

## I. 反対尋問

1. 判例をあげた趣旨は何か。
2. D説(総合説)を、具体的にどのような内容のものとして理解するのか。
3. 検察側は、違法性と責任の本質的内容を、どのように解しているのか。
4. D説(総合説)において、任意性要件はどのように位置づけられるのか。

## II. 学説の検討

### 1. 中止犯の刑の減免根拠について

(1) A説(政策説)は、それだけでは中止行為そのものの可罰的評価を明らかにすることができず、刑をどの程度のものとするかを決する基準を示すことができない点で妥当でない<sup>1</sup>。

(2) 中止犯を未遂犯の一種として位置づけている43条の解釈としては、中止犯に対する特別の扱いを、違法面における評価と無関係なものとして理解することはできない。また43条は「自己の意思」による中止(任意性)を要件としており、任意性とは責任減少にほかならない。

ゆえに、違法性または責任の減少について、そのどちらか一方だけと割り切るとは困難である。よって、B1(違法減少説)・B2(責任減少説)・C1(政策説+違法減少説)・C2説(政策説+責任減少説)は、採用できない。

(3) また、検察側が採用するD説(総合説)は、刑事政策的考慮の必要性を強調するが、通常の犯罪の処罰も全く同様の政策的考慮に基づいており、中止犯の場合のみ特別な政策的考慮が働くというのではないから、この点を強調するのは妥当でない。

さらに、一般の犯罪について、違法と責任という2つの成立要件を考えることが、規範による法益保護という目的に照らして合理的であるのであれば、中止犯についても同様に考えるのが合理的なはずである。すなわち、違法と責任があってはじめて犯罪となるように、違法減少と責任減少があってはじめて中止犯という「マイナス犯罪」が成立すると考えるべきだと解する<sup>2</sup>。このように、中止犯の構成要件は、特別に規定された「裏返し構成要件」「裏返しの犯罪論」であり<sup>3</sup>、D説(総合説)の主張するように、違法減少と責任減少のどちらかに任意に重点をおくことを許容しているものとはいえない。

したがって、弁護側はC3説(違法・責任減少説)を採用する<sup>4</sup>。

### 2. 任意性の有無の判断基準について

(1) γ説(客観説)は、主観的要素である「自己の意思」によったか否かを判断するにあたり、行為者本人の認識内容を問わずに中止犯の成否を決する点で妥当ではない。

(2) α説(限定主観説)は、広義の後悔が中止犯の成立範囲を画する合理的根拠はなく、法と道徳の混同と考えられるため、採用できない。

(3) 「自己の意思」により行為を中止したか否かを判断するには、外部的刺激が行為者の動機に与えた影響を具体的に検討する必要があると考える。ゆえに、β説(主観説)のように外部から影響を少しでも受けた時点で即座に任意性を認めないとするのは妥当でない。また、何らの外部的事情の影響も受けない内部的動機などは実際上ありえない。

そもそも、責任とは、規範意識に基づく動機づけ制御の可能性の問題であり、中止犯における任意性も責任減少要素としてこのような意味で捉えられるべきである<sup>5</sup>。そうであれば、規範意識が働きうる心理状態に基づいて中止行為が行われた場合に、中止犯の任意性を肯定すべきである<sup>6</sup>。

<sup>1</sup> 可罰性減少説(高橋則夫『刑法総論』(成文堂、2010年)382頁)は、政策説を推し進めたものであるが、後述の危険消滅説(違法・責任減少説)と表現が異なるだけで、実質的な内容としては同一である。

<sup>2</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2008年)281頁以下。

<sup>3</sup> 井田・前掲282頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)358頁、橋爪隆「未遂」今井猛嘉=小林憲太郎=島田聡一郎=橋爪隆『刑法総論 第2版』(有斐閣、2012年)334頁参照。

<sup>4</sup> 近時では、違法・責任減少説のことを危険消滅説(あるいは意識的危険消滅説)と呼ぶ。たとえば、山口厚『刑法総論 第2版』(有斐閣、2007年)279頁以下、金澤真理「中止犯」『刑法の争点』(有斐閣、2007年)92-93頁、橋爪・前掲333頁。もっとも、各見解は細部で異なる。

<sup>5</sup> 井田良『講義刑法学・総論(補訂)』(有斐閣、2011年)233頁、430頁を参照。

<sup>6</sup> その際の考慮要素として、①外部的事情の内容、②犯行継続の難易、③行為者の予測・計画、④犯意の強弱、⑤中止行為の態様、⑥反省・悔悟の情があげられる。これについて、中桐圭一「中止未遂」『刑事事実認定重要判決50選(上) [補訂版]』(立花書房、2007年)190-200頁を参照。

よって、弁護側は、 $\delta$ 説(折衷説)を採用する<sup>7</sup>。

### Ⅲ. 本問の検討

1. Xの本件行為に強姦未遂罪(179条, 177条)が成立するか。A女は17歳であるから「13歳以上の女子」にあたり、Xは同女に対して暴行・脅迫し、その反抗を抑圧したうえでわいせつ行為に及んでおり、強姦罪(177条)の構成要件実現に至る具体的危険性を有する行為を行っているとして評価できるから、同罪の実行の着手(43条本文)が認められ、強姦未遂罪(179条, 177条)が成立する。

2.(1)しかし、Xは、性交に及ぶ直前に行為をやめている。そこで、Xの当該行為に中止犯(43条ただし書)が成立するか。

(2)まず、中止犯行為が成立するためには、未遂犯が成立し、結果が不発生であることを前提として、①中止行為、および、②中止行為が「自己の意思」に基づくこと(任意性)が必要である。

本件では、Xが性交(強姦罪の既遂)に至る前に行為をやめていることから、中止行為が行われたと認められる(①)。

では、本問において、Xは「自己の意思」によりAに対する姦淫行為を中止したと言えるか。中止犯の任意性について、その刑の必要的減免の根拠と関連して、任意性の有無の判断基準が問題となる。

(3)この点、弁護側は、中止犯の減免根拠についてC3説(違法・責任減少説)を、任意性の有無の判断基準について $\delta$ 説(折衷説)を採用するところ、規範意識が働きうる心理状態に基づいて中止行為が行われた場合にのみ、任意性が認められるものと解する。

(4)以上のことを本件について検討する。

Xは、Aが泣きながら大きな声で「やめて。」と言うのを聞いて中止行為を行っていることから、そもそも犯行を妨げる外部的な障害があるとも思える。しかし、強姦を決意している以上、同女が泣きながら抵抗・拒絶する程度のごとはXも予想していたことであり、動揺も少ないと見るべきである。そうであれば、同女に対する「かわいそう」という憐憫の念は、Xが自発的に抱いた感情であると評価できる。

また、Xは憐憫の念を抱くとともに逮捕されることを恐れているが、このような抽象的な逮捕の恐れは、犯罪を行う以上、誰もが潜在的に感じているものであり、任意性を否定する方向には働かない。

そうであれば、行為に及ぶのを「躊躇」していたことをもって、単に実行行為を一時停止する心境であったと評価することは適切ではなく、Xの心境としては限りなく中止の方向に傾いていたと考えるべきである。とすると、「Xは、パトカーのサイレンを聞いて、逮捕を恐れたことにより中止した」と理解するよりは、むしろ、パトカーのサイレンは中止行為に至るもっぱら形式的なきっかけになったにすぎない(危険消滅を早めたものにすぎない)と理解する方が妥当であり、このような意味で、通りかかったパトカーのサイレンが聞こえたという偶然的な事情によって任意性の有無が左右されることはおよそ妥当でなく、Xは、仮にサイレンが聞こえていなくても中止行為を行っていたと考えられる以上、当該事情によって任意性は否定されないものと考えられるべきである。

そして、Xは、A女をホテルに連れ込む前から強姦の計画を立てており、犯行に対する強固な意思を有していたと考えられるところ、密室でベッドの上で馬乗りになりAの両腕を押さえつけている状況や、Aが17歳の女子であり男性であるXと比べて体格・力の差は歴然であること、また、1時間という長時間にもわたる種々のわいせつ行為によりA女による体力が減退していたであろうことを鑑みると、同女が抵抗し、あるいは、逃亡することは不可能であったと考えられるから、Xにとって犯行の継続は極めて容易であったと認められる。

そのような、特段の外部的障害がなく犯行の継続も容易である「やろうと思えばやれた」状況にもかかわらず、Xはあえて中止行為を行っているのであるから、Xは規範意識が働きうる状態に基づいて中止行為を行ったといえ、任意性が認められる(②)。

3.したがって、Xの当該行為につき強姦未遂罪(177条, 179条)が成立し、その中止犯(43条ただし書)が認められる。

### Ⅳ. 結果

Xの行為につき強姦未遂罪(177条, 179条)が成立するが、中止犯(43条ただし書)が成立するため、その刑は減軽される。

以上

<sup>7</sup> 念のため補足しておくが、検察側の主張する主観説は、純主観説に分類される。他方、弁護側の採用する折衷説は、現在主張されている主観説と同一の内容のものである。この意味では、特に折衷説というカテゴリーを設ける必要はない。この点につき、井田・前掲 429頁を参照。