行行為の終了時期」の問題として扱い、次のような具体的解決をすることになる。たとえば、しばしば引合いに出される連発銃で人を殺害する事例において、相手をピストルで殺そうとする者が、「A」一発の発射で殺害しようとしていた場合には、その一発の発射で主観的には実行行為は終了し、実行未遂であるから、①それが命中しなかった場合は、二発目の発射が客観的に可能であり、行為者がそれを認識していた場合でも、この場合には結果発生防止の作為を考慮することができず、中止未遂の成立の余地はないのに対して、②命中した場合は、作為（負傷の手当てをするなど）による中止犯成立（実行中止）の可能性があることになる。これに對して、「B」二発の発射で殺害する意思であった場合には、主観的には一発の発射のみでは実行行為は終了したものとはいえず、着手未遂であるから、①二発目を発射しないという不作為でも中止犯成立の可能性が生じ、②たとえ一発目が命中し（しかもそれを認識した場合でも）、第三者の行為によって結果発生が防止されたにすぎないときにも（たとえば、通りかかった医師の手当てにより助かったときにも）、単に二発目を発射しないという不作為によって中止犯が成立しうることになる。

(ウ) 批判

主観説は、次のような激しい批判にさらされており、現在では、それをそのまま堅持する者は見られなくなっている。第一に、同説によれば、「A」①の場合に中止犯成立の余地がないのに対し、「B」②の場合に中止犯が成立しうるとするのは、はなはだしく不合理である。すなわち、「A」①の解決では、一発発射して命中しなかった場合、二発目を発射することが客観的に可能であり、しかも行為者がそれを認識しながら中止したときであっても、はじめから

一発で殺すつもりときは、中止犯になりえないのに対し、「B」②の解決では、はじめから二発で殺すつもりの場合、一発目が命中し被害者が瀕死の重傷を負っていることを知ったとしても、二発目を発射しないという不作為があれば、通りかかった医師の手当てで命をとりとめたときも、中止犯になりうることになるが、これは著しく均衡を失している。¹⁰³

第二に、実行行為終了の時期は、いいかえれば、いま一個の犯罪行為があつたかという問題であらう。そうだとすれば、目的達成の意思(「殺そう」という意思)こそが重要であつて、いかなる手段を欲したかということ(「一発で」あるいは「二発で」という意思)は副次的な意味しかもたないはずである。¹⁰⁴

第三に、行為者の計画を基準とすれば、計画が判然としない場合に判断不能になる。¹⁰⁵ 実際の犯行には、被害者を殺すなどの犯行を最終的に実現するのは行為者の目的であり、そのために行為者が事前に、何発で被害者を殺すなど明確な計画を立てることはむしろ稀であらう。したがって、一発しか発射しないという事例を想像することは不自然であり、¹⁰⁶ それは、実践の意味がなく、単なる講壇事例にすぎないものだといわざるをえない。

第四に、中止行為は実行の着手後に行われるのであるから、中止行為を認めるために行為者の主観(認識・意思)を考慮する場合にも、中止行為の時点における主観を問題とすべきであつて、実行の着手時の主観に決定的意味を与えるのは妥当でない。¹⁰⁷

第五に、中止行為は「自己の意思」という主観的要素にかかつているけれども、実行行為が単なる着手であるか終了であるかは、行為を客観的に捉えることによつて決めることもできる。主観的違法要素をどんなに強調するとしても、行為者の内心の計画全体が構成要件となるのではない。したがつて、行為の終了ということを考えるのに、内心の計画の遂行であるとするのは、理論上正当でないばかりか、適用の上から不当な結果を招く。¹⁰⁸ さらに、行為者の意思を基準とする主観説を徹底すれば、実行行為概念を不定型なものにする恐れもある。¹⁰⁹

第六に、この見解によれば、結果発生にとって極めて危険な行為があつたにもかかわらず、行為者の主観を偏重して着手中止の範囲を広く認めすぎる点で、失当であり、未遂犯における具体的危険説（客観説）の立場とも合致しない。¹⁰⁾ 具体的に、その見解をもつて推せば、最後の一弾を発射し終わつてからも、なお、所持の短刀をもつて殺意を遂げようとし、さらには、付近にあつた棍棒をもつてその遂行を続けることも可能なわけであるから、限りなく中止犯成立の余地は続くことになるものと解せざるをえなくなる。そのような解釈では、着手未遂・終了未遂という観念の区別を認めることが意義を失うばかりでなく、凶悪執拗な手段を尽くそうとする犯人の方がむしろ中止犯成立の余地を広く認められることになり、悪性の大きい者がかえつて恩恵に浴する結果となつて不合理である。¹¹⁾ したがつて、同説には、結果発生のためにより周到な計画を立てていた場合の方は中止未遂が成立しやすくなつてしまふという問題がある。¹²⁾

(二) 修正的主観説

(ア) 所説

上述したように、従来の主観説によれば、一発発射して命中しなかつたが二発目を発射できしかも行為者がそれを認識しながらあえてやめた場合であつても、はじめから一発で殺すつもりときは中止未遂になりえないのに、はじめから二発で殺すつもりときは、一発目が命中し第三者により結果が防止され行為者がそれを認識していた場合でも二発目を発射しさえしなければ中止未遂になるわけであつて、はなはだしく不均衡であるという問題がある。そこで主観説にたちながら、その不均衡を解消するために、後者の場合は結果防止の作為が必要とする修正的主観説がみられる。すなわち、着手未遂と実行中止の区別の出発点を行為者の主観に置きながら、すでに行われた実行行為によつて、結果発生の危険が生じた場合には、主観の如何にかかわらず実行未遂であるから、積極的結果防止行為を必要とするのであ

る。

たとえば、斎藤金作博士は次のように述べる。まず、着手中止の場合には、この実行行為が完了したかどうかは主観的に決すべきものである。次に、実行中止の場合には、その実行行為が完了したかどうかは主観的に決すべきことは基本的に着手中止の場合と同様であるが、「結果発生の危険が既に生じた以上、行為者がその予定の行為を完了したかどうかは問わないで、実行行為は完了したものである」¹¹³、このような場合に中止犯が成立するためには、行為者が積極的に結果発生の危険を防止する行為に出て、しかも現実に結果の発生を防止できたことを要する。

中教授は着手未遂と実行未遂を分けて問題を論じている。まず、着手未遂の場合には、第一弾が命中しなかつたときは、「もし行為者が弾丸のつづくかぎりこれを使用して殺意を遂げようと考えていたとしますと、行為はなお着手未遂であり、したがって第二弾以下の発射をやめたのなら中止未遂と解されます」としながら、「もつとも、第一弾が命中したとしますと、それはすでに実行行為が終了したことを意味しますので、さらにこれについて中止が成立する可能性があるかどうかは」実行未遂と同様に、行為者の積極的な結果防止行為という要件によることとなる。次に、実行未遂の場合について、教授は後述する因果関係遮断説に近い見解を示している。すなわち、この場合には、「すでになすべき実行行為はみな終っており、そのままの経過にまかせると結果の発生は不可避免だとされる場合ですので、将来にむかつてやめるべき行為は残されていず、また単に心のなかで結果不発生を祈念しても現実に進行している因果の過程を阻止することはできません。そこで、終了未遂について中止犯の成立を認めるには」、行為者が積極的に(真摯な努力によつて)結果の発生を防止することが必要となる¹¹⁴。

上記のような修正的主観説とは趣旨が異なるが、最近、佐伯仁志教授は上記のような伝統的な主観説を批判したうえで、独自の限定的な意味における主観説を展開している。教授は、「積極的作為を義務づけるかどうかは、その必要が

あるかどうかによって決めるべきであり、その判断は、実行行為の終了の有無とは直結していない」が、「積極的作為を義務づける必要がある場合を実行未遂と呼ぶのであれば、端的に積極的作為を義務づける場合かどうかを論じれば足りるはずである」としながら、「もつとも、実行行為が終了した後は、実行行為の中止ということはありえないから、不作為形態での中止行為については、着手未遂か終了未遂かの区別がなお意味を持っている」とする。具体的に、「例えば、拳銃に六発の弾が入っていても、最初から一発しか撃つつもりがなかったのであれば、一発撃った時点で実行行為は終了しており、それ以上撃たなかったことを中止行為ということはできない」から、着手未遂と実行未遂の区別の基準については、行為者の計画を基準とする主観説が妥当である主張する¹⁵⁾。

(イ) 批判

修正的主観説は、従来の主観説に対するその修正自体は適切であるが、その修正は主観説を貫きえないことを示しているものである以上は、依然、主観説をとる意味はどれだけあるのか疑問である。また、上記の事案における〔A〕①の場合に中止犯成立の余地がないとするのは妥当であるとはいえない¹⁶⁾。さらに、修正的主観説といっても、行為者の事前の犯罪計画ないし認識内容を標準とするところに従来の主観説と変わらないから、主観説に対する上記の批判は同説にも当てはまると思う。

(三) 客観説

(ア) 所説

主観説の対極にある客観説は、いつ「犯罪を中止した」といえるかを、やはり「実行行為の終了時期」の問題として

取り扱っている。客観説では、行為者の行為当初の意思とは無関係に行為の客観的側面からみて、一般的で抽象的に判断して、本来既遂に達しうべき動作(結果発生の可能性がある動作)を行ったか否かにより、実行行為の終了時期を判断する。結果発生の可能な行為を行ったときは実行中止である。さらに、着手未遂と実行未遂の区別は単に中止行為の態様に差異をもたらすのみでなく、中止未遂の成立の有無にもかかわるとされ、実行未遂の場合には常に障害未遂であり、中止未遂の成立が否定されるとする。

大場博士は、「茲に疑問トスヘキハ行為ノ実行ハ何時ヲ以テ終了シタルモノト解スヘキヤノ一事ニ在リ。此問題ハ犯罪行為カ数個ノ行為ヨリ成ル場合ニ於テ之ヲ解決スルコトヲ要ス。犯罪行為カ単一ナル行為ヨリ成立スル場合ニ於テハ其行為ヲ終了スルト同時ニ実行ヲ終了スルモノカ故ニ斯ル犯罪ニ付テハ中止行為ニ就キ敢テ困難ナル問題ヲ生スルコトナシ。然ルニ犯罪行為ニシテ数個ノ行為ヨリ成立スル場合ニ於テハ斯ル数個ノ行為中ノ一個又ハ数個ノ行為ノ終了ハ必スシモ其犯罪ノ実行ヲ終了シタルモノト為ス能ハス」とする。博士によると、犯罪を反覆する場合も継続する場合も、これを止めるだけでは中止とはならない。このように、博士は客観説(個別化説)をとるのである。

大場説と比べて、植松説は典型的な客観説である。植松博士は、終了未遂における「終了」をいかに判断するかについて、「主観面を強調するとすれば、行為者内心の計画に従ってすべてを終わらなければ終了ではないということになるが」、「その見解をもつて推せば、最後の一弾を発射し終わってからも、なお、所持の短刀をもって殺意を遂げようとし、さらには、付近にあった棍棒をもつてその遂行を続けることも可能なわけであるから、限りなく中止犯成立の余地は続くことになるものと解せざるをえなくなる」から、「そのような解釈では、着手未遂・終了未遂という觀念の區別を認めたことが意義を失うばかりでなく、凶悪執拗な手段を尽くそうとする犯人の方がむしろ中止犯成立の余地を広く認められることになり、悪性の大きい者がかえって恩恵に浴する結果となつて不合理である」と、主観説を批判した

上、「客観面から見れば、行為の外形において本来既遂に達しうべき動作を終われば、もはや終了と見なければならぬ」として客観説を主張する¹¹⁸。具体的に、博士は、未遂を着手未遂と終了未遂とに分かつことは「中止未遂成立の余地の有無を決すべき時期を論ずる上に重要な意味がある」として、「終了未遂はつねに障害未遂であつて中止未遂たりえない」と主張する¹¹⁹。

ただ、たとえば、いったん行為を終了した後であっても、そのまま放置すれば当然既遂に達すべき事態が生じているのに、行為者が真剣な努力によつて結果の発生を防止しえた場合について、博士は、現行法の解釈としてここまで中止犯の観念を拡張することはやや無理があるが、例外的に、固有の中止犯に準じて刑の減免規定の類推適用を許してよいとする¹²⁰。

齊藤信宰教授の見解は、植松の客観説を極端に徹底したものである。齊藤教授は、実行行為の終了時期を特定することは、その後の行為者の行為が不作為で足りるのか、それとも作為を要するのかという行為者に対する関係で意義があると認めるうえで、客観的に結果発生の可能性のある行為がなされれば実行行為は終了したと解すべきであり、「中止犯は、犯罪実行に着手したが未だ終了に至らなかつた場合に限り、論ずる余地のあるものと解すべきである」とする客観説を支持する¹²¹。

教授は、①実行行為は終了していれば、その時点で「未遂犯」が成立することになり、その後の手当等は、結果を生じさせることによつて完成する「犯意」を放棄することによつて違法性が軽くなることにすぎず、実行未遂に中止未遂を認めるというのであれば、理論的には「未遂」を二つに認めることであるから妥当ではないこと、および、②「結果的に弾を外した者の刑が、弾を当てた者の刑よりも重くなるということ」は「刑の均衡を失すること、との理由から、障害未遂と中止未遂の成立する場合を根本的に見直す必要があるのではないかと主張する。

(イ) 具体的問題の解決

客観説は、客観的に行為の外形より結果発生の可能性ある行為さえ行われれば実行行為は終了したものとす。したがって、前記の事例においては、行為者の意思内容にかかわらず、一発の発射で客観的には実行行為は終了したもの、すなわち実行未遂であるから、〔C〕これが命中しなかった場合は、二発目の発射が可能であり、それを行為者が認識していたときでも、その後の二発目の発射をしないこと（不作為）では、中止犯成立の余地がないことになるのに対して、〔D〕命中した場合には、同じく実行未遂であり、本来は中止犯成立の余地がないはずであるが、行為者が、既遂（結果発生）に達すべき既発の原因力を行為者の意思によって阻止した場合（たとえば、殺意をもって他人に瀕死の重傷を負わせた後に、すぐに死を免れない状態となった被害者を介抱して生命を取り止めさせたような場合）は、固有の中止犯に準じて刑の減免規定の類推適用を許してよいとする。

(ウ) 批判

客観説に対しても以下のように強い批判があり、現在では、単純な客観説はごく少数にとどまっている。

第一に、この説によっても、一発目が命中せず二発目を射つことができ行為者がそれを認識していたにもかかわらずあえて思いとどまった場合でも中止未遂になりえないことになり、それは不合理である¹²⁴。さらに、中止犯に関するその具体的解決に対しては、たとえば、一発目が命中しなかった〔C〕の場合に、中止犯成立の余地を否定するのは、一発目が命中した〔D〕の場合に、瀕死の重傷を負わせたときも、中止犯（ないしその類推適用）の可能性を肯定することは、「最初の行為により、より大なる危険を創り出した者が、中止規定の類推適用により刑の減免が許されるのに対し、より小なる危険を引き起こした者には、中止（類推）の余地がないことになる」のであり、それは不都合であるという

批判を免れない。⁽¹²⁵⁾

第二に、同説によると、危険な第一撃に失敗するとすべて実行未遂となり、中止未遂の認められる範囲が狭くなり過ぎるという問題がある。⁽¹²⁶⁾

第三に、この客観説の「実行行為の終了時期」に関する考え方は、中止行為の成否・態様を判断する基準としては余りに形式的であり、偏頗であるし、中止行為の時点における行為者の主観をいっさい考慮しないでよいかという問題を残している。⁽¹²⁷⁾

そのみならず、客観説にはなお以下の批判が可能であると思う。

第四に、実行未遂の場合にはもはや中止未遂になることはないという主張は、「自己の意思により犯罪を中止した」における「犯罪を中止した」を、着手未遂に限定してしまうことになるのであり、実質上、条文を行為者（被告人）にとって不利に解釈しているほかはなく、それは中止未遂の趣旨に反するばかりでなく、刑事政策的にも許しがたいものである。

第五に、実行行為が終了した段階で、仮に論者（たとえば、齊藤信宰教授）の主張されるように「未遂犯」という犯罪は既遂になつていたとしても、犯罪全体は未だ既遂になつておらず、障害未遂か中止未遂かがあくまでも行為者の主観面（自己の意思により）と客観面（中止行為を行った）があつたかどうかを決められ、一律に「それ自体は障害未遂である」と断言する理由はない。というのは、中止未遂か障害未遂かが犯罪全体についての評価であり、実行行為のみに関する概念ではないからである。

第六に、障害未遂と中止未遂はあくまでも未遂という上位概念の低位概念であり、両者は択一の関係にあり、「障害未遂が中止未遂に変わる」ということではない。それ故、論者（たとえば、齊藤信宰教授）は両者の関係を混同し、短絡

的に中止未遂の成立範囲を制限しているといわざるをえない。

- (1) 東京高判昭和五一年七月一四日判時八三四号一〇六頁。
- (2) 大谷實『刑法講義総論(新版第二版)』(成文堂、二〇〇七年) 三六五頁参照。
- (3) 堀内捷三『刑法総論(第二版)』(有斐閣、二〇〇四年) 二四二頁、山内義廣「着手中止における意思の任意性の判断について——学説を中心として——」斎藤静敬先生古稀祝賀記念論文集・刑事法学の現代的展開(八千代出版、二〇〇五年) 三三三頁。なお、林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、二〇〇〇年、三七四―三七八頁は、任意性と中止行為をそれぞれ、中止犯の責任内容と不法内容に位置づけ、中止行為はまったく「客観的要件」であるとす。
- (4) 伊東研祐「未遂罪」川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法(第一巻)』(立花書房、二〇〇六年) 四二四―四二五頁、佐伯仁志「未遂犯論」法学教室三〇四号(二〇〇六年) 一三一頁、安田拓人「未遂犯」伊藤涉ほか『アクチュアル刑法総論』(弘文堂、二〇〇五年) 二七一―二七二頁、山口厚『刑法総論(第二版)』(有斐閣、二〇〇七年) 二八一頁。
- (5) 本来ならば、予備の中止に中止未遂の類推適用を認めるかという問題は中止行為にもかわっているが、それを別稿で検討することにする。
- (6) 大塚仁『刑法概説(総論)(第三版増補版)』(有斐閣、二〇〇五年) 二四五頁。
- (7) 大谷實・前掲(1)『刑法講義総論(新版第二版)』三九〇頁。
- (8) 岡野光雄『刑法要説総論』(成文堂、二〇〇一年) 二五九頁。
- (9) 小野清一郎『新訂刑法講義 総論(増補版)』(有斐閣、一九五〇年) 一八七頁。
- (10) 香川達夫『刑法講義(総論)(第三版)』(成文堂、一九九五年) 三二二頁。
- (11) 佐伯千仞『刑法講義(総論)(四訂版)』(有斐閣、一九八一年) 三二六頁。
- (12) 立石二六『刑法総論(第二版)』(成文堂、二〇〇六年) 二七七頁。
- (13) 中山研一『刑法総論』(成文堂、一九八二年) 四三六頁。
- (14) 野村稔『刑法総論(補訂版)』(成文堂、一九九八年) 三三四頁。
- (15) 林幹人・前掲(3) 三四頁。
- (16) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、一九七五年) 三三六頁。

- (17) 山口厚・前掲(4)『刑法総論(第二版)』二八一頁。
- (18) 板倉宏『刑法総論(補訂版)』(勁草書房、二〇〇七年)一四二頁。
- (19) 川端博『刑法総論講義(第二版)』(成文堂、二〇〇六年)四七九頁。
- (20) 木村亀二『阿部純二』『刑法総論(増補版)』(有斐閣、一九七八年)三六六頁。なお、大判昭和二年六月二十五日刑集一六卷一〇〇三頁、東京高判昭和五年一月九日刑特報一五号二五頁。
- (21) 佐伯仁志・前掲(4)一三二頁。
- (22) 裁判所職員総合研究所監修『刑法総論講義案(三訂補訂版)』(司法協会、二〇〇七年)二九五頁。
- (23) 曾根成彦『刑法総論(第三版)』(弘文堂、二〇〇〇年)二五三～二五四頁。
- (24) 団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社、一九九〇年)三六四頁。
- (25) 内藤謙『刑法講義 総論(下)Ⅱ』(有斐閣、二〇〇二年)一三〇〇頁。
- (26) 西田典之『刑法総論』(弘文堂、二〇〇六年)二九五頁。
- (27) 西原春夫『刑法総論(改訂版上巻)』(成文堂、一九九八年)三三七頁。
- (28) 福田平『全訂刑法総論(第四版)』(有斐閣、二〇〇四年)一三五頁。
- (29) 前田雅英『刑法総論講義(第四版)』(東京大学出版会、二〇〇六年)一六四頁。
- (30) 町野朔「中止犯における『止メタ』の意義」Law School七号(一九七九年)一〇七頁。
- (31) 団藤重光・前掲(24)三六五頁注(六)。
- (32) 香川達夫・前掲(10)『刑法講義(総論)(第三版)』三二二頁注(14)。
- (33) 香川達夫・前掲(10)『刑法講義(総論)(第三版)』三〇七頁、三一四～三一五頁。
- (34) たとえば、大塚仁・前掲(6)二四七頁、小野清一郎『刑罰の本質について・その他』(有斐閣、一九五五年)二八七頁以下、岡野光雄・前掲(8)二六〇頁、香川達夫・前掲(10)三二四頁、野村稔「未遂罪」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第二版)第四卷』(青林書院、一九九九年)一三五頁、平野龍一・前掲(16)『刑法総論Ⅱ』三三七頁、同「中止犯」犯罪論の諸問題(上) 総論(有斐閣、一九八一年)一四七頁など。
- (35) たとえば、浅田和茂『刑法総論(補正版)』(成文堂、二〇〇七年)三九七頁、井田良「中止犯」現代刑事法二五号(二〇〇一年)一〇一頁、

塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集第三巻』(成文堂、一九九七年)二六三頁、曾根威彦前掲(23)『刑法総論(第三版)』二五五頁、堀内捷三・前掲(3)二六五頁、山口厚「問題探求 刑法総論(有斐閣、一九九八年)二二五頁。

(36) ただ、同見解を支持している井田教授は行為無価値論、中止犯の法的性格について違法・責任減少説の立場に立たれている(井田良「刑法総論の理論構造」(成文堂、二〇〇五年)二八一―二八二頁、同・前掲(35)「中止犯」九七―九八頁。城下裕二「中止未遂における任意性について」小暮得雄先生古稀記念論文集「罪と罰・非情にして人間的なるもの」(信山社、二〇〇五年)六五頁は、別の視点から同見解を分析している。つまり、「これは、中止未遂の構造を一般の犯罪とパレルに把握しようという観点から主張されることがある」。言い換えれば、一般の犯罪において故意・過失が主観的成立要件とされるのと同様に、中止未遂においても、「中止行為」の客観的要件を認識すること、すなわち自己の作為または不作為によって、結果を防止しようという認識が必要となるとするものである。

(37) 平野龍一「中止犯」日本刑法学会編『刑事法講座(第二巻刑法(Ⅱ))』(有斐閣、一九五二年)四〇七頁、同・前掲(34)「中止犯」犯罪論の諸問題(上)総論一四六頁。同旨、木村静子「中止犯」日本刑法学会編『刑法講座四巻』(有斐閣、一九六三年)三一頁注(2)は、「犯罪行為は意思行為であり、これに対応して中止行為も一定の意志行為でなければならない」とする。

(38) 山口厚・前掲(4)『刑法総論(第二版)』二八一頁。なお、山内義廣・前掲(3)三三三頁。

(39) 大塚裕史「刑法総論の思考方法(新版)」(早稲田経営出版、二〇〇六年)一六一―一六二頁。

(40) 安田拓人・前掲(4)二六七、二七一頁。

(41) 佐伯仁志・前掲(4)一三一頁。

(42) 塩谷毅「中止犯」法学教室二七九号(二〇〇三年)六九頁。

(43) 塩谷毅・前掲(42)六九頁。

(44) 山中敬一「着手中止と実行中止——中止行為の意義に関する考察——」関西大学法学論集第三四巻第三・四・五合併号(一九八四年)三一九頁注(8)。

(45) 山中敬一・前掲(44)「着手中止と実行中止——中止行為の意義に関する考察——」三一六―三二七頁。

(46) 堀内捷三・前掲(3)二四五頁。

(47) 伊東研祐・前掲(4)四二四―四二五頁。

(48) 林幹人・前掲(3)三七四頁。

(49) 同旨、曾根威彦「中止犯における違法と責任」研修五九四号（一九九七年）三頁以下。

(50) この点について、内藤謙・前掲(25)一三〇六は、「その認識があるときに、既遂行為の自発的放棄が中止行為に表現されているから責任が減少するということができるし、政策的にも、中止行為を奨励する効果があるといえるからである」とする。

(51) 城下裕二・前掲(36)六五―六六頁。

(52) これについて、木村静子・前掲(37)三〇三頁は「『止める』という行為がそれ自体も行為者の意思的行為を意味しているが、それをさらに『自己の意思』で限定した点に意味がある」としている。

(53) 学説上は、「任意性」と「中止の認識」は、同じく主観的要素でありながら、前者が中止の動機にかかわる意思的要素であるのに対して、後者は中止行為をその対象とする認識的要素であるという理解が一般になされている、といわれている（曾根威彦・前掲(49)中止犯における違法と責任一〇頁）。

(54) たとえば、清水一成「中止未遂における『自己ノ意思ニ因リ』の意義」上智法学論集二九卷二―三号（一九八六年）二六五頁以下。

(55) これについて、和田俊憲「実行未遂と着手未遂」芝原邦爾・西田典之・山口厚『刑法判例百選Ⅰ総論（第五版）』有斐閣、二〇〇三年）一四一頁は、「中止故意が中止未遂の要素となることには一致があり、見解が分かれるのは体系的な位置づけについてである。中止行為と任意性とを、例えば中止行為時の事情とそれ以前の事情とで区別するのであれば、中止故意は中止行為の要素であり、中止行為は危険にかかわる事情、任意性は危険に関わらない主観的事情、と区別するのであれば、中止故意は任意性要件の中に扱われることになる。いずれにせよ、中止未遂の本質的理解に基づいた要件の振り分けの問題と解すべきである」とする。

(56) 大谷實「中止未遂を認めた事例」ジュリスト六六六号（一九七八年）一六〇頁。なお、塩見淳・前掲(35)二五五頁参照。

(57) これについて、城下裕二・前掲(36)中止未遂における任意性について一六六頁は、「本稿の立場からは、犯行継続の主観的可能性（『犯行継続の可能性』の認識）があるにもかかわらず継続しない意思決定をすることが中止未遂の主観的要件であると解されるので、『中止の認識』は当然にその内容の一部を構成することになる」とする。

(58) 実際に、任意性の判断に際して、それを考慮に入れているともいわれている。たとえば、山中教授は任意性に関する主観説について、「主観説の採用するフランクの公式は、『なすことができたにもかかわらず、なすことを欲しなかった』場合に、『任意』であるとするが、この公式は、二つの要素からなる。すなわち、①『なすことができた』、つまり『行為の遂行可能性』の存在という状況があったかどうか、および②『なすことを欲しなかった』、つまり、『犯罪続行の意思』をもたなかったというものである」と評釈している（山中敬一「中止犯にお

ける『自己の意思により』の意義について——不合理決断説再論——内藤謙・芝原邦爾・西田典之編『香川博士古稀祝賀 刑事法学の課題と展望』(成文堂、一九九六年) 三二四頁。

(59) たとえば、曾根威彦・前掲(49)「中止犯における違法と責任」三頁以下、堀内捷三・前掲(3) 二四二頁。

(60) 平野龍一・前掲(37)「中止犯」刑事法講座(第二卷刑法(Ⅱ))〔有斐閣、一九五二年〕四〇七頁、同・前掲(34)「中止犯」犯罪論の諸問題(上) 総論 一四六頁。なお、中野次雄『刑法総論概要(第三版補訂版)』(成文堂、一九九七年) 一三二頁。

(61) 香川達夫「中止犯」大塚仁・香川達夫・植松正『総合判例研究叢書・刑法(3)』(有斐閣、一九五六年) 六六頁。

(62) 澤登俊雄「中止犯」平野龍一編『刑法の判例』(有斐閣、一九六七年) 九九頁。

(63) 藤永幸治「殺人の中止未遂を認めた二つの裁判例」『研修三六五号』(一九七八年) 七一頁。

(64) 大沼邦弘「中止犯における中止の任意性」西原春夫・藤木英雄・森下忠編『刑法学Ⅲ・総論の重要問題Ⅲ』(有斐閣、一九七八年) 八六頁。

(65) たとえば、木村静子・前掲(37) 三〇頁、曾根威彦・前掲(23)『刑法総論(第三版)』二五三～二五七頁、中神正義「殺人の中止未遂を認めた裁判例」『研修四六〇号』(一九八六年) 四七～五四頁、西田典之・前掲(26) 二九五～三〇〇頁、林幹人・前掲(3) 三七四～三七八頁、

山口厚・前掲(4)『刑法総論(第二版)』二八一～二八五頁、安田拓人・前掲(4) 二六七～二七五頁。

(66) 浅田和茂「中止犯——中止行為および中止の任意性——」芝原邦爾編『刑法の基本判例』(有斐閣、一九八八年) 五六頁は、「理論的に、まず『中止行為』の存否が確定され、それが認められる場合にその中止行為の『任意性』を問う方が適切と思われる」としていたが、同・前掲(35)『刑法総論(補正版)』三九三～三九七頁は、任意性、中止行為の順序で論述するようになっていた。同様に、曾根威彦・前掲(49)「中止犯における違法と責任」三頁以下は中止行為、任意性という順序を採るべきだと主張していたが、同『刑法の重要問題(総論)(第二版)』(成文堂、二〇〇五年) 二八〇～二八三頁は、任意性、中止行為という順序に改説した。

(67) たとえば、井田良・前掲(35)「中止犯」一〇〇～一〇三頁、同・前掲(36)『刑法総論の理論構造』二八三～二九〇頁、香川達夫・前掲(61)「中止犯」六六頁。ただ、香川博士はその後改説して、任意性、中止行為という順序をとるようになっていた(香川達夫・前掲(一〇)『刑法講義(総論)(第三版)』三〇八～三一五頁)。

(68) たとえば、任意性を認めたいうえで、中止行為の真摯性がないという理由で中止犯の適用を否定したものとして、大阪高判昭和四四年一月一七日判タ二四四号二九〇頁、東京地判平成七年一〇月二四日判時一五九六号一二五頁などがあり、任意性を認めたいうえで中止行為をも認めたものとして、東京地判昭和四〇年二月一〇日下刑集七巻二二号三二〇〇頁、横浜地判昭和五二年九月一九日判時八七六号

- 一八八頁、宮崎地都城支判昭和五九年一月二五日判タ五二五号三〇二頁、東京高裁平成八年三月二八日判時一五九六号一二五頁などがある。
- (69) たとえば、東京高判昭和五一年七月一日日判時八三四号一〇六頁、東京高判昭和六二年七月一日日判時一二四七号一四〇頁、福岡高判昭和六一年三月六日判タ六〇〇号一四三頁、名古屋高判平成二年七月一日日判タ七三九号二四三頁、札幌高判平成一三年五月一日日判タ一〇八九号二九八頁、青森地判平成一八年一月一日六日(公判紙未登載)。ほかに、行為者が殺意をもって短刀を抜いて被害者の胸部を突刺したが、流血の迸るのを見て恐怖心に駆られ、続いて危害を加えることをやめた事案について、大審院は、これを任意性の問題として処理し、外部的障害に起因するものであるから障害未遂であるとした(大判昭和一一年三月六日刑集一六卷二七二頁)。本判例について、山中教授は、「もし、実行未遂の事案であれば、続いて危害を加えることをやめるだけでは、もともと『中止』行為といえないのであるから、中止犯の成立要件の検討のさいに、体系的・論理的には、任意性の要件の前に『中止行為』の要件の検討がくるべきものとすれば、大審院は、本事案を着手未遂と見たことになる」と評釈している(山中敬一「中止行為の要件」判例タイムズ五二八号(一九八四年)五五―五六頁)。
- (70) 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」判例タイムズ六〇九号(一九八六年)二二頁。
- (71) 曾根威彦・前掲(49)「中止犯における違法と責任」一〇頁。なお、木村亀二「阿部純二・前掲(20)三六六頁。
- (72) たとえば、山口厚・前掲(4)『刑法総論(第二版)』二八七頁は、「任意性に欠けるのは、中止行為を強制されたというような極めて例外的な場合に限られるというのが基本的な考え方である。この意味で、任意性の要件の意義は極めて軽いものとなる」とする。
- (73) ただ、責任減少説を主張する香川博士は、中止行為は中止犯成立の第一の要件であるとする(香川達夫・前掲(61)「中止犯」六六頁)。
- (74) たとえば、佐伯仁志・前掲(4)一三三頁、城下裕二「結果防止行為の真摯性」芝原邦爾Ⅱ西田典之Ⅱ山口厚編『刑法判例百選Ⅰ総論(第五版)』(有斐閣、二〇〇三年)一四三頁、内藤謙・前掲(25)一三二頁、西田典之・前掲(26)二九八頁、堀内捷三・前掲(3)二四九頁、町野朔・前掲(30)一〇七頁。
- (75) 藤永幸治・前掲(63)七三頁。
- (76) 内田文昭・前掲(70)二〇頁。
- (77) 河村博「中止未遂について」研修四三六号(一九八四年)五九頁。
- (78) 裁判所職員総合研究所・前掲(22)四二六頁。
- (79) 山本雅子「中止犯」立石二六編著『刑法総論三〇講』(成文堂、二〇〇七年)二一九頁。
- (80) 大谷實・前掲(2)『刑法講義総論(新版第二版)』三九二頁。

- (81) 山中敬一・前掲(44)「着手中止と実行中止——中止行為の意義に関する考察——」二八七頁。
- (82) 河村博・前掲(77)五七〜五八頁。
- (83) 木村静子・前掲(37)二八頁。
- (84) 中神正義・前掲(65)四五〜四六頁。
- (85) 前田雅英・前掲(29)『刑法総論講義(第四版)』一六五頁。
- (86) 町野朔・前掲(30)一〇七頁。
- (87) 山口厚・前掲(4)『刑法総論(第二版)』二八二頁。
- (88) 山口厚・前掲(35)『問題探求 刑法総論』二二六頁。
- (89) 安田拓人・前掲(4)二六八頁。
- (90) 井田良・前掲(36)『刑法総論の理論構造』二八六頁。
- (91) 和田俊憲・前掲(55)一四〇頁。
- (92) たとえば、牧野英一『刑法総論下巻(全訂版)』(有斐閣、一九五九年)六三四頁、宮本英脩『刑法大綱(九版)』(弘文堂、一九三四年)一八五〜一八六頁など。
- (93) たとえば、瀧川幸辰『犯罪論序説(七版)』(有斐閣、一九四七年)一八八頁、草野豹一郎『刑法要論』(有斐閣、一九五六年)一〇八頁、莊子邦雄『刑法総論』(青林書院新社、一九六九年)六三八頁など。
- (94) 大谷實・前掲(56)「中止未遂を認めた事例」一五九頁。
- (95) 莊子邦雄『刑法総論(第三版)』(青林書院、一九九六年)四三三頁。なお、宮本英脩・前掲(92)一八五頁、平場安治『刑法総論講義』(有信堂、一九五二年)一四〇頁。
- (96) この点について、山中教授は早くから、「この対応は、周知のように、例えば、連続して二発発射してピストルで殺害する意図で、一発射ったところ、その弾が、相手に全く当たらなかったが、二発目を射つのをやめたとき、それだけで中止となるのか、すでに実行未遂であるから積極的結果防止行為をしなければ中止とならないのか、という問題に直面するとき、自明の前提ではなくなるように思われる。この事例において、すでに弾丸ははずれており、結果発生防止のための積極的な行為をすることがそもそもできないから、中止の余地はなく、弾丸が当たり重傷を負わせたときには、これができるから中止の余地があるというのは、不合理だからである」と批判していた(山中敬一・

- 前掲(69)「中止行為の要件」五五頁。
- (97) 牧野英一『改訂日本刑法』(有斐閣、一九三二年)二二五頁。
- (98) 牧野英一・前掲(97)『改訂日本刑法』二七五頁。
- (99) 牧野英一・前掲(92)『刑法総論下巻(全訂版)』六三六～六三四頁。なお、宮本英脩・前掲(92)一八五～一八六頁。
- (100) 瀧川幸辰・前掲(93)一八八頁。なお、平場安治・前掲(95)一三四頁、木村亀二・阿部純二・前掲(20)三五九頁。
- (101) 莊子邦雄・前掲(93)『刑法総論』六三八頁。
- (102) 莊子邦雄『刑法総論(新版)』(青林書院新社、一九八一年)三八四頁。
- (103) 内藤謙・前掲(25)一三〇二頁。なお、浅田和茂・前掲(35)『刑法総論(補正版)』三九六頁、大谷實・前掲(56)「中止未遂を認めた事例」一五九頁、岡野光雄・前掲(8)二五九頁、澤登俊雄・前掲(62)一〇〇頁、野村稔・前掲(34)「未遂罪」一二二頁、林幹人・前掲(3)三七五頁、平野龍一・前掲(37)「中止犯」刑事法講座「第二卷刑法(Ⅱ)」四〇九頁、山中敬一・前掲(44)「着手中止と実行中止——中止行為の意義に関する考察——」二九六頁など。
- (104) 木村静子・前掲(37)二八頁。
- (105) 和田俊憲・前掲(55)一四〇頁。
- (106) 中野次雄・前掲(60)九二頁注1。
- (107) 内藤謙・前掲(25)一三〇二頁。
- (108) 植松正『刑法概論Ⅰ総論(再訂版)』(勁草書房、一九七四年)三二八頁。
- (109) 山本雅子・前掲(79)二二八頁。
- (110) 佐久間修『刑法講義(総論)』(成文堂、一九九七年)三二八頁。
- (111) 植松正・前掲(108)三二九頁。
- (112) 塩谷毅・前掲(42)六七頁、和田俊憲・前掲(55)一四〇頁。
- (113) 齊藤金作『刑法講義(補訂版)』(成文堂、一九九六年)九三頁。なお、佐伯千仞・前掲(11)三二五～三二六頁、中野次雄・前掲(60)一三一頁。
- (114) 中義勝『講述犯罪総論』(有斐閣、一九八〇年)二二四～二二五頁。

- (115) 佐伯仁志・前掲(4) 一三一〜一三三頁。
- (116) 内藤謙・前掲(25) 一三〇二頁。
- (117) 大場茂馬『刑法総論下巻』(信山社、一九九四年復刻版) 八一八〜八二二頁。
- (118) 植松正・前掲(108) 三二八〜三二九頁。
- (119) 植松正・前掲(108) 三二五頁。
- (120) 植松正・前掲(108) 三二九〜三三〇頁。
- (121) 齊藤信宰「中止未遂について」東北学院大学論集(法律学) 一八号(一九八一年) 一頁以下。
- (122) 齊藤信宰『新版刑法講義(総論)』(成文堂、二〇〇七年) 四二四頁注※。
- (123) 齊藤信宰・前掲(122)『新版刑法講義(総論)』四二二頁。
- (124) 澤登俊雄・前掲(62) 一〇〇頁。なお、浅田和茂・前掲(35)『刑法総論(補正版)』三九六頁、大谷實・前掲(56)「中止未遂を認めた事例」一五九頁、中山研一・前掲(13) 四三八頁注1、野村稔・前掲(34)「未遂罪」一二二頁、
- (125) 山中敬一・前掲(44)「着手中止と実行中止——中止行為の意義に関する考察——」二九七頁。なお、大谷實・前掲(56)「中止未遂を認めた事例」一五九頁、内藤謙・前掲(25) 一三〇三頁。
- (126) 和田俊憲・前掲(55) 一四〇頁。なお、塩谷毅・前掲(42) 六七頁。
- (127) 内藤謙・前掲(25) 一三〇三頁。なお、山本雅子・前掲(79) 二一八頁。