HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	強姦致傷の際に緊縛した被害者から事後的に意思を生じて現金を奪った場合について強盗罪の成立を認め懲役10年を言い渡した事例
著者	神元，隆賢；KANMOTO，Takayoshi
引用	北海学園大学法学研究，49(2)：493-513
発行日	2013-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

資　料

〈判例研究〉強姦致傷の際に緊縛した被害者から事後的に意思を生じて現金を奪った場合について強盗罪の成立を認め懲役一〇年を言い渡した事例

宮崎地裁平成二四年九月二八日判決
（平成二四年（わ）第七五号：わいせつ略取、逮捕監禁、強姦致傷、強盗被告事件）
（判例集未登載）

神　元　隆　賢

【事実の概要】

被告人は、かねてより女性を拘束し連れ去るための道具等を自動車内に置き、早朝、路上でしゃがみ込んでいた被害者に対し、拉致監禁して強姦する目的で暴行を加え、駐車場内まで連行して自動車内に押し込み、同車内において、被害者の両手首に自在クランプをはめて拘束するなどの暴行を加え、直ちに同車を発進させて被害者が同車内から脱出することを不能にし、コンテナ倉庫前に到着してから車内において両膝と両足首をひもで縛るなどの暴行を加え、被害者を抱え上げて同コンテナ内に押し込み、コンテナのドアを内側から施錠して被害者を監視下に置き、さらに被害者の両足にそれ

ぞれひもを巻き付けて各ひもを固定された鉄パイプに縛り付けるなどの暴行を加え、あお向けにされ、ひもにより右手首、右膝及び左膝付近を固定され両足が開くような姿勢にさせられた被害者を強いて姦淫しようとしたが、被害者から妊娠している旨を告げられたうえ、被害者の財布中から産婦人科病院の診察カードを見つけたことにより、被害者が妊娠中であると誤信して姦淫する意思を失い目的を遂げず、その際の一連の暴行により被害者に加療約一〇日間を要する傷害を負わせた（判示第一）。

さらに被告人は、被害者が緊縛状態にあり抵抗できない状態にあることに乗じ、被害者所有のバッグ内及び財布内から、被害者が状況を認識していると知りながら現金約九、〇〇〇円を抜き取った（判示第二）。

判示第一について、わいせつ目的略取罪、逮捕監禁罪、強姦致傷罪が成立し、各罪が観念的競合となる点は争われなかった。しかし、これとの併合罪となる判示第二については、強盗罪の成否が争われ、弁護人は、現金取得時に新たな暴行・脅迫がなく、これと同視できるような事情もないから窃盗罪が成立するにすぎない旨を主張した。

なお、本判決は裁判員裁判である。

【判旨】

有罪（懲役一〇年）。

「被告人は、被害者の両膝と右手をひもで緊縛するなどしていたもので、左手が縛られていないといっても、被害者自らがその緊縛を解くことはできず、それまでの暴行等と相まって、狭いコンテナ内で、被害者をして、物理的にも心理的にも、被告人に対する抵抗が全くできないような状態を自ら作り出していたのである。確かに、こうした犯行に及んだ被告人の本来の目的は強姦ないし強制わいせつであった上、被告人は、被害者がバッグ内に所持していた現金を奪った時点で、例えば『金を出せ』などと言って、被害者に対して殊更に現金を要求したような事実は認められない。しかし、被告人は、上記のような緊縛状態を維持しつつ、現金を奪い取る意思を生じ、そのような状態にあることをも利用してその犯行に及んだのであって、実質的にみれば、いわば被害者の反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫が加え続けられていた中で、上記のような強度の緊縛状態を持続させていたことは、当該財物の奪取という目的にも向けて、新たな暴行・脅迫が行われたことと十分に同視できるというべきである。したがって、弁

護人の主張には賛同できず、なお、被告人は、強盗の気持ちがなかったなどと弁解するけれども、……上記のように評価されるべきで、犯行当時の被告人の主観的な感じ方によって、強盗罪の成立は左右されない。……被告人の判示第二の行為について強盗罪が成立する。」

「様々な拘束用の道具等を準備した上でこれらを用いて一連の犯行に及んでおり、高い計画性が認められる。これに加えて、首を絞めるなど身体に対する危険性が高く、二時間半以上にわたってコンテナ等の密室内で被害者の身体を拘束した上、強姦する意思を失ったのちも上半身を裸にするなど、態様は執拗で卑劣である。被害者は、突然見知らぬ被告人から一方的に被害を受け、身体各所に傷害を負うなど、肉体的苦痛を被ったことはもちろんであるが、強い屈辱を感じ、レイプされるのではないかという絶望感、殺されるのではないかという恐怖をも味わわされたものであって、被った精神的苦痛は非常に大きく、将来にわたり深刻な影響を与えることが懸念される。被害者が、できるだけ長い間、刑務所に入れておいて欲しいと厳しい処罰感情を述べているのも当然である。さらに現金も奪われており、財産的被害も小さくない。加えて、本件と同種のものではないが、累犯前科のものも含めた多数の懲役前科があり、これまでも立ち直る機会が十分にあったのに、前刑終了後八か月余りで本件に及んだことからすると、被告人が六〇歳に達していることを考慮しても、再犯の可能性は否定することができない。

そうすると、同種事案の中では重い部類の刑である主文の刑を科すのが相当と判断した。」

【評釈】

一　本件では、第一に、強姦等の先行行為によって被害者の抗拒不能状態が持続している間に、行為者が財物取得の意思をはじめて生じて被害者の財物を取得した場合に、後行行為が強盗罪の構成要件を満たすためには「新たな暴行・脅迫」を要するかが問題となる。「新たな暴行・脅迫」必要説に立つならば、「新たな暴行・脅迫」と解しうる何らかの後行行為がなければ強盗罪の成立を認めることができず、窃盗罪の成立を認めうるにとどまることになる。一方、不要説に立つならば、後行行為として財物領得行為のみが行われたとしても、強盗罪の成立を認めることができる。本判決は、「新たな暴行・脅迫」の必要性に言及したうえで強盗罪の成立を認めており、必要説に立つものと解されるが、

この問題に関する従来の判例の立場は、上告審、下級審いずれも、必ずしも一貫しているとは言い難い状況にある。

（一）上告審判例の立場は必ずしも明らかではない。①大判昭和八年七月一七日刑集一二巻一三一四頁は、暴行傷害後、財物取得の意思を生じて被害者が落とした財布から金員を抜き取った事案について、先行行為の暴行の際に財物領得の手段とする意思がなかったことを根拠に傷害罪と窃盗罪の併合罪を認めた。しかし、その後の上告審判例は、強姦の暴行・脅迫等の先行行為により抗拒不能状態が作出された後の財物領得について、新たな暴行・脅迫がなくとも強盗罪となると解しているようにも見える。すなわち、②大判昭和一九年一一月二四日刑集二三巻二五二頁は、被告人が被害者を強姦しようと暴行・脅迫したところ、被害者が「金を遣るから帰って呉れ」と懇願したことから、麻紐で被害者の口部を緊縛し「金なら五千円出せ」等と申し向け現金を奪ったうえ、さらに情交を迫り暴行・脅迫し負傷させた事案について、自己の先行行為により作出された被害者の畏怖状態を利用して財物を奪う行為は強盗罪に当たるとし、強盗身分者が強姦行為をさらに継続したとして強盗強姦致傷罪の成立を認めた。③最判昭和二四年一二月二四日刑集四巻一二号二一一四頁は、強姦後、財物取得の意思を生じて「金をもっているか、その金を寄越せ」等と申し向けて被害者の所持金を奪った事案について、原判決が強盗強姦罪の成立を認めたのに対し、強盗行為後の強姦行為がないから強盗罪と強姦罪の併合罪となるとした。②判決では、被告人は財物取得の意思を生じた後で被害者の口部を緊縛するなどしているから、これを新たな暴行がなされたものと解しうるし、③判決では、被告人は「金をもっているか」等と申し向けており、これを新たな脅迫がなされたものと解しうる。[1] 従って、これらの上告審判例の結論は、新たな暴行・脅迫必要説の立場からも不当とはいえないが、①判決も含めて、強盗罪の成立に新たな暴行・脅迫が必要であったかについて言及していない点は留意すべきであろう。

一方、下級審判例の立場は、大きく三つのグループに分類することができる。すなわち、第一は、新たな暴行・脅迫を不要として強盗罪の成立を認めたもの、第二は、新たな暴行・脅迫を必要としたうえでこれを欠くとして窃盗罪の成立を認めたもの、第三は、新たな暴行・脅迫を認定して強盗罪を認めたものである。

（二）新たな暴行・脅迫を不要として強盗罪の成立を認めた、第一グループの下級審判例としては、以下のものが挙げられる。

④大阪高判昭和四七年八月四日高刑集二五巻三号三六八頁は、被告人、A、Bがわいせつ行為の目的で被害者に暴行、脅迫を加えて反抗を抑圧し、Aが被害者から現金を強取したうえで、被害者をホテルの一室に連れ込み浴室に入るよう命じ、被害者はその際に腕時計を脱いだ洋服の間に隠したが、Aは被告人、Bと共謀して被害者が入浴中に右腕時計を奪い、被害者を輪姦した後、Aは抗拒不能に陥っている被害者に対し指輪、ネックレスの交付を要求して受領した事案について、強盗罪における財物の奪取は、「すでに反抗を抑圧された被害者が交付する財物を、その情を知りながら受領することによつて行なわれたり、あるいは反抗を抑圧された被害者がたまたま気付かない間になされたものであつても差支えない」とし、さらに腕時計強取時には三名の輪姦の実行行為が終了しておらず同一機会であったとして、Aについてはすべての財物取得行為が強盗罪となり包括して強盗強姦罪一罪が成立するとし、被告人についても強盗強姦罪が成立するとした。

⑤東京高判昭和四七年八月二四日判時七一一号一三九頁は、強姦未遂による致傷後、被害者が財布等を自身の上半身に覆い被さっていた被告人にさし出し「助けて下さい。」等と哀願し、被告人が被害者に覆い被さったまま財布等をひったくりその場から逃走した事案について、第一審（東京高判昭和四七年一月一二日判時六六一号九九頁）が新たな暴行・脅迫必要説に立ったうえで「相手方がこのように反抗不能の状態に陥っている場合においては、他の場合とは異なり犯人のちょっとした動作、たとえば単純な金品要求の申し向けとか単に相手の身辺に近づく等の行為があっても相手方の反抗を抑圧するに足りる無言の脅迫として作用する余地があると解せられるけれども、いずれにせよ財物奪取の手段として評価するに足る何らかの作為がなければならないというべきである」とし、本件では暴行または脅迫と評価するに足る行為があったと解することはできないとして強姦致傷罪と窃盗罪の併合罪を認めたのに対し、「本件の如く被害者の畏怖状態を被告人自身の暴行により惹起していて、かつ前記のような情況下にある場合、強盗罪の成立を否定する理由は見当らないのであって、かように解しても刑法第一七八条の規定の存在となんら矛盾する

ものとは考えられない（もっとも、……畏怖状態にある被害者の差出した財布等を被告人は『ひったくった』というのであるから、原判決のいう新たな暴行もあったと解されないわけでもない。）」として、強姦致傷罪と強盗罪の併合罪を認めた。

⑥東京高判昭和五七年八月六日判時一〇八三号一五〇頁は、被告人がAとともに金品を不法に入手すべくアパートの被害者宅の室内をうかがったところ、被害者が一人で就寝しているのを、頭髪が長いこともあって女性であると誤認して劣情を催し、室内に押し入り被害者を押さえつけ「静かにしろ、騒ぐと殺すぞ」と申し向けて全裸にしたところ、途中で被害者が男性であることに気づいたが、その機会を利用して金品を奪おうと考え、被害者の両手両足を縛り上げて金品を要求し室内を物色して金品を奪い、その直後、発覚をおそれて被害者を自動車内に押し込め脅迫しつつ自動車を疾走させ脱出を不能にした事案について、「被告人らが強盗の犯意を抱いた後も被害者の反抗を不能にするに足る新たな暴行に及んでいることは明らかである」としたうえで、「このように最初強姦の犯意で暴行、脅迫に及んだ後、強盗の犯意を生じ、すでに行った暴行、脅迫の結果を利用して金品を奪取した場合、これらを強盗罪の手段と認めてその罪の成立を肯定することができるか否かにつき考察するのに、強姦罪と強盗罪とは、目的、法益の点においては違いがあるものの、暴行、脅迫を手段として被害者の意思を制圧し、その意思に処分を委ねられた法益である貞操又は金品を奪うという点においては共通しており、犯罪構成要件の重要な部分である暴行、脅迫の点で重なり合いがあるのであるから、強姦の犯意で暴行、脅迫に及んで抗拒不能とした後、強盗の犯意に変り、それまでの暴行、脅迫の結果を利用して金品奪取の目的を遂げた場合には、右の暴行、脅迫をそのまま強盗の手段である暴行、脅迫と解してさしつかえがなく、したがって、たとい強盗の犯意に基づく新たな暴行、脅迫を加えていないときでも、強盗罪の成立を肯定するのが相当であって、暴行、脅迫を行った際の具体的な犯意が異るからといって強盗の故意がなかったとして強盗罪の成立を否定するのは相当でない。……結局、本件強盗罪においては、当初被告人らが強姦の犯意で被害者に加えた暴行、脅迫もその手段の一部であったと認めるのが相当である」として、強盗罪と監禁罪の併合罪を認めた。(2)

⑦東京高判平成一一年六月二一日東高刑報五〇巻一～一二号五二頁は、被害者宅に侵入して強姦後、机の上の本に挟まっている一万円札一枚に気づいてこれをポケットに入れた事案について、「室内において、強姦の実行行為が終了した後、被害者が畏怖し、反抗を抑圧されている状態を利用し、同室内にとどまって、同室内の金品を奪取する行為は、強盗罪に該当するものというべきである。」とした。

⑧大阪高判平成一一年七月一六日判タ一〇六四号二四三頁は、被告人がAと共謀して被害者を強姦し、引き続きAが被害者に口淫させていたところ、見張りをしていた被告人が財物取得の意思を生じて被害者の財布を取得した事案について、原判決が新たな暴行・脅迫なしとして財布取得について窃盗罪の成立を認めたのに対し、「共犯者が現に実行継続中の行為は、被告人もその罪責を負うべき暴行行為にほかならず、本件の場合に、被告人に財物奪取の犯意が生じた後に、被告人自身の行為による財物奪取に向けたあらたな特段の暴行又は脅迫がないのは、むしろ、その必要がないためと解される。また、被告人に、右状況にあることを認識した上で財物奪取に及ぼうとする意思があったことの優に認められる本件の場合は、強盗の犯意に欠けるところもない。」とした。

これらの判例は、いずれも、財物取得の際に新たな暴行・脅迫がなされたと認定していないにもかかわらず、強盗罪、強盗関連罪の成立を認めたことから、強盗罪の成立に新たな暴行・脅迫を不要とする立場に立つものと解される。[3] もっとも、④判決では、Aについては現金強取の時点で強盗罪が成立し、被告人及びBもその共同正犯と解しうる。従って、新たな暴行・脅迫を必要とする立場に拠ったとしても、強盗後の姦淫、財物取得を包括して強盗強姦罪が成立するといえるし、[4] 被害者は暴行・脅迫により抗拒不能となり、被告人らのいいなりに入浴して腕時計から離れたのであるから、暴行・脅迫によりなされた強盗とも解する余地がある。[5] ⑤判決では、「畏怖状態にある被害者の差出した財布等を被告人は『ひったくった』というのであるから、原判決のいう新たな暴行もあったと解されないわけでもない。」としており、財物取得行為自体が新たな暴行に当たると解しうる。さらに、被告人は被害者に覆い被さったまま財物取得に及んでいるから、強姦継続中の奪取行為の事案とみることができるとの指摘もある。[6] これとは逆に、⑥判決では、新たな暴行の存在を認定しているが、強姦罪と強盗罪

とは暴行、脅迫の点で重なり合いがあるから、強盗罪の成立について新たな暴行・脅迫は不要であるとしている。⑦判決では、反抗抑圧状態において室内にとどまること自体を新たな脅迫に当たると解して、強盗罪の成立を認める余地がある。⑧判決では、強盗罪の成立について新たな暴行・脅迫を不要と明示しているものの、本件事案では、Aは被告人が鞄を開けているのを認識したうえで、財布取得時においても口淫強要行為を続行しているから、共犯者による新たな暴行と解する余地がある。あるいは、Aが強盗目的による新たな暴行に出ていなかったとしても、被告人の財布取得時において、強姦の故意で被害者の反抗を抑圧していたAは、被告人にとっては故意ある道具と解される。これにより、Aの強姦の故意による暴行は、利用者である被告人にとっては強盗の故意による新たな暴行となると解しうる。以上のようにして、新たな暴行・脅迫を必要とする立場に拠ったとしても、第一グループの判例事案について強盗罪の成立を認めることは必ずしも不可能ではない。

(三) 新たな暴行・脅迫を必要としたうえでこれを欠くとして窃盗罪の成立を認めた、第二グループの下級審判例としては、以下のものが挙げられる。

⑨高松高判昭和三四年二月一一日高刑集一二巻一号一八頁は、暴行により被害者が一時気を失った後、意識は間もなく回復したもののさらに強力な暴行を受けることを恐れ動かずにいたところ、財物取得の意思を生じた被告人が、被害者が気を失っているものと思い腕時計を外して取得した事案について、後行行為が強盗罪となるには、それが「暴行若くは脅迫を用いたものと評価される場合又は暴行脅迫を手段としたのと同視すべき場合」でなければならず、「金品を要求し或は身体にさわつて財物を奪つたような場合は、……その申し向けた言辞や身体にさわる等の挙動をすること自体が被害者を通常畏怖せしめるに足る脅迫と評価すべきであるし、又他の目的で暴行の継続中被害者が畏怖のあまりその暴行から免れんがためにその場で自ら進んで提供を申し出た金品を取得したような場合にも強盗罪の成立を妨げない」としたうえで、「本件においては……畏怖状態を利用するという意思もないし又これに乗じたわけでもなく、財物奪取のために暴行脅迫を用いたものと評価さるべきではないし亦これと同視すべき場合でもない。それは恰も喧嘩の相手が犯人の打撃によつて死亡又は失神した際、立去るに及んでふと物慾を起し死体又は失神している

身体から懐中物を取つたというのと異るところはなく、広い意味では抗拒不能に乗じて取つたとはいえても強盗罪が成立するものではない。本件は単なる窃盗罪を以つて問擬すべきものと解するのが相当である。」として、暴行罪と窃盗罪の併合罪を認めた。(7)

⑩旭川地判昭和三六年一〇月一四日下刑集三巻九＝一〇号九三六頁は、被害者に暴行を加えて失神状態に陥らせ全治約一週間の傷害を負わせた後で、着用していた背広をはぎ取った事案について、「強盗罪の法定刑が、暴行罪または脅迫罪と窃盗罪との併合罪の場合における処断刑よりも著しく重くなつているのは、単に暴行または脅迫と財物の奪取とが結合しているためではなく、……相手方の反抗を抑圧して、あえてその財物を奪取するという行為、ことにその行為にあらわされる犯人の反社会の重大性によるものなのである。」としたうえで、新たな暴行・脅迫を加えたり、先行行為による暴行・脅迫の継続中に犯意を生じて財物を奪取した場合には強盗罪の成立を認めうるし、これらの場合の暴行・脅迫は、「それ自体によつて抽象的一般的に被害者の反抗を抑圧するに足るほどのものであることは必要でなく、他の理由による暴行または脅迫による恐れの状態を前提として、そのときとところ、手段、犯人と被害者の性別年令等の具体的な事情を客観的に考察して、被害者の反抗を抑圧するに足るものであればよい。したがつてたとえば、ふるえている強姦罪の被害者の懐中に手を入れて財布を取るとか、金を出せなどと要求して金を取るような場合には、強盗罪の成立を認めてよいわけである。」とし、本件では洋服奪取の手段としての新たな暴行・脅迫がなく、財布を奪取する行為自体を暴行と解する考えもあるが、被害者は失神状態に陥り被告人もそれを知っているから、反抗を抑圧するための行為とはいえないなどとして、傷害罪と窃盗罪の併合罪を認めた。なお、⑩判決は、新たな暴行・脅迫不要説について「もしこのような見解によるのであれば、強盗罪のほかに暴行や脅迫が別罪を構成することはないのであるから、暴行や脅迫の結果として傷害や傷害致死が生じたような場合でも、強盗罪のほかに傷害罪や傷害致死罪が成立する理由はなく、強盗致傷罪もしくは強盗致死罪としなければならないのではなかろうか。」と批判する。

⑪大阪地判昭和三六年一二月二三日判時二八六号一一頁は、被害者を暴行して腕を引っ張った際に腕時計を認めて手首から外し取得した事案について、強盗罪が成立するた

めには、財物盗取の犯意を生じた後の言動を新たな暴行・脅迫と同視できなければならないが、被告人が腕時計を盗取する際に暴行脅迫を用いたものと評価するに足りる言動がなされたとの証左が存しないとして、暴行罪と窃盗罪の併合罪を認めた。

⑫札幌高判平成七年六月二九日判時一五五一号一四二頁は、強姦の目的での暴行・脅迫によって被害者が失神後に犯意を生じ財布、アドレス帳等を奪い、その後解放された被害者がアドレス帳の返還を求めたが拒絶されあきらめた事案について、被害者は既に失神しているから、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、この場合の被害者にはそもそも反抗の可能性がなく、金品を奪取されることも認識していないから、反抗不能の状態に陥れた後に犯意を生じて被害者に気付かれないように金品を盗み取る窃盗や、殺人犯が人を殺した後、犯意を生じ死者から金品を取る窃盗とさほどの差異がないとして、強盗罪の成立を否定したが、アドレス帳の返還を拒否する言動は取還を拒ぐための脅迫がなされた事後強盗の事実を認定し得る可能性が大であったとして原判決を破棄差戻した。

（四）新たな暴行・脅迫を必要としたうえで強盗罪の成立を認めた、第三グループの下級審判例は非常に多い。

⑬福島地判昭和三八年二月一二日下刑集五巻一＝二号八八頁、⑭東京高判昭和四八年三月二六日高刑集二六巻一号八五頁、⑮大阪高判平成元年三月三日判タ七一二号二四八頁、⑯旭川地判平成一六年一月二九日（判例集未登載）は、いずれも、先行行為の暴行等により反抗を抑圧された被害者に対し、犯意を生じて新たな暴行・脅迫を加え財物を奪った事案について、強盗罪の成立には後行行為としての新たな暴行・脅迫が必要であり、この場合の暴行・脅迫は、それ自体が反抗抑圧状態を招来するに足りる程度のものである必要はなく、先行行為による反抗抑圧状態を継続させるに足りる程度であれば良いとして、後行行為について強盗罪の成立を認めた。

⑰東京高判昭和三〇年七月一九日高刑集八巻六号八一七頁は、被告人A・同B・同Cが共謀し、Cが被害者を強姦していた間に、A・Bが新たに共謀して被害者の財布中から現金を取得した事案について、強姦の点はA・B・Cに強姦罪の共同正犯が成立し、現金取得の点は、Cは現金取得について共謀していないものの、A・Bに対する関係に

おいては、「右強姦行為（暴行脅迫）と金員奪取との間には、相当因果関係が存するものといわなければならない」として、A・Bについて強盗罪が成立するとした。本件では、Cが継続していた強姦行為自体が財物奪取の手段としての新たな暴行・脅迫となるから、強盗罪の成立を当然に認めうると考えられる。[8]

⑱仙台地判平成一四年二月一四日（判例集未登載）は、被告人A・同B・同Cが被害者を強姦することを共謀のうえ、カラオケに行くと言って車に同乗させた被害者をホテルに連れ込んで輪姦し加療約一週間を要する傷害を負わせ、その際、Aに強姦されていた被害者の手提げバッグからBが被害者に知られずに現金を抜き取った事案について、強盗罪が成立するためには新たな暴行・脅迫が必要で、被害者が気絶したり死亡した後に財物領得の意思を生じた場合は新たな反抗抑圧手段を想定しえないから窃盗罪となるにとどまるとしたうえで、新たな暴行・脅迫が強姦に向けられていたとしても、財物領得にも有為なものと行為者が認識している以上は、強盗の犯意として欠けるところはない等として、A・B・Cについて強姦致傷罪の共同正犯が成立し、Bの現金の領得についてはさらに強盗罪が成立するとしたうえで、Bの強姦致傷罪と強盗罪は併合罪となるとした。B自身は新たな暴行に出ておらず、Aは最後まで強姦の故意により被害者の反抗を抑圧しており強盗目的による暴行には出ていないが、Bの財物領得時において、強姦の故意で被害者の反抗を抑圧していたAは、Bにとっては故意ある道具と解される。これにより、Aの強姦の故意による暴行は、利用者Bにとっては強盗の故意による新たな暴行となるといえよう。

⑲東京高判平成一五年三月二〇日判時一八五五号一七一頁は、被告人A・同Bが駐車中の普通乗用自動車内にいたCに暴行傷害を加えて昏睡させ普通乗用自動車後部に押し込んだうえ、同乗者D子に対しAは「犯すよ。」などと脅し、BはD子の股間や胸を触るなどして畏怖させてからCの着衣を物色して財布を取り出し、D子から財布の返却を懇請されるや、「中出しさせてくれたら、返してやる。」「やらしてくれたら返してやる。」などと脅迫してCの財布を持ち去った事案について、財布奪取時にCは気絶しており、Cに対する新たな暴行・脅迫は認められないとしながらも、「被告人両名が、財布及びその在中物の占有をCから奪って、その確保をするためには、D子の抵抗を排除する必要

があったことは明らかである。そして、そのために、Aが……激烈な脅迫言辞を述べ、D子の要求を拒絶したものであり、かつ、D子は、それまでに被告人両名に対して著しい畏怖の念を抱いているのであるから、上述の被告人両名の言辞、態度は、D子の反抗を抑圧するに十分な脅迫であると優に認められる。」と判示して、財布の奪取につき強盗罪の共同正犯が成立し、Cに対する傷害罪の共同正犯との併合罪となるとした。

（五）以上のように、従来の下級審判例は、先行行為により抗拒不能となった被害者から、新たな暴行・脅迫なくして財物を領得した場合について、強盗罪と窃盗罪のいずれの成立を認めるかで見解が分かれている。これに対し本判決は、財物奪取という目的に向けた「新たな暴行・脅迫」の必要性に言及しつつも、「実質的にみれば、いわば被害者の反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫が加え続けられていた中で、……強度の緊縛状態を持続させていた」ことを、「新たな暴行・脅迫が行われたことと十分に同視できるというべきである」として、強盗罪の成立を認めている。新たな暴行・脅迫を必要としたうえで強盗罪の成立を認める、上述の第三グループに属する判例といえよう。

二　他方、学説上は、強盗罪説と窃盗罪説の二説が主張されている。強盗罪説は、行為者が前の暴行によって生じた抗拒不能の状態を利用し、いわばその余勢をかって財物を奪ったといえるなどとして、強盗罪の成立を認める。[9] これに対し、通説である窃盗罪説は、強姦等の先行行為としての暴行が強盗の故意によったものではない以上は、故意論との関係上、強盗罪とは解しがたいから、先行行為とは別個の財物奪取に向けた新たな暴行・脅迫がない限りは窃盗罪が成立するにとどまるとする。[10]

思うに、強盗罪説には、どのような場合に「余勢をかった」といえるか不明であること、財物奪取と暴行・脅迫の因果関係を認めてよいか疑問であることから支持しがたい。抗拒不能状態における強姦に関しては、「人の心神喪失若しくは抗拒不能に乗じ」た場合を、「心神を喪失させ、もしくは抗拒不能にさせ」た場合と共に準強姦とする第一七八条の規定がある。この場合の「乗じる」というのは、相手がそのような状態に陥っていることを利用することであるから、行為者の先行行為によらずして、すでに被害者が抗拒不能となっていた状態における姦淫も当然に含まれる。これに対し、準強盗（昏酔強盗）に関する第二三九条

は、「人を昏酔させてその財物を盗取した者」を主体として規定するから、同条は、薬物等により被害者の抗拒不能の状態を作出することを手段として、財物を奪取した場合に適用されると解される。準強姦と昏酔強盗の間には、抗拒不能の状態を自ら作出することが不要か必要かという点において差異がある。よって、被害者の抗拒不能状態が先行し、その間に実行された窃取を準強盗と解することもできない。熟睡している者を姦淫するのは準強姦であるが、熟睡している者の携帯物を領得するのは窃盗であって強盗ないし準強盗ではない。以上から、窃盗罪説が妥当である。

三　もっとも、上掲第三グループの判例のほとんどは、新たな暴行・脅迫を実際に行ったか、共犯者が強姦等を行っている最中に被害者の財物を領得した事案である。[11] これに対し本判決は、先行行為による抗拒不能状態が成立して以降、被害者に対する新たな暴行・脅迫の作為はなされておらず、他の第三グループの判例と必ずしも同視することはできない。はたして、緊縛状態を持続させることは、新たな暴行・脅迫に当たると解しうるのであろうか。本件における第二の問題である。

これについて、本判決と類似する判例がある。⑳東京高判平成二〇年三月一九日判タ一二七四号三四二頁は、強制わいせつ目的で被害者を暴行し負傷させ、顔面にガムテープを、上半身に布団を掛け目隠しをし、パンティーを脱がして下半身の写真を撮った後、両手首を紐で後ろ手に縛ったうえでわいせつ行為をしていた途中で被害者の携帯電話を自身のポケットかバッグの中に入れ、わいせつ行為終了後、逃走時間確保のため被害者の両足をさらに縛り、携帯電話及び被害者から脱がせたパンティーを持ち去って逃走した事案について、原判決が強制わいせつ致傷罪と窃盗罪の成立を認めたのに対し、「強制わいせつの目的による暴行・脅迫が終了した後に、新たに財物取得の意思を生じ、前記暴行・脅迫により反抗が抑圧されている状態に乗じて財物を取得した場合において、強盗罪が成立するには、新たな暴行・脅迫と評価できる行為が必要であると解されるが、本件のように被害者が緊縛された状態にあり、実質的には暴行・脅迫が継続していると認められる場合には、新たな暴行・脅迫がなくとも、これに乗じて財物を取得すれば、強盗罪が成立すると解すべきである。すなわち、緊縛状態の継続は、それ自体は、厳密には暴行・脅迫には当た

らないとしても、逮捕監禁行為には当たりうるものであって、被告人において、この緊縛状態を解消しない限り、違法な自由侵害状態に乗じた財物の取得は、強盗罪に当たるというべきなのである。緊縛された状態にある被害者は、一切の抵抗ができず、被告人のなすがままにまかせるほかないのであって、被告人の目的が最初は強制わいせつであったが、その後財物取得の意思も生じて財物を取得しても、なすすべが全くない状態に変わりはないのに、その行為が窃盗にすぎないというのは、不当な結論であるといわなければならない。例えば、緊縛状態がなく、強制わいせつの目的による当初の暴行・脅迫により反抗を抑圧された被害者に被告人が『これを寄越せ』とか『貰っておく』と言って財物を取った場合に、その言動が新たな脅迫に当たるとして強盗罪が成立するのであれば、緊縛され問答無用の状態にある被害者から財物を取った場合が強盗罪でないというのは、到底納得できるところではない。」として、強制わいせつ致傷罪と強盗罪の成立を認めた。

⑳判決については、二つの問題点が指摘されている。第一は、被害者が抗拒不能状態において、財物領得に気づかなかったにもかかわらず、強盗罪の成立を認めた点である。⑨⑩⑫判決は、被害者が失神した状態での財物取得についていずれも窃盗罪が成立する旨判示しており、これに対し強盗罪を認めた⑳判決との整合性は問題となる。[12] 第二は、「緊縛状態の継続」がなされている場合における強盗罪の成立について、新たな暴行・脅迫を不要と解した点である。これについては、緊縛状態の継続はそれ以前の状態がそのままあるというに過ぎず、客観的には新たな脅迫となる変化は存在しないから、⑳判決は先行行為のもたらす被害者への心理的影響を、継続する事実に結びつけて再評価を強いるものでしかないとの批判がある。[13] さらに、⑳判決は「被害者の自由抑圧状態の継続」「緊縛状態の不解消」を強調することから、行為者自らが先行行為によって作出した反抗抑圧状態を解消しない不作為により強盗を実行したと解する、強盗罪の不作為犯的構成を採用したのではないかとの指摘もある。[14] 本判決も、「緊縛状態の持続」を強調していることから、⑳判決と同様に不作為犯的構成を採用したと見る余地がある。

もっとも、⑳判決と本判決とでは、緊縛状態の持続と新たな暴行・脅迫の関係について、若干のニュアンスの差異がある。すなわち、⑳判決は、「暴行・脅迫により反抗が抑

圧されている状態に乗じて財物を取得した場合において、強盗罪が成立するには、新たな暴行・脅迫と評価できる行為が必要である」としながらも、「実質的には暴行・脅迫が継続していると認められる場合には、新たな暴行・脅迫がなくとも、これに乗じて財物を取得すれば、強盗罪が成立する」とし、「緊縛状態の継続は、それ自体は、厳密には暴行・脅迫には当たらないとしても、逮捕監禁行為には当たりうる」とする。さらに、反抗抑圧状態にあるが緊縛状態にない者に対しては、強盗罪が成立するためには新たな暴行・脅迫が必要であるとする。以上から、⑳判決は、強盗罪の成立について、先行行為により作出された抗拒不能状態が持続しているものの緊縛状態にない場合には新たな暴行・脅迫が必要であるとする、一種の二元説を採っている可能性がある。すなわち、先行行為が単なる暴行・脅迫であれば、それにより反抗抑圧状態が継続したとしても、それは法益侵害状態が継続するものの犯罪事実とは認められない、先行行為ないしその一部の行為が状態犯に当たる場合であるから、強盗罪の構成要件を満たすためには新たな暴行・脅迫が必要である。しかし、緊縛状態が継続しているならば、逮捕・監禁罪は継続犯であり、同罪の構成要件に該当した後も違法な自由侵害状態と実行行為の継続が認められ[15]、従って、強盗罪の暴行・脅迫も先行行為から継続してなされているものと解するのである。もっとも、⑳判決は、逮捕・監禁罪の「違法な自由侵害状態」の継続にのみ言及し、身体法益の侵害状態の継続には言及していない。暴行・脅迫を手段とした逮捕・監禁がなされた場合には、暴行・脅迫罪が逮捕・監禁罪に包括されるから、暴行罪の保護法益である身体、脅迫罪の保護法益である意思決定の自由あるいは私生活の平穏も、人の身体活動の自由を保護法益とする逮捕・監禁罪において副次的に保護されるといえる。しかし、強盗罪の構成要件が要求するのは、逮捕・監禁ではなく暴行・脅迫であるから、逮捕・監禁による自由侵害状態の継続を強調して新たな暴行・脅迫を不要とするのは妥当ではないようにも思われる。これに対し本判決は、「強度の緊縛状態を持続させていたことは、……新たな暴行・脅迫が行われたことと十分に同視できる」とするものの、⑳判決のように「新たな暴行・脅迫がなくとも……強盗罪が成立する」とはしていない。このことから、本判決は、新たな暴行・脅迫必要一元説に立ったうえで、緊縛状態を持

続させる行為が不作為による新たな暴行・脅迫に当たると解しているように思われる。これは、緊縛状態の持続について「いわば被害者の反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫が加え続けられていた」とすることからも明らかであり、逮捕・監禁に言及した⑳判決とは対照的である。その意味で、本判決は、⑳判決より不作為犯的構成にさらに一歩踏み込んだものと見ることもできよう。暴行罪は一般的には状態犯と解されるが、「強度の緊縛状態」に置かれた被害者は、それが解消されない限りは身体法益の侵害も継続し、暴行が継続犯的になされていると解するならば、⑳判決のように継続犯の典型である逮捕・監禁罪を過度に強調する必要はなく、不作為の新たな暴行がなされたと解すれば足りていたようにも思われる。[16]

一方、学説上はどうか。新たな暴行・脅迫の内容をどのように解するかについて、近年は主に以下の説が主張されている。

第一は、反抗抑圧状態の新たな惹起としての作為を要求する作為犯的構成である。[17] 窃盗罪説を採る論者の多くは本説に拠る。ここでいう新たな暴行・脅迫の程度については、論者のほとんどが⑬⑭⑮⑯判決を引用するなどして、先行行為により作出された反抗抑圧状態を継続させるに足りる作為であれば足り、新たな暴行・脅迫それのみが反抗抑圧状態を招来する程度である必要はないとする。とくに強姦や強制わいせつ罪の被害者から財物を奪取する場合には、犯人の些細な挙動であっても被害者の反抗抑圧状態を維持継続しうる新たな脅迫となりうるとの主張もある。[18]

第二は、上述の不作為犯的構成である。本説は、自ら惹起した反抗抑圧状態を除去しない不作為を、不作為による新たな暴行・脅迫と解して強盗罪の成立を認める。[19] 結論は強盗説とほぼ同様であるが、新たな暴行・脅迫を不除去という不作為で足りるとする、あくまでも窃盗罪説の一種と解すべきである。[20] 本説に対しては、強盗罪の成立範囲を著しく拡大することになる、[21] 反抗抑圧状態の不除去と抑圧状態の惹起の間に同値性があるかは疑問である、[22] 反抗抑圧状態の不除去という不作為によって、財物取得に対する障害を克服したとは言い難い[23]などの批判がある。

第三は、現場存在説である。本説は、反抗を抑圧された状態での新たな暴行・脅迫の認定は容易であるから、実際には強盗罪の成立を認めることも容易であるとしたうえで、強姦等の犯人が現場に留まることにより、些細な言動

はもちろん、犯人の存在自体も強盗の手段たる新たな脅迫になりうると主張する。[24] 犯人が現場に存在するという不作為により、新たな脅迫がなされたというのであって、不作為犯的構成の一種といえよう。本説によれば、窃盗罪説を前提としても、結論は強盗罪説に限りなく接近することになる。

下級審判例には、現場存在説に親和性のあるものが散見される。

㉑東京高判昭和三七年八月三〇日高刑集一五巻六号四八八頁は、強姦目的の暴行脅迫により反抗不能状態に陥った被害者の提供する金品を受け取った事案について、強姦の目的でなされた暴行脅迫により反抗不能の状態に陥った婦女は、その犯人が現場を去らないかぎりその畏怖状態が継続し、その犯人が速やかに退去することを願って金品を提供する場合においても、その提供は右畏怖状態に基づく不任意な提供であることは明らかであって、これを受け取る行為はすなわち相手方が畏怖状態に陥っているのに乗じ相手方から金品を奪取するに外ならないとして、強盗罪の成立を認めた。本判決は新たな暴行・脅迫を認定していないが、本件事案では、被害者が金品提供の意思を表明してから被告人が暴行の手をゆるめた事実がある。この点に注目し、もし金品の提供がなければ強姦の継続が予想され、被害者もそのことを畏怖していた状況があったとみられるとして、姦淫目的の暴行・脅迫が被害者の意思表示を契機として金員提供との間に関連を生じ強盗罪の暴行・脅迫と解しうる、[25] あるいは新たな脅迫に相当する被告人の挙動があった場合ということができる[26]などと主張する論者もある。

㉒大阪高判昭和六一年一〇月七日判時一二一七号一四三頁は、強制わいせつ行為に出たところ、被害者が現金を提供して退去を哀願し、被告人はこれを受け取りいったん退去しようとしたものの、欲情を押え難くさらにわいせつ行為に及んだ事案について、「少なくとも右金員提供の段階において、被告人がこれを奇貨として金員取得の犯意を生じ、自己の先行行為による被害者の畏怖状態を利用するとの意思のもとに右金員を強取するに至ったことは否定できないものというべきである。」と判示して、強制わいせつ罪と強盗罪の併合罪を認めた。新たな暴行・脅迫の要否には格別の言及がなかったが、本件事案は現場からの退去を条件に金員交付がなされたものであったから、現場滞留自体が不

作為の新たな脅迫に当たると解されたと見る余地もあろう。

本判決は、上述したように不作為犯的構成を採ると思われる。もっとも、本判決は、単なる抑圧状態や緊縛状態ではなく「強度の緊縛状態」を持続させていたと認定して、これが新たな暴行となると解している。あるいはこの点に、不作為犯的構成によっても強盗罪の成立範囲をある程度に制限しうる、解釈上の余地を見出すことができるのではないか。すなわち、軽度の緊縛状態が継続していただけでは、緊縛時の身体法益侵害状態が継続するだけであるから、これを新たな暴行と解することはできない。新たな脅迫についても、行為者による新たな言動がなく、客観的に変化が存在しない以上は認めがたいであろう。[27] しかし、「強度」の緊縛状態であれば、これにより被害者の血液の流れが阻害されて血行障害を生じるなどといった身体の状況の悪化を、緊縛時以降において認めうる場合はあるかもしれない。そうであれば、緊縛の作用が緊縛時以降も継続することで身体法益を侵害し続け、行為者が財物領得の意思を生じた時点以降であっても、不作為の新たな暴行により新たな身体法益の侵害を生じたと解し、抗拒不能状態の不除去と惹起の同値性を肯定して強盗罪の成立を認めうるようにも思われる。

四　最後に、量刑について、本判決は高い計画性、危険性、処罰感情、多数の懲役前科、再犯の可能性等を考慮し、「同種事案の中では重い部類の刑」として懲役一〇年を選択した。

本判決と同様に、強姦、強制わいせつ及び同致傷後の財物取得が問題となった前掲諸判例の量刑は、②判決が懲役一三年（強姦未遂型の強盗強姦致傷罪）、④判決が懲役三年六月および罰金五〇〇〇円（強盗強姦罪と別の機会の恐喝罪との併合罪）、⑤判決が懲役三年（強姦未遂型の強姦致傷罪と強盗罪の併合罪、別の機会の強制わいせつ罪との併合罪）[28]、⑥判決が懲役三年六月（強盗罪と監禁罪の併合罪）、⑧判決が懲役四年（強姦致傷罪と強盗罪の併合罪）、⑯判決が懲役三年執行猶予五年（強制わいせつ致傷罪と強盗罪の併合罪）、⑰判決がA・Bは各懲役四年（強姦罪と強盗罪の併合罪）、Cは懲役三年執行猶予四年（強姦罪）、⑱判決がBは懲役四年（強姦致傷罪と強盗罪の併合罪）、A・Cは各懲役三年六月（強姦致傷罪）、⑳判決が懲役三年六月（強制

わいせつ致傷罪と強盗罪、罪数関係不明）、㉑判決が懲役五年（強姦罪と強盗罪、罪数関係不明）、㉒判決が懲役四年（強制わいせつ罪と強盗罪の併合罪）である。③⑫判決は破棄差戻、⑦判決は量刑不明である。以上から、強姦未遂型の強姦致傷罪と強盗罪の併合罪である本判決と同種の事案の量刑相場は、概ね懲役三年から四年程度といえよう。さらに、財物取得に関与しない強姦のみの共犯者の量刑について⑰⑱判決を参照すると、財物取得の有無は量刑を六月から一年程度引き上げる要素として考慮されていることがわかる。そうすると、本判決の選択した懲役一〇年という量刑は、従来の量刑相場に比べ確かに「重い部類の刑」といえよう。あるいは、本判決が裁判員裁判であることが、量刑に一定の影響を及ぼしているかもしれない。近年の性犯罪の量刑は、被害感情を重視して重い方向にシフトしているとの指摘もある。[29] 近年の裁判官裁判での量刑は、強姦致傷罪で懲役五年前後、強制わいせつ致傷罪で懲役三年以下のものが多いが、裁判員裁判ではそれぞれ懲役七年前後、懲役五年前後（ただし懲役三年以下の執行猶予も多い）が相場である。[30] そうすると、懲役一〇年は確かに「重い部類」ではあるものの、強姦未遂型とはいえ強姦致傷罪と強盗罪の併合罪であること、計画性、多数の懲役前科、再犯可能性、前刑終了後八か月余りでの再犯であること等、とくに刑を重くする事情のある本件は、近年の裁判員裁判における上述の性犯罪の量刑の動向を踏まえると、量刑が不当に重く偏ったとも言い難いように思われる。

注

（1）西原春夫＝野村稔「暴行・脅迫後に財物奪取の意思を生じた場合と強盗罪の成否」判タ三二九号（一九七六年）二四頁。

（2）西村克彦「強姦の犯意で暴行脅迫の後、強盗の犯意を生じ、既に行った暴行脅迫の結果を利用して金品を奪取した場合、これを強盗の手段と認めることができるか（積極）」判時一〇九一号（一九八三年）二二〇、二二二頁（判評二九八号五八、六〇頁）は、強姦の実行行為について不能犯だとしても暴行罪として別罪の成立を認める余地があるし、そう解したとしても、本件事案では財物奪取の意思を生じてからも被害者を暴行しているから強盗罪の成立を認めることができ、強姦の犯意での暴行・脅迫を強盗の手段の一部と判示したのは「蛇足である」とする。さらに、強姦の実行行為についても強姦未遂罪の成立を認めうるとする。

（3）酒井安行「暴行・脅迫後の財物奪取」阿部純二他編『刑法基本講座第五巻』（一九九三年）一〇三頁。

(4) 西原＝野村・前掲論文三六頁。

(5) 最判昭和二三年一二月二四日刑集二巻一四号一八八三頁は、被害者がピストル等を突き付けられて脅迫され気づかぬうちに財物を奪取された事案について、「窃盗ではなく強盗であること言うまでもないことである。……又強盗罪の判示としては所論のように個々の財物について奪取の状況を逐一説明する必要のないことも多言を要しない」とした。

(6) 出田孝一「強盗罪をめぐる二つの問題」中山善房判事退官記念『刑事裁判の理論と実務』（一九九八年）四八七頁。

(7) 西原＝野村・前掲論文二九頁は、本判決が「他の目的で暴行の継続中被害者が畏怖のあまりその暴行から免れんがためにその場で自ら進んで提供を申し出た金品を取得したような場合」には強盗罪の成立を妨げないとした点について、他の目的の暴行と被害者が提供を申し出た金品の取得との間に因果関係が認められず妥当ではないと批判する。

(8) 西原＝野村・前掲論文三六頁、出田・前掲論文四八六頁。

(9) 藤木英雄『刑法講義各論』（一九七六年）一九四頁。

(10) 大塚仁『刑法概説（各論）』（第三版増補版・二〇〇五年）二一四頁、大谷實『刑法講義各論』（新版第四版・二〇一三年）二三四頁、伊東研祐『刑法講義各論』（二〇一一年）一七〇頁、中山研一『刑法各論』（一九八四年）二四四頁、前田雅英『刑法各論講義』（第五版・二〇一一年）二八九頁、西田典之『刑法各論』（第六版・二〇一二年）一七二頁、山口厚『刑法各論』（第二版・二〇一〇年）二二一頁、林幹人『刑法各論』（第二版・二〇〇七年）二〇八頁、曽根威彦『刑法各論』（第五版・二〇一二年）一三〇頁、中森喜彦『刑法各論』（第三版・二〇一一年）一〇八頁、松宮孝明『刑法各論講義』（第三版・二〇一二年）二一九頁。

(11) 出田・前掲論文四九〇頁。

(12) 冨高彩「強盗罪における不作為構成（一）」上智法学論集五四巻二号（二〇一〇年）九三頁。

(13) 門田成人「事後的な財物取得の意思と強盗罪の成否」法学セミナー六五〇号（二〇〇九年）一二七頁。

(14) 中村功一「強制わいせつ目的で被害者を緊縛するなどの暴行を加えた後に、被害者の財物を奪取する意思を生じ、被害者が緊縛されその反抗が抑圧されている状態に乗じて被害者に気付かれないまま、これを奪取した場合に、強盗罪が成立するとされた事例」研修七二五号（二〇〇八年）二七頁、中空壽雅「強制わいせつ目的による緊縛状態に乗じて財物を取得した行為について強盗罪が成立するとした事例」刑事法ジャーナル一四号（二〇〇九年）八四頁、冨高・前掲論文（一）九四頁。

(15) 西田『刑法総論』（第二版・二〇一〇年）八六頁。山口厚『刑法総論』（第二版・二〇〇七年）四八頁は反対。

(16) 西田・各論一七三頁注七は、⑳判決における緊縛状態の非解消を「新たな暴行」といいうるとする。

(17) 酒井・前掲論文一〇九頁、町野朔『犯罪各論の現在』（一九九六年）一五五頁、冨高「強盗罪における不作為構成（二・

完）」上智法学論集五四巻三＝四号（二〇一一年）九三頁、山口・各論二二二頁、高橋則夫『刑法各論』（二〇一一年）二六二頁。

（18）出田・前掲論文四九一頁。

（19）団藤重光編『注釈刑法（六）』（一九六六年）九五頁（藤木）。

（20）酒井・前掲論文一一〇、一一四頁注三七。

（21）酒井・前掲論文一〇九頁。

（22）酒井・前掲論文一〇九頁。

（23）冨高・前掲論文（二・完）八七頁

（24）西田・各論一七三頁。

（25）西原他編『判例刑法研究』（一九八三年）一五二頁（江口三角）。

（26）出田・前掲論文四八六頁。

（27）門田・前掲論文一二七頁。

（28）なお、強盗罪ではなく窃盗罪が成立するとした⑤判決の第一審判決の量刑も懲役三年であった。後行する財物領得と組み合わせうる先行行為の犯罪としては暴行罪、傷害罪、強制わいせつ罪、強姦罪、強姦等致傷罪等が挙げられるが、併合罪による刑の加重で一番軽い組み合わせを選んだ場合には、窃盗罪説では暴行罪あるいは強制わいせつ罪先行型の懲役一五年、強盗罪説では暴行罪、傷害罪、強制わいせつ罪先行型の懲役三〇年となる。しかし、⑤判決が強盗罪と窃盗罪とで量刑を変更していないことに加え、同種事案の量刑相場も懲役一五年には遠い。本判決の量刑は懲役一〇年と重いが、強姦致傷罪先行型なので刑の上限は無期懲役であった。従って、強盗罪と窃盗罪のいずれの成立を認めるべきかは、少なくとも現在の量刑に照らす限り、実際にはそれほど大きな問題ではないと見ることもできよう。

（29）原田國男『裁判員裁判と量刑法』（二〇一一年）一八九頁。

（30）原田・前掲書二七七頁別紙四、二七八頁別紙五参照。