

優位法の中止未遂と劣位法による処罰

虫 明 満

目 次

- 一 はじめに
- 二 中止未遂の法的性格
- 三 ドイツにおける加重的未遂の処理
- 四 罪数形態別の検討
 - 一 法条競合
 - 二 包括一罪
 - 三 科刑上一罪（観念的競合・牽連犯）
- 五 おわりに

一 はじめに

我が国の刑法四三条は、未遂犯の場合、「其刑ヲ減輕スルコトヲ得」ることとし、中止未遂の場合には、「其刑ヲ減輕又ハ免除ス」と定める。これにより、中止未遂の刑は必ず減輕又は免除されることとなるのである。そこで、例えば、中止未遂で刑が免除される場合、その未遂犯で処罰できないのは当然であるが、未遂犯に含まれる他の既遂犯としても処罰することができなくなるのかどうかという問題が生ずる。すなわち、例えば、殺人の中止未遂で刑が免除される場合、それに含まれる傷害罪の既遂として処罰することもできなくなるのかどうかということである。これは、中止未遂のために優位法による処罰が不可能となるとき、本来ならば前面に出てこない犯罪が、改めて可罰的となるかどうかという問題でもある。この問題は、我が国ではあまり論じられていないが、ドイツでは中止未遂の効果について、いわゆる加重的未遂 (qualifizierter Versuch) の問題として古くから多くの議論のなされているものである。

ところで、中止未遂の場合、未遂行為の後で中止行為が行われ、それによって未遂犯に対する刑が減輕・免除されるのである。従って、ここでの問題は、未遂行為が他の既遂の構成要件に該当するとき、中止行為の効果がその既遂犯にも及ぶかということとなる。そして、この問題の解決は、中止未遂の場合、刑が減輕・免除されることの意味はどういうことであるか、また、刑の減輕・免除の構造はいかなるものであるかということから導かれるように思われる。つまり、ここでは、中止未遂の場合は犯罪自体が成立しないのか、犯罪は成立するが刑罰のみが減輕・阻却されるのか、又は、そもそも実体法的には何の変化もなく単なる訴訟障害に過ぎないのかということが影響するであろう。そして、これは中止未遂の法的性格の問題に他ならない。

一方、中止未遂に「含まれる」他の既遂犯という場合、いかなる形で「含まれる」かが問題となる。そして、未遂行為が他の既遂犯の構成要件に該当するとき、本来ならば当該未遂犯の一罪として扱われる場合でも、未遂犯と既遂犯の関係は、罪数論上さまざまなものがありうるであろう。すなわち、そこには、本来の一罪としての法条競合・包括一罪のみならず、科刑上一罪としての観念的競合・牽連犯もありうるわけである。しかも、それらの罪数形態の相違によって、前述の、中止行為の効果がどこまで及ぶかという問題の結論も変わってくるように思われる。これらの罪数形態は、同じく一罪として扱われるものであっても、その罪数論的意味を異にするからである。従って、この問題を考えるには、さらに、一罪とされる形態の罪数論的意義をふまえる必要がある。

このように、この問題については、中止未遂の法的性格に関する認識と、罪数の意義に関する認識との、両方向からのアプローチが必要であると思われる。そこで、以下ではまず、中止未遂の法的性格に関する議論を整理し、それを検討した上で、罪数形態の相違が結論にいかなる違いを及ぼすかについて考察してみたい。

二 中止未遂の法的性格

一 中止未遂の法的性格の問題については、ドイツでも古くから議論のなされてきたところであり、我が国でも、多くの学説が主張されてきた。しかも、この問題については、香川教授¹⁾をはじめ、最近でも幅広い研究がなされているところである。本稿は、それらを踏まえ、必要な範囲で中止未遂の法的性格の議論を概観しておきたい。

ところで、ドイツ刑法二四条一項は、「任意に、所為のそれ以後の実行を放棄し、又は所為の完成を防止した者は、未遂としてはこれを罰しない」と規定し、中止未遂を不可罰としている。この点、我が国の刑法が、中止未遂を必要

的な刑の減免とするのと異なる。そして、ドイツでは、中止未遂の不可罰性をめぐって、その根拠は何であるか、また、それを犯罪体系上どこに位置づけるかについて、大いに見解の分かれるところである。

まず、中止未遂の不可罰性の根拠³⁾については、基本的に四つの立場に集約できるように思われる。すなわち、第一に、中止未遂が不可罰とされるのは、それによって、未遂段階に至った者を既遂に至らせるのを阻止するためであるという刑事政策的考慮に基づくとする、刑事政策説 (Kriminalpolitische Theorie)、第二に、中止未遂の不可罰性は、いったん着手した犯罪を放棄したことに対する報酬であるとする、褒賞説 (Prämien-od. Gnadentheorie)、第三に、任意の中止は行為者の犯罪意思が弱くなったためであり、行為者の危険性が減少すると共に行為の危険性が減少した徴表であるとして (Indiztheorie)、中止者には、当罰性又は刑罰目的が欠如するとするもの (Strafzwecktheorie)⁴⁾、第四に、刑罰を基礎づける実行行為と刑罰を免除する中止行為との分離に反対し、両事象の全体的観察を主張する、単一説 (Einheitstheorie) である。もつとも、第四の単一説は、特別な方法論に関するものであって、それ自体不可罰性の根拠を示すものではなく、また、それ以外の根拠についても、純粋な形で主張されるのはむしろまれで、多くの学説は複数の根拠を複合的に取り入れているのが現状である⁵⁾。

次に、中止未遂による不可罰性の犯罪体系上の地位⁶⁾については、学説上、構成要件・違法性・責任のそれぞれの段階でとらえようとするものと、それらの犯罪構成要素以外の刑罰論段階でとらえようとするものに分かれる。すなわち、構成要件レベルでとらえる見解は、中止未遂の場合構成要件の不法が脱落するとするので、それは消極的構成要件要素の問題となり、それに対して、違法性レベルでとらえるならば、中止未遂は違法性阻却事由となる。もつとも、これらの見解はむしろ少数説で、現在では、中止未遂の場合、責任の減少ないし消滅を認めようとするものが有力となっている。そしてこれによると、中止未遂は責任消滅事由 (Schuldtilgungssgrund) とか、責任容赦事由 (Entschul-

dingungsgrund) あるいは責任阻却事由 (Schuldausschließungsgrund) となる。しかし、通説は、中止行為によって違法・責任に変化はなく、単に処罰の必要性に影響を及ぼすにすぎないとする、中止未遂を一身的な刑罰消滅事由 (persönlicher Strafaufhebungsgrund) と考える見解のようである。⁽⁷⁾

一方、我が国では、中止未遂の「根拠」と「体系的地位」の問題は、ドイツにおけるように明確に区別されておらず、両者が併せて議論されているといつてよい。⁽⁸⁾ すなわち、我が国では、中止未遂の場合の刑の減免は、実行行為者が既遂に至るのを阻止しようとする政策的考慮によるとする刑事政策説と、中止未遂に何らかの犯罪体系的意味を見いだそうとする法律説とに分かれ、後者はさらに、違法性の減少・消滅を認めるか、責任の減少・消滅を認めるかで争われているのである。

以上のように、中止未遂の法的性格に関する議論は、ドイツと我が国では様相を異にしており、特に、中止未遂を優遇することについての「根拠」とその「体系的地位」の問題を区別して論ずるかどうかで大きく異なっているのである。そして、この点については、「どちらの分類方法が『よい』かという観点で捉えられるべきではなく、むしろ、両国における中止犯の解釈に関するアプローチの相違として捉えられるべき」であり、「西ドイツでは、中止規定の根拠をむしろ犯罪体系外的考察によってその本質を問うという形で説明しようとする傾向があるのに対し、わが国では、体系内的考察の枠内でその根拠を見出そうとする傾向がある⁽⁹⁾」とも言われている。しかし、一方では、そもそも「根拠」に関する見解は、中止未遂の不処罰は「このためである」という目的論的説明を行っており、「体系的位置づけ」に関する見解は、「このからである」という因果的説明を行っている⁽¹⁰⁾のであって、両者は中止未遂の不処罰という一つの問題を、それぞれ別の側面からつまり各々異なる次元において説明しようとするものにすぎないとするものもある⁽¹¹⁾。それに対して、他方では、「なぜ中止未遂に通常の障害未遂よりも大きな特典的効果が付与されているのかとい

う問題への解答は、やはり行為の犯罪性を規定する要素——構成要件該当性、違法性、有責性——に関連づけられていなければならない」ということから、「二つの問題を切断し、別個のものとして取り扱うことは不可能であるばかりでなく、論理上の誤りを犯すものである」とする見解もある⁽¹²⁾。もともと、この問題については、中止未遂についての「根拠」として提示されるものが何を意味するものであるかがまず明らかにされなければならない。以下では、このことを念頭において、ドイツ及び我が国の中止未遂の法的性格に関する学説を検討してみたい。

- (1) 香川達夫・中止未遂の法的性格(昭和三八年)。
- (2) 例えば、山中敬一「中止犯」現代刑法講座第五卷(昭和五七年)三四五頁以下、城下裕二「中止未遂における必要的減免について——『根拠』と『体系的位づけ』——」北大法学論集二六卷四号(昭和六一年)一七三頁以下、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(昭和六一年)一六五頁以下。
- (3) Vgl. Vogler, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 33. Lieferung, 1983, S. 126ff.; Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 33ff. なお、後者については、拙稿「クラウス・ウルゼンハイマー著『理論及び実務における中止未遂の基本問題』(一九七六年)」名古屋大学法政論集七八号(昭和五四年)四二七頁以下参照。
- (4) 但し、ウルゼンハイマーは、犯罪意思の減弱という観点と刑罰目的の欠如という観点を区別している。Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 44ff.
- (5) Vgl. Ulsenheimer, a. a. O., S. 46ff.
- (6) Vgl. Vogler, a. a. O., S. 130f.
- (7) 山中・前掲論文三五五頁参照。
- (8) 山中・前掲論文三六七頁参照。
- (9) 山中・前掲論文三六七頁。
- (10) 城下・前掲論文二〇四頁以下。

(11) 山中・前掲論文三六七頁参照。

(12) 清水・前掲論文二三六頁。

二 まず、ドイツにおいても我が国においても、中止未遂の不可罰性ないし刑の減免の根拠として共通にあげられるのは、刑事政策説である。この刑事政策説の淵源は、フォイエルバッハに遡るとされているが、端的に次のようなリストの言葉で表されている。すなわち、リストによると、「不可罰の予備行為と可罰的な実行行為との境界線が越えられた瞬間に、未遂について定められた刑罰も具体化する。この事実にはや変えられないし、『遡って破棄する』こともできず、抹殺することもできない。しかし、立法は、刑事政策的理由から、すでに処罰されるべきものとなった行為者に、後戻りのための黄金の橋を架けてやることができる。立法は、任意の中止を刑罰消滅事由とすることによって、それを行った⁽²⁾とされるのである。そして、この「黄金の橋」という表現が、刑事政策説のキーワードとして用いられるに至っているのである⁽³⁾。

しかし、この刑事政策説に対しては、種々の異論が出されている。すなわち、この見解は、行為者が実行行為中に自分の行為の有利・不利を冷静に考えて行動を統制するという考え方が基本になっているが、そのようなことはフィクションであり、中止未遂を不可罰とすることが行為を放棄することの動機になるとするのは心理学的に認められな⁽⁴⁾いと批判されるのである。また、この見解の主張は、中止犯が不可罰となることが行為者に知られていることを前提とするが、たいていの行為者は、そのような規定のあることを知っているわけでもないとも言われている⁽⁵⁾。そしてとくに我が国の場合、ドイツにおけるように中止未遂は完全な不可罰とされていないので、刑事政策的効果は存在するとしてもきわめて弱いものといわれている⁽⁶⁾。そして、それらの批判は当を得たものといつてよい。とはいえ、少なく

とも、中止犯が優遇されるということを知っている者に対しては、刑事政策的効果があるであろうことは否定できず、⁽⁷⁾「すべての場合に効果を發揮しようというのではなく、ある程度の効果を狙ったものだ」と解すれば、直に無意味だとはいいきれない⁽⁸⁾であろう。また、刑事政策説は、中止未遂の不可罰性ないし刑の減免に、犯罪防止的機能（一般予防的機能⁽⁹⁾）を認めようとしていることは確かである。この点は、後で指摘するように中止犯に関する刑法規定のみの問題ではなく、刑罰法規一般に妥当することといつてよい。

次に、特にドイツで有力に主張されている褒賞説であるが、これによると、「適時に中止し又は行為による悔悟を行った者は、将来彼は犯罪を行わないであろうという期待を生ぜしめ、彼に向けられた責任非難の重りを、少なくとも功労的な行為という対重によって、一定程度まで釣り合わせたのである。そしてそれ故に、彼に刑罰を科すのを容赦してやるのであり、つまり、彼に褒賞を与えるのである⁽¹⁰⁾」とされている。そして、この見解に対しては、刑法は犯罪行為に褒賞を与えるためにあるのではない⁽¹¹⁾とか、褒賞というのは単なる結果であつて、この説ではなぜ褒賞が与えられるのが示されておらず、中止犯特典の根拠が明らかにされていない⁽¹²⁾という批判がある。しかし、この褒賞説の主張は、中止者にはその褒賞として不可罰性を与えるというものであり、これは結局、刑事政策説における「黄金の橋」を褒賞としてとらえ直したに過ぎないと解することも可能であろう。この見解も、刑事政策説の主張者であるフォイエルバッハの見解に由来すると言われる⁽¹³⁾由縁である。また、刑法は犯罪者に褒賞を与えるためにあるものではないという批判に対しては、いわゆる褒賞的応報の思想によりそれを正当化することも可能であろう。こうして、この見解には、一般予防的観点⁽¹⁴⁾と共に、応報刑思想の存在が見て取れるのである⁽¹⁵⁾。

また、徴表説ないし刑罰目的説もドイツで主張される見解であるが、これによると、「行為者は任意の中止によって、自分が合法性へと立ち帰り、その犯罪意思は犯罪遂行にとって十分強くなかったということを示した。従つて、彼を

将来的に犯罪行為から遠ざけるためにも、他人をそのような行動をしないように威嚇し又は侵害された法秩序を再び回復するためにも、彼を処罰することは必要でなくなった⁽¹⁶⁾とされている。そしてこれについては、行為者の意思は実行の時点では既遂に至るのに十分強いということもありうるのであって、中止はしばしば全く偶然の外部的事情によつて生じることもあるとの批判がある⁽¹⁷⁾。また、行為自体の危険性があつたことは否定できず、通常は中止行為のために少しも減少するものではないのであって、行為の当罰性が中止行為によつて直ちに消滅するものではないともいわれている⁽¹⁸⁾。とはいえ、このように徴表説ないし刑罰目的説は、行為者の犯罪意思の強弱を問題にする以外に、行為者が合法性へと立ち帰っているため将来的に彼を犯罪行為から遠ざけるために処罰する必要がなく、また、他人が犯罪行為を行わないように威嚇するためにも行為者を処罰する必要がないと云うのである。ここには確かに、行為者に対する特別予防的観点及び一般人に対する一般予防的観点が持ち出されていることは疑いない⁽¹⁹⁾。この点で、この見解もまた、刑事政策説と共通するところがあるといつてよい。

以上のように、特にドイツにおいて中止未遂の不可罰性の根拠として出されている褒賞説も、徴表説ないし刑罰目的説も、一般予防的観点・特別予防的観点・応報論的観点に基づくものであつたといつてよい。そして、それはそもそも刑罰の機能そのものの問題である。このことは、中止未遂の不可罰性ないし刑の減免の根拠の問題は、そもそも刑罰法規の果たしうる機能そのものの問題であり、そのうちの何を強調するかで争われているに過ぎないということも推測させるものである。中止未遂の法的性格の問題としてより本質的なものは、次の、中止未遂の犯罪体系上の地位の問題ではなからうか。

(1) Ulsenheimer, a. a. O., S. 42.

- (2) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 315.
- (3) Mezger, Strafrecht, 3. Aufl., 1949, S. 403; Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl., 1961, S. 153; Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. 2, 1930, S. 411; Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 9. Aufl., 1934, S. 201; 木村亀二＝阿部純二・刑法総論〔増補版〕(昭和五三年)三六九頁、中野次雄・刑法総論概要(昭和五四年)一一九頁。
- (4) Ulsenheimer, a. a. O., S. 69f.; Vogler, a. a. O., S. 126; Schönke-Schröder (Eser), Strafgesetzbuch, Kommentar, 21. Aufl., 1982, S. 297.
- (5) Ulsenheimer, a. a. O., S. 71; Schmidhäuser, Allg. Teil, Studienbuch, 2. Aufl., 1984, S. 365; 香川・前掲書五一頁、平場安治・刑法総論講義(昭和三六年)一三八頁。
- (6) 香川・前掲書五七頁、平野龍一「中止犯」刑事法講座第二卷(昭和二七年)四〇四頁、木村静子「中止犯」刑法講座4(昭和三八年)二二二頁。
- (7) 西原春夫・刑法総論(昭和五二年)二八七頁。
- (8) 平野・前掲論文四〇四頁。なお、長岡龍一「中止未遂の法的性格と窃盜の既遂時期」Law School No. 35(昭和五六年)四四頁。
- (9) 我が国の刑事政策説は、このような一般予防的見地から主張されるのが通常であるが、中には特別予防的観点を重視し、行為者の危険性・反社会性の減少に着眼するもの(牧野英一・刑法総論下巻(昭和三四年)六四二頁)や、一般予防的見地と特別予防的見地の両者を加味するもの(小野清一郎・刑罰の本質について・その他(昭和三〇年)二八八頁)もないではない。
- (10) Bockelmann, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW., 1955, S. 1420. ㊦他同註・Bockelmann-Volk, Strafrecht, Allg. Teil, 4. Aufl., 1987, S. 214; Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil, 4. Aufl., 1988, S. 486; Baumann-Weber, Strafrecht, Allg. Teil, 9. Aufl., 1985, S. 502.
- (11) Schmidhäuser, a. a. O., S. 365.
- (12) Ulsenheimer, a. a. O., S. 77; Vogler, a. a. O., S. 129f.
- (13) Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allg. Teil, 1953, S. 294; 城下・前掲論文二二〇頁。
- (14) この場合、未遂犯罪者に対する一般予防が考えられている。なお、城下・前掲論文二二三頁参照。
- (15) 城下・前掲論文二二二頁。

- (16) Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allg. Teil, 2. Aufl., 1977, S. 199. 著者：Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Festschrift für Ernst Heinrich zum 70. Geburtstag, 1972, S. 270; Blei, Strafrecht I, Allg. Teil, 18. Aufl., 1983, S. 236.
- (17) Jescheck, a. a. O., S. 486; Vogler, a. a. O., S. 127f.
- (18) Jescheck, a. a. O., S. 486f.; Vogler, a. a. O., S. 128; Ulsenheimer, a. a. O., S. 85.
- (19) 城下・前掲論文二二二頁以下参照。

三 中止未遂の犯罪体系上の地位の問題としては、構成要件レベルでとらえる見解⁽¹⁾はまれで、現在では主として、中止行為によって未遂行為の違法性が減少・消滅するかどうか、また、責任が減少・消滅するかどうかで争われている。

もともと、ドイツでは、違法性の消滅に着目する見解もむしろ少なく、しいて挙げれば、歴史的にはビンディングがある。すなわち、ビンディングは、周知のように、「規範」と「刑法規」とを区別し、前者は国家に対する服従を国民に要求する命令であり、後者は国家に刑罰を加える権利を付与する法規であって、犯罪とは「規範」の違反であることとすることから出発する。そして、人間の行動は人間生活の破壊の原因を設定するものであつてはならないということ「規範」は命じているのであるから、結果の発生を阻止した場合は、「規範」の要求に合致した行動をしたことになる。⁽²⁾こうして、任意の中止未遂の不可罰性は、この法義務の充足にあるのであり、「その不可罰性は、ただ単に賢明さの要請に基づくのではなく、行為の違法性の脱落に基づくのである」⁽³⁾とするのである。また、ヘーグラは、主観的違法要素論の立場から、「中止未遂の不可罰性は、私の見解によると、いわゆる『刑事政策的理由』によるのではなく、犯罪を行おうとする決意が効果を発揮する前に反対決意が立てられ、それによって全体が、違法性・反社会性

を主観的に制約する性格を失うことによるのである⁽⁴⁾とするのである。一方、我が国では、中止未遂の場合に違法性の減少・消滅を認める見解は少なくない。すなわち、例えば、平場教授は、違法性においても責任においても中止犯の刑の減免を理由づけようとされつつ、「ただ違法問題の責任問題に対する論理的先行性から及び責任に根拠を求める立場を貫けば既遂の中止、不能犯の中止も中止犯の中に入れねばならぬがゆえに、中止犯の理由づけは第一義的に違法性を減少又は消滅せしめる事由だと考えたゞ補充的に責任の点を考えればよい⁽⁵⁾」とされている。そして、「実行の着手により生じた行為の危険への方向が未だ客観化されない以前において中止された場合は、主観的違法要素の消滅による計画の危険性の喪失に、また一度び危険状態が客観化されたばあいは、かかる危険状態の消滅による現実の危険性の喪失に、根拠を求むべきである⁽⁶⁾」とされるのである。

このように、違法性減少・消滅説は、故意の放棄による主観的違法要素の消滅という観点（主観面）と、結果発生⁽⁷⁾の危険性の消滅という観点（客観面）との両者によって基礎づけられているといつてよい。このうち、前者は、故意を主観的違法要素としてとらえる見解から支持されることとなるが、主観的違法要素を認めるか否かについては争いのあるところである。また、後者についても、障害未遂も中止未遂も客観的には同じであつて、「自己の意思」による結果発生⁽⁸⁾の阻止がとくに違法減少をもたらすわけではないと批判されている。しかし、もちろん、故意が主観的違法要素であると考えらるならば、中止行為に違法性の消滅を認めるのは容易であろうが、たとえ主観的違法要素自体を認めないとしても、中止行為によって結果発生が阻止されたのであり、その意味で中止行為が違法結果を除去したことは認めなければならぬであろう。つまり、未遂の処罰根拠が法益侵害の危険にあるとする以上、行為者がすでに未遂によって生じている法益侵害の危険を取り去つたということから、そこに違法性の事後的な減少・消滅を認めることができるのである⁽⁹⁾。ともかく、何もしない場合と比べて、中止行為が違法性を減少・消滅させるものであることは

否定できない。ただ、このように、中止行為が違法性を減少・消滅させるといっても、その前に未遂行為が存在すること自体に変わりはなく、その未遂行為の違法性が遡及的に減少・消滅するものではないという点は見逃してはならない。

次に、中止未遂に責任の減少・消滅を認める見解も多い。この点、平場教授により、「規範的責任論によれば責任は非難（可能性）であり、非難は結局法規範の命令的機能に違反するところに生じる。法規範の命令は単に事前において『一定の違法行為をなすな』と命令するのみならず、事後においても『その違法行為を中止せよ』『引きかえせ』との呼び掛けをなすのである。このような命令規範の呼び掛けに依じて引きかえしたものは命令違反としての責任において軽減免除されるところがなければならない。・・・性格的責任論によれば行為は行為者の反社会的性格を徴表する意味を持つ。故に実行着手により一度び反社会的性格を徴表した者も爾後において反社会的性格を否定する他の行為をなしたばあい犯人の性格の危険性はそれだけ小であるとしなければならない」とされる通りである。もともと、現在では規範的責任論が通説であることはいうまでもないが、特にドイツにおいては、中止未遂の場合に責任の減少・消滅を認める見解は、ロクシン⁽¹¹⁾をはじめとして、近時ますます有力になりつつある。すなわち、例えば、ルドルフィーは、「行為者は、中止したにもかかわらず不法と責任を負わなければならないが、不法も責任も、任意の中止によって、残りの責任非難がいわゆる刑事政策的理由から必要でなくなるほどに減少するのである。従って、ここでは『刑法上重要な』責任が欠如している」とし、中止未遂を責任容赦事由 (Entschuldigungsgrund) としているのである⁽¹²⁾。また、同じく、中止未遂を責任容赦事由とするウルゼンハイマーによると、中止犯の場合、結果が回避されたことによる結果無価値の排除が行為者の責任を減少させ、また、中止行為に含まれる法益を回復しようとする意思による行為無価値の減少が間接的に責任の減少をもたらし、さらに、任意に中止した場合には、行為者の心情は法律違反的なものか

ら法律にかなったものに変革されたのであり、これにより全体行為に対する非難が減少するとされ、このためにその行為はもはや許してもよいものとなると説明されている。⁽¹³⁾そして、我が国でも、例えば香川教授は、「たとえ一度は法的義務に違反して犯罪的意思決定をなしたのであっても、したがってために有責との非難がさけられないばあいであっても、行為者の主体的な介入によって・・・中止未遂は、たとえ事後的ではあるにせよ積極的、直接的に法的義務の要求に合致したばあいと認められるのであり、ために責任の消滅を認めてよいはずである」⁽¹⁴⁾とされており、このように責任の減少ないし消滅を認める見解は少なくない。⁽¹⁵⁾とはいえ、我が国では、それと共に違法性の減少・消滅をも認めるのも稀ではない。⁽¹⁶⁾

ただし、我が国の場合、中止未遂の要件として、「自己の意思に因り」止めたことは必要であるが、いわゆる「広義の後悔」が必要とされているわけではない。そして、もし後悔して止めたのであれば行為者に対する非難可能性が減少・消滅したといえるかもしれないが、そうでない以上、中止未遂の場合にすべて非難可能性が減少・消滅するとは限らないとして、責任減少・消滅説は批判されるのである。⁽¹⁷⁾しかし、中止未遂は、未遂行為の後で「自己の意思に因り」中止行為を行って、法益侵害を除去する場合であって、このような場合には、「広義の後悔」によるものでなくとも、行為者に対する非難可能性の減少・消滅を認めてよいのではなからうか。この意味において、中止行為には責任の減少・消滅を認めることができると思われる。ただ、ここでも、未遂行為がすでに行われていること自体には何の変化もなく、その未遂行為の責任が遡及的に減少・消滅するわけではないということは、違法性の場合と同様である。以上のように、中止未遂の場合、他の場合よりも違法性及び責任の減少ないし消滅を認めることができると思われるが、それは中止行為についてであって、前に存在する未遂行為自体の違法性・責任が遡及的に減少・消滅するわけではない。そこで、次に、未遂行為と中止行為の両者を合わせた中止未遂の法的性格をどのように考えるべきかを問

題にしななければならない。

- (1) なお、山中・前掲論文三五五頁以下参照。
- (2) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl., 1922, S. 117.
- (3) Binding, a. a. O., S. 117 Anm. 8.
- (4) Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. 1, 1930, S. 329 Anm. 2.
- (5) 平場・前掲書一四〇頁。
- (6) 平場・前掲書一四〇頁以下。
- (7) 平野龍一・刑法総論II（昭和五〇年）三三三頁、福田平・全訂刑法総論（昭和五九年）二一五頁。なお、西原・前掲書二八七頁。
- (8) 中山研一・刑法総論（昭和五七年）四三二頁、曾根威彦・現代刑法論争I（昭和五八年）三〇二頁、野村稔・未遂犯の研究（昭和五九年）四四一頁。
- (9) 清水・前掲論文二六一頁参照。
- (10) 平場・前掲書一四〇頁。
- (11) Roxin, a. a. O., S. 273.
- (12) Rudolphi, a. a. O., S. 200.
- (13) Ulsenheimer, a. a. O., S. 90ff.
- (14) 香川・前掲書九七頁。
- (15) 団藤重光・刑法綱要総論〔改訂版〕〔増補〕（昭和六三年）三三六頁、植松正・再訂刑法概論I総論（昭和四九年）三三四頁、佐伯千仞・四訂刑法講義（総論）（昭和五六年）三三二頁、内田文昭・刑法I（総論）（昭和五二年）二五七頁、曾根・前掲書三〇一頁、山中・前掲論文三六九頁以下。
- (16) いわゆる併合説につき、城下・前掲論文一九四頁以下参照。
- (17) 平野・前掲論文四〇五頁、清水・前掲論文二五〇頁。

四 未遂行為と中止行為との関係について、いわゆる「古い法律説」は、前に存在した犯罪事実が後で取り消されるという構成をとった。すなわち、中止により未遂犯の主観的条件たる犯罪的意思が遡って廃棄されると考えたツアハリエの廃棄説(Annulationstheorie)、中止犯の場合全体としてみれば犯罪を既遂にいたらせる意思が欠けているとするルーデンの無効説(Nullitätstheorie)、中止犯における犯罪的意思は確実なものではないとするシュヴァルツェの不確実説(Infirmitätstheorie)、中止犯は既遂にいたる可能性がなかったのだと考えるヘルツォークの推定説(Präsumtionstheorie)がそれである⁽¹⁾。しかし、これらの説は、犯罪的意思を犯罪の本質とする点はともかくとして、一度存在した犯罪事実を後で存在しなかったものとするものであり、これはいかにしても認めがたく⁽²⁾、現在では支持する者はいない。

そこで、その後の学説は、中止未遂の場合、未遂行為は確かに存在するのであつて、それは違法性も責任も具備するものであることを認めつつ、違法性ないし責任の減少・消滅を理論づけようとしたのである。そして、多くは、違法性も責任も一定の事実に対する評価であり、事実自体に変化がなくても、それに対する評価は変化しうるとして、違法性ないし責任の事後的減少・消滅を基礎づけようとしたのである⁽³⁾。しかし、このような違法性ないし責任の事後的変化という考え方に対しては、次のような批判がある。すなわち、『可罰的未遂』の評価の対象となるのは、『実行の着手』から『中止行為』がなされる前までの段階である。従つて、この段階において『可罰的未遂』としての違法性・有責性の評価は確定しているはずであり、それは事後の中止行為によつても不変なのではないか⁽⁴⁾とされるのである。また、責任の評価においては内心の変化の過程も判断の対象になるので、責任評価は流動的であることが認められるとしても、少なくとも違法評価は事後的に変化するものではないとするものもある。すなわち、「違法も一つの評価であり、評価は評価の対象の変化によつても変動しうるとしても、一つの事実に対する違法評価は固定的なもの

であり、変化した事実に対する違法評価はさきのものとは別個であつて、さきの実事に対する違法評価に影響をおよぼすことはできない⁽⁵⁾とされるのである。

確かに、未遂行為が存在するという事実は不変であるから、それに対する違法評価・責任評価もその時点で確定しているであつて、後で中止行為が行われたからといって、その評価が変化するわけではない。従つて、違法・責任は一定の事実に対する評価であるということを根拠に、その事後的な減少・消滅を認めてもさしつかえないとするのはなお不十分のように思われる。しかし、中止未遂は、障害未遂と同じく未遂の構成要件に該当するものであるが、中止行為によつて未遂となつた場合である。ここから、中止未遂の犯罪的評価は中止行為も含めて行うべきものといふことができる。つまり、それは「未遂行為」から「中止行為」の前までの事実に対するものではなく、「未遂行為」と「中止行為」の両者を同時に考慮する必要があるのである。その意味で、ここでは、未遂行為と中止行為を完全に独立した別個の行為と解すべきではなく、両者を統合的に評価する必要がある⁽⁶⁾のである。

そこで、未遂行為と中止行為の統一的観察は、ドイツでいわゆる単一説(Einheitstheorie)として主張されている。この見解は、未遂の可罰性が事後の中止によつて消滅するという考え方に反対し、未遂行為と中止行為を全体的に観察することによつて、両者は評価的観点のもとで規範的には単一性を示しているとするものである⁽⁷⁾。すなわち、「後の態度が以前の態度を相殺したり、事後的に他の色づけをするのではない。むしろ、以前の態度は否定的性格を持つており、事後的に肯定的なものが付加することによつて、全体的態度について新しい評価的観点が生ずる。二つの態度はいわば一つの結果の否定面と肯定面として現れ、それが全体的評価によつて、当罰性について異なる結論に導く⁽⁸⁾」のである。そして、中止行為は未遂行為の実効性を失わせる行為であり、両者は内容的に無関係ではありえない⁽⁹⁾ことを考えるなら、中止未遂の違法性及び責任の評価は、両者を総合的に考慮しなければならない⁽¹⁰⁾のではなからうか。も

つとも、特に、中止未遂において違法性の減少・消滅を認める見解に対しては、共犯従属性説を前提として、この場合中止行為者のみならずその共犯者もその影響を受けることになり、それは妥当でないという批判がある⁽¹¹⁾。これについては、おそらく、共犯者の責任は正犯者の行為に加担した部分についてのみ問うことができるべきで、中止行為を行わない共犯者の違法性ないし責任には何の影響もないというべきではなからうか。

ところで、中止行為者も「犯罪ノ実行ニ著手シテ之ヲ遂ケサル者」であつて、本来の未遂犯として刑を「減輕スルコトヲ得」る(刑法四三条本文)はずである。しかし、現行刑法上は、さらに中止未遂の刑は「減輕又ハ免除ス」(同条但書)とされており、この体系的意味が、中止未遂の法的性格として争われているのである。そして、上述のように、中止行為に違法性及び責任の減少・消滅を認め、全体的觀察を行ったとしても、中止未遂は未遂犯であることに変わりはなく、全体としての違法性及び責任が「消滅」したということはできない。つまり、中止未遂の場合、全体としての違法性及び責任の減少を認めうるにとどまり、犯罪そのものは成立するのであつて、それを無罪とすることはできない。また、全体としての違法性及び責任の減少があつても、それは全ての場合に刑を必ずしも減輕・免除すべきものとは限らない。すなわち、中止未遂を本来の未遂と同じく刑の任意的減輕で処理することはあながち不可能ではないのであつて、中止未遂における刑の必要的減輕・免除は、全体としての違法性及び責任の減少によつて完全な基礎づけられたとはいえないように思われる。従つて、任意的減輕ではなく必要的減免とする、障害未遂よりも優遇された刑は、立法者の決定というほかなく、それは政策的判断であるといわざるをえないのではないか。結局、中止未遂の場合、少なくとも違法性及び責任の減少は認められるが、立法者はそれに鑑みて刑の減輕・免除を決定したのであり、それは、刑事政策的考慮に基づく一身的な刑罰の減輕・阻却であるといわねばならない。

こうして、中止未遂の場合、違法性及び責任の減少を認めることができるが、刑の必要的減免の体系的地位の問題

としては、それは刑事政策的考慮に基づく一身的な刑罰減輕・阻却事由であると解することができるのである⁽¹²⁾。

- (1) 小野・前掲書二七七頁以下、香川・前掲書四一頁以下、六〇頁以下、城下・前掲論文一八一頁以下参照。
- (2) 小野・前掲書二七八頁、城下・前掲論文一八二頁。
- (3) Kemmies, Die Tätige Reue als Schuldauflösungsgrund, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 259, 1929, S. 40; 平野・前掲論文四〇五頁、小野・前掲書二七八頁以下、中野・前掲書一二〇頁以下、長岡・前掲論文四七頁。
- (4) 城下・前掲論文二二六頁。
- (5) 木村（静）・前掲論文二五頁。なお、野村・前掲書四四一頁は、「このことは窃盗犯人が財物を窃取後返還したとしても窃盗罪の違法性が減少しないことと同じではなからうか」といわれている。
- (6) 川端博・前掲現代刑法論争Ⅰ二九七頁。なお、清水・前掲論文二二六頁参照。
- (7) Vgl. Rudolph, a. a. O., S. 200; Roxin, a. a. O., S. 273; Ulsenheimer, a. a. O., S. 89f.
- (8) Lang-Hinrichsen, Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 372.
- (9) 川端・前掲書二九七頁。
- (10) 野村・前掲書四五三頁は、実行行為者に犯罪中止義務及び結果防止義務を考え、それらが尽くされている点に、中止未遂と障害未遂の違法性の構造の違いがあるとされているが、全体的観察方法によれば、そのように義務違反性に違法性の根拠を認めなくても、違法性の減少を認めることができると思われる。
- (11) 曾根・前掲書三〇四頁、香川達夫・刑法講義〔総論〕（昭和五五年）二七三頁注（7）、同・前掲法的人格七四頁以下、野村・前掲書四四二頁。なお、川端・前掲書二九七頁、長岡・前掲論文四七頁参照。
- (12) ドイツでも我が国でも、中止未遂の場合に違法性ないし責任の減少・消滅が認められても、その不可罰性ないし刑の減免は、一身的刑罰阻却ないし一身的な刑の減免と解されるのが通常である。

三 ドイツにおける加重的未遂の処理

一 ドイツでは中止未遂は不可罰とされているが、その場合、それに含まれる既遂犯として処罰できるかというところが、いわゆる加重的未遂 (qualifizierter Versuch) の問題として議論されている。そして、この問題については、未遂の中に既遂行為が含まれている場合、既遂犯には独立の犯罪的意味はないとか、この場合には既遂犯の故意がないとかの理由で、既遂行為でも処罰されないという見解もかつては有力であったと言われている⁽¹⁾。しかし、現在のドイツの学説・判例は、既遂行為で処罰されると解しており、このことは、未遂行為と既遂行為が法条競合となる場合であっても、観念的競合となる場合であっても妥当するとされているのである⁽²⁾。これは、ドイツの中止未遂規定が、「未遂としてはこれを罰しない」と定めていることから、既遂としては処罰できるとの解釈の余地を残しているからであり、さらに、行為者は、既遂犯に加えて重い犯罪(中止した犯罪)を意図したが故に、不可罰とされるのは妥当でないと考えられるからである⁽³⁾。こうして、中止未遂であっても、それに法条競合として含まれる既遂犯は可罰的とされるのである。従って、例えば、強姦の中止未遂の場合には性的強要 (§ 178 StGB) で処罰され、重い傷害又は墮胎の中止未遂の場合には傷害で、放火の中止未遂は器物損壊で、偽証の中止未遂は宣誓のない偽りの証言 (§ 153 StGB) で、恐喝又は強盗の中止未遂は強要で、強盗的恐喝の場合は強要又は脅迫で、殺人の中止未遂は傷害で、それぞれ処罰されることとなる⁽⁵⁾。なお、その他同様の観点から、侵入窃盗の中止未遂においては住居侵入又は器物損壊で処罰され、傷害又は殺人の中止未遂は着衣の損壊で処罰されるとされているが、これらは我が国ではむしろ、法条競合ではなく包括一罪と考えるべき事例であろう⁽⁷⁾。

もつとも、法条競合であっても、優位法が減輕犯の場合には、一定の留保が付けられる。そして、減輕犯の中止未遂の場合には、それに法条競合として含まれる重い一般法の既遂で処罰することはできないとされるのである。これは、この場合にも処罰すると、優位法が既遂となれば減輕犯として優遇されるのに、優位法が中止未遂の場合には一般犯として優遇しないという矛盾が生じるからである。⁽⁸⁾ここから、法条競合として含まれる犯罪が、優位法よりも重いか軽いかが重要ともなる。そこで、例えば、囑託殺人罪 (§ 216 StGB) の中止未遂で重い傷害的結果（失明、不随）が発生したときも、重い傷害罪 (§ 224 StGB) で処罰することはできない。これは、前者が軽罪 (Vergehen) で後者が重罪 (Verbrechen) であるからである。ただ、この場合でも、軽い傷害罪 (§ 223 StGB) や危険な傷害罪 (§ 223 a StGB) で処罰することは可能とされている。⁽⁹⁾これらは、いずれも囑託殺人罪と同じく軽罪であるからである。

また、中止未遂に含まれる既遂が危険犯の場合にも、一定の制限がある。すなわち、中止した犯罪の構成要件が侵害犯であり、それに含まれる既遂が同一法益の具体的危険を含んでいるに過ぎないときは、危険犯たる既遂構成要件で処罰することはできないとされるのである。これは、中止行為によって未遂に存在する危険に対する刑罰が排除されるのであれば、危険の特別構成要件についても、刑罰の排除がなされなければならないとされるからである。⁽¹⁰⁾従って、放火の中止 (§ 310 StGB) の場合、火災の危険の招来 (§ 310 a StGB) による処罰は排除されるとされている。⁽¹¹⁾同じく、謀殺の中止未遂の場合、生命に対する危険な傷害罪 (§ 223 a StGB) による処罰は排除されるが、ただ、前述のように、単純傷害罪 (§ 223 StGB) による処罰が排除されるわけではない。⁽¹²⁾それに対して、行為者の行為が同時に抽象的危険犯の構成要件に該当する場合は、それによる処罰が可能となる。⁽¹³⁾これは、抽象的危険犯は、侵害犯と同一の法益侵害を含んでいるとはいえないと考えられているからであろう。⁽¹⁴⁾従って、例えば、殺人の中止未遂の場合には、無権限の武器携帯の罪による処罰は可能となる。⁽¹⁵⁾

ともかく、ドイツでは、若干の例外はあるものの、中止未遂として不可罰となる場合でも、それに法条競合として含まれる既遂犯で、原則的に処罰することができると考えられているのである。しかし、少なくとも法条競合である限り、優位法の未遂犯のみが成立するのであってそれに含まれる既遂犯の成立はないのであるから、そのような既遂犯による処罰には疑問があると言わなければならない。

- (1) Vgl. Krauthammer, Der Rücktritt vom Versuch, 1932, S. 67f. なお、香川・前掲法的性格二三二頁、小野・前掲書二九〇頁参照。
- (2) Vogler, a. a. O., S. 192; Jescheck, a. a. O., S. 495; Maurach - Gössel - Zipf, Strafrecht, Allg. Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S. 88; Jakobs, Strafrecht, Allg. Teil, 1983, S. 628; Wessels, Strafrecht, Allg. Teil, 19. Aufl., 1989, S. 198; Dreher - Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 42. Aufl., 1985, S. 140; Lackner, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 16. Aufl., 1985, S. 148; Busch, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 9. Aufl., Bd. 1, 1974, § 46, Rdn. 41; RGSt., Bd. 57, S. 294ff.; RGSt., Bd. 68, S. 204ff.; RGSt., Bd. 75, S. 117ff.
- (3) Vogler, a. a. O., S. 192.
- (4) 但し、殺人罪と傷害罪については、それらの故意は相互に排斥し合うものであるとする見解もあり、それによると、両者は法条競合の関係にあるとはいえなくなる。なお、拙稿「法条競合と包括一罪(三)」香川法学四卷一号(昭和五九年)九一頁参照。
- (5) Vogler, a. a. O., S. 192.
- (6) Vogler, a. a. O., S. 192.
- (7) 拙稿・前掲論文一一一頁以下参照。
- (8) Vogler, a. a. O., S. 192; ders., Funktion und Grenzen der Gesetzeseinheit, Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag, 1979, S. 729; Wessels, a. a. O., S. 198; Mösl, LK., 9. Aufl., Bd. 1, § 73, S. 18, Rdn. 49.
- (9) Vogler, LK., S. 192; Wessels, a. a. O., S. 199.
- (10) Vogler, LK., S. 193; Rudolph, a. a. O., S. 209; Jescheck, a. a. O., S. 495; Jakobs, a. a. O., S. 629; Schönke - Schröder

(Eser), a. a. O., S. 318.

(11) Vogler, LK., S. 193; ders., Bockelmann - Fest., S. 728; Rudolphi, a. a. O., S. 209; Jescheck, a. a. O., S. 495; Busch, a. a. O., § 46, Rdn. 41; Schönke - Schröder (Eser), a. a. O., S. 318; Stratenwerth, Strafrecht, Allg. Teil I, 3. Aufl., 1981, S. 317. 但し、反対・Dreher-Tröndle, a. a. O., S. 1401; Lackner, a. a. O., S. 1171; BGH. in NJW., 1951, S. 726.

(12) Vogler, LK., S. 193; Jescheck, a. a. O., S. 495; Schönke - Schröder (Eser), a. a. O., S. 318. 但し、RG. in DJ., 1983, S. 723 では、謀殺の中止未遂は、危険な傷害による処罰可能性を排除しないとされていた。

(13) Vogler, LK., S. 193; Rudolphi, a. a. O., S. 209; Jescheck, a. a. O., S. 495; Jakobs, a. a. O., S. 629; Schönke - Schröder (Eser), a. a. O., S. 318.

(14) Vgl. Vogler, LK., S. 193.

(15) Vogler, LK., S. 193; Schönke - Schröder (Eser), a. a. O., S. 318. 但し、この場合は法条競合であるかどうか疑問もある。なお、拙稿・前掲論文九二頁以下参照。

二 次に、ドイツ刑法三〇条は、「重罪の遂行又は重罪の教唆へ他人を決意させようと試みた者」(一項)と、「重罪の遂行又は重罪の教唆について、承諾の意思表示をし、他人の申し出を受諾し、又は、他人と申し合わせた者」(二項)を処罰する。これらは、実行の着手以前の予備段階における行為を例外的に処罰しようとするものであることは疑いない。そこで、これを犯した者が実際に重罪の実行に着手したときは、その重罪としてのみ処罰されることとなり⁽¹⁾、それは我が国では包括一罪と考えるべき場合と思われるが、重罪が中止未遂となる場合、改めて三〇条によって可罰的となるかどうかという問題が生じる。そして、この場合、優位法が中止未遂であれば三〇条の可罰性は生じないという⁽²⁾ことが認められている⁽³⁾。これは、三〇条で処罰される行為は、もっぱら、中止未遂によって不可罰となる侵害犯⁽⁴⁾の、危険な前段階を示しているにすぎないと考えられるからであり、前述の具体的危険犯の場合と同様の考慮による

ものと思われる。もつとも、この点については、もしそのように中止未遂によって三〇条でも処罰されないと解するなら、単なる予備行為以上のことを行った者が優遇されることとなって不都合である⁽⁵⁾という反論のあるところである。しかし、これに対しては、同一犯に対する予備行為とその発展段階が問題になっている限り、三〇条には侵害構成要件とは別の無価値内容がないとして、むしろ事態の発展によって前の行為は無意味となったとも言われている⁽⁶⁾。但し、三〇条の不可罰性は、同一犯についての予備行為と発展段階に限られるので、未遂行為が計画された犯罪より軽いときは、中止未遂において、三〇条の可罰性が生じるとされている⁽⁷⁾。これは、実行行為が計画されたものに達しないときは一般に観念的競合が認められており、予備行為は軽い犯罪の既遂又は未遂によって排除されない⁽⁸⁾ので、中止未遂の場合にも、重い犯罪の予備の責任は残っていると考えられるからである⁽⁸⁾。

また、独立予備罪の場合、上述のような後の侵害犯への発展過程にすぎないものもあるが、全てそうであるとは限らない。もし、予備行為が後の犯罪の発展過程にすぎないならば、行為者が実行行為を行った後で中止して不可罰となれば予備行為も不可罰となるのであろうが、それによる可罰性が生じるようなものもあるとされている⁽⁹⁾。すなわち、例えば、通貨偽造罪 (§ 146 StGB) や有価証券偽造罪 (§ 148 StGB) が中止未遂で不可罰となる場合、その予備罪としての一四九条(但し、その二項又は三項を充足しないときに限る)によって可罰的であるとされるのである⁽¹⁰⁾。

以上のように、侵害犯とその予備的段階の行為の場合、後者は前者への単なる発展過程に過ぎず特別な無価値内容を持っていないといえるかどうかで、中止未遂においても、その前に行われた予備的行為による可罰性の有無が異なると解されているのである。そしてそのような結論は、前述の法条競合の場合と同様のものであると言ってよい。しかし、そもそもこの場合は、未遂行為の前にそれとは別の行為がある場合であって、ここでは法条競合が問題となるのではなく、我が国ではむしろ包括一罪というべき場合である。このような場合には、前の行為が後の行為への単な

る発展過程を示しているに過ぎない場合であっても、中止行為の効果がそれとは別の前の行為に及ぶかということも考慮する必要があると思われる。

なお、ドイツでは、我が国のように包括一罪という概念はないが、それに相当するものとして連続犯という概念が認められている。そして、数個の未遂行為が連続犯となる場合、最後の未遂が中止未遂であればその効果はそれまでに行われたものにも及ぶといわれている⁽¹¹⁾。これは、全ての未遂行為が全体として一つの未遂行為となるからである⁽¹²⁾。ただ、最初の未遂が障害未遂で、行為者がさらに未遂を繰り返し、最後に中止未遂となる場合には、最初の未遂の可罰性は残るとされている⁽¹³⁾。ここでも、中止未遂となる行為とは別の未遂行為があるのかどうか、また、そのような場合には中止未遂の効果が他の未遂行為にも及ぶかが問題であろう。

いずれにしても、法条競合の場合と包括一罪の場合は、その解決の基本的視点が異なるのであり、罪数形態別の検討が要請されるところである。

- (1) Schönke-Schröder (Cramer), a. a. O., S. 379.
- (2) 拙稿・前掲論文九〇頁以下参照。
- (3) Vogler, LK., S. 193; Rudolphi, a. a. O., S. 209; Jescheck, a. a. O., S. 671; Jakobs, a. a. O., S. 629; Maurach-Gössel-Zipf, a. a. O., S. 89; Wessels, a. a. O., S. 199; BGHSt., Bd. 14, S. 378ff.; BGH. in NSTZ., 1983, S. 364.
- (4) Vogler, LK., S. 193; ders., Bockelmann-Fest., a. a. O., S. 727; Schönke-Schröder (Stree), a. a. O., 572.
- (5) Dreher-Tröndle, a. a. O., S. 167.
- (6) Vogler, LK., S. 193
- (7) Vogler, LK., S. 193; ders., Bockelmann-Fest., a. a. O., S. 728; Rudolphi, a. a. O., S. 209; Maurach-Gössel-Zipf, a. a. O., S. 89. 但し、反致・Schönke-Schröder (Cramer), a. a. O., S. 380.

- (8) Vogler, LK., S. 193.
- (9) Vogler, LK., S. 194.
- (10) Vogler, LK., S. 194; ders., Bockelmann-Fest., a. a. O., S. 728; Schönke-Schröder (Stree), a. a. O., S. 572; Jescheck, a. a. O., S. 495; Dreher - Tröndle, a. a. O., S. 783; Lackner, a. a. O., S. 684; vgl. RG. in JW., 1924, S. 1525; Busch, a. a. O., § 46, Rdn. 42. 但し Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht, 1961, S. 172 以下 疑問を呈す。
- (11) Vogler, LK., S. 194.
- (12) Vogler, LK., S. 151.
- (13) Vogler, LK., S. 194; Schönke-Schröder (Eser), a. a. O., S. 318; RG. in JW., 1936, S. 324f.

四 罪数形態別の検討

一 法条競合

我が国では、中止未遂は刑の必要的な減輕又は免除とされているが、特に、刑が免除される場合、未遂に法条競合として含まれる既遂犯による処罰が問題になる。そして、そのような場合に、既遂犯による処罰を可能とする見解もかつてはあった。すなわち、大場博士は、「中止犯ハ犯罪カ未遂ノ程度ニ在ル場合ニ限り存シ得ヘキモノニシテ中止行為ニ依リ未遂犯ヲシテ中止犯ニ変セシムルモノナリ。故ニ未了未遂ノ場合ナルト又終了未遂ノ場合ナルトヲ問ハス之ニ対シ中止行為アリタルカ為メ中止犯ト為リタル場合ニ於テ其未遂犯タル行為中ニ既成ノ独立ノ犯罪行為ヲ包含スルトキハ其行為ハ未遂犯トシテ処罰セラルヘキモノニ非スシテ独立セル犯罪トシテ処罰セラルヘキモノトス」とされた⁽¹⁾

のである。従って、例えば、人を殺そうとして一刀を加えて軽傷を与えた後これを中止したときは、殺人罪は中止犯となっても傷害を加えた行為は傷害罪として処罰されるべきであるとされることとなる。しかし、我が国ではこのような見解はむしろ少なく、例えば小野博士によると、「法條競合の場合に於いては、其の適用法條に依る罪の中止犯は未遂犯の一態様として處罰されるべきものである。されば其の中止犯を論ずる限り、別に之によって適用を排除された罪の成立を認むべき理由はない」とされ、また、香川教授も、「中止未遂もまた、未遂犯としての成立を前提とするわが国現行法のもとにあつては、内在する軽い既遂犯が独自の犯罪的意味をもつてくるとするわけにはゆかない」とされるのである。従って、例えば、殺人の中止未遂の場合には、傷害としても処罰できないこととなる⁽⁴⁾。

ところで、法条競合とは、数個の構成要件に該当しながら、一罪の成立する場合であり、一個の法規（優位法）のみが適用され、他の法規（劣位法）の適用は排除される。そして、この場合、優位法についての犯罪成立要件が充足されないならば、後は劣位法についての犯罪成立要件が満たされるかどうかが問題となり、それが肯定されれば、仮に法条競合であつたならば適用が排除される劣位の犯罪の成立が認められることとなる。これは、優位法についての犯罪成立要件が満たされなければ、そもそもそれと劣位法との罪数関係も生じないし、法条競合にもなり得ないからである⁽⁵⁾。そこで、中止未遂の場合を考えてみると、その法的性格について、例えば、違法性の消滅なり責任の消滅なりを認め、そもそも未遂犯についての犯罪成立要件を満たさないとするならば、その未遂犯と他の犯罪とは罪数関係そのものが生じないということであり、法条競合として他の犯罪の適用が排除されることもなくなる。従って、この場合、他の構成要件を充足しておれば、それによる可罰性が独自に生じるわけである⁽⁶⁾。一方、違法性にも責任にも何の変化もなく、又は、違法性なり責任なりが減少はするが消滅はせず、いずれにしても犯罪成立要件は充足されていると考えるならば、未遂犯は成立するのであるから、他の犯罪との罪数関係も生じ、それらが法条競合と

もなるわけである。従つて、この場合は、未遂犯に法条競合として含まれる法規の適用は排除され、それによる可罰性は生じないこととなる。このように、中止未遂の場合、それに法条競合として含まれる他の犯罪として処罰されるかという問題は、中止未遂が未遂犯としての犯罪成立要件を充足すると考えるかどうかにかかっているといつてよい。

さて、中止未遂の法的性格については前に検討したところであり、中止未遂の場合、違法性及び責任の減少を認めることができるが、刑の必要的減免については、それは一身的な刑罰減輕・阻却事由であるという結論を得た。これは、中止未遂の場合、違法性ないし責任の消滅は認められず、従つて、犯罪成立要件を充足しているのであつて、未遂犯の成立は認められるということに他ならない。すなわち、中止未遂として刑が減輕されるときはもちろんさらに免除されるときも、未遂犯は成立しているのであつて、これがいわゆる一身の刑罰減輕・阻却事由の意味である。ということ、実行行為が他の犯罪構成要件をも満たしており、それが未遂犯に法条競合として含まれるときには、中止未遂の場合でも、その犯罪の成立は認められず、その法規の適用は排除されるわけである。こうして、結局、中止未遂で刑が免除される場合でも、それに法条競合として含まれる他の既遂犯で処罰することはできないこととなる。

この点、ドイツでは、中止未遂を一身の刑罰消滅事由とするのが通説であるにもかかわらず、その場合それに含まれる他の既遂犯で処罰できるとするのは理解できない。ドイツの未遂犯規定が「未遂としてはこれを罰しない」として既遂犯による処罰を否定していないにしても、さらに、重い犯罪を意図したがゆえに優遇されるのは不都合であるといつても、未遂犯の成立を認める以上、それに含まれる法規の適用は不可能であるといわなければならない。ドイツのこの点に関する処理は、法条競合の意義に反しており、妥当とはいえない。

(1) 大場茂馬・刑法総論下巻(大正二、七年) 八三一頁以下。

- (2) 小野・前掲書二九二頁。
- (3) 香川・前掲法的性格一四〇頁。同旨・濱邦久・未遂（刑事法重点講座）理論と実際（昭和五七年）二八四頁以下。
- (4) 小野・前掲書二九二頁以下、香川・前掲法的性格一三九頁、牧野英一・重訂日本刑法上卷（昭和十二年）三三四頁、泉二新熊・日本刑法論上卷（総論）（四一版）（昭和四年）五三二頁。
- (5) 拙稿「法条競合と包括一罪（二）」香川法学二卷一号（昭和五七年）一〇九頁参照。
- (6) 小野・前掲書一九三頁が、責任解除の場合には他の罪名による可罰性を認めるのに対し、香川・前掲法的性格一四一頁は、違法性の消滅の場合には内包された従たる行為の可罰性を是認しつつ、責任消滅の場合はこれを認めることはできないとされるが、疑問である。

二 包括一罪

包括一罪とは、数個の構成要件に該当する事実があるが、それらの違法内容及び責任内容が一個の罰条の予定する違法内容及び責任内容の範囲内にあるため、それによつて全ての事実を一回的に評価しうるが故に一罪の認められる場合である。⁽¹⁾ この場合、構成要件に該当する事実はそれぞれの観点から独自の可罰性を持っており、数個の罰条による評価を行つても、必ずしも二重評価の問題は生じない点で法条競合と区別される。そして、例えば、同一の結果を目指す数個の実行行為が行われたが結局目的を達し得なかつたような場合は、包括一罪として未遂犯の一罪が成立することとなる。また、例えば、単なる暴行・脅迫を行った後で財物奪取の意思が生じ、強盗の実行行為を行ったが結局財物を奪取し得なかつた場合も、強盗未遂の包括一罪となるであろう。⁽²⁾ そこで、これらの事例において、後の未遂が中止未遂となる場合には、前に行われた別の行為のために処罰されるかという、法条競合の場合と同様の問題が生じるわけである。

この問題の解決に当たっても、おそらく、中止未遂の法的性格の問題とかかわるであろう。すなわち、中止未遂の場合、違法性なり責任なりの消滅を認め、そもそもそれは犯罪成立要件を満たさないと考えるなら、そこには中止未遂と他の犯罪との罪数関係は生じないのであるから、他の犯罪の成立要件を満たす限り、それで処罰されるのは当然と言ってよい。それに対して、中止未遂も犯罪が成立する場合であると考えるなら、たとえそのため刑が免除されるとしても、そこには罪数関係も存在するのであるから、それに即した解決が見いだされなければならないであろう。しかし、中止未遂の場合、違法性及び責任の減少が認められても、犯罪成立要件が満たされなくなるというのではなく、犯罪の成立を認めつつ、単に刑罰を一身的に減輕・阻却するにすぎないと考えるべきことはこれまでに論じてきた通りである。従って、上掲のような、数個の未遂行為の後での中止未遂の事例も、単純暴行・脅迫の後での強盗の中止未遂の事例も、いずれも未遂犯（中止未遂）の包括一罪が成立する場合であるといわなければならない。そして、問題は、中止未遂の効果が、包括一罪を構成する他の行為へも及ぶと考えるべきかどうかである。

さて、上述のように、包括一罪の場合は、数個の構成要件該当行為はそれぞれ独自の可罰性を持っており、その一部として中止未遂があったとしても、それと他の行為とは一応別の事実と見てよい。すなわち、中止未遂となるのはその行為のみであって、他の行為も共に中止未遂となるわけではない。従って、中止未遂の効果は、それと包括一罪を構成する他の犯罪には及ばないと一般的には言いうるように思われる。つまり、包括一罪の場合には、中止未遂によって刑がたとえ免除されても、他の行為による可罰性には影響がないわけである。従って、例えば、数個の未遂行為の後で中止行為が行われ、刑の免除がなされる場合³⁾とか、単純暴行・脅迫の後で強盗の中止未遂を行い刑が免除される場合でも、前に行われた未遂行為又は単純暴行・脅迫によって処罰されると考えるべきである。結局、これらの場合、包括一罪の一部のみが不可罰となるに過ぎず、他の部分によっては処罰可能と考えれば足りる。ただ、中止

未遂として刑が減輕されるにとどまるときは、それによる処罰自体は可能としても、減輕された刑が他の犯罪よりも軽いときは、他の犯罪による処罰も可能となると解したい。そして、このように、包括一罪においては、中止未遂の場合でも他の犯罪による処罰が可能となるのであり、この点で法条競合と異なるが、これは、包括一罪と法条競合とは同じく一罪でありながら、その構造を異にするために生じる相違である。

ところで、ドイツでも議論のあったように、予備行為があつた後で実行行為が行われ、それが中止未遂で刑の減輕又は免除がなされる場合、予備罪として処罰することができるといふことが、我が国でも問題となる。もつとも、我が国では、これは、いわゆる予備の中止が認められるかという問題の前提として取り挙げられているにすぎない。すなわち、そもそも予備の中止とは、犯罪の準備行為を行つた後で自ら犯罪意思を放棄した場合を言い、この場合、四三条但書を適用して、刑の減輕・免除ができるかといふことが問題となつていのである。ここでは、実行に着手した後で中止すれば刑の必要的減免を受けられるのに対し、予備行為を行つた後で実行行為を行うことを自ら止めた場合には、刑の減免を受けられないといふ不均衡が生じるといわれるのである。

予備の中止の問題については、判例は、「予備罪には中止未遂の觀念を容れる余地のないもの⁽⁴⁾」とし、学説の中にも、「予備の中止は、結局、予備そのものにほかならない」のであつて、「予備の中止といふ觀念は成り立たない」といふ見解⁽⁵⁾もないではない。しかし、通説は、主として、実行に着手した後で中止した場合には刑の免除も受けられるのに、着手前に実行を思いとどまつたときは予備として処罰されるのは均衡を失ふということから、予備にも四三条但書の準用ないし類推適用を認めるのである⁽⁶⁾。また、さらに、独立罪としての予備罪の場合には、四三条但書の類推適用はないが、修正形式としての予備罪に対しては類推適用は不可能ではないとする見解もある⁽⁷⁾。ここから、少なくとも通説は、予備行為の後で中止未遂が行われたときは、予備罪では処罰されないことを当然の前提としていっていると

よい。

このような通説の前提は、予備行為の後で実行行為を行った場合には、予備罪は未遂罪に法条競合として「吸収」されるということに基づいているようである。すなわち、予備行為の後で中止未遂が行われ、刑が免除されるときでも、中止犯は犯罪として成立しているのであるから、予備行為は未遂行為に「吸収」されるのであり、「予備と未遂に法条競合の関係を認めるなら、中止未遂の効果は予備にもおよぶ」と解されるのである。そして、もし、予備罪と未遂罪の関係を法条競合（吸収関係）にとらえるなら、未遂犯が成立する以上それに含まれる予備罪の可罰性が生じることはないということは、すでに述べた通りである。しかし、法条競合とは、数個の構成要件を充足しているが、数個の罰条による評価を行うと二重評価となってしまう場合を言うべきであるのに対し、予備行為と未遂行為は一応別の事実であるから、両者の罰条による評価を行っても、二重評価の問題は生じない。このような場合が一罪となるのは、法条競合ではなく包括一罪の観点によるのである。⁽¹⁰⁾とすると、予備行為の後で中止未遂が行われた場合については、前述の包括一罪の事例と同じく考えれば足りるのであり、基本的には、中止未遂の効果は予備罪には及ばないといつてよい。⁽¹¹⁾すなわち、中止未遂の刑が免除されるときはもちろん、減輕された結果予備罪の刑より軽くなった場合には、予備罪も可罰的となると考えられるわけである。この場合も、包括一罪を構成する行為の一部のみが処罰されないものであったり、刑を減輕されるものであったりするというに過ぎない。

以上のように考えると、予備の中止の問題において、通説の前提するところの、予備行為の後で中止未遂を行うと予備罪として処罰することはできないとする考え方は、妥当でないこととなる。従って、予備の中止の問題につき、四三条但書の適用を認めなくても、何等刑の均衡を失することにはならないと思われる。⁽¹²⁾ただ、予備行為の後で中止未遂が行われ、刑の免除が適当と思われるような場合は、予備としても処罰に値しない場合が多いであろうことは想

像に難くない。しかし、これは、予備罪としての処罰の問題であり、現に、刑の免除の認められる予備罪（例えば、殺人予備罪）もあるのである。それに対して、刑の免除の認められていない予備罪（例えば、強盗予備罪）は、犯罪の重大性等を考慮した立法の趣旨によるものと解さざるをえない。つまり、刑の免除が認められていない予備罪は、たとえ実行に至ることを自ら止めたとしても処罰するというのが立法の趣旨であり、この場合に刑の免除を認めようとするなら、法の改正によるべきである。

- (1) 拙稿「法条競合と包括一罪（四・完）」香川法学五卷二号（昭和六〇年）二七九頁以下。
- (2) 拙稿・前掲「法条競合と包括一罪（四・完）」一三八頁。
- (3) ドイツでは、前述のように、数個の未遂行為が連続犯となる場合、最後の未遂が中止未遂であればその効果は前の行為にも及ぶとされているが、それは全体として一個の中止未遂がある場合に言えることであって、中止未遂とは別に未遂行為がある場合には妥当とは言えない。
- (4) 最判（大）昭和二九年一月二〇日刑集八卷一号四一頁。なお、大判大正五年五月四日刑録三二卷六八五頁。
- (5) 植松・前掲書三三四頁以下、青柳文雄・刑法通論Ⅰ総論（昭和四〇年）三四六頁、藤木英雄・注釈刑法(6)（昭和四一年）一〇九頁。
- (6) 小野・前掲書二九七頁、大塚仁・刑法概説（総論）〔改訂版〕（昭和六一年）二二八頁、団藤・前掲書三四一頁注（三）、佐伯・前掲書三二七頁、平野・前掲書三三八頁、福田・前掲書二二〇頁、柏木千秋・刑法総論（昭和五七年）二六四頁、木村（静）・前掲論文三四頁、前野育三「予備罪の諸問題」現代刑法講座第三卷（昭和五四年）一五七頁、堀内捷三「予備の中止」刑法判例百選Ⅰ総論（第二版）（昭和五九年）一五七頁、野村稔・大コンメンタール刑法第二卷（平成元年）九七二頁、下村康正「予備行為の中止」法学新報六六卷五号（昭和三四年）三五七頁。
- (7) 香川達夫「予備の中止」法学セミナー三九号（昭和三四年）三三頁、同・前掲総論二八一頁、西原・前掲書二七二頁、斉藤誠二・予備罪の研究（昭和四六年）三九三頁。
- (8) 小野・前掲書二九五頁、平野・前掲論文四一九頁、野村・前掲大コンメンタール九七二頁。

- (9) 香川・前掲法的性格一七五頁、同・前掲「予備の中止」三三頁。なお、小野・前掲書一九五頁参照。
- (10) 拙稿・前掲「法条競合と包括一罪(三)」九一頁。
- (11) 植松・前掲書三三五頁。
- (12) 植松・前掲書三三六頁。

三 科刑上一罪(観念的競合・牽連犯)

科刑上一罪とは、数個の犯罪の成立が認められるが、一個の行為による(観念的競合)か又は数個の行為が目的・手段、原因・結果の関係(牽連犯)にあることから、特別に一罪的処分が認められたものである。すなわち、一罪として取り扱われるにもかかわらず、成立する数個の犯罪は、相互に独立した別個の犯罪である。従って、中止未遂と観念的競合ないし牽連犯を構成する犯罪は、全く別の犯罪であるといわなければならない。このような場合、中止未遂の刑が減輕・免除されたとしても、それは当該未遂犯についてのみいえることであって、他の犯罪に關することではない。こうして、このような観念的競合・牽連犯といった科刑上一罪の場合には、中止未遂の効果は他に及ばないと解すべきであり、他の犯罪は独自に可罰的であると考えるべきことは当然である⁽¹⁾。

(1) 小野・前掲書二九二頁、香川・前掲法的性格一三三頁、濱・前掲書二八五頁。

五 おわりに

ある犯罪が、何らかの理由により不可罰となる場合、その犯罪に含まれる他の犯罪で処罰できるかという問題は、不可罰の理由によりさまざまな場面で出現する。本稿は、中止未遂による刑の減軽・免除がなされる場合につき、それに含まれる他の犯罪での処罰可能性について検討した。ここでは、まず、中止未遂の場合の刑の減免の意義が問題となる。そして、これについては、犯罪成立要件自体が欠如するのではなく、一身的に刑罰を減軽・阻却するに過ぎないものであるとの結論を得た。これを前提として考えるとき、中止未遂は犯罪の成立が認められる場合であることになるので、たとえ刑が免除される場合であっても、それに概念的に含まれる犯罪については、改めて可罰的となることはない。それに対して、概念的に含まれるものでない犯罪については、改めて可罰性を認めてよいと思われる。そこで、罪数の各形態の意義を考慮するとき、法条競合は、ある犯罪の中に他の犯罪が概念的に含まれているが故に一罪の認められる場合であり、包括一罪は、そのように概念的に含まれるわけではないが一罪の認められる場合であるということができる。従って、中止未遂に法条競合として含まれる犯罪は、刑の減免があっても不可罰であるのに対し、包括一罪の場合には可罰的であるという結論が得られるわけである。このように、法条競合も包括一罪も同じく一罪であるが、その取り扱いに大きな違いが生ずることに注意する必要がある。