

# 博士学位論文審査要旨

2009年2月10日

論文題目： 中止犯の研究

学位申請者： 王 昭武

審査委員：

主 査： 法学研究科 教授 松原 久利

副 査： 法学研究科 教授 瀬川 晃

副 査： 司法研究科 教授 十河 太朗

要 旨：

本論文は、「中止犯」について、その法的性格、刑の減免根拠を明らかにし、そこから導き出されるべき中止犯の成立要件である中止行為、任意性の内容・判断基準について、妥当な結論を模索するとともに、関連問題として、予備の中止および共犯関係からの離脱について検討を加えるものです。本論文の特徴は、第1に、この問題について独自の議論が展開されている中国、イギリスについて比較検討している点にあります。これは、従来わが国においてはあまり見られなかった貴重な比較法的研究として意義が認められます。第2に、違法二元論および規範的責任論から、中止犯の法的性格については刑事政策説を基本とする総合説を主張し、そこから、中止行為については、結果不発生との間に因果関係は不要であること、任意性については、法敵対的意思の放棄、法益侵害回避意思が必要であり、一般予防効果、国民一般の納得、違法判断の客観性から「新しい限定主観説」を基本とする折衷説を展開するという点で、理論的新規性が認められます。また、刑の減輕と免除の選択基準について、必要的減輕は基本的に違法・責任減少により判断すべきであるが、免除の可否は加重未遂の有無・その程度、量刑事情を総合的に考慮した上で決定すべきであるとする点でも、理論的・実践的意義が認められます。第3に、そこから、具体的事案における中止犯の成否が検討されており、法敵対的意思の放棄、法益侵害回避意思が認められれば、恐怖・驚愕による場合でも任意性が肯定され、発覚の恐れ、有利な事態の変化に基づく場合、期待はずれの場合には、原則として任意性は否定され、他人の意思に基づく場合には任意性を肯定する余地があるというように、中止犯の成否の基準が具体化されており、この点で実践的意義が認められます。さらに、関連する問題として、予備の中止、共犯関係からの離脱の問題が検討され、中止犯との関係が明らかにされ、後者については離脱の要件の新たな類型化を試みています。以上のように、本論文は、中止犯の理論構造の解明から、その法的性格、刑の減免根拠を明確にして、比較法的考察を踏まえて、中止犯の成立要件、判断基準、周辺領域の問題の検討に至るまでの実際上の問題解決をも目指している点で特筆に値するものといえます。よって、本論文は、博士(法学)(同志社大学)の学位論文として十分な価値を有するものと認める。

## 総合試験結果の要旨

2009年2月10日

論文題目： 中止犯の研究

学位申請者： 王 昭武

審査委員：

主 査： 法学研究科 教授 松原 久利

副 査： 法学研究科 教授 瀬川 晃

副 査： 司法研究科 教授 十河 太朗

要 旨：

審査委員は、2009年1月28日、午後7時20分から8時40分まで、博遠館302番教室で口述試問を行った。学位請求者は、本論文の問題意識をはじめ内容および関連事項に関する多岐にわたる質疑に対して、終始的確な応答を行い、当該分野ならびに関連領域に関する専門知識を十分に有するとともに、高度な学術的考察力を備えていることを示した。また、申請者は、本論文の執筆にあたり、外国語文献として、日本語および英語の文献を多数資料として用いており、この分野において必要な日本語、英語を含む語学能力を十分に備えていると判断した。

よって、総合試験の結果は合格であると認める。

# 博士学位論文要旨

論文題目： 中止犯の研究

氏名： 王 昭武

## 要 旨：

中止犯(中止未遂)とは、犯罪の実行に着手したが、自己の意思により犯罪を中止した場合をいい、その刑は、必要的に減輕または免除される(刑法43条但書)。一般に、中止犯が成立するためには、任意性、中止行為、既遂危険の消滅(結果の不発生)という3つの要件を充足することが必要であるとされている。

中止犯の意義や成立要件をめぐるは古くから盛んに議論されており、学説の対立は、依然として続いている。とくに、①中止犯の減免根拠とその成立要件との理論的一貫性をどう保持していくのか、②中止行為というためにはどのような行為がなされることが必要か、③どのような基準によって任意性の有無を判断すべきか、④予備の中止に中止未遂の規定を準用すべきか、準用するならばどのように準用するか、という4点について議論を深めていく必要がある。さらに近年になってその延長線として、⑤共犯の中止と共犯の離脱とはどのような関係にあるのかについても高い関心が寄せられている。本稿は、その5つの課題を中心に、中止犯の意義および成立要件について検討するものである。

本稿の構成は、次のとおりである。

最近、中止犯が認められても常に不処罰になるわけではなく単に刑の必要的減免に止まるため、中止犯の問題を検討することの実務的意義を疑問視する見解もみられる。その疑問を払拭するために、第1章では、前提的考察として、中止犯の法的性格や成立要件を論ずることは依然として重要な課題であることを改めて確認するとともに、諸外国において中止犯がどのように取り扱われているのかを概観する。

第2章では、比較法的考察として、中国における中止犯の取扱いを紹介する。中国では、中止犯の成立要件や刑の減免の選択基準などをめぐって独自の議論が展開されており、そうした議論の内容を検討することは、日本の問題解決にとっても有益である。とくに、中国刑法24条2項は、「損害」の有無という客観的な基準をもって減輕か免除かという中止効果を決めることとしている。それは、いかなる基準によって刑の減輕と免除のいずれを選択するかについてほとんど問題視されていなかった日本刑法に一定の示唆を与えると思われる。

第3章では、中止犯において必要的に刑が減免される根拠はどこにあるかという中止犯の法的性格について考察し、それを中止犯の根本問題であると位置づける。これは従来、中止犯の「法的性格」論として議論されてきたものであり、犯罪論における基本的立場の相違に基づいて、さまざまな見解が主張されている。

本稿は、違法二元論および規範的責任論の立場から総合説を採用した上で、中止犯の成立要件のうち「任意性」、「危険の消滅」は違法性の減少、「任意性」、「中止行為」は責任の減少、「任意性」、「中止行為」、「危険の消滅」は政策的考慮をそれぞれ根拠づけると主張する。また、法律説と政策説の関係について、政策説は法律説の補充的存在に過ぎないという通説的な見解を批判し、政策説は法律説の補充的存在ではなく、むしろ法律説の前提となるものであることを指摘する。さらに、中止効果としての刑の免除と減輕をどのような基準によって選択するかについては、法文には明確な基準が示されておらず、学説も、この点について明確な判断指針を示してこなかったが、本稿は、刑の必要的減免は刑の「必要的減輕」と「裁量的免除」を意味し、両者を区別してそれぞれの基準を考えるべきであるとの理解に立ち、その基準を提示する。

第4章および第5章では、中止犯の成立要件である中止行為および任意性についてそれぞれ検討する。

まず、第4章では、任意性について検討する。中止未遂が成立するためには、行為者がどの程度の中止行為を行わなければならないのかが問題となる。特に検討を要するのは、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3点である。本稿は、これらの点について次のような結論を主張する。第1に、任意性→中止行為という従来の一般的な判断の順序は43条後段の条文に忠実に従ったものではあるが、中止行為→任意性へ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。第2に、着手中止と実行中止という概念的区別に拘泥することなく、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によって中止行為の態様を決定する因果関係遮断説が妥当である。第3に、中止行為といえるためには、「中止行為」と「犯罪を中止した」ことがあれば足り、その両者の間に因果関係がなくてもよく、しかも、結果の防止を目的としたものであること、結果防止にとって必要かつ相当な行為であることが必要であり、且つそれで足りるから、真摯性の要件は必要ではない。また、中止未遂はあくまでも広義の未遂犯の一形態にすぎないから、結果が発生した以上は中止未遂が成立することはなく、結果防止のための行為者の努力は量刑事情として考慮されるにすぎない。

次に、第5章では、任意性について検討する。中止未遂が障害未遂から区別される最大の要件は中止行為の任意性であり、いかなる場合に任意性があるかという任意性の判断基準に関する問題は、まさに「中止犯解釈の最大の争点」でもある。判例は、何らかの形で後悔や憐憫など中止動機の倫理性を重視しているのに対して、学説上は激しい論争が繰り広げられ、法的性格の把握と関連して非常に複雑な様相を呈している。本稿は、減免根拠と判断基準との整合性に着目した上で、これまで厳しい批判を受けてきた限定主観説の主張は正確には理解されてこなかったのではないかという問題意識から、脱倫理性の有無によって限定主観説を従来の限定主観説と新しい限定主観説に分ける。その上で、「新しい限定主観説」を基本とする折衷説という独自の見解を提唱する。具体的には、まず、ここにいう任意性は、単に行行為者の自発的意思であるというだけでなく、中止未遂の法的趣旨の実現に寄与し、違法性または責任の減少を根拠づけられる法的意味での任意性でなければならないから、行為者が悪かったと思ってやめたという程度の「法敵対的意思の放棄」、「法益侵害回避意思」が必要である。さらに、「新しい限定主観説」に一定の限定を加える必要があり、それは、社会一般人の目から見て、「行為者本人の属する類型人」ならばその状況下で「やろうと思えばできた」と思ったであろうという程度の客観性に根拠づけられる必要である。

第6章では、予備の中止について検討する。いわゆる「予備の中止」に対して中止未遂(刑法43条但書)の規定が類推適用ないし準用されるか否かという問題は、従来から争われてきたテーマの一つである。判例は、一貫して消極説に立つのに対して、学説上は消極説、積極説、二分説の対立が見られる。

中止犯の法的性格に関して総合説をとる本稿の立場によれば、まず、刑法43条但書の類推適用の可否については、予備の中止には中止未遂の規定を適用できないものの、刑事政策的意義があり(中止犯の法的性格)、かつ刑の不均衡を解消する必要がある(刑の均衡論)から、準用ないし類推適用をすべきであり、次に、準用の方式については、予備の中止に免除のみを認めるべきである、との結論に至る。

第7章では、日本のほかイギリスおよび中国の議論を参照しつつ、共犯関係からの離脱について検討を加える。現行刑法には、共犯関係からの離脱のような事態についての取扱いを定めた規定は存在しなく、従来の判例と通説はこうした事態を単独正犯の場合と同様に解し、もっぱら共犯における中止犯の問題として取り扱ってきた。

本稿は、①離脱の要件、②離脱の効果、③「共犯の中止」と「共犯の離脱」の関係、④単独正犯の中止犯との整合性、という4つの問題を提起し考察することによって、離脱の問題の実体を明らかにし、共犯関係解消説を主張する。それは、因果的共犯論を基本としながら、離脱の成否を、離脱者が自己の行為の因果的影響力を断ち切ったかどうかによってではなく、実質的に既存の共犯関係を解消させたかどうかによって判断すべきであるとするものである。とくに、共犯関係からの離脱の法的性格について、従来、それは「中止未遂として救済されない落ちこぼれの救済対策」であるといわれてきたが、本稿は、離脱の問題は中止犯の問題と次元の違うものであり、離脱は中止犯が否定された場合の救済策としての性格を有しなくなったと主張する。さらに、判例および学説は、一般に離脱を着手前の離脱と着手後の離脱に分け、それぞれに異なる要件を要求しているのに対して、本稿は、離脱の時期より重要なのは離脱者の共犯関係における役割であり、共犯類型ないし関与形式の違いに着目しつつ、共犯関係における共犯者の役割に応じて、それぞれの要件を具体的に検討すべきであると主張する。