

い とう ま り  
伊 藤 真 理

学位の種類 博士(法学)  
学位記番号 法博第33号  
学位授与年月日 平成10年3月25日  
学位授与の要件 学位規則第4条第1項該当  
研究科・専攻 東北大学大学院法学研究科  
(博士課程後期3年の課程) 公法学専攻  
学位論文題目 刑法における中止未遂の研究  
論文審査委員 (主査)  
教授 岡本 勝 助教授 成瀬 幸典

## 論文内容の要旨

我が国においては、犯罪の実行に着手したにもかかわらず、自己の意思によりそれを中止した場合には、必要的減軽又は裁量の免除に処することが認められている(刑法43条但書)が、ドイツやフランスにおいては、不処罰とされる。本論文は、この中止未遂規定の存在根拠及び体系的地位(中止未遂の本質)に対して、ドイツ刑法理論(立法、学説及び判例)などをも参照しながら本格的な考察を加えている。

旧来、中止未遂に対する減免については、犯罪論体系上、未遂犯の違法性もしくは有責性或いはそれら両者が減少・消滅するために減免され得ると説く「法律説」に対して、刑事政策的理由により減免され得るものとする「刑事政策説」が有力に主張されてきた。本論文は、中止未遂の成否の判断において刑事政策的考慮が有用な判断材料たり得ないのではないかとの問題意識から、刑事政策説を批判的に検討した上で、中止未遂の本質と整合性を有する中止未遂の成立要件の解釈を提示することを目的としている。

本論文は、まず第一章において、問題の所在及び考察の視座・方法を示した上で、第二章においては、刑事政策説の理論的系譜を、我が国における旧刑法下の学説や、これに対して少なからぬ影響を及ぼしたドイツ及びフランスの理論を素材にして探求している。そこでは、中止未遂を犯罪論体系の内部において説明することの困難さを自覚する、いわば消極的な刑事政策説が支持を集めていたとの傾向を指摘した上で、とくにドイツにおいては、中止未遂をめぐる議論が中止

未遂と未遂犯との関係の解明に重点を置いてきた状況が、フォイエルバッハを中心にして理論史的に実証的に跡付けられている。

第三章においては、ドイツの判例理論における刑事政策説の系譜と最近の動向につき綿密な考察を加え、そこでは、刑事政策説が司法実務において果たしてきた役割につき、帝国裁判所以来ドイツの判例が、中止未遂の成否を判断する際に刑事政策説を採用してきたとの結論を導出している。なかでも第三節以下では、中止未遂論において極めて重要かつ難解な論点であり続けてきた問題、例えば、行為者が当初の行為目標を達成したとの理由から更なる行為を中止した場合に中止未遂の成立を認め得るか否かという問題、並びに、行為が失敗に終わったことから中止した場合及び行為者が失敗したと考えて中止した場合（いわゆる失敗未遂の事例）に中止未遂の成立を認め得るか否かという問題に対して、詳細に分析・検討を加え、その結論として、妥当な解釈を導こうと努力してきた判例の姿勢をある程度評価しつつも、その解釈の中に刑事政策的考慮をストレートにとり入れようとする見解に対しては、成立要件自体の解釈と刑事政策的考慮とを峻別すべきであるとの基本的立場から理論的に根本的な疑問を呈している。

第四章においては、中止未遂の各成立要件、並びに中止未遂の成否と量刑との関係を問題にしながら、中止未遂をめぐる我が国の判例の状況を分析している。そこではとくに、我が国の判例において中止が刑の量定にいかなる影響を及ぼしているかが明らかにされ、また、それとは逆に、量刑の基準を中止未遂の成否の判断に安易に持ち込むことの問題性が指摘されている。

最後に、終章である第五章においては、刑事政策説を中心とする従来の中止未遂論に対する批判的立場を基礎に据えながら、筆者独自の、犯罪論体系内における中止未遂の法律的構成が模索されている。そこでは、従来議論が、中止未遂論における刑事政策の実体と中止未遂成立要件との関係を厳密に把握してこなかったために、中止未遂の成否の問題と減免のいずれを選択するかという刑事政策的問題とを混同する傾向にあったことが鋭く指摘され、更に、この混同を避けた上での中止未遂論の在り方が提示されている。それは、中止未遂の成立根拠すなわち必要的減軽の根拠としては、先行する未遂と中止行為とを一体のものと捉えた上で、全体の中止行為の違法及び責任の減少を論じ、他方、減軽にするか免除にするかの判断段階においてのみ全ての量刑事情を斟酌した刑事政策的考慮を払うべきであるとするものである。筆者は、それによって、成立要件の解釈に対する刑事政策的考慮の有害な影響の排除と、減免の判断における十分な刑事政策的配慮がなされ得るものとしている。

## 論文審査結果の要旨

旧来、我が国における中止未遂論は、論理的に必ずしも精密とは言い難い中止未遂の本質（存在根拠）論と、「自己の意思」によったかどうかという任意性の要件の議論を重視する傾向にあった。それに対して、筆者は、以前発表した修士論文において、「中止」行為の要件に関する問題（とくに終了未遂と未終了未遂との区別の問題）の重要性を説いたが、その鋭い問題意識を中止未遂論全体に及ぼしたのが本論文である。本論文は、中止未遂の各成立要件及び減免根拠との関連を明確に意識しながら、とくに我が国及びドイツにおける立法・学説・判例の極めて綿密な分析と透徹した洞察を通して、従来さほど緻密な検証に付されてこなかった刑事政策説の実体とその限界という根本的な問題に対して肉迫した労作であると言ってよい。

まず、一において既に紹介したように、本論文は、我が国及びドイツにおける中止未遂に関する学説・判例をほぼ網羅的に渉猟し、それらに対して、綿密かつ明快な分析と批判的総括を加えている。その論述は極めて誠実かつ的確である。第二に、本論文は、中止未遂におけるいわゆる刑事政策説の展開を細密に分析し、フォイエルバッハを嚆矢とする刑事政策説にも様々な内容ものがあることを厳密に分析・提示し得た点において、更には、ドイツ判例における中止未遂論につき、我が国では初めて体系的に整理し全体的概観を与えた点において、従来の我が国の刑法学界の水準を凌駕するものであると評価できる。第三に、本論文の主張する実践的提言も、中止未遂論に曖昧なままに安易に刑事政策的思考を持ち込もうとする我が国の学説の最近の傾向に対して鋭く警鐘を打ち鳴らすものとして有益である。第四に、中止未遂の成立要件の問題と減免の選択の問題とを峻別すべきであるとの本論文の主張は、理論的に厳密かつ的確であり、また、先行する未遂と中止行為とを一体として考察すべきであるとする根拠も極めて示唆に富む。これらは、従来の中止未遂論を打破し新たな地平を拓き得るものであると言ってよい。もっとも、本論文において提示された筆者の試論には、先行する未遂と中止行為とを一体として捉える根拠などの点において、若干の理論的な脆弱さが看取されることは否めない。例えば、Jakobsの見解に対しても、本来ならば徹底的な批判的検討が加えられるべきであったろう。また、「具体的な危険の消滅」による違法減少説も、とくに未終了未遂における中止をめぐる未だ問題を残すものと言えよう。今後、筆者の一層の理論的深化が望まれる所以である。しかし、このことは、本論文の現在の学問的意義を何ら損なうものではない。上述したように、現在の刑法学界の水準からみて、本論文に、学界に裨益するところ大なるものがあることは疑い得ないからである。また、筆者が若手研究者として今後とも本論文に見られるような本格的な研究を続けることによって、刑法学の発展に大いに貢献していくであろうことは想像するに難くない。

以上により、本論文は、博士（法学）の学位を授与されるに値するものと認められる。