

## I. 事実の概要

被告人 X は勤務先から車にて帰宅中に、通行中の A(当時 17 歳)を視認し、同人をナンパして仲良くなったのちに合意の上性行為を行うこと、場合によっては強いて姦淫してもよいかもしれないことを思いつき、車に乗せる口車として同乗しての道案内を依頼し、誤信させた上で乗車させて、同車を発進させた。その後 X はナンパがうまくいかないことを悟り、同人を強いて姦淫しようと決意し、A をホテルに連れ込んだ。そして同日午後 8 時 53 分ころから約 1 時間、A に対し「もう逃げられないよ。」などと脅迫し、暴行を加え、その反抗を抑圧して同人を姦淫しようと、種々のわいせつ行為を行った。しかし、性交に及ぼんとした直前、A が泣きながら大きな声で「やめて。」と言うのを聞き、姦淫までしてしまうと、同人がかわいそうだと思うとともに、同人が警察に言うことによって自分が捕まるとも考え、行為に及ぶのを躊躇した。すると、遠くからパトカーのサイレンが徐々に聞こえてきたため、X はこれを A が呼んだものと誤信し、姦淫を中止してその目的を遂げずに逃走した。

## II. 問題の所在

X は A に対して種々のわいせつ行為を行った後に姦淫に及ぼんとしているが、結局実行はせず、これを中止し逃走している。X の本件行為につき、強姦未遂罪(177 条、179 条)が成立するとして、中止犯(43 条ただし書)が成立するか。中止犯の刑の減免根拠、及び「自己の意思」(任意性)の判断基準が問題となる。

## III. 学説の状況

### 1. 中止犯の刑の減免根拠について

#### A 説：政策説<sup>1</sup>

実行に着手している犯行現場において結果発生を防止するためには、犯人に中止させるように働きかける必要があり、「後戻りのための黄金の架け橋」として中止犯規定が設けられたとする説。

#### B 説：法律説

##### B1 説：違法性減少説<sup>2</sup>

主観的違法要素である故意の放棄または結果発生防止に違法性減少の効果を認めるとする説。

##### B2 説：責任減少説<sup>3</sup>

中止行為に示される行為者の人格態度が責任を減少させるとする説。

#### C 説：結合説

##### C1 説：[政策説+違法減少説]<sup>4</sup>

結果発生の実害的危険および行為の反社会的相当性を事後的に減少させるものとして違法性が減少するとし、併せて刑事政策的な面も考慮する説。

##### C2 説：[政策説+責任減少説]<sup>5</sup>

<sup>1</sup> 木村光江『刑法〔第 2 版〕』（東京大学出版会、2002 年）50 頁。

<sup>2</sup> 山口厚『刑法総論〔第 2 版〕』（有斐閣、2007 年）278 頁参照。

<sup>3</sup> 団藤重光『刑法綱要総論〔第 3 版〕』（創文社、1990 年）361 頁以下。

<sup>4</sup> 大谷實『刑法講義総論〔新版第 4 版〕』（成文堂、2012 年）384 頁。

<sup>5</sup> 前田雅英『刑法総論講義〔第 4 版〕』（東京大学出版会、2006 年）159 頁。

自己の意思で思いとどまった上、責任が減少するとし、政策的規定であることも否めないとする説。

C3説：[違法減少説＋責任減少説]<sup>6</sup>

中止犯は、中止行為(任意意思に基づく中止行為)および結果の不発生という違法減少の要件と、任意性という責任減少の要件の両方があるはじめて成立する説。

D説：総合説<sup>7</sup>

A説およびB説を総合して理解すべきとする説。

## 2. 任意性の有無の判断基準について

α説：限定主観説<sup>8</sup>

改悛・同情・憐憫などの広義の後悔に基づいて止めたか否かを基準とする説。

β説：主観説<sup>9</sup>

外部的障害がないのに、行為者が自由な意思決定によって中止した場合に任意性を肯定する説。

γ説：客観説<sup>10</sup>

当該状況におかれた一般人を基準に、一般人でも犯罪の完成が不可能だと考える場合が障害未遂、一般人なら完成できた場合が中止犯だとする説。

δ説：折衷説<sup>11</sup>

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ことを必要とする説。すなわち、外部から与えられた影響が中止を強制する物理的障害に相当する程度のものであった場合か、またはそこから生理的障害が生じて中止に至った場合であれば障害未遂であり、そうでない場合には、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と考えられるから、任意性を肯定することができる。

## IV. 判例

札幌高等裁判所判決 昭和36年2月9日<sup>12</sup>

### 【事実の概要】

被告人Xが被害者Aを脅迫するとともに暴行を加えて、同女を強姦しようとしたが、同女がとっさの気転により「身体の具合が悪い。」と言ってその場に倒れ掛かったため、Xは同女が急病になったものと思ひ込み、姦淫をあきらめてその目的を遂げなかった。

### 【判旨】

「被告人は被害者が身体の具合が悪いと言って倒れ掛かった事態に直面して不安を感じ、犯行の意欲を失ったためこれを中止したものと認められ、その際幾分あわれみの情もあったとしても、

<sup>6</sup> 井田良『講義刑法学・総論(補訂)』(有斐閣、2011年)424頁。

<sup>7</sup> 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣、2008年)257頁。

<sup>8</sup> 大谷・前掲385頁参照。

<sup>9</sup> 大塚・前掲258頁参照

<sup>10</sup> 木村光江『刑法[第三版]』(東京大学出版会、2010年)62頁。

<sup>11</sup> 大谷・前掲385頁。

<sup>12</sup> 下級裁判所刑事裁判例集3巻1・2号34頁

それが動機となって自発的に犯行を断念したものとは認められず・・・被害者が前記のように倒れ掛かったのが仮病であっても被告人はこれを本当に急病だと信じたのであるから、被告人の主観においてこの事態が犯行の遂行に対する障害になっている・・・従って原判決が右犯行を中止未遂と認めなかったのは正当である。

## V. 学説の検討

### 1. 中止犯の刑の減免根拠について<sup>13</sup>

違法性または責任の減少は、そのどちらか一方だけと割り切るとは困難であり、具体的事態に応じて、違法性または責任のどちらかの面に重点が置かれつつも、基本的には、両者がともに減少するものと解するのが適当である。たとえば、行為者の悔悟によらない中止行為については、違法性の減少が主としされるのに対して、悔悟に基づく中止の場合には、責任の減少も重視されるべきである。なお、刑の減免が一般予防および特別予防を併せ考慮して行われなければならないことは当然である。こうして、43条ただし書は、刑事政策的顧慮を背景としつつ、行為者の中止によって、違法性および責任の減少する場合を典型的に規定したものと解するべきである。

従って、D説(総合説)が妥当であると考えられる。

### 2. 任意性の有無の判断基準について

- (1) 任意性の有無の判断基準を考えるためには、43条ただし書にある「自己の意思により」という文言の意味をどのように解釈するかが問題となる。
- (2) まず、広義の後悔がある場合のみに中止犯を認める $\alpha$ 説(限定主観説)は、倫理性と任意性を混同し、中止犯の成立範囲を狭めることになるため、妥当ではない。
- (3) 次に $\gamma$ 説(客観説)は、主観的構成要件要素である「自己の意思により」という要件を理解するにあたって、行為者の主観面を顧慮することなく専ら一般的経験を標準とした客観的見地から考える点で妥当ではない。
- (4) また $\delta$ 説(折衷説)は、本来主観的なものである「自己の意思」を客観的に判断している点、つまり、「自己の意思による」という主観的要素を、行為者本人の主観面を重視せずに社会通念や一般人の立場から客観的に判断する点で妥当ではない。
- (5) そもそも、「自己の意思により」という文言の意味は、外部的事情が無く、行為者が自由な意思決定によって止めた場合をいうと解する。だとすれば、中止の動機が必ずしも道徳的悔悟でなくても、自発的積極的な中止である限り、反社会的相当性・結果発生の実害的危険性、道義的非難が減少するとして任意性を認める $\beta$ 説(主観説)が妥当であると考えられる。

従って、検察側は $\beta$ 説(主観説)を採用する。

## VI. 本問の検討

1. Xは強姦目的でAに対しその反抗を抑圧した上で種々のわいせつ行為に及んでおり、強姦罪(177条)の実行の着手が認められる。
2. (1) しかし、Xは性行為に及ぶ直前にAに対し憐憫の念を抱き、また、聞こえてきたパトカーのサ

---

<sup>13</sup> 大塚・前掲 258頁。

イレンをAが呼んだものと誤信したため姦淫を中止し逃走している。

そこでXに中止犯(43条ただし書)が成立するか。Xの為した姦淫の中止が「自己の意思により」と言えるのか、すなわち任意性の要件が問題となる。

(2) この点検察側は、政策的顧慮を前提に、違法性、責任の減少が中止犯の減免根拠であると解する(D説)。

そして、検察側は主観説(β説)を採用するところ、任意性の要件としては、行為者が外部的障害の影響を受けずに自由な意思決定の下で中止したことが必要であると解する。

(3) 本問でXはAが泣きながら大声で姦淫の中止を求めた際に同人に憐憫の念を抱き犯行の続行を躊躇しているが、この時点では犯行の続行に対し迷いを生じているだけであって、犯罪を中止したということとはできない。

Xは聞こえてきたパトカーのサイレンの音を自己を捕まえに来たものと誤信し、姦淫を中止して逃走している。Xは本件犯行の計画を立てた際には警察に逮捕される可能性をほとんど考えておらず、Aが泣きながら中止を懇願した際に初めて警察に逮捕されることについて不安を感じており、このようなXにとってこの時点における警察の介入は完全に不意をついたものである。とするとXはサイレンの音が聞こえたことでそれ以上の犯行続行はできないとして姦淫を中止したものであり、自己を捕まえに来た警察という外部的障害により犯行中止の意思決定をしているのだから、任意性は認められない。

(4) 以上より、Xは外部的障害により犯行を中止したと認められるため、任意性が否定され中止犯(43条ただし書)は成立しない。

3. よって、Xには強姦未遂罪(177条、179条)が成立する。

## Ⅶ. 結論

Xの行為につき強姦未遂罪(177条、179条)が成立する。

以上