
種 別： 論説

タイトル： 強盗罪における不作為構成（2・完）

著 者： 富高 彩

所 収： 『上智法学論集』第 54 卷 3-4 合併号（平成 23 年 3 月）57-95 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

強盗罪における不作為構成（2・完）

富高 彩

- I 「暴行後の不法領得の意思」の問題をめぐる新たな動き
 - 1 「不作為の暴行」による強盗罪
 - 2 東京高裁平成 20 年 3 月 19 日判決
 - 3 問題の所在
- II わが国における暴行後の不法領得の意思をめぐる議論
 - 1 判例理論の変遷と学説
 - 2 東京高裁平成 20 年 3 月 19 日判決の分析・検討（以上 54 卷 2 号）
- III ドイツにおける暴行後の不法領得の意思をめぐる議論
 - 1 ドイツ刑法の強盗罪における「目的的關係」という主観的構成要件と不作為構成
 - 2 暴行後の不法領得の意思をめぐるドイツ判例理論の変遷
- IV 不作為構成による強盗罪の成否
 - 1 保障人的地位および作為による法益侵害惹起との同価値性
 - 2 強盗罪に特有の議論
 - 3 当罰性の均衡論という視点
- V 結び（以上本号）

Ⅲ ドイツにおける暴行後の不法領得の意思をめぐる議論

1 ドイツ刑法の強盗罪における「目的的關係」という主観的構成要件と不作為構成

Iで見たように、不真正不作為犯の形態による強盗罪の成立を肯定する不作為構成は、わが国においては、強盗罪の構成要件とそれに由来する理論上の問題に密接に関連していた。

一方、ドイツにおいても、*Albin Eser*を始祖とする不作為構成⁽¹⁾は、わが国と同様、強盗罪の構成要件の特殊性と、それに由来する理論上の問題を背景として主張されたのであった。もっとも、実は、両国における強盗罪の構成要件は似て非なるものである。そうである以上、不作為構成の可否を検討する予備的考察として、まずは、ドイツ刑法強盗罪の構成要件について、概観しておきたい。

ドイツ刑法における強盗罪(249条)は、しばしば、特別な強要罪(240条)と窃盗罪(242条)から構成された、独自の結合(Kombination)と表現される⁽²⁾。ここで、「特別な」強要罪とされているのは、財物奪

(1) *Albin Eser*, Zum Verhältnis von Gewaltdanwendung und Wegnahme beim Raub, NJW 1965, 379. もっとも、不作為による暴行の可否に関しては、*Eser*が強盗罪に関して不作為構成を主張する以前から、強要罪を素材として議論があった。*Hermann Blei*, NJW 1954, 583 ff.; *Jürgen Wolter*, Gewaltdanwendung und Gewalttätigkeit, NStZ 1985, 245, 246.

(2) *Albin Eser/Nikoraus Bosch*, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28., neubearbeitete Auflage, 2010, § 249 Rdn. 1; *Wolfgang Joecks*, Strafgesetzbuch Studienkommentar, 9. Auflage, 2010, § 249 Rdn. 1; *Hans Kudlich*, in: Helmut Satzger/Bertram Schmitt/Gunter Widmaier, Strafgesetzbuch Kommentar, 1. Aufl., 2009, § 249 Rdn. 1; *Gerhard Herdegen*, in: Burkhard Jähnke/Heinrich Wilhelm Laufütte/Walter Odersky, Leipziger Kommentar, 11., neu bearbeitete Auflage Sechster Band §§ 223 bis §§ 263 a, 2003, § 249 Rdn. 1; *Hans-Ludwig Günther*, in: Hans-Joachim Rudolphi/Eckard Horn/Erich Samson, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6., neubearbeitete Auflage, 1993, § 249 Rdn. 2; *Bernd*

取の手段として、「人に対する」暴行（以下、単に暴行とする）、および、「身体または生命に対する現在の危険を伴う」脅迫（以下、単に脅迫とする）という、「特別な（重大な）強要手段（qualifizierter [gravierender] Nötigungsmittel）」が規定されていることによる⁽³⁾。

また、「独自の」結合とされているのは、強盗罪は、強要罪もしくは窃盗罪の単なる加重型なのではなく、積み重ねられたそれらの不法内容に加えて、強盗罪に特殊な、暴行および脅迫といった強要的要素と、不法領得の意思での奪取といった窃盗的要素との間の「機能的連関」が、重罪としての正当性を理由付けていることに由来している⁽⁴⁾。ここまでの議論は、わが国の強盗罪が、暴行と窃盗との単なる結合犯ではないとされていることと同様である⁽⁵⁾。

しかし、強盗罪の重罪としての性質を基礎づける強要的要素と窃盗的要素との間の機能的連関について、ドイツ判例・多数説と日本の多数説とは、異なった理解をしている。

では、その差は、具体的に何か。まず、ドイツ判例・通説は、機能的連関とは、強盗罪に特殊な主観的構成要件を意味すると理解している。すなわち、ドイツ判例では、強要的要素（暴行・脅迫）が財物奪取のための手段でなければならないとされているが⁽⁶⁾、通説によれば、「強要

Schünemann, Raub und Erpressung, JA 1980, 349.

- (3) これに対して、強要罪においては、単に「暴行を用い、又は、重大な害悪を加える旨の告知により」と、その手段が定められているにすぎない。このような、いわば「簡素な」強要罪の規定に対し、強盗罪における「人に対する」暴行という文言からは、その（重罪としての）法定刑をも考慮したうえで、あらゆる暴行をも含むというように簡潔に（knapp）評価されるべきでないという「制限傾向（Restriktionstendenz）」が明らかになるとされる。*Herdegen* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 6.
- (4) *Kudlich* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 1; *Günther M. Sander*, in: Klaus Miebach/Günther M. Sander, Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3 §§ 185-262 StGB, 2003, § 249 Rdn. 1 und Rdn. 24.
- (5) *Eser/Bosch* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 1. また、町野朔『刑法各論の現在』153頁（有斐閣、1997年）、山口厚『刑法各論 [第2版]』216頁（有斐閣、2010年）。
- (6) *Eser/Bosch* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 6; *Sander* (o. Fußn. 4), § 249 Rdn. 24; NSStZ 2003, 431.

行為が奪取の手段とされなければならない」というこのテーゼは、強要行為が奪取のために、つまり、「目的的に」用いられなければならないと理解され、このような強要行為と奪取との「目的的關係 (Finalzusammenhang)」(あるいはまた、「目的—手段關係 (eine Zweck-Mittel-Relation⁽⁷⁾、もしくは、Bei-Sich-Führen (目的を携える關係)⁽⁸⁾」)ともいわれる)が、強盗罪の通常の主観的構成要件としての故意、不法領得の意思に加えて、さらに必要であるとされている⁽⁹⁾。そして、「すでに、奪取の目的での特別な強要手段の使用において、強盗罪の高められた不法と責任内容とが実現されている」⁽¹⁰⁾として、目的的關係こそが重罪としての性質を基礎づけ⁽¹¹⁾、強要的要素と窃盜的要素との間における客観的因果關係は重要ではないとされている⁽¹²⁾。もっとも、主観的構成

(7) *Eser* (o. Fußn. 1), S. 379.

(8) *Helmut Baier*, JA 2004, S. 433.

(9) 目的的關係を故意、不法領得の意思と並ぶ主観的構成要件要素として位置づけるものとして、*Urs Kindhäuser*, *Strafrecht Besonderer Teil 2 Straftaten gegen Vermögensrechte*, 6. Auflage, 2010, § 249 Rdn. 16; *Joecks* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 6. 通説がこのような目的的關係で十分であるとし、客観的な因果關係を不要とする背景には、強要手段と奪取との客観的因果關係についての立証の困難があるとの指摘がある。*Joecks* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 22.

(10) *Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp*, *Strafrecht Besonderer Teil 2 Straftaten gegen Vermögenswerte*, 32., neubearbeitete Auflage, 2009, Rdn. 322. また、*Herdegen* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 1; *Sander* (o. Fußn. 4), § 249 Rdn. 24 も参照。

(11) *Gerhard Herdegen* は、強盗罪におけるこの目的的關係は、重罪としての性質を基礎付けるという、いわば実体法的な側面だけではなく、「窃盜の決意によって攻撃の動機を与えられ、あるいはまた、窃盜の決意の実現の際、暴行 (あるいはまた、身体または生命に対する現在の危険を伴う脅迫) に戻込みしないという、そのような行為者のより厳格な犯罪化という刑事政策的願望の規範的・体系的反映でもある」として、刑事政策的側面をも有していることを指摘する。そして、それゆえに、「強盗罪の有罪判決が下されるべき場合は、手段・目的關係に十分留意しなければならない」という。*Herdegen* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 13.

(12) 例えば *Wessels/Hillenkamp* は、「暴行または脅迫の使用が、奪取の成功に対して条件關係 (conditio sine qua non) にあるか否かということは重要ではなく、「この点に関して基準となるのは、単に行為者の表象 (Vorstellung) と意思 (Willen) だけである」とする。*Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdn. 322. このような理解は、後に触れる BGH1953年5月21日第4刑事部判決 (BGHSt 4, 210) に依拠するものであろう。同様

要件としての目的的關係に加えて、客觀的因果關係をも必要とする見解も、有力に主張されている。そして、このような見解によれば、目的的關係だけでは強盗罪の重い不法内容を基礎付けられず、客觀的因果關係こそが、それを基礎付けるとされる⁽¹³⁾。

これに対し、わが国の多数説は、(ドイツにおける有力説と同様であるが)強盗罪が成立するためには、財物奪取の手段である暴行・脅迫という強要的要素と、財物の取得(2項強盗罪の場合は財産上の利益の取得)という窃盜的要素とが、「被害者の反抗抑圧」という要素を介して、客觀的な因果關係で結ばれていなければならないと理解している⁽¹⁴⁾。つまり、強盗罪における暴行・脅迫という強要行為は、財物取得(または利得)のための手段であるとともに、被害者の反抗抑圧手段でもあるのである。したがって、ここにおける機能的連関とは、強要行為と奪取との間の客觀的因果關係を意味することになる。

わが国の判例も、最判昭和24年2月8日⁽¹⁵⁾が、「他人に暴行又は脅迫を加えて財物を奪取した場合に、それが恐喝罪となるか強盗罪となるかは、その暴行又は脅迫が、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうかと云う客觀的基準によつて決せられる」として、強盗罪における暴行・脅迫が反抗抑圧手段であることを認めており、この限りでは、わが国の多数説と一致している。しかしながら、機能的連関について、多数説と同じく、被害者の反抗抑圧を介した

に、*Herdegen*も、強盗罪における目的構造(Finalstruktur)が法定刑を決定づける要因であり、そのような目的構造によって示された行為者の危険性は、強要手段の使用が客觀的に必要不可欠かつ有用であること、奪取に対して因果關係があることはかかわりなく存在するとする。*Herdegen* (o. FuBn. 2), § 249 Rdn. 14.

- (13) 客觀的因果關係を必要とする学説として、*Joecks* (o. FuBn. 2), § 249 Rdn. 22; *Günther* (o. FuBn. 2), § 249 Rdn. 36. また、*Urs Kindhäuser*, in: *Urs Kindhäuser/Ulfried Neumann/Hans-Ullrich Paeffgen, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch Bd. 2, 3. Auflage, 2010, § 249 Rdn. 12* も参照。
- (14) 井田良『刑法各論』96頁(弘文堂、2002年)、西田典之『刑法各論第5版』167頁(弘文堂、2010年)、山口・前掲註(5)216頁。
- (15) 刑集3巻2号75頁。

客観的因果関係と理解しているかは、必ずしも明らかではない。というのも、上記最高裁昭和24年判決は、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫が行われさえすれば、それが「偶々同人(被害者——筆者注)の反抗を抑圧する程度に至らなかつたとしても」強盗既遂罪が成立するとも述べており⁽¹⁶⁾、また、近時の下級審裁判例では、強盗の目的で相手方の反抗を抑圧するに足る程度の脅迫が加えられたにもかかわらず、被害者に反抗抑圧に至らない程度の恐怖心を生じさせたにとどまり、その結果、被害者が財産の持ち去りを黙認した事案について、強盗未遂と恐喝既遂を認め、両罪を観念的競合としているものもあるからである⁽¹⁷⁾。

以上のように、強盗罪の重罪としての性質を基礎づける、強要的要素と窃盜的要素との間の機能的連関とは、ドイツ判例・通説では主観的構成要件である目的的關係を意味し、わが国の多数説では、被害者の反抗抑圧という要素を介在する客観的因果關係を意味すると理解している。

そして、ドイツ判例・通説の理解からは、次のことが導かれるであろう。第一に、客観的因果關係が不要とされる以上、強要手段の利用によって財物の奪取が可能となる必要も、因果的に促進される必要もないから、奪取の手段としての強要行為の客観的な態様・程度は意味を持たないということである。

このことはまた、強要行為の判断基準として、「被害者の反抗抑圧の現実的惹起」を必要とするか否かという問題にもつながっている。この点について、機能的連関に目的的關係だけではなく、客観的因果關係をも必要とするドイツの有力説は、被害者が現実に抵抗を果たし、そして、反抗を抑圧されたことを必要とするので⁽¹⁸⁾、例えば、「とくに臆病

(16) 最判昭和24年2月8日刑集3巻2号77頁。

(17) 大阪地判平成4年9月22日判タ828号281頁。

(18) 強要行為の判断基準として、被害者の反抗抑圧を要求するものとして、*Kindhäuser* (o. Fußn. 13), § 249 Rdn. 13; *Günther* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 13; *Harro Otto*, JZ 2004, 364 f.

な、または無力な人物」⁽¹⁹⁾ に対する場合、強盗既遂罪ではなく、せいぜい強盗未遂罪であるにすぎないとする⁽²⁰⁾。しかしながら、ドイツ判例・通説のように、目的的關係のみで十分であるとすれば、「強要行為が、行為者の意思 (Willen) に従って、主観的に、奪取を可能にするため、もしくは、容易にするためのものである場合、すなわち、強要行為が、行為者の表象 (Vorstellung) によれば奪取のための原因 (kausal) となっている場合」⁽²¹⁾ には、すでに強要行為と奪取との間に強盗罪の重い不法内容を基礎付ける目的的關係が認められるため、被害者が強要行為によって現実に反抗を抑圧されることは必要でないことになる⁽²²⁾。後に見るように、当初 BGH は、この論理を用いて、暴行後の不法領得の意思が問題となった事案を解決していた。

次に導かれる第二の帰結として、暴行・脅迫という強要行為と奪取との時間的な関係を指摘することができるであろう。ドイツ判例・通説によれば、強要行為は奪取を可能にするために使用されなければならないので、奪取に先行しなければならないことになる⁽²³⁾。つまり、強要行為が行われる時点で、奪取の故意や不法領得の意思といった主観的構成要件要素が、行為者には存在していなければならない。このことは、換言すれば、強盗罪は、財物取得目的での暴行・脅迫罪でもあるということでもある。また、このような時間的關係が、わが国の学説においても、「強取」という構成要件との関係から要求されていることは、すで

(19) 例えば、*Urs Kindhäuser* は、そのような例として、抵抗をすることができない精神障害者に対する場合を挙げている。*Kindhäuser* (o. Fußn. 9), § 249 Rdn. 12. また、*Hans-Ludwig Günther* によれば、幼児や比較的長期の意識喪失者、重傷者、そして、泥酔者が、反抗不能者とされている。*Günther* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 13.

(20) *Kindhäuser* (o. Fußn. 9), § 249 Rdn. 12.

(21) *Gregor C. Biletzki*, *Der Zusammenhang zwischen Nötigungshandlung und Wegnahme beim Raub*, JA 1997, 386.

(22) *Kudlich* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 3; *Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), § 249 Rdn. 322.

(23) *Eser* (o. Fußn. 1), S. 378 は、「暴力の行使は、少なくとも、奪取のためという行為者の考えや意図の後に存在しなければならない」とする。

にIの冒頭において見たとおりである⁽²⁴⁾。

そして、このような理解によるならば、財物奪取以外の目的による暴行が行われた後に初めて奪取の故意が生じた場合、原則として、強盗罪は成立しないようにも思われる⁽²⁵⁾。実際に、暴行後の不法領得の意思に関する事案について初めて判断を示したとされるBGH1961年12月5日第5刑事部判決以前の学説は、暴行後に不法領得の意思が新たに生じた場合には、強盗罪は問題とならないと理解していたことが窺える⁽²⁶⁾。

しかしながら、ドイツ判例・通説は、わが国の判例・通説と同様に、このような場合にも強盗罪が成立する余地を認めている。

では、それは具体的にどのような範囲においてか。以下では、BGHの判例理論について、さらに詳しく見てゆこう。

2 暴行後の不法領得の意思をめぐるドイツ判例理論の変遷

(1) BGH2003年10月15日第2刑事部判決以前の判例の動向

暴行後の不法領得の意思が問題となった事案について、初めてBGHの判断が示されたのは、BGH1961年12月5日第5刑事部判決(以下、BGH1961年判決とする)である⁽²⁷⁾。事案は、次のようなものであった。

(24) わが国の通説は、強要行為(暴行・脅迫)の存在時と不法領得の意思・故意の存在時とが、原則として一致しなければならないとする。高山佳奈子「暴行・脅迫後の不法領得意思」西田典之=山口厚編『刑法の争点[第3版]』169頁(有斐閣、2000年)を参照。

(25) 例えばGüntherは、原則的に「犯罪者は、窃盗の故意ならびに領得の意思を、強要行為が継続する間に有していなければならず、「事後の故意(dolus subsequens)では十分でない」とする。Günther(o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 42.

(26) Heinrich Jagusch, in: Ludwig Ebermayer/Adolf Lobe/Werner Rosenberg, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 8., neubearbeitete Auflage, 1957, § 249 Anm. 3. また、白井滋夫「強盗罪における脅迫と財物奪取との関係」白井滋夫=木村栄作=鈴木義男『刑法判例研究Ⅲ』640頁(大学書房、1975年)も参照。

(27) BGHSt 16, 341. 白井・前掲註(26) 638頁においても、このBGH判決が引用されおり、暴行後の不法領得の意思の事案で強盗罪の成否が問題となった「第一のケース」とされている。

被告人は、レストランの経営者 B に対し、斧で 2 回の致命的な打撃を与えた後、金銭を奪う決意をした。被告人は、地面にうつ伏せに横たわり、意識が朦朧としている B から、B が無意識のうちに奪取を防ぐために尻ポケットに入れていた片手を押しつけて、ポケットに入れていた金銭を奪った。BGH は、要約すると次のように述べて、強盗罪の成立を認めた。

「抵抗がもつばら『弱く』、そして、有形力の行使がもつばら『わずかなもの』であったことは」、人に対する暴行であることを排除しない⁽²⁸⁾。『暴行』とは、行為者によって追求された目的——ここでは奪取の目的——の妨げとなる障害物の除去を目標とした、そのような有形力の行使であり、その障害物として、人間の行動、または、事実的な保護処置 (Schutzeinrichtung) が重要であるか否かは、関係がない。『人に対する暴行』は、有形力の行使が、行為者にとって妨げとなる人間の態度に向けられている場合にのみ、存在する。これに関して、無意識の抵抗および無意識の保護処置とを、行為者が有形力の行使によってもつばら他人の無意識の保護処置を封じたにすぎない事案は刑法 249 条の適用から排除される、という効果をもって区別することに、正当な根拠はない。」⁽²⁹⁾

ここでは、強盗罪における暴行とは、「行為者によって追求された(奪取の)目的の妨げとなる障害物の除去を目標とした有形力の行使」とされており、「強要手段は奪取を可能にするために使用されなければならない」とするという、目的的關係が重視されていることを看取しうる。そして、そのような目的を有した暴行であれば、行為者による有形力の行使自体が弱く、わずかなものであっても、そしてまた、打ち倒されてほとんど抵抗ができない被害者に対するものであっても、それは「人に対する暴行」であるとされている。このことから、判例が、強

(28) BGHSt 16, 342.

(29) BGHSt 16, 343.

要行為の判断基準として、有力説が要求する「被害者の反抗抑圧の現実的惹起」までは必要としていないことが窺える。

また、ポケットの上に置かれた被害者の手を「押しおける」という被告人の行為を、財物奪取のための新たな暴行と見るなら、BGHは、新たな暴行はわずかな程度のものでよいと判断したともいえる。この限りにおいては、わが国の判例・学説との類似点を見出すことができる。

しかしながら、類似点があるといっても、新たな暴行の程度を緩和するという結論を導く根拠についての両国の相違は、無視できない。すなわち、わが国の判例・学説においては、先行の(財物奪取以外の目的の)暴行によって、すでに被害者に(判例によれば、社会通念上一般的な)反抗抑圧状態が生じていることが、新たな暴行の程度が緩和される根拠とされていた⁽³⁰⁾。一方、ドイツ判例においては、BGH1961年判決もそうであるように、先行の暴行による被害者の反抗抑圧状態は、新たな暴行の程度を緩和することと関係がないとされている。すでに、BGH1953年5月21日第4刑事部判決⁽³¹⁾が、「財物が『人に対する暴行を用いて』奪取されたという、暴行と奪取との事実的な原因関係(Ursachenbeziehung)は、強盗罪の構成要件にとって重要ではなく、「行為者が、暴行を、奪取を可能にするということに適していると思つたので用いたという場合で十分である。すなわち、暴行が、奪取を可能にすることに必要不可欠なものであったか否かは、重要ではない。基準となるのは、したがって、行為者の表象と意思だけである。」⁽³²⁾と判示し、駅舎の前に横たわっている泥酔者を、略奪をはたらくために然るべき場所に運び去った行為自体に、強盗罪における暴行を認めていたとい

(30) 東京高判昭和48年3月26日高刑集26巻1号85頁、大阪高判平成元年3月3日判タ712号248頁。

(31) BGHSt 4, 210. 事案は、被告人らが、前後不覚になるまで酩酊し駅舎の前で横たわっている被害者を、誰にも邪魔されずに略奪をはたらくため、抱えて連絡通路まで連れて行き、そこで暴行を加えた後、被疑者から衣服と日用品を奪ったというものである。

(32) BGHSt 4, 211.

うことも、こうした理解を裏付ける。このように、ドイツ判例においては、被害者の反抗抑圧の現実的惹起を不要としている点で、わが国の学説が想定しているよりも広い暴行概念ゆえに、財物取得のための新たな暴行の程度も緩和されているといえよう。

このように、BGH1961年判決は、従前から広くとらえられてきた暴行概念の枠内で事案を解決したとされているが、その後のBGHは、次第に、上で述べた強盗罪の重罰根拠の核ともなっている目的的關係から生じる強要行為と主観的構成要件との時間的關係に関する制約をも緩和していく。

その契機となったのが、BGH1964年9月15日第1刑事部判決（以下、BGH1964年判決とする）⁽³³⁾である。事案は、次のようなものであった。被告人は、公道上で、18歳の少女Mにキスをするため、背後から衣服を掴んだが、抵抗されたため目的を達することはできなかった。しかし、Mの左腕を掴んだ際、袖の下に腕時計を着けているのを感じたので、それを腕から外すことを思いつき、直ちに実行して、腕時計をポケットに入れて逃走したというものである。

BGHは、強盗罪が成立するためには、暴行が財物奪取のために用いられなければならないという従前の判例を踏襲したうえで、次のように述べて、強盗罪の成立を認めた。

「被告人は……当初は、少女に性的に嫌がらせをするという目的だけを追求していたのであった。しかし、彼が腕時計に気付き、それを奪取する決心をしたとき、彼はその——継続的な——暴力の行使を、少女の腕から時計を外し、そして、自分のものにするために、意識的に利用したのである。その暴行は、それゆえ、この場合にあっては、被告人にとって奪取のための手段であった。」

《腕時計事例（Armbanduhrfall）⁽³⁴⁾》と呼ばれている、このBGH1964年

(33) BGHSt 20, 32.

(34) *Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdn. 334.

判決も、先行するわいせつ行為目的での暴行の時点で、奪取の故意が存在しないという点では、BGH1961判決と一致している。しかし、ここで重要なのは、BGH1961年判決と異なり、被告人に奪取の故意が生じた後、財物取得に向けられた新たな暴行が存在しないとも見うる点である。

従前の判例においては、その程度がわずかなものであるにせよ、財物取得に向けられた、行為者の何らかの態度(BGH1961年判決では、被害者の手を押しのける行為)が存在していたため、暴行概念の解釈によって、目的的關係から生じる時間的關係に関する制約を回避することができた。つまり、BGH1961年判決の事案では、被害者の尻ポケットから金銭を奪うため、そこに置かれていた被害者の手を押しのける行為を、財物取得のための新たな暴行と見ることで、強要行為の存在と奪取の故意・不法領得の意思存在との時間的な一致を、かろうじて肯定することができたのである。ところが、この事案では、新たな暴行が存在しないようにも見えるため、暴行概念を(わずかな程度のものでよいとして)拡張して解決するという、従来の判例理論の枠組みでは対応できない状況にあった。このため、強要行為の存在と主観的構成要件の存在との時間的な齟齬を埋めることが困難であったのである。

しかしながら、BGH1964年判決は、暴行の要件をさらに緩和して強盗罪の成立を肯定した。先行のわいせつ行為目的での暴行自体が、奪取の故意が新たに生じた後も継続していることを根拠として、このような場合には、腕時計を奪った時点においても、財物奪取を目的とした暴行が存在すると認定したのである。

奪取の時点で、何らかの財物取得のための強要手段の存在を肯定しようとするその姿勢からは、BGHが、従前の判例理論の枠組みで解決しようとしたと見えなくもない。しかし、「先行する他の目的での暴行の継続」でも足りるとしている点は、わずかな程度のものであるにせよ、財物取得に向けられた「新たな」暴行を要求していた従来の判例の枠組

みを、さらに広げるものである。さらには、奪取の故意が生じた時点で、当初はわいせつ行為を目的であったにせよ、暴力の行使自体が継続していたことを理由に、それ以降その暴行は「財物取得を目的とした暴行」として評価されることからは、「財物取得を目的とした強要行為は奪取の前になされなければならない」という時間的關係に関する制約を、実質的には不要とするか、少なくとも限りなくそれに近い判断を示したものといえよう。

以上は強盗罪の成立が認められた判例だが、強盗罪の成立が否定された判例もある。例えば、BGH1969年1月28日第1刑事部判決（以下、BGH1969年判決とする）⁽³⁵⁾は、被告人が被害者を強姦した後、被害者のハンドバッグから価値のある物品を盗むことを決意し、先行の暴行により無抵抗となった被害者に気づかれないまま、財布やガスライターなどを奪ったという事案である。原審のミュンヘン高裁少年部（Jugendkammer）は、BGH1964年判決と同様の論理により、財布等を奪った行為につき強盗罪の成立を認めたが、BGHは次のように述べて強盗罪の成立を否定し、窃盗罪の成立を認めた。

「行為者が、他の目的設定を伴った暴力の行使によりもたらされた状況を、被害者から——気づかれず、そして抵抗なく——財物を奪取するために、単に利用したという場合には、強盗的な態度は問題とならない。同様に、次の場合にも、強盗罪を認めることはできない。すなわち、身体または生命に対する現在の危険を伴う脅迫によって惹起された被害者の無抵抗な態度が、行為者にとって、新たな決意に基づいて、気づかれずに領得行為を行うという機会を作り出したにすぎない場合である。というのも、そのような場合には、脅迫が、所有者の対立する意思を打ち破ること（Brechung）、そして、それと同時に、奪取を可能にするための手段として使用されていないからである。」

(35) NJW 1969, 619.

BGH1982年5月27日第4刑事部判決⁽³⁶⁾も、タクシー運転手である被告人が、運賃を免れようと車から飛び出した被害者を追いかけて、被害者が地面に倒れるまで暴行を加え、その際、被害者の鞆から落ちた財布に気付き拾い上げたところ、多くの紙幣が財布に入っていたのでこれを着服する決意をし、財布の中身をすべて尻ポケットに入れて奪ったという事案について、「強要が奪取の『随伴現象』であるのなら、奪取は目的的なつながりが存在することなく、『偶然に』強要行為の結果として生じたか、強要の後に単に時間的に続いているにすぎないので、強盗罪は問題とならない」として、強盗罪の成立を否定している⁽³⁷⁾。

これらの判例では、(先行の強姦や暴行によって生じた)被害者の無抵抗状態を単に利用するだけでは、強要行為が奪取を可能にするための手段として使用されておらず、強要行為と奪取との間の目的的關係の要件が欠けるとして、強盗罪の成立が否定されている⁽³⁸⁾。BGH1964年判決と異なり、被害者が無抵抗状態に陥っていることは、先行の暴行が継続

(36) NStZ 1982, 380.

(37) そして、同判決では、先行の暴行により被害者が無抵抗な状態に陥っていたとしても、「先に行われた暴行が、新たな暴力の行使という現実の脅迫としてさらに効果を及ぼす場合(傍筆筆者)」、つまり、「身体または生命に対する現在の危険を伴う脅迫の場合のごとく、行為者が奪取を決意した時点で、被害者が奪取に反抗する勇気がないほどに畏怖しており、行為者がこのような状況を認識し、そして意図的に奪取の目的のために利用した場合」には、強盗罪の成否がなお問題となりうると判示した点も注目される。このような理解には、犯人の現場存在自体が新たな脅迫となりうるとするわが国の現場存在説との近似性が見られる。もっとも、同判決は、この点について、被告人が財布を拾い上げ、その中身を奪取しようと決意したとき、被害者は「被告人によって殴られも、蹴られも、あるいはまた、さらなる虐待をもって脅されもしなかった」と認定し、暴行の継続も、黙示的な脅迫も存在しないとした。

(38) 近時の類似した事案として、BGH2009年2月24日第5刑事部決定(NStZ 2009, 325)がある。激しい怒りから被害者を殴打した被告人が、左腕で身を守ろうとしている被害者の上着をこじ開けた際、シャツの左ポケットに財布が入っているのに気付き、この暴行を利用して財布にあった金銭を奪った事案につき、「強盗罪を理由とした有罪判決は、強要行為と奪取との間の目的的な結びつきを前提とし」、「奪取の意思なく用いられた暴行の効果がなお継続し、行為者がこれを利用したという事情だけでは、強盗罪の認定にとっては十分でない」と判示し、強盗罪の成立を否定した。

していることを意味するのではなく、単に暴行の結果にすぎないから、強要行為（ここでは結局のところ、強姦目的での脅迫と、タクシー運賃を徴収するための暴行にすぎなかった）の存在と主観的構成要件の存在との時間的一致は当然存在しないとするのであろう。

そして、東京高判平成20年3月19日⁽³⁹⁾（以下、東京高裁平成20年判決とする）と類似した事案についても、当初BGHは強盗罪の成立を否定していた。BGH1983年9月22日第4刑事部判決⁽⁴⁰⁾（以下、BGH1983年判決とする）は、《ドアマン事例（Portierfall）⁽⁴¹⁾》と呼ばれ、暴行の継続が否定された事案であり、それが肯定された《腕時計事例》と、しばしば対比して引用される。事案は、ホテルの宿泊費を支払わずに立ち去ることを計画した被告人らが、彼らが借りていた部屋にホテルのドアマンを縛り付けて閉じ込め、無人になったフロントを通りかかった際、この機会を利用してフロントの金庫から金銭を奪うことを決意し、実行したというもので、被告人らが金庫から金銭を盗んだ行為に強盗罪が成立するかが問題となった。

BGHは、強盗罪の成立を否定して窃盗罪の成立を認めた地裁の判断を是認した。「ホテルの金庫からの金銭奪取の際、ホテルのドアマンに対する強要行為は終了しており、単に強要の効果がなお継続していたにすぎない」というのである。

以上見てきたように、暴行後の不法領得の意思に関する事案は、ドイツ判例においては、BGH1964年判決とBGH1983年判決において示された、「暴力の行使の継続」か「暴行の効果の継続にすぎない」か、という基準が、前者の範囲が拡張しながらも、なお、強盗罪の成否を分かち、いわば分水嶺とされてきた。そして、先行の財物奪取以外の目的に

(39) 判タ1274号342頁。

(40) BGHSt 32, 88.

(41) *Sigmund P. Martin*, Finalität des Gewalteinsatzes bei Raub-Motivwechsel auf Täterseite, JuS 2004, 448.

よる暴行の効果が継続していることを利用して財物を盗る場合に強盗罪が問題とならない(成立しない)のは、先行の暴行と財物奪取との間に目的的關係がないということが、その根拠とされてきたのである。

ドイツ判例理論が示したこのような基準は、表現は異なるものの、東京高裁平成20年判決以前の、わが国の判例理論が示す「財物取得のための新たな暴行の有無」という基準と、基本的には軌を一にするものであるといえる。しかし、ドイツにおける基準のほうが若干広いものであった。というのも、ドイツ判例では、わが国の判例よりも先立って、暴行後の不法領得の事案に限っては、強盗罪における暴行・脅迫は、先行の財物奪取以外の目的による暴行・脅迫の継続でも足りるとされていたからである。しかしながら、両国の間のこのような隔たりも、東京高裁平成20年判決が「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」⁽⁴²⁾との判断を示したことにより、埋められたといえるであろう。

しかし、さらに詳しく見ると、実は、ドイツ判例においては、強盗罪の成否を分かつ基準の境界線は、BGH2003年10月15日第2刑事部判決(以下、BGH2003年判決とする)⁽⁴³⁾によって、その輪郭をいっそう曖昧なものとしてしまった。というのも、BGH1983年判決と類似の事案について、強盗罪の成立を認める判断を示したからである。以下では、その判決について見てみよう。

(2) BGH2003年10月25日第2刑事部判決

本判決の事案は、次のようなものであった。ホームレスである被告人は、被害者の狩猟小屋に侵入し、そこで一夜を過ごした。翌朝、被害者が小屋を訪れ、ドアを開けたとき、小屋にいた被告人は、被害者の顔に

(42) 判タ1274号343頁。

(43) BGHSt 48, 365.

液体を吹き付け、殴打するなどの暴行を加えて傷害を負わせた。最後に、被告人は被害者の両手を縛って小屋に押し込み、遅くともその際、被告人は被害者のランドローバーと、さらに別の物品を自分のものにしてしようという決心をした。被告人は、被害者の鞆を掴んでそれをランドローバーに持って行き、山小屋に鍵をかけ、そこから走り去った、というものである。

奪取の故意なく行われた拘束の後、拘束された被害者から財物を盗んだ事案については、BGH1983年判決に見られるように、従来の判例において強盗罪の成否は問題とされてこなかった。しかし、BGHは、BGH1964年判決のように、継続している暴行が奪取のために用いられたのか、あるいはまたBGH1983年判決のように、事実上継続している暴行の効果が奪取のために利用されたにすぎないのかは、「学説においては議論の余地があるとされている」ことを理由に、この種の事案について初めて強盗罪の成否を検討するという、新たな姿勢を示した。そのうえで、*Eser*の見解を詳細に引用して、強盗罪の成立を認めた。以下、少々長くなるが、同判決を要約して引用する。

「奪取の故意なく行われた拘束の後、拘束された被害者から財物を取得したという場合において、この場合を奪取の目的のために使用された『継続している暴行』によるものであるということは、*Eser*によって、すでに早くから主張されていた。それによれば、奪取の強要手段とは、暴行状況の積極的な惹起ではなく、先行行為に基づく義務に反する非終了である。正犯者が、自己の奪取意思実現のために用いたのは、こうした不作為であり、被害者を縛りつけるといった積極的な暴力の行使ではなかった。とはいえ、その状況における不作為は、積極的作為と同価値のものである。

もっとも、*Eser*のような見解に対しては、すでに暴行の概念は不作為を説明しえない、不作為構成は、強盗罪の構成要件の目的的な構造に適合しないという反論がなされている。抑圧状態の不除去は、積極的作

為による暴力の行使という概念に当てはまらないというのである。しかしながら、このような批判は、暴力の行使についての自然主義的な幻想にとらわれている。身体的に影響を及ぼしている拘束が維持されているか、あるいはまた、阻止されていない場合には、少なくとも、不作為の暴行が実現されうるということは、強要罪の構成要件に関する支配的見解にも適合する。また、批判的見解のように、積極的な暴力の行使のみを包摂すると考えるのでは、継続犯としての自由の強奪という事案の特質にも適合しない。他人を閉じ込め、または拘束した者は、他人に対して暴力を行使したものである。行為者が自らのせいとされるような態様で惹起した違法な状態を維持することによっても——例えば、被害者が打ち倒された場合とは異なって——暴力の行使は継続している。それ(暴力の行使)は、錠を開けることや、または拘束を解くことによって、初めて終了するのである。一部の学説においては、強要行為の目的性が欠けていると主張されているが、このことは、結局、暴行は積極的な行為としてのみ理解されるという、狭められた暴行概念を前提として初めて導かれる。実際に、不作為と目的性とは、互いに排除し合うものではない。不作為の行為者は、被害者の無抵抗を奪取に利用するために、違法な状態を維持することを望みうるのである。そして、そのように行われた強盗の場合の不法内容は、積極的な構成要件の実現による強盗に匹敵しないという反論は、いずれにしても、ここで問題となっているような事案の場合には、正当とはいえない。まさに、本件事案でのように、財物奪取以外の目的に基づいてなされた積極的な暴力の行使と、被害者を拘束によって自らの支配下に置いた行為者による奪取のための暴行の利用が、時間的・場所的に密接して存在する場合には、行為者がいつ奪取を決意したのかという事情によって、不法内容が異なる、ということはある得ない。以上のようにして、本件は、BGH1983年判決の事案と区別されるのである。」

（3）BGH2003年判決への評価

BGH2003年判決は、被害者を監禁した部屋の扉の鍵を開けないこと、縛り付けた被害者の拘束を解かないことといった、行為者の不作為的態度が、財物奪取のための積極的な作為による暴行と同価値であるとの見方を示している点で、従来の判例から一步踏み出した判断を示したものと位置づけられるであろう。というのも、それ以前のBGH判例では、先行する暴行自体がなお継続していることに、財物取得のための暴行を見出そうとしており、そこには何らかの積極的な作為による手段性を担保しようとする態度が窺われていたからである。しかしながら、BGH2003年判決は、先行する他の目的での暴行が、財物取得意思が生じた後も継続していることをもはや要件とせず、作為による暴行行使の必要性も放棄したのである。これによって、従来の判例において、強盗罪の成否を分かつ分水嶺とされていた「暴力の行使の継続か、暴行の効果の継続にすぎないか」という基準の意義は、實際上放棄されたといえよう。

そして、BGH2003年判決に対するこのような評価は、東京高裁平成20年判決に対しても妥当するといえよう。というのも、東京高裁平成20年判決は、一般論としては新たな暴行必要説を採ることを明言しつつも、実質的には（先行する財物取得以外の目的による）暴行・脅迫が継続する場合には、それが厳密な意味で暴行・脅迫には当たらないとしても、「緊縛状態を解消しないかぎり、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べきなのである」として、先行する暴行の効果の継続をも含むことによって、財物取得に向けられた「新たな」暴行の有無という基準の意義を事実上放棄し、不要説とほぼ同様の結論に至りうる判断を示しているからである⁽⁴⁴⁾。

もっとも、BGH2003年判決は、継続している先行の暴行の効果を利用

(44) 島岡まな「判批」『平成20年度重要判例解説』191頁（有斐閣、2009年）。

用した場合すべてに不作為構成が適用されるという趣旨ではないようにも読める。というのも、先行の暴行により被害者が意識を失ったような場合は、なお除外されている⁽⁴⁵⁾、「その他の理由に基づいてなされた積極的な作為による暴力の行使と、被害者を拘束によって自らの支配下に置いた行為者による、奪取のための暴行の利用が、時間的・場所的に密接して一緒に位置する場合」にのみ、適用されるという趣旨の制限を設けているように理解できるからである。そして、同種の事案について強盗罪の成立を否定したBGH1983年判決は、この「時間的・場所的近接性(Nähebeziehung)⁽⁴⁶⁾」が存在しなかったことから、本件とは事案を異にするとの判断を示している。

それでは、不作為構成によって強盗罪の成立を肯定することは、果たして可能なのだろうか。以下では、日独の議論を踏まえたうえで、強盗罪における不作為構成の可能性およびその妥当性について、検討を行いたい。

IV 不作為構成による強盗罪の成否

1 保障人的地位および作為による法益侵害惹起との同価値性

東京高裁平成20年判決とBGH2003年判決は、「自ら作出した被害者の拘束状態を解消しない」という被告人の不作為的態度によっても、強

(45) 不作為構成の代表者である *Eser* も、このような場合には強盗罪は問題にならないと考えていた。*Eser* (o. FuBn. 1), S. 380. そして、BGH2003年判決後のBGH2006年3月21日第3刑事部判決(NStZ 2006, 508)においては、財物奪取以外の目的で暴行を加え、意識を失った被害者から貴重品を奪った事案について、「奪取の意思なく行われた暴行の効果がなお継続し、そして行為者がこれを利用したという状況だけでは、暴行を認めるために十分でない」として、強盗罪の成立が否定されている。

(46) *Wilfried Küper*, *Strafrecht Besonderer Teil Definitionen mit Erläuterungen*, 7., neu bearbeitete Auflage, 2008, S. 181.

盗罪が成立しうるとの判断を示した。このように、財物（または財産上の利益）の移転という結果惹起について暴行・脅迫といった特定的手段を要求する強盗罪を、不真正不作為犯によって実現することは可能かという問題は、不作為による詐欺罪の成否という問題を想起させるであろう⁽⁴⁷⁾。

ドイツにおいては、不作為による詐欺罪の成否と、強盗罪における不作為構成の可否については、目的的關係という主観的構成要件の視点⁽⁴⁸⁾、そして、作為による法益侵害惹起との同価値性の視点から論じられている点で、共通項を持つ⁽⁴⁹⁾。もっとも、前者の視点は、解釈論上、目的的關係という特殊な主観的構成要件を必要とするドイツ強盗罪に特有の議論であるから⁽⁵⁰⁾、わが国の議論との関係でより重要なのは、後者の視点である。

(47) 不作為による詐欺罪の成否の問題との関連を、早くから指摘していたものとして、酒井安行「暴行・脅迫後の財物奪取」阿部純二＝板倉宏＝内田文昭＝香川達夫＝川端博＝曾根威彦編『刑法基本講座（第5巻）財産犯論』108頁以下（法学書院、1993年）、町野・前掲註（5）156頁がある。

(48) ドイツ刑法の詐欺罪の目的を挙げる。ドイツ学説の少数説は、詐欺罪における、この「自己または第三者への利得目的」という主観的構成要件上、不作為による結果惹起は実現できないと主張するが、このような主張の根底には、目的的行為論者による不作為構造論があるとされる。ドイツにおける不作為による詐欺罪の成否をめぐる議論については、岩間康夫「不作為による詐欺罪について——態様等価値性の視点から——」愛媛法学会雑誌22巻3・4号127頁以下（1996年）を参照した。

なお、ドイツにおいても、不作為による詐欺罪は可能であるとするのが、判例・通説である。*Wessels/Hillenkamp* (o. Fußn. 10), Rdn. 530.

(49) 例えば、*Eva Graul* は、「行為者が保障人的義務に反して、任意的な強要行為の結果（抑圧効果）を除去しなかった場合は、奪取に役立つ目的的な暴行の使用が欠けている」として、不作為による詐欺罪の成立を否定するドイツ少数説と同様の論理により、強盗罪における不作為構成を批判する。*Eva Graul, Überfall in der Tiefgarage, Jura 2000, 205*. そして、BGH2003年判決以前のドイツ判例も、無抵抗状態に陥っている被害者から財物を取った（BGH1969年判決のような）事案などについて、この目的的關係が欠けるとして強盗罪はそもそも問題とされてはならず、詐欺罪とは対照的に、不作為構成という選択肢も考慮されてはいなかった。

(50) そして、故意を超過する内心的傾向としての目的は、不作為の場合においても存在しうることが一般に認められていることからすると、この問題はすでに克服されているとも指摘される。岩間・前掲註（48）134頁を参照。

以下では、作為による法益侵害惹起との同価値性という視点から、強盗罪における不作為構成の可否について検討してゆきたい。

(1) ドイツにおける不作為構成に対する *Harro Otto* らの批判

作為による法益侵害惹起との同価値性という視点の背景には、ドイツでは、不真正不作為犯の一般的な成立要件を定めるドイツ刑法13条における、いわゆる「相応条項 (Entsprechungsklausel)」の存在があることを指摘できる。すなわち、同条では、「当該不作為が法律上の構成要件の作為による実現に相応する」場合に限り、処罰されると規定されている。このこととの関係から、とりわけ詐欺罪のように、特定の法益侵害方法を要求している犯罪においては、保障人的地位に基づく作為義務違反に加えて、作為による法益侵害惹起との同価値性が問題とされており⁽⁵¹⁾、そのような問題意識は、*Harro Otto* の次のような主張にも表れている。

すなわち、*Eser* が主張し、それを支持する BGH2003 年判決によれば、不作為構成は、奪取の手段として使用されるべき暴行を、積極的な暴行状況 (Gewaltsituation) の惹起のみならず、行為者が先行する危険な行為に基づいて義務づけられている、暴行状況を解消しないことも含むとする。*Otto* は、これに批判を向ける。彼も、「たしかに、不作為による暴行自体は可能である」ということは認める。しかし、彼によれば、「それは、例えば、他人による身体的な拘束を阻止しなかった場合のように、不作為自体が、暴力の行使を義務に反して阻止しないものである場合」に限られるべきである。そうすると、このような不作為の暴行である「身体的に作用している拘束の不阻止 (Nichtinderung)」と、不作為構成のいう「暴行状況の非解消」、換言すれば、「身体的に作用している拘束をそのまま維持すること (Aufrechterhaltung)」とが、同視しうるか

(51) 岩間・前掲註(48)128頁、同「同価値性論」刑法雑誌36巻1号107頁以下(1996年)。

が問題となる。*Otto* は、強盗罪における暴行を「現実的かつ予期された反抗の抑圧のための身体的な拘束」と定義したうえで、次のように述べて、同視を否定する。すなわち、「暴行の使用により基礎付けられた状態を維持することは、間違いなく、被害者に対して拘束的な影響を与えこそする。しかし、その抑圧（Zwang）は、強盗罪において要求される、人に対する暴行と本質的に等しいものではない。抑圧状態（Zwangslage）を維持することは、被害者の反抗の抑圧に代わるものではない。反抗（Widerstand）は、（領得意思発生前に生じた——筆者注）抑圧状態の出現とともに、すでに乗り越えられてしまっている（überwunden）からである。」⁽⁵²⁾ と。

同様に、*Wilfried Küper* も、不作為構成を用いることによって、暴行の効果（抑圧効果）の単なる事後的な利用が、目的的な暴力の行使（抑圧の実行）と解釈し直され、それによって、これら二つの行為態様（Verhaltensform）の区別が無視されると批判したうえで、「行為者が、単に彼が積極的に実行した暴力の行使による抑圧効果——結果——を除去しないという場合には、消極的な暴行（すなわち不作為による暴行——筆者注）の使用が欠けて」おり、「行為者が、被害者の反抗をすでに封じているのなら、彼の不作為的態度は、もはや奪取に対する反抗の克服または阻止に役立たない」⁽⁵³⁾ として、*Otto* と同様の批判を展開している。

このように、*Otto* らは、不作為による暴行自体は可能であるとしつつも、不作為構成のいう抑圧状態の非解消は、強盗罪が要求する被害者の反抗抑圧としての暴行の不作為形態にはあたらないとしている。このような見解は、わが国においても、不作為構成に否定的な論者から主張されている⁽⁵⁴⁾。

(52) *Otto* (o. Fußn. 18), S. 364 f.

(53) *Küper* (o. Fußn. 46), S. 182 f.

(54) 例えば、町野朔教授は、友人が穴に落ちてねん挫するのを阻止しなかったときは、不作為による傷害であり、また、友人がやくざから脅されるのを止めなかったときには、不作為による脅迫であるとされ、「この意味で、不作為による傷害も、不作為による暴

もっとも、以上のような批判に対しては、再反論もなされている。それは、すでにⅢで見たように、被害者の反抗抑圧は、ドイツ判例・通説では要求されていないから、*Otto*による強盗罪の暴行の定義自体が、そもそも誤った前提に基づくというものである⁽⁵⁵⁾。

(2) 反抗抑圧後の不作為と保障人的地位

ドイツ刑法の強盗罪における暴行の定義はさて置き、わが国の同価値性論に目を向けよう。

例えば、不作為による詐欺罪の場合、わが国の判例・通説は、不作為による欺罔行為は可能であるとしているが、そこでは、真実を告げるという作為義務(告知義務)と、それを基礎付ける保障人的地位が認められる場合に、作為犯としての詐欺罪と同視しようとされている⁽⁵⁶⁾。このように、わが国においては、作為義務を基礎付ける保障人的地位の存在と、作為による法益侵害惹起との同価値性は、いわば表裏一体の関係にあるから⁽⁵⁷⁾、保障人的地位の存在が不真正不作為犯の成立にとって重要となる。

そして、不作為構成による強盗罪の場合には、同構成を支持する両国の学説によれば、保障人的地位は、危険な先行行為(*Ingerenz*)がその根拠となると考えられている⁽⁵⁸⁾。

行・脅迫も存在する」とされるが、「被害者に現に生じている意思抑圧状態を除去しないという行為者の不作為も暴行・脅迫であるということにしなければならないということなのではない」とされる。町野・前掲註(5)155頁以下。

(55) *Tonio Walter* は、*Otto*による「被害者の反抗抑圧」という暴行の定義について、その定義は本来主観的構成要件(目的的關係)にあたるものであり、*Otto*のように客観的構成要件に照準を合わせるのは不完全な定義であると批判する。*Tonio Walter, Raubgewalt durch Unterlassen?*, *NStZ* 2005, 242.

(56) 山口・前掲註(5)252頁。

(57) したがって、保障人的地位の他に、作為による結果惹起との同価値性という独立の要件は不要であると理解されている。古田佑紀「不真正不作為犯——殺人罪及び放火罪に関する判例の動向を中心に——」河上和雄編『刑事判例の流れ』81頁(立花書房、1982年)。

もつとも、上で見た日独両国の判決は、行為者の不作為的態度には言及しつつも、錠を開ける・緊縛状態を解くといった作為義務を基礎付ける保障人的地位が、具体的に何から生じるのかということについては、いずれも明言を避けている。このことは、とりわけ、BGH2003年判決が、行為者自身が惹起した違法な自由侵害状態を維持するという態度が、「積極的な作為による暴力の行使と、あるいはまた、危険な先行行為から推論される行為者の保障人的義務の場合における不作為による暴力の行使と見なされうるか否かということ、ここでは決着を要しない」として、同価値性の判断を回避していることから、窺える。

たしかに、わが国の学説における不作為犯論においても、先行行為のみから作為義務を基礎付けることは、とくに慎重であるべきとの指摘がある⁽⁵⁹⁾。

それはまた、いわゆる「轢き逃げ」の事案において、不作為による殺人罪を肯定した数少ない下級審裁判例⁽⁶⁰⁾や、轢き逃げの事案ではないものの、近時、不作為による殺人罪を肯定した最高裁平成17年7月4日決定⁽⁶¹⁾が、先行行為の存在から直ちに保障人的地位（作為義務）を導くのではなく、結果発生に向けられた因果経過の排他的支配や、被害者の保護の引き受け・依存関係の存在といった事情をも考慮したうえ

(58) *Eser* (o. Fußn. 1), S. 377, 380 f; *Schünemann* (o. Fußn. 2), S. 353; *Herdegen* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 16; *Baier* (o. Fußn. 8), S. 432; また、*Jan C. Joerden*, „Mieterrücken“ im Hotel-BGHSt 32, 88, JuS 1985, 26; *Küper* (o. Fußn. 46), S. 182; *Graul* (o. Fußn. 49), S. 205 も参照。わが国では、不作為構成の代表的支持者であった藤木英雄博士が同様に主張されていた。団藤重光編『注釈刑法（6）各則（4）§§ 235～264』〔藤木英雄〕95頁（有斐閣、1966年）。

(59) 酒井・前掲註（47）109頁。

(60) 東京地判昭和40年9月30日下刑集7巻9号1828頁、前橋地高崎支判昭和46年9月17日判時646号105頁では、重傷を負った被害者を単に放置するといった既存状態の放置という行為者の不作為的態度だけではなく、被害者の救命可能性（結果回避可能性）、結果を回避するための作為（病院へ搬送し治療を受けさせることなど）の容易性、そして、交通事故の犯跡を隠蔽するため被害者を自動車に乗せるなどの、結果発生に向けられた因果経過の排他的支配といった事情が、作為義務の有無の判断において考慮されている。

(61) 刑集59巻6号403頁。

で、保障人的地位(作為義務)を限定的に認めていることから看取しうる⁽⁶²⁾。

東京高裁平成20年判決の事案においても、まず、被害者が先行の暴行により失神し、あるいはまた、死亡してはいないことから、行為者は被害者の反抗抑圧状態を除去でき、また、そのような状況下での財物の取得が可能であるから、強盗罪の結果回避可能性はある。また、被害者の反抗抑圧状態をもたらしめている緊縛状態を解消することも、不作為者である被告人に取り立てて困難なことを要求するものではないので、作為容易性も肯定できるであろう。そして、被害者の反抗抑圧状態は、被告人自らが作出したものであり、しかも彼のみが犯行現場に存在している限りいつでも反抗抑圧状態を解消できるのだから、そこに排他的支配を見出すこともできるであろう。そうすると、被告人には、先行行為に基づく保障人的地位(作為義務)を肯定できるようにも思える。

それでは、作為義務に反して、被害者の緊縛状態を解消せずに携帯電話と下着を奪った被告人には、不作為の暴行による強盗罪の成立を認めてよいのであろうか。

2 強盗罪に特有の議論

しかし、財産罪の中でもとくに法定刑が重い強盗罪の性質に立ち戻ると、不作為構成により強盗罪の成立を認めることは、やはり、妥当ではないと思われる。

強盗罪の重罪としての性質を考えると、第一に着目すべきなのは、すでに指摘されているところではあるが、暴行・脅迫という人身に対する行為が、財物奪取の手段とされていることである。つまり、暴行・脅迫が財物取得のための障害を乗り越える手段としてなされるとき、それは苛烈なものとなりがちであり、時として殺害をも含んだ人身に高度な

(62) 学説においても、同様である。堀内捷三『不作為犯論』256頁(青林書院新社、1978年)、山中敬一『刑法総論[第2版]』232頁(成文堂、2008年)など。

危険を及ぼす点に、求められなければならない⁽⁶³⁾。このような理解を前提とすると、強盗罪における財物奪取のための手段としての暴行・脅迫は、ある程度の強度を備えたもの、すなわち、被害者の反抗を抑圧するに足る程度の暴行・脅迫が必要とされることになるであろう⁽⁶⁴⁾。

もっとも、単に、財物奪取を目的とした、被害者の反抗を抑圧する暴行・脅迫が用いられただけでは足りず、それが「強取」といえるためには、暴行・脅迫によって現実に被害者の反抗が抑圧され、財物奪取に対する障害を行為者自らが克服したといえなければならない⁽⁶⁵⁾。つまり、暴行・脅迫が、財物の取得を因果的に促進したこと、暴行・脅迫と奪取との間に、客観的因果関係が必要とされるということである。そして、この暴行・脅迫による被害者の反抗抑圧の現実的惹起と、行為者自らによる財物取得のための障害の克服という中間結果惹起とが、強盗罪の重罪としての性質を基礎付けている、第二の要素といえる⁽⁶⁶⁾。

加えて、強盗既遂罪の成立を認めるためには、以上で示した重罪とし

(63) 伊藤渉「強盗罪」法教 292 号 84 頁（2005 年）。大判大正 3 年 6 月 24 日刑録 20 輯 1333 頁は、窮極的な反抗抑圧手段として、殺害も含まれるとしている。また、すでに見たように、ドイツ刑法においても、強盗罪が重罪とされる根拠は、「人に対する」暴行・脅迫が、財物奪取のための手段とされていることに求められていた。

(64) このような解釈は、強盗罪の拡張類型（事後強盗罪・昏睡強盗罪）には、準強制わいせつ・準強姦罪とは異なり、被害者の反抗抑圧・克服が存在しえないといわれる被害者の抗拒不能に乗じた場合が除外されていることから、裏付けられる。

(65) 強盗罪における暴行・脅迫について、現実に被害者の反抗抑圧状態を要求する見解として、中森喜彦『刑法各論〔第 2 版〕』129 頁（有斐閣、1996 年）、山中・前掲註（62）277 頁。

(66) したがって、客観的に被害者の反抗を抑圧する暴行・脅迫を加えたが、被害者が現実には反抗を抑圧されず財物を交付した場合や、憐憫の情から交付した場合には、暴行・脅迫と奪取との客観的因果関係がなく（とりわけ、行為者自らが財物奪取に対する障害を克服したとはいえないであろう）、強盗既遂罪は成立しない。しかし、判例は、このような場合であっても、強盗既遂罪の成立を認めている（前掲最高裁昭和 24 年判決を参照）。また、金品を奪う目的で被害者を脅迫したところ、畏怖した被害者が落とした財物を取得した場合も、強盗既遂ではなく、強盗未遂罪が成立するにすぎない。これも、①の要素は充たされるが、②の要素（とりわけ財物奪取に対する障害の克服）が欠けるためである（名古屋高判昭和 30 年 5 月 4 日刑裁特 2 卷 11 号 501 頁）。

ての性質を基礎づける二つの要素、すなわち、①暴行・脅迫における被害者の反抗抑圧という強度の手段性(暴行・脅迫の形式的要件)と、②暴行・脅迫による被害者の反抗抑圧の現実的惹起、および、行為者自身による財物取得に対する障害の克服(暴行・脅迫の実質的要件)という各要素が、奪取の故意で裏付けられていなければならない。

そして、①と②の各要素が、第一に意義を持ちうるのは、暴行・脅迫を財物取得の手段とする点で共通している、恐喝罪と強盗罪との区別という場面である。両罪は、財物の移転が被害者の意思に基づくか否かという点で異なっているといえるが、ここでいう「被害者の意思」とは、財物の移転に関係するものであり、財物(あるいは財産上の利益)の占有意思を意味する。恐喝罪は、財物の移転に被害者の(瑕疵ある)意思が介在しているから、行為者の暴行・脅迫によって、財物占有の意思を被害者自らによって放棄させるものである。つまり、財物取得の手段としての暴行・脅迫は、被害者の意思を完全に制圧するものではなく、①の要素は充たさないことになる。また、瑕疵ある意思に基づくとはいえ、被害者自らが財物を交付していることから、行為者自らが財物取得に対する障害を克服したと評価できず、②の要素も充たさないのである。

一方、強盗罪は、財物(または財産上の利益)の移転が、窃盗罪と同様に被害者の意思に反することが特徴であるから、財物取得の手段である暴行・脅迫によって、被害者における財物(または財産上の利益)の占有意思を制圧することが必要となる。つまり、強盗罪における暴行・脅迫が「被害者の反抗を抑圧する」ものであるということは、財物の取得に対する被害者の物理的な抵抗を封じるといふ、態様の客観的程度だけではなく、被害者における財物等に対する占有確保意思という心理にも抑圧作用を及ぼさなければならない⁽⁶⁷⁾。そして、そのような被害者

(67) 町野・前掲註(5)155頁以下も、「強盗罪における暴行・脅迫は相手方の心理に影響を与えてその意思を制圧する結果を生じさせることである」とする。

の意思の制圧が必要とされることとの表裏の関係として、恐喝罪とは異なり、財物（または財産上の利益）の移転に被害者の意思が介在せず、財物等の取得に対する障害を、行為者自らが克服したことになるのである。

もっとも、すでに見たように、わが国の判例は、①の要素のみを満たせば強盗既遂罪の成立を認め、②の要素まで充たされることは、必要としてはいない⁽⁶⁸⁾。このような判例の理解からは、実質的には、強盗罪の重罪としての性質について、暴行・脅迫という強要手段と奪取との間の客観的因果関係を不要とする、ドイツ判例・通説と同じ立場を示すものと評価できるかもしれない。

そして、このような①および②の各要件は、財物奪取以外の目的による暴行後に新たに不法領得の意思が生じた場合において、強盗罪が成立するか、あるいはまた、窃盗罪が成立するにすぎないかを判断するにあっても、重要な意義を持つといえるであろう。

例えば、すでにⅡで見たように、わが国の判例は、財物奪取以外の目的での暴行によって意識を失った被害者や、死亡した被害者から財物を奪った場合には強盗罪の成立を否定するが、ここでは被害者がすでに意識を失うなどして無抵抗状態に陥っていることから、奪取の故意が生じた後、暴行・脅迫によって制圧できる被害者の意思も、行為者が自ら克服すべき財物取得に対する障害も存在しえない。つまり、奪取の故意と同時に存在すべき、①と②の要件を、充たすことは不可能なのである。一方、強姦等の目的から暴行・脅迫を加えた後、奪取の意思を生じて財物を奪った場合、多くの裁判例においては強盗罪の成立が認められてきたが、このような場合においても、被害者について「極度の畏怖状態」であることがしばしば認定されていることからすると、被害者の意思は

(68) 最判昭和23年11月18日刑集2巻12号1614頁は、被害者において、「その精神及び身体を完全に制圧されることを必要としない」とする。また、前掲最高裁昭和24年判決も参照。

すでに制圧され、抵抗が困難な状態であるとして、財物取得に対する障害も存在しないと評価できそうである。

もっとも、一部の裁判例では、先行する強姦目的での暴行・脅迫が、被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであったことを理由に、被害者が犯人の退去を願って差し出した金品を受領したというだけでも強盗罪の成立が認められているから⁽⁶⁹⁾、強盗罪の成否を考慮するにあたって、奪取の意思が生じた後に①および②の要件が充たされることは、必ずしも要求されてはいないことになる。たしかに、財物奪取のための新たな暴行・脅迫は不要であるとする擬制説を採用するならば、このような要件の充足も不要であろう。

しかし、(財物奪取以外の目的による)暴行後に不法領得の意思が生じた場合において強盗罪の成立を認めるためには、奪取の故意が生じた後に、その故意に対応する新たな暴行・脅迫が必要であるとする必要説を前提とし、通常の強盗罪の成否におけるのと同様に、①および②の要件は、やはり充たされなければならない。ただ、先行の(財物奪取以外の目的による)暴行・脅迫により極度の畏怖状態にある被害者に対しては、新たな暴行・脅迫が被害者の意思を制圧する程度も、また、行為者が克服すべき財物取得に対する障害も、当然低いものとなるであろう。したがって、このような場合に、通常の強盗罪におけるよりも、①および、(財物取得に対する障害の克服も含めた)②の要件が緩和されるという一部の裁判例⁽⁷⁰⁾および学説の論理は、理解しうる。

問題は、東京高裁平成20年判決の事案のように、緊縛された被害者から、その拘束を解かず財物を取得した場合に、不作為構成によって①および②の要素が充たされたとして、強盗罪の成立が認められるか

(69) 東京高判昭和37年8月30日高刑集15巻6号488頁。

(70) このような要件の緩和を認める裁判例として、すでに見たように、旭川地判昭和36年10月14日下刑集3巻9=10号936頁、東京高判昭和48年3月26日高刑集26巻1号85頁、大阪高判平成元年3月3日判タ712号248頁。いずれも、先行の暴行が喧嘩などの目的の場合である。

ある。

この点、たしかに、新たな暴行・脅迫が、財物取得のための被害者の反抗抑圧状態の新たな惹起までは要せず、継続・維持で足りるとする従来の下級審判例の立場によれば、緊縛状態の非解消という行為者の不作為的態度にも、反抗抑圧状態の維持効果は認められるとも考えられる⁽⁷¹⁾。その限りでは、強姦された被害者から財物を取得する場合と同様に、①の要件が緩和されたうえで充足されるという解釈も、理解できないではない。しかしながら、緊縛状態の非解消という不作為的態度に、反抗抑圧状態を維持する手段性（効果）が認められるとしても、それは財物取得に対する障害を克服するものであるとまではいえない。つまり、ここでは、緊縛状態の非解消という行為者の不作為的態度に「よって」、財物取得に対する障害を自ら克服したという中間結果惹起が欠けており、②の要件を充たすことができないのである。

3 当罰性の均衡論という視点

ところで、東京高裁平成20年判決は、「例えば、緊縛状態がなく、強制わいせつ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、新たな言動がなされた場合と異ならないと主張する。結局のところ、不作為構成が強盗罪の成立を肯定する実質的な論拠というのは、当罰性の均衡論にあるのであろう⁽⁷²⁾。それはまた、Eserの次のような主張からも看

(71) 被害者の反抗抑圧状態を解消しないという行為者の不作為的態度には、反抗抑圧状態の維持効果も認められないとする見解として、伊藤・前掲注（63）84頁、門田成人「判批」法セ650号127頁（2009年）。

(72) 酒井・前掲注（47）109頁以下は、擬制説にせよ不作為構成にせよ、「立論の根拠に『均衡』論を置くことが多い」と指摘する。ここでいう「均衡」とは、事後強盗罪のよ

取することができる。すなわち、彼は、「性的な目的から抱きついた女性を瞬時に解放したが、金の腕時計が光るのを見た後、直ちに彼女を再度捕まえたというような強盗は処罰されるが、彼によって拘束された被害者がネックレスを身につけているのを発見し、拘束の解除によって逃走の機会を与える代わりに、奪取の機会として利用した者が(強盗罪として)処罰されないというのは、まさしく奇怪である」⁽⁷³⁾と主張した。彼の不作為構成は、このような不均衡を埋め合わせる試みでもあったのである。

しかしながら、こうした観点からの処罰の均衡を強調することには疑問がある。例えば、先に見たように、被害者を殺害した後に領得意思を生じて財物を取る場合には、極めて悪質であるが、その場合には強盗罪は成立しない。こうした当罰性のみを強調することは、財産罪の中でも重罪とされる強盗罪の独自性を失わせることになり、適切でない。酒井安行教授が適切に指摘されておられるように、「緊縛状態を解消しない」という不作為的態度を、財物取得のための手段である暴行の不作為形態とすることは、「抑圧状態が行為者の行為により終了しうる可能性があるだけで、直ちにこれを暴行・脅迫の存在へと独立させるものであり」⁽⁷⁴⁾、財物奪取の手段として、被害者の反抗抑圧の現実的惹起・財物取得に対する障害の克服という、とくに強度の暴行を必要とする強盗罪の特徴を消し去り、ひいてはその重罰根拠を曖昧なものにするおそれがある。

さらに、不作為構成を批判する見解からは、しばしば、不作為構成は、強盗罪の成立要件である暴行・脅迫自体の継続と、単なる反抗抑圧状態の継続との区別を曖昧なものにし、事実上失わせてしまう恐れがあ

うな場合と、暴行後に不法領得の意思が生じた場合との関係におけるものを指し、後者の場合には、前者よりも、暴行・脅迫と奪取との関係がより密接であるという。また、曾根威彦『刑法各論の重要問題〔各論〕第2版〕170頁(成文堂、1995年)も参照。

(73) Eser (o. Fußn. 1), S. 379.

(74) 酒井・前掲註(47)109頁。

るとの指摘がなされる⁽⁷⁵⁾。

そして、このような指摘は、まさに、東京高裁平成20年判決に妥当するのではないだろうか。東京高裁の認定によれば、被告人はわいせつ行為を行っている途中で被害者の携帯電話に着信があったことから、携帯電話に気づきそれをポケットに入れており、実際には、携帯電話を奪った時点で暴行自体が継続していたともいえ、BGH1964年判決のように、先行する暴行自体の継続を理由に、強盗罪の成立を認めることも可能であったように思われる。他方、下着を奪った行為については、すでに犯行現場から離脱しつつある状況下で下着を発見し、持ち去ったということからすると、被害者の拘束状態を単に利用したにすぎない。つまり、本来、強盗を認めうるのは前者だけなのである。しかし、同判決は、いずれの財物取得行為も、「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」として、強盗罪を認めている。ここにおいては、不作為構成を通じて、上で述べたような区別が軽視されているように思われるのである。

以上のことから、不作為構成による強盗罪の成立を認めることは、強盗罪の重罪性の根拠を潜脱するものであり、妥当ではないと思われる。

V 結 び

東京高裁平成20年判決は、新たな暴行・脅迫必要説に立ちつつも、緊縛状態の継続を実質的な暴行・脅迫の継続であると評価し、強盗罪の成立を認めた。財物取得のための「新たな」暴行・脅迫がなされなくとも、先行の暴行・脅迫の継続で足りるとする点は、従来の裁判例にはない新たな判断を示したものと見え、この点は、BGH1964年判決と軌を一にする判断であるといえる。東京高裁がこのような判断を示した背景

(75) 酒井・前掲註(47)109頁。

には、「緊縛状態の継続は、それ自体は、厳密には暴行・脅迫にはあたらないとしても、逮捕監禁にはあたりうる」と述べているように、逮捕・監禁行為にも、「有形力の行使」という暴行的要素が含まれていることを暗黙の前提としていることがあるのかもしれない。

また、東京高裁は、保障人的地位(作為義務)に何ら言及するものではないが、先行の暴行による反抗抑圧状態の非解消という、従来の裁判例には見られなかった行為者の不作為の態度に言及した点は、不作為による詐欺罪の問題とは対照的に、従来それほど議論されてはこなかった強盗罪における不作為構成を再検討する契機となった。

そして、その不作為構成は、日独両国において、暴行・脅迫後の不法領得の意思の問題における、新たな暴行・脅迫必要説を緩和する理論として登場したものであった。もっとも、ここで、「新たな暴行・脅迫必要説を緩和する」ということが意味する具体的内容については、日独に若干のニュアンスの相違がある。

すなわち、ドイツにおいては、主として、強盗罪の重罰根拠として重視されている目的的關係という主観的構成要件から生じる制約(財物取得手段としての強要行為の存在時と、不法領得の意思・目的的關係の存在時の一致)につき、目的的關係が不作為によっても満たされるという意味での拡張を意味する⁽⁷⁶⁾。Ⅲにおいて見たように、BGH判例においては、1960年代までは、畏怖した被害者から財物を取る場合など、先行の(財物奪取以外の目的による)暴行の効果が継続しているにすぎない事案については、財物取得手段としての強要行為と財物奪取との間の目的的關係が欠けることを理由に、強盗罪の成立を否定していた(例えば、

(76) Joerdenは、「義務に反する不作為においても、なお249条の意味の暴力の行使を認めるのなら、奪取の故意がこのような暴力の行使と同時に抱かれたのではなく、暴力の行使の後にはじめて抱かれたということは、重要ではない。つまり、249条の適用にとって、邪魔になるものは何もないことになる。(傍点筆者)」と述べ、「(一見すると)事後的な奪取の故意を同時期のものとする」不作為構成を批判している。Joerden (o. Fußn. 58), S. 88.

BGH1969年判決など）。しかし、BGH2003年判決は、被害者の（先行の暴行による）拘束状態を解消せずに財物を取得した場合であっても、不作為による暴行と奪取との間の目的的關係は欠けることはなく、また、事後的に奪取の故意が生じたとしても、行為者の不行為の態度を財物奪取の手段とする強盗罪が成立することを認めた点で、財物取得のための新たな暴行・脅迫の要件と、目的的關係から生じる上記制約を緩和したのである。

むろん、わが国の強盗罪においては、ドイツの強盗罪におけるような、特別な主観的構成要件要素は要求されていないが、下級審裁判例の中には、窃盗罪か強盗罪かを判断するにあたりドイツ判例・通説のように、主観的要件が重視されているようにも見えるものが存在する。例えば、失神した被害者から無言で財物を取った事案について強盗罪の成立を否定した高松高裁昭和34年2月11日判決⁽⁷⁷⁾は、強盗罪が成立しない理由として、「畏怖状態を利用する意思もないし又これに乗じたわけでもない」から、このような場合を財物奪取のために暴行・脅迫を用いた場合とは同視できないとしている。このような場合において強盗罪が成立しえないと理解されるのは、失神した被害者に対する暴行・脅迫が無意味であり、不要であるという客観的事情によるべきであると思われるが⁽⁷⁸⁾、ここでは、実質的には、被害者の反抗抑圧状態を「財物奪取のために利用する意思」といった、ドイツ強盗罪における目的的關係のような、行為者の主観的態度をも考慮に入れているように思われるのである⁽⁷⁹⁾。

しかし、そうであるとしても、わが国の多数説は、それに加えて、先

(77) 高刑集12巻1号28頁。

(78) 札幌高判平成7年6月29日判時1551号142頁も、被害者が失神したと行為者が誤信した事案について、強盗罪が成立しない理由として、強盗の故意がないことと、このような客観的事情を指摘する。

(79) もっとも、このような目的的關係という事情は、故意に解消しうるものであるように思われる。

に見たように、客観的に被害者の反抗を抑圧するに足る暴行・脅迫であることを要求していた。そして、「新たな暴行・脅迫必要説を緩和する」ということは、財物取得のために必要とされる、新たな暴行・脅迫の客観的な行為態様の程度を緩和することを意味する。そして、東京高裁平成20年判決は、そのような流れの中で、新たな暴行が不作為でも足りるとしたのである。

しかし、そこまでゆくのはやはり適切でない。先に見たように、反抗抑圧状態の非解消という不作為的態度では、先行の暴行による反抗抑圧状態を維持する効果を認めることはできても、それは、財物取得に対する障害を克服するものではなく、財物奪取に動機付けられた被害者の身体の安全や自由、そして、財産を危険にさらすような暴行・脅迫とはいえないからである。したがって、東京高裁平成20年判決のように、緊縛状態を解消しないという行為者の不作為的態度によって強盗罪の成立を認めるのなら、それは、強盗罪における「強取」という要件について、被害者の反抗抑圧の現実的惹起、および、財物取得に対する障害の克服という客観的要件ではなく、反抗抑圧状態の利用意思といった主観的要件を過度に重視することにもなりかねず、妥当でない。というのも、緊縛状態の非解消という行為者の不作為的態度に、反抗抑圧状態の継続・維持効果が認められるものの、それは財物取得に対する障害の克服に寄与するものではないとすると、強取としての特徴を基礎付ける要素として残されるのは、BGH2003年判決が述べるような、「被害者の無抵抗を奪取に利用するために、違法な状態を維持することを望む」という、被害者の主観的な態度だけであるように思われるからである。不作為構成は、単に先行行為の存在によって、被害者を他の目的から拘束し、その後奪取の可能性を認識した行為者について、結局は、事後の故意をもって窃盗から強盗を作り上げることにほかならないように思われる⁽⁸⁰⁾。

さて、以上において暴行後の不法領得の意思をめぐる問題について検

討した本稿の見解を、整理しておきたい。

強盗罪の重罪としての性質を、①暴行・脅迫における被害者の反抗抑圧という強度の手段性、そして、②そのような暴行・脅迫による被害者における反抗抑圧の現実的惹起と、行為者自らによる財物取得のための障害の克服に見出し、そして、このような暴行・脅迫という強要行為と奪取との間には客観的因果関係が存在しなければならないことを重視する本稿の立場からは、暴行後、新たに不法領得の意思が生じて財物を取得した場合については、わが国の通説、そして、多くの下級審裁判例と同様、新たな暴行・脅迫必要説が支持されることが前提となる。

そして、被害者が先行の（財物取得が目的ではない）暴行・脅迫により、すでに（意思の抑圧も含めた）反抗抑圧状態に陥っている場合には、財物取得のために必要とされる新たな暴行・脅迫の客観的態様（①の要件）も、財物取得に対する障害（②の要件）も、必然的に低いものになるから、この場合には、新たな暴行・脅迫は、通常**の**強盗罪の場合とは異なり、被害者の反抗抑圧状態を維持・継続しうる程度のもので足りる。ここには、東京高裁平成20年判決における携帯電話を奪った行為や、BGH1964年判決のように、強制わいせつ行為の最中に不法領得の意思を生じて財物を取得した場合など、先行の暴行自体が継続している場合も含まれる。

もっとも、新たな暴行・脅迫によって、反抗抑圧状態を維持・継続することによって、（かなり低い程度のものとなっているとしても）財物取得に対する障害を克服したと評価できなければならないから、反抗抑圧状態を解消しないとといった不作為的態度（障害克服に対する消極的態度ともいいうる）によっては、障害の克服の契機を見出すことができず、財物

(80) *Joecks* (o. Fußn. 2), § 249 Rdn. 30; *Walter* (o. Fußn. 55), S. 240. また、酒井・前掲註(47) 110頁は、擬制説にせよ不作為構成にせよ、暴行後の不法領得の意思の場合に強盗罪の成立を認めることは、「問題の対象を故意が生ずる前の行為にまで広げるという『全体的』考察論」であると批判する。

取得のための新たな暴行・脅迫がなされたとはいえない。

したがって、このような理解によれば、(非常に反抗抑圧状態の程度が高いといえる)緊縛された被害者から財物を取った場合において強盗罪の成立が認められるのは、財物取得を確実にするために、念のために拘束を強化し、あるいはまた、金品の所在を問うなど、積極的な作為が存在すると見うる場合に限られることになる⁽⁸¹⁾。

最後に、BGH2003年判決が示した時間的・場所的近接性という基準について検討しておきたい。

Ⅲにおいて見たように、BGHは、同種の事案を扱ったBGH1983年判決では窃盗罪を認める判断を示し、BGH2003年判決では、*Eser*の不作為構成的な理解に基づいて、強盗罪の成立を認める判断を示した。その際、強盗罪の成否を分けたのは、強要行為と奪取行為との時間的・場所的近接性という事実関係であった。

そして、わが国においても、藤木博士が、「被害者が意識喪失その他完全に抵抗不能の状態に陥る程度の暴行・脅迫を加えた直後現場を離脱するまでに財物領得の犯意を生じたときは、単なる出来心から容易に盗取しうる状態にある被害者の所持金品を持ち去る行為であつても、自己の先行行為により招致された状態を奇貨としてするものとみるべきであつて、強盗罪の成立を認めるのが妥当であろう」と述べられ、不作為構成の適用を限定するファクターとして、「暴行・脅迫の直後」そして「現場を離脱するまで」といった時間的・場所的近接性を考慮されていた⁽⁸²⁾。

この時間的・場所的近接性という基準は、強盗罪の拡張類型である事後強盗罪における窃盗行為と後の暴行・脅迫との客観的関連性という問題を連想させる。東京高裁平成20年判決は、時間的・場所的近接性に

(81) 酒井・前掲註(47)110頁。

(82) 藤木・前掲註(54)96頁。また、同『刑法演習講座』219頁(立花書房、1966年)も参照。

ついて何ら言及するものではないが、「被害者の緊縛状態に乗じて」と述べている点は、暴行と奪取との時間的な近接性を暗に前提としていると理解することもできる。不作為構成を前提にするときには、これらは処罰範囲限定の試みとして理解できるところではある。

しかし、すでに述べたように、単なる被害者の反抗抑圧状態に乗じて財物を奪うだけでは「強取」とはいえないという前提に立てば、このような基準を持ち出すことは、無意味である。そして、このような基準は、結局のところ、強盗罪を単なる暴行・脅迫の機会における財物奪取としかねないこととなり、妥当ではないであろう⁽⁸³⁾。

（本学法学研究科特別研究員）

(83) 江藤孝「強姦の目的で暴行・脅迫を加え姦淫した後に、財物奪取の意思を生じ、反抗不能の相手方から財物を奪取した場合と強盗罪の成否」判例時報 1585 号 233 頁（1997 年）、上田健二「暴行後の領得意思」『刑法判例百選Ⅱ各論』別冊ジュリスト 58 号 161 頁（有斐閣、1978 年）。