

中止犯論の歴史的展開 — 日独の比較法的考察 —

野澤 充

現在の中止未遂研究の問題として、中止犯という法制度が何を目的とするものかが理解されず自首制度との混同も見られること、そして19世紀ドイツの立法論の論争に基づく刑事政策説と法律説の対立の解釈理論の意義を理解せずに議論形式だけを取り入れたために、議論が混乱していることが挙げられる。以上の問題を打破するために、そもそも歴史的観点からの考察を行うことが必要だと考え、中止犯論を立法過程・学説の点から、その理論的進展を時系列に沿って検討することにした。

日本の中止犯論の歴史について、まず明治13年刑法典はボアソナード草案をもとにしてフランス型の中止犯の規定形式を採用し、中止犯でないことを未遂犯の成立条件の一つとした。その根拠論は刑事政策説が優位を占めたが、この刑事政策説と法律説の両方を根拠とする見解もあった。しかしこれは単なる条文解釈に基づくのか、立法理由によるのかという点で、根拠論としてのアプローチの方法を異にしていた。やがてドイツ型の中止規定を持つ明治40年刑法典が成立すると、中止犯も未遂犯の成立を前提としたものとなり、法律説は根拠論として採用し難くなり、刑事政策説が圧倒的通説となった。しかし刑事政策説に対する批判が昭和初期から主張され、さらに戦後に違法減少・責任減少という新しい議論形式が、しかも法律説という名称を伴って主張され始めた。だがこの議論形式は中止犯の体系的位置づけ論を根拠論と混同させる原因となり、また正犯の犯罪成立部分において中止が効果を及ぼすならば、従属性の観点から共犯にその効果が及ぼざるを得ないが、そのような共犯への影響を軽視したまま、日本の中止犯論は「中止の法的効果」に関わる「体系的位置づけ論」を「中止の成立要件」に関わる「根拠論」と同視して、トートロジーの中で苦しんでいるのである。

一方ドイツの中止犯論の淵源を検討した結果、16世紀頃に犯罪の客観要件と主観要件を分離させ主観要件は存在するが客観要件が存在しない場合を「未遂」としたことにより、その未遂の成立要件たる主観要件が欠けた場合には、客観要件も主観要件もないことから不処罰となるとされたこと、これが中止犯概念の端緒であると明らかになった。また19世紀ドイツにおいて、1851年プロイセン刑法を中心とした「未遂犯・中止犯規定のフランス化」が一時的に進行し、それはまさに前期法律説の流布時期と重なるものであった。そして1871年ライヒ刑法典がドイツ型の中止犯規定に再び戻ることにより、法律説は少数説となったのであった。このようなドイツの議論に基づけば、日本でももし法律説を主張するならば共犯への影響を視野に入れねばならず、またフランス型の中止犯規定の立法論を含まねばならないと考えられる。そして中止犯の根拠論は中止犯の成立範囲を画する内容をもつものでなければならず、その成立範囲の広狭をめぐる争われるべきなのである。