



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	中止未遂における必要的減免について　－「根拠」と「体系的位置づけ」－
Author(s)	城下, 裕二; SHIROSHITA, Yuji
Citation	北大法学論集, 36(4), 173-237
Issue Date	1986-03-01
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16508
Type	departmental bulletin paper
File Information	36(4)_p173-237.pdf



中止未遂における必要的減免について

——「根拠」と「体系的位罫づけ」——

城 下 裕 二

〈目 次〉

序 論——本稿の目的——

第一章 学説の現況

第一節 刑事政策説

1 刑事政策説の展開

2 我が国における刑事政策説

第二節 法律説

1 法律説の展開

2 違法減少説

3 責任減少説

第三節 併合説

小 括

第二章 必要的減免の「根拠」

第一節 併合説の検討

第二節 『刑事政策説』対「法律説」の解消

第三節 刑事政策説の再検討

1 刑事政策説に対する批判の検討

2 刑法解釈学と刑事政策の接近

3 小 括

第四節 西ドイツにおける

中止未遂の「根拠」学説

1 褒賞説・刑罰目的説

2 「根拠」学説の社会学的分析

第五節 刑事政策説の再構成

第三章 必要的減免の体系的位づけ

第一節 違法減少説・責任減少説の検討

1 「減少」説への疑問

2 「全体的考察方法」について

3 小 括

第二節 違法性の「構造」に

着目する見解

第三節 人的刑罰消滅（減輕）事由

としての位づけ

総括と展望

序論

――本稿の目的――

我が刑法四三条但書は、犯罪の実行に着手した者が「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」と規定している。障礙未遂（四三条本文）が任意的減輕にとどまるのに対し、何故中止未遂においては必要的減免という寛大な取扱いがなされるのであろうか。この問題に関する従来の我が国における諸学説について、そこに重大な影響を与えてきた西ドイツの見解を参照しつつ整理・検討し、その上で一つの解答を導くことが本稿の目的である⁽¹⁾。

この問題はこれまで、中止未遂の「法的性格」という形において議論され、基本的にはいわゆる刑事政策説（*kriminalpolitische Theorie*）と法律説（*Rechtstheorie*）とが対立してきた。前者は中止未遂における寛大な取扱いを主として犯罪の発生防止という刑事政策的考慮から説明しようとし、後者は犯罪の成立要件である違法性或いは有責性が中止によって減少するという観点から説明しようとするのである。そして我が国においては、西ドイツ刑法との構造上の差異を反映して、後者が有力であり、前者は少数説であるとされてきた⁽²⁾。

ところが現在の我が国では両説を併合させた立場をとる論者が増加しており、かような状況にあつてはそもそも刑事政策説と法律説の關係、特に両説の「対立」自体が疑問視されてくる。

本稿は、両説の「対立」を見直すことに重点を置いて、この「本当に世話のやける子供（*ein wahres Sorgenkind*）」⁽³⁾とまで評された問題にアプローチするものである⁽⁴⁾。

(1) 中止未遂に関する各国の法制について、香川達夫・中止未遂の法的性格（昭和三八年）一頁以下。そこでは大別して四つの類型（中止未遂を刑法上特別な考慮の対象とはせず、なおこれを未遂犯として処罰する英米法的類型、中止した事実に対し未遂犯としての成立自体を否定するフランス・オーストリア法的類型、両者の折衷的形態としてのドイツ法的類型、加重的未遂の処罰を明記したソヴェト・イタリア法的類型）が区分されている。

我が刑法上の中止未遂はドイツ法的類型に属することになるが、法的効果の点では我が刑法が必要的減輕・免除を規定するのに対し、西ドイツ刑法二四一条一項は「自由意思に基づき、行為の以後の遂行を放棄し、又はその完成を妨げた者は、未遂犯としては罰しない。行為が中止者の行動がなくても完成しなかった場合、中止者が自由意思に基づきかつ真剣に行為の完了を

妨げるように努めたときは、不処罰である」として、不処罰という単一の効果を与えている。この点では旧総則四六条も同様であった(訳文は、法務資料四二四号(昭和五〇年)五三頁による)。なお、第一章第二節1注16参照。

(2) 香川・前掲書五六一五七頁など。

(3) Herbert Kemsies, Die tätige Reue als Schuldauflösungsgrund, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 259, 1929, S. 9.

(4) 西ドイツにおける最近の議論の状況につき、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。

第一章 学説の現況

本章では、我が国の中止未遂における必要的減免を説明する学説——刑事政策説・法律説(違法減少説・責任減少説)・併合説——の対立状況を見る。それと同時に、これらの学説が、西ドイツにおけるどのような見解の影響の下に主張されてきたのかという点も概観することにした。

第一節 刑事政策説

1 刑事政策説の展開

一 中止未遂が何故、障礙未遂に比べて寛大な取り扱いを受けるのかという問題について、犯罪の防止という刑事政策的な考慮からこれを把握していこうとする考え方の淵源は、近代刑法学の祖と言われるフイエルバッハの所説⁽¹⁾に見出すことができる。

刑罰予告による一般予防を重視しつつ、いわゆる「心理強制説」を展開したフイエルバッハは、未遂犯の処罰に関連して次のように主張した。すなわち「未遂犯が既遂犯よりも軽く処罰されるというだけでは十分でない。国家は、未遂犯を防止する目的で犯罪それ自体を促進しないように望む場合には、一定の要件の下で刑罰による威嚇を全く放棄しなければならない。犯人が任意に不正の道から正の道への復帰した場合は、犯人の意思に反して行為が既遂に至らなかったのではない場合——それは刑罰に対する畏怖、憐憫、良心のめざめ、或いはその他の内的動機によるものであろう——がその例である⁽²⁾」としたのである。このようにして彼は、中止未遂を不処罰とするものの必要性を、犯罪防止——換言すれば犯罪の実行に着手した者を、既遂へと至らしめぬこと——とい

う観点から説明したのであった。

二 フォイエルバッハ以降、十九世紀のドイツ刑法学においては、後述する法律説の登場によって中止未遂規定を刑事政策的考慮以外の側面から把握しようとする種々の試み⁽³⁾が提唱されるようになる。しかしその一方で、刑事政策説も有力な支持者⁽⁴⁾によって継承されていった。そして遂に、フランツ・フォン・リストの主張⁽⁵⁾によって刑事政策説は通説としての地位を確保するに至ったのである。

リストは、「不可罰な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、未遂に対して定められた刑罰が具体化される。こうした事実⁽⁶⁾はもはや変更されることも、⁽⁷⁾遡って廃棄される⁽⁸⁾ことも、抹殺されることもあり得ない。しかし立法は刑事政策的な理由から、すでに刑罰を科せられるべき行為者に後戻りのための黄金の橋⁽⁹⁾(eine goldene Brücke zum Rückzug)を架することができる。立法は、任意の中止について刑の免除を認めることによってそれを行っている⁽¹⁰⁾」と主張した。すなわち彼は、中止未遂が障礙未遂に比べて不処罰という寛大な取扱いを受けるのは「犯罪の防止という立法者の叡智に由来する⁽¹¹⁾」ものであることを強調したのである。そしてそこには既に、後述する法律説に対する批判⁽¹²⁾が窺えるの

である。

その後、刑事政策説は、カツエンシュタイン⁽⁹⁾、シュボー⁽¹⁰⁾ル、ツインマール⁽¹¹⁾、メッガー⁽¹²⁾、アルフェルト⁽¹³⁾、さらにマウラッハ⁽¹⁴⁾によっても支持され、既述のごとく通説としての地位を確保し、現在に至ることになる。そして同時に、我が国の刑事政策説にも強い影響を与えたのである。

(1) Anselm von Feuerbach, Kritik des kleinschrodischen Entwurfs, 2. Aufl., 1804, S. 102ff. (但し、本書は参照することができなかったのび、Reinhold Herzog, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue, 1889, S. 155ff. からの引用による。)

(2) Herzog, a. a. O. S. 155-156.

(3) 本章第二節において「法律説」として紹介する。

(4) 例えばオーゼンブリュッケンも、刑事政策説の有力な支持者の一人であった。Edard Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, 1857, S. 37ff.

(5) Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. völlig durchgearbeitete Aufl., 1919, S. 201ff. ウルゼンハイマーによれば、リストは初版の教科書(一八八一年)からの立場をうつてゐると言う。Vgl. Klaus Ulsenheimer, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, S. 42(なおウルゼンハイマーのこの著書の紹介

の紹介として、虫明満「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』」名大法政論集七八号（昭和五年）四二七頁以下。）

(6) Liszt, a. a. O. S. 201.

(7) 香川達夫・注釈刑法(2)のII（昭和四四年）四七一頁。

(8) 「つうした事実とははや変更されることも、遡つて廃棄されることも、抹殺されることもあり得ない」という部分に、法律説に対する批判が顕著にあらわれていると言えよう。詳細は本章第二節一参照。

(9) Richard Katzenstein, Der agent provocateur vom Standpunkt des R. St. G. Bs., ZStW 21 (1901), S. 407.

(10) Ludwig Spohr, Rücktritt und tätige Reue beim versuchten und vollendeten Verbrechen, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 215, 1926.

(11) Leopold Zimmerl, Aufbau des Strafrechtssystems, 1930, S. 291.

(12) Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1931, S. 403.

(13) Philipp Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1934, S. 201.

(14) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1954, S. 448.

2 我が国における刑事政策説

一 我が国において主張されてきた刑事政策説は、その政策上の考慮の重点をどこに置くかによって、次の三つの類型に分類することができる。

第一の類型は、一般予防的考慮に重点をおく見解⁽¹⁾である。

すなわち、既述のリストの所説に端的に示されているように、すでに犯罪行為に踏みこんだ行為者に「黄金の橋」を架することによって犯罪行為を中止させ、実害を防止することを意図するものである。

第二の類型は、特別予防考慮に重点を置く見解⁽²⁾である。これによれば、中止によって行為者の危険性・反社会性が軽微になったこと、⁽³⁾或いは消滅したことが刑の必要的減免の理由だとされる。主に主観主義刑法体系をとる論者によって採用されている。

第三の類型は、第一・第二の類型を統一的に理解しようとする見解である。これによれば、「刑法は決して一般予防又は特別予防の一方のみによって理解され得るものではない」のであって、中止未遂においては「一般予防的には一旦実行に着手したる者をして刑の免除を得んがために其の既遂に至ることを防止せしむることを目的とし、特別予防的には行為者

の悪性小なるものとして其の刑を減輕せんとするものである⁽³⁾とされる。

通常「刑事政策説」と言われる場合には、右のうち第一の類型を指していることが現在では殆んどであると言えよう⁽⁴⁾。

これらの刑事政策説によるならば、中止未遂規定を、犯罪成立要件の枠外において、単に政策的な理由に基づく刑罰消滅事由又は減輕事由として把握することになり、刑の減免が有罪判決であること（刑事訴訟法三三四条）から考えても「最もよく実定法と調和する⁽⁵⁾」と言われる。また、特に一身上の刑罰減免事由と解することによつて、中止未遂の法的効果の一身專屬性をよりよく説明することができるとされている⁽⁶⁾。

二 しかし刑事政策説——特に右の第一類型——に対しては、従来から次のような種々の批判がなされてきた。

① 刑事政策説によるかぎり、それは中止未遂の刑法的意味を知っている者のみに適合するにすぎないのであつて、法律を、なかならず刑法を知らない一般人にその本来的効果を期待しえない⁽⁷⁾。

② ドイツのように、中止未遂を全く処罰しないような法制下にあつては効果的であると言いうるかもしれないが、減輕・免除といった二段構えの処遇をなすにすぎない我が法制に於

つてはその効果も薄い⁽⁸⁾。さらに、政策的考慮は事前においてのみ可能であるのに、減免の裁量は事後的であるから、我が刑法のような規定のもとでは、刑事政策説は論理的に成り立たない⁽⁹⁾。

③ 同じ中止未遂でありながら、なぜ減輕と免除といった異つた効果を付与しうるかについて、刑事政策説自身からは何らの解答をも与えられていない⁽¹⁰⁾。すなわち、区別の基準を刑事政策説に求めることは困難である。

④ 法上の減免の理由を犯罪論を越えて刑事政策的理由に求める態度は、犯罪理論の放棄である。一旦立法化された法規の趣旨は、なまのまゝの法以前の刑事政策的意図の説明をもつて足るというのではなく、あくまでも犯罪理論上の考察に徹底すべきである⁽¹¹⁾。

以上のような批判を受けて、我が国における純然たる刑事政策説は「実際にはすでに学説史の領域に入り、わずかに法律説に対立する理論モデルとしてその命脈を保っているにすぎない⁽¹²⁾」とさえ評されるようになった。かくて、我が国の多くの論者は、刑事政策説を否定して全面的に法律説に依拠するか、或いは刑事政策説に批判を加えつつもこれを完全には否定することなく、法律説と併せて考えていこうとする立場

——後に「併合説」として紹介する立場——をとっているのである。

三 このように純粹に刑事政策説に立脚する論者が少ないという状況の中にあつて、近時、中野教授が刑事政策説のみに依拠されているのが注目される。

中野教授は、中止未遂の必要的減免は「すでになされた違法・有責な行為に対する可罰評価が中止行為に対する恩賞的评价によつて減殺されるからであるが、この後者の積極的評価は、結局は中止行為を奨励するための政策的考慮（リストのいわゆる「撤退のための黄金の橋」）に基づくべきである」と主張される。教授によれば、中止未遂規定は、「犯罪又はその実害発生の防止を目的とした可罰性阻却事由」の一つであるとされている⁽¹⁴⁾。

また、莊子教授も——かつては刑事政策説に対して否定的な見解を述べられたが⁽¹⁵⁾——近時、次のように主張されている。すなわち、中止未遂規定は「既に未遂犯が成立している点において犯罪行為の成否とかかわりがないとしても、犯罪行為の実体形成とかかわりを持つ構成要件該当の「結果」発生を未然に阻止したのであるから、政策的理由をも加味しながら、実体関係の事由として刑罰の減少または消滅を認めたものと

解すべきである⁽¹⁶⁾」とされ、実質的には、法律説を否定して刑事政策説によるのと同様の結論を主張されているのである。このような、刑事政策説の再評価とも言える最近の学説の傾向は、後述する併合説の内部における刑事政策説採用者の増加という事実にも看取り得るのである。

- (1) 岡田庄作・刑法原論総論（大正六年）三四二頁、木村龜二・刑法総論（増補版）（昭和五三年）三六九頁。なお次注（2）参照。
- (2) 牧野英一・刑法総論下巻（昭和三四年）六四二頁。かつて木村博士もこの立場をとられた。木村「中止未遂の概念」刑法の基本概念（昭和三年）二七七頁参照。この点につき香川・前掲注釈刑法（2）のII四七三頁、中山研一・刑法総論（昭和五七年）四三二頁注（1）参照。
- (3) 小野清一郎「刑法総則草案と中止犯」刑罰の本質について・その他（昭和三〇年）二八八頁。
- (4) 特に、第二の類型を主張する論者は、現在では殆んど見られない。なお、中山「中止犯の本質と性格」Law School 五二号（昭和五八年）七六頁参照。
- (5) 平野龍一「中止犯」刑事法講座二巻（昭和二六年）四〇四頁。
- (6) 香川・前掲中止未遂の法的性格四一頁、四五頁注（二）、一七九頁以下、同・前掲注釈刑法（2）のII四七二頁。
- (7) 香川・前掲注釈刑法（2）のII四七二頁。同旨、宮本英脩・刑

法大綱(昭和十一年)一八五頁、平場安治・刑法総論講義(昭和三十六年)一三八頁等。刑事政策説に対する批判の中で最も多いものと言えよう。

- (8) 香川・前掲注釈刑法(2)のII四七二頁。
- (9) 団藤重光・刑法綱要総論「改訂版」(昭和五十四年)三三六頁。
- (10) 香川・前掲注釈刑法(2)のII四七二頁。
- (11) 中義勝・講述犯罪総論(昭和五十五年)二二一頁。
- (12) 山中・前掲論文三四六頁。
- (13) 中野次雄・刑法総論概要(昭和五十四年)一一九頁。
- (14) 中野・前掲書一九六幾。
- (15) 莊子邦雄・刑法総論(昭和四十四年)六四一頁(以下、「莊子・旧版」として引用する)。
- (16) 莊子邦雄・刑法総論(新版)(昭和五十六年)四〇〇頁。

第二節 法律説

1 法律説の展開

現在、我が国においては、違法減少説と責任減少説とを合わせて「法律説」⁽¹⁾と呼んでいる。

しかし沿革的に見れば、「法律説」という類型に含まれる学説にはさまざまなものが存在したのであり、特に初期においては、違法性・有責任性という次元で中止未遂を説明しようとするものでさえなかった。

そこで以下においては、それらのものを含めて今日の違法減少説・責任減少説に至るまでの「法律説」の流れを概観しておくことにしよう。

一 中止未遂を刑事政策的な理由から説明しようとする学説に対する見解として、十九世紀の前半から主張された初期の主な「法律説」は、ヘルツォーク⁽²⁾によって四つの類型に分類されている。

これらの見解については、周知のように、我が国においても既に木村博士・小野博士による紹介がなされており、その後香川教授によってさらに詳細な検討が加えられている⁽³⁾。ここでは、四類型の各々の要旨について述べることにする。

① 廃棄説(Annulationstheorie) ツァハリエを主唱者とする見解である。彼は、未遂が可罰的となる要件として「法に違反する外部的な行動」と「法の侵害に向けられた悪意(bogwille)」を挙げる。そして彼によれば、前者は事後的に廃棄することはできないが、後者は任意の中止によって事後的に無意味なものとなり、それによって行為者に刑罰を科することはできなくなるとされる⁽⁴⁾。

② 無効説(Nullitätstheorie) ルーデンが主唱者である。彼は、中止未遂が不処罰とされるのは未遂の概念と本質から明

らかであるとする。すなわち、中止未遂の場合においては、既遂に達しようとする意思をもつて行われたであろう行為が、法律上の意味においてはもはや存在しなくなるとするのである。彼によれば、中止は既遂に達しようとする意思の存在の否定であり、それによつて犯罪行為そのものの存在も否定されることになる⁽⁵⁾。

③不確実説 (Infirmitätsheorie) ツアハリエが、彼の廃棄説の補充的な説明として、中止未遂の場合には「確固とした持続的意思」が存在しない、としたのをシュワルツェが支持したものである。すなわち、中止行為によつて行為者の犯罪意思が確実なものでなかったと認められ、行為者に刑罰を科すことができなくなるとするのである⁽⁶⁾。

④推定説 (Präsumptionstheorie) ヘルツォーク自身の主張である。彼は、未遂の可罰性を、それが現実に既遂となる可能性 (Potenz) と把える。そして中止未遂は、行為者に犯罪を完成する力がなかったことを意味し、それによつて既遂となる可能性が否定され可罰性も認められなくなるとするのである⁽⁷⁾。

これらの初期の法律説は、いずれも意思をもつて犯罪の実体とし、一旦成立した犯意を中止行為によつて遡つて否定す

るといふ論理構造をとつていた。しかし——意思をもつて犯罪の実体と解するという過ちもさることながら——、既述のリストの刑事政策説においても見られるように、一度成立した未遂犯という既存の事実は、たとえ任意に中止したとしても、事後的に変更することも廃棄することも許されないはずである。そのために、我が国においても「苟くも犯罪事実を経験的に考える限り犯意は一の心理的事実である。而して一旦犯罪の着手ある限り、其の心理的・物理的事実は永遠に一の事実であつて、之を嘗て存在せざりしものと為すことは畢竟一の擬制にすぎない⁽⁸⁾」といった批判が、初期の法律説に対してなされたのであつた。この限りで、M・E・マイヤーが、これらの法律説は「骨董的価値」をもつに過ぎない、としたのも首肯されよう⁽⁹⁾。

ただ、これらの初期の法律説のうち、無効説・推定説における客観主義的構成が後の違法消滅説の原型として、また廃棄説・不確実説における主観主義的構成が責任消滅説の原型として意義をもつとする見解⁽¹⁰⁾が存在することに留意しなくてはならない。そしてそのことは、次に述べる段階の法律説においても反映されているのである。

二 右に述べたように、初期の法律説における欠陥は、不

変であるはずの既存の事実を事後的に否定しようとしたところにあった。このような問題点に対する反省から、その後の法律説は一時、既存の事実是不変のものとして承認し、いわば将来に向つて中止未遂の本質を把握していこうとする方向を辿ることになる。言うまでもなくこうした方向は、先に述べた刑事政策説において見られたものである。しかし、この時期の法律説は、中止未遂における不処罰は単に刑事政策的考慮によるとするだけでは十分でないとしつつ、それを「危険性の消滅」によるものとして理解しようとしたのであった。中止行為により、将来に向つて「危険性の消滅」が生ずると主張する法律説は、大別すると、①客観主義的な観点から、「行為の危険性」が消滅すると主張する見解と、②主観主義的な観点から、「行為者の危険性」が消滅すると主張する見解とに分類できる。

前者の類型は、フランクによつて主張されている。彼は、未遂犯の処罰根拠を法的平和に対する攪乱 (Störung des Rechtsfriedens) に求めた。⁽¹¹⁾そして、中止未遂が不処罰となるのは「行為者が中止によつて、法的平和に対する攪乱を自ら再び放棄したこと、或いは更に正確に言えば、それを全く外部にあらわさなかったこと」によるものであると述べ、行為

の危険性が消滅することを主張した。⁽¹²⁾

後者の類型は、コーラーの見解の中に求めることができる。主観的未遂論に立つコーラーによれば、⁽¹³⁾中止行為によつて、行為者の意思が「処罰を必要とするほど強度 (energist) なものではなかった」⁽¹⁴⁾ことが示されるという。すなわち中止未遂が不処罰となるのは、中止行為によつて行為者の危険性が消滅することに由来するとしたのであった。⁽¹⁵⁾

三 その後、違法論・責任論の展開・深化に伴い、再び既存の事実注目しようとする動きが法律説の内部で見られるようになった。

しかし、既存の事実を否定する初期の法律説における過ちを再度繰り返すわけにはいかない。そこで、過去の事実そのものを否定するのではなく、過去の事実に対する法的な価値判断の変化に注目する必要が生じた。すなわち、事実是不変であっても、その事実に対する違法・有責という「評価」は可変的だと捉えたのである。従つて、犯罪の成立要件である違法性・有責性が中止行為によつて事後的に消滅する (wegfallen od. aufheben)、或いは中止行為が違法性・有責性を阻却する (ausschließen) と考えれば、中止未遂の不処罰は説明し得る。そこから、ドイツにおける法律説の内部では、中止

料 未遂を違法消滅（阻却）事由、或いは責任消滅（阻却）事由

とする見解が有力化した。

資 我が国における法律説も、勿論これらの見解の影響下にあ

る。しかし、中止未遂の場合も刑が減輕・免除されるだけで、未遂犯が成立することには変わりのない我が法制下では、消滅（阻却）説ではなく違法「減少」説・責任「減少」説とされねばならなかった。⁽¹⁶⁾ 以下において、ドイツにおける展開と合わせてそれらの我が国の法律説を概観する。

- (1) 「刑事政策説」「法律説」という言葉がいつ頃から使われ出したかは必ずしも明らかでない。ただ、フランクは *Rechtstheorien* 及び *kriminalpolitischen Theorien* という語を既に使っており、メッガーもこれを引用している。[°] Vgl. Reinhard von Frank, *Vollendung und Versuch*, VDA, Bd. V, 1908, S. 241; Mezger, a. a. O. S. 403.

これらの記述から推測すると、中止未遂の不処罰を刑事政策上の考慮から説明しようとした見解に対して、刑法理論上の根拠からこれを説明しようとしたために、「法律説」と呼ばれるようになったものと解される。なお、香川・前掲中止未遂の法性格三九頁参照。

- (2) Herzog, a. a. O. S. 147 ff. ツァハリエ、ルーデン、シュワルツェの著書は参照できなかったので、ヘルツォークからの引

用による。なお、説の名称の訳語は、小野・前掲論文二七七頁以下によった。

- (3) 小野・前掲論文二七七頁以下、木村・前掲「中止未遂の概念」二七四頁以下、及び香川・前掲中止未遂の法性格四一—六五頁参照。

- (4) Heinrich Albert Zacharia, *Die Lehre vom Versuch der Verbrechen*, 2. Teil, 1839, S. 239ff.; Herzog, a. a. O. S. 148. なお、木村博士は「取消説」と訳しておられる。木村・前掲「中止未遂の概念」二七四頁。

- (5) Heinrich Luden, *Handbuch des Deutschen gemeinen und partikularen Strafrechts*, Bd. 1, 1847, S. 420; Herzog, a. a. O. S. 152-153.

- (6) Friedrich Oscar Schwarze, *Versuch and Vollendung*, in: F. von Holtzendorff (Hrsg.), *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. 2, 1871, S. 305; Herzog, a. a. O. S. 154. 木村博士は「薄弱説」と訳しておられる。木村・前掲「中止未遂の概念」二七四頁。

- (7) Herzog, a. a. O. S. 174-175.

- (8) 小野・前掲論文二七八頁。

- (9) Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., 1923, S. 370, Anm. 7.

- (10) 香川・前掲中止未遂の法性格四六頁注(10)。

- (11) Frank, a. a. O. S. 266ff.

- (12) Frank, a. a. O. S. 267.

- (12) Josef Kohler, *Leitfaden des Deutschen Strafrechts*, 1912, S. 60ff.
- (14) Kohler, a. a. O. S. 62.
- (15) 第一節2で見たように、「我が国においては行為者の「危険性」が消滅したと解する学説を刑事政策説に分類している。平野博士は「危険性そのものが犯罪構成要素だとすれば、むしろ法律説に加えるのが適當かもしれない」と言われる（平野・前掲「中止犯」四〇六頁注(二)）。メツガーはフランクの見解を法律説に含ませており（Mezger, a. a. O. S. 403）、「フランクやコーラーも、自らの説を刑事政策説に含ませていることは明らかである（Frank, a. a. O. S. 242; Kohler, a. a. O. S. 62.）」。
- (16) なお西ドイツにおいては旧総則四六条の“straflos”を免除と解するのが主であったが、現行刑法二四一条一項の“... wird nicht bestraft”については無罪と解しているようである。Mezger, a. a. O. S. 402, S. 496; Schönke-Schröder (Eser), *Strafgesetzbuch Kommentar*, 19. Aufl., 1978, S. 339. 香川・刑法講義（総論）（昭和五五年）二七二頁注(3)・同・前掲中止未遂の法的性格五五頁注（一八）参照。

2 違法減少説

一 ドイツにおいて中止未遂の本質を違法性の次元で捉えようとした論者に、まずビンディングがいる。彼は、中止未遂をもって犯罪の解除条件（*Resolutivbedingung des Delikts*）であるとする¹⁾。すなわち、国民に服従を要求する国家の権利の総体である「規範」と、国家に刑罰権を付与する「刑罰法規」とを区別した彼によれば、犯罪とは国家の権利の侵害、換言すれば「規範の違反」である。しかし、中止行為によって行為者は規範の要求に適合するように行為し、それにより法義務を充足したのであるから犯罪は成立せず、中止未遂は不処罰となる。そしてこの不処罰は、単なる賢明さの要請（*ein Postulat der Klugheit*）から生ずるのではなく、行為の違法性が消滅することに基づくものであるとしたのであった。

その後、いわゆる主観的違法要素論の登場によって、違法消滅説は新たな基礎づけを与えられた。

例えばヘーグラールは、未遂犯における決意（*Entschluß*）を主観的違法要素と解し、中止未遂においては任意の中止行為によって当該行為の違法性が消滅するとした。すなわち、「中止未遂の不処罰は、私の考えによればいわゆる『刑事政策的な理由』にあるのではなく、犯罪を行おうとする決意が効を

奏するに先立つて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限する性格を失うという点にある⁽³⁾としたのである。

こうした理論構成は、後述するように我が国の学説にも強い影響を与えている。しかし、メツガーやヴェルツェルの例で明らかのように、主観的違法要素論者が必ずしもヘーグラ⁽⁴⁾と同様の立場をとったわけではなかった。

その後ドイツでは、中止未遂を違法性の次元で説明する論者はあまり見られず、違法消滅説は「すでに過去の学説であると言つてよい」⁽⁵⁾との指摘も我が国の側からなされているのである。

二 次に、我が国において違法性の次元で中止未遂の本質を把握しようとする見解を見てみよう。

まず、平場博士は、違法問題の責任問題に対する論理的先行性から、また、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らなくてはならないことから、中止犯の理由づけは第一義的に違法減少・消滅事由とし、補充的に責任の点を考えればよいとされる⁽⁷⁾。そして、違法減少・消滅の根拠は「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ばあ

い」に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」にはかかる危険状態の消滅による現実の危険性の喪失に求むべきであるとされる⁽⁸⁾。

このように平場博士は、「危険状態が客観化される」前後で違法減少・消滅の根拠を区別して把握され、ヘーグラのように主観的違法要素という観点だけで一貫されているわけではない⁽⁹⁾。その点で平野博士は、「未遂犯の場合、故意は主観的違法要素である。一度故意を生じた後にこれを放棄し、あるいは自ら結果の発生を防止した場合は、違法性の減少を認めることができる」⁽¹⁰⁾とされ、主観的違法要素で一貫した違法減少説を主張される。平野博士によれば、違法性は程度を付しうる概念であるから、刑の免除だけでなく減少をも認めている我が刑法の説明として適切であり、責任減少・消滅説によるならば中止犯の要件として「悔悟」を必要としなければならぬが、我が刑法はこれを要求していないから不適切であるとされる⁽¹¹⁾。

福田教授⁽¹²⁾・西原教授⁽¹³⁾も——刑事政策説をも加味する併合説ながら——違法減少説を中心に論じられる。特に西原教授は違法減少の根拠を「実害が発生しなかったことに加えて、反

規範的意思を撤回し合規範的意思を中止行為という外界に表動させた」ことに求められる。このような理解は、客観化された危険状態の消滅または結果発生の防止という中止行為の客観的側面に独立の意義を認めず、中止未遂の態様を問わず一律に「反規範的意思の撤回と合規範的意思の表動」——実害が発生しなかったことは障礙未遂と変わりがないのであるから——という点に一元的に根拠を求める点において、平場・平野両博士の所説と異なると指摘されている。⁽¹⁴⁾すなわち、両博士の所説においては、故意の放棄および現実の危険性の喪失（自ら結果の発生の防止を行うこと）が、いわば二元的に、それぞれ独自の「違法減少の根拠」となっていると解されるのである。

三 我が国における違法減少説に対しては、次のような批判がなされている。

第一に、少くとも未遂犯における故意を主観的違法要素として認めない立場からは、主観的違法要素の減少による違法減少は否定されることになる。⁽¹⁵⁾

第二に、自己の意思で危険状態を消滅させるという場合の「自己の意思で」という部分が、どのような論理構造によって違法性を減少させるのかが明らかでないと批判されている。⁽¹⁶⁾

すなわち、障礙未遂と中止未遂とが、客観的に生じた違法事実としては同一であるのに、自己の意思によったか否かによって法益侵害の客観的危険に相違があると言えるのが疑問視されているのである。自己の意思によらない場合でも、外部的障礙（例えば、殺人未遂における第三者の救助行為）によって客観的危険が消滅したとも言い得るからである。

第三に、中止の意思が主観的違法要素を消滅させることは理由があるとしても、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ものものと別個であつて、さきの事実に対する違法評価に影響を及ぼすことはできない、とする批判がある。⁽¹⁷⁾

第四に、違法減少説を認めると、「共犯と中止犯」の問題との関連で難点があるとされている。⁽¹⁸⁾すなわち、正犯者の中止行為による違法減少の効果が、制限従属形式を前提にするのなら関与者にも及ぶことになり、中止未遂の一身専属的効果に反することになるというのである。

第五に、既述の平場博士の見解に対しては、「危険状態の客観化」という概念が必ずしも明らかでなく、実行の着手によってすでに危険性は発生したとみるべきであるとして、危険状態の客観化の前後による違法減少・消滅の区別を疑問視す

る見解が主張されている⁽¹⁹⁾。

第六に、平野博士の見解に対しては、責任の減少には「悔悟」が必要だという前提は責任の観念を道義的なものとする見解が基礎となっていなければならないが、これは博士の責任の観念（消極的責任）とは矛盾するし、また責任も違法と同様、程度概念であることが今日では認められているとの指摘がある⁽²⁰⁾。

- (1) Karl Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 8. Aufl, 1913, S. 138.
- (2) Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, Neudruck der 4. Aufl, S. 117; ders., Das bedingte Verbrechen, Gerichtssaal, Bd. 68, 1906, S. 23ff. なお、同様の立場に立つ見解として August Schoetensack, Tätige Reue, VAD, Bd. II, 1908, S. 437.
- (3) August Hegler, Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, in: Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. 1, 1930, S. 328.
- (4) 後述するように、ヴェルツェルは責任消滅説をとる。本章本節3注(11)参照。
- (5) このことは、我が国においてもしばしば指摘されている。中谷璋子「中止未遂の法的性格」ジュリスト三〇〇号(昭和三九年)二九六頁、香川・前掲中止未遂の法的性格七二頁、七九

頁注(二)、八〇頁注(四)参照。

- (6) 山中・前掲論文三三五頁。Vgl. René Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafschließungs- und Strafaufbauungsgründe, 1976, S. 166ff.
- (7) 平場・前掲書一四〇頁。
- (8) 平場・前掲書一四〇—一四一頁。
- (9) 注(3)参照。
- (10) 平野・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年)三三三—三三四頁。
- (11) 平野・前掲刑法総論Ⅱ三三四頁。
- (12) 福田平・新版刑法総論(増補版)(昭和五七年)一七四頁。
- (13) 西原春夫・刑法総論(昭和五二年)二八七頁。
- (14) 野村稔・未遂犯の研究(昭和五九年)四四〇頁、四四九頁注(7)。
- (15) 莊子・前掲書四〇〇頁、内田・前掲書二五七頁。
- (16) 中山・前掲書四三二頁、四三二頁注(7)、曾根威彦「中止未犯の法的性格」植松正ほか、現代刑法論争一三〇二—一三〇三頁、野村・前掲書四四一頁。
- (17) 木村静子「中止犯」刑法講座第四卷(昭和三八年)二五頁。この批判については、本稿第三章で再び取り上げる。
- (18) 香川・前掲刑法講義(総論)二七三頁注(7)。なお、前掲中止未遂の法的性格七四頁以下、同・前掲注釈刑法(2)のII四七三—四七四頁参照。
- (19) 香川・前掲中止未遂の法的性格八三頁。
- (20) 山中・前掲論文三四八頁。

3 責任減少説

一 中止未遂の本質を責任の次元で把握しようとした見解として、まずザウアー⁽¹⁾の説がある。彼によれば、中止行為によって表現された悔悟は、最初に責任判断の対象であった事実と同じ性質の事実(事後の事実)であり、この事後の事実に対する価値判断によって、最初の責任の全部又は一部分が消滅するというのである。⁽²⁾もつともザウアー以前にも、例えばダールマン⁽³⁾は性格責任論の立場から、またクルマン⁽⁴⁾は犯罪徵表説の立場から、中止行為によって行為者がもはや反社会的ではないことの徵表が示され、責任も存在しなくなると主張していた。ただこれらの見解が中止未遂をもつて「責任阻却事由(Schuldaußschließungsgrund)」と解していたのに対して、ザウアーは、はじめから責任が存在しない場合(責任阻却)と、事後の事情により責任が存在しなくなる場合(責任消滅)を区別し、中止未遂をもつて「責任消滅事由(Schuldaufhebungsgrund)」と解していたのであった。⁽⁵⁾

その後、ケムジースはザウアーの主張をさらに発展させた。⁽⁶⁾かつてツアハリエが主張した「廃棄説」における欠陥は、一旦存在した「法の侵害に向けられた悪意」が任意の中止によって事後的に無意味となる、とした点にあった。「悪意」も一

つの事実であるが、その事実が事後的に消滅することによって批判の対象となったのである。しかるにケムジースは、そのような「悪意」を抱いたという事実に対する「評価」に着目し、それを規範的責任論と関連づけたのだった。⁽⁷⁾

ケムジースによれば、「責任」とは、かつて心理的責任論が主張したような「心理状態」ではない。それは「個人が、社会に対する侵害行為を社会にとつて有害なものとして評価しまたは評価すべきであつたにもかかわらず自由に決意したことに対する、法秩序からの判断(非難⁽⁸⁾)」である。このように考えると「行為による悔悟によって刑罰が消滅することの法律上の理由は責任の消滅である、とするのが實際正しい出発点であるように思われる。なぜならば、歴史的事実すなわち意思決定を事後的に廃棄することはできないが、行為者の意欲に対する評価(Urteil)は事後的に変更したり、あるいは廃棄したりすることも可能だからである」⁽⁹⁾。かくてケムジースは、中止未遂の本質を責任消滅説に求めたのである。

その後も、責任消滅説は、ハイニッツ、ヴェルツェル、シユレーダー⁽¹⁰⁾らによつても支持されており、責任非難の事後的消滅という理論構成は我が国の責任減少説にも強い影響を与えている。

さらに最近の西ドイツにおいては、中止未遂の本質を責任の次元において把握するにしても、従来のような単なる責任非難の事後的消滅という理論構成にとどまらず、そこに刑事政策的な考慮を加味した新たな観点からの説明を試みる見解が主張されている。

ルドルフィーは、中止未遂において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に対する非難がいわゆる刑事政策的理由から要求されなくなる程度に軽減されると主張する。従ってこの場合には「刑法上重要な責任 (streitrechtlich relevante Schuld)」が欠けることになる⁽¹³⁾とされる。

彼によれば、責任非難の刑法上の重要性に関する問題は、一定の行為が、責任の存在にもかかわらず、法益保護のために一般予防・特別予防的理由から処罰されなくてはならないのかどうか、あるいはどの程度処罰されなくてはならないのか、という問題も含んでいとされている⁽¹⁴⁾。

ロクシンは、中止未遂を責任阻却事由とするが、それは次の二つのことを前提にしなくてはならないと主張する。第一に、未遂行為と中止行為は、それぞれ独立した現象としてではなく、統一的な評価の対象として把握されなくてはならない。

い。第二に、責任概念を他行為可能性という視点からのみ構成するのではなく、刑罰目的論から解釈しなくてはならない⁽¹⁵⁾。勿論、任意に中止した行為者もはじめから行為に出ないことが可能だったのであり、その限りで他行為可能性は認められる。しかし、刑法上の「答責性 (Verantwortlichkeit)」は刑罰目的論から制裁を科す理由がないときには欠けることになる⁽¹⁷⁾。

この「答責性」の概念は、ロクシンが、従来の「責任」概念に代わるものとして、すなわち、構成要件・違法性に続く第三の犯罪成立要件のカテゴリーとして、「刑事制裁の必要性」という観点から構成したものである。従って、彼によれば中止未遂は正確には「答責性阻却事由 (Grund des Verantwortungsausschlusses)」ということになる⁽¹⁸⁾。

以上のような責任消滅説の多様化は、最近の西ドイツにおける「責任」概念に関する議論の傾向を、如実に反映するものであると言えよう⁽¹⁹⁾。

二 我が国における責任減少説の萌芽は、すでに主観主義刑法理論の立場の中に見出されると言われている。例えば宮本博士は、犯人が犯罪を中止する事情として①犯罪実行の動機たる事情が不存在になるための中止の場合②犯罪実行の動

機たる事情が具はるも、その実行に伴ふ外部的障礙を予見した為めの中止の場合③犯罪実行の動機たる事情が具はるも行為者の性情が内部的障礙として作用したことによる中止の場合、という三類型を掲げ、③が中止未遂を認めるのに相当だとされた。なぜならば③の行為者の性情は「結局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）」として働いた訳であるから、斯かる場合こそ犯人の反規範性は通常の未遂罪の場合に比して輕微なもの⁽²⁰⁾であると言えるからである。

犯行の決意の事後的な撤回が行為者の規範意識として働くことによって、行為の非難可能性が減少するという論理構造は、その後、規範的責任論の台頭とともに、我が国の責任減少説において有力化した。徹底した責任減少説の立場をとられる香川教授によれば、「たとえ一度は法的義務に違反して犯罪の意思決定をなしたのであつても、したがつてために有責との非難がかけられないばあいであつても、行為者の主体的な介入によつて、すなわち許されないという意識のもとに、換言すればすでに破つた法的義務にふたたび合致しようとする意欲」すなわち「規範的意識」の具体化として中止が行われた場合には、事後的に責任を減少させるとされる⁽²¹⁾。他の論

者からも、より端的に「自発的な中止行為の存在は、違法性の点ではどうあろうとも、少くとも行為者に対する非難可能性を減少せしめ⁽²²⁾」とか、或いは「広義の後悔⁽²³⁾」が責任を減少せると主張されている。さらに、人格形成責任論の立場からも「中止行為に示される行為者の人格態度⁽²⁴⁾」が責任を減少せると主張されており、基本的にはこれらの見解と軌を一にしているものと言える。

一方では、結果無価値論を徹底する立場からも責任減少説は有力に主張されている。例えば内田教授は「法益侵害に対する関係では障害未遂と中止未遂で相違するところがない以上、中止未遂だけが特に違法性を弱めるとはいえない」のであつて、「自発的『意思』による犯罪完成阻止という面で、責任減少を招来するものと考えべき⁽²⁵⁾」だとされる。曾根教授も同様の観点から、「法益侵害の危険が現実が発生したという点では、中止犯は犯罪構造上障害未遂と同じである」とされ、中止犯においては「行為者の意思が責任要素としての故意の放棄を意味するもの」として、責任減少説を主張される⁽²⁶⁾。曾根教授の見解は、責任減少の理由を「故意の放棄」に求めている点で、故意そのものではなくそうした故意をもたらした意思過程の変化に責任減少の理由を求めようとする前述の香

川教授らの見解と相違するものと言えよう。

さらに最近では、可罰的責任減少という観点から、中止未遂の本質を把握しようとする見解が主張されている。これによれば、行為者が任意の中止によって「犯罪遂行に対する意思力の減退または喪失を示し、法秩序の枠内に再び立ち帰った」ことによつて範疇論的意味における責任が減少し、他方、可罰的責任という範疇において、「任意に法秩序の枠内に復帰した者を、責任の程度に応じた刑罰をもつて処罰することが刑事政策的に合目的かどうか、あるいは、刑法の謙抑性という観点から刑罰という重大な手段を行使することがそもそも必要かどうか」が目的論的に考慮されなければならない、とされる。かくて、任意の中止によつて、処罰に値する、あるいは刑法上重要な責任は極めて減少する、というのである。⁽²⁷⁾ この見解は、前述のロクシンやルドルフィーの所説の影響を受けたものと言えるが、従来我が国において「可罰的責任」を主張していた見解が中止未遂の「責任」減少を論じる際には、他の規範的責任論などの論者とさほど変わらない主張を行つていたことと比べて、「範疇論的意味における責任」の減少と「可罰的責任」の減少という二重構造をとることによつて後者を論ずることの意義を強調している点が特徴である。

以上のように、責任減少説は我が国の法律説（併合説も含む）の中で、かなり多くの論者によつて主張されているが、「責任減少説の内部でも責任に対する考え方の差異を反映して種々なる見解が主張され帰一するところがない」⁽³⁰⁾ 状況にあることも事実であると言えよう。

三 責任減少説に対しては、我が国においては次のような批判が——違法減少説のみならず併合説からも——なされている。

第一に、中止未遂の要件として悔悟を必要とすれば別であるが、そうでない我が国においては責任が消滅（減少）すると解することは困難であるとされている。⁽³¹⁾

第二に、人格形成責任論を採りえないからこの立場からの責任減少説は採用できず、また、規範的責任論からの責任減少説は、故意過失が責任の要素・形式から違法性の分野に移り、規範違反性に関するものと考えられるようになったために採用できない、とする批判がある。⁽³²⁾

第三に、徹底した責任減少説に対しては、刑の減輕・免除という二種の処分が責任の段階性の問題といいきれるか、⁽³³⁾ という疑問が提示されている。

第四に、可罰的責任減少説に対しては、範疇論的意味にお

ける責任が減少するのなら、そのことによって中止未遂はすでに障礙未遂とは責任の程度を異にすると考えるのであり、そうであればその減少した責任に応じた刑罰をもって処罰すること、あるいは刑を免除することが刑事政策的にみて妥当ではないかとして、重ねて可罰的責任の減少を考へるこの不要性を指摘する見解がある⁽³⁴⁾。

- (1) Wilhelm Sauer, Grundlagen des Strafrechts, I. Aufl., 1921, S. 637ff.
- (2) Sauer, a. a. O. S. 638.
- (3) Ernst Dahlmann, Der freiwillige Rücktritt vom Versuch, 1911, S. 95-103. 但し本書は参照しただけで、ケムシースからの引用は³⁵ケムシース, a. a. O. S. 66ff.
- (4) Georg Kulmann, Irrtum und Schuld im Lechte der Symptomatik, Monatsschrift für Kriminalpsychologie, 10. Jahrg., 1914, S. 483.
- (5) Sauer, a. a. O. S. 637.
- (6) Kemsies, a. a. O. S. 27ff.
- (7) Kemsies, a. a. O. S. 27ff., insb. S. 31.
- (8) Kemsies, a. a. O. S. 40.
- (9) Kemsies, a. a. O. S. 40.
- (10) Ernst Heinitz, Streitfragen der Versuchslehre, JR 1956, S. 250.
- (11) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 196.
- (12) Schönke-Schröder(Schröder), StGB Kommentar, 9. Aufl., 1959, S. 218.
- (13) Hans-Joachim Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, AT, 2. Aufl., 1977, S. 200. 彼は、中止未遂規定をもつて Entschuldigungsgrund とする。ウルゼンハイパーも同様に Entschuldigungsgrund とする位置づけ、これを Schuldabschließungsgrund と区別する。後者が非難可能性の要素(責任能力・違法性の意識)が欠ける場合であるのに対し、前者は責任は存在するが、一定の理由に基づいて法秩序が責任非難を中止する場合(例えば、西ドイツ刑法三五条の免責的緊急避難の場合)にあることを。Vgl. Ueßenheimer, a. a. O. S. 91. なお虫明・前掲論文四三〇頁は Entschuldigungsgrund を「責任容赦事由」とし、山中・前掲論文三三九頁は「責任解除事由」としている。
- (14) Rudolphi, ZStW 85 (1973), S. 121.
- (15) Claus Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, 2. Aufl., 1973, S. 36ff. 本書第二版の前半部分の邦訳として、斉藤誠二「クラウス・ロクシン著『刑事政策と刑法体系』(一)」成蹊法学三三(昭和四七年)一三五頁以下。また紹介として、中義勝「山中敬一・関西大学法学論集二二巻六号(昭和四七年)八一頁以下。
- (16) 本稿第二章第四節一の二参照。

- (17) Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, in: Festschrift für Ernst Heintz, 1972, S. 273ff. 紹介として、立石雅彦「クラウス・ロクシン」着手未遂の中止について」立命館法学一二五・一二六号（昭和五十一年）一二〇頁以下。
- (18) Vgl. Roxin, "Schuld" und "Verantwortlichkeit" als strafrechtliche Systemkategorien. Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft, in: Festschrift für Heinrich Henkel, 1974, S. 171ff. 邦訳として、高橋則夫（訳）「刑法上の体系カテゴリーとしての「責任」と「答責性」」C・ロクシン（宮澤浩一監訳）『刑法における責任と予防』（昭和五十九年）七一頁以下。
- なおロクシンの「答責性」概念につき、中川祐夫「責任と可罰的評価」平場博士還暦祝賀『現代の刑事法学』（上）（昭和五十二年）二五二頁以下、浅田和茂「責任と答責性」同二七二頁以下、大山弘「責任と予防に関する一考察」関西大学法学論集三一巻五号（昭和五十七年）六六頁以下などを参照。
- (19) 阿部純二「最近の西ドイツにおける責任論の傾向」刑法雑誌二四巻一号（昭和五十五年）八八頁以下参照。
- (20) 宮本・前掲書一八四頁。
- (21) 香川・前掲中止未遂の法性格九七頁、同・前掲注釈刑法（2）のII四七四頁。
- (22) 植松正・再訂刑法概論I総論（昭和四十九年）三三四頁。なお、植松博士は併合説に立たれる。次節参照。
- (23) 佐伯千仞・四訂刑法講義（総論）（昭和五十六年）三二二—三

二三頁。なお、佐伯博士も併合説に立たれる。次節参照。

- (24) 団藤・前掲書三三六頁。
- (25) 内田・前掲書二五七頁。
- (26) 曾根・前掲論文三〇一—三〇三頁。
- (27) 山中・前掲論文三六九—三七〇頁。
- (28) 佐伯・前掲書一二二頁。
- (29) 佐伯・前掲書三三三頁。
- (30) 野村・前掲書四三六頁。
- (31) 平野・前掲論文四〇五頁。
- (32) 西原・前掲書二八七頁。
- (33) 木村（静）・前掲論文二七頁。
- (34) 野村・前掲書四四五—四四六頁。

第三節 併合説

一 ここで「併合説¹⁾」と呼ぶ見解は、我が国において、既に述べた刑事政策説・法律説（違法減少説・責任減少説）のうち二説ないし三説を併用することによって中止未遂規定を説明しようとするものである。こうした見解は、現在の我が国における多数説であり、既に法律説の紹介の中で触れた学説でこの併合説に属するものもあるが、刑事政策説及び法律説の中の少くとも二説を用いて説明を行う見解はすべてこ

二 併合説も、次のように類型化することが可能である。

すなわち、①違法減少説と責任減少説を併用するもの⁽²⁾、②違法減少説と刑事政策説を併用するもの⁽³⁾、③責任減少説と刑事政策説を併用するもの⁽⁴⁾、④違法減少説と責任減少説及び刑事政策説を併用するもの⁽⁵⁾、の四類型である。

このうち、②③④の類型は、いずれも刑事政策説を併用する点で共通しているが、刑事政策説をどのように扱うかという点では(a)刑事政策的考慮を必ずしも無視できないとして、法律説と「合体」させていこうとする見解⁽⁶⁾と、(b)（広義では(a)に含まれるとも言えるが）特に「刑の免除」の場合を説明するものとして補充的に用いようとする見解⁽⁷⁾とに分かれる。

(a)の見解は、中止未遂規定の「黄金の橋」としての刑事政策的効果を「まったく否定することはできない⁽⁸⁾」とか、「刑の減免が一般予防および特別予防を併せ考慮して行なわれなければならないことは当然である⁽⁹⁾」などと理解することによって、法律説を支持しつつも、同時に刑事政策説にもある程度の存在価値を認め、両者を合体させて中止未遂規定を説明しようとする。(b)の見解は、法律説によれば刑の減輕・免除という二種の処分が違法性あるいは責任の段階性に対応するものと言ひ切れるかという疑問が生ずるため、特に刑の免除の場合

を刑事政策説によって説明しようとする⁽¹⁰⁾。例えば、責任減少説のみに立脚した場合、免除であっても責任の存在は依然前提とされるため、責任があるのに刑がなぜ科せられないのかという問題が生ずる。そこで、それを刑事政策的理由から説明しようというのである。

①及び④の類型は、どちらも違法性・責任の両方が減少すると把える点で共通しているが、その論理構造に差異があるため、さらに次のような類型に分類できる。すなわち、(ア)まず違法性が微弱化し、それに伴い責任も微弱化すると把える見解⁽¹¹⁾、(イ)一般的には両者がともに減少するが、具体的事態に応じて、違法性または責任のどちらかの面に重点がおかれるとする見解⁽¹²⁾、(ウ)常に違法性の減少と責任の減少を認め、いずれか一方を重視することは認めない見解⁽¹³⁾、の三類型である。

(ウ)の見解によれば、中止行為によって実害が防止され、かつ、行為後の行為者の態度の変化により行為に対する社会的評価が寛容化するという点で、まず違法性が微弱化し、それに伴い責任も微弱化するとされる。すなわち、この見解における「責任の減少」には（既に述べた——併合説によらない——純粹な責任減少説とは異なつて）独自の理由づけが与えられておらず、違法性の減少に伴う必然的なものとされてい

るのである。

これに対し(イ)の見解は、その例として、行為者の悔悟によらない中止行為については主として違法性の減少が認められ、悔悟による中止に対しては、同時に行爲者の責任の減少が認められるとする⁽¹⁵⁾。従つて、少くとも「悔悟に基づく中止」に關しては、そこに独自の責任減少が認められており、(ウ)の見解が述べるような違法減少に必然的に伴う責任減少とは異なるものであると言える。

(ウ)の見解は、(イ)の立場よりもさらに徹底して、違法減少と責任減少をそれぞれ別の観点から構成する。すなわち、結果発生防止行為(ないし結果発生を防止すべき行為)の側面が違法性判断の対象となり、そのような行為の「決意」が責任判断の対象となつてゐる。そして中止未遂においては、前者は主観的違法要素としての故意の実効性を失わせるものであるから、常に違法性を減少させ、後者は責任非難の観点から検討されることによつて常に責任を減少させるとされる⁽¹⁶⁾。このように(ウ)の見解によつて違法性・責任のいづれか一方だけの減少を重視することは認められず「常に」両者が減少することが主張されているのである。

三 以上のような、我が国において多数を占める併合説に

対しても、いくつかの批判が存在する。

まず、②③④の類型で(ハ)のアプローチをとる見解に対しては「同じ中止未遂でありながらなぜ二様にその性格をとらえなければならぬかの説明に窮する⁽¹⁷⁾」として、刑の免除の場合も法律説(責任減少説)で一貫しようとする批判がある。この見解によれば、免除の場合は「責任が極度に軽い」場合である⁽¹⁸⁾、と説明されている。

また、①④の類型で(ニ)のアプローチをとる見解に対しては、それが責任減少に独自の理由を与えず違法減少に伴う必然的なものであるとしている点について、「特定の程度の違法な行為を前提にして責任非難を考える以上、その違法行為の程度が変化すればそれにとない責任非難も変動するのは当然のことである⁽¹⁹⁾」として、単に違法減少説として主張すれば足りるのではないかとする批判がある。

次に、①④の類型で(イ)のアプローチをとる見解に対しては、(ハ)と同様違法減少と責任減少の関係・区別が必ずしも明らかでない⁽²⁰⁾という批判に加えて、もし違法減少説の適用を認めるのならば悔悟による中止であるか否かを問わずそれで処理されるべきであつて、責任減少説は違法が消滅しないことを前提としたものである限り同時にこれを適用することはできない

い、とする批判がなされている。

また、右の類型で(ウ)のアプローチをとる見解に対しては、故意を主観的違法要素と解する以上、中止行為はその客観的側面のみならず、主観的側面たる中止の決意も違法判断の対象とするのが論理一貫したものといえる⁽²²⁾としてその矛盾が指摘されている。

さらに、特に④の類型が違法減少説・責任減少説・刑事政策説のすべての見解を含んでいることに対しては、それぞれの見解を一括して考えることによって難点が相互に相殺されると解するのか、逆に相乗的效果はないとみているのか、その点が明らかでない、とする批判がある⁽²³⁾。

(1) 中谷・前掲論文二九六、二九七頁は「結合(二元)説」とされる。

(2) 佐伯・前掲書二二三頁、中・前掲書二一三頁、川端博「中止犯の法的性格」前掲現代刑法論争Ⅰ二九三頁。

(3) 福田・前掲書一七四頁、西原・前掲書二八六―二八八頁。なお、平野博士はかつてこの類型を主張されたが(前掲「中止犯」四〇六頁)、刑法総論Ⅱ・三三三頁では違法減少説は刑事政策説を理論的に表現したものであるとされる。この点については、第二章第一節で再び取り上げる。

(4) 植松・前掲書三三―三三四頁、中谷・前掲論文二九七頁、

木村(静)・前掲論文二七頁。

(5) 藤木英雄・刑法講義総論(昭和五〇年)二六二頁、大塚仁・刑法概説(総論)「増補」(昭和五〇年)一七三―四頁、柏木千秋・刑法総論(昭和五七年)三一〇頁、長岡龍一「中止未遂の法的性格と窃盗の既遂時期」Law School三五号(昭和五六年)四九頁。

(6) 福田・西原・植松・藤木・大塚・柏木の諸教授の見解が、この類型に属する。

(7) 木村(静)・中谷・長岡の諸教授の見解が、この類型に属する。長岡・前掲論文四九頁は減輕の場合にも政策説を考慮するが、免除との結びつきの方を重視されているのでこの類型に分類した。

(8) 西原・前掲書二八七頁。

(9) 大塚・前掲書二七四頁。

(10) 木村(静)・前掲書二七頁、中谷・前掲論文二九七頁、長岡・前掲論文四九頁。

(11) 藤木教授の見解がこれに属する。

(12) 大塚・長岡教授の見解がこれに属する。

(13) 佐伯・中・柏木・川端諸教授の見解がこれに属すると考えられるが、佐伯・中・柏木教授の見解が完全にこの類型に当て嵌まるかどうかは必ずしも明確でない。

(14) 藤木・前掲書二六二頁。

(15) 大塚・前掲書一七三―四頁、長岡・前掲論文四九頁。

(16) 川端・前掲論文三〇〇頁。

- (17) 香川・前掲中止未遂の法的性格一〇七頁。
- (18) 香川・前掲中止未遂の法的性格一〇七頁、一〇八頁注(三)。
- (19) 野村・前掲書四四七頁。
- (20) 野村・前掲書四四七頁。
- (21) 中山・前掲書四三二頁注(4)。
- (22) 野村・前掲書四四八頁。
- (23) 香川・前掲刑法講義(総論)二七三頁注(9)。

小 括

本章の検討から、我が国における学説の現況について、次の諸点が明らかになったと言えよう。⁽¹⁾

- (1) 刑事政策説のみに立脚する学説は、現在では少数である。
- (2) 逆に、法律説のみに立脚する学説も多いとは言えない。すなわち、多くの立場は何らかの形で刑事政策説をも支持する「併合説」の立場を採用している。但し、そこにおける重点は法律説にある。

(3) 法律説の内部では、かなり複雑な対立が見られるが、最近では責任減少説が有力化している。

本来ならば、ここで論ずることは、これらの学説の中でどの立場が妥当かということであろう。しかし、このような現

況においてまず問題としなければならないのは——序論においても述べたように——刑事政策説と法律説の両者を採用する類型の「併合説」が有力化しているという事実である。従来の刑事政策説と法律説の「対立」を前提とする限り、これらの両説を「併合」させることの意味が問われなくてはならないからである。それと同時に、そもそも両説の「対立」が本質的なものなのかどうかも検討されねばならない。次章以下では、かような視点から考察を行っていくことにしよう。

(1) ここで、従来の我が国における判例の動向について触れておかなくてはならない。

中止未遂の成立が問題となった判例の中で、実際に成立が認められたものはそれほど多くない。判例大系(第二期版)・判例タイムスによれば、これまで公刊の判例集などに登載されたものの中で成立が認められた事例は、昭和五九年度までで一四例(そのうち「刑の免除」が認められたものは二例)であり、これは全体の約一五パーセントに過ぎない。この理由については、外部的事情とは無関係な純粋な感情に基づく中止であると認められる場合には、結果の不発生という状況とあいまって処罰に値しない、或いは処罰は酷であると認定されて、起訴猶予処分に付されてしまうことが挙げられるという指摘がある(藤永幸治「殺人の中止未遂を認めた二つの裁判例」研修三六五号(昭和五三年)六七頁)。

本稿の目的からすれば、判例が中止未遂の必要的減免をどのように捉えているかが問題となる。しかし、学説上主張されているような刑事政策説・法律説のどの立場をとるべきかということ、判例は直接示していない（もつとも、和歌山地判昭和三八年七月二二日下刑集五卷七〇八号七五六頁以下の判例においては「法令の適用」の中で「中止犯奨励の法の精神をも汲み刑を免除するを相当と認め」とされており、刑事政策説的な考慮を窺わせる）。

そこで、判例上問題となった争点（例えば「自己ノ意思ニ因リ」の意義）が、学説上のどの見解をとる立場と親近性を持つか、といった角度からの検討は一応可能である。しかし、例えば「自己ノ意思ニ因リ」という争点に関して外部的障礙の表象が止めた動機となったか否かで区別する「主観説」が「違法減少説からのアプローチに対応しやすいもの」（中山・前掲刑法総論四三四頁）であるとしても、その「対応」が一義的なものでない限り、仮に主観説をとる判例があつても、それが違法減少説に立つか否かは断言できない。従つてここでは、かような判例と学説の連関の可能性を指摘するにとどめたい。（なお、木村（静）「中止犯」判例刑法研究4（昭和五十六年）四九頁以下、河村博「中止未遂について」研修四三六号（昭和五十九年）五七頁以下参照。）

第二章 必要的減免の「根拠」

学説の現況から明らかにしたように、我が国における「併合説」の有力化という傾向は、刑事政策説と法律説の「対立」を疑問視させる。本章においては、まず「併合説」を検討することから始めて、「対立」について考察し、本稿の目的へとアプローチしていくことにする。

第一節 併合説の検討

一 既に述べたように、我が国における「併合説」には、刑事政策説をどのように扱うかという点に関して二つの類型が存在する。すなわち、刑事政策説を(a)必ずしも無視できないとして法律説との併存を主張する見解と、(b)特に「刑の免除」がなされる場合の説明として補充的に用いていこうとする見解である。ここでは、便宜上(b)の類型から検討していくことにする。

我が国における中止未遂の効果は刑の必要的減輕・免除である。減輕は勿論のこと、免除も犯罪の成立を前提とする。特に免除は、「犯罪の成立を肯定しながらしかも刑を科さないものとする特殊の評価⁽²⁾」である。免除判決をもつて無罪判決

と解する⁽³⁾ならば格別、刑事訴訟法三三四条の規定からすればやはり有罪判決の一種としなければならない。我が国の法律説が違法性あるいは責任の「消滅」でなく「減少」としななければならない理由もここにあった。⁽⁴⁾しかし「減少」とする以上、違法性あるいは責任の存在はこれを前提としなくてはならない。それならば、そこから何故「免除」という効果が生じるのかが問題となってくる。併合説中の(b)の類型が、その根拠を刑事政策説に求めていったことは、一つの解決方法として首肯されよう。刑法典において「刑の免除」が規定されているものには、刑事政策的考慮に基づくと認められる例が多いからである。

我が刑法典における刑の必要的免除規定としては、内乱予備・陰謀罪およびその幫助における「未だ暴動ニ至ラサル前」の自首(八〇条)、私戦予備・陰謀罪における自首(九三条但書)、いわゆる親族相盗例およびその準用(二四四条一項・二五一条・二五五条)、親族間における贓物罪(二五七条)がある。また、必要的減免規定としては、中止未遂(四三条但書)の他、身代金誘拐予備罪の実行の着手前の自首(二二八条ノ三但書)がある。

さらに、任意的免除規定としては、親族間の犯人蔵匿・証

憑湮滅罪(一一〇五条)、放火予備罪(一一三条但書)、殺人予備罪(二〇一条但書)があり、任意的減免規定としては過剰防衛(三六条二項)、過剰避難(三七条一項但書)、偽証罪・虚偽鑑定及び通訳罪・誣告罪における自首(一七〇条・一七一条・一七三条)がある。

右に列挙したように、刑の免除に関する規定は、(1)いわゆる「処罰(刑罰)阻却事由」(犯罪が成立していてもなお、刑罰権の発生を条件づける事由で、これが存在することにより初めから刑罰権は生じない)と(2)「刑罰消滅事由」(いったん発生した刑罰権を消滅させる事由)の両方にまたがっている。そして確かに、これらの刑の免除に関する規定には、刑事政策的考慮に基づいていると認められるものが多い。例えば、右のうちで総じて自首に関する規定(八〇条・九三条但書・二二八条ノ三但書)は——任意的減輕にとどまる自首(四二条一項)の理由として通常説かれている「改悛による非難の減少」⁽⁵⁾「捜査・処罰の容易化」⁽⁶⁾ということ以上に——、暴動や私戦への発展、或いは身代金誘拐罪の発生を未然に防止しようとする考慮によるものとされている。また、自首に関する規定(一七〇条・一七一条・一七三条)も同様に、誤った裁判や懲戒処分が行われることを未然に防止しようとするもの

と言える。先に述べた中止未遂に関する刑事政策説も、中止未遂規定をこうした角度から捉えようとしているのである。そして、ここで問題にしている併合説中の(b)の類型は、基本的には法律説に立脚しつつ、特に「刑の免除」の場合を右のような考慮から捉えようとしていると解される。

二 しかし、「刑の免除」であるからといって直ちに「刑事政策的考慮」と結びつけることには疑問がある。例えば、過剰防衛や過剰避難における免除は、通常、責任が減少するためである⁽¹⁰⁾か、違法性及び責任が減少するためである⁽¹¹⁾といった説明がなされている。放火予備罪や殺人予備罪における免除も、違法性又は責任が軽微な場合に認められることになる⁽¹²⁾と考えられる。また逆に、いわゆる公訴提起前の「解放減輕」(二二八条ノ二)のように、「減輕」が刑事政策的考慮(被拐取者の安全な返還)から導かれる例⁽¹³⁾もある。「免除」だけが刑事政策的考慮から生ずるのではないのである。

このように、「刑の免除」を一律に刑事政策的考慮から把握することはできない。考え方としては、例えば実行行為終了の前後により性格が異なるとして、前者を責任の消滅減少によるもの、後者を政策的なものと理解することも可能である⁽¹⁴⁾と主張されている。いずれにせよ併合説中(b)の類型は、「刑の

免除」と「刑事政策的考慮」との結びつきに関する論証を欠いており、それを積極的に論証しない限り、依然として「同じ中止未遂でありながらなぜ二様にその性格をとらえなければならぬか」⁽¹⁵⁾という批判が妥当することになるのである。

三 次に検討しなくてはならないのは、先に述べた併合説中の(a)の類型である。この類型は、(b)の類型と異なつて、刑が免除される場合のみを刑事政策説から説明しようとするのではなく、減輕・免除のいずれの場合も刑事政策的效果を「まったく否定することはできない」が「それだけでは必要的減免の根拠としては弱すぎる」ので、刑事政策説と法律説を「合体」させて中止未遂を説明しようとするのである⁽¹⁷⁾。

この(a)の類型の見解については、それが主張するところの刑事政策説と法律説の「合体」とは何を意味するのかまさに問題となる。しかし殆んどの見解は、この点について何らの説明を加えていない。もしもこの「合体」が、刑事政策説及び法律説に対する従来の認識を維持したままで、法律説を支持しつつ刑事政策説をも援用していくという趣旨であるのなら、次のような疑問がさらに生じる。すなわち、これまでの理解によれば、刑事政策説は中止未遂規定を犯罪成立要件たる構成要件該当性・違法性・有責任性という体系の外で一

身的刑罰減免事由として位置づけるとされてきたのであるが、これは明らかに法律説すなわち違法減少説・責任減少説の立場と合致しないからである。中止未遂規定が、少くとも同時に一身の刑罰減免事由であり違法減少事由或いは責任減少事由である、ということはあり得ない（その意味では前述の(b)の類型の方が論理整合性を保っている）。もっとも、実際(a)の類型の論者は、結論的には中止未遂規定を違法減少事由あるいは責任減少事由として把握しているから別段問題は生じないとも言えようが、依然として「合体」なり「併存」なりの意味は不明のままなのである。

この点について一つの解答を与えているのは、平野博士がかつて主張されていた見解である。平野博士によれば、法律説とは「犯罪の成立とこれに対する科刑とを、ばらばらのものと考え、中止犯を単なる政策的理由によつて説明するだけでは満足せず、両者を不可分のものと考え、中止犯を、犯罪成立要件のいずれかを阻却消滅するものとして説明しようという努力」であるとされる。そしてこの法律説からは、「政策的效果を、その反射的效果として包摂することができ」るのであり、従つて法律説の方が「論理的には進んだもの」と言える⁽¹⁸⁾とされるのである。

このように、刑事政策説を、法律説の「反射的效果を説明したもの」と捉えるならば、我が国における(a)の類型の併合説がいう「合体」の意味も比較的明確に理解できよう。しかし、法律説の方が「論理的には進んだもの」であるのならばそれだけを主張すれば良いのであり、敢えて刑事政策説に言及する必要もないはずである。加えて、「犯罪の成否には関係なく、単に政策的理由にもとづく刑罰消滅原由又は減輕原由」を、ことさらに犯罪成立要件の阻却消滅というレベルで捉え直すことが「論理的には進んだもの」なのかどうかは疑問である。

四 以上の検討から、我が国における多数説である「併合説」は、いずれの類型においても「刑事政策説」と「法律説」の関係、或いは「刑事政策説」の「扱い方」を必ずしも明確にしていなことが判明した。このことは、従来の「刑事政策説」対「法律説」という対立モデルを維持したままで両説を採用したことに起因するものと考えられる。そこで次節においては、現在西ドイツにおいて行われている問題設定の方法を参照しつつ、右のような「対立」が本質的なものかどうかを検討する。

- (1) 第一章第三節参照。
- (2) 団藤・前掲書・四八六頁。
- (3) 平場・前掲書・二〇八頁、佐伯・前掲書四二二頁。
- (4) 第一章第二節1参照。
- (5) 板倉宏・注釈刑法(2)のI(昭和四三年)七四頁。
- (6) 田宮裕・前掲注釈刑法(2)のII四三八―四三九頁。
- (7) 団藤・注釈刑法(3)(昭和四〇年)一八頁、小暮得雄・同三八頁。
- (8) 香川・注釈刑法(5)(昭和四〇年)三二五頁。
- (9) 団藤・注釈刑法(4)(昭和四〇年)二五六頁以下、田宮・同二七五頁。
- (10) 佐伯・前掲書二〇四頁、大塚・前掲書二五七頁。
- (11) 団藤・前掲書二二一頁、藤木・前掲書一七一頁。
- (12) 中野・前掲書一九六頁。
- (13) 香川・刑法講義(各論)(昭和五七年)三七二頁。
- (14) 香川・前掲中止未遂の法的性格五九頁注(一二)。
- (15) しかし一方では、例えば親族相盗における免除(二四四条)を政策的に把握する見解も有力であることに注意しなくてはならない。団藤・前掲書四八一―四八二頁、大塚・前掲書三三四頁参照。なお、中山・前掲書三九二頁注(2)参照。
- (16) 香川・前掲中止未遂の法的性格一〇七頁。
- (17) 西原・前掲書二八六―二八八頁。
- (18) 第一章第一節2の一参照。
- (19) この類型の論者の重点は、法律説にあると解されるためで

ある。第一章第三節の二参照。

(20) 平野・前掲「中止犯」四〇四―四〇五頁。しかし平野博士は、刑法総論II三三三頁においては違法減少説と刑事政策説の間にのみこのような関係を認めておられる。第一章第三節注(3)参照。

第二節 「刑事政策説」対「法律説」の解消

一 現在、西ドイツにおいては、中止未遂の本質を考察するにあたって、従来のように刑事政策説と法律説を対置させていくのではなく、次のような新たな問題設定の方法を採用する論者が多くなってきた。

すなわち、多くの論者は、中止未遂の不処罰について①何故不処罰になるのか(障礙未遂に比して寛大に取扱われるのか)という問題と、②その不処罰という効果はどのような法的性格をもつのか(犯罪論体系上どのように説明されるのか)という問題を区別して考察しているのである。前者は中止未遂規定の「根拠(Grund)」或いは「存在理由(Ratio)」についての問題であり、後者はその「体系的位置づけ(systematischer Standart)」についての問題であるということになり、両者は別個に論じられている。そして、前者については刑事政策説をはじめとして、後述する褒賞説や刑罰目的説などの

見解が対立しており、後者の問題については違法消滅説・責任消滅（阻却）説・一身の刑罰消滅事由説などが対立しているのである。

右のように、中止未遂規定の「根拠」と「体系上の位置づけ」とを区別するという問題設定の方法は、基本的には従来の「刑事政策説」と「法律説」の対置に対応しているとも言えよう。しかしここで重要なのは、この問題設定によつて、「根拠」に関する見解の説明方法と、「体系的な位置づけ」に関する見解の説明方法とが、共に中止未遂の不処罰を説明するものでありながら、その説明の次元を異にするものであることが明らかになった点である。すなわち、既に我が国においても指摘されているように、⁽³⁾ 前者の多くは中止未遂の不処罰は「（ ）のためである」という目的論的説明を行っており（例えば「犯罪の実害発生防止のために不処罰とする」、後者の多くは「（ ）するからである」という因果的説明（例えば「責任が阻却されるから不処罰となる」）を行っているのである。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説明しようとするものと理解できる。

そして、このように考えるならば、従来の「法律説」は正確には「刑事政策説」に対する反論となっていなかったこと

になる。⁽⁴⁾ 換言すれば、「刑事政策説」と「法律説」を対立させるのではなく、前者は中止未遂規定の「根拠」を説明したものととして、また後者は「体系的な位置づけ」を説明したものととして、各々に独立した意義を認めていくべきことが明らかにされているのである。

二 このように、「刑事政策説」と「法律説」の「対立」を解消させるといふ問題設定は、我が国においても徐々にではあるが意識されつつある。⁽⁵⁾（中には、「刑事政策説は、立法者が中止犯に特別の恩典（刑の必要的減免）を与えたことの根拠を説明するものとしては正当であるが、その法的意味・性質を理論的に説明するものとしては不適當である」⁽⁶⁾との指摘もある。しかし「不適當である」とするよりは、むしろ、刑事政策説はそもそも恩典の法的意味・性質を理論的に説明することを予定していないものであるとして、両説の各々の存在価値を認められるべきではなかったかと思われる。）

しかし一方では、「刑事政策説は、実質上、法律説に対して唱えられたものであるといつてよい」⁽⁷⁾として、両者の対置を肯定していかうとする見解も存在する。確かに刑事政策説が、中止行為によつてもそれまでの行為の違法性・有責性には変動はないものとするならば（すなわち右の論者のいう一身の

処罰阻却事由として捉えていこうとするならば、その限りにおいて、違法減少説や責任減少説とは対立するものと言える。しかし、論者も認めるごとく、かつての莊子教授の所説⁽⁹⁾のように刑事政策説を否定して一身の処罰阻却事由説を主張することも可能であるから、刑事政策説Ⅱ一身の処罰阻却事由説という図式は必然的なものではなくてくる。そして、既述のような「根拠」と「体系的な位置づけ」という役割分化を視座に据えると、「一身の処罰阻却事由である」ということは、中止未遂規定の体系的な位置づけについて述べるものではあっても、中止未遂における必要的減免の「根拠」に関する説明にはなっていないのであり、「刑事政策説」とは次元を異にするものと考えられるのである。

また一方では、右のように西ドイツにおいては「根拠」と「体系的な位置づけ」の問題を区別して論じているのに対し、我が国ではこれを区別せずに論じているのに対して「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対するアプローチの相違として捉えられるべきである」とする見解も主張されている。すなわち、「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、体系的考察の枠内でその根拠を見出そうとする傾向があり、西ドイツでは、例えば、褒賞説や刑罰目的説は体系的考察のみでは説明し切れないが故に、根拠と体系的地位の問題を区別せざるを得ないのである⁽¹¹⁾」というのである。

しかし、我が国における「刑事政策説」も体系的考察のみでは説明し切れないであろうし、既述のごとく多数の論者が「併合説」を採用し、同時にその論理構造においては依然として「刑事政策説」と「法律説」との関連が不明確なままであるという状況に鑑みれば、中止未遂規定の「根拠」の問題と「体系的な位置づけ」の問題を区別する必要性は、むしろ我が国においてこそ十分に認められるのではないか。

三 かようにして本稿は、我が国の中止未遂規定の本質を考察するにあたつても、次の二つの視点を区別すべきものと解する。すなわち、①何故障礙未遂に比して必要的減免という寛大な取扱いを受けるのか(Ⅱ必要的減免の「根拠」と②その必要的減免という寛大な取扱いは犯罪論体系上どのように位置づけられるのか(Ⅲ必要的減免の「体系的な位置づけ」という二点である。両者は、中止未遂における必要的減免という問題を、各々異なる次元において説明するものである。

基本的には、従来の「刑事政策説」による説明が前者に、「法律説」による説明が後者に含まれると解されるが、かような異なる次元における説明であるため、これまでの「刑事政策説」対「法律説」という対立モデルは解消させるべきものと考ええる。

本章では以下の部分において、まず必要的減免の「根拠」の問題から考察していくことにする。そのために、従来の「刑事政策説」を再検討する必要があると言えよう。節を改めてそれを行う。

(1) Hans-Heinrich Jeschek, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, 3. Aufl., 1978, S.435ff.; Schönke-Schröder (Bser), a. a. O. S. 325ff.; Rudolph, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, S. 199ff.; Roxin, *Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch*, S. 269ff. 現在西ドイツにおいては「刑事政策説」対「法律説」といった問題設定は殆んど見られない。

(2) 「根拠」に関する諸学説については本章第四節参照。

(3) 山中・前掲論文三六七頁。ただこの区別が、ラートブルフの主張するような「目的論的体系」と「範疇論的体系」の区別に明確に対応するものかどうかについては、更に検討が必要であろう。Vgl. Gustav Radbruch, *Zu Systematik der Verbrec-*

brechtslehre, in: *Festgabe für Reinhard von Frank*, Bd. 1, 1930, S. 158ff.

(4) 例えばフランクやコラーらによって主張された初期の法律説も、刑事政策説を必ずしも否定していなかった。第一章第二節1の二参照。

(5) 斉藤誠二「中止未遂を寛大に扱う根拠」ジュリスト増刊刑法の争点(昭和五二年)九七頁、内田・前掲書二五六―二五七頁、山中・前掲論文三六七頁。

(6) 曾根・前掲論文三〇一頁。

(7) 内田・前掲書二五七頁。

(8) 内田・前掲書二六〇頁注(7)。

(9) 莊子・旧版六四一頁。

(10) 山中・前掲論文三六七頁。

(11) 山中・前掲論文三六七頁。

第三節 刑事政策説の再検討

必要的減免の「根拠」を考察するにあたっては、(1)従来からの批判にもかかわらず、「刑事政策説」を採用できるか(2)採用できるとして、その主張内容(一般予防のための「黄金の橋」だけで「根拠」として十分か、が問題となる。まず本節では、刑事政策説に対してなされてきた諸批判を検討することによって、右の(1)の問題から考えていくことにしたい。

1 刑事政策説に対する批判の検討

一 刑事政策説に対して向けられる批判の第一は、中止未遂の規定を知る者にのみ実効的である、というものである⁽¹⁾。そして、この批判と相俟って、西ドイツのように全く処罰されないのならば格別、我が国のように減軽又は免除という二段構えの規定の下では、「後戻り」を奨励する効果は薄い、という批判がなされるのである。

確かに、刑事政策説が主張する中止未遂規定の効果が機能するためには、規定を一般人が周知していることが前提となる。M・E・マイヤーも指摘することく、刑事政策説が「法律学を学んだ人の数を過大評価している」⁽³⁾のであるならば、本説はその基礎を失うことになる。また、仮に一般人が規定を知っていたとしても、減軽又は免除という我が法制の下で、西ドイツの規定と同様の効果が維持され得るかどうか疑問視されたのも当然のことであろう。

しかし一方ではこうした批判に対し、従来から「一般に規定の存在は知らずとも、自己の意志により中止することが科刑上有利に考慮されるべき事情であることは、常識上知っているものである」⁽⁴⁾とか「法律の条文は知らなくとも、その観念はある程度ゆきわたることはあるし、中止犯というものは、

万が一にも効果を發揮して一人の生命でも救うことができばよいのであって、積極的な処罰の要件とは趣きを異にする⁽⁵⁾」という反論がなされていることに注意しなくてはならない。

「減軽又は免除」となっている点に関しても、批判的見解を述べる論者の側から「免除を認めるかぎり黄金橋である実体にかわりはない⁽⁶⁾」という譲歩がみられ、また仮に減軽にとどまる場合であっても、刑法六八条によって死刑の可能性はなくなり、自由刑の刑期は短縮され、罰金・科料の額は半減されるのであるから、「恩典」である事実に変わりはなく⁽⁷⁾、むしろ減軽・免除が「必要的」である点に着目すれば「黄金橋」に準ずる効果は認められるとも言い得る。「不可罰でなく減軽にとどまるなら政策説は妥当しないというわけでもない⁽⁸⁾」という見解が主張されるのもこうした理由からであろう。

これらの見解のうちいずれが妥当なものであるかについては、簡単には結論づけられないのであって、詳細は実証的研究の成果に俟たねばならない。右に述べた批判的見解について言えば、(i) 一般人が、犯罪の実行に着手しても自己の意思で中止すれば、科刑上寛大に取扱われることを知っているかどうか、(ii) 知っているとして、実際にかような寛大な取扱いを期待して中止するかどうか、どの程度の寛大な取扱いであ

れば中止するか、が検証の内容となろう。(i)については「刑法意識」の問題が、(ii)については「刑罰と一般予防」⁽¹⁰⁾の問題が中心的な検討課題になると考えられる。そして両者につき、法の実効性を高める要因としていわゆる「規範コミュニケーション」⁽¹¹⁾がどのような役割を果たしているか、といった問題なども考慮されなくてはならないであろう。

しかし、実証的研究の重要性は無視しえないとしても、そのような検証を経ないかぎり刑事政策説の採用が留保されるというわけではない。例えば、およそ刑罰法規が有すると思われる一般予防効果についても、現段階において我々が知っていることはごく僅かにすぎない⁽¹²⁾。しかしだからといって、効果が完全に実証されないかぎり立法化或いは処罰できないとするのならば、刑事制度は排除されてしまうことになる。むしろここで問題にすべきことは、そもそも「規定を知らなければ実効性がない」とか「全免にしなければ中止奨励の効果がない」といった理由から刑事政策説を否定し法律説に移行しようとする、右に述べた批判的見解の態度であろう。中止未遂規定に対してこのような批判を行うのであれば、犯罪の実害防止を目的とする他の刑法上の規定——例えば身代金誘拐予備罪における「実行の着手前の自首」(二二八条ノ三但書)——

——にも同様の批判がなされるはずである。中止未遂規定には右のような批判を行う論者が、他の規定では「犯罪の実害防止目的」といった説明を行っている⁽¹³⁾のは奇妙なことだと言わなくてはならない。もしこれらの批判が、中止未遂における「刑事政策説」を否定するためだけに行われるのだとすれば、それは便宜論の域を出ないであろう。

近年、我が国では——特に「併合説」の増加に伴って——従来のこの種の批判に対する反省がなされつつある。「中止犯の効果を一且知った者に対しては、必要的減免の規定は中止の奨励の意味をなすばかりでなく、犯意をひるがえした場合とそうでない場合との差異を明らかにすることによって、事後の犯罪発生の防止に役立つと解する余地はまったく否定することはできないであろう⁽¹⁴⁾」とするのがその例である。また、刑事政策説を否定することは、「法を知る国民が増える方向にある」という「昨今の社会状況」からすれば「時代の流れに逆行することになるのではなからうか⁽¹⁵⁾」という主張もみられる。

かくて本稿は、最初に述べた批判的な見解の存在——この批判内容自体の正当性は実証的研究の成果に委ねる他はないが——によっても、刑事政策説を採用することの意義は少し

も減殺されるものではない、と解するのである。

二 次に、刑事政策説に対しては、何故減輕と免除といった異なる効果を付し得るかについては説明できず区別の基準とならない、という批判¹⁶がなされる。

この批判の要点は、違法減少説又は責任減少説によらなくては、すなわち違法性や責任の減少の程度に依拠しなくては、刑の免除にするか減輕にとどめるかという裁量の基準を見出せないというところにあると考えられる。もともと本稿のように「刑事政策説」と「法律説」の対立を解消させて考えれば、「刑事政策説」に取って減免の基準を求める必要はないとも言える。しかしこの点を別にしても、右の批判には次のような疑問がある。例えば、先にも取り上げた刑法二二八条ノ三但書（身代金誘拐予備罪における「実行の着手前の自首」）の場合を考えてみよう。この場合には、中止未遂と同様に必要的「減免」がなされるのであるが、自首によっても身代金誘拐予備罪はすでに成立し、予備罪としての違法性・有責性は確定しているのであるから、そもそも「減少」は生じない。従ってこの場合の「減輕又は免除」という裁量の基準は、違法性や有責性の「減少」とは無関係となる。このように考えると、中止未遂の効果が「減輕又ハ免除ス」と規定されてい

ることは、違法減少説・責任減少説に依拠しなくてはならないということを当然には意味しないのである。

かようにして、右の批判も刑事政策説の採用に対する妨げにはならないと解される。

三 刑事政策説に対しては、さらに、法上の減免の理由を犯罪論を越えて刑事政策的理由に求める態度は犯罪理論の放棄である、という批判¹⁸がなされている。

このような批判に対しては既に、「実定法の理解に際し、立法趣旨・効果などを含めた総合的な観点からの把握は、実定法の真の理解にとつて不可欠ではなからうか¹⁹」という反論がなされている。

しかし、この批判に対しては、さらに次のような根本的な疑問がある。すなわち、刑事政策説を採用することが「犯罪理論の放棄」であるとする右の見解が、ハインツ・ミュラー¹¹・ディーツも指摘するように「刑法解釈学と刑事政策とが、相互に新しい関係に入った²⁰」現状においても、なお、その主張貫徹することが可能かどうかである。かような「現状」を本稿は我が国における「刑法解釈学と刑事政策の接近」として把握し、項を改めてこの批判についてさらに検討する。

- (1) 第一章第一節2の二①参照。
- (2) 第一章第一節2の二②参照。
- (3) M. E. Mayer, a. a. O. S. 370, Ann. 7.
- (4) 植松・前掲書三二三頁。
- (5) 平野「中止未遂の法的性格」犯罪論の諸問題(上)(昭和五六年)一六五頁。
- (6) 香川・前掲中止未遂の法的性格五八頁注(六)。
- (7) 米山哲夫「中止未遂と償いの思想」早大法研論集第二九号(昭和五八年)三一〇頁。
- (8) 柏木・前掲書三一〇頁。なお以上のように考えるならば、団藤博士の言われる「政策的考慮は事前においてのみ可能であるのに、減免の裁量は事後的であるから、我が刑法のような規定のもとでは、刑事政策説は論理的に成り立たない」とさえていてよいであろう」との批判も妥当しないであろう。博士御自身もその後「中止犯に関する私見が政策説を完全に排除しているのは、逆の方向に行きすぎているとおもう」と述べておられる(前掲注釈刑法(4)二五六頁)。第一章第一節2注(9)参照。長岡・前掲論文四五頁注(19)も、減免が「必要的」となっている前提を重視することによって、右の団藤博士の批判的見解に疑問を提しておられる。
- (9) 宮澤節生「刑法意識の実証的研究——その位置づけと研究設計の設け——」(一)北大法学論集二三卷四号(昭和四八年)七四二—八二〇頁、二四卷四号(昭和四九年)八三三—九一七頁。
- (10) 松村良之「刑罰による犯罪の抑止——アメリカにおける経済学的研究を中心として——」(1)(2)(3)北大法学論集三三卷一号(昭和五七年)二三五—二八二頁、三三卷三号(昭和五七年)九五六—一〇一六頁、三三卷六号(昭和五八年)一六五四—一六九六頁、同「一般抑止研究の新しい動き——新たな政策志向研究としての——」犯罪社会学研究第9号(昭和五九年)四二頁以下、藤岡一郎「一般予防論の一考察——犯罪学者の研究を中心として——」京都産業大学「産大法学」十六卷三号(昭和五七年)一頁以下、などを参照。
- (11) 棚瀬孝雄「規範コミュニケーションと法の実効性」川島武宜編「法社会学講座」8(昭和四八年)二五頁以下。そこでは、規範コミュニケーション(広義)とは「法規範の伝達を直接・間接に目的とした過程」とされている(二六頁)。
- (12) 特に我が国独自の研究はほとんどなされていないのが現状である。注(10)の文献参照。
- (13) 例えば、香川・前掲刑法講義(各論)三七三頁。
- (14) 西原・前掲書二八七頁。
- (15) 長岡・前掲論文四四—四五頁。
- (16) 第一章第一節2の二③参照。
- (17) 予備罪についても「実行行為」「着手」「完結」「予備罪としての「既遂」」を考えるべきことにつき、内田・前掲書二四八頁。
- (18) 第一章第一節2の二④参照。
- (19) 長岡・前掲論文四五頁。
- (20) ハインツ・ミュラー・ディーツ(宮沢浩一訳)「刑罰の目

的と刑の量定に焦点をあてた責任と予防との関係」刑法雑誌二
三卷一・二号（昭和五四年）八五頁。

2 刑法解釈学と刑事政策の接近

一 「フランツ・フォン・リスト以来、刑法解釈学と刑事政策は分断されてきた⁽¹⁾」と言われていた。確かにリストは、刑法解釈学は犯罪要件の体系的・概念的完成及び整序を目的とする学問であり、一方刑事政策は犯罪者を合目的に処置する経験的基礎に基づく原理であるとして、両者を完全に対置した⁽²⁾。

しかしリストは——彼の「刑法は刑事政策の乗りこえることのできない障壁 (unübersteigbare Schranke) である⁽³⁾」という言葉にも表わされているように——「刑法解釈学と刑事政策の対置」にむしろ積極的な意義を与えていた。彼は、刑法の任務は、一方では個人の法益を侵害する行為を犯罪として処罰することによって当該個人を保護し、他方では刑罰権の範囲を明確にして、個人が恣意的に国家権力によって処罰されないようにするという人権保障機能を果たすところにあるとした。すなわち、法治国家的な理由から、刑事政策的な目標の「行き過ぎ」を「犯罪者のマグナ・カルタ」である刑

法によって制限しようとしたのであった⁽⁴⁾。刑法においては客観主義・行為主義をとり、刑事政策においては主観主義・行為主義へと赴いた⁽⁵⁾。リストの「全刑法学 (gesamte Strafrechtswissenschaft)」の「二重性格 (Doppelcharakter)」⁽⁶⁾は、この限りでは矛盾したものではなかったのである⁽⁷⁾。

二 かような「刑法解釈学」と「刑事政策」の「対置」は、確かにそれなりの意義を有していた。しかし、ロクシンも指摘するように、仮に刑法解釈学の目的が犯罪要件の体系的・概念的完成及び整序にあるとしても、そこから果たして「現実的成果」が得られるのか、そして事実在即した正しい結論が保証されるのかは極めて疑わしい⁽⁸⁾。また、「対置」の主張の背後には、法律それ自体は社会形成の道具ではなくて、共存する諸々の自由の回復と整序のための手段にすぎないとする実証主義的な思想が存在していたことも明らかであり、かく解する限り、確かに刑法は「法的安定性」に資することになる。しかし刑法、延いては刑法解釈学にそれだけの役割を認めるだけならば、我が国でも指摘されるごとく「形式的な法規の枠内で秩序だった統一的な問題の処理を可能にする理論である以上、いかなる刑法理論・犯罪論も正当であるということになりかねない⁽⁹⁾」のではないか⁽¹⁰⁾。

刑法解釈学によつて、処罰に値する行為を選別し、処罰範囲を明確にしていくのならば、そこに同時に要求されるのは、まさに「効果からのフィードバック」⁽¹¹⁾に他ならない。すなわち、形式的には犯罪に該当していても、刑事政策的観点からみて実質的には処罰する必要性がない場合には不処罰が導き出されなくてはならない。かくて「刑法解釈学と刑事政策的の接近」が必要となる。「犯罪論自体の内容が、『刑罰』という効果の視点を抜きに論じ得なくなつてきた」⁽¹²⁾のである。このことは「刑法は刑事政策の乗りこえることのできない障壁である」ということと同時に、「刑事政策は刑法の乗りこえることのできない障壁である」⁽¹³⁾ことを認識すべき必要性を示唆するものである。

三 かようにして、刑法解釈学への刑事政策的考慮の介入は「現在ではむしろ一般的に意識されている」⁽¹⁴⁾とさえ言われる。

西ドイツにおいては、ミューラー・ディーツも指摘するよう⁽¹⁵⁾に、このような意識が「刑事政策の観点が刑法体系並びに個々の法制度や、犯罪概念の構成要素の説明へと入りこんだ」という形で展開されている。特に最近の「責任と予防」⁽¹⁶⁾に関する一連の議論に、その傾向が顕著に現れていると言えよう。⁽¹⁷⁾

我が国においては「刑法解釈学と刑事政策的の接近」という形で一般的に意識されるようになったのは比較的最近のことであるが、従来からのいわゆる「可罰的違法性」や「可罰的責任」についての主張の中に、既にかような傾向があつたことを看取できよう。前者については、実務上は近時この言葉が姿を消したが違法性判断と刑罰効果との結びつきに変化はなく「むしろ、『処罰に値しない一般の違法性の存否』と『可罰的違法性の存否』という二重構造が消え、犯罪論上で用いる違法性とは本来的に『処罰に値する』という観点を内在していることがより明らかになつた」⁽¹⁸⁾と指摘されている。また、後者については、刑法上の責任は、行為者が単に法規範の命令及び禁止を理解しそれに従つて行為できたにもかかわらずそのように行爲しなかつた「規範的責任」、ということだけでなく「そのような行為者の非難性が特に刑罰という強力な手段を必要とするほどに強く、しかもその刑罰をうけるに適するような性質のものである」⁽¹⁹⁾ことを要する、という観点から主張されている。

また最近では、これらの議論と関連して、さらに具体的な問題において「刑法解釈学と刑事政策的の接近」が展開されている。例えば、いわゆる「違法性の意識」とは可罰性の意識

であり、単なる法律違反の認識ではない⁽²⁰⁾、とする見解や、情動行為者の刑事責任について他行為が不可能とはいえない場合であっても、刑罰の法益保護目的及び再社会化目的上必要であれば、責任非難及び処罰を断念すべきである⁽²¹⁾、とする見解が主張されている。このように、今後は一般的・抽象的な問題としてではなく、個々の問題領域のレベルにおいて、「刑法解釈学と刑事政策の接近」の「適用」が論じられていくであろう⁽²²⁾。

四 これまで見てきたような状況の中にあつては、先に述べた批判的見解——刑事政策説の採用は犯罪理論の放棄である、とする見解——にとつてその主張を維持していくことは困難であろう。むしろ、中止未遂における必要的減免の「根拠」として刑事政策説を採用することは、「刑法解釈学と刑事政策の接近」の趣旨にも沿うものであると解される。かくて本稿は、刑事政策説に対する右の批判的見解をも受け入れることはできないのである。

- (1) 林美月子「情動行為と刑事責任」(二)神奈川法学十八卷二号(昭和五七年)一八頁。

なお、刑事政策或いは犯罪学(刑事学)という用語は広狭様々の意味において用いられるが、ここでは犯罪原因論と対策論を

含む広義の刑事政策を念頭におくことにする。これらの用語につき、所一彦「法の経験科学としての刑事学」ジュリスト増刊・理論法学の課題(昭和四六年)一五〇頁参照。

- (2) この点につき、Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 1ff.

- (3) List, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 2. Bd., 1905, S. 80.

- (4) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 2.

- (5) List, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, 1. Bd., 1905, S. 126ff.

- (6) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 1.

- (7) この点につき、三井誠ほか「刑法学のあゆみ」(昭和五三年)二二—二九頁・八六頁参照。

- (8) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 3-6.

- (9) Roxin, Kriminalpolitik und Strafrechtssystem, S. 7.

- (10) 町野朔「犯罪論と刑罰論」現代法哲学Ⅲ(昭和五八年)一四一頁。

- (11) 前田雅英「刑法学と刑事政策」罪と罰二二卷二号(昭和五九年)一一頁。

- (12) 前田・前掲論文六頁。

- (13) この点につき、ロクシン(斎藤誠二訳)「責任主義の二面性と一面性——刑法解釈学と刑の量定論における責任と予防との関係をめぐって——」刑法雑誌二四卷一号(昭和五五年)四五頁参照。

- (14) 林・前掲論文一八頁。
- (15) ミュラー・ディーツ・前掲論文八五頁。
- (16) 第一章第二節3注(18)参照。
- (17) アメリカにおいても、一九六〇年代に盛んになったいわゆるラベリング理論 (labeling theory) を契機として、従来「犯罪の定義」をめぐって対立していた刑法学と犯罪学が「接近」することになる。この点につき、藤本哲也「犯罪学と刑法学」犯罪学諸論 (昭和五九年) 一六一頁以下。
- (18) 前田・前掲論文六頁。
- (19) 佐伯・前掲書二二三頁。
- (20) 町野「違法性」の認識について」上智法学論集二四卷三三号 (昭和五六年) 一九三頁以下。
- (21) 林・前掲論文九頁。
- (22) なお、齊藤誠二「刑法学と犯罪学(一)」警察研究五三卷六号 (昭和五七年) 三頁以下参照。

3 小括

本節においては、従来の「刑事政策説」に対する諸批判を検討した結果、それらの批判によっても「刑事政策説」の意義は否定されることが明らかとなった。従って、中止未遂の必要的減免の「根拠」として、基本的には本説を採用していくことができると考えられる。そこで「根拠」として本説

だけで十分かどうか (本節冒頭の(2)) を検討するために、現在西ドイツにおいて主張されている「根拠」学説を次に概観する。

第四節 西ドイツにおける中止未遂の「根拠」学説

1 褒賞説・刑罰目的説

現在西ドイツにおいては、「根拠」に関する学説として既述の刑事政策説の他に、褒賞説 (Prämientheorie) —— 恩恵説 (Gnadenheorie) とも呼ばれる —— 及び刑罰目的説 (Strafzwecktheorie) —— 徴表説 (Indiztheorie) とも呼ばれる —— が主張されている。⁽¹⁾ 以下において、これらの学説の主張内容を見てみよう。

一 褒賞説 (恩恵説) この説は、中止未遂における不処罰という効果を、中止行為に対する褒賞 (Prämie) 或いは恩恵 (Gnade) であると理解するものである。

このような考え方は、既に例えばプロイセン一般ラント法 (一七九四年) が中止行為者に恩赦の請求を認めていた⁽²⁾ という事実においても見出すことができるが、中止未遂不処罰の「根拠」として具体的に主張したのはポツケルマン⁽³⁾ である。彼は、「適時に中止し或いは行為による悔悟をなした者は、

将来もはや犯罪を犯すことはないという期待を生ぜしめたのであり、彼に向けられた責任非難という重り (Gewicht) を少くとも功労的な行為という対重 (Gegengewicht) によって一定の程度にまで釣り合わせたのである⁽⁴⁾と主張する。その後イエシエックも同様の見地から、中止行為をなした者は社会において法に動揺を与えたという印象 (rechtserschütternder Eindruck) を再び取り除いたことによつて褒賞を与えるのに値する⁽⁵⁾として、本説の立場を支持した。⁽⁶⁾
他に、パウマン、ブツシュ、オットーらが褒賞説を採用している。

本説に対しては、次のような批判がなされている。

(i) 法典の文言を言い換えているにすぎず、何故褒賞が与えられるのかという点を説明していない⁽⁹⁾。

(ii) 刑法は犯罪者に「褒賞」を与えるために存在するのではない⁽¹⁰⁾。

二 刑罰目的説 (徴表説) この説は、中止行為は犯罪者の意思が微弱であることの徴表 (Indiz) であり、一般予防・特別予防という「刑罰目的」的観点から処罰が不必要となる、と主張するものである。

犯罪者の意思が微弱であることが中止行為によつて示され

るとする構想は、既に見たように比較的古くから存在していた⁽¹¹⁾と言えるが、一九五六年二月二八日の強姦未遂に関する連邦裁判所判決⁽¹²⁾は、このような考え方を刑罰目的と関連づけて中止未遂の「根拠」として主張した。

この判決によれば、中止未遂に関する刑法四六条一号 (旧規定) の意味は、次のように解するのが最も良く実態に適合するとされる。すなわち「行為者は着手した未遂を任意に中止すれば、それは行為者の犯罪意思が行為の遂行に必要なほどには強くなかったことを示し、当初未遂において示された行為者の危険性も、本質的により小さなものであったことが事後的に示されるのである」と。そして「こうした理由から法は『未遂それ自身として』非難するのをやめている。なぜならば、刑罰は行為者の将来の犯罪に対して予防し、或いは第三者を威嚇し、さらに侵害された法秩序を回復するためにはもはや必要ではなくなったからである。特に、適時に放棄された犯意をもちや行為者に帰責することなく、未遂行為によつて既に完了した行為が他の構成要件を満たしている範囲においてのみ彼を処罰するというにおいて、法は、当初の目的と正当性の思想はより良く保障されるとみなすのである⁽¹³⁾」としたのであった。

近時ロクシンは、右の判決を敷衍して次のように主張している。すなわち、中止未遂においては「結果が発生しておらず、行為者は決定的な時点で、自らが法に忠実であることを示すことによって悪例 (schlechtes Beispiel) を与えなかったのであるから、一般予防上の根拠は、処罰を必要としない。行為者は、中止によって合法性に立ち帰ったのであるから、特別予防上の作用は不必要なものとなる。既に未遂によって表された一時の迷い (Labilität) は、行為者が結果の惹起を任意に放棄した限りにおいて、刑法上の制裁の充分な根拠とはならない。しかも責任の相殺は余計なものとなる。なぜならば、行為者は、未遂に含まれている責任を、任意の中止によって自ら償い、清算したからである⁽¹⁴⁾」として、中止行為によって示された「犯罪エネルギーの減少⁽¹⁵⁾」が、刑罰目的から見た処罰の必要性を失わせるとしたのであった。

他に、ルドルフ⁽¹⁶⁾、エーザー⁽¹⁷⁾らが本説を支持している。一方、本説に対しては次のような批判がなされている⁽¹⁸⁾。

(i) 過去において明らかに生じた犯罪意思は事後的に弱体化され得ず、現在或いは将来に向って心情の変化が可能となるに過ぎない⁽¹⁹⁾。

(ii) 「危険」判断は事前の (ex ante) 予測に基づくものである

る以上、未遂において示された危険性が事後の事情によって減少するとは言えない⁽²⁰⁾。

(iii) 任意に放棄されるような意思ならば初めから弱いはずである、ということを示す経験則は存在しない⁽²¹⁾。

(iv) 行為者が未遂を開始する際に十分に強い意思をもつていたとすることは、彼に違法・責任を不利益に推定することになる⁽²²⁾。むしろ、単に既遂に至ろうとする意思をもつていたとすることで必要かつ十分である⁽²³⁾。

(v) 任意の中止を、行為者の責任と危険性が微弱であることの徴表とみなすことは、行為者刑法あるいは心情刑法を前提としている⁽²⁴⁾。

(vi) 中止未遂不処罰の根拠を、犯罪意思が微弱であることのみに求めるとするならば、刑法 (旧) 四六条が結果発生⁽²⁵⁾の防止を要件としていることを説明できなくなる。

(vii) 刑罰目的から処罰の必要性が欠ける、とするのは中止未遂の根拠ではなく「結果」を示しているに過ぎない⁽²⁶⁾。

三 以上、西ドイツにおいて主張されている「根拠」学説である褒賞説・刑罰目的説について概観した。しかし、これらの見解、及び先に見た刑事政策説が、互いにどのような意義をもち、またどのように異なるのかは、各論者の主張を見

るだけでは必ずしも明らかではない。そこで次項では、この点を考える際の一資料として、ハッセマーがこれらの「根拠」学説に対して行った社会学的分析を見てみることにする。

(1) これらの学説が単独で、或いはいくつか結合して「根拠」として主張されている。Vgl. Ulsenheimer, a. a. O. S. 46ff. なお、ウルゼンハイマーは「徴表説(犯罪者意思微弱化説)」と「刑罰目的説」とを区別しているが、後述するように(本節1の(2) 実際にはこの二説を結びつけて「刑罰目的説」とすることが多いので、本稿も「刑罰目的説」一説として扱うこととする。Vgl. Ulsenheimer, a. a. O. S. 37.

(2) Ulsenheimer, a. a. O. S. 44. フロイセン「一般ラント法第二部第二〇章第四三条は「自己の活動で犯罪の実行を中止し、違法な効果が何ら起こらないように準備を行う者ならびに共犯者および計画の時宜を得た暴露により犯罪の実行を阻止する者は、恩赦を請求することができる」と規定していた(訳文は、足立昌勝「フロイセン一般ラント法第二章第二〇章(刑法)試訳」)「静岡大学法経短期大学部法経論集五一号(昭和五八年)一頁以下)」。Vgl. Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten. In Verbindung mit den ergänzen Verordnungen. herausg. v. A. J. Mannkopff. VII. Bd. enthaltend Teil II. Tit. 18-20, 1838. なら Sauer, a. a. O. S. 638 も中止未遂と恩赦の規定をパラレルに扱っている。

(3) Paul Bockelmann, Wann ist der Rücktritt vom Ver-

such freiwillig? NJW 1955, S. 1417ff.

(4) Bockelmann, a. a. O. S. 1420.

(5) Jescheck, a. a. O. S. 436.

(6) Jürgen Baumann, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. überarbeitete Aufl., S. 530-531.

(7) Richard Busch, Leipziger Kommentar, 9. völlig neu bearbeitete Aufl., 1. Bd., 1974, S. 27-28.

(8) Harro Otto, Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt, GA 1967, S. 150.

(9) Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, S. 271-272; Schönke-Schröder (Eser), a. a. O. S. 326.

(10) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1982, S. 359.

(11) このような見解の萌芽は、既にツァハリエ・シュワルツェ・コーラーらの所説にあらわれていたと言えよう。第一章第二節注(3)(5)(14)参照。

(12) BGHSt. 9, 48ff. この判決においては、被告人が強姦罪の実行行為を中止した理由が、被害者が被告人の知人であることに途中で気づいたということであったため、その中止の任意性が争点となった。連邦裁判所は、被告人が知人を強姦するということにおいて自らを恥じて止めたのであれば任意であるが、それ以後の行為を行えば告発され処罰されることを恐れて止めたのならば不任意であると判示しLG Verden に差し戻した。なお、本判決の紹介として清水一成「中止未遂における任意性、

- 中止未遂の法的性格」警察研究五四巻五号（昭和五八年）七三頁以下。
- (13) BGHSt. 9, 52.
- (14) Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, S. 270.
- (15) Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, S. 269.
- (16) Rudolphi, Systematischer Kommentar, S. 199.
- (17) Schönke-Schröder (Eser), a. a. O. S. 326.
- (18) Vgl. Ulsenheimer, a. a. O. S. 78ff.
- (19) Heinlich Treplin, Der Versuch. Grundzüge des Wesens und Handlung, ZStW 76 (1964), S. 446.
- (20) Dietrich Lang-Hinrichsen, Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht (Normativer Tatbegriff), S. 369, in: Festschrift für Karl Engisch, 1969, S. 353ff.（本論文の紹介として、中山「ラヘクニヒンリクセン『刑法における所為概念についての覚書』（規範的所為概念）」法学論叢八九巻三号（昭和四六年）五八頁以下がある。）
- (21) Lang-Hinrichsen, a. a. O. S. 369.
- (22) Guntram von Scheurl, Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, 1972, S. 24.
- (23) Ulsenheimer, a. a. O. S. 81.
- (24) Francisco Muñoz-Conde, Theoretische Begründung und der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 84,

1972, S. 760; Schmidhäuser, a. a. O. S. 359.

- (25) Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 1971, S. 200, Rdnr. 755.
- (26) Ulsenheimer, a. a. O. S. 79.

2 「根拠」学説の社会学的分析

ハッセマーは、従来から刑法解釈学をこれに隣接する社会科学の視座において捉えていくという構想の下に多くの研究を行って⁽¹⁾いる。我が国においても既にその一部が紹介されているが、ここでは、彼が二つの論稿において試みている刑事政策説・褒賞説・刑罰目的説についての社会学的分析⁽²⁾を見ることによって、中止未遂の「根拠」を検討する際の参考とすることにした。

一 まず刑事政策説は、ハッセマーによれば動機心理学的(motivationspsychologisch)に論証を行っている。この説は逸脱者(Abweichen)から出発して暗に二つの必要な経験的実現条件(empirische Verwirklichungsbedingung)を設定しており、それは次のような内容をもつ。すなわち、第一に、未遂の段階における行編者は何らかの方法で中止未遂規定の存在に関して知識を有しており、第二に、その行為者はかような規定によって、規範適合的な行為（或いは不作為）へと

動機づけられ得るというものである。ここでは、フオイエルバッハ的な一般予防の構想との親近性が明らかである。⁽³⁾

このように、社会科学にとって刑事政策説は、犯罪者に対する刑法規範の効果を考慮するという経験的な構想を基礎にしているという点で意義を有するとされる。同時にこの説には、規範的事実的效果を問題とする正当化基準 (Legitimationskriterium) も含まれていることになる。すなわち、右に述べた二つの経験的実現条件の一方が非現実的だということが判明したならば、中止未遂規定はその説明からは無意味なものとなり、不処罰も正当ではなくなるから、刑事政策説は「降伏」し (die Flagge streichen) なければならなくなる。⁽⁴⁾

二 褒賞説は、中止未遂の不処罰について中止行為者が彼の行為の「法を動揺させるような印象」を再び取り除いたということによる根拠づけを行っているが、これを社会科学学的に見れば、逸脱行為 (abweichendes Verhalten) の定義の側面との関連が表わされていることになる。逸脱行為と犯罪化 (Kriminalisierung) の定義が絶対的なものでなく、それ自体社会的に条件づけられていると解するならば——ハッセマーは、どのような行為が社会において犯罪化されるのかという点に関するメルクマールとして、社会学的観点からは、行為

の出現する頻度 (Häufigkeit)・侵害される財の必要度 (Bedarfsintensität) 及び行為の社会に対する脅威 (Bedrohung) を挙げている⁽⁶⁾——、褒賞説は、犯罪化からの後退を条件づける要因を、未遂行為者が行う「後戻り」の中に現実化している。すなわち、未遂行為によって根拠づけられたところの社会的葛藤 (Sozialkonflikt) (「法の動揺」) は、規範的に對抗する中止行為により、定型化された刑法のコントロールという介入が必要でない程度にまで解消されるのである。⁽⁷⁾

三 刑罰目的説は、任意の中止行為に対して逸脱葛藤を否定するのではなくて、紛争処理 (Konfliktverarbeitung) としての刑法⁽⁸⁾という手段の有用性に疑問を持ち、これを否定している。従ってこの説は、逸脱行為とその社会的定義に対する刑事政策的な戦略 (Kriminalpolitische Strategie) の側面を示している。その限りで、この説は予防刑論の経験的に構想された処理戦略と(他方、応報理論の規範的な基礎づけとも) 関係をもつ、とされるのである。⁽⁹⁾

(1) 刑法全般に関わるものとして、例えば Winfried Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechen, Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtslehre, 1973 (紹介として、山中敬一「元家範文」立石雅彦「ヴィンフリート・ハッセマー」犯罪

- の理論と社会学』(山内)関西大学法学論集二六卷二号(昭和五一年)二二三頁以下、二六卷三号(昭和五一年)一七三頁以下。); ders., Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974; ders., Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981. (紹介として、井田良「サイエンフリート・ハッセマー著『刑法入門』法学研究五六巻一号(昭和五七年)一四頁以下。)
- (2) Hassemer, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch. Zu Alltagstheorien und Dispositionsbegriffen in der Strafrechtsdogmatik, in: Klaus Lüderssen und Fritz Sack (hrsg.), Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwissenschaften für das Strafrecht, 1. Teilband, 1980, S. 229ff. (本論文については、山中・前掲論文二六三頁注(1)においても紹介されている。); ders., Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, S. 161ff.
- (3) Hassemer, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, S. 234; ders., Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, S. 162.
- (4) Hassemer, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, S. 234-235. なお、本章第三節一の「参照」。
- (5) Jescheck, a. a. O. S. 436.
- (6) Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 130ff.
- (7) Hassemer, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, S. 235; ders., Strafrechtsdogmatik und Kriminal-

politik, S. 162.

- (8) 刑法による紛争処理について、Hassemer, Theorie und Soziologie des Verbrechens, S. 194ff. 彼は、刑法による紛争処理は高度に定型化(formalisieren)されている点において、逸脱行為に対する他の形態の社会的反動と異なるとする。
- (9) Hassemer, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, S. 235-236; ders., Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, S. 162.

第五節 刑事政策説の再構成

以上の検討を踏まえて、本節においては、我が国の中止未遂における必要的減免の「根拠」を考察していくことにする。

これまでの検討で明らかになったように、本稿は、従来の「刑事政策説」を基本的には維持していくべきものと考えている。従って、「根拠」としてこの説で十分か、また、補充していく必要があるのならばどのようにすべきか、が以下の検討の中心となる。西ドイツの「根拠」学説の検討と合せてそれを行うことにする。

一 褒賞説は、H・マイヤーも指摘する如く⁽¹⁾、フオイエルバッハの見解に由来するとされている。すなわち、褒賞説は、刑事政策説と同一の基礎に立つのである。刑事政策説の主張

の中心は、犯罪の害害防止という一般予防のための「黄金の橋」を説くところにあつた。それでは、褒賞説が、この「黄金の橋」を「褒賞」と捉え直したことの意味は何だったのであろうか。

H・マイヤーは「すでにフォイエルバッハによつて代表される褒賞説は、正当性の観点からすれば、ただ褒賞的応報の思想によつてのみ正当化され得る。確かに、行為者に後戻りのための黄金の橋を架することは合目的である。しかしそれは、刑事政策的な観点からの適用を説明するためにさえ十分なものではない。褒賞的応報は、行為者自身が何か功労的な行いをした場合にのみ生ずるのである」と主張した。すなわち、刑事政策説のみに依拠するのならば、行為者が——動機はどうであれ——ともかく「止めた」ことによつて中止未遂を認めることに——実害は防止されたのであるから——なりかねない。しかし褒賞説は、同じく「止めた」場合であっても、それが「褒賞的応報」に値するものでなければ中止未遂は成立しないとするのである。先に見たハッセマーの分析にもあるように、褒賞説は「犯罪化からの後退を条件づける要因」⁽³⁾を行為者に要求するのである。勿論、何が「褒賞的応報」に値する「止め方」であるのかは、個々具体的に検討さ

れなくてはならない。しかし、刑事政策説と同一の基盤に立ちつつ、これに一定の「枠付け」をなした褒賞説の意義は十分に評価できよう。「黄金の橋」を「褒賞」と捉え直したことの意味もここにあつたのである。

二 「褒賞的応報」という言葉にも明らかのように、中止未遂における処罰の寛大化という「褒賞」は、応報思想から導かれる。応報刑論における「応報」を「善行に対しては善の報いを与えるべきであり」「悪行に対しては悪の報いを与えるべきである」という原理⁽⁴⁾と捉えれば、刑法は、法益維持行為をなした者に対しては「褒賞」を与えるものと解されるからである。従つて「刑法は犯罪者に「褒賞」を与えるために存在するのではない」という批判は不適切であるし、かような「褒賞」は行為者が自発的に法益維持行為をなしたとき——イエシュックの言葉で言えば「法に動揺を与えるような印象」を除去するという功労的行為をなしたとき——に与えられるのであるから、「何故褒賞が与えられるのかを説明していない」という批判もあたらないであらう。

三 刑罰目的説は(1)未遂を根拠づけた犯罪者意思(ないし犯罪者の危険性)が中止行為によつて微弱化したことが示されるという点(本来の「微表説」)及び(2)一般予防・特別予防

の観点から処罰が不要となるという点によって理論構成されている。

第一の点から検討しよう。未遂犯の処罰根拠については、それを行爲者の犯罪的意思に求める主観的未遂論と、法益侵害の危険性に求める客観的未遂論とが対立しているが、主観的未遂論が優位を占める西ドイツにおいて、犯罪者の意思に着目して中止未遂の不処罰を根拠づける「刑罰目的説」が主張されたのは象徴的なことであつたと言えよう。

しかし、既に述べた批判(i)~(vi)⁽⁸⁾——これらは主として刑罰目的説の第一の点に向けてなされたものである——に対して、本説は的確に答えていくことが可能であろうか。すなわち本説からは、未遂において示された行爲者の犯罪意思(ないし危険性)が、どのような論理構造によつて、事後的に微弱化したことが判明すると言えるのが、必ずしも明らかでないのである。確かに行爲者は、中止行爲によつて「合法性に立ち帰った」⁽⁹⁾と言えよう。しかし、かつて未遂において示された犯罪意思(ないし危険性)は既存の事実として不変のほうではないだろうか。何故、中止行爲の介在によつてこれらの事実に変化が生ずるのか、本説は解答を与えていない。

本説が、中止未遂の不処罰「根拠」と未遂犯の処罰根拠の

問題を関連づけた点は確かに評価し得る。しかし、右の点を論証しない限り、本説第一点を「根拠」として採用することには疑問があると言わねばならない。

四 これに対して、第二の点、すなわち一般予防・特別予防の観点から処罰が必要とされないとした点は、ハッセマーも指摘するように予防刑論を基礎とすることにより、従来の刑事政策説・褒賞説に対して重要な示唆を与えるものと解される。

勿論、既に見たように、一般予防的な観点は刑事政策説・褒賞説にも内在していた。しかし、そこで展開された一般予防主義は、フォイエルバッハに由来する、威嚇を内容とする一般予防、すなわち「刑罰を予告することにより一般人に対し威嚇を加え犯罪を未然に阻止しようとする立場」⁽¹¹⁾であつた。ここから、実行に着手した者に対しては逆に、処罰の寛大化という「褒賞」を予告することによつて犯罪を中止させ、実害発生を阻止しようとする刑事政策説・褒賞説の主張内容が導き出されたのである。

しかし、一般予防の内容を「威嚇」と捉えることに對しては、西ドイツにおいても疑問が提示されている。⁽¹²⁾威嚇を内容とする一般予防は、犯罪者を国民に対する威嚇のための手段

とすることによって、科刑を制約する原理を内在させず、行刑をも不毛なものにする。従つて、一般予防の内容は、社会統制の一部として社会の存続に必要な規範を国民に主張し (beheaupten) 保障する (sichern) ことに求めるべきだといふのである。⁽¹³⁾ 我が国においても「現在では、刑罰の一般予防効果は、刑罰による威嚇よりは、むしろ、刑罰による一般人の規範意識 (規範をまもらなければならないという意識) の確認・強化を通じてあらわれると考えられている」と指摘されている。このように解するならば、一般人に対して、どのような行為に出ることが法規範に反するのか、という点を知らせることが一般予防の内容だということになる。

そして、中止未遂に関する刑罰目的説が主張する一般予防的観点も、このような意識に基づいていると解される。ロクシンが述べているように、行為者が自己の意思で中止行為を行った場合には「結果が発生しておらず、行為者は決定的な時点で、自らが法に忠実であることを示すことによって悪例を与えなかった⁽¹⁵⁾」のであるから、「法規範に反する場合」として一般人に確証する必要があるのである。

確かに、右のような一般予防の観点は、従来の刑事政策説や褒賞説に内在していた一般予防の観点には欠如していたと

言えよう。このことは、従来の刑事政策説・褒賞説が「一般予防」を主張しながらも、その予防の対象者を実質的には「一般人」ではなく「犯罪の実行に着手した者」とした点に帰因するものと考えられる。もっとも、通常の刑法規範における「一般予防」の対象者は (犯罪の実行に着手する前の) 一般人であるのに対し、中止未遂規定においては——まさに犯罪の発生を防止できるのは行為に出た本人しかいないのであるから——「一般予防」の対象者が「未遂犯罪者」となったのは当然である。しかしだからといって、中止未遂の場合に限って「一般予防」本来の対象者たる「一般人」に対する考慮を払わなくてよいという理由はない。

そして一方で、刑罰目的説が主張するような「未遂犯罪者」に対する考慮たるべき特別予防的考慮を、従来の刑事政策説・褒賞説が殆んど払ってこなかったのも事実であると言える。⁽¹⁶⁾ 一般予防から威嚇的要素を排除すべきだとする立場からは、特別予防においても、犯罪者に対する規範意識の確認・強化をその中心的内容として構成されるべきであろう。「自らが法に忠実であることを示し」「合法性に立ち帰った⁽¹⁷⁾」中止行為者には、かような規範意識の確認・強化は不必要となる。中止未遂においては、一般予防的考慮と同時にこうした特別予

防的考慮にも注意を払わねばならない。「一般予防主義も特別予防主義も、それぞれを一面的に強調調するだけでは、刑罰の意味を正当には把握しえない⁽¹⁸⁾」のならば、かような一面的な強調は、中止未遂における処罰の寛大化の根拠をも正当に把握できないことになるう。

かくて、刑罰目的説が、一般予防・特別予防の観点から中止未遂を「根拠」づけていった点は、従来の刑事政策説・褒賞説に対する「修正原理」として採用できると考えられるのである。それが中止未遂の「結果」に過ぎないという批判⁽¹⁹⁾は、右のような刑罰目的説の意義を無視したものと見えよう。

五 以上の検討から、本稿は、中止未遂が障礙未遂に比して必要的減免という寛大な取扱いを受ける「根拠」につき、次のような考慮に基づくものと解する。

(1) 未遂犯罪者に対する一般予防的考慮 この考慮からは、一旦犯罪の実行に着手した者に対して、自発的に犯罪の実害発生を阻止させるための「褒賞」として処罰の寛大化が要求される。寛大化は刑法規範からの「褒賞」であるため、中止行為もそれに値するものでなければならぬ。

(2) 未遂犯罪者に対する特別予防的考慮 この考慮からは、犯罪の実行に着手したが自発的に犯罪の実害発生を阻止した

者に対し、不必要な規範意識の確認・強化を行わないようにするために処罰の寛大化が要求される。

(3) 未遂犯罪者以外の一般人に対する一般予防的考慮 この考慮からは、犯罪の実行に着手しても自発的に実害発生に阻止した場合を悪例として示すという不必要な規範意識の確認・強化を行わないためと同時に、法規範の内容を一般人に知らせるために、処罰の寛大化が要求される。

(1) Hellmuth Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 294.

(2) H. Mayer, a. a. O. S. 294.

(3) Hassemer, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, S. 235.

(4) 莊子・前掲書五五頁。

(5) 本章第四節1注(10)参照。Vgl. Ulsenheimer, a. a. O. S. 78.

(6) 本章第四節1注(9)参照。

(7) 大沼邦弘「未遂犯の実質的処罰根拠」上智法学論集一八巻一号(昭和四九年)六三頁以下参照。なお、内田・前掲書二五四頁注(2)参照。

(8) 本章四節1の二参照。但し、⁽¹⁸⁾に関しては、次に述べる刑罰目的説の第二点を考慮することによって——一般予防的考慮からは結果が防止されたときにのみ不処罰とするのが望ましい

と解されるから——その指摘する難点が緩和されるよう。Vgl. Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, S. 272. 批判的については次の四において述べる。

(5) Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, S. 270.

(9) Hassemer, Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch, S. 236.

(11) 荏子・前掲書六五頁。

(12) Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 285ff.

(13) Hassemer, Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, S. 285-297. Vgl. Peter Noll, Strafrecht im Übergang (Bemerkungen zu dem Lehrbuch des Strafrechts, A. T. von Prof. Dr. H. H. Jeschek), GA 1970, S. 178; Günther Jakobs, Schuld und Prävention, Recht und Staat, Heft 452/453, 1976, S. 10ff.

(14) 内藤謙・刑法講義総論(上) (昭和五八年) 一一三頁。

(15) Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, S. 270.

(16) もっとも、かつての我が国における刑事政策説の中に、特別予防的考慮に重点を置く見解が存在した(第一章第一節2の一注(2)(参照)が、それが「行為者の危険性」の軽微化・消滅という理由づけを行っていた限りにおいて、既述の刑罰目的説の第一点に対するのと同様の批判が妥当しよう。

(17) Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, S. 270.

(18) 内田・前掲書四一頁。

(19) 本章第四節注(26)参照。

第三章 必要的減免の体系的位置づけ

前章で中止未遂における必要的減免の「根拠」について考察したのに引き続いて、本章では、その必要的減免を、犯罪論体系上どのように位置づけたらよいかという点について考える。そのために、まず従来我が国において主張されてきた違法減少説・責任減少説について検討することにしよう。

第一節 違法減少説・責任減少説の検討

1 「減少」説への疑問

一 これまで見てきたように、我が国における法律説、及び併合説は、犯罪の実行に着手した者が、「自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタ」場合には、事後的に、違法性或いは責任(場合によってはその両者)が「減少」するとし、そこに障礙未遂の違法性・有責任との差異を求めたのであった。そしてその

論理構造については——論者によって異なる点はあるものの——、およそ「自己ノ意思ニ因」⁽¹⁾ するという主観的要素が違法性の評価に影響を及ぼすとされたり、反規範的意識の事後的な変化が行為者に対する非難可能性を減少させ、責任が減少するとされることによる説明が行われている。それらの見解の間に生ずる対立・批判は、結局は各々の論者がどのような違法論・責任論をとるか——主観的違法要素を認めるか否か、規範的責任論を重視するかどうかなど——に帰着するものと言えよう。

本稿の立場からすれば、これらの違法減少或いは責任減少説（若しくは違法・責任の両者が減少すると解する説）が中止未遂規定における必要的減免の「体系的位置づけ」を表していることになる。しかし、これらの見解には次のような共通の疑問がある。すなわち、そもそも違法性や責任の「減少」という考え方が適切なのかどうかという疑問である。既述の如く、初期の法律説は過去の事実の事後的な「消滅」を主張して失敗した。その後ヘーグラやケムジースが、事実は不変であるがそれに対する評価（価値判断）は可変的であるとし、違法性や有責性の事後的な「消滅」を説いたのは、初期の法律説の誤りを修正したという意味において正鵠を得

たものであったと言えよう。このことは、我が国の違法・責任「減少」説にも当て嵌まるのである。

しかし、違法論・責任論について如何なる立場をとるにせよ、一旦実行に着手した行為者に対する違法・有責という評価が事後的に「減少」と言えるであろうか。犯罪の時間的な発展段階において、実行の着手→実行行為（「実行未遂」の場合にはこれが「終了」する）→中止行為（「着手未遂」の場合には不作為、「実行未遂」の場合は作為によることになる→結果の不発生、という図式を考えてみると、「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っても不変なのではないか。「違法・責任は実行行為又はそれをしたことに対する評価であるから、すでになされた行為の違法性又は責任そのものが事後に減少すると考えることは困難で」⁽²⁾ であるとする批判がなされるのも当然のことと言えよう。

二 こうした批判は、特に違法減少説の論理構造に対して主張されていた。既に述べたように、違法減少説は、主として、未遂犯の故意を主観的違法要素とし、中止未遂において

は一旦生じた違法性が「自己ノ意思ニ因」る中止という主観的要素によって減少するという説明を行っている。このような考え方に對しては、既に存在する主観的違法要素は後に生じた主観的な違法消滅事由によって否定されるものではなく、また、中止の意思という主観的要素によってこれまでの行為の違法評価が影響を受けると考えることも正しくない⁽⁴⁾、という批判がなされている。この批判によれば、中止以前に行われた行為は既に違法行為であり、法益侵害の危険性は既に行為の着手とともに存するとされる。そして、違法も一つの評価であり、評価はその対象の変化によって変動しようとしても、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先のものと別個で、先の事実に対する違法評価に影響を及ぼさない⁽⁵⁾、というのである。

主観的違法要素を認めるか否か、特に未遂犯の故意を主観的違法要素として認めるか否かについては、未だに学説の中で対立が続いている⁽⁶⁾。少くとも未遂犯の故意を主観的違法要素と認めない立場は、違法減少説に對して批判的なことは言うまでもない⁽⁷⁾。しかし、これを認めるとしても、右の批判的見解が述べるように、一つの事実に対する違法評価は固定的なものであつて、実行の着手とともに存在する主観的違

法要素は後に生じた「自己ノ意思ニ因」る中止という主観的要素によって左右されるものではないことを認めざるを得ないのではないか。もつとも、かような「歴史的・一回起性の事実に対する静止的な評価である違法性の判断が事後の中止の事実によって変更されるところ」⁽⁸⁾への批判に對しては、「違法性の実質を結果無価値のみに求めるのであれば、そもいいうるのかもしれない」が「行為無価値もまた考慮の対象におかれなければならないとするなら、実行行為後の中止行為もまた、違法性の有無に影響する事実は否定しえない⁽⁹⁾」とする見解も主張されている。しかし、違法性の実質について結果無価値と行為無価値とをどのように考慮していくかの問題は、違法性が事後的に変化するかどうかの問題とは別である。おそらくこの批判は、(実質的違法性としての)法益侵害＝結果無価値という図式を前提にしているものと思われるが、そもそも法益侵害とは、結果無価値と行為無価値の総合と考えられるべきなのである⁽¹⁰⁾。そして、先に見た違法評価が固定的であるとの批判的見解も、このような違法性の理解を前提としても当然成り立つのである。

かようにして、右の「違法減少」に對する批判的見解には正しい核心があると言えるのである。

三 ところが、右の批判的見解は、責任減少説については同様に考えない。

すなわち違法評価に対して「責任評価は固定的ではない」のであり、「責任は単に犯罪を行なう際の心理状態に対する判断のみではなく、犯罪実行の途中に見られる完成への欲望と阻止への義務意識（いかなる動機からであれ）との闘争という内心の変化の過程をも判断の対象としなければならぬ⁽¹¹⁾」という。従って「責任評価は流動的であり、実行行為の終了によって⁽¹²⁾はじめて確定するといつてよい」とされるのである。

しかし、責任評価が流動的で、実行行為の終了によつてはじめて確定するのだとすれば、実行行為終了後の結果発生防止行為は、責任を減少させないことになるであらう。従つて、実行未遂においては（責任減少が生じなくなるのであるから）中止未遂は認められなくなる。それにもかかわらず、右の見解の論者は実行未遂にも明らかに責任減少による中止未遂の成立を認めており、疑問があると言わなくてはならない。

責任とは「意思形成に対する非難可能性⁽¹⁴⁾」であるとするならば、可罰的未遂としての責任評価は、実行行為に着手した「意思」に対する「非難」であり、それは実行の着手とともに確定する。この評価は、中止行為がなされても依然として

存在している。かように解するならば、右の見解がさきに違法減少説に対して行つたのと同様の批判が、責任減少説に対しても成り立つのではないだろうか。

四 しかし、このように違法・責任の「減少」を疑問視する考え方に対しては、次のような批判がなお存在する。すなわち、実行行為と中止行為とを完全に独立した別個の行為と解した場合には「減少」は生じないとしても理解できるが、中止行為は実行行為の実効性を失わせようとする否定的行為であるから両者は内容的に無関係ではありえず、事後的な中止行為による「減少」を認めても評価の性質に背反しないとする見解である⁽¹⁵⁾。この見解の論者はさらに、ロクシンの「我々は未遂行為と後続する中止行為とを孤立した現象ではなくて統一的な評価対象とみなすべきである⁽¹⁶⁾」という言葉を用いている。

確かに、実行行為と中止行為は継続的に見れば一つの行為であり、内容的に無関係でもない。しかし、ここで論者が引用しているような、未遂行為と実行行為とを統一的な評価対象とみなすべきものとするいわゆる「全体的考察(Ganzheitsbeurteilung)方法⁽¹⁷⁾」によつて、違法性や責任の「減少」が基礎づけられ得るかどうかは疑問である。このことを検討するた

めに、最近の西ドイツにおける「全体的考察方法」に関する見解を見てみよう。

- (1) 第一章第二節1参照。
- (2) 中野・前掲書二二〇—二二二頁。
- (3) 第一章第二節2参照。
- (4) 木村(静)・前掲論文(刑法講座) 二五頁。
- (5) 木村(静)・前掲論文二五頁。
- (6) 中山・前掲書二三九頁以下。
- (7) 莊子・前掲書四〇〇頁、内田・前掲書二五七頁。
- (8) 中谷・前掲論文二九六頁。
- (9) 香川・前掲注釈刑法(2)のII四七二頁。
- (10) 内田・前掲書二二頁。
- (11) 木村(静)・前掲論文二五頁。
- (12) 木村(静)・前掲論文二五頁。
- (13) 木村(静)・前掲論文二七頁以下。
- (14) Jescheck, a. a. O. S. 326.
- (15) 川端・前掲論文二九七頁。
- (16) Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, S. 273.
- (17) Lang-Hinrichsen, a. a. O. S. 370.

2 「全体的考察方法」について

中止未遂に関する「全体的考察方法」は、近年、西ドイツにおいてラング・ヒンリクセン⁽¹⁾をはじめ、シュミットホイザー⁽²⁾、ロクシン⁽³⁾、ルドルフイーラ⁽⁴⁾によって主張されている。ただし、ウルゼンハイマー⁽⁵⁾も指摘しているように、この考え方自体は中止未遂の不処罰についての説明を行うものではなく、他の「根拠」学説の特別な方法論としての意味をもつものであることに注意しなくてはならない。

まず、この考え方の主唱者であるラング・ヒンリクセンは、中止未遂の不処罰に関する従来の見解に共通する誤りは、未遂行為と事後的な中止行為とを分離して考察し、いったん未遂によって刑罰請求権が生じたが、中止行為によって再びこれが廃棄されるとした点にあるとし、ここで我々は「全体的考察方法」に移行しなくてはならないと主張する⁽⁶⁾。最初の未遂行為は、全体的価値にとって一つの断片(Fragment)に過ぎず、中止未遂においては、初めは法益の侵害に向けられたが事後的にその防止へと向かった自由意思による変換という動的な過程全体が評価の対象となるのである⁽⁷⁾。かくてラング・ヒンリクセンは、未遂行為と事後的な中止行為とを含む、拡大されたいわゆる「所為(Tat)」概念を構築し、これ

により自然主義的・心理的考察方法ではなく規範的観点から中止未遂を理解すべきことを提唱する。このように、全体行為たる「所為」として中止未遂を評価するときには、そもそも刑罰権が生じないと言うことができる。すなわち、中止未遂に関する問題の解決は、「所為」の当罰性 (Strafwürdigkeit) の平面において求められなくてはならないのであって、構成要件・違法性・責任或いは (一旦は発生し、再び消滅するという) 刑罰請求権の平面において求められるのではない、とするのである⁽⁸⁾。

ラング・ヒンリクセンの言う「所為」概念自体の当否は別にしても、彼の主張する「全体的考察方法」が、違法性や責任の「減少」を基礎づけるものではないことは明らかであろう。未遂行為の違法性・責任が中止行為によって事後的に「減少」として解することは、むしろ、未遂行為と中止行為とを統一的に評価して、そもそも刑罰請求権が中止未遂においては生じていなかった⁽⁹⁾、とする彼の主張と相反するものである。それでは、先に見た我が国の論者が引用しているロクシンの見解についてはどうか。

既に述べたように、ロクシンは「全体的考察方法」の必要性を説いた上で、中止未遂を「答責性阻却事由」として体系

的に位置づけようとした。しかし、ここでも注意すべきなのは——ラング・ヒンリクセンの場合と同様に——「全体的考察方法」の扱われ方である。すなわち、ロクシンの見解に従えば、中止未遂においては、未遂行為と中止行為とを統一的に評価して刑事制裁の必要性が欠ける場合には (当該行為者には他行為可能性があるにも拘らず) 「答責性」が阻却されることになる。ロクシンの見解の主眼は、従来の意味での「責任」の存在を前提としつつ、それでもなお刑事制裁の必要性が欠ける場合を「答責性阻却」として理解しようとした点にあるのであって、決して「全体的観察」によって責任の「減少」を根拠づけようとした点にあるのではないことに注意しなければならない。

三 以上の論者の見解からも明らかのように、「全体的考察方法」が西ドイツにおいて主張されるのは、先行する未遂行為の違法性や責任が中止行為によって事後的に「減少」とするという論理構造を根拠づけるためではない。それはむしろ、未遂行為と中止行為を統一的な評価の対象たる行為と把握することによって、かような全体的な行為自体がそもそも不処罰に値することを論証するためなのである。

従って、先に引用したような我が国の論者が「全体的考察

方法」によって違法性や責任の「減少」を説明しようとしたのは、適切ではなかったと言わなくてはならない。

- (1) Lang-Hinrichsen, a. a. O. S. 353ff.
- (2) Schmidhäuser, a. a. O. S. 359.
- (3) Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, S. 273.
- (4) Rudolphi, Systematischer Kommentar, S. 200.
- (5) Ulsenheimer, a. a. O. S. 37.
- (6) Lang-Hinrichsen, a. a. O. S. 366-370.
- (7) Lang-Hinrichsen, a. a. O. S. 371.
- (8) Lang-Hinrichsen, a. a. O. S. 371-374.
- (9) Lang-Hinrichsen, a. a. O. S. 374.
- (10) 第一章第二節3注(17)参照。

3 小括

以上のように考えてくると、従来の違法減少説・責任減少説における「減少」という論理構造は適切なものではなかったことになる。すなわち、このことは、中止未遂における必要的減免を体系的に位置づけるにあたつては障礙未遂と中止未遂の違法性・有責性の差異という観点から捉えるべきではない、ということを示す。

ただ最近我が国において、本稿と同じく「減少」を批判し

つつも、なお障礙未遂と中止未遂の違法性の「構造」に着目してその相違を明らかにしようとする見解が主張されているので、次節で検討することにした。

第二節 違法性の「構造」に着目する見解

一 最近我が国において、中止未遂の本質を違法性の次元で把握するにしても、従来のような違法「減少」という観点からではなく、障礙未遂に比して違法性の「構造」に差異が生ずるとする観点から理解しようとする見解¹⁾が主張されている。

この見解は、従来の我が国における諸説を検討したうえで、中止未遂の法的性格を適切に説明するためには、それが以下のような点を考慮するものでなければならぬとする。すなわち、①中止未遂の刑の必要的減免という法効果の背後には、終局的な法益の侵害という事態を回避させようとする刑法の政策的配慮を否定することはできないにしても、やはりこれを法律的に、しかも違法性の次元で説明すべきこと、②違法性は評価と解するにしても、それは一定の事実について行うのであるからその既になされた事実に変化がない以上違法評価も変わらないものであること、③従来の違法減少説のよう

に違法減少の論理構造が不明確でないこと、④中止未遂の法的効果の一身専属性を説明できるものであること、⑤悔悟などの制約を設けていない現行法の規定と調和すると同時に、中止未遂の成立を適切な範囲で認めるための解釈論的基礎を提供しうるものであること、などである。⁽²⁾

本稿の立場からすれば、右の①に関しては「根拠」と「体系的位置づけ」の区別を行っていない点において疑問がある。しかし、その他の諸点、特に②の点は本稿の「体系的位置づけ」に対する考え方と軌を一にするものであると言える。そこで、以下においては、論者の見解をさらに詳細に見てみよう。⁽³⁾

二 この見解は、「動的に考察した刑法規範の法益保護機能」という観点から中止未遂の違法性の「構造」を把握しようとする。すなわち、法益保護の最善の策として第一に、刑法規範は行為規範として、その評価機能の面より一般人をして法益侵害の危険を感じしめる行為を違法と評価し、「犯罪防止義務」を課すことによってこのような行為に出ないことを決定機能の面より行為者に命じ、これを期待する。それが裏切られ、犯罪の実行に着手した場合は、第二に、次善の策として、いまだ実行行為の途中にある場合には、その状態を違法と評

価し、「犯罪中止義務」を課すことによってさらに実行行為を継続しないよう命じ、これを期待する。またそのまま放置すれば結果が発生してしまうという場合には、第三に、三善の策として、そして最後の手段として、そのような状態を違法と評価し、「結果防止義務」を課すことによって結果の発生を防止するよう命じ、それを期待するのである。⁽⁴⁾

このように、論者によれば、刑法規範は法益侵害、即ち結果発生に至る状況・段階に応じてそれを違法と評価すると同時に結果回避のための措置をとることを行為者に命じ、これを期待するものであるとされる。そして中止未遂は犯罪中止義務、結果発生防止義務を尽し、それぞれの義務違反性が欠けるところに、障礙未遂と比べて違法性の構造に違いがあるということになる。かくて、中止未遂の処罰が障礙未遂の場合よりも軽いこと、及び中止未遂の必要的減免の法効果の一身専属性も説明できる（義務違反性はその義務を履行した者のみに欠けるため）とされるのである。⁽⁵⁾

三 右の見解は、中止未遂規定をこれまで体系上、違法・責任「減少」事由として位置づけてきた我が国の学説に対して、新たな視点からの考察の必要性を示したという点において重要な意義をもつものと言えよう。しかし本説に対して、

次のような疑問がある。

第一に、「犯罪防止」「義務」などの「義務」概念を採用することの根拠である。論者自身、「犯罪意思あるものに、犯罪中止義務、結果発生防止義務を認め、その違反について刑事責任を問うのは必ずしも妥当でないと考えられるけれども、中止未遂の必要的減免の法的効果を説明する根拠としてはこれを援用できると考えられる」と⁽⁵⁾としているが、従来の違法「減少」説に依拠しない代わりに、このような部分的機能概念を採用することの必然性が、論者の説明からは明らかでないのである。

第二に、例えば(a)犯罪防止義務・中止義務及び結果防止義務のすべてに違反して障礙未遂になった場合と(b)犯罪防止義務・中止義務には違反したが結果防止義務を尽くしたために中止未遂が成立した場合とを比較してみると、(a)と(b)の違法性「構造」の差異は、結果防止義務を尽くしたか否かに由来することになる。だとすれば、犯罪防止義務・中止義務に違反した点では同等である(a)と(b)の違法性が、(b)の場合には結果防止行為を行ったことによって変化したことになる。このことは、可罰的未遂における違法性が、結果防止行為によって影響を受けることを示すことになり、論者が否定するにも

かわらず、違法「減少」説の論理構造に近づくざるを得ないのではないか。論者が、障礙未遂と中止未遂の違法性の構造の差異を、保護責任者遺棄罪(刑法二一八条)と単純遺棄罪(刑法二一七条)のそれと対応するものとされている点から推測すれば、全体的な構造に差異が生ずるだけで、結果防止行為によって可罰的未遂の違法性が影響を受けるわけではないと主張されるものと思われる。しかし、それは却って論者の「動的考察」に反するのではなからうか。

四 この見解は、違法「減少」を否定しつつ、それでもなお障礙未遂と中止未遂との間に違法「構造」の差異があるという理論構成を試みた点に無理があつたと言えよう。

かようにして本稿は、違法・責任「減少」を批判し、その帰結として、障礙未遂と中止未遂との間には、犯罪成立要件上の差異は存在しない、と考えるのである。⁽⁸⁾

- (1) 野村・前掲書四三四頁以下。
- (2) 野村・前掲書四五二頁。
- (3) なお、野村「未遂犯の違法性」刑法雑誌二四卷三〇四号(昭和五七年)四六九頁以下参照。
- (4) 野村・前掲書四五二―四五三頁。
- (5) 野村・前掲書四五三頁。

(6) 野村・前掲書四五三頁。

(7) 野村・前掲書四五三頁。

(8) ヒッペルは、中止を消極的構成要件要素とし、中止未遂を構成要件該当性阻却事由とする。しかし、犯罪成立を前提とする我が刑法の下でかように解するのは無理があるだけでなく、共犯者をも不処罰としなくてはならなくなるであろう。Reinhard von Hippel, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchstheorie, 1966, S. 58 ff. Vgl. Scheurl, a. a. O. S. 35ff.

第三節 人的刑罰消滅(減輕)事由としての位置づけ

一 これまでの検討から、中止未遂規定における必要的減免を体系的に位置づけるにあたっては、それが——違法減少事由・責任減少事由といった——犯罪成立要件のいずれかに変化を及ぼすものとして捉えられるべきではない、という結論が得られた。

かくて本稿は、中止未遂における必要的減免の体系的な位置づけとして、これを「人的刑罰消滅(減輕)事由」と解すべきものとする。以下、この点について説明する。

二 まず、刑罰消滅事由という概念について考察しなくてはならない。

(1) 広義における刑罰消滅事由は、一旦発生した刑罰権を消滅させる事由の全てを含むことになるから、観念的刑罰権を消滅させる事由と、現実的刑罰権を消滅させる事由からなる。⁽¹⁾しかしここで問題とすべきなのは狭義の刑罰消滅事由であつて、これは観念的刑罰権を消滅させる事由の中で、消極的な訴訟条件とされていないものを考えることになる。⁽²⁾

(2) 狭義の刑罰消滅事由は、一旦発生した刑罰権を消滅させる点において、いわゆる「処罰阻却事由」と区別される。既述の如く⁽³⁾処罰阻却事由は、一定の事由の不存在によつて(犯罪は成立していても)刑罰権の発生が妨げられる場合のその事由を指すが(例えば刑法二四四条における親族相盜例の「親族たる身分」、この場合ははじめから(犯罪成立時から)刑罰権は発生していないのである)。

(3) 狭義の刑罰消滅事由においては「刑の免除」が行われることになるが、中止未遂や、身代金誘拐予備罪における自首規定(刑法二二八条ノ三但書)のように、「減輕又ハ免除ス」となっている場合には、「刑罰消滅・減輕事由⁽⁴⁾」ということになる。(以下においては全て狭義の刑罰消滅事由を指す。)

(4) 「人的(一身的)刑罰消滅事由」というときの「人的」とは、「実行行為後の行為者の特殊事情による」という意味で

あり、「人的処罰阻却事由」における「人的」とは、そのような事由が、行為者の特殊な身分的關係（例えば刑法二五七条の親族間の贓物罪における直系血族たる身分）に由来することを意味する。⁽⁵⁾ いずれの場合も、不処罰という効果は行為者のみに一身的に帰属する。⁽⁶⁾

(5) 原由がはじめから存在する場合でも、刑の免除が任意的な場合には（刑法三六条二項の過剰防衛、三七条一項但書の過剰避難、四三条但書の中止未遂など）処罰の可能性はあるわけだから、刑罰消滅事由とすべきであるという指摘がある。⁽⁷⁾ しかし、刑の免除が任意的でも、原由がはじめから存在するならば「刑罰権を発生させない」のであるから、処罰阻却事由に含ませるべきである。この指摘に従えば、親族相盗例（必要的免除——二四四条一項）を処罰阻却事由とする一方で、親族間の犯人蔵匿・証憑湮滅（任意的免除——一〇五条）を刑罰消滅事由とすることになる。

(6) 以上のことから、我が刑法上の人的刑罰消滅事由としては、内乱予備・陰謀罪及びその幫助における自首（八〇条）、私戦予備・陰謀罪における自首（九三条）があり、人的刑罰消滅・減輕事由としては、中止未遂（四三条但書）、偽証罪・虚偽鑑定及び通訳罪・誣告罪における自首（一七〇・一七一・

一七三条）及び身代金誘拐予備罪における自首（二二八条ノ三）が挙げられる。⁽⁸⁾ これらは全て構成要件に該当し違法で有責な行為が存在することによって犯罪が成立し、刑罰権も一旦は発生したが、犯罪成立後の事情によって刑を減輕又は免除するものである。

三 我が国においては、中止未遂を違法・責任減少説から理解しつつ、同時に一方ではこれを刑罰消滅事由とする論者も存在する。⁽⁹⁾ この論者の見解によるならば、「違法性・有責性の減少に基づく刑罰消滅事由」という類型を認めることになると解される。しかし、違法性・有責性の減少という論理構造は本稿の採りえないところであるし、一旦発生した刑罰権の消滅を違法減少・責任減少によって基礎づけることは困難であろう。

四 かようにして、本稿は次のように解する。実行行為に着手した者が、自己の意思によって中止行為を行った場合でも、可罰的未遂が成立する点においては障礙未遂と変わりがない。すなわち、「構成要件に該当する違法かつ有責な行為は存在する⁽¹⁰⁾」のであって観念的刑罰権はすでに発生している。しかし、実行行為着手後自己の意思によって中止行為を行った者に対しては、刑事政策的な「根拠」に基づいて処罰の寛

大化が要求され、刑罰は必要的に減輕・免除される。従つて、中止未遂規定は人的刑罰消滅・減輕事由に他ならない。⁽¹⁾

(1) 板倉・前掲注釈刑法(2)の1七七頁。前者の例としては、裁判確定前における犯人の死亡・法人たる犯人の消滅、恩赦、公訴時効があり、後者の例としては、裁判確定後の犯人の死亡・法人たる犯人の消滅、恩赦による刑の執行の免除、刑の執行の終了、仮釈放期間の満了、刑の執行猶予期間の満了、刑の時効、刑の消滅(復権)がある。

(2) 板倉・前掲注釈刑法(2)の1七七頁。

(3) 第二章第一節注(5)参照。

(4) 平野・前掲「中止犯」四〇四頁参照。

(5) 板倉・前掲注釈刑法(2)の1七七頁。

(6) なお、西村克彦「いわゆる処罰阻却事由について」(一)(二)(三)「警察研究四八巻(昭和五二年)八号三頁以下、九号二二頁以下、十号二二頁以下参照。

(7) 団藤・前掲書四八六頁、板倉・前掲注釈刑法(2)の1七七頁。

(8) 中止未遂・身代金誘拐予備罪の自首は必要的減免、偽証罪・虚偽鑑定及び通訳罪・誣告罪における自首は任意的減免、その他は必要的免除である。なお四二条における自首(任意的減輕、二二八条ノ二におけるいわゆる「解放減輕」(必要的減輕)を「人的刑罰減輕事由」と捉えられるであらう。

(9) 佐伯・前掲書四四四頁。

(10) 莊子・旧版六四〇頁。

(11) 西ドイツでは、人的刑罰消滅事由 (persönlicher Strafauf-

hebungsground) とする論者 (z. B. Schönke-Schröder (Eser), a. a. O. S. 326.; Jescheck, a. a. O. S. 443) のほか、人的処罰阻却事由 (persönlicher Strafausschließungsgrund) とする論者 (z. B. H. Mayer, a. a. O. S. 295) も存在する。⁽²⁾ しか、一旦刑罰権は発生していると解する以上、後者の理解には疑問がある。その意味で、既述のラング・ヒンリッセンの立場 (Lang-Hinrichsen, a. a. O. S. 374) も採用し難い。(但し西ドイツにおいては、既述のように刑法二四一条一項の "...wird nicht bestraft" を無罪と解している。第一章第二節一注(15)参照。)

そのほか西ドイツでは、可罰性阻却事由 (Strafbareitsausschließungsgrund) とする説 (Muñoz-Conde, a. a. O. S. 777) 量刑事由的な性格を示す法律効果規定 (Rechtsfolgebestimmung) とする説 (Björn Burkhardt, Der „Rücktritt“ als Rechtsfolgebestimmung, 1975, S. 116ff.)、犯罪を相殺(清算)する事由 (Deliktsausgleichsgrund) とする説 (Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1983, S. 612) など为主張されている。

なお、既述のように(第一章第一節2)我が国においては中野教授が「可罰性阻却事由」の一つとされているが、教授はこのカテゴリーに、従来の人的刑罰消滅事由をも含めておられるようである(中野・前掲書一九六一―一九七頁参照)。

総括と展望

本稿においては、従来から争われてきた中止未遂における必要的減免の問題を、①何故障礙未遂に比して必要的減免という寛大な取扱いを受けるのか、という「根拠」の問題と、②その寛大な取扱いは犯罪論体系上どのように位置づけられるのか、という「体系上の位置づけ」の問題とに区別すべきことを確認した。そして、①については再構成された刑事政策説が妥当であり、②については「人的刑罰消滅・減輕事由」として位置づけられるべきであるという結論が得られた。それと同時に、従来からの刑事政策説と法律説の「対立」を解消すべきことを導いた。

従って、序論において「本稿の目的」として示した問題に対しては、直接的には右の①をもつて答えることになる。

ただ、本稿においては、これらの結論が具体的な問題——「自己ノ意思ニ因リ」及び「之ヲ止メタ」の意義、共犯と中止未遂、予備罪と中止未遂など——においてどのように適用されるべきか、という点については触れることができなかった。また、「刑法解釈学と刑事政策の接近」が中止未遂以外の領域において如何なる意味をもち得るかについても、さらに

検討が必要であろう。

特に、そもそも人的刑罰消滅（阻却）事由・減輕事由という——本稿においてはこれらを所与のものとして論を進めたが——行為の犯罪性と無関係に刑罰権の存否を決定する条件の存在を刑法解釈学において認めていくことが、刑事政策的にみて妥当なのか、「従来の刑法理論の無力または怠慢の告白」^{〔1〕}に他ならないのが、まさに明らかにされなくてはならない。

これらの問題を今後の課題としつつ、本稿を閉じることにする。

〔1〕 佐伯・前掲書二八四頁。なお、同「一身的刑罰阻却原因」法学論叢三四卷三号（昭和十一年）一頁以下、中山「一身的刑罰阻却事由」Law School三八号（昭和五十六年）六六頁以下参照。

