

## 強盗殺人および強盗強姦殺人の擬律

中 村 邦 義

### 目次

- 第一章 はじめに
- 第二章 強盗殺人の擬律
- 第三章 強盗強姦殺人の擬律
- 第四章 おわりに

### 第一章 はじめに

強盗強姦犯人が、過失によって被害者を死に致した場合には、刑法 241 条の強盗強姦致死罪が成立することについて争いはない。しかし、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合に、これをどのように取り扱うべきなのかということについては、かなり議論の余地がある。つまり、刑法 241 条は、殺意のある場合を含む規定なのか、それとも殺意のある場合を含まない結果的加重犯の規定なのか、もし殺意のある場合を含まないのだとしたならば、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合には、いかなる条文が適用されることになるのか、というのがここでの問題である。

そして、刑法 241 条は、殺意のある場合を含まない結果的加重犯の規定であるとするならば、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合に、刑法 240 条の適用はありうるのかどうか、すなわち、刑法 240 条は、強盗犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合にも適用される規定なのか、ということが問われる。

そこで、本稿では、第一に、強盗犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合に、これをどのように取り扱うべきなのかということを論じたい。

で、第二に、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合に、これをどのように取り扱うべきなのかということを論じることとしたい。

## 第二章 強盗殺人の擬律

強盗犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合（強盗殺人）には、どのように取り扱われるのであろうか。この強盗殺人の擬律について、ドイツでも、かつては争いがあった。たとえば、結果的加重犯の総則を定めたドイツ刑法 18 条には「少なくとも過失で」という規定の仕方がなされていたので、故意による死亡結果の惹起も含むと解されうる。ところが、現行ドイツ刑法典が制定された 1975 年当時のドイツ刑法 251 条（Raub mit Todesfolge）などには「少なくとも」という文言がなかった。それゆえ、ドイツ連邦通常裁判所は、当初、ドイツ刑法 251 条には、故意による死亡結果の惹起は含まれない<sup>(1)</sup>、としていた。しかし、その後、ドイツ連邦通常裁判所刑事部大法廷で判例変更がなされた<sup>(2)</sup>。

同様に学説上も、ドイツ刑法 251 条は死の結果惹起について、軽率な場合と故意のある場合とが競合する不真正結果的加重犯とみる立場（sog. Konkurrenzlösung<sup>(3)</sup>）と、軽率な場合に限定され、故意のある場合は含まない真正結果的加重犯とみる立場（sog. Exklusivitätslösung<sup>(4)</sup>）に分かれて対立していた。

前者の不真正結果的加重犯とみる立場は、つぎのようなことをその主な理由としていた。ドイツ刑法 251 条が故意による死亡結果の惹起を含まないとする、強盗犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合には、せいぜい強盗罪と故殺罪の観念的競合ということになろう。しかし、故殺罪（ドイツ刑法 212 条）の法定刑は有期の自由刑であるから、法定刑に無期自由刑を含んでいる強盗致死罪（ドイツ刑法 251 条）よりも法定刑が軽くなってしまい、殺意のある強盗殺人罪の方が、殺意のない強盗致死罪よりも刑罰が軽くなるという不均衡が生じる。これでは責任に応じた刑罰を科すという原理と調和しがたいことになる。そこで、ドイツ刑法 251 条の文

言に合わないという見方もありうるが、他方で、ドイツ刑法 15 条によれば、原則として故意の行為のみが可罰的であり、ただし、法律で特別に定めた場合はこの限りではないとし、この 15 条を受けてドイツ刑法 18 条が、結果的加重犯の場合には、少なくとも過失による結果の惹起にまでその可罰性を下方に拡張していると理解することができる。このような理解からすると、その拡張をより高度な過失の段階である「軽率に (leichtfertig)」ということに限定しようとするドイツ刑法 251 条が、必ずしも故意による死の結果の惹起を除外しているとはみるべきではないから、ドイツ刑法 18 条に準拠してドイツ刑法 251 条にも殺意のある場合が含まれる。<sup>(6)</sup>そして、強盗殺人罪には、ドイツ刑法 251 条が適用され、故意に惹起した死が強盗の構成要件に特殊な結果であるということを表現するために、ドイツ刑法 211 条の謀殺罪またはドイツ刑法 212 条の故殺罪とは観念的競合の関係に立つとされた。<sup>(7)</sup><sup>(9)</sup>

これに対して、後者の真正結果的加重犯とみる立場は、つぎのようなことをその主な理由としていた。ドイツ刑法 251 条には「軽率に (leichtfertig)」という文言があり、これは「重過失 (grobe Fahrlässigkeit)」という意味であり、故意とは排他的な関係にあって、そこには殺意のある場合は含まれないと解すべきである。<sup>(10)</sup>ドイツ刑法 251 条はまさに軽率のみをあげており、そこには「少なくとも」という文言が挿入されていないことや、ドイツ刑法 251 条がドイツ刑法 18 条の総則に対する特別法に当たること、法定構成要件に規定される主観面の要件は、独立したものであり、かつ、解釈による補充を必要としないことから、ドイツ刑法 18 条によって、ドイツ刑法 251 条の文言を「少なくとも軽率に」というように文言を修正して解釈することは、ドイツ基本法 103 条 2 項に基づく類推解釈の禁止に違反する。<sup>(11)</sup><sup>(12)</sup>強盗殺人罪の場合に、ドイツ刑法 251 条を適用しないことによって、殺意のある強盗殺人罪の方が、殺意のない強盗致死罪よりも軽く処罰される不均衡が生じるという批判があるが、この批判は正当ではない。なぜなら、謀殺罪に要求される意図は、「物欲」や「他の犯罪行為を可能にするため」という点のみに関するものであり、死の結果については未必の故意でも足

りと解されるので、強盗罪と故殺罪というのは現実には考えられない組み合わせだからである。むしろこの場合には、強盗罪と謀殺罪の観念的競合を認めることができるのであって、謀殺罪には無期自由刑も含まれるから、とくに不均衡は生じないとされた。<sup>(14)</sup>

この問題はおよそ 20 年余りにわたり論争されてきた。しかし、その後ドイツ刑法 251 条の規定をそれまでの「行為者が強盗によって軽率に他人の死を惹起した場合には……」とする規定から、1998 年 1 月 26 日の第六次刑法改正法によって「行為者が強盗によって少なくとも (wenigstens) 軽率に他人の死を惹起した場合には……」とする規定に改正されたことによって、強盗致死罪も強盗殺人罪も、ドイツ刑法 251 条に含まれることが明らかにされ、立法的に解決されたということになっている。<sup>(15)</sup>

それに対して、わが国では、わが刑法 240 条が「強盗が、人を……死亡させたときは……」と規定しており、強盗殺人罪が含まれるのかどうかについて争いがある。強盗致死の場合にも強盗殺人の場合にも、刑法 240 条のみが適用されるというのが、判例・通説の立場であるのに対して、刑法 240 条は、殺意のない結果的加重犯の規定であり、殺意のある場合は含まれないとする反対説もある。

反対説の主な論拠としては、①刑法 240 条が「死亡させた」と規定し、「殺害した」という文言を用いていないこと、②強盗罪のほかに殺人罪の成立を認めることで刑の量定において死刑を選択することも可能であるから、刑法 240 条を適用しなくても、特段の不都合はないと解せられること、③むしろ、強盗殺人罪を刑法 240 条に含ませると、強盗犯人が人を殺害しようとしてこれを遂げなかった場合に、殺人未遂罪には問わないことになると、その犯情が兇悪で死刑が相当な事案でさえ、人に怪我を負わせることすらなかった場合には単なる強盗罪に過ぎないこととなり、人に怪我を負わせた場合でも強盗傷害罪に問わざるを得ないことになって不都合であること、<sup>(17)</sup>④殺意のある場合とない場合とはその情状に大きな差異があり、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できないこと、<sup>(18)</sup>⑤刑法 240 条を結果犯とみて、死傷の事実につき故意も過失も不要とし

つつ、刑法 240 条では殺意の評価がなされていないので、さらに殺人罪の成立をも認めることでその評価が可能になる<sup>(19)</sup>といったものがある。

そして、反対説の立場は、強盗が過失により死の結果を発生させた強盗致死の場合には刑法 240 条のみを適用するが、強盗が故意に人を殺害した強盗殺人の場合には、強盗罪と殺人罪の観念的競合ないしは牽連犯になるとするか、強盗罪と殺人罪<sup>(20)</sup>の併合罪とするか、強盗致死罪と殺人罪<sup>(21)</sup>の観念的競合ないしは牽連犯になる<sup>(22)</sup>、とすることになるであろう<sup>(23)</sup>。

しかし、一般に、強盗罪と殺人罪の成立を認める前者の立場に対しては、法定刑の下限の点で、殺意のある場合よりも殺意のない場合の方が重くなる刑の不均衡が生じるとの批判がある<sup>(24)</sup>。殺意のない強盗致死罪の場合には、刑法 240 条が適用され、その法定刑は上限が死刑で下限が無期懲役となるのに対して、殺意のある場合に強盗罪と殺人罪を適用すると、その法定刑の上限は死刑であるが下限は 5 年の懲役となってしまうからである。また、この立場によると、刑法 243 条が、刑法 240 条の未遂を処罰するとしている趣旨を説明するのに、財物奪取の点の未遂とせざるを得ないことになる<sup>(25)</sup>。しかし、結果的加重犯の重い結果である死傷が発生しているにもかかわらず、その未遂を認めるのは不合理であるという批判もある<sup>(26)</sup>。

そして、強盗致死罪と殺人罪の成立を認める後者の立場に対しても、被害者の死という同一の結果につき、故意による惹起（殺人罪）と故意によらない惹起（強盗致死罪）という本来排他的な関係に立つ二重評価をしている点で論理的に矛盾しているとか、刑法 240 条に強盗殺人罪は含まれないとしながら、本条を適用するのは自家撞着に陥ることになるとの批判がある<sup>(27)</sup><sup>(28)</sup>。

⑤の立場のように、刑法 240 条を結果犯とみれば、このような批判は妥当しないものの、一個の死に対する二重評価は避けられない。またそもそも死傷の事実に故意も過失も不要とするのは結果責任であり、責任主義に背理し妥当ではないであろう。それゆえ、刑法 240 条に殺意のある場合が含まれないとする立場は支持することができない。しかし、後述するように、本来殺意のある場合とない場合とでは犯情に大きな差があり、同一

に扱うことが果たして妥当かという④の点については、反対説にも十分な理由があるように思われる。<sup>(29)</sup>

これに対して、通説によれば、(a)立法の沿革からみて、刑法 240 条には殺意のある場合が含まれると解せられること、<sup>(30)</sup>(b)「よって」という文言を挿入しなかったことからみて、広く故意の場合を含ませる趣旨と解せられること、<sup>(31)</sup>(c)刑法 243 条が刑法 240 条の未遂を罰する旨を規定し、本罪の構成には強盜行為の既遂・未遂を問わないと解する以上、同条の構成要件のうちに、強盜犯人が、殺意をもって人を殺害する場合を含めて解する<sup>(32)</sup>のはかはない。それゆえ、反対説が主張するのは異なり、強盜が人を殺害しようとしてこれを遂げなかった場合には、強盜罪や強盜傷害罪ではなく、むしろ強盜殺人未遂罪（刑法 240 条、同 43 条、同 44 条、同 243 条）と解しうること、(d)強盜の機会には殺傷を伴うことが多く、これに対しては、殺人罪よりもはるかに重い刑罰をもって臨むというのが刑法 240 条の趣旨であるとするれば、人を殺害して物をとるなどの行為は強盜犯人の行為態様として典型的なものであり、これが立法において除外されたとは考えられないこと、<sup>(33)</sup>(e)同一条文に結果的加重犯と故意犯が規定されたものとして、刑法 204 条の例が存在すると考えられること<sup>(34)</sup>などの理由から、刑法 240 条には故意のある場合を含むと解されているといつてよいであろう。

なお、(e)に関して、刑法 204 条についても、傷害の故意がある場合に加えて、暴行の結果的加重犯も含まれるのかどうかについて争いがないわけではない。しかし、刑法 204 条には、暴行の結果的加重犯も含まれると解するのが判例の立場であり、<sup>(35)</sup>一部の有力な反対説もあるが、<sup>(36)</sup>通説もこの立場である。

その主な理由は、第一に、暴行罪についての刑法 208 条は、「暴行を加えた者が人を傷害するに至らなかったときは……」という形式で規定されており、傷害罪には未遂を処罰する規定がないことを考えてみると、暴行の意思で暴行を加えて人を傷害させた場合には傷害罪が適用され、暴行の意思で暴行を加えたが、人を傷害させるまでにならなかった場合には、暴行罪が適用されるとみるのが素直であるということが挙げられる。第二に、

もし傷害罪が成り立つためには傷害の故意が必要だということになれば、暴行の意思で暴行を加え傷害の結果を惹き起してしまったという場合には、傷害の故意がないから刑法 204 条が適用されない。ところが、この場合、「傷害するに至らなかった」という文理のうえからは、実は刑法 208 条も適用できないのであり、結局のところ、刑法 209 条の過失致傷罪のみが適用されるということになる。しかし、これでは、暴行の場合との刑の不均衡が生じるからである。すなわち、過失致傷罪の法定刑は暴行罪の法定刑よりも軽いから、暴行の意思で暴行を加え傷害させるまでにならなかった場合に暴行罪で処罰されることと比べて、同じく暴行の意思で暴行を加え傷害の結果を発生させた場合に過失致傷罪のみの適用を認める立場では、傷害結果を発生させた方が、かえって軽く処罰されるということになってしまうのである。<sup>(37)</sup>それゆえ。やはり刑法 204 条には暴行の結果的加重犯も含める見解が妥当であろう。

(b)の法文の文言に関連しては、「死亡させた」というのは、故意ではなく過失によると解釈するのが素直であるともいえるが、<sup>(38)</sup>たとえば、泉二博士はこれと異なる見解を示されていた。すなわち、泉二博士によれば、現行刑法 199 条には、旧刑法の謀故殺の一切の場合が含まれることは改正案理由書の説明からも明らかであるが、旧刑法 297 条が「人ヲ殺スノ意ニ出テ詐称誘導シテ危害ニ陥レ死ニ致シタル者ハ故殺ヲ以テ論シ其豫メ謀ル者ハ謀殺ヲ以テ論ス」と規定していたことから、「死ニ致スト云フハ他人ノ死亡ヲ惹起スルノ意」<sup>(39)</sup>にほかならないとされた。

これと同様に、財産犯のいわゆる二項犯罪の規定などで「利益を得、又は他人にこれを得させた」という用例もあるように、「死亡させた」という文言は、故意に「殺害した」こととの対比としてではなく、むしろ死亡するのが行為者以外の他人であるという趣旨で用いられたものと見ることもできると思われる。

そして、(d)に関連して、債務を免脱するために債権者を殺害する場合も考えると、強盗犯人が、殺意をもって被害者を殺害することは、強盗の<sup>(40)</sup>一つの典型ともいえる。

それゆえ、わたしも刑法 240 条の規定には、強盜致死罪のみならず、強盜殺人罪も含まれるとする見解が現行法の解釈として妥当であると考えている。

これに対して、刑法 241 条については、刑法 240 条とは事情を異にするというのが、判例・通説の立場である。なにより条文の規定の仕方が異なるし、刑事政策的な事情も異なるといったことがその背景にあると考えられる。そこで、これらのことも踏まえつつ、以下では、強盜強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合の擬律についても、検討していくことにしたい。

#### 註

- (1) BGH 26, 175.
- (2) BGH-GS, 39, 100.
- (3) A. Eser, in: Schönke/Schröder, StGB. Kommentar, 25. Aufl., 1997, § 251, Rdn. 9.; G. Geilen, Raub und Erpressung, Jura 1979, S. 557 f. ; R. Maurach / F. C. Schroeder / M. Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil; ein Lehrbuch, Teilband 1, 8. Aufl., 1995, S. 381, Rdn. 36.; A. Montenbruck, Strafraumen und Strafzumessung, 1983, S. 205. ; H. U. Paeffgen, Die erfolgsqualifizierten Delikte - eine in die allgemeine Unrechtslehre integrierbare Deliktgruppe?, JZ 1989, S. 220 ff., S. 223 ff. ; E. Schmidhäuser, Strafrecht Besonderer Teil, 1980, 8/56.; B. Schünemann, Raub und Erpressung (2. Teil), JA 1980, S. 393 ff., S. 396 f. ; H. Tröndle, StGB. 48. Aufl., 1997, § 251, Rdn. 6.; J. Wessels, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, 18. Aufl., 1995, S. 92, Rdn. 348.
- (4) W. Dallinger, Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen, MDR 1976, S. 13 ff., S. 15. ; V. Krey, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2., 10. Aufl., 1995, S. 90 f., Rdn. 204.; K. Lackner, StGB. 22. Aufl., 1997, § 251, Rdn. 4 ; O. Lagodny, Mord und Raub mit Todesfolge in Tateinheit?, NSTz 1992, S. 490 f.; M. Maiwald, Der Begriff der Leichtfertigkeit als Merkmal erfolgsqualifizierter Delikte, GA 1974, S. 257 ff., S. 270. ; H. Preisendanz, StGB. Lehrkommentar, 30. Aufl., 1978, S. 800.; R. Rengier, Der Große Senat entscheidet : Exklusivitäts- oder Konkurrenzlösung?, StV 1992, S. 496 ff.; H. J. Rudolphi, Anmerkung zum BGH, Beschluß v. 15.7.1975, JR 1976, S. 73 ff., S. 74 f. ; ders., Anmerkung zum BGH, Urteil v. 12.4.1988, JZ 1988, S. 879 ff., S. 881.; J. Tenckhoff, Die leichtfertige Herbeiführung qualifizierter Tatfolgen, ZStW Bd. 88, 1976, S. 897 ff., S. 912 f.



- (5) *A. Eser*, a.a.O.(Fn.3), § 251, Rdn.9.; *G. Geilen*, a.a.O.(Fn.3), S.558.; *E. Schmidhäuser*, a. a. O.(Fn.3), 8/56.; *B. Schünemann*, a.a.O.(Fn.3), S.396.
- (6) *K. Laubenthal*, *Entscheidung-Strafrecht* (Anm.), JR 1988, S.334 ff., S.335.; *J. Wessels*, a.a.O.(Fn.3), S.92, Rdn.348.
- (7) *E. Schmidhäuser*, a.a.O.(Fn.3), 8/56.; *B. Schünemann*, a.a.O.(Fn.3), S.396.
- (8) BGH-GS, 39, 100, 108 f.
- (9) *A. Eser*, a.a.O.(Fn.3), § 251, Rdn.9.; *E. Schmidhäuser*, a.a.O.(Fn.3), 8/56.; *H. Tröndle*, a. a. O.(Fn.3), § 251, Rdn.6.; *J. Wessels*, a.a.O.(Fn.3), S.92, Rdn.348.
- (10) *V. Krey*, a.a.O.(Fn.4), S.90 f., Rdn.204.; *H. Preisendanz*, a.a.O.(Fn.4), S.800.
- (11) *V. Krey*, a.a.O.(Fn.4), S.90 f., Rdn.204.
- (12) *R. Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil I*, 1. Aufl., 1997, S.91, Rdn.4.
- (13) *V. Krey*, a.a.O.(Fn.4), S.90 f., Rdn.204.; *K. Lackner*, a.a.O.(Fn.4), § 251, Rdn.4.
- (14) *V. Krey*, a.a.O.(Fn.4), S.91 f., Rdn.205.; *O. Lagodny*, a.a.O.(Fn.4), S.490.; *E. Samson*, in: *Systematischer Kommentar zum StGB*. Bd.2, 1977, § 251, Rdn.10.; *J. Tenckhoff*, a.a.O.(Fn.4), S.920. ラゴトニーは、利他主義の強盗の例しか出されていないが、これは裁判上まったくの例外であるといい、クライも、強盗と故殺の組み合わせは現実には考えられないが、もしそのような事例が存在するならば、故殺の法定刑で十分ということになっているとして。
- (15) *A. Eser/N. Bosch*, in: *Schönke/Schröder, StGB. Kommentar*, 29. Aufl., 2014, § 251, Rdn.1.; *T. Fischer*, *StGB*. 61. Aufl., 2014, § 251, Rdn.1.; *H.-L. Günther*, *Der Zusammenhang zwischen Raub und Todesfolge* (§ 251 StGB), in: *Festschrift für H. J. Hirsch*, 1999, S.543 ff., S.550.; *U. Kindhäuser*, in: *Nomos Kommentar, StGB*, Bd. 3, 4. Aufl., 2013, § 251, Rdn.1.; *H. Kudlich*, in: *Satzger/Schmitt/Widmaier StGB. Kommentar*, 2. Aufl., 2014, § 251 Rdn.7.; *K. Lackner/K. Kühl*, *StGB. Kommentar*, 28. Aufl., 2014, § 251, Rdn.2.; *A. Sinn*, in: *Systematischer Kommentar zum StGB*. 8. Aufl., 2013, § 251 Rdn.15.
- (16) 大判明治42年6月8日刑録15輯728頁、大連判大正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。古くは、岡田庄作『刑法原論各論』明治大学出版部(1919年)585頁、泉二新熊『日本刑法論下〔第31版〕』有斐閣(1921年)1514頁、勝本勘三郎『刑法の理論及び政策』有斐閣(1925年)494頁、新保勘解人『日本刑法要論〔再版〕』敬文堂書店(1929年)523頁、平井彦三郎『刑法論綱各論』松華堂書店(1934年)

375 頁、牧野英一『重訂日本刑法下卷〔第 62 版〕』有斐閣(1939 年) 368 頁、梅沢富三九『最新日本刑法通義』日本法学会(1941 年) 310 頁、沼義雄『刑法大要』良栄堂(1942 年) 504 頁、齊藤金作『刑法各論〔改訂版〕』有斐閣(1956 年) 305 頁、青柳文雄『刑法通論Ⅱ各論』泉文堂(1963 年) 496 頁、江家義男『刑法各論〔増補版〕』青林書院新社(1963 年) 302 頁、佐伯千仞『刑法各論』有信堂(1964 年) 155 頁、柏木千秋『刑法各論』有斐閣(1965 年) 454 頁、植松正『再訂刑法概論Ⅱ各論』勁草書房(1975 年) 401 頁、中義勝『刑法各論』有斐閣(1975 年) 156 頁、藤木英雄『刑法講義各論』弘文堂(1976 年) 301 頁、平野龍一『刑法概説』東京大学出版会(1977 年) 211 頁など。近時でも、井田良『刑法各論〔第 2 版〕』弘文堂(2013 年) 116 頁、伊藤渉ほか〔伊藤渉執筆〕『アクチュアル刑法各論』弘文堂(2007 年) 193 頁、今井猛嘉ほか〔小林憲太郎執筆〕『刑法各論〔第 2 版〕』有斐閣(2013 年) 181 頁、大越義久『刑法各論〔第 4 版〕』有斐閣(2012 年) 123 頁、大塚仁『刑法概説(各論)〔第 3 版増補版〕』有斐閣(2005 年) 229 頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第 4 版〕』成文堂(2013 年) 249 頁、岡野光雄『刑法要説各論〔第 5 版〕』成文堂(2009 年) 148 頁、川端博『刑法各論講義〔第 2 版〕』成文堂(2010 年) 347 頁、斎藤信治『刑法各論〔第 4 版〕』有斐閣(2014 年) 133 頁、佐久間修『刑法各論〔第 2 版〕』成文堂(2012 年) 208 頁、須之内克彦『刑法概説各論〔第 2 版〕』成文堂(2014 年) 147 頁以下、曾根威彦『刑法各論〔第 5 版〕』弘文堂(2012 年) 139 頁、高橋則夫『刑法各論』成文堂(2011 年) 278 頁、団藤重光『刑法綱要各論〔第 3 版〕』創文社(1990 年) 595 頁、中山研一『口述刑法各論〔補訂 2 版〕』成文堂(2006 年) 153 頁、中森喜彦『刑法各論〔第 3 版〕』有斐閣(2011 年) 114 頁、西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』弘文堂(2012 年) 185 頁、西原春夫『犯罪各論〔訂補準備版〕』成文堂(1992 年) 243 頁、林幹人『刑法各論〔第 2 版〕』東京大学出版会(2007 年) 221 頁、日高義博『刑法各論講義ノート〔第 4 版〕』勁草書房(2013 年) 107 頁、平川宗信『刑法各論』有斐閣(1995 年) 360 頁、福田平『全訂刑法各論〔第 3 版増補〕』有斐閣(2002 年) 247 頁、堀内捷三『刑法各論』有斐閣(2003 年) 138 頁、町野朔「法条競合論」内藤謙ほか編『平野龍一先生古稀祝賀論文集上巻』有斐閣(1990 年) 420 頁、前田雅英『刑法各論講義〔第 5 版〕』東京大学出版会(2011 年) 314 頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第 3 版〕』成文堂(2012 年) 231 頁、山口厚『刑法各論〔第 2 版補訂〕』有斐閣(2012 年) 237 頁、山中敬一『刑法各論〔第 2 版〕』成文堂(2009 年) 301 頁など。なお、故意のある結果の加重犯を承認した上で、刑法 241 条を適用するものとして、木村亀二『刑法各論』法文社(1957 年) 123 頁、内田文昭『刑法各論〔第 3 版〕』青林書院(1996 年) 291 頁。

(17) 大場茂馬『刑法各論上巻〔増訂第 4 版〕』中央大学(1912 年) 631 頁。

- (18) 小野清一郎『新訂刑法講義各論』有斐閣(1949年)244頁、瀧川幸辰『刑法各論〔再版〕』世界思想社(1952年)132頁。
- (19) 山岡万之助『刑法原理〔訂正増補第16版〕』日本大学(1924年)477頁。
- (20) 観念的競合とするのは、小暮得雄「刑の権衡論について」北大法学論集14巻1号(1963年)63頁、竹内正「結果的加重犯概念についての一考察」松山大学論集4巻6号(1993年)17頁。牽連犯とするのは、大場・前掲(註17)630頁。
- (21) 井上正治『刑法各論』法律文化社(1952年)132頁以下など。
- (22) 観念的競合とするのは、大判明治43年10月27日刑録16輯1764頁、大判大正4年2月26日刑録21輯164頁、山岡・前掲(註19)478頁、小野・前掲(註18)244頁、瀧川・前掲(註18)133頁、香川達夫『刑法講義〔各論〕第3版』成文堂(1996年)534頁など。牽連犯とするのは、大判明治43年5月1日刑録16輯1012頁。
- (23) なお、勝本・前掲(註16)490頁によれば、さらに窃盗罪ないし占有離脱物横領罪と殺人罪との観念的競合とする見解も挙げられているが、何人の主張であるか明らかではないし(草野豹一郎「強盗強姦殺人の擬律」『刑事判例研究第3巻』巖松堂書店(1937年)353頁)、いずれにせよ殺意のない強盗致死罪との不均衡が生じるという点では、この説もやはり支持しがたい。
- (24) 江家・前掲(註16)303頁脚注(7)、斎藤・前掲(註16)129頁、山中・前掲(註16)301頁など。
- (25) 小野・前掲(註18)244頁、瀧川・前掲(註18)133頁、香川・前掲(註22)534頁など。なお、この点に関して、刑法240条には殺意のある場合も含まれるという判例・通説の見解に立ちつつも、殺人が未遂に終わった場合も強取が未遂に終わった場合もともに未遂になるとするのは、平野・前掲(註16)211頁、中山・前掲(註16)153頁。しかし、「殺人既遂後、強盗だけを中止した場合においても、中止犯の成立可能性が生じることになり、疑問が残る」(山口・前掲(註16)241頁)。
- (26) 川端・前掲(註16)346頁など。
- (27) 柏木・前掲(註16)454頁脚注(5)、斎藤・前掲(註16)129頁、山中・前掲(註16)301頁。なお、江家・前掲(註16)302頁など。
- (28) 岡野・前掲(註16)148頁、川端・前掲(註16)345頁、斎藤・前掲(註16)129頁、山中・前掲(註16)301頁など。
- (29) 竹内正「強盗殺人をめぐる擬律」法学セミナー216号(1973年)122頁以下、124頁。
- (30) 旧刑法の基礎となったボアソナード草案426条には、強盗致傷、強盗致死および強盗殺人の三形態が明確に規定されていたが、旧刑法380条および現行刑法240条はこの三形態を、強盗が人を傷害した者と死に致した者とにま

- とめたということから、強盗致死と強盗殺人が含まれていると解すべきである（これについて、神山敏雄「強盗致死傷罪」中山研一ほか編『現代刑法講座(4)』成文堂(1982年)280頁)。
- (31) 植松・前掲(註16)402頁、大谷・前掲(註16)249頁、斎藤・前掲(註16)129頁、佐久間・前掲(註16)208頁、団藤・前掲(註16)594頁、前田・前掲(註16)314頁など。
- (32) 古くは、齊藤・前掲(註16)306頁脚注(4)、江家・前掲(註16)302頁、植松・前掲(註16)401頁。近時でも、斎藤・前掲(註16)129頁など。
- (33) 大谷・前掲(註16)249頁、斎藤・前掲(註16)128頁以下、団藤・前掲(註16)595頁など。
- (34) 川端・前掲(註16)347頁、前田・前掲(註16)314頁など。
- (35) 判例として、大判明治42年4月15日刑録15輯438頁、大判大正6年3月24日刑録23輯229頁、大判昭和6年12月18日刑集10巻793頁、最判昭和22年12月15日刑集1巻80頁、最判昭和25年11月9日刑集4巻11号2239頁など。
- (36) 牧野英一『重訂日本刑法下巻〔第62版〕』有斐閣(1939年)280頁、莊子邦雄「傷害罪と結果的加重犯」木村亀二編『刑法各論〔新訂版〕』青林書院新社(1962年)17頁以下など。
- (37) 齊藤誠二『刑法講義各論Ⅰ〔新訂版〕』多賀出版(1979年)163頁など。
- (38) たとえば、安平政吉『改正刑法各論〔第3版〕』弘文堂(1965年)181頁は、文理解釈からすると、「殺意のある場合を除外している趣旨と解するのが純理論的である」とし、平川・前掲(註16)359頁以下は、「死亡させた」との文言は、殺意のある場合を含まないと解するのが文理的には無理が少ないが、故意のある場合を含むと解しえないこともなく、文言上の無理をなくするためには立法的措置が必要とする。
- (39) 泉二・前掲(註16)1513頁。なお、泉二博士があげられた相続人の欠格事由に関する民法の規定は、その当時は「故意ニ被相続人ヲ……死ニ致シ」となっていたが、現在では、「故意に被相続人を……死亡するに至らせ」という文言に改められている。
- (40) なお、法的には、債権者の殺害は、相続人がいる場合には、債権の相続を引き起こすだけであって、債務を消滅させるものではない(松宮・前掲(註16)189頁)が、その場合でも、債務の履行が事実上延期されるので、行為者は財産上の利益を得ている。

### 第三章 強盗強姦殺人の擬律

#### I. 刑法 241 条は殺意がある場合を含むとする立場

##### (i) 強盗強姦致死罪と同様に刑法 241 条を適用する説<sup>(41)</sup>

刑法 241 条は、殺意ある場合をも含むのであって、未遂は殺人と強姦の両面において可能であるとする。そして、刑法 241 条の法定刑の重さを考えると、端的に殺人の故意ある場合を含むと解するのが妥当であるという<sup>(42)</sup>。

しかし、この説に対しては、刑法 241 条は、刑法 205 条と同じく「よって」と規定しており、殺意を含まない規定と解するべきではないかという疑問がある。また、強姦犯人が被害者を殺害することは刑事政策的にみて一般的といえるかどうかという疑問も出されている。そして、そもそも死体に対する姦淫は強姦ではないので、少なくとも殺害後の姦淫ということとは問題となりえず、「殺人は強姦の手段とはいえない」のではないかという問題もある<sup>(44)</sup>。

#### II. 刑法 241 条は殺意がある場合を含まないとする立場

刑法 241 条は、「よって女子を死亡させたときは」と規定しており、明らかに結果的加重犯であると解され、強姦致死傷罪と同様に、殺意がある場合を含まない規定である。それゆえ、殺意がある場合には、刑法 241 条の強盗強姦致死罪を認めれば足りるというわけにはいかないことになる。その場合にこれをどのように取り扱うかについて、さらに以下のような見解に分かれる。

##### (ii) 強盗強姦罪と殺人罪の観念的競合とする説<sup>(46)</sup>

刑法 241 条は、殺意のない場合の規定であり、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合には、強盗強姦罪と殺人罪の観念的競合を認めるべきであるとする。

しかし、殺意のない強盗強姦致死罪は、刑法 241 条に基づき死刑または無期懲役となるのと比較して、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合には、この見解によると、法定刑の上限は死刑で下限が 7 年の

懲役となるので、殺意のない場合より刑の下限が低くなってしまい、法定刑の下限の不均衡が生じる。<sup>(48)</sup>

### (iii) 強盗強姦致死罪と殺人罪の観念的競合とする説<sup>(49)</sup>

刑法 241 条は殺意のない場合の規定であり、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合には、殺意のない場合との法定刑のバランスを考慮して、強盗強姦致死罪と殺人罪の観念的競合になるとする。

しかし、この見解によると、被害者の死という同一の結果につき、故意による惹起（殺人罪）と故意によらない惹起（強盗強姦致死罪）として評価しており、論理的に矛盾した二重評価をすることになってしまう。<sup>(50)</sup>

### (iv) 強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合とする説<sup>(51)</sup>

刑法 241 条は殺意のない場合の規定であり、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合には、刑法 241 条は適用できない。しかし、強盗犯人に殺意があるときは刑法 240 条の強盗殺人罪を認めるべきである。これとの均衡上は、殺意のある場合には、強盗強姦罪と強盗殺人罪の観念的競合を認めるのが妥当であるという。<sup>(52)</sup>

しかし、この説に対しては、強盗犯人が強姦をし、殺人をするという二面的構成によって筋が通っているようにみえるが、241 条が故意ある場合を含まないとする論証が十分でなく、未遂が否定されてしまう点に疑問があるとの批判、強盗についての二重評価になるとの批判、さらに、強盗致死傷罪についての死傷結果が、強盗の手段である暴行または脅迫と関連しなくても、強盗の機会に発生すれば足りるとする機会説に立たないかぎり、強盗殺人罪の成立を肯定しえない点に疑問がある、との批判もある。<sup>(53)</sup><sup>(54)</sup><sup>(55)</sup>

### (v) 強盗殺人罪と強姦罪の観念的競合とする説<sup>(56)</sup>

刑法 241 条は殺意のない場合の規定であり、強盗犯人に殺意があるときは強盗殺人罪を認めるべきであるから、強盗殺人犯人が強姦をしたときには、強盗殺人罪と強姦罪の観念的競合を認めるのが妥当であるとする。

この説にも、過小評価の難点があり、殺意のない場合には刑法 241 条の強盗強姦致死罪が成立して親告罪にはならないのに、殺意がある場合には強姦罪の部分については親告罪となるとという問題が含まれることになる。<sup>(57)</sup><sup>(58)</sup>

それでは、わたしたちは、この問題をどのように考えていったらよいのであろうか。わたしは、刑法 241 条には殺意のある場合が含まれないとする立場が妥当であると考え。なぜなら、刑法 241 条は、「よって女子を死亡させたときは」という規定の仕方をしているので、殺意がある場合を含まない真正結果的加重犯の規定として理解することが素直であると思われるからである。

そして、刑法 241 条の強盗強姦致死罪も、刑法 181 条の強制わいせつ等致死傷罪も、刑法 205 条の傷害致死罪と同じく「よって」という規定の仕方になっているのに対して、刑法 240 条の強盗致死傷罪がそのような規定の仕方をしていないという点も注目に値するであろう。<sup>(59)</sup>

思うに、それは、刑事政策的にみて、強盗罪と強姦罪とで、殺人との結びつきに違いが生じると考えられるからである。強盗犯人は、財物奪取という犯罪目的を遂行するために暴行を加えて相手方の反抗を抑圧するが、その反抗を抑圧する最たるものが殺人であることから分かるように、殺人を手段とすることも多く、しばしば殺意をもつことが多い。これに対して、強姦犯人は、被害者を殺害してしまつては強姦目的を達成することはできないので、<sup>(60)</sup>殺人が手段とはならず、<sup>(61)</sup>殺意をもつことが、典型的に少ない。このことが、立法において考慮されたためであろう。<sup>(62)</sup>

その他にも、犯人が被害者を殺害する理由にはいくつかの理由が考えられるが、捜査の端緒となるのは一般に被害者による通報であることから分かるように、犯跡を隠蔽するために被害者を口封じに殺害するということも挙げられよう。<sup>(63)</sup>この点を比較した場合に、強盗罪の被害者は通報することについて羞恥によるためらいはないであろうが、強姦罪の被害者はそうではない。そもそも強盗強姦罪が規定された背景には、強盗犯人が被害者の性的自由を侵害し、その羞恥感情を利用して、捜査機関への届出を妨害することもありうることも考慮されたとする指摘もある。<sup>(64)</sup>

現に、わが国では強姦事件の申告率が特に低く、多く見積もっても約 5 パーセントに過ぎないともいわれている。<sup>(65)</sup>その点からみると、強姦犯人よりも、強盗犯人の方が口封じに被害者を殺害する動機づけが強いというこ



とがいえる。もちろん、いずれも怨恨による場合には姦淫後の殺害ということがありうるし、強姦犯人がつねに上記のような計算に基づいて行動しているわけでもないから、被害者を殺害することもないとはいえない。しかし、少なくとも強姦犯人の方が強盗犯人よりも、殺意をもって被害者を殺害する可能性が類型的にみて低いとはいえるであろう。そして、これは単に一般論としてそうであるというだけでなく、これを裏付ける実証的な研究もある<sup>(66)</sup>。

それでは、強盗強姦犯人の場合はどうかであろうか。一般的には、口封じのために被害者を殺害する動機は少なく、強盗強姦の犯罪目的の達成という理由から被害者を殺害することも少ないと考えられる。

このようなことから、刑法 241 条は、あえて刑法 240 条とは異なり、刑法 205 条と同様に、「よって」という文言を入れたものと解される。そうだとすれば、それにもかかわらず、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合には、殺意を含まない規定である刑法 241 条の強盗強姦致死罪の規定を適用すべきではないであろう。それゆえ、(i)説は支持できない。

しかしながら、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合、強盗強姦罪と殺人罪の観念的競合とする(ii)説は、殺意のない場合に成立する強盗強姦致死罪よりも法定刑が軽くなってしまい、刑の不均衡が生ずるし、強盗強姦致死罪と殺人罪の観念的競合とする(iii)説には「死」の結果を、排他的な関係にあるはずの過失による惹起と故意による惹起という二重評価をする論理的な矛盾がある。それゆえ、(iii)説は、とくに責任主義の見地から結果的加重犯について加重結果に過失を必要とする通説の立場からは採用し得ない見解である。

第二章ですでに述べたように、強盗犯人が殺意をもって被害者を殺害した場合については、刑法 240 条の強盗殺人罪が成立するというのが、判例・通説であり、わたしもこの説が妥当であると考えます。そして、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合には、刑法 240 条の強盗殺人罪と刑法 241 条の強盗強姦罪の観念的競合とする(iv)説が有力に主張さ



れており、この立場が、判例・通説になっている。

しかし、これには異論がある。強盗犯人に殺意があるときは強盗殺人罪を認める立場に依拠するとしても、それが直ちに強盗殺人罪に加えて、強盗強姦罪まで認めてよいとする理由とはならないように思われる。というのは、この(iv)説にも強盗の点では二重評価の問題が残るからである。たしかに、この二重評価には、(iii)説のような意味での矛盾した評価は存在しない。しかし、強盗殺人罪の法定刑のなかでも、強盗強姦罪の法定刑のなかでも、強盗としての評価が加えられていることにかんがみると、(iv)説の二重評価にも疑問がないとはいえないであろう<sup>(67)</sup>。それゆえ、この説も支持することができない。

しかし、(iv)説に向けられたその他の批判は適切ではないであろう。刑法 241 条の未遂は強盗強姦罪の未遂を規定したものと理解することができる。また、機会説に立たないかぎり、強盗殺人罪の成立を肯定しえない点<sup>(68)</sup>に疑問があるとの点に関しては、井田教授もいわれるように、刑法 240 条をもっぱら強盗罪の結果的加重犯として理解するのであれば別であるが、<sup>(69)</sup>さもなければ、そのように考える必然性はないように思われる。

(v)説は、二重評価を避けるあまり、過小評価の懸念もあるが、最悪の犯情は、量刑上支障なく考慮することが可能である。また、強姦罪の部分については親告罪となるため、告訴がなければ公訴を提起することができず、強盗殺人罪のみによる起訴になるとの不都合も考えられるかもしれない。しかし、そもそも強盗殺人罪の法定刑（死刑または無期懲役）そのものが刑法 241 条の強盗強姦致死罪と同じ程度に非常に重い<sup>(71)</sup>ため、強姦罪の部分が欠けたとしても、不当に軽くなってしまうわけではない。強姦の被害者が告訴をためらうのは、被害女性のその後の生活における支障などを考慮するからであるが、殺害されてしまった場合には、むしろ遺族はその無念を晴らすために真実を明らかにすることを望むことが多いと考えられ、強姦の被害者が殺害された場合にまで告訴権者の告訴がためらわれることは実際には考えにくいと思われる。しかし、かりに、それでもどうしても告訴権者が強姦罪での処罰を望んでいないという場合があるとすれば、強

盗殺人罪のみで起訴がなされ、処断されることも、一概に不合理とまではいえないであろう。

それゆえ、刑法 241 条は、条文の規定の仕方からみても、その刑事政策的な理由にかんがみても、殺意のある場合を含む規定ではないと解され、殺意のある場合と殺意のない場合との法定刑の均衡がとれているうえに、死亡結果の二重評価を回避することができ、かつ強盗の二重評価も回避することができるという理由から、(v)説を支持したい。

したがって、(v)説によれば、強盗強姦犯人が、殺意をもって被害者を殺害した場合には、刑法 240 条の強盗殺人罪と刑法 177 条の強姦罪が成立し、観念的競合（刑法 54 条 1 項）となる。

## 註

- (41) 古くは、平井・前掲(註 16) 378 頁、小泉英一「強盗強姦と強盗殺人」法学志林 37 卷 9 号 (1935 年) 79 頁以下、同『刑法各論』有信堂 (1954 年) 247 頁、熊倉武『日本刑法各論下巻』法律文化社 (1961 年) 435 頁、江家・前掲(註 16) 304 頁、植松・前掲(註 16) 407 頁、中・前掲(註 16) 157 頁など。近時でも、伊東研祐『刑法講義各論』日本評論社 (2011 年) 187 頁、伊藤・前掲(註 16) 194 頁、内田・前掲(註 16) 299 頁、立石二六『刑法解釈学の諸問題』成文堂 (2012 年) 39 頁、団藤・前掲(註 16) 597 頁、中山・前掲(註 16) 155 頁、林・前掲(註 16) 223 頁、町野・前掲(註 16) 421 頁、松宮・前掲(註 16) 227 頁、山中・前掲(註 16) 307 頁、山口・前掲(註 16) 242 頁など。
- (42) 立石・前掲(註 41) 39 頁。
- (43) 前田・前掲(註 16) 318 頁など。
- (44) 大越・前掲(註 16) 124 頁、平野・前掲(註 16) 181 頁。
- (45) 大谷・前掲(註 16) 254 頁、佐久間・前掲(註 16) 211 頁、平川・前掲(註 16) 362 頁など。
- (46) 神谷健夫=神原甚造『刑法詳論』清水書店 (1913 年) 1044 頁、井上・前掲(註 21) 134 頁、瀧川春雄=竹内正『刑法各論講義』有斐閣 (1965 年) 185 頁など。
- (47) 一個の行為が数個の罪名に触れた場合である観念的競合（刑法 54 条 1 項）という罪数処理をすると、競合する条文の法定刑を比較して上限も下限も重いものを選ぶことになる。強盗強姦罪は刑法 241 条で法定刑の上限が無期懲役で下限が 7 年の懲役であり、殺人罪は刑法 199 条で法定刑の上限が死刑で

下限が5年の懲役であるから、この場合、法定刑の上限は死刑で下限は7年の懲役ということになる。

- (48) 立石・前掲(註 41) 39 頁、山口・前掲(註 16) 242 頁、山中・前掲(註 16) 307 頁など。
- (49) 古くは、山岡・前掲(註 19) 479 頁、瀧川・前掲(註 18) 133 頁。近時でも、香川・前掲(註 22) 536 頁。
- (50) 立石・前掲(註 41) 頁、山口・前掲(註 16) 242 頁、山中・前掲(註 16) 307 頁など。
- (51) 大判大正 13 年 4 月 7 日刑集 3 卷 329 頁、大判昭和 10 年 5 月 13 日刑集 14 卷 514 頁、最判昭和 33 年 6 月 24 日刑集 12 卷 10 号 2301 頁、大阪高判昭和 42 年 5 月 29 日高刑集 20 卷 3 号 330 頁、横浜地判平成 8 年 5 月 9 日判時 1578 号 150 頁。古くは、岡田・前掲(註 16) 587 頁、島田武夫『刑法概論各論』有斐閣書房(1934 年) 238 頁、佐瀬昌三『刑法大意第 2 分冊〔訂補版〕』清水書店(1941 年) 351 頁、沼・前掲(註 16) 505 頁、久礼田益喜『刑法学概説〔増訂 9 版〕』巖松堂書店(1943 年) 620 頁、尾後貫莊太郎『刑法〔第 2 版〕』慶應通信(1955 年) 61 頁、木村・前掲(註 16) 124 頁、宮内裕『新訂刑法各論講義』有信堂(1962 年) 109 頁、青柳・前掲(註 16) 501 頁、柏木・前掲(註 16) 459 頁、安平・前掲(註 39) 184 頁など。近時でも、井田・前掲(註 16) 117 頁、大塚・前掲(註 16) 236 頁、大谷・前掲(註 16) 245 頁、川端・前掲(註 16) 353 頁、佐久間・前掲(註 16) 211 頁、須之内・前掲(註 16) 149 頁、曾根・前掲(註 16) 141 頁、高橋・前掲(註 16) 286 頁以下、中森・前掲(註 16) 140 頁、西田・前掲(註 16) 183 頁、西原・前掲(註 16) 243 頁、平川・前掲(註 16) 362 頁、平野・前掲(註 16) 211 頁、福田・前掲(註 16) 247 頁、前田・前掲(註 16) 318 頁以下。なお、泉二・前掲(註 16) 1515 頁以下は、強盗強姦犯人が殺意をもって殺害した場合を強盗強姦罪と強盗殺人罪の併合罪とし、藤木・前掲(註 16) 304 頁も、その場合には両罪を併合罪とされ、強盗犯人が殺意をもって強姦し死亡させた場合には、両罪の観念的競合であるとして区別される。
- (52) 大谷・前掲(註 16) 254 頁以下など。
- (53) 中山研一『概説刑法Ⅱ〔第 4 版〕』成文堂(2005 年) 146 頁。
- (54) 古くは、草野・前掲(註 23) 369 頁など。近時でも、伊東・前掲(註 41) 186 頁以下、伊藤・前掲(註 16) 194 頁、内田・前掲(註 16) 299 頁、林・前掲(註 16) 223 頁、斎藤・前掲(註 16) 133 頁、山口・前掲(註 16) 242 頁、山中・前掲(註 16) 307 頁など。なお、本説のなかにも、この問題を指摘するものとして、須之内・前掲(註 16) 149 頁、高橋・前掲(註 16) 287 頁脚注(75)。
- (55) 山口・前掲(註 16) 242 頁。

- (56) 斎藤・前掲(註16) 133 頁。
- (57) 斎藤・前掲(註16) 133 頁。
- (58) 強姦犯人が殺意をもって被害者を殺害した場合に、強姦罪と殺人罪の観念的競合になるとする説に対して、強姦罪の部分が親告罪になることを批判するものとして、筑間正泰「結果的加重犯と罪数 (2・完)」広島法学 22 巻 2 号 (1998 年) 11 頁などがある。
- (59) 岡田・前掲(註16) 587 頁、泉二・前掲(註16) 1516 頁など。この点につき、前述のように刑法 240 条の解釈にあたって、「よって」という文言のないことを重視された植松博士が、刑法 241 条の規定を「前条と同様の規定の形式になっているから、それと同様に、殺意のある場合もこの規定に含まれると解してよい」(植松・前掲(註16) 407 頁) とされたのは、疑問が残るように思われる。他方、木村博士は、刑法 110 条は「よって」という文言があっても、通説は公共の危険の発生についての認識を必要としていることをあげられた(木村亀二「結果的加重犯の未遂」刑法雑誌 7 巻 1 号 (1952 年) 1 頁以下、14 頁以下) が、同条 2 項を考えると、その基本犯を想定しえず、これを結果的加重犯とみることはできない。
- (60) 岡田・前掲(註16) 587 頁など。
- (61) 殺害が強姦の手段として行われるという刑事学的類型は存在しない(柏木・前掲(註16) 459 頁)。
- (62) 前田・前掲(註16) 314 頁脚注(56) など。
- (63) 村木保久「強盗殺人罪の擬律」立石二六編『刑法各論 30 講』成文堂 (2006 年) 155 頁など。
- (64) 青柳・前掲(註16) 500 頁、大塚・前掲(註16) 234 頁以下など。
- (65) 田口真二「第 1 章性犯罪研究の現状と問題点」田口真二=平伸二=池田稔=桐生正幸編『性犯罪の行動科学 — 発生と再発の防止に向けた学際的アプローチ —』北大路書房 (2010 年) 14 頁。
- (66) 少し前のデータにはなるが、強姦殺人のみならず、「犯行時に性的な動機、あるいは性的な行為が認められた殺人、殺人未遂」にまでその対象を広げても、平成元年から平成 15 年 4 月までの検挙人員は 87 名に過ぎず、性的な殺人は「検挙事件の中では非常に特異なタイプ」とされている(岩見広一=横田賀英子=渡邊和美「性的な殺人の犯行形態及び犯人特徴」日本鑑識科学技術学会誌第 8 巻別冊号 (2003 年) 157 頁)。
- (67) 「観念的競合じたいが二重評価を前提とし、これを科刑において解消するためのものなのである」から批判は当たらないという反論(井田・前掲(註16) 112 頁) もなされているが、観念的競合では、数罪の成立を認めただけで、それらの法定刑の上限も下限も重いものを選び出すということをするので、単純にいずれかの犯罪の法定刑で処断するのとは異なっており、この間

題で行為者は強盜の結果を複数発生させたわけでもないことを考えるならば、やはり二重評価の問題が残るのではないかと思われる（たとえば、林・前掲（註 16）223 頁も「一個の強盜しか犯していない」ことを強調しているが、そのとおりであろう）。

(68) 山口・前掲（註 16）242 頁。

(69) 井田・前掲（註 16）111 頁以下。

(70) 斎藤・前掲（註 16）133 頁。

(71) 反対に、強盜致死罪で、重い死の結果について故意のない場合にまで、死刑または無期懲役とするほどに重い法定刑が果たして適切なものかどうかとも問題である（山口厚・川端博「対談・結果的加重犯の現状と課題」現代刑事法 5 卷 4 号（2003 年）37 頁）。そして、実際すでに、強盜殺人罪と強盜致死罪を同等に扱うことは憲法 14 条違反になるとして強盜致死罪は刑法 240 条前段の刑罰枠で処罰すべきとする主張（神山・前掲（註 30）284 頁）もなされていたことには留意すべきであろう。

## 第四章 おわりに

これまで検討してきたように、強盜殺人罪の擬律については、強盜致死罪と同様に、刑法 240 条のみが適用されとする判例・通説の立場が、現行法の解釈としては妥当であると考えられる。ただし、結果的加重犯と故意犯とは明らかにその本質を異にするのであるから、両者を同一の構成要件内に併せて規定することは本来的には好ましいものではなく、立法論としては、刑法草案のように、強盜致死傷罪とは項を改めるなどして強盜殺人罪を独立して規定するべきものであろう。<sup>(72)</sup>その意味では、実は前述したドイツのような立法的解決にも、法定刑の調和という意味では、なお問題が残されていると思われる。<sup>(73)</sup>

次に、強盜強姦殺人の擬律については、刑法 241 条が、刑法 240 条とは異なり、結果的加重犯の規定を示す「よって」という文言をあえて挿入していること、それは強姦が被害者を殺害するのは稀であって、一般的には両罪が結び付かないという刑事政策的な理由などにも基づいていると考えられることから、刑法 241 条には殺意がある場合を含まないと解し、二重評価を避けつつ、強盜強姦致死とも法定刑の均衡のとれたものにするとい

うことから、刑法 240 条の強盗殺人罪と刑法 177 条の強姦罪の観念的競合とする立場を採りたい。

そして、強盗強姦殺人については、強姦犯人が殺意をもつのは稀であるから、刑法 241 条が殺意のある場合を含めないかたちで、あえて「よって」という文言を挿入した現行法の立場は十分に理解できる。しかし、だからこそ、かえって強盗強姦殺人はより強く非難されるべきであるともいえるであろう。実際に、国家的法益に対する罪の中には、極めて稀にしか考えられないものについても、規定が置かれているわけであるから、立法論としては、結果的加重犯である強盗強姦致死罪とは項を分けるなどして、強盗強姦殺人罪が定められてしかるべきであろうと考える。

渥美東洋先生には、わたしが大学院に入学して以来、十数年間にわたりご指導を賜ってきた。判例研究会で、現行法に問題があると思えば、それを判例評釈で指摘してもよいと教えて下さったことなどが、つい昨日のことのように想い出される。もう先生から直接にご指導を賜うことができないのは誠に残念で寂しいことであるが、これまで指導を賜ったことを大切にして、研究を進めていくことが、学恩に少しでも報いることになるであろう。

## 註

- (72) 結果的加重犯は、重い結果についての故意がない場合である。結果的加重犯の本質は、客観的には基本となる犯罪に重い結果を惹起する類型的に高度の危険性が含まれており、その危険が重い結果のなかに実現し、主観的にはその危険性を知っていたにもかかわらず、不注意にも重い結果が発生するとは思っていなかったということにある。結果的加重犯の本質について、齊藤・前掲(註 37) 224 頁、丸山雅夫『結果的加重犯論』成文堂(1990 年) 196 頁、山本光英「結果的加重犯の不法内容」法学新報 97 巻 3・4 号(1990 年) 258 頁以下、竹内正「結果的加重犯についての一考察」松山大学論集 4 巻 6 号(1993 年) 157 頁、町野朔『刑法総論講義案 I [第 2 版]』信山社(1995 年) 179 頁、佐伯和也「結果的加重犯における『基本犯』と『重い結果』との関係について ― 傷害致死を中心に ―」関西大学法学論集 52 巻 3 号(2002 年) 80 頁以下、井田良『刑法総論の理論構造』成文堂(2005 年) 425 頁、内

田浩『結果的加重犯の構造』信山社(2005年)313頁、曲田統「傷害の故意(危険運転致死傷罪にも関わる、古くて新しい問題)」立石二六編『刑法総論30講』成文堂(2007年)39頁以下、榎本桃也『結果的加重犯論の再検討』成文堂(2011年)33頁以下など。

- (73) 佐久間・前掲(註16)208頁など。
- (74) 大塚・前掲(註16)228頁、須之内・前掲(註16)149頁、中山・前掲(註16)150頁、松宮・前掲(註16)233頁など参照。
- (75) たとえば、デンカーも、立法者が「軽率に」の前に「少なくとも」という文言を挿入したことで、これまで文言解釈に疑問を残していたドイツの判例の解決方法を採用するかたちで、立法的に解決したことは歓迎すべきではあるが、立法が法定刑の調和を目的としていることを考えると、故殺や謀殺との法定刑の均衡の面で、強盜致死罪の重い法定刑はきわめて問題があるとする(*F. Dencker*, in: *F. Dencker/E. Struensee/U. Nelles/U. Stein*, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, Examenrelevante Änderungen im Besonderen Teil des Strafrechts, 1998, S. 15, Rdn. 28 f.)。このほかにも、殺意のない強盜致死罪の場合に強盜殺人罪と同じ無期自由刑で処罰することは妥当でないとするものとして、*H.-L. Günther*, a.a.O.(Fn. 15), S. 550.; *U. Kindhäuser*, a.a.O. (Fn. 15), 251 Rdn. 13.; *G. M. Sander*, in: Münchner Kommentar zum StGB, Bd. 3, 2003, § 251, Rdn. 17. なお、プエフゲンは、殺意のない場合に無期自由刑が妥当ではないから、無期自由刑を法定する強盜致死罪には殺意のある場合を含むことにするべきという主張をしていた(*H. U. Paeffgen*, a.a.O.(Fn. 3), S. 223.)。