

着手未遂の中止における任意性の判断について

山内 義 廣

1. 問題の所在

中止未遂における任意性の判断は、未遂を障害未遂と区別する重要な要素である。我が刑法第43条は「犯罪ノ実行ニ着手シ之ヲ遂ケサル者ハ其刑ヲ減輕スルコトヲ得但自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタルトキハ其刑ヲ減輕又ハ免除ス」と規定する。¹⁾前段は、障害未遂を規定し、後段は、中止未遂を規定したものである。科刑上、両者は取り扱いが異なっている。したがって、その両者を区別する標準をどこに見い出すかは重要な問題となる。

後段の但書より窺い知るように、中止未遂が成立するためには、客観的要件として犯罪の実行行為を止めたことが必要であり、主観的要件として、止めたことが自己の任意な意思に基づくものでなければならない。「自己ノ意思」以外の事由によって犯罪の実行行為が中止されたような場合には、意外の障害²⁾によった場合として中止未遂は成立せず、それは、障害未遂として扱われる。問題は、どのような場合が刑法第43条但書の「自己ノ意思ニ因ル」場合であるかである。

それを考察するにあたって、ただ単に、機械的に、犯行の中止が自己の意思による場合は中止未遂であり、自己の意思以外の事由による場合は障害未遂であると判断するのは、あまりにも即断かつ刑法的意味がなさすぎる。多くの場合に、犯行を中止する場合、まったく行為者の意思からかけ離れて犯行を中止する場合、たとえば、甲が乙を殺害しようとする際に、

第三者丙に取り押えられて甲の犯行続行が不可能になった場合は少ないし、また、それとは反対に、まったく自己の意思とは無関係な、外部的なものとのかかわり合いがなく、自発な意思によって犯行が中止される場合、たとえば、甲が乙を殺害しようとして乙の首を手で締めたが悔悟の念を生じて犯行を中止した場合も少ないからである。仮りに、前者の判断基準で中止未遂の成立を肯定するならば、中止未遂の成立する範囲は非常に広がるし、また、後者の判断基準で中止未遂の成立を肯定するならば、その成立する範囲は非常に狭くなる。しかも、行為者が犯行を中止するような場合には、中止動機そのものがまったく外部から自立し、自己設定的に形成されることはなく、³⁾多くの場合外部的な障害が行為者の意思になんらかの影響を与え、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、中止未遂の任意性を考えるならば、ただ単に、機械的に事を自己の意思によったか、よらない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、任意性の判断の基準を考えねばならない。そこに、任意性の判断の困難さがあるのである。

我が刑法第43条但書の「自己ノ意思ニ因ル」という言葉は、そもそも非常に不明瞭な概念であるがゆえに、その内容については、我が国の学説においても争いのあるところである。判例においても、発覚を恐れて、あるいは、恐怖・恐愕のあまり、あるいは、憐憫の情によって犯行を中止した場合などいろいろなケースが問題とされ、任意性の判断の基準について分析されているが、いまだ確定的、統一的な見解がないのが実情である。

問題はそれだけでない。我が刑法の未遂犯処罰規定は、ドイツ刑法第46条のように着手未遂と実行未遂とを分けてはおらず、いっかつして一ヶ条で規定している⁴⁾関係上、両者についての中止犯成立の要件を別々に考えねばならない。着手未遂の場合は、犯行の中止が任意な意思によったかどうか

かを吟味すればよいが、実行未遂の場合は、犯行の中止という概念そのものが考えられないから任意性の判断も同じようには考えられない。つまり、実行行為がいつ終了したかという実行行為終了の時期と結果発生についての防止の努力が問題になる。したがって、着手未遂と実行未遂では、中止未遂成立についての吟味内容が異なる。それゆえ、ある結果不発生の行為について中止未遂を問題にするならば、まず前提として、着手未遂であるか、実行未遂であるかの判断を行なわなければならない⁵⁾。そして、その後、それぞれの未遂の型態にしたがって、任意性の判断を吟味しなければならない。

本稿は、まず第一の問題である着手未遂における中止未遂の任意性の判断基準を明らかにすることを目的とするものである。その際に、方法的には、従来から主張されている学説の妥当性を吟味するために、主要な見解の論争軌跡をたどってみることによって判断するつもりである。

- 注 1) ドイツ刑法第46条では、1項で着手未遂を規定し、2項で実行未遂を規定している。実行未遂については、中止未遂の成立の要件を「重罪又は軽罪の既遂に伴う結果の発生を、自分自身の行動によって阻止したとき」と明言している。この規定は、我が国の改正刑法草案第24条2項にも規定されている。
- 2) 「意外ノ障害」という言葉は、いくつかの古い判例の中に見られる。大審院判決・昭和9年9月17日・刑集13巻1178頁。本件は、強制競売について配当を要求した事案である。判決要旨は「配当金騙取ノ目的ヲ遂クルヲ得サル為已ムヲ得ス抛棄スルニ至リタルモノニシテ斯克ノ如ク意外ノ障礙ニ因リ已ムヲ得スシテ抛棄シタル場合ニアリテハ任意ニ実行ヲ中止シタルモノト為スヘキモノニ非ス」としている。その他の判例。大審院判決・明治32年10月23日・大審院刑録・5輯9巻81頁・刑抄録2巻327頁。大審院判決・大正2年2月7日・新聞847号・28頁。
- 3) いわゆる、牧野博士の説明によるものである。牧野英一・刑法研究第7巻(1938年)・395頁。犯行中止の動機そのものは、まったく外界から自由であるということはありません。行為者は、外界からなんらかの影響を受けて動機を形成するものである。このことは、ほとんどの学者の認めることである。したがって、任意性の判断については、外界から影響を受け

た意思を前提に考えねばならない。

- 4) 我が国の改正刑法草案第24条1項は、現行刑法第43条但書に相当する内容を規定し、2項では、実行未遂における中止未遂成立の要件を明らかにするために、現行法が単に「自己ノ意思ニ因リテ止メタルトキ」と規定しているのを「自己の意思によって、犯罪の実行を中止し、又は、結果の発生を防止したため、これを遂げなかった者」と規定した。準中止犯の新設規定である。法曹会・改正刑法草案（1972年）・115頁・116頁。
- 5) 実行未遂における行為終了の時期については学説上争いがある。行為者の主観的判断をもって、行為の終了時期を決定する主観説〔宮本英脩・刑法大綱・覆刻版（1984年）・185頁。牧野英一・刑法総論（8版・1951年）・355頁。齊藤金作・刑法総論・改訂版（1960年）・212頁。その他〕と行為者の主観的判断ではなく、客観的に、犯行中止があったと考えられる時に結果発生の可能性があるかどうかによって行為の終了時期を決定する客観説〔植松正・増訂・刑法概論Ⅰ・総論（1964年）・264頁・その他。〕が対立している。最近、客観説を基礎とした第二の客観説が主張されている〔西原春夫・刑法総論（1984年）・292頁〕。これらの説は、ともに判断基盤が片よっているため、犯行中止の時に存在していた客観的の事情と行為者の主観的判断とを総合的にとらえて判断しようとする折衷説がある〔平野龍一・中止犯・刑事法講座第2巻（1952年）・410頁。沢登俊雄・ジュリスト刑法の判例・基本判例解説シリーズ2・100頁・その他。〕ここでは、諸説の検討は避ける。

Ⅱ．学説の検討

着手未遂における中止未遂成立の要件については、犯行の中止という客観的要件の他に、特に、主観的要件として、その犯行中止が自己の任意な意思に基づくことが必要である。結果不発生が任意な意思によるかどうかは、中止未遂が障害未遂と区別される重要な要素であり、その意思の任意性の判断をめぐって学説および判例上議論されてきた。判例においては、大審院時代は、主として、行為者の認識を基礎において任意性の判断を見い出そうとする主観説の立場が主流であったが、最高裁判所の時代においては、行為者の認識を基礎に一般的見地から客観的に任意性の判断をしようとする客観説が主流になった。もちろん、大審院時代にも客観説に基づ

いて判断された判決もなくはなかった。¹⁾しかし、その数は、数例しかない。学説においては、多数の学者が、必ずしも、中止未遂の法的性格の根拠と任意性の判断の基本的立場とが一致するわけではないが、その理論的一貫性を求めながら自己の見解を主張されてきた。それらの主張を整理してみると、おおよそ3つの見解に分類することができる。小野博士の見解を代表とする立場と宮本博士の見解を代表とする立場、牧野・木村博士の見解を代表とする立場に分類することができる。小野説・宮本説は、行為者の主観に基づいて任意性を判断するので一般に主観説と呼ばれている。特に、宮本博士の見解は、同じ主観説でも任意性を判断する要件として後悔を規範的にとらえる関係上、規範的主観説ないしは限定的主観説といわれている。牧野・木村説は、客観説と呼ばれ、学説上、通説的見解であるが、その客観的判断の対象がなんであるかについて不明瞭であることから、香川・木村（静）教授らによって新しい客観説が主張されている。²⁾

これらの学説の流れは、我が国はもちろんのこと諸外国、特に、ドイツの判例や学説の理論的影響を受けて修正され、発展してきたことは否定できない。

1. まず第一の見解は、外部的障害が現実存在している・いないにかかわらず、行為者が外部的障害の表象によって犯行を中止した場合は障害未遂とし、外部的障害の表象によらずして犯行を中止した場合は中止未遂とする見解である。行為者の主観的判断にその任意性を見出すものであり、主観説の立場である。この見解によると、実際に外部的障害があっても行為者が外部的障害がないと思って犯行を中止した場合にも中止犯の成立があることになる。

ドイツにおいてはヒッペルの主張にかかるものである。ヒッペルによれば「着手未遂における行為の中止および実行未遂における結果不発生の決意が内部的事情によって引き起こされたのではなく、外部的事情により引き起こされた場合には任意性の条件を欠く³⁾」とする。つまり、中止の原因

が行為者の内部的動機に基づいた場合には中止未遂とし、外部的動機に基づいた場合には障害未遂とするものである。もちろん、行為者の意思とまったく関係のない外部的事情に基づいて犯行を中止した場合は中止未遂の成立する余地はないことについては異論はないが、任意性の判断の対象となる意思是、必ずしも純内部的なものとはばかりいえず、むしろ、ほとんどの場合外部的事情によってなんらかの影響を受けているものではないだろうか。⁴⁾ ヒッペルの流れをくんでこの点の欠缺を克服しようとしたのがフランクである。フランクは「かりに自分が犯行をなし遂げることができた場合であっても、それを欲しない」(Ich will nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es könnte) 場合は中止未遂であるとし、「かりに自分が犯行をなしとげようとしても、それができない」(Ich kann nicht zum Ziele kommen, selbst wenn ich es wollte) 場合は障害未遂であるとした。⁵⁾ これはフランクの公式 (Franksche Formel) と呼ばれる。フランクの見解は、我が国においても多数の学者の支持するところである。⁶⁾ その中でも、植松博士は、「区別の標準を示すものとしてどんな場合にも不合理を感じないようなものを求めることは至難であるが、学説上、フランクの公式といわれるものが最良である」と評している。⁷⁾ フランクの見解は、公式の中で目的実現が可能かどうかを行為者の主観に求めていることから、基本的には、行為者の主観に基づいて任意性の判断をしようとするものである。

この見解の代表的主張者は小野博士である。小野博士は、刑法第43条但書の「『自己の意思に因り』之を止めたるとは、外部的障害なきに拘らず、行為者が自由な意思決定に基き中止することを謂ふ」⁸⁾ とする。したがって、「外部的障害あることを認識して止めたるときは、『自己の意思に因り』止めたるものではない。客観的に外部的障害あるも行為者主観的に認識せず、外部的障害なきことを信じつつ止めたるときは、尚『自己の意思に因り』止めたるものと謂ふことを得る」⁹⁾ とする。つまり、「自己ノ意思ニ因リ」をもって、自由なる意思の決定となし、それによって行為者が犯行

を中止したのであれば、実際に外部的障害が存在していた、いないにかかわらず中止未遂を認めるのである。

この見解に対して、木村博士は、小野博士の見解は「余りに簡略で十分に理解し兼ねるものがないではない。特に、中止未遂の要件たる『自己ノ意思ニ因リ』止めたる場合、『外部的障害なきに拘らず』という制限を加えられる点は不可解である」と批判される¹⁰⁾。この木村博士の前段の批判は、小野博士の「自己ノ意思ニ因リ」の把握または理解が、単なる言葉を置きかえたただけであって、その内容を説明していることにはならないことを意味する。しかし、小野博士の見解は、法文の意味を鮮明にするという意味では、刑法上、意義あることであるから木村博士が小野博士を批判するに値しないが、確かに、木村博士の言われるように、刑法上、「自己ノ意思ニ因ル」という言葉を「自由なる意思決定」に置き換えただけでは内容そのものの論究にはならない。小野博士の見解では、外部的障害があっても、行為者がそれを主観的に認識せず、しかも、外部的障害のないことを信じて犯罪の実行行為を止めた場合にも、中止犯が認められ、外部的障害のある場合にも、なおも、中止犯の成立する余地を認めることになる。小野博士から得られる結果に対して、木村博士は、結果的には「中止未遂の成立には外部的障礙が存在したか否かは実は問題ではなく、行為者が認識したる事情を基礎として論ずればよいことになるのではなかろうか」とされ、それゆえに、「小野教授が認められるやうに、外部的障礙なきに拘らず行為者の認識においてこれありと考へたる場合には中止未遂が成立しないと解すべきであるから、行為者の認識した事情を基礎として更に中止未遂と障礙未遂との区別を立てる標準がなければならぬ¹¹⁾」のではないかと主張される。

そこで、両博士の見解を比較検討してみると、小野博士の見解は、外部的障害の存在・不存在という客観的な要素により任意性の判断をしているのにもかかわらず、実質的には、行為者による外部的障害の有無の認識が

あるかないかによって、障害未遂と中止未遂の区別をしようとする。しかも、その場合に、なにをもって外部的障害であるかを論究されていない。この点に関する木村博士の批判は的を得たものではないだろうか。つまり、木村博士にいわせれば、障害未遂と中止未遂の区別の標準は「中止未遂の成立には、外部的障害が存在したか否かは問題ではなく、行為者の認識した事情を基礎として判断すべきである」ということである。してみると、木村博士自身が主張されているような標準、つまり「一般の経験上、意思に対して強制的影響を与える事情であったか否か¹²⁾」によって任意性の判断基準を見出すべきではないかという結果が導きだされるのではないか。さらに、木村博士は、文語上の問題として、小野博士の見解は、実質的には、行為者の主観による認識によって障害未遂と中止未遂を区別されるのであるから「外部的障害なきに拘らず」という語は不用であると主張される¹³⁾。確かに、究極的には、行為者の主観によって判断することになるので不用のように思われるが、「外部的障害なきに拘らず」という条件が置かれても、それによって解釈に特別さしさわりがあるわけではないし、むしろ、中止未遂の成立が障害の存在と行為者の認識とどのような関係から導き出されるのかを理解しやすいのではないだろうか。小野博士の見解を再び振り返ってみると、基本的には木村博士の見解と同じではないかと思われる。というのは、木村博士の場合も、任意性の判断を最終的には行為者の主観的な認識に基礎を置いているからである。ただ、木村博士の場合は、行為者の認識を一般的見地から客観的に判断しようとしているのである。

つぎに、小野説に対する牧野博士の見解を検討してみる。牧野博士は、小野博士が「自己の意思に因り」を「自由なる意思」に置きかえていることはそれ自体としては必ずしも不当ではないが、「人の一定の意思決定に対しては、常に、一定の動機が作用する」のであるから、自由意思そのものを問題とするのではなく、自由意思の内容を問題にしなければならない

とされる。¹⁴⁾そして、「中止犯の場合においては、その一定の動機に対する行為者の反応として意思決定を論じ、その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、一般的なことであると認められる場合においては、その動機は、意外の障礙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、われわれは之を称して『自己の意思に因り』中止したものとするのである。具体的に論ずれば、その動機からその実行中絶が為されたので、そこに因果関係があるのであるが、それが一般的でないというので、そこに自由意思の活躍があったということになるのである」¹⁵⁾として、「自己ノ意思ニ因ル」かどうかは行為者の認識だけではなく、経験的・一般的な判断基準によって判断しようとする。つまり、「自由意思」というものは、科学的に論証不可能なものであるから、その論証不可能なものを障害未遂と中止未遂との区別の標準として考えることは、刑法規範そのものが経験則にのっっている以上、その土壌内で解決すべきであり、それゆえに、「経験的・一般的なもの」という標準によって障害未遂と中止未遂を区別するのが適切であるというのである。

牧野博士の見解を検討してみると、まず博士が障害未遂と中止未遂の区別の標準は「自由なる意思そのものではなく、その内容を問題にすべきである」と指摘されたのは、的を得たものである。さらに、自由な意思決定とそれに作用する動機との関係をとらえ、その関係が一般的であるか、一般的でないかによって、障害未遂と中止未遂とを区別されたのは「自己ノ意思ニ因ル」という概念を犯罪の実行行為の中止たる動機と意思決定との関係においてとらえ、その内容を明確にしたことは小野博士の見解を一步進めたものと思われる。これは、木村博士の小野説批判の中で、「外部的障礙とはなんであるか」を論究せねばならないという指摘と同様に解することができる。したがって、牧野博士の小野説批判は、実質的には木村批判と同じであると思われる。

このような論争を通して障害未遂と中止未遂の区別の標準について小野博士を代表とする主観説の見解が適当であるかどうかを吟味してみると、それは、必ずしも全面的に問題の解決になるものであるとはいえない。本説では、行為者の内部的動機を原因として犯行を中止した場合はすべて中止未遂になり、「自己ノ意思ニ因リ」を内部的動機によりと解釈することになる。しかし、内部的動機といえどもまったく自由であり、かつ、自己設定的になされるものではなく、なんらかの外界の影響を受けるはずである。そう考えると問題の解決には外界から影響を受けた意思そのものを問題としなければならないことになる。¹⁶⁾ そればかりではなく、行為者の主観的判断がそのままストレートに刑法的評価を決定するということが刑法も規範であることから適当ではない。

- 注 1) たとえば、大審院判決・昭和12年9月21日・刑集16巻1303頁。この事件は、放火未遂事件であった。事案は、被告人が放火の実行の着手をした後、発覚を恐れて犯行を中止したものである。これについて判旨は「……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ナルヲ以テ……障害未遂ニシテ之ヲ任意中止ヲ以テ目スヘキモノニアラス……」とした。
- 2) 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頁以下。同・中止未遂の法的性格(1958年)・100頁以下。木村静子・中止犯・刑法講座第4巻(1968年)31頁。
- 3) Hippel・Deutsches Strafrecht・2Bd・S・412。
- 4) 木村亀二・中止未遂の概念(1948年)・252頁。木村博士は、ヒッペルの見解に対して「内部的動機による場合を常に中止未遂なりと解する点において不十分である」と批判される。このヒッペルの見解は、現在ではほとんど採用されていない。
- 5) Frank・Strafgesetzbuch, Kommentar・18 Auf (1931年)・S・97。
- 6) 植松正・増訂・刑法概論Ⅰ．総論(1964年)261頁。植松博士自身は、任意性の判断について、主観説ではなく客観説を採っている。香川達夫・注釈刑法(2)のⅡ(1973年)477頁。平野龍一・中止犯・刑事法講座第2巻(1952年)414頁。団藤重光・刑法綱要・総論(1966年)271頁。大塚仁・刑法概説(総論)(1984年)・175頁-175頁。福田平・大塚仁共著・刑法総論Ⅰ(1980年)334頁。内田文昭・刑法Ⅰ(総論)(1977年)257頁-258頁。

着手未遂の中止における任意性の判断について

- 7) 植松正・前掲書・261頁。平野龍一・刑法総論Ⅱ(1975年)334頁。なぜこのように考えるかは、フランクの公式それ自体客観説ではないかと考えているからであろう(平野龍一・前掲論文・413頁-414頁参照。)。中止未遂の法的性格を客観的に考える刑事政策説および違法性減少説の考え方と基本的に一致するからであろうか。
- 8) 小野清一郎・刑法講義全(1941年)177頁。同・刑法総則草案と中止犯・刑罰の本質について・その他(1955年)所収・283頁。団藤博士は、「自己ノ意思ニ因リ」をもって「中止にむかっての行為者の積極的な人格態度」と定義している。団藤重光・前掲書・271頁。小野博士の見解と同旨の判例がある。大審院判決・大正2年11月18日・刑録19輯1212頁。大審院判決・昭和11年3月6日・刑集16巻・277頁。大審院判決・昭和11年12月13日・刑集1巻745頁。大正2年の判決は、大審院時代における判例の基本的態度を決定したのものとして後に影響を与えた。大正11年3月の判例は、流血判例として有名である。本判決では中止未遂の要件を「中止犯タルニハ外部的障碍ノ原因存セサルニ拘ラス内部的原因ニ因リ任意ニ実行ヲ中止シ若ハ結果ノ発生ヲ防止シタル場合ナレハ流血ノ逆ルヲ見テ止ムルハ意外ノ障碍ニ外ナラサレハナリ」とする。この判決では、流血が行為者に与えた影響、つまり、行為者がどのように流血を受けとめ犯行を中止したかが考慮されていない。
- 9) 小野清一郎・前掲書・177頁。
- 10) 木村亀二・前掲論文・284頁。
- 11) 木村亀二・前掲論文・285頁。
- 12) 木村亀二・前掲論文・293頁。同・刑法総論(1959年)364頁。同・犯罪論の新構造・下巻(1968年)401頁。
- 13) 木村亀二・前掲論文・285頁。
- 14) 牧野英一・刑法研究第8巻(1939年)265頁。
- 15) 牧野英一・前掲研究第8巻・267頁・268頁。
- 16) 小野見解、つまり、心理的主観説に対する批判は、内容的には、ほとんどの学者の見解は一致している。たとえば、西原春夫・刑法総論(1984年)289頁。香川達夫・綜合判例研究叢書刑法(3)(1967年)84頁。木村静子・前掲論文・30頁。団藤重光・前掲書・220頁。その他多数。

2. 第二の見解は、「自己ノ意思ニ因リ」をもって自己の行為の価値を否定する意識(規範意識)であるとし、この意識に基づいて犯行を中止した場合が中止犯だとする見解である。宮本博士による見解である。この見解は、小野説が任意性の判断について心理学的な意味で行為者の主観を

もって判断したのに対し、規範的な意味で行為者の主観を問題としている。一般に規範的主観説とか限定的主観説といわれている。ともに、行為者の主観に基礎を置くので基本的には共通している。

宮本博士によれば¹⁾、中止未遂の要件としての「自己の意思に因るとは、固より心理学的な意義に於いていうのではなく、……中止者の動機に対する刑法的立場から見た一種の評価的観察である。」とし、行為者の中止の動機は「自己の犯罪の実行の着手を不可なりとする感情即ち自己の行為の価値を否定する意識（規範意識）」として（博士は、これを広義の後悔とされる）働いた場合であるとし、このような感情にもとづいて犯行を中止した場合には行為者の反規範性は、「通常の未遂罪の場合に比して軽微なものとして、刑の減輕又は免除を興へることが相当である」とされる。そして、さらに、博士は、行為者が犯罪を中止する事情を三つの場合に分けられている。すなわち、第一は、「犯罪実行の動機である事情が不存在であるために中止した場合、たとえば、殺人の実行に着手したところが人違いであった場合」であり、第二は、「犯罪実行の動機たる事情が具わるも、その実行に伴う外部的障害を予見したための中止の場合、たとえば、窃盗に忍入ったところが、家人が目を覚ました場合」であり、第三は、「犯罪実行の動機たる事情が具わるも行為者の性格が、内部的障害、たとえば、悔改、慚慥、恐懼、同情、憐愍その他、これに類する感情によって犯罪を中止した場合」であるとして、第三の場合にだけ中止未遂の成立を認める。²⁾ というのは、第三の場合の行為者の性情は、「自己の犯罪の実行の着手を不可なりとする感情即ち自己の行為の価値を否定する意識（規範意識）」として働いたからとするものである。そして、さらに、行為者が犯行を中止する際には、故意の拋棄で足り、犯意の拋棄は、必ずしも必要でないとする。結果的には、博士の見解は、中止未遂が成立する場合には中止の動機に倫理性が必要であり、動機が倫理性を具備しない場合は障害未遂であるということになる。

博士の見解に対して、木村博士は、宮本博士の未遂罪に対する根本的態度である純正主観説、すなわち、「未遂の本質を『悪性』に求める見地」からは、中止未遂が成立するためには、中止の動機に倫理性を必要とするのは当然のなりゆきであり、その点において理論的一貫性があると認められているが、³⁾博士が純正主観説を採られているのにもかかわらず、「迷信犯は、放任行為として罪とならぬものと解することが出来る」⁴⁾とした点において、もはや、宮本博士の立場は、純正主観説ではなく、主観的危険説ではないかと指摘されている。⁵⁾そして、さらに、木村博士は、宮本博士が、「中止未遂の刑の減免の理由を他人の反規範性の軽微な点」に求められていることに対して、「未遂罪の本質を危険性に置く見地からは、寧ろ、中止未遂の刑の減免の根拠は、『反規範性』の軽微ではなくして、『危険性』の軽微消滅に在るものと解せざる限り、実質的論理の斉合を欠くこととなるのではなからうか。」と疑問提起され、「このような疑問が容認されるならば、宮本博士の中止未遂の成立につき、特に、動機の倫理性を要求せられる理由は、全然無意味になる」と主張される。なぜならば、「危険性の有無ということは、倫理性の有無とは関係なく成立する」からである。⁶⁾

確かに、木村博士のいわれるように、宮本博士の未遂罪に対する根本的態度である純正主観説からすれば、未遂犯の処罰の根拠を犯人の悪意に求めるので、ただ単に行為者が犯罪の実行行為を中止しただけでは悪意は消滅せず、それを消滅させるためには倫理的なるものを必要とするのは、当然なことである。しかし、なぜ、博士が、自己のよって立つ純正主観説の立場から、迷信犯を不処罰にしたかが疑問である。博士自身、このことについては、丑の刻詣りのことについて、「超自然的な方法に依頼するものは、その限りに於いて、一時的に謂えば、行為者の性格が法儒であって他の自然的方法を採るに堪えない者」⁷⁾であり、そのような者は、「如何なる自然的方法も辞せない反規範的性格者が偶々斯かる方法上に出でたのではなくて、一切の現実な自然的方法の前に恐懼する者が超自然的方法なるが

故にその力を籍らんとするのである」とし、それゆえに、このような行為者は、「性格的に何等現実な手段を行う危険もなく、従って斯かる性格に基く行為も亦た何等抽象的な危険もない訳であるから、又、その行為は、違法でもあり得ないのである」として、犯罪の成立を否定する。しかし、行為者の犯罪実行の方法が超自然的であろうがなかろうが、そこには、当然に、行為者の規範に対する「悪意」が存在するのであるから、その点においてすでに罰せられるべきであり、犯罪実行の方法には関係がないのではなかろうか。もし、方法をうんぬんするのならば、方法という一つの客観的な判断をすることになり、行為者の犯罪的意思を出発点として一般人の見地において、結果発生の危険があるという考慮がなされているわけである。してみると、その考慮は、もはや主観的客観説ではないのだろうか。そうすると、宮本博士自身、未遂犯処罰の根拠を主観的な悪性だけでなく、さらに、客観的な危険性までも含めていることになる。したがって、中止未遂の成立に倫理性を必要とした場合、主観的側面だけが考慮され、客観的な側面は考慮されないことになる。これは矛盾している。それゆえに、中止未遂成立について、特に、倫理的な要素は必要でない。むしろ、倫理性を必要とすると、中止未遂の成立する範囲が非常に狭くなる。この点、木村博士の批判は適格である。

現在、宮本説と同様の見解を主張される学者は少数である。それは、我が国の刑法が中止未遂の要件として倫理性をかかげていないことにもよる。判例においては、理論的には倫理性は必要でないとされながらも、実際的には広義の倫理性を要求しているように思えるものもある。⁸⁾

- 注 1) 宮本英脩・刑法大綱・183頁以下。同・刑法学粹・374頁以下。
2) 宮本英脩・前掲書・183頁－184頁。この見解は、中止未遂の法的性格を責任減少に求める立場にとっては都合が良い。
3) 木村亀二・前掲論文・288頁。しかし、ほとんどの学説は、中止の動機に倫理性は必要でないとされる。木村静子・中止犯・刑法講座第4巻・31

着手未遂の中止における任意性の判断について

頁。香川達夫・総合判例研究叢書刑法(3)・84頁。大塚仁・刑法概説(総論)(1984年)175頁。その他多数。しかし、少数だが後悔を必要とする学者がいる。佐伯千仞・刑法講義(総論)・改訂版(1974年)322頁以下。中義勝・刑法総論(1971年)191頁以下。

- 4) 宮本英脩・前掲書・192頁。
- 5) 木村亀二・前掲論文・288頁。
- 6) 団藤博士や木村(静)教授の見解である。団藤博士の「刑法的非難は倫理的な非難そのものではない」という主張と同趣旨である。団藤重光・前掲書・273頁。木村静子・前掲論文・31頁。
- 7) 宮本英脩・前掲書・192頁以下。
- 8) この点について判例は、恐怖(たとえば、最高裁判決・昭和26年9月18日・最高裁裁判集53号・135頁。)・恐愕(たとえば、最高裁判決・昭和24年7月9日・刑集3巻1174頁。同・昭和32年9月10日・刑集11巻9号・2202頁。)による場合は中止未遂が成立しないが、憐憫(たとえば、福岡高裁判決・昭和29年5月29日・判特・26号・93頁。)の場合には中止未遂が成立している。同趣旨の指摘がある。山口邦夫・基本判例双書・刑法(総論)(1980年)・181頁。

3. 第三の見解は、未遂の原因が、社会一般の通念に照らして既遂となることについて、通常妨害又は障害と考えられる性質のものであるかどうかによって障害未遂と中止未遂を区別しようとする立場である¹⁾。この立場は、基本的には、犯罪行為論では主観主義に立脚しながら未遂の原因を客観的に判断しようとするものであり、一般に客観説といわれている。

この立場をいち早く主張されたのは、牧野博士であり、これを発展させたのが木村博士である。もちろん、その発展の前には、牧野・木村両博士による泉二博士の見解に対する批判や牧野・木村論争が横たわっていたことを見のがすことはできない。

(1)、まず第一に、泉二博士の見解について検討してみる。博士は、障害未遂と中止未遂の区別の標準について、中止未遂は、行為者が犯罪の実行に着手した後、其の実行行為を自ら進んで中止し、または、その結果の発生を防止することをもって要件とする。すなわち、その要件をもって、刑法第43条但書にいう「自己ノ意思ニ因リ」止めた場合をいい、自己の意思

以外の事由，すなわち，意外の障害によって実行行為を中止した場合をもって障害未遂としている。²⁾ その場合に，意外の障害とは，「普通一般觀念上，犯罪ノ実行ヲ客觀的ニ妨害シ得ル事情ヲ意味スル」³⁾とされる。しかし，障害は，必ずしも現実に存在する必要はなく，行為者が意外の障害ありやと誤認して犯罪の実行行為を中止した場合にも障害未遂は成立するとする。そして，中止未遂の成立に関して，「其緣由又ハ動機如何ヲ區別セス」として，動機および緣由の倫理性を必要とされていない。

泉二博士の見解に対して，木村博士は，まず第一に，行為者の中止に至った動機の如何にかかわらず，犯人が任意に犯行を中止した場合について中止未遂を認められる点と行為者の意思と全然関係のない事情によって犯罪が既遂に至らなかった場合は障害未遂であるという点において同感である旨，のべられている。⁴⁾ しかし，他人が刀を振り上げ，まさに被害者に斬りつけようとした際に，警察官が眼の前にあらわれたために，犯人大いに恐怖し，その刀を放なし既遂に至らなかった場合に，泉二博士は，障害未遂とされる。⁵⁾ これについて，木村博士は，「泉二博士が犯人の意思に繋らざる事実，すなわち，『意外の障害』によって犯罪が既遂に至らなかった場合だとせられる点において疑問がある」⁶⁾として問題提起され，行為者が実行行為を中止したのは，警察官が現われ，その結果，恐怖心によって犯行を中止したもので，これ，行為者の意思に繋る事実である。このように考えてみると「泉二博士の区別の基準たる『意外の障碍』に因るものなりや否や」で決定するのは不正確である。⁷⁾ それゆえに，判定の基準は，「犯人の意思に繋る事実によって障碍未遂の成立があり得るのであるから，その犯人の意思に関係ある事実によって犯罪が既遂に至らなかった場合において，障碍未遂と中止未遂とを如何に區別すべきかという点に在るのである」⁸⁾と主張せられている。

つぎに，木村博士は，「客觀的に，意外の障碍なきに拘らず，犯人がこれありと認識したる場合に，障害未遂を認められるのであるが，その逆の場

合、すなわち、客観的に障碍の存するに拘らず犯人がこれを知らずして任意の中止をなしたる場合をいかに解すべきかにつき何らの説明を与えられない⁹⁾として批判される。この点については、泉二博士は、明らかにされていない。

思うに、泉二博士の見解は、小野博士の見解と同様に障害未遂と中止未遂の区別の標準たる「意外の障碍に因るものなりや否や」ということは、行為者が犯行を中止したという場合に、その中止したということが、行為者の予期に反した客観的事実の存在のみをとらえ、それが行為者の心理状態に与えた影響の心理的過程を考慮しない点において不十分である。特に、障害未遂であるか中止未遂であるかは、刑法第43条が明言するように法的効果の取り扱いがことなる。それだけに慎重さを欠いたといえるであろう。木村博士が、障害未遂と中止未遂とを区別する基準の問題の所在は、「行為者の意思が原因となって犯罪が不完成に終わった場合にある」と指摘されたのは、問題の所在がどこにあるかをはっきりさせたものだと考えられる。また、木村博士が批判しているように、泉二博士の「意外の障碍とは客観的に妨害しうるもの」という考えからすると、妨害が客観的に存在しているにもかかわらず、行為者がそれを認識せず犯行を中止した場合に、中止未遂の成立を認めることは苦しくなる。泉二博士は、その場合に、中止未遂を認めるわけではないので、結果的には自己矛盾である。

つぎに、牧野博士の泉二説に対する詳細な批判を検討してみよう。博士は、泉二博士の「意外ノ障碍トハ、普通一般ノ観念上、犯罪ノ実行ヲ客観的ニ妨害シ得ル事情ヲ意味スルモノ¹⁰⁾」としていることに対して、説明上、「普通一般の観念」と「客観的妨害」というところに矛盾あることを指摘され、「意外の障碍とは、普通一般の観念上、犯罪の実行に対し妨害となるべき事情」と修正された¹¹⁾。そして、その結果、「未遂の原因が経験上、犯罪の既遂となることに通常、妨害を与うべき性質のものなりや否や」によって、障害未遂と中止未遂とを区別すべきであるとされてい

¹²⁾
る。

思うに、牧野博士は、「普通一般の観念」と「客観的な妨害」とが説明上、矛盾していると主張しているが、なぜ矛盾しているか何の理由も述べられていない。私自身、両博士の見解を相照らして考察してみるに、泉二博士が、「意外の障害」とは客観的な妨害であり、それは、「普通一般の観念上」から認められるとしていることについて、普通一般の観念ということは、行為者にとっては主観的なものが、普通一般人の見地からは、客観的なものとなる場合があり得るという意味に解釈することができる。そのような解釈からすると、「意外の障害とは客観的なものである」という泉二博士の説明は、牧野博士からすれば「矛盾である」と考えられる。この点について、泉二博士は十分な説明をされていない。さらに、牧野博士は、「……しうる」を「……べき」と訂正したことについて、たとえば、警察官の影をみて犯行を中止した場合に、その警察官の影は、客観的には当然に実行行為の遂行に対して妨害となるべきものではないが、それが行為者に与えた心理的影響を考えた場合に、はじめて普通一般の経験上、妨害となるものであり、警察官の影それ自体が客観的に妨害となりうるものではない。そういう意味で妨害となりうべきものであると訂正理由をのべられている。

なるほど、警察官の影それ自体は、なんら犯罪の実行行為に対して客観的に妨害となりうるものではない。それが妨害となりうるのは、それから影響を受けた行為者の心理状態を考察してはじめて妨害となったか否かを判断することが出来るわけである。その点、牧野博士の指摘は、より理解を深めるものであると思われる。

注 1) 牧野英一・刑法総論（1951年）・350頁。同趣旨・木村亀二・刑法総論・362頁。江家義男・刑法講義総則篇（1941年）308頁。齊藤金作・刑法総論・改訂版（1960年）212頁。市川秀雄・刑法総論（1964年）125頁。その他。

着手未遂の中止における任意性の判断について

- 2) 泉二新態・増訂・刑法大要・189頁－190頁。
- 3) 泉二新態・前掲書・190頁以下。
- 4) 木村亀二・中止未遂の概念・283頁。
- 5) 木村亀二・前掲論文・283頁。泉二博士の障害未遂と中止未遂の区別の標準を推して考えてみると、警察官が現われたということは、行為者の意思とは関係のない事実であり、そのことによって行為者が犯行を中止したのであるから、これ「意外の障害」による場合であり、障害未遂となるわけである。木村博士も、この場合については同じ判断である。しかし、理由づけは異っている。つまり、木村博士によれば、警察官が現われたことによって行為者が犯罪の実行行為を中止したということは、通常一般的な見地から、行為者の意思に対して強制的影響を与えるからであるゆえ、障害未遂となる。
- 6) 木村亀二・前掲論文・283頁。
- 7) 木村亀二・前掲論文・284頁。
- 8) 同趣旨・木村亀二・前掲書・360頁。同・犯罪論の新構造・下巻・37頁・38頁。言い換えれば、「行為者の意思に関係のない事情によって犯罪が不完全に終わった場合は、すべて障害未遂である」が、「問題は行為者の意思が原因となって犯罪が不完成に終わった場合をいかに区別すべきか」と同じである。
- 9) 木村亀二・前掲書・284頁。
- 10) 泉二新態・前掲書・190頁。
- 11) 牧野英一・刑法研究第8巻・260頁。
- 12) 牧野英一・前掲研究第8巻・261頁。
- 13) 牧野英一・前掲研究第8巻・261頁。

(2)、つぎに、泉二博士への批判の結果得られた牧野博士および木村博士の見解を検討してみよう。

牧野博士は「未遂ノ原因カ経験上、犯罪ノ既遂トナルコトニ、通常、妨害ヲ与フベキ性質ノモノナリヤ否ヤ」によって任意性を判断し、障害未遂と中止未遂とを区別しようとする。¹⁾ この見解を主張された後に、博士は、それを「未遂に至れる関係が、経験上、犯罪の既遂と爲ることに通常、妨害を與ふべき性質のものなりや否²⁾」と修正された。そして、中止犯の動機の倫理性について、それは必要でないとされている。

牧野博士の見解は、障害未遂と中止未遂との区別を行為者の認識した事

情を基礎とし、通常人の見地に立って判断しようとするものである。したがって、現実には障害がなくとも障害があると認識して行為者が犯行を中止した場合は障害未遂であり、逆に、現実には障害が存在しているにもかかわらず、行為者の主観において障害がないと判断し犯行を中止した場合には、中止未遂が成立するのである。

木村博士は、障害未遂と中止未遂の区別の標準について、まず、刑法第43条但書で「自己ノ意思」により止めた場合が中止未遂であるから「行為者の意思とは関係のない事情によって犯罪が不完成に終わった場合は、すべて障害未遂である³⁾」とされる。そして、問題の所在は、犯行の中止が自己の意思に関係あるかないかではなく、行為者の意思を原因として行為者が犯罪の実行行為を中止した場合をいかに解すべきかということにあるとする。その場合に、判断が、ただ単に「任意に」犯行を中止する場合を中止未遂であるとするの⁴⁾に対して、いかなる場合が任意であるか否かを問題にされ、「任意とは、一般人の見解において、意思決定に対して強制的影響を与えないとせられる場合」であり、そのような場合をもって犯行を中止した場合を中止未遂と解すべきであるとされる。したがって、障害未遂と中止未遂の区別の標準は、通常、一般人の見地において、行為者の意思に対して強制的影響を与えたか否かによって判断されるべきであるとする。中止未遂にいたった動機の倫理性については、それを必要としない立場をとり、かつ、犯行の意思については、具体的な実行行為を中止すれば足り、終局的に放棄する必要がないとされている。基本的には、牧野博士の見解と異ならない。

牧野博士の見解に対しては、木村博士の詳細な批判がある。その批判は、牧野博士の見解と対立する意味での批判ではなく、牧野博士と同じ立場に立たれて、さらに、牧野博士の見解を発展させるための批判である。

牧野博士は、障害未遂と中止未遂との区別の標準について、さきに、「未遂ノ原因カ、経験上、犯罪ノ既遂トナルコトニ、通常、妨害ヲ与フベキ

性質ノモノナリヤ否ヤニ依リテ、區別スベキモノ」としていた点を「未遂に至れる関係が、経験上、犯罪の既遂と爲ることに、通常、妨害を與ふべき性質のものなりや否やに依りて區別すべきもの」と訂正された。その理由として、殺人行為に際して、流血が迸って実行行為を中止した場合、または、発覚を恐れて実行行為を中止した場合に、中止の原因となった事実と中止との間に、「悔悟」という作用がともなっていた場合には、未遂の「原因」だけを考察するだけでは足りず、「未遂に至った関係」が明らかにされなければならないとされるのである。⁵⁾

これに対して、木村博士は、まず第一に、「博士が『未遂ノ原因』とか『未遂ニ至レル関係』といわれている場合は、実は、中止という行為者の意思行為によって未遂に至れる場合のみを意味するのではなかろうか」と疑問提起され、まず、障害未遂と中止未遂の区別は、意思行為に関係あるか関係ないかの点で區別すべきであり、それゆえに、「未遂の原因または未遂に至れる関係といわれる場合から、これをひとまず取り除いて障害未遂となすべきである」とし、「『未遂に至れる関係』といわれる場合の未遂を中止といいかえたい」とされている。⁶⁾

これに対して、牧野博士は、行為者の意思と全然関係のない原因によって未遂が成立した場合には、中止未遂の成立する余地はなく、このようなことを障害未遂と中止未遂の区別で問題にするのは理解を容易ならしめる意味ならばよいが、別に、当然のこととして問題にする必要はないとされ、木村博士が、「中止の原因」または「中止に至れる関係」を用いることに対しては、「木村教授は、意思行為に因る未遂を広く『中止』とし、その『中止』の中に、障害未遂と中止未遂とがあるとされる。それでは、広い意味の中止と狭い意味の中止とを区別して考えねばならないことになる。そうすると、用語が非常に不明瞭になる」といわれている。⁸⁾

この点に関する両博士の論争は、要するに、行為者が一定の事由によって犯行を中止した場合に、「事を止めた」という言葉を「未遂」に置きかえ

るか、あるいは、「中止」に置き換えるかを問題としているわけで、牧野博士が「未遂」に、木村博士が「中止」にされているのである。そこで、障害未遂と中止未遂の区別の標準を見出すについて、木村博士の場合は、牧野博士の場合よりも問題にする範囲を広くし、中止を「意思行為による中止」と「意思行為によらない中止」とに分け、そこで第一次的に、意思行為によらない場合は障害未遂としてふるい落とし、さらに、「意思行為による中止」を通常一般的な見地から、中止の原因となったと思われるものが犯罪行為の継続に障害となる場合とならない場合とに分け、前者によって犯行が中止された場合を障害未遂、後者によって犯行が中止された場合を中止未遂としている。いわゆる二段構えで考察しようとするのである。ところが、牧野博士は、木村博士が二段構えで問題にする二番目の点だけを問題にすればよいというわけである。両博士の問題とする範囲の違いがあるわけである。そこで、我々は、「未遂・中止」論争を単なる言葉上の意義だけの議論として考えるのではなく、その論争を通じて何らかの刑法的意義を発見するように努めなければならない。木村博士の「中止」という言葉は、牧野博士が指摘されるように、「広義の中止」と「狭義の中止」との二つの意味で使用されている。このことは、いっけん、「中止」の意味を混同する恐れがあるが、木村博士の言われるように、刑法第43条但書の意味をはっきりさせる実益があると同時に、中止未遂の成立する限界的な場合の考慮に際して思考を発展させるのに非常に論理的である。牧野博士の場合は、未遂をもって自己の意思による犯罪不完成の意味と把握している関係上、犯行中止が意思行為による中止か、あるいは、意思行為によらない中止かを問題にすることなく、「未遂ニ至レル関係カ経験上、犯罪ノ既遂ト為ルコトニ、通常、妨害ヲ与フヘキ性質ノモノナリヤ否ヤニ依リテ」区別しようとするのである。したがって、論理思考の進め方としては、中止未遂は刑法第43条但書で「自己ノ意思ニ依ル」場合であると規定されていることから、意思行為によらない場合は当然障害未遂であり、い

わゆる、障害未遂と中止未遂の区別をする標準の問題については、思考する範囲外とされるのである。問題点をはじめから直接的にしぼっているの
でよいと思われるが、むしろ、木村博士のように二段構えで論理を進めた
方が問題点の整理はしやすい。また、障害未遂と中止未遂の性格を把握し
やすいのではないかと思われる。

つぎに、木村博士は、牧野博士が「原因」と「関係」とかいらわれている
言葉を「事情」という言葉に置き換えようとしている。すなわち、「経験
上」・「通常」という言葉が「中止」に対するものであるとすると後悔の場合
には、形式論理的に考えた場合、その後悔が、通常、経験的に一般的で
あった場合にも障害未遂になるわけである。しかし、その場合に、牧野博
士は中止未遂にされているので「中止」に対するものではないことは明ら
かである。したがって、それは「妨害」に対するものであると考えること
ができる。「一般的判断が『妨害』に関するものだ」とすると、中止に至
った『原因』と『関係』とを区別することは、重要ではなくなるし、また、
原因と関係との区別は、もともと、しかく、明白に為し得るものではない
が故に、包括的に、これを『事情』といえよよいのではなからうか」とさ
れるのである。そして、この場合に、「妨害」とは、犯罪の実行行為を中止
する行為者の意思に対するものであるから意思に対して妨害がなく中止に
至った場合が、いわゆる「自己ノ意思ニ因」った場合であり、中止未遂と
解せられる。したがって、障害未遂と中止未遂との区別の標準は、「一般の
経験上意思に対して強制的影響を与えるものなりと解せられる事情の表象
によって行為者が中止したる場合においては障害未遂が成立し、然らざる
場合、即ち一般の経験上意思に対して強制的影響を与えるものなりと解せ
られる事情の表象によらずして中止が為されたる場合には、中止未遂が成
立すると解することとしたい」とされている。⁹⁾

これに対して、牧野博士は、まず、外界に存在している一定の原因に
よって後悔を生じ、その結果、中止に至った場合について、木村博士が、

経験上、一般的であるかないかの判断を後悔と中止との関係において問題にされているのに対して、外界に存在している一定の原因と後悔の関係において考察すべきであることを指摘され¹⁰⁾、さらに、木村博士が「原因」と「関係」とを区別することは重要でないとされたことに対して、博士は、その問題は重要であるとかないという問題ではなく、「一定の外界的事実と行為者が事を止めるに至ったこととの間に成立する過程の発展」とをとらえて、「原因」を「関係」に拡大したわけであり、そこでは、「原因」と「関係」の区別を論じているのではなく、「原因」の「中止」という結果に対する系列が考察されるのである。その意味において、木村博士が「原因と関係とは、しかく、区別しうるものではない」とせられていることは、批判的をはずしているものであるとせられている¹¹⁾。そして、木村博士のいわゆる事情という言葉の説明のために、牧野博士は「原因」または「関係」という言葉を用いたのであって、木村博士の「事情」を適切とするには、牧野博士自身のいわゆる「関係」の域を出でないものであるとされている。

この両博士のいわゆる「事情論」論争は、「原因」・「関係」・「事情」という用語をいかに区別して使用するかを問題にすべきではなく、その用語の意味を理解し、それらの関係を法律・機能的にとらえてはじめて意味のあることとなる。木村博士が「原因と関係との区別は、もともと、しかく、明白に、なし得るものではないが故に、包括的に、これを『事情』といえよいのではなからうか」とされているのは、いささか用語だけにこだわった嫌いがある。牧野博士は、木村博士が「事情」という言葉を、犯罪の実行行為の中止の原因から結果に至るまでの系列において使用されれば適切であるとされる。この考え方は、用語の法律的機能を十分に考慮されているものと思われ適切である。私自身は、行為者の心理に与える原因が複雑に絡みあって中止の動機を形成することを考慮した場合には、牧野博士のいわゆる「関係」が結果にいたる「原因の系列」¹²⁾を意味するものであ

るのを含めて、さらに、それ以外に中止に与える様々の状況を考慮にいれるならば、「中止に至れる事情」と使用された方が中止未遂の成立する範囲の考慮がより広くなされ、刑法の人権保障機能の考え方にも一致するものではないかと思う。

つぎに、木村博士が、牧野博士の使用されている「妨害」という用語を「強制的影響」と置き換えている点について検討してみよう。

木村博士は、「妨害」を「強制的影響」に置き換えている理由について『『妨害』とは、中止行為者の意思に対するもの』であり、したがって、「意思に対する妨害なき中止の場合が、行為者の『自己ノ意思ニ因』った場合として、中止未遂であると解せられるのであるから、『妨害』とは、行為者の意思に対して強制的影響を与えることであるといわねばならない¹³⁾」とされている。

これに対して、牧野博士は、中止未遂について問題にするのは「いかなる場合に、事を止めたことが外界からの強制に因るか、そうでないかに在るのであって、自己の意思に因って止めるということと、強制に因って遂げなかったということとは、単に、表裏の關係に在るだけのものである¹⁴⁾」とされ、その表面たる「自己ノ意思ニ因リ」を説明するために「意思に対して強制的影響がない」とするのは、その表面でないとするのと同じであってなんら説明にはならないとされる。

法律的には、「妨害」も「強制的影響」も同じ意味に解釈できるのではないだろうか。したがって、木村博士が、この「妨害」をとらえて「行為者の意思に対して強制的影響を与えることなり」といわれたのは、牧野博士の見解を発展させたものと考えてよいのではないだろうか。なぜならば、妨害というよりも強制的影響を用いた方が意思の任意性を判断するについて適切であるからである。

注 1) 牧野英一・増訂・日本刑法(全)(1926年)・240頁以下。同・刑法総論・

348頁以下。

- 2) 牧野英一・刑法研究第7巻・402頁。
- 3) 木村亀二・中止未遂の概念・264頁以下。同・刑法総論・360頁以下。
- 4) このように、「自己ノ意思ニ因リ」を「任意な」に置き換えて理由づけをしている判例はいくつかある。大審院判決・大正2年11月28日・刑録20輯・1214頁。同・昭和2年6月25日・刑集6巻234頁。同・昭和12年3月6日・刑集・16巻・277頁。同・昭和21年11月27日・刑集25巻・58頁。
- 5) 牧野英一・前掲研究第7巻・460頁・461頁。
- 6) 木村亀二・前掲論文・292頁。
- 7) 牧野英一・前掲研究第8巻・284頁・285頁。
- 8) 牧野英一・前掲研究第8巻・286頁。
- 9) 木村亀二・前掲論文・293頁以下。
- 10) 牧野英一・前掲研究第8巻・287頁。
- 11) 牧野英一・前掲研究第8巻・288頁・289頁。
- 12) 牧野英一・前掲研究第8巻・290頁。
- 13) 木村亀二・前掲論文・293頁。
- 14) 牧野英一・前掲研究第8巻・293頁。

(3), 牧野・木村両博士を代表とする従来の客観説に対しては, その判断の対象がはっきりしないとの指摘がなされている。¹⁾

木村博士は, 「実行の中止に至った原因たる動機の内容が, 一般の経験上, 意思決定に対して強制的影響を与えると考えられる場合を障害未遂と解し, これに対して強制的影響を与えると考えられない場合が任意であり, 中止未遂と解すべきである²⁾」とし, その判断基準に従うときには, 「発覚・逮捕のおそれがあると考えて犯行を中止した場合には普通は, 一般の経験上, 意思に対して強制的影響を与える動機を原因とするから障害未遂であり, ……後悔が動機となった場合は, 後悔は一般の経験上, 意思に対して強制的影響を与えるものと考えられないから中止未遂である」とする。³⁾ この見解を文字通り解釈すれば, 任意性の判断は, 中止の原因となった事情が行為者の犯行中止の決意についての表象について, 強制的影響を与えたかどうかを客観的に判断することを対象にしていると考えられる。⁴⁾ してみると, 外部的事情によって実際に行行為者がどのような影響を受け,

着手未遂の中止における任意性の判断について

それをどのように受け止めたか、さらに、受け止めた結果、行為者が犯行を中止するのが一般的なのか、しないのが一般的なのか、その系列が十分に吟味されないことになる。本来、任意性の判断は、「自己ノ意思ニ因ル」という個人的要素が、その判断の対象になるはずなのに従来の客観説からすれば、犯行の中止までに至る行為者の特殊な内的な心理変化が考慮されないことになる。香川教授は、『自己の意思』とあるかぎり、行為者の意思活動が、意識現象が、表象に基づく内部的事情そのものが、当然考慮されねばならない⁵⁾とし、その評価の対象として行為者の主観を客観的に判断しなければならないとするなら「任意性の確定は、表象に基づく内部的事情が、行為者の意思活動が、なしうると感じたか、なしえないと感じたか、その評価が客観的でなければならないこととなる」とする。それゆえに、被害者の陰部に挿入した指についた血をみて驚愕し、その結果犯行を中止したことについて⁶⁾、「外部的事情の表象あるいは表象の結果驚愕したことが任意性を失わせる事情として客観性があるか否かの判断が重要なのではなく、そうした事情の表象による驚愕の結果、それらが中止するについて行為者にどう受けとめられたか、その受けとり方いわば、行為者における内部的事情そのものが客観的評価の対象として直接的な意味をもつものとならなければならない」とする。香川教授の指摘は、任意性の判断は、本来、行為者の内部的事情を基礎に客観的に判断すべきであるという考え方が根底にあると思われる。

確かに、従来の客観説が「未遂の原因となった外部的事情又は、その表象を判断の対象とするのみであれば」⁷⁾それは、犯行中止という意思決定に至る行為者の内的事情を考慮外に置くもので適当でないと思われる。

このような考え方に基づいていると思われる判決がいくつかある。それは、憐憫の情を覚えて犯行を中止した場合について中止未遂を認めたものである。事案は、「被告人が殺意をもって婦女の首を絞めたところ、同女の子供らが泣き出したのでかわいそうに思って犯行を中止した」事件であ

る。⁸⁾ 本判決では、被告人の犯行中止は、「幼児が泣き出したため、犯罪が発覚し、逮捕されることを恐れたことによるのではなく、泣き出した幼児に憐憫を覚え、翻意したことにある」とし、中止未遂を認めた。これは、幼児の泣き出したことを被告人がどう受けとめたかを評価の対象にしたものと思われる。⁹⁾ 妥当な考え方である。

- 注 1) 香川達夫・中止未遂の法的性格・100頁。同趣旨・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・中止犯・刑法講座・31頁。
- 2) 木村亀二・刑法総論・362頁。
- 3) 木村亀二・前掲書・362頁－363頁。
- 4) 香川教授は、客観説ではなにが客観的評価の対象なのか明らかでないことを指摘し、考えられる客観的評価の判断の対象を「第一に、事情が意思に対して強制的影響を与えるかどうか。第二に、強制的影響を与える事情の表象を客観的に評価するのか。第三に、表象にともなう内部的事情そのものの客観的評価なのか」とし、従来の客観説からすると第二のものを判断の対象と考えるのが素直な理解であるとする。香川達夫・前掲論文・33頁。
- 5) 香川達夫・前掲論文・34頁以下。
- 6) これは、最高裁判決・昭和24年7月9日・刑集3巻1174頁の事案である。本判決では、中止未遂の成立が否定された。その理由は次の如くである。つまり、「性交に経験のない被告人は、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のであって……原判決が障礙未遂に該当するものとし、これを中止未遂にあらずと判定したのは相當であって何ら所論のごとき違法はない。」と。
- 7) 木村静子・中止犯・刑法講座第4巻・31頁。香川教授の見解と同趣旨である。
- 8) 福岡高裁判決・昭和29年5月29日・判例特報・26－93。他は、福岡高裁判決・昭和35年7月20日・下集2巻7号・8号合併994頁。
- 9) 香川達夫・中止犯・判例コンメンタール1(1976年)423頁。