

# 共 犯 と 身 分

## II. 強姦罪と女性の加功

村 上 朝 満

(文理学部 法学研究室)

## Teilnahme und Besondere Persönliche Merkmale

### II. Notzucht und Beteiligung einer Frau

Asamitsu MURAKAMI

- |            |                   |
|------------|-------------------|
| 一. はじめに    | 四. 強姦罪は「一部身分犯」か   |
| 二. 思考材料の事例 | 五. 強姦罪の「自手犯」性について |
| 三. 身分の意義   | 六. おわりに           |

#### 一. はじめに

この論稿は田中久智教授が「強姦罪は、暴行・脅迫と姦淫という二種類の行為が結合された犯罪であり、姦淫行為は重要な部分ではあるが、その一部にすぎない」、いわば「一部身分犯」であって「女性も強姦罪の行為の主体たり得ることが認められる<sup>(1)</sup>」とされるところに疑問を持ったのがその動機である。この問題を考えるには周知のように身分犯の「身分」の意義を確定する必要がある。強姦罪の構成要件や法益の確定、特に間接正犯と自手犯が中心問題となろう。いわゆる「共犯と身分」の問題は共犯の迷路の中であって複雑である。以下、最高裁判所が「女性による強姦罪の共同正犯」を認めた最初の判例であるという事例をあげ、論を進めてみたい<sup>(2)(3)</sup>。

(1) 田中・ジュリスト増刊刑法の判例第二版所収「共犯と身分」154頁。

(2) そしてさらに私が主張したい点は、刑法規範は裁判規範であると同時に行為規範でもあるから、一般に云われているように、規範を認識するうえにおいても、なるべく日常用語に近い概念と言語を用いる必要があること、いわば一般人にも理解が可能である科学性を持たせたものであることが大切であるということである。あまりにも解釈技術を高度に用いてゆけば、問題の論理的解決は可能でも、日常生活と極端にかけはなれた不合理な結論になることを恐れるからである。裁判所の判断も一般人の判断と何ら変りがないものでなければならず、また法自身も人間の血のかよったものでなければならぬはずだし、人間を無視し、自然現象を無視した結論は何時か破綻するし、また人間生活から潤いを奪うからである。しかしもとより単なる事実の認識のみで問題解決をはかるのではなく、法的な規範的な次元での解決を試みることには変りがない。

(3) 問題の性質上共犯一般、とくに正犯論や従属制の問題、「共謀共同正犯」の問題等数多くの問題があるがここではふれないことをおことわりしておきたい。

#### 二. 思考材料の事例

##### 1. 事実の概要

「強姦罪と身分のない者の加功」の裁判（決定）より「罪となるべき事実」をその第一審判決より要約すれば次の如くである<sup>(1)</sup>。「被告人X女はかねて夫がA女と情を通じているのを知りA女に対し夫と手を切るよう強く申し入れたこともあったが、その後しばらく絶えていた両者の関係が再び復活したのを知るに及んで憤懣やる方なくなっていたが、昭和36年2月19日、某飯店で飲酒するうち、嫉妬のあまり、A女を呼び出して夫との関係を糾問し夫の不貞を責める材料

を得ると共に、自己の眼前で男に同女を強姦させて恥辱を与え、日頃のうっ憤を晴らそうと考えるに至った。そこで飲食店主人が紹介したY(男)と共にA女の住居附近まで赴き同女を路上に呼び出し、X女の顔を見て逃げ出した同女をYに命じて捕えさせてタクシーに乗せ、前記の飲食店に連行した。たまたまそこに来合わせた被告人Z(男)にYを通じてカメラを持って来るよう依頼し、同夜午後11時頃から12時頃までの間同所二階六畳においてA女に対しX女が「今日は何処へ行って来た」などと夫との行動を種々詰問し、同女が答をしぶっていると平手でその顔面を二、三回殴打した上、言わなければ裸にするとY(男)に手伝わせていやがる同女の衣服を剥ぎ取り全裸にし、頭髪を引っ張ったりして夫との関係を逐一告白せよと迫り、同女がやむなく密会の事実を種々具体的に告白するもなお容赦せず、その前にカメラを持ってその場に来ていたZ(男)に命じて全裸の同女の写真をとらせた上、Y、Z兩名に対し、「この女はいつもいい思いをしているのだから、今日はたっぷり可愛がって二度と使えないようにしてしまえ。やってしまいな」などと申し向けて同女を姦淫することを懲罰し、Y、Zはこれに応じ、この機会を利用して同女を姦淫しようと決意した。そしてX(女)、Y(男)、Z(男)三名共謀の上、先ずXがA女をその場に押倒し、両脚を押し広げてYにその一方を押えさせ、自らは同女の手を押えつけて反抗を抑圧し、Zが同女の両脚の間に割り込んで自己の陰茎を同女の陰部に押し当てようとしたが、挿入前に射精したため、姦淫するに至らず、次いでYが同女の両脚の間に割り込み、Xが同女の片脚を押えて開かせ反抗を抑圧した上、同女の乳房や陰部を弄んだりし、その間にYは同女の上に乗りがかり強いて同女を姦淫したのである。

## 2. 裁判所の判断

これに対して、第一審、第二審とも、刑法177条前段、60条(共同正犯)、65条1項(共犯と身分)を適用して強姦罪に該当するとしてX女を共同正犯で処断した。

これに対しさらに被告人側は上告した。弁護人は上告趣意の中で、「共謀とは、共謀者がいずれも正犯として犯罪を実行することの謀議でなければならない。共謀とは、およそ犯罪を行うということに関する謀議のすべてを包含する概念であってはならない。」また判例も「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同の意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よって犯罪を実行した事実が認められなければならない。」としており、「共謀とは、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議を指し、他人の行為を自己の手段とし犯罪を行うところに、単なる共謀者が実行々々を行わないにもかかわらず、共同正犯として処罪せられる根拠があるのである。そして、ここに各自の意思とか自己の手段というのは、自己が犯罪を犯そうとする意思を指すものであることはもちろんであって、これを本件の強姦罪の場合にあてはめていえば、自己が強姦をしようとする意思を指すものであって、自己が他の男性をして強姦を犯さしめようとする意思とか他の男性が強姦をするのを容易ならしめようとする意思を指すものではないのである。そのような意思を有するにすぎないものは、共謀者として共同正犯をもって律することはできない。」さらに「わが刑法の解釈として同法65条第1項の『共犯』の中には、正犯が含まれるとしても、教唆、幫助を正犯なりと擬制する趣旨でないことは云うまでもない。之を本件強姦事犯について勘案するに、強姦罪は収賄罪の如きものとは異なりその実体たる姦淫行為は女性によっては絶対に実現し得ない不可能事である。女性自ら女性を姦淫することが事実上不能である以上、女性に姦淫の犯意を認め得べき筈がなく、理論上正犯たり得ない」ので幫助犯である。従ってXを強姦の共同正犯に問擬したことは法律の解釈適用を誤ったものであると主張した。

そして最高裁判所は上の上告論旨を含む主張を認容せず、括弧内決定ではあるが次のように判示した。「(なお、強姦罪は、その行為の主体が男性に限られるから、刑法65条1項にいわゆる犯人

の身分に因り構成すべき犯罪に該当するものであるが、身分のない者も、身分のある者の行為を利用することによって、強姦罪の保護法益を侵害することができるから、身分のない者が、身分のある者と共謀して、その犯罪行為に加功すれず、同法65条1項により、強姦罪の共同正犯が成立すると解すべきである。従って、原判決が、被告人Xの原判示所為に対し、同法177条前段、60条、65条1項を適用したことは、正当である」と。

つまり、上告趣意の中で、被告人側は女性たるXには強姦の意思もなく、また強姦罪の中心的行為である姦淫行為も全く不可能であり、その様な場合には判例に云う共謀も成立せず、したがってXの行為を共同正犯とするのはおかしいと主張したのに対して、最高裁は共謀の点では原判決は判例と相反する判断を示したのではないから、所論は上告理由に当たらないとしながらも前記括弧内の説明をしたものである。上告理由の中にはいわゆる自手犯性の主張が見られるが、最高裁の括弧内説示には強姦罪は身分犯ではあるが非身分者たる女性も身分のある者の行為に加功してその共同正犯になりうることを示されている<sup>(2)</sup>。

(1) 最判昭和40年3月30日 刑集19巻2号125頁。

(2) 法の次元は多く規範の問題である。「ある」(Sein)という事実に対して「あるべき」(Sollen)当為の問題における経験則であるが、とくに刑法は仮設的規範の形式を探る規範である。この点他の社会規範、特に道德規範と区別される。また法は現在の歴史的段階では国家という権力の機構を背景にした強制力によりその実現可能性を担保された規範として存在している。したがってともすれば、その現実の適用場面で、人権軽視、人間不在となる虞なしとしない。今回、身分と共犯、とくに女性が強姦罪の主体となり得るか、あるいは従来から論じられてきた間接正犯や、あるいは共同正犯となり得るかという問題を採り上げたのは、法の次元にも人間存在を強調しておきたかったからである。民事的な婚姻や離婚問題では男性と女性という関係が直接問題になるので、人間も男性と女性を明確に区別して取扱うということに関して当然、法は正しく運用されているし、また世間一般もそれを常識としている。しかし刑法の分野においても「わいせつ罪」や強姦罪は人間をおよそ男性と女性とに区別して、その規範の設定がなされていると云っても決して過言ではないと思われる。ちなみに憲法上も人間の平等つまり男女の法の前における平等を前提としているとはいえ、男女の肉体的生理的同一までも前提にしているわけではないことは当然である。

また法は規範ではあるが事実と全く無関係に存在するものでないことも当然である。しかし観念的な意味で、法事実なるものを創造している。例えば株式会社のようないわゆる私法人、あるいは国家や地方公共団体のような公法人、あるいはその他の法人の如くである。失踪宣告や時効制度もその一種と考えられる。これ等は法が技術的に行為主体(もっとも法人否認説によれば必ずしも当たらないが)や法事実を創出した例である。法規範が仮設的規範の性質や技術的な側面を有していることから、あるいは人間が事実上不可能とされることを行為として創り上げ、それを事実として法規範をそれに適用してしまうという非科学的な側面が現象し、人間無視(不在)の法理論が構築される可能性がある。

さらにまた事実に対する評価としてわれわれは価値尺度を持出してくる。価値はそれぞれその起点を異にすれば無限の変化がみられるわけで、それを基準として事実に対する評価をなすわけであるから、評価も無限に異なる可能性があることも否めない。刑法の解釈適用において構成要件的评价あるいは構成要件の解釈という場合、例えば「火を放つ」と同一の評価をなす場合でも非常に多くの異なった見方が可能なわけである。刑法総論の分野においても、不作為犯や過失犯、あるいは本論稿でその一部を採り上げる間接正犯や共同正犯等も法技術的な側面を持ち、その際、価値的な面もつけ加わって非常に異なった多くの見解が創出されるわけである。

今日科学的アプローチがいわれるが、科学的とは合理的であり、法則的であることが含まれる。つまり事実は素直に事実として(科学的事実の認識といえども多面性があるが)認識することが含まれる。人間は男性と女性(いずれとも区別できない場合もあると思われるが少くとも肉体的には区別可能であると思われる)であることを素直に認めることが前提になる。以上のような当然のことを再認識して以下論述することにする。

### 三. 身分の意義

上記の判示(決定)は強姦罪は刑法65条1項の真正身分犯(構成的身分犯)で、行為主体は男性にかぎられるとしている点から考察を進める。男女の区別は65条の「身分」であるかという点である。まずこの「身分」の定義であるが、周知の如く、多くの学説が援用し、その定義を肯定してい

る<sup>(1)</sup>判例（最判昭和27年9月19日刑集6巻1084頁）は、明治44年3月16日の大審院判例をほとんど文字通り踏襲したものであるが、単純横領罪における物の占有者たる地位は65条1項の「身分」に当たったもので、「男女の性別、内外国人の別、親族の關係、公務員たるの資格のような關係のみならず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的關係である特殊の地位又は状態を指称する」としている。

木村博士はこれに対して疑問を述べられている。すなわち刑法65条の「身分」は1項と2項とを区別すべきで一律に解すべきではないとされる。そして判例の定義における「身分」は2項の意味に過ぎなく、1項の身分は「社会的・法律的等の人的關係において特定の義務を負担するところの地位又は資格を意味」とされる。1項が2項より特殊な「義務」概念によりその「身分」が狭く解されることを指摘される<sup>(2)</sup>。さらに「単なる『男女の性別、内外国人の區別』をもって身分と解することは疑問である」ともされている<sup>(3)</sup>。また阿部教授は「純正身分犯の本質は、身分によって一定の義務を負担する者がその義務に違反して犯罪を成立させる点にあることが次第に承認されてきている」が、その義務の意義は十分解明されていない。「しかし、不純正不作為犯における作為義務とだいたい同様に考え」られ、刑法の外に求められる法的義務であるとされる。一例として、重婚罪における「配偶者アル者」の義務をあげて民法732条にその基礎があるとされる<sup>(4)</sup>。

さてこの点、田中教授は判例・通説の定義を承認しつつ、ドイツ刑法50条2項にいう「特別の一身の特性・關係」（besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse）とはほぼ同様だと解されているとされる<sup>(5)</sup>。また平野教授は刑法65条も機能的に分析されるのであるが、1項を構成的身分、2項を加減的身分としてとらえ、問題を具体的にとらえながら、判例の「定義はあまり内容のあるものとはいえない」、また「義務違反が違法性の実質だとすること自体が疑問である」から、身分に「特別の義務」をもち込むことに同意されないようである。そして教授は法益の侵害（および危険）が違法性の実質だとする立場から「一定の者の行為が違法性が大きいということができ」「それが構成的身分だと」される<sup>(6)</sup>。したがって特に身分だということの類型は特定しなくともよいとされるのであろうか。しかし違法性が大きいということで身分犯（構成的身分犯）を取扱うことは法益侵害（および危険）が違法性の実質とされているだけに処罪する方により強く傾くが故に賛成できない<sup>(7)</sup>。

「身分」を一律に定義すれば判例・通説のような定義にならざるを得ないのではないと思われるが、判例が例示しているように「総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的關係である特殊の地位又は状態」でも事実關係に基因するものと、義務的關係に基因するものに區別され、各々その類型を異にするものと思われる<sup>(8)</sup>。木村博士が身分に義務性を考慮され「単なる『男女の性別、内外国人の區別』をもって身分と解することは疑問である<sup>(9)</sup>」とされるのは、身分も評価規範の一種と考えられ、事実關係に基因する身分の區別を排除されることからくるものではなかったのだろうか。「男女の性別」は自然的事実により區別可能な身分であり、「親族の關係」は多く法的事実により區別可能な身分であり、「内外国人の區別」も同様な意味での身分であるとしてさしつかえないと思われる。また「社会的・法律的等の人的關係において特定の義務を負担するところの地位又は資格」である収賄罪（197条1項）における「公務員又ハ仲裁人」、背任罪（247条）の「他人ノ為メ基事務ヲ処理スル者」、偽証罪（169条）の「法律ニ依リ宣言シタル証人」、虚偽私文書作成罪（160条）の医師等は「特別の義務」ある身分即ち義務的關係に基因する身分の例である。したがって「身分」は「特別の義務」によってのみ限定すべきではないであろう。義務性のみを基準にすれば人間性が後退し、違法性（「法益の侵害・危険」）の程度のみを基準にすれば、行為の態様（「行為の定型性」）を軽視することになりかねない場合があるからである。しかしやはり「個々の場合について身分かどうかを決定すればよいわけ<sup>(9)</sup>」あり、「ある程度カズイスティックであ

ることをまぬかれない」<sup>(10)</sup>ことはやむを得ない<sup>(11)</sup>。

- (1) 佐伯・刑法総論(昭.19年)348頁,同・刑法講義(総論)(昭.43年)364頁。  
 団藤・刑法綱要(総論)(昭.32年)321頁。  
 福田・刑法総論(昭.40年)69,227頁。  
 植田・総合判例研究叢書刑法(2)所収「共犯と身分」118頁。  
 小野・刑事法講座第三卷492頁(大判明治44年を援用し「周到な定義」であるとされている。)  
 田中・ジュリスト増刊:刑法の判例第二版所収「共犯と身分」154頁。  
 吉川・改訂刑法総論266頁。  
 竹内・同上所収「共犯と身分」148頁。  
 藤木・刑法講義総論272頁。  
 なお判例については注釈刑法(2)のII827頁以下(内藤)参照。
- (2) 木村・刑法総論156頁。「その理由は、もと刑法65条1項に規定せられている身分犯は純正身分犯であって、純正身分犯の本質は一定の身分ある者がその身分によって一定の義務を負担させられている点にあり、従って、本来は、そのような義務を負担する身分ある者についてだけ、その義務違反によって、犯罪の成立があり、その意味において、『身分=因り犯罪ヲ構成スル』犯罪とせられるのである。故に、刑法第65条第1項に規定する『身分』の意義は、……社会的・法律的等の人的関係において特定の義務を負担するところの地位又は資格を意味し、単なる犯罪の常習性や目的犯における目的のような行為者の永続的又は一時的な心理状態を含まないものと解すべきである。これに反して、同条第二項の『身分』は……刑の加重・減輕の原因たる地位・資格・状態であらばよい。」とされている〔同・犯罪論の新構造(下)379頁〕。ヴェルツェルと同様の見解のようである(Hans Welzel; Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 63 f)。彼は「客観的構成要件の行為者的要素(Die täterschaftlichen Merkmale des objektiven Tatbestandes)」として、犯罪行為そのものの他に、「一定の職務上の地位にある行為者による犯行の着手が、違法性の評価の實質的基礎を形成する」場合があり、それを身分犯といい、その場合に「行為者の特別の義務的地位(die besondere Pflichtenstellung des Täters)が、一般的に与えられる可罰性を単に高めるものかまたは、要するにはじめて基礎づけるかにより不真正身分犯と真正身分犯を区別」している(田中・同上155頁,西本・「強姦罪と女性の加功」(阪大法学58号所収)140頁参照)。義務性を身分のメルクマールとされる見解は他に大野・刑法講座第4巻167頁以下,阿部・「共犯と身分」(体系刑法事典)310頁,西本・同上142頁;Welzel, Schmidhäuser, Stratenwerthの各テキスト。
- (3) 木村・同上157頁注(三)。
- (4) 阿部・「強姦罪と身分のない者の加功」(刑案研究37巻11号所収)123,124頁。つづけて「それでは、強姦罪の場合はどうであろうか。男性は暴力を用いて婦人に姦淫してはならないというような義務はモラルそのものであって、法的義務としては、法令はもちろん条理によっても基礎づけえないのではなからうか。この点に関する唯一の法的義務は、177条の禁止規範から生ずる不作為義務であって、この義務はすべての人に課せられているものである」とされる。しかし、一般に刑法規範の有する作為義務あるいは不作為義務は、刑法以外の基準による義務あるいはモラルを採り入れたものではなかったか。また特殊性の点で行為者全部に課せられたというより人間の一部である男性という側面をみれば、むしろ刑法外の義務であり特殊な地位といえるのであって論理的には教授のいわれる「身分」に逆に該当するのではないだろうか。
- (5) 同じく、小野博士も「ドイツ法が『一身上の性質又は関係(Personliche Eigenschaften oder Verhältnissen)』と規定しているように、一身に具わる資格、地位、性質、他人に対する関係等と考ればよい。」とされる(同上492頁)。  
 同・西本・同上138頁参照,且し刑法65条1項にいう「身分」は木村博士と同様に解するのが妥当とされる。ちなみに、同規定は1968年の改正では、
- § 50  
 (2) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.  
 が改められて、(2)項と(3)項となり次ようになった。
- (2) Fehlen besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, bei Teilnehmer, so ist dessen Strafe nach den Vorschriften über die Bestrafung des Versuchs zu mildern.
- (3) Bestimmt das Gesetz, daß besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt dies nur für den Täter oder Teilnehmer, bei dem sie vorliegen.

Vorbem. In der Fassung des EGOWIG vom 24. 5. 1968, BGBl. I 503.

従って、besondere persönliche Merkmale(特殊な一身的要素)として一括して概念づける必要がある

だろう。尚、1975年の改正（§ 28 I, II）によるも同様と解する。

田中教授の御指摘と同一の箇所であるが、シエンケ・シュレーダーの（但し SCHÖNKE-SCHRÖDER, 16 Aufl. 413頁 13, 13a より引用する）次のようにコメントがある。

„Besondere persönliche Merkmale“ sind durch § 50 Abs. 2 als persönliche Eigenschaften, persönliche Verhältnisse oder persönliche Umstände definiert.

Persönliche Eigenschaften sind Merkmale eines Menschen, mögen sie körperlicher, geistiger oder rechtlicher Art sein. Die persönlichen Verhältnisse bezeichnen dagegen Beziehungen des Menschen zu seiner Umwelt. Eine scharfe Trennung zwischen beiden ist freilich nicht möglich, aber auch nicht erforderlich. Zu beachten ist, daß Abs. 2 nunmehr auch die persönlichen „Umstände“ ausdrücklich einbezieht und damit die Streitfrage aus der Welt schafft, ob auch vorübergehende Gesinnungen, Absichten und Motive zu den persönlichen Umständen i. S. des § 50 zu rechnen seien.

(6) 平野・同上 368, 369頁。

(7) 強姦罪の主体が男性に限られることは認められるものの、女性は、恐らく、構成要件の重要な一部である暴行・脅迫は可能であるが、他の一部である姦淫の点について身体的に不可能であるから、即ち法益の一部の侵害が不可能であるから、全体として身分犯にはならないが「擬似身分犯」であるとされるのであろう。ちなみに、田中教授が「一部身分犯」とされるのとはその意味が異なっていると思われる。平野理論は総合的質的概念であるが、田中理論は結合的量的概念のように思われる。

(8) 大塚・前掲書 266頁；西村「自手犯とは何か」(二)（警察研究35巻3号28頁）参照。

(9) 小野・同上 493頁。尚、平野・同上 372頁、内藤・注釈刑法(2)のII 82頁参照。

(10), (11) 平野・同上 359頁は間接正犯についての記述であるが、身分犯一般についていえることと思われる。

#### 四. 強姦罪は「一部身分犯」か

田中教授は判例が踏襲して来た共謀共同正犯の理論を意識されたのかどうか不明であるが、上記の決定の結論である女性も強姦罪の共同正犯となることに賛成されながらも、その理由を強姦罪の一部身分犯に求められる。次のように述べられる。「『行為の主体が男性に限られる』というのは、正確でないと考える。確かに、強姦罪における姦淫行為は男性のみしかなし得ない。しかし、強姦罪は、暴行・脅迫と姦淫という二種類の行為が結合された犯罪であり、姦淫行為は重要な部分ではあるが、その一部にすぎない。姦淫については直接の身体的関与をなし得ない者も暴行・脅迫については直接の実現が可能である。それに、強姦罪の本質は、男性の性欲の不法な満足にあるのではなく、相手方の性的自由ないし貞操の侵害にあると解される。強姦罪の本質、法益、その構成要件的行為の性格、構造をこのように解するならば、本件におけるX女のように主犯として、被害者を強姦するために必要な暴行・脅迫（強制手段）を自ら実現し、男性にこれを姦淫させたような者は、相手方の性的自由（一般に貞操もここに含まれると解されている）を侵害する強姦行為を男性と共同で行ったものとするのが妥当ではなからうか」とされ、強姦罪の結合犯性を強調し、つづけて「ここから、女性も強姦罪の行為の主体たり得ることが認められるのではなからうか。しかし、このように、女性も強姦罪における行為の主体たり得るとしても、姦淫行為だけではできない。姦淫する男性を利用し、あるいは男性と共同するのでなくては、強姦罪の正犯たり得ない（間接正犯、共同正犯）。この点に、強姦の身分犯たるゆえんがあると考えられる。」とされるのであった<sup>(1)</sup>。そしてドイツにおいては、強姦罪は身分犯ではないとする見解が多いことを指摘し、一部身分犯であることからその身分犯性があるとして、それを批判されている<sup>(2)</sup>。

田中教授の一部身分犯（姦淫行為をなす男性たる身分）の概念は、しかし、逆にいえば結合犯の重要な一部ではあるが、姦淫の点だけを抽出して身分犯であるというに過ぎないのであって、もちろん平野教授のいわれる「擬似身分犯」とは意味が異なるようであることは先に指摘した。強姦罪は身分犯であり女性もその重要な部分である暴行・脅迫の点で「加功」できるというに過ぎず、それが正犯としてその行為の主体たり得るとする論証にはならないであろう。例えば暴行の意思で被害者に暴行あるいは傷害を与えた結果、その直後に被害者がひるんだり、失神したりしたのを見て劣

情をおこし、姦淫の故意が生じて姦淫行為に出た場合、傷害と姦淫行為は別々に評価可能であり、構成要件的には刑法178条の準強姦罪の成立が問疑されるべきである。田中教授自身も「幫助犯、教唆犯にすぎない場合も多いであろう」ということは認識されているが、そこで強姦罪の暴行・強迫の性質を考察してみれば、それは姦淫行為を目的的につむ暴行・強迫でなければならない。つまり目的犯ではないが、姦淫行為を目的的に包括した、いわば主観的違法要素を包括した暴行・強迫でなければならないと解する。強姦罪はしたがって結合 (united または combined) 犯でなく、質的に融合された (fused) 犯罪行為であると解する。もちろん姦淫行為が中心となり暴行・強迫はそれによって着色されたものでなければならない。刑法177条後段の罪も、178条後段の罪も、暴行・強迫の要件が欠けていることから説明され得よう<sup>(3)</sup>。

また身分に義務性を導入して強姦罪は身分犯でないとし「その行為の本質をその保護法益との関連において勘案すれば……女性もまた強姦罪の主体たり得る」といたり、あるいは当然間接正犯であるとする見解は社会的非難、すなわち責任の所在が関与した女性にあるというに過ぎないものであって、自然的行為（もちろん刑法上の構成要件として構築された行為を指すが）を無視した観念論に過ぎないと思われる。これは教唆・幫助を認めれば可能なことである。それが認められなければ、社会的に非難はあるとしても刑法上の犯罪からはずれるものと解する<sup>(4)</sup>。

強姦罪における女性の間接正犯性であるが、責任無能力者を使って女性が他の女性を姦淫させた場合、判例のとり極端従属性説からすれば、いずれも処罪不可能となり妥当でない結果が生じうる。強姦罪で女性を処罪しようとするれば、立法上の問題とせざるを得ないだろう。しかし一步譲って、何もその様な形態による行為を強姦と認めなくともよいのではないだろうか。恐らく責任無能力の男性は姿は男性であり性行為に及ぶことが可能であってもいわゆる「きちがい」であるからその行為に関するかぎり人間の行為ではないと考えることも可能である。したがって女性の暴行あるいは傷害として罪を問えば足りるのではなからうか。また制限従属性説を採用すれば強姦罪の共犯とすることが可能なことはいうまでもない。そのことは13才未満の男性を懲罰した場合でも妥当でない結果が生じるのと同じである。

以上のことから強姦罪はやはり全体として身分犯と解することが自然である。また社会的・日常用語の意味を著しく逸脱しない点においても妥当である。

(1) 田中・同上 154頁。

内田・上智法学論集9巻1号 181頁。

(2) 同上 155頁。M. E. Mayer, Nagler, Anm, Schönke-Schröder, Baumann, わが国では青柳, 木村, 西本, 阿部, 恐らく大野の各教授に対する批判である。

ちなみに強姦罪は身分犯であるとする見解は;

大塚・間接正犯の研究 271頁。

西村・共犯の分析 207頁(自明の理であるとされる)。

下村・「強姦罪と身分のない者の加功」(判例評論83号) 23頁。

正田・刑法における犯罪論の批判的考察 92頁。

植松・全訂刑法概論I(総論) 341頁。

藤木・刑法 157頁, 刑法講義総論 303頁。

西原・「自手犯」(刑法基本問題60講所収) 505頁。

夏目・犯罪論の一般理論 204頁。

石川・法セ200号 140頁。

等参照。

(3) 西村・共犯の分析221頁注四参照。

条文の文言上も男性と区別された婦女が強姦の対象となっていることも間接的根拠となろう。その他女性がその主体となる意味での自己墮胎罪(212条)をあげることができる。

(4) もっとも行為が違法であることは、行為無価値と結果無価値の両側面から考察され、また社会的非難の帰費も同様であることは言うをまたないところである。

## 五. 強姦罪の「自手犯」性について

自手犯 (eigenhändige Verbrechen) 概念は大塚教授によれば、犯罪定型の面からする間接正犯の限界性の問題として登場した。「他人を道具としては実現しえない犯罪定型じたいの性格に着目して、もし総括できるとすれば、これを自手犯の概念にまとめ上げる」がよい<sup>(1)</sup>。そして、形式的自手犯として刑法 156 条〔公務員の虚偽公文書作成罪〕や逃走罪のかぎられた範囲のものを例示され、意味があるのは、実質的自手犯だとされ、「実質的自手犯は、結局、主体の面に着目するときには身分犯において、また行為の側から考察するときは目的犯において、一応、これを見出すことができるのではなからうか<sup>(2)</sup>」と述べ、まず身分犯から検討される。とくに真正身分犯が問題であるが、それをつぎの三種類に区分される。「第一は、非身分者が身分者を利用するばあいにはもちろん、身分者が他の身分者または非身分者を利用することによっても犯しえないものであり、第二は、身分者が他の身分者または非身分者を利用して犯すことは可能であるが、非身分者が身分者を利用することによっては犯しえないものであり、第三は、身分者も非身分者を利用して犯すことはできないが、非身分者も身分者を利用することによって犯しうるものである。第一の例としては、わが刑法における偽証罪、第二については収賄罪、第三については強姦罪、」がそれぞれあげられるだろうとされている<sup>(3)</sup>。「つぎに、目的犯においても、かような目的を有する行為の主体の特殊性が考えられねばならないが、目的は構成要件の内容としての行為の要素ではあっても、主観的要素として同時に主体の範囲をも規制する作用を有する」とされる<sup>(4)</sup>。このように自手犯は主に行為主体の限定という側面を考察されたのであった。強姦罪は「その行為主体が男子にかぎられる点に身分犯であるが、保護法益が被害者の身体的自由および社会的風俗にある以上、たとえば、精神状態に欠陥のある男子を利用して他の婦女を強姦させる婦女についても、本罪の間接正犯をみとめべきことはあきらかである」として、その自手犯を否定される<sup>(5)</sup>。そうして自手犯とは「正犯者自身による直接の実現を必要とする犯罪」とされたのであった<sup>(6)</sup>。

田中教授はこの大塚教授の自手犯の定義を是認されながらも、自手犯は犯行方法を限定する概念であり、犯罪の主体を限定する身分犯の概念と区別され、間接正犯あるいは共同正犯といった形では犯し得ない犯罪であるとされる<sup>(7)</sup>。そして強姦罪については「風俗犯としての面をもっていることは確かであるが、直接には、個人の一種の人格的自由としての性的自由とくに貞操を保護法益とするものといわなければならない」、したがって「強姦罪の本質は、男性の性欲の不法な満足にあるのではなく（もしそうであれば自手犯と解し得るか）、相手方の性的自由の侵害にある」と「解するならば……主犯として、被害者を強姦するために必要な暴行・脅迫を自ら実現し、男性にこれを姦淫させたような者は、相手方の性的自由を侵害する強姦行為を男性と共同で行ったものとして、共同正犯が成立すると考えるのが妥当ではなからうか」とし、「強姦罪は、自手犯ではなく、女性はその間接正犯にも共同正犯にもなり得る」と結論された。

いずれも理由は異なるが強姦罪の自手犯性を否定される。しかし大塚教授の場合、強姦罪の保護法益を被害者の身体的自由および社会的風俗にあるとして責任能力なき男性を利用して強姦した場合だけを間接正犯としてその正犯性を認められ、上記の判例のような場合は身分者のみが実行行為をなすべきだから、女性（上記の判例のX女）は教唆または幫助とさるべきであるとしておられる<sup>(8)</sup>。間接正犯の点は上述したように賛成できないが、他は認め得る。これに対し、田中教授は大塚教授が共同正犯とされないことに疑問を持っておられるようである<sup>(9)</sup>。しかし恐らく大塚教授は女性の間接正犯による強姦の場合をのぞけば強姦罪は自手犯であることを認められるのではないだろうか。また現に強姦罪の暴行・脅迫の点に教授が自手犯で分析された目的犯における目的的要素を加味すれば容易に説明がつくからである。



さて田中教授の場合であるが、強姦罪の本質は性的自由の侵害にあり、暴行・脅迫の点で女性はその実行行為をなし得るから、男性による亲手犯ではないとされるのであるが、手術によってあるいは何らかの原因により、男性器を切除するか、あるいは全く性交不能な男性を利用して強姦する意思で女性が単独で、あるいはその男性と共同で暴行・脅迫を加えたとしよう。強姦末遂でその女性は処罪可能であろうか。また、男性がそのような男性を利用した場合でも同様であると考え。つまり亲手犯なのではないだろうか。この場合田中教授のいわれる「男性の性欲の不法な満足」（恐らく性交のことだと思われるが）ではない。強姦罪の構成要件として暴行・脅迫が、重要な態様として認められるとしても、男性器の女性器への没入を前提としなければ「姦淫」とはいえないからである。

この点、西村教授は上記の決定についてであるが「そもそもXはYとZに対し、はじめて強姦の決意を生ぜしめたのであるから、従犯にすぎないといったものではない。まさに両名を懲慫して強姦を実行せしめたのである（私見によれば、それこそ純然たる教唆であって、使役型の準正犯とされうるものではない）。さらに実行にさいして、XがY・Zの犯行を容易ならしめた事実もあるようだが、この幫助行為は、はじめの教唆に吸収されるものと解してよいであろう」とされる<sup>(10)</sup>。これに対し田中教授は保護法益が不当に無視され、あまりにも自然主義的に把握されすぎるといわれるのであるが<sup>(11)</sup>、必ずしもそうとばかりはいえないであろう。「性的自由の侵害」という「侵害」は行為そのものだからである。

- (1) 大塚・前掲書 224頁。
- (2) 同上・282頁。
- (3) 同上・283頁。
- (4) 同上・284頁。
- (5) 同上・271, 283頁。
- (6) 大塚・刑法概説(総論) 103頁, 団藤・刑法綱要総論 105頁, その他大塚, 同上「亲手犯」, 田中・前掲 156頁。
- (7) 田中・同上 156, 157頁, 西村「亲手犯の反省(2)」判例時報 No. 629, 16頁。
- (8) 大塚・注釈刑法(2)のII 731頁参照。
- (9) 田中・同上 159頁。
- (10) 西村, 共犯の分析 214頁(強姦罪の亲手犯性については, 同「自分犯論の反省」参照)。
- (11) 西山・「女性が強姦罪の共同正犯たり得るか」法政研究32巻1号98頁, 田中・同上 158頁。

## 六. お わ り に

以上のことから事例をみれば、A女の行為は教唆・幫助であるとするのが最も理解しやすい結論であるし、事実問題としてみてもあらゆる解釈上の技術を駆使して解決する程の問題でもないように思う。なる程強姦罪の主体は男性だから身分犯である。身分のない者も身のある者の行為を利用することは可能である。したがって「共謀して、その犯罪行為に加功すれば」強姦罪の共同正犯が成立するとするから「共謀して、加功する」ことが共同正犯と同一なわけである。この場合加功が利用と同一であるから、利用形態を見なければならぬ。それは種々のものが考えられる。したがって残るのは「共謀して」だけとなる。さすれば、共同正犯が成立するには「共謀」に意味があることになるが、「共謀」は行為者間の「意思」行為であろう。したがって本事例の場合「意思」を主犯としての意思と見て、その「意思」を処罪したのであるか。もとよりそんなはずはないと思われる。やはりいずれかに矛盾があるように思う。

(昭和51年9月30日受理)

(昭和52年1月24日分冊発行)

