

中止未遂の法的性格に関する日本の「区分説」 について

富 田 一 成

- 第一章 本稿の課題
- 第二章 「区分説」の概要
 - 1 はじめに
 - 2 城下祐二氏の見解
 - (1) 内 容
 - (2) 特 徴
 - 3 町田行男氏の見解
 - (1) 内 容
 - (2) 特 徴
 - 4 野澤充氏の見解
 - (1) 内 容
 - (2) 特 徴
- 第三章 「区分説」の検討
 - 1 「区分説」の特徴
 - 2 「区分説」の問題点
 - 3 おわりに

第 1 章 本稿の課題

従来、中止未遂の法的性格に関する議論は、周知のとおり「刑事政策説対法律説」という枠内において議論がなされてきた。しかし、近時、中止未遂の法的性格を論じた著作・論文においては、そのような議論形式の問題性を指摘したものがみられる。⁽¹⁾

筆者は、前稿において、従来の刑事政策説対法律説という議論形式では、刑事政策説と法律説は、たしかに中止未遂を犯罪論体系の内・外という異なる

る次元で論じてはいるが、中止未遂の特殊性に目を向けているという点においては一致している。すなわち、刑事政策説が、中止未遂規定の特殊性は犯罪論体系内の要素では捉えきることとはできないとして、犯罪論体系外にその根拠を求めたのに対して、法律説は、中止未遂が特殊性を備えた規定であるにしても、やはり犯罪論体系内の理論的考察によって論じられるべきであると説き、その根拠をあくまでも犯罪論体系内の要素に求めた。両説に共通する問題意識である中止未遂の特殊性を基にしないかぎり両説に内在する問題点は詳らかにならないことを指摘した⁽²⁾。

そして、両説の問題点は、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し、また、法律説は、未遂犯のヴァリエーションとして捉えることで中止未遂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ことにある。

そして、刑事政策説対法律説という議論対立の中から生じた総合説には、刑事政策的考慮と法律的考慮（違法性・有責性）との関連性・位置づけが明らかでないし、刑事政策的考慮が法律的考慮にどのように影響するのかが明らかにされていないという問題点がみられる。すなわち、刑事政策説にいう刑事政策的考慮と法律説にいう法律的考慮との相互関連性が明確でないために、理論的に総合された見解というより、刑事政策説と法律説とを、ただ総合説という、一つの箱の中に入れておいただけではないかという違和感を覚えるのである⁽³⁾。

近時は、このような問題を抱える刑事政策説対法律説とは異なる議論形式によってアプローチしようと試みている見解も多くみられるようになった⁽⁴⁾。

それらの見解は、それぞれが独自の論理を用いて主張をしているため、それぞれが独立した学説であるような観を呈している。しかし、近時の多様な学説においても、大別すると二つの傾向に分類することが可能であろう。一

つは、刑事政策説対法律説という議論形式には問題があるということを出発点として、政策的考慮と法律的考慮とを区別する形で構成し直し、従来の対抗関係を解消しようとするものである⁽⁵⁾。いま一つは、中止未遂の特殊性に着目し、未遂構造との関係において論じるものである⁽⁶⁾。前者が、従来の刑事政策説にいう刑事政策的考慮と法律説にいう法律的考慮とを根拠論と体系的な位置づけ論とに振り分けることで、従来の対抗関係の延長上において論じているのに対して、後者は、「逆に向かった構成要件」の考え方を前提に、中止未遂は新たな構成要件を構築していると解する見解⁽⁷⁾や、中止未遂独自の違法性ないし責任を認めたとえで法的評価の変更を行っている⁽⁸⁾とみることができ、前者など従来の議論形式とは異なる視座によって論じられており、両者は、中止未遂の法的性格を捉える際の視座に相違がみられるのである。

このような近時の学説の議論における問題意識を検討することで、中止未遂の法的性格をどのように考察していくべきかという方向性が明らかになると考えられるのである。

本稿においては、従来の刑事政策説にいう刑事政策的考慮と法律説にいう法律的考慮とを、根拠論と体系的な位置づけ論とに区分して振り分けることにより従来の「刑事政策説対法律説」の対抗関係による議論形式の問題性を解消しようを試みる見解を中心に論じる。この見解は、根拠論の問題と体系的な位置づけ論の問題とを区分して検討していることから「区分説」と称することが許されよう。区分説を検討することの有用性は、区分説が刑事政策説と法律説とは、異なる次元の問題に関する学説なのであるから、それぞれを根拠論と体系的な位置づけ論とに振り分けることによって、従来の議論形式の修正を主眼としている点にある。すなわち、従来の学説の意義を認めながらも、従来の刑事政策説対法律説を根拠論と体系的な位置づけ論とに区別することで、新たな方向性を示そうとしており、従来の学説との「連続性」を解明するとともに、従来の学説との「断絶性」を解明するために有用であるといえるのである。

かくして、中止未遂の法的性格に関する従来の学説と区分説との相違を明

らかにすることで、中止未遂の法的性格に関する新たな視座と考察を明らかにするのが本稿の課題である。

第二章 「区分説」の概要

1 はじめに

区分説は、先述のとおり、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て論じる見解である。すなわち、従来の刑事政策説対法律説の対抗関係による議論形式では、刑事政策説と法律説とが、理論的基盤の次元が異なっているにもかかわらず、同次元において論じていたために、問題点が明瞭にならず、中止未遂の本質が明らかにならなかったというのである。言い換えれば、根拠論と体系的位置づけ論とに問題を区別することによってこそ、刑事政策説と法律説とを、適切に把握することにつながり、中止未遂の本質が明らかにすることができるというのである。

以下では、こうした区分説の論拠について概観する。

2 城下裕二氏の見解

(1) 内 容

城下氏は、ドイツ（旧西ドイツ）における問題設定の方法、すなわち①中止未遂規定の「根拠（Grund）」或いは「存在理由（Ratio）」の問題と②「体系的位置づけ（systematischer Standart）」を別個に論じる形式と、日本における刑事政策説を法律説を対比させ、ドイツにおいて主張されている根拠に関する見解の多くは「中止未遂の不処罰は『～のためである』という目的論的説明を行って」おり、体系的位置づけに関する見解の多くは「『～するからである』という因果的説明を行って」いるのである。「両者は、中止未遂の不処罰という一つの問題を、それぞれ別の側面から説明しようとするもの」であると理解できるとする。そして、刑事政策説は中止未遂規定の根拠⁽⁹⁾を論じるものとして、法律説は体系的位置づけを論じるものとして、各々独立した意義を認めるべきであるというのである。すなわち、両者は次元を

異にするものであるわけであるから、日本における刑事政策説と法律説の対立構造は正鵠を得たものではないし、併合説において刑事政策説と法律説との関連が不明確であるという状況を鑑み、中止未遂規定の根拠の問題と体系的⁽¹⁰⁾位置づけの問題を区別する必要があるというのである。そして、中止未遂規定の本質を考察するにあたって、「①何故障礙未遂に比して必要減免という寛大な取扱いを受けるのか（＝必要的減免の『根拠』）と②その必要的減免という寛大な取扱いは犯罪論体系上どのように位置づけられるのか（＝必要的減免の『体系的⁽¹¹⁾位置づけ』）」という二つに視点に区別して説明するべきものであるとする。

必要的減免の根拠については、中止未遂の褒賞の効果を基礎に、（１）未遂犯罪者に対する一般予防的考慮、（２）未遂犯罪者に対する特別予防的考慮（３）未遂犯罪者以外の一般人に対する一般予防的考慮という三つの考慮に基づくとしている。まず、（１）の考慮は、一旦犯罪の実行に着手したものに對して、自発的に犯罪被害の実害発生を阻止させるための「褒賞」として処罰の寛大化が要求される。そして、寛大化は刑法規範からの「褒賞」であるため、中止行為もそれに相当するものでなければいけないとしている。また、（２）の考慮は、犯罪の実行に着手したが自発的に犯罪の実害発生を阻止した者に対して、不必要な規範意識の確認・強化を行わないようにするために処罰の寛大化が要求されるとし、（３）の考慮は、犯罪の実行に着手しても自発的に実害発生に阻止した場合を悪例として示すという不必要な規範意識の確認・強化を行わないためと同時に、法規範の内容を一般人に知らせるために、処罰の寛大化が要求されるとしている⁽¹²⁾。

また、必要的減免の体系的⁽¹¹⁾位置づけについては、犯罪成立要件の違法性なり責任に変化を及ぼすものとして捉えるべきではないとして、「人的刑罰消滅（減輕）事由」と解すべきであるとしている。すなわち、「人的刑罰消滅（減輕）事由」というときの「人的」とは、「実行行為後の行為者の特殊事情による」という意味であり、「実行行為に着手した者が、自己の意思によって中止行為を行った場合でも、可罰的未遂が成立する点においては障礙未遂

と変わりがない。すなわち、『構成要件に該当する違法かつ有責な行為は存在する』のであって、観念的刑罰権はすでに発生している。しかし、実行行為着手後に、自己の意思によって中止行為を行った者に対しては、刑事政策的な『根拠』に基づいて処罰の寛大化が要求され、刑罰は必要的に減軽・免除される。従って、中止未遂規定は「人的刑罰消滅・減軽事由」に他ならぬ⁽¹³⁾」 というのである。

(2) 特徴

以上のように、城下氏の見解によれば、刑事政策説と法律説とは、捉えようとしている問題の次元を異にするものであり、併合説において刑事政策説と法律説との関連が不明確であるという状況に鑑み、中止未遂規定の根拠の問題と体系的位置づけの問題を区別する必要があるというのである。⁽¹⁴⁾ すなわち、城下氏は、従来論じられてきた刑事政策説と法律説のそれぞれに存在価値を認めた上で、両説の問題意識の違いを、それぞれ根拠の問題と体系的位置づけの問題に振り分けて(区分して) いるのである。城下氏は、まず、刑事政策説を根拠論に採用することは、「刑事解釈学と刑事政策の接近」の趣旨に沿うものであるとして、その存在価値を認める。すなわち、「刑法解釈学によって、処罰に値する行為を選別し、処罰範囲を明確にしていくのならば、そこに同時に要求されるのは、まさに『効果からのフィードバック』に他ならない。すなわち、形式的には犯罪に該当していても、刑事政策的視点からみて実質的には処罰する必要性がない場合には不処罰が導き出されなくてはならない。かくて『刑法解釈学と刑事政策の接近』が必要となる。」⁽¹⁵⁾ というのである。また、法律説については、体系的位置づけに対応させ、中止未遂の必要的減免を体系的に位置づけるにあたって、障害未遂と中止未遂との間には犯罪成立要件上の差異は存在しないのであるから、犯罪成立要件に変化を及ぼすものとして捉えられるべきではないとして、「人的刑罰消滅⁽¹⁶⁾(減軽)事由」に位置づけるのである。

3 町田行男氏の見解

(1) 内 容

町田氏は、政策目的を明らかにする「政策的視点」からする考察と政策的理由から制定された法律に法理論的根拠を与える「法理論的視点」からする考察とを、刑事政策説と法律説とに対応させることで、刑事政策説対法律説の対抗関係を解消しようとする。すなわち、「刑事政策説」は、中止未遂における刑の減免根拠を「政策的観点」から、また「法律説」は、「法理論的観点」からそれぞれ検討するものであると、それぞれ異なる観点から観察したものであるから、「刑事政策説対法律説」の対立は解消できるというのである。⁽¹⁷⁾

その上で、町田氏は「政策的視点」と「法理論的視点」を用いて理論の展開を試みている。ここでいう「政策的視点」とは、「立法者はいかなる目的で中止犯の規定を設けたのか、ということである。立法が多かれ少なかれ何らかの政策的根拠からなされるものであるならば、かかる規定も、それによって立法者が実現しようとした政策的目的があるはずである。これは、中止未遂における不処罰・減免の政策的根拠に関する問題である」というのである。また「法理論的視点」とは、「立法者が政策的根拠から設けた中止犯の規定が法理論上からも肯認されうるか否か、ということである。すなわち、ある行為が不処罰・減免となるのは、刑法理論上その行為の可罰性を消滅・減少させる効果を有するものであることが立証されなければならない。これは、中止未遂における不処罰・減免の法理論的根拠に関する問題である」というのである。町田氏はまた、ドイツの議論に自身の分析視点を配置して、「政策的視点」は、刑の減免根拠の問題であり、「法理論的視点」は、中止犯の体系的地位に関する問題として取り扱われているとする。⁽¹⁸⁾

町田氏は、「政策的視点」について、まず「主観的には構成要件に抵触する意思をもって、客観的にはそれを実現する可能性、すなわち法益侵害を惹起する可能性」をもった行為が未遂の違法性を基礎づける行為無価値であるとする観点から、中止未遂は、主観的には、行為者が未遂行為によって示し⁽¹⁹⁾

た反規範的意思を合法的な意思に転換し、客観的には、一旦外界に生ぜしめた法益侵害に対する危険性を消滅させるものであるというのである。ただし、このように考える際の注意点として、「中止行為によって消滅させられるのは、行為者が実現した違法な状態であって、未遂行為の違法性そのものまでもが消滅するのではないということである」ことを挙げている。次に、「中止者が自己の実現した違法な状態をその後に消滅せしめたとしても、彼は一度は違法な世界へと足を踏み入れたものであり、こうした者が、最初から違法な領域へと入り込まなかった者同様、なぜ処罰されないのか」という問題を設定し、その問いに対する答えとして「刑法における『補充性の原則 (Subsidiaritätsprinzip)』、『刑法の断片性 (fragmentarischer Charakter)』、『刑法の謙抑性』に求め⁽²⁰⁾るのである。中止未遂においては、「中止者は、未遂行為の実行によって一旦は極めて高い違法な状態を社会に実現したが、その後、自力をもってその状態を消滅させ、それによって法秩序の回復を果たした。また中止行為がなければ結果が発生していたような場合、彼の中止によって、法的侵害の惹起というより重い違法な状態の発生を回避しえた。これらのことを勘案した場合、刑罰が個人の重大な法益を侵害する作用をもつものであることに鑑み、刑法は身を引いた」のであり、「中止者は、一度は違法な行為を行った点で、はじめからそれを行わなかった者に比べて道徳上、社会上は明らかに異なった取扱いを受けるが、刑法上は同一のものとして扱われる」ことになるとする⁽²¹⁾。そして、中止未遂の規定は、「刑法に内在する補充性の原則を犯罪後にも実現しようとしても設けられたものである」というのである⁽²²⁾。さらに、補充性の原則は「刑法の肥大化 (Hypertrophie des Strafrechts)」を抑止する機能をもつものであるとする。そこから「立法者は、この『刑法の肥大化』の防止を二段の方法によって行なおうとした。第一段は、まず、高度な違法性をもった行為のみを構成要件化することによって、処罰の対象とされる行為を必要最小限度に抑える方法である (構成要件定立前における補充性の原則)。第二段は、さらに、一旦は構成要件化された行為であっても、それを不処罰とすることによって、結局はその行

為の犯罪性を否定する方法である（構成要件定立後の補充性の原則）。そして中止犯の規定は、この中、後者の方法によって『刑法の肥大化』を阻止しようとしたものである。⁽²³⁾ というのである。

そして「法理論的視点」については、「(一) まず、刑法のもっとも重要な目的は、違法な状態の発生を阻止である。中止者は、一旦はかかる状態を生ぜしめたが、中止によってみずからそれを再び消滅させた。これによって、一度は阻害された法の目的が再び達せられた。(二) しかも、それは実害の発生前、すなわち犯罪完成前の未遂の段階で行われた。(三) さらに、違法な状態の発生は短期間であった（中止は、実行の着手後比較的早い時期に行われるのが通例であろう）。これらのことを斟酌して、未遂の違法性を評価した場合、定型的に、処罰する程度の違法性がない（ドイツ）、もしくは刑の免除の相当する程度の違法性しかない（わが国）⁽²⁴⁾ という判断を下す」とする。

最後に、「政策的根拠」と「法理論的根拠」とを総合し、中止犯を以下のように定義する。すなわち、「行為者が、未遂によって一旦は違法な状態を惹起したが、その後みずからかかる状態を消滅させたことを理由として、すでに成立した未遂の違法評価が修正され、この修正された違法評価を基に彼に対する可罰性の程度を考えた場合、刑法に内在する補充性の原則の観点から、彼の実現した違法性は行為の犯罪とするほど強いものではなかった（ドイツ）、あるいは犯罪とする程度の強さはあったが刑を科するほどのものではなかった（わが国）⁽²⁵⁾ もの」であるというのである。

（２）特 徴

以上のように、町田氏の見解は、「政策的視点」と「法理論的視点」との双方を検討することで、中止未遂の必要的減免の根拠が明らかになるとする。ただし、ここで注意を払わなければならないのは、町田氏が「根拠論」と「体系的位置づけ」論を、厳密に区別して論じていないという点である。すなわち、「政策的視点」と「法理論的視点」とは、あくまでも中止未遂の必要的減免の考察の視点の違いでしかなく、政策的視点を明らかに

する際に違法性について言及したり、⁽²⁶⁾「法理論的視点」を明らかにする際に
 刑罰目的の消滅について言及する⁽²⁷⁾といったように、各視点内の処理において
 は、根拠論と体系的位置づけ論とが厳密に区別されているわけではないので
 ある。しかし、そうであるならば、町田氏が、自身の分析視点をドイツの
 議論に配置して、「政策的視点」は刑の減免根拠の問題であり、「法理論的視
 点」は、中止犯の体系的地位に関する問題として取り扱われている⁽²⁸⁾として
 いることは疑問である。町田氏の見解において、「政策的視点」と「法理論的
 視点」とは、共に根拠について異なった視点をを用いて説明しているに過ぎ
 ず、実際には、刑の減免根拠と体系的位置づけとに振り分け（区分し）て論
 じているわけではないのである。

4 野澤充氏の見解

(1) 内 容

野澤氏は、刑事政策説、法律説という語の「定義内容」及び「用語法上」
 の「誤解」があり、その「誤解」に基づいて議論が展開されてきたため、現
 在のような中止未遂の法的性格論の混乱を招いたと指摘する。そして、中止
 未遂の法的性格論の混乱状況を打破するためには、この「誤解」を解消し、
 中止未遂制度を正確に理解しなければ、問題の本質は浮き彫りにならないと
 される。

上記の命題に基づいて、「刑事政策説（奨励説）」については、「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』ということの内容としている」とし、このことから「『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」、「まさに
 『中止未遂の根拠論』」であるとす。すなわち、「中止犯の根拠論は、中止
 犯の成立範囲の広さそのものにかかわる議論してなされるべきなのである」
 とする。⁽²⁹⁾

また、『法律説』については、「『未遂と中止の関係構造』に関わる学説であるといえる」とし、「『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』であるとする。そして『法律説』は未遂犯・中止犯規定に対する『解釈』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（ないし減少している）ものと解釈するべきである』ということをも主張する一つの学説でしかない」のであり、「『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『中止未遂の法的性格論（体系的位置づけ論）』における学説といえるのである」とす⁽³⁰⁾る。そして、「根拠」論としては、条文に忠実なことから刑事政策説（奨励説）を「体系的な位置づけ」論としては、共犯問題に差し障りがないことから一身の刑罰減少消滅事由説を採用する⁽³¹⁾のである。

中止犯の「根拠論」と中止犯の「体系的な位置づけ論」の関係については、「『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」という⁽³²⁾のである。

（２）特 徴

以上のように、野澤氏の見解は、「中止犯の根拠論」は「中止犯の成立範囲そのもの」として捉え、「中止犯の法的性格論（体系的な位置づけ論）」は「『中止犯であること』がどのような効果をもたらすか」という中止犯の法的効果の問題として捉えるのである。「根拠」論と「体系的な位置づけ」論とは、同一の問題について論じられているのではなく、それぞれ「中止犯の成立範囲」と「中止犯の法的効果」という異なる次元の問題について検討している

のである。

また、「中止犯の根拠論」では条文に忠実であることから「刑事政策説（奨励説）」を採用し、「中止犯の法的性格論（体系的位置づけ論）」では、共犯問題で差しさわりのないことから一身的刑罰減少消滅事由説を採用するのである。ここで注意を払わなければならないのは、「刑事政策説」とは「奨励説」のことを指す点である。野澤氏は、「刑事政策説」は、「要は『自止の奨励』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」たという考え方であると⁽³³⁾する。これは、中止犯の「根拠」論としての「刑事政策」とは、刑法の一般原理としての「刑事政策」として捉えるべきではなく、中止未遂における「刑事政策」として捉えているべきであるという考えの表れであるといえよう。

第三章 「区分説」の検討

1 「区分説」の特徴

区分説は、従来の刑事政策説対法律説の対抗関係を、根拠論と体系的位置づけ論とに区分することによって、両者の対抗関係の解消を図ろうとしている見解であるといえる。すなわち、そもそも刑事政策説と法律説とは、その理論的基盤の次元を異にしているのであるから、同じ土俵上で論じること自体に問題が含まれおり、それぞれをその理論的基盤に応じて、根拠論と体系的位置づけ論とに振り分ける（区分する）ことにより中止未遂の本質は明らかになるというのである。

しかし、区分説に分類される見解において、その根拠論と体系的位置づけ論の内容について必ずしも一致しているわけではない。この内容の相違は、採用する学説の相違ということではなく、根拠論と体系的位置づけ論そのものの捉え方に違いがみられるということである。城下氏によれば、根拠論は、中止未遂の必要的減免の根拠に関するものであり、体系的位置づけ論は、犯罪論体系上にどのように位置づけるべきなのかに関する問題であると

しながら、両者は中止未遂の必要的減免の根拠を異なる視点で観察したものである⁽³⁴⁾というのである。また町田氏は、「政策的視点」と根拠論、「法理論的視点」と体系的⁽³⁵⁾位置づけ論との対応関係は認めながらも、根拠論と体系的⁽³⁵⁾位置づけ論とは、視点の相違にすぎないというのである。これに対して、野澤氏は、根拠論は、中止犯の成立範囲そのものについての問題であり、体系的⁽³⁶⁾位置づけ論は、中止犯であった場合にどのような効果をもつのかの問題であるというのである。

2 「区分説」の問題点

たしかに刑事政策説と法律説とは、それぞれ異なった次元で論じられていたことは否めない。そして、区分説は、そのような従来の議論の問題点に対する一つの解答としてあり得るものであるといえる。すなわち、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異なる次元の問題を同一次元で論じることは、議論が噛み合わないばかりか混乱を助長させる恐れがあるからである。しかし、だからと言って、すぐに区分説のように、中止未遂の法的性格の問題を根拠論と体系的⁽³⁷⁾位置づけ論とに振り分けて論じることにつながるわけではない。なぜなら、日本において中止未遂の法的性格といった場合、『中止未遂の必要的減免根拠論』と『中止未遂の体系的⁽³⁷⁾位置づけ論』の両者を統一的・全体的に明らかにしようとするものであり、両者を理論的に切り離さず、統一的にアプローチして⁽³⁷⁾いるのであって、あえて切り離して論じる必然性はないのである。言い換えると、区分説のように、根拠論と体系的⁽³⁷⁾位置づけ論とに問題を振り分けて論じなくとも、中止未遂の法的性格の問題に両者の問題は包含されており、単に方法論が異なるにすぎず、あえて両者の問題を切り離す必要はないのである。

従来の議論の問題は、中止未遂の成否の問題と法的効果の問題を混同していたことにあるのであり、根拠論と体系的⁽³⁷⁾位置づけ論を統一的・全体的に捉えようとしていた点にあったわけではない。すなわち、中止未遂の成否の問題と法的効果の問題を混同していたため、法的効果が中止未遂の成否に影響

を及ぼすといった形で論じられていたことにこそ、問題を認められるべきであり、根拠論と体系的位置づけ論とを区別せずに論理が展開されていたことにあるわけではないのである。それゆえ、「中止未遂が障害未遂と区別して取り扱われることと如何なる法律効果が付されるべきか」ということは、まず峻別して論じられなくてはならない⁽³⁸⁾のである。この点につき、野澤氏は、「根拠」論では「成立範囲」を、「体系的位置づけ」論では「法的効果」を問題とされている。しかし、野澤氏のように「成立範囲」を「刑事政策説（奨励説）」、「体系的位置づけ」論を「一身の刑罰減少消滅事由説」に依拠した場合、依然として「中止未遂の成否を如何に判断すべきか」という問いに実質的に答えることはできない。中止未遂の成立範囲に関して、刑事政策説は明確な基準を提示することはできない⁽³⁹⁾のである。

3 おわりに

結局のところ、中止未遂の判断の成否の判断に次いで、減軽とすべきか、それとも免除まで認めるべきかという量刑判断が可能な日本の法制においては、妥当な量刑への配慮から、中止未遂の成否を議論することは、必要もないばかりか、刑罰論を過剰に持ち込むことになり解釈論の弛緩をもたらす危険があるため、すべきことではないし、中止未遂が未遂犯として、任意性と中止行為の双方を要件としている事実を鑑みれば、中止未遂の成否の問題は、中止未遂のみを切り離して捉えるのではなく、未遂犯処罰根拠との関連において、各要件と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り、中止未遂の成否の問題は、未遂構造との関連において論じられるべきなのである⁽⁴⁰⁾。

- (1) 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、山中敬一『中止未遂の研究』（成文堂・2000年）22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」国士館法研論集 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」国士館法研論集 9号（2008年）111頁。なお、筆者とは異なる視点から「刑事政策説対法律説」という議論形式に問題を提起するものとして、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頁がある。野澤氏の見解の詳細については後述第二章3。
- (4) 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）。
- (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) 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。
- (7) 井田良『刑法の理論構造』（成文堂・2005年）276頁～292頁、山口厚『問題探求刑法総論』（有斐閣・2002年）219頁～233頁。
- (8) 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）91～93頁。
- (9) 城下裕二「中止未遂における減免根拠について——『根拠』と『体系的位置づけ』——」北大法学論集36巻4号（1986年）203頁～204頁。

- (10) 城下裕二「中止未遂における減免根拠について——「根拠」と「体系的位置づけ」——」北大法学論集第36巻4号（1986年）204頁～205頁。
- (11) 城下裕二「中止未遂における減免根拠について——『根拠』と『体系的位置づけ』——」北大法学論集第36巻4号（1986年）205頁。
- (12) 城下裕二「中止未遂における減免根拠について——『根拠』と『体系的位置づけ』——」北大法学論集第36巻4号（1986年）224頁。
- (13) 城下裕二「中止未遂における減免根拠について——「根拠」と「体系的位置づけ」——」北大法学論集第36巻4号（1986年）234頁～236頁。
- (14) 城下裕二「中止未遂における減免根拠について——「根拠」と「体系的位置づけ」——」北大法学論集第36巻4号（1986年）204頁～205頁。
- (15) 城下裕二「中止未遂における減免根拠について——「根拠」と「体系的位置づけ」——」北大法学論集第36巻4号（1986年）211頁～213頁。
- (16) 城下裕二「中止未遂における減免根拠について——「根拠」と「体系的位置づけ」——」北大法学論集第36巻4号（1986年）225頁～236頁。
- (17) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）4頁。
- (18) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）11頁。
- (19) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）34頁。
- (20) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）36頁。
- (21) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）37頁。
- (22) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）37頁。
- (23) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）37頁～38頁。
- (24) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）66頁。
- (25) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）66頁～67頁。
- (26) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）39頁～45頁
- (27) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）66頁。
- (28) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）11頁。
- (29) 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）161頁～162頁。
- (30) 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）162頁～164頁。
- (31) 野澤充「中止犯の歴史的展開（5完）——日独の比較法的考察」立命館法学291号（2003年）211頁・脚注23。
- (32) 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）164頁。
- (34) 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）138頁～139頁。
- (34) 城下祐二「中止未遂における減免根拠について——『根拠』と『体系的位置づけ』——」北大法学論集36巻4号（1986年）203頁～204頁。
- (35) 町田行男『中止未遂の理論』（現代人文社・2005年）11頁。
- (36) 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）164頁。
- (37) 江藤隆之「中止未遂の法的性格をめぐる諸議論の方法論的研究——ドイツ刑法学説との比較を中心に——」法学研究論集第21号（2004年）96頁。なお山中敬一『中止未遂の研究』22頁～26頁参照。
- (38) 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）285頁～293頁、金澤真理『中止未遂の本質』（成文堂・2006年）22頁～23頁。
- (39) 金澤真理『中止未遂の本質』（成文堂・2006年）20頁。
- (40) 金澤真理『中止未遂の本質』（成文堂・2006年）23頁参照。