

強盗関連罪の身分犯的構成（二）

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 強盗的窃盗罪 (Räuberischer Diebstahl)

第 2 節 重強盗罪 (Schwerer Raub)

第 3 節 強盗致死罪 (Raub mit Todesfolge) (以上, 第 75 号)

第 4 節 強盗謀殺 (Raubmord)

第 5 節 まとめ

第 2 章 事後強盗罪の身分犯的構成

第 1 節 非身分犯説 (結合犯説)

第 2 節 真正身分犯説

第 3 節 不真正身分犯説

第 4 節 まとめ (以上, 本号)

第 3 章 強盗致死傷罪の身分犯的構成

第 4 章 強盗強姦罪の身分犯的構成

おわりに

第 4 節 強盗謀殺 (Raubmord)

財物を奪取する目的で人を殺害した場合には、わが国では強盗殺人罪が成立することとなるが、ドイツでは、強盗致死罪と謀殺罪が成立し、両者は観念的競合となり、重い謀殺罪によって処断されることとなる。

ドイツ刑法は、第 212 条において故殺罪 (Totschlag)²³⁵⁾ を規定するが、その

前条第211条に謀殺罪(Mord)を規定する。同条第1項は、「謀殺者は終身自由刑に処する」と規定し、同条第2項において、「謀殺者とは、殺人欲から、性欲を満足させるため、利欲から、若しくは他の下劣な動機から、背信的に若しくは残酷に、若しくは社会的に危険な方法を用いて、または他の犯罪行為を可能にしもしくは隠蔽するために、人を殺した者である」と規定する²³⁶。ドイツでは、特に謀殺となる強盗殺人を「強盗謀殺(Raubmord)」というが⁽²³⁷⁾、これは「利欲から(aus Habgier)」という動機による謀殺であり、同条第2項の規定する謀殺の一類型である。

わが国の刑法典には、ドイツの謀殺罪に相当する規定は存在しない。わが国は、故殺と謀殺を区別せず、ただ殺人罪のみを置き、「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは三年以上の懲役に処する。」(第199条)という幅の広い科刑を規定して、裁判官の裁量によって様々な事案に柔軟に対応するという方法を採用している。

また、ドイツの謀殺罪は、故殺罪の規定より前に置かれているが、学説上は、謀殺罪は、故殺罪を基本的な構成要件とする加重類型であると解するのが一般的である²³⁸。これに対して、判例は、伝統的に、故殺罪と謀殺罪は相互に別個独立した構成要件ないし犯罪類型であると解してきた²³⁹。このような通説と判例の解釈の相違は、特に、「謀殺者」の身分ある者にその身分なき者が関与した場合の処理などの共犯と身分に関する問題について激しい対立をもたらすこととなるが、この点については後述する(本節第3項)。

第1項 謀殺罪の要素

謀殺罪の実行行為は、故殺罪と同様、人を殺す行為であるが、謀殺罪が成立するには、さらに「謀殺罪の要素(Mordmerkmal)」が充足されていなければならない。この謀殺罪の要素が動機・目的に関するものである場合には、故殺と謀殺の差異は客観的には存在しない。しかし、謀殺の態様に関するものである場合には、故殺と謀殺は客観的にも異なるものとなる。

故殺が謀殺罪の成立に必要な主観的・客観的要素を充たしたときに、謀殺罪が成立すると解する通説的な立場からは、謀殺は、その「特別の社会倫理的な非

難 (besondere sozialethische Verwerflichkeit) 」によって特徴づけられるものとされている。この社会倫理的な非難は、第1グループの特別の動機（「殺人欲から」、「性欲を満足させるため」、「利欲から」、「他の下劣な動機から」）と、第2グループの実行行為の態様（「背信的に」もしくは「残酷に」、もしくは「社会的に危険な方法」）と、第3グループの犯罪目的（「他の犯罪行為を可能にするため」、もしくは「他の犯罪行為を隠蔽するため」）の3つに区別される²⁴⁰。そして、実行行為がこの3つのグループのいずれかの要素に該当することによって、謀殺罪が成立することとなるのである。

以上のように3つのグループに分けられる謀殺罪の要素が、犯罪論の体系上、どのように分類されるかについては争いがある。

判例は、謀殺罪の要素に関しては、上記3グループすべてを特に不法要素として理解したうえで、客観的な不法要素（第2グループ）と、主観的な不法要素（第1及び第3グループ）の2つに分けている²⁴¹。これに対し、学説上は、判例を支持する立場²⁴²の他、上記3グループの要素すべてを責任要素として解釈する立場²⁴³、謀殺罪の要素には、不法要素と責任要素の両者の性質が含まれており、3グループすべてを不法要素、責任要素のいずれか一方に一義的に決することはできないとする立場もある。この最後の立場に属する学説としては、主に次の2つを挙げることができる。

ひとつは、謀殺罪の3つのグループの要素のすべては、不法と責任が複合しているとする立場である²⁴⁴。この立場を採る論者は、謀殺罪の要素については、不法、あるいは責任に関係する領域が、総じて明確に区別されるわけではなく、不法と責任の考量が重複しうるものであって、包括的な量刑において考慮されるものであると主張する。

もうひとつは、3つのグループの要素を、主観的な責任要素と客観的な不法要素に分類する立場である²⁴⁵。例えば、エーザーは、第1グループの「動機」については、「真正の情操要素 (echte Gesinnungsmerkmale)」に当たるとし、責任要素と解する。第2グループについては、それぞれの要素によって結果無価値と行為無価値のいずれに起因するかという差異はあるものの、すべて不法要素と解されるとする。すなわち、「残酷性」（苦痛を強めること）と「社会的に

危険な方法」(他の方法の危険)は、既にして客観的な結果無価値を本質的に高める要素であるとする。そして、「背信的」であるというのは、それによって被害者の抵抗力を奪うという客観的な無価値を越えた特別の信頼関係の毀損が、行為無価値を特に高めるものとする。第3グループの犯罪目的の設定は、生命の法的価値を明らかに減少させる要素、もしくは法益に密接に関連する要素というよりは、むしろ、「不真正の情操要素 (unechte Gesinnungsmerkmale)」に近いものであって、責任要素と解されるとする²⁴⁶⁾。

もっとも、このような謀殺罪の要素が不法要素か責任要素かという問題自体は、必ずしも重要ではないという指摘もある²⁴⁷⁾。謀殺罪の要素を不法の領域、あるいは責任の領域のいずれに分類するにしても、その議論自体は、謀殺罪の故意の問題にも、そして、後述するようなドイツ刑法第28条に規定されている共犯と身分に関する問題にも影響しないものと解されている²⁴⁸⁾。謀殺罪は、「謀殺者」という身分を有する身分犯であるとされている²⁴⁹⁾。従って、謀殺者の身分ある者に身分なき者が関与した場合には、共犯と身分の問題として処理されることとなる。しかし、ドイツにおいては、共犯と身分の処理は、身分の要素が不法要素か、それとも責任要素かで区別されるのではなく、「行為関係的要素 (tatbezogenes Merkmal)」か、それとも「行為者関係的要素 (täterbezogenes Merkmal)」かで区別されるとするのが一般である²⁵⁰⁾。そして、通説は、謀殺罪は故殺罪の加重類型であるという前提に立ち²⁵¹⁾、正犯であるAが謀殺罪の構成要件を惹起した場合に、その謀殺罪の要素が行為関係的要素であったならば、謀殺者の身分を欠く共犯Bも従属的に謀殺罪の共犯として処罰され、Aの謀殺罪の要素が行為者関係的要素であったならば、Bは単に故殺罪によって処罰されるに過ぎないと解するのである。もっとも、謀殺罪の各要素が行為関係的要素なのか、それとも行為者関係的要素なのか、また、どのような共犯規定が適用されるのか等については議論があるが²⁵²⁾、この点については後述する(本節第3項)。

第2項 「利欲」を動機とした謀殺罪

ドイツの謀殺罪は、「謀殺者」という身分を有する身分犯であるとされるこ

とから、上述したように、謀殺者の身分ある者に身分なき者が関与した場合の処理が重要な問題となる。これに対し、わが国の強盗致死傷罪については、「強盗」という身分を有する身分犯であると解する論者もあるが²⁵³）、共犯と身分の問題の検討はほとんど行われていないと言ってよい。わずかに、強盗致死傷の財物奪取についてのみ関与した共犯について、結果的加重犯の共同正犯あるいは承継的共犯が成立するかが議論となっているに過ぎない。わが国では、強盗致死傷罪が実質的には身分犯ではなく、結果的加重犯あるいは結合犯として理解されていることの証左であると言えよう。

それでは、強盗致死傷罪、特に強盗殺人罪を、実質的にも身分犯と解すればどうなるであろうか。わが国の強盗致死傷罪とドイツの強盗謀殺とは、強盗の手段たる暴行・脅迫に出ることで身分が発生する点と、ドイツの謀殺罪に対する故殺罪、わが国の強盗致死傷罪に対する傷害罪・傷害致死罪・殺人罪というように、軽い刑罰規定が存在する点において共通する。また、ドイツの謀殺罪は生命に対する罪であるのに対し、わが国の強盗致死傷罪は、刑法典上は財産に対する罪として位置づけられているが、その主要な保護法益は、財産ではなく人の生命・身体であると解するのが判例・通説であり²⁵⁴）、ドイツの謀殺罪と共通する面があると言ってよい。

もっとも、わが国の強盗致死傷罪について、結合犯説の論者は、財産犯である強盗罪を、結合犯である強盗致死傷罪の一部であるとし、結果的加重犯説の論者は、強盗罪を、結果的加重犯である強盗致死傷罪の基本犯であるとする。従って、強盗致死傷罪の財産犯としての性質も、この限りにおいて必ずしも否定されていないということになる。しかし、強盗致死傷罪の身分犯としての側面を重視すれば、強盗身分があることによって刑が加重される強盗致死傷罪は、生命・身体に対する罪と解する方向に傾く。従って、わが国の強盗致死傷罪については、ドイツの謀殺罪の共犯と身分に関する議論が、大いに参考となるはずである。

このような観点から、以下、ドイツにおける強盗謀殺、すなわち「利欲」を動機とした謀殺罪と、わが国の強盗致死傷罪とを、共犯の処理を中心に比較検討する²⁵⁵）。

(1) 「利欲から」という動機

上述したように、謀殺罪の要素に関するドイツの判例、及びこれを支持する学説は、「利欲から」という動機を含む謀殺罪の要素の第1グループを主観的違法要素と解している。この立場では、故殺と第1グループの謀殺の決定的な相違は、「利欲から」という動機等の有無にあり、これが存在する場合には、行為者が「謀殺者」の身分を獲得し、謀殺罪によって処罰されるということとなる。

「利欲から」という動機は、ドイツ連邦裁判所によれば、「明らかに抑制がなく、ほしいままに求める(Hemmungslosigkeit und Rücksichtslosigkeit getriebene)」動機であるとされており²⁵⁶⁾、具体的には「単なる利益目的を超えて、いかなる犠牲を払ってでもさらに多くの利益を得ようとする努力(noch über die Gewinnsucht hinaus gesteigertes abstoßendes Gewinnstreben um jeden Preis)」であると解されている²⁵⁷⁾。従って、殺害について正当防衛が成立する場合には、「利欲から」という動機の存在は否定されることになる²⁵⁸⁾。

このような「利欲から」という動機の存在が認められる典型例は、直接的な財物や財産上の利益の取得を目的とする強盗謀殺である。強盗の際に、行為者が犯行現場において、奪った財物を確保しその利用を妨害されないようにするために殺害行為に及んだ場合にも、「利欲から」という動機による謀殺とされるのである²⁵⁹⁾。もっとも、直接的な財物や財産上の利益の取得の目的による強盗謀殺だけではなく、例えば、推定相続人が遺産相続目当てに被相続人を殺害した場合、保険金の受取人が保険金目的で被保険者を殺害した場合、報酬目的の殺人の場合なども、「利欲から」という動機による謀殺に当たると解されている²⁶⁰⁾。

しかし、財産上の利益を求めることが殺害の動機となっていたとしても、それだけで「利欲から」という動機が認められるわけではない。例えば、ドイツ連邦裁判所の判例には、Aが愛人の外国人女性2人を酒場の経営者Bに預け、酒場で売春させて売春料の一部を得ていたが、Aに別の愛人のいることが発覚したため、女性2人がAと断交してBにのみ売春料の一部を払って売春を続けていたところ、収入源を絶たれたAが激怒してBに自己の取り分を払うよう要

求し、これを断られたためBを射殺したという事案について、「利欲から」という動機の有無が争われたものがある。ドイツ連邦裁判所は、「利欲から」という動機が認められるためには、行為者の利益、すなわち、Bの死亡によってAの利益が直接増加するという客観的事実、あるいはAが少なくともそれを確信していることが前提となるところ、Bの死の効果として2人の女性の売春による収入をAが得るといふ事実の有無、あるいはAがこのことを確信していたという事実がなく、むしろAは、収入を得られなくなったことによる憤激と怒りからBを殺害したといふべきであるとして、「利欲から」という動機の内容を否定しているのである²⁶¹）。

また、権利行使の際の殺害が、「利欲から」という動機による謀殺に当たるかも、重要な問題とされている。例えば、ハンブルグ上級裁判所は、債権者Aが債務者Bに債務の支払いを要求したところ、Bがこれを拒絶したため、Bの所持金を調べようとし、さらに用心のため拳銃を手にしたが、Bが再び支払いを拒絶したのでBを射殺したという事案について、「利欲から」という動機による謀殺罪が成立するためには、行為者が獲得しようとした利益は違法なものでなければならず、この場合にAが獲得しようとした利益は、債務弁済の要求による適法なものであり、Aに「利欲から」という動機が存在するとは言えないとして、謀殺罪の成立を否定している²⁶²）。

この判例について、オットーは、ハンブルグ上級裁判所の結論は妥当であるものの、債務弁済の「要求 (Anspruch)」が行われたかどうかを、行為状況の評価の対象としたことには問題があると指摘する。すなわち、オットーは、要求がなされたことのみをもって、獲得しようとした利益が適法なものとなり、「利欲から」という動機に基づく行為である可能性がなくなるわけではないとするのである。債務弁済の「要求」がありさえすれば、「利欲から」の動機に当たらないとする理論構成に拠るならば、債権者である行為者が、債務者である被害者を殺害したという事例において、行為者が被害者に対し債務弁済を要求し、被害者が弁済可能であるにもかかわらずこれを拒否した場合には、「要求」の存在によって、行為者の獲得しようとした利益は適法なものとなり、従って、違法な利益を客体とする「利欲から」という動機は存在せず、行為者が謀殺罪

に問われることはないことになる。しかし、行為者が債権者であることを債務者に示し債務弁済の「要求」をしたことを、訴訟過程において証明し得なかった場合には、行為者の獲得しようとした利益もまた適法なものとは証明されず、「利欲から」という動機による謀殺罪が成立することになる。オッターは、この2つの場合において、「要求」が存在するか否かの一点のみで、故殺罪と謀殺罪のいずれが成立するかを決定すべきではないというのである²⁶³。さらにオッターは、このような観点から、「利欲から」という動機の認定においては、行為者の利益獲得に向けられた努力だけではなく、有効な法的手段及びこれに類する手段が存在しないことにより困窮していたという意識をも問題とすべきであると主張する。そして、このような意識が行為者に存在するならば、「利欲から」という動機の存在は否定されるべきであるとするのである²⁶⁴。

しかし、多数説は、「利欲から」という動機の特徴は、行為者が獲得しようとした利益と、そのために犠牲にした他人の生命という重要な法益の極端な不均衡にあるとし、ハンブルグ上級裁判所の上掲判例事案について、「利欲から」という動機の存在を積極に解している²⁶⁵。

(2) 全体的評価と動機の束

ドイツの判例・通説は、「利欲から」という動機が認められるためには、「利益獲得の志向 (Gewinnstreben)」が、行為の唯一の動機ではなくとも支配的なものでさえあれば足りるとしている²⁶⁶。行為者に複数の動機が存在している場合に、「利欲から」という動機が存在していると認められるかどうかについて、ドイツ連邦裁判所は、「全体的評価 (Gesamtwürdigung)」という基準を採用している²⁶⁷。この基準によれば、例えば、怨恨や復讐の目的のような主観的事情が行為者の意思を支配しているか、あるいは、少なくとも行為者の意思決定に関わっている限りにおいて、「利欲から」という動機による行為であることが否定されることとなる。

謀殺の事例においては、しばしば、行為者に、「利欲から」という動機の他に、怨恨や復讐の目的というような他の動機が併存して行為に影響を与えているという場合がある。「全体的評価」は、このような、いわゆる「動機の束 (Mo-

tivbündel)」がみられる事例において、「利欲から」という動機の存否を判断する基準として重要なものとされている。ドイツ連邦裁判所は、例えば、Aが、自殺を幫助してくれる人物を捜していたBから哀願され、現金を受け取ってBを殺害したという「動機の束」が問題となる事案において、「利欲から」という動機による謀殺と言えるためには、利益の追求が、行為の際に「意識のうえで支配的である (bewußtseinsdominant)」ことが必要であるとしたうえで、この事案においては、Aに利益を得ようとする意図がなく、基本的に他の動機によって行為が実行されていることから、利益の追求が「意識のうえで支配的である」とは言えず、「利欲から」という動機があるとは言えないとして、謀殺罪の成立を否定しているのである²⁶⁸。このように、殺人によって利益を獲得したとしても、行為者の主観において、利益獲得の意思より支配的、あるいは優勢な他の意思が存在する場合には、「利欲から」という動機があるとは言えないということとなる²⁶⁹。

もっとも、「全体的評価」は、例えば、緊急の必要性からとか、異常な病的欲求からといった責任が阻却される動機についても及ぶことになる。激情に駆られて行為に及んだ場合にも、「利欲から」という動機がまったく認められないわけではない。例えば、ドイツ連邦裁判所は、麻薬中毒であったAが、ヘロインの売人であったBの所持していた200ドイツマルク相当のヘロインを使用しようとしたが持ち合わせがなく、ヘロインがほしいという欲求に駆られてBを殺害したという事案において、Aに病的な薬物依存性があったことから、Aが結果発生を回避し得たか否かが争われたところ、「利欲から」という動機は激情犯であっても認められうるとして、謀殺罪の成立を認めている²⁷⁰。

また、エーザーは、「動機の束」がある場合には、少なくとも、「主導的な動機 (leitende Beweggründe)」の一つが「下劣な動機」として評価されなければならないが、しかし、それによって行為が本質的に特徴づけられる必要はないとする。さらに、「憤激 (Wut)」、「失望 (Enttäuschung)」、「憎悪 (Hass)」のような「表面上の衝動 (vordergründigen Anstößen)」に関しては、通常、これらが、どれだけ「下劣な心情 (niedrige Gesinnung)、あるいは態度 (Einstellung)」に基づいているかどうかを問題としなければならないと主張している²⁷¹。この主

張は、ドイツ連邦裁判所の立場とほぼ同旨かと思われるが、少なくとも主導的な動機の一つが下劣な動機として評価されなければならないというのであるから、あるいは、主導的な動機が複数存在していた場合について、その優劣を問わず、そのうちの一つでも下劣な動機として評価し得れば、謀殺罪を認めるに足りるということを示唆しているのではないかとも思われる。仮にそうであるならば、下劣な動機が、必ずしも、行為者の主観において量的に最大である必要はないということなり、判例の立場と比べ、「利欲から」という動機がやや広く認められることになるかと思われる。

これに対し、わが国においては、「全体的評価」と「動機の束」のような考えは、強盗罪、強盗殺人罪の故意及び不法領得の意思の存否の判断において、考慮されていないと言ってよい。わが国の判例・通説は、「強盗の機会」に致死傷の結果が発生しさえすれば、第240条の罪の成立に十分であるとする機会説に立っている。これに対しては、致死傷を惹起する行為が財物奪取の手段でなければならないとする手段説、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している必要があるとする関連性説が主張されている。

機会説に立つならば、「強盗の機会」の致死傷であれば足りるというのであるから、致死傷を惹起する行為に財物奪取の意思が存在したか否かを問題とする必要はなくなってしまう。しかし、手段説に立つならば、致死傷を惹起する行為には、それが主導的な動機であるかはともかくとして、少なくとも財物奪取の意思の存在は必要となると解されよう。財物奪取の意思が、致死傷を惹起する行為の主導的な動機となっている必要があるかは問題であるが、手段説は、強盗犯人が恨みを晴らすために被害者を殺害した場合を、強盗致死傷罪の成立範囲から排除する²⁷²⁾。このような手段説によれば、財物奪取の意思と、恨みを晴らすなどといった財物奪取以外の意思のいずれが主導的な動機であったかによって、強盗殺人罪と殺人罪のいずれが成立するのかを分けると解することもできるのではないかと思われる。また、関連性説に立つならば、密接な関連性の内容をどのように解するかが問題となるが、致死傷の結果を発生させた行為の主導的な動機が、財物奪取に向けられた動機であった場合に、密接な関連

性が肯定されると解する余地はあろう。このようにしてみると、手段説と関連性説は、「動機の束」における「全体的評価」を取り入れる余地があるようにも思われる。

しかし、わが国において、「全体的評価」の基準が妥当するかについては疑問もある。「動機の束」が問題となる事例としては、例えば、Aが、強盗の意思で被害者の背後から殴打したところ、被害者がかねて恨みに思っていたBであったことに気付いて憤激してBを絞殺し、その後にAがBの財布を奪った場合などが挙げられる。機会説によれば、この事例は「強盗の機会」の殺害であるから、強盗殺人罪が成立することとなる。しかし、手段説によれば、死の結果を惹起した絞殺行為が、強盗の手段となっているかが問題となる。ここで「全体的評価」の基準を採用するならば、絞殺行為時に財物奪取の意思が主導的であったか否かを問い、これが肯定されるのであれば、殺人が強盗の手段となっているとして強盗殺人罪と解し、否定されるのであれば、殺人罪と強盗罪の併合罪となると解することもできるかもしれない。また、関連性説によっても、恨みを晴らす目的での殺人を強盗殺人罪の処罰範囲から除くというのであるから、絞殺行為において財物奪取の意思が主導的であったか否かを問い、これが肯定されるのであれば、強盗と殺人の密接的関連性が強いとして強盗殺人罪、否定されるのであれば殺人罪と強盗罪の併合罪と解することもできるかもしれない。だが、絞殺行為時に、財物奪取の意思がたとえ主導的でなくとも存在したのであれば、絞殺行為が財物奪取の手段となっていること、あるいは絞殺行為と強盗との密接的関連性のあることを否定できないのではなからうか。問題とすべきは財物奪取の意思の有無であって、それが主導的であるかどうかという量的な程度ではないように思われるのである。

これと同様の問題は、強制わいせつ罪に関するわいせつの目的にもみられる。最判昭和45年1月29日刑集24巻1号1頁は、行為者が報復等の目的で23歳の婦女を全裸にして写真を撮ったという事案につき、「強制わいせつ罪が成立するためには、その行為が犯人の性欲を刺激興奮させまたは満足させるという性的意図のもとに行われることを要」するが、「専らその婦女に報復し、または、これを侮辱し、虐待する目的に出たときは、強要罪その他の罪を構成する

のは格別、強制わいせつの罪は成立しない」と判示し、本罪の成立を否定しており、この判例を支持している者もいる²⁷³⁾。このように、わいせつの目的が「専ら」であったかを問題として、強制わいせつ罪の成否を決定するという方法は、「動機の束」における「主導的な動機」を問題とする、ドイツの「全体的評価」の基準に類似していると言えよう。確かに、強制わいせつ罪においてわいせつの目的を要求しなければ、例えば、医療行為や宗教行為²⁷⁴⁾の際の身体的接触にも無制限に本罪が成立する危険があることから、強制わいせつ罪の成立にわいせつの目的の存在を要求する理由はないわけではない。しかし、強盗殺人罪の財物奪取の意思にせよ、強制わいせつ罪のわいせつの目的にせよ、これらの主観的要素の存在は要求されてしかるべきであるものの、他の主観的要素を量的に上回ることで要求すると、処罰範囲を過度に狭めることになるように思われるのである。

(3) 非難性の基準と危険性の基準

「全体的評価」に加えて、さらにエーザーは、次のような2つの方法によって「利欲から」という動機を制限的に解しようとしている²⁷⁵⁾。

ひとつは、通説の用いる、行為者の動機と目的が非難されるべき程度に至っているかという基準、すなわち「非難性の基準 (Verwerflichkeitskriterien)」を用いる制限の方法である²⁷⁶⁾。謀殺は、上述したように、その特別の社会倫理的非難性によって刑を加重されると解されている。「非難性の基準」は、殺人を謀殺罪として重く処罰しうる程度に社会倫理的非難性が高いかどうかを、「いかなる犠牲を払ってでも」財産上の利益を得ようとしているか²⁷⁷⁾、言い換えるならば、「異常な、不健全な、倫理的に不快な程度まで高まった利欲 (Steigerung des Erwerbsinnes auf ein ungewöhnliches, ungesundes, sittlich anstößiges Maß)」²⁷⁸⁾であるかによって決定すべきだとする基準である。

「非難性の基準」によれば、殺人の動機が、生命よりはるかに価値の低い財産上の利益を獲得するためであるに過ぎない場合に、謀殺罪として重く処罰すべき、高い程度 of 社会倫理的非難性が生じることになる。ドイツ連邦裁判所も、麻薬中毒であったAが、ヘロインの売人であるBの所持していた200

ドイツマルク相当のヘロインがほしいという欲求に駆られてBを殺害したという事案について、「利欲」による行為に出たというためには、行為者が単に被害者を殺害して利益を得るということを認識していたか否かだけではなく、追求した財産上の利益と、犠牲にした人の生命の価値が釣り合わないものであることを当然に意識している必要があるとしたうえで、「利欲から」という動機の存在を認定している²⁷⁹）。

もっとも、行為者が獲得しようとしていた利益の多寡は、「利欲から」という動機の認定上、問題とはならない²⁸⁰）。獲得しようとする利益がどの程度のものであろうとも、極めて重要な法益である生命の価値と釣り合うはずもなく、この場合の利益と生命の価値の不均衡が極端であるのは明白だからである²⁸¹）。行為者が被害者に対する要求を貫徹しようとして殺害に及んだ場合も、行為者にその要求を裏付ける権利があるか否かは問題とされないのである²⁸²）。

もうひとつは、行為がどの程度の危険性を惹起しているかという基準、すなわち「危険性の基準 (Gefährlichkeitskriterien)」を用いる制限の方法である²⁸³）。「危険性の基準」は、「利欲から」という動機を認定する際に、行為者に「明らかに抑制がなく、ほしのままに求める」ことによって行為に駆り立てられているという心理状況の存在を要求し、これによって、殺人が謀殺罪として重く処罰しうる程度に高い危険を惹起したか否かを決定すべきだとする基準である。「非難性の基準」は、行為者が他人の生命を犠牲にして財産上の利益を獲得しようとすることによって、社会倫理的非難性が増大するという点に着目した基準であるが、「危険性の基準」は、行為者が抑制を欠くことによって、他人の生命法益の危険性が著しく増大するという点に着目した基準であると言えるであろう。

ドイツ連邦裁判所は、「利欲から」という動機には、積極的に財産を増加させようとする意図だけではなく、財産の現状維持を図ろうとする意図をも含まれるという立場を採っており、例えば、Aが、子供が生まれることによる扶養の経済的負担から逃れようとして、出産間近のBを殺害したという事案についても、「利欲から」という動機の存在を認めている²⁸⁴）。これについて、エーザーは、財産の現状維持を図ろうとして殺害に及んだ場合には「非難性の基準」

より「危険性の基準」を用いるべきであるとしている²⁸⁵。「非難性の基準」は、「利欲から」という動機を、「いかなる犠牲を払ってでも」財産を増加させようとする意欲と解することによって導かれる基準であり、単なる「占有保持の意思(Besitzerhaltungsabsicht)」は「利欲から」という動機から除外される。従って、財産の増加ではなく、あくまでも現状維持を図ろうとするにとどまる意図をも「利欲から」という動機に含める解釈は、財産の増加を内容とする「非難性の基準」に適合しない。しかし、「明らかに抑制がなく、ほしいままに求める」ことを問題とする「危険性の基準」を採用するならば、行為者が財産を増加させようとしているのか、それとも現状維持を図ろうとするにとどまるのかは謀殺罪の成否に関係しないことになる。そして、行為者が財産の現状維持を図ろうとする意図で殺人に出て、その際の行為者の心理状況が「明らかに抑制がなく、ほしいままに求める」という危険性の高いものである場合には、「非難性の基準」ではなく「危険性の基準」によって、「利欲から」という動機が存在が認められるというのである²⁸⁶。

(4) ドイツの強盗謀殺と日本の強盗殺人の主観的要件

以上のように、ドイツの強盗謀殺の主観的要件としては、殺人の故意と「利欲から」からという動機が必要である。この「利欲から」という動機は謀殺罪の要素のひとつであり、この動機の有無により、謀殺罪と故殺罪のいずれが成立するかが決定される。一方、わが国においても、強盗殺人罪が成立するためには、殺人の故意と財物奪取の意思(1項強盗殺人)ないし財産上の利益取得の意思(2項強盗殺人)が必要であり、これらの意思の有無により、強盗殺人罪と殺人罪のいずれが成立するかが決定される。このように、ドイツの謀殺罪における「利欲から」という動機と、わが国の強盗殺人罪における財物奪取の意思ないし財産上の利益取得の意思は、加重類型である強盗謀殺ないし強盗殺人と、基本類型である故殺ないし単純殺人とを区別する機能を有しているが、それでは、これらの主観的要件の内容には、どのような相違があるのだろうか。

前述したように、「利欲から」という動機は、財物や財産上の利益を獲得し

ようとする意欲であるとされているが、この財物や財産上の利益は直接的なものでなくともよく、推定相続人が遺産相続目当てに被相続人を殺害した場合²⁸⁷⁾、子供を扶養する経済的負担から逃れるための妊婦を殺害した場合²⁸⁸⁾も、「利欲から」という動機による謀殺に当たると解されている。これに対して、わが国の判例は、遺産相続目的の殺人について、強盗殺人罪の成立を否定的に解している。すなわち、横浜地裁川崎支判昭和63年5月25日判タ691号158頁は、遺産相続目的の殺人未遂の事案について、遺産相続することそれ自体が財産上の利益に当たるとして2項強盗殺人未遂罪の成立を認めたとが、本判決の控訴審である東京高判平成元年2月27日判タ691号158頁は、「現行法上、相続の開始による財産の承継は、生前の意思にもとづく遺贈あるいは死因贈与等とも異なり、人の死亡を唯一の原因として発生するもので、その間任意の処分の観念を入れる余地がないから、同（第236条）条第2項にいう財産上の利益には当たらない」として、単なる殺人未遂罪が成立するにとどまるとし、原判決を破棄差戻しているのである²⁸⁹⁾。

これに対し、例えば植松博士は、「法定推定相続人が被相続人を殺して財産相続を企てる行為や、相続の先順位者を殺して自己の相続順位を引き上げる行為も、相続の開始または順位引上という不法の利益の取得を意図して殺害の所為に出たものであれば、単なる殺人罪ではなくて強盗殺人罪になるが、その意図を欠けば、単に殺人罪を構成するにすぎない」として、2項強盗殺人罪の成立を肯定的に解されている²⁹⁰⁾。また、木村教授は「相続人のいない者を殺害し、その財産を奪おうとする行為は、1項強盗殺人罪以外の何ものでもなく、相続人による殺害の場合もそれと同様に解すべきである」として、遺産相続目的の殺人は、2項強盗殺人罪ではなく、むしろ1項強盗殺人罪と評価すべきであるとされている²⁹¹⁾。

もっとも、近時の論者の多くは、上掲東京高裁平成元年判決と同様、強盗殺人罪の成立について否定的な立場をとっている。例えば、町野教授は『『相続人としての地位の獲得』が2項強盗罪を成立させないのは、むしろそれが被害者の占有・所有する財産的利益でないからである。被害者が死ねば相続が開始し、行為者は相続財産を承継する地位にいることになる。しかし、兄弟が一人

減ればご飯がもっと沢山食べられるとしても、弟を一人殺すことが強盗殺人になるわけではない。弟は食事の給付を受ける『地位』を持っているとはいえるが、食物を占有しているわけではない。弟を殺してそのお菓子を奪えば強盗殺人になるが、この場合はそうではない。同様に、A Bを殺してその土地・建物を奪取すれば強盗であろうが、A Bを殺して相続することはそうではない」とされている²⁹²。この理論構成に拠るならば、わが国ではほとんど議論されていない扶養義務から逃れるための妊婦の殺害についても、被害者たる妊婦が生まれる子供を扶養するための財産を既に所有しているとは言えないとして、強盗殺人罪の成立は否定されることとなろう。

このように、ドイツの「利欲から」という動機と比べ、わが国の財物奪取の意思ないし財産上の利益取得の意思は、獲得しようとした財物・利益が、より具体的で獲得の確実性の高いものでなければならぬと解されている点に特徴があると言えよう。しかしながら、「利欲から」という動機の認められる範囲は、必ずしも、わが国の財物奪取の意思ないし財産上の利益取得の意思より常に広がるわけではない。上述したように、「利欲から」という動機には、わが国の財物奪取の意思ないし財産上の利益取得の意思にはない、「いかなる犠牲を払ってでも」という「非難性の基準」、「明らかに抑制がなく、ほしいままに求める」という「危険性の基準」による制限が加えられているからである²⁹³。

第3項 謀殺罪と身分犯

ドイツにおいては、通説によれば、謀殺罪は、謀殺者という身分の存在によって故殺罪の刑を加重する身分犯と解されている²⁹⁴。そのため、謀殺罪については、いわゆる共犯と身分の問題、具体的には、正犯と共犯のうち、一方だけが謀殺罪の要素を具備した場合に、他方の罪責がどうなるのかが議論されている。ドイツ刑法は、共犯と身分について、第28条(特別の一身上の要素(Besondere persönliche Merkmale))と第29条(関与者の独立の可罰性(Selbständige Strafbarkeit des Beteiligten))の2箇条を置いている。

まず、第28条第1項は、「正犯の可罰性を基礎づける特別の一身上の要素(第14条第1項)が共犯(教唆犯または幫助犯)に欠けるときは、その刑は第

49 条第 1 項により減輕する (Fehlen besondere persönliche Merkmale (§ 14 Abs. 1), welche die Strafbarkeit des Täters begründen, beim Teilnehmer (Anstifter oder Gehilfe), so ist dessen Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern.)」と規定している。この規定は、「一身上の要素 (persönliche Merkmale)」が共犯に欠ける場合の、「従属性の緩和 (Akzessorietätslockerung)」による刑の必要的減輕を定めたものである²⁹⁵。この特別の「一身上の要素」とは、具体的には、行為者の「人物 (Person)」に関わるすべてのものを指し、「一身上の特性 (persönliche Eigenschaften)」、「一身上の関係 (persönliche Verhältnisse)」、「一身上の事情 (persönliche Umstände)」という 3 つの要素が含まれる²⁹⁶。

そして、「一身上の特性」とは、当該人物の人格と、精神的・肉体的な要素、法的な性質とが結びついたものである。例えば、性別、年齢、親族という身分等が挙げられる²⁹⁷。「一身上の関係」とは、その者と、他者 (andere Menschen)、国家 (Staat)、物 (Sachen) との外部的な関係が明確に示されているものである。例えば、軍人や裁判官といった公務員、公的業務のための特別義務者、医者、弁護士、教師、受託者等、行為者が他者との関係において特別の信頼されるべき地位にある場合である²⁹⁸。「一身上の事情」とは、「一身上の特性」ないし「一身上の関係」以外の一身上の要素のことである。例えば、累犯、職業的犯罪、常習犯、妊娠中であるなどのことだけでなく、「一時的な性質 (Vorübergehender Art)」、特に動機や感情といった行為者の内心の要素も含まれる²⁹⁹。また、国家及びその象徴に対する侮辱罪 (Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole)³⁰⁰における「悪意 (Böswillig)」や、中止犯を規定する第 24 条における「任意性 (freiwillig)」等も含まれる³⁰¹。

次に、第 28 条第 2 項は、「特別の一身上の要素が刑を加重し、減輕し、または阻却する旨を法規が規定しているときは、その法規は、特別の一身上の要素が存在している関与者 (正犯または共犯) にのみ適用される (Bestimmt daß Gesetz, das besondere persönliche Merkmale die Strafe schärfen, mildern oder ausschließen, so gilt das nur für den Beteiligten (Täter oder Teilnehmer), bei dem sie vorliegen.)」と規定している。これは、正犯と共犯のいずれか一方に、刑を加重、減輕ないし阻却する「特別の一身上の要素」が存在する場合に、その者のみに

適用される構成要件または刑罰阻却事由が選択され、「構成要件の置換 (Tatbestandsverschiebung)」によって、当初から、その者に対し、その構成要件あるいは刑罰阻却事由が適用されるということを定めたものである³⁰²。もっとも、第28条第2項を適用する際には、「特別の一身上の要素」を具備しているのが正犯と共犯のいずれであるのかを考慮すべきであり、また、それが問題とされるべきであるとされている。詳細については後述する。

さらに、第29条は、「すべての関与者は、他の者の責任を考慮することなく、その者の責任によって罰する (Jeder Beteiligte wird ohne Rücksicht auf die Schuld des anderen nach seiner Schuld bestraft.)」と規定している。これは、責任の個別化を規定し、それぞれの犯罪行為への関与者、すなわち正犯、教唆犯、幫助犯は、有責性の程度に差があったとしても、他人の責任に左右されず、「その者の責任によって」処罰される旨を定めたものである。もっとも、この第29条による行為の評価は、行為者の責任のみを対象とするものではない。すなわち、不法が高められることにより、責任もまた高められることから、不法を高める「一身上の要素」もまた、「その者の責任」を高めるものとして考慮されるのである³⁰³。また、第28条は、第1項において共犯の刑を、第2項において関与者に適用される構成要件そのものについて「構成要件の選択 (Wahl des Tatbestandes)」を規定しているが、第29条は「構成要件の選択」に関する規定ではないとされている³⁰⁴。

要するに、第28条第1項、第2項と第29条は、共犯につき以下のことを規定したものであるということになる。すなわち、「可罰性を基礎づける特別の一身上の要素」が正犯に存在し、共犯にこれが欠ける場合には、共犯には第28条第1項が適用される。第28条第1項、第49条第1項は法律上の減輕を定めたものであるから、共犯は正犯と同一の構成要件に該当するが、刑が減輕される。次に、正犯と共犯のいずれか一方に「特別の一身上の要素」による刑の加重、減輕、阻却事由が存在する場合には、第28条第2項が適用され、「構成要件の選択」と「構成要件の置換」がなされ、正犯と共犯は別個の構成要件により処罰されることとなる。そして、上記のいずれの場合においても、関与者は、第29条により、あくまでも「その者の責任によって」有責性が評価さ

れ、処罰されることとなるのである。

(1) 行為関係の要素と行為者関係の要素

それでは、この第 28 条第 1 項、同条第 2 項、第 29 条は、謀殺罪の共犯関係に実際にどのように関わってくるのであろうか。

謀殺罪においては、「利欲から」という動機等の謀殺罪の要素を備えたうえで人を殺害した場合に、謀殺者の身分が発生することとなる。しかし、謀殺者の身分の発生判断においては、人を殺害したかどうかではなく、謀殺罪の要素の存在が重視されており、これが存在してさえいれば、人の殺害に関しては共犯にとどまる教唆・幫助者にも、謀殺者の身分が発生することとなる。従って、教唆犯が「利欲から」強盗謀殺の教唆を行い、正犯も「利欲から」強盗謀殺に出た場合には、教唆犯も謀殺者の身分を獲得し、正犯は謀殺罪、教唆犯は謀殺罪の教唆の罪責に問われることになる。

さらに判例・通説によれば、正犯と共犯のいずれか一方のみが謀殺罪の要素を具備していた場合には、その謀殺罪の要素が、行為態様に関する要素すなわち「行為関係の要素 (tatbezogenes Merkmal)」か、それとも行為者の動機・目的に関する要素すなわち「行為者関係の要素 (täterbezogenes Merkmal)」なのかによって結論が左右されるとされている³⁰⁵⁾。謀殺罪の要素がそれぞれ、行為関係の要素と行為者関係の要素のいずれに分類されるかについて、ドイツ連邦裁判所は必ずしもこれを明確にはしていない。しかし、通説は、上述の第 2 グループの行為態様という要素は行為関係の要素であり、第 1 グループの動機と第 3 グループの目的という要素は行為者関係の要素であると解している³⁰⁶⁾。また、「利欲から」という動機の要素については、判例・通説とも、行為者関係の要素に属すると解している³⁰⁷⁾。そして、第 28 条にいう「一身上の要素」は行為者関係の要素を指し、行為関係の要素が問題となる場合には、同条は適用されないと解されているのである³⁰⁸⁾。従って、謀殺罪の正犯と共犯が、謀殺罪の各要素のうちどれを具備したのかによって、共犯と身分に関する第 28 条第 1 項、同条第 2 項、第 29 条のいずれが適用されるのかが決定されることとなる。

この問題は、謀殺罪の要素を正犯は具備しているが、共犯は具備していない場合と、謀殺罪の要素を共犯は具備しているが正犯は具備していない場合と、正犯と共犯がそれぞれ別の謀殺罪の要素を具備していた場合の3つに分けて考える必要がある。

(2) 身分ある正犯と身分なき共犯

身分ある正犯に身分なき共犯が関与した場合に、正犯と共犯はそれぞれどのように処罰されるのであろうか。

まず、行為者关系的要素を具備した身分ある正犯に、これを具備しない身分なき共犯が関与した場合はどうか。ドイツ連邦裁判所は、故殺罪と謀殺罪は、基本犯とその加重類型という関係にあるのではなく、それぞれ別個独立した構成要件であると解し、そのうえで、謀殺罪の行為者关系的要素を欠いた幫助者については、謀殺罪の幫助犯としたうえで刑の減輕を認めている。例えば、軍人Aが、命令に従って第2次世界大戦中のユダヤ人大量虐殺に従事したが、Aには「下劣な動機」がなかったという事案について、謀殺者の身分なき共犯であるAが謀殺罪の幫助となるためには、例えば、「社会的に危険な方法」を用いることが前提とされている行為者关系的要素を正犯が備えていなければならぬが、正犯が備えていたのは「下劣な動機」という行為者关系的要素であったとして、Aについては、謀殺罪の幫助犯としたうえで刑の減輕を認めているのである³⁰⁹⁾。ドイツ連邦裁判所は、謀殺罪の構成要件の行為者关系的要素を、第28条第1項における「可罰性を基礎づける特別の一身上の要素」として扱い³¹⁰⁾、共犯も正犯によって惹起された謀殺罪の構成要件に該当するが、謀殺者の身分という「一身上の要素」を欠いているから、第28条第1項による必要的減輕が認められるとするのである³¹¹⁾。従って、正犯のみが行為者关系的要素を具備した場合には、共犯には「從属性の緩和」を認める第28条第1項が適用され、その刑が減輕されることとなる³¹²⁾。例えば、正犯Aが「利欲から」被害者を殺害して行為者关系的要素を具備したが、Aに武器を渡した共犯Bは、Aが「利欲から」殺害を実行しようとしているのを知っていたものの、自らは「利欲から」幫助に出たのではなかったという場合に、Aは謀殺罪に問

われ、武器を提供したBは謀殺罪の幫助犯となるものの、Bの刑は故殺罪の幫助犯の限度にとどまるとされているのである³¹³。

以上の判例の立場に対し、学説の多くは批判的である。すなわち、通説は、謀殺罪は故殺罪の加重類型であるという前提に立って³¹⁴、正犯が「利欲から」というような謀殺罪の行為者関係の要素を具備したが、共犯がこれを具備していない場合に、加重的身分を欠いた共犯には、第28条第2項により謀殺罪と故殺罪の「構成要件の置換」がなされて、故殺罪の構成要件が適用されるべきであるとするのである³¹⁵。

次に、行為関係の要素を具備した身分のある正犯に、これを具備していない身分なき共犯が関与した場合はどうか。判例・通説によれば、行為者関係の要素である「一身上の要素」に関して規定する第28条は、このような場合の共犯には適用できず、従って、正犯によって惹起された謀殺罪の構成要件がそのまま共犯に適用される³¹⁶。例えば、正犯Aが「残酷に」被害者を殺害して行為関係の要素を具備した場合において、Aに武器を渡した共犯Bが、Aがその武器を「残酷」に殺害するために用いることを知っていたならば、Bについても、行為関係の要素が充足されることにより、従属的に謀殺罪の幫助犯として処罰され刑は減輕されないのである³¹⁷。もっとも、Bが、Aがその武器を「残酷」な殺害に用いることまでは知らなかったという場合には、錯誤に関する第16条第1項により、Bの罪責は故殺罪の幫助にとどまることとなる³¹⁸。

（3）身分なき正犯と身分ある共犯

身分なき正犯に身分ある共犯が関与した場合に、正犯と共犯はそれぞれどのように処罰されるのであろうか。

まず、行為者関係の要素を具備しない身分なき正犯に、これを具備した身分ある共犯が関与した場合はどうか。ドイツ連邦裁判所は、共犯が「利欲から」という動機等の行為者関係の要素を具備し、正犯にこれが欠けているといった場合にも正犯に第28条第1項の適用を認め、さらに、共犯による謀殺罪の要素の実現は正犯の刑罰を加重するものではないとする立場を採っている³¹⁹。従って、例えば、正犯Aに対し、共犯Bが「利欲から」という動機によって被

害者殺害の教唆に出たものの、Aに「利欲から」という動機が欠けていた場合には、Aは故殺罪、Bは故殺罪の教唆犯の罪責に問われるに過ぎないことになる³²⁰。ドイツ連邦裁判所は、謀殺罪の要素を、刑罰を加重する事由ではなく、処罰を基礎づける事由として理解しているからである。

これに対して、通説は、行為者关系的要素についても、第28条第2項を適用するのが妥当であるとしている。謀殺者の身分なき正犯が故殺罪の罪責に問われるに過ぎない場合であっても、共犯が「利欲から」という動機等の行為者关系的要素を具備していたならば、共犯は謀殺者の身分を獲得し、第28条第2項の「特別の一身上の要素」が共犯について満たされることとなる。その結果、故殺罪より重い謀殺罪による処罰を共犯に科すことが可能となるというのである³²¹。

次に、行為关系的要素を具備しない身分なき正犯に、これを具備した身分ある共犯が関与した場合はどうか。行為关系的要素が問題となっている場合に、第28条が正犯に適用される余地はないとする点で争いはない³²²。例えば、正犯Aに対し、共犯Bが「残酷」な殺人の教唆を行ったものの、Aが実際には過度の苦痛を与えずに殺害を実行した場合には、Aは故殺罪、Bは従属的に故殺罪の教唆犯の罪責に問われることになる。

この際、教唆者にはさらに謀殺罪の教唆未遂が成立し、これと故殺罪の教唆との観念的競合となるのか、それとも、その「残酷に」という謀殺罪の要素を考慮し、故殺罪の刑罰の加重(第212条第2項)がなされるべきであるのかが問題とされている。しかし、前者のような解釈は、幫助犯の刑を加重する場合には問題があるとも指摘されている。第30条(関与行為の未遂(Versuch der Beteiligung)³²³)は教唆の未遂を処罰する旨規定しているが、幫助の未遂については適用されないからである。それ故、シュレーダーは、例えば、幫助者が、実際には非常に苦痛を生じさせる毒物を、苦痛なく効果を発揮する毒物だと欺罔して正犯に渡し、正犯がそれを用いることによって殺人を完成させたという場合、幫助者は、正犯が「残酷に」という謀殺罪の要素を欠いているために故殺罪によってのみ処罰されるに過ぎないこととなると指摘し、このような事例においては、共犯はむしろ謀殺罪の間接正犯として処罰されるべきであると主

張するのである³²⁴）。また、ホルンも、正犯は「背信的」ではないが、共犯が「背信的」であった場合について、シュレーダーと同様の結論を主張している³²⁵）。

もっとも、エーザーは、シュレーダーとホルンの見解を次のように批判している。すなわち、毒物の提供者が単なる幫助者に留まらず、毒物であることを知らせずに被利用者に提供し、それによって人を殺害させるというような「認識支配 (Wissensherrschaft)」に基づく間接正犯となる場合であれば、シュレーダーとホルンの見解には何の支障もないし、法政策的にも歓迎される。しかし、「認識支配」にまでは至っていないような、毒物の提供者が間接正犯の一般的要件を欠いている場合にまで、この提供者を謀殺罪によって処罰するというのであれば、「共犯従属性の体系 (Akzessorietätssystem)」上、問題があるのではないかというのである³²⁶）。

（4）正犯と共犯における謀殺罪の要素の齟齬

正犯と共犯が、それぞれ全く異なる謀殺罪の要素を具備し、それぞれが互いに具備している要素を認識して人を殺害した場合に、正犯と共犯はそれぞれどのように処罰されるのであろうか。

第1に、例えば、共犯が「利欲から」という動機によって共犯行為に及んだが、正犯は「残酷」に被害者を殺害したというように、共犯が行為者関係の要素、正犯が行為関係の要素を具備していた場合は、「共犯従属性の原則 (Akzessorietätsgrundsätzen)」から、正犯・共犯ともに謀殺罪の罪責に問われることとなる。

第2に、例えば、共犯が、「社会的に危険な」病原体や毒物を正犯に渡し、正犯が「利欲から」それをを用いて被害者を殺害したというように、共犯が行為関係の要素を、正犯が行為者関係の要素を具備して被害者の殺害を実行した場合かどうか。このような事例について、ドイツ連邦裁判所は、共犯を謀殺罪によって共犯従属的に処断しようとしている。すなわち、正犯に行為者関係の要素が備わっており、共犯には行為者関係の要素が備わっていないが行為関係の要素を備えたという場合であっても、共犯は、正犯が具備している謀殺罪の要素とは異なる他の謀殺罪の要素を自ら実現しているのであるから、第28条第

1項によって予定されている共犯の「従属性の緩和」による刑の減輕は否定されることとなると解されているようである³²⁷⁾。もっとも、学説上は、第28条第2項による「構成要件の置換」が発生しないと言えるかは問題であろうとも指摘されている³²⁸⁾。

第3に、共犯が正犯に対して、例えば、苦痛を強めるような毒物を渡し、正犯が、その毒物を井戸に投げ込むという「社会的に危険な方法」によって被害者に投与し殺害したというように、正犯・共犯のそれぞれが具備した要素が、行為関係的要素を異にする場合にも、「共犯従属性の原則」が妥当し、正犯・共犯の両者が共に謀殺罪の罪責に問われることとなる。

第4に、正犯が、例えば「利欲から」被害者を殺害しようとしたが、これを共犯が「殺人欲から」幫助していたというように、正犯・共犯のそれぞれが具備した要素が、行為者関係的要素を異にする場合についてはどうか。判例は、謀殺罪の要素を、通説のように刑罰を加重する事由ではなく、処罰を基礎づける事由とし、第28条第1項の「一身上の要素」は、行為者関係的要素であると解している。従って、共犯が、正犯とは異なった行為者関係的要素を具備している場合についても、共犯には正犯の具備した「可罰性を基礎づける特別の一身上の要素」が欠けているので、第28条第1項、第49条第1項が適用され、共犯は謀殺罪の構成要件に該当するものの、その刑は減輕されなければならないことになる。しかし、ドイツ連邦裁判所は、上記第1~3の場合に、正犯・共犯とも謀殺罪の罪責に問われ、第28条第1項が適用されず刑の減輕が行われないとしているのであるから、結論において均衡を欠くこととなる。これに対し、通説は、行為者関係的要素についても第28条第2項の適用が妥当するとし、共犯の謀殺罪による処罰は、第28条第2項によって問題なく認めることができるとしているので、判例のような問題は生じない。

もっとも、ドイツ連邦裁判所は、以下のような理論構成による解決を試みている。すなわち、共犯が正犯と異なる行為者関係的要素をもって共犯行為に出た場合については、本来ならば、正犯の具備している「一身上の要素」が共犯に欠けているのであるから、第28条第1項による共犯の刑の減輕が認められるべきである。しかし、正犯は「他の犯罪行為を隠蔽するため」の目的であっ

たが、共犯が、これと同一ではないものの「同種 (gleichartigen)」の「下劣な動機」からこれを幫助した場合には、正犯の「一身上の要素」が共犯に欠けているとまでは言えないとして、第 28 条第 1 項による共犯の刑の減輕は否定されるというのである³²⁹⁾。このようにして、判例は、正犯と共犯とで異なった行為者关系的要素を具備していた場合に、「クロスする謀殺罪の要素 (gekreuzte Mordmerkmale)」を認めることによって、共犯の「一身上の要素」が充足されるものと解している。そして、エーザーも、判例の「クロスする謀殺罪の要素」論による結論を妥当であるとしているのである³³⁰⁾。

だが、謀殺罪が、動機・犯罪目的の要素として、単純に「下劣な動機から」と規定せず、敢えて「殺人欲から」、「性欲を満足させるため」、「利欲から」、「他の下劣な動機から」の 4 つの動機、「他の犯罪行為を可能にするため」、「他の犯罪行為を隠蔽するため」の 2 つの犯罪目的を規定していることは、尊重されるべきであるようにも思われる。「他の」と記述されているように、「殺人欲から」の動機、「性欲を満足させるため」の動機、「利欲から」の動機は、すべて「同種」の「下劣な動機」と解される。さらに、「クロスする謀殺罪の要素」論によれば、「他の犯罪行為を隠蔽するため」の目的も「下劣な動機」と「同種」であるとするのであるから、謀殺罪の第 1 グループと第 3 グループの要素は、結局すべてが「同種」の「下劣な動機」ということになってしまう。このような解釈を採用するのは、謀殺罪の各要素を列挙する第 211 条第 2 項の規定を軽視することにつながるのではないかという疑問もある。

(5) 共犯と身分に関する日独の比較

以上に、ドイツの強盗謀殺における共犯と身分の処理をみたが、わが国においては、共犯と身分の問題はどのように理解されているであろうか。

共犯と身分に関する日本刑法第 65 条第 1 項、2 項の解釈については、ドイツ刑法第 28 条、第 29 条に関するドイツ連邦裁判所の判例と通説の対立に類似した議論が展開されている。

わが国における、第 65 条第 1 項、第 2 項の適用範囲に関する学説としては、主に以下の 3 つを挙げることができる。

第1は、第65条第1項が「身分のない者であっても、共犯とする」と規定しているのは、非身分者についても身分犯の共犯が成立することを表現したものであり、第2項は第1項で共犯とされた者のうち、非身分者の科刑について「通常の刑を科する」としたものであると説明し、第65条第1項を真正身分犯・不真正身分犯両方の成否に関する規定、第2項を不真正身分犯のみの科刑について定めたものであるとする³³¹⁾。これは、身分ある正犯と、身分なき共犯の両方に身分犯の構成要件が適用され、共犯には通常の刑が科せられるとする点で、上述のドイツ連邦裁判所の帰結と共通する。もっとも、これに対しては、罪名と科刑の分離は避けられるべきではないかとの批判も強い³³²⁾。

第2は、第65条第1項の文言は、真正身分についての規定と解するのが自然であること、正犯と共犯は常に同じ犯罪を共同するわけではないこと等から、第65条第1項を真正身分犯に関する規定とし、第2項を不真正身分犯に関するものであるとする³³³⁾。これは、身分ある正犯にのみ身分犯の構成要件を適用する、ドイツの通説の帰結と共通する。

第3は、違法は連带的に、責任は個別的にという基本命題に従い、第65条第1項を違法身分に関する身分なき共犯への連帯的作用を定めた規定、第2項を責任身分に関する加重減輕の個別的的作用を定めた規定であるとする³³⁴⁾。従って、この学説においては、身分が違法身分であるか責任身分であるかが非常に重要となる。これに対して、ドイツにおいては、謀殺罪の各要素について、違法要素が責任要素が争われているものの、このような法的性質は共犯と身分の問題に特に影響するものではないとされている。

以上のように、ドイツ刑法第28条は、身分に応じた刑を科すという共犯処罰の個別的的作用を規定した点において、わが国の第65条第2項に相当する規定であり、共犯と身分に関するドイツの議論は、わが国でも参考となろう。なお、この点については、第2章以下の共犯に関する部分においても検討する。

第4項 他罪との関係

(1) 強盗致死罪との関係

ドイツ刑法においては、前述のように、強盗謀殺には、強盗致死罪と謀殺罪

ないし故殺罪が成立し、両罪は観念的競合となると解されている。

しかし、強盗謀殺の場合に、強盗致死罪（第 251 条）と謀殺罪（第 211 条）ないし故殺罪（第 212 条）の両規定を適用するという点については、生命の侵害を二重に評価するという批判を免れることはできないように思われる。強盗致死罪の科刑は、ドイツにおける最高刑にあたる終身自由刑、または 10 年以上の自由刑であり、謀殺罪の科刑は終身自由刑である。故殺罪も、罪質が悪質な場合には、ドイツ刑法第 212 条第 2 項の「特に悪質な場合」に当たるとして、同項の科刑である終身自由刑を科すことが可能である。従って、謀殺罪ないし故殺罪が強盗致死罪と観念的競合となるか否かという問題は、少なくとも強盗謀殺の場合には科刑に全く影響を及ぼさず、ただ罪名が変わるか否かの意味しか持たない。しかし、謀殺罪が故殺罪の加重類型であると考えられる以上、生命法益の二重評価に関する問題点を抱えていると言わざるを得ないのである。

それでは、ドイツにおける強盗謀殺は、強盗致死罪ないし謀殺罪のいずれか一罪のみで処断されるべきものと解するのが妥当なのであろうか。

わが国においては、故意ある強盗殺人を第 240 条のみで処断するのが判例・通説である。しかし、これは、わが国において、強盗致死に関する第 240 条の規定が、故意ある強盗殺人をも当然に含むと解された帰結である。これに対し、ドイツ刑法第 251 条は、強盗が「少なくとも軽率に他人を死亡させた」場合に適用されるのであるが、故意が、重い過失を意味する「軽率」にも包含されると解すれば、第 251 条のみによって処断しうると解することも可能となる³³⁵。

しかし、強盗致死罪と謀殺罪の科刑の差を無視することはできない。わが国においては、強盗致死に関する第 240 条後段の科刑は「死刑又は無期懲役」であり、第 199 条（殺人罪）の科刑は、それより軽い「死刑又は無期若しくは三年以上の懲役」である。従って、わが国では、故意ある強盗殺人を、第 240 条のみ、あるいは第 240 条と第 199 条の観念的競合のいずれに解したとしても、その科刑は「死刑又は無期懲役」となることから、科刑上の不均衡は生じない。これに対し、ドイツの強盗致死罪の科刑は上述のとおりである。従って、強盗謀殺について第 251 条のみが適用されるとすると、刑の不均衡が生じてしまうということになる。

また、謀殺罪一罪で処断した場合には、生命法益の侵害に関する評価は十分であるが、財産法益の侵害に関する強盗部分の評価は不十分となる。従って、ドイツ刑法における解釈上は、強盗謀殺を、強盗罪と謀殺罪の観念的競合となると解するのが、妥当であるように思われる。このように解するのであれば、財産法益に対する侵害は強盗罪、生命法益に対する侵害は謀殺罪において評価される。さらに科刑についても、重い謀殺罪の科刑である終身自由刑となるのであるから、単なる強盗致死罪の場合と比べ軽くなることはないのである。

しかしながら、ドイツにおいては、強盗謀殺の場合に、強盗致死罪と謀殺罪の観念的競合を認めると、生命法益の侵害を二重に評価することとなるのではないかという点については、あまり議論されていないようである。もっとも、ルドルフィーは、強盗致死罪と謀殺罪または故殺罪の観念的競合とするドイツの判例・通説を批判して、強盗致死罪の構成要件該当性は否定されるべきであるとし、強盗謀殺の場合には、強盗罪と、謀殺罪または故殺罪による処罰のみを問題とすべきであると主張している³³⁶⁾。すなわち、「強盗致死罪の構成要件は、人の死を軽率に惹起した場合に充足される。『軽率さ (Leichtfertigkeit)』と故意は、異なった責任形式であって、この両者は、併存し得ず互いに排他的なものである。それ故、強盗致死罪と故意の殺人罪の観念的競合は可能であるとは言えない。…確かに、行為によって惹起された特別の結果の発生が、『少なくとも過失 (zuminst Fahrlässigkeit)』、すなわち過失あるいは故意に基づく場合には、結果的加重犯として、行為者の刑の加重と結びつくとされている。しかし、立法者が、結果的加重犯の各則の構成要件において、加重的結果の責任関係を明確に規定しているならば、結果的加重犯に関する第18条は常に適用されるわけではない。このことは、まさに強盗致死罪等の規定に当てはまる。強盗致死罪等の規定は、『軽率さ』を要件としているのである」というのである³³⁷⁾。そしてルドルフィーは、強盗致死罪と同様に「軽率さ」を要件とし第18条を適用すべきではない結果的加重犯として、児童に対する性的虐待致死罪(第176条b)、強制わいせつ・強姦致死罪(第178条)、監禁致死罪(第239条a第3項)、ハイジャック致死罪(第316条c第3項)を挙げている³³⁸⁾。

このルドルフィーの見解は、要するに、結果的加重犯を、第18条が適用さ

れる「少なくとも過失」によるものと、第 18 条が適用されない「軽率さ」によるものに分類し、故意と併存しうるのは「少なくとも過失」によるものだけだということである。従って、「少なくとも軽率に」と規定される強盗致死罪は、殺人の故意ある場合には成立し得ず、強盗罪と謀殺罪または故殺罪が成立することとなる。以上のルドルフィーの主張には、生命法益の二重評価の回避という観点は全く含まれていない。しかし、強盗罪と謀殺罪または故殺罪の成立を認めるという結論は、結果的にはあるが、生命法益の二重評価を回避するとともに、財産法益の侵害の評価の要請も満たすものであり、第 18 条の解釈の問題は残ろうが、高く評価されるべきであるようにも思われる。

これに対して、わが国においては、殺人につき故意のある強盗殺人と刑法第 240 条（強盗致死傷罪）の関係について、後述するように、「故意ある結果的加重犯」を認めようとする見解、第 240 条を強盗罪と殺人罪の結合犯と解する見解の激しい対立がある。しかし、強盗殺人については第 240 条を適用すれば足り、さらに第 199 条（殺人罪）を適用する必要はないと解する点では、現在の判例・通説ともほぼ一致している³³⁹⁾。かつては、第 240 条と第 199 条の観念的競合とする判例があり³⁴⁰⁾、この判例の立場を支持する学説も有力であった³⁴¹⁾。しかし、今日では、このような見解は、強盗致死罪と殺人罪とで生命法益の侵害を二重に評価するものであるとの批判にさらされている³⁴²⁾。このような二重の評価を回避するために、強盗罪と殺人罪の観念的競合とすべきとする学説もある³⁴³⁾。しかし、この学説を採った場合には、強盗による傷害致死には第 240 条が適用され、刑の下限が無期懲役となるのに、より重く処罰すべき強盗殺人の場合には第 199 条が適用され刑の下限が懲役 3 年となり、刑の不均衡が生じてしまうと批判されている³⁴⁴⁾。

また、殺人につき故意のある強盗強姦殺人と刑法第 241 条（強盗強姦罪、強盗強姦致死罪）の関係についても、強盗殺人と第 240 条の関係と同様の議論が生じる。これについて、学説は、強盗強姦罪と殺人罪の観念的競合とする見解³⁴⁵⁾、強盗強姦致死罪と殺人罪の観念的競合とする見解³⁴⁶⁾、強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合とする見解³⁴⁷⁾、強盗殺人と第 240 条との関係と同様に、強盗強姦殺人についても第 241 条の適用のみで足りるとする見解³⁴⁸⁾ が対立してい

るが、これについては後述する(第4章)。

(2) 嘱託殺人罪との関係

さらに、ドイツでは、被害者の嘱託による殺人が謀殺罪の要素を満たしている場合、例えば、Aが、末期癌で苦しむ父親から真摯に殺害を依頼されて父親を殺害したが、Aは父親の遺産の相続を意図していたという事例について「利欲から」という動機による謀殺罪と嘱託殺人罪(Tötung auf Verlangen)³⁴⁹⁾のどちらが成立するのか、そして両罪の関係がどのようなものとなるかについても争いがある。

この問題について、判例は、謀殺罪と故殺罪の関係の場合と同様に、嘱託殺人罪と故殺罪を別個独立した構成要件とする前提に立ち、上掲事例においては、Aの行為は嘱託殺人罪の構成要件に該当し、謀殺罪の構成要件には当たらないことから、Aは嘱託殺人罪によってのみ処罰されることとなると解している³⁵⁰⁾。これに対し、通説は、嘱託殺人罪は故殺罪の減輕類型であるとする前提に立ち³⁵¹⁾、1個の犯罪について減輕規定と加重規定が競合する場合には、加重と減輕の2つの法理が併存し得ないとして、加重規定の適用が排除され、減輕規定が適用されると解している³⁵²⁾。従って、通説によれば、遺産相続目的で嘱託殺人に出たという場合には、まず故殺罪の構成要件に該当し、さらに故殺罪の加重類型である謀殺罪と、同じく減輕類型である嘱託殺人罪が競合することから、減輕類型である嘱託殺人罪が適用されることとなる。

もっとも、故殺罪を謀殺罪の基本類型として考えず、故殺罪とは独立した犯罪類型である嘱託殺人罪の構成要件に該当するから、謀殺罪の構成要件には該当しないという判例の処理方法については、被害者の嘱託があったとしても、行為者に「利欲から」という動機がある以上は、やはり謀殺罪の構成要件にも該当することとなるのではないかという疑問がある。従って、嘱託殺人罪と謀殺罪との法条競合として、軽い嘱託殺人罪の成立を認めざるを得ないであろうが、この場合、なぜ軽い嘱託殺人罪によって処断され、重い謀殺罪によって処断されないのかという根拠がさらに問題となろう。同様のことは、通説の処理方法についても言える。通説は、減輕類型と加重類型が競合した場合に、上述

のように、減軽と加重の法理が併存しないとして減軽類型のみの適用を認めるが、併存しないから一方のみを適用するというのであれば、逆に加重類型のみが適用されると解する余地も生じてくるのである。

この問題については、前述の「動機の束」における「全体的評価」によって解決しようとする立場がある。囑託殺人罪が成立するためには、被害者からの囑託を認識し、これによって殺害に出たことが必要である。しかし、「動機の束」における「全体的評価」を前提とするならば、被害者からの囑託は殺人の単一の動機でなくともよく、「動機の束」において主導的な動機ないし「決定的な行為の動機 (bestimmende Tatantrieb)」であれば十分であるとされる³⁵³。従って、行為者が、被害者から囑託殺人の報酬を約束され、それに期待して殺害を行ったからといって、必ずしも囑託殺人罪が成立しないというわけではないが、例えば、可能な限り早く遺産を相続しようというような「ほしいままに求める」動機が支配的であり、被害者からなされた囑託の実現は単なる「動機の束」のうちの動機のひとつに過ぎないという場合には、囑託殺人罪ではなく謀殺罪が成立するというのである³⁵⁴。

一方、わが国においては、前述したように、強盗殺人罪は身分犯であるとの理解はあるものの、どのような身分犯であるのかについての検討がほとんどなされていない。もっとも、強盗殺人罪を殺人罪の不真正身分犯であるとする見解もあり³⁵⁵、これに従うのであれば、強盗殺人罪は、殺人罪の加重規定と解されることとなるであろう。そして、わが国の囑託殺人罪（第202条）と殺人罪との関係については、ドイツの通説と同様、囑託殺人罪は殺人罪の減軽類型と解するのが一般的である³⁵⁶。従って、遺産相続目的の殺人について2項強盗殺人罪が成立するという見解を採った場合、加重類型である2項強盗殺人罪と、減軽類型である囑託殺人罪のどちらを優先するかが問題となるが、このような加重類型と減軽類型が競合した場合の処理は、わが国ではほとんど議論の対象となっていないようである³⁵⁷。これについては、「動機の束」の「全体的評価」によって決定するという上記のドイツの学説と同様に、遺産相続目的と被害者からの囑託の実現のいずれが主導的な動機ないし「決定的な行為の動機」であるかによって、2項強盗殺人罪と囑託殺人罪のいずれが成立するのか

を決定するという解釈もありうる。しかし、わが国の嘱託殺人罪については、殺人罪の減軽類型であるのみならず、殺人罪の加重規定である尊属殺人罪との関係においても減軽類型となるとする主張もある³⁵⁸⁾。嘱託殺人罪は、被害者が自分の生命という個人的な法益を放棄したことによって、基本類型である殺人罪の違法性、責任を減軽するというものであるが³⁵⁹⁾、同時に、基本類型の違法性、責任の存在を前提とする加重類型の違法性、責任をもまた、減軽すると解することも不可能ではあるまい。そもそも、嘱託殺人の被害者は、殺害を嘱託した者がたとえ強盗の故意を有していたとしても、その事実を認識することがなく、自らの同意した殺害方法で殺害されるのであるから³⁶⁰⁾、少なくとも客観的には、殺害についての違法性は、遺産相続目的が行為者の主導的な動機ないし「決定的な行為の動機」であるか否かにかかわらず、嘱託によって大幅に減少すると言える。従って、尊属殺人罪と同様に殺人罪の加重類型と解しうる強盗殺人罪との関係においても、嘱託殺人罪は減軽類型となるものと解し、嘱託殺人罪と強盗殺人罪は法条競合の関係に立ち、嘱託殺人罪のみが成立すると解すべきであろう。そして、行為者が被害者を嘱託により殺害した後に財産侵害行為に出た場合には、嘱託殺人罪と別個に、併合罪となる財産犯の成否を検討すれば足りるのではなからうか。

このように解した場合、遺産相続目的の嘱託殺人はどのように処理されるであろうか。まず殺人については嘱託殺人罪が成立する。そして、被害者の死亡後、行為者が被害者の遺産を相続する点については、2項強盗罪が成立するようにも思われるが、2項強盗の暴行・脅迫部分の違法性は、被害者の嘱託によって阻却されると解することもできよう。被害者の同意の法理によっても、生命法益の放棄による違法性阻却は認められないが、身体法益、自由法益の放棄による違法性阻却は認められうる。このように解すると、遺産相続の点について2項強盗罪は成立せず、従って単なる不可罰の利益窃盗となることから、結局、行為者は嘱託殺人罪のみの罪責に問われることになる。

また、客体が利益ではなく財物である場合、すなわち、Aが、病気に苦しむBから殺害を嘱託されたものの、AはBの占有していた財物を奪取する意図からBを殺害し、Bの財物を領得したという事例は、どのように処理されるべき

であろうか。まず、殺人については、上述の遺産相続の場合と同様、嘱託殺人罪のみが成立すると解される。次に、財物領得については、いわゆる「死者の占有」を肯定するならば窃盗罪、否定するならば占有離脱物横領罪が成立し、嘱託殺人罪とは併合罪の関係となると解すべきであろう³⁶¹⁾。

第5項 小括

以上のように、ドイツの「利欲から」という動機による謀殺罪とわが国の強盗殺人罪とでは、様々な相違点がある。

ドイツの謀殺罪は、わが国の殺人罪に相当する故殺罪と並んで規定されており、生命に対する罪として位置づけられている。強盗謀殺すなわち「利欲から」という動機による謀殺も、生命に対する罪としての謀殺罪の一態様に過ぎない。

これに対して、わが国では、強盗殺人罪は、刑法典上は窃盗及び強盗の罪に関する第36章において規定され、財産に対する罪として位置づけられているが、判例・通説によれば、わが国の強盗致死罪の主要な保護法益は、財産ではなく人の生命と解されており³⁶²⁾、ドイツの謀殺罪と共通するところもある。

そして、共犯については、ドイツの謀殺罪は身分犯と解されているが、「謀殺者」の身分は、謀殺罪の要素を具備したことを発生要件としており、謀殺の共犯であっても、自ら「謀殺者」の身分を獲得しうるものと解されている。これに対して、わが国においては、身分犯における身分者に共犯も含まれるという解釈は一般的ではなく、営利目的麻薬密輸入罪の「営利の目的」を持つ身分については身分者に共犯も含むとも解されているが、事後強盗罪の「窃盗」身分については認められていない³⁶³⁾。強盗致死傷罪を「強盗」身分者の致死傷・殺人と構成する場合、「強盗」身分は、「窃盗」身分に近い性質を有する身分と解され、共犯をも包含する身分とは区別されなければならないであろう³⁶⁴⁾。

故意ある強盗殺人の処理については、ドイツの判例・通説は、強盗致死罪と謀殺罪または故殺罪との観念的競合となると解している。これに対して、わが国においては、旧判例は、ドイツと同様、故意ある強盗殺人を、強盗致死罪と殺人罪の観念的競合ないし併合罪となると解していたが、現在の判例・通説は、強盗致死罪と殺人罪とで、死の結果を二重に評価すべきではないとして、強盗

殺人罪のみが成立するものと解しているのである。

推定相続人が被相続人から殺害を囑託されたが、推定相続人は遺産相続目的で被相続人を殺害した場合の処理については、ドイツとわが国とで大きな差異がある。ドイツでは、遺産相続目的の殺人は「利欲から」という動機による謀殺罪に当たると解されている。しかし、加重類型である謀殺罪と減輕類型である囑託殺人罪が競合する場合には、加重規定の適用が排除され、減輕規定が適用されると解されており、結局、囑託殺人罪のみが成立することとなる³⁶⁵⁾。これに対して、わが国においては、遺産相続目的の殺人が強盗殺人罪に当たるかについて学説上は争いがあるものの、判例は消極的に解している³⁶⁶⁾。また、加重類型と減輕類型が競合した場合の処理については、これまでほとんど議論されていない。遺産相続目的の殺人について強盗殺人罪が成立するという立場を採るならば、ドイツと同様、囑託殺人罪との競合が問題となるが、結論としては、やはり囑託殺人罪が成立すると解さざるを得ないであろうが、その理論構成については、ドイツの議論が大いに参考となろう。

235) 故殺罪(第212条)の規定は次の通りである。

- (1) 人を殺害した者は、謀殺者を除き、故殺者として五年以上の自由刑に処する。
 - (2) 特に悪質な場合は終身自由刑に処する。
- なお、同条の原文は次の通りである。

- (1) Wer einen Menschen tötet, ohne Mörder zu sein, wird als Totschläger mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.
- (2) In besonders schweren Fällen ist auf lebenslange Freiheitsstrafe zu erkennen.

236) 謀殺罪(第211条)の原文は次の通りである。

- (1) Der Mörder wird mit lebenslanger Freiheitsstrafe bestraft.
- (2) Mörder ist, wer aus Mordlust, zur Befriedigung des Geschlechtstriebes, aus Habgier oder sonst aus niedrigen Beweggründen, heimtückisch oder grausam oder mit gemeingefährlichen Mitteln oder um eine andere Straftat zu ermöglichen oder zu verdecken, einen Menschen tötet.

237) Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10. Aufl. (1978), §211 RdN.8 (Burkhard Jähne).

238) Jescheck/Weigend, a. a. O., 470; Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 5 (Eser); Otto, a. a. O., §4 RdN. 1; Jecoks, a. a. O., Vor §211 RdN. 6.

239) BGH1, 370; 6, 330; 22, 377; 30, 105.

240) Tröndle/Fischer, a. a. O., §211 RdN. 2; Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 5

- (Eser); Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil I, Straftaten gegen Persönlichkeitsrechte, Staat und Gesellschaft, 2. Aufl. (2004), §2 RdN.2; Otto, a. a. O., §2 RdN. 24.
- 241) BGH6 ,331 .
- 242) Johannes Wessels / Michael Hettinger, Strafrecht Besonderer Teil/1, Straftaten gegen Persönlichkeits- und Gemeinschaftswerte, 26. Aufl (2002), §2 RdN, 140, 141; Otto, a. a. O., §4 RdN.1; Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 Aufl. (1978), Vor §211 RdN. 46 (Burkhard Jähnke)
- 243) Goldammer's Archiv für Strafrecht (1955), 161 (Karl Engisch).
- 244) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1975), 8/93.
- 245) Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Vor §13 RdN. 74 (Jescheck); Jescheck/Weigend, a. a. O., 472, 473; Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 6 (Eser).
- 246) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 6 (Eser).
- 247) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 6 (Eser).
- 248) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 6 (Eser).
- 249) Otto, a. a. O., §8 RdN. 3.
- 250) Otto, a. a. O., §8 RdN. 6; Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 Aufl., §211 RdN. 64, 67 (Jähnke).
- 251) 前注 238) 参照。
- 252) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 49 (Eser).
- 253) 大塚・各論 220 頁, 板倉宏・刑法各論 (2004 年) 116 頁。
- 254) 最判昭和 32 年 8 月 1 日刑集 11 卷 8 号 2065 頁。団藤・各論 596 頁, 藤木・各論 301 頁, 平川・各論 361 頁。
- 255) なお, 「利欲から (aus Habgier)」という動機以外の謀殺罪の要素, すなわち「殺人欲から (aus Mordlust)」という動機, 「性欲を満足させるため (zur Befriedigung des Geschlechtstriebes)」という動機, 「他の下劣な動機 (aus sonstige niedrigen Beweggründen)」, 「背信的 (heimtückisch)」な方法, 「残酷 (grausam)」な方法, 「社会的に危険な方法 (gemeingefährlichen Mitteln)」, 「他の犯罪行為を可能にするため (um eine andere Straftat zu ermöglichen)」という目的, 「他の犯罪行為を隠蔽するため (um eine andere Straftat zu verdecken)」という目的については, 山本光英「ドイツ謀殺罪研究」(1998 年) 17 頁以下に詳しい。
- 256) BGH 10, 399.
- 257) BGH 10, 399; Tröndle/Fischer, a. a. O., §211 RdN. 8; Otto, a. a. O., §4 RdN. 11; Jecoks, a. a. O., §211 RdN. 13; Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 Aufl., §211 RdN. 8 (Jähnke).
- 258) Kindhäuser, BT I., §2 RdN. 14.
- 259) BGH NJW 2001, 763; Jecoks, a. a. O., §211 RdN. 13.
- 260) Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 Aufl., §211 RdN. 8 (Jähnke); Kindhäuser, BT I., §2 RdN. 14.
- 261) BGH NSTZ 1993, 385=NJW 1993, 1664.
- 262) OLG Hamburg NJW 1947/48, 350.

- 263) Otto, a. a. O., §4 RdN. 12.
- 264) Otto, a. a. O., §4 RdN. 12.
- 265) Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 Aufl., §211 RdN. 8 (Jähnke); Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 17 (Eser); Kindhäuser, BT I., §2 RdN. 14 .
- 266) BGH 29, 319; Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 Aufl., §211 RdN. 8 (Jähnke); Tröndle/Fischer, a. a. O., §211 RdN. 8.
- 267) BGH NJW 1981, 933.
- 268) BGH JZ 1981, 283 .
- 269) なお, 山本・前掲書 45 頁以下参照。
- 270) BGH 29, 317.
- 271) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 18 (Eser).
- 272) 前注 179) 参照。
- 273) 例えば, 大塚・各論 99 頁。これに対し, 団藤・各論 491 頁, 平野・概説 180 頁, 香川・各論 321 頁, 平川・200 頁, 中山研一・刑法各論(1984年) 130 頁, 内田・各論 160 頁, 前田・各論 95 頁, 大谷・各論 116 頁, 林・各論 94 頁, 山口・各論 105 頁, 西田・各論 83 頁は, わいせつの目的がなくとも, 被害者の性的自由・感情を侵害する行為があれば, 実際に法益侵害が発生しているのだから, 直ちに強制わいせつ罪の違法性を具備したものと解すべきとする。
- 274) 鹿児島地裁川内支判平成 17 年 2 月 16 日(判例集未登載)は, 宗教施設で家庭教師をしていた神主 A が, 教え子であった女子中学生 B の胸などを触るなどし, この行為が宗教的な意味を有する, わいせつの目的を欠くものであったか否かが争われた事案について, 「女性の肌に直接触れる形態は一般的に行われていないが, 直接肌に手を触れる形態がないとは言えず, 宗教行為に当たらないことにはならない」と判示して, 強制わいせつ罪の成立を否定している。
- 275) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 17 (Eser).
- 276) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 17 (Eser).
- 277) 前注 257) 参照。
- 278) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 17 (Eser).
- 279) 前注 270) 参照。
- 280) BGH NJW 1981, 933; Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 17 (Eser); Kindhäuser, BT I., §2 RdN. 14.
- 281) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 17 (Eser).
- 282) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 17 (Eser).
- 283) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 17 (Eser).
- 284) BGH 10,399.
- 285) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 17 (Eser).
- 286) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN.17 (Eser), ebenso Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 Aufl., §211 RdN. 8 (Jahnke).
- 287) 前注 260) 参照。
- 288) 前注 284) 参照。

289) 破棄差戻後については横浜地判平成2年2月15日判タ737号33頁参照。なお、町野朔・犯罪各論の現在（1996年）174頁は、「相続財産を構成する…個別財産は被相続人が任意に処分できるものである。この判決が『任意の処分の觀念を容れる余地がない』としているのは、被害者から見れば『被相続人としての地位』、行為者から見れば『相続人としての地位』にほかならないことになる。だが、任意に処分できない利益が何故財産上の利益に当たらないのかは明らかではない。強盗罪においては処分行為は不要である以上、処分可能性を財物・利益性の要件とすることはできないと思われる。他方、確かに、所有権など私的財産権の対象とならず、取引の対象ともなりえないものは財産犯の客体とはならない…。東京高裁もこの趣旨かもしれない。しかし、相続がこのようなものであるかには疑問もある」として、結論はともかく、その理論構成に問題があるとする。また、窪田四郎・くらしの刑法（第2版・1998年）146頁は、相続は死亡がその法的効果の発生原因となるが、この判例事案では被相続人が死亡しておらず、相続が開始されていないため、現実に財産上の利得を得たとまではいえず、したがって、2項強盗の既遂の成立を認めるのは無理なのではないかと指摘する。

290) 植松・各論391頁。

291) 木村光江「二項強盗罪の問題点」現代刑事法44号（2002年）10頁。

292) 町野・現在175頁。同旨、中森・各論132頁、大谷・各論239頁、山口・各論221頁、西田・各論158頁。

293) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 9 (Eser); Otto, a. a. O., §46 RdN. 48; Tröndle/Fischer, a. a. O., §251 RdN. 6.

294) 前注249) 参照。

295) Schönke/Schröder, a. a. O., §28 RdN. 2 (Peter Cramer / Günter Heine); §211 RdN. 46, 51 (Eser); Tröndle/Fischer, a. a. O., §211 RdN. 43.

296) Schönke/Schröder, a. a. O., §28 RdN. 11 (Cramer/Heine).

297) Tröndle/Fischer, a. a. O., §28 RdN. 4; Schönke/Schröder, a. a. O., §28 RdN.12 (Cramer/Heine).

298) Tröndle/Fischer, a. a. O., §28 RdN. 5; Schönke/Schröder, a. a. O., §28 RdN. 13 (Cramer/Heine).

299) Schönke/Schröder, a. a. O., §28 RdN. 14 (Cramer/Heine).

300) 国家及びその象徴に対する侮辱罪（第90条 a 第1項）の規定は次の通りである。

(1) 公然と、集会あるいは文書の配布（第11条3号）によって、以下のことを行った者は、三年以下の自由刑または罰金に処する。

1. ドイツ連邦共和国、その州、またはその憲法に基づく体制を、侮辱あるいは悪意を持って嘲笑し、あるいは

2. ドイツ連邦共和国またはその州の記章、旗、紋章、国歌あるいは州歌を侮辱すること

なお、同条の原文は次の通りである。

(1) Wer öffentlich, in einer Versammlung oder durch Verbreiten von Schriften (§

11 Abs. 3)

1. die Bundesrepublik Deutschland oder eines ihrer Lander oder ihre verfassungsmäßige Ordnung beschimpft oder böswillig verächtlich macht oder

2. die Farben, die Flagge, das Wappen oder die Hymne der Bundesrepublik

Deutschland oder eines ihrer Länder verunglimpft,

wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

301) Schönke/Schröder, a. a. O., §28 RdN. 14 (Cramer/Heine).

302) Schönke/Schröder, a. a. O., §28 RdN. 28 (Cramer/Heine); Tröndle/Fischer, a. a. O., §28 RdN. 8.

303) Schönke/Schröder, a. a. O., §29 RdN. 5 (Cramer/Heine).

304) Schönke/Schröder, a. a. O., §29 RdN. 5 Cramer/Heine).

305) BGH 22, 378; Tröndle/Fischer, a. a. O., §211 RdN. 43.

306) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 47 (Eser); Kindhäuser, BT I., §2 RdN. 51, 52; Wessels/Hettinger, a. a. O., §2 RdN. 140, 141. なお、ランゲは、「謀殺罪の要素」はすべて、責任を高めるものであるとして、当然に第29条が適用されるべきであるとする(Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 9. Aufl. (1970), §211 Rdn. 3, 17 (Richard Lange)). また、エーザーは、基本的に通説を支持すべきとするが、通説が第2グループとして分類し、行為関係の要素として一般に解釈されている「背信性(Heimtücke)」については、特に行為関係の要素から除き、行為者関係の要素に含めるべきであると主張している。通説は、「背信性」が認められるためには、行為者と被害者との間の特別の信頼関係の破壊・濫用が必要であると解している。しかし、エーザーは、「背信性」の特別の信頼関係の破壊・濫用を前提とするならば、「背信性」は、行為関係性よりむしろ行為者関係性の性質が強いのではないかと主張しているのである(Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 49 (Eser).)。

307) BGH 22, 378; Jecoks, a. a. O., Vor §211 RdN. 11; Tröndle/Fischer, a. a. O., §211 RdN. 42; Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 49 (Eser); Kindhäuser, BT I., §2 RdN. 51.

308) Schönke/Schröder, a. a. O., §28 RdN. 25 (Cramer/Heine); §211 RdN. 46, 51 (Eser); Tröndle/Fischer, a. a. O., §211 RdN. 43; Kindhäuser, BT I., §2 RdN. 51.

309) BGH 22, 378.

310) BGH 22, 377, 381.

311) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 46 (Eser).

312) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 52 (Eser).

313) BGH NJW 1993, 2121.

314) 逆に、ドイツ刑法第211条(謀殺罪)が基本類型、第212条(故殺罪)が減輕類型であるとする見解もある。Eberhard Schmidt, DRZ 49, 272. なお、山本・前掲書 241頁以下参照。

315) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 48 (Eser). これに対し、イエシュックは、特別の責任要素として理解される「謀殺罪の要素」を正犯のみが具備し、共犯に

これを欠けている場合には、第 29 条を適用すべきであるとする。この立場に従えば、加重的身分を欠く共犯は、第 29 条により、端的に「自らの責任」、すなわち故殺罪によって処罰されることとなる。この場合の共犯は、上述したように、不法が高められることにより、責任もまた高められることから、不法の高められた謀殺者に関与したことによって、その共犯としての有責性もまた高められる。従って、共犯は、故殺罪の量刑の範囲内において、通常の故殺の事案と比べて重く処罰されることとなる。しかし、構成要件としては、あくまでも謀殺罪ではなく故殺罪が適用されるというのである。Jescheck, Lehrbuch des Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (1988), 427, 597.

- 316) BGH 23, 104; Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 51 (Eser); Wessels/Hettinger, a. a. O., §2 RdN, 145.
- 317) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 48 (Eser).
- 318) Wessels/Hettinger, a. a. O., §2 RdN, 144, 145.
- 319) BGH 1, 369; BGH StV 87, 386.
- 320) もっとも、エーザーは、共犯の過剰な動機を考慮し、共犯の罪責は故殺罪にとどまるものの、第 212 条第 2 項の「特に悪質な場合 (In besonders schweren Fällen)」に当たるものと解して、この限りにおいての刑罰の加重を検討すべきであると主張している。Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 52 (Eser).
- 321) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 53 (Eser).
- 322) Tröndle/Fischer, a. a. O., §211 RdN. 43; Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 48 (Eser).
- 323) 関与行為の未遂（第 30 条）の規定は次の通りである。
- (1) 他の者に対し、犯罪の実行または犯罪の教唆を決意させることを企てた者は、犯罪の未遂に関する規定により罰する。ただし、第 49 条第 1 号により刑を減輕する。第 23 条第 3 号はこれを適用する。
 - (2) 犯罪を実行することまたは犯罪を教唆することについて用意があることを、自ら表明した者、またはこのようなことを行う旨の他人の申し出を受諾した者、またはそれについて他人と協定した者も、罰する。
なお、同条の原文は次の通りである。
- (1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft. Jedoch ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern. § 23 Abs. 3 gilt entsprechend.
 - (2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften.
- 324) Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar 17. Aufl. (1974), §211 RdN. 32 (Schröder).
- 325) Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Besonderer Teil 6. Aufl. (1996), §211 RdN. 38 (Eckard Horn).

- 326) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 51 (Eser).
- 327) BGH 1 StR 18/63b; Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 54 (Eser).
- 328) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 54 (Eser).
- 329) BGH 23, 39.
- 330) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 54 (Eser).
- 331) 団藤・刑法綱要総論(第3版・1991年)418頁等。
- 332) 西田・共犯と身分(新版・2003年)5頁。
- 333) 小野・刑法講義総論(新訂増補・1950年)214頁。
- 334) 西田・共犯 172 頁。
- 335) 前注 165) 参照。
- 336) Rudolphi, JR 1976, 73. もっとも、ルドルフィーは、強盗罪と謀殺罪・故殺罪の罪数関係が観念的競合となるのか、それとも併合罪となるのかについては明示していない。
- 337) Rudolphi, JR 1976, 73.
- 338) Rudolphi, JR 1976, 73.
- 339) 前注 232) 参照。
- 340) 大判明治 43 年 10 月 27 日刑録 16 輯 1764 頁。
- 341) 小野・各論 244 頁, 瀧川(幸)・各論 132 頁, 香川・各論 531 頁。
- 342) 平川・各論 360 頁, 山口・各論 233 頁, 西田・各論 164 頁。
- 343) 瀧川 = 竹内・各論 183 頁。
- 344) 平川・各論 359 頁。なお、ドイツ刑法においては、強盗の罪と生命・身体に対する罪の観念的競合を認めたとしても、謀殺罪の刑が最高刑を規定していることから、わが国のような刑の均衡の問題は生じない。
- 345) 瀧川 = 竹内・各論 185 頁。
- 346) 香川・各論 536 頁。
- 347) 大判昭和 10 年 5 月 13 日刑集 14 卷 514 頁。藤木・各論 304 頁, 前田・各論 217 頁, 大谷・各論 253 頁, 平川・各論 362 頁, 堀内・各論 141 頁, 西田・各論 167 頁。
- 348) 江家・各論 304 頁, 植松・各論 407 頁, 内田・各論 299 頁, 林・各論 226 頁, 山口・各論 239 頁。
- 349) 囑託殺人罪(第 216 条第 1 項)の規定は次の通りである。
被殺者の明示的かつ真摯な殺害の要求によって殺人を決意した者は、六月以上五年以下の自由刑に処する。
なお、同条の原文は次の通りである。
Ist jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getoteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu erkennen.
- 350) BGH 1, 237; 2, 258; 13, 165.
- 351) Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 Aufl., §211 RdN. 45 (Jähnke); Jecoks, a. a. O., Vor §211 RdN. 7.

- 352) Jescheck/Weigend, a. a. O., 269; Kindhäuser, BT I., §2 RdN. 66 .
- 353) BGH JZ 1981, 283; Wessels/Hettinger, a. a. O., §2 RdN, 158.
- 354) Wessels/Hettinger, a. a. O., §2 RdN, 158; Jecoks, a. a. O., Vor §211 RdN.7.
- 355) 大谷・刑法講義各論（第4版補訂版・1995年）227頁。ただし、大谷・刑法講義各論（新版補訂版）では、身分犯とする記述自体が削除されている。なお、前田・刑法各論講義（第2版・1995年）234頁脚注25参照。
- 356) 江家・各論198頁，斎藤（誠）・各論I 102頁，内田・各論15頁，香川・各論370頁。
- 357) わが国では、尊属に対する囑託殺人に関して、殺人罪の加重類型である尊属殺人罪と、減輕類型である囑託殺人罪のいずれが成立するかが問題となりうる。香川・刑法講義〔総論〕（第3版・1995年）444頁注3参照。父親に対する安楽死に関する名古屋高判昭和37年12月22日高刑集15巻9号674頁は、「本件は…いわゆる安楽死の事案であるから、囑託殺人の成立することあるは格別、原認定のような尊属殺人の成立する余地はない」と判示しており、加重類型と減輕類型が競合する場合に、加重規定の適用が排除され、減輕規定が適用されると解しているようである。
- 358) 斎藤（誠）・各論I 102頁。
- 359) 団藤・各論399頁，斎藤（誠）・各論I 102頁。
- 360) これに対し、囑託者の同意した殺害方法によらなければ、囑託者は殺害行為に同意しない場合に、その同意しない殺害方法で囑託者が殺害されたならば、囑託殺人罪自体の成立が否定され、殺人罪ないし強盗殺人罪が成立することとなる。
- 361) 強盗殺人罪が強盗罪と殺人罪の牽連犯型結合犯と解されることから、この場合の囑託殺人罪と窃盗罪・占有離脱物横領罪の罪数関係もまた、あるいは牽連犯と解する余地もあるかもしれない。しかし、最判昭和24年7月12日刑集3巻8号1237頁は、「刑法第54條に所謂犯罪の手段とは、或犯罪の性質上其手段として普通に用いられる行為をいうのであり、又犯罪の結果とは或犯罪より生ずる當然の結果を指すと解すべきものであるから、牽連犯たるには或犯罪と、手段若くは結果たる犯罪との間に密接な因果関係のある場合でなければならない、従って犯人が現実に犯した二罪がたまたま手段結果の関係にあるだけでは牽連犯とはいえない」と判示し、手段と結果の「密接な因果関係」の存在を牽連犯に要求している。これに照らせば、殺人と強盗には「密接な因果関係」があると言えようが、窃盗・占有離脱物横領と囑託殺人の因果関係の密接性は否定されるであろう。囑託殺人は、窃盗・占有離脱物横領のための「手段として普通に用いられる行為」とは、到底言えないように思われるのである。
- 362) 前注254)参照。
- 363) 大阪地裁堺支判平成11年4月22日判時1687号157頁。
- 364) 具体的には、「強盗」身分が共犯を包含すると解すると、強盗の教唆・幫助者が、自ら口封じのため強盗の被害者を殺害した場合にも、「強盗」身分者による殺人であるとして強盗殺人罪が成立することになる。これに対し、「強盗」身分が共犯を包含しないと解すると、強盗罪の共犯と殺人罪が成立し、両罪は併合罪

となる。

365) 前注 352) 参照。

366) 東京高判平成元年2月27日判タ691号158頁。

第5節 まとめ

以上にみたドイツの強盗関連罪を巡る議論は、わが国の強盗関連罪、特に事後強盗罪、強盗致死傷罪を身分犯として構成しようとする際に、参考となる点が多い。

まず、ドイツの強盗的窃盗罪は、わが国の取り返し防止目的の事後強盗罪に相当するが、その「窃盗」は現行犯である場合に限定されており、その処罰範囲が明確である。これに対して、わが国の事後強盗罪について、判例・多数説はこれを身分犯と解するが、「窃盗」身分がいつ喪失するのかについて明らかにされていないため、処罰範囲が不明確になるという問題がある。わが国の事後強盗罪についても、「窃盗」身分を窃盗の現行犯人に限定することを検討すべきではないかと思われる。

ドイツの強盗的窃盗罪の既遂・未遂は、暴行・脅迫の完成の有無によって決定すべきだとされている。これに対して、わが国の事後強盗罪の既遂・未遂について、判例・通説は、先行する窃盗の既遂・未遂によって決定されるとしており、暴行・脅迫の完成の有無を問題とする論者は少ない。理論的には、ドイツの強盗的窃盗罪と同様、暴行・脅迫の完成をもって事後強盗罪の既遂を決定することも検討すべきではないかと思われる。

なお、ドイツの重強盗罪は、強盗罪に加重要件を加えた複数の構成要件を含む規定であり、その処罰範囲は、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ている。わが国には、この重強盗罪に相当する規定がないため、ドイツの重強盗罪を巡る議論はあまり参考にならない。

次に、ドイツの強盗致死罪においては、強盗と死の結果との間に「特別な肉体的連関」のあることが要求されている。これに対して、わが国の強盗致死罪の強盗と死の結果との関係については、判例・多数説は、「強盗の機会」に死の結果が惹起された場合に強盗致死罪が成立すると解しているが、死の結果が強

盗の手段行為から発生していなければならないとする手段説、強盗と死の結果との間に「密接な関連性」を要求する関連性説を採る論者もある。このいずれの見解が妥当かについては、ドイツの強盗致死罪における「特別な内的連関」という基準も参考となろう。

ドイツの強盗致死罪は、強盗罪・重強盗罪の結果的加重犯とされており、既遂罪の成立には強盗の完成が必要であるとされている。これに対して、わが国の強盗致死罪の既遂について、判例・通説は、生命法益を重視する観点から死の結果が惹起されたときと解し、強盗の完成の有無は問題とならないとしている。しかし、理論的には、わが国の強盗致死罪についても、ドイツの強盗致死罪と同様、強盗の完成の有無によって既遂を決定すべきであるようにも思われる。

さらに、ドイツの「利欲から」という動機による謀殺罪は、わが国の強盗殺人罪に相当するが、身分犯と解されており、共犯の処理もまた、共犯と身分の問題として扱われている。これに対して、わが国の強盗殺人罪は、結果的加重犯ないし結合犯と解され、共犯の処理は承継的共犯の問題として扱う論者が多い。しかし、わが国の強盗殺人罪についても、身分犯と解し、共犯の処理については共犯と身分の問題として扱うことを検討してよいように思われる。

ドイツでは、強盗謀殺には強盗致死罪と謀殺罪が成立し、両罪が観念的競合となると解されている。これに対して、わが国では、故意ある強盗殺人の場合に、「故意ある結果的加重犯」論により、殺人の故意ある場合にも強盗致死罪が成立するという主張がある。「故意ある結果的加重犯」が認められてよいかは、改めて検討する必要がある。

第2章 事後強盗罪の身分犯的構成

第1章でみたように、ドイツにおいては、強盗罪（第249条）と重強盗罪（第250条）は結合犯、強盗致死罪（第251条）は結果的加重犯、謀殺罪（第211条）は身分犯の性質を有していると一般に解されている。これに対して、わが国では、強盗関連罪、すなわち、事後強盗罪、強盗致死傷罪、強盗強姦罪、強

盗強姦致死罪が、それぞれ結合犯なのか、結果的加重犯なのか、身分犯なのかという点に関する議論については、未だ決着がついているとは言い難い状況にある。

まず、事後強盗罪については、窃盗罪と暴行罪・脅迫罪の結合犯と解する非身分犯説と、「窃盗」身分を有する者による暴行・脅迫と解する身分犯説が、特に事後強盗の途中から関与した者の処理を巡って激しく対立している。平成7年の刑法一部改正前の旧第238条は、「窃盗財物ヲ得テ其取還ヲ拒キ又八逮捕ヲ免レ若クハ罪跡ヲ湮滅スルヲメ暴行又ハ脅迫ヲ為シタルトキハ強盗ヲ以テ論ス」と規定されていた。この「窃盗」という文言については、古くから、「窃盗犯人」を意味するのか、あるいは「窃盗行為」を意味するのかという点が争われてきた。また、この点に関するいくつかの判例もあった。しかし、一部改正後の現行第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」という文言に改められた。

この第238条の一部改正の経緯については、次のように説明されている。すなわち、「238条の『窃盗』については、主体を意味する用語であるから『窃盗犯人』とすべきであるとの意見もあり、言い換えが検討されたが、旧法どおり『窃盗』とされた。本条の『窃盗』は、窃盗の実行に着手し、現に窃盗の犯行中の者はもとより、窃盗の犯行後間がない者も含まれると解されている。これを『窃盗犯人』とすると、単に窃盗という犯罪を犯した者の意味と理解され、未遂犯を含むことが不明確になる。また、例えば、犯行後数日を経過した犯人など相当の時間が経過した後の者も含まれるように解されるおそれがある。さらに、事後強盗罪の性格については、身分犯説と結合犯説とがあるので、このような解釈に影響を及ぼさないように、『窃盗』とされたものである」と¹⁾。

確かに、「窃盗」という文言は、規定形式上は身分を意味すると理解せざるを得ないと思われるが、身分の得喪時期を明確にできないことや、非身分犯説(結合犯説)への配慮から、敢えて身分か行為かを明確にしないかたちで改正されたものであると思われる。確かに、「窃盗」の文言のみに限定するならば、新旧の第238条の規定に差はないと言える。しかし、旧第238条と異なり、現

行第 238 条は、「窃盗」と「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ」の間に、「が」という助詞と句点が付いている。これにより、「窃盗」という文言は、「暴行又は脅迫をした」主体に当たるということが、旧第 238 条よりも明確となったと言えよう。「窃盗行為」が、暴行又は脅迫をするということはありませんからである。従って、第 238 条の「窃盗」は、行為ではなく、「窃盗犯人」を意味するものと解し、事後強盗罪は身分犯と解するのが妥当であるように思われるのである。

これに対して、非身分犯説の論者は、事後強盗罪が規定形式上は身分犯であるとしても、実質的には結合犯であるなどと主張している²⁾。しかし、事後強盗罪を、規定形式を超えて、敢えて結合犯と解すべきであるとするならば、その根拠が明らかにされなければならないであろう。

本章においては、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、共犯の処理に関する議論を中心に検討し、さらに、従来はこの 3 説と関連づけて検討されることの少なかった事後強盗罪の処罰範囲と事後強盗罪の未遂に関する議論に関して、事後強盗罪が結合犯か身分犯かという構造の側面から分析を試みる。

- 1) 麻生光洋 = 井上宏 = 三浦透 = 園部典生「刑法の一部を改正する法律について - 表記の平易化等のための刑法改正 - 」松尾浩也編・刑法の平易化(1995 年)54 頁。
- 2) 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)405 頁。

第 1 節 非身分犯説（結合犯説）

第 1 項 非身分犯説の基本的構成

判例と多数説は、後述するように、事後強盗罪の性質を身分犯であるとする。

学説では、非身分犯説に立つ者は、第 238 条の「窃盗」という文言は身分ではなく実行行為を指す文言であり、事後強盗罪は、窃盗罪と暴行罪・脅迫罪が結合した結合犯であると主張するのである³⁾。

事後強盗罪を結合犯と解するに際しては、しばしば、事後強盗罪は強盗罪に

類似した性質の結合犯か、あるいは強盗強姦罪に類似した性質の結合犯かが問題とされる。例えば、古江検事は、「従来『結合犯』として包括されていた犯罪の中に、強盗型と強盗強姦型との2類型があり、『複数行為を結合して1個の構成要件とした』ものとしての真の意味での結合犯は前者の類型であることがわかるが、…便宜上、前者の類型を『真正結合犯』、後者のそれを『不真正結合犯』と呼ぶこととする」として結合犯の概念を分類する。

そして、この2つの結合犯の相違点については、第1に、真正結合犯である強盗罪の実行の着手は暴行・脅迫の開始時であるが、「不真正結合犯」である強盗強姦罪の実行の着手は強姦行為の開始時であるから、「強盗強姦罪の実行行為は強姦行為であり、強盗行為は構成要件該当行為ではない」とし⁴⁾、「真正結合犯では、先行行為が既遂に達しない限り、結合犯の既遂はあり得ないが、不真正結合犯にあっては、先行行為は、構成要件的行為ではないので、その既遂・未遂は、不真正結合犯自体の既遂・未遂の別とは無関係という結論になることは自明であろう」と主張されている⁵⁾。

第2に、強盗未遂・強姦既遂の場合にも強盗強姦罪が既遂となるどころ、「先行行為が未遂であるのに結合犯が既遂となり得るのは何故か、結局のところ先行行為に関する法益は結合犯の保護法益とはなり得ないのではないかとの疑問を解決することはできまい」として⁶⁾、「不真正結合犯については、端的に、先行行為に関する法益を結合犯の保護法益とすることを放棄すべきであると思う」と主張されている⁷⁾。

以上の2つの相違点に基づいて、古江検事は、「ある特定の犯罪行為を犯したこともまた『犯人の特殊な状態』といえようし、…実質的にみても、ある特定の犯罪行為を犯した者であることが行為の法益侵害性を基礎づけ、これが加重する違法要素となるならば65条1項の身分に、責任要素となるならば同条2項の身分に当たることとなろう」として⁸⁾、強盗致死傷罪、強盗強姦罪、強盗強姦致死罪を「不真正結合犯=身分犯」であるとす⁹⁾。

そして、事後強盗罪については、窃盗着手後、所定の主観的意図のもとに暴行・脅迫を開始した時点をもって事後強盗の実行の着手の時期とすべきであり、窃盗行為に着手した時点では、未だ強盗行為に準ずる性格を有したとは言えな

いことから、「事後強盗が強盗型の真正結合犯ではないことは明らかである」としながらも¹⁰⁾、事後強盗罪は、窃盗行為と暴行・脅迫行為の違法性・有責性を同価値とみなして「強盗ヲ以テ論ズ」ることとしたものであり、その保護法益は、暴行・脅迫に関する身体法益ではなく、先行行為たる窃盗に関する財産法益であって、「先行行為たる窃盗行為を事後強盗罪の実行行為から排除するのは、事の本質を見誤るものといわねばならない」として、結局、古江検事は、事後強盗罪を、「真正結合犯」に近い性質を有する、身分犯ではない「結果的結合犯」として分類されるのである¹¹⁾。

しかし、このように事後強盗罪を「真正結合犯」と「不真正結合犯」のいずれにも分類することができず、結局、新たに第3の「結果的結合犯」という分類を設けなければ説明できないという点を見ると、はたしてこのような結合犯概念の分類が成功していると言えるのか、やや疑問のあるところである。

また、非身分犯説の論者の中には、事後強盗罪と強盗致死傷罪、強盗強姦罪、強盗強姦致死罪の規定形式との統一性を問題とし、「もし事後強盗罪が窃盗犯人を主体とする身分犯であると解するなら、刑法240条（強盗致死傷罪）、241条（強盗強姦罪・同致死罪）もまた、『強盗犯人』を主体とする身分犯と解するのが一貫している。そして、事後的に加担した強盗犯人でない者の罪責についても、共犯と身分の問題として処理されるべきである」としたうえで、「学説も判例も、刑法240条、241条に関連して共犯と身分の問題を意識しておらず、『強盗』を身分であるとは理解していない」のであるから、第240条、第241条との関連で第238条もまた身分犯と解すべきではないと主張するものもある¹²⁾。

この主張は、事後強盗罪、強盗致死傷罪、強盗強姦罪、強盗強姦致死罪の構造に関する解釈は統一されるべきという限りにおいては、規定形式を重視するうえで説得力がある。しかし、それならば、身分犯説の立場からこの主張を言い換えて、事後強盗罪が身分犯と解されるのであるならば、強盗致死傷罪、強盗強姦罪、強盗強姦致死罪もまた、やはり身分犯と解すべきではないかという主張も成り立つであろう。強盗致死傷罪、強盗強姦罪、強盗強姦致死罪を身分犯と解することができるか、次章以下において検討することとする。

第2項 暴行・脅迫部分のみへの関与

事後強盗罪を結合犯と解すると、窃盗行為着手後、暴行・脅迫部分についてのみへ関与した者の処理が問題となる。一般に、結合犯における後行行為の共犯は、承継的共犯として結合犯全体の共犯としての罪責を負う。従って、事後強盗罪に関しても、後行行為である暴行・脅迫部分のみへの関与者は、事後強盗罪の共犯としての罪責を負うこととなる¹³⁾。

もっとも、最近、非身分犯説の内部においても、承継的共犯の成立範囲を狭く捉えるべきとする立場も登場している。この立場では、事後強盗罪は「強盗ヲ以て論ス」と規定されているから、強盗罪と同様に構成要件上不可分であり、承継的共犯もまた当然に問題となりうるという点は肯定する。そのうえで、例えば、Aの窃取後、Bが暴行・脅迫のみへ関与したという場合に、Bの共犯行為は、確かに承継的共犯の客観的要件を充足させるものであると言えるが、Bには、Aの窃盗行為を認識していたとしても、介入時に既に完了していた窃盗行為を積極的に利用する意思は存在しておらず、また、現にそれを積極的に利用したとも言えない場合には、承継的共同正犯の主観的要件は充足せず、Bの罪責は暴行罪・脅迫罪にとどまるとする¹⁴⁾。

また、非身分犯説に立ったうえで、事後強盗罪の承継的共犯の成立自体に否定的な立場を採る論者もある。すなわち、上野教授は、「後行者の故意が、犯罪全体に及んでいるとみる見解もあるが、故意というのは、構成要件該当結果を実現する意思にほかならないから、この見解は、事後の故意(dolus subsequens)を認める立場、もしくは、二重の故意概念を前提とする立場のいずれかに依拠するのなければ、導き得ないであろう」とされる¹⁵⁾。また、暴行や脅迫などの先行行為が効果を持ち続け、後行行為者がその被害者の抗拒不能状態を利用した場合には、強盗罪の承継的共同正犯は認められるものの、後行行為者が、正犯への関与前の行為を含め全体の犯罪行為について刑事責任を負うと解すべきではないとされる¹⁶⁾。

このような、事後強盗罪における承継的共犯の成立を否定する見解は、結論としては、後行行為の共犯の罪責を暴行罪・脅迫罪にとどまるとものとする。この結論は、後述する不真正身分犯説を採用した場合と一致する。不真正身分

犯説の論者は、事後強盗罪を暴行罪・脅迫罪の加重類型と解し、暴行・脅迫のみの共犯は「窃盗」の身分なき者であるから、「通常の刑」である暴行罪・脅迫罪の刑が科されるものと解するからである¹⁷⁾。

第3項 窃盗の機会

事後強盗罪については、窃盗の後に行った暴行・脅迫すべてが事後強盗罪を構成するのかという処罰範囲を巡る問題がある。判例は、「窃盗の機会」という基準を用いて処罰範囲を制限している。すなわち、窃盗と時間的・場所的近接性のある「窃盗の機会」における暴行・脅迫のみが事後強盗罪を構成するというのである。この「窃盗の機会」説を、非身分犯説、身分犯説という事後強盗罪の構造の側面と関係させて検討する論者はあまり多くはない。しかし、非身分犯説の論者の一部からは、「窃盗の機会」説が身分犯説に適合しないという主張もあり、事後強盗罪の構造と無関係の問題とは必ずしも言えないであろう。

判例は、窃盗後、現場から屋外に出たところで被害者に発見されて、逮捕を免れるために、暴行を加えた場合¹⁹⁾、窃盗現場から盗品を運び出した直後に監視の守衛に発見されて追跡尾行を受け、約200メートル余移動した地点で、守衛に対し逮捕を免れ、罪跡の湮滅等を計るため暴行を加えた場合²⁰⁾、窃盗現場から数十メートル離れた地点で、警察官に対して逮捕を免れるため暴行を加えた場合²¹⁾、窃盗犯人が私人により逮捕され警察官に引き渡された後、身柄不拘束のまま最寄りの警察官派出所に同行を求められ、同行途中で逃走を図り逮捕を免れるため、警察官に対し暴行を加え負傷させた場合²²⁾などについて、「窃盗の機会」であることを認め、事後強盗罪の成立を肯定している。

また、「窃盗の機会」である場合とは、通常は、窃盗と時間的・場所的近接性のある場合であるとされるが、判例の中には、窃盗犯人が財物を取り返される可能性、あるいは逮捕される可能性のある場合に、「窃盗の機会」が認められるとするものがある。

すなわち、事務所内で現金1,000円を窃取した窃盗犯人が、被害者に発見され車で逃走し、被害者は車でこれを追跡しようとしたものの発見できなかった

たため引き返し、警察に通報しようとしていたところ、道に不案内であった窃盗犯人が窃盗から約20分後に事務所前を通行したため、被害者がこれを捕らえるべく約10分、現場から約4キロメートル追跡して窃盗犯人に追いつき、窃盗犯人に下車を促したものの、窃盗犯人が逮捕を免れるため被害者を殺害したという事案につき、判例は、「(事後)強盗罪が成立するためには、暴行脅迫が窃盗行為と時間的、場所的に接着し、窃盗行為後間もない機会において行われ、しかも被害者側の者によつて現場から追跡態勢がとられ、これらの者によつて財物を取りかえされるとか犯人が逮捕されるとかの可能性を存している状況においてなされることを要するものと解すべきである」とし、本件においては、被害者への暴行が「時間的場所的にも窃盗行為と極めて接着し、被害者側の追跡態勢下において行われたものであると認められる」として、事後強盗致死罪の成立を認めている²³⁾。

さらに、窃盗犯人が空き巣に入った家屋において、窃盗を行った後で天井裏に隠れていたところ、窃盗から約1時間後に帰宅した家人に察知され、窃盗から約3時間後に、逮捕を免れるため、駆けつけた警察官を負傷させたという事案につき、判例は、「財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況が継続していたのであるから、上記暴行は、窃盗の機会継続中に行われたものというべきである」として、この場合には事後強盗致傷罪が成立するとしている²⁴⁾。

これに対し、「窃盗の機会」の暴行・脅迫であることを否定した判例としては、窃盗未遂の犯人が犯行現場から逃走し、約100メートル位のところで1時間位休息した後、帰途につき、さらにそこから百数十メートル位離れたところを通行していたとき、捜査中の警官に誰何されて逃走し、組み付いてきた同巡査を逮捕を免れるために殺害したという事案について、窃盗未遂の犯行の機会継続中において殺害がなされたものとは認められないとして、事後強盗殺人罪の成立を否定し、このような場合は窃盗未遂罪と殺人罪の併合罪となしたもの²⁵⁾、窃盗犯人が、窃盗とは無関係に警ら中の巡査から職務質問を受け、逮捕を免れようとして暴行を加えた場合に、暴行が「窃盗の機会」に行われたものではないとして、事後強盗致傷罪の成立を否定し、窃盗罪と傷害罪が成立するもの²⁶⁾などがある²⁷⁾。

以上のように、判例は、判決のように、窃盗犯人が窃盗現場周辺で暴行・脅迫に及んだ場合、あるいは・判決のように、窃盗現場周辺から追跡を受けた場合には、「窃盗の機会」の暴行・脅迫であるとして、事後強盗罪の成立を認めている。しかし、・判決のように、追跡されなかった後の暴行・脅迫は、「窃盗の機会」とは別の機会であって事後強盗罪を構成しないという立場を採っているようである。

問題は、追跡がなされたものの中断した後、再び追跡が再開されたというような場合である。判決は、私人による逮捕と警察官による派出所への同行中の逃走を、連続した追跡とみているのであろうから、「窃盗の機会」であると解することも不可能ではない。しかし、判決は、窃盗犯人が、被害者に発見されたものの、いったんは窃盗現場から追跡されずに逃走したというのであるから、約20分後の被害者による追跡を「窃盗の機会」と言ってよいかは疑問である。財物を取り返される可能性、逮捕される可能性をもって「窃盗の機会」の判断基準とすとしても、窃盗犯人がいったん逃走に成功した20分間は、上記の可能性が消滅しているようにも思われる。あるいは、判決は、時間的・場所的接近性が存在している限りにおいて、いったん「窃盗の機会」が否定される状態に至ったとしても、その後財物を取り返される可能性、逮捕される可能性が生じたならば、再び「窃盗の機会」が肯定される場合もありうるという趣旨かもしれない。だが、いったん否定された「窃盗の機会」の復活を認めるというのは、「窃盗の機会」の範囲を過度に拡大するおそれがあり疑問である。

なお、判決は、判決と同様、「財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況」が「窃盗の機会」に含まれるとして、「窃盗の機会」を肯定している。窃盗から3時間経過している点は、時間的接近性があると言えるか疑問がないではない。しかし、窃盗犯人が窃盗現場にとどまることにより、場所的接近性が肯定されることに加え、財物を取り返される可能性、逮捕される可能性もまた継続して存在しているのであるから、全体として「窃盗の機会」を肯定することも十分可能であるように思われる。

一方、通説は、判例と同様、窃盗を行った後の時間的・場所的接近性のある

暴行・脅迫，あるいは現場から引き続き追跡されているといった，財物の取り返しや逮捕の可能性が継続している場合に，「窃盗の機会」の暴行・脅迫であるとして，事後強盗罪の成立を認めている²⁸⁾。

この「窃盗の機会」説については，非身分犯説からは，身分犯説においては基本的に「窃盗」身分者の暴行・脅迫すべてが事後強盗罪を構成するはずであり，「この（『窃盗の機会』の）ような時間的場所的制限は，理論的に不必要なはずであろう」という指摘がなされている²⁹⁾。

確かに，「窃盗の機会」説は，先行行為である窃盗が行われた「機会」に，後行行為である暴行・脅迫が行われたと言えるかを問題とするのであるから，結合犯説に適合する。結合犯説を前提とした場合，「窃盗の機会」説は，先行行為である窃盗と，後行行為である暴行・脅迫の結合をどこまで認めることができるかという問題について，時間的・場所的接性を基準とした見解であるといえよう。

これに対し，身分犯説に立つならば，非身分犯説におけるような，先行行為と後行行為の結合の程度は問題となり得ないが，これについては後述する（本章第2節第3項）。

第4項 事後強盗罪の未遂

事後強盗罪は，第243条によってその未遂罪も処罰される。しかし，事後強盗の未遂とは何かについては，学説上激しい対立がある。この点については，事後強盗罪を非身分犯とする立場と，身分犯とする立場とではどう処理されることになるのかをみておく必要がある。本罪を非身分犯とする立場では，結合犯の未遂をどのように解するかが問題となる。本罪を身分犯とする立場では，「窃盗」身分には窃盗未遂の者も含まれるのか，含まれるとした場合，窃盗未遂であっても事後強盗既遂となるのかが問題となる。従って，結合犯か身分犯かという事後強盗罪の構造の側面から，事後強盗罪の未遂の問題を論ずることが必要となる。

判例は，窃盗が既遂か未遂かによって，事後強盗の既遂・未遂が決定されるという立場を採っている。

最判昭和24年7月9日刑集3巻8号1188頁は、窃盗（障碍）未遂の犯人が、逮捕を免れる目的で被害者に対して脅迫を加えたという事案について、事後強盗既遂罪とした原判決に対し、「窃盗未遂犯人による準強盗行爲の場合は、準強盗の未遂を以って問擬すべきものであることは當然であるにかゝらず、原審はその擬律において刑法第238條同第236條を適用し、以って準強盗の既遂をもって問擬したのは違法である。けだし、窃盗未遂犯人による準強盗は、財物を得なかつた點において、恰かも強盗の未遂と同一の犯罪態様を有するに過ぎないものである。しからば、強盗未遂の場合には刑法第243條の適用があるにかゝらず、これと同一態様の窃盗未遂の準強盗を、強盗の既遂をもって論ずるときは、右刑法第243條の適用は排除せられることゝなり彼此極めて不合理の結果を生ずるに至るからである。」として、このような場合には事後強盗未遂罪が成立すると判示している。

また、東京高判昭和34年3月17日東高刑報10巻3号190頁も、窃盗未遂の犯人が暴行に及んだという事案について、最高裁昭和24年判決を引用して、このような場合には事後強盗未遂罪が成立するのは当然であると判示して、事後強盗既遂罪とした原判決を破棄している。

これに対し、学説では、主に、3つの説が対立している。

第1は、判例と同様、窃盗が既遂か未遂かにより、事後強盗の既遂・未遂を決定する説であり、これが通説とされている³⁰⁾。もっとも、事後強盗の目的は、取り返しの防止、逮捕の免脱、罪跡の隠滅の3つがあるが、このうち、取り返しの防止については、財物を既に得ているのであるから、未遂犯を想定することはできないとも考えられる³¹⁾。これに対し、植松博士は、「事後強盗行爲全体として見れば、行爲の途中における一時的な占有の取得は、未だ事後強盗としての既遂をもって論ずるに値するものではない」として、取り返しの防止の事例においても、一時的に占有を取得したとしても最終的に財物を獲得できなかったのであれば、事後強盗未遂罪と解すべきであると主張されている³²⁾。

この第1説は、非身分犯説に立った場合に、結合犯の未遂の解釈と符合し妥当であるという指摘がある。すなわち、非身分犯説の論者は、「ある犯罪が既遂であるか未遂であるかは実行行爲に着手してこれを遂げたか否かによるもの

であるから...238条の『窃盗』というのは、事後強盗罪の実行行為であり、その要件を充足した場合が同罪の既遂であり、充足に至らない場合が未遂と言うことになる」として、事後強盗罪において結合されている犯罪の一部である窃盗が未遂である以上、事後強盗罪全体が未遂となると主張するのである³³⁾。

これに対し、やはり非身分犯説に立ったうえで、事後強盗未遂罪の存在自体を否定する、第2の説も主張されている。非身分犯説を採る西村博士は、「窃盗犯人が財物を得ていなくても暴行脅迫はしている場合は、それでも事後強盗罪が成立するというのではなく、これは事後強盗罪の前提を欠くものとして、刑法第238条の適用を - したがって同第243条の適用をも - 除外されるということである。結局、説例のような事例は、窃盗未遂罪と暴行脅迫罪との競合犯として処断されることになる。このような解釈によらないで、強盗致死罪におけるように、窃盗が未遂の場合でもなお事後強盗罪の成立を認めなければ、刑法第238条の文言を改めて、『窃盗の実行に着手した者が...のために暴行または脅迫をしたときは』とでもするほかない」と主張されている³⁴⁾。言い換えれば、この立場は、第238条の「窃盗」は窃盗の既遂を意味し、窃盗未遂型の事後強盗未遂罪を認める余地はないというのである。

しかし、第243条が「第235条から第236条まで及び第238条から第241条までの罪の未遂は、罰する。」と規定している以上、第238条(事後強盗罪)の未遂を、存在しないものと解して良いものか問題となろう。

さらに、第1・2説には、事後強盗罪を窃盗罪と暴行罪・脅迫罪の結合犯と解すると、なぜ暴行・脅迫が未遂の場合にも事後強盗未遂とならないのかが疑問となる。これに答えたのが、窃盗の未遂、暴行・脅迫の未遂、窃盗及び暴行・脅迫の未遂の3つの態様の事後強盗未遂を認めるという第3の説である。香川博士は、非身分犯説を前提として第1説を採る坂本裁判官の主張³⁵⁾に対し、それでは暴行・脅迫は実行行為ではないのか、実行行為ならば、その成否に既遂・未遂を依存させることは許されないのかと指摘されている³⁶⁾。また、不真正身分犯説を採る内田教授は、より端的に、窃盗未遂型の事後強盗未遂に加えて暴行・脅迫未遂型の事後強盗未遂を認めるべきであると主張されている³⁷⁾。

この第3説には、暴行・脅迫の未遂とは具体的にどのような場合か、そして

未遂処罰規定のない暴行・脅迫の未遂を関係させることが許されるかという2点が問題となり、検討を要する。

まず、暴行は、そもそも有形的傷害の未遂として位置づけられているのであるから、その未遂はありえないと言えなくもない。しかし、暴行の内容は有形力の行使であり、有形力が被害者に向けられれば暴行となるということを重視すれば、その未遂を観念する余地はある。判例・通説は、有形力の被害者への接触が不要であるという、いわゆる接触不要説を採っている³⁸⁾。この立場に従えば、有形力が被害者に向けられる直前、例えば、行為者が被害者に対して、殴ろうとして拳を突き出したり、あるいは石を投げつけたならば、たとえ拳や石が被害者に接触しなくとも、暴行は既遂となりうる。しかし、被害者の方向に有形力が行使される直前の、拳や石が振りかぶられた状態については、有形力が被害者に向けられてはいないから、これを暴行の未遂と解することもできないではない³⁹⁾。

以上の接触不要説に対しては、暴行罪が結果犯であるとして、その成立に、有形力の被害者への接触を要求するいわゆる接触説も主張されている⁴⁰⁾。この立場によれば、拳を突き出したり石を投げたが、それが身体に命中しなかった場合には、暴行未遂として不可罰となる。これに対し、暴行罪の保護法益は身体の安全であるから、接触しなくても傷害の危険が認められる限り、暴行罪の法益侵害が認められるべきであり、接触説の結論では処罰範囲が狭すぎるという批判も接触不要説の立場からなされている⁴¹⁾。しかし、接触説、接触不要説によって内容を異にするものの、暴行未遂を観念すること自体は、いずれにせよ可能である。

次に、脅迫は、害悪の告知が行われ、被害者がそれを認識した時点で既遂となる⁴²⁾。従って、行為者が害悪を告知したものの、被害者がそれを認識するに至っていない時点、例えば、手紙や電子メール等により脅迫文書が被害者に送付されたものの、被害者がまだそれを見ていないという場合を、脅迫の未遂と解することも可能である⁴³⁾。

このように、暴行未遂・脅迫未遂による事後強盗未遂の態様を想定することは可能であると言えよう。

それでは、不可罰である暴行未遂・脅迫未遂を事後強盗罪の未遂に関係させることは許されるのであろうか。非身分犯説の論者は、事後強盗罪を結合犯と解するところ、この結合犯とは、「二つの構成要件の事実が結合されて一つの構成要件となつてゐるもの」であるとされる⁴⁴⁾。そうすると、単独では不可罰であり構成要件に該当しない暴行未遂・脅迫未遂を含む、結合犯としての事後強盗未遂罪が、はたして結合犯の概念に照らして許されるのかが問題となるのである。

単独では不可罰の行為を含む結合犯が許されるかという問題は、2項強盗罪(第236条第2項)にも存在する。2項強盗罪は、通常、暴行・脅迫を先行行為、利益の取得を後行行為とする結合犯と解されているところ、利益の取得それ自体は、単独では、いわゆる利益窃盗に過ぎず、犯罪構成要件を欠くため不可罰である。従って、2項強盗罪は、「二つの構成要件の事実」が結合した結合犯とは言えないと指摘されている⁴⁵⁾。

それでは、暴行未遂・脅迫未遂型の事後強盗未遂罪、そして2項強盗罪が、結合犯に含まれないものと解するならば、事後強盗罪の未遂はどうなるであろうか。この場合、第3説が排斥され、結局、窃盗未遂の場合のみを事後強盗未遂罪とする第1説のみが、非身分犯説の構造に適合するということとなろう。

逆に、結合犯の定義を、複数の実行行為が結合して1つの犯罪の実行行為とされているもの、などと変更することによって、暴行未遂・脅迫未遂型の事後強盗未遂罪、そして2項強盗罪が、結合犯に含まれると解するならばどうか⁴⁶⁾。結合犯をこのように解するならば、2項強盗罪の構造は結合犯であると言えるし、結合犯としての事後強盗未遂罪に、暴行未遂・脅迫未遂の態様が含まれるとも言える。そうすると、窃盗の未遂、暴行・脅迫の未遂、窃盗及び暴行・脅迫の未遂の3つの態様の事後強盗未遂を認める第3説が、非身分犯説の主張する事後強盗罪の構造に適合すると思われる。

- 3) 非身分犯説を明らかに主張するものとして、西村克彦・強盗罪考述(1983年)93, 119, 245頁、坂本武志「事後強盗罪は身分犯か」判例時報1202号(1987年)19頁、萩原由美恵「事後強盗罪(刑法238条)は身分犯か - 同罪における承継的共同正犯の成立要件」上智法学論集31巻3号(1988年)177頁、中森喜彦・刑

- 法各論（第2版・1996年）134頁，山口厚・刑法各論（補訂版・2005年）229頁。
- 4) 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）64頁。
 - 5) 古江・前掲論文65頁。
 - 6) 古江・前掲論文65頁。
 - 7) 古江・前掲論文65頁。
 - 8) 古江・前掲論文66頁。
 - 9) 古江・前掲論文67頁。
 - 10) 古江・前掲論文67頁。
 - 11) 古江・前掲論文67頁。
 - 12) 萩原・前掲論文178頁。
 - 13) 中森・各論134頁。
 - 14) 萩原・前掲論文183頁。
 - 15) 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）143頁。
 - 16) 上野・前掲論文142頁。
 - 17) 中山研一・刑法各論（1984年）251頁は，「窃盗犯人以外の者が暴行，脅迫行為に関与したときは，加減的身分犯として，暴行・脅迫罪にとどまるというのであれば，実際上の効果に貧しいように思われるが…そのことは，実質的には，承継的共犯としての一罪性を，一般の強盗罪のように観念することが困難であることをあらわしている」として，強盗罪と同じ結合犯である事後強盗罪の承継的共犯を認めるのが困難であり，結論においては不真正身分犯説と共通するに至るとする根拠を，事後強盗罪と強盗罪の構造の差異に求める。
 - 18) 大越義久「強盗予備罪にいう『強盗ノ目的』」昭和55年重要判例解説（1981年）189頁，同・刑法総論（第3版・2001年）54頁，上野・前掲論文140頁。
 - 19) 最判昭和30年12月23日刑集9巻14号2957頁。
 - 20) 仙台高裁秋田支判昭和33年4月23日判タ83号60頁。
 - 21) 最決昭和34年6月12日刑集13巻6号960頁。
 - 22) 東京高判昭和62年2月19日東高刑報38巻1～3号9頁。
 - 23) 福岡高判昭和42年6月22日下刑集9巻6号784頁。
 - 24) 最判平成14年2月14日判時1778号159頁。
 - 25) 福岡高判昭和29年5月29日高刑集7巻6号866頁。なお，最判昭和32年7月18日刑集11巻7号1861頁は，岡山県下で強盗後，贓物を舟で運搬し，翌日神戸で陸揚げしようとして巡査に発見され逮捕を免れるため傷害を加えたという事案につき，強盗と傷害が別個の機会にあるとして，事後強盗傷人罪の成立を否定している。この判決は，第238条の適用の是非を問題としていることから，「窃盗の機会」に関する時間的・場所的判断を示したものと理解すべきであろうが，その事案は窃盗ではなく強盗後の傷害に関するものである。強盗の故意で暴行・脅迫に出たものの，財物奪取に着手する前に逃走し，逃走の際に殺傷に出たとい

った場合、行為者は、強盗身分を有しているものの、窃盗身分は有していない。従って、強盗後の殺傷に関しては、時間的・場所的基準によって処罰範囲を確定するとしても、第238条ではなく第240条の適用の問題とすべきであったようにも思われる。

- 26) 京都地判昭和51年10月15日月報8巻9=10号431頁。
- 27) 脱稿後、「窃盗の機会」の暴行・脅迫であることを否定した判例として、最判平成16年12月10日刑集58巻9号1047頁、東京高判平成17年8月16日判タ1194号289頁に接した。
- 28) 大谷實・刑法講義各論(新版補訂版・2002年)242頁、平川宗信・刑法各論(1995年)357頁、曾根威彦・刑法各論(第3版補正3版・2006年)139頁、堀内捷三・刑法各論(2003年)161頁、山口・各論225頁、西田典之・刑法各論(第3版・2005年)176頁。
- 29) 萩原・前掲論文178頁。
- 30) 団藤重光・刑法綱要各論(第3版・1990年)592頁、平野龍一・刑法概説(1977年)209頁、大谷・各論243頁、前田雅英・刑法各論講義(第3版・1999年)203頁、堀内・各論136頁、山口・各論226頁。
- 31) 西田・各論162頁。
- 32) 植松正・刑法概論 各論(再訂・1980年)396頁。西田・各論162頁、曾根・各論140頁も、事後強盗罪が財産犯であり、窃盗の延長において財物の確保を目的として行われるのが基本類型であること、第243条が、取り返し防止の類型についても未遂を予定していることから、植松博士のような主張が妥当であろうとする。
- 33) 坂本・前掲論文19頁。
- 34) 西村・強盗罪126頁。なお、西田・各論162頁は、西村博士の主張を引用した上で、「窃盗が未遂のときには事後強盗罪は未遂も含めておよそ成立しえず、窃盗が既遂のときに暴行・脅迫を行ったが結局財物を確保できなかった場合にのみ事後強盗罪の未遂とする見解も可能だと思われるが、ここでは疑問を留保するにとどめる」とする。
- 35) 坂本・前掲論文19頁。
- 36) 香川達夫・強盗罪の再構成(1992年)164頁。もっとも、香川・刑法講義〔各論〕(第3版・1996年)529頁は、窃盗の未遂が事後強盗の未遂であるとしている。
- 37) 内田文昭・刑法各論(第3版・1996年)284頁は、「窃盗の着手をもって、事後的に事後強盗の着手とみることになる。したがって、『窃盗未遂』が『事後強盗の未遂』ということになる。それでは、『暴行・脅迫の未遂』は、事後強盗の未遂ではないのであろうか。暴行罪・脅迫罪は、未遂処罰規定を欠くが、行為としての『未遂』形態がないわけではない。未遂とは、法益が侵害されるに至らない段階(ないしは危険が生じない段階)である以上、窃盗が既遂となった後においても、身体・自由が侵害されない限りは、事後『強盗』としては未遂と言うべきである。…通説・判例は、やや窃盗の既遂に重点をおきすぎているくらいが

ある」とする。

- 38) 最判昭和 39 年 1 月 28 日刑集 18 卷 1 号 31 頁, 内田・各論 40 頁, 中森・各論 16 頁, 前田・各論 40 頁, 林幹人・刑法各論 (1999 年) 64 頁, 大谷・各論 40 頁, 曾根・各論 25 頁, 堀内・各論 38 頁。
- 39) 内田・各論 42 頁。
- 40) 平野・概説 166 頁。
- 41) 林・各論 64 頁, 大谷・各論 40 頁, 堀内・各論 38 頁。
- 42) 大判明治 43 年 11 月 15 日刑録 16 輯 1937 頁。
- 43) 大判大正 5 年 8 月 28 日刑録 22 輯 1332 頁 (恐喝目的で脅迫文書を送付した事案について実行の着手時期を到達時とした), 前田・各論 78 頁, 大谷・各論 92 頁, 内田・各論 115 頁, 堀内・各論 65 頁。
- 44) 小野清一郎「犯罪構成要件の理論」同・犯罪構成要件の理論 (1953 年) 129 頁。
- 45) 西村・強盗罪 176 頁, 香川・強盗罪 16 頁。
- 46) かつて, 結合犯は, 「数種ノ行為ヲ合一シテ之ヲ一罪ト解スルモノ」(牧野英一・日本刑法上巻 (重訂・1937 年) 499 頁) などというように, 複数の実行行為が結合した犯罪であると定義され, 例えば詐欺罪も, 欺罔行為と財物領得行為の結合犯であると解されていた。しかし, 小野博士が構成要件の概念を提唱されて以降, 結合犯もまた, 実行行為ではなく構成要件が結合した犯罪であると解する立場が主流となるに至っている。また, 今日では, 「独立しても罪となるべき数種の行為を結合した構成要件」(岡藤・刑法綱要総論 (第 3 版・1990 年) という定義も用いられているが, これも, 「独立しても罪となるべき」とする点で, 小野博士と同様, 結合犯の一部の行為の構成要件該当性を要求するものと解されよう。

第 2 節 真正身分犯説

第 1 項 真正身分犯説の基本的構成

以上の非身分犯説に対して, 判例及び多数説は, 事後強盗罪を身分犯と解している。ただし, 判例は, 真正身分犯と解するものと不真正身分犯と解するものに分かれ⁴⁷⁾, 学説上も, 真正身分犯説と不真正身分犯説が対立している。

(1) 判例の検討

まず, 真正身分犯説に立つ判例を検討してみよう。

大阪高判昭和 62 年 7 月 17 日判時 1253 号 141 頁

事案は, A・X・Y の 3 名のうち, A がマスコットを窃取した後, 警備員 Z

に発見されて逮捕されそうになったため、3名が逮捕を免れる目的でZに暴行を加え、Zが全治10日の傷害を負ったというものであるが、窃盗には全く関与していないX・Yの行為を、事後強盗致傷罪とすべきか否かが争点となった。

大阪高裁は、次のように判示して、X・Yについても事後強盗致傷罪が成立するとした。「共犯者2名が被告人の犯行に関与するようになったのが、窃盗が既遂に達したのちであったとしても、同人らにおいて、被告人が原判示マスコットを窃盗した事実を知ったうえで、被告人と共謀の上、逮捕を免れる目的で被害者に暴行を加えて同人を負傷させたときは、窃盗犯人たる身分を有しない同人らについても、刑法65条1項、60条の適用により(事後)強盗致傷罪の共同正犯が成立すると解すべきであるから(なお、この場合に、事後強盗罪を不真正身分犯と解し、身分のない共犯に対し更に同条2項を適用すべきであるとの見解もあるが、事後強盗罪は、暴行罪、脅迫罪に窃盗犯人たる身分が加わって刑が加重される罪ではなく、窃盗犯人たる身分を有する者が、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はじめて成立するものであるから、真正身分犯であって、不真正身分犯と解すべきではない。従って、身分なき者に対しても、同条2項を適用すべきではない。)傷害の限度でのみ刑法60条を適用しなかった原判決は、法令の解釈を誤ったものといわなければならない」。

本判決は、事後強盗罪を真正身分犯であると明言している点で、不真正身分犯説の結論を採用しつつも不真正身分犯とは明言しない後掲、判決などと比べ、「それなりの明確性をもっていたともいえる」と評価されている⁴⁸⁾。そして、本判決は、単に事後強盗罪が真正身分犯であるとする前提から、第65条の解釈として、事後強盗致傷罪の正犯たる「窃盗」身分を有するAの傷害部分につき、共同実行したX・Yは、「窃盗」の「身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯」として扱われるべきだと判示して、事後強盗致傷罪の共同正犯の成立を認めた⁴⁹⁾。もっとも、本判決は、承継的共同正犯の理論によって、共同正犯の成立を肯定しているわけではない。事後強盗致傷罪の共同正犯に問うという結論において、承継的共同正犯の理論を採用した場合と一致するというところに過ぎない。

大阪地裁堺支判平成 11 年 4 月 22 日判時 1687 号 157 頁

事案は、中国人窃盗グループ A・B・被告人 X のうち、A がパチンコ店に侵入し窃盗を行ったものの、パチンコ店の関係者 Z に取り押さえられそうになったため、B が A の逮捕を免れさせるために暴行を加えて負傷させた。この一連の犯行において、X は B が被害者に暴行を加えるであろうことを知りながらも、A・B の運転手役を務めたに過ぎなかったというものであった。この事案について、X に建造物侵入罪、事後強盗致傷罪の共謀共同正犯が成立するかが争われた。

大阪地裁堺支部は、次のように判示して、結局、X は建造物侵入罪の幫助犯、及び事後強盗致傷罪の幫助犯の罪責に問われるとした。まず、建造物侵入罪及び窃盗罪の共謀共同正犯の成否に関しては、「被告人については、共謀共同正犯の成立要件である『実行行為者の行為を自己の犯罪の実現のために利用する意思』及び『実行行為者に対する支配的地位』の存在を認めることは困難であり、幫助犯が成立するに留まるとみるのが相当である」とし、次に事後強盗致傷罪の共謀共同正犯の成否に関しては、「被告人は…一貫して B の指示に従って行動しているに過ぎず、その関与の仕方は常に従属的かつ消極的であることに照らすと、未だ『実行行為者に対する支配的地位』にあるものとは認め難く、共謀共同正犯の成立を肯認するには躊躇せざるを得ない」ものの、「被告人は、窃盗犯人である B が、共犯者である A の逮捕を免れるために、Z に対し暴行を加えることを認識した上で、B の犯行を容易にする行為に及んでいるのであるから、これが、少なくとも、B の事後強盗（致傷）に対する幫助行為に当たることは明らかである（傷害の結果についての認識がないことは、右犯罪の成立に影響しない）。…事後強盗罪は、窃盗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『窃盗』には窃盗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、被告人については、刑法 65 条 1 項、62 条 1 項により、事後強盗致傷罪の幫助犯が成立する。…窃盗の幫助罪は事後強盗致傷の幫助罪に吸収されると解することができる」とした。

本判決は、判決と同様、事後強盗罪を真正身分犯であると明言している。この部分について、本判決は、判決の文脈をそのまま用いていることから、この判決の影響を非常に強く受けていることが窺われよう。また、本判決で特に問題とされたのは、事後強盗の窃盗部分の共犯の点であった。それ故、Xは、Bに対し、事後強盗の幫助に出たというのではなく、事後強盗予備に関する幫助に出たところ、Bが事後強盗既遂に至ったことから、事後強盗の幫助罪に問われたと理解すべきであろう。

また、本判決は、「同罪の趣旨、罪質、法定刑等に照らすと、同条の『窃盗』には窃盗の幫助犯は含まれないと解するのが相当である」として、事後強盗の窃盗身分の概念に制限を加えている。この趣旨からすれば、おそらくは、「窃盗」身分の内容から窃盗教唆犯も除かれることとなるかとも思われるが、これは必ずしも明らかではない。従来、身分犯の身分に共犯も含まれるかが争われた例は皆無と思われるが、本判決は、この問題に言及したという点でも、意義があるといってよい。

なお、ドイツの強盜的窃盗罪においては、第1章において述べたように、窃盗の共犯も行為主体となりうるとされている⁵⁰⁾。従って、窃盗の幫助犯が、正犯の獲得した盗品の占有を保持する目的から暴行・脅迫に出た場合には、幫助犯もまた、強盜的窃盗罪の正犯としての罪責に問われる⁵¹⁾。また、ドイツの謀殺罪においては、「利欲から」という動機等の謀殺罪の要素が存在してさえいれば、人の殺害に関しては共犯にとどまる教唆・幫助者にも、謀殺者の身分が発生するとされる⁵²⁾。従って、教唆犯が「利欲から」強盜謀殺の教唆を行い、正犯がその通りに強盜謀殺に出た場合には、教唆犯も謀殺者の身分を獲得し、正犯は謀殺罪、教唆犯は謀殺罪の教唆の罪責に問われるのである。

(2) 学説の検討

次に、真正身分犯説に立つ学説を検討してみよう。

上掲 ・ 判決と同様、事後強盗罪を真正身分犯と構成すべきとする論者は、本罪が不真正身分犯ではなく真正身分犯であるとする根拠を、事後強盗罪と、暴行罪・脅迫罪との罪質の差に求める。すなわち、事後強盗罪が財産に対する

罪，暴行罪・脅迫罪が身体・自由に対する罪として位置付けられる以上，両罪は罪質が異なるのであるから，事後強盗罪と暴行罪・脅迫罪を不真正身分犯の関係として理解することはできず，従って真正身分犯と解すべきであると主張するのである⁵³⁾。しかし，これに対しては，不真正身分犯であることに異論のない特別公務員職権濫用罪（第194条）と，その「通常の刑」である逮捕監禁罪との間にも，やはり罪質の共通性がないのであるから，罪質の差は真正身分犯か不真正身分犯かを分ける決定的な要素とはなり得ないという批判もなされている⁵⁴⁾。

ところで，身分犯については，その身分が違法身分である場合には第65条第1項，責任身分である場合には第65条第2項が適用されるべきであるとする主張がある⁵⁵⁾。この主張によれば，身分犯における身分が，真正身分（構成的身分）か不真正身分（加減的身分）かではなく，違法身分か責任身分かによって，第1項と第2項のいずれが適用されるかが決定されることとなる。具体的には，看守による逃走幫助罪（第101条）の看守者，税関官吏による阿片等輸入罪（第138条）の税関官吏，公務員職権濫用罪（第193条）の公務員，特別公務員職権濫用罪（第194条）・特別公務員暴行陵虐罪（第195条）の特別公務員，横領罪（第252条）の占有者などは，第65条第1項の適用を受ける違法身分であり，常習賭博罪（第186条第1項）の常習者，業務上横領罪（第253条）の業務者などは，第65条第2項の適用を受ける責任身分であるとされる⁵⁶⁾。従って，この立場においては，窃盗という身分が，違法身分と責任身分のいずれに分類されるかによって，第65条第1項と第2項のいずれが適用されるかが決定づけられることとなるが，この点の検討はほとんどなされていないようである。

もっとも，このような違法身分，責任身分を問題とする立場に対しては，同意殺人罪（第202条）などのように，違法身分がすべて真正身分犯ではないために，第65条第1項の規定と矛盾すること，営利目的面会強制（暴力行為等処罰二関スル法律第2条）などのように，構成的身分犯にも責任身分犯があること，違法身分と責任身分が混然としている場合もあること等から，第65条の解釈としては無理があり適用上も困難であるとする批判もある⁵⁷⁾。窃盗身分

も、まさにこのような違法身分と責任身分が混然としている場合にあたるのではなからうか。窃盗身分者は、窃盗を犯すことによって、財産法益を侵害するのであるから、違法身分としての性質を有している。さらに、主観的違法要素としての不法領得の意思の存在を窃盗罪に要求するのであれば、窃盗身分の違法身分としての性質はより高まるように思われる。しかし、一方では、窃盗を犯し、法益侵害を惹起することにより、それに対応する責任非難も生じるのであるから、窃盗身分は、責任身分としての性質も備えているのである。

第1章において上述したドイツ謀殺罪の謀殺者の身分の性質についても、これと同様のことが言える。「利欲から」の動機について、ドイツ連邦裁判所は、これを主観的不法要素とし⁵⁸⁾、さらに、謀殺者の身分は構成的身分であって、故殺罪とは独立した類型であると解している⁵⁹⁾。この判例理論は、わが国の違法身分＝構成的身分という立場と共通すると言える。しかし、学説上は、謀殺罪は、故殺罪を基本的な構成要件とする加重類型であるとするのが一般的である⁶⁰⁾。そして、「利欲から」の動機の犯罪論的性質についても、判例と同様に主観的不法要素と解する立場⁶¹⁾のほか、責任要素とする立場も主張されており⁶²⁾、一様ではない。しかも、ドイツにおいては、違法身分か責任身分かは、共犯と身分の議論のうえでほとんど問題とはされず、当該身分の要素が連带的処罰の妥当する「行為關係的要素」か、それとも個別的処罰の妥当する「行為者關係的要素」かという視点で分析するのが通例である⁶³⁾。「利欲から」の動機は「行為者關係的要素」であるとされることから⁶⁴⁾、結局、「利欲から」の動機による謀殺者という身分は、共犯と身分の処理においては、加減的身分として機能し、違法身分か責任身分かはほとんど意味を持たないこととなるのである。

以上のように、第65条第1項と同条第2項のいずれが適用されるのかという問題は、違法身分と構成的身分、責任身分と加減的身分が必ずしも完全に対応しているわけではない以上、違法身分か責任身分かという基準によるべきではあるまい。ドイツにおいても、共犯と身分の問題について、「行為關係的要素」・「行為者關係的要素」という基準が、違法身分、責任身分の議論から離れて用いられているのである。これにならば、わが国においても、違法身分、責

任身分を問題とせず、真正身分犯か不真正身分犯かによって、第 65 条第 1 項と第 2 項の適用が区別されるべきではなからうか⁶⁵⁾。

また、非身分犯説の論者は、事後強盗罪の「窃盗」は身分犯の身分概念に適合せず、事後強盗罪を身分犯と解することができないのであるから、事後強盗罪は結合犯と解すべきであると主張している。このような身分概念への適合性に関する主張の根拠としては、主に以下の 3 点が挙げられている。

第 1 は、窃盗犯人という身分は、その気になれば「誰にでも獲得できる」、その行為に出るだけで獲得し得る性質のものであるが、そもそもそのような一過性の身分というものを認めるべきではないのではないかという主張である⁶⁶⁾。

しかし、判例は、一貫して一過性の身分の概念を認めている。

大判明治 44 年 3 月 16 日刑録 17 輯 411 頁は、横領罪の共犯に関する事案について、身分犯の身分を「刑法第 65 条二所謂身分トハ必ズシモ論旨ノ如ク男女ノ性、内外国人ノ別、親族ノ関係、公務員タル資格ノ如キ関係ノミニ限ラズ、汎ク一定ノ犯罪行為ニ関スル犯人ノ人的関係タル特殊ノ地位又ハ状態ヲ指称スルモノトス」と定義し、時間的には一過性とも言える「一定ノ犯罪行為ニ関スル犯人ノ人的関係タル特殊ノ地位又ハ状態」が身分となりうることを明示して、横領罪における占有者が身分となりうると判示している⁶⁷⁾。さらに最判昭和 22 年 9 月 19 日刑集 6 巻 8 号 1083 頁も、やはり横領罪の共犯に関する事案において、身分犯の身分を「男女の性別、内外国人の区別、親族の関係、公務員たるの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人的関係である特殊の地位または状態」と定義し、横領罪における占有者が身分となりうると判示して、大審院の立場を踏襲している。

最判昭和 42 年 3 月 7 日刑集 21 巻 2 号 417 頁は、A が、B から営利の目的による麻薬の密輸入を依頼され、自らは営利の目的なく C と共に麻薬を密輸入したという事案につき、A が、麻薬取締法（現麻薬及び向精神薬取締法）第 64 条第 1 項の麻薬密輸入罪の加重類型である同条第 2 項の営利目的麻薬密輸入罪の罪責を負うかが争われた事案につき、「同条は、同じように同法 12 条 1 項の規定に違反して麻薬を輸入した者に対しても、犯人が営利の目的をもっていたか否かという犯人の特殊な状態の差異によって、各犯人に科すべき刑に軽重の

区別をしているものであって、刑法65条2項にいう『身分二因り特二刑ノ輕重アルトキ』に当るものと解するのが相当である。そうすると、営利の目的をもつ者ともたない者とが、共同して…麻薬を輸入した場合には、刑法65条2項により、営利の目的をもつ者に対しては麻薬取締法64条2項の刑を、営利の目的をもたない者に対しては同条1項の刑を科すべきものといわなければならない」として、営利の目的をもたないAには刑法第65条第2項が適用され、麻薬取締法第64条第1項の単純密輸入罪の刑が科されるものと判示している。

以上のように、最高裁が目的という主観的要素もまた身分となると明確に打ち出していることからすると、判例は、一過性の身分を積極的に身分概念に含めると言うてよいであろう。そして学説上も、判例の理論は大体において支持されていると言える。例えば、平野博士は、「『身分』という語は、ことばからすると継続的なものであることを予定しているように見えるが、実質的に見て責任要素であればよいのであるから、必ずしも継続的なものである必要はない」とされている⁶⁸⁾。西田教授は、「犯罪関与者相互において当該主観的要素が個別的に作用すべきものであり、かつ、関与者のある者にこの主観的要素が欠ける場合に、この結論を導くには、65条2項の適用を認めざるを得ない」とされている⁶⁹⁾。前田教授は、構成要件が実質的に重なり合う範囲内で、異なる犯罪についての共犯の成立を認める部分的犯罪共同説に従えば、「目的」が身分でないとする見解に立ったとしても、営利目的麻薬密輸入罪と単純密輸入罪という異なる共犯の可否の問題となり、結局、身分犯として扱った場合と同様の結論を導くことができるとしながらも、「身分犯として処理する方が賢明であるといえよう。また、刑法65条の身分に継続性のない一時的状態まで含ませることは十分可能であるといえよう」として、判例の立場を支持されている⁷⁰⁾。香川博士は、ひき逃げ事例における保証人的地位も一過性のものであると指摘し⁷¹⁾、「ここでの保証人的地位は誰でも取得し得るところである。窃取するかしないかの選択と救護するかしないかの選択の間に、どれだけの差があるとされるのであろうか」として、一過性の身分もまた身分概念に含まれるべきと主張されている⁷²⁾。

これに対して、第65条第1項の意味での「身分」は義務性を有するもので

なければならず、一過性のものは含まれるべきではないという主張もある⁷³⁾。もっとも、この主張は、第 65 条第 1 項、すなわち真正身分犯の「身分」に限定して一過性の身分を排除すべきというものであって、同条第 2 項、すなわち不真正身分犯の「身分」についてはこの限りではない。従って、事後強盗罪を不真正身分犯と解する限りにおいては、窃盗犯人の身分が一過性であり、義務性を有さないものであったとしても、格別問題とはならないことになる。また、例えば、横領罪は真正身分犯と解されているところ⁷⁴⁾、横領罪の身分である他人の物の占有者、または公務所から保管を命ぜられた自己の物の占有者という身分は、やはり「誰でも獲得することができる」、一時的なものである。背任罪における信任関係や、保護責任者遺棄罪における保護責任者にも、義務はあるが一時的な身分が含まれるであろう。このように、真正身分犯にも一過性の身分犯と考えられている規定は数多く、身分犯規定の解釈から、一過性の身分の概念をすべて排除するというのは、極めて困難ではなからうか。

第 2 は、「窃盗」犯人には、身分犯の身分に必要な「社会的役割」が欠けており、身分概念に適合しないのではないかという指摘である⁷⁵⁾。

身分犯における身分の「社会的役割」を必要とする論者は、「身分の概念化にとって、社会関係を度外視することは許されないというべきである。人々は、他者との関連において身分＝地位を占めているのである。…身分＝地位占有者には、『一定の期待された行動の型』、すなわち、『社会的役割』が与えられている」などと主張する⁷⁶⁾。そのうえで、背任罪における事務処理者には、本人との関係で適切な任務遂行という役割が与えられており、収賄罪における公務員には、国民との関係で全体の奉仕者ないし公的サービスを行う者としての役割が与えられているが、一方、事後強盗における窃盗犯人には、「社会関係を基盤とした特定の役割を探ることができない」などとして、事後強盗罪の窃盗犯人を身分概念から排除すべきだとするのである⁷⁷⁾。

しかし、この主張には、強姦罪との関係において疑問がある。強姦罪は、男性という身分を要する真正身分犯であることについて異論はない⁷⁸⁾。それでは、この男性という身分もまた、社会関係からする「特定の役割」があると言うことになるのであろうか。確かに、男子に対しては、女子の性的自由を尊重する

という「特定の役割」が与えられていると言えるのかもしれない。しかし、これを肯定するのであれば、窃盗犯人にも、窃盗後に第238条所定の目的で他人に暴行・脅迫を加えてはならないという「特定の役割」が与えられていると言うことができるのではなからうか。このように、「社会的役割」からする身分の画定を、すべての身分犯に対して行うのは困難であるように思われる。

第3は、窃盗身分者でない者も、事後強盗の予備を実行できるのではないかという点である。大越教授は、「身分者のみが身分犯の予備、未遂、既遂を行うことができる。ところが、事後強盗の予備（最決昭和54年11月19日刑集33巻7号710頁を参照）は誰にでも行うことができる。事後強盗罪の核を形成する窃盗罪は非身分犯であるからである。したがって、事後強盗罪は身分犯ではない」と主張されている⁷⁹⁾。しかし、身分者のみが身分犯の予備を行えるという前提については、この「身分犯の予備」というのは、予備罪を指すのか、それとも処罰対象とはならない予備行為をも含むかについて疑問がある。これが予備罪を指すというのであれば、他の予備罪と事後強盗予備罪を比較する必要があろう。刑法典に規定されている予備罪は、内乱予備罪（第78条）、外患誘致・援助予備罪（第88条）、現住建造物等放火・非現住建造物等放火予備罪（第113条）、通貨偽造等準備罪（第153条）、殺人予備罪（第201条）、身代金目的略取等予備罪（第228条の3）、強盗予備罪（第237条）である。事後強盗予備罪以外は、身分犯を觀念すること自体が困難であり、「身分者のみが身分犯の予備を行うことができる」という前提自体が、事後強盗予備罪を論じる場合にしか問題とはなりえない。従って、「身分犯の予備」を論じる実益は乏しいと言えよう。

また、判例は、「刑法237条にいう『強盗ノ目的』には、同法238条に規定する準強盗を目的とする場合を含むと解すべき」であるから、事後強盗予備罪は強盗予備罪として処罰されるとしている⁸⁰⁾。しかし、事後強盗の予備を処罰することは、実質的に現行法上不可罰な窃盗の予備を処罰することになり不当であるから、むしろ事後強盗の予備自体は不可罰とすべきだとする主張も有力である⁸¹⁾。

これに対して、「身分犯の予備」を、予備罪ではなく、予備行為と解するな

らば、確かに、事後強盗予備を「窃盗」犯人以外の者が行うことは可能である。しかし、処罰対象とはならない予備行為を行えるか否かを、身分犯か否かを確定する基準として採用して良いかは疑問である。他の身分犯についても、横領罪の予備について、行為者が占有者の身分を得る前から、占有することとなるであろう物の領得を準備していたという場合に、これを横領予備と言ってよいか問題となる程度かと思われるが、これを肯定するならば、横領罪もまた身分犯ではないということとなってしまう。しかし、横領罪の予備が不可罰である以上は、横領予備の内容を具体的に確定することはあまり重要とも思われないうし、この予備の内容が横領罪自体の身分犯としての性質を左右すると考えるのもまた、その根拠が希薄であるように思われるのである。

以上のように、一過性の身分の是非は少なくとも不真正身分犯説においては問題とならないこと、すべての身分犯の身分に社会的役割の存在を要求するのは困難であること、身分犯の予備を行える者を身分者に限定する根拠が明らかではないことから、「窃盗」犯人という身分は、身分犯の身分概念に適合しないとまでは言えないように思われる。

もっとも、窃盗身分を、身分概念に含まれるべき一過性の身分であると解しても、はたしてどの時点で窃盗身分が発生し、どの時点で喪失するのかという、一過性の内容・程度についてまで言及する論者は皆無である。事後強盗罪の成立範囲について、判例・通説は、「窃盗の機会」説を用いており、窃盗身分の得喪時期を論ずる必要がなかったと言えなくもない。しかし、「窃盗の機会」説が身分犯説に適合しないという指摘があることは前述したとおりであり、窃盗を身分というのであれば、窃盗身分の得喪時期は明確にされるべきであろう。これについては後述する（本節第3項）。

第2項 暴行・脅迫部分のみへの関与

真正身分犯説に立った場合には、正犯の事後強盗の暴行・脅迫部分のみに関与した者は、「窃盗」の身分なき共犯として扱われる。従って、この場合、共犯には第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こととなる。

これに対し、「窃盗たる身分を単に真正身分であると捉える場合には、客観的に窃盗の身分を有している者に加功して暴行脅迫を行えばただそれだけで、刑法65条1項の適用により、暴行脅迫を行ったに過ぎない者が、事後強盗罪の共犯として処罰されてしまうことになり、事後強盗罪の処罰範囲の不当で安易な拡大を齎すであろう。結論だけからすれば、むしろ不真正身分犯説の方がまだしも妥当であると言わなければなるまい」として、真正身分犯説に立った場合の共犯に関する処罰が過剰であるとする指摘もある⁸²⁾。もっとも、非身分犯説に立った場合にも、暴行・脅迫部分のみへの関与者は、前述したように事後強盗罪の承継的共犯として処理されるのであるから、共犯の罪責は真正身分犯説と共通することになる。

第3項 窃盗の機会

事後強盗罪については、窃盗の後に行った暴行・脅迫すべてが事後強盗罪を構成するのかという処罰範囲を巡る問題がある。この点について、前述したように、判例は、「窃盗の機会」という基準を用いて処罰範囲を制限している。すなわち、窃盗と時間的・場所的近接性のある「窃盗の機会」における暴行・脅迫のみが事後強盗罪を構成するというのである。しかし、この「窃盗の機会」説は、非身分犯説には適合するものの、身分犯説においては「理論的に不必要なはずであろう」という指摘がなされている⁸³⁾。事後強盗罪を結合犯と解すると、「窃盗の機会」は、窃取行為と暴行・脅迫行為の結合の程度に関する議論として位置づけることができる。これに対して、事後強盗罪を身分犯と解すると、窃盗身分を得た者が暴行・脅迫を行えば事後強盗罪となるのであるから、「窃盗の機会」を論ずる余地がないと言うのであろう。しかし、窃盗と暴行・脅迫との間に時間的・場所的近接性を要求することによる処罰範囲の制限を行わないのであれば、事後強盗罪の処罰範囲が過度に拡大することとなる⁸⁴⁾。その意味では、むしろ身分犯説にこそ、時間的・場所的近接性による処罰範囲の制限が必要であるとも言えよう。身分犯説の論者の多くも、「窃盗の機会」説を採用しているが、それは、身分犯説と「窃盗の機会」説の理論的な適合性の問題はともかく、「窃盗の機会」説の結論の妥当性が広く認められていること

の証左であると言える。確かに、理論的には、身分犯説においては、窃取行為と暴行・脅迫行為の結合ではなく、窃盗身分の得喪を基準として事後強盗罪の処罰範囲を論ずべきであろう。それでは、身分の得喪と時間的・場所的近接性という基準を関連させて、「窃盗の機会」説と同様の結論を導くことは可能であろうか。

わが国の取り返し防止目的の事後強盗罪に相当するドイツの強盜的窃盗罪（ドイツ刑法第 252 条）は、「窃盗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、人身に対する暴力、もしくは身体ないし生命に対する現在の危険を惹起する旨の脅迫を用いたときは、強盗と同様に処罰する。」と規定されているが⁸⁵⁾、この「窃盗」は、先行行為でもなく身分でもない「事前行為（Vortat）」⁸⁶⁾として位置づけられている⁸⁷⁾。そして、この窃盗と、実行行為である暴行・脅迫との間には、「場所的・時間的近接性（ein enger örtlicher und zeitlicher Zusammenhang）」が要求されている⁸⁸⁾。すなわち、ドイツの強盜的窃盗罪を規定するドイツ刑法第 252 条は、行為主体について、Wer, bei einem Diebstahl auf frischer Tat betroffen, すなわち「窃盗の現行犯にあたる者」と規定し、暴行・脅迫時における窃盗の現行性を構成要件の要素とすることによって、窃盗と暴行・脅迫との「場所的・時間的近接性」を要求しているのである⁸⁹⁾。

わが国の事後強盗罪の解釈においても、上記のようなドイツの強盜的窃盗罪における処罰範囲の制限方法を参考とすることができるのではなからうか。すなわち、第 238 条の「窃盗」身分者を、窃盗の現行犯人と解し、行為者が窃盗の現行性を失った時点で、「窃盗」身分も失われ、それ以降の暴行・脅迫は、事後強盗罪を構成しないと解するのである⁹⁰⁾。このように解するならば、身分犯説においても、時間的・場所的近接性による処罰範囲の制限を行うことも可能となるであろう。

それでは、行為者は窃盗身分をどの時点において獲得し、喪失すると解すべきであろうか。判例・通説は、窃盗身分の獲得時期を、窃盗に着手した時点と解している⁹¹⁾。窃盗予備行為者は、窃盗の実行行為に出たわけではないから、窃盗犯人とは言えない。

次に、窃盗身分の喪失時期はどのように解すべきであろうか。窃盗の現行犯

人を「窃盗」身分者と解するならば、刑事訴訟法上の「現行犯人」の現行性の終期が、窃盗身分の喪失時期となるであろう。刑事訴訟法第212条第1項は、「現に罪を行い、又は現に罪を行い終つた者を現行犯人とする。」と規定している。この現行犯人の現行性の継続範囲は、時間的・場所的基準によって決定される⁹²⁾。判例は、犯行から30～40分後で犯行現場から20メートルの地点での逮捕⁹³⁾、住居侵入の直後、現場から約30メートル離れたところでの逮捕⁹⁴⁾、脅迫行為から1時間20分後の犯行現場において、被疑者が脅迫的怒号を行い、被害者がなお相当程度の畏怖状態にあったという状況での逮捕⁹⁵⁾、密漁犯人を海上で約30分間追跡した者の依頼により、約3時間にわたり密漁船の追跡を継続したうえでの逮捕⁹⁶⁾、犯行から約1時間十数分後の逮捕⁹⁷⁾等について、被疑者が現行犯人であることを認め、現行犯逮捕を適法としている。一方、犯人が公職選挙法違反のピラを頒布した4時間後、頒布場所から約200メートル離れた自宅における逮捕⁹⁸⁾、犯行終了から約40分後に犯行場所から250～300メートル離れた派出所内において行われた逮捕⁹⁹⁾等については、被疑者が現行犯人であることを否定し、現行犯逮捕を違法としている。

このように、「現行犯人」の解釈において、現行性の認められる時間的・場所的な限度、及び、犯人が追跡されている限りは現行性が喪失しないとされる点は、「窃盗の機会」説の具体的な結論とほぼ一致するのである。

なお、刑事訴訟法第212条第2項は、いわゆる準現行犯人として、「犯人として追呼されている」者、「贓物又は明らかに犯罪の用に供したと思われる兇器その他の物を所持している」者、「身体又は被服に犯罪の顕著な証跡がある」者、あるいは「誰何されて逃走しようとする」者が、「罪を行い終つてから間がないと明らかに認められるときは、これを現行犯人とみなす。」と規定している。この準現行犯人については、時間的・場所的近接性は緩やかに解されるものとされており¹⁰⁰⁾、判例も、内ゲバ事件の犯行現場から約1時間～1時間40分後に、犯行現場から約4キロメートル離れた地点で、警戒中の警察官が、腕に籠手を装着し顔面に傷跡のある被疑者に対し、挙動や着衣の汚れから職務質問のため停止を求めたところ逃げ出した場合の逮捕¹⁰¹⁾等について、準現行犯人であることを肯定している。事後強盗罪の「窃盗」身分者を窃盗の現行犯

人と解すると、窃盗の準現行犯人も「窃盗」身分者に含まれるのが問題となりうるが、準現行犯人の時間的・場所的近接性の範囲は、「窃盗の機会」の範囲より広い¹⁰²⁾。さらに、刑事訴訟法第212条第2項がいわゆるみなし規定であり、実際に犯人ではない者が含まれる可能性のあることをも考慮すると、窃盗の準現行犯人は、「窃盗」身分者に含まれないと解すべきであろう¹⁰³⁾。

第4項 事後強盗罪の未遂

第243条の「第235条から第236条まで及び第238条から第241条までの罪」には、第238条に規定される事後強盗罪も含まれると解するのが一般である。しかし、事後強盗罪の未遂がいかなるものかについては、上述したように学説上争いがある。それでは、事後強盗罪を身分犯と解した場合には、事後強盗罪の未遂をどのように解すべきであろうか。

判例は、前述のように、事後強盗罪を身分犯と解しながらも、事後強盗罪の未遂は、窃盗が未遂の場合であるとしている¹⁰⁴⁾。そして、身分犯説の論者の多くもまた、判例と同様、窃盗の未遂・既遂が事後強盗の未遂・既遂を決定すると主張している¹⁰⁵⁾。しかし、一方で、身分犯説の論者は、事後強盗罪の「窃盗」身分を、「窃盗の着手をした者」とし、「窃盗」身分には窃盗未遂の者も含まれるとする¹⁰⁶⁾。このような見解のもとでは、本来は、窃盗が既遂かどうかによって事後強盗罪の既遂時期を決定し得ないはずである。身分犯説に拠ったうえで窃盗未遂型の事後強盗未遂罪を認める論者は、窃盗未遂の犯人であっても、「窃盗」を身分とする事後強盗罪が成立するはずであるのに、なぜ事後強盗未遂罪となるのかという点についての説明を欠いているというべきであろう。

これに対し、西田教授は、「本（238）条は既遂類型であり、その未遂は窃盗の点が未遂の場合をいうするのが通説・判例であるから、本条にいう『窃盗が』は窃盗既遂犯人を意味することとなる。本条の『窃盗が』が、窃盗未遂を含むとすれば、窃盗未遂犯人が逮捕免脱の目的で暴行すれば、それだけで本条¹⁰⁷⁾にあたることになって不当である」とされている¹⁰⁸⁾。

しかし、この主張については疑問もある。西田教授は、事後強盗罪について非身分犯説を採られているが¹⁰⁹⁾、第238条の「窃盗」の文言自体は、窃盗犯

人、すなわち窃盗身分者と解されているようである。そうすると、窃盗未遂犯人が、逮捕の免脱あるいは罪跡の隠滅目的で被害者に暴行・脅迫を加えた場合、この者は、「窃盗」身分者ではないにもかかわらず、「窃盗」身分者を主体とする事後強盗罪の修正構成要件たる事後強盗未遂罪に該当することとなるが、このような解釈が許されるのかは問題となろう¹¹⁰⁾。

さらに、第238条の「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ」の後には句点があるが、「財物を得て」と「これを取り返されることを防ぎ」の間には句点がない。従って、「財物を得て」いるかどうか、すなわち窃盗の既遂・未遂は、財物を「取り返されることを防」ぐための事後強盗の既遂・未遂を決定しようとしても、他の「逮捕を免れ」るため、「罪跡を隠滅するため」の事後強盗の既遂・未遂を決定することはできないのではないと思われる。そして、財物を「取り返されることを防」ぐための事後強盗についても、財物を得ていない者が、財物を取り返されることを防ぐために暴行・脅迫に出るということは考えられない。従って、結局、いずれの態様においても、窃盗の既遂・未遂が事後強盗の既遂・未遂を決定すると解することには疑問が残ることになる¹¹¹⁾。

この点については、上述の植松博士の所説のように、財物の占有取得後に取り戻された場合をも、事後強盗罪の未遂と解すべきではないかという反論もありうる。しかし、いったん財物を得ている以上は、事後における暴行・脅迫がありさえすれば、第238条の構成要件は充足されていると解すべきであろう¹¹²⁾。

このようにして、窃盗未遂型の事後強盗未遂罪を認めないという立場に立ったならば、事後強盗罪の未遂はどのように観念されるべきであろうか。

既に述べたように、事後強盗未遂罪の存在自体を否定する立場¹¹³⁾は、第243条は第238条の未遂をも処罰すると解されるのであるから、妥当とは言えないであろう。そうすると、結局、窃盗の未遂、暴行・脅迫の未遂、窃盗及び暴行・脅迫の未遂の3つの態様の事後強盗未遂を認める立場¹¹⁴⁾を修正し、窃盗の既遂・未遂を問題とせず、暴行・脅迫の既遂・未遂のみによって事後強盗罪の既遂・未遂を決定すると解するほかないのではなからうか。上述したように、未遂処罰規定のない暴行・脅迫の未遂を関係させることには、結合犯の概念に

照らして許されるかという問題があった。しかし、事後強盗罪を結合犯と解するならばともかく、身分犯と解するならば、例えば、保護責任者不保護罪（第218条後段）など、本来は不可罰である行為が、行為者に身分があるために犯罪を構成するという身分犯は他にもある。従って、身分犯説を前提とするならば、本来は不可罰である暴行未遂・脅迫未遂を、事後強盗罪の未遂に関係させるという解釈を採用したとしても、格別の問題を生じないと言えよう。

以上のことから、身分犯説を前提とした場合には、事後強盗罪の未遂とは、窃盗犯人による暴行・脅迫の未遂であって、窃盗の未遂・既遂は事後強盗罪の未遂・既遂を左右しないとするのが妥当であるように思われる。このように考えるのであれば、西田教授の指摘されている、第243条において予定されている取り返し防止の類型の事後強盗未遂も、暴行・脅迫の未遂というかたちで観念することができるであろう。

なお、第1章において述べたように、わが国の取り返し防止目的の事後強盗罪に相当するドイツの強盜的窃盗罪は、暴行未遂・脅迫未遂の場合にのみ未遂犯となるとされており¹¹⁵⁾、暴行未遂・脅迫未遂による事後強盗未遂を認めるという解釈と符合する。もっとも、取り返し防止目的の事後強盗においては、窃盗は常に既遂であるが、ドイツの強盜的窃盗罪は、逮捕の免脱、罪跡の隠滅目的の場合を予定していない。それ故、窃盗が未遂、逮捕の免脱・罪跡の隠滅目的の暴行・脅迫が既遂の場合に事後強盗罪の既遂の成立を認めるという解釈は、処罰範囲を過度に拡大するものと言えなくもない。しかし、暴行・脅迫の客体に注目すると、取り返し防止目的の場合の客体は、主として窃盗の被害者と考えられるが¹¹⁶⁾、逮捕の免脱、罪跡の隠滅目的の場合の客体は窃盗の追跡者や目撃者であるから、客体の範囲が非常に拡大する可能性がある。従って、逮捕の免脱、罪跡の隠滅目的の場合、窃盗が未遂であっても、客体の範囲の拡大を抑止するため、重い事後強盗既遂罪の罪責に問われうると解して良いのではなかろうか

47) これに対し、釧路地裁網走支判昭和41年12月23日判タ204号188頁は、事後強盗罪と窃盗罪・脅迫罪の間の訴因変更の必要性が争われた事案について、

「準強盗は講学上結合犯と呼ばれるもので、窃盗及び脅迫の両罪を一罪のなかに包含するものである」として、事後強盗罪の訴因に対し、窃盗罪・脅迫罪の二罪を認定したとしても、訴因変更の必要はないと判示している。この判決は、結合犯説に立つものとも受け取れないわけではないが、判決の内容は、あくまでも手続法の範囲にとどまるものであって、明確に結合犯説に立つものとは言い切れないであろう。

- 48) 香川・強盗罪 154 頁。
- 49) 香川・強盗罪 154 頁は、「真正身分犯であるとするのなら、先例である判例理論による限り、65 条 1 項はもともと真正身分犯だけを予定した規定と解してきた理解とも合致するし、そこからまた同条 1 項の『共犯トス』には、共同正犯をも含むとするのが先例であった。したがって、この事案における共犯者の 2 名が、強盗致傷罪の共同正犯として処断されることは、従前の 65 条 1 項に関する判例の解釈との関連からいっても当然のこととなり、他方承継的共同正犯を是認する判例理論とも齟齬なく調和できる面もある」として、結論に関する是非はともかく、判例理論との整合性の点で、本判決を高く評価する。
- 50) Harro Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 6., neubearbeitete Aufl. (2002), §46 RdN. 63ff; Wolfgang Jecoks, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 3. Aufl. (2001), §252 RdN. 8; Herbert Tröndle / Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51. Aufl. (2003), §252 RdN. 11.
- 51) ドイツの強盗的窃盗罪における「窃盗」の位置づけは、結合犯における先行行為や身分犯における身分ではなく、実行行為である暴行・脅迫の「事前行為 (Vor-tat)」であるとされており、「窃盗」を実行行為の一部あるいは身分と位置づける我が国の事後強盗罪と比べると、「窃盗」の内容がやや緩やかに解されているようにも思われる。
- 52) ただし、共犯が謀殺罪と故殺罪のいずれによって処罰されるかは、共犯の具備した謀殺罪の要素が「行為関係の要素 (tatbezogenes Merkmal)」か、それとも「行為者関係の要素 (täterbezogenes Merkmal)」かによって左右される。Vgl. BGH 22. 378. Tröndle/Fischer. a. a. O., §211 RdN. 43.
- 53) 前田・刑法総論講義 (第 4 版・2006 年) 469 頁は、「窃盗犯人でなければ犯せない犯罪類型であるとして事後強盗罪を真正身分犯とすると、真正身分概念が弛緩する恐れがある。業務上横領罪でも、業務上という身分を有する犯人でなければ犯せないとも言えるからである。ただ業務上横領罪が委託横領罪の加重類型であることは争いなく、また『事後強盗は決して暴行・脅迫の単なる加重類型ではなく、財産犯たる強盗として全く罪質を異にする別の犯罪である』ことも争いはないであろう。やはり事後強盗の場合には、窃盗犯人という主体のみが、『窃盗と暴行と一定の目的の結合により形成される異質な犯罪』を犯し得ると考えるべきなのである」として、事後強盗罪と暴行罪・脅迫罪の罪質が異なる点に鑑み、事後強盗罪は真正身分犯と解すべきとする。同旨、堀内・各論 135 頁
- 54) 香川・強盗罪 200 頁は、「特別公務員職権濫用罪...が不真正身分犯であることは、ほぼ異論なく認められている。そして不真正身分犯であるのなら、その行為

に加功した非身分者の処遇が問題になってこよう。別のいい方をすれば、その非身分者に対する『通常ノ刑』とはなにか、それが考えられなければならないようになってくる。そして、その答は簡単であった。『通常の逮捕監禁罪の成立』が認められるとされているからである。そうだとすると、この解答について、…罪質の共通性を基礎にする所説は、どう答えるつもりなのだろうか。通常の逮捕監禁罪は個人の自由に対する罪ではあっても、…特別公務員職権濫用罪が、それと同じ罪質であるとはいえない。こちらは、国家の作用に対する罪であるからである」とする。ただし、香川博士は身分犯説を採っている訳ではない。団藤編・注釈刑法(5) (1965年) 297頁以下(香川)参照。

- 55) 瀧川幸辰・犯罪論序説(1947年)254頁, 平野・刑法総論 (1975年)357, 366頁, 西田・共犯と身分(新版・2003年)172頁。
- 56) 西田・共犯 172, 175頁。
- 57) 大谷・刑法講義総論(新版追補版・2004年)479頁, 井田良・刑法総論の理論構造(2005年)396頁, 川端博・刑法総論講義(第2版・2006年)589頁。
- 58) BGH 6, 331.
- 59) BGH 1, 370; 6,330; 22, 377; 30, 105.
- 60) Jescheck/Weigend, a. a. O., 470; Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar 27., neu bearbeitete Aufl. (2006), §211 RdN. 5 (Eser); Otto, a. a. O., §4 RdN. 1; Jecoks, a. a. O., Vor §211 RdN. 6.
- 61) Otto, a. a. O., §4 RdN. 1; Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 Aufl. (1978), Vor §211 RdN. 46 (Burkhard Jähnke).
- 62) Goldammer's Archiv für Strafrecht (1955), 161 (Karl Engisch); Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 6 (Eser).
- 63) Otto, a. a. O., §8 RdN. 6; Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 10 Aufl., §211 RdN. 64, 67 (Jähnke).
- 64) Schönke/Schröder, a. a. O., §211 RdN. 47 (Eser).
- 65) 山口・各論 228頁は、非身分犯説の立場から、窃盗犯人であることが暴行・脅迫の違法性を加重することを肯定できれば、事後強盗罪を構成的身分犯と解する余地が生じ、窃盗既遂の場合には財物の返還請求権に対する2項強盗類似の行為として肯定できるものの、このような説明は窃盗未遂の場合には妥当しないとする。また、窃盗犯人であることが暴行・脅迫の責任を加重することを肯定できれば、事後強盗罪を加減的身分犯と解する余地が生じるが、強盗罪・同未遂罪と同様の可罰性が事後強盗罪において肯定されている理由を基礎付けうるか疑問であるとする。
- しかし、事後強盗罪の共犯の処理は、違法身分か責任身分かという観点からではなく、連带的処罰と個別的処罰のいずれが妥当するかという観点から検討すべきであるようにも思われる。
- 66) 大越・前掲論文 189頁。
- 67) なお、香川・強盗罪 160頁は、「特殊ノ地位又ハ状態」という定義について、「かつてのドイツ刑法 50条にいう『一身的な資格または関係 (persönliche Eigenschaf-

ten oder Verhältnisse)』という表現と同じく、その定義から容易に身分概念を確定し得るものではなかった」と指摘する。

68) 平野・総論 372頁。

69) 西田・共犯 295頁。

70) 前田「共犯と身分」芝原他編・刑法理論の現代的展開総論 (1990年) 247頁。

71) 香川『強盗ノ目的』の意味」同・刑法解釈の理論(1990年) 230頁は、「ひき逃げのばあい、当該事故による被害者救護の義務がなにを根拠に発生するのか、そのこと自身争いのあるのは事実としても、ともかくも救護しないで逃げれば、結果的に218条の成立がある点での異論はない。したがって...そうした行為を契機として作為義務が発生する事実は恒認される。そうだとすれば、そのことによって『誰でも』身分を『獲得すること』ができる」とする。

72) 香川・強盗罪 162頁。

73) 木村亀二(阿部増補)・刑法総論(増補版・1978年) 156頁は、「刑法第65条第1項に規定する『身分』の意義は、例えば収賄罪(197条1項)における『公務員又ハ仲裁人』とか、背任罪(247条)の『他人ノ為メ其事務ヲ処理スル者』とか、偽証罪(169条)の『法律ニ依リ宣誓シタル証人』とか等のように、社会的・法律的等の人的関係において特定の義務を負担するところの地位又は資格を意味し、単なる犯罪の常習性や目的犯における目的のような行為者の永続的又は一時的な心理状態を含まないものと解すべきである。これに反して、同条第2項の『身分』は...刑の加重・減輕の原因たる地位・資格・状態であればよい。その意味において、判例によって定義せられた身分の概念は第2項の意味における『身分』を意味するに過ぎない」とする。川端・総論584頁は、「身分概念をめぐる...対立は、真正身分犯を『義務犯』として捉えるか『法益侵害犯』として捉えるか、という身分犯の法的性質の理解の相違に由来する。すなわち、義務犯説は、一定の身分から生ずる『義務』に違反する行為を処罰するのが真正身分犯であると解し、身分概念を厳格に把握する。これに対して法益侵害説(判例・通説)は、法益侵害に重点をおいて、身分概念をゆるやかに解している。...身分という語は、元来、社会的地位を意味するものであるが、しかし、判例・通説のいうように、一定の『状態』にまで拡張することは不可能ではない。...一般論としては、犯罪を義務違反として把握するのは、『義務思想』を強調することとなって妥当でなく、犯罪は第一次的に法益侵害として捉えられるべきであるといえる。しかし、真正身分犯について『義務犯』性を肯定しても、それは身分犯という『特殊な』犯罪についての問題であり、けっして犯罪一般を『義務犯』とすることにはならない。...むしろ真正身分犯の特質に適合する解釈といえる」とする。

74) 最判昭和27年9月19日刑集6巻8号1083頁。平川・各論380頁、前田・各論256頁、山口・各論286頁、西田・各論203頁。

75) 上野・前掲論文140頁。

76) 上野・前掲論文140頁。

- 77) 上野・前掲論文 141 頁。
- 78) 平川・各論 200 頁，西田・各論 92 頁。
- 79) 大越・総論 54 頁。
- 80) 最決昭和 54 年 11 月 19 日刑集 7 号 710 頁。この判例を支持する学説として，
団藤・各論 598 頁，山口・各論 227 頁。
- 81) 香川・各論 456 頁，内田・各論 284 頁，堀内・各論 137 頁，西田・各論 162 頁。
- 82) 岡本・前掲論文 402 頁。もっとも，非身分犯説を採る岡本教授は，前掲論文中
では，非身分犯説を採った場合の承継的共犯の問題については触れていない。
- 83) 萩原・前掲論文 178 頁。
- 84) 萩原・前掲論文 177 頁。
- 85) ドイツ刑法第 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 verübt 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.
- 86) Johannes Wessels / Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil/2, Straftaten gegen Vermögenswerte, 23. Aufl (2000), 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.
- 87) 従って，強盜的窃盜の暴行・脅迫のみへの関与者は，承継的共犯とはならないが，正犯が事前行為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上での関与者は，強盜的窃盜罪の共犯となるとされる。Vgl. Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 11. また，「窃盜」には窃盜あるいは強盜の共犯も含まれると解されていることから，窃盜部分も含めた強盜的窃盜の共犯についても，共犯と身分は問題とならず，単純に強盜的窃盜罪の正犯となるとされる。Vgl. Otto, a. a. O., §46 RdN. 63ff; Jecoks, a. a. O., §252 RdN. 8; Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 11.
- 88) Otto, a. a. O., §46 RdN. 54 .
- 89) Vgl. Urs Kindhäuser, Strafrecht Besonderer Teil II, 4. Aufl. (2004), §16 RdN. 10.
- 90) 旧刑事訴訟法においては，大陸法の身分的・実体法的概念により，「現行犯」という身分がいったん生じると，それが後まで継続するものと解されていたが，現行刑事訴訟法の「現行犯人」は，英米法の時間的概念によって終期が確定されるに至った。田宮裕・刑事訴訟法（新版・1996 年）77 頁注 1 参照。しかし，一過性の身分が肯定されている刑法において，身分の喪失時期を時間的概念によって確定することが，必ずしも実体法的概念にそぐわないとまでは言えないようにも思われる。
- 91) 東京高判昭和 24 年 12 月 10 日高刑集 2 卷 3 号 292 頁。団藤・各論 591 頁，大塚・各論 216 頁，内田・各論 281 頁，堀内・各論 135 頁，平川・各論 357 頁，曾根・各論 139 頁，大谷・各論 241 頁。
- 92) 平野・刑事訴訟法（1958 年）96 頁，田宮編著・刑事訴訟法（1975 年）171 頁（朝岡智幸），渡辺恵一「任意同行・逮捕」三井誠他編・刑事手続 上（1988 年）231 頁，土本武司・刑事訴訟法要義（1991 年）151 頁，田宮・刑訴法 76 頁。

- 93) 最決昭和31年10月25日刑集10巻10号1439頁。
- 94) 最決昭和33年6月4日刑集12巻9号1971頁。
- 95) 大津地決昭和48年4月4日刑月5巻4号845頁。
- 96) 最判昭和50年4月3日刑集29巻4号132頁。
- 97) 東京地判昭和62年4月9日判時1264号143頁。
- 98) 京都地判昭和30年4月7日判時51号27頁。
- 99) 大阪高判昭和62年9月18日判タ660号251頁。
- 100) 渡辺・前掲論文232頁。なお、平野・刑訴法96頁は、「憲法33条のいう現行犯が、この準現行犯まで含むかは、疑問がないわけではない。『間がない』という観念を、極めて厳格に解したとき、はじめてその合憲性は肯定できよう」とする。
- 101) 最決平成8年1月29日刑集50巻1号1頁。
- 102) 青柳文雄・刑事訴訟法通論上巻(5訂・1976年)396頁注8は、「窃盗の準現行犯の場合には、刑法238条の事後強盗成立の範囲と関連する。もっとも刑訴の場合には令状なしの逮捕も人権侵害の虞れがないということであり、刑法の場合には全体として強盗と評価できるということであるから、完全に一致するとはいえない」とする。これが、窃盗の現行犯人の場合であれば事後強盗罪の成立範囲と一致するという意味であるのか、それとも、刑事訴訟法の現行犯規定と刑法の事後強盗罪の趣旨の相違から、窃盗の現行犯人、準現行犯人のいずれも事後強盗罪の「窃盗」に当たらないとする意味であるのかは明らかではない。しかし、後者の意味であるならば、とりたてて準現行犯人を現行犯人とは別に問題とする必要はなく、おそらくは前者の意味ではないかとも思われる。
- 103) 刑事訴訟法第212条第2項第1号の「犯人として追呼されている」者については、「窃盗の機会」において認められる、追跡が継続している場合との関係で、「窃盗」身分者に含めるべきかが問題となりうる。しかし、犯人が犯行現場から追跡されている場合、あるいは途中で追跡者が交替したとしても、その追跡が犯行現場から継続的にリレー式で行われている場合には、その犯人は準現行犯人ではなく現行犯人と解されている。従って、このような者は、第212条第1項の「現行犯人」の意味で、「窃盗」身分者に含めて良いように思われる。渡辺・前掲論文232頁参照。
- 104) 最判昭和24年7月9日判決刑集3巻8号1188頁。
- 105) 団藤・各論592頁、堀内・各論136頁。
- 106) 団藤・各論591頁、堀内・各論135頁。
- 107) これは、第238条、すなわち事後強盗既遂罪のことを指しているものと思われる。
- 108) 西田・各論160頁。
- 109) 西田・各論164頁。
- 110) 少なくとも、我が国の身分犯と解される各規定において、身分者でない者であっても身分犯の未遂となりうるものと解されているものはないようである。また、ドイツの謀殺罪においては、ドイツ刑法第211条第2項は「謀殺者とは、殺人欲か

ら、性欲を満足させるため、利欲から、または他の下劣な動機から、背信的に若しくは残酷に若しくは社会に危険を与えるような方法を用いて、または他の犯罪行為を可能にし若しくは隠蔽するために、人を殺した者である」と規定しており、「謀殺者」に殺人未遂犯人が含まれないかのようにも見える。しかし、第1章において述べたように、ドイツの通説は、謀殺罪は故殺罪の加重類型であって、謀殺の動機、目的、態様といった謀殺罪の要素を具備していた場合に、故殺罪より重く処罰するものと解し、さらに共犯が謀殺罪の要素を具備した場合にも、共犯と身分に関する規定（ドイツ刑法第28条、第29条）が適用されると解している。従って、ドイツの謀殺罪における身分は、実際には、「人を殺した」ことによって生じるのではなく、謀殺罪の各要素を具備することによって生じ、その実行行為は、故殺罪と同様の殺人行為と位置づけられているといえ、謀殺罪の要素を具備しながらも殺人が未遂に終わった場合であっても、謀殺罪の未遂と解されうる。

111) なお、西田・各論 162 頁参照。

112) 西村・強盗罪 138 頁。

113) 前注 34) 参照。

114) 前注 36), 37) 参照。

115) 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.

116) 窃盗犯人が、警察官等の追跡者に対し、取り返し防止の目的で暴行・脅迫を加えるなどという場合も当然に考えられる。しかし、判例は、取り返し防止、逮捕の免脱の両方の目的的存在が考えられる場合には、主として逮捕の免脱目的の有無を認定して事後強盗罪の成否を決定しようとする傾向にあるようである。最決平成 14 年 2 月 14 日判時 1778 号 159 頁参照（「財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況」における傷害につき、逮捕の免脱目的のみを認定して事後強盗致傷罪の成立を認めた原判決を相当とする）。窃盗犯人の心理としても、通常は、盗品の保持より自身の逮捕の免脱を優先することが多いようにも思われる。

第 3 節 不真正身分犯説

第 1 項 不真正身分犯説の基本的構成

前節において検討した真正身分犯説に対し、事後強盗罪を不真正身分犯と解し、暴行・脅迫部分のみへの関与者については、第 65 条 2 項を適用すべきとする判例・学説もある。

(1) 判例の検討

まず、不真正身分犯説に立つ判例を検討してみよう。

新潟地判昭和42年12月5日下刑集9巻12号1548頁

事案は、次のようなものであった。少年A・B・C・Dと、成人である被告人X・Yが、夜間に飲酒してドライブ中、途中で車輪がパンクしてしまった。そのため、A・B・C・Dは他人の車からタイヤを外して、自車のタイヤと交換しようとしたが、車の所有者であるZに発見されてトラブルが発生した。そのとき、X・Yは、飲酒して車内で仮眠中であり、車輪の窃取には関係していなかったが、このトラブルに気づいたXは、AらとAとの間に入ってZに謝罪した。しかし、ZがXを逮捕しようとしたので、AはZに対し脅迫を加え、その後、X・YとAらはパンクしたままの車を発進させて逃走しようとした。その際、Zはなおも被告人らを逮捕しようとしてこの車にしがみついてきたが、その事実を知りながら、Aは窃盗共犯B・C・Dと共に逮捕を免れる意図で、X・Yは、Aら窃盗犯人の逮捕を免れさせる意図で、Zの転落を予期しつつ自動車を蛇行・動揺させるなどして運転を続行した。その結果、Zは道路上に転落し、全治10日間を要する軽傷を負ったというものである。以上の事案は、Zが負傷しているので、Aら車輪を窃取した少年達については、第238条の事後強盗罪、第240条前段の強盗傷害罪が当然に適用される。しかし、X・Yは窃取行為には関係していないので、X・Yに「窃盗財物ヲ得テ…」と規定する第238条を適用してよいのが争点となった。

新潟地裁は、「被告人…の所為は…刑法第65条第1項、第240条前段、第60条に該当するが、被告人…には窃盗犯人の身分がないので、同法第65条第2項により傷害の限度において科刑する」と判示した。

この判決については賛否両論がある。西村博士は、X・Yにつき「強盗犯人の身分を有しない者として扱われなければならないのに、判決は両名を『窃盗犯人の身分のない者』として扱っている。そのかぎりでは、第238条に逆もどりしている形になるが、結局は、被告人らの行為は暴行・脅迫にとどまらず傷害になったのだから、全員に対して第240条前段を適用するほかないであろう」と指摘されている¹¹⁷⁾。本判決においては、西村博士の指摘するように、「強盗犯人」の身分の有無は問題とされていないから、本判決は強盗傷害罪を、結合犯、あるいは少なくとも身分犯ではないと解しているようにも思われる。し

かし、香川博士は、強盗傷害罪を結合犯とする前提に立つならば、X・Yについてはむしろ承継的共同正犯の成否が検討されるべきであったとも指摘されている¹¹⁸）。

また、本判決は、第65条2項の「通常の刑を科す」の文言の解釈につき、「これは不真正身分犯の共犯について、その科刑の点を規定したものである」として科刑と罪名の分離を認める団藤博士の主張¹¹⁹）に拠ったものと考えられる¹²⁰）。もっとも、科刑と罪名の分離は極力避けるべきであるから、第65条第1項は真正身分犯、第2項は不真正身分犯のみに適用されるものと解すべきであるようにも思われる¹²¹）。

東京地判昭和60年3月19日判時1172号155頁

事案は、AがZの財布から現金を抜き取った後、ZがそれをAから取り返そうとした際に、BがAと共にZに対する傷害に及んだというものであった。

東京地裁は以下のように判示した。「被告人Bは、被告人Aが事後強盗罪の構成要件の一部である窃盗を終了してから、被告人Aの行った窃盗の結果を十分認識して、窃盗にかかる金銭...の取還を防ぐべく、被告人Aと意思相通じて被害者に暴行を加え、その結果傷害が生じているので、承継的共同正犯として強盗致傷の罪責を負うとの考えもあり得ようが、事後強盗罪は、窃盗という身分を有する者が主体となる身分犯の一種であって、被告人Bはその身分がないのであるから、本件では承継的共同正犯の問題ではなく、共犯と身分の問題として把握すべきであり、この解決が本件事案の実態に即しているものとする。それ故、身分のない被告人Bには、刑法65条1項により強盗致傷罪の共同正犯となるものと解するが、その刑は、同法65条2項によって傷害の限度にとどまると判断するのが相当である。」

この判決においては、事後強盗罪を結合犯と解し、後行行為の共同正犯につき承継的共同正犯の成否を検討する非身分犯説を念頭に置き、承継的共同正犯のありうることをほのめかしながらも、結局は、新潟地裁昭和42年判決と同様、事後強盗罪は身分犯であるとして、これを第65条の解釈の範囲内で処理している点に注目すべきである。また、本判決は第65条2項による不真正身

分犯として処理しており、その点でも 判決の立場を踏襲している。

以上の , 判決について、香川博士は、「承継的共同正犯との関連を考慮に入れるか入れないかは、単にそれだけの問題であるにとどまらず、事後に関与した者の刑責にも影響をもたらしてくる」として問題の重要性を指摘したうえで、「少なくとも承継的共同正犯の理論を肯定している判例理論の流れからいえば、強盗致傷罪の共同正犯として処断することも可能なのである」としている¹²²⁾。

しかし、前述のように、事後強盗罪を身分犯としながら、同時に結合犯として承継的共同正犯を検討するというのは、論理的整合性を欠くようにも思われる¹²³⁾。確かに、強盗致傷罪について、下級審判例の中には、これを身分犯であると共に結合犯であるとして、承継的共同正犯の成立を認めているものがある¹²⁴⁾。しかし、強盗致死傷罪は結合犯であるという前提を採ったとしても、事後強盗罪まで結合犯と解されなければならないと言うわけではなからう。むしろ、上掲 , 判決は、事後強盗罪が身分犯であり結合犯ではないという前提を採っているとさえ思われるのである。だとするならば、たとえ強盗致死傷罪について承継的共同正犯の成立が肯定されるとしても、その前提となるべき事後強盗罪が身分犯である以上、非身分者の身分者への関与は、結局は第65条の解釈の範囲で決着がついてしまうことになる。そして、判決は、事後強盗罪の性質につき身分犯説を採ったことに加え、特に身分犯と結合犯が相容れない性質のものであることを明らかに示した点において、重要な意義を認めることができるであろう。

以上のように、判例は、真正身分犯と解していることを明言した判決のグループと、真正身分犯か不真正身分犯かは明言していないものの、不真正身分犯であるという結論を採用したと思われる判決の二つのグループに分けることができる。しかし、近年の下級審判例は、真正身分犯とする立場に傾きつつあるように思われる。

(2) 学説の検討

次に、不真正身分犯説に立つ学説を検討してみよう。

事後強盗罪を不真正身分犯であるとする論者は、事後強盗罪を暴行罪・脅迫罪の加重類型であると主張する。例えば、藤木博士は、「事後強盗罪は、窃盗犯人を主体とする一種の身分犯であるから、窃盗犯人が逮捕を免れる目的で暴行・脅迫を加えている旨を知つて、これを援助する目的で窃盗犯人と意思連絡の上暴行・脅迫に加担した者は、事後強盗の非身分者による加功の例として、刑は、暴行罪・脅迫罪の限度に止まることとなる」として、事後強盗罪を不真正身分犯として明確に位置付けられている¹²⁵⁾。また、大谷博士も、「本罪は、暴行罪、脅迫罪に窃盗犯人たる身分が加わって刑が加重される罪であるから不真正身分犯である」とされ¹²⁶⁾、内田教授も「事後強盗は身分犯であるから、窃盗犯人でない者が窃盗犯人と共同して暴行・脅迫にでたような場合には、…事後強盗の共同正犯が成立するが、65条2項により、窃盗犯人でない者には暴行罪・脅迫罪の刑を科すると考えるのが一般であろう」とされている¹²⁷⁾。

第2項 暴行・脅迫部分のみへの関与

不真正身分犯説による共犯の処理に関しては、批判がある。例えば、Aが、既に窃盗を決意したBに事後強盗罪の教唆ないし幫助をしたところ、Bが窃盗未遂にとどまり、逮捕を免れるために暴行に出た場合について、Aはまさに事後強盗罪を教唆ないし幫助し、Bが事後強盗未遂にまでは至っているのに「窃盗」犯人ではないAは、第65条第2項の適用により、「通常の刑」である暴行罪の教唆ないし幫助の限度でしか処罰されないことになるのは妥当ではないというのである。上野教授は、「ある者が被害者を昏酔させた後、他の者がその事情を了知しながら先行者と意思連絡の上財物盗取に参加した場合、多くの見解によれば、後行者は、承継的共同犯として昏酔強盗罪の成立を免れないであろうから、強盗として処断されることとなる。…事後強盗と昏酔強盗との間に、実体構造において近似した性格が認められるにかかわらず、…事後強盗罪を身分犯と規定してしまえば、中途介入者の責任をめぐっては、両者間に大きな懸隔のあることを否定し得ない。こうした法的処理の懸隔を、合理的な論拠に基づいて正当化することも困難のように思われる」と主張されている¹²⁷⁾。

確かに、事後強盗罪を不真正身分犯と解した場合に、共犯の刑は非身分犯説、

真正身分犯説と比べ軽くなるし、また、昏睡強盗罪における中途介入者の刑と比べても軽くなる。事後強盗罪の「窃盗」という文言に、「窃盗の共犯」まで含めるのであれば、Aは事後強盗罪の共犯の罪責を負うこととなるが、このような解釈は、正犯と共犯とを区別し、基本的に単独正犯の既遂を予定している犯罪論の体系に合致しないであろう。ドイツの謀殺罪における「謀殺者」の身分は、「人を殺した者」であることを発生要件とするのではなく、いわゆる謀殺罪の要素を具備したことを発生要件としており、従って謀殺の共犯であっても、自ら「謀殺者」の身分を獲得しうるものと解されている。また、わが国の判例・多数説も、営利目的麻薬密輸入罪における「営利の目的」は、共犯も自ら獲得することのできる身分であることを認めている。しかし、真正身分犯説に立つ大阪地裁堺支判平成11年4月22日判時1687号157頁は、「同(第238)条の『窃盗』には幫助犯は含まれないと解するのが相当である」としている。事後強盗罪の「窃盗」身分は、「他人の財物を窃取した者」であることを発生要件としていることから、窃盗の共犯はこれに該当しないというのであろう¹²⁹⁾。

もっとも、上掲事例におけるAとBの関係が単なる教唆者と被教唆者にとどまるものではなく、相互に利用・補充する共謀関係にまで至っていれば、Aは事後強盗未遂罪の共謀共同正犯に問われると解することも可能である¹³⁰⁾。しかし、Bが共謀共同正犯にまで至らず、教唆・幫助犯にとどまる場合には、やはり刑は軽くなる。

そもそも、上野教授が指摘するように、事後強盗罪と昏睡強盗罪の間に「実体構造において近似した性格」があると言ってよいかは疑問である。事後強盗罪は、財産犯である窃盗が先行し、暴行・脅迫が後行するが、暴行・脅迫それ自体は、窃盗の完成について因果関係を有していないと言うべきである。もっとも、事後強盗罪は財産犯であり、窃盗の延長において財物の確保を目的として行われるのが基本類型であることから、一時的に占有を取得したが、暴行・脅迫によっても最終的に財物を獲得できなかった場合には事後強盗未遂罪となると解すべきだとして、暴行・脅迫と窃盗の完成の間に因果関係を要求するような学説もある¹³¹⁾。しかし、この説に従うと、窃盗犯人が暴行・脅迫後

に、自己の意思により財物を被害者に返還した場合には、事後強盗罪の中止未遂を認めることになるかとも思われるが、この結論には疑問がある。また、逮捕の免脱、罪跡の隠滅目的の事後強盗の場合には、暴行・脅迫が必ずしも窃盗の完成と因果関係を有するとは言いがたい。やはり、事後強盗罪については、暴行・脅迫と窃盗の完成の間には、因果関係はないと言うべきであろう。一方、昏酔強盗罪は、昏酔させる行為がまず手段として先行し、それに目的である財物奪取が後行するのであるから、この2つの行為の間には、手段と目的という因果関係が存在している。このような事後強盗罪と昏酔強盗罪の構造を比較すると、必ずしも両罪の実体構造が近似しているとは言えないのではなからうか。

このような事後強盗罪と昏酔強盗罪の近似性への疑問は、それぞれの中途介入者に関しても言える。共犯に財産犯としての実質が備わっているかという観点から見ると、事後強盗罪の共犯、例えば上掲事例におけるAの関与の内容は暴行の幫助にとどまり、窃盗についての関与はない。従って、上掲事例におけるAの処罰が暴行罪の刑にとどまることは、それほど不自然とも言えない。この場合の財産犯としての処罰は、Aではなく、既に窃盗を決意していた正犯Bに対して向けられるべきであろう。一方、昏酔強盗罪の中途介入者は、事後強盗罪の中途介入者と異なり、財物奪取に関与することによって財産犯としての実質を備えているのである。加えて、昏酔強盗罪の中途介入者が、事後強盗罪の中途介入者と比べて重く処罰されるという結論自体も、承継的共犯の成立に否定的な見解を選択したならば問題とならない¹³²⁾。従って、事後強盗罪における共犯の処理を、昏酔強盗罪の場合と比較すること自体、適切ではないようにも思われる。

117) 西村・強盗罪 237 頁。

118) 香川・強盗罪 151 頁は、「強盗罪の一部実行後、その事情を知って事後的に他の部分に加功したばあい、その事後の部分に対する加功者は、その全体との関連で共同正犯の成立を認められなければならない」とする。

119) 団藤・総論 423 頁。

120) 香川・強盗罪 150 頁は、「共犯と身分に関する 65 条の解釈をめぐる従前の先例となる判例理論は、...65 条 1 項を根拠に、まず身分のない者に対しても共同正犯の成立を認め、ただその共同関与者中の一人が身分を欠いているところから、

さらに同条2項を適用して『通常ノ刑ヲ処ス』という構成をとるものではなかった。もともと同条1項は、真正身分犯だけに關する規定と解しているからである」として、共犯と身分に關する従來の判例理論と新潟地裁昭和42年判決の解釈との間に食い違いがあると指摘する。

- 121) 香川・刑法講義〔総論〕(第3版・1995年)407頁,大谷・総論478頁。
- 122) 香川「事後強盜と承継的共同正犯」警察研究58巻7号(1987年)8頁。
- 123) 西村・強盜罪237頁は,新潟地裁昭和42年判決(判決)について,むしろ事後強盜罪を結合犯と解した上で,承継的共同正犯の成否を問題とすべきであったとされる。
- 124) 神戸地判昭和39年3月10日下刑集6巻3・4号204頁,東京高判昭和57年7月13日判時1082号141頁。
- 125) 団藤編・注釈刑法(6)(1966年)117頁(藤木英雄)。
- 126) 大谷・各論242頁。
- 127) 内田・各論285頁。
- 128) 上野・前掲論文139頁。
- 129) わが国の強盜致死傷罪を身分犯と解する場合,「強盜」身分もまた,財物奪取の意思だけではなく,暴行・脅迫・傷害・殺人行爲に出なければ発生しないのであるから,共犯が自ら強盜身分を獲得することはない。従って,「強盜」身分は,「謀殺者」あるいは「營利の目的」型の身分ではなく,「窃盜」型の身分と説明されることとなるであろう。
- 130) 共謀共同正犯の成立範囲を広く認める実務の点からも,結論においては妥当すると思われる。
- 131) 前注32)参照。
- 132) 上野・前掲論文は,139頁において,不真正身分犯説に拠った場合の事後強盜罪と昏酔強盜罪の共犯処理の結論の懸隔を指摘するものの,143頁において,後行行爲たる暴行・脅迫のみに加功した共犯を「事後強盜における不法要素のひとつである窃取行爲を欠いているのである。なおかつ,承継的共同正犯を消極に解するわれわれの立場に依るときは,…事後強盜の共同正犯を肯定すべき根拠はない」としており,結論では不真正身分犯説と共通している。

第4節 まとめ

以上,非身分犯説,真正身分犯説,不真正身分犯説それぞれについて検討した。

まず非身分犯説については,事後強盜罪を結合犯と解するとしても,強盜罪型と強盜強姦罪型のいずれの結合犯であるのかを確定できないという,結合犯の分類上の問題がある。強盜罪型であれば,先行行爲に着手した時点で未遂と

なり、後行行為が完成に至った時点で既遂となる。これに対し、強盗強姦罪型であれば、後行行為に着手した時点で未遂となり、後行行為が完成に至った時点で既遂となる。しかし、事後強盗罪は、後行行為に着手した時点で未遂となり、先行行為の完成をもって既遂となるという、結合犯としては変則的な構造となっているのである。また、非身分犯説は、事後強盗罪の「窃盗」は、従来の身分犯の身分概念に適合せず、従って結合犯と解するほかないと主張するが、「窃盗」を身分犯の身分概念に含めることが、必ずしも不可能ではないことは、上述した通りである。

次に、真正身分犯説は、第 238 条の「窃盗」の文言は身分と解すべきところ、さらに不真正身分犯ではなく真正身分犯と解すべき根拠として、事後強盗罪と暴行罪・脅迫罪との間の、財産犯と身体・自由に対する罪という罪質の差を挙げる。すなわち、事後強盗罪を暴行罪・脅迫罪の加重類型としての不真正身分犯とみることができないのであるから、真正身分犯と解すべきであると主張するのである¹³³⁾。しかし、不真正身分犯である特別公務員職権乱用罪と、その基本類型である逮捕監禁罪との間にも、国家の作用に対する罪と個人の自由に対する罪という罪質の差が存在することから、罪質の差が真正身分犯であることの根拠とはなりえないという指摘もあり、罪質の差は、真正身分犯であることの決定的な根拠となり得ないであろう¹³⁴⁾。

最後に、不真正身分犯説はどうか。思うに、第 238 条の「窃盗」の文言を身分と解するならば、事後強盗罪の実行行為は暴行・脅迫と解される¹³⁵⁾、暴行罪・脅迫罪は、窃盗犯人でなくとも犯すことのできる犯罪であるから、事後強盗罪は不真正身分犯であり、暴行罪・脅迫罪の加重類型であると解すべきであろう。

もっとも、非身分犯説、真正身分犯説、不真正身分犯説の最大の対立点は、事後強盗の暴行・脅迫のみへの関与者を、いかなる罪責に問うかという点にある。非身分犯説は、暴行・脅迫のみの関与者を事後強盗罪の承継的共犯とし、真正身分犯説は、第 65 条第 1 項を適用し、事後強盗罪の共犯とする。これに対し、不真正身分犯説は、第 65 条第 2 項を適用し、暴行・脅迫のみの関与者を、暴行罪・脅迫罪の共犯として処罰する。しかし、窃盗に全く関与せず、財

物領得との因果関係のない暴行・脅迫にのみ関与した者を、事後強盗罪として重く処罰して良いかは疑問であり¹³⁶⁾、この点からも、不真正身分犯説の結論が優れているように思われる。

ところで、事後強盗罪を身分犯と解するならば、同じ規定形式である強盗致死傷罪、強盗強姦罪、強盗強姦致死罪もまた、身分犯と解さなければ整合性を欠く。このような身分犯としての解釈の統一性が維持できるかについては、第3章、第4章においてさらに論じることとする。

133) 前注53)参照。

134) 香川・強盗罪200頁。

135) 内田・各論281頁、曾根・各論139頁。

136) 非身分犯説の結論を処罰が過度にすぎると批判するものとして、萩原・前掲論前掲論文183頁。上野・142頁真正身分犯説の結論を同様に批判するものとして、岡本・前掲論文402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))