

強盗関連罪の身分犯的構成（一）

神 元 隆 賢

はじめに

第 1 章 ドイツにおける強盗関連罪

第 1 節 強盜的窃盜罪 (Räuberischer Diebstahl)

第 2 節 重強盜罪 (Schwerer Raub)

第 3 節 強盜致死罪 (Raub mit Todesfolge) (以上, 本号)

第 4 節 強盜謀殺 (Raubmord)

第 5 節 まとめ

第 2 章 事後強盜罪の身分犯的構成

第 3 章 強盜致死傷罪の身分犯的構成

第 4 章 強盜強姦罪の身分犯的構成

おわりに

はじめに - 問題の所在 -

わが国の刑法典における財産犯規定の中でも、強盗の罪に列挙される各種の犯罪は、窃盗罪、詐欺罪等とは大きく異なった性質を持っている。特に、刑法第 240 条に規定されている強盗致死傷罪は、財産犯としての性質と共に、生命・身体に対する罪としての性質を併せ持つものの、主として後者の性質が重要であると解されているのである¹⁾。そのため、死傷の結果が生ずれば、財物奪取は未遂であった場合にも強盗致死傷罪は既遂として成立するかという未遂・既遂の問題、強盗致死傷罪は財産犯の一つである強盗罪の結果的加重犯であるのか、それとも強盗罪と生命・身体に対する罪が結合した結合犯であるのかと

いう問題、財物奪取には関与したが暴行・脅迫には関与していない共犯の扱いに関する共犯と身分の問題等、解決の困難な問題が生じることになる。さらに、強盗致死傷罪については、強盗の機会に致死傷の結果が生ずればそれだけで既遂となるという「強盗の機会」説や、強盗致死傷罪は、致死傷の結果と財物奪取の先後を問わないで成立するといういわゆる「先後不問論」なども唱えられているが、このような解釈は果たして妥当なものと言えるのであろうか。「強盗の機会」説に対しては、死傷の結果と財物の奪取との間に因果関係ないし牽連関係がなければならず、これがない殺人・傷害の結果を強盗致死傷罪に含めるのであれば処罰範囲が不当に広くなるという批判が向けられている。「先後不問論」に対しても、手段と目的の順序が逆になるのは因果関係上問題があると批判されており、「強盗の機会」説と「先後不問論」は、因果関係を重視する観点から慎重に検討されなければならないであろう。

ところで、強盗致死傷に関する第 240 条は、「強盗が、人を負傷させたときは無期又は六年以上の懲役に処し、死亡させたときは死刑又は無期懲役に処する。」と規定され、事後強盗に関する第 238 条は、「窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫をしたときは、強盗として論ずる。」と規定され、強盗強姦に関する第 241 条は、「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。」と規定されている。この 3 つの規定は、文理上、窃盗犯人ないし強盗犯人を行為主体とする身分犯と解することも可能である²⁾。しかし、実際には、この 3 つの規定すべてが、規定形式通りに身分犯と解されているわけではない。

確かに、判例は第 238 条を身分犯と解しており³⁾、これを支持する論者もある⁴⁾。しかし、身分犯ではなく結合犯であると解する非身分犯説⁵⁾を採る論者も多い⁶⁾。このような対立は、事後強盗罪が身分犯であり、また結合犯でもあるということはある程度あり得ないということ为前提としていってよい。

身分犯説と非身分犯説では、結論においてどのような差異が生じるのであろうか。両説の結論の違いは、窃盗犯人の事後強盗に関与した窃盗身分のない共犯の扱いにおいて生じる。身分犯説の論者は、共犯と身分の問題として扱う。

そして、真正身分犯と解する論者は、共犯と身分に関する刑法第 65 条第 1 項を適用し、共犯を事後強盗罪の共犯として扱う。不真正身分犯と解する論者は、第 65 条第 2 項を適用し、共犯に対し、「通常の刑」となる暴行罪・脅迫罪の刑を科すべきであると主張する。これに対して、非身分犯説の論者は、事後強盗罪が結合犯であることを根拠に、共犯については承継的共犯を問題とする。そして、承継的共犯の理論を肯定する論者は、この共犯を事後強盗罪の承継的共犯として扱い、承継的共犯の理論を否定する論者は共犯には単なる暴行罪・脅迫罪を適用すべきと主張するのである。

以上のように、事後強盗罪に関する身分犯説と非身分犯説には、結論において明らかな差異があり、身分犯であるか、結合犯であるかという選択は、併存し得ない択一的なものであるべきだと思われる。身分犯と捉えるか承継的共犯と捉えるかは、単なる理由付けに過ぎないとする指摘もあるが⁷⁾、後行行為への共犯の問題に関する結論の妥当性を重視するものであって、身分犯と結合犯という性質が併存することを必ずしも認めているわけではないであろう。詳細は後述するが、もし、仮にこれを認めるのであれば、「窃盗」と「強盗」という文言を、身分と実行行為の二重の意味に解することになってしまう。併存を認めるにしても、身分犯としての意味と実行行為としての意味のどちらが優先されるのか、何らかの積極的な根拠を示す必要があるようにも思われる⁸⁾。

これに対して、事後強盗罪と同じ規定形式を有し、身分犯として解される余地のある第 240 条の強盗致死傷罪においては、身分犯か非身分犯かという問題はどのように議論されているのであろうか。少なくとも現在、強盗致死罪を身分犯、結合犯、結果的加重犯のいずれと解すべきかという点については、必ずしも事後強盗罪におけるように択一的なものでなければならぬと解されているわけではない。

平成 7 年刑法一部改正前の第 240 条は、「強盗人ヲ傷シタルトキ八無期又八七年以上ノ懲役二処ス死二致シタルトキ八死刑又八無期懲役二処ス」と規定されており、この「強盗人ヲ傷シタルトキ八…」という規定の「強盗」という文言は、実行行為と身分の二通りに解釈する余地があったと言ってよい。「強盗」を実行行為と解する見解からは、「強盗」行為によって死傷の結果が発生した

ものと解する結果的加重犯説と⁹⁾、「強盗」行為と殺人、致死、傷害、致傷行為の結合したものと解する結合犯説が導かれた¹⁰⁾。

これに対して、「強盗」という文言を「強盗犯人」と解する身分犯説は少数説にとどまっていた。確かに、結果的加重犯説と結合犯説の論者の多くも、「強盗」という文言は身分を指すと解する余地のあることを認めており、さらに進んで、強盗致死傷罪を身分犯であると明言する論者もある¹¹⁾。しかし、強盗致死傷罪を身分犯と解することによって、どのような結論が導かれるのかという点についてまで言及する論者はあまり見られないと言ってよい。身分犯であるならば、共犯と身分の問題となり得るが、刑法第 65 条第 1 項と同条第 2 項のいずれの共犯規定を適用すべきかという点について十分な議論がなされているとは言い難いのである。身分犯としての実体を考慮した解釈が積極的に展開されて然るべきであろう。第 240 条を結合犯ないし結果的加重犯と解するか、あるいは身分犯と解するかという選択は、後行行為に関与した共犯の問題を、承継的共犯として処理するのか、それとも共犯と身分の問題で処理するのかという点で、重要な意味をもつことになるからである。

強盗強姦罪・強盗強姦致死罪に関する第 241 条も、身分犯としての規定形式を有しているが、多数説は、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を「強盗」行為と「強姦」行為の結合犯と解しており、身分犯と解する論者は少数である。しかし、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪についても、事後強盗罪、強盗致死傷罪と同様に、身分犯として構成することも必要だと思われる。

以上のように、事後強盗罪、強盗致死傷罪、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪をすべて身分犯として構成しようとする立場を採る論者はほとんどないと言ってよいが、これらすべてを身分犯として構成すれば、強盗関連罪の後行行為のみに関与者を、すべて共犯と身分の問題として統一的に処理することができるという利点がある。しかし、身分犯的構成を採った場合に、承継的共犯、共犯と身分の問題、未遂・既遂時期等といった諸問題についてどのような結論が導かれるのかという点もまた議論されてしかるべきであろう。

本稿は、以上のような認識に立って、事後強盗罪、強盗致死傷罪、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を形式上のみならず実質上も身分犯として構成することに

よって、従来議論されていた強盗関連罪を巡る多くの問題について、解決を示すことを目的とする。

第1章においては、わが国の強盗致死傷罪を解釈する上で大いに参考となると思われるドイツにおける強盗的窃盗罪、重強盗罪、強盗致死罪、謀殺罪を巡る議論と、わが国の強盗関連罪を巡る議論を比較検討する。

第2章においては、事後強盗罪に関する非身分犯説（結合犯説）、真正身分犯説、不真正身分犯説について、それぞれ、共犯の処理をめぐる議論を検討するが、真正身分犯説、不真正身分犯説に拠った場合の「窃盗」という身分の喪失時期は、従来ほとんど議論されていなかったところであり、この点について、ドイツの強盗的窃盗罪における行為主体の解釈を参考にして考察を試みる。

第3章においては、強盗致死傷罪に関する結果的加重犯説、結合犯説について検討を加えた上で、身分犯的構成が可能か否かについて論ずる。事後強盗罪に関しては、第238条における「窃盗」という文言を窃盗の実行行為と解するか（非身分犯説）、あるいは窃盗身分を指すものと解するか（身分犯説）について、既に活発な議論が展開されている。しかし、第238条と規定形式の類似する第240条の「強盗」という文言が実行行為を意味するのか、あるいは強盗犯人という身分を意味するのかという議論は、あまり活発であるとは言えない。わが国の第240条を巡る議論について、第1章で概観したドイツにおける謀殺罪と身分犯に関する議論を参照することは、非常に有意義であるように思われる。さらに、身分犯的構成を採った場合に、「強盗の機会」説、未遂・既遂時期、殺害後の財物奪取に関する死者の占有等の諸問題についても考察を試みる。

第4章においては、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪に関する結合犯説に検討を加えた上で、従来ほとんど主張されていなかった身分犯的構成が可能か否かについて論ずる。

- 1) 団藤重光・刑法綱要各論（第3版・1990年）596頁は、「致死傷のばあいをとくに重く罰するのは、あきらかに本罪の主要な保護法益が、生命・身体にあることを物語っている」としている。また、大谷實・刑法講義各論（第4版補訂版・1995年）233頁は、さらに進んで、第240条の罪を「生命・身体に対する罪である」としている。もっとも、大谷・刑法講義各論（新版補訂版・2002年）251頁

は、「人身犯罪としての性格を有するものである」と説明を改めている。

- 2) 第 238 条と第 240 条が身分犯としての規定形式において共通していることを認めるものとして、岡本勝「事後強盗罪に関する一考察」香川達夫博士古希祝賀論文集・刑事法学の課題と展望(1996年)404頁。ただし、岡本教授は、後述するように、第 238 条については非身分犯説に立ち、第 238 条は結合犯であると主張されている。
- 3) 真正身分犯とするものとして、新潟地裁昭和 42 年 12 月 5 日下刑集 9 巻 12 号 1548 頁、東京地裁昭和 60 年 3 月 19 日判時 1172 号 155 頁。不真正身分犯とするものとして、大阪高裁昭和 62 年 7 月 17 日判時 1253 号 141 頁、大阪地裁堺支部平成 11 年 4 月 22 日判時 1687 号 157 頁。
- 4) 真正身分犯とするものとして、前田雅英・刑法講義総論(第 4 版・2006 年)468 頁。不真正身分犯とするものとして、大谷・各論(新版補訂版)243 頁、内田文昭・刑法各論(第 3 版・1996 年)281 頁。
- 5) 上野幸彦「窃盗犯人でない者が、窃盗犯人と意思連絡の上、財物の取還を拒ぐために共同して暴行を加え、被害者に傷害を負わせた場合の擬律」日本法学 53 巻 2 号(1988 年)139 頁、川端博・財産犯論の点景(1996 年)98 頁、島田聡一郎「事後強盗罪の共犯」現代刑事法 44 号(2002 年)19 頁、山口厚・刑法各論(補訂版・2005 年)229 頁、西田典之・刑法各論(第 3 版・2005 年)163 頁。
- 6) 岡野光雄「事後強盗罪」阿部順二他編・刑法基本講座第 5 巻(1993 年)122 頁は、「いずれの立場も、典型的な身分犯・非身分犯と比較すると、それぞれ不透明なところがある」と指摘している。
- 7) 西田・刑法各論(第 2 版・2002 年)178 頁では、このようにして、非身分犯説と身分犯説のいずれが妥当かについては明確にせず、ただ身分犯説に拠るならば真正身分犯説と解すべきであるとする。もっとも、西田・各論(第 3 版)163 頁は、窃盗未遂後の暴行・脅迫のみの関与者の処理に関して、「真正身分犯とした場合、65 条 1 項により...事後強盗の未遂となり、傷害の結果が発生すれば、240 条も適用されることになる。これに対して、承継的共犯の問題とするならば、窃盗未遂の場合には承継しないと解することが可能である。この点で本罪は身分犯ではなく、結合犯と解するのが妥当であろう」とする。
- 8) ただし、第 238 条、第 240 条、第 241 条を、全て、身分犯、結合犯、結果的加重犯のいずれかに統一的に解釈する必要はないという論拠にはなり得るかもしれない。詳細は後述する。
- 9) 木村亀二・刑法各論(1938 年)123 頁、小野清一郎・刑法講義各論(新訂 3 版・1950 年)244 頁、西村克彦・強盗罪考述(1983 年)48 頁、香川達夫・刑法講義〔各論〕(第 3 版・1996 年)534 頁。
- 10) 藤木英雄・刑法講義各論(1976 年)299 頁、福田平・刑法各論(全訂第 3 版増補・2002 年)245 頁、古江頼隆「窃盗犯人でない者が、窃盗犯人と共謀の上財物の取還を拒ぐため被害者に傷害を負わせた場合の擬律」研修 457 号(1986 年)65 頁。
- 11) 大塚仁・刑法講義〔各論〕(改訂増補版・1992 年)220 頁、板倉宏・刑法各論(2004 年)116 頁、井田良・刑法総論の理論構造(2005 年)398 頁。

第1章 ドイツにおける強盗関連罪

ドイツ刑法は、強盗罪及び強盗関連罪として、第249条の強盗罪 (Raub), 第255条の強盗的恐喝罪 (Räuberische Erpressung), 第250条の重強盗罪 (Schwerer Raub), 第252条の強盗的窃盗罪 (Räuberischer Diebstahl), 第251条の強盗致死罪 (Raub mit Todesfolge) を置いている。これに対して、わが国の刑法は、第236条の強盗罪, 第238条の事後強盗罪, 第239条の昏睡強盗罪, 第240条の強盗致傷罪・強盗傷害罪・強盗致死罪・強盗殺人罪, 第241条の強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を置いているが、ドイツとわが国の強盗関連罪の規定の仕方は、大きく異なっていると言える。

まず、ドイツの強盗罪は、第249条第1項において「人に対する暴行、または身体もしくは生命に対する現在の危険をもってする脅迫を用いて、他人の動産を、自己または第三者に不法に領得する目的で奪取した者は、一年以上の自由刑に処する。」¹⁾と規定されており、わが国の強盗罪と昏睡強盗罪に相当する²⁾。「強盗」を暴行・脅迫を用いた財物の奪取としている点では、わが国の刑法第236条第1項の強盗罪規定と同様である。また、ドイツの強盗罪は、第242条規定の窃盗 (Diebstahl) を目的とし、第240条規定の強要 (Nötigung) を手段とする特別犯罪 (lex specialis)³⁾ ないし結合犯 (zusammengesetztes Delikt)⁴⁾ と解されている。従って、保護法益もまた、窃盗罪における所有権及び財物に対する事実上の支配、そして強要罪における意思形成・意思活動の自由が挙げられている⁵⁾。強盗罪における強要の手段は、被害者の反抗を抑圧する程度に達している必要があるとされ、これに達していない場合には、わが国と同様、強盗罪ではなく、第253条規定の恐喝罪 (Erpressung) が成立する⁶⁾。強盗における財産の侵害は窃盗として評価されるのであるから、暴行・脅迫は、恐喝ではなく、強要として評価されているのであろう。これに対し、わが国の通説は、強盗罪を暴行罪ないし脅迫罪と窃盗罪の結合犯と解している⁷⁾。

ドイツの強盗的恐喝罪は、第255条において「恐喝が、人に対する暴力により、または身体もしくは生命に対する現在の危険をもってする旨の脅迫を用いて行われたときは、強盗と同様に罰する。」⁸⁾と規定されている。これは、恐喝

罪の加重類型であるとされ⁹⁾、暴行・脅迫により被害者が「任意に (freiwillig)」利益を移転した場合に成立する¹⁰⁾。行為者が暴行・脅迫後に財物を領得したとしても、被害者が任意に利益を移転していた場合には、行為者による他人の占有ないし共同占有への侵害が存在していないのであるから、強盗罪において結合する犯罪の一部である窃盗罪は完成せず、よって強盗罪もまた成立しない¹¹⁾。そして、暴行・脅迫はなされたものの、占有移転が被害者の「有効な同意 (wirksames Einverständnis)」に基づく場合には、その占有移転は強盗罪における「奪取 (Wegnahme)」ではなく、強盜的恐喝罪における被害者の任意の財産移転と解されるのである¹²⁾。また、強盗罪は客体を「動産 (bewegliche Sache)」と規定して財物に限定しているが、強盜的恐喝罪の客体は、基本犯である恐喝罪と同様の「財産 (Vermögen)」であり、これは財物、利益の両方を含む。従って、ドイツの強盜的恐喝罪の処罰範囲は、わが国の第 249 条規定の恐喝罪に加え、第 236 条第 2 項規定の 2 項強盗罪をも含むこととなる¹³⁾。客体が財物ではなく利益の場合に、強盜的恐喝罪の成立に被害者の任意の意思の存在が要求されている点は、わが国の 2 項強盗罪における処分行為の要否に関する議論にも影響を与えている¹⁴⁾。

ドイツの強盜的窃盗罪は、第 252 条において「窃盗の現行犯に当たる者が、窃取した財産の占有を保持するために、人に対して暴行を加え、または身体もしくは生命に対する現在の危険をもってする脅迫を用いたときは、強盗と同様に処罰する。」と規定されている¹⁵⁾。これは、わが国の第 238 条規定の「財物を得てこれを取り返されることを防」ぐ目的の事後強盗罪に相当する規定であるが、「逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅する」目的の場合は含まれない¹⁶⁾。また、わが国の事後強盗罪の構造については、非身分犯説 (結合犯説) と身分犯説の対立があるが、判例・通説は身分犯説を採っており、暴行・脅迫のみへの関与者に関する共犯と身分の問題は重要な論点となっている。しかし、ドイツでは、強盜的窃盗罪の行為主体に共犯も含まれるとされており¹⁷⁾、共犯と身分の問題は生じない。

ドイツの重強盗罪は、第 250 条第 1 項において「次の場合には三年以上の自由刑に処する。(1) 強盗における行為者または他の関与者が、(a) 武器、また

はその他の危険な器具を携行したとき。(b) その他暴行または暴行をもってする脅迫によって他人の反抗を阻止または抑圧するために、第1号 a に規定する以外の器具または道具を携行したとき、(c) 行為によって他人を重大な身体傷害の危険におとし入れたとき、または、(2) 行為者が、継続的に強盗または窃盗を実行するために結成された集団の構成員として、他の集団構成員の協力の下に強盗を実行したとき。」と規定され、さらに第2項において「強盗における行為者または他の関与者が、次の場合に該当するときには、五年以上の懲役に処する。(1) 行為の際に武器または他の危険な器具を用いたとき、(2) 第1項第2号の場合において武器を携行していたとき、(3) 他人の身体に(a) 行為の際に重大な虐待を加えたとき、または(b) その行為によって死の危険を惹起したとき。」と規定されている¹⁸⁾。すなわち、ドイツの重強盗罪は、武器等を携行した強盗(第1項第1号 a, 同 b)、重大な身体傷害の危険を惹起する強盗(第1項第1号 c)¹⁹⁾、集団強盗(第1項第2号)、武器等を使用した強盗(第2項第1号)、武器等を携行した集団強盗(第2項第2号)、虐待による強盗傷人(第2項第3号 a)²⁰⁾、生命の危険を惹起する強盗(第2項第3号 b)を、強盗罪より重く処罰するというものである。わが国の刑法典には、武装強盗、集団強盗を特に重く処罰する規定がなく²¹⁾、ドイツの重強盗罪は、わが国の刑法で言えば、強盗罪と強盗傷人罪(第240条前段)、強盗殺人未遂罪(第240条後段、第243条)にまたがった規定ということになる。

ドイツの強盗致死罪は、第251条において「行為者が強盗(第249, 250条)によって少なくとも軽率に他人を死亡させたときは、終身自由刑または十年以上の自由刑に処する。」と規定されている²²⁾。これは、わが国の強盗致死罪・強盗殺人罪(第240条後段)に相当する規定であるが、殺人の故意ある強盗殺人の場合には、生命に対する罪である第211条規定の謀殺罪(Mord)も成立し、強盗致死罪と観念的競合(Tateinheit)となるとされる。さらに、謀殺罪は身分犯と解されていることから、強盗殺人の共犯について、共犯と身分に関する第28条、第29条のいずれが適用されるかが重要な論点となっている。これに対して、わが国の強盗致死罪・強盗殺人罪は、生命に対する罪としての性質をも含む規定と解されている。さらに、強盗致死罪・強盗殺人罪は身分犯としての

規定形式を有しているにもかかわらず、共犯と身分の問題はほとんど議論されておらず、身分犯としての解釈もまた必ずしも十分にはなされていないように思われる。

また、ドイツ刑法は、わが国の強盗強姦罪・強盗強姦致死罪に相当する規定を置いておらず、その態様に応じて強盗罪・重強盗罪と強姦罪・強姦致死罪が成立することとなる。

以上のように、ドイツとわが国の強盗関連罪は、特に共犯と身分の処理に関して大きな相違がある。わが国の事後強盗罪、強盗致死傷罪を身分犯として構成しようとする際には、これに相当するドイツの強盗関連罪、すなわち強盗的窃盗罪、重強盗罪、強盗致死罪、そして謀殺罪における身分犯や罪数に関する議論が、大いに参考となるであろう。

1) 強盗罪 (第 249 条第 1 項) の原文は次の通りである。

Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem anderen in der Absicht wegnimmt, die Sache sich oder einem Dritten rechtswidrig zuzueignen, wird mit Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr bestraft.

2) ドイツにおいては、被害者の反抗を抑圧するため、麻酔薬等により被害者を昏酔させる行為は、強盗における暴行に当たると解されている。Adolf Schönke / Horst Schroder, Strafgesetzbuch Kommentar 27., neu bearbeitete Aufl. (2006), §249 RdN. 4 (Albin Eser).

3) BGH 20, 235; Herbert Tröndle / Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Aufl. (2003), §249 RdN. 1; Johannes Wessels / Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 23. Aufl. (2000), RdN, 317; Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6., neubearbeitete Aufl. (2002), §46 RdN. 2.

4) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 1 (Albin Eser); Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11 Aufl. (1992), §249 RdN. 1 (Gerhard Herdegen); Urs Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, Straftaten gegen Vermögenswerte, 4. Aufl. (2004), §13 RdN. 1; Wolfgang Jecoks, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 3. Aufl. (2001), §249 RdN. 1.

5) Tröndle / Fischer, a. a. O., §249 RdN. 1; Otto, a. a. O., §46 RdN. 1; Jecoks, a. a. O., §249 RdN. 1.

6) Jecoks, a. a. O., §249 RdN. 2.

7) 強盗罪を結合犯とする立場は非常に多いが、暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の結合犯と明言するものは、宮本英脩・刑法大綱 (1935 年) 214 頁、青柳文雄・刑法通論

各論（1963年）487頁、植松正・刑法概説 総論（再訂・1974年）318頁、佐伯千仞・刑法各論（訂正版・1984年）152頁、井田良・刑法総論の理論構造（2005年）452頁などのほかは、あまり見られない。しかし、結合犯説の論者のほとんどは、実際には暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の結合犯と解しているようにも思われる。これに対し、強盗罪を結合犯ではなく通常の犯罪形態とする立場として、江家義男・刑法各論（増補・1963年）295頁、香川達夫・強盗罪の再構成（1992年）1頁以下、大谷實・刑法講義各論（新版補訂版・2002年）28頁、大越義久・刑法各論（第2版・2001年）107頁。

8) 強盗的恐喝罪（第255条）の原文は次の通りである。

Wird die Erpressung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begangen, so ist der Täter gleich einem Räuber zu bestrafen.

- 9) Tröndle/Fischer, a. a. O., §255 RdN. 1; Kindhäuser, BT II., §18 RdN. 1.
 10) Jecoks, a. a. O., §255 RdN. 4; Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 2 (Eser).
 11) Jecoks, a. a. O., §249 RdN. 8; Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 2 (Eser).
 12) Jecoks, a. a. O., §255 RdN. 4.
 13) 牧野英一・刑法各論下巻（1951年）647頁。
 14) かつての判例は、2項強盗罪の成立に被害者の処分行為が必要であるとしていた（大判明治43年6月17日刑録16輯1210頁）。そして学説でも、ドイツにおいて利得強取の場合に成立する強盗的恐喝罪を参照し、わが国の2項強盗罪を恐喝罪類似の規定と理解しようとする観点から、この判例を支持する主張がなされていた（牧野・刑法研究4巻（1933年）388頁、同・各論下巻647頁、大場茂馬・刑法各論上巻（増訂4版・1911年）613、845頁）。しかし、現在の判例・通説は、2項強盗罪に意思表示ないし処分行為を必要とすべきではないと解している（大判昭和6年5月8日刑集10巻205頁、最判昭和32年9月13日刑集11巻9号2263頁。団藤重光・刑法綱要各論（第3版・1990年）589頁、川端博・財産犯論の点景（1996年）81頁、西村克彦・強盗罪考述（1983年）180頁、香川達夫・刑法講義〔各論〕（第3版・1996年）522頁、林幹人・刑法各論（1999年）216頁、山口厚・刑法各論（補訂版・2005年）220頁、西田典之・刑法各論（第3版・2005年）157頁）。詐欺罪、恐喝罪については、行為者の財物の取得が、被害者の瑕疵ある意思に基づく財産的処分行為によるものと見ることができることから、その成立に意思表示ないし処分行為を要求する意義がある。しかし、強盗罪においては、被害者の反抗を抑圧することから、任意の処分行為に基づく財産的取得というものは考えられず、従って意思表示ないし処分行為を要求する意義がないと解されているのである。さらに、「1項強盗では被害者の処分行為をまたないで、一方的に犯人が財物を奪取することが多い。2項強盗でも同様であるとすれば、被害者の処分行為を必要とするのは実際的ではないことになる」（西村・強盗罪180頁）という指摘もなされている。
 15) 強盗的窃盗罪（第252条）の原文は次の通りである。

Wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen, gegen eine Person Gewalt

verubt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitz des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen.

16) ドイツ刑法では、「逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅する」目的の暴行・脅迫に関する規定は特に置かれていないが、上記の目的の殺人に関しては、「他の犯罪行為を…隠蔽するため」の謀殺罪（第 211 条）が成立しうる。

17) BGH 6, 248.

18) 重強盗罪（第 250 条）の原文は次の通りである。

(1) Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn

1. der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub

a. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt,

b. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden,

c. eine andere Person durch die Tat in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt oder

2. der Täter den Raub als Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden hat, unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begeht.

(2) Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter oder ein anderer Beteiligter am Raub

1. bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet,

2. in den Fällen des Absatzes 1 Nr.2 eine Waffe bei sich führt oder

3. eine andere Person

a. bei der Tat körperlich schwer mishandelt oder

b. durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt.

(3) In minder schweren Fällen der Absätze 1 und 2 ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren.

19) この場合の「危険」とは、例えば、被害者を拳銃によって脅迫するといったような、現在の危険であると解されている。Vgl. Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 5.

20) ドイツ刑法第 250 条第 2 項第 3 号 a が適用されるためには、「重大な虐待 (schwere Misshandlung)」によって「身体傷害 (Körperverletzung)」が惹起されていなければならない、単なる身体傷害の危険の惹起では不十分であるとされている。Vgl. Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 13.

21) ただし、盗犯等防止法第 2 条は、常習の窃盗あるいは強盗の犯人が、「兇器ヲ携帯シテ犯シタルトキ (第 1 号)」や「二人以上現場ニ於テ共同シテ犯シタルトキ (第 2 号)」などに当たる場合を、窃盗罪、強盗罪より重く処罰している。この盗犯等防止法第 2 条第 1 号は、「常習トシテ」という要件があるものの、一応はドイツ刑法第 250 条第 1 号 a, 同 b, 同条第 2 項第 1 号に相当する規定と言える。また、盗犯等防止法第 2 条第 2 号は、ドイツ刑法第 250 条第 1 項第 2 号, 同条第 2 項第 2 号に相当する。

22) 強盗致死罪（第 251 条）の原文は次の通りである。

Verursacht der Täter durch den Raub (§§ 249 und 250) wenigstens leichtfertig den Tod eines anderen Menschen, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

第1節 強盜的窃盜罪 (Räuberischer Diebstahl)

ドイツ刑法は、第252条において、「窃盜の現行犯にあたる者が、窃取した財産の占有を保持するために、人に対して暴行を加え、または身体もしくは生命に対する現在の危険をもってする脅迫を用いたときは、強盜と同様に処罰する。」と規定し、強盜の手段を用いて盗品の取り返しを防ぐ場合 (Verteidigung der Diebesbeute mit Raubmitteln) を、「強盜類似の特別犯罪 (räubahnliches Sonderdelikt)」である強盜的窃盜罪 (Räuberischer Diebstahl) として処罰している²³。これは、わが国における「財物を得てこれを取り返されることを防」ぐ目的の事後強盜罪 (第238条) に相当する規定と言えよう。一方、わが国の「逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅する」目的の事後強盜罪に相当する規定は、ドイツ刑法に強盜関連罪としては置かれていない。しかし、上記の目的で殺人に出た場合には、「他の犯罪行為を…隠蔽するため」の謀殺罪 (第211条) が成立しうる。

第1項 窃盜の直後の暴行・脅迫

強盜的窃盜罪においては、窃盜は事前行為 (Vortat) として位置づけられている。そして、強盜的窃盜罪が成立するためには、まず窃盜が既遂に至っていなければならない²⁴、それに続く暴行・脅迫は、窃盜の直後、すなわち窃盜との「場所的・時間的近接性 (ein enger örtlicher und zeitlicher Zusammenhang)」が維持されている間に行われていなければならない²⁵。具体的には、行為者が窃盜の犯行現場周辺で直ちに暴行・脅迫を実行した場合がこれにあたとされる²⁶。もっとも、被害者が窃盜の現場を目撃している必要はなく、Aが窃盜の目的でB宅に侵入してBの装飾品等を鞆に詰め込み、B宅から去ろうとしたところで玄関ドアが開く音を聞いたため、部屋のドアの陰に隠れ、Bが部屋に入ってきたところで、あらかじめ持っていた棍棒でBを殴打してB宅から逃走したという事案について、ドイツ連邦裁判所は、窃盜直後の行為に当たると判示して、

強盜的窃盜罪の成立を認めている²⁷⁾。

また、強盜的窃盜罪における暴行・脅迫は、財物奪取を可能とするための強盜と同程度でなければならない²⁸⁾。具体的には、まず暴行は、強盜罪における暴行と同様、「人に対する」ものでなければならない。被害者の身体に間接的に向けられた作用であれば、「人に対する」暴行として十分であると解されるが、身体的な傷害を惹起しない程度の暴行は排除される²⁹⁾。例えば、窃盜の被害者が窃盜犯人を捕まえ、窃盜犯人がそれを振り払って逃げたという場合には、被害者への「人に対する」暴行に至っておらず、強盜的窃盜罪は成立しないとされる³⁰⁾。これに対して、暴行が物に対して向けられた場合であっても、行為者によって展開された有形力が、奪取の本質的な構成部分として、予想される被害者の反抗を妨げることができるであろうと思われるときや、それが特に被害者にとって身体的な抑圧と感じられたときには、強盜罪・強盜的窃盜罪における暴行にあたり解されている。例えば、被害者が、行為者からの攻撃を予想しつつ、物を両手で抱えていて、この物に有形力が向けられた場合や、首に掛けていたネックレスを引きちぎられた場合がこれに当たる³¹⁾。しかし、窃盜の被害者に捕まりそうになった窃盜犯人が、盗品を床に投げ捨てた場合には、被害者への「人に対する」暴行がないことから、強盜的窃盜罪は成立しないと解されている³²⁾。

次に、強盜的窃盜罪の脅迫は、強盜罪と同様、「身体・生命に対する現在の危険を伴った (mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben)」³³⁾脅迫でなければならない。しかし、脅迫の内容が、実際に具現化される見込みのありうるものであったかは問題ではなく、被害者がその実現を可能とみなしてさえいれば十分であるとされる。従って、実際には携行していない銃器、あるいは携行していても射撃できないモデルガン等を用いた脅迫も含まれる³⁴⁾。

一方、わが国の事後強盜罪における暴行・脅迫はどのように解されているであろうか。判例・通説は、事後強盜罪の暴行・脅迫は「窃盜の機会」、すなわち、窃盜と時間的・場所的接性のある状況で行われている必要があるとする³⁵⁾。この点は、窃盜と暴行・脅迫との「場所的・時間的接性」を要求するドイツの強盜的窃盜罪と共通している。

さらに判例・通説は、事後強盗罪における暴行・脅迫を、強盗罪と同様、人の反抗を抑圧するに足りる程度のものでなければならぬと解している³⁶⁾。特に強盗における暴行は、反抗を抑圧する程度の人に対する有形力の行使である「最狭義の暴行」に分類されるものでなければならぬとされている³⁷⁾。もっとも、そもそも暴行の概念の分類は、程度ではなく客体によってなされるべきであるとする主張もある³⁸⁾。この主張に拠って、客体を基準として暴行の概念を分類するならば、強盗における暴行は、強要罪と同様の、人に対する直接・間接の有形力の行使であって、人の身体に加えられ、人の身体に物理的に強い影響力を与えうる物に対して加えられるとを問わない「広義の暴行」に分類されることとなる。さらには、物に対する有形力の行使も、強盗における暴行に含めるべきとする主張もある³⁹⁾。

思うに、わが国の強盗罪が暴行罪と窃盗罪の結合犯であるという前提を重視するならば、強盗罪・事後強盗罪における暴行は、暴行罪における暴行と同じ、人の身体に対する直接・間接の有形力の行使である「狭義の暴行」であると解する余地もあるのではなからうか。もっとも、このように解釈する場合には、先に挙げたハンドバッグやネックレス等への暴行による奪取をどのように解するのが問題となるであろう。しかし、財物への暴行、すなわち、ハンドバッグの革ひもやネックレスを強く引っ張る等の行為自体が、被害者の身体への有形力の行使となっている場合には、人に向けられた「狭義の暴行」と解釈しうる。例えば、衣服越しに被害者の身体を掴んだ場合や、前述のネックレスを引きちぎった場合等は、物に対する暴行としてではなく、人に対する暴行として解することも可能である。さらに、物に対して向けられた暴行であっても、これを、動作による被害者の身体への加害の告知と考え、脅迫として処理する余地もあるであろう⁴⁰⁾。以上のように解するならば、「最狭義の暴行」を「狭義の暴行」に編入したとしても、強盗罪の処罰範囲を過度に狭めることにはならないのではないかとも思われる。

以上のように比較すると、ドイツの強盗における暴行の概念は、結論においてはわが国とほぼ同様であり、上述の暴行の程度を基準とした「最狭義の暴行」、あるいは客体を基準とした「広義の暴行」に近いものと思われる。ドイツの強

盗罪の、強要罪と窃盗罪の結合犯としての形態を重視するならば、客体による分類において強要罪と同様の「広義の暴行」に近い概念が採用されている点は、わが国より理論的一貫性に優れていると言えよう。

また、わが国においては、強盗における脅迫は、脅迫罪を規定する第 222 条によって、身体・生命に対するほか、自由、名誉、財産に対する害悪の告知でも足りるとされている。従って、自由に含まれる貞操や、自由・名誉に含まれるプライバシー、被害物より大きな価値のある財産に対する害悪の告知によって、被害者が反抗を抑圧されうる場合にも、強盗における脅迫が認められることとなる⁴¹⁾。このように、わが国の強盗における脅迫の概念は、ドイツと比べ広いものとなっている。

それでは、強盗における被害者の反抗の抑圧の解釈については、ドイツとわが国との間で相違があるであろうか。ドイツ刑法においては、暴行が、被害者が行った反抗の抑圧に用いられた場合と、事前に、予想される被害者の反抗の妨害のために用いられた場合は、強盗としての評価において同価値であると解されている。従って、被害者が突然頭を殴打され、これによって、即座に反抗不能な昏睡状態ないし死に至った場合には、被害者が実際に反抗に出ていないものの、強盗における暴行の存在は認められることとなる⁴²⁾。被害者の反抗を不能とする暴行は、無抵抗の状態に対しても問題とされるのである。

わが国においても、強盗における暴行は被害者の反抗を抑圧する程度であることが必要とされるが、実際に被害者が反抗を行ったうえでこれが抑圧されたか否かは問題とはされていない。従って、反抗の抑圧に関する基本的な考え方については、ドイツとわが国の間に相違はないと言えるであろう。

もっとも、具体的な事案の処理においては、ドイツとわが国の間に若干の相違が見られるようである。ドイツにおいては、強取のために被害者に麻酔薬を投与して意識不明とし、あるいは被害者を監禁した際に被害者が睡眠等で意識不明となった場合についても、麻酔薬投与や監禁行為が被害者を抑圧するために向けられているのであれば、被害者の反抗可能性が奪われているとして、強盗における暴行が認められている⁴³⁾。

これに対し、わが国においては、麻酔薬を投与して被害者の反抗を排除し財

物を奪取した場合には、昏酔強盗罪（第 239 条）の「人を昏酔させてその財物を盗取した者」にあたると解されており、ドイツにおける解釈論のように、敢えて暴行と解釈されることはない⁴⁴）。あるいは、行為者が薬物を被害者に注射したり無理矢理強引に経口投与して意識不明に陥らせた場合などは、これを暴行と解釈する余地があるかもしれないが、それによって被害者が抵抗不能となったとしても、それは薬物が効果を発揮した結果であって、暴行の結果であるとは言い難い。もっとも、薬物により昏酔させる行為を「暴行」と解さないというわが国の立場は、事後強盗罪の成立範囲に影響を与える。すなわち、昏酔強盗罪には事後強盗罪の規定が適用されないことから、行為者が、取り返し防止、逮捕の免脱、証拠の隠滅といった目的で、被害者に対し薬物を使用し昏酔させたという場合には、事後強盗罪が成立せず、暴行によらない傷害罪の成否が問題となるに過ぎないこととなるのである。

ところで、ドイツにおいては、被害者の反抗の抑圧の有無を判断する際に、暴行・脅迫の行為だけでなく、被害者側の事情についても考慮されている。例えば、エーザーは、被害者自身の主観的事情として、被害者に「一般的な反抗の意思 (genereller Abwehrwille)」があったか否かを問題としている⁴⁵）。すなわち、行為者による暴行・脅迫がなされたとしても、被害者がまだ「一般的な反抗の意思」を有しているならば、その時点で被害者は反抗を抑圧されてはならず、従って、強盗罪の既遂の成立は認められないとするのである。また、エーザーは、この「一般的な反抗の意思」の有無を判断する際には、被害者の反抗が単純に本能的反応に基づくものであったか否かは問題とはならず、行為者が誰を攻撃しようとしているのかを被害者が知っていたかどうかも重要ではないとする⁴⁶）。

一方、わが国においては、反抗に関する被害者の主観はあまり問題とされていない。行為者の行為が反抗を抑圧する程度に達していたか否かは、被害者の人数・年齢・性別・性格等といった被害者側の事情、犯行の時刻・場所等といった行為の状況、暴行・脅迫自体の強度・態様、行為者の人相等といった行為者側の事情を総合的に判断し、一般人を標準として、通常抵抗が不可能かどうかを基準として決定される。そして、行為者によって一般人の反抗を抑圧する

に足りる程度の暴行・脅迫が行われ、被害者が、剛胆であったために現実に反抗を抑圧されるに至らなかったものの恐怖心から財物を行為者に交付した場合は、行為者が財物を取得した以上、強盗罪が成立するというのが判例であり⁴⁷⁾、これを支持する学説⁴⁸⁾もある。これに対して、通説は、強取となるには被害者の反抗が抑圧されていなければならないという前提に立ち、上記の場合には強盗の着手があって結果は恐喝に終わったのであるから、恐喝罪が強盗未遂罪に吸収されるか、あるいは強盗未遂罪と恐喝罪の観念的競合となり、重い強盗未遂罪のみが問題となるに過ぎないとする⁴⁹⁾。これは、エーザーの上記の主張に近い考え方と言えるであろう。

第 2 項 主観的要素

強盜的窃盜罪の主観的要素としては、故意、及び「窃取した財物の占有を保持する」という目的が要求される⁵⁰⁾。この「窃取した財物の占有を保持する」目的とは、盗品を自己の財物とし、その財物を経済的に利用しようという意思であるとされている⁵¹⁾。この目的は、強盜的窃盜罪における行為者の動機となるものでなければならないが、他の動機を含んでいてもよく、単一の動機であることを要しない⁵²⁾。例えば、「窃取した財産の占有を保持する」目的のほかに、逃走の目的によって暴行・脅迫に出たとしても、強盜的窃盜罪は成立するとされるのである。しかし、行為者が逃走目的で暴行・脅迫に出た際に、窃取した財物のことを失念していた場合には、「窃取した財物の占有を保持する」目的を欠いているため強盜的窃盜罪は成立しないとされる⁵³⁾。

また、行為者が衣服を窃取し、それを着用することによって排他的に占有を確保したというような場合には、威嚇のための暴行を用いなくとも、その衣服を脱がされるということはありません、従って、逃走の際の暴行は強盜的窃盜罪を構成しないとされている⁵⁴⁾。

なお、強盜的窃盜罪の事前行為としての窃盜に、不法領得の意思が要求されるのは、強盜罪における財物奪取と同様である⁵⁵⁾。

わが国の「財物を得てこれを取り返されることを防」ぐ目的の事後強盜罪においても、暴行・脅迫の故意の他、取り返しの防止の目的が要求されており、

ドイツの強盜的窃盜罪において必要とされる主觀的要素と同様であるといつてよい。

第3項 未遂・既遂

ドイツの強盜的窃盜罪とわが国の事後強盜罪との間に、未遂・既遂犯の成立時期については、差異があるであろうか。

ドイツにおいては、強盜的窃盜罪が成立するためには、窃盜が既遂に至っていなければならず⁵⁶⁾、従つて、強盜的窃盜罪の既遂・未遂は窃盜の既遂・未遂によつては決定されないことになる。強盜的窃盜罪の既遂時期は、窃盜後の強盜的な暴行・脅迫の完成時に求められるのである。さらに、暴行・脅迫が未遂の場合には、窃盜罪と強盜的窃盜未遂罪の觀念的競合となる⁵⁷⁾。

一方、わが国においては、事後強盜罪の未遂は窃盜が未遂であり、暴行・脅迫が既遂の場合であると解されてお⁵⁸⁾、この点ではドイツの強盜的窃盜罪と異なつてゐる。しかし、ドイツの強盜的窃盜罪に対応する、わが国の取り返し防止の目的の事後強盜罪は、「財物を得て」いる、すなわち窃盜が既遂となつてゐることが前提とされてゐるのであるから、窃盜未遂の場合はあり得ないと解されてゐる⁵⁹⁾。もっとも、取り返し防止目的で暴行・脅迫を加えたが、結局、財物を取り返された場合には、事後強盜の未遂が認められるとする主張もある⁶⁰⁾。これに対し、暴行・脅迫の未遂を問題とする論者はわが国においては少ないが、内田教授は、窃盜が未遂の場合のほか、暴行・脅迫が未遂の場合も事後強盜未遂罪と解すべきと主張されてゐる⁶¹⁾。この内田教授の見解によれば、取り返し防止目的の事後強盜未遂罪は、ドイツの強盜的窃盜未遂罪と同じように、暴行・脅迫が未遂の場合に成立するということになる。

第4項 共犯

ドイツの強盜的窃盜罪とわが国の事後強盜罪との間に、共犯關係の処理については、差異があるであろうか。この問題は、窃盜の教唆犯・幫助犯が取り返し防止等の目的で被害者に対して単独で暴行・脅迫に出た場合と、窃盜には關与しなかつた者が暴行・脅迫に關与した場合とに分けることができよう。

まず前者の場合についてはどうか。ドイツにおいては、強盜的窃盜の行為者には、窃盜のみならず強盜の行為者も含まれるとされている⁶²⁾。そして、強盜的窃盜の行為者は、暴行・脅迫時において、既に、事前行為としての窃盜または強盜の行為者でなければならないが、この行為者には、窃盜または強盜の共犯も含まれると解されている⁶³⁾。ドイツ連邦裁判所も、B が C 宅に盗みに入り、A が見張りに立っていたところ、B が C に発見されたため、B は盗品を保持したまま逃走し、A は B の保持していた盗品を守る目的から、C に対し暴行を加えたという事案において、窃盜の幫助犯である A も、強盜的窃盜罪の正犯となると判示している⁶⁴⁾。また、自己の保持する盗品の占有を防衛する目的だけではなく、分配した仲間の盗品の占有を防衛する目的で暴行・脅迫を加えた場合も、強盜的窃盜罪を構成するとされている⁶⁵⁾。

一方、わが国の事後強盜罪においては、大阪地裁堺支判平成 11 年 4 月 22 日判時 1687 号 157 頁は、窃盜の幫助犯 A が窃盜の正犯 B の事後強盜致傷を幫助したという事案において、「事後強盜罪は、窃盜犯人たる身分を有するものが刑法 238 条所定の目的をもって、人の反抗を抑圧するに足りる暴行、脅迫を行うことによって成立するいわゆる真正身分犯であるところ、同罪の趣旨、罪質、法定刑等に照らすと、同条の『窃盜』には窃盜の幫助犯は含まれないと解するのが相当であるから、結局、A については、刑法 65 条 1 項、62 条 1 項により、事後強盜致傷罪の幫助犯が成立する。…窃盜の幫助罪は事後強盜致傷の幫助罪に吸収されると解することができる」と判示している。刑法第 238 条の「窃盜」に窃盜の幫助犯が含まれるかという問題に言及する学説は、これまでのところ皆無のようであるが、大部分の論者はこの判例の立場を肯定するのではないかと思われる⁶⁶⁾。従って、上記のドイツの判例事案における A の罪責は、わが国においては、窃盜罪の幫助犯と事後強盜罪の幫助犯を構成し、前者が後者に吸収されると解されることとなる⁶⁷⁾。

次に、後者の場合についてはどうか。ドイツにおいては、正犯が、事前行為(窃盜、強盜)によって得た盗品の占有を保持するために暴行・脅迫に出ることを知ったうえで、この暴行・脅迫に関与した者は、強盜的窃盜罪の共犯となると解されている⁶⁸⁾。

一方、わが国の事後強盗罪においては、事後強盗罪を結合犯、真正身分犯、不真正身分犯のいずれと解するかによって、暴行・脅迫のみの関与者の処理が異なる。すなわち、結合犯説（非身分犯説）に立つ場合には、この関与者について事後強盗罪の承継的共犯が成立すると解されており⁶⁹⁾、ドイツの強盜的窃盗罪の処理と類似する。これに対し、真正身分犯説に立つ場合には、暴行・脅迫部分のみの関与者は、「窃盗」の身分なき共犯として、共犯と身分に関する第 65 条第 1 項が適用され、事後強盗罪の共犯の罪責に問われる⁷⁰⁾。そして、不真正身分犯説に立つ場合には、同条第 2 項が適用され、暴行・脅迫部分のみの関与者は暴行罪・脅迫罪の限度で処罰されることとなる⁷¹⁾。

第 5 項 他罪との関係

ドイツにおける強盜的窃盗罪と他罪との関係については、事前行為が窃盗ではなく強盗である場合と、実行行為が暴行・脅迫に止まらず傷害・傷害致死に至っていた場合が問題となりうる。

まず、前者の場合についてはどうか。窃盗ではなく強盗が強盜的窃盗罪の事前行為であるときには、逃走の際の暴行・脅迫が強盗の程度に至っていなければ、強盜的窃盗罪ではなく、強盗罪として処罰される⁷²⁾。逆に、例えば、A が強盗後、逃走の際に盗品を守るために棍棒を「武器または他の危険な器具」として用いた場合、すなわち強盜的窃盗としての暴行・脅迫が重強盗の程度に至っていた場合であっても、財産の保持が主たる目的として行われていたならば、強盜的窃盗罪のみが成立する⁷³⁾。

一方、わが国においては、事後強盗罪の主体に強盗犯人は含まれないと解されている⁷⁴⁾。そして、判例は、強盗後の、強盗犯人の逃走の際の殺傷を、第 238 条ではなく第 240 条の問題として処理している⁷⁵⁾。学説上も、西田教授は、「窃盗犯人が逮捕を免れるため追跡者に暴行を加え、死傷の結果を生ずれば 238 条に基づき 240 条が適用されるが、強盗犯人の場合は、同じ行為をしても、窃盗でないという理由で 240 条が適用されないとするのは不合理」であるとして、「事後強盗類似」の殺傷を第 240 条の処罰範囲に含めるべきとされている⁷⁶⁾。これに対し、山口教授は、「強盗罪には窃盗罪が含まれていると解することが

できる」のであるから、強盗後の殺傷については、「窃盗」犯人に「強盗」犯人が含まれると解し、第 238 条に基づき第 240 条を適用することができる主張されている⁷⁷⁾。もっとも、西田教授のように、強盗後の殺傷を、第 238 条ではなく、第 240 条の問題として処理しようとするという解釈には合理性がある。すなわち、強取の意思で暴行・脅迫に及んだものの、財物奪取に着手できず逃走した強盗未遂犯人は、「窃盗」犯人とは言えず、この者が逃走の際に殺傷した場合には、第 238 条を適用することができないからである。あるいは、強盗後の逃走の際の暴行・脅迫が致死傷の結果を惹起しない程度にとどまっているのであれば、事後強盗罪が成立し、先行する強盗罪に吸収されると解する余地もあるかもしれないが、この点についての議論はあまり活発ではないようである。

次に、後者の場合についてはどうか。ドイツにおいては、傷害罪などの強盗罪以外の構成要件と、強盜的窃盗罪の構成要件に同時に該当する場合、両罪は観念的競合となる⁷⁸⁾。さらに、強盜的窃盗罪の行為者は強盗として扱われることから、実行行為が単なる暴行・脅迫にとどまらず、武器等を携行して行われた場合、重大な身体の危険を惹起した場合、集団で行われた場合、武器等を使用した場合、武器等を携行して集団で行われた場合、虐待により負傷させた場合、死の危険を惹起した場合には重強盗罪が適用され、被害者を死亡させた場合には強盗致死罪が適用される⁷⁹⁾。

一方、わが国においては、「窃盗の機会」に殺傷が行われた場合には、行為者は第 238 条により「強盗として論ずる」ものとされ、さらに、第 240 条の「強盗が、人を負傷させたとき」あるいは「強盗が、人を...死亡させたとき」に当たることから、強盗致死傷罪が適用されることとなる⁸⁰⁾。

第 6 項 小括

以上のように、ドイツの強盜的窃盗罪は、窃盗を「事前行為」と位置づけており、「事前行為」としての「窃盗」に「窃盗未遂」を含めないが、「窃盗の共犯」を含める点において、わが国における事後強盗罪の「窃盗」の解釈と大きく異なる。わが国の事後強盗罪では、「窃盗」には「窃盗未遂」は含まれるが、

「窃盜の共犯」は含まれないと解されているのである。

このうち、まず、「窃盜」に「窃盜未遂」が含まれるかという点は、強盜的窃盜罪、事後強盜罪の未遂をどのように観念するかという問題として現れる。ドイツにおいては、強盜的窃盜罪の未遂とは、暴行・脅迫が未遂である場合とされるが、わが国の取り返し防止目的の事後強盜罪は、一般には、未遂の態様を観念できないとされたり、財物を結局取り返された場合のみ未遂となると解されており、暴行・脅迫が未遂の場合の検討は不十分である。この点は、ドイツの強盜的窃盜罪の議論を参考に再検討すべきかもしれない。

また、「窃盜」に「窃盜の共犯」が含まれるかという点は、窃盜の共犯が強盜的窃盜罪、あるいは事後強盜罪の正犯となりうるかという問題として現れる。ドイツにおいては、窃盜の共犯も強盜的窃盜罪の正犯となりうるとされるが、わが国においては、窃盜の共犯は事後強盜罪の主体となり得ないと解されており、従って、窃盜の共犯が暴行・脅迫に出た場合には、事後強盜罪の共犯となるに過ぎない。

このように、ドイツの強盜的窃盜罪とわが国の事後強盜罪は、「窃盜」の解釈に起因し、既遂・未遂、そして共犯の処理において大きな差異を生じている。これらの点は、第2章においてわが国の事後強盜罪の身分犯的構成を検討する際に、大いに参考となるであろう。

- 23) Wessels/Hillenkamp, a. a. O., RdN, 361; Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 1; Otto, a. a. O., §46 RdN. 50.
- 24) Wessels/Hillenkamp, a. a. O., RdN, 362, 363; Otto, a. a. O., §46 RdN. 53; Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 3; Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 4.
- 25) Otto, a. a. O., §46 RdN. 54.
- 26) BGH 9, 255.
- 27) BGH 26, 96.
- 28) Otto, a. a. O., §46 RdN. 59; Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 4.
- 29) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 4 (Eser).
- 30) Otto, a. a. O., §46 RdN. 59.
- 31) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 4a (Eser).
- 32) Otto, a. a. O., §46 RdN. 59.
- 33) Tröndle/Fischer, a. a. O., §249 RdN. 5; Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 5

- (Eser); Otto, a. a. O., §46 RdN. 17.
- 34) Tröndle/Fischer, a. a. O., §249 RdN. 5.
- 35) 最決昭和 34 年 6 月 12 日刑集 13 卷 6 号 960 頁。大谷・各論 242 頁, 山口・各論 225 頁。
- 36) 大判昭和 8 年 7 月 18 日刑集 12 卷 1344 頁。団藤・各論 592 頁, 前田雅英・刑法各論講義 (第 3 版・1999 年) 205 頁, 林・各論 221 頁, 山口・各論 224 頁。
- 37) 牧野・刑法各論上巻 (1950 年) 31 頁, 植松正・刑法概論 各論 (再訂・1975 年) 261 頁, 団藤・各論 419, 592 頁, 川端・刑法各論概要 (第 2 版・1996 年) 34 頁, 大谷・各論 40 頁, 山口・各論 41 頁, 西田・各論 37 頁。
- 38) 斎藤誠二・刑法講義各論 (新訂版・1979 年) 306, 309 頁。
- 39) 木村亀二・刑法各論 (1938 年) 119 頁, 大谷・各論 231 頁。
- 40) 中森喜彦・刑法各論 (第 2 版・1996 年) 128 頁。
- 41) 平川宗信・刑法各論 (1995 年) 161, 354 頁参照。
- 42) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 4 (Eser).
- 43) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 4 (Eser).
- 44) 平川・各論 358 頁は, 麻酔薬等を投与する行為につき, 「暴行と解する余地もあるが, 暴行の定義規定が置かれていないため, 本 (第 239) 条が設けられていると解される。それゆえ, 典型的な形態の暴行により昏倒させて財物を奪うのは, 本来の強盗罪にあたる」と解している。このように解するのであれば, 被害者を薬物等により「昏倒させ」る行為は, 典型か非典型かはともかくとしても, 暴行の一種には当たると説明する必要があるように思われる。もっとも, 催眠術により「昏倒させ」る行為も暴行と言えるかは議論の余地があるであろう。これにつき, 斎藤 (誠)・各論 335 頁は, 催眠術をかける際の身振り手振り自体が「主として拳動による物理的な作用だとも考えられるので, 物理的な力ないしは有形力をつかうことだとも考えられる」とし, 催眠術を暴行の概念に含める解釈もまた, 必ずしも不可能なものではないと指摘している。
- 45) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 4 (Eser).
- 46) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 4 (Eser).
- 47) 最判昭和 23 年 6 月 26 日刑集 2 卷 7 号 748 頁, 最判昭和 24 年 2 月 8 日刑集 3 卷 2 号 75 頁。
- 48) 植松・各論 387 頁, 藤木英雄・刑法講義各論 (1976 年) 294 頁, 大谷・各論 230 頁。
- 49) 青柳・各論 492 頁, 瀧川春雄 = 竹内正・刑法各論講義 (1965 年) 175 頁, 井上正治 = 江藤孝・刑法学〔各則〕(全訂・1979 年) 125 頁, 平川・各論 355 頁, 中森・各論 128 頁, 西田・各論 153 頁, 植松・各論 388 頁 (吸収一罪とする), 山口・各論 214 頁 (観念的競合とする), 大阪地判平成 4 年 9 月 22 日判タ 828 号 281 頁 (観念的競合とする)。
- 50) Kindhäuser, BT II., §16 RdN. 13; Wessels/Hillenkamp, a. a. O., RdN. 370; Otto, a. a. O., §46 RdN. 60; Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 7.
- 51) BGH MDR 1987, 154.

- 52) BGH 13, 65; 26, 97; Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 9; Otto, a. a. O., §46 RdN. 61.
- 53) BGH MDR 1987, 154.
- 54) Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 7.
- 55) Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 2.
- 56) Wessels/Hillenkamp, a. a. O., RdN, 362, 363; Otto, a. a. O., §46 RdN. 53; Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 3; Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 4.
- 57) BGH 14, 115; Schönke/Schröder, a. a. O., §252 RdN. 13 (Eser); Otto, a. a. O., §46 RdN. 66; Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 10, 12.
- 58) 最判昭和24年7月9日判決刑集3巻8号1188頁。団藤・各論592頁, 平野・刑法概説(1977年)209頁, 大谷・各論243頁, 前田・各論203頁, 堀内捷三・刑法各論(2003年)136頁, 山口・各論226頁。
- 59) 団藤・各論591頁, 平川・各論357頁, 前田・各論203頁, 山口・各論226頁。
- 60) 植松・各論396頁, 西田・各論162頁。
- 61) 内田文昭・刑法各論(第3版・1996年)284頁。
- 62) Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 13; Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 9.
- 63) Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 11; Otto, a. a. O., §46 RdN. 63ff; Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 8.
- 64) BGH6, 248.
- 65) Otto, a. a. O., §46 RdN. 63.
- 66) なお, 只木誠・判評504号41頁(判時1731号203頁)参照。
- 67) 窃盗罪と事後強盗罪の罪数関係について言及する論者は少ないが, 大谷・各論243頁は, 窃盗罪が事後強盗罪と吸収一罪の関係にあるとする。大阪地裁平成11年判決は, これを前提として, 窃盗と事後強盗の幫助罪についても吸収一罪の関係を認めたものと解されよう。
- 68) Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 11.
- 69) 中森・各論134頁。
- 70) 大阪高判昭和62年7月17日判時1253号141頁, 大阪地裁堺支判平成11年4月22日判時1687号157頁。堀内・各論135頁, 井田良・刑法総論の理論構造(2005年)396頁, 前田・刑法総論講義(第4版・2006年)468頁。
- 71) 新潟地判昭和42年12月5日下刑集9巻12号1548頁, 東京地判昭和60年3月19日判時1172号155頁。内田・各論285頁, 大谷・各論242頁。
- 72) Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 13; Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 9.
- 73) Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 13; Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 9.
- 74) 前田・各論203頁, 大谷・各論241頁。
- 75) 最判昭和24年5月28日刑集3巻6号873頁, 最判昭和26年3月27日刑集5巻4号686頁。
- 76) 西田・各論165頁。
- 77) 山口・各論224頁。
- 78) Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 9.

79) Schönke/Schröder, a. a. O., §252 RdN. 12 (Eser); Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 10.

80) 山口・各論 232 頁, 西田・各論 165 頁。

第 2 節 重強盗罪 (Schwerer Raub)

ドイツ刑法は、第 250 条第 1 項において、「次の場合には三年以上の自由刑に処する。(1) 強盗における行為者または他の関与者が、(a) 武器、またはその他の危険な器具を携行したとき。(b) その他暴行または暴行をもってする脅迫によって他人の反抗を阻止または抑圧するために、第 1 号 a に規定する以外の器具または道具を携行したとき、(c) 行為によって他人を重大な身体傷害の危険におとしいれたとき、または、(2) 行為者が、継続的に強盗または窃盗を実行するために結成された集団の構成員として、他の集団構成員の協力の下に強盗を実行したとき。」と規定し、さらに同条第 2 項において、「強盗における行為者または他の関与者が、次の場合に該当するときには、五年以上の懲役に処する。(1) 行為の際に武器または他の危険な器具を用いたとき、(2) 第 1 項第 2 号の場合において武器を携行していたとき、(3) 他人の身体に (a) 行為の際に重大な虐待を加えたとき、または (b) その行為によって死の危険を惹起したとき。」と規定して、上記の要件を満たす態様の強盗を重強盗罪 (Schwerer Raub) とし、強盗罪より重い刑罰を科している。

この重強盗罪の規定は、特に第 2 項第 3 号 a が、わが国の刑法第 240 条前段 (強盗致傷罪・強盗傷害罪) に相当するようにも見えるが⁸¹⁾、わが国の強盗致傷罪・強盗傷害罪と単純に比較することはできないであろう。第 2 項第 3 号 a の重強盗罪は、「重大な虐待」によって傷害の結果を惹起していることが必要とされ⁸²⁾、傷害の有無よりも「重大な虐待」に重きが置かれており、重大な苦痛を伴う行為が行われた場合のみ適用される⁸³⁾。そして、「重大な虐待」には当たらないが傷害の結果が惹起された場合には、後述するように、強盗罪と傷害罪が成立し、両罪は観念的競合となるとされているのである。

また、第 2 項第 3 号 b 規定の「死亡の危険」を惹起する重強盗罪は、「死亡の危険」について、少なくとも「条件付き故意 (bedingter Vorsatz)」が要求さ

れ、「死亡の危険」を現実化させる故意のある場合にも成立することから⁸⁴⁾、わが国の強盗殺人未遂罪に相当する。

第1項 奪取

重強盗罪は、強盗罪の加重類型であり、強盗罪の構成要件に加えて、第250条規定の加重要件が充足された場合に成立する。従って、強盗罪における暴行・脅迫と財物奪取もまた、重強盗罪の成立要件となる。

それでは、ドイツの強盗罪における暴行・脅迫と財物奪取の関係は、どのように解されているのであろうか。ドイツの強盗罪においては、暴行・脅迫は、奪取を可能とする手段でなければならぬとされる⁸⁵⁾。従って、強盗罪が成立するためには、奪取の目的を伴った強要が行われ、その強要は奪取に先行していなければならない⁸⁶⁾。強要が「奪取に付随するもの (Begleiterscheinung der Wegnahme)」に過ぎない場合は、強盗罪は成立しない⁸⁷⁾。このような、強盗罪の成立に不十分な「奪取に付随する」に過ぎない強要としては、具体的には、強要の際に奪取が単に「偶然に (gelegentlich)」行われた場合や、奪取が強要に続いて行われたとしても、強要の際に奪取の目的が伴っていない場合などが挙げられる⁸⁸⁾。既に奪取が完成し、それに続いて盗品を保全するために暴行・脅迫が行われた場合は、強盗罪ではなく、強盜的窃盗罪の問題となる⁸⁹⁾。もっとも、脅迫が先行していたと見なされる場合には、それが強盗罪の奪取の手段として評価されうるとされる⁹⁰⁾。

さらに、重強盗罪の加重要件についても、「重大な身体傷害の危険」(第1項第1号c)、「死亡の危険」(第2項第3号b)は、「強要の手段 (Nötigungsmittel)」によって直接惹起されなければならないとされる⁹¹⁾。武器または他の危険な凶器の使用(第2項第1号)も、武器、危険な凶器自体が事実上、強盗における強要を現実化させるものであると解されている⁹²⁾。

強要行為を中心としたドイツの強盗罪・重強盗罪の解釈は、上述したように、強盗罪を強要罪と窃盗罪の結合犯と解するドイツの解釈論に立脚したものである。故に、わが国の強盗罪の解釈と比較する場合には、ドイツの強盗罪・重強盗罪における強要と奪取の関係を、わが国の強盗罪における暴行・脅迫と奪取

の關係に置き換えて理解する必要がある。そして、そのように理解した場合には、後述するように、暴行・脅迫と財物奪取の先後關係を問わないわが国の判例・通説の立場（先後不問論）とドイツのそれとは、全く異なるということになる。

また、行為者によって、人身の自由の侵害が長期に渡ってなされていたならば、「継続的暴行 (fortdauernde Gewalt)」がなされているものとして、被害者の抵抗不能状態の継続ないし利用の存在が認められる⁹³⁾。

ところで、強要と奪取の間に、客観的な因果關係が存在しなければならないと解すべきか否かについては争いがある。必要説を採る論者は、既に行われた強要と奪取につき、客観的に、被害者に対して向けられた強要の手段を用いることによって、その奪取が可能となったという事実が必要であるとするが、その根拠として、強盗罪と窃盗罪、強要罪の性質の違いを挙げる。すなわち、強盗罪が窃盗罪と区別して評価されるのは、強要の手段が窃盗の実行に寄与しているという事実が存在することによるのであるから、強盗罪の成立においては、単なる「強要罪（ドイツ刑法第240条）における威嚇による恐喝 (Nötigung durch Drohung bei §240)」ではなく、「威嚇を用いた奪取 (Wegnahme unter Anwendung von Drohung)」が要求されるべきであると主張するのである⁹⁴⁾。これに対して、不要説を採る論者は、奪取を目的として、特別の強要の手段が用いられた時点で、既に不法・責任の内容は十分に実現されているのであるから、強要と奪取の關係は、すべて行為者の認識において存在すれば足りると言うべきであるなどとして、強要と奪取の間に因果關係は必ずしも必要ではないと主張している⁹⁵⁾。この立場に拠るならば、暴行あるいは脅迫は、行為者にとって主観的に奪取として用いられていれば、強盗罪を認めるに十分であるとされることになる。

わが国においては、強盗罪の成立には、暴行・脅迫と奪取の間に客観的な因果關係が要求されており、ドイツの前者の立場と同様の理論を採用していると言えよう。

また、債権者が債務者に暴行・脅迫を加えて金員を奪ったというような、いわゆる権利行使の場合についても、強盗罪が認められるかが問題となるが、ド

イツでは、これを消極的に解するのが一般である。すなわち、通説は、強盗罪を含む財産犯の各規定は、所有権を保護するものであって、所持の保護は、所有権の保護の結果として、所有権と同時に、かつ部分的に保護されるに過ぎないものとする、わが国で言えば本権説と同様の立場を採っており⁹⁶⁾、従って権利者による権利行使は、財産犯を構成しないこととなるのである。

もっとも、ドイツ連邦裁判所が権利行使の場合に強盗罪の成立を消極的に解する理由付けは様々である。ドイツ連邦裁判所は、債権者Aが債務者Bに金を返すように要求し、Bがこれに応じなかったところ、AがBに暴行を加えて財布から金員を奪ったという事案について、金銭のような種類債権に関し、債務者が債務弁済のための特定をする前に、債権者が不特定物の中から自力でこれを奪った場合には、自力救済とは言えないものの、代替性のある金銭債権の債権者が、債務者のその時所持している金銭を要求できると思うことはありうるものであり、構成要件の錯誤を認める余地があると判示している⁹⁷⁾。これに対し、Aが売春婦Bに金を盗まれ、後日、Aが別の売春婦Cを盗人Bと間違え、Cを脅迫してCの財布を奪ったという事案については、Aは、適法な状態を作り出そうという意思のみで行為に及んでいることから、不法領得の意思を欠くと判示して、強盗罪の成立を否定している⁹⁸⁾。後の判例は、前と異なり、金銭債権に関する権利行使の違法性を否定しており、本権説を採る通説の立場にかなり近いものと言えよう。

一方、わが国においては、判例は、権利行使の事案の場合には、財産犯の構成要件該当性が阻却されると解しているようである⁹⁹⁾。これに対し、窃盗犯人からの現場での取り戻しの事案の場合には、構成要件該当性ではなく、違法性のレベルで正当防衛の成否が問題となると解している判例もあるが¹⁰⁰⁾、いずれにせよ、近時の判例は、権利行使、取り戻しの事案については、財産犯の成立を否定する傾向にあるといつて良いであろう。

第2項 主観的要素

重強盗罪が成立するために必要な主観的要素は、強盗罪が成立するために必要な主観的要素と同じである。すなわち、故意の他に、強盗罪において要求さ

れる「不法領得の意思 (Zueignungsabsicht)」が、「超過的内心傾向 (überschießender Innentendenz)」として必要となる¹⁰¹⁾。

これに対し、わが国の強盗罪、強盗致死傷罪については、故意に加えて、窃盗罪、横領罪等に要求される不法領得の意思が必要であるかが争われている。

判例は、下級審においてではあるが、一様に、強盗罪における不法領得の意思は必要であるという立場を採っている。例えば、東京地判昭和 62 年 10 月 22 日判時 1293 号 177 頁は、A がタクシー運転手 B から金員を強取しようとして、タクシーに乗車し、車内において包丁を B に突きつけて脅迫したところ、B が車外に飛び出したので、A は B が残した金員を奪ってタクシーを運転して逃走し人のいない所で乗り捨てようとして、タクシーを降りて B を追いかけさらに氣勢を示して脅迫し反抗を抑圧したうえで、A 自らタクシーを運転して逃走したという事案について、タクシーの強取につき不法領得の意思の有無が争われところ、A がタクシーを乗り捨てる意思であったとしても、不法領得の意思を有していたことは明らかであるとして、強盗罪の成立を認めているのである¹⁰²⁾。

これに対し、学説上は、強盗罪、強盗致死傷罪における不法領得の意思の要否について特に注目している論者が多いとはいえないが、一応、この問題に関する立場は、以下の 3 つに分けることができよう。

第 1 は、領得罪全般について不法領得の意思が必要であるとしたうえで、強盗罪、強盗致死傷罪でも不法領得の意思が必要であるとする立場である¹⁰³⁾。判例もこの立場に立つものと解される¹⁰⁴⁾。

第 2 は、領得罪全般について不法領得の意思は不要であるとし、従って強盗罪、強盗致死傷罪においても不法領得の意思は不要であるとする立場である¹⁰⁵⁾。領得罪全般について不法領得の意思を不要とする根拠としては、一時使用も可罰的であり、毀棄・隠匿の罪との区別も領得罪への着手時に客観的に判断できるなどという点が挙げられている¹⁰⁶⁾。

第 3 は、領得罪全般について不法領得の意思が必要であるとしながらも、強盗罪、強盗致死傷罪については不法領得の意思の必要性について消極的に解する立場である。この立場の論者は、窃盗罪と異なり、強盗罪については、2 項

強盗罪（第236条第2項）の規定があるから、一時使用の目的で暴行・脅迫を用いて財物を奪うといういわゆる使用強盗は、この2項強盗罪になると解するものであって、強盗罪における不法領得の意思の重要性は、窃盗罪と比べて低いと指摘する¹⁰⁷⁾。もっとも、領得罪のうち、強盗罪、強盗致死傷罪には不法領得の意思はまったく不要とする論者は皆無のようである。

これらの学説のいずれを採るべきかは、不法領得の意思に関する一般的な議論にも関係するところであるが、少なくとも、強盗罪、強盗致死罪を他の領得罪とは別に扱う必要はないであろう。なぜなら、不法領得の意思の存在を必要とすることによって、暴行・脅迫によって毀棄・隠匿に出た場合を強盗罪の処罰範囲から除外することができるし、また、いわゆる1項犯罪と2項犯罪の区別は重視されるべきだとする観点から見ると、不法領得の意思のない使用強盗について1項強盗罪は成立せず、この場合には2項強盗罪によってのみ処罰しうることを明確にする点で、大きな意義があるように思われるからである。

また、ドイツにおける強盗の故意は、強要と奪取に関連していなければならないとされる¹⁰⁸⁾。さらに、暴行・脅迫という手段は、奪取のために被害者の反抗を抑圧するという目的を伴った、いわゆる「目的関係 (Finalzusammenhang)」にななければならない¹⁰⁹⁾。行為者が、当初は暴行行為に出たものの、それからさらに発展して奪取に出たとしても、単に一個の強盗が問題となるに過ぎず、強盗と窃盗の観念的競合は問題とはならない。また、行為者が、当初、奪取しようとしたものとは別の財物を誤って持ち去った場合には、奪取が別の財物の領得に向けられていないから、単なる強盗未遂となるとされる¹¹⁰⁾。もっとも、行為者が奪取しようとした金額と、実際に領得した金額に差異があったとしても、強盗罪の成立は妨げられないとされる。ドイツ連邦裁判所は、Aが5ドイツマルクを奪おうとしてBを殴打し、その所持していた財布を開けて中を見たところ、5ドイツマルクを超える多額の金員が入っていたので、その金員をすべて領得したという事案につき、全体について単一の強盗罪が成立するとしている¹¹¹⁾。

ドイツの強盗罪は、このように、暴行・脅迫と奪取の「目的関係」を要求することにより、成立範囲の制限を行う点に特徴があると言える。これは、強盗

罪の領得部分と暴行・脅迫部分が、目的と手段の関係になければならないとされていることに起因する。もっとも、わが国の強盗罪においても、暴行・脅迫と財物取得の間に、目的と手段の関係の存在を要求するかはともかくとしても、少なくとも因果関係が要求されるということについては異論はないことから¹¹²⁾、結論としては大きな差異は生じないであろう。

また、「重大な身体傷害の危険」(第1項第1号c)や、「死亡の危険」(第2項第3号b)を惹起する重強盗罪は、加重的結果について「少なくとも過失 (zumindest Fahrlässigkeit)」が必要であるとする第18条規定の結果的加重犯ではなく、「危険」について、少なくとも「条件付き故意」が要求されているのである¹¹³⁾。例えば、強盗の行為者が、意図的に具体的な「重大な身体傷害の危険」を惹起したが、前もってその「重大な身体傷害の危険」の現実化も予見していたという場合には、「重大な身体傷害の危険」を惹起する故意と「身体傷害」の故意が併存していると解されているのである¹¹⁴⁾。

第3項 未遂・既遂

重強盗罪の未遂・既遂は、重強盗罪の加重要件が充足されていることを前提としたうえで、強盗罪の未遂・既遂によって決定される。

すなわち、重強盗罪の未遂は、強盗の着手が既になされており、さらに重強盗罪の加重要件が充足された場合に認められる¹¹⁵⁾。従って、行為者に重強盗の故意があり、強盗の着手がなされたけれども、重強盗罪の要件が充足されていない場合には、強盗罪の未遂にはなるが重強盗罪の未遂には至っていないとされる¹¹⁶⁾。また、未だ強盗の着手がなされておらず、単に強盗の準備のために武器を携帯した時点(第1項第1号a, 同b)や、集団強盗の構成員が集合した時点(第1項第2号)では、重強盗の実行の着手があったとは言えないとされる¹¹⁷⁾。

強盗の着手は、構成要件に属する直接的な行為が計画された時点で認められるとされている¹¹⁸⁾。しかし、「行為者から見て (Aus der Sicht des Täters)」法益の具体的危険が発生していない場合には、強盗予備とはなっても未遂とはならない¹¹⁹⁾。判例は、被害者が計算上その時間に到着するに違いない場所を犯行

の現場とし、行為者が攻撃の準備をしてそこで待ち伏せていた場合¹²⁰⁾や、行為者が被害者の連れを暴行した場合¹²¹⁾、あるいは武器を露出させて郵便配達人の前に姿を現した場合¹²²⁾等において強盗罪の未遂犯の成立を認めており、さらに重強盗罪の加重要件も充足されたならば、重強盗罪の未遂犯が成立することとなる。また、直接的な財物奪取の目的が、暴行の際に継続して伴っていた場合には、その暴行は強盗未遂を意味することとなる。行為計画上、奪取との直接的な時間的つながりの存在が予定されていない暴行行為は、単なる予備行為であるとされている¹²³⁾。

重強盗罪の既遂は、重強盗罪の加重要件が充足され、かつ強盗が既遂に至った時点で成立する。従って、強盗罪の既遂時期に関する議論は、重強盗罪の既遂時期について決定的な意味を有している。

強盗罪の既遂時期は、奪取の完成時であると解されており、行為者自身の部屋への奪取物の運搬を伴った段階では遅すぎるが、暴行あるいは脅迫が完成しただけでは不足であるとされている¹²⁴⁾。また、行為者が占有保持者の反抗を抑圧した場合には、財物を行為者のそばに移動させた時点で奪取が完成するものとされている¹²⁵⁾。もっとも、強盗罪の既遂時期は、行為者の計画によっても左右される。判例は、Aが、Bのハンドバッグの中にあると思われる現金を奪おうとして、暴行を用いてハンドバッグを奪い取ったが、中身を確認したところハンドバッグの中には現金が入っておらず、ハンドバッグを投げ捨てたという事案につき、これは強盗未遂とならしている¹²⁶⁾。これに対し、AがBの財布を暴行を用いて奪ったが、後で財布の中身を確認したところ硬貨しか入っていなかったため財布を投げ捨てたという事案について、強盗既遂が成立するとした判例¹²⁷⁾もある。後の判例については、Aはいくらかの金銭を強取し、その目的がある程度達成されているのであるから、客体の価値に関する錯誤は強盗既遂の成立を妨げないということであると理解されている¹²⁸⁾。このように、ドイツにおいては、未遂・既遂の成立時期は、行為の客体の客観的危険よりも、行為者の主観的危険の程度が重視されているようである。

これに対し、わが国の強盗致死傷罪、強盗罪の未遂・既遂はどのように解されているだろうか。

まず、強盗傷人罪、強盗殺人罪の未遂・既遂は、殺傷の未遂・既遂によって決定され、財物奪取の完成の有無は未遂・既遂に影響しないと解されており¹²⁹⁾、財物奪取の完成を必要とするドイツの重強盗罪の既遂とは大きな差異がある。

次に、強盗罪の未遂・既遂はどうか。判例は、凶器を持ち被害者宅の表戸を叩いた行為¹³⁰⁾、自動車強盗の目的で乗車し、自己の着用しているズボンの革バンドを凶器に使用することを決心して犯行を窺う行為¹³¹⁾、強盗目的で、出刃包丁、刺身包丁、ジャックナイフ、懐中電灯を買い求め、これを携えて徘徊した行為¹³²⁾について、強盗未遂罪ではなく強盗予備罪が成立すると判示している。そして通説は、財物・利益強取の意思をもって暴行・脅迫が開始された時点で、強盗の着手が認められるとしている¹³³⁾。このような判例・通説の立場に立つならば、ドイツでは強盗未遂となるとされている強盗目的での待ち伏せは、わが国では、未遂には至らない、強盗の予備行為と解されることとなるう。

強盗罪の既遂については、窃盗罪における取得説と同様、他人の占有を侵害して財物を自己の占有に移動した時、すなわち、自己の事実的支配に置いた時に成立すると解するのが通説である¹³⁴⁾。単に財物に手を触れただけ（接触説）では足りないが、財物を他に移転し（移転説）、または隠匿すること（隠匿説）は必要ではない。さらに、強盗においては、被害者は反抗を抑圧された状態にあるので、占有の移転が實際上やや早く認められることはありうるとの指摘もある¹³⁵⁾。強盗罪の既遂時期については、ドイツとわが国の解釈に大きな差異はないと言えよう。

第 4 項 共犯

重強盗罪の共犯についても、共犯の一般規定が適用される¹³⁶⁾。「重大な身体傷害の危険」（第 1 項第 1 号 c）や、「死亡の危険」（第 2 項第 3 号 b）を惹起する重強盗に関しては、各関与者（行為者または共犯）は、それぞれ、「危険」を惹起する故意を有しているか否かに応じて、重強盗罪と強盗罪のいずれの罪責に問われるかが決定される¹³⁷⁾。共犯者間で事前に計画した強盗の行為から

逸脱して重強盗に至った関与者がいた場合、共犯の「過剰 (Exzess)」とみなされ、他の関与者は重強盗罪ではなく強盗罪によって処罰される¹³⁸⁾。しかし、関与者の「過剰」を許容、または利用しようとした他の関与者は、重強盗罪の罪責に問われる¹³⁹⁾。

これに対し、わが国の判例は、強盗の関与者の1人の暴行によって被害者が死傷した場合には、関与者すべてについて強盗致死傷罪が成立するとしている¹⁴⁰⁾。判例は、結果的加重犯の加重的結果につき、基本犯と加重的結果との間に条件的因果関係があれば足りるとし、行為者の過失の存在を要求していないのである¹⁴¹⁾。

もっとも、ドイツにおいても、関与者の1人が惹起した「死亡の危険」が現実化し、強盗致死罪が成立した場合、他の関与者もまた、死の結果を軽率に惹起したものとして、強盗致死罪の罪責に問われる¹⁴²⁾。これは、重強盗罪と異なり、強盗致死罪が結果的加重犯と解されていることに起因する。

第5項 他罪との関係

重強盗罪は、わが国の強盗罪と強盗傷人罪、強盗殺人未遂罪にまたがった内容を含むが、惹起された傷害の態様や「危険」を惹起する故意の有無などによって、適用される規定や罪数関係が変化する。

まず、強盗により傷害が発生した場合には、通常は、第249条に規定される強盗罪と第223条に規定される傷害罪の観念的競合となる¹⁴³⁾。しかし、傷害の態様が第226条に規定される重傷害罪 (Schwere Körperverletzung) に該当した場合には、強盗罪と重傷害罪の観念的競合となる¹⁴⁴⁾。さらに、行為者が「重大な身体傷害の危険」を惹起する故意によって被害者を「重傷害」に至らしめた場合には、重強盗罪（第1項第1号c）と重傷害罪の観念的競合となる¹⁴⁵⁾。

次に、傷害が第250条第2項第3号aの「身体に対する重大な虐待 (körperlich schwer mißhandelt)」に該当する場合には、重強盗罪（第2項第3号a）一罪が成立する。もっとも、「身体に対する重大な虐待」の内容はやや複雑である。「身体に対する重大な虐待」の文言は、児童に対する重い性的虐待罪 (Schwerer sexueller Mißbrauch von Kindern) に関する第176条a第5項第1号に

も同様に存在し、両規定の「身体に対する重大な虐待」の解釈は共通したものであるとされる¹⁴⁶⁾。また、「身体に対する虐待 (körperlich mißhandelt)」とは、傷害罪における「傷害」と同義である¹⁴⁷⁾。もっとも、「身体に対する重大な虐待」は、重傷害罪における「重傷害」や、監禁致傷罪 (Freiheitsberaubung) に関する第 239 条第 3 項における「重大な健康侵害 (schwere Gesundheitsschädigung)」とは別のものと解されている¹⁴⁸⁾。保護義務者虐待罪 (Mißhandlung von Schutzbefohlenen) に関する第 225 条第 1 項の「野蛮な虐待 (rohen mißhandelt)」も、「身体に対する重大な虐待」というには十分ではない¹⁴⁹⁾。「身体に対する重大な虐待」は、第 250 条第 2 項第 3 号 b における「死亡の危険を惹起した」重強盗と同価値であることから、その意味は厳格に解釈されるべきであり、具体的には、被害者の身体の完全性の重度の侵害、すなわち、健康に対する重大な障害が残存した場合や、苦痛を与える拘束具を用いて被害者の抵抗を抑圧する等といった、重大な苦痛を伴う行為がなされた場合が、これに該当するものと解されている¹⁵⁰⁾。

これに対して、わが国の強盗致傷罪・強盗傷害罪 (第 240 条) の傷害の内容は、どのように解されているであろうか。わが国の判例・通説は、強盗致傷・強盗傷害罪の傷害の内容を、傷害罪と同様のものと解している¹⁵¹⁾。従って、ドイツにおける場合と異なり、傷害の内容によって適用条文が考慮されることはない。しかし、下級審判例の中には、強盗致傷罪・強盗傷害罪の傷害につき「病変或は創傷の内、少くともある程度の生活機能の毀損を伴うものであることを要する」として、傷害罪と強盗致傷罪・強盗傷害罪の傷害概念の相対性を認めるものがあり¹⁵²⁾、これを支持する学説も有力である¹⁵³⁾。傷害概念の相対性を肯定する論者は、その論拠として、反抗を抑圧する程度の暴行を加えれば軽度の傷害を生じる場合が多く、傷害が軽度の場合に第 240 条前段の重い刑を科すのは、刑事政策的に妥当ではない点を挙げ、傷害概念は法定刑との関係で構成要件ごとに解釈すべきである等と主張する。この相対的な傷害概念を肯定する説に立った場合には、ドイツの場合と同様、傷害の内容が問題とされることとなる。

この相対的な傷害概念を肯定する説に対して、香川博士は次のように批判し

ている。すなわち、「204条所定の傷害についてさえ、軽微なそれは排除すべきだとする所説もみられる。…こうした所説に対して、なお、法定刑の重いことを理由に、傷害罪にいう傷害概念から排除すべき軽微な傷害と、本（第240条の）罪の傷害から排除すべき軽微な傷害とを区別すべきだということであろうか」とし¹⁵⁴）、さらに強盗致傷罪・強盗傷害罪が、「強盗の機会」に傷害を与えることによって成立する犯罪であるという判例・通説の前提を採用するのであれば、「強盗の機会」に行われた軽微な傷害であっても強盗致傷罪・強盗傷害罪の成立を認めるべきであり、「そうだとすると、前者の法定刑を理由にする基礎づけは、その姿を消してゆく結果になりかねない。どうするつもりなのだろうか」とするのがそれである¹⁵⁵）。しかし、傷害罪の傷害概念から軽度の傷害を除くという前提に立つならば、軽度の傷害は「暴行」であるに過ぎず、第204条の「傷害」、第240条の「傷害」のいずれにも該当しないと解すべきであるし、そしてこのように解することによって、傷害概念の統一性自体も守られるようにも思われる¹⁵⁶）。

ドイツでは、重強盗によって被害者が死亡した場合はどうなるであろうか。「重大な身体傷害の危険」を惹起する重強盗によって、被害者が実際に死亡した場合には、強盗致死罪が成立し、第1項第1号cの重強盗罪はこれと法条競合の関係となる¹⁵⁷）。「死亡の危険」を惹起する重強盗によって被害者が実際に死亡した場合には、第2項第3号bの重強盗罪と第227条に規定される傷害致死罪（Körperverletzung mit Todesfolge）の観念的競合となるが、同時に第2項第3号bの重強盗罪は強盗致死罪と法条競合の関係となり¹⁵⁸）、傷害致死罪もまた強盗致死罪と法条競合の関係となることから¹⁵⁹）、結局、強盗致死罪一罪が成立することとなる。しかし、武器を使用した強盗などの、「危険」の惹起以外の重強盗によって被害者が死亡した場合には、強盗致死罪と重強盗罪の観念的競合となる¹⁶⁰）。

第6項 小括

以上のように、ドイツの重強盗罪と、わが国の強盗罪・強盗傷人罪・強盗殺人未遂罪との大きな差異としては、まず、未遂犯・既遂犯の成立時期が挙げら

れる。わが国の強盗罪の着手時期・既遂時期は、いずれも客観的な側面から判断される。すなわち、着手時期は暴行・脅迫の開始時に求められ、既遂時期は、窃盗部分が既遂に達した時点、または事実上債務履行を免れるなどの利益を得た時点で求められる¹⁶¹⁾。一方、ドイツの強盗罪の着手時期・既遂時期、特に着手時期は、行為の客体の客観的危険性よりも、行為者の主観的危険性の程度に大きく左右される。その観点から、強盗の行為が計画された時点から未遂犯の成否が問題となり、特に具体的な危険が発生していると認められるのであれば、待ち伏せの段階においても強盗の着手が認められるのである。この点において、ドイツの強盗罪は、わが国より早い着手時期を採用しているものと言えよう。

もっとも、ドイツの重強盗罪は、強盗の完成に加えて、重強盗罪の加重要件も充足されなければ、既遂とはならない。また、強盗の着手があったとしても、重強盗罪の加重要件が充足されていないければ、強盗罪の未遂にはなっても、重強盗罪の未遂にはならない。これに対して、わが国の強盗致死傷罪は、致死傷の結果発生時に既遂となり、強盗の完成は既遂時期に影響を与えない。この相違は、ドイツの重強盗罪があくまでも財産に対する罪のひとつと解されているのに対し、わが国の強盗致死傷罪が、身体・生命に対する罪の性質を強く帯びていることに起因する。次節において述べるドイツとわが国の強盗致死傷罪の既遂時期の相違についても、同様のことが言えるであろう。

次に、共犯の処理についてもドイツの重強盗罪とわが国の強盗致死傷罪では差異がある。わが国の強盗致死傷罪・強盗致死罪は結果的加重犯と解されていることから、強盗の関与者の1人の暴行によって被害者が死傷した場合には、結果的加重犯の共犯として処理され、関与者すべてについて強盗致死傷罪が成立する。一方、ドイツの重強盗罪は、故意犯であって結果的加重犯と解されていない。従って、共犯の処理についても、強盗の関与者の1人が「重大な身体傷害の危険」(第1項第1号c)や、「死亡の危険」(第2項第3号b)を惹起する重強盗に及んだとしても、他の関与者が上記の「危険」を惹起する故意を有していなければ、共犯の過剰として処理され、「危険」を惹起する故意を有していない関与者については、重強盗罪ではなく強盗罪が成立するのである。

もっとも、ドイツにおいても、強盗致死罪は結果的加重犯と解されていることから、強盗の関与者の1人が死の結果を惹起した場合には、わが国と同様、関与者全員が強盗致死罪の罪責に問われることとなる。

また、他罪との関係については、ドイツとわが国とでは大きな差異がある。わが国においては、強盗により傷害の結果が生じた場合には、傷害が加重的結果として惹起された場合には強盗致傷罪、故意によって惹起された場合には強盗傷害罪と呼称が区別されてはいるものの、いずれも第240条前段によって処断され、法定刑に差はない。一方、ドイツにおいては、傷害の内容が重傷害に及んでいるか否か、「危険」を惹起する故意があるか否かによって、強盗罪と傷害罪の観念的競合、強盗罪と重傷害罪の観念的競合、重強盗罪一罪、そして重強盗罪と重傷害罪の観念的競合というように、適用される犯罪構成要件が異なるのである。また、このような、強盗関連罪と身体法益に対する罪との観念的競合という処理方法は、強盗致死罪においても、強盗致死罪と、傷害致死罪、故殺罪、謀殺罪といった生命法益に対する罪との観念的競合を認めるというかたちで採用されている。しかし、これについては、身体・生命法益を、強盗関連罪と身体・生命に対する罪とで二重に評価しているのではないかという疑問もあり、この点の詳細は次節以降において改めて検討することとする。

- 81) なお、わが国の盗犯等防止法第2条との関係については前注21)参照。
- 82) Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 13.
- 83) Tröndle/Fischer, a. a. O., §176a RdN. 16, §250 RdN. 9.
- 84) Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 9, 14.
- 85) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 6 (Eser); Otto, a. a. O., §46 RdN. 7.
- 86) もっとも、財物奪取の目的と他の目的は併存しても良いとされる。vgl. Otto, a. a. O., §46 RdN. 9.
- 87) Otto, a. a. O., §46 RdN. 7.
- 88) 強盗罪における強要と奪取には、「目的的结合 (finale Verknüpfung)」が存在していなければならないとされる。Vgl. Otto, a. a. O., §46 RdN. 7.
- 89) もっとも、強盗的窃盗においても重強盗罪は成立しうる。Kindhäuser, BT II., §14RdN. 19.
- 90) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 6 (Eser).
- 91) Tröndle/Fischer, a. a. O., §250 RdN. 5, 10; Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 6, 14.
- 92) Tröndle/Fischer, a. a. O., §250 RdN. 7; Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 11.

- 93) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 6 (Eser).
- 94) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 7 (Eser).
- 95) Johannes Wessels / Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 23. Aufl (2000), RdN, 322; Otto, a. a. O., §46 RdN. 7.
- 96) Tröndle / Fischer, a. a. O., §242 RdN. 1; Wessels / Hillenkamp, a. a. O., RdN. 1; Jecoks, a. a. O., §249 RdN. 1; Otto, a. a. O., §46 RdN. 1.
- 97) BGH 17, 92.
- 98) GA 62, 144.
- 99) 最判昭和 30 年 10 月 14 日刑集 9 卷 11 号 2173 頁は、3 万円の債権しか持たない債権者が、債務者から 6 万円を喝取したという事案について、「権利行使の方法として社会通念一般に忍容すべきものと認められる程度を逸脱した恐喝手段である場合には、債権額のいかにかわからず、右手段により債務者から交付を受けた金員の全額につき恐喝罪が成立する」と判示して、6 万円全額について恐喝罪の成立を認めている。しかし、この判例は、喝取した 6 万円の中の具体的に言ってどの 3 万円について恐喝罪が成立するのかが事実上特定できないことから、6 万円全額について恐喝罪が成立すると判示したものと理解することができ、3 万円の債権者が 3 万円を債務者から喝取した場合には、恐喝罪は成立しないとも解しうるのではないかと指摘がある(西田「権利の行使と恐喝」藤木他編・刑法の争点(新版・1987 年)244 頁,林・財産犯の保護法益(1984 年)226 頁)。一方、大阪高判昭和 34 年 12 月 18 日下刑集 1 卷 1 号 2564 頁は、強姦されたと称する婦女から依頼された行為者が、その相手方に対して感謝料の交付を要求した際の行為につき、これは権利行使の範囲内に属し恐喝罪を構成しないと判示している。東京地判昭和 42 年 9 月 5 日判タ 213 号 203 頁は、交通事故による休業補償金の請求をめぐる交渉において、交通事故の被害者の代理人である被告人が、交通事故の加害者である相手に対して畏怖をさせるに足る脅迫行為をしたことが恐喝罪に当たるかが争われた事案について、脅迫行為の存在を確認するに足る証拠はないとした上で、被告人の所為は交通事故の被害者の依頼を受け、その者のために休業補償請求権を行使した権利行使行為として、社会通念上受忍される範囲を出てなかったものと認めるのが相当であると判示し、恐喝罪の成立を否定している。
- 100) 高松高判平成 12 年 10 月 19 日判時 1745 号 159 頁は、右翼団体による街宣活動に悩まされていた A が、街宣活動をやめさせるための仮処分を裁判所に申し立てるため集音マイクを所持していたが、それを右翼団体構成員 B に奪われたため、A が集音マイクをその現場において取り戻そうとして B と殴り合いになり、双方とも全治 10 日の傷害を負ったという事案につき、「B が A の集音マイクを奪い取った行為は、少なくとも窃盗に当たることが明らかであるところ、確かに B によるこの窃盗は、…既遂に達したとはみられるものの、…B による右集音マイクに対する占有は、いまだ確固たるものになっていたとまでは評し得ず、これが不法に奪い取られつつある事態がなお進行していたとみるのが相当である。したがって、集音マイクに対する急迫不正の侵害は、その後も継続していたといわなけれ

ばならない」として、Bは窃盗既遂となり、これに対するAの行為は傷害罪の構成要件に該当するものの、正当防衛として違法性が阻却される旨判示している。しかし、本判決が、Bの窃盗既遂後に、これに対する正当防衛が認められるとした点は、正当防衛の急迫性の解釈に照らし疑問もある。また、そもそも、Aの行為は強盗傷人罪の構成要件に、そしてBの行為は事後強盗傷人罪の構成要件に該当すると解し、その上で正当防衛の成否を論ずべきではなかったかとも思われる。

- 101) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 8 (Eser); Jecoks, a. a. O., §249 RdN. 24; Tröndle/Fischer, a. a. O., §242 RdN. 32, §249 RdN. 8.
- 102) 他に、東京地判昭和41年8月1日判タ195号171頁、東京高判昭和50年11月28日東高刑報26巻11号198頁、福岡地裁小倉支判昭和62年8月26日判時1251号143頁も、強盗罪の成立には不法領得の意思の存在が必要であるところ、これを欠いているとして、強盗罪、強盗傷人罪の成立を否定している。
- なお、東京高判昭和34年7月15日東高刑報10巻7号308頁は、自動車を強取した事案において、強取の意思の内容について言及し、「窃取または強取の『取』とは、物を支配者の支配から離脱させるだけではならず、犯人において、その物に対する支配を獲得することをいうのである。それで、物に対する支配を獲得せんとする意思をもつて、窃取または強取の意思とするのである。しかし、而して、物に対する支配を獲得するということは、物を利用し又は処分することの可能な状態を設定することを意味するのである。…物に対する支配を獲得せんとする意思（窃取または強取の意思）こそ、まさに、不法領得の意思そのものに外ならないのである。従つて、かく論ずるときは、窃盗罪または強盗罪の成立には窃取または強取の意思の外に、更に不法領得の意思を必要とすると説くべきものではないのである」として、あたかも不法領得の意思を不要とした判例ともうけとれるが、強盗罪の成立に必要な「強取の意思」が、「不法領得の意思そのもの」であると明言しているのであるから、必ずしも不法領得を不要とした判例とは思われない。東京地判昭和40年11月8日下刑集7巻11号2050頁は、AがBと雑談中に憤激し、Bの頭部を殴打して負傷させた後、Bを困らせようとして、あるいは何らの考えも意図もない特殊な心理状態の下で、B所有の腕時計、指輪等を持ち去ったという事案について、Aには「金品強取の犯意」がないことから強盗傷人罪は成立せず、さらに不法領得の意思もないことから窃盗罪も成立せず、従つて傷害罪のみが成立すると判示している。この場合の「金品強取の犯意」もまた、「不法領得の意思そのもの」である「強取の意思」と同義であると解されよう。
- 103) 井上＝江藤・各論143頁、大谷・各論235頁。
- 104) 福岡地裁小倉支判昭和62年8月26日判時1251号143頁は、強盗罪を含む領得罪の成立には不法領得の意思の存在が必要であると明言している。
- 105) 内田・各論271頁、曾根成彦・刑法各論（第3版補正3版・2006年）126頁。
- 106) 内田・各論254頁、曾根・各論127頁。
- 107) 団藤・各論564頁、川端・点景86頁。なお、内田・各論271頁。
- 108) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 9 (Eser); Otto, a. a. O., §46 RdN. 22; Kindhäuser, BT II., §13 RdN. 19.

- 109) Kindhäuser, BT II., §13 RdN. 19.
- 110) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 9 (Eser).
- 111) BGH 22, 350.
- 112) 香川・各論 518 頁。
- 113) Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11 Aufl, §250 RdN. 28 (Herdegen); Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 9.
- 114) Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 9.
- 115) Tröndle/Fischer, a. a. O., §250 RdN. 11.
- 116) Tröndle/Fischer, a. a. O., §250 RdN. 11.
- 117) Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 15.
- 118) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 10 (Eser); Otto, a. a. O., §46 RdN. 27.
- 119) BGH MDR 1989, 1050; Otto, a. a. O., §46 RdN. 27.
- 120) BGH NJW 1952, 514; BGH MDR 1989, 1050.
- 121) BGH 3, 299.
- 122) BGH MDR/D73,555.
- 123) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 10 (Eser).
- 124) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 10 (Eser).
- 125) Schönke/Schröder, a. a. O., §249 RdN. 10 (Eser).
- 126) BGH StV 1983, 460.
- 127) BGH NStZ 1996, 599.
- 128) Otto, a. a. O., §46 RdN. 29.
- 129) 最判昭和 23 年 6 月 12 日刑集 2 卷 7 号 676 頁。団藤・各論 596 頁, 藤木・各論 301 頁, 西原春夫・犯罪各論 (第 2 版・1983 年) 223 頁, 大塚・各論 226 頁, 大谷・各論 250 頁, 前田・各論 215 頁。これに対し, 平野・概説 211 頁は, 強盗致死傷罪が既遂となるには, 殺傷のみならず財物奪取の完成も必要であるとする。
- 130) 最判昭和 29 年 1 月 20 日刑集 8 卷 1 号 41 頁。
- 131) 東京高判昭和 32 年 5 月 31 日東高刑報 8 卷 5 号 138 頁。
- 132) 最判昭和 24 年 12 月 24 日刑集 3 卷 12 号 2088 頁。
- 133) 内田・各論 277 頁, 大谷・各論 234 頁, 堀内・各論 133 頁。
- 134) 団藤・各論 577 頁。
- 135) 大塚仁・刑法講義〔各論〕(改訂増補版・1992 年) 211 頁, 中森・各論 130 頁。
- 136) Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 19.
- 137) Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 19.
- 138) Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11 Aufl, §250 RdN. 30 (Herdegen); Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 19.
- 139) Kindhäuser, BT II., §14 RdN. 19.
- 140) 最判昭和 22 年 11 月 5 日刑集 1 卷 1 号 1 頁, 最判昭和 26 年 3 月 27 日刑集 5 卷 4 号 686 頁。
- 141) 大判大正 14 年 12 月 23 日刑集 4 卷 780 頁, 最判昭和 22 年 11 月 14 日刑集 1 卷 6 頁, 最判昭和 25 年 3 月 31 日刑集 4 卷 3 号 469 頁, 最判昭和 26 年 9 月 20 日刑

集 5 卷 10 号 1937 頁，最決昭和 32 年 3 月 14 日刑集 11 卷 3 号 1075 頁等。

- 142) Tröndle/Fischer, a, a, O., §251 RdN. 5; Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 8 (Eser).
- 143) Tröndle/Fischer, a, a, O., §249 RdN. 11.
- 144) Tröndle/Fischer, a, a, O., §249 RdN. 11.
- 145) Tröndle/Fischer, a, a, O., §250 RdN. 13.
- 146) Tröndle/Fischer, a, a, O., §250 RdN. 9.
- 147) Jecoks, a. a. O., §250 RdN. 27.
- 148) Tröndle/Fischer, a, a, O., §176a RdN. 16, §250 RdN. 9; Jecoks, a. a. O., §250 RdN. 27.
- 149) Tröndle/Fischer, a, a, O., §176a RdN. 16, §250 RdN. 9.
- 150) Tröndle/Fischer, a, a, O., §176a RdN. 16, §250 RdN. 9.
- 151) 最決昭和 41 年 9 月 14 日裁集 160 号 733 頁，青柳・各論 496 頁，藤木・各論 300 頁。
- 152) 東京地判昭和 31 年 7 月 27 日判時 83 卷 27 頁。同旨，名古屋高裁金沢支判昭和 40 年 10 月 14 日高刑集 18 卷 6 号 691 頁。
- 153) 平野・概説 211 頁，川端・各論 186 頁，平川・各論 359 頁。
- 154) 香川・各論 532 頁。
- 155) 香川・各論 532 頁。
- 156) 逆に，傷害罪の傷害概念から軽度の傷害を除くべきでないとするならば，強盗致傷罪・強盗傷害罪からも軽度の傷害を除くべきではなからう。なお，西田・各論 40，166 頁は，従来の強盗致傷罪・強盗傷害罪の法定刑の下限は懲役 7 年と重く，酌量減輕をしても執行猶予を付しえなかったことから傷害概念の相対性が認められてきたが，平成 16 年の刑法一部改正により，強盗致傷罪・強盗傷害罪の法定刑の下限が懲役 6 年に引き下げられたため，「この議論は不要となったものといえよう」とする。
- 157) Tröndle/Fischer, a, a, O., §251 RdN. 6; Kindhäuser, BT II., §15 RdN. 12.
- 158) Tröndle/Fischer, a, a, O., §250 RdN. 13.
- 159) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 9 (Eser); Tröndle/Fischer, a, a, O., §227 RdN. 12; Otto, a. a. O., §46 RdN. 47.
- 160) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 10 (Eser); Kindhäuser, BT II., §15 RdN. 12.
- 161) 内田・各論 278 頁。

第 3 節 強盗致死罪 (Raub mit Todesfolge)

ドイツ刑法は，強盗致死罪 (Raub mit Todesfolge) として，第 251 条において，「行為者が強盗（第 249，250 条）によって少なくとも軽率に他人を死亡させたときは，終身または十年以上の自由刑に処する。」と規定している¹⁶²⁾。強盗致

死罪は、この「少なくとも軽率に (wenigstens leichtfertig)」という文言から、強盗罪 (第 249 条)・重強盗罪 (第 250 条)を基本犯とし、過失により死亡の結果が発生した場合に関する結果的加重犯であると一般に解されている¹⁶³⁾。ただし、この強盗致死罪の基本犯には、「強盗と同様に罰せられる」強盗的恐喝罪も含むと解されている¹⁶⁴⁾。故意による行為も「少なくとも軽率に」行われたものと解され、故意により死の結果が発生した強盗殺人の場合にも、強盗致死罪は成立しうることになる。もっとも、このような場合には、強盗致死罪と故殺罪 (第 212 条)あるいは謀殺罪 (第 211 条)が成立し、両者は観念的競合となるとするのが判例・通説である¹⁶⁵⁾。従って、故意ある強盗殺人 (強盗謀殺)は、強盗致死罪より重く処罰されるべき犯罪として評価されることとなる。

また、強盗致死罪の成立には、加重的結果として、他人の死亡 (Tod eines anderen) が現実に生じていることが要求される¹⁶⁶⁾。現実に死亡の結果が発生していない強盗致死未遂の場合には、重強盗罪として、第 250 条第 2 項第 3 号 b が適用され、さらに態様によっては、詳細は後述するが、過失致死罪 (第 222 条)あるいは傷害致死罪 (第 227 条)も成立し、両罪は観念的競合となる¹⁶⁷⁾。

このように、ドイツ刑法における強盗致死・強盗殺人の処理は、強盗致死罪と生命に対する罪との観念的競合を認めるという点に特徴がある。これに対し、わが国では、「強盗が、人を…死亡させたときは死刑又は無期懲役に処する。」と規定される第 240 条後段は、単に、強盗による傷害致死のみに限定せず、強盗による殺人の故意ある場合、すなわち強盗殺人をも含めるものであり、強盗致死・強盗殺人のいずれの場合も、第 240 条後段のみが適用されるものと解するのが判例・通説であり¹⁶⁸⁾、別個に生命に対する罪の成立を認めない点で、ドイツと大きく異なっている。この点の詳細については後述する (本章第 4 節)。

第 1 項 死の結果

ドイツの強盗致死罪は、強盗が死の結果を惹起したすべての場合に成立するわけではなく、客体と行為によってその成立が制限されている。

まず、客体による制限は、強盗致死罪における客体である「他人 (andern

Menschen)」を、強盗への非関与者を意味するものと解することによってなされている¹⁶⁹⁾。「他人」は強盗の被害者だけを指すのではなく、例えば、強盗の行為者が、被害者あるいは追跡者へ向けて発砲し、その流れ弾によって第三者が死亡した場合についても、死亡した第三者は強盗致死罪の「他人」にあたる。しかし、共犯のような、強盗行為への関与者に対して死の結果を惹起した場合は、強盗行為への関与者は強盗致死罪の「他人」の範囲に含まれず、重強盗罪の問題とされるのである。

次に、行為による制限は、強盗致死罪における死の結果について、強盗罪、重強盗罪の未遂を含む「強盗の行為によって (durch den Raub)」惹起されることを要すると解することによってなされている¹⁷⁰⁾。特に、第250条第2項第3号bの重強盗によって他人の生命の危険が惹起され、それが他人を死に至らしめた場合が強盗致死罪に該当する。

もっとも、死の結果が「強盗の行為によって」生じた場合すべてが強盗致死罪を構成するわけではなく、強盗の手段である強要行為、すなわち暴行・脅迫の直接の結果として、他人の死が惹起されなければならないとされている¹⁷¹⁾。しかし、死が直接、故意の身体傷害行為に起因しなければならないということの意味するわけではない。例えば、強盗犯人またはその共犯から攻撃された被害者が、逃げようとして転倒し死亡した場合についても、強盗致死罪が成立する。また、単なる脅迫によって死の結果が惹起された場合、例えば、行為者が被害者を脅迫し、そのショックによって被害者の死の結果が惹起された場合であっても、強盗致死罪が成立する。これに対して、強盗犯人またはその共犯の暴行・脅迫が、被害者または第三者の死の結果に直接影響を及ぼしていない場合は、たとえ被害者または第三者が死亡していたとしても、強盗致死罪には当たらない。例えば、強盗犯人を追跡中の警察官が発砲したが弾丸がそれ、第三者が流れ弾に当たって死亡した場合には、強盗致死罪は成立しない¹⁷²⁾。

また、強盗の目的である財物を領得する行為によって、他人の死が惹起された場合、例えば、行為者が、被害者の生命の維持にとって必要な薬を強奪したために被害者が死亡した場合、あるいは、被害者の衣服を強奪したため、被害者が寒さに耐えられず凍死するに至ったというような場合には、強盗致死罪は

成立せず、謀殺罪（第 211 条）や過失致死罪（第 222 条）の問題となると解されている¹⁷³⁾。

さらに、強盗致死罪は、強盗の「着手が行われてから既遂に至るまでの間 (Zeitraum zwischen Versuchsbeginn und Vollendung)」に、死の結果が惹起された場合に成立する¹⁷⁴⁾。しかし、強盜的窃盜の暴行・脅迫によって死の結果が惹起された場合にも強盗致死罪が成立し、さらに強盜的窃盜罪の「窃盜」行為には強盗も含まれることから、強盗既遂後であっても、死の惹起はなお強盗致死罪の問題となりうる。例えば、強盗犯人が逃亡の手段として発砲し追跡者を死亡させた場合や、銀行強盗の犯人と警察官との間で銃撃戦が発生し、その際、強盗犯人の流れ弾が通行人に命中し、通行人が死亡した場合には、強盗致死罪が成立する¹⁷⁵⁾。これに対し、強盗犯人が、確保した財物を自動車で搬出する際の交通違反行為によって、無関係の通行人を死亡させた場合には、既に発生した強盗と死亡との「特別な内的連関 (spezifischen inneren Zusammenhang)」が欠けているとして、強盗罪と過失致死罪の成立を認め、両罪はドイツ刑法第 52 条第 1 項に規定される併合罪 (実在的競合 (Realkonkurrenz)) となるとされている¹⁷⁶⁾。

一方、わが国の強盗致死傷罪は、「強盗の機会」において死傷の結果が惹起された場合に成立するというのが判例・通説である¹⁷⁷⁾。このように解されるのは、「強盗の機会」における過失致傷、過失致死をも第 240 条の適用範囲に含ませるためであり、判例が条件説を採用した結果であるという指摘もあるが¹⁷⁸⁾、実際に強盗による過失致死傷を第 240 条の適用範囲に含めた判例は皆無のようである。これに対し、強盗致死傷罪の成立範囲は、強盗を手段として死傷の結果が発生した場合に限定するべきとする手段説¹⁷⁹⁾、機会説を前提としながらも、第 240 条の適用が認められるのは、致死傷の結果を生じた原因行為が性質上強盗に付随してなされるものと通常予想し得る程度に、強盗行為と密接な関連性を有する場合に限定されるべきであると説く関連性説¹⁸⁰⁾も主張されている。特に関連性説の論者は、「密接な関連性」が否定される事案として、遺恨をはらすために被害者を殺害した場合や、強盗の共犯同士が仲間割れにより殺し合った場合等を挙げる。ドイツにおいては、上述したように、強盗

致死罪が成立するためには、強盗行為と死亡の結果との「特別な内的連関」が必要であるとされているのであるから、わが国の関連性説に比較的近い構成を採っているとと言えるであろう。

それでは、ドイツとわが国の強盗致死罪の処罰範囲を、具体的事例に照らして比較するならば、どのような差異があるであろうか。脅迫により他人の死が惹起された場合については、ドイツでは強盗致死罪の成立が認められるところ、わが国においても、脅迫により傷害の結果が惹起された事案について、強盗致傷罪の成立を認めた判例がある¹⁸¹⁾。強盗犯人または共犯以外の者により死傷の結果が惹起された場合は、ドイツと同様、わが国でも強盗致死傷罪の問題とはなり得ない。強盗犯人が強取のために発砲した際の流れ弾で通行人が死傷した場合には、ドイツでは強盗致死罪の成立が認められるところ、わが国においても、強盗殺人の手段としての発砲の流れ弾で通行人が負傷したという事例について、2個の強盗殺人未遂罪の成立を認めた判例がある¹⁸²⁾。強盗後の逃走の際の交通事故等の過失によって被害者が死亡した場合は、ドイツと同様、わが国でも強盗致死傷罪の問題となり得ない¹⁸³⁾。

第2項 主観的要素

ドイツの強盗致死罪においては、どのような主観的要件が必要とされているかについてみてみよう。

ドイツにおいては、主観的構成要件として、死の結果について過失があるというだけでは十分ではなく、強盗致死罪のほか、幼児強制わいせつ致死罪（第176条b）、性的恐喝・強姦致死罪（第178条）、ハイジャック・シージャック致死罪（第316条c第3項）などの結果的加重犯の多くには、重い結果を「軽率に」生じさせたことが必要とされる¹⁸⁴⁾。この「軽率さ (Leichtfertigkeit)」とは、結果的加重犯に関する第18条¹⁸⁵⁾における、故意には至らないが、通常の過失よりは「高い程度の過失 (gestigerte Form Fahrlässigkeit)」であって¹⁸⁶⁾、民法上の「重過失 (groben Fahrlässigkeit)」に相当するものであると解されている¹⁸⁷⁾。より具体的には、「軽率さ」は、行為者が重大な不注意によって、構成要件を実現していることを認識しなかった場合、すなわち、行為者が明確に認

識していなければならないことを無視している場合に存在しているものとされている¹⁸⁸⁾。従って、単に、強盗が実行され、死亡の結果が発生したからといって、ただちに「軽率に」という要件を満たすと解することはできない。行為者が直接、特別な事情により、具体的に被害者が死亡するという結果発生の可能性を予見していたときに、「軽率さ」の存在が認められることとなるのである。例えば、行為者が強盗の目的で、殺意なくして被害者の頭部を棍棒で殴打したものの、力を強く入れすぎて被害者が頭蓋骨骨折により死亡した場合などがこれにあたる¹⁸⁹⁾。これに対して、強盗の実行行為の後に、明らかに重傷を負った被害者を放置するという、被害者の生命への配慮を欠く行為によって被害者を死に至らしめた場合には、軽率としては扱われず、強盗致死罪ではなく、不作為の謀殺罪の問題となる¹⁹⁰⁾。

一方、わが国の第 240 条における強盗致死罪の主観的要素は、強盗致死罪の構成について、結果的加重犯説を採った場合はもちろん、結合犯説を採ったとしても、強盗致死罪の一部を構成する傷害致死罪は結果的加重犯であることから、強盗致死罪については、重い死の結果について故意の有無は問題とならず、過失の有無が問題となる。この点について、わが国の通説は、責任主義を貫徹する見地から、結果的加重犯が成立するためには、基本犯と加重的結果との間に相当因果関係が必要であり、重い結果について行為者に過失が必要であるとしている¹⁹¹⁾。従って、傷害致死罪の成立には、人の死という重い結果について行為者に過失が必要であるということとなる。しかし、判例は、傷害と人の死という重い結果との間に条件関係があれば足り、過失の存在も不要であるとしている¹⁹²⁾。このような判例における強盗致死罪の処罰範囲は、「軽率さ」という高度の過失の存在が要求されるドイツ強盗致死罪と比べ、当然に広がる。

なお、わが国の刑法は、ドイツ刑法第 18 条に相当するような結果的加重犯の総則規定を持たないものの、改正刑法草案は第 22 条において「結果の発生によつて刑を加重する罪について、その結果を予見することが不能であつたときは、加重犯として処断することはできない。」と規定している。改正刑法草案第 22 条に規定される結果的加重犯は、重い結果について、その程度はともかく過失を要求している点で、ドイツ刑法第 18 条における結果的加重犯と類

似した構成を採っていると言える。

また、わが国の強盗致傷罪・強盗傷害罪の成立については、行為者に暴行の故意が必要か否かが争われている。暴行の故意を必要とする論者は、第240条前段の「負傷させた」という文言から、強盗傷害に関しては、傷害罪（第204条）の成立要件を満たす必要があるとして、少なくとも暴行の故意が必要であると主張する¹⁹³）。この必要説を採ったならば、死の結果が発生した場合に、暴行と致死の関係がさらなる問題となる。大審院時代の判例は、傷害罪を結果的加重犯と解し、その基本犯を暴行のみに限定しており、傷害致死罪の成立には、最低限暴行の認識が必要であるとしている¹⁹⁴）。このような判例の立場を採ったならば、強盗致死罪についても暴行の故意が必要となるということなるであろう。もっとも、後述するように、近時の下級審判例は、暴行によらない無形の傷害を認める傾向にある。

これに対して、不要説の論者は、強盗犯人の脅迫から死傷の結果が発生した場合や、強盗犯人の持っていた拳銃が爆発したといった、単純な過失で支障の結果が発生した場合を、第240条の罪の処罰範囲から除外すべきではないと主張する¹⁹⁵）。不要説を前提とするならば、第240条の罪の成立には必ずしも暴行の故意は必要ではなく、傷害の故意や死傷の結果に関する過失でも足りるということとなる。もっとも、不要説の主張する第240条の罪の処罰範囲の内容は多様であって、第240条の罪の処罰範囲に含めることが妥当か否かは、個別に検討すべきようにも思われる。

このような不要説の主張する、暴行によらない死傷の具体的な事例としては、主として次の2つの場合を挙げることができるであろう。

第1は、過失により死傷の結果が発生した場合である。これを第240条の処罰範囲に含めるべきか否かの議論は、上述の「強盗の機会」説と手段説、関連性説の対立とも深く関わる場所である。手段説の論者は、過失による死傷を第240条の処罰範囲から除くべきであると主張している、また、関連性説の内部においても、過失による死傷を除くべきとの主張がある¹⁹⁶）。過失による死傷を肯定するか否かは、この「強盗の機会」に関する学説の選択によって決定されるべき問題であろう。もっとも、行為者が脅迫したところ被害者が逃亡し、

その際に被害者が転倒して死傷した場合については、行為者が強盗犯人でなければ脅迫罪と過失致死傷罪が成立するところであるが¹⁹⁷⁾、少なくとも行為者が強盗犯人である場合には、上述の脅迫による死傷の事例に含め、第 240 条の処罰範囲に含めて良いように思われる。

第 2 は、病原菌の感染や毒物による死傷の場合である。最判昭和 27 年 6 月 6 日刑集 6 巻 6 号 795 頁は、性病であることを秘して性交し病毒に感染させた場合を、暴行によらない傷害と解している。これに対しては、病原菌に感染させる行為も物理的有形力の行使であり、むしろ暴行による傷害と解すべきではないかとする主張もある。例えば、西田教授は、「被害者に病原菌の入った飲み物を飲ませ腹痛を生ぜしめて財物を奪取した場合にも、暴行でないとすれば、強盗罪、強盗致傷罪の成立を認めることは困難となって不当であろう」とされている¹⁹⁸⁾。

もっとも、病原菌に感染させる等の行為については、暴行によるかよらないかは別としても、傷害罪が成立することは疑いない。従って、少なくとも強盗致傷の事例については、病原菌に感染させる等の行為を暴行によらない傷害と解したとしても、強盗致傷罪の成立を認めることが困難とまでは言えないようにも思われる。では、強盗の事例についてはどうであろうか。強盗致傷罪・強盗傷害罪における傷害概念の相対性を肯定する下級審判例は、強盗致傷罪・強盗傷害罪における傷害を「病変或は創傷の内、少くともある程度の生活機能の毀損を伴うもの」¹⁹⁹⁾と位置づけている。従って、相対性肯定説を前提とするならば、病原菌に感染させる等の行為による強盗とは、「ある程度の生活機能の毀損」を伴わない程度の病原菌の感染等により、被害者の反抗を抑圧して財物を奪取した場合ということとなる。しかし、このような状況は、現実に想定することが困難であるようにも思われる。

また、病原菌等による身体への作用を、物理的有形力の行使と解して良いかという点についても、慎重に検討する必要がある。確かに、病原菌や毒物は身体の細胞に影響を及ぼすものであり、極めて微小な単位、規模における有形力の行使はあると言えるかもしれない。しかし、これを有形力の行使とするならば、従来は暴行から除かれていた行為の多くが、暴行の範囲に含まれるおそ

れがある。例えば、騙して睡眠薬を服用させ昏睡したところで財物を奪取するという、昏睡強盗の典型的事例についても、脳内細胞への薬物の作用を有形力の行使と解したならば、すべてが単純強盗となるものと解さざるを得なくなってしまうであろう。また、音声が生体の振動であることから、上述の嫌がらせ電話の事例についても、電話を通じて被害者の鼓膜を音声により振動させたとして、有形力の行使と解さざるを得なくなってしまう。このような有形力の概念の無限定的な拡大を避ける意味から、病原菌等に感染させる等の行為は、無形力による傷害として位置づけるべきではないかと思われる。

もっとも、西田教授の主張は、強盗致傷・強盗傷害の未遂罪がありうるかという議論に関係して展開されているようにも思われる。西田教授は、第 240 条の未遂を、強盗既遂・殺人未遂の場合に限定されている²⁰⁰。そのうえで、病原菌等の入った飲み物を飲ませたが、相手がたまたま発病しなかった場合につき、暴行罪が成立すると解すべきであるとされている²⁰¹。従って、あるいは西田教授は、強盗の故意で病原菌等の入った飲み物を飲ませたが、相手がたまたま発病せず、財物の奪取を果たせなかった場合を、強盗傷害未遂罪ではなく、暴行既遂・窃盗未遂型の強盗未遂罪とすべきとの考えに立たれているのかもしれない。しかし、その一方で、西田教授は、暴行によらない傷害の概念自体は肯定されている²⁰²。病原菌等の入った飲み物を飲ませた場合のみを強盗未遂罪とするとしても、それ以外の、嫌がらせ電話等の暴行によらない傷害の未遂の場合を強盗傷害未遂罪あるいは不可罰とするのでは均衡を失するであろうし、やはり強盗未遂罪が成立すると解したならば、病原菌等による身体への作用を暴行と解する意義が失われてしまうこととなるであろう。以上のことから、病原菌に感染させる等の行為は、暴行によらない傷害と解し、暴行によらない傷害既遂・窃盗未遂型の強盗傷害未遂罪を、強盗殺人未遂罪と共に、第 240 条の未遂に含めるべきではないかと考える²⁰³。

また、強盗致死罪の主観的要素の問題は、強盗行為と死亡の結果に関する手段説と「強盗の機会」説の対立と無関係ではない。手段説を採ったならば、強盗致死傷罪の成立においては、死亡の結果は、強盗行為の一部である財物奪取に向けた暴行・脅迫を手段として惹起されたものに限定されることになる。こ

のように解すれば、死傷の結果を惹起した場合、その手段となった強取（暴行・脅迫）については故意が、そしてそれから発生した死傷の結果については少なくとも過失が必要ということとなる。しかし、判例の採る「強盗の機会」の理論においては、このような手段と結果の関係は条件的因果関係で足りるのであるから、理論的には、死傷の結果については過失さえ不要ということとなる。

第 3 項 未遂・既遂

ドイツの強盗致死罪は、強盗部分と致死部分の両方が完成することによって既遂となる。従って、強盗致死の未遂の態様としては、次の 2 つが挙げられる。

第 1 は、財物奪取が完成していないが、死の結果は発生した場合である²⁰⁴。わが国の判例・通説は、強盗致死傷罪は、生命・身体法益を重視する観点から、死傷の結果が惹起された時点で、財物奪取の有無を問わず既遂犯が成立すると解している²⁰⁵。しかし、ドイツでは、強盗致死罪もまた強盗罪の一種であるとして、既遂犯の成立には財物奪取の完成が必要と解されているから、行為者が死の結果を惹起したが財物奪取を完成していない時点では、基本犯である強盗罪が未遂であるとして、強盗致死罪の未遂が成立するにとどまる。もっとも、死の結果が発生した点については傷害致死罪も成立し、両者は観念的競合となると解されている²⁰⁶。さらに、例えば、行為者が強盗の故意で被害者を銃で脅迫したものの、銃の操作を誤って被害者を殺害してしまい、それにショックを受けて財物奪取の意思を放棄した場合²⁰⁷ など、行為者が、被害者の死亡後に、可能であった財物奪取を自発的に放棄した場合には、中止犯 (Rücktritt) に関する第 24 条第 1 項²⁰⁸ が適用され、行為者は強盗致死未遂の中止犯となり、強盗の点に関しては処罰されない²⁰⁹。もっとも、この場合にも、死の結果が発生した点については傷害致死罪が成立する²¹⁰。

第 2 は、行為者が被害者を殺害して財物を奪取しようとしたが、死の結果が発生しなかった場合である²¹¹。この場合には、ドイツでは、財物奪取が完成したか否かを問わず、強盗致死罪の未遂が成立し、これと謀殺罪の未遂との観念的競合となる²¹²。

一方、わが国においては、強盗の罪の未遂に関する第 243 条が、「第 238 条から第 241 条までの罪の未遂は、罰する」として、第 240 条の未遂の存在を明示的に規定している。この第 240 条の未遂の内容について、通説は、生命・身体法益を重視する観点から、殺傷の点が未遂に終わった場合であるとしている²¹³⁾。これに対して、強盗自体が未遂に終わった場合であるとする見解も有力である²¹⁴⁾。

また、通説の立場に拠った場合には、第 240 条に含まれる強盗致傷罪、強盗傷害罪、強盗致死罪、強盗殺人罪のうち、強盗傷害罪、強盗殺人罪における故意ある傷害・殺人の未遂のみが、第 240 条の未遂となるのが一般である²¹⁵⁾。すなわち、強盗致傷罪については、有形的傷害の未遂は暴行であることから、傷害の意思で暴行を加えたところ暴行にとどまった場合は、第 240 条の未遂ではなく、単に強盗罪が成立する。そして、強盗致死罪については、結果的加重犯に未遂の態様が考えられないため、その未遂罪もまた考えられないとするのが一般である。さらに、強盗傷害の未遂とはすなわち、単なる強盗の手段として暴行を用いた強盗罪となるに過ぎず、結局、第 240 条の未遂は、殺人が未遂に終わった場合のみとなるとする主張もあるが²¹⁶⁾、無形的傷害による強盗傷害の未遂を想定することも不可能ではないように思われる。この点については改めて検討する（第 3 章第 1 節第 6 項）。

第 4 項 共犯

強盗致死罪の共犯について、ドイツにおいては、数人の行為共同者のうちの 1 人が直接に死の結果を惹起させた場合、他の行為共同者は、その結果に関して同様に「軽率さ」があるとされる²¹⁷⁾。従って、行為共同者もまた、強盗の行為を少なくとも故意に実行したと認められる限りにおいて、死の結果について「軽率さ」が認められ、強盗致死罪の責任を負う。言い換えれば、1 人の者のみが死の結果を惹起した場合にも、他の行為共同者は強盗致死罪に問われることになるのである²¹⁸⁾。また、直接に死の結果を惹起した者自身が軽率とされるかどうかという点は、残りの者の可罰性にとって問題とはならない。従って、行為者に過失がないとされたとしても、教唆者は、死の結果を惹起したこ

とにつき、自身の軽率によって強盗致死罪の罪責に問われることとなる²¹⁹⁾。

一方、わが国においては、特に傷害致死罪に関する判例において、結果的加重犯の基本犯と加重的結果との間に条件的因果関係があれば足りるという立場が採られており、行為者の過失の存在を要求されていない²²⁰⁾。このような立場に立つならば、結果的加重犯の共犯の責任は容易に認定されることとなろう。強盗致死罪に関する判例においても、最判昭和 26 年 3 月 27 日刑集 5 卷 4 号 686 頁は、A と B が共謀の上強盗に着手したものの、家人に騒がれて逃走し、さらに警察官に発見され逮捕されそうになったため、B が逮捕を免れるため警察官に切りつけて死亡させたという事案につき、「B の傷害致死行為は強盗の機会において為されたものといわなければならないのであって、強盗について共謀した共犯者等はその一人が強盗の機会において為した行為については他の共犯者も責任を負うべきものである」として、A も強盗致死の加重的結果につき責任を負う旨判示している。

これに対し、通説は、結果的加重犯の加重的結果につき過失が必要であるとしている²²¹⁾。従って、上掲最高裁昭和 26 年判決の事案においても、A には死の結果の予見可能性が要求されることとなる。もっとも、「必要説に立っても、重い結果を発生させる危険性を内包している犯罪行為を故意に行っている以上、重い結果を帰責し得ない場合はほとんど考えられない²²²⁾」という指摘もあり、少なくとも実際の結論のレベルに限っては、判例と通説の間に大差はないようにも思われる。

第 5 項 他罪との関係

ドイツでは、強盗致死罪と他罪との関係は、惹起された死の結果を考慮することによって決定される。すなわち、過失致死罪(第 222 条)と傷害致死罪(第 227 条)は、強盗致死罪と法条競合の関係となる²²³⁾。既に死の結果が強盗致死罪によって評価され尽くされているからである。また、財物奪取は完成していないが死の結果は惹起された強盗致死未遂の場合には、死の結果が評価され尽くされていないことから、強盗致死罪の未遂と傷害致死罪との観念的競合となるとされる²²⁴⁾。

これに対し、強盗致死が故意の態様で実行されたことが明らかとなった場合には、上述のように、謀殺罪（第 211 条）または故殺罪（第 212 条）と強盗致死罪との観念的競合となるとするのが判例・通説である²²⁵。殺意あるいわゆる強盗謀殺（強盗殺人）の場合には、強盗致死罪のみの適用では足りないというのである。しかし、一部の判例は、故意ある謀殺罪または故殺罪が成立する場合には、過失より重い「軽率さ」を要求している強盗致死罪の構成要件該当性を阻却すべきとしている²²⁶。謀殺罪または故殺罪と強盗致死罪の観念的競合を認めるならば、死の結果を二重に評価することとなる。従って、この判例の理論は優れているようにも思われるが、学説上は有力とは言い難いようである²²⁷。また、詳細は後述するが、ルドルフィーは、「軽率さ」と故意の概念は違うのであるから、強盗謀殺について故意による謀殺罪が成立するとしても、「軽率さ」による強盗致死罪が成立するわけではないなどとして、謀殺罪と強盗罪を適用すべきと主張している²²⁸。

もっとも、暴行の直後に奪取が続いて行われたのでなければ、まだその時点では強盗の着手とは見なされない²²⁹。従って、殺人と奪取の間に時間的間隔が存在する場合は、謀殺罪・故殺罪と領得罪の併合罪となる。例えば、行為者が被害者を殺害して立ち去ったものの、その 1 時間後に引き返して被害者の遺品を奪取した場合などがこれに当たる。殺害後にはじめて領得罪の故意を生じた場合も同様である。

さらに重強盗罪との関係についてはどうか。強盗によって他人の生命を危険に陥れた場合には、第 250 条第 2 項第 3 号 b が適用される。しかし、それが死亡の結果を惹起した場合については、強盗致死罪一罪のみが問題となる。しかし、「軽率さ」によらず、「単純な過失 (einfache Fahrlässigkeit)」によって死の結果を惹起した場合には、強盗致死罪は成立せず、従って、第 250 条第 2 項第 3 号 b の重強盗罪が成立し、これと過失致死罪（第 222 条）あるいは傷害致死罪（第 227 条）の観念的競合となる²³⁰。また、強盗の際に武器等を携行あるいは使用し、被害者が死亡した場合には、重強盗罪と強盗致死罪の観念的競合となる²³¹。

一方、わが国においては、詳細は第 3 章において後述するが、判例・通説は、

強盗犯人の故意の傷害・殺人については、第 240 条の強盗傷害罪・強盗殺人罪が適用されるものと解している²³²⁾。これに対し、大審院時代の判例及び一部の有力説は、強盗致死罪と殺人罪の観念的競合とすべきと主張していた²³³⁾。この主張は、強盗謀殺を強盗致死罪と故殺罪または謀殺罪の観念的競合とするドイツの判例・通説に類似した立場と言うことができよう。しかし、わが国においては、この立場を採ると、死の結果を二重に評価することとなると批判されている²³⁴⁾。

第 6 項 小括

以上のように、ドイツとわが国では、強盗致死罪の規定形式や解釈について様々な相違点がある。

まず、ドイツにおいては、故意ある強盗殺人は強盗致死罪と謀殺罪または故殺罪との観念的競合として処理する。また、強盗による致傷・傷害は強盗罪と傷害罪または重傷害罪の観念的競合とし、強盗による致死の場合には強盗致死罪のみが適用される。このように、ドイツの強盗致死罪に関する規定の特徴として、故意ある強盗殺人の場合に、謀殺罪・故殺罪との観念的競合を認める点が挙げられる。一方、わが国においては、強盗致傷・強盗致死・強盗傷害・強盗殺人のすべてを第 240 条によって処理しており、強盗致死傷罪と身体・生命の罪との観念的競合を認めるべきとする学説もあるものの、身体・生命法益の侵害は強盗致死傷罪において評価されつくされているとして、否定する立場が支配的である。

死の結果が発生した場合の強盗致死罪の成立範囲についても、ドイツにおいては強盗と死亡との「特別な内的連関」がある場合に限られるが、わが国においては、「強盗の機会」において死の結果が惹起された場合であれば足りるという、緩やかな制限となっている。もっとも、ドイツの場合は、「特別な内的連関」がなく強盗致死罪が成立しないとしても、死の結果が故意で惹起された場合には、さらに重い謀殺罪が成立する可能性があり、全体的な処罰範囲としては大きな相違はないと考えられる。

また、ドイツ強盗致死罪は、強盗罪、重強盗罪を基本犯とする結果的加重犯

であり、従って、主観的要件については、死の結果につき、重過失に相当する「軽率さ」が要求されている。

既遂時期については、暴行・脅迫と財物奪取がいずれも完成していなければならないとされる強盗罪と同様に、強盗致死罪もまた、死の結果と財物奪取がいずれも完成していなければならないとされている。これに対し、わが国においては、第 240 条の強盗致死罪は、強盗罪としての性質より、生命・身体に対する罪としての性質が重視されており、端的に生命・身体に対する罪の一つとして位置づける論者もある。これを前提として、判例・通説は、財物奪取の完成は強盗致死傷罪の既遂犯の成立に影響しないとしており、財物奪取の完成が要求される強盗罪における既遂時期と一線を画している。

共犯についてはどうか。数人の行為共同者のうちの 1 人が直接に死の結果を惹起させた場合、ドイツにおいては、他の行為共同者にも「軽率さ」があるとされる。また、わが国においては、結果的加重犯の加重的結果につき過失が要求されるべきか否かについて議論があり、過失が必要でないとするならば、他の行為共同者も強盗致死罪の罪責を負うこととなる。また、加重的結果につき過失が要求されるという立場を採ったとしても、強盗の故意行為の共犯は重い結果についてほとんどの場合に過失があると言えるとの指摘もある。従って、ドイツ・わが国とも、結局は、他の行為共同者に強盗致死罪の罪責を負わせることとなると言える。

このように、ドイツとわが国の強盗致死罪は、結論のレベルにおける共通点は多い。しかし、その基となる規定そのものの仕方については大きな相違があると言える。わが国の強盗致死傷罪は、財産犯としての性質よりも、身体・生命に対する罪としての性質が重視されている。一方、ドイツにおいては、強盗の際の身体・生命法益の保護は、第 211 条に規定される謀殺罪によって主に図られているのである。従って、ドイツの強盗致死罪を理解するうえでは、謀殺罪の考察もまた非常に重要と言えるであろう。

また、強盗致死傷罪の処罰範囲の制限方法については、ドイツでは、処罰範囲を客体と行為により二重に制限しているのに対し、わが国では、判例は「強盗の機会」に死の結果が惹起されたならば、強盗致死罪が成立するという「機

会」説を採っている。このように、ドイツと比べ、わが国の判例の処罰範囲の制限基準は、理論的には非常に単純であるのだが、具体的な処罰範囲に関しては、ドイツとわが国で大差がない。これは、わが国の「強盗の機会」の基準が、やや抽象的であるが故に、結論の妥当性を重視して運用されているということではなからうか。そうであるならば、理論的な処罰制限方法として、ドイツの強盗致死罪における解釈論を、わが国の強盗致死傷罪に導入する余地もあるように思われる。この試みについては、後に改めて検討する。

162) 強盗致死罪(第 251 条)の原文は次の通りである。Verursacht der Tater durch den Raub (§§249 und 250) wenigstens leichtfertig den Tod eines anderen Menschen, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren.

163) Otto, a. a. O., §46 RdN. 40.

164) Jecoks, a. a. O., §255 RdN. 6.

165) RG 63 105; BGH 9 135; Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 9 (Eser); Otto, a. a. O., §46 RdN. 48; Tröndle/Fischer, a. a. O., §251 RdN. 6; Kindhäuser, BT II., §15 RdN. 12. もっとも、ドイツの論者のほとんどは、強盗謀殺の場合に、強盗致死罪と故殺罪の観念的競合となるとする可能性をなお排除していない。これは、謀殺罪の要素である「利欲から」という動機が、例えば、怨恨、復讐目的が殺害の「主導的な動機 (leitende Beweggründe)」である場合などには「全体的評価 (Gesamtwürdigung)」により存在が否定されるように、強盗致死罪の主観的要件と必ずしも併存するとは限らないことを前提としているものと思われる。

166) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 3 (Eser).

167) Nürnberg NSTZ 86, 556; Tröndle/Fischer, a. a. O., §251 RdN. 2a.

168) 大判大正 11 年 12 月 22 日刑集 1 巻 815 頁, 最判昭和 32 年 8 月 1 日刑集 11 巻 8 号 2065 頁, 平川・各論 359 頁, 山口・各論 233 頁, 西田・各論 164 頁。

169) Tröndle/Fischer, a. a. O., §251 RdN. 3; Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 3 (Eser); Kindhäuser, BT II., §15 RdN. 2.

170) Kindhäuser, BT II., §15 RdN. 3.

171) Kindhäuser, BT II., §15 RdN. 3; Otto, a. a. O., §46 RdN. 40.

172) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 5 (Eser).

173) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 4 (Eser).

174) Kindhäuser, BT II., §15 RdN. 5.

175) BGH 38, 298; BGH NJW 1999, 1039; Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11 Aufl., §251 RdN. 6 (Herdegen); Kindhäuser, BT II., §15 RdN. 2; Otto, a. a. O., §46 RdN. 42.

176) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 4 (Eser); Otto, a. a. O., §46 RdN. 42.

177) 最判昭和 24 年 5 月 28 日刑集 3 巻 6 号 873 頁。牧野・各論下巻 653 頁, 平井彦

- 三郎・刑法論綱各論（1934年）374頁，小野清一郎・刑法講義各論（新訂3版・1950年）244頁，木村・各論122頁，団藤・各論594頁，江家・各論303頁。
- 178）香川・各論531頁参照。
- 179）宮本・大綱363頁，瀧川幸辰・刑法各論（増補・1968年）131頁，香川・各論532頁。なお，西田・各論165頁は，強盗致死傷罪が事後強盗致死傷を含むことから，「手段説が妥当でないことは明らかであるが，通常の強盗の場合も，これとの均衡上，機会説をとるべきである」としながらも，「強盗の手段たる暴行・脅迫と事後強盗類似の状況における暴行・脅迫に限定されるべき」であるとする。手段説の論者のほとんどは，たしかに，事後強盗類似の場合が「強盗の機会」にあたるかについて言及していないが，「窃盗の機会」の暴行・脅迫により惹起された致死傷であれば，事後「強盗の機会」の致死傷と言えることから，強盗致死傷罪が成立すると解されているようにも思われる。しかし，財物領得には着手していない強盗未遂の犯人が逃亡中に，逮捕を免れ，あるいは罪跡を隠滅するために被害者を殺傷した場合には，「窃盗」への着手がないことから「窃盗の機会」は問題とはなり得ない。また，逮捕を免れ，罪跡を隠滅するための暴行・脅迫は強盗の手段となり得ず，手段説においては強盗致死傷罪の成立を認めることが困難である。西田教授が「事後強盗類似」の場合の処理を問題視するのは，おそらくはこのような場合を想定してのことかと思われる。
- 180）大塚・各論230頁，大谷・各論248頁，平川・各論360頁。
- 181）大阪高判昭和60年2月6日高刑集38巻1号50頁。本判決の事案は，AがBの金員を奪取しようと企て，B運転のミニバイクの後部荷台にまたがって乗車し，ナイフを右脇腹に突きつけ暴行，脅迫を加えて反抗を抑圧した上で「倒れる」と命じ，Bは命じられたとおりしなければ殺されるかもしれないと畏怖してミニバイクごと路上に転倒したことによって負傷したというものであった。これにつき，原判決は，反抗抑圧状態にあるBに命じて転倒させる行為は，自ら直接Bに暴行を加えたのと同じに評価するのが相当であると判示した。それに対して，本判決は次のように判示している。「Aが右のように反抗抑圧状態にあるBに『倒れる』と命じる所為は，強盗罪における脅迫に当たるといふべきで，それは強盗の実行中に強盗の手段としてなされたものであることは明らかであり，Bの傷害はBが畏怖したこと起因するものであるから，強盗の手段たる脅迫によって傷害の結果を生じたものとして強盗致傷罪の成立を認めるのが相当」であると。この事案においては，ナイフを突きつけ反抗を抑圧する暴行が行われているもの，それと傷害との関係については，原判決，本判決において言及されていない。従って，本判決においては，傷害の結果を惹起させた行為はあくまでも脅迫であり，強盗致傷罪の成立に必ずしも暴行の故意が必要ではないという立場を採っているものと思われるが，原判決のように暴行として評価するよりは優れているのではなからうか。少なくとも，暴行といった有形力の行使によらない無形力による傷害の概念を是認し，傷害罪を故意犯として理解するのであれば，脅迫による死傷の事例は，強盗犯人の脅迫等による傷害（強盗傷害），あるいはそれを基本犯とした強盗傷害致死と解し，第240条の成立範囲に含めて解する余地は十分にある

であろう。なお、香川・各論 378 頁参照。

182) 最判昭和 53 年 7 月 28 日刑集 32 巻 5 号 1068 頁は、強盗犯人が、殺意をもって、警ら中の巡査に対し建設用びょう打銃を発射したところ、びょうが同巡査の右側胸部を貫通し傷害を負わせた後、付近の通行人の腹部をも貫通して傷害を負わせたという事案について、巡査と通行人の両方に対し、2 個の強盗殺人未遂罪の成立を認めている。ただし、1 個の故意で 2 個の故意犯が成立することが許されるかについては議論がある。これについては後述する。

183) もっとも、香川・各論 531 頁が指摘するように、判例の採る「強盗の機会」説を、強盗の際の過失致死傷をも第 240 条の適用範囲に含める立場であると理解するならば、強盗後の逃走の際の交通事故により死傷の結果が惹起された場合には、「強盗の機会」説によれば強盗致死傷罪が成立することとなろう。

184) Hans Heinrich Jescheck / Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil 5., vollständig neubearbeitete und erweiterte Aufl. (1996), 569.

185) 結果的加重犯 (第 18 条) の規定は次の通りである。

法律が行為の特別の結果により重い刑を科しているときには、その結果について行為者または共犯者に少なくとも過失があった場合に限り、より重い刑で処断する。

なお、同条の原文は次の通りである。

Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Tater oder den Teilnehmer nur, wenn ihm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.

186) Jescheck/Weigend, a. a. O., 262.

187) Jescheck/Weigend, a. a. O., 569.

188) Harald Hans Körner, Betaübungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, 4 Aufl. (1994), 757 ff.

189) Otto, a. a. O., §46 RdN. 42.

190) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 6 (Eser).

191) 平川・各論 55 頁。

192) 大判大正 14 年 12 月 23 日刑集 4 巻 780 頁, 最判昭和 22 年 11 月 14 日刑集 1 巻 6 頁, 最判昭和 25 年 3 月 31 日刑集 4 巻 3 号 469 頁, 最判昭和 26 年 9 月 20 日刑集 5 巻 10 号 1937 頁, 最決昭和 32 年 3 月 14 日刑集 11 巻 3 号 1075 頁等。

193) 団藤・各論 585 頁。

194) 大判昭和 4 年 2 月 4 日刑集 8 巻 41 頁, 大判昭和 17 年 4 月 11 日刑集 21 巻 211 頁。

195) 平川・各論 361 頁。

196) 大谷・各論 249 頁, 西田・各論 166 頁。藤木・各論 300 頁は反対。

197) 西田・各論 40 頁。

198) 西田・各論 41 頁。山口・各論 46 頁は反対。

199) 東京地判昭和 31 年 7 月 27 日判時 83 巻 27 頁。同旨, 名古屋高裁金沢支判昭和 40 年 10 月 14 日高刑集 18 巻 6 号 691 頁。

- 200) 西田・各論 166 頁。
- 201) 西田・各論 41 頁。
- 202) 西田・各論 40 頁。
- 203) 強盗殺人未遂罪，強盗傷害未遂罪を刑法第 240 条の未遂とするものとして，内田・各論 295 頁。
- 204) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 7 (Eser); Jecoks, a. a. O., §251 RdN. 12.
- 205) 大判大正 11 年 12 月 22 日刑集 1 巻 815 頁，最判昭和 32 年 8 月 1 日刑集 11 巻 8 号 2065 頁。平川・各論 361 頁，西田・各論 166 頁。
- 206) Tröndle/Fischer, a. a. O., §251 RdN. 6.
- 207) Jecoks, a. a. O., §18 RdN. 7.
- 208) 中止犯（第 24 条第 1 項）の規定は次の通りである。
 自発的に，さらなる行為の実行を放棄，あるいは行為の完成を阻止した者は，未遂犯であることをもって処罰されない。中止犯と無関係に行為が完成しなかったときは，行為の完成を防ぐため，自発的かつ真摯に努力した場合に限り，処罰されない。
 なお，同条の原文は次の通りである。
 Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt oder deren Vollendung verhindert. Wird die Tat Ohne Zutun des Zurücktretenden nicht vollendet, so wird er straflos, wenn er sich freiwillig und ernsthaft bemüht, die Vollendung zu verhindern.
- 209) Otto, a. a. O., §46 RdN. 46; Jecoks, a. a. O., §251 RdN. 14.
- 210) Jecoks, a. a. O., §251 RdN. 14.
- 211) Otto, a. a. O., §46 RdN. 45; Jecoks, a. a. O., §251 RdN. 13.
- 212) Jecoks, a. a. O., §251 RdN. 13; Tröndle/Fischer, a. a. O., §251 RdN. 6.
- 213) 団藤・各論 596 頁，大谷・各論 250 頁。
- 214) 小野・各論 244 頁，瀧川（幸）・各論 133 頁，香川・各論 534 頁。
- 215) 藤木・各論 301 頁，内田・各論 295 頁，園田寿「強盗殺人罪の未遂」平野他編・刑法判例百選 各論（第 3 版・1992 年）81 頁。
- 216) 大谷・各論 250 頁。なお，大谷教授は無形的傷害の概念を認めている。
- 217) Tröndle/Fischer, a. a. O., §251 RdN. 5.
- 218) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 8 (Eser).
- 219) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 8 (Eser); Tröndle/Fischer, a. a. O., §251 RdN. 5.
- 220) 大判大正 14 年 12 月 23 日刑集 4 巻 780 頁，最判昭和 22 年 11 月 14 日刑集 1 巻 6 頁，最判昭和 25 年 3 月 31 日刑集 4 巻 3 号 469 頁，最判昭和 26 年 9 月 20 日刑集 5 巻 10 号 1937 頁，最決昭和 32 年 3 月 14 日刑集 11 巻 3 号 1075 頁等。
- 221) 平川・各論 55 頁。
- 222) 前田・総論 97 頁。
- 223) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 9 (Eser); Otto, a. a. O., §46 RdN. 47.
- 224) Otto, a. a. O., §46 RdN. 47.

- 225) 前注 165) 参照。
- 226) BGH 26, 175.
- 227) Vgl. Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 9 (Eser).
- 228) Hans Joachim Rudolphi, JR 1976, 73.
- 229) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 9 (Eser).
- 230) Nürnberg NStZ 86, 556; Tröndle/Fischer, a. a. O., §251 RdN. 2a.
- 231) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 9 (Eser).
- 232) 大判大正 11 年 12 月 22 日刑集 1 卷 815 頁, 最判昭和 32 年 8 月 1 日刑集 11 卷 8 号 2065 頁。宮本・大綱 362 頁, 牧野・各論下卷 362 頁, 木村・各論 136 頁, 平川・各論 359 頁, 山口・各論 233 頁, 西田・各論 164 頁。
- 233) 大判大正 5 年 3 月 31 日刑録 22 輯 512 頁。小野・各論 244 頁, 瀧川(幸)・各論 132 頁, 香川・各論 462 頁。
- 234) 木村「結果的加重犯の未遂」同・刑法の基本問題(1979年)327頁, 平川・各論 359 頁。

(かんもと・たかよし = 本学大学院法学研究科博士課程後期
満期退学, 博士(法学))