

旧強盗強姦罪（現強盗・不同意性交等罪）の成立過程について

野澤，充
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://doi.org/10.15017/7329611>

出版情報：法政研究. 91 (3), pp.263-274, 2024-12-18. Hosei Gakkai (Institute for Law and Politics) Kyushu University

バージョン：

権利関係：



旧強盗強姦罪（現強盗・不同意性交等罪） の成立過程について

野 澤 充

1. はじめに——本論文のそもそもの問題関心
2. 当該規定の成立過程
3. おわりに

1. はじめに——本論文のそもそもの問題関心

現在の日本の刑法典241条は、「強盗・不同意性交等及び同致死」罪である⁽¹⁾が、2023〔令和5〕年改正前は「強盗・強制性交等及び同致死」として、以下のような規定であった。

（強盗・強制性交等及び同致死）

第二百四十一条 強盗の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強制性交等の罪（第一百七十九条第二項の罪を除く。以下この項において同じ。）若しくはその未遂罪をも犯したとき、又は強制性交等の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強盗の罪若しくはその未遂罪をも犯したときは、無期又は七年以上の懲役に処する。

2 前項の場合のうち、その犯した罪がいずれも未遂罪であるときは、人を死傷

（1） 現在の刑法典241条の「強盗・不同意性交等及び同致死」罪の規定の文言は以下のとおりである。

（強盗・不同意性交等及び同致死）

第二百四十一条 強盗の罪若しくはその未遂罪を犯した者が第一百七十七条の罪若しくはその未遂罪をも犯したとき、又は同条の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強盗の罪若しくはその未遂罪をも犯したときは、無期又は七年以上の拘禁刑に処する。

2 前項の場合のうち、その犯した罪がいずれも未遂罪であるときは、人を死傷させたときを除き、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思によりいずれかの犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。

3 第一項の罪に当たる行為により人を死亡させた者は、死刑又は無期拘禁刑に処する。

させたときを除き、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思によりいづれかの犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。

3 第一項の罪に当たる行為により人を死亡させた者は、死刑又は無期懲役に処する。

この規定は、2017〔平成29〕年改正によって、以下のような規定が改正されて成立したものであった。⁽²⁾

（強盗強姦及び同致死）

第二百四十一条 強盗が女子を強姦したときは、無期又は七年以上の懲役に処する。よって女子を死亡させたときは、死刑又は無期懲役に処する。

この241条にとって、上記の2017年改正は非常に大きなものであった。2017年改正前規定は強盗犯のみが主体となり得る犯罪類型であると考えられ、強姦犯がその機会に強盗をする場合においては、本罪の成立は認められず、強姦罪と強盗罪の併合罪になるものと考えられていた。⁽³⁾しかし2017年改正によってこの点が大きく改められ、強姦犯（強姦未遂を含む）が強盗行為を行った場合も同様に処罰される規定となったのである。⁽⁴⁾

さらに大きな変更であったと考えられるのは、その未遂犯に関連する規定である。2017年改正以前の規定は、243条において241条にも未遂犯処罰があり得ることが規定されていたが、その際の「241条の未遂」は、2017年改正前の241条前段（強

（2） この2017年改正のうちの「強盗・強制性交等及び同致死」に関する記述としては、加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法改正の概要」法律のひろば70巻8号（2017年）59頁以下、橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば70巻11号（2017年）11頁以下、松田哲也・今井將人「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報69巻11号（2017年）282頁以下、今井將人「性犯罪に対処するための刑法の一部改正」時の法令2036号（2017年）18頁以下、金澤真理「強盗・強制性交等及び同致死の罪」法律時報90巻4号（2018年）68頁以下など。

（3） この「強盗」は「強盗未遂」を含むか否かは明記されておらず、争いもあり得るものであったが、一般的には「強盗未遂」も含むものと解されていた（例えば団藤重光『刑法綱要各論第三版』（1990年）597頁以下など）。なお強盗に着手して被害者を縛り上げた後に強姦の犯意を生じて姦淫したときには、強姦前に強盗の意思を放棄して財物を返還しても強盗強姦罪になるとした裁判例として、最判昭和30年12月23日刑集9巻14号2957頁参照。

（4） 団藤・前掲『刑法綱要各論第三版』597頁など。裁判例として、最判昭和24年12月2日刑集3巻12号2114頁参照。

（5） 2017年改正前の刑法典243条は以下のとおりである。

（未遂罪）

第二百四十三条 第二百三十五条から第二百三十六条まで及び第二百三十八条から第二百四十一条までの罪の未遂は、罰する。

盗強姦罪）については「強姦が未遂に終わった場合」のみが予定されていると考えられていた。すなわち「強盗の未遂」⁽⁶⁾に関しては、あくまでも犯罪の主体として（強盗未遂を含む）強盗犯が予定されていたことから、その「強盗の機会」に「強姦行為」を行うことが実行行為であると考えられていたのであり、その強姦行為の未遂について43条の未遂犯規定の適用が予定されていたのである。

しかし2017年改正によりこれが大きく変更されることとなった。すなわち2017年改正による「強盗・強制性交等罪」の未遂犯に関して、それまでの条文規定の文言及び一般的見解とは異なり、「強盗」の部分も「強制性交（旧強姦）」の部分も両方とも「未遂」の状態でなければ当該犯罪類型の刑罰の任意的減軽としての法律効果を認めないことと規定したのである（2017年改正による241条2項参照）。これにより、これまで「強盗強姦未遂」とされてきた、「強盗既遂犯が強姦を行って強姦未遂に終わった」事例に43条の未遂犯規定の適用がなされないことになったのである。そして241条2項の規定により、通常の（43条本文の適用による）未遂犯と同様の任意的減軽、さらには43条但書の適用による中止未遂による必要的減免の法律効果は、「前項の場合のうち、その犯した罪がいずれも未遂罪であるとき」、すなわち「強盗も強姦もいずれも未遂の段階にとどまった場合」に限定されることとなったのである。

しかし、例えば強盗殺人罪（240条後段）の未遂についてその成立要件としては、殺人の部分の未遂のみで成立し得るものと考えられており、強盗の部分について未遂であること（すなわち「財物を奪取できなかったこと」）の必要はないものと考えられている（判例および通説）。また強盗罪に関しても、（当然のことながら）「財物奪取だけではなく暴行行為又は脅迫行為も未遂でなければならない」などと言われるようなことはない。すなわち、他の犯罪類型に比べて、241条の「強盗・強制性交等罪」に関してだけは、通常の「（43条による）未遂犯」と同様の取り扱いを

（6） なお、241条の未遂犯としては「241条後段（強盗強姦致死罪）の未遂犯」も想定され、これは「強盗致死罪（240条後段）」の未遂犯と同様に、強盗の未遂でも強姦の未遂でもなく、致死結果に殺意があって当該殺害が未遂に終わった場合が予定されているものとされていた（例えば団藤・前掲『刑法綱要各論第三版』597頁以下など）。

（7） 団藤・前掲『刑法綱要各論第三版』597頁など。裁判例として、大判昭和8年6月29日刑集12巻1269頁参照。

受けるためのハードルが高められているのである。

これはいったいどのような理由によるものなのか。そもそも、「強盗罪」と「強姦罪」を合わせた1つの犯罪類型による処罰規定を置くということ自体、諸外国には見られないものであり、その意味でこの「強盗・不同意性交等罪」⁽⁸⁾という犯罪類型の設定ということ自体が、非常に日本独自のものであると言える。そして、この「強盗・不同意性交等罪」については、(制定当時の「強盗強姦罪」についてもそうであるが)いわゆる「結合犯」⁽⁹⁾であると理解されている。しかしそこでいう「結合犯」というものについての理解についても、その定義自体が非常に争われている状況にあると言える。このような「結合犯」のような、複数段階の行為を前提とする犯罪類型に関する分析の、まず端緒となるものとして、この「強盗・不同意性交等罪」のもととなった「旧強盗強姦罪」⁽¹⁰⁾について、そもそもどのような経緯でこの犯罪類型が設けられることとなったのか、その立法の経緯、成立過程を検討するのが本稿の趣旨である。

2. 当該規定の成立過程⁽¹²⁾

日本の明治13年刑法典は、その381条に以下のような規定を置いていた。

第三百八十一條 強盗婦女ヲ強姦シタル者ハ無期徒刑ニ處ス

この明治13年刑法典の強盗強姦罪の規定は、ボアソナードが大きく携わった明治

(8) 日本が明治期以降に立法に際して主として参考にしたドイツやフランスにおいても、同様の犯罪類型は見られない。

(9) 浅田和茂『刑法各論 [第2版]』(2024年) 231頁など。

(10) 「結合犯」に関する文献としては、香川達夫「結合犯に関する一試論——中止未遂との関連を主題として」金沢法学1巻2号37頁以下、香川達夫「結合犯概念の再検討」『刑事法学の総合的検討(上) 福田平大塚仁博士古稀祝賀』(1993年) 389頁以下、松原芳博「結合犯と行為主義——手段・目的型結合犯と原因・結果型結合犯」『椎橋隆幸先生古稀記念新時代の刑事法学』(2016年) 23頁以下、金澤真理「結合犯とその未遂」大阪市立大学法学雑誌64巻4号(2019年) 28頁以下などを参照。

(11) この点に関して、ドイツでは「mehraktige Delikte」と呼ばれているものに対して、日本では一般的に日本語訳として「結合犯」という訳が与えられており、これに対してドイツで「zusammengesetzte Delikt」と呼ばれているものに対して、「多行為犯」という訳があてられていることが多いように見受けられる。これらの差異や訳語の適切性の検討については、別稿での検討としたい。

(12) 強盗強姦罪の法制史的検討については、嶋矢貴之「旧刑法期における性犯罪規定の立法」刑事法ジャーナル45号(2015年) 145頁以下、西田典之ほか編『注釈刑法第4巻各論(3)』(2021年) 238頁以下〔嶋矢貴之執筆〕などを参照。

10年の「日本刑法草案」には見られなかったものであった。⁽¹³⁾これが規定として草案に現れるのは、この「日本刑法草案」が1878（明治11）年1月に元老院中に開設された「刑法草案審査局」において審査されることになってからである。すなわち、「刑法草案審査局一回刑法草案稿本」の381条に、すでに以下のような条文が見られるのである。⁽¹⁴⁾

第三百八十一條

強盗ヲ犯シ因テ強姦シタル者ハ無期徒刑ニ處ス

その後の草案においても同様の規定が見られるが、⁽¹⁵⁾「刑法草案審査局五回刑法審査修正案」の381条においては、

第三百八十一條

強盗婦女ヲ強姦シタル者ハ無期徒刑ニ處ス

という規定に修正された。⁽¹⁶⁾その後、刑法草案審査局での修正が完了した後に、元老院の議定に付されたが、当該規定の文言については何ら修正されることなく、⁽¹⁷⁾「刑法草案審査局五回刑法審査修正案」の381条と同じ文言の規定が明治13年刑法典の

(13) 西原春夫＝吉井蒼生夫＝藤田正＝新倉修編著『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅰ日本立法資料全集36－Ⅰ巻』（2016年）39頁以下の「確定 日本刑法草案 完（明治一〇年一―月上申）」には、それに類する規定は見られない（とくに80頁を参照）。

(14) 西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅰ』5頁以下。

(15) 西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅰ』216頁以下。

(16) 「刑法草案審査局二回刑法草案」の381条（西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅰ』262頁）、「刑法草案審査局三回刑法草案」の378条（西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅰ』298頁）、「刑法草案審査局四回刑法草案」の377条（西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅰ』334頁）。同じ文言の規定は、刑法草案審査局における審議途中の資料である「刑法草案修正稿本」の381条（早稲田大学鶴田文書研究会編『刑法審査修正關係諸案』（1984年）113頁、西原春夫＝吉井蒼生夫＝藤田正＝新倉修編著『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅱ日本立法資料全集36－Ⅱ巻』（2016年）133頁）にも見られる。

(17) 西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅰ』372頁。また、同じく刑法草案審査局における審議途中の資料である「刑法審査修正第二稿」の378条（前掲『刑法審査修正關係諸案』178頁、西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅱ』223頁）においては、原文は「刑法草案審査局一回刑法草案稿本」381条と同じであるが、「ヲ犯シ因テ」という文言が「婦女ヲ」に修正された記述がみられる。なお文言解釈という観点からするのであれば、この文言変更により、381条を身分犯的に解釈する余地が生まれたといえる。

(18) 「刑法審査修正案（明治12年6月25日 上進）」の381条（西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅱ』223頁）は、「刑法草案審査局五回刑法審査修正案」の381条と同じ文言であった。

(19) 西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅰ』19頁。

(20) 西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅱ』357頁、427頁。

381条として成立することとなった。⁽²¹⁾

すなわち、ボアソナードを中心として作成された明治10年の「日本刑法草案」までは全く存在していなかった規定が、刑法草案審査局での検討において、当初から挿入されていたことになるのである。「刑法草案審査局」での審議の具体的な内容に関しては現在ほとんどうかがい知ることができないものとされており、鶴田皓旧蔵『刑法註解〔書写資料〕第3編』の381条の注釈においても、「強盜本條ノ所為ヲ為ス者モ亦甚タ惡ム可キ者トス其人ヲ殺スニ比スレハ稍々輕キヲ以テ無期徒刑ニ処スル者トス」とあるのみで、強盜の際に強姦を犯す者をより重く処罰する趣旨はうかがわれるものの、それ以上の制度趣旨についてはうかがい知ることができない。⁽²⁴⁾

そして明治13年刑法典が成立して明治15年（1882年）1月1日に施行されて間もない頃から、政府内部からも刑法の全面的な再改正の動きが始まった。⁽²⁵⁾ まず司法省からの改正案として、明治15年末から16年初めにかけての「司法省改正案」において、381条の強盜強姦罪の法定刑を「無期徒刑」から「死刑」に引き上げる旨の案

(21) 西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅱ』473頁。

(22) 前掲『刑法審査修正關係諸案』191頁以下解説、西原ほか編著・前掲『旧刑法〔明治13年〕（4）－Ⅰ』6頁以下参照。

(23) 鶴田皓旧蔵『刑法註解〔書写資料〕第3編』（早稲田大学図書館所蔵）による。

(24) なお、明治期初期の伝統的な律令形式の刑法において、すでに「強盜強姦罪」に類する規定が存在していた。すなわち仮刑律（1868〔明治元〕年）において「強盜」の表題のもとに、「……若、竊盜時に臨て、捕を拒及ひ人を傷殺し……或は婦女に姦汚するもの亦准之（姦成ると成らざるを分たす〔筆者注：括弧内は二行書き〕）……」という記述が存在し（『日本近代刑事法令集上巻』司法資料別冊第17号（1945年）256頁、倉富勇三郎・平沼騏一郎・花井卓蔵監修、高橋治俊・小谷二郎編、松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』（1990年）2234頁）、また新律綱領（1870〔明治3〕年）においても「強盜」の表題のもとに、「凡強盜。……若シ盜ニ因テ姦スル者ハ。成否ヲ論セス。絞。」という規定があったことが知られており（『日本近代刑事法令集上巻』司法資料別冊第17号（1945年）505頁以下、倉富ほか監修・前掲『増補刑法沿革綜覧』2305頁以下）、またこの新律綱領の当該箇所について近藤圭造訓著『新律綱領・改定律例合巻註釈卷三』（1874〔明治7〕年）35頁には、「若シ盜ニ因テ姦スル者ハ」の個所に「強盜ノ序〔ツイデ〕ニ。婦女ヲ犯ス。」（筆者注：原文は二行書き）との注釈が、また「成否ヲ論セス」の個所に「強盜ノ身ナレバ。人ニ捕ヘラル、ヲ恐ルベキニ。仍〔ナ〕ホ恐レズ。人ニ姦通ヲ仕掛ルニヨリ。成就。不成就ニハカマハズ。絞罪ニスルナリ。」（筆者注：原文は二行書き）との注釈が記述されている（この点については西田典之ほか編『注釈刑法第4巻各論（3）』（2021年）239頁〔嶋矢貴之執筆〕も参照）。これらの点から、「強盜に際して強姦が追加的の犯罪として行われることが多い」という観点から、独立した加重犯罪として処罰の対象とされることが伝統的にあったことがうかがわれる。

(25) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（1）－Ⅰ日本立法資料全集20巻』（1999年）4頁以下参照。

が示され、さらに参事院に刑法改正作業が引き継がれて以降も同様の、法定刑を「死刑」に引き上げる旨の提案がなされていた。⁽²⁶⁾これらの司法省による改正案やそれに引き続く参事院の改正案は、全体としても「刑期の引上げ」・「刑種の格上げ」を求めるような厳罰化をもたらそうとするものであったとされ、強盗強姦罪である381条の法定刑の引上げもそれに沿うものであったことがうかがわれる。⁽²⁷⁾

その後明治23年刑法改正案が作成されて公表されたが、その規定は以下のようなものであった。⁽²⁸⁾

第三百六十四條

強盗婦女ヲ強姦シタル者ハ無期懲役ニ處シ因テ死ニ致シタル者ハ死刑ニ處ス
すなわち、「強盗強姦罪」それ自体の法定刑は無期懲役となったものの、新たに「強盗強姦致死罪」の犯罪類型が追加されて、その法定刑が死刑とされたのである。このような形で「強盗強姦致死罪」の犯罪類型が追加された理由については、その明治23年刑法改正案の理由書である「刑法案説明書」には何ら説明がなく、また「強

(26) 内田ほか編著・前掲『刑法（１）－Ⅰ』151頁。朱書による修正案では「強姦」の文言が「姦淫」に改められているが、鉛筆で「姦淫」が「強姦」に戻されて、「無期徒刑」が「死刑」に直されているとのことである。

(27) 「明治16年改正議ノ委員案（未付参事院）」の381条において「第三百八十一條 強盗婦女ヲ強姦シタル者ハ死刑ニ處ス」という規定が提案され（内田ほか編著・前掲『刑法（１）－Ⅰ』236頁、さらには「第33号参事院総会議議案—刑法改正ノ件」内田ほか編著・前掲『刑法（１）－Ⅰ』255頁も参照）、参事院総会議議決によりそのまま参事院改正案となった（「明治16年「参事院刑法改正案」（校了）」内田ほか編著・前掲『刑法（１）－Ⅰ』390頁、「参事院上申案（明治一六年七月一二日）」内田ほか編著・前掲『刑法（１）－Ⅰ』423頁）。

(28) 内田ほか編著・前掲『刑法（１）－Ⅰ』14頁。

(29) しかしこれに対してボワソナードが全体的な厳罰化に対して批判し、とりわけ当該強盗強姦罪についても、「終始死刑ノ事ニ就キ法ノ誤妄アル〔ハ〕歎スヘキナリ而シテ死刑ノ如キハ事ノ最モ原則ニ從ハサルヘカラサル所ノモノニ屬セリ／蓋シ強姦ハ惡ムヘキ罪犯ニシテ強盗ノ如キモ亦タ固ヨリ然リ、然リト雖モ此ニ罪タル各々別ニ之ヲ犯ス時ハ唯タ中等ノ刑ヲ科セラル、ニ止マレリ然ルヲ今如何シテ之カ合犯ニシテ死刑ニ至ルコトヲ得ヘキカ而シテ強姦ノ各種ノ場合ノ如キハ今之ヲ區別セサルカ殊ニ其被害者ノ年齢ノ如キモ亦タ今之ヲ問ハサルカ」（ボワソナード氏「刑法修正案意見書」（明治一六年七月九日）内田ほか編著・前掲『刑法（１）－Ⅰ』470頁）として、強盗と強姦が合わさることで死刑に至ることとなるのはなぜなのかと批判している。

(30) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（１）－Ⅲ日本立法資料全集20－3卷』（2009年）193頁、倉富勇三郎・平沼騏一郎・花井卓蔵監修、高橋治俊・小谷二郎編、松尾浩也増補解題『増補刑法沿革綜覧』（1990年）129頁。

(31) 内田ほか編著・前掲『刑法（１）－Ⅲ』221頁。なおこれに関しては、学説上、強盗強姦罪を犯して致死傷の結果が発生した場合の擬律に関して、争いがあったことがうかがわれる。すなわち、例えば井上操『刑法述義第三編（上）』（1890年）522頁以下は、「強盗、婦女ヲ強姦シテ死傷ニ致シタルトキハ如何、第三百八十條ニ依テ處斷スヘキヤ、曰ク、第三百八十條ハ、強盗ノ

盗強姦罪」そのものについてもその規定の趣旨は何ら記述されていない。⁽³²⁾

しかしその後の明治28年草案において再び以下のように「強盗強姦致死罪」の犯罪類型が削除された。⁽³³⁾

爲メニセシ暴行ノ結果、死傷ニ致スモノナリ、本問ノ場合ハ、強盗ノ爲メニ死傷ニ致スニアラスシテ、強姦ノ爲メニ死傷ニ致スナリ、故ニ第三百八十條ヲ以テ論スヘキニアラス、然レハ第三百五十一條ニ依リ尚ホ告訴ヲ待テ處斷スルノ外ナカルヘシ、故ニ死ニ致スモ無期徒刑ニ過キサレハ、強盗ノ強姦シテ死傷ニ致シタルモ、單純ノ強姦ニシテ死傷ニ致シタルモ、更ニ刑ニ輕重ナクシテ其權衡ヲ得サルナリ、然リト雖モ其情ヲ惡ミテ罪質ヲ混淆シ、第三百八十條ニ擬スヘキアラサルナリ、例ヘハ強姦シテ且ツ故殺シタルカ如キモ、(……) 數罪俱發ノ例ニ依リ無期徒刑ニ處スルト一般ニシテ、必シモ其情ヲ惡ムヘキニモアラサルナリ、然レトモ第三百八十一條ハ立法上ニ於テハ妥當ナラサルモノアリ……」として強盗強姦致死傷は380条ではなく351条によって処断すべきであるとするのに対して、亀山貞義『刑法講義卷之二』(1898年) 568頁は、「本條ノ罪ハ強盗ノ所為ト強姦ノ所為トヲ合セテ一罪ト爲シタル特種ノ犯罪ナレハ夫ノ單純ノ強姦罪ト異ナリテ其罪ヲ治スルカ爲メニ被害者ノ告訴ヲ俟ツノ要ナク又其強姦ノ結果婦女ヲ死傷ニ致スコトアルモ第三百五十一條ノ規定ニ據ラス常ニ本條ノ無期徒刑ヲ以テ之ヲ處罰ス論者或ハ強姦ニ因リ婦女ヲ死傷ニ致シタル場合ヲ以テ前條(筆者注: 第380条、強盗致死罪)ニ擬ス可シト主張スト雖モ是レ前條ノ範圍ヲ知ラサル謬見ナリ何トナレハ前條ノ規定ハ既ニ説明シタル如ク殺傷ヲ以テ財物奪取ノ手段ト爲シタル場合及ヒ財物奪取ノ手段タル暴行ノ結果人ヲ死傷ニ至ラシメタル場合ノミヲ包含シ其財物奪取ニ何等ノ關係ナキ強姦ノ所為ノ如キヲ包含セサレハナリ」として、強盗強姦致死罪には351条は適用できず、381条で処断し、380条を適用すべきでもないとする見解を主張していた。また岡田朝太郎『日本刑法論(各論之部)』(1895[明治28]年) 1003頁以下は、「第三百八十一條ノ罪ヲ犯スニ因テ被害者ヲ傷シタル者ハ如何ニ處分ス可キ乎單純強姦ノ場合ニハ第三百五十一條ノ明文アルニ拘ラス此場合ニ何等ノ規定ナキハ以テ傷ヲ成シタル者モ概括スル確證ナリ被害者ヲ死ニ致シタル場合ハ前第三百八十條ニ依ラサル可ラス其死亡ハ謀故殺タルト毆打致死タルト其他加害者ノ如何ナル所爲ノ結果タルトヲ區別セサルカ故ナリ」として強盗強姦罪は強盗強姦致傷罪を含むものであるが、強盗強姦致死は380条によるべきであるとし、勝本勘三郎『刑法析義各論之下巻(再版)』(1900[明治33]年) 352頁も、「本條ニ關シテ從來一ノ問題アリ若シ強盗婦女ヲ強姦シ因テ死傷ニ致シタル場合ニ於テハ何條ニ依テ處斷スヘキヤ是ナリ、余ハ第三百八十條ト第三百八十一條トノ關係ハ猶ホ第三百六十七條ト第三百六十八條トノ關係若クハ第三百六十七條及ヒ第三百六十八條ト第三百七十條トノ關係ノ如ク第三百八十一條ハ第三百八十條ヲ補ヒタル規定ナルカ故ニ本問ハ當然第三百八十條ノミニ依テ處斷ス可キモノト確信ス」として380条によるべきとしていた。このような擬律の争いの解決のために、強盗強姦致死罪に関する明文規定が設けられたものと考えられる。

- (32) なお、条約改正交渉との関係で1886[明治19]年8月に外務省に法律取調委員会が設置されており(内田文昭=山火正則=吉井蒼生夫編著『刑法[明治40年](1) - II 日本立法資料全集20 - 2巻』(2009年) 5頁)、この法律取調委員会の中で作成された仏文草案にはすでに強盗強姦罪の規定が見られる(内田ほか編著・前掲『刑法(1) - II』348頁、「483. Celui qui, à l'occasion du vol à force ouverte, aura commis un viol, sera puni des travaux forcés du 1^{er} ou 2^e degré.」、その日本語訳として内田ほか編著・前掲『刑法(1) - II』415頁、「第四百八十三條 強盗ノ場合ニ於テ強姦[姦]ヲ犯シタルトキハ一等又ハ二等ノ懲[懲]役ニ處ス。そしてこの法律取調委員会で作成された刑法改正案が、元老院での審議を経た上で、明治23年刑法改正案として内閣総理大臣山縣有朋に提出され、議会に提出されたようである(内田ほか編著・前掲『刑法(1) - III』5頁以下参照)。

第二百九十八條

強盗婦女ヲ強姦シタル者ハ無期又ハ十年以上ノ懲役ニ處ス

さらに明治30年草案においては以下のように、法定刑の下限が「十年」から「七年」⁽³⁴⁾に変更された。

第三百二條

強盗婦女ヲ強姦シタル者ハ無期又ハ七年以上ノ懲役ニ處ス

しかしその後その後、明治32年（1899年）3月に刑法改正作業は法典調査会第三部の担当となり、その法典調査会第三部での検討を基に作成された明治33年「刑法改正案」においては、以下のとおり再び「強盗強姦致死罪」の犯罪類型が追加されることとなったのである。⁽³⁵⁾

第二百八十六條

強盗婦女ヲ強姦シタル者ハ無期又ハ七年以上ノ懲役ニ處ス因テ婦女ヲ死ニ致シタル者ハ前條ノ例ニ依ル

すなわち明治33年「刑法改正案」285条は「強盗致死傷罪」について定めており、⁽³⁶⁾「強盗強姦致死罪」については「強盗致死罪」と同様に「死刑又ハ無期懲役」とされたのである。そしてその理由書においては、「第二百八十六條ハ亦現行法第三百八十一條ト同一趣旨ノ規定ナリ本條後段ハ特ニ刑ヲ重クスル必要ニ出タルモノナリ」という記述がみられるにとどまっていた。

そしてその後明治34年（1901年）の第15回帝国議会上、さらに修正を加えた明治34年刑法改正案が提出された。その強盗強姦罪に関する279条は次のような規定となった。⁽³⁷⁾

第二百七十九條

(33) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（2）日本立法資料全集21巻』（1993年）178頁。

(34) 内田ほか編著・前掲『刑法（2）』178頁。

(35) 内田ほか編著・前掲『刑法（2）』492頁。

(36) その285条の文言は以下のとおり（内田ほか編著・前掲『刑法（2）』492頁参照）。

第二百八十五條

強盗人ヲ傷シタル者ハ無期又ハ五年以上ノ懲役ニ處シ死ニ致シタル者ハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス

(37) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（3－I）日本立法資料全集22巻』（1994年）58頁、倉富ほか監修・前掲『増補刑法沿革綜覧』201頁。

強盜婦女ヲ強姦シタル者ハ無期又ハ五年以上ノ懲役ニ處ス因テ婦女ヲ死ニ致シタル者ハ前條ノ例ニ依ル

すなわち「強盜強姦罪」の法定刑の下限が7年から5年に引き下げられた。しかしその理由書の記述は明治33年「刑法改正案」の理由書の記述とほぼ同じものであった。⁽³⁸⁾この刑法改正案をもとに全国裁判所・検事局・弁護士会などに諮問して「刑法再整理案」がまとめられ、その中では第三百三十六項目において「第二百七十九條中「前條ノ例ニ依ル」ヲ「死刑又ハ無期懲役ニ處ス」ト改メ……」⁽³⁹⁾とあり、これに基づいて明治35年（1902年）1月25日に第16帝国議會に提出された明治35年刑法改正案の278条は、次のような規定となった。⁽⁴⁰⁾

第二百七十八條

強盜婦女ヲ強姦シタルトキハ無期又ハ五年以上ノ懲役ニ處ス因テ婦女ヲ死ニ致シタルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス

その理由書も明治33年「刑法改正案」の理由書とほぼ同じ記述内容であった。⁽⁴¹⁾これに関して、この明治35年刑法改正案が審議された貴族院刑法改正案特別委員会の明治35年2月18日（第12回）の審議において、菊池武夫が強盜強姦罪について、逆になった場合、すなわち強姦者が強盜した場合にはどうなるのかと質問したのに対して、政府委員の倉富勇三郎が「二罪になる（＝強姦罪と強盜罪）」と答弁し、さらに奥山政敬が、直前に277条前段の強盜致傷罪を「無期又ハ五年以上ノ懲役」を「無期又ハ七年以上ノ懲役」と修正したのに合わせて、ここも「無期又ハ七年以上ノ懲役」としたいと提案したのに対し、賛成多数によりこれが可決された。⁽⁴²⁾

これにより、この貴族院で修正可決された刑法改正案が2月に衆議院に送付されたときには、以下のよう規定となっていた。⁽⁴³⁾

第二百七十八條

(38) 内田ほか編著・前掲『刑法（3-I）』154頁。

(39) 内田ほか編著・前掲『刑法（3-I）』388頁。

(40) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（4）日本立法資料全集24巻』（1995年）56頁、倉富ほか監修・前掲『増補刑法沿革綜覧』474頁。

(41) 内田ほか編著・前掲『刑法（4）』148頁。

(42) 内田ほか編著・前掲『刑法（4）』549頁、倉富ほか監修・前掲『増補刑法沿革綜覧』1196頁。

(43) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（5）日本立法資料全集25巻』（1995年）50頁。

強盗婦女ヲ強姦シタルトキハ無期又ハ七年以上ノ懲役ニ處ス因テ婦女ヲ死ニ致シタルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス

この刑法改正案は衆議院での審議が未了のまま、第16帝国議会の会期が尽きてしまったが、さらに同じく明治35年の12月に第17帝国議会に再び提出された刑法改正案も、全く同様の文言であった。⁽⁴⁴⁾この第17帝国議会は議会解散のために刑法改正案の審議に入らず、日露戦争のために刑法改正作業は一時停滞するが、日露戦争後の明治39年（1906年）6月に法律取調委員会が設置され、その取調委員会の起草委員会が明治39年7月から11月にかけて作成されたのが、明治39年「刑法改正案」であった。その中の強盗強姦罪は、再び法定刑が「無期又ハ五年以上ノ懲役」に戻されていた。⁽⁴⁵⁾そしてその法律取調委員会委員総会において検討され、その第27回委員総会（明治39年12月26日）において花井委員によって「『五年』ヲ『七年』ニシタシ」との提案が出され、栗塚委員にも賛成され、採決の結果賛成多数として可決された。⁽⁴⁶⁾これにより第23帝国議会に提出された明治39年「刑法改正案」における強盗強姦罪は、やはり「無期又ハ七年以上ノ懲役」を法定刑とする規定となった。⁽⁴⁷⁾この規定はそのまま明治40年（1907年）2月に貴族院を通過し、衆議院において審議されたが、⁽⁴⁸⁾⁽⁴⁹⁾

(44) 内田ほか編著・前掲『刑法（5）』346頁（「二百七十八條」が「二百七十七條」となった以外は変更なし）。またその理由書の記述も特に変更は見られなかった（内田ほか編著・前掲『刑法（5）』438頁）。

(45) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（6）日本立法資料全集26巻』（1995年）147頁。その規定は以下のとおり。

第二百六十五條

強盗婦女ヲ強姦シタルトキハ無期又ハ五年以上ノ懲役ニ處ス因テ婦女ヲ死ニ致シタルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス

(46) 内田ほか編著・前掲『刑法（6）』247頁。ちなみにこの変更は、当該強盗強姦罪の前の規定である強盗致死傷罪の強盗致傷罪の部分について、やはり同様に「無期又ハ五年以上ノ懲役」であった法定刑を「無期又ハ七年以上ノ懲役」に変更する提案が賛成多数により可決されたことを受けてのものであるようである（同246頁以下参照）。

(47) 内田ほか編著・前掲『刑法（6）』279頁、倉富ほか監修・前掲『増補刑法沿革綜覧』1591頁。その規定は以下のとおり。

第二百四十二條

強盗婦女ヲ強姦シタルトキハ無期又ハ七年以上ノ懲役ニ處ス因テ婦女ヲ死ニ致シタルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ處ス

またその理由書においても、これまでの記述と全く同じ記述がなされていた（「第二百四十二條ハ亦現行法第三百八十一條ト同一趣旨ノ規定ナリ本條後段ハ特ニ刑ヲ重クスル必要ニ出タルモノナリ」（同『刑法（6）』362頁、倉富ほか監修・前掲『増補刑法沿革綜覧』221頁参照））。

(48) 内田ほか編著・前掲『刑法（6）』413頁以下、460頁、497頁。

その強盗強姦罪の規定に関しては特に修正されることがなく、衆議院で可決され、⁽⁵⁰⁾これがそのまま明治40年3月に成立することになった。⁽⁵¹⁾

以上のような検討を前提にすれば、「強盗強姦罪」という犯罪類型が設けられた趣旨は、日本の伝統的な加重類型として「強盗に際して強姦が追加的犯罪として行われることがあること」に対応するためのものとして独自に設定されたものであることがうかがわれる。このような観点からすれば、なぜ通常の併合罪処理ではなく⁽⁵²⁾て独立した単独犯罪類型として設定されなければならないのかは、立法論的観点からはやはり現在においては疑問視されても仕方がないものではないとも考えられる。⁽⁵³⁾

3. おわりに

本稿はあくまでも、「結合犯」および「複数段階行為による犯罪」全体の検討の端緒として、それらの典型例の1つとされている「旧強盗強姦罪」（現強盗・不同意性交等罪）について、その歴史的な成立過程を追うこととしたものである。他にも「結合犯」とされている犯罪類型が多く存在する中で特にこの犯罪類型を取り上げたのは、前述の2017〔平成29〕年改正によって、犯罪類型としての特殊性がとりわけ際立つ形になったからである。まだまだ緒についたばかりでしかない論考ではあるが、これを手掛かりとして、「結合犯」ないし「複数段階行為による犯罪」全体への検討を進めていく所存であり、この論考を九州大学着任以来、大変お世話になった江口厚仁教授および七戸克彦教授に献呈する次第である。

(49) 内田文昭＝山火正則＝吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（7）日本立法資料全集27巻』（1996年）51頁。

(50) 内田ほか編著・前掲『刑法（7）』216頁以下、327頁。

(51) 「第二百四十二條」であったのが「第二百四十一條」に修正されたのみであった（内田ほか編著・前掲『刑法（7）』351頁）。

(52) 内田ほか編著・前掲『刑法（7）』409頁。

(53) この点については、明治13年刑法典においては「数罪俱発」として吸収主義（現在の科刑上一罪と同様の処理）が採用されていたことから加重犯罪類型を必要としたという指摘がある（前掲『注釈刑法第4巻各論（3）』239頁〔嶋矢貴之執筆〕）。

(54) 浅田・前掲『刑法各論〔第2版〕』230頁など。