
種 別： 論説

タイトル： 強盗罪における不作為構成（1）

著 者： 富高 彩

所 収： 『上智法学論集』第 54 卷 2 号（平成 22 年 12 月）87-114 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 (1)

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、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
 - 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

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

窃盗罪の構成要件が、財物取得について、単に「他人の財物を窃取した」と簡潔に定めているにすぎないのに対し、強盗罪の構成要件では、「暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した」として、その手段がより具体的に定められている。そして、暴行とは、「有形力の行使」、脅迫とは「害悪の告知」とであるとされ、とりわけ本罪において財物奪取の手段とされる暴行・脅迫の程度は、被害者の反抗を抑圧するに足る強度のものを要するとされている(判例・通説)⁽¹⁾。

1965年、*Albin Eser* は、「強盗罪における暴行と奪取の関係について」と題する論文において、不真正不作為犯における原理を援用することによって、「義務に反する暴行状況の非終了(Nichtbeendigung)」、すなわち、不作為の暴行による強盗罪が成立する可能性を示唆した⁽²⁾(以下、不真正不作為犯の形態による強盗罪を認める見解を「不作為構成」とする)。この論文は、強制わいせつ目的で被害者に暴行を加えた後、新たに不法領得の意思を生じて被害者から腕時計を奪った事案につき強盗罪の成立を認めた連邦通常裁判所(以下、BGHとする)判決⁽³⁾を受けて公表されたものである。

-
- (1) 最判昭和24年2月8日刑集3巻2号75頁、西田典之『刑法各論〔第5版〕』165頁(弘文堂、2010年)、山口厚『刑法各論〔第2版〕』217頁(有斐閣、2010年)、林幹人『刑法各論〔第2版〕』205頁(東京大学出版会、2007年)など。
 - (2) *Albin Eser, Zum Verhältnis von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub*, NJW 1965, 377. また、この論文を紹介したものとして、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』626頁(大学書房、1975年)がある。
 - (3) このBGH1964年9月15日第1刑事部判決については、本稿Ⅲを参照。

ドイツにおいて *Eser* がこのような見解を主張したころ、わが国においても、藤木英雄博士が、いちはやく同様の見解を主張されていた⁽⁴⁾。そして、判例では、それ以前から、同種の事案について強盗罪の成否を検討するにあたり、「犯行現場からの不退去」という行為者の不作為的態度が考慮されていた⁽⁵⁾。もっとも、そこで考慮されていた事情は、*Eser* がいうところの「義務に反する暴行状況の非終了」というような、不真正不作為犯の成立にとって必要な作為義務と関連付けられたものではなかった。それはむしろ、財物取得時の被害者の畏怖状態といった、反抗抑圧状態の継続を判断するために考慮されていたにすぎないという。すなわち、財物取得時においてもなお被害者において反抗抑圧状態が継続していれば、そのような状態の被害者からの財物取得行為は、「被害者の畏怖状態を利用した」、あるいはまた、「被害者の畏怖状態に乗じた」財物の取得であるとして、強盗罪における「強取」と同視できるとするためであった。

その後、行為者自らが作出した「被害者の反抗抑圧状態の不解消」という不作為犯を基礎付けるのに類似した事情を考慮する裁判例が登場する。これは、従来判例とは力点が異なり、むしろ *Eser* 説などと通定するといえる。しかし、それは、さらに年月を経た後の話である⁽⁶⁾。

では、このような議論が登場したのは、なぜか。それは、実は、強盗罪の構成要件の特徴ゆえである。すなわち、次に示すような、強度の暴行・脅迫が財物奪取の手段と定められていることから導かれる、強盗罪

-
- (4) 藤木英雄博士が、不作為構成によって強盗罪の成立を認める見解を示されたのは、*Eser* の論文が公表された1年後の1966年のことである（藤木英雄『刑法演習講座』218頁以下〔立花書房、1966年〕。また、団藤重光篇『注釈刑法（6）各則（4）§ 235～264』95頁以下〔藤木英雄〕〔有斐閣、1966年〕も参照。）。なお、同時期には、不作為構成と同様に財物奪取のための新たな暴行・脅迫を不要とする結論を採る「擬制説」（同見解については、本稿Ⅱを参照）が主張されていたことも興味深い。
- (5) 大判昭和19年11月24日刑集（大審院）23巻252頁など。これらの裁判例については、本稿Ⅱで概観する。
- (6) その裁判例とは、本稿で後に取り上げる東京高裁平成20年3月19日判決である。

の罪質、および、理論上の問題と密接に関係しているのである。

まず、本罪の罪質としては、周知のとおり領得罪としての利欲犯的な性質だけではなく、財物奪取の手段として強度の暴行・脅迫が用いられることにより、被害者の生命・身体・自由といった重大な法益を侵害する人身犯罪としての性質をも併せ持つ、ということである。このことは、数ある財産罪において、本罪の法定刑がとりわけ重いということにも反映しているといえるであろう。そして、このような罪質が、暴行・脅迫行為と財物奪取との間の因果関係、あるいはまた、暴行・脅迫行為の存在と不法領得の意思（および強取の故意）の存在との時間的關係という理論上の問題に影響するのである。これらは、具体的には、「強取」という構成要件に関わる問題であるが、とりわけ後者の点については、暴行・脅迫が財物奪取の手段とされていることから、理論的には、暴行・脅迫行為の存在時と不法領得の意思（および故意）の存在時は、原則として一致するといえる⁽⁷⁾。しかし、わが国の判例においては、強姦や傷害など、財物奪取以外の目的による暴行・脅迫後に、初めて不法領得の意思が生じて財物を奪取した場合のように、暴行・脅迫行為の存在時と不法領得の意思の存在時とが一致しない場合においても、強盗罪の成否が問題とされてきた。不作為構成が問題とされてきたのも、まさに、この場面においてである。不作為構成は、暴行・脅迫の存在時と不法領得の意思の存在時との間に、時間的な齟齬が生じている場合（具体的には、財物奪取以外の目的による暴行・脅迫後に、初めて不法領得の意思が生じた場合）においても、なお、そのような（財物奪取のための）暴行・脅迫の存在を肯定するための理論構成として、主張されたのであった。

(7) 通説である。例えば、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）は、「強盗は暴行・脅迫を手段として財産を奪取する罪であり、暴行・脅迫に着手した時点で未遂が成立」し、「不法領得の意思や故意といった主観的事情はこの時点で備わっていなければならない」とする。

2 東京高裁平成 20 年 3 月 19 日判決

そして、近時わが国においても、東京高裁平成 20 年 3 月 19 日判決（以下、本判決とする）⁽⁸⁾ が、不作為構成を示唆するような興味深い判断を示している。事案は、次のようなものであった。

被告人は、絵画の購入を通じて知った被害者に対して性的ないたづらをする目的で、カメラやマスクを携えて被害者宅に侵入し、帰宅した被害者に対して、逃げないように部屋に押し込み、さらに逃げようとする被害者の顔面を数回殴打した。その後、被告人は、被害者の顔面にガムテープを、上半身に布団を掛けて目隠しをし、さらに両手を後ろ手に縛って身動きが困難な状態にしたうえで、わいせつ行為を行った。被告人の上記暴行により、被害者は加療 4 週間を要する見込みの鼻骨骨折等の傷害を負った。被告人は、わいせつ行為の最中、着信音がした被害者の携帯電話をポケット等に入れ、さらに、わいせつ行為の終了後、被害者宅から逃走する際に、被害者から脱がせた下着を見つけて、これも持ち去った。

東京高裁は、原判決を破棄して、次のとおり自判した。

「そこで、検討するに、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

(8) 判タ 1274 号 342 頁。本判決の評釈として、中村功一「判批」研修 725 号 17 頁（2008 年）、中空壽雅「判批」刑事法ジャーナル 14 号 80 頁（2009 年）、門田成人「判批」法セ 650 号 127 頁、永井善之「判批」判例セレクト 2008・37 頁（2009 年）、島岡まな「判批」『平成 20 年度重要判例解説』190 頁（有斐閣、2009 年）がある。

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、強盗罪に当たるべき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な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はないというのは、到底納得できるところではない。」

そして、「被害者は失神状態にはないし、被告人も失神状態にあると誤信していたわけではなく、被害者に意識があり、被告人もそのことを認識していた状態の下で緊縛状態が継続していたのであるから、目隠しをされた被害者が物を取られたことに気付いていなかったからといって、結論に差が生じるものでもない。」として、携帯電話と下着の奪取は、いずれも被害者の反抗を抑圧した状態に乗じて行われたことは明らかであるとして、強盗罪の成立を認めた。

3 問題の所在

本判決のように、財物奪取以外の目的による暴行・脅迫の後、不法領得の意思が生じて被害者から財物を取得したという事案において、強盗罪の成立を認めた判例は少なくない。その限りでは、本判決も、従来の判例の趨勢に沿うものであるといえるが、もっとも、強制わいせつ目的で目隠しをされ、緊縛状態にあった被害者から気付かれないまま財物

を取得した場合において強盗罪の成立が認められたのは、本判決が初めてのものである⁽⁹⁾。

そして、強盗罪の成立を認めたその理論構成にも、従来の判例には見られなかった注目すべき点がある。すなわち、本判決は、一般論として不法領得の意思の存在時と暴行・脅迫の存在時が一致しない場合において強盗罪の成立を認めるためには、「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」として、不法領得の意思の存在時と暴行・脅迫の存在時との一致性を原則的に維持しつつも、先行する暴行によって被害者の身体的自由抑圧状態が継続している場合には、その後新たな暴行・脅迫が存在しなくとも、行為者が「緊縛状態を解消しない」限り強盗罪が成立する、としているのである。本判決が、強盗罪の成否を検討するにあたり、このような「先行の暴行による緊縛状態の不解消」を考慮している点は、*Eser* が「暴行状況の非終了」を不作為による暴行として財物奪取の手段としていることと、近似している。

さて、このような本判決に対しては、次のような理論的問題を指摘しうるであろう。

第1に、本件事案では、財物の取得時点において、被害者は先行する「緊縛」という拘束力の高い暴行行為によってすでに反抗を抑圧された状態にあり、さらに目隠しもされていたという事情が存在していたが、このように、被害者がすでに反抗抑圧状態にあり、新たな暴行・脅迫による反抗抑圧の余地がなく、また、行為者の暴行・脅迫が被害者の意識に反映しないとも考えられる場合における財物の取得行為について、強盗罪の成立を認めることは可能かという問題である。反抗抑圧の余地と被害者の意識への反映という点については、先行する暴行により被害者

(9) 判タ1274号342頁の《解説》によれば、「本判決は、強制わいせつの目的をもった被告人により、目隠しをされ、両手を後ろ手に縛られ、抵抗が全く不可能な状態とされてしまった被害者から、その暴行後に財物奪取の意図を持って奪取した被告人に強盗罪の成立を認めた事例であり、このような事例について強盗罪の成否が問題となった判例は見当たらない」とされている。

が失神した場合や、被害者が失神したと行為者が誤信した場合、そして、窮極的には被害者が死亡した場合において問題となりうるが、いずれの場合における財物取得行為についても、強盗罪の成否が問題とされ、そして、強盗罪の成立が認められた裁判例は存在しない。本判決の結論と、強盗罪の成立を否定した従来判例との整合性も、問題となりうるであろう。

そして第2は、一般論として強盗罪の成立には新たな暴行・脅迫が必要であるとしつつも、なぜ、被害者が緊縛され抵抗が困難な状況にある場合には、例外的に新たな暴行・脅迫が不要とされるのか、という問題である。本判決は、すでに指摘したように、強盗罪の成否を検討するにあたり、とくに「被害者の自由抑圧状態の継続」、および、「緊縛状態の不解消」ということを強調する。このように、行為者自らが先行の違法行為によって作出した被害者の反抗抑圧状態を「解消しない」という不作為的な態度が、強盗罪の成否にとってどのような意味を持ちうるかが問題となるであろう。これは、まさに不作為構成の妥当性の問題でもある。

ところで、第2の問題点として指摘した行為者の不作為的態度と強盗罪の成否との関係については、ドイツ学説においても古くから議論がなされている。先に見た *Eser* の論文は、その先駆的なものであるし、とくに、近時、ドイツ判例(BGH 2003年10月15日第2刑事部判決⁽¹⁰⁾)においても、財物取得以外の目的で被害者を拘束した後、被害者の無抵抗状態を場所的・時間的に近接する状況において、財物奪取のために利用した場合には、ドイツ刑法250条1項1号b⁽¹¹⁾の意味における暴行を

(10) BGHSt 48, 365. 本判決については、本稿Ⅲを参照。

(11) ドイツ刑法250条1項1号b(犯情の重い強盗罪)は、次のように規定している。「行為者若しくは他の強盗関与者が、その他暴行若しくは暴行を加える旨の脅迫により、他の者の反抗を阻止し若しくは抑圧するために、道具若しくは手段を携帯したときは、3年以上の有期刑を言い渡すものとする。」訳語については、『ドイツ刑法典』(法曹会、2007年)を参照した。

用いて財物を奪取したものであるとして、犯情の重い強盗罪の成立を認める判断が示されていることが注目される。

本稿は、ドイツにおける議論をも参照しながら、本判決の当否と合わせ、こうした問題について若干の検討を加えるものである。

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

(1) 新たな暴行不要説的立場を採る裁判例

上で示した第2の問題（不作為構成の可能性・妥当性）を検討する前に、暴行（・脅迫）後の不法領得の意思と強盗罪の成否をめぐるわが国の判例理論と学説を概観する。この問題に関する判例理論の詳細な研究はすでに存在するが⁽¹²⁾、行為者の不作為的態度という観点も考慮に入れつつ、改めて整理してみたい。

すでにIにおいても触れたように、裁判所は当初、強盗罪の成否を検討するにあたり、行為者の不作為的態度を考慮してはいたが、それは財物取得時における被害者の畏怖状態の継続を判断する範囲内で行われていたにすぎなかったようである。

この問題のリーディング・ケースとしてしばしば引用される①大審院昭和19年11月24日判決⁽¹³⁾は、強姦目的で暴行・脅迫を加え、畏怖した被害者から提供された金員を奪った事案につき強盗罪の成立を認めしたが、本件事案における被告人の金員取得行為は「姦淫ノ目的ヲ達シ得

(12) この問題に関する総合的な判例研究（昭和50年前の上告審・下級審判例が対象）として、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329号22頁（1976年）がある。

(13) 刑集（大審院）13巻252頁。

サリシ腹癒セト逃ケカケノ駄賃ニ金ヲ窃取シタルモノニシテ、殊ニ被害者ノ畏怖状態ヲ利用シ財物ヲ窃取セントノ意思等ハ」なかつたとの弁護人の上告趣意に対して、次のような判断を示している。

「假ニ相手方カ提供シタル金員ヲ所論ノ如キ趣旨ニテ受取りタリトスルモ、強姦犯人ニシテ其ノ現場ヲ去ラサル限り其ノ既遂ナルト未遂ナルトヲ問ハス婦女ノ畏怖様態ハ継続スルヲ通例トスルカ故ニ強姦犯人カカカル状況下其ノ現場ニ於テ相手方カ畏怖ニ基キ提供シタル金品ヲ受領スル行為ハ自己ノ作為シタル相手方ノ畏怖状態ヲ利用シテ他人ノ物ニ付其ノ所持ヲ取得スルモノナレハ畢竟暴行又ハ脅迫ヲ用キテ財物ヲ強取スルニ均シク其ノ所為ハ正ニ強盗罪ニ該当シ所論ノ如ク窃盗罪ニ問擬スヘキニ非ス。(傍点筆者)」

最高裁も、②最高裁昭和24年12月24日判決⁽¹⁴⁾において、被害者を強姦した後、畏怖している被害者から金品を奪った事案につき、詳しい理由は述べていないものの、強姦後に不法領得の意思を生じ、被害者の畏怖状態に乗じて金品を奪った場合は強盗強姦罪ではなく、強盗罪と強姦罪の併合罪となると判示し、財物取得の点について強盗罪の成立を認めている。

判例①では、あくまでも傍論においてではあるが、「強姦犯人ニシテ其ノ現場ヲ去ラサル限り」として、「犯人の現場不退出」という不作為的態度に言及がなされており、大審院の時代から強盗罪の成否を検討するにあたり、このような事情に着目されていたことが窺える。また、判例①②では、財物取得のための新たな暴行・脅迫の要否についての言及は、依然としてない。被害者の畏怖状態を利用して財物を取得した場合の強盗罪の成否について、上告審が自らの見解を示しているのは、実は、この判例①の傍論においてのみであり、判例②以降現在まで、上告審はこの問題に関して沈黙を貫いたままである。

(14) 刑集3巻12号2114頁。

もつとも、裁判所の示す一般理論からは、次のような理解を導きうるであろう。すなわち、犯人の現場不退去、換言すれば、犯人の現場存在自体が、被害者に意識がありそれを認識している限り、被害者の畏怖状態を継続させる「新たな脅迫」となりうる、ということである（以下、犯人の現場不退去＝現場存在自体を新たな脅迫としてとらえる見解を「現場存在説」とする）。そしてまた、畏怖している被害者が犯人の退去を願って金品を提供する場合など、畏怖状態が継続している被害者から財物を取得する行為（被害者の畏怖状態に乗じた行為）は、強盗罪における暴行・脅迫を手段とした財物奪取、すなわち「強取」と均しく、ここでは必ずしも財物取得のための新たな暴行・脅迫は必要とされていない、ということである。さらに換言すれば、ここでは被害者の畏怖状態の利用を強取と均しいとすることで、（厳密には存在しないと見うる）財物奪取のための脅迫（ないしは暴行）が「擬制」されているということもできる（以下、このような理論構成を「擬制説」とする）⁽¹⁵⁾。

ただし、判例を一般論の次元ではなく、あくまで事案との関係でとらえるとき、判例①②では、実際には不法領得の意思が生じた後に、財物取得のための新たな暴行・脅迫が存在すると見うる事案であったことには、注意を要する⁽¹⁶⁾。

(15) 判例①の傍論部分については、現場存在説的な理解と、擬制説的な理解とが存在していたことについて、西原＝野村・前掲註(12) 26頁以下を参照。実際に、判例①の傍論部分について、擬制説を採るものと理解を示すものとして、長島敦「他の目的で暴行を加えた後抗拒不能の状態にある被害者から財物を奪取した場合に強盗罪が成立するか」『刑法判例研究Ⅰ』358頁（大学書房、1966年）。

(16) すでに指摘されているように、判例①では、「金を遣るから帰ってくれ」と懇願する被害者の畏怖状態に乗じて金員を奪取することを決意し、さらに麻ひもで被害者の口部を緊縛し、「金なら五千円出せ」などと申し向けて金員を奪っており、新たな暴行が存在すると見うる事案であった（前掲註〔13〕253頁）。また、判例②においても、原審判決の認定によれば、畏怖している被害者に対して、「金をもっているか、其の金を超越せ」等と言って被害者から所持金を奪っており、新たな脅迫があったと見うる事案であった（前掲註〔14〕2119頁）。したがって、事案との関係で考えれば、判例①②を、不要説を前提とするものと位置付けるべきではないともいえる。出田孝一「強盗罪をめぐる二つの問題」『刑事裁判の理論と実務 中山喜房判事退官記念』485頁（成文堂、

さて、(直前に、ということもできる、としたので)⁽¹⁷⁾、このような擬制説は、下級審判例の③東京高裁昭和37年8月30日判決⁽¹⁸⁾において、よりいっそう明瞭に示されている。事案は、強姦目的で被害者に暴行・脅迫を加えたが、被害者が抵抗したため、目的を遂げることができず、その際、畏怖した被害者が犯人の退去を願って提供した金銭を奪って逃走したというものである。東京高裁は、被害者の現金提供は「畏怖状態に基づく不任意な提供であり、これを受け取る行為は、被害者の畏怖状態に乗じて金品を奪取する行為にほかならないから、「金品奪取の時に先になされた暴行脅迫は財物を奪取するための暴行脅迫と法律上同一視される(傍点筆者)」として、強盗罪の成立を認めた。ここではまさに、財物奪取以外の目的でなされた先行の暴行・脅迫が、その後の財物取得のための暴行・脅迫として擬制されているといえよう。

もっとも、判例③では、先行の強姦目的の暴行・脅迫が財物奪取のための暴行・脅迫として擬制されるその論理の過程は、必ずしも明らかではなかった。しかし、その後の④東京高裁昭和57年8月6日判決⁽¹⁹⁾は、原判決が強姦目的での暴行・脅迫を強盗罪の犯罪事実の一部として判示した点について、次のような判断を示し、そこには擬制説の論理過程がより明確に示されている。

1998年)。

- (17) 西原=野村・前掲註(12)36頁は、次に示す判例③について、判例①の傍論における理解と同じように、現場存在説と擬制説という二つの理解が成り立ちうるとしている。
- (18) 高刑集15巻6号488頁。同判決では、「強姦の目的でなされた暴行脅迫による反抗不能の状態に陥つた婦女はその犯人が現場を去らない限りその畏怖状態が継続し」ているとして、判例①②と同様に、犯人の現場不退去という不作為的態度に言及している。もっとも、この事案では、被害者からの金銭の提供はあったものの、判例①②とは異なり、財物取得のための何らかの挙動(金銭を要求する言動など)は存在しなかったようである。
- (19) 判時1083号150頁。事案は、共犯者と共謀の上、強姦をする目的で被害者に暴行を加えたが、途中で被害者が男性であることに気付き、この機会を利用して金品を奪おうと決意し、共同して被害者の両手・両足を手近な衣類で縛り上げて反抗を不能にしたうえで金品を奪ったというものであった。

「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、強盗の犯意に変わり、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、脅迫としてさしつかえがなく、したがって、たとえ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る⁽²⁰⁾⁽²¹⁾。

(2) 新たな暴行必要説を採用する下級審裁判例

しかし、その後の下級審裁判例においては、擬制説はその影をひそめ、強盗罪の成立には財物取得のための新たな暴行・脅迫が必要である

- (20) 前掲註(19) 151頁。もっとも、この事案では、不法領得の意思が生じた後、被告人らは被害者の両手・両足を衣類で縛り上げるなどしており、また、同判決も、「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」として、新たな暴行の存在を認定している。
- (21) その他、不要説的立場を示す裁判例として、大阪高判昭和47年8月4日高刑集25巻3号368頁がある。事案は次のようなものであった。被告人A、B、Cが共謀の上、わいせつ行為の目的で被害者に暴行・脅迫を加えてその反抗を抑圧し、さらに反抗抑圧状態の被害者を強姦する目的でホテルの一室に連れ込んだ。まず、Aが被害者を強姦した後、入浴を命じられた被害者が浴室に軟禁されている間に、Aらは被害者の腕時計等を盗むことを共謀した。そして、Bが被害者の腕時計(脱いだ衣服の間に隠されていた)を奪い、その後、B、Cも順次被害者を強姦した。さらにその後、Cは抗拒不能に陥っている被害者に対し、指輪やネックレスの交付を要求し、被害者から交付されたそれらの物を受領した。大阪高裁は、「犯人が他の目的で他人に暴行を加えてその反抗を抑圧した後、あらたに右反抗抑圧の状態を利用して財物を奪取する意思を生じ、その財物を奪取した場合にも同様に強盗罪が成立すると解するのが相当であ」り、「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って行われたり、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し支えないものと解するのが相当である」として、交付を要求したネックレス等の奪取に加えて、新たな暴行・脅迫が存在しないと見うる腕時計の奪取についても、強盗罪の成立を認めた。

と明示する判決が次第に主流を形成していく。学説においても、判例①～④に見られたような、現場存在説または擬制説的立場から、財物奪取のための新たな暴行・脅迫は不要であるとする結論を受け入れるものもあったが⁽²²⁾、現在では、財物取得のための新たな暴行・脅迫が必要であるとする立場が通説となっており、議論の中心は新たな暴行・脅迫の程度に移っているといいうる⁽²³⁾。

もっとも、新たな暴行・脅迫を必要とする見解(以下、単に必要説とする)は、(これがあれば強盗なのは当然なので)、強姦・強制わいせつ目的でもない場合においては、早い段階から主張されてきた。

例えば、⑤旭川地裁昭和36年10月14日判決⁽²⁴⁾は、暴行により失神状態に陥らせた被害者から、共犯者と共謀の上、被害者が着用していた背広上下一式を奪った行為について、「それは被害者の反抗を抑圧するための行為とはいえないし、また反抗を抑圧して財物を奪取するとい

(22) 新たな暴行・脅迫不要説的な結論を支持する学説として、山火正則「強取の手段としての暴行・脅迫」法セ219号107頁(1974年)[現場存在説。もっとも、山火正則教授は、新たな暴行・脅迫は存在しないが、「初めに加えた暴行・脅迫が継続している」場合に限られるとされる。]、内田文昭「暴行・脅迫後の財物奪取意思の形成と強盗罪——大阪高判平成元年3月3日判決——」判タ722号34頁(1990年)[現場存在説]、河村博「強姦目的の暴行により失神させた者からの財物奪取は強取に当たらないとされた事例」警察学論集49巻6号219頁(1996年)[現場存在説]。なお、前田雅英『刑法各論講義第4版』237頁(東京大学出版会、2007年)は、強姦の際に財物を奪う場合には、被害者が特に強い恐怖心を抱いていることから、強姦犯が留まっていること自体が強盗の積極的な脅迫行為とも見うるとするが、「こっそり取った」といわざるを得ない場合には、窃盗にすぎないとされる。河村博「強姦目的で加えられた暴行・脅迫による抗拒不能と強盗罪の成否」研修575号18頁(1996年)も、犯人の現場存在がそれまでの言動等から無言の脅迫となりうるとし、犯人の要求行為なり佇立行為が強盗罪における脅迫として足りるのは、「それまでの暴行・脅迫を利用し、その結果、被害者が畏怖しているのに乗じて、金品を奪うことを強取と評価しているとも言える」という。また、そうであるならば、要求行為や佇立行為をあえて脅迫と認定することなく、「自己の先行行為について、これを利用する、いわば承継的共同正犯的な犯行と捉え、自らが加えた暴行・脅迫によって被害者が犯行を抑圧されているのに『乗じて、金品を奪取すること』自体を強取と評価することも可能となる」ともいう。

(23) 西田・前掲注(1)169頁、山口・前掲注(1)221頁、林・前掲注(1)208頁など。

(24) 下刑集3巻9=10号936頁。

う手段性をもつた行為ともいえ」ず、236条1項は「暴行又は脅迫を手段として財物を奪取することによつて成立するものと解するのが、文字の意義からしても、また他の犯罪との対比上も、もつとも適切であると考えられ」、「その手段性がない場合もこれに当たるものと解することは、厳格な解釈を要求する刑法の解釈としては、にわかに賛成することができない」として、擬制説を批判し、傷害罪と窃盗罪の併合罪とした。⑥大阪高裁平成元年3月3日判決⁽²⁵⁾も、被告人らの暴行によって傷害を負い、被告人らを暴力団員であると思ひ込み極度に畏怖してほとんど抵抗できない状態に陥っていたAと一緒に来ていたBから、AがBに一時持たせていた財布を被告人らが奪った事案について、「強盗罪が成立するというためには、単に相手方の反抗抑圧状態に乗じて財物を奪取するだけでは足りず、強盗の手段としての暴行・脅迫がなされる必要がある」として、必要説に立つことを明示した。その上で、新たに必要とされる財物取得のための暴行・脅迫について、「強盗が反抗抑圧状態を招来し、これを利用して財物を奪取する犯罪であることに着目すれば、自己の先行行為によって作出した反抗抑圧状態を継続させるに足りる暴行・脅迫があれば十分であり、それ自体反抗抑圧を招来するに足りると客観的に認められる程度のものである必要はない」として、新たな暴行・脅迫は、先行する暴行によつてもたらされた反抗抑圧状態を継続・維持する程度のもので足りるとの見解を示した⁽²⁶⁾。

判例⑥のように、必要説を明示した上で、新たに必要とされる財物取得のための暴行・脅迫の程度についてさらに踏み込んで言及するという判示は、主として先行の暴行が喧嘩によるものである事案において見ら

(25) 判タ712号248頁。

(26) 判例⑥と同様に、必要説に立ちつつ、暴行・脅迫の程度について言及する下級審裁判例として、東京高判昭和48年3月26日判時711号142頁（財物奪取以外の目的で暴行を加えた後にはじめて奪取の意思を生じ、抵抗の気力を失つてうずくまっている被害者から、「金はどこにあるのか」「無銭飲食だ」などといいながら、被害者の背広左内のポケットに手を差し入れて懐中をさぐり金品を奪った事案）がある。

れたものである。しかし、近時の下級審裁判例には、変化が見られる。すなわち、これまでは必ずしも必要説が明示されてはこなかった、先行の暴行が強姦ないし強制わいせつ目的の事案についても、⑦仙台地裁平成14年2月14日判決⁽²⁷⁾および⑧旭川地裁平成16年1月29日判決⁽²⁸⁾のように、新たな暴行・脅迫の必要性を前提とした上で、その程度について言及されるようになってきているのである。

これまで、一部の学説は、従来の上級審・下級審裁判例においては「判例は強制わいせつ目的の暴行・脅迫の場合とそれ以外の場合とを区別しているように見える」という評価をしていた⁽²⁹⁾。しかし、上で見たように、近時の下級審判決においては、いずれの場合においても、必要説に立った上で、新たな暴行・脅迫の程度を問題とするという点で共通している。そして、判例⑥のように、従来の裁判例においては強盗罪の成立を認めることに消極的であった、先行する暴行が喧嘩による場合

(27) 公刊物未登載 (LEX/DB 文献番号 28075476)。事案は、被告人 A、B、C が共謀の上、被害者を強姦する目的で暴行を加え、A が行為に及んでいる際、B が被害者のハンドバッグの中の財布から現金を奪い、その後、B、C も被害者を強姦したというもので、B の現金抜き取り行為について、C は気付いたものの、犯行中の A は被害者の解放後自宅に戻るまで、B の行為には気が付かなかった。仙台地裁は、被告人 B につき、強姦罪の共同正犯のほか強盗罪の成立を認め、新たな暴行脅迫の程度は、「既に自己の先行する暴行脅迫によって作出された被害者の犯行抑圧状態を継続させるに足りるものであればよい」とした。

(28) 公刊物未登載 (LEX/DB 文献番号 28095142)。事案は、わいせつ行為の目的で被害者の背後から抱きつくなどの暴行を加えてわいせつな行為を行った後、被害者から金品を奪取することを企て、負傷して犯行抑圧状態にあった被害者の右肩に掛かっているショルダーバッグを無理矢理引っ張る暴行を加えて現金等を奪ったというものである。旭川地裁は、新たな暴行脅迫について、「それ自身が犯行を抑圧するに足りる程度のものであることまでは要せず、自己が強制わいせつなどの先行行為によって作り上げた犯行抑圧状態を維持継続するに足りる程度のものであれば足りる」とした上で、本件事案においては、「ショルダーバッグを引っ張り合うという程度の挙動であっても、仮にこれに抵抗をすれば更なる暴行を受けるものと思わせることも十分であり得るから、被害者の反抗抑圧状態を維持するに足りるものであった」として、財物奪取のための新たな暴行の存在を認め、強盗罪が成立するとした。

(29) 大塚仁＝河上和雄＝佐藤文哉＝古田佑紀『大コンメンタール刑法第12巻〔230条～245条〕第2版〕338頁〔河上和雄＝高部道彦〕(青林書院、2003年)。

においても、強盗罪の成立が認められているのである。このような近時の下級審判決の趨勢および学説からすると、先行する暴行の目的（強姦・強制わいせつ目的か、暴行・傷害目的か）によって強盗罪の成否が左右されるというような評価は、現在においては適切ではないだろう。

それでは、このような近時の下級審裁判例における必要説への流れと、学説における必要説の通説的地位の確立は、不要説ないし不作為構成を排斥するものであろうか。

しかし、必ずしもそうであるとはいえないであろう。というのも、すでに学説から指摘されているように、新たに必要とされる財物取得のための暴行・脅迫の程度をどのように理解するかによっては、実質的には不要説ないし不作為構成にも至りうるからである⁽³⁰⁾。

つまり、まず、新たに必要とされる暴行・脅迫の程度を、わずかなものでもよいとすれば、犯人の現場不退去＝犯人の現場存在自体を脅迫として捉えうる現場存在説の可能性が生じる。上で見た判例①の傍論は、実質的に現場存在説的な立場を採るものと位置付けうるであろう。というのも、判例①の傍論では、犯人の現場からの不退去という不作為的態度が、被害者の畏怖状態の継続の有無の判断において考慮されていたが、この被害者の畏怖状態というのは、被害者が行為者を認識していることのいわば「反射効」のようなものであり、被害者が犯人の存在を認識しうる限りにおいては、現場不退去＝現場存在自体として、被害者の——場合によっては「極度の」——畏怖状態という反抗抑圧状態を継続させる（行為の）脅迫行為ととらえうるからである⁽³¹⁾。もともと、す

(30) 高山・前掲註(7) 169頁、島岡・前掲註(8) 191頁、山口厚「暴行後の領得意思」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第6版〕』81頁（有斐閣、2008年）。

(31) 川端博＝西田典之＝原田國男＝三浦守編『裁判例コンメンタール刑法第3巻〔§212～§264〕』〔佐々木正輝〕199頁（立花書房、2006年）では、従来の下級審裁判例が強盗罪の成立を認めてきた理由は、「犯人がその場に存在すること自体が、被害者に感知されている（被害者の意識に反映されている）限りにおいて、被害者に対する反抗抑圧を継続する行為としての脅迫に当たる」とする点にあると指摘する。このように考

でに見てきたように、その後の裁判例においては、犯人の現場不除去といった不作為的態度は、強盗罪の成否を検討するにあたり、考慮されてはいない。ここにも、下級審裁判例および学説において必要説が主流となりつつあることの影響があったのかもしれない。

それに加えて、先行の暴行(脅迫)による反抗抑圧状態の不解消(*Eser*のいう暴行状況の非終了)を、不作為による暴行(ないし脅迫)としてとらえることができれば、不作為構成の可能性が生じるのである。

そして、冒頭に見た本判決は、暴行後の不法領得の意思と強盗罪の成否をめぐるこの問題について、再び行為者の不作為的態度を考慮するに至る。しかも、そこで考慮されたのは、先行の暴行状況の不解消という新たな不作為的態度であった。

このように、再び不作為的態度を考慮する本判決の判断は、不要説への回帰、あるいはまた、不作為構成へと新たに軌道を修正するものなのであろうか。以下では、本判決の分析と検討を通じて、その位置づけを考えてみたい。

2 東京高裁平成20年3月19日判決の分析・検討

(1) 擬制説の適用可能性

近時の下級審裁判例は、財物取得以外の目的による暴行後に新たに不法領得の意思を生じて財物を取得した場合における強盗罪の成否について、財物取得のための新たな暴行・脅迫が必要であるとしつつも、通常の強盗罪におけるような強度の暴行・脅迫を要求するのではなく、その程度を緩和して強盗罪の成立を認める傾向にある。そして、かつての判例①の傍論において考慮されていたような、「犯人の現場不除去」とい

えれば、判例①の傍論部分について、擬制説を採用していると理解することは適切ではないということになる。また、木村栄作「暴行を加えた後財物奪取の犯意を生じた場合における強盗罪の成否」警察学論集26巻12号201頁(1973年)、西原=野村・前掲註(12)27頁も参照。

った不作為的態度は、近時の下級審裁判例においては、考慮されていない。

このような判例の趨勢において、本判決は、再び、そして新たな、「緊縛状態の不解消」という行為者の不作為的態度を考慮した上で、強盗罪の成立を認める判断を示した。もっとも、従来の判例の一部が、「犯人の現場不退出」という不作為的態度を考慮したうえで、不要説的な結論を採っていたのとは異なって、一般論としては必要説に立つことを明示しており、その限りでは、近時の下級審裁判例の流れを汲むものであるともいえる。しかしながら、必要説の表明から新たな暴行・脅迫の程度への言及という、判例⑥をはじめとする近時の下級審裁判例における説示の流れは、本判決においては踏襲されていない。

というのも、本件事案では、(判例①②におけるような)不法領得の意思の発生後、金品を要求する言動や、(判例⑥におけるような)さらに被害者の顔を数回殴打してその反抗抑圧状態を継続したといった、実質的に財物取得のための新たな暴行・脅迫と見うる行為が存在しなかったことから、その程度を問題にする余地がなかったためとも考えられる。この点に関して、本判決も、「緊縛状態の継続は、それ自体は、厳密には暴行・脅迫にあたらぬ」として、先行の暴行による緊縛状態が継続しているにすぎず、財物取得のための新たな暴行・脅迫が存在しないことを正面から認めている⁽³²⁾。

このような事情のほかにも、本件事案においては、さらに次のような特徴的な事情が存在していたことも指摘しうるであろう。すなわち、一つは、先行する財物取得以外の目的による暴行が、「緊縛」という反抗抑圧の効果と、拘束の持続性が非常に高い行為であったということである。そして今一つは、被害者が目隠しをされていたものの、終始意識があり、犯人の存在自体は認識していたことである。このような事情をも

(32) 判タ 1274 号 343 頁。また、中空・前掲註 (8) 84 頁も参照。

とに本判決は強盗罪の成立を認めていることから、どのような理論構成を採ったと考えられるのであろうか。

まず、財物取得のための新たな暴行・脅迫と見うる行為が存在しなかった本件事案について考えられたのは、擬制説の適用である。この理論構成は、従来の下級審裁判例では、判例③において採られている。すでに見たように判例③は、被害者が犯人の退去を願って提供した金品を奪うなど、被害者が畏怖状態に陥っているのに乗じて相手方から金品を奪取する行為について、その金品奪取の時において、先行の財物取得以外の目的(判例③では強姦目的)でなされた暴行・脅迫が、財物奪取のための暴行脅迫と法律上同一視されるとした。一方、本判決は、被害者が緊縛され、実質的に暴行・脅迫が継続していると認められる場合に、「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」と述べるが、強制わいせつ目的での緊縛行為そのものが、財物取得のための暴行・脅迫と「同一視される」とまではしていない。本判決が、判例③よりもいわば一步退いた表現となっているのは、近時の下級審裁判例における必要説に配慮した結果と思われる。

(2) 現場存在説の適用可能性

次に考えられるのは、現場存在説の適用である。実際に、実務側からは、「本判決の事案については、強制わいせつ犯人がその場に存在すること自体を、反抗を抑圧するに足りる脅迫としてとらえる余地があった」とも指摘されている⁽³³⁾。

現場存在説は、判例①が、畏怖状態が継続する被害者から新たな暴行・脅迫を加えることなく財物を取得した場合を念頭に、傍論において採用していた理論構成である。そこでは、「犯人の現場不退去」という不作為的態度が、被害者の畏怖状態の継続の有無を判断する上で考慮さ

(33) 中村・前掲註(8)27頁。

れていた。すなわち、実質的には、犯人の現場存在自体を、被害者の畏怖状態に基づく反抗抑圧状態を継続させる新たな脅迫行為としてとらえうるという理解である。ここで、「被害者の畏怖状態に基づく」反抗抑圧状態としたのは、犯人の現場存在（現場不退去）それ自体は、被害者の身体的・物理的な反抗抑圧状態には影響せず、むしろ、畏怖状態という、被害者の精神的・心理的な反抗抑圧状態に影響するものであると考えうるからである⁽³⁴⁾。実際にも、判例①や③のような犯人の現場存在に言及した上で強盗罪の成立が認められた裁判例では、財物取得時における被害者の「極度の畏怖状態」が認定されていた。

そして、本判決においても、強盗罪の成否を検討するにあたり、行為者（犯人）の不作為的態度が考慮されている。もっとも、それは、「（先行の）緊縛状態の不解消」というものである。さらに、本判決においては、このような不作為的態度は、判例①の傍論におけるように、被害者の畏怖状態の継続を判断するために考慮されていない。

たしかに、「緊縛状態の不解消」という態度は、被害者の身体的・物理的な反抗抑圧状態（いわば客観的な反抗抑圧状態）の継続には影響しうるが、被害者の畏怖状態という精神的・心理的な反抗抑圧状態（いわば主観的な反抗抑圧状態）の継続の有無を直接的に左右しうるものではないといえるであろう。つまり、「緊縛状態の不解消」という不作為的態度は、「現場不退去」とは異なり、被害者の畏怖状態に基づく反抗抑圧状態を継続させる新たな脅迫行為としてとは、直ちにとらえ直すことはできないといえる⁽³⁵⁾。本判決が、単なる緊縛状態の継続（すなわ

(34) 町野朔『犯罪各論の現在』155頁以下（有斐閣、1996年）は、「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抑圧する結果を生じさせることである」としている。同様にドイツ学説においても、Günther M. Sanderが、強盗罪における暴行について、被害者の抵抗意思への影響を考慮している。Günther M. Sander, in: Klaus Mießbach/Günther M. Sander, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 3 §§ 185-262 StGB, 2003, § 249 Rdn. 13.

(35) 町野・前掲註(34)155頁以下も、「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」には、「作為義務があるかどうかは別として、強盗罪にお

ち、緊縛状態の不解消) だけでは、暴行ではなく脅迫にも当たらないとしたのは、このような意味においても理解しうるであろう⁽³⁶⁾。

このように、本判決が、行為者の不作為的態度を考慮してはいるものの、それは「緊縛状態の不解消」という、被害者の畏怖状態の継続には直接的に影響しない事情であることからすると、本判決は、基本的には現場存在説を採用するものではなく、それよりもむしろ広く強盗罪を認める余地を残すものである。

もっとも、学説の中には、本判決が、被害者が終始覚醒していたこと、犯人の存在を認識していたこと(ただし、財物取得については不認識)をあえて指摘するのは、犯人の現場存在を脅迫としてとらえる余地を残す趣旨であるとの指摘もある⁽³⁷⁾。たしかに、犯人を認識していたことについての言及は、現場存在説を意識したものであるとも考える。しかしながら、一般論としてそのような余地を残す趣旨であるとしても、本件事案において、犯人の現場存在を脅迫としてとらえうるかという点、必ずしもそうではない場面も存在すると思われる。とりわけ下着を奪取した行為については、犯人が犯行現場から離脱しつつある状況下での領得であり、犯人が現場に存在し続けることによる被害者の畏怖状態への影響は考えにくい⁽³⁸⁾。本判決が犯人の認識について言及しつつも、明示的に現場存在説を採らなかったのは、本件事案においてはこのような現場存在説の適用が難しい場面も存在していたからであろう。

こうした点からすると、本判決が、このような緊縛状態の不解消について指摘した第一の理由は、おそらく、先行する(財物取得以外の目的

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抑圧する結果を生じさせることであるから、ここではそれは存在しえない」とする。

(36) 曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕第2版』170頁(成文堂、2006年)も、「反抗抑圧状態を除去しないという不作為自体は、有形力の行使(暴行)でもなければ、畏怖心を生じさせるための害悪の告知(脅迫)でもない」とする。

(37) 永井・前掲註(8)37頁、門田・前掲註(8)127頁。

(38) 富松茂大「強姦後財物奪取の犯意を生じて財物を持ち去った行為と強盗罪の成否」研修622号137頁(2000年)以下。

による) 暴行により被害者が失神した場合との対比にあるのであろう。すなわち、判例④のように、被害者が先行する(財物取得以外の目的による) 暴行により失神した場合、および、被害者が失神したと誤信した場合⁽³⁹⁾、多くの学説および下級審裁判例は強盗罪の成立を否定している。この場合、失神した被害者には、財物取得のための暴行・脅迫による反抗抑圧の余地が存在しないため、財物取得のための暴行・脅迫も存在しえない⁽⁴⁰⁾。それゆえ、この場合における財物取得行為は、窃盗罪を構成するにすぎないという理解である。

これに対し、本件事案では、先行の暴行は、緊縛という拘束性の非常

(39) 被害者が失神したと行為者が誤信した事案につき、強盗罪の成立を否定したものとして、高松高判昭和34年2月11日高刑集12巻1号18頁(「本件においては被告人はYが失神して居るものと思ひ今取つてもわからぬと考え無言のまま同人の腕から腕時計を外し取つたのであるから、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く、それはあたかも先行の財物奪取目的以外の暴行により死亡した被害者から財物を奪つたのと異なるところはなく、「広い意味では抗拒不能に乗じて取つたとはいへても強盗罪が成立するものではない」として、窃盗罪の成立を認めた。)、札幌高判平成7年6月29日判時1551号142頁(「被害者が失神している場合は、もともと、脅迫をすることはもちろん、新たな暴行を加えることも考え難いから、犯人の主観としては、窃盗の犯意はあり得ても、暴行・脅迫による強盗の犯意は考え難いというべきである」として、強盗罪の故意を否定し、窃盗罪の成立を認めた。)がある。

(40) 札幌高判平成7年6月29日も、「失神した状態にある被害者に対しては、脅迫をすることは全く無意味というほかに、同様に、失神した被害者に対して腹いせのために暴行を加えるような特段の事情のある場合は別として、そのような事情のない限り、反抗不能の状態を継続するために新たな暴行を加える必要もないことは明らかである」としている(前掲註[39]判時1551号145頁)。同様の理由により、先行の財物奪取以外の目的の暴行により被害者が死亡した場合も、強盗罪は成立しえない。判例も、強盗(致死、殺人)罪の成立を否定している。例えば大判昭和16年11月11日刑集(大審院)20巻598頁、最判昭和41年4月8日刑集20巻4号207頁、東京高判昭和50年1月29日刑裁月報7巻1号32頁を参照。なお、藤木・前掲註(4)『注釈刑法』97頁は、この場合にも、「盗取行為が殺害行為の余勢を駆つてなされたものと認めうる事情にある限り」強盗罪が成立するとする。前田雅英教授も、この承継的共同正犯構成に理解を示し、行為者が抗拒不能状態を意図的に利用した以上、自ら暴行・脅迫した場合と同視でき、この場合は、暴行・脅迫と財物奪取の結びつきが事後強盗の場合より緊密とも考えられるとして、「強盗罪として処断することに合理性があるようにも見える」とされる。前田・前掲註(22)236頁。

に強い行為であり、財物取得時点での被害者に実質的な反抗抑圧の余地が存在しないという点では、被害者が先行の暴行により失神した場合と近似しているともいえる⁽⁴¹⁾。そうすると、このような緊縛された被害者から財物を取得する行為は、窃盗罪を構成しうるにすぎないとも考えうる。

しかしながら、本判決は強盗罪の成立を認めた。というのも、本件事案には、被害者が終始覚醒しており意識があったという点で、被害者が先行の暴行により失神した場合と、大きな相違が存在するからである。本判決は、「被害者は失神状態にはない」として、被害者に意識があり、犯人を認識していたことをとくに強調しているようにも見えるが、被害者に意識が存在することのみをもって、直ちに強盗罪を認めるという趣旨でもないであろう。それは、本判決が、被害者の意識に関するこれらの事情のほかに、被告人の被害者の状態に関する認識や、緊縛状態の継続という事情をも加えて指摘しているからである。

以上のように、本判決が被害者における犯人の認識について指摘しつつも、明示的に現場存在説を斥けなかったのは、本件事案においては、犯人の現場不退出＝犯人の現場存在を問題とする現場存在説を採用する必要性がなかったからであると理解することも可能であるように思われる。そして、そのような理解の背景には、やはり、本件事案においては、先行する緊縛という拘束性の強い暴行によって、財物取得時における被害者の(客観的な)反抗抑圧状態が実質的に継続していたという、特徴的な事情が存在していたことがあるのであろう⁽⁴²⁾。従来の裁判例では、先行の暴行は、必ずしも緊縛のように物理的な拘束性が強いものではなく⁽⁴³⁾、それゆえ、犯人の現場存在を被害者が認識することによ

(41) 永井・前掲註(8)37頁。

(42) 永井・前掲註(8)37頁も、「物理的拘束での持続的な反抗抑圧状態が確保されている本件では被害者による犯人の現在・言動の認識可能性を論じる意義に乏しい」と指摘し、本件事案のように先行の暴行が反抗抑圧状態を継続させる拘束性のより強いものである場合には、現場存在説の適用可否を検討する余地がないことを示唆している。

って、畏怖状態に基づいた反抗抑圧状態が財物取得時においてもなお継続しているということが、強盗罪の成立を認めるための——換言すれば、「強取」を認めるための——一つの根拠となっていた。しかしながら、本件事案では、被害者の畏怖状態による反抗抑圧状態の継続を問題にするまでもなく、先行の緊縛行為によって、財物取得時も（客観的な）反抗抑圧状態が継続していると見うる状況にあったのである。それは、本判決が、財物取得時の被害者の状況について「なすすべが全くない状態に変わりはない」とか、あるいはまた、「緊縛され問答無用の状態にある」としていることから窺える。

そして、このような被害者の「問答無用の状態」を利用して財物を取得する行為は、現場存在説のいう「被害者の畏怖状態を利用した財物取得」と同様に、被害者の反抗抑圧状態を利用した「強取」にあたるであろう。本判決は、緊縛状態がない場合において、(判例①②のように) 財物を要求する言動があれば新たな脅迫にあたるとして強盗罪が成立するが、「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」と強く主張するが、これは、判例①における事案のように畏怖状態を利用するにせよ、そしてまた、本件事案のように緊縛が継続した状態を利用するにせよ、反抗抑圧状態を利用した財物取得行為、すなわち「強取」であることには違いがないことを指摘しているのであろう。

もっとも、緊縛状態の利用と反抗抑圧状態の利用とが、同価値であるといえても、緊縛状態に起因する反抗抑圧状態は、先行の（緊縛という）暴行によりもたらされた状態がそのまま存在しているにすぎず、財物取得時にそのような状態を利用することは、単なる反抗抑圧状態の利用に

(43) もっとも、すでに前掲註(16)で指摘したように、判例①においても、被害者が緊縛されていたことが認定されている。しかし、この事案では、不法領得の意思が生じた「後」ではじめて被害者が口部「のみ」を麻ひもで緊縛されており、先行する強盗目的での暴行の時点では、被害者は緊縛されていなかったこと、緊縛が全身に及んでいなかった点で、本件事案とは異なっている。

すぎないとも見うることに留意すべきである。判例⑥は、「単に相手方の反抗抑圧状態に乗じて財物を奪取するだけでは足りず、強盗の手段としての暴行、脅迫がなされることが必要である」として、単なる反抗抑圧状態の利用による財物取得行為は「強取」とはいえないとの判断を示しているが、このような理解は、必要説を採る従来の下級審裁判例の共通の前提であったと思われる⁽⁴⁴⁾。一方、本判決は、必要説を前提としつつも、実質的には単に反抗抑圧状態を利用して財物を取得したにすぎない行為に強盗罪の成立を認めており、明らかに従来必要説を採る下級審裁判例とは、その論理を異にしているともいえる。

しかし、本判決を、必要説を採る下級審裁判例と同一線上に位置付けようとする試みも見られないではない。すなわち、本判決は、強盗罪が成立するためには『新たな暴行・脅迫と評価できる行為』が必要であるが、『厳密』な意味での『暴行・脅迫』がなくてもよく、被害者が緊縛されているなど『実質的には暴行・脅迫が継続している』ことをもって、『新たな暴行・脅迫と評価できる行為』に当たり、強盗罪が成立する旨を述べたもの⁽⁴⁵⁾として、財物取得のために必要とされる新たな暴行・脅迫の程度を、従来下級審裁判例よりもさらに緩和する趣旨として、本判決をとらえるのである⁽⁴⁵⁾。これは、結局のところ、新たな暴行・脅迫の程度をどこまで緩和させることができるかという問題に帰着し、「暴行・脅迫の程度も、自己の先行行為によりつくられた反

(44) 判例⑤においては、失神した被害者から財物を奪う行為について、財物を奪取する行為自体を暴行としてとらえる考えもありうるが、「奪取行為に必然的に伴う程度の有形力の行使は暴行とはいえず、また、このような行為は「被害者の犯行を抑圧するための行為とはいえないし、また反抗を抑圧して財物を奪取するという手段性をもった行為ともいえない」として、強取を否定している（前掲註〔24〕939頁）。また、判例⑦も、「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、もはや財物領得のための新たな反抗抑圧手段を想定しえず、窃盗罪を構成するに止まる。刑法178条の準強盗罪のように抗拒不能に乗じた行為を処罰する明文規定のない強盗罪については、やむを得ない解釈というべきである」として、単なる反抗抑圧状態に乗じた財物の取得は、強取ではないとしている。

(45) 中村・前掲註(8)26頁。

抗抑圧状態を継続させるに足りるものであればよいとすれば、新たな暴行・脅迫を認定することも、それほど困難ではない」ことになる⁽⁴⁶⁾。しかしながら、「新たな暴行・脅迫と評価できる行為」について、近時の下級審裁判例がその程度を緩和する傾向にあるとしても、厳密な意味での暴行・脅迫がなくてもよいとまでその程度を緩和するのは、一般論として必要説を採ることを明示していたとしても、もはや実際上は、必要説と同一線上にある理解とはいえないのではないだろうか。

判例①の傍論における大審院の見解は、「犯人の現場不除去」という不作為的態度を、「犯人の現場存在」という作為ととらえ直した上で、財物取得のための新たな脅迫としようとする点に、強盗罪としての手段性を担保しようとするものであったといえる。これに対し、「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ふべき」であるとした本判決は、上記大審院の見解よりも、より不作為構成の色彩を強めた判断を示しているとも考えられ、必要説を前提としながらも、実質的には不要説的な立場に極めて近接した判決と位置付けることも可能であろう⁽⁴⁷⁾。

(46) 西田・前掲註(1) 170頁。西田典之教授は、このような理解を前提として、本件事案における、強制わいせつ目的で被害者を殴打し両手首を後ろ手に縛った状態でわいせつ行為をしている途中で、着信のあった被害者の携帯電話を領得した行為は、「強取に向けられた新たな暴行といえる」から、本判決は必要説をとるものだと評価される(同・脚注〔7〕)。もっとも、わいせつ行為が終了した後、現場から逃走する際に下着を見つけて領得した行為については、どのように理解されているか、なお不明である。また、伊藤研祐「刑法各論で考える⑭個人法益に対する罪Ⅲ——財産に対する罪4(親族相盗罪・強盗罪1)」法セ647号117頁(2008頁)も、脅迫については、従前の抗拒不能状態の継続・維持で足りるとすれば、新たなものを認定することはさほど難しくないとする。さらに、本判決を必要説をとる判例と位置づけるものとして、山口・前掲註(1) 222頁。

(47) 本判決を不作為構成に親和的であると評価するものとして、中村・前掲註(8) 27頁。

しかしながら、わが国の学説は、この不作為構成に対しては、概して批判的である⁽⁴⁸⁾。他方、わが国と同様に、暴行後の不法領得の意思と強盗罪の成否の問題が古くから論じられてきたドイツにおいては、不作為構成は、*Eser* の論文を契機として、学説においては現在に至るまで有力に主張され、判例においても受け入れられている。

それでは、不作為構成による強盗罪の成立を認めることは、果たして可能なのであろうか。以下においては、ドイツ判例・学説における議論をも参考にしながら、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。

〔未完〕

(本学法学研究科特別研究員)

(48) 不作為構成に批判的な学説として、高山・前掲註(7) 169頁、永井・前掲註(8) 37頁、山火・前掲註(22) 107頁、上田健二「暴行後の領得意思」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ各論 [第2版]』79頁(有斐閣、1984年)、酒井安行「暴行・脅迫後の財物奪取」阿部純二＝板倉弘＝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)、島岡まな「暴行・脅迫後の領得意思」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法の争点』175頁(有斐閣、2007年)、町野・前掲註(34) 155頁以下(有斐閣、1996年)、山口厚『問題探求刑法各論』135頁(有斐閣、1999年)、同・前掲註(30) 81頁。