慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔刑法二五〕姦淫の手段である暴行により傷害を負わせた場合と強姦致傷罪の成立(昭和四三年九月一七日第三小法廷決定)
Sub Title	
Author	豊泉, 貫太郎(Toyoizumi, Kantarō) 刑法研究会(Keihō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.8 (1971. 8) ,p.103- 105
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710815-0103

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔刑法　二五〕　姦淫の手段である暴行により傷害を負わせた場合と強姦致傷罪の成立

（強姦致傷仆居侵入被告事件　最高裁昭和四三年九月一七日第三小法廷決定　昭和四三年(あ)第三二号　棄却、刑集二二巻九号八六二頁　一審神戸地裁二審大阪高裁）

【参照条文】　刑法第一八一条

【事実】　第一審判決の認定した事実は

被告人は某日、某女が一人で留守番をしているのを幸いとして、強いて同女を姦淫しようとして同居宅に侵入し、同所において同女に対し首をしめ、顔面を殴打し、背部、大腿部等を嚙みつくなどして反抗を抑圧して、同女を強いて姦淫し、その際同女に対し全治二六日間を要する鼻骨骨折等の傷害を負わせたものである。

第一審は右事実を認め刑法一三〇条、一八一条（一七七条前段）を適用して懲役四年に処し、被告人の控訴は棄却された。

【上告趣意】　上告趣意の要旨は次のとおりである。

強姦致傷罪は一七六条乃至一七九条の罪を犯し、因つて傷害を与えたるに因りて成立するものであり、一八一条にいう「　の罪を犯し、因つて人を（死）傷に致したる者」の文意は姦淫したることによつて傷害を与えた場合であつてさきに傷害を与え、その後に姦淫した場合は（強姦罪と傷害罪とが成立するのは勿論だが）強姦致傷罪は成立しない。

【判旨】　上告棄却、被告人、弁護人の上告趣意はいずれも刑訴法四〇五条の上告理由にあたらないとした上括弧書で次の様に判示した。

「（第一審判決の認定事実によれば、被害者の受けた傷害は、姦淫の手段である暴行によつて生じたものと認められるから、被告人の所為が刑法一八一条の強姦致傷罪に該当するとした第一審判決を是認した原判決は、もとより正当である。大審院明治四四年(れ)第一二三三号同年六月二九日判決、刑録一七輯一三三〇頁、同院大正四年(れ)第一七八八号同年九月一一日判決、刑録二一輯一二九二頁参照）」

判旨賛成

一、致傷の結果が姦淫行為のみならずその手段たる暴行、脅迫の行為に因つた場合にも強姦致傷罪となること学説、判例全く異論ないところであると考える。

今本判決内に掲げた大正四年の判決を例にとれば右は「右第一八

一条ヲ以ツテ処断スヘキ場合ハ独リ姦淫ノ行為自体ヨリ人ヲ死傷ニ致シタル場合ニ限ラス、姦淫ノ手段タル暴行脅迫ニ原因シテ死傷ノ結果ヲ生セシメタル場合ヲモ包含スルモノナルコト極メテ明白ナリ」としている。又学説もこの点異論なく、学説は更に手段たる暴行脅迫に限るか否かに、又拡げるとしてその範囲が問題となつているのである（この点判例も同様）。その例として青柳判事は「死傷はその手段たる暴行脅迫による必要はなくその機会にされたものであれば足りる」（通論（各論）三八三頁）とこれをかなり広く解されている。そこにいう「その機会」というのは必ずしも明らかでなく、定義としてはやや広過ぎると思われる。即ち発覚を防止するため姦淫後に暴行を加え死傷に致すというところまでは含まれまいが、サディズム的興味から姦淫後に引き続き暴行を加え傷害を与えたのは入るとの趣旨であろう。

それ故本件は問題ないと考える。あえてその根拠を示すならば刑法一八一条は同法一七九条（強姦罪等の未遂罪）によつて死傷させた場合も本条によることを明言する。そして強姦罪の外形的行為即ち暴行または脅迫、および姦淫行為のいずれかの実行行為があつた以上、即ち強姦罪の着手行為があつた以上、いずれの行為によつての致傷も（その目的達成の有無を問わず）一八一条が成立すること法の明定するところだからである。尚従来脅迫行為による致傷ということにつき余り論じられていないが、脅迫の結果被害者が逃走しようとして崖から転落して死傷した場合に強姦致傷罪となるほか傷害が単に身体の完全性を失うことに限らず、生理的機能の障害の場合を

も含むと考える以上（団藤各論（全）（集）二三〇頁）脅迫により発狂したり、長期間ショックにより床につく場合等本条に該当すると考える。

二、以上により本件判決は全く異論なく是認されることとなる。そこで本件を機会に従来余り論じられていない点について疑問点のみ提起しておきたいと考える。それは上告論旨が当然強姦致傷罪を構成すると解している姦淫行為自体による傷害が、その他の場合にも傷害罪を構成するかという疑問点である。

三、姦淫行為の暴行性につき、

姦淫行為によつて致傷の結果が生じることは法の予定するところである。それなら姦淫による致傷は右姦淫行為が刑法上「暴行」に該当するからと考えなければならないか。姦淫行為も事実として見れば「相手方の身体に向けられた有形力の行使」に該ることは明らかである。それ故これに違法性が兼有された段階で右は刑法上第二〇八条の暴行となるであろうか。今これを肯定すべきかにつき考える。右が「暴行」であるとすれば、その結果致傷にいたることの説明は一般の傷害罪論より充分に成り立つ（但し暴行によらない傷害を判例、通説が認めていることは衆知の通りである。）

(1)　しかし、仮に違法な（例えば、―相手方を欺罔し、又は相手方の錯誤を利用した姦淫行為）姦淫行為があればそれで暴行罪が成立するであろうか。その結果致傷（判例によれば処女膜裂傷も致傷となる。最判昭二五・三・一五・刑集四・三・三五五参照）の結果が発生したとなれば傷害罪が成立することとなるだろうか。被害者の同意錯誤によるものを含めてそれは違法性を阻却するのか、それとも構成要件該当性を阻却するのか。行為者をして傷害罪で処罰

することの当否は行為者の意思を含めて社会通念より検討して決定すべきであろう。

(2) これに対する防衛の程度

違法な姦淫行為が「暴行」であるとすれば、これに対する防衛の程度も暴行の範囲内に限られることとなる(正当防衛の内容に貞操権が入っているのは通説の認めるところである)。問題は貞操権を守る為に相手方に傷害を負わせた場合に過剰防衛となるという結果を是認し得るかということにある。(勿論強姦罪に該当しない場合につき)

(3) 刑法上強姦罪は親告罪として被害者の意思に基づく告訴がない以上処罰し得ないが(但し、最判昭二八・一二・六刑集七巻二五〇頁参照)これに対し、前述の場合には暴行罪(非親告罪)として、被害者の意思を無視しうることになる(尚、このような場合に「暴行」として訴因を構成できるかは、訴訟法上問題であるが、後注の判例参照)。

(4) 姦淫行為について以上の様に考えれば右を暴行として刑法上罰するよりも、性的自由に関する関係は強姦、強制猥褻等条文で明規されたものを除いては「姦淫行為」として考えこれを他に評価換することなく、これによつて相手方に傷害を生じた場合にも過失致傷罪になることは別として故意犯たる傷害罪を構成しないと解することになる。暴行、脅迫による姦淫行為、強制猥褻行為自体により生じた傷害は法の特別の規定によるので傷害罪の一般理論によるのではないと解される。(被害者の同意は構成要件該当性を阻却するのであつて違法性を阻却するのではないから、その同意が公序良俗に反するか否かを問わないことになる。またこの場合には欺罔による同意は抗拒不能と解される場合を除いてなお有効と解することになろう。況んやその同意が姦通のように違法だというだけで効力を失うわけではない。)又これに対する防衛の程度も右姦淫行為の違法性の程度を実質的に評価した方がより妥当な結論を生じるのではないだろうか。事が単に被害者の身体的損傷に限られずその精神的、人格的問題に密接している以上その特異性故の区別が必要なのであろう。(注)

(注) 最高裁は、易を業とするものが、淋病にかかっているとの自覚を有しているにも拘らず、易を占なつて貰いに来た女性に対し、結婚できるように「よけ」をしてあげるといつて姦淫を行なつた行為により、淋菌性内膜炎を生ぜしめた事件につき、

「しかし、傷害罪は他人の身体の生理的機能を毀損するものである以上、その手段が何であるかを問わないのであり、本件のごとく暴行によらずに病毒を他人に感染させる場合にも成立するのである(筆者傍点)」と判示している(昭二七・六・六刑集六巻六号七九五頁)。違法な姦淫行為を暴行ではないとすること筆者も賛成であるが、本件を傷害罪とした結果、即ち、被害者の心情を考えるとき、これを傷害罪で起訴した事には疑問がないではない。

以上本件を研究するに当り、従来議論少ない点につきあえて疑問点を述べさせていただいた。

(昭四六・六・二稿)(豊泉貫太郎)