

強制わいせつ等致死傷罪における 死傷結果を発生させる行為について

小野寺 一 浩*

- 1 はじめに
- 2 判断の視角
- 3 具体的事案の分析
- 4 結びに代えて

1 はじめに

強制わいせつ・強姦行為の際に被害者が受傷する態様には様々なものがある。例えば、被害者が強制わいせつ・強姦から逃れるため逃走中、その過程で傷害を負ったという場合¹や強制わいせつ・強姦を行った者が逃走しようとしたところ被害者によって逮捕されそうになりそれを免れるべく暴行し被害者に傷害を負わせたという場合²などである。刑法181条³の成否に関し、主として、前者においては、強制わいせつ・強姦犯人の暴行・脅迫行為と傷害結果との因果関係が問題となり、後者においては、傷害結果を発生させる行為が強制わいせつ・強姦犯人のいかなる行為でなければならないかが問題となる。前者の問題も理論的・実務的に重要な問題と思われるが、これ

* 福岡大学法学部教授

*1 名高裁金沢支判昭和28年3月19日（高等裁判所刑事判決特報33号115頁）は、被害者が強姦されそうになり被告人をにらみつけたところ、被告人が手を緩めたので、逃走すべく無理な体勢から跳ね起きたが、その際に足を捻挫したという事案について、被害者の「負傷は直接被告人の暴力の結果ではないとしても、同暴力に抵抗する婦人がこれを避けるために必要とした通常の行為に伴って発生した結果である」として、被告人の暴行と傷害結果との間に因果関係を認めることができるとし、刑法181条の成立を認めた。水戸地裁土浦支判昭和37年9月20日（下刑集4巻9=10号877頁）は、被告人は、自転車で帰宅しようとしている被害者を認め、自転車のハンドルを掴んで停車させ、刃物を胸のあたりに突きつけて脅迫し、同女の手を握って山林の中にある旧防空壕内に引きずり込み、その場に仰向けに寝かせた上その上に乗りかかり、強姦しようとしたが、その折、同女の自転車が道路付近に放置してあることから、自己の犯行を通行人に察知されることを気遣い、これ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ところ、その間に同女がサンダルを脱げたまま急いで逃げ出し救いを求めたためその目的を遂げなかったが、同女が旧防空壕内から山林内を逃走中篠の切り株を踏み抜いたことにより、同女が治療約3週間を要する両足蹠（両足底）刺創を負ったという事案につき、刑法181条の成立を認めた。東高判昭和42年3月7日（下刑集9巻3号175頁）は、被告人が被害者に情交を迫ったところ、被害者がこれを拒んだため、姦淫の意図をもって逃げようとする被害者の手を掴み無理に引き戻そうとしたが、被害者が逃走を図り被告人に掴まれた手を振り切って走って逃げ、農道を崖の方に踏み外して真っ逆さまに崖ぞいに側溝へと転落し、コンクリートに頭部を強打して死亡したという事案につき、「被害者が崖から転落して傷害を受け、そのため場合によっ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である。」として、被告人の暴行と被害者の死亡結果との間に因果関係が認められることができるとして、刑法181条の成立を認めた。最高裁昭和46年9月22日（刑集25巻6号769頁）は、共犯者によって強姦された後、さらに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、詐言を用いてその場を逃れ、暗夜人里離れた地理不案内な田舎道を数百メートル逃走し救助を求めるに際し、転倒して傷害を負ったという事案につき、「傷害は、本件強姦によって生じたものというを妨げ」ないとし、刑法181条の成立を認めた。福岡高裁那覇支判昭和49年4月24日（判時747号118頁）は、被告人甲が強姦しようとして仰向けになった被害者の上に乗りにかかったところに、被告人乙が駆けつけそれを目撃し、被害者を姦淫する気になり、抵抗する被害者のパンツを膝のあたりまで引き下ろしたところ、被害者は抵抗をやめて被告人らの要求に応ずるような態度に出たため、乙はその手をゆるめ、甲は押さえていた手を離し立ち上がると、被害者も立ち上がり、脱がされていたパンツを自分ではき直した、そのときに、甲は乙に向こうに行ってくれと言ったので、乙は自分がいては甲が被害者と性交するのに邪魔になるものと思い、甲に対して先に同女と性交する機会を与えるために車に戻り、甲は、乙が立ち去るやいさなり被害者にキスしようとして近寄り被害者の両腕をつかもうとして両手を伸ばしたところ、被害者はその手を振り払って後ずさりし、被告人らから強姦される危険を避けるため、いきなり海の方に向かって夢中で逃げ出して海中に入り、その結果溺死したという事案につき、「被害者が海の方に向かって逃げ出すまで被告人は被害者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、被害者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。京都地判昭和51年5月21日（判時823号110頁）は、被告人はホテル内の客室において被害者の首を絞めるなどして被害者の犯行を抑圧したうえ強いて姦淫しようとしたものの、被害者が便所に行きたいと訴えて便所に入り、隙をみて便所の隣にある浴室に入り高窓から飛び降りて脱出したが、その際に傷害を負ったという事案につき、「本件ホテルは、密室構造となっており、被告人がさらに暴行脅迫を行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」はなく、しかも脱出行為は、「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」と認められるとして、被告人の暴行脅迫と被害者の負った傷害との間には因果関係を認めることができるとして、刑法181条の成立を認めた。

*2 これに関する近時の判例として、最決平成20年1月22日（刑集62巻1号1頁）がある。この決定は、「原判決及びその是認する第1審判決の認定によれば、被告人は、深夜、被害者宅に侵入し、就寝中の被害者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び、もって、人の心神喪失に乗じてわいせつな行為をしたが、これに気付いて覚せいした被害者が、被告人に対し、『お前、だれやねん。』などと強い口調で問いたですとともに、被告人着用のTシャツ背部を両手でつかんだところ、被告人は、その場から逃走するため、被害者を引きずったり、自己の上半身を左右に激しくひねるなどし、その結果、被害者に対し、右中指挫創、右足第1趾挫創の傷害を負わせたというのである」とした上で、「上記事実関係によれば、被告人は、被害者が覚せいし、被告人の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、被害者に対して暴行を加えたものであるが、被告人のこのような暴行は、上記準強制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被害者の傷害について強制わいせつ致傷罪が成立するというべきであり、これと同旨の原判断は正当である。」と判示している。最高裁は、被害者が被告人を強い口調で問いたですとともに被告人のTシャツをつかんだとしている。この被告人のTシャツをつかんだ状況について、原判決も是認した第一審判決は、罪となるべき事実において、被告人は、「目覚めた同女（被害者）から誰何されて同所から逃走しようとした際、被告人着用のTシャツを両手でつかんだ同女を引きずるとともに」と判示しており、さらに、事実認定の補足説明においては、次のように述べている。被害者が、被告人から就寝中に猥褻行為を行われ、それに気づき、被告人を誰何したところ、被告人が「すみません出来心なんです。」などと謝りながら隣室に逃げていった。そこで、被害者は、隣室に寝ていた被害者の長男に被告人を捕まえるように言い、長男は、隣室窓の方に逃げようとする被告人着用のTシャツをつかんだものの、被告人がなお逃げようとしたことから、引きずられ、被告人が長男の手を振りほどいて逃走するため、自己の上半身を激しく左右にひねったところ、長男の両手がサイドボードのガラス扉にあたった。被害者は、長男がサイドボードにぶつけられたのを見て、かあとなって、被告人のTシャツをつかまえていき、被告人の身体が全部窓の外に出ている状態のときに、両手で、長男と一緒に被告人のTシャツをつかんだ。被告人が長男及び被害者の手を振りほどこうとして、激しく身体を揺するなどしたため、被害者は、Tシャツを

を考えるためにも、後者の問題を解決する必要があるだろう。

強制わいせつ・強姦犯人が被害者に傷害を負わせる行為として、強制わいせつ・強姦のために行う暴行、強制わいせつ・強姦の目的を放棄した後その場から逃走するために行う暴行、被害者に犯行を口止めするために行う暴行などがある⁴。

本稿においては、これらの事例を分析することにより、いかなる行為から死傷結果が生じた場合に強制わいせつ等致死傷罪の成立を認めるべきか⁵を検討し、この問題についての一つの視角を提供したい。

2 判断の視角

大判明治44年6月29日（刑録17輯1330頁）は、強制わいせつ等致死傷罪における致死傷の原因となる行為がいかなるものでなければならぬかという問題に関するリーディングケースである⁶。

この判決の事案は、被告人が被害者を押し倒しその上に乗りかかって姦淫しようとしたところ、被害者が大声で助けを求めかつ被告人の辜丸を握り極力姦淫されないように防衛したので、被告人は、被害者の手を掻き創傷を負わせ、それにより被害者が手を離したのでその隙に乗じてその場から逃走したというものである。

つかんでいた手の指の爪が折れるなどし、また、足挫創の傷害をおった。最高裁の判決文を素直に読むと、被害者が誰何すると同時にTシャツをつかんだように思えるが、最高裁も是認する第一審の事実認定では、誰何とTシャツをつかむ行為とは同時に行われていず、被告人は誰何されて逃走を開始し、被害者の長男が被告人の逃走を阻止すべく被告人のTシャツをつかんだのち、被害者がTシャツをつかんだというものとなっている。

*3 本稿においては、刑法181条1項、2項について検討する。刑法181条との表記は、刑法181条1項、2項を指す。

*4 さらに、姦淫行為それ自体から傷害が生ずる場合があるが、本文で示した事例とは問題点が異なると思われるので、それについては検討の対象外とする。

弁護人は、以下のように主張した。被告人が被害者に傷害を負わせたの

*5 この点に関する学説として以下のようなものがある。

(1) 死傷となる結果がわいせつ・姦淫の行為自体、またはその手段たる暴行脅迫から生じた場合に限るべきであるとする見解

滝川幸辰・刑法各論(1951年)81頁は、「死傷の結果は猥褻、姦淫の行為自体、または、猥褻、姦淫の手段たる暴行脅迫によって生じたものであることを要する。」とする。大谷實・刑法講義各論（新版第二版）（2007年）120頁は、強制わいせつ等致死傷罪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、基本となる行為は強制わいせつ・強姦等の実行行為に限定すべきだとし、強姦が既遂に達した後、もっぱら逃走を容易にするために加えた暴行によって傷害が生じたときは、強姦罪と傷害罪の併合罪と解すべきであるとする。西田典之・刑法各論（第5版）（2010年）94頁は、「よって人を死傷させた者」という本条の文言からは強姦罪などの手段たる暴行脅迫から生じた致死傷結果に限るべきだとする。

(2) 死傷結果が基本犯の遂行過程から生じたものであれば足りるとする見解。中森喜彦・刑法各論（第二版）（1996年）68頁は、死傷結果が、基本犯の遂行過程から生じたのであれば足りるとし、被害者が逃走する際に傷害を負った事例に関する決定（最決昭和46年9月22日刑集25巻6号769頁）、犯人が逃走目的で暴行して傷害を与えた事例に関する判決（大判明治44年6月29日刑録17輯1330頁：本稿2において検討している判決である）を注で引用したうえで、「ただ判例が一般に、犯罪行為と死傷結果との間に因果関係があれば足りるとする傾向にあるのは、緩やかすぎるであろう。」と指摘する。山口厚・刑法各論（補訂版）（2005年）112頁は、基本犯の遂行過程で死傷結果が生じた場合に、強制わいせつ等死傷罪が成立するとし、犯行後の行為から死傷結果が生じた場合については本罪の成立を認めるべきでないとする。

(3) 全体的観察、密接関連行為、随伴行為という角度から考える見解

團藤重光・刑法綱要各論（第3版）（1990年）495頁は、「猥褻・姦淫行為またはその手段としての暴行・脅迫行為のように厳密に構成要件の特徴を示す行為からその結果を発生したことを要せず、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を発生したとみることができれば足りると解するべきであろう。」とする。大塚仁・刑法概説（各論）（第3版増補版）（2005年）105頁は、團藤博士の見解では、やや広すぎる」と指摘した上で、死傷の結果は、「猥褻な行為・姦淫行為の機会に行われた、それと密接に関連する行為にもとづくものでも差し支えない。」とする。

本稿は、この問題に関する学説を整理することを目指すものではなく、本文で掲げた事例について合理的な解決方法を示すことを試みるものである。従来の学説の枠組みに囚われることなく事案を分析することにより考察を進めたい。

*6 大塚＝川上＝佐藤＝古田編（亀山）・大コンメンタール刑法（第二版）第9巻（2004年）93頁は、「その後の判例もおおむねこの線（大判明治44年6月29日の判示）を踏襲しているものと見られる」とする。

は、被害者にその手を離させ逃走しようとしたためであって、被害者の抵抗を排除して姦淫を遂行するためではない。刑法 181 条は、刑法 240 条のように強盗が人を傷したるときとは規定せず、強姦の既遂又は未遂罪を犯し因って人を死傷に致したるものと定めており、このように「因って」という文言がある以上、姦淫の結果又は強姦の手段たる暴行脅迫に起因して傷害結果を生じさせた場合に刑法 181 条が成立すると解すべきである。本件のように逃走目的で傷害を負わせた場合には同条を適用すべきではない。

これに対して判決は、「刑法第百八十一條ノ罪ハ同法第百七十六條乃至第百七十八條ニ規定セル強姦其他ノ罪ノ既遂行為又ハ其未遂行為ニ原因シテ他人ニ死傷ノ結果ヲ生セシメタル場合ニ於テ成立スルモノニシテ其結果カ必スシモ猥褻姦淫ノ行為自體若クハ猥褻姦淫罪ノ手段タル暴行脅迫ノ行為ニ因リテ發生スルコトヲ要セス苟モ暴行脅迫ニ因ル猥褻姦淫罪ノ行為ト既遂ノ場合ナルト未遂ノ場合ナルトヲ問ハス他人ニ生セシメタル死傷ニ一ノ條件ヲ與ヘタル以上ハ其犯罪行為ト死傷トノ間ニハ當然因果關係存在スト謂ハサルヘカラス故ニ死傷ヲ惹起シタル行為カ猥褻姦淫罪ニ隨伴スルニ於テハ其目的カ犯罪ヲ遂行スル爲メナルト又犯罪ヲ免ル爲メナルトヲ問フコトナシ然ラハ原判決ニ於テ被告ノ強姦未遂行為ニ因ル傷害ノ事實ヲ認メ刑法第百八十一條ニ間擬シタルハ相當ナリ。」と判示した。

すなわち、判決は、刑法 181 条⁷は、刑法 176 条から 178 条までで定められている強制わいせつ・強姦罪の既遂行為又は未遂行為が原因となって死傷結果が生じている場合に成立するとした上で、これらの犯罪行為が死傷結果の一条件となっている以上、これらの犯罪行為と死傷結果との間に因果関

*7 当時の刑法は、第181条において「第176条乃至第179条ノ罪ヲ犯シ因テ人を死傷ニ致シタル者ハ無期又ハ3年以下ノ懲役ニ処ス」と定めており、第176条では強制わいせつ罪を、第177条では強姦罪を、第178条では準強制わいせつ・強姦罪を、第179条では第176条から第179条の未遂罪を規定していた。本章においては、当時の条文を前提として論じる。

係を認めることができる、それ故、死傷結果を惹起させた行為が強制わいせつ・強姦罪に随伴する場合においては、その行為の目的が犯罪を遂行するためであるか、犯罪を免れるためであるかを問題にする必要はない、従って、本件においては、刑法 181 条が成立するとしたのである。

刑法 181 条が、強制わいせつ罪・強姦罪またはそれらの未遂罪を犯すという要件と人を死傷させるという要件とを「因って」という文言で結んでいることからすれば、本判決が論じるように、それらの要件間に因果関係があれば、その成立を認めることができると言える。因果関係について当時の判例のように条件説をとって考えるならば、本件事案については、被告人が被害者を押し倒して姦淫しようとしなければ、被害者が被告人の睾丸を握るといふ抵抗行為もなく、被告人が逃走すべく睾丸を離させるために被害者の手を搔くという行為もなく、被害者が傷害結果を負うこともなかったと言えるので、条件関係は認められ、因果関係が肯定できる。刑法 181 条は強制わいせつ・強姦行為と死傷結果との間に因果関係があれば成立するという判決の前提からすれば、この叙述だけで十分なはずである。この後の判示は、不要であろう。また、暴行の目的がいかなるものであるかは問題とはならないことを論じるとしても、「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」と述べる必要はない。ただ、その目的の内容について問題とする必要はないとだけ論じれば足りる。

では、なぜ、判決は、「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」とわざわざ述べたのであろうか。因果関係が存在するということの単なる言い換えに過ぎないのであろうか。

因果関係について条件説を採用することを前提とした場合には、強姦行為後相当な時間が経過した後、強姦犯人が、強姦の発覚を防ぐべく口封じをしようと考え、被害者に対し暴行を加え傷害を負わせたという事案においても、強姦行為がなければ、犯罪発覚を防ぐための口封じ目的での暴行もなく、傷害

結果も発生しなかったと言えるので、条件関係は認められ、因果関係が肯定され、刑法 181 条が成立するという事となる。判決は、このような結論が導かれるのを回避すべく、随伴行為という概念を持ち出したのではなかろうか。判決は、「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」と述べることにより、刑法 181 条の処罰範囲が不当に拡大することを防ごうとしたと思われる。

判決は、刑法 181 条が成立するためには、強制わいせつ・強姦行為と死傷結果との間に因果関係が存在するだけでは足りず、死傷結果を生じさせた行為が強制わいせつ・強姦行為に随伴するものでなければならないと考えていると言えよう。

もっとも、「随伴行為」という概念は明確なものとは言い難い。随伴行為概念が処罰範囲を限定するものとして機能するためには、いかなる行為が随伴行為と言えるかを判断するための基準、視点を明確にする必要がある。残念ながら、判決は、随伴行為と言えるか否かを判断する基準、視点についてなんら述べるところがない。ただ、本件事案における被告人の行為（睾丸を握っている被害者の手を離させるために被害者の手を搔くという行為）が「随伴」するものであるということが分かるに過ぎない。

さて、条件説以外の因果関係論をとる場合には、判決が懸念したように処罰範囲を不当に拡大させることなく、合理的に妥当な結論を導くことができるのであろうか。因果関係という視点からは、強制わいせつ・強姦行為以外の行為によって死傷結果を生じさせた場合、その行為は、強制わいせつ・強姦行為と死傷結果との間に介在する事情として捉えられる。その行為が強制わいせつ・強姦行為の終了後に行われたかどうか⁷⁸、強制わいせつ・強姦

⁷⁸ 山口厚・前掲書112頁は、基本犯の遂行過程で死傷結果が生じた場合に、強制わいせつ等致死傷罪が成立するとしうえて、犯行後の行為から死傷結果が生じた場合については本罪の成立を認めるべきでないとする。

行為と一連の行為といえるかどうか⁹、強制わいせつ行為と時間的場所的接着性を有するかどうか¹⁰などの強制わいせつ・強姦行為との関連性は、因果関係の存否を判断する決定的基準とはなり得ない。強制わいせつ等致死傷罪の実態に鑑みると、強制わいせつ・強姦行為との関連性を考えることなく、合理的に妥当な結論を導くことは困難であるように思われる¹¹。

判決が随伴行為概念を持ち込んだように、因果関係論とは別の視点を取り入れることによって、本稿で扱っている問題を解決すべきである。

ところで、本稿で扱っている問題について処罰範囲が不当に拡大するとは刑法 181 条の類型外の事象を処罰の対象とすることである。刑法 181 条において処罰されるべき類型を明らかにするという角度から、刑法 181 条が成立するためには死傷結果を生じさせた行為がいかなるものでなければならないかを検討する必要がある¹²。

強制わいせつ・強姦行為から死傷結果が生ずる類型とは、それが生起する実態に鑑みるならば、強制猥褻・強姦行為と一体化して捉えられる行為から

⁹ 辰井聡子「判批」（最決平成20年1月22日刑集62巻1号1頁）ジュリスト1416号（2011年）105頁。

¹⁰ 三浦透「判批」（最決平成20年1月22日刑集62巻1号1頁）ジュリスト1366号（2008年）153頁は、「これまでの実務においても、わいせつ・姦淫行為と死傷の原因となった行為との間に時間的・場所的接着性があるか、意思の同一性があるかなどの諸要素が総合考慮された上で、強制わいせつ致死傷罪の成否が判断されてきた。」と指摘する。

なお、岩井宜子「判批」（東京高判平成12年2月21日判時1740号107頁）判例評論542号（2002年）205頁参照。

¹¹ 少なくとも本件で考察しているような問題を簡明な論理で解決することは困難であろう。また、強姦から妊娠した場合、強姦の被害者が自殺した場合にも因果関係論から刑法181条の成立を否定することは容易ではないであろう。小野清一郎・新訂刑法講義各論（昭和24年）141頁以下は、「強姦の被害者が羞恥又は憤激の余り自殺した場合の如きは、本条の予想する因果関係を欠くものであって、強姦致死とはならないと考える。」とする。なお、専田泰孝「判批」（最決平成20年1月22日刑集62巻1号1頁）刑事法ジャーナル13号（2008年）89頁参照。

¹² 刑法181条は、強制わいせつ・強姦罪と傷害罪を組み合わせた犯罪としてではなく、まさに強制わいせつ等致死傷罪として考えるべきである。

死傷結果が生じており、その事象が強制わいせつ等致死傷罪として加重して処罰される実体を有するものであると言うことができよう¹³。いかなる形態がこの類型に含まれるかについては、章を改めて検討することとしたい。

3 具体的事案の分析

強制わいせつ・強姦などを行った者が逃走しようとして被害者に傷害を負わせたという事案について、強制わいせつ等致死傷罪の類型という角度から、いくつかの形態に分け考察しよう。

(1) 被害者の抵抗行為に対して逃走目的で暴行し被害者に死傷結果を生じさせた場合

被害者が押し倒され強姦されそうになったので姦淫されまいとして行為者の辜丸を握りしめたため、行為者が姦淫するのを諦め逃走しようとして、自己の辜丸を握りしめている被害者の手を搔き傷害を負わせたという事案について検討しよう。

¹³ 三浦・前掲論文152頁は、「そもそも強制わいせつや強姦の犯行形態を考えると、理念的には、『加害者による暴行・脅迫』→『被害者の犯行の抑圧』→『わいせつ・姦淫行為』という経過をたどることが想定されるが、現実には、必ずしもこのとおりになるとは限らず、様々な段階において暴行・脅迫が加えられることがある。こうした様々な段階における暴行・脅迫については、わいせつ・姦淫行為自体及びその手段たる暴行・脅迫と一体的な評価ができ、かつ、これによって生じた死傷結果についても、強制わいせつ・強姦行為の危険性が発現したものといえる場合が少なくない」と指摘する。甲斐行夫「判批」（東高判平成12年2月21日判時1740号107頁）警論第54巻第9号（2001年）222頁以下は、実際の犯行においては、構成要件要素として掲げられた行為のみが行われるのではなく、これと密接に関連し付随して行われる行為も多く、これも併せて社会的実態としては一個の行為と考えられる場合もあるとしたうえで、犯罪行為全体から傷害を負わせた場合にも強制わいせつ等致死傷罪の成立を認めてよいとする。山田利之「判批」（東京高判平成12年2月21日判時1740号107頁）研修651号（2002年）37頁は、強制わいせつ等致死傷罪が重い法定刑を定めている趣旨からすれば、強制わいせつ・強姦等の行為に通常随伴する行為であって、死傷の結果が生ずる行為であれば、強制わいせつ等致死傷罪の原因行為とすべきであるとする。

この事案においては、行為者が被害者の手を搔いたのは、逃走のためであって、姦淫のためではない。それ故、行為者は姦淫の意図を放棄し逃走の意図で暴行を行っているとし、被害者の手を搔くという暴行は強姦とは別個の行為であるとして、刑法 181 条の成立を否定すべき¹⁴であろうか。

しかし、被害者が睾丸を握りしめたのは、姦淫を免れるためである。睾丸を握りしめる行為は、強姦に対する抵抗行為である。行為者は、その意図はともかく、この抵抗行為に対して被害者の手を搔くという暴行を行っている。被害者の抵抗行為は、強姦という事象に当然含まれるものであり、これに対する行為者の反撃も当然想定されるものである。そうだとすると、被害者の手を搔くという行為者の行為は、逃走目的であったとしても、強姦行為と一体をなすものと言えよう¹⁵。

また、強姦に対して抵抗行為が行われ争闘状態が生じる場合には、行為者の暴行が死傷結果を発生させるほどに強度なものとなることは一般的に想定

¹⁴ 大谷・前掲書120頁、山口・前掲書112頁。西田・前掲書94頁参照。

¹⁵ 岐阜地判昭和46年3月11日（刑裁月報3巻3号432頁）は、Xは、V女を自宅に送っていく途中、路上において、人通りが少なくなったのに乗じて同女に接吻しようと企て、同女の前面からいきなり抱きつきその反抗を抑圧して同女の唇に自己の唇を合わせたが、同女がこれに対抗してXの下唇を強くかんで出血させたため、いたく憤慨し、同所において同女の顔面頭部を手拳で殴るなどの暴行を加え、傷害を負わせたという事案につき、「被告人の右接吻行為が甲野（被害者）の意思に反してなされた猥褻の行為であることは明瞭で、右所為が一応、強制猥褻罪（刑法一七六条前段）に当たることについては贅言を要しない。そして同女の受けた前認定の各傷害のうち一つ以上が、右の接吻行為の直後甲野に下唇を強く噛まれたため、憤慨して同女に対し殴る、蹴る等するに至った被告人の暴行に起因し、且つ、当該暴行と各傷害との対応関係が明らかであれば、被告人の右の所為は強制猥褻致傷罪（刑法一八一条、一七六条前段）に該当すべきものである。なお、被告人の右の暴行が上記のような動機に基くものとしても、甲野が被告人の下唇を噛んだのは強制猥褻行為に対する反撃行為と目するのが至当で、被告人の右の暴行は強制猥褻行為に随伴してなされたものと認めることができる。」と判示した。

岩井・前掲論文208頁は、加害者の意思としては、強制わいせつ完了後の逃走のための行為であっても、被害者の側からは必死の抵抗のための一連行為から派生したものと言える場合には、強制わいせつ行為に対する相当因果関係にある結果と言いうるとし、強制わいせつ致死傷罪が成立するとする。

されるものであり、強姦致死傷罪として加重して処罰される実体を有していると言えよう。

従って、行為者の意図を問わず、被害者の抵抗行為に対する暴行から傷害結果が生じた場合も、強制わいせつ等致死傷罪の類型に含まれる一形態と言え、同罪の成立を認めるべきであろう。

(2) 被害者の抵抗行為から連続した逮捕行為に対して、逮捕を免れるべく暴行し被害者に死傷結果を生じさせた場合について

被害者が押し倒され姦淫されそうになったので姦淫されまいとして行為者の睾丸をつかんだところ、行為者は姦淫するのを諦め逃走しようとしたが、被害者は、行為者が姦淫を諦め逃走しようとしたのを認識したものの、逃走を防ぐべく睾丸を握りしめ続けたので、行為者は逃走するために被害者の手を搔き傷害を負わせたという事案について検討しよう。

この事案においては、(1)の事案とは異なり、被害者の反撃行為の目的は、姦淫されるのを防ぐことから行為者を逮捕することへと変化している。行為者の行為は、被害者の抵抗行為に対するものではない。しかし、被害者の睾丸をつかむという行為は、途中でその意図が変わっているとはいえ、まさに連続している。被害者の意図の変化により、被害者の行為を分断すべきではないであろう。それ故、(1)の事案と同様に考えるべきであり、行為者の睾丸をつかむという被害者の行為に対して行われた、被害者の手を搔くという行為者の行為も、強姦行為と一体をなすものと解し得よう。

この場合においても、(1)の事案と同様に、行為者の暴行は傷害結果を生ぜしめるほど強度なものとなることは一般的に認められ強姦致死傷罪として加重して処罰される実体を有していると言えよう。

それ故、被害者の抵抗行為から連続して行われた逮捕行為に対する暴行から死傷結果を生じさせたという場合も、強制わいせつ等致死傷罪の類型に含

まれる形態の一つであると言え、同罪の成立を認めるべきであろう。

(3) 被害者が抵抗行為の後に行った逮捕行為に対して逮捕を免れるべく暴行を行い被害者に死傷結果を生じさせた場合。

被害者が押し倒され姦淫されそうになったので、姦淫されまいとして行為者の胸をつくなどの抵抗をしたところ、行為者は、姦淫するのを断念して逃走し、被害者が行為者を逮捕すべく追いかけて上着を捕まえたときに、それをふりほどくべく被害者を殴打し、傷害を負わせたという事案について検討しよう。

この事案においては、(2)の事案とは異なり、形式的には被害者の抵抗行為と逮捕行為とが別個に行われている。しかし、それらの行為が実質的には連続していると評価できる場合もあろう。このような場合には、(2)での考察と同様に、逮捕を免れるための暴行行為が、被害者の抵抗行為を介して、強姦行為と一体化していると解し得よう。

また、行為者の暴行行為の強度については、強姦行為に対する抵抗が成功していることにより、死傷結果を発生させない程度の暴行しか想定できないとは言えまい。このような事案も強姦致死傷罪として加重して処罰される実体を有していると言えよう。

従って、被害者の抵抗行為と逮捕行為とが、形式的には別個のものであるとしても、実質的には連続しており、それに対する暴行から被害者に死傷結果が生じた場合にも、強制わいせつ等致死傷罪の類型に含まれる一形態と言え、同罪の成立を認めることができよう。

(4) 被害者が抵抗行為をすることなく行った逮捕行為に対して逮捕を免れるべく暴行し被害者に死傷結果を生じさせた場合

これについては、(a) 被害者がわいせつ・姦淫行為をされている時点で抵

抗意思を有していたケース¹⁶と (b) わいせつ・姦淫行為終了後に初めて被害者が逮捕意思を有したケースとに分けることができよう。

(a) 被害者がわいせつ・姦淫行為の時点で抵抗意思を有していた場合

例えば、被害者は、わいせつ・姦淫行為の最中に抵抗しようと考えていたが、それができずに耐えており、わいせつ・姦淫行為終了後に行為者に対抗できる状態となり、行為者を逮捕しようとしたところ、行為者が逮捕を免れるために抵抗し被害者に傷害を負わせたという場合である¹⁷。

¹⁶ 理念的には、強制わいせつ・強姦の最中には全く抵抗意思を持たず逮捕意思だけを持っていたというケースも考え得るが、現実には生じないであろう。

¹⁷ 東京高判平成12年2月21日判時1740号107頁は、被告人は、午前7時43分ころ、非常に混雑している走行中の電車内で、横に立っていた被害者（当時16歳）のパンティーの中に左手を差し入れ強制わいせつ行為をし、午前7時46分ころ、電車がホームに到着し、被告人がいた側の乗降ドアが開いたため、わいせつ行為の継続を断念して左手指をパンティーから抜いた、被告人は、その直後に被害者から上着の左袖口を右手で捕まれたので、これを振り切り、乗降ドアから降りて逃走しようとした、すると、今度は被害者から右腕を同女の両手でつかまれ、「この人痴漢です。」と呼ばれたため、同女を振り切って逃走する目的で、同女につかまれた右腕を前に突き出して強く振り払う暴行を加え、その結果、同女に全治約1ヶ月間を要する左中指末節骨折などの傷害を負わせたという事実に対して、「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することができる。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傷罪の成立を認めるのが相当である。」と判示した。岩井・前掲論文207頁は、刑法181条の成立を否定した第一審の認定では、犯行の継続を断念した後、逮捕を免れるための暴行であったことが強調されているが、第一審判決を破棄し、刑法181条の成立を認めた本判決では、被告人が「左手指をパンティーから抜いた直後に被害者から上着の左袖口を右手でつかまれた」と認定していると指摘した上で、被害者からすれば、わいせつ行為が完了したと認識されているわけではない。被告人の犯行を行った手を必死で押さえる行為は、これ以上の犯行を防止する意味と摘発のため、犯人を特定する意味で絶対必要な行為で、必死の抵抗のために行われたものと認められる。被害者にとって、やっと体を動かせるようになって行い得た抵抗行為といえ、強制わいせつ行為から、当然、派生してきた行為と言えるのである。」と評する。

そもそも、強制わいせつ・強姦罪¹⁸は、相手方の意思に反して行うものであるが、被害者が強制わいせつ・強姦行為の最中に抵抗意思を実現する場合とそれが実現できずにその機会を待ち行為者に対する反撃行為を行う場合とがあろう。いずれの場合も、被害者の抵抗意思は、相手方のわいせつ・姦淫目的での暴行行為により惹起されているのであり、それが実現できる機会が異なるだけである。前者の場合について被害者の抵抗行為に強姦行為との一体性を認める媒介項としての機能を認めるならば、後者の場合についても同様に考えるべきであろう。

それ故、被害者が、わいせつ・姦淫行為の間に行行為者に対する抵抗意思を有しそれが逮捕意思へと連続して変化し行為者を逮捕しようとし、それに対して行為者が逮捕を免れるために暴行を行い、被害者に傷害を負わせたという場合には、この逮捕を免れるための暴行と強制わいせつ・強姦行為との間に一体性を認めることができよう。

また、この場合の暴行の程度については、(1)、(2)と同様に、死傷結果を発生させるほど強度なものとなると一般的に言えるのであり、強制わいせつ等致死傷罪として処罰される実体を有していると解されよう。

従って、わいせつ・姦淫行為の時点での抵抗意思から連続的に変化した逮捕意思に基づくわいせつ・姦淫行為後の逮捕行為に対し、逮捕を免れる目的で暴行を行い、死傷結果を発生させた場合も、強制わいせつ等致死傷罪の一形態と言え、刑法 181 条の成立を認め得よう。

(b) 被害者がわいせつ・姦淫行為終了後に逮捕意思を有した場合

例えば、被害者が睡眠中に猥褻行為をしたが、その最中に被害者が覚醒したため、行為者は猥褻行為を続行するのを諦め、逃走をしたところ、被害者に追

*18 ここでは、準強制わいせつ及び準強姦罪（刑法178条）は除いて考える。

跡され逮捕されそうになりそれを免れるため暴行をしたという場合である。

この場合には被害者が逮捕意思を持ったのは、猥褻行為を諦めた後である。他の犯罪において、被害者が行為者を逮捕しようとする場合と何ら違いはない。被害者の逮捕意思が行為者の猥褻行為によって引き起こされているとしても、このような形態は強制わいせつ罪に特有のものとは言えず、強制わいせつ致死傷罪の類型には含まれまい。このことは、強制わいせつ等致死傷罪において死傷結果が強制わいせつ等の被害者に生ずることを法文上要求している¹⁹ ことから明らかである。このような形態が強制わいせつ等致死傷罪の類型に含まれるとすれば、傷害を負わされた者が強制わいせつ等の被害者であるかどうかは問題とならないはずであるから、強制わいせつ・強姦の被害者以外のものが強制わいせつ・強姦行為者を逮捕しようとして、それに対して行為者が暴行をし傷害結果を発生させたという場合にも、強制わいせつ等致死傷罪の成立を認めるべきだということとなり、法文に反しよう。

それ故、行為者がわいせつ・姦淫行為の意思を放棄した後に、被害者が逮捕意思を持ち、逮捕行為に及び、それに対して暴行を行い被害者に傷害を負わせたという場合には、その暴行とわいせつ・姦淫行為との間に一体性は否定され²⁰、このような場合に行為者の暴行から死傷結果が発生しても、それは強制わいせつ等致死傷罪の類型には含まれず、同罪は成立しないと解すべきであろう。

*19 刑法181条2項は「女子を死傷させた者」と定め、死傷結果が強姦の被害者に生ずることを要求している。刑法181条1項において、これと別異に解する理由はない。

*20 大判大正4年9月11日（大審院刑事判決抄録21輯1292頁）は、姦淫後、被害者の口外により姦淫したことが発覚することを恐れ、同人に対し内密するように迫ったが、同人がそれに応じなかったため、同人の右手をねじ上げ治療約5日間を要する捻挫を負わせたという事案につき、「捻挫症ヲ蒙ラシメタル行為ハ右強姦行為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為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、刑法181条の成立を否定している。

4 結びに代えて

これまで、強制わいせつ等致死傷罪が成立するためには、死傷結果を発生させた行為がいかなるものでなければならないかという問題について、具体的事案を分析するという手法を用いて検討してきた。その結果、以下のように考えるに至った。

本稿で扱っている問題について、因果関係論による処理では、適正に処罰範囲を画することはできず、強制わいせつ等致死傷罪の類型という角度から考えるべきだということである。強制わいせつ等致死傷罪の類型とは、強制わいせつ・強姦から死傷結果が発生する実態に鑑み、強制わいせつ・強姦との一体性が認められる行為により、被害者に死傷結果が生じることが一般的に認められ、強制わいせつ等致死傷罪として加重して処罰される実体を有するものであると言うことができよう。

このような視点から具体的事案を検討した。その結果、被害者の逮捕行為に対する暴行行為においても、被害者の行為を媒介として、強制わいせつ・強姦との一体化が認められ、それが刑法 181 条として加重して処罰される実体を有する場合があることが明らかとなった。

本稿において検討した事例はかなり限られていることは否めない。今後、さらに多様な事例の分析を進め本稿で扱った問題についての考察を深めるとともに、本稿での考察を基に刑法総論分野における一般理論を検討したい。