

反抗抑圧後の領得意思と強盗罪

近藤 和哉

- I はじめに
- II 理論的検討
 - 1 新たな暴行・脅迫の要否
 - (1) 不要説
 - ア 従来の不要説
 - イ 近時の不要説
 - (2) 必要説（軽微な暴行・脅迫で足りるとする見解）とその根拠
 - ア 被害者の主観面を根拠とする見解
 - イ 犯人が負う領得避止義務を根拠とする見解
 - ウ 反抗抑圧状態を除去しない不作為との合算を根拠とする見解
 - 2 反抗抑圧状態にある被害者の反抗の抑圧について
 - (1) 問題の所在
 - (2) 解消阻止説，強化説
 - (3) 本稿の見解
 - ア 反抗抑圧後の反抗抑圧について
 - イ 反抗抑圧状態の惹起の意義について
 - ウ 補足
- III 判例の検討
 - 1 被害者がすでに死亡し，または気絶していた事例等
 - 2 領得意思に基づく新たな暴行・脅迫が加えられた事例
 - 3 被害者に金品を差し出されて領得意思を生じ，これを領得した事例
 - 4 緊縛状態にある被害者からその財物を持ち去った事例
- IV おわりに

I はじめに

本稿は、強盗罪に関する、いわゆる反抗抑圧後の領得意思の問題について、あらためて考えてみようとするものである。

この問題領域においては、かつては、新たな暴行・脅迫不要説を採用する判例・学説が見られたが、判例の主流はかなり以前から必要説であり、また、不要説を主張する学説は、近時、再び現れてはいるものの、その数は少数であって、判例・学説上、必要説が多数を占めている¹⁾。

とはいえ、それら必要説に立つ判例・学説の判示内容・主張内容を見てみると、通常の強盗罪の場合のそれとは、かなり様相が異なっていることが一見して分かる。例えば、判例も学説も、通常の強盗罪との関係では、「同視できる」とはほとんどいわないが、この問題領域においては、この言い回しを盛んに用いている。また、通常の強盗罪との関係では、反抗の抑圧（またはその危険）が強盗既遂罪の成立要件であるとされているが、これもこの問題領域においては、反抗の「維持」や「継続」に取って代わられている。

本稿の出発点となった問題意識は、この問題領域において見られる以上の言葉遣いの違いは、単に、問題領域の違いに応じて、言葉が便宜的・形式的に遣い分けられているというのにはとどまらないのではないかと、判例・学説の主流である必要説も、実は、強盗罪の成立要件の部分的不充足を、容認ないしは放置している（この意味で、一種の不要説にとどまっている）のではないかと、というものであった。

以下では、この問題意識に沿って、まず学説について、次いで判例について、若干の検討を加えてみることにしたい。

II 理論的検討

1 新たな暴行・脅迫の要否

(1) 不要説

ア 従来の不要説

1) 学説の状況については、例えば、山口厚『刑法各論』（2010年）221頁以下参照。

(ア) 不要説に大きな影響を与えたと推測されるある見解²⁾は、次のように述べている。

「自己が生じさせた被害者の反抗不能の状態を利用し、それをあらたな犯意実現の手段とする意図で財物を奪取する行為は、……不真正不作為犯において……放置する行為が作為により結果を生じさせた者と同視されるのと並行した論理構成によって、強盗と構成する余地がある。……しかも、……自分が生ぜしめた状態をその儘放置するということではなく、……積極的に利用することは、……第1の犯行の余勢を駆って次の犯行に及んだものと見ることができ……不真正不作為犯……よりも一段と強い意味あいにおいて、……あらたに抵抗不能の状態を作り出すために暴行・脅迫を用いる行為と同視するに値すると言い得る」。

(イ) これは、結果発生危険がある事態を単に放置した不作為が、以後に生じた結果を惹起したと認められるのであれば、それ（ここでは反抗抑圧状態）を積極的に利用した行為が、それを惹起したと認められるのは当然である、とするもので、一種の均衡論の体裁をとっている。

しかし、不作為犯においてその惹起が肯定されるのが不作為（放置行為）以後に生じた結果であるのに対し、この見解において利用行為を根拠として肯定されているのは、すでに存在している（＝惹起済みである）反抗抑圧状態の惹起であり、その実質は、行為者が悪質ならば犯罪成立要件の充足を認めることができるというものに近く、もはや均衡論とも言い難い。

しかも、この見解において同視可能性を根拠として肯定されているのは、単なる反抗抑圧状態の惹起ではなく、暴行・脅迫による反抗抑圧状態の惹起であって、ここでは、「同視するに値する」という評価を下して結論を正当化する論理（同視可能性論）が、あらゆる主張を根拠付け得る万能薬のように用いられている。

(ウ) この見解は、被害者が意識を喪失している場合（気絶し、または死亡している場合）についても、次のような均衡論を展開して、やはり、強盗罪の成立を肯定している。

被害者が意識を失っていた場合でも、「原因はみずからが供与し、しかも犯行間もなくいわばその余勢を駆って第2の犯行に及んだと認められる場合に

2) 団藤重光編『注釈刑法(6)』(1966年)95頁以下(藤木英雄)。

は、その悪性は、被害者がなお意識を存し、かつ犯人の存在がその畏怖状態を持続させることとなる場合と異なることがないと言わなければならない。ことに、最初の犯行により被害者が蒙った害悪が大きければそれだけのちの財物奪取行為の違法性が低く評価されるとするの常識的にみて均衡を失する」。また、被害者がすでに死亡している場合についても、「……反抗抑圧の状態としてこれに過ぎるものは存しないわけであるから、この場合にも、盗取行為が殺害行為の余勢を駆ってなされたものと認めうる事情にあるかぎり、強盗罪を認めてさしつかえない³⁾。

ここでは、〈小さい害悪（意識がある反抗抑圧状態）＋持ち去り行為〉が強盗であるのに、〈大きい害悪（意識喪失／死亡）＋持ち去り行為〉が強盗にならないのは不均衡であるとされ、これを根拠として、強盗罪の成立が肯定されている。

確かに、この見解においては、意識喪失のケースは、意識がある反抗抑圧状態が惹起された場合と、結論が同じになるべきであると思われる。しかし、上に見たように、意識がある反抗抑圧状態が惹起された場合に強盗罪が成立するという主張自体がすでに根拠を欠いている以上、これを足がかりとして意識喪失のケースについて強盗罪の成立を主張しても、これもまた根拠を欠くことにならざるを得ない。

また、被害者が意識を喪失していない場合との不均衡を根拠として意識喪失の場合に強盗罪の成立を肯定し、さらに、これを踏み台にして、意識喪失以上の害悪が生じている被害者死亡のケースについて強盗罪の成立を肯定する論理それ自体にも問題がある。ここでは、被害者が意識を喪失しているケースと死亡しているケースとでは、後者において、暴行・脅迫の害悪が大きいほか、両者間に差異はないと考えられているものと推測されるが、前者が生きている人の占有下にある物を持ち去る行為であるのに対し、後者は死んでいる人の物を持ち去る行為であって、仮に、いわゆる死者の占有を認める立場に立ったとしても、両者の不法は同じではない⁴⁾。この見解の均衡論は、ここでもその前提を欠いているように思われる⁵⁾。

3) 藤木・前掲注2) 96頁。なお、同『刑法講義 各論』(1976年) 294頁も参照。

4) 生者の占有には、それが存続し得る時間的な制約はないが、死者の占有にはこれがあり（後述の①判例参照）、両者は、いわば、〈大+小〉と〈小+大〉の関係にある。

イ 近時の不要説

(ア) 最近では、必要説について詳細な検討を加えた上で不要説を採用する見解も主張されている⁶⁾。この見解が必要説に対して加えている批判には、後に見るように、貴重な示唆が含まれていると思われるが、他方、そこで挙げられている不要説の根拠それ自体には、疑問に思われるところが少なくない。

(イ) この見解は、まず、強盗罪においては、「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」とする⁷⁾。

しかし、強盗罪が成立する場合において、仮に、そのような2つの義務違反が認められるのだとしても、強盗罪の成立要件がこの2つの義務違反に尽きると決まったわけではない。ここでは、「領得意思をもって他者に暴行・脅迫を加えてはならない」という義務違反が、強盗罪における義務違反ではないことの根拠を示す必要がある。

(ウ) また、強盗罪が成立するためには、暴行・脅迫時に強盗の故意があることを要するとする見解を念頭に置きつつ、「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。」ともされている⁸⁾。このような見方が論理的にあり得ないとはいえないが、このことが、その見方が正しいことの根拠になるわけでもない。

また、「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ことで十分ではないかと思われる」ともされている⁹⁾、これも上と同様であって、それで

5) なお、その後主張された不要説としては、板倉宏『刑法各論』(2004年)112頁がある。ここでは、「……自らの暴行・脅迫状態 [ママ] により生じた被害者の反抗抑圧状態を利用して財物を奪取する行為は、当初から財物強取の意思で暴行・脅迫を加える行為と同視するに価するから、本罪が成立する(藤木)と解するのが、実態に即している。」とされているが、同視できるから同じに扱って良いというのは、本文において検討した見解と同じく、単に結論を述べているに過ぎず、これによって強盗罪の成立を根拠づけることはできないと思われる。

6) 森永貞綱「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」甲南法学51巻3号(2011年)139頁。

7) 森永・前掲注6)150頁。

8) 森永・前掲注6)150頁。

9) 森永・前掲注6)151頁。

は不十分であるという主張を否定するに足る何らの根拠も含んでいない（「必要はなく」というのは、すでに結論であろう）。

さらに、不要説は、窃盗罪において、領得意思が奪取行為の時点で存在すればよいことも一致するとともにされているが、奪取行為の時点で領得意思があれば足りるのは、構成要件該当行為の時点で領得意思が存在しなければならない（そして、それで足りる）からである。ここからは、むしろ、新たな暴行・脅迫不要説は採り得ないという結論に至る（あるいは、暴行・脅迫が強盗罪の構成要件該当行為であることを否定する）のが自然であるように思われる。

（エ）そして、この見解は、領得意思に基づく欺罔行為及びこれによる錯誤の惹起がなくても、不作為による詐欺罪が成立するとされていることを、不要説（及び、同説において、被害者死亡の場合にも強盗罪の成立を肯定し得ること）の論拠として、きわめて重要視している¹⁰⁾。その論理は、被害者の錯誤を惹起した行為が詐欺罪の故意なく行われ、犯人がこれに乗じて財物等を領得した場合には不作為による詐欺罪の成立が肯定されているから、強盗罪においても、暴行・脅迫時に強盗罪の故意は不要である、また、詐欺罪の故意なく行われた行為によって解消不可能な錯誤に陥った人に対しても不作為による詐欺罪の成立は肯定されているから、暴行・脅迫によって被害者が死亡している場合（＝反抗抑圧状態の解消が不可能な場合）であっても、強盗罪は成立し得る（そこで問題になっている義務は、反抗抑圧状態を利用しない義務であって、これを解消すべき義務ではない）、というものである¹¹⁾。

しかし、詐欺罪の故意に基づく錯誤の惹起がなくても不作為による詐欺罪が成立するというその前提が——仮に、広く共有されているのだとしても——正しくないと思われる。不作為犯は、行為者が、不作為によってある犯罪の構成要件を充足したときにその成立が認められるのであるから、詐欺罪の成立要件に被害者の錯誤が含まれており、また、強盗罪の成立要件に被害者の反抗抑圧が含まれている以上、詐欺罪においても、強盗罪においても、行為者が、不作為によってこれらの構成要件該当事実を惹起することは、絶対に必要である¹²⁾。被害者が死亡しているときに強盗罪が成立し得ないのは、必要説からの批判¹³⁾がいうところとは異なって、（領得意思のない暴行・脅迫によって惹起

10) 森永・前掲注6) 145頁以下、149頁以下、151頁等参照。

11) 森永・前掲注6) 145頁以下、149頁以下、151頁等参照。

された) 反抗抑圧状態を解消する作為が不可能だからではなく¹⁴⁾、作為によってであれ、不作為によってであれ、行為者が、領得意思をもって被害者に暴行・脅迫を加え、その反抗抑圧状態を惹起すること(＝強盗罪の構成要件を充足すること)が、もはや不可能だからである。この見解が前提としているよう

12) 森永・前掲注6) 149頁以下は、「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」とする。

医師による治療は、通常は有料であるから、ここでは、当初から、詐欺罪の故意に基づく欺罔行為とこれによって惹起された錯誤に基づく交付行為とがあるようにも思われるが、仮に、医師が、あらかじめ無料である旨を告げていたにも拘わらず、意外なことに、患者が謝礼を差し出してきたという前提で考えるならば、そこで詐欺罪がする可能性があるとしたら、それは、錯誤の不解消が錯誤の惹起に当たるからではないと思われる。

詐欺罪が成立するためには、欺罔行為によって相手方の錯誤を惹起することが必要であり、このことは、詐欺罪の構成要件が、246条に規定されているそれである以上、作為犯であっても、不作為犯であっても、同じである。上の事例で、被害者が、無料では悪いと思って謝礼を差し出し、医師がこれを受領した行為に詐欺罪が成立するとするならば、それは、医師の作為または不作為によって、被害者の錯誤が惹起された場合、例えば、医師が、領得意思をもって受領行為に出たことによって、被害者の錯誤の度合いが深まった場合や(作為犯)、謝礼を払わずに帰ろうとしている被害者に対して、事務員が、「診察料はお気持ちで」と裏面に書かれた診察券を交付しようとしているのに気付きながら、領得意思をもってこれを止めなかった場合(不作為犯)である。

錯誤の純然たる不解消しか存在しないような場合、例えば、この医師が、被害者が、帰り際に、医師宅のポストに謝礼入りの封筒をこっそりと入れようとしているのを目撃し、その時点で領得意思を生じたが、投函を止めなかったというような場合には、詐欺罪の成立要件は充足されておらず、同罪は成立しない。ここで詐欺罪が成立すると主張するのであれば、領得意思に基づく欺罔行為による錯誤の惹起は詐欺罪の成立要件ではないとするか、「真摯の騙取」と「財物の騙取」との符合を認める一種の抽象的符合説を採用する必要があると思われる(東京高判昭57.8.6判時1083号150頁〔後述の⑧判例〕が、後者のような考え方を採っている)。

13) 例えば、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26頁、これを支持する酒井安行「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』(1993年)108頁。

14) 不真正不作為犯は、不作為による構成要件該当事実の惹起であるから、作為義務の内容は、法益状態の悪化の阻止であって(阻止をせず、法益状態が悪化するにまかせるのが、不作為による惹起である)、すでに悪化してしまった法益状態を元に戻すこと(反抗抑圧状態についていえば、これを除去すること)ではない(町野朔『犯罪各論の現在』[1996年]155頁以下参照)。

例えば、遊んでいる最中に湖に転落して溺れている自分の幼い子供を発見した父親が、不作為による殺人罪との関係で負っている作為義務は、子供の生命に対する危険の増大を食い止めることであるから、例えば、浮き輪を投げてそれに掴ませ、これが生命に対する危険の除去に十分であったのであれば、湖に転落する前の状態に戻してやらなくても(例えば、引き揚げなくても)作為義務の履行は認められ、殺人未遂罪は成立しない(引き揚げないことは、保護責任者遺棄罪の問題になり得るに過ぎない)。

に、解消不可能な錯誤に陥っている者に対する詐欺罪が成立し得るのであれば、その理由は、作為または不作為により詐欺罪の成立要件がすべて充足されたから（錯誤が解消不可能であることは、実は、錯誤の惹起を妨げないから）であって、これ以外にはあり得ない。詐欺罪の成立要件の充足がないところで、相手方の錯誤を利用した行為者の悪質性を根拠として詐欺罪の成立を認めるとしたら、それは、あまりにも明らかな罪刑法定主義違反である¹⁵⁾。不作為犯における「同視可能性」は、（作為犯の場合の不作為義務とパラレルな）刑法上の作為義務¹⁶⁾を基礎づけ得る事情（＝刑罰の威嚇による作為の強制と、その反面としての自由の制限を正当化し得る事情）が存在するという意味に過ぎないのであって¹⁷⁾、構成要件の不充足を、同視可能性によって補っているわけではないのである。

（2）必要説（軽微な暴行・脅迫で足りるとする見解）とその根拠

ア 被害者の主観面を根拠とする見解

（ア）必要説は、学説上の通説であり、近時の判例もこれを採用しているという評価が一般的である¹⁸⁾。必要説の根拠としては、強盗罪の成立には財物奪取に向けられた暴行・脅迫が必要であることや、強盗に関して準強制性交等罪（かつての準強姦罪）に相当する規定が存在しないことが挙げられることが多い¹⁹⁾。前者は結論の言い換えに過ぎず、これによって必要説を根拠づけることはできないが²⁰⁾、とはいえ、強盗罪の重処罰（5年以上の有期徒刑）を説明するには、暴行・脅迫が領得意思に基づいて実行されたことの重い責任が考慮

15) 不要説が、不作為による詐欺罪が成立する根拠を上のように理解した上で、これを強盗罪に応用しようというのであれば（森永・前掲注6）146頁は、「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。」とする）、それもまた罪刑法定主義違反を犯さざるを得ない。

16) 町野朔『刑法総論講義案Ⅰ』（第2版）（1998年）259頁。

17) 誤解を生じさせる危険（あるいはすでに生じさせている可能性）が非常に大きく、作為義務と別に、この観念の存在を認める意義も必要性も乏しいように思われる（近藤和哉「立替払い型詐欺・恐喝罪における交付行為の要件について」神奈川法学45巻1号11も参照）。

18) 学説の状況については、例えば、森永・前掲注6）139頁も参照。

19) 例えば、山口・前掲注1）221頁、佐伯仁志「強盗罪（2）」法教370号83頁。

20) 不要説の論者は、強盗罪の重処罰の根拠は、財物奪取に向けられた暴行・脅迫を行った場合を典型例とする（が、これに限られない）悪質な領得行為の存在であるというのであろう（藤木・前掲注2）93頁、95頁以下参照）。

されている²¹⁾と考えるほかはなく²²⁾、準強制性交等罪に相当する規定の不存在という形式的な根拠とも相俟って、その妥当性を肯定し得ると思われる²³⁾。

(イ) 必要説を採用する学説の多くは、被害者がすでにその反抗を抑圧された状態にあることから、そこで必要とされる新たな暴行・脅迫は、通常の場合とは異なり、軽微な暴行・脅迫でも足りるとしている²⁴⁾。暴行・脅迫は、被害者の反抗を抑圧する手段として(判例のような反抗抑圧不要説においては、反抗を抑圧する危険を生じさせる手段として)要求されているのであるから、被害者の状態に応じて、強盗罪の成立に必要な暴行・脅迫の強度が異なってくるのは当然のことであり、本稿も、これに賛成である。

(ウ) この見解に対する批判としては、被害者の主観面を根拠とした場合には、強盗罪の成立範囲が広がり過ぎて妥当でないというものがあり²⁵⁾、そこでは、反抗抑圧状態下にある強制性交等罪の被害者に対して、たまたま通りかかった第三者が軽度の暴行・脅迫を加えて財物を領得した場合や、幼い子供を

21) 領得意思がない場合と比較して、社会に共有されている行為規範からの逸脱がより大きく、また、動機が利欲目的であって強力であるため、その抑止に、より強い威嚇力を要すると考えることが可能であろう。

22) 暴行罪・脅迫罪の法定刑の上限は2年であり(下限は罰金)、これに、被害者の反抗抑圧状態に乗じた悪質な窃盗(上限は10年、下限は罰金)を加えても、上限はせいぜい12年(下限は罰金)にしかない。

23) 森永・前掲注6) 149頁は、新たな暴行・脅迫必要説が、強盗罪には準強姦罪のような規定が存在しないことをその根拠のひとつとしていることを批判して、詐欺罪にも、錯誤に乗じた場合に同罪の成立を肯定する、準強姦罪に相当する規定は存在しないのだから、必要説の論理によるならば、錯誤に乗じた(=錯誤を解消しない)不作為による詐欺罪を否定することには必ずであるとする。

この批判の趣旨は、現在認められているように、錯誤に単純に乗じる不作為による詐欺罪が、準強姦罪に相当する規定が存在しないにも拘わらず肯定されるのであれば、反抗抑圧状態に単純に乗じる不作為による強盗罪もまた、そのような規定の不存在にも拘わらず、認められるはずである、ということであろう。

確かに、反抗抑圧状態に乗じると、錯誤に乗じるとで扱いが異なるのは一貫しないという主張には根拠があると思われる。しかし、錯誤に単純に乗じた場合に不作為による詐欺罪の成立が肯定されているのだとしたら、すでに見たように(「1(1)イ(エ)」)、それが正しくないのであって、準強姦罪のような規定が存在しないことは、必要説の根拠であり得るように思われる(パラレル論からは、むしろ、錯誤に単純に乗じる詐欺罪が否定されるのと同様に、反抗抑圧状態に乗じる強盗罪も否定されるべきことになる)。

24) 例えば、山口・前掲注1) 222頁、山口厚『問題探究 刑法各論』(1999年) 133頁、前田雅英『刑法各論講義 第5版』(2011年) 290頁、大谷實『刑法講義各論 [新版第3版]』(2009年) 225頁以下など。

25) 佐伯・前掲注19) 84頁。

睨みつけて財物を領得した場合に強盗罪の成立が肯定されてしまうことの問題性が指摘されている。

確かに、これらの場合に強盗罪の成立を認めるのは妥当ではないと思われるが、被害者の主観面を考慮する立場から必然的にこの結論に至るわけではない。強盗罪における暴行・脅迫は、被害者の生命・身体に対して一定程度以上の危険を有するものに限られるという解釈は、十分にあり得るとされる²⁶⁾。

また、暴行・脅迫が危険なものでなければならぬとしたからといって、反抗抑圧状態後に軽度の暴行・脅迫が加えられた場合について、強盗罪の成立を肯定する余地がおよそなくなるわけでもない。被害者に対して、その反抗を抑圧するような暴行・脅迫をすでに加えている行為者が、領得意思を生じた後に加える軽度の暴行・脅迫は、たまたま通りかかった第三者のそれとは異なり、被害者が要求に応じなかった場合等において、すでに加えていたような強度の暴行・脅迫に容易に転化する可能性を内包した、危険な暴行・脅迫であろう²⁷⁾。

(エ) なお、このように考えた場合には、強姦性交等罪の被害者等が反抗抑圧状態にあるのをたまたま見つけた第三者が領得意思を生じ、被害者に軽度の暴行・脅迫を加えた場合についても、強盗罪の成立が、およそ否定されるわけではないことになる。ほとんど理論上の可能性に過ぎないが、同人が加えた軽度の暴行・脅迫に、被害者の生命・身体に対する危険性が認められるような例外的な事情がある場合には（例えば、当該第三者が、被害者が要求に応じなければ強度の暴行・脅迫を加える意思を固めていた場合）、行為者が、たまたま通りかかった第三者であっても、強盗罪は成立し得るのである。

第三者が軽度の暴行・脅迫を加えた場合に強盗罪の成立を否定する見解の背後には、すでに暴行・脅迫を加えていた犯人とそうでない第三者とが、同じ強盗罪で処罰されるのは妥当でないという認識があるものと推測されるが、成立する罪が同じであるからといって、両者が同じように処罰されることになるわけではない。

例えば、単なる暴行・傷害を加えて被害者を反抗抑圧状態に陥れ、その後、

26) 近藤和哉「強盗罪の根拠と解釈—『反抗抑圧』をめぐる4つの問題」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来』（2017年）390頁以下。

27) 要求に応じなければ、すでに加えたような激しい暴行・脅迫を再び加えるという内容をもっているという意味では、すでに強度の脅迫でもある。

領得意思を生じて、軽度の暴行・脅迫を加えて財物等を奪った場合には、先行する暴行に成立する傷害罪と、後の強盗罪とが、混合的包括一罪となり、先行する傷害罪は、強盗罪の量刑において考慮されることになるのであろう。そうすると、後行の第三者が、すでに弱っている被害者に軽度の暴行・脅迫を加えた場合には、仮にこれが強盗に当たるとしても、暴行・脅迫後に領得意思を生じた場合の強盗よりは軽く評価される（先行者が加えた暴行・脅迫〔あるいはそこから生じた傷害結果〕についての罪責は負わない）こととなり、罪名が同じでも、同じように処罰されることにはならない（また、処罰すべきでもない）と思われる。

イ 犯人が負う領得避止義務を根拠とする見解

(ア) 学説には、領得意思なく暴行・脅迫を加えて被害者の反抗を抑圧した犯人が、領得意思に基づいて軽微な暴行・脅迫を加えて財物等を領得する行為に強盗罪が成立する理由を、前後の暴行・脅迫を一体的に評価すること等が許されることや、先行する暴行・脅迫を加えた犯人が、自己が創出した反抗抑圧状態を利用してはならない義務を負うことを指摘して説明するものもある²⁸⁾。

(イ) しかし、「評価することが許される」にしても、「財物等を領得してはならない義務がある」にしても、これは、強盗罪が成立するという結論を異なる言葉で言い換えただけであろう。ここでは、なぜ許されるのか、なぜ義務を負うのかの根拠が示されていないように思われる。

さらに、反抗抑圧状態を利用してはならない義務のような観念を解釈論に導入すること自体の妥当性にも、かなりの疑問がある。強盗罪が成立するのは、強盗罪の成立要件が充足された場合だけであるから、その違反が強盗罪によって処罰されるどころの「義務」は、犯罪成立要件のいわば裏面として、存在・観念し得るに過ぎない。犯罪成立要件を離れて、その出所も根拠も明らかではない「義務」を援用し、いわばバイパスのように利用して犯罪の成立を肯定す

28) 佐伯・前掲注19) 84頁は、「……新たな暴行・脅迫が通常の場合よりも軽微なもので足りるのは、自らの先行する暴行・脅迫と新たな暴行・脅迫を一体として評価することが許されることに求められることになる。その根拠は、自らの暴行・脅迫によって被害者の反抗抑圧状態を創り出した者は、その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義務があることに求めることができるであろう。強盗罪の成立には、財物の領得を目的とする暴行・脅迫が必要であるが、それが強盗罪として重く処罰されるべき暴行・脅迫に当たるかどうかの判断に当たっては、すでに自らの暴行・脅迫によって反抗抑圧状態を生じさせていることを考慮して評価することが許されるのである。」とする。

ることが妥当であるとは思われない。

（ウ）また、以上の点を措くとしても、被害者の反抗抑圧状態を惹起した犯人に、この見解が主張するような、236条の強力な威嚇によって強制される高度の義務（領得行為を避止すべき義務）を負わせることが可能であるのかには、やはり疑問が残る。作為犯に関して、先行行為者とそれ以外の者とを財産罪の成否に関して区別するという発想は、いわゆる死者の占有との関係でも見られるが、学説の多くは、行為者が殺人犯人であるか、それ以外の者であるかによって、同じ領得行為が、窃盗罪になったり占有離脱物横領罪にとどまったりすることには反対していると思われる。学説としても、殺人犯人による領得行為が第三者によるそれよりも悪質である（と評価されるべき）ことを否定するものではないと推測されるが、そうであるにも拘わらず、学説の多くが、いわゆる死者の占有に反対しているのは、そのような評価を犯罪の成否に結びつけること（殺人犯人には、窃盗罪の威嚇によって強制されるべき高度の領得行為避止義務があるとする）には、解釈論の限界を超えるものがあり、正当化が困難であるという認識があるからであろう²⁹⁾。

（エ）さらには、このような義務を肯定した場合には、もはや、殺人犯人による領得行為に強盗罪の成立を否定し得なくなるように思われる。

この点に関しては、あるいは、強盗罪が成立するには暴行・脅迫が必要であるが、死者を相手として暴行・脅迫を加えることはできない、従って、殺人犯人も同種の義務を負ってはいるが、強盗罪は成立しない、とされるのかも知れない。

しかし、この見解において先行行為を行った暴行・脅迫犯人に認められるとされている「義務」には、先行行為を行っていない者との関係では236条の暴行・脅迫に当たらない行為を、236条の暴行・脅迫に格上げする効果が与えられているのであるから、殺人犯人が死体に対して行った、生者に対してであれば軽微な暴行・脅迫に当たるとされ、強盗罪の成立が認められるような行為（例えば、着衣のポケット内を探るなど）を、さらには、およそ暴行・脅迫に当たらない行為さえをも、一体として評価して236条の暴行・脅迫に当たるとす

29) 判例（最判昭41.4.8刑集20巻4号207頁〔後述の①判例〕）も、少なくとも外見上は、占有の解釈の文脈ではなく、占有の保護の時間的拡張という、一種の刑事政策的配慮という体裁をとっている。

ることに、原理的な障碍は存在しないように思われる³⁰⁾。むしろ、殺人犯人は、被害者を死亡させずに反抗抑圧状態を惹起したに過ぎない犯人と比較して、被害者の財物等の領得に関して、より重い義務を（仮にこのようなものが存在するとして）負わされるのが当然であるから、単に領得するだけでも強盗罪で処罰する（236条の威嚇によって、領得行為をおよそ控えるよう強制する）という、かつて強力に主張され、最近にも新たな支持者を得た見解へと至るのが、むしろ、自然であるように思われる³¹⁾。

（オ）結局のところ、犯罪成立要件を離れて措定される「義務」によっては、

30) 佐伯・前掲注19) 84頁は、いわゆる不作為犯構成を批判して、反抗抑圧状態を放置することは、暴行・脅迫によってそれを惹起することと同じではないとするが、「義務」を援用して、先行行為を行っていない者との関係では暴行・脅迫に当たらない行為を、先行行為を行った者との関係で暴行・脅迫に当たるとすることの問題性も、まさに、そこにあるのではないかと思われる。

31) 小林憲太郎「窃盗罪・強盗罪」今井猛嘉ほか『刑法各論』（2版）（2013年）168頁以下が、義務を問題にする以上、新たな暴行・脅迫を不要としなければ一貫しないとしているのも同じ趣旨であろう。

もっとも、この見解が、被害者の心理に注目し、強盗罪の成立要件である反抗抑圧状態を、「[反抗が即時に重大な人身被害につながる現実的な危険をもつ]という心理から生じる」ものに限定することによって、先行行為に頼らずに、強盗罪の成立範囲を限定できるとしていることには疑問がある。

まず、拳銃を突き付けられて現金を奪われた被害者が、「怖くて何も考えられませんでした」と述べたときに、当該反抗抑圧状態が上記の心理から生じたものであるとするならば（すべきであろう）、被害者による抵抗ないし反抗という観念を反抗抑圧状態の解釈に持ち込むことに、とくに意味があるように思われぬ（そのような心理から生じた反抗抑圧状態であったか否かというような、立証・認定上の困難が容易に予想されるような事情に強盗罪の成否をかからせることには、実用性の観点からの疑問もある）。

また、反抗抑圧状態をこのように限定することによって、この見解が主張するように幼児等に対する強盗罪の成立を否定できるのかにも、疑問がある。幼児が、大人の目から見れば非常に不合理な人見知りをし、ときに恐慌状態に陥ったりするのは、自分が知らない人は、（暴行・脅迫が先行していなくても）自分にひどいことをしてくるにちがいないと（あえて言うならば）考えているからであろう。

また、幼児でなくても、そのような心理的特性をもった人は存在する。さらには、強制性交等罪の被害にあったばかりの被害者が、犯人に加えられる軽度の暴行・脅迫に対しては、抵抗すれば重大な人身被害を受けるかも知れないと考えるが、通りすがりの第三者による同種の暴行・脅迫に対しては、その者が通りすがりであると認識していさえすれば、そうは考えないといえるのかにも、かなりの疑問を感じる。

やはり、被害者の主観を考慮しつつ強盗罪の成立範囲を限定することには限界があり、幼児等に対する強盗罪の成立を否定しようとするのであれば、被害者の主観面以外に目を向ける必要があるように思われる（近藤・前掲注26) 390頁以下）。

強盗罪の成立範囲を一定の枠内に収めることは不可能であって、論者がイメージする「義務」に応じたさまざまな強盗罪が存在することになってしまうように思われる。

ウ 反抗抑圧状態を除去しない不作為との合算を根拠とする見解

（ア）先行行為との一体的な考慮を施すことによって、軽微な暴行・脅迫による強盗罪の成立を根拠づけようとする見解には、次のように述べて、行為者の不作為に注目するものも存在する。

暴行・脅迫により被害者の反抗を抑圧した後に領得意思を生じ、「相手方の反抗を抑圧した状態に乗じて、金員の要求をし、被害者の身体に触って財物を奪取したときは、金員要求の言辞や被害者の身体に触るなどの挙動は、それ自体としては、一般に反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫とはいえないが、右の反抗を抑圧されている状態を利用してそれを除去しないという不作為とを合わせ考慮すれば、右の程度の暴行・脅迫といえることができる。」³²⁾

ここでは、何らの根拠も示されておらず、また、「合わせ考慮す」ということの意味も明らかではないが、反抗抑圧状態を除去しない不作為を一種の先行行為と見て、このような先行行為が認められる者との関係では、軽度の暴行・脅迫も、「一般に反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫」といえるとするものであろう。

（イ）しかし、「一般に反抗を抑圧するに足りる程度」であるか否かは、一般的な意味では、行為時点における当該暴行・脅迫の属性であるから、行為者に何らかの先行行為があるかないかとは何の関係も有しないように思われる。例えば、瀕死の人に向けて殺意をもって発砲する行為には、行為者自身が瀕死の状態を惹起した上で何の手当もせずに放置していた場合であるか、瀕死の状態が行為者とは無関係に生じていた場合であるかにかかわりなく、殺人未遂罪が成立するのであろう

この見解は、あるいは、先行する不作為との一体的な考慮によって、当該行為が暴行・脅迫に当たるか否かという評価に変更を加え得るとするものであるかも知れないが、この場合には、前項に見た見解と同様の問題を抱えていることになる³³⁾。

32) 西原＝野村・前掲注13) 22頁。

2 反抗抑圧状態にある被害者の反抗の抑圧について

(1) 問題の所在

すでに述べたように、学説の多くは、この問題領域において、新たな暴行・脅迫必要説を採用しているが、必要説の問題意識ないし関心は、そこで要求される新たな暴行・脅迫の内容（軽微なもので足りるか否か）に、ほぼ尽きている。必要説の論者を含め、多くの学説は、強盗被害者の反抗抑圧の要否に関して必要説を採っているはずであるが、新たな暴行・脅迫必要説の多くは、特に根拠を示すことなく、また、その意味内容を明らかにすることもなく、すでに存在する反抗抑圧状態の「維持」、「継続」で足りるとした上で³⁴⁾、同趣旨を述べた判例（大阪高判平1.3.3判タ712号248頁〔後述の⑨判例〕であることが多い）を紹介する以上の説明は加えていない。

しかし、反抗抑圧状態を維持・継続したに過ぎない場合に、反抗抑圧必要説が前提とする強盗罪の成立要件の充足を肯定することができるか否かは、論じるまでもなく明らかなことであるとはいえない。例えば、過って自宅に持ち帰ってしまった他人の傘を玄関の外にそのまま放置しても（占有侵害状態の維持・継続）、あるいは、これを倉庫にしまっても（占有侵害状態の強化）、占有侵害の惹起が認められるわけではない。反抗抑圧必要説の立場からは、被害者の反抗が抑圧されなければ、強盗は未遂にとどまるが³⁵⁾、仮に、被害者の反抗が、占有と同じく、重ねてこれを侵害することが不可能な客体であるとするならば、反抗抑圧必要説の立場からは、この問題領域において強盗既遂罪が成立する可能性はないということになる。

必要説は、強盗罪の成立には暴行・脅迫時に強盗の故意が必要であるとして、不要説を退けているが³⁶⁾、反抗抑圧状態を維持・継続したに過ぎない場

33) なお、この見解に対しては、「論者は、後述する不作為構成には明白に批判的であり……、『合わせ考慮する』だけならよいというわけにはいかないように思われる。」という批判も存在する（酒井・前掲注13）107頁）。しかし、この見解は、先行する不作為の存在によって、軽度の暴行・脅迫が、強盗罪の暴行・脅迫に、いわば転化するとするものであって、反抗抑圧状態を解除しない不作為が暴行・脅迫に当たるとするものではないから、この批判が指摘するような不整合は存在しないように思われる。

34) 例えば、山口・前掲注1）222頁、西田典之『刑法各論〔第5版〕』（2010年）170頁（「継続」のみを挙げる）、大谷・前掲注24）225頁（「持続」という言葉を用いる）。

35) 学説の多くは、この観点から大阪地判平4.9.22判タ828号281頁に賛成し、最判昭24.2.8刑集3巻2号75頁に批判的である。例えば、山口・前掲注1）217頁参照。

36) 例えば、佐伯・前掲注19）83頁、山口・前掲注1）221頁。

合に、どのような根拠によって、暴行・脅迫による反抗の抑圧を肯定し得るのかを明らかにしないまま強盗既遂罪の成立を認めるならば、自らが設定した犯罪成立要件の充足に無頓着であるという意味で、不要説以上に問題の大きい見解である³⁷⁾ということになる。近時の不要説が、「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。』³⁸⁾としているのは、必要説に対する正当な問題提起であると思われる。

(2) 解消阻止説，強化説

この問題に取り組んだある見解は、反抗抑圧状態の解消の阻止は、反抗抑圧状態の惹起であるといい得るとして、「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は、単なる維持に止まらない『惹起』性を肯定しうるであろう」とし³⁹⁾、また、別のある見解は、「被害者の抵抗意思が生じるのを妨げるに足りる暴行・脅迫も、強盗罪を成立させるものである。したがって、すでに行われた暴行等によってすでに被害者の意思が完全に制圧されてしまっていたときにも、強盗罪は成立しうる。」としている⁴⁰⁾。

また、解消阻止の場合に加えて、「反抗抑圧状態を財物奪取に役立つ形で強化する」場合を挙げ⁴¹⁾、あるいは、不要説の立場からではあるが、上のような意味での強化に加えて、質的に異なる反抗抑圧状態を惹起した場合（心理的反抗抑圧状態を心理的・物理的反抗抑圧状態に変化させた場合など）を挙げる見解も存在する⁴²⁾。

これらの見解は、学説上の通説である反抗抑圧必要説の立場から、反抗抑圧

37) 不要説が、暴行・脅迫時に強盗の故意がないところで強盗罪の成立を認めているのは、それが強盗罪の成立要件ではないと考えているからであり、不要説の内部では、不整合は存在しない。

38) 森永・前掲注6) 142頁以下。

39) 酒井・前掲注13) 110頁。

40) 町野・前掲注14) 155頁。

41) 松原芳博「強盗罪・その1」法セミ697号112頁。

42) 森永・前掲注6) 143頁。「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殴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……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。」とする。

状態にある被害者との関係で、果たして強盗罪の成立要件の充足を肯定し得るのかという問題に取り組んだものとして貴重であり、そこで挙げられているケースにおいて、結論として、反抗の抑圧を肯定し得ることもまた、その通りであると思われる。しかし、これらの見解に示された考え方を採りつつ、強盗罪の成立を肯定することが現実的に可能であるのかといえ、これは、かなり疑問に思われる。

まず、反抗抑圧必要説に立ちつつ、この問題領域においては、上記のような意味での反抗抑圧状態の維持・継続のみが反抗の抑圧に当たるとした場合には、これを認め得るケースがほとんど存在しなくなる可能性が高いように思われる。暴行・脅迫を受けて反抗抑圧状態に陥った被害者の心理状態が、被害に遭っている最中に反抗抑圧状態を脱する方向へと向かうこと、ましてや、これを脱する直前の状態にまで回復することは、かなり稀であろうし⁴³⁾、反抗抑圧状態の強化や、質的・量的変更にしても、現に反抗抑圧状態が存在するならば、通常は、財物等の奪取に支障はないはずであって、犯人が、あえて反抗抑圧状態を強化し、あるいは質的・量的に変化させる行為に出る可能性は、かなり低いように思われる。また、以上のような意味での惹起が存在した可能性が、仮に認められたとしても、その立証は、通常の場合（例えば、通行人を背後から包丁で刺して重傷を負わせ、金を奪った場合）と比較して、相当に困難であろう。

結局のところ、これらの見解によるときには、学説上、強盗罪の成立が肯定されている場面の多くにおいて、同罪の成立を否定せざるを得なくなるように思われる。

(3) 本稿の見解

ア 反抗抑圧後の反抗抑圧について

(ア) 以上の見解を含め、従来の学説は、必要説、不要説を問わず、また、程度の差こそあれ、解消阻止の場合を除いて、すでに反抗抑圧状態に陥ってい

43) 森永・前掲注6) 144頁が、「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。……[強姦被害者]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、……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、そうではないというのなら、強盗罪の成立範囲はかなり狭まることになりうる。」としているのは、正当な指摘であると思われる。

る人に暴行・脅迫を加えて、その反抗を抑圧し得るとは考え難いという認識を共有していたように思われる⁴⁴⁾。これは、換言するならば、被害者の反抗は、それを重ねて侵害（ここでは、抑圧）することが不可能な客体である、とするものであるが、ここに、再検討の余地があるように思われる。

（イ）確かに、刑法上、その侵害が犯罪成立要件とされている客体には、人の生命（殺人罪等）や物の占有（窃盗罪等）など、重ねて侵害することが不可能なものも存在する。しかし、人の生理的機能（傷害罪等）や所有権（毀棄罪、横領罪等）など、重ねて侵害することが可能なものも存在する。

両者の違いは、その客体について、刑法上、「ある」か「ない」かの2つの状態しか観念し得ないか、それとも、それらの間の中間的な状態をも観念し得るかという違いに由来している。

例えば、人の生命については、「ある」か「ない」かのいずれかしか観念し得ず、その侵害は、これを「ない」状態にすることであるから、重ねて侵害することできない。他方、人の身体の生理的機能には、「ある」か「ない」かの間に中間的な状態が存在し、その侵害は、これを不良変更することであるから、被害者が死亡していない限りは（生理的機能が「ある」限りは）、これを侵害することが可能である⁴⁵⁾。

そして、強盗罪における侵害（抑圧）の客体である被害者の反抗は、心理的反抗であって⁴⁶⁾、程度ないし具体的内容の観念を容れることが可能であるから⁴⁷⁾、重ねて侵害することが可能な、後者のグループに属する客体であるということになる⁴⁸⁾。

（ウ）そして、例えば、Xが暴行の故意をもってAを殴打してその腕に亀裂骨折を生じさせた場合、最終的に生じたこの結果は、暴行の故意に基づく行為

44) 例えば、酒井・前掲注13) 110頁は、「しかし、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り、すでに発生してしまった反抗抑圧状態を惹起することはできないはずである。このことは、先行行為により失神・死亡させ、その後奪取意思を生じた場合には強盗とはならないという圧倒的通説の暗黙の前提でもある」とする。

45) いわゆる横領後の横領を認めた最判平15.4.23刑集57巻4号467頁は、所有権が横領行為によって重ねて侵害されることはないとしていた従来の判例の立場を改めたものである。

46) この点については、近藤・前掲注26) 381頁以下。

47) このこと自体は、従来から認められてきた。例えば、酒井・前掲注13) 110頁、森永・前掲注6) 149頁。

によって惹起されたものであるが、その後、Xが強盗の故意を生じてさらに暴行を加えて完全骨折を生じさせれば、これは、強盗の故意に基づく行為によって惹起されたものである⁴⁹⁾。これと同様に、領得意思なく加えられた暴行・脅迫による反抗抑圧状態は、暴行・脅迫の故意に基づく行為によって惹起されたものであるが、その後、行為者が領得意思をもってさらに暴行・脅迫を加

48) なお、すでに反抗が抑圧されている以上、重ねて反抗を抑圧することはできないはずであるという認識が一般化した背景には、強盗罪の成立要件である反抗抑圧に物理的反抗抑圧が含まれることが当然視されてきた(近藤・前掲注26)381頁参照)という事情があったようにも思われる。例えば、ロープで縛り上げられてまったく身動きができないことが反抗抑圧状態に当たるとすると、領得意思を生じた犯人が、この被害者にさらにロープを巻き付けてみたところで、反抗を抑圧したとは言いきれない。このことが、被害者の反抗は、人の死や占有と同じく、重ねて侵害することができない客体であるという理解を後押しした可能性があるように思われる(もっとも、この場合において、犯人が被害者を殺害すれば、多くの見解は、反抗の抑圧を肯定するのであろう。そうすると、物理的反抗もまた、重ねて侵害することが可能な客体であるということになる。ここでは、殺害によって心理的反抗が抑圧されたと考えられている可能性もあるが、いずれにせよ、被害者が生存している限り、被害者の反抗は、重ねて侵害可能であることになる)。

49) なお、この点に関連して、森永・前掲注6)143頁以下は、すでに見たように、必要説がすでに反抗抑圧状態にある被害者について反抗抑圧状態の惹起を肯定するためには、行為者が、質的に異なる反抗抑圧状態を惹起するか、既存の反抗抑圧状態を、それともはや同視できない程度に量的に変化させる必要があるとしている。この主張は、因果関係(新たな暴行・脅迫の危険の現実化)の観点から根拠づけられているが(「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、……質的に異なる反抗抑圧状態を作出した場合や……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うるはずである。」とする[森永・前掲注6)143頁以下])、因果関係の観点を導入することによっては、このような限定は働かないように思われる。

行為の危険の現実化が問題となった事件としては、大阪南港事件(最決平2.11.20刑集44巻8号837頁)があるが、ここでも、被害者の死亡結果が先行行為者の行為の危険の現実化であるとされたからといって、必然的に、後行行為者の行為の危険の現実化でないとされたことになるわけではない(詳細を述べる余裕はないが、現実化を否定する理由はないと思われる)。現在取り扱っている問題は、行為者が単独であった熊撃ち事件(最決昭53.3.22刑集32巻2号381頁)にむしろ近いが、この事件において後行行為と被害者の死亡結果との間の因果関係が問題とされたのは、後行行為の時点で結果回避可能性が存在したか否かに疑問があり得たからであろう。

確かに、程度や具体的内容の観念を容れる余地がない死亡結果については、発生時期や原因が多少異なるだけで異なる結果であるといえるのかという問題があり得るが、程度や具体的内容の観念を容れる余地がある反抗抑圧状態については、被害者の心理状態に何らかの変化が生じている以上、結果回避可能性を問題にする余地はないように思われる(完全骨折の一步手前であった亀裂骨折が、新たな暴行後に完全骨折となった場合に、両者が異なる結果であるのと同じであろう)。

え、反抗抑圧状態の枠内において被害者の心理状態に変化を生じさせたのであれば、最終的に生じた反抗抑圧状態は、強盗の故意に基づく暴行・脅迫によって惹起されたものである⁵⁰⁾。

イ 反抗抑圧の意義について

(ア) 以上の考え方によるならば、領得意思に基づく新たな暴行・脅迫が行われ、被害者がこれを認識した場合には⁵¹⁾、ほとんど常に、反抗の抑圧（心理的反抗抑圧状態を惹起した後における、それと異なる心理的反抗抑圧状態の惹起）を肯定し得ることになる⁵²⁾。

(イ) これに対しては、反抗抑圧状態に僅かな変化が生じたに過ぎない場合にまで、強盗罪のような重い罪の成立を肯定するのは不当ではないかという批判も考えられるが、まずは、従来の学説上の必要説（とりわけ、維持・継続説）が、この点に関して、本稿の見解よりも抑制的であったわけではないことに注意を要する。

従来の学説の多くは、犯人が被害者に対して新たな暴行・脅迫を加え、被害者がその後も反抗抑圧状態にあり、そこで犯人が財物等を奪ったという事実が認められる場合には、被害者の反抗の抑圧を認め得るかについての検討を経ずに、強盗既遂罪が成立するという結論を導いてきたと思われる。本稿の意図のかなりの部分は、このようにして導かれた結論の理論的根拠を探ることであって、強盗罪の成立範囲の拡張は、むしろ、本稿が望まないところのものである⁵³⁾。ごく軽微な暴行・脅迫が加えられ、被害者の反抗抑圧状態にごく僅か

50) 生理機能の侵害（不良変更）が、無傷の人との関係でも、すでに大けがを負っている人との関係でも可能であるように、反抗の侵害（抑圧）は、反抗を抑圧されていない人との関係でも、すでに反抗抑圧状態にある人との関係でも可能である（「ゼロ」からスタートする必要はない）ということになる。

51) 暴行・脅迫の客観面が認識されれば足り、犯人の領得意思が認識されることは必要ではない（例えば、被害者がいきなり殺害されて財物を奪われたときにも [= 領得意思の認識なく反抗抑圧状態に陥った場合であっても]、反抗抑圧状態の惹起は認められる）。

52) 判例・学説上、強盗罪における暴行・脅迫の要件であるとされている、「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」（最判昭24.2.8刑集3巻2号75頁）は、この問題領域においては、「社会通念上一般に被害者の心理状態に変化をもたらすに足る程度のもの」であることになる。なお、反抗抑圧状態を脱するの心理状態の変化ではあるが、これをもたらすに足る暴行・脅迫（例えば、被害者をくすぐるなど）には、強盗既遂に至る現実的危険が認められず、この理由から、暴行・脅迫に当たらない。

53) 実際にも、本稿の立場を前提とした場合に、強盗罪の成立範囲が、学説上一般に是認されているところを越えて広がるわけではない（次章参照）。

な変化が生じたに過ぎないような場合に、これを強盗として起訴し、あるいは処罰するのが妥当か、恐喝または窃盗で十分ではないか、という考慮は、本稿の見解の下でも当然に働き得る⁵⁴⁾。

(ウ) また、新たな暴行・脅迫によって生じた心理面の変化がそれほど大きくなくても、法益面では大きな変化が生じていることにも注意を要する。領得意思なく行われた暴行・脅迫によって惹起された反抗抑圧状態の法益侵害は、暴行罪・脅迫罪（法定刑の上限は2年である）で評価し尽くされるが、領得意思に基づく新たな暴行・脅迫が加えられ、これによって新たな反抗抑圧状態が惹起された場合には、すでに強盗未遂罪（法定刑の上限は10年である）が成立している。

(エ) さらには、成立する罪が強盗罪であるからといって、当初から強盗の故意で暴行・脅迫を加えた場合と同じように処罰しなければならない（あるいは、処罰して良い）わけでもない。法益侵害の内実は事案ごとに様々なのであって、暴行・脅迫後の領得意思の事例においても、これを、量刑上、適切に評価すれば足り⁵⁵⁾、また、この問題領域において強盗罪の成立を肯定する際には、この点にも十分配慮する必要がある⁵⁶⁾。

54) いくつかの判例は、新たな暴行・脅迫は、通常の強盗の場合と比較して軽微なものでも足りると述べる際に、「身体にさわる等の挙動」（後述の③判例）や、「ささいな言動」（後述の⑦判例）等の具体例を挙げている。これは、このようなものでも足りるが、逆にいえば、少なくともこの程度のものが規準である（単なる滞留が、当然に脅迫に当たるわけではない）ということであろう。本稿の立場からは、これは、反抗抑圧不要説に立つ判例が、暴行・脅迫の程度によって、強盗罪として処理すべき行為の限界を画そうとしたものと理解し得る。

55) ①単なる脅迫の故意で被害者にナイフを突き付けて脅迫し、気絶寸前の反抗抑圧状態を惹起した時点で強盗の故意を生じて、拳銃を突き付け、気絶に追い込んで財物を奪った犯人と、②当初から強盗の故意をもって被害者にナイフを突き付けて脅迫し、気絶寸前の反抗抑圧状態を惹起した後、拳銃を突き付けて気絶に追い込んで財物を奪った犯人とでは、量刑評価は異なり得る。小林・前掲注31) 168頁も参照（「……先行する暴行・脅迫が（行為者の帰責事由には基づくものの）故意によらないケースまで考えると、やはり、当初から領得意思を有していた場合とは無視し得ない当罰性の格差がある」とする）。

もっとも、暴行・脅迫後の領得意思が実際に問題になるケースのうちかなりの部分が、強制性交等事件であり、この場合には、当初から強盗であった場合よりも、却って悪質であるということになる（強盗・強制性交等罪 [刑 241 条 1 項後段] によって重く処罰される）。

56) この点を指摘することなく強盗罪の成立を肯定する見解は、本稿の見解よりもむしろ過酷であろう。

ウ 補 足

（ア）なお、2点付け加えておくと、まず、すでに反抗抑圧状態にある被害者に対して新たな暴行・脅迫が加えられた場合、被害者の反抗抑圧状態は、一般的な意味では悪化することが多いと思われるが、本稿の立場からは、被害者の心理状態に変化が生じれば足り、それを悪化と評価し得ることは必ずしも必要ではない。強盗罪の成立要件は、強盗の故意をもって行われた暴行・脅迫によって惹起された反抗抑圧状態下での占有移転であるから⁵⁷⁾、新たな反抗抑圧状態の惹起が認められる以上、それ自体が、暴行・脅迫が加えられる以前の状態と比較して却って軽かったとしても⁵⁸⁾、同罪の成立要件の充足を何ら妨げないからである⁵⁹⁾。

従って、例えば、犯人が、被害者を殺害するつもりで「死んでもらう」と申し向けて拳銃を突き付けて反抗を抑圧したが、そこで領得意思を生じて、「金を出すなら殺さない」とさらに申し向けたような場合において、仮に、被害者が、金を払えば殺されずにすむと知って、若干立ち直ったとしても（これを軽減と評価し得るかには疑問の余地もあるが）、金銭の占有が移転されれば、強盗既遂罪が成立する。また、上の例で、拳銃を突き付けられた被害者が気絶してしまった後に犯人が領得意思を生じ、被害者を揺り動かして、意識を回復させるとともに畏怖させて金銭を奪った場合も同様である⁶⁰⁾。

（イ）また、強盗、恐喝、詐欺といった結合犯について、先行者が被害者の反抗抑圧状態、畏怖状態、錯誤を惹起した後に加わった後行者が、最終結果についてこれらの罪の共同正犯となり得るのだとすれば、その理由は、後行者も、自身の加功開始時点以後に、先行者と共同して軽度の暴行・脅迫等を加えることにより、以上のような意味において、すでに反抗抑圧状態に陥っている

57) 強盗罪の基本的な成立要件に関する本稿の考え方については、近藤・前掲注26) 373頁以下も参照。

58) ただし、上に見たように、法益侵害（の危険）は顕著に増大している。

59) 暴行・脅迫を加える以前の被害者の心理状態がどのようなものであったのかは、成立要件の充足とは別の、情状の問題に過ぎない。

60) これと同じようなことは、欺罔行為によって生じた錯誤に基づく交付行為が犯罪成立要件である（＝錯誤の悪化が犯罪成立要件に含まれていない）詐欺罪においても見られる。

例えば、単なる虚栄心から、投資で多額の利益を挙げたと嘘をついたところ、相手がそれを完全に信じ込んだので、詐欺の意思を生じてさらに虚偽の事実を告げて投資名目に金員の交付を勧めたところ、その嘘が下手だったために相手方は却って疑いを抱くに至ったが、それでも、金員を交付したような場合には、やはり、詐欺既遂罪が成立する。

被害者の反抗を共同して抑圧等し得る場合があるからであると思われる⁶¹⁾。これを超えて、すでに生じている状況を積極的に利用して自己の犯罪を実現しようとする意思が認められれば、後行行為者も先行行為者の行為を承継し、その共同正犯となるとすることは、刑法上の帰責に、因果的惹起を根拠とするものと、行為者の悪質性を根拠とするものとの2通りがあることを意味しているが、後者は、連座の発想を時間的に拡張したものであって、さらに不当であろう。

Ⅲ 判例の検討

1 被害者がすでに死亡し、または気絶していた事例等

次に、以上に述べた本稿の立場から、いくつかの判例について若干の検討ないしコメントを加えてみることにしたい。

まず、領得意思に基づかない暴行・脅迫により、被害者が死亡し、または気絶した後に、犯人が領得意思を生じて財物を持ち去った事例、及び、犯人が被害者の気絶を誤信しつつ財物を持ち去った事例に関係する判例を取り上げる。新たな暴行・脅迫不要説の立場からは、これらの事例についても、強盗罪の成立が肯定されることになるが⁶²⁾、本稿の立場（新たな暴行・脅迫必要説）からは、新たな暴行・脅迫が認められない以上、強盗罪はおよそ不成立である⁶³⁾。

61) 後行者が先行者と無関係に暴行・脅迫に出れば単独犯が成立し（「(2)ア」参照）、共同して暴行・脅迫に出れば共同正犯が成立するというだけのことである（この場合において、後行者の行為が、当初から加担していた場合と量刑上同等に評価されるべきでないことは、先に述べた通りである）。

なお、この問題に関しては、近時、因果共犯論を前提としつつ、不作為による暴行・脅迫・欺罔を構想して、いわゆる中間説の結論を根拠づけようとする試みがなされているが（山口厚『刑法総論』[第3版][2016年]373頁以下）、少なくとも本文のような意味で反抗抑圧状態等の共同惹起が認められる場合には、そのような理論構成を採る必要はないように思われる。これを超えて共同正犯の範囲を拡張するためには、不作為による暴行等を考えざるを得ないと思われるが、拡張の必要性に、そもそも疑問が残る。また、不作為による反抗抑圧状態等の惹起をどのようにして根拠づけ得るのかという問題も、依然として残されるように思われる。

62) 藤木・前掲注2)96頁、森永・前掲注6)152頁。

63) なお、犯人が、死亡している被害者について生存を誤信し、あるいは、気絶している被害者について覚醒していると誤信して、暴行・脅迫を加えた場合には、未遂犯が成立する余地はある。

① 最判昭 41.4.8 刑集 20 卷 4 号 207 頁（強姦後、口封じのため被害者を殺害し、その後時計を奪った事例）

a. 本判例は、強姦殺人犯人が被害者の死体から時計を取り外して持ち去った行為について、次のように述べて、窃盗罪が成立するとした。

「……（被告人は、当初から財物を領得する意思は有していなかつたが、野外において、人を殺害した後、領得の意思を生じ、右犯行直後、その現場において、被害者が身につけていた時計を奪取したのであつて、このような場合には、被害者が生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお継続して保護するのが法の目的にかなうものというべきである。そうすると、被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して右財物を奪取した一連の被告人の行為は、これを全体的に考察して、他人の財物に対する所持を侵害したものというべきであるから、右奪取行為は、占有離脱物横領ではなく、窃盗罪を構成するものと解するのが相当である）」

b. 本判例は、大審院判例（大判昭 16.11.11 刑集 20 卷 598 頁）の判示⁶⁴⁾をほぼそのまま踏襲したものであるが、いずれの事件においても、財物の持ち去りは窃盗罪で起訴されており、強盗罪の成否は、まったく問題にされていなかった。不要説からは、暴行時に奪取意思・領得意思を要求する必要説は、「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」とも指摘されているが⁶⁵⁾、被害者を殺害してから財物を奪う意思で加えられた暴行は、被害者の反抗抑圧とその状態下における占有侵害とを同時に惹起（し、その後、占有を離脱した財物を領得）することに向けられているのであるから、説明に特に困難はないように思われる。

本稿の立場からは、本件においては、暴行・脅迫をおよそ認め得ないため、強盗罪は不成立である（被害者の生存を誤信した犯人が、領得意思をもって死体を殴る蹴る等した場合には、強盗未遂罪は成立し得る）。

② 旭川地判昭 36.10.14 下刑集 3 卷 9=10 号 936 頁（失神した被害者から洋服をはぎ取った事例）

64) 「本件ノ如キ場合ニアリテハ其ノ具體的事情ヲ參酌シテ被害者カ生前有シタリシ財物ノ所持ヲ其ノ死亡直後ニ於テモ尚繼續シテ保護スヘキ實質上ノ理由存スルモノト謂ハサルヘカラス」とした。

65) 森永・前掲注 6) 152 頁。

a. 本判例は、暴行犯人が、失神状態に陥っていた被害者から洋服をはぎ取った行為について、次のように述べて、強盗罪の成立を否定した。

「強盗罪は、相手方の反抗を抑圧する程度の暴行または脅迫を手段として、他人の財物を奪取することによって成立する犯罪である。暴行または脅迫を手段とするというのは、ある暴行脅迫が客観的に財物奪取の前提となっているということではなく、主観的に財物奪取のための行為として暴行脅迫が行なわれるということなのである。……ところが本件では、……暴行は洋服奪取の手段として行なわれたものではなく、他の理由による暴行の終了後に洋服奪取の故意を生じ、失神状態に陥っている野村の洋服をはぎ取ったというのであるから、右に述べた強盗罪の構成要件に該当しないのである。」

b. 検察官は、本件を強盗罪で起訴していたが、裁判所は、財物奪取のための暴行・脅迫が存在しないとした。本稿の立場からも、同じように考えることになる。

また、被害者が気絶していない場合と比較しつつ、洋服をはぎ取った行為が暴行に当たる可能性についても検討を加えて、「仮りに、財物を奪取する行為自体を暴行と考えても、……行為の客観面だけをとらえてみると、両者の間には差異がないようであるが、行為の主観面をみると、前者においては、それが被害者の反抗を抑圧するための行為……と評価されるのに反し、後者においては、被害者が失神状態に陥っており、犯人もそれを知っているのであるから、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う手段性をもった行為ともいえないのである。」としており、この点にも賛成できる。本判例の立場からは、被害者が客観的には失神していた場合であっても、犯人が、被害者が失神していないと誤信しつつ、財物を求めて被害者の身体をまさぐるなどしていた場合には、強盗未遂罪が成立する可能性があるということになろう。

③ 高松高判昭 34.2.11 高刑集 12 卷 1 号 18 頁 (被害者の失神を誤信しつつ、その腕時計を外して持ち去った事例)

a. 本判例は、暴行犯人のひとりが、被害者が失神しているものと誤信してその腕時計を外して持ち去った行為について、次のように述べて、強盗罪の成立を否定した。

「暴行脅迫後に初めて盗罪犯意を生じた場合その所為が強盗罪となるために

は、犯人のその後の言動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ない。他の目的で先に加えた暴行脅迫により被害者が畏怖して居るのに乗じてこの機に財物を奪取しようという意図のもとに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、（参考最高裁昭和二四，一二，二四判決）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けれども、その所以も亦初めから財物奪取の目的で暴行脅迫を加えて強取する場合とその評価においてこれを別異に解すべき何等の理由が存在しないからである。

然るに本件においては被告人は山下勇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いへ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。」

b. 一審判決は強盗罪の成立を肯定していたが、本判例はこれを否定した。

本判例の理由中、「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」とした部分には賛成できるが、「亦これと同視すべき場合でもない」としている部分には賛成できない。繰り返しになるが、このような同視可能性論は、結論の先取りであつて、根拠を伴わない単なる主張に過ぎない。本判例は、「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」理由を、「初めから財物奪取の目的で暴行脅迫を加えて強取する場合とその評価においてこれを別異に解すべき何等の理由が存在しない」ことに求めているが、強盗罪が成立しない理由は、その成立要件が充足されないこと以外にはあり得ないはずである。

本稿の立場からは、腕時計の取り外しは、客観的には脅迫に当たり得るし、

被害者に意識があった以上、これによる反抗抑圧状態の惹起も肯定し得る。しかし、犯人には強盗の故意を認めることができないから、結論として、強盗罪は成立しないことになる。

④ 札幌高判平7.6.29判時1551号142頁（被害者の失神を誤信しつつ、その金品を奪った事例）

a. 本判例は、強姦犯人らが、被害者が失神しているものと誤信しつつ、そのバッグから金品を奪った行為について、次のように述べて、強盗罪の成立を否定した。

「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なく、……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。反抗不能状態を継続させるために、新たな暴行・脅迫の必要があるのは、被害者が失神していない場合か、あるいは失神して意識を取り戻したとき又はその気配を感じたときである。」「そうすると、新たな暴行・脅迫が必要かどうかは、被害者が失神状態にある場合と、被害者がそうでない場合とでは、同一には論じられないと考えられる」。

……「そこで、前項に述べた考え方を前提として、本件を検討すると、新たな暴行・脅迫を論じる余地はなく、本件は窃盗に当たるといふべきである。」

b. 一審判決は、新たな暴行・脅迫必要説を採って窃盗罪の成立を認めるとどめ、これに対して、検察官が不要説を主張して控訴したところ、本判例は、上のような理由を示して、これを退けた。そこでは、新たな暴行・脅迫の要・不要が、これなしには強盗罪の成立を肯定し得ないか否か、という意味ではなく、被害者の反抗を抑圧するために、犯人がさらに暴行・脅迫を加えなくてはならないか否か、という意味で用いられており、論理が混乱しているように見える。

本稿の立場からは、③判例の場合と同じく、犯人らに強盗の故意を認めることができないため、強盗罪は不成立である。

2 領得意思に基づく新たな暴行・脅迫が加えられた事例

次に、犯人が領得意思を生じた後、反抗抑圧状態にある被害者に、比較的程度の軽い暴行・脅迫を加え、金銭等を領得した事例を取り上げる。

この種の事例については、判例・学説上、一般に、強盗罪の成立が肯定され

ている。

本稿の立場からは、すでに強度の暴行を加えた犯人が加える軽度の暴行は、すでに加えられた強度の暴行に容易に転化し得る危険性を有し、また、脅迫は、それ自体、要求に応じなければ強度の暴行を加えるという強度の脅迫であるから、いずれも、強盗罪の成立要件である暴行・脅迫に当たり、また、これらの暴行・脅迫によって被害者の心理に（多くの場合、少なからぬ）変化を生じさせることは、反抗抑圧状態の惹起に当たることから、強盗罪の成立を肯定し得ることになる。

⑤ 最判昭 24.12.24 刑集 3 卷 12 号 2114 頁（脅迫言辞を申し向けた上、金銭を奪った事例）

a. 本判例は、原判決が認定した被告人の行為（被害者を「道路から長さ約二間の草の密生した急斜面」に転落させて「その下方にある幅約二尺のコンクリートの防波壁の上に落」とし、その勢いのまま「その約十二尺下の拳大の石塊ある海岸に顛落」させた上、「姦淫したがその際同女の畏怖しているのに乗じて『金をもっているか、其の金を寄越せ』」等と云つてその所持金十五円を強取した）について、特段の検討を加えず、「強姦罪と強盗罪との併合罪をもつて処断すべき」であるとして、強盗罪の成立を認めた。

b. 本稿の立場からも、ここでは、強度の脅迫と、これによる反抗抑圧状態の惹起とを認めることができ、強盗罪の成立を肯定し得る。

c. なお、この事件において、控訴審裁判所（東京高判昭 24.4.19 刑集 3 卷 12 号 2118 頁）は、次のように述べて、被告人の行為には強盗強姦罪（当時の 241 条前段）が成立するとした。

「本件被告人の所為は婦女を強姦し、その畏怖に乗じて金員を強取したものであつて、犯情の点に於て他人を畏怖させて金品を強取した者がその畏怖に乗じ婦女を強姦した場合と聊も異るところなく右所為は刑法第二百四十一条前段の犯罪を構成するものと解するを相当とする」⁶⁶⁾。

犯情が同じであるから同じ罪の成立を肯定し得るという論理は、すでに見た同視可能性論にほかならないが、最高裁は、控訴審判決のこの論理を批判し

66) 本件においては、被害者による告訴の取り下げがあり、弁護人は控訴審においてすでに、公訴棄却を主張していたが、裁判所は、強盗強姦罪の成立を根拠として、この主張を退けた。

て、「それは原審の誤れる見解と云わねばならぬ。けだし被告人の行為が強盗強姦罪を構成するかどうかということ、その犯情が強盗強姦罪と同じであるということ、は自ら別の事柄である。原審が……被告人の本件犯行を、その情状において強盗犯人が婦女を強姦した場合といさ、かも異らないとするものであれば、その点は被告人に対する量刑上十分に考慮すれば足りるのである。」とした。このような考え方は、強盗強姦罪に関しては広く共有されていると思われるが⁶⁷⁾、強盗罪に関しては、未だにかなりの問題を残しているように思われる⁶⁸⁾。

⑥ 大阪高判昭 47.8.4 高刑集 25 卷 3 号 368 頁（反抗抑圧後に物色行為を行い、また被害者が不知の間に財物を領得する等した事例）

a. 本判例は、白タクのドライバーらが、わいせつ行為を行う意図で被害者を自車内に押し込み、走行中の車内で暴行・脅迫を加えて反抗を抑圧した上、財布から 1 万円を奪う等した行為について、次のように述べて、強盗罪の成立を肯定した。

「犯人が他の目的で他人に暴行脅迫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る。そして……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」。

b. 本判例は、不要説を採った判例として、しばしば紹介される⁶⁹⁾。本判例の一般論の部分は確かに不要説であるが、事案自体は、必要説に立っても強

67) 平成 29 年の刑法改正では、これにまつわる不備を補う趣旨で、「強盗強姦罪」が、「強盗・強姦・強姦強制性交等罪」に改められた。

68) 最高裁は、また、控訴審裁判所の結合犯に関する立場について、「強盗強姦罪は強盗罪と強姦罪との結合犯であるから、強姦罪と強盗罪に該当する行為とが同一機会に行はれさえすれば強盗強姦罪を構成するというのであれば、それは結合犯の概念を正解しないものと云うの外なく到底採用に値しない。」ともした。控訴審判決の考え方に類似した考え方は、いわゆる博多覚せい剤事件の控訴審判決（福岡高判昭 60.8.29 刑集 40 卷 7 号 559 頁）において、強盗殺人罪との関係で再び登場したが、再び最高裁（最決昭 61.11.18 刑集 40 卷 7 号 523 頁）によって退けられている。

69) 例えば、佐伯・前掲注 19) 83 頁注 4。

盗罪の成立を認め得るものであったように思われる。新たな暴行・脅迫必要説の立場からも、犯人のひとりが、走行中の車内で、反抗抑圧状態にあった被害女性の紙袋の中等を探った行為は、当時の状況を前提とすれば、被害者の反抗を抑圧するに足る脅迫に当たるであろうし⁷⁰⁾、被害者が強取を認識していることは、強盗罪の成立要件ではないから⁷¹⁾、腕時計を被害者に気付かれずに抜き取った行為についても、特に問題はない。また、反抗抑圧状態下で被害者が財物を差し出す行為を「交付」と表現することは言語的には可能ではあるが、刑法的には、これは、強取（反抗抑圧状態下での占有移転）であるから、ここでも、強盗罪の成立に支障はないと思われる。

本稿の立場からは、紙袋の中等を探った行為が、本件の状況下では、大きな害悪を暗黙裡に告知する強力な脅迫と評価し得ること、また、これによって生じたであろう被害者の心理状態の変化⁷²⁾について、反抗抑圧状態の惹起を肯定し得ることから⁷³⁾、犯人らのすべての領得行為に、強盗罪が成立することになる。

⑦ 東京高判昭 48.3.26 高刑集 26 卷 1 号 85 頁（「お前本当為金がないのか」等と述べながら被害者の懐中を探り、現金等を奪った事例）

a. 本判例は、被害者の反抗を抑圧した暴行犯人が、被害者がうずくまっているのを見て領得意思を生じ、「お前本当為金がないのか」、「金はどこにあるのか」等と述べながら被害者の懐中を探り、現金等を奪った行為について、次

70) すでに見た判例③は、「被害者が畏怖して居るのに乗じこの機に財物を奪取しようという意図のもとに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、（参考最高裁昭和二四、一二、二四判決）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」とする。なお、本件の被告人らは、被害者を車内に押し込んだ後、わいせつ行為に及ぶ以前に領得行為に及んでおり、当初から領得意思を有していたようにも見える。

71) 被害者がいきなり殺害されて財物を奪われた場合にも強盗（殺人）罪は成立する（最判昭 23.12.24 刑集 2 卷 14 号 1883 頁も参照）。

72) いきなり車内に連れ込まれて暴行・脅迫を受けて反抗抑圧状態に陥った被害者が、犯人がさらに、自身の紙袋の中を探り始めたのを見て、特に何も感じないということは考えにくい。

73) なお、犯人は、自身の行為が被害者に恐怖を抱かせるであろうこと、これによって被害者の心理状態に変化が生じ、その新たな反抗抑圧状態下で財物の占有が移転されることの認識をも有していたと考えられることから、強盗の故意も肯定できる（不法領得の意思の存在にも、問題は無い）。

のように述べて、強盗罪の成立を肯定した。

「……当初は財物奪取の意思がなく他の目的で暴行または脅迫を加えた後に至つて初めて奪取の意思を生じて財物を取得した場合においては、犯人がその意思を生じた後に改めて被害者の抗拒を不能ならしめる暴行ないし脅迫に値する行為が存在してはじめて強盗罪の成立があるものと解すべきである（もつとも、この場合は、被害者はそれ以前に被告人から加えられた暴行または脅迫の影響によりすでにある程度抵抗困難な状態に陥つているのが通例であろうから、その後の暴行・脅迫は通常の強盗罪の場合に比し程度の弱いもので足りることが多いであろうし、また、前に被告人が暴行・脅迫を加えている関係上、被害者としてはさらに暴行・脅迫（特にその前者）を加えられるかもしれないと考え易い状況にあるわけであるから、被告人のささいな言動もまた被害者の反抗を抑圧するに足りる脅迫となりうることに注意する必要がある。」

b. 本判例は、一審判決が摘示していた「お前本当に金がないのか」という言辞は、脅迫には当たらないとして、「金はどこにあるのか」等の言辞を摘示し直している。被告人は、「お前本当に金がないのか」と述べると同時に、被害者の懐中に手を差し入れるなどしており（一審判決 [東京地判昭47.8.9高刑集26巻1号89頁参照]）、このような質問も（あるいはこれがなくても）脅迫に当たるようにも思われるが（③判例・⑥判例の項参照）、本件の事実関係⁷⁴⁾を考慮して、慎重な認定がなされたものとも考えられる。

本稿の立場からは、被告人が被害者の懐中を探った行為は、その言辞と相俟って、大人しく金品を渡さなければ再び激しい暴行を加えるという強度の脅迫に当たり、また、これによってすでに反抗を抑圧されている被害者の心理状態に生じたと推測される変化を捉えて反抗抑圧状態の惹起をも肯定し得るから（他の要件の充足には、特に問題はない）、被害者の金品を奪った行為には、やはり、強盗罪が成立することになる。

⑧ 東京高判昭57.8.6判時1083号150頁（強姦を企図した相手方が男性であると判明したため、暴行・脅迫を加えて財物を奪った事例）

74) 一審判決によれば、被告人による暴行の発端は、その日に被告人と知り合ったばかりの被害者が、自己の飲食代金を被告人に立て替えてもらっているが、これを払わずに逃げようとしたことであった。

a. 本判例は、強姦目的で被害者の居室に侵入した犯人らが、被害者に暴行・脅迫を加えて反抗を抑圧し、衣服をはぎ取ったところ、被害者が男性であることが分かったので、領得意思を生じ、被害者の両手・両足を縛った上、金品を要求してこれを奪った行為について、次のように述べて、強盗罪の成立を肯定した。

「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から、論旨⁷⁵⁾はこの点においてすでに失当である。」

「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な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。」

b. 本判例も指摘しているように、本件の事実関係の下では、領得意思が生じた後の時点で、かなり強力な新たな暴行・脅迫が加えられているから、必要説を採ったとしても、強盗罪の成立を肯定する上で、特に支障はなかったはずである。それにも拘わらず、本判例があえて不要説を展開した理由は不明であるが⁷⁶⁾、いずれにせよ、その論理には大きな問題がある。

本判例は、「強姦罪と強盗罪とは、……貞操又は金品を奪うという点においては共通しており」としているが、「貞操……を奪う」というのは、慣用的な

75) 弁護人は、領得意思を生じた後に、被告人らが暴行・脅迫を加えた事実はないと主張していた。

比喩表現に過ぎないのであって、「金品を奪う」との間に、構成要件的な重なり合いなどは認められない⁷⁷⁾。本判例の論理によるならば、「生命を奪う」意思で人を殺害し、その後領得意思を生じて財物を持ち去った場合には、①判例に反して、強盗殺人罪が成立することにならざるを得ないと思われる。

本稿の立場からは、⑤～⑦判例と同じ理由から（新たな暴行・脅迫が一層強力であったことからすると、より容易に）、強盗罪の成立を認め得る。

⑨ 大阪高判平 1.3.3 判タ 712 号 248 頁（反抗抑圧後にさらに暴行を加えて財物を奪った事例）

a. 本判例は、暴行犯人らが、被害者が、被告人らを暴力団関係者であると誤認して反抗抑圧状態に陥っていたことから領得意思を生じ、被害者の顔面を手拳でさらに数回殴打する暴行を加えた上で財物を奪った行為について、次のように述べた上で、強盗罪の成立を肯定した。

「財物奪取以外の目的で暴行、脅迫を加え相手方の反抗を抑圧した後に財物奪取の意思を生じ、これを実行に移した場合、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、脅迫がなされることが必要であるが、その程度は、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、それ自体反抗抑圧状態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ものというべく、これと同旨の原判決の判断は正当である。」

b. 新たな暴行・脅迫必要説の学説が、新たな暴行・脅迫は反抗抑圧状態を

76) 一審判決は、犯人らが強姦目的で加えた暴行・脅迫も、本件強盗罪の犯罪事実の一部を構成するとしていたが、控訴審判決に、これを擁護すべき特段の事情があったとも思われない。また、当初からの暴行・脅迫を強盗罪に取り込まなければ、これが、単なる暴行・脅迫罪になってしまうというわけでもない（強姦未遂罪の成立は肯定可能であろう。なお、現在は、先行する暴行・脅迫を強姦未遂罪とした場合の方が、単一の強盗罪とした場合よりも、重く処罰される[刑 241 条 1 項後段]）。本件の犯人らが、窃盗に入るのに適した家を物色している最中に本件犯行に及んでいることからすると、犯人らには、暴行・脅迫の当初から強盗の故意があった可能性もあり、本判例のような不要説を採れば、その立証をバイパスすることが可能であるが、このような意図があったとも考えにくい。

77) 佐伯・前掲注 19) 83 頁が、「強姦罪と強盗罪は罪質が異なっており、前者の暴行・脅迫は後者の暴行・脅迫に流用することはできないであろう。」とするのも、この趣旨であろう。

維持・継続させるものであれば足りるとする場合には、本判例を引用することが多い。しかし、「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」、なぜ、「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る」ことになるのか、本判例がその根拠を明らかにしているわけではない。

本稿の立場からは、⑧判例について述べたのと同じ理由から、強盗罪の成立を認め得る。

3 被害者に金品を差し出されて領得意思を生じ、これを領得した事例

次に、犯人が領得意思なく暴行・脅迫を加えたところ、被害者が反抗抑圧状態または畏怖状態に陥って金銭等を差し出し、この時点で領得意思を生じた犯人がこれを持ち去ったという事例に関連する判例を取り上げる。

この種の事例においては、強盗罪の成立を肯定した判例が目立つが、そこでは、犯人の一刻も早い退去を願って被害者が差し出した金品を持ち去るのは、暴行・脅迫を用いて強取するのと同じである、という同視可能性論がしばしば展開される。

本稿の立場からも、犯人の滞留が被害者に危害を受けかねないという恐怖を与え続けるという意味で脅迫であり得ること、犯人にそのことの認識があること、また、この脅迫によって、被害者の心理状態に変化が生じた（金品を渡してでもこの状況から解放されたいと願うに至った）以上は、新たな反抗抑圧状態が惹起されたことをも肯定し得るが、犯人が、金品を差し出されてはじめて領得意思を生じたのであれば、脅迫時において強盗の故意がなかったことになり、結局のところ、強盗罪は成立しないことになる。

⑩ 大判昭 19.11.24 刑集 23 卷 252 頁（反抗抑圧後、暴行・脅迫を加えて金銭を奪った事例）

a. 本判例は、被告人が、強姦の意思で被害者を脅迫するうちに強盗の意思を生じ、これに基づいて金銭を要求し、被害者の口を緊縛する等して現金を奪った行為について、原判決が被告人の行為に強盗罪の成立を肯定したのは正当であるとした上で、次のように判示した。

「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

ノ畏怖状態ハ繼續スルヲ通例トスルカ故ニ強姦犯人カカカル情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爲ハ自己ノ作爲シタル相手方ノ畏怖状態⁷⁸⁾ヲ利用シテ他人ノモノニ付其ノ所持ヲ取得スルモノナレハ畢竟暴行ハ脅迫ヲ用キテ財物ヲ強取スルニ均シク其ノ所爲ハ正ニ強盜罪ニ該當シ所論ノ如ク竊盜罪ニ間擬スヘキニ非ス」。

b. 本稿の立場からは、⑧判例について述べたのと同じ理由から、強盜罪の成立を認め得る。

c. 問題は、弁護人の上告趣意（被告人は、一貫して、金はいらないから姦淫させると要求し続けていたのであり、金を持ち去ったのは、「姦淫ノ目的ヲ達シ得サリシ腹癒セト逃ケカケノ駄賃ニ金ヲ窃取シタルモノ」であると主張していた）に答えて展開された一般論の部分である。

本稿の立場からは、犯人の滞留が反抗抑圧状態下にある被害者の心理状態に変化をもたらしたのであれば、新たな反抗抑圧状態の惹起を肯定することが可能である。また、その状態下で被害者が差し出した金品を受け取る行為は、「自己ノ作爲シタル相手方ノ畏怖状態ヲ利用シテ他人ノモノニ付其ノ所持ヲ取得スルモノ」であるとする事も可能である。しかし、この場合の犯人には、強盜の故意が欠けており、結局のところ、強盜罪の成立を肯定することはできない。

確かに、現場に滞留する犯人には、自身の滞留が被害者に恐怖をもたらす（暗黙の害悪の告知となり得る）ことの認識や、これが、被害者の心理状態に変化をもたらすことの認識を肯定し得る場合が少なくないと考えられる。しかし、犯人には、その状況下で被害者の財物の占有を侵害する、強取の認識が認められない。被害者が差し出した財物を被害者が持ち去った場合が、本判例がいうように、「脅迫ヲ用キテ財物ヲ強取スルニ均シ」としても、それは、行

78) この「畏怖状態」は、これが、犯人が現場に滞留すれば、被害者の畏怖状態は継続させられるのが通例である、という指摘に続けて登場していることからすると、強姦の手段である暴行・脅迫によって作出された畏怖状態ではなく、滞留によって作出された（継続させられた）畏怖状態を指すものと読むのが自然であるように思われる。滞留が畏怖状態を継続させるのは、これが脅迫に当たるからであるとする、本判例のこの一般論は、新たな脅迫（滞留）によって畏怖状態が継続させられた場合について、強盜罪が成立することを述べたものであるということになる。本判例は、一般に、新たな暴行・脅迫不要説の立場に立つものとして紹介されるが（例えば、山口・前掲注1）222頁、佐伯・前掲注19）83頁）、この評価には、やや疑問が残る。

為の客観面だけのことであって、これのみによって強盗罪の成立を根拠づけることはできない⁷⁹⁾。

なお、本稿の立場からも、犯人が、自分が現場に滞留し続ければ、そのうち、被害者が心理的に耐えきれなくなり、自分から進んで金を出してくるだろう、と考えていたのであれば（＝被害者による金品の差し出しが、犯人にとって意外の展開ではなかった場合には）、強盗罪の成立を肯定し得る。とはいえ、相手方が反抗抑圧状態にある以上、犯人の財物奪取を阻む障碍はすでに存在しないはずであり、実際に領得意思を有している犯人がそのような回りくどい方法を探ることは、現実には、ほとんどあり得ないように思われる。

① 東京高判昭 37.8.30 高刑集 15 卷 6 号 488 頁（被害者が金銭を差し出したのを見て領得意思を生じ、これを受け取った事例）

a. 本判例は、強姦の意思で被害者に暴行を加え、傷害を負わせた犯人が、反抗抑圧状態にある被害者から、「お金を上げるから放して下さい」と言われて暴行を中止し、被害者が差し出した金銭を受け取った行為について、次のように述べて、強盗罪の成立を肯定した。

「強姦の目的で婦女に暴行を加えたものがその現場において相手方が畏怖に基いて提供した金員を受領する行為は、自己が作為した相手方の畏怖状態を利用して他人の物につき、その所持を取得するものであるから、ひつきよう暴行又は脅迫を用いて財物を強取するに均しく、その行為は強盗罪に該当するものと解するのが相当である。」

「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限りその畏怖状態が継続し、その犯人が速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く不任意な提供であることは明らかであつて、これを受け取る行為は即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。従つ

79) 本判例がいうように、被害者が差し出した金品を受け取る行為が強盗既遂なのだとしたら、差し出された時点で、すでに、強盗未遂罪が成立することになると思われる（滞留が脅迫に当たるとすると、いわゆる実行行為はすでに行われていることになる）。本判例の一般論にこの趣旨までもが含まれているのだとすると、本判例の評価としては、新たな暴行・脅迫を不要としたとするよりは、新たな暴行・脅迫に強盗の故意を不要としたとするのが、より適切であるように思われる。

てその金品奪取の時に於いて、先になされた暴行脅迫は財物を奪取する為の暴行脅迫と法律上同一視され、右犯人は刑法第二三六条にいわゆる『暴行又ハ脅迫ヲ以テ他人ノ財物ヲ強取シタル者』に該当するものと解すべきである。」

b. 本稿の立場からは、⑩判例の一般論について述べたのと同じ理由から、強盗罪は成立しない。

本判例が上で述べているところは、ほぼ、⑩判例の一般論を引き写し、またはこれを敷衍したものであって、すでに指摘した理由から、妥当でないと思われる。本判例は、この一般論によって、強盗罪の成立を否定していた一審判決（東京地裁昭 36.11.1 高刑集 15 卷 6 号 497 頁）の見解を否定したが、一審判決が指摘していたところは、本件の被告人の行為に強盗罪が成立しない理由についても⁸⁰⁾、また、⑩判例の問題点の指摘についても⁸¹⁾、正鵠を射ていたと思われる（⑩判例の項を参照）。これを、強盗罪の成立要件を視野の外へと追いやった上、「暴行又は脅迫を用いて財物を強取するに均しく」、あるいは、「先になされた暴行脅迫は財物を奪取する為の暴行脅迫と法律上同一視され」などの、何らの根拠も伴わない主張をぶつけることによって退けてしまう同視可能性論の弊害には、やはり、看過しがたいものがあるように思われる⁸²⁾。

80) 「強盗罪は財物を強取する意思のもとにその手段として被害者の反抗を抑圧するに足りる程度の暴行脅迫を加え、それに基づき財物を取得することを要件としていることはいうまでもない。従って、以上に認定したように被告人が強姦の意図をもって暴行を加えたところ、被害者がひたすら姦淫行為の中止を願い一刻も早く退去せんことを欲して金員を提供するに至ったに止まり、その際被告人に自己の暴行により反抗不能に陥っている被害者の状態に乘じこれを利用して不法に金品を提供させようとする新たな意思とその意思の実行に値する挙動とが認められない場合においては、本件金員の受領を目して金員を強取したものと解することは許されないというべきである。」……「右のような意思とそれに基く行為を伴わない限り、単に右の機会に財物を持ち去ったりあるいは被害者自らが害悪をまぬがれるため進んで提供した金品を受け取っても、それは強盗罪の犯意と実行とを欠くものであって、強盗罪は成立しないというほかはない。」とした。

本稿の立場からは、一審判決がいう「挙動」は、単なる滞留の場合でも認め得る（脅迫があり得る）ように思われるが、本件の被告人には、「金品を提供させようとする新たな意思」が欠けていたとしている点は、正当な指摘であると思われる。

81) 同判例の「判旨は犯人『ノ作為シタル畏怖状態』が財物強取の意思をもって惹起されたものでないことを看過し、すなわち強盗罪における主観的要件（犯意）を忘れて、単に強盗罪の客観的側面に類するものがあることに眩惑され、『畢竟暴行又ハ脅迫ヲ用キテ財物ヲ強取スルニ均シ』い点のみをとらえて、一挙に『正ニ強盗罪ニ該当』すると即断するの誤りに陥ったものと評するほかない。」とする。もっとも、判例の事案が、強盗罪の成立を当然に認められるようなものであったことをも指摘して、この判示部分が傍論に過ぎないことに注意を喚起している。

⑫ 東京高判昭47.1.12判時711号139頁（被害者が金銭を差し出したのを見て領得意思を生じ、これを受け取った事例）

a. 本判例は、強姦の意味で被害者に暴行を加えた強盗未遂犯人が、反抗抑圧状態にある被害者から財布等を差出され、「助けて下さい。」等と哀願され、これを奪い取って逃走した行為について、次のように述べて、強盗罪の成立を肯定した（「[i]」等の記号は筆者）。

[i] 「ところで本件においては、すでに判示第一事実に関して説示したように、被告人は被害者に対し、これを強姦する意図をもって暴行を加え、その程度は原判決の掲げる関係証拠によれば同女の反抗を抑圧する程度に至ったと認められるのであるが、同証拠によると被告人の暴行により畏怖した同女が難を免れるため差出した原判決財布等を、同女がすでに畏怖していることを知り、同女の上半身におおいかぶさったまま、同女の畏怖しているのに乗じて奪取したこともまた明らかであるから、たといその畏怖状態が被告人の強姦を意図した暴行により惹起されたものであっても、これは刑法第二三六条第一項の強盗をもって論ずべきものである。」

[ii] 「原判決はこれを窃盗と認定した理由として、犯人が別個の目的により相手方に暴行、脅迫を加えてこれを反抗不能の状態に陥れた後に初めて財物奪取の犯意を生じてこれを実行に移した場合、たといその程度は軽くとも暴行または脅迫と評価し得る行為が、前記犯意を生じた後になれば強盗の成立はないものと解しているものようであるが、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、かつ前記のような状況下にある場合、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、被害者の原審法廷における供述によれば、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。）」

b. 本稿の立場からは、⑩判例、⑪判例について述べたのと同じ理由から、強盗罪は成立しない。暴行・脅迫は不作為によっても可能であり⁸³⁾、また、

82) なお、⑪判例が指摘する「その提供は右畏怖状態に基く不任意な提供であること」は、強盗罪成立の必要条件であるに過ぎず、十分条件ではない。また、一審判決が、提供が任意であるから強盗罪は成立しない、などとしていたわけでもない。

83) 町野・前掲注14) 155頁も参照。

被害者が財布等を差し出し、被告人が領得意思を生じた時点で、同人が、「同女の上半身におおいかぶさっ」ていたという事実は、客観的には、有形力の行使にも、害悪の告知にも当たり得るが、その後の奪取の態様は、「間ばつを入れずそれを奪い取って逃走し」たというものであって⁸⁴⁾、仮に、犯人が作為義務を負っているとしても、これは直ちに履行されていることになるから、不作為による暴行・脅迫を論じる余地はない。

c. 本判例が、「i」で述べるところは、単なる事実と結論とであって、根拠は示されていない。また、「ii」では、「強盗罪の成立を否定する理由は見当らない」とされているが、本判例は、強盗罪の成立を肯定する理由をそもそも示していない。また、178条の規定の存在と矛盾しないことは、せいぜい、強盗罪が成立するための必要条件に過ぎず、しかも、ここでは、「矛盾するものとは考えられない」理由も明らかにされていない。さらに、犯人が被害者の財布等をひったくったことを指摘して、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するが、ひったくりは強盗ではないというのが判例・学説の共通認識であるから、このことは、むしろ、強盗罪の成立に疑問を抱かせる事情であると思われる⁸⁵⁾。

d. 本判例は、強盗罪の成立を否定した一審判決を否定したものであるが、一審判決の論理は、本件のような状況下で強盗罪が成立するためには、財物奪取の意思に基づく暴行または脅迫が（軽度のものであっても）必要であるが、本件ではそれが認められない、という、ごくシンプルなものであった⁸⁶⁾。この一般論の部分は、控訴審裁判所としても、通常的狀況下での強盗罪との関係では、当然の前提としていたものと思われるが、これを、上に見たような、根拠薄弱な論理によって否定しようとしたことには、⑩判例、⑪判例についてと同じく、不可解の念を抱かざるを得ない。

本判例は、一審判決が行っていなかった酌量減輕を行って、結局のところ

84) 一審判決は、被害者が「財布等を被告人にさし出し、……哀願したところ、被告人はとっさにこれを取得する意図を生じ、間ばつをいれず、……ひったくるようにしてこれを奪い取り、その場から逃走した」とする。控訴審判決も、この認定を特に問題視してはいない。

85) ひったくる行為は、物理的反抗抑圧肯定説の立場からは、相手方の反抗を抑圧するに足る暴行に当たることになると思われるが（近藤・前掲注26）383頁以下）、ひったくりは強盗ではないとする立場を維持するのであれば、被告人のこの行為を根拠として、強盗罪の成立を肯定することはできない。

は、一審判決と同じ刑を言い渡している（懲役3年、未決勾留日数中90日を算入）。「当審に至って被告人の兄が各被害者に若干の金員を送金して謝罪の意を表したこと」が、本件における酌量減輕実施の有無の判断に際してどの程度の重みをもっていたのかは、これを知る由もないが、また、その他の量刑事情について、一審判決と異なる評価がなされた可能性もあるが、仮に、一審判決の論理を否定するに当たって、性犯罪者の卑劣さ・醜悪さが考慮されていたのだとすると、これは、⑤判例が説示していたように、量刑事情において考慮すべきことであって、犯罪の成否とは切り離して考えるべき事柄であったように思われる⁸⁷⁾。本件の被告人の行為に強盗罪が成立するとすると、被告人は、現在の刑法の下では、強盗・強制性交等罪によって、きわめて重く処罰されることになるが、本件の（あるいは、⑩判例、⑪判例の）被告人の行為が、果たして、このような重処罰に相応しい実質を伴っているといえるのかを、強盗罪が重く処罰されている根拠にまで遡って、改めて考えてみる必要があるように思われる⁸⁸⁾。

4 緊縛状態にある被害者からその財物を持ち去った事例

最後に、犯人が、被害者に対して領得意思なく暴行・脅迫を加え、緊縛して身体を自由を奪った後に領得意思を生じ、被害者から財物を奪った事例に関連する判例を取り上げる。

この種の事例に関する判例は、それほど多くないようであるが、同視可能性

86) 「本件のように、犯人が別個の目的により相手方に暴行、脅迫を加え相手方を反抗不能の状態に陥れた後に初めて財物奪取の犯意を生じこれを実行に移した場合において、当該奪取行為が強盗になるとするためには、犯人の右決意後において暴行又は脅迫と評価できる言動がなければならぬというべきである。

もっとも、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ぬというべきである。しかるところ、本件において、被告人は、前認定のように恐怖状態に陥った被告人が財布等をさし出した時に初めて財物奪取の犯意を生じ、しかも間ばつを入れずそれを奪い取って逃走しているのであるから、被害者が右財物奪取の犯意を生じた後において、程度のいかに問わず暴行又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。」とした。

87) まず重い罪の成立を認め、その後、量刑段階で軽く評価するのでも同じである、とはいえない（近藤和哉「暴行罪の再検討」神奈川法学47巻2号（2014年）91頁以下も参照）。

論ないしは均衡論を用いて強盗罪の成立を指向する傾向は、被害者による金品差し出しの事例におけるよりも、さらに一層顕著であるように見える。

本稿の立場からは、強盗の故意に基づく危険な暴行・脅迫を認め難い等の理由から、強盗罪は不成立である。

⑬ 東京高判平 20.3.19 判タ 1274 号 342 頁（緊縛状態にある被害者の携帯電話等を持ち去った事例）

a. 本判例は、被害者に暴行を加えて緊縛し、身動きできなくした上でわいせつ行為を行っていた犯人が、わいせつ行為の途中で領得意思を生じ、被害者の携帯電話等を自身のポケット（あるいはバッグ）に入れる等した行為について、次のように述べて、強盗罪の成立を肯定した（「[i]」等の記号は筆者）。

「[i] 強制わいせつの目的による暴行・脅迫が終了した後、新たに財物取

88) なお、本件に類似した事案を取り扱った判例としては、大阪高判昭 61.10.7 判時 1217 号 143 頁、旭川地判平 16.1.29 裁判所ウェブサイトもある（いずれも、強盗罪の成立を肯定した）。

前者の事案は、被告人が、自身の暴行・脅迫を伴う強制わいせつ行為によって反抗抑圧状態にあった被害者が「お金ならあるだけあげます。」と言ってきたのに対し、「いくらあるか。」と申し向けた上、被害者が差し出した金員を領得した（その後にもさらに強制わいせつ行為に及んだ）というものである。

裁判所は、「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」として強盗罪の成立を肯定したが、「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」があることと、強取を認め得るという結論とが、①判例を前提としつつ結びつき得るのには疑問が残る。

本稿の立場からは、「いくらあるか。」という、質問の体裁をとった言辭が脅迫に当たるかという問題はあるが（被告人の口調や声音等を考慮して判断する必要がある。なお、「お前本当に金がないのか」という言辭は脅迫に当たらないとした⑦判例も参照）、これが肯定されるならば、脅迫による新たな反抗抑圧状態の惹起も認められ、強盗罪が成立することになる。

後者の事案は、被害者による金品の差し出しはなく、被告人が、自身の暴行・脅迫を伴う強制わいせつ行為によって反抗抑圧状態にあった被害者から、その肘に掛かっていたショルダーバッグを奪おうとして取り合いになり、結局これを奪ったというものである。裁判所は、強制わいせつに伴う暴行・脅迫が「夜間、人気のない暗い場所で、相当執拗かつ強烈に加えられたものであったことからすると、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あり得るから、被害者の反抗抑圧状態を維持継続するに足りるものであったというべきであり、強盗罪における暴行に該当するものとするべきである。」とした。

本稿の立場からも、領得意思に基づく暴行・脅迫、および、反抗抑圧状態の惹起が認められ、強盗罪が成立することになる。

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、[ii] 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。[iii] 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ふべきなのである。[iv] 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。[v] 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。」

b. 本判例の論理はかなり不明瞭であるが、おそらくは、比較的最近の判例の多くが採用している新たな暴行・脅迫必要説に立った上で、新たな暴行・脅迫の存在を認め、結論として強盗罪の成立を肯定したものであろう⁸⁹⁾。

c. まず、[ii] では、「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」とされている。

しかし、本件の被害者が身動きができなかったのは、紐が被害者の身体を物理的かつ継続的に押さえつけていたからであるから、本件では、特に実質的な考慮を施さなくても、暴行（身体に対する不正な有形力の行使）の継続を認め得る⁹⁰⁾。

d. そうすると、本判例は、[iii] において、犯人が、領得意思のない行為によって開始した暴行とこれによる自由侵害とが継続している間に領得意思を有するに至り、財物を領得した場合には、強盗罪が成立する、としていること

になる。

まず、本件においては、作為による新たな暴行を構成要件該当行為とする強

89) まず、[i]で、「新たな暴行・脅迫と評価できる行為が必要である」とされているのは、刑法上の暴行・脅迫に該当しないが、暴行・脅迫と規範的に同等と評価される任意の行為（例えば監禁）による強盗罪を許容しているようにも見える。しかし、裁判所が236条の文言（「暴行又は脅迫を用いて」）を正面から無視するとは考えがたい。そうすると、この部分の趣旨は、この問題領域において強盗罪が成立するためには、領得意思が生じた後に、典型的な暴行・脅迫（殴打や包丁の突き付け）が行われることは、必ずしも必要ではないが、解釈を通じて刑法上の暴行・脅迫に当たるとされる行為が行われることは必要である、ということであろう（仮に、刑法上の意味での暴行・脅迫がなくても強盗罪が成立するとしているのであれば、この時点ですでに不当〔類推解釈〕である）。

また、[ii]で、「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」とされている部分は、[i]で述べられたばかりの、「新たな暴行・脅迫と評価できる行為が必要である」とする見解と矛盾しているようにも見える。しかし、最近の判例は、一般に必要な説であるし、また、連続する2つの文で異なる見解が主張されているとも考えがたい。そうすると、この部分の趣旨は、「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」、「これに乗じて財物を取得すれば、領得意思が生じた後に、それ単独で「暴行・脅迫と評価できる行為」([i])が行われていなくても、「新たな暴行・脅迫と評価できる行為」([ii])を認めることができ、結論として、「強盗罪が成立する」、ということなのであろう。

そうすると、[iii]で「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」とされているのも、逮捕監禁を手段とする強盗を肯定しているのではないということになる。この部分の趣旨は、結局のところ、緊縛状態を解消しないことは、「厳密には」（＝典型的な意味では）「刑法上の暴行・脅迫には当たらないとしても」、刑法上の暴行・脅迫には当たり（この点については、小林・前掲注31）170頁も参照）、強盗罪の成立を肯定し得る、ということであり、[iv]以下は、なぜそう考えることができるかの理由を述べているのであろう。

本稿と同じように理解する見解として、例えば、中村巧一「判批」研修725号26頁がある（「強盗罪を規定する刑法第236条第1項において『暴行又は脅迫』の文言が用いられ、強盗罪の構成要件の一つとされていることを踏まえると、この判示は、およそ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』（注19）がなくとも、『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』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であるとの理解が穏当であるように思われる。」とする）。

90) 小林・前掲注31）169頁以下も参照。なお、本判例が、暴行の継続を肯定するに当たって、逮捕監禁を持ち出して説明を加えていることからすると、あるいは、暴行は暴行行為であって、行為（本件では、紐で縛り上げる行為）が終了してしまえば、暴行罪は終了するという理解が採られていたのかも知れない。しかし、暴行罪は、傷害罪と同じく、法益侵害結果を惹起する罪であって（近藤・前掲注87）70頁以下）、行為と因果関係を有する法益侵害結果が新たに生じ続けている間は（有形力が作用し続けている間は）、連続的に成立し続けている（近藤和哉「犯罪の終了についての一考察」神奈川ロージャーナル4号（2011年）32頁以下参照）。

盗罪の成立は、これを考えることができない。上に述べたように、暴行結果は生じ続けており、暴行罪は成立し続けていると良いが、暴行結果と因果関係を有する作為は、犯人が領得意思なく行った緊縛行為のみだからである。被害者を連続して殴打している途中で、あるいは、その身体を押さえつけている途中で領得意思を生じれば、以後の暴行は強盗罪の暴行に当たり得るが、それは、以後の暴行結果が、領得意思のある行為と因果関係を有しているからである。本件のような形態で暴行が継続している場合には、これと同じように考えることはできない⁹¹⁾。

本判例の〔iv〕の部分の趣旨は、あるいは、犯人が自ら被害者を押さえつけている場合は、領得意思を生じた時点以後の押さえつけが強盗になるのに、紐で緊縛されている場合にそうならないのは、被害者としては不当に思うはずだ、ということであるのかもしれない。仮にそうであるとすると、これを理論的に翻訳すれば、強盗の故意があるところでしか強盗罪が成立しないのは不当だ、と主張していることになる。これは、被害者の心情を代弁したものとしては理解可能であるが、これを根拠として、作為による強盗罪の成立を肯定することは不可能であろう。

e. 他方、本件において、不作為による暴行を構成要件該当行為とする強盗罪の成立を考えることは可能であるが⁹²⁾、この場合に問題となるのは、当該暴行が、判例・通説上、強盗罪の暴行であるとされている、「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」⁹³⁾であるといえるのか、であ

91) 例えば、犯人が被害者を監禁し、後に殺意を生じてこれを放置して餓死させたとき、閉じこめた時点で犯人に殺人の故意がなかった以上、閉じこめる行為に、作為による殺人罪は成立し得ない。殺人罪が成立し得る行為は、被害者の死亡と因果関係を有する殺人の故意に基づく行為であるが、これに該当するのは、被害者を放置した不作為のみだからである（近藤・前掲注90）34頁参照）。

なお、この点については、「他の共犯者が強姦目的で被害者を押さえつけている間に、強盗の意思が生じて、被害者の所持している物を奪えば、当然、強盗罪が成立するが、これと実質的に同一である。」とする見解も存在する（佐伯・前掲注19）85頁。中空壽雅「判批」刑ジャ14号（2009年）85頁注15も参照）。

しかし、共犯者の例と同じであるのは、自身で被害者の身体を押さえつけている場合であって、紐で緊縛している本件は、これと同じではない。共犯者の例が本件と同じになるのは、共犯者が、被害者を強姦目的で緊縛した場合であると思われる。

92) 本判例が、〔iii〕において、「この緊縛状態を解消しない限り」と述べているのは、あるいは、被告人の不作為を問題にするという趣旨であるのかも知れない。

93) 最判昭24.2.8刑集3巻2号75頁、山口・前掲注1）217頁。

る。

判例が、すでに反抗を抑圧されている被害者に加えられる新たな暴行・脅迫は、軽微なものであっても良いとしているのは、そのような被害者との関係では、軽微な暴行・脅迫であっても「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」といえるからであって⁹⁴⁾この基準を離れて、およそ軽微で良いとされているわけではない。本判例が、被害者が緊縛状態にあったことに繰り返し触れる一方で、被害者の心理状態には触れていないことからすると、本判例は、本件において被害者が陥っていた反抗抑圧状態は、物理的反抗抑圧状態であったと考えているものと推測されるが⁹⁵⁾、「一切の抵抗がでない被害者との関係で、被害者を殺害する以外に、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」暴行があり得ることを合理的に説明し得る論理があり得るかは、かなり疑問に思われる。

f. また、[v]の部分の趣旨も必ずしも明瞭ではないか、おそらくは、物理的に反抗を抑圧されていない強制わいせつ被害者には、脅迫言辞による強盗罪の成立を認めるのに、物理的に反抗を抑圧されている被害者には、これを認めないのは不当である、という一種の均衡論なのであろう。この背後には、本件において、被告人が、仮に、「これを寄越せ」、あるいは、「貰っておく」と申し向けた上で携帯電話等を領得していたとしても、やはり、強盗罪は成立しないはずであるという認識があるものと推測されるが⁹⁶⁾、これは、かなり疑問に思われる。本判例も、例えば、被告人が領得意思をもって被害者を殺害して携帯電話等を領得していた場合(=物理的反抗抑圧が加算された場合)には、強盗殺人罪の成立を認めていたものと思われるが、そうであるならば、既存の物理的反抗抑圧状態に、脅迫言辞による心理的反抗抑圧が加算された場合にも、強盗罪の成立を認め得るはずであろう。

また、このような均衡論は、いずれは、「緊縛され問答無用の状態にある被

94) 例えば、東京高判昭48.3.26高刑集26巻1号85頁(⑦判例)。

95) すでに述べたように、本稿は、物理的反抗抑圧が強盗罪の成立要件に含まれていることには反対である(近藤・前掲注26)381頁以下)。

96) そうでなければ、〈物理的に反抗を抑圧されていない強制わいせつ被害者が、脅迫言辞を申し向けられた場合〉と、〈物理的に反抗を抑圧されている被害者が脅迫言辞を申し向けられた場合〉とが比較されていない理由が説明ができない。仮に、この場合には後者にも強盗罪が成立すると考えているのであれば、不均衡は主張できないはずである。

害者」から、意識を喪失させられた被害者へと、そして、そこからさらに、殺害された被害者へと、その適用範囲を拡張して、最終的には、①判例に反する領域へと足を踏み入れて行かざるを得ない⁹⁷⁾。この拡張は認めないというのであれば、当然、その理由が問われるが、その理由が、それらのケースにおいて強盗罪が成立しないことには納得できるから、であるとすれば、さすがに、被告人の運命を弄んでいるという批判を免れ難いであろう。

結局のところ、本判例の論理によっては、被告人の行為に強盗罪が成立することを根拠づけ得ないと思われる。

g. 本稿の立場からは、主に次の2つの理由から、強盗罪は不成立である。

まず、強盗罪の成立要件としての暴行・脅迫を認め難い。強盗罪における暴行・脅迫は、被害者の生命・身体に対する危険を有し、「強力」と評価し得るものでなくてはならないと考えられるが⁹⁸⁾、本件における緊縛状態の放置は⁹⁹⁾、仮にこれが不作為の暴行に当たるとしても、それ自身が被害者の生命・身体に危険を及ぼすようなものでなく、また、領得行為を行う上で障碍となる事情がもはや存在しなかったことから、危険な暴行に発展する可能性も内包していなかったと思われるからである。本件では、その場に滞留したことによる脅迫も問題にし得るが、これについても、暴行と同じく、危険なものとは評価し得ない。

確かに、同種の問題を取り扱った過去の判例は、外形的には軽度の暴行・脅迫しか存在しないところで強盗罪の成立を認めているが、それらの判例の事案における軽度の暴行・脅迫は、被害者が犯人の要求に応じなかった場合には、容易に激しい暴行・脅迫に転化し得る危険を内包する危険なものであったのであり、本件をそれらと同列に論じることはできない。

第2に、仮に、本件における不作為の暴行が強盗罪の暴行に、あるいは、滞留が脅迫に当たるとしても、反抗抑圧必要説に立つ本稿の立場からは、既遂罪の成立を認め得るかに疑問が残る。反抗抑圧に関する本稿の立場（心理的反抗抑圧一元説）からは、被害者が、物理的に反抗抑圧状態にあることは、「社会

97) 藤木・前掲注2) 96頁、森永・前掲注6) 152頁。新たな暴行・脅迫不要説に立つ森永・同前148頁注26は、本判例の均衡論を好意的に紹介している。

98) 近藤・前掲注26) 391頁。

99) すでに述べたように、本件においては、作為による暴行を、強盗罪の構成要件該当行為とすることはできない。

通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度の」暴行・脅迫が認められることの直接的な障碍ではなく、また、暴行・脅迫によって被害者の心理状態が変化すれば反抗抑圧状態の惹起も肯定し得るとする本稿の立場からは、被害者が心理的に反抗抑圧状態にあることも、必ずしも、反抗抑圧状態の惹起の妨げにはならない。とはいえ、本件におけるように、犯行開始から時間が経過し、状況が安定してしまったタイミングで、しかも不作為により行われた暴行、あるいは、単なる滞留による脅迫について、犯罪開始直後に、作為による暴行・脅迫が行われた場合と同じような心理状態の変化（を生じさせる危険）を認めることは、かなり困難であるように思われる。

結局のところ、本件の被告人の行為には、強盗罪ではなく、せいぜい、恐喝罪を肯定し得るとどまると思われる¹⁰⁰⁾。

⑭ 宮崎地判平 24.9.28 LEX/DB 25483068（緊縛状態にある被害者の財布から現金を抜き取った事例）

a. 本判例は、強姦目的で被害者に暴行を加え、コンテナ内に押し込んで、被害者の右手を両足を紐を用いてコンテナ内に固定された鉄パイプに縛り付け、身動きできない状態にしていた犯人が、被害者のバッグから現金を抜き取った行為について、次のように述べて、強盗罪の成立を肯定した。

「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、被害者から現金を奪い取った、すなわち、被告人が少なくとも現金を奪い取る意思を生じた当該時点において、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。」

b. 本判例の論理は、⑬判例の影響を強く受けているように思われる。その要点は、同判例の [iii]（⑬判例の項の「d」も参照）と同じく、犯人が、領得意思のない行為によって開始した暴行とこれによる自由侵害とが継続している間に領得意思を有するに至り、財物を領得した場合には、強盗罪が成立する、

100) 反抗抑圧状態下での占有移転は、より軽い法益侵害である交付を包含していると考えることが可能であると思われる。

というものであろう。

このような考え方の問題性は、上に指摘した通りであるから繰り返さないが、裁判所が、強盗罪のような重い罪の成否を判断するに当たって、同視可能性論のような内容空虚な論理を用い続けていることには、やはり、少なくない疑問を感じる。

本稿の立場からは、⑬判例について述べたのと同じ理由から、恐喝罪の成立を認め得る。

IV おわりに

以上、長々と書き連ねてきたが、十分に考え切れないうままに決着を付けてしまった部分も少なくなく、いつものことながら、振り返って見れば、目に入るのはいびりばかりである。そんな本稿に、もし、何か意味があるとしたら、それは、強盗罪の成立は、強盗罪の成立要件が充足された場合にしか認められないはずだ、という、当たり前すぎて、もはや、学部の1年生でも言うのを恥ずかしがるようなことを、臆面もなく、何万字も費やして主張したことであろう。

この問題領域における犯人は、性犯罪者であることも少なくなく、その重処罰が指向されることも当然であるといえるが、性犯罪者の悪質さは、まずは、性犯罪の枠内で処理されるべき問題であろう。犯人のこの特性が、この問題領域における一部の判例・学説に見られる——筆者の目には、論理や理論を意識的に遠ざけているようにさえ映る——態度を全面的に決定づけてきたとは思わないが、逆に、全く無関係であったとも思われない。

本文中でも述べたように、新しい241条の下では、性犯罪者による奪取行為に強盗罪が成否するか否かの判断は、従来以上の重みをもっている。また、強盗罪の成否一般が、被告人の運命を大きく左右し得る問題であることは、これまでも、これからも、否定し得ない事実である。本稿が展開した主張が全て正しいなどというつもりは毛頭ないが、犯人の領得行為が、最も重く処罰されるべき財産罪の実質を本当に具えているのかを、いま一度、理詰めで問い、考え直してみる必要があるという認識には、多少の正しさが含まれているように思われる。

（本稿は、筆者が敬愛して止まない林美月子先生に感謝を捧げたい一心で書かせて

いただいたものである。当初は、本稿で取り扱った問題と、財産上の利益の問題との「二幕」仕立てにして、バレエをお好きな先生に、「ジゼル」、「くるみわり人形」、あるいは、「ドン・キホーテ」の雰囲気楽しんでいただこうと構想していたのであるが、ぎりぎりまで抵抗してはみたものの、ついに力及ばず、結局、シューベルトの「交響曲第7番」（昔は「8番」だった）になら似ていくもない、という落語のようなオチになってしまった。

先生はもう覚えていらっしゃらないかも知れないが、筆者は、以前、ある短い論文について、「近藤くん、あれ、おもしろかったよ」と言っていたことがあって、それが、いつまでも嬉しかった。本稿について、先生から同じ言葉をかけていただける自信はまったくないのであるが、「近藤くん、あんなごちゃごちゃしたの、とても読んでらんないよ!」と言って笑っていただいたとしても、筆者は、やはり、嬉しくて仕方がないのである。）