

タイトル	未遂犯と中止犯(6)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 49(2): 371-370
発行日	2013-09-30

# 未遂犯と中止犯 (6)

吉 田 敏 雄

未遂犯と中止犯 (6)

第一章	未遂犯	目次
二	未遂犯の意義	
一	未遂犯の処罰根拠	
1	ドイツ刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況	
B A	法規定	
2	オーストリア刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況	
A	法規定	
B	学説の状況	
3	スイス刑法学における未遂犯処罰根拠の議論状況	
B A	法規定	
学説の状況		
(以上第47巻第1号)		
4	日本刑法学における未遂犯の処罰根拠の議論状況	
A	学説の状況	
a	(純粹)主観的未遂論	
b	客観的未遂論	
a a	行為無価値論的客観的未遂論	
b b	結果無価値論的客観的未遂論	
B	未遂犯の処罰根拠の検討	
1	構成要件	
a	主観的構成要件	
b	犯行計画	
c	故意	
2	客観的構成要件	

- A ドイツ語圏刑法学・判例の状況
  - a 形式的客観説（構成要件説）
  - b 実質的客観説
  - c 主観説
  - d 主観的客観説（個人に応じた客観説）
  - e 最近の判例の動向
  - f 部分行為説の具体化（ロクスライン説）
- B 我が国の学説
  - a 主観説
  - b 客観説
  - a a 形式的客観説（構成要件基準説）
  - b b 行為無価値論的実質的客観説
  - c c 結果無価値論的実質的客観説
  - c 折衷説
  - a a 主観的客観説
  - b b 客観的主観説
- C 未遂行為（予備と未遂の区別）
  - a 実行行為
  - b 実行行為に接着する先行行為
  - c 犯罪行為態様別の検討（以上第47巻第3／4号）
- D 間接正犯
  - a a ドイツ語圏刑法学説
  - a a 厳格説（全体解決策）
  - b b 影響力行使説
  - c c 修正影響力行使説
  - d d 区別説
  - e e 一般説
- b 我が国の刑法学説
  - a a 利用者説
  - b b 修正利用者説
  - c c 被利用者説

- d 個別化説
- e 要約
- E 結果的加重犯における未遂
  - a 基本犯が未遂にとどまり、この未遂から重い結果が発生した場合
  - b 重い結果が故意に含まれているが、重い結果は発生しなかった場合
- 3 客観的帰属
  - A 行為の帰属
    - a 経験的行為危険
    - b 規範的行為危険
  - B 結果の帰属
    - a 経験的結果危険
    - b 規範的結果危険
  - c 仮定的適法代替行為
- 四 違法性
  - 一 不能未遂
    - 1 ドイツ語圏刑法学説
      - ① 主観説
      - ② 客観説
      - ③ 構成要件欠如の理論
      - ④ 折衷的主観的客観説（印象説）
    - 2 ドイツ語圏の規定
      - a ドイツ
      - b オーストリア
      - c スイス
    - 3 我が国の刑法学説
      - ① 純主観説
      - ② 主観的危険説（抽象的危険説）

（以上第48巻第1号）

- ③ 具体的危険説 (新しい客観説)
- ④ 客観的危険説 (古い客観説 絶対的不能・相対的不能説)
- ⑤ 定型的危険説
- 二 不能性の概念
  - 1 不能性の意義
  - 2 絶対的不能と相対的不能の区別
- 三 不能未遂の原因
  - 1 手段の不能と客体の不能
  - ① 手段(行為)の不能
  - ② 客体の不能
  - 2 主体の不能
- 四 判例
  - (1) 手段の不能
    - a 手段の効果について錯誤があつた場合
    - b 手段の作用について錯誤があつた場合
  - (2) 客体の不能
- 五 幻覚犯 (以上第48巻第2号)
- 第三章 中止犯
- 一 中止犯の根拠

### 第三章 中止犯

#### 一 中止犯の根拠

刑法第四三条但し書きは中止未遂(中止犯)を定めるのであるが、その刑法理論的根拠については長く争われてきたし、現在も争われている。この論争が重要な意味を有するのは、その刑法理論的根拠が単に純理論的な事柄に過ぎないというのではなく、中止未遂の成立要件の解釈に指針を与えるからである。

- (2)(1) ドイツ語圏刑法の法規定
- a ドイツ語圏刑法学における議論状況
- b 法律説
- c 褒賞、恩恵ないし称賛説
- d 黄金の架け橋説
- e 刑罰目的指向説
- f 責任履行説
- (3) 日本刑法学における議論状況
- a 相殺説
- b 日本刑法学における議論状況
- c 黄金の架け橋説
- d 法律説
- e 違法性減少説
- f 責任減少説
- g 違反性減少説
- h 責任減少説
- i 違法性・責任減少説
- j 総合説(併合説)
- k 可罰性減少説
- l 積極的特別予防説
- m 積極的特別予防説
- n 中止未遂の減輕・免除の法的根拠と法的性質 (以上本号)
- (4) 中止未遂の減輕・免除の法的根拠と法的性質 (以上本号)

## (1) ドイツ語圏刑法の法規定

一九七五年のドイツ刑法はその第二四条において中止犯を定めている

## 第二四条（中止犯）

① 任意に行為の以後の遂行を放棄し、又はその既遂を妨げた者は、未遂犯としては罰しない。行為が中止者の関与がなくても既遂に達しなかった場合、中止者が任意に且つ真摯に所為の既遂を妨げるように努めたときは不処罰である。

② 数人の者が所為に関与しているときは、任意に既遂を妨げた者は、未遂犯としては罰しない。ただし、行為が、その者の関与がなくとも既遂に達しなかったとき、又はその者の以前の行為への加功とは関係なく遂行されたときは、所為の既遂を妨げるための任意且つ真摯な努力があればその不処罰にとつて充分である。

ドイツ刑法第二四条第一項第一文は中止未遂の基本形態である未終了未遂の中止と終了未遂の中止を定め、前者には「放棄」を、後者には「妨げ」を要求し、いずれの場合も「任意性」が必要である。ドイツ刑法では「未遂犯としては罰しない」と規定されているので、未遂に含まれている他の既遂罪、例えば、殺人の故意で行為に出たが、任意で中止したとき、殺人罪について中止未遂が成立するが、傷害が生じているとき、傷害罪で処罰される（加重的未遂。Qualifizierter Versuch）。わが国の刑法では、傷害は殺人未遂に吸収されて、傷害罪が別個に成立するわけではない。ドイツでは、わが国とは異なり、中止未遂は必要的不処罰とされており、その根拠について以前から様々な見解が出されていたが、一九七五年の刑法全面改正後も、その状況に変化はないが、法律説は過去のものになったといつてよいだろう<sup>1)</sup>。通説によれば、中止未遂は体系的には一身の刑罰消滅事由と位置づけられる。中止行為によって、未

遂行為の構成要件該当性、違法性、責任に変化が生ずるものでないと理解されているのである。<sup>②</sup>

オーストリア刑法はその第一六条において中止犯を定めている。

第一六条（中止犯）

- ① 行為者が任意に実行を放棄した場合、又は、数人がこれに関与したときは任意に実行を阻止した場合、又は行為者が任意に結果を回避した場合には、行為者は、未遂犯又は未遂への関与行為の故をもっては罰しない。
- ② 行為者の関与なしに実行行為又は結果が生じなかったにもかかわらず、行為者がこのことを知らずに任意に且つ真摯に実行行為を阻止し又は回避しよう努力した場合にも、行為者は罰しない。

オーストリア刑法第一六条第一項は未終了未遂と終了未遂の単独正犯が不処罰になる場合と複数の行為者の未遂関与が不処罰になる場合の三種類の中止犯を定めている。中止犯は必要的不処罰であり、通説はこれを一身的刑罰消滅事由と解している。同第二項は不能未遂の場合にも中止犯の成立を認める。ドイツ刑法と同じく、いわゆる加重未遂は処罰されうる。中止犯を不処罰とする根拠としては、褒賞説や犯罪エネルギー減少説も主張されているが、法的平和の攪乱が行為者自身によって除去されたので、一般予防、特別予防の理由から処罰する理由はないと説く刑罰目的説が通説である。<sup>③</sup>

スイス刑法はその第二三条において中止犯を定めている。

第二三条（中止犯と行為による悔悟）

- ① 行為者が自発的に (aus eigenem Antrieb) 可罰的行為を終了させないか、所為の既遂を阻止するための寄与をするとき、裁判所は刑を減輕又は刑を免除できる。
- ② 複数の正犯者又は共犯者が一個の所為に関与するとき、裁判所は、所為が既遂に至るのを阻止するために自発的に寄与する者に対する刑を減輕又は刑を免除できる。
- ③ 正犯者又は共犯者の中止が所為の既遂を阻止するところだったが、別の理由から既遂に至らなかつたときも、裁判所は刑を減輕又は刑を免除できる。
- ④ 複数の正犯者又は共犯者の一人が、自発的に、所為が既遂に至るのを阻止する真摯な努力をするとき、所為がこの者の所為寄与と関係なく行われるとき、裁判所は刑を減輕又は刑を免除することができる。

スイス刑法は、未終了未遂の中止を中止犯、終了未遂の中止を行為による悔悟 (Tatige Reue) と表現している。スイス刑法では、いずれの場合も、ドイツ刑法やオーストリア刑法とは異なり、刑罰の任意的減輕又は免除が認められるに過ぎないので、その実践的意義がかなり失われていると指摘される。<sup>④</sup> 中止犯の根拠としては、法律説はもはや今日の意味を失い、事例ごとに黄金の架け橋説を含めた諸説が柔軟に用いられている。<sup>⑤</sup> 通説・判例によれば、「自発的に」という要件では、動機の質が問題とされることはなく、したがって、刑罰を恐れてやめるという場合でも認められるが、刑の減輕 (一身刑罰減輕事由) か刑の免除 (一身刑罰消滅事由) かの選択に当たっては、中止動機の倫理的性質が尊敬に値するか否かが重要な意味を有する。<sup>⑥</sup>

## (2) ドイツ語圏刑法学における議論状況

中止未遂が障害未遂に比して寛大な扱いをされる根拠については様々な見解が披瀝されている。大雑把に見ると、次のとおりである。<sup>(7)</sup>

a 法律説 (Rechtstheorien)。最も古く、中止犯に特典を賦与する根拠として主張されたいわゆる法律説は、未遂犯として処罰することにつき法的障害があること、すなわち、任意の中止によって所為自体 (今日の用語では構成要件該当性と違法性) が消滅し、当然、法的処罰障害が生ずると説く。ドイツ刑法学では、任意の中止によって、法律に外面的に矛盾する行為も行為者の犯罪既遂に向けられた悪意も「遡って」消滅するとか (ツァハリエ)<sup>(8)</sup>、ましてや、未遂と中止は一体をなすという観点からは、任意に既遂を思いとどまることで、「害悪のある結果への原因」が、したがって、違法性が除去される (ヒンディング)<sup>(9)</sup> と論じられることになる。オーストリア刑法学でも、改正前刑法について、刑罰消滅事由説が支配的であったが、任意の中止を「未遂の消極的概念要素」と解する説もあつた。任意の中止の場合、可罰的未遂がはじめから存在しない、未遂は遡って取り消されるとされたのである。それは、旧刑法には中止未遂の明文の規定がなく、その第八条第一項が未遂犯について、「犯罪の完遂が無力、他人による妨害の発生又は偶然によって生じなかつた<sup>(10)</sup>」と規定しているところから、その裏返しとして形式論理的にそれ以外の場合には未遂はおよそ存在しないと推論されたのである。<sup>(11)</sup>

たしかに、法律説は適切にも未遂と中止の相互依存関係を指摘するが、しかし、そのことから未遂犯と中止犯が一体をなすとははいえない。外的及び内的事象それ自体を「遡って消滅させる」とか世界から払拭できるとか云うこ



とはありえないと批判される。未遂に中止が後続するにせよ、未遂は未遂であり、勿論、「全体的考察」からすると、ビンディングが説くように、法律論理として、違法性が阻却されるとすることも可能である。しかし、例えば、行為者が傷ついた被害者を犯行後救う場合、まったく違法な殺人未遂と見るべきでないというようなことは規範的に見て説得力に乏しい。とりわけ、共犯に及ぼす不公平な影響といった点からも不法を否定することはできない。というのは、行為者が任意に中止した場合、正犯に不法が欠如しているため、教唆犯や幫助犯も不処罰とならざるを得なくなるといふ不当な帰結が導かれるのである。直接行為者の不処罰が、自らは中止しなかったし、そのつもりも無かった外部の者の有利に働くべきなのか、その理由が分からないし、さらに、一人の共同加担者の中止が他の共犯者の関与を不処罰にしうるなら、それは刑法第二四条第二項に反すると批判されるのである<sup>12)</sup>。

**b 黄金の架け橋説** (Theorie der „goldenen Brücke“)。<sup>13)</sup> フォイエルバッハに遡り、一八七一年のライヒ刑法典施行後、リストによって展開された<sup>14)</sup> 「撤退のための黄金の橋を架ける」という黄金の架け橋説は、「刑事政策説 (die kriminalpolitische Theorie)」とも呼ばれるが、その基本思想は、犯罪を既遂を前にして思いとどまらせるためには行為者に刺激を与えなければならぬというものである。「黄金の架け橋」という刺激は、任意に中止すれば未遂は処罰されないという約束である。未遂の可罰性を「遡って消滅させることはできない」し、世界からなくすることもできないが、「それでも、立法者は刑事政策的根拠から既に犯罪を犯した行為者に退却のための黄金の架け橋を建てることはできる」と<sup>15)</sup>。

ライヒ裁判所の判例では、刑罰目的説や褒賞説ないし恩恵説の思考も混じっているが、黄金の架け橋説が支配的だっ

た。行為者に「できるだけ長く……放棄へ向けての刺激を与え、この途上で犯行の既遂に伴う危険を防止する」ことが中止犯規定の目的であるとか、「犯罪計画から撤退するためにいわば『黄金の橋を建てる』」と説示されている<sup>(17)</sup>。連邦通常裁判所も、その初期の判例において、任意の中止にあつては贖罪の必要がなくなることに並んで、「切迫する損害を回避することに役立つ行為者の行為が促進される」と説示している<sup>(18)</sup>。

黄金の架け橋説は、今日でも主張されるが、しかし、それはフォイエルバッハが説いていたように、「消極的」形での主張である。すなわち、フォイエルバッハは、「国が人にその既に開始された犯行について処罰を免れることなく後悔させるなら、国はいわば犯罪を既遂へと強要することになる。というのは、未遂へと駆り立てられた不幸者は、悔悟によつて得るべき何も大きなものもつていないし、所為を終了させることによつて失うべき何も重要なものももつていないことをどの道知つているからである」と論じていた<sup>(19)</sup>。今日、本説は**被害者保護**の思想と結合されて根拠付けられることがある。プツペは、「被害者救済のために……行為者に結果を回避するための『黄金の架け橋』を建て、できるだけ長く維持することが重要である。不処罰にするという制度が行為者を結果阻止へと動機付ける適切な手段とはほとんどいえないとしても、それでも、さもなければ、未遂によつて行為者の可罰性が終局的に確定するところから生ずる心理的障害がこの制度によつて除去される」と論ずる<sup>(20)</sup>。その弟子のヴァインホルトは被害者保護の観点を徹底させて、次のように論ずる。行為者の側面と被害者の側面が異なった結果を導く場合、被害者思想が優先されるべきである。中止を評価し、資格を認める基礎として行為者の行為を捉えるのは「行き詰まり」になつてから、被害者論拠が援用されねばならない。国の刑罰請求権が被害者の利益に反する限り、この刑罰請求権は引つ込められるべきである。個別の事件の被害者の利益、必要事という観点から、「どのようにして行為者は侵害される法益

に対する危険を取り除くことができるのか」が問われるべきである。「行為者のために建てられるべき『黄金の架け橋』という観念は、行為者が決して重要なのではないという点で、構想の歪曲である」と。<sup>21)</sup>

ドイツ連邦通常裁判所にも被害者保護の観点を考慮する判例がある。但し、それは、被害者とのかわりを止めるだけで不処罰とされる可能性を認めることが被害者保護の観点から意味があると説示しているので、被害者保護の観点を未終了未遂の中止に限定して、しかも中止犯規定を基礎付ける部分側面として論じているのである。<sup>22)</sup>

たしかに、中止によって不処罰とされることが行為者の判断に影響を及ぼすことのあることは否定できない。しかし、黄金の架け橋説には、様々な欠点が指摘される。まず、中止の基礎となるべき動機が実際には生じないという批判である。<sup>23)</sup> ライヒ裁判所や連邦裁判所の判例を見ても、行為者が不処罰にしてみたいと思つて未遂を中止した例は見当たらない。<sup>24)</sup> 連邦通常裁判所も、たいていの場合、行為者は未遂にあつて法律効果のことを必ずしも考えていないと説示して黄金の架け橋説から離れたのである。<sup>25)</sup> 黄金の架け橋説が前提とする、比較衡量する合理的行為者というのはほとんどいないということである。さらに、発見の虞なく犯行を危険を冒すことなく既遂まで敢行しうるが、任意に中止するという模範的行為者について云えば、この者にそもそも不処罰にしてみらうための誘因というものがないと云えよう。というのは、例えば、殺人の禁止規範に違反して敢えて殺人行為に出た者が、中止未遂が不処罰であることを見越して行為を止めるというようなことはあまり考えられないし、又、既遂にいたつても発見されることなく、したがつて処罰されることもないと考えるからである。<sup>26)</sup>

そもそも未遂の可罰性や着手時期、中止の効果に関する知識が素人にあるのかという疑問がある。<sup>27</sup>この点につき、行為者——被害者——和解による被害者保護、原状回復の諸規定（刑法第四六条a、刑訴法第一五三条a第一項第五号、少年裁判所法第一〇条第一項第七号）とか行為による悔悟の諸規定（刑法第八三条a、第一四九条第二項、第三項等）が呼びかけ機能を有しており、同様に、刑法第二四条は損害を防ぎ、原状回復をする行為態様を促す積極的規定として社会倫理的に定着していると指摘されることがある。<sup>28</sup>しかし、行為者——被害者——和解は結果発生後の被害者への行為が問題となっており、行為による悔悟でも既遂後の行為者の行為が問題となつていたのであつて、これらと中止犯規定を対比するのは適当でないことが指摘される。<sup>29</sup>もつとも、一般に、適宜に犯罪行為を中止すれば寛大に扱ってくれるという素人的感覚があるとは云えようが、そういう説明だけでは十分でない。というのは、それではせいぜい減軽は説明できるが、不処罰の説明ができないからである。しかも、発見の虞なく任意に中止し、したがつて、刑事訴追の可能性をまったく考慮しない者は寛大さを当てにする必要はない。<sup>30</sup>

本説は、仮にその心理学的前提要件が仮に正しいとしても、任意性規準を十分に説明できないとも批判される。というのは、他でもなく、行為者が、発見されたと気づいたが、それでも既遂に至らしめることはできるが、後に逮捕されるのを覚悟しなければならぬと考える場合、不処罰が約束されていることによつて構成要件の実現を思いとどまる強力な動機が生じうるが、他方、いずれにしても処罰されることになれば既遂への動機付けが生じよう。しかし、このような未遂については今日一般に中止の任意性が否定されることから、被害者を大事にする黄金の架け橋を行為者の中止のため建設しようとするなら、非任意的中止も不処罰とせざるを得なくなる。しかし、そういうわけには行かない。さらに、黄金の架け橋説は両面価値的であることも指摘される。たしかに、行為者に約束される

不処罰によって被害者は大事にされることになる。しかし、いつでも不処罰という効果を伴って窮地を脱することができるにでもなれば、行為者を未遂、場合によっては既遂へと刺激しかねないことになる。<sup>31)</sup>

最後に、橋を架けて退却の道を設けなくとも結果の発生しない不能未遂について、黄金の架け橋説ではその可罰性が説明できないことも指摘される。<sup>32)</sup>

結局、黄金の架け橋説は、フォイエルバッハの主張の限度で、つまり、いずれにしても処罰されると考えることで行為者に退却への道を遮断してはならないという限度で適切であると云えよう。<sup>33)</sup>

c 褒賞、恩恵ないし称賛説 (Die Prämien-, Gnaden- bzw. Verdienstlichkeits-theorie)。褒賞説は、恩恵説とも称賛説とも呼ばれるのであるが、黄金の架け橋説とは異なり、心理学的仮定や擬制を避けることから出立する。<sup>34)</sup> ボツケルマンは、プロイセン一般ラント法に遡る伝統を引き合いに出し、行為者は自分に向けられる責任非難の重さを一定程度まで少なくとも称賛に値する行為によって釣り合いを取ることで相殺する、したがって、「行為者を刑罰で煩わせないこと、つまり、恩恵を与える」のが適切である、行為者の称賛に値する、報いられるべき行為というのは、未終了未遂では可罰的行為の実行の任意の放棄であり、終了未遂では結果発生の任意の阻止であると論ずる。<sup>35)</sup> イエシエツクとヴァイゲントは、任意の中止にあつては、「社会において行為者の所為が与える法を動揺させる印象が部分的に消滅するので、寛大な処置がふさわしい。これに加えて、行為者は未遂の不法を称賛に値する行為というつりあい錘によってある程度まで調整しているといえる」と論ずる。<sup>36)</sup> ヴェツセルスも、「法律は任意に選択された中止が称賛に値す

ることを不処罰で報いる」と表現している<sup>(37)</sup>。

本説は、たしかに、失効未遂が初めから中止犯適用から除外されること、中止犯規定が任意の行為を前提としていることを説明できるものの<sup>(38)</sup>、しかし、任意の中止が不処罰で「報われる」というのは、法文の言い換えに過ぎないとして批判される。本来の問いは任意の中止が不処罰で報われる理由は何かという点にある。褒賞説は不処罰の正当化根拠を挙げていない<sup>(39)</sup>。そもそも寛大な処置をとり、それ自体可罰的行為に初めから恩恵を与えるというようなことは立法者の任務でない<sup>(40)</sup>。さらに、刑法の目的は犯罪者に褒賞を与えることにあるわけではないから、犯罪者が法的に当然果たすべき責任を果たすという点に関して、何が称賛に値するのかわからないという問いは立てられようがない<sup>(41)</sup>。「恩恵」という観点は、未遂行為が違法、有責であることを否定できないことの証明であり、犯罪成立要件を充足しているにもかかわらず不処罰とするには、それなりの理由が必要であるが、その理由が欠如している<sup>(42)</sup>。実際、褒賞説論者も多かれ少なかれ刑罰理論に依拠している。ボッケルマンは責任非難の減少を指摘し、行為者の再犯を予期するに及ばないと希望を指摘する<sup>(43)</sup>。イエシエックは、任意の中止者は犯行の「法を動揺させる印象」を消滅させていると論ずる<sup>(44)</sup>。ヴェツセルスは、「結果発生阻止を伴う合法性への復帰が未遂の不法と一般の人々の法意識に与える行為者の消極的影響を部分的に相殺し、したがって、要罰性が否定されうる」と論ずる<sup>(45)</sup>。結局、褒賞説は刑罰目的説の痕跡を有する説であって、独立の意義を有するものではないかという疑問が生ずる<sup>(46)</sup>。

褒賞説類似の説にイエガーの行為者に帰属可能な法益危殆化の反転説 (Die dem Täter zurechenbare Umkehr der Rechtsgutsgefährdung) がある。それによれば、中止犯というのは、先行した未遂の不法、責任とは関係のない独自

の「不処罰構成要件」であって、これは積極的事後行為に基づくのである。積極的事後行為は帰属可能な、危険化を反転させる試みである。行為者はこの行為によって危険化を除去する。危険化からの反転に必要な要件は、危険化が現実に存在するのかが行為者の観念にのみ存在するかによって異なる。中止によって、未遂から惹起された危険化が除去されるのであり、未遂からその効果を奪った事は行為者の功績である。したがって、必要とされる中止行為はそれぞれの危険化に応じたものでなければならぬ。立法者は、刑法第二四条第一項第二文を定めることで、行為者に帰属可能な危険化の反転に報いている。刑罰を免れさせる行為には基本的に刑罰を基礎付ける行為と異なったことが妥当しうるものでなく、中止は一般的未遂理論のあらゆる帰属要素を含むのであるから、「危険化の反転——結果」は中止者に客観的にも帰属可能でなければならぬ。主観的帰属可能性は中止の任意性を通じて現れると。本説には、先ず、「不処罰構成要件」なるものは未遂の可罰性を消滅させるのであるから、未遂に位置づけられねばならないのではないかとこの疑問が生ずる。<sup>(48)</sup>さらに、危険化の反転というものが、この規程がどのように理解されようと、たしかに、中止者の功績である。しかし、なぜこの功績が不処罰に繋がるのかという問いには、イエーガーも刑罰理論に依拠する。行為者は、具体的に生じている危険化を引き返させることによって、又は、危険化が実際には生じていない限り、引き返しを試みることによって、自分が信用できることを実証している。<sup>(49)</sup>

d 刑罰目的指向説 (Strafzweckorientierte Theorien)。本説は、一般予防や特別予防、責任調整が処罰を要求しないと説明する。ドイツ連邦通常裁判所は次のように説示している。「行為者が開始された未遂を任意に止めるとき、そこに、犯罪意思が、所為の実行に必要とされるほど強くは無かったことが分かる。未遂に当初現れた行為者の危険性が、後になって、かなり弱かったことが分かる。未遂に先ず現れた行為者の危険性は、事後になって、著しく低かつ



たことが分かる。この理由から、刑法は『未遂それ自体』を処罰しないことにした。というのは、行為者の再犯を防止したり、他人を威嚇したり、侵害された法秩序を恢復するために、刑を科する必要はもはやないように思えるからである。刑法は、行為者が適時に放棄したその犯罪の決意を行為者に帰属させず、未遂行為によって他の可罰的行為の構成要件を完全に充足した場合にのみ行為者を罰するときの方が、刑法はとりわけ特別予防の目的と正義の思想がよく維持されていると考えていると<sup>50)</sup>。中止行為が処罰の不要であることを兆表するという点で、兆候説(Indiztheorie)とも呼ばれる。行為者の犯罪エネルギーが既遂に至るほどではなかったことが証明されるという説は虚弱説(Infirmitätstheorie)と呼ばれる。

しかし、この刑罰目的説によれば、一方で、具体的事案において、なぜ行為者が結果の発生を阻止することに失敗したときにも処罰されねばならないのかの説明がつかないと批判される。というのは、この場合、行為者にはそれほど多量の犯罪エネルギーがあることの証明がないからである<sup>51)</sup>。他方で、中止行為者の危険性の極小化が概括的にすぎ、もっぱらここから科刑の必要性の無いことを導出するものとして批判される。未遂の段階に入り、それから中止する行為者は刑法の要請という点からは不安定な人なのである<sup>52)</sup>。心理的抑制を完全には抑制できない者は、犯罪に向かつており、次回は犯罪を完遂するかもしれないからである。したがって、行為者への特別予防の働きかけを必要としないうちのものは「極めて大胆な犯罪学的予測<sup>53)</sup>」であるとか「たんなる願望的思考で根拠のない推測<sup>54)</sup>」にすぎないとして経験的実証性の欠けていることが指摘されるのである。

ロクスイーンは、これが誇張な指摘であるとしても、中止者の犯罪性向の治癒の存否、程度は個別事例ごとに異なる



ることは確かであるものの、だからと言って刑罰目的説そのものへの批判にはなりえないとして、次のような修正刑罰目的説 (Die modifizierte Strafzwecktheorie) を展開する。<sup>(55)</sup>「害悪を与える性向」だけでは行為刑法における刑法介入の正当化はできない。犯罪者の具体的行為から、犯罪者には犯罪を实行する意思と能力のあること、犯罪者はその決意を保持し、外的状況によってしか所為の実現を阻止されなかったことが判明したという点にこそ、刑法介入の正当性がある。すなわち、特別予防の働きかけの必要性は現実の出来事、現にある「所為」から生じなければならぬ。任意に中止する者にはこの前提条件が欠如している。行為者は未遂の所為に関して合法性へ復帰したのであり、犯罪者にまだ残っているかもしれない犯罪性向は、他の犯罪行為に出る虞のある人にとってと同じく、処罰のきつかけを与えることにはならない。<sup>(56)</sup>

一般予防の観点からも処罰の必要性が無くなることについては次のように説明される。未遂の第一次的処罰根拠である危険性を中止行為者自身が除去したのであり、同じく、危険でない未遂の可罰性も担う法に動揺を与える印象というものも中止の任意性によって消滅する。適時且つ任意に中止した者は一般の人々に悪例を残さないのであり、行為者の行為において最終的に貫徹された法がある程度確認しているのである。行為者が努力したが、行為者の関与なしに既遂に達しなかった場合でも、行為者が不処罰にとどまるのは、結果が生じていないので一般予防からの処罰の必要性が著しく低下し、特別予防上重要な行為者の「反転」を不処罰で報いることができるからである。<sup>(57)</sup> ロクスラインはその説く機能的責任論から、中止未遂を答責阻却事由と位置づける。<sup>(58)</sup>

修正刑罰目的説に対する批判、例えば、予防上の必要性というのは不確かであり、経験的には十分に証明できない

という主要な批判に対して、ロクスイーンは、こういった批判が連邦通常裁判所の予防的予測の説示には当てはまるが、行為刑法という規範的与件に基づく修正刑罰目的説には当てはまらないと反論する。一般予防についても、その経験的実証は困難であるが、立法というのは個別事例の所見に基づくのではなく、犯罪学の一般的予測に反しない限り、一般的仮定に基づくことは許されると反論する。<sup>59)</sup>

e 責任履行説(Schuldertüfungstheorie)。ヒルシュベルクは、刑罰目的論は誤った取り組み方から出立している、すなわち、刑罰を科することに意味がないという否定の主張は、中止未遂の不処罰効果の積極的側面を見失っている」と主張して、刑法外、つまり、民法や公法で定立された「履行による処理」という原則から出立する。すなわち、中止犯の不処罰の法的根拠は「警告の原因となった不法行為を終了及び修復する自分の義務を、自分に帰属可能な行為によって履行するとき、強制警告(この場合、刑罰警告)は無く済まされるとい一般法的原則の遵守」という命題に見出される。中止者が「未遂によって基礎付けられた修復責任を果たす点までは責任がなくなる」<sup>60)</sup>。

本説には、「処理原則」が直ちに刑法へ導入できるものではないと批判される。刑法以外の法領域では、適法状態の回復(債務履行、障害の除去等)が重要である。それが実現すると、法的問題は実際に処理されることとなる。ヘルツベルクは、責任という概念の下で、「刑法の非難可能性に代わって、自分に向けられた請求権を履行する債務者の義務」と理解するが、未遂の刑法上の責任が中止によって消滅する理由が明らかでない。なるほど、行為者は違法、有責な未遂行為をした後、それを既遂に至らせない義務を果たしている。しかし、ここに、未遂行為の責任(債務)を履行した、つまり、除去したということはできない。事後的「修復」が一旦基礎付けられた可罰性を抹消(処理)す

るといふ刑法の原則は存在しないのである。一九九四年によく導入された刑法第四六条aですら、軽い犯罪においてだけ修復に対して極めて例外的に任意的刑の免除を定めているに過ぎない。刑法第二四条が任意の中止に完全な不処罰を命令しているとき、これ以上の説明が必要となる。ヒルシュベルクが「立法者は、中止が不処罰の働きを有する限りで、処理原則を採用した<sup>(61)</sup>」というのは、法文を敷衍したに過ぎず、答えになっていない<sup>(62)</sup>。

本説には、さらに、中止犯の成立要件である任意性原則を説明できないと批判される。というのは、非任意の未遂、それどころか失効未遂も犯行を「処理している」のであるが、不処罰とはならないからである。この点について、ヘルシュベルクは、立法者は処理原則と予防の観点を併用していると論ずる。「家の者に捕らえられ、すぐに盗品を捨てる泥棒は他人の所有権に敬意を払う義務を果たしているが、しかし、これにより民事上の事柄しか片をつけていない。未遂の自然緩和（失効）とか非自発的中止の自然緩和の事例に刑法は既遂後の修復の事例とまさに同じように絶対的予防刑という刑法原則を適用する<sup>(63)</sup>」。したがって、ヘルシュベルクは処理原則と予防の必要性という両者の「緊張関係」から中止規定を説明していることになる。このことは、現実には、予防的観点が未遂の可罰性を決定すること、「処理」ではなく、予防の必要性の欠如が不処罰を基礎付けることを意味する<sup>(64)</sup>。

責任履行説には、さらに、任意性がある場合にも、必ずしも中止犯の成立を説明できないと批判される。例えば、当初から危険の存在しない不能未遂では、処理すべきものは何もないが、それでも、任意の中止は可能である。又、刑法第二四条第二項は「任意的且つ真摯な」、しかし、成果の上がらず、それ故何も処理しない作為であっても不処罰に繋がることを定めるが、これも責任履行説では説明できないと<sup>(65)</sup>。

f 相殺説。相殺説 (Kompensationstheorie) は、中止犯の不処罰効果を未遂の処罰根拠要素が相殺されるという事実から導出し、刑罰目的を考慮しない。「行為者の行為全体を事後的に全体として考察すると、未遂の処罰根拠がなくなる」。行為者は、事後的視点からすると、未遂の処罰根拠の主観的側面としての「法敵対的意思傾向」を中性化し、客観的観点でも「結果不法に注意を払うことで抽象的法益によって規定された規範有効性への攻撃を中性化する」。行為者が未遂行為を調整するときのみ、当然に中止に不処罰効果が認められる。相殺説によって、中止犯の不処罰根拠が説明できるばかりか、中止犯成立の具体的要件も導かれると。<sup>(66)</sup>

本説に対しても、未遂の不法が中止意思に担われた事後的命令充足によって中性化されるという説明には説得力がないと批判されるのである。この点で、刑罰目的を援用することが必要と思われるが、それがなされていない。本説は、不能未遂の中止も刑法第二四条第一項二文により可能であることの説明ができない。<sup>(67)</sup>

### (3) 日本刑法学における議論状況

旧刑法第一一二条はフランス刑法の例にならない、罪ヲ犯サントシテ己ニ其事ヲ行フト雖モ犯人意外ノ障碍若クハ舛錯ニ因リ未タ遂ケサルトキハ己ニ遂ケタル者ノ刑ニ一等又ハ二等ヲ減ス」と規定し、中止未遂は未遂にも当たらないとしていたが、現行刑法第四三条但し書きは「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、または免除する」と定めて、中止未遂に関する特別の規定を設け、刑の必要的減輕・免除を定めている。したがって、旧刑法では中止未遂は未遂罪の要件に欠け、そもそも未遂罪の構成要件該当性を否定されたのであるが、現行刑法では中止は未遂の一形態である。未遂犯は成立している以上、そこに含まれる犯罪が別途成立することはない(法条競合)。刑

の必要的減輕・免除の根拠（法的性格）については、諸説が競合しているが、ドイツ語圏刑法学とは対照的に未遂罪の成立とその事後の事情を一体として捉える法律説が支配的である。

a 黄金の架け橋説。現行刑法の立法者意思は本説に立っていたと理解される。「犯罪ノ実行ニ著手シタル後自己ノ意思ニ因リ之ヲ止メタル者ハ社会ニ及ホス害悪少ナク且犯情モ亦憫察ス可キ所アルヲ以テ之ヲ罰スル場合ニモ一般ニ減輕スルモノトシ情状ニ因リ其刑ヲ免除スルコトヲ得セシメ以テ刑ノ適用ニ不権衡ナカラシメタリ若シ此の但書ヲ缺クトキハ管ニ刑ノ不権衡ヲ来タスノミナラス一旦犯罪ノ実行ニ著手シタル後ハ自己ノ意思ニ因リ之ヲ中止シタルトキト雖モ尚ホ未遂罪ト為ルヲ以テ或ハ既ニ犯罪ノ実行ニ著手シタル者ハ決シテ中止スルコトナク常ニ遂行スル虞ナシトセス是改正案ニ於テ此但書ヲ設ケタル所以ナリ」と。学説でも、刑の必要的減輕・免除は、「すでになされた違法・有責な行為に対する可罰評価が中止行為に対する恩賞的评价によつて減殺されるからであるが、この後者の積極的评价は、結局は中止行為を奨励するための政策的考慮（リストのいわゆる『撤退のための黄金の橋』）に基づくものとみるべき<sup>(1)</sup>」とか、「刑事政策的見地から、行為者に対して、『退却のための黄金の橋』を構築<sup>(2)</sup>」したとか説かれる。本説に對しては、上記の批判（1）b）がそのまま妥当する。さらに、本説からは、わが国の刑法が刑の必要的減輕・免除しか認めていないこと、減輕にするか免除にするかは裁判官の事後的裁量にゆだねられていることの説明ができないことも指摘できる<sup>(3)</sup>。

b 法律説。犯罪の成立要件（違法性・責任）との関係において中止未遂を捉える見解が法律説である。これは違法性減少説と責任減少説に分けられるが、いずれも刑事政策説によつて補充されるのが一般である。

a a 違法性減少説。人的不法論の立場から、『自己の意思による中止という主観的要素は、違法性の評価に影響をあたえるものであるから、違法性減少説が妥当であろう。そこで、刑の減輕・免除をみとめるわが刑法のもとでは、違法性の減少と政策的理由の二元的な説明をするほかならう』とか、刑の必要的減免の根拠は、違法性の減少、つまり、「実害が発生しなかったことに加えて、反規範的意思を撤回し合規範的意思を中止行為という外界に表動させたことによる違法性の減少の点に求めるべき」であり、これに刑事政策的理由を加味したものに求めるべきだとか、『未遂犯の処罰根拠は結果発生の実現的危険の惹起にあり、いったん故意を生じ実行に着手した以上はこの危険を惹起したのであるが、事後に故意を放棄し、あるいはみずから結果の発生を防止した場合は、結果発生の実現的危険および行為の反社会的相当性を事後的に減少させるものとして、違法性を減少させるものと解すべきであり、違法性減少説が基本的に妥当であると解する。しかし、…寛大な取扱いをすることによって犯罪の完成を未然に防止する一般予防効果は皆無ではないから、違法性減少説に刑事政策説を結合させる結合説が妥当』と説かれる。<sup>(73)</sup>物的違法論の立場からも、未遂犯にかぎって故意を主観的違法要素と捉えた上で、違法減少説は刑事政策説を理論的に表現したものであり、「未遂犯の場合、故意は主観的要素である。一度故意を生じた後にこれを放棄し、あるいは自ら結果の発生を防止した場合は、違法性の減少を認めることができる」、責任減少説によると、『自己の意思による』といつても、ただ自分の意思だというだけでなく、悔悟その他の倫理的に是認すべき動機によつた場合に限るのが自然であろう』が、これは単に「自己の意思によつた」ことだけを要件としている現行法に合わないとい説かれる。<sup>(74)</sup>しかし、主観的違法要素否定説からも、『既遂の可能性が残されている限りでは、中止未遂による結果防止行為は、障碍未遂の場合の結果発生危険性を確実に『減少』させたということができる』ので、中止未遂の法的性格は違法減少に求められるが、違法減少に伴う責任減少とは別個に、責任減少がさらに生じうる場合、特に、後悔の念が強かった場合は、違法減少と

**b b 責任減少説。**責任減少説は刑の必要的減免の根拠を責任減少に求めるのであるが、その理由付けは様々である。「犯罪実行の動機たる事情が具わるも、行為者の性情が内部的障害(悔改、慙愧、恐懼、同情、憐愍、その他これに類する感情)として作用したことによる中止の場合」の「行為者の性情は、結局自己の犯罪の実行の着手を不可なりとする感情即ち自己の行為の価値を否定する意識(規範意識)として働いた訳であるから、斯かる場合こそ犯人の反規範性は通常の未遂罪の場合に比して軽微なものとして、刑の減輕または免除を与えることが相当であつて、任意の中止とは畢竟斯かる事情のもとに於ける中止のみをいふものと解すべきであると思ふ。而して斯かる意識は或はこれを広義の後悔といつても差支へない<sup>(18)</sup>」と論じて、反規範性の軽微を理由にするものとか、「広義の後悔」によつてやめた場合、つまり、「行為者の規範意識が多少とも犯罪に対する障害觀念として作用した場合、たとえば、悔悟・慙愧、被害者の受ける災厄に対する斟酌・同情、犯罪の結果の重大性からくる恐怖感などによつてやめた場合には」、「行為者はみずから正道に立ち戻るための努力を示しているのであつて、法的には、著手によつて一度は生じた違法(法益侵害の危険)および責任が中止行為によつて減少または消滅させられることになり、また主観主義的に考えても行為者の反社会的性格(悪性)が消滅または減少するとみうるからである<sup>(19)</sup>」とか、人格責任論の立場から、「中止犯について刑の必要的減免がみとめられるのは、おそらく、中止行為に示される行為者の人格態度が責任を減少させるからである。かような責任の事後的減少という考え方は、人格形成責任を中核とする動的な犯罪理論の構成を前提として、はじめて成り立つてあろう。かような立場をとるときは、立法論としては、第一に、中止の動機が道徳的な悔悟にあるときは責任の消滅によつて罪とならないものとするべきであるし(…); 第二に、真摯な中止行為があつた以上、犯



罪が既遂に達しても、少なくとも刑の任意的減輕を認めるべきである<sup>(89)</sup>とか、「違法性の消滅とするとき、それは共犯の中止との関連で難点をもたらす。その意味では、一度は法に違反しはしたものの、要求される法的義務に合致しようとする意欲それを規範的意識と名づけるならば、そうした規範意識の具体化としてなされた中止であつて、はじめて責任の消滅減少事由として作用するとみるのが妥当<sup>(91)</sup>」とか、さらには、「適法行為の期待可能性が困難な状況で（中止行為は犯罪を實現しようとして実行に着手した行為者自身によつて行われる）、あえて適法行為（中止行為）を選択したことによる非難の減少に求められるべき<sup>(92)</sup>」と論じて非難可能性の減少に求めるものがある。

責任減少説の亜型として、可罰的責任減少説と法定量刑事事由説がある。可罰的責任減少説によれば、中止犯は可罰的責任という要件に位置づけられる、すなわち、「実行の着手に至つた行為者には、結果の発生を回避しよう勸奨する規範が与えられる。このとき、すでに不法な危険状態は発生しているので、勸奨規範に従つて中止したとしても違法評価は変わることはない。実行行為によつて変化するのは、事後行為責任としての可罰的責任である。∴実行行為後の事後行為としての中止行為は、合法性への帰還を果たすことにより事後的に責任を果たし、それによつて可罰的責任を減少させる<sup>(83)</sup>」とか、故意は責任要素であることを前提として、「途中で放棄されるような故意は（事後的にな無くなつたり減少したりするわけではないが）当初から強力なものでなかった、という評価が可能であり、それによつて非難可能性が減少し、それが可罰的な量と質を有しない場合には刑の免除（実質的には無罪）に至る∴故意の強度の点は、可罰的責任の量の問題であるが、中止犯の場合には、行為時点ですでに、特別予防の必要性に欠けるという判断が可能であり、このことが、可罰的責任の質の問題として考慮される<sup>(84)</sup>」と説明される。法定量刑事事由説によれば、「自己」の意思による中止行為という事後の情状が量刑責任を減少させる<sup>(85)</sup>、「刑法は、政策的な見地から、この量刑事情



を未遂犯の刑の必要的減輕または免除というかたちで法定化したと考えることができる<sup>(85)</sup>。可罰的責任減少説は、違法性の枠内で責任の存否が問題となることを看過していること、その「可罰的責任」というものの実質は科刑の必要性の存否・程度に係属しているのであって、これを可罰的「責任」と表現するのは適切でないところに問題がある。法定量刑事由説も、刑罰基礎付け責任と量刑責任を別個のものと捉えているが、そこに問題がある。刑罰基礎付け責任においては行為不法・結果不法が個人的に非難されうるか否かが問題とされ、量刑責任ではその正確な程度が問題とされるのであって、両者はその核において同一なのである。

c c 違法性・責任減少説。人的不法論の立場から、中止行為は、「主観的違法要素としての故意の実効性を失なわせ、法益侵害の現実的危険を決定的に除去するものであるから、つねに違法性を減少させる。∴責任非難の段階では、『行為』ではなくて『行為の決意』が問題とされる∴中止行為が行為者の自由な、つまり、自発的な意思に基づいて決意された場合には∴法にふたたび合致しようとする行為者の人格的態度が明らかに『法敵対性』を弱めるので、その分だけ責任非難の量が減少し、つねに責任減少をもたらす<sup>(86)</sup>」と説かれたり、中止行為（行為意思に基づく中止行為）および結果の不発生<sup>(87)</sup>を違法性減少に、「任意性」を責任減少に相応させる見解もある。

物的違法論の立場からは、「中止犯は、未遂犯の成立により危険にさらされた具体的被害法益を侵害の間際で救助するために、既遂の具体的危険の消滅を行為者自身に奨励すべく定められた純然たる政策的なもの」である、つまり、『自己の意思による』中止により、既遂の具体的危険が消滅したときに、そのことに対する褒賞として、刑の必要的減免という特典を与えることによって、犯罪の中止による具体的被害法益の救助を図るものであるが、「ただし、自

己の行為により危険を消滅させることの認識(中止の認識)が欠ける場合には、特典に値しないため、中止犯の成立を肯定することはできない(「意識的危険消滅説」、これを「法的に表現すれば、一時的には違法減少に着目」し、「また、褒賞・特典を与えるに値する心理状態が必要となるという観点から責任減少も考慮される」と説かれる。本説は論者によって違法性・責任減少説と位置づけられているのであるが、実際には、刑事政策説と褒賞説を結合するものであり、それぞれの欠陥がそのまま現れている。すなわち、刑事政策説は行為者の心理的実態に合わないこと、褒賞説には、一旦未遂が成立しているにもかかわらず、既遂の具体的危険を消滅させたことが褒賞に値することの説明がないのである(参照、上記(1)b、c)。

c 総合説(併合説)。本説は刑事政策説と法律説の主張をすべて総合して理解する説である。法律説を基調とするが、刑法第四三条但書は、中止犯の効果として単に刑の必要的減免を認めるに過ぎないから、違法性又は責任は減少するとどまる。「違法性又は責任の減少は、そのどちらか一方だけと割り切ることは困難であり、具体的事態に応じて、違法性又は責任のどちらかの面に重点がおかれつつも、基本的には、両者がともに減少するものと解するのが適当である。たとえば、行為者の悔悟によらない中止行為については、違法性の減少が主とされるのに対して、悔悟にもとづく中止の場合には、責任の減少も重視されるべきである。なお、刑の減免が一般予防および特別予防を併せ考慮して行われなければならないことは当然である」と論じられる。本説は、単独では中止未遂を根拠付けることのできない諸説を総合するとそれぞれの難点を克服できるとするのだが、どのように「総合」するのかの論理が明確でない。これが明らかとならないかぎり、刑事政策説、違法減少説及び責任減少説の並列存在(あれもこれも)を認めているにすぎないことになる。<sup>(88)</sup>

d 可罰性減少説。本説は、中止犯の刑の減輕・免除の根拠は、中止行為によって既遂結果惹起の危険が消滅することをどのように刑法的に評価するにかかり、それは可罰性の減少事由に位置づけられること、つまり、「実行行為によって惹起された具体的危険を消滅させるという、（実行行為時の違法性とは関係ない）違法性関連的な可罰性が減少する」と論ずる。本説は、正当にも、中止犯を犯罪論体系の構成要件、違法性、責任の段階で捉えないのであるが、しかし、構成要件・違法性・責任のほかに付加的に「可罰性」という犯罪成立要素を認める点に問題があるし、事後的な危険消滅行為がなぜ未遂の可罰性に影響を与えるのかの実質的根拠が不明である。

e 積極的特別予防説。本説は、中止未遂の規定が実行に着手した行為者に対する積極的特別予防を考慮したものと論ずる。犯罪論の「要件判断が犯罪者に対して過去に行った行為を理由に刑罰を科しうるか否かを判断しようとするものであり、その段階まで、刑罰を科しうること及び科し得る刑罰の種類と量的限界が既に確定されていることからすれば、そして、犯罪行為後の行為者の行為に依存する事情は、量刑上、被告人に有利に作用する場合にのみ考慮されるべき」である。「犯罪行為後の行為者自身あるいは行為者側の行為に依存する事情に拠って軽減方向にのみ現実的な処罰の要否・程度を判断するというのは、規範適合的（ないしは規範非敵対的）生活態度への復帰兆表を考慮・評価することであり、いわゆる積極的特別予防上の必要性の判断を行っていることに他ならないからである。このことは、責任非難・有責性判断までで積極的一般予防上の必要性の判断が実質上は行われていることと正に整合的に捉えられる」。したがって、中止未遂の法的性格は、「犯罪の成立を前提とした上で展開されるべきであり、中止犯が認められる場合には、積極的特別予防上、即ち、一身専属的に、行為者の処罰の必要性が減じる又は喪失すると法なし立法者が見做している・（反証を許さず）推定しているもの」と論じられる。本説も、積極的特別予防上の処罰に必

要性の存否・程度を構成要件・違法性・責任に続く第四の犯罪構成要素と位置づけるところに問題があるのみならず、中止未遂を積極的特別予防とのみ関連付け、積極的一般予防とは関係ないとする点にも問題がある。

#### (4) 中止未遂の減輕・免除の法的根拠と法的性質

未遂行為者の有利な扱いを定める中止未遂の規定はその正当な根拠を有していることの説明を要する。法律説は中止未遂の法的性格を違法性及び／又は責任の減少と捉えるのであるが、そこには未遂犯の成立を肯定し、これと一体として捉えることが前提となっている。しかし、未遂行為と中止行為は一体として理解されるべきものの、このことよって、中止行為が一旦成立した未遂の不法と責任を減少・消滅させることにはならない。中止行為は未遂行為に起因する既遂に至る効果を無害化するにすぎないのである。<sup>93</sup>客観的に見て、放棄、積極的阻止、あるいは阻止の努力である中止行為というのは、未遂を成立させる実行行為後の、つまり、不法、有責行為後の行為である。事後の行為がすでに未遂犯の成立している事前の行為の有する結果発生の危険を減少させることはない<sup>94</sup>ので、違法性を減少・消滅させることはない。主観的に見ても、中止の任意性が主観的違法要素である故意を消滅させるものでもない<sup>94</sup>。責任というのも、違法性の肯定された行為の枠内で問題となるのであって、事後の事情が責任に影響を及ぼすことはない。

しかし、行為者自身による任意の中止行為があることによって、科刑による犯罪の統合予防的必要性が減少又は消滅するのである。すなわち、法的平和の恢復を任務とする刑法は刑罰の目的を積極的一般予防と積極的特別予防に見る。行為者が具体的未遂行為の後に中止行為によって規範の期待に応えたということ、これによって、具体的状況において法的平和の恢復に自ら寄与したということが可罰評価の上で重要な意味を有するのである。法的思考をする一

般の人々との関係では、行為者が任意に中止行為をすることによって、一般の人々の規範妥当性意識が維持・強化されたのであり、これによって刑罰を科する必要性が減少ないし消滅する（積極的一般予防）。行為者との関係では、たしかに、中止行為があったことから、行為者が将来合法生活に復帰するということを一般的に導くことはできない。しかし、行為刑法では、具体的な未遂行為の処罰根拠が問題となるのである。したがって、後のもつとよい機会を見つけて再度やり直すという留保つきで任意に中止行為をした場合であっても、そこに、規範の遵守、つまり、「合法性への帰還」が認められるかぎり、科刑の必要性が減少ないし消滅するのである（積極的特別予防）。さらに、被害者との関係では、未遂行為によって危殆化された法益の保護は、中止未遂の規定によって少なくとも妨げられることはない。この意味で、被害者保護という観点も中止犯規定において考慮されると云えよう。<sup>16)</sup>中止未遂は刑法理論的には、構成要件該当性、違法性及び責任が肯定された後で、行為者の事後的行為により一旦生じた可罰性が消滅又は減輕する一身の刑罰消滅・減輕事由と位置づけられる。

(つづく)

注

- (1) H.-H. Jeschek, *Th. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl., 1996, § 51 I 1.
- (2) K. Kuhl, *Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2012, § 16 Rn 1 ff.
- (3) M. Brodkaus, *Die strafrechtliche Dogmatik von Vorbereitung, Versuch und Rücktritt im europäischen Vergleich*, 2006, 252 f. G. Hager, W. Massauer, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 1999, §§ 15, 16 Rn 126. なお、オーストリアの一九七一年政府刑法草案第一六条の説明書は、不処罰の根拠として黄金の架け橋説と虚弱説を併記している。EBRV 1971, 86 r Sp. フォレッガーは黄金の架け橋説を支持する。E. Forgger, *Allgemeine Bestimmungen (§§ 1 bis 17 RV)*, in: *Zum neuen Strafrecht*, 1973,

- 19 ff., 34.
- (4) G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2011, § 12 Rn 51.
- (5) Stratenwerth, (Fn. 4), § 12 Rn 52.
- (6) G. Stratenwerth, W. Wohlers, Schweizerisches Strafrechtbuch. Handkommentar, 2007, Art. 23, Rn 1 ff.; A. Donatsch, S. Flachsman, M. Hug u. U. Weber, Schweizerisches Strafrechtbuch. Kommentar, 18. Aufl., 2010, Art. 23 Rn 1 ff.; K. Seemann, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2009, 125.
- (7) 参照 香川達夫『中止未遂の法的性格』一九八四年、山中敏一『中止未遂の研究』二〇〇一年。
- (8) H. A. Zachari, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Teil II, 1839, 239. 近時は、ロッセルが任意の中止を「消極的構成要件要素」<sup>2)</sup>と見做す構成要件不該当事由と理解する。R. v. Hippel, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, 1966, 66.
- (9) K. Binding, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, 1915, 125 ff.
- (10) ハッセル「偶然」は行為者の意思とは無関係の事情の<sup>3)</sup>ため「無力」には驚愕、恐怖心、嫌悪感といった精神的なものを含まずと理解される<sup>4)</sup>。F. Nonakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, 93.
- (11) A. Fingert, Österreichisches Strafrecht I, 3. Aufl., 1912, 548; C. Stodt, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., 1913, 131. は本説を徹底させて幫助犯も不処罰とするが、W. Malinik, Lehrbuch des Strafrechts I, 1947, 221. は幫助犯を処罰する<sup>5)</sup>。なお、OGH EvBl 1965/11「中止未遂は構成要件不該当事由でもなく、刑罰消滅事由でもなく、構成要件それ自体に関係する」。しかし、ブラントナーは、「未遂の消極的概念要素論」に対して、未遂構成要件は未遂段階に入るとともに肯定され、基本的に可罰的なものであつて、事後の<sup>6)</sup>に未遂にならなかつたことにはならぬと批判した。W. Platzgummer, Der freiwillige Rücktritt vom Versuch und seine Behandlung in der Fragestellung an die Geschworenen, JBl 1957, 1 ff.
- (12) C. Roxin, Strafrecht AT, Bd. II, 2003, § 30 Rn 12; H. Lütke, D. Albrecht, Leipziger Kommentar StGB, Band 1, 12. Aufl., 2007, § 24 Rn 6. 参照 木村静子「中止犯」(日本刑法学会編『刑法講座4』所収)一九六三年・二二頁以下、二三頁。
- 最近でも、フォン・ヒッセル(Fn. 8), 66が法律説を採用し、「任意の中止を「消極的構成要件要素」(つまり、構成要件不該当事由)と捉えるが、共犯への不都合な帰結を避けるため、共犯従属性を放棄するという考えは、現行法にそぐわない、正犯に中止犯を認め不処罰とし、共犯を未遂の共犯として処罰しながら、同時に、共犯のかかわるものが存在しなくなるというようなことは主張できなかつた批判される。Roxin, (Fn. 12), § 30 Rn 13.

- (13) *J. P. A. v. Feuerbach*, Kritik des Kleinschrodtschen Entwurfs, 1804, 102 ff.
- (14) *F. v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1. Aufl., 1881, 143; *F. v. Liszt, E. Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, 315. 本稿が「その前記の如き論議は、その中記の如き論議を以てするに過ぎざるなり」として、*K. Usenheimer*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, 42, Fn. 60.
- (15) *F. v. Liszt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 21/22. Aufl., 1919, 201.
- (16) RGRspr. VIII, 13.
- (17) RGSt 73, 52, 60.
- (18) BGHSt 6, 87.
- (19) *Feuerbach*, (Fn. 13), 102.
- (20) *I. Puppe*, Der halberzige Rücktritt, NSZ 1984, 488, 490. 「…」の後の論文は中止犯の不如罰を「退却行為に類する」  
「…」の如き論議は、*Abrecht*の如き論議に類するなり」として、*K. Usenheimer*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, 42, Fn. 60.
- (21) *I. E. Weinhold*, Rettungsverhalten und Rettungsvorsatz beim Rücktritt vom Versuch, NSZ 1990, 433, 434.
- (22) BGHSt (GS) 39, 221, 232 (「…」の如き論議は、*Abrecht*の如き論議に類するなり」として、*K. Usenheimer*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, 42, Fn. 60. vgl. *Lilje/Abrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 10 FN 24.
- (23) *O. Trifflerer*, Österreichisches Strafrecht AT, 2. Aufl., 1972, § 16 Rn 49; *Lilje/Abrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 8; *H. J. Radolphi*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 6. Aufl., 1993, § 24 Rn 2.
- (24) *P. Bockelmann*, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW 1955, 1417 ff., 1420, Fn. 41; *Usenheimer*, (Fn. 14), 70.
- (25) BGHSt 9, 48, 52 (「…」の場合、行為者は未遂に際して刑法上の効果の如何を考へるに過ぎない。…」の如き論議は、*Abrecht*の如き論議に類するなり」として、*K. Usenheimer*, Grundfragen des Rücktritts vom Versuch in Theorie und Praxis, 1976, 42, Fn. 60. vgl. *Lilje/Abrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 10 FN 24.
- (26) *Roxin*, (Fn. 12), § 39 Rn 18; *W. Gropp*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2005, § 9 Rn 82.
- (27) *J. Bannmann, U. Weber u. W. Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 27 Rn 7.
- (28) *G. Greeve*, Zielerreichung im Eventualvorsatz und in anderen Versuchsformen: über Porosität und Bestimmtheit der Rücktrittsvoraussetzungen (§ 24 Abs. 1 StGB), 2000, 186 f.



- (29) *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 9.
- (30) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 19.
- (31) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 20.
- (32) *B. v. Heintschel-Henegg*, Versuch und Rücktritt, ZStW 109, 1997, 29, 40; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 11.
- (33) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 51 I 2; *Th. Vogler*, Leipziger Kommentar zum StGB, 10. Aufl., 1985, § 24 Rn 9.
- (34) わが国では、刑事政策論と養育論は細かな区別がなされてきたが、近年は多くの学者が「区別の必要認識があればよい」と主張する。西田典之『刑法総論』二〇〇六年・二九五頁) 今曰く、之を以て刑法学上の両者は明確に区別せらるべきなり。
- (35) RGSt 6, 341; 17, 244; 39, 39; 63, 159; 72, 350; 73, 52, 60.
- (36) *Bockelmann*, (Fn. 24), 1421; *P. Bockelmann, K. Volk*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 1987 § 27 V 3. vgl. *R. Schmidt*, Grundriß des deutschen Strafrechts AT, 2. Aufl., 1930, 158.
- (37) *J. Wessels, W. Beulke*, Strafrecht AT, 42. Aufl., 2012, Rn 626. 之を以て連邦通常裁判所にも報復に言及する判例が散見せらる。
- (38) BGHSt (GS) 39, 221, 231; BGH NSStZ 1993, 279; BGH NSStZ 1986, 264, 265; BGHSt 35, 90, 93. 本ケースについては *D. Kienappfel, F. Höpfel*, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, Z 23 Rn 6; *W. Platgummer*, Die „Allgemeinen Bestimmungen“ des Strafgesetzentwurfes im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik, JBl 1971, 236 ff., 246.
- (39) *H. Kadlich*, Grundfälle zum Rücktritt vom Versuch, Jus 1999, 240, 241; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 13.
- (40) *Bannum/Weber/Mitsch*, (Fn. 27), § 27 Rn 7; *Lilje/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 13.
- (41) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 23.
- (42) *R. D. Herzberg*, Grund und Grenzen der Strafbefreiung beim Rücktritt vom Versuch, in: Lackner-FS, 1987, 325 ff., 343.
- (43) *Ulsenheimer*, (Fn. 14), 76 f.
- (44) *Bockelmann*, (Fn. 24), 1420.
- (45) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 51 I 3.
- (46) *Wessels/Beulke*, (Fn. 37), Rn 626.
- (47) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 23.



- (47) *Ch. Jäger*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, 63 f, 93 ff, 126, 129 f.; *ders.*, Anmerkung zum BGH, Urt. v. 18.8.1998, NSStZ 1999, 608 f.; *ders.*, Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 112 (2000), 783 ff, 800 ff.
- (48) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 32.
- (49) *Jäger*, (Fn. 47), 126. Vgl. *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 24.
- (50) BGHSt 9, 48, 52; 14, 75, 80. 54号 55号 56号 57号 58号 59号 60号 61号 62号 63号 64号 65号 66号 67号 68号 69号 70号 71号 72号 73号 74号 75号 76号 77号 78号 79号 80号 81号 82号 83号 84号 85号 86号 87号 88号 89号 90号 91号 92号 93号 94号 95号 96号 97号 98号 99号 100号 101号 102号 103号 104号 105号 106号 107号 108号 109号 110号 111号 112号 113号 114号 115号 116号 117号 118号 119号 120号 121号 122号 123号 124号 125号 126号 127号 128号 129号 130号 131号 132号 133号 134号 135号 136号 137号 138号 139号 140号 141号 142号 143号 144号 145号 146号 147号 148号 149号 150号 151号 152号 153号 154号 155号 156号 157号 158号 159号 160号 161号 162号 163号 164号 165号 166号 167号 168号 169号 170号 171号 172号 173号 174号 175号 176号 177号 178号 179号 180号 181号 182号 183号 184号 185号 186号 187号 188号 189号 190号 191号 192号 193号 194号 195号 196号 197号 198号 199号 200号 201号 202号 203号 204号 205号 206号 207号 208号 209号 210号 211号 212号 213号 214号 215号 216号 217号 218号 219号 220号 221号 222号 223号 224号 225号 226号 227号 228号 229号 230号 231号 232号 233号 234号 235号 236号 237号 238号 239号 240号 241号 242号 243号 244号 245号 246号 247号 248号 249号 250号 251号 252号 253号 254号 255号 256号 257号 258号 259号 260号 261号 262号 263号 264号 265号 266号 267号 268号 269号 270号 271号 272号 273号 274号 275号 276号 277号 278号 279号 280号 281号 282号 283号 284号 285号 286号 287号 288号 289号 290号 291号 292号 293号 294号 295号 296号 297号 298号 299号 300号 301号 302号 303号 304号 305号 306号 307号 308号 309号 310号 311号 312号 313号 314号 315号 316号 317号 318号 319号 320号 321号 322号 323号 324号 325号 326号 327号 328号 329号 330号 331号 332号 333号 334号 335号 336号 337号 338号 339号 340号 341号 342号 343号 344号 345号 346号 347号 348号 349号 350号 351号 352号 353号 354号 355号 356号 357号 358号 359号 360号 361号 362号 363号 364号 365号 366号 367号 368号 369号 370号 371号 372号 373号 374号 375号 376号 377号 378号 379号 380号 381号 382号 383号 384号 385号 386号 387号 388号 389号 390号 391号 392号 393号 394号 395号 396号 397号 398号 399号 400号 401号 402号 403号 404号 405号 406号 407号 408号 409号 410号 411号 412号 413号 414号 415号 416号 417号 418号 419号 420号 421号 422号 423号 424号 425号 426号 427号 428号 429号 430号 431号 432号 433号 434号 435号 436号 437号 438号 439号 440号 441号 442号 443号 444号 445号 446号 447号 448号 449号 450号 451号 452号 453号 454号 455号 456号 457号 458号 459号 460号 461号 462号 463号 464号 465号 466号 467号 468号 469号 470号 471号 472号 473号 474号 475号 476号 477号 478号 479号 480号 481号 482号 483号 484号 485号 486号 487号 488号 489号 490号 491号 492号 493号 494号 495号 496号 497号 498号 499号 500号 501号 502号 503号 504号 505号 506号 507号 508号 509号 510号 511号 512号 513号 514号 515号 516号 517号 518号 519号 520号 521号 522号 523号 524号 525号 526号 527号 528号 529号 530号 531号 532号 533号 534号 535号 536号 537号 538号 539号 540号 541号 542号 543号 544号 545号 546号 547号 548号 549号 550号 551号 552号 553号 554号 555号 556号 557号 558号 559号 560号 561号 562号 563号 564号 565号 566号 567号 568号 569号 570号 571号 572号 573号 574号 575号 576号 577号 578号 579号 580号 581号 582号 583号 584号 585号 586号 587号 588号 589号 590号 591号 592号 593号 594号 595号 596号 597号 598号 599号 600号 601号 602号 603号 604号 605号 606号 607号 608号 609号 610号 611号 612号 613号 614号 615号 616号 617号 618号 619号 620号 621号 622号 623号 624号 625号 626号 627号 628号 629号 630号 631号 632号 633号 634号 635号 636号 637号 638号 639号 640号 641号 642号 643号 644号 645号 646号 647号 648号 649号 650号 651号 652号 653号 654号 655号 656号 657号 658号 659号 660号 661号 662号 663号 664号 665号 666号 667号 668号 669号 670号 671号 672号 673号 674号 675号 676号 677号 678号 679号 680号 681号 682号 683号 684号 685号 686号 687号 688号 689号 690号 691号 692号 693号 694号 695号 696号 697号 698号 699号 700号 701号 702号 703号 704号 705号 706号 707号 708号 709号 710号 711号 712号 713号 714号 715号 716号 717号 718号 719号 720号 721号 722号 723号 724号 725号 726号 727号 728号 729号 730号 731号 732号 733号 734号 735号 736号 737号 738号 739号 740号 741号 742号 743号 744号 745号 746号 747号 748号 749号 750号 751号 752号 753号 754号 755号 756号 757号 758号 759号 760号 761号 762号 763号 764号 765号 766号 767号 768号 769号 770号 771号 772号 773号 774号 775号 776号 777号 778号 779号 780号 781号 782号 783号 784号 785号 786号 787号 788号 789号 790号 791号 792号 793号 794号 795号 796号 797号 798号 799号 800号 801号 802号 803号 804号 805号 806号 807号 808号 809号 810号 811号 812号 813号 814号 815号 816号 817号 818号 819号 820号 821号 822号 823号 824号 825号 826号 827号 828号 829号 830号 831号 832号 833号 834号 835号 836号 837号 838号 839号 840号 841号 842号 843号 844号 845号 846号 847号 848号 849号 850号 851号 852号 853号 854号 855号 856号 857号 858号 859号 860号 861号 862号 863号 864号 865号 866号 867号 868号 869号 870号 871号 872号 873号 874号 875号 876号 877号 878号 879号 880号 881号 882号 883号 884号 885号 886号 887号 888号 889号 890号 891号 892号 893号 894号 895号 896号 897号 898号 899号 900号 901号 902号 903号 904号 905号 906号 907号 908号 909号 910号 911号 912号 913号 914号 915号 916号 917号 918号 919号 920号 921号 922号 923号 924号 925号 926号 927号 928号 929号 930号 931号 932号 933号 934号 935号 936号 937号 938号 939号 940号 941号 942号 943号 944号 945号 946号 947号 948号 949号 950号 951号 952号 953号 954号 955号 956号 957号 958号 959号 960号 961号 962号 963号 964号 965号 966号 967号 968号 969号 970号 971号 972号 973号 974号 975号 976号 977号 978号 979号 980号 981号 982号 983号 984号 985号 986号 987号 988号 989号 990号 991号 992号 993号 994号 995号 996号 997号 998号 999号 1000号
- (51) *F. Novakowski*, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, 1955, 93; *M. Burschaller*, Versuch und Rücktritt vom Versuch, StPDG 3 (1975), 7 ff., 30; *Triffner*, (Fn. 23), § 16 Rn 49.
- (52) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 5; *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 51 I 4.
- (53) *D. Lang-Hirrichsen*, Bemerkungen zum Begriff der „Tat“ im Strafrecht unter besonderer Berücksichtigung der Strafzumessung, des Rücktritts und der tätigen Reue beim Versuch und der Teilnahme, in: Englisch-FS, 1969, 353 ff, 370.
- (54) *R. D. Herzberg*, Zum Grundgedanken des § 24 StGB, NSStZ 1989, 49 ff, 56.
- (55) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 6 f. vgl. *K. Ambos*, Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 2. Aufl., § 24 Rn 1.  
修正刑罰目的説は既に「ロー」に於いて展開されていた。中止未遂は特別予防の観点からも処罰の必要がなからず。行為者は「一方」で「処罰されること」に合法性に復帰してらるし、「他方」で「法共同体が未遂によって動揺をせられた印象と法秩序と法の有効性への法共同体の信頼が任意の中止によって強化され、回復され、その結果、行為者の処罰は放棄せられよう。法的に重要な危険はもはや存在しないのであるから、処罰を支える一般予防の根拠も欠如する。R. Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, 158 ff.
- (56) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 6.
- (57) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 7. なお「中止犯を積極的一般予防の観点からだけでなく基礎付けるのか」*M. Bergmann*, Einzeleakts- oder Gesamtbetrachtung beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 100 (1988), 329 ff., 334 ff.

- (58) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 29.
- (59) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 9.
- (60) *Herzberg*, (Fn. 54), 49 ff.; *ders.*, (Fn. 41), 349 f.
- (61) *Herzberg*, (Fn. 41), 349.
- (62) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 26; *H. J. Rudolphi*, Rücktritt vom beendeten Versuch durch erfolgreiches, wenngleich nicht optimales Rettungsbehnhen, NSZ 1989, 508 ff, 511; *Rudolphi*, (Fn. 23), 3a; *A. Eser*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 24 Rn 2c; *Lilie/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 40; *W. Bauer*, Der strafbefreiende Rücktritt vom unbendeten Versuch - ein Problem der subjektiven „Geschäftsgrundlage“ (Tatgrundlage), wistra 1992, 201 ff., 203.
- (63) *Herzberg*, (Fn. 54), 351.
- (64) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 27; *Bergmann*, (Fn. 57), 337.
- (65) *Roxin*, (Fn. 12), § 30 Rn 28.
- (66) *H. Kolster*, Die Qualität der Rücktrittsbehnhen des Täters beim beendeten Versuch, 1993, 41 ff.
- (67) *Lilie/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 30; *Blöy*, (Fn. 55), 170.
- (68) 参照 牧野英一『刑法総論下巻』[第一五版]一九五九年・六二六頁以下。
- (69) 倉富勇三郎他監修、松尾浩也増補改題『増補刑法沿革綜覧』一九九〇年・二一四七頁。
- (70) 中野次雄『刑法総論概要』[第三版補訂版]一九九七年・一三三頁。
- (71) 木村龍二『刑法総論』[増補版]一九七八年・三六九頁。その他、松宮孝明『刑法総論講義』[第四版]二〇〇九年・四五頁。参照、和歌山地判昭和三八・七・二二下刑集五〇八・七五六「中止犯奨励の法の精神を汲み刑を免除するを相当と認め」る。
- (72) 福田平『全訂刑法総論』[第五版]二〇一一年・一三四頁、川端博『刑法総論講義』[第二版]二〇〇六年・四七二頁。
- (73) 福田(注72)二三五頁。その他、阿部純二『刑法総論』一九九七年・二〇九頁「自己の意思によって結果の不発生を確保したことは、いったん着手された行為の違法性を、消滅はさせないが減少させると考えられる。ただ、違法性の減少は刑の減輕をもたらすだけなので、刑の免除は政策的理由(刑事政策説および褒賞説)から説明するほかない」、平場安治『刑法総論講義』一九五二年・一〇四頁「主観的違法要素の消滅による計画の危険性の喪失およびすでに発生した危険状態の消滅による現実の危険性の喪失」。
- (74) 西原春夫『刑法総論上巻』[改訂版]一九九七年・三三二頁以下。

- (75) 大谷実『刑法講義総論』[第四版]一九九六年・三九四頁。なお、野村稔『未遂犯の研究』一九八四年・四五三頁は、中止未遂を違法減少と捉えるが、その論理は、「中止未遂は犯罪中止義務、結果発生義務を尽し、それぞれの義務違反性が欠ける」のに対し、障害未遂では、「その違法性のメルクマールは危険犯であることのほかにこれらの義務違反性が加わり」、両者は違法性の構造に違いがあるというものである。
- (76) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』一九七五年・三三五頁以下、同「中止犯」(日本刑法学会編『刑事法講座2』所収)一九五二年・四〇二頁以下、四〇五頁。
- (77) 内田文昭『刑法概要中巻(犯罪論②)』一九九九年・三九一頁。その他、堀内捷三『刑法総論』[第二版]二〇〇四年・二四二頁。
- (78) 宮本英脩『刑法大綱』一九三五年・一八四頁。
- (79) 佐伯千仞『刑法講義総論』[三訂版]一九七七年・三三二頁以下。
- (80) 團藤重光『刑法綱要総論』[第三版]一九九〇年・三六二頁。
- (81) 香川達夫『刑法講義総論』[第三版]一九九五年・三〇六頁以下、同(注7)九七頁以下。その他、木村静子(注12)二五頁。
- (82) 曾根威彦『刑法総論』[第四版]二〇一一年・二二七頁。同旨、植松正『再訂刑法概論Ⅰ 総論』[第八版]一九七四年・三二四頁。「これらの各説(違法性減少説、責任減少説、政策説―筆者)の挙げる根拠は必ずしも相互排斥的なものではない……そこに政策が考慮されていることは疑いを容れない。……しかし、中止犯立法の重点は責任の減少を認めたところにあるのではない……そこに政策がな中止行為の存在は、違法性の点ではどうあろうとも、少なくとも行為者に対する非難可能性を減少せしめるものと言われる。自発的によりやむをえず未遂となった場合に比し、自己の意志によりみずから既遂となることを阻止した場合の方が軽い倫理的非難にしか値しないことは自明である。両者はいずれも客観的に発生した違法事実としては同一であるが、行為者の責任という主體的事情において異なる。その他、前田雅英『刑法総論講義』[第五版]二〇一一年・一六八頁「自らの意思により思いとどまった行為者については、国民の規範意識からみて非難は弱まる」、内田文昭『刑法Ⅰ 総論』[改訂版]一九八六年・二七一頁(旧説)「中止未遂は、自発的『意思』による犯罪完成阻止という面で、責任減少を招来する」、中山研一『刑法総論』一九八二年・四三二頁注4。
- (83) 山中敬一『刑法総論』[第二版]二〇〇八年・七五四頁、同(注7)四七頁以下。同旨、中山研一『概説刑法Ⅰ』二〇一一年・二〇二頁。
- (84) 浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・三九一頁。
- (85) 西田(注34)二九四頁以下。

- (86) 川端博(注71)四七六頁。
- (87) 井田良『講義刑法学・総論』二〇〇八年・四二四頁。
- (88) 山口厚『刑法総論』[第二版]二〇〇七年・二七九頁以下。
- (89) 大塚仁『刑法概説総論』[第四版]二〇〇八年・二五八頁以下。その他、藤木英雄『刑法講義総論』一九七五年・二六二頁「中止行為によって実害が防止され、且つ、行為後の態度の変化により行為に対する社会的評価が寛容化するという点で、まず違法性が微弱化し、それにもない責任も微弱化する」という併合説が妥当……しかし、中止未遂の処遇には、法律説だけでは割り切れない政策的考慮が背景にあることは、いかにしても否定できない」、林幹人『刑法総則』[第二版]二〇〇八年・三六五頁。
- なお、板倉宏「中止犯」(『刑法基本講座4』所収)一九九二年・三四頁以下、四二頁以下は、中止犯の背景には犯罪の完成を未然に防止しようとする刑事政策的配慮があり、その理論的根拠を違法性の現象と責任の減少に求め、自説を総合説と称しているが、違法性・責任減少説に組み入れられるべきものであろう。本説によると、「犯罪の実行に着手したが、自己の意思によりその防止するため中止行為をした」という行動過程全体が統一的に動的な違法評価の対象となる」ので、この主観的要素が違法性の評価に影響を与えうるのであり、次いで、自己の意思による中止行為があとと行為者に対する非難を減少させるが、違法性と責任は違うので、違法性の減少は認められないが、責任の減少は認められる(例えば、悔悟に基づいて真剣な中止行為をしたが、中止行為と結果不発生との間に因果関係が認められない場合)とか、違法性の減少という見地からは刑の減輕しか認められないが、責任の減少という見地からは刑の免除も認めらるるか、違法性は減少するが、責任は減少しないと、違法性が減少するほど責任は減少しない(例えば、広義の悔悟に基づかない功利的な打算に基づいた中止行為)とか、さらには、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。
- (90) 参照、香川(注81)三〇八頁注9。
- (91) 高橋則夫『刑法総論』二〇一〇年・三二二頁。
- (92) 伊東研祐『積極的と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』所収)一九九六年・二六五頁以下、二七三頁以下。
- (93) R. Münch, K. H. Gössel, H. Zipp, *Stratfrecht AT*, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, §41 I Rn 9.
- (94) 参照、中野(注70)一三五頁注11、伊東(注82)二七〇頁。
- (95) Vgl. E. Steininger, *Stratfrecht AT*, Bd. 2, 2012, 20. Kap Rn 85; D. Rössner, *Wiedergutmachung im Stratfrecht - Stratfretheoretis-*

che Grundlagen des AE-WGM, in: *E. Marks, K. Meyer, J. Schreckling u. M. Wandrey* (Hrsg.), *Wiedergutmachung und Strafrechtspraxis*, 1993, 341 ff., 345 f.; *Lütel/Albrecht*, (Fn. 12), § 24 Rn 21; *Kühl*, (Fn. 2), § 16 Rn 5 ff.; *V. Krey, R. Esser*, *Deutsches Strafrecht AT*, 5. Aufl., 2012, 44 Rn 1262; *Rudolph*, (Fn. 23), § 24 Rn 4; *G. Stratenwerth, L. Kühlen*, *Strafrecht AT*, 5. Aufl., 2004, § 11 Rn 70; *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. 27), § 27 Rn 8; *Greewe*, (Fn. 28), 196 ff.; *Burgstaller*, (Fn. 51), 31; *Tyfflerer*, (Fn. 23), § 16 Rn 50.

- (96) *H.-W. Meyer*, *Privilegierungswürdigkeit passiven Rücktrittsverhaltens bei modaler Tatfortsetzungsmöglichkeit*, 1986, 79 ff.; *ders.*, *Nochmals: Gesamtbetrachtung und Einzelakttheorie beim Rücktritt vom Versuch*, NJW 1988, 2589 ff. (中止者が任意の行為によつて法的平和への攻撃から撤退するときは、特別予防、一般予防の理由から、一旦発生した国の刑罰請求権が否定される。中止には「利益調整の平和招来機能」がふさわしい。行為者——被害者——関係の利益調整が必要である。被害者の利益が行為者の中行為によつて修復され、法的平和が恢復されるとき、中止犯は処罰されるべきでない)。

## Versuch und Rücktritt (6)

Toshio YOSHIDA

### Erster Kapitel Versuch

#### I Der Begriff des Versuchs

#### II Der Strafgrund des Versuchs

##### 1. Situation in Deutschland

###### (A) Die gesetzliche Regelung

###### (B) Lehren

###### (a) Die objektiven Theorien

###### (aa) Die ältere objektive Theorie

###### (bb) Die neuere objektive Theorie (Die neuere Gefährlichkeitstheorie)

###### (cc) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand

###### (dd) Die moderne neue objektive Theorie

###### (b) Die subjektiven Theorien

###### (aa) Die reine subjektive Theorie

###### (bb) Die an der Gefährlichkeit des Täters orientierte Theorie (Die Täterstheorie)

###### (cc) Die Theorie des Expressiv-Werdens eines Normbruchs

###### (c) Die Eindruckstheorie

###### (d) Die Vereinigungstheorie

###### (e) Andere neuere Theorien

###### (aa) Die dualistische Theorie, die im Unrechtsgehalt zwei Formen des Versuchs unterscheidet

###### (bb) Die Theorie des Verletzung des Anerkennungsverhältnisses

###### (cc) Die echt subjektiv-objektive Theorie

###### (dd) Die Lehre, die die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs für verfassungswidrig hält

###### (ee) Die Lehre des auf Kant und Fichte berufenen Versuchsunrechts

##### 2. Situation in Österreich

###### (A) Die gesetzliche Regelung

###### (B) Lehren

##### 3. Situation in der Schweiz

###### (A) Die gesetzliche Regelung

###### (B) Lehren

(Band 46, Nr. 1)

##### 4. Situation in Japan

- (A) Lehren
  - (a) Die (rein) subjektive Theorie
  - (b) Die objektive Theorie
    - (aa) Die handlungsunwertorientierte objektive Theorie
    - (bb) Die Erfolgswertorientierte objektive Theorie
  - (B) Der Strafgrund des Versuchs
- III Tatbestandmäßigkeit
  - 1. Subjektiver Tatbestand
    - (a) Tatplan
    - (b) Entschluß
    - (c) Vorsatz
  - 2. Objektiver Tatbestand
    - (A) Situation im deutschsprachigen Raum
      - (a) Die formell-objektive Theorie oder Tatbestandstheorie
      - (b) Die materiell-objektive Theorie
      - (c) Die subjektive Theorie
      - (d) Die subjektiv-objektive Theorie oder individuell-objektive Theorie
      - (e) Rechtsprechung
      - (f) Die konkretisierte Teilaktstheorie (*Roxins* Lehre)
    - (B) Lehren in Japan
      - (a) Die subjektive Theorie
      - (b) Die objektive Theorie
        - (aa) Die formell-objektive Theorie oder Tatbestandstheorie
        - (bb) Die handlungsunwertorientierte materiell-objektive Theorie
        - (cc) Die Erfolgswertorientierte materiell-objektive Theorie
      - (c) Die eklektische Theorie
        - (aa) Die subjektiv-objektive Theorie
        - (bb) Die objektiv-subjektive Theorie (Band 46, Nr. 2)
    - (C) Die Versuchshandlung (Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch)
      - (a) Ausführungshandlung
      - (b) Ausführungsnahe Handlung
      - (c) Fälle (Band 46, Nr. 3/4)
    - (D) Mittelbare Täterschaft
    - (E) Erfolgsqualifizierte Delikte
  - 3. Objektive Zurechnung
- IV Rechtswidrigkeit
- V Schuld (Band 47, Nr. 1)

Zweiter Kapitel Untauglicher Versuch

I Kriterien der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs

(A) Lehre im deutschsprachigen Raum

- (a) Die subjektiven Theorien
- (b) Die objektiven Theorien
- (c) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand

(B) Die gesetzliche Regelung

- (a) Deutschland
- (b) Österreich
- (c) Die Schweiz

(C) Theorienstreit in Japan

- (a) Die reine subjektive Theorie
- (b) Die Theorie der subjektiven Gefährdung (Die Theorie der abstrakten Gefährdung)
- (c) Die Theorie der konkreten Gefährdung (Die neuere objektive Theorie)
- (d) Die objektive Theorie (Die alte objektive Theorie, Die Theorie des absolut untauglichen und relativ untauglichen Versuchs)
- (e) Die Theorie der Typengefährdung

II Der Begriff der Untauglichkeit des Versuchs

(A) Die Bedeutung der Untauglichkeit des Versuchs

(B) Die Unterscheidung zwischen dem absolut untauglichen Versuch und dem relativ untauglichen Versuchs

III Ursachen des untauglichen Versuchs

(A) Untauglichkeit des Versuchs der Handlung und des Objekts

- (a) Untauglichkeit der Handlung
- (b) Untauglichkeit des Objekts

(B) Untauglichkeit des Subjekts

IV Rechtsprechung

V Wahndelikte

(Band 47, Nr 2)

Dritter Kapitel Rücktritt

I Der rechtliche Grund der Privilegierung wegen Rücktritts

1. Die gesetzlichen Regelungen im deutschsprachigen Raum

2. Theorienstreit in der deutschsprachigen Strafrechtswissenschaft

- (a) Rechtstheorien
- (b) Theorie der „goldenen Brücke“
- (c) Die Prämien-, Gnaden- bzw. Verdienstlichkeitstheorie
- (d) Strafzweckorientierte Theorien
- (e) Schuldertfüllungstheorie
- (f) Kompensationstheorie

3. Theorienstreit in der japanischen Strafrechtswissenschaft



- (a) Theorie der „goldenen Brücke“
  - (b) Rechtstheorien
    - (aa) Unrechtsreduzierungstheorie
    - (bb) Schuldreduzierungstheorie
    - (cc) Unrechts- u. Schuldreduzierungstheorie
  - (c) Vereinigungstheorien
  - (d) Strafbarkeitsreduzierungstheorie
  - (e) Positive Spezialprävention
4. Der rechtliche Grund der Privilegierung wegen Rücktritts und seine systematische Einordnung

(Band 49, Nr. 2)

(Der Beitrag wird fortgesetzt.)