

## 女性は強姦罪の共同正犯者たりうるか

西山, 富夫

<https://doi.org/10.15017/1501>

---

出版情報 : 法政研究. 32 (1), pp.91-99, 1965-11-15. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :



## 女性は強姦罪の共同正犯者たりうるか

西 山 富 夫

昭和四〇年三月三〇日最高裁判所第三小法廷決定(昭和三七年(あ)第二四七六号強姦被告事件)法曹時報一七卷五号一五三頁以下

△参照条文▽ 刑法一七七条前段、六〇条、六五条一項

〔事実〕被告人甲女は、A男の妻であるが、かねてAがB女と情を通じているのを知り、Aに対しその不貞を責めるとともに、B女に対しAと手を切るよう強く要求したが、その後も二人が関係していることを察知したので、昭和三六年二月一九日、浅草の某飲食店の主人が紹介した被告人乙男とともに、Bの住居に出向き、同女を呼び出して右飲食店に連行し、同店二階の一室において、同女に対しAとの情交の事実をきびしく問いただしたあげく、さらにBに恥辱を与えて日ごろのうっ憤をはらそうと考え、乙およびその場に来あわせた丙男の両名に対し、その場で同女を姦淫することを懲憑し、右兩名がこれに応じたので、ここに、甲・乙・丙の三名は、共謀のうえBを強姦することを決意し、甲において同女をその場に押し倒し、乙とともに同女の身体を押さえつけてその反抗を抑圧し、まず、丙において同女を強いて姦淫しようとしたが果さず、ついで、乙において同女を強いて姦淫したものである。

原審は、右の事実認定に基づき、被告人甲の行為に対し、刑法一七七条前段（強姦罪）、六〇条（共同正犯）、六五条一項（共犯と身分）を適用し処断した。弁護人は上告し、次のように主張した。「共謀とは、共謀者がいずれも正犯の意思をもって、犯罪を實現することの謀議をすることをいうものである。共謀共同正犯を認めた最高裁大法廷の昭和三三年五月二八日の判決が、共謀共同正犯が成立するには、共謀者が各自の意思を實行に移すことを内容とする謀議をすることを要する旨判示しているのも、共謀者各自に、自己が犯罪を犯そうとする意思があることを要する趣旨と解せられる。しかるに、甲は女性であって、自ら女性を姦淫することは絶体に不可能であるから、甲に正犯として強姦する意思がなかったことは明らかである。従って、原判決が甲の行為に対し、刑法六〇条、六五条一項を適用し、強姦の共同正犯に問擬したことは、法律の解釈、適用を誤ったばかりでなく、前記の大法廷の判例に違反する。」

本決定は、右の上告論旨に対し、判例違反の点は、原判決に所論摘示の判例と相反する判断が示されていないから前提を欠くとして、これを排斥したうえ、法令の解釈、適用について、次のように判示した。

〔判旨〕 「強姦罪は、その行為の主体が男性に限られるから、刑法六五条一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ば、同法六五条一項により、強姦罪の共同正犯が成立すると解すべきである。従って、原判決が被告人甲の原判示所為に対し、同法一七七条前段、六〇条、六五条一項を適用したことは、正当である。」

〔評釈〕 一 判例違反の主張について

弁護人は昭和三三年五月二八日の大法廷判決（共謀共同正犯）を持出したが、本決定は、原判決には右大法廷の判

例と相反する判断は示されていないとしてこれを排斥しているが、共謀共同正犯の理論構成がどのようななされているかということが以後の決定に影響をもっている、まずこの点に触れてみよう。

昭和三三年五月二八日の共謀共同正犯に対する最高裁大法廷の判決は、従来大審院時代にとられた共同意思主体説を根拠にしたとは異なって、学説の一部において支持されていた制限された共謀共同正犯理論すなわち間接正犯類似の理論構成に移行したと認められる点に、重要な意義がおかれている（藤木・「共謀共同正犯」刑法判例百選・一九）。

同判例が、実行しない共謀者が何故に正犯としての責任を問われるかの説明として、「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」に参加した以上、「直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行ったという意味において」実行者と異なるところがないとしているからである。間接正犯は、本来みずから実行するわけでなく、他人の行為を介して自己の犯罪意思を実現する。通常の共同正犯も、個別的に見れば、各自が完全に実行行為を行っているわけではなく、なお実行行為のある部分は他人の行為を介して行っていることにはかわりはない。しかしいずれも正犯である。共謀共同正犯においても、共同意思主体説をはなれ、個人責任の見地から理論構成が可能であれば排斥する理由も少くなる。前記大法廷判例が、この努力のあらわれであり、間接正犯類似の理論構成の展開が、共謀者の正犯性の論証の新しい一つの有力な方向を示したものとして高く評価されるわけである。同時に、この見解によると、単に情をうちあけられて了承したとか、他人の犯罪遂行に単に加担するだけの意思をもって犯行の相談に加わっただけではいまだ不十分であり、個々に観察すれば各自が間接正犯に匹敵する意思内容と行為事情にあることが共同正犯者として必要条件となる。

弁護人の上告論旨は、右大法廷判決のこのような性格から、間接正犯者たりえない者は共謀共同正犯者にもなりえないという趣旨のものであって、一応考慮に価するものである。

ただし、女性が強姦罪の間接正犯者たりえないかどうかについては、別に論議さるべき問題が残っており、共謀共同正犯の理論構成に変化があったことだけでは、判例違反の結論は下せない。

二 身分犯と共同正犯 共犯の本質につき犯罪共同説を基盤とする場合、身分犯については身分ある者だけがその犯罪を分担しうるわけであって、身分のない者はその共同正犯者たりえないとするのが純理である。ところが、一方刑法六五条一項は、「犯人ノ身分ニ因リ構成ス可キ犯罪行為ニ加功シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯トス」と規定しているので、この規定は、共同正犯にも適用あるかどうかにつき、論争がある。そのうち犯罪共同説に立つほとんどの学者（例えば小野・講義二一五頁、団藤・綱要三二二頁、滝川（幸）・犯罪論序説二五四頁、滝川（春）・講義二〇四三頁、大塚・刑法）は、その原則的論理を堅持して、「共同正犯には適用なし」と解している。従ってこの立場からは、本件の最高裁の決定には反対することになるわけである。ところが、判例の六五条一項に対する見解は、古くは共同正犯のみに関する例外規定となし（大判明治四四年一〇月九日、日刑録一七輯一六五二頁）、その後（昭和九年一月二〇日、刑集一三卷一五一四頁）、共同正犯に限らず「共犯一般に適用あり」とする見解に変わっては来たが、いずれにせよ判例は、六五条一項は共同正犯にも適用があるという見解をとっているのである。おそらくその背後には、共同正犯の理論構成に関しても、共同意思主体説に基づく共謀共同正犯理論が存するからであろう。すなわち、身分犯においては身分のない者はその犯罪の実行行為はできないが、しかし身分のない者も（共同意思主体説においては）共謀はできると考えるからである。結局、共謀共同正犯論なるがゆえに、身分なき者も共同正犯者たり得るということになる。ところがその共謀共同正犯理論も、先述したように、昭和三三年五月二八日の最高裁大法廷判決以来、従来の共同意思主体説からはなれ、間接正犯類似の論理構成に移行しつつあるとすればこの点どうなるか。すなわち、間接正犯の認められない犯罪、いわゆる自手犯の場合には、共謀共同正犯は成立しないことになり、従って六五条一項の適用もないことになる。そこで本件の強姦罪は、自

手犯かどうかが次に問題となる。

三 強姦罪は自手犯か 一七七条強姦罪は、その客体を「婦女」に限っている。すなわち「姦淫」という強姦罪の実行行為は、男性のみしか行いえない性質のものである。そしてこれは、男女両性の身体的相異に由来する。果してこのような相異が、身分犯にいう身分といえるかどうかについては、大いに疑問があるが、しかし判例は、身分の定義において、「男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たる資格のような関係のみに限らず、総て一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態を指称する」（最判昭和二十七年七月一九）  
日刑集六卷一〇八三頁）として、本件においても、強姦罪を身分犯と認めて処理している。そこで本件は身分のない者（女性）が身分犯に加功した場合の事例に該当し、六五条一項の適用が問題となるのである。また同時に、身分犯であれば自手犯かどうかの問題も生じるわけである（大塚・間接正犯の研究二六六頁）。

非身分者が身分者を利用する場合、判例が間接正犯を認めなかった事例として公務員の虚偽公文書作成罪がある。公務員の身分を有しない者が、虚偽の内容を記載した証明願を村役場の係員に提出し、情を知らない同係員をして村長名義の虚偽の証明書を作成させた行為を、刑法一五六条の間接正犯として処罰すべきではない、というものである（最判昭和二十七年二月二）  
五日刑集六卷一三三七頁）。ところがそれ以前の大審院判決（大判昭和二年二月一四）  
日刑集一五卷二一三三頁）においては、この虚偽公文書作成罪の間接正犯を認めているので、判例に変更があったとみななければならない。すなわち判例はこの種の犯罪に、はじめは自手犯の存在を認めなかったが、その後これを認めたことになる。ただその理由は、「刑法は、無形偽造については公文書のみに限ってこれを処罰し、（中略）公文書の無形偽造についても同法一五六条の他に特に公務員に対し虚偽の申立を為し、権利義務に関する公正証書の原本又は免状、鑑札若しくは旅券に不実の記載を為さしめたときに限り同法一五七条の処罰規定を設け、しかも右一五六条の場合の刑よりも著しく軽く罰しているに過ぎない点から見る

と公務員でない者が虚偽の公文書偽造の間接正犯であるときは同法一五七条の場合の外これを処罰しない趣旨と解するのを相当とする」という点にあり、そしてこのことは、一五七条が一五六条の間接正犯的行為を特別に独立犯として規定しているため、基本となる一五六条の間接正犯は、法規的にその成立が排除されているということになる。大塚教授は、これを形式的自手犯と名づけておられる(大塚・前掲書二八二頁)。すなわち、これらの自手犯は、それぞれの特別構成要件の存在することから、形式的に、いわばそれから反射的にみちびき出されるものだという意味である。これに対し通常自手犯とは、犯罪の性質上、実質的に、一定の行為主体の行為によってのみ実現しうべき犯罪、すなわち実質的自手犯だけをいうとみるのである。この実質的自手犯のうち、身分なき者が身分者を利用する行為は、間接正犯たりえず、すなわち自手犯といわなくてはならないという事例は、どの範囲まで認められているか。大塚教授によると、職権濫用罪、収賄罪、偽証罪があげられている(前掲書二六七頁)。そして、姦通罪、近親相姦罪、重婚罪それに本件のような強姦罪は、自手犯ではないとされる。その理由は、「自手犯とは、結局、その構成要件の保護法益が、他人を道具としては侵害されないばあいであり、したがって、その存否をたしかめるためには、保護法益を指標としつつ、各個の犯罪構成要件における実行行為の性格を具体的に分析検討すべきこと」(前掲書二六三頁)となり、「強姦罪も、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うべきことはあきらかである」(前掲書二七二頁)。強姦罪に関するこのような考え方は、すでに古く大場博士(刑法総論下)、勝本博士(刑法要論、総則四〇一頁)、牧野博士(日本刑法上、卷四七二頁)、宮本博士(刑法学粹、四三三頁)、安平博士(刑法総論、三三六頁)などがあり、また滝川(幸)博士もかつて公務員犯罪に關し次のようにのべておられる。「公務員犯罪に關する刑罰法規の命令禁止が公務員のみに向けられて居るといふのは独断である。犯罪は形式的には法律規範の命令禁止に違反することであるが、実

質的には利益の侵害である。公務員犯罪による利益侵害は、一面、公務員の関与によってのみ生ずる場合もあるが、他面、公務員を利用するところの他人によって生ずる場合もある。斯ような事情がある限り公務員犯罪につき間接正犯の成立を全般的に否定することは許されないであろう。むしろ理論上はあらゆる犯罪につき間接正犯が成立するというべきであって、唯一の制限は、事実上間接正犯を容れる余地のない場合にのみこれを除外するということである」〔判決批評二〕。この滝川博士の見解と大塚教授のそれとは一脈相通するものがある。

ところで多少奇異に感ずるのは、刑法六五条一項を共同正犯に適用なしと解する立場と、強姦罪を自手犯でないとしてその間接正犯を認める場合の関係である。すなわち女性は単独に間接正犯としては強姦罪の正犯者たりうるが、共同正犯としては正犯者たりえないということになる。滝川博士はその後〔「共犯と身分」刑法演習総論一五四頁〕六五条一項は共同正犯をも含むという見解にあらためられたが、問題は大塚教授の立場についてである〔大塚・刑法概説二一五頁〕。あるいは、間接正犯の場合は責任無能力者の行為を介するからその誘致行為に実行行為性が認められ、共同正犯の場合は責任能力ある故意ある者の行為を介するから正犯性が認められないのであろうか。すなわち強姦罪が自手犯でないのは、責任無能力者を利用する場合に限られるかどうか。とはいうものの規範的評価においてはその間に差異はないように思われる。もし差異があるとすれば、本件の判例の見解には疑問が生じてくる。けだし、判例は六五条一項は共同正犯にも適用があるという見解をとっているが、それは共謀共同正犯論の上に立っているからであり、その共謀共同正犯論も従来の共同意思主体説ではなく間接正犯類似の理論構成をとった昭和三三年五月二八日の判例の趣旨を踏襲することになったものであるとすれば、責任能力ある故意ある者を利用する場合にも間接正犯がみとめられなければ、六五条一項の適用は疑問になってくる。

強姦罪について、身分のない者による間接正犯の成立を肯定する通説の見解に対し、西村教授は別の意味から反対



される。すなわち、「ある犯罪について間接正犯が否定されるかどうかは、その罪の躬行性の有無によって判定すべきである。強姦罪は、ほかの大部分の身分犯が、刑法でそのような構成要件を定めてはじめて身分犯になるという意味で、いわば法定的身分犯であるのに対して、自然的身分犯といってよく（だから、刑法もとくにその主体を男性にかぎる趣旨の規定をしなかったであろう）、たとえば、住居その他に侵入していない者には、不退去ということが考えられないようなものである。その意味では、この罪の躬行性だけでその自手犯性を肯定してよいのであり、かかる罪の間接正犯をみとめるのは不合理である」とされ、さらに、「強姦罪を自手犯でないとする説の実質的な根拠は、むしろ、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という点にあるように思われる。しかし、保護法益にどのような機能があるにせよ、ある罪が自手犯かどうかを吟味するうえでは、それ以外の標識を度外視してまでそれを高調することはできない」と主張される（自手犯とは何か（二）警（察研究三五卷三号二八頁）。「それ以外の標識」とは何を意味されるか判然としないものもあるが、行為そのものの実体を重視しようとする点には大いに共感を懐くものである。しかしもし通説のもつ規範的意味を忘れ、自然主義的行為概念を強調するのであれば、にわかに賛同しかねる。けだし行為の態様を考える場合にも、その社会学的・刑事学的意味および範疇を前提にする必要があるように思われるからである。とはいっても、強姦罪の社会倫理の意味を強調する立場には反対せざるを得ない。

歴史的にも強姦罪は男性による女性の貞操の侵害ということで他の風俗犯とは違った特別な取扱がなされてきていることを忘れてはならない。改正仮案が「姦淫の罪」として（三八八条以下）、個人的法益を害する罪に組入れたことは妥当な立案であった。現行法下においても姦淫罪の法益は、社会法益的風俗犯というよりも、個人法益的貞操・名誉の保護に注意が多く払われていると考えた方がよいのではなからうか（親告罪としたのもそのためである）。そして貞操侵害の社会的意味は、女性にとっては身体の侵害以上の意味をもつがゆえに重大なのである。滝川博士はかっ

て姦通罪において、欺罔された妻が姦通をなしても、夫婦間の誠実が破られたというわけにはいかないとし、この場合間接正犯の成立を否定された（滝川・前掲書一三五頁）。おそらく姦通罪の法益は夫婦間の誠実であり、欺罔された妻の行為は、意識的にこの誠実を破ってはいないと認められるからであろう。これに対し大塚教授は、「もし、家庭的鞅帯を精神的・道義的に破壊する点にこれらの犯罪の意義をみとめるときは、責任能力を欠き、または故意のない状態における身分者の行為によっては、なお本罪の法益は侵害されたとはいいがたいであろう。だが、いやしくも客観的にかような身分者の性的行為がなされるかぎり、社会倫理的見地における性的秩序は破壊され、これらの犯罪は成立すると解するとき、身分者の行為を利用する非身分者についても、その間接正犯をみとめねばなるまい」（大塚・前掲書二七一頁）とされる。正にその通りである。女性に対し強姦罪の間接正犯を認める立場は、その社会倫理的考慮を徹しようとするところにある。しかし強姦罪の構成要件的実行行為性を考えるばあいにおいて、果してそれが妥当なものであろうか、疑問である。わたくしは、そういう意味で、強姦罪に間接正犯が成立するという見解には反対である。また大塚教授のような立場からは、強姦罪を強いて身分犯とよぶ必要もなさそうである。今回の刑法改正準備草案の強姦罪（三一条）の規定の趣旨もまたあわせ考える必要があるろう。

いずれにせよ、理論に忠実になろうとすれば、強姦罪の実体からその自手犯性を認めて、間接正犯もそしてまた六五一条一項の共同正犯も否定するか、或いはその社会倫理性を強調して強姦罪を自手犯（そしてまた身分犯）から除外し、間接正犯も共同正犯をも認めるかのどちらかであろう。しかるに、本決定は、一方では強姦罪を身分犯としながら、身分のない女性による強姦罪の間接正犯を通説どおりに肯定し、なおそこから共謀共同正犯の成立を認めるに至ったものであって、慎重に検討されなくてはならない判例である。