

## 判例研究

# 強盗の共謀時期と強盗致傷罪の承継的共同正犯の成立範囲

元法科大学院教授 山本 和昭

東京高裁平成24年11月28日判決（平成24年〈う〉第1247号：強盗致傷被告人）・判例集未登載

【参照条文】 刑法60条，240条前段

### [事実]

第一審の横浜地方裁判所第2刑事部が認定した事実の要旨

被告人は，平成22年10月6日午前10時頃から同日午後1時20分頃までの間，MがT（当時43歳。以下，「被害者」ということがある。）から金員を強取しようと考え，相模原市内のマンションの被害者方居室において，Tに対し，ナイフ様のものを突き付けるとともに，同人の顔面を左手拳で殴り付け，「このけじめとして，持っている金全部出せ」，「お前，死にたかったら，本当に殺しちゃうぞ。」などと告げた上，その要求を拒まれるや，包丁の刃を大型ライターであぶって熱し，その刃を同人の両腕部に押し当てたほか，陶製の灰皿で同人の後頭部等を殴り付けるなどの暴行や脅迫を加えたが，この間に，Mが被告人に対し，金目のものを探し出すよう命じてきたことなどから，Mの金品強取の意図を察知してそれに加担しようと考え，同人との間で意思を通じた上，被告人も，Tの腹部を殴り付けたり，粘着テープで同人の両手首を緊縛したり，うつ伏せになった同人の背後から，その首筋にナイフ様のものを押し当てながら「動く死ぬぞ。」と告げるなどの暴行や脅迫を加え，これら一連の暴行や脅迫により被害者の犯行を抑圧し，物品20点および普通乗用自動車1台を奪い，上記一連の暴行により，Tに全治まで約2週間を要する頭部・左耳朶・右手指打撲挫創ならびに左前腕熱傷（Ⅱ度）の傷害を負わせた。

弁護人は，①被告人は，当惑しつつも，事の成り行きから，兄貴分であるMの絶対的な命令により仕方なく金品の物色等を手伝わされたもので，本件に対する行為

支配はなく、正犯意思も欠如しており、客観的にも、被告人の暴行や脅迫は、Mの反抗を手助けする限度内のものである上、②傷害の結果は、被告人の加功前になされたMの暴行によるものであって、これを被告人に帰責することはできないから、結局、被告人は、強盗幫助の限度で責任を負うにとどまるとして、強盗致傷の共同正犯の成立を認めた原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実の誤認ないしは法令違反の誤りがあるとして控訴しました。

## [判決要旨]

控訴理由の①については排斥したが、②について控訴を容れました。すなわち、原判決は、強盗の共謀の成立時期と被害者の各傷害の発生時期の先後関係を認定しないまま、法令の適用において、単に「被告人の判示所為は、刑法60条及び240条前段に該当する」としているから、原判決は、強盗行為の途中からこれに共同正犯として加担したものは、加担する前の共犯者の暴行により生じた傷害の結果についても責任を負うとの見解に立つものと解されるが、共謀の成立前に生じた結果は、共謀及びこれに基づく行為と因果関係を有するものとはいえないから、犯罪の途中から共同正犯としてこれに加担した者は、共謀の成立前に生じた結果については責任を負わないと解すべきである。したがって、原判決には、強盗致傷罪の共同正犯の成立範囲に関する刑法60条、240条前段の解釈適用を誤った法令適用の誤りがあり、原判決は、被告人において強盗致傷罪としての責任を負わない傷害結果を含めて強盗致傷罪の犯罪事実を認定し、処罰したものであるから、原判決の上記法令適用の誤りは判決に影響を及ぼすというべきである。

以上によれば、論旨は理由がある、としました。

## [研究]

### I はじめに

今回取り上げる東京高裁の判決は、筆者が控訴審弁護人として関与した事件に係るものです。弁護人の主張が一部容れられて原判決破棄となり、筆者にとって記念すべき案件です。この判決は、承継的共同正犯を少し深く勉強しようとする学生諸君にとって好個の教材を提供することになるでしょう。

そして、判例研究対象判決のあったほんの数週間前に次のような最高裁決定が出ました。論点を共通にする部分があるので、この最高裁判例を紹介しつつ本件の問題点を検討していきたいと思います。

まず、最高裁平成24年11月6日第二小法廷決定・裁判所時報1567号1頁をみてみましょう。その要旨は、「共謀加担後の暴行が共謀加担前に他の者が既に生じさせていた傷害を相当程度重篤化させた場合の傷害罪の成立範囲」について、「被告人は、Iらが共謀してAらに暴行を加えて傷害を負わせた後に、Iらに共謀加担した上、金属製はしごや角材を用いて、Bの背中や足、Aの頭、肩、背中や足を殴打し、Bの頭を蹴るなど更に強度の暴行を加えており、少なくとも、共謀加担後に暴行を加えた上記部位についてはAらの傷害（したがって、第一審が認定した傷害のうちBの顔面両耳鼻部打撲擦過傷とAの右母指基節骨骨折は除かれる。）を相当程度重篤化させたものと認められる。この場合、被告人は、共謀加担前にIらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってAらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当である。」というものです（参考文献④139頁、同⑤25頁の各解説を参照して下さい。）。

この判断は、傷害罪については、因果関係の視点から、既に発生した傷害結果について承継的共同正犯の成立を否定したものと捉えられます。この最高裁決定の考え方と対比しながら、本判決の適否を考えていきましょう。

## Ⅱ 共同正犯と幫助犯の区別

筆者は、控訴趣意書において、まず被告人の所為は幫助犯であると主張しました。共同正犯も正犯であり、「正犯とはなにか。」を考えることがまず出発点だからです。

ちなみに、オーストリア刑法12条の規定をみると、統一的行為者概念（Einheitstäterschaft）を採用していて、直接実行行為者も教唆者も幫助者も行為者として取り扱い、多数関与者の事件では、それぞれの責任に応じて処罰されるとしています。そういう国では、正犯と従犯の区別は捨象してよく、量刑に当たり、各人の責任の度合いが重要ということになります。

わが国は、ドイツと同じく、正犯と従犯とを区別し、典型的に後者を減輕類型としていますから、いずれに当たるかは、より重大な問題だということになります。

共同正犯と幫助犯の区別に関する基準には、色々な考え方があります。

### 【甲説】形式的客観説（Die objektive Theorie）〔浅田、佐伯、中山〕

共同正犯は、直接実行行為の一部分担を必要であるとする見解です。共同正犯と幫助犯の区別は、直接に実行行為を行っているか否かによって決せられることにな

ります。しかし、とくに、共謀共同正犯を認める立場からは、いわゆる黒幕の処罰の否定に繋がり、いわゆる行為者の主観面を軽視するものであって、妥当とはいえません。

### 【乙説】主観説 (Die Animus-Theorie, Interessentheorie) [木村亀, 小林]

沿革的にはドイツで唱えられた議論であり、自己の犯罪を行う意思をもって行為する者を正犯、他人の犯罪を行う意思を有するに止まる者を狭義の共犯とする考え方であります。わが判例も、表現の上では、共同正犯につき、「自己の犯意を実現したるもの」、「自己の犯意を遂行」、「自己の犯意が実行に移された」、「自己の手段として犯罪を行った」などのように、自己の犯罪あるいは犯罪の自己性を示す表現を用いており、判例は、主観説の立場にあるとの見方も可能であります（小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報51巻8号1頁1999）。しかし、この考え方を徹底すれば、他人に命じられて人を殺害した者は、殺人幫助という主観面に偏り過ぎた結論となり（ドイツでは、Badewannenfall という有名な事件があります。）、常識に反する結論となりましょう。

### 【丙説】主観＝客観説 (Die subjective und objective Theorie) [福田, 大塚, 伊東, 大谷]

共同正犯も、正犯の一種であり (Mittäterschaft = Täterschaft)、主観的・客観的両側面から当該犯罪行為を支配したと言えるかどうかで、決すべきであると思えます。結果実現に向けた動機の強さと犯罪遂行過程における被告人の役割の双方を総合して相互利用・補充の関係により行為したか否かを判断すべきです。

では、本件における被告人の意思および行為はどうか。

#### 1) 被告人の幫助意思 (主観的要件)

兄貴分の命令によって手伝ったにすぎないとの点も、命令によって上記のような実行行為を行った以上、従的な立場での関与であるとして量刑上考慮されることがあることは格別、これを幫助とみる余地はないとします。

#### 2) 行為の幫助性 (客観的要件)

原判決が認定した、①被害者の腹部等を殴ったこと、②うつ伏せの状態の被害者に対し、背後からその首筋にナイフ様のものを押し当てながら、「動くと死ぬぞ。」と言ったこと、③粘着テープで被害者の両手首を緊縛したことは強盗行為か暴行行為かはさておき、これらはいずれにしても実行行為の一部である。

構成要件の実行行為者は、幫助者ではなく、すべて正犯だという甲説の考え方を採れば判決のいうとおりでありましょう。裁判例の現状からみれば、この結論はや

むを得ないかもしれませんが、筆者自身としては、実務の現状における共同正犯の認定は広すぎるきらいがあるので、もう少し縛りを掛けるべきだと思っています。その意味で、本件においては、幫助犯の認定をすべきであったと考えます。

### Ⅲ 承継的共同正犯の成否

承継的共同正犯 (Sukzessive Mittäterschaft) の成立範囲が本件控訴審における最大の論点でした。以下、この問題について逐次検討していきましょう。

そもそも、この承継的共同正犯の理論を認めるか否か、刑法学上の大きな争いがあります。ドイツでは、特に加重的要件のかかった侵入等について議論されてきました。わが国の特殊窃盗 (盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第2条第2号) に当たります。

大審院 (RG) は、侵入盗について、ドアを破壊した後に加わった窃盗犯について、加重窃盗とすることに否定的見解を採ってきました。しかるに、連邦通常裁判所 (BGH) は、先行する他人の行為をその終了前に、既発の出来事を認識し、承認して加功した場合には、共同正犯者として取り扱う旨宣言しました。このような場合、後行者 (Der Hinzutretende) は、刑法25条2項の意味の共同行為と認められなければならないとします (BGH Bd.2 S.344,345f.)。この点については、ドイツの学者の間でも、大いに争いがあります。加重窃盗について、多くの学者は、この判例変更に賛意を表明しましたが、ロクシンは反対の急先鋒です。行為支配説と矛盾すると主張します (参考文献 [1] S. 289~292)。ただし、ロクシンも、加重要件のない一般的犯罪類型については、承継的共同正犯を例外付きながらも肯定する考え方に立っています (参考文献 [2] S. 90, [3] S. 88)。

わが国では、大判昭和13・11・8刑集17巻839頁が承継的幫助犯を認めたことでリーディングケースとされ、これを共同正犯まで拡張した解釈がなされています。他方、わが国の学説では、承継的共同正犯を否定する議論も有力です。

#### 【承継的共同正犯否定説】 [山口, 平場, 牧野, 内藤, 林, 山中]

山口厚教授は、因果的共犯論の立場から、刑事責任の追求は遡及禁止であり、中途加担者は原則幫助としての責任しか負わない。また、共同正犯は、事前に意思を連絡して機能的支配関係を構築する、ないしは犯罪計画を策定し構成要件該当事実を支配することによって、共同正犯となるという支配構造であり、犯罪実行開始後に中途から関与する者は、共同正犯とはなり得ないとします (「刑法総論 [第2版]」349頁2007)。また、平場安治教授は、目的的行為論の立場から「承継的共犯のばあ

い、即ち、例えばAが強盗の意思をもってBを脅迫したのち、情を知ってAとともに財物を強取したCはAの脅迫にたいしては行為支配を有しないがゆえに単に窃盗の責を負うにすぎない」とします（「刑法総論講義」156頁1961）。

しかし、この否定説は、具体的事例に則せず、非常識な結果を招来するので、採用できません。すなわち、先行者が被害者に対して暴行・脅迫を加え、または欺罔行為を行った後に共謀加担した後行者が不正取得に関与後しても後行者を処罰できないという不都合を来します。先行行為の最終結果（財物奪取）に向けた中間結果（反抗抑圧状態）が発生しているのを積極的に利用し、後行行為に繋げてゆくのは、共同正犯の成立要件である共同意思の成立、協業のふたつの要件を充たしていると言えます。中間結果は、完全に過去のものになったとはいえ、将来の結果に結びつくものとして現成している（wesen）のです。

## 2 承継的共同正犯肯定説の根拠

単なる一方的認識や一方的承認、単なる先行行為の生じた状態を利用するだけでは、後行者の単独行為となってしまう、共同行為としては不十分です。当初計画の事後的な相互了解（nachträglich gegenseitiges Einverständnis）が必要であります。すなわち、先行者（元は単独行為者であった）は、後行者の寄与を認識して受け入れ、これを全体行為の一部として承認しなければなりません。

### 【甲説＝全面肯定説】〔福田，木村亀，西原〕

後行者が先行者の行為およびその結果を自己の犯罪行為の遂行の手段として積極的に利用した場合は、相互利用・補充関係によって犯罪を実現したといえる、あるいは、自ら先行行為を行ったと同視し得ることから、後行者は、先行者の行為および結果を含めて共同正犯としての罪責を負う、と主張します（福田平・「刑法総論〔第4版〕」269頁2004）。

たしかに、一部実行の全部責任という共同正犯の在り方からすれば、時間差があっても責任を負わせるべきだともいえるでしょう。しかし、この考え方は、自己の関与前の行為まで因果関係がないのに責任を負うのは個人責任原則、帰責の遡及禁止に反する見解だと言わざるをえません。

ニーチェも、「人間的、あまりに人間的」第2部28章において、「いかなる行為も過去をもたない」（Keine That hat eine Vergangenheit.）と言っています（KSA Bd. 2 S.562）。

## 【乙説＝部分的肯定説Ⅰ】〔平野等多数説〕

先行者の行為が後行者の関与後もその効果を持ち続けており、後行行為者がその影響力（Einfluss）を積極的利用し、先行行為者と共同して実行行為を行ったといえる場合には、後行行為者も行為全体について責任を負う、という考え方です。

この見解によると、罪種によって承継的共同正犯を認めることに繋がることになります。結合犯（強盗罪）、被害者の交付行為を必要とする犯罪類型＝多行為犯類型（詐欺罪、恐喝罪）や継続犯（監禁罪）などでは承継的共同正犯を認め易いでしょう。本稿もこの立場をとります。ちなみに、前記最高裁決定における千葉裁判官の補足意見は、「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので（法廷意見が指摘するように、先行者による暴行・傷害が、単に、後行者の暴行の動機や契機になることがあるに過ぎない。）、承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難いところである。」としています。ところで、乙説に立った場合、共同正犯として正犯性が認められるための下位基準として、①先行者と後行者の関係（組織関係、上下関係）、②後行行為者が果たした行為・役割の重要さ、③後行行為者が加担した動機を考慮に入れるべきであると思われま

### A 強盗事犯の承継

先行者が、被害者に暴行・脅迫を加え、反抗不能の状態（中間結果）になったときに、後行者がこれに加功し、財物奪取（最終結果）を共働した場合には、強盗罪の共同正犯が成立します。例えば、東京高判平成17・11・1東高刑報56巻1＝12号75頁は、後行行為者である被告人兩名について、強盗致傷のいわゆる承継的共同正犯を認めた原判決に対し、先行行為者との共謀の成立時点が早期に過ぎるとした上、傷害の結果はすべて先行行為者の暴行によるもので、被告人兩名が加功した後の暴行がこれを増悪したとも認められないとして、被告人兩名につき、強盗罪の共同正犯と認めました（参考文献④147頁を参照して下さい）。

### B 詐欺事犯・恐喝事犯の承継

先行者が、被害者を欺罔し、あるいは、脅迫を加えて、錯誤ないし畏怖状態（中間結果）に陥らせたときに、後行者がこれに加功し、財物騙取または財物喝取（最

終結果) した場合には, 詐欺罪または恐喝罪の共同正犯が成立します (例えば, 詐欺につき大判明治43・2・3刑録16輯113頁, 恐喝につき大阪高判昭和62・7・10高刑集40巻3号720頁)。

### C 窃盗事犯の承継

犯罪の構成要件的な終了 (formelle Vollendung) と実質的終了 (materielle Beendigung) との時差を使った承継的共同正犯も考えられます。先行者によって既に財物の支配を獲得した (中間結果) 後に, その獲得物を持ち去った (最終結果) 者は, 窃盗の承継的共犯者として捉えることができます (参考文献 [2] S. 90, 同 [3] S. 89)。

### D 密輸事犯の承継

ジンゲルンシュタインは, 承継的共同正犯は, 密輸事件 (Schmuggel) で判例の考え方を適用できるとしています。たしかに, 密輸品が目的地に到達する前に, 後行為者が固有の本質的寄与をすることができます (Graf / Jäger / Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Kommentar S. 154 2011)。

#### 【丙説＝部分的肯定説Ⅱ】 [西田, 佐伯, 井田]

西田典之教授は, 惹起説の立場から, 後行者は先行者により実現された過去の行為や結果について罪責を負うことはないとして, 先行者の暴行により生じた傷害結果を含む承継的共同正犯の成立に消極的な立場をとりつつ, 例えば, 先行者が暴行・脅迫を加えまたは欺罔行為を行った後に共謀加担し, 財物の取得にのみ関与した後行者については, 強取, 詐取, 喝取という (先行者の狙った) 違法結果を左右し得たのであるから, 強盗, 詐欺, 恐喝の共同正犯としての責任を負うべきものとします (「刑法総論 (第二版)」367頁2010)。先行者甲が, 強盗の目的でAに暴行を加え, Aの反抗を抑圧したものの, 暴行した際に甲自身も大怪我をってしまったため, 甲がそれ以上の実行の継続が不可能な状態に陥ったというとき, その時点で合意した上で財物奪取を行った後行者乙は, その関与なしにはおよそ実現が不可能であった犯罪の実現を可能にしたこととなります。例えば, 介入後の行為のみに注目したときにも, 構成要件実現への本質的な寄与 (Tatbeitrag) をなしたと評価することは可能でしょう (井田良・「講義刑法学総論」472頁2008)。佐伯仁志教授は, 西田教授と同様の立場に立ち, そもそもこのような場合, 後行者は, 自己が関与した後の行為について責任を負うのだから, これを承継的共犯と呼ぶのは正確でないといえます (「共犯論 (1)」法学教室305号53頁2006)。

しかし、何故、後行行為者が違法結果を左右し得る立場に立つことができたかと言えば、先行行為者との共謀という原因力（Die Kraft）があったからであります。共謀—実行行為の両者があいまって共同正犯が成立するのです。丙説は、先行行為の中間結果の利用・承継という側面を軽視していると批判すべきです。後行行為者が客観的にも構成要件実現のための行動をとることは正犯成立の要件として当然であり、そのことだけで共同正犯の論拠とすることはできないと思います。

なお、承継的幫助は広く認められています。ドイツでは刑法25条2項の要件を充たさないときでも、正犯性の厳しい要件を被らない幫助としては、行為支配説からも加功時期にとらわれず広く承継が認められています（参考文献② S. 92, 同③ S. 89）。わが大審院の判例も、強盗殺人の共同正犯ではなく、強盗殺人幫助だから認定できた事案と考えるべきです。

#### IV 傷害、強盗の各共謀時期と承継的共同正犯の成立範囲

承継的共同正犯を認めるドイツの判例も、傷害など、既に終了した犯罪結果については承継できないとする制限を設けた解釈をとっています。わが国では、結果的加重犯において傷害結果が発生した後の承継的共同正犯を肯定する説（西村克彦「承継的共犯の反省（二）」判例時報921号10頁1979に掲げる諸説を参照して下さい。）もありますが、承継的共同正犯を否定する説が一般的であり、正しいと思われます。

これらの場合、重い結果と後行者の行為との間に因果関係は認められないのであるから、後行者に結果的加重犯の共同正犯を認めることはできないからです。冒頭に掲げた最高裁の判例もこの考え方に立脚しています。

#### A 強盗致死傷罪

##### (1) ドイツの判例

強盗において先行者の暴行の後に後行者が加功した場合、後行者は、249条の強盗の共同正犯となるが、暴行に加わっておらず、既に発生した傷害の共同正犯とはならない、されています（BGH bei Dallinger MDR Jg.1969 S.533 参考文献② S. 91, 同③ S. 90）。

##### (2) 東京地判平成8・10・9判タ922号292頁

事例は、被告人（女性）が共犯者A男、B子から誘われ、飲食店経営者に睡眠薬を飲ませて金品を取るという昏睡強盗の計画に加わり、3名でスナックに入って被害者Xにビールを勧め、B子が睡眠薬をXのグラスに入れて飲ませたものの、Xが

眠り込むには至らなかったため、A男が待ちきれずにXに暴行を加えて傷害を負わせた後、A男、B子がX所有の金品を奪い被告人もB子に促されて金品を奪ったというものです。

東京地裁は、「先行行為者の犯罪に途中から共謀加担した者（後行行為者）の負うべき責任の範囲については、種々の議論があるが、強盗致傷の事案において、本件のように、先行行為者が専ら暴行を加え、被害者の反抗を抑圧し、右暴行により傷害を与えた後に、財物奪取を共同して行った後行行為者については強盗罪の責任は負うものの、強盗致死傷罪の共同正犯としての責任までは負わないものと解するのが相当である。何故なら、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、先行行為者の行為を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も考えられるが、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からである。本件においても、財物奪取行為のみに関与した被告人については、強盗罪の共同正犯の責任は負うものの、強盗致傷罪の共同正犯の責任までは負わないものと解される」とします（アンダーラインは、筆者）。乙説A欄で紹介した東京高判とともに先行行為者の暴行のみによる傷害については承継しないことを宣明したもので、正しい結論に至っています。

### （3）東京高判昭和57・7・13判時1082号141頁

この裁判例は、甲説に立った判断と考えられます。強盗殺人罪につき、同罪が結合犯として単統一罪であること、後行者が介入前に先行者の犯罪行為を認識していたことを理由に、後行者の強盗殺人罪の共同正犯を認めています。しかし、後行者の行為は先行者の殺人という結果を共同で惹起したものではないから、後行者の行為と殺人の結果との間に因果関係はなく、また、他人の惹起した結果について責任を認めるのは個人責任の原則に反するので、この裁判例の立場は相当ではありません。本研究の原審横浜地裁も、同じ見解に立っています。これが不当であることは、いままで論じてきたところから明らかです。平野龍一博士は、関与以前の行為に対して後行者が因果性をもつことはありえないことを前提としつつ、先行者の行為が関与後もなお効果を持ち続けている強盗や詐欺の途中からの加功の場合には、一部に加功した後行者が全体について責任を負うとあってよく、ただし、このことと、

先行者による行為により「すでに発生し終わった結果」についても責任を負うかどうかは別問題であるとしす（「刑法総論Ⅱ」382頁1975）。

藤木英雄博士も、「Aが加担前のBの行為に責任を負う根拠は、Bがすでに生じさせている状態をその後みずから行った行為と一体として利用するところに求められるわけである。したがって、たとえば、Bが強盗の意思でCに暴行を加え負傷させたのちAが事情を熟知して加担し、財物奪取だけを行ったときは、AはBが生じさせた反抗抑圧の状態を財物奪取の目的に利用したにすぎないから、強盗の責任を負うにとどまり、強盗傷害の責任を負わないとみるべきである。」としています（「刑法講義・総論」291頁1975）。

両博士の見解が不遡及の原則からして正しいと考えます。

## B 強姦致死傷罪

### （1）ドイツの判例

①Aが強姦するのを傍観し、ついで肉体的にも心理的にも完全に疲労困憊した無力の女性をBも姦淫した場合、自らは暴行を用いず、完了した強姦の単なる利用は、共同正犯性を根拠づけない。179条の無抵抗の者に対する性的濫用が成立するに過ぎない（BGH GA Jg.1977 S.144 参考文献② S. 92, 同③ S. 90）。

②共同被告人による強姦の完了後の被告人の加功は、認識、他者の発生させた状態の利用にもかかわらず、共同正犯の共働作業とはならない（BGH NSTz Jg.1985 S.533）。

### （2）浦和地判平成4・3・9日判タ796号236頁

事案は、被告人兩名（甲・乙）が、飲食店で飲酒中たまたま知り合った家出中の女子大生を、ラブホテルに連れ込み強姦しようとして負傷させたというもので、事前共謀による強姦致傷の訴因に対し、被害者が少なくともホテルへの同行を承諾していたとして現場共謀のみを認定し、強姦致傷については、承継的共同正犯の成立を否定しました。本判決は、承継的共同正犯の成否に関し事実認定上、法律上の問題について詳細に判示しているので、大変参考になります。少し長いが引用しておきましょう。

浦和地裁は、「この関係では、いわゆる承継的共同正犯の成否について論じておく必要がある。なぜなら、一般に、実体法上の一罪を構成する先行者の犯罪の途中から共謀加担した者は、先行者の行為等を認識・認容していたか、少なくともこれを積極的に利用する意思で加担し現にこれを利用した場合には、遡って先行者が現

に行った過去の行為に関する共同正犯が成立し、従って、その結果についても刑責を負うというのが一般の考え方であり、本件における乙には、先行者たる甲の行為と結果についての認識・認容に止まらず、これを積極的に利用する意思すらあったといえそうに思われるからである。ところで、承継的共同正犯の理論を安易に拡大適用するときは、刑法の基本原則である個人責任の原則上、由々しい問題を生ずることが明らかであり、近時の学説は、ほぼ一致して右理論の拡大適用に慎重な態度を示しているのであるが、それにもかかわらず、判例上前記のような見解が大勢を占めるに至っている最大の理由は、これ以上分割不可能な単一罪の途中から、先行者の行為を利用する意思で（又は、これを認識・認容しながら）犯行に共謀加担した者（例えば、恐喝罪・詐欺罪等に関する脅迫行為・欺罔行為の終了後、これを積極的に利用して、自らも利得に与かる意思で財物の入手行為のみに関与した者）について、同人が脅迫行為や欺罔行為に関与していないというだけで、刑責を免れさせるというのは、条理上いかにも不合理であると思われることなどに着眼した点にあると考えられるのである。従って、同じく実体法上の一罪とはいっても、更に分割可能な包括一罪などについて、刑法理論上の問題の多い承継的共同正犯の理論を適用するのは、慎重を要するというべきであろう。ところで、本件においては、乙は、前記のとおり、甲が強姦の犯意を生じてAを殴打し、姦淫に成功しないまま一旦犯行を中止したのちにおいて、右犯行に共謀加担したと認められ、いわば包括一罪の途中からの加担者というべきであるから、このような者に対しては、自己が犯行に加わった時点以降の行為についてのみ共同正犯の成立を認め、その限度で刑責を認めれば足り、乙が、先行者たる甲の行為とこれによる結果を認識・認容していたとか、これを利用して自らの姦淫行為を遂行したからといって、そのことから直ちに、遡って、既に終了した甲の行為について共同正犯の成立を肯定するのは、相当でないというべきである。そして、関係証拠によると、Aの受傷の結果の少なくとも大部分は、共謀成立前の甲の行為によって惹起されたことが明らかであり、乙が共謀加担したのちの行為のみによって惹起された受傷を確認することができないから、乙については強姦致傷罪ではなく、強姦未遂罪が成立するに止まるというべきである。」と判示し（アンダーラインは、筆者）、詳細に論理を展開しており、正当な判断であると評価できます。

### C 監禁致死傷罪、遺棄致死傷罪

監禁罪や遺棄罪においても、これらの共謀が成立する前の傷害については、既に

既遂に達した別罪として傷害罪が成立し、監禁等の違法状態を積極利用し、承継しても、既に既遂に達した傷害は監禁致死傷や遺棄致死傷の構成部分とはなりません。

## V 共謀加担前後の傷害の特定・振分け

この点については、最高裁決定における千葉裁判官の補足意見が参考になります。すなわち、「共謀加担後の傷害の認定・特定をどのようにすべきかが問題となる。一般的には、共謀加担前後の一連の暴行により生じた傷害の中から、後行者の共謀加担後の暴行によって傷害の発生に寄与したことのみを取り出して検察官に主張立証させてその内容を特定することになるが、実際にはそれが具体的に特定できない場合も容易に想定されよう。その場合の処理としては、安易に暴行罪の限度で犯罪の成立を認めるのではなく、また、逆に、この点の立証の困難性への便宜的な対処として、因果関係を越えて共謀加担前の傷害結果まで含めた傷害罪についての承継的共同正犯の成立を認めるようなことをすべきでもない。この場合、実務的には、次のような処理を検討すべきであろう。傷害罪の傷害結果については、暴行行為の態様、傷害の発生部位、傷病名、加療期間等によって特定されることが多いが、・・・これらの一部が必ずしも証拠上明らかにならないこともある。例えば、共謀加担後の傷害についての加療期間は、それだけ切り離して認定し特定することは困難なことが多い。この点については、事案にもよるが、証拠上認定できる限度で、適宜な方法で主張立証がされ、罪となる事実に判示されれば、多くの場合特定は足り、訴因や罪となるべき事実についての特定に欠けることはないというべきである。もちろん、加療期間は、量刑上重要な考慮要素であるが、他の項目の特定がある程度されていれば、「加療期間不明の傷害」と認定・判示した上で、全体としてみて被告人に有利な加療期間を想定して量刑を決めることは許されるはずである。」と述べています。

## VI 傷害と強盗致傷との混合包括一罪の擬律

以上の検討結果、強盗の犯意発生前の傷害（頭部等打撲挫傷）とこれに引き続く強盗致傷（左腕部熱傷）とは截然と分けて考えるべきであり、強盗致傷に組み入れて捉えるべきではないという結論に達しました。

では、傷害と強盗致傷とは、いかなる罪数関係になるのでしょうか。傷害自体15年以下の懲役という相当な重刑でもあるから、強盗致傷と併合罪とする考え方もあるでしょう。しかし、ふたつの理由から、両者は混合包括一罪の関係にあると考えま

す。すなわち、①ひとつは、共犯者Mは当初から強盗の犯意を有しており、強盗致傷一罪であることです。②いまひとつは、次の仙台高判昭和34・2・26高刑集12巻2号77頁の判例に準拠すべきだと考えるからです。

同判例は、そのまま引用すると、「強盗傷人罪を構成するためには、傷害が強盗の機会において加えられたものであることを要し、それは強盗行為と傷害との間に場所的、時間的關係があるのみでなく、傷害が強盗たる身分を有する者によって加えられたこと、即ち犯人が強盗の犯意を生じた後の傷害であることを要する。従って、強盗の犯意を生ずる前の傷害は単純な傷害であり、その犯意を生じた後の傷害は強盗と傷害の結合犯たる強盗傷人罪の構成部分たる傷害であり、その意味において、強盗の犯意を生じた時期を境としてその前後2群の傷害は切離された2個の行為であり、前の傷害と後の強盗傷人とは別罪である。しかし、それは法律評価の問題であって、これを社会現象として観るときは、その評価の対象たる2群の傷害は、1個の身体侵害意思に基づき、時を接して引続き行われるのであるから、これを一連不可分のものとみるべきで、しかも後の傷害は強盗行為に伴うもので、これと結合一体の關係にあるのであるから、これらすべてを全体的に包括的に観察して、一連1個の行為と解するのが相当である。即ち、罪数的には、それは一種の接続犯的な傷害と強盗傷人との混合した包括一罪であって、重い強盗傷人罪の刑をもって処断すべき一罪と解する。」と述べています。

本判決は、法令の適用の項目において、「被告人の当審判示1の所為は刑法60条（ただし、傷害の範囲で）、204条に、同Ⅱの所為は刑法60条、240条前段に該当するところ、以上は、共犯者については全体として1個の強盗致傷罪に該当する行為であることをも考えると、これらを包括し、1罪として処断するのが相当であるから、同法10条により重い強盗致傷罪の刑により処断し、・・・」とします。すなわち、「本件は、傷害（判示1）と強盗致傷（判示2）のいわゆる混合包括一罪の事案である。」としており、妥当な処理であると考えます。

## Ⅶ 結語に代えて 控訴審の認定事実

以上の検討から、判旨に賛成です。

本判決は、法令の適用に誤りがあるとして、原判決を破棄し、改めて「罪となるべき事実」として、次のように認定しました。冒頭に掲げた原審横浜地裁の認定事実と比較してみてください。なお、Ⅸに図示したところも併せて参考にして下さい。

被告人は、平成22年10月6日午前10時頃から同日午後1時20分頃までの間、相模

原市中央区所在のマンションのT方居室において、

- 1 Mが、T（当時43歳）から金品を強取しようと考え、同人に対し、ナイフ様のものを突き付けて同人の顔面を左拳で殴り付ける暴行や脅迫をくわえたのを見て、Mに加担してTに暴行を加えようと考え、Mとの間で暴行の限度で意思を相通じた上、Mにおいて陶製の灰皿でTの後頭部を殴り付け、被告人において、Tの腹部等を殴り付け、粘着テープで同人の両手首を緊縛するなどの暴行を加え、上記灰皿による暴行により、同人に全治期間不詳（ただし、全治まで2週間以内）の頭部・左耳朶・右手指打撲挫創の傷害を負わせ、
- 2 引き続き、Mが、Tに対し、「けじめをつけろ。」などと言って金品を要求し、ここにおいて被告人においてもMの金品強取の意図を察知して、同人との間でその旨意思を相通じた上、Mにおいて、T方の台所から持ち出した包丁の刃を所掲の大型ライターであぶって熱し、その刃を同人の顔に近付けて、これを払いのけようとしたTの両腕に上記熱した包丁の刃を接触させるなどの暴行や脅迫を加えてその反抗を抑圧し、同人方において、同人の所有または管理に係るノートパソコン、キャッシュカード、自動車のエンジンキー等20点（時価合計約5万5000円相当）を強取したほか、間もなく赴いた同所所在の立体駐車場の3階において、強取に係る上記エンジンキーを使い、同人の所有に係る駐車中の普通乗用自動車1台（時価約20万円相当）を強取し、上記の熱した包丁による暴行により、同人に全治期間不詳（ただし、全治まで2週間以内）の左前腕熱傷（Ⅱ度）の傷害をおわせたものである（本判決8～9丁）。

## VIII 参考文献

- 1 Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft 7 Aufl. 2000
- 2 Ders., Strafrecht Allgemeiner Teil Band II 2003
- 3 Ders., Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar §25 11. Aufl. 2003
- 4 前田雅英「承継的共同正犯」警察学論集66巻1号139頁2013
- 5 早瀬宏毅「傷害の事案についていわゆる承継的共同正犯を否定した事例」研修777号25頁 2013

## 区 本事件の流れ

