
 論 説

 日本の中止犯論の問題点とあるべき議論形式について
 ——「刑事政策説」および「法律説」の内容・意義・法的効果に関連して——

野澤 充

1. 現在の日本の中止犯論における問題点
2. ドイツにおける中止犯論の歴史的展開
3. 日本における中止犯論の歴史的展開
4. 日本の中止犯論のあるべき方向
 - a. 「刑事政策説」の定義内容の正確な理解
 - b. 「法律説」の法的効果の正確な理解
 - c. 「中止犯の根拠論」と「中止犯の法的性格論（体系的位置づけ論）」の分離
 - d. あるべき中止犯論の議論形式

1. 現在の日本の中止犯論における問題点

日本の刑法典 43 条はその本文において、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかった者は、その刑を減輕することができる」と規定し、その但書において「ただし、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。この刑法典 43 条の但書の部分がいわゆる中止犯（中止未遂）⁽¹⁾の規定である。そしてこの規定の解釈を

(1) 「中止犯」という単語と「中止未遂」という単語の指し示す内容は、現行の日本刑法典 43 条但書のように、「中止」の場合にも「未遂」の成立が認められるような規定形式を前提とすれば、差異はないことになる。しかし例えば現在のフランス刑法典 121-5 条のように、「中止」の場合には「未遂」の成立がそもそも無くなってしまふような規定形式を前提とするならば、「中止未遂」という言葉はふさわしいものとはいえなくなる。

めぐって、一般的には「中止未遂の減免根拠」論ないしは「中止未遂の法的性格」論が議論されることが多い。その中では、いわゆる「刑事政策説」と「法律説」が対置され、刑事政策説を否定して法律説を採用するか、もしくは刑事政策説では不十分であると述べた上で、それに加えて法律説も採用する、という手法がとられることが多い。そしてさらにその法律説の中においても、「違法減少（消滅）説」と「責任減少（消滅）説」の対立があるとされ、そのいずれかを採用するか、もしくは最近では「その両者を合わせた学説」として「違法・責任減少（消滅）説」、ないしは「総合説」という形での主張を行うものまで見受けられる。

しかし、このような現在の日本の中止犯論における議論状況の問題点は、まさに前述した議論状況そのものが示しているといえる。ある論点に関して、A説とB説が対立している状況があったならば、A説を採用することによって導かれる結論とB説を採用することによって導かれる結論は異なるのが通常であり、「両者をあわせた学説」というものはあり得ないはずである⁽²⁾。にもかかわらず、この「中止未遂の減免根拠」ないし「中止未遂の法的性格」論においては、「刑事政策説」と「違法減少（消滅）説」と「責任減少（消滅）説」という、対立すべきとされる学説を「あわせた学説」が主張されるようになってきている⁽³⁾。このように「あ

(2) 学説において「折衷説」という概念は存在するが、その「折衷説」というのは、両極端な説の中間的な結論を導くためのものであって、「両極端の学説の内容を両方ともあわせ持った内容をもつもの」ではない。折衷説はその内容からして、「種々の体系から相互に妥協できる考えだけを選びとって、まとまった形に作り上げる」（『広辞苑第五版』1501頁）ものであるから、「まとまっていること」が必要なのであり、なおかつ折衷的な結論を必要としているという事実から、既に存在している両極端の学説それぞれと対立関係にある内容および結論をもたねばならないのである。その意味で、「あわせた学説」は「折衷説」の名にも値しない。

(3) 「刑事政策説」と「違法減少（消滅）説」をあわせて主張するものとして平野龍一『刑法総論Ⅱ』（1975年）333頁、西原春夫『刑法総論上巻〔改訂版〕』（1998年）333頁、大谷實『新版刑法講義総論〔追補版〕』（2004年）408頁、福田平『全訂刑法総論〔第四版〕』（2004年）232頁など。「刑事政策説」と「責任減少（消滅）説」をあわせて主張するものとして莊子邦雄『刑法総論〔第三

わせた学説」を主張することにより、何らかの全く新しい結論が導かれているのであれば、それはそれで意義のあることかもしれない。しかし、それほど決定的に有意義な、新しい結論が導かれているようには見受けられない⁽⁴⁾。否、それどころかこれらの学説に関していえば、そもそもの前提として、「この『中止未遂の減免根拠』ないし『中止未遂の法的性格』論を、なぜ議論しなければならないのか」という、「議論の存在意義」自体が、明確に自覚されていないものと思われたい。「何のために、このような議論をしなければいけないのか」ということがわからないままに、それまでの中止犯論において日本で従前からなされてきた議論枠組の中で、ただどの説を採り、ないしはどのように組み合わせるかについて「私はこう考える」と述べているに過ぎないのである⁽⁵⁾。その証拠に、中止犯論の冒頭でこのような「中止未遂の減免根拠」ないし「法的性格」論について触れた上で、それに何の意味があるのか、そして中止犯論の具体的

版』(1996年)430頁、前田雅英『刑法総論講義〔第3版〕』(1998年)165頁、内藤謙『刑法講義総論(下)Ⅱ』(2002年)1289頁など。「違法減少(消滅)説」と「責任減少(消滅)説」をあわせた「違法・責任減少(消滅)説」を主張するものとして佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(1981年)323頁、川端博『刑法総論講義第2版』(2006年)476頁、井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)283頁など。さらに「刑事政策説」「違法減少(消滅)説」「責任減少(消滅)説」の全てをあわせて主張するもの(「総合説」と呼ばれる)として植松正『再訂刑法概論1総論』(1974年)324頁、藤木英雄『刑法講義総論』(1975年)262頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔第三版〕』(1997年)242頁、林幹人『刑法総論』(2000年)374頁、板倉宏『刑法総論』(2004年)133頁など。

- (4) むしろ、あわせた二つの学説の欠点が総合されて、いわゆる「『難点』の『相乗的効果』」(香川達夫『刑法講義〔総論〕第三版』(1995年)308頁参照)がもたらされてしまっているようにも思われる。
- (5) 特に後述するように、「刑事政策説」の内容を正確に理解しないままに否定し、もしくは採用したり、「法律説」を採用したとしても正犯者のみが中止したときに狭義の共犯者にその中止の効果が及ぶことはない、などという根本的に誤った「法律説」の理解を前提としたりする場合には、「中止未遂の減免根拠」ないし「法的性格」を議論することは、中止犯の具体的な成立範囲・内容にかかわる部分が事実上骨抜きにされることになるので、全く空虚な議論となってしまう。

帰結のどの部分に影響するののかという点にまで明確に示すものはほとんどない⁽⁶⁾。中止犯論について触れる際に、他の学説が触れているのと同程度に、惰性的に従前の議論枠組みに基づいて、特にそれがどのような意味を持つのかを考慮することなく、自説をただ述べているに過ぎないのである。だがここでは、「議論の存在意義」自体をはっきりと見据えた上で、「刑事政策によるものである」とか、「違法が減少する」とかを主張することで具体的に中止犯論の結論にどのような影響が現れるのかを明確に示さねばならない。議論の存在意義を理解しないままに、犯罪論体系そのものからの単なる演繹で中止犯の「根拠」ないし「法的性格」を述べても意味はないのである。

以上のような中止犯論における議論状況の問題点を解決するために、筆者は以前に、歴史的観点から中止犯制度の存在意義を洗い直す検討を行なった⁽⁷⁾。現在の日本における中止犯論の混乱状況の根本的原因は、中止犯という法律制度の存在由来が日本においては正しく認識されていないということにあるといえるのである。「そもそも『中止犯制度』とはどのような理論的背景に基づく制度であったのか」、「『中止犯の減免根拠』ないし『法的性格』論は、どのような経緯で議論されるようになってきたのか」、さらには「『刑事政策説』や『法律説』は本来どのような定義内容をもつものであったのか、それが主張された趣旨はどのような点にあった

(6) 中止犯論の具体的要件ないし帰結に関連づけて説明する考え方も一部にはみられる。しかしそれらは、本来論理関係にたたない2つの学説を、「この説を採れば、この論点ではこの説に結びつきやすい」として無理に結び付けている印象が強い。例えば、任意性の主観説・客観説の対立を、違法減少説を採用するか責任減少説を採用するか対立に結びつける考え方もある(川端・前掲『刑法総論講義第2版』478頁)が、前者の対立は任意性の判断基準を行為者基準で行うか一般人基準で行うかという問題に過ぎず、その中止犯の法的効果(体系的位置づけ論)と完全な形で論理関係に立つわけではない。また、責任減少説を採用した場合には「中止行為をしたときは、それが成功せず結果が発生してしまった場合も、同じ取り扱い(筆者注:中止犯として認める)をするのが一貫するであろう」(平野・前掲『刑法総論Ⅱ』333頁)といわれることもある。しかし既遂犯に対して中止犯規定を準用(類推適用)することは、そもそ

のか」ということについて、日本、およびその日本の刑法学が多くの刑法上の学問的成果を継受したドイツの中止犯論の、これまでの歴史的展開を振り返って再確認する必要があると考えたのである。その検討により得られた事実に基づいて、あるべき中止犯論の方向性を示唆するのが、本稿の課題である。

2. ドイツにおける中止犯論の歴史的展開⁽⁸⁾

ドイツにおいては、古い時代には結果責任の発想しか存在しなかった。すなわちこれによれば、殺人を犯そうとして人に切りつけ、結局死には至らせることができなかつた場合には、その者は殺人未遂としてではなく、あくまでも生じた害としての傷害罪の既遂として処断された。やがて刑法理論の発展と共に、特に北イタリア法学によって、犯罪の主観面と客観面を分離して検討することが行われるようになった。これにより、主観面は残っているけれども、客観面が存在しない状態、として、「未遂」という状態が初めて想定されるようになったわけである。そしてこのような未

も法規定が予定していないことである（平野・前掲『刑法総論Ⅱ』334頁）だけでなく、「中止犯」という概念の生成過程を見てもあり得ないことと言わざるを得ない（拙稿「中止犯論の歴史的展開（5・完）」立命館法学291号199頁以下および同211頁注2参照）のであり、責任減少説を採用しようがしまいが、これは変わらない。このようなことは、本文中にも述べたような「議論の存在意義」が自覚されず、何をポイントとして議論していけばよいかを決定づける基準が分からないために、やむを得ずに犯罪論体系から無理に演繹的に結論を導こうとしたことの結果と思われるのである。

(7) 拙稿「中止犯論の歴史的展開（一）～（5・完）」立命館法学280号（2002年）34頁以下、同281号（2002年）31頁以下、同282号（2002年）91頁以下、同288号（2003年）148頁以下、同291号（2004年）113頁以下参照。

(8) ドイツにおける未遂犯・中止犯論の歴史については、野村稔『未遂犯の研究』（1984年）3頁以下、中野正剛「未遂犯思想の形成史」国学院法政論叢第15輯（1994年）149頁以下、西山富夫「ドイツ刑法思想の発展と未遂・不能犯（一）、（二）、（三）」名城法学4巻2号（1954年）1頁以下、同4巻3・4号（1954年）26頁以下、同5巻1号（1955年）15頁以下、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（4）、（5・完）」立命館法学288号148頁以下、同291号113頁以下などを参照。

遂概念を元にして、客観面が存在せず、また自ら犯罪結果を望まなくなったという意味で、主観面も存在しなくなったもの、として、まさに中止犯の概念が生まれたのである⁽⁹⁾。このような考えからは「本人の意思によらない形での」結果の不発生のみが未遂、として処罰の対象とされることになる。これは、まさに現在のフランス型の未遂犯と中止犯の関係と同じものである。すなわち、フランス型の中止犯規定においては、「中止犯ではないこと」が、未遂犯処罰の条件とされ、中止であればもはや可罰的な未遂の成立もないことになるわけである⁽¹⁰⁾。

それに対抗する形で生まれたのが、フォイエルバッハにより起草された 1813 年バイエルン刑法典において規定された、ドイツ型の中止犯規定である。このドイツ型の中止犯規定は、未遂犯の成立を前提としつつ、その中で中止犯を認める、というものであった⁽¹¹⁾。すなわち、中止犯はあ

(9) 拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開 (4)」立命館法学 288 号 154 頁以下、特に 157 頁参照。

(10) 1810 年フランス刑法典は、その 2 条に、未遂犯に関する以下のような規定を置いていた。

「実行の着手によって表明された重罪の未遂は、行為者の意思とは無関係な事情によって、中止され、又はその結果を生じなかった場合に限り、重罪とみなす。」(法務大臣官房司法法制調査部編『フランス刑法典』(1991 年)参照)

また、現行のフランス刑法典も 121-5 条に、以下のような未遂犯に関する規定を置いている。

「実行の着手によって表明され、行為者の意思とは独立した事情によるのみ、企てた行為が中断され又はその結果を欠いた場合には、未遂を構成する。」(法務大臣官房司法法制調査部編『フランス新刑法典』(1995 年)参照)

これらのフランスの未遂犯規定は、いずれも未遂犯の成立のために「行為者の意思とは独立した事情」によって未遂となったことが必要とされており、逆に言えば「行為者の意思による事情」によって未遂となった場合、すなわち中止犯の場合には未遂犯の成立もないこととなるのである。これは、「客観面と主観面の統合体」として「犯罪」が観念されるようになったことで、「主観面は存在するが客観面が存在しない場合」として「未遂」が観念され、未遂犯成立のためには「主観面が残っていること」、すなわち「中止犯ではないこと」が要求されるようになったことの現れと言えるのである。

(11) 1813 年バイエルン王国刑法典は、その 57 条に未遂犯に関する一般規定を置きつつ、58 条に以下のような中止犯に関する規定を置いていた。

くまでも未遂犯の一形態であり、中止犯の場合にも未遂犯の成立を前提としていたのである。

このドイツ型の中止犯の規定形式は、その後の19世紀のドイツの各領邦国家の刑法典において多く採用されていくが、19世紀中頃、特にいわゆる1848年の3月革命のあった時期ごろから、ドイツの主要な領邦においてこのドイツ型の規定形式が、フランス型の規定形式に取って代わられていくことになった。すなわち1851年のプロイセン刑法典はまさにこのフランス型の規定形式を採用したものであった⁽¹²⁾し、ヴェルテンベルクにおいても1849年にこのフランス型の規定形式が採用された。何よりもドイツ型の規定形式が採用されていたバイエルンにおいてさえも、1861年にフランス型の中止犯規定の形式を採用することになったのである⁽¹³⁾。

そして立法におけるまさにこのような時期に、ドイツにおいて広く主張さ

「行為者がその遂行に関して、外部的妨害のためや、もしくは無能力や偶然のためにより阻止されたのではなくして、任意に、良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によっても、その実行を見合わせた場合には、その未遂は全ての刑罰を免れる。但し後者に挙げた内面的事情は推定されない。

確かにその遂行を任意に、しかし他の時間に、他の場所で、他の者に関して、ないしは他の手段で犯罪を実行する意図で断念した者は、その意思に反して遂行が阻止されたであろう場合と同様に処罰され得る。」

(12) 1851年プロイセン刑法典は、その31条に、未遂犯に関する以下のような規定を置いていた。

「未遂が実行の着手を含む行為によって明らかにされ、そして外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ阻止された、ないしは結果がないままとなった場合にのみ、その未遂は可罰的である。」

このような規定の文言を前提とすれば、「未遂犯の成立」のためには「外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ」結果がなくなったこと、すなわち「中止犯ではないこと」が要件とされることになり、必然的に「中止犯の場合」には「未遂犯の成立もない」ことになるのである。

(13) 1861年バイエルン王国刑法典はその47条に、未遂犯に関する以下のような規定を置いていた。

「ある者が重罪を実行する意図で、既に重罪の実行の着手を含んだ行為を試み、そしてその行為の既遂が、外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ為されないままとなった場合には、重罪の未遂が存在する。

第1項の規定は軽罪や違警罪にも適用される。」

れていたのが、前期法律説⁽¹⁴⁾であった。すなわち 1839 年にツァハリエはいわゆる「廃棄説 (Annulationstheorie)」を主張し⁽¹⁵⁾、ルーデンも 1842 年に「無効説 (Nullitätstheorie)」を主張した⁽¹⁶⁾。「不确实説 (Infirmitätstheorie)」と呼ばれる見解も、同じく 1839 年にツァハリエによりその原型が築かれていた⁽¹⁷⁾。このように、前期法律説は、当時のフランス型の立法形式のドイツの領邦国家刑法典への流入の時期に、そのような、「中止犯が未遂犯の範疇にも入らない」という立法を説明し、またそのような立法を採用すべきであると主張する学説として存在していたのである。そしてこのような前期法律説はあくまでも、未遂犯と中止犯の関係構造を示す学説に過ぎず、「なぜ中止犯がそのように優遇措置を受けるのか」という、その理由を直接に申し述べるものではなかった。このような優遇措置を施す直

この規定も 1851 年プロイセン刑法典 31 条と同様に、「中止犯ではないこと」を未遂犯成立の要件とするものである。

(14) 前期法律説については、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』(1955 年) 277 頁以下(初出『豊島博士追悼論文及遺稿集』(1933 年) 76 頁)、木村亀二「中止未遂の概念」『刑法の基本概念』(1948 年) 274 頁以下、香川達夫『中止未遂の法的性格』(1963 年) 46 頁以下、城下裕二「中止未遂における必要的減免について——「根拠」と「体系的位置づけ」——」北大法学論集 36 卷 4 号(1986 年) 181 頁以下参照。「前期法律説」というのは、「違法性あるいは責任性の観念…の明確化の前後」を基準として、それ以前に存在した法律説を指すとされる(香川・前掲『中止未遂の法的性格』39 頁)。本稿では、1871 年ドイツライヒ刑法典が成立する以前に主張された法律説をさすものとする。それは、「制定法と結びついた解釈としての法律説(前期法律説)」と「制定法の文言によらない、独自の理論による解釈としての法律説(後期法律説)」を区別するためである(拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開(5・完)」立命館法学 291 号 175 頁注 251 参照)。

(15) Heinrich Albert Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Zweiter Theil, 1839, S.240.

(16) Heinrich Luden, Handbuch des deutschen gemeinen und particularen Strafrechtes, 1.Band, 1.Heft, 1842, S.420.

(17) Zachariä, a.a.O., S.241f. 「不确实説」は、後にシュヴァルツェも依拠したと言われている。Vgl. Friedrich Oskar Schwarze, Versuch und Vollendung, in: Franz von Holtendorff(Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, 2. Band, 1871, S.305.

接的な理由そのものとして、刑事政策説が存在していたのである。すなわち、「任意に放棄された未遂が不処罰とされる場合には、ギリギリの時間まで犯罪者に、その犯罪意思をあきらめることが奨励されている」⁽¹⁸⁾ というような形で、「結果発生回避の奨励」がその中止犯規定の根拠とされていたのである。このように、刑事政策説と法律説は、そもそもその中止犯制度を根拠づけるためのアプローチとしては全く異なるものであったことが示されるわけである⁽¹⁹⁾。ちなみにこのことは、日本における明治13年刑法典の下での学説においても、岡田朝太郎などにより明確に意識される⁽²⁰⁾ところである。

以上のように一時的にドイツにおいてフランス型の中止犯の規定形式が大きな支持を得ることになったわけであるが、その後、1869年からの北ドイツ連邦、および1871年のドイツライヒ刑法典に至るまでの統一的な刑法典の作成作業において、このようなフランス型の規定形式は採用されなくなり、ドイツ型の中止犯の規定形式が再び採用されることになる。これはザクセンからの起草委員であったシュヴァルツェにより、フランス型の未遂犯・中止犯規定の規定形式が、その存在論的な観点から論理的な誤りを犯すものである、ということが指摘されたためであった⁽²¹⁾。すなわち、中止の直前までは未遂はその可罰性の条件を満たしているのに、中止が行われることによって未遂の可罰性の条件が事後的に満たされないことになってしまう、というものであった。このような観点から、ドイツでは中止は刑罰阻却事由、現在で言うところの刑罰消滅事由として位置づけられることになったわけである。

(18) Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 1.Aufl. (以下「1.Aufl.」と略す), 1857, S.157.

(19) 例えば、Berner, 1.Aufl. (a.a.O.), S.156fなどを参照。

(20) 拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開(一)」立命館法学 280号 62頁以下、同65頁以下参照。

(21) Werner Schubert / Thomas Vormbaum (Hrsg.), Entstehung des Strafgesetzbuchs, Band 1 1869, 2002, S.176 (Nr.2, Schwarze). また、Friedrich Oskar Schwarze, Der Entwurf des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund und die Klitiker des Entwurfs, GS, Bd.22, 1870, S.179も参照。

このような、明らかに「法律説を採用しない」と宣言したも同然のこの 1871 年ドイツライヒ刑法典の 43 条および 46 条の規定⁽²²⁾により、法律説は法理論上も法解釈論上も苦しい立場に立つことになり、ほとんどの支持者を失うことになる。もちろんいくつかの学説は 1871 年ドイツライヒ刑法典の成立後にも法律説を主張していた。ベルナーもそうである⁽²³⁾し、ビンディンクもそうであった⁽²⁴⁾。しかし彼らはその代償として条文解釈における困難な解釈の必要に迫られ、また正犯のみが中止した場合に、その狭義の共犯にも正犯の中止の効果が及ぶ、と主張したのであった⁽²⁵⁾。このような条文解釈の困難さ、および共犯への影響の点から、やはり法律説は徐々に主張されなくなった⁽²⁶⁾。その代わりにもう一つの観点からの

(22) 1871 年ドイツライヒ刑法典は、以下に挙げるように、その 43 条に未遂犯に関する概念規定を置きつつ、46 条に中止犯に関する規定を置いていた。

「第 43 条 (1) 重罪ないし軽罪を犯す決意を、この重罪ないし軽罪の実行の着手を含む行為によって実行した者は、意図された重罪ないし軽罪が既遂に至らなかった場合には、未遂として処罰される。・・・」

「第 46 条 行為者が、

1. 意図された行為の実行を、その者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして放棄した、ないしは

2. 行為がなお露見していない時に、重罪ないしは軽罪の既遂に固有の結果の発生を、自己の行動によって阻止した

ときは、その未遂はそのようなものとしては不処罰のままである。」

この 43 条と 46 条により、未遂犯の成立のためには「実行の着手」と「重罪ないし軽罪を犯す意思(故意)」があれば足りることになり、1851 年プロイセン刑法典や 1861 年バイエルン王国刑法典のように、未遂犯の成立に「中止犯ではないこと」を要求せず、あくまでも中止犯の場合も未遂犯の成立を前提として、その成立が検討されることになったのである。

(23) Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 18.Aufl. (以下「18.Aufl.」と略す), 1898, S.165 Fn.1. 詳しくは拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開 (5・完)」立命館法学 291 号 194 頁注 8 参照。

(24) Karl Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 1902, 6.Aufl. (以下「6.Aufl.」と略す), S.126; ders., Das bedingte Verbrechen, GS Bd.68, 1906, S.23.詳しくは拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開 (5・完)」立命館法学 291 号 178 頁注 273 参照。

(25) Berner, 18.Aufl. (a.a.O.), S.165; Binding, 6.Aufl. (a.a.O.), S.126.

(26) 例えばシュポールによれば、「既に生じている未遂の可罰性を違法性の事後的

中止犯制度の根拠論として述べられていた、「なぜ中止犯が不処罰として優遇されるのか」を示す学説である、刑事政策説⁽²⁷⁾が急速に台頭していく。任意性の内容について限定せず、広い範囲に中止犯の成立を認めていること、そして何より結果の回避の場合にも46条2号において中止犯を認めていることにより、中止犯制度は「とにかく結果を生ぜしめないようにさせる」ための制度である、というふうと考えられたわけである。

このように、明らかに文言上法律説を採用しないものとした1871年ドイツライヒ刑法典の制定以後は、もう一つの観点からの根拠論、すなわち「なぜ中止犯がそのように優遇措置を受けるのか」という理由を直接に述べる根拠論である刑事政策説が、前述のように結果回避の規定（46条2号）があることも手伝って、急速に広まることになった。このことは特にライヒ裁判所の判例において、狭義の共犯者自身が自ら中止行為を行なった際に、その文言上主体が「Täter（正犯者）」に限定されている46条の中止犯規定が準用できるかどうかという問題に関して、「とにかく結

な再消滅によって（違法性消滅事由）抹消されたものと見なすペンディングも、可罰的な教唆ないしは幫助はもはや残ったままではありえないという結論をそこから導き出した」のであるが、これに対して「彼の門下生であるエトカーおよびシェーテンザックは、それを受ける価値も無いのに、共犯者に中止者に対する報酬としてのみ本来考えられている特典を享受させるというこの結論に、驚いてひるんだ」、と述べている（Ludwig Spohr, Rücktritt und tätige Reue, 1926, S.70f.）。ここからエトカーは、正犯者のみに中止の特典を認めたいがために、「正犯者は中止によって自らのために規範違反性を消滅させた、しかし行為は教唆および幫助した者に対する、規範に違反しなおかつ可罰的な関与の承認にとって役に立つ根拠のままである」（Friedrich Oetker, Vorbereitung und Versuch, Beihilfe und Deliktsabwendung, GS Bd.88, 1922, S.98）、として「一身的に効力をもつ犯罪消滅事由が生じる」（Oetker, a.a.O., S.98f.）としたが、シュポールはこれを「奇妙な構成」と評し、「今日の実定法において厳格に貫徹されている、正犯行為の可罰性に対する共犯の可罰性の依存性の原則は、正犯行為の違法性の喪失の際に共犯行為を独立に可罰的なものとして解釈することを許容していない」として批判した。Vgl. Spohr, a.a.O., S.71.

(27) Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2.Aufl., 1884, S.192; ders., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21-22.Aufl., 1919, S.201; Franz von Liszt/ Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26.Aufl., 1932,

果を生ぜしめないようにする」という刑事政策説の観点から、結果が回避できるのであれば正犯が中止しても共犯が中止しても同様に評価すべきであるという発想により、その準用を認める、という結論に結びつくことになった⁽²⁸⁾。

さらに第二次大戦後に、連邦裁判所 (BGH) の判例において大きな問題とされたのは、中止犯の成立範囲の広さそのものであった。すなわち、ドイツ刑法典 46 条の文言は任意性を特定の内容に限定していなかったため、規範的観点からは好ましくない動機に基づいて中止した者に対しても、中止犯の成立を認めざるを得ないものであった。実際、被害者が任意的な性交を約束したが故に、強姦の行為者がその被害者にかまうことをやめた事例について、連邦裁判所 1955 年 4 月 14 日第 4 刑事部判決⁽²⁹⁾は、そのような強姦未遂の行為者についても不処罰となる中止は与えられ得るとしたのである。

しかしこれに対して連邦裁判所 1956 年 2 月 28 日第 5 刑事部判決⁽³⁰⁾は、知人の女性に対して、それとは知らずに強姦行為に着手した被告人

S.315; Karl Hatzig, Über den Rücktritt vom Versuch und die sogenannte thätige Reue, 1897, S.82; Spohr, a.a.O., S.5; Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, 2.Bd., 1930, S.411; Philipp Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 9.Aufl., 1934, S.201. 例えばハツイヒはカロリナ刑事法典においては中止ではないことが未遂の可罰性の要件とされていたが、ライヒ刑法典はこれと異なり、実行の着手のみが未遂の可罰性の要件であると述べる (oben Hatzig, S.81)。そこから「したがって結論としては未遂の構成要件は中止・・にもかかわらず存在したままなのである。刑法典 46 条が責任阻却事由を含むものであるという推測は拒否されるべきなのである」とした上で、中止は刑罰消滅事由であるとして、加えて「今や中止・・の影響についての法的根拠が存在しないが故に、可罰性の消滅を理由づけるためには、刑事政策的性質という一般的な考慮のみが残されたままである。そしてこのことは既に刑法典の理由書にも指摘されている」と述べる (oben Hatzig, S.81f.)。

(28) 詳しくは拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開 (5・完)」立命館法学 291 号 183 頁以下参照。

(29) BGHSt 7, 296.

(30) BGHSt 9, 48=NJW 1956, 718=MDR 1956, 371=JR 1956, 269.当該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」堀内捷三ほか

が、突然被害者に自分の名前を呼ばれて驚き、その時点で初めて自分が襲った女性が自分の知人であるを知って、強姦行為の継続を中止した事例について、以下のように述べた。すなわち「なお未遂の間に行爲者に行爲の既遂を取りやめる動機づけを与える」ものとしての刑事政策的見解を否定し、「犯罪者の意思の危険性と当罰性の観点が、刑法典 46 条 1 号の解釈にとって決定的な意義をもつ」のである、としたのである⁽³¹⁾。これにより中止犯の成立範囲は、その任意性に関する条文の文言⁽³²⁾に関わることなく、規範的観点から限定することが可能になったのである。すなわち、46 条の中止犯規定の文言からすれば、規範的観点から見て好ましくない動機から中止した人間に対しても、任意性を排除するような外部的ないし内心的強制状況が存在していない限りにおいて、中止犯の成立を認めざるを得ない。そのような者に対して中止犯の成立を否定することは、法律の文言を越えて被告人にとって有利な規定を限定的に運用することになるため、罪刑法定主義違反とのそしりを受ける可能性があるわけである。そのため、このような限定的な運用を正当化し、罪刑法定主義違反とのそしりを避けるためには、「そもそも中止犯制度の趣旨は、そのように広い範囲に対して中止犯の成立を認めるものではないのだ」ということを説明する必要があったわけである。ここに、根拠論の意義というものが明確になるのである。

実際に学説においても、既に 1950 年にボッケルマンが「褒賞説 (Prämientheorie)」ないし「恩賞説 (Gnadentheorie)」を主張していた⁽³³⁾。

編『判例によるドイツ刑法 (総論)』(1987 年) 163 頁以下、また金澤・前掲論文 67 頁以下参照。本事例はいわゆる「リロ事件」と呼ばれるものである。

(31) BGHSt 9, 51f.

(32) 1871 年ドイツライヒ刑法典 46 条には「freiwillig」という単語は使用されていないが、「その者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして」放棄したこと、ないしは「なお露見していない時に」「自己の行動によって」阻止したことが文言上要求されていたことから、任意性は中止犯の成立要件とされていた。

(33) Paul Bockelmann, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW 1955, S.1417ff.

この考え方によれば、「中止は、その中止がおのずから賞賛に値する場合にのみ、行為者に恩賞を与えるにふさわしいものとなり得るのである。したがって自由な意思のみが賞賛に値するものであり得るが故に、中止は任意的でなければならないのである」として、「褒賞を与えるにふさわしい中止であるかどうか」を中止犯成立の基準とし、この点から「褒賞を与えるにはふさわしくない」と考えられる場合には、中止犯の成立を否定したのである。

また 1972 年にロクシンは「刑罰目的説 (Strafzwecktheorie)」を主張した⁽³⁴⁾。ロクシンは前述の連邦裁判所 1956 年 2 月 28 日判決において述べられた「犯罪者の意思の危険性と当罰性」の観点を手がかりにして以下のように述べた。すなわち、「中止特典の理由づけは、いわゆる刑罰目的説によって」「適切に決定される」⁽³⁵⁾。そして、「一般予防の根拠は処罰を何ら要求しない、なぜなら結果は発生していないし、そして行為者は、その者が決定的な時点において法に忠実なものであると証明したことによって、悪い例を与えなかったからである。特別予防の作用は不必要である、なぜなら行為者はその中止によって合法性へと回帰したからである」⁽³⁶⁾、と。このように述べて、刑罰目的説は、一般予防や特別予防などの観点から、その中止者が刑罰を受けるべき者なのかという基準で中止犯の成否を判断しようとし、「一般予防や特別予防の観点からなお刑罰を与える必要がある」と考えられる場合には、中止犯の成立を否定したのである。

このように、褒賞説や刑罰目的説は、「褒賞を与えるにふさわしい中止であるかどうか」とか、「一般予防や特別予防の観点からなお刑罰を与える必要があるかどうか」という観点から、中止犯の成立範囲を、ドイツライヒ刑法典 46 条および現行ドイツ刑法典 24 条の文言以上に限定して捉え、なおかつそれに対する罪刑法定主義違反との批判を回避するために、

(34) Claus Roxin, Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, Festschrift für Ernst Heinitz, 1972, S.251ff.

(35) Roxin, a.a.O., S.269.

(36) Roxin, a.a.O., S.270.

そもそもの制度趣旨・根拠そのものにまで立ち返って、中止犯制度がそもそも文言が直接に示しているほど広くを対象にはしていないということを示すものであったわけである。

しかしこのような中止犯を限定的に運用するような考え方は、最近の連邦裁判所の決定により、再び否定されることになった。すなわち連邦裁判所 1993 年 5 月 19 日刑事部大法廷決定⁽³⁷⁾は、被告人が、自分より体力の劣る被害者を懲らしめる目的で、被害者の死を未必的に認容しつつ、刃渡り 12 センチメートルのナイフで被害者の腹部を刺したが、その突き刺し行為後に被害者の身体からナイフを抜いて、そのまま立ち去り、医師の治療を受けなければ、遅くとも 24 時間後には死亡していたと考えられるような傷害を被害者に負わせたという事案において、以下のように述べた。すなわち「さらなる行為実行を放棄するという決意は、法律上の構成要件要素の実現にまで限定され」、「それを越えるような『構成要件外の動機や意図、目的』については、未遂の可罰性を根拠づける刑法典 22 条も、それとは鏡像的に中止による不処罰を可能にする刑法典 24 条も、考慮には入れていない」⁽³⁸⁾。そして「行為者に対し、さらなる行為実行の単なる中止を越えて、『褒賞に値する放棄』ないし『褒賞に値する後退』を要求することは、刑法典 24 条 1 項 1 文第 1 選択肢には何の拠り所も見られないものである」⁽³⁹⁾、と。このように述べて、構成要件外の目的達成により、例えば悪い動機から中止した場合であっても、24 条の適用を阻害する理由はない、としたのである。そしてさらに刑事部大法廷は、「このことは有害な、刑事政策上憂慮すべき結論に至るものではない」として、

(37) BGHSt 39, 221=JZ 1993, 894 (Anm. C. Roxin)=MDR 1993, 776=NJW 1993, 2061=NSStZ 1993, 433=StV 1993, 408.当該決定の紹介として鈴木彰雄「中止未遂」比較法雑誌 27 巻 4 号 (1994 年) 223 頁以下、また、金澤真理「中止未遂の成否—ドイツ連邦通常裁判所刑事部大法廷決定 BGHSt 39,221 を手がかりとして—」東北法学 14 号 (1996 年) 1 頁以下、山中敬一『中止未遂の研究』(2001 年) 223 頁以下参照。本事例は「懲戒事例 (Denkzettelfall)」などと呼ばれている。

(38) BGHSt 39, 230.

(39) BGHSt 39, 231.

終了未遂の成立範囲および失敗未遂 (fehlgeschlagener Versuch) という概念⁽⁴⁰⁾の射程について考慮すること、そして被害者保護の観点からの有意義性について指摘した⁽⁴¹⁾。特に最後に述べた被害者保護の観点に基づく論拠は、事実上、刑事政策説への回帰とも言える現象であった。すなわち刑事政策説においては「どんな理由からでもよいからとにかく結果を回避すべし」という考え方の下で、広く中止犯は認められてきたのであり、刑事部大法廷決定にも「被害者を保護するためであれば、どんな悪い動機からでもいいから結果を不発生にすべし」との価値判断が働いているものと考えられるのである。

以上のような点から、中止犯制度の根拠論の意義、議論すべき争点が明らかになる。すなわち、中止犯の根拠論は、中止犯の成立範囲を法律の文言どおりに広く認めるものか、それとも何らかの規範的観点の下で、その成立範囲を限定的に捉えるのか、という、中止犯の成立範囲そのものの広さに関わって議論されるべきものであることになるわけである。

3. 日本における中止犯論の歴史的展開⁽⁴²⁾

ではこのようなドイツにおける議論に対して、日本では中止犯論はどのような歴史的経過をたどってきたのであろうか。日本の明治 13 年刑法典は周知の如く、編纂に深く関与したボアソナードの影響により、フランス刑法の影響の強いものであった。すなわち明治 13 年刑法典 112 条は、「意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ」結果を生じなかった者だけが未遂犯である

(40) 「失敗未遂 (fehlgeschlagener Versuch)」に関しては、園田寿「「欠効未遂」について」関西大学法学論集 32 巻 3・4・5 合併号 (1982 年) 59 頁以下、斉藤誠二「フランクの公式に対する疑問と失効未遂」判例タイムズ 589 号 (1986 年) 2 頁以下、同「いわゆる失効未遂をめぐって」警察研究 58 巻 1 号 (1987 年) 3 頁以下、同 3 号 (1987 年) 3 頁以下、金澤真理「不作為態様の中止—失敗未遂の検討を経て—」山形大学法政論叢 15 号 (1999 年) 1 頁以下を参照。特に失敗未遂に関する詳細なドイツ判例分析として、金澤・前掲「不作為態様の中止」9 頁以下を参照。

(41) BGHSt 39, 231f.

(42) 日本における中止犯論の歴史については、野村稔『未遂犯の研究』(1984 年)

とし、そうでない者、すなわち自己の意思で結果を生じさせなかった者を、そもそも未遂犯の範疇から外して規定していた⁽⁴³⁾。

しかしこの明治13年刑法典成立の直後から、再び刑法を改正しようとする動きが見られることになる。この改正の動きの中における、中止犯に関しての修正点としては、まず明治23年草案以降、加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯としての処罰についての明文規定を置いたことが挙げられる⁽⁴⁴⁾。すなわち、殺人未遂を行おうとして切りつけて傷害を負わせたものの、その後その殺人行為を中止した者に対して、既に生じた既遂犯罪としての傷害罪の罪責を問い得るかという点に関して、明治13年刑法典の下での学説に争いがあったため、その明文規定を置くこととしたのである。さらにその後、明治30年刑法草案から明治33年刑法改正案へと移行する際に、未遂犯の成立要件から「中止ではないこと」を要求する文言を削除した⁽⁴⁵⁾。これは、特に立法者の考えとして、例えば平沼騏一郎により、本人の意思により既遂とならなかった場合を、その他の場合と区別するのは根拠のないことであり、中止の場合も未遂犯の場合に組み入れるべきとされた⁽⁴⁶⁾ことに基づくものと言える。これにより日本も中止犯と未遂犯の関係構造に関して、フランス型の規定形式から、ドイツ型の規定形式へと移行することとなった。すなわちドイツの

31頁以下、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（一）（2）（3）」立命館法学280号51頁以下、同281号31頁以下、同282号91頁以下などを参照。

(43) 明治13年刑法典の112条は、未遂犯に関する以下のような規定であった。

「罪ヲ犯サントシテ已ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障礙若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサル時ハ已ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」

これはまさにフランス型の中止犯の規定形式であり、「中止犯ではないこと」が未遂犯成立の要件とされていたのである。

(44) これについて詳しくは拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（2）」立命館法学281号32頁以下を参照。

(45) この点に関する経緯について詳しくは拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（2）」立命館法学281号34頁以下を参照。

(46) 平沼騏一郎講述『刑法汎論』（出版年不明であるが、1903－1904〔明治36－37〕年頃の出版と思われる）192頁。詳しくは拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（2）」立命館法学281号43頁を参照。

1871 年ライヒ刑法典と同様に、中止犯の場合も未遂犯が成立していることを前提とするようになったのである。しかし 1871 年ドイツライヒ刑法典が「未遂としては」不処罰である、と規定したことにより、加重的未遂の場合にその内部に含まれた既遂犯としては処罰できる、という解釈を可能にし、その限度での処罰を認めていたのに対して、日本の明治 33 年刑法改正案ではそのような中止未遂に対して刑罰の必要的減免を認める、という規定形式を採用し、これにより、日本では刑罰の免除まで認めるか、それとも刑罰の減輕にとどめるかを裁判官の裁量により判断できるようにしたのである。すなわち、明治 30 年刑法草案までは中止犯の法律効果は「現ニ生シタル結果ニ従テ之ヲ罰ス」という形式であったため、「実際に結果を生じた者」、つまり殺人を中止した場合に、実際にその途中経過として傷害結果を負わせた者しか（その傷害罪として）処罰できなかったのであるが、明治 33 年刑法改正案においては裁判官の裁量で、「結果は生じてはいないものの規範的観点からは不処罰に値しない者」に対しても刑を科すことができるようになったのである⁽⁴⁷⁾。よってこのような明治 33 年刑法改正案の中止犯規定の法律効果を引き継いだ現行の明治 40 年刑法典においても同様の裁判官の裁量は認められているわけである。

そして明治 40 年刑法典制定以後の議論状況として、中止犯の成立要件である任意性要件とも関連して、とくに中止犯制度の根拠論について、ドイツと同様に、日本でもこの中止犯の成立範囲を広く認めていく見解と、狭く限定していく見解の対立の歴史があったことがうかがわれる。すなわち、明治から昭和の戦前期まで、刑事政策説が圧倒的な多数説であった⁽⁴⁸⁾。

(47) この点について、詳しくは拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開 (2)」立命館法学 281 号 36 頁、47 頁以下および 70 頁注 104、同「中止犯論の歴史的展開 (3)」282 号 127 頁、同「中止犯論の歴史的展開 (5・完)」立命館法学 291 号 203 頁以下を参照。

(48) すなわち、磯部四郎、東野俊一、泉二新熊、小疇傳、勝本勘三郎、岡田庄作、山岡萬之助、富田山壽、小野清一郎など。具体的な出典とその記述については、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開 (2)」立命館法学 281 号 49 頁および 70 頁以下を参照。

この刑事政策説の考え方によれば、中止犯という法律制度の根拠はまさに「自止の奨励」であり、「とにかく結果を回避すること」が求められるため、悪い動機から中止した者に対しても中止犯の成立を当然に認めることになった。実際、立法者の一人である平沼騏一郎は、刑法の編纂過程の議論の中で、中止犯の法律効果を必要的減免ではなく必要的免除にすべきではないかと質問した花井卓蔵に対する答弁として、以下のように返答しているのである。すなわち、「・・最モ氣ノ毒ナ場合、即チ真ニ悔悟ヲシテ中止シタト云フヤウナ場合ハ、其刑ヲ全ク免除スルコトガ出来ルノデアアル、サリナガラ中止犯ニハイロイロアリマシテ、必シモ悔悟致シタ者バカリデナイ、或ハ怖レテ止メル者モアル、或ハ利益ノ觀念カラ中止スル者モアル、是等ノ者マデ免除ノ恩典ヲ與ヘル必要ハナイ、斯ウ云フ考カラ致シマシテ、是〔ハ〕裁判官ノ裁量ニ一任致シタノデアリマス、・・」⁽⁴⁹⁾と。このように立法者意思によっても、明治40年刑法典の中止犯の場合というのは、悪い動機から行われた場合も含むものとされ、そのように広い範囲に対して、刑事政策説の観点から、中止犯が認められていたのである。

やがて大正期から昭和期に入る頃になると、牧野英一や宮本英脩らが、上記のような広く中止犯の成立を認める刑事政策説に対抗して規範主義説という、日本型の刑罰目的説を主張した⁽⁵⁰⁾。これらの見解は規範的観点から中止犯の成立範囲を限定的に捉えようとするものであったが、しかし結果として多くの支持を得るまでには至らなかった。

その後、戦後になって新たに、中止犯の法的性格論、すなわち体系的

(49) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕(7)日本立法資料全集27巻』(1996年)57頁、倉富勇三郎ほか編・松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』(1990年)1783頁。この点について詳しくは、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開(2)」立命館法学281号38頁を参照。

(50) 牧野英一『日本刑法上巻総論〔重訂版〕』(1941〔昭和16〕年)316頁、同『刑法総論』(1949〔昭和24〕年)361頁、同『刑法総論下巻〔全訂版〕』(1966〔昭和41〕年)642頁、宮本英脩『刑法大綱』(1935〔昭和10〕年)184頁以下。

位置づけ論⁽⁵¹⁾を用いて中止犯の根拠論を説明しようとする試みが行われるようになった。まず違法減少消滅説が、危険性の喪失の点や、悔悟によってはその成立範囲を限定しないような点から、主張され始め⁽⁵²⁾、そしてこれに対抗する形で、責任減少消滅説が、規範的意識の具体化や中止行為に示される行為者の人格的態度の点から、主張されるようになった⁽⁵³⁾。

しかし中止犯の成立範囲に関わる論点である中止犯制度の根拠論において、戦後になってから「法律説」を標榜するこれらの学説が主張されたことは、結果として別の側面において意味をもつことになった。

前述のように、もともと「法律説」は、明治 13 年刑法典のような「中止の場合には未遂犯も成立していない」ことを前提として、そのような未遂犯規定の条文構造を単純に指摘して、文理解釈により中止犯の不可罰性を導き出すというものであった。それは条文上、未遂と中止がどのような関係にあるかという、未遂と中止の関係構造を示す学説に過ぎず、「刑事政策説」のように、「なぜ法律がそのように中止犯を優遇しているのか」ということを示すものではなかったのである。不処罰を理由づけるアプローチの方法としては、そもそも次元の異なるものだったのである。そしてやがて明治 40 年刑法典が成立し、中止犯の場合にも未遂犯が成立していることが前提とされるようになって、1871 年ライヒ刑法典が成立したときのドイツと同様、もはや法律説は根拠論として主張されるには困難なものとなった。この結果、「なぜ法律がそのように中止犯を優遇しているの

(51) 中止犯の「法的性格 (Die rechtliche Natur)」論は、実は中止犯の「体系的
位置づけ (systematische Einordnung)」論と同じ内容を指し示すものである。
この点に関する検討については、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開 (3)」立
命館法学 282 号 97 頁以下および 142 頁注 57、注 58、注 60、注 61 を参照。

(52) 瀧川春雄・宮内裕・平場安治『刑法理論学総論』(1950〔昭和 25〕年) 208 頁
以下〔平場安治執筆〕、平場安治『刑法総論講義』(1961〔昭和 36〕年) 140 頁
以下、平野龍一「中止犯」『刑事法講座第二卷』(1952〔昭和 27〕年) 404 頁以
下(平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』(1981 年) 144 頁以下に所収)。

(53) 香川達夫「中止未遂の法的性格」刑法雑誌 5 卷 2 号 (1954〔昭和 29〕年) 228
頁以下(香川達夫『中止未遂の法的性格』(1963〔昭和 38〕年) 97 頁以下に所
収)、団藤重光『刑法綱要総論』(1957〔昭和 32〕年) 270 頁。

か」ということを示す根拠論である刑事政策説のみが「根拠論」として残ることになった点も、1871年ライヒ刑法典ができた当時のドイツの状況と同様である。しかし前述のような根拠論のアプローチの違いが明確に意識されなかったがために、法律説が明治13年刑法典のような規定形式を前提とするものであることが忘れられ、法律説は中止犯を犯罪成立要件の内部に関わらせる学説としてのみ記憶されていった。法律説はその内容上、中止の場合にそもそも未遂犯としての犯罪成立要件を欠落させる考えであることも、しだいに意識されなくなっていった。やがて刑事政策説と一身刑罰減少消滅事由説が圧倒的に支持された結果、中止犯の一身専属性がその法的性格論、すなわち体系的な位置づけ論と共犯の従属性の議論に基づいてなされるべきであることも忘れられるようになった。この結果、戦後になって突如として主張されるようになった法律説は、その内容上の問題性、とりわけ共犯に対する避けられない影響に関して明確に意識することなく主張されることへと結びついた。法律説を採用するということは、その未遂犯としての成立要件を欠落させるものであり、これは正犯者のみが中止した場合に、その狭義の共犯者にもその正犯者の中止の効果が影響することを意味する。事実、中止犯の場合には未遂犯も成立しないとしていた明治13年刑法典の条文の下では、正犯者のみが中止した場合も、その狭義の共犯にも正犯者の中止の効果は及ぶものと考えられていたのである⁽⁵⁴⁾。このように共犯への影響を明確に意識することなく、また結果的に「違法か」「責任か」という法的性格論の部分だけが強調され、「なぜ違法が減少するのか」「なぜ責任が減少するのか」という本来争うべき根拠論に関する議論の部分が見えにくくなったた

(54) 実際にこのような考え方から、明治13年刑法典の未遂犯規定を前提にした上で、正犯が中止した場合にその教唆犯を不処罰とする旨を明らかにするものとして、江木衷、谷野格、小疇傳、平沼騏一郎、さらに正犯が中止した場合にその従犯を不処罰とする旨を明らかにするものとして、江木衷、富井政章、岡田朝太郎、谷野格、小疇傳、平沼騏一郎が挙げられる。これらの見解の具体的な出典とその記述内容については、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開(3)」立命館法学282号92頁および134頁以下を参照。

めに、そもそも根拠論が何のために、何について争われるべきなのかという点までも、解りにくくしてしまうことになったのである。

ここに、「①根拠論を議論しているつもりで法的性格論（体系的位置づけ論）を議論してしまっている」、そして「②法律説の法的性格論としての本質を見誤っている」という、現在の日本の中止犯論の混乱を特徴づける二つの事実が浮かび上がるのである。

4. 日本の中止犯論のあるべき方向⁽⁵⁵⁾

さて、このような日本の中止犯論の混乱状況を打破するためには、どのように考えるべきなのであろうか。まずその前提として、日本の中止犯論において争われているとされている学説——すなわち「刑事政策説」と「法律説」——の定義内容、つまりその主張される内容と、その学説が主張されることによりもたらされる法律効果を、それぞれ正確に理解することが必要である。そしてその主張内容（定義内容）から、その学説がどのような論点に関わるものなのかを検討する必要がある。以下、順に検討していく。

a. 「刑事政策説」の定義内容の正確な理解

まずそもそもの前提として、刑事政策説と呼ばれる学説の正確な内容把握を行うべきである。近年の刑事政策説に対する批判の多くは、このような刑事政策説という名前の学説が指し示す内容についての誤解が原因となっているものが非常に多く見受けられるからである。刑事政策説と

(55) 既に拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（5・完）」立命館法学 291 号（2004 年）207 頁以下においても、同様の中止犯論のあるべき方向性の検討を行っており、参照されたい。なお、同 291 号 211 頁以下注 7 において、それまでの最近 10 年間（すなわち 1993 年以降 2003 年まで）に出された中止犯に関する論稿を挙げたが、それ以降に出された中止犯に関する論稿として、以下のようなものなどがある（執筆者名の五十音順で挙げた。また、判例評釈は除く）。江藤隆之「中止未遂の法的性格について」明治大学大学院法学研究論集 20 号（2003 年）57 頁以下、同「中止未遂の法的性格をめぐる諸議論の方法論的研究」

は、要は「白止の奨励」ということであり、「今行われている犯罪の結果発生をとにかく回避すべし」という考えの下に中止犯制度は設けられているのである、とする考え方である。このような考え方からは、任意性の内容を限定的・規範的に捉えることなく、悪い動機から中止した者に対しても中止犯の成立を認めるべきことになる。そしてそれは中止犯制度の由来・制度趣旨そのものを説明し、中止犯の成立範囲を直接に画する内容をもつものであるから、まさに「中止犯の根拠論」における学説といえるのである。

よく言われる刑事政策説に対する批判として、例えば「ドイツとは異なり法律効果が不処罰ではないから犯罪防止の効果は少ない」⁽⁵⁶⁾といわれることがある。しかし法律効果については不処罰であると言われるドイツでも、加重的未遂の場合には内部に含まれた既遂犯として処罰され得る⁽⁵⁷⁾のだから、「不処罰ではないから」というのが特に反論になるわけではない。

また「犯人が全員中止規定を知っているわけではない」とか「法律学を

明治大学大学院法学研究論集 21 号 (2004 年) 81 頁以下、同「着手未遂と実行未遂の概念について」明治大学大学院法学研究論集 22 号 (2005 年) 79 頁以下、大塚裕史「中止犯の法的性格と成立要件」アーティクル 228 号 (2005 年) 60 頁以下、上林邦充「中止犯の法理に関する基礎的研究」群馬大学社会情報学部研究論集 10 巻 (2003 年) 217 頁以下、同「中止犯の要件に関する基礎的研究」群馬大学社会情報学部研究論集 11 巻 (2004 年) 227 頁以下、佐伯仁志「未遂犯論」法学教室 304 号 (2006 年) 120 頁以下、城下裕二「中止未遂における任意性について」『罪と罰・非情にして人間的なるもの—小暮得雄先生古稀記念論文集』(2005 年) 43 頁以下、原口伸夫「実行未遂の中止」桐蔭法学 11 巻 1 号 (2004 年) 1 頁以下、町田行男『中止未遂の理論』(2005 年)、山内義廣「着手中止における意思の任意性の判断について」『刑事法学の現代的展開—斎藤静敬先生古稀祝賀論文集』(2005 年) 323 頁以下など。

(56) 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』(1990 年) 361 頁、平野・前掲「中止犯」404 頁(平野・前掲『犯罪論の諸問題(上)総論』143 頁に所収)、川端・前掲『刑法総論講義第 2 版』472 頁、曾根威彦『刑法総論〔第三版〕』(2000 年) 252 頁、町田・前掲『中止未遂の理論』14 頁以下など。

(57) この点について詳しくは、香川・前掲『中止未遂の法的性格』131 頁以下、虫明満『包括一罪の研究』(1992 年) 289 頁以下などを参照。

学んだ者の数を過大評価するものである」という批判⁽⁵⁸⁾も有効なものではない⁽⁵⁹⁾。犯罪結果が刑法上好ましくないと評価されるのが当然であると同様に、犯罪結果の回避が刑法上好ましいと評価されるのが当然であるというに過ぎず、それは「中止犯規定の存在を知っているかどうか」に左右されるものではないのである⁽⁶⁰⁾。実際、ある規定が「政策的」な規定だと考えられている場合に、その規定の適用の可否が「その者が当該政策的規定の存在を知っていたかどうか」に左右されるようなことがあ

(58) Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.Aufl., 1923, S.370 Fn.7 usw. 日本では、香川・前掲『中止未遂の法的性格』51頁、団藤・前掲『刑法綱要総論〔第三版〕』361頁以下、川端・前掲『刑法総論講義第2版』472頁、曾根・前掲『刑法総論〔第三版〕』252頁、西田典之『刑法総論』(2006年)293頁など。

(59) なお、このような批判に対して「中止犯の規定を知っているような人は少ないことはたしかであるが、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も寛大な取扱いを受けるであろうということも、一般人の常識になっているのではあるまいか」(板倉宏『刑法総論』(2004年)133頁)と反論する考えもある。しかし刑事司法が「一般人の常識」に基づいて運用されるものではなく、「各種刑事法規およびその解釈、刑事法理論」に基づいて運用されるものである以上、このような「一般人の常識」を前提に中止犯規定の根拠づけを行おうとするのは、問題のある方法であり、表現の上でも全くもって語弊のある表現と言わざるを得ない。むしろ、「具体的な個々の刑罰法規が知られていなくても、(違法性の意識(の可能性)すらももたらさないような場合を除いて)その刑罰法規に違反した者を処罰できるのと同様に、中止犯という優遇法規が知られていなくても、その中止犯の要件を満たした者に中止犯規定を適用できる」という具合に、刑罰法規の運用とパラレルに考えるべきなのである。

(60) この点につき、町田・前掲『中止未遂の理論』14頁以下は、ドイツの学説は上記のマックス・エルンスト・マイヤーのように「中止未遂の規定を知る者にしかその効果は期待できず、そして行為者が全員中止規定を知っているわけではない」ということを論拠に刑事政策説を否定しているが、フランスでは刑事政策説はなおも支持されているとしつつ、「もし中止の規定を知って犯罪を止めた事例があれば、教科書等において紹介されていると思われるが、それがないところをみると、やはりフランスにおいてもこうした規定は犯罪防止の機能を果たしていないのであろう」として、「もし立法者が真に犯罪防止の効果を狙って中止犯の規定を置いたものだとするならば、彼の意図した刑事政策は必ずし

り得るのであろうか。そのようなことはないであろう。ある規定が「政策的」であるということは、「その規定を知っているかどうかによってその規定の適用が左右される」ということを意味するわけではないのである⁽⁶¹⁾。

また「『刑事政策』というものは刑法の一般原理であってそれ自体からは何の中身も出てこない」⁽⁶²⁾とする批判もあるが、何度も述べているように、刑事政策説は「どんな理由からでも、誰でもよいからとにかく結果発

も成功したものとはいえないであろう」(町田・前掲 15 頁以下)とする。しかしこれは「刑事政策説」を、「中止犯規定の適用はその中止犯規定の存在を知っているか否かに左右される」とする学説であると捉えるものであり、これは根本的な誤解に基づくものである。法律の条文というものは、それが処罰規定であれ、優遇規定であれ、当該法律の適用を受けうる者がその内容・存在を個別具体的にまで知っていなければその者に対して適用できないようなものではない。規定を知っているかどうかによって当該規定の適否が完全に左右されるのであれば、それこそ刑法典の制定自体が「法律学を学んだ者の数を過大評価するもの」と言われかねないであろう(井田良『刑法総論の理論構造』(2005年) 278 頁も参照)。ドイツにおいて広くなされている刑事政策説に対するこのような批判は、刑事政策説というものの内容上の誤解に基づくものと言わざるを得ないのである。

(61) このような「刑事政策的」な規定としてよく挙げられるものとしては、自首(42条)、偽証罪や虚偽告訴罪における自首による刑の減免規定(170条、173条)、身の代金目的略取誘拐罪における解放減輕規定(228条の2)などがある。例えば自首制度(42条)は「捜査機関の便宜」という政策的趣旨による規定であると解されている(団藤・前掲『刑法綱要総論〔第三版〕』525頁、大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀編『大コンメンタール刑法〔第二版〕第3巻』(1999年) 445頁〔増井清彦執筆〕など)が、その規定の適用の可否は「自首規定を知っているかどうか」が関わるものではない。自首規定を知らない者が自首をしたとしても、自首規定が適用できる条件が存在しさえすればその規定を適用するであろう。これは「法律の条文」というものの性質上、当然に導かれることなのであり、「政策的な規定かどうか」とは全く関係がない。なおこの点については、既に城下裕二「中止未遂における必要的減免について——「根拠」と「体系的な位置づけ」——」北大法学論集 36 卷 4 号(1986年) 208 頁以下、山口厚『問題探究刑法総論』(1998年) 225 頁、浅田和茂『刑法総論』(2005年) 389 頁、井田良『刑法総論の理論構造』(2005年) 277 頁以下、佐伯仁志「未遂犯論」法学教室 304 号(2006年) 130 頁などにも指摘のあるところである。

(62) 金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について(二・完)」法学(東北大学) 64 卷(2000年) 62 頁、84 頁以下など。「刑法の規定が政策的意義を

生を回避して欲しい」ということがその中身として重要なのであるから、中身が無いわけでは決してないのである。

「刑事政策」という語を「量刑」と同視したりする見解⁽⁶³⁾や、「刑事政策説」を「一身の刑罰減少（消滅）事由説」と同視したりするような見解⁽⁶⁴⁾も、同様に定義上の誤解を犯している。「刑事政策説」にいうとこ

有するのは当然のことであり、それが中止犯規定に固有の性格を示すものとはいえない」とする井田・前掲『刑法総論の理論構造』278頁もほぼ同旨といえる。なおこの点につき、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（5・完）」立命館法学 291号 215頁注 18も参照。

(63) 岡本勝「中止犯論の現状と展望」現代刑事法 5 卷 1 号（2003 年）30 頁、同「中止未遂における減免根拠に関する一考察」『刑事法学の現実と展開—齊藤誠二先生古稀記念』（2003 年）283 頁など。なお、岡本・前掲「中止未遂における減免根拠に関する一考察」論文は中止未遂の成立根拠と減免根拠を分離し（同 289 頁以下）、特に裁量的免除の可否が問題となる場合には中止行為に内在する違法・責任減少の事情だけではなく、より一般的な量刑事情を考慮すべきであり、刑法 43 条但書の免除の部分に「情状により」という文言を読み込むべきである（同 291 頁以下、284 頁注 17）と主張する。これは解釈論としてはあり得る主張といえるが、しかし「刑法四三条但書における免除の部分に『情状により』という文言が記されていないのは、情状に基づくのは自明のことであるゆえの単なる文章の綾と考えるべきである」（同 284 頁注 17）として、文言上からそのような解釈が当然に導かれると主張する点については、「自明」であることの根拠がないために、説得的な論拠を欠くものと思われる。とくに、「情状により」という文言を「未遂行為および中止行為に関する事情以外の一般的な量刑事情を全て考慮して」という内容で理解するのであれば（同 287 頁参照）、免除の場合にのみなぜそのような一般的な量刑事情まで考慮すべきなのかを示す必要があるものと思われる。そして何より、刑法 43 条但書の法律効果の文言についての刑法典制定時の実際の経緯が全く踏まえられておらず、「文章の綾」で片づけられている点に強く疑問を感じる。なお刑法 43 条但書の法律効果の文言についての刑法典制定時の経緯については、本稿の「3. 日本における中止犯論の歴史的展開」において、またより詳細には、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（2）」立命館法学 281 号 36 頁、47 頁以下および 70 頁注 104 において既に検討した。

(64) 香川・前掲『中止未遂の法的性格』52 頁が「刑事政策説は中止未遂をもつて刑の免除事由とする」のであり、「犯罪としての成立までをも排除するものではない」とするもの、この「刑事政策説」と「一身の刑罰減少（消滅）事由説」を混同していることの現れと考えられる。また浅田・前掲『刑法総論』389 頁

ろの「刑事政策」は、量刑を行うことそのものではなくて、中止犯の成立範囲そのものにかかわる内容——すなわち「自止の奨励」——をもつものである。また「一身的刑罰減少（消滅）事由説」は、中止犯の成立が認められた後の、その法的効果が現れる段階での考え方を示すものであるから、それは「中止犯の体系的な位置づけ（法的性格）」にかかわる内容の学説であって、中止犯の成立範囲そのものにかかわる内容をもつ刑事政策説とは、その内容とするところを異にしている。この点につき、「刑事政策説を採用する場合には必然的に一身的刑罰減少消滅事由説に至ることになる」のであるから「両者は同じもの」とするのであれば、これは1810年フランス刑法典の下でのフランスや1851年プロイセン刑法典の下でのドイツ（プロイセン）、そして明治13年刑法典の下での日本において、刑事政策説が支持されていた⁽⁶⁵⁾にもかかわらず、中止の効果が一身的なも

が「これ（筆者注：刑事政策説）を犯罪論体系に組み入れるとすれば、一身的刑罰阻却減輕事由と解することになろう」とするもの、——「犯罪論体系に組み入れるとすれば」という表現から両者を別物と評価していることがうかがわれるものの——同様の混同（もしくは論理関係の誤解）が見て取れる。さらに江藤・前掲「中止未遂の法的性格について」58頁以下が、「我が国における従来の刑事政策説は、・・・『体系的な位置づけ』における人的刑罰減免事由説をも包含するものとして理解されてきたのである」とするもの、同じく「刑事政策説」と「一身的刑罰減少（消滅）事由説」の混同が現れているといえる。この点について、「これ（筆者注：刑事政策説が人的刑罰減免事由説をも包含するものとして理解されてきたこと）は、法律説論者が刑事政策説に対して、中止未遂の考察は、犯罪論体系内において法的になされるべきであり、体系外でとらえる刑事政策説は妥当ではない、とする趣旨の批判を加えてきたことから明らかであろう」（江藤・前掲「中止未遂の法的性格について」59頁）とするが、それはそのような批判を行う文献が刑事政策説の定義づけを同じく誤っていることの実証にしかない。本文中にも述べたとおり、「刑事政策説を採用すること」と「一身的刑罰減少消滅事由説を採用すること」とは、決して論理関係にはない。実際、この点の誤解に基づいて『刑事政策説』は中止を『体系外』でとらえる学説である」とまで明確に指摘する文献は、実は日本語文献においてもそれほど多くはないのである。

(65) この点に関して、フランスについては Roger MERLE/André VITU, *Traité de droit criminel*, t.1, 7^e édition, 1997, p.637, n°502; Gaston STEFANI/Georges LEVASSEUR/Bernard BOULOC, *Droit pénal général*, 17^e édition, 2000, p.217;

のとしては考えられてはいなかった⁽⁶⁶⁾事実を看過することになる。「刑事政策説を採用すること」は、「一身刑罰減少消滅事由説を採用すること」と決して論理関係にはない。後述するように⁽⁶⁷⁾、前者はあくまでも、「中止犯の成立範囲」そのものにかかわる学説なのであり、まさに「中止犯の根拠論」における学説であるが、これに対して後者は「未遂と中止の関係構造」にかかわる学説なのであり、これは「中止犯の体系的位置づけ論（法的性格論）」における学説なのである。

さらには「刑事政策説」の「刑事政策」という言葉の中身に「一般予防」や「特別予防」の内容を読み込む見解⁽⁶⁸⁾も、実は定義上の誤解を犯すものである。刑罰の正当化根拠論における「一般予防」とは、例えば積極的一般予防論によれば刑罰による他者への規範強化を内容とするものであるから、既に犯罪に足を踏み込んだ者を名宛人とするものではないのであって、「どんな理由からでもよいから犯罪者が結果を回避すれば中

Jacques-Henri ROBERT, *Droit pénal général*, 5^e édition, 2001, p.219 etc.. 日本語文献としては末道康之『フランス刑法における未遂犯論』（1998年）133頁以下、町田・前掲『中止未遂の理論』15頁以下、香川・前掲『中止未遂の法的性格』48頁などを参照。ドイツ（プロイセン）については Berner, 1.Aufl.(a.a.O.), S.156f. 日本に関しては拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（一）」立命館法学 280号 62頁以下において、既に詳細な検討を行なった。

(66) 1810年フランス刑法典も、1851年プロイセン刑法典も、日本の明治13年刑法典も、いずれもいわゆる「フランス型の未遂犯・中止犯の規定形式」を採用したのであり、正犯のみが中止した場合であっても、その中止の効果は狭義の共犯にも及ぶものと考えられていた。

(67) 本稿の「c. 「中止犯の根拠論」と「中止犯の法的性格論（体系的位置づけ論）」の分離」の箇所を参照。

(68) 平野・前掲「中止犯」404頁以下（平野・前掲『犯罪論の諸問題（上）総論』143頁に所収）、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」『刑事法学の課題と展望——香川達夫博士古稀祝賀——』（1996年）275頁（刑事政策説を「刑の減免利益の事前提示による機会形成的な誘導という意味での（消極的）一般予防的発想に基づく」ものとする）、和田俊憲「中止犯論——減免政策の構造とその理解に基づく要件解釈——」刑法雑誌 42巻 3号（2003年）4頁以下（「積極的視点に立つ減免根拠論」として「予防政策説」を掲げる）など。

止犯とする」ような刑事政策説の考え方とはそもそも対象の方向がずれているし、むしろ悪い動機から中止した者にも中止犯の特典を認めるような刑事政策説の考え方は、そのような「一般予防」に資するものとは言えないと思われる。また「特別予防」の考え方も、悪い動機から中止した者に対しても中止の特典を与えるような刑事政策説の考え方とはそぐわないものである。これらの「一般予防」や「特別予防」の観点は、前述のようにむしろ「刑罰目的説」の考え方において、その中止犯の成否の判断の際に基準とされるべきものといえる。

これに加えて、「褒賞」の内容を「刑事政策」という言葉の中身に読み込む見解⁽⁶⁹⁾も、同様の誤りを犯している。「褒賞」とは、それを受けるにふさわしい者が受けるということを前提にしており、悪い動機から中止した人間に対しても中止犯の成立を認める「刑事政策説」の考え方とはそぐわないのであり、そのような観点からはむしろこれは前述のような「褒賞説」として別の考え方であると評価すべきことになる。

また、「刑が減輕されるべき場合と免除されるべき場合とを区別する理由を刑事政策説は説明できない」と言われることも多い⁽⁷⁰⁾が、「中止犯の根拠論」においては「(ある事例について)中止犯が成立するべきか否か」がまさに議論されるのであるから、中止犯の根拠論において減輕されるべき場合と免除されるべき場合とが区別できなくても、それ自体は何ら構わないわけである。「減輕されるべき場合と免除されるべき場合とを区別するための基準をどのように考えるべきか」については、それ自体を、根拠論とは別の論点として議論すれば足りる⁽⁷¹⁾。この「免除と減輕の区別基

(69) 西田・前掲『刑法総論』293頁など。

(70) 団藤・前掲『刑法綱要総論〔第三版〕』361頁、川端・前掲『刑法総論講義第2版』472頁、曾根・前掲『刑法総論〔第三版〕』252頁、井田・前掲『刑法総論の理論構造』278頁、西田・前掲『刑法総論』293頁。ただし団藤重光は、偽証罪の自白による刑の減免規定(170条)の解説の中で、「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」(団藤重光編『注釈刑法(4)』256頁〔団藤重光執筆〕)と述べている。

(71) なおこの点に関しては、本稿の「3. 日本における中止犯論の歴史的展開」において前述した。すなわち、明治30年刑法草案までは中止犯の法律効果は「現

準」が根拠論から説明できればそれに越したことはないが、もし「説明できないから根拠論としては成り立たない」⁽⁷²⁾と言うのであれば、それはまさに根拠論で何が争われるべきかを誤解していることに基づくものといえる⁽⁷³⁾。

このように、近年言われる刑事政策説に対する批判は、いずれもその「刑事政策」という単語の内容に対する誤解に基づくものである。このため最近では、上述のような誤解を避けるために、刑事政策説を「奨励説」と言い換える試みが行われており⁽⁷⁴⁾、これは刑事政策説の正確な理解のために望ましいものと考えられる。

b. 「法律説」の法的効果の正確な理解

また、同様の内容に関する誤解は刑事政策説だけに存在するものではない。特に「法律説」に関する大きな誤解は、「法律説を採用したとしても、中止犯の場合にも何ら未遂犯の成立は問題なく認められる」と考え

ニ生シタル結果ニ從テ之ヲ罰ス」という形式であったのが、明治33年刑法改正案においては「其刑ヲ減免ス」という形式になった。このように明治30年刑法草案では「実際に結果を生じた者」しか処罰できなかったのが、明治33年刑法改正案においては裁判官の裁量で、「結果は生じてはいないものの規範的観点からは不処罰に値しない者」に対しても刑を科すことができるようになったのである。詳しくは拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開(2)」立命館法学281号36頁、47頁以下および70頁注104を参照。

(72) 団藤・前掲『刑法綱要総論〔第三版〕』361頁は、「政策的考慮は事前においてのみ可能なのに、減免の裁量は事後的であるから、わが刑法のような規定のもとでは、政策説は論理的に成り立たないとさえいってよいであろう」と述べる。これが「刑事政策説」の内容に関する誤解に基づくものであることは、本文中にも述べたとおりである。

(73) なおこの点について、城下・前掲「中止未遂における必要的減免について」209頁は、身の代金目的略取誘拐予備罪における実行の着手前の自首(228条の3但書)を例に挙げて中止犯規定と対比し、「減輕又は免除する」という法律効果が、必ずしも違法減少説・責任減少説に依拠しなくては説明できないものではない点を指摘する。

(74) 金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について(二・完)」法学(東北大学)64巻(2000年)64頁以下、塩谷毅「中止犯」法学教室279号(2003

られている点である。本来、法律説は、フランス型の未遂犯の規定形式を予定しているものである。だからこそ、中止犯の場合には「未遂犯も成立していない」ことになり、未遂犯としての法律上の成立要件が欠けることになる、と説明するのである。すなわち、未遂犯の成立要件として「中止犯でないこと」が要求されるようになるはずなのである。しかし現在日本において主張されている法律説には、このような発想は全くない。判例においても⁽⁷⁵⁾、学説においても⁽⁷⁶⁾、「中止犯の場合にも未遂犯は成立している」ことが、当然の前提とされているのである。これは現在の刑法典43条の文言からすれば、そのように解釈すべきものと言える⁽⁷⁷⁾であろうが、もしそうならば中止犯の場合には未遂犯としての法律上の成立要件は何も欠けてはいないのであり、これは「法律説」と呼ばれるべきものではない。

ただし条文の解釈として、直前の未遂行為とその後の中止行為とを合わせて考察する「全体的考察」により、未遂行為自体の違法性や責任などの犯罪成立要件が事後的な中止行為により影響を受け、全体としての未遂行為と中止行為を合わせた行為に対して（中止犯としての）優遇された効果をもたらされる、と考えることは可能である⁽⁷⁸⁾。現在の日本の刑法典の43条本文は、ドイツの刑法典の22条のように未遂犯の明確な

年) 65頁など。また、ドイツにおいては「黄金の橋説 (Die Lehre von der goldenen Brücke)」と言い換えられているようである。Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Bd. II, 2003, S.482ff.; Georg Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1998, S.296 usw..

(75) 大判明治44年10月12日刑録17輯1672頁(拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開(3)」立命館法学282号101頁参照)。

(76) 団藤・前掲『刑法綱要総論〔第三版〕』356頁など。

(77) 実際、立法者は「中止犯の場合にも未遂犯が成立している」ことを前提とする、いわゆるドイツ型の未遂犯・中止犯の規定形式を採用したつもりであった。本稿の「3. 日本における中止犯論の歴史的展開」、さらに詳しくは拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開(2)」立命館法学281号32頁以下を参照。

(78) 明確にこのような全体的考察に基づいての中止犯の理論構成を行う学説として、日本においては大場茂馬『刑法総論下巻』(1918年)806頁以下、清水一成「中止未遂における「自己ノ意思ニ因リ」の意義」上智法学論集29巻2・3

「概念規定」とされているわけではない。また、日本では中止犯と未遂犯が同じ条文の中に「本文」と「但書」という形で規定されているため、この但書と本文を合わせて未遂の概念を規定しているのだと捉えて、「中止犯の場合にはそもそも未遂犯も成立していない」と法律說的に解釈する余地は十分にある⁽⁷⁹⁾。

しかし、このような解釈が支持されるべきものなのかは、疑問の余地が大きい。現在の刑法の犯罪論は、あくまでも行為者が行なった行為に対する評価としての「行為違法・行為責任」をその対象としている。すなわち、本来、犯罪行為後の事情というものは犯罪論そのものの中で考慮されるものではなく、情状酌量などのような量刑事情としてのみ考慮され得るものなのである。そして、まさに「中止行為」は、「犯罪行為（＝未遂行為）」後に行われるものであり、その直前までの未遂行為についての「行為違法・行為責任」は、厳然と存在しているのである。これは、窃盗犯が既遂後に窃取物を被害者に返却したとしても、窃盗罪という「(違法性と責任を備えた)犯罪行為」の事実が無くならないのと同じである。し

号(1986年)236頁以下、金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について(一)(二・完)」法学(東北大学)63巻(1999年)655頁以下、64巻(2000年)53頁以下(特に64巻78頁以下参照)、同じく金澤真理「中止未遂とその法的性格」刑法雑誌41巻3号(2002年)29頁以下。ドイツにおいては、Dietrich Lang-Hinrichsen, Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme (Normativer Tatbegriff), in Festschrift für Karl Engisch, 1969, S.353ff. (本論文の紹介として、刑法読書会「カールエンギッシュ記念論文集の紹介(八)ラング=ヒンリクセン『刑法における所為概念についての覚書』」(中山研一紹介)法学論叢89巻3号(1971年)58頁以下参照)など。

(79) 少なくとも、43条に未遂犯の概念規定を持ち、43条と46条にそれぞれ分離して未遂犯の規定と中止犯の規定が置かれていた1871年ドイツライヒ刑法典の下で、「46条において示されている未遂の可罰性についての規定は、43条とは外見上は分離しているけれども、可罰的な未遂の概念の内部に残ったままなのである」(Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 18. Aufl., 1898, S.165 Fn.1)として無理に法律說的解釈を行ったベルナーよりは、日本の現行法においてこのような解釈を採用することは苦しくはない。

かし全体的考察を採用して未遂行為と中止行為を一括して評価することは、中止行為の直前まで存在していた未遂行為の「行為違法・行為責任」を——その事実が存在していたにもかかわらず——無かったことと評価する考え方なのである。1851年のプロイセン刑法典は、フランス型の未遂犯・中止犯の規定形式を採用していたものの、まさにこのような事実に関する存在論的な疑義から批判され、1871年のドイツライヒ刑法典では、もはやフランス型の未遂犯・中止犯の規定形式は採用されなかったのである⁽⁸⁰⁾。

このような評価方法を「行為違法・行為責任」とは別個の「違法・責任」に関するものである、とする考え方もあるかもしれない⁽⁸¹⁾。しかし、「行為違法・行為責任」とは別個の要素としての「違法・責任」とは、具体的にどのような点に意味のあるものなのか不明確と言わざるを得ない。犯罪論体系上に意味のある「違法・責任」であれば、それは「行為違法・行為責任」そのものであり、それ以外に「違法・責任」がかかわるものがあるとするれば、それは量刑上の要素としての「量刑違法・量刑責任」といえるかもしれない。実際、前述のような全体的考察により未遂行為と中止行為を一体のものとして捉える「一体化説 (Einheitstheorie)」に対して、ドイツでは「中止を単に量刑上の視点として理解するもの」⁽⁸²⁾とか、「中止を量刑規定としてのみ理解し、そしてそれにより不処罰についての説明を何ら提供し得ない」⁽⁸³⁾という批判がなされている。中止犯規定をそのような単なる量刑規定と捉えることには、なおやはり抵抗感が残るのである。

(80) 本稿の「2. ドイツにおける中止犯論の歴史的展開」の前述箇所を参照。なおこの点について詳しくは、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開 (5・完)」立命館法学 291号 147頁以下を参照。

(81) 岡本・前掲「中止未遂における減免根拠に関する一考察」284頁注11参照。

(82) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.540.

(83) Christian Jäger, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, S.5.

そして解釈論として法律説を主張する場合に最も批判され得る点は、正犯のみが中止行為を行なった場合に、何ら中止行為を行なっていないその狭義の共犯者にまでその中止の効果が及んでしまう点である。とくに法律説の中でも、「責任減少（消滅）説」を採る場合にはともかく、「違法減少（消滅）説」や「違法・責任減少（消滅）説」などの違法性段階にかかわるような形での法律説を採用する場合には、狭義の共犯者への影響は避けられない⁽⁸⁴⁾。すなわち、責任の評価のみが影響を受けると考えるのであればともかく⁽⁸⁵⁾、違法性の評価も影響を受けると考えるのであれば、共犯の要素従属性に関して制限従属性説が圧倒的支持を受けている現在の日本においては、確実にその正犯の中止による効果は共犯にも及ばざるを得ないのである。

しかしこの点に関して、日本において戦後に主張されている法律説は、そのほとんどが「中止の効果は一身専属的なものであって、正犯のみが中止した場合に狭義の共犯者にその中止の効果が及ぶことはない」と主張している。それは「責任減少説」の立場からだけではなく、共犯の要素従属性に関して制限従属性説を採用すれば狭義の共犯にも中止の効果が及ばざるを得ないはずの「違法減少説」や「違法・責任減少説」の立場からも主張されている。

(84) このような観点から、この共犯の論点を意識した上で違法減少（消滅）説を否定し、責任に関わるものとする結論を導く文献として、香川達夫『刑法講義〔総論〕第三版』（1995年）307頁、同じく香川・前掲『中止未遂の法的性格』76頁以下および177頁以下、山中敬・『刑法総論Ⅱ』（1999年）712頁など。

(85) 本来、刑法上の評価の対象は「行為責任」であるべきであり、その事後的な変動はあり得ないはずではあるが、犯罪論体系における「責任」の概念を「答責性」と同様に捉え直して、「責任」段階での評価は「行為責任」にとどまるものではなく、事後の事情等も考慮に入れ得る、として考えるのであれば、これは十分にあり得る考え方であり、なおかつ共犯の要素従属性に関して制限従属性説を採用すれば、何ら中止行為を行なっていない狭義の共犯者に中止の効果は及ばず、「中止の効果の一身専属性」も維持できる。しかし中止犯論のためだけに犯罪論体系における「責任」概念を修正してしまうのは、やや派生的影響が大きすぎるようにも思われる。

具体的には例えば、まず「違法の個別化」や「人的不法論」の見地から「違法の連帯性」というテーゼの絶対性を否定することに基づいて、中止行為を行なった者のみにその効果を及ぼそうとする見解がある⁽⁸⁶⁾。しかし、「違法の連帯性」の絶対性が否定されるべきということと、正犯のみの中止の効果が共犯には及ばないということは、論理的には全く別の問題である。そもそも共犯の従属性における制限従属性説と極端従属性説の争いは、「狭義の共犯が成立し、かつ、可罰性を有するためには、正犯の行為がどの程度に犯罪の要件を具備することを必要とするのか」⁽⁸⁷⁾に関する争いなのであるから、あくまでもそこでは「共犯の成立のための必要条件」が問題となっているにすぎず、「正犯に発生したどの事由が共犯に及ぶか」という議論ではない⁽⁸⁸⁾。「違法の連帯性を否定すること」とは「正犯に違法があるからといって共犯に違法があるわけではない」ことを示すにとどまり、正犯のみの中止の場合のような「正犯の違法が無い（ないしは減少している）からといって共犯の違法が無い（ないしは減少している）わけではない」ことを示すものではないのである。これこそがまさに共犯の「連帯性」の観点と「従属性（必要条件）」の観点の違いなのである。

これと同様に、未遂犯の構造論を手がかりにした上で、「・・・『任意』の『中止行為』固有の機能によって、既に存在している不法・責任が遡及的に『なかったこと』にされるという評価を受け、一身的に刑の減免が考慮されると考えるのであれば・・・、その効果が共犯者にも『連帯』する・・・とは考えられない。行為不法・責任の充足それ自体が一身的なも

(86) 川端博『刑法総論 25 講』（1990 年）277 頁以下、内田文昭『刑法概要中巻（犯罪論 2）』（1999 年）397 頁、町田・前掲『中止未遂の理論』61 頁以下など。

(87) 川端・前掲『刑法総論講義第 2 版』529 頁以下。

(88) この点でまさにいわゆる「誇張従属形式」は他の従属形式と性格を異にしていると言われているのである。松宮孝明『刑法総論講義〔第 3 版〕』（2004 年）262 頁以下、同じく松宮孝明「共犯の「従属性」について」立命館法学 243・244 号（1995 年）302 頁以下（同『刑事立法と犯罪体系』（2003 年）247 頁以下に所収）、Max Ernst Mayer, a. a. O., S.391 参照。

のであることと平行に考えれば、『任意』の『中止行為』という要件（「マイナス構成要件」）の充足による行為不法・責任の軽減という効果もまた一身的なものなのである⁽⁸⁹⁾とする見解も、「連帯」という単語を使用していることから明らかなように、「共犯の従属性（必要条件）」の議論と「共犯の連帯性」の議論を混同している。このような見解が、あわせて共犯独立性説、ないしは要素従属性における最小限従属性説を採用するのであれば、確かに正犯の中止の効果は狭義の共犯には及ばないであろうが、共犯の従属性を前提にして、要素従属性における制限従属性説を採用する限りは、狭義の共犯を処罰するための要件である正犯の違法性がそもそも減少（ないし削減）している以上、狭義の共犯もその影響を受けることになるのである⁽⁹⁰⁾。これはあくまでも共犯の従属性に関する論点なのであり、制限従属性説を前提にした上で「違法減少説」ないし「違法・責任減少説」を採用する場合には、たとえ未遂犯における構造論においてどのような解釈論を展開しようとも、避けられない帰結なのである。

さらに、日本の中止犯の法律効果が完全に不処罰ではなく「免除」にとどまるものであり、「有罪判決の一種」であることから、中止者の行為は中止により違法性が減少しても違法であることには変わりなく、「自己の意思による中止という主観的要素が、違法性の評価に影響をあたえ違法性が減少をするのであり」、「中止者個人の主観的要素はその行為者の

(89) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（2005年）70頁注127。

(90) 共犯の従属性を前提とした上で、例えば正犯者の行為が正当防衛であったことにより、要素従属性が欠ける場合には、そもそも狭義の共犯は成立しないことになるのであり、それが「連帯する」などとは言わない。この点からも、このような見解が「共犯の連帯性」の話と「共犯の従属性（必要条件）」の話を混同・誤解していることが明らかといえる。

(91) 板倉宏「共犯と中止犯」『刑法判例百選Ⅰ総論』（1978年）201頁。ちなみに板倉宏のこの部分の記述は、1964年の板倉宏「共犯と中止犯」『刑法判例百選』（1964年）91頁から、板倉宏「共犯と中止犯」『刑法判例百選（新版）』（1970年）103頁、板倉・前掲「共犯と中止犯」『刑法判例百選Ⅰ総論』201頁、そしてさらには板倉宏「中止犯」『刑法基本講座第4巻』（1992年）44頁に至るま

行為の違法性の強弱に影響をあたえるのみであるから、「他の共犯者の行為の違法性にそのまま、影響をおよぼすものではない」とする見解もある⁽⁹¹⁾。しかしこの見解も「違法の連帯性の否定」から結論を導く見解と同様に、「従属性（必要条件）」の観点と「連帯性」の観点を混同しているものと思われる。「人的違法論」⁽⁹²⁾を強調して違法性判断を個別的行うとしても、「共犯の正犯に対する従属」は結局（制限従属性説を採用する限り）要求するのである（92a）から、「従属性（必要条件）」と「連帯性」の誤解についての批判が同様に当てはまる。また違法が減少したとしても違法に変わりがないとするなら、これは最初から結論として中止犯の体系的な位置づけを違法性段階で扱う必要がないと言っているに等しい。正犯者が犯罪を中止し、その正犯者の違法性が減少することに基づいて、その正犯者の刑が「必要的減免」という優遇を受けるということは、すなわち正犯者も「違法であることには変わりがない」けれども、中止による「違法性の減少に基づいて」優遇される、とするのであろう。だとするならばその狭義の共犯者にとっても、従属の対象となるべき正犯者の行為は、確かに「違法であることには変わりがない」けれども、しかし正犯者の中止により、その狭義の共犯者もその従属の対象となる正犯行為の「違法性の減少に基づいて」優遇される、ということになるのである。まさにその「中止に基づいて減少した違法の部分」が、「共犯の従属性」により影響してしまう、ということがここで問題となっているのである⁽⁹³⁾。

また、違法減少説を前提としつつ中止未遂の一身専属性を説明するために、障礙未遂の場合の違法性のメルクマールを「法益侵害の危険性」と「犯罪中止義務ないしは結果防止義務に対する義務違反性」としつつ、中

で、その表現において何ら変化していない。

(92) 板倉・前掲『百選Ⅰ』（1978年）201頁。

(92a) 板倉宏『刑法総論』（2004年）306頁。

(93) このことは、いわゆる「違法・責任減少説」に対しても当てはまる。すなわち、違法性の全体ではなくて一部のみが減少するのである、と説明したとしても、まさにその「中止に基づいて減少した違法の部分」が、「共犯の従属性」により、その狭義の共犯に影響してしまう、ということが問題となるのである。

中止未遂の場合の違法性のメルクマールを「法益侵害の危険性」のみであるとする事で、両者は違法性の構造に違いがあり、「義務違反性はその義務を履行した者のみに欠けるから、中止未遂効果の一身専属性も説明できる」とする見解もある⁽⁹⁴⁾。しかしこのような障礙未遂と中止未遂の構造論そのものについても疑問が残る⁽⁹⁵⁾し、また前述のような違法の連帯性と従属性（必要条件）に関する混同がここでも存在するように思われる。すなわち、義務履行により正犯が中止未遂となっても、その効果が違法性に現れる限り、狭義の共犯の従属の対象となる正犯の違法性が減少する以上は、制限従属性説では共犯に影響が及ばざるを得ないのである。

同様に、「行為の規範違反性の評価がその行為者の中止行為によってその者との関係でのみある程度『帳消し』になる（すなわち、一定の法益侵害行為を禁止する規範に違反した者が、侵害されようとしている法益を保全する行為をしたときには、規範的一般予防の必要性が減少し、その者の行為の規範違反性の評価が軽くなる）」⁽⁹⁶⁾とする考えに対しても、同様に正犯者の中止が行為の規範違反性の評価の減少を意味し、そしてその「行為の規範違反性の評価の減少」を「違法性阻却事由に準ずる事態」⁽⁹⁷⁾とするのであれば、まさに共犯の従属性（必要条件）の前提となる正犯者の違法性が中止により影響されることになるのであるから、制限従属性説を採る限り共犯に影響が及ばざるを得ない。

そして、「中止未遂は中止行為をその本質的要素とするものである以上、中止行為を行なって結果を防止しえた者のみが特典にあずかれる」⁽⁹⁸⁾とするのも、同様に狭義の共犯の従属性（必要条件）の観点を誤解（ないしは看過）するものである。正犯者が中止行為を行なって結果を防止でき

(94) 野村稔『未遂犯の研究』（1984年）452頁以下、同じく野村稔『刑法総論補訂版』（1998年）357頁以下。

(95) 浅田和茂「紹介・野村稔著『未遂犯の研究』」犯罪と刑罰2号（1986年）142頁以下参照。

(96) 井田・前掲『刑法総論の理論構造』280頁。

(97) 井田・前掲『刑法総論の理論構造』280頁。

(98) 清水・前掲「中止未遂における「自己ノ意思ニ因リ」の意義」237頁。

た場合に、その中止が正犯者の違法性に影響するのであれば、それはとりもなおさず共犯の従属性の前提である正犯の違法性への影響であり、必然的に狭義の共犯に影響せざるを得ない。ここでの問題は「共犯を処罰するための前提となる正犯の違法性に、中止による効果が影響するか否か」が問題なのであって、「中止行為を行なったのは誰か」が問題となっているわけではない。

また、共犯の処罰根拠論を前提にして、可罰性借用説は否定されるべきであり、「共犯が処罰されるのは、それ自体可罰的な行為だからである」とした上で、「もしそうだとすると、中止によって正犯の違法性が喪失したとしても、それによって共犯独自の違法性の消失が認められない限り、中止の効果は共犯には及ばないことになる」⁽⁹⁹⁾とするものもある。そしてその上で、「中止未遂とは、すでに述べたように、行為者みずから、一旦生ぜしめた違法な状態を再び消滅させたことである。・・・そこで、もし教唆の違法性が喪失したというためには、教唆者みずから、自己の教唆行為によって生ぜしめた正犯の実行行為の着手という状態を再び消滅させたこと、換言すれば彼の正犯に対する教唆の効果を解消させた、という事実が認められなければならない。しかし、正犯が中止したに過ぎない場合、教唆者に右の事実を認めることはできない。なぜならば、正犯が教唆によって着手した実行行為を放棄したのは、正犯じしん的意思に由るものであって、教唆者の行為に由るものではないからである」⁽¹⁰⁰⁾と述べて、中止行為を行っていない狭義の共犯者には共犯独自の違法性の消失が見られない以上、中止犯の効果は及ばない、と主張する考え方もある。しかし、共犯独立性説を採用するならばともかく、現在多く支持されている共犯従属性説では、「教唆行為とそれに基づく正犯の実行行為の着手があって始めて、処罰に値する違法性が生ずる」⁽¹⁰¹⁾ものとされている。そして、正犯者の中止により正犯行為に「違法減少（消滅）」が見られると

(99) 町田・前掲『中止未遂の理論』62頁。

(100) 町田・前掲『中止未遂の理論』62頁以下。

(101) 町田・前掲『中止未遂の理論』62頁。

するのであれば、狭義の共犯者の従属の対象となるべき「正犯者の違法性」が中止により「減少」することになるのであるから、狭義の共犯者にその影響は必然的に及ぶことになる。例えば、第三者が渡した武器を使用して正犯者が正当防衛行為をした場合に、「正当防衛行為は正犯者自身しか行なっていない」ことを理由として、武器を渡した者に幫助犯の成立が認められるべきなのであろうか。また、自分の息子の手術を医師に依頼して手術行為を行なってもらった父親には、「医師しか正当業務行為である手術行為をしていない」ことを理由として、傷害罪の教唆犯が成立すると考えられるのであろうか。いずれの場合も、狭義の共犯の成立は、「従属の対象となるべき正犯の違法行為が存在しない」ことを理由として、否定されるべきであろう。そして、「法律説」という、未遂行為と中止行為の一括評価を前提にした考え方を採用している限り、同様のことは中止犯の場合にも当てはまる。「法律説」を採用すれば、従属の対象となる正犯行為は、未遂行為だけではなく、中止行為をも合わせた全体の行為ということになる。この全体的な正犯行為について、「違法性が減少する」と評価する以上は、正犯者のみが中止行為をした場合の、その正犯に対する狭義の共犯者は、正当防衛行為を行なった正犯者に対する狭義の共犯者と同様に、正犯の影響を受けざるを得ないのである。すなわち上述のような共犯の処罰根拠論による考え方も、「共犯の連帯性」と「共犯の従属性（必要条件）」の観点を混同しているものであり⁽¹⁰²⁾、何らかの形で正犯への共犯の従属性を前提にしている限りは、狭義の共犯者への正犯の中止の影響は避けられないのである。

そして最近では、特に「違法・責任減少説」の立場から、「違法性の減少のみならず、責任の減少もなければ中止未遂の効果を認め得ないのであるから、任意に中止していない共犯に中止未遂の効果が及ぶことはな

(102) 共犯の処罰を根拠づけるための議論（共犯の処罰根拠論）と、共犯の処罰のために必要な前提条件の議論（共犯の従属性）は区別しなければならない。前者はあくまでも「共犯側の問題」であるのに対し、後者は共犯成立のための「正犯側の問題」なのである。

いと考える」⁽¹⁰³⁾とか、「違法減少および責任減少があるばあいに中止犯の法的効果がみとめられるのであるから、共犯の制限的従属性説をとったとしても、正犯の中止行為の効果が共犯に及ばないことは当然である」⁽¹⁰⁴⁾として、共犯への影響はないとする考え方が主張されている。しかしこのように「違法・責任減少説」が「違法と責任の両方ともが減少しなければその法的効果は発生しない」というのであれば、それは実は「責任減少説」の主張内容とさほど変わらない。なぜならば、体系的な位置づけ論（法的性格論）というのは、当該行為が「不法」の評価を受け得るものなのか否か、ないしはその「不法」な行為が「非難」を受け得るものなのか否かという、結論としての「法的効果」だけを問題にするものであって、その内部的構成要素を分析するためのものではないからである。「違法・責任減少説」が「責任も減少しなければ中止犯の効果は発生しない」と主張するのであれば、その考えによれば中止犯は違法段階においては何ら法的効果を持つものではなく、責任段階になって初めてその法的効果が現れるものなのであり、それはまさに「責任減少説」の主張内容と異なるのである。そうであるならば、「違法・責任減少説」と呼ばれる見解が、なぜ「違法」の部分わざわざ殊更に体系的な位置づけ論において主張しようとするのかが、疑問視されねばならないであろう⁽¹⁰⁵⁾。中止犯の効果が、一部でも違法性に影響すると考えるのであれば、その部分は狭義の共

(103) 金澤・前掲「中止未遂とその法的性格」40頁。

(104) 川端・前掲『刑法総論講義第2版』476頁以下。

(105) ここにも「中止犯の根拠論」と「中止犯の体系的な位置づけ論（法的性格論）」が混同されて議論されてきたことが、おそらく影響しているように思われる。中止犯の成否そのものにかかわる説明、すなわち根拠論に関する説明を、「違法性」「責任」という犯罪論の体系的な位置づけの要素を用いて行おうとすれば、「違法性」「責任」のいずれも犯罪成立のためには欠かせない要素であることから、それに対応する形で、両者とも減少する場合でなければ中止犯としては認められない、という説明に傾くのかもしれない。しかしこれは論理的にも誤りである（両方とも減少する（ないしは欠ける）場合でなくても、例えば心神喪失や心神耗弱の場合を考えればわかるように、その行為の犯罪としての法的性格は影響を受け得る）し、また本文中にも述べたとおり、そのように主張しなければなら

犯に影響せざるを得ないであろう⁽¹⁰⁶⁾し、また一部分だけでは何の効果も違法性には影響しないというのであれば、効果が責任減少としてしか現れない以上、それをわざわざ「違法・責任減少」などと「違法性」の部分に合わせて述べる必然性・必要性は全く無いのである。

このように、日本における戦後の法律説は、いずれも「法律説」の名の下に、しかも学説によっては正犯者の違法性にその中止の効果が影響するとしておきながら、それでいて共犯者にはその中止の影響はない、と説明しようとしてきた⁽¹⁰⁷⁾。しかし、それはもはや法律説ではない。最初に述べたように、法律説を採用することの意義は、「中止犯」となった場合には最初から未遂犯としての法律上の成立要件が欠けていて、何ら処罰できない、と評価するところにあつたのである。そしてこのような法律説

ない必要性があるものでもない。

(106) 植松正・川端博・曾根威彦・日高義博『現代刑法論争 I 〔第二版〕』(1997年) 308頁〔曾根威彦執筆部分〕。

(107) このような「法律説を採用したとしても狭義の共犯者にその中止の効果は及ばない」という考え方を明確に示して、日本で広まるきっかけを作ったのは、板倉宏である。板倉宏は、「中止犯」綜合法学5巻9号(1962年)44頁以下において違法減少説と責任減少説を両方とも採用する「違法・責任減少説」を主張し、さらに板倉・前掲「共犯と中止犯」『刑法判例百選』(1964年)91頁において「中止未遂の法的性格を刑事政策説によっても、違法性ないし責任減少説によっても、その一身専属的效果を導き出せる」と明確に述べ、そしてその後の判例百選においてもほぼ同内容の主張を繰り返していく(板倉・前掲「共犯と中止犯」『刑法判例百選(新版)』(1970年)103頁、板倉・前掲「共犯と中止犯」『刑法判例百選 I 総論』(1978年)201頁)。その後、板倉宏はいわゆる総合説(違法・責任減少説と刑事政策説を合わせた学説)へと変化するが(藤木英雄・板倉宏『刑法案内』(1980年)251頁以下、板倉宏『刑法』(1988年)199頁、板倉・前掲「中止犯」『刑法基本講座第4巻』(1992年)42頁以下)、なおも中止犯の一身専属性は維持できると主張している(板倉・前掲「中止犯」『刑法基本講座第4巻』44頁)。とりわけ、判例百選という基礎文献において、10年以上にもわたり「違法減少説・責任減少説によつたとしても中止犯の一身専属性を維持できる」と述べられていたことが、「法律説を採用したとしても中止犯の効果の一身専属性には問題がなく、正犯のみが中止したとしてもその狭義の共犯者に中止の効果は及ばない」とする、重大な誤解を広めることへのきっかけを作り出したものと思われる。

の定義から、法律説を採用した場合には、当然に何ら中止行為をしていない狭義の共犯者にも、その正犯者の中止の効果は及ぶものと考えざるを得ないのである。上に挙げたような数々の苦しい説明⁽¹⁰⁸⁾を見てもうかがえるように、法律説（とりわけ違法減少説）において、共犯への影響を否定しようとするのは、ある言葉の定義に完全に反する内容をその言葉の中に見出そうと試みるものであり、「犬という種類の猫がいる」という説明を試みるのにも等しい、元来無理なことなのである。

そして、もともと日本においても、このような本来の形の「法律説」は実際に存在したのである。すなわち前述のように⁽¹⁰⁹⁾、明治13年刑法典の未遂犯規定である112条は、フランス型の未遂犯・中止犯規定形式を採用しており、未遂犯が成立するためには「中止犯ではないこと」が要件とされていたのである。そしてひとたび「中止犯である」ことになった場合には、それは「未遂犯も成立していない」ことになり、それは正犯者の行為の犯罪性を失わせてしまうものである以上、「その狭義の共犯にも中止犯の効果は影響し、共犯の従属性に基づいて不処罰となる」と考えられていたのである。明治13年刑法典の下では正犯者の中止が狭義の共犯者の不処罰をもたらすとする考え方が圧倒的通説であり、そのような結論を疑問視することすらなかったのである⁽¹¹⁰⁾。このような学説の考えが変化するのは、明治40年刑法典が制定され、中止犯の場合にも未遂犯が成立

(108) とくに注意すべきなのは、中止犯の体系的位置づけ論を違法性段階にもかかわるものとする学説（「違法減少説」や「違法・責任減少説」など）が「狭義の共犯には中止の効果は及ばない」ことを説明する際に、共通して「共犯の従属性（必要条件）」の定義内容を看過ないしは無視する点である。本文中に説明した学説のいずれもが、この点でつまづいていると言える。

(109) 本稿の「3. 日本における中止犯論の歴史的展開」の前述箇所を参照。なおこの点について詳しくは、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（3）」立命館法学282号92頁以下を参照。

(110) 詳しくは拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（3）」立命館法学282号92頁を参照。筆者が調べた限りでは、明治13年刑法典の下でこのような結論を否定している文献は一つもなかった。

(111) 拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（3）」立命館法学282号92頁以下参照。

していることを前提とする法規定が作られてからのことである⁽¹¹¹⁾。すなわち、「中止の効果の一身専属性」は決して自明のものではなく、「未遂と中止の概念関係（関係構造）」に左右され得るものだったのである。

以上のように、日本の現行刑法典は、中止犯に関して法律説を採用しやすい規定形式にはなっていない⁽¹¹²⁾。ただ解釈論として法律説を採用することは可能ではあるが、その場合には法律説の本来の意義を伴うものであるべきである。すなわち、法律説は「中止犯の場合には未遂犯すらも成立していない」とする、「未遂と中止の関係構造」に関する学説なのであるから、正犯のみが中止した場合にも、その中止はその狭義の共犯に影響するものと考えべきなのである。正犯がいまだ実行の着手に至らない場合の、その教唆犯が、実行従属性の観点から不処罰である、というのと、正犯が中止した場合の、その教唆犯が、要素従属性の観点から不処罰である（ないしは正犯と同様の優遇効果をうける）、というのが、それほど変わらないと考えることができるのであれば、この結論自体もとくにひどく奇妙な帰結であるようには思われぬ⁽¹¹³⁾。実際に 100 年前まではわが国

(112) このことから、本当の意味で法律説を支持する立場から、フランス型の未遂犯・中止犯規定形式に変えるべきであるとする立法論が主張されることがあってもおかしくはない。現に、平野龍一は、1958 年 2 月 5 日に開催された第 50 回刑法改正準備会において、「故意の犯罪の実行に着手し、自己の意思によらないで、とげなかつたときは未遂犯とする。」という私案（昭和 33・1・20 平野案）を出している（最高裁判所事務総局『刑法改正関係参考資料「準備草案第一次案（総則）」』（1959 年）34 頁、ただし原典に当たることができなかつたため、金澤真理「中止未遂の体系的な位置づけに関する覚書——刑事政策説批判を出発点として——」東北法学 16 号（1998 年）104 頁からの引用による）。これはまさに、フランス型の未遂犯・中止犯の規定形式そのものであり、平野龍一が法律説（違法減少説）を主張していたことともつじつまの合うことなのである。

(113) もっとも、日本の現行刑法典の下で、筆者はこのような「正犯者が中止により優遇効果をうけるのであれば、その狭義の共犯者も優遇効果をうけるべきである」とする見解を採るつもりがあるわけではない。筆者は、そもそも現行刑法典 43 条を前提にする限り、法律説は採りづらいと考えている。立法者も中止犯を一身の刑罰減少消滅事由として考えていたことは、立法資料からも明らかであり、何よりも解釈によってその立法者意思と異なる見解、すなわち法律説

でもそのように考えられていたのであるし、フランスでは現在でもそのような規定形式を採用している。さらにドイツにおいても、わざわざ解釈によってそのような帰結を導く考え方が古くには存在していたのである⁽¹¹⁴⁾。何よりも、「法律説」を標榜しておきながら共犯には影響しないなどと説明することの方が、論理的にはよほど奇妙な帰結といえる。

c. 「中止犯の根拠論」と「中止犯の法的性格論（体系的位置づけ論）」の分離

以上の検討から、「刑事政策説（奨励説）」という学説と「法律説」という学説のそれぞれの正確な定義内容が明らかになった。そしてその検討結果から、「刑事政策説（奨励説）」と「法律説」が、全く次元の異なる問題点を対象とする学説であることが浮き彫りになってくる。

すなわち、「刑事政策説（奨励説）」はあくまでも、「とにかく犯罪の結果発生は回避されるべきなので、どんな理由からでも、誰でもよいから結果発生を回避させた者には、中止犯としての優遇を認める」ということを

を採る必要性——おそらく、正犯のみが中止した場合にその狭義の共犯にも中止の効果を及ぼすことができる、という点こそが、法律説を採用する必要性と言えるのだと思われるが——を、現在において感じない。

(114) 例えば、ベルナーは前述のように「正犯者の任意的な中止は、正犯者だけではなく、その教唆者をも不処罰にするのである」（Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 18. Aufl., 1898, S.165）としていたし、ビンディングも、正犯が中止した場合にはその狭義の共犯者も不処罰となるべきであると主張していた（Karl Binding, Grundriß des Gemeinen Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 1890, 4. Aufl., S.106f.; ders., Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 1902, 6. Aufl., S.126）。また、シュヴァルツェも1871年ライヒ刑法典46条の解釈において、その46条の「Täter」は幫助者や教唆者を含まないものではない（＝幫助者や教唆者自身も自ら中止行為を行い得る）という記述の後に、「正犯者によって開始された、結果を回避するような行動のみが、教唆者や幫助者に不処罰をもたらす得るのではない」、と述べていた（Friedrich Oskar Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. Aufl., 1873, S.129.）。このことから、シュヴァルツェは正犯のみが中止した場合にはその狭義の共犯にも中止の効果が及ぶものと考えてい

その内容としている。そうであるならば、「刑事政策説（奨励説）」からは、当然に中止犯の成立範囲は広く認められてしかるべきことになる。たとえ悪い動機から中止した者であっても、例えばある人間に対する強盗の際に、金銭をより多く持っていそうな人間が通りかかったので、最初の人間に対する強盗行為を中止した場合⁽¹¹⁵⁾も、ともかくも最初の人間への強盗の被害結果は回避されたので、中止犯が認められることになる。このように、「刑事政策説（奨励説）」は、中止犯の制度趣旨そのものを説明する学説であり、その内容に基づいて中止犯の成立範囲そのものが左右されるものといえる。これこそが、まさに「中止犯の根拠論」なのである。中止犯の根拠論は、中止犯の成立範囲の広さそのものに関わる議論としてなされるべきなのである。

これに対して、「法律説」は「未遂と中止の関係構造」に関わる学説であるといえる。「中止犯が成立する場合に、未遂犯は成立しているか？」——この命題に対して「否」と答えるのが法律説なのである。前述のとおり、「法律説」によれば、未遂犯が成立するためには「中止犯ではないこと」が要件とされるのであり、もしひとたび「中止犯である」ことが認められれば、その際には「未遂犯の成立もなかった」ことになる。フランス型の中止犯の規定形式を採用していた場合には、このような点から中止犯の不可罰性を簡単に指摘することができた。未遂犯の成立も無くなる以上、中止犯の場合を処罰するための根拠規定は——加重的未遂の場合

たようである。そしてこれらのベルナー、ペンディング、シュヴァルツェの主張は、いずれも 1871 年ドイツライヒ刑法典成立後に、「解釈論として」出されたものであった。条文上は未遂の概念規定（1871 年刑法典 43 条）があるためにそのようには読めないにもかかわらず、わざわざそのような解釈をしてまで、そのような帰結を導くことが求められたのである。これは、「正犯者が中止により不処罰になるのであれば、その狭義の共犯者も不処罰になるべきなのだ」という価値判断が存在していたことを示すものといえる。

(115) この事例は、Claus Roxin, *Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch*, *Festschrift für Ernst Heinitz*, 1972, S.262 に挙げられている事例である。なお、中止犯の根拠論に関して「刑罰目的説」を採用するロクシンは、このような事例における最初の人間に対する強盗未遂罪について、当然に中止未遂の成立を

を除いて——当然に全く無くなってしまふ。だが、このような形で「中止犯が不処罰となる」ということを指摘できるのは、フランス型の中止犯の規定形式であったればこそ、そのように言い得たのである⁽¹¹⁶⁾。すなわち、そのような規定形式の前提がない状況においては、「法律説を採用すること」そのものは「中止犯の不処罰根拠」とは決してなり得ない⁽¹¹⁷⁾。そのような状況においては、「法律説」は未遂犯・中止犯規定に対する「解釈」

認めない。

- (116) 本稿の「2. ドイツにおける中止犯論の歴史的展開」の前述箇所、およびより詳しくは、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開 (5・完)」立命館法学 291号 144頁以下を参照。1851年プロイセン刑法典が制定される以前は、中止犯の不処罰根拠として、「刑事政策説」を挙げる学説が多く見られる (Paul Johann Anselm Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur=Pfalz=Bayrischen Staaten, 2. Teil, 1804, S.102f.; Carl Joseph Anton Mittermaier, Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen, Neues Archiv des Criminalrechts 1.Bd (1816) 2.St., S.200f.; Carl Ernst Jarcke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, 1.Bd., 1827, S.217f.; Anton Bauer, Lehrbuch des Strafrechtes, 1833, S.110. usw.). 法律説としての理論構成を前提にしつつ、刑事政策説を根拠論として掲げるものとして Heinrich Albert Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 2.Theil, 1839, S.246)。しかし、とくにプロイセンにおいては、1851年プロイセン刑法典の制定以降、刑事政策説を正面から根拠論として挙げる学説は、急速に減少する。それは、中止犯の不処罰根拠として法律説を前面に掲げる学説が増えるから (Hugo Hälschner, Das preussische Strafrecht, 2.Theil, 1858, S.199; Jodocus Dedatus Hubertus Temme, Lehrbuch des Preußischen Strafrechts, 1853, S.277f. usw.) であり、これは1851年プロイセン刑法典などのフランス型の未遂犯の規定形式を採用する制定法ができたことと無関係ではなかった。「任意的な中止はそもそも、どのような動機から生じたものであれ同様に、本質的に刑罰消滅事由なのである、すなわち多くの者が考えるような、単に刑事政策の考慮からのみでは決してなくて、法律の根拠からのものなのである」 (Karl Gustav Geib, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2.Bd., 1862, S.311f.) という表現からも分かるように、1851年プロイセン刑法典のようなフランス型の未遂犯の規定形式の下では、刑事政策説を根拠論として持ち出さずとも、「法律上処罰するための要件が欠けてしまふ」と言ってしまうえば、それで中止犯は当然に全面的に不処罰になり得たのである。このように1851年以降、1871年のドイツライヒ刑法典制定の時期まで、刑事政策説を主張せず、法律説のみの理論構成を行う見解が増加するが、1871年ドイツライヒ刑法典の制定と共に法律説は

として、「中止犯の場合には、未遂犯としての犯罪成立要件——違法性か、責任か——が欠けている（ないしは減少している）ものと解釈すべきである」ということを主張する一つの学説でしかない。すなわちこれは、「中止犯となった場合には、犯罪論体系の中のどの段階でその中止犯としての法的効果をもたらされるものと考えべきか」について説明を行う学説であり、これこそが、まさに「中止犯の法的性格論（体系的な位置づけ論）」における学説といえるのである。中止犯の法的性格論（体系的な位置づけ論）は、中止犯の成立がひとたび認められた場合に、そのことが犯罪論体系上、どのような効果をもたらすものなのかを議論するものなのである。「中止犯の根拠論」が中止犯の成立範囲そのものを左右し、そして中止犯が成立することが確定した後に、その「中止犯であること」がどのような効果をもたらすか——違法性すらも減少・消滅すると考えるのか、責任のみが減少・消滅すると考えるのか、さらに犯罪としては成立するが一身的に刑罰が減少・消滅すると考えるのか——が、「中止犯の法的性格論（体系的な位置づけ論）」によって左右されるのである。

以上のような点から、「中止犯の根拠論」と「中止犯の法的性格論（体

ほとんど支持されなくなり、刑事政策説が再び根拠論として前面に現れることとなったのである（本稿の「2. ドイツにおける中止犯論の歴史的展開」の前述箇所、およびより詳しくは、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開（5・完）」立命館法学 291 号 181 頁以下を参照）。すなわち、法律説が根拠論として機能し得たのは、フランス型の未遂犯・中止犯の規定形式が制定法上採用されていた時期のみなのである。このような「条文解釈」としての根拠論の考察を抜きに、「法律説」を主張することは、無意味なことと思われる。

(117) 本稿の「b. 「法律説」の法的効果の正確な理解」においても説明したように、「解釈論として」法律説を採用することは十分に可能ではある。しかし——条文の規定形式が法律説を前提とした規定形式になっていないがために——中止犯の不処罰根拠として直接に持ち出すことはできない、ということなのである。

(118) この点に関して、山中敬一『中止未遂の研究』（2001 年）22 頁以下は、「『根拠』問題と『体系』問題というドイツにおける問題の立て方」が「目的論的説明と範疇論的説明に対応している」と指摘し、「『根拠』に関する理論たる刑事政策説、報奨説、刑罰目的説はすべて、中止犯を不可罰とするのは『～のためである』という説明を行っている。これに反して、『体系』問題に関する説明は

系的位置づけ論)」を区別して議論すべきことが明らかになる⁽¹¹⁸⁾。「刑事政策説（奨励説）」と「法律説」という、方向性の全く異なる学説を同一次元の論点において扱うことは、これ以上の議論の混乱を避けるためにも、もはややめるべきである⁽¹¹⁹⁾。このような「根拠論」と「法的性格論

「～だからである」という因果的説明を与えている」とした上で、「このことは、体系内的説明のみでは、中止規定の根拠に関してその本質を捉え切れないという意識があることを示しているように思われる」と述べている。「中止犯の根拠論」と「中止犯の法的性格論（体系的な位置づけ論）」の議論の方向性の違いがここにも指摘されているといえる。

- (119) 江藤・前掲「中止未遂の法的性格をめぐる諸議論の方法論的研究」94頁以下においても、ドイツにおける中止未遂の免除根拠と体系的な位置づけに関する議論を参考にして、両者を区別して検討している。そして山中・前掲書『中止未遂の研究』および城下・前掲論文「中止未遂における必要的減免について——「根拠」と「体系的な位置づけ」——」を取り上げた上で、例えば城下論文については「方法論として減免根拠と体系的な位置づけを区別することに意味がある、すなわち『減免根拠論』と『体系的な位置づけ論』はその論じている次元がことなるものであるという指摘であると理解すれば、まさに正当であるといえる」として、肯定的な評価を行っており（江藤・前掲「中止未遂の法的性格について」57頁以下が『減免根拠』と『体系的な位置づけ』を区別して考える見解には疑問がある」として、「我が国の議論は『減免根拠』と『体系的な位置づけ』を密接不可分のものとして論じてきたといえるのであり、あえてこれを切り離すことに特別の意味はない」とした点は、修正されているようである）、ここでも「中止犯の根拠論」と「中止犯の法的性格論（体系的な位置づけ論）」の議論の方向性の違いが意識されているものといえる。しかし、「刑の免除根拠論と体系的な位置づけ論には論理的必然関係がある」（江藤・前掲「中止未遂の法的性格をめぐる諸議論の方法論的研究」93頁）とする点には、若干の疑問がある。確かに、論理関係に基づいて、特定の根拠論の学説から体系的な位置づけ論における学説上の帰結を導くことは可能ではあると思うが、それは学説上の主張ないし理論展開として「可能である」、というだけであって、「根拠論におけるA説を採用した場合には、体系的な位置づけ論においては必ずA説を採用しなければならない」、という関係には、必ずしもないのである。現に、根拠論において刑罰目的説を採用しつつ、体系的な位置づけ論において答責性消滅事由説（ロクシン）を採ることも人的刑罰消滅事由説を採ることも可能であることが指摘されている（江藤・前掲「中止未遂の法的性格をめぐる諸議論の方法論的研究」93頁）し、また、刑事政策説を採用したからといって一身的刑罰減輕消滅事由説を採らねばならないわけではないことについては、前述のとおり（本稿の「2.

(体系的な位置づけ論)」の分離は、実は従来からその必要性が主張されてきたことである⁽¹²⁰⁾が、「刑事政策説(奨励説)」と「法律説」の歴史的意義を検討する中で、そのように分離して議論することがむしろ本来あるべき形であったことが明らかになったといえる。

d. あるべき中止犯論の議論形式

そして前述のように、ドイツにおいて「中止犯の根拠論」に関して争われたのは、好ましい動機により取りやめた訳ではないが、ともかくも結果を発生させなかった者に中止の特典を与えるべきか否かについてであった。このような観点からすれば、日本とドイツの状況は実はさほど変わらない。任意性について、その内容を限定していない以上、そのような者に中止の特典を認めるべきか否かは、任意性に関する文言が同じ内容をもつものであるがために、ドイツにおいてだけではなく、実は日本でも問題となるのである。「自己の意思により」悪い動機から犯罪を中止した者に対して、日本の 43 条但書の文言からは、実は中止犯の成立を認めざるを得ない⁽¹²¹⁾。法律の文言の要件を満たしている以上、中止犯の成立を認めることは、仕方がない。それが結論として妥当でないと言うならば、——まさにドイツにおいてボッケルマンやロクシンがそうしたように——中止犯の根拠論にまで立ち返って、「中止犯は規範的に好ましい者に限るべきであり、そのような悪い動機から中止した者を中止犯制度はそもそも対象とはしていない」と主張して争わなければならないのである。すなわち、

ドイツにおける中止犯論の歴史的展開」および「a. 「刑事政策説」の定義内容の正確な理解」も参照)、フランスにおいて刑事政策説が通説とされつつ、未遂犯規定が中止犯の効果を一身的なものとしていないことから明らかである。

(120) 城下裕二「中止未遂における必要的減免について——「根拠」と「体系的な位置づけ」——」北大法学論集 36 巻 4 号(1986 年) 203 頁以下など。

(121) 本稿の「3. 日本における中止犯論の歴史的展開」の前述箇所、およびより詳しくは、拙稿・前掲「中止犯論の歴史的展開(2)」立命館法学 281 号 38 頁以下を参照。すなわち、悪い動機から中止行為に及んだ者も、「自己の意思による」ものである限り、中止犯に含まれると立法者も考えていたのであり、立法者はそれを見越して、法律効果における「減輕」の部分を設定したのである。

「中止犯の根拠論」においては、やはり日本においても、「刑事政策説（奨励説）」と、「刑罰目的説」または「褒賞説」が争われるべきなのである。

そして、そのような「中止犯の根拠論」に基づいて中止犯の成立範囲が確定された後で、中止犯が認められた場合のその法律効果の問題、すなわち「中止犯の体系的な位置づけ論（法的性格論）」が別次元の論点として出てくるのである。そしてここで、中止犯の体系的な位置づけ論として、未遂の犯罪が完全に成立していることを前提にした「一身的刑罰減少（消滅）事由説」を採用するか、もしくは「責任減少（消滅）事由説」か「違法減少（消滅）事由説」のような「法律説」を採用するかが争われるのである。その際には、もちろん正犯のみが中止した場合にはその狭義の共犯に影響が及ぶのか否かを考慮に入れた上で、結論を導く必要があるものと思われる。

以上のような検討を通して、日本の中止犯論における議論形式の問題点を浮き彫りにした上で、中止犯に関する議論のあるべき方向性をある程度示すことができたものと思われる。このような考え方が、中止犯の成立範囲に着目した形での中止犯の根拠論、および中止犯であることに基づくその法的効果に着目した形での中止犯の体系的な位置づけ論の、それぞれにおける有意義な議論のための手がかりとなれば幸いである。

[本稿は、2004年1月25日に行われた日本刑法学会関西支部会（於 京大会館）での報告原稿をもとに、大幅な加筆・修正を加えたものである。]

※本稿脱稿後に、金澤真理『中止未遂の本質』（2006年）に接した。その詳細な検討は後日としたい。