

中止犯の法的性格

渡 邊 譽

(法律学研究室)

(2008年1月29日受理)

Der Gestzliche Charakter des Rücktritt vom Versuch

Homare WATANABE

Laboratory of Jurisprudence, Minamikyushu University,

Takanabe, Miyazaki 884-0003, Japan

(Accepted : January 29, 2008)

目 次

1. 問題の所在

1. 問題の所在
2. 我が国の中止犯をめぐる学説
 - (1) 刑事政策説
 - (2) 法律説
 - Ⓐ 違法減少説
 - Ⓑ 責任減少説
 - Ⓒ 併用説
3. まとめ

中止犯とは、犯罪の実行に着手したが「自己の意思により犯罪を中止した」場合をいい、刑が必ず減軽又は免除される（43条但書）。犯罪の実行に着手してこれを遂げないのが未遂犯であるが、その遂げなかった原因が「自己の意思」によるものであるか否かにより区別され、「自己の意思」によらないのが一般の「障害未遂」であり、自己の意思によるのが「中止未遂」（中止犯）である。

結果の不発生が行為者の意思に基づかない障害未遂の場合には、刑が任意的減軽にとどまるのに対して、中止未遂は必要的減軽又は免除とされる点に法的効果の相違点が見られるのである。そこで、同じ未遂犯でありながら、結果不発生の原因が自己の意思によるものか、そうではないかによって、何故取扱いを異にするのであろうか。中止未遂が刑の必要的減軽又は免除という寛大な取扱いを受ける根拠について、それを犯罪論体系の観点からどのように説明したらよいのか、この点が中止犯の法的性格の問題といえる。

この中止犯の法的性格をいかに捉えるかについては、これまで学説は刑事政策的理由に求める刑事政策説（*kriminalpolitische Theorie*）と犯罪論的評価に求める法律説（*Rechtstheorie*）とが古くから対立し、しかも、法律説は違法減少説と責任減少説とに分けて論じられるのが一般的である。し

かし近年、我が国では両者を併用する立場をとる併用説を主張する論者も多くなってきている。

本稿では、特にこの学説の対立を中心に検討しながら若干自己の考えを述べてみることにする。

2. 我が国の中止犯をめぐる学説

(1) 刑事政策説

これは中止未遂が障害未遂に比較して寛大な取扱いを受けるのは、一般予防主義的な認識を基礎とし犯罪の防止という政策的な理由から人が犯罪を犯そうとしたとき、その最後の瞬間においても思い直して止めるように奨励しようとしたものである、とする見解である。すなわち、犯罪の実行を任意に中止した場合には、褒章として刑の必要的減免という恩典を与えることによって、犯罪の完成を未然に阻止しようとするのが法の趣旨だと解するのである⁽¹⁾。この刑事政策説は、近代刑法学の祖といわれるフォイエルバッハによって提唱されたものであり、またリストによっても継承され「不可罰な予備行為と可罰的な実行行為との境界線が越えられた瞬間に、未遂に対して定められた刑罰が具体化される。こうした事実をははや変更されることも、遡って廃棄されることも、抹殺されることもあり得ない。しかし立法は刑事政策的な理由から、すでに刑罰を科せられるべき行為者に後戻りのための黄金の橋 (eine goldene Brücke zum Rückzuge) を架することができる。立法は、任意の中止について刑の免除を認めている」、という言葉によって代表される。この見解は、なんとかして犯罪を防止しようという立法者の叡智に由来するもので犯罪を中止した行為者にだけ認められる一身上の刑罰免除事由としている。その後もツインマール、メッガー、マウラッハ等の多くの学者によっても支持され刑事政策説はドイツでの通説としての地位を確立するようになり、わが国にも強い影響を及ぼしたのである。

ところが、我が国ではこの刑事政策説を独立に主張する論者は少なく、法律説と併用して二元的に主張する論者が多い。その中で、独立に刑事政策説を主張される論者に、木村博士と中野博士が挙げられる。木村博士は、中止未遂が必要的減軽と免除という緩和された処分を科せられるのは、「刑事政策的見地から、行為者に対して、『退却のため黄金の橋』を構築しようとするに出でたもの

であるとされ」、同じく中野博士は法律説を批判され中止未遂の必要的減免事由は、「違法・責任は実行行為又はそれをしたことに対する評価であるから、すでになされた違法性又は責任そのものが事後的に減少すると考えることは困難で」あり、「すでになされた違法・有責な行為に対する可罰的評価が事後の中止行為に対する恩賞の評価によって減殺されるからであるが、この後者の積極的評価は、結局中止行為を奨励するための政策的考慮に基づくものとみるべきである」、と主張され、いずれも刑事政策説を肯定する理由を述べられる⁽⁵⁾。

確かに刑事政策説の長所は、中止未遂をもって刑の免除事由、とくに一身の刑罰減免事由と解するので、この見解によれば共犯と中止未遂の関係で、正犯者か共犯者の一人が中止すればその者だけに刑の減免が認められ、他の者には影響を及ぼさないと結論に容易に達することができる⁽⁶⁾。

また、刑事訴訟法334条は、刑の減免を有罪判決としているところから、中止未遂を犯罪の成立を妨げる理由ではなくて、刑の減免事由とするこの考えは最も実定法と調和することにもなる⁽⁷⁾。

しかし、この刑事政策説に対しては、従来から次のような批判がなされている。第1に、政策的考慮は、中止すれば寛大に取り扱われることを行為者が事前によく知っている場合には意味があるが、このような規定を知らない者には効果を期待できないではないか、といわれる。これに対し、中止未遂の規定は長い間適用されてきているから、中止未遂が寛大な取扱いをうけるということは一般に周知されてきているとか、中止未遂が科刑の上で有利になるくらいのことは常識になってきている、との反論もある⁽⁹⁾。第2に、ドイツ刑法24条のように、中止未遂を不可罰とする法制下では効果的であるといえるかもしれないが、減軽・免除といった二段構えの処遇をなすにすぎないわが法制にあっては犯罪防止の効果をあげることができるかどうか疑問である、といった問題もある⁽¹⁰⁾。

その上、政策的考慮は事前においてのみ可能であるが、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刑事政策説は論理的に成り立たないのではない⁽¹¹⁾。第3に、同じ中止未遂でありながら、なぜ減軽と免除といった効果を付与しうるかについて、政策説自身から何らの解答をも与えられていない。刑の免除にするか減軽にするか、また、どの程度に減軽するか裁量に

あたり、刑事政策説の立場からは区別の基準を見出すことは困難である、⁽¹²⁾などといわれる。

以上、刑事政策説は、立法者が中止犯に刑の必要的減免という寛大な特典を付与した根拠を示したものであるが、政策的考慮だけで中止犯の法的効果を理論的に説明するには難点がある。今日ではこの政策説を認めるにしても独立ではなく、次の「法律説」を補充するものとして位置づけられているように思われる。

(2) 法律説

このように刑事政策的考慮だけでは中止犯の本質を把握できないので、犯罪の成立要件との関係から論じようとする考え方が法律説である。この法律説はさらに違法減少説と責任減少説とに分けられる。

④ 違法減少説

ドイツにおいて中止未遂の法的性格を違法性の観点から提唱したのがペンディングであり、また、シェーテンザックやヘーグラーなどの主観的違法要素を強調する論者によっても主張されてきた。

中止未遂は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及ぼすことにより、全体として違法性を減少消滅させるというものである。⁽¹³⁾違法性減少説は、我が国では平場博士や平野博士によって主張されている。平場博士は、「中止犯の刑の減免理由を違法性の減少消滅に求めるべきだ」とされる。そして、「実行の着手より生じた行為の危険性への方向が未だ客観化されない以前において中止された」場合には、「主観的違法要素の消滅による計画の危険性の喪失に、また一度び危険状態が客観化された」場合には、「かかる危険状態の消滅による現実の危険性の喪失に」⁽¹⁴⁾その根拠を求むべきである、と主張される。この説は、故意の放棄によって、あるいは危険状態の客観化の前後により違法性減少・消滅の根拠を区別されるのである。

ところが、この主張に対し香川教授は、危険状態の客観化という概念自体、必ずしも明らかではなく、「着手未遂と実行未遂とによって区別する趣旨かとも推測される」。だが、着手未遂でも実行行為が行われたという意味では危険状態の客観化ともいえるし、実行行為の終了がなくとも着手だけで危険性は生じる。

したがって、「同じ未遂の段階にあって危険性の

客観化の前後とする基準の設定自体意味がなく」明確ではない。むしろ、「未遂における決意が客観的要素を超過しているところから、主観的違法要素の消滅で一貫した方が論理的」であるとみるべきであるからこの区別は妥当ではない、とする批判がある。⁽¹⁵⁾

次に、平野博士は、「未遂犯の場合、故意は主観的違法要素である。一度故意を生じた後にこれを放棄し、あるいは自ら結果の発生を防止した場合は、違法性の減少を認めることができる」とされ、「違法性も一つの評価であるとするならば、違法性が後にいたって消滅することも、また可能である」とされ、主観的違法要素で一貫した違法減少説を主張されるのである。さらに、福田教授や西原教授も刑事政策説を併用しながら違法減少説を主張される。

福田教授は、中止犯は「中止行為によって、行為者に対する非難が、解除されまたは減輕されるとするものであるが、中止犯の要件として、悔悟を必要としないわが刑法の下では、責任が消滅（減少）すると解釈することは、無理であろう。『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」、とされる。したがって、刑の減輕・免除を認めるわが刑法のもとでは、違法性減少説と刑事政策説との二元的な説明が妥当とされ純然たる違法性減少説を支持されるものではない、と説かれる。⁽¹⁷⁾

また、西原教授も、責任減少説は、規範的責任論の台頭とともに生じた見解であって、責任評価が犯行の決意への非難可能性から生ずるとすれば、犯行の決意の事後的な撤回は非難可能性を消滅させるか、少なくとも減少させるものであるとする。

しかし、「この説は、かつて、故意・過失が責任の要素ないし形式であった時代にはすぐれたものを持っていたが、故意・過失が責任から違法性の分野に移り、規範違反性に関するものと考えられるようになってからは、このような基礎的な考え方に合わなくなってきた」。

その後、責任減少説は「さらに人格形成責任論の立場に支持され、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」、と説かれるようになったが、これも「その基礎にある人格形成責任論を採りえない以上、採用することはできない」。

中止犯の「必要的減免の根拠は、違法減少説の

考えるように、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に求めるべきである⁽¹⁸⁾」、と主張される。

しかし、この違法減少説に対して、次のような批判がある。第1に、未遂犯における故意を主観的違法要素と認めない立場からは、主観的違法要素の事後的消滅による違法減少はありえないと解される⁽¹⁹⁾。未遂における故意を主観的要素ではないと解すればこの考えは正しい。だが、通説はこれを主観的要素であると解しているから、この立場からは違法減少説は認められることになる。

第2に、自己の意思で危険状態を消滅させるという場合の「自己の意思」という部分がいかなる論理構造により違法性を減少させるのか明確でない⁽²⁰⁾。第3に、一つの事実に対する違法評価は固定的なものであり、変化した事実に対する違法評価は先のものとは別個のものであって、先の事実に対する違法評価に影響を及ぼすことはできない⁽²¹⁾。又は、「違法・責任は実行行為又はそれをしたことに対する評価であるから、すでになされた行為の違法性又は責任そのものが事後に減少すると考えることは困難で」あり、「むしろそれに基づく可罰評価が事後に生じた他の理由により減殺される」ものである、と批判される⁽²²⁾。第4に、違法減少説は共犯と中止犯との関連で難点がある。すなわち、一般に、正犯者がその行為を中止しても、その効果は教唆者などの共犯者には及ばないとされているが、この見解は中止未遂によって、行為の違法性が減少・消滅するから制限従属形式を採るならば、正犯の中止行為の効果が共犯者全員に及ぶことになり、中止未遂の一身専属的効果に反することになる⁽²³⁾、などといわれる。

④ 責任減少説

この責任減少説は、中止未遂による刑の減免の根拠を行為者に対する非難可能性が減少又は消滅するという⁽²⁴⁾ことに求める。これはドイツでは、かつてザウアー、ケムジース等⁽²⁵⁾により主張され、その後はヴェルツェル、シュレーダー等⁽²⁶⁾の賛同者を得たのである。わが国では、主観主義刑法理論の立場に立つ宮本博士により、中止未遂においては行為者の性情は「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で」ある、とされる。⁽²⁸⁾

その後、規範的責任論の台頭とともに、犯行の決意を責任要素と考え、これに対する非難可能性に責任評価を認め、したがって犯行の決意を事後的に撤回することが、非難可能性を減少するという論理はわが国の責任減少説の支持を強化していった。例えば、「すでに破った法的義務にふたたび合致しようとする意欲」すなわち「規範的意識」の具体化として中止が行われた場合には、事後的に責任を減少するものであると⁽²⁹⁾か、「広義の後悔」⁽³⁰⁾、「『自己の意思により』犯罪を完了させなかった（＝未遂の違法性にとどめた）」⁽³¹⁾、障害未遂よりも中止未遂の方が「軽い倫理的非難しか値しない」こととか、あるいは人格責任論の立場から、「中止行為に示される行為者の人格態度」が責任を減少するとする見解もある。さらに有力視される見解として、結果無価値論ないしは物的違法論の立場から、「法益侵害に対する関係では障害未遂と中止未遂で相違するところがない以上、中止未遂だけが特に違法性を弱められる」ということはなく、「自発的『意思』による犯罪完成阻止という面」で責任が減少すると主張される⁽³³⁾。

また、最近では、刑事政策目的をも考慮して、任意の中止によって可罰的責任減少とする見解も主張されている。この見解は、故意を責任要素とする結果無価値論の立場から、故意の放棄を意味する任意の中止によって責任が減少する、と説明されるのである。以上、責任減少説も多くの論者によって主張されているが、いずれも責任に対する解釈の相違から見解が分かれるのである。この責任減少説に対して次のような批判があることも事実である。

第1に、この説はかつて、故意・過失が責任の要素ないし形式であった時代にはすぐれていたが、故意・過失が責任から違法性の分野に移り、規範違反性に関するものと考えられるようになってからは、採用することはできず、さらに人格形成責任論⁽³⁵⁾を採りえない以上、責任減少説は肯定できない。第2に、現行刑法上、中止未遂の要件として必ず悔悟を必要とすれば別だが、そのような規定のない以上、責任が減少するとは解しがたい⁽³⁶⁾。第3に、責任減少説に対して、刑の減輕・免除という二種の処分は段階性に対応するもので、責任の段階性の問題にすぎないといいきれるか疑問である⁽³⁷⁾。第4に、可罰的責任減少説論者の主張する範

疇論的意味における責任が減少するのなら、「そのことによって中止未遂はすでに障害未遂とは責任の程度を異にすると」いえる。「そうであれば、その減少した責任に応じた刑罰をもって処罰することあるいは刑を免除することが刑事政策的に見て妥当では」ないか、にも拘らず重ねて可罰的責任の減少を考えるのは不要である⁽³⁸⁾。

◎ 併用説

この説は法律説と刑事政策説との併用により中止犯規定を説明するものであり、現在のわが国の多数説である。この併用説には一般的に次のような類型が考えられる。①違法減少説と責任減少説の併用説⁽³⁹⁾、②違法減少説と刑事政策説の併用説⁽⁴⁰⁾、③責任減少説と刑事政策説の併用説⁽⁴¹⁾、④違法・責任減少説と刑事政策説の併用説⁽⁴²⁾、以上4つの類型である。このように、併用説は法律説内部であるいは法律説と刑事政策説との合体で中止犯の法的性格を説明しようとするものである。ただ①を除いて②③④はすべて刑事政策説と併用する点に共通性を有するが、刑事政策説の取扱い方について、(ア)刑事政策的な考えを無視できないから法律説と併用させる見解⁽⁴³⁾と、(イ)刑の免除の説明に補充的に用いるとする見解⁽⁴⁴⁾に分けられる。(ア)の見解は、中止犯の効果を一旦知った者に対しては、必要的減免の規定は中止の奨励に意味がある、犯意を翻した場合とそうでない場合との差異を明確にすることが事後の犯罪の防止に役立つと解する「黄金の橋」といわれる刑事政策的効果を「まったく否定することはできない⁽⁴⁵⁾」、あるいは「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なければならないことは当然である」などと解することによって、法律説を支持すると同時に刑事政策説の効果を考慮しながら両者を併用することによって、中止犯規定を説明するものである。

(イ)の見解は、法律説によれば刑の減輕・免除という二種類の処分が違法性あるいは責任の段階性に対応するものと言い切れるかという疑問が生じるから、特に刑の免除の場合を刑事政策説により説明しようとするものである。例えば、責任減少説のみに限定した場合、中止未遂をもって減輕する場合の説明はついても、免除との関係が説明できなくなる。何故なら免除であっても責任は依然として存在するわけであるから、責任が存在するのになぜ刑が科せられないのかという疑問が当然生じる。そこで、この点を刑事政策的理由から

説明しようとするものである⁽⁴⁶⁾。

ところが、この併用説についても種々の批判がなされている。第1に併用説の②、③、④の類型は刑事政策説と法律説の両者を合体し、中止未遂の根拠にしようとするものであるが、その中の多くの考えは中止未遂の刑が減輕される場合には、違法性又は責任が減少し、免除される場合には政策的考慮に基づくものであると説明している。そこで、同じ中止未遂であるにも拘らず、何故、減輕の場合は違法性か責任が減少し、免除の場合には政策的理由によるとするのか、その理由が明確ではない。第2に、①④のように中止犯の減免の根拠を違法減少及び責任減少の両者とする見解に対しては、責任の減少は違法性の減少に必然的に伴うものであり、独自の理由に基づく責任減少はないとする点につき、「特定の程度の違法な行為を前提にして責任非難を考える以上、その違法行為の程度が変化すればそれにともない責任非難も変動するのは当然のことで」あるから、単独に違法減少説として主張すればこと足るのではないかという批判がある⁽⁴⁸⁾。第3に、①④のように違法減少・責任減少の両者が減少といっても、その関係・区別が明確でない上、悔悟による中止の如何で違法減少か責任減少とするが、「違法減少の適用を認めるならばそれで処理すべきであって、責任減少説は違法が消滅しないことを前提としたものである限り同時にこれを適用することはできない⁽⁴⁹⁾」。第4に、④のように刑事政策説及び法律説(違法減少説・責任減少説)を含む、すべての考えを合体したものが理由とすると、それぞれの見解の欠点が掛け合わされるおそれがある、などとする批判がある⁽⁵⁰⁾。

3. まとめ

中止犯とは犯罪の実行に着手したが「自己の意思により犯罪を中止」した場合であり、刑が必要に減輕又は免除される(43条但書)。この点、障害未遂と区別され、同じ未遂犯でありながら、何故、自己の意思で中止した場合のみ、必要的減免の効果が与えられるのかという点が問題となる。これが中止犯の法的性格の問題である。中止未遂の法的性格に対する見解として、わが国では刑事政策説と法律説を対立させ、法律説を違法減少説と責任減少説に分けて論じられている。ところが、

刑事政策説のみに立脚する学説は現在では少数であり、これは法律説を補充するものとして位置づけられているのである。法律説は、結果無価値論ないし物的違法論を徹底させる立場から違法減少説を批判して責任減少説が有力に主張され、この責任減少説の内部においても、また、責任に対する考え方の差異により見解の対立がみられるのである。刑の減免の根拠を責任非難の程度の減少に求め、減少の認められる理由を、「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）⁽⁵¹⁾」、「中止行為に示される行為者の人格態度」⁽⁵²⁾、「広義の後悔」⁽⁵³⁾、「自己の行為の価値否定的動機」⁽⁵⁴⁾、「すでに破った法的義務にふたたび合致しようとする意欲」⁽⁵⁵⁾などと認めるものである。

さて、この中止犯の法的な性格については、上述したように多数の見解に分かれるが、そのどれをとっても明確なものはなく、現行法の解釈としては大なり小なり欠点があり、これといった決定的なものはないといつてよいだろう。

中止未遂の法的性格を考察するためには、以下の点を念頭に考慮する必要があるだろう。まず、中止犯が障害未遂と異なり必ず刑が減軽又は免除さるといふ法的効果が生じる理由は何か。次に、中止犯の法的性格をどのように捉えるかは、「自己の意思により犯罪を中止したとき」という中止犯の要件の捉え方にも影響するが、中止犯の法的効果の一身専属性をどのように理由付けるか、という点である。中止未遂の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背景にあることは否定できない。また、刑の減軽にするか免除にするかの理論的基準は犯罪理論に求めなければならず、法律説を考慮する必要がある。

そこで、筆者は中止犯の必要的減免根拠を政策説と責任減少説を併用したものと解する。それは、中止犯における中止の動機が道徳的悔悟に出ていることを必要としないものとされているのは、明らかに「退却のための黄金の橋」である刑事政策説を念頭においたものであるからと考える。しかし、この政策的なものだけで中止犯の規定の本質を説明し尽せるものではない。行為者が自ら未遂に終わらせようとして行為することは、既遂に達しようとする欲しながら達し得ない場合よりも行為全体の責任が減少するからだと考えべきであろう。

刑法43条の中止犯の立法趣旨は、責任の減少を

認めたところにあると考えられる。行為を自発的に中止すること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させるものといえる。中止が障害によってやむをえず未遂となった場合に比べて、自己の意思により自ら既遂となることを阻止したことの方が、軽い倫理的非難にあたることは明らかである。中止未遂も障害未遂も客観的に発生した違法事実においては同一であるが、行為者の責任面では異なるのである。

[注]

- (1) 木村亀二『刑法総論』369頁（有斐閣、1965）、城下裕二「中止未遂における必要的減免について」北大法学論集36巻4号224頁、中野次雄『刑法総論概要』132頁以下（成文堂、第三版補訂版、1997）。
- (2) Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1931, S.315.
- (3) Edmund Mezger, Strafrecht, Ein Lehrbuch, 1931, S.403.
- (4) Reinhart Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1954, S. 448.
- (5) 木村・前掲注（1）369頁、中野・前掲注（1）132頁。
- (6) 平野龍一「中止犯」『刑事法講座2巻』404頁（有斐閣、1951）
- (7) 香川達夫『中止犯の法的性格』41頁、45頁注（二）179頁以下（有斐閣、1963）、同・『注釈刑法（2）のⅡ』472頁（有斐閣、1969）。
- (8) 平場安治『刑法総論講義』138頁（有信堂、1970）、香川・前掲注（7）注釈刑法（2）のⅡ472頁。
- (9) 齊藤誠二「中止未遂を寛大に扱う根拠」刑法の争点106頁（有斐閣、新版、1987）。
- (10) 香川・前掲注（7）注釈刑法（2）のⅡ472頁。
- (11) 団藤重光『刑法綱要総論』335頁～336頁（創文社、改訂版、1985）、香川・前掲注（7）注釈刑法（2）のⅡ472頁。
- (12) 団藤・前掲注（11）336頁、香川・前掲注（7）注釈刑法（2）のⅡ472頁。
- (13) Binding, Normen, S.117. Aum. 8. シューテンザックもまた、中止未遂をもって違法性阻却事由であると主張する（August Schoetensack,

- Tätige Reue, VAD., Bd. II, 1908, S.437.)
- (14) 平野・前掲注(8) 140~141頁。
- (15) 香川・前掲注(7) 中止未遂の法的性格83~84頁。
- (16) 平野・『刑法総論Ⅱ』334頁(有斐閣, 1977)、前掲注(6) 405頁。
- (17) 福田 平『全訂刑法総論』228頁(有斐閣, 第三版, 1984)。
- (18) 西原春夫『刑法総論』287頁(成文堂, 1987)。この中で西原教授は、中止犯における刑の必要的減免の根拠は、違法性の減少という法律的理由に刑事政策的理由を併用したものであると主張される。その理由を、「違法性の完全な消滅が違法性阻却であり、刑法はこれに対して『之を罰せず』という法効果を認め、学説はこれを犯罪の不成立と解しているが、中止犯の効果はせいぜい刑の免除に止まる。形の免除は犯罪の成立を前提としているのであるから、中止犯の場合も違法性消滅を認めるわけにはいかない。違法性の減少の程度の高い場合が刑の免除で、さほどでない場合が減輕と考える」、と主張される。
- (19) 莊子邦雄『刑法総論〔新版〕』400頁(青林書院, 1985)。莊子教授は主観的違法要素論を認めることもできないし、行為者の「自発的意思決定」に基づく中止行為を理由とする刑の減免を「違法」減少によって根拠付けることにも問題があるとされる。そして、「人的処罰阻却事由は犯罪の実体形成とまったくかわりのない外部的事由によって刑を免除するが、中止未遂の場合には、既に未遂犯が成立している点において犯罪行為の成否とかわりがないとしても、犯罪行為の実体形成とかわりを持つ構成要件該当の『結果』発生を未然に阻止したのであるから、政策的理由をも加味しながら、実体関係的として刑罰の減少または消滅を認めたものと解すべきである」、と主張される。内田文昭『改訂刑法Ⅰ(総論)』257頁(青林書院, 1977)。
- (20) 中山研一『刑法総論』431~432頁注(2)(成文堂, 1986)。
本書で中山教授は、犯人の危険性を違法性と関連づければ、これも違法減少説の中に入ってくるのであり、「ここでは、とくに、障害未遂と中止未遂とが、客観的に生じた違法
- 事実としては同一であるのに(実行の着手と結果の不発生)、自己の意思によったか否かによって、法益侵害の客観的危険に相違があるというのか、という点が問題である。自己の意思によって客観的危険を消滅させたといわれるのであるが、自己の意思によらない場合でも、外部的障害によって客観的危険が消滅したともいっているのである」、と主張される。
- (21) 木村静子「中止犯」『刑法講座4巻』25頁(有斐閣, 1964)。
- (22) 中野・前掲注(1) 135頁。
- (23) 香川・前掲注(7) 注釈刑法(2)のⅡ 474頁、前掲中止未遂の法的性格74頁以下。
- (24) Wilhelm Sauer, Grundlagen des Strafrechts, 1. Aufl., 1921, S. 637ff.
- (25) Kemies, a. a. O., S. 27ff.
- (26) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 196.
- (27) Schönke-Schröder(Schröder), StGB Kommentar, 9. Aufl., 1959, S. 218.
- (28) 宮本英脩『刑法大綱』184頁(弘文堂, 1935)。
- (29) 香川・前掲注(7) 注釈刑法(2)のⅡ 474頁、同・前掲注(7) 中止犯の法的性格97頁。
- (30) 佐伯千仞『刑法講義(総論)』322~324頁(有斐閣, 改訂版, 1974)。
- (31) 植松 正『再訂刑法概論Ⅰ』324頁(勁草書房, 1985)。
- (32) 団藤・前掲注(11) 336頁。
- (33) 内田・前掲注(19) 271頁。この中で、内田教授は、「中止未遂は、違法ないしは責任を減少させるのか、単に一身的な処罰阻却事由を示すにすぎないのか、法益侵害に関する関係では、障害未遂と中止未遂で相違するところがない以上、中止未遂だけが特に違法性を弱める」とはいえないし、違法減少説には疑問があると主張される。
- (34) 山中敬一「中止犯」現代刑法講座第五巻 369~370頁(成文堂, 1982)。
- (35) 西原・前掲注(18) 287頁。
- (36) 平野・前掲注(6) 405頁。
- (37) 木村静子「中止犯」刑法講座四巻25頁(有斐閣, 1963)。

- (38) 野村 稔『未遂犯の研究』445～446頁（成文堂，1984）。
- (39) 川端 博「中止犯の法的性格」『現代刑法論争Ⅰ』299頁（勁草書房，1994）、同・『刑法総論25講』275～281頁（青林書院，1990）。
川端教授は、この中で違法・責任減少説の併用説の立場に立つとしながら、故意を主観的違法要素と認める限り、中止行為による違法減少を肯定すべきで、また任意性のある中止行為は法敵対性を弱めるので責任減少も否定できないとする。したがって、中止犯は「違法性減少説と責任減少説」を理由にして刑が減免されるものである、とされる。次に、「責任減少説は、違法が消滅しないことを前提としたものである限り、同時にこれを適用することはできない」との批判に対しても、「違法減少説によるかぎり、責任の前提となる違法性は存在しているのであるから、その違法性の減少を観念することができるのであり、違法性減少説と責任減少説との同時適用は可能である」とされる。不破武夫＝井上正治『刑法総論』172頁（酒井書店，1955）。
- (40) 西原・前掲注（18）287頁、福田・前掲注（17）228頁、平野・前掲注（6）405頁。
- (41) 青柳文雄『刑法通論Ⅰ』337頁（泉文堂，1978）。青柳博士は刑の量定に関しては広く行為者人格をも考慮すべきであるということから考えて、責任非難の減少説を併せて考慮するのが相当であると述べられている。植松・前掲注（31）324頁、木村（静）・前掲注（21）27頁、齊藤・前掲注（9）107頁。
- (42) 大塚 仁『刑法概説（総論）』222頁（有斐閣，1992）。大塚博士は、わが刑法は、中止犯の効果として単に刑の必要的減免を認めるにすぎないから、中止行為によって、違法性又は責任は消滅するまでには至らないが、減少するとどまり、そして、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、具体的事案に即して、違法又は責任のどちらかの面に重点を置きながら基本的には、両者ともに減少するものである、と解される。滝川春夫『刑法総論講義』169頁（世界思想社，1957）、長岡龍一「中止犯の法的性格と窃盗の既遂」Law school 35号（立花書房，1981）、藤木英雄『刑法講義総論』262頁（弘文堂，1987）。
- (43) 植松・大塚・柏木・西原・福田諸家の見解である。
- (44) 木村静子教授の見解である。木村教授は違法評価に対して「責任評価は固定的ではなく、「責任は単に犯罪を行う際の心理状態に対する判断のみではなく、犯罪実行の途中に見られる完成への欲望と阻止への義務意識（いかなる動機であれ）との闘争という内心の変化の過程をも判断の対象としなければならない」とされ、従って、「責任評価は流動的であり、実行行為の終了によってはじめて確定するといつてよい」と主張される。
- (45) 西原・前掲注（18）287頁。
- (46) 城下・前掲注（1）1433頁。
- (47) 香川・前掲注（7）中止未遂の法的性格107～108頁。
- (48) 野村・前掲注（38）447頁。
- (49) 野村・前掲注（38）447頁。
- (50) 齊藤・前掲注（9）107頁。
- (51) 宮本・前掲注（28）184頁。
- (52) 団藤・前掲注（11）336頁。団藤博士は、中止犯の必要的減輕が認められるのは、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り、このような「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であろう」。このような立場から、「立法論としては、第1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り罪とならない」とすべきであり、「第2に、真摯な中止行為があった以上、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」であるとされる。
- (53) 佐伯・前掲注（30）322～323頁。
- (54) 中 義勝『講述犯罪総論』191頁（有斐閣，1977）。
- (55) 香川・前掲注（7）中止犯の法的性格99頁以下。