

中止犯論の歴史的展開 (5・完)

日独の比較法的考察

野 澤 充

序 論

第一章 中止犯の歴史研究の意義その一 制度の存在由来

第二章 中止犯の歴史研究の意義その二 日本における議論の混乱の整理

第一部 日本における中止犯論の歴史的展開

第一章 明治13年刑法典と明治40年刑法典の中止規定

第二章 明治13年刑法典の中止規定

第三章 明治40年刑法典の中止規定

第四章 日本における中止犯論の歴史的特徴 (以上280号から282号まで)

第二部 ドイツにおける中止犯論の歴史的展開

第一章 ローマ古代法時代から中世期に至るまで

第二章 継受法時代以降, 16世紀から18世紀まで

第三章 19世紀, ライヒ刑法典制定まで (領邦国家法時代)

第一節 バイエルンとヴュルテンベルク 南ドイツの変転 (以上288号)

第二節 ヘッセン 限定主観説の固持

第三節 ザクセン, ハノーファー, バーデン 未終了未遂への限定

第四節 ドイツ領邦国家における一般的な傾向

第五節 プロイセン フランス型の未遂犯形式の採用

第六節 ライヒ刑法典制定まで

第四章 ライヒ刑法典制定以後

結 論

(以上本号)

第二節 ヘッセン⁸⁸⁾ 限定主観説の固持

ヘッセンにおいても他の領邦国家と同様に, 刑法のみに限らず抜本的な法典編纂についてその進歩と統一が欲求され, 念頭に置かれてきた⁸⁹⁾。そして1820年の憲法は, 他のドイツ領邦国家と同様に, 大公国全体を統一す

るような新しい立法を約束した。それまでヘッセンの多くの部分においては普通法が、より小さい部分であるラインヘッセンにおいてはフランス法が有効なものとされていたのである⁹⁰⁾。

最初はフランス法をヘッセン全体に取り入れることが試みられたものの、これは不成功に終わった⁹¹⁾。そして1821年7月においてようやく、上級控訴審裁判所事務官(Oberappellationsgerichtsräthe)であるフロレ(Floret)とクナップ(Knapp)が法律草案の編纂についての委託を受け、1822年1月にはクナップが単独で刑事立法を引き受けた。しかし1824年5月に提出された彼の草案は直ちに審議に入ることはなく、長期間にわたり刑法の領域における立法作業は停止してしまった。その後、枢密院(Geheimrath)は当時ハイデルベルク大学の教授であったミッターマイヤーにその草案の検討を依頼し、そして1830年および1831年に彼の所見を発表した。その結果に基づいて第二草案が編纂され⁹²⁾、そして1831年7月1日に内務省に公表された。これがヘッセンの1831年の「重罪と軽罪の処罰に関する法典草案」である。その中止犯規定は以下のようなものであった⁹³⁾。

§ 56 Der Versuch eines Verbrechens oder Vergehens ist alsdann strafbar, wenn

- 1 . durch eine äußere Handlung oder durch eine Unterlassung, welche zur Erreichung des beabsichtigten Zwecks oder Erfolgs dienen konnte, ein Anfang der Vollbringung (nicht der blossen Vorbereitung) gemacht worden ist; und wenn
- 2 . das Verbrechen oder Vergehen zu denjenigen gehört, bei welchen im zweiten Theile dieses Gesetzbuchs die Bestrafung des Versuchs ausdrücklich vorgeschrieben ist.

Aber selbst in diesen Fällen darf der Versuch nicht bestraft werden, wenn der Thäter nicht wegen physischer Unvermögenheit oder wegen eines äußeren Hindernisses, sondern freiwillig und vor der Versuchsbeendigung von dem beabsichtigten strafbaren Unternehmen

zurückgetreten ist.

(第56条 重罪ないし軽罪の未遂は、次のような場合には可罰的である。

1. 意図された目的ないし結果の達成に役立ち得たような外部的な行為、または不作為によって、(単なる予備ではなく)遂行の開始がなされた場合、なおかつ

2. その重罪ないし軽罪が、この法典の第二部において未遂の処罰が明文で指示されている重罪ないし軽罪に属している場合。

しかしこのような場合においても、行為者が身体的な無能力ないしは外部的な障礙を理由としてではなくて、任意にかつ未遂の終了前に意図された可罰的な実行を断念した場合には、未遂は処罰され得ない。)

すなわち 「意図された目的ないし結果の達成に役立ち得たような外部的な行為、または不作為」という形式での未遂犯の一般的な成立を前提としており、このような「未遂犯の成立を前提とした中止犯概念」が規定された点、中止犯の法律効果が「処罰され得ない」とされた点、任意性の要件が、否定的な例示(「身体的な無能力ないしは外部的な阻止を理由としてではなくて」)を中心にしつつ、内容上の限定はしなかった点、そして中止を未終了未遂に限定した点が特徴的であるといえる。このうち および は1813年バイエルン刑法典に類似するものといえる⁹⁴⁾。

その後1832年まで内務省と参事院(Staatsrath)においてこの草案が審議された。1832年から1833年までの領邦議会(Landtag)はこの政府草案に反対を表明し、フランスの法典の修正採用に賛成を表明したが、1834年の領邦議会は政府見解との折衷を行おうとした⁹⁵⁾。しかしそれも議院の解散によって不成功に終わった。1835年から1836年までの領邦議会においても、新しい刑法典の議案および法律草案の取扱いに関する委員会審議によって議会と政府との折り合いがつけられようとしていた。そのような中で再びクナップにより1836年7月28日に完全な形での刑法草案が領邦議会

に提出された⁹⁶⁾。それが1836年ヘッセン大公国刑法典草案である⁹⁷⁾。その中止犯および未遂犯規定は、1831年草案とほとんど変わらないものであった⁹⁸⁾。

そうこうするうちに1837年10月に、参事院 (Staatsrath) における専門係官 (Referent) であったリンデロフ (Friedrich von Lindelof) が、参事院全体の所見として1836年草案についての報告を共同提出し、条文に多くの修正提案を施した⁹⁹⁾。そして1837年11月18日の命令において、参事院 (Staatsrath) における審議が放棄されることにより草案の提出が遅延することが避けられ、その代わりに草案の新しい修正が内務省内において迅速に行われた¹⁰⁰⁾。そして1839年4月22日に議院に刑法草案が提出された¹⁰¹⁾。これが1839年ヘッセン大公国刑法典草案である。だがそれまでのヘッセンにおける刑法草案とは異なり、なぜかこの1839年草案には中止犯に関する規定がない¹⁰²⁾。

そしてこの1839年草案をもとにして、上院および下院の合同委員会の審議が、1840年3月31日から6月20日まで行われ、その審議においてほとんど全ての部分において合意へと至った¹⁰³⁾。その時点における報告書¹⁰⁴⁾において、中止犯に関して、以下のように述べられている。すなわち、「着手された未遂行為後の開始された犯罪の任意的な中止に関して、我々の草案は何らも含んでおらず、そしてやはりこのような状況は立法上の考察についてのきっかけを与えている。」「フランス刑法2条によれば、未遂は任意的な中止の際には処罰されず、同様のことをカリリナ刑事法典の178条は、この一説の解釈は争われているものの、その文言において定めていた。すなわち『その者の意思に反する他の手段によって』。」「中止が真の悔悟 (倫理的作用) によって、ないしは法律への恐れによって動機づけられたとしても、実行された犯罪の既遂を任意的に放棄した者が何の刑罰も受けるべきではない、ということは、立法上、我々には疑わしいようには思われぬ。」「国家は、犯罪をその開始において抑制するという最も大きな関心を持っている。後悔により悪の道から引き返した者は、寛大な処置を受

けるに値するが、しかし法律に対する恐れないしは用心から気持ちが変わった者を処罰することを望むというのは、不得策であり、首尾一貫しないものであろう。前者については、その者がその途中で前方には進めるものの、後方には進み得ないことを知った場合に、行為者が犯罪の既遂へといわば強制されたが故にそうなのであり、後者については、それらがそれにより抑止され、犯罪を放棄した者にその権力を思い知らせようとした場合には、司直がそれ自身、矛盾へと陥ったが故にそうなのである。」「それに加えて中止者は、法律が未遂の概念および刑の確定の際に想定したように、その者の意思が悪意のある種類のものではなかったことをも証明する」¹⁰⁵⁾。そしてここでフォイエルバッハの記述が引用され¹⁰⁶⁾、さらにそのような人道性の原則が実際、1813年バイエルン刑法典の58条などの立法にも現れているとする。その上で「我々はこれに従って、以下のように提案する。すなわち、65条を以下のように表現すべきである」として、以下のような中止犯規定を挿入することが提案された¹⁰⁷⁾。

§ 65 Der Versuch ist straflos, wenn der Thäter an Vollführung der That nicht wegen physischen Unvermögens oder anderer zufälliger, von seinem Willen unabhängiger Umstände, sondern freiwillig, seye es aus Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor Strafe, von dem Unternehmen abgestanden ist.

§ 65a Enthalten die Versuchshandlungen ein eignes Verbrechen, so tritt die hierdurch verwirkte Strafe ein; insofern nicht die Strafe des Versuchs bedeutender seyn sollte.

(第65条 行為者が行為の遂行に関して、身体的無能力、ないしはその他の偶然的、その者の意思によらない事情によってではなくして、任意に、すなわち良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によって、その実行を取りやめた場合には、未遂は不処罰である。

第65条 a 未遂行為が固有の犯罪を含んでいる場合には、未遂の刑罰がより大きなものとなるべきではない限りにおいて、これにより科せ

られた刑罰が生じる。)

そして任意性に関しては、「……我々は、とりわけ『無能力』という単語を受け入れた。なぜなら能力ないしは手段が犯罪者に欠けている場合(例えば喧嘩、強姦において)がしばしば生じ、そしてその場合にはその者が、彼の力の弱体性が彼にその条項の恩恵を付与するという考えへと誘われ得ないからである。」「しかし我々はバーデン草案¹⁰⁸⁾におけるように、単なる『悔悟(Reue)』には言及しなかった。なぜならこれはより道徳的な概念を示唆するものであり、そもそも任意的な中止の動機は、上述の記述によれば、何ら問題となるものではないからである。」¹⁰⁹⁾として、「無能力」を任意性を判断する規準となるものとしつつ、「悔悟」は道徳的にすぎるが故に任意性の判断基準とはならないと指摘しているのである。だがここで提案されている65条の規定は、上記のように任意性の内容を「良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によって(aus Gewissensregung, Mitleid oder Furcht vor Strafe)」と限定するものであり、この点では任意性に関して限定主観説を採用しつつも、必ずしもその内容を倫理的なものにのみ限るものではなかったことがうかがわれると言える。しかしこのような任意性の内容を限定列挙する方法は、「任意性の内容を倫理的なものに限らない」とする立場とは相容れにくいものであり、実際にその後の記述において、「委員会のある構成員は、以下のような見解であった。すなわち、『すなわち良心、同情ないしは処罰に対する恐怖によって』という文言は削られるべきである。なぜならその文言はここにふさわしい動機を余すところなく述べているわけではないのであり、そして既に『任意に』という文言によって十分に示されているからである、と」¹¹⁰⁾と述べられている。

さらに中止犯に関しては、「委員会の審議において政府委員が我々の提案に対して、以下のように述べた。そのような規定は実施の際に公共を危殆化することになり得る、というのもあらゆるい被告人が65条の規定を心にとどめておいて、たとえその者が外部的な阻止によってその犯罪の

実行を妨げられたものであろうとしても、自由な意思によりその行為を放棄したということをもことしやかに見せかけるだろうからである、と。」
 「それに対して、以下のような考えが反対した。すなわち裁判所の理性的な判断は、ここでは困った状況には容易には陥ることはなく、そしてその種の見せかけられた申し立ては考慮されず、むしろ、行為者がそれによりその犯罪的計画の遂行を妨げられるような、良心、同情、ないしは処罰に対する恐怖のみが実際に存在したという状況から明確に生じた場合にのみ、65条の規定を適用することに至るであろう、と」¹¹¹⁾と述べられている。
 ここで1839年草案において中止犯規定が削除されていた理由が明らかになるといえる。政府委員は、中止犯制度が「自由意思による放棄」を要件とするものであることから、被告人の抗弁によって、実際にはそうではなくても中止犯であったかのように見せかけられてしまうことをおそれて、1839年草案から中止犯規定を削除したのである。これに対して、上院および下院の合同委員会では「良心、同情、ないしは処罰に対する恐怖のみが実際に存在したという状況から明確に生じた場合にのみ、65条の規定を適用する」こととされ、中止犯規定の復活が提案されたのである¹¹²⁾。

その後1840年9月1日から10月1日まで下院における審議が、1840年10月20日から11月23日まで上院における審議が続き、1840年12月16日までかかった新しい審議は、若干の意見の相違が未決定のままにされたが、しかしこの点の決定を政府に委ねるといった共同の議決が行われることで解決された¹¹³⁾。そして1841年9月17日ようやく刑法典として成立した。これが1841年ヘッセン大公国刑法典¹¹⁴⁾である。その中止犯規定は以下のとおりである¹¹⁵⁾。

§ 69 Der noch nicht beendigte Versuch, als solcher, ist straflos, wenn der Thäter nachweist, daß er nicht wegen physischen Unvermögens oder anderer zufälliger, von seinem Willen unabhängiger Umstände, sondern freiwillig und aus Reue von dem Unternehmen, und zwar gänzlich abgestanden ist.

(第69条 身体的な無能力ないしは他の偶然的な、行為者の意思によらない事情を理由としてではなくて、任意かつ悔悟して、実行を、それも完全に取りやめたということを行為者が証明した場合には、その未終了未遂は未遂としては不処罰である。)

すなわち 未遂犯の一般的な成立条項(64条)を前提にして、このような「未遂犯の成立を前提とした中止犯概念」が規定された点、中止犯の効果が「未遂としては不処罰である」とされた点¹¹⁶⁾、そして 中止を未終了未遂に限定した点については1836年草案と同様である。しかし

任意性の要件について、否定的な例示(「身体的な無能力ないしは他の偶然的な、行為者の意思によらない事情を理由としてではなくて」とともに、「任意かつ悔悟して(freiwillig und aus Reue)」と内容上の限定を、しかも「悔悟」の観点から行なった点において、これはそれまでのヘッセンにおける刑法典の編纂過程には見られなかった特徴をもつものである。しかしこの「悔悟」という文言の内容につき、立法にも関与していたはずのプライデンバッハは、「法律がもっぱら悔悟にも、任意性にも限定せず、両者を連結的に要求したことは、冗語法的なやり方である」¹¹⁷⁾と評価し、またさらに「条文が記述しているように、そのような場合においては、悔悟が動機ではなかったとしても十分である、というも、悔悟ということを経験した者が、これまでその者によりなされた出来事がいかに不法であるのかについての確信へと行き着いたことと理解しているからである」¹¹⁸⁾として、解釈論において「悔悟」の内容を必ずしも道徳的なものであるとはしないとつつ、自己の行為が規範に反するものであったとの確信で足りるとしていたのである¹¹⁹⁾。

そしてさらにプライデンバッハは、「処罰に対する恐怖(Furcht vor Strafe)」の場合についての文言が削除された点について、「当該条文は下院により議決された文言である『処罰に対する恐れ』を受け入れなかった、なぜならその条文は法典の体系と一般的に矛盾をきたしてしまうことを望まなかったからである。処罰に対する恐れから中止した犯罪者は、最も一

般的にはこの中止を最高に有利な機会をとらえるという意思によってのみ行うという点を除いたとしても、やはりそのような恐れは、裁判に引き出され、そして犯罪の成果を奪われるという不安と何ら異ならないものを内容として含むものである、そしてそれならば正義の観点から、処罰に対する恐れから引き下がった者が、被害者に弾丸の装填された拳銃を突きつけられたが故に中止した者と、どのような点において違いがあるのか？ 後者は言う、私がもし継続した場合には、弾丸により私は殺されたのだ、と。そして前者は考える、私がおおさらに進行させていた場合には、断頭台により私は殺されたのだ、と¹²⁰⁾と述べて、処罰に対する恐怖から中止した場合と通常の障礙未遂の場合は変わらないものと評価された点を指摘している¹²¹⁾。

さらにもう一つ重要な点として挙げられるのが、これらの限定された任意性の内容を、「行為者が証明した場合」に限って中止犯として認める、という規定形式が採用されていた点である。すなわち中止犯であるという事実の立証責任は被告人の側に法律の明文をもって負わされていたのである¹²²⁾。このような規定形式は1813年バイエルン刑法典においても採用されていたものであるが、前述のようにバイエルンにおいてはこの立証責任の規定部分は1848年に削除され¹²³⁾、また後述のように他の立法においても徐々に採用されなくなっていった。

このようにしてヘッセンでは中止犯規定においてある程度緩和された形式ではあるものの限定主観説がその文言上採用されたのであった¹²⁴⁾。そして1810年フランス刑法典のような、中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とするような規定は、草案としても一度として挙げられなかった。そしてこのヘッセンの立法においても一つ特徴的であったのが、中止未遂を未終了未遂に限定して認めた点である。このような中止犯の成立を未終了未遂に限定する規定形式は、他のいくつかの領邦においても見られるものである。次節ではこのような規定形式を試みたいいくつかの領邦について検討する。

第三節 ザクセン、ハノーファー、バーデン 未終了未遂への限定

(1) ザクセン¹²⁵⁾

ザクセン王国における、統一的な、時代の進歩的な精神にふさわしい刑事立法を獲得しようとする試みは既に1810年に始まり、1810年8月18日の通達により刑法典の作成が枢密審議会(geheimes Consilium)の課題として課せられた¹²⁶⁾。その審議会の提案に基づいて、1810年9月22日および10月12日の通達によりティットマン(Carl August Tittmann)¹²⁷⁾とエアハルト(Christian Daniel Erhard)の二人に草案の起草が委託されたが、結局成果をあげないままに完成せずに終わった¹²⁸⁾。

1815年8月29日の通達により立法委員会が指名され、新しい刑法典の起草が行われたが、その起草の際に中心となったのがステューベル(Christoph Carl Stübel)であった¹²⁹⁾。1823年8月25日に立法委員会は枢密院に、草案を理由書とともに渡し、その草案は1824年1月27日の布告により領邦等族に提出された¹³⁰⁾。これが1824年ザクセン王国刑事法典草案である¹³¹⁾。その後領邦等族の回答、枢密院での審議、その他様々な法学者などの意見を取り入れた上で、ステューベルはその草案をほとんど全面的に作り直した、しかし1828年10月5日に彼はその作業の完成を見ることなく死亡し、それを引き継いで完成させたのがティットマンであった¹³²⁾。

1835年の領邦議会において立法における改革の推進が了承され、そして今やグロス(Groß)が草案の編纂を引き継いだ¹³³⁾。その草案は1835年7月13日から1836年1月20日まで司法省の会議において審議され、いくつかの修正とともに国王に提出されてさらに審議および修正がなされた後、1836年3月10日に等族の代表団に提出された¹³⁴⁾。1836年11月4日および14日に上院および下院の代表団の報告書が作成され、そして即座に両院において審議が行われ、修正提案全体に関する最終的な一致へと至った¹³⁵⁾。この審議中に領邦政府が1837年11月17日の布告により草案の修正を提出し、等族のその他の修正提案に賛成した後に、1837年12月2日の草案に等族が

賛成した¹³⁶⁾。その最終的な編集は領邦政府に委ねられ、これについて選出された等族の代表団により賛成され、そして1838年3月30日に公布された¹³⁷⁾。これが1838年ザクセン王国刑事法典である¹³⁸⁾。その中止犯規定は以下のようなものであった¹³⁹⁾。

§ 28 Ein Verbrecher, der von einem bereits begonnenen verbrecherischen Unternehmen, ohne durch äußere Umstände gehindert worden zusein, freiwillig wieder absteht, ist höchstens mit einjähriger Arbeitshausstrafe zu belegen, insofern nicht dasjenige, was er zu der Ausführung des Verbrechens schon gethan hat, an und für sich eine verbrecherische Handlung in sich begreift und als solche eine größere Strafe nach sich zieht.

（第28条 既に着手された犯罪計画を、外部的事情によって阻止されること無しに、任意に再び取りやめた犯罪者は、その犯罪の実行へと既に着手したことが、それ自体として犯罪となる行為を中に含んでおらず、かつそのような犯罪としてより大きな刑罰を導くものではない限りにおいて、最長でも1年の労役刑を科せられるべきである。）

この規定の特徴としては、未遂犯成立（26条）を前提とした中止犯規定がなされていること、任意性に関して内容上の限定が行われていないこと、加重的未遂の場合に内部の既遂犯としての処罰の可能性を残していることなどが挙げられるが、何よりも最も特徴的なのは、その法律効果が「1年以下の労役刑」とされたことである。すなわちこの規定によれば、中止犯は原則として可罰的なものであるとされたのである¹⁴⁰⁾。これについてツァハリエやミュラーは、文言上、裁判官が行為者を完全に不処罰にすることもなし得るものの、しかしもしそのような解釈が採り得ないものとするならば、各則における2つの規定とこの28条は矛盾するものである、と指摘している。すなわちその65条において、審理前に盗品の任意的な補償が行われた場合には、「刑罰が完全に免じられるべきである」¹⁴¹⁾と規定されていたのである。これによれば、窃盗の任意的な中止未遂犯は「1年以

下の労役刑」とされるにもかかわらず、窃盗を既遂にした後に、審理前に盗品の任意的な補償を行うと「完全な不処罰」を受けることになり、評価矛盾が生じていると批判したのである¹⁴²⁾。同様の評価矛盾は188条にも存在し、侵害発生前に偽証を撤回すると「6月以下の労役刑」¹⁴³⁾となったのである¹⁴⁴⁾。ここでも行為者が既に着手された(しかしまだ終了していない)証言の際に行為実行を放棄した際には、28条により「1年以下の労役刑」とされるのである。この点をツァハリ工は、「このようなかかり奇妙な矛盾が草案の審議の際に変更されなかったことは、その矛盾が既にその審議前に公に批判されていた¹⁴⁵⁾がゆえに、なお一層不思議に思われる」とまで批判し¹⁴⁶⁾、ミュラーは、規定がこのような矛盾をもたらす場合には、28条による「1年以下の労役刑」は裁量範囲の上限を示すものでしかなく、不処罰も付与し得るものであると解釈すべきである、とする¹⁴⁷⁾。このような特殊な法律効果を持った1838年ザクセン王国刑事法典は、その他の領邦における規定とは異なる特徴をもつものであり、またそのことはその刑事法典の成立過程に関しても、その法典が、当時「それまで圧倒的な影響力を行使していた(1813年の)バイエルン刑法典とは異なる、独立した経過をたどったこと」¹⁴⁸⁾にもよるものと考えられる。

このような1838年ザクセン王国刑事法典は、1813年バイエルン刑法典と同様に、周辺領邦においても若干の修正が施された上で採用され¹⁴⁹⁾、一部の地域においてはそれは1838年ザクセン王国刑事法典の発展形態である1850年テューリンゲン刑法典として結実した¹⁵⁰⁾。

その後、ザクセン王国においても新しく刑事法典が作成された。1853年にザクセン王国刑法典草案が作成され、その中で中止犯に関する規定は、「可罰的な未遂 (Strafbarer Versuch)」の題名の下に、未終了未遂のみを対象として規定された¹⁵¹⁾。そしてその2年後に1855年ザクセン王国刑法典が公布された。その中止犯規定は、「不処罰となる未遂 (Strafloser Versuch)」の題名の下に、以下のように規定された¹⁵²⁾。

§ 44 Der nicht beendigte Versuch eines Verbrechens (Art. 40) ist

straflos zu lassen, wenn der Verbrecher sein Vorhaben, ohne an der Ausführung desselben durch äußere Umstände gehindert worden zu sein, gänzlich wieder aufgegeben hat. Ist in dem, was der Verbrecher zur Ausführung des von ihm beabsichtigten Verbrechens gethan hat, eine an sich selbst strafbare That enthalten, so wird die Bestrafung der letzteren durch die Bestimmung dieses Artikels nicht ausgeschlossen. (第44条 犯罪の未終了未遂(40条)は、犯罪者がその計画を、外部的事情によって実行そのものが阻止されること無しに、完全に再び放棄した場合には、不処罰にされるべきである。行為者によって意図された犯罪の実行へと着手したことに於いて、それ自体として独自に可罰的な行為を含んでいる場合には、含まれた犯罪の処罰はこの条文の規定によって排除されることはない。)

この規定の特徴としては、未遂犯成立(39条, 40条)を前提とした中止犯規定がなされている点、加重の未遂の場合に内部に含まれた既遂犯の可罰性を明記している点などが挙げられるが、何よりも1838年ザクセン王国刑事法典との大きな違いとして、その法律効果が不処罰とされた点が挙げられる。この点につきクルークによれば、理由書において「しばしば批判されている、(1838年)刑事法典65条との二律背反の排除のために、不処罰を明らかにした」と述べられている¹⁵³⁾ことから、前述した1838年ザクセン王国刑事法典28条の量刑上の不均衡を解消するために不処罰と規定したことがうかがわれるのである。

そしてもう一つの特徴として、中止犯を未終了未遂の場合に明確に限定したことが挙げられる。この点についてクルークは、「当該条項が未終了未遂においてのみ中止を規定したことは、適切な解釈による(1838年)刑事法典28条と一致するものである。……終了未遂においてはもはや中止され得ないのである。もはや結果が回避され得るにすぎず、その場合には42条1項(筆者注:「終了未遂が未終了未遂と同様のものとして処罰されるべき場合」)についての規定)が適用される。……このことが終了未遂の概

念に置かれているがゆえに、ここ(44条)では未終了未遂を、実際に未終了になった未遂の場合 すなわち犯罪者の行動について既に何も欠けていない場合 のみであると理解されているのであり、42条により処罰において未終了未遂と同置されるような終了未遂の場合ではないのである¹⁵⁴⁾と述べて、中止犯は未終了未遂の場合に限られるべきである旨主張している。

さらにクルークは中止の動機について、「それが悔悟にあるのか、同情にあるのか、もしくは処罰に対する恐れにあるのかというような中止の動機は、法律によれば、犯罪者が外部的な事情によって実行を阻止されたのではない限りにおいて、重要ではない。それゆえに、犯罪者を中止へと突き動かしたあらゆる外部的な事情がその条項の適用可能性を排除するわけではなくて というのも常に、何かはその者を中止へと突き動かしたことに違いないから、その者が実行の阻止と評価した外部的な事情が、その条項の適用可能性を排除するのである¹⁵⁵⁾として、中止に任意性についてその内容を限定する必要はないと主張している。

またクルークは犯罪の単なる実行延期の場合についても触れ、「犯罪者はその計画を完全に放棄しなければならないのであり、単に延期したものであってはならない。延期とは、犯罪者が同じ実行を他の時期に実行することを決意した場合である。窃盗犯が窃盗を目論んだところ、Aにおいて好機が全く見出せなかったがゆえに、今やBにおいてそれを試みることを決意した場合は、ここには属さない。ここで窃盗犯がAに対して着手した事実の中において、既に実際上の未遂……が存在している場合には、その放棄は任意的なものではない、なぜなら好機の欠如はその実行を阻止するような事情の一つだからである。しかしその者がそうではない場合、例えば、ここでそれは貧し過ぎるように見えた、Aにおいてはおそらく多くは持っていない、などと窃盗犯が考えた場合には、Aにおける窃盗未遂は放棄された未遂となるであろう、なぜならBにおける未遂は別の犯罪だからである¹⁵⁶⁾と述べ、好機がない場合の単なる実行延期の場合を中止犯か

ら排除する旨を主張しているのである。

前述したような中止犯を未終了未遂に限定する考え方は、その他の領邦の刑事立法においてもしばしば見られるものであった。

(2) ハノーファー¹⁵⁷⁾

ハノーファー王国においても他の領邦国家と同様に19世紀の当初はドイツ普通刑法が存在し、領邦立法の散発的な出現や実務の発展の下で、他のドイツの領邦国家におけるのと同様の発展過程をたどっていった¹⁵⁸⁾。既に1816年に等族議会が新しい刑法典の公布に関する切なる希望を述べ、1823年になって初めて立法委員会がその編纂を委託された¹⁵⁹⁾。立法委員会はまず総則を起草し、そして1825年1月までに完全な草案を完成させ、公表した¹⁶⁰⁾。

これに対してミッターマイヤー¹⁶¹⁾ やガンス¹⁶²⁾、そしてパウアー¹⁶³⁾ などが批判・検討を加え、それらの文献をもとにして政府によって草案の再修正が行われた¹⁶⁴⁾。そして1830年3月19日の書簡により、その修正の終了が等族に通知され¹⁶⁵⁾、それが1830年ハノーファー王国修正草案となった¹⁶⁶⁾。1830年11月12日にその草案が等族に委託され、このためにあらかじめ選出されていた委員会において審議されたが、成果には至らなかった¹⁶⁷⁾。1833年から1834年の領邦議会において、審議が再び開始されたが、等族議会での審議も並行して行われた。1834年の第二会期以降、領邦議会において草案の審議が1837年まで行われ、両院の一致が得られたが、しかし政府への決定報告前に等族議会が解散した¹⁶⁸⁾。新しい等族会議は1838年2月20日に召集され、草案の再審議をするように政府に求められた。そして短期間の審議後にわずかな修正をして、前述の政府決定を了承した¹⁶⁹⁾。この決定内容が、両院の意見一致後の1838年5月28日に理由書とともに政府に報告された¹⁷⁰⁾。そして1840年8月8日にその刑法典が公布された。これが1840年ハノーファー王国刑法典である。その中止犯規定は以下のように規定された¹⁷¹⁾。

§ 34 Die auf Ausführung eines Verbrechens gerichteten Handlungen bleiben straflos :

- 1) wenn sie an und für sich erlaubt, als bloße Vorbereitungen zur Ausführung eines Verbrechens anzusehen sind; vorbehaltlich dessen, was in Hinsicht der Anstifter (Art. 55), des Complots (Art. 59) und der Gehülfen (Art. 71) bestimmt ist;
- 2) wenn sie in solchen durchaus unwirksamen Handlungen bestanden, welchen aus Aberglauben eine übernatürliche Wirkung beigelegt ward;
- 3) wenn zwar ein nicht beendiger Versuch bereits vorhanden ist, jedoch der Handelnde, ohne dazu durch ein äußeres Hinderniß, oder durch Zufall genöthigt zu sein, aus freiem Antriebe von der beabsichtigten That völlig abgestanden ist.

Sollte aber die Versuchshandlung schon an sich irgend eine andere Uebertretung enthalten, so tritt die dadurch verwirkte Strafe ein.

(第34条 犯罪の実行に向けられた行為は、次のような場合には不処罰のままである。

1. その行為がそれ自体としては単なる犯罪の実行に対する予備として評価されることが許される場合、ただし教唆犯(55条)、共謀(59条)、そして幫助(71条)の点に関して規定されていることを除く。
2. 迷信から超自然的な効果を付与するような、全く効果のない行為が存在した場合。
3. 確かに終了していない未遂が既に存在しているが、しかし行為者が、外部的障礙によってないしは偶然の事情によってそれを強制されること無しに、任意的な動機から意図された行為を完全に取りやめた場合。

しかし未遂行為が既にそれ自体、なにか他の違反行為を含んでいる

場合には、それによって現実化した刑罰が発生する。）

この規定の特徴としては、1825年ハノーファー王国刑法草案39条と同様に、未遂犯成立（33条）を前提として中止犯が規定されていること、任意性に関して内容上の限定が行われていないこと、加重的未遂の場合に内部の既遂犯として処罰する明文があること、そして中止が未終了未遂においてのみ認められていることなどが挙げられる。

そして1825年ハノーファー王国刑法草案との相違点としては、「これが行われたことが外部的な行為によって明らかにされた」場合に限るという、中止の立証責任を事実上被告人の側に負わせる文言が削除された点が挙げられる。これは既にガンスにより批判がなされており、この文言を削除するよう主張されていた¹⁷²⁾ことから、それに基づいて修正されたものと考えられる。

以上のようにハノーファーにおいては、草案の段階から成立に至るまで、中止未遂は未終了未遂の場合に限って認められるものとされていたのである。

(3) バーデン¹⁷³⁾

バーデンにおいても、ドイツにおける他の領邦と同様に、ドイツ普通刑法が領邦立法や裁判所での運用、および学問により、非常に変化した、領邦内の様々な地域における様々な形式を承認し、均一な刑法の適用を不可能なものとしていた¹⁷⁴⁾。1803年の刑罰勅令（Strafedikt）は、領邦全体における刑事司法の統一と均一化を試みるものであったが、しかしその試みはその計画の困難さゆえに失敗に終わらざるを得ないものであった¹⁷⁵⁾。追加的な法律はさらになお法の不安定性を増大させ、とっくの昔に政府の側からも、完全な、全ての時代遅れのものを取り除くような法典を備えることが望まれるようになっていた¹⁷⁶⁾。立法委員会はそのような法典の作成を委託され、注意深く編纂を行い、一方では立法委員会内において¹⁷⁷⁾、一方では裁判所および領邦の法律家の構成員により再三再四検討された草

案を、1839年4月9日になって初めて下院に提出した。これが1839年バーデン大公国刑法典草案である¹⁷⁸⁾。下院では1840年にその草案に関する審議が行われ¹⁷⁹⁾、その後、上院では1841年に審議が続けられた。しかしその刑法典が公布されたのは、他の刑事手続法などの審議が行われた1845年になってのことであった。しかし1845年3月6日における公布の法律においてもその刑法典の発効に関しては規定されず、刑事手続法の効力や政府命令に依存したままであった¹⁸⁰⁾。1851年になってやっと新しい施行法ができあがり、1851年3月1日ようやくこの刑法典が発効することとなった¹⁸¹⁾。これが1845年バーデン大公国刑法典である¹⁸²⁾。その中止犯規定は以下のように規定された¹⁸³⁾。

§ 117 (Freiwilliges Aufgeben des versuchten Verbrechens.) Hat der Thäter nach einem nicht beendigten Versuche das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben, so sind die Versuchshandlungen als solche straflos. Enthalten sie jedoch selbst ein eigenes Verbrechen, so tritt die hiedurch verschuldete Strafe ein.

§ 118 (Abwendung des Erfolgs durch den Thäter.) Hat der Thäter nach beendigtem Versuche das Eintreten des strafbaren Erfolgs selbst abgewendet und das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben, so gilt dies als Strafmilderungsgrund.

(第117条(未遂犯罪の任意的な放棄) 行為者が、未終了未遂後に犯罪を任意に再び放棄した場合には、当該未遂行為は未遂としては不処罰である。しかしながらその未遂行為がそれ自身固有の犯罪を含んでいる場合には、これにより惹起された刑罰が発生する。

第118条(行為者による結果の回避) 行為者が着手行為の終了後に可罰的な結果の発生を自ら回避し、なおかつ犯罪を任意に再び放棄した場合には、これは刑罰減輕事由とする。)

この規定の特徴としては、まず未遂犯成立(106条)を前提として中止犯が規定されている点、そして1840年バーデン大公国刑法典草案と同様に、

さらに未終了未遂の場合と終了未遂の場合とで中止犯規定を区別して規定した点が挙げられる。その上で、任意性に関しては1840年刑法典草案まで維持されてきた「着手された未遂行為後に発生した悔悟を理由として、ないしは何かその他の動機から」という文言が「任意に」の一語に変更され、またその法律効果に関しても、未終了未遂に関しては（加重的未遂の場合には内部に含まれた既遂犯を処罰するものの）不処罰とされたが、終了未遂に関しては1840年刑法典草案とは異なり、不処罰ではなく刑罰減輕事由とされたのである¹⁸⁴⁾。

以上のように、中止が認められる場合、ないしは中止として不処罰が認められる場合が未終了未遂に限られるという中止犯規定を採用した領邦がいくつか見られた。これは当時、「終了未遂においてはもはや中止され得ない」¹⁸⁵⁾とか、「犯罪の再度の取りやめは、終了した犯罪の未遂の際には、いずれにしても多くは述べない」¹⁸⁶⁾というような考えの下に、終了未遂にはもはや中止可能性はなく、その場合には「もはや結果が回避され得るにすぎない」¹⁸⁷⁾ものとする考え方があり、それが反映されたものと考えられる。しかし大部分の領邦における中止犯規定は、未遂犯の成立を前提とした中止犯規定であり、中止犯となった場合の法律効果は不処罰とされ、加重的未遂の場合にはその内部に含まれた既遂犯としての処罰の可能性を残す、というのがドイツ領邦国家における刑法の中止犯規定の一般的な特徴であった。

第四節 ドイツ領邦国家における一般的な傾向

その他のドイツ領邦国家の中で、刑法典を作成し、成立させた領邦としてブラウンシュヴァイク公国およびハンブルク自由都市が挙げられる¹⁸⁸⁾。ブラウンシュヴァイク公国¹⁸⁹⁾においても19世紀の当初は刑事立法は不十分なままであった¹⁹⁰⁾。1828年9月30日に領邦政府が委員会を任命し、完全な刑事法典の起草を依頼して、そのような状況に対策を講じることが試みられた¹⁹¹⁾。しかしこれは活動を始めないままに終わり、1831年に再び

編纂を開始するために領邦議会の側から再度提案がなされた¹⁹²⁾。その草案が完成し、國務省において再度審議された後で、その草案は1839年12月23日の國務省の通達により等族委員会に提示され、そしてこの草案について1840年4月9日に等族議會において報告がなされた¹⁹³⁾。これに続く審議は1840年5月5日までに終了し、領邦議會と國務省の間での統一審議の後に、1840年5月12日に完全な意見の一致へと至り、そしてその刑法典が1840年7月10日に公布された¹⁹⁴⁾。これが1840年ブラウンシュヴァイク公国刑法典である¹⁹⁵⁾。その中止犯規定は以下のように規定された¹⁹⁶⁾。

§ 69 Straffrei soll sein :

- 1) Der Thäter, welcher von der begonnenen Ausführung des Verbrechens aus freiem Antriebe völlig absteht, insofern nicht die bereits unternommene Handlung an sich strafbar ist ;
- 2) der Anstifter, vertragsmäßige Theilnehmer oder Gehülfe, welcher von dem verbrecherischen Vorhaben zurücktritt (§ 51), wenn die Ausführung desselben unterblieben ist ;
- 3) der Mitschuldige, der zu einer Zeit, wo noch der Vollführung des Verbrechens vorgebeugt werden konnte, von diesem und seinen Genossen der Obrigkeit, bevor sie eingeschritten, Anzeige macht.

(第69条 次の者は不処罰となるべきである。

1. 既に実行された行為がそれ自体可罰的ではない限りにおいて、開始された犯罪の実行を任意的な動機から完全に取りやめた行為者、
2. その実行がなされないままであった場合における、犯罪的な計画を中止した教唆犯、契約による共犯ないしは幫助犯(51条)、
3. まだ犯罪の遂行が防止され得た時点において、この犯罪およびその仲間に関して役所に、それらの機関が介入する前に、申告をなした共犯者。)

この規定は未遂犯の章に設けられた規定ではなく、「可罰性の抹消(Til-

gung der Strafbarkeit)」という表題の章の下に設けられた規定であった。そのため犯罪者の死亡（67条）や時効（71条，72条）と同じ性質を持つものとして規定されたのであり，前述した1822年バイエルン刑法典草案（いわゆる「ゲンナー草案」）や1827年バイエルン刑法典修正草案と同様，中止は未遂概念とは切り離され，単なる量刑事由として扱われたも同然となってしまうのである¹⁹⁷⁾。しかし任意性において内容の限定を行わないこと，中止犯として認められた場合に不処罰という法律効果が与えられたことは当時の中止犯規定の一般的な傾向に沿うものである。

ハンブルク自由都市も，刑法典を作成し，成立させた領邦国家の一つである¹⁹⁸⁾。その1869年4月30日に成立したハンブルク自由都市刑法典における中止犯規定は以下のように規定された¹⁹⁹⁾。

§ 36 (Freiwilliges Abstehen vom Versuche) Wenn der Thäter von der angefangenen Ausführung des Verbrechens aus Freien Antriebe völlig absteht, so bleibt der Versuch straffrei. Ist jedoch das Geschehene schon an sich mit Strafe bedroht, so kommt diese zur Anwendung.

（第36条「任意的な未遂の断念」 行為者が開始された犯罪の実行を，自発的に完全に取りやめた場合には，未遂は不処罰のままである。しかし事件経過が既にそれ自体として刑を科せられるものである場合には，この刑が適用される。）

この規定の特徴としては，未遂犯成立（32条，34条）を前提として中止犯が規定されている点，任意性に関して内容上の限定が行われていない点，その法律効果が不処罰とされた点，そして加重的未遂の場合に，内部に含まれた既遂犯としての処罰が行われた点が挙げられる。

そして前節でも述べたように，これらの特徴は，ドイツの各領邦国家による刑法典の中止犯規定において，広く一般的に見られるものであった。

未遂犯の成立を前提とした中止犯規定は1813年バイエルン刑法典を始めとして，1839年ヴュルテンベルク刑法典，1841年ヘッセン大公国刑法典，1838年ザクセン王国刑事法典や1855年ザクセン王国刑法典，1840年ハノー

ファー王国刑法典, 1845年バーデン大公爵刑法典などにおいて, ドイツのほとんどの地域において見られるものであった。そして 中止犯となった場合の法律効果が不処罰となるのも, 前掲した刑法典の中で1838年ザクセン王国刑事法典以外は(未終了未遂に限定するものもあるもの)全ての刑法典において見られるものであった。さらに 加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯としての処罰の可能性を残すものも, 前掲の刑法典の中では, と同様に1838年ザクセン王国刑事法典以外の全ての刑法典において見られる規定形式であった。

ただ任意性の内容の限定に関しては各領邦によって見解が分かれ, バイエルンにおいては1813年刑法典以降, 1831年草案に至るまで任意性の内容に関して限定する記述が存在していたが, 1854年草案からはそのような記述がなくなり, 1861年刑法典においてもそうであった。このような流れはヴュルテンベルクにおいても同様であり, 1823年草案以降, 1839年刑法典の成立まで, 任意性の内容を限定する記述が存在したが, 1849年の法律により任意性の内容に関して限定を行わなくなった。最後まで任意性の限定を規定していたのはヘッセン大公爵であったが, このような任意性の内容を限定する形式で中止犯を規定する規定形式は, 1813年バイエルン刑法典に端を発するドイツ特有の規定形式ではあったものの, 南ドイツにしか広まらず, またそれらの領邦においても徐々に採用されなくなっていったのである。

また一部の地域では草案や法典において, 中止犯であるという事実の立証(すなわちその任意性)に関して, 被告人の側にその立証責任を負わせる明文規定をもつものがいくつか見られた。この被告人の側への立証責任の明文規定は, バイエルンにおいては1810年草案に始まり, そのまま1813年バイエルン刑法典として現行法となるものの, 1848年に改正が行われてそのような明文規定は削除されてしまった。ヘッセン大公爵では, 1840年までの審議においてはそのような明文規定は存在しなかったものの, 被告人が中止犯の抗弁を濫用することを怖れてか, 1841年ヘッセン大公爵刑法

典において行為者の立証を要求することになった。しかしその1841年ヘッセン大公国刑法典を参考にしたはずの1849年ナッサウ公国刑法典は、まさにその立証責任の明文部分を削除して成立したものであった。またハノーファーにおいても、1825年刑法草案においては中止が行われたことが「外部的な行為によって明らかにされた」場合に限ることで、事実上中止の立証を被告人の側に負わせていたが、これは学者などから批判を受けたため、1840年刑法典ではその明文規定は削除されたのであった。このように、中止犯についての立証責任を被告人の側に負わせる明文規定は、多くの批判を受けるなどして、徐々に採用されなくなっていったのである。

そして以上に挙げたような規定形式の代わりに、ドイツの主要領邦において採用されていったのが、1810年フランス刑法典と同様に、中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とする規定形式であった。前述のように、1861年バイエルン刑法典やヴェルテンベルクの1849年の法律により、このようなフランス型の中止犯の規定形式が実定法としても採用されたのである。このような規定形式は、かつては1532年カロリナ刑事法典や1794年プロイセン一般ラント法においてドイツでも採用されていた規定形式²⁰⁰⁾であったが、1813年バイエルン刑法典以後においてはドイツにおいては実定法や草案にも見られるものではなかった。そのような規定形式が再びドイツにおいて草案に採用され始めた最初の領邦が、当時ドイツ北部において勢力を誇っていたプロイセンであった。

第五節 プロイセン²⁰¹⁾ フランス型の未遂犯形式の採用

1794年プロイセン一般ラント法の施行以後も、プロイセンの版図は拡大していった。19世紀初頭において、プロイセンのほとんどの領域においてプロイセン一般ラント法が、一部の小さい地域においてはドイツ普通法が、そして一部のライン管区の地域においては、フランス法が適用されていた²⁰²⁾。まもなく国全体において、その不完全性から刑法の変革の必要が感じられることになり、またプロイセン全体地域を一つの立法の下に統一

するという願望も感じられることとなった²⁰³⁾。1825年頃から具体的な草案の作成が始められ、そして1827年草案²⁰⁴⁾が、続いて1828年草案が作成された。その1828年草案の中止犯規定は以下のようなものであった²⁰⁵⁾。

§ 57 Wer aus eignem Antriebe, von der Vollendung eines schon begonnenen Verbrechens völlig absteht, und, wo dies nöthig ist, solche Anstalten trifft, daß die beabsichtigte schädliche Wirkung nicht eintreten kann, der soll mit Strafe verschont werden.

Ist jedoch die Versuchshandlung schon ein für sich bestehendes Verbrechen, so wird die Strafe dieses letzteren dadurch nicht zugleich aufgehoben.

(第57条 自発的に、既に開始された犯罪の完成を完全に取りやめ、そして必要な場合には、意図していた侵害結果が発生し得ないように措置をとった者は、刑罰を免じられる。

しかし未遂行為が既にそれ自体として存在している犯罪である場合には、この後者の刑罰はそれによって同時には消滅しない。)

すなわちこの規定の特徴としては、未遂犯の成立(47条)を前提として中止犯が規定されている点、任意性に関して内容上の限定が行われていない点、その法律効果が不処罰とされた点、そして加重的未遂の場合に、内部に含まれた既遂犯としての処罰が行われた点が挙げられる。これらの特徴は前述のように、ドイツの各領邦国家による刑法典ないし刑法草案の中止犯規定において広く一般的に見られるものであり、プロイセンも19世紀の最初の時期においては、それに沿った形の草案を考えていたと言えるのである。

やがて1830年6月になって始めて、完成した形での草案が国務省に届けられた²⁰⁶⁾。これが1830年草案である²⁰⁷⁾。しかしその後、当時司法大臣であったダンケルマン伯爵(Heinrich Wilhelm August Alexander von Danckelmann)の死去後に、司法局局长であり、後の司法大臣であるカンプト(Carl Albert von Kamptz)が1830年草案をもとにその修正草案を編

纂し、1833年12月12日に国務省に提出した²⁰⁸⁾。これが1833年修正草案である²⁰⁹⁾。これらの草案における中止犯規定は、いずれも1828年草案と文言においてほとんど同じものであった。さらに引き続いて1836年には、違警罪の採用を行なった第二修正草案が出された²¹⁰⁾。これが1836年第二修正草案である。この第二修正草案においても、中止犯規定の文言はほとんど変わらなかった²¹¹⁾。

1838年3月から、この1836年草案についての修正を依頼された委員会において、審議が開始された²¹²⁾。この審議の第11回の会議（1838年10月13日）において、中止犯規定（1836年草案の59条）が検討された。その議事録において以下のように述べられている。「『自発的に（aus eigenem Antriebe）』という明文は、ある者がまさに犯罪の未遂の際に驚いたときに、それについて取りやめることを決めた場合も含んでおり、そしてその種の場合に対して刑罰からの解放が承認されようとするときには、まさにそれにより未遂の可罰性がほとんど完全に消滅させられるのである。59条を適用可能にするためには、犯罪者が自らの内心的な動きから（aus eigener innerer Bewegung）行為を取りやめ、そしていわば外部的な出来事によって、その者の意思に反して行為をなされないままにするよう強制されたのではないことが必要不可欠なのである。しかしまさにそれ故に、『自らの（心理的な）動き』という明文が、『自発的』という明文よりも適切なものなのである」と²¹³⁾。すなわち「自発的に（aus eigenem Antriebe）」という文言では行為者の驚愕による中止の場合も含むので、もう少し限定的な意味をもつ「自らの（心理的な）動きから（aus eigener Bewegung）」という文言にするべきだとされたのである。議事録によればそのような考え方はさらに、「バイエルン刑法典およびヴュルテンベルク草案のような、それが行なわれたに違いないようなある種の内心的動きを、より詳細に示すという提案に至り、そしてこれらの規定を、高尚な理由、例えば悔悟、同情、行為に対する嫌悪などが取りやめのきっかけとなった場合に限定することが賢明なのではないかという問題が挙げられた」²¹⁴⁾ようである。

しかしながら結局として、「単に『自発的』という言葉の代わりに『自らの(心理的な)動き』という明文をおくこと、『完全に』という言葉削除すること、しかしその他の点ではその現在の規定における条文を維持することが決定された²¹⁵⁾」としている。そして「その上、上述の『動機(Antrieb)』という明文の変更のために述べられたことに加えて、規定全体が刑事政策的根拠に基づくものであり、なお行為の既遂までに犯罪者にその既遂を取りやめる動機を与え、そしてそれにより、たとえ既遂をなされないままにしたとしても法律上の刑罰を免れないであろうことを自ら知っていた場合には犯罪者が完成させたであろう犯罪を防止する、という目的を持つという点が考慮された。この目的は、取りやめの動機が倫理的なものではない場合にも、犯罪者が自らの内心的な動きから(aus eigener innerer Bewegung) なされないままにしたのみですぐに、その規定を適用させることを必然的に伴うものである。この種の様々な動機は、余す所なく十分には提示され得ないものであり、そして個々人の申し立ては容易に誤解へと至り得る、それゆえにそれを度外視するのがよりよいのである²¹⁶⁾」と述べられている。すなわちこの中止犯規定は刑事政策的な根拠に基づくものであり、行為者に犯罪の完成を取りやめる動機を与え、犯罪の完成を防止する目的を持つものである、とされていたのである。そしてまさにこのような刑事政策的な目的から、中止の動機が倫理的ではないものであったとしても、行為者の側からそのようなものを提示・立証することは十分にはできないものであり、それ故にそもそもそういうものは初めから中止の検討の際には顧慮しないものとしておく方がよいのだ、と考えられていたのである。

そしてさらに「完全に(völlig)」という文言について、「しかし『取りやめた』という単語のそばの『完全に』という明文は、以下のような理由から、存在したままではあり得なかった。すなわち、完全な取りやめ、ないしは完全ではない取りやめは外見的には全く認識し得ないものであり、そしてなお前者(筆者注: 完全な取りやめ)はよりわずかにしか証明され

得ず、それ故に裁判官は容易にその規定を全く使用されないようになり得るであろうからである。犯罪者が、既に試みた行為を完全に為さないままにしたに違いないということは、『取りやめた（abstehet）^{216a)}』という文言において既に十分に表現されている、そして『完全に』という明文はこれ（＝中止）に関係するものではなくて、その者が永久に行為を放棄する意図を持っていることに関係するものなのである。そしてこの要件はまさに、上で述べられた規定の目的をまさにあまりにも志向するものであるが故に、その証明を理由として實際上役に立たないものなのである²¹⁷⁾と述べられている。すなわちある犯罪の取りやめ行為が、単なる犯罪の後日延期なのかそうではないのかは外見的には区別できないものであり、「中止した」ということは「abstehen」という単語の中に既に十分に表現されているとされたのである。そして「完全に」という文言は中止かどうかについての文言ではなく、行為者が行為を放棄する意図を永久に持つかどうかについて関わるものであるから、實際上証明し得ないものであり、もしそのような要件を入れるならば、裁判官は中止犯規定を使用しないままになり得る、と指摘したのである。

1842年2月28日に解任されたカンブツに代わって、サヴィニー（Friedrich Carl von Savigny）が司法省を引き継いだ後に、それまでのこれらの審議の結果を踏まえて様々に変更された草案が、1842年12月28日に国王に提出された²¹⁸⁾。これが1843年草案である²¹⁹⁾。その1843年草案の中止犯規定は以下のように規定された²²⁰⁾。

§ 62 Wer aus eigener Bewegung von der Vollendung eines schon begonnenen Verbrechens absteht, und, wo dies nöthig ist, solche Anstalten trifft, daß die beabsichtigte schädliche Wirkung nicht eintreten kann, der soll mit Strafe verschont werden.

Ist jedoch die Versuchshandlung schon ein für sich bestehendes Verbrechen, so wird die Strafe dieses letzteren dadurch nicht zugleich aufgehoben.

(第62条 自らの心理的な動きから、既に開始された犯罪の完成を取りやめ、そして必要な場合には、意図していた侵害結果が発生し得ないように措置をとった者は、刑罰を免じられるべきである。

しかし未遂行為が既にそれ自体として存在している犯罪である場合には、この後者の刑罰はそれによつては消滅しない。)

この規定の特徴として、未遂犯の成立(55条)を前提として中止犯が規定されている点、任意性に関して内容上の限定が行われていない点、その法律効果が不処罰とされた点、そして加重的未遂の場合に、内部に含まれた既遂犯としての処罰の可能性が残された点などについては、1836年第二修正草案と変わるところがない。しかし1836年第二修正草案との相違点として、1836年草案の「自発的に(aus eigenem Antriebe)」という文言が「自らの心理的な動きから(aus eigener Bewegung)」という文言に変わり、また「完全に(völlig)」という文言が削除された点が挙げられる。これらは前述のように、1838年3月以降における委員会審議の第11回会議(1838年10月13日)において修正すべきとされた点がそのまま反映されたものである。この修正により、中止犯の任意性の内容から例えば驚愕による中止の場合などを除外することが意図されつつも、倫理的なものに限定することまではしないものとされ、また中止の終局性(=単なる犯罪の後日延期ではないこと)についても中止犯成立の要件としないこととされたのである。

しかし1843年1月9日の政令により、国王はその草案全体を承認したものの、なおいくつかの点で修正が必要であることが認められ、その草案はプロイセン領内の領邦等族により検討するよう指示された²²¹⁾。しかしその検討結果は、一般的に非常に拒絶的なものであった²²²⁾。そしてその結果、1845年に司法省において終了した、新しい抜本的な修正へとそれは結実した。これによりでき上がったのが1845年修正草案である。その1845年修正草案の中止犯規定は、以下のように未遂犯規定の中に定められた²²³⁾。

§ 42 Wenn der Vorsatz, ein Verbrechen zu begehen, in solchen

Handlungen offenbar geworden ist, welche einen Anfang der Ausführung des Verbrechens enthalten, so sind diese Handlungen als Versuch zu bestrafen, in sofern die Ausführung durch äußere Umstände, unabhängig von dem Willen des Thäters, verhindert worden ist.

Handlungen, durch welche die Ausführung eines Verbrechens nur vorbereitet, aber noch nicht angefangen worden, sind nicht als Versuch zu betrachten und zu bestrafen.

(第42条 犯罪を実行する故意が、犯罪の実行の着手を含む行為において明らかになった場合には、その実行が外部的な事情によって、行為者の意思によらずして阻止されたのではない限りにおいて、この行為は未遂として処罰され得る。

それにより犯罪の実行は準備されたに過ぎないが、しかしなお着手されていない行為は、未遂としては考察され得ず、処罰され得ない。) すなわち19世紀以降のドイツにおいてここで初めて、1810年フランス刑法典と同様に、中止犯ではないことを未遂犯成立要件とする形式での中止犯の規定形式が草案に現れるのである。この草案は1845年10月18日以降に国家評議会 (Staatsrath) の委員会において再び審議され²²⁴⁾、1846年11月18日に協議終了の後に新しい草案として発案された²²⁵⁾。これが1846年草案である。その1846年草案の中止犯規定は以下のように規定された²²⁶⁾。

§ 40 Der Versuch soll straflos bleiben, wenn der Thäter aus eigener Bewegung von der Vollendung des Verbrechens absteht, und, wo dies nöthig ist, solche Anstalten trifft, wodurch die beabsichtigte schädliche Wirkung verhindert wird.

Wenn jedoch die vorgenommene Versuchshandlung als solche bei einzelnen Verbrechen besonders mit Strafe bedroht ist, oder wenn sie ein selbstständiges Verbrechen enthält, so soll dieselbe dennoch bestraft werden, auch wenn das beabsichtigte Verbrechen aus eigener

Bewegung des Täters nicht zur Ausführung gekommen ist.

(第40条 行為者が自らの心理的な動きから、犯罪の完成を取りやめ、そして必要な場合には、意図していた侵害結果が阻止される方法で措置をとった場合には、未遂は不処罰のままとなる。

しかし行われた未遂行為がそれ自体として個々の犯罪において特別に刑罰が科せられている場合、ないしはその行為が独立した犯罪を含んでいる場合には、たとえ意図した犯罪が行為者自らの心理的な動きから実行へと至らなかったとしても、それにも関わらずその行為は処罰される。)

すなわちこの1846年草案において、再びドイツの一般的な中止犯の規定形式である、未遂犯(38条)の成立を前提とする中止犯の規定形式が採用され、1810年フランス刑法典のような中止犯を未遂犯の範疇にも入らないものとする規定形式が採用されなかったのである。そして前述した国家評議会委員会での新しい提案の協議や、ラインの控訴審裁判所の管区の裁判関係についての草案の適合化²²⁷⁾ に関しておかれた委員会での協議により、さらなる修正がもたらされ、その草案は1847年に公表された²²⁸⁾。これが1847年草案である。その中止犯規定は42条に規定され、その文言は1846年草案と全く同じものであり、未遂犯(40条)の成立を前提とする中止犯の規定形式が採用されたのである²²⁹⁾。

その1847年草案は、召集された最初の「統一領邦議会(vereinigte Landtag)」に提出され、そしてその委員会において1848年1月17日から3月6日まで審議された²³⁰⁾。その協議は、刑法典の公布を新しい手続法の公布後まで延期するという動議により終了した²³¹⁾。

1848年の三月革命の後に、立法作業は1850年になって、新しい草案の起草という形で行われた²³²⁾。これが1851年に理由書とともに公表され²³³⁾、そして1851年1月3日に議会の下院に提出された²³⁴⁾。下院は1851年4月5日に、その委員会の所見を、修正意見とともにほとんど変更なく承認し、これにより可決された草案の規定を上院が1851年4月12日に全く変更なし

に承認した²³⁵⁾。4月14日に国王の裁可が行われ、1851年5月13日に公布された²³⁶⁾。このようにして成立したのが、1851年プロイセン刑法典である²³⁷⁾。その中止犯規定は、以下のように、結局として未遂犯規定の中に組み込まれて規定された²³⁸⁾。

§ 31 Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Täters unabhängige Umstände gehindert worden oder ohne Erfolg geblieben ist.

（第31条 未遂が実行の着手を含む行為によって明らかにされ、そして外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ阻止された、ないしは結果がないままとなったばあいにはのみ、その未遂は可罰的である。）

すなわち結局として1810年フランス刑法典のように、中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とする規定形式で、中止犯が規定されることとなったのである²³⁹⁾。実際この未遂犯の規定は、1851年プロイセン刑法典の中でもおそらく最も目に見える形でフランスの刑事立法により影響されたものであった²⁴⁰⁾。そしてこの規定形式において、未遂の構造は二つの構成要素に分解された。一つは犯罪の実行の着手という積極的要素であり、もう一つが、自らの動機から行為者が行為実行を中止したのではないという消極的要素であった。中止はいわば、消極的構成要件要素として、未遂概念の中にはめ込まれたのである²⁴¹⁾。

ではなぜこのような規定形式が採用されたのであろうか。1851年草案の理由書には以下のように記述がある。「未遂の可罰性のために、犯罪の実行の着手の他に、なおも二つめの、ある種の点で消極的な要素が必要である。それは行為者が、自由な、自らの心理的動きによらずして、その者が既に開始した犯罪の実行を中止したに違いないということである。なぜならこの場合においては、たとえ犯罪故意を常に可罰的なものとして明らか

にさせるような正義はその不処罰を要求しないとしても、しかしやはり犯罪の実行を予防し、そして回避するに違いない刑事政策は、その不処罰を要求するからである。そしてそれを積極的に表現するために「外部的な、行為者の意思によらない事情によってその犯罪の実行が阻止され、もしくは結果が生じないままにされねばならないのである」²⁴²⁾、と。すなわち犯罪の故意が実行の着手により明らかにされて、可罰的なものとなったとしても、刑事政策の観点から、やはり中止犯の不処罰という法律効果が必要なものだと考えられたのである。

そして立証責任の問題に関しては、行為の完成が外部的な事情により阻止されたということも検察側が証明せねばならないものとされていた²⁴³⁾。そしてこのことは、ライン地域の裁判所における当時の実務でもそうであったのである²⁴⁴⁾。

19世紀中期の当時において、学説においてもこのように中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とするような考え方が、理論的に広い支持を受けていた。いわゆる「前期法律説」と呼ばれるものである。それらは様々な論拠を用いながらも、総じて「中止犯の場合には未遂犯もそもそも成立していないのだ」ということを論証しようとしていたのである。

ツァハリエの廃棄説(Annulationstheorie)は、中止により「未遂の可罰性のためには、一部は外部的な、法律と相容れない行動が、もう一部は、それは主要なものなのだが、刑法の違反に向けられた悪い意思が必要なのであり」²⁴⁵⁾、したがって未遂の処罰が両方の本質的要件の結合によって条件づけられているということを出発点とする場合には、中止によってこの必要な要件である悪い意思が「遑って廃棄されるやいなや、必然的にその可罰性は抹消されなければならない」²⁴⁶⁾とし、ルーデンの無効説(Nullitätstheorie)は、「自らの心理的な動きによりその未遂を中断した者の不処罰は、未遂の概念と本質から導かれるものである。というのもこの場合には法的な意味において、既遂にする意思により開始されたであろう行為(Handlung)はもはや存在しないのである」²⁴⁷⁾とし、さらにツァハリエが

「ある意味で補助的に」立てた「第二の説」²⁴⁸⁾であり、後にシュヴァルツェが依拠した²⁴⁹⁾と言われる不确实説（Infirmitätstheorie）は、「頑強な悪い意思のみが危険なものと呼ばれ得るのであって、そのような意思においてのみ、刑罰を抑圧的手段として使用することが必要になるのである。しかし任意的に既遂を取りやめた者は、その行為によって、その者が確固たるそして頑強な悪い意思を持っていなかったこと、そしてその者が一時的にのみ衝動的な動機に従ったものの、しかし法的行動の必要性についての弁識が彼の中で優位を保ったということを示したのである。そのような人間において法的状態は何の危険の心配をせねばならないこともなく、公共安全は確かに一時的にではそうではあったものの、しかし実際には彼によって脅かされなかったのであり、そしてその者が既に法律違反としても行なったことは、そのことがその中に完結した全体として、すなわち既遂犯罪として現れない限りにおいてすぐに、任意的な意思変更が、あらゆる法律に違反する行動から法律上の意味を取り去るであろう」²⁵⁰⁾として²⁵¹⁾、その説明方法は異なるものの、いずれも中止犯の場合に未遂犯がそもそも成立していないことを論証しようとしていたのである。

そしてこれらの学説は19世紀中期に現れたものであり、まさにその当時の刑法典の立法において反映されていったものなのである。すなわち、それまでのドイツ各領邦国家による「未遂犯の成立を前提とした中止犯規定」という特徴をもった規定が、徐々に1810年フランス刑法典と同様の、「中止犯ではないことを未遂犯の成立条件とする規定形式」へと切り替わっていったまさにその時期に、それらの中止犯の規定形式を根拠づけるかのように前期法律説が現れたのである。やがて1813年バイエルン刑法典は1861年バイエルン刑法典に取って代われ、1839年ヴュルテンベルク刑法典は、1849年の法律により取って代われ、いずれも中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とするものとなった。プロイセンにおいても1827年草案以降1843年草案までは未遂犯の成立を前提とした中止犯規定であったのが、1845年草案になって中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とする

規定形式が現れ、その規定形式を採用した1851年刑法典の成立へと至るのである。そして前期法律説と、これらの刑法典の「中止犯ではないことを未遂犯の成立条件とする規定形式」は、非常に整合性のあるものであった。なぜならば前期法律説の立場からすれば中止犯の場合にはそもそも未遂犯は成立していないのであり、「中止犯である場合」には、必然的に「未遂犯でさえもない」ことになるので、未遂犯の成立に「中止犯ではないこと」を要件とすることへと結びつきやすかったのである。

しかしやがてそのようなフランス化の動きは、19世紀後半において、再度の逆方向の動きへと変化していくのである。

第六節 ライヒ刑法典制定まで²⁵²⁾

プロイセン司法省は北ドイツ全体に対する統一的な刑法典の施行を保障しようとし²⁵³⁾、既に1868年6月17日にビスマルクが、プロイセンの司法大臣であるレオンハルト(Adolf Leonhardt)に、北ドイツ連邦の領域に対する刑法典草案の起草を指示し、送付するよう要請していた²⁵⁴⁾。レオンハルトは1868年7月8日の書簡によりこの依頼を受諾し、司法省における当時の報告事務官(vortragende Rat)であったフリートベルク(Heinrich von Friedberg)にその作業を委託した²⁵⁵⁾。それにより作成された刑法典草案は1868年11月には既に北ドイツ連邦の連邦参議院(Bundesrat)に報告され、そして1869年7月に公表された²⁵⁶⁾。これがいわゆる1869年北ドイツ連邦刑法典第1草案である²⁵⁷⁾。その中止犯規定は、1851年プロイセン刑法典と同様に、未遂犯規定の中に以下のように規定された²⁵⁸⁾。

§ 37 Ein strafbarer Versuch liegt vor, wenn der Entschluß zur Verübung eines Verbrechens oder Vergehens durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, an den Tag gelegt und die Vollendung des Verbrechens oder Vergehens nur durch äußere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände gehindert oder unterblieben ist.

（第37条 重罪ないしは軽罪の犯行への決意が実行の着手を含む行為によって明らかにされ、そして重罪ないしは軽罪の既遂が外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ阻止された、ないしは発生せずすまされた場合には、可罰的な未遂が存在する。）

すなわち1851年プロイセン刑法典と同様に、中止犯は未遂犯の消極的要素として規定されていたのである。この頃においてもなおフランス刑法の影響が強かったことがうかがわれる。

この北ドイツ連邦第1草案が最終的に完成する前の1869年6月3日に、北ドイツ連邦の連邦参議院（Bundesrat）は、7人の法律家による委員会によってこの刑法典草案を修正させることを決定した²⁵⁹⁾。そして1869年10月上旬にその委員会がベルリンにおいて開かれ、11月下旬まで続けられた²⁶⁰⁾。これが連邦参議院委員会第1読会である。その委員会の構成員はプロイセンから4名、ザクセン、メクレンブルク＝シュヴェーリン、およびプレーメンからそれぞれ1名ずつとなっていた²⁶¹⁾。そしてこの第1読会の第5回会議（1869年10月7日）において未遂規定に関する審議が行われ、シュヴァルツェによって以下のような提案がなされた。すなわち、「『そして重罪ないしは軽罪の既遂が……』という末尾の文言は、最初の文言（筆者注：実行の着手に関する文言の部分）と合致するものではない。それは刑法典の未遂の定義よりもより適切に規定されているのではあるが、未遂の定義に属するものではないのである。それはむしろ刑罰阻却事由²⁶²⁾を含むものなのである。既に存在している可罰性は、任意的な取りやめによって再び阻却されるのである。しかしこのようにする代わりに直接に（中止犯を未遂犯の規定の中に 筆者による補足）規定することは、それが属していない未遂の構成要件において否定的なことが受け入れられることになる。現在の規定によればその場合は以下になる。そのような行為は未遂として可罰的である、しかし（任意的な中止においては）それ自体としても可罰的ではない。すなわち既に存在しているものとして認められた可罰性が、事後的に再び否定されるのである。したがっ

てその可罰性は存在しているのであり、かつまた存在していないのである。これは論理的な誤りであるように思われる」²⁶³⁾、と。この提案をもとにして「未遂における中止は単に刑罰阻却事由を構成すべきものかどうか」という点が議論され、結局として4対3でこれが賛成されたのである²⁶⁴⁾。すなわちここでシュヴァルツェは、中止犯というのは未遂犯の定義において考慮すべきものではなく、あくまでも事後的にその可罰性が阻却されるものとして、すなわち単なる刑罰阻却事由として規定されるべきであると主張したのである。そしてこれ以降、1871年ライヒ刑法典の成立に至るまで、1810年フランス刑法典や1851年プロイセン刑法典のような、「未遂犯の消極的成立要件」としての中止犯の規定形式は、その草案段階においても全く見られなくなるのである。

このように、中止犯ではないことを未遂犯の成立要件とするフランス型の未遂規定形式は、学説においても、その存在論的な問題性 すなわち時間的に見れば中止の直前には、いったん未遂犯が可罰的な状態に達しているのに、中止が行われるとそれまでの未遂犯自体がそもそも可罰的ではなかったと説明することの論理的な苦しさ や、そもそもの未遂犯の成立範囲の点から、この頃には批判され始めるようになっていた。すなわち、既に1857年の段階でオゼンブリュゲンにより、ツァハリエ²⁶⁵⁾やケストリン²⁶⁶⁾が中止犯において法的根拠(Rechtsgrund)に基づいて、存在していた過去の意思が遡って「無意味な」ものとなると結論づけたり、「行為者が未遂の本質をその中に形成するような意図を任意に再び放棄するやいなや、このような行動はその未遂としての特徴を再び失う」²⁶⁷⁾としたりした点について、以下のように批判がなされた。「……ある瞬間において実際に未遂であったものが、どのようにして次の瞬間にはもはやそうではあり得ないことになるのであろうか？ その意図を外部的な行動において明らかにした者は、このような客観化された意図を再び廃棄し得るのでは決してなくて、その意図およびその意図の客観化や現実化を将来に向かって放棄し得るにすぎないのである。過去に関して、その者はそれ以上に何らの

力をも持たないのである。事実は峻厳なのである」²⁶⁸⁾、と。このような存在論的な問題性の指摘は、1851年プロイセン刑法典ができたすぐ後においてもなされていたのである。そしてさらに、実際に第1読会において前述のような提案を行なったシュヴァルツェは、後に未遂に関する規定について「フランスの法律思想が未遂理論において示している好ましくない影響から離れるという努力がその規定において認められた限りにおいて、かなり大方の同意が得られた」²⁶⁹⁾と評価しており、また「修正草案²⁷⁰⁾はこの路線（筆者注：フランスの影響から離れるという方向性）をなお再び歩んでいた。すなわちその修正草案は規定および法定刑の変更に満足せず、未遂は行為者の意思変更によって事後的に再び抹消されそして未遂において表明された故意（dolus）が再び廃棄され得るようなものではなく、このような未遂は既遂との関係でのみ放棄され得るものである、という適切な見解の方に特に向かうものであった。これにより概念規定の条文（……）は、より単純なものとなり、実務において様々な困難さおよび不安定さと結びついていた、プロイセンおよびフランスの立法以来のものである（未遂の取りやめに関する）条文の末尾部分は削除され、むしろ（概念規定において共に取り入れられてきた）未遂の取りやめは刑罰阻却事由として取り扱われたのである」²⁷¹⁾と述べているのである。またピンディンクは前掲の第1草案に対する検討を行う1869年の著書の中で、「未遂のために『既遂が外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ阻止された、ないしは発生せずにすまされた』ことが要求される場合には、それは憂慮すべきものである。行為が未遂段階にまで入った後で、犯罪者がその既遂をその者にとっては非常に残念なことに誤った決断によりだめにし、そしてその実行を自ら台無しにするようなことは、どれほど無数に生じることか！ここでは既遂は『行為者の意思によらない事情によって阻止された』のではないが、それでも未遂が存在することを誰が否定しようとするのであろうか？」²⁷²⁾と述べて、行為者が誤想により自ら中止した場合には未遂犯が成立しないことになるが、この場合にも未遂が存在していることは否

定し得ないものである、と指摘したのである²⁷³⁾。このように中止犯ではないことを未遂犯の定義の一つとする考え方は学説においても徐々に否定され、未遂犯が成立することを前提にそれを不処罰とするという、刑罰阻却(消滅)事由としての捉え方が広まっていったのである。

さらに前述の第1読会第5回会議(1869年10月7日)においては、前述のような中止犯を刑罰阻却事由とすべき旨の提案に加えて、シュヴァルツェは「外部的な」という文言を削除すること、「ないしは発生せずすまされた」という文言が好ましいものではないこと、また「のみ」という単語が、外部的な事情と任意的な取りやめが競合している場合において同様に好ましくないものとなることを指摘し、「結局としてその条項は、私の知る限りでは、陪審裁判官における混乱のきっかけを与えたのである」とまで述べている²⁷⁴⁾。そして中止未遂を任意的放棄(未終了未遂における放棄)に限定し、同時に終了未遂後の中止を結果回避の場合において考慮することを提案している²⁷⁵⁾。

またその会議においてピュルゲルスは、「そして重罪ないしは軽罪の既遂が……」という文言による条文の末尾を「そして外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ、決意の実行が阻止され、ないしは重罪ないしは軽罪の既遂が生じなかった」とするか、もしくは「発生せずすまされた」という文言の代わりに「生じなかった」と規定することを提案した²⁷⁶⁾。ブッデも第1草案39条を削除し、「その代わりにブレーメン草案の69条を挿入すること」として、1868年ブレーメン自由都市草案²⁷⁷⁾に類似した中止犯規定の挿入を提案した²⁷⁸⁾。ドナントも第1草案39条の後に特別な条項として中止犯規定を入れるよう提案した²⁷⁹⁾。このようにシュヴァルツェだけでなく、ブッデ、ドナントからも、中止犯を未遂犯の成立要件とは関係のないものとしつつ、中止犯規定を別に挿入すべきという提案が出されたのであり、そしてそのような考え方は中止犯を刑罰阻却事由とするシュヴァルツェの考え方とつながるものであったのである。

そしてこれらの提案をもとにして、「行為者が意図された行為の遂行を

任意かつ完全に取りやめた場合には、未遂はそのようなものとしては不処罰なままである」という条文を基礎にして検討した結果、「完全に(gänzlich)」という文言を削除すること、および「ないしは意図された結果の発生を阻止した」と挿入することについては4対3で否決されたものの、「任意に(freiwillig)」という文言を削除することが4対3で承認され、その後この決議をもとに、「行為者が意図された行為の遂行を、この遂行がその者の意思によらない事情により阻止されることなく、完全に取りやめた場合には、その未遂は不処罰のままである」という条文が決議された²⁸⁰⁾。

そしてこの第1読会での審議をふまえて1869年11月に完成したのが、第1読会草案であった。その第1読会草案において、中止犯規定は以下のように規定された²⁸¹⁾。

§ 43 Der Versuch bleibt straflos, wenn der Thäter die Ausführung der beabsichtigten That aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren.

(第43条 行為者が、意図された行為の実行を、その者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして放棄したときは、その未遂は不処罰のままである。)

ここにおいて1851年プロイセン刑法典のようなフランス型の中止犯の規定形式は採用されなくなり、未遂犯の成立要件として「中止犯ではないこと」は要求されず(40条参照)、中止犯は未遂犯の成立を前提とする刑罰阻却(消滅)事由であることが条文上も示されることになったのである²⁸²⁾。

そして第1読会に引き続き、1869年12月2日から12月31日まで、同様の委員会が開かれた。これが連邦参議院委員会第2読会である。まずこの第2読会の第3回会議(1869年12月4日)において、第1読会草案43条の規定に関して、「未遂は」という冒頭の文言の後に「そのようなものとしては(als solcher)」という文言を挿入することが4対3により承認され

た²⁸³⁾。このように修正することにより、中止犯となった場合であっても全く処罰される可能性がなくなるわけではなく、加重的未遂の場合には内部に含まれた既遂犯として処罰するということが示されたのである²⁸⁴⁾。これに対してピュルゲルスによって出された、「意図された重罪ないしは軽罪の既遂が、行為者の意思による事情によってのみ阻止されたときは、その未遂は不処罰のままである」という文言への変更の提案²⁸⁵⁾は、4対3により否決された²⁸⁶⁾。

さらに新しい規定として、シュヴァルツェが以下のような条文を設けることを提案した。

「行為者がその自らの行動により、その行動がなければ発生していたであろう結果を回避したときには、その未遂の刑罰は半分にまで減輕されるべきである。」²⁸⁷⁾

すなわち、第1読会草案43条において規定されていた任意的な実行の放棄²⁸⁸⁾だけではなく、終了未遂の際の結果の回避に関する規定をさらに付け加えるべきと提案したのである²⁸⁹⁾。そしてこの提案に対しては、限定責任能力に対する規定に関して同様に争われていたように、減輕事情の承認を許容する一般規定が広く認められる場合には、そのような終了未遂の中止や限定責任能力に関する規定を設ける必要性もなくなるので、まずそのような減輕に関する一般規定が受け入れられるかどうかを確定しなければ最終的な議決は行い得ないものとされた²⁹⁰⁾。このため前述の提案に対しては、規定されるべき決議が減輕事情についての将来の決議と調和すべきことを前提としてのみ、採決されることが決定され、そしてその提案は以下のような規定において承認された²⁹¹⁾。

「行為者が、行為が露見される前に、その自らの行動により、その行動がなければ発生していたであろう結果を回避したときには、未遂の不処罰が生じる。」

すなわちここで、終了未遂に対する結果回避に関する規定の原型が現れるのである。これはシュヴァルツェの当初の提案とは異なり、その法律効果

が処罰減輕ではなくて不処罰とされ、また初めてその成立要件において「行為が露見される前」であることが要求されたのである。

そしてさらに第2読会の第6回会議(1869年12月10日)において、未遂に関する章の中の、議決のために再度留保されていた43条についての審議が行われた²⁹²⁾。ここでシュヴァルツェとフリートベルクによって、43条を以下のように規定することが提案されたのである²⁹³⁾。

Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder, wenn er zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

「行為者が、意図された行為の実行を、その者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして放棄した、ないしは行為者が、行為がなお露見していない時に、重罪ないしは軽罪の既遂に固有の結果の発生を、自己の行動によって阻止したときは、その未遂はそのようなものとしては不処罰のままである。」

そしてこの条文は承認され²⁹⁴⁾、編集員に、その条文の異なる両方の場合を番号によって分離することが委ねられた²⁹⁵⁾。ここにおいて、1871年ライヒ刑法典とほぼ同じ中止犯規定の文言が完成したのである。この第2読会の作業により、1869年12月31日に第2読会草案が完成した。これがいわゆる1869年北ドイツ連邦刑法典第2草案である²⁹⁶⁾。その中止犯規定は、以下のように規定された²⁹⁷⁾。

§ 44 Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter

- 1) die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder

- 2) zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit angewendet hat.

(第44条 行為者が、

1. 意図された行為の実行を、その者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして放棄した、ないしは
2. 行為がなお露見していない時に、重罪ないしは軽罪の既遂に固有の結果の発生を、自己の行動によって阻止した

ときは、その未遂はそのようなものとしては不処罰のままである。)

これにより、1871年ライヒ刑法典の同じ中止犯規定の文言が、完全な形で現れたのである。

その後、北ドイツ連邦の連邦参議院 (Bundesrat) において短期間の審議が行われた (1870年2月4日から2月11日まで) 後に²⁹⁸⁾、1870年2月14日に刑法典草案が北ドイツ連邦の帝国議会 (Reichstag) に提出された²⁹⁹⁾。これが1870年北ドイツ連邦刑法典第3草案である³⁰⁰⁾。さらに帝国議会において第1読会から第3読会まで審議が続けられ³⁰¹⁾、それにより修正された草案が、1870年5月25日に圧倒的多数を以って承認された³⁰²⁾。これが1870年北ドイツ連邦刑法典であり、この刑法典は1871年1月1日に施行された³⁰³⁾。さらにその刑法典は1871年5月15日に、必要な編集上の修正を行なって、1871年ドイツライヒ刑法典となったのである³⁰⁴⁾。これらの1870年北ドイツ連邦刑法典第3草案³⁰⁵⁾、1870年北ドイツ連邦刑法典³⁰⁶⁾、そして1871年ドイツライヒ刑法典³⁰⁷⁾のいずれにおいても、その中止犯規定は前掲の1869年北ドイツ連邦刑法典第2草案44条と全く同じ文言であった。

このようにして1871年ドイツライヒ刑法典の中止犯規定は、1810年フランス刑法典のような「中止犯ではないことを未遂犯の消極的な成立要件とするフランス型の規定形式」から、1813年バイエルン刑法典以降、ドイツの各領邦国家の刑法典において見られた「中止犯の場合にも未遂犯の成立

を前提とするドイツ型の規定形式」への移行をたどったのである。実際に、まだフランス型の規定形式であった1869年7月の北ドイツ連邦刑法典第1草案についての理由書は、この点に関して「可罰的な未遂のさらなる概念設定においてもまた、その規定は　いくつかの編集上の修正を除いては　プロイセン刑法典の31条における定義を継続している、というのはこの定義が事実に即したものとして認められたからである。したがって未遂は、重罪ないしは軽罪の実行の決意が実行の着手を含む行為によって明らかにされた場合に、既に可罰的である、というべきものではない。むしろ、重罪ないしは軽罪の既遂が外部的に、行為者の意思によらない事情によってのみ阻止され、ないしは為されないうままにされたことが、なお付け加えられなければならない」³⁰⁸⁾、と述べていたのであるが、ドイツ型の規定形式に変更した後の1870年2月の北ドイツ連邦刑法典第3草案についての理由書は、この点に関して以下のように述べている。すなわち、「プロイセン刑法典31条とは異なり、しかし同時に他の大多数のドイツの刑法典の立法に倣って、草案は重罪ないしは軽罪の実行の着手を可罰的な未遂である、と明言することにまで限定した。プロイセン刑法典の規定は、可罰的な未遂の推定のためには、重罪ないしは軽罪の既遂が外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ阻止されたこともまた立証されなければならなかったが、それを草案は受け入れなかった。その草案は、それが44条において、以下のようなことを規定している場合には、他のほとんどのドイツの刑法典の立法と意見が一致した状態にある。すなわちその規定が、行為者がその者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして、意図された行為の実行を放棄した場合に、それ自体として科せられる刑罰に関する阻却事由としてのみ見做されるべきである、ということを規定している場合である」³⁰⁹⁾、と。つまり1851年プロイセン刑法典31条のようなフランス型の中止犯の規定形式の場合には、可罰的な未遂犯が成立するためには、外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ既遂が阻止されたことも検察官の側が立証しなければならなかったが、1870年の第

3草案44条によりこのような立証責任の負担はなくなり³¹⁰⁾、中止犯は他のほとんどのドイツ領邦国家の刑法典と同様に、刑罰阻却(消滅)事由としてのみ見なされることになったのである。さらに第3草案の理由書は終了未遂の結果回避の規定に関して、「44条のさらなる規定、すなわち行為がなお露見していない時に、重罪ないしは軽罪の既遂に固有の結果の発生を、自己の行動によって行為者が阻止したときは、その未遂は未遂としては不処罰のままとなるべきであるという規定は、刑事政策的根拠に依拠している」³¹¹⁾と述べて、このような終了未遂の結果回避の規定が刑事政策的根拠から、すなわち「とにかく結果を生ぜしめないようにする」ために規定されたものである、としているのである。

以上のように1871年ライヒ刑法典は、存在論的な観点から中止を刑罰阻却(消滅)事由としてのみ捉えるべきであるという考え方により、中止を未遂犯の成立要件に係らしめることなく、別個に中止犯規定を置くことになった。この結果、中止犯であることについての立証責任の負担は、1851年プロイセン刑法典においては事実上明文で検察側に課せられていたのであるが、ライヒ刑法典においてはそのような立証責任負担の明文は無くなった。さらに「未終了未遂における任意的な放棄」と「終了未遂における結果の回避」とが区別されるようになり、後者については行為の露見前であることが要求された。また未遂犯の成立を前提として中止犯の場合には不処罰となるのではあるが、その場合に内部に含まれる既遂犯までもが処罰されなくなるのを避けるために、「als solcher」と規定することで、「未遂犯としては不処罰であるが、内部に含まれた既遂犯としては処罰できる」という解釈を可能にした。そしてこれらの中止犯規定に関する変更点のほとんどが、主としてザクセンのシュヴァルツェによって提案されたものであり、彼がその修正の主導的役割を演じていたことは注目すべきことである。

では次章において、その1871年ライヒ刑法典が成立した以後の状況に関して、判例を中心にその考え方の流れの概略を示すことにする。

- 88) ヘッセンにおける刑法典の編纂過程, およびその後の1849年ナッサウ公国刑法典や1856年フランクフルト刑法典への影響などについては, 詳しくは Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen 1831 und 1836, 1993, hrsg. und eingeleitet von Werner Schubert, S. 11ff.; Albert Friedrich Berner, Die Strafgesetzgebung in Deutschland vom Jahre 1751 bis zur Gegenwart, 1867 (以下「Strafgesetzgebung」と略す), S. 172ff.; Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, 1. Bd., 1925, S. 333f.; Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 67 を参照。
- 89) Melchior Stenglein, Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher (以下「Sammlung」と略す), 1857-58, Zweites Bändchen, VII. Großherzogthum Hessen und Frankfurt, Einleitung, S. 3. なお本節の刑法の成立過程に関する記述は, そのほとんどをこの Einleitung に依拠している。
- 90) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VII. Großherzogthum Hessen und Frankfurt, Einleitung, S. 3.
- 91) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VII. Großherzogthum Hessen und Frankfurt, Einleitung, S. 3; Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 172ff.
- 92) Karl Binding, Die gemeinen Deutschen Strafgesetzbücher, 2. Aufl., 1877 (以下「Strafgesetzbücher」と略す), S. 7によれば, このミッターマイヤーの所見に基づく第二草案の編纂もクナップの手によるものであったようである。
- 93) 法文の原文は Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen 1831 und 1836, 1993, hrsg. und eingeleitet von Werner Schubert, S. 68による。
- 94) ただし, 1813年バイエルン刑法典に見られるような, 警察監視の制度や, 加重的未遂の処罰に関する規定は設けられなかったようである。Vgl. Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen 1831 und 1836 (a. a. O.), S. 68ff.
- 95) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VII. Großherzogthum Hessen und Frankfurt, Einleitung, S. 3f.
- 96) Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen 1831 und 1836 (a. a. O.), S. 22 (von Werner Schubert).
- 97) そのクナップによる1836年刑法典草案の全文については Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen 1831 und 1836 (a. a. O.), S. 140ff. の Johann Friedrich Knapp, Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogtum Hessen (1836) を参照。
- 98) 中止に関する1836年ヘッセン大公国刑法典草案第56条の条文は以下のとおり (法文の原文は Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen 1831 und 1836 (a. a. O.), S. 152による)
- § 56 Der Versuch eines Verbrechens oder Vergehens ist alsdann strafbar, wenn
1. durch eine äußere Handlung oder durch eine Unterlassung, welche zur Erreichung des beabsichtigten Zwecks oder Erfolgs dienen konnte, ein Anfang der Vollbringung gemacht worden ist, und wenn
 2. das Verbrechen oder Vergehen zu denjenigen gehört, bei welchen im zweiten

Buche des ersten Theils dieses Gesetzbuchs die Bestrafung des Versuchs ausdrücklich vorgeschrieben ist.

Aber selbst in diesen Fällen darf der Versuch nicht bestraft werden, wenn der Thäter nicht wegen physischer Unvermögenheit oder wegen eines äußeren Hindernisses, sondern freiwillig und vor der Versuchsbeendigung von dem beabsichtigten strafbaren Unternehmen zurückgetreten ist.

(第56条 重罪ないし軽罪の未遂は、次のような場合には可罰的である。

1. 意図された目的ないし結果の達成に役立ち得たような外部的な行為、または不作為によって、遂行の開始がなされた場合、なおかつ
2. その重罪ないし軽罪が、この法典の第一部第二巻において未遂の処罰が明文で指示されている重罪ないし軽罪に属している場合。

しかしこのような場合においても、行為者が身体的な無能力ないしは外部的な障礙を理由としてではなくて、任意にかつ未遂の終了前に意図された可罰的な実行を断念した場合には、未遂は処罰され得ない。)

- 99) Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen 1831 und 1836 (a. a. O.), S. 22 (von Werner Schubert). このリンデロフによる報告が Vortrag über den Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen, (1837) であり、それに基づいて 1836年草案に修正が施されたものが Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen, 出版年記載なし, Als Manuscript gedruckt である。後者の文献においては、1836年草案の条文部分がドイツ文字で、リンデロフらによって追加修正された部分がラテン文字で記述されている。その中止犯規定は以下のようなものであり、その全文がラテン文字で記述されていた(法文の原文は Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Großherzogthum Hessen, 出版年記載なし, Als Manuscript gedruckt (a. a. O.), S. 21 による)。

§ 58d Die unternommenen Versuchshandlungen als solche sind straflos, wenn der Thäter nicht wegen physischer Unvermögenheit oder wegen eines äusseren Hindernisses, sondern freiwillig und vor der Versuchsbeendigung von der Vollführung des beabsichtigten Verbrechens abgestanden ist.

Enthalten diese Versuchshandlungen jedoch selbst ein eigenes Verbrechen, so tritt die hier durch verwirkte Strafe ein.

(第58条 d 身体的な無能力ないしは外部的な障礙を理由としてではなくて、任意にかつ未遂の終了前に意図された犯罪の達成を取りやめた場合には、その着手された未遂行為は未遂としては不処罰である。

しかしながらこの未遂行為がそれ自身固有の犯罪を含んでいる場合には、これにより現実化した刑罰が発生する。)

すなわち若干の文言上の差異はあるものの、56条 a という未遂犯の一般的な成立条項を前提にして、このような「未遂犯の成立を前提とした中止犯概念」が規定された点、中止犯の効果が「不処罰である」とされた点、任意性の要件が、否定的な例示(「身体的な無能力ないしは外部的な阻止を理由としてではなくて」)を中心にしつつ、内容上の限定はしなかった点、そして 中止を未終了未遂に限定した点については1836年草案と

同様であるが、さらに 加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂犯としての処罰を明文化した点が特徴として指摘できる。

- 100) Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen 1831 und 1836 (a. a. O.), S. 23 (von Werner Schubert).
- 101) Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Hessen 1831 und 1836 (a. a. O.), S. 23 (von Werner Schubert).
- 102) Vgl. Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen 1839, 1839, S. 17ff. この1839年草案においてなぜ中止犯規定が削除されてしまったのかについては、後述する。
- 103) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VII. Großherzogthum Hessen und Frankfurt, Einleitung, S. 4.
- 104) この報告書が Bericht der zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen gewählten Ausschüsse I. und II. Kammer, Juli 1840 である。
- 105) Bericht der zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen gewählten Ausschüsse I. und II. Kammer (a. a. O.), S. 133.
- 106) ここで引用されているのは、Paul Johann Anselm Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur=Pfalz=Bayrischen Staaten, 2. Teil, 1804, S. 102f. の、以下のような記述部分である。「国家が人々に不処罰により既に実行された行為を後悔させない場合には、国家はある意味、犯罪を完成するよう強要していることになる。というのも、さもなければ未遂へと至らしめられた不運な者は、その者が既に処罰を招いたこと、そしてその者がより大きなものを悔悟によってはもはや何も獲得すべきではなく、そして行為の完成によって重要なものをもはや何も失うべきではないことを、確かに知ることになるからである。」
- 107) 法文の原文は Bericht der zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen gewählten Ausschüsse I. und II. Kammer (a. a. O.), S. 134 による。
- 108) おそらく1839年バーデン大公国刑法典草案をさすものと思われる。しかしこのバーデン草案も「悔悟を理由として、ないしは何かその他の動機から (wegen eingetretener Reue oder aus irgend einem anderen Beweggrunde)」としていたものであり、必ずしも悔悟という道徳的な理由のみに中止犯の成立を限定しようとしていたわけではない。後述第三節⁽²⁾。
- 109) Bericht der zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen gewählten Ausschüsse I. und II. Kammer (a. a. O.), S. 134f.
- 110) Bericht der zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen gewählten Ausschüsse I. und II. Kammer (a. a. O.), S. 135.
- 111) Bericht der zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen gewählten Ausschüsse I. und II. Kammer (a. a. O.), S. 135.
- 112) これらの見解は上院および下院の合同委員会での一致した意見であったが、上院の委員会による異なる見解として、「委員会の多数は、提案において出された修正により、この条項に賛成した。しかしある構成員はその規定に反対を表明した、なぜなら、一度未遂の要素、すなわちその構成要件が存在した場合に、なぜ犯罪者が後悔などをした場合に、その者が不処罰にされようとするのが理解され得ないからである。しかしもしこの原則が

承認されようとするのであれば、その場合には同一の規定が既遂犯罪においても、承認されなければならないであろう、すなわち例えば任意的に物を返還した場合にも、窃盗犯をいずれにせよ不処罰としなければならないのである。いずれにせよ規定は、提案の中にあるように、犯罪の未遂を理由として訴追されたあらゆる被告人が、提案された条項を引用して、そしてそこから抗弁を導き出すであろうことによって、裁判官を非常に重大な困難へと至らせるであろう。それゆえ草案において、いずれにしても未遂に対して極端に軽い刑罰を規定することをそのままにしておくのが、より良いように思われる」と述べられている。Vgl. Bericht der zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen gewählten Ausschüsse I. und II. Kammer (a. a. O.), S. 139.

- 113) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VII. Großherzogthum Hessen und Frankfurt, Einleitung, S. 4.
- 114) 「クールヘッセン(ヘッセン・カッセル選帝侯国)」における刑法典ではないことを示すために、「ヘッセン・ダルムシュタット大公国刑法典」と呼ばれることもある。
- 115) 法文の原文は Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VII. Großherzogthum Hessen und Frankfurt, S. 49 による。
- 116) ただし加重的未遂の場合に、内部に含まれている既遂犯としての処罰は明文化されていた(70条)。このことは「未遂としては」不処罰である、という69条の文言とも整合性を持つものである。
- 117) Moritz Wilhelm August Breidenbach, Commentar über das Großherzoglich Hessische Strafgesetzbuch, Erster Band, Zweite Abtheilung, 1844, S. 204.
- 118) Breidenbach, a. a. O., S. 204.
- 119) しかしこのようなプライデンバッハの解釈論は、「悔悟(Reue)」が道徳的なニュアンスを多分に含んでいることから、やや疑問がある。しかしそうであるとはいえ、プライデンバッハの解釈によれば「悔悟」の中身は、やはり規範的な内容(すなわち「これまでその者によりなされた出来事がいかに不法であるのかについての確信」)を含んでいるので、ある程度の規範的観点からの任意性の限定が行われているといえよう。
- 120) Breidenbach, a. a. O., S. 205.
- 121) ただしプライデンバッハは「処罰に対する恐れおよび法律への尊重は、決して同じ意味を持つものではない。法律への尊重によって魂を吹き込まれた者は、そのように要求されているが故に、服従した者なのである」とも指摘し、法律への尊重を理由として中止した者には中止犯を認めるものとしている。Vgl. Breidenbach, a. a. O., S. 205.
- 122) このような被告人の側への中止事実についての立証責任の負担が法律上明文化されたのは、前述の上院および下院の合同委員会の審議において述べられていたような、「あらゆる罪の被告人が65条の規定を心にとどめておいて、たとえその者が外部的な阻止によってその犯罪の実行を妨げられたものであろうとしても、自由な意思によりその行為を放棄したということをまことしやかに見せかける(Bericht der zur Begutachtung des Entwurfs eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Hessen gewählten Ausschüsse I. und II. Kammer (a. a. O.), S. 135)」ことや、「犯罪の未遂を理由として訴追されたあらゆる被告人が、提案された条項(65条)を引用して、そしてそこから抗弁を導き出すであろうことに

よって、裁判官を非常に重大な困難へと至らせるであろう (a. a. O., S. 139)」ことを怖れたがためのものであるとも考えられるが、明確な直接の理由は明らかにできなかった。今後の課題としたい。

- 123) 前述第二部第三章第一節 (立命館法学288号 (2003年) 183頁以下) 参照。
 124) このような1841年ヘッセン・ダルムシュタット大公国刑法典を基礎として採用し、ヘッセン刑法典制定後のいくつかの経験に関してのみ手を加えられた上で成立したのが、1849年ナッサウ公国刑法典である (Vgl. Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., IX. Herzogthum Nassau, Einleitung)。その中止犯規定は以下のとおり (法文の原文は Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., IX. Herzogthum Nassau, S. 31による)。

§ 65 Der noch nicht beendigte Versuch, als solcher, ist straflos, wenn der Thäter nicht wegen physischen Unvermögens oder anderer zufälliger, von seinem Willen unabhängiger Umstände, sondern freiwillig und aus Reue von dem Unternehmen, und zwar gänzlich abgestanden ist.

(第65条 行為者が、身体的な無能力ないしは他の偶然的な、行為者の意思によらない事情を理由としてではなくて、任意かつ後悔して、実行を、それも完全にやりやめた場合には、その未終了未遂は未遂としては不処罰である。)

1841年ヘッセン・ダルムシュタット大公国刑法典との違いとしては、1841年ヘッセン刑法典が明確に中止の事実についての行為者の証明を要求している (すなわち「行為者が証明した場合には」) のに対し、1849年ナッサウ刑法典ではそれが明確化されていない点が挙げられる。この点で1841年ヘッセン刑法典の方が、被告人の側の中止の事実の立証責任の負担が大きいものといえる。このような被告人の側の中止事実の立証責任負担の規定は、前述のように1813年バイエルン刑法典においても存在し、その部分は1848年の改正によって削除された (前述第二部第三章第一節 (立命館法学288号 (2003年) 183頁以下) 参照)。

- 125) ザクセン王国における刑法典の編纂過程、および1841年ザクセン = アルテンブルク公国刑法典へのその影響などについては、詳しくは Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 92ff. und S. 304ff.; Carl Georg von Wächter, Das Königlich Sächsische und das Thüringische Strafrecht, 1857, S. 3ff.; von Hippel, a. a. O., S. 327ff.; von Liszt/Schmidt, a. a. O., S. 66 u. S. 69 を参照。またザクセン王国の国制史に関する日本語文献として、ゲーアハルト・シュミット著、松尾展成編訳『近代ザクセン国制史』(1995年) 参照。
 126) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 3.
 127) ティットマンの中止未遂の理論については、金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について (一)」法学 (東北大学) 63巻 (1999年) 666頁以下を参照。
 128) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 3. このようにステンクラインは述べているが、しかし両者により既に刑法草案の大部分は完成に近い状態にまで作成されており (Vgl. Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 93), 実際にティットマンやエアハルトにより作成されたザクセン王国刑法草案が残されているのである。それらの条文数は、いずれも1000条を越える大規模なものであった。Carl August Tittmann, Entwurf zu einem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen, 1. Band,

1813; Christian Daniel Erhard, Entwurf eines Gesetzbuches über Verbrechen und Strafen für die zum Königreiche Sachsen gehörigen Staaten, 1816.

- 129) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 3; Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 94.
- 130) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 4.
- 131) その1824年ザクセン王国刑事法典草案における中止犯規定は以下のとおりである(法文の原文は Entwurf eines Criminalgesetzbuches für das Königreich Sachsen, 1824, S. 51による)。

§ 183 Wer von der Unternehmung einer vorbereiteten, oder auch von der Vollendung einer schon begonnenen verbrecherischen Handlung bloß aus Reue, da ihn ein Abscheu vor der That, oder die Furcht vor der darauf gesetzten Strafe ergriff, abstand, der soll mit aller Strafe verschont werden.

§ 184 Ist jedoch die vorbereitende Handlung, oder das Beginnen der verbrecherischen That schon ein für sich bestehendes Verbrechen, so wird die Strafe desselben dadurch nicht aufgehoben.

(第183条 準備された犯罪行為の実行を, ないしは既に開始された犯罪行為の完成をも, 単に悔悟から, その者が行為に対する嫌悪の念, ないしはそれに規定された刑罰への恐れに襲われたが故に, 取りやめた者は, 全ての刑罰を免れるべきである。

第184条 しかし準備行為, ないしは犯罪行為の開始が既にそれ自体として存在している犯罪である場合には, その存在している犯罪の刑罰は, それによっては消滅されない。)

この規定の特徴としては, 予備(準備)行為にも未遂行為と同様に中止犯である場合を認めている点, 任意性を「悔悟」「行為に対する嫌悪の念」「刑罰への恐れ」として内容上限定した点, そして中止犯となった場合の法律効果を不処罰としつつ, 加重的未遂の場合にはその内部の既遂犯を処罰する規定があった点などが挙げられる。

- 132) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 4.
- 133) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 4.
- 134) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 4. これがいわゆる1836年ザクセン王国刑事法典草案である。それに対して批判・検討を行うものとして, Julius Friedrich Heinrich Abegg, Beiträge zur Kritik des Entwurfs zu einem Criminalgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom Jahre 1836, 1837(以下「Beiträge Sachsen」と略す)を参照。
- 135) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 4.
- 136) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 4f.

- 137) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 4.
- 138) この1838年ザクセン王国刑事法典について詳しくは, August Otto Krug, Studien zur Vorbereitung einer gründlichen Auslegung und richtigen Anwendung des Criminalgesetzbuches für das Königreich Sachsen vom Jahre 1838, 1838 (以下「Auslegung」と略す)などを参照(特に未遂に関しては Krug, Auslegung (a. a. O.), I. Abtheilung, S. 50ff.を参照)。
- 139) 法文の原文は Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, S. 38f. による。なおこの引用箇所は1841年ザクセン = アルテンブルク公国刑法典の条文であるが, この1841年ザクセン = アルテンブルク公国刑法典がそもそも1838年ザクセン王国刑法典をもとにしたものであり, 1838年ザクセン王国刑法典との差異が存在する場合にはその旨脚注に記されている (Vgl. Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 5f. und S. 17ff.)。引用箇所にはこのような差異の存在を示す記述がなかったので, これは1838年ザクセン王国刑法典と同じ文言であると考えてよいであろう。
- 140) Michael Peter Müller, Die geschichtliche Entwicklung des Rücktritts vom Versuch bis zum Inkrafttreten des neuen StGB-AT 1975, 1995, S. 58.
- 141) Vgl. Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, S. 56 Fn. 94.
- 142) Heinrich Albert Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Zweiter Theil, 1839, S. 317f.; Müller, a. a. O., S. 58.
- 143) Vgl. Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, S. 106.
- 144) なおこの188条の法律効果に関して, ツアハリエや, それに依拠したと思われるミュラーは「不処罰になる」と述べている (Zachariä, a. a. O., S. 318; Müller, a. a. O., S. 58) 。しかし筆者が条文を Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, S. 106 で確認した限りでは, 偽証の撤回について「6月以下の労役刑」, 軽率な宣誓の撤回について「6週以下の軽懲役刑ないしはそれに相応する罰金刑」となっており, 不処罰とはされていない。だが, いずれにせよ刑罰における評価矛盾が生じる点では変わらない。
- 145) すなわち, 例えばここで挙げた窃盗罪の事後補償規定との評価矛盾については, 既に1836年ザクセン王国刑事法典草案にも存在しており, 前述のアーベックもその矛盾点について指摘しているのである。Vgl. Abegg, Beiträge Sachsen (a. a. O.), S. 25f.
- 146) Zachariä, a. a. O., S. 318.
- 147) Müller, a. a. O., S. 58. しかしツアハリエはこのような解釈について, 「これ(筆者注: この条文の文言)はすなわち, 裁判官が行為者を状況次第では完全に不処罰として解放し得ることも意味しているのであろうか? これが(もちろん望ましいものではあるが)その法律の意図することであるようには, 我々には思われない」と述べている。Vgl. Zachariä, a. a. O., S. 317 Fn. 2.
- 148) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S.

5.

- 149) 例えばザクセン = ヴァイマル大公国においては1839年4月5日に、ザクセン = アルテンブルク公国においては1841年5月3日に、ザクセン = マイニンゲン公国においては1844年8月1日に、そしてシュヴァルツブルク = ゾンデルスハウゼン侯国においては1845年5月10日に、1838年ザクセン王国刑事法典がわずかに修正されただけで公布された。Vgl. Stenglein, Sammlung (a. a. O.), I. Bd., III. Herzogthum Sachsen=Altenburg, Einleitung, S. 5; Karl Binding, Die gemeinen Deutschen Strafgesetzbücher, 2. Aufl., 1877 (以下「Strafgesetzbücher」と略す), S. 8f. u. Tabelle zu § 1. (am Schluß des Buches). 1850年テューリングン刑法典ができる以前に、1838年ザクセン王国刑事法典の修正版を採用したこれらの領邦の中で、後にそのテューリングン刑法典の採用に参加しなかったのはザクセン = アルテンブルク公国のみであり、そこではこの1841年5月3日に採用した1838年ザクセン王国刑事法典の修正版がそのまま使用された。Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., X. sg. Thüring'sches Strafgesetzbuch, Einleitung, S. 4.
- 150) この1850年テューリングン刑法典の成立過程については、詳しくは Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 208ff.; Wächter, a. a. O., S. 54ff.; Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., X. sg. Thüring'sches Strafgesetzbuch, Einleitung, S. 3f. を参照。中部ドイツでは前注のように、1838年ザクセン王国刑事法典を修正したものが採用されてきたが、しかしこれも中部ドイツ地域の法の同一性の要請に応えるものではなく、その同一性の要請はイエーナにある共通最高裁判所 (der gemeinschaftliche oberste Gerichtshof) によって、なお一層ははっきりとしたものとなった。それゆえザクセン = ヴァイマル大公国政府は周辺国に共通刑法に関する審議を行うよう働きかけ、その結果作成された刑法典は、ザクセン = ヴァイマル = アイゼナ八大公国、ザクセン = マイニンゲン公国、ザクセン = コーブルク = ゴータ公国、アンハルト = デッサウ公国、アンハルト = ケーテン公国、シュヴァルツブルク = ルドルシュタット侯国、シュヴァルツブルク = ゾンデルスハウゼン侯国、ロイス分家侯国の全ての領邦に、個別的な相違点を許容しつつも、採用された (Vgl. Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., X. sg. Thüring'sches Strafgesetzbuch, Einleitung, S. 3f.; Binding, Strafgesetzbücher (a. a. O.), S. 9f. u. Tabelle zu § 1. (am Schluß des Buches))。その1850年テューリングン刑法典の中止犯規定は以下のとおりである (法文の原文は Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., X. sg. Thüring'sches Strafgesetzbuch, S. 75による)。

§ 26 Wer von einer bereits angefangenen verbrecherischen Unternehmung, ohne durch äußere Umstände gehindert worden zu sein (Art. 23 Nr. 1), freiwillig wieder absteht, ist straflos, sofern nicht dasjenige, was er schon zur Ausführung des Verbrechens gethan hat, als ein besonderes Verbrechen strafbar ist.

Hat der Thäter dagegen alles gethan, was von seiner Seite zur Vollendung des beabsichtigten Verbrechens nothwendig war (Art. 23 Nr. 2), und hat das Verbrechen dadurch freiwillig wieder aufgegeben, daß er selbst das Eintreten des zur Vollendung des Verbrechens gehörigen Erfolges abgewendet hat, so soll ihm dieses nur zur Minderung der Strafe des Versuches gereichen und er nach den im Art. 24 für den Fall des Art. 23 Nr. 4 aufgestellten Regeln bestraft werden.

(第26条 既に開始された犯罪の実行を、外部的な事情によって阻止されたのではなくして(23条1号)、任意に再び取りやめた者は、その者が既に犯罪の実行のために行ったことが、特別な犯罪として可罰的なものとされていない限りにおいて、不処罰である。

それに対して、行為者がその者の側から、意図された犯罪の既遂のために必要不可欠であった全てのことを行なったが、そしてその者が自ら、犯罪の既遂に属する結果の発生を回避したことにより、犯罪を任意に再び放棄した場合には、このことはその者に、未遂の刑罰の減輕のみをもたらすべきであり、そしてその者は23条4号の場合のための24条において提示された規定に従って処罰される。)

この規定の特徴としては、任意性に関して内容の限定を行っていない点、加重的未遂の場合の内部の既遂犯処罰の規定がある点が挙げられる。そして特に1838年ザクセン王国刑事法典との大きな違いは、中止犯を着手未遂と実行未遂の二種類に区分し、前者の法律効果を「不処罰」としつつ、後者の法律効果を「刑罰減輕」としたことである。本文中に挙げた1838年ザクセン王国刑事法典への批判を受けたことに基づくものとも考えられる。

- 151) この1853年ザクセン王国刑事法典草案の中止犯規定は以下のとおり(法文の原文は Müller, a. a. O., S. 58 による)。

§ 42 Der nicht beendete Versuch eines Verbrechens (Art. 38) ist straflos zu lassen, wenn der Verbrecher sein Vorhaben, ohne an der Ausführung desselben durch äußere Umstände gehindert worden zu sein, gänzlich wieder aufgegeben hat. . .

(第42条 犯罪の未終了未遂(38条)は、犯罪者がその計画を、外部的事情によって実行そのものが阻止されること無しに、完全に再び放棄した場合には、不処罰にされるべきである。……)

この規定は未終了未遂に関するものであり、ミュラーによれば、終了未遂においては不処罰となるような中止は全くあり得ないことになる。そしてこの草案の規定は、そのまま1855年ザクセン王国刑法典の44条に引き継がれた。Vgl. Müller, a. a. O., S. 58f.

- 152) 法文の原文は Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XIII. Königreich Sachsen, S. 33 による。
- 153) August Otto Krug, Commentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855, 1. Abtheilung, 1855 (以下「Commentar」と略す), S. 93.
- 154) Krug, Commentar (a. a. O.), S. 93.
- 155) Krug, Commentar (a. a. O.), S. 93.
- 156) Krug, Commentar (a. a. O.), S. 93f.
- 157) ハノーファー王国における刑法典の編纂過程などについては、詳しくは Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 157ff.; Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VI. Hannover, Einleitung, S. 3ff.; von Hippel, a. a. O., S. 331f.; von Liszt/Schmidt, a. a. O., S. 67 を参照。
- 158) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VI. Hannover, Einleitung, S. 3.
- 159) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VI. Hannover, Einleitung, S. 3; Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 157f.
- 160) これが1825年ハノーファー王国刑法草案である。その中止犯規定は以下のとおり(法文の原文は Anton Bauer, Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover, Mit

Anmerkungen, 1826 (以下「Entwurf Hannover 1826」と略す)による。

§ 39 Die auf Ausführung eines Verbrechens gerichteten Handlungen bleiben straflos :

- 1) wenn sie an und für sich erlaubt, als bloße Vorbereitungen zur Ausführung eines Verbrechens anzusehen sind ; vorbehaltlich dessen, was in Ansehung der Gehülfen bestimmt wird (Art. 84) ;
- 2) wenn zwar schon ein wirklicher, an sich strafbarer Versuch vorhanden, jedoch der Handelnde, vor dessen Beendigung, ohne dazu durch ein äußeres Hinderniß oder durch Zufall genöthiget zu seyn, aus freiem Antriebe völlig abgestanden ist, und daß dieses geschehen sey, durch äußere Handlungen an den Tag gelegt hat.

Sollte aber die Versuchshandlung schon an sich irgend eine andere Uebertretung enthalten, so tritt die dadurch verwirkte Strafe ein.

(第39条 犯罪の実行に向けられた行為は、次のような場合には不処罰のままである。

1. その行為がそれ自体としては単なる犯罪の実行に対する予備として評価されることが許される場合、ただし幫助を顧慮して規定されていること(84条)を除く。
2. 確かに既に実在する、それ自体可罰的な未遂が存在しているが、しかし行為者がその終了の前に、外部的障礙によってないしは偶然的事情によってそれを強制されること無しに、任意的な動機から完全に取りやめ、そしてこれが行われたことが外部的な行為によって明らかにされた場合。

しかし未遂行為が既にそれ自体、なにか他の違反行為を含んでいる場合には、それによって現実化した刑罰が発生する。)

この規定の特徴としては、未遂犯成立(38条)を前提として中止犯が規定されていること、任意性に関して内容上の限定が行われていないこと、加重的未遂の場合に内部の既遂犯として処罰する明文があること、そして中止が未終了未遂においてのみ認められていること、さらに中止行為について「これが行われたことが外部的な行為によって明らかにされた」場合に限ることで、事実上中止の立証を被告人の側に負わせていることなどが挙げられる。なお当該規定に対するパウアーの注釈については、Bauer, Entwurf Hannover 1826 (a. a. O.), S. 378ff. を参照。

- 161) Carl Joseph Anton Mittermaier, Heidelberger Jahrbücher 1824, Nr. 41-43. これは後に「Bemerkungen über den Entwurf eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover」という題名で出版された。Vgl. Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 158.
- 162) Gans, Kritische Beleuchtung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover nebst dem Entwurfe selbst, in dessen zuletzt bekannt gewordener Redaktion, von einem praktischen Rechtsgelehrten, 1. Theil 1827, 2. Theil 1828.
- 163) Bauer, Entwurf Hannover 1826 (a. a. O.), usw.
- 164) Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 159.
- 165) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VI. Hannover, Einleitung, S. 4.
- 166) この1830年ハノーファー王国修正草案と1825年ハノーファー王国刑法草案を比較検討する文献として、Anton Bauer, Vergleichung des ursprünglichen Entwurfs eines Strafgesetzbuches für das Königreich Hannover mit dem revidierten Entwurfe, wie solcher den Ständen

des Königreichs mitgetheilt worden, 1831 参照。

- 167) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VI. Hannover, Einleitung, S. 4.
- 168) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VI. Hannover, Einleitung, S. 4f.
- 169) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VI. Hannover, Einleitung, S. 5.
- 170) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VI. Hannover, Einleitung, S. 5.
- 171) 法文の原文は Allgemeines Criminal-Gesetzbuch für das Königreich Hannover, 1840, S. 19f. による。
- 172) Müller, a. a. O., S. 57. ミュラーによれば, ガンスはこのような規定を設けることについて「これは立証問題へと至る。すなわち, 被告人は彼にとって好都合な主観的要素を, 客観的にもまたなお証明することを, 義務付けられ得ることはないからである。すなわちその立証は, 既におのずから行為の不完成の中に存在するのである。むしろ不任意な放棄が, 被告人に対して証明されなければならない。刑事政策的にもまた, 被告人に無罪証拠の負担を負わせることは見当違いである。中止者がその被害者に『私は今, 任意に止める』とすることが唯一のその可能性であることがしばしばである。しかもその上, それによって実現不可能な否認の証拠が行為者に要求されるということが広く言われるようになり得るのである」と述べており, その点からガンスは当該文言の削除に賛成している, とする。Gans, a. a. O., 1. Theil, 1827, S. 107ff., zitiert nach Müller, a. a. O., S. 57. このような被告人の側への中止犯についての立証責任負担に関する規定の削除は, 1848年にバイエルン刑法典においても行われたことであった。前述第二部第三章第一節(立命館法学288号(2003年)183頁以下)参照。
- 173) バーデン大公国における刑法典の編纂過程などについては, 詳しくは Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 197ff.; Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VIII. Baden, Einleitung, S. 3f.; Entwürfe für das Strafgesetzbuch des Großherzogtums Baden Karlsruhe 1836 und 1839, Mit einer Einleitung neu herausgegeben von Rainer Schröder, 1989, Kodifikationsgeschichte Strafrecht Großherzogtum Baden (von Rainer Schröder), S. VII ff.; von Hippel, a. a. O., S. 332f. ; von Liszt/Schmidt, a. a. O., S. 67 を参照。
- 174) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VIII. Baden, Einleitung, S. 3.
- 175) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VIII. Baden, Einleitung, S. 3; Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 197.
- 176) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VIII. Baden, Einleitung, S. 3.
- 177) 1836年バーデン大公国刑法典草案は, その表題の下に「大公国立法委員会の審議後」との記述があることから, おそらくこの立法委員会内での討議の末に出来上がったものと考えられる。その中止犯規定は以下のとおり(法文の原文は Entwürfe für das Strafgesetzbuch des Großherzogtums Baden Karlsruhe 1836 und 1839, Mit einer Einleitung neu herausgegeben von Rainer Schröder, 1989, I, S. 25 による)。

§ 103 Ist der Thäter nach unternommenen Versuchshandlungen wegen eingetretener Reue oder aus irgend einem anderen Beweggrunde von der wirklichen Vollführung der That freiwillig wieder abgestanden, so sind die Versuchshandlungen als solche straflos. Enthalten sie jedoch selbst ein eigenes Verbrechen, so tritt die hierdurch verwirkte

Strafe ein.

(第103条 行為者が、着手された未遂行為後に発生した悔悟を理由として、ないしは何かその他の動機から、現実化した行為の遂行を任意に再び取りやめた場合には、当該未遂行為は未遂としては不処罰である。

しかしながらその未遂行為がそれ自身固有の犯罪を含んでいる場合には、これにより現実化した刑罰が発生する。)

この規定の特徴としては、未遂犯成立(91条, 97条)を前提として中止犯が規定されていること、任意性に関して内容上の限定が行われていない 「悔悟ないしはその他の動機」なので こと、加重的未遂の場合に内部の既遂犯として処罰する明文があることが挙げられる。

- 178) この1839年バーデン大公国刑法典草案の中止犯規定は以下のとおり(法文の原文は Entwürfe für das Strafgesetzbuch des Großherzogtums Baden Karlsruhe 1836 und 1839, Mit einer Einleitung neu herausgegeben von Rainer Schröder, 1989, II, S. 30による)。

§ 105 Ist der Thäter nach unternommenen Versuchshandlungen wegen eingetretener Reue oder aus irgend einem anderen Beweggrunde von der wirklichen Vollführung der That freiwillig wieder abgestanden, so sind die Versuchshandlungen als solche straflos.

Enthalten sie jedoch selbst ein eigenes Verbrechen, so tritt die hierdurch verschuldete Strafe ein.

(第105条 行為者が、着手された未遂行為後に発生した悔悟を理由として、ないしは何かその他の動機から、現実化した行為の遂行を任意に再び取りやめた場合には、当該未遂行為は未遂としては不処罰である。

しかしながらその未遂行為がそれ自身固有の犯罪を含んでいる場合には、これにより負責される刑罰が発生する。)

1836年バーデン大公国刑法典草案とは、第2項の文言が1箇所異なる(「現実化した(verwirkte)」が「負責される(verschuldete)」となった)のみで、それ以外は全く同じ文言である。また立法委員会によるこの1839年バーデン大公国刑法典草案の注釈書においては、中止犯については、犯罪結果が生じなかったときに、「行為者が自分自身で、開始された犯罪の既遂を、自発的に放棄した場合に対して、刑事政策は不処罰を要求している(105条)」とのみ述べられている。Anmerkungen der Gesetzgebungscommission zum Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden, 1839, S. 24.

- 179) この下院における審議の結果、でき上がった草案が、Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Großherzogthum Baden, nach den Beschlüssen der Kommission der zweiten Kammer der Landstände, 1840に記載されている(これを便宜上、1840年バーデン大公国刑法典草案と呼ぶことにする)。この1840年バーデン大公国刑法典草案における中止犯規定は以下のとおり(法文の原文は上記の文献の198頁による。なお下線部はラテン文字で、それ以外はドイツ文字で記載されていた。おそらくラテン文字(下線部)が修正部分と思われる)。

§ 105 (Freiwilliges Aufgeben des versuchten Verbrechens.) Hat der Thäter nach unternommenen Versuchshandlungen wegen eingetretener Reue oder aus irgend

einem andern Beweggrunde vor der Vollführung das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben, so sind die Versuchshandlungen als solche straflos.

Enthalten sie jedoch selbst ein eigenes Verbrechen, so tritt die hiedurch verschuldete Strafe ein.

§ 105a (Abwendung des Erfolgs.) Hat der Thäter nach beendigter Unternehmung das Eintreten des strafbaren Erfolgs selbst abgewendet, und das Verbrechen freiwillig wieder aufgegeben, so ist er ebenfalls straflos.

(第105条(未遂犯罪の任意的な放棄) 行為者が、着手された未遂行為後に発生した悔悟を理由として、ないしは何かその他の動機から、犯罪の遂行の前に任意に再び放棄した場合には、当該未遂行為は未遂としては不処罰である。

しかしながらその未遂行為がそれ自身固有の犯罪を含んでいる場合には、これにより惹起された刑罰が発生する。

第105条 a (結果の回避) 行為者が着手行為の終了後に可罰的な結果の発生を自ら回避し、なおかつ犯罪を任意に再び放棄した場合には、同様に当該行為者は不処罰である。)

この規定の特徴としては、中止未遂規定が未終了未遂の場合と終了未遂の場合の二つに分かれ、前者では「犯罪の放棄」が、後者では「犯罪結果の回避」が要求された。そして法律効果においては未終了未遂の場合も終了未遂の場合も「不処罰」となるものとされたのである。この1840年バーデン大公国刑法典草案は、いわばそれまでのバーデン大公国の刑法典草案の部分そのまま未終了未遂の規定としつつ、終了未遂の規定の部分を追加的に規定したような、過渡期段階のものであったといえる。

- 180) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VIII. Baden, Einleitung, S. 4.
- 181) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VIII. Baden, Einleitung, S. 4; Binding, Strafgesetzbücher (a. a. O.), S. 9f. u. Tabelle zu § 1. (am Schluß des Buches).
- 182) この1845年バーデン大公国刑法典について詳しくは、Wilhelm Thilo, Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden mit den Motiven der Regierung und den Resultaten der Stände Verhandlungen im Zusammenhange dargestellt, 1845; Sigismund Puchelt, Das Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden nebst Abänderungen und Ergänzungen mit Erläuterungen, 1868などを参照。
- 183) 法文の原文は Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 2. Bd., VIII. Baden, S. 47f. による。
- 184) ティロによれば、終了未遂に対しては犯罪の中止(Abstehen)ということは多くを語るものではなく、むしろ「最も重要なことは結果の回避なのである」として、結果の回避を目的とした別の規定の必要性があった点を述べている。しかしティロは「これがあまりに重視されすぎて、完全な不処罰という結果を与えるべきものではなかった」という点から、この法律では刑罰減輕事由として評価されているとしている。Thilo, a. a. O., S. 144.
- 185) Krug, Commentar (a. a. O.), S. 93.
- 186) Thilo, a. a. O., S. 144.
- 187) Krug, Commentar (a. a. O.), S. 93.
- 188) これまで挙げてきた以外に刑法典を作成し成立させた領邦として、リューベックなどが

挙げられるが、それについては(プロイセンとの関連で)後述する。また、草案を作成するにどまった領邦としてシュレスヴィヒ=ホルシュタイン公国(1808年草案および1849年草案)、クールヘッセン(ヘッセン・カッセル選帝侯国)(1849年草案)などが挙げられるが、分量の都合上、本稿では割愛する。さらにプレーメン自由都市の1868年草案については、第六節で若干述べることにする。

- 189) ブラウンシュヴァイク公国における刑法典の編纂過程などについては、詳しくは Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 135ff.; Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., V. Braunschweig, Einleitung, S. 3f.; von Hippel, a. a. O., S. 334; von Liszt/Schmidt, a. a. O., S. 67 を参照。
- 190) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., V. Braunschweig, Einleitung, S. 3.
- 191) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., V. Braunschweig, Einleitung, S. 3; Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 143.
- 192) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., V. Braunschweig, Einleitung, S. 3; Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 143.
- 193) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., V. Braunschweig, Einleitung, S. 3f.; Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 143.
- 194) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., V. Braunschweig, Einleitung, S. 4.
- 195) この1840年ブラウンシュヴァイク公国刑法典は、ステンクラインにより、明らかに1813年バイエルン刑法典の影響の下で生まれたものではあるが、「既にその大部分の欠点が無くなっており、そして簡潔さおよび明確さの点で際立っているが故に、それは独立した、極めて優れたドイツ立法の現れである」と評されている(Vgl. Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., V. Braunschweig, Einleitung, S. 4)。またホルツェンドルフも「1848年以前に存在していた刑法典の中で、ブラウンシュヴァイク刑法典が最も高い賞賛を享受した」と述べている。Vgl. Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, Bd. 1, Die geschichtlichen und philosophischen Grundlagen des Strafrechts, 1871 (Nachdruck, 1986), S. 89. そしてこのブラウンシュヴァイク刑法典は、わずかな修正を施したのみで、1843年7月18日にリッペ=デトモルト侯国においても公布された。Vgl. Binding, Strafgesetzbücher (a. a. O.), S. 8 u. Tabelle zu § 1. (am Schluß des Buches); Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., V. Braunschweig, Einleitung, S. 4.
- 196) 法文の原文は Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 1. Bd., V. Braunschweig, S. 47 による。
- 197) 前述第二部第三章第一節(立命館法学288号(2003年)180頁以下)参照。
- 198) ハンブルク自由都市においては1849年ごろから既に草案が作成されていたようである(Vgl. Binding, Strafgesetzbücher (a. a. O.), S. 9f. u. Tabelle zu § 1. (am Schluß des Buches))が、それらは参照できなかった。
- 199) 法文の原文は Werner Schubert (Hrsg.), Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Entwurf vom 14. 2. 1870 (Reichstagsvorlage), 1992, Anlage 1, Vergleichende Zusammenstellung strafrechtlicher Bestimmungen aus deutschen und außerdeutschen Gesetzgebungen, S. 157 による。
- 200) 草案も含めれば、1802年プファルツ選帝侯国バイエルン刑法草案(いわゆるクライン

シュロート草案)においても同様の規定形式が採用されていた。前述第二部第二章(立命館法学288号(2003年)174頁注38)参照。

- 201) プロイセンにおける刑法典の編纂過程などについて、詳しくは Jürgen Regge, Werner Schubert (Hrsg.), *Gesetzrevision (1825-1848)*, I. Abteilung Straf- und Strafprozeßrecht, Bd. 1-6, 1981-1996 (以下「Gesetzrevision」と略す); Berner, *Strafgesetzgebung (a. a. O.)*, S. 213ff.; Stenglein, *Sammlung (a. a. O.)*, 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung; Christian Brandt, *Die Entstehung des Code pénal von 1810 und sein Einfluß auf die Strafgesetzgebung der deutschen Partikularstaaten des 19. Jahrhunderts am Beispiel Bayerns und Preußens*, 2002, S. 379ff.; von Hippel, *a. a. O.*, S. 314ff.; von Liszt/Schmidt, *a. a. O.*, S. 67ff.などを参照。なお本稿においては分量の都合上、プロイセン、北ドイツ連邦およびドイツ帝国における各種の刑法草案および刑法典、ならびに当時の研究者の見解などの十分な検討を行うことができなかった。これらについては後日改めて検討し直すことにする。
- 202) Stenglein, *Sammlung (a. a. O.)*, 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 3.
- 203) Stenglein, *Sammlung (a. a. O.)*, 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 3.
- 204) この1827年プロイセン刑法草案の中止犯規定は以下のとおり(法文の原文は *Gesetzrevision (a. a. O.)*, I. Bd., S. 11 による)。

§ 85 Wer, ohne durch eine äußere Ursach dazu veranlaßt zu seyn, vielmehr aus eigenem Antribe, von der Vollendung einer schon begonnenen verbrecherischen Handlung völlig absteht, und, wo dies nöthig ist, solche Anstalten trifft, daß die schädliche Wirkung nicht eintreten kann, der soll mit Strafe verschont werden.

Ist jedoch die Versuchshandlung schon ein für sich bestehendes Verbrechen, so wird die Strafe dieses letzteren dadurch nicht zugleich aufgehoben.

(第85条 外部的な原因によってそのように動機づけられたのではなくして、むしろ自発的に、既に開始された犯罪行為の完成を完全に取りやめ、そして必要な場合には、侵害結果が発生し得ないように措置をとった者は、刑罰を免じられる。

しかし未遂行為が既にそれ自体として存在している犯罪である場合には、この後者の刑罰はそれによって同時には消滅しない。)

この規定の特徴としては、未遂犯の成立(77条)を前提として中止犯が規定されている点、任意性に関して内容上の限定が行われていない点、その法律効果が不処罰とされた点、そして加重的未遂の場合に、内部に含まれた既遂犯としての処罰が行われた点が挙げられる。

- 205) 法文の原文は *Gesetzrevision (a. a. O.)*, I. Bd., S. 282f. による。
- 206) Stenglein, *Sammlung (a. a. O.)*, 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 4.
- 207) 1830年草案の中止犯規定は、第58条である。その原文については、*Gesetzrevision (a. a. O.)*, 2. Bd., S. 483 を参照。
- 208) Stenglein, *Sammlung (a. a. O.)*, 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 4.
- 209) 1833年修正草案の中止犯規定は、第56条である。その原文については、*Gesetzrevision (a. a. O.)*, 3. Bd., S. 9 を参照。なおこの1833年修正草案に関しては、プロイセン一般ラント法との相違点として、「20. 草案の56条は、自発的に犯罪の完成を取りやめた者に不処罰を保障している、しかし一般ラント法の43条は、そのような者に恩赦の請求のみを認めて

いる」と、不処罰が規定上保障されている点が指摘されている。Vgl. Gesetzrevision (a. a. O.), 3. Bd., S. 137. また1833年修正草案の理由書においても、「草案は、56条において想定された場合において、一般ラント法43条によりそのような犯罪者に唯一認められていた恩赦の請求の代わりに、不処罰を保障した。それによって犯罪をなおより効果的に防止するために」と述べており、犯罪防止という刑事政策の観点から、不処罰という法律効果を採用した大きな要因であることが指摘されている。Vgl. Gesetzrevision (a. a. O.), 3. Bd., S. 278.

- 210) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 4.
211) この1836年プロイセン第二修正刑法草案の中止犯規定は以下のとおり(法文の原文は Gesetzrevision (a. a. O.), 3. Bd., S. 815 による)。

§ 59 Wer aus eigenem Antriebe von der Vollendung eines schon begonnenen Verbrechens völlig absteht, und, wo dies nöthig ist, solche Anstalten trifft, daß die beabsichtigte schädliche Wirkung nicht eintreten kann, der soll mit Strafe verschont werden.

Ist jedoch die Versuchshandlung schon ein für sich bestehendes Verbrechen, so wird die Strafe dieses letztern dadurch nicht aufgehoben.

(第59条 自発的に、既に開始された犯罪の完成を完全に取りやめ、そして必要な場合には、意図していた侵害結果が発生し得ないように措置をとった者は、刑罰を免じられる。

しかし未遂行為が既にそれ自体として存在している犯罪である場合には、この後者の刑罰はそれによつては消滅しない。)

1828年草案から1833年修正草案までの中止犯規定の文言と、この1836年第二修正草案の文言との相違点は、「zugleich (同時には)」という文言が削除されたのみであり、しかもそれによりさほどニュアンス等が変わるわけでもない。この規定はほぼそれまでの草案と変わらないものであったと言える。

- 212) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 4; Berner, Strafgesetzgebung (a. a. O.), S. 230.
213) Berathungs=Protokolle der zur Revision des Strafrechts ernannten Kommission des Staatsraths, den Ersten Teil des Entwurfs des Strafgesetzbuchs betreffend, 1839, S. 80f, in Gesetzrevision (a. a. O.), 4. Bd., I. Halbbd., S. 82f.
214) Gesetzrevision (a. a. O.), 4. Bd., I. Halbbd., S. 83.
215) Gesetzrevision (a. a. O.), 4. Bd., I. Halbbd., S. 83.
216) Gesetzrevision (a. a. O.), 4. Bd., I. Halbbd., S. 83.
216a) 本来ならば「absteht」と表記すべきものであるが、ここでは原文どおりの綴りを表記した。
217) Gesetzrevision (a. a. O.), 4. Bd., I. Halbbd., S. 83.
218) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 4.
219) 公表されて意見を求められたのが1843年になってからであるので、このように呼ばれる。
220) 法文の原文は Gesetzrevision (a. a. O.), 5. Bd., S. 12 による。
221) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 4; Berner,

- Strafgesetzbuch (a. a. O.), S. 231.
- 222) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 4.
- 223) 法文の原文は Gesetzrevision (a. a. O.), 6. Bd., 1. Teil, S. 12 による。
- 224) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 4 ;
Gesetzrevision (a. a. O.), 1. Bd., S. XL.
- 225) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 4.
- 226) 法文の原文は Gesetzrevision (a. a. O.), 6. Bd., 1. Teil, S. 362 による。
- 227) このライン地域の法律家との協議において、未遂犯に関するフランス的な考え方の大きな流入があったようである。Brandt, a. a. O., S. 439 においても、「プロイセン刑法典の作成者は、まもなく伝統的なラント法の原則を拒絶し、そして遅くとも1843年以降に、相当するナポレオン刑事立法に対応し、なお1847年に行われたラインの法律家の意見聴取以後にそれを強化した」と述べられている。このライン地域の法律家との協議において特に大きな焦点となったのは陪審裁判所に関してであったようである。そしてそれはこの中止犯規定にもかかわるものであったようである。しかしこれに関しては時間の都合上十分な検討を行うことができなかったので、後日改めて検討したい。
- 228) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 5.
- 229) 法文の原文は Gesetzrevision (a. a. O.), 6. Bd., 2. Teil, S. 746 による。
- 230) Berner, Strafgesetzbuch (a. a. O.), S. 238 ; Brandt, a. a. O., S. 388. なお Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 5 においては、「3月4日まで」審議された、とされている。Verhandlungen des im Jahre 1848 zusammenberufenen Vereinigten ständischen Ausschusses, zusammengestellt von E. Bleich, 1848 によれば、実質的な審議が3月4日まで行われ、閉会のための最終会議が3月6日に行われたようである。
- 231) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 5.
- 232) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 5.
- 233) この公表されたものが1851年草案である。その1851年草案の中止犯規定は、その28条において、後に成立した1851年刑法典と同様に未遂犯規定の中にその消極的概念として規定された。そしてその1851年草案28条と1851年刑法典31条は、全く同じ文言であった。なお1851年草案の法文の原文は、Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1851, No. 24, S. 8 による。
- 234) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 5 ; Berner, Strafgesetzbuch (a. a. O.), S. 239 ; Brandt, a. a. O., S. 390.
- 235) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 5 ; Berner, Strafgesetzbuch (a. a. O.), S. 240 ; Brandt, a. a. O., S. 390.
- 236) Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 5 ; Berner, Strafgesetzbuch (a. a. O.), S. 240 ; Brandt, a. a. O., S. 390.
- 237) この1851年プロイセン刑法典について詳しくは、Theodor Goldammer, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die Preußischen Staaten, aus den amtlichen Quellen nach den Paragraphen des Gesetzbuches zusammengestellt und in einem Kommentar erläutert, TeilI, 1851 ; Georg Beseler, Kommentar über das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten,

1851; Jodocus Dedatus Hubertus Temme, Glossen zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten, 1853; ders., Lehrbuch des Preußischen Strafrechts, 1853; Friedrich Christian Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten, 1. Aufl., 1856, 5. Aufl., 1867; Hugo Hälschner, Das preussische Strafrecht, 2. Teil, 1858; Albelt Friedrich Berner, Grundsätze des Preußischen Strafrechts, 1861などを参照。なおこの1851年プロイセン刑法典は、ほとんど変更されることなく、アンハルト=ベルンブルク公国においては1852年1月22日に、ヴァルデックおよびビルモント候国においては1855年5月15日に公布された。Vgl. Binding, Strafgesetzbücher (a. a. O.), S. 10f. u. Tabelle zu § 1. (am Schluß des Buches); Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, Einleitung, S. 6. また、1863年リュベック自由都市刑法においても、その中止犯規定は、1851年プロイセン刑法典を大幅に参考しつつ、以下のように未遂犯の規定の中に定められた(法文の原文は Werner Schubert (Hrsg.), Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Entwurf vom 14. 2. 1870 (Reichstagsvorlage), 1992, Anlage I, Vergleichende Zusammenstellung strafrechtlicher Bestimmungen aus deutschen und außerdeutschen Gesetzgebungen, S. 157 による)。

§ 29 Der Versuch ist nur dann strafbar, wenn derselbe durch eine Handlung, welche den Anfang der Ausführung eines Verbrechens enthält, an den Tag gelegt und nur durch äußere, von dem Willen des Thäters unabhängige Umstände entweder die Ausführung gehindert worden oder der Versuch ohne Erfolg geblieben ist.

(第29条 未遂が犯罪の実行の着手を含む行為によって明らかにされ、そして外部的な、行為者の意思によらない事情によってのみ、その実行が阻止された、ないしはその未遂が結果がないままとなったばあいにより、その未遂は可罰的である。)

- 238) 法文の原文は Stenglein, Sammlung (a. a. O.), 3. Bd., XI. Preußischen Staaten, S. 52. による。
- 239) Brandt, a. a. O., S. 439.
- 240) Brandt, a. a. O., S. 439.
- 241) Müller, a. a. O., S. 62f.
- 242) Motive zu dem Entwurf des Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten, 1851, No. 25, S. 13.
- 243) Müller, a. a. O., S. 63. また Goldammer, a. a. O., S. 259ff. も参照。
- 244) Müller, a. a. O., S. 63.
- 245) Heinrich Albert Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Zweiter Theil, 1839, S. 240.
- 246) Zachariä, a. a. O., S. 240.
- 247) Heinrich Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes, 1. Band, I. Heft, 1842, S. 420.
- 248) Reinhold Herzog, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue, 1889, S. 154.
- 249) Friedrich Oskar Schwarze, Versuch und Vollendung, in; Franz von Holtzendorff (Hrsg.), Handbuch des deutschen Strafrechts, 2. Band, 1871 (以下「Handbuch」と略す), S. 305. この中でシュヴァルツェは以下のように述べる。「注釈学派およびイタリアの法律家は、任意的な中止 (qui noluit perficere) の場合において不処罰を承認した、これはカロリナ刑

事法典においても同様であった。前世紀(筆者注:18世紀)および今世紀(筆者注:19世紀)初めにおける学説と立法において初めて、中止は刑罰減輕事由としてのみ扱われた、そしてその後最新の学説は、ほとんど一般的に、その中止を再び刑罰阻却事由として評価した。中止のこのような優遇措置の理由は、決して刑事政策的なもののみあるのではない。すなわち取りやめにおいてはむしろ、通常少なくとも、悪い意思がそれほど頑強なものではなかったという事実が表明されているのである。新時代の個々の立法は中止を再び刑罰減輕事由としてのみ考察した」と。

- 250) Zachariä, a. a. O., S. 241f.
- 251) ここに挙げた3つの前期法律説の分類は、Herzog, a. a. O., S. 147f. における分類による。またそれぞれの学説名の日本語訳は小野清一郎「刑法総則草案と中止犯」『刑罰の本質について・その他』(1955年)277頁以下(初出『豊島博士追悼論文及遺稿集』(1933年)76頁), 香川達夫『中止未遂の法的性格』(1963年)46頁に基づいた。なお、ヘルツォークは自説として推定説(Präsumptionstheorie)を主張し、中止により未遂が既遂となる可能性の推定が覆されたことから不処罰を根拠づけた(Herzog, a. a. O., S. 155 u. S. 175)が、この推定説は他の3つの前期法律説とは主に主張された時期を全く異にしている。ツアハリエによる廃棄説は1839年、ルーデンの無効説は1842年、不確実説はツアハリエによるものとすれば既に1839年に現れている。しかしこの推定説は1889年になってようやくヘルツォークによって主張されたものであり、未遂犯の成立を前提とする形式での中止犯規定を定めた1871年ライヒ刑法典も既に成立している。よって、この推定説と他の3つの学説を同じ「前期法律説」として一括りにすることに対しては、若干の疑問を感じることを述べておきたい。
- 252) 1871年ライヒ刑法典成立までの時期におけるその編纂過程などについては、Werner Schubert, Die Kommission zur Beratung des Entwurfs eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, in: Werner Schubert/Thomas Vormbaum (Hrsg.), Entstehung des Strafgesetzbuchs, Band I 1869, 2002 (以下「Entstehung」と略す), S. XIff.; von Hippel, a. a. O., S. 341f.; von Liszt/Schmidt, a. a. O., S. 70ff. などを参照。また北ドイツ連邦からドイツ帝国に至る時期の中止犯規定の制定過程を検討する日本語文献として、金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について(一)」法学(東北大学)63巻(1999年)680頁以下を参照。なお本稿においては前述のように、分量の都合上、プロイセン、北ドイツ連邦およびドイツ帝国における各種の刑法草案および刑法典、ならびに当時の研究者の見解などの十分な検討を行うことができなかった。これらについては後日改めて検討し直すことにする。
- 253) Müller, a. a. O., S. 64.
- 254) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. XV (von Schubert).
- 255) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. XV (von Schubert).
- 256) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. XV (von Schubert).
- 257) von Hippel, a. a. O., S. 342f. . 起草の中心となった者の名前をとって、「フリートベルク草案」とも呼ばれる。
- 258) 法文の原文は Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin, im

Juli 1869, in: Werner Schubert (Hrsg.), Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund, Berlin, im Juli 1869 und Motive zu diesem Entwurf, 1992, S. 10; Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 8 による。

- 259) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. XVIII (von Schubert).
- 260) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. XVIII (von Schubert).
- 261) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. XVIII (von Schubert). プロイセンからの委員はレオンハルト、フリートベルク、ピュルゲルス (Johann Nepomuk Ignatz Joseph Apollinaris Bürgers), そしてドルン (Carl Dorn) であった。ザクセンからの委員はシュヴァルツェ (Friedrich Oskar Schwarze) であり、メクレンブルク = シュヴェーリンからの委員はブッデ (Johann Friedrich Budde), プレーメンからの委員はドナント (Ferdinand Donandt) であった。彼らの経歴については Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. XXff. (von Schubert) を参照。
- 262) 刑罰阻却事由 (Strafausschließungsgrund) と刑罰消滅事由 (Strafaufhebungsgrund) は異なる。刑罰阻却事由は犯罪行為の時点において存在し、それによりもともと刑罰権が発生しないものであるのに対し、刑罰消滅事由は犯罪行為の事後において存在し、一度発生した刑罰権が事後的に消滅することになる (Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 552f; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 3. Aufl., 1997, S. 896f; Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, S. 96 u. s. w. . 日本語文献としては城下裕二「中止未遂における必要的減免について 「根拠」と「体系的位置づけ」 北大法学論集36巻4号(1986年)200頁および234頁以下, 金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について(一)」法学(東北大学)63巻(1999年)695頁注12, イェシェック = ヴァイгент著・西原春夫監訳『ドイツ刑法総論第5版』(1999年)432頁, 香川達夫『中止未遂の法的性格』(1963年)55頁注18などを参照)。ドイツにおける現在の通説としては中止犯は刑罰阻却事由としてではなく、刑罰消滅事由として扱われている (Vgl. Hermann Blei, Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 235; Jürgen Baumann/Ulrich Weber/Wolfgang Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 10. Aufl., 1995, S. 564; Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 548; Adolf Schönke/Horst Schröder/Albin Eser, Strafgesetzbuch Kommentar, 25. Aufl., 1997, § 24 Rn. 4; Herbert Tröndle/Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 49. Aufl., 1999, § 24 Rn. 3 u. Rn. 18; Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 29. Aufl., 1999, S. 197; Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, S. 282; Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2000, S. 554; Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24. Aufl., 2001, § 24 Rn. 1; Urs Kindhäuser, Strafgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 2001, § 24 Rn. 1 u. s. w. .) しかしこの両者をそのように区別する意識がそもそも1870年頃の当時から存在していたのかどうかなどについては、明確にはできなかった。さらに、そもそもシュヴァルツェがどのような意味内容で「刑罰阻却事由」という語を使用したのかについても明確ではない。前掲の Schwarze, Versuch und Vollendung, in: Handbuch (a. a. O.), S. 305 においては、「刑罰阻却事由」と

いう語は「刑罰減輕事由」という語と対になって使用されているにすぎず、また「中止は既に存在している可罰的行為の後に続く事情なのであって、その継続中にその可罰的行為を消滅させるものである、しかしその可罰的行為が存在している限りにおいて、そのような可罰的行為を再び排除し得るものではない、すなわちそのような排除は事実上も法律上も起こり得ないのである。とりわけ中止は、未遂行為に既に表現されるに至っている故意を遡って廃棄し得るものではない。むしろ任意的な中止は刑罰阻却事由として、ないしは他者の見解によれば 刑罰減輕事由としてのみ評価されるべきである」とも述べている (Schwarze, Versuch und Vollendung, in: Handbuch (a. a. O.), S. 304) ことから、シュヴァルツェは「刑罰消滅事由」と同じ意味内容で「刑罰阻却事由」という単語を使用しているものと思われる。しかしそれでいてシュヴァルツェは根拠論として前期法律説の一つである「不確実説」を採用した (Schwarze, Versuch und Vollendung, in: Handbuch (a. a. O.), S. 305)。また共犯問題に関して、後に1871年ライヒ刑法典46条の解釈において、その「Täter」は幫助者や教唆者を含まないものではないという記述の後に、「正犯者によって開始された、結果を回避するような行動のみが、教唆者や幫助者に不処罰をもたらす得るのではない」、と述べている (Friedrich Oskar Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 3. Aufl., 1873 (以下「Commentar」と略す), S. 129.) ことから、シュヴァルツェは正犯のみが中止した場合にはその狭義の共犯にも中止の効果が及ぶものと考えていたようである。これらの不明確な点については今後の課題としたい。

- 263) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 176 (Nr. 2, Schwarze).
- 264) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 76.
- 265) Zachariä, a. a. O., S. 240.
- 266) Christian Reinhold Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts (以下「Neue Revision」と略す), 1845, S. 377 u. S. 389ff.; ders., System des deutschen Strafrechts, I.Abteilung, 1855, S. 238.
- 267) この文章はオゼンブリュゲンの後掲書37頁にケストリンの主張として引用されているが、そのケストリンの原文は「その(未遂の 筆者による補足)本質がそこから消え失せるやいなや、すなわち行為主体が犯罪意図を任意に再び放棄するやいなや、犯罪の表出はその犯罪の未遂としての特徴を再び失う」というものである。Vgl. Köstlin, Neue Revision (a. a. O.), S. 377.
- 268) Eduard Osenbrüggen, Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht, I. Band, 1857, S. 38. ちなみにオゼンブリュゲンは、1855年ザクセン王国刑法典44条の規定を引用して、「刑法典は刑事政策的な根拠をも考慮に入れなくてはならず、そしてそこから、引用した(ザクセン王国刑法典44条の 筆者による補足)規定は、容易に正当化され得る。しかしそれに対して、決定的な法的根拠は見出されない、なぜならそのような法的根拠は見出され得るものではないからである」(Osenbrüggen, a. a. O., S. 37), と述べた上で、このような法的根拠を見出す見解としてツァハリエやケストリンを引用している。
- 269) Friedrich Oskar Schwarze, Der Entwurf des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund und die Kritiker des Entwurfs, GS, Bd. 22, 1870 (以下「Entwurf」と略す), S. 179.
- 270) ここでの「修正草案」とは、おそらく連邦参議院委員会第2 議会終了後に完成した第2

草案のことを指しているものと思われる。その規定は後述するように、1871年ライヒ刑法典にそのまま引き継がれた。

- 271) Schwarze, Entwurf (a. a. O.), S. 179.
- 272) Karl Binding, Der Entwurf eines Strafgesetzbuchs für den norddeutschen Bund in seinen Grundsätzen, 1869 (Nov.) (以下「Entwurf」と略す), S. 76f.
- 273) 前述のようにペンディングは後に法律説に立ち返る。ペンディングは Karl Binding, Grundriß des Gemeinen Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 1890, 4. Aufl., S. 106f. においては「この刑法典によれば、中止にもかかわらず未遂は残ったままなのである。しかしその場合には不処罰を、中止行為者に対しての個人的な褒賞として把握することが、最も自然である」として刑罰阻却(消滅)事由説をなお維持していた。しかしその一方で正犯が中止した場合にはその狭義の共犯者も不処罰となるべきである、とも主張し、「唯一これのみは刑法典の見解ではない」と異説を採っていることを述べていた。これが変化したのは1902年の第6版からのものである。Karl Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 1902, 6. Aufl., S. 126によれば、前述のように「正犯が中止した場合にはその狭義の共犯者も不処罰となるべきである」という見解をなおも維持した上で、「私はこれまで、これは刑法典の見解ではないと考えていた(第5版118頁を見よ)。この刑法典によれば、中止にもかかわらず未遂は残ったままとされている。しかしその場合には不処罰を、ただ中止行為者に対してのみの個人的な褒賞として把握することが、最も自然とされるのであろう。私はこの見解に自信を失った。任意的な中止は適切な見解によれば、確かに犯罪を廃棄させるものである。中止は犯罪に対する決定的な条件となるのである。刑法典は我々にこの見解を否定するように強制しようとしているわけではないようにも、今や私には見受けられる」と述べて、刑罰阻却(消滅)事由説を放棄し、法律説を採用したのである。そしてこれは後に Karl Binding, Das bedingte Verbrechen, GS Bd. 68, 1906, S. 23において「全体として考察された私の態度は、そして全体としてそれは観察されなければならない。有害な結果への原因の設定という性格は欠くのである。違法な部分は塵芥のように、存在する主要部分から追放されるのである。全体としての態度はもはや違法なものではないのである。そして私は規定された条件を再び無に帰せしめたので、部分的な犯罪 未遂 もまた、もはや残存していないままなのである」として明確に主張されたのである。ペンディングがもともと、正犯者が中止した場合にその狭義の共犯者も不処罰となるべきである、という見解を持っており、その後で法律説へと学説を変更したという点は注目すべきものである。なおペンディングがそのような価値判断を採用した理由等についてはあまり明確にできなかった。今後の課題としたい。
- 274) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 176 (Nr. 2, Schwarze).
- 275) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 176f. (Nr. 2, Schwarze). その上でシュヴァルツェは以下のように規定することを提案した。

「行為者が自由な動機からその企図を完全に放棄したが故にのみ、重罪が既遂とならなかった場合には、その可罰性は阻却される。」

またシュヴァルツェは別の提案において、37条1項に未遂の一般規定、3項に不能未遂の規定を置いた上で、2項に以下のような中止犯規定を置くことも提案している。Vgl.

Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 183 (Nr. 12, Schwarze; Donandt).

「しかし行為者がその重罪を、その犯罪の実行を外部的な事情によって阻止されたのではなくして、完全に再び放棄した場合には、その未遂は、そのようなものとしては不処罰のままである。」

276) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 183 (Nr. 10, Bürgers).

277) 1868年ブレーメン自由都市草案における中止犯規定は以下のとおり(法文の原文は Werner Schubert (Hrsg.), Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Entwurf vom 14. 2. 1870 (Reichstagsvorlage), 1992, Anlage 1, Vergleichende Zusammenstellung strafrechtlicher Bestimmungen aus deutschen und außerdeutschen Gesetzgebungen, S. 159 による)。

§ 69 Der Versuch, als solcher, bleibt in allen Fällen straflos, wenn der Thäter von der Vollführung der beabsichtigten That freiwillig und gänzlich abgestanden ist.

(第69条 行為者が意図された行為の遂行を任意かつ完全に取りやめた全ての場合において、その未遂はそのようなものとしては不処罰のままである。)

278) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a.a.O.), S. 183 (Nr. 11, Budde). その上でブッデは以下のように規定することを提案した。

「行為者が意図された行為の遂行を任意かつ完全に取りやめた場合に、その未遂はそのようなものとしては不処罰のままである。」

279) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 183 (Nr. 12, Schwarze; Donandt). その上でドナントは以下のように規定することを提案した。

「行為者が意図された行為の遂行を任意かつ完全に取りやめた場合において、その未遂は、そのようなものとしては不処罰のままである。」

280) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 76. なぜ「任意に」という文言が削除され、「その者の意思によらない事情により阻止されることなく」という文言に置き換えられたのかは不明である。

281) 法文の原文は Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 251 による。

282) なおこの第1読会草案においては、第1読会第5回会議(1869年10月7日)の決議においてその削除が否決されたはずの「完全に」という文言が削除されている。なぜこの「完全に」という文言が結局として削除されたのかは不明である。

283) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 311.

284) Vgl. Schwarze, Commentar (a. a. O.), S. 234.

285) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 386 (Nr. 540, Bürgers).

286) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 311.

287) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 383 (Nr. 518, Schwarze).

288) 1869年の第1読会でブッデやドナントが提案した規定や、プロイセンにおける1827年草案から1843年草案に至るまでの中止犯規定、および1846年草案や1847年草案においては、中止するという動詞が「abstehen」と表記されている。内容から察するに ドイツの領邦国家の刑法における全ての中止犯規定の文言に一般化できるものではないものの、この「abstehen」はとにかく「取りやめる」という意味をもつので、未終了未遂だけでなく、終了未遂をも概念上容易に含み得るようである。これに対して「aufgeben」としたと

きには、「それ以上何もしない、放棄する」というニュアンスをもつので、概念上それは未終了未遂に限定される傾向があるようである。

- 289) このような「未終了未遂における放棄」と「終了未遂における結果回避」を並列的に規定するやり方は、第1読会におけるシュヴァルツェのもととの提案にも沿った規定形式であった。Vgl. Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 176f. (Nr. 2, Schwarze).
- 290) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 311.
- 291) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 311.
- 292) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 325.
- 293) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 393 (Nr. 581, Schwarze; Friedberg).
- 294) シュヴァルツェとフリートベルクによる提案の中止犯規定の文言(Vgl. Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 393 (Nr. 581, Schwarze; Friedberg))と、実際にこの第6回会議で承認された中止犯規定の文言(Vgl. Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 325)とは、前置詞が1ヶ所異なるのみ(an と in)である。
- 295) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 326.
- 296) von Hippel, a. a. O., S. 343. この草案は一般には公表されなかった。
- 297) 法文の原文は Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. 432 による。
- 298) この連邦参議院における審議の内容については Werner Schubert (Hrsg.), Verhandlungen des Bundesrats und des Reichstags des Norddeutschen Bundes über den Entwurf eines Strafgesetzbuches, 1992 (以下「Verhandlungen」と略す), S. 19ff. を参照。
- 299) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. XVIIIff. (von Schubert); von Hippel, a. a. O., S. 343.
- 300) von Hippel, a. a. O., S. 343.
- 301) von Hippel, a. a. O., S. 343ff. この帝国議会における審議の内容については, Schubert, Verhandlungen (a. a. O.), S.47ff. を参照。
- 302) Schubert/Vormbaum, Entstehung (a. a. O.), S. XX (von Schubert); von Hippel, a. a. O., S. 345.
- 303) von Hippel, a. a. O., S. 345.
- 304) von Hippel, a. a. O., S. 345.
- 305) 1870年北ドイツ連邦刑法典第3草案の中止犯規定は44条である。その法文の原文は Werner Schubert (Hrsg.), Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Entwurf vom 14. 2. 1870 (Reichstagsvorlage), 1992, S. 5 による。
- 306) 1870年北ドイツ連邦刑法典の中止犯規定は46条である。その法文の原文は Hans Blum, Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, 1870, S. 78 による。
- 307) 1871年ドイツライヒ刑法典の中止犯規定は46条である。
- 308) Werner Schubert (Hrsg.), Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund vom Juli 1869 und Motive zu diesem Entwurf, 1992, S. 204f. .
- 309) Werner Schubert (Hrsg.), Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Entwurf vom 14. 2. 1870 (Reichstagsvorlage), 1992, S. 52f. .
- 310) この立証責任の点に関して, ミュラーは以下のように述べる。「立証責任と論証負担の

問題は、刑事手続においてもまたなお両当事者への立証責任配分が存在したような時期には、極めて實際上重要であったことは明白である。とりわけその違いは、古い形式の陪審手続において明らかになる。すなわち、陪審裁判官への質問がどれほどに的確に述べられるかによって左右されるのである。しかし立証責任の国家への完全な移行後にすらも、なお論証負担の方法において、その違いは存在したままである。今日支配的な、並はずれて広まった中止の視界の理論において、まさにこれが明らかになるのである」と、Vgl. Müller, a. a. O., S. 72.

- 311) Werner Schubert (Hrsg.), Strafbgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Entwurf vom 14. 2. 1870 (Reichstagsvorlage), 1992, S. 53.

第四章 ライヒ刑法定制以後¹⁾

前章まで述べてきたような過程を経て、ライヒ刑法定制が成立した。このライヒ刑法定制46条の規定により、中止犯は未遂犯が成立していることを前提としつつ、「未遂としては罰しない」という法律効果を持つことになった。すなわち条文上明確に、中止犯は刑罰阻却（消滅）事由であることが示されたのである²⁾。この結果として、それまでの法律説は、行き場を失うことになった³⁾。

法律説は、法律の文言上、中止犯の場合には未遂犯が成立していないことを前提とするものであり、1810年フランス刑法定制2条や1851年プロイセン刑法定制31条の規定のもとでは、未遂犯の成立要件として「中止犯ではないこと」が要求されたために、法律説は中止犯のそのような規定上の構造を説明するものとして、非常に整合性のあるものであった。しかしこれは条文が1810年フランス刑法定制2条や1851年プロイセン刑法定制31条のような形式である限りで可能であった解釈なのであり、1871年ライヒ刑法定制43条および46条の規定のもとでは、およそ採用できない解釈であった。あくまでも法律説は条文を解釈する上での、その中止と未遂の関係構造を示す学説であり、「なぜ中止犯が不処罰として優遇されるのか」を示すような、背景的理論を直接には示す学説ではなかった。

もちろん法律説もその内部で、「刑法の違反に向けられた悪い意思が

……遑って廃棄される」⁴⁾と説明したり、「法的な意味において、既遂にする意思により開始されたであろう行為 (Handlung) はもはや存在しない」⁵⁾と説明したりして、「中止犯の場合にはそもそも未遂犯罪など存在していないのだ」ということを論証しようとしてきた。だがそれらは、事実上一旦存在した出来事を事後的に否定するような論理形式が批判された⁶⁾。それだけならばともかく⁷⁾、法律説にとって決定的な出来事が生じた。それが1871年ライヒ刑法典の成立であった。明らかに「法律説を採用しない」と宣言したも同然のこのライヒ刑法典の43条および46条の規定により、法律説は法理論上も法解釈論上も苦しい立場に立つことになり、ほとんどの支持者を失うことになった⁸⁾。

この結果、法律説とは別の次元にあるもう一つの根拠論、すなわち「なぜ中止犯が不処罰として優遇されるのか」を示す背景理論的根拠論としての刑事政策説⁹⁾が急速に台頭していく¹⁰⁾。それは「一度存在したはずの未遂犯罪がなぜ事後的に不処罰にされるのか」を説明するために、「(一度未遂犯罪は存在しているのだけれども、それでも)とにかく結果発生を回避させるための制度なのだ」という形で、この中止犯制度の存在意義を強調したのである。そしてこのような考え方は、「結果を発生させない」ために、その要求する任意性の内容については限定を行わず、どのような理由からでもよいからとにかく中止すれば中止犯として認められるべきものとするライヒ刑法典46条の文言にも合致するものであった。またライヒ刑法典46条2号の「終了未遂の場合における結果回避」の場合の規定の存在も、「結果の回避」を重視する刑事政策説と整合性のあるものであった¹¹⁾。

そして「未遂犯が一度成立していること」を前提にする以上、中止犯はその法的性格(体系的な位置づけ)として、刑罰消滅事由であることが明らかにされた¹²⁾。一部の学説はライヒ刑法典成立以後も法律説を維持しようとしたが、ほとんど支持されなかった。この両者の違いは、二つの点で大きな違いをもたらした。すなわち一つは立証責任問題、そしてもう一つは共犯問題である。

まず立証責任問題に関して、もし法律説を採用する場合には、被告人を未遂犯として訴追するときに訴追側は「中止犯ではないこと」を立証せねばならなかった。「中止犯であること」は、法律説の立場からは「未遂犯ですらもないこと」なのであり、もしそうであるならば未遂犯としての訴追の際には中止犯ではないことの証明が積極的に要求されることになったからである。

さらに共犯問題に関しては前述のように、正犯のみが中止犯として認められた場合に、その狭義の共犯にその正犯が中止犯となったことについて影響するのではないのかという点が問題となった。刑罰消滅事由説の場合には、正犯が中止したとしても共犯にその影響は及ばなかったが、法律説を採用した場合には、正犯はもはや未遂犯でもない以上、共犯の従属性の観点から狭義の共犯も成立し得なくなったのである。

だがもはやライヒ刑法典43条と46条の文言の下で、そのような法律説の解釈は困難なものとなり、その根拠論として刑事政策説が台頭し、法的性格論（体系的位置づけ論）として一身的刑罰消滅事由説が台頭していく。そのような状況の中で判例および学説において問題とされたのは、もう一つの共犯問題、すなわち「教唆犯や幫助犯は自らの中止によって不処罰を獲得し得るのか」という問題であった。これはとりわけ、ライヒ刑法典46条がその文言上、主体を「Täter」としていたために、教唆犯や幫助犯はその46条の主体となれないのではないか、という点から問題となったのであった。

当初、判例¹³⁾は、正犯のみが中止を行なった事例である1881年1月13日判決¹⁴⁾が既に、正犯のみが中止したとしても、その中止の法律効果は狭義の共犯には及ばないものであるとしていた。これは1871年ライヒ刑法典の立法者意思に沿った形での解釈であり、実際に判例も「刑法典46条は、かつてのプロイセン刑法典31条とは意識的に異なり、未遂の消極的な概念要素を規定するものではなくて、刑罰阻却事由のみを規定するものである」¹⁵⁾としていた。1882年6月6日判決も、自己墮胎罪の正犯のみが中止

をした場合に、その幫助犯について、「刑罰阻却事由としてではなくて、刑罰阻却事由として特徴づけられるがゆえに」、その46条1項から読み取られる不処罰事由は正犯者にのみ限定され、幫助者の行為やその可罰性に関わるものではない、としたのである¹⁶⁾。このように、「正犯のみが中止した場合には、その影響は中止していない狭義の共犯には及ばない」ということが、「刑罰阻却(消滅)事由である」ことに基づいて確立していった¹⁷⁾。これはライヒ刑罰典43条および46条の規定の文言から考えて、ごく自然なことであった。

しかしまさにそのライヒ刑罰典46条の文言から、やがて前述のような厄介な問題が生じる。1884年4月29日判決は、被告人が証人に法廷の証言において虚偽の事実を述べるように依頼したが、後に他の証人が見つかったのでその必要がなくなったと前言を撤回した事案について、刑罰典159条という犯罪の性質上、その規定はその行為の意図された取り扱いを独立した既遂犯罪として再び完結させているがゆえに、それに46条を適用することは問題とならないものである、としたのである¹⁸⁾。これは46条の適用が問題となった犯罪類型がそもそも46条の適用にそぐわない(既に既遂犯化された)ものとされて、結局46条の中止犯は認められなかったのであるが、もしこの場合に犯罪類型としても通常の未遂犯のように46条の適用が問題なく認められる場合であったならば、その次に46条の文言の点からの適用の可否が問われることになったであろう。すなわち、ライヒ刑罰典46条はその主体を「正犯者(Täter)」としているのであり、狭義の共犯者である教唆犯や幫助犯が自ら中止した場合にも適用が認められるべきかが問題となるのである。そしてこの問題を解決するための糸口となったのが、まさに「根拠論」であった。この1884年4月29日判決は、159条の規定の特質から46条の適用を排除したものの、以下のように述べて、この問題解決のための布石を残した。すなわち、「刑罰典46条の不処罰根拠は、正犯者が既に可罰的な行為の実行を開始したが、しかし意図された犯罪がなお既遂には達していない場合にも、行為の既遂への促進が、したがってそれによ

りもたらされた法秩序のより重大な破壊への促進が、行為の放棄ないしは結果の阻止に対して不処罰が保証されることにより、減少されねばならないという刑事政策的考慮に基づいている。そしてそれによって、未遂の既遂への進展は阻止されるべきなのである¹⁹⁾、と。このように刑法典46条の根拠が、法秩序のより重大な侵害への促進を減少させるために、不処罰を保証した、という刑事政策に基づくものであるならば、同様の配慮が教唆者や幫助犯に対して認められてもよいはずである。「とにかく何であれ結果の発生を避けたい」というのであれば、(前述のように)その中止の動機はどうでもいいし、またそれと同様に、その中止の主体が正犯者なのか狭義の共犯者なのかもどうでもいいことになる。誰でもいいから阻止して欲しい、ということになるであろう。このように刑法典46条の不処罰根拠論に立ち返ることによって、その「Täter」という文言を越えて、教唆者や幫助者が自ら中止行為を行なった場合にも、中止犯の成立する可能性を広げたのである。

実際、その後の1887年11月25日判決は、以下のように述べた²⁰⁾。すなわち、「かの文言規定にもかかわらず、刑法典46条において、それが当てはまる複数関与者の者が不処罰になるような条件を所与のものと見なすことも、憂慮すべきものとしては思われない。共同正犯者、教唆者、幫助者として複数の人物が、可罰的未遂の条件を充足する行為に関与した場合には、刑法典46条1号の意味における実行の放棄によって、ここで詳述されている方法で中止した者が不処罰になる。しかしその他の(中止していない筆者による補足)関与者はそうではない。その者は未遂として可罰的なままなのである。意図した重罪ないし軽罪の実行の着手により、正犯者の責任は根拠づけられ、そして他の者が刑法上関与し得る犯罪は根拠づけられる、そして既遂前に正犯者の任意的な中止によってその責任は消滅されるのではなく、そしてその犯罪も排除されるのではなくて、政策的な根拠からのみ排除し、そしてその者の処罰のみを排除するのである²¹⁾、と。このようにして、まさに刑事政策的根拠から、正犯者以外の狭義の共犯に

対しても、自ら中止を行なって刑法46条の適用を受ける可能性を開いたのである。さらに1905年12月1日判決²²⁾も、妹の詐欺に一旦は加担したものの、その後被害者に真実を告げて被害を免れさせた被告人に対して、ライヒ裁判所は「刑法典46条における『正犯者(Täter)』という言葉は、狭い意味での正犯者のみを示すべきものではなく、狭義の共犯をも含むものである²³⁾と明確に述べて、その詐欺未遂の幫助について46条2項の適用を認め、また1913年10月10日判決²⁴⁾も、「46条はその規定において単独正犯に狙いを合わせたものであるけれども、その46条が共同正犯、幫助犯および教唆犯に対して適用可能であるということは、たとえ詳細な理由づけがなされていないとしても、ライヒ裁判所により既に述べられていることである²⁵⁾としたのである²⁶⁾。

以上のようにライヒ裁判所の判例では、主に2つの共犯問題が論点となった。すなわちまず第一に、「正犯者のみが中止した場合に、その中止の不処罰という法律効果が、何も中止行為をしていない狭義の共犯にも及ぶか」という点が問題となった。これはまさにライヒ刑法典43条および46条がこのような点を意識して「中止は刑罰阻却(消滅)事由である」としたことから、問題なく、中止行為をしていない狭義の共犯にその効果が及ばないことが認められた。さらにもう一つの共犯問題として、「教唆犯や幫助犯のような狭義の共犯が、自ら中止した場合に(その主体を「Täter」とする)46条の適用があるか」が問題となった。これは刑法典46条の不処罰根拠にまで立ち戻ることにより、解釈によってその適用が認められることとなった。すなわちライヒ刑法典46条は「結果の発生をとにかく避ける」という刑事政策的考慮を、その不処罰という法律効果の根拠としていることに基づき、そうであれば結果を避けるためには、中止の主体を正犯者に限定する必然性はない、として、狭義の共犯が自ら中止した場合にも46条の適用を認めたのである。そしてこの2つの共犯問題におけるそれぞれのライヒ裁判所の判断は、変更されること無く、ほぼ一貫していたのである²⁷⁾。そしてこのような「中止に関する共犯問題」、とりわけ教唆犯や

幫助犯への適用可能性の問題については、さらにその46条の適用を受けるためにどの程度までの行為を要するかなどの点も含めて、学説においても問題とされ、戦前期には共犯と中止に関する多くの博士号請求論文（Dissertation）が見られるのである²⁸⁾。

やがて戦後になって、今度は連邦裁判所が、別の観点から中止犯制度の根拠論に立ち戻る必要を迫られることになった。すなわち連邦裁判所1956年2月28日第5刑事部判決²⁹⁾は、知人の女性に対して、それとは知らずに強姦行為に着手した被告人が、突然被害者に自分の名前を呼ばれて驚き、その時点で初めて自分が襲った女性が知人だと知って、強姦行為の継続を中止した事例について、中止の任意性は倫理的なものかどうかに関わらないことがライヒ裁判所および連邦裁判所の判例であるとしつつ、「しかしながらライヒ裁判所は、全体的事情に鑑みて、切迫した露見および処罰の危険が刑事被告人に差し迫ったが故に、その者がその危険を合理的判断によれば引き受けることができず、そしてそれゆえに行為の実行を取りやめねばならなかった場合には、中止は不任意である、と度々判断してきた³⁰⁾とする。そしてこのような判例に対しては学説から、「心理的強制力のある動機が存在するという点から出発している」という批判があるものの、「当該刑事部はこのような（学説の）見解を正当とは認めない³¹⁾として、連邦裁判所は意思決定をなす余地の無いような強制状態のみを中止から排除するような学説の考え方を批判し、さらに中止未遂規定の解釈の指針を示す。すなわち、「一般の用語法によれば、行為者にとって不可能にするものではないものの邪魔になるような事情によっても、行為は『妨げられる』と評価できるのである。……法律の文言によれば自然なものである、刑法典46条のこのような解釈のみが、その法律と少なくとも矛盾しない、適切な判断を可能にするものなのである。反対説は、未遂が当罰性のあるままである場合をも不処罰にするのである。行為者が露見したことを知り、そして告発と処罰を見込んでその行為を中止した場合がまさにこれである。……経験上、犯罪者は、普通は彼らが捜査されないこと、ないし

は少なくとも有罪を証明されないことを望んでいるが故に、刑法を無視するのである。このような期待に惑わされたが故に、行為の継続を放棄した者は、危険であり、かつ当罰的なままなのである。このような、犯罪者の意思の危険性と当罰性の観点が、刑法典46条1号の解釈にとって決定的な意義をもつのである。確かに通常、この規定の目的は、なお未遂の間に行為者に行為の既遂を取りやめる動機づけを与えることにあるものと評価される。このような見解によれば、行為者に、このような場合に対して約束された未遂の不処罰は、その者に中止の『黄金の橋』を渡るよう決定づけるべきものなのである。しかしほとんどの場合において、行為者は未遂の際に、刑法上の帰結について全く考慮していない。行為者はしばしば、その犯罪意図を放棄した場合には、不処罰を手に入れ得るということを全く知らないか、もしくはわずかにしか認識していない。行為者はそれについて一般的には、たとえ仮にそのような考慮を行うべきものであったとしても、まさにそのような考慮によっては決定づけられもしないのである。それゆえに、刑法典46条1号の意味を以下のように理解することが、現実によりよく適合するものである。すなわち行為者が着手した未遂を任意に取りやめた場合には、その者の犯罪意思が、行為の遂行のために必要であるほどには強くは無かったということが、その中に示されるのである。未遂において当初明らかにされたその者の危険性は、本質的にはより僅少なものであることが事後的に証明されたのである。このような理由から、法律は『未遂をそのようなものとしては』処罰することをしないのである。なぜなら、行為者に対し将来にわたってその犯罪行為を防ぎ、他者を威嚇し、そして侵害された法秩序を回復するためには、刑罰はその行為者にとってもはや必要なものとは思われないからである。とりわけ、適時に行為者が放棄した犯罪決意をもはや法律が行為者に帰責せず、そしてその者が未遂行為によって例えば既に他の可罰的な行為の既遂構成要件を充足した限りにおいてのみ、法律がその者を処罰する場合には、第一の目的および正義の考え方を、法律はより良く維持しているものと評価しているのである」³²⁾、

と。

このように述べて連邦裁判所は、刑法典46条を「黄金の橋」と捉える刑事政策説を批判し、「犯罪者の意思の危険性と当罰性の観点が、刑法典46条1号の解釈にとって決定的な意義をもつ」のである、としたのである。これによりまさに「どのような理由からでもよいから結果の発生を防ぐ」という刑事政策説が、判例において明確に否定され、犯罪者の危険性と当罰性の観点から、いわば規範的にその任意性を判断する考え方に取って代わられることになったのである。このように中止犯としての優遇措置を受けるにはふさわしくない者を、規範的観点に基づいて中止犯の範疇から外すためには、中止犯制度の根拠論に立ち戻る必要性があった。というのも、刑法典46条は任意性を前提とした条文であり³³⁾、そしてその要求されている任意性の内容が特に限定されているわけではない以上、「その者の意思による事情によって」放棄された場合には、その者の意思がどんなに悪い動機に基づくものであったとしても、中止犯とせざるを得なかったのである。そしてこのような「任意性内容の非限定説」³⁴⁾は、「どんな理由からでもよいからとにかく結果を回避すべし」とする「刑事政策説」とも、調和するものだったのである。とするのであればこのような、悪い動機から中止した者も中止犯として認める帰結を避けるためには、そもそも中止犯制度はどのような趣旨の法制度なのか、すなわち「なぜ中止犯が優遇されるのか」という法制度の根拠論にまで立ち返らねばならない。この法制度の根拠論を刑事政策説ではないものに置き換えて、「結果を回避したとしても、その理由が好ましいものではないときには中止犯は認めない」とすることが必要だったのである。そしてこの1956年判決により置き換えられた基準が、「犯罪者の意思の危険性と当罰性」の観点だったのである。このような規範的基準に置き換えることにより、中止犯として認めるには好ましくないような行為者に対して、刑法典46条の任意性の文言が指し示す範囲を度外視して、明確に中止犯の成立を否定できるようになったのである。

そしてこの中止犯の成立範囲を規範的なものに限定しようとする傾向は、

学説においても進行していた。既に1950年にポツケルマンが明確に示した「褒賞説(Prämientheorie)」ないし「恩賞説(Gnadentheorie)³⁵⁾は、「中止は、その中止がおのずから賞賛に値する場合にのみ、行為者に恩賞を与えるにふさわしいものとなり得るのである。したがって自由な意思のみが賞賛に値するものであり得るが故に、中止は任意的でなければならないのである³⁶⁾として、「褒賞を与えるにふさわしい中止であるかどうか」を中止犯成立の基準とした。このような点から、褒賞説は「褒賞を与えるにはふさわしくない」と考えられる場合には、中止犯の成立を否定したのである。

また1972年にロクシンは「刑罰目的説(Strafzwecktheorie)」を主張し始めた³⁷⁾。ロクシンは任意性に関して規範的考察説の立場にたつことを示しつつ、前掲の連邦裁判所1956年判決が採用した「犯罪者の意思の危険性と当罰性」の観点を手がかりにして、以下のように述べたのである。すなわち「任意性の要件に関して上述して展開されたことに従うならば、中止特典の理由づけは、いわゆる刑罰目的説によって、それをまず初めにBGHが的確に述べたように³⁸⁾、適切に決定されることが明らかになる。……一般予防の根拠は処罰を何ら要求しない、なぜなら結果は発生していないし、そして行為者は、その者が決定的な時点において法に忠実なものであると証明したことによって、悪い例を与えなかったからである。特別予防の作用は不必要である、なぜなら行為者はその中止によって合法性へと回帰したからである。既に未遂により明らかになった、場合によってはあり得るその不安定性は、その者が結果惹起を任意に断念している限り、刑法上の制裁にとって、もっぱら十分な根拠ではない。そして責任の埋め合わせも、不必要なものと示されている、なぜなら行為者は未遂の中に潜んでいる責任を、その任意的な中止それ自身によって再び埋め合わせ、そして『清算』したのである³⁹⁾、と。これにより刑罰目的説は、一般予防や特別予防の観点から、その中止者が刑罰を受けるべき者なのかという基準で中止犯の成否を判断しようとしたのである。これにより、「(一般予防

や特別予防の観点から）なお刑罰を与える必要がある」と考えられる場合には、中止犯の成立を否定したのである。

その後は結論においてこのような規範化傾向を見せる判例とそうでない判例が併存した状態が続いた。理由づけに関しては別の論拠が用いられつつ⁴⁰⁾、中止犯を限定する判例も見られた。しかしこのような中止犯の成立範囲に関する規範化・限定化傾向に明確な終止符を打ったのが、連邦裁判所1993年5月19日刑事部大法廷決定⁴¹⁾であった。

この事例において被告人は、自分より体力の劣る被害者を懲らしめる目的で、刃渡り12センチメートルのナイフで被害者の腹部を刺した。被告人は行為時に、被害者の死を未必的に認容していたが、彼はその刺突後に被害者の身体からナイフを抜いて、そのまま立ち去り、被害者は自転車に乗って警察の派出所に向かった。医師の治療を受けなければ、遅くとも被害者は24時間後にはその傷害により死亡していたと考えられる、という事案であった。この事例に対して連邦裁判所刑事部大法廷は以下のように判示した。すなわち「刑事部大法廷は、提示を行なった刑事部⁴²⁾の見解に従う。……刑法典24条1項1文は、さらなる行為実行の放棄ないしは既遂の阻止により中止を可能にするものである。刑法典24条1項の意味における行為は実体法上の意味における行為、すなわち法律上の処罰構成要件において範囲を限定された構成要件に該当する行為および構成要件に該当する結果なのである（……）。未遂行為者の当罰的な故意は、これに関連している。それに対応して、未終了未遂においては、さらなる行為実行を放棄するという決意は、法律上の構成要件要素の実現にまで限定される。それを越えるような構成要件外の動機や意図、目的を、未遂の可罰性を根拠づける刑法典22条も、それとは鏡像的に中止による不処罰を可能にする刑法典24条も、考慮には入れていない。既に中止の任意性の問題において提示された法律問題においてはそれは問題とはされていない　中止動機の道徳的かつ倫理的な評価は問題とはならない（……）、したがってさらなる行為実行の放棄という外部的な行為においては、なおより一層わずか

にしか当てはまり得ないものなのである。それ故に、ある者がその構成要件外の行為目的を既に達成した、もしくは達成したと考えたが故にのみ、その者により可能なさらなる殺人行為を取りやめた場合には、(その他に外部的ないし内心的強制状況の不存在という意味での任意性が存在している場合には)そのような者も未終了の殺人未遂を その者が直接的故意により実行したにせよ、ないしは未必の故意によってのみ実行したにせよ 不処罰となるように中止し得るのである。そのような行為者に対し、さらなる行為実行の単なる中止を越えて、『褒賞に値する放棄』ないし『褒賞に値する 筆者による補足) 後退』を要求することは、刑法典24条1項1文第1選択肢には何の抛り所も見られないものである。法律は、あり得るさらなる行為の放棄を不処罰により報い、そしてその際にその文言の意味によれば、特定の外部的な態度をもたらすという要求において汲み尽くされているのである。中止構成要件のこのような客観的要素において、追加的な評価要素はその余地が無いのである⁴³⁾、と。すなわち構成要件外の動機などについて、刑法典24条の規定はそもそも文言上何らの要求もしていないのであるから、たとえ悪い動機から中止行為を行なったとしても、外部的ないし内心的強制状況の不存在という意味での任意性が存在している限り、中止犯として認められ得る、としたのである。そして刑事部大法廷は「このことは有害な、刑事政策上憂慮すべき結論に至るものではない⁴⁴⁾として、被害者の具体的な危殆化が発生した場合には終了未遂が認められるべきであり、結果が当然に発生すると思われる事情を認識する者には積極的な結果回避が要求されること、失敗未遂の類型を考慮すべきこと、そして「行為者に、被害者への攻撃の単なる放棄により不処罰を獲得する可能性を開いておくことは、とりわけ被害者保護の観点の下で有意義なものであり得る⁴⁵⁾として、被害者保護の観点から以上のような考え方が有益であるということを指摘したのである。特に最後の被害者保護の観点に基づく論拠は、事実上、刑事政策説への回帰とも言える現象であった。すなわち刑事政策説においては「どんな理由からでもよいからと

にかく結果を回避すべし」という考え方の下で、広く中止犯は認められてきたのである。そこには「被害者を保護するためであれば、どんな悪い動機からでもいいから結果を不発生にすべし」との価値判断が働いているものといえるのである⁴⁶⁾。

以上のように、ドイツ判例においては中止犯制度の根拠論は、その中止犯の成立範囲の大きさを前提に進められてきたことがうかがわれる。ライヒ裁判所においてはその根拠論は、自ら中止行為を行なった狭義の共犯者に対して、46条の適用を可能にするために持ち出されたものであった。刑事政策説によれば、結果が回避できるのであれば、その中止の主体が正犯者であろうが共犯者であろうが構わなかったが故に、46条はその文言を越えて狭義の共犯者にも準用可能となった。やがて連邦裁判所において、1956年判決により、中止犯としての優遇措置を受けるにはふさわしくない者を中止犯の範疇から外すために、「犯罪者の意思の危険性と当罰性」の観点から、すなわち規範的な観点に基づいて、中止犯の成立範囲が限定されることになった。この判決はそれまでの判例における傾向とは異なるものであり⁴⁷⁾、このような判例の考え方を理論的に裏づける根拠論として、「褒賞説」や「刑罰目的説」が主張された。それらは「褒賞に値しない」「（一般予防や特別予防の観点から）なお刑罰を与える必要がある」などと判断される場合には中止犯とは認めないとする事で、中止犯の成立範囲を規範的観点から限定するものであった。しかし1993年大法廷決定により、刑法典24条の文言以上の要求をする考え方は被害者保護の観点から否定され、任意性を排除するような外部的ないし内心的強制状況が存在していない限りにおいて、中止犯は認められるものとされた。この「被害者保護の観点」を重視する刑事政策説により、1956年判決のように中止犯の成立範囲が刑法典の条文の文言以上に限定されることは無くなったのである。このように中止犯の根拠論は、中止犯の成立範囲の大きさに関して、その前提となる考え方を示すものだったのである。

1) 第二部第三章第五節（プロイセン）や同第六節（ライヒ刑法典制定まで）と同様に、本

章においては時間の関係上、十分な検討を行うことができなかった。20世紀におけるいくつかの草案や学説、判例については、その重要性にもかかわらず、本稿ではほとんど検討することができない。これらについては後日改めて検討し直すことにする。

- 2) 1871年ライヒ刑法典の原型である1870年2月の北ドイツ連邦刑法典第3草案の理由書も、この点を明確にしていた。Vgl. Werner Schubert (Hrsg.), Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Entwurf vom 14. 2. 1870 (Reichstagsvorlage), 1992, S. 52f.
- 3) 金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について(一)」法学(東北大学)63巻(1999年)682頁は、結果発生阻止のための積極的防止行為による中止の成立時期を犯行の発覚以前に限定した46条2項の存在も、法律說的構成を一層困難にした、と指摘する。
- 4) Heinrich Albert Zachariä, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, Zweiter Theil, 1839, S. 240.
- 5) Heinrich Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechtes, 1. Band, 1. Heft, 1842, S. 420.
- 6) Werner Schubert/Thomas Vormbaum (Hrsg.), Entstehung des Strafgesetzbuchs, Band 1 1869, 2002(以下「Entstehung」と略す), S. 176 (Nr. 2, Schwarze). また Friedrich Oskar Schwarze, Der Entwurf des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund und die Kritiker des Entwurfs, GS, Bd. 22, 1870, S. 179 も参照。
- 7) 実際に現在でもフランス刑法典121-5条は、「行為者の意思とは独立した事情によってのみ」犯罪行為が中断されたり結果が発生しなかった場合に限って、未遂犯を処罰している。そして現在でも例えば「自発的に放棄したその者は、その意図が強かったのに、その性格が危険な人物の性格ではないということをその行為によって明らかにした」としたり、「計画の放棄は、行為者が実行の着手の段階に一度も入っておらず、そしてその者が予備行為の最中にどまっていたことの証拠なのである」(Alain Prothais)としたりして、中止犯が未遂犯の範疇から外されることを説明しているのである。Jacques-Henri Robert, Droit pénal général, 5^e édition, 2001, p. 219. このように、もし法律の条文がフランス型の未遂犯・中止犯の規定形式を採用するのであれば、別に法律説を採用してもそれほど問題は無いことになる。ただし、その場合には共犯への影響は避け得ず、また「事後的な事実の消滅」という存在論的観点からの批判をうけることになるであろう。
- 8) これに対して、前述のように例えばベルナーは、「正犯者の任意的な中止は、正犯者だけではなく、その教唆者をも不処罰にするのである」(Albert Friedrich Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechtes, 18. Aufl., 1898, S. 165)とした上で、「刑法典46条の『その未遂は不処罰のままである』というのは、正犯のみがそうなるのではない。このような表現を誤りだと説明するのは、もはや解釈とは言えない。その46条は、以下のような好ましい意味をもつものなのである。すなわち46条において示されている未遂の可罰性についての規定は、43条とは外見上は分離しているけれども、可罰的な未遂の概念の内部に残ったままなのである」(Berner, a. a. O., S. 165 Fn. 1)、と述べて、ライヒ刑法典43条と46条は形式的には分離しているが、これはあわせて考察すべきものなのだ」と主張し、法律説を維持したのである。またビンディングも、前述のように1902年以降になって法律説を主張した(第二部第三章第六節参照)。

- 9) Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 192; ders., Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21-22. Aufl., 1919, S. 201; Franz von Liszt/Eberhard Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, S. 315; Karl Hatzig, Über den Rücktritt vom Versuch und die sogenannte thätige Reue, 1897, S. 82; Ludwig Spohr, Rücktritt und tätige Reue, 1926, S. 5; Robert von Hippel, Deutsches Strafrecht, 2. Bd., 1930, S. 411; Philipp Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 1934, S. 201. 例えばハツィヒはカロリナ刑事法典においては中止ではないことが未遂の可罰性の要件とされていたが、ライヒ刑法典はこれと異なり、実行の着手のみが未遂の可罰性の要件であると述べる (oben Hatzig, S. 81)。そこから「したがって結論としては未遂の構成要件は中止……にもかかわらず存在したままなのである。刑法典46条が責任阻却事由を含むものであるという推測は拒否されるべきなのである」とした上で、中止は刑罰消滅事由であるとして、加えて「今や中止……の影響についての法的根拠が存在しないが故に、可罰性の消滅を理由づけるためには、刑事政策的性質という一般的な考慮のみが残されたままである。そしてこのことは既に刑法典の理由書にも指摘されている」と述べる (oben Hatzig, S. 81f.)。
- 10) もちろんこの刑事政策説に反対して、別の背景理論的根拠からライヒ刑法典46条の中止犯制度を説明しようとするものもあった。例えばシュツツェは「可罰的な未遂の要件が実現されるやいなや、未遂の刑罰はもたらされる。確かにその未遂の刑罰は、未遂が既遂にしたいに移行しそして埋没していく場合には、既遂の刑罰によってかき消されるものである。しかしその出来事も、その出来事において現実化した犯意も、行為者によって取り消され得るものではない、なぜならその両者は過去に属するものだからである。それゆえに未遂の『中止』は、そもそも犯罪意思の『遡っての廃棄』ではあり得ないのであって、将来に対する犯罪行動の放棄でしかないのである。それにもかかわらず、実定刑法が様々な不安定さにより未遂行為の継続の任意的な取りやめ、ないしは完成した犯罪行為後の結果の任意的な阻止が、既に生じた未遂を不処罰にすべきものであるという原則を立てる場合には、これは法律的根拠にも、それに対して引用される刑事政策的な根拠にも置かれるものではなく、恩赦 (Begnadigung) による特別な救済の代わりに、通常の刑罰阻却事由を構成するような正当性 (Billigkeit) にのみ置かれるものである」(Theodor Reinhold Schütze, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches, 2. Aufl., 1874, S. 141) と述べて、中止は恩赦を規定上における刑罰阻却事由化したものであるとしたのである。実際シュツツェはこの点から、「(その法律効果として恩赦の請求のみを認める) プロイセン一般ラント法第 2 部第20章第43条は適切な見地にあるものであった」(Schütze, a. a. O., S. 141 Fn. 38) とまで述べている。またバウムガルテンもシュツツェに依拠して同様の見解に立つ。J. Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen, 1888, S. 469. しかしこのように中止を恩赦と同視することは、後の褒賞説の考え方にもつながらるものとしては注目し得るものであるが、結局として中止を単なる量刑規定と見なすことになるものである。より明確な内容をもって、中止犯の成立範囲にもかわる形での新しい根拠論の登場は、刑罰目的説・褒賞説の出現まで待たなければならなかったのである。

- 11) 1870年北ドイツ連邦刑法典第3草案の理由書の未遂に関する部分を参照。Werner Schubert (Hrsg.), Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Entwurf vom 14. 2. 1870 (Reichstagsvorlage), 1992, S. 53.
- 12) von Liszt, a. a. O., 2. Aufl., S. 192 u. S. 194; ders., a. a. O., 21-22. Aufl., S. 201 u. S. 203; von Liszt/Schmidt, a. a. O., 26. Aufl., S. 315 u. S. 318; Hatzig, a. a. O., S. 82; Spohr, a. a. O., S. 67; von Hippel, a. a. O., 2. Bd., S. 410 u. S. 412; Krauthammer, a. a. O., S. 55; Allfeld, a. a. O., S. 205.
- 13) 中止犯の根拠論や法的性格論(体系的位置づけ論)に関する、ライヒ裁判所の判例、および後の連邦裁判所の判例の変遷については、金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について(二・完)」法学(東北大学)64巻(2000年)54頁以下が、既に非常に詳細な検討を行なっている。本稿の本章におけるライヒ裁判所の判決に関する検討は、この金澤論文に依拠するところの大きいものである。
- 14) RGSt 3, 249. 事案は、被告人は妊婦が墮胎をする際に助言を行い、力になってやったが、妊婦自身はその後墮胎のための薬の服用を自分自身の判断でとめたというものであり、判決は「単に一身的事由から共同被告人となった正犯者(Urheberin)に法律により認められた不処罰を、被告人に対しても援用することはできない」として、幫助により処罰された(金澤・前掲論文65頁参照)。
- 15) ライヒ裁判所1881年6月17日判決(RGSt 4, 290 (293))を参照。
- 16) RGSt 6, 341 (342). 事案の詳細については金澤・前掲論文55頁参照。
- 17) 後の判例であるライヒ裁判所1886年3月15日判決(RGSt 14, 19)においても、Jに頼まれて虚偽宣誓(Meineid)を行い、後に陳述を撤回したWについて、虚偽宣誓の中止未遂が認められた。しかしこの中止未遂の法律効果は中止した正犯者に当てはまるものであって、その教唆者や幫助者に当てはまるものではない、とされた。それについて以下のように述べられている。「確かにこれらの者は、法律が正犯者の中止未遂を責任阻却事由として承認している限りにおいては、その狭義の共犯の従属的性質に鑑みて、処罰され得ないものかもしれない。しかしこれは現行法の見解ではない。というのも現行法は、プロイセン刑法典とは異なって、未遂の概念として犯罪行為の不完成の不任意性を要求していないし、またその理由書が『行為者がその者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして、意図された行為の実行を放棄した場合に、それ自体として科せられる刑罰に關しての阻却事由としての見み做されるべきである』ということによって、このことを根拠づけているからである」(RGSt 14, 23f.)と。ここにおいても、中止の法律効果が中止した正犯者のみにとどまり、その背後の、中止していない教唆者や幫助者に及ばないことが、「中止が刑罰阻却(消滅)事由である」ということから導かれているのである。なお本判決については金澤・前掲論文56頁以下参照。
- 18) RGSt 10, 324. なお本判決については金澤・前掲論文56頁参照。
- 19) RGSt 10, 325.
- 20) RGSt 16, 347. なお本判決については金澤・前掲論文57頁参照。
- 21) RGSt 16, 348f.
- 22) RGSt 38, 223. なお本判決については金澤・前掲論文57頁参照。
- 23) RGSt 38, 225.

- 24) RGSt 47, 358. なお本判決については金澤・前掲論文64頁参照, 事案の詳細については同66頁注14参照。
- 25) RGSt 47, 360.
- 26) なお, 本判決では結局として被告人は幫助犯としての罪責を問われている。金澤・前掲論文59頁参照。
- 27) ライヒ裁判所1906年6月11日判決 (RGSt 39, 37) 「ゴムボール事件」として知られる事例である は, 幫助犯への刑法典46条の適用可能性を否定しつつ, 間接正犯者と幫助者の両方に中止犯を認めた。本判例においては, 他の判決からの逸脱が見られるとされている (Vgl. RGSt 47, 362) が, その具体的な検討は別稿に譲ることとする。なお本判決については金澤・前掲論文58頁参照。
- 28) 確認した限りでも以下のとおり。Bernhard Heins, Der Rücktritt des Mitthäters, 1890; Erich Prosch, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1904; Eduard Schwab, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1904; Franz Brandis, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1907; Fritz Italiener, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme nach dem Deutschen Reichsstrafgesetzbuche, 1909; Ewald Schuh, Der Rücktritt vom Versuch und seine Bedeutung für die Teilnahme, 1910; Herbert Behrendt, Der Rücktritt des Täters vom Versuch und seine Wirkung auf die Strafbarkeit der Teilnahme, 1912; Friedrich Lang, Der Rücktritt vom Versuch bei Teilnahme und mittelbarer Täterschaft, 1915; Otto Koepnick, Welchen Einfluß hat der Rücktritt eines der an der Tat Beteiligten auf deren Strafbarkeit ?, 1920; Wilhelm Klarenaar, Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch nach geltendem Recht und den sechs Entwürfen, 1928; Wilhelm Schuch, Ist der beendigte Versuch subjektiv oder objektiv zu bestimmen und welche Folgelungen ergeben sich daraus für den Rücktritt vom Versuch bei Täter und Teilnehmer, 1930; Herbert Backhaus, Rücktritt und tätige Reue des Gehilfen nach § 27 AE 1927, 1934; Kurt Griessmaier, Der Rücktritt des Teilnehmers vom Versuch, 1934; Hans H. Müller, Der Rücktritt vom Versuch in seiner Bedeutung für die Teilnahme, 1934. もちろん, 共犯と中止の関係だけでなく, 中止犯論一般を検討する中で共犯問題に触れるものも含めれば, さらに数は増える。
- 29) BGHSt 9, 48=NJW 1956, 718=MDR 1956, 371=JR 1956, 269. 当該判決の紹介として清水一成「中止未遂における任意性, 中止未遂の法的性格」堀内捷三ほか編『判例によるドイツ刑法 (総論)』(1987年)163頁以下, また金澤・前掲論文67頁以下参照。本事例はいわゆる「リロ事件」と呼ばれるものである。
- 30) BGHSt 9, 50.
- 31) BGHSt 9, 50.
- 32) BGHSt 9, 51f..
- 33) 条文において「freiwillig」という単語は用いられてはいないが, 46条1号は「その者の意思によらない事情によって阻止されたのではなくして」放棄したことを要求しており, また46条2号も「自己の行動によって」阻止したことを要求していたことから, 任意性はやはり前提条件とされていた。

- 34) ドイツにおいてはこれを「心理学的考察説」と呼ぶ。これと対立関係にあるのが、「規範的考察説」であり、両者が任意性要件の範囲をめぐる争われているわけである。Vgl. Christian Jäger, Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch, ZStW Bd. 112, 2000, S. 783ff.; Manfred Maiwald, Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch, in Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, 1999, S. 255ff.
- 35) Paul Bockelmann, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW 1955, S. 1417ff.
- 36) Bockelmann, a. a. O., S. 1421.
- 37) Claus Roxin, Über den Rücktritt vom unbeeendeten Versuch, Festschrift für Ernst Heinitz, 1972, S. 251ff.
- 38) ここでロクシンは、まずそれを最初に述べた連邦裁判所の判決として前掲の1956年判決を挙げている。
- 39) Roxin, a. a. O., S. 269f. このような考え方からロクシンは、被害者が任意的な性交を約束したが故に、強姦犯人がその被害者を襲うことをやめた事例について、不処罰となる中止は与えられ得るとした連邦裁判所1955年4月14日第4刑事部判決(BGHSt 7, 296)を、「誤った結論」へと至ったものとした。Vgl. Roxin, a. a. O., S. 258ff.
- 40) 特にここで「失敗未遂(fehlgeschlagener Versuch)」を理由として中止未遂を否定する判例の存在が重要である。この失敗未遂に関しては、園田寿「欠効未遂」について、関西大学法学論集32巻3・4・5合併号(1982年)59頁以下、斉藤誠二「フランクの公式に対する疑問と失効未遂」判例タイムズ589号(1986年)2頁以下、同「いわゆる失効未遂をめぐる」警察研究58巻1号(1987年)3頁以下、同3号(1987年)3頁以下、金澤真理「不作為態様の中止 失敗未遂の検討を経て」山形大学法政論叢15号(1999年)1頁以下を参照。特に失敗未遂に関する詳細な判例分析として、金澤・前掲「不作為態様の中止」9頁以下を参照。
- 41) BGHSt 39, 221=JZ 1993, 894 (Anm. C. Roxin)=MDR 1993, 776=NJW 1993, 2061=NSTz 1993, 433=StV 1993, 408. 当該決定の紹介として鈴木彰雄「中止未遂」比較法雑誌27巻4号(1994年)223頁以下、また、金澤真理「中止未遂の成否 ドイツ連邦通常裁判所刑事部大法廷決定BGHSt 39, 221を手がかりとして」東北法学14号(1996年)1頁以下、山中敬一『中止未遂の研究』(2001年)223頁以下参照。本事例は「懲戒事例(Denkzettel-fall)」などと呼ばれている。
- 42) この大法廷決定は、連邦裁判所第1刑事部が1992年10月27日決定(JZ 1993, 358 (Anm. I. Puppe)=NJW 1993, 943=NSTz 1993, 280=StV 1993, 187 (Anm. W. Bauer, StV 1993, 356f.) 当該決定の紹介として鈴木彰雄「未必的な殺意がある場合の中止未遂」比較法雑誌27巻2号(1993年)145頁以下参照)により、裁判所構成法132条4項により法律問題を刑事部大法廷に提示したことに基いてなされたものであった。第1刑事部も、このような構成要件外の目的達成の場合においても中止は認められ得る、としていた。Vgl. BGHSt 39, 228f.
- 43) BGHSt 39, 230f.
- 44) BGHSt 39, 231.
- 45) BGHSt 39, 232.
- 46) ただし当該決定においても終了未遂の成立範囲および失敗未遂という概念の射程につい

ての留保があったことも忘れてはならないし、また当該決定に関して多くの学説（特に刑罰目的説を主張するロクシンなど）から激しい批判がなされたことも指摘されるべきである（金澤・前掲「中止未遂の成否」11頁以下参照）。

- 47) 特に前掲した、被害者が任意的な性交を約束したが故に、強姦犯人がその被害者を襲うことをやめた事例について、不処罰となる中止は与えられ得るとした連邦裁判所1955年4月14日第4刑事部判決（BGHSt 7, 296）とは非常に対照的なものである。なおこの1955年判決に類似した事案について、中止犯の成立を否定した最近の日本の判例として、東京地判平成14年1月16日判時1817号166頁を参照。

結 論

（1）ドイツにおける中止犯論の歴史的特徴

以上まで、日本とドイツにおける中止犯論を、立法や学説などの点から検討してきた。立法や学説などの面からドイツにおける中止犯論を検討して特に明らかになったことは、ドイツにおける立法と学説の密接な関連性である。ドイツにおいて（前期）法律説が主張されていた当時の領邦国家の立法において、まさに法律説を前提とする中止犯規定、すなわち「中止犯ではないことを未遂犯の成立要件」とする1810年フランス刑法典と同様の規定形式が見られたのである。中止犯であれば、犯罪体系上の要件が欠けるためにそもそも犯罪は成立せず、未遂犯も成立しないとする法律説は、まさにこのようなフランス型の中止犯の規定形式と結びついて主張されていたのである。

そもそも、このようなフランス型の未遂犯・中止犯規定形式も、きちんと由来のあるものであった。もともと継受法時代以前には結果責任の考え方が支配的だったのであり、「ある犯罪意図が存在したものの、結果は生じなかった」場合である「未遂」という概念は存在しなかった。その後、北イタリア法学を継受することにより、犯罪の成立要件を「主観面」と「客観面」に分け、「主観面が存在しているけれども、客観面が存在していない」場合を指して「未遂」という概念が初めて生まれることになった。そして「客観面は存在していないし、（中止により）主観面も存在しなく

なった」場合を指して、「中止」の概念が生まれることになったのである。ここでは未遂の処罰のためには何よりも「主観面」の存在が決め手なのであり、その主観面が存在しない場合には、処罰する理由が全く存在しなくなる、と考えられたのである¹⁾。この点から、中止犯という概念は「客観面の不存在」と「主観面の存在」から成り立つ未遂犯概念を前提とするものであることが明らかになり、「客観面の存在」を前提とする犯罪に対する中止犯規定の援用は、困難なものとならざるを得ないであろう²⁾。

その後、このようなフランス型の未遂犯・中止犯の規定形式に対抗する形で、フォイエルバッハの手による1813年バイエルン刑法典において、未遂犯の成立を前提にした中止犯の規定形式が採用されるようになる。中止犯は、未遂犯は成立しているものの、それを不処罰にするものである。ただし警察監視が付されたり、加重的未遂の場合には内部に含まれた既遂犯として処罰されたりしたけれども とされたのである。このような「未遂犯の成立を前提にした中止犯の規定形式」および「不処罰という中止犯の法律効果」は、その後のドイツ各地の領邦国家の刑法典においても採用されていった。

しかしその1813年バイエルン刑法典の中止犯規定においては、被告人が中止犯の抗弁を濫用するのを防ぐためか 中止犯であることについての立証責任を被告人に課す旨の明文規定が存在していた。これは中止犯の成立要件として、限定的な内容の任意性(「良心、同情、ないしは処罰に対する恐怖によって」)が要求されていた1813年バイエルン刑法典においては、なおさら困難な証明 過去の自らの主観面に関する立証 を被告人に要求するものであった。このためか、1848年にはそのような立証責任の明文規定は削除され、他の領邦国家の中止犯規定においても、同様の立証責任についての文言は見られなくなっていく。

そしてさらにその立証責任の転換を促進したのが1861年バイエルン刑法典であった。この1861年バイエルン刑法典は、1810年フランス刑法典と同様に「中止犯ではないこと」を未遂犯の成立要件としたために、未遂犯の

成立のためには「中止犯ではないこと」が立証されなければならなかったのである。このようなフランス型の中止犯の規定形式への変更は、バイエルンだけでなく、ヴェルテンベルク、そして当時強大な勢力を誇りつつあったプロイセンにおいても見られるものであった。そしてまさにこのような、フランス型の未遂犯・中止犯の規定形式への変更時期に主張されたのが、ツァハリエやルーデンなどによって主張された（前期）法律説だったのである。学説は中止犯の場合には未遂犯がそもそも存在しないことを論証し、またドイツの広範な領域における立法も実際に、中止犯の場合には未遂犯はそもそも存在しない、としていたのであった。

しかしそのような法律説は、オゼンブリュゲンなどによりその存在論的な問題性を指摘されていった。それだけならばともかく、法律説は立法という味方まで失うことになる。すなわち1871年ライヒ刑法典において、ザクセンのシュヴァルツェの主導により規定されたその未遂犯および中止犯規定は、未遂犯の成立要件に「中止犯ではないこと」を加えず、明確に「法律説は採用しない」と宣言したも同然となった。これにより、もともと中止犯論において「なぜ中止犯が優遇されるのか」という背景理論的根拠として挙げられていた刑事政策説が、前面に出ることになった。法律説はあくまでも「未遂犯と中止犯の関係構造」を示す学説なのであり、それ自体が根拠となるものではなかった。もしなり得たとすれば、それは1810年フランス刑法典と同様の中止犯の規定形式を立法が採用していることを前提にして、端的に「法律の条文がそうなっているから」と述べることができた点で、そうであったにとどまるのである。実際、法律説は、様々な説明によって「中止犯が未遂犯の範疇には入らないこと」を説明していた。しかし1871年ライヒ刑法典の成立により、法律説はどのような説明方法を用いるものであれ、維持しにくいものとなった。1871年ライヒ刑法典の規定形式は明らかに法律説を排除するものであり、各種の法律説はそのような説明を無理してまで行わなければならない必然性を失い、支持者を減らしていった。これにより、未遂犯と中止犯の関係構造には縛られ

ない背景理論的根拠論として、刑事政策説が広まることになったのである。この刑事政策説は、「後退のための黄金の橋」³⁾を行為者に架けて、「とにかく結果発生を回避させる」ことに主眼をおいていた。1871年ライヒ刑法典の中止犯規定も、終了未遂の結果回避の規定の存在、および内容を限定しない任意性に関する規定文言の存在によりこの刑事政策説に合致した内容のものであった。またその規定形式から、中止は刑罰阻却(消滅)事由であるとされ、正犯のみが中止したとしても、その狭義の共犯には中止の法律効果は影響しないものとされた。その一方でライヒ刑法典46条はその中止犯の主体を「Täter」としていたために、狭義の共犯者自らが中止行為を行なった場合に、その46条の優遇を受けることができるかについては、まさにここで「刑事政策説」の観点から、その適用が認められた。結果が回避できるのであれば、正犯者が行なっても狭義の共犯者が行なっても、同様に優遇すべきであるとされたのである。

戦後の通常裁判所の時代において、しばらくはこのような刑事政策的な考え方から、悪い動機から中止を行なった者にも中止犯を認めていた⁴⁾ものの、1956年2月28日第5刑事部判決により、明確に刑事政策説が否定され、「犯罪者の意思の危険性と当罰性の観点」が中止犯の成否に決定的であるとされた。これにより中止犯の成否は規範的観点から判断することが可能になった。また学説においてもこのような判例を裏づけるように、「褒賞説」や「刑罰目的説」が主張されるようになった。これらの学説は「褒賞を与えるにはふさわしくない」者や「(一般予防や特別予防の観点から)なお刑罰を与える必要がある」者に対して、中止犯の成立を否定するために主張され、それに対応するように、任意性に関してこれらの学説はそれまでの心理学的考察説を否定し、規範的考察説を主張した。しかし判例は依然として心理学的考察説を維持し、また心理学的考察説を支持する学説からも、刑法典の任意性に関する文言以上の限定を解釈で行うことにより中止犯の成立範囲を狭めようとするのは、被告人にとって不利益な形で条文の文言以上の内容を解釈するものであり、罪刑法定主義違反である、

との批判がなされた⁵⁾。

そして1993年5月19日刑事部大法廷決定は、構成要件外の目的達成により中止したような場合であっても、たとえそれが悪い動機に基づくものであったとしても、外部的ないし内心的強制状況の不存在という意味での任意性が存在している限り、中止犯として認められ得ると判示したのである。そしてこのような考え方は、終了未遂の場合や失敗未遂の場合を考慮すればそれほど不合理な結論には至らず、また何よりも被害者保護に役立つ、としたのである。このような被害者保護の観点により、「（被害者保護に役立つべく）とにかく結果を回避する」という、刑事政策説の視点が再び浮かび上がることになったのである。

このように、ドイツにおける中止犯の根拠論は、「中止犯の成立範囲」と結びついてなされてきたのである。中止犯の成立範囲を規範的に好ましい者のみに限りたがために、その根拠論を規範的に設定し、また逆に中止犯の成立範囲を、結果回避（被害者保護）の点から、あるいは刑法典の文言から、あえて限定しないために、単純に刑事政策的な結果発生回避の奨励として設定する、という具合に、中止犯の成立範囲とその根拠論は連動しているのである。

(2) 日本における中止犯論の歴史的特徴（再論）⁶⁾

このようなドイツの中止犯論の特徴に対し、日本においては、特に昭和期以降は、法律の文言とは乖離したような形で、中止犯の議論が行われてきたのである。既に日本における中止犯論の歴史的特徴については、第一部第四章において検討を加えたが、そこで得られた帰結をここで再び振り返っておきたい。

まず日本における明治13年刑法典から明治40年刑法典への中止犯規定の変化は、単純なフランス型の規定形式からドイツ型の規定形式への変化というだけでなく、二段階の変化を伴うものであった。すなわちまず第一段階として、明治23年草案以降、加重的未遂の場合に内部に含まれた既遂

犯としての処罰についての明文規定を置いた。次に第二段階として、明治30年刑法草案から明治33年刑法改正案へと移行する際に、ドイツ型の規定形式のように、未遂犯の成立要件から「中止犯ではないこと」を要求する文言を削除した。これにより日本も1871年ライヒ刑法典と同様に、中止犯の場合にも未遂犯が成立していることを前提とすることとなった。そうではあるが日本では、ドイツのように「未遂としては」不処罰となる、という規定形式ではなく、そのような中止未遂に対して刑罰の必要的減免を認める、という規定形式を採用した。このことにより、ドイツでは「現に発生した、内部に含まれる既遂犯として処罰される」という解釈を可能にして、その限度での処罰を認めていたのに対し、日本では刑罰の免除まで認めるか、それとも刑罰の減輕にとどめるかを裁判官の裁量により判断できるようにしていたのである。

また具体的な中止犯成立要件の中でも、とりわけ任意性の要件については、日本では昔から、その要求されるべき任意性の内容を規範的観点から限定しようとする傾向が強かったことがうかがわれた。明治13年刑法典の編纂過程における日本人起草者の誤解により、明治10年の日本刑法草案は「真心悔悟二因テ」という文言で任意性の内容を限定していた。これは後の刑法審査局による中止犯規定の削除により、半ば偶然に回避された。その後明治13年刑法典が成立し、刑法学が進展するにつれて、中止犯における任意性の内容は限定されないものであるという考え方が広まっていった。しかしそれでは中止犯自体の成立範囲は広いものとなり、中止犯の恩典に値しないような者も中止犯の範疇に含まれることになる。これに対処するために、前述のように裁判官に刑罰の減輕と刑罰の免除を選択できるようにすることで、規範的に好ましくない中止者に対しても裁判官の裁量による相応の処罰を可能にしたのである。しかし泉二新熊に始まり、牧野英一により確立した、任意性に関して「社会一般の通念により判断する」という基準は、事実上、裁量的・恣意的に任意性判断を行うことを可能にしたために、中止犯の成立範囲を法律の文言が予定しているよりも限定してし

まうことにつながったのである。

さらにこのような任意性に関する議論の流れと関連して、中止犯制度の根拠論について、日本でもこの中止犯の成立範囲を広く認めていく見解と、狭く限定していく見解の対立の歴史があったことがわかれた。すなわち明治から昭和の戦前期まで、刑事政策説が圧倒的な多数説であったが、やがて大正期から牧野英一や宮本英脩らが、このような広く中止犯の成立を認める刑事政策説に対抗して規範主義説という、日本型の刑罰目的説を主張した。これらの見解は規範的観点から中止犯の成立範囲を限定的に捉えようとするものであったが、多くの支持を得るまでには至らなかった。その後、戦後になって、中止犯の法的性格論を用いて中止犯の根拠論を説明しようとする試みが行われた。まず違法減少消滅説が、危険性の喪失の点や、悔悟によってはその成立範囲を限定しない点から、中止犯の成立範囲を広く認める見解として登場した。そしてこれに対抗する形で、責任減少消滅説が、規範的意識の具体化や中止行為に示される行為者の人格的態度の点から、中止犯の成立範囲をある程度規範的観点から限定するものとして主張された。日本において、結局として中止犯制度の根拠論は、中止犯の成立範囲に関わる形で、それを広くするか限定するかという点についての争いだったのである。

しかしその中止犯の成立範囲に関わる中止犯制度の根拠論において、戦後になってから「法律説」を標榜する学説が主張されたことは、結果として別の側面において意味をもつことになった。もともと「法律説」は、明治13年刑法典のような「中止犯の場合には未遂犯も成立していない」ことを前提として、そのような未遂犯規定の条文構造を単純に指摘して、文理解釈により中止犯の不可罰性を導き出すというものであった。それは条文上、未遂と中止がどのような関係にあるかという、未遂と中止の関係構造を示す学説に過ぎず、「刑事政策説」のように、「なぜ法律がそのように中止犯を優遇しているのか」ということを直接に示すものではなかった。不処罰を理由づけるアプローチの方法としては、そもそも次元の異なるもの

だったのである。やがて明治40年刑法典が成立し、中止犯の場合にも未遂犯が成立していることが前提とされるようになって、もはや法律説は根拠論として主張されるには困難なものとなった。この結果、「なぜ法律がそのように中止犯を優遇しているのか」ということを直接に示す根拠論である刑事政策説のみが「根拠論」として残ることになった。また同時に中止犯の場合にも未遂犯が成立していることを前提とする規定形式となったため、中止犯の体系的な位置づけは一身の刑罰減少消滅事由説が採られた。しかし前述のような根拠論のアプローチの違いが明確に意識されなかったがために、法律説が明治13年刑法典のような規定形式を前提とするものであることが忘れられ、中止犯を犯罪成立要件の内部に関わらせる学説としてののみ記憶されていった。やがて刑事政策説と一身の刑罰減少消滅事由説が圧倒的に支持された結果、中止犯の一身専属性がその法的性格（体系的な位置づけ）論と共犯の従属性の議論に基づいてなされるべきであることも忘れられた。そして戦後になって、このような共犯問題の視点を欠いたまま、「法的性格（体系的な位置づけ）論」であるところの違法減少消滅事由説ないし責任減少消滅事由説が、「根拠論」の議論における説明の試みとしてなされるようになった。その際に、現行法からはもはや採りにくいはずの学説である「法律説」という看板が、犯罪論体系内で中止犯を検討するという意味をこめてか、刑事政策説（一身の刑罰減少消滅事由説）に対抗して再び使用された。このような「法的性格論を以って根拠論を説明しようとする試み」は、もともと「危険性の喪失」などの何らかの根拠論を前提に主張されるものであったが、結果的に「違法か」「責任か」という法的性格論の部分だけが強調されて、「なぜ違法が減少するのか」「なぜ責任が減少するのか」という本来争うべき根拠論に関する議論の部分を見えにくくしてしまった。このことは根拠論が何のために、何について争われるべきなのかという点までも、解りにくくしてしまうことにもつながった。「根拠論を議論しているつもりで法的性格論（体系的な位置づけ論）を議論してしまっている」という、現在の日本の中止犯論の混乱を特徴づける第

一の事実が浮かび上がるのである。

そして、法的性格論において「法律説」を標榜するのであれば、「中止犯の場合には犯罪論体系上（違法性ないしは責任、もしくはその両方に中止犯の効果が影響して）未遂犯の成立が妨げられる」ことを前提とするのであるから、その共犯にも中止犯の効果は影響せざるを得ない。実際、明治13年刑法典の規定形式の下では、正犯のみが中止した場合であっても、その狭義の共犯にも正犯の中止犯の効果は及ぶものと考えられていた。にもかかわらず、現在の法律説ではこのような共犯への影響はないものとしている。「法律説の法的性格論としての本質を見誤っている」という、現在の日本の中止犯論の混乱を特徴づける第二の事実が浮かび上がるのである。

（3）これからの中止犯論の展望⁷⁾

以上まで述べてきたように、特にドイツにおける中止犯論の検討をとおして、中止犯の根拠論というのは、それ自体が中止犯の成立範囲を方向づけるべきものでなければならない、ということが明らかになった。これはある意味で当然のことである。「なぜそのような法律制度が存在するのか」ということこそが、その法律制度の対象とする範囲にまさに直接的に影響するからである。そしてその成立範囲を画する上での「枠」となり得るのが、まさに「法律の文言」なのである。法律の文言において、任意性を限定するのか、立証責任を誰に負わせるのか、未終了未遂に限定するのかなどの判断を、立法者が、基準となる「枠」として、法律の文言に提示するのである。

とするならば、現行法の「枠」を越えて、その法律制度が適用される場面を設定しようとする場合には、そうしようとする者に何らかの説明責任が生じる。とりわけ被告人にとって有利な規定である中止犯の規定を狭く解釈しようとする場合には、その「枠」を超える解釈が罪刑法定主義違反に当たらない、ということまでいえるような説明が必要である。だからド

イツでは、根拠論にまで立ち返って、刑罰目的説や褒賞説を主張しなければならなかった。その制度の対象とする範囲そのものを修正することにより、文言の「枠」を越えることが罪刑法定主義には当たらないと言えるようにしたかったのである。

さて、現在の日本における法律説がこのような条文を意識した上で、しかも中止犯の成立範囲を視野に入れて主張されているかということ、それは非常に疑問であると言わざるを得ない。ただ単純に「責任が減少する」「違法性が減少する」と述べているにすぎないのである⁸⁾。しかもなぜそんなことを説明しなければならないのかという明確な意識なしに。刑法犯罪論体系そのものから演繹して中止犯の根拠を述べることには、大した意味はない。この根拠論では直接に、まさに中止犯の成立範囲を方向づける形での説明が、必要なのである。

現在の日本における法律説の問題点は、これだけにとどまらない。そもそも法律説は法的性格論(体系的位置づけ論)に関する見解であるわけだが、肝心のその法的性格論(体系的位置づけ論)として法律説がもつ意味が実質的にほとんど理解されていない。犯罪論体系の中で中止犯の効果が及ぶとする法律説では、「中止犯の場合には未遂犯も成立していない」ことになる。1810年フランス刑法典の影響を受けて作られた明治13年刑法典の下では、むしろそのように考えるのが素直である。だが現行法ではどうか。日本の現行刑法典43条本文と但書の構造は、実際のところ、その文言上、ドイツ刑法典22条と24条の関係構造よりも、はるかに法律説に親しみやすいものではある⁹⁾。しかしその場合には、未遂犯が成立する場合には「中止犯ではないこと」の立証が必要なはずである。法律説においては、「中止犯ではないこと」が証明されない限り、犯罪成立要件が満たされたかどうかというのはまだ明らかにならないことになる。だが現在の圧倒的な考え方は未遂犯をそのようには考えたりはしない¹⁰⁾し、判例も未遂犯をそのようには考えていない¹¹⁾。実際、立法者もそんなふうには考えてはいなかった。立法者も、中止犯の場合にも未遂犯が成立していることを前提と

していたのである¹²⁾。

何よりも法律説を採用することによる弊害は、その共犯への影響である¹³⁾。制限従属形式を前提としながら、違法性に関連する形で中止犯を説明しようとするれば、共犯への影響は避け難い。犯罪論体系が「行為違法・行為責任」をその対象としているという前提からは、この結論は当然に導かれねばならない。「行為違法・行為責任」を犯罪論体系がその対象としている以上、その「行為」以後の事情、すなわち「中止」は、その「行為違法・行為責任」に影響するものではない。まさに前期法律説が批判を浴びた存在論的な疑問に突き当たるのである。もしこの「行為違法・行為責任」の概念そのものを、従来のものとは異なって事後的なものまで含むのだ、とするならば、それは自らの犯罪論体系における「違法」と「責任」の意義を従来のものとは根本から異なるものに修正することになる。「責任」概念をそのように修正するのはともかく¹⁴⁾、「違法」概念までもそのように修正することは、これは覚悟を要する主張である。また、この中止犯論においては「量刑違法・量刑責任」が問題となるのだ、としてもよいかもしれないが、それは中止犯を単なる量刑規定とすることになる。

以上のように日本における法律説は、それを主張することによりもたらされる意味を誤解している。中止犯の根拠論においては、その成立範囲を方向づけるべき内実を持たねばならないのに、法律説には定義上、そもそもそれが無い。それでいて、法律説の一番の特徴である共犯への影響については、影響はないという。

中止犯の議論を行う際には、まず前提として、「刑事政策説」と呼ばれる学説の正確な内容を把握すべきである。刑事政策説は「自止の奨励」または「とにかく結果を回避すること」を内容とするものであり、またそれに尽きる。現在よく言われている刑事政策説に対する批判は、ほとんどこのような内容上の誤解に基づくものなのである¹⁵⁾。

そして中止犯で問題となるのは、前述のようにその成立範囲である。好ましい動機により取りやめた訳ではないが、ともかくも結果を発生させな

かった者に中止の特典を与えるべきか否か。これについて争われるべきである。そしてそのような観点からすれば、日本とドイツの状況はさほど変わらない。任意性について、その内容を限定していない以上、そのような者に中止の特典を認めるべきか否かは、任意性に関する文言が同じ内容をもつものである以上、ドイツにおいてだけでなく、実は日本でも問題となる。「自己の意思により」悪い動機から犯罪を中止した者に対して、日本の43条但書の文言からは、実は中止犯の成立を認めざるを得ない。この点については、立法者までもが明確に認めていることである¹⁶⁾。中止犯は、法律の文言上、悪い動機から自己の意思により中止した者を含むのであり、これは立法者が認めていることなのである。法律の文言の要件を満たしている以上、中止犯の成立を認めることは、仕方がない。それが嫌だと言うならば、まさにドイツにおいてポッケルマンやロクシンがそうしたように中止犯の根拠論にまで立ち返って、「中止犯は規範的に好ましい者に限るべきだ」と主張して争わなければならない。このような中止犯制度の根拠論にまで立ち返ることで、被告人に有利な規定の運用を限定的に解するこのような考え方は、罪刑法定主義違反とのそしりを避けることを試みたのである。だから、中止犯の根拠論においては、日本においても、「刑事政策説(奨励説)¹⁷⁾」と、「刑罰目的説」または「褒賞説」が争われるべきなのである¹⁸⁾。

「そのように広い範囲で中止犯を認める刑事政策説(奨励説)が支持され得るものなのか」とか、「そのような者に中止の恩典を認めるのはいかなるものか」と思うかもしれない。しかしドイツにおいても中止犯の場合には「未遂としては」不処罰となるに過ぎないのであるから、実際に発生した既遂犯としては処罰し得ることになる。日本においては、刑罰免除だけでなく、減輕の規定がある。ドイツでは「未遂犯が成立して、しかし未遂犯としては処罰されずに内部の既遂犯として処罰される」ことになり、日本では「未遂犯が成立して、その未遂犯として、裁判官の裁量により減輕にとどめられて処罰される」のである¹⁹⁾。「そのような量刑以前に、そ

のような者を中止犯として認めることが嫌だ」というのであれば、まさにここで刑事政策説を否定し、刑罰目的説が褒賞説を採用して、「そんな人間をそもそも中止犯制度は対象とはしていない」と言えばよいのである。だが日本の刑法典43条但書がそもそも刑事政策説に合致した文言となっている以上、このように解することはやはり罪刑法定主義違反ではないかと批判されても仕方がない。そうであれば、任意性の文言に関して、「悔悟して」などのような形で限定主観説を採用するように立法論を展開するのも一つの方法²⁰⁾である²¹⁾。

以上のような検討を通して、中止犯に関する議論において、何が議論され、何をポイントとして争われるべきかが明らかになったと思われる²²⁾。「さらに混迷の度を深めている観なしとしない」²³⁾ような日本の中止犯論において、以上の検討が、有意義な議論をするための手がかりとなれば幸いである。

- 1) 当時においても中止の効果が刑罰減輕になるのか、不処罰になるのかが争われていたが、前述のような観点からは中止の効果は不処罰になるのが論理的に一貫したものであったと考えられる。
- 2) よって、「既遂犯となった場合であっても、行為者がその事情を知らない限り、結果を防止するような真摯な努力を行なった時はなお中止未遂として取り扱うべきである」というような牧野英一（前述立命館法学282号（2002年）146頁注96参照）の見解は、中止犯における学説としては全く成り立ち得ないものである。既遂犯となった場合には「行為による悔悟（tätige Reue）」などの別の法制度が考えられなければならない。「中止犯」と「行為による悔悟」は、いずれもそれ以後のさらなる犯罪的結果の進行を妨げた者に対して優遇措置を規定するものであるが、その両者の決定的な違いは、行為による悔悟が、抽象的危険犯や、いわゆる「切り縮められた二行為犯」などを対象に、その犯罪類型が結びつきやすいとされているさらなる被害結果を回避するために、既遂（とされている時点）以後にも優遇措置を認めるものである、という点なのである。
- 3) Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1884, S. 192.
- 4) BGHSt 7, 296.
- 5) Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 2001, 24. Aufl., § 24 Rdn. 18; Karl Lackner, Anmerkung, NStZ 1988, S. 405f.
- 6) この日本における中止犯論の歴史的特徴、およびそれに基づく展望について、詳しくは第一部第四章を参照して頂きたい。
- 7) 最近に出された中止犯に関する論稿として、以下のようなものなどがある（執筆者名の

五十音順で挙げた。また、判例評釈は除く。井田良「中止犯」現代刑法3巻5号(2001年)95頁以下、井田良・川端博『《対談》中止犯論の現在と課題』現代刑法5巻1号(2003年)4頁以下、伊東研祐「積極的特別予防と責任非難 中止犯の法的性格を巡る議論を出発点に」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』(1996年)265頁以下、岡本勝「中止犯論の現状と展望」現代刑法5巻1号(2003年)29頁以下、同「中止未遂における減免根拠に関する一考察」『刑事法学の現実と展開 齊藤誠二先生古稀記念』(2003年)277頁以下、金澤真理「未終了未遂の意義」法学(東北大学)57巻4号(1993年)115頁以下、同「中止未遂の成否 ドイツ連邦通常裁判所刑事部大法廷決定BGHSt 39, 221を手がかりとして」東北法学14号(1996年)1頁以下、同「中止未遂の体系的な位置づけに関する覚書」東北法学16号(1998年)83頁以下、同「不作為態様の中止失敗未遂の検討を経て」山形大学法政論叢15号(1999年)1頁以下、同「中止未遂における刑事政策説の意義について」法学(東北大学)63巻5号(1999年)39頁以下、64巻1号(2000年)53頁以下、同「中止犯」『刑法の争点〔第3版〕』(2000年)92頁以下、同「中止未遂とその法的性格」刑法雑誌41巻3号(2002年)29頁以下、木村光江「中止犯論の展望」研修579号(1996年)3頁以下、同「中止犯の一考察」東京都立大学法学会雑誌39巻1号(1998年)61頁以下、黒木忍「中止未遂の基本問題(一)」宮崎産業経営大学法学論集11巻1号(1999年)77頁以下、同「中止未遂の基本問題 中止未遂の法的性格」『三原憲三先生古稀祝賀論文集』(2002年)441頁以下、斉藤信宰「中止未遂の問題点」中央学院大学総合科学研究所紀要13巻1号(1997年)1頁以下、齋野彦弥「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』(2003年)587頁以下、塩谷毅「中止犯」法学教室279号(2003年)64頁以下、塩見淳「中止行為の構造」『中山研一先生古稀祝賀論文集』第3巻(1997年)247頁以下、清水一成「中止未遂に関する近時の判例の動向」現代刑法5巻1号(2003年)47頁以下、城下裕二「中止未遂の減免根拠をめぐる近時の理論動向」『誤判救済と刑事司法の課題 渡部保夫先生古稀記念』(2000年)569頁以下、曾根威彦「中止犯における違法と責任」研修594号(1997年)3頁以下(同『刑事違法論の研究』(1998年)243頁以下に所収)、高橋則夫「中止犯理論の再構成 損害回復説の提唱」『刑法における損害回復の思想』(1997年)20頁以下、對馬直紀「中止行為について」明治大学大学院紀要法学篇30集(1993年)135頁以下、中空壽雅「中止未遂の法的性格と成立要件 行為無価値論の立場から」現代刑法5巻1号(2003年)34頁以下、中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィジョン刑法2(未遂犯論・罪数論)』(2002年)128頁以下、原口伸夫「共犯者の中止未遂」『日本刑事法の理論と展望上巻 佐藤司先生古稀祝賀』(2002年)351頁以下、前田雅英「中止犯」警察学論集48巻12号(1995年)153頁以下、山口厚「中止犯」法学教室194号(1996年)97頁以下(同『問題探究刑法総論』(1998年)219頁以下に所収)、山中敬一「中止犯における「自己の意思により」の意義について」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』(1996年)309頁以下(後掲の同『中止未遂の研究』75頁以下に所収)、同「着手中止と実行中止の要件について」関西大学法学論集49巻5号(1999年)22頁以下(後掲の同『中止未遂の研究』223頁以下に所収)、同「中止犯の減免根拠に関する考察」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集』第二巻(2000年)437頁以下(後掲の同『中止未遂の研究』47頁以下に所収)、同

- 『中止未遂の研究』(2001年), 山内義廣「大審院時代における中止未遂の任意性の判断基準について」敬愛大学研究論集57号(1999年)237頁以下, 山本輝之「中止未遂の法的性格と成立要件 結果無価値論の立場から」現代刑事法5巻1号(2003年)40頁以下, 吉浦正明「中止未遂について」研修603号(1998年)101頁以下, 吉澤三枝「中止犯をめぐる諸問題」司法研究所紀要(日本大学)11巻(1999年)41頁以下, 和田俊憲「中止犯論 減免政策の構造とその理解に基づく要件解釈」刑法雑誌42巻3号(2003年)1頁以下など。これらについて本来であればここで検討を加えるべきなのであるが、都合により本稿では十分に検討することはできない。これについては別稿に譲ることとする。
- 8) もちろん全ての学説がそのように述べるわけではない。一部の学説は、きちんと「なぜそういう法効果を伴うのか」「どういう範囲に中止犯を認めるべきなのか」を説明し得る論拠を提示している。最初に日本で、現在あるような形で法律説を主張した平場安治も、前述のように、このような論拠を示していた。前述第一部第三章および第四章参照。
- 9) 同じ条文に規定されているので、法律説を採用するためには、前述(第二部第四章参照)のように1871年ライヒ刑法典の下でベルナーが行なったような解釈をしたとしても、ベルナーほどには苦しくはない。また43条本文は未遂という状態について直接に規定する定義規定とも言えるが、逆にそうではないとも言い得るので、明確に未遂の「概念規定」としての22条をもつドイツよりはそのように中止犯の場合には未遂犯もそもそも成立していないと主張して法律説を採用する解釈の余地が大きいといえる。
- 10) 団藤重光『刑法綱要総論〔第三版〕』(1990年)356頁など。
- 11) 大判明治44年10月12日刑録17輯1672頁(第一部第三章第二節(3)参照)。
- 12) 第一部第三章第一節および第二節(1)(立命館法学281号(2002年)33頁以下および39頁以下)参照(特に平沼騏一郎の見解を参照)。
- 13) これについては、第一部第三章第二節、および同第四章で既に詳細に述べた。
- 14) 犯罪論体系における責任の概念そのものを変更・修正して捉える方法は、現段階で筆者がそれを採用するわけではないがあり得る方法の一つではある。だが中止犯論の説明のためだけに犯罪論体系を変更・修正することは、派生的作用が大きすぎるようにも思われる。
- 15) 刑事政策説に対する、これまでの数多くの批判に対する検討については、城下裕二「中止未遂における必要的減免について 「根拠」と「体系的位置づけ」」北大法学論集36巻4号(1986年)207頁以下を参照。また本稿においても、第一部第三章第二節(立命館法学281号(2002年)59頁以下)においてある程度まで述べた。そこにおいて述べたように、「法律効果が不処罰ではないから犯罪防止の効果は少ない」というのは、法律効果についてドイツでも加重的未遂の場合には内部に含まれた既遂犯として処罰され得るのだから「不処罰ではないから」というのが特に反論になるわけではない。不処罰でなければ自止の奨励効果がないとするのも極端である。また「犯人が全員中止規定を知っているわけではない」とか「法学を学んだ者の数を過大評価するものである」(Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1923, S. 370 Fn. 7)という批判も有効ではない。犯罪結果が刑法上好ましくないと評価されるのと同様に、犯罪結果の回避が刑法上好ましいと評価されるに過ぎず、それは「中止犯規定の存在を知っているかどうか」

に左右されるものではない。また『刑事政策』というのは刑法の一般原理であってそれ自体からは何の中身も出てこない」とする批判もあるが、何度も述べているように、刑事政策説は「どんな理由からでも、誰でもよいかととにかく結果発生を回避して欲しい」ということがその中身として重要なのであるから、中身が無いわけでは決してない。「刑事政策」という語を「量刑」と同視したり、「刑事政策説」を「一身の刑罰（減少）消滅事由説」と同視したりするような見解も、同様に定義上の誤解を犯している。さらには「刑事政策説」の「刑事政策」という言葉の中身に「一般予防」や「特別予防」の内容を読み込む見解も、定義上の誤解を犯すものである。何度も述べるように刑事政策説の内容は「ある行為者の犯罪結果をとにかく回避すること」につきるのである。刑罰の正当化根拠論における「一般予防」は、既に犯罪に足を踏み込んだ者を名宛人とするものではない

「一般予防」とは刑罰による他者への規範強化を内容とするものである（積極的一般予防）のであるから、「どんな理由からでもよいから犯罪者が結果を回避すれば中止犯とする」とような刑事政策説の考え方とはそもそも対象の方向がずれているし、むしろ悪い動機から中止した者に中止犯の特典を認めることはそのような「一般予防」に資するものとは言えないであろう。また「特別予防」の考え方も、悪い動機から中止した者に対しても中止の特典を与えるような刑事政策説の考え方とはそぐわないものであろう。第二部第四章で述べたように、これらの「一般予防」や「特別予防」の観点は、むしろ「刑罰目的説」の考え方において、その中止犯の成否の判断の際に基準とされるべきものなのである。「褒賞」の内容を「刑事政策」という言葉の中身に読みこむ見解も、同様の誤りを犯している。「褒賞」とは、それを受けるにふさわしい者が受けるということを前提にしており、悪い動機から中止した人間に対しても中止犯の成立を認める「刑事政策説」の考え方とはそぐわないのであり、そのような観点からはむしろこれは「褒賞説」として、別の考え方であると評価すべきなのである。また、「刑が減輕されるべき場合と免除されるべき場合とを区別する理由を刑事政策説は説明できない」と言われることもあるが、「中止犯の根拠論」においては「(ある事例について)中止犯が成立するべきか否か」がまさに議論されるのであるから、中止犯の根拠論において減輕されるべき場合と免除されるべき場合とが区別できなくても、それ自体は何ら構わない。「減輕されるべき場合と免除されるべき場合とを区別するための基準をどのように考えるべきか」については、それ自体を、根拠論とは別の論点として議論すれば足りる。この「免除と減輕の区別基準」が根拠論から説明できればそれに越したことはないが、もし「説明できないから根拠論としては成り立たない」と言うのであれば、それはまさに根拠論で何が争われるべきかを誤解していることに基づくものといえる。根拠論では「中止犯の成立範囲」が争われるべきなのであり、またそれで足りる。なおちなみにこの「免除と減輕の区別基準」については、既に第一部第三章第一節および第二節（立命館法学281号（2002年）36頁、47頁以下および70頁注104）において以下の点を示した。すなわち明治30年刑法草案までは中止犯の法律効果は「現二生シタル結果ニ從テ之ヲ罰ス」という形式であったのが、明治33年刑法改正案においては「其刑ヲ減免ス」という形式になった。このように明治30年刑法草案では「実際に結果を生じた者」しか処罰できなかったのが、明治33年刑法改正案においては裁判官の裁量で、「結果は生じてはいないものの規範的観点からは不処罰に値しない者」に対しても

刑を科すことができるようになった、と。

- 16) 第一部第三章第一節（立命館法学281号（2002年）38頁以下）参照。
- 17) 注15で述べられたような「刑事政策説」に対する批判は、そのほとんどが、刑事政策説の「刑事政策」という単語の多義性のために、その本来の中身（定義内容）である「自止の奨励」とか「とにかく結果回避すること」という意味を忘れて、誤解していることに基づいているように思われる。このような点から、この本来の刑事政策説を「奨励説」と言い換えることが試みられており（金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について（二・完）」法学（東北大学）64巻（2000年）64頁以下、塩谷毅「中止犯」法学教室279号（2003年）65頁など）、誤解を避けるために非常に望ましいものと考えられる。また、ドイツでは「黄金の橋説（Die Lehre von der goldenen Brücke）」と言い換えられているようである。
- 18) このように「刑事政策説（奨励説）」と「刑罰目的説」を中止未遂の根拠論における学説としたとしても、「中止未遂の存在理由を純粋な刑事政策に求めるとき、中止未遂を認めるか否かの結論は必ずしも一義的に導出されない」（金澤真理「中止未遂における刑事政策説の意義について（二・完）」法学（東北大学）64巻（2000年）62頁）とか、刑罰目的説が依拠する「刑罰目的」について、「その目的は極めて多岐にわたり、帰一するところがなく、また「目的が設定されたからといって、そこから直接に中止未遂の成否の結論が演繹されるわけではない」（同83頁）とも言われることがある。これはある程度は確かにそのとおりで、刑事政策説（奨励説）が中止犯の成立を否定する場合である「外部的ないし内面的強制状況」の場合について、どのような場合がその強制にあてはまるのか、曖昧であるという指摘はなされている（Manfred Maiwald, *Psychologie und Norm beim Rücktritt vom Versuch*, in *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, 1999, S. 266f.; Christian Jäger, *Das Freiwilligkeitsmerkmal beim Rücktritt vom Versuch*, ZStW Bd. 112, 2000, S. 788ff.）し、刑罰目的説も、その規範的発想ゆえに恣意的判断に陥りやすく、「誰の目から見た合理性を基準にするか」が問題となる場面がでてくる（特に任意性において規範的考察説を採用するとこれが前面に現れる。Vgl. Jäger, a. a. O., S. 788ff.）。しかしこれらの学説はそれぞれ全く中身の無いものでは決してなく、単純化して言うならば、中止未遂の成立範囲について「緩やかに広く考える説」と「厳格に狭く考える説」があるという対比状況の方向づけがある限りは、それらの説の根拠論としての意義は全く失われない。明確化するべきポイントも（「もはや任意とはいえない）強制状況とはどのような場合か」「規範とは、誰の目から見た、どのようなレベルのものか」という具合に、既に絞られているのであり、十分に根拠論として有意義なものと考えられる。
- 19) ちなみにフランスでは「未遂犯が成立せず、内部の既遂犯が成立して処罰される」ことになる。
- 20) 実際、1940〔昭和15〕年の改正刑法仮案の中止犯規定（23条）は、「自己の意思による場合」と「悔悟した場合」とで法律効果を区別した。第一部第三章第二節（立命館法学281号（2002年）124頁以下）参照。
- 21) なお同様の点から、日本においてももし法律説をそれでも主張したいのであれば、明治13年刑法典がそうであったように、フランス型の規定形式を採用するよう立法論を展開する

のが一貫しているように思われる。もちろんその場合には、共犯への影響も視野に入れて立法論を展開しなければならないであろう。

- 22) 筆者の考えとしては、とりえず条文に忠実なものであることから、根拠論としては刑事政策説(奨励説)が支持されるべきであろうし、また法的性格論(体系的位置づけ論)としては一身の刑罰減少消滅事由説が 共犯問題に関して最も差し障りがないので支持されるべきであろうように思われる。悪い動機から中止した者に対しても中止犯の成立を認めることに異論はあるかもしれないが、本文中でも述べたように、「中止犯の成立を認めた上で、減輕にとどめる」だけで十分である。立法者もそのような運用を前提にして現行の中止犯規定における減輕に関する部分の文言を作成したのである。何よりも「自己の意思」で中止して、実際に結果が発生しなかったのだから、そのような中止行為は被害者保護にも資するものであったと言えるであろう。また「実務においては障礙未遂のほとんどの場合に減輕がなされているのであり、中止未遂において免除とならない領域を広く認めることは、『中止犯の成立を認めるか否か』という論点自体を無意味にしてしまいかねない」との批判も考えられるが、まさにそのように未遂犯の処罰を任意的減輕にとどめ、なおかつ中止犯の成立を広く認めつつ刑罰を必要的減免としたのが立法者の意思なのである。立法者は「中止犯の成否」という論点に関しては裁判官の裁量の余地を大きくは認めない(=「概念に対する裁量は小さい」と)しつつ、その量刑上の範囲において障礙未遂の量刑と重なる部分を十分に作って、結果的に量刑上の裁判官の裁量の余地を十分に認めるもの(=「量刑に対する裁量は大きい」と)していたのである。これに対して異論があると言うならば、もはや新たな何らかの立法論を展開するか、さもなければ逆にそもそも実務において「免除」が認められる場合が、その裁量上、不当に狭いことを批判すべきである。現に明治40年刑法典施行以降、これまで中止未遂の成立が認められた公判物登載判例は、大審院判例が3件、最高裁判例が0件、高裁判例が9件、地裁判例が16件あるが、そのうち免除が認められたのはわずか2件(和歌山地判昭和35年8月8日下刑集2巻7・8号1109頁、和歌山地判昭和38年7月22日下刑集5巻7・8合併号756頁)のみである。
- 23) 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 齋藤誠二先生古稀記念』(2003年)277頁。