

〔論文〕

## 行為による悔悟の法的効果に関する一考察

鈴木 一 永

名古屋学院大学法学部

### 要 旨

ドイツの行為による悔悟の法的効果は規定によって異なる。これには、恣意的で平等性を欠くとの批判もなされている。一方、体系性を見出す努力は成功しているとはいえない。これに対しオーストリアでは、ほぼ一致して法的効果として不処罰を規定し、学説からも好意的に捉えられている。また167条において最重要視されているのは被害者の利益という観点であるが、無制限に認められるものではなく、また社会的な法意識の変化によって変わり得る。

わが国で多くみられる自首減免規定では、総則自首の効果である任意的減輕に「+ $\alpha$ 」する形で法的効果を設定している。被害者の利益よりも処罰欲求を重視し、不処罰ないし必要的免除の設定には非常に消極的である。

刑の免除の法的性質は、無罪判決と同視すべきという主張も有力である。しかし、一般予防ないし特別予防上の一定の効果を期待し得る有罪判決として、刑の免除の宣言的機能を強調することが望ましい。

キーワード：行為による悔悟

## Zum Rechtswirksamkeit beim Tätige Reue

Kazuhisa SUZUKI

Faculty of Law  
Nagoya Gakuin University

目 次

- 一 はじめに
- 二 ドイツ及びオーストリアにおける議論状況
  - 1 ドイツ
  - 2 オーストリア
  - 3 小括
- 三 わが国における議論状況
  - 1 被拐取者解放減軽
  - 2 自首・自白減免規定
    - (1) 偽証・虚偽告訴自白
    - (2) けん銃等提出自首
    - (3) 外貨等偽変造自首
    - (4) 小括
- 四 おわりに

## 一 はじめに

行為による悔悟とは、犯罪の既遂後に行為者の一定の法益保護的な事後的態度に対して刑の軽減ないしは免除、不処罰といった恩典を付与する法的効果をもって各則に規定された規定をいう<sup>1)</sup>。本稿では、この「恩典」である法的効果の設定に焦点を合わせて、行為による悔悟規定のあり方を検討したい。この点、オーストリアにおける行為による悔悟規定は、その代表格である167条が刑罰消滅事由として規定されていること<sup>2)</sup>、ドイツにおいても多くが（そしてその法的性格、要件が大きく依拠している中止犯が）刑罰消滅事由として規定されていることから、その解釈論として法的効果が不処罰になることをある意味で出発点として議論がなされてきた。

これに対して、わが国では刑罰消滅事由として規定されている行為による悔悟規定は存在しない。その多くは自首・自白と組み合わせられ、必要のないし任意的減免という法的効果をもつものとして、総則自首の特則である自首減免規定として<sup>3)</sup> 規定されている。また、わが国では数少ない自首・自白の特別規定ではない純粹な行為による悔悟規定である228条の2も必要的減軽が法的効果である。

このような状況を比較検討しつつ、わが国における行為による悔悟規定の法的効果の設定のあ

- 
- 1) この行為による悔悟は、行為者に要求される事後的態度の目標設定に基づいて、予防的な行為による悔悟と補償的な行為による悔悟に分類されるのが一般的である。前者は実質的な損害ないしは法益侵害の発生を回避する場合であり、後者はすでに実質的な法益侵害が生じている場合にその回復のために努力し、実際にそれを回復する場合である。Thomas Hillenkamp, *Möglichkeiten der Erweiterung des Institut der tätigen Reue*, in; *Wiedergutmachung und Strafrecht*, 1987, S.83.; Sophie Härtl-Meißner, *Die tätige Reue im deutschen und österreichischen Strafrecht*, 2020, S.179.; Rudiger Schäfer, *Die Privilegierung des "freiwillig-positiven" Verhaltens des Delinquenten nach formal vollendeter Straftat*, 1992, S. 28ff.
  - 2) オーストリア刑法167条については、高橋則夫『刑法における損害回復の思想』(1997年) 71頁以下参照。
  - 3) 西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻』(2010年) 645頁〔古川伸彦〕。

り方について検討するのが本稿の課題である。

## 二 ドイツ及びオーストリアにおける議論状況

### 1 ドイツ

ドイツでは、行為による悔悟の成立要件は中止犯に類似したものになる一方で<sup>4)</sup>、法的効果はそうではなく<sup>5)</sup>、「豊かなレパートリー」<sup>6)</sup>が利用可能になっている。すなわち、中止犯同様に、義務的な不処罰として裁判官の裁量なしに、要件を充足しさえすれば無罪となるもの<sup>7)</sup>、選択的に刑の減軽ないしは免除を規定しているもの<sup>8)</sup>、裁量的な刑の減軽のみを規定しているもの<sup>9)</sup>、裁量的な刑の免除のみを規定しているもの<sup>10)</sup>がある<sup>11)</sup>。

このような各論に規定されている状況の一貫性のなさを捉えて、体系的な明確性をもたらす意思も能力も立法者にはない、と酷評されている<sup>12)</sup>。さらに法的効果についても、「非常に雑然とした有様であり、法的平等性という言葉も正義という言葉ももはや用いることはできない」<sup>13)</sup>であるとか、法的効果の種類割り当ては「純粋に恣意的なもの」<sup>14)</sup>などとまでいわれている。また、憲法上の平等原則等の観点から疑問を呈するものもあるが<sup>15)</sup>、立法者には広い裁量が認められているというべきであり、異なった法的効果を設定することが憲法に反するとまではいえない、とする理解が一般的である<sup>16)</sup>。

4) *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 178f.

5) *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 205f.

6) *Albin Eser/Nikolaus Bosch*, in; Schönke/Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch, 30. Aufl., 2019, § 24, Rn. 117/118.

7) たとえば84条5項後段, 320条3項4項など。

8) たとえば83条a1項, 84条5項前段, 320条2項, 330条b1項など。このうち, 142条4項のみが最低限, 刑の減軽を必要とし(必要的減免), それ以外の規定は刑の減軽も裁量的である(任意的減免)。

9) 239条a4項, 239条b2項, 314条a1項, 320条1項。

10) 87条3項, 266条a6項1文。

11) なお, 刑の減軽としては, 大部分は49条2項による減軽を参照指示している。これによれば下限が法定刑の下限まで引き下げられ, また自由刑に換えて罰金刑を言い渡すことも可能となり, 裁判官に非常に広い処断刑の幅が与えられることになる(*Hans-Heinrich Jescheck = Thomas Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, § 83 VI.)。これに対して, 142条4項, 239条a4項, 239条b2項が参照指示する49条1項は, 法定刑の上限及び下限について引き下げを定めている。

12) *Rainer Zaczyk*, in; Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Band1, 5. Aufl., 2017, § 24, Rn. 132.

13) *Albin Eser*, in; Schönke/Schröder Kommentar zum Strafgesetzbuch, 25. Aufl., 1997, § 24, Rn. 117.

14) *Horst Schröder*, Die Koordinierung der Rucktrittsvorschriften, in; FS H. Mayer, 1966, S. 391. *Hillenkamp*, a.a.O. (Anm. 1), S. 89もそれに完全に賛成はしないものの、「意図的な恣意」である、としている。

15) *Schröder*, a.a.O. (Anm. 14), S. 389ff.

16) *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 325ffは, 行為による悔悟に関する現行法の状況は, 憲法的に必ずしも望ましいわけではないが, 許容され得る一種の「回廊」にいる, と述べる。Vgl. *Johannes Kaspar*, Verhältnismässigkeit und Grundrechtsschutz im Präventionsstrafrecht, 2014, S. 252f.

これに対して、部分的にでも体系性を見出す努力もなされてきた。たとえば *Botcke* によれば、49条1項による限定的な刑罰軽減しか規定されていない理由は、それぞれの構成要件の構造によって基礎づけられると考えている。すなわちそれらが、49条2項の適用によって法定刑の下限まで軽減され得る犯罪に比べて、高い不法内容を有していることを示している、というのである<sup>17)</sup>。これに対しては、そもそも49条1項が適用される規定は3つにとどまっている上、事故現場からの無許可離脱罪に対する142条4項の不法内容が、98条のような反逆のための諜報員活動よりも不法内容が高いかは疑わしいとの指摘がなされている<sup>18)</sup>。

また、*Schäfer* は、予備行為の態様が構成要件に詳細に具体化されている「類型化された」予備罪（たとえば149条1項、275条1項など）においては、おおよそ義務的な不処罰が規定され、これに対して単に「予備を行った」などと構成要件に規定される「類型化されていない」予備罪（たとえば80条、83条、234条a3項など）にはおおよそ裁判官の裁量的な刑の軽減ないしは免除が規定されていることを指摘している<sup>19)</sup>。処罰範囲を特殊な行為態様へ限定する類型化を断念することに、相応する犯罪の予備が包括的に当罰的であって重い犯罪であることが明確に示されており、この犯罪の質的な違いが行為による悔悟によって得られる恩典の程度における類型化された予備罪との差にあらわれる、というのである<sup>20)</sup>。しかし、この分類も現行法に照らして貫徹することはできていない。たとえば149条2項の行為による悔悟の対象には、通貨偽造という「類型化された」予備罪を含んでおり法的効果は不処罰となるが、これを参照指示する「類型化されない」予備罪である303条aや303条bにも同様の法的効果が適用されるからである<sup>21)</sup>。

これらに対し、過失犯に対する行為による悔悟は常に不処罰が規定されていること<sup>22)</sup>、具体的危険犯に対する行為による悔悟には49条2項による刑の軽減ないしは刑の免除を規定していること<sup>23)</sup>が指摘されている<sup>24)</sup>。しかし、これらはほんの一部に当てはまることにすぎず、多くの規定に一般化可能なシステムとは言いえない<sup>25)</sup>。

このように、行為による悔悟についての現行規定全体に適用可能なシステムは見出し難い。これに対して、個々の規定の法的効果を成立要件との関係で説明するものがみられる。たとえば虚偽陳述の訂正を規定する158条の法的効果は裁量的減免であるが、不処罰を規定する中止犯と比

17) *Wilfried Botcke*, *Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom strafbefreienden und Strafmildernden Täterverhalten*, 1979, S. 660.

18) *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 212f.

19) *Schäfer*, a.a.O. (Anm. 1), S. 196ff, 206f.

20) *Schäfer*, a.a.O. (Anm. 1), S. 207f.

21) *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 213f.

22) 161条2項, 306e条2項, 314条a3項1号, 330条b1項2文。

23) 306条e, 314条a2項2号, 320条2項, 330条b1項2文。

24) *Morten Blöcker*, *Die Tatige Reue*, 2000, S. 151.; *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 216.; *Matthias Bergmann*, *Die Minderung der Strafe nach § 49Abs. 2 StGB*, 1988, S. 79.

25) *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 216.

較して任意性要件が存在しない<sup>26)</sup>。このように、中止犯の法的効果を基礎に置いた上で、成立要件の寛厳と法的効果の程度を関連させる視点は、少なくとも個別的な立法の指針としては役立つものといえよう。

## 2 オーストリア

このようなドイツの状況に対して、オーストリアの行為による悔悟の規定は法的効果として統一的に<sup>27)</sup> 不処罰を規定するという「寛大な意見表明」<sup>28)</sup> をしている点は大きく異なる。そして、このような行為による悔悟制度への批判はそれほどみられない<sup>29)</sup>。

オーストリアにおける刑罰消滅事由としての行為による悔悟は、特に167条における財産犯に対する損害回復を内容とする補償的な行為による悔悟に特色があり、実務的にも最も重要なものである。その歴史は古く、1787年のヨーゼフ刑法典にさかのぼるものとされる<sup>30)</sup>。その後、基本的に対象犯罪の拡大、損害回復方法の拡充を経て、現行167条に至っている<sup>31)</sup>。なお、法的効果については立法には至らなかった1909年及び1912年の草案において刑罰軽減事由が提案されたほかは<sup>32)</sup>、一貫して刑罰消滅事由として規定されている。

このように被害者に対して損害回復をした場合の恩典付与の根拠としては、中止犯の議論と類似して黄金の橋理論や褒賞説、刑罰目的説などが主張されるが、特に重視されるのは被害者の利益の観点である。すなわち、迅速かつ簡潔な損害補償を被害者に得させることがこの規定の目的であり、そのために行為者には恩典という刺激が与えられる、というのである<sup>33)</sup>。

もっとも、このようにして損害回復が行為者の刑罰に軽減的に作用し得ることは肯定されるとしても<sup>34)</sup>、刑罰の軽減、あるいは免除ではなく刑罰消滅まで至ることはどのような根拠によって裏付けられるのだろうか。それは結局のところ、被害者に損害回復を得させるためには一番何が

---

26) Uls Kindhauser, Strafrechtsgesetzbuch Lehr- und Praxiskommentar, 8. Aufl., 2020, § 158, Rn. 5.

27) 102条4項のみが刑の軽減を規定しており、例外とされる。

28) Patrick Bugelnig, Tätige Reue als Strafaufhebungsgrund?, in; Strafrechtsfreie Räume in Österreich und Deutschland, 2015, S. 60.

29) Härtl-Meißner, a.a.O. (Anm. 1), S. 285.

30) Bugelnig, a.a.O. (Anm. 28), S. 37. この時点では、対象犯罪は窃盗に限定され、損害回復の方法も盗品の返還に限定されていた。

31) Bugelnig, a.a.O. (Anm. 28), S. 36ff.

32) 両草案についての注釈書には、行為者に代わって損害を補償する裕福な家族がいる者に対する不当な優遇に至ることが理由として挙げられていた。Vgl. Bugelnig, a.a.O. (Anm. 28), S. 40.

33) Manfred Burgstaller, Akutuelles zur tätigen Reue gemäß § 167 StGB, in; FS für Winfrid Platzgummer, 1995, S. 102は「迅速な損害回復」が「刑罰消滅事由の基本的な目的である」と述べる。

34) 高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(2007年) 20頁以下は、損害回復を、刑事責任と民事責任の中間に位置する「修復責任」の履行として捉え、それが刑事責任の枠内での考慮されることで責任が減少、阻却されると説明する。

適しているか、という観点しかないように思われる<sup>35)</sup>。この点を強調する *Bugelnig* は、特に刑の減軽と免除を組み合わせた法的効果の妥当性について検討し、犯罪行為の重大性、損害回復の動機といった量刑上重要な個々の事情を考慮することができるという規定の柔軟性、行為者に対する感銘力、犯罪行為がいったんは行われたことの重要性を示すことができるという予防上の刑の免除の有罪判決としての意義には積極的な意義を認めている。しかしそれは行為者を中心に置いた考量の仕方であり、167条においては「被害者にいかに効果的に損害回復を得させるか、という問題のみが決定的である」<sup>36)</sup>と述べるのである。*Bugelnig* はそのような価値判断の理由を歴史的経緯ないし規定形式等の詳細な検討から導き出そうとしている。

それでもなお、被害者の利益を最優先した結果としての刑罰消滅事由という価値判断、態度決定が唯一正当なものである、とは言い切れなように思われる。それはたとえば、適時性の要件にあらわれている。すなわち、167条は「行為者が引き起こしたことを当局が聞知する前に」損害回復がなされることを要求している。しかし、当局が聞知しているかいないか、ということは、被害者にとっての損害回復への関心と何の関係もない<sup>37)</sup>。それだけでなく、当局が聞知しているかどうかは行為者にはわからない。したがってすでに発覚している可能性を考慮に入れることで損害回復を促す刺激は弱まってしまう<sup>38)</sup>。このような要件が設定されたことからすれば、立法者は本条において被害者の利益だけを無制限に優先すべきものと考えていたわけではないといえよう<sup>39)</sup>。

この問題について *Müller-Diez* は、総則規定においてオーストリア刑法34条14号ないし15号が損害回復を刑罰軽減事由として考慮していることを指摘し、損害回復は刑罰軽減のみを正当化するものであることを指摘する<sup>40)</sup>。したがって損害回復自体は要罰性を完全に除去するものではなく減少させるものであり、すべての場合において要罰性がゼロになることは決して主張され得ないとして、167条の法的効果を不処罰とすることについて「説得力のある論拠はない」ことを認める<sup>41)</sup>。そして解釈論としては、不処罰の根拠として刑法の補助的機能に依拠した上で、それは「損害回復において被害者の私的関心を優先することについて法的共同体が正当と考える」場合に認められるのであって、そのような一般人による法的確信が損なわれるような状況になれば、単な

35) もちろん、上述したように刑罰目的説、黄金の橋理論や褒賞説といった「根拠」は論じられているが、それが損害回復を刑罰軽減的に考慮してよい、という「可否」のレベルを超えて、刑の減軽でも免除でもなく、消滅でなければならない、という理由になっているようには思われない。Vgl. *Heinz Müller-Diez*, *Problem des Strafaufhebungsgrundes der tätigen Reue* (§ 167 StGB), *ÖJZ1977*, S. 350f.

36) *Bugelnig*, a.a.O. (Anm. 28), S. 78.

37) *Bugelnig*, a.a.O. (Anm. 28), S. 52.

38) *Uwe Brauns*, *Die Wiedergutmachung der Folgen der Straftat durch den Täter*, 1996, S. 155f. はAO371条との比較においてそのことを指摘する。

39) 実際に *Bugelnig*, a.a.O. (Anm. 28), S. 68f も、既遂に至った犯罪の刑罰が消滅することは正当化できない、という論者に対して「刑法理論的にみればそのアプローチは一貫しているのかもしれない」と述べている。

40) *Müller-Diez*, a.a.O. (Anm. 35), S. 350.

41) *Müller-Diez*, a.a.O. (Anm. 35), S. 351.

る刑罰減輕事由として扱われる可能性を示唆している<sup>42)</sup>。

このようにみても、オーストリア刑法167条が、行為者に対する処罰欲求に対して被害者の利益を優先するものとして規定されていることは明らかである。しかし、そのような刑事政策的考慮というのは無制限に認められるべきではなく、また、実務による運用、社会的法意識の変化に伴って変わり得るものと考えられていることがわかる<sup>43)</sup>。

### 3 小括

このようにみても、ドイツにおける行為による悔悟規定の法的効果は不処罰から任意的な減輕までバリエーションがみられる一方で、それらを統一的に説明可能な体系は見出されなかった。それに対し、オーストリアの行為による悔悟規定は、不処罰で統一されており、これが実務運用上も定着していることも背景として、広く受け入れられている。

このような状況において、特にドイツにおいて行為による悔悟を扱う論者からは、立法論として不処罰にすべきである、という主張が有力にみられる。たとえば、保護法益の侵害がいつから国家が行為を処罰することができるのか、の基準を形成するのであれば、もはや処罰できない、あるいは軽減しなければならない場合の基準の形成も保護法益によってなされるべきである、という前提のもと、自身が侵害した法益に対する悔悟した者に帰責可能な事後的な保護に故意による悔悟の恩典付与の根拠を見出すBlöcker<sup>44)</sup>によれば、行為による悔悟によって当初実現された法益侵害の完全な取り消しがなされることで、処罰が不適當になる程度にまで非難可能な責任は減少し、それに対して刑罰によって応じる特別の必要性が欠けることになる。したがって、行為による悔悟の法的効果は義務的な不処罰であるべきだ、というのである<sup>45)</sup>。

また、常に不処罰に至る中止犯規定(24条)との関係で放火罪の領域における行為による悔悟について不処罰の法的効果を主張するのがRadtkeである。たとえば、放火した建物が難燃性であり、燃え広がることはなく、また煙や熱による損害も大きくなく、建物が破壊または使用不可能になっていない場合には、未遂が問題となり、行為者が消火すれば中止犯として処罰されない。これに対して、放火した建物の本質的な部分が独立して燃焼継続可能になった場合には放火は既遂に達しており、重大な損害が生じる前に消火した場合には306条e1項によって単なる刑の減輕ないしは免除を期待することしかできない。このように、行為者の事後的な態度が同一であったとしても、24条が適用可能か、行為による悔悟が適用可能かは、偶然に左右され、法的効果が異なることは「耐え難く修正せざるを得ない」というのである<sup>46)</sup>。中止犯との関係の観点では、Kasparも、行為者の十分な後退行為が肯定され得る中止犯の場合と予防の観点からは状況が同

42) Müller-Diez, a.a.O. (Anm. 35), S. 351.

43) Müller-Diez, a.a.O. (Anm. 35), S. 351. は、実務が167条という規定をうまく扱ってきており、一般的な法意識の中に公然たる居場所を見出していることが重要である、と指摘している。

44) Blöcker, a.a.O. (Anm. 24), S. 138.

45) Blöcker, a.a.O. (Anm. 24), S. 162.

46) Henning Radtke, Dogmatik der Brandstiftungsdelikte, 1998, S. 427.

じようであるにもかかわらず、既遂後の犯罪の処罰の比例性が排除されない理由は理解できない、として不処罰の法的効果を支持している<sup>47)</sup>。

また、*Härtl-Meißner*は、行為による悔悟のうち、予防的な行為による悔悟については、中止犯とのパラレル性を強調して総則に一般規定を置くことを主張する。すなわち、中止犯とは異なり形式的に既遂に至っているが、保護法益への実質的な損害がなお生じておらず、それをまさに行為者の行為によって回避された、という関係が見出せるため、刑罰目的説的な根拠から不処罰という法的効果も正当化される、とする<sup>48)</sup>。それに対して、補償的な行為による悔悟については、要件及び対象となる犯罪の点で構成要件的制約が強く必要になり、総則への規定には適さないため<sup>49)</sup>、オーストリア刑法167条をモデルにして各則に規定することを提案する<sup>50)</sup>。そこでの法的効果もオーストリア刑法167条とパラレルに不処罰とすべきであるが、その正当化はオーストリアにおいてなされているように効果的な被害者保護のみによってはなされず、刑罰目的説の観点との混合によって可能となるという<sup>51)</sup>。

このように、ドイツでは、現行法制度上は法的効果に様々な段階が設けられており、また義務的な不処罰のみの場合と比べれば減輕ないし免除するかどうか、減輕の場合には最終的な刑量をどうするか、ということも含めて柔軟な対応が可能な点が可能となる一方で、逆にその柔軟性が行為者の側からすれば恩典の不確実性にかわるため、法益保護行為を促進するという立法目的にとってはマイナス要素となる。したがって、悔悟行為の促進機能、刺激の強さを優先すれば、法的効果を単一化し、しかも強いものにすることが主張される<sup>52)</sup>。

そもそも予防的な行為による悔悟の場合はもちろん、補償的な行為による悔悟の場合も、*Müller-Diez*がまさに指摘したように<sup>53)</sup>、少なくともすべての事案において要罰性が当然にゼロになるとはいえない。もっとも被害者の利益を優先させる結果として、ゼロにならなかった分にある意味目をつぶること<sup>54)</sup>、あるいは刑罰の補充性、最終手段性を持ち出すことによって不処罰、あるいは免除といった結論を導き出すことが不当であるとはいえない。そのような結論は、類似

47) *Kaspar*, a.a.O. (Anm. 16), S. 771f. そして *Kaspar* は、未遂と既遂の限界は事案に即した帰結を得る上でいつも適しているわけではない、とも指摘するが、特に予防的な行為による悔悟を念頭に置けば、(実質的な)法益侵害前という意味で中止犯とパラレルな状況にある。

48) *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 380f.

49) 殺人罪や身体傷害罪、性犯罪等の非財産犯は、損害回復が刑法的に実現された不法を適切に埋め合わせるのに適していないため、要罰性が不処罰を正当化するほど低下していないという。*Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 381f.

50) *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 382ff.

51) *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 388f.

52) *Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 377; *Blöcker*, a.a.O. (Anm. 24), S. 201.

53) *Müller-Diez*, a.a.O. (Anm. 35), S. 351.

54) これは、中止犯において内包既遂犯が存在する場合に、中止行為の奨励という政策目的によって一定程度まで要罰性を「犠牲」にできるか、という議論と同じである(鈴木一永「中止犯における内包既遂犯について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集上巻』(2014年)790頁以下参照)。



した法制度として理解されている中止犯の法的効果が、ドイツでもオーストリアでも不処罰となっていることとの均衡からも主張されやすいものといえる。結局のところ、このように立法者に広く認められる立法裁量の範囲内で、最も有効にその裁量を行使可能と評価できる法的効果はどのように設定すべきか、が問題となるということになる。

### 三 わが国における議論状況

上述のようなドイツ、オーストリアの状況に対し、わが国の行為による悔悟（に概念上含めることが可能な）規定はどのように法的効果を設定しているのだろうか。そしてそれは有効に行使された立法裁量と評価できるものであろうか。

わが国の行為による悔悟に含めることができる規定の多くは、自首・自白と組み合わせられた形で規定されているのが特徴である。後にみるように、当然、法的効果の点においてもこの規定形式が影響してくることになる。

まず刑法典における規定の法的効果には、必要的免除として内乱予備・陰謀・幫助自首（80条）及び私戦予備・陰謀自首（93条但し書）が、必要的減輕または免除として身代金目的略取等予備自首（228条の3）が、任意的減輕または免除として偽証自白（170条）及び虚偽告訴自白（173条）が<sup>55)</sup>、必要的減輕として身代金目的略取等解放減輕（228条の2）がある。

これに対して、特別法の法的効果には、必要的免除を規定するものとして爆発物使用予備等自首（爆発11条）、必要的減輕または任意的免除を規定するものとしてけん銃等提出自首（銃刀法31条の5）、航空強取等予備自首（航空機強取3条）、防衛秘密探知収集等陰謀自首（秘密保護6条）、サリン等発散予備自首（サリン5条3項）があり、必要的減輕を規定するものとして流通食品毒物混入等自首（流通食品9条5項）、任意的免除を規定するものとして外貨等偽変造自首（外貨偽造8条）、任意的減輕または免除を規定するものとして経済団体役員等贈賄自首（経罰4条2項）ほか贈賄に関連した自首減免規定が多数ある<sup>56)</sup>。

以下では、このうち、いくつかの規定について、立法当時の議論を参照し、法的効果の設定方法についてどのように考えられているか、みていくことにしたい。

#### 1 被拐取者解放減輕

1964年に立法された刑法228条の2は、わが国では数少ない、自首・自白と組み合わせられない純粋な行為による悔悟の規定といえることができる。法的効果は、必要的減輕が規定されている。

立法理由の当局者による説明として「一たんこれらの犯罪が現実に発生をいたしました場合には、被拐取者を安全に生還させるということが第一の緊要なことと相なるのでございまして、自

55) 自白については、公選法253条3項（選挙人等の偽証自白）など、特別法上の偽証、虚偽告訴の自白に対する任意的減免規定が多数設けられている。大塚仁ほか編『大コメンタール刑法 第3巻〔第3版〕』（2015年）548頁〔増井清彦〕参照。

56) 大塚ほか編・前掲注55) 546頁以下〔増井〕。西田ほか編・前掲注3) 645頁以下〔古川〕。

暴自棄あるいは証拠隠滅のために被拐取者の殺害が行なわれるということができる限り防止しようとするとともに、犯人の責任を評価する上で、みずから被拐取者を生還させるという犯人の行為を十分に考慮する必要から、本条のような減軽規定を設けること<sup>57)</sup>とし、また「未然防止と発生した場合の刑を重くしていく、この両面からこの種の犯罪を防遏していくことが効果的な方法ではないかというふうを考えて」<sup>58)</sup> いるとも述べている。したがって、「被拐取者の生命」というさらなる法益侵害の防止という悔悟行為の促進目的のほか、悔悟行為をした行為者の責任が軽くなること<sup>59)</sup> を合わせて立法されたと読むことができる。

また、「刑の免除を規定しなかったのは、これらの罪が重い罪であって刑の免除まで行くのは行きすぎと考えられたからである」<sup>60)</sup> との説明からは、そもその犯罪としての重さを考慮していること、すなわち、処罰欲求に対して被害者の利益を無制限に優先させることはない、という姿勢がみてとれる<sup>61)</sup>。

関連して、1978年に立法された人質による強要行為等の処罰に関する法律におけるいわゆる人質強要罪の立法時には、以下のような議論がなされている。この特別法が対象とする犯罪類型は、228条の2が対象とする身代金目的略取等（225条の2）等と比べると、人をたてにとって何らかの目的を達成しようとする点で類似するものの、228条の2に倣って解放減軽を設けることはされなかった。その理由として、解放減軽の方は子供を対象にした事件が多く、要求が実現したにもかかわらず殺害する、という事案が少なくなかったことに鑑み、「子供等の被拐取者だけは解放するように、そしてその生命の安全を図るという非常に高度な刑事政策的な配慮に基づいて異例の必要的減軽規定が設けられた」ものであるのに対し、本罪については「犯人は建物とか乗り物とか、所在の明らかな特定の場所に人質にされました者を監禁して立てこもり、そして第三者に対して不法な要求をする、その要求が実現いたしました場合には人質を伴って海外等の安全な場所まで逃走する、その上でようやく人質を解放する、こういうような例が多いわけでございまして、このような実態を持ちます犯罪についてまで人質の解放を条件として一律に減軽の対象とすることは、社会通念に照らし妥当でないというふうと考えられるわけでございまして、この考えは、先般の航空機強取法一条二項の罪についても同様な観点から解放減軽規定を置かなかつたのでございまして、身のしろ金誘拐と今回御審議いただきます法案の罪との関係は実態において質的な差がある、これ

57) 第46回国会衆議院法務委員会第10号昭和39年3月5日〔竹内壽平刑事局長発言〕。

58) 第46回国会衆議院法務委員会第12号昭和39年3月10日〔竹内壽平刑事局長発言〕。

59) 長島敦「みのしろ金誘拐罪の新設等に関する刑法の一部を改正する法律の逐条解説（その2）」曹時16巻8号（1964年）14頁。

60) 長島・前掲注59) 14頁

61) 飛田清弘「判批」警論32巻12号（1979年）149頁以下が、身代金目的が実現した場合でも解放すれば必要的に減軽されることについて「一体、このような規定を設ける必要があるのかどうか」「国民の素朴な正義感上に抵抗を感じさせるものがないとはいえない」と主張する点などからは、解放行為により保護される主たる法益と考えられる生命・身体の安全の追求が、本来の身代金目的等誘拐罪の保護法益の一部である財産のすでに生じた侵害により制約されると考えていることが読み取れる。

が解放減輕規定を置かない理由<sup>62)</sup>というのである。さらに、仮に要求の実現前に解放されるなどあった場合には、「刑法所定の酌量減輕等の措置で十分賄えるのではないか<sup>63)</sup>ともされたのである。

もっとも、この人質強要罪については、1974年に法制審議会によって法務大臣に答申された改正刑法草案では解放減輕規定(307条4項)が設けられていた。そこでは、被拐取者解放減輕と同趣旨の規定である旨、説明されていた<sup>64)</sup>。それが、この特別法としての立法時には解放減輕が設定されなくなった理由として、立法上前提になっていた人質事件がいわゆる金嬉老事件のようなものから、クアラルンプール事件のようなものに変化したことが挙げられている。

これらを合わせ考えると、前述した行為者の責任の軽減評価は酌量減輕でまかなえようと考えられるため、被拐取者解放減輕が立法された意義は、適用が裁量的である酌量減輕よりいわば1ランク上の法的効果を設定したところにあるとみることができよう<sup>65)</sup>。

## 2 自首・自白減免規定

### (1) 偽証・虚偽告訴自白<sup>66)</sup>

偽証自白(170条)と虚偽告訴自白(173条)は、それぞれ偽証ないしは虚偽告訴をした犯人が自白した場合に、刑の任意的な減輕または免除を規定している。これらは旧刑法当時、いずれも自白ではなく自首が要件とされており、法的効果は必要的免除だった。この変更理由について、現行刑法についての政府提出案理由書は「是一方ニ於テハ自首ヲ自白ト改メタルヲ以テ刑ヲ減輕ス可キ場合ヲ多クシ又一方ニ於テハ自首以外ノ自白ニモ恩典ヲ及ホスヲ以テ必ス本刑ヲ免ス可キモノト爲ササリシナリ<sup>67)</sup>と説明した。

自白は、自首に比べて広く認められるとされ<sup>68)</sup>、減免規定の対象を拡げることで奨励効果の及ぶ範囲を拡げるものである。他方で、減免の可否を含めて任意的なものとすることで裁判官の裁量を拡げ、事案に応じた効果を適切に選択できるようにしたものとして理解されている<sup>69)</sup>。

62) 第84回国会衆議院法務委員会第13号 昭和53年4月4日〔伊藤榮樹刑事局長発言〕。

63) 第84回国会衆議院法務委員会第14号 昭和53年4月7日〔伊藤榮樹刑事局長発言〕。

64) 法務省刑事局編『改正刑法草案の解説』(1975年)306頁、浜邦久「いわゆる人質犯罪について(下)」警研43巻1号(1972年)64頁以下。

65) 野澤充「略取誘拐罪における解放減輕規定(刑法228条の2)について」犯罪と刑罰19号(2009年)193頁は、ドイツ刑法239条a4項のように任意的減輕ではなく必要的減輕なので奨励という刑事政策的思想が色濃くあらわれている、と指摘するが、酌量減輕を出発点として考えれば、必ずしも政策的配慮がドイツより強いとも言い切れないように思われる。

66) 本規定についてはすでに鈴木一永「既遂後の行為による刑の減免制度について」清和法學研究21巻1号(2016年)65頁で若干の検討を行った。

67) 倉富勇三郎ほか監修『増補 刑法沿革総覧』(1990年)2189頁。

68) 磯部四郎『改正刑法正解〔復刻版〕』(1995年)354頁。

69) 判例は、自白の動機のほか、犯罪の動機や被告人の性格など、諸般の事情を考慮する(大判大正13年4月8日刑集3巻332頁)。団藤重光編『注釈刑法(4)』(1965年)257頁以下〔団藤〕、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第11巻〔第3版〕』(2014年)393頁以下〔池上政幸〕参照。

## (2) けん銃等提出自首

けん銃等提出自首減免規定（銃刀法31条の5）は1993年に、けん銃等の暴力団以外への拡散がみられる情勢に対し、けん銃等不法所持罪ほかの法定刑の引き上げ、けん銃等加重所持罪の新設といった重罰化と同時に新設され、けん銃等を提出して自首した者に必要的減軽または任意的免除の法的効果を設定している<sup>70)</sup>。この規定にも、被拐取者解放減軽規定の立法時にみられたような、法定刑の引き上げとともに自首減免を新設することで悔悟行為（ここではけん銃の提出）を促す、というセットでの理解がうかがわれる<sup>71)</sup>。また「後戻りのための黄金の橋」<sup>72)</sup>という表現もみられる。法的効果について、自首の任意的減軽とけん銃提出が解放減軽の解放に相当するので必要的減軽とあわせることで減免の程度を高くする必要があり、必要的減免となった、という説明<sup>73)</sup>がなされている。

これに対して周旋罪と密輸・密造罪には減免規定が設けられていない。この理由について、まず周旋罪については、「譲渡、譲受の周旋罪を犯した者が自首した場合でありまして、だれかによって現に不法に所持されているというけん銃等の提出には必ずしも直接的にはつながらない」<sup>74)</sup>から減免の対象とはしないという説明がなされ、密輸・密造罪については、「その罪の性格が、いわば我が国内、日本国内にけん銃等を生じさせる、無から有を生じさせるというような意味で大変重罪であ」って「質が違う」ので必要的な減免の対象にはならない、という説明<sup>75)</sup>がなされている。

## (3) 外貨等偽変造自首

外貨偽造法8条は、偽変造した外貨等を行使前に自首した者の刑を任意的に免除している。原案となった花井卓蔵案では法的効果は必要的免除とされていた<sup>76)</sup>。提案者である花井によれば、規定の目的は自首の奨励であって、免除を任意的ではなく必要的としたのは、任意的では免除されるかどうか不明であり、免除されなかった場合のことを考えて自首する者がなくなると、規定が空文化することを考慮して外国法も参照して必要的免除としたものである<sup>77)</sup>。その後、必要的免除はあまりに寛大であるなどとの反対意見<sup>78)</sup>が出たものの、原案通りに衆議院は通過した。

その後、貴族院委員会での審議において、「刑を全免す」としたのでは付加刑まで免除されて

70) 辻義之「銃砲刀剣類所持等取締法及び武器等製造法の一部を改正する法律について」警論46巻7号(1993年)123頁以下。

71) 第126回国会衆議院地方行政委員会第14号平成5年4月22日〔村田敬次郎発言〕。

72) 第126回国会参議院地方行政委員会第12号平成5年6月3日〔中田恒夫発言〕。

73) 第126回国会参議院地方行政委員会第12号平成5年6月3日〔中田恒夫発言〕。

74) 第126回国会参議院地方行政委員会第12号平成5年6月3日〔中田恒夫発言〕。

75) 第126回国会衆議院地方行政委員会第15号平成5年5月11日〔中田恒夫発言〕。

76) 第21回帝国議会衆議院本会議第10号明治38年1月24日。

77) 第21回帝国議会衆議院俘虜刑罰法案外三件委員会第2号明治38年2月2日 5頁〔花井卓蔵発言〕。

78) 第21回帝国議会衆議院俘虜刑罰法案外三件委員会第3号明治38年2月4日20頁〔小林仲次発言、政府委員石渡敏一、仲小路廉発言〕。

しまうが、それくらいの罰は残しておいた方がよいとして主刑を免除することを得、としていた勅令の方が望ましいという発言<sup>79)</sup>があり、そのように修正された。ここでは、付加刑まで免除されてしまうかどうか、という点が焦点になっており、免除が必要的か任意的か、ということは触れられていない。さらに、その後、貴族院本会議では、付加刑まで罰しないと「自首スルト無罪ニナルトイウコト」になり、偽変造外貨等をどんどん作ってまぜいとなったら自首する、という弊害が生じると説明されている<sup>80)</sup>。貴族院修正案が衆議院に回付された後、修正案では犯罪の未然防止という目的が達せられない、という反対意見<sup>81)</sup>は出たものの、賛成多数で貴族院から回付された修正案に同意した<sup>82)</sup>。

#### (4) 小括

最初にも述べたように、わが国の「行為による悔悟」規定は自首・自白と結び付けられた形で規定される。したがって、けん銃等提出自首の議論にみられたように、法的効果も総則自首の法的効果である任意的減軽+ $\alpha$ で考えられる傾向がみられる。もちろんそれ自体は、諸規定間のバランスをとる必要上も有効な思考方法である。

しかし、ドイツ、オーストリアの行為による悔悟規定においては法的効果が不処罰である規定も相当数みられるのに対し、わが国では必要的免除の法的効果が設定されるのはわずかに内乱罪、私戦罪関係と、爆発物使用予備罪に対するものだけであること、また外貨偽変造等自首の議論にみられたように、犯罪促進効果を重視して必要的免除の設定には消極的であることを合わせ考えると、事実上選択できる法的効果は任意的減免か必要的減軽に任意的免除を組み合わせるしかない。

また、けん銃等密輸罪の議論にみられたように、犯罪行為それ自体が重大なものである場合には、それを上回る政策的理由がない限りは<sup>83)</sup>、減免規定をそもそも設定しない傾向がみられる。

## 四 おわりに

行為による悔悟ないしは自首減免制度における事後的な法益保護的行為は、一般的にみれば量刑事情として酌量減軽ないしは総則自首で考慮可能な事実である。したがって、それを個別に明

79) 第21回帝国議貴族院明治三十七年勅令第百七十七号承諾を求むるの件外三件特別委員会第2号明治38年2月21日 8頁〔穂積八束発言〕。

80) 第21回帝国議貴族院本会議第16号 明治38年2月23日274頁〔千坂高雅発言〕。

81) 第21回帝国議衆議院本会議第21号 明治38年2月25日354頁〔藤崎朋之発言〕。

82) なお、改正前の勅令（外国ニ於テ流通スル硬貨紙幣銀行券帝国官府発行ノ証券ノ偽造変造ニ関スル件明治37年6月28日勅令第177号、7条）では任意的免除とされていた。

83) 本文中に引用した伊藤榮樹刑事局長発言中に、228条の2は「非常に高度な刑事政策的な配慮に基づいて異例の」立法であることが強調されている。飛田・前掲注61) 152頁も同旨。しかもその解放減軽の場合であっても、犯罪自体の重大性を考慮して免除の設定は認められていないのである。

文化する意義としては、明文化による悔悟行為の奨励効果が考えられる。すなわち、行為による悔悟規定をわが国で立法する以上、法的効果は必要的減軽以上を設定すべきであろう。酌量減軽ないし総則自首と同じ任意的減軽という法的効果では、奨励効果が多くは見込めないからである<sup>84)</sup>。

もっとも、任意的減軽でも必要的減軽でも、減軽された場合の処理は68条に従うのであって、効果は同じである。したがって、事後的な法益保護行為という事情を考慮することにより（裁判官の裁量に任されたとしても）減軽裁量が行使されるような事案をくりだして法定化したものが、必要的減軽以上の法的効果を設定する行為による悔悟ないし自首減免規定といえよう<sup>85)</sup>。法適用の側からみれば、合理的な量刑の指針となる<sup>86)</sup>。他方で行為者の側からみれば、要件を充たしさえすれば減軽効果は必ず得られるため、減軽の有無に関する不確実性が除去されることになり<sup>87)</sup>、悔悟行為をする刺激が高まることになる。さらに、総則に規定される中止犯と異なり、行為による悔悟が個別の各側に設定されるという性質上、悔悟行為の奨励の個別の必要性を強く反映させた法的効果を設定することが可能であり<sup>88)</sup>、減軽のみならず免除という法的効果が用いられることになる<sup>89)</sup>。

そうすると、特にわが国で重要な役割を果たすように思われるのが刑の免除という法的効果である。ドイツ・オーストリアと異なり行為による悔悟による完全な不処罰が望めないわが国においては、減軽方向での最も強い法的効果と実質的にいえるからである。その法的性質については従来議論がなされている。

ドイツ刑法には、総則における刑の免除の一般規定として刑法60条が存在している。もっとも、

84) もちろん、行為による悔悟による減免は法律上の減軽であり、併せて酌量減軽をすることが可能である(67条)。

85) その意味で、これらは中止犯と同様の法定量刑事由である。鈴木一永「中止犯の根拠論について」早誌66巻2号(2016年)296頁以下参照。

86) 井田良「量刑理論の体系化のための覚書」法学研究69巻2号(1996年)309頁。

87) 逆に効果が任意的事由の場合は、要件を充たしたとしても、減軽ないし免除が適用されるかは裁判官の裁量による。裁判官が当該事後的行為に関係する具体的事情を考慮して判断することになろう。鈴木・前掲注85)298頁以下、城下裕二『量刑基準の研究』(1995年)174頁以下参照。実際に偽証自白で減免が適用されなかった事案(東京地判昭和42年4月26日判タ208号216頁)があり、そこでは当該自白が検察の取り調べを受け、当初は否定したものの追及されてやむを得ずしたものであること、自白が判決確定の前とはいえ1審判決後であり、誤った判決がなされる可能性があったこと、偽証の内容もまったく虚偽であったこと、などを指摘して減免が否定された。

88) 量刑の観点からみれば必要的減軽にとどまる場合であっても、加えて任意的ないしは必要的免除を付け加えることも考えられる。すなわち、処罰欲求を「犠牲」にできる範囲が中止犯に比べて広くとることが可能になる(鈴木・前掲注54)791頁参照)。したがって、*Härtl-Meißner*, a.a.O. (Anm. 1), S. 380ffが提案するように、行為による悔悟の一般規定を設けるよりは、現状のように個別規定ごとに設定した方が、個々の要件、法的効果をきめ細やかに設定できる点で優れているように思われる。

89) 城下・前掲注87)174頁以下は、一般予防的考慮を特に重視しているときには任意的事由より必要的事由が、また減軽事由より免除事由が用いられる、とする。

行為による悔悟の法的効果としての刑の免除は、刑法60条の刑の免除とは全く異なるものである。まず、行為による悔悟の規定が、49条1項ないし49条2項の減輕の場合と異なって60条を参照指示していない<sup>90)</sup>。そしてそもそも、条文からすでに明らかなように、刑法60条の免除は「行為者に生じた犯罪行為の結果が、刑を科すのが明らかに誤りであるほど重大であるとき」を対象としており、そのような場合には「行為者が自ら重い損害を被っていることから、行為者へのさらなる作用は必要なく、他方で一般社会も人道的な刑法の育成の表明として刑の免除をもっとも」と思い、それによって必要かつ有効な法益保護が疑問視されることがない<sup>91)</sup>ので刑罰が賦課されないことになる<sup>92)</sup>。これに対して、行為による悔悟の刑の免除は、むしろ犯罪行為の結果が他人に生じることを回避したことによって付与される恩典であって、制裁がそもそも基礎づけられない<sup>93)</sup>、あるいは要罰性が欠如することによる<sup>94)</sup>。

刑の免除は無罪とは質的に異なり、有罪判決である。したがって、ドイツ刑訴法465条1項2文によって行為者は訴訟費用を負担しなければならず、また付加刑は科されない一方で、改善命令ないし保全命令は科され得る。通説的理解によれば、刑の免除は「疑いなく」<sup>95)</sup>量刑の範囲内の問題であり、量刑上重要な諸事情が考慮された上で量刑が「ゼロ」になった場合が免除であることになる<sup>96)</sup>。

わが国でも刑の免除判決は有罪判決であるとする見解が通説である<sup>97)</sup>。これに対し、刑の免除を無罪と把握する主張もみられる<sup>98)</sup>。特に、親族相盗例の場合を念頭に、犯罪事実を認定し、それに規範的評価を加えることを通じて国家の無価値判断を表明する宣言的機能という有罪判決の機能を刑の免除判決は果たさないから無罪判決と同視すべき、とする見解がある<sup>99)</sup>。行為による悔悟の場合の免除判決についてはこの宣言的機能はどのように解すべきであろうか。

*Bergmann*によれば、刑の免除という刑罰を断念した上での有罪判決には、予防目的による抑圧的性格が認められる。すなわち、有罪判決には社会倫理的非難という観点が内在し、行為者の態度に対する不同意を表明することになる。他方、自身の所為に対し責任が認められることで行為者には一定の衝撃が与えられ、自身が誤りなく振舞っていたと考えることはできなくなる。ま

90) Härtl-Meißner, a.a.O. (Anm. 1), S. 211.

91) BGHSt27, 298, 300.

92) ドイツ刑法60条の立法経緯等については内藤謙『刑法改正と犯罪論(下)』(1976年)682頁以下参照。

93) Blöcker, a.a.O. (Anm. 24), S. 167.

94) Härtl-Meißner, a.a.O. (Anm. 1), S. 211f.

95) BGHSt16, 399, 400.; Nicole Weinert, Vorbereitungsdelikte und tätige Reue, 2005, S. 123f.

96) Franz Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., 2012, Rn. 711.; Hans-Jürgen Bruns/Georg-Friedrich Günstge, Das Recht der Strafzumessung, 3. Aufl, 2019, S. 8. Botke, a.a.O. (Anm. 17), S. 650. は、免除を無罪判決と刑の言い渡しとの特別な場合である、とする。*Bergmann*, a.a.O. (Anm. 24), S. 81. も同旨。

97) 河上和雄ほか編『注釈刑事訴訟法6巻〔第3版〕』(2015年)634頁〔井上宏通〕。

98) 佐伯千仞『四訂刑法講義(総論)』(1981年)204頁, 中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』(1997年)221頁。

99) 松原芳博『犯罪概念と可罰性』(1997年)396頁以下。

た、刑訴法465条1項2文により課される費用負担義務にも独自の特別予防効果が認められる。このような特別予防観点に加え、一般予防的観点からみても、有罪判決は侵害された規範が守られるべきことを明確にし、規範妥当を確証することになる<sup>100)</sup>。また、有罪判決によって禁止行為と相応する法益を想起させることで一般人の法意識を涵養し、刑の免除にも「法は眠っていない」<sup>101)</sup>ことを示す、刑事政策的意義を見出すBlöckerも、積極的一般予防効果を認めるものである<sup>102)</sup>。

このような一般予防、特別予防上の効果が有罪判決に認められるとすれば、無罪判決と区別して免除判決が規定されたという立法形式に鑑みても、少なくとも行為による悔悟規定の範囲内では、刑の免除判決に有罪判決としての機能を担わせることが有効ではないだろうか<sup>103)</sup>。

わが国では、免除判決がほとんど使われていない現状は明らかである。その背後には、立法時に免除の効果を設定することに消極的である傾向に通じる思考、すなわち犯罪にあたることをしているのに免除は寛大にすぎるという発想があるように思われる<sup>104)</sup>。上述したオーストリアとドイツの議論からもわかるように、行為による悔悟による不処罰という結論は必然的なものではなく、特に被害者の利益という刑事政策目的をどれだけ重視するかによる<sup>105)</sup>。特に被害者の利益とならんで、あるいはそれ以上に適正な処罰欲求を重視するわが国では、無罪判決とは質的に異なる刑の免除の「有罪」としての機能を積極的に見出し、宣言的機能を強調することで、刑事政策上とり得る手段の幅を広げることにつながるように思われるのである<sup>106)</sup>。

ドイツやオーストリアでの行為による悔悟規定の拡大傾向、実務上の重要性と比較すると、わが国ではこの法制度の活用状況は、立法上も運用上もわずかといわざるを得ない。前述した人質

100) Bugelnig, a.a.O. (Anm. 28), S. 77.

101) Blöcker, a.a.O. (Anm. 24), S. 179.

102) もっともBlöckerは、行為による悔悟の場合には有責な不法が存在せず、立法論としてはすべて不処罰に至るべきである、とする発想を背景に、刑の免除の場合を量刑の範囲内で量刑がゼロの場合の刑罰として捉えることを拒否している (Blöcker, a.a.O. (Anm. 24), S. 174ff.)。

103) 平場安治ほか編『注解刑事訴訟法・中巻〔全訂新版〕』(1982年)834頁以下〔中武靖夫〕は、刑の免除する場合のうち責任阻却ないしは可罰性阻却の場合が多くを占め「実質上は無罪の場合」としつつ、「自首または自白にかかっている場合だけが、犯罪の成立はあるが、政策的に刑を免除するのであって、これらの場合だけが有罪判決である」とする。同旨、森下忠『刑法総論』(1993年)289頁。

104) 大原邦英「刑の免除序説(3)」法学52巻3号(1988年)83頁は、判例を詳細に検討した上で、刑の免除の運用が極めて抑制的であるのは「行為の評価という一般予防的側面を重視する傾向」がわが国の裁判官にあるからである、と分析している。

105) Härtl-Meißner, a.a.O. (Anm. 1), S. 388.

106) 曾文科「犯罪成立と制裁適合性評価(4・完)」早大法研論集158号(2016年)204頁以下参照。なお、過剰防衛による刑の免除について、それが有罪判決であることにより民事法(労働法)、行政法といった他の法領域での評価基準となり、行為者が刑罰とは全く別の不利益にさらされることを指摘するものとして森尾亮「過剰防衛による刑の免除の課題」九大法学(1999年)56頁以下。有罪判決としてのスティグマ機能、予防効果だけでなく、このような波及効も視野に入れる必要があろう。



による強要行為等の処罰に関する法律の立法時の議論では、「身のしろ金誘拐の解放減輕規定の運用状況を見てみますと、制定されてから適用された例がほとんどございません。そういうこともございますし、いまから考えてみますと、赤ん坊さえ返れば金は取られてもしょうがないわというような考え方自体も多少問題があるところではないかということで、将来刑法の全面改正の際にはこの解放減輕規定というものを再検討しなければならぬ、なくす方向で再検討すべきではないかと考えておるところでございます<sup>107)</sup>」という発言すらみられた。しかし重罰化のみに頼らない法益保護を考えた場合<sup>108)</sup>、わが国でも行為による悔悟という選択肢は有効な手段となり得るのではないだろうか<sup>109)</sup>。

たとえば、ドイツ刑法306e条1項を参考に、放火後の消火行為に対する規定を立法することが考えられる。特に放火罪では、通説とされる独立燃焼説<sup>110)</sup>からは未遂から既遂に至るまでの期間が短く、中止犯成立の余地が少なくなることが問題視される<sup>111)</sup>。既遂に達した後にも、重大な損害が生じる前に消火すれば刑を減輕することとすれば、この問題点は解消するだろう。放火自体が重大な犯罪であり、火災が拡大すれば被害は甚大になることも予想されることから、ここでの法的効果は最大限の必要的免除とすることも考えられる。しかし、重大ではないとはいえ、一定の損害が生じていることからすれば、適正な処罰を重視するわが国ではすべてを免除することには抵抗が強いかもしれない。したがって、減輕を必要的とすることで奨励効果を確保しつつ、免除は任意的とすることで消火の経緯や損害の発生状況等、事案に応じた解決の余地を残すことが妥当であろう。

107) 第84回国会衆議院法務委員会第16号昭和53年4月14日〔伊藤榮樹発言〕。

108) まさに立法当局者は本法において、本文中に引用した発言に続いて「むしろ今度の立法の考え方としては、人質をとることはけしからぬ、けしからぬが、その人質の命をとるようなことをやったら本当に承知しないぞという意味で」死刑若しくは無期懲役しか法定刑のない規定を設けたと説明していることから（第84回国会衆議院法務委員会第16号昭和53年4月14日〔伊藤榮樹発言〕）、重罰化による法益保護志向が明らかである。

109) 中止犯を「マイナス犯罪」として捉え、刑の減免というマイナスのサンクションによって行動コントロールを図る思考方法（川端博＝井田良「対談」中止犯論の現在と課題」現刑45号（2003年）4頁以下〔井田発言〕）が参考になろう。和田俊憲「被拐取者解放減輕における『違法減少』と『違法減少阻却』」慶応法学7号（2007年）201頁以下は、危険運転致傷罪において救護措置をとった場合の必要的減輕規定を設けることによるいわゆる「逃げ得問題」の解消を提案していた。また、高橋・前掲注2）88頁は、「損害回復的行為を刑罰消滅事由として承認することは、刑法の最終手段性・補充性に合致するもの」と述べる。

110) 大判明治43年3月4日刑録16輯384頁、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990年）194頁。

111) 松原芳博『刑法各論』（2016年）395頁。