

西村克彦 著

暴力犯群像

良書普及会



暴力犯群像

西村克彦 著

良書普及会

西村克彦

一九二〇年 大阪府生まれ

一九四三年 東京大学法学部卒業

一九五三年 岡山大学助教授、同教授を経て

一九七一年 青山学院大学教授、現在に至る

主な著書

罪責の構造（全三巻）鳳舎

解罪説法集 一粒社

強盗罪考述 鳳舎

〈訳書〉

シーグル「西洋法家列伝」成文堂

レーダー「死刑物語」原書房

レーダー「戦争物語」原書房

キッバー「フォイエルバッハ伝」良書普及会

暴力犯群像

一九八四年二月一〇日初版印刷

一九八四年二月二〇日初版発行

定価 二、三〇〇円

著者 西村克彦

発行者 河中一學

発行所 良書普及会

112 東京都文京区春日一―八―二

電話 〇三―八―三―二二五―

振替 東京七―六四四九

印刷 大日本印刷株式会社

製本 東栄社

落丁乱丁が有りましたらお取替えします

序 文

本書は、「警察研究」という専門雑誌に、昭和五五年一月から同五八年三月までの間、延べ二二回にわたって連載されたものである。原題名は「暴行傷害および強盗関係罪の実証的研究」といい、副題は「暴力犯群像」というのであった。その副題を昇格させて、この単行本のための書名とした。強盗関係罪というのは、強盗罪を主体とする各種の罪のことを指している。いわゆる強盗殺人罪がその代表であるといえよう。

暴力犯といえば凶悪犯であり、警察の広報によって衆目にさらされている「お尋ね者」を連想させるかもしれない。しかし、本書で扱う一五〇件の判例の中で、そのような凶悪犯の登場する例は意外に少ない。むしろ、犯情としては他愛もないような事件さえある。そうした事案では、いかめしい罪名にもかかわらず、言い渡される刑は、たいてい軽いものである。

大審院とか最高裁判所で争われる法律問題となりうるのは、多くは、aという事実がはたしてA罪に該当するか、といった微妙な問題である。強盗殺人罪とか傷害致死罪には、よくあることである。ところが前者については法律に明文がない。後者については、暴行致死のようなものもその罪になると解されている。そうだとすれば、裁判によって形成される強盗殺人罪とか傷害致死罪というのは、実は「虚像」ではないのかということになる。このような仮説を検証しようという意図があったから、原題名に「実証的研究」という呼称をつけたのである。

条文の解釈と匹敵するものに量刑という仕事がある。この領域では、傷害致死罪と殺人罪と強盗殺傷罪という三罪に対する量刑のバランスという問題がある。この三罪の間において、法定刑の上では一応妥当な線の引かれているも

のが、量刑の実際ではどうなっているか。私の見るところでは、前の二罪では不当に軽くなつてしまい、強盜殺傷罪だけが嚴罰主義の牙城として残っている（強盜強姦致死罪も同様である）。どうしてそうなったのであろうか。一方では、暴行致死のようなものに対しては、傷害致死罪の刑は重すぎる。傷害致死罪に対する量刑が軽くなると、それに引かれて殺人罪の量刑も軽くなりかねない。他方では、人を殺して財物を奪うような行為を、強盜罪と殺人罪とに分割したのでは、強盜致死罪に対するよりも軽い刑が言い渡される可能性がある。そのような事情をも折にふれて推察しながら、この研究は延々と続いたのである。

ここに登場する一五〇件のそれぞれに個性がありながらも、どこかで関連しあっているのを比較対照することに、単行本となつた本書の意味があると思う。筆者による評釈をどう受け取るかは、もちろん読者の自由であるが、私がつくに感銘を受けるのは、たとえば、二や一〇において被告人のために弁じている検事の上告趣意、さらにまた五二や六七のように、正当に評価されないで短命に終つた判決理由である。

本書の姉妹篇として、さきに『解罪説法集』（鳳舎・昭和五五年）があり、さらにまた『強盜罪考述』（一粒社・昭和五八年）がある。本書との関係ではこれらが理論篇にあたる。また、『強盜罪考述』の第三部には、『解罪説法集』資料拾遺として、暴力犯に関する下級審の裁判例五〇が収められている。本書では「拾遺」として引用してあるのがそれである。あわせて参照されれば幸いである。

右「警察研究」に連載中から現在にいたるまで、良書普及会の編集部の諸氏にはいろいろお世話をかけた。さらに、本書に収めた四葉の写真に関しては、最高裁判所広報課のご配慮をいただいた。ここに感謝の意を表したい。

昭和五八年一〇月一日

著 者

目 次

序 文

序 説 調査研究の前提となる事項

一 この研究の範囲と目的について……………	一
二 旧刑法の下での問題点……………	三
三 現行刑法への推移について……………	七
四 統出する難問について……………	一〇
五 種々の矛盾と立法論について……………	一四
六 犯罪形態論の立場からの分析……………	一六
七 殺人は暴行の極致ということ……………	二〇
八 結合犯に免れない矛盾について……………	二三

前 編 第一期(旧刑法と大審院) 一―四五

一 明一五・一一・二五(殴打創傷)……………	三三
二 明一五・三・二六(強盜故殺)……………	三六
三 明一六・七・二(殴打創傷?)……………	三六
四 明一六・九・二七(強盜致死)……………	三六

五	明一七・三・一三(強盜殺人)……………	元
六	明一七・五・三(殺人強盜)……………	三
七	明一七・六・一〇(強盜殺人)……………	三
八	明一七・六・一七(強盜傷人)……………	三
九	明一七・七・一〇(強盜致死)……………	三
一〇	明一七・九・二五(毆打創傷)……………	三
二	明一七・一〇・二九(毆打創傷)……………	三
三	明二一・二・一八(強盜傷人教唆)……………	三
三	明二四・七・九(毆打創傷教唆)……………	七
四	明二四・一〇・一(殺人強盜)……………	元
五	明二四・一〇・一二(強盜致死)……………	四
六	明二五・五・一二(毆打創傷教唆)……………	四
七	明二八・二・二二(強盜殺人)……………	四
八	明二八・六・一八(強盜強姦)……………	四
九	明二九・三・一九(強盜傷人未遂)……………	四
一〇	明二九・五・一八(毆打致死教唆)……………	六
二	明三〇・二・一八(毆打致死)……………	四
三	明三〇・六・一一(強盜傷人)……………	四
三	明三一・五・二七(殺人強盜)……………	四
四	明三一・二・二七(強姦致傷?)……………	五
五	明三一・六・一三(過失致死)……………	五
六	明三一・一一・一四(毆打致死)……………	五
七	明三三・四・一九(毆打創傷)……………	五
八	明三四・四・五(毆打創傷)……………	五
	附帶私訴……………	五
元	明三四・五・二四(毆打創傷)……………	五
三	明三五・三・二五(毆打創傷致死)……………	五
三	明三五・四・七(毆打創傷)……………	五
三	明三五・六・二三(強盜致傷)……………	七
三	明三五・一・一六(強盜殺人)……………	六
四	明三六・五・一二(強盜傷人未遂)……………	六
五	明三七・一・一五(強盜傷人未遂)……………	六
五	明三七・一・二八(毆打創傷)……………	六
七	明三七・四・一五(強盜の間接教唆、等)……………	六
六	明三七・五・二三(毆打致死)……………	六
元	明三八・三・三〇(強盜殺人未遂)……………	六
四	明三九・四・一六(殺人強盜)……………	六
四	明三九・一二・三(毆打致死教唆)……………	六
	附帶私訴……………	七
四	明四一・二・六(謀殺・方法の錯誤)……………	七
四	明四一・二・二五(強姦成傷)……………	七
四	明四二・三・一二(毆打創傷)……………	七
五	明四二・六・七(毆打創傷)……………	七

中 編 第二期(現行刑法と大審院) 四六—一〇五

四	明四二・四・一五(傷害致死)……………七九	三	大三・六・二四(殺人強盜)……………一〇四
四	明四二・一〇・一五(事後強盜未遂)……八	三	大三・一一・一八(傷害)……………一〇七
四	明四三・二・一五(事後強盜傷人)……………三	四	大四・二・二六(殺人強盜)……………一〇九
四	明四三・三・八(傷害致死)……………八四	四	大四・一二・一一(強姦致死、 殺人)……………一二四
五	明四三・五・二四(殺人強盜)……………八五	五	大五・三・三一(強盜致死)……………一二八
五	明四三・五・三一(殺人強盜)……………八七	五	大五・八・一一(殺人行爲の 「方法の錯誤」)……………一三〇
五	明四三・六・一七(二項強盜傷人?)……………八九	六	大五・一〇・二四(強盜傷人をふ くむ住居侵入強盜の連続犯)……………一三三
五	明四三・七・一(事後強盜傷人)……………九一	六	大五・一一・八(共謀による殺 人強盜)……………一三五
五	明四三・一〇・二七(殺人強盜)……………九三	七	大六・三・二四(傷害致死の共 同正犯)……………一三七
五	明四三・一一・二四(殺人強盜)……………九五	七	大六・九・一〇(傷害罪と殺人 罪の競合)……………一三九
五	明四三・一一・二四(事後強盜)……………九六	八	大六・九・一五(傷害罪と殺人 罪の競合)……………一四一
五	明四三・一二・九(恐喝の手段とし ての暴行傷害教唆)……………九七	八	大六・九・一五(傷害罪と殺人 罪の競合)……………一四一
六	明四四・六・二九(強姦致傷)……………九八	九	大六・九・一五(傷害罪と殺人 罪の競合)……………一四一
六	大元・九・六(強盜未遂)……………九八	九	大六・九・一五(傷害罪と殺人 罪の競合)……………一四一
六	大元・九・二二(傷害致死)……………一〇三	九	大六・九・一五(傷害罪と殺人 罪の競合)……………一四一
六	大元・九・二二(傷害致死)……………一〇三	九	大六・九・一五(傷害罪と殺人 罪の競合)……………一四一
六	大元・九・二二(殺人強盜)……………一〇三	九	大六・九・一五(傷害罪と殺人 罪の競合)……………一四一

罪の競合) …… 一三

三 大七・一一・三〇(傷害致死) …… 一三

四 大八・七・三一(傷害致死?) …… 一三

五 大一一・五・九(傷害致死・方

法の錯誤) …… 一三

六 大一一・一二・一六(傷害致死

教唆) …… 一三

七 大一一・一二・一二(殺人強盜)

八 大一二・五・二六(傷害致死) …… 一三

九 大一二・七・一四(傷害) …… 一四

一〇 大二三・四・七(強姦、殺人強盜) …… 一五

一一 大二三・四・二九(傷害致死教唆) …… 一五

一二 大一一・一二・二三(傷害致死) …… 一五

一三 大一一・二・二三(事後強盜殺人) …… 一五

一四 昭四・二・四(傷害致死) …… 一五

一五 昭四・五・一六(殺人強盜の連

続犯) …… 一五

一六 昭四・六・二四(殺人強盜未遂) …… 一五

一七 昭六・五・八(二項強盜) …… 一五

一八 昭六・八・六(傷害致死) …… 一五

一九 昭六・一〇・二九(強盜傷人) …… 一五

二〇 昭七・一一・三〇(殺人強盜) …… 一五

二一 昭七・一二・一二(事後強盜殺人) …… 一六

二二 昭八・六・五(事後強盜傷人) …… 一六

二三 昭八・六・二九(強盜強姦未遂) …… 一六

二四 昭八・八・三〇(殺人および尊

属殺人) …… 一六

二五 昭八・一一・三〇(殺人強盜) …… 一六

二六 昭八・一二・四(殺人強盜) …… 一六

二七 昭九・三・一五(事後強盜傷人

未遂) …… 一六

二八 昭九・五・二八(強盜強姦その他) …… 一六

二九 昭一〇・五・一三(強盜強姦殺人) …… 一六

三〇 昭一〇・六・二五(強盜傷人の

共同正犯) …… 一六

三一 昭一三・一一・一八(殺人強盜

幫助) …… 一七

三二 昭一六・一一・一一(傷害致死

と窃盜) …… 一七

三三 昭一七・四・一一(傷害致死) …… 一七

三四 昭一八・四・二三(尊属に対す

る強盜殺人) …… 一七

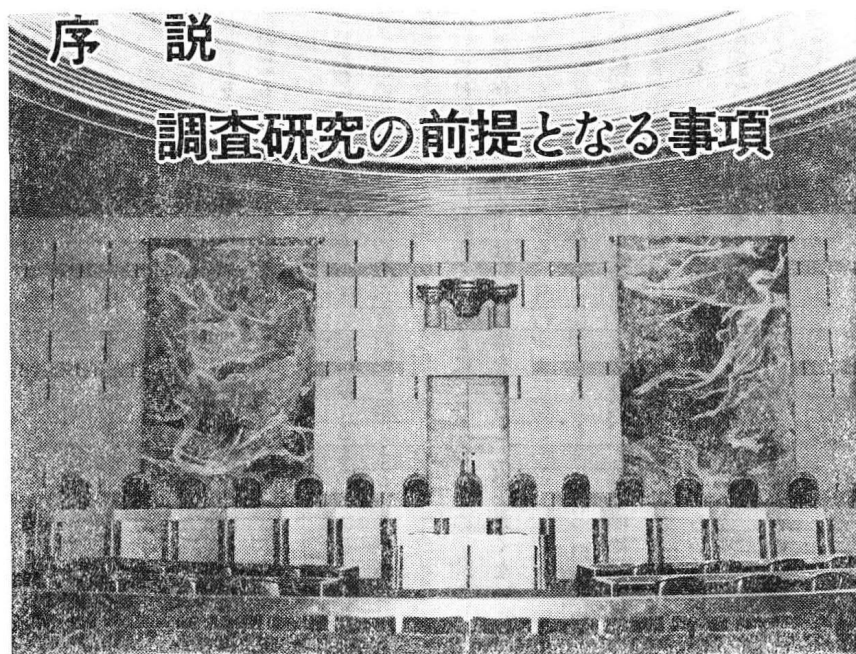
三五 昭一九・一一・二四(強盜強姦) …… 一七

後 編 第三期(現行刑法と最高裁判所) 一〇六—一五〇

一〇六 昭二二・一一・五 (強盜傷人の 共同正犯) ……	一六	二九 昭二五・一一・九 (傷害) ……………	一六
一〇七 昭二三・三・九 (殺人強盜と事 後殺人) ……	一三	三〇 昭二五・一二・一四 (殺人強盜) ……………	一九
一〇八 昭二三・五・八 (傷害および傷害 致死の共同正犯) ……	一四	三二 昭二六・三・二七 (強盜殺人の 共同正犯) ……	一九
一〇九 昭二三・五・二二 (事後強盜傷人) ……………	一五	三三 昭二六・八・九 (強盜傷人) ……………	二三
一一〇 昭二三・六・一二 (強盜傷人) ……………	一六	三三 昭二七・六・六 (傷害、性病予 防法違反) ……	二四
一一一 昭二三・一一・四 (強盜殺人の 共同正犯) ……	一七	三四 昭二八・二・一九 (強盜致傷) ……………	二六
一一二 昭二三・一一・一六 (強姦と殺人) ……………	一九	三五 昭三〇・一二・二三 (強盜強姦) ……………	二八
一一三 昭二四・三・二四 (強盜致傷) ……………	一九	三六 昭三一・一〇・二五 (強姦殺人) ……………	三〇
一一四 昭二四・五・二八 (強盜の機会 における殺人) ……	一九	三七 昭三二・二・二六 (傷害致死) ……………	三一
一一五 昭二四・七・九 (事後強盜の未遂) ……………	一九	三八 昭三二・三・一四 (傷害致死) ……………	三三
一一六 昭二四・一二・二四 (強姦罪と 強盜罪の併合罪) ……	二一	三九 昭三二・六・二一 (強姦致傷?) ……………	三四
一二七 昭二五・三・三一 (傷害致死) ……………	二五	四〇 昭三二・八・一 (強盜殺人未遂) ……………	三六
一二八 昭二五・一〇・一〇 (傷害致死) ……………	二五	四一 昭三二・九・一三 (二項強盜殺 人未遂) ……	三九
		四二 昭三三・一〇・一八 (強盜傷人 の共同正犯) ……	三三

参 考 著 者 に よ る 三 部 作 の 対 応 関 係 表

一三 昭三三・四・一七（強盜致傷罪の共同正犯）……………	三五	四三 昭三六・一一・二一（傷害致死）……………	三九
一四 昭三三・六・一七（傷害致死罪の共同正犯）……………	三六	四四 昭三九・一・二八（傷害致死）……………	四〇
一五 昭三三・六・一七（傷害致死罪の共同正犯）……………	三六	四五 昭四一・四・八（殺害後の窃盜罪？）……………	四二
一六 昭三三・六・二四（強盜強姦未遂と強盜殺人との競合）……………	三八	四六 昭四三・九・一七（傷害の手段としての監禁）……………	四六
一七 昭三三・一〇・三一（事後強盜傷人）……………	三三	四七 昭四五・一二・二二（強盜致傷）……………	四七
一八 昭三四・三・二三（事後強盜傷人）……………	三三	四八 昭四六・六・一七（強盜致死？）……………	四八
一九 昭三四・五・二二（強盜傷人）……………	三四	四九 昭四九・七・五（傷害致死）……………	五三
二〇 昭三四・六・一二（事後強盜傷人）……………	三五	五〇 昭五三・七・二八（強盜殺人未遂罪と「方法の錯誤」）……………	五五
二一 昭三五・八・三〇（二項強盜殺人）……………	三六	五一 昭五四・四・一三（傷害致死罪と殺人罪の共同正犯）……………	五七
二二 昭三六・一・二六（強姦致死）……………	三八		



序 説

調査研究の前提となる事項

一 この研究の範囲と目的について

(一) 調査研究の対象は、大きく分けると二つの類型、あるいは犯罪群である。一つは、暴行罪、傷害罪および傷害致死罪である。いま一つは、強盗罪（事後強盗罪をふくむ）、強盗強姦罪および強盗致死傷罪である。最後にあげた強盗致死傷罪、すなわち刑法第二四〇条の罪には、いわゆる「強盗殺人罪」がふくまれているものとして扱う。私はこれを認めない立場をとっているが、後述するように、この研究が判例批判を主たる目的としているため、そのように扱うのである。

(二) これらの罪は、窃盗罪ほどではないが、やはり「浜の真砂」のように「種の尽きない」罪である。ところが、これらに関する刑法の各規定の解釈においては、従来、意見の一致を見ない点が非常に多い。その原因はどこにあるのか？ 私見によれば、法の不備が主たる原因の一つである。してみれば、その不備を是正しないかぎり、論争の種もまた尽きないのは当然であらう。

この研究は、右のような二つの犯罪群の扱いに関する判例を、旧刑法と現行刑法にわたり、すなわち大審院から最高裁判所にわたって、これを年代順にとりあげながら、そこに見られる矛盾あるいは混乱を指摘することを主たる目的としている。下級裁判所の裁判例を対象外とすること、および、問題とか事

項ごとに判例を比較検討する方法によらないこと、この二点では方法論上の弱点があるかもしれないが、右の二群にかかわる判例の推移を批判的に、その相互の関連を跡づけるという点では、独自の意味を有するであらう。おこがましいようであるが、矛盾や混乱をできるだけ避けようとするような判例解説とは視点をことにするのは、刑法学者には判例の源流をたえず使命があると信ずるからである。

(三) 以下は、私の『解罪説法集』(鳳舎・昭和五五年——本稿では「理論篇」として引用する)の資料篇にあたるものである。扱われる二群の犯罪では、強盗罪が財産犯に属するという点が暴行傷害罪とはことなる以上、いちおう別の類型のものであるが、両者には密接な関係がある。ことに、強盗の本来の手段としての暴行が、傷害あるいは殺人の形をとることが少なくないという事情がある。そこから、暴行および傷害の概念規定が、強盗致死傷罪(実は強盗傷人罪および強盗殺人罪をもふくむ)の概念規定に影響するのは必至である。ところが、この関係において、これまで判例・通説の形成してきた考えかたには根本的な疑問がある、というのが私の研究の出発点になる。あるいは、それが仮説である(理論篇二七三頁以下)。

この疑問を説明するために、以下においてはつぎの方法をとることにする。

まず、時代区分を三つとする。すなわち、(一)旧刑法のもとで

大審院の機能していた時代、(二)現行刑法と大審院の時代、(三)現行刑法と最高裁判所の時代、がこれである。かりに第一期・第二期・第三期と呼ぶことにするが、第一期の關係では、私の利用しうる資料には制約があるのはやむをえない。

つぎに、事案の争点が本研究の目的とは關係のないような判例は除外したが、採用したものについては、事実と争点と判決理由(あるいは判決要旨)を摘記したうえで、これに対する私見を述べるであらう。もちろん、記述が詳細にわたることもあれば、簡略にすませることもある。また、場合によっては、私の参照したかぎりでの文献をかけることもあらうが、それにも限界のあることは当然である。

この研究での各事案に共通して、被告人をP(Pが共犯のときは正犯はQ)、被害者をR、第三者をSとする。つまり登場人物である。それらが複数の場合には、たとえば $P_1 \cdot P_2$ のように区別はするが、同様の役割をはたしているように思われるものは、適当に取捨することがある。

最後に、本研究では実行することの困難なことが三つある。

第一に、対象とする各事案における事実認定の当否については、私に批判できるかぎりではない。⁽²⁾第二に、因果關係が争点になる事案では、判断の資料はほとんどない場合が多いであらう。第三に、量刑の当否も同様である。ただ、明確な理由なしに酌量減輕のなされている事例では、その構成要件該当性につ

ての裁判所の結論に狐疑のあることが推測される。

(1) 西村「刑法学者の使命について」(井上正治博士還暦祝賀『刑法学の諸相』(一)一頁以下)

(2) 暴行の故意には、少なくとも意識の深層においては傷害の未必の故意があるから、暴行罪と傷害罪とを理論の上で峻別するには及ばないという説があるが(藤木英雄「傷害罪の故意」ジュリスト三〇〇号三一九頁)、そこまで言えるかどうかは疑問である。

また、いわゆる強盗殺人罪に関連して、この種の犯人の性向が悪質であるとか、「犯人自身が犯罪の重大性に昂奮し、また……自己の危険を恐れる関係から、殺害を希望しないまでも被害者の死を意に介しない心理が働く。このような場合に、殺意が認定できた場合と認定できなかった場合とで区別して全く適条を異にする実質的理由はないと思う」(青柳文雄『刑法通論』II各論四九六頁)とも説かれる。しかし、右のような区別を不要とするならば、殺人罪と傷害致死罪との区別もまた不要ということになるのではないか。

二 旧刑法の下での問題点

(一) 旧刑法にも、すでに「暴行」という構成要件上の表現は散見される。たとえば、第三四六条および第三四七条の強姦罪、第三七八条の強盗罪において、それぞれの手段にふくまれているのがそれである。しかし、本研究の対象となるのは「殴打創傷罪」である。旧刑法に先行した新律綱領と改定律例には、「闘毆」「毆傷」「闘毆成傷」といった言葉は見られるが、「毆打創傷」というのが一罪であるという趣旨の明文はない。

旧刑法の成立を留意した『日本刑法草案会議筆記』(早稻田大学図書館資料)には、はじめは「殴撃創傷」という熟語がしきりに用いられているが、議論がすすむにしたがって、「毆打創傷」という表現に定着してゆく。支那律の用語と、フランス刑法の用語の邦訳との合成された産物であろうか。

(二) 旧刑法の毆打創傷罪(第三編第一章第二節)と、違警罪(第四編)にふくまれていた毆打の罪のなかでは、つぎの三カ条が重要であると思われる。

第四二五条第九号「人ヲ毆打シテ創傷疾病ニ至ラザル者」——かりに「單純暴行」と呼ぶことにするが、刑は三日以上一〇日以下の拘留、又は一円以上一円九五銭以下の科料である。

第三〇一条第三項「疾病休業ニ至ラズト雖モ身体ニ創傷ヲ成シタル者ハ一日以上一月以下ノ重禁錮ニ処ス」——かりに「輕傷害」と呼ぶことにするが、これを基底として、その犯行の結果が重くなるにしたがって、構成要件ごとに法定刑が重くなり、最高は輕懲役(六年以上八年以下)である。

第二九九条「人ヲ毆打創傷シ因テ死ニ致シタル者ハ重懲役ニ処ス」——これは現行刑法の「傷害致死罪」に相当するように思われるが、傷害を介しない(毆打致死)というものもありえたのである。なお重懲役は九年以上一一年以下である。

以上どの罪の法定刑にも罰金が入っていないことについて、村田保『刑法註釈』には、「毆打創傷罪ニ於テ罰金ヲ附加セザ

ルモノハ、被害者ノ要償ヲ妨ゲザルガ為メナリ」(巻六の七丁)という解説がある。それにしても、違警罪であることから単純暴行の刑が軽くて、それと軽傷害の刑との間に断層のあることが、現行刑法の下での暴行罪と傷害罪との関係において、法定刑の下の方では大差のないとは非常にちがう。

(三) このような殴打創傷罪の定めかたには、もともと問題があった。たとえば宮城浩蔵講述『刑法講義』(明治一七年)は、これは結果によつて罰するもので、その悪意の程度を問うことができない点に欠点があることを指摘して、つぎのような例をあげている。「甲乙二人アリ、甲者ハ重傷ヲ与ヘント欲シテ人ヲ殴打シ、乙者ハ輕傷ヲ与ヘント欲シテ人ヲ殴打シタルニ、其ノ結果、何レモ同一ノ創傷ナルニ於テハ、仮令、甲者ハ乙者ヨリモ惡意ナルモ同刑ニ処セザルベカラザル如キ不權衡ヲ致スナリ。」では、どのようにすればよいのか。そこで述者は、殴打創傷ヲ「重殴打」と「輕殴打」の二つに分けて、それぞれ別の刑を適用するならば、やや当を得るにちがいないかもしれないと示唆する。ただ、この方法によると裁判官の権限が広大に失し、法律の力を薄弱ならしめる弊害があるから、これまた完全ではなからうという(八七〇—一頁)。

いっそう理論的な反省と思われるものは、明治三〇年代になつて現われた勝本勘三郎博士の『刑法析義』に見られる。その各論之下巻には、つぎのような所説がふくまれている。同

博士によれば、殴打と創傷という国語はいずれも狭きに失するが、支那律の鬪毆、あるいはフランス法の *comp et blessure volontaire* におけると同様に、「凡テ人身ニ対シ損害ヲ与ヘタル行為ヲ総括シタル一種ノ専門語」(第三版四八頁)として理解すべきものである。すなわち殴打といつても、「其ノ意ハ人身ヲ損害スト云フニ在ルヲ以テ、苟モ人身ニ損害ヲ与フベキ所為ナルニ於テハ、直チニ本罪ヲ構成ス」というべきである。ゆえに、因果関係の証明さえあれば、「其ノ行為ノ直接ナルト間接ナルト、積極ナルト消極ナルトハ敢テ問フ所ニアラザルナリ」(五一頁)ということになる。

ここに、殴打創傷罪には結果的加重犯の要素があるとする認識の温床がある。というのは、或る学者の説として、「縦令、殴打スルノ意思アルモ傷害ヲ与フルノ意思ナクンバ本罪ヲ構成セズ。如何トナレバ、此ノ如キ場合ニ於テモ尚ホ本罪ヲ以テ論ズベキモノトセバ、是レ、予期セザリシ結果ヲ負担セシムルモノニシテ、刑法ノ原則ニ反スレバナリ」というのをあげ、博士はこれに反論するのである。或る学者の説というのは、「殴打し・かつ創傷する意思」が本罪の故意でなければならぬというにおなじで、その後段の意思を欠くものは本罪に問えないというに帰する。

これに対して勝本博士は、「是レ、殴打創傷罪ハ或ル点ニ於テ過失犯ニ類スルモノタルコトヲ知ラザルニ基ク謬見ナリ。宜

シク之ヲ排斥スルコトヲ要ス」と論難し、「蓋シ此ノ説ノ主張者ガ、人ノ一手一足ヲ傷ツケントスル意思ヲ以テ之ヲ毆打シ、其ノ結果、人ヲ死ニ致シタル場合ニ於テ、其ノ結果ハ現ニ犯人ガ予期セザリシ所ノモノタルニモ拘ハラズ、猶ホ毆打致死ナリト決定セルヲ見ルモ、以テ此ノ論理ノ貫徹セザルヲ知ルニ足ルベケレバナリ」(五六―七頁)と説く。

おそらく、或る学者は、毆打創傷罪を全体として故意犯とし、同致死罪を結果的加重犯とする立場であらうから、その論理が徹底しないどころか、むしろ分別のある説であるともいえる。これに対して勝本博士は、毆打創傷罪を同致死罪とおなじ性質のもの、言いかえれば結果的加重犯であると解する点で徹底していたのである。そしてこの立場は、本罪の共犯関係の扱いにおいても維持されている(七〇―二頁)。

(四) つぎに強盜致死傷罪については、旧刑法第三八〇条が、「強盜人ヲ傷シタル者ハ無期徒刑ニ処シ、死ニ致シタル者ハ死刑ニ処ス」と規定していた。構成要件は現行刑法第二四〇条とおなじであるが、法定刑では大差がある。これには、ポアソナードの手による刑法草案第四二六条に関する註釈に見られるように、「犯人、人ヲ死ニ致シタルトキハ、其ノ之レヲ死ニ致スノ意ヲ有セシト否トニ論ナク死刑ヲ宣告シ……」(同註釈六七頁)という意向が反映しているようである。

旧刑法第二条における罪刑法定主義の宣言にもかかわらず、

これで強盜殺人をもまかなえるという解釈が存在しえたところに問題がある。あるいは、「人ヲ死ニ致ス」という表現に、このような解釈を容れる余地があったのかもしれないが、旧刑法でも他の個所では、「人ヲ殺ス」のと「人ヲ死ニ致ス」のとは区別して使われているのである。旧刑法では、謀殺罪の法定刑は死刑であつたが、故殺罪では無期徒刑となり、加重事情のある故殺罪では死刑であつた(いずれも「人ヲ殺ス」罪である)。とくに、「重罪輕罪ヲ犯スニ便利ナル為メ、又ハ已ニ犯シテ其ノ罪ヲ免カル為メ人ヲ故殺シタル者ハ死刑ニ処ス」(第二九六条)という規定もあつた。殺意によらない致死の場合では、子孫が祖父母や父母に対して毆打創傷、監禁、遺棄などの罪を犯して、これを死に致したものは死刑(第三六三条)という例もあるのだから、強盜致死罪に対する死刑というのも不思議ではなかつたのかもしれない。

(五) いわゆる強盜殺人には旧刑法第三八〇条後段のみが適用されるといふ説を、同様に現行刑法第二四〇条後段の解釈としてもつらぬいた学者の一人が、勝本勘三郎博士である。同博士は、旧刑法第三八〇条の適用範圍に関しては、「強盜、即チ暴行脅迫ヲ加フルノ行為ソレ自身トシテ發生セシメタルモノ」だけをその対象とし、「強盜ニ因縁シテ發生セシメタルモノ」(たとえば過失致死)はこれを除外すべきことを説く。そのかぎりでは強盜致死を狭義に解するのであるが、他方では、殺意を

もつて行為するものは当然この罪にあたと説くのである。

すなわち、故意による謀殺・故殺は「致死」の中にふくまれないとする説に対して、「茲ニ死ニ致シタル者トハ、強盜ノ手段トシテ殺害シタルモノト、將タ暴行脅迫ヲ行ヒ因テ死ニ致シタルモノトヲ問ハズ、皆、之ヲ包含スルモノニシテ、奪取センガ為メ殺害セントシテ遂ゲザル者ハ、殺人未遂犯ト強盜罪トノ俱発ヲ以テ論ジ、遂ゲタル者ハ本条ニ依テ処断スベキモノト信ズ」(前掲書三四八〜九頁)というのである。

前記のように、同博士は、現行刑法の解釈においても同様の立場をとり、ある大審院判決の批評にことよせて、「第二四〇条ハ、強盜加重ノ情アル場合ヲ嚴罰スルノ規定ナルガ故ニ……結果犯ノ場合、尚ホ且ツ然リ。況ンヤ、初メヨリ殺意ヲ有スルモノニ於テヲヤ」(京都法学会雜誌六卷三号・明治四四年三月)と論じた。

ところが、これに対して、右第二四〇条は犯人に殺意のある場合を除外したものだとする前提から、強盜が人を殺した場合には刑法第一九九条と第二三六条の競合犯とするのが正しいと主張したのは、大場茂馬博士⁽³⁾ひとりではなかった。勝本博士による右判例批評を痛烈に論難した山中静次という人の「強盜と殺人との関係」という論説は、はじめ刑事法評論三卷一〇号に掲載されたものが、大正元年に明治大学出版部から刊行された『法学大家論文集(刑法之部)』五三六頁以下に移されている。

結論として、勝本博士の所説を「全ク一顧ノ価値ナキ謬論タリ」とするのである。これは現行刑法の下での一論争⁽⁴⁾であるが、旧刑法第三八〇条の解釈をめぐるのは、これほどはげしい論争がなされた形跡はなさそうである。あるいは、ボアソナー⁽⁵⁾の残した感光のいたすところでもあろうか。

ところで勝本博士は、殴打創傷罪と強盜致死罪に共通して、そこに結果的加重犯的な要素——同博士の言によれば「過失犯ニ類スルモノ」——がふくまれているとする前提から、これらの罪の共同正犯を否定する立場をつらぬいている。この点は高く評価されてしかるべきものと思われるので(理論篇一九五頁以下を参照)、以下に引用する。

「本条ノ適用ニ付キ一ノ問題アリ。即チ、二人以上共ニ強盜ヲ犯シ或者ハ人ヲ傷シ他ノ者ハ人ヲ傷セザル場合ニ於テ、人ヲ傷セザル共犯モ亦本条ニ從テ処断セラルベキヤ否ヤ、是ナリ。人或ハ、傷人又ハ致死ノ結果ハ強盜當然ノ結果ナルガ故ニ、仮令自ラ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタルコトナシト雖モ、共ニ犯シタル他人ニ於テ已ニ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタル場合ニ於テハ、共同シテ人ヲ傷シ又ハ死ニ致シタル者トシテ責任ヲ負ハザル可カラズト主張スル者アリト雖モ、余ハ、殴打創傷罪ニ於ケル結果ト同ジク共同スルコトヲ得ザルモノナルガ故ニ、責任ナシト確信ス。」(同上三五〇〜一頁)

勝本博士にして右のような謙抑主義の発想のあるのは、ある