

# 日本における中止未遂の法的性格に関する 独立評価説について

富 田 一 成

## 第1章 本稿の課題

## 第2章 独立評価説の類型

### 1 展望的違法減少説—斎野彦弥氏の見解—

#### （1）内 容

#### （2）特 徴

### 2 展望的違法・責任減少説

#### （1）内 容

##### A 塩見淳氏の見解

##### B 山口厚氏の見解

##### C 井田良氏の見解

#### （2）特 徴

### 3 量刑事由説

#### （1）内 容

#### （2）特 徴

## 第3章 小 括

### 1 独立評価説の小括

#### （1）展望的違法減少説の小括

#### （2）展望的違法・責任減少説の小括

#### （3）量刑事由説の小括

### 2 独立評価説の共通点

#### （1）中止未遂の構造的特殊性

#### （2）中止未遂の独立評価

#### （3）危険の存続

## 第1章 本稿の課題

中止未遂の法的性格に関する近時の議論は、従来、一般的であった「刑事政策説対法律説」の対抗関係を相対化し、そうした議論形式からの脱却を図っているといえる。<sup>(1)</sup>

筆者も、拙稿において、刑事政策説と法律説は、それぞれ異なる理論的基盤に基づくものであることを指摘した。すなわち、刑事政策説は、中止未遂の特殊性は犯罪論体系内で捉えきることできないとして、犯罪論体系の外側にある一般予防や特別予防といった刑罰目的にその根拠を求めた。これに対して、法律説は、中止未遂の特殊性は認めるが、中止未遂はあくまでも未遂犯のヴァリエーションであるから障害未遂との関係において論じるべきであるとして、犯罪論体系内の要素である違法性・責任の減少にその根拠を求めたのである。このように、刑事政策説対法律説という対抗関係による議論においては、中止未遂の特殊性に視線を向けながら、犯罪論体系の「内側」・「外側」という軸をめぐる議論が展開されていたのである。

しかし、刑事政策説と法律説とは、犯罪論体系の内側・外側という異なる次元で論じられてはいるが、中止未遂の特殊性に視点を向けている点では一致している。それゆえ、中止未遂の本質的問題点を明らかにするには、両説の共通の問題意識である中止未遂の特殊性に目を向けるべきであるということも指摘した。<sup>(3)</sup>

この点、刑事政策説は、中止未遂の特殊性に関する根拠を単に刑事政策的な考慮に求めたに過ぎず、それが、刑の必要的減免の根拠としてどのように作用するのかを必ずしも明らかにしているとは言い難い。すなわち、刑事政策説は、中止未遂は特殊な性格を持つ犯罪類型であるから、およそ犯罪論体系内で捉えられるものではないので、一般予防や特別予防といった刑事政策にその根拠を求めることができると述べるに留まっているのである。結局、その刑事政策と中止未遂の法的効果とが、どのような関係に立つのかについて何らの分析もしていないのである。

他方、法律説は、中止未遂を未遂犯のヴァリエーションとして捉えることでその特殊性を薄める形で論じており、中止未遂の違法性・責任は障害未遂に比して減少しているとしながらも、それは違法性・責任の事後修正・事後変更ではないとする点でその根拠に矛盾が生じている。すなわち、通常の犯罪論体系内の要素としての違法性・責任と中止未遂の違法性・責任との間に何らかの質的相違を認めるのであれば別であるが、質的相違を認めないのであれば、障害未遂で確定した違法性・責任の事後変更・事後修正には当たらないことを論証しなければならない。そしてなお、犯罪論体系内において、違法性・責任の減少を認めるのであれば、中止未遂の違法性・責任に新たな要素を付加するか、評価の事後修正・事後変更を正面から認めるかのいずれかしかないのである。

以上のように、中止未遂の特殊性を認めながら、中止未遂の刑の必要的減免の根拠を、犯罪論体系の外側に求めるのか、それとも内側で論じるのかという視座による理論構成にとどまっていたのでは、理論的限界に直面してしまう。そのため、刑事政策説と法律説は、その後、総合説へと移行していくのであるが、結局、両説を単純に総合するだけでは、それぞれの持つ問題点を解消する方策とはなりえない。すなわち、刑事政策説と法律説との相互関連性が明確にされていないために、総合説は、理論的に総合された見解というより、むしろ刑事政策説と法律説とをただ総合説という1つの箱の中に入れただけという印象を拭えないのである。<sup>(4)</sup>その点、近時の多くの学説は、刑事政策説対法律説の対抗関係による議論形式の問題性を解消することを契機として主張されている。

他方、近時の学説は、中止未遂の本質的問題を多様な手法を用いて明らかにしようとしているため、議論が錯綜しているように見える。しかし、それでも、このような学説においても、中止未遂の特殊性の捉え方について2つの考え方を見出すことができる。

1つは、刑事政策的考慮と法律的考慮とを、根拠論と体系的位置づけ論とに区分して振り分けることで、刑事政策説対法律説の対抗関係による議論形

式の問題性を解消しようと試みる「区分説」である<sup>(5)</sup>。この説は、従来の刑事政策説と法律説とを根拠論と体系的位置づけ論とに振り分け、従来の議論形式をある程度生かしながら修正を図っている。筆者は、前稿において、区分説の考え方は、従来の議論が抱える問題性に対する1つの答えとしてあり得るものであるとした。というのは、従来の刑事政策説対法律説の対抗関係による議論形式のように、「体系内」・「体系外」という異なる次元の問題を同一次元で論じることが、議論が噛み合わないばかりか中止未遂の本質的問題を不明瞭にしまう恐れがあるからである。しかし、だからと言って、区分説のように、中止未遂の法的性格の問題を根拠論と体系的位置づけ論とに振り分けて論じるべきであるということになるわけではないだろう。従来の議論の問題性は、中止未遂をただ犯罪論体系の「外側」・「内側」として捉えていたことに問題を含んでいたのであり、中止未遂の法的性格の問題を根拠論と体系的位置づけ論に区分せずに論じていたことに問題があったわけではないからである。すなわち、従来の議論は、中止未遂の法的性格を検討する際の方法論に問題があったわけではなく、中止未遂の特殊性を適切に捉えきれていなかったことに問題があったのである。中止未遂の本質的問題を中止未遂の特殊性という視点で明らかにしようとするとき、根拠論と体系的位置づけ論とにあえて切り離して論じる必然性はないのであり、結局のところ、未遂犯として中止未遂が任意性と中止行為の双方を要件としている事実に鑑みれば、中止未遂の法的性格は、未遂犯処罰根拠との関連において、中止未遂の各要件とその存否の検討を通じて法理論的に解明されなければならないのである。

これに対して、いま1つの考え方は、中止未遂の（広義の）未遂犯としての性格に鑑み、中止未遂の成否の問題を未遂構造との関連で論じ、犯罪論体系上の位置づけを示すことで中止未遂の法的性格を明らかにしようとするものである。これは従来の議論において、総合説によっても検討が尽くされなかった「刑事政策説」と「法律説」の関係性を中止未遂構造論に昇華することで、従来の議論形式の問題性の解消を図ろうとするものである。

この説は、未遂構造論との関連で、違法性・責任の減少あるいは消滅といった形で論じられている。そして、従来の法律説が、犯罪論体系内における違法性・責任の量的評価変更を遡及的に行うのに対して、この説は、通常の犯罪論体系内における違法性・責任とは異質な違法性・責任の質的減少を展望的に行うのである。すなわち、従来の見解が、確定した事実に基づいて回顧的に評価しようとしていたのに対して、通常の犯罪構成要素とは異なる観点を提示することで、従来の法律説の問題点をクリアし、かつ、本来あるべき中止未遂論を示し、中止未遂の法的性格を導き出そうとしているのである。このような意味の違法性・責任の減少を根拠とする見解は、従来の法律説と区別する意味で、「展望的法律説」と称することが許されよう。

この展望的法律説は、中止行為と実行行為の捉え方の違いにより、さらに2つに分類することが可能である。1つは、中止行為を通常の実行行為とは切り離された別個の判断要素として捉える見解である。いま1つは、中止行為と通常の実行行為を統一的に把握し、実行行為概念の修正を図る見解である。

中止行為を通常の実行行為とは切り離された別個の判断要素として捉える見解は、中止行為を通常の実行行為とは切り離して独立に評価することによって中止未遂の法的性格を明らかにしようとしていることから、「独立評価説」と称することが許されよう。本稿では、紙数の関係で独立評価説を中心に論じることとする。

## 第2章 独立評価説の類型

### 1 展望的違法減少説—斎野彦弥氏の見解—

#### (1) 内 容

##### ①出発点

結果を通常犯罪にかかわるところの障害未遂の結果（結果の発生）と、中止未遂にかかわるところの危険の消滅（減少）とに区別し危険の減少・消滅を理由とする違法減少説に対して、斎野氏は以下のような批判を述べる。

この違法減少説は、危険の発生が、まず障害未遂を基礎づけ、その成立後、行為者が中止行為を行うことによって、将来的に、死亡する可能性を消滅させたことにより中止犯の減免の特典を与えるとするが、これは実行行為のドグマの復活に他ならないという。すなわち、実行行為概念を否定するには、発生した結果の確定からその原因行為を遡及するという思考方法がとられなければならない。そうであるならば、歴史的確定事実から遡及するのが自然であるのに、何故、着手未遂の段階で障害未遂を基礎づけることができるのかが明らかでないとする。さらに、このような理論は、着手中止については、さらに「実行行為を実行しない」という不作為に中止行為の実質を置くことになる。しかし、そのような不作為による違法性の減少・消滅は技巧的であり、不作為犯における作為義務との関係からも、中止未遂の成立範囲について必要以上に複雑化する危険をもたらすことになりかねないというのである。<sup>(8)</sup>

## ②因果的寄与

斎野氏は、中止未遂において発生した事実とは、最終的な結果から遡及的に判断されなければならないとする。すなわち、歴史的な事実は同一であっても、障害未遂と中止未遂との間の客観的結果としての評価の違いは、既遂結果の可能性とその不発生という結果事実そのものではなく、既遂結果が発生する可能性がありながら結果において不発生に終わったことについての、行為者自身の因果的寄与の有無にあるとする。つまり、結果発生の危険性（可能性）はあったが、それが現実化しなかった場合、その現実化を妨げた原因が行為者自身によるときは「みずからの意思によりやめた」場合であり、結果不発生が行為者自身による内在的要因なのか、それとも行為者自身によらない第三者による外在的要因なのかによって、中止未遂と障害未遂とが区別されることになるというのである。

もっとも、行為者の行為とは独立した外部的要因による結果の不発生という最終的結果の招来以外がすべて中止未遂になるということではないという。すなわち、中断そのものが行為者の意思によるものであっても、物理的

および心理的に中止行為が不可能な場合は、既遂結果が発生しなかったことの因果的寄与は外在的要因によるというのである。ただし、心理的要因については、同様の事態であっても、発生した心理状態の内容によって克服可能性に差がみられるため、物理的要因と比較して慎重な判断が求められる場面が少なくないという。そして、このような場合、行為者の心理状態が心理的阻害要因たりえたかどうかで判断され<sup>(9)</sup>とするのである。

### ③中止故意

斎野氏によると結果不発生に対して行為者自身の因果的寄与が認められても中止犯は成立せず、その結果不発生が「自己の意思」によるものでなければならぬ。なぜならば、中止犯規定の要請として、「自己の意思により」中止したことが求められているからである。たとえば、驚愕による犯行の中止は、事実上犯行が継続を不能であるとすれば、驚愕という心理状態を与えた出血などの事情の外在的要因による結果不発生であるのに対し、事実上は犯行継続が不可能ではないのに行為者自身がやめたのであれば、行為者自身の因果的寄与であることになる。この意味で、任意性の問題は、因果的寄与<sup>(10)</sup>の帰属の問題に解消されうるといえるのである。

斎野氏は、自己の意思とはいわゆる中止故意であるとして、その理論的根拠と内容について、以下のように述べる。障害未遂の故意については、「既遂の故意とは異なるものであり、想定された既遂結果の認識ではなくして、現実に発生した、危険性の認識」であるとする。そして、既遂の危険性の「客観的可能性があったと事後的評価される場合に、回顧的判断として行為者の側にその可能性に相当する認識があったかどうか、問題とされるのである。このような危険性の認識を欠く場合には、故意犯処罰を原則とする刑法の原則からいって、未遂罪といえどもそれを処罰することはできない。障害未遂における故意は、結果発生の可能性の認識」であるとする。これに対して、中止故意は「結果不発生の認識」であり、「障害未遂では、あたかもかもしれないと思ってあたらなかった場合であり、中止未遂は、あたらないだろうと思ってあたらなかった場合、であるともいえ<sup>(11)</sup>」るというのである。

このように、斎野氏においては、中止未遂が成立するには、結果発生 of 危険の存在、結果不発生、結果不発生に対する行為者自身の因果的寄与<sup>(12)</sup>だけでなく、結果不発生 of 認識が必要であるというのである。

## (2) 特 徴

まず、展望的違法減少説は、中止行為それ自体を実行行為と独立して評価しているとみることが可能であろう。展望的違法減少説によれば、行為者の中止行為と最終的結果不発生 of 因果関係を中止未遂における因果関係判断 of 基本としており、そこでは、結果不発生と、行為者の中止行為以前 of 実行行為との間の因果関係が前提とされているわけではないからである。すなわち、中止行為以前 of 実行行為は歴史的事実としての危険性を基礎づけることを内容とするものであり、中止行為 of 最終的結果不発生への因果的寄与とは直接的には関係しないのである。それゆえ、実行行為は、行為者の中止行為 of 存否を判断する基礎とはなり得るが、中止未遂 of 成否は実行行為と切り離された中止行為によって判断されるのである。

また、展望的違法減少説は、行為者の中止行為が最終的結果に対してどのような影響をもたらしたのかによって障害未遂と中止未遂とは区別されるとする点にも、その特徴を見出すことができるだろう。展望的違法減少説によれば、結果不発生という最終的結果が行為者自身の内在的要因に起因した中止行為によるものなのか、行為者自身によらない第三者などの外在的要因によるものなのかで、障害未遂と中止未遂は区別されるという。すなわち、障害未遂と中止未遂 of 客観的結果としての評価の相違は、既遂結果 of 可能性とその不発生という結果事実そのものではなく、既遂結果発生 of 危険を惹起した結果として結果不発生に終わったことについての行為者自身の因果的寄与 of 有無にあるというのである。言い換えれば、中止行為 of 存否の判断は、結果発生 of 危険性は存在しているがその危険が現実化しなかったときに、その現実化 of 避止原因が行為者に起因するものかどうかで決定されるというのである。



## 2 展望的違法・責任減少説

### （1）内 容

#### A 塩見淳氏の見解

##### ①塩見氏の見解の出発点

塩見氏は、まず、過去の中止未遂に関する分析は、先行する犯罪（未遂犯）に伴う諸要素のうち中止により減少（・消滅）するものは何かという形で消極的に議論されるのが一般的であり、「中止」自体をとりあげて考察するという態度はあまりみられなかったと指摘する<sup>(13)</sup>。そして、中止未遂における「中止」という事態を、「犯罪が裏返されたもの」と捉え、犯罪論体系とパラレルに中止行為を構成するのである。たしかに、「中止」が先行する犯罪とおよそ無関係に規定されることはありえないけれども、「中止」を（責任を含めた広義の）実行行為から一応切り離して（やはり責任を含めた広義の）中止行為（作為・不作為）の構造を分析することが、体系的把握の一層の徹底につながるといわれるというのである<sup>(14)</sup>。

##### ②危険の減少

塩見氏によると、中止行為を構成要件実現の危険の創出・増加を内容とする実行行為と対比させて考えるならば、中止行為はそのような危険を少なくとも減少させねばならないかが問題となるという<sup>(15)</sup>。そして、従来の違法減少説・責任減少説の論者が危険の減少を前提としている点を指摘し、中止行為に危険を減少させる性質があることを正面から認めるべきであるという。すなわち、中止行為が構成要件実現の危険を減少させねばならないという点には学説の広汎な一致が認められるから、危険減少的属性を中止行為の要件とするというのである<sup>(16)</sup>。

##### ③構成要件危険の存続

中止行為に危険減少を要求する塩見氏の立場によった場合、「中止に際して、未遂犯に必要とされる危険が消失していないことが不可欠の条件とな」とし、その理由として、「危険がなければ、その減少を招来できないから」

であるという。そして、このような既遂可能性の要件は、「実行行為の終了・未終了に着目する伝統的な考え方のもとでは実行未遂でのみ問われているもの」<sup>(17)</sup>であると指摘する。なぜなら、「着手未遂では、実行行為が終了していない以上、既遂に至る可能性が概念的に存在しない」<sup>(18)</sup>からである。伝統的な考え方のもとでは、「着手未遂の段階で実行が阻止されることはありうるが、その場合には任意性が否定されると解され」<sup>(19)</sup>ていたというのである。

塩見氏によると、ここにいる既遂可能性とは「行為の続行可能性又は結果発生<sup>(20)</sup>の物理的可能性」である。すなわち、「行為の続行がもはや不可能となった時点、又は、結果発生<sup>(21)</sup>の因果の進行が遮断された時点以降は中止犯が排除される」というのである。

#### ④中止故意

中止故意について、塩見氏は以下のように述べる。「中止の事実を認識して行わなければならない。犯罪実行とパラレルに表現すれば、中止犯は中止行為がある場合にのみ成立する。この点には異論がないといってよいであろう。その具体的内容は、以上の客観的要件に対する認識、すなわち、構成要件実現の危険がいまだ存続すること、及び、自己の不作为又は作為によって、その危険が減少することの認識」<sup>(22)</sup>であるという。従って、客観的には、行為者の不作为により危険が減少しているとしても、その際に、行為の続行が不可能であった場合、あるいは、結果発生<sup>(23)</sup>の因果の進行に委ねればよいなどと行為者が誤信して作為に出なかった場合には、中止犯は成立しないとす<sup>(24)</sup>る。そして、少なくとも犯罪（あるいは未遂犯における）故意を主観的違法要素とする立場のもとでは、中止故意もまた（狭義）の中止行為の要件に含めることこそ体系的に一貫するというのである。

#### ⑤任意性

任意性について、塩見氏は以下のように述べる。「犯罪の続行可能性の認識、より精確には、当初意図された構成要件が実現される可能性の認識は、犯罪成立要件における期待可能性に相当する」<sup>(25)</sup>とする。すなわち、「構成要件の実現をめざして犯罪実行に着手し、しかも、実現の可能性があると認識

しているにもかかわらず、それを中止するのは、期待困難な状況下で敢えて中止行為（適法行為）を選択したという意味で責任非難の減少・消滅を肯定できるからである」というのである。なお、中止故意と任意性の違いについて、「中止故意における構成要件実現の危険の認識とは、物理的な意味での遂行可能性からは区別されるべき事情が判断基礎に含まれる点で異なる」とする<sup>(26)</sup>。

## B 山口厚氏の見解

### ①出発点

山口氏は、まず、従来の学説に対する批判から出発する<sup>(27)</sup>。まず、責任減少説に対しては、この見解よれば、行為者に中止行為の十分な意思とその現実化を認めることができれば責任減少は肯定され、既遂結果が発生した場合であっても中止犯の成立を認めることができるはずであるが、現行法上は既遂結果が発生した場合には中止犯の成立を肯定できないため、現行法の解釈としては全面的に受け入れることはできないと指摘する。これは、責任減少説から、実質論の徹底を阻む一種の「外在的制約」と解されてきたが、未遂に止まるというのは中止犯概念の本質的内容であって、それを「外在的制約」としなければならない点に、責任減少説の解釈論としての限界があらわれているとする。また違法減少説に対しては、客観的に生じた「既遂結果惹起の危険」という事態は事後的な中止行為により変更を受けるものではないから、いかなる意味もない論理構成を用いて違法の「減少」を認めるのかについて明確性を失っていると批判している。このように、従来の法律説、特に違法減少説は、未遂行為における犯罪性が中止行為によりいかなる影響を被るのかという、いわゆる評価の事後変更を前提にしている。しかし、過去の事実は過去に確定したのであって、中止行為によって変更しようがなく、中止犯規定の意義は、中止行為を未遂行為と切り離して考え、中止行為それ自体について独立の問題とされなくてはならないという点にあるというのである<sup>(28)</sup>。

### ②既遂危険惹起の危険

山口氏によると、中止犯規定は、「未遂犯の成立により危険が招致された

具体的被害法益を救助するために、『既遂結果惹起の危険』の消滅を奨励するべく設けられた純然たる政策的なものと考え」べきであるとする。というのは、未遂犯の処罰根拠は「既遂結果惹起の危険」にあるという理解を前提とすると、法的に否認された事態を消滅させることが中止犯規定の奨励するところである<sup>(29)</sup>というのである。

### ③逆に向かった構成要件

山口氏は、中止犯は「一般の犯罪とは『逆の方向に向かった』構成要件からなる」ものであるという<sup>(30)</sup>。この考えによると、「中止犯の要件は一般の犯罪成立要件に対比」して考えることとなり、「行為者の中止行為と危険の消滅との間には因果関係が要求される」ことになるとする。また、犯罪成立要件における故意・過失に対応する主観的要件として、いわば中止犯の故意として、自己の行為による危険消滅の認識が要求されるべきであるとする。そして、単なる客観的な危険消滅の場合すべてではなく、このような「認識された危険消滅」の場合にのみ、一種の褒賞として刑の減免が与えられるべきである<sup>(31)</sup>というのである。

### ④中止行為

中止行為について、山口氏は、中止犯の実質的要件である「既遂結果惹起の危険の消滅」を認めるためにはいかなる行為が必要かという角度から検討されなければならないという。

そして、中止行為の要件としての危険消滅を肯定しうるためには、行為者による中止行為（作為・不作為）と危険消滅との間に因果関係が存在することが必要であり、この場合にのみ、客観的に「犯罪を中止した」といいうるからであるとするのである<sup>(32)</sup>。

### ⑤任意性

山口氏は、任意性がない場合とは、犯罪の遂行が主観的に不可能な場合を指し、結局、犯罪遂行の危険がない（すでに消滅した）ために中止犯の成立を肯定することができない場合を意味するという。この意味で、任意性の要件は、危険の消滅したところでは中止犯の余地はないという、中止行為の可

能性の限界を画する意義を有するにすぎないというのである。このことは、任意性の要件が事実上着手未遂ないし着手中止の場合にのみ問題となることにより裏書されているというのである<sup>(33)</sup>

### C 井田良氏の見解

#### ①出発点

井田氏によると、刑法の目的は法益保護にあり、そのためには法益侵害行為を禁止するばかりでなく、場合によっては、法益侵害の回避行為を要求する必要があるが、そのために刑法の用いる手段は、規範を通じての行為統制でしかありえない。その点では、法益侵害を禁止する一般的な犯罪構成要件についても、また法益侵害の回避を目指す中止犯規定についても、全く同じであるということを出発点としている。<sup>(34)</sup>

#### ②プラス犯罪とマイナス犯罪

井田氏は、中止未遂に対する特別の扱いは、政策的考慮から切り離して論じることが不可能であるとしながらも、刑法の規定が政策的意義を有するのは当然のことであるから、政策的考慮は中止未遂固有のものとは言えないとする。ただ、中止犯規定の政策的意義が法益の保護を目指すところにある限りは、一般の犯罪と同じように、違法と有責性という犯罪の要素を通じて具体化されることになるという。<sup>(35)</sup>このような観点から、中止未遂の理論とは「裏返しにした犯罪論」そのものであり、中止犯規定は、「逆に向かった構成要件」であり、違法性と有責性が肯定されない限りは犯罪が成立しないのと同様に、違法減少（中止行為と結果の不発生）と責任減少（任意性）という両方の要件が満たされなければ中止未遂の成立は肯定できないという。すなわち、通常の犯罪を「プラス犯罪」とするのであれば、中止未遂は「マイナス犯罪」であるとするのである。<sup>(36)</sup>

このような性質を具備する中止未遂は、通常の犯罪の可罰的評価の埒内では説明できないため、通常の犯罪の構成要件とは切り離された、独自のマイナス犯罪の要件を定めるものとして理解し、中止行為の評価は先行する実行行為の評価とは切り離して論じられるべきであるというのである。<sup>(37)</sup>

### ③結果不発生

井田氏は、中止未遂の要件として結果不発生を必要とするかについて、法益侵害回避のための規範による行動コントロールの問題として中止犯を捉えるときには、かりに結果が発生しても、規範にかなった中止行為が行われ、任意性の要件も肯定されるというのであれば、刑の減免の効果を認めることも十分考え得るところであるという。<sup>(38)</sup>

しかし、井田氏によれば、未遂犯の一態様として規定されている現行刑法の中止犯規定は、結果が発生した以上、仮に行為無価値性のみの減少があっても十分な違法減少が認められず、必要的減免の効果までは与えられないとする立場を採ったものと解することが可能であるという。というのは、中止未遂では、結果不発生が通常の犯罪で考えられるところの「既遂」なのであり、結果が発生したときはいわば「中止犯の未遂」であり、中止犯の「既遂」の場合に法的効果を認めている43条但書の規定の適用は認めることができないというのである。<sup>(39)</sup>

### ④中止行為と結果不発生の因果関係

中止行為と結果不発生の因果関係について、井田氏の採用する違法二元説によれば、結果不法は行為の時点で少なくとも一般人にとってその実現が予見可能な場合にのみ（結果不法の実現につき行為不法を肯定し得るときにのみ）行為に帰属されるが、結果不法が実現しなかったことを違法性を減少させる方向で考慮するとき、結果不法の不発生が行為の時点において予見可能である必要はないという。このような意味において、通常の犯罪の成立においてすでに、結果不法の不発生の行為への帰属は無条件で行われるのであり、それゆえ、中止行為と結果不発生の間の因果関係は中止未遂の要件とならないとする。<sup>(40)</sup>

井田氏のように、中止未遂を「逆に向かった構成要件」であるとしながら、中止行為と結果不発生の因果関係を中止未遂の要件としないとする点については、検討の余地があるように思われる。

### ⑤中止行為

井田氏は、中止行為とは、犯罪実現回避のため行為者に期待された行動要請にかなう行為のことであるから、中止行為時における事前判断として、犯罪実現の回避が十分に見込まれる行為でなければならないという。ただし、中止行為は、常に独力で行われなければならないというものではなく、他人の手を借りることも許されるという。

井田氏によると、中止行為の態様の問題は、実行行為の終了時期の問題と切り離されなければならないという。なぜなら、仮に結果実現の意思で客観的に危険な行為を行うことによりひとたび実行行為が終了したとしても、意図した結果を発生させるためにはなお一定の行為がさらに必要であるというとき、そのことを認識しながらその行為を任意に思いとどまる単純な不作為があれば、中止犯の成立を認めるべきであるからである。<sup>(41)</sup>

また、中止行為の態様の問題を考える際の基準時点としては、当初の行為者の計画の時点でも、客観的な危険発生時点でもなく、結果回避のための中止行為が行われるべき時点であるという。事前判断において結果発生危険が高まっており、その阻止の可能性があると考えられる時点においていかなる中止行為が要求されるかが検討されなければならないとする。井田氏は、中止行為の態様を決める前提として、（事前判断による）結果発生危険が高まっており、その阻止の可能性があると考えられる事態が存在しなくてはならないという。そのような事態の有する危険性は、客観的な事情にもとづく場合もあれば、行為者が主観的に結果実現意思を抱くことによって生じることもあるとする。井田氏は、このような危険事態を前提として、中止行為の態様は、実行行為が終了したかどうかではなく、生じている危険が結果として現実化することを回避するためにいかなる行為が要求されるかにより決められるという。ただし、要求されるべき中止行為の内容を決するための危険性判断においては、事前判断が基礎におかれなければならないというのである。井田氏は、事前判断の内容としては、中止行為時における一般人に認識可能な事情（および行為者が特別に認識した事情）を前提として危険の有

無・程度を判断し、その危険を消滅させるのに必要な行為が中止行為として要求される<sup>(42)</sup>というのである。

なお、井田氏は、故意のない行為には違法性を認め得ないように、「故意」のない中止行為には違法性の減少を認めることはできないとして、違法減少を認めるためには、危険事態を認識した行為者が危険を消滅させようとしてその行為を行ったという主観的要件も必要である<sup>(43)</sup>という。

## ⑥任意性

中止犯における責任減少は任意性を要件とするとして、井田氏は以下のように述べる。「外部的刺激が行為者の動機に与えた影響を具体的に検討したとき、それが中止を強制するような物理的障害に相当する程度のものであった場合か、またはそこから生理的障害が生じて中止に至った場合であれば障害未遂であり、そうでない場合には、規範意識が働きうる心理状態で中止行為が行われたと考えられるから、違法減少を主観的に帰責することが可能となり、中止未遂を認め得る」のであるが、ただし、規範意識が働きうる心理状態で中止行為が行われれば足り、法益保護ないし規範遵守が現実的な動機となる必要はない<sup>(44)</sup>という

## (2) 特 徴

展望的違法・責任減少説は、中止未遂が通常の犯罪とは「逆に向かった構成要件」であると捉えている点に特徴を見出すことができる。すなわち、中止未遂が政策的意義を有することは通常の犯罪と対比しても特別なことであるとはいえないが、通常の犯罪が犯罪成立を肯定し刑罰を科すことで犯罪防止を図っているのに対して、中止未遂は犯罪中止を促進することで犯罪防止を図っているのである。さらに、このような中止未遂の性質に鑑みると、中止未遂は通常の犯罪の埒内では捉えきれないから、中止行為それ自体について独立に問題とされなくてはならないというのである。

また、中止行為それ自体を独立に問題とするということが、中止未遂構成要件を定立することによって具体化されている点にも特徴が表れているといえるだろう。すなわち、中止未遂は「逆に向かった構成要件」なのであるか



ら、通常の犯罪の違法性・有責性とは逆に向かった違法性・有責性によって評価されることになるのである。言い換えれば、通常の犯罪との対比から、中止未遂の成立ためには違法性・有責性の両方の減少という要件が認められない限り肯定されないというのである。ただし、このような、展望的違法・展望的責任減少説による中止未遂の捉え方には検討の余地があるように思われる。というのは、中止未遂構成要件が充足されれば中止未遂となるが、それ以外は障害未遂になるというのである。すなわち、中止未遂の成否の判断がそのまま障害未遂の成否の判断につながることになる。しかし、このように考えているのであれば、刑法43条全体を未遂構成要件として捉えるほうが自然であるように思われる。それにもかかわらず、未遂犯の一態様であるとしながら43条但書の中止未遂だけを切り離して論じる必要性については検討する余地があるだろう。

### 3 量刑事由説—伊東研祐氏の見解—

#### （1）本説の内容

##### ①出発点

伊東氏は、日本における中止未遂の議論においては、中止未遂の判断基準時は当初行われた未遂行為時ではなく、中止行為時が実質的な基準とされており、成立した未遂行為後に行われた中止行為という事情をも判断基底に取り込んで未遂行為時ないし中止行為時に身をおいて判断しているのであり、これは判断枠組みの変更にあたるから許されないという。そして、中止未遂の判断基準について、伊東氏は、違法性・有責性の判断は行為時以前の事情のみを包含するという枠組みを維持しつつ、口頭弁論終結時を基準時とし、行為後の事情をも含めた判断基底に基づく量刑判断を指導・指称する範疇ないし観念を定立する必要があるという。そこに包摂されるべき量刑事情の範疇ないし観念としては、「中止行為をはじめとして、示談・自首・自白・被拐取者解放というような法定事由はもちろんのこと、行為者に密接な関係を有する者の行為も犯罪行為後の犯罪者（行為者）などの行為に依存する事

情」が挙げられるという。<sup>(45)</sup>

## ②犯罪構成要素と異なる異質な観点

伊東氏は、「犯罪行為後の犯罪者（行為者）などの行為に依存する事情」は、責任非難・有責性判断とは異なる異質な観点からの判断を基礎付けるものであって、かつ、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ものとして捉えることになるという。ここでいう、責任非難・有責性判断や違法性判断とは異質な観点からの判断というのは、刑罰の要否・程度、刑罰の広い意味での政策的妥当性の存否、刑罰の効率性の検証に基づくものであり、回顧的ではなく将来的・展望的なものであるという。そして、伊東氏は、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より処罰の軽減方向にのみなされる現実的な処罰の必要性・程度に関する判断というのは、規範適合的ないし規範非敵対的生活態度への復帰徴表を考慮・評価すること、すなわち積極的特別予防の判断を行っていることに他ならないというのである。結局、このような判断は、これまでの犯罪論の枠組みを前提とする限りは、責任減少とも違法減少とも関わりのないところで、犯罪の成立を前提としたうえで展開されるべきものであり、それゆえ、中止犯が認められる場合には、「積極的特別予防、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いし立法者が看做している・（反証を許さず）<sup>(46)</sup>推定しているものと捉えるべきである」というのである。

## ③第4の犯罪構成要素としての位置付け

伊東氏によると、犯罪行為後の行為者の行為に依存する事情は、体系論的整合性は別として、少なくとも形式論理的には、刑罰の根拠付けないし阻却機能を有し得るという。これは、責任非難・有責性判断の段階までで認められた刑罰の根拠づけが、積極的特別予防上の処罰の必要性の考慮により、刑の減輕・免除だけではなく、無罪（犯罪を犯したという或いは犯罪者というラベリング・烙印付けも不相当という意味で、犯罪不成立）の判断も為され得るという趣旨であるという。<sup>(47)</sup>そして伊東氏は、このような積極的特別予防上の処罰の必要性の存否・程度というきわめて個別的かつ展望的な判断要素

は、構成要件該当性・違法性・有責性に続く第4の犯罪構成要素として導入できるのではないかという。すなわち、個々の刑罰負科判断が、具体的状況下におかれた個別的行為者に対する最終的に非均一的・個性的なものたらしめるを得ないとすれば、行為の帰責可能性・積極的一般予防上の処罰の必要性では汲み尽くせない事案の個別性が刑罰の根拠付け自体に関連してくる場合が存するはずであるというのである。

また、このような構成の必要性を基礎づけるものとして、以下の3点を挙げる。第1には、「消極的責任主義を採るべきであるとするならば、有責性判断までの段階では単に処罰し得るとされたとに止まり、現実処罰するか否かという要件的判断を行うための更なる段階は不可避免的なものである」という点である。また第2は、「通例的にいわれるところの『責任相当刑』の要請、上述した刑罰と責任ないし不法との（広義の）均衡・相当性の要請を充足する上で、責任非難・有責性判断の段階まででは比較較量すべきものが特定できないとすれば、当然、それを特定する為の異なった観点に基づいて更なる段階が必要である」という点である。そして第3は、「いわゆる量刑論ないし量刑事情論の近時の業績が示すように、責任非難・有責性判断や違法性判断のいずれにも関係付け難いような少なからぬ量刑事情を体系的な観点から再構成していくと、犯罪論の中に刑事政策的な判断を可能とする新たな要件の範疇を定立して位置づける必要性が生じざるを得ない」という点である。<sup>(48)</sup>

## （2）特 徴

量刑事由説は、中止未遂を犯罪行為後の事情であると解し、異質な犯罪構成要素として設定する必要があるとする点に特徴を見出すことができるだろう。すなわち、示談・自首・自白・被拐取者解放というような法定事由と中止未遂は同視しうるのであるから、通常の犯罪の違法性・有責性判断とは判断基準の時を異にしており、別個独立に判断するべきであるという。言い換えれば、中止未遂はあくまでも行為後の事情であり、中止行為以前の実行行為とは切り離された別個の行為であるから、中止行為以前に確定された違

法性・有責性判断に影響を及ぼしてはならない。それゆえ、通常の犯罪論体系とは異なる新たな犯罪構成要素を設定することが必要になり、それは口頭弁論終結時を判断基準時とし、犯罪行為後の事情を包含した量刑判断によるものでなくてはならないというのである。

しかし、このような考え方は妥当であるとはいえない。なぜなら、たしかに中止行為以前の違法性・有責性は歴史的事実として確定してはいるが、中止未遂はあくまでも未遂犯の一態様であり、犯罪が既遂に至った後の事情である示談・自首・自白・被拐取者解放と同一視することはできないはずだからである。

### 第3章 小 括

#### 1 独立評価説の小括

##### (1) 展望的違法減少説—斎野氏の見解—

斎野氏は、障害未遂と中止未遂は、歴史的事実としては同一であるけれども、行為者自身の最終的結果に対する因果的寄与の有無にその客観的評価の違いがあるというのである。すなわち、結果不発生が行為者自身による内在的要因なのか、それとも行為者自身によらない第三者による外在的要因なのかによって、中止未遂と障害未遂とが区別されることになるというのである。しかし、結果不発生が「自己の意思」によるものでなければ、結果不発生に対して行為者自身の因果的寄与が認められても、中止犯は成立しない。なぜならば、中止犯規定の要請として、「自己の意思により」中止したことが求められているからである。そして、このような任意性の問題は、因果的寄与の帰属の問題に解消されうるといっているのである。<sup>(49)</sup>「自己の意思」とはいわゆる中止故意であり、障害未遂における故意が「結果発生の可能性の認識」であるのに対して、中止故意は「結果不発生の認識」であるというのである。<sup>(50)</sup>

このように、斎野氏は、中止未遂が成立するには、結果発生の危険の存在、結果不発生、結果不発生に対する行為者自身の因果的寄与だけでなく、結果不発生の認識が必要であるというのである。<sup>(51)</sup>

## （２）展望的違法・責任減少説の小括

### A 塩見氏の見解

塩見氏は、中止未遂を「犯罪が裏返されたもの」と捉え、犯罪論体系とパラレルに中止行為を構成する。そして、「中止」を実行行為から切り離して中止行為（作為・不作為）の構造を分析する。そして、構成要件実現の危険の創出・増加を内容とする実行行為との対比から、中止行為に危険を減少させる性質があることを正面から認めるべきであるという。すなわち、危険減少的属性を中止行為の要件とするというのである。<sup>(52)</sup>

また、危険が存続していなければ、その減少を招来できないとして、未遂犯に必要とされる危険の存続が不可欠の条件であるとする。そして危険の存続（既遂可能性）とは、行為の続行可能性又は結果発生の物理的可能性が現に存在している状態であり、「行為の続行がもはや不可能となった時点、又は、結果発生の因果の進行が遮断された時点以降は中止犯が排除される」というのである。また、中止故意について、塩見氏は、中止故意とは、構成要件実現の危険がまだ存続すること、及び、自己の不作為又は作為によってその危険が減少することの認識であるという。<sup>(53)</sup> 塩見氏は、中止故意と任意性は異なるものとして捉えており、任意性とは、「犯罪の続行可能性の認識、より精確には、当初意図された構成要件が実現される可能性の認識」であり、これは、「犯罪成立要件における期待可能性に相当する」というのである。<sup>(54)</sup> すなわち、<sup>(55)</sup>「構成要件の実現をめざして犯罪実行に着手し、しかも、実現の可能性があると認識しているにもかかわらず、それを中止するのは、期待困難な状況下で敢えて中止行為（適法行為）を選択したという意味で責任非難の減少・消滅を肯定できるからである」というのである。<sup>(56)</sup> なお、中止故意と任意性の違いについて、「中止故意における構成要件実現の危険の認識とは、物理的な意味での遂行可能性からは区別されるべき事情が判断基礎に含まれる点で異なる」とする。<sup>(57)</sup>

### B 山口氏の見解

山口氏は、過去の事実は過去に確定しており、中止行為によって変更しよ

うがなく、中止犯規定の意義は、中止行為を未遂行為と切り離して考え、中止行為それ自体について独立の問題とされなくてはならないという点にある<sup>(58)</sup>のである。そして、中止犯規定は、「未遂犯の成立により危険が招致された具体的被害法益を救助するために、『既遂結果惹起の危険』の消滅を奨励するべく設けられた純然たる政策的なものと考える」べきであるという。というのは、未遂犯の処罰根拠は「既遂結果惹起の危険」にあるという理解を前提とすると、法的に否認された事態を消滅させることが中止犯規定の奨励するところであるというのである<sup>(59)</sup>。また、中止犯は「一般の犯罪とは『逆の方向に向かった』構成要件からなる」ものであり、中止犯の要件は一般の犯罪成立要件に対比して考えられうることとなる<sup>(60)</sup>。すなわち、行為者の中止行為と危険の消滅との間には因果関係が要求され、また、犯罪成立要件における故意・過失に対応する主観的要件として、自己の行為による危険消滅の認識が、いわば中止犯の故意として要求されるべきであるとする。そして、山口氏は、単なる客観的な危険消滅の場合すべてではなく、このような「認識された危険消滅」の場合にのみ、一種の褒賞として刑の減免が与えられるべきであるというのである<sup>(61)</sup>。

### C 井田氏の見解

井田氏は、中止未遂に対する特別の扱いを政策的考慮から切り離して論じることが不可能であるとしながらも、刑法の規定が政策的意義を有するのは当然のことであるから、政策的考慮は中止未遂固有のものとは言えないとする。ただ、中止犯規定の政策的意義が法益保護を目的とする限り、一般の犯罪と同様に違法と有責性という犯罪の要素を通じて具体化されることになる<sup>(62)</sup>というのである。そして、このような観点から、中止未遂の理論とは「裏返しにした犯罪論」そのものであり、中止犯規定は、「逆に向かった構成要件」であり、違法性と有責性が肯定されない限りは犯罪が成立しないのと同様に、違法減少（中止行為と結果の不発生）と責任減少（任意性）という両要件が充足されなければ中止未遂の成立は肯定しえないという。すなわち、通常の犯罪を「プラス犯罪」とするならば、中止未遂は「マイナス犯罪」であ

るというのである。<sup>(63)</sup>

#### D 共通の特徴

これまでみてきた展望的違法・責任減少説の各論者に共通する特徴は、中止未遂は通常の犯罪とは「逆に向かった構成要件」であって、それは中止行為がそれ自体を問題とし、中止未遂構成要件を定立することによって具体化される点にある。すなわち、中止未遂は通常の犯罪とは異なり、通常の犯罪の違法性・有責性とは逆に向かった違法性・有責性によって評価されることになるというのである。

#### （３）量刑事由説—伊東氏の見解—の小括

伊東氏は、行為者の犯罪行為後の行為に依存する事情は、体系論的整合性は別として、少なくとも形式論理的には、刑罰根拠付け機能ないし刑罰阻却機能を有し得るという。これは、責任非難・有責性判断の段階までで認められた刑罰の根拠づけが、積極的特別予防上の処罰の必要性を考慮することより、刑の減免の判断だけではなく、犯罪不成立としての無罪の判断をも認め得る趣旨であるという。<sup>(64)</sup>そして、伊東氏によると、このような積極的特別予防上の処罰の必要性の存否・程度というきわめて個別のかつ展望的な判断要素は、構成要件該当性・違法性・有責性に続く第４の犯罪構成要素として導入できるのではないかという。すなわち、個々の刑罰負科判断が、具体的状況下におかれた個別の行為者に対し最終的には非均一的・個性的な判断ならざるを得ないとすれば、行為の帰責可能性・積極的一般予防上の処罰の必要性では汲み尽くせない事案の個別性が刑罰の根拠付け自体に関連してくるはずであるというのである。<sup>(65)</sup>

## ２ 独立評価説の共通点

独立評価説を展望的違法減少説、展望的違法・責任減少説、量刑事由説に分けて考察してきたが、各説に共通する特徴を指摘するなら以下の３点を挙げることができるだろう。

### （１）中止未遂の構造的特殊性

独立評価説に共通する１つめの特徴は、中止未遂を通常の犯罪とは異なる固有の構造を有する犯罪類型として捉える点にある。すなわち、中止未遂が政策的意義を有する点については、通常の犯罪も共通であり、中止未遂の固有の要素というわけではない。しかし、刑法は、通常の犯罪の場合には犯罪成立を肯定し刑罰を科すことで犯罪防止を図っているのに対して、中止未遂の場合には犯罪中止を促進することで犯罪防止を図っており、中止未遂は通常の犯罪とは異なる固有の構造を有する犯罪類型として、つまり、「中止未遂構成要件」として捉えるべきであるというのである。言い換えれば、中止未遂の固有の構造は、通常の犯罪の埒内において捉えきれものではないから、その特殊な構造を正面から認めることによってのみ、中止未遂の特異な性質は明らかにできるというのである。

### （２）中止未遂の独立評価

独立評価説に共通する２つめの特徴は、中止未遂の法的性格は中止未遂を独立に評価することによってのみ具体化されると捉えている点にある。すなわち、中止未遂を通常の犯罪の埒内で捉えようとすると、中止行為以前に確定した違法性・有責性判断に影響を及ぼすことになるが、中止未遂の特殊な構造を前提とすれば、中止未遂自体を別個独立に評価すべきであるというのである。そして、そうすることで、中止行為前の事情に影響を及ぼすことなく、中止未遂の性質が導き出されるというのである。ただし、中止未遂の独立評価の仕方については、独立評価説内部においても、「逆に向かった構成要件」、あるいは、「犯罪行為後の犯罪者（行為者）などの行為に依存する事情」というように違いがみられる。中止未遂を「逆に向かった構成要件」として独立評価する前者の方法においては、中止未遂を通常の犯罪との対比で捉え、中止未遂構成要件を定立することによって、中止未遂の性質を捉えようとする。これに対して、「犯罪行為後の犯罪者（行為者）などの行為に依存する事情」として独立評価する後者の方法においては、中止未遂を通常の犯罪構成要件とは切り離された量刑事情であると捉えることで、中止未遂の



特殊な性質を明らかにしようとするのである。それでもなお中止未遂を独立評価している点において、両者は共通している。言い換えれば、独立評価説は中止未遂を通常の犯罪とは切り離された中止未遂構成要件あるいは量刑事情として捉えており、かつ、展望的な違法評価ないし責任評価に基づいて中止未遂を明らかにすべきであるとしているのである。

もっとも、このような考え方は検討の余地があるように思われる。<sup>(66)</sup>前述したように、私見によれば、中止未遂が未遂犯の一態様であるという点に鑑みると、刑法43条全体を未遂構成要件として捉えたうえで、それが障害未遂であるか中止未遂であるかを判断するほうが自然であるように思われる。

### （３）危険の存続

独立評価説に共通する３つめの特徴は、中止者（中止行為者）の中止行為時に危険が存続していることを前提としている点にある。独立評価説によれば、通常の犯罪が犯罪結果を惹起することを要件としているのに対して、中止未遂は犯罪結果不発生を惹起することを要件とすることになる。しかし、中止行為時に危険が存在していなければ、中止者は危険を取り除くことができない以上、中止者によって結果不発生が惹起されたということはできない。つまり、中止行為時に危険が存在していることが前提となるというのである。言い換えれば、行為者が自ら危険を発生させ、その危険が中止行為時まで存続しており、その危険を行為者自身が取り除かない限り、中止未遂は認められないことになるというのである。

- （１）井田良『刑法の理論構造』（成文堂・2005年）276頁～292頁、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」『香川達夫博士古稀祝賀刑事法学の展望と課題』（成文堂・1996年）265頁～279頁、岡本勝「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——斉藤誠二先生古稀記念——』（信山社・2003年）277頁～296頁、金澤真理『中止未遂の本質』（成文堂・2005年）、西田典之『刑法総論』（弘文堂・2006年）292頁～295頁、山口厚『問題探求刑法総論』（有斐閣・2002年）219頁～233頁、山中敬一『中止未遂の研究』（成文堂・2000年）24頁～26頁。

- （２）拙稿「中止未遂の法的性格に関する日本の学説の予備的考察」国土館法研論集

- 9号(2008年)95頁～115頁。
- (3) 拙稿「中止未遂の法的性格に関する日本の学説の予備的考察」国土館法研論集 9号(2008年)95頁～115頁。
- (4) 拙稿「中止未遂の法的性格に関する日本の学説の予備的考察」国土館法研論集 9号(2008年)106頁～109頁。
- (5) 城下裕二「中止未遂における減免根拠について——『根拠』と『体系的な位置づけ』——」北大法学論集36巻4号(1986年)173頁～237頁、野澤充「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」神奈川法学36巻2・3号(2006年)117頁～167頁、町田行男『中止未遂の理論』(現代人文社・2005年)1～7頁。
- (6) 拙稿「日本における中止未遂の法的性格に関する『区分説』について」国土館法研論集10号(2009年)101頁～117頁。
- (7) 井田良『刑法の理論構造』(成文堂・2005年)276頁～292頁、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」『香川達夫博士古稀祝賀刑事法学の展望と課題』(成文堂・1996年)265頁～279頁、岡本勝「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——』(信山社・2003年)277頁～296頁、金澤真理『中止未遂の本質』(成文堂・2005年)、西田典之『刑法総論』(弘文堂・2006年)292頁～295頁、山口厚『問題探求刑法総論』(有斐閣・2002年)219頁～233頁、山中敬一『中止未遂の研究』(成文堂・2000年)24頁～26頁。
- (8) 斎野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社・2003年)595頁～598頁。
- (9) 斎野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社・2003年)595頁～598頁。
- (10) 斎野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社・2003年)605頁。
- (11) 斎野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社・2003年)605頁。
- (12) 斎野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社・2003年)606頁。
- (13) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』(成文堂・1997年)247頁～248頁。
- (14) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』(成文堂・1997年)248頁。
- (15) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』(成文堂・1997年)249頁～251頁。

- (16) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）249頁～251頁。
- (17) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）253～258頁。
- (18) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）253～258頁。
- (19) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）253～258頁。
- (20) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）253～258頁。
- (21) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）253～258頁。
- (22) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）263頁～264頁。
- (23) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）263頁～264頁。
- (24) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）263頁～264頁。
- (25) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）263頁～264頁。
- (26) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』（成文堂・1997年）265頁～268頁。
- (27) その批判は、主に法律説に対して向けられている。刑事政策説に対しては純然たる政策説は過去の学説であるとしながら、法律説は解釈論に一定の「政策」を背後に持つものであるとしている。山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』（2002年・有斐閣）220頁。
- (28) 山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』（有斐閣・2002年）220～224頁。
- (29) 山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』（有斐閣2002年）224～225頁。
- (30) 山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』（有斐閣2002年）225頁。
- (31) 山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』（有斐閣・2002年）225頁。
- (32) 山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』（有斐閣・2002年）226頁～230頁。
- (33) 山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』（有斐閣・2002年）230頁～233頁。
- (34) 井田良『刑法の理論構造』（成文堂・2005年）276頁～278頁。
- (35) 井田良『刑法の理論構造』（成文堂・2005年）278頁。
- (36) 井田良『刑法の理論構造』（成文堂・2005年）281頁～283頁。
- (37) 井田良『刑法の理論構造』（成文堂・2005年）285頁～287頁。

- (38) 井田良『刑法の理論構造』(成文堂・2005年) 283頁。
- (39) 井田良『刑法の理論構造』(成文堂・2005年) 283頁～284頁。
- (40) 井田良『刑法の理論構造』(成文堂・2005年) 285頁。
- (41) 井田良『刑法の理論構造』(成文堂・2005年) 286頁～288頁。
- (42) 井田良『刑法の理論構造』(成文堂・2005年) 286頁～288頁。
- (43) 井田良『刑法の理論構造』(成文堂・2005年) 288頁。
- (44) 井田良『刑法の理論構造』(成文堂・2005年) 289頁～292頁。
- (45) 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」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』(成文堂、1996) 272頁。
- (46) 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」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』(成文堂、1996) 275頁。
- (47) 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」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』(成文堂、1996)
- (48) 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」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』(成文堂、1996) 276～278頁。
- (49) 斎野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社・2003年) 605頁。
- (50) 斎野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社・2003年) 605頁。
- (51) 斎野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集 下巻』(信山社・2003年) 606頁。
- (52) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』(成文堂・1997年) 249頁～251頁。
- (53) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』(成文堂・1997年) 253～258頁。
- (54) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』(成文堂・1997年) 263頁～264頁。
- (55) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』(成文堂・1997年) 263頁～264頁。
- (56) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』(成文堂・1997年) 220～224頁。
- (57) 塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古希祝賀論文集 3巻 刑法の理論』(成文堂・1997年) 265頁～268頁。
- (58) 山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』(2002年・有斐閣) 220～224頁。
- (59) 山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』(有斐閣・2002年) 224～225頁。

- (60) 山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』（有斐閣2002年）225頁。
- (61) 山口厚「中止犯」『問題探求刑法総論』（有斐閣・2002年）225頁。
- (62) 井田良『刑法の理論構造』（成文堂・2005年）278頁。
- (63) 井田良『刑法の理論構造』（成文堂・2005年）281頁～283頁。
- (64) 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」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』（成文堂、1996）
- (65) 「量刑責任」という観点からではあるが、同様の論理を用いる見解として西田典之『刑法総論』（弘文堂・2006年）。西田氏は、犯罪成立要件としての違法及び責任の事後的な変更はないが、「量刑責任」という観点からみれば、犯罪後の情状によって量刑の場面において責任非難が減少する例として、窃盗犯人が自首した場合、盗品を被害者に返還した場合、被害弁償をした場合などをあげられ、事後的な量刑責任の減少の肯定は可能であるとされるのである。そして中止犯の場合にも、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ことができるとされる。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軽または免除という形で法定化されたものであり、それゆえ中止未遂における刑の減免は、責任の側面からの未遂犯における量刑事情の法定化であるとする。そして自身の見解を法定量刑事由説と称している。
- (66) 2、(2) 参照。