

強盗関連罪の身分犯的構成（三・完）

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, 第76号)

第3章 強盗致死傷罪の身分犯的構成

第1節 結果的加重犯説

第2節 結合犯説

第3節 身分犯説

第4節 まとめ

第4章 強盗強姦罪の身分犯的構成

第1節 結合犯説

第2節 身分犯説

第3節 まとめ

おわりに (以上, 本号)

第3章 強盗致死傷罪の身分犯的構成

前章で述べたように、事後強盗罪を、その規定形式から、「窃盗」犯人を身分とする身分犯と解すると、強盗致死傷罪、強盗強姦罪、強盗強姦致死罪もまた、「強盗」犯人を身分とする身分犯と解すべきではないかと思われる。しかし、事後強盗罪に関する非身分犯説の論者からは、強盗致死傷罪、強盗強姦罪、強盗強姦致死罪は身分犯ではなく結果的加重犯ないし結合犯と解されるから、これらの罪と同じ規定形式をとる事後強盗罪も身分犯ではなく、結合犯と解すべきとする主張もなされている¹⁾。そこで、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ないかを検討してみよう。

まず問題とすべきは、一つの犯罪が、結果的加重犯ないし結合犯という性質と、身分犯という性質を併せ有することが可能か、それとも両者のいずれかの性質しか有し得ないのかという点である。

少なくとも事後強盗罪に関しては、非身分犯説(結合犯説)と身分犯説との対立において、この択一性は強く意識されていると言ってよい。非身分犯説は、その名称の通りに、事後強盗罪の身分犯性を否定して、議論を展開しているのである²⁾。岡野教授は、「身分犯説は、238条が行為主体を『窃盗』に限定している点にその主たる根拠を求めている。すなわち、窃盗犯人でない者、たとえば、恐喝や詐欺の犯人が財物の取還を拒ぐ等の目的で暴行・脅迫を行っても、事後強盗罪の成立する余地はないからである。これに対し、非身分犯説は、『窃盗』は身分ではなく、実行行為の一部と解するのである。その重要な論拠は、事後強盗罪の未遂・既遂を窃盗の未遂・既遂に求める点にある。この立場では、『窃盗』と『暴行・脅迫』の結合したものが事後強盗罪の実行行為を形成することになる」として、身分犯説・非身分犯説のそれぞれの根拠は「窃盗」の文言の解釈にあると指摘されている³⁾。このように、「窃盗」という文言の解釈の相違が身分犯説と非身分犯説の基本的な対立点である以上は、身分犯としての性質と、非身分犯、すなわち結合犯、結果的加重犯としての性質は重複しえない択一的なものと解さざるを得ないであろう。「窃盗」という一つの文言に、身分と実行行為という二つの意味を持たせるのは困難と考えられるからである。

もっとも、西田教授は、事後強盗罪における後行行為のみへの関与者については、「身分犯と承継的共犯のいずれの理論構成も可能であるといつてよいが、身分犯論によって解決するならば、真正身分犯とすべきであろう。…他方、承継的共犯の問題とするならば、強盗の手段としての暴行に関与したもものとして、事後強盗の罪責を負わせるべきであろう。どちらの構成をとるかは、理由づけの問題にすぎない」として、身分犯と結合犯の性質が、条文の文言から一義的に導かれる決定的なものではない旨主張されている⁴⁾。しかし、この主張は、事後強盗罪に関する身分犯か結合犯かという構成を「理由づけの問題」とはするものの、「どちらの構成をとるか」という選択肢が依然として残されている以上は、身分犯か結合犯（ないし結果的加重犯）かという構成の択一性までも否定する意味ではなからう。

事後強盗罪規定の「窃盗」という文言については、窃盗行為が暴行・脅迫を行うことはできないのであるから、結合犯における窃盗行為ではなく、身分犯における窃盗身分を指すものと解すべきであることは既に述べたとおりである。この文言の解釈からも、身分犯という性質と、結合犯という性質が併存し得ないものであると理解することができよう。

それでは、強盗致死傷罪はどうであろうか。「強盗が、人を負傷させたとき…死亡させたとき」という規定は、事後強盗罪の規定形式と類似している。従って、「強盗」という文言は、事後強盗罪の「窃盗」と同様、身分犯における身分を指していると解すべきであるように思われる。

もっとも、事後強盗罪と規定形式は同じであっても、強盗致死傷罪には、身分犯ではなく結合犯ないし結果的加重犯であると解する余地がある。強盗致死傷罪の成立範囲について、判例・通説は、「強盗の機会」に死傷の結果が発生すれば足りるとする機会説を採るが⁵⁾、強盗致死傷罪の成立範囲は、強盗を手段として死傷の結果が発生した場合に限定するべきとする手段説も有力である⁶⁾。そして、第240条の「強盗」の文言を強盗行為と解し、同条を「強盗」行為が「人を負傷させたとき…死亡させたとき」と読むのは、強盗を手段として死傷の結果が生じた場合とする手段説の解釈に通じることとなる。手段説の背景には、強盗致死傷罪を牽連犯型結合犯ないし結果的加重犯とする理解があ

る。このようにして、強盗致死傷罪は身分犯ではなく結合犯ないし結果的加重犯と解することもできないわけではない。従って、強盗致死傷罪を身分犯と解すべきか、それとも結合犯ないし結果的加重犯と解すべきかは、いずれが、強盗致死傷罪における諸問題について、より優れた理論構成を導きうるかにかかってくる。

しかし、事後強盗罪と異なり、強盗致死傷罪については、身分犯であることを前提とした解釈はこれまでほとんどなされていない。従って、強盗致死傷罪の諸問題、すなわち、殺人の故意ある場合の処理、財物奪取のみへの関与者の処理、致死傷のみへの関与者の処理、強盗着手後のすべての致死傷が強盗致死傷罪を構成するののかという問題、強盗致死傷罪の既遂時期、強盗殺人後の財物領得と「死者の占有」の関係等について、身分犯説を前提とした検討もまた残されていると言ってよいであろう。

本章においては、強盗致死傷罪について、従来展開されている結合犯説、結果的加重犯説の議論に加え、本罪を身分犯として解釈することが可能かどうか、可能であるとすれば、上述の諸問題について、どのような解決を与えることができるかを検討しよう。

- 1) 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)178頁。
- 2) 香川達夫・強盗罪の再構成(1992年)163頁は、非身分犯説を「身分犯である、そのこと自体を拒否している見解」として分類している。
- 3) 岡野光雄「事後強盗罪」阿部順二=板倉宏=内田文昭=香川=川端博=曾根威彦編・刑法基本講座第5巻(1993年)122頁。
- 4) 西田典之・刑法各論(第3版・2005年)163頁。もっとも、西田・各論164頁は、事後強盗罪を「身分犯ではなく、結合犯と解するのが妥当であろう」とする。
- 5) 最判昭和24年5月28日刑集3巻6号873頁、牧野英一・刑法各論下巻(増補版・1954年)653頁、平井彦三郎・刑法論綱各論(1934年)374頁、小野清一郎・刑法講義各論(新訂3版・1950年)244頁、木村亀二・刑法各論(1939年)122頁、団藤重光・刑法綱要各論(第3版・1990年)594頁、江家義男・刑法各論(増補・1963年)303頁など。
- 6) 宮本英脩・刑法大綱(1935年)363頁、瀧川幸辰・刑法各論(増補・1968年)131頁、香川・刑法講義〔各論〕(第3版・1996年)532頁。

第1節 結果的加重犯説

第1項 結果的加重犯説の基本的構成

判例には、強盗致死傷罪を結果的加重犯と解するものがある。強盗致傷罪を強盗罪と傷害罪、強盗致死罪を強盗罪と傷害致死罪が結合したものであると解したとしても、傷害罪は暴行罪の、傷害致死罪は傷害罪の結果的加重犯であるから、強盗致死傷罪は結合犯でもあり結果的加重犯でもあるということが出来る。しかし、結果的加重犯と解する判例は、強盗致死傷罪を強盗罪の結果的加重犯として捉えるようである。

最判昭和23年10月26日刑集2巻11号1405頁は、強盗傷人の公訴事実に対し強盗未遂の事実を認定した原判決の適否が争われた事案について、「強盗傷人罪は、強盗又は強盗未遂行為の結果的加重犯であるから、公訴事実と判決で認定した事実との同一性は失われていない。強盗傷人という公訴事実につき強盗未遂罪を認定した以上、強盗傷人について無罪を言渡すべきいわれはない。」として、強盗傷人罪が結果的加重犯であることを明言したうえで、原判決が正当である旨判示している。

札幌高判昭和28年6月30日高刑集6巻7号859頁は、共犯が強盗傷人の傷害部分のみに関与したという事案について、「刑法240条前段の罪は強盗の結果的加重犯であつて単純一罪を構成するものであるから、他人が強盗の目的をもつて暴行を加えた事実を認識してこの機会を利用しともに金品を強取せんことを決意し、互いに意思連絡の上金品を強取した者は、たとえ共犯者がさきになした暴行の結果生じた傷害につきなら認識がなかつた場合でも、その所為に対しては強盗傷人罪の共同正犯をもつて問擬するのが正当である」として、強盗傷人罪が強盗罪の結果的加重犯であることを明示している。

これに対して、大阪地判平成8年2月6日判タ921号300頁は、強盗を共謀した者のうちの一人であるAが、強盗の機会に被害者を殺害した場合に、被告人が強盗致傷の限度でしか実行行為に出ていないとしても、「およそ強盗の共謀をした者はその強盗の機会に他の共犯者が強盗殺人の所為に出た場合に強盗致死の限度で責任を負うべきであり、かつ、このように解することは個人責任

の原理に立脚して、共同正犯の処罰根拠をいわゆる相互利用に求めることと何ら矛盾するものではない」とし、さらに、「結果的加重犯の共同正犯が肯定されるためには責任主義の見地から少なくとも過失を要するから、過失がない以上、被告人に致死の結果に対する責任を問い得ない」とする弁護人の主張に対し、「被告人は、本件強盗の態様やAの性格等からして、Aがけん銃を被害者に向けて発砲することを十分予見できたものと認められるから、これを回避しようとしなかった被告人に過失があることも明らかである」として、被告人には強盗致死罪の共同正犯が成立すると判示している。もっとも、この判決は、強盗致死罪が強盗罪の結果的加重犯であるというのではなく、強盗致死罪が強盗罪と傷害致死罪の結合犯であるという前提に立ち、そのうえで、傷害致死罪が傷害罪の結果的加重犯であるとして、「結果的加重犯の共同正犯」の成否を問題としているとも解することができる。従って、大阪地裁平成8年判決は、最高裁昭和23年判決、札幌高裁昭和28年判決のように、強盗致死傷罪を結果的加重犯と明示しているものであるとは、必ずしも言い切れないであろう。

一方、学説上も、強盗罪を基本犯とし、死傷をその加重的結果とする結果的加重犯説が主張されている。この立場は、第240条の「死に致したる」(現行法文上は「死亡させた」という文言が、同条の罪が結果的加重犯であることを示していると言う⁷⁾。

第2項 殺人の故意ある場合の処理

この結果的加重犯説を採ると、第240条後段は殺人の故意ある場合を含むのか、含むとするならば、強盗殺人罪は結果的加重犯といえるのかが特に問題となるとされている。

第240条後段、すなわち、「強盗が、人を…死亡させたとき」には、強盗致死が含まれるのは当然であるが⁸⁾、さらに殺人の故意のある強盗殺人の場合も含まれるかが問題となる。殺人罪の成立には殺人の故意が必要であるから、結果的加重犯である強盗致死罪に、故意ある強盗殺人が含まれると解することはできないのではないかという点が議論されるのである。

この点について、判例は、かつて、殺意ある強盗殺人の場合には、結果的加

重犯である強盗致死罪と、故意犯である殺人罪が成立し、両罪が観念的競合となるとしていた⁹⁾。

大判明治43年5月31日刑録16輯1021頁は、「一方ニ於テ殺人罪ヲ構成スルト同時ニ他方ニ於テ強盗致死罪ヲ構成シ所謂一箇ノ行為ニシテ二箇ノ罪名ニ触ルル牽^(ママ)連罪ニ該当スルモノトス」と判示している¹⁰⁾。

大判大正4年2月26日刑録21輯164頁も、「刑法第240条ニ所謂致死若シクハ傷人ノ觀念中ニハ唯タ死亡ノ結果ヲ認識セスシテ強盗ノ手段タル暴行ニ因リ他人ニ死亡ノ結果ヲ発生セシメ若クハ発生セシメスシテ単ニ傷害スルニ止マリタル場合ノミナラス死亡ノ結果ヲ認識シテ前示同一ノ罪態ヲ発現セシメタル場合ヲモ包含スト雖モ死亡ノ結果ヲ認識スルコトハ同条ノ犯罪ノ構成要件ニ非サルヲ以テ...死傷ノ結果ノ方面ノミヨリ觀察シ刑法第240条ノ強盗致死罪若クハ強盗傷人罪トシテ之ヲ論スルヲ以テ足レリトセス意思ノ方面ヨリ觀察シテ刑法第199条ノ殺人罪若クハ其中止犯ヲ以テ併テ之ヲ処断セサルヘカラス」と判示している。大正4年判決の「併セ之ヲ処断スル」というのは、刑法第54条第1項前段に規定される観念的競合を指すものであると解されている¹¹⁾。しかし、基本的には、大正4年判決は、明治43年判決の結論に、以下のような理論的根拠を付加したものと解してよいであろう。すなわち、大審院大正4年判決は、第240条後段が「死亡ノ結果ヲ認識スルコトハ同条ノ犯罪ノ構成要件ニ非サル」ことから、結果の面から見て、第240条後段は殺人の故意のない致死の場合と殺人の故意ある場合とを「包含」する。しかし、殺人の故意ある場合に関しては、意思の面から見ると殺人罪を構成し、第240条のみでは足りない。従って、結論としては、殺人罪と強盗致死罪の観念的競合となるとするのである。

以上のように、かつての判例が第199条の適用を必要としたのは、強盗が殺人に出ようとしたが負傷させるにとどまった殺人未遂の事実を包含する強盗傷人に対し、単に第240条の適用があるに過ぎないとする場合に、刑の不均衡が生じるという観点に基づいているからであるとされる¹²⁾。しかし、このような解釈は、一個の死を第240条の致死と第199条の殺人とで二重に評価するという問題があるとされ、そのため、判例理論は「同一事実に対して二重に法律を

適用するもの」であるなどと批判されることとなった¹³⁾。

その後、大判大正11年12月22日刑集1巻815頁は、判例を変更し、「強盗人ヲ死ニ致スノ罪ハ殺意ノ有無ニ拘ラズ成立スルモノニシテ、殺意ノ存在ヲ許サザル傷害致死罪ト全然性質ヲ異ニスルガ故ニ、強盗殺意ナクシテ人ヲ死ニ致シタル場合ニハ強盗致死罪ト傷害致死罪トノ二罪名ニ触ルルモノトシテ第54条ニ依リ処断セザルベカラザルノ結論ヲ生ズルモノナルコト明白ナリトス。…強盗致死罪ハ強盗故意ニ人ヲ死ニ致シタル場合及傷害ニ因リ人ヲ死ニ致シタル場合ヲ包含スルモノナルコト八夙ニ本院判例ノ是認スル所ニシテ、即チ強盗罪ト殺人罪トノ結合罪又ハ強盗罪ト傷害致死罪トノ結合罪ニ外ナラズト解スベク、…特別結合罪タル強盗殺人罪ニ付テハ止ダ刑法240条後段ノミヲ適用スベキモノニシテ、更ニ重複シテ第199条ヲ適用スベキモノニ非ズ」と判示した。

大正11年判決は、第240条後段の強盗致死罪が殺人の故意ある場合とそうでない場合とを「包含」とするという点においては、従前の大正4年判決などと同様の立場を採っている。しかし、殺人の故意がある場合に、第199条を適用せずとも、単に第240条後段を適用するだけで足りるとした点で、第199条の適用も必要であるとする大正4年判決とは結論が大きく異なる。大正11年判決は、大正4年判決のいう「意思ノ方面」も、第240条後段のみの適用によってカバーされると解するのである。

さらに最判昭和32年8月1日刑集11巻2065頁も、強盗殺人未遂の事案について、「強盗の機会に殺人行為が行われる場合には刑法240条後段を適用すべきものであるから、原審が…刑法240条後段、243条を適用したことは正当である」と判示して大正11年判決の立場を踏襲し、今日に至っている¹⁴⁾。

以上のように、判例は、殺意のある場合、すなわち強盗殺人の場合について、第199条と第240条後段の観念的競合とする旧判例から、第240条後段のみを適用する新判例に変更されたが、学説でも、結果的加重犯説の論者は、旧判例を支持するものと、新判例を支持するもの、第199条と第236条の観念的競合とするものに分かれた。

旧判例を支持する論者は、平成7年の一部改正前の旧第240条後段の「死に致したるとき」という文言は、強盗による傷害致死あるいは過失致死を意味す

るものであって、殺人を共に含めた規定と解するのは論理的ではないと主張している¹⁵⁾。

結果的加重犯の性質については、「故意犯と過失犯の複合的な形態」と解する立場が有力である¹⁶⁾。この立場では、強盗致死傷罪は、強盗罪という故意の基本犯と、それによる致傷・致死という過失の加重的結果との複合犯ということになる。しかし、殺人の故意ある強盗殺人は、加重的結果の部分において既に過失の域を越えているため、結果的加重犯として説明できないのではないかという問題が生ずる。このような観点から、結果的加重犯説を前提として、故意ある強盗殺人が第 240 条後段に含まれるとした判例¹⁷⁾を批判し、それ以前の強盗殺人は第 240 条と第 199 条の観念的競合とする旧判例の立場が支持されたのである。

例えば、小野博士は、第 240 条につき、「抑も殺意のある場合と無い場合とは其の情状に大なる差異があるのであって、軽々しくこれを同一視して規定したものと解することは出来ない」として、「旧判例が正当であったと思はれる」と主張されている¹⁸⁾。

瀧川博士は、「殺人の故意ある場合とそうでない場合とは、刑法上は本質的にちがう。240 条が、故意ある場合とそうでない場合とを、共に含めた規定であると解するのは論理的ではない」などとして、小野博士の見解に類似した主張をなされている¹⁹⁾。しかし、瀧川博士の見解は、小野博士と異なり、旧判例と新判例をとともに「論理的でない」と明確に批判されているところに特色がある。

もっとも、この旧判例の立場には、被害者の死亡という一個の事実を、過失（第 240 条後段の致死）と故意（第 199 条の殺人）の二つの側面から二重に評価することになるという問題があった²⁰⁾。そこで、旧判例の修正説として、殺意ある強盗殺人はむしろ、強盗罪と殺人罪の観念的競合²¹⁾、あるいは牽連犯²²⁾とすべきという主張もなされた。これらの主張は、被害者の死亡に関する法益の二重評価の欠点を克服している点で、旧判例、および小野、瀧川両博士の立場より理論的には優れたものであった。しかし、このような修正説では、殺意のある場合が殺意のない場合より刑が軽くなるという、新たな問題を生ずるこ

とになり²³⁾、結局、支持を集めることができなかった。

また、井上博士は、第240条につき、「故意ある場合とそうでない場合とを同一視した規定である、と解するのは疑問がある…。正しい解釈は、強盗罪と殺人罪との併合罪の関係をみとむべきであろうか」とされる²⁴⁾。新判例の「同一視」を批判する主張は、前述の小野博士の見解に類似している²⁵⁾。しかし、井上博士の見解については、木村博士が、「判例の見地は、別に結果に対して故意ある場合とそうでない場合とを『同一視』したのではなく、故意のある場合とない場合とを第240条という同一条文の中に規定したものと解するだけであるから、…判例の見解の誤解に出たものとして無意味である」²⁶⁾と指摘されているように、「同一視」の批判が決定的なものであるとは言い難い。むしろ、井上博士の見解の特徴は、強盗罪ないし強盗致死罪と殺人罪とを牽連犯もしくは観念的競合で科刑上一罪と解するのが通常であるのに対し、両罪の関係を併合罪と解する点にあると思われる。井上博士が強盗殺人罪を「併合罪」とされるのは、おそらく、一個の死亡の事実を二重に評価することになる「観念的競合」の不合理を避けるためであろうと思われる。しかし、たとえこの見解に拠ったとしても、故意犯たる強盗殺人が、法定刑において結果的加重犯である強盗致死罪より軽く扱われるという問題は残ることとなる²⁷⁾。

以上のように、旧判例と同様、殺人の故意ある強盗殺人を、強盗致死罪もしくは強盗罪と殺人罪の観念的競合と解する立場は、いずれにせよ、生命法益の二重評価という問題を克服することはできない。加えて、第240条の法定刑が、殺人罪を規定する第199条のそれよりもはるかに重い点も無視することはできないであろう。また、旧判例の立場は、旧第240条後段の「強盗人を…死に致したとき」という文言が、殺人の故意ある場合を含まない結果的加重犯規定であることを示していると主張していたが、この文言は、平成7年の刑法一部改正により、「強盗が、人を…死亡させたとき」と変更された。

理論的には、第240条前段、すなわち、「強盗が、人を負傷させたとき」には、傷害の故意なき強盗致傷罪と、傷害の故意ある強盗傷害罪の2つの構成要件が含まれると一般に解されている。しかし、判例は、傷害罪に関しては、傷害罪は結果犯であるから、その成立には傷害の原因たる暴行についての意思が

存すれば足り、特に傷害の意思の存在を必要としないのである」としている²⁸⁾。確かに、強盗傷害罪の場合も、傷害罪と同様に、その成立には、暴行の意思すなわち暴行の故意があれば足り、強盗致傷と強盗傷害はいずれも第 240 条に含まれると解すべきであろう。ただし、強盗過失致傷に関しては、いわゆる「強盗の機会」に発生した傷害の結果の解釈について議論があり、これについては後述する。

第 3 項 故意ある結果的加重犯

一方、新判例を支持する論者は、第 240 条は殺人の故意ある場合をも「包含」する規定であるから、殺人の故意ある強盗殺人については第 240 条後段のみの適用で足りるとする。この立場には、致死と殺人の二重評価や、殺意ある場合とない場合との刑の不均衡が生じないという利点があり、現在の通説となっている²⁹⁾。また、上述のように新判例を批判されていた井上博士も、後に、「強盗致死傷罪において、致死傷の結果は強盗の『機会』に生ずれば足りるという考え方をとることは、強盗致死傷罪を殺傷罪の加重類型とみている考え方に出発しているものといってよく、そこから、殺人の故意あるばあいにも強盗致死罪のみが成立すると考えるべきである」として、新判例の立場に改説されている³⁰⁾。

この新判例の結論を、結果的加重犯説から支持する代表的なものとしては、木村博士の見解がある。木村博士は、強盗致死罪と強盗殺人罪を第 240 条のみで処断する新判例の手法を認めながらも、「第 240 条が二箇の独立の結合犯を規定すると解するのは奇異の感があり、しかも、その場合一方が結果に対する認識ある場合であり他方は認識なき場合であるというのがごときは、立法技術的に不可能ではないとしても、妥当なものとはいえない」として、強盗致死傷罪を結果的加重犯ではなく結合犯とした新判例の理論構成を批判し、強盗致死罪は「故意ある結果的加重犯」であり、これに殺人の故意ある強盗殺人が含まれると主張されている³¹⁾。

また、内田教授も、「故意ある結果的加重犯」を認めるべきであるとし³²⁾、強盗犯人が被害者を強姦し殺害したという、いわゆる強盗強姦殺人の場合に、

強盗強姦致死罪のみが成立すると解すべきとする主張との均衡からも、結果的加重犯の規定である第240条に強盗殺人罪も含まれるべきであるとされている³³⁾。

さらに、平野博士は、強盗致死傷罪は結果的加重犯であるとしたうえで、「故意ある結果的加重犯」の是非には触れず、「強盗致死罪が死刑という重い刑まで規定しているのは、故意のある場合も含むからだと解する方が妥当である」として、第240条に強盗殺人罪も含まれるべきであるとされている³⁴⁾。同様に、堀内教授も、強盗致死傷罪が結果的加重犯であるとしたうえで、「故意ある結果的加重犯」の是非には触れず、強盗致死傷罪に殺傷の故意ある場合が含まれないと解すると、殺人罪・傷害罪と強盗罪との観念的競合となるが、これでは殺傷の故意なき場合と比べて刑の不均衡が生じ妥当ではないとして、結論の妥当性を重視する観点から、第240条に強盗殺人罪が含まれるべきであるとされている³⁵⁾。

結果的加重犯の加重的結果につき、判例は、過失の存在を必要ではないとしている³⁶⁾。これに対し、通説は、責任主義の見地から過失の存在は必要であるが、故意のある場合は加重的結果について故意犯が成立することから、結果的加重犯に含まれないとする³⁷⁾。しかし、「故意ある結果的加重犯」を認める論者は、主にドイツの結果的加重犯理論の影響を受け、結果的加重犯は、「少なくとも」過失を必要とするが、必ずしも故意がある場合までをも排除するものではないと主張するのである³⁸⁾。

ドイツ刑法においては、1953年施行の旧第56条が、「法律が行為の特別の結果に、より重い刑を科しているときには、行為者には少なくとも過失によりこの結果を惹起した場合にのみより重い刑が科せられる。(Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine höhere Strafe, so trifft diese den Täter nur, wenn er die Folge wenigstens fährlassig herbeigeführt hat.)」と規定している。さらに、1975年施行の新第18条も、「法律が、行為の特別な結果により重い刑を科しているときには、この結果について少なくとも過失の責を負わせるときのみ正犯者または共犯者を処罰する。(Knüpft das Gesetz an eine besondere Folge der Tat eine schwerere Strafe, so trifft sie den Täter oder den Teilnehmer nur, wenn

uhm hinsichtlich dieser Folge wenigstens Fahrlässigkeit zur Last fällt.)」と規定しており、文言に若干の違いはあるが、基本的に旧第 56 条の規定を踏襲している。

ドイツでは、旧第 56 条の制定以前から、結果的加重犯には、加重的結果につき故意ある場合も含まれるとする主張があった。というよりも、かつては、加重的結果が故意または過失によって惹起される必要がないとして、基本犯と加重的結果との間に因果関係が存在すれば足り、あるいは加重的結果が偶然惹起されたものでもよいとする見解が大勢であったようである³⁹⁾。しかし、前述のように、ドイツ刑法旧第 56 条および新第 18 条は、「少なくとも (wenigstens)」過失が必要だという表現を用いている。そのため、旧第 56 条制定後は、この「少なくとも」という文言の解釈から、加重的結果につき、故意を必要としないが過失の存在は必要である、あるいは、加重的結果の予見を必要としないなどという主張がなされるようになった⁴⁰⁾。もっとも、旧第 56 条の制定前後も、結果的加重犯は加重的結果につき故意を必要としない、すなわち加重的結果につき故意がある場合を排除しない犯罪であるという認識は、依然として存在していたように思われる。そして、通説は、故意に結果を引き起こす場合をも含ませる可能性を排除しないなどと解して、加重的結果が基本犯から偶然生じた場合である「偶然的結果的加重犯 (zufällige qualifizierte Delikte)」は処罰対象から排除されるものの、基本犯と加重的結果との間に過失が存在する「過失による結果的加重犯 (fahrlässige qualifizierte Delikte)」、そして加重的結果につき故意が存在する「故意ある結果的加重犯 (vorsätzliche qualifizierte Delikte)」は、処罰対象に含まれると主張するのである⁴¹⁾。これに対して、処罰対象に含まれる結果的加重犯を「偶然的結果的加重犯」と「過失による結果的加重犯」に限定すべきだとする主張もあるが⁴²⁾、立法論としてはともかく、解釈論としては必ずしも支持されていない。

以上のようなドイツの議論の影響を受け、日本でも、牧野博士が、「結果的加重犯ハ、其ノ結果ニ付キ犯意ナキ場合タルヲ一般トス。然レトモ、場合ニ依リテハ、其ノ結果ニ付キ犯意アル場合トコレナキ場合トヲ包括シテ結果的加重犯ト為スコトアリ」として、加重的結果に故意が存在する場合であっても、結果的加重犯となる余地のあることを認めている⁴³⁾。また、木村博士も、「結果的

加重犯の結果については故意を必要としないという理由には合理的なものがないが、故意を必要としないということだけは一般に認められているところであって、故意のない場合だというのは妥当ではない」と主張されている⁴⁴⁾。

しかし、日本の「故意ある結果的加重犯」の理論は、ドイツ刑法旧第56条および新第18条に関する議論が、わが国の結果的加重犯規定には「少なくとも」の文言がないにもかかわらず、ほぼそのままの形で持ち込まれて展開されたものである⁴⁵⁾。その意味では、ドイツではともかく、わが国でこのような議論を展開する積極的理由はないように思われる。さらに、ドイツ刑法旧56条および新18条は、「故意ある結果的加重犯」を含むといえるかについて疑問があるとわが国でも指摘されている。例えば、西村博士は、「『重い結果について故意ある場合は当然に別罪 - そして牽連犯か結合犯 - となる』という前提をとり、『その別罪とはならない場合に限っていえば、重い結果について少なくとも過失を要する』という推論も可能なのである」と主張されている⁴⁶⁾。

さらに西村博士は、「行為の特別の結果 (besondere Folge der Tat)」という文言には、その結果が基本犯とは異なる固有の罪となる場合は含まれていないと解するのが自然ではないかとされている。すなわち、わが国の第240条についていえば、強盗罪を基本犯とする結果的加重犯に、殺人という固有の犯罪の結果を生ずる罪が成立する場合は含まれないのではないかとするのである。そして、「より重い刑 (eine schwerere Strafe)」とは、基本犯の法定刑を加重した刑を指すはずであるから、この場合は、強盗罪と比して重い殺人罪を指すのではなく、基本犯たる強盗罪に付加して加重される強盗致死罪を指すのではないかとされる⁴⁷⁾。以上のように考えると、「故意ある結果的加重犯の理論」を、少なくともドイツ刑法を根拠にわが国において展開するのは、かなり問題があるようにも思われる。

さらに言えば、前述したように、ドイツにおいては、「利欲から」という動機で殺人に出た強盗謀殺の場合、強盗致死罪と謀殺罪が成立し、両者は観念的競合となると解されている。このように、「故意ある結果的加重犯」という概念が提唱されたドイツにおいてすら、強盗致死罪を「故意ある結果的加重犯」とし、これに強盗謀殺を含めるという解決は図られていない。また、ドイツ刑

法第 18 条は、確かに故意を含む「少なくとも過失」による結果的加重犯を定めているものの、強盗致死罪を含む結果的加重犯の多くは、「軽率さ (Leichtfertigkeit)」による場合について規定している。そして、このような「軽率さ」による場合を定めた結果的加重犯規定には第 18 条が適用されず、従って故意の場合を含まないと解することができるという、ルドルフィーの指摘も重要であろう⁴⁸⁾。

このように、ドイツにおいても、「故意ある結果的加重犯」については議論の余地のあるところであって、敢えてわが国が「故意ある結果的加重犯」の理論を用いる必然性もないのではないかとも思われるのである。

これに対し、木村博士は、建造物等以外放火罪を規定する第 110 条の「因て公共の危険を生せしめたる者」(現行法上は「よって公共の危険を生じさせた者」という文言につき、「通説は公共危険の発生については認識が必要であると解している」から、「従って、第 240 条の『死二致シタルトキ』という場合も、その死の結果については認識ある場合をも含むと解することは決して不可能ではないし、刑法の用語例に反することでもない」として、第 240 条後段には「故意ある結果的加重犯」としての強盗殺人罪も含まれると主張されている⁴⁹⁾。

しかし、第 110 条の公共の危険の発生の認識について、判例は、「火を放ち同条所定の物を焼毀する認識あれば足り、公共の危険を生ぜしむる認識あることを要するものに非ざること、同条の解釈上明白なり」⁵⁰⁾としている点に注意しなければならない。また、通説は、第 110 条については、確かに結果責任を問うことになるとい非難を避けるため、危険発生の予見可能性は必要であると解している⁵¹⁾。もっとも、その場合の予見とは、あくまでも危険を予見することであって、延焼までも予見するというものではない。たとえ未必的であっても、延焼を予見しつつなお火を放つ行為に出たならば、それは延焼を予定する物件に対する放火罪の実行の着手となる。従って、第 110 条が適用される場合の行為者の主観的要素は、「公共の危険の発生についての予見はあるが延焼を容認することのない」ものでなくてはならない⁵²⁾。以上のような主観的要素に関する説明を、はたして、単純に殺人の故意ある強盗殺人の場合にまで転用できるかは、きわめて疑問である。そして、このような規定を、第 240 条に殺

人の故意ある強盗殺人が含まれると立論するための理論的な根拠とするには、若干無理があるようにも思われるのである⁵³⁾。

また、以上とは別の観点から「故意ある結果的加重犯」の理論を展開する論者もある。平野博士は、「傷害致死罪が死の結果について故意のある場合を含まないのは当然であるが、列車転覆致死については故意の場合を含むのが妥当であろう。故意がない場合の方(死刑,無期懲役)が、故意のある場合(死刑,無期又は三年以上の懲役)より重いのは不合理だからである」として、「故意ある結果的加重犯」を法定刑の均衡の側面から主張される⁵⁴⁾。

この点について、判例は、殺人の故意をもって列車を転覆させた場合は、列車転覆致死罪(第126条第3項)と殺人罪(第199条)の観念的競合となるとしており⁵⁵⁾、これを支持する見解も有力である⁵⁶⁾。しかし、判例の立場に拠るならば、人の死亡を、致死と殺人として二重に評価することとなるであろう。この二重評価を避けるため、列車転覆罪(第126条第1項)と殺人罪の観念的競合と解すべきとする主張⁵⁷⁾もあるが、これに拠ると、殺人の故意ある場合の方が法定刑が軽くなってしまふ。従って、現在では、殺人の故意の有無にかかわらず、列車転覆致死罪の成立のみで足りるとする平野博士と同様の見解が最も有力となっている⁵⁸⁾。

もっとも、これを即座に「125条を基本犯とした『故意ある結果的加重犯』としての126条3項を認めることに異論がない⁵⁹⁾」とまで解して良いかは疑問である。列車転覆致死罪に関しては、強盗致死傷罪の場合と異なり、結果的加重犯か結合犯かという議論がほとんど行われていないのが実情である。しかし、解釈論としては、列車転覆致死罪を、列車転覆罪と殺人罪、および列車転覆罪と傷害致死罪の結合犯と構成する余地もあるように思われる。また、列車転覆致死罪の「前2項の罪(列車転覆罪)を犯し、よって人を死亡させた」という文言中の、「人」の範囲については、学説上の激しい対立がある。判例・通説は、第126条3項の「人」は必ずしも同条第1項・第2項の車中に現在した人に限定すべきではなく、付近にいた人も含めていやしくも汽車または電車の転覆もしくは破壊によって死に致された人をすべて包含すると解している⁶⁰⁾。しかし、第126条第3項の基本犯である第126条第1項・第2項について、その

客体が現に人がいる列車等に限定されているという趣旨からすれば、第126条第3項の「人」もまた、車中に現在する人に限られるべきであろう⁶¹⁾。このように解するならば、行為者に列車転覆・破壊の故意がある以上、通常は、人の死についても未必ないしそれ以上の故意があるといえる。とすれば、第126条第3項は、第240条後段における強盗殺人罪と同様、死の結果について故意がある場合を予定している規定であると解することも、十分可能なのではなからうか⁶²⁾。そうであるならば、列車転覆致死罪は、故意犯と過失犯の複合形態である結果的加重犯ではなく、殺人の故意ある場合を含む規定ということになる。列車転覆致死罪の規定を、はたして「故意ある結果的加重犯」の理論の積極的根拠とすることができるのかについては、疑問が残るところである。

第4項 共犯関係の処理

(1) 財物奪取のみへの関与者

強盗致死傷罪については、行為者が強盗目的で被害者を殺傷した後、財物奪取のみに関与した者の処理をどうするかが問題とされている。後述する結合犯説は、このような関与者を、強盗致死傷罪の承継的共犯として処理する。それでは、結果的加重犯説に立った場合には、このような関与者は、どのように処理されることとなるのであろうか。

強盗致死傷罪を結果的加重犯と解した場合、その基本犯は強盗罪である。そして強盗罪は、暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の結合犯であるから、財物奪取のみの関与者とは、強盗罪の一部である窃盗罪への関与者となる。従って、強盗致死傷罪の性質について結果的加重犯説を採ったとしても、基本犯である強盗罪を結合犯と解する以上、この場合の関与者は、結合犯説と同様に強盗致死傷罪の承継的共犯として処理することとなるであろう。このような処理に関する問題点の検討については、後述する。

(2) 致死傷のみへの関与者

さらに、強盗致死傷の致死傷のみに関与した者の処理をどうするかという問題もある。強盗致死傷罪には、暴行致傷・傷害・傷害致死・殺人を手段として

財物を奪取する致死傷(殺傷)先行型と、暴行・脅迫により財物を強取したうえで、口封じ等のために被害者を殺傷する致死傷(殺傷)後行型がある。

このうち、まず、致死傷(殺傷)先行型の場合には、関与者に強盗致死傷罪の共犯の故意があるか否かによって、結論が異なる。AがBに対して殺人を教唆したところ、Bが強盗殺人に出たというような、関与者が強盗致死傷罪の共犯の故意を有していない場合であれば、関与者には共犯の錯誤として第38条2項が適用され、傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の共犯として処罰される。従って、この事例の場合には、Aは殺人罪の教唆犯となる。しかし、AがBに対して強盗殺人の教唆を行ったところ、Bがその通りに強盗殺人に出たというように、関与者が強盗致死傷罪の共犯の故意を有している場合には、関与者は強盗致死傷罪の共犯となり、この事例においてはAは強盗殺人罪の教唆犯となる。もっとも、「故意ある結果的加重犯」を認めないのであれば、Aは強盗致死罪と殺人罪の共犯となり、さらに両者は観念的競合となるであろう。

次に、Aが、既に強盗を行ったBに対して、口封じのための殺人を教唆し、Bがその通りに被害者を殺害したというような、致死傷(殺傷)後行型の場合の関与者はどうか。この場合の関与者は、強盗罪の一部である暴行罪の結果的加重犯としての傷害・傷害致死・殺人への関与者となる。従って、関与者は強盗致死傷罪の承継的共犯となり、この事例においては、Aは強盗殺人罪の承継的教唆犯となるであろう。

第5項 処罰範囲の制限

(1) 機会説

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が、判例・通説は「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。しかし、非身分犯説の論者の一部からは「窃盗の機会」の理論が身分犯説に適合しないという主張がなされていることは前述した。

一方、強盗致死傷罪についても、判例は、「強盗の機会」に殺傷が行われれば第240条の罪が成立するという、いわゆる機会説を採っているとされている。

しかし、「窃盗の機会」の理論が身分犯説に適合しないことを前提とするならば、強盗致死傷罪における「強盗の機会」の理論もまた、身分犯説には適合しないということとなる。そして、結果的加重犯説を前提とした場合には、「強盗の機会」は、基本犯である強盗罪と、加重的結果である殺傷の関係をどこまで認めるかという問題と理解されよう。

最判昭和23年3月9日刑集2巻3号140頁は、強盗殺人の後に、犯人らが改めて共謀のうえ、犯行の発覚を防ぐため、数時間後別の場所において犯人らの顔を見知った者を殺害したという事案について、「刑法第240条後段の強盗殺人罪は強盗たる者が強盗をなす機会において他人を殺害することにより成立する犯罪であって、一旦強盗殺人の行爲を終了した後新たな決意に基いて別の機会に他人を殺害したときは右殺人の行爲は、たとえ時間的に先の強盗殺人の行爲に接近しその犯跡を隠ぺいする意圖の下に行われた場合であっても、別箇獨立の殺人罪を構成し、之を先の強盗殺人の行爲と共に包括的に觀察して一箇の強盗殺人罪とみることが許されないものと解すべきである。」として、強盗とは別の機会の殺人であることから、殺人罪が成立するに過ぎないと判示している。

最判昭和24年5月28日刑集3巻6号873頁は、犯人らが強盗の目的で家屋に侵入したものの、家人が騒ぎ立てたため逃走しようとしたところ、被害者が犯人を追跡して来たことから、家屋表入口付近で被害者を殺害したという事案について、「刑法第240条後段の強盗殺人罪は強盗犯人が強盗をなす機会において他人を殺害することによりて成立する罪である。…即ち殺害の場所は同家表入口附近といつて屋内か屋外か判文上明でないが、強盗行爲が終了して別の機会に被害者兩名を殺害したのではなく、本件強盗の機会に殺害したことは明である。」として、強盗殺人罪が成立すると判示している。

最判昭和25年12月14日刑集4巻12号2548頁は、金品を奪取するため母親A女を殺害し、さらに母親の横に寝ていた長男B・長女Cも殺害したという事案について、「原判決の趣旨は、A女のみを殺害して金品を奪取しようと決意し実行した趣旨ではなく、同人の外傍らに寝ていた長男B及び長女Cをも窒息せしめて殺害し更らに三名の咽喉をも切り、かくて、右三名の抵抗を全く排

除することを手段として判示衣類等一四点を強取した趣旨であると解されるばかりでなく、強盗殺人罪は、必ずしも殺人を強盗の手段に利用することを要するものではなく、強盗の機会に人を殺害するを以て足りるものであって本件においては少くとも強盗の機会にB、C女の両名をも殺害したこと明らかであるから、原判決がA女の外右両名に対する殺人行為に対しても刑法240条後段を適用したのは違法ではない。」として、殺人が強盗の手段であることを要しないことを明示し、本件では強盗殺人罪が成立すると判示している。

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いて、「本件犯行と、本件犯行の前日岡山県において行われた所論強盗の行為とは、その時期、場所、態様からいって、別個のもので、本件犯行は上記強盗による赃物を舟で運搬し来り神戸で陸揚げしようとする際に即ち右強盗とは別個の機会になされたものである」として、強盗殺人罪の成立を否定し、本件では、巡査への傷害について公務執行妨害罪と傷害罪が成立して両罪は観念的競合となり、さらに前夜の強盗罪とは併合罪の関係となると判示している。

最判昭和53年7月28日刑集32巻5号1068頁は、強盗犯人が、殺意をもって、警ら中の巡査に対し建設用びょう打銃を発射したところ、びょうが同巡査の右側胸部を貫通し傷害を負わせた後、付近の通行人の腹部をも貫通して傷害を負わせたという事案について、巡査と通行人の両方に対する2個の強盗殺人未遂罪の成立を認めている。この判例は、一般的には、錯誤論において法定的符合説、数故意犯説を認めた代表的判例として理解されている。しかし、やはり2個の強盗殺人未遂罪の成立を認めた、この判決の原審である東京高判昭和52年3月8日高刑30巻1号150頁は、通行人に対する傷害を「強盗の機会における傷害」として、強盗殺人未遂罪の成立を認めている。

以上のように、判例は、一貫して、強盗と殺傷との時間的近接性、強盗と殺傷の間の意思の連続性等が肯定される場合に、「強盗の機会」の殺傷であるとして、第240条の罪の成立を認めている。これに対し、学説上は、判例と同様の立場を採る機会説と、死傷の結果は財物奪取の手段として発生していなければ

ばならないとする手段説が激しく対立している。

機会説の論者は、判例理論と同様、殺人・傷害が「強盗の機会」に行われれば足りると説く⁶³。

例えば、牧野博士は、「強盗殺傷ニ於ケル殺傷ノ結果ハ必シモ強盗ノ手段タル行為ニ因ルモノナルコトヲ要セス。唯強盗ノ現場ニ於ケル行為タルヲ以テ足ルナリ」と主張されている⁶⁴。

また、西田教授は、「本条にいう『強盗』が事後強盗を含む以上、手段説が妥当でないことは明らかであるが、通常の強盗の場合も、これとの均衡上、機会説をとるべきである。すなわち、窃盗犯人が逮捕を免れるため追跡者に暴行を加え、死傷の結果を生ずれば238条に基づき240条が適用されるが、強盗犯人の場合は、同じ行為をしても、窃盗でないという理由で240条が適用されないとするのは不合理だからである」として、強盗犯人の逃走の際の殺傷の処理に関する手段説の不備を指摘する⁶⁵。

（2）手段説

この機会説に対しては、古くから以下のような批判が展開されている。

例えば、宮本博士は、「死傷は強盗の為の暴行又は脅迫若くは昏睡手段によつて生ずることを要する。故に強盗が単に宿怨を晴らす為に同時に人を殺すのは本罪の結果とはいはれない。これは刑法第241条に於て、刑責が全く同じい強盗強姦致死の場合を本罪から分離して、これを独立類型として規定した点から推して斯やうに解するのである」と主張されている⁶⁶。

また、瀧川博士も、「死傷の結果が強盗の手段たる行為から発生することを要するという見解の正しいことは、強盗強姦致死の場合を、本条から切離して独立の犯罪類型としていることから推論できる。強盗致死と強盗強姦致死とは、共に死刑、無期である。現場における行為をもって足りるのであれば、両者を区別する必要はないはずである」と主張されている⁶⁷。

このような、宮本、瀧川両博士の主張は、機会説と対比する意味から手段説と呼ばれている⁶⁸。

以上のような手段説の根拠は、機会説に拠ると、強盗致死傷罪の成立範囲に、

「強盗が単に宿怨を晴らす為に同時に人を殺す」などというような、強盗とはあまり関連のない殺傷をも含めることとなり、処罰範囲が過度に拡大するという点、そして、強盗致死罪が強盗の機会における致死について規定しているとすると、強盗の機会における強姦致死について規定し、強盗致死罪と同じ死刑又は無期懲役を科刑とする強盗強姦致死罪の存在意義が失われるという点にある。

しかし、手段説の処罰範囲は、結果的加重犯説を前提とした場合、やや狭くなりすぎるとおそれがある。結果的加重犯の加重的結果について、判例は予見可能性を不要とするが⁶⁹⁾、多数説は責任主義の見地から予見可能性を必要と解している⁷⁰⁾。このうち、処罰範囲がより狭い多数説の立場を採ったとしても、基本犯と予見可能な加重的結果という関係は、手段説のいう手段と結果の関係より広くなるであろう。さらに、行為者が加重的結果を発生させる危険性を内包している基本犯を故意に行っている以上、加重的結果を帰責し得ない場合はほとんど考えられないという指摘もあり、これによるならば、結果的加重犯説と手段説の処罰範囲の差はより拡大することとなる⁷¹⁾。この処罰範囲の相違の点で、手段説の結果的加重犯説への適合性には疑問が残る。

(3) 関連性説

近時は、機会説を前提としつつも、機会説に何らかの制限を設けて、強盗致死傷罪の成立範囲を狭めようとする関連性説も主張されている。

例えば、大塚・大谷両博士は、機会説を前提としながらも、第240条の適用が認められるのは、致死傷の結果を生じた原因行為が性質上強盗に付随してなされるものと通常予想し得る程度に、強盗行為と密接な関連性を有する場合に限定されるべきであると説く⁷²⁾。しかし、この説は、「強盗の機会」より除かれるべき具体的事例として、手段説を主張する宮本博士の挙げる「宿怨を晴らす為に同時に人を殺」した場合や、同じく大塚博士の挙げる強盗の仲間割れによる共犯者殺害の場合などを掲げている。それならば、もはやこの見解は、実質的には手段説とすらいえるものではないかという疑問がある。

また、関連性説の論者の間でも、密接な関連性が肯定される具体的事例の理

解について対立がある。例えば、強盗犯人が財物物色中に誤って座敷に寝ていた嬰兒を踏んで死に致した場合を、強盗行為と密接的関連性のある事例と見るか否かで、関連性説の内部において見解が分かれているのである⁷³⁾。ここにおいて、関連性説は、その解釈の中心軸である「密接的関連性」という基準が、具体的にはいかなるものであるかが不明確であるという、基本的部分にかかる批判を甘受せざるを得ないのではないかと思われる。

思うに、強盗行為との密接的関連性をつきつめると、被害者を抗拒不能とする手段に、殺人・傷害行為が位置づけられるという、手段説と同じ構成に至る。前述の大塚・大谷博士の主張が、実際の結論の点では手段説とほぼ同じであることも、このような背景があつてのことではないかと思われる。このように、関連性説は、理論的前提は機会説を採りながらも、結論においては手段説に近い立場にもなりうる。以上のように、関連性説が手段説と結論を異にするのはどのような場合かが明らかにされていないという点と、そもそも、どの程度の関連性が必要とされるのかが明らかではないという点で、関連性説は処罰範囲の制限が十分ではないように思われる。

もっとも、関連性説の結果的加重犯説への適合性は、理論的には比較的高いようにも思われる。結果的加重犯の加重的結果には予見可能性が必要とするのが多数説であるが、実際には、この予見可能性は多くの場合に認定されると解しうることは前述した。従つて、結果的加重犯説による場合の処罰範囲は、手段説より機会説に近いものと考えられるが、結果的加重犯の加重的結果が基本犯の行為によって惹起されていなければならない以上、単に「強盗の機会」であれば足りるとする機会説には適合しない。その意味では、機会説に密接的関連性という理論的な処罰範囲の制限を加えた関連性説は、密接的関連性と予見可能性という基準の相違はあるものの⁷⁴⁾、結果的加重犯説への適合性が高いように思われるのである。

第6項 未遂・既遂

現在の通説によれば、強盗罪が暴行・脅迫と強取のいずれも既遂となつてはじめて成立するのに対して、強盗殺人を含む強盗致死傷罪は、致死傷の結果を

生ぜしめることによって既遂に達し、財物の強取の点が未遂か既遂かを問わないものと解されている⁷⁵⁾。

しかし、この結論が、結果的加重犯説の主張する強盗致死傷罪の性質に適合しうるかは疑問である。基本犯が未遂であるのに、全体として既遂となるとする解釈が許されるかは、慎重に検討しなければならない。

強盗致死傷罪の既遂時期に関するリーディングケースは、最判昭和23年6月12日刑集2巻7号676頁である。本判決は、財物奪取の意思で被害者を負傷させたものの、財物の奪取は未遂に終わったという事案について、「強盗に着手した者がその実行行為中被害者に暴行を加えて傷害の結果を生ぜしめた以上財物の奪取未遂の場合でも強盗傷人罪の既遂をもって論ずべきである。」と判示し、財物奪取が強盗傷人罪の既遂時期に影響を及ぼさない旨を明言している。

最判昭和23年10月26日刑集2巻11号1405頁は、強盗傷人罪と強盗未遂罪の間で訴因変更が必要かが争われた事案について、「強盗傷人罪は、強盗又は強盗未遂行為の結果的加重犯であるから、公訴事実と判決で認定した事実との同一性は失われていない。」と判示し、訴因変更を不要であるとしている。本判決は、強盗傷人罪が強盗に加えて強盗未遂の結果的加重犯であることを明言していることから、上掲最高裁昭和23年6月12日判決と同様、強盗傷人罪の既遂に、財物奪取の完成は必要でないことを前提としているものと解されよう。

東京高判昭和29年5月13日判タ40号29頁は、窃盗犯人が財物を得ずに逃走し、その際に追跡してきた者を負傷させたという事案について、財物を得なかった場合には事後強盗未遂罪が成立し、さらに、強盗致死傷罪の成立には強盗の未遂、既遂は問わないとされていることから、準強盗として未遂である場合にも、人に死傷の結果を生じさせたときは第240条の適用を免れないとして、強盗傷人罪の既遂の成立を認めている。本判決は、上掲2判決が判示した強盗傷人の場合にとどまらず、死亡の結果が発生した場合についても、やはり財物奪取が不要であることを明言している。

以上のように、判例は、一貫して、強盗致死傷罪は人の死傷の結果が生じた

時点で既遂となり、財物奪取の完成の有無は既遂時期に影響せず、このことは、事後強盗未遂による強盗致死傷の場合であっても変わらないという立場を採っているのである。

学説では、強盗致死傷罪の既遂時期についてどのように議論されているのであろうか。わが国においては、強盗の罪の未遂に関する第 243 条が、「第 238 条から第 241 条までの罪の未遂は、罰する」として、第 240 条の未遂の存在を明示的に規定している。しかし、この第 240 条の未遂の内容については激しい対立がある。

通説は、上述のように、生命・身体法益を重視する観点から、判例と同様、殺傷の点が未遂に終わった場合が本罪の未遂であるとしている⁷⁶⁾。この立場に拠った場合には、第 240 条に含まれる強盗致傷罪、強盗傷害罪、強盗致死罪、強盗殺人罪のうち、強盗傷害罪、強盗殺人罪における故意ある傷害・殺人の未遂のみが、第 240 条の未遂となると一般に解されている⁷⁷⁾。すなわち、強盗致傷罪については、有形的傷害の未遂は暴行であることから、傷害の意思で暴行を加えたところ暴行にとどまった場合は、強盗傷人罪の未遂ではなく、単に強盗罪が成立する。そして、強盗致死罪については、結果的加重犯に未遂の態様が考えられないため、その未遂罪もまた考えられないということになる。従って、強盗致死の未遂とは、傷害の故意も結果もないときには単なる強盗罪が、傷害の故意はあるが傷害の結果がないときには強盗傷害未遂罪が、致死には至らなかったが傷害が生じたときは強盗傷害罪が成立するに止まることとなるというのである⁷⁸⁾。

これに対し、大谷博士は、「傷害の意思で暴行を加えたところ暴行にとどまった場合は、単に強盗の手段としての暴行を加えたにすぎないから強盗罪にほかならず、…結局、強盗殺人罪について殺人が未遂に終わったときのみが本(強盗致死傷)罪の未遂罪であると解すべきである」とし、強盗傷害未遂を認める見解を、「傷害の未遂は暴行にすぎないことを無視する見解として妥当ではない」と批判されている⁷⁹⁾。しかし、被害者を詐称誘導し落とし穴に落として財物を奪おうとしたが、被害者が落とし穴に足を掛けた時点で気付いて果たせなかった場合など、無形的傷害による強盗傷害の未遂を想定することは不可能で

ないように思われる。

以上のように、強盗致死傷罪の既遂時期に関する議論は、強盗傷害未遂について若干の議論があるものの、生命・身体法益を重視し、殺傷の未遂が強盗致死傷罪の未遂であって、財物奪取の完成は必ずしも必要ではないとする立場が支配的である。もっとも、この立場を、強盗致死傷罪の性質に関する結果的加重犯説、結合犯説の主張に照らした場合、いくつかの疑問が生じる。すなわち、結果的加重犯説を前提とした場合には、基本犯である強盗罪が未遂であるのに、致死傷という加重的結果が発生した場合に、結果的加重犯である強盗致死傷罪全体が既遂となるということが許されるのかは問題となるであろう。また、結合犯説を前提とした場合には、結合している犯罪の一部である強盗罪が未遂であるのに、結合犯である強盗致死傷罪全体としては既遂となるということが許されるのかは、やはり問題となるであろう。

これに対して、一部の論者は、結果的加重犯という強盗致死傷罪の性質に照らし、強盗、致死傷ともに既遂でなければ、強盗致死傷罪全体として既遂と解すべきではないと主張している⁸⁰⁾。

結果的加重犯説に立った場合には、第240条に殺意ある強盗殺人罪が含まれると解するか否かによって、理論構成が異なってくる。

すなわち、第240条に殺意ある強盗殺人罪は含まれないとする立場をとる論者は、結果的加重犯に未遂は考えられず、従って殺人の未遂を第240条の未遂と解することはできないとして、強盗致死傷罪の未遂とは、財物奪取が未遂の場合であると主張する⁸¹⁾。この立場によれば、殺意なき強盗致死において、致死が未遂であった場合は、単に強盗傷人罪が成立するととどまることとなる。また、殺意ある強盗殺人において、殺人が未遂であった場合には、強盗傷人罪と殺人未遂罪の観念的競合が成立することとなる。

これに対し、「故意ある結果的加重犯」を認めることにより、第240条に殺意ある強盗殺人罪を含める論者のほとんどは、第240条の法定刑が極めて重いのは、財物奪取より殺傷を重視しているからであり、財物奪取の有無を既遂・未遂の分水嶺とすることはできないなどとして、殺傷の点が未遂に終わった場合が本罪の未遂であるとする通説に従っている⁸²⁾。そして、加重的結果につき

故意のない過失形態の結果的加重犯については、過失犯の未遂が存在しない以上その未遂も存在しないとすが、加重的結果について故意がある場合には、「基本たる行為は未遂たと既遂たとを問わず、その加重結果が成立しなかった場合を結果的加重犯の未遂と解すべきである」などとして、結果的加重犯の未遂を観念することができると主張するのである⁸³⁾。

もっとも、「故意ある結果的加重犯」を認める立場に近いと思われる平野博士は、財物奪取が未遂である場合には、強盗致死傷罪の基本犯である強盗罪が未遂であるから、強盗致死傷罪全体も未遂となると主張されている⁸⁴⁾。

思うに、強盗致死傷罪を、財産犯である強盗罪の結果的加重犯と解するならば、生命・身体法益が加重的結果として侵害されたとしても、基本犯の未遂・既遂を無視して結果的加重犯全体の未遂・既遂を決定することには問題がある。従って、結果的加重犯説を前提とするならば、平野博士の主張に従い、財物奪取未遂・致死傷既遂の場合には、強盗致死傷罪全体も未遂となると解するのが妥当であるように思われる。

第7項 死者の占有

結果的加重犯説によれば、強盗致死傷罪の既遂時期は、基本犯の強盗と加重的結果の致死傷がいずれも既遂となった時点と解するのが妥当であるが、殺人・傷害致死が先行し、財物奪取が後行した場合には、先行行為により死亡した者からの財物奪取を強盗の一部と解しうるかという、強盗致死罪・強盗殺人罪と「死者の占有」の関係が問題となる。

「窃盗及び強盗の罪」に関しては、古くから「死者の占有」という概念が認められるかどうか争点となってきた。すなわち、人が死亡した後に、その死者が生前に占有していた物を不法に取り去る行為について、「死者の占有」は保護されるのか、その行為は窃盗罪・強盗罪・占有離脱物横領罪のいずれを構成するのかということが問題とされてきたのである。このような議論は、強盗致死罪・強盗殺人罪についても、財物奪取がいつ発生したかに関係している。

「死者の占有」が認められるか否かが具体的に問題となるのは、次のような3類型である。

第1は、人の死亡とは無関係な第三者が、死者が生前に占有していた財物を領得した場合である。この場合には、財物領得行為が窃盗罪となるのか占有離脱物横領罪となるのが問題となる。判例は、占有離脱物横領罪を構成するとしており⁸⁵⁾、通説も、「死者の占有」は基本的に認められるべきではないとして判例を支持しているが⁸⁶⁾、妥当であろう。

第2は、行為者が被害者を殺害した後に、被害者が生前に占有していた財物を領得する意思が生じて、これを領得した場合である。この場合には、行為者の殺害行為が殺人罪となること当然であるが、それとの併合罪となるべき財物の領得行為は窃盗罪となるのか、それとも占有離脱物横領罪となるのが問題となる。

判例は、このような場合には、被害者が生前有していた財物の所持を、その死亡直後においてもなお継続して保護するのが法の目的にかなうものであり、行為者は、被害者の殺害によって財物の占有を離脱させ、さらにその自己の行為を利用して財物を奪取したといえるとして、被害者の死亡と財物領得との時間的・場所的接性が認められる場合に限り、窃盗罪を構成するとしている⁸⁷⁾。学説でも、判例と同様に、第2類型は「死者の占有」を例外的に認めるべき場合であるとして、窃盗罪とするものが通説である(相対的肯定説⁸⁸⁾)。

しかし、一部の学説は、「死者の占有」を第2類型においても否定し、占有離脱物横領罪とすれば足りると主張する(否定説)。例えば、泉二博士は、「相続財産は或者か之を支配するに非されは人の所持に属せざるか故に行路死亡者の遺留品を取得する行為は窃盗罪を以て論ずることを得ず犯人か財物奪取の意思なくして他人を殺害したる後偶々其遺留品を横領するの意思を生じ相続人又は第三者か其遺留品を現実に支配し得る前に領得したる場合又同じ」とし、「死者の占有」を明確に否定されている⁸⁹⁾。また、平野博士も、「死後に生前の占有を侵害することは物理的に不可能であるから、法律上もこれを認めるのは無理である」として、このような場合には占有離脱物横領罪と解すべきとされている⁹⁰⁾。

思うに、殺人の罪責は殺人罪においてのみ評価されるべきであるところ、判例・通説は、死亡後の被害者からの行為者の財物取得行為にまで、殺人行為の

罪責を及ぼし、これを窃盗罪とすべきという点に問題があるように思われる。行為者に財物の領得の意思が生じたが、それは殺人による被害者の死亡後である以上、行為者の認識は、死体から財物を取得するというものに他ならない。とすれば、財物取得行為について第1類型と第2類型とは何等変わるところはないはずである。また、財物領得行為が窃盗罪ではなく占有離脱物横領罪を構成するものとしても、その前の殺人行為は別個に殺人罪を構成し、両罪は併合罪となる。故に、行為者は死刑あるいは無期懲役にも問われ得るのであり、敢えて財物領得行為を窃盗罪と構成しないでも、科刑上の不都合は生じない。結局のところ、第2類型の財物領得行為が第1類型より悪質であると解される決定的な理由は、行為者が自ら被害者を殺害しているという一点につきる。しかし、その悪質性の科刑上の評価は、占有離脱物横領罪、あるいは窃盗罪においてではなく、まさに殺人罪においてこそ行われるべきなのではなからうか。

第3は、行為者が、はじめから被害者の占有する財物の奪取を目的としてこれを殺害し、死体から財物を領得した場合である。このように、人の殺害を手段として財物を奪取する強盗殺人の場合には、財物奪取の時点ですでに被害者が死亡している。従って、死者の占有を認めるのであれば強盗殺人罪が成立すること当然であり、特に問題となるところではないが、これを認めないとすると、強盗殺人罪の要件である財物奪取を認めることができなくなるという問題が生ずるのである。

より具体的にいえば、強盗致死傷罪の性質については、結果的加重犯説と結合犯説の対立があるが、少なくとも強盗致死罪・強盗殺人罪については、これを結果的加重犯・結合犯のいずれと解しようとも、強盗罪がその基本犯、あるいは結合犯の一部となると解される。そして、さらに通説は、強盗罪、少なくとも1項強盗罪を「暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の結合犯」とであると解している。その結果、「死者の占有」を全面的に否定するという前提に立つと、殺人が財物奪取に先行する形態の強盗殺人においては、その根底にあるはずの窃盗罪の成立がありえないこととなり、論理矛盾を引き起こすのではないかということが議論されているのである。

判例は、第3類型については、第1・第2類型とは異なった方法によって処

理している。

大判明治39年4月16日刑録12輯472頁は、行為者が金品奪取の目的で被害者を殴殺し、死体から金品を取得したという事案について、次のように判示している。すなわち、「死者ハ所有権及占有権ノ主体タルコト能ハザルハ勿論死亡ト同時ニSノ相続開始スレトモSハ未タ其相続物権ノ占有ヲ現ニ獲得セサルヲ以テ死者ノ身辺ノ付随セシ金品ハ何人ノ占有ニモ属セサル所謂遺失物ト同一ニ看做サルルヲ得ス…強盜殺人罪ハ財物ヲ強取スルノ目的ヲ以テ人ヲ殺シタルニ因リテ成立シ財物ヲ得ルト否トハ犯罪構成ニ影響ナキノミナラス相続人ナルモノハ相続ノ開始ト同時ニ被相続人ノ有セシ権利義務ヲ承継スルハ勿論假令相続開始ノ事実ヲ知ラサル場合ト雖モ被相続人ノ死亡ノ時ニ於テ占有セシ物件ノ占有ハ法律上当然之ヲ承継スルモノトス」と。

この判決においては、「死者の占有」は明確に否定されているものの、死体に付随する財物は死者の相続人の占有物であるから、これを奪取する行為は強盗罪における財物奪取行為に相当するとされている。強盗殺人における財物奪取行為は、前述のように、それ自体が窃盗罪を構成するものと考えられる。とすれば、この判決の考え方によれば、死体から財物を取得する行為は、「死者の占有」ではなく「相続人の占有」を侵害するとして、第1・第2類型のいずれにおいても窃盗罪を構成することとなってしまふであろう。このように、判例の「相続人の占有」による処理は、判例理論の統一性を欠くことから疑問がある。

また、大判大正2年10月20日刑録19輯982頁は、行為者が被害者の所持金を奪取する目的で被害者を斬殺し、死体から金品を取得したという事案について、「刑法240條後段ノ強盜殺人罪ハ強盜力財物強取ノ行為ニ因リテ人ヲ死ニ致シタル事實アレハ直ニ成立スヘク致死ノ結果力財物強取ノ前ニ在ルト其後ニ在ルトニ因リテ同罪ノ成立ニ消長ヲ来スコトナシ…又財物ヲ奪取スル意思ヲ以テ暴行ヲ為シ因リテ人ヲ死ニ致シテ財物ヲ奪取セル以上ハ其財物中ニ當初奪取ノ目的ト為サザリシモノヲ包含スルモ該財物ニ付テ強盜罪ノ成立ヲ妨クルモノニ非ス何トナレハ強盜罪ハ暴行脅迫ニ因リテ他人ノ財産権ヲ侵害スルヲ以テ本質ト為スカ故ニ當初ノ目的以外ニ属スル財物ヲ奪取シタルトキト雖モ仍ホ其

財物二付キ強盗罪ノ成立ヲ認ムヘキハ當然ナレハナリ」と判示している。この判決は、「死者の占有」や「相続人の占有」といった、被害者死亡後の占有移転を肯定するための理論構成を行わず、強盗罪の本質に照らし、「強盗罪ノ成立ヲ認ムヘキハ當然」であるとして、強盗殺人罪の成立を認めている。

このように、判例は、当初、第3類型における占有移転を、大審院明治39年判決のように「相続人の占有」によって説明していたが、後に、「死者の占有」や「相続人の占有」を問題とせずに強盗殺人罪の成立を認めるという方向に傾いたといえる⁹¹⁾。

また、第2類型において「死者の占有」を肯定するための基準としていた時間的・場所的接性の有無が、第3類型においては問題としないとする下級審判例もある。東京高判昭和53年9月13日判時916号104頁は、Aが金品を奪う意思で部下Bと共謀して社長Cをその会社事務所において殺害し、その場で現金等を奪取し、また、同居人のいないC宅から殺害後2ヶ月の間に株券預り証等を2回にわたり領得し、さらに、AがCから会社の経営を任せられたと称し、殺害後6ヶ月経過した時点でCの経営会社の事務員Dの占有していた株券等を領得したという事案について、の行為を「強盗殺人罪の定型性や被害者の殺害と財産奪取の機会の同一性等（時間的、場所的接着性等）の有無を検討するまでもなく…強盗殺人罪に当たることは明らか」とし、

の行為を、いずれもの強盗殺人の犯意に基づき実行されたものであるから、の強盗殺人罪の実行行為と評価すべきであると判示している。

もっとも、東京高裁昭和53年判決が、をの強盗殺人罪の一部として評価したことについては若干の疑問がある。の客体の財物は、生前、Cの占有していたものであるから、これを一個の強盗殺人罪としたことについては特に問題はないであろう⁹²⁾。しかし、の行為は、におけるCの占有ではなく、Dの占有を侵害している。従って、については、別罪として窃盗罪を構成すると解するのが筋ではないかとも思われるのである⁹³⁾。

以上のような判例に対し、学説は、「相続人の占有」によって処理すべきでないという点でほぼ一致している。例えば、泉二博士は、「所持を有する者必しも占有権者にあらず占有権を有する者必しも所持者にあらざることは民法の

規定上明白なるが故に右金品が相続人の所持に属することを決せずして単に金品の占有権が相続人に移転すとの理由を以て其金品が奪取の目的物たることを認定したるは不当なりと謂はざる可からず」として、「相続人の占有」の概念を「奇異なる説明」と非難されている⁹⁴⁾。また、大谷博士も、判例の「相続人の占有」による処理を、「民法上の占有概念にとらわれすぎて刑法上の占有概念に即さない」ものとされている⁹⁵⁾。

確かに、「相続人の占有」による処理は、民法と刑法の占有を全く同一に解することとなり、現行法の解釈として妥当といえるかは疑問がある。また、同様の事案について、相続人が存在しなかった場合にはどうなるのかといった問題も残ることなろう。

もっとも、判例のいう「相続人の占有」は否定されるべきであるとしても、それに代わってどのような処理をするかについては、学説上の対立がある。第3類型を、「死者の占有」が例外的に肯定される場合であるとする相対的肯定説と、「死者の占有」を認める余地は全くないとする否定説とが対立している。前者の見解は、強盗殺人罪に限定して「死者の占有」を認める点で、判例の「相続人の占有」理論よりも理論的な弊害が少ないように思われる。もっとも、判例は第3類型において時間的・場所的近接性の有無を問題としていないが、この場合にもやはり時間的・場所的近接性が必要とされるべきかは、検討を要するであろう。

この点について、平川教授は、時間的・場所的近接性があり、被害者の殺害と財物の取得を一連の占有侵害として解釈することができる場合においては、窃盗ないし強盗罪の成立を認めることができると主張されており⁹⁶⁾、第2類型、第3類型とも、時間的・場所的近接性が必要という立場を採られているように思われる。しかし、この主張によれば、占有侵害の発生を説明することは可能であっても、それに続く占有取得の発生を説明できるのかという疑問が残る。殺害により被害者が死者となって占有の主体たり得なくなり、その時点で行為者による占有侵害が行われたと解しても、被害者が生前占有していた財物は占有離脱物となってしまふ。従って、その財物の領得は、窃盗既遂罪・強盗既遂罪の一部を構成する占有取得ではなく、単なる占有離脱物横領としか言い得な

いのではないかと思われるのである。

また、西田教授は、「死者の占有」否定説に立ち、第2類型においては、時間的・場所的近接性の有無に関わらず占有離脱物横領罪となるとしながらも⁹⁷⁾、第3類型においては、殺害によって占有が離脱するのであるから、行為者に殺害時の強取の意思が単一的に継続している限りは、殺害後の財物奪取も強盗殺人の結果に含まれるとされている⁹⁸⁾。しかし、この主張にも、占有侵害に続いて占有取得があったと具体的に説明することができるかという疑問が残る。さらに、この主張によるならば、行為者の当初強取しようとする目的物が具体的に特定されていたものの、強盗殺人後にさらに別の財物を発見して奪ったという場合には、別の財物について強取の意思の継続性・単一性を欠くことから、当初の目的物についての強盗殺人罪と、別の財物についての占有離脱物横領罪が成立し、両罪は併合罪となる。一方、被害者を殺害した後に被害者宅の金品すべてを奪おうというように、強取の目的物が抽象的であった場合には、金品すべてについて強取の意思の継続性・単一性が認められ、被害者を殺害した後の財物領得も含めて、強盗殺人罪一罪が成立するととどまる⁹⁹⁾。従って、占有離脱物横領罪が強盗殺人罪の別罪として成立する分だけ、被害者の金品の一部を奪おうとした場合が、金品すべてを奪おうとした場合より重い刑事責任を生じさせることとなるが、このような結論が認められてよいかは検討の余地があるように思われる¹⁰⁰⁾。

さらに、被害者の殺害が同時に占有奪取を意味すると解することによって、生前の被害者の占有を侵害したと説明し、「死者の占有」に関する論難を回避しようとする主張もある。例えば、大谷博士は、「殺害を手段として財物を奪取する場合は、殺害によって占有を侵害することになるから、現に生命を奪われようとしている生前の人の占有を侵害するものと解すべきである」と主張されている¹⁰¹⁾。また、高橋教授は、「殺害が領得の手段であるから、生者の占有侵害」となると説明し、その根拠として、「殺人は、暴行の最たるものであり、通常の強盗殺人にすぎない」と主張されている¹⁰²⁾。しかし、これらの主張にも、やはり、占有侵害の発生について説明し得ても、占有取得はしていないのであるから、占有取得を要件とする強盗罪は既遂にはなり得ないのではないか

という問題が残る。

それでは、後者の見解、すなわち「死者の占有」否定説の論者は、第3類型をどのように処理するのであろうか。木村博士は、行為者が財物を奪取する意思で被害者を殺害した場合、被害者の死亡と同時に財物の占有が行為者に移転すると説明されている¹⁰³⁾。この主張に従うと、第2類型の場合には、行為者が殺害時に財物奪取の意思を有していないことから、財物の占有侵害は生じないが、第3類型の場合には占有侵害が生じているということとなる。しかし、この主張は、殺害行為と財物領得行為とが同時に発生すると解釈しており、占有侵害と占有取得を同一視しているのではないかという問題がある。行為者が被害者を殺害したものの、警察官が接近してきたため、被害者の懐中の財物を奪取せず立ち去った場合が、強盗殺人罪の既遂となることは従来の判例理論からして肯定されるが、懐中の財物の占有が被害者から行為者に移転したとまでは言い難いであろう。殺害によって、懐中の財物を占有物から占有離脱物としたと解釈するのが限界ではなかろうか。このように、殺害によって占有奪取が完成するという見解には疑問が残る¹⁰⁴⁾。

以上のように、結果的加重犯説に立った場合、「死者の占有」を否定する立場を採ると、殺人・傷害致死が先行し、財物領得が後行した場合には、後行行為を基本犯である強盗罪の一部と解することができず、従って、強盗殺人・致死既遂罪の成立を認めることも困難となる。結果的加重犯説に立って、このような場合に強盗殺人・致死既遂罪の成立を認めるためには、少なくとも、第3類型において「死者の占有」を認める必要があろう。

- 7) 大場茂馬・刑法各論上巻(増訂4版・1911年)630頁、瀧川・各論131頁。
- 8) 第240条後段の強盗致死罪には、強盗傷害致死と強盗過失致死の2つの構成要件が含まれていると解する余地がある。そして、強盗過失致死に関しては、強盗過失致傷が第240条前段に含まれるかという問題と同様の議論がある。これについては後述する(本章第3節第3項)。
- 9) なお、大判明治43年5月24日刑録16輯922頁は、強盗致死罪と殺人罪の併合罪となるとしている。
- 10) 同趣旨の判決として、大判明治43年10月27日刑録16輯1764頁がある。
- 11) 木村「結果的加重犯の未遂」同・刑法の基本問題(1979年)324頁など。

- 12) 牧野・各論下巻 657 頁。
- 13) 木村・基本問題 327 頁。
- 14) 他に、大判昭和 8 年 11 月 30 日刑集 12 巻 217 頁など。
- 15) 瀧川・各論 133 頁、小野・各論 244 頁。
- 16) 団藤・刑法綱要総論（第 3 版・1991 年）337 頁。
- 17) 大判大正 11 年 12 月 22 日刑集 1 巻 815 頁、最判昭和 32 年 8 月 1 日刑集 11 巻 8 号 2065 頁。
- 18) 小野・各論 244 頁。
- 19) 瀧川・各論 133 頁。
- 20) 内田・刑法各論（第 3 版・1996 年）290 頁、大塚仁・刑法概説（各論）（改訂増補版・1992 年）222 頁、曾根・刑法の重要問題（各論）（1995 年）177 頁など。
- 21) 瀧川春雄 = 竹内正・刑法各論講義（1965 年）183 頁。
- 22) 大場・各論上巻 630 頁。
- 23) 木村・基本問題 323 頁、江家・各論 303 頁。
- 24) 井上正治・刑法各論（1952 年）132 頁。
- 25) 前注 18) 参照。
- 26) 木村・基本問題 323 頁。
- 27) 江家・各論 303 頁参照。
- 28) 最判昭和 25 年 11 月 9 日刑集 4 巻 11 号 2239 頁。
- 29) 江家・各論 302 頁、木村・各論 136 頁、宮本・大綱 362 頁、前田雅英・刑法各論講義（第 3 版・1999 年）213 頁、大谷實・刑法講義各論（新版補訂版・2002 年）247 頁、堀内捷三・刑法各論（2003 年）138 頁、山口厚・刑法各論（2005 年・補訂版）233 頁、西田・各論 164 頁。
- 30) 井上 = 江藤孝・刑法学〔各則〕（全訂・1979 年）137 頁。
- 31) 木村・基本問題 332 頁。
- 32) 内田・各論 290 頁は、新判例及びそれを支持する学説について、「いずれも、結果的加重犯は加重的結果に故意がないことをその本質とする、という前提に立つものである。しかし、結果的加重犯は、基本犯のもつ危険性と加重部分との密接なつながりから、特に加重部分に重点がおかれ、かつ、特に重い刑罰が規定された犯罪としてとらえられるべきであって、加重部分に関しては『少なくとも過失』がなければならないというだけのことではなからうか。つまり、『故意のある結果的加重犯』を認めることは、結果的加重犯の本質に矛盾するものではないと考えるべきではなからうか」とする。
- 33) 内田・各論 290、299 頁。なお、強盗強姦殺人の適用条文の議論については、第 4 章において後述する。
- 34) 平野龍一・刑法概説（1977 年）210 頁。
- 35) 堀内・各論 138 頁。
- 36) 大判昭和 3 年 4 月 6 日刑集 7 巻 291 頁、最判昭和 26 年 9 月 20 日刑集 5 巻 10 号 1937 頁、最判昭和 32 年 2 月 26 日刑集 11 巻 2 号 906 頁。
- 37) 大塚仁・刑法概説（総論）（改訂版・1986 年）180 頁。なお、内田・改訂刑法

- (総論)(補正版・1997年)120, 340頁参照。
- 38) 平野・刑法総論 (1972年)163頁, 内田・各論290頁。
- 39) Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 26. Aufl. (1932), S. 238; Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. (1931), S. 189; Edmund Mezger, Strafrecht Ein Lehrbuch, 3. Aufl. (1949), S. 264.
- 40) Hans von Welzel, Das deutsche Strafrecht, 5. Aufl. (1956), S. 58.
- 41) Horst Schröder, Konkurrenzprobleme bei den erfolgsqualifizierten Delikten, NJW., (1956), S. 1739.
- 42) Gustav Radbruch, Erfolgshaftung, VDA. Bd. II (1908), S. 234.
- 43) 牧野・日本刑法上巻(重訂・1937年)319頁。
- 44) 木村・基本問題331頁。
- 45) 西村「結果的加重犯という概念について」同・日本国刑法の前途(増補版・1989年)74頁参照。
- 46) 西村・前途74頁。
- 47) 西村・前途83頁。
- 48) Hans Joachim Rudolph, JR 1976, S. 73.
- 49) 木村・基本問題333頁。
- 50) 大判昭和6年7月2日刑集10巻303頁。
- 51) 団藤・各論201頁。
- 52) 植松正・刑法概論 各論(再訂・1975年)104頁参照。
- 53) さらに, 強盗致死傷罪の基本行為である強盗は, それ自体単独でも強盗罪として独立の犯罪を構成するが, 建造物等以外放火罪の基本行為である建造物等以外焼殺は, それのみでは放火罪等の犯罪を構成しない。結果的加重犯については, これを「故意犯と過失犯の複合的な形態」(団藤・総論337頁)と解するか, 過失犯の部分は「少なくとも過失」(内田・各論290頁)があれば足りると解するかで対立があるが, いずれにせよ, 基本行為が故意犯の構成要件に該当している必要がある。従って, 建造物等以外放火罪は, 結果的加重犯ではなく, 「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」(小野「犯罪構成要件の理論」同・犯罪構成要件の理論(1953年)129頁)である結合犯でもない単なる1個の故意犯, 具体的危険犯と解すべきではなからうか。放火により器物損壊罪(第261条)が成立する余地はあるが, 建造物等以外放火罪は手段が放火に限定されている上, 客体が第110条第2項の「自己の所有に係るとき」に当たる場合には, 器物損壊罪は成立しない。従って, 器物損壊罪を基本犯と解することもまた, 困難であろう。
- 54) 平野・総論 165頁。
- 55) 大判大正7年11月25日刑録24輯1425頁。
- 56) 小野・各論84頁, 植松・各論128頁, 団藤・各論232頁, 藤木英雄・刑法講義各論(1976年)115頁, 福田平・刑法各論(全訂第3版増補・2002年)80頁, 井上=江藤・各論218頁など。
- 57) 柏木千秋・刑法各論(再版・1965年)215頁, 大塚・各論391頁, 福田・各論

- 80 頁。
- 58) 木村・各論 221 頁, 江家・各論 108 頁, 斉藤金作・刑法各論(全訂版・1969 年) 100 頁, 西原春夫・犯罪各論(第 2 版・1983 年) 85 頁, 内田・各論 488 頁, 林幹人・刑法各論(2003 年) 345 頁, 堀内・各論 226 頁, 山口・各論 404 頁, 西田・各論 287 頁。
- 59) 内田・各論 488 頁。
- 60) 最判昭和 30 年 6 月 22 日刑集 9 卷 8 号 1189 頁(三鷹事件判決), 団藤・各論 232 頁, 内田・各論 488 頁, 前田・各論 336 頁。
- 61) 中森・各論 218 頁, 曾根・刑法各論(第 3 版補正 3 版・2003 年) 236 頁, 平川宗信・刑法各論(1995 年) 134 頁参照。これは, 結果的加重犯という前提を重視するならばなおのことであろう。
- 62) 曾根・各論 236 頁参照。
- 63) 平井・各論 374 頁, 牧野・各論下巻 653 頁, 小野・各論 244 頁, 木村・各論 122 頁, 団藤・各論 594 頁, 江家・各論 303 頁, 窪田四郎・くらしの刑法(第 2 版・1998 年) 151 頁, 林・各論 223 頁。
- 64) 牧野・日本刑法下巻(重訂・1938 年) 367 頁。
- 65) 西田・各論 165 頁。
- 66) 宮本・大綱 363 頁。
- 67) 瀧川・各論 131 頁。
- 68) 大場・各論上巻 627 頁, 香川・各論 532 頁も同旨。
- 69) 前注 36) 参照。
- 70) 西原春夫・刑法総論(1977 年) 188 頁, 団藤・総論 337 頁注 8, 大谷・刑法講義総論(新版追補版・2004 年) 223 頁, 川端・刑法総論講義(第 2 版・2006 年) 159 頁。
- 71) 丸山雅夫・結果的加重犯論(1990 年) 230 頁, 前田・刑法総論講義(第 4 版・2006 年) 97 頁参照。
- 72) 大塚・各論 230 頁, 大谷・各論 248 頁, 平川・各論 360 頁。
- 73) 肯定するもの植松・各論 399 頁。否定するもの大谷・各論 248 頁。なお, 否定説に立つと, この事例は強盗罪と過失致死罪との観念的競合となる。
- 74) 密接的関連性と予見可能性のいずれが, より狭い基準と言えるかは, 密接的関連性の内容が明確ではない以上, 困難と言わざるを得ないが, 機会説に近い結論を採るのであれば, 密接的関連性を予見可能性と置き換える立場も考えられよう。
- 75) 団藤・各論 596 頁, 藤木・各論 301 頁, 西原・各論 223 頁, 平川・各論 361 頁, 大谷・各論 249 頁, 林・各論 224 頁, 堀内・各論 139 頁, 山口・各論 237 頁, 西田・各論 166 頁。
- 76) 前注 75) 参照。
- 77) 藤木・各論 301 頁, 内田・各論 295 頁, 園田寿「強盗殺人罪の未遂」平野他編・刑法判例百選 各論(第 3 版・1992 年) 81 頁。
- 78) 内田・各論 295 頁。
- 79) 大谷・各論 250 頁。なお, 大谷博士は無形的傷害の概念を認めている。

- 80) 瀧川・各論 133 頁, 瀧川 = 竹内・各論 184 頁, 平野・概説 211 頁, 香川・各論 534 頁。
- 81) 瀧川・各論 133 頁, 瀧川 = 竹内・各論 184 頁, 香川・各論 534 頁。
- 82) 木村・各論 123 頁, 内田・各論 295 頁, 堀内・各論 139 頁。
- 83) 木村・総論 372 頁。
- 84) 平野・概説 211 頁。
- 85) 大判昭和 16 年 11 月 11 日刑録 20 卷 598 頁。
- 86) 泉二新熊・日本刑法論下巻(各論)(第 42 版・1931 年) 688 頁, 牧野・各論下巻 574 頁, 団藤・各論 571 頁, 香川・各論 495 頁。なお, 小野・各論 245 頁, 同「傷害致死の因果関係 - 不法行為により得たる財物の保護 - 既に死亡したる者よりの窃盗 - 牽連犯における手段と結果」刑事判例研究会編・刑事判例評釈集 4 巻(昭和 16 年度) 255 頁は, 「生々しい死体から財物を抜き取る」行為を, 財物取得者が被害者を殺害したかどうかに関わらず窃盗罪とすべきであるとする。
- 87) 大判昭和 16 年 11 月 11 日刑録 20 卷 598 頁, 最判昭和 41 年 4 月 8 日刑集 20 巻 4 号 207 頁。
- 88) 団藤・各論 571 頁, 福田・各論 224 頁, 香川・各論 495 頁, 前田・各論 176 頁。
- 89) 泉二・各論 688 頁。牧野・各論下巻 574 頁も同旨。ただし, 牧野博士は, 客体となる財物は「占有を離れたる物」ではなく, 行為者が「占有を離させたる物」であるから, 占有離脱物横領罪は成立し得ず, この場合には「窃盗罪の規定を類推的に拡大して理解することになる」とする。
- 90) 平野・概説 203 頁。同旨, 大谷・各論 210 頁, 堀内・各論 110 頁, 山口・各論 181 頁, 西田・各論 131 頁。
- 91) 大沼邦弘「死者の占有 - 窃盗罪・強盗罪と占有離脱物横領罪の関係 - 」芝原邦爾編・刑法の基本判例(1988 年) 129 頁。
- 92) 町野朔「強盗殺人における財物の奪取とその意思」判時 938 号(1978 年) 190 頁(判評 249 号 44 頁)は, の行為について, 「ドイツ流の厳格な考え方をとるなら, ... 占有離脱物横領行為しか成立しないのは当然ということになる。もっとも... における金品の奪取が, 被害者の死亡と直接結び付いていることは疑いない。そして, 行為者が ... のように行為する意思を持っていて, それが右のように奪取の意思として肯定しうるとしたなら, たとえ具体的に被害者の身に付けていた金品を取得する目的がなかったとしても, 当該取得行為はその取得意思と符合するが故に, それを強盗の実行行為とすることもできよう」とする。
- 93) 町野・前掲論文 191 頁(判評 249 号 45 頁)は, 「判旨は, ... 財物の取得にはさらに D の占有を侵害することが必要であった場合についても, これを窃盗行為として独立に評価することなく, 強盗行為の一部だとしている。おそらく本判例としては, 強盗殺人罪の成立のためには, 殺害行為が行為者の財物取得を容易ならしめるだけで足りると考えているのであろう。... 財物の所有者を殺害しても, それを占有する他人がいれば, 財物を取得するためにはその占有をさらに侵害しなければならない。そのような場合でも強盗殺人罪が成立するという本件の判旨において, 殺人行為が占有の奪取のための暴行でなければならないということとは,

すでに考えられていないのである。本判決は、強盗殺人罪の成立に財物の現実的奪取が不要であることから、強盗罪が同罪の要素であることを看過し、財物奪取の意思を抽象化し、奪取の概念をルーズにしてしまった、これでは、強盗殺人罪は、強盗罪と殺人罪との結合犯ではなく、領得罪一般と殺人罪との結合犯ということになってしまう」として、東京高裁昭和 53 年判決の論理を批判している。

- 94) 泉二・各論 689 頁。
- 95) 大谷・各論 248 頁。
- 96) 平川・各論 343 頁。
- 97) 西田・各論 131 頁。
- 98) 西田・各論 155 頁は、「結局、殺害によって既に占有を離脱させているのであるから、殺害時の強取の意思の継続性、単一性が認められる範囲での財物取得は強取と解すべきであろう。したがって、殺害により目的とした金銭を奪えば、二日後、死体を埋める際にあらたに発見した別の金銭については占有離脱物横領罪が成立するにとどまる。反対に、はじめから計画していた場合には、甲が乙を殺害した後に乙宅へ赴き、その財物を取るのも強盗殺人の結果だといってよい」とする。
- 99) 西田・各論 155 頁。
- 100) あるいは、強盗殺人罪と占有離脱物横領罪の罪数関係を、併合罪ではなく共罰的事後行為と解すべきであるかもしれない。
- 101) 大谷・各論 247 頁。
- 102) 高橋貞彦「死者の携帯品と占有」藤木 = 板倉編・刑法の争点（新版・1987 年）250 頁。
- 103) 木村・各論 123 頁。同旨、植松・各論 404 頁。
- 104) 江家・各論 303 頁。

第 2 節 結合犯説

第 1 項 結合犯説の基本的構成

以上の結果的加重犯説に対し、第 240 条の罪はすべて結合犯である、あるいは結果的加重犯である強盗致傷罪・強盗致死罪と、結合犯である殺傷の故意ある強盗傷害罪・強盗殺人罪を含む規定であると解する、いわゆる結合犯説も主張されている。

まず判例についてみると、結果的加重犯説に立つもののほか、強盗致死傷罪を強盗罪の結果的加重犯ではなく、強盗罪と傷害・傷害致死・殺人罪との結合犯であるとするものがある。

このような判例としては、まず、大判大正11年12月22日刑集1巻815頁が挙げられる。この判決は、第240条の構成要件に殺意ある強盗殺人が含まれるかという問題について、「強盗致死罪ハ…即チ強盗罪ト殺人罪トノ結合罪又ハ強盗罪ト傷害致死罪トノ結合罪ニ外ナラズ」として、強盗致死罪に故意ある強盗殺人も含まれるとしたうえで、強盗致死罪、強盗殺人罪が結合犯であることを明示している。さらに前掲最判昭和32年8月1日刑集11巻2065頁も、大正11年判決の立場を受け継いでいる¹⁰⁵⁾。

下級審判例においても、東京高判昭和25年5月20日判タ9号58頁は、前掲最判昭和23年10月26日刑集2巻11号1405頁と同様、強盗傷人罪と強盗未遂罪の間での訴因変更が必要かが争われた事案について、「原審が認定した強盗未遂の事実と検察官が公判廷で訂正した起訴状の強盗傷人の公判事実とを比較して見ると原判決では訴因に包含されている強盗未遂と傷人の結合犯中傷人の事実をとり除いて訴因縮減しただけのことで右の変更によつて被告人の防御に少しも不利益を生ずる虞もない」として、強盗傷人罪が結合犯であることを理由に、訴因変更が不要である旨判示している。

また、強盗致死傷の途中からの共犯につき、承継的共犯の成立を認めることにより、強盗致死傷罪を結合犯と明示しないまでも、実質的には結合犯であることを肯定している判例もある。

例えば、神戸地判昭和39年3月10日下刑集6巻3・4号204頁は、Aが被害者に単独で暴行を加えて負傷させたうえで、Aに追従して来ていたBに対し「こいつの金を探せ」と命じ、Bは被害者の反抗が抑圧されているのを見てAの犯行に加担しようと決意し、被害者の所持していた金品を奪取したという事案について、承継的共犯の理論構成には特に言及せずに、Bが強盗致傷罪の承継的共同正犯の罪責に問われると判示している。

同様に、東京高判昭和57年7月13日判時1082号141頁も、被害者にAが単独で暴行を加えて負傷させ金品を奪取し、さらに被害者に対する債務の支払請求を断念させた直後に、Aの犯行の子細を逐一眼前で目撃していた被告人Bも、Aの指示により、被害者を裸にして縛り上げて暴行し、さらに布団蒸しにして共に逃走したという事案について、「Aが強盗の実行行為に着手してから、

被害者を布団蒸しにするまでの間の一連の所為を包括的にとらえて、これを不可分の関係にある一個の強盗行為とみるのが実体に即するというべきであるから、…前記財物及び財産上の利益の取得を確保するという行為は、一個の強盗行為の一部を組成するものであり、したがって、被告人は強盗の実行行為の一部を分担したものとといわなければならない。このように、被告人がAの行った一個の犯罪の一部に共同正犯として承継加担した以上、自己の直接関与することのなかったAの先行行為を含め、同人につき成立すべき犯罪の全体につき同一の罪責を免れないことは当然というべきであって、被告人につき監禁罪の成立をいう（弁護人の）所論は…採用できない」として、Bは強盗傷人罪の承継的共同正犯の罪責に問われると判示している。

なお、東京地判平成7年10月9日判時1598号155頁は、途中からの共犯について、「（強盗致傷罪の）後行行為者は、財物奪取行為に関与した時点で、先行行為者によるそれまでの行為とその意図を認識しているのみでなく、その結果である反抗抑圧状態を自己の犯罪遂行の手段としても積極的に利用して財物奪取行為に加担しているのであるから、個人責任の原則を考慮に入れても、先行行為者の行為も含めた強盗罪の共同正犯としての責任を負わせるべきものと考えられるが、反抗抑圧状態の利用を超えて、被害者の傷害の結果についてまで積極的に利用したとはいえないのにその責任を負わせることは、個人責任の原則に反するものと考えられる」と判示して、承継的共同犯の成立を否定している。しかし、承継的共同犯の理論そのものが個人責任の原則にそぐわないとはしているものの、「先行行為」「後行行為」という文言を用いていることから、強盗致傷罪が結合犯であるという前提については肯定している趣旨であるようにも思われる。

本章第1節第1項において述べたように、判例には、強盗致死傷罪を結果的加重犯とするものもあるが、近年の下級審判例は、承継的共同正犯の成否を論じる際に、第240条の罪が強盗罪と傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の結合犯であるという解釈を前提としていると思われるものが多くなっている。このことから、判例理論においては、強盗致死傷罪を結合犯とする理解が定着しつつあることが窺われる。もっとも、強盗傷人罪と強盗未遂罪の間で訴因変更を不要と

した判例には、強盗傷人罪を結果的加重犯とするものと、結合犯であるとするものがある。しかし、争点が訴因変更に限られていたため、強盗致死傷罪が結果的加重犯か結合犯かという点を、それほど重視していなかったと見ることもできるであろう。

一方、学説上は、第240条の罪がどのような結合犯を含んでいるのかについて、結合犯説の内部で若干の対立がある。すなわち、結合犯の内部においては、第240条に規定される強盗致傷罪・強盗傷害罪・強盗致死罪・強盗殺人罪はすべて、強盗罪と暴行致傷罪・傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の結合犯であるとする立場¹⁰⁶⁾、強盗致傷罪・強盗傷害罪は強盗罪の結果的加重犯、強盗致死罪は強盗傷人罪の結果的加重犯、強盗殺人罪は強盗罪と殺人罪の結合犯として、第240条の罪は結果的加重犯、結合犯の両者を含むものであるとする立場¹⁰⁷⁾、強盗傷害罪は強盗罪と傷害罪の結合犯、強盗致傷罪は強盗罪の結果的加重犯、強盗致死罪は強盗傷害罪の結果的加重犯、強盗殺人罪は強盗罪と殺人罪の結合犯であるとする立場¹⁰⁸⁾の3つがある。しかし、いずれの立場も、殺人の故意ある強盗殺人罪を結合犯であると解する点では一致している。

第2項 強盗殺人の処理

以上のように、第240条の罪を結合犯と解する立場は、強盗殺人を、強盗致死罪の「故意ある結果的加重犯」ではなく、強盗罪と殺人罪の結合犯として第240条に含めるべきという点において、結果的加重犯説と大きく異なっている¹⁰⁹⁾。

この結合犯説の根拠としては、以下の2つが挙げられている。

第1は、第240条が、結果的加重犯の法文に通常用いられるはずの「よって...させた」という文言を欠いている点である¹¹⁰⁾。

確かに、明らかに結果的加重犯とされている他の規定、例えば強制わいせつ等致死傷罪(第181条)、特別公務員職権濫用等致死傷罪(第196条)、傷害致死罪(第205条)、同意墮胎致死傷罪(第213条)、同意墮胎致死傷罪(第213条)、業務上墮胎致死傷罪(第214条)、不同意墮胎致死傷罪(第216条)、遺棄等致死傷罪(第219条)、逮捕等致死傷罪(第222条)、建造物等損壊致死傷

罪（第260条）などは、「よって...させた」という文言を用いている。これに対し、第240条後段は、「よって」という文言を使わず、ただ「人を負傷させたとき」「人を死亡させたとき」という文言を用いている。

しかし、強盗致死傷罪と同様に結合犯か結果的加重犯かが問題となりうる列車転覆致死罪（第126条第3項）についても、「よって...させた」の文言が用いられている。列車転覆致死罪については、法定刑の均衡上、殺人の故意ある場合を含むと解する立場が近時有力であり¹¹¹⁾、結論としても妥当であると思われるが、「よって...させた」の文言を有する規定を結果的加重犯と解するならば、殺意ある列車転覆致死罪を、「故意ある結果的加重犯」と説明せざるを得なくなる。これに対して、結果的加重犯説の論者は、「よって...させた」の文言を欠く規定であっても、「人を死に致した」「死亡させた」という文言が含まれているならば結果的加重犯であると主張しているが、少なくとも、「よって...させた」の文言の有無は、結果的加重犯であるか否かを決定づけることができないといえよう¹¹²⁾。

ところで、「人を死に致した」「死亡させた」という文言が結果的加重犯であることを示しているという結果的加重犯説の主張についても、疑問がある。平成7年の刑法一部改正により、第240条後段の文言は、「死に致したるとき」から「死亡させたとき」に改められた。しかし、第240条前段の「負傷させたとき」が強盗致傷と強盗傷害を含むものと解されるように、同条後段の「死亡させたとき」という文言もまた、かならずしも強盗致死の場合に限定されず、強盗致死と強盗殺人の両者を含むものと解することができよう。そうすると、第240条後段の文言が前段と同様のものに改正されたことにより、第240条後段が強盗殺人を含むとする解釈が改正前よりもより容易になるようにも思われるのである。

第2は、人を殺害して物を奪うという場合は、刑事学的にみて、第240条後段が規定する犯罪類型のうちもっとも典型的なものであるから、第240条後段は殺人の故意ある場合も、強盗殺人罪という結合犯として規定していると解すべきだという点である¹¹³⁾。

上述したように、結果的加重犯説に拠って、殺人の故意ある強盗殺人を第

240条後段が包含することを説明するためには、「故意ある結果的加重犯」の理論を採用しなければならないが、「故意ある結果的加重犯」の理論が多くの問題を含んでいることは既に述べたとおりである。これに対し、強盗殺人罪を強盗罪と殺人罪の結合犯と解するならば、結果的加重犯に故意ある場合が含まれるかという困難な議論に立ち入らずに、第240条後段に殺人の故意ある場合が包含されると説明できることとなる。

第3項 結合犯としての性質

結合犯説については、結合犯の性質に関して、次のような問題もある。その1は、強盗致傷罪・強盗致死罪のような故意犯と結果的加重犯の結合犯は認められるのかという点であり、その2は、第240条は身分犯としての規定形式を有しているのに、それを結合犯と解しうるのかという点である。

第1の点について、西村博士は、結合犯とは「単独でも罪になる故意犯の結合」であるから、結果的加重犯である傷害致死罪が結合犯の一部となることはあり得ず、従って、強盗致死罪は結合犯ではなく結果的加重犯、しいていえば「一種の複合犯」であると主張されている¹¹⁴⁾。

確かに、強盗致死傷罪以外で結合犯と解されている損壊逃走罪(第98条)、暴行・脅迫逃走罪(第98条)、墳墓発掘死体等損壊罪(第191条)、強盗罪(第236条)、強盗強姦罪(第241条)は、ことごとく故意犯同士の結合である。事後強盗罪に関しても、非身分犯説(結合犯説)に立てば、窃盗罪と暴行罪・脅迫罪の結合犯と解されるのであるから、やはり故意犯同士の結合犯といえる。しかし、結合犯について、多くの論者は、「数種ノ行為ヲ合一シテ之ヲ一罪ト解スルモノ」¹¹⁵⁾とか、「二つの構成要件的事実が結合されて一つの構成要件となつてゐるもの」¹¹⁶⁾などと定義するにとどまっている。「数種ノ行為」を故意の行為のみに限定すべきであると明言する論者は、西村博士以外にはいないようであるが、西村博士の主張には、結合犯は故意犯同士でしか構成され得ないという点について積極的論拠が不明であるという難点がある。また、西村博士は、一方で、強盗強姦罪及び強盗強姦致死罪を、「結果的複合行為犯」すなわち併合罪型結合犯として位置づけられている¹¹⁷⁾。しかし、強盗強姦致死罪も

また致死罪であるのだから、故意犯ではない結果的加重犯が結合犯を構成し得ないという前提に立つならば、強盗致死罪と同様、結合犯ではなく「一種の複合犯」として位置づけられるはずであり、結合犯、複合犯の分類が曖昧であるという批判を免れないように思われる。

もっとも、強盗致死罪を、強盗罪の結果的加重犯と解するのか、それとも強盗罪と傷害致死罪の結合犯と解するのかによって、強盗致死罪の成立範囲に若干の相違が生じることに注目すべきである。結果的加重犯と解するならば、強盗致死罪が成立するためには、致死という加重的結果が、基本犯である強盗の行為によって生じなければならないであろう。しかし、強盗罪と傷害致死罪の結合犯と解するならば、致死に至る傷害の結果が、強盗行為を原因として生じなければならないという理論的必然性は希薄になる。具体的には、強盗を行った者が、強盗の被害者とは全く無関係の者に傷害を加え死亡させた場合であっても、強盗と傷害致死が行われたのであるから強盗致死罪が成立すると解しうる。もっとも、それでは処罰範囲が過度に拡大することになるから、結合犯と解する場合には、致死の結果は強盗行為を手段として発生していなければならないとする手段説、あるいは「強盗の機会」に致死の結果が生じていなければならないとする機会説によって、処罰範囲を制限することが必要となる。

第2の点については、身分犯としての規定形式を有するものであったとしても、必ずしも身分犯と解さなければならないわけではないとする主張もある。すなわち、岡本教授は、改正後の第240条について、「判例の広漠とした身分概念に該当するからといって、ただそれだけで刑法65条にいう身分犯の身分にあたと判断すべきではなく、当該犯罪構成要件の実体的性質を熟慮すべきである」としたうえで、「強盗致死傷罪は、立法技術上一見身分犯として規定されているようではあるが、しかしその実体は『強盗の罪を犯し、よって人を死傷させた』行為を罰するものであることは明らかである。強盗致死傷罪は、身分犯ではなく、刑法65条とは無縁な結果的加重犯であると言わなければならない。…強盗殺傷罪（殺傷の故意ある場合）も、強盗致死傷罪と同じく規定形式上は一見身分犯に見えるが、しかしその実体は『強盗の罪を犯し、その機会に人を殺傷する』犯罪であり、いわゆる結合犯の一種で、決して身分犯では

ない」として、第240条の「規定形式」よりも「実体的性質」を重視して解釈すべきであると、そのうえで、240条の各構成要件は、結果的加重犯ないし結合犯として解釈すべきである旨主張されている¹¹⁸⁾。

さらに、岡本教授は、身分犯としての規定形式を取るものであっても、身分犯かどうかの区別は、「構成要件の形式からする明確で合理的な区別が可能である。即ち、その区別は、『身分』を有していることが既に犯罪を構成するものであるか否かの基準によって決せられるべきである」として、収賄罪における「公務員又は仲裁人」、強姦罪における男子、保護責任者遺棄罪における「保護する責任のある者」等の身分は、それ自体はまったく犯罪とは無縁な地位・状態であるのに対して、事後強盗罪における「窃盗」、強盗殺人罪における「強盗」、強盗致死傷罪における「強盗」等の所謂身分は、犯罪を犯したこと自体が「身分」とされており、後者は非身分犯及び結合犯と解されなければならないと主張される¹¹⁹⁾。

しかし、確かに「犯罪とは無縁な地位・状態」を身分とする身分犯はありうるが、そのことが「犯罪を犯したこと自体」を身分と解すべきではないという根拠にはならないであろう。実際、ドイツにおいては、前述したように、「利欲から」という動機による謀殺罪は、故殺罪を基本類型とし、行為者関係的要素によって刑が加重される、わが国の不真正身分犯に類似した身分犯と解されている。そして、そこで規定される「謀殺者」という身分は、まさに、人の殺害という「犯罪を犯したこと自体」から発生するものなのである。

また、「実体的性質」を身分犯の解釈の中心に据えるという主張には合理性があるようにも思われるが、この場合、岡本教授も認められているように、第240条の規定の形式、言い換えればその基本的性質は、あくまでも身分犯のそれである。そうであるならば、第240条の各構成要件を「実体的」な解釈から身分犯と解すべきではないとするには、文理上の解釈を上回る積極的な根拠が要求されて然るべきであろう。そして、第65条との関係で重視すべき第240条の「実体的性質」とは、強盗致死傷罪を不真正身分犯と解した場合、「通常の刑」にあたる傷害罪、傷害致死罪、殺人罪が適用されるという、共犯と身分の問題として解釈した場合の論理構成と、それによってもたらされる結論を指

すものと解すべきではなからうか¹²⁰）。

また、岡本教授は、事後強盗罪、強盗殺傷罪（殺傷について故意ある場合）、強盗強姦罪について、「実質的に結合犯であるにも拘わらず規定形式上は身分犯であるかのような外観を呈しているが、これに対して、例えば墳墓発掘死体損壊等罪は、『第 189 条の罪を犯して、死体、遺骨、遺髪又は棺に納めてある物を損壊し、遺棄し、又は領得した者』と規定されており、規定形式上も実質的にも結合犯であることが明らかであるが、しかし、『墳墓を発掘した者が、…物を損壊し、遺棄し、又は領得したときは』と規定して身分犯の外観を備えさせることは、立法技術上十分可能であった。…単なる立法技術上の偶然の選択によって刑法 65 条の適用の可否が決定されてしまうのは、いかにも不合理であろう」として、墳墓発掘死体損壊等罪を例に挙げたうえでの「実体的性質」に基づく解釈の必要性を強調されている¹²¹）。

しかし、規定形式の相違を「単なる立法技術上の偶然の選択」として片づけ てよいかについては疑問もある。墳墓発掘死体損壊等罪（第 191 条）は、手段としての墳墓発掘罪（第 189 条）と、目的としての死体損壊等罪（第 190 条）が結合した結合犯と解される¹²²）。従って、既に墳墓発掘を行った正犯が後行して行う死体損壊等にのみ関与した共犯は、墳墓発掘死体損壊等罪の承継的共犯となる。この帰結に不合理な点は格別見あたらないであろうし、本罪を身分犯とする解釈的な試みも特に行われてはいない。このような合理的な規定形式の選択は、偶然ではなく必然的に行われたと見るのが自然ではなからうか。規定形式による解釈がまず先に行われ、それではどうしても不合理な結論しか導くことができない場合に、「実体的性質」に基づいて調整した解釈が行われるということはある得てよい。しかし、最初から規定形式を「偶然の選択」によるものとして軽視するのは疑問である。「実体的性質」が結合犯、結果的加重犯、身分犯のいずれであるかを検討するより前に、まずは規定形式に基づいた解釈が試みられるべきである。そして、強盗致死傷罪、強盗強姦罪、強盗強姦致死罪についても、結合犯説、結果的加重犯説を選択する前に、まずは規定形式に基づいた身分犯説の是非を十分に検討すべきであろう。さらに、少なくとも事後強盗罪については、形式的にも実質的にも身分犯と解されており、強盗

致死傷罪，強盗強姦罪，強盗強姦致死罪についても，少なくとも身分犯であることを明確に否定する論者は少ない。従って，これらの罪を「実質的に結合犯である」と言い切ることまた，困難ではなからうか。

第4項 共犯関係の処理

(1) 財物奪取のみへの関与者

強盗致死傷罪については，行為者が強盗目的で被害者を殺傷した後に，財物奪取のみへの関与者をどのように処理するかが問題となる。

判例は，このような場合の関与者は，強盗致死傷罪の承継的共犯となすとする。大判昭和13年11月18日刑集17巻839頁は，強盗殺人の正犯Aが被害者を殺害後，犯行現場を訪れたAの妻B女に対し，既に被害者を殺害したことを告げたうえで金品物色行為の協力を求め，B女がAに灯火を送って強取を容易ならしめたという事案について，「刑法第240条後段の罪は強盗罪と殺人罪若しくは傷害致死罪より組成せられ，右各罪種が結合せられて単純一罪を構成するものなるを以て，他人が強盗の目的を以て人を殺害したる事実を知悉し，其の企図する犯行を容易ならしむる意思の下に，該強盗殺人罪の一部たる強取行為に加担し之を幫助したるときは，其の所為に対しては強盗殺人罪の従犯を以て問擬するを相当とし，之を以て単に強盗罪若しくは窃盗罪の従犯を構成するに止まるものと為すべきにあらず」として，B女は強盗殺人罪の幫助犯の罪責に問われる旨判示している。

東京高判昭和57年7月13日判時1082号141頁も，被害者にAが単独で暴行を加えて金品を奪取した直後に，Aの指示によりBが更に被害者に暴行を加え負傷させたという事案について，強盗傷人罪が結合犯であること，Bが介入前のAの行為を認識していたことから，Bの暴行が一個の強盗行為の一部を組成するものとして，Bは強盗傷人罪の承継的共同正犯の罪責に問われる旨判示している。

学説上も，結合犯説の論者は，上記の判例の立場を支持する。例えば植松博士は，大審院昭和13年判決について，「強盗殺人罪は結合犯（判文に『単純一罪』とあるのは，講学上の用例とは異なる。）であるから，その一部に関与す

る者もその罪全体について罪責を生ずる。途中からこの行為に関与したB女は、承継的従犯として強盗殺人幫助罪の罪責を負わなければならない。…たしかに、みずから与り知らない以前すでにAによって実行の終了していた殺人行為についてまで…幫助したと見るのは過酷の観もないではない。しかし、B女はこの既成の事実を了承のうえ…奪取行為を幫助したのであるから、犯罪学的観点からしても、この行為は決して生やさしい評価をもって足りるものではなく、強盗殺人幫助と認めたとえで酌量減刑を施した大審院の量刑（2年）は、決して酷に過ぎるものではない。この意味において、実質論としても、この法条の適用は不当ではない」と主張されている¹²³）。

このように判例及び結合犯説の論者が用いる承継的共犯の概念は、「犯罪の途中からそれに加功した者がある場合において、その加功者の地位をいう」と定義されている¹²⁴）。従って、大審院昭和13年判決の事案においては、B女の地位が承継的共犯にあたる。このような場合、Aには強盗罪が成立するのは当然であるが、B女は、単に窃盗罪の幫助犯の罪責を負うにとどまるのか¹²⁵）、それとも強盗殺人罪の幫助犯の罪責を負うこととなるのかが問題となり、承継的共犯肯定説によれば、B女の罪責は後者となる。

もっとも、結合犯説に立ちつつも、強盗致死傷罪における承継的共犯の成立には否定的な主張もなされている。

例えば、平野博士は、承継的共犯について、「関与以前の行為に対して、共犯の行為が因果性を持つということはありません」として消極的な立場を採られている。さらに、上掲大審院昭和13年判決についても、強盗殺人罪の幫助犯とされたB女は「Aの殺人を認容してこれに加わった以上、その人格態度において夫と同じ責任を問うに十分だというのであろう。共犯の罪名は同じであるべきだという完全犯罪共同説の考えもその背後にあるのかもしれない。しかし、いかに人格態度が非難に値するとしても、自分の行為と因果関係のないことについて責任を問われる理由はない」として、強盗殺人罪における承継的共犯の成立を否定されている¹²⁶）。しかし、一方で平野博士は、「関与前の行為についても責任を問われるようにみえる場合もある。それはその行為が、関与後にもなお効果を持ち続けている場合である。…AがCを抗拒不能におとしいれ

た後Bが加わって共同して物をとったとき、Bは窃盗の責任しか負わないのではないかという疑問がある。しかし、Aの行為にはその暴行傷害が及んでおり、それ自体強盗行為であるということが出来る。それをBも共同にしたのであるから、Bには強盗の責任を問うことが可能だと思われる」などとして、強盗罪の財物奪取のみへの関与、強姦罪の姦淫のみへの関与、詐欺罪の交付された財物の受領のみへの関与等については、承継的共犯が成立しうるとされている¹²⁷⁾。

また、大谷博士も、承継的共犯の概念を肯定しながらも¹²⁸⁾、「強盗殺人罪の場合は、強盗と殺人の結合の仕方が弱く実質的な一罪性を有するものではないから、必ずしも先行者の行為全体を利用して後行者が実行行為を行うという関係にはなく、…後行者の行為は先行者の人の殺害という結果を共同で惹起したものではない」として、中途介入者の関与後の行為と殺人との間に因果関係がないことから、中途介入者への強盗殺人罪の承継的共犯を認めるのは妥当でない¹²⁹⁾とされている。

これらの主張は、要約すれば、結合犯の中途介入者は承継的共犯に問われうるものの、強盗殺人罪・強盗致死罪に関しては、中途介入者が殺人に関与していないことを理由として、承継的共犯の成立を否定するものと言えよう。これらの主張に拠るならば、上記の2つの判例事案の共犯は、いずれも、「後行者は殺人という結果ではなく被害者の抵抗不能の状態を利用したにすぎない」ことから、強盗罪の共犯の罪責に問われるに過ぎない¹³⁰⁾。

もっとも、正犯が被害者を暴行・脅迫により抗拒不能とし、その後の財物奪取に中途介入者が関与した場合に、中途介入者は、その暴行・脅迫に関与したと言ってよいのであろうか。あるいは、関与前の暴行・脅迫を中途介入者が利用したと言うのであれば、正犯が被害者を殺害した場合についても、関与前の殺人を中途介入者が利用したといえるのではなからうか。このように、強盗殺人罪・強盗致死罪の場合についてのみ承継的共犯を否定するという立場には、中途介入者の処理の整合性において疑問が残るのである。

ところで、近時の下級審判例には、暴行・脅迫により既に抗拒不能状態が作出された状態において財物領得の意思を生じたとしても、さらに「新たな暴行・脅迫」がなければ強盗とは評価できないのではないかとするものがある¹³¹⁾。

大阪高判平成元年3月3日判タ712号248頁は、財物奪取以外の目的で暴行・脅迫を加え相手方の反抗を抑圧した後に財物奪取の意思が生じ、これを実行に移した場合、強盗罪が成立するというためには、単に相手方の反抗抑圧状態に乗じて財物を奪取するだけでは足りず、強盗の手段としての暴行、脅迫がなされることが必要であるが、その程度は、強盗が反抗抑圧状態を招来し、これを利用して財物を奪取する犯罪であることに着目すれば、自己の先行行為によって作出した反抗抑圧状態を継続させるに足りる暴行、脅迫があれば十分であるとして、既に反抗を抑圧された状態においてもなお、強盗罪が成立するには新たな暴行・脅迫が必要であると判示している。

札幌高判平成7年6月29日判時1551号142頁は、強姦の目的によって加えられた暴行・脅迫によって相手方が抗拒不能の状態になった後に、行為者が財物奪取の犯意を生じ、被害者が失神している間に財物を奪ったという事案について、「新たな暴行・脅迫が不要であるという所論...によると、反抗不能状態の利用意思があれば強盗罪となり、それがなければ窃盗罪となることになる」として、行為者には抗拒不能状態を利用する意思が当然に認められるものの、被害者は既に失神しており、強盗罪の成立要件として抗拒不能状態における新たな暴行、脅迫を必要とするのは無意味であるうえ、このような場合の被害者にはそもそも反抗の可能性がないこと、失神した被害者は金品を奪取されることを認識していないこと等から、強盗罪が成立し得るとは言い難いとして、本件事案においては「新たな暴行・脅迫」を論じる余地はなく、窃盗罪が成立すると判示している。

このような、「新たな暴行・脅迫」を必要とする立場によった場合には、たとえ正犯の先行する暴行・脅迫の存在を認識していたとしても、「新たな暴行・脅迫」には関与していない共犯の財物領得への関与を、直ちに強盗への関与として評価することは難しいこととなるであろう。

（2）殺傷のみへの関与者

さらに、強盗致死傷・殺人罪の殺傷のみへの関与者の処理はどうなるであろうか。

まず、AがBに対して殺人を教唆したところ、Bが強盗殺人に出たというような、致死傷(殺傷)先行型の場合には、前述したように、関与者に強盗致死傷罪の共犯の故意があるか否かによって結論が異なるが、関与者が強盗致死傷罪の共犯の故意を有していない場合には、結果的加重犯説と同様、共犯の錯誤の問題となる。従って、この事例においては、Aは殺人罪の教唆犯となる。しかし、AがBに対して強盗殺人の教唆を行ったところ、Bがその通りに強盗殺人に出たというように、関与者が強盗致死傷罪の共犯の故意を有している場合には、関与者は強盗致死傷罪の共犯となり、この事例ではAは強盗殺人罪の教唆犯となる。

次に、Aが、既に強盗を行ったBに対して、口封じのための殺人を教唆し、Bがその通りに被害者を殺害したというような、致死傷(殺傷)後行型の場合の関与者はどうか。このような関与者は、結合犯である強盗殺人罪の一部への関与者であるから、承継的共犯となり、この事例においては、Aは強盗殺人罪の承継的教唆犯となる。もっとも、既に財物を奪った後の殺人が、財物奪取につき因果性を有するといえるのかは問題となるであろう。

第5項 処罰範囲の制限

結合犯説によれば、強盗致死傷罪の処罰範囲を制限する基準となる「強盗の機会」説は、強盗罪と傷害罪・傷害致死罪・殺人罪との結合が認められる範囲を意味することにもなる。

前掲大審院大正11年12月22日判決によれば、強盗致死傷罪は「強盗罪ト殺人罪トノ結合罪又ハ強盗罪ト傷害致死罪トノ結合罪ニ外ナラズ」と言い、殺人の故意ある強盗殺人罪が強盗罪と殺人罪の結合犯、故意無き強盗致死罪が強盗罪と傷害致死罪の結合犯と解しているように思われる。もっとも、結合犯の結合の仕方については、強盗罪に代表される牽連犯型と、強盗強姦罪に代表される併合罪型の2種類があるとされている¹³²⁾。そして、強盗致死傷罪を傷害罪・傷害致死罪・殺人罪と強盗罪の牽連犯型結合犯と解するのであれば、その理論構成は手段説に通じ、強盗致死傷罪の成立する範囲は、強盗の手段として暴行致傷・傷害・傷害致死・殺人が行われた場合に限定されることとなるであ

ろう。

これに対して、強盗致死傷罪を傷害罪・傷害致死罪・殺人罪と強盗罪の併合罪型結合犯と解するのであれば、強盗致死傷罪が成立するためには、強盗と暴行致傷・傷害・傷害致死・殺人が行われさえすればよく、結合犯の内部における目的と手段の関係の存在は不要となる。従って、例えば、財物を奪取するために被害者を殺傷する場合はもちろん、強盗が財物奪取後に被害者を殺傷する場合や、強盗の機会に強盗の被害者とは無関係の第三者を殺傷する場合なども強盗致死傷罪を構成することとなり、処罰範囲が過度に拡大するおそれがあると指摘されている¹³³⁾。また、併合罪型結合犯とする解釈を前提とするならば、強盗致死罪に、強盗罪と傷害致死罪の結合犯だけでなく、強盗罪と過失致死罪の結合犯も含まれるとする余地が生じてくる。そうすると、強盗犯人が財物物色中に誤って座敷に寝ていた嬰兒を踏んで死に致したという場合も、強盗致死罪の処罰範囲内ということとなるであろう¹³⁴⁾。

以上のように、強盗致死傷罪の処罰範囲は、牽連犯型結合犯か併合罪型結合犯かで異なる場合も出てくるから、本罪を結合犯と解するに当たっては、結合の仕方明らかにされなければならない。しかし、結合犯説の論者の多くは、強盗致死傷罪の結合の仕方がどのようなものかについて言及せず、「強盗の機会」の致死傷が強盗致死傷罪を構成するという、「強盗の機会」説によって、強盗致死傷罪の処罰範囲を確定しようとしている。強盗致死傷罪を牽連犯型結合犯とし、しかも手段説を採った場合における強盗致死傷罪の処罰範囲は、「強盗の機会」説より狭い。従って、「強盗の機会」説は、強盗致死傷罪を併合罪型結合犯と解することを前提とした場合に採りうるものであると思われるが、「強盗の機会」説を採る論者が、はたしてこのように認識しているかは疑問である。

第6項 未遂・既遂

強盗致死傷罪の未遂・既遂は、結合犯説に立った場合にはどのように解されるであろうか。

結合犯説の論者の多くは、生命・身体法益を重視する観点から、判例に従い、

強盗致死傷罪の未遂とは、致死傷が未遂の場合であると解している¹³⁵⁾。

しかし、結合犯は、本来複数の犯罪が成立するところを、1つの犯罪として規定したものである。従って、結合犯の内部において結合している犯罪の一方が未遂、他方が既遂であった場合に、結合犯全体として既遂と解して良いのか、結合犯の未遂はどのような場合に成立するのかが問題となる。この点について、曾根教授は、強盗致死傷罪が、傷害・殺人という攻撃犯であると同時に、財産犯であることも否定できないのであるから、強盗未遂・致死傷既遂型の強盗致死傷未遂罪の成立を認めるべきだと主張されている¹³⁶⁾。

思うに、結合犯の未遂の成否は、結合している各行為の既遂、未遂さらには中止未遂の組み合わせを前提として検討しなければならないであろう。強盗致死傷罪を結合犯とした場合の未遂の成否が問題となりうるのは、次の3つの場合である。

第1は、強盗、致死傷のいずれも未遂に終わった場合である。上述したように、結合犯説によれば、強盗致死傷罪の未遂は致死傷の未遂と解され、強盗が完成したか否かは既遂時期に影響しないことから、このような場合には、当然に強盗致死傷罪の未遂となる。

第2は、強盗が未遂、致死傷が既遂の場合である。結合犯説により、さらに強盗の完成の有無が強盗致死傷罪の既遂時期に影響しないとすれば、強盗が未遂、傷害が既遂の場合には強盗傷害既遂罪が成立する。強盗が中止未遂であったとしても、この事実が酌量減輕のための情状として考慮されるにとどまり、強盗傷害罪は中止犯とはならない¹³⁷⁾。これに対し、強盗未遂・傷害既遂の強盗傷害未遂罪を認める見解も、少なくとも現在は皆無であるが理論上は成立しうる。しかし、この立場によると、強盗傷害未遂について刑を減輕または免除する場合に、単なる傷害罪より刑が軽くなるおそれがあると指摘されている¹³⁸⁾。一方、曾根教授の立場からすると、結合犯の一部である強盗罪が未遂であるにもかかわらず、生命・身体法益が重要であることのみをもって、結合犯全体を既遂と解するのは、論理的ではないということとなろう。

第3は、強盗が既遂、致死傷が未遂の場合である。上述の判例によれば、この場合には強盗致死傷罪の未遂とされる。しかし、未遂犯あるいは中止犯とな

ることで刑が減輕または免除されるとして、既遂となっている強盗の部分の評価はどうなるのかという問題がある。これが併合罪であれば、殺人未遂について刑を減免してたととしても、強盗罪の刑責を問うことは可能である。しかし、単統一罪である結合犯においては、そのようなことはできない¹³⁹⁾。もっとも、刑の免除はともかく、減輕については、問題は少ないともいえる。なぜなら、強盗殺人罪（第 240 条）の「死刑又は無期懲役」という法定刑は、減輕される場合、刑法第 68 条第 2 号によって「七年以上の有期の懲役又は禁錮」とされるが、強盗罪（第 236 条）の法定刑は「五年以上の有期懲役」であるから、強盗既遂・殺人未遂による強盗殺人未遂罪の法定刑は、強盗既遂罪より軽くなるという矛盾を生じないのである。もっとも、第 4 章において後述する強盗強姦罪とその未遂に関しては、未遂減輕された場合の刑の下限は強盗罪を下回る懲役三年六月となり、法定刑の不均衡は深刻なものとなる。

以上のように、結合犯説を前提としたうえで、強盗致死傷罪の既遂時期について判例に従うと、第 2 の場合の結合犯の未遂に関する解釈上の問題、第 3 の場合の刑の免除の問題が生じる。あるいは曾根教授の主張に従ったとしても、刑の免除の問題をどのように解するかという問題は依然として残る。

しかし、殺傷未遂の場合のみを強盗致死傷罪の未遂とする判例の結論を採用することを前提とした場合、結果的加重犯説においては困難であるが、結合犯説においては、その性質と矛盾しない解釈を採用することも可能ではないかと思う。すなわち、強盗致死傷罪を、強盗罪・強盗未遂罪と、傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の結合犯と解するのである。これならば、例えば財物奪取未遂・殺人既遂の場合についても、強盗未遂罪と殺人罪の結合犯としての強盗致死傷既遂罪が成立すると解しうるのであろう。結合犯説を前提とするならば、このように解するのが妥当かと思われるが、同様の解釈を採用結合犯説の論者は、今のところ見あたらない。

第 7 項 死者の占有

「死者の占有」の問題は、結合犯説に立った場合にはどのように解されるであろうか。

結合犯説に立った場合、行為者が強盗の意思で被害者を殺害し、被害者が生前に占有していた財物を領得したという事例においては、強盗致死罪・強盗殺人罪の結合犯の一部である強盗罪が既遂となるためには、「死者の占有」を認めなければならないことになる。従って、財物領得未遂の場合に、強盗致死傷既遂罪の成立を認めることは困難となるであろう。

あるいは、強盗致死傷罪を、強盗罪・強盗未遂罪と、傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の結合犯と解するならば、財物領得未遂であっても、被害者が死亡したならば、「死者の占有」を全面的に否定したうえで強盗致死・殺人既遂罪となると解する余地もあるかもしれない。しかし、死者は占有の主体となり得ないのであるから、これから財物を奪取することもできず、単なる占有離脱物の領得と言わざるを得ない。従って、強盗部分は未遂ではなく不能犯であるから、このような解釈はやはり不合理であるように思われる。

以上のことから、結合犯説に立てば、「死者の占有」を認めざるを得ないことになるのではなからうか。

105) 他に、大判昭和8年11月30日刑集12巻217頁なども同旨。

106) 福田・各論243頁、藤木・各論301頁。

107) 植松・各論398頁。

108) 西原・各論223頁、大谷・各論245頁。

109) 大谷・各論247頁、平川・各論359頁。

110) 植松・各論401頁、福田・各論243頁、曽根・各論142頁。

111) 平野・総論165頁。

112) 曽根・各論142頁参照。

113) 福田・各論245頁、曽根・各論142頁。

114) 西村・強盗罪考述(1983年)50頁は、「『単独でも罪になる故意犯の結合』というのが結合犯であるから、強盗致死罪は結合犯ではなく、それとは別の結果的加重犯である。…傷害致死罪を結合犯だとする説はないが、それと強盗罪とが結合しているから、強盗致死罪もまた一種の結合犯だともいうのであろうか？

しかし何といても、致死罪の含まれる以上はもはや結合犯ではないのである。

この点をルーズに解すると、すべての結果的加重犯が結合犯に含まれてしまう。

…しいていえば一種の複合犯である」とする。

115) 牧野・日本刑法上巻499頁。

116) 小野・構成要件129頁。

117) 西村・考述118頁以下。

- 118) 岡本勝「事後強盗罪に関する一考察」香川達夫博士古希祝賀論文集・刑事法学の課題と展望（1996年）404頁。
- 119) 岡本・前掲論文 406頁。
- 120) 岡本・前掲論文 406頁は、第240条の罪を身分犯と解すべきではないとする主張を、事後強盗罪における非身分犯説の主張の過程で展開されている。そのため、第240条の罪を非身分犯と解した場合の結論の是非については、この論文においては省略されているものの、事後強盗罪については、身分犯と解した場合の結論の不当性を指摘されておられる。
- 121) 岡本・前掲論文 405頁。
- 122) 植松・各論 243頁、堀内・各論 292頁、山口・各論 518頁、西田・各論 369頁。
- 123) 植松・総論 355頁。
- 124) 牧野・刑法総論下巻（1959年）744頁。
- 125) 「死者の占有」を否定する立場に立てば、占有離脱物横領罪の幫助犯と解する余地もあろう。
- 126) 平野・刑法総論（1975年）382頁。
- 127) 平野・総論 383頁。
- 128) 大谷・総論 444頁。
- 129) 大谷・総論 444, 447頁。
- 130) 大谷・総論 447頁。
- 131) これに対し、「新たな暴行・脅迫」がなくとも強盗罪が成立するとした判例として、大判昭和19年11月24日刑集23巻252頁、東京高判昭和37年8月30日高刑15巻6号488頁、大阪高判昭和61年10月7日判時1217号143頁。
- 132) 西村・考述118頁以下、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）71頁。これに対し川端・総論464頁は、結合犯を「独立して犯罪となり得る一定の手段を要件とする犯罪類型」と定義しており、結合犯を牽連犯型のみに限定する趣旨かと思われる。
- 133) 西村・前途73頁。これが、後述する「機会説」の論拠の一つとなっているものとも思われる。
- 134) 植松・各論399頁は、このような場合についても強盗致死罪が成立するとしている。
- 135) 大塚・各論226頁、大谷・各論250頁、前田・各論215頁。
- 135) 大塚・各論226頁、大谷・各論250頁、前田・各論215頁。
- 136) 曾根・各論144頁。
- 137) 西村・考述75頁。
- 138) 西村・考述75頁。
- 139) 西村・考述75頁。

第3節 身分犯説

第1項 身分犯説の基本的構成

以上のように、強盗致死傷罪の性質については、結果的加重犯説と結合犯説が激しく対立している。これに対し、学説には、強盗致死傷罪を身分犯とする論者も多い。もっとも、そのような論者の多くは、強盗致死傷罪を結果的加重犯でもあり身分犯でもある、あるいは結合犯でもあり身分犯でもあるとしている¹⁴⁰⁾。

例えば、強盗致死罪・強盗致傷罪を結果的加重犯、強盗傷人罪・強盗殺人罪を結合犯とする立場を採る大塚博士は、強盗致死傷罪の主体につき『強盗』すなわち、強盗犯人である(身分犯)」として、身分犯であることを明言されている¹⁴¹⁾。もっとも、大塚博士は、例えば、正犯が強盗殺人に出た後に、強盗身分なき者が財物領得のみに関与した場合の第65条の共犯と身分の問題については言及されておらず、強盗致死傷罪が真正身分犯と不真正身分犯のいずれに当たるのかという点についても言及されていない¹⁴²⁾。

これに対し、古江検事は、強盗致死傷罪が、財産犯の加重類型というより、殺人罪等の加重類型としての性質が濃厚であるという藤木博士の指摘を引用したうえで¹⁴³⁾、強盗致死傷罪を、先行行為に関する法益、すなわち財産犯としての保護法益を放棄すべき「不真正結合犯=身分犯」であるとされ、さらに致死傷の結果のみに関与した共犯を、第65条の適用によって処理すべきとされている¹⁴⁴⁾。しかし、古江検事は、第65条第1項と同条第2項のいずれが適用されるのか、致死傷の後の財物奪取のみへの関与が共犯と身分の問題となるのかという点については、言及されていない。

このように、強盗致死傷罪については、学説上は身分犯であるという理解は一応あるものの、そこからもたらされるはずである共犯と身分の問題は、不思議と言ってよいほど意識されていないようである¹⁴⁵⁾。これは、身分犯としての性質と結合犯、結果的加重犯としての性質が併存しえないものであると認識されていないことに起因しているものと思われる。しかし、第240条の「強盗」の文言を強盗行為と強盗身分のいずれと解するかによって、強盗致死傷罪の性

質が決定されるべきであるのは、第2章において述べた事後強盗罪の「窃盗」の文言の解釈と同様である。そして、この「強盗」の文言の解釈が、次に述べるように、身分犯説の最大の根拠となりうることもまた、事後強盗罪の解釈と共通すると言えよう。

結合犯説、結果的加重犯説とも、従来の第240条の「強盗人ヲ傷シタルトキハ無期又ハ七年以上ノ懲役ニ処ス死ニ致シタルトキハ死刑又ハ無期懲役ニ処ス」という法文中の「強盗」という文言を、強盗「行為」と解している。しかし、平成7年4月28日に第132回国会において成立し、同年5月12日に公布、6月1日に施行された、「刑法の一部を改正する法律」によって、現行の第240条の規定は、「強盗が、人を負傷させたときは無期又は七年以上の懲役に処し、死亡させたときは死刑又は無期懲役に処する」と改められている¹⁴⁶⁾。

旧第240条と現第240条の法文の相違点としては、以下の2点が挙げられるであろう。第1は、旧第240条が「強盗人ヲ…シタルトキ」と規定していたのに対し、現第240条は「強盗が、人を…させたとき」と規定し、「が」という助詞と、その直後の句点が付けられている。これによって、「強盗」という文言は、強盗行為ではなく、「人を負傷」・「人を…死亡」させる主体である強盗身分を指すことが、一層明確になったといえよう。第2は、旧第240条が「傷シタルトキハ」「死ニ致シタルトキハ」と規定されていたのに対し、現第240条は「負傷させたときは」「死亡させたときは」と規定され、「シタルトキ」が「させたとき」へと改められたことである。

このように、「させたとき」という規定形式を有する他の犯罪としては、「逃走させたときは」とする看守者等による逃走援助罪（第101条）、「よって…延焼させたときは」とする延焼罪（第111条）、「墮胎させたときは」・「死傷させたときは」とする業務上墮胎罪・業務上墮胎致死傷罪（第214条）、「よって…死亡させたときは」とする強盗強姦致死罪（第241条）がある。このうち、「よって…させたとき」とされている延焼罪、強盗強姦致死罪は結果的加重犯と解されるが¹⁴⁷⁾、それ以外の「よって」の付されていない看守者等による逃走援助罪、業務上墮胎罪・業務上墮胎致死傷罪は一般に身分犯と解されている¹⁴⁸⁾。「よって…させたとき」の文言は、基本犯の行為が原因となって結果を

発生させたときという意味であるから、行為が主語である結果的加重犯と解したとしても、文理上の問題は生じない。しかし、単に「…させたとき」と規定されているのであれば、行為が原因ではないということであるから、主語は人すなわち身分者と解するのが文理解釈上妥当であり、従って強盗致死傷罪も身分犯と解すべきではなからうか。

また、結合犯説の一部の論者からは、強盗致死傷罪が身分犯であることを明確に否定し、結合犯でもあり身分犯でもあるということはないとする主張もなされている¹⁴⁹⁾。このような考え方は、結合犯と身分犯という性質が、結合犯であれば身分犯ではなく、逆に身分犯であれば結合犯ではないという関係にあることを前提とするものと理解されうるが、身分犯における共犯と身分、結合犯における承継的共犯の理論が適用される状況を明確に区別することができる点において、支持すべきものであろう。従来学説は、身分犯説と非身分犯説が激しく対立する事後強盗罪についてはともかく、少なくとも強盗致死傷罪と強盗強姦罪においては、これらの性質の重複が無意識のうちに認められているといってよい。しかし、これらの各性質は大きく異なるものであるから、解釈上は区別されなければならないものであるように思われる。

もっとも、このようにして、強盗致死傷罪を、結合犯、結果的加重犯と排他的な関係にある身分犯と解するとしても、本罪が真正身分犯であるのか、あるいは不真正身分犯であるのかは問題となる。

強盗致死傷罪を真正身分犯とする立場では、強盗致死傷罪は、あくまでも財産犯である強盗の罪の一つとされる。刑法典上、第240条が強盗の罪として位置づけられていることは、この立場の重要な根拠となる。また、共犯と身分の問題は、第65条第1項によって処理されることとなる。

これに対し、強盗致死傷罪を不真正身分犯とする立場では、第240条前段は、強盗身分者の暴行致傷・傷害を規定する罪、すなわち、傷害罪につき強盗身分による刑の加重のある不真正身分犯ということとなる。そして、第240条後段は、強盗身分者の殺人、傷害致死を規定する罪、すなわち、殺人罪、傷害致死罪につき強盗身分による刑の加重のある不真正身分犯ということとなる。この暴行致傷・傷害・傷害致死・殺人罪と強盗致死傷罪との関係は、ドイツにお

る故殺罪と謀殺罪の関係と同様に、基本類型と加重類型として理解されることとなろう。このように解するならば、第 240 条の罪は、暴行致傷罪、傷害罪、傷害致死罪、殺人罪との関係において、強盗身分者が行為主体である場合に刑を加重する不真正身分犯であり、その保護法益は、基本類型である暴行致傷罪、傷害罪、傷害致死罪、殺人罪と同様、身体・生命を主とするものと解されよう。このように、身体・生命を強盗致死傷罪の保護法益とする解釈は、判例・通説とも一致する¹⁵⁰。この保護法益の問題は、強盗致死傷罪の未遂・既遂に影響を及ぼす。また、共犯と身分の問題は、第 65 条第 2 項によって処理されることとなる。

第 2 項 強盗殺人の処理

それでは、身分犯説の論者は、殺意ある強盗殺人をどのように処理するのであろうか。

従来の身分犯説の論者は、強盗致死傷罪の性質について、身分犯でもあり結果的加重犯でもある、あるいは身分犯でもあり結合犯でもあるとして、殺意ある強盗殺人の処理についても、結果的加重犯説あるいは結合犯説に従った結論を出している場合が多い。もっとも、強盗致死傷罪を、結果的加重犯あるいは結合犯の性質と重複しない身分犯と解したとしても、結局は、結果的加重犯説あるいは結合犯説の結論と同様となる。なぜなら、身分犯説によれば、強盗致死罪は強盗身分者による傷害致死と解されるどころ、結果的加重犯説の多くの論者と同様、「故意ある結果的加重犯」を認めるのであれば、強盗身分者による殺人は、「故意ある結果的加重犯」としての強盗致死罪となるものと解されよう。これに対し、結合犯説の論者と同様、「故意ある結果的加重犯」は認められないとするのであれば、第 240 条後段の「強盗が、人を…死亡させたとき」という文言には、強盗致死罪のほかに殺意ある強盗殺人罪も含まれ、強盗身分者による殺人は、故意犯としての強盗殺人罪となるものと解されよう。そして、本章第 1 節第 3 項で述べたように、わが国では「故意ある結果的加重犯」を認めるのは困難であるから、第 240 条後段には故意犯としての強盗殺人罪が含まれると解すべきであろう。

第3項 強盗身分者による過失致傷、過失致死

以上のように、第240条には「故意ある結果的加重犯」は含まれず、故意犯としての強盗傷害罪・強盗殺人罪と、結果的加重犯としての強盗致傷罪・強盗致死罪が規定されているものと解すべきであるが、身分犯説に立つ場合には、第240条に過失犯としての強盗過失致傷罪・強盗過失致死罪も含まれるかが問題となりうる。すなわち、強盗が、人を「負傷させたとき」に第240条前段の罪が、「死亡させたとき」に第240条後段の罪が成立すると解すると、文理解釈上、第240条は、強盗身分者が傷害・死亡という結果を発生させた場合に關する結果犯であり、強盗身分者による過失傷害・過失致死の態様も第240条に含まれるものと解する余地が生じるのである。

判例は、「強盗の機会」において死傷の結果が惹起されたならば、第240条が適用されるという、いわゆる機会説を採用している。そのような判例の趣旨は、「強盗の機会」における過失傷害、あるいは過失致死を第240条に含ませようとする点にあるという説明もある¹⁵¹⁾。これに対し、学説上は、少なくとも過失の場合は、強盗との関連性が薄いことから、第240条から除くべきであるとする主張が有力である¹⁵²⁾。この問題について、結果的加重犯説は、強盗致死傷罪を強盗罪の結果的加重犯と解し、過失犯の態様である強盗過失致傷、強盗過失致死を強盗致死傷罪から除外している。また、結合犯説も、強盗致死傷罪を強盗罪と傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の結合犯と解し、強盗罪と過失致傷罪・過失致死罪との結合犯を含めないことにより、やはり強盗過失致傷、強盗過失致死の態様を強盗致死傷罪から除外している。

それでは、身分犯説を採った場合には、強盗身分者による過失致傷、過失致死はどのように処理されるべきであろうか。思うに、身分犯と解する以上は、行為主体が強盗身分者であるかが重要であって、判例の掲げる基準である「強盗の機会」は問題とはならない。従って、結局は、「強盗が」という文言に続いて規定されている、人を「負傷させたとき」、「死亡させたとき」という文言に、過失致傷、過失致死の態様が含まれるかどうかということになるのではないかと思われる。

この点の検討に際しては、他の過失犯の規定の文言との比較が不可欠である

う。すなわち、刑法典上の過失犯に関する規定である過失激発物破裂罪（第117条第2項）における「過失によるとき」、業務上失火罪（第117条の2前段）における「業務上必要な注意を怠ったことによるとき」、重過失失火罪（第117条の2後段）における「重大な過失によるとき」、過失建造物等浸害罪（第122条）における「過失により出水させて」、過失往来危険罪（第129条）における「過失により...往来の危険を生じさせ」、過失傷害罪（第209条）における「過失により人を傷害し」、過失致死罪（第210条）における「過失により人を死亡させ」、業務上過失致死傷罪（第211条前段）における「業務上必要な注意を怠り、よって人を死傷させ」、重過失致死傷罪（第211条後段）における「重大な過失により人を死傷させ」というように、すべて、過失犯であることを明示する文言が用いられている。やはり過失犯である失火罪（第116条）は、「失火により...焼損した者は」と規定されており、上記の文言が付されていないものの、「失火」という文言から、過失によることが明示されていると言えよう。これに対し、第240条には、過失犯であることを明確に読みとることのできる文言がない。従って、過失を基本的に不可罰とする刑法の原則に照らせば、過失致傷、過失致死の類型は除かれると解すべきであろう。

なお、強盗身分者の脅迫により被害者がショック死したといった場合を、強盗身分者が「人を...死亡させたとき」といえるかも問題となりうるが、これは、強盗身分者の無形的方法による傷害致死として、強盗致死罪を構成すると解すべきであろう。

第4項 共犯関係の処理

(1) 財物奪取のみへの関与者

強盗犯人が被害者を殺傷した後、財物奪取のみに関与した者は、身分犯説においてどのように処理されるのであろうか。

財物奪取のみへの関与者は、結合犯説に立ったならば強盗致死傷罪の承継的共犯の罪責に問われるが、それは、結合犯説が、強盗致死傷罪の実行行為を強盗と殺傷と解するからである。これに対し、身分犯説においては、強盗致死傷罪は、強盗身分者が致死傷を惹起する犯罪と解される。従って、強盗致死傷罪

の実行行為は殺傷であり、財物奪取は、「強盗」身分を発生させる行為ではあるが、強盗致死傷罪の実行行為ではないということとなる。そうなると、強盗致死傷罪と財物奪取の関係が問題となるが、その点については、事後強盗罪に関する罪数処理が参考となろう。すなわち、事後強盗罪において、暴行・脅迫に先行する窃盗罪は、事後強盗罪と吸収一罪の関係にあると解されている¹⁵³⁾。従って、強盗致死傷における財物奪取もまた、窃盗罪、あるいは占有離脱物横領罪(財物奪取時に被害者が死亡していた場合)を構成するものの、強盗致死傷罪に吸収されると解しうるのでなかろうか。窃盗罪と事後強盗罪では後行する犯罪のほうが重いのにに対し、強盗致死罪・強盗殺人罪と窃盗罪・占有離脱物横領罪では先行する犯罪のほうが重い。しかし、判例は、麻薬・覚せい剤・大麻を譲り受け、または密輸入して、その場で一時的に所持していた事例における旧麻薬取締法上の麻薬譲受罪と麻薬所持罪¹⁵⁴⁾・覚せい剤取締法上の覚せい剤譲受罪と覚せい剤所持罪¹⁵⁵⁾・麻薬取締法上の麻薬密輸入罪と麻薬所持罪¹⁵⁶⁾・大麻取締法上の大麻輸入罪と大麻所持罪¹⁵⁷⁾、贓物を寄蔵した者が当該贓物を損壊した事例における贓物寄蔵罪と器物損壊罪¹⁵⁸⁾、現住建造物に放火した者が鎮火妨害した事例における現住建造物放火罪と鎮火妨害罪¹⁵⁹⁾など、先行する犯罪のほうが重くとも、後行する軽い犯罪が、先行する犯罪の必然的な結果として行われた場合や、先行する犯罪を完遂するために行われた場合について、両罪が吸収関係となることを認めている。強盗致死罪・強盗殺人罪と占有離脱物横領罪も、このようにして吸収関係と解するならば、身分犯説における財物奪取のみの関与者は、承継的共犯あるいは共犯と身分の問題を惹起せず、窃盗罪あるいは占有離脱物横領罪の共犯として処罰されることとなる。

(2) 殺傷のみへの関与者

さらに、身分犯説によれば、強盗致死傷罪・殺人罪の致死傷・殺傷のみに関与した者の処理はどうなるであろうか。

まず、AがBに対して殺人を教唆したところ、Bが強盗殺人に出たというような致死傷(殺傷)先行型の場合には、結果的加重犯説・結合犯説と同様、関与者は傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の共犯として処罰され、この事例では、A

は殺人罪の教唆犯となる。

次に、Aが、既に強盗を行ったBに対して、強盗の口封じのための殺人を教唆し、Bがそれによって被害者を殺害したというような致死傷（殺傷）後行型の場合の関与者はどうか。この場合、まず、強盗既遂後の殺傷が強盗致死傷罪・強盗殺人罪を構成しうるか問題となるが、後述するように、判例・通説は、時間的・場所的近接性のある範囲においてこれを認めている¹⁶⁰。身分犯説においても、前述した事後強盗罪の「窃盗」身分と同様に、「強盗」身分も現行性が認められるうちは継続すると解し、致死傷（殺傷）後行型の事例も強盗致死傷罪・強盗殺人罪の処罰範囲に含まれると解すべきであろう。そして、この場合の関与者は、強盗身分を有する正犯の強盗殺人に関与したことから、共犯と身分に関する第65条によって処理される。しかし、同条第1項と第2項のいずれが適用されるかは問題となる。

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項の適用を区別するという前提に立ち、さらに強盗致死傷罪・強盗殺人罪を真正身分犯と解したならば、致死傷・殺傷のみの関与者に第65条第2項は適用されないのであるから、上記事例においては、Aは強盗殺人罪の教唆犯に問われることとなる。これに対して、強盗致死傷罪・強盗殺人罪を不真正身分犯と解したならば、第65条第2項が適用され、上記事例においては、Aは強盗殺人罪の教唆犯となるものの、その刑は殺人罪の教唆犯にとどまることとなる。また、Aの関与が共同実行あるいは共謀に至っていた場合には、不真正身分犯とする立場に立ったとしても、Aもまた強盗の共同正犯・共謀共同正犯として強盗身分を取得することから、強盗致死傷罪・強盗殺人罪の共同正犯の罪責に問われると解することができるであろう。

このように、強盗致死傷罪・強盗殺人罪を真正身分犯と不真正身分犯のいずれと解するかは、共犯の処理を左右する重要な問題であるが、致死傷（殺傷）後行型の強盗致死傷・強盗殺人が事後強盗罪類似の態様であることからすると、事後強盗罪と強盗致死傷罪・強盗殺人罪の身分犯としての性質は統一的に解されるべきではないと思われる。従って、事後強盗罪を不真正身分犯と解する本論文の立場からすれば、強盗致死傷罪・強盗殺人罪もまた、不真正身分犯と

解すべきということとなる。

これに対して、第65条につき、第1項は違法身分の連帯性、第2項は責任身分の個別性を規定しているとする主張がある¹⁶¹⁾。この立場においては、強盗という身分が、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。

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ついては、違法身分と責任身分が混然としている身分犯もあり、第65条第1項に違法身分を、同条第2項に責任身分を完全に対応させることは困難であるとする批判があることは、第2章において既に述べた通りである¹⁶²⁾。強盗罪の構成要件は違法類型であり責任類型でもあるから、強盗身分も、まさに、違法身分と責任身分が混然としている場合に当たる。従って、第65条第1項、第2項の適用は、やはり真正身分犯か不真正身分犯かで区別されるべきであろう。

以上の身分犯説の帰結に対し、上野教授は、「主体が制限されている犯罪をすべて身分犯と解し、この限り、刑法第65条の適用可能性を認めるとすると、刑法第240条や第241条に関しては、共犯と身分にかかわる処理の問題を生じ得るが、これに対して、刑法第181条(強姦等致死傷罪)については、この問題を生ずる余地がないと言わざるを得ない。何故なら、同条は、『第176条乃至第179条ノ罪ヲ犯シ因テ人ヲ死傷ニ致シタル者』と規定されているからである。強盗致死傷の類型と強姦等致死傷の類型との間に、それらに關与した者につき格別に法効果を異にする実体的基盤が存在するのであろうか。…強盗致死傷と強姦等致死傷との間に、…実体性質において近似した性格が認められるにかかわらず、…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」などと批判されている¹⁶³⁾。

しかし、強姦等致死傷罪と強盗致死傷罪とでは、中途介入者の責任について、「大きな懸隔」が生じるであろうか。強姦等致死傷罪に関しては、姦淫の手段たる暴行から致死傷の結果が発生した致死傷先行型と、姦淫行為自体から致死傷の結果が発生した致死傷後行型がある。致死傷先行型¹⁶⁴⁾の場合の中途介入者、すなわち姦淫のみの共犯の罪責について言及した最高裁判例はないようであるが、下級審判例では、強姦罪とするものと、強姦致死傷罪の承継的共犯

とするものが対立している。

浦和地判昭和33年3月28日判時146号33頁は、先行者A・Bが婦女を強姦した際に婦女を負傷させ、その後、後行者C・D・E・F・G・Hが中途から順次強姦に加わったという事案について、承継的共同正犯を認められないとしたうえで、「A及びB以外の各被告人に本件致傷の責任を負わずには、本件一連の強姦行為により傷害の結果を生じたと言うことが確定出来るだけでなく進んで当該被告人の犯行の際本件致傷の結果を来した事が確定出来なければならないのであるが本件においては…これを確定できないのであるから結局同被告人等については強姦の範囲内で責任を問い得るに過ぎない」と判示している。

これに対し、東京高判昭和34年12月2日東高刑報10巻12号435頁は、先行者A・Bが婦女を強姦し、その後、後行者C・D・Eも強姦に加わり、同女が負傷したものの、この傷害が、何人のいかなる時点の暴行または姦淫行為によって生じたかは不明であったという事案について、「いわゆる承継的共同正犯にあつては、途中から介入した者即ち所論のいわゆる後行者において、自己介入前における先行者の行為を認識して介入した場合には、右介入前における先行者の行為をも含む犯罪行為全体についての責任を負うべきものと解するを相当とすることは、所論のとおりであつて、かつ、結果的加重犯である強姦致傷罪につき、数名の者が共謀の上婦女を強姦し因つて傷害を与えた場合においては、何人が致傷の結果を生ぜしめたか明確でなくても、共犯者は、等しく共同正犯として強姦致傷罪の責任を免れないことは、最高裁判所判例（昭和25年（れ）第312号同年6月6日第3小法廷判決、昭和24年（れ）第933号同年7月12日第3小法廷判決）の示すところであるから、…被告人A、同B兩名もとより他の共犯者たる原審相被告人C、D、Eら全員が等しく共同正犯として強姦致傷罪の責任を負うべき」とであると判示している¹⁶⁵。

致死傷先行型の強姦等致死傷罪における中途介入者は、致死傷後の姦淫・わいせつ行為に関与した者である。この場合の処理は、承継的共犯を認める前提に立つならば、3通りの理論構成が考えられる。第1は、強姦等致死傷罪を強姦罪・強制わいせつ罪及びその未遂罪の結果的加重犯と解し、中途介入者を強姦罪・強制わいせつ罪の承継的共犯としたうえで、さらにその結果的加重犯で

ある強姦等致死傷罪の共犯とする構成である。東京高裁昭和34年判決はこの構成を採っているものと思われる。第2は、強姦等致死傷罪を強姦罪・強制わいせつ罪及びその未遂罪と傷害罪・傷害致死罪の結合犯と解し、中途介入者を強姦罪・強制わいせつ罪の承継的共犯としたうえで、さらに強姦等致死傷罪の承継的共犯とする構成である。第3は、先行者の行為によって生じた致死傷の結果を、中途介入者が利用して強姦に関与したと解して、中途介入者を強姦等致死傷罪全体の承継的共犯とする構成である。

これに対し、承継的共犯を認めない場合の理論構成としては、浦和地裁昭和33年判決と同様、中途介入者を強姦罪の共犯とするという構成が考えられる。しかし、この構成は、必ずしも承継的共犯を完全に否定しているわけではない。強盗罪の財物奪取部分のみに関与した中途介入者については、先行者の作出した被害者の抗拒不能状態を利用しているとして、強盗罪全体の承継的共犯を認める立場が有力である。そして、強姦罪・強姦致死傷罪の中途介入者についても、これを強姦罪の罪責に問うためには、中途介入者が先行者の作出した抗拒不能状態を利用しているとして、強姦罪の承継的共犯と解されることとなる¹⁶⁶。従って、この構成は、承継的共犯を限定的に認める立場を前提とするものと理解されるであろう。それでは、承継的共犯を完全に認めない立場に立つならば、中途介入者の罪責はどのように解されるであろうか。この前提に立つならば、先行する致死傷によって被害者が抗拒不能となっていることから、中途介入者を「人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ」た準強姦罪・準強制わいせつ罪(第178条)の共犯とするという構成が考えられよう¹⁶⁷。このような構成を採る論者は皆無であろうが、承継的共犯を完全に否定するならば、中途介入者の罪責は、以上のように解さざるを得なくなるのではないと思われる。

次に、致死傷後行型の場合の中途介入者、すなわち姦淫致死傷のみに関与した者は、どのように処理されることとなるであろうか。この場合には、中途介入者は姦淫についても関与しているうえ、姦淫自体が暴行を含む行為なのであるから、強姦等致死傷罪の共犯となると解されることが多いと思われる。しかし、強姦等致死傷罪の致死傷後行型の場合の中途介入者とは、正犯の先行行為である暴行・脅迫により抗拒不能に陥った被害者に対する、姦淫・わいせつ致

死傷への関与者であり、中途介入者は被害者を抗拒不能に陥れているとまでは言えない。従って、承継的共犯を完全に否定するならば、中途介入者は、準強姦・準強制わいせつ致死傷罪の共犯となると解すべきであろう。

このように、強姦等致死傷罪の中途介入者は、致死傷先行型と致死傷後行型において、その処理を異にするところ、強盗致死傷罪についても、やはり致死傷先行型と致死傷後行型の2つの場合があり、両罪の共犯を比較する際には、この2つの場合を分けて検討する必要がある。

まず、強盗致死傷罪の致死傷先行型の場合はどうか。この場合の中途介入者とは、すなわち財物奪取のみの関与者である。この中途介入者の罪責は、承継的共犯を認めるか否かによって大きく異なる。

承継的共犯を認める場合には、結果的加重犯説・結合犯説によるならば、中途介入者は、強盗致死傷罪の承継的共犯となる。真正身分犯説によるならば、中途介入者は、第65条第1項により、強盗致死傷罪の共犯となる。不真正身分犯説によるならば、中途介入者は強盗罪の共犯の刑にとどまることとなる。少なくとも、不真正身分犯説の結論は、強姦等致死傷罪の中途介入者の罪責に関する浦和地裁昭和33年判決の結論と同じであり、強盗致死傷罪と強姦等致死傷罪の中途介入者の罪責に、「大きな懸隔」は生じていないといえる。

これに対し、承継的共犯を認めない場合には、いずれの学説によったとしても、中途介入者は強盗罪の共犯ともなり得ず、従って、窃盗罪あるいは占有離脱物横領罪の共犯にとどまることとなる。上記のように、強姦等致死傷罪の中途介入者は、承継的共犯を完全に否定するならば準強姦罪・準強制わいせつ罪の共犯となるのであるから、強盗致死傷罪の中途介入者との間に、「大きな懸隔」が生じているといえるかもしれない。しかし、この結論の相違は、準強姦罪・準強制わいせつ罪が、被害者の抗拒不能の状態の利用があれば足りるとしているのに対し、昏睡強盗罪（第239条）が、被害者を昏睡させる行為を要求していることに起因している。この相違は、強姦等致死傷罪と強盗致死傷罪の中途介入者の、上野教授のいう「法効果を異にする実体的基盤」となりうるものではなからうか。

次に、強盗致死傷罪の致死傷後行型の場合の中途介入者とは、強盗後の致死

傷への関与者である。そして、この中途介入者は、結果的加重犯説・結合犯説に立てば、強盗致死傷罪の承継的共犯か、あるいは承継的共犯を認めないのであれば、傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の共犯となる。これに対し、身分犯説に立てば共犯と身分の問題となる。そして、真正身分犯説によれば、強盗の身分なき者による強盗致死傷への関与であるから、第65条第1項が適用され、中途介入者は強盗致死傷罪の共犯となる。不真正身分犯説によれば、第65条第2項が適用され、中途介入者は傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の共犯となる。

このように、致死傷後行型の場合には、強姦等致死傷罪と強盗致死傷罪の中途介入者の処理に関して、「大きな懸隔」が生じているといえるかもしれないが、この「懸隔」は、やはり準強姦罪・準強制わいせつ罪と準強盗罪の違いに起因していると言うべきであろう。

第5項 処罰範囲の制限

非身分犯説（結果的加重犯説，結合犯説）によれば，強盗致死傷罪が成立するためには，傷害，傷害致死，殺人という結果が「強盗の機会」に惹起されなければならないとされるが，身分犯説においてはどうかであろうか。

事後強盗罪においては，第2章でみたように，判例・通説は「窃盗の機会」という基準を用い，「窃盗の機会」と時間的・場所的の近接性のある暴行・脅迫のみが事後強盗罪を構成すると解している¹⁶⁸。この「窃盗の機会」の基準は，身分犯説，非身分犯説の両方の論者が用いているが，非身分犯説からは，「窃盗の機会」の理論と身分犯説を組み合わせ，時間的・場所的制限を行うこと自体，理論的に不必要なはずであるとも批判されている¹⁶⁹。

確かに，身分犯説の立場から言えば，本来はこのような制限を設ける必要はないはずである。そこで強盗致死傷罪について検討すると，身分犯的構成においては，強盗身分者による致死傷の惹起が強盗致死傷罪を構成することとなると解すべきであって，時間的・場所的制限を伴う「強盗の機会」を基準とする機会説は，やはり採用する必要はないこととなる。もっとも，強盗身分者による致死傷をすべて強盗致死傷罪とするのは，処罰範囲が過度に拡大するため妥当ではない。そのため，事後強盗罪における場合と同様に，処罰範囲を制限す

る何らかの基準が必要となる。

上述したように、ドイツの強盗致死罪（ドイツ刑法第 251 条）は、「客体」と「行為」によって二重に処罰範囲を制限しているが、わが国における強盗致死傷罪の処罰範囲の制限についても参考になるように思われる。

ドイツ強盗致死罪（第 251 条）の客体である「他人（andern Menschen）」は、強盗への非関与者の意味と解されている¹⁷⁰。これにより、ドイツ強盗致死罪の客体からは、強盗の共犯が除かれる。この客体による制限は、わが国の強盗致死傷罪の処罰範囲の制限に用いることが可能であるように思われる。すなわち、わが国の強盗致死傷罪の「人」を、強盗及びその関与者以外の者の意味と解し、ドイツ強盗致死罪と同様に、強盗致死傷罪の客体から強盗の共犯を除外するのである。これは、強盗の共犯者間の仲間割れによる殺傷を、強盗致死傷罪の処罰範囲から除外すべきと主張する手段説、関連性説の結論とも合致するであろう。

また、ドイツ強盗致死罪における死の結果は、強盗の行為（未遂を含む）によって「直接に（unmittelbar）」惹起されることを要すると解されている¹⁷¹。この行為による制限により、被害者の衣服を強奪したため、被害者が寒さに耐えられず凍死するに至ったといった、財物を奪取されたことに起因して死亡の結果が発生した場合や、逃走中の強盗犯人を狙った警官の銃撃の流れ弾で第三者が死亡した場合が、強盗致死傷罪の処罰範囲から除外される。わが国においては、このような事例について強盗致死傷罪の成否を論じる論者は乏しいが、手段説、関連性説の立場からは、やはり強盗致死傷罪は成立しないと解されるであろう。

さらに、ドイツにおいては、強盗の被害者あるいは追跡者に対して強盗犯人が撃った弾丸がそれて、第三者に命中して死亡させた場合に、その第三者も「他人」に含まれ、強盗致死罪が成立するとされている¹⁷²。わが国においても、流れ弾による死傷は強盗致死傷罪を構成するものとされている。すなわち、最判昭和 53 年 7 月 28 日刑集 32 巻 5 号 1068 頁は、A が警官 B を殺害して拳銃を奪う意思で、建設用びょう打銃を発射したところ、びょうは B を貫通した後、付近の通行人 C に命中し、C が負傷したという事案について、C の傷害は「強

盗犯人が強盗の機会に人を殺害しようとして遂げなかった場合」に当たり、さらに「犯人が認識した罪となるべき事実と現実に発生した事実とが必ずしも具体的に一致することを要するものではなく、両者が法定の範囲内において一致することをもって足りるものと解すべきであるから、人を殺す意思のもとに殺害行為に出た以上、犯人の認識しなかった人に対してその結果が発生した場合にも、右の結果について殺人の故意があるものというべきである」から、B・C両者に対する強盗殺人未遂罪が成立すると判示しているのである¹⁷³⁾。以上のようにして、ドイツ強盗致死罪の客体と行為による制限は、わが国の強盗致死傷罪の処罰範囲を制限するうえで参考となる。

さらに、ドイツにおいては、強盗の終了後に死の結果が惹起された場合であっても、強盗致死罪が成立するとされている。具体的には、強盗犯人が逃亡の手段として発砲し追跡者を死亡させた場合は、ドイツの強盗致死罪に当たることとなる¹⁷⁴⁾。

このように、強盗の終了後に逃亡や口封じのために追跡者を殺傷したという事例に関するわが国の判例には、次の2つがある。

最判昭和24年5月28日刑集3巻6号873頁は、家屋に侵入した強盗犯人が、家人が騒ぎ立てたため逃走したものの、家人が追跡してきたため、その家人を家屋入口付近において殺害したという事案について、「刑法第240条後段の強盗殺人罪は強盗犯人が強盗をなす機会において他人を殺害することによりて成立する罪である。…強盗行為が終了して別の機会に被害者兩名を殺害したのではなく、本件強盗の機会に殺害したことは明である。然らば原判決が刑法第240条に問擬したのは正當」であると判示している。

最判昭和26年3月27日刑集5巻4号686頁は、AとBが共謀のうへ、強盗に着手した後、家人に騒がれて逃走したものの、なお「泥棒、泥棒」と連呼追跡され、さらにそれを発見した警官Cに逮捕されそうになったため、Aが逮捕を免れようとしてCに数回切りつけ、Cを死に至らしめたという事案について、「Aの傷害致死行為は強盗の機会において為されたものといわなければならないのであって、強盗について共謀した共犯者等はその一人が強盗の機会において為した行為については他の共犯者も責任を負うべきものであること当裁判所

の判例とする処である」として、A・Bは強盗致死罪の罪責に問われるものと判示している。

このように、判例は、強盗終了後の殺傷であっても強盗致死傷罪が成立するという立場を採っており、通説もこの立場を支持している。例えば、西田教授は、「強盗の機会」を、「端的に、強盗の手段たる暴行・脅迫と事後強盗類似の状況における暴行・脅迫に限定されるべきであろう」として、強盗後の殺傷もまた、強盗致死傷罪を構成しうるものと解されている¹⁷⁵⁾。

それでは、強盗終了後の殺傷の処罰範囲はどのように制限すべきであろうか。強盗終了後の殺傷について検討する際には、身分犯説、非身分犯説の如何にかかわらず、西田教授が指摘するように、これが事後強盗に類似した態様の殺傷であることを考慮すべきである。すなわち、第240条は、事後強盗罪と同様、強盗身分者が、財物の取り返しや逮捕をしようとした強盗の被害者ないし追跡者に対し、致死傷の結果を惹起した場合にも適用されるものと解するのである。

あるいは、強盗終了後の殺傷を事後強盗致死傷と解し、第238条・第240条を適用することによって、その態様を事後強盗類似ではなく、まさに事後強盗そのものと解しうる場合もあろう。通説は、事後強盗罪の主体に強盗犯人は含まれないと解しているが¹⁷⁶⁾、強盗罪は暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の結合犯であり、窃盗罪は強盗罪に吸収されていることから、強盗身分者が、同時に窃盗身分をも有していることはあり得るであろう。第1章でみたように、ドイツの強盗的窃盗罪においても、「窃盗の現行犯にあたる者」という行為主体には、「強盗」の現行犯にあたる者も含まれると解されている¹⁷⁷⁾。しかし、強盗身分は、行為者が財物奪取の意図で暴行・脅迫に着手した時点で発生するものの、窃盗身分は、行為者が窃取に着手するまでは発生しない。従って、行為者が財物奪取の意図で暴行・脅迫に着手したものの、財物奪取自体に着手することなく逃走し、その際に被害者を殺傷した場合には、行為者は、窃盗身分なしに強盗致死傷に出たと言うこととなる。強盗終了後の殺傷に関する処罰範囲の制限は、第238条の適用によってではなく、あくまでも第240条の解釈としてなされる必要があろう¹⁷⁸⁾。

もっとも、身分犯説においては、強盗終了後の殺傷に関して、客体と行為に

よる制限に加え、さらに何らかの時間的制限を設ける必要があろう。さもなければ、強盗に着手した者の暴行致傷・傷害・傷害致死・殺人が、すべて、かつ永遠に強盗致死傷罪に該当することとなりかねず、処罰範囲が拡大しすぎることとなる。そこで、強盗終了後の強盗身分がどの時点まで継続するのが、新たな問題となる。

思うに、強盗身分の喪失時期が問題となるのは、事後強盗類似の態様による場合に限られる。従って、強盗身分の喪失時期は、第2章で述べた、事後強盗罪の窃盗身分の喪失時期と同様に解すべきではなかろうか。すなわち、第240条の「強盗」身分者を、強盗の現行犯人と解し、行為者が強盗の現行性を失った時点で、「強盗」身分も失われ、それ以降の致死傷・殺傷は、強盗致死傷罪・強盗殺人罪を構成しないと解するのである。従って、行為者が強盗の現場から立ち去っていない間の暴行・脅迫、及び行為者が強盗の現場から継続的に追跡されている間の暴行・脅迫は、「強盗」の現行性が失われていないことから、強盗致死傷罪の成立範囲に含まれると解すべきであろう。

ただし、強盗身分者が被害者を殺傷した時点で、強盗身分が消滅すると解する余地もあるかもしれない。しかし、このように解すると、行為者が強盗傷害に出て財物を奪取した後で殺害した場合や、強盗殺人の後に被害者とは別の目撃者を口封じのために殺害した場合には、最初の殺傷の時点で強盗身分が消滅していることとなり、その後の殺害は強盗殺人罪を構成し得ないのではないかという問題が生じる。判例も、岡山地判平成8年4月15日判時1587号155頁は、Aが、Bを金品強取目的で殺害した直後に被害者の妻Cが帰宅したため、Cをも殺害し、その後に金品を奪取したという事案について、Cの殺害を金品強取目的ではなく口封じ目的と認定したうえで、「B殺害が金品強取の目的でなされたものであり、B殺害の事実を知られたくないという口封じ目的でCを殺害したことは、強盗の機会におけるその発覚を防ぐための犯行ということになるから、結局法律的評価としては、C殺害についても強盗殺人罪が成立することになる」として、強盗殺人後の新たな殺人が強盗殺人罪を構成するという立場を採っている¹⁷⁹⁾。このように、強盗身分の喪失時期を、殺傷行為の完成時期と関係させるのは、困難であるように思われる。

なお、ドイツにおいては、既に確保された盗品を搬出する際の交通違反行為によって、通行人を死亡させた場合などを、既に発生した強盗と死亡との「特別な内的連関 (spezifischen inneren Zusammenhang)」が欠けているとして、強盗致死罪の処罰範囲から除外する¹⁸⁰⁾。「特別な内的連関」は、わが国における関連性説のいう、強盗行為と致死傷との密接的関連性とほぼ同義である。しかし、わが国においては、「特別な内的連関」や関連性を問題とせずとも、強盗致死傷罪に過失致死傷の態様が含まれていないと解することによって、上記の事例を強盗致死傷罪の処罰範囲から除外することができるであろう。

第6項 未遂・既遂

強盗致死傷罪の既遂時期は、身分犯説に立った場合にはどのように解されるであろうか。

強盗致死傷罪を身分犯と解するならば、本罪の未遂・既遂を考えるうえでは、行為者が強盗身分をどの段階で取得するかが重要となる。強盗致死傷罪における強盗身分について、学説上は「強盗に着手した者」という定義が一般に用いられている¹⁸¹⁾。これは、実行行為としての強取に着手した者、すなわち、第2の行為である財物ないし利益奪取をなす意思のもとに、第1の行為である暴行・脅迫ないしこれに準ずる昏酔行為に着手した者、及び、「窃盗」身分を有したうえで、事後強盗の目的のもとに暴行・脅迫に着手した者を指す。いいかえれば、強盗身分を取得するのは、強盗、準強盗の既遂罪ないし未遂罪に該当する行為者ということになる。

事後強盗罪の「窃盗」身分に関しては、窃盗未遂の者を含めるべきではないとする主張もある。しかし、「強盗」身分に関しては、強盗未遂の者を含めるべきではないとする主張はない¹⁸²⁾。これは、事後強盗罪と強盗致死傷罪の既遂時期に関する議論の相違、すなわち、事後強盗既遂罪の成立に関しては、財物奪取の完成を要求する立場が有力であるのに対し、強盗致死傷既遂罪の成立に関しては、財物奪取の完成を不要とすべきとする立場が有力であることに起因しているものと思われる。

また、強盗予備の犯人は、「強盗」身分を取得しないと一般に解されている¹⁸³⁾。

強盗予備の犯人は、「強盗予備」行為に着手したにとどまるうえ、強盗予備行為から死傷の結果は生じ得ないのであるから、強盗予備の犯人は「強盗」身分を取得しないとする解釈は妥当であろう。

以上のことから、身分犯説においては、強盗致死傷罪は、強取の完成の有無に左右されず、少なくとも強取に着手した者が殺傷に出て、殺傷が完成しなかった場合にのみ、未遂となると解されよう。この結論は、判例・通説とも共通する。

もっとも、財産犯としての性質を重視して、強盗致死傷罪を真正身分犯と解した場合、強盗致死傷罪の既遂時期をどうする解するかが問題となる。前田教授は、強盗致死傷罪を傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の加重類型としての不真正身分犯であるとする大谷博士の旧説¹⁸⁴⁾に対し、強盗致死傷罪は強盗罪の加重類型であり¹⁸⁵⁾、「この考え方の差は、強盗罪的性格ないし殺人・傷害罪的性格のいずれを重視するかによるが、既遂・未遂の判断の差として顕在化する」と指摘されている¹⁸⁶⁾。確かに、本罪の財産犯としての性質を重視するならば、財物奪取の完成をも既遂犯成立の要件と解さなくてはならないはずであり、そうでなければ財産犯としての性質を重視する意義は希薄となると思われる。そうすると、前田教授は明言されていないが、強盗致死傷罪を真正身分犯と解したならば、本罪は、致死傷及び財物奪取の完成をもって既遂となると解されることとなる。しかし、本罪を真正身分犯と解すると、行為者が強盗目的で被害者を殺害したものの、憐憫の情を生じて財物奪取は中止したというような強盗殺人中止未遂の場合に、刑の上限が、第43条但書の適用により、殺人罪の死刑より軽くなってしまうという問題がある。このような刑の不均衡を回避するためには、強盗致死傷罪を不真正身分犯と解し、強盗の罪として位置づけられてはいるが、実質的には主として生命・身体を保護法益と解して、傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の加重類型とするのが妥当ではないかと思われる。このように解することにより、本罪の既遂時期は致死傷の完成に求められることとなり、上記のような強盗殺人中止未遂の事例についても、行為者を強盗殺人既遂罪の罪責に問うことが可能となるのである。

ところで、以上のように解した場合には、財物領得の完成の有無は、強盗致

死傷罪の未遂・既遂に全く影響を及ぼさないこととなるが、それでは、財物領得が完成していた場合、強盗既遂の点は、はたしてどこで評価されるのであろうか。

思うに、やはり身分犯と解される事後強盗罪においては、窃盗罪と事後強盗罪の関係は吸収関係となると解されているように¹⁸⁷⁾、強盗致死傷罪を身分犯と解した場合においても、強盗罪は強盗致死傷罪に吸収されると解することができるであろう。従って、財物領得の有無は、この吸収関係となる強盗罪が既遂犯であるか、それとも未遂犯であるかという差異を生じることとなる。この差異は、科刑の幅には全く影響しないものの、裁判官の裁量によって、量刑の軽重を左右する事情となりうるであろう。

なお、ドイツにおいても、強盗謀殺における財物領得の完成の有無は、科刑には影響を及ぼさないものの、罪数上は評価されている。すなわち、ドイツ強盗致死罪は、強盗罪、重強盗罪を基本犯とする結果的加重犯であるとされており、行為者が被害者を殺害して財物を奪取しようとしたが死の結果が発生しなかった場合に加え¹⁸⁸⁾、財物奪取が完成していないが死の結果は発生した場合も、未遂となるとされている¹⁸⁹⁾。従って、死の結果は発生したものの、財物奪取は未遂であった場合には、「利欲から」という動機による謀殺罪と強盗致死未遂罪の観念的競合となり、科刑は謀殺罪のそれになるものの、強盗致死罪が既遂犯であるか、それとも未遂犯であるかという差異を生じることとなる。また、強盗未遂・殺人既遂の場合と、強盗・殺人とも既遂の場合の科刑を区別しないという点において、ドイツとわが国の判例・通説は共通していると言えよう。

第7項 死者の占有

身分犯説によれば、強盗致死罪・強盗殺人罪を、強盗身分者による傷害致死・殺人に関する規定とし、かつ、強盗身分は強盗未遂の場合をも含むと解するならば、「死者の占有」を認めなくとも、また財物領得未遂であっても、強盗致死罪・強盗殺人罪の既遂を認めることができよう。財物領得の完成自体は、強盗致死・強盗殺人既遂罪の成立にとって、論理的に不要となるからである。

もっとも、このような解釈を採った場合、殺害後の財物領得の評価をどうするのが、特に財物領得のみへの関与者との関係からも問題となりうる。具体的には、Aが、Bの持つ金品を奪う目的でBを殺害した後、Cが金品の領得を幫助したといった場合、Cの罪責はどうなるのが問題となる。

思うに、強盗致死・殺人の後の財物領得は、「死者の占有」を否定する見地から占有離脱物横領罪となるものと解し、占有離脱物横領の点は強盗致死罪・強盗殺人罪の共罰的事後行為となると解すべきではなかろうか。共罰的事後行為は、「原因・結果の関係にあり、結果たる行為が吸収される場合」¹⁹⁰⁾であり、数個の行為がそれぞれ異なる構成要件に該当するものの、原因行為によって惹起された違法状態において行われる結果行為が、その違法状態に通常含まれているため、状態犯の構成要件によって評価し尽くされているものであると解されている¹⁹¹⁾。強盗致死罪・強盗殺人罪は、生命・身体法益の侵害を重視して既遂時期を決定する立場によれば、殺人罪と同様の即成犯と解されることとなる。しかし、一方で、強盗致死罪・強盗殺人罪は、状態犯としての性質を有する強盗罪・強盗未遂罪を、共罰的事前行為として吸収していると解しうる¹⁹²⁾。言い換えるならば、強盗致死罪・強盗殺人罪は、生命・身体法益の侵害に関しては即成犯であるといえるが、財産法益の侵害に関しては状態犯ということとなる。従って、強盗致死・殺人後の財物領得は、占有離脱物横領罪の構成要件に該当するものの、強盗致死罪・強盗殺人罪の共罰的事前行為である強盗罪によって発生した違法状態に吸収されるものであるから、結局、強盗致死罪・強盗殺人罪の共罰的事後行為となると解すべきではなかろうか。このように解するならば、「死者の占有」を例外的に認める必要はなくなり、かつ、上掲の共犯の事例においても、第65条を適用するまでもなく、Aは強盗殺人罪となるが、Cは占有離脱物横領罪の幫助犯となる。

140) これに対し、岡本・前掲論文 405 頁は、形式的にも身分犯であることを否定している。

141) 大塚・各論 220 頁。同旨、板倉・刑法各論(2004年) 116 頁、井田良・刑法総論の理論構造(2005年) 398 頁。

142) 大塚博士と同様に、強盗致死罪・強盗致傷罪を結果的加重犯、強盗傷人罪・強

盗殺人罪を結合犯とする大谷博士は、改正後の第240条全体について、かつては「傷害、殺人等に強盗犯人という身分が加わって刑が加重される場合であるから、不真正身分犯である」（大谷・刑法講義各論（第4版補訂・1995年）227頁）とされていた。もっとも、大谷博士は、一方で、強盗身分なき者の強盗殺人への途中加功を承継的共犯の問題としており（大谷・刑法講義総論（第3版・1991年）424, 427, 450頁。ただし承継的共犯の成立自体には否定的）、実質的には結果的加重犯説、結合犯説と同様の理論構成を採用し、身分犯としての性質が実際にどのような影響を及ぼすのかについては言及されていなかった。大谷博士は、その後、体系書から強盗致死傷罪を身分犯とする記述を削除されており（大谷・各論 新版補訂版）251頁は「人身犯罪としての性格を有するものである」とするにとどまる）、現在は、強盗致死傷罪を身分犯とせず、形式的にも実質的にも結果的加重犯説、結合犯説を採るようになってきているようである。また、井田・総論398, 403頁注41は、強盗致死傷罪を不真正身分犯としながらも、刑法第65条第1項は、不真正身分犯であっても、「身分があることを理由とする刑の加重に関し独立の保護法益を觀念できる限り」において適用され、「XがYに対し強盗殺人を教唆したとき、XじしんもYを介して強盗殺人罪の保護法益をすべて侵害できる以上、65条1項を適用して強盗殺人罪の教唆犯として処罰しなければならない」として、真正身分犯か不真正身分犯かではなく、「1項の身分犯」か「2項の身分犯」という分類を行い、強盗致死傷罪を事後強盗罪とともに「1項の身分犯」に分類する。しかし、同条第1項が「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為」、同条第2項が「身分によって特に刑の軽重があるとき」について規定していることからすると、同条第1項、第2項の適用は、身分に関する「独立の保護法益」の有無ではなく、やはり真正身分犯か不真正身分犯かによって決定されるべきではないかと思われる。

143) 団藤編・注釈刑法（6）（1966年）121頁（藤木）。

144) 古江・前掲論文65, 66頁。

145) 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）138頁参照。

146) なお、平成16年の刑法一部改正により、強盗致傷罪の法定刑は「無期又は六年以上の懲役」に引き下げられている。

147) 前田・各論323, 216頁、堀内・各論217, 141頁、西田・各論167, 276頁。

山口・各論388, 238頁は、強盗強姦致死罪に殺意ある場合も含まれるとする。なお、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪については、結合犯説と身分犯説の争いがあるものの、強盗強姦罪が「強姦したとき」と規定されていることから、ここでは、「よって...させたとき」という文言は、強盗強姦罪の結果的加重犯であることを示しているものと捉えるべきであろう。

148) 前田・各論456, 57頁、堀内・各論333, 15頁、林・各論469, 41頁、山口・各論570, 22頁、西田・各論410, 20頁。

149) 岡本・前掲論文406頁。

- 150) 最判昭和23年6月12日刑集2巻7号676頁, 平川・各論361頁, 古江・前掲論文65頁。
- 151) 香川・各論531頁注5は, 機会説を採る判例について, 「その趣旨は, 強盗の機会における過失傷害あるいは過失致死があれば, それを本条に含ませる点にあった。判例はそれを, 結合犯とする認識によって正当化しようとしたとされているが, 結合犯とする前提と, その機会論とが論理的に一致するものではない。加えて, 判例が結合犯としたのは, 本条後段の強盗犯人が相手方を死亡させたばあいについてだけであって, 前段の傷害についてまで結合犯としているわけではない。その意味でも, 両者間の必然的な連関はない。むしろ, 判例のそうした主張は, 条件主義的因果関係をとることの結果とみるのが正しい」とする。
- 152) 山口, 各論234頁, 西田・各論166頁。
- 153) 大谷・各論(新版補訂版)243頁。
- 154) 最判昭和28年12月18日刑集7巻12号2565頁は, 「被告人が本件塩酸モルヒネを...譲受けて判示の場所において所持したのは, 同日午後二時頃から夕刻までの僅か数時間に過ぎず, かくの如き場合, 右麻薬の所持は, 麻薬譲受の罪に当然吸収せられ, 別に所持の一罪を構成するに至らないものと解するを相当とする」と判示している。
- 155) 東京高判昭和32年2月28日東高刑報8巻2号55頁。もっとも, 本判決では, 譲受と所持の間に時間的推移と空間的変動が生じており, 覚せい剤譲受罪と覚せい剤所持罪は別罪を構成すると判示している。なお, 最決昭和31年1月12日刑集10巻1号43頁は, 昭和28年3月10日頃から同年6月末日頃までの間に接続して11回覚せい剤を譲り受けた行為と, その覚せい剤の一部を同年7月14日頃まで隠匿所持していた行為が各別個の罪を構成し併合罪となると判示している。
- 156) 東京高判昭和49年6月18日刑刑6巻6号638頁。なお, 輸入後の所持が社会通念上別個独立の行為として評価しうる場合には, 麻薬輸入罪と麻薬所持罪は別罪を構成し, 両者は併合罪の関係に立つとしている。
- 157) 東京地判平成13年9月28日判時1764号151頁は, 行為者が大麻を密輸入し所持してから約16分後に捜査員に発見された事案について, 本件大麻の所持は輸入に伴う必然的な結果であるから, 大麻の所持は大麻輸入罪に吸収されると判示している。
- 158) 東京地裁八王子支判昭和51年12月17日判時844号112頁は, 贓物を故買・收受した者がその贓物を損壊しても, さらに器物損壊の別罪を構成しないものと解されるところ, 贓物を寄蔵する行為も, 贓物の所有者の追求権を侵害する点において, 贓物を故買・收受して, その追求権を侵害するのとは異なるところはないとして, 贓物寄蔵罪と器物損壊罪の吸収関係を認めている。この判例の趣旨からすると, 贓物故買罪・贓物收受罪と器物損壊罪もまた, 吸収関係にあると解されることになる。
- 159) 松江地判昭和52年9月20日判時877号111頁は, 放火罪の犯人が火災継続中に鎮火妨害に出たとしても, これは先の放火罪を完全に遂行しようとするに過ぎないとして, 鎮火妨害罪は放火罪に吸収されると判示している。また, 大阪高判

平成元年11月9日判タ726号246頁も、放火罪の犯人が鎮火妨害罪にあたる行為をしても、鎮火妨害罪は放火罪に吸収されて成立せず、両者は法条競合の関係にあるといえたと判示している。

- 160) 最判昭和24年5月28日刑集3巻6号873頁, 最判昭和26年3月27日刑集5巻4号686頁, 平川・各論360頁, 内田・各論289頁, 西田・各論165頁。
- 161) 瀧川幸辰・犯罪論序説(1947年)254頁, 平野・総論357, 366頁, 西田・共犯と身分(新版・2003年)172頁。
- 162) 大谷・総論479頁, 川端・総論589頁。
- 163) 上野・前掲論文139頁。
- 164) 致死が先行する強姦致死罪における中途介入者の関与行為は、既に死亡した被害者に対する屍姦への関与行為であるが、これを「死者の占有」に類似した「死者の性的自由」の侵害への加功と解しうるのは問題となる。最判昭和36年8月17日刑集15巻7号1244頁は、「姦淫の目的のため、その手段として判示のごとき暴行脅迫を用い結局被害者を窒息死に至らしめ、姦淫の目的を遂げた」場合には「姦淫行為が殺害の直後であったとしてもこれを包括して強姦致死罪と解すべきである」と判示している。また、大阪高判昭和42年5月29日判時500号79頁は、強姦に着手し、これを遂げない間に、強姦の発覚を妨げると共に金品を奪取しようとして婦女を殺害し、金品を奪取した直後に引き続き姦淫を遂げたという事案につき、姦淫の際婦女が既に死亡していた場合であっても、強姦については前後を包括して強姦既遂罪が成立することから、強盗殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合となるとしている。このような判例の立場は、「死者の性的自由」を、「死者の占有」と同様に一定の条件のもとで保護するものと理解される。この判例の立場に従うならば、致死先行型の強姦致死罪の中途介入者は「死者の性的自由」への侵害に加功したことになり、その罪責は、承継的共犯を認めるならば、強姦等致死罪の承継的共犯となると解される。しかし、承継的共犯を認めないのであれば、中途介入者は準強姦罪・準強制わいせつ罪の共犯となると解されよう。死者に対する暴行・脅迫は考えられないことから、中途介入者の姦淫を強姦・強制わいせつと解することもできない。そうすると、中途介入者の関与は、正犯の致死行為によって抗拒不能となった被害者に対する、準強姦・準強制わいせつへの関与と解するほかからである。これに対し、「死者の性的自由」を認めない立場を採るならば、中途介入者の屍姦への関与は、不可罰となると解するほかないであろう。「死者の性的自由」の是非については後述する(第4章)。
- 165) もっとも、東京高裁昭和34年判決が参照している2つの最高裁判例、すなわち最判昭和24年7月12日刑集3巻8号1237頁, 最判昭和25年6月6日刑集4巻6号950頁は、いずれも、当初から被告人全員が共謀して婦女を強姦し致傷の結果を生じたという事案に関するものであって、結果的加重犯の共同正犯の成否は問題とされているが、承継的共犯の成否は問題とされていない。結果的加重犯の共同正犯については、判例はこれを認めており(大判昭和3年4月6日刑集7巻291頁, 最判昭和22年11月5日刑集1巻1号1頁, 最判昭和23年10月6日刑集2巻11号1267頁等), 学説上も、基本犯の共同実行者は重い結果の発生に

ついて共同の注意義務を負っているなどとして認めるものが多い(団藤・総論390頁, 莊子邦雄・刑法総論(新版・1981年)456頁, 川端・総論543頁, 大谷・総論443頁)。上記の2つの最高裁判例は, 本判決の事案においては, 先行者の罪責を強姦致傷罪とした点については参照しうが, 致傷の結果に關与したかが明らかではない後行者の罪責を強姦致傷罪とした点については参照し得ないであろう。あるいは, 同時傷害の特例(第207条)によって後行者も強姦致傷罪の罪責を負うという解釈もありうるが, 判例・通説は, 強姦致傷罪への第207条の適用を否定している(前掲最高裁昭和24年判決は「所論刑法第207条は數人が共謀することなくして暴行をなし人を傷害した場合に關する規定であつて...被告人等が共謀して強姦をなし且つ傷害を與えた本件に同條の適用のないことは明白である」としている。仙台高判昭和33年3月13日高刑集11卷137頁, 福田・各論154頁, 大越義久・刑法各論(第2版・2001年)30頁, 平川・各論58頁, 林・各論61頁, 山口・各論51頁, 西田・各論44頁)。従つて, 東京高裁昭和34年判決は, 致傷先行型の強姦致傷において, 重い致傷の結果への關与が証明されていない後行者であっても, 強姦致傷罪の承継的共犯となると判示したものと理解するほかにないように思われる。

- 166) 川端・総論551頁, 大谷・総論447頁参照。
- 167) 強姦罪・強制わいせつ罪には, 後行する準強姦罪・準強制わいせつ罪が吸収され, 両罪は法条競合の關係となると解することを前提とする。
- 168) 最決昭和34年6月12日刑集13卷6号960頁(窃盜現場から数十メートル離れた地点での, 警察官への逮捕を免れるための暴行につき場所的近接性があるとした), 大谷・各論(新版補訂版)242頁。
- 169) 萩原・前掲論文178頁。
- 170) Herbert Tröndle / Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 51.Aufl. (2003), §251 RdN. 3; Adolf Schönke / Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar 27., neu bearbeitete Aufl. (2006), §251 RdN. 3 (Eser)。
- 171) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 5 (Eser)。
- 172) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 3 (Eser)。
- 173) 本判決が法定的符合説に立つことを明言し, さらに一個の故意からB・C両者への二個の故意犯の成立を認めた点については, これを支持する数故意犯説と, Bへの故意犯(殺人未遂罪)とCへの過失犯(過失傷害罪)の観念的競合となるとする一故意犯説とが対立している。数故意犯説の論者は, 「殺意をもって殺人の結果を生じた以上は, 発生した事実 - 既遂および未遂 - について殺人罪の故意の成立をみとめてよいはずである。観念的競合を科刑上一罪としているのは, このような趣旨をも含むものと考えべきである」(団藤・総論304頁)などと主張するのに対し, 一故意犯説の論者は, 「行為者の立場からすれば, 意図どおりの結果が惹起されておらず, また, 当初予定されていた法定的に符合する結果も発生していない」(川端・錯誤論の諸相(1994年)48頁)などと主張する。なお, ドイツにおいても方法の錯誤については一故意犯説が採られているが(ドイツの議論については川端・錯誤論10頁参照), ドイツの強盜致死罪は, 「少なくとも

- 軽率に (wenigstens leichtfertig) 死の結果を惹起した場合に成立することから、流れ弾で第三者が死亡した場合にも、第三者に対する強盗致死罪の成立が認められることとなる。
- 174) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 4 (Eser).
- 175) 西田・各論 165 頁。同旨、山口・233 頁、平川・各論 360 頁、内田・各論 289 頁。なお、手段説の立場からは、強盗後の殺傷は、強盗の手段とはなり得ないのであるから、強盗致死傷罪の処罰範囲から除外すべきとの主張がなされて然るべきかと思われるが、これを特に指摘する文献は見あたらない。
- 176) 前田・各論 203 頁、大谷・各論（新版補訂版）241 頁。
- 177) ただし、強盜的窃盜としての暴行・脅迫もまた、強盜の程度に至っていることが要求される。Vgl. Tröndle/Fischer, a. a. O., §252 RdN. 13.
- 178) 西田・各論 165 頁、山口・各論 233 頁は、「事後強盜類似の状況」による殺傷を第 240 条の適用範囲とする。
- 179) 本件事案においては財物奪取が殺人に後行しているため、C 殺害について、第 238 条を適用して事後強盜殺人罪とすることはできない。なお、本判決の控訴審である広島高裁岡山支判平成 9 年 11 月 12 日判時 1633 号 147 頁は、C 殺害の目的を「金品を奪うためには、同女をも殺害するほかはないものと決意し、絞殺に及んだ」と認定し、上告審である最判平成 11 年 12 月 21 日判時 1696 号 160 頁も、控訴審の事実認定を採用している。
- 180) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 4 (Eser).
- 181) 団藤・各論 594 頁、西田・各論 180 頁。
- 182) 西田・各論は、事後強盜罪について、「本条は既遂類型であり、…本条にいう『窃盜が』は窃盜既遂犯人を意味することになる。本条の『窃盜が』が、窃盜未遂を含むとすれば、窃盜未遂犯人が逮捕免脱の目的で暴行すれば、それだけで本条にあたることになって不当である」とする一方（165 頁）、強盜致死傷罪については、「『強盜』とは、強盜犯人の意味であり、既遂・未遂を問わないとするのが判例・通説である」とし（164 頁）、強盜強姦罪・強盜強姦致死罪については、「強盜の既遂・未遂を問わないとするのが通説・判例である」とする（167 頁）。
- 183) 曾根・各論 142 頁。
- 184) 大谷・各論（第 4 版補訂）227 頁。
- 185) 前田・各論 206 頁。
- 186) 前田・刑法各論講義（第 2 版・1995 年）234 頁脚注 25。ただし、前田・同（第 3 版）206 頁はこの点の記述を削除している。
- 187) 大谷・各論（新版補訂版）243 頁。
- 188) Otto, a. a. O., §46 RdN. 45; Jecoks, a. a. O., §251 RdN. 13.
- 189) Schönke/Schröder, a. a. O., §251 RdN. 7 (Eser); Jecoks, a. a. O., §251 RdN. 12.
- 190) 平野・総論 416 頁。
- 191) 大谷・総論 509 頁、前田・総論 96, 502 頁。
- 192) この原因行為としての強盜罪と、結果行為としての強盜致死罪・強盜殺人罪の関係は、窃盜罪と事後強盜罪の関係と同様である。大谷・各論（新版補訂版）243

頁は、窃盗罪と事後強盗罪との関係を単に吸収一罪としているが、これは、大谷博士が吸収一罪のひとつとして位置づける、共罰的事前行為となるという意味であろう。

第4節 まとめ

強盗致死傷罪は、従来、結果的加重犯あるいは結合犯であり、かつ身分犯でもあると解されてきた。しかし、結果的加重犯あるいは結合犯と、身分犯という性質は併存しうるものではない。従って、結果的加重犯説の構造と結合犯説の構造を明らかにし、両説による共犯関係の処理、処罰範囲の制限、未遂・既遂時期、「死者の占有」の処理について比較検討した。

1 結果的加重犯説。強盗致死傷罪を、強盗罪を基本犯とする結果的加重犯であるとすると結果的加重犯説の構造には、殺人の故意ある強盗殺人を、強盗致死傷罪と殺人罪の観念的競合と解するか、あるいは「故意ある結果的加重犯」を認めたくらんで、強盗致死罪のみが成立すると解するのかという問題がある。しかし、観念的競合とするのは、強盗致死と強盗殺人とで死亡の結果を二重に評価するという問題がある。また、「故意ある結果的加重犯」を認めることには理論的に問題があるうえ、「故意ある結果的加重犯」という概念は、第240条の説明のためにのみ使用しうるものであって、他の結果的加重犯に使用する必要はないのではないかという疑問がある。そもそも、上述したように、平成7年の刑法一部改正後の第240条後段の「人を死亡させたとき」という文言が、強盗致死とともに強盗殺人をも含む意味であると解しうる以上、「故意ある結果的加重犯」を認める必要があるのかも疑問である。また、強盗致死傷罪の未遂をどのように解するかという点についても「故意ある結果的加重犯の未遂」が認められるかという議論が関わってくる。

共犯関係の処理についても疑問がある。強盗致死傷罪を結果的加重犯と解すると、強盗殺人後の財物奪取のみへの関与者は、強盗殺人罪の基本犯である強盗罪の一部への関与者と解される。そして、強盗罪を暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の結合犯と解する以上、この場合の関与者は強盗致死罪の承継的共犯として、

重く処罰されることになるが、それは妥当ではないであろう。同様のことは、Aが、既に強盗を行ったBに対して、口封じのための殺人を教唆し、Bがその通りに被害者を殺害したというような、致死傷（殺傷）後行型の場合の関与者についてもいえる。この場合の関与者Aは、強盗罪の一部である暴行罪の結果的加重犯としての傷害・傷害致死・殺人への関与者として、強盗殺人罪の承継的教唆犯となると解さざるを得ないのである。

処罰範囲の制限については、結果的加重犯説の基本行為と加重的結果との間には予見可能性が必要とされ、強盗と致死傷との間に関連性を要求する関連性説に適合しうることは上述したとおりである。しかし、関連性説のいう関連性の内容については、従来の学説上十分には検討されていない。この関連性を予見可能性の意味と解することが許されるかは、具体的事例に照らして慎重に検討されなければならないであろう。

未遂・既遂については、強盗は未遂であるが致死傷の結果が発生した場合に、判例・通説のように強盗致死傷罪全体が既遂となると解するのは、結果的加重犯説においては疑問がある。基本犯である強盗罪の未遂・既遂を無視して、結果的加重犯である強盗致死傷罪の未遂・既遂を決定することは許されないはずだからである。結果的加重犯説を前提とするならば、このような場合は、強盗致死傷罪は未遂となると解さざるを得ないのである。

「死者の占有」については、本来的に否定されるべきである。しかし、結果的加重犯に立つと、殺人・傷害致死が先行し、財物領得が後行した場合に「死者の占有」を否定して、財物領得を占有離脱物横領と解すると、強盗殺人罪・強盗致死罪の基本犯である強盗罪を既遂と説明することができなくなる。強盗罪は暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の結合犯であり、占有離脱物横領罪を含んでいないからである。従って、強盗殺人罪・強盗致死罪の既遂罪の成立を認めることも困難となってしまふ。このような結論を回避するためには、少なくとも強盗殺人・強盗致死の事例においては、「死者の占有」を例外的に肯定せざるを得ないことにならう。

2 結合犯説。強盗致死傷罪を、強盗罪と傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の結合犯であるとする結合犯説の構造は、殺人の故意ある強盗殺人を第240条後段が

包含することを説明する際に、結果的加重犯説のように「故意ある結果的加重犯」の理論を採用せずとも、強盗殺人罪を強盗罪と殺人罪の結合犯とすれば足りる点で、結果的加重犯説より優れているといえる。

共犯関係の処理については、結果的加重犯説と同様、結合犯の一部への関与者への承継的共犯の成否の問題がある。強盗殺人後の財物奪取のみへの関与者について、判例及び結合犯説の論者は、強盗殺人罪の承継的共犯として重く処罰するが、それは妥当ではないであろう。一部の論者は、強盗殺人罪・強盗致死罪に関しては、中途介入者が殺人に関与していないことを理由として承継的共犯の成立を否定し、この場合の関与者は強盗罪の共犯となるとしている。しかし、強盗致死・殺人後の財物奪取は被害者の死の結果を利用しているともいえ、強盗致死罪・強盗殺人罪の中途介入者を承継的共犯の例外として扱う理論的根拠に乏しいのではないかという疑問がある。

処罰範囲の制限については、強盗致死傷罪を、強盗罪と傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の結合犯と解した場合、この結合の仕方が牽連犯型か併合罪型かで、解釈を異にする。すなわち、牽連犯型結合犯と解するならば、殺傷が手段、強盗が目的となることから、処罰範囲の解釈について手段説が適合する。これに対し、併合罪型結合犯と解するならば、手段と目的の関係が不要であることから、機会説または関連性説が適合すると言える。しかし、結合犯説を採る論者のほとんどは、この結合の仕方と処罰範囲の関係について言及しておらず、この点の検討は極めて不十分といわざるを得ないであろう。

未遂・既遂については、結合犯説の論者の多くは、強盗致死傷罪の未遂とは、致死傷が未遂の場合であり、強盗の未遂・既遂は強盗致死傷罪の未遂・既遂に影響しないと解している。しかし、結合している犯罪の一方が未遂、他方が既遂であった場合に、結合犯全体として既遂と解して良いかは問題であろう。一部の論者は、強盗が未遂の場合にも強盗致死傷罪は未遂となると解するが、強盗が中止未遂、致死傷が既遂の場合に、強盗致死傷罪の中止犯と解してよいかは、結論の妥当性から疑問もある。

「死者の占有」については、これを否定し、殺人・傷害致死後の財物領得を占有離脱物横領と解すると、殺人を手段とした場合には、占有離脱物横領はと

もかく窃盗は目的となり得ないということになる。従って、強盗致死罪・強盗殺人罪の結合犯の一部である強盗罪は不能犯となるのではないかという疑問が生じる。これを回避するためには、結合犯説においても、結果的加重犯説と同様、強盗殺人・強盗致死の事例において「死者の占有」を例外的に肯定せざるを得ないであろう。

3 身分犯説。強盗致死傷罪を、強盗身分者による傷害・傷害致死・殺人と解する身分犯説は、「強盗が、人を負傷させたとき」「強盗が、人を…死亡させたとき」という第 240 条の規定に照らし、文理解釈上、結果的加重犯説・結合犯説より優れていると言えよう。

共犯関係の処理については、強盗致死傷罪を真正身分犯と不真正身分犯のいずれと解するかで異なる。真正身分犯説によれば、第 65 条第 1 項により、財物奪取のみの関与者を強盗致死傷罪の共犯の罪責に問うこととなるが、不真正身分犯説によった場合には、第 65 条第 2 項により刑が軽くなる。真正身分犯説の結論は、結果的加重犯説・結合犯説と同様であり、致死傷に関与していない者の罪責としては重過ぎるようにも思われるが、不真正身分犯説の結論は妥当なものといえよう。

また、強盗致死・強盗殺人の場合における財物領得のみの関与者の罪責については、「死者の占有」の議論も考慮すべきであろう。判例は、被害者の死亡とは無関係の第三者が、被害者の生前身につけていた金品を領得した場合には占有離脱物横領罪が成立し、被害者を殺害した者が、殺害後に金品を領得する意思を生じてこれを領得した場合には窃盗罪が成立するとしており¹⁹³⁾、後者の場合には占有離脱物横領罪にとどまるとする学説も主張されている¹⁹⁴⁾。従って、この財物領得のみに関与した中途介入者の罪責は、窃盗罪あるいは占有離脱物横領罪の共犯にとどまる。これと比較した場合、強盗殺人の金品の領得についてのみ関与した中途介入者が、強盗殺人罪あるいは強盗罪の共犯の罪責に問われるという結論は、均衡を失っているのではなからうか。

殺害行為に出た正犯が、殺害行為時に財物領得の意思を有していたか否かは、正犯の罪責を論ずるうえでは重要である。利益の獲得のために人を殺害する行為は、犯罪学的にみても悪質であり、強盗殺人罪として重く処罰する必要は確

かにある。しかし、財物領得のみの関与者の罪責を論ずるに当たっては、正犯が殺害行為時に財物領得の意思を生じていたか否かは、それほど重要とはいえないであろう。共犯行為時には、被害者は既に死亡しており、財物領得への関与は、その前に惹起された被害者の死亡について因果性を有していない。加えて、関与者はあくまでも利益の獲得のみを意図して共犯行為に出ているのであるから、これは純粋な財産犯の共犯であるといえる。従って、この場合の関与者の罪責は、強盗罪ではなく、やはり窃盗罪あるいは占有離脱物横領罪の共犯にとどまると解すべきであろう。このように考えるならば、共犯の処理については、不真正身分犯説がやはり優れているということになる。

処罰範囲の制限については、身分犯説には問題がある。強盗身分者が人を殺傷した場合に強盗致死傷罪が成立すると解すると、いったん強盗身分を獲得した者の殺傷が、半永久的に強盗致死傷罪を構成することとなるおそれがある。しかし、ドイツの強盗的窃盗罪の行為主体が窃盗の現行犯人と解されていることと同様、わが国の事後強盗罪の「窃盗」、強盗致死傷罪の「強盗」もまた、窃盗、強盗の現行犯人と解するならば、このような問題は解消されよう。わが国の刑事訴訟法における現行犯人の現行性の範囲は、強盗致死傷罪の「強盗の機会」の時間的・場所的範囲とほぼ一致するからである。さらに、ドイツの強盗致死罪の客体である「他人 (andern Menschen)」が強盗への非関与者の意味と解されているように、わが国の強盗致死傷罪の「人」もまた強盗及びその関与者以外の者の意味と解し、客体から強盗の共犯を除外すると解するならば、手段説・関連性説も身分犯説に適合しうることとなる。

未遂・既遂については、身分犯説は「強盗」身分に強盗未遂の場合も含まれると解することにより、致死傷が既遂であれば強盗致死傷罪全体も既遂となると説明することができる。この点は、強盗罪の未遂・既遂に拘束される結果的加重犯説・結合犯説より優れていると言えよう。

身分犯説によれば、「死者の占有」については、これを認める必要はない。身分犯説によれば、強盗致死罪・強盗殺人罪は強盗身分者による傷害致死・殺人に関する規定と解し、強盗身分は強盗が未遂の場合にも生じると解するならば、強盗身分者が被害者を死亡させた時点で強盗致死罪・強盗殺人罪は既遂と

なり、「死者の占有」を認める必要はないし、財物領得の完成自体は論理的に不要となる。このように、「死者の占有」を否定する立場を貫徹することができるという点で、身分犯説は結果的加重犯説・結合犯説より優れているといえよう。

以上のように、身分犯説は、第 240 条の文理解釈に適合するうえ、結果的加重犯説・結合犯説と比べても、理論的な問題点も少なく、結論の妥当性をも維持することができるといえる。

193) 大判昭和 16 年 11 月 11 日刑集 20 卷 598 頁，最判昭和 41 年 4 月 8 日刑集 20 卷 4 号 207 頁。

194) 泉二・各論 688 頁。

第 4 章 強盗強姦罪の身分犯的構成

刑法第 241 条は、「強盗が女子を強姦したときは、無期又は七年以上の懲役に処する。よって女子を死亡させたときは、死刑又は無期懲役に処する。」と規定している。この強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、一般には、強盗罪と強姦罪・強姦致死罪の結合犯と解されている。結合犯であるならば、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の規定の「強盗」の文言は、強盗犯人という身分ではなく、強盗行為を指すものと解されよう。強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の規定には、事後強盗罪、強盗致死傷罪と異なり、「強盗が」の後に句点がない。従って、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、主体が強盗犯人に限定される身分犯と解する文理解釈上の必要性が、事後強盗罪、強盗致死傷罪と比べてやや低いようにも見える。しかし、この「強盗」という文言を結合犯としての強盗行為と解した場合、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の規定は「強盗行為が女子を強姦したとき」と読むこととなる。強盗を強姦の手段とする事案もありうるが、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の成立範囲をこのように限定するのは問題があろう。故に、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の規定中の「強盗」の文言も、事後強盗罪、強盗致死傷罪の場合と同様、行為ではなく身分を指すものであって、強盗強姦罪・強

強盗強姦致死罪は身分犯であると解すべきであるように思われる。

また、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の「強盗」は、結合犯における強盗行為と、身分犯における強盗身分の2つの意味が含まれると解すべきではない。結合犯か身分犯かという違いは、両罪を巡るいくつかの解釈上の問題の解決において決定的な意味を有しており、「強盗」を行為と身分のいずれかに一義的に解する必要があると思われる。強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を結合犯と身分犯のいずれと解するかによって、以下のような問題について結論を異にするからである。

第1に問題となるのは、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂はそれぞれどのような場合かである。両罪を結合犯と解したならば、他の結合犯と同様、先行行為である強盗罪の未遂・既遂が、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂に影響するはずである。しかし、結合犯説の論者は、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂は、後行行為である強姦の未遂・既遂によって決定され、両罪の着手時期も、強姦の着手時に求められると解している。これに対して、身分犯説を採った場合には、「強盗」身分者による強姦・強姦致死が両罪の内容となるのであるから、未遂・既遂を強姦部分のみによって決定するという解釈は許されることとなろう。

第2は、強盗強姦の強姦部分のみへの関与者の処理である。強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を結合犯と解した場合、強姦部分のみの共犯については、承継的共犯が成立し、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の共犯として処理されることとなる。これに対し、両罪を身分犯と解した場合、強姦部分のみの共犯は共犯と身分の問題として処理され、第65条第1項ないし第2項が適用されることとなるであろう。もっとも、強盗強姦の強姦部分のみの共犯が実際に問題となった判例は皆無であり、学説上の議論も活発ではないようである。

第3は、強盗強姦未遂罪の刑の下限である。強盗強姦罪については、結合犯であることを前提としたうえで、強盗が既遂の強盗強姦未遂罪につき未遂減軽をする場合、その短期が、結合犯の一部である強盗罪の刑の下限である懲役5年を下回ることは許されるかが議論の対象となっている。そして、一部の下級審判例は、このような場合に強盗罪の刑の下限を下回ることは許されないと判

示している¹⁾。もっとも、結合している犯罪の刑の均衡をとるため、このような刑の範囲の制限を行うことが許されるかという問題自体、結合犯説の内部においても議論のあるところである。これに対し、強盗強姦罪を身分犯と解したならば、このような法定刑の均衡は、少なくとも理論上は問題となり得ないであろう。

第4は、殺意ある強盗強姦、すなわち強盗強姦殺人の場合に、どのような構成要件を適用するかが議論されている。適用が問題となりうる構成要件としては、強盗罪、殺人罪、強姦罪、強姦致死罪、強盗殺人罪、強盗強姦罪、強盗強姦致死罪が挙げられる。そして、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を結合犯と解すると、上記のそれぞれの犯罪規定における財産、生命、性的自由といった保護法益が重複しないようにして、構成要件を選択しなければならないことから、その組み合わせについて様々な学説が主張されている。また、強盗強姦致死罪は、強盗罪と強姦致死罪の結合犯か、あるいは強盗身分者による強姦致死を規定する身分犯かという問題はあるものの、それとは別に、強盗強姦罪の結果的加重犯であるという側面をも併せ持つ。従って、第241条後段を「故意ある結果的加重犯」を含むと解し、強盗強姦殺人の場合は強盗強姦致死罪一罪の適用で足りると解する余地もある²⁾。これに対し、判例・通説は、第240条後段、あるいは第241条後段における死刑または無期懲役という科刑を採用すべきであるが、「故意ある結果的加重犯」は認められないという見地から、強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合あるいは併合罪と解しているが³⁾、結合犯説を前提とすると、強盗殺人罪・強盗強姦罪それぞれに結合している強盗罪の財産法益を二重に評価することとなるという問題がある⁴⁾。しかし、身分犯説を前提とするならば、強盗身分者が強姦と殺人を実行したものと解することによって、財産法益の二重評価という問題を回避しつつ、判例・通説のいう、強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合あるいは併合罪という結論を採ることも可能となるう。

このように、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を身分犯と解した場合には、従来、結合犯であることを前提として展開されてきた両罪に関する解釈上の問題について、再検討する必要が生じるのである。

- 1) 福岡高裁那覇支判昭和50年11月5日福岡高裁刑事判決速報1219号,宮崎地判昭和53年2月16日刑刑10巻1・2号142頁。
- 2) 江家義男・刑法各論(増補・1963年)304頁,植松正・刑法概論 各論(再訂・1975年)407頁,内田文昭・刑法各論(第3版・1996年)299頁,林幹人・刑法各論(1999年)226頁,山口厚・刑法各論(補訂版・2005年)239頁。
- 3) 大判大正13年4月7日刑集3巻329頁,大判昭和10年5月13日刑集14巻514頁,最判昭和33年6月24日刑集12巻10号2301頁,前田雅英・刑法各論講義(第3版・1999年)217頁,大谷實・刑法講義各論(新版補訂版・2002年)253頁,平川宗信・刑法各論(1995年)362頁,堀内捷三・刑法各論(2003年)141頁。
- 4) 内田・各論299頁,林・各論226頁。

第1節 結合犯説

第1項 結合犯説の基本的構成

判例は,基本的には,強盗強姦罪の性質を結合犯であるとしている。

まず,最判昭和24年12月24日刑集3巻12号2114頁は,婦女を強姦した後で強盗の犯意を生じ,同女の畏怖に乗じて金品を強取したという事案につき,「刑法第241條前段の強盗強姦罪は,強盗犯人が強盗の機会において婦女を強姦することをその要件とすること所論のとおりである。…しからば,被告人の判示行為は右強盗強姦罪に該当しないことは明らかである。…強盗強姦罪は強盗罪と強姦罪との結合犯であるから,強姦罪と強盗罪に該当する行為とが同一機会に行はれさえすれば強盗強姦罪を構成するというのであれば,それは結合犯の概念を正解しないものと云うの外なく到底採用に値しない。」として,強盗強姦罪とした原判決を破棄し,この場合には強姦罪と強盗罪の併合罪となると判示している⁵⁾。

次に,広島高判昭和35年12月21日下刑集2巻11・12号1361頁は,被告人が婦女を強姦し,その際婦女を負傷させ,さらに姦淫行為の継続中,被害者のハンドバック内から財布を奪ったという事案につき,強姦致傷罪と強盗罪の併合罪の訴因に対し,これを強盗強姦罪とした原判決について,「強姦致傷と…強盗とは包括して結合犯たる強盗強姦の一罪を構成するものと認むべきことは原判決認定のとおりである。」として,「本件において前記二個の訴因を合し

て刑法第 241 条前段の強盗強姦の一罪と認定するについては、起訴にかゝる右各訴因中にその認定しようとする犯罪事実の構成要件の全部が含まれていないし、前者を後者に変更するのは被告人にとって不利益であるから訴因・罰条の変更手続を要するものと解されるのである。」と判示して、これを破棄差戻している。

さらに、東京高判平成 5 年 12 月 13 日判時 1495 号 143 頁は、強盗既遂・強姦（障害）未遂の場合に、強盗罪の刑の下限である懲役 5 年を下回る減軽が可能かが争われた事案について、「刑法 241 条の強盗強姦罪の規定は、強盗犯人が婦女を強姦した場合について、その悪質性にかんがみ、これを強盗罪と強姦罪との併合罪として処理することなく、より重く処罰する趣旨で、結合犯の一罪とする構成要件を定め、強盗致傷罪の刑と同等の刑をもつて臨むこととしたものである。」として、強盗強姦罪が結合犯であることを明示したうえで、本罪の結合犯としての一罪性を根拠として、未遂減軽をした後の処断刑の範囲は、刑法第 68 条 3 号により、懲役 3 年 6 月以上 7 年 6 月以下になると判示している。

以上のように、判例は、基本的には、強盗強姦罪が結合犯であることを前提としたうえで、強盗の着手が姦淫の終了後か否かを基準として、強姦罪と強盗罪の併合罪が成立する場合（最高裁昭和 24 年判決）と、強盗強姦罪一罪が成立する場合（広島高裁昭和 35 年判決）とを明確に区別している。また、未遂減軽の場合の刑の下限についても、やはり結合犯であることを根拠として判断するなど（東京高裁平成 5 年判決）、本罪の結合犯としての性格は、判例上、非常に重視されていると言える。

学説上も、上記の判例を支持する結合犯説が有力である。この立場の論者は、「強盗強姦罪が『窃盗及び強盗の罪』の章に組み込まれていることから、その保護法益には性的自由のみならず財産的法益も当然に含まれているものと解するのが自然である」などとして、本罪を、財産犯である強盗罪と、性的自由に対する犯罪である強姦罪の結合犯であると説明する⁶⁾。もっとも、強盗強姦罪は、強盗罪と強姦罪という二つの犯罪が、手段と結果、ないし基本犯と加重的結果というような関係で併存するために規定されているのではなく、強盗の

機会に強姦がなされることが多いという刑事学的な側面からの要請によって結合して規定されている強盗罪とは異なったかたちの「特殊な結合犯」であるとも説明されている⁷⁾。

それでは、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、具体的には、強盗罪とどのように異なった結合犯と解されているのであろうか。一般に、強盗罪は、本来は暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の牽連犯として処罰されるべきものが結合犯となったものであり、強盗強姦罪は、本来は強盗罪と強姦罪の併合罪として処罰されるべきものが結合犯となったものであると説明される⁸⁾。このような、牽連犯型、併合罪型という結合犯の二つの類型を、西村博士はそれぞれ「目的複合行為犯」と「結果的複合行為犯」と呼称している⁹⁾。

もっとも、このような分類を、結合犯の一般的基準として採用して良いかは若干の疑問もある。従来 of 学説において結合犯と解される犯罪としては、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪以外では、損壊逃走罪(第98条)、暴行・脅迫逃走罪(第98条)¹⁰⁾、墳墓発掘死体等損壊罪(第191条)、強盗罪、事後強盗罪、強盗致死傷罪などが挙げられる。しかし、損壊逃走罪は器物損壊罪と単純逃走罪(第102条)の牽連犯、暴行・脅迫逃走罪は暴行罪・脅迫罪と単純逃走罪(第102条)の牽連犯、墳墓発掘死体等損壊罪は墳墓発掘罪(第189条)と死体等損壊罪(第190条)の牽連犯が結合犯とされたものである。強盗罪が暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の牽連犯であることも前述したとおりである。

強盗致死傷罪については、結合犯説を採った場合には、強盗罪と傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の結合犯であると解されるが、手段説の理解によるならば、やはり牽連犯型結合犯と解されるであろう。これに対し、機会説に拠るならば、必ずしも牽連犯型とは言えない場合も強盗致死傷罪に含まれることとなるが、近時は関連性説が有力になりつつあり、強盗致死傷罪は、併合罪型というよりは、牽連犯型に近いものと理解されているように思われる。

また、事後強盗罪については、これを窃盗罪と暴行罪・脅迫罪の結合犯であるとする非身分犯説が主張されているものの、身分犯説が一般的であり、また、仮に非身分犯説を採ったとしても、西村博士は、「結果的複合犯」からさらに進んだ、窃盗を先行行為とする結果的加重類型と位置づけられており¹¹⁾、純粹

な「結果的複合行為犯」と言ってよいかは疑問がある。

従って、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、「結果的複合行為犯」に該当する結合犯となるものの、他の結合犯はすべて「目的的複合行為犯」と解されることとなる。このように、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、結合犯としては極めて異質なものと言えるであろう。

第2項 未遂・既遂

以上のように、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、通常の結合犯とは異なったものとして分類されているが、具体的な結論に影響を及ぼすいくつかの問題に關しても、両罪と他の結合犯とでは、大きな相違が見受けられる。このような相違点としては、まず、未遂・既遂の区別が挙げられよう。

強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂は、強姦・強姦致死部分の未遂・既遂によって決定され、強盗部分の未遂・既遂は影響しないとされている¹²⁾。このように解される根拠としては、強姦部分の性的自由の法益保護の重要性が挙げられている¹³⁾。

一方、強盗罪、損壊逃走罪、暴行・脅迫逃走罪、墳墓発掘死体等損壊罪といった他の結合犯においては、結合している一部の犯罪が未遂にとどまる場合には、結合犯全体が未遂となると解されている。結合犯か身分犯かで争いのある事後強盗罪についても、結合犯説の論者は、「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」などとして、窃盗が未遂か既遂かによって、事後強盗罪全体の未遂・既遂が決定されるとしている¹⁴⁾。

唯一の例外は強盗致死傷罪で、判例・通説は、身体・生命法益を重視する観点から、強盗部分の未遂・既遂は強盗致死傷罪全体の未遂・既遂に影響しないと解している¹⁵⁾。この未遂・既遂の決定の仕方は、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪と共通している。

しかし、強盗致死傷罪については、結合犯あるいは結果的加重犯としての構造を重視し、強盗部分が未遂の場合も、強盗致死傷罪の未遂とすべきとする主張もなされているものの¹⁶⁾、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪については、強盗部

分が未遂の場合に、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪も未遂とすべきという主張は、ほとんどなされていないと言ってよい¹⁷⁾。強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を結合犯と解するならば、強盗未遂型の未遂犯を認める余地もあるように思われるが、そのような解釈が採られていないのは、おそらく、強盗強姦致死の中止未遂における強姦致死罪との刑の均衡が考慮されたためではなかろうか。例えば、Aが、B女を強姦しさらにB女の携帯しているハンドバッグを強取しようとする犯意のもとで、B女に暴行を加えて強姦に着手し、その際の暴行によってB女が死亡したが、その後Aはハンドバッグを強取する犯意を放棄したという事例において、強盗未遂型の未遂犯を認めたならば、Aは、強盗強姦の中止犯となり、その科刑は、第241条の規定する無期または七年以上の懲役が必要的に減輕、または免除される。そうすると、Aは、無期または三年以上の懲役と規定する強姦致死罪(第181条)については既遂であるにもかかわらず、強盗部分が未遂であることによって、無期懲役刑を確実に免れることとなってしまうからである。

第3項 着手時期

以上のように、判例・通説は、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂が、後行行為である強姦・強姦致死の未遂・既遂によって決定されると解しているが、両罪の着手時期についてまで言及する論者は皆無である。通常、ある犯罪の未遂・既遂について論ずる場合、その犯罪の着手時期と既遂時期を当然に確定しなければならない。しかし、結合犯の未遂の議論においては、先行行為と後行行為のいずれが未遂である場合に、結合犯全体が未遂となるのかという問題が重視される反面、着手時期の確定の問題はあまり重視されない。強盗強姦罪・強盗強姦致死罪については、その傾向が特に強いと言えよう。もっとも、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂の区別に関する解釈から、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の着手時期を導き出すことは可能であるように思われる。

結合犯の着手時期については、結合している二つの行為のうち、先行行為に着手した時点で、結合犯全体の着手があったとされる場合と、後行行為に着手した時点で、結合犯全体の着手があったとされる場合とがある。このような着

手時期の相違を基準とした結合犯の分類を、便宜的に、それぞれ先行行為着手型結合犯、後行行為着手型結合犯と呼ぶこととする。

それでは、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、このいずれに分類されるのであろうか。上述したように、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂は、性的法益を重視する観点から、先行行為である強盗部分の未遂・既遂ではなく、後行行為である強姦部分の未遂・既遂によって決定されると解されている。逆に言えば、強盗部分が既に既遂となっていたとしても、強姦部分への着手、すなわち強姦目的の暴行・脅迫がなされていない段階においては、強盗罪が成立するとどまり、強盗強姦未遂罪すら成立しない。従って、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の着手時期は強姦に着手した時点であって、後行行為着手型結合犯として分類されることとなろう。

このような強盗強姦罪・強盗強姦致死罪と同様の後行行為着手型結合犯としては、結合犯と解した場合の事後強盗罪、同じく強盗致死傷罪が挙げられよう。

まず、事後強盗罪の着手時期についてみると、非身分犯説（結合犯説）の論者は、「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ろう」と解している¹⁸⁾。従って、事後強盗罪を結合犯と解した場合には、後行行為着手型結合犯として分類すべきということとなる。

次に、強盗致死傷罪についてみると、上述したように、強盗致死傷罪の未遂・既遂は、身体・生命法益を重視する観点から、強盗部分の未遂・既遂によっては決定されず¹⁹⁾、強盗傷害罪、強盗殺人罪における故意ある傷害・殺人の未遂のみが、第240条の未遂となると解されている²⁰⁾。このように解釈するならば、強盗致死傷罪の着手時期は、本罪を結合犯とみた場合に後行行為となる傷害・殺人に着手した時点ということになるであろう。

もっとも、強盗致死傷罪には、暴行致傷・傷害・傷害致死・殺人を手段として財物を奪取する致死傷先行型と、暴行・脅迫により財物を強取したうえで、口封じ等のために被害者を殺傷する致死傷後行型があるところ、致死傷先行型の場合には、先行行為である強盗と後行行為である殺傷の着手時期が完全に一致することから、必ずしも後行行為着手型結合犯とは言い切れない面もある。

また、致死傷後行型の場合には、殺傷が必ずしも財物奪取の手段とはならないことから、牽連犯型結合犯というよりは併合罪型結合犯としての性質が濃厚となってくる。しかし、判例・通説は、既に述べたように「強盗の機会」の致死傷であれば、致死傷先行型・後行型を区別せず強盗致死傷罪となるとしているのであるから、強盗致死傷罪の結合犯としての性質は、かなり曖昧なものになってしまうように思われる。

これに対して、先行行為着手型結合犯としては、損壊逃走罪、暴行・脅迫逃走罪、強盗罪が考えられる。損壊逃走罪の着手時期については、判例は、行為者が、拘置所から逃走する穴を開けるため、壁の換気口周辺を削り取り損壊したが、脱出可能な穴を開けることができず逃走の目的を遂げなかったという事案につき、「刑法98条のいわゆる加重逃走罪のうち拘禁場又は械具の損壊によるものについては、逃走の手段としての損壊が開始されたときには、逃走行為自体に着手した事実がなくとも、右加重逃走罪の実行の着手があるものと解するのが相当である。これを本件についてみると、…刑法98条のいわゆる加重逃走罪の実行の着手があったものとした原審の判断は、正当である。」と判示して、加重逃走未遂罪の成立を認めており²¹⁾、通説もこの判例を支持している²²⁾。この判例事案においては、先行行為である器物損壊への着手時期が、結合犯である加重逃走罪全体の着手時期と解されているのである。そして、暴行・脅迫逃走罪についても、損壊逃走罪と同様、逃走の手段としての先行行為が開始されたとき、すなわち暴行・脅迫着手時が、結合犯全体の着手時期となるとされる²³⁾。

強盗罪の着手時期については、判例は、行為者が強盗の意思により脅迫を行ったものの、被害者がこれに応じなかったため、金品を強取することができなかったという事案につき、脅迫が「意思の自由を抑圧するに足るものであったことが明かである」場合には、被害者が「偶偶被告人の要求に應ぜず、従って意思の自由を抑圧されなかったとしても、…強盗罪の実行をもって目さなければならぬ。」と判示して、強盗未遂罪の成立を認めている。通説も、強盗罪の着手時期は、財物・利益強取の意思をもって暴行・脅迫が開始された時点であるとしており²⁴⁾、先行行為である暴行・脅迫への着手時期が、強盗罪の着手

時期となる点で一致している。

このようにして、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪、事後強盗罪、強盗致死傷罪は、後行行為着手型結合犯として分類されるべきものということとなる。しかし、第2章においてみたように、事後強盗罪に関しては身分犯とする解釈のほう有力である。そして強盗致死傷罪に関しても、身分犯と解すべきであることは第3章において述べたとおりであり、仮に結合犯と解したとしても、先行行為・後行行為の同時着手という場合がありうることを考えると、完全な後行行為着手型結合犯とは言いきれなくなってくる。従って、この両罪を別とすれば、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、唯一の後行行為着手型結合犯ということとなる。

第4項 強姦部分のみへの関与者

強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を結合犯と解すると、強盗行為着手後、強姦部分についてのみへの関与者が存在した場合に、この関与者の処理が問題となる。この点に関して言及する判例、及び結合犯説の論者は皆無であるが、結合犯という構造からすれば、承継的共犯の理論が用いられ、共犯は強盗強姦罪・強盗強姦致死罪全体の共犯としての罪責を負うこととなるであろう。

もっとも、承継的共犯による処罰の根拠を、後行行為に関与することによって、先行行為を利用し結合犯全体に関与したと言えるという点に求めるならば、併合罪型結合犯に、承継的共犯の理論を適用することができるかという疑問が生じる。すなわち、強盗が完成した後に強姦が行われたという強盗強姦の事例において、強姦部分のみに関与したとしても、強盗部分と強姦部分は、牽連犯型結合犯のような手段と目的の関係にはない。従って、強盗強姦の場合には、先行行為である強盗部分を利用して強姦したとは言えず、承継的共犯の成立する余地はないようにも考えられるのである。しかし、正犯Aが被害者Bを暴行して抗拒不能に陥れ、金品を奪った後に、共犯CがAとともにBを強姦したという事例においては、A・Cは、強盗部分によってもたらされた抗拒不能状態を利用してBを強姦したと言えることから、強姦部分に関与したCは、強盗強姦罪の承継的共犯として処罰されることとなるであろう。

それでは、正犯Aが強盗強姦の故意で被害者Bを暴行し、さらに共犯Cと共にBを強姦した後で、AがBの金品を奪ったという事例であればどうか。この場合には、強姦が、Aの財物奪取の手段の一部として機能し、Bの抗拒不能状態を持続させているのであるから、承継的共犯を問題とせずとも、Cは強盗強姦罪の共犯として処罰されることとなるであろう。

このように考えると、結局は、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪においても、結合犯としての構造からもたらされる承継的共犯の理論が適用されることとなる。

第5項 強盗強姦未遂罪の刑の下限

強盗強姦罪の既遂時期について、結合犯説の論者は、性的法益を重視し、強盗部分の完成は強盗強姦罪の未遂・既遂に影響せず、強姦部分の完成の有無がすべてを決するとする²⁵⁾。これに対し、強盗部分が未遂の場合にも強盗強姦未遂罪とすべきとする論者は皆無である。強盗致死傷罪においては、強盗未遂の場合をも強盗致死傷未遂罪とすべきだとする主張もあり²⁶⁾、理論的には強盗強姦罪・強盗強姦致死罪においても、強盗未遂の場合には結合犯全体が未遂となるという解釈は可能であるはずであるが、強盗未遂型の強盗致死傷未遂罪を認める論者も、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪については、強姦部分の未遂・既遂によって既遂時期を決定するという立場がほとんどのようである²⁷⁾。

思うに、強盗強姦罪・強盗強姦未遂罪において、強盗部分の未遂・既遂によって強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂を決定するという解釈が採用されない理由は、そのように解した場合に、科刑の上限が変動するおそれがあるからではなからうか。強盗未遂・殺人既遂の場合に、強盗殺人未遂罪と殺人罪の観念的競合となると解したならば、強盗殺人未遂罪が未遂減輕されうとしても、結局、殺人罪の死刑という刑の上限は維持される。一方、強盗未遂・強姦既遂の場合に、強盗強姦未遂罪と強姦罪の観念的競合となると解したならば、科刑は、強盗強姦罪の上限である無期懲役が未遂減輕されて、強姦罪の上限である二年以上の有期懲役となる可能性がある。他方、強盗未遂・強姦致死既遂の場合には、強盗強姦致死罪の刑の上限である死刑が未遂減輕されて、強姦致死罪の無期懲役が刑の上限となる可能性がある。未遂減輕は必要的ではなく裁

量的減軽であるから、裁判官の裁量において刑の上限を維持することも可能であるが、刑の上限が実際に引き下げられる可能性は否定できない。この刑の不均衡の発生の可能性が、強盗未遂型の強盗強姦未遂罪・強盗強姦致死未遂罪を否定することとなる理由となっているのではなかろうか²⁸⁾。

しかし、以上のようにして、強盗強姦罪の既遂時期が強姦部分のみにかかると解したとしても、刑の下限についての不均衡は生じうる。すなわち、強盗既遂型の強盗強姦未遂罪について未遂減軽をする場合、その短期は、強盗罪の刑の下限である懲役5年を下回る可能性がある。この点につき、従来の判例・学説はどのように解しているのだろうか。

判例は、強盗強姦未遂罪の刑が、強盗罪の法定刑である懲役5年を下回ることが許されるかどうかについて、これを許されないとするものと許されてよいとするものとに分かれている。

まず、許されないとした判例としては、福岡高裁那覇支判昭和50年11月5日福岡高裁判事判決速報1219号、宮崎地判昭和53年2月16日刑月10巻1・2号142頁が挙げられる。これらはいずれも、強盗既遂・強姦（障害）未遂の事案であるが、は「強取行為が既遂、姦淫行為が障害未遂である強盗強姦未遂罪につき有期懲役刑を選択のうえ、刑法43条本文に従い未遂減軽するときは、強盗罪との均衡上、その短期は、強盗罪の法定刑のそれを下回るとは許されないものと解するのが相当」と判示し、は「未遂罪であるから、同法43条本文、68条3号により法律上の減軽をし（ただし、強取行為が既遂であって、数罪性の強い結合犯の場合であるから、短期は強盗罪の刑のそれによる）…」と判示している。

これに対して、許されるとした判例としては、まず、強盗既遂・強姦（障害）未遂の事案において、未遂減軽をせずに直ちに酌量減軽を行うことが許されるかという点が争われた東京高判昭和62年5月25日判タ646号216頁がある。本判決においては、強盗強姦未遂罪における未遂減軽による量刑を懲役3年6月としているが、その量刑が強盗罪のその下限を下回っていることについては、格別の言及をしていないことから、刑の下限に関する問題を本判決が十分に認識したうえでこのような結論を出しているのかどうかは、必ずしも明らか

ではない。

東京高判平成5年12月13日判時1495号143頁は、
判決とは全く逆の立場を採用し、この問題について詳細に判示している。すなわち、強盗事件の検挙率が低いという雑誌の記事に触発されたAが、同じマンションに住む一人暮らしのB女から金員を強取しようと企て、覆面し洋包丁を携帯してB女方に侵入し、B女に馬乗りになり、その首筋に洋包丁を押しつけて、その首を左手で締めながら「静かにしろ。騒ぐと殺すぞ。金を出せ。」などと申し向け、B女の反抗を抑圧し、更に、B女から「あなた、8階のAさんでしょ。」などと言われたため、B女に辱めを加えて被害通報をできなくさせようとして強姦を決意し、その頬に洋包丁を当てたりしながら「金ばかりじゃない。やらせる。足を伸ばせ。」などと申し向けて強姦しようとしたところ、B女が体を堅くするなどして抵抗したため強姦の目的を遂げることができなかったものの、B女に口淫行為をさせ、現金4万円を強取したという事案につき、「刑法241条の強盗強姦罪...が実質的には強盗罪と強姦罪との二罪を内包するものであるとしても、実体法上はあくまで強盗強姦罪という結合犯の一罪である。既遂・未遂の判断においても、この構成要件の特質にかんがみ、強盗の既遂・未遂に係わりなく、もつぱら強姦の既遂・未遂によるべきであると解されているのである。また、同罪が実体法上の一罪である以上、処断刑を導き出す過程の擬律においては、数罪である併合罪や科刑上一罪の場合と同様の考え方を当てはめるわけにはいかないことも明らかである。このように考えてみた場合、...強盗が既遂のときには、強盗強姦未遂罪の法律上の減輕による処断刑の範囲が強盗(既遂)罪の法定刑の短期によって内在的に制約されると解するのは、この既遂・未遂の判断基準とも抵触することになり(強盗強姦未遂罪に強盗が既遂の場合と強盗が未遂の場合の二種類のものを認め、それぞれの場合で減輕方法が異なることになる。)、また、強盗強姦未遂罪に更に同法236条の適用を二重に認めるにも等しいこととなるので、同罪の結合犯性を軽視するものといわざるをえず、いささか解釈論の範囲を越える疑いがあるといつてよい」とし、理論的な刑の制限は困難であるとしたうえで、「処断刑の間に必ずしも合理的とはいえない不均衡が生ずることはある程度避けられないところであつて、何も強盗強姦未

遂罪に限られるものではなく、かかる場合については、裁判所の裁量権の適正な行使によって妥当な量刑がなされることが期待されているのであり、仮にその量刑に不服があれば量刑不当として争うこともできるのである。」として、強盗強姦未遂罪の量刑については、結局裁判官の裁量にゆだねられると判示しているのである。

強盗強姦未遂罪の刑の下限が強盗罪のそれに制約されないという点では、判決の立場は 判決のそれに近いと言えるであろう。もっとも、処断刑の下限の不均衡を量刑をもって是正するというのであれば、強盗強姦未遂罪の処断刑の下限は、基本的に懲役5年となると言うべきであろう。しかし、判決は、Aの犯情について、「強盗の点は明らかに計画的なものであり、…犯行態様はまことに悪質というほかない。…被告人の刑責は重大であるというべきである。」などと指摘しながら、結局、その量刑を懲役5年としている。このような判決は、量刑が裁判所の自由裁量によるのは当然であるとしても、はたして「妥当な量刑」と言えるか、疑問が残るところである。

学説上は、この問題について詳細な検討を行い、明確な立場を示している論者は少ない。亀山検事は、強盗強姦未遂罪の刑の下限が強盗罪のそれを下回ってはならないとする判例の立場に立脚したうえで、判決の「数罪性の強い結合犯」という概念につき、故意の面からの説明を試みている。すなわち、「一罪である故意犯については、着手の際に、その一罪の構成要件の全部について認識があることが要求されるのが原則であり、このことは、その構成要件が数個の行為から成り立っている場合でも全く同じである。結合犯も一罪である以上この原則に従うべきものである。強盗罪等にあつては、まさしくこの原則どおりである。これに対して、強盗強姦等においては、当初からA+Bの認識で行為に着手する場合を排除するものでないことはもちろんであるが、むしろ、当初はAの認識のみで行為し、次いでBの故意を生じてこれを実行するという場合を予定しているといえるのであって、このような態様の犯罪をなお実質的一罪とすることは、一罪の一部について当初からの認識を要しない犯罪を認めることであり、それ自体ははなはだ異例のものといわざるを得ない」と²⁹⁾。

さらに、亀山検事は、損壊逃走罪、暴行・脅迫逃走罪、強盗罪は「一罪的結

合犯」, それ以外の強盗強姦罪, 強盗強姦致死罪, 強盗致死傷罪等は「数罪的結合犯」となるとされている。このような分類は, 西村博士による結合犯に関する「目的複合行為犯」「結果複合行為犯」の分類に酷似する³⁰⁾。また, 古江検事は, 「一罪的結合犯」を「真正結合犯」と言い, 「数罪的結合犯」を「不真正結合犯」と言っている³¹⁾。

このように, 学説上の議論は活発とは言えないものの, 一応は, 強盗強姦未遂罪の刑の下限が, 強盗罪のそれを下回ってはならないとする立場が有力と言えるであろう。しかし, そもそも結合犯とは, それ自体犯罪とされる数個の行為を含む形で構成要件が定められているが, 併合罪や科刑上一罪などの実質的数罪ではなく, 実質的一罪として取り扱われなくてはならないと解される犯罪である。このように, 本来一罪たるべき結合犯を, 一罪的結合犯と数罪的結合犯とにあえて分離して取り扱う合理的な根拠と必要性があるかについては疑問もある。

また, 仮に「数罪的結合犯」の概念を認めたとしても, 強盗殺人罪を「数罪的結合犯」に含ませるという主張にも異論がある。強盗殺人罪が「数罪的結合犯」であるというのは, 強盗の機会に殺人行為が行われれば強盗殺人罪が成立するという, 前述の機会説を前提としているものと思われる。しかし, 人の生命を奪うという点からは, 強盗致死罪が強盗殺人罪の中に含まれるとしても何の問題も生じないはずであるにもかかわらず, わざわざ別個の類型として規定されていることからすれば, 強盗致死傷罪の死傷の結果は強盗の暴行・脅迫等によって生ずるものに限定されると解すべきではないかといういわゆる手段説も, 古くから主張されている。これら手段説の論者は, いずれも, 暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の牽連犯としての構造を有する強盗罪と比較し, 強盗殺人罪は殺人罪と窃盗罪の牽連犯型結合犯となったものであるという認識をある程度有しているものと思われる。このような立場から, 強盗殺人罪を実質的数罪として見ることには, かなりの抵抗があろう。また, 強盗殺人罪は, 通常, 殺人行為に続いて財物奪取行為が行われるという態様をとるが, この場合, 先行する殺人行為は財物強取の目的のもとに行われていなければならない。この点につき, 最判昭和41年4月8日刑集20巻4号207頁は, 単なる殺人行為の後に領得の

意思を生じて死者の生前の占有物を奪取したという事案について、殺人罪と窃盗罪を構成するが強盗殺人とはならないと判示している。そうすると、強盗殺人罪は、亀山検事のいう「当初はAの認識のみで行為し、次いでBの故意を生じてこれを実行するという場合」にはあてはまらないのではないかとも思われるのである。

さらに、強盗強姦致死罪を「数罪的結合犯」に含める点にも疑問がある。前述したように、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、強姦の未遂・既遂によって全体の未遂・既遂が決定される。しかし、強盗強姦致死罪に関しては、強盗罪と強姦致死罪の結合犯という側面のほか、強盗強姦罪の結果的加重犯という側面もあり、「結果的加重犯の未遂」が考えられない以上は、その未遂罪を観念することができない。そうすると、強盗強姦致死罪には、数罪的な性質が表面化する場合自体がありえず、結局、「一罪的結合犯」と変わらないということとなるのである。

第6項 強盗強姦殺人の処理

強盗強姦致死罪を規定した第241条に、殺人の故意ある場合が含まれるかが従来から問題とされてきた。

判例は、一貫して、強盗の際に強姦及び殺人が行われた場合には、強盗殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合となるという立場を採っている。大判大正13年4月7日刑集3巻329頁は、強盗殺人罪、強盗強姦罪により起訴された被告人が、原審において強盗殺人罪についてのみ有罪判決を受けたところ、強姦部分の裁判を行わないのは審判を逸脱した違法なものであるとして上告した事案につき、「犯人カ日時場所ヲ同フシテ先ツ婦女ヲ強姦シ次テ之ヲ殺害シテ其ノ財物ヲ奪取シタル場合ニ於テハ強盗婦女ヲ強姦シ且之ヲ死ニ致シタルモノニシテ所謂一個ノ行為ニシテ數個ノ罪名ニ觸ルルモノニ該當シ一罪ヲ構成スルニ過キサルカ故ニ…裁判所ハ審理ノ結果事案カ只強盗殺人罪ヲ構成スルニ止リ強姦罪ニ付テハ罪證不十分ナリト認メタルトキハ其ノ有罪ノ部分ニ付判決ヲ為スヲ以テ足り其ノ餘ノ部分ハ一罪ノ一部ニ過キサルヲ以テ特ニ其ノ點ニ付無罪ノ言渡ヲ為スヘキモノニ非ス」として、強盗強姦殺人は強盗殺人罪と強盗強姦罪の観

念的競合となることを明らかにしたうえで、強姦部分の証明が不十分な本件においては、強盗殺人罪について有罪判決がなされれば足りると判示した。

大判昭和10年5月13日刑集14巻514頁は、被告人2名が、婦女を押し倒して金銭を強奪しようとしたものの、被害者が金銭を所持していなかったことから、強姦の上殺害しようとしたと決意し、両名が協力して被害者の首を締めながら強姦し殺害したという事案につき、「強盗婦女ヲ強姦シ且殺意ヲ以テ之ヲ死ニ致シタル一個ノ行為ニシテ其ノ強姦ノ點ニ於テ刑法第241條前段ノ罪名ニ觸レ故意ノ致死ノ點ニ於テ同法第240條後段ノ罪名ニ觸ルルヲ以テ同法第54條第1項前段ニ問擬スヘキモノニ係リ同法第241條後段ノ罪ハ強盗婦女ヲ強姦シ殺意ニ出テスシテ之ヲ死ニ致ス場合ニ成立スルモノニシテ本件事案ハ之ニ該當スルモノニ非ス」として、やはり強盗殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合となると判示している。

最判昭和33年6月24日刑集12巻10号2301頁は、被告人が婦女を強姦したうえで所持品を強取しようとしたと決意し、被害者に暴行を加えて失神させ、被害者の自転車を隠す等し、強姦の点は未遂に終わったものの、即時犯行の発覚をおそれて殺意を生じ、被害者を殺害したという事案につき「刑法240条後段、241条前段、243条、54条1項前段を適用したのは正当」と判示し、この場合には強盗致死罪、強盗強姦未遂罪の観念的競合となるとしている。

大阪高判昭和42年5月29日判時500号79頁は、強姦に着手し、これを遂げない間に、強姦の発覚を妨げると共に金品を奪取しようとして婦女を殺害し、金品を奪取した直後に引き続き姦淫を遂げたという事案につき、姦淫の際婦女が既に死亡していた場合であっても、強姦については前後を包括して強姦既遂罪が成立するとして、強盗殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合となるとしている。この判決に先立つ最判昭和36年8月17日刑集15巻7号1244頁は、「姦淫の目的のため、その手段として判示のごとき暴行脅迫を用い結局被害者を窒息死に至らしめ、姦淫の目的を遂げた」という場合には「姦淫行為が殺害の直後であったとしてもこれを包括して強姦致死罪と解すべきである」としており、大阪高裁も、被害者の死亡後の姦淫の解釈について、最高裁昭和36年判決の立場を踏襲したものと解される。この2つの判例は、「死者の占有」に類似した

「死者の性的自由」の保護を認めたものとも言えよう。

もっとも、最判昭和 23 年 11 月 16 日刑集 2 巻 12 号 1535 頁は、「およそ、婦女を姦淫する爲の手段として用いた暴行の結果その婦女を死亡させたときは、姦淫行為の既遂たと未遂たとを問わず、強姦致死罪が成立し、婦女の死亡後、これを姦するが如き行為は、右強姦致死罪の成立に何等のかかわりはない。…被告人のこの死姦行為をもって右強姦致死罪の構成事実の一部を判示したものと解するは當らない。」としており、強姦致死罪の成立に姦淫行為自体は必ずしも要求されていない。従って、強姦の手段である暴行・脅迫によって婦女を死亡させたという最高裁昭和 36 年判決の事案については、姦淫行為が殺害直後であったということを殊更に問題とする必要はなかったとも言えるであろう。

これに対して、学説では、強盗強姦致死罪に殺人の故意ある場合が含まれるかについて、次の 4 説が主張されている。

第 1 は、強盗強姦致死罪には殺人の故意ある場合が含まれず、強盗強姦罪と殺人罪の観念的競合となるとする説である³²⁾。この説は、強盗強姦罪においては財産、性的自由を、殺人罪においては生命を保護することとなり、保護法益の重複が生じないという利点がある。しかし、この説に拠ると、殺人の故意を欠く強盗強姦致死の場合には、第 241 条後段により死刑または無期懲役とされるのに対し、殺人の故意がある態様の場合には、死刑または七年以上の懲役となるため、両者の科刑の間に著しい不均衡が生じてしまうという問題が生じる³³⁾。

第 2 は、第 1 説と同様、強盗強姦致死罪には殺人の故意ある場合が含まれず、強盗強姦致死罪と殺人罪との観念的競合となるとする説である³⁴⁾。これは、強盗致死傷罪において傷害あるいは殺人の故意がある場合には、強盗致死傷罪と傷害罪あるいは殺人罪の観念的競合とすべきという前提を採用したうえで導かれたものである。しかし、この説に拠ると、致死と殺人について、被害者の生命法益を二重に評価することとなるという問題がある³⁵⁾。

第 3 は、強盗強姦致死罪は殺人の故意ある場合を含むとして、強盗強姦致死罪のみが成立するとする説である³⁶⁾。この説は、強盗強姦致死罪自体が財産、性的自由、生命を保護法益とすることから、第 2 説のような保護法益の重複は

生じない。しかし、これに対しては、強盗殺人に関する第240条の場合と異なり、強姦行為時に殺人の故意を有する場合はあまり多くなく、殺人の故意ある場合が第241条後段に典型的に含まれるとは言い難いという指摘がある³⁷⁾。さらに、殺人の故意ある場合を含むと解される第240条とは異なり、第241条後段には「よって...死亡させた」という文言があることから、第241条は結果的加重犯と解するべきであり、さらに「故意ある結果的加重犯」を認めるべきではないという観点から、やはり第241条後段が殺人の故意ある場合を含むと解すべきではないという批判もある³⁸⁾。

第4は、判例と同様に、強盗強姦致死罪には殺人の故意ある場合が含まれず、強盗強姦罪と強盗殺人罪との観念的競合とする説であり、これが現在の通説となっている³⁹⁾。しかし、この説は、結合犯説を前提とした場合には、両罪に結合している強盗罪の財産法益を二重に評価することとなるという問題が生じる⁴⁰⁾。

このように、結合犯説に拠った場合には、上記4説のいずれを採ったとしても、問題を生じてしまうこととなる。

- 5) 東京高判平成11年6月21日東高刑報50巻1~12号52頁も、最高裁昭和24年判決と同様の事案につき、結合犯とは明示していないものの、やはり強姦罪と強盗罪の併合罪となるとしている。
- 6) 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)408頁。この説明からすると、強盗強姦致死罪も強盗罪と強姦致死罪の結合犯となるかと思われるが、岡本教授は強盗強姦致死罪については言及されていない。
- 7) 内田・各論269,298頁。なお、青柳文雄・刑法通論各論(1963年)は、「その暴行、脅迫において強度であり、また財物の奪取と性的自由の侵害を惹起するばかりでなく、その羞恥から捜査機関への届出を遅延させる嫌もあるので、ここに重く処罰することにし...結合犯として独立の構成要件とした」とする。
- 8) 団藤重光編・注釈刑法(6)(1966年)130頁(藤木英雄)。
- 9) 西村克彦・強盗罪考述(1983年)118頁以下。
- 10) これに対し、第98条に暴行・脅迫逃走罪と共に規定されている通謀逃走罪は、通謀自体が犯罪の実行行為には当たらないことから、結合犯とはいえない。
- 11) 西村・考述123頁以下。
- 12) 平野龍一・刑法概説(1977年)211頁、大塚仁・刑法講義〔各論〕(改訂増補

- 版・1992年）235頁，大谷・各論252頁，前田・各論216頁，曾根威彦・刑法各論（第3版補正3版・2003年）145頁，堀内・各論141頁，山口・各論238頁，西田典之・刑法各論（第3版・2005年）167頁。
- 13) 大谷・各論252頁，前田・各論216頁。
- 14) 坂本武志「事後強盗罪は身分犯か」判例時報1202号（1987年）19頁。
- 15) 最判昭和23年6月12日刑集2巻7号676頁，団藤・刑法綱要各論（第3版・1990年）596頁，平川・各論361頁，大谷・各論249頁，堀内・各論139頁，山口・各論237頁，西田・各論166頁。
- 16) 小野清一郎・刑法講義各論（新訂3版・1950年）244頁，瀧川・各論5133頁，瀧川春雄＝竹内正・刑法各論講義（1965年）184頁，平野・概説211頁，曾根・各論144頁。
- 17) 例えば，平野・概説211頁，曾根・各論145頁。
- 18) 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）67頁。
- 19) 前注15)参照。
- 20) 内田・各論295頁，大谷・各論250頁。
- 21) 最判昭和54年12月25日刑集33巻7号1105頁。
- 22) 団藤・各論74頁注5，前田・各論454頁，大谷・各論594頁，曾根・各論306頁。これに対し，堀内・各論331頁は，通謀逃走罪の着手時期が逃走時と解されていることとの均衡上，損壊逃走罪，暴行・脅迫逃走罪についても，着手時期を逃走時と解すべきとする。林・各論468頁は，判例・通説の立場は「実行の着手時期について構成要件該当行為が行われたときと解すれば当然の結論であるが…いまだ，国家の拘禁作用を侵害する切迫した危険が生じたとは思われない」とする。
- 23) 前田・各論454頁，大谷・各論594頁，曾根・各論306頁。
- 24) 内田・各論277頁。
- 25) 団藤・各論597頁，大塚・各論229頁，内田・各論301頁，青柳・各論501頁，香川・刑法講義〔各論〕（第3版・1996年）536頁，前田・各論216頁，大谷・各論252頁，堀内・各論140頁，西田・各論167頁。
- 26) 前注16)参照。
- 27) 前注17)参照。
- 28) 団藤・各論596頁注37参照。
- 29) 亀山継夫「結合犯の未遂」研修340号（1976年）59頁。
- 30) 西村・考述118頁以下参照。
- 31) 古江・前掲論文71頁。
- 32) 瀧川＝竹内・各論185頁。
- 33) 前田・各論217頁。
- 34) 香川・各論536頁。
- 35) 前田・各論217頁。
- 36) 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。

37) 前田・各論 217 頁。

38) 平川・各論 362 頁, 堀内・各論 141 頁。

39) 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。

40) 内田・各論 299 頁, 林・各論 226 頁, 山口・各論 239 頁。

第2節 身分犯説

第1項 身分犯説の基本的構成

以上の結合犯説に対し, 強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を身分犯と解する判例・学説も少数ながら存在している。

判例のほとんどは, 強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を結合犯と解しているのは上述したとおりであるが, 前掲大阪高判昭和42年5月29日判時500号79頁は, 強盗強姦罪を身分犯であると解しているようにも思われる。事案は, Aが, B女を強姦する意思で強姦の手段たる暴行に着手したところ, 姦淫に至る前にB女が失神し, Aは事の意外に驚いて, 犯行の発覚を妨げると共に逃走資金を得るため, B女を殺害して金品を強取したものの, その直後に再び強姦の犯意を生じ, 現場でB女の死体を姦淫したというものである。本判決は「姦淫当時同女は既に死亡していたにしても, 殺害直後に前記当初の強姦未遂の犯行に引続き同じ現場でこれを姦淫したことは前後を包括して強姦(既遂)罪が成立するものというべく, 又強盗の身分は最初の強姦未遂の時には生じていなかったが, その後の殺害並に姦淫の目的を遂げた時にはその身分が生じたことが明らかである本件においては強盗強姦既遂罪が成立すると認めるを相当とする」として, このような場合には強盗殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合となると判示している。

強姦罪の成否を問題としたうえで, 強盗身分の発生の経緯について言及し, 強盗強姦既遂罪の成立を認める理論構成をみると, 本判決は, 強盗強姦罪は強姦罪を基本類型とする身分犯であると解しているようにも思われる。しかも, 本判決は, 強盗強姦罪を強盗身分を加重的身分とする不真正身分犯と解してい

るようにも思われる。しかし、本判決は、強姦着手後に婦女を死亡させ、その直後に姦淫した場合に、姦淫行為が婦女の死亡後であっても包括して強姦罪が成立するかが主に争われたものであり⁴¹⁾、本判決のようにこれを肯定するという前提に立つならば、強盗強姦罪を身分犯と解するか否かという議論は、本判決の結論を決定的に左右するものではない。また、強盗身分に関する言及も上記の引用部分に限定されていることから、本判決が、身分犯と解することから生ずる共犯と身分の処理等の諸問題を視野に入れ、そのうえで強盗強姦罪を身分犯とする解釈を採用したものと言えるかは、疑問である。

なお、本判決の罪数処理についても疑問がある。本事案においては、強姦未遂と強盗強姦が「包括」されるかはともかく、少なくとも殺人と強姦が一つの行為によって実行されたわけではなく、また、行為者が屍姦の手段として殺人を実行したという事実も認定されていない。従って、この場合には、強盗殺人罪と強盗強姦罪は、観念的競合ではなく、むしろ併合罪と解すべきではなかろうか⁴²⁾。

一方、学説上も、結合犯説が主流ではあるものの、一部の論者は、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の結合犯としての特殊性に注目し、共犯と身分の問題も視野にいたううえで、両罪を身分犯として解すべきと主張している。すなわち、古江検事は、強盗強姦罪を強盗罪のような「真正結合犯」とは異なる「不真正結合犯」として、そのうえで「不真正結合犯＝身分犯」として説明されている⁴³⁾。そして、「不真正結合犯」においては、先行行為に関する法益、すなわち財産犯としての保護法益は放棄すべきであるとし、財物奪取の完成の有無は強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の既遂時期に影響しないものとされる。さらに、強盗強姦、強盗強姦致死の強姦部分のみについて関与した者についても、共犯の身分として第65条の適用によって、処理すべきであると主張されるのである⁴⁴⁾。

結合犯説に立つならば、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の強姦部分について関与した者について、結合犯であることから導かれる承継的共犯の理論によってその罪責が決定されるべきである。しかし、この点を指摘する論者はほとんどおらず、また判例も皆無である。古江検事の主張は、この点を指摘し、共犯と

身分の理論によって処理すべきとする点において、本罪の解釈上重要なものとして位置づけられよう。

もっとも、古江検事は、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪が真正身分犯か不真正身分犯かまでは言及していない。本罪を真正身分犯と解すると、強盗強姦の強姦部分のみに関与した者は、第65条1項により、強盗強姦罪の共犯として処罰される。これに対し、両罪を強姦罪・強姦致死罪の不真正身分犯と解すると、関与者は強姦罪の共犯の罪責にとどまることとなる⁴⁵⁾。

ところで、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の主体を「強盗犯人」あるいは「強盗の『身分』をもった者」などとして、両罪を身分犯であるかのように説明するにもかかわらず、両罪を結合犯であるとする論者もある⁴⁶⁾。第241条の「強盗」という文言を、強盗行為ではなく強盗犯人と解する以上は、第238条の「窃盗」を窃盗犯人と解する事後強盗罪の身分犯説と同様、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪も身分犯とされてしかるべきである。しかし、この立場については、強姦部分のみの共犯について、必ずしも共犯と身分の問題を意識しているとは言い難く、実質的には結合犯説に立っていると見てよいとの指摘もなされている⁴⁷⁾。また、強盗致死傷罪の場合と同様、1つの犯罪規定が結合犯と身分犯という性質を同時に備えることが許されるかという点も問題であろう。結合犯と身分犯は、その構造を大きく異にしているからである。

それでは、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を身分犯と解したならば、具体的には、両罪の未遂・既遂、中途介入者の責任等はどのように解釈され、さらに結合犯説とどのような点で相違することとなるのであろうか。

第2項 未遂・既遂

強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を身分犯と解した場合、その未遂・既遂は、強盗の未遂・既遂ではなく、強姦の未遂・既遂によって決定される。このことは、第3章において述べた強盗致死傷罪と同様に、「強盗」犯人という身分を「強盗の現行犯人」と解し、強盗未遂犯もこれに含まれるとすることによって導かれる。すなわち、強盗に着手した時点で、行為者には「強盗」犯人の身分が発生し、「強盗」犯人が現行性を有している間に強姦既遂に至った場合には強盗

強姦既遂罪が成立し、強姦が未遂にとどまった場合には強盗強姦未遂罪となると考えるのである。解釈上は、「強盗」犯人という身分を、強盗既遂を犯した者と解し、強盗未遂の犯人は含まないとする余地もある。しかし、強盗強姦の事例においては、強盗既遂、すなわち財物・利益の領得の完成が強姦に後行する場合がある。そのような場合に、強盗が未遂であることをもって、強盗強姦既遂罪の成立を否定すべきではない。

一方、結合犯説の論者も、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂を、強姦の未遂・既遂によって決すべきという点で、身分犯説の帰結と一致している⁴⁸。しかし、本来的には、結合犯の未遂・既遂は、結合している犯罪全てが既遂か否かによって決定され、その一部の犯罪が未遂にとどまる場合には、結合犯全体が未遂となるというのは前述した通りである。

第3項 着手時期

着手時期についてはどうであろうか。強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を身分犯と解した場合、強盗行為は、強盗身分を構成する行為ではあるが実行行為ではなく、強姦行為が実行行為ということとなる。従って、強姦に着手した時点が、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の着手時期ということとなる。

また、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、強盗行為に着手した者が被害者を強姦した場合のほか、行為者が強盗と強姦の両方の意図を持って、女子に対し暴行・脅迫行為に出た場合にも成立しうるが、身分犯説に拠るならば、強盗行為の着手と同時に強姦行為の着手もあることから、強盗身分が発生し、さらに強盗強姦罪の着手も認められることになる。これに対して、強姦終了後、行為者が財物奪取の意思を生じ、強盗行為に出た場合については、強姦行為時に強盗身分がないことから強盗強姦罪の成立は認められない。この場合は、判例・通説と同様、強盗罪と強姦罪（第177条）の併合罪として処断されるべきであろう⁴⁹。

一方、結合犯説の論者も、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の着手時期を、強姦の着手時に求めるという点で、身分犯説の帰結と一致している。しかし、その場合には、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を、強盗罪などの先行行為着手型結合

犯とは異なる後行行為着手型結合犯と解さなければならず、その特殊性がやはり結合犯の概念上問題となりうる。結合犯説においては、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の実行行為を、「本罪の行為は、強姦である」などと説明して、未遂・既遂や着手時期を強姦のそれに求める論者もあるが⁵⁰⁾、結合犯と解するのであれば、強盗も実行行為と解されるべきであるはずであり、この整合性をどのように解決するのは、結合犯説の課題といえるであろう。

第4項 強姦部分のみへの関与者

身分犯説においては、正犯者が強盗行為に着手した後に、強姦のみに関与した者は、どのように処理されるのであろうか。

この場合、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を真正身分犯と解するか、それとも不真正身分犯と解するかが問題となる。この点の検討は、身分犯説の内部においてもほとんど行われていない。しかし、強盗致死傷罪との均衡、強姦罪・強姦致死罪が「強盗」犯人でなくとも犯すことのできる犯罪であることに鑑みれば、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪は、強姦罪・強姦致死罪の不真正身分犯と解すべきであろう。不真正身分犯と解するためには、加重類型と基本類型の罪質の共通性が必要であるとする主張もあるが⁵¹⁾、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪と強姦罪・強姦致死罪の罪質には強姦・強姦致死という点で共通する部分がある。従って、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の不真正身分犯としての性質は肯定されてよいであろう。

以上のようにして、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を不真正身分犯と解すると、強姦部分のみへの関与者は、第65条第2項により、その刑は強姦罪・強姦致死罪の刑にとどまることとなる。

第5項 強盗強姦未遂罪の刑の下限

強盗既遂型の強盗強姦未遂罪の刑の下限の問題は、強盗強姦罪を身分犯と解した場合には、どのような解決が図られるべきであろうか。

まず、判例についてみると、前掲東京高裁平成5年判決は、理論的には、結合犯である強盗強姦罪が「実体法上の一罪である以上、処断刑を導き出す過程

の擬律において、数罪である併合罪や科刑上一罪の場合と同様の考え方を当てはめるわけにはいかない」から、強盗強姦未遂罪の処断刑の下限が強盗罪の下限を下回することは許されると解している。これに対し、前掲宮崎地裁昭和53年判決は、通常の結合犯の他に「数罪性の強い結合犯」があり、これは数罪と同様に取り扱われるから、数罪的結合犯である強盗強姦罪は、その未遂の処断刑の下限が強盗罪の下限を下回することは許されないと解している。

しかし、真の問題は、そのような結合犯の性質にあるのであろうか。一罪的結合犯であるとされる強盗罪であっても、仮に、暴行罪・脅迫罪の刑の下限が強盗罪の刑の下限の2分の1、すなわち懲役2年6月を上回るものであるなら、本件と同様の問題は起こるはずである。結局は、強盗強姦罪と同様の処断刑の不均衡の問題が、一罪的結合犯とされるものにたまたま存在しなかったに過ぎないのではなからうか。強盗強姦罪に関しては、確かに、これを「数罪性の強い結合犯」と解さなければ、処断刑の下限の不均衡は避けることができない。だが、一罪である結合犯を数罪として扱うには、理論的にかなりの抵抗がある。さらに、本罪を身分犯と解するならば、強盗強姦罪の内部に強盗罪と強姦罪が存在するという、数罪性を考慮することは困難となるであろう。東京高裁平成5年判決もいうように、この問題は、量刑上の考慮によって解決するしかないのかもしれない。

もっとも、罪数に関する解釈によって刑の不均衡を解消するという方法も、あるいは検討されるべきかもしれない。事後強盗罪と窃盗罪の罪数について、これを吸収一罪とする主張があることは第2章において述べたが、そのように考えるのであれば、強盗強姦罪と強盗罪の関係もまた、吸収一罪となると解されよう。この吸収一罪については、法条競合のひとつと解するのが有力である。しかし、平野博士は、法条競合と包括一罪の概念を区別し、吸収一罪は包括一罪に含まれるべきであると主張されている。すなわち、平野博士は、法条競合を「数個の構成要件を充足するような外観を呈するだけで、実はその中の一つが充足されるだけで、他の構成要件の充足はない」もの⁵²⁾、あるいは「一つの構成要件の適用が他の適用を排除するばあいであって、結局一つの構成要件の評価しか成立しない」もの⁵³⁾とする定義について、「たしかにそういう場合も

ある。たとえば、一般法・特別法、あるいは基本法・補充法の関係にある場合などはそうである。しかし、他の構成要件の充足があることが否定できず、したがってもう一つの構成要件では評価できない場合もある。...このような場合、構成要件的に吸収するというのはどうしても無理があるし、構成要件的に吸収してしまうと、あとには何も残らないように見えるのも不都合である。そこで私はこのような場合(吸収関係と呼ばれるもののある部分)は『包括一罪』と呼び、法条競合とは区別した方がよいと考えた。この場合は二つの行為は構成要件的にはあくまで別であるが、法定刑だけは重い方で『共に』、『包括して』評価されるのである。その意味では法定刑は重い方に『吸収される』といってよい。しかし、それは構成要件の吸収ではなく、法定刑の吸収にすぎない」として、従来は法条競合における吸収関係と解されてきた共罰的事前行為、共罰的事後行為を、包括一罪とすべきと主張されている⁵⁴⁾。このように、法条競合と吸収一罪ないし包括一罪とを、構成要件の評価の回数において区別するという平野博士の主張は、明快であって優れているものと思われる。

それでは、このような主張に拠って、強盗強姦罪と強盗罪・強姦罪の罪数関係を分析するならば、どのようになるであろうか。強盗強姦罪を結合犯と解するならば、強盗強姦罪と強盗罪・強姦罪の罪数関係は、強盗強姦罪の構成要件のみで評価され、強盗罪、強姦罪の構成要件でも評価することは二重評価となるのであるから、法条競合であると解される。一方、強盗強姦罪を身分犯と解した場合にはどうか。まず、強盗強姦罪と強姦罪の罪数関係は、強盗強姦罪の行為は強姦であることから、法条競合と解することができる。次に、強盗強姦罪と強盗罪の罪数関係は、強盗強姦罪の強盗部分は身分であって行為ではないと解されるのであるから、包括一罪であって、強盗罪が強盗強姦罪に吸収されていると解することができるであろう。

このように、身分犯説を前提とするならば、強盗既遂型の強盗強姦未遂罪にも、強盗既遂罪が吸収されていることとなるが、にもかかわらず、全体の刑の下限が強盗既遂罪のそれを下回るのは不合理である。しかし、吸収一罪となっている犯罪の刑の下限が、吸収している犯罪のそれに制約されるものと解するならば、この不合理は回避されるであろう。複数の犯罪が吸収関係にある場合

の刑の範囲に関しては、従来、あまり議論されていないようであるが、平野博士は、上述のように吸収関係を包括一罪としたうえで、刑の下限を画定しうると指摘されている。すなわち、「包括一罪の場合は、複数の構成要件で評価される複数の行為または結果が存在するのであって、軽い罪が重い罪に『犯罪として』吸収されてしまうわけではない。その点で、一つの構成要件でだけ評価される法条競合とは異なっている。しかし、包括一罪の場合、軽い罪は重い罪の『刑』で重い罪と『ともに』処断される。その意味では『科刑上一罪』の一種だといってよい」とされるのである⁵⁵⁾。包括一罪を科刑上一罪というのであれば、科刑上一罪においては、刑の上限だけではなく、下限もまた最も重い刑が適用されるとするのが判例であるから⁵⁶⁾、強盗強姦未遂罪と強盗既遂罪が包括一罪として吸収関係にある場合についても、刑の下限は重い強盗既遂罪の科刑に制約されるということとなるであろう。

これに対し、結合犯説を前提とするならば、強盗強姦未遂罪と強盗既遂罪は、法条競合として吸収関係にあると解さざるを得ない。従って、この場合に、科刑上一罪として刑の範囲を画定することはできず、刑の下限を強盗既遂罪のそれとすると解するのは困難と言わざるを得ないであろう。

なお、大判大正6年9月10日刑録23輯999頁は、AがBを殺害する目的で硫黄粉末をBに飲ませたが、病気であったBの病苦を増しただけであったので、Bを絞殺して殺害の目的を遂げたという事案につき、「第1の方法を以てしては殺害の結果を惹起すること絶対に不能にして、単だ他人を傷害したるに止まる」と判示しているところ、これは、吸収法である殺人罪が不能犯である場合に、被吸収法である傷害罪を単独で別途に処罰しうるかという問題について、積極的に解する趣旨であるとされている⁵⁷⁾。

第6項 強盗強姦殺人の処理

身分犯説に立つならば、強盗強姦殺人は、どのように処理されるであろうか。強盗強姦致死罪には殺人の故意ある場合が含まれず、強盗強姦罪と強盗殺人罪との観念的競合として処理することになる。

行為者が殺意をもって被害者の首を締めて強姦し窒息死させたという事例に

ついて、最判昭和31年10月25日刑集10巻10号1455頁は、強姦致死罪と殺人罪が成立し、両罪は観念的競合となると判示している。これに対して、学説では、判例の結論は被害者の生命法益を二重に評価することとなるとして、強姦罪と殺人罪の観念的競合を認める説も有力である⁵⁸⁾。このような処理は、強盗強姦致死罪についても、応用することができよう。すなわち、通常の強姦殺人は、強姦罪と殺人罪の観念的競合となるところ、その行為者が強盗身分を有しているのであるから、強盗強姦罪と強盗殺人罪が成立すると解するのである。

結合犯説を前提とした場合、強盗強姦罪は強盗罪と強姦罪、強盗殺人罪は強盗罪と殺人罪の結合犯と解される。従って、強盗強姦殺人の場合を強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合と解すると、強盗の評価が二重に行われてしまうという問題が生じる。しかし、身分犯説を前提とすれば、第241条及び第240条の「強盗」の文言は、行為ではなく身分と解される。従って、強盗犯人が強姦と殺人を実行したものとして、強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合となると解したとしても、強盗の評価は二重に行われていないと言えるであろう。身分犯説によっても、強盗強姦罪、強盗殺人罪には、それぞれ、強盗罪が吸収され法条競合となっているのであるから、強盗罪が二重に吸収されていることとなる。しかし、殺人既遂罪とその被吸収法である傷害罪、殺人未遂罪の間で、生命・身体法益の評価の重複が問題とされないのと同様に、強盗強姦罪・強盗殺人罪の被吸収法である強盗罪もまた、法益の評価の重複が問題とされるべきではなからう。

もっとも、強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合だとする判例・通説の立場については、なお検討の余地がある。判例・通説が、観念的競合として、強盗強姦罪と強盗殺人罪の牽連犯ないし併合罪の可能性を検討しなかった理由は不明であるが、あるいは強盗強姦罪と強盗殺人罪の性質を結合犯とする解釈に起因しているのではなからうか。強盗強姦・強盗殺人の事例においては、強姦、殺人に先行して行われる、「強盗」行為としての暴行・脅迫により、被害者の抗拒不能状態が作出され、行為者はこの抗拒不能状態を利用して強姦、殺人、強取を行う。従って、強盗強姦罪、強盗殺人罪は、「一個の行為」としての暴行・脅迫による抗拒不能状態の作出を軸として、「二個以上の罪名」である強

盗強姦罪，強盗殺人罪を構成することから，両罪は観念的競合の関係となると解されているのであろう。あるいは，行為者が暴行・脅迫に着手した時点で，強姦の犯意を生じていなかったとしても，その後の姦淫自体は有形力の行使でもあり，姦淫着手時に強盗の犯意を放棄していない限りは，姦淫が強盗のための抗拒不能状態を作出・維持する行為となることから，やはり強盗殺人罪の行為の一部となると解されているのであろう。

しかし，強盗強姦罪と強盗殺人罪を，「強盗」犯人を身分とする身分犯と解した場合には，先行する強盗の手段たる暴行・脅迫は，「強盗」身分を発生させる行為ではあるが，強盗強姦罪と強盗殺人罪の実行行為の一部ではなく，強盗強姦罪の実行行為は強姦，強盗殺人罪の実行行為は殺人ということとなる。従って，暴行・脅迫ではなく，強姦と殺人の行為が競合しているか否かによって，観念的競合，併合罪といった罪数関係が決定されるべきであろう。このように考えると，強盗強姦・強盗殺人の事案において，必ずしも，両罪が「一個の行為が二個以上の罪名に触れ」る関係にはない場合もあるように思われる。この問題については，強盗強姦・強盗殺人の事例を，強姦・殺人同時実行型，強姦先行型，殺人先行型の3つに分けて考えるべきであろう。

第1に，例えば，Aが強盗殺人・強盗強姦の犯意でB女の首を締めて強姦し窒息死させた後に財物を強取したという，強姦・殺人同時実行型の事例はどう処理すべきであろうか。

判例・通説は，強姦行為と殺人行為が，首を締めるという「一個の行為」で行われており，さらに強盗強姦罪，強盗殺人罪の罪名に同時に触れているのであるから，両罪の観念的競合となると解している。もっとも，強姦・殺人同時実行型の場合は，確かに，着手の段階において，強盗強姦罪の実行行為である強姦，そして強盗殺人罪の実行行為である殺人のそれぞれの手段である首を締める暴行という「一個の行為」によって，強盗強姦未遂罪と強盗殺人未遂罪という「二個以上の罪名に触れ」ている。しかし，それ以降は，姦淫と殺人という二個の行為に分かれているといえるであろう。このような場合にも，観念的競合は成立しうるのであろうか。

観念的競合の判断基準については，実行の着手の段階で，複数の罪名に触れ

る行為が「一個の行為」に合体していることを要するという着手合体説⁵⁹⁾と、複数の罪名に触れる行為の主要部分が「一個の行為」に重なり合っていれば足りるとする主要部分合体説⁶⁰⁾が対立している⁶¹⁾。着手合体説に拠るならば、強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合となると解することに異論はなからう。しかし、主要部分合体説に拠るならばどうか。単に着手行為が合体しているというだけでは、せいぜい未遂罪の段階までしか「二個以上の罪名に触れ」ているとは言えないから、着手合体説より主要部分合体説が妥当であろう。このように解した場合、強姦と殺人の手段である暴行が、強盗強姦罪と強盗殺人罪それぞれの主要部分と言えるのかという点が、新たな問題となろう。

身分犯説に拠れば、強盗強姦罪の実行行為は強姦、強盗殺人罪の実行行為は殺人と解される。従って、両罪の主要部分はそれぞれ、強姦と殺人ということになる。また、結合犯説に拠ったとしても、保護法益、着手時期の観点から、強盗強姦罪の主要部分は強姦、強盗殺人罪の主要部分は殺人と解されることとなろう。そのうえで、強姦・殺人同時実行型に関する上記事案を検討すると、首を締めるという最初の暴行は、殺人の実行行為の一部と解されることから、この行為は強盗殺人罪の主要部分をなしているといえるであろう。しかし、強盗強姦罪についてはどうであろうか。強姦は、暴行・脅迫と姦淫によって構成されているが、その主要部分は姦淫とみるべきであろう。従って、強盗強姦罪の主要部分も、やはり、姦淫とみるべきである。そうすると、未だ姦淫に至らない、首を締めるという行為のみでは、強盗強姦罪の主要部分が行われたというには足りない。このように考えると、主要部分合体説に拠ったならば、強姦・殺人同時実行型の場合において、強盗強姦罪と強盗殺人罪は、観念的競合とはなり得ず、併合罪となると解するほかにないように思われる。もっとも、姦淫・殺人がそれぞれ未遂に終わっていたという場合には、主要部分の合体があるとして、前述のとおり、強盗強姦未遂罪と強盗殺人未遂罪の観念的競合となると解しうるであろう。

第2に、Aが強盗殺人、強盗強姦の犯意でB女への暴行に着手し、B女を強姦した後に殺害して財物を強取したという、強姦先行型の事例はどう処理すべきであろうか。この場合にも、着手合体説と主要部分合体説のいずれを選択す

るかによって、結論が異なることになる。

着手合体説に拠れば、強盗強姦罪と強盗殺人罪の着手時期が同一でなければならぬ。そして、強盗殺人罪の未遂は、殺人の未遂の場合であると解されているから⁶²⁾、この場合のAは、強盗強姦罪が既遂に到達した時点においてもなお、殺人に着手するまでは、未だ強盗殺人罪の罪名に触れていないこととなる。さらに、Aが殺人に着手した時点においては、既に強盗強姦罪は完成しているのであるから、その強盗殺人の行為は、強盗強姦罪の着手に当たらず、その罪名にも触れない。そうすると、強盗強姦罪と強盗殺人罪の罪数関係は併合罪となると解しうるであろう。

これに対し、主要部分合体説に拠った場合にはどうか。主要部分である姦淫と殺人が重なり合っているかが問題となるが、殺人は姦淫が終了した後に行われているのであるから、この場合もやはり、強盗強姦罪と強盗殺人罪は併合罪の関係となると解されよう。

第3に、Aが強盗の犯意をもってB女を殺害した後に、B女の死体を姦淫したという、殺人先行型の事例はどう処理すべきであろうか。前掲大阪高裁昭和42年判決は、強姦に着手した犯人が、いったん強姦の犯意を放棄し、強盗殺人の犯意を生じ被害者を殺害後に、再び強姦の犯意を生じて姦淫した事案につき、「強盗の身分は最初の強姦未遂の時には生じていなかったが、その後の殺害並に姦淫の目的を遂げた時にはその身分が生じたことが明らかである」などとして、強盗殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合となると判示している。この判例は、殺害後の姦淫を強盗強姦と評価しているが、おそらくは「死者の占有」と類似した、「死者の性的自由」を認める解釈を前提としていると思われる。また、大阪高裁判決に先立つ最判昭和36年8月17日刑集15巻7号1244頁は、「姦淫の目的のため、その手段として判示のごとき暴行脅迫を用い結局被害者を窒息死に至らしめ、姦淫の目的を遂げた」という場合には「姦淫行為が殺害の直後であったとしてもこれを包括して強姦致死罪と解すべきである」と判示している。大阪高裁も、被害者の死亡後の姦淫の解釈について、最高裁昭和36年判決の立場を踏襲したものと解されよう。

もっとも、この最高裁昭和36年判決、大阪高裁昭和42年判決の処理には疑

問がある。最判昭和23年11月16日刑集2巻12号1535頁は、「およそ、婦女を姦淫する爲の手段として用いた暴行の結果その婦女を死亡させたときは、姦淫行為の既遂たと未遂たとを問わず、強姦致死罪が成立し、婦女の死亡後、これを姦するが如き行為は、右強姦致死罪の成立に何等のかかわりはない。…被告人のこの死姦行為をもって右強姦致死罪の構成事実の一部を判示したものと解するは當らない。」としており、強姦致死罪の成立に姦淫行為の完成を必ずしも要求していない。最高裁昭和36年判決の事案は、強姦の手段である暴行によって婦女を死亡させたというものであるから、強姦致死罪の成否を判断するに際し、姦淫行為が殺害直後であった点を殊更に問題とする必要はなかったとも言えるであろう。一方、大阪高裁昭和42年判決においては、強姦致死罪・強盗強姦致死罪ではなく、強姦罪・強盗強姦罪の成否が問題とされているのであるから、姦淫行為の完成の有無は既遂・未遂の判断にかかわってくる。そして、婦女が死亡した後で姦淫した点をもって強盗強姦既遂罪の成立を認めるためには、「死者の性的自由」を保護するという前提を採らなければならないはずである。

それでは、「死者の性的自由」が、「死者の占有」と同様に保護されるべきではないという立場を採るならば、姦淫行為を実行したのが殺害後であったという事案はどのように処理されるのであろうか。最判昭和33年6月24日刑集12巻10号2301頁は、婦女を強姦したうえで金品を強取しようと決意し、被害者を暴行したものの、強姦の点は未遂に終わった後、犯行の発覚をおそれ、婦女を殺害して財物を強取したという事案について、強盗殺人罪と強盗強姦未遂罪の観念的競合となると判示している。この場合には、行為者は強姦着手時に既に強盗身分を有していたのであるから、強盗強姦未遂罪が成立するとするのは妥当であるが、罪数関係については、上述のように観念的競合ではなく併合罪と解すべきであろう。

これに対し、大阪高裁昭和42年判決の事案においては、「強盗の身分は最初の強姦未遂の時には生じていなかった」とされているように、強盗身分者が強姦を行ったものとは言えず、さらに死体への姦淫を強姦罪、強盗強姦罪と評価すべきではない。従って、この場合には、強盗殺人罪と強姦未遂罪が成立し、

さらに殺人への着手時に強姦の犯意が消滅している以上、殺人行為は強姦未遂罪の罪名に触れないのであるから、両罪は併合罪となると解するほかないように思われる。

以上のように考えると、強盗行為者が強姦罪と強盗殺人罪の「二個以上の罪名に触れる」場合とは、結局、着手合体説を前提とした強姦・殺人同時実行型の場合に限られるのではなからうか。

- 41) 最判昭和 36 年 8 月 17 日刑集 15 卷 7 号 1244 頁は、行為者が強姦目的で婦女に対し暴行を加え、首を絞めて殺害した直後に姦淫したという事案につき、「姦淫行為が殺害の直後であったとしてもこれを包括して強姦致死罪と解すべきである」と判示している。
- 42) さらに言えば、死体に対し姦淫した点を、事前の強姦未遂と包括して強姦既遂罪とするためには、死者となった婦女が、屍姦によって性的自由の法益を完全に侵害されたと説明しなければならない。しかし、このような強盗殺人型の「死者の占有」に類似した「死者の性的自由」を認めるのは、非常に疑問である。この点を考慮するならば、大阪高裁昭和 42 年判決の事案は、強盗殺人罪と強盗強姦罪の併合罪ではなく、強姦未遂罪と強盗殺人罪の併合罪と解すべきであろう。婦女が屍姦された点の評価は、そもそも婦女が行為者に殺害されたため性的自由を有しえなくなったのであるから、強盗殺人罪において評価すれば足りるように思われる。
- 43) 古江・前掲論文 71 頁。
- 44) 古江・前掲論文 65, 67 頁。
- 45) 大谷博士は、大谷・刑法講義各論（第 4 版補訂版・1995 年）233 頁において、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を不真正身分犯であると明言されていた。しかし、大谷・各論（新版追補版）252 頁においては、この記述は削除され、「主体は、『強盗』すなわち強盗犯人である」とされるにとどまっている。
- 46) 曾根・各論 145 頁、内田・各論 298 頁、堀内・各論 140 頁、山口・各論 237 頁、西田・各論 167 頁。
- 47) 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 卷 3 号（1988 年）178 頁。
- 48) 前注 12）参照。
- 49) 最判昭和 24 年 12 月 24 日刑集 3 卷 12 号 2114 頁、東京高判昭和 57 年 8 月 6 日判時 1083 号 150 頁、前田・各論 215 頁、大谷・各論 252 頁、平川・各論 362 頁、堀内・各論 140 頁、山口・各論 238 頁、西田・各論 167 頁。
- 50) 大谷・各論 252 頁。
- 51) 前田・刑法総論講義（第 4 版・2006 年）469 頁、堀内・各論 135 頁。なお、香川・強盗罪の再構成（1992 年）200 頁は、従来、不真正身分犯と解されているも

の、加重類型と基本類型の罪質に差のあるものとして、特別公務員職権乱用罪を例に挙げ、罪質の相違は、真正身分犯と不真正身分犯を区別する基準としては決定的ではないとする。

- 52) 小野清一郎・刑法講義総論(新訂増補・1950年)265頁。
- 53) 団藤・刑法綱要総論(第3版・1991年)437頁。
- 54) 平野龍一「包括一罪についての若干のコメント」同・刑事法研究最終巻(2005年)17,21頁。
- 55) 平野「法条競合と包括一罪」同・刑事法研究最終巻13頁。
- 56) 最判昭和28年4月14日刑集7巻4号850頁は、「刑法54条1項前段の一個の行為にして数個の罪名に触れる場合において、『其最重刑ヲ以テ処断ス』と定めているのは、その数個の罪名中もっとも重い刑を定めている法条によって処断するという趣旨と共に、他の法条の最下限の刑よりも軽く処断することはできないという趣旨を含むと解するを相当とする。いいかえれば数個の罪について刑を定めるには、各法条中の法定刑の最上限も最下限も共に重い刑の範囲内において処断すべきものとする趣旨である」と判示している。
- 57) 香川・総論444頁。
- 58) 大塚・各論104頁,曾根・各論76頁,前田・各論102頁,山口・各論113頁,西田・各論87頁。
- 59) 植松・刑法概説 総論(再訂・1974年)430頁,大谷・総論515頁。
- 60) 大塚・刑法概説(総論)(第3版・1995年)437頁。
- 61) もっとも、学説は、観念的競合の成否は「自然的觀察に基づく社会的見解」によって判断すべきであるというに留まり、より具体的な判断基準を掲げたといえる着手合体説、主要部分合体説に関しては、いずれが妥当かを明確にしないものが多い。また、具体的事例の理解についても、論者によってかなりの混乱がみられる。この点につき、平野・刑法総論(1975年)415頁,藤木・刑法講義総論(1975年)344頁,内田・改訂刑法(総論)(補正版・1997年)352頁,西原春夫・刑法総論(1977年)378頁参照。
- 62) 大判大正11年12月22日刑集1巻815頁,最決昭和32年8月1日刑集11巻8号2065頁,団藤・各論596頁,平川・各論361頁,大谷・各論249頁,前田・各論215頁,堀内・各論139頁,山口・各論237頁,西田・各論166頁。

第3節 まとめ

以上のように、結合犯説と身分犯説は、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂の区別、着手時期に関して、全く同じ結論を採ることになる。もっとも、結合犯説は、結合している犯罪の一部である強盗罪の未遂・既遂を、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂や着手時期に関係させておらず、先行行為の

扱いについては、強盗罪や損壊逃走罪などの他の結合犯と大きく異なっている。これは、後行行為である強姦による性的法益の侵害を重視するためであると説明されているものの、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を併合罪型結合犯というのであれば、強盗罪と強姦罪・強姦致死罪の関係は、強盗罪が従、強姦罪・強姦致死罪が主というのではなく、むしろ、対等の位置にあるというべきではなからうか。強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を結合犯と解するならば、他の結合犯と構造上の相違を説明するための理論的な根拠がさらに求められるであろう。これに対し、身分犯説は、「強盗」を身分と解することによって、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の未遂・既遂、着手時期について強姦を基準とすることが可能となるため、構造上の相違を問題とする必要は生じない。

また、強姦部分のみの共犯については、強姦部分のみへの関与者が、強取に全く関与していないにもかかわらず、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪に問われるというのは疑問である。しかし、結合犯説に拠った場合には、強姦部分のみの共犯は強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の承継的共犯になってしまう。これに対し、身分犯説に拠ったならば、第65条第2項が適用され、共犯は強姦罪・強姦致死罪の刑にとどまる。この点でも、身分犯説が結合犯説より優れているように思われる。

さらに、強盗強姦殺人の事例を、強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合あるいは併合罪と解する場合にも、結合犯説より身分犯説に拠った方が、強盗部分の法益の二重評価を避けうる点で優れていると言える。

以上述べたように、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪についても、身分犯説が採られるべきであると考えられる。

おわりに

本論文は、はじめに、ドイツにおける強盗的窃盗罪、重強盗罪、強盗致死罪、「利欲から」という動機による謀殺罪を巡る議論を概観した（第1章）。次いで、ドイツにおける議論を参考にして、わが国の強盗関連罪、すなわち事後強盗罪、強盗致死傷罪、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪のいずれについても身分犯

として構成すべきであるとして、これらの犯罪を巡る解釈上の諸問題を検討し、一応の結論を示した(第2章以下)。

事後強盗罪については、窃盗罪と暴行罪・脅迫罪の結合犯であるとする結合犯説と、「窃盗」身分者による暴行・脅迫と解する身分犯説が主張されているが、結合犯説(非身分犯説)については、事後強盗の中途介入者を承継的共犯として事後強盗罪で処罰することになるが、しかしそれが妥当かという疑問があり、身分犯説を採るべきであるとした。身分犯説には真正身分犯説、不真正身分犯説の対立があるが、不真正身分犯説が支持されるべきであり、事後強盗の中途介入者については刑法第65条第2項を適用し、通常の刑、すなわち暴行罪・脅迫罪の刑を科すのが妥当であるとした。

もっとも、従来の身分犯説の論者の多くは、「窃盗」という身分は、ただ窃盗に着手した者が取得するとするのみで、その身分がいつ喪失するかということについてはほとんど検討されてこなかったと言ってよい。本論文は、この点について、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を参考にして、「窃盗」を「窃盗の現行犯人」と限定的に解し、刑事訴訟法上、窃盗の現行性が認められる間は「窃盗」身分が継続し、その間の暴行・脅迫のみが事後強盗罪を構成すると解した(第2章)。

強盗致死傷罪については、強盗罪を基本犯する結果的加重犯であるとする説と、強盗罪と傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の結合犯であるとする説が主張されてきている。強盗致死傷罪は「強盗が、人を負傷させたとき…死亡させたとき」と規定し、事後強盗罪は「窃盗が、…暴行又は脅迫をしたとき」と規定しており、規定形式が類似しているにもかかわらず、「強盗」身分者による傷害・傷害致死・殺人であるとする身分犯説を主張する者は少ない。しかし、ドイツにおいては、わが国の強盗殺人罪に相当する「利欲から」という動機による謀殺罪が、同じく殺人罪に相当する故殺罪の加重類型である身分犯と解されており、謀殺罪の関与者についても、共犯と身分の問題として処理されている。わが国の強盗致死傷罪もまた、傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の加重類型であり、「強盗」を身分犯と解することは可能であり、例えば、強盗後の口封じ等のための殺傷のみに関与した中途介入者については刑法第65条第2項を適用し、通常

の刑，すなわち傷害罪・傷害致死罪・殺人罪の刑を科すべきであるとした。強盗目的による殺傷後の財物奪取のみに関与した中途介入者についても，強盗致死傷罪の実行行為は殺傷行為であり，財物奪取行為は「強盗」身分を発生させる行為ではあるが，強盗致死傷罪の実行行為ではないと解して，強盗致死傷罪と吸収関係にある窃盗罪ないし占有離脱物横領罪の刑を科すべきであるとした。また，強盗致死傷罪を身分犯と解した場合，事後強盗罪における身分犯説と同様，行為主体である「強盗」身分の喪失時期が問題となるが，これについても，ドイツの強盗的窃盗罪を参考として，「強盗」を「強盗の現行犯人」と限定的に解し，強盗の現行性が失われた時点で「強盗」身分を喪失すると解した。

また，強盗致死傷罪は，致死傷の結果が発生した時点で既遂となり，財物奪取の有無は既遂時期に影響しないと解されているが，結果的加重犯説では基本犯である強盗罪が，結合犯説では結合されている犯罪の一部である強盗罪が未遂であるのに，致死傷が発生している場合には，結果的加重犯であり，あるいは結合犯である強盗致死傷罪の既遂犯を認めるという点に疑問がある。これに対し，身分犯説，特に不真正身分犯説に拠るならば，強盗致死傷罪の実行行為は殺傷であり，強盗身分者が致死傷の結果を惹起した時点で強盗致死傷罪が既遂となると解することによって，財物奪取は強盗致死傷罪の既遂時期に影響しないと解することが可能となる。この点でも，身分犯説は結果的加重犯説と結合犯説より理論的整合性があると言えるとした（第3章）。

強盗強姦罪・強盗強姦致死罪については，強盗罪と強姦罪・強姦致死罪の結合犯とする者が多いが，一部の論者は，「強盗」身分者による強姦・強姦致死であると主張している。身分犯とすれば，強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の既遂時期も，強姦・強姦致死が完成した時点とすることになり，財物奪取の有無は既遂時期に影響しないと解することができる点で，理論的整合性があると言えるとした。また，強盗強姦殺人の事例を強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合あるいは併合罪と解する場合，結合犯説においては，強盗部分を二重に評価することとなるのではないかという問題が生じるが，身分犯説においては，強盗は身分であるとして，この問題を回避することも可能であるとした。また，強盗強姦罪・強盗強姦致死罪を身分犯と解した場合，やはり行為主体である「強

盗」身分の喪失時期が問題となるが、これについても、強盗致死傷罪と同様、「強盗」を「強盗の現行犯人」と限定的に解することで解決できるとした(第4章)。

本論文は、以上のようにして、事後強盗罪、強盗致死傷罪、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪のいずれについても身分犯として構成することにより、強盗関連罪を巡る解釈上の諸問題についてより良い解決が導かれるとしたものである。

もっとも、本論文において残された課題もある。

第1に、本論文では、事後強盗罪の主体である「窃盗」を「窃盗の現行犯人」、強盗致死傷罪、強盗強姦罪・強盗強姦致死罪の主体である「強盗」を「強盗の現行犯人」と解した場合、その処罰範囲は、従来の「窃盗の機会」説、「強盗の機会」説の言う時間的・場所的接性の基準に拠る場合と結論において大差はないとしても、処罰範囲の限界がより明確になるとした。しかし、わが国の刑事訴訟法における現行犯人の現行性に関する議論を踏まえて、より詳細な検証を行う必要がある。

第2に、本論文では、強盗既遂型の強盗強姦未遂罪の刑の下限が強盗既遂罪のそれを下回ることが許されるかという問題について、吸収一罪となっている犯罪の刑の下限が吸収している犯罪のそれに制約され、強盗既遂型の強盗強姦未遂罪において、吸収されている強盗既遂罪の刑を下回るとは許されないと解した。しかし、強盗関連罪と窃盗罪・強盗罪の吸収一罪の関係と、吸収関係にある複数の犯罪がある場合の刑の範囲については、さらに検討する必要がある。

第3に、XがA女を強姦し、A女がそれによって抗拒不能の状態に陥っている間に、Xが財物奪取の犯意を生じてA女の所持していた財物を奪取したという事例において、Xの財物奪取は強盗罪と窃盗罪のいずれを構成するのかという問題がある。学説上、この問題はあまり注目されているとは言い難いが、判例は、強盗罪となるとするもの、既に被害者が反抗を抑圧された状態においてもなお、強盗罪が成立するには被害者に対する「新たな暴行・脅迫」が必要であり、これがなければ窃盗罪となるとするもの、抗拒不能状態においてさらに「新たな暴行、脅迫」を必要とするのは無意味であること等を根拠に、「新たな

「暴行・脅迫」は不要であり窃盗罪となるとするものが激しく対立している。本論文では、この「新たな暴行・脅迫」の要否に関する判例の状況を紹介したうえで、この問題が財物奪取の中途介入者の処理をどのように左右するかを指摘しているものの、それ以上の格別の私見は示していない。この点は、今後、詳細な検討を行う予定である。

第4に、財物奪取目的で被害者を殺害し死体から財物を奪取する行為は、強盗殺人罪における強盗行為といえるのか、それとも死者は占有の主体となり得ないことから強盗行為とは言えないのかという強盗殺人罪における「死者の占有」の問題と、これに付随して、強姦目的で婦女を殺害後、死体に対し屍姦に出る行為が、殺人罪の他に強姦罪となり得るのかという「死者の性的自由」の問題がある。「死者の占有」についてはこれまでも議論の対象とされているものの、「死者の性的自由」については、判例はただ強姦罪となるとするのみであり、理論構成自体はこれまでほとんど議論の対象とされていない。本論文では、「死者の占有」、「死者の性的自由」に否定的な立場を採ったが、特に議論されることのなかった「死者の性的自由」に関しては、改めて検討を行う必要がある。

（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））