

# 強制わいせつ致死傷罪における 加重結果の帰属について

—平成20年1月22日最高裁決定を素材にして—

増 田 隆

## 目次

- I. 問題の所在
- II. 因果関係論的アプローチ
- III. 強制わいせつ等致死傷罪の成否が争われた判例の動向
- IV. 強制わいせつ等致死傷罪における加重結果の原因行為をめぐる学説  
の状況
- V. 性的意図をめぐる議論状況
- VI. 結語

## I. 問題の所在

強制わいせつ若しくは準強制わいせつ又はこれらの罪の未遂罪を犯し、その結果、人を傷害し、又は人を死亡させた場合には、強制わいせつ致死傷罪若しくは準強制わいせつ致死傷罪という結果的加重犯（181条1項）が成立するが、その成立要件の一つとして、基本犯たる強制わいせつ罪若しくは準強制わいせつ罪と、加重結果たる死傷結果との間に因果関係が必要であることには争いがなかろう。しかし、死傷の原因行為が、わいせつ行為のほか、基本犯における手段たる暴行・脅迫に尽きるのかについては、学説上争いがある。すなわち、死傷の原因行為を、

わいせつ行為それ自体あるいは暴行・脅迫行為それ自体に限定すべきか否かについて、争われているのである。判例は、様々なキーワードを用いながら両行為に限定する必要はないという立場に立脚しているように思われるが、事案に応じて死傷結果の基本犯への帰属の肯否は分かれており、その基準は必ずしも明確であるとは言えないように思われる。

このように判例及び学説が錯綜する中、最近、興味深い最高裁決定が出された。それは、平成20年1月22日最高裁決定<sup>(1)</sup>（以下、「本最高裁決定」と略す）である。本最高裁決定の概要については、以下のとおりである<sup>(2)</sup>。

被告人Xが、深夜、被害者Y宅に侵入し、就寝中のYが熟睡のため心神喪失状態であることに乗じ、その下着の上から陰部を手指でもてあそんだが、これに気付いて覚せいしたYが、Xに対し、「お前、だれやねん。」などと強い口調で問いただすとともに、X着用のTシャツ背部を両手でつかんだところ、Xは、その場から逃走するため、Yを引きずるなどし、その結果、Yに対し、傷害を負わせたという事案につき、最高裁は、「Xは、Yが覚せいし、XのTシャツをつかむなどしたことによって、わいせつな行為を行う意思を喪失した後に、その場から逃走するため、Yに対して暴行を加えたものであるが、Xのこのような暴行は、上記準わいせつ行為に随伴するものといえるから、これによって生じた上記Yの傷害について強制わいせつ致傷罪が成立する」と判示した。

本最高裁決定については、すでにいくつかの評釈・解説<sup>(3)</sup>も出されており、それによれば、本最高裁決定は、「準強制わいせつ罪を構成する行為が終了した後に、逃走するため被害者に暴行を加えて傷害の結果が生じた場合について、強制わいせつ致傷罪が成立するとの判断を、最高裁として初めて示したもの」（圏点筆者）<sup>(4)</sup>として評価されている。しかし、これは、「最高裁として初めて」の裏返しとして、近似する事案に

つき、大審院又は下級審の判例が既に存するということも意味する。具体的には、詳細な検討は後述するが、その一つとして、東京高判平成12年2月21日<sup>(5)</sup>がある。本東京高裁判決の解説の一つとして、例えば、井田は、「・・・結果が基本犯の行為に随伴する行為から生じたとか、基本犯の行為と結果との間に相当因果関係があるというだけでは足りない・・・」というが<sup>(6)</sup>、この解説が示すように、強制わいせつ等致死傷罪<sup>(7)</sup>をめぐる従前の議論は、「随伴する」か否かという視点と、(相当)因果関係があるか否かという視点の2点からなされてきたと思われる。本最高裁決定は、前者の観点から判断されたものであるが、そもそも「随伴」<sup>(8)</sup>とはいかなる意味を有しているのであろうか。「随伴していれば、因果関係がある」と判示したと解しうる下級審判例も存する一方で、「随伴していれば、わいせつ行為後の加重結果惹起行為とわいせつ行為が連続している」と判示したと解することが可能な判例もある。このような判例の動向に鑑みると、「随伴」と「因果関係」とは互いにいかなる関係にあるのかということについて検討を加える必要があろう。さらに、本最高裁決定が明示しているように、「意思」に着目して強制わいせつ等致死傷罪の成否を判断した判例も存するが、それでは、「意思」と「随伴」にはどのような相互関係があるのかについても考察しなければならない。

また、本最高裁決定の事案は、逃走主体が行為者であることから、「行為者逃走型」として分類することも可能であろうが、従来までの判例の中には、それとの対比で、「被害者逃走型」ともいうべき事例も存する。「被害者逃走型」の事例は、何も強制わいせつ等致死傷罪の成否が争われた事案に限られることはなく、例えば、傷害致死罪<sup>(9)</sup>や逮捕監禁致死傷罪<sup>(10)</sup>の成否が争われた事案にも広く見受けられる事例であり、このような事例は、結果的加重犯固有の問題というよりはむしろ、「被害者行為の介在と因果関係の成否」の問題として扱われることが多いようにも思われる。さらに、「行為者逃走型」との関連で、本最高裁

決定の事案における傷害の原因行為の主体が行為者であることに着目し、被害者の心神喪失状態に乗じたわいせつ行為という暴行行為の前で区切り、わいせつ行為後の暴行行為を介在事情とみなせば、本最高裁決定は、「行為者行為の介在と因果関係の成否」といった総論上の問題としても検討することが可能であろう。

さらに、本最高裁決定の事案は、基本犯部分が（準）強姦罪の事案ではなく、準強制わいせつ罪の事案であることから、「性的意図と強制わいせつ罪の成否」の問題との関連でも検討する必要があるように思われる。性的意図必要説を採る最高裁が、本最高裁決定の事案において、「わいせつな行為を行う意思を喪失した後に、その場から逃走するため、Yに対して暴行を加えたものであるが、Xのこのような暴行は、上記準わいせつ行為に随伴する」としたのであるが、わいせつ意思を喪失した行為がわいせつ行為に随伴するというのは、行為の一連性を肯定できるという意味なのであろうか。仮にその一連性を肯定できるのであれば、そこに理論上の問題はないのであろうか。

以上のような問題について検討を加えるために、本稿は以下のような構成を採用する。

まず、「Ⅱ．因果関係論的アプローチ」においては、本最高裁決定では明示的に採用されていない因果関係論の観点から、本事案に検討を加え、さらに、強制わいせつ等致死傷罪の成否が争われた「被害者行為介在型」の事案についても考察する。次に、「Ⅲ．強制わいせつ等致死傷罪の成否が争われた判例の動向」において、肯定判例と否定判例に大別して検討を加え、さらに、前者については、「随伴」（「附随」、「際り」、「際」、「機会」も含む）、「因果関係」、「意思」（「意図」、「目的」も含む）をキーワードに細分して検討を加える。また、「Ⅳ．強制わいせつ等致死傷罪における加重結果の原因行為をめぐる学説の状況」において、強制わいせつ等致死傷罪における加重結果の原因行為をめぐる学説を概観・検討した後、「Ⅴ．性的意図をめぐる議論状況」にて、性的意図の要否

の議論から、本最高裁決定はいかなる問題をはらんでいるといえるのかについて考察する。

## Ⅱ．因果関係論的アプローチ

### 1．行為者行為の介在と因果関係の成否

本最高裁決定の事案から、行為を抽出すると<sup>(11)</sup>、陰部を手指でもてあそぶというわいせつ行為と逃走のための暴行行為の二個が抽出されよう。ここで、わいせつ行為後の逃走のための暴行行為を介在事情として、致傷結果をわいせつ行為（基本犯）に帰属しうるかを問題としてみる<sup>(12)</sup>。

相当因果関係説の立場からは、介在事情がわいせつ行為後の逃走のための暴行行為であるから、異常性が小さいとして、致傷結果と基本犯との間に相当因果関係が肯定される余地はあろう<sup>(13)</sup>。しかし、相当因果関係説の立場からも、相当因果関係が否定される可能性は完全には払拭できないのではなかろうか。例えば、曾根は、「・・・介在事情が結果発生に対し圧倒的な影響力をもったため、当初の行為の効果を中性化ないし凌駕しこれを妨げたとみることができるとき（介在事情の寄与度が高い場合）には、因果関係の相当性が否定される・・・」というが<sup>(14)</sup>、曾根説に従えば、本最高裁決定の事案はまさに「介在事情が結果発生に対し圧倒的な影響力をもった」事案であるから、相当因果関係は否定されることになるう。

このように、本最高裁決定を「行為者行為の介在と因果関係の成否」<sup>(15)</sup>という観点から分析すると、相当因果関係説からは因果関係の肯否が分かれることになろうが、仮に相当因果関係が肯定されたとしても、ただちに強制わいせつ致死傷罪が成立するということにはならないように思われる。なぜなら、相当因果関係以外の構成要件該当性の問題が依然として残っているからである。では、いかなる問題が残っているのでしょうか。

まず、「正犯性」<sup>(16)</sup>を要するとする立場の中で遡及禁止論<sup>(17)</sup>に立脚す

れば、傷害結果を惹起した自由な暴行行為者から遡って傷害結果の正犯責任を準強制わいせつの行為者に追及することはできないとして、正犯性が否定されることになろう。また、限縮的正犯概念<sup>(18)</sup>を前提にした「正犯の背後の正犯」<sup>(19)</sup>を認めないとする見解からは、傷害罪という故意正犯の背後には正犯が認められないということになろう。

さらに、客観的帰属論の立場から<sup>(20)</sup>、規範の保護目的を考慮することにより、構成要件該当性が否定されると解される見解も存する<sup>(21)</sup>。

以上のように、本最高裁決定を相当因果関係論及び客観的帰属論の角度から検討し、さらに、他の構成要件該当性の問題をも検討する場合、本最高裁決定の事案において、強制わいせつ致傷罪を肯定するのは困難ではないかと思われる。それでは、肯定するのは不可能なのであろうか。肯定する理論を模索するための前段階として、次に、強制わいせつ等致死傷罪における「被害者行為介在型」の判例の動向について考察し、「随伴」と「因果関係」とはいかなる関係にあるのかについて検討する。

## 2. 被害者行為介在型と因果関係の成否

被害者行為介在型に分類できる事例として、7つの判例を時系列にそって概観すると、以下のとおりになる。

### (1) 最決昭和35年2月11日<sup>(22)</sup>

被告人が、秘かに想を寄せていた被害者と雑談を交わしているうちに次第に劣情を催し同女を引き寄せて強いて接吻しようとしたところ同女がこれを嫌って二階に逃れようとしたので、被告人が直ちにその後を追いつ同女の手をねち上げて二階に押し上げ四畳半の間に押し倒し、続いてその場において同女を強姦しようとして倒れている同女の上に乗りかかり数回に亘って同女を殴りつけその反抗を抑圧しながら同女の着衣を引張り強いて同女を姦淫しようとしたが、同女が窮余気転を利かし着替えをしてから姦淫に応じるかのように欺して2階の別の部屋に赴き、救

いを求めて2階から飛び降り負傷したという事案につき、最高裁は、強姦（未遂）行為と致傷結果との間に因果関係を認めた。

(2) 東京高判昭和37年4月25日<sup>(23)</sup>

被告人がジャックナイフを被害者につきつけ、「こっちへこい」といいつつ、拒む被害者を無理に付近の山林中に連れ込み、更に右ナイフをつきつけて「いうことを聞くなら殺さない」等と申し向けて被害者を地上に押し倒す等の暴行脅迫を加え、その反抗を抑圧して強いて姦淫したが、被害者が被告人の暴行脅迫により押し倒されたとき、被告人が被害者の横においた前記ナイフに気付き、刃物さえなければ逃げられると思い、体を少し横にして右手でそのナイフをかきよせ、開いている刃を折り曲げて力一杯放擲し、その際に右手に外傷を蒙ったという事案につき、東京高裁は「右傷害は被告人の強姦行為に附随して発生したものであって、その間に因果関係が存在するものといわざるを得ないから、畢竟被告人は強姦致傷の罪の責任を免れないことは明らかである」と判示した。

(3) 水戸地判昭和37年9月20日<sup>(24)</sup>

被告人が刃物を被害者に突きつけて脅迫し、山林内の旧防空壕内に引きずり込んだが、被害者の自転車が山林道路内に放置されていたので、通行人による犯行発覚を気遣い、当該自転車を山林内に隠してから強姦しようと考え一旦その場を離れたすきに、被害者はサンダルを脱げたまま逃げ出し、その際に篠の切株を踏み抜いて両足を負傷したという事案につき、水戸地裁は、強姦致傷罪の成立を認めた。

(4) 東京高判昭和42年3月7日<sup>(25)</sup>

被告人が、かつて職場を同じくしながらも顔見知りの間柄にすぎなかった当時僅か15歳の被害者と、夜間、散策中、劣情をおぼえて情交を

迫つたところ、これを拒まれるや、しいてこれを姦淫すべく、逃げようとする同女の手を掴んで引き戻そうともみ合ううち、被告人の手を振り切つて逃走を図つた被害者が、附近の崖上から約9メートル下の電車軌道敷側溝に転落し、コンクリートに頭部を強打して頭部骨折兼脳内出血等の重傷により即死に至らしめたという事案につき、東京高裁は、「・・・被告人が原判示暴行の所為に出た場所は、前記墓場前の畑の中であるが、被害者の逃路経路をそのまま辿れば、小田急線の切通しの崖上の農道に達すること、右崖は、勾配が約七〇ないし八〇度、斜面沿いの高さ約九メートルで、底部にはコンクリートの側溝があること、農道と崖の境にはなんらの牆壁がなく転落の危険があること、当時右農道上には工事用の玉石、間知石が積み重ねられていて極めて足場が悪かつたことが明らかであり、また、被害者は、被告人の手を振り切るや、従前の方向に走つて逃げ、約七メートルにして農道上に達したことが認められるとともに、勢いあまつて石に足をとられ、農道を崖の方に踏みはずして真逆さまに崖ぞいに側溝へ転落し、コンクリートに頭部を強打して死亡するに至つたものであることを推認するに足りるが、以上の如き状況と経過に徴すれば、被害者が崖から転落して傷害を受け、そのため場合によつては死亡することがありうることは被告人の暴行から通常予測しうる範囲に属するものと解されるのであるから、被告人の所為と本件結果との間には因果関係が存するものと認めるのを相当と解するので、被害者の死亡について被告人に責任がないとはいえない。」と判示した。

(5) 最決昭和46年9月22日<sup>(26)</sup>

被告人らは、中学の同窓であつた被害者を詐して車に乗せ、人里離れた田舎道に連れ出して、まず共犯者の1名が被害者を強姦したのであるが、次いで被告人らによって強姦されることの危険を感じた被害者が、トイレに行くと言言を用いてその場を逃れ数百メートル逃走し救助を求めるに際し、転倒などして両大腿部等に打撲傷等の傷害を受けたという



事案につき、最高裁は、「被害者の傷害は、共犯者Aに強姦された後、さらに被告人らによつて強姦されることの危険を感じた被害者が、詐言を用いてその場をのがれ、暗夜人里離れた地理不案内な田舎道を数百米逃走し救助を求めるに際し、転倒などして受けたものであるから、右傷害は、本件強姦によつて生じたものというを妨げず、被告人らについて強姦致傷罪の成立を認めた原判断は正当である」と判示した。

(6) 福岡高那覇支判昭和49年 4 月24日<sup>(27)</sup>

被告人T・N両名が暗夜海岸で被害者Aを強姦しようとしたところ、被害者はすきを見て海に向かって逃げ出し、溺死したという事案につき、福岡高裁那覇支部は、「被害者Aが立ち上がってパンツをはき直した時点においても、また同女が被告人Nの手を振り払い海の方に向かって逃げ出した時点においても、同被告人が同女に対する強姦の意思を放棄して強姦行為を中止したのではなく、かえって、同女が右のように海の方に向かって逃げ出すまで同被告人は同女を強姦しようとの意図のもとに強姦行為を継続していたものであり、右Aの溺死は被告人らの強姦の行為が原因となって生じたものと認めるのが相当である」と判示した。

(7) 京都地判昭和51年 5 月21日<sup>(28)</sup>

被告人が、被害者をモータルに連れ込み、全裸にした上強姦しようとしたのに対し、被害者がトイレに行くと偽り、浴室高窓から飛び降りて脱出したため、姦淫の目的を遂げなかったものであるが、飛び降りた際、被害者が骨折等の傷害を負ったという事案につき、京都地裁は、「被告人は姦淫しようして約三〇分以上にわたって被害者の上に乗るなどして暴行、脅迫を加えており、その間、被害者は必死で抵抗を続けていたということができ、漸く便所に行くと偽って脱出したものであるから、被告人が任意に姦淫行為を中止し、姦淫の意思を放棄したと認めることはできないことは前述のとおりであり、さらに、本件犯行現場であるモー

テルの構造についてみると、表玄関口の窓口で料金を支払わない限りシャッターが開かないようになっており、たとい被害者が助けを求めたとしても、誰も来ないような密室構造になっているから、被告人がさらに暴行脅迫を行なう可能性が極めて高度な本件において、被害者がこれを避けるためには浴室の窓から脱出する以外に適切な方法はないものと考えられ、しかも右脱出行為は前記暴行、脅迫による畏怖状態が継続している間になされたものと認められるので、本件における被告人の暴行、脅迫と被害者の身体に発生した傷害の結果との間には、因果関係を認めることができるといわなければならない・・・」と判示した。

7判例の要点<sup>(29)</sup>を3つにまとめると、以下のようになる。

それは、①「因果関係があるから、加重結果の帰属が肯定される」という論理を採用していること、②「附随すれば、因果関係がある」という論理を明示的に採用する判例（東京高判昭和37年4月25日下線部）があること、③強姦・姦淫の意思を放棄していれば、加重結果の帰属が否定される余地が認められること、である。

①についてであるが、強制わいせつ等致死傷罪の成否が問題となる「被害者逃走型」事例においては、学説も因果関係の問題として処理する立場が通説であろう。しかし、肯否については、分かれているように思われる。たとえば、佐伯は<sup>(29)</sup>、「被害者の逃走が特別に扱われる理由は、行為との直接の結びつきにあるので、いったん安全な場所に逃げた後の行為は異なって扱われることになるが、安全な場所かどうかは被害者の視点を考慮して判断すべきである」というが、一方で、客観的帰属論の立場から、山中は<sup>(30)</sup>、「・・・被害者は、追跡される恐れはあったが、現に追跡されているわけではない。相当因果関係説によれば、負傷の予見可能性は肯定される事例であろう。全裸で逃走することにより、転倒し負傷する危険性が高められているといえないこともないであろうが、結果的加重犯としての強姦致傷罪（刑法181条）の加重された刑罰

を受けるほどの典型的な危険が実現したかどうかには疑問がないわけではない。」という。

以上のように<sup>(31)</sup>、学説によれば、被害者行為介在型事例においても、行為者行為介在型事例と同様に、因果関係の肯否は分かれるが、では②「附随すれば、因果関係がある」とする論法が、他の判例にも見られるものなのか、及び③「強姦・姦淫の意思を放棄していれば、加重結果の帰属が否定される余地が認められる」とする論法は、本最高裁決定は採用していないが、従来までの判例理論の中では、いかなる位置を占めていたのであるか。以上のような二点を検討すべく、被害者逃走型事例以外の事例において、強制わいせつ等致死傷罪の成立が肯定された判例と否定された判例を概観することにしよう。

### Ⅲ．強制わいせつ等致死傷罪の成否が争われた判例の動向

#### 1. 肯定判例

a) 「随伴」などがキーワードになった判例

aa) 「随伴」がキーワードになった判例

(1) 大判明44年6月29日<sup>(32)</sup>

被告人が姦淫の目的をもって被害者を路傍の山林中に引き入れ仰向けに押し倒し、その上に乗りかかり強いて姦淫しようとしたが、被害者が大声で援助を求め且つ被告人の睾丸を握り極力これを防衛したことにより、被告人は被害者の手に掻きつけ創傷を負わしめたという事案につき、大審院は、「其結果カ必スシモ猥褻姦淫ノ行為自体若クハ猥褻姦淫罪ノ手段タル暴行脅迫ノ行為ニ因リテ発生スルコトヲ要セス・・・（中

略)・・・死傷ヲ惹起シタル行為カ猥褻姦淫罪ニ随伴スルニ於テハ其目的カ犯罪ヲ遂行スル為ナルト又犯罪ヲ免ル為ナルトヲ問フコトナシ」と判示した。

(2) 大阪高判昭和62年3月19日<sup>(33)</sup>

強姦が既遂に達した後、専ら逃走を容易にしようとの意思で加えた暴行によって傷害の結果を生じたという事案につき、大阪高裁は、「本件被害者受傷の原因と認められる膝蹴り等の暴行は、・・・(中略)・・・被告人の姦淫行為が既遂に達した後被告人が被害者から後頭部を強打される抵抗を受けて両名共にベッド下に転落した直後に加えられたものであるところ、右暴行の際被告人がなお姦淫の意思を有していた場合はもとより、原判示のようにその際被告人が既に姦淫の意思を喪失して専ら逃走を容易にしようとの意思であったにすぎないとしても、時間的及び場所的關係において、それに先立つ姦淫目的の暴行脅迫と接着して行われているのであって、逃走のための行為として通常随伴する行為の關係にあるとみられ、これらを一本として当該強姦の犯罪行為が成立するとみるべきもので、これによって傷害の結果を生じた場合には強姦致傷罪が成立すると解すべき・・・」と判示した。

(3) 東京高判平成12年2月21日<sup>(34)</sup>

被告人が、地下鉄の車内で、当時16歳の女性に対し、手指をパンティーの中に入れるなどの強制わいせつ行為に及んだが、電車が駅に到着し、乗降ドアが開くため、わいせつ行為の継続を断念して手指をパンティーから抜いたところ、その直後、被害者に袖口を、次いで腕をつかまれ、「この人痴漢です。」と叫ばれたので、これを振り切って逃走し逮捕を免れる目的で、電車内の同じ位置において、被害者につかまれた腕を前に突き出して強く振り払う暴行を同女に加え、その結果、同女に全治約1箇月を要する左中指末節骨折等の傷害を負わせたという事案につ

き、東京高裁は、「・・・被告人がA子につかまれた右腕を前に突き出して強く振り払った行為は、被告人が右経緯により強制わいせつ行為を終了した直後に、強制わいせつ行為が行われたのと全く同じ場所で、被害者から逮捕されるのを免れる目的で行われたものであると認められるから、強制わいせつ行為に随伴する行為であったといえることができる。そして、被告人は、強制わいせつ行為に随伴する右行為によってA子に前記傷害を負わせたものであるから、このような場合、被告人に強制わいせつ致死傷罪の成立を認めるのが相当である・・・（中略）・・・なお、以上に照らすと、原判決が指摘する、強制わいせつ罪については刑法238条に相当するような規定がないなどの点は、前記の結論に影響を及ぼさないものと解される。」と判示した。

#### bb)「附随」がキーワードになった判例

##### (1) 大判大13年11月7日<sup>(35)</sup>

被告人が、夜被害者宅で、同女が他の子女とともに六畳間で寝臥しているのを見るや、劣情を催し被害者の睡眠中にて抗拒不能であるのに乗じて姦淫しようと欲し、被害者の陰部に指を挿入したところ、被害者が飛び起きて大声を発したため、その目的を遂げなかったが、被害者の陰部に傷害を負わせたという事案につき、大審院は、「抵抗不能ニ乗シ姦淫スルニ方テ偶暴行ヲ加フルコトアルモ其ノ暴行タルヤ單ニ附随的ニシテ姦淫ノ手段ト爲リタルモノニ非サルトキハ刑法第七十八條ノ強姦罪ノ成立ヲ妨クルコトナシ」と判示した。

##### (2) 前記東京高判昭和37年4月25日

#### cc)「際り」及び「際」がキーワードになった判例

(1) 大判大15年 5 月14日<sup>(36)</sup> (①部分)

被告人が、夜Xと共に料理店にて飲食したがその代金の一部が未払いであったので、翌日同料理店に到り被害者佐々木某女に対し右飲食代残金をXより受け取って支払うからX宅まで同伴してくれと申し入れX宅に到る途中、被告人が当時酒気を帯びていて劣情を催し同女を姦淫しようとして、陸揚げされた漁船の傍らで突然被害者を仰向けに引き倒し、その上に乗り同女が大声を発し極力抵抗するや、声を立てたら殺すぞと威嚇し暴力を用いて姦淫を遂げ、①その際被告人が被害者が口に噛んでいた前掛を外そうとして強く引っ張ったので同女に負傷を負わせ、次に②被告人は被害者に対しことを内密にするよう迫り、これに応じない同人の右手を逆に捻じ上げて上膊部に捻挫症という傷害を負わせたという事案につき、大審院は「刑法第八十一条ノ強姦致傷罪ハ強姦罪ヲ犯スコトニ因リテ人ヲ傷害ニ致シタル場合ニ成立スルモノニシテ其ノ傷害ハ必スシモ強姦ノ行爲ヲ爲スニ際リ其ノ被害者ニ傷害ヲ加ヘタル場合モ亦強姦致傷罪ヲ構成スルモノトス原判決ノ確定シタル事實ニ依レハ①其ノ前段ニ於ケル被告人カ判示佐々木某女ニ對シ判示ノ如キ暴行脅迫ヲ加ヘテ姦淫ヲ遂ケタル際佐々木某女カ口ニ噛ミタル前掛ヲ外サントシテ強引シ爲ニ同人ノ門齒下齦ニ出血負傷セシメタル事實ハ刑法第八十一条ノ罪ヲ構成スルコト明確ナルモ②其ノ後段ニ於ケル被告人佐々木某女ノ口外ニ依リ事ノ発覚スヘキコトヲ惧レ内密ニスヘキコトヲ迫リタルニ同人カ之ニ應セサリシヲ以テ現場附近ナル同町冷蔵庫ノ傍ニ於テ同人ノ右手ヲ逆に捻上ケ其ノ右上膊部ニ治療五日ヲ要スル捻挫症ヲ蒙ラシメタル行爲ハ右強姦行爲完了後ノ事ニ屬シ全然別箇獨立ノモノナルコト明白ナルヲ以テ該行爲ハ右強姦罪ニハ關係ナク單純ニ刑法第二百四條ノ傷害罪ヲ構成スルニ過キサルモノト論定スルヲ相當トス・・・」と判示した。

dd) 「機会」がキーワードになった判例

(1) 東京高判昭和30年6月1日<sup>(37)</sup>

被告人が、被害者A子を土堤下に押倒して強いて姦淫し更に土堤斜面に押さえつけて強姦したが、その際に女が救助を求めて叫んだためその抵抗を抑圧するため同女の顔面を殴打しよって傷害を与えたという事案につき、東京高裁は、「強姦致傷罪は、強姦の既遂又は未遂行為に原因し他人に傷害の結果を生ぜしめた場合に成立するものであつて、その傷害の結果は姦淫行為自体により又はその手段たる暴行脅迫に原因して生じた場合は勿論犯人が強姦の機会において強姦の目的達成を確実ならしめるため同一の意思発動に基いてなした暴行、脅迫により生じた場合をも包含するものと解する。尤も強姦行為完了後別個独立の意思発動により被害者を傷けたときは、その傷害行為は単純な傷害罪を構成するにすぎないことは所論のとおりである。・・・(中略)・・・しからば被告人の加えた右の傷害は被告人が強姦の機会において前同一意思の発動に基いてなした暴行に原因して生じたものであることは明らかであるといふべく、所論の如く強姦行為完了後別個の独立して意思の発動によつてなされたものということとはできない。」と判示した。

(2) 盛岡地判昭和33年2月6日<sup>(38)</sup>

被告人が、甲と共に路上にて、足元も心もとない程に飲酒酩酊し着物の裾を端折って腰巻もあらわな姿でたまたま帰宅途中にあったAとすれ違い同女のそのようなだらしなない恰好を見て、甲を後に従え被告人において同女の右肩に手をかけ同女に対し執拗に情交を迫りながら西方に約14、50メートル堀割坂道路をくだり、同道路の北側4、5メートル入り込んだ草むらに同女を押し上げその場において、同女に対し情交を迫ったが強く拒絶されたのでこれを諦め、右道路に出て、その場を立ち去ろうとしたが、その際Aが「金をよこせ」と云うので被告人においてこの要求に応ずれば或は同女が情交を許すかも知れないと思い100円札2枚を同女に差出したところ、同女はこれを受け取ったがただちに「これば

かりの金はいらない」と云って右紙幣を路上に投げ捨てたので被告人はこれにいたく憤慨し、やにわに同女の顔面を殴打し、かつそのため右路上に転倒した同女の右足背附近を強く足で踏みつける等の暴行を加え、同女に傷害を負わせたという事案につき、盛岡地裁は「・・・被告人と甲が判示道路上でAとすれ違つた直後、同女を強いて姦淫しようと共謀したこと、被告人において道路北側の判示くさむらにAを押しあげ同女を姦淫しようとしたこと、判示くさむらにおけるAの被告人に対する抵抗がかなり激しかつたこと、そのAの抵抗などを道路から見守つていた甲はこれでは到底姦淫することはできないと思つていちやく姦淫の意思を放棄してその場を立去ろうとしていたこと、被告人においてもAの思わぬ抵抗にあつて、Aを姦淫することを断念してその場を立去るためくさむらから道路に出て来たことが認められる。かように共犯者である被告人及び甲の両名が強姦の意思を放棄した以上、同人等のAに対するくさむらにおける行為は被告人が判示くさむらから道路に出た段階において強姦未遂として終了したものというほかはない。しかし、道路上に出てからの被告人に既に強姦の意思が認められないこと、判示認定のとおりであつて道路上における被告人のAに対する判示のような暴行はもはや強姦の手段としての暴行ではなく、別個独立の罪を構成するものと評価さるべきである。・・・(中略)・・・Aの・・・(中略)・・・傷害と右被告人の強姦未遂行為との因果関係について検討するに・・・(中略)・・・Aの右傷害が判示くさむらにおける被告人及び甲の強姦未遂行為によつて或はその機会に受けたものであることを認めるに足る証拠は存しない。」と判示した。

## b) 「因果関係」がキーワードになった判例

### (1) 前記盛岡地判昭和33年2月6日



(2) 前記東京高判昭和37年 4 月25日

(3) 前記東京高判昭和42年3 月 7 日

(4) 前記京都地判昭和51年 5 月21日

c) 「意思」「意図」・「目的」も含む) がキーワードになった判例

(1) 前記大判明44年 6 月29日 (「目的」)

(2) 前記東京高判昭和30年 6 月 1 日 (「意思」及び「目的」)

(3) 前記盛岡地判昭和33年 2 月 6 日 (「意思」)

(4) 前記福岡高那覇支判昭和49年 4 月24日 (「意思」及び「意図」)

(5) 前記京都地判昭和51年 5 月21日 (「意思」)

(6) 前記大阪高判昭和62年 3 月19日 (「意思」及び「目的」)

(7) 東京地判平成11年 8 月31日 (東京高裁平成12年 2 月21日判決原審)  
(「目的」)<sup>(39)</sup>

東京地裁は、被害者の傷害の結果は、被告人が、強制わいせつ行為の終了後に、逮捕されることを免れる目的で被害者に暴行を加えたことにより生じたものであって、刑法238条のような特別規定が存在しない以上、このような被告人の行為は強制わいせつ致傷罪に該当しないと判示し、強制わいせつ罪と傷害罪の併合罪の成立を認めた。

では次に、否定判例について概観する。

## 2. 否定判例

- (1) 前記大判大15年 5 月14日（下線②部分）
- (2) 前記盛岡地判昭和33年 2 月 6 日（下線部）
- (3) 前記東京地判平成11年 8 月31日（下線部）

否定 3 判例の傾向としては、下線が示すように、わいせつ行為若しくは姦淫行為の意思を喪失した後に、口封じ若しくは逮捕免脱のための暴行、又は憤慨による暴行のように、新たな別個独立の意思に基づく暴行によって被害者を傷害した場合に、加重結果の帰属を否定しているといえよう<sup>(40)</sup>。これは③の論法が従前の判例の一部で採用されていたということを示すと解される。

一方、肯定判例については、「随伴」をキーワードにして肯定した判例の中で、「随伴」のみをキーワードにした判例はなく、行為者の心理状態を度外視して肯定した判例は、「附随」及び「際り」・「際」をキーワードにした判例であるが、「附随」（大判大13年11月7日）及び「際り」の事例は、暴行が姦淫完了後に遂行されたか否かが判然としない事例である以上、基本犯既遂後の加重結果の帰属につき、意思などを要件とすべきか否かについてあまり示唆を与えないように思われる。

また、「機会」をキーワードの一つにする東京高判昭和30年 6 月 1 日下線部は、行為者の心理状態を度外視して強姦致傷罪を認めることはできないと言明しており、さらに、東京地判平成11年 8 月31日は、目的欠如だけの理由で強制わいせつ致傷罪を否定しているが、両判例の論理は、「新たな別個独立の意思に基づく暴行によって被害者を傷害した場

合には、加重結果の帰属が否定される」とする否定3判例が採用する③の論法と同様の示唆を提供しているといえよう。これも、③「強姦・姦淫の意思を放棄していれば、加重結果の帰属が否定される余地が認められる」とする論法が他の判例においても受け入れられていることを示すものである。

さらに、「附随」と「随伴」の意味の近似性を重視して、②「附随すれば、因果関係がある」といえるかについて検討すると、大阪高裁が「・・・時間的及び場所的関係において、それに先立つ姦淫目的の暴行脅迫と接着して行われているのであって、逃走のための行為として通常随伴する行為の関係にあるとみられ、・・・」とし、さらに、東京高裁が、「・・・被告人がA子につかまれた右腕を前に突き出して強く振り払った行為は、被告人が右経緯により強制わいせつ行為を終了した直後に、強制わいせつ行為が行われたのと全く同じ場所で、被害者から逮捕されるのを免れる目的で行われたものであると認められるから、強制わいせつ行為に随伴する行為であったということが出来る。」とすることに鑑みると、時間的・場所的近接性着目していることから、「附随すれば、因果関係がある」というよりはむしろ、「附随（随伴）すれば、基本犯既遂後の行為が基本犯に接着し一連化する」と解する方が自然であろう。さらに、「抵抗不能ニ乗シ姦淫スルニ方テ偶暴行ヲ加フルコトアルモ其ノ暴行タルヤ單ニ附随的ニシテ・・・」（大判大13年11月7日）における「附随」も、やはり、②「附随すれば、因果関係がある」と解するには無理があるように思われる。

以上のように、「附随（随伴）すれば、因果関係がある」という意味で、「随伴」又は「附随」を用いた判例は、東京高判昭和37年4月25日以外にないように思われ、さらに、文言の意味からしても、「附随（随伴）すれば、因果関係がある」とする論理は整合的でないように思われる。

したがって、判例の動向は以下のように一部修正を加えて要約できる。

(i)「強姦・姦淫の意思を放棄していれば、加重結果の帰属が否定される余地を認めうる」若しくは「新たな別個独立の意思に基づく暴行によって被害者を傷害した場合には、加重結果の帰属が否定される」

(ii)「附随（随伴）すれば、基本犯既遂後の行為が基本犯に接着し一連化する」(②の修正)

この動向は、学説の状況からみると、どのように評価できるのであうか。

#### Ⅳ．強制わいせつ等致死傷罪における加重結果の原因行為をめぐる学説の状況

強制わいせつ等致死傷罪における加重結果の原因行為は、わいせつ行為若しくは姦淫行為又は暴行・脅迫に厳密に限定されるか否かについては、学説上争いがある。判例は、既に概観したように、厳密には限定されないという立場に立脚している。そこで、まず、二説を概観したうえで、両説の妥当性について検討することにする。

本稿で「限定説」<sup>(41)</sup>に分類される学説とは、強制わいせつ等致死傷罪における加重結果の原因行為を、わいせつ行為若しくは姦淫行為又は暴行・脅迫に厳密に限定する見解のことを指し、限定説によれば、本最高裁決定の事案においては、当然、加重結果の基本犯への帰属が否定されることになる。限定説の根拠には以下のようなものが存する。

例えば、「本罪（181条1項乃至3項：筆者注）を設けて重い法定刑で処罰する趣旨は、強制わいせつ・強姦等の行為に随伴して死傷の結果が生ずる可能性が高いため、特に生命・身体の保護を図ろうとすることにあるから、基本となる行為を強制わいせつ・強姦等の実行行為に限定する」とする大谷説<sup>(42)</sup>、及び、「基本犯の構成要件該当行為の持つ危険性がそのまま結果に実現したところに結果的加重犯の加重の根拠があ

る」とする井田説<sup>(43)</sup>が、それである。

大谷説は、生命・身体の保護を重視する立場から、限定説を支持する見解であるが、生命・身体への侵害可能性が高いからこそ、大谷説とは逆に、原因行為を拡張して保護範囲を広げるべきであるという帰結にも至りうるであろう<sup>(44)</sup>。だとすれば、大谷説の根拠は、限定説の根拠として決定的であるとは思われない。

さらに、井田説は、危険性説からの論理的帰結であるとする見解であるが、はたして、危険性説から論理的帰結として限定説を導き出しうるか、その論理的整合性が問題となる。

一般に、危険性説とは、「結果的加重犯固有の不法内容が実現した場合にのみ、結果的加重犯の成立を認める見解」<sup>(45)</sup>と解されており、危険性説によれば、基本犯の構成要件該当行為が有する危険性がそのまま結果に実現しない場合には、結果的加重犯が成立しないことになる。具体的には、「強制わいせつ等致死傷罪固有の不法内容、若しくはわいせつ行為若しくは姦淫行為又は手段たる暴行・脅迫行為の持つ危険性」が実現しない場合には、強制わいせつ等致死傷罪が成立しないということになるが、それは妥当であるのか、以下二つの事例を通じて考察を加える。

まず一つ目の事例として、「処女膜裂傷と（準）強姦致傷罪の成否」を検討しよう。判例は<sup>(46)</sup>、大審院時代から肯定説を採っているが、一部の限定説からの批判も有力である<sup>(47)</sup>。その根拠は、姦淫行為に通常附随する傷害結果は基本犯に帰属すべきではないというものであるが、ここでは、処女膜裂傷が「通常附随する傷害」に該当するかが問題となる。該当しない、すなわち、姦淫行為に通常附随する傷害結果の帰属を認めないとするのであれば、暴行を要件としない準強姦致傷罪の成立範囲が不当に狭くなるという結論も導出されることになろう<sup>(48)</sup>。さらに、危険性説の立場からも「必然的に伴なう」として、該当性を肯定する見解もあるが<sup>(49)</sup>、「通常附随する傷害」を「強制わいせつ等致死傷罪固有の不法内容、若しくはわいせつ行為若しくは姦淫行為又は手段た

る暴行・脅迫行為の持つ危険性」に包含するのでは、そもそも危険性説がいう「不法内容」は広汎にすぎるといえるだろう。後述する非限定説からは、肯定説を容易に導きうるが、このように、「不法内容」を広く認める危険性説の立場からは、必ずしも、危険性説からの当然の帰結として限定説に至るとすることはできないように思われる。

さらに、もう一つの事例として、「強姦犯人が強姦の途中で被害者の乳房に接吻痕（キスマーク）を負わせた場合の強姦致傷罪の成否」を検討しよう。この事案につき、東京高裁は強姦致傷の成立を認めているが<sup>(50)</sup>、学説の中にはその結論を疑問視するものも少なくない。しかし、疑問視する見解の多くは、接吻痕のような軽微な傷害は、そもそも強制わいせつ等致死傷罪における「致傷結果」を構成しないと考えるべきであるとするものであり<sup>(51)</sup>、傷害結果の帰属を否定すべきであるとする見解は少数説であることには注意を要する。すなわち、通説・判例は、強姦犯人が強姦の途中で被害者の乳房に接吻痕を負わせた場合には、強姦致傷罪の成立を肯定するのである。しかし、危険性説からはどのような結論に至るのであろうか。もっとも、この事案は基本犯が強姦罪であって、準強姦罪ではなかった事実から鑑みると、手段たる暴行行為が姦淫に至るまで維持継続していたと考えることができる場合には、接吻痕という傷害の原因行為を暴行に求めることは可能であり、その限りで、危険性説を堅持する立場からも、判例と同じ結論に行き着くことは可能であろう<sup>(52)</sup>。だが、処女膜裂傷事例と同様に、基本犯が準強姦罪の場合には、説明に窮するのではなかろうか。「男性器（少なくとも一部）の女性器への挿入」という姦淫の文言上の意義を重視すれば、乳房に接吻痕を負わせる行為を姦淫行為とみなすのは、無理があろう。もっとも、181条2項が基本犯が未遂の場合でも足りると規定しているので、乳房に接吻痕を負わせる行為は姦淫行為ではないが、姦淫未遂行為と解することにより、限定説から肯定説を導くことも可能ではあろうが、そのように解してまで限定説を堅持するのであれば、技巧的すぎるように

も思われる。

以上のように考察すると、危険性説からの当然の帰結として限定説に至るとするのは論理的整合性に問題があるように思われる。危険性説を支持するからといって、ただちに限定説を採用しないとするのは矛盾があるとは必ずしもいえないのである。

一方、本稿で「非限定説」<sup>(53)</sup>に分類される見解の根拠には、以下のようなものがある。例えば、「犯罪行為を全体として考察して、全体としてみた犯罪行為からその結果が発生したとみることができれば足りる」とする団藤説<sup>(54)</sup>、「各基本犯の手段である暴行・脅迫、あるいはわいせつ・姦淫行為自体から生じたのではなくとも、各基本犯の遂行過程から生じたのであれば足りる」とする中森説<sup>(55)</sup>、「死傷の結果は、わいせつな行為又は姦淫から生じた場合、手段である暴行から生じた場合に厳密に限られることなく、基本犯の遂行過程で生じた場合に、強制わいせつ等致死傷罪が成立する」とする山口説<sup>(56)</sup>がそれである。

非限定説の中でも、団藤説は全体的観察法に依拠しているが、私見として全体的観察法をとりえない以上、団藤説には賛成できない。中森説と山口説は共に「基本犯の遂行過程」に死傷原因行為があれば足りるとする見解であるが、山口は、「犯行後の行為から死傷結果が生じた場合」についても強制わいせつ等致死傷罪の成立を肯定することに疑問を抱いている。しかし、中森がいう「基本犯の遂行過程」及び山口がいう「犯行後の行為」が「基本犯の既遂後から終了まで」という意味を包含するとすれば、両説はほぼ同旨と解することができる。

もっとも非限定説を支持するとしても、基本犯既遂後<sup>(57)</sup>の原因行為による致死傷結果の基本犯への帰属が可能かという問題は、別途検討されなければならない。判例は、可能であるという立場に立脚しているが、無制限に可能とするのであれば、それは明らかに不当である。そこで、いかなる要件のもとで、既遂後の原因行為による致死傷結果の帰属が肯定されているのであろうか。前述のように、判例は、強制わいせつ等致

死傷罪の場合には、③「強姦・姦淫の意思を放棄していれば、加重結果の帰属が否定される余地を認める」という傾向にあるが、このような傾向は、強制わいせつ等致死傷罪以外の結果的加重犯においても、看取しうるものであろうか。例えば、逮捕監禁致死傷罪を否定した判例<sup>(58)</sup>をとり上げて考察してみよう。

(1) 最判昭和28年11月27日<sup>(59)</sup>

被告人が被害者X、Yを不法監禁中にX、Y兩名から詐欺的・欺瞞的言動を浴びせられて激昂し暴行脅迫を加えた事案につき、最高裁は「・・・被告人等の所論暴行脅迫の行為は偶々Xの監禁中又はX及びYの監禁中に行われたものではあるけれども、右各行為は、X、Y等の逃亡を防ぐ手段としてなされた如き不法監禁の状態を維持存続させるために行われたものではないのであつて、右兩名の被告人に対してなした詐欺的欺瞞的言動に憤慨、憤激の余り、行われたものであることが認められるから、たとい、被告人などの暴行脅迫の行為が不法監禁の機会になされたからといつて、所論の如く、不法監禁のために、その手段としてなされたものということとはできない。」と判示した。

(2) 名古屋高判昭和31年5月31日<sup>(60)</sup>

被告人が他1名らと共に共謀の上、自宅三畳の間に被害者X及びYの兩名を長時間にわたり監禁し、その間交々右兩名に衣紋掛又は素手で殴るなどの暴行を加え、よつて兩名の顔面その他に打撲傷を負わせた事案につき、名古屋高裁は、「・・・凡そ逮捕又は監禁の罪を犯しよつて人を死傷に致したものとして刑法第二百二十一条を適用し得るがためには、逮捕又は監禁の所為と人の死傷との間にいわゆる因果関係の存在すること、即ち人の死傷が逮捕又は監禁そのもの、少くともその手段たる行為そのものから生じたことを要するものと解すべきこと、同条の文言に照らし明らかであるから、人を監禁しその機会にこれに暴行を加え、よつ



て傷害を負わせたというに止まり、監禁と傷害との間に因果関係のないことの明らかな前記原判示のような場合には最早やこれに対し同条を適用処断すべき余地のないもので、・・・」と判示した。

(3) 東京地判昭和37年10月23日<sup>(61)</sup>

被告人等4名は他の数名と共に謀の上、(イ)約30分間にわたり甲事務所内において被害者を取り囲んで脱出を阻止し、同事務所から退去できないようにして同人を同事務所内に強いて抑留し以て不法に監禁し、(ロ)その間に同所において前記のとおり同人を取り囲んで「お前は何処の者だ、浅草のやくざだろう」「仲間の名前を云え」等と問詰しつつ、被告人らが暴行を加え、よつて同人に対し傷害を負わせた事案につき、東京地裁は、「判示所為中監禁の所為は刑法第二百二十条第一項、第六十条に、傷害の所為は同法二百四条、罰金等臨時措置法第二条、第三条第一項、刑法第六十条に該当し、右(イ)の監禁と(ロ)の傷害とは一個の行為で数個の罪名に触れる場合であるから・・・」と判示した。

(4) 最決昭和42年12月27日<sup>(62)</sup>

被告人は、道路上で、被害者Aと口論し、同人から丹前の袖をつかまれ川に突き落とされそうになり、その袖が破れたことに立腹し、仲間の数名と共に謀し、右Aとその連れのBとを人通りのない所に連れて行って危害を加えようとし、両名の手や肩を押さえる等して自動車に押し込み、運転走行する間に、被告人はAの尊大な態度に憤激し、Aの顔面を肘で数回殴打する等の暴行を加え、両名を車内に監禁すると同時に、右暴行によりAに鼻血を出させたり顔面打撲傷を負わせた事案につき、最高裁は、「・・・被告人のAに対する顔面打撲等の暴行は、不法監禁の状態を保つため、その手段としてなされた旨の摘示はなく、右判示を挙示の証拠と合わせ読めば、右暴行は、右の手段としてではなく被告人が自動車内における右Aの態度に憤慨した結果なされた事実を判示したもの

認められるから、たとい、右暴行が不法監禁の機会になされ、その結果被害者に傷害を負わせたとしても、監禁致傷罪は成立せず、監禁と傷害の二罪が成立し、両者は併合罪の関係になると解するのが相当である。」と判示した。

前記の逮捕監禁致死傷罪否定4判例のうち、2つの下級審判例の理由づけは判然としないが、2つの最高裁判例の下線部は、暴行が不法監禁の手段ではないゆえに、不法監禁の機会になされた当該暴行による致傷結果を不法監禁に帰属することはできないとしている。ここでは、意思について直接問題にしてはいないが、暴行が不法監禁の手段か、憤慨・憤激によるかは行為者の主観を度外視して外観のみで決せられるものではなかろう。とすれば、この最高裁判例が意思を直接問題にしていなくても、意思を問題にすべきであるということになる。

さらに、客観面に着目すると、最判昭和28年11月27日は、被害者を不法監禁中であり、かつ、その状態を維持存続させるための暴行でなければならないとしている。すなわち、「基本犯既遂後も不法状態が維持存続し、かつ、その不法状態を維持存続させるための行為でなければならない」という趣旨であるが、これは妥当であろうと思われる。なぜなら、基本犯既遂後に不法状態が断ち切れている場合には、そもそも基本犯は完了していることになり、それ以後の行為は別罪を構成すると解するのが妥当だからである<sup>(63)</sup>。

このように不法状態が維持存続していることを前提に、それを維持存続させる意思は、強制わいせつ等致死傷罪における基本犯既遂後の行為にも必要であろうと思われる。

## V. 性的意図をめぐる議論状況

(準) 強制わいせつ罪におけるわいせつ行為については、客観的に決

すべきであるという立場が、特に近年の下級審判例<sup>(64)</sup>において多くとられているように思われる。しかし、わいせつ行為か否かについて客観的に決しえないゆえ、行為者の内心傾向によりわいせつ行為か否かを決すべきであるという見解が従来から有力に唱えられてきた<sup>(65)</sup>。それは、いわゆる「性的意図と強制わいせつ罪の成否」の問題である。この問題については、最判昭和45年1月29日が性的意図必要説<sup>(66)</sup>をとったにもかかわらず、不要説<sup>(67)</sup>に依拠する学説による批判は現在でもきわめて有力である。さらに、この論点は、(準)強制わいせつ罪の各論固有の問題というよりはむしろ、主観的違法要素を認めるべきか<sup>(68)</sup>という犯罪論体系全体に影響を及ぼす総論上の問題として議論されてきた歴史をも有しており、演繹的思考を可能とする体系構築をめざすうえでは回避できない問題であるように思われる。そこで、以下では、現在の判例・学説の状況を概観し考察することにする。

最判昭和45年1月29日

被告人が、自分の内妻が被害者の手助けにより被告人のもとから逃げたと思い、被害者を問いただすためにアパート自室に被害者を呼び出し、報復目的で、「5分間裸で立っておれ」と被害者に申しつけ、畏怖する被害者を裸体にして写真撮影したという事案につき、最高裁は、「刑法一七六条前段のいわゆる強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行なわれることを要し、婦女を脅迫し裸にして撮影する行為であつても、これが専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成するのは格別、強制わいせつの罪は成立しないものというべきである。・・・(中略)・・・年若い婦女(本件被害者は本件当時二三年であつた)を脅迫して裸体にさせることは、性欲の刺戟、興奮等性的意図に出ることが多いと考えられるので、本件の場合においても、審理を尽くせば、報復の意図のほかに右性的意

図の存在も認められるかもしれない。しかし、第一審判決は、報復の意図に出た事実だけを認定し、右性的意図の存したことは認定していないし、また、自己の内妻と共同してその面前で他の婦女を裸体にし、単にその立っているところを写真に撮影した本件のような行為は、その行為自体が直ちに行為者に前記性的意図の存することを示すものともいえないのである。」と判示した。

昭和45年1月29日最高裁判決は、強制わいせつ罪の成立には性的意図を要するとしているが、この最高裁判決を支持する学説は、従来までの学説を踏まえたうえで、性的意図を主観的違法要素と解している<sup>(69)</sup>。例えば、「強制猥褻行為は確かに被害者の性的自由を侵害するものではあるが、性的自由のみが保護法益だと考えるのは、強制猥褻罪の二面的性格を見失ったものである。強制猥褻罪には被害者の性的自由の保護という面のほかに、現行法上は健全な社会的風俗の維持という目的もあるのである。それゆえ、単に被害者の自由を侵害したということだけで、重く処罰されるのではなく、さらに健全な性風俗の維持という観点から性的意図をもって猥褻行為をしたことに注目し、重く処罰されるのである。」とする日高説<sup>(70)</sup>、及び「・・・わいせつ傾向が存しないがゆえに、行為を強制わいせつ行為として特徴づけ、強制わいせつ罪の実行行為を支配する意思方向が存しない以上、行為規範違反はないと思われる。」とする高橋説<sup>(71)</sup>がそれである。

日高説の根拠は、強制わいせつ罪の刑法典内での位置づけに着目して、強制わいせつ罪が健全な社会的風俗という社会的法益をも保護するというものであるが、例えば、公然わいせつ罪のような社会的法益に対する罪には、性的意図が要件とされていないことからすると<sup>(72)</sup>、日高説は性的意図の必要性を説得的に語っているとはいえないように思われる。さらに、高橋説は、違法二元論の立場から、わいせつ傾向を強制わいせつ罪の実行行為を支配する意思方向とし、それを欠く場合には、行

為規範違反はないとするものである。しかし、行為を違法行為に方向づける要素であれば、それは故意とはいかなる点で異なるのであろうか。行為を認容・意欲する心理状態を故意とするのであれば、高橋説が「わいせつ傾向」とする心理要素は、故意に包摂されるように思われる。

以上のように、必要説を支持する2説に検討を加えたが、やはり、行為者の意図により、強制わいせつ罪の保護法益たる性的自由の侵害性が左右されるという立場には賛成できないが、だからといって、行為者の心理要素とは一切関係なく、強制わいせつ罪を肯定できるとする見解についても疑問がある。やはり、わいせつ行為を「わいせつ」たらしめるわいせつ性の認識は必要ではなかろうか。なぜなら、一般人が「わいせつ」とは認識しない行為をわいせつ行為とするのは不当だからである。とすれば、「わいせつ」か否かは、行為者のわいせつ性の認識に依存することになり、さらに、それは故意の要素とされることに鑑みると<sup>(73)</sup>、不要説といっても、故意が故意犯の必須要素である以上、意味の認識は<sup>(74)</sup>必要であろうと思われる。

以上のような議論を踏まえたうえで、本最高裁決定の事案について検討すると、最高裁が「わいせつな行為を行う意思を喪失した」と認定している以上、必要説によれば、「わいせつな行為を行う意思」を性的意図と解すれば、わいせつ行為後の逃走するための暴行をわいせつ行為とすることができない以上、逃走するための暴行がわいせつ行為に随伴すると解することはできないということになろう。一方で、不要説によれば、わいせつ性の認識が必要であることになるが、本最高裁決定の事案において、行為者が逃走するための暴行を「わいせつ」だと認識していたと解することは困難である以上、必要説と同様に、随伴性を肯定するのは難しいといえるだろう。

もっとも、私見のように、行為者の主観を随伴性の一要件とする立場には、客観主義の観点から疑問が生じるかもしれないが、本最高裁決定の事案をアレンジした以下のような事案を考えると、行為者主観を要件

に加える見解にも説得性が付与されるのではなかろうか。その事案とは、被告人Xが、被害者の心神喪失状態に乘じ、わいせつ行為を行ったが、被害者がこれに気付いて覚せいしたので、その場から逃走するため、被害者に暴行を加えたが、被害者は受傷しなかったという事案である。判例のように、行為者の心理状態を度外視して、時間的・場所的密着性だけを要件にするのであれば、わいせつ行為後の逃走のための暴行がわいせつ行為に「随伴」することになる以上、準強制わいせつ罪の一罪だけが成立することになるであろうが、暴行を不要とする準強制わいせつ罪の構成要件でもってわいせつ行為後の逃走のための暴行を包括的に評価するのは不当であろうと思われる。

## Ⅵ. 結語

本稿を要約すると、以下のようになる。

- (Ⅰ) 基本犯既遂後の行為が姦淫・わいせつ行為に「随伴（附随）」するとは、基本犯既遂後の行為が姦淫・わいせつ行為に接着し一連化すると解するべきである。
- (Ⅱ) 「随伴（附随）」するための客観的要件として、基本犯既遂後も不法状態が維持存続していることが必要である。
- (Ⅲ) 「随伴（附随）」するための主観的要件として、基本犯既遂後も強姦・姦淫の意思若しくはわいせつな行為を行う意思を放棄していないことが必要である。

以上のような要点を踏まえた場合、私見によれば、本最高裁決定の事案は、(Ⅱ)については肯定しうる余地が残ろうが、(Ⅲ)の要件を欠く以上、わいせつ行為後の逃走のための暴行はわいせつ行為に「随伴」しないということになる。したがって、本最高裁決定の結論には賛成できない。

本最高裁決定の事案は、強制わいせつ致傷罪が成立するか否かにより、

親告罪になるか又は裁判員制度の対象事件になるかが分かれる事案であるばかりか、強制わいせつ致傷罪の一罪（無期又は3年以上の懲役）が成立するか、準強制わいせつ罪と傷害罪の併合罪（傷害罪で有期徒刑役を選択すると、6月以上22年6月以下の懲役）が成立するかにより、処断刑も異なってくる事案でもある<sup>(75)</sup>。その意味では、本最高裁決定の意義は大きいと評価できる。

(注)

- (1) 刑集62巻1号1頁、判時2000号160頁、判タ1266号137頁。
- (2) これ以降の引用判例中の丸数字、下線、圈点は、筆者が付したものである。
- (3) 江口和伸・研修721号（2008年）15頁、小玉大輔・警察公論63巻7号（2008年）115頁、専田泰孝・刑ジャ13号（2008年）85頁、谷直之・受験新報2008年9月号32頁、本田稔・法セ648号（2008年）121頁など参照。
- (4) 江口・前掲注（3）15頁参照。なお、谷・前掲注（3）34頁も併せて参照。
- (5) 判時1740号107頁、判タ1057号265頁。
- (6) 井田良『刑法総論の理論構造』（2005年）427頁参照。
- (7) これ以降、強姦致死傷罪、準強姦致死傷罪、強制わいせつ致死傷罪、準強制わいせつ致死傷罪の総称を「強制わいせつ等致死傷罪」と記すことにする。なお、小玉・前掲注（3）116－117頁参照。
- (8) 本最高裁決定の判旨における「随伴」については、小玉・前掲注（3）119頁が、「被告人が、睡眠中の被害者に対するわいせつ行為に及んだ際、目を覚ました被害者から問いただされたり、自己が着用していたTシャツをつかまれるなどしたため、その場から逃走する目的で、被害者に暴行を加えて傷害を負わせたというものであるから、被害者の致傷の結果は、まさに被告人のわいせつ行為に随伴するものといえ・・・（圈点筆者）」とし、さらに、江口・前掲注（3）24頁は、「わいせつ・姦淫の行為又はその手段である暴行・脅迫という構成要件の行為と時間的・場所的關係において接着して、社会的実態として通常起り得る一連の行為として行われたような場合に「随伴するもの」とするが、やはり、本田・前掲注（3）121頁が「・・・当該暴行が、すでに終了した準強制わいせつとは異なる目的、すなわち犯行現場からの逃走という目的に基づいて行われ、傷害の結果が当該暴行に起因することが明らかな場合にまで、随伴性の認定を裏づける理論的根拠は必ずしも明らかではない。（圈点筆者）」とするように解するべきであろう。
- (9) 例えば、いわゆる「高速道路進入事件」が挙げられる。最決平成15年7月16日刑集57巻7号950頁、判時1837号159頁、判タ1134号183頁。この最高裁決定の解説・評釈として、高橋則夫（西田典之ほか『刑法判例百選Ⅰ総論 6版』

(2008年)所収)24頁及び同評釈25頁の〈参考文献〉に掲げられている解説・評釈も併せて参照。(これ以降「百選6版」と略す)

(10) 例えば、名古屋高判昭和35年11月21日下刑集2巻11=12号1338頁、東京高判昭和42年8月30日判時508号74頁、東京高判昭和55年10月7日判裁月報12巻10号1101頁、名古屋地判平成4年7月27日判時1449号3頁・判タ812号75頁(戸塚ヨットスクール事件一審判決)、名古屋高判平成9年3月12日判時1603号3頁(戸塚ヨットスクール事件控訴審判決)など参照。なお、大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法 2版 11巻』(2002年)(以下、同書の11巻以外も「大コンメ9巻」といった形で略す。)(竹花俊徳・執筆)292-293頁も併せて参照。

(11) 行為の抽出を構成要件判断に前置させることを支持する見解として、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』(2007年)65-67頁参照。さらに、仲道祐樹「実行行為概念による問責行為の特定(1)」法研論集(早稲田大学)123号(2007年)303-304頁も併せて参照。

(12) 専田・前掲注(3)89頁参照。

(13) 専田・前掲注(3)89頁参照。

(14) 曾根威彦「相当因果関係と最高裁判例」研修549号(1994年)7頁参照。

(15) 例えば、いわゆる「熊撃ち事件」が挙げられる。最決昭和53年3月22日刑集32巻2号381頁。この最高裁決定の解説・評釈として、樋口亮介・百選6版22頁及び同評釈中に掲げられた文献も併せて参照。

(16) 専田・前掲注(3)89頁参照。

(17) 山口厚『刑法総論 2版』(2007年)67-69頁参照。

(18) 例えば、浅田和茂『刑法総論 補訂版』(2007年)403-404頁など参照。

(19) 松宮孝明『刑法総論講義 3版』(2004年)244-246頁参照。

(20) 専田・前掲注(3)89頁参照。

(21) 山中敬一『刑法総論 2版』(2008年)172-173頁参照。

(22) 裁判集刑事132号201頁。

(23) 東高刑時報13巻4号98頁。

(24) 下刑集4巻9・10号877頁。

(25) 下刑集9巻3号175頁。この東京高裁判決の解説・評釈として、白井滋夫(白井滋夫ほか『刑法判例研究 II』(1968年)所収)13頁以下(特に17頁以下)など参照。

(26) 刑集25巻6号769頁、判タ269号244頁。この最高裁決定の解説・評釈として、中谷瑾子/金子純隆・法学研究(慶應義塾大学)47巻4号(1974年)72頁、下村康正・警察研究48巻10号(1977年)67頁、神出兼嘉・研修441号(1985年)113頁、伊藤栄樹・警察学論集25巻1号(1972年)151頁など参照。

(27) 判時747号118頁。この福岡高裁那覇支部判決の解説・評釈として、木村栄作・警察学論集27巻12号(1974年)158頁など参照。

(28) 判時823号110頁。

(29) 佐伯仁志「因果関係論」(山口厚ほか『理論刑法学の最前線』(2001年)所収)



21頁以下及び22頁の注55参照。

(30) 山中敬一『刑法における客観的帰属論の理論』(1997年) 659頁以下参照。さらに、客観的帰属論の立場からではないが、「被害者逃走型」事例における強制わいせつ等致死傷罪の成立に批判的な見解として、香川達夫『刑法講義各論 3版』(1995年) 330頁参照。

(31) 本稿は、「被害者逃走型」事例の詳細な分析を主目的としない以上、これ以上立ち入った検討は行わない。なお、「被害者逃走型」事例についての詳細な検討として、小林憲太郎『刑法的帰責』(2007年) 210-226頁及びそこに掲げられた文献も併せて参照。

(32) 刑録17輯1330頁。

(33) 判時1236号156頁。

(34) 判時1740号107頁、判タ1057号265頁。この東京高裁判決の解説・評釈として、門田成人・法セ562号(2001年) 119頁、岩井宣子・判例評論524号(2002年) 204頁、山田利行・研修651号(2002年) 37頁、甲斐行夫・警察学論集54巻9号(2001年) 218頁など参照。

(35) 刑集3巻783頁。

(36) 刑集5巻175頁。

(37) 東高刑時報6巻7号205頁。

(38) 一審刑集1巻2号212頁。

(39) 判時1740号108頁、判タ1057号266頁。

(40) 岩井・前掲注(34) 206頁、甲斐・前掲注(34) 220-221頁、大コンメ9巻(2002年) (亀山継夫・執筆) 93-95頁参照。なお、甲斐・前掲注(34) 223頁は、「わいせつ・姦淫行為後に、口封じのために行う暴行については、わいせつ・姦淫行為やその手段たる暴行とは質的に相当程度異なった行為であり、前掲大正15年大判や前掲昭和7年大判でも強姦致死傷罪の成立が否定されたように、これをわいせつ・姦淫行為と密接に関連し附随して行われる行為とみることは困難であろう。」として、口封じ目的と逮捕免脱目的の間に質的差異を認める。

(41) 例えば、川端博『刑法各論講義』(2007年) 158-159頁、曾根威彦『刑法各論 4版』(2008年) 68-69頁、西田典之『刑法各論 4版』(2007年) 91頁、山中敬一『刑法各論 I』(2004年) 147-148頁、今井猛嘉ほか『LEGAL QUEST 刑法各論』(2007年) (橋爪隆・執筆) 68頁など参照。なお、内田浩『結果的加重犯の構造』(2005年) 303-307頁は、危険性説の立場から、他の限定説よりも成立範囲を制限する「徹底した限定説」として評価できる。

(42) 大谷實『刑法講義各論 新版2版』(2007年) 120頁参照。

(43) 井田・前掲注(6) 427-428頁参照。

(44) ほぼ同旨の見解として、山田・前掲注(34) 46頁参照。

(45) 危険性説が学説史上必ずしも一義的に解されてこなかったことについては、内田・前掲注(41) 101-104頁参照。他にも、危険性説については、香川達夫『結果的加重犯の本質』(1978年) 89頁以下、井田良「結果的加重犯における結果

帰属の限界についての覚書—強盗致死傷罪を中心として—」法学研究（慶應義塾大学）60巻2号（1987年）237頁以下（特に252頁以下）、下村康正「結果的加重犯における基本犯罪と加重結果との間の直接的関係」法学新報（中央大学）96巻1＝2号（1989年）1頁（特に3頁以下）、丸山雅夫『結果的加重犯論』（1990年）175頁以下、山本光英「結果的加重犯の不法内容」法学新報（中央大学）97巻3＝4号（1990年）245頁（特に258頁以下）、竹内正「結果的加重犯概念についての一考察」松山大学論集（松山大学）4巻6号（1993年）2－3頁、佐伯和也「基本犯における『基本犯』と『重い結果』との関係について」法学論集（関西大学）52巻3号（2002年）80頁以下、佐久間修「結果的加重犯における因果関係論の諸相」現刑6巻4号（2004年）94－95頁、榎本桃也「結果的加重犯の不法内容と構造に関する基礎的検討」法学政治学論究（慶應義塾大学）73号（2007年）109頁以下（特に115頁以下）など参照。さらに、危険性説に対する批判として、丸山・同196頁、浅田・前掲注（18）278頁、林幹人『刑法総論 2版』（2008年）144－145頁など参照。

(46) 大判明44・3・9刑録17輯341頁、大判大3・7・4刑録20刑輯1403頁、最判昭24・7・12刑集3巻8号1237頁、最判昭25・3・15刑集4巻3号355頁、東京高判昭34・1・27東高刑時報10巻1号67頁、最決昭34・10・28刑集13巻11号3051頁など参照。

(47) 例えば、橋爪・前掲注（41）68頁、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（齊藤彰子・執筆）97頁など参照。

(48) 専田・前掲注（3）88頁（特に、注13）参照。

(49) 内田・前掲注（41）304頁参照。

(50) 東京高判昭和46年2月2日高刑集24巻1号75頁。

(51) 齊藤・前掲注（47）97頁、大谷・前掲注（42）121頁、前田雅英『刑法各論講義 4版』（2007年）129頁など参照。

(52) 専田・前掲注（3）88頁（特に、注13）参照。

(53) 例えば、大塚仁『刑法概説 各論 3版増補版』（2005年）105頁、岡野光雄『刑法要説各論 4版』（2003年）68頁、前田・前掲注（51）129－130頁、佐久間修『刑法各論』（2006年）117頁など参照。

(54) 団藤重光『刑法要綱各論 改訂版増補』（1990年）478頁参照。

(55) 中森喜彦『刑法各論 2版』（1996年）67頁参照。

(56) 山口厚『刑法各論 補訂版』（2005年）112頁参照。

(57) 当然ながら、ここでは、「既遂」と「終了」を峻別することを前提とすることになる。それゆえ、従前の議論に照らせば、「継続犯と状態犯」の問題とも関連すると思われるが、「継続犯と状態犯」の問題をここで掘り下げて検討することは紙幅の関係上、断念せざるをえない。「継続犯と状態犯」については、筑間正泰「状態犯か継続犯か」広島法学（広島大学）2巻1号（1978年）27頁以下、林美月子「継続犯と状態犯」神奈川法学（神奈川大学）24巻2＝3号（1988年）279頁以下、古田佑紀「犯罪の既遂と終了」判タ550号（1984年）90頁

以下、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号（1994年）15頁以下、林幹人「即成犯・状態犯・継続犯」（西田典之ほか『刑法の争点 3版』（2000年）所収）30－31頁、松原芳博「継続犯と状態犯」（西田典之ほか『刑法の争点 4版』（2007年）所収）28－29頁など参照。

(58) 竹花・大コンメ 9巻 291－294頁参照。

(59) 刑集 7巻11号2344頁。

(60) 裁特 3巻14号685頁。

(61) 判タ142号60頁。

(62) 判時506号59頁。

(63) ほぼ同旨の見解として、団藤・前掲注（54）496頁参照。団藤は、大判大15年5月14日（前掲注（36））につき、「強姦行為完了後の傷害は別罪である」と明言する。

(64) 近年の下級審判例の中では、とりわけ、被害者への肉体的接触が欠如する場合や性的行為を見たくない若しくは見られたくないという性的自由を侵害した場合につき、わいせつ行為を肯定するなど、判例によるわいせつ行為の拡張には注意を要する。例えば、自慰による射精行為がわいせつ行為とされた事例（被害者の着衣に精液が付着した場合）として、福岡地判平13年10月17日公刊物未登載（紹介として、松下裕子・警察公論58巻1号（2003年）59頁以下、高見成美・捜査研究663号（2006年）34頁、とりわけ39頁以下参照。）自慰による射精行為がわいせつ行為とされた事例（被害者の着衣に精液が付着しなかった場合）として、山口地周南支判平16年2月25日公刊物未登載（紹介として、寺本茂夫・研修674号（2004年）109頁以下参照。）、自己の陰茎の露出行為がわいせつ行為とされた事例として、東京地判平13年10月17日公刊物未登載（紹介として、松下裕子・同59頁以下、高見成美・同34頁、とりわけ39頁以下参照）、用便中の姿態を眺める行為がわいせつ行為とされた事例として釧路地判平14年2月28日公刊物未登載（紹介として、松下裕子・同59頁以下、高見成美・同34頁、とりわけ39頁以下参照。）

(65) 最近の論稿として、例えば、阿部純二「強制わいせつ罪における性的意図の要否」現刑11号（2000年）22頁以下及び同27頁に掲げられた日独の文献についても併せて参照。

(66) 刑集24巻1号1頁。この最高裁判決の解説・評釈は多数あるが、ごく最近のものとして、丹羽正夫（西田典之ほか『刑法判例百選Ⅱ各論 6版』（2008年）所収）32頁及び同33頁の〈参考文献〉に掲げられている解説・評釈も併せて参照。また、判例が採る必要説を支持する見解として、大塚・前掲注（53）100頁、福田平『全訂刑法各論 3版増補』（2002年）183頁など参照。

(67) 例えば、西田・前掲注（41）87頁、山口・前掲注（56）105－106頁、佐伯仁志「強制猥褻罪における猥褻概念」判タ708号（1989年）65頁など参照。

(68) 例えば、中山研一『刑法の論争問題』（1991年）24頁以下、中義勝『刑法上の諸問題』（1991年）1頁以下、内藤謙『刑法講義 総論（上）』（1983年）215

頁以下、西原春夫『刑法総論（上巻）改訂版』（1998年）131頁注1、曾根威彦『刑事違法論の研究』（1998年）55頁以下、振津隆行『刑事不法論の展開』（2004年）157頁以下、高橋・前掲注（11）47頁以下、垣口克彦「主観的違法要素の理論」（中山研一ほか『刑法理論の探求—中刑法理論の検討—中義勝先生古稀祝賀』（1992年）所収）91頁以下など参照。

<sup>(69)</sup> 伊藤渉ほか『アクチュアル刑法総論』（2005年）（小林憲太郎・執筆）97頁は、「・・・『性欲を満足させる意図』は行為者の、当該保護法益を軽んじる態度を規定するものでもないから、責任にも影響を与えない。」として、性的意図を、主観的違法要素としてはもちろんのこと、責任要素として位置づけることもできないとする。

<sup>(70)</sup> 植松正ほか『現代刑法論争Ⅱ』（1975年）（日高義博・執筆）75頁参照。

<sup>(71)</sup> 高橋・前掲注（11）55頁参照。

<sup>(72)</sup> 佐伯・前掲注（67）66頁、小林・前掲注（11）97頁参照。

<sup>(73)</sup> 内田文昭『刑法各論 3版』（1996年）160頁、松宮孝明『刑法各論講義 2版』（2008年）112頁、佐伯・前掲注（67）65頁参照。

<sup>(74)</sup> 松宮・前掲注（73）112頁が「・・・『性的』意図を、『自ら男性として性的に刺激、興奮させる性的意味を有した行為であること』の『認識』に還元した」とする判例として、東京地判昭和62年9月16日（判時1294号143頁、判タ670号254頁）がある。その概要は、女性の全裸写真を撮影して弱みを掴み、自己の店舗で従業員として稼働することを承諾させようとして、女性に暴行を加え負傷させた事案につき、被告人が、被害者を全裸にして写真を撮影する行為が自ら男性として性的に刺激、興奮させる性的意味を有した行為であることを認識しながらあえて敢行した以上、強制猥褻罪が成立するとした事例である。なお、この東京地裁判決の解説・評釈として、川端博・法セ416号（1989年）99頁など参照。

<sup>(75)</sup> 専田・前掲注（3）86頁注1、本田・前掲注（3）121頁、谷・前掲注（3）32－33頁参照。なお、長島和弘「結果的加重犯の諸問題」帝京法学（帝京大学）24巻2号（2006年）170頁以下も併せて参照。