

中止犯の法的性格についての一試論（二・完）

王 昭 武

- 一 はじめに
- 二 外国法における中止未遂の扱い
- 三 刑事政策説
 - 1 主張の内容
 - 2 批判
 - 3 議論の現状
- 四 法律説
 - 1 違法性減少説
 - 2 責任減少説
 - 3 違法性・責任減少説

中止犯の法的性格についての一試論（二・完）

同志社法学 六〇巻五号

二二七（一九六一）

五 総合説

1 主張の内容

2 批判

(以上六〇巻四号)

六 新しい政策説

七 検討

1 前提的検討

2 学説の検討

3 中止効果の選択

八 おわり

(以上本号)

六 新しい政策説

近時、従来の議論を踏まえて伝統的な政策説と異なる「新しい政策説」が有力に主張されつつある。同説は基本的に、
①違法性評価、責任評価は遡って変えようがないこと、および、②故意は主観的違法要素ではなく責任要素であること、
という二点を前提にして、中止犯の法的性格は政策説に尽きると主張する。

(1) 山口教授は新しい政策説の代表的論者である。教授は、中止犯規定の意義は、中止行為それ自体について独立に問題とされなくてはならず、中止犯は、一般の犯罪とは「逆の方向にあった」構成要件からなるものであるという理解に基づき、責任減少説は客観的に「犯罪を中止した」ことを中止犯の成立要件とすることを説明できず、さらに、違法減少説は事後の違法性減少をみとめ、「違法減少に対応した責任減少」を要件としない点において妥当でないという理由で、中止犯の規定は、未遂犯の成立により招致された具体的被害法益を救助するために、既遂結果惹起の危険の消滅を

奨励すべく設けられた、純然たる政策的なものであるとし、「新しい政策説」を唱える。ただ、教授は、その政策的なもの、未遂の処罰根拠である既遂結果の具体的危険を（自己の意思により意識的に）消滅させたという点に求め、自説を違法・責任減少説または意識的危険消滅説とも称している。これにより、中止行為と危険消滅の間には因果関係が必要であり、自己の行為による危険消滅の認識が不可欠であることになる。

中止犯規定は「逆の方向に向った」構成要件であること、中止行為とそれに先行する実行行為を別々に評価すべきであること、という二点において、山口説は、先述した井田説（違法性・責任減少説）と共通しているが、自説を政策説に位置づけるのは、主観的違法要素を認めず、既になされた行為の違法性や責任が事後的な中止行為によって減少することはありえないという基本的な認識がその前提にあるからである。この点において山口説は井田説と異なっており、その差異は、山口説が結果無価値論、井田説が行為無価値論をそれぞれ基本としていることによるものであろう。

この山口説に対しては、多方面から批判がなされている。第一に、山中教授は、同説の構想による場合には、^①犯罪の既遂を防止しようとするための立法者の規範定立政策の混乱をもたらし、^②障害未遂と中止未遂の論理的関係に矛盾が生じるため、同説は維持しえないと批判する。^③

第二に、岡本教授は、山口説に使われている「(刑事)政策」の概念の意義を詳細に分析したうえで、法定の成立要件である「自己の意思により」、「中止した」を超えて『危険消滅の認識』まで要求することは、特典・褒賞を与える必要があるかどうかという政策的考慮を、刑法第四三条但書の要件の意味を超えて被告人に不利益に行うことを承認するものではないか」という疑問を提起し、さらに、「山口教授の論理は、茫然とした『政策』概念から、中止未遂の解釈・適用の次元における広範な政策的考慮(狭義の『政策』説)の可能性を導出するものであって、罪刑法定主義の原則の見地からすると、基本的な論理として妥当かどうか疑問である」と批判している。^④

しかも、第三に、岡本教授は、山口説に使われている「逆の方向に向った構成要件」なる概念は、必ずしも厳密な概念ではないと批判する。つまり、それは「厳密な論理に耐え得る概念であるとは思われない。それは多分に感覺的で、曖昧なイメージ的なものとどまる」^⑥ものである。

ほかに、第四に、城下教授は、この見解が従来の「違法減少」(＝違法判断の事後的変更)を批判して「危険消滅」を主張していることに対しては、そこにいう「危険」が未遂犯の処罰を根拠づける「既遂結果惹起の危険」を意味している以上、結論的に未遂犯の違法性が中止行為によって変更されることを肯定し、違法減少説との差異がなくなるのではないか^⑦という疑問を提起している。

第五に、浅田教授は、同説は、「褒賞」を論拠とするのは刑事政策説であつて、これを違法性・責任減少説と称するのはまぎらわしく、また、例えば、悔悟(広義)にもとづかない功利的な打算にもとづいた中止行為の場合など褒賞に値しない中止の場合に刑の減免を否定することになるとすれば、疑問であると指摘している^⑧。

第六に、内藤教授は、「解釈論的説明として、実行の着手によつていったん発生した『既遂の具体的危険』が、その後の中止行為によつて『消滅』・『減少』することがありうるかという点に、疑問の余地があるとす。むしろ、論者自身が中止犯規定は『既遂結果惹起の危険』の『消滅』を奨励するべく設けられた純然たる政策的なものであるというように、危険の『消滅』・『減少』は法政策が目指す政策目標なのではなからうか^⑨と指摘している。

(2) 佐伯教授は、山口説とほぼ同じ主張を展開している^⑩。教授は、違法減少説には、「自己の意思による」という要件をうまく説明できないという「致命的欠陥」があり、責任減少説には、その責任評価が事後的に変化することは違法性減少と同じようにありえないという欠陥もあるから、いずれも妥当ではないため、「政策説の趣旨は、中止犯の規定は、通常の犯罪論の枠内では説明できない、ということを言おうとしている^⑪」という点を強調する。すなわち、中止犯は、

中止行為を行った者に、刑の減免をという褒賞を与える規定である。そこで、中止犯を「裏返し（逆向きの構成要件）」と解することができるから、客観的には、中止行為・中止結果・両者の間の因果関係が必要であり、主観的には中止行為の任意性と中止故意が必要である。そのため、その意味における政策説を違法性・責任減少とよぶことが可能であるが、「そこであいわれている違法・責任は、犯罪を基礎づける通常の意味での違法・責任とは性質を異にしている」¹⁴⁾。

(3) 大塚裕史教授は中止犯の問題として、法的性格論はあくまでも中止犯の個々の成立要件の土台にすぎず、重要なのは成立要件そのものであるという観点から上記の新しい政策説を支持する¹⁵⁾。すなわち、従来は、刑事政策説と法律説が対置され、また、法律説の中ではさらに違法性減少説と責任減少説が対置されて議論が行われてきたが、これらの対置は必ずしも中止犯の成立要件の具体的な解釈指針として機能してきたわけではないから、政策説と法律説を対抗軸としてとらえること自体さほど意味があるわけではない¹⁴⁾。さらに、従来の通説は、法律説と政策説を併合することにより前者では説明できないことを後者で説明するという便宜主義をとっていたため、中止犯の成立要件を一貫した立場で説明できないという難点がある。したがって、「事後的な中止行為が既に行われた行為の違法性、責任に影響を与えることはないこと、中止犯も刑法の目的である法益保護ないし予防という政策目的に資するものとして位置づけるべきことを考慮しますと新しい政策説には説得力がある」とする¹⁵⁾。

(4) 山口説は国民一般に対する事前の予防効果を狙ったものであるのに対し、伊東教授は、積極的な特別予防上の処罰の必要性の存否・程度を第四の構成要件要素として導入すべきである、という犯罪論体系の再構築を提唱する立場から、中止犯の場合には積極的特別予防上の処罰の必要性の著しい低減もしくは消失近似状態になっていることから、中止犯の規定を実行に着手した行為者に対する特別予防を狙ったものであり、犯罪後の中止行為を（犯罪成立要件ではなく）量刑事情に位置づけるべきだと主張する¹⁶⁾。

(5) 和田助教は、「犯罪を中止した」を政策目的の追求、さらに政策実現手段における客観的制限、「自己の意思により」を政策実現手段における主観的制限という三つの制限的観点から、いわゆる予防政策説を主張する。¹⁷⁾

(6) 上記の意味における新しい政策説と異なり、斎藤信治教授は「必要的減免の主たる理由を社会心理的衝撃性の減少に、従たる理由を政策的妥当性に求める」として、政策説を堅持しながら独自の見解を示している。¹⁸⁾

その主たる内容は以下のとおりである。まず、政策説は「免除と減輕の区分けも難しく、また、本説を貫くなら、運悪く結果発生防止に失敗した場合にも(したがって、未遂の枠を超え) 恩典に浴びさせ」ざるをえないという問題を抱えているものの、中止犯規定に特別予防の刑事政策的意義は認めるべきである。¹⁹⁾

次に、社会心理的衝撃性の減少という観点を考慮することにより、違法性減少説と責任減少説の難点を回避することができるだけでなく、その趣旨も問題なく説明できる。具体的には、違法性減少について、「社会心理的衝撃性の見地からは、既遂になつた場合には衝撃性の減少は(格別) 認めないから中止未遂やこれに準ずる扱いも認められず、警察官が来ると思つて止めた等、格別『自己の意思により』止めたのではなく、『犯罪者らしい事情により』止めたに過ぎない場合も、普通の未遂であつて、とくに衝撃性が低くなる訳ではない一方、いかにそれまで猛烈・執拗に攻撃を加えていたにせよ、結局『自己の意思により』止めれば、世人は大いに安心でき、衝撃性(実体的には特別予防・一般予防の必要性)は弱まるので、刑を減免しても、人々の一応安らかな生活の維持に支障を生じない」。しかも、責任減少について、衝撃性の見地からは、違法性減少の点を同様にうまく説明できるとともに、「自己の意思により」の要件について狭過ぎる解釈を回避でき、既遂の場合に中止未遂の扱いのないことも説明がつく。²⁰⁾

七 検討

1 前提的検討

具体的検討に入る前に、前提となるいくつかの問題を明確にしておきたい。

(一) 結果無価値論と行為無価値論（違法二元論）との対立

上述してきたところから分かるように、学説の対立点は、主に違法性減少または責任減少を認めるか否かにある。この点を検討するためには、結果無価値論と行為無価値論（違法二元論）との対立に遡らなければならない。一般に行為無価値論は、故意を主観的違法要素として認め、「自己の意思」によるという任意性は責任のみならず違法性にも影響すると考え、「自己の意思により」という要件を比較的重視する。さらに違法性は一つの評価であり事後変更が可能であると考える。それに対し、結果無価値論は、故意を主観的違法要素とみなさず、それはあくまでも責任判断に影響するものに過ぎないとし、「中止行為」という客観的要件に比べて「自己の意思」によるという主観的要件の重要性を相対的に低く捉え、²¹⁾極力、主観的要素を排除しようとする。²²⁾つまり、通常は、行為無価値と結果無価値は、故意を主観的違法要素と認めるか否かに関連して、それぞれ違法性減少説、責任減少説に親和性があるといわれている。ただ、それは必ずしも必然的關係にあるものではないことに留意する必要がある。²³⁾

(二) 未遂犯の処罰根拠

中止犯の法的性格について、古くから争いがあった。中止未遂は障害未遂と同様に広義の未遂犯の一種であると解す

べきであるから、中止未遂を処罰する場合には、障害未遂を処罰する場合と同様に、未遂犯の処罰根拠が存在することが必要となる。そして、未遂犯の処罰根拠である、法的に否認された事態を消滅(止揚)させることこそが、中止犯規定の奨励するところとなるのである。²⁴⁾それ故、中止未遂の法的性格は未遂犯の処罰根拠から導かれねばならないことになり、中止犯の法的根拠を論ずる前提として、そもそも未遂犯はなぜ処罰されるのかという未遂犯の処罰根拠を明確にしておく必要がある。

未遂犯とは、行為者が犯罪事実の実現を意図し、実行行為に着手したものの、客観的には犯罪の完成に至らなかった場合のことである(刑法四三条、四四条)。ここには、未遂犯においては(既遂)結果が発生していないにもかかわらず何故処罰されるのか、という未遂犯論の根幹にかかわる問題がある。その処罰される実質的根拠については、大別すると、主観主義犯罪論に基づく主観的未遂論と、客観主義犯罪論に基づく客観的未遂論という二つの考え方に分かれる。現在では、主観主義的犯罪論が退潮したのに伴い、主観的未遂論がそのままの形で主張されることはほとんどない。現在のところ、支配的な見解は、客観主義の犯罪理論の立場から主張される客観的未遂論である。ただし、客観説の主張者は、主観面(危険な性格とそこから生ずる犯罪的意思)ではなく客観面を重視すべきだとする点で一致するものの、その内部でさらに、違法本質論に関わり、行為の危険性の判断に際し行為者の主観面も考慮すべきか否かについて、行為無価値論と結果無価値論の対立がみられる。²⁵⁾

結果無価値論によると、法益侵害(または犯罪事実の実現)の現実的・客観的な危険が惹起されたところに未遂を処罰する理由がある。「結果無価値」というときの「結果」には、人が死亡するに至った場合のような「侵害結果」ばかりでなく、法益が現実的な危険にさらされたという「危険結果」も含まれる。すなわち、「法益侵害の結果惹起の可能性」²⁶⁾、「法益の侵害の危険が発生したという点に求められるべきであろう結果発生²⁷⁾の客観的危険」²⁷⁾、「既遂結果発生²⁸⁾の切迫

した危険²⁸⁾など、法益侵害の具体的危険性（結果としての危険）に未遂犯の処罰根拠を求めることである。問題は、この法益侵害の具体的危険の判定にあたって、主観的意思がどのような機能をもつのかという点である。これについて、結果無価値論の内部で見解の対立が見られる。未遂についてのみ故意を主観的違法要素とする立場から、行為者の故意を広く考慮するとする説もあれば、部分的に考慮するにとどまるとする説もあり、²⁹⁾さらに、結果無価値論を徹底して、未遂犯の故意についても主観的違法要素を否定する立場から、未遂の処罰根拠としての客観的危険から一切の主観を排除するとする説もある。³¹⁾

この立場は、行為の客観的危険性を重視する点で妥当であるが、これによると未遂犯はすべて具体的危険犯であるという結論になる点で妥当でない。³²⁾例えば、未遂犯は現住建造物等放火罪などの抽象的危険犯についても広く規定されているのであり、これらの場合には未遂犯を具体的危険犯と解することは妥当ではない。さらに、結果としての危険に未遂犯の処罰根拠を求めている同説には、実行行為を最重要視して違法二元論をとる本稿からは、賛同し難い。

これに対し、故意を未遂犯の主観的違法要素としても位置づける行為無価値（違法二元論）では、故意を排除してその処罰根拠を基礎づけることはできないから、構成要件の結果発生の実客的客観的危険性（行為自体の危険性）に未遂犯の処罰根拠を求めるべきであると主張する。行為者の主観面を排除したら、構成要件該当性を決めるにあたり何罪の未遂構成要件に該当するのかわからなくならず、未遂の処罰を根拠づけることは困難であるからである。しかし、予備段階から実行行為の着手へと発展することによって、行為の有する法益侵害の危険性がより具体的・現実的なものとなり、主観はあくまでも客観的行為によって表されるから、主観面のみによって処罰を根拠づけるものでもない。例えば、「犯罪意思の表動としての行為自体の有する構成要件の結果発生³⁴⁾の客観的危険性」、「主観的要素とともに法益侵害の具体的・現実的な危険が発生したとき」、「行為自体のもつ危険性、すなわち、犯罪の実現、とくに構成要件の結果を惹起す

る客観的危険性⁽³⁵⁾、「行為の法益侵害に対する客観的危険性⁽³⁶⁾」、「犯罪を完成するには至らなかったが、主観的には、犯罪の意思で行為に出たことはもちろん、客観的にも、犯罪実現の切迫した危険性が生じた場合にのみ、未遂犯に可罰性が付与される⁽³⁷⁾」、また、「法益侵害に対する現実的危険性ある場合、すなわち、第一に、基本的構成要件についての構成要件の故意があり、第二に、構成要件に該当する行為またはこれに接した行為が行われたとき⁽³⁸⁾」などとされている。

おもうに、違法二元論の立場から見れば、行為は、主観・客観の全体構造を持った統一体であるから、未遂の危険も主観的要素をはなれては考えられない。そのため、未遂犯の処罰根拠は、犯罪意思の表動としての行為自体の有する「構成要件の結果発生の現実的・客観的危険性⁽³⁹⁾」にある。ここにいう危険性は具体的危険性のみならず、抽象的危険をも含む。

主観主義の立場からすると未遂を既遂から区別すべき理由はなく、原則的には既遂犯と同じ法定刑で処罰してよいことになり、かつ、すべての犯罪の未遂を処罰すべきことになるはずであり、また、客観主義を厳密に貫くと未遂は不可罰となるか、必要的に刑を減軽すべきことになるから、事実上は、現行刑法における未遂処罰は主観主義と客観主義の折衷的な立場をとっているのである⁽⁴⁰⁾。さらに、未遂犯は重大な法益についてのみ認められるが、そこからは未遂処罰の刑事政策的意義も伺えるであろう⁽⁴¹⁾。実は、裁判実務においては、未遂犯の刑は原則的に減軽されているから、実質的には客観主義的に運用されているといえよう⁽⁴²⁾。

(三) 中止未遂の比較対象

念のため、議論の前提として、中止未遂の刑を必要的減免にするに当たってその比較の対象は何かを確認しておく。広義の未遂犯は結果が発生していない点で既遂犯と比べて違法性が減少しているということは、誰も否定しないであら

う。ただ、中止犯がなぜ刑の必要的減免となつてゐるのかを説明する場合には、既遂と比較して議論するのではなく、障碍未遂と比較して議論しなければならぬ。それは「当たり前」のことに思われるかもしれないが、既遂の法定刑からの減輕が問題となつてゐるために、議論の中で、無意識のうちに既遂との比較が行なわれていることがあるように思われ⁴³る。例えば、主観的違法要素を否定する山口教授は、「本書の見解は、従来の用語法に従えば、違法・責任減少説と表現することが可能である⁴⁴」といつてゐるが、そこにある「違法」減少はおそらく既遂犯と比較したものであろう⁴⁵。さもなければ、その理論的前提である結果無価値論と一貫性があるかに疑問であるといわざるを得ないからである。

(四) 違法性・責任評価の事後の変更

(1) 前述したように、違法性減少説に対しては、違法性の評価が実行行為後に変化することはありえないとの批判がなされてゐる。ただ、本質的には、違法性の減少のみならず責任についても評価は事後に変化することが論理的に可能かという点は問題となるから、正確にいえば、同批判は政策説(新しい政策説を含む)から法律説に対する批判である。したがつて、純粹な刑事政策説または新しい政策説をとらないかぎりには、この問題に直面することになる。

塩谷教授は政策説の見地から同批判の内容をより詳しく表明してゐる。それによれば、第一に、「通常の犯罪論における違法と責任という評価を行為違法と行為責任という意味で捉える以上は、(中止行為に先行する)実行行為に対する違法・有責の評価はすでに確定してゐるはずであり、のちの中止行為によつてもそれが事後的に覆ることはない」。第二に、「実行行為と中止行為を『全体として一体のもの』として違法・有責という評価の対象にする根拠が示されない以上」、全体的評価という理論構成を採用することはできない。第三に、「そもそも、『実行行為と中止行為をあわせ

た全体行為に対する評価が未遂に対する違法・有責という評価である』という論理は、我が国の旧刑法のように中止犯が可罰未遂の成立そのものを否定する消極的な未遂成立要件とされていることによつてはじめて可能になる。第四に、結論として、「現行刑法のように中止犯が成立しても可罰未遂が成立しているとするならば、むしろ可罰的な未遂を成立させる実行行為とはいったん切り離して、のちの中止行為について何らかの意味で政策的な考慮が働いて刑の必要的減免という効果が発生するという説明が不可避である」⁽⁴⁶⁾。

上記の批判内容からすると、問題は、先行する未遂行為によつて違法性及び責任が確定し、事後的な中止行為によつてその違法性・責任に消長を来すことがありうるかどうかにあるといえる。この問題を解決するためには、中止行為の構造をどうみるか、すなわち、先行する未遂と中止行為とを全体的に一体のものとして捉え、その一体の未遂における違法や責任を判断することが可能であるかを明らかにする必要がある。

評価の変更が可能か否かにつき、法律説(違法性減少説、責任減少説または違法性・責任減少説)に賛同する論者は、これを肯定している。例えば、平野博士は、「違法性も一つの評価であるとするならば、違法性が後にいたつて消滅することも可能であるといわなければならない」⁽⁴⁷⁾と説いて、違法性の事後的変更を容認する立場を表明していた。香川博士も責任消滅に関してではあるが、「中止未遂は、たとえ事後的ではあるにせよ、——責任の消滅を認めてよいはずである。(中略) 評価の変動を基礎に、中止未遂が責任消滅事由である根拠を求めてゆくのが妥当なのではなからうか」⁽⁴⁸⁾と述べて、責任評価の事後的変更を承認していた。

(2) ただ、なぜ事後的変更が可能であるのか、それを論理的に説明しなければならぬ。この問題を解決するために、これまで様々な試みがなされてきた。

例えば、清水教授は違法性減少説の立場から、「未遂犯を基礎づける構成要件該当性、違法性、有責性は、未遂が現

実のものとなつた限りは、もはや阻却させることも減少させることもできないことは当然である。だが中止未遂というもの、未遂行為とそれに続く中止行為とが結合した構造を持つものであり、現行法の中止未遂規定は、すでに現実のものとして成立している未遂犯を、後の中止行為を理由に、それが存在しなかつた単なる障害未遂の場合よりも寛大に処断しようとするものなのである」として、「未遂と中止の全体的考察」をすべきであると提案している。⁴⁹⁾

また、山中教授は、可罰的責任減少・政策説の立場から、中止犯の時系列構造とその規範的構造を分析し、「中止未遂にあつては、……全体としての未遂結果に対する責任が減輕される」との結論を、未遂の構造論と規範の論理から導こうとする。教授は、この「実行の着手の」時点では、「まだ『これを遂げていない』ことは明らかであるが、『これを遂げなかつた』ことが最終的に確定したのではない」として、既遂にいたる可能性と中止にいたる可能性とが併存する間は、「障害未遂でも中止未遂でもないたんなる『未遂』という未確定の状態が存在する」ことを承認している。⁵⁰⁾ただ、これについて、岡本教授は、「この見解は誤つた独自の論理に基づくものである」と強く批判している。すなわち、「先行する未遂から中止行為へと時系列的に視線を移動することによって全体的未遂を論じることが、中止行為の発生・不発生を見定めなければ（或いは、それを見定めるための相当の時間帯においては）先行する未遂の成否を確定できなくなる」との結論をもたすが、それは不当であろう。⁵¹⁾

さらに、金澤教授は、違法性・責任減少説の立場から、違法性・責任の減少というものは評価の事後の変更ではなく、未遂行為と中止行為を併せた総合的評価であると主張する。すなわち、「中止行為は、中止未遂が中止未遂であるための本質的にして不可欠の要素である。従つて、中止行為を実行行為と切り離したうえで、実行行為とは別個異質なものとして施された中止行為の評価を、その特別の法律効果に結びつけることは、中止未遂の構造を踏まえた議論であるとは言えない⁵²⁾」。しかも、「中止未遂における事態の展開過程を時系列に観察すれば、既遂結果発生の促進要因たる実行行

為によつて惹起された危険が、阻止要因たる自発的な中止行為によつて消滅させられたと言ふことが看取される」から、「中止未遂において、実行行為を中止行為と関連づけて評価する、若しくは、行為そのものとしては別個のものとして解したとしても、法的評価においては、両者を併せて全体的評価に付すべきである」という全体的考察法をとるべきである。⁵⁴⁾これについて、佐伯教授は「そのこと自体は、学説の進歩といえるが、このような違法・責任の判断は、すでに通常の犯罪論で用いられている違法・責任の判断とは異なっているというべきであり、「事後の行為との総合的判断を認めるのであれば、既遂後の行為についても認めてよさそうである」と批判している。⁵⁵⁾

政策説からのこうした批判を受けて、岡本教授は真正面からそれに反論しようとした。教授は、「確かに違法性判断が評価であるとしても、その評価は行為時の事実に対して行なわれるべきであり、行為時の事実拘束されるべきである。この意味において、事後の事実を考慮して違法(責任)評価の事後的変更を一般的な形で認める見解は適切でない」⁵⁶⁾との理解に基づき、「先行する未遂と後行する自己の意思による中止行為とを一体のものとして認める要となる根拠は何か、さらには、仮に根拠があるとした場合、そこで論じられる違法・責任は、犯罪論体系上の通常の違法・責任と同一であるのか」という問題意識から、「先行する未遂と中止とを一体とする『未遂』を認め一般的に違法又は責任の減少・消滅を論じる理論はその根拠に乏しく、また、適切でもない」として、従来の法律説の説明を反省したうえ、独自の見解を示した。すなわち、「先行未遂と中止未遂とは一旦分けて考えざるを得ない」と認め、「一旦分けた上で、全体的考察による総合」を試みる。具体的には、「その場合の総合は、先行未遂から中止へと時系列に沿つて視点を移動する方法で一体化するのではなく、実際に行なわれた中止行為を前提にした上で、先行未遂へと遡る形で、先行未遂と中止行為との総合をはかるべきである」とし、さらに、自己の全体的総合の根拠は、従来のいわゆる「超法規的な『未遂』の構造・自体に見出し得るものではなく、刑法四三条但書の存在そのもの(現行刑法未遂制度自体)にある」と主張す

る。⁽⁵⁹⁾つまり、「先行する未遂が行なわれたときには、原則としてその時点で刑法四三条本文の規定する未遂の違法及び責任は確定する」が、「例外的に、中止未遂規定が、事後の中止行為の発生を考慮して全体的に『中止未遂』の成否を論定することを要求している」のであり、そこで初めて確定された先行する未遂と中止行為とを総合した全体としての中止未遂の違法及び責任が、中止未遂において論じられるべき違法及び責任であり、それは「犯罪論体系において通常確定されるべき違法及び責任とはその本質を異にする」ものである。⁽⁶⁰⁾

(3) 上記の論述からわかるように、この問題はもともと、違法性減少説に対する批判であった。違法性の減少を否定する論者（とくに政策説、新しい政策説の論者）は、次のように主張する。すなわち、実行の着手→実行行為→中止行為↓結果の未発生という図式を考えると、中止犯の構造を中止行為を境にして、それを「前段階」（「実行の着手」から「中止行為」がなされる前までの段階）と後段階（「中止行為」がなされてから「結果の未発生」にまでの段階）とに分けて、前段階は実行行為により生じた違法・有責な犯罪事実であり、後段階は中止行為という合法行為である。従って、可罰的未遂としての違法性の評価対象は前段階であり、この段階において未遂犯が既に成立しており、それは一つの犯罪「事実」であり、「過去の事実は過去に確定したのであり、変えようがない」⁽⁶¹⁾ため、その違法性の評価は確定しているはずであるのに対して、後段階は奨励すべき合法行為であり、そもそも違法性の評価の対象にはならない。そのため、前段階にある実行行為は中止犯が未遂犯の一つとして処罰すべき根拠であり、後段階にある中止行為は中止犯の刑が減免される根拠であり、別々に異質のものであるはずである。言い換えれば、「中止犯規定の意義は、中止行為それ自体について独立に問題とされなくてはならない」ということである。これはまさにこの批判の根底にある理念であろう。したがって、違法性の減少を認めることは既存の事実に対する「評価」、さらには既存の「事実」の性質さえも変えようとしているというのが、この批判の趣旨であると思われる。

また、前段階を一つの「事実」として見るとすると、同じく責任の減少もありえないであろう。⁽⁶⁴⁾ したがって、仮にその批判が正しいとすると、責任減少説をも否定する政策説に至るのが論理的であろう。

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どうかについては、依然として学説の中で対立が続いている。未遂犯の故意を主観的違法要素と認めず、任意性より結果を防止したことに重きを置く立場からは、違法性減少説に対して批判的になるのは理解できないわけではない。ただ留意すべきなのは、論者が「違法性の実質について結果無価値論と行為無価値論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」との観点から、違法性の減少を認めることについて、それはかような「歴史的に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つて変更され得ること」⁽⁶⁵⁾ であるとも批判している点である。したがって、ここでの問題は、結果無価値論と行為無価値論の対立以外に、より実質的なものは、実行の着手↓実行行為↓中止行為↓結果の未発生という中止犯の構造をいかに見るかにあるともいえるのである。

(4) たしかに、実行行為と中止行為とを完全に独立した別個の行為であり、前段階を一つの既存「事実」として理解すれば、違法行為に対する評価に事後的な変更が生じるとはいい難い。しかし、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得ない。⁽⁶⁶⁾ したがって、違法性判断は中止犯構造全般に対する評価であり、実行の着手により生じた危険性およびその危険性を消滅するための中止行為を総合的に判断するものであるから、中止犯構造を二段階に分けて別々に論じようとする発想自体、そもそも適切であるとは解されない。

より具体的にいえば、中止犯の場合には、行為者が実行行為を行った後、自己の意思による中止行為を通じて、結果の不発生を実現したにもかかわらず、犯罪が依然成立することになる。ただ、自己の意思により、結果発生の危険性を惹起したその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中止行為を行なったからこそ、その刑が必要的に

減免されるのである。しかも、ここでの問題はその（実行行為でもなく中止行為でもなく、実行行為と中止行為からなる）中止犯の減免根拠は何かにある。従って、中止犯規定は、まさに内容的に継続的で一体的である一連の行為（実行の着手↓実行行為↓中止行為）についての規定である。実行行為、中止行為をそれぞれ処罰根拠、減免根拠と解する上記批判の根底にある理念は、この点を無視しているともいえる。

同様に、その減免根拠を根拠づけようとする違法性の減少は、中止犯という犯罪行為全般についての評価にはかならず、むりにそれを違法行為である前段階と合法行為である後段階を分けて、中止行為を実行行為とは別個独立のものとして解し、両者に異なる法的評価を施すのは適当とは言えない。なぜならば、「中止行為は、中止未遂が中止未遂であるための本質的にして不可欠の要素である。従って、中止行為を実行行為と切り離れたうえで、実行行為とは別個異質なものとして施された中止行為の評価を、その特別の法律効果に結びつけることは、中止未遂の構造を踏まえた議論であるとはいえない」⁽⁶⁸⁾からである。従って、中止未遂においては、実行行為を中止行為と関連づけて総合的に評価するのはむしろ当然である。⁽⁶⁹⁾それならば、中止犯そのものに対する違法性の評価は実行行為時（仮に実行行為時の段階に一度評価を与えるならば）と比べて減少することは十分考えられる。ただ、ここでとくに明確にしておきたいのは、「減少」という表現は誤解を招きやすいかもしれないが、評価の対象は実行行為ではなく、中止犯全般であるため、それはあくまでも任意の中止行為が実施されていない障害未遂（既遂犯ではなく）に比べてのことであり、中止犯自体の評価は始終、一つの評価にすぎず、別にいったん確定した未遂犯の違法性を事後的に減少させたものではない。また、責任の減少も同様であることは自明の理であろう。

それ故、すでになされた行為の評価（違法性または責任）そのものが事後に減少することが可能かという問題の提出自体、問題であるといわざるをえない。前記の法律説の理論的考察はそれぞれ一理があるが、この問題の本質を見抜い

ていないといえるであろう。

(五) 障害未遂と中止犯との違法性の差異

右の(四)において検討したように、中止犯に対する違法性(責任)の評価は中止犯そのものに対する一回かぎりの評価であり、既存の評価を変えたものではないから、中止犯の違法性を検討する際に、それを二段階に分けて、実行行為により惹起された既遂結果発生 of 危険性を一つの既存「事実」(障害未遂)として、その違法性を取り上げて特別に検討してやること自体にどれだけの意味があるかはそもそも疑問である。言い換えれば、日本刑法法では刑の免除は一旦犯罪が成立し、後に消滅した場合であるという解釈を採用することができないから、中止犯の法的性格を検討する際に、中止未遂から切り離して障害未遂を単独に論ずる意味がそもそもない。ただ、あえてその相違の有無を検討しようとするれば、以下のことがいえる。

違法性の面において障害未遂と中止未遂とは同様であるという点は、政策説や責任減少説から違法性減少説に対する諸批判のうちで中核的なものである。その根本的な理由は、『自己の意思による』中止という主観的な事情が既に生じている客観的危険性に影響を与えるとは思われない⁷¹⁾し、しかも、『結果的に』その既遂結果発生 of 危険性が消滅されたところに障害未遂と中止未遂との間になら差異もないということにある⁷²⁾。ただ、それはあくまでも、事後の時点で裁判官の視点からなされるいわゆる「冷靜的」な判断にすぎず、それに対して、中止行為の時点で行為者の視点からみれば、必ずしもそうではない。すなわち、中止未遂とは「中止した」場合で、障害未遂は「中止していないが止まっている」場合であり、両者の間には、「中止した」と「止まっている」の差があり、主観的任意性の面においては当然に差があるはずである。その「冷靜的」な判断はその危険性の消滅された原因(行為者の任意的中止行為によるものか、

それとも行為者の意思に反する予想外の障害によるものか)を無視しているといわざるを得ない。

さらに、両者の間には、主観面の差があるばかりでなく、危険性それ自体も異なると思う。たしかに、その前段階であれば、障害未遂も中止未遂も、結果発生危険性は同じであるともいえる。¹²³しかし、その危険性が発生した後、行為者がどのような思いでどのような行動をとるかによってその危険性の進展は当然に変わってくる。外部的障害により結果発生を達成しえなかった障害未遂においては、この危険性を生じさせたにもかかわらず、法の要望に比べて自己の意思によってその危険を取り除く中止行為を行なわなかったことによる違法性が問われるのに対し、中止未遂においては、実行行為によりみずから生じさせた結果発生危険性を、今度は自らの中止行為によって去らせたのであるから、両者の間に違法性の点で差があることは当然のことであるともいえるであろう。より具体的にいえば、危険性を作り出すことは行為者が目的を達成するための手段に過ぎず、犯罪結果を発生させることこそは行為者の最終目的であるため、何らかの外的原因がなければ、いったん発生した危険性がそのまま静止状態に止まってしまうことはありえず、その危険性がさらに犯行の進展につれて「具体化」「現実化」にまで前進できるかどうかは、行為者の主観によって左右されているともいえる。中止未遂の場合には、結果発生危険性の発展方向(結果が実際に発生するか、それともその危険性が消滅されるか)とその程度(結果発生危険性が減少されるにとどまるか、それとも完全に消滅されるのか)が行為者の意思とその行動にかかっており、かつ、結果の発生は行為者の意思に反するものであるから、行為者自らがその犯行を放棄しまたは結果発生阻止に積極的に取り込んでいくことによって、予想外の特別事情がない限り、発生した危険性が法益侵害に現実的につながることはない。もともと、障害未遂の場合には、結果発生危険性の発展方向とその程度が行為者以外のものにかかっており、結果の発生がむしろ行為者の期待するものであるから、その危険性がいったん発生したら、外的障害がない限り、それが現実化され、さら既遂に発展していくのは因果の流れである。すなわ

ち、障害未遂の場合は、危険性の進展は完全にその流れに任せられており、その意味において中止犯の場合と比べて既遂に達する蓋然性が高い。したがって、総合的にみれば、障害未遂と中止未遂では法益侵害の危険性が質的に異なり、その違法性も違うという結論がえられるのである。

さらに、未遂犯の処罰根拠を分析するによつて、本稿のこの結論を根拠づけることもできる。前述したように、未遂犯の処罰根拠は、犯罪意思の表動としての行為自体の有する「構成要件の結果発生の実客的危険性」にある。それを分解してみれば、未遂犯の処罰根拠は故意(犯罪意思)、実行行為、危険性(既遂結果発生の実客的危険性)からなる。それ故、いかなる学説を主張しても、中止犯の減免根拠として、未遂犯の処罰根拠に相對する任意性(「自己の意思による」)、中止行為、危険の消滅(結果の未発生)という三つの要件を満足しなければならない。ここから中止犯と未遂犯(障害未遂)との差異が見出される。すなわち、第一に、障害未遂の場合には行為者が結果の発生を積極的に追求するのに対して、中止未遂の場合には「自己の意思によつて」その結果の発生を希望しない。第二に、障害未遂の場合には行為者の予想外の障害によつて行為者が犯行をやむなく放棄し、またはその犯行が阻止されるのに対して、中止未遂の場合には行為者が「自己の意思によつて」中止行為を行う。第三に、結果的に、結果発生危険が消滅されたものの、その危険が消滅された原因が異なる。障害未遂の場合には、行為者の意思に反して予想外の障害によつてその危険が消滅されたのに対して、中止未遂の場合には、行為者の「自己の意思によつて」実施された中止行為によつて消滅されたのである。従つて、自己の意思により自ら中止行為を行なつて既遂結果の発生を阻止した中止未遂においては、結果発生が外在的事実により「偶然的に」阻止される障害未遂に比べて、「結果発生阻止が類型的に、より確実なものである」という点において、類型的に違法性が減少している²⁴⁾といえる。ここで、中止犯の三つの要件のいずれも、「自己の意思によ」という任意性と関連を有しているが、その三つの要件は三位一体で不可分のものであるため、

三つの視点から同じく「任意性」の観点から中止犯と未遂犯との区別をみても支障はないと思う。

また、同批判は主に責任減少説からのものであるから、責任減少説と関連する視点からも論じておきたい。責任減少説は、責任減少の根拠を中止行為の任意性に求めるが、その中止行為が実行行為により惹起された既遂結果の危険を消滅させる行為、すなわち違法性を消滅させる行為でなければ、いくら任意性があっても責任の減少は認められないであろう。しかし、責任減少説は、既遂結果不発生の要素となつている中止行為を考慮の外に置くことができないものの、中止行為は違法性と全く関連性を有さないと理解している。それならば、「違法性に何ら関連しない行為について、責任においてその任意性を論じることが意味をもたないのではないか」といわざるを得ない。

(六) 中止犯の法的性格としての違法性減少と責任減少との両立

違法性・責任減少説、総合説に対しては、中止犯の法的性格につき違法性減少と責任減少が両立しうるのかという疑問が投げかけられている。たしかに、違法判断は責任判断に先行するものであり、責任は、当該違法行為について行為者に加えられる非難である。違法性と責任は、典型的には、大きな違法には重い責任、小さな違法には軽い責任という関係に立つものであるから、違法性減少を認めれば、それにあわせて責任も減少していくはずであり、あえて責任減少の点を持ち出すまでもないというのがごく自然である。

しかし、第一に、違法性と責任は包括関係にあるのではなく、「違法性は行為の法秩序に対する背反性であり、責任は行為者に対する非難可能性であり」、両者は違った次元から中止犯の刑の必要的減輕、とくにその免除を根拠づけるものである。第二に、中止犯は、任意的「中止行為」によつて結果が発生しなかつた（違法性減少）、「自己の意思による」（責任減少）という両方があつてはじめて成立するものであり、違法性減少と責任減少は違った側面から中止犯の成立

要件を裏つけているから、両方とも不可欠な要素である。第三に、行為者が強い後悔の念で中止行為を行った場合に、「後悔」が中止犯の成立要件ではないものの、そういう場合には、違法性減少に伴う責任減少とは別個に、責任減少がさらに生じていることを否定できない。ここから、違法性の減少と責任の減少とが常に同程度ではないことがわかる。つまり、上記の批判は、違法性および責任の評価が量・程度の観念を含むものである点を看過しているといえる。¹⁷⁾ 第四に、逆の方向から考えてみれば、犯罪の成立要件としては、違法性のほかに責任が不可欠であるが、責任能力がないなど責任阻却事由がないかぎり、違法性があれば責任もあるはずである。そうすると、中止犯の法的性格において違法性の減少と責任の減少は両立しえないとする見解を徹底すれば、犯罪の成立要件に関しても違法性を要件にすると責任を要件とする必要がないということになってしまふであろう。第五に、より重要なのは、規範的責任論からみれば、行為者は、いったん犯罪の世界に足を踏み入れた後、自己の意思によって法の呼びかけに応じて法の期待する合規範的行動をとったことがまさに行為有価値の行動であり、そこから反規範性からの脱退が見られ、その責任を減少させるべきである。そのため、責任の減少は必ずしも違法性の減少には包括できないと思う。

したがって、違法性が責任に対する先行性があることだけを理由に、中止犯の法的性格として違法性と責任が両立できないとし、違法性が認められる以上あえて責任を取り上げる必要はないという見解は、違法性と責任のそれぞれの性格と役割を看過していると言わざるを得ない。

以上の認識をもとにして、以下では、各説の当否について検討したい。

2 学説の検討

(一) 刑事政策説

(1) 上述したように、従来の政策説は強く批判されている。ただ、そのうちの一部の批判は必ずしも説得力があるとは思われない。

①政策説に対しては、ふつうの人は中止犯の規定について知らないであろうから政策的効果を期待することはできないとか、また、刑法は刑の減免しか認めていないので政策的効果は少ない、という批判がある。

しかし、第一に、中止犯規定を詳細に知っている人が少ないことは事実であるが、およそ刑法の規定には倫理思想の背景があるものであるから、規定を具体的に知らなくても、犯罪を中止すれば、中止しなかった場合より寛大な取扱いを受けるであろうということも、現代社会における一般人の常識になっているはずである。⁽⁷⁸⁾たとえば、「刑罰規定の存在を知らない者に対しては犯罪予防の効果がないので、刑罰を適用できない」と主張する者は誰もいないであろう。⁽⁷⁹⁾その批判は社会事情にふさわしいものではないといわざるを得ない。

第二に、刑罰の一般予防的效果にしても、中止犯規定と同様であり、個々の規定を人が知っていなければならぬものではない。とりわけ、自首減輕(刑法四二条)や身の代金誘拐罪における解放による刑の減輕(同二二八条の二)等にも見られるように、中止犯規定の趣旨は一般の犯罪規定において、行為者および国民一般に対し、結果の発生に至る行為を禁圧することによって法益の保護を図ろうとするのと同じであり、刑事政策目的はかならずしも国民が知っていることを前提とするものではない。もともと、そのような法益保護を政策とする犯罪規定についてこのような政策はそれを知る者しか効果がないと批判する者はいない。なお、三八条三項が規定しているように、犯罪の成立を肯定するのに行為者が法律を知らなくてもよいのと同様に、中止行為者が中止規範(四三条但書)の存在を知っている必要はない。

そのため、行為者が中止犯の規定を知らないからその効果が乏しいという常套的な批判は、的を射たものではない。⁽⁸¹⁾

第三に、ドイツ刑法などのように、不処罰にすれば効果があるのに対し、日本刑法などのように、単に刑の減免にとどめるならば効果が少ないとすることは実証的根拠のあるものとは思えない。刑の免除はあくまで裁量的なものであって、量刑の問題にすぎない⁽⁸²⁾から、その規定を知っているか知らないかはそれほど重要ではないはずである。仮に、ドイツなどと比べてその効果が一段と薄くなるとしても、裁量的減軽と必要的減軽とでは實際上大きく異なっており、すべての場合に効果を發揮できないにせよ、ある程度の効果はないとはいえない。そのため、たとえ「引き返すための黄金の橋」にまでいえなくとも、少なくとも「引き返すための銀あるいは銅の橋」⁽⁸³⁾または「引き返すための木の橋」⁽⁸⁴⁾程度の効果があることは否定できない。

さらに、そもそもドイツでは、中止犯は不可罰であるが、未遂に含まれる他の犯罪の既遂(例えば、殺人未遂罪の場合(傷害罪))で処罰され得るのであるから、刑の免除の可能性がある日本の方が、効果が小さいどころか、「むしろ効果が大きい」⁽⁸⁵⁾とさえいえるであろう。

第四に、実際の犯行では、法益を(さらなる)侵害から守るために犯人の翻意に期待するほかに状況が多くあり、政策説の犯罪予防効果を軽視することは法益の保護の観点からは疑問であり、現実離れした考えであるともいえる。しかも、行為者が中止犯の規定を知らなくても、自己の意思により犯罪を中止した以上、必要的にその刑を減免することは、少なくとも特別予防の効果がないとは言いい切れない。

したがって、この批判は、かならずしも決定的ではないどころか、そもそも意味のあるものではない。⁽⁸⁶⁾ さもなければ、刑法にある一連の減軽免除規定の存在意義に対しても懐疑的にならざるを得ないし、さらには、およそ刑法の犯罪予防効果をも否定する(したがって、絶対的応報刑論に後退する) ⁽⁸⁶⁾ ほかはないであろう。

②たしかに批判されているように、政策説のみでは刑を免除するのか減軽にとどまるのか、刑をどの程度に減軽するのかについての明確な基準を理論的に引き出すことができない。ただ、「政策説からは、中止犯の法的効果である、刑の必要的減軽と免除のいずれを選択すべきかについての指針はまったく与えられないことになる」と批判される⁸⁷ほどのことでもない。法文上、刑の免除と減軽との明確な区別基準が与えられているわけではない以上、法律説を採用しても、やはりその基準が明確になるとは到底いえない。明確にするためには、その基準は、「立法政策によって付与された特別な違法性や責任の減少に求めざるをえない」が、違法性と責任は減少したとしても完全になくなるわけではないから、政策説は、必ずしも刑の免除に直結はしないものの、刑の免除に至る理由として重要な意味を持つものであることは否定できない。

③政策説は、犯罪の成立とこれに対する科刑とを別個のものと考えているため、単に政策的な理由だけでは中止犯の刑の減免根拠を十分には説明できないのに対して、法律説は両者を不可分のものと考え、中止犯を犯罪成立要件のいづれかが阻却消滅するものとして説明しようとするものであるという指摘もある⁸⁸。しかし、この批判は政策説にあてはまらないと思う。なぜならば、中止未遂が認められても、依然として未遂犯であることに変わりがないから、中止犯の規定が単に刑の減免事由に過ぎず、犯罪の成否に影響を与えることが不可能であるからである。したがって、中止犯においては、「犯罪の成立とこれに対する科刑」を不可分のものと考え、こと自体が現実的ではなく、むしろ別個のものと考えるべきであろう。

勿論、違法性、責任の程度に実際に影響を与えるのは中止犯の成立要件である「任意性」、「中止行為」にはかならないから、犯罪の構成要件要素である違法性と責任を無視する政策説は、任意的中止行為が量刑にどれだけ影響するかを明確にすることができないとも認めなければならない。

(2) 前述したように、政策説は、刑の減免が有罪判決であることから考えても「最もよく実定法と調和する」⁸⁹⁾ものであり、また、中止未遂の法的効果の一身専属性をよりよく説明することができる⁹⁰⁾などと評価され、法律説の補充として一般的に認められている。本稿はさらに、以下の理由をもって、刑事政策説は基本的に妥当であると主張したい。

①立法者が中止犯規定を置いた際に政策的考慮を働かせたということは否定できず、中止犯規定の立法者意思は、既遂結果発生の阻止という刑事政策目的にあつたといつてよい。具体的にいえば、いったん犯行に着手したら、その行為者は、法益侵害の危険を設定した者であると同時に、その危険の進展を制御する者でもあり、その行為者が犯行の意を翻し、自己の実行行為により惹起された法益侵害の危険を取り除けば、それは法益の保護にとつてもつとも有効な方法である。したがって、法益をさらなる侵害から保護し、とりわけ既遂結果の発生を防止するために、刑の減免を一つの褒賞として、行為者に「引き返すための黄金の橋」をかけてやるのは、立法者が中止犯制度を設けた所以である。

②とくに、政策的考慮がなければ、すでに犯罪が成立している中止犯について、未遂犯よりは違法性、責任の減少があるからその刑を必要的に減輕することを説明できるとしても、どういう場合に免除するのかを説明できない。法文は「自己」の意思により犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する」と規定しているに過ぎず、「必要的減輕」という解釈上の表現は減輕と免除とを混淆させる恐れがあるともいえる。というのは、いくら中止行為を行なつたとしても、必ずその刑を「減輕」することになるものの、必ずしもその刑を「免除」することではなく、あれはあくまでも正当防衛における「免除」と同じく「情状により」、裁量的に免除することにすぎないからである。この意味においては、「必要的減輕」より、「必要的減輕又は裁量的免除」⁹¹⁾という表現のほうがもつと法の趣旨に合致しているともいえる。それ故、どういう場合に「必要的減輕」に止まるべきか、または、「裁量的免除」にまですべきなのかは、(適用の次元における)刑事政策説、即ち「量刑という形式・限度で政策的考慮が不可欠・不可避である」⁹²⁾。

さらに、③たとえば、殺人の中止未遂が認められるケースで、すでに傷害罪の既遂にあたる事実が発生してしまっている場合に、傷害そのものは既遂に達している以上、傷害行為自体の違法性ないし責任の減少を論じる余地はないにもかかわらず、なぜ科刑において、先行する傷害についての量刑水準を下回り得るのか、また、なぜ傷害罪の法定刑の下限を下回る刑を科し得るのかといえ、中止による恩典を生じさせることにより、重い法益侵害を回避する行動に導くためという政策的考慮に理由を求めざるべきでないであろう。つまり、「犯罪の成否を決定する行為時の違法性や責任の問題を超えた、量刑判断に通じる『刑事政策的な考慮』が勘案されるべきことは争いない⁹⁴」。このように、中止未遂に対する特別な扱いは、政策的考慮から切り離して論じることは不可能である。

また、④刑事政策説は、現行刑法が既遂後の中止犯成立を否定していることをよく説明できる。すなわち、たとえ行為者が犯行を後悔し真摯な努力を払って結果防止に努めたとしても、行為者の意向に反して結果が発生した以上は中止犯になる余地がない。さらに、結果が発生した後、行為者が盗品の返還、損害賠償、被害者への謝罪など真摯な行為を行なったとしても、中止犯になることはない。法律説のみでは、この点を説明することができない。というのは、その場合には、「任意性」と「中止行為」があったことを否定できず、違法性または責任の減少を認めざるを得ないからである。ただ、刑事政策説からみれば、刑法は法益を保護し犯罪結果の発生を防止するために中止犯規定を置いたのであり、結果が発生した場合には法益がすでに侵害されているためそもそも法益保護という刑法の最大の目的が期待できなくなるから、中止者の行為を量刑面においては考慮することができるが、法益を保護するために規定されている必要的減免を与える余地はなくなるといえる。

(3) 「刑法の目的はまず犯罪予防にある」という政策的志向は、刑事政策説(新しい政策説も同様)が主張された根本的な理由であり、そうした政策的志向は当然肯認すべきものである。ただ、その前提となつてゐるのは、「実行行為に

着手した者が、自己の意思によつ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障礙未遂と変わりがない⁽⁹⁵⁾との理解であり、そのような理解は、中止未遂と障害未遂との差異を無視しているものであり、妥当ではない。

さらに、刑事政策説の説明には限界があると認めなければならない。第一に、すでに批判されているように、犯罪の本質である違法、責任を離れた単なる「政策的配慮」は、立法者の恣意に結びつく危険なしとはいえない。第二に、同説の趣旨は賞賛すべきであるものの、犯罪防止のためのみならば、裁量的減輕でも十分であり、必要的減免にまでする必要はないかという疑念を払しょくしきれない。したがって、違法性または責任の減少の点を考慮せず政策説のみでは中止犯の必要的減免の根拠を十分に説明できないといえる。さらに、第三に、刑法の規定が政策的意義を有するのは中止犯規定に固有の性格ではなく、その「実質」的根拠は、やはり「違法」・「責任」といった「犯罪の実質」に求められるべきであり、違法と責任という犯罪の要素を通じてはじめて中止犯規定の政策的意義を具現化しうる。つまり、政策説のみでは刑の減免に明確な基準を与えることができず、違法、責任という構成要件要素に還元しなければならぬのである。

したがって、褒賞的な、そして予防論的意味を含めた刑事政策的考慮を加味しなければ、中止犯の減免理由を解明することは不可能であるが、逆に、違法性や責任の減少を一切考慮せず、政策的な理由のみで説明しようとする刑事政策説は「中止犯の法的性格とその基本構造ないし成立要件との関連に対する考慮に乏しい」⁽⁹⁶⁾から、それだけでは充分とはいえない。刑事政策説と法律説を結合してはじめて中止犯の法的性格を適正に説明できると思う。

(二) 違法性減少説

違法性減少説は、任意性を主観的違法要素と捉え、任意の中止行為に違法性の減少を求めるが、その核心は、中止犯

における違法性を実行行為と中止行為とを全体として一つのものとして評価する点にある。同説は、責任減少説からのみならず、総合説、新しい政策説からも種々の批判を受けている。違法性減少説の可否を判断するにあたって核心的な問題は、障害未遂と中止未遂とでは違法性の点で違いがあるかにある。ここでは、同説に対する批判を検討したうえで、その可否を判断したい。

(1) 周知のように、①違法性判断は過去の事実に対する評価であり、「過去の事実は過去に確定したものであり、変えようがない」⁹⁷⁾という批判、さらに、②法益侵害の現実的危険が消滅された以上、違法性の程度に関して中止犯を未遂犯から区別する理由はないという批判は、主に結果無価値論からのものである。「前提的検討」において論じたように、この二つの批判は理由のあるものではない。

(2) 違法性減少説に対しては、正犯の違法減少は共犯者に連带的に働くので、中止犯の一身専属的效果に反する、という批判がなされてきた。この批判について、佐伯教授は、因果的共犯論の立場から、その批判は「根拠のないものである」と指摘している。なぜならば、「違法の連帯性の根拠は因果的共犯論にあり、違法が連带的に働くのは、各共犯者の行為と発生した違法（法益侵害またはその危険）の間に因果性が認められる限りにおいてである。中止行為に参与していない共犯者は、中止行為による『違法減少』となら因果性を有していないのであるから、その者に中止犯の効果が及ばないのは当然のことである」⁹⁸⁾からである。教授の見解は一理があるが、ただ、中止犯の違法減少は「既遂犯の場合と比べた減少にすぎない」⁹⁹⁾という違法性の減少に関する教授の理解に賛同し難い。

さらに、たしかに、大谷博士の指摘するように、違法性は行為無価値についての評価であるとすれば、行為自体の連動がありえないから、共犯と中止犯との関連で矛盾が生ずるとの批判は違法性減少説に当たらないはずである。しかし、上述したように、違法性減少説のうち、結果無価値論から法益侵害危険の消滅と主張するものもあり、大谷博士の反論

のみに基づけば、それらの見解はその批判を甘んじて受けざるをえなくなる。その意味において、より実質的な問題は、共犯の従属性および違法の相対性をいかに理解するかにあると思う。制限従属性説を主張し、しかも違法の相対性を否定するならば、その批判は妥当するが、これに対し、最小限従属性説を主張し、違法の相対性を認めるならば、その批判はまったく問題にならない。なお、当然のことであるが、その批判は違法性・責任減少説、総合説にもあたらない。

(3) 「主観的違法要素としての故意の放棄に基づいて違法性が減少することは認められ得るが、それは、あくまでも故意放棄の限度においてである。もし中止犯の法的性格が違法性減少に尽きるのであれば、中止行為について任意性を要求する必要はないはずである」という批判もある。たしかにそれは、違法性減少説のうち、単に主観面と客観面のいずれかを減免根拠とする見解にあてはまると思う。ただ「自己の意思による」中止行為という主観面、自己の意思による「中止行為」という客観面の両方をもって、違法性の減少を根拠づける見解には必ずしもあてはまらない。なぜならば、行為は、主観・客観の全体構造を持った統一体であるから、主観面と客観面の両方があつてはじめて中止犯成立の可能性があるからである。

具体的にいえば、行為は主観・客観の全体構造をもつものであり、行為者の主観も判断の対象にしなければ、その行為が客観的に法秩序に反するものといえるかどうか判断できないから、故意を構成要件の主観的違法要素にする違法性減少説からみれば、違法性減少の根拠は危険消滅という客観面に尽きず、中止行為が「自己の意思によ」るものでなければならぬ。行為自体の客観的な違法性は行為者の主観的要素と無関係ではなく、主観的要素が違法性の有無や強弱に影響するものであるからである。その理解からみれば、「故意の放棄」だけでは中止犯の主観面の要件を満足できず、それに「任意性」を加えなければならぬのは当然であるため、上記の批判は決定的批判にならないといえる。さらに、「もし故意の放棄のみで十分だとするなら、故意は放棄されたがそれにもかかわらず結果が発生してしまった場合であ

つても中止未遂は成立するとすべきことにな」るから、同批判は責任減少説にも妥当であろう。⁽¹⁰⁾

(4) また、違法性減少説に対しては、行為者自身の行為で結果の発生を防止していない場合に違法性減少を認めることが困難である⁽¹¹⁾という批判が責任減少説から寄せられているが、この批判は、中止行為と結果不発生との間に因果関係が不可欠であるかどうかの問題であり、それは違法性減少説に対する批判であるというより、むしろ中止犯の成立要件にかかわるものである。

周知のように、中止犯が成立するためには、任意性、中止行為、危険の消滅（結果の不発生）という三つの要件が必要である。上記の理解による違法性減少説から見れば、危険状態は第三者の救助行為によって消滅された場合、または、はじめから結果が発生しえない欠効未遂のような場合においても、中止者は自己の意思によって、結果防止に足りる中止行為をして、結局は結果が発生しなかったならば、それですでに任意性、中止行為、危険の消滅という要件を充足しているから、中止犯の適用、少なくとも準用を認めることは十分可能である。いいかえれば、違法性減少説に立ったからといって必然的に準中止犯を認めにくくなるというわけではない。自己の意思により既遂結果の発生を防止するに足る努力をし、かつ、現実的に結果が発生しなかったならば、行為者の違法性減少と責任減少を認め得るし、必ずしも結果防止のための努力と結果不発生との因果性を要求しているわけではないからである。

(5) 行為者の態度とは無関係に結果が発生しなかった場合には、およそ中止未遂の成立を否定すべきことになる⁽¹²⁾という批判にいう「行為者の態度とは無関係に結果が発生しなかった」とは、実は二つのケースが考えられる。第一に、例えば、欠効未遂のような結果の不発生が行為者の意思に反するどころか、むしろ行為者の意思に合致する場合には、結果の不発生が行為者の態度（主観）に支配されるものではなく、「無関係」であるといえるものの、前述したように、この場合には、行為者が任意性、中止行為、危険消滅という三つの要件を満足すれば違法性の減少が認められ、中止犯が成立

すべきである。第二のケースとして、結果の不発生が行為者の意思に反する場合には、そもそも任意性がないから、当然ながら違法性の減少が認められず、中止犯が成立することはない。

(6) さらに、違法性減少説に対しては、責任減少の点も加味しないと中止犯の法的性格を合理的に説明できないという批判もある。この批判は、「違法は客観的、責任は主観的」という原則を前提とし、責任の減少が認められなければ任意性という要件を説明できないとするものであると思われる。故意を主観的構成要件要素と認める違法性減少説によれば、行為者の主観面も違法性に影響するものであるから、任意性の要件をまったく説明できないわけではない。ただ、違法性減少が認められたからといって、責任の減少をいっさい考慮しなくてもいいということでもないから、その批判自体は傾聴すべきところがあるといえる。

具体的にいえば、第一に、たしかに、違法性が責任に対して理論的先行性があり、違法性のあるものについてのみ責任が追及され、違法性がなければ責任が追及されることはない。ただ、違法性があれば責任阻却事由がない限りその違法性に相当する責任が追及されるはずであり、責任を追及することを通じてはじめて、その違法性に対する評価が現実化される。

第二に、違法二元論は故意を主観的違法要素であるとともに責任要素でもあると理解しているから、「自己の意思による」中止が違法性のみならず責任をも減少させるはずである。すなわち、行為者が犯罪の世界に足を踏み入れた後に、法の呼びかけに応じて法の期待される中止行為を自己の意思で行なって、結果発生の危険が消滅された場合には、責任の対象たる行為の違法性が減少されると同時に、行為の反社会性も事後的に減少され、その行為に対する責任非難の程度も減少されると考えられる。

第三に、上述した、違法性減少説が責任減少説を採用しない根拠は一定の合理性があるが、責任減少説を納得させる

ほど説得力のあるものではない。それらの根拠は、あくまでも責任減少のみを基礎とする責任減少説についてのものであり、違法性減少に責任減少をも加味する見解を否定する理由にはならないからである。例えば、責任減少説からすれば悔悟を要件とするのが徹底しているとの批判は、道義的責任論を基礎とする責任減少説についてだけあてはまるものにすぎない。

(7) 中止犯の減免根拠は、違法性の減少のみでは説明できない。なぜならば、刑法は、いかに違法性が減少しようとも、結果を生ぜしめた場合には褒賞を与えるべきではないとして中止犯を未遂に限定しているものであり、思いとどまった行為者への褒賞による結果防止を目的にした刑事政策説を離れてはこの点を説明できないからである。また、同じく、たとえ責任または違法性と責任が減少したとしても、結果が発生した以上は中止犯にならないから、同様の批判は責任減少説、違法性・責任減少説にも妥当する。

(8) 思うに、違法性減少説は、既遂に至り、それによって法益侵害またはその重大な危険を生じるに至れば、いくら真摯な努力を払ったとしても、その違法性が大であるから、もはや中止未遂あるいはそれに準ずるような寛大な取扱いを受けられないということはうまく説明できる。しかし、責任減少説を切り捨てる根拠はない。刑の減輕と免除の選択をうまく説明するためには、違法性減少のほかにも、責任の減少、さらに政策的考慮も必要となるのである。

(三) 責任減少説

周知のように、責任減少説は多くの論者によって支持されているが、「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の見解が主張され帰一するところがない」⁽¹⁰⁾状況にある。中止行為・中止の任意性という成立要件のうち、中止行為によって、いったん発生した法益侵害の危険性を自ら減少ないし消滅させたという客観的側面を強調す

る違法性減少説と異なり、責任減少説は、その中止行為が任意に行なわれたという主観的側面を強調し、中止犯の本質的特徴は、客観的要件(中止行為)ではなく主観的要件(中止の任意性)にあると主張する^⑭。その理論構成を見れば、同説は、④任意性は責任の減少、結果の不発生は違法性の減少に関係し、障害未遂と中止未遂とともに結果発生の危険性が消滅され、その結果が発生していないから、両者は違法性において違いがないこと、かつ、⑤任意性は主観的違法要素ではなく責任要素であること、という二点を前提にしていることがわかる。そうだとすれば、障害未遂と中止未遂は違法性減少の面において同様であるから、それをとくとりあげる必要はなく、責任の減少から説明すれば足りると理解されているかもしれない。ただ、「前提的検討」において述べたように、「行為の主観面と客観面の両方を重視する違法二元論の立場からは、そうした責任減少説の前提自体に賛同し難い。

(1) 上記の前提に基づく責任減少説は責任に対する違法性の論理的先行性を看過し、違法性の減少を全面的に否定することは妥当でないと思う。具体的にいえば、第一に、責任は違法性のある行為についての評価であり、中止犯において責任非難が減少することも、違法性を減少させたことの責任論への反映にほかならない。なぜならば、違法減少に伴う責任減少は、体系の論理として当然の帰結だからである^⑮。第二に、違法二元論からみれば、故意は違法要素であり責任要素でもあるから、任意性という「故意」は責任の面において作用する前に、まず中止行為と共に違法性の減少を根拠づけている。そのため、責任に対する違法性の理論的先行性を無視し、違法性を切り捨て責任のみによって中止犯の法的性格を適正に説明することはできない。

(2) 前述したように、責任減少説によると、結果が発生したとしても中止犯を認めるのが論理的であり、それは現行法の解釈として妥当ではないという批判に対して、責任減少説からは中止犯が未遂犯の一種であることは当然の前提であると反論されている。たしかに、中止犯が未遂の場合に限られるのは、現行法の制約であって、同批判は必ずしも決定

的な意義を有するものではない。しかし、責任減少説は中止犯の成立を未遂犯の枠内に限定したのは条文の規定を遵守していたにすぎず、同説の理論構成そのものから論理的に導かれてきた結論ではなく、その反論は説得力のあるものは到底いえない。

(3) 責任減少説によれば、広義の悔悟など法の規定する文言以上のことを要求することになり、中止犯の成立範囲が狭くなりすぎるといふ批判に対して、責任減少説からはそのような批判は法的責任論をとる見解には妥当しないと反論されている。たしかに、その反論には一理あると思うが、責任減少説が法的責任と倫理的責任を混同し、倫理的責任の減少を基礎にして責任減少を認め、あるいは、任意による犯意の放棄では足りず反省、悔悟などといったなんらかの倫理的に是認しうる動機・意思に基づくことを要求することにつながるやうなことは否定できない。さらに、中止行為について、単に「自己の意思」による中止行為にとどまらず、少なくとも真摯性のある努力など「ほめられるべき」動機にもとづく中止行為が行われることが要求されることになるが、それは犯罪者に不利益な解釈にほかならない。したがって、中止犯の成立範囲が不当に制限されてしまうおそれがないわけではない。なぜならば、「一般に、他の機会を待つのが得策だと考えて中止した場合や、たとえば、被害者から現金を受け取って強姦を中止した場合などにも中止犯になりうるとされている」⁽¹²⁾が、同説によるならば、そのような場合は中止犯になり得ないからである。

(4) 一部の責任減少説の論者は違法性減少説を批判するにあたって、違法は故意が放棄される以前になされた実行行為、あるいはそれによって惹起された危険状態に対する評価であるから、すでになされた行為の違法性そのものが事後に減少すると考えるのは困難であることを、理由の一つとして挙げているが、他方において、責任評価は固定的ではなく「流動的であり、実行行為の終了によってはじめて確定する」とも主張している⁽¹³⁾。しかし、責任も一つの評価以外のなものでもないから、「前提的検討」において述べたところから分かるように、その論理を徹底すれば、すでに未遂

犯が成立している以上、犯罪成立要件としての責任が事後的に減少するということもありえないはずであり、違法減少説に対するこの批判は、責任減少説にそのまま妥当することになる。すなわち、「責任評価が流動的で、実行行為の終了によっ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ろう。したがって、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」ってしまう¹⁵⁾。その意味においては、上記のような責任減少説の主張に理論的整合性があるかについては疑問がある。

(5) もっとも、責任減少説によれば、決意の撤回ないし中止行為がなされた以上非難可能性は減少ないし消滅することとなるから、未遂に終わると既遂に達するとを問わず中止犯を認めることとなり、現行刑法の解釈としては妥当でないとして、「責任減少説を認めて他の説との結合を説く見解および総合説を支持することはできない」という批判が違法性減少説からなされているが、そのような批判には異議がないわけではない。というのは、責任減少(一元)説についてその批判はあてはまるものの、それを総合説にまで波及していく理由はないからである。責任減少説が少なからぬ問題を抱えているものの、自己の意思により中止した場合には責任の減少があること自体は否定できない。違法性減少に責任減少を付け加えるのは、責任減少説で中止犯の法的性格を適正に説明できないことからの要請であるというより、むしろ両者の理論的前後関係からの必然的要求でもあるといふべきであろう。

(6) 思うに、責任減少説は、自己の意思による自発的な主観的態度を違法ではなく責任に関連させることよって、「**「犯と中止」**において問題となる中止犯の一身専属的效果を説明しやすいとともに、「**違法は客観的に、責任は主観的に**」という伝統的な体系論からみると、責任の事後的な減少の方が違法の減少よりも理解しやすというメリットを持つといえる。しかも、現行法が「**自己の意思によ**」る中止を要求しているのは、中止行為が行為者の規範意識に根拠を持つことを要求するものであり、責任減少をも不可欠な要件とする趣旨にほかならない。ただ、責任減少のみでは中止

犯の法的性格を説明しきれず、その前提にある違法性の減少、さらに刑事政策的考慮も不可欠なのである。そして、後述する違法性・責任減少説は、まさにこの点から主張されてきたものである。

(四) 違法性・責任減少説

違法性・責任減少説は、違法性減少説または責任減少説の欠陥を克服することによって中止犯の構造を説明しやすく、より明確に中止犯の法的性格を説明できると評価すべきである。ただ、違法、責任という犯罪の実質から政策的考慮が基礎づけられるべきであることは間違いないが、それをもって政策説を排除する理由になるとは思われない。

(1) 違法性・責任減少説に対しては、違法性減少と責任減少の区別が不明確になるといふ批判がなされている。この批判の根底には、違法性は責任に先行する概念であるから、中止犯の法的性格として違法性の減少と責任の減少は両立できないという考慮がある。しかし、「前提的検討」において論じたように、中止犯の法的性格を説明するにあたっては、違法性と責任はそれぞれの役割を果たしているのであるから、違法性の責任に対する理論的先行性を考慮しながら違法性と責任との減少を認めなければならない。したがって、上記の批判は特に意味のあるものとは思われない。そして、この反論は、後述する総合説になされている同様の批判にも妥当である。

(2) 井田説は示唆に富む見解であり、巧みな解釈であるといえる。しかし、井田説に対しても疑問がないわけではない。第一に、現行刑法にある中止犯規定は、あくまでも未遂犯が成立するという前提のもとに刑の減免を行うという量刑にかかわるものにはすぎないから、中止犯を「マイナスの犯罪」と位置づけて、中止犯規定を通常の犯罪構成要件と「逆の方向に向かった」構成要件と解することは犯罪の成否と、犯罪成立後の量刑という次元のまったく異なるものをパラレルに論ずることであり、妥当とはいえない。したがって、まず、その理論構成に疑問がある。

第二に、中止犯規定は通常の犯罪構成要件と「逆の方向に向かった」構成要件であるならば、中止行為と結果不発生との因果関係の要否の問題について、たとえば、毒を盛った後で思い直して解毒の努力をしたが、もともと毒が致死量に達していなかったがためにたとえ解毒の処置をしなくても結果が発生しえなかった場合には、解毒の努力と結果不発生との間に因果関係はないから中止犯が成立しないとするのが筋であろう。なぜならば、通常の犯罪が成立するためには、実行行為と結果との因果関係が不可欠であるのに対し、「逆の方向に向かった」構成要件としての中止犯の場合には、中止行為と結果不発生との間に因果関係が必要とされるのは当然であるからである。ただ、そうすると、毒が致死量に達していたときに中止犯が成立することとの間に不均衡が生じかねない。その不均衡を解消するために、因果関係が不要であるという結論を、通常の因果関係論とは別の視点から根拠づけなければならない¹⁶⁾。実際に、教授は結果不法と行為不法との関係にその根拠を求めている。

第三に、井田説は「中止犯の規定は、通常の犯罪の構成要件とは切り離された、独自の(マイナス)犯罪の要件を定めるものとして理解することができる¹⁷⁾」としているから、中止行為の評価は先行する実行行為の評価とは切り離して中止行為それ自体について独立に問題とされなければならないという見解に賛成することになる¹⁸⁾。しかし、前述したように、中止行為は実行行為の実効性を否定するものであり、中止犯規定は実行行為および中止行為その全般に対する規定であるから、中止行為と実行行為を別々に論ずることは適正な結論につながらず、適当とは言えない。

(3) 違法性・責任減少説は、中止行為と任意性とを分離し、中止行為は違法性の減少、任意性は責任の減少になるという構造をとっているが、故意を主観的違法要素であり責任要素でもあるとする違法二元論の立場からみれば、「自己の意思による中止」を一体的に把握し、これを違法性判断の対象として把握すべきであるから、それは妥当なやりかたではない。

(4) そもそも政策説と法律説は、必ずしも対立する関係にあるものではない。特に、現行刑法上、中止犯は、違法性または責任が消滅するのではなく、単に減少するにすぎないから、違法性・責任減少説は「刑の減輕」をうまく説明できるとしても、政策的考慮を切りはなして「刑の免除（可罰性の消滅）をうまく説明できるかについて疑問を禁じえない。それ故、適切に中止犯の法的性格を説明するためには、違法性・責任の減少だけでは足りず、政策説も不可欠な要素である。

(五) 新しい政策説

平野博士は結果無価値論の立場から、違法性減少説を主張しながら、それを、刑事政策説を「理論的に表現したもの」であると^②する。山口教授を中心に唱えられてきた新しい政策説はまさにこの平野理論に由来し、さらに結果無価値論を徹底した（未遂犯においても故意を主観的違法要素として認めない）ものともいえる。同説は、従来の政策説のうちの「奨励説」と基本的に発想が同じであるが、結果無価値論を徹底し、行為者が任意に中止行為を行ったからその主観を褒賞するというより、中止犯規定の意義は行為者の既遂結果発生^③の危険消滅行為に対する褒賞として刑の減免を与えるものであると^④解し、行為者の客観面に重点をおいている。しかも、従来の政策説と異なり、法律説と対立的な関係に位置せず、ただその法律的な根拠が政策説に表現し尽くされるとする。たとえば、山口教授は、「本書の見解は、従来の用語法に従えば、違法・責任減少説と表現することが可能である」と^⑤する。ここでは、従来の政策説と区別する意味で、同説を新しい政策説を称する。

同説が予防効果を重視し、政策説を前面に打ち出すこと自体は有意義であるといえるが、前述したような二点の前提について、違法二元論からみれば、その前提自体に問題があるといわざるを得ない。

さらに、同説は以下の三つの大きな特徴がみられる。①既遂結果に至る危険が中止行為によつて消滅させることが必要であるから、常に既遂結果不発生に対する因果性の要件が要求されるのみならず、既遂結果発生の具体的危険があつても現実には発生不能な場合には中止犯を認める余地がないとされる(ここは、同説と従来の「奨励説」との最大の違いでもある)。②既遂結果発生の危険を除去することに中止犯規定の主たる趣旨を見出すので、任意性の要件は、意義の極めて軽いものとなり、中止行為を強制されたような極めて例外的な場合以外には欠けることのないものであることになる。^③中止行為は主観と客観の両方に係わるものであり、中止行為と危険の消滅との間に因果関係が必要である(客観的中止要件)にとどまらず、しかも、行為者には自己の中止行為により危険を消滅させることの認識が必要である(主観的中止要件)とされる。

(1) 山口説は、中止行為の認識があれば原則として任意性の要件を肯定し、主観的違法要素としての故意の放棄ではなく、中止行為による既遂結果惹起の危険の消滅を中止行為の本質と捉える点に特徴があり、注目に値する見解である。しかし、同説には賛同し難い。同説に対する前述した批判以外に、さらに、第一に、教授は「既遂結果発生の危険」の消滅を中止行為の本質と捉えながら、実行行為と中止行為を分けて考えるべきだと主張している。その間には理論的一貫性があるかについて疑問の余地がある。なぜならば、中止行為の実施前の「前段階」を一つの事実としてみるならば、その段階に起きた「既遂結果発生の危険」が違法性・責任という評価と同じく、すでに一つの事実として存在しており、消滅することはありえないはずであるからである。すなわち、「既遂結果発生の危険」の消滅は、実行行為と中止行為を総合的にみてはじめて可能である。

さらに、第二に、同説は「危険消滅説」ともいわれ、中止犯規定は、未遂犯の成立により危険が招致された具体的被害法益を救助するために、「既遂結果惹起の危険」の消滅を奨励するために設けられた純然たる政策的なものであると

する。⁽¹²⁸⁾ そうすると、結果的に既遂危険も消滅されている障害未遂（同説はまさにこれを理由として、中止犯と障害未遂とは違法性の面において同様であると主張されている）から区別するために、任意性の面には限定主観説にまでいかなくても、少なくとも客観面には政策的にほめられるべき行為を行なって初めて中止犯の特典を与えるに値するのが筋道であろう。⁽¹²⁹⁾ なぜならば、既遂結果惹起の危険の消滅は中止犯の実質的要件の一つにすぎず、すべての要件ではないからである。もっとも、論者は「行為者が危険消滅の意思でそれを達成した場合には、原則として中止犯が成立する」とし、さらに、中止犯の成立要件として「任意性の要件の意義は極めて軽いものとな」り、さらに、「こうした中止の客観的要件に対応した認識（危険消滅の認識）を行為者が有している場合にのみ、中止の要件の充足を認めることができる」と主張している。それならば、その要件は同説の前提である前記の意味における政策説と理論的一貫性があるかが疑問となる。

第三に、通常ならば、中止行為と結果不発生との「因果関係」が必要になるが、欠効未遂などの場合にも因果関係を要求するならば行き過ぎであるといわざるを得ない。

第四に、刑の減免基準は結局、立法政策によって付与された特別な違法性や責任の減少に求めざるをえないから、「中止犯は一般の犯罪とは『逆の方向にあった』構成要件からなるものである」とすることは理解できないでもないが、しかし、違法性・責任減少説に関し、井田説について述べたように、現行法では中止犯は未遂犯の一形態であり、犯罪でもあるから、その主張は適当ではない。

第五に、政策的意義は大きいであるものの、自己の意思により犯罪結果の発生を防止したものに對して、刑の減免という優遇を与えるのは一方的な褒賞ではなく、刑事政策からの要請だけでもない。それは、責任主義からの要請でもあるから、政策説のみでは中止犯の法的性格をカバーしきれない。

第六に、中止犯の減免根拠は違法性また責任の減少にあるのではなく、単に政策的なものに尽きるならば、どういう基準でどのように中止犯の効果である「減輕」と「免除」を選択するのが不明であり、恣意に流れる恐れがないとはいえないであろう。

(2) 伊東説は、独自の政策説として注目には値する見解であるが、立法者が中止犯の規定を設ける際に一般予防効果を考慮していないとみることが妥当かについては疑問の余地がある¹⁰⁾。

(3) 思うに、現在になって、必要的減免の根拠に政策的側面と法律的側面があることは一般的に認められており、違いは政策面と法律面のいずれに重点をおいて説明するのみにすぎず、どの説も正当なところもあれば不当なところもあるから、政策説と法律説を対抗軸としてとらえること自体はさほど意味のあるものではない。新しい政策説を唱えても、必ずしも違法性減少、責任減少を一律に否定する理由はない。故意を責任要素に位置づけ、違法性と責任は事後に変更し得ないという立場をとれば、新しい政策説には一理あると思う。しかし、違法二元論、規範的責任論からすれば、むしろ正面から総合説をとり、各説の正当なところを吸収し、その不当なところを克服すべきであろう。

(六) 総合説

以上の論述から、政策説と法律説とが対立的な「二者択一」の関係にあるものではなく、各説とも中止未遂規定のもつ法的性格の一面を指摘していることは否定できないと思われる、結局、総合説が妥当であることが分かる。ただ、通説と異なり、本稿は、刑事政策説を基本にする総合説を主張したい。

(1) 中止犯の法的性格としては違法性の減少を挙げれば足りるはずであるのに、それを責任の減少と並列することは妥当ではないという批判は違法性・責任減少説にもなされているが、前述したように、正しい批判であるとは思わない。

(2) 総合説に対しては、違法性と責任との関係を不明確にしているとの批判もある。たしかに、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、またはそのどちら一方しか認められないというやり方は、総合説として理論的一貫性があるとは思わないから、これは理由のある批判であるともいえる。しかし、指摘したように、それは、責任減少説に傾き、悔悟を責任減少の要素とする総合説のなかの一部の見解（例えば、大塚説、板倉説）についていえるものにすぎず、総合説そのものを否定する理由にならない。

(3) 総合説は各説の難点を内包しているとも批判されているが、むしろ各説はそれぞれの難点があるからこそ、総合的に判断する実益があり、または逆に、総合説は各説がそれぞれ抱えている難点を克服したともいえる。例えば、政策説のいう政策はあくまで法益保護という立場のものであるから、既遂に達したものについては、政策説のみではなく総合説からみても、中止犯の恩典を入れる余地はもととない。しかも、共犯の中止の場合には、中止者以外の共犯者に規範的意識の回復が見られないから、責任減少説のみではなく、総合説から見ても、中止犯の恩恵を受けられないのは当然である。

(4) ただ、「中止未遂規定に刑事政策的効果があることをもって中止未遂の法律的性質に還元されるものであるとするならば、あえて両説を『併存』させる必要は全く存在しない」こと、『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けない¹³³こと、さらに、「従来¹³⁴の通説は、法律説と政策説を併合することにより前者では説明できないことを後者で説明するという便宜主義をとっていたため、中止犯の成立要件を一貫した立場で説明できない¹³⁵」ことが総合説の問題点として指摘されていることから、総合説を主張するためには、その内部関係を整理しなければならない。

まず、政策説と法律説の関係について、本稿は、政策説は「今日では法律説を補充するものとしてしか意義は認めら

れない¹⁵⁶⁾という通説的な見解には賛同しかねる。第一に、立法者は、ある刑事政策的な目的を達成するために中止犯を含めたすべての刑法規定を設けたのであり、これは当然の理であることは否定できない。それ故、刑法規定の根底にある刑事政策的考慮を離れて、単に違法性減少または責任減少から中止犯の法的性格を検討するのは、方法論的に正しいこととは言いかねる。具体的にいえば、中止犯の場合には、刑を減免すると約束することを通じて、法益を保護し、また、実行行為を行った行為者を法益の侵害者からその保護者に誘導していくことは立法者が第一に求めていることであると認めなければならない。言い換えれば、中止犯は、刑事政策的理由だけではなく、違法性・責任など犯罪の本質を含めて総合的に理解すべきであるのは当然であるが、中止犯の法的性格を検討する前には、そもそも何のために中止犯規定をつくったのかという立法者の意図を探求しなければならぬ。つまり、中止犯の本質は自己の意思による立ち戻りへの報奨という政策性にみるべきであり、そこを基点として法的な基準を導き出すべきである¹⁵⁷⁾。逆にいえば、およそ立法者が政策を講じようとする場合、そこには政策的効果を達成するためにどのような法的評価が出すべきかという考慮も存在しているはずである。さらに、政策的考慮が違法性・責任など犯罪の本質を通じてはじめて具現化されるから、法律的な裏づけを全く持たない「政策」というものはありえない。したがって、刑事政策と犯罪論とはこのように不可分の関係にあるものであり、中止犯の場合には、両者は、政策説が中止犯規定の根底にあり、法律説が政策説の具現化であるという関係にあると思う。

政策説は、刑の減輕または免除という褒賞を約束することによって、結果の防止の最後の努力をしようとするのである。最近の立法には、中止犯とほぼ同じ趣旨で、褒賞ないし特典を与えることによって犯人を刑事政策的に望ましい行動に導こうとする規定はほかにかなり多く存在する¹⁵⁸⁾。たとえば、刑法は、身の代金目的略取誘拐罪に関して、犯人が公訴提起前に被拐取者を解放したときは刑を必要的に減輕する旨の規定(二二八条の二)を置いているが、これは、犯

人が被拐取者を殺害するおそれがあるところから、犯人に犯罪からの後退の道を与え、被拐取者の生命の安全を図るための刑事政策的規定であることは明らかである。⁽¹³⁾ ほかに、自首（四二条）、偽証・虚偽告訴の場合の自白（二七〇条、一七三条）なども同じ趣旨だといえる。

最近、山本教授は政策説を基本とし、その理論性を違法性・責任の減少に求めて、それらを総合的に判断すべきであるとす。具体的には、政策説と法律説は対立的なものではなく、中止犯の本質は自己の意思による立ち戻りへの報奨という政策性にみるべきであり、そこを起点として違法性・責任という法的基準を導き出すべきであるとしている。⁽¹⁴⁾

次に、法律説の中にある違法性減少と責任減少との関係については、前述したように、両者は包括関係にあるのではなく、それぞれ違った次元から中止犯の減免根拠、さらに違った側面から中止犯の成立要件を説明しているから、いずれも不可欠な要素である。ただ、違法性は責任に先行する概念であり、違法性がなければ責任の減少もない。当然ながら、違法性とくに責任は量・程度のある概念であるから、常に同程度に減少しなければならないわけではない。

3 中止効果の選択

さらに、いかに中止効果としての刑の免除と減輕を選択するかという問題もある。法文には明確な基準が示されていないから、裁判官の自由裁量により決定するしかないところが多く、解釈論としてできるのは可能な限りの判断指針を示すにすぎないと思う。

この問題、とくにいかなる場合に刑の免除をするかについては、違法性の減少、責任の減少、違法性および責任の減少などに免除の根拠を各々求める見解があり、統一的な見解がないのが学説の現状である。たとえば、木村静子教授は、「犯罪が成立した以上、違法あるいは責任がいかに小さくとも、特別の刑罰阻却事由が存する場合のほかは、刑罰が科

せられる。違法あるいは責任がもはや罰するに価しないほど極度に小さい場合は、刑が免除されるのではなく、犯罪が成立しないと考えるべきであるから、そこには「政策的理由があるのではなからうか」と、政策的理由からアプローチしている⁽¹⁴⁾。塩谷教授は刑事政策説(報奨説)の立場から、「免除の効果を与えるためには、特別予防の観点から処罰の必要性が減少し刑を免除するという恩典を与えるのにふさわしい動機から中止したものだけを選択すべきであり、この場合には限定主観説の基準によって広い意味での後悔によつた場合だけがそれにあたりうるとすべきである⁽¹⁵⁾」とする。松宮教授は、刑事政策説の立場から、「中止未遂になるためには無限定主観説、しかし免除になるためには限定主観説という二段階の構えをとることが考えられます⁽¹⁶⁾」とする。西原教授は、「刑の免除は犯罪の成立を前提としているのであるから、中止犯の場合も違法性消滅を認めるわけにはいかない。違法性の減少の程度の高い場合が刑の免除で、さほどでない場合が減輕と考えるべきである⁽¹⁶⁾」とし、また、齊藤教授は、「違法性の消滅は、刑の軽重をもたらずだけなので、刑の免除は政策的理由から説明するほかはな⁽¹⁶⁾」く、具体的に「刑罰の免除に関しては倫理的動機に基づく中止が要求されるべきである⁽¹⁷⁾」として、違法性減少からの説明をしている。木村博士は、「任意の中止によつて危険性が完全に消滅すると解せられる場合には刑の免除を為すべく⁽¹⁸⁾」とし、岡野教授は、「限定主観説の要求する任意性の認められるときは、刑を免除すべきものと考える⁽¹⁹⁾」として、責任の減少に免除の根拠を求めている。板倉博士は、「違法性の減少や責任の減少という見地からだけでは、刑の減輕にとどまるが、両者を総合すると、刑の免除も認められるという場合もあろう⁽²⁰⁾」とし、内田教授は、「刑の『必要的減輕』は『違法減少』の効果として、刑の『必要的免除』は『違法減少』・『責任減少』の効果として、それぞれこれを説明しうる⁽²¹⁾」とし、金澤教授は「個々の事案に即して判断して、中止未遂における法益の危殆化とその消滅の構造に照らして、違法・責任の減少が顕著なものと見做される場合、裁量的な免除が認められることとなろう⁽²²⁾」として、違法性・責任の減少からのアプローチをしている。佐久間教授は、「刑

の免除も、刑事政策的な理由だけで可能となるわけではなく、特に、必要的免除の場合には、違法性または責任が消滅する場合も考えられるのではなからうか」として、総合説の立場から説明しようとしている。それに対して、町田博士は、「加重未遂の場合には刑の減輕に止るのに対してそうでない場合には刑の免除である」として、新しい視点すなわち「加重未遂」という客観的な実害の有無によって刑の減免を選択しようとしている。

諸見解のうち、特に注目すべきなのは岡本教授の見解である。教授は、まず「必要的減免」と表現することによって減輕と免除とを混淆させたままであるところに問題がある」と指摘し、精確な表現として「必要的減輕又は裁量的免除」であるべきだと主張する⁽¹⁵⁾。次に、教授は、「減輕根拠と免除根拠とを同一に同質的なものと解することはできないはずである」として、「中止未遂における減輕根拠は、中止未遂の成立根拠と同一であるが、免除根拠は、成立（＝減輕）根拠にプラスとして、特に免除すべき量刑上の根拠が存在しなければならぬ」という選択基準を示している⁽¹⁶⁾。さらに、「免除の可否は、『自己の意思により中止した』行為をめぐる全ての量刑事情を考慮して判断しなければならない」として、「これらの事情には、自己の意思によるという事実並びに中止したという事実に関連する事情（例えば、自己の意思によつた程度・態様、中止する行為の程度・態様、等）ばかりでなく、中止行為の前後にわたる諸事情も（量刑事情として考慮することが許されるものである限り）全て含まれる」と具体的に考慮すべき量刑事情を示した⁽¹⁷⁾。つまり、「中止未遂に対する免除の可否は、自己の意思による中止行為の違法及び責任の減少を前提にした上で、まず、それらに関連する量刑事情と、さらに、より一般的な量刑事情とを考慮して、総合的に量刑「責任」の軽重を判断し、免除に値する程度に量刑責任が軽いと認められる場合に、刑の免除を言い渡すべきである」ということである⁽¹⁸⁾。

思うに、法文は「必要的減免」という表現を使っているが、中止犯が成立した以上、その刑を「必要的減輕」するのに対して、決して「必要的免除」するのを意味しているわけではなく、あくまでも裁量的に免除するか否かを決定する

のである。したがって、刑の「必要的減輕」と「裁量的免除」をわけて考えるべきである。その意味において、岡本教授の見解に賛同したい。教授は必要的減輕と裁量的免除の根拠をそれぞれ「法律說」的見地、「法律說」と「政策說」との複合的見地から求めている⁽⁸⁾。ただ、綜合説をとる本稿から見れば、必要的減輕の場合に、どの程度減輕するのかを判断する際に、基本的に、違法性と責任がどの程度減少したのかによって判断すべきであるが、政策的な考慮をも判断材料に入れるべきであると思う。さらに、加重未遂を中止犯とは別に処罰するドイツ刑法と違って、日本刑法においては、中止犯の適用が認められる以上は、その実行為によって生じた他の構成要件に該当する事実について、別個の犯罪は成立しない。そのかわりに、その事情は、量刑の段階において反映され、刑の(免除ではなく)減輕にとどまる可能性が高い⁽⁹⁾。したがって、前記の町田博士の見解は、注目に値するものであり、免除の可否の判断にあたって、加重未遂の有無⁽¹⁰⁾およびその程度という客觀的事情をベースにして、補充的に岡本教授の提示した上記の「量刑事情」を総合的に考慮したうえで決定すべきであると思う。

判例においては刑の「免除」が認められた事案が数少ないが、和歌山地判昭和三五年八月八日下刑集二巻七〇八号一〇九頁および和歌山地判昭和三八年七月二二日下刑集五巻七〇八号七五六頁を挙示しておこう。前者は、強姦の目的をもって暴行を加えたが、被害者に哀願されて姦淫することを思いとどまったときは、強姦罪の中止未遂であるとしたうえ、人妻である被害者が、夫の不在中に独身の被告人を自室に宿泊させたことが強姦の中止未遂罪の根本原因であるなどの事情がある場合には、刑の免除が相当であると判示した。後者は、船舶の機関室の窓から点火したマッチの軸木を投入し、同所にあつた衣類に燃移り、一時に発火して炎は右窓口より約三〇センチも上つたところ、悔悟して消火に努め、更に付近住民の協力を求めてこれを消火した場合は、中止犯が成立するとしただけ、放火の方法が危険なものであつても、それが偶発的なものであり、悔悟の念に駆られ、身を艇して消火に努めたなどの事情(放火犯人が、顔面や

両手に火傷を負いながら消火に努め、さらに、付近住民の協力をも得て被害を最小限度に食い止めた」がある場合には、刑の免除が相当であると判示した。前者は被害者に傷害が発生しておらず、かつ被害者の落ち度が犯罪を誘発する根本の原因である事案であり、後者は損害の程度が僅少であり、かつ行為者が最大限の中止行為を行ったと評価すべき事案であり、いずれも「違法性」・「有責性」が極めて微弱化したものである。そこから上記私見をある程度根拠づけられるといえるであろう。

八 おわり

中止犯の法的性格については諸説が主張され、そのうち、法律説と政策説を総合的に考慮すべきであるとする「併合説」が有力になりつつあるが、今なお決着がつかないのが現状である。

思うに、日本刑法では、中止犯が未遂犯の一類型に位置づけられていることから、中止未遂の法的性格は未遂犯の処罰根拠から導かれねばならない。本稿は、未遂犯の処罰根拠は、犯罪意思の表動としての行為自体の有する「構成要件の結果発生の実客的客観的危険性」にあると解し、中止犯の減免根拠として、未遂犯の処罰根拠としての「故意（犯罪意思）」、「実行行為」、「危険性（既遂結果発生の実客的客観的危険性）」に相対する任意性（「自己の意思による」）、中止行為、危険の消滅（結果の未発生）という三つの要件を満足しなければならないとする。さらに、本稿は、違法二元論および規範的責任論の立場から総合説を採用したい。右の成立要件に具体的に併せてみれば、「任意性」・「危険の消滅」は違法性の減少（すなわち、危険の消滅からのみならず、任意性すなわち犯罪意思の自発的な放棄による結果発生の実客的危険の減少ないし消滅から違法性の減少が認められる）、「任意性」・「中止行為」は責任の減少（すなわち、任意的

中止行為は行為有価値の行動であり、そこから法敵対的意思を放棄して法の期待に応える態度が見られる)、「任意性」・「中止行為」・「危険の消滅」は政策的考慮(すなわち、任意的中止行為によって既遂結果発生の危険を消滅させたことは立法者の犯罪防止の目的を実現したものであり、政策的に賞賛すべきことでもある)、をそれぞれ根拠づける。しかも、中止犯の法的性格を検討する前に、立法者がなぜこの規定を作ったのかをまず考えなければならぬから、「中止犯の本質は自己の意思による立ち戻りへの報奨という政策性にみるべきであり、そこを基点として法的な基準を導き出すべきである」⁽¹⁶⁾と思う。したがって、法律説と政策説の関係について、政策説は法律説の補充的な存在ではなく、むしろ法律説の根底にあるものといえる。

中止犯の法的性格は中止犯の基本問題であり、その理解の差異は成立要件や適用範囲にも反映される。具体的には、成立要件については、「自己の意思により」の内容、中止行為と結果不発生との間の因果関係の要否に違いが生じる。適用範囲については、既遂および予備行為に中止犯規定の準用をみとめるかどうか、共犯と中止犯との関係や加重的未遂と中止犯の関係をどう理解するかをめぐって見解が分かれることになる。⁽¹⁶⁾本稿は、これらの点には触れなかったが、今後の課題として、中止犯の要件と適用を検討する際にその関係を明らかにしたい。

(1) 山口厚『刑法総論(第二版)』(有斐閣、二〇〇七年)二七九―二八〇頁、同『問題探求 刑法総論』(有斐閣、一九九八年)二二四―二二五頁、川端博『前田雅英』伊東研祐・山口厚『徹底討論刑法理論の展望』(成文堂、二〇〇三年)三三二頁以下。

(2) 山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』二八〇頁。なお、安田拓人「未遂犯」伊藤涉ほか『アクチュアル刑法総論』(弘文堂、二〇〇五年)二六八頁以下。

(3) 山中敬一「中止犯の減免根拠に関する考察」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集・第二巻(成文堂、二〇〇〇年)四五〇―四五二頁。

(4) 岡本勝「中止未遂における減免根拠に関する一考察」渥美東洋ほか編『刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古稀記念』(信山社、

二〇〇三年）二八〇頁。

(5) 山口厚・前掲注①『問題探求 刑法総論』二二五頁。

(6) 岡本勝・前掲注④二九五頁注(9)。

(7) 城下裕二「中止未遂における任意性について」『小暮得雄先生古稀記念論文集 罪と罰・非情にして人間的なるもの』(信山社、二〇〇五年)五二頁。

(8) 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂、二〇〇七年)三九二頁。

(9) 内藤謙『刑法講義 総論(下)Ⅱ』(有斐閣、二〇〇二年)二二八八頁。

(10) 佐伯仁志「未遂犯論」『法学教室三〇四号(二〇〇六年)一二九〜一三二頁。

(11) 佐伯仁志・前掲注⑩一二九頁。

(12) 佐伯仁志・前掲注⑩一三一頁。

(13) 大塚裕史『刑法総論の思考方法(新版)』(早稲田経営出版、二〇〇五年)一五八〜一六〇頁。

(14) 大塚裕史・前掲注⑬一五八頁。

(15) 大塚裕史・前掲注⑬一六〇頁。

(16) 伊東研祐「積極的特別予防と責任非難——中止犯の法的性格を巡る議論を出発点に」内藤謙Ⅱ芝原邦爾Ⅱ西田典之編『香川博士古稀祝賀 刑事法学の課題と展望』(成文堂、一九九六年)二六九頁以下。

(17) 和田俊憲「中止犯論」『刑法雑誌四二卷三号(二〇〇三年)二八二〜二九二頁。

(18) 齋藤信治『刑法総論(第五版)』(有斐閣、二〇〇三年)二二八〜二三〇頁。

(19) 齋藤信治・前掲注⑱二二八〜二九頁。

(20) 齋藤信治・前掲注⑱二二九〜二三〇頁。

(21) 例えば、山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』二八七頁「任意性に欠けるのは、中止行為を強制されたというような極めて例外的な場合に限り得られるというのが基本的な考え方である。この意味で、任意性の要件の意義は極めて軽いものとなる」とする。

(22) たとえば、前田雅英「中止犯」『警察学論集四八卷一二号(一九九五年)一五六頁は、「自己の意思による中止」という主観的な事情が既に生じている客観的危険性に影響を与えるとは思われないし、さらに、客観的危険性とは無関係の主観的違法要素を認めることは、なお一

層妥当でない」とする。

- (23) たとえば、行為が無価値の立場に立ちながら、任意性とは違法性減少の要件ではなく、責任減少の要件であると理解し、中止未遂は、中止行為(行為意思にもとづく中止行為)および結果の不発生という違法性減少の要件と、任意性という責任減少の要件の両方があつてはじめて成立すると主張する学者もいる(井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、二〇〇五年)二八一頁)。
- (24) 清水一成「中止未遂における『自己ノ意志ニ因リ』の意義」上智法学論集二九巻二＝三号二六〇頁以下、山口厚・前掲注①『問題探求刑法総論』二二四頁。
- (25) 学説の対立状況につき詳しくは、野村稔∥浅田和茂「未遂犯の処罰根拠」現代刑事法二巻九号(二〇〇〇年)二九頁以下、三六頁以下を参照。
- (26) 佐伯千仞『刑法講義(総論)(四訂版)』(有斐閣、一九八一年)二九八頁。
- (27) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、一九七五年)三二〇頁。同頁、清水一成・前掲注(24)二五一頁。
- (28) 内藤謙・前掲注⑨二二三八頁。
- (29) 平野龍一・前掲注(27)『刑法総論Ⅱ』三一〇頁。
- (30) 佐伯千仞・前掲注(26)二九八～二九九頁。
- (31) 浅田和茂・前掲注⑧三六六頁、瀧川幸辰『犯罪論序説(改訂版)』(有斐閣、一九四七年)一八三～一八五頁、中山研一『刑法総論』(成文堂、一九八二年)四〇三頁。
- (32) 大谷實『刑法講義総論(新版第二版)』(成文堂、二〇〇七年)三六六頁。
- (33) 大谷實・前掲注(32)三六五頁。
- (34) 岡野光雄『刑法要説総論』(成文堂、二〇〇一年)二四三頁。
- (35) 大塚仁『刑法概説(総論)(第三版増補版)』(有斐閣、二〇〇五年)二二六頁。
- (36) 西原春夫『刑法総論(改訂版上巻)』(成文堂、一九九八年)三二二頁。
- (37) 佐久間修『刑法講義(総論)』(成文堂、一九九七年)三二〇頁。なお、野村稔『刑法総論(補訂版)』(成文堂、一九九八年)三一九～三二〇頁、同『未遂犯の研究』(成文堂、一九八四年)一一五頁以下。
- (38) 立石二六『刑法総論(第二版)』(成文堂、二〇〇六年)二六一頁。

- (39) ただし、その危険性は通常の判断能力を有する一般人の観点から見た危険性であることに注意を要する(大谷實・前掲注(32)三六五頁)。
- (40) 西田典之『刑法総論』(弘文堂、二〇〇六年)二七七頁。なお、井田良・前掲注(23)二四七頁、井上正治『刑法学(総則)』(朝倉書店、一九五一年)一八四頁、大谷實・前掲注(32)三七四頁、川端博『刑法総論講義(第二版)』(成文堂、二〇〇六年)四五二頁、木村光江『刑法(第二版)』(東京大学出版会、二〇〇二年)四四頁、前田雅英『刑法総論講義(第四版)』(東京大学出版会、二〇〇六年)一三五頁。また、浅田和茂・前掲注⑧三六四頁は未遂犯の「立法は妥協の産物である」と明言している。
- (41) 前田雅英・前掲注(40)『刑法総論講義(第四版)』一三六―一三七頁。
- (42) 西田典之・前掲注(40)二七七頁。なお、大谷實・前掲注(32)三八一頁は、未遂犯においては結果が発生しないのであるから、必要的減軽を原則とする。
- (43) 佐伯仁志・前掲注⑩二八―二九頁。
- (44) 山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』二八〇頁。
- (45) もっとも、同説の論者は「そこでいわれている違法・責任は、犯罪を基礎づける通常の意味での違法・責任とは性質を異にしている」と説明している(佐伯仁志・前掲注⑩一三二頁)。
- (46) 塩谷毅「中止犯」法学教室二七九号(二〇〇三年)六四―六五頁。
- (47) 平野龍一『犯罪論の諸問題(上) 総論』(有斐閣、一九八一年)一四四頁。
- (48) 香川達夫「中止未遂の法的性格」(有斐閣、一九六三年)九七頁以下。
- (49) 清水一成・前掲注(24)二二六頁以下。
- (50) 山中敬一・前掲注③四五三頁以下。
- (51) 岡本勝・前掲注④二九〇頁。
- (52) 金澤真理「中止未遂とその法的性格」刑法雑誌四一卷三号(二〇〇二年)三四頁。
- (53) 金澤真理・前掲注(52)三七頁。
- (54) 金澤真理・前掲注(52)三四頁。
- (55) 佐伯仁志・前掲注⑩二九―三〇頁。
- (56) 岡本勝・前掲注④二八九頁。

- (57) 岡本勝・前掲注④二八九頁。
- (58) 岡本勝・前掲注④二九〇頁。
- (59) 岡本勝・前掲注④二九〇頁。
- (60) 岡本勝・前掲注④二九〇、二九一頁。
- (61) 井田良・前掲注(23)二八二頁注(18)、塩見淳「中止行為の構造」中山研一先生古稀祝賀論文集・第三卷(成文堂、一九九七年)二四七頁以下、城下裕二・前掲注⑦二二六頁、山口厚・前掲注①「問題探求 刑法総論」二二四頁を参照。なお、佐伯仁志・前掲注⑩二二九、一三〇頁。
- (62) 山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』二七九頁。
- (63) 山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』二七九頁。なお、井田良・前掲注(23)二八二頁注(18)、佐伯仁志・前掲注⑩二二九、一三〇頁、塩見淳・前掲注(61)二四八頁。
- (64) 西田典之・前掲注(40)二九四頁、佐伯仁志・前掲注⑩二九頁、城下裕二・前掲注⑦二二六頁。
- (65) 城下裕二・前掲注⑦二二七頁。
- (66) 中谷種子「中止未遂の法的性格」ジュリスト三〇〇号(一九六四年)二九六頁。
- (67) 川端博・前掲注(40)四七三、四七四頁。
- (68) 金澤真理・前掲注(52)三三二頁。
- (69) これについて、城下教授は、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が、未遂行為と実行行為とを統一した評価対象とみなすべきものとするいわゆる「全体的考察方法」によって、違法性や責任の「減少」が基礎づけられるか、という疑問を提示したうえ、その方法は適切ではないと批判している(城下裕二・前掲注⑦二二八頁、二三〇頁)。
- (70) 平野龍一・前掲注(47)『犯罪論の諸問題(上) 総論』一四五頁。
- (71) 前田雅英・前掲注(22)「中止犯」一五六頁。
- (72) これについて、責任減少(一元)説を唱える曾根教授は次のように説明している。すなわち、たしかに、中止犯においても既遂犯より違法性が減少しているが、物的違法論(法益侵害説)の立場からすれば、違法性の程度に関して「中止犯と未遂犯との間に径庭を認めることはできない」。それは、「行為者自ら中止行為を行なおうと、第三者によって結果の発生が阻止されようと、いったん発生した危険が減少に

向うことに変りはない」からである(曾根威彦「中止犯における違法と責任」研修五九四号(一九九七年)一〇頁)。

(73) この点について、曾根威彦・前掲注(72)「中止犯における違法と責任」四頁は、「中止犯において未遂犯における法益侵害の危険がさらに減少している、という事態は認められない。反対に、未遂犯の方が危険が減少している場合も考えられないではない」とする。

(74) 金澤真理・前掲注(52) 四〇頁。

(75) 金澤真理・前掲注(52) 三五頁。

(76) 板倉宏『刑法総論(補訂版)』(勁草書房、二〇〇七年) 一四〇頁。

(77) 佐久間修・前掲注(37) 三三〇頁注(2)。なお、板倉宏「中止犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座第四卷(法学書院、一九九二年) 四五頁。

(78) 板倉宏・前掲注(76)『刑法総論(補訂版)』一三六頁、植松正『刑法概論I総論(再訂版)』(勁草書房、一九七四年) 三三三頁、岡野光雄・

前掲注(34) 二五六頁。

(79) 佐伯仁志・前掲注⑩ 一三〇頁。

(80) 佐伯仁志・前掲注⑩ 一三〇頁。

(81) 岡本勝・前掲注④ 二八五頁、佐伯仁志・前掲注⑩ 一三〇頁。

(82) 大越義久『刑法総論(第三版)』(有斐閣、二〇〇一年) 一六四頁。

(83) 板倉宏・前掲注(76)『刑法総論(補訂版)』一三六頁注(1)。

(84) 佐伯仁志・前掲注⑩ 一三〇頁。

(85) 浅田和茂・前掲注⑧ 三八九頁、曾根威彦『刑法の重要問題(総論)(第二版)』(成文堂、二〇〇五年) 二七六頁、萩原滋『刑法概要(総論)』(成文堂、二〇〇二年) 一四二頁、山口厚・前掲注①『問題探求 刑法総論』二二五頁。

(86) 井田良・前掲注(23) 二七七～二七八頁。

(87) 西田典之・前掲注(40) 二九三頁。

(88) 平野龍一・前掲注(47)『犯罪論の諸問題(上)総論』一四三～一四四頁。

(89) 平野龍一「中止犯」日本刑法学会編『刑事法講座(第二卷刑法(Ⅱ))』(有斐閣、一九五二年) 四〇四頁。

(90) 香川達夫・前掲注(48) 一七九頁以下。さらに、中谷瑾子・前掲注(66) 二九七頁、「政策説は中止未遂をもって人的な刑罰消滅事由にすぎないと解するから、その事由のない他の共犯者は当然に処罰を免れ得ない」とし、同様の見解を示した。

- (91) 岡本勝・前掲注④二八二頁。
- (92) 岡本勝・前掲注④二八三頁。
- (93) 井田良・前掲注(23)二七六～二七七頁。
- (94) 前田雅英・前掲注(40)『刑法総論講義(第四版)』一五八頁。
- (95) 城下裕二・前掲注⑦二三五頁。
- (96) 曾根威彦・前掲注(72)「中止犯における違法と責任」三頁。
- (97) 山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』(有斐閣、二〇〇七年)二八〇頁。
- (98) 佐伯仁志・前掲注⑩一三三頁。
- (99) 佐伯仁志・前掲注⑩一二九頁。
- (100) 十河太朗「共犯從属性概念の再構成(二・完)」同志社法学五六巻五号(二〇〇五年)一六六～一八〇頁を参照。
- (101) 川端博・前掲注(40)四七四頁。
- (102) 板倉宏・前掲注(76)『刑法総論(補訂版)』一三七頁。
- (103) 清水一成・前掲注(24)二五八頁。
- (104) 曾根威彦・前掲注(85)『刑法の重要問題(総論)(第二版)』二七七頁。
- (105) 前田雅英・前掲注(40)『刑法総論講義(第四版)』二二〇頁。
- (106) 中山研一・前掲注(31)四三一頁以下。
- (107) 川端博・前掲注(40)四七四頁、佐伯仁志・前掲注⑩一二九頁。
- (108) 平野龍一・前掲注(47)『犯罪論の諸問題(上) 総論』一六二頁。
- (109) 野村稔・前掲注(37)『未遂犯の研究』四三六頁。
- (110) 曾根威彦・前掲注(72)「中止犯における違法と責任」五頁、一〇頁。
- (111) 内田文昭『刑法概要中巻(犯罪論(二))』(青林書院、一九九九年)三九二頁。
- (112) 井田良・前掲注(23)二八〇頁。
- (113) 木村静子「中止犯」日本刑法学会編集『刑法講座四巻』(有斐閣、一九六三年)二五頁。なお、岡野光雄前掲注(34)二五四頁、木村光江・

- 前掲注(40) 五〇頁。
- (114) 佐伯仁志・前掲注⑩ 二九頁、西田典之・前掲注(40) 二九四頁。
- (115) 城下裕二・前掲注⑦ 二二八頁。
- (116) 大谷實・前掲注(32) 三八六頁、立石二六・前掲注(38) 二七四頁。
- (117) たとえば、山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』二八三頁。
- (118) たとえば、佐伯仁志・前掲注⑩ 三四頁は、「中止行為と(仮定的なものを含めた)因果関係があれば、結果不発生との間に因果関係がなくとも中止犯を認めることができる」とする。
- (119) 井田良・前掲注(23) 二八五頁。
- (120) 井田良・前掲注(23) 二八二頁。
- (121) 塩見淳・前掲注(61) 二四七頁以下、山口厚・前掲注①『問題探求 刑法総論』二三四頁。
- (122) 井田良・前掲注(23) 二八二頁注(18)。
- (123) たとえば、井田良・前掲注(23) 二八二頁、川端博・前掲注(40) 四七六頁。
- (124) 福田平『全訂刑法総論(第四版)』(有斐閣、二〇〇四年) 二二二頁注(1)。
- (125) 平野龍一・前掲注(27)『刑法総論Ⅱ』三三三頁。
- (126) 山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』二八〇頁。
- (127) 伊東研祐「未遂罪」川端博ほか編『裁判例コンメンタール刑法(第一卷)』(立花書房、二〇〇六年) 四三四頁。
- (128) 山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』二八〇頁、同・前掲注①『問題探求 刑法総論』二二四頁。
- (129) 実際に、山口教授は「褒賞に値する心理状態において中止したことが必要である」としている(山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』二八〇頁)。
- (130) 山口厚・前掲注①『刑法総論(第二版)』二八七頁、二八三頁。
- (131) 大塚裕史・前掲注⑬ 一五八頁。
- (132) 清水一成・前掲注(24) 二三八頁。
- (133) 城下裕二・前掲注⑦ 二〇二頁。

- (134) 大塚裕史・前掲注^⑬一六〇頁。
- (135) 立石二六・前掲注(38)二七四頁。なお、岡野光雄・前掲注(34)二五五頁、内藤謙・前掲注^⑨二二八五頁、中山研一・前掲注(31)四三〇頁、野村稔・前掲注(37)『刑法総論(補訂版)』三五四頁、同「未遂罪」大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第二版)』第四卷(青林書院、一九九九年)一一八頁。
- (136) 山本雅子「中止犯」立石二六編著『刑法総論三〇講』(成文堂、二〇〇七年)二二七頁。
- (137) 井田良・前掲注(23)二七七頁注(6)、平野龍一・前掲注(27)『刑法総論Ⅱ』三三三頁。なお、高橋則夫『刑法における損害回復の思想』(成文堂、一九九七年)一六頁以下。
- (138) 大谷實・前掲注(32)三三七頁。
- (139) 山本雅子・前掲注(136)二二七～二二八頁。
- (140) 立法趣旨としては、いわゆる真の悔悟による場合は刑の免除が可能であり、そうでない場合は減輕にとどまることにあると、当時の立案担当者の議会における答弁からうかがえる。たとえば、現行刑法の成立過程において、政府委員であった平沼騏一郎は、中止犯の効果を刑の必要的免除にすべきではないか、との衆議院での質問に対して、「真ニ悔悟ヲシテ中止シタルト云フヤウナ場合ハ、其刑ヲ全ク免除スルコトカ出来ルノテアル、サリナカラ中止犯ニハイロイロアリマシテ、必シモ悔悟致シタ者ハカリテナイ、或ハ恐レテ止タル者モアル、或ハ利益ノ觀念カラ中止スル者モアル。是等ノ者マテ免除ノ恩典ヲ與ヘル必要ナナイ」と答えている(佐伯仁志・前掲注^⑩一三四頁参照。なお、野沢充「中止犯論の歴史の展開(2)」立命館法学二八一号(二〇〇二年)三二頁以下)。
- (141) 木村静子・前掲注(113)二七頁注(7)。
- (142) 塩谷毅・前掲注(46)六七頁。
- (143) 松宮孝明『刑法総論講義(第三版)』(成文堂、二〇〇四年)二三〇～二三一頁。
- (144) 中山研一・浅田和茂・松宮孝明・『レイイジオン刑法(二) 未遂犯論・罪数論』(成文堂、二〇〇二年)(松宮)一四八頁。
- (145) 西原春夫『刑法総論』(成文堂、一九七七年)二八七頁。
- (146) 齊藤信宰『新版刑法講義(総論)』(成文堂、二〇〇七年)三九四頁。
- (147) 齊藤信宰・前掲注(146)三九八頁。
- (148) 木村亀二「中止未遂の概念」『刑法の基本概念』(有斐閣、一九四八年)二七八頁。

- (149) 岡野光雄・前掲注(34)二六二頁。同旨、河村博「中止未遂について」研修四三六号(一九八四年)五五頁。
- (150) 板倉宏・前掲注(76)『刑法総論(補訂版)』一四〇頁。
- (151) 内田文昭・前掲注(11)三九一頁。
- (152) 金澤真理・前掲注(52)三九頁。
- (153) 町田行男『中止未遂の理論』(現代人文社、二〇〇五年)八二頁。
- (154) 岡本勝・前掲注④二八二頁。金澤助教授も、中止未遂の効果は刑の必要的減軽若しくは裁量的免除であると明言している(金澤真理「中止行為の任意性」芝原邦爾・西田典之・山口厚編『刑法判例百選Ⅰ(総論)(第五版)』(有斐閣、二〇〇三年)一三九頁)。
- (155) 岡本勝・前掲注④二八六、二八七頁。
- (156) 岡本勝・前掲注④二八七頁。
- (157) 岡本勝・前掲注④二九二頁。
- (158) 岡本勝・前掲注④二九三頁。
- (159) 浅田和茂・前掲注⑧三八八頁注(1)、大谷實・前掲注(32)三九五頁。
- (160) 中国刑法二四條二項は「中止犯は、損害が生じなかつたときは、その刑を免除し、損害が生じたときは、その刑を減軽しなければならない」と規定し、「損害」の有無によって刑の減軽または免除を選択することとしている。
- (161) 山本雅子・前掲注(136)二一七頁。
- (162) 川端博・曾根威彦「中止犯の法的性格」植松正・川端博・曾根威彦・日高義博『現代刑法論争Ⅰ(第二版)』(勁草書房、一九九七年)(川端二九六頁。