

大審院時代における中止未遂の 任意性の判断基準について

山 内 義 廣

1. はじめに

我が刑法第43条は「自己の意思により」犯罪行為を中止した場合、中止未遂として必要的減軽又は免除とし、障害未遂と比較して科刑上特別に考慮した。ドイツにおいては中止未遂については不処罰という大きな特典がご褒美として行為者に与えられている。¹⁾ この犯罪行為中止の意思については「意思の任意性」が問題にされ、その判断基準をどこに求めるかについて現在にいたるまで学説上多くの議論がなされてきた。²⁾

このことは判例においても同様である。³⁾ 特に判例においては、社会防衛的見地からの判断が強い場合には意思の任意性の判断は厳格であるが、その逆に、犯行を中止した行為者の人格尊重という見地からの判断が強い場合には、意思の任意性の判断は拡張される傾向が明らかである。実際に行行為者が犯行を中止する場合、中止動機そのものが全く外部から自立し、自己設定的に形成されることはなく、多くの場合、外部的な障害が行為者の意思に何らかの影響を与え、その結果、犯行が中止される場合がほとんどである。したがって、そのことを念頭において中止未遂の意思の任意性を考えるのであれば、ただ単に機械的に事を自己の意思によったか、よらなかったかを判断するのではなく、自己の意思活動によって犯行が中止された場合の意思活動そのものが障害となるものから自由であったか、自由でなかったかによって、意思の任意性の判断基準を考えなければならない。

刑法第43条の「自己の意思により」の概念が不明瞭であることから、判

例においては「発覚を恐れて」、あるいは、「恐怖・驚愕のあまり」、あるいは、「憐憫の情によって」犯行を中止した場合等いろいろなケースが問題とされ、それぞれの任意性の判断がなされているが、いまだ確定的・統一的基準がないのが実情である。

本稿では、大審院時代の判例（一部最高裁時代の判例を使用）を中心として、犯罪中止原因と犯罪中止行為との関係について判例分析を行い、それらの判例が後の最高裁時代の判例にどのように影響を与えているか考察する。

- 注 1) ドイツ刑法24条では中止未遂の取り扱いについて不処罰（straflos）にしている。それゆえ中止未遂の法的性格として刑事政策説が主流である。リストの「後退のための黄金の橋」（eine goldene Brücke zum Rückzuge）という言葉で代表されている。List-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 26. Aufl (1932), S315.
- 2) 日本においては純主観説、規範的主観説、客観説、折衷説等が主張されている。古くは、宮本英修著「刑法大綱」、木村亀二著「中止未遂の概念」、牧野英一著「刑法総論」、同「刑法研究第8巻」、小野清一郎著「刑法講義全」、現在では香川達夫著「刑法総論」、同「障害未遂と中止未遂の区別」（法学セミナー28号33頁）、木村静子著「中止犯」（刑法講座4巻31頁）など多数。
- 3) 最高裁の判決では比較的中止未遂の成立を肯定する傾向は少ないが（昭和24年7月29日・刑集3巻8号1174頁以下、昭和32年9月16日・刑集11巻2202頁以下）、下級審判決では最近中止未遂の成立を肯定する傾向が強い（横浜地裁昭和52年9月19日・判時876号128頁以下、宮崎地裁昭和59年1月15日・判タ525号302頁以下、福岡高裁昭和61年3月6日・判時1193号152頁以下、東京高裁昭和62年7月16日・判時1247頁以下）。

II. 判例の内容とその検討

—犯行中止理由と中止未遂の成立の是非に関して—

昭和20年代、30年代に最高裁判所が中止未遂の成立を否定した判決を出していることや最近の下級裁判所が比較的中止未遂の成立を肯定している判決を出していることが大審院時代の判決とどのような関係にあるのか、大審院時代のいくつかの判例における事実の概要と判決理由を概観しながら検討する。その方法としてまず第一に、中止未遂の要件としての「自己に意思による」とはどのような場合なのか、第二に、犯行中止の原因がどのような場合に行為者の意思の任意性を認めるのか、具体的には行為者の恐怖や驚愕によって犯行を中止した場合や被害者の抵抗により犯行を中止した場合にどのように取り扱っているのか、第三に、犯罪行為者以外の第三者の行為の介入によって結果発生を阻止した場合、どのように取り扱っているのかを検討する。又、その検討の過程で、中止未遂の成立を肯定してもよい事例もあるのではないかも考えてみたい。

(1) 中止未遂の成立要件としての「自己の意思による」の意味

①詐欺未遂私文書偽造行使被告事件（犯行の発覚と犯行中止）—大審院判決・昭和9年9月17日

イ. 事実の概要

「被告人はその業務の関係上……訴訟手続強制執行手続等に相当精通し居るものなるところ、昭和8年10月28日……小野寺マサエより同人の母同所小野寺ツノが……若松繁治より延滞家賃債権に基づく強制執行として有体動産の差し押さえを受け、競売期日がその日に迫れるところを聞き、これが対策を諮らるるや即座に先取特権ある他人名義の虚偽の債権をもって配当要求を申し立て配当名義にて売得金を騙取せんことを企て、同日肩書自宅6畳間において犯意継続の上行使の目

的にて、予て印刷に付し所持し居りたる用紙を使用し……早坂丈之助の代理資格を冒用し、被告人が同人の代理人として同人の小野寺ツノに対する金93円54銭の飯米代金債権に基き、右強制競売に付き配当要求を為す旨の同日付仙台区裁判所執達吏菅原久治宛配当要求申し立て書1通と右早坂丈之助の氏名を冒書し、その名下に有合印を押捺して同人作成名義の、同人が小野寺ツノに対する執行委任申し立ての件を被告人に委任する旨の同日付委任状1通とを順次偽造し、同日小野寺ツノ方においてこれらを一括し、競売の為臨場したる執達吏菅原久治代理柴崎利吉に対し真正に成立したるものとして交付行使し、因て同人竝関係人等を欺罔し、売得金の配当を受けこれを騙取しようとしたるが、その後若松繁治において右債権は虚構のものなりとして被告人に対する告訴をなすべき模様あることを聞知し、犯行の発覚を恐れ、やむを得ず昭和9年3月6日付けをもって該配当要求を抛棄するに至り、配当金騙取をとげざりしものなり。

弁護人等は被告人等が本件配当要求を抛棄したるは、所謂自己の意思に因りて犯罪の完成を止めたる場合に該当し、中止犯をもって論ずべきものなりと主張すれども……本件配当要求を抛棄したるは若松繁治より告訴せらるるにおいてはその犯行の発覚を免れ難く、到底配当金騙取の目的を遂ぐるをえざるが為、やむなくその抛棄をなしたること明白なりとす。左れば申し立ての抛棄をなすにいたりたるは、意外の障害によりたるものに外ならずしてこれを目して中止未遂なりと解するを得ざるがゆえに弁護人等の右主張は採用せず。果して然らば、判示犯罪はその証明ありたるものとす……」。

ロ. 判決理由

弁護人上告趣意書第1点は原判決はその理由中「……被告人が本件配当要求を抛棄したるは、所謂自己の意思に因りて犯罪の完成を止めたる場合に該当し、中止犯をもって論ずべきものなりと主張すれども

これを……被告人が本件配当要求を抛棄したるは、若松繁治より告訴せらるるにおいてはその犯行の発覚を免れ難く、到底配当騙取の目的を遂ぐるを得ざるが為、やむなくその抛棄をなすにいたりたること明白なりとす。左すれば申し立ての抛棄をなすに至りたるは、意外の障害によりたるものに外ならずしてこれを目して中止未遂なりと解するを得ざるがゆえに、弁護人等の右主張は採用せず」と判示し、原審弁護人等の右主張を排斥せられたり。しかれども、刑の減免の事由たる中止未遂に要件とする所は、犯人が犯意を翻し、かつ、自己の意思により犯罪の実行行為を中止するか、又は、その終了後においては結果の発生を防止することを要すると同時に、其等の事実あるをもって足り、その動機遠因のいかん等はこれを問わざるものなることは学説判例の一致する所なり。従って、犯人が衷心より一旦着手したる犯行を悔悟して自らこれを中止し、又は、結果の発生を防止したる場合なると、将又、将来犯行の発覚すべきことに付き危惧の念を起し、自らこれを遂行することを思い止どまりたるものなるとを問わず、等しく中止未遂たるを失しなわざるものといわざるべからず。本件に付いてこれを観るに、被告人が本件配当要求の抛棄をなしたるは……犯人観ずから既遂状態の惹起を止め、又は、結果の発生を防止し、もって犯罪による実害発生を避止せしめんとする刑事政策に基きたるものなるをもって、いやしくも犯人が自己の自由なる意思に基きて犯行を中止したる場合においては、その動機のいかんを問わずこれを中止未遂として論ずるをもって刑法の精神にそぐうものといわざるべからず。しかるに、もし原判決の見解のごとく将来犯行の発覚すべきことを惧れ、その発覚の暁においては目的の遂行不可能なるべきことを慮りて犯行を中止したる場合は、これ意外の障害による中止にして中止未遂をもって論ずべきものにあらざとせんが、犯人がその理性の命ずる所に従い衷心より前非を悔悟して中止したる場合の外は中止未遂を認めざる

ことに帰着し、折角刑法が採用したる此の刑事政策的規定の効用の大半を没却するに至るべし。蓋し、刑法の示せる規範に対し初めよりこれを遵守して犯行を敢てせざるは、国民として又社会の一員として当然の義務に属すると同時に、人として踏むべき当然の道なりといえども、一旦その規範を犯したる後においても未だ既遂の状態にいたらず、又は、結果の発生を見ざる間に犯人自身の意思に基き犯行を中止し、又は、結果の発生を防止するは、これまた、犯罪の着手後における規範の遵守に外ならざるをもってその動機が犯行の発覚に対する危惧に基くと否とを問わず、これが取り扱いを未遂罪と区別し、減輕せる科刑、又は、刑の免除をもって臨むは、刑事政策の当を得たるものというべく。而して、犯行の中止はその発覚に対する危惧の念に基く場合、最も多きに居るべければなり。況んや、本件被告人が当初犯行に着手したる動機は記録上明白なるがごとく……結局被告人の計画したる犯行は、最早その目的を遂げるの必要なきに至りたると、又、咄嗟の間に他人の急場を救わんが為企画実行したる犯行を後悔せんとにより、若松繁治が仙台区裁判所検事局へ告訴をなしたる昭和9年3月30日より20数日以前なる同月6日配当要求の抛棄をなしたるものにして、原判決認定のごとく若松繁治よりの告訴を恐れ、やむなく抛棄するにいたるものにあらざるにおいておや。しかるに、原判決は被告人の右配当要求抛棄をもって意外の障害によりたるものと断じ、刑法第43条但し書きを適用せずして未遂罪をもって論ぜられたるは、華境擬律錯誤の違法あるものにして破毀せらるべきものと信ずというにあれとも。

原判示によれば、所論配当要求の抛棄は差押債権者若松繁治より告訴せらるるにおいては、被告人に犯行発覚し到底配当金騙取の目的を遂げるを得ざる為、やむを得ず抛棄するにいたりたるものにして、斯くのごとく意外の障害によりやむを得ずして抛棄したる場合にありては、任意に実行を中止したるものと為すべきものというべからず。所

謂障害未遂をもって論じたる原判決は、正当にして所論のごとき擬律錯誤の違法あるものというべからず。論旨理由なし……」²⁾。

ハ. 本判決の検討

本判決では判決理由に示されているように、売得金騙取の犯行が偶然にも告訴されることによって発覚する可能性が高いことから犯行を中止したわけである。したがって、被害者の告訴が犯罪行為者にとっては犯行続行にとって予想もしていなかった意外の障害となって犯罪行為者の意思に作用したのである。このことは牧野説によれば「動機から実行を中絶することがわれわれの経験に照らし一般的なことでありと認められる場合においては、その動機は意外の障害に属することになるのであるし、動機と実行の中絶との関係が経験的には一般に期待されない場合においては、われわれはこれを称して『自己の意思に因り』中止したものとするのである」³⁾と説明されている。つまり、本判決は意外の障害による犯行中止の場合は、中止の動機に意思の任意性を認めないことを意味する。これと同旨の判例はいくつかあり、その判決要旨では「意外の障害によって犯罪を中止したときは中止犯ではない」⁴⁾とか、「意外の障害により犯罪の遂行をさまたげられたもので自己の自由な意思をもって犯罪の実行を中止したものでないときは中止犯ではない」⁵⁾とか、「意外の障害によりやむを得ないで中止したときは中止犯ではない」⁶⁾とされている。これらの判決は、東京高等裁判所の強盗未遂窃盗被告事件の判決にも示されているように「ピストルを見ても驚きもせず、平然として金を出せと云う脅迫にも応ずる気配がなかったことは被告人にとって思いもかけなかったことであり、そのため、強盗の目的を達することができなかった場合は、正しく意外の障害によりその目的を遂げなかったもので、中止未遂でなく、障害未遂である」⁷⁾として影響を与えている。他の判例でも表現は異なるものの「外部的障害の原因がないにも拘わらず、内部的原因により

即ち犯人の意思に拘わらない事情によって強制せられることなき任意に実行を中止し又は結果の発生を防止するのが中止犯であって⁸⁾として前示の判例と同旨のものがある。妥当な判決だと思う。

- 注 1) 大刑集13卷1180頁～1181頁引用・参照
2) 大刑集13卷1182頁～1185頁引用・参照
3) 牧野英一著・刑法研究8卷265頁
4) 大刑録5輯9巻81頁以下
5) 大判大正2年2月7日・新聞847号28頁
6) 大判昭和9年9月17日・大刑集13卷1178頁
7) 東京高裁昭和31年1月17日・高刑集9巻1号9頁～11頁
8) 大判大正2年11月18日・大刑録19輯1212頁

②建造物侵入窃盗未遂被告事件（目的物不発見と犯行中止）一大審院判決・昭和21年11月27日

イ．事実の概要

被告人等は大平義美と共謀の上、石鹼窃取の目的をもって昭和21年1月30日進駐軍の看守に係わる青森県草津軽郡筒井村所在第93部隊兵舎内物置に侵入してその内部を物色探索したるも、目的物を発見することができなかった為、窃取の目的を遂げなかったものである。¹⁾

ロ．判決理由

弁護人阿保浅次郎の上告趣意書の要旨は、その第1点において本件窃盗は未遂犯でなく中止犯である。被告人等は犯罪の遂行を中止したこと明らかである。被告人等があくまで窃取の目的を貫徹せんとする意思があったならば、更に進んで他の方面を物色するのが当然であるのに、事茲に出でなかったのは、犯罪を中止した為である。然るに、原審がこれを未遂犯として処断したのは擬律錯誤であると言い…これらに対し本院は次のように判断した。……。

次に……弁護人阿保浅次郎の論旨第一点についてであるが、抑も中

止犯は犯人が自己の任意の行為によって結果の発生を防止した場合であって、これ本件窃盗の事実について見るに、窃取という結果の不発生は目的物の不発見と云うことに原由して居り、その目的物不発見と云うことは到底被告人等の任意的行為による原因事実とは謂い得ないので、所詮これは中止犯をもって論すべき筋合いではない。況んや、被告人等の盗取の断念が目的物不発覚の後の事実であると云うに至っては、尚更のことである。弁護人阿保浅次郎の所論中に、被告人等があくまで窃取の目的を貫徹せんとする意思があったならば、更に進んで他の方面を物色したであろうに、事茲に出でなかったのは犯罪を中止した為である、と主張しているが、この主張たるや証拠によらないで事実を想定し、その想定した事実に対して法律上の判断を下そうとするものに外ならず、固より採用に値しない。原判決には既に説明したように重大なる事実の誤認もなく、又、擬律錯誤の違法もない。従って、各論旨はいづれも理由なきものと謂はなくてはならない。…²⁾
…。

ハ. 本判決の検討

本判決では目的物不発見は被告人が犯行を中止するについて任意的行為による原因事実とはいえないとして中止犯の成立を認めなかった。このような判決の趣旨は後の最高裁判決のなかにも貫かれており「その驚愕の原因となった諸般の状況が被告人の犯意の遂行を思い止まらしめる障害の事情として客観性あるものと認められるときは、障害未遂であって中止犯ではない」³⁾として記されている。同様に別の最高裁判決でも「被告人の犯行完成の意力を抑圧した事情原因が、犯罪の完成を妨害するに足る性質の障害に基くものと認められる場合は、いわゆる中止未遂ではなく障害未遂である。」⁴⁾と記されている。妥当な判決だと思う。

- 注 1) 大刑集25卷56頁引用・参照
2) 大刑集25卷56頁～59頁引用・参照
3) 最高裁判昭和24年7月9日・最刑集3巻8号1174頁引用・参照
4) 最高裁判昭和32年9月10日・最刑集11巻9号2202頁引用・参照

③放火未遂被告事件（発覚の恐怖と犯行中止）——大審院判決・昭和12年9月21日

イ．事実の概要

被告人前田清治は曾て相当の資産を有し居りたるも、近年多額の負債を生じ、その為不動産の一部を売却するのやむなきに立ち至り家運衰頹の悲境に陥り、これが挽回に焦慮し乍ら、敢えて家人に秘し、昭和10年12月5日その所有に係わる肩書住居の木造瓦葺二階建住家、同既舎兼物置、同倉庫、計三棟及び家財道具衣類等一切に付き大北火災海上運送株式会社との間に保険金額一万円、保険期間満一箇年の火災保険契約を締結したるを奇貨とし、該住家等を焼燬して保険金を獲得せんと企て、同日自家の農事に雇い居たる被告人鬼山好松が貧窮し居り利に走り易きより、同人に右意図を打ち明け且つ報酬金三百円を与える旨約してその実行擔任方を依頼し、その賛同を得。爾後、数回に互り肩書居村差出平山林内その他において放火の方法場所日時等を協議し、特に前示山林内に被告人両名相会したる際、被告人好松の発案に係わる放火方法として線香一束の一端に点火し、他端に枯木を置き枯木に燃え移るや否やを実験したところ、難なく奏功したるより該方法によるべしとなし。被告人両名共謀の上、被告人好松においていづれも被告人清治方前示住家に延燃せしむる目的をもって、第一、昭和11年10月22日午前5時半頃（イ）前示被告人清治方住家の北側に隣接せる森才治所有の杉皮葺平屋建薪小屋内に……線香一束を中途より半折せるものを架し、その上に桑の小枝を積み重ね燐寸にて右線香に点火し、（ロ）次て被告人清治方住家の南側に至りこれと接着する芦

塚又四郎の住家に近接する甲斐繁一方麦藁葺平屋建住家の西南の庇先に点火せる線香の束を差し込み、もって放火したるが（イ）の分は、被告人清治において放火の時刻遅き為、犯行の発覚を恐れて前記媒介物を取り除きて消し止め（ロ）の分は、線香より僅かに藁屋根に延焼したるも未だ独立燃焼の域に達せざる間に甲斐繁一等の発見消火するところなり。いずれも所期の目的を遂げず。第二、同月24日午前2時頃更に点火せる線香一束を竹筒に詰め込み、該竹筒を前示甲斐繁一方住家の北側藁屋根に投げ付けてこれを放火したるも、これ又独立燃焼の域にたっせざる内、甲斐繁一の発見消火するところなり、僅かに該部分を燦焼するに止り、所期の目的をとげざりしものなり。……。

ロ. 判決理由

弁護人鬼塚政美上告趣意書第二点原判決は、重大なる事実の誤認あるものと信ず。即ち、前示森才治方薪小屋内の放火に付き被告人清治において、放火の時刻遅き為犯行の発覚を恐れて前示媒介物を取り除きて消し止め、所期の目的を遂げずとなせるも、右被告人の中止行為は、実に下記の如き事情に因るものとす……「私（前田清治）はそのままにして置けば夜があけてより右線香の火が薪の割木に次第次第に燃え移って火事を起こすことが当然であり、又、放火の嫌疑を直接に受けて発覚することになると思ったので、右竹筒の線香と右桑の枯木を持ち去りて、急いで私方馬小屋傍の風呂釜の所に参り、右線香は揉消、右竹筒と桑の枯木を右竈内入れ置きました。右桑の枯枝と線香は後に右竈で火を焚いたる時その火の中に入れて焼き捨てました」と自白し居りて、その内容を要約すれば、当該日時好松が放火することを阻止する目的をもって同人が旅行先より帰村するを待ち受け、好松が汽車に由りて帰るも、将た自動車に由りて帰るも、必然的に通過すべき地点たる愛野駅前なる城崎善十方に夜を徹して監視したるも、相会せず。右善十方より出入りして好松を探し求めたるも又目的を達せず。

早曉自宅に立ち寄りたる後、隣家森才治方薪小屋内の放火を知りて放火材料を取り除き消し止めたりと云うにありて、右場所、その場合にありて、被告人が如何に放火行為を遮断すべく努力したるかを知るべきなり。……前記被告人の行動は、被告人清治において放火の時刻遅き為、犯行の発覚を恐れて前記媒介物を取り除き消し止めたるに止まらずして、その前日より企画したる好松の放火行為を遮断せしむる目的をもって意思発動し、阻止し、中絶せしめたるものと云うべく。所謂犯罪の中止に該当すべきものと信ず。故に、原判決は事実の誤認あるものと云わざるべからずと云うに在れども。

原判決挙示の証拠に徴すれば、原判決の如く被告人清治が放火の媒介物を取り除きこれを消し止めたるは、放火の時刻遅く発火早曉に及ぶ虞れありし為、犯罪の発覚を恐れたるに因るものなることを認むるに足るべく。犯罪の発覚を恐ることは経験上一般に犯罪の遂行を妨ぐるの事情たり得べきものなるをもって、右被告人の所為は障害未遂にしてこれを任意中止をもって目すべきものにあらず。……²⁾

ハ、本判決の検討

本判決では放火の時刻が遅いため、犯行の発覚を恐れて放火の為の媒介物を取り除き消し止めたのは任意な意思によるものではないとしている。この場合、犯罪の発覚を恐れて犯行を中止したことは、一般の経験に照らし合わせた場合、犯罪の遂行を妨げる事情であり、特に犯罪行為者にとって特別なものではないとことを意味する。同旨の判決は他の裁判例にもある。それは「犯行の結果の発生を防止するに至った原由事実が経験上一般に犯罪の遂行を妨げる事情たり得べきものであるときは、障害未遂で、中止未遂ではない。³⁾」とか、「行為を中止するに至った事情が、一般の経験上その種の行為においては行為者の意思決定に相当強度の支配力を及ぼすべき外部的事情が存したときは、犯行中止につき任意性を欠き、中止未遂ではない⁴⁾」と記されている。妥当

な判決だと思う。

- 注 1) 大刑集16巻1304頁～1305頁引用・参照
2) 大刑集16巻1306頁～1309頁引用・参照
3) 大判昭和12年9月21日・新聞4207号18頁引用・参照
4) 東京高裁判昭和39年8月5日・高刑集17巻6号557頁引用・参照

(2) 恐怖・驚愕による犯行中止と中止未遂の成立の是非

①殺人未遂被告事件（恐怖による犯行中止）—大審院判決・昭和11年 3月 6 日

イ. 事実の概要

被告人は昭和10年 6 月初旬……畳商堺友一より家屋建築を請け負い、同月末頃これを竣工して引き渡したるが、右請け負い外に湯殿の板囲及び畳製作台の工作の依頼をうけたるより、これをもほとんど同時に完成し遣りたるにもかかわらず、友一において、右請け負い外の工事に対する工賃合計 6 円90銭の支払いを為さざりしをもって家人を遣わしこれが支払い方を請求せしめたるも、その支払いを為さざるより被告人は痛く憤慨し、同年 9 月14日の朝自らこれが請求を為すべく友一方に赴きたるも同人が不在なりし為、一旦立ち帰りたるところ、同日午後 5 時頃友一が被告人方を訪れ来るたるより更めて同人に右賃金の支払い方を請求し、かつ、その不誠意を難したる結果、友一も漸く自己の非を悟り……翌日支払いの引き合いを為すべき旨約して帰りかけたるも更に引き返し来り、被告人に対して「僅かの金を請求せぬでも宜いではないか」と不遜の言辞を弄したるより、被告人は酒気も手伝い極度に昂奮し、意地にて同夜中に右賃金を取り立てんものと同夜 7 時頃自宅にありたる白鞘短刀を密かに懷中為し、友一と同道して同人方に至り 2 階 6 畳の間において相對座し、怒気を含んで再び右賃金の請求を為すや友一は……容易に請求に応ずる色なかりし為、被告人

は友一が飽くまで自己を愚弄し賃金の支払いを肯せざるものと思惟し、憤激の極茲に同人殺害して怨を霽さむことを決意し、直に右手にて前記所携の短刀を引き抜き様、友一の胸部を突き刺したるも急所を外れたる為同人の胸部及び左手などに治療日数約40日を要する切傷を蒙らしむに止まり、殺害の目的を遂げざりしものなり。……。

尚、弁護人は仮に被告人に堺友一を殺害するの意思ありたりとするも、被告人は友一を短刀にて一回突き刺したる後、その余裕のありしにもかかわらず自己の意思により更に続いて危害を加うることを中止したるものに他ならざる旨……被告人の供述によりて窺知い得るごとく、被告人が判示凶行後続いて友一に危害を加えざりし所以のものは、結局友一の胸部より吹き出したる流血を見て遽に恐怖心に駆られ、その恐怖心の為に危害を加えんとして加えざりしが為に他ならず。被告人自ら任意にこれを中止したるものにあらざるをもって右弁護人の辯疏は採用し難し。

ロ．判決理由

弁護人上告趣意書第一点においては……被告人は被害者を短刀で一回突き刺したる後、なおその余裕ありしにもかかわらず自己の意思により更に続いて危害を加える事を中止したるものなるにより、刑法第43条後段に該当するものなる旨、主張したることあきらかなり。しかるに、原審は……被告人が……被害者の胸部より吹き出したる流血を見て遽に恐怖心に駆られ、その恐怖心の為に危害を加えんとして加えざりしが為に他ならず。被告人自ら任意にこれを中止したるものにあらざるをもって、弁護人の辯疏は採用し難しと判示し、右法条の適用を排したり。しかれども、原判決は原判決証拠説明によるも「……自分は懷中の短刀を右手にて抜き取り様、何所と言う見当もなく友一の座って居るところを一突き突きたりすると、その時友一の胸の辺りからパット血が吹き出たのでハット我に帰り、友一に対して済まぬこ

とをしたと詫びを言うた後、自分は死んで詫びする積もりで右短刀を自分の腹に突き刺したるものなる旨の供述」とあるに止まり、被告人が爾後の犯行を中止したるは、被告人の任意によるにあらずして恐怖の為爾後の犯行を続ける事あたわざりしによるものなることは、弁護人の不敏なるが如何に窺わんとするも窺い知り得ざる次第なり「ハット血が吹き出たのでハット我に帰り」と言う丈けの事にて、恐怖のあまり爾後の犯行を続けんとするも続けるあたわずとまで解釈し敷衍するは果たして如何なものにや擬律錯誤の非難をうけるに庶きものならんや。…上告趣意書第二点において、仮に第一点の理由を認め得ずとするも、原判決は中止未遂を障害未遂と誤認したるに関する違法あるをまぬがれざるものと信ず。……。

犯人が人を殺そうとして短刀を抜きその胸部を突き刺したるも、流血の迸るを見て驟然これを止めたるときは、障害未遂犯にして中止犯と為らざるものとす。蓋し、中止犯たるには外部的障害の原因存せざるにかかわらず内部的原因により任意に実行を中止し、もしくは、結果の発生を防止したる場合なれば、流血の迸るを見て止むるは意外の障害に外ならざればなり。ゆえに、原判決は敍上の見解に基き本件を障害未遂犯としたるは相当なれば、被告人の行為は刑法第43条前段の未遂をもって論ずべく、同条但し書きの中止犯をもって擬律すべきものにあらず。したがって、原判決において²⁾弁護人の中止犯に関する擬疏を排斥したるは正当なり。論旨理由なし。

ハ. 本判決の検討

本判決では被告人が被害者の胸部より吹き出した流血をみて恐怖心に駆られて犯行を中止し、その後済まないことをしたとして短刀を自分の腹に刺したることについて噴き出た流血が障害となって犯行を中止したわけで、その中止は任意な意思に基づいたものではないとし、障害未遂を認定したものである。³⁾この判断について、学説は被告人が犯

行後自分の腹を刺したということは自己の行為に対する後悔の念があったのではないかと判断し中止未遂を認める見解⁴⁾や結果の発生を防止するという観点からすると被告人は何もしていないから中止未遂は認められないとする見解⁵⁾など議論が錯綜した。植松説ではフランクの公式⁶⁾からすると中止未遂にも障害未遂にも採れる事例だが、行為が終了したかどうかという点からすると中止犯の成立を認めるとはできないとしている。⁷⁾

思うに、パット迸る流血がなかった場合には犯行を継続する可能性が考えられることから流血は犯罪行為者にとって障害となったと考えるのが妥当ではないかと思う。しかも、行為者が自己の腹を刺した行為は罪の重さからの自己解放とも考えられるから、後悔の念にかられたと考えるのは無理なように思われる。被害者に対する積極的な救済行為の存在がなければ後悔の念の評価はできない。そのように考えると本判決は妥当である。

- 注 1) 大刑集16巻272頁～273頁引用・参照
2) 大刑集16巻274頁～277頁引用・参照
3) 同旨の判例として、大判昭和12年6月25日・大刑集16巻998頁、最高裁判昭和26年9月18日・最高裁裁判集刑53号53頁等がある
4) 竹田直平・法と経済8巻1号123頁以下参照、佐瀬判事・法学志林39巻8号128頁参照
5) 草野豹一郎・刑事判例研究4巻121頁、植松正・日本法学3巻7号122頁参照
6) Frank・Strafgesetzbuch、Kommentar 18 Aufl (1931) S.97
7) 植松正・前掲雑誌68頁以下参照

②強姦致死被告事件（驚愕による犯行中止）—最高裁判決・昭和24年7月9日

イ．事実の概要

被告人は終戦当時陸軍航空士官学校に在学し、その後私立大阪理工

学予科2年に編入し、3年に進級した。しかし、学費が乏しかったため休学し、実家山口に一時帰郷し、販売関係の仕事に従事することになり、商品の仕入れのため大阪に滞在していた。昭和21年10月16日午後6時30分頃外出から帰る途中、石切駅近くの墓地付近の道路上を通行中、前方に帰宅途中の奈良女子高等師範学校の学生であった被害者奥富美子の姿を見て劣情を催し、姦淫の目的で同所で突然同女に後ろから抱きつき両手で咽喉部を絞め人事不省に陥れたのち、同女を墓地内に引きずり込み同女を姦淫しようとして同女の陰部に人差指と中指とを挿入し目的を遂げようとしたところ、右石切駅に到着した大阪行電車の前燈の光の直射を受け、それによって二指に付着した血痕を見て驚愕し目的を果たすことなく逃げ帰ってしまった。その後、墓地付近に来た児童に助けをもとめ被害者宅に運びこんだが、被害者は17日午前二時頃遷延性窒息のため死亡するに至った。

ロ. 判決理由

原判決摘の事実とこれが証拠として挙示されたところについて見れば……被告人は人事不省に陥っている被害者を墓地内に引きずり込み、その上になり姦淫の所為に及ぼうとしたが、被告人は……容易に目的を遂げずかれこれ焦慮している際、突然約一丁をへだてた石切駅に停車した電車の前燈の直射を受け、よって犯行の現場を照明されたのみならず、その明かりによって被害者の陰部に挿入した二指を見たところ、赤黒い血が人差指から手の甲を伝わり手首まで一面に付着していたので……その出血に驚愕して姦淫の行為を中止したというにあることがわかる。かくのごとき諸般の状況は、被告人をして強姦の遂行を思い止まらしめる障害の事情として客観性のないものといえないのであって……反省悔悟してその所為を中止したとの事実は、原判決の認定せざるところである。また驚愕が犯行中止の動機であることは、矢部弁護人の所論のとうりであるけれども、その驚愕の原因となった

諸般の事情を考慮するときは、それが被告人の強姦の遂行に障害となるべき客観性ある事情であることは前述のとうりである以上、本件被告人の所為をもって原判決が障害未遂に該当するものとし、これを中止未遂に¹⁾あらずと判定したのは相当……。

ハ．本判決の検討

本判決では電車の照射による驚愕によって犯行を中止したことは、行為者にとって特別な原因とならず、一般的であったことから、犯行中止は任意な意思によるものではないと判断されたものである²⁾。したがって、驚愕に犯行中止を中止未遂の任意性の判断基準から除外したわけだが、このような判断は行為者の心理に驚愕がどのように作用したかを十分考慮していないと思われる。本判決のように、犯行中止の原因が行為者の犯行継続に障害であったのかどうかを客観的に判断するだけでは不十分である。本判決は大審院時代から主流であった行為者の主観的な認識に中止意思の任意性を見いだそうとする主観説によらず、行為者の認識を基礎に一般的見地より客観的に意思の任意性を判断しようとする客観説に従ったものである。本判決の妥当性については考慮を要する。

注 1) 最刑集3巻8号1174頁以下引用・参照

2) 驚愕して後悔及び憐憫の情にかられ犯行を中止した場合、下級審判決では中止未遂の成立を認めるものが多い。東京地裁判昭和40年12月10日・下刑集7巻12号2200頁以下、横浜地裁判昭和52年9月9日・判時876号128頁以下、福岡高裁判昭和61年1月15日・判時1193号152頁以下等

(3) 他人の行為による結果発生防止行為と中止未遂の成立の是非

①放火未遂被告事件—大審院判決・昭和4年9月17日

イ．事実の概要

被告人は大正13年に千葉市川町に約5千円を投じて3階3戸建長屋1棟を建築し、同家屋に同年12月31日東京火災保険株式会社と保険金4千円、さらに、昭和2年11月18日東神火災保険株式会社と保険金5千円、いずれも同日より満1ヶ年の火災保険契約の締結をし、爾来各年合計9千円の保険契約更新継続してきたところ、該家屋の賃借人たる石井辰之助は約2ヶ月分……の賃料を滞納し、なお他の地に所有する貸家数戸の家賃もまた延滞多くして取り立て意のごとくならず。しかも、これら貸家の経営に当たっては、主として借り入れ資金によりたるため、多額の負債を残し、その償却に苦慮していたところ、養女より金5百円借用の申し込みを受け、これが調達にも窮したるあまり、被告人は3戸建長屋を焼燬して、保険金を不法に領得しようと企画し、昭和3年12月7日午後11時頃、借家人石井辰之助及びその家族の居住する3戸建長屋北端の1戸階下物置の床下に、菓子空罐に古新聞紙虎印大箱燐寸1個、蹄鐵2個を入れ燐寸の間に太さ小指大長さ約2尺の麻縄を挿入したるものを差し置き、これに石油を注ぎ、麻縄の一端約2寸ぐらいを羽目板の外部に現出せしめ、これに点火すれば火は漸次伝わって床板等に燃え移るように装置し、よって同月17日午後6時頃、物置の裏手に至り麻縄の一端に点火したるにより火は該装置物件に燃え移り……該家屋の一部等燻焦もしくは炭火した。しかし、辰之助これを発見し、直ちに消し止めたため住宅を焼燬するに至らなかった。

本判決に対しては、原審の千葉地方裁判所及び東京控訴院は中止未遂の適用を認めなかった。これに対して、弁護人は「被告人は一旦放火した後、自ら放火材料である麻縄をもみ消したが、偶然その火が消えなかったため床板に火が燻焼してしまったので、被告人の行為は中止犯として刑法第43条但し書きを適用すべきである²⁾」と主張された。これに対して、判決は次のように判示した。

ロ．判決理由

「……唯中止犯に関しては結果の発生を現実防止したることを必要としないとする学説があるようだが、そのようなものは客観的刑法学説に類せられる謬説にして採るにあたいしない。既に被告人において、結果の発生を防止するに足る行為をなしたる以上、その効を奏せずして結果発生したとしても、被告人の意思の方面より見た時は結果発生しなかった場合とまったく異なるところなきが故に、この場合においても中止犯をもって論ずるを相当と認めるべきだというけれども、刑法第43条但し書きの自己の意思によりてこれをやめたるとして、刑の減輕または免除をなすには犯人自ら犯罪の完成を現実妨害したる事実が存することが必要である。原判示のごとく、被告人自ら点火した麻縄のもみ消しを試みたるも消火の効なく被告人以外の者において犯罪の完成を現実妨害したる場合にありては、同条但し書きを適用することができない……」³¹」。

第2審の東京控訴院は「……一旦放火した後、自ら悔悟の念に駆られて間もなく点火した麻縄をもみ消し、もって任意に犯行を中止したる旨主張するも、本件のように被告人の任意的犯行の中止が結果発生の防止に影響なく別に外部的障害によりて未遂状態を現出したる場合には、刑法第43条但し書きの中止犯をもって目すべきではなく、被告人の所為は同但し書きの適用をうけるべき場合に該当しないものである」⁴¹」。

②放火未遂被告事件—大審院判決・昭和6年12月5日

イ．事実の概要

被告人は昭和2年12月より旭川市の薬種商師尾護道方に店員として雇われていたが、同5年秋頃から雇い主の信用を失い、かつ、また、同年12月頃より雇い主の親族で同店の帳場掛である伊藤六郎と反目し、

両名に対してしだいに不快の念を抱くようになり、同6年3月頃雇い主に薬種商の試験を受けて将来は独立営業するため同年末に退店したい旨を申し出たところ、雇い主は試験の困難なことを被告人に告げ、即時に退店し受験準備に専念するよう告げた。そのことにより、被告人は即時退店することは不利であることから六郎に対して直ちに解雇せられないように取り計らいを懇願したところ、同人はこの懇願に応じなかった。そして、同月22日午後8時頃雇い主より同月25日をもって解雇する旨申し渡された。被告人は、このようになったのは護道と六郎の共謀の結果と思惟し、憤慨し、同日午後9時30分頃、護道方店舗を焼燬して鬱憤を晴らそうと決意した。そして、同日午後10時頃、燐寸を携えて同店舗2階薬品置き場に至り同所東南隅柱屋根裏側の一部を損壊し、その裂け目に点火する燐寸箱を差し入れ放火したが、居合わせた他の店員等に発見され消し止められたため、店舗焼燬の目的を遂げることができなかった。⁵⁾

本判決に対して第2審の札幌控訴院は中止犯を認めなかった。そこで被告人及び弁護人は「本件は被告人が犯行着手後自己の意思により消火に努めたものなれば中止犯として刑の減輕又は免除あるものなり⁶⁾」と主張した。

ロ. 判決理由

「……他人において犯罪の完成に要する結果の発生防止に着手したる上、犯人においてこれに協力し、よって結果の発生を防止しえたる場合においては、結果の発生防止は犯人の自発にいでたるものにあらざして他人の発意に基づくものに外ならざるにより、犯人の協力は最早障害未遂犯の成立を阻却するの効力なく、中止犯をもって論じることが得ない。原判決が其の判示事実において被告人は雇い主たる師尾護道方店舗を焼燬しようとして企て、同店舗二階東南隅柱屋根裏側一部を損壊しよう其の裂け目に放火したるも、居合わせた他の店員等の発

見するところとなり、消し止められたるため、放火部分を燦焼したるに止まり店舗焼燬の目的をとげざりしものなる旨判事したるは、本件放火罪の完成に必要な結果の発生防止を企画したる発意の方面より観察して、他の店員等において出火を発見し、これを消し止めたるに帰する旨を記述し、原判決の末段において本件出火は他の店員においてこれを発見し被告人は其の消火に協力したるに過ぎざる旨説示したるは、本件消火行為が被告人の発意に基づく行為に原因するものと見るを得ざる所以の事実の方面より記述したるものに外ならず。故に両者に齟齬する所なく且つ原審が判事事実に対し刑法第43条但し書きの規定を適用せざりしは違法にあらず……」⁷¹。

③放火未遂被告事件について一大審院判決・昭和12年6月25日

イ. 事実の概要

被告人は小学校卒業後家業である農業を手伝い、父磯三郎と祖母及び妻子等と同居し、仲仕稼をしていたが、身体虚弱のためほとんど徒食していた。その後、被告人は鍛冶屋を営もうとして父磯三郎にそのお金の調達を依頼したが不調に終わった。それを快く思わず、妻子があるにもかかわらず遊里に出入りし、そのため、遊興費に困り父や祖母に再三強請し、妻君恵とも折り合いがわるくなり家庭内に波風が絶えなくなった。そのような状況の中で、昭和11年12月23日被告人は朝遊郭より帰宅し、妻君恵と口論となった。その結果、妻君恵は子女2人を残し無断家出するに至った。被告人は煩悶の末、自暴自棄に陥り、自分も家出し父等を驚かして自分の要求を容れせしめて営業資金を調達しようとすると共に家出した妻の帰宅を促せしめようと思い立ち、同月25日午後8時頃父に対して10時頃までに家出に必要な費用10円を出金するよう要求した。しかし、父磯三郎はその要求に応ぜず、被告人の暴行を恐れて直ちに近隣の被告人の叔父方に逃避し、祖母もまた

逃避した。この仕打ちに被告人は憤慨し、思慮浅はかにも父磯三郎が所有し、現に被告人も同居している木造瓦葺き平屋建て母家に放火し、それを焼燬し、恨みを晴らそうと決意した。そして、同日午後10時30分頃家人の不在に乘じ、同家台所出入口の板戸等の所に枯松枝や干し草を積み、それらに点火し即時にその場を立ち去った。その際、被告人は居宅裏手の磯山隆男宅門前にさしかかった時、屋内より炎上する火勢を認め、にわかに恐怖心を生じ、磯山隆男に対して「放火したのでよろしく頼む」と叫びながら走り去った。そのことにより磯山隆男は直ぐに現場に駆けつけ消化し、枯松と干し草の一部を焼燬したに止まり、住居の焼燬に至らなかった。

本判決について原審の岡山地方裁判所と二審の鹿島控訴院は中止未遂の成立を否定した。それに対して弁護人は「原審が、本件事実は意外の障害に基づく中止であって中止未遂ではないというのは本人の真意を観察する事なく、ただ他人の行為の介在によって消火しえたのみを中心に判断したものであり、中止未遂の刑事政策的意味を没却するものである。つまり、自己の信念により結果発生防止のため犯行を中止する以上、直接に本人がこれをしなくても、第三者おしてこれをなさしめても、犯行中止の意思の任意性を区別するものではない⁸⁾」と主張された。これに対して、本判決は「中止未遂であるためにはすくなくとも犯人みずから結果の発生を防止するかまたは自ら防止したと同視するに足るべき程度の努力を払う必要がある⁹⁾」と判示した。

ロ. 判決理由

「刑法第43条但書に所謂、中止犯は犯人が犯罪に実行に着手したる後、その継続中任意にこれを中止し、もしくは、結果の発生を防止するにより成立するものにして、結果発生についての防止は必ずしも犯人単独にてこれに当たるの要なきこと勿論なりといえども、その自らこれに当たらざる場合は少なくとも犯人自身これが防止にあたりたる

と同視するに足るべき程度の努力を払うの要うあるものとす。今本件を觀るに、原判決の確定したる事実によれば、被告人は本件放火の實行に着手後、逃走の際火勢を認めついに恐怖心を生じ、判示磯山隆男に対し放火したるによりよろしく頼むと叫びながら走り去りたりと言うにあるをもって、被告人において、放火の結果發生の防止につき自らこれに当たりたると同視するに足るべき努力をつくしたるものと認めるを得ざるがゆえに、被告人の逃走後該磯山隆男等の消火行為により放火の結果發生を防止しえたりとするも、被告人の前示行為をもって本件犯罪の中止犯なりとみとめるをえず。¹⁰⁾……。

④判決の検討（判決①～③に関して）

前示した三つの事例は内容は多少違うが、ともに行為者が放火した後、行為者以外の第三者の行為の介入により放火による結果發生がくい止められた事例である。①の事例では、被告人自ら消火行為をしたが被害者が消し止めた事例である。この場合、被告人の消火行為は結果發生の防止になんら影響がなかったことから、中止未遂の成立を認めなかったものである。②の事例では、被告人が放火した際、居合わせた他の店員に発見され、ともに消火行為をして消し止めたが、その消火行為による結果發生防止は被告人の発意に基づくものではなく、他人の発意に基づくものであることから、中止未遂の成立が認められなかった事例である。③の事例では、被告人が放火した後、火の勢いに恐怖心を催し、「放火したのでよろしく頼む」と叫びながら走り去り、他人の消火行為により消し止めた事例である。自ら消火行為に当たると同視すべく努力がないことから、中止未遂の成立が認められなかった事例である。

周知のように、実行未遂における中止未遂の成立には第一に、結果發生について任意な意思に基づく真摯な防止行為が必要であり、第二

に、現実には結果の発生が防止されたことが必要である。¹¹⁾しかし、学説によっては真摯な努力さえあれば結果が発生しても中止未遂の成立が認められるとするものがある。¹²⁾本事例では他人の行為が介在していることから、この要件に該当する事例はないと思われる。そこで問題は、行為者による真摯な結果発生防止の努力に対して他人の行為が介在し、それによって結果発生が防止された場合に中止未遂の成立を認めるかどうかである。判例ではこの場合認めなかったが、¹³⁾他人の行為が介在しても行為者が自ら防止し得たと同視しうる真摯な努力があれば認めるように変更され、¹⁴⁾この傾向は最近の下級審判例にも受け継がれている。¹⁵⁾この場合結果防止の行為については従来積極的な行為が必要とされているが、消極的行為でも十分だと思われる。¹⁶⁾

注 1) 大刑集 8 巻447頁～448頁

2) 大刑集 8 巻449頁

3) 大刑集 8 巻449頁

4) 大刑集 8 巻448頁

5) 大刑集10巻689頁～690頁

6) 大刑集10巻690頁

7) 大刑集10巻693頁～694頁

8) 大刑集16巻 2 号1001頁

9) 大刑集16巻 2 号1003頁 (判決要旨)

10) 大刑集16巻 2 号1003頁

11) 香川達夫・注釈刑法 (2) のⅡ参照

12) 江家義男・刑法講義総則篇310頁以下、牧野英一・刑法総論365頁、刑法改正草案第24条 2 項がこのような場合中止未遂に準ずると規定していた。

13) 大判昭和 4 年 9 月17日・大刑集 8 巻446頁以下、大判昭和 6 年12月 5 日・大刑集10巻688頁以下

14) 大判昭和12年 6 月25日・大刑集16巻 2 号998頁以下

15) 宮崎地裁判昭和59年 1 月15日・判タ525号302頁以下、大阪地裁判昭和59年 6 月21日・判タ537号256頁以下

16) 内田文昭・刑法 I (総論) 258頁、同判タ609号20頁以下

Ⅲ．大審院時代における判例の特徴とその影響

中止未遂における意思の任意性を考察する際、犯行中止の原因が外部的な原因による場合が障害未遂であり、内部的原因による場合が中止未遂であると機械的に判断するのは危険である。大審院の判例でも犯行中止の原因が行為者の意思にどのような影響を与え、その結果、行為者が自己の犯行を中止するのか、しないのか、しかも、それが行為者にとって行為者以外の一般人と比較して特別なものなのか、そうでないのかを考慮して判断したように、意思の任意性の判断は複雑である。概して、大審院時代における意思の任意性の判断については、行為者の主観を基礎として判断する主観説による判決が主流的であった。¹しかし、最高裁時代には入ってからは主観説から客観説²によって判断する判決が主流的になってきた。客観説は犯行中止原因が行為者の意思とは関係なく、行為者が犯罪を行うについて一般的に妨害または障害と考えられる性質のものかどうかによって、犯行中止の原因の意義を客観的に考察しようとする立場である。そして、行為者にとって妨害にならない場合に中止未遂の成立を認めるものである。このような立場では、実際に行行為者が犯行継続を妨害、又は、それによって障害になる原因によってどのような影響を受け、それをどのように受け止めたか、そしてそのことによって行為者が犯行を中止するのが一般的なのか、そうでないのが一般的なのか、それらの関係が十分に考慮されていない。³してみると、意思の任意性の判断は行為者の主観的、又は、内部的な事情を基礎に客観的に判断するのが妥当ではないかと思われる。このような折衷的判断が現在では主流的である。最近の下級審の判決⁴の中では後悔や憐憫の情による犯行中止の場合には中止未遂を認める傾向があり、広義の意味の後悔を必要としているように見受けられる。そして、単なる恐怖や驚愕による犯行中止の場合は否定する傾向にある。このような傾向は折衷的判断の傾向に沿うものである。この最近の傾向は、大審院時代の

判例で犯行中止動機に倫理性がある場合には中止未遂の成立を認める判断と符合するようにも思われる。⁵⁾ 今後このような傾向は人々の人権尊重意識の高揚とともに強くなる可能性があるように思える。

- 注 1) 小野清一郎・刑法総論186頁、滝川幸辰・犯罪論序説189頁、団藤重刑法綱要337頁、大塚仁・刑法概説24頁等、Hippel, Deutsches Strafrecht, 2Bd, S.412
2) 牧野英一・刑法総論350頁、木村亀二・刑法総論125頁等
3) 香川達夫・障害未遂と中止未遂の区別・法学セミナー28号33頁
4) 山口邦夫・基本判例双書・刑法総論181頁、横浜地裁判昭和52年9月19日判時876号128頁以下、福岡高裁判昭和61年3月15日判時1193号152頁以下、東京高裁判昭和62年7月16日判時1247号140頁以下
5) 木村亀二・中止未遂の概念288頁、木村静子・中止犯・刑法講座4巻31頁、福田平・刑法総論185頁等

VI. おわりに

以上、主として大審院時代における判例を中心として、ごく一部の限られた犯行中止原因と犯行中止行為との因果関係だけから意思の任意性の判断基準を模索してきたが、まだ十分ではない。それは、意思の任意性の判断基準を確立するには脅迫や抵抗、その他の犯行中止原因と犯行中止行為の関係を考察して初めて意思の任意性の判断基準が明確にされるからである。今回は大審院時代における判例の収集不足と時間の不足から丁寧な判例分析が出来なかったが、残りは今後の課題にしたい。(本稿は平成10年度経済文化研究所の研究助成によるものである。)