

## 再考、中止未遂の法的性格について

—Nochmalige Überlegung, Über den rechtlichen Charakter des  
abgebrochener Versuchs—

山内 義 廣

### 1. はじめに

中止未遂に関する各国の立法的取り扱いとは異なっており、英米法的類型では、中止未遂を未遂犯の中に包含し、有罪として取り扱い、ドイツ・スイス法的類型では、中止以前の行為を未遂犯として認定し、処罰の点で不処罰にしている。これに対してフランス法的類型では、中止以前の行為を未遂犯として扱わず、処罰の点でも不処罰にしている。我が国はドイツ・スイス法的類型に属し、処罰の点で必要的減軽、または、免除としたのである<sup>1)</sup>。

周知のように、我が国の刑法典は既遂犯を処罰することを基本として規定されており、それゆえ、未遂犯は特別な場合にのみ処罰される<sup>2)</sup>。そのような意味では、未遂犯は刑法の犯罪論体系では傍論に属するのである。基本的に既遂犯を処罰する前提である刑法体系の中で、なぜ未遂犯が処罰されるのかという理由について、かつては主観主義刑法理論や客観主義刑法理論から論じられ、最近では行為無価値論や結果無価値論から論じられている<sup>3)</sup>。

我が国の現刑法典では未遂犯の処罰は障害未遂では任意的減軽、あるいは、裁量的減軽とされ、中止未遂では必要的減軽、または、免除として規定されている（刑法43条）。このように、中止未遂は障害未遂と比較すると科刑上特別に扱われており、それゆえ、その理由や法的性格については、政策的な観点に根拠を求めたり、あるいは、犯罪論の中に求めたりして古くから激論が重ねられてきている。このことはドイツにおいても同様である。ドイツ刑法24条<sup>4)</sup>は中止未遂の取り扱いについて不処罰としていることから、その理由や法的性格については刑事政策的観点からの主張が通説的見解であるが、犯罪論的観点からも論じられてきているところである。古くは法律的観点から犯罪論に組み入れる形で論じられ（この時代の犯罪論的観点からの主張は前期法律説と言われている）<sup>5)</sup>、それを克服する形で刑事政策説が主張されてきた。そして、最近では再び犯罪論的観点から論じられて

いるのである（この主張は後期法律説と言われている）<sup>61</sup>。

中止未遂が障害未遂と比較して、中止未遂がなぜ必要的減軽、または、免除として未遂犯の中でも特別に扱われているのかについては、中止未遂が「自己の意思により犯罪を中止した」場合であるからである。つまり、障害未遂が犯罪行為者の犯罪意思から独立した障害によって犯罪行為が中止され、予定した結果が発生しなかった場合であることに比較して、中止未遂の場合は、犯罪行為の中止が行為者の自発的な、あるいは、任意な意思によってもたらされ、その結果、結果が発生しなかった場合であるからである。この自発的、あるいは、任意な意思を犯罪行為の実現という観点から行為者の社会に対する危険性を減少させるなどとして処罰面で刑法的に評価したのである。この意思の任意性の判断についてその判断基準をめぐっては、学説上でも、主観説や客観説、限定的主観説などから議論され、判例でも多くの裁判の中で議論されてきているところである<sup>71</sup>。

このように未遂犯については、既遂犯を前提に構築されている犯罪論体系では多くの問題を含んでおり、難なく説明することが困難である。まさに、ケムジースの言葉をかりれば、未遂犯は「まことに世話のやけるやっかいな子供」なのである<sup>81</sup>。

本稿においては、中止未遂における意思の任意性の問題、つまり、「自己の意思により」の判定基準の判断との理由の整合性を考えながら、中止未遂における法的性格をどのようにとらえるかを学説を中心として考察する。

## 2. 学説の検討

中止未遂が障害未遂と比較してその処罰が特別に処遇されている状況は各国の立法例によって異なるが、ドイツのように不処罰にしている国では処罰阻却事由として考えられ、我が国のように減軽、または、免除としている国では、刑罰減免事由と考えられていると思われる。このような立法上の取り扱いは当然中止未遂の法的性格、言葉を変えて言えば、中止未遂における特別処遇の根拠を考える際に大なる影響を持つことになる。それは、中止未遂の処遇を不処罰、あるいは、減軽、または、免除のどちらかにするにせよ、ともに犯罪の成立を前提にしながらも、結果発生を未然に防いだ見返りとして、特別な処遇一大刀を引き抜くように、リストの言葉を借りるならば「後退のための黄金の橋」(eine goldene Brücke zum Rückzuge)一を任意な意思によって犯罪行為を中止した者に与えるからである。この特別な処遇の根拠を政策的理由のみに求めていくのか、あるいは、犯罪論の中で

違法性減少・消滅、または、責任減少・消滅として理論的に解決していくのか、いずれにせよ、任意な意思による中止に対する法的評価については、立法政策上、障害未遂についての処遇以上の処遇が必要であると考えられる。それゆえ、その処遇根拠については種々の学説が検討されてきたのである。

我が国における学説では、中止未遂の法的性格を刑事政策的理由に求める(1)刑事政策説、犯罪論における犯罪成立要件を吟味することにより、その要件の中に求める(2)法律説、そしてそれらの(3)併用説が主張されてきている。法律説は①違法性減少説と②責任減少説とに分けられる。併用説は①刑事政策説と違法減少説との併用説、②刑事政策説と責任減少説との併用説、③違法減少説と責任減少説との併用説、④刑事政策説と違法減少説・責任減少説の併用説(総合説といわれている)とに分けられる。

#### (1) 刑事政策説の検討

刑事政策説は、中止行為によって中止以前に存在した犯罪行為と犯罪意思は消滅することなく事実として存在しているということを前提に、任意な意思に基づいて犯罪行為を中止し、未然に結果発生を防止した犯罪行為者に対して、処罰の上で優遇し国家が恩恵を与えようとすると同時に、犯罪の中止を奨励することを目的とする国家の政策的な理由に基づく主張である。任意な意思による中止が特別な恩恵を得るのは合理的、かつ、緻密な理論による根拠づけではなく、国家が犯罪予防という目的を実現するため、功利的、かつ、打算的に考慮した結果によるものであるとする。刑事政策説はリストのいう「後戻りのための黄金の橋」という恩恵を不特定の者に対して与え、結果の発生を予防することを目的とする一般予防説<sup>9)</sup>と犯罪行為者自身に対して行為者が社会に対して危険を与えない事を防止しようとする特別予防説<sup>10)</sup>とに分けられる。

本説によると、中止の意思は犯罪不成立のための要件ではなく、国家の要求する合規範的意思に合致する性質のものであり、中止以前に存在していた行為者の反規範性を消滅させるものである。それゆえ、中止行為によって、もはや、法秩序に対する行為者の社会に対する危険性は消滅したと解し、よって不処罰にするものである。任意な意思による中止は犯罪行為者が特別な処遇を受けるための人的処罰阻却事由、または、人的刑罰消滅事由であるとする。これはドイツにおける通説的見解である<sup>11)</sup>。

このような考え方はフォイエッルバッハからリストに受け継がれ、前期法律説に対して批判・検討する状況の中で、違法減少・消滅説や責任減少・消滅説を排除して主張された

ものと思われる。

周知のように、フォイエルバッハは刑罰の機能として一般予防的機能があることを主張され、そのような側面から中止未遂の不処罰的理由を刑事政策的理由に求めたと思われる<sup>12)</sup>。この考え方は、彼が生きた時代的背景が封建社会から近代社会に移行し、そのような状況の中で罪刑法定主義の原則が確立し、あらゆる法の領域で人権保障的機能が強められたことと符合する。同様に、リストの主張する「黄金の橋」を任意な意思によって犯罪行為を中止した者に与えるという考え方も、根底にはこのような背景があったものと思われる。前期法律説が既に存在した犯罪行為や犯罪意思を否定して事を解決しようとしたのに対して、刑事政策説は既に存在した犯罪行為や犯罪意思を否定することなく事実存在しているものとして認め、事を将来にわたって展望的に解決しようとした点で、前期法律説より優れていると考えられている<sup>13)</sup>。

我が国においては中止未遂に対する取り扱いは不処罰ではなく、必要的減軽、または、免除として有罪的取り扱いである（刑法43条但書）。このことから、刑事政策説がドイツにおいて通説的見解になり得ても、我が国ではなり得ない。中止未遂の法的性格として本説のみを主張する者は少数である。多くは、刑事政策説と法律説を加味した主張である。

かつて、刑事政策説のみを一般予防的観点から主張されたのは木村博士である。博士は「中止未遂に対して処分を緩和する理由は、刑事政策的見地から行為者に対して『退却のための黄金』を構築しようとするに出でたものである」とし<sup>14)</sup>、その理由は行為者の危険性が減少・消滅するからであるとした。そして、その危険性の程度により危険性が完全に消滅する場合は免除であり、任意な中止によりひとまず危険性が消滅と考えられる場合が減軽であるとした<sup>15)</sup>。同様に、小野博士においては、一般予防的見解と特別予防的見解とを総合的にとらえ、「特別予防的に方針づけられた政策的理由は、特に、我が刑法における中止犯の立法理由として妥当性を有すると考える。但し、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。・・・一般予防的および特別予防的な政策理由をともに認めるものである」とされた<sup>16)</sup>。

最近では、中止未遂も未遂犯の一種であり、違法性や責任が減少するにしても客観的には犯罪が成立していることは事実であり、その事実を否定して法律論で説明することには無理がある。それゆえ、中止未遂は「具体的被害法益を救助するために、既遂の具体的危険の消滅を奨励すべく定められた純然たる政策的なものである」という主張がなされている<sup>17)</sup>。つまり、刑事政策説は、任意な意思によって犯罪行為の中止が行われた場合、「既

遂の具体的危険が消滅したときに、刑の必要的減免という特典を与えることによって、犯罪の中止による具体的被害法益の救助を図ろうとする政策的な意義を有するものである。ただし、自己の行為により危険を消滅させることの認識（中止の認識）が欠ける場合には、中止犯の政策的目的が及ばず特典に値しないため、中止犯の成立を肯定することはできない」とするのである。この見解に対しては、詳細な批判がなされている<sup>18)</sup>。

刑事政策説に対しては一般に次のような批判がなされている。第1に、中止未遂の規定内容を知っている者に対しては政策説は意味を持ち得るが、知らない者については意味がなく、その効果を期待することができないという批判である<sup>19)</sup>。確かに中止未遂の規定の存在を知らない者に対しては十分な効果を期待できない。しかし、長所としては、減輕および免除の判断が有罪判断であることから、中止未遂の法的効果は一身専属的性格であり、かつ、任意な意思による中止は一身上の刑罰減免事由であるという説明を容易にすることができる。さらに、任意な意思によって犯罪行為を中止し、結果の発生を防止した者に対して、処遇上、国家が恩恵を与えるという扱いは、中止未遂を特別に処遇している刑法典の趣旨とも一致する。第2に、政策的側面から減輕、または、免除のいずれかを判断するわけだが、その判断をする基準があいまいであり、なおかつ、その判断については裁判官の恣意が入り込む余地が大きいと思われる。罪刑法定主義の原則をとる建前から、また、減輕および免除の判断が有罪の判断であることから、違法性や責任の有無の判断を明確にしながら犯罪論の枠内で刑法的評価をするべきである<sup>20)</sup>。

確かに、刑事政策説についてこのような批判は妥当と思われるが、我が国の国家政策として中止未遂に対して減輕、または、免除という特別な優遇措置をしたのは、犯罪行為が行われても結果の発生を防止したいとする国家の政策的な理由があると思われる。その意味で本説の意義は否定できない。

## (2) 法律説の検討

法律説は、中止未遂における取り扱いについてドイツでは不処罰、我が国では減輕、または、免除としている根拠を犯罪論の構造の枠内で考察するものである。先に述べた刑事政策説が犯罪成立と処罰の問題を別々に考え、中止未遂における処罰の根拠を犯罪構成理論の枠外で考察したことに対して、法律説は犯罪構成理論の枠内で考察しようとしたのである。基本的には、任意な意思による中止行為が犯罪成立要件の一つの要件である違法性を減少・消滅させるとする違法性減少・消滅説と責任を減少・消滅させるとする責任減

少・消滅説に大別される。

我が国においては中止未遂について不処罰ではなく、減軽、または、免除であることとそれらが有罪判断（刑事訴訟法第334条）であることから、一般的には違法性消滅や責任消滅は考えられないとされている。違法性減少説や責任減少説は、ともに刑事政策説では中止未遂における減免根拠を十分に説明できないということを前提に考えられた見解である。つまり、法律説では中止未遂も未遂犯の一種であることから、中止以前の行為は厳然と存在しているものでありその存在を否定できないことから、任意な意思に基づく中止意思を犯罪論の中でどのように位置づけるかを問題にしたわけである。もちろん、これらの見解にとっても刑事政策説の存在意義が全く否定されるわけではない。法律説と刑事政策説との併用（併用説）も考えられており、最近ではむしろ併用説が多数の学者によって主張され、多数説になっているのが現状である。

#### 1) 違法性減少・消滅説の検討

ドイツにおける違法性消滅説は、中止未遂の不処罰の根拠は違法性の消滅にあるとする立場である。この立場は、もともとは前期法律説におけるルーデンの無効説やヘルツオークの推定説に基礎を置き、犯罪は規範の違反であるとするビンディングや未遂犯における故意をもって主観的違法要素であるとするヘーグラーなどによって主張されたものである。

ビンディングによれば、犯罪は規範の違反であり、刑罰法規の違反ではない。それゆえ、中止未遂の場合、任意な意思によって犯罪行為を中止しなければ規範違反として処罰されるが、中止した場合には、規範に従順であるとして中止以前に存在した犯罪の違法性は消滅し、その結果、不処罰として国家による制裁から逃れることができるのであるとする<sup>21)</sup>。また、犯罪行為を全体的に観察することにより、任意な意思による中止は違法性を消滅させ、その効果が発揮されるのであるとする<sup>22)</sup>。ビンディングは中止行為をもって犯罪の解除条件としたのである<sup>23)</sup>。犯罪行為を中止さえすれば違法性が阻却されるとするビンディングの見解については、障害未遂と中止未遂とを区別する実益がなくなり、また、中止未遂における中止の意思に任意性を必要としている意味がなくなるという批判がなされている<sup>24)</sup>。

故意の内容として主観的違法要素を主張したヘーグラーは、行為の違法性（犯罪行為）は主観的違法要素によって決定され、それゆえ、犯行中止の決意は犯罪実行の意思を事後的に放棄することを意味し、そのことによって違法性が阻却されるものであるとする<sup>25)</sup>。

我が国では、ドイツ刑法のように中止未遂の取り扱い是不処罰ではなく、減軽、または、

免除であり、有罪判決の一種として考えられている。それゆえ、刑法解釈上、違法性消滅説は考えられない<sup>26)</sup>。考えられるとすれば、違法性減少説のみである。

違法性減少説は、結果無価値論に立脚しながら任意な意思による犯行中止が結果発生の危険性を消滅させ、そのことにより違法性の程度が減少するとする主張である。その理由として、第1には、「中止未遂による結果防止行為は、障害未遂の場合の結果発生の危険性を確実に減少させるからである」とする<sup>27)</sup>。第2には、中止未遂の場合は「実害が発生しなかったことに加えて、反規範的な意思を撤回し、合規範的意思を中止行為という行為によって外界に表動させたことにより」違法性が減少するとする。この見解では「免除の場合は違法性の減少の程度が高い場合であり、さほどでない場合は減軽である」としている<sup>28)</sup>。違法性減少説を主張する見解の多くは刑事政策的理由を加味している<sup>29)</sup>。ごく少数だが、免除の性質をもって無罪と差異がないとして、一貫して違法性減少説一元論を主張される見解もある<sup>30)</sup>。

違法性減少説に対しては、いくつかの観点から批判がなされている。第1に、違法性の評価も刑法的評価の一つであることから、違法性の程度（客観的結果発生の危険性の程度）には段階性や流動性があり、その高低により高い場合は免除として扱い、低い場合は減軽として扱うことは正当であると思われる。しかし、その判断の具体的基準をどこに置くのかが、あいまいである。免除、または、減軽の判断は犯罪行為者の人権保障的側面から考えると大変重要な判断である。判断の基準があいまいであれば、判断者の恣意が入りやすくなり、このことは刑事法の大原則である罪刑法定主義の原則にも違反することになる。第2に、中止行為以前の違法性は未遂犯の違法性と質的には同じであるのに対して、任意な意思による中止後の違法性は、それと異なるのは解釈上困難である。両者を比較するに違法性（危険性）の量的差異は認められるが、質的差異を認めることはできない。第3に、共犯と中止犯との関係において正犯が任意な意思に基づいて犯行を中止した場合、それは共犯にも影響を与えるのかどうか。この点については共犯独立性説では影響を与えないが、共犯従属性説からは当然共犯にも影響を与えることになる。このことは、中止未遂における処罰根拠の理由は人的処罰阻却事由、または、一身専属的事由であると考えたことを十分に説明することができない<sup>31)</sup>。また、違法性減少説の立場では、違法性は共犯の場合連帯することから、同じように中止未遂の効果の一身専属性や人的処罰阻却性を説明することは困難である<sup>32)</sup>。第4に、未遂犯における故意を主観的違法要素であると解する立場からは、任意な意思による中止行為はそれ以前に存在していた主観的違法要素を消滅させ、

違法性を減少させることになるが、未遂犯の故意に主観的違法要素を認めない立場からは、結果発生危険性（法益侵害の客観的危険性）という観点から考えると障害未遂も中止未遂も同じであり、中止未遂だけに違法性の減少を認めることはできない<sup>33)</sup>。

これらの批判は妥当であると思われる。なぜならば、一度犯罪行為がなされた以上、任意な意思による中止がなされてもそれまで存在した違法性は消滅し得ないからである。また、中止行為の性質を刑法的に評価する根拠となる任意な意思は、犯行を中止する行為者に特殊な事情であり、行為者以外の第三者には無関係な事由、いわば、一身専属的な事由であるからである。

## 2) 責任減少・消滅説の検討

責任減少・消滅説は、犯罪論の枠内で中止未遂における特別処遇の根拠を明らかにしようとした違法性減少・消滅説に対する批判の結果、主張された立場である。違法性説と同様にドイツにおいては、中止未遂の取り扱いが不処罰であることから責任減少説ではなく、責任消滅説が主張される。当初は主として、ザウアーやケムジースなどによって主張された。

ザウアーによれば、「中止行為によって表現された悔悟は最初は責任判断の対象であった事実と同性質の事後の事実であり、この事後の事実に対する価値判断によって、はじめの責任が消滅させられる」とした<sup>34)</sup>。つまり、犯罪行為を遂行しようとした最初意思と中止行為を形成している悔悟の意思とを同等に責任評価の対象とした上で、後者が前者の意思を消滅させたとするのである。この考え方は、ケムジースによって引き継がれ、発展した。ケムジースは、規範的責任論の立場から「責任を一つの評価と考えれば、行為者の意思に対する法的判断は後に変更することも取り消すこともできる（心理的責任論からすれば、犯罪行為を遂行しようとする意思決定は事実であり、それは否定されたり変更されることはない）。法は、自己の意思で中止することを要件とすることにより、まさに行為者の主観面を評価の対象とし、それを責任に結び付けて法的判断を下そうとしているのである」とする<sup>35)</sup>。

我が国においては、中止未遂は不処罰ではなく減輕または免除とする立法上の関係から、違法性消滅説と同様に、責任消滅説を採ることはできず、責任減少説のみで考慮せざるを得ない。つまり、減輕または免除は有罪判断であり、法理論的には犯罪が成立しているという前提に立っているからである。一般的には、責任減少説は任意な意思による中止が犯罪実行の意思を事後的に撤回し、そのことによって犯罪行為者の規範意識が覚醒され、責任が減少するのであるとする。本立場では、責任概念の内容をどのように解するかによっ



て任意な意思による中止をどのように解するか異なってくる。

従来からの考え方として、刑事責任の根拠を行為者の道義的な非難に求める道義的責任論を前提に考えるならば、行為者の人格そのものに責任非難がなされるとする見解（人格的責任論）では、任意な意思による中止は行為者の人格に対する非難を減少させるものであるとする<sup>36)</sup>。また、行為者の社会に対する危険性（反社会性）を刑事責任の根拠とする社会的責任論では、任意な意思による中止は行為者の社会に対する危険性を減少させるものであるとする<sup>37)</sup>。最近の考え方として、故意をもって責任の要素と考える結果無価値論からすれば、任意な意思による中止行為によって結果発生が防止されたということによって責任が減少するとされる見解<sup>38)</sup>や刑事政策的な考え方を犯罪論体系の中に取り入れることにより、任意な意思による中止は犯罪を実行するという「義務違反的意欲を事後的に合法的な意欲へと復帰させ、そのことにより可罰的責任が減少する」とされる見解（可罰的責任減少説<sup>39)</sup>）などが主張されている。

責任減少説に対してはいくつかの観点から批判がなされている。第1に、中止未遂が優遇される任意な意思には、その性質上、一般的に規範意識の覚醒（広義の意味での悔悟）が要求されると思われるが、そうだとすれば、中止未遂が成立することは少なく、その範囲は狭くなる。このことは、意思の任意性の判断基準を判断することについて後悔などの倫理的要素が必要であるとする考え方と一致する。しかしながら、フランクの公式では中止の意思に倫理性は必要でないとしていると同様に、我が国でも多くの学説は倫理性は必要ないとされている<sup>40)</sup>。この批判は、道義的責任論からすれば妥当であるが、結果無価値論からすると必ずしも妥当とは言えない。第2に、責任減少説では任意な意思による中止によって結果が発生した場合にも中止未遂が成立してしまうことになるのではないかという批判がなされている<sup>41)</sup>。しかし、責任減少説自体が、中止未遂は結果の発生しない未遂であることを前提に主張されていることから、この批判は妥当性を欠くと思われる。

### 3) 併用説の検討

併用説は刑事政策説と法律説との併用、または、法律説と法律説との併用、すべての併用説（総合説）であることは既に述べたところである。我が国における法律説の多くは、刑事政策説を加味した併用説である。

①刑事政策説と違法性減少説との併用説では、刑事政策説が我が国の実定法とよく調和するとしながらも、それだけでは十分ではないとし、法律説を加味している。その場合、我が国の立法では中止未遂の要件として悔悟を必要としないことから、責任消滅は採

用することはできない。この点、違法性消滅説では説明することが可能である。ただし、減軽・免除は有罪判断であることから、違法性消滅説は採用できない。それゆえ、違法性減少説が適当であるとしている。本説については、違法性減少説の批判がそのまま当てはまる<sup>42)</sup>。②違法性減少説と責任減少説の併合説では、「結果発生防止ないしそれ为目标とする行為は、主観的違法要素としての故意の実効性を失わせ、法益侵害の現実的危険を決定的に除去するものであるから、つねに違法性を減少させる」。そして、「中止行為が行為者の自由な、つまり、自発的な意思に基づいて決意された場合には法にふたたび合致しようとする行為者の人格態度が明らかに法敵対性を弱めるので、その分だけ責任の量が減少し、つねに責任減少をもたらすことになる」とする<sup>43)</sup>。この見解に対しては、「違法性減少説と責任減少説はともに理論的には成立する」としながら、任意な意思による決意（中止未遂における意思の任意性の問題）に関して「違法性が減少する程度と責任が減少する程度が同じ場合には、違法性減少説をとれば責任減少説をとる実益はない」という批判がなされている。しかしながら、同批判は「悔悟にもとづいて結果発生防止行為をしたが、中止行為と結果発生との間に因果関係が認められない場合、客観的な違法性が減少するというより、行為者に対する非難可能性が減少すると考えられる。また、違法性の減少という見地からは刑の減軽しか認められないが、責任の減少という見地からは刑の免除も認められるという場合も考えられる」<sup>44)</sup>などから、背景には結果発生を未然に防止しようとする刑事政策的考慮を置きながら、両説を併用することの実益、さらに、その妥当性を認めていると思われる（総合説<sup>45)</sup>）。

### 3. おわりに

以上、我が国における中止未遂の減免理由について刑事政策説、違法性減少説、責任減少説を個別的に検討し、なおかつ、雑ではあるが、それらの併用説を検討してきたが、我が国のように減軽、または、免除という二段構えでその処遇を立法している状況の中では、それぞれ単独での理由づけでは、十分に説得性のある説明とは言い難いと思われる。その意味では併用説が妥当である。その場合、中止未遂といえども未遂犯には変わりがなく、任意な意思による中止以前の行為や犯罪意思は存在論的にも事実存在しており、否定できない。それゆえ、中止以前の行為は犯罪構成要件に該当する違法な行為として考えるべきである。

しかしながら、中止行為が行為者の任意な意思に基づくことから、その任意、もしくは、自発的な点を法律的に犯罪論の中で評価することは必要であると思われる。それが違法性を減少させるのか、責任を減少させるのかは別にして、少なくとも、国家の政策的側面から犯罪抑止、または、結果発生を未然に防止するという観点から、行為者にとって有利になるような前向きな評価をするべきであると同時に、それに対する見返りを与え、国家がそのような事を奨励すべきではないかと思われる。私は、そのような意味で、刑事政策説は根拠づけとして十分に機能するのではないかと思われる。

違法性は流動的であり、減輕、または、免除の判断基準が不明確であるという違法性減少説に対する批判は、一部責任減少説に対しても妥当すると思われるが、事実は事実としてとらえ（任意な意思による中止行為がなされたとしても違法性は消滅しない）、それに対して法律的評価をするならば、責任減少説で考えるのが妥当ではないかと思われる。故意をもって主観的違法要素と考える立場からすれば、任意な意思による中止は違法性を減少させるという理由は説明可能であろう。しかし、既に存在した違法性は客観的に取り消しが不可能である。しかも、共犯と中止犯との関係からも共犯者の中の一人が任意な意思により中止した場合には、その特典はその中止した者だけに与えるべき一身専属的な事由であるべきである。そうでなければ、敢えて、中止未遂に特別な処遇を与えた理由を見いだすことは困難である。

そのようなことから、結論として減輕の場合には責任が減少するという観点から責任減少説を、免除の場合には刑事政策的な考慮から刑事政策説を採る二元説が妥当であると思われる。

今後の課題として、中止未遂における意思の任意性の判断基準の根拠と中止未遂の法的性格の関係について、理論的体系性が明確になるよう考察をしなければならないことは必要である。

（平成15年度敬愛大学経済文化研究所助成金による個人研究）

## 注

- 1) 諸国の立法例について詳しくは、香川達夫著：中止未遂の法的性格（有斐閣・1963年）・5頁以下参照。
- 2) 我が国の刑法では暴行罪や横領罪など論理的に未遂犯が存在し得ない場合を除いて、可罰

するに値するかどうかによる判断によって未遂犯の処罰が考えられている。器物損壊罪や自己・同意堕胎罪など比較的軽い犯罪類型に属するものについては未遂犯は処罰されていないが、放火罪、営利誘拐罪、殺人罪、強盗罪など重罪に該当するような犯罪では未遂犯は処罰されている。

3) 未遂の処罰根拠については主観主義刑法理論や行為無価値論からすると、未遂犯も既遂犯も行為そのものに着眼するかぎり、相違点はない。それゆえ、未遂犯が既遂犯と比較して特別に処罰される根拠は見当たらない。これに対して、客観主義刑法理論や結果無価値論からすれば、結果発生の有無を前提に判断すると、結果が発生しない未遂犯の場合には、行為から導きだせる法益侵害の危険性は既遂犯に比較して小さい。それゆえ、未遂犯処罰の根拠について説明が容易である。

4) 参照：KARL LACKNER：StGB. 18Aufl. S. 149など。

5) 前期法律説はルーデンの無効説 (Nullitätstheorie)、ヘルツオークの推定説 (Präsumptionstheorie)、ツアハリエの取消説 (Annulationstheorie)、シュワルツエの不確実説 (Infirmitätstheorie) に分けられる。各説に共通する特徴としては、中止行為および中止意思が中止以前に存在した行為および犯罪意思を回顧的に考察し、それを否定する点である。参照：香川達夫著・前掲書・41頁以下。

6) ドイツにおいて中止未遂を不処罰にする根拠を犯罪論の枠内で考察した場合、違法性減少・消滅、あるいは、責任減少・消滅に求められる。

7) 判例では、中止未遂の要件である「自己の意思により」という意思の任意性の判断について、驚愕や恐怖に基づいて犯罪行為を中止した場合には任意性を認めず（最高裁判決：昭和26年9月18日・最高裁裁判集53号135頁、最高裁判決：昭和32年9月16日刑集11巻2202頁）、憐憫や悔悟などによって犯罪行為を中止した場合には意思の任意性を認める傾向が強い（横浜地裁判決：昭和52年9月19日・判時876号・128頁、福岡高裁判決：昭和61年3月6日判時1193号152頁）。学説では、必ずしも広義の後悔を必要としていない。広義の後悔を必要とする判例の立場では、中止未遂の成立する範囲は当然狭くならざるを得ない。中止未遂の成立する範囲については、罪刑法定主義を前提に、従来のように被告人に不利益を与えないという観点を強調していくのか、あるいは、被害者の人権の保護、または、治安維持を強化していくのかという政策的判断と関係があるように思える。

8) Herbert Kemsies：Die tätige Reue als Strafaufhebungsgrund, Strafrechtliche Abhandlungen・Heft259・1929. S. 9. 参照：香川前掲書・40頁。

9) Liszt-Schmidt：Lehrbuch des deutschen Strafrechts・26. Aufl・S. 315・1932年。

10) 木村亀二著：刑法総論・369頁。

- 11) Hellmuth・Mayer : Strafrecht Allgemeiner Teil・S.295・1953年、同 : Strafrecht Allgemeiner Teil・S.145・1967年。
- 12) Feuerbach : Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche Bibliothek des peinlichen Rechts und peinlichen Gesetzgebung und Gesetzkunde. Bd. III. Teil II. 1804・S.101ff。参照 : 内田文昭著・刑法概要 (中巻)・青林書院・1999年・389頁以下。
- 13) 木村静子著 : 中止犯・刑法講座第4巻 (日本刑法学会編)・有斐閣・1963年22頁。中谷瑾子著 : 中止未遂の法的性格・ジュリスト No.300・1964年・296頁。その他多数。
- 14) 木村亀二著 : 前掲書369頁。
- 15) 木村亀二著 : 中止未遂の概念・277頁・278頁。ちなみに、牧野博士は減免理由を行為者の反社会性の微弱に求めた (牧野英一著 : 障害未遂と中止未遂・刑法研究第8巻・1939年・276頁)。
- 16) 小野清一郎著 : 刑法総則草案と中止犯 (『刑罰の本質について、その他所収』・1955年・280頁。
- 17) 山口厚著 : 刑法総論 (補訂版)・有斐閣・2005年・242頁以下。
- 18) 岡本勝著 : 中止未遂における減免根拠に関する一考察 (渥美東洋編・刑事法学の現実と展開・斎藤誠二先生古希記念・信山社・2003年) 279頁以下。
- 19) 刑事政策説をとる立場からもこの点は指摘されている。山口厚著 : 前掲書242頁。刑事政策説を併用する法律説は別にして、法律説を主張する多くの見解から批判されている。木村 (静) 著 : 前掲論文・22頁、宮本英修著 : 刑法大綱・188頁、同 : 刑法学粹・375頁、香川達夫著 : 前掲書・57頁、曾根威彦著 : 刑法の重要問題 (総論第2版)・2005年・276頁、※最近の学者の見解いれる。
- 20) 曾根威彦著 : 前掲書・275頁以下。
- 21) Binding : Die Normen und ihre Übertretung. Bd.1・3Aufl・1916年・S.117、参照 : 香川達夫著・前掲書・66頁以下。
- 22) Binding : Das bedingte Verbrechen・GS.68・1906・S.1.ff・23.ff、参照 : 内田文昭著・前掲書・393頁。
- 23) Binding : Das bedinte Verbrechen・GS.68・1906・S.23、参照 : 香川達夫著・前掲書・68頁。山中敬一著 : 中止犯 (現代刑法講座5巻)・1982年・357頁。
- 24) 香川達夫著 : 前掲書・69頁～70頁。
- 25) Hegler : Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriff・Festgabe Bd.1・S.329. Anm.2。参照 : 香川達夫著・前掲書72頁。同じく、木村 (静) 著 : 前掲論文・23頁。

- 26) 板倉宏著：中止犯（刑法基本講座 4 卷・法学書院）・1992年・44頁。
- 27) 内田文昭著：前掲書・391頁。
- 28) 西原春夫著：刑法総論（成文堂）・1984年・287頁。同旨・平野竜一著：中止犯（刑事法講座 2 卷・有斐閣）・1952年・406頁。
- 29) 西原春夫著：前掲書・288頁、平野竜一著：前掲書・406頁。
- 30) 平場安治著：刑法総論講義・1952年・140頁以下。
- 31) 香川達夫著：注釈刑法（2）のⅡ・473頁。
- 32) 山本輝之著：中止犯の法的性格（内田編争点ノート刑法・総論・法学書院）・1997年188頁。
- 33) 内田文昭著：改訂刑法（総論）・271頁。
- 34) Sauer：Grundlagen des Strafrechts・S.637ff。参照：木村（静）著・前掲論文・23頁。
- 35) Kemsies：Die tätige Reue als Schuldauflösungsgrund・1929・S.40, 55。参照：木村（静）著：前掲書・23頁～24頁。
- 36) 団藤重光著：刑法綱要総論・創文社・1966年・270頁～271頁。香川教授の見解によれば（前掲書：97頁、注釈刑法（2）のⅡ・474頁）「法的義務にふたたび合致しようとする意欲」とされている。また、宮本博士からすれば（宮本英修著：前掲書184頁）、「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規範意識」であるとする。
- 37) 木村亀二著：前掲書・288頁。
- 38) 内田文昭著：改訂刑法Ⅰ（総論・補正板）・青林書院・2004年・271頁。
- 39) 山中敬一著：刑法総論Ⅱ・成文堂・1999・714頁。
- 40) 木村（静）著：前掲論文・31頁。香川達夫：総合判例研究双書刑法（三）・84頁。ちなみに、宮本博士は中止意思の内容に広義の意味での悔悟が必要であるとする。
- 41) 山口厚著：探求223頁。
- 42) 平野竜一著：前掲書・405頁～406頁。
- 43) 川端博著：刑法総論講義・成文堂・2000年・466頁。
- 44) 板倉宏著：前掲書・45頁。
- 45) 板倉宏著：前掲書・46頁。