

強盗罪における反抗抑圧後の領得意思：新たな暴行・脅迫必要説の批判的検討

著者	森永 真綱
雑誌名	甲南法学
巻	51
号	3
ページ	139-160
発行年	2011-03-30
URL	http://doi.org/10.14990/00000724

強盜罪における反抗抑圧後の領得意思

— 新たな暴行・脅迫必要説の批判的検討 —

森 永 真 綱

一 問題提起

被害者に暴行・脅迫を加えて反抗抑圧をした後になつてはじめて領得意思が生じ、財物を取得した場合、いかなる範囲で強盜罪が成立しうるかという問題は、古くから存在する論点である。⁽¹⁾かつては、強姦後に領得意思を生じた場合を中心に議論されてきたが、その後、それ以外の目的で暴行・脅迫を加えた後に財物を領得した場合も含めて論じられるようになった。

学説上は、自己の先行行為によつて作出した反抗抑圧状態を利用して財物を領得する場合にも強盜罪が成立するといふ見解がかつて有力に唱えられたが、多数の論者は、従来から、それだけでは足りず何らかの新たな暴行・脅迫がなければならぬとしてきた。こうした考えは、今日では、圧倒的通説といつてもよい状況である。⁽²⁾

判例は、戦中から戦後にかけて、新たな暴行・脅迫不要説を採用していたが、その後、下級審の裁判例において、必要説を採用のものと不要説を採用するものが混在するようになった。しかし、近時の下級審判決の基本的立場は必要説であるという理解が優勢である。⁽⁴⁾

このようにして、学説も判例実務も新たな暴行・脅迫必要説という枠組みを採用する点では一致しており、あとは、新たな暴行・脅迫にどの程度のもを要求するかという問題、すなわち同見解の具体的展開の議論にシフトしつつある。こうしてみると、いまさらながら必要説の基本的枠組みを疑い、批判的に考察することは不毛なように見える。

しかしながら、新たな暴行・脅迫必要説の理論的根拠づけには、疑問を禁じ得ない点が少なくなく、またその具体的展開においても、同理論が貫徹されているのかどうかはつきりしないところもあり、うまくいっているとはいい難いというのが筆者の印象である。さらに、新たな暴行・脅迫不要説に対する批判も、必ずしも当を得ているように思えないところもある。こうしたことから、改めて本論点を検討する価値はあるように思われるのである。

さらに、ドイツの議論状況に目を転じたところ、やはり日本と同様、財物奪取の意思が強制行為 (Nötigung) の段階で既に必要であるというのが判例・通説であるけれども、近時 Jakobs が、このような意思連関などは不要であるという見解を提唱した。⁽⁵⁾ このように有力な刑法学者によって、少数説に再度光が当てられたことも、本稿執筆の大きな動機づけとなった。のみならず、ごく最近には、Goldammer's Archiv für Strafrecht 誌の二〇一〇年一二月号において、Strug 氏が本論点に関する論文を発表するなど、⁽⁶⁾ ドイツにおいても、この問題はなお検討の余地があるようである。

概ね以上のような理由から、本稿では、強盜罪における反抗抑圧後の領得意思の問題について、ドイツの議論も少し参照しながら、若干の考察をすることにしたと思う。

二 日本の学説状況の概観

1、新たな暴行・脅迫不要説

本見解によれば、準強姦に相当する規定が強盜罪には見られないことは、必要説を採用することの一つの根拠にはなりうることで否定しないが、これを決定的な根拠とすることは形式論に過ぎるとする。また、必要説の根拠として、事後強盜のような特別の規定の不存在を挙げられることもあるが、暴行・脅迫と財物奪取の密接性が事後強盜に比べるとはるかに高いのだから、強盜罪を否定する決め手とすべきでなく、結局は、強盜罪の規定の合理的解釈の問題に帰着するというのである。⁷⁾

そこで、自己が生じさせた反抗抑圧状態を利用し、新たな犯罪実現の手段とする行為は、不真正不作為犯において自己の先行行為により保障人的地位が基礎づけられる場合と類似の構造を有することが明らかで、しかも第1の犯行の余勢を駆っている点に鑑みれば、不作為と作為の同視よりも一段と強い意味で、反抗抑圧状態の作出と利用を同視することが可能になるとする。⁸⁾

そして、被害者が失神状態に陥り意識を失っている場合にも、原因を自ら供与し、犯行後まもなく、いわば余勢を駆っていると見ることができるので、同様に強盜罪が成立するとされる。最初の犯行によって生じた害悪が大きい場合の方が、後の財物奪取行為の違法性がより低く評価されるのは、常識的にみて不均衡だといっているのである。そして同様の発想は、被害者殺害後の場合にもあてはまるため、強盜罪の成立を認めてさしつかえないとする。⁹⁾

説 2、新たな暴行・脅迫必要説

論

この見解は、強盗罪が暴行・脅迫を手段とする犯罪である以上、財物奪取に向けた新たな暴行・脅迫が必要であることは当然であり、また準強姦罪のように、抗拒不能状態に乗じた場合に関する規定が存在しないので、罪刑法定主義の観点から不要説は採用できないとする。もつとも具体的にどの程度の暴行・脅迫が必要なのか明らかにしていない論者もあり、また、この点について態度表明している論者の間でも、その主張内容にはいくつかのバリエーションが見られる。ただ、少なくとも被害者が死亡または意識喪失した後に領得意思が生じた場合に強盗罪は成立しないことについては、ほぼ一致しており、ここに不要説との決定的差異が存在する。ただし、基本的には、それ自体として反抗抑圧状態を惹起すると客観的に認められる（つまり何ら暴行・脅迫を加えられていない被害者に対するのと同程度の）暴行・脅迫が必要であるというわけでもなく、むしろそれ自体としては軽微なものでもよいとされている。そこで本見解内部における対立は、必要とされる新たな暴行・脅迫の内容・程度、および理論構成・根拠付けにあるといえる。

三 新たな暴行・脅迫必要説の批判的検討

1、反抗抑圧状態の維持・継続について

先にも述べたように、新たな暴行・脅迫必要説の中でも、従前の暴行・脅迫により作出した反抗抑圧状態を維持・継続するものであれば足りるとする見解が少なくない。そしてこの要素を比較的緩やかに解する論者によれば、強姦犯人が犯行現場にとどまることそれ自体も脅迫に該当しうるすらされているのである。¹⁰⁾

しかし、そもそもなぜ反抗抑圧状態を維持・継続させることで十分なのか、明らかでない。というのも、作為

犯として構成する以上、実行行為たる暴行・脅迫は反抗抑圧状態を「惹起」することが必要なはずだからである。この点について、いかなる帰属原理に立脚しているのか、つまり従来通りの帰属原理で説明しているのか、それとも強盗罪の場合に固有の各論的な修正を前提としているのか、明らかにすべきであるように思われる。いずれのアプローチを採るにせよ、その根拠を示すべきではないかと思われる。

もともと、こうした問題が生じるのは、そもそも強盗罪における暴行・脅迫と財物取得の間に必要であると考えられる因果関係の意義が十分に議論されてこなかったことに起因しているのではないだろうか。ドイツでは、条件関係を要求するのか、それとも促進関係で足りるとするのか、より分析的な議論がなされている。⁽¹¹⁾

2、新たな暴行・脅迫による反抗抑圧の惹起について

もともと「強盗罪における暴行・脅迫は反抗抑圧状態を惹起するものでなければならないというのが通説の出発点」であるから、「維持」で足りると一般的にいうことには疑問が残る」とする見解もある。ただ、この見解は、「抑圧状態を強めた場合」、「そのまま放置すれば反抗抑圧状態が解消してしまうという状況において、その阻止に向けて積極的な作為があった場合」については、「単なる維持に止まらない『惹起』性を肯定しよう」とする。⁽¹²⁾

しかしながら、ここでいう「惹起」としての「強化」がどの程度のもを指すのか、必ずしも明らかでない。反抗抑圧状態の単なる利用では足りないとする通説は、その理論構成上、反抗抑圧状態を強盗罪における因果プロセスの中間結果と見ているわけであるから、最近有力な因果関係論の理解を前提とすれば、新たな暴行・脅迫によって創出された危険が反抗抑圧状態に実現したという関係が必要となろう。このような理解に従えば、例えば強姦犯人が姦淫した後に、おびえている被害者女性の首を絞めて気絶ないし死亡させる、ロープで緊縛する、

あるいはバットで脚を力一杯毆打して歩行を困難にさせるなど質的に異なる反抗抑圧状態を作出した場合や、暴行・脅迫の量的加算が作出済みの反抗抑圧状態と同視できないほどに因果的寄与し、現実化した場合にのみ、正犯的な意味で反抗抑圧状態という中間結果を新たに惹起したといえるはずである。ところが、論者は、反抗抑圧後に金銭要求を行う場合、声色、表情によってはそれ自身が反抗抑圧する程度の脅迫行為たりうることを肯定し、また反抗抑圧後に黙って被害者のポケット等に手を入れて金銭を奪取する場合も、被害者の顔をにらめつけながらこのような行為に及んだ場合は、強取とする余地を認めているのである。⁽¹³⁾

また、そのまま放置すれば反抗抑圧状態が解消してしまう状況というのが、具体的にいかなる諸事例を含みうるものなのかも明らかでない。たしかに、例えば寝ている被害者を殺害して財物を奪取する場合にも強盗罪は成立するので、反抗のポテンシャルを封じ込める行為も反抗抑圧行為にあたることはたしかなことである。しかし、本論点の典型事例である強姦後に領得意思が生じた場面を具体的に考えた場合、現実**に強姦が行われた後の被害者女性はおよそ抵抗する気力など失っている場合も実際には多いだろうし、逃走する気持ちさえ失せ、茫然自失の状態へたり込んでいるというケースもまれではないであろう。土地勘のない人気がない山中あるいは廃屋などに連れて行かれ、複数の犯人に姦淫された被害者女性が、反撃に転じる能力をどの程度残しているのか疑わしい場合も少なくないと思われる。**このような場合でも、反抗抑圧状態が解消しうる状況であると捉えるならば、かなり抽象的な可能性でもよいということになり、犯人が現場に存在すること自体が脅迫たりうるとする見解と変わらなくなる。逆に、そうではないのなら、強盗罪の成立範囲はかなり狭まることになりうる。

結局のところ、こういった問題は、やはり強盗罪における因果関係論の意義を十分に明らかにしてこなかったことに原因があるように思われる。ドイツでは、被害者が死亡している類型、気絶されている類型、緊縛されて

いる類型のほかに、完全に屈服している類型に分けて議論されている。¹⁴⁾日本の議論を見る限り、こうした分析的な視点がやや欠けていたように映る。

3、新たな暴行・脅迫不要説の理解の仕方について

新たな暴行・脅迫不要説を「自ら発生させた被害者の反抗抑圧状態を除去しない」不作為に注目する理論」としての「不作為犯的構成」であると捉えた上で、批判を展開する論者がいる。この論者は、「すでに相手方の陥った錯誤を除去しない不作為」が詐欺罪を構成する局面と酷似しているが、それでも不作為構成は妥当でないとするのである。そしてこのような前提から、反抗抑圧状態の除去の可能性がある場合にのみ不作為義務が生じることになるから、被害者殺害後に財物を領得した場合に、不作為的構成による強盗罪の成立を論じる余地はないとするのである。¹⁵⁾

しかし、このような不要説のとらえ方、さらには詐欺罪における不作為による欺く行為の理解は妥当なのであるか。

先に詐欺罪について見ておくと、不作為による欺く行為を通じた詐欺罪を通説が肯定している事例では、厳密に言えば、「錯誤を解消する」義務の違反が詐欺罪成立との関係でダイレクトに問題となっているわけではない。あくまでも、「錯誤を利用して財物・財産上の利益を交付させてはならない」義務が問題となっているだけのことである。つまり基本的には錯誤に陥っている者と取引しなければよいのであって、あとは当該錯誤を理由に第三者領得が生じた場合、かかる財産侵害について、どの程度帰責されるかが問題となるに過ぎず、「錯誤を解消する」義務の履行そのものが犯罪の成否を決しているわけではないのである（せいぜい「取引したければ相手方の

錯誤を解消してあげなさい」というだけのことである。例えば、知識水準の低さや盲信・狂信などの理由で錯誤の解消可能性がない者を利用した場合にも、錯誤利用による間接正犯が成立しうることには鑑みればわかるように、錯誤の解消可能性は、錯誤利用の犯罪の成否にとって決定的な要素ではない。もしこの点を決定的なものとして捉えるならば、不真正不作為犯の一般的理解を前提とする限り、錯誤の解消が可能かつ容易でなければならないことになるが、不作為による詐欺の事例では、そのようなことは要求されていないと思われる。殺人罪や放火罪の場面的ように、行為者が救助や消火の不履行それ自体が、構成要件結果発生に直結している場合は局面をやや異にしているといえよう。

同じことは強盗罪に関する議論にも妥当する。よって、反抗抑圧状態を解消することがもはや不可能な死亡状態についても、それを利用する行為について、強盗罪の成否を問題とすることは、当初より否定されるものではないのである。すなわち、あくまでも財物奪取を行ってはならないという規範の違背が問題となっているにすぎないのである。

ちなみに、藤木英雄は、「自ら発生させた被害者の反抗抑圧状態を除去しない不作為」の問題だとは明言していないし、実際のところ論理の中心に据えているとも思えない。たしかに、「不真正不作為犯……と並行した論理過程によって、強盗と構成する余地」があるとはいってはいるが、「純粹な意味での不真正不作為犯の事案ではない」としており、あくまでも不作為犯の事案と「類似の構造を持つもの」と述べているに過ぎない。⁽¹⁶⁾ 自らが作出した反抗抑圧状態を「犯行直後」に「積極的に……利用」し、その「余勢を駆って」いることについて、「不真正不作為犯において不作為が作為と同視されるよりも一段と強い意味合い」が見い出せるとしているのである。⁽¹⁷⁾ 要するに、自ら作出した反抗抑圧状態を利用して財物・財産上の利益を領得してはならないという義務を問題とし

ているのであって、被害者の反抗抑圧状態の不解消を中心問題としていないのである。これは上記の詐欺罪における不作為による欺く行為の議論において、錯誤の不解消の問題としていないという思考とも整合しているように思われる。

4、不作為犯構成

もつとも、最近の裁判例、及びこれに対する学説の反応を見たところ、新たな暴行・脅迫必要説は、不作為犯構成を積極的に採用しているようにすら見える。問題の事案は、強制わいせつ目的で緊縛し、わいせつな行為を行った後、財物を奪取したというものであるが、東京高裁は、「新たな暴行・脅迫と評価できる行為が必要である」と前提しながら、「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」が、「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すれば、強盜罪が成立する」と判示した⁽¹⁸⁾。

この判決に対しては、新たな暴行・脅迫必要説を厳格に適用して、強盜罪の成立を否定する見解もあるが⁽¹⁹⁾、必要説で説明できるとする見解も存在する。例えば西田典之は、理由を明確に述べてはいないが、「この場合も強取に向けられた新たな暴行といえる」と述べている⁽²⁰⁾。この点、中空壽雅は、逮捕監禁罪は継続犯と理解されることから、「実行行為も継続して存在するものと理解すべき」であり、「緊縛行為という作為と紐をほどかないという不作為が合体したものと理解する方が実態に合致する」と論理構成を明示した上で、新たな暴行・脅迫必要説に立ちながら、不作為構成がありうることを明言しているのである⁽²¹⁾。

従来日本ではあまり議論されてこなかったが、強盜罪の暴行・脅迫が不作為によって行われうることは既に指

摘されている。町野朔は、「友達が穴に落ちて捻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るし、友達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。この意味で、不作為による傷害も、不作為による暴行・脅迫も存在する」が、この場合と、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の場合とを混同してはならないとする²²⁾。これは、要するに、単なる反抗抑圧状態の解消と不作為による反抗抑圧状態の惹起とを分けて考えなければならず、後者の場合にのみ不作為による暴行・脅迫を觀念できるという趣旨であろう²³⁾。

こうした議論はドイツにおいても存在する。Jakobsによれば、不作為による強盜の可能性を「ラジカルに否定する見解が一部で主張されていることは、驚くべきである」と述べた上で、例えば、集金係に向かって自動車走っている際に、同車の運転手が強盜目的を抱き、ハンドルを切らずに集金係に自動車をぶつけて、財物を獲得するという場合を挙げている。そして、「暴力作用の義務違反的な回避も、暴力の行使にあたる」というのである²⁴⁾。

問題は、不作為による反抗抑圧状態の解消も暴行・脅迫たりうるかという点である。ドイツにおいても、既に一九六五年に²⁵⁾が、先行行為によりほとんどくことが可能な形で緊縛した者が強盜になり、重く処罰せられるというのは不均衡ではないかということを示唆していたように²⁶⁾、均衡論の観点からは、強盜罪の成立を認めるべき方向に傾かざるをえない。

そして先に挙げた緊縛事例において、もし新たな暴行・脅迫必要説に立ちつつ、強盜罪の成立を認めるのなら、不作為による反抗抑圧状態の解消も暴行・脅迫たりうるということを認めざるを得ないように思われる。というのも、この事例では、緊縛状態は既に惹起され、存在していたことは疑いがなく、こうし

た状態を法的に重要な形で変更しうる危険を創出する暴行も脅迫も見られないからである。つまり新たな反抗抑圧状態の惹起もなければ、これに向けられた暴行・脅迫もないのである。東京高裁や中空の所見は、こうした問題性を認めた点において妥当であると思われる。しかしながら、不作為による反抗抑圧状態の不解消も暴行・脅迫たりうることを実質的に承認していることになるため、少なくとも反抗抑圧状態の解消が可能である場合に於いて、新たな暴行・脅迫不要説の主張を一部認めたことになるのである。

5、準強姦罪のような規定の不存在について

準強姦罪のように、抗拒不能に乗じた場合に関する規定がないことが、新たな暴行・脅迫必要説の根拠とされることが多い。ただ、このような理由付けを強盗罪の場合にのみ援用することは理論的に一貫しているといえるのであろうか。そもそも、このような理由付けを徹底すれば、詐欺罪の場合に、不作為による欺く行為を肯定することは困難となるはずである。というのも、抗拒不能には心理的なもの、すなわち錯誤利用の場合も含まれると解するのが一般的な見解である。そうすると、準強姦の基本類型である強姦が暴行・脅迫を手段とする犯罪であるという点を割り引いたとしても、錯誤に乗じた場合について特に言及せず、また準詐欺罪において、未成年者の知慮浅薄や人の心神耗弱に乗じた場合に於えて限定していることを理由に、不作為による詐欺罪は否定すべきだという体系的解釈も十分成り立つからである。

また、詐欺罪の場合、別の犯罪目的から錯誤を惹起した後、それを利用して、財物を交付させた場合、新たな欺く行為の要否について真正面から論じられることはない。例えば、ある医師が「治療をしてやる」と騙して被害者に性交に応じさせ、姦淫したところ、被害者が謝礼として差し出してきたので、これを受領したという場合、

不作為による詐欺罪が成立すると考えるのが一般的であろう。詐欺罪の議論においても、作為の欺く行為によって惹起される錯誤状態は、詐欺罪の因果経過における一種の中間結果と見なされていると思われるが、それは貫徹されておらず、錯誤状態の維持・継続、ましてや強化する新たな行為が要求されているわけではないのである。そもそも準強姦罪は、第三者が作出した抗拒不能状態に乗じた場合でもカバーする規定であり、抗拒不能状態の作出について犯人自身に帰責性があることを前提としている本論点のような場合をはるかに超えた、射程がはるかに広い条文であると理解すべきであるように思われる。したがって、第一七八条のような規定の不存在は、新たな暴行・脅迫不要説に対する決定的な批判とはなりえない。

四 新たな暴行・脅迫不要説の展開

1、基礎理論

このようにして、新たな暴行・脅迫必要説は種々の問題点があり、また新たな暴行・脅迫不要説に対する種々の批判も必ずしも当たっていないことが明らかになった。そこで理論的にも、内容的にも満足のいく見解は、むしろ新たな暴行・脅迫不要説であると考ええる。

そもそも強盗罪を分析すると、*Takings* がいうように、二つの義務、すなわち「他人の財産を尊重する義務」と、「他者の高度に人格的な自由を不当な形で奪ってはならない義務」に対する違反が問題となっているのである。²⁷⁾ こうした二つの義務を組み合わせる理由は、財産に対する「支配の安定化が一時的には人的な抵抗能力を前提としている」からである。そして「これらの義務の組み合わせは、機能的な客観的依存関係の所産にすぎない」ものである。このように財産に対する支配がその所有者の抵抗能力に依存しているにもかかわらず、こうした抵抗

能力に生じた「重大な弱点につき管轄があることが、窃盗を強盗に転化させる」要素となっているのである。⁽²⁸⁾

このように暴行・脅迫と奪取行為を客観的にとらえる考え方は支持しうるようと思われる。あらゆる因果の起点が主観的違法要素に担われていることを要求することは、極めて主観主義的な考え方を採用しているか、あるいは目的的行為論的な思考を融通の利かない形で適用しているようにしか見えない。むしろ強盗罪は財産犯であるから、先に挙げた二つの義務のうち、他人の財産を尊重する義務に重点があるのはもちろんである。しかも領得罪であるから、領得意思に担われた中で財産侵害が行われなければならないことはいうまでもない。しかし *Jakobs* がいうように、被害者の自由剥奪行為までもが領得意思に担われている必要はなく、暴行・脅迫が作為あるいは不作為により故意的に行われたというだけで十分ではないかと思われる。⁽²⁹⁾ そしてこのような考え方は、窃盗罪において領得意思が奪取行為の段階で存すればよいということとも一致するし、また不作為による詐欺罪が問題となる事例において、財物を交付させる段階で領得意思があれば、不作為による欺く行為（あるいは挙動による欺く行為）を認めうることも、平仄が合う。

2、具体的展開

これまで述べてきたことをまとめると、「強盗とは、抵抗能力に高度に人格的な欠陥が生じることで、奪取行為が可能になったことにつき保障人的管轄の成立が認められる中で行われる奪取行為なのである」⁽³⁰⁾ ということができる。以下でいくつかの具体的帰結を示しておくことにする。

a) 死者の占有の問題について⁽³¹⁾

このような立場からは、奪取行為の時点で被害者の反抗抑圧状態が解消可能である必要はない⁽³²⁾。従って、殺害後にはじめて財物領得意思が生じた場合も、窃盗罪や占有離脱物横領罪ではなく、強盗罪が成立する。占有離脱物横領罪説は、被害者の究極の反抗抑圧状況を行為者が故意的に作出したことを軽視する点で妥当でなく、また窃盗罪の成立を認める判例も、この点を一定程度考慮はしているが、最終的に占有概念を規範化しすぎる点において妥当性を欠く。結局の所、私見のような理論構成で強盗罪の成立を認めざるをえないように思われる。

また、当初より財物領得意思をもって被害者を殺害するという事例解決についても、強盗殺人罪の成立を認めることについて、無理なく説明することが可能である。暴行段階で奪取意思と領得意思を要求する見解からは、占有離脱物横領に向けられた暴行が、何故に強盗罪の暴行としての性格を帯びるのかという問題を説明できないように思われる。私見からは、自己が作出した反抗抑圧状態を利用して財物を領得する意思があれば足りることになるので、強盗殺人罪の成立を矛盾なく認めることができるのである。

b) 被害者の気絶・完全な屈服・緊縛

さらに、強盗以外の目的による暴行・脅迫により、被害者が気絶したか、あるいはもはや完全に抵抗可能性が失われるほどに高度の反抗抑圧状態にあるのを利用して、財物を領得した場合にも強盗罪は成立する⁽³³⁾。

さらに、前記の東京高裁の事案のように、別の目的で被害者を緊縛した場合にも、この状態を利用して財物を領得すれば強盗罪が成立する⁽³⁴⁾。これらはいずれも、故意に被害者の自由を奪っていることから、強盗罪の暴行・脅迫という要件は満たされるのである。

c) 過失行為が契機となっている場合

また過失行為が契機になっている場合でも、暴行・脅迫を観念しうる限り、強盗罪は成立しうる⁽³⁵⁾。したがって、自動車の運転手が、ハンドル操作を誤って自車が通行人に向かって走っているのを知りながら、突如領得意思が生じ、ブレーキをかけずに通行人に自車をぶつけて反抗を抑圧し、財物を奪取した場合にも、不作為による暴行の成立を認めることができるので、強盗罪は成立する。また、飼い犬のドーベルマンが通行人を襲って反抗を抑圧している状態を見た飼い主が、良い機会だと思い、ドーベルマンを制止することなく、財物を領得した場合にも、やはり不作為による暴行・脅迫を観念しうるので、強盗罪が成立する。

d) 類似の犯罪への応用

以上のような発想は、強姦罪、強制わいせつ罪、強要罪などにも応用することが可能である⁽³⁶⁾。

例えば、強制わいせつの目的で緊縛した後に、強姦の意思を生じ、姦淫したという場合にも、特に新たな暴行・脅迫が認められなくとも、強姦罪が成立する⁽³⁷⁾。

また、強姦の目的で暴行を加えたところ、被害者が気絶したので、その状態で姦淫したという場合にも、強姦罪が成立し、準強姦罪との間の抽象的事実の錯誤は問題とならない⁽³⁸⁾。

五 若干の補足

このようにして、新たな暴行・脅迫不要説が妥当であると結論づけたわけであるが、私見に対しては、理論的な問題もさることながら、そもそも極めて重い刑が規定されている強盗罪の適用範囲を拡大するような方向の議

論は、政策的・内容的観点から不当ではないかという批判が向けられることが当然に予想される。たしかに強盗罪の法定刑の下限は五年の懲役と極めて重く、しかも特に第二四〇条後段では大幅に加重された刑が規定されている。加えて、近時の厳罰化の流れに鑑みれば、たしかに数年前の刑法改正において第二四〇条前段の法定刑が若干引き下げられたが、基本的には、第二三六条や第二四〇条後段をはじめとする強盗罪関連の条文における法定刑が引き下げられることは、当面期待できないともいいうるのであろう。そうであるならば、こうした状況を前提に、なるべく落ち着きどころのよい結論になるような形でやり繰りして、強盗罪の成立範囲を限定する方向の議論が望ましいのかもしれない。

またドイツの場合、強盗罪の基本類型の法定刑の下限は一年の自由刑であり（ドイツ刑法第二四九条第一項）、これは強姦罪のそれと同じであり（ドイツ刑法第一七七条第一項）、また行為者が強盗によって被害者を死に至らしめた場合でも、下限は十年の自由刑であることからして、そもそも立法状況が違うのだから、ドイツにおける議論は、日本の刑法の脈絡では必ずしも妥当するものではないという批判も予想される。

従来、本論点に限らず、強盗罪については、これまでの議論を通じて何とかその成立範囲を制限しようという努力が学説上なされてきたという経緯があり、そこで蓄積された成果を無に帰するような論理展開は論外であるという誹りを受けるかもしれない。たしかに、悩ましい問題ではある³⁹。

しかしながら、通説がいわずにせよ不明瞭な形で、新たな暴行・脅迫必要説を展開していることはあまり妥当であるとは思われない。たしかに各条文ごとに、各論プロパーの解釈論は展開しうるし、それこそが刑法各論の意義に他ならないとはいえる。しかし、そこで展開される解釈論は、根底において、刑法総論に還元できなければならぬはずである。にもかかわらず、結果、それに向けられた実行為、そしてその間の因果関係（客観的

帰属連関)の意義について、十分に配慮された論理展開がなされているとは思われない。また本論点において、自己が作出した反抗抑圧状況という問題設定をしていること自体、ひよっとすると先行行為を重視する帰属原理を採用しているようにさえ映るのであって、そうすると新たな暴行・脅迫不要説に対して向けている不作為構成は不当だとする批判は、むしろ新たな暴行・脅迫必要説の根拠となっているのではないかとすらいえるのである。

そもそも本稿は、強盗罪を積極的にその適用領域を拡大して、嚴罰化を推進すべきであるということを狙いとしているわけではない。むしろ、立法論的には、強盗罪関連の諸規定を根本的に見直し、全体的に刑を引き下げた上で、私見が投入されることが最善であると考えている。例えば第二三六条の強盗罪の法定刑は、暴行罪や脅迫罪と窃盗罪の法定刑を単純に足したのよりも、はるかに重くし、さらに第二四〇条にいたっては、(純然たる過失で足りるかは争いがあるが)死傷の結果に故意が及んでいない場合を予定しておきながら、特に死の結果が発生した場合について、かなり過酷な規定ぶりとなっており、また強盗予備罪によって処罰がかなり前倒しされている。こうした一連の規定内容が、法益保護主義、刑法の補充性・断片性、責任主義、行為主義といった基本原理と如何にして調和しうるのであろうか。第二四〇条後段のように、刑罰を通じた行為者の無害化のみを予定した規定は、応報刑論や再社会化で説明しきれるのであろうか。むしろ、これらの諸規定は極めて鬪争的で、いわゆる敵に対する刑法 (Feindstrafrecht) に近い性質を帯びたものとさえいえるものであり、前記の基本原理との調和的な立法を目指すのならば、市民に対する刑法 (Bürgerstrafrecht) の観点から、改めて見直す必要があると思われる。

新たな暴行・脅迫必要説が圧倒的な通説であるという今日の学説状況において、私が同見解に対して向けた批

判、そして私見である新たな暴行・脅迫不要説、さらに強盗罪関連の条文に規定されている刑が重すぎるのではないかとといった疑念は、いずれも結局のところ、筆者の単なる理解不足に基づくものなのかもしれない。それでも本稿が、本論点に関する今後の議論の展開に、何らかの形で寄与するものであれば、幸いである。

- (1) 本論点に関する近時の学説状況を解説するものとして、島岡まな「暴行・脅迫後の領得意思」西田典之ほか編『刑法の争点』一七四頁以下(二〇〇七)、高山佳奈子「暴行・脅迫後の領得意思」西田典之ほか編『刑法の争点(第三版)』一六八頁以下(二〇〇〇)、さらに安西全勝「暴行後の領得意思」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選各論(第五版)』七六頁以下(二〇〇三)、山口厚「暴行後の領得意思」西田典之ほか編『刑法判例百選各論(第六版)』一八〇頁以下(二〇〇八)など参照。また本論点について詳細な検討を加えたものとして、酒井安行「暴行・脅迫後の財物奪取」阿部純二ほか編『刑法基本講座第5巻財産犯論』一〇一頁以下(一九九三)などがある。

- (2) 藤木英雄「注釈刑法(6)」九三頁以下(団藤重光編)(一九九六)、同「刑法各論講義」二九四頁(一九七六)。板倉宏「刑法各論」一一二頁(二〇〇四)は、「当初から財物強取の意思で暴行・脅迫を加えることと同視するに値すること、そしてそのような解釈が「実態に即している」ことを根拠とする。

- (3) 従来より、学説上は、本見解が通説であったといつてよい——大塚仁「刑法概説(各論)(第三版増補版)」二二四頁以下、中義勝「刑法各論」二五〇頁(一九七五)、中山研一「刑法各論」二四四頁(一九八四)、福田平「全訂刑法各論(第三版増補)」二三八頁(二〇〇二)など。今日では、圧倒的通説となっている——井田良「刑法各論」一一三頁(二〇〇七)、井田良ほか「刑法各論」一八五頁以下(松村格)(二〇〇六)、伊藤涉ほか「アクチュアル刑法各論」一八七頁以下(小林憲太郎)(二〇〇七)、大谷實「刑法講義各論(新版第三版)」二二五頁以下(二〇〇九)、岡野光雄「刑法要説各論(第五版)」一三四頁以下(二〇〇九年)、川端博「刑法各論講義」二六六頁(二〇〇七)、斎藤信治「刑法各論(第三版)」一一二頁以下(二〇〇九)、佐久間修「刑法各論」一八四頁(二〇〇六)、曾根威彦「刑法各論(第四版)」一二六頁以下(二〇〇八)、曾根威彦ほか編「重点課題刑法各論」一一〇頁以下(内山良雄)(二〇〇八)、中森喜彦「刑法各論(第二版)」一一九頁(一九九六年)、西田典之「刑法各論(第五版)」一六九頁以下(二〇一〇)、林幹人「刑法各論(第二版)」二〇七頁以下(二〇〇七)、前田

- 雅英『刑法各論(第四版)』一三五頁以下(二〇〇七)、町野朔『犯罪各論の現在』一五二頁以下(一九九六)、松宮孝明『刑法各論講義(第二版)』二二二頁以下(二〇〇八)、松宮孝明編『ハイブリッド刑法各論』一五一頁以下(嘉門優)(二〇〇九)、山口厚『刑法各論(第二版)』二二二頁以下(二〇一〇)、同『問題探求刑法各論』一三三頁以下(一九九九)、山中敬一『刑法各論(第二版)』二八〇頁以下(二〇〇九)など。
- (4) こうした指摘をするものとして、例えば、山口・各論・二二三頁(前掲注(3))参照。さらに、判例の基本的立場は従来から新たな暴行・脅迫必要説であると指摘するものとして、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 中山善房判事退官記念』四八三頁以下(一九九八)がある。
- (5) Jakobs, Zur Kritik der Fassung des Raubbestands, Eser-FS, 2005, S. 323ff.
- (6) Streng, Die Struktur des Raubbestands, Zugleich ein Betrag zum Raub als unechtem Unterlassendelikt, GA 2010, S. 671ff.
- (7) 藤木・注釈(6)・九五頁(前掲注(2))。
- (8) 藤木・注釈(6)・九五頁以下(前掲注(2))。
- (9) 藤木・注釈(6)・九六頁以下(前掲注(2))。藤木・各論・二九四頁(前掲注(2))。ちなみに、新たな暴行・脅迫不要説の論拠として、通説が承継的共同正犯を認めることとの均衡性が挙げられることがあるが、少なくとも、藤木は、注釈刑法や教科書において、このような記述を明確にはしていない。本論点と承継的共同正犯の関係に関する記述は、私が調べた限りでは、藤木英雄『刑法演習講座(新版)』四〇八頁以下(一九八四)に見られるが、同所では、(新たな暴行・脅迫不要説を指して)「この理論は、承継的共同正犯における中途加功者の罪責を加功前の事実について及ぼすための論拠として援用することが可能である」とは述べているが、逆に、承継的共同正犯肯定説をとることとの均衡性から不要説を採るべきであるという論理展開をしているとはいえないであろう。
- (10) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第二版)第二二卷』三三九頁(河上和雄Ⅱ高部道彦)(二〇〇三)、西田・各論・一七〇頁(前掲注(3))。なおこの見解は、被害者の意思への何らかの働きかけを前提とした理論構成であるから、山口・百選Ⅱ・八一頁(前掲注(1))がいうように、「挙動による脅迫」があると認められる場合に限られることになる。
- (11) Streng, GA 2010, S. 671f. (前掲注(6))参照。
- (12) 酒井・基本講座・一一〇頁(前掲注(1))。

- (13) 酒井・基本講座・一〇七頁以下(前掲注(1))。
- (14) Jakobs, Eser-FS, S. 329 (前掲注(5)) など参照。
- (15) 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」判タ三三九号二六頁(一九七六)、酒井・基本講座・一〇八頁以下(前掲注(1))。さらに、町野・各論・一五五頁(前掲注(3))、山口・各論・二二三頁(前掲注(3))も同旨の批判をしている。
- (16) 藤木・注釈(6)・九五頁(前掲注(2))。
- (17) 藤木・注釈(6)・九五頁以下(前掲注(2))。なお、藤木・各論・二九四頁(前掲注(2))も同じである。
- (18) 東京高裁平成二〇年三月一九日判決高刑集六一卷一号一頁、判タ二二七四号三四二頁。
- (19) 門田成人「事後的な財物取得の意思と強盗罪の成否」法学セミナー一六五〇号二二七頁(二〇〇九)、永井善之「強制わいせつ目的での緊縛中にその意思を生じた財物取得に強盗罪の成立が認められた事例」判例セレクト2008三七頁(二〇〇九)など。なお、島岡まな「暴行後の領得意思と強盗罪の成否」平成二〇年度重要判例解説一九〇頁以下(二〇〇九)も、本判決の内容を疑問視しているが、問題の本質は、結局のところ、「強姦罪と強盗罪の法定刑そのものの逆転現象に由来する矛盾」にあるとする(私見によれば、強盗罪の刑が重すぎると思われる)。
- (20) 西田・各論・一七〇頁脚注七(前掲注(3))。
- (21) 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付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八四頁以下(二〇〇九)。
- (22) 町野・各論・一五六頁(前掲注(3))。
- (23) 山口・各論・二二二頁(前掲注(3))の記述はこのようにまとめることができよう。
- (24) Jakobs, Eser-FS, S. 327. (前掲注(5))
- (25) Eser, Zum Verhältnis von Gewaltanwendung und Wegnahme beim Raub, NJW 1965, S. 380.
- (26) 先に挙げた東京高裁の判決文の中でも、こうした均衡論と軌を一にする見解が示されている。「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付しても、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。

- (27) Jakobs, Eser-FS, S. 328. (前掲注 (5))
- (28) Jakobs, Eser-FS, S. 330. (前掲注 (5))
- (29) Jakobs, Eser-FS, S. 330. (前掲注 (5))
- (30) Jakobs, Eser-FS, S. 328. (前掲注 (5))
- (31) 本論点に関する近時の学説状況を解説するものとして、例えば、山本輝之「死者の占有」西田典之ほか編『刑法判例百選各論〔第六版〕』五八頁以下(二〇〇八)を参照。
- (32) Jakobs, Eser-FS, S. 329. (前掲注 (5))
- (33) Jakobs, Eser-FS, S. 329. (前掲注 (5))
- (34) Jakobs, Eser-FS, S. 329. (前掲注 (5))
- (35) Jakobs, Eser-FS, S. 330. (前掲注 (5))
- (36) Jakobs, Eser-FS, S. 333f. (前掲注 (5))
- (37) このような場合に、通説は、新たな暴行・脅迫が認められない限り、強盗罪の成立可能性を否定するのかどうかはつきりしない。裁判例の中には、強制わいせつの目的で当時十六歳の少女をはさみや包丁を突きつけて脅し、猿ぐつわをかませて、後ろ手に緊縛した上で、陰部に手指を挿入するなどのわいせつ行為をした後、強姦の意思を生じて、上に乗りかかって姦淫したという事案について、姦淫行為につき強盗罪の成立を認めたものがある(東京地裁平成元年一〇月三十一日判決判時一三六三号一五八頁、判タ七二九号二二八頁)。この事案は、被害者の意思が完全に抑圧されていたことが窺われるため、通説の立場からは、強盗罪の成立を認めることは困難ではないかと思われるが、端的に強盗罪の成立を認めることが妥当であるように思われるし、そもそも準強盗罪の規定の有無にかかわらず、こうした結論は支持されるべきではないだろうか。
- (38) 裁判例の中には、強盗罪の目的で暴行を加えて姦淫したが、姦淫段階では被害者が心神喪失状態にあったという場合について

て、暴行により反抗抑圧状態を増大させたに過ぎないとして、強姦罪の成立を認めたものがある（津地裁判平成四年一月二四日判決判タ八二二号二八一頁）。この点、例えば、山口・各論・一一三頁（前掲注（3））は、抽象的事実の錯誤の問題として処理すべきであるとするが、裁判例の解決の方が妥当であるように思われるし、この事案も、仮に準強姦罪の規定が存在しなくとも、強姦罪で処理するのが適切ではないかと思われる。

(39) 本論点が問題となる多くの場合、第一暴行によって強姦致傷罪、強制わいせつ致傷罪、傷害罪などが成立していることが多いだろうし、殺人罪が成立する場合もあるのだから、後の領得行為を強盗罪、窃盗罪、占有離脱物横領罪のいずれを成立させようとも、結論にはあまり影響しない、実益の少ない議論ともいえる。しかし、強盗罪が適用されると懲役刑の下限が五年になる点や、新たな暴行・脅迫によって死傷結果が生じた場合に、第二四〇条の適用により刑が大幅に加重される点において、実益があるといえるだろう。

(40) 正当にも、中森・各論・一三五頁（前掲注（3））は、「本条の法定刑は、重すぎるといわなければならない」と指摘している。