強盗罪の自由侵害犯的構成について（1）

芥　川　正　洋

はじめに
①本稿の目的
②仮説の提示と解釈論上の成果
③本稿の展開
1　従来の学説の議論状況
①法定刑を正当化する人格的法益？
②社会心理的衝撃からの限定の試み
③人身に対する高度な危険
2　人身危険犯的構成の検討
①衝突状況モデルの基本構造
②衝突状況モデルの検討
（1）衝突状況という統一的解釈指針への疑問
ⅰ　強盗致死傷罪との関係
ⅱ　事後強盗罪との関係
ⅲ　小　括
（2）衝突状況と人身危険の関係
（3）衝突状況における人身危険の各論的検討
ⅰ　行為者の更なる行動の可能性による人身危険
ⅱ　反撃可能性と人身危険
ⅲ　物理的反抗抑圧
ⅳ　被害者側の行動の可能性と人身危険
（4）小　括

3　自由侵害犯的構成の構想
①自由侵害犯的構成の問題性？
（1）重い処罰の根拠としての妥当性への疑問
（2）「自由侵害」の問題性
②「自由侵害」の具体化
（1）ドイツ刑法典における強盗罪と恐喝罪
（2）占有喪失の元の占有者（被害者）に対する法的な帰属
（3）奪取（wegnehmen）概念の分析
（4）帰属の原理と他行為可能性（以上、本号）
③具体的判断基準
（1）自由侵害犯的構成からの一般的基準
（2）「社会通念上一般に」反抗を抑圧するに足る程度の暴行・脅迫
（3）脅迫が手段とされた場合の加害内容の制約
（4）自由侵害の手段としての殺害行為
④小　括
4　具体的事案の解決
①いわゆる「ひったくり」事案の解決
（1）強盗罪の成立を肯定した判断
（2）強盗罪の成立を否定した判断
（3）分析と検討
②恐喝罪との区別
（1）事実認定上の考慮要素
（2）被害者の心理の考慮
ⅰ　凶器が用いられたにもかかわらず強盗罪を否定する判断
ⅱ　親密圏における暴行・脅迫
（3）他の行動の選択肢の存在
（4）処罰範囲の過度の拡張？
③実務の動向と自由侵害犯的構成
むすびに

はじめに

①本稿の目的

刑法236条が規定する強盗罪は、他人の財産を保護する規定である。窃盗罪、詐欺罪、恐喝罪などの他の財産犯と比較すると、その顕著な特徴は法定刑の重さである。この法定刑の重さを財産侵害のみによって説明することはできない。

通常、ある犯罪の処罰根拠を明らかにする作業は、その犯罪の成立範囲を明らかにする作業とほぼ同義である。ある犯罪の処罰根拠が充足されないところに、当該犯罪の成立はない。強盗罪は、他の財産犯と比して、なぜ斯くも重い法定刑を定められているか、これを正当化する根拠は何か。本稿は、この強盗罪の重い処罰を正当化する処罰根拠を明らかにし、ここから、強盗罪の成立範囲を画するものである。

②仮説の提示と解釈論上の成果

財産侵害が暴行・脅迫によって行なわれることで、なぜ刑が加重されるのか。これを説明する方法として、2つのアプローチがあるだろう。第一は、この刑の加重の理由を、暴行・脅迫により人身が危険にさらされることに求めるアプローチである。強盗罪では重大な暴行・脅迫が手段として用いられるから、生命・身体に対する侵害が生じる場合もまま存することは、経験的に了解可能である。強盗罪を基本犯として結果的加重犯の強盗致死傷罪が規定されていることも、これを裏付ける。日常感覚にも合致し、立法形式とも整合的である。このアプローチから、強盗罪構成要件を解釈する理論モデルを❶人身危険犯的構成と呼ぶことにする。

強盗罪では、暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧して財物を奪うことが要件とされている。この暴行・脅迫による反抗抑圧がなければ、財産侵害は、恐喝罪・窃盗罪などで評価されることになる。とすれば、この反抗抑圧

状態が生じたことが他罪との区別、つまり、刑の軽重を分かつ実質的基準ではないか。このようなアプローチから、反抗抑圧状態の惹起こそが強盗罪の重い法定刑を根拠付けると理解することもできよう。このような基本的立場から、強盗罪構成要件を解釈する見解を❷自由侵害犯的構成ということにしよう。暴行・脅迫による反抗抑圧状態とは、行為者から暴行・脅迫を加えられたことにより、その相手方が抵抗しようにも（物理的・心理的に）抵抗できなかった、ないしは、困難であったということである。通常、ひとは、いわれなき奪取に対して抵抗する。暴行・脅迫がなければ、奪取に抵抗することもできたにもかかわらず、暴行・脅迫が行なわれたことで、その可能性を奪われ、ないしは、困難にされたのである。ここに抵抗するかしないかを決定する自由の侵害を見出すことができる。

このようなモデル論的整理は、理論的関心だけにとどまらない。刃物などの凶器を用いた財物の奪取の場合を例に取ろう。❶人身危険犯的構成からは、凶器として用いられた刃物が、人身に対する危険を及ぼすものであったか否かが判断されることになろう。他方、❷自由侵害犯的構成からは、殺傷能力のある刃物が用いられたことが、直接には強盗罪成立の積極要素とはならない。強盗罪の成否を分かつ問題は、刃物を示されたことにより、被害者の行動が制約されたか、自由が奪われたかどうかということである。たしかに、現実の問題としては、双方のモデルにおいて、強盗罪の成立範囲は大部分において重なる。刃物などの凶器が用いられ、重大な暴行・脅迫がなされた場合、人身に対する危険は当然生じるであろうし、また、その相手方は通常であれば、強い恐怖を感じ、抵抗できない状態に陥るであろう。❶❷いずれの構成からも、強盗罪は肯定可能である。しかし、これが場合によっては、強盗罪の成否を左右することもあり得よう。たとえば、刃物を前にしても、被害者がさほど動じなかった場合、人身に対する危険は肯定できても、自由侵害は肯定できないだろうし、また、反対に、軽微な脅迫などの場合、人身に対する危険は肯定困難だとしても、加害の告知を過大に受取り、強い

恐怖心を抱いたような場合には、自由侵害を肯定する余地がある。このように、❶人身危険犯的構成、❷自由侵害犯的構成のいずれに基づいて強盗罪を解釈するか否かは、強盗罪の成否を左右する。優れて実践的問題である。

③本稿の展開

本稿は、まず問題状況を明らかにするため、従来の学説がいかに強盗罪の処罰根拠とその成立範囲の問題を検討してきたかを確認する。その上で、❶人身危険犯的構成として、近時、有力に主張されている衝突状況モデルを取り上げて検討する。筆者の見る限り、このモデルのみが、強盗罪の処罰根拠から、その成立範囲を十分明晰に導きうるからである。その検討を経た後、❷自由侵害犯的構成の検討に移る。

本稿は、❶人身危険犯的構成による強盗罪理解を採用するか、❷自由侵害犯的構成によるべきかという点の態度決定が、強盗罪の成立範囲を左右する実践的な意義を有する検討課題であると主張するものである。それゆえ、両者の検討を終えたのち、実践的課題として、強盗罪の成立範囲を示すことにしよう。判例・裁判例で、強盗罪か他罪（窃盗罪、恐喝罪）かが争われた事案を中心に、その帰結を検討する。

1　従来の学説の議論状況

①法定刑を正当化する人格的法益

強盗罪は、暴行・脅迫により財物の占有を侵害する犯罪である。恐喝罪も、財物の占有を暴行・脅迫を手段として侵害する犯罪である。恐喝罪と強盗罪では刑の軽重に大きな差がある。判例・学説は一般に、強盗罪において暴行・脅迫は、「反抗を抑圧するに足る程度」のものでなければならないとし、この「反抗を抑圧するに足る程度」か否かにより、強盗罪と恐喝罪の区別をなしてきた。とすれば、強盗罪と恐喝罪の刑の軽重の差を正当化するのは、この暴行・脅迫の強度の差である。そこで、従来の学説においても、こ

の暴行・脅迫の強度と刑罰の軽重を関連づける試みがなされてきた。すなわち、強盗罪では、重大な暴行・脅迫が用いられるため、「人の身体・自由という法益の侵害を伴う(1)」、強盗罪は「身体犯と財産犯の両面を有する(2)」などと指摘される(3)。暴行・脅迫により人身に対する危険が生じ、その結果として、傷害や致死結果が生じることがままある。強盗罪は、財産犯でありながら、強度の暴行・脅迫を手段とする点で、人格的法益に対する罪としての性格も有していると指摘されるところである。

しかし、この人格的法益に対する罪として性格が、構成要件解釈として意味を持ってきたかには、疑問がある。学説においては、強盗罪の暴行・脅迫に反抗を抑圧するに足る程度の強力なものを要求しつつも、暴行・脅迫がこの程度に達しているかを判断するために、具体的事情を取り込む。これにより、結果として、軽度の暴行・脅迫についても、強盗罪構成要件該当性を肯定してきたように思われる。たとえば、判例では、玩具の拳銃を突きつける行為（東京高判昭和32年８月26日高刑裁特４巻16号416頁）、金属製の靴べらを刃物と擬して突きつける行為（東京高判昭和41年９月12日判タ200号166頁）につき強盗罪の成立が肯定されている。人格的法益に対する侵害に言及する論者も、これらの行為につき、強盗罪の成立を肯定する(4)。しかし、これらの事案でいかなる意味で人格的法益が侵害されたかは十分に明らかとはされていないし、少なくとも、人格的法益に対する侵害が確認されているものではない(5)。

人格的法益に対する罪としての性格を強盗罪に認めることは、具体的な事案における解決方法を指示するものではなかった。むしろ、人格的法益は、立法を説明する論理として用いられている。すなわち「強盗の罪は、……人の身体・自由という法益の侵害を伴うため、５年以上の有期懲役という重い法定刑が定められている(6)」。

しかし、重い法定刑を正当化する論拠と、その重い法定刑の枠内で、行為者を処罰する論拠は、無関係ではありえない。さらに、ここでは、人格的法

益という保護法益は、強盗罪の法定刑の下限の説明として用いられていることに注意が必要である。強盗罪の成立が認められれば、すくなくとも行為者はこの下限の刑で処罰されうるのである。当該刑罰法規が最小限の要件として予定する違法・責任が満たされるからこそ、当該刑罰法規によって処罰される。だとすれば、強盗罪の法定刑の下限を正当化する違法・責任は、具体的事案においても認められなければならない。強盗罪の法定刑を正当化する根拠が、人格的法益に対する侵害に求められるのであれば、具体的事案においても、この侵害を確定する必要がある。人格的法益に対する罪として強盗罪を位置づけ、それを法定刑の正当化根拠として用いるのであれば、単なるお題目であってはならず、構成要件解釈として展開されなければならない。

②社会心理的衝撃からの限定の試み

強盗罪の法定刑を正当化する処罰根拠から、強盗罪の成立範囲を限定する。このような試みとして、社会に対する衝撃からの限定が主張される。「一般の強盗と同程度に世人に衝撃を与え、5年以上の有期懲役も重過ぎないと考えられるようなものに限って、強盗とすべき」との主張である(7)。暴行・脅迫が、たとえ相手方の反抗を抑圧するに足る程度に達していたとしても、このような社会に対する衝撃を与えるものでなければ、強盗罪が成立しない(8)。このような社会心理的衝撃からの限定は、その犯罪の法的効果を見据えたものである(9)。そこで基準となるのは、「一般の強盗」である。

一般の強盗であれば、5年以上の有期懲役に処すことができるから、この一般の強盗が与える衝撃と同程度の衝撃を与える行為のみを強盗罪とすべきとする判断は、一般の強盗を措定する必要がある(10)。問題は、この「一般の強盗」にいかなるものを想定するかである。程度の弱い暴行・脅迫であっても財物の占有移転はありうるから、このような暴行・脅迫が手段とされた場合も「一般の強盗」であるとすれば、強盗罪の処罰範囲は広がろう。反対に、苛烈な暴行や生命に危険を及ぼす旨の脅迫など、強力な暴行・脅迫が手段と

して用いられた場合が、「一般の強盗」であるとすれば、その成立範囲は狭まる。社会心理的衝撃性という基準は、社会が強盗とすべきとする行為を強盗とすべきであるという同語反復に陥る。基準として機能するかは疑問である。より分析可能な概念を用い、可視化された判断モデルを構築する必要がある。

③人身に対する高度な危険

それゆえ、より分析可能な概念として、生命・身体といった法益に対する危険（人身危険）による限定が考えられる。「暴行・脅迫が財物取得のための……手段としてなされるとき、それは苛烈なものとなりがちであり、時として殺害をも含んだ人身に高度な危険を及ぼす」ことが指摘される(11)。このような苛烈なものになりがちな暴行・脅迫に人身に対する危険を認め、この人身危険から、強盗罪の重い処罰を基礎付ける見解が主張される(12)。たしかに、殺害行為が強盗の手段として用いられることは稀ではないだろうし、強盗の手段としては、多くの場合に、苛烈なものが用いられているだろう。しかし、厳密に考えれば、苛烈なものとなりがちであることと、苛烈なものであることは区別すべきである。このような人身危険を強盗罪の処罰根拠とし、当該具体的事案における強盗罪の成否を問題とする以上、その事案で行なわれた財物奪取の手段が現に苛烈なものであり、人身に対する高度な危険が現実に生じたことが要求されるべきである。問題とされるべきは、財物奪取を目的とする暴行・脅迫の一般的傾向ではない。現実に行なわれた暴行・脅迫の態様こそが重要となるのである。

具体的事案において、手拳による殴打や、武器による打撃などが手段に用いられ、財物奪取が行なわれた場合、人身に対する危険を肯定することは、容易である。仮にこのような手段により、傷害・死亡の結果が生じなくとも、事情が多少異なれば、傷害・死亡結果も生じえたと評価できることが通常であろう。そして、行為者には、そのような手段を用いている以上、人身

に対する危険を生じさせることについての故意も、容易に肯定されるだろう。

強盗罪は、暴行を手段としたときのみならず、脅迫を手段とした場合も成立する。たしかに、脅迫行為が財物奪取の手段として用いられたとき、人身に危険を及ぼすことも少なくない。たとえば、被害者の間近に短刀を突きつけるような行為は、脅迫行為であったとしても、場合によっては、傷害が生じることも考えられよう[13]。しかし、それは常には妥当するものではない。

脅迫行為が、（財物奪取の意思などを伴わずに）単独で行なわれた場合、脅迫罪（刑法222条）が成立する。そこでは、保護法益について私生活の平穏[14]、安全感[15]、意思決定ないし意思活動の自由[16]などが挙げられている。人身に対する危険は考慮されない。これは、強盗についてもあてはまるだろう。脅迫行為が財物奪取の手段として用いられた場合、人身に対する危険は、アプリオリには認められない。先に見たように、判例では、靴ベラを刃物と擬して突きつける行為、模造けん銃を示す行為などに強盗罪の成立が肯定されているが、これらの脅迫行為は、それ自体として、人身に対する危険を生じさせるものと評価できるだろうか。これらの脅迫行為は、客観的に見れば相手方の身体の近辺に金属片やプラスチック塊などが提示されただけである。靴ベラを靴ベラとして身辺に差し出しても、傷害の結果が発生する可能性は皆無であろうし、模造けん銃を模造けん銃として突きつけたとしても、傷害結果の発生はありえないであろう。すくなくとも、行為者は、そのような行為から直接に傷害結果が発生することを予見していないのが通常ではないだろうか。たしかに、人身危険に処罰根拠を見出すところからは、脅迫行為が手段となったとき、殺傷能力ある刃物を間近に突きつけるような、それ自体として危険な脅迫行為がなされた場合にのみ、強盗罪の成立を認めるという見解も成り立ちうる。しかし、その場合、処罰範囲は十分に満足いくものとはならないであろう。

けん銃を突き付ける脅迫行為が手段とされた場合に強盗罪を肯定すること

には異論がないだろう。もっとも、このような場合に人身危険を認めるためには、行為者が予定していない更なる行為を考慮することが必要である。けん銃を突きつける脅迫行為が、人身に対して危険を生じさせうるのは、行為者が引き金を引くという行為を行なう可能性があるからである。脅迫行為それ自体は、人身に対する危険をもたらすものではなく、このような更なる行為の可能性を付け加えることで、脅迫行為は初めて危険になる。しかし、このような行為者が予定していない行為につき、仮定的に「行なわれたであろう」という可能性判断を許すとすれば、人身危険の要求は、処罰範囲の限定機能を果たせない。なんとなれば、何らの凶器を持せず、口頭のみで金銭を（穏当に）要求するような場合であっても、手拳で殴打しようという意思を持てば、手拳で殴打することができた、という仮定も同様に可能だからである。とすれば、このような場合にも人身危険を肯定できよう。他方、このような更なる行為の付け加えを一切許容しない場合、人身危険が認められる範囲は狭隘となる。実弾が装填されたけん銃であっても、突きつけられただけであれば、弾丸が発射されることはない。更なる行為の可能性を付け加えなければ、人身に対する危険は存しないのである。

更なる行為があって初めて人身に侵害が生じる脅迫行為が行われた場合、一方で、行為者が現に行なう予定のない行為を付け加えて危険性判断を行うとすれば[(17)]、その処罰範囲が過度に広範である。他方で、このような付け加えを許さないとすれば、人身危険は広く否定され、強盗罪の成立範囲は狭隘に過ぎる。

人身に対する危険を強盗罪の処罰根拠とする理解は、それ自体としては人身危険をもたらさない脅迫行為が行なわれた場合に課題を抱える。強盗罪を肯定するためには、このような脅迫行為がいかにして人身への危険を生じさせるかを明らかにする必要がある。脅迫行為がいかにして傷害・死亡の結果を発生させうるか。適切な処罰範囲をもたらす因果プロセスが示される必要がある[(18)]。

2　人身危険犯的構成の検討

①衝突状況モデルの基本構造

財物奪取の手段として、それ自体としては人身に対する危険の生じない暴行・脅迫が行なわれた場合、いかに強盗罪の成立範囲を画するか。厳格な危険性の判断を行なえば、その処罰範囲は余りに狭隘であり、広く行為の付け加えを許容する危険性判断では、その範囲は余りに広汎である。適切な強盗罪の処罰範囲を確保しつつ、且つ、強盗罪の重い処罰を基礎付けうる実質のある人身に対する危険を担保する判断公式が必要となる。

そのような説明として、近時、行為者と被害者側との衝突状況に注目する見解が主張される(19)。強盗罪が問題となる場面においては、一方では、財物を獲得しようとする行為者、他方では、それを妨げようとする被害者が存在し、そのような衝突状況は、人身に対する危険を継続的に生じさせる。この衝突状況により生じる人身危険の発生はより強い抑止の必要があり、これこそが強盗罪を重く処罰する根拠となる(20)。

このように衝突状況から、人身危険を基礎付けるという考え方は、脅迫から生じる人身危険を基礎付けると共に、暴行から生じる人身危険も同様にして基礎付ける。暴行が手段として用いられた場合も、行為者と被害者の間の衝突状況は、脅迫の場合と同じように生じる。衝突状況モデルは、手段とされた行為が暴行か脅迫かにかかわらず、強盗罪の成立を基礎付け、且つ、制約する基準を提供する理論モデルである(21)。

さらに、このような衝突状況モデルは、単純強盗罪以外の強盗関係罪の解釈とも整合的であるとされる。まずは、事後強盗罪（238条）の解釈である。事後強盗罪の成立には、窃盗犯人が「窃盗の機会」において暴行・脅迫を行なうことが必要である。窃盗犯人が「窃盗の機会」に暴行・脅迫を行なった場合にのみ、「強盗として論ずる」とされ、5年以上という重い刑が科せられ、また、死傷結果が生じた場合には、強盗致死傷罪の成立が認められ

る。このような事後強盗罪の法的効果を説明する論理として、近時では、窃盗の被害者側の（潜在的）追及と行為者の離脱の必要性の衝突状況に着目する見解が有力に主張されている[(22)]。事後強盗罪規定を、被害者側と行為者側の衝突状況から生じる人身危険を強く抑止する必要から、重い処罰を予定する規定であると位置づけることを前提とすれば、単純強盗罪についても、同様の衝突状況を見出すことで、共に「強盗」とされる単純強盗罪と事後強盗罪に共通する加重処罰の根拠を理解することができよう[(23)]。今ひとつは、強盗致死傷罪の成立範囲である。強盗致死傷罪が成立するためには、強盗犯人が「強盗の機会」に傷害・死亡の原因となる行為を行なう必要があると理解されている[(24)]。このような「強盗の機会」の要件をも、同様に被害者側と行為者の衝突状況から基礎付けられる。強盗致死傷罪は、致傷の場合には無期又は６年以上の懲役、致死の場合には死刑又は無期懲役という非常に重い法定刑を定めるが、このような重い法定刑も、衝突状況から生じる人身危険を抑止するという要請に基づくものとされ、それゆえに、衝突状況が継続し、人身に対する高度の危険な継続している中で、その危険が現実のものとなった、換言すれば、強盗の機会のうちに、人身に対して危害が加えられたという関係があってこそ、強盗致死傷罪が前提とする加重処罰の根拠が充足されるのである[(25)]。

衝突状況モデルは、脅迫行為の人身危険を基礎付けるだけではなく、強盗罪、事後強盗罪、強盗致死傷罪の解釈の統一的指針を示すものである。人身危険犯的構成の到達点を示すものと了解できよう。

②衝突状況モデルの検討

（１）衝突状況という統一的解釈指針への疑問

しかし、検討すべき点も少なくないように思われる。まずは、衝突状況が強盗罪、事後強盗罪、強盗致死傷罪に共通する統一的な解釈の指針とする点である。

ⅰ　強盗致死傷罪との関係

強盗致死傷罪の重い処罰の根拠が衝突状況から生じる人身危険の現実化にあるとしても、そのことからただちに、その基本犯である強盗罪にも、この人身危険を要求することは帰結しない。

結果的加重犯は、その基本犯に内在する危険が現実化した場合にのみ成立するとする考え方[(26)]が今日では有力である。このような立場を前提とすれば、強盗致死傷罪が成立するためには、強盗罪の危険が現実化したという関係が必要であり、衝突状況モデルを前提とすれば、衝突状況ゆえに生じる人身危険が現実化したこと、衝突状況に起因して殺傷行為が行なわれたことが必要となってこよう。強盗致死傷罪が成立するということは、基本犯である強盗行為にこのような人身危険が内在していたことが前提となる。とすれば、強盗致死傷罪が成立するときは、基本犯である強盗行為に人身危険が内在していたであろうことは、論理的に導かれる。しかし、強盗致死傷罪が成立するときに強盗行為に人身危険が内在していたことと、基本犯となりうる強盗行為が常に人身危険を伴うものであるということは区別されなければならない。当然のことではあるが、前者の単称命題から、後者の全称命題は導かれない[(27)]。結果的加重犯の典型例である傷害致死罪でいえば、傷害致死罪が成立する場合には、生命に危険な傷害行為が行なわれたと推論できるが、基本犯である傷害罪の成立に生命に対する危険な行為は要求されない。生命に危険の及ばない行為でも、基本犯たる傷害罪は成立しうる。強盗罪も同様に、結果的加重犯である強盗致死傷罪が人身に対する危険な行為が行なわれることを予定していたとしても、そこから、強盗行為が常に人身危険を伴うものでなければならないことは推論されない。

ⅱ　事後強盗罪との関係

また、事後強盗罪との統一的理解についても、これが強盗罪において衝突状況を考慮する必然的根拠とはならないであろう。事後強盗罪においては、窃盗犯人が窃盗現場から離脱する強い動機付けが与えられ、被害者側にはそ

れを追及する動機付けが与えられる[28]。窃盗犯人である行為者は、財物の取り返しや逮捕を免れる為に、必要に迫られて暴行・脅迫を行ない[29]、その暴行・脅迫はときとして苛烈なものとなりがちである。事後強盗罪の理解において、このような衝突状況から暴行・脅迫に人身に対する高度の危険性を認めることは、十分に可能であると思われる。

注意すべきは、事後強盗罪では、暴行・脅迫に先立って生じる衝突状況が、暴行・脅迫の危険性（暴行・脅迫が苛烈なものとなりがちな傾向）を導くものとして機能していることである[30]。これに対し、強盗罪においては、暴行・脅迫以前には、衝突状況は生じていない。暴行・脅迫が行なわれる以前に、行為者は財物の奪取を追求しているだろう。けれども、被害者側は、その行為者を追及する（潜在的な）動機付けを与えられていない。行為者が財物奪取を追求していることを、被害者側が暴行・脅迫が加えられる前に知りうることは考えにくい[31]。事後強盗罪については、被害者に追及可能性を生じさせる外形的な契機として、窃盗行為が存在する。これに対応させれば、強盗罪において被害者側の追及可能性を初めて生じさせるのは、暴行・脅迫行為であろう。被害者は暴行・脅迫にさらされることで、これに対する防御の必要を生じる。追及可能性が生じるのである。

とすれば、強盗罪では、被害者側の追及可能性とそれに対する行為者側の対応は、現に行なわれた暴行・脅迫が苛烈な行為となりがちであるという危険性を基礎付けるファクターではない。強盗罪では、事後強盗罪と異なり、衝突状況は、現になされた暴行・脅迫に引き続いて、更なる暴行・脅迫が行なわれる可能性を基礎付けるものとして機能しているのである。すなわち、暴行・脅迫が行なわれることで、被害者側に追及可能性が生じ、行為者がこの追及への対応を迫られる。そして、行為者の更なる暴行・脅迫を行なう可能性が、飛躍的に高まるのである。

事後強盗罪において、衝突状況ゆえに暴行・脅迫が高度の人身危険を有することが、事後強盗を強盗として処罰する実質的根拠であるとしても、同じ

ような暴行・脅迫の高度の人身危険は、強盗罪においては予定されていないのではないか。衝突状況は、事後強盗罪では、暴行・脅迫自体の高度な危険性を基礎付けるものであり、強盗罪においては、更なる暴行・脅迫が行なわれる危険性を基礎付けるものである。衝突状況による統一的解釈から、必ずしも、強盗罪についての解釈が導かれるものではない。強盗と事後強盗を共に衝突状況ゆえに生じる人身危険から理解することは可能であるが、これは、解釈論上の根拠ではなく、緩やかな類似性を示すに止まるものであろう。

ⅲ　小　括

このように、他罪との関係から、衝突状況モデルによる強盗罪解釈が必然的に帰結するものではないだろう。しかし、この理論モデルが、人身危険を有意に基礎付けることができ、その副次的な結果として、他罪との緩やかな統一的解釈が行なわれるとするのであれば、十分に支持に値する。次に検討すべきは、衝突状況モデルによるとき、いかなる人身危険の発生が考えられるか、そして、その是非である。

（2）衝突状況と人身危険の関係

行なわれた暴行・脅迫それ自体が、人身に対する危険を伴っている場合が考えられる。強烈な殴打、武器による打撃などの暴行、あるいは、身辺に殺傷能力ある刃物を突きつける行為などは、十分に傷害・死亡の結果をもたらす可能性が肯定できよう。問題は、行なわれた暴行・脅迫それ自体からは、直接に人身危険が肯定できず、行為者と被害者側との衝突状況を考慮して初めて、人身の危険が肯定できる場合である。脅迫行為が手段として用いられた場合の多くが、これに当たろう。それゆえ、さしあたり、脅迫行為が行なわれた場合の人身危険を検討することにしよう。

脅迫行為それ自体に人身危険が含まれていないにもかかわらず、傷害・死亡の結果が生じうるとすれば、行為者、または、被害者がなんらかの更なる行動[(32)]をとり、その過程で傷害・死亡の結果が生じることになる。このような行為者・被害者側双方の更なる行動の可能性が、衝突状況から生じる人身危

険の前提をなす。

行為者の更なる行動の可能性としては、❶第一には、行為者が更なる加害行為を予定している場合に、その予定された行為を行うことが考えられる。たとえば、行為者が、まずは人身に対する加害を内容とした脅迫を行ない、この際に現に加害行為を実行することを予定している場合である。しかし、このような場合のみが、人身に対する危険が生じうる場合ではないだろう。❷第二には、更なる加害行為を予定していなくとも、事態の成り行き上、行為者がとっさに加害行為に出る場合も考えられる。行為者が脅迫行為を行なうことで、その後の事態の推移の結果として、行為者が当初は予定しない加害行為に出る可能性が高ければ、人身危険の発生を肯定できる。このような予定されていない更なる加害行為の可能性も人身危険を基礎付けうるのである。

さらに、❸第三として、被害者側の行動も、人身危険を基礎付ける。行為者の財物奪取行為に直面した被害者は、財物の占有を守るべく防御行動に出る必要が生じる。この防御行動が場合によっては、人身に対する危険を生じさせる。たとえば、脅迫を受けた被害者は財物を携えて危険な逃走を試みたりするであろうし、行為者に反撃を試みたりしよう。このような防御行動はとっさの行動ゆえに転倒したり、受傷したりする可能性も高いだろう。

衝突状況を考慮して初めて基礎付けられる人身危険は、このように種々のものが考えられる。しかし、このような人身危険の発生がありうることと、これを強盗罪の処罰を基礎付けるものとして考慮してよいかは、別個の問題である。はたして、これらの人身危険は、強盗罪の処罰を基礎付けうるものであるか。これを検討する。

（３）衝突状況における人身危険の各論的検討

ⅰ　行為者の更なる行動の可能性による人身危険

現実になされた脅迫が人身危険を有しないものである場合、行為者ないし被害者が更なる行動をなす可能性があって初めて、人身危険が肯定される。

❶行為者が更なる加害行為を予定している場合、人身危険を肯定することに妨げはない。脅迫行為自体は人身に対する危険を及ぼす性質のものでなかったとしても、その後に身体・生命に対する加害行為が予定されていれば、行なわれた脅迫行為に、いわば、のちの加害行為の着手を肯定することが可能である。のちの殴りつけることを予定して、武器を示して「殴るぞ」と脅迫すれば、現に殴りつけられて傷害を負う可能性を肯定できる(33)。現に武器による打撃がなされなくとも、これを内容とする加害の告知にすでにして、人身危険を肯定することは可能であろう。

これに対して、❷行為者が更なる加害行為を予定していない場合は、より慎重な検討を要する。たとえば、身体に対する加害を内容とする脅迫を行ったものの、実際には加害行為を行なうことを予定していなかった場合、加害を告知したことから、直接に、加害行為が行なわれる可能性を肯定することは適切でない。このような可能性を肯定し、強盗罪の成立を認めるとすれば、これは、嫌疑刑の疑いを免れない。脅迫行為を行った者は、その内容を実現するであろうと推論し、加害行為がなされる可能性を常に肯定するとすれば、これはある法益侵害行為を行った者は、別個の更なる法益侵害行為を行うであろうと、反論の余地なく認めることである。行為者が予定していない加害行為を行なう可能性を、行為者が別個の法益侵害行為（脅迫行為）を行なったことから導くことは適切ではない。実際には実行するつもりはないのに、「殺すぞ」「火をつけるぞ」と脅迫した者に、殺人罪・放火罪の未遂・予備は肯定できないと同様、加害行為を行なう旨の脅迫を行なったとしても、加害行為が行なわれる危険性は、通常、肯定できないのである。

❷行為者が更なる加害行為を予定していない場合の人身危険は、単にその行為者が別個の法益侵害行為である脅迫行為を行なっていたことのみによっては基礎付けられない。この人身危険を肯定するためには、行為者が更なる加害行為に出る可能性を基礎付けるための客観的状況が存在する必要がある。この行為者が更なる加害行為に出る可能性を担保する客観的状況こそ

が、衝突状況にほかならないと理解できる。すなわち、強盗罪においては、行為者からの攻撃に対して、被害者側からの反撃がありうる。行為者は、この反撃に対して、いわば応戦する必要に迫られる。ここに初めて、行為者が当初は予定していなかった加害行為が行なわれる可能性が生じる。「被害者が物理的な抵抗行動に出ると行為者との間で重大な衝突が生」（圏点は引用者）じる[34]。衝突状況モデルから人身危険を展開する論者からも、このような指摘がなされる。被害者が脅迫者に対して抵抗行動に出る[35]からこそ、これに応じて行為者は、当初は予定していない加害行為を行なうのである。

加害の告知がなされたことからただちに、脅迫者が加害内容を実現する可能性を肯定するのは適切ではない。脅迫者が加害行為に出る可能性を客観的に担保するものが必要である。これが衝突状況と理解できる。行為者が被害者に暴行・脅迫を加えることで、被害者側に反撃可能性が生じ、この反撃可能性が、行為者が予定していない加害行為を行なう可能性を客観的に担保する。この被害者側の反撃可能性に基礎付けられた、行為者の更なる加害行為の可能性こそが、人身危険を基礎付ける。このように衝突状況ゆえの人身危険を理解すれば、人身危険を肯定する前提として、被害者側に「反撃可能性」がなければならないことになる[36]。

ii　反撃可能性と人身危険

この反撃可能性は「告知される加害の強度が非常に高く（つまり大きな法益侵害を予告する場合）、その真実性が非常に高く見うる場合には、被害者側がより強い反撃を試みようとする可能性が、抽象的には、より高くなる」とされる[37]。たとえば、生命が脅かされた場合、無抵抗でただ殺されるままに任せるより、たとえ命が失われるリスクを負っても、反撃を試みよう。しかし、脅かされる利益が乏しければ（告知された加害行為が軽微なものであれば）、リスクを負ってまで反撃を行なわない可能性が高い。告知された加害行為を甘受したほうが、リスクを負って反撃するより、適当であると考えられるからである。それゆえ、脅迫が強力であればあるほど、それに対する反

撃行為に出る可能性が高くなるということは、直感的には了解可能である。

しかし、強盗罪については、これは妥当しないように思われる。強盗罪において脅迫は、単なる加害の告知ではない。たとえば、凶器を突き付けて行なう脅迫は、生命を失うか、それとも、財産を失うかを迫るものなのである。被脅迫者が反撃を行なうか否かを判断する際に、天秤に乗せられるのは、脅迫の内容である加害行為により失われる利益、反撃によって失われるかも知れない利益の二者だけではない。これに加えて、奪われるかもしれない財産、この三者である。

被脅迫者が、合理的な判断を行なうとすれば、この三者のうち、（その実現可能性も加味し）もっとも不利益の少ないものを選択することになる。いささか単純化すれば、殺害行為など重大な害を加える旨を、非常に実現可能性が高くみえるように告知し、反撃を行なっても到底これを妨げることができず、却って生命を失うリスクもあるような場合、合理的な選択は、財産を失うことを甘受して、生命を全うすることであろう。他方で、さほど重大ではない加害行為を行なう旨の脅迫であったり、重大な加害行為を行なう旨の脅迫であるが、さほどのリスクがなく反撃が可能であると思われたりする場合には、合理的な選択は、反撃を行ない、財産を守ることである。一般化していえば、脅迫が軽度であればあるほど、反撃を行なうことが合理的であり、脅迫が強力であればあるほど、反撃を行なうことは不合理である。

強盗罪においては、（単純な脅迫とは異なり）財産の喪失を甘受するという選択肢が残されるために、脅迫の強度と反撃可能性は、大体において、負の相関関係になる。脅迫の程度が弱ければ弱いほど、反撃を行なう可能性は大きく、脅迫の程度が強くなれば、反撃の可能性は小さくなる。反撃可能性が人身に対する危険を基礎付け、この人身に対する危険が強盗罪の処罰根拠とされる以上、反撃可能性、そして人身危険は、擬制的なものではなく、実質を伴っていなければならない[(38)]。とすれば、非常に強力な脅迫を加え、いかに考えようとも、財産侵害を甘受することのみが合理的であるような場合、

反撃可能性がないとして、つまり、人身危険がないとして、強盗罪の成立を否定すべきことになろう。いささか単純化していえば、けん銃を突きつけられて、被害者は恐怖心のあまり身動きが取れない場合、強盗罪を否定する余地が生じる。これに対し、口頭で加害を告知するような場合には、被害者が反撃を行なうことがありうるかもしれない。反撃可能性が肯定できるとして、強盗罪の成立が肯定され得よう。

このような結論がとられるとすれば、直感に反する帰結といわざるを得ない。おそらく、人身危険犯的構成からも、前者の場合に強盗罪を否定することは適切とは解されないと思われる。とすれば、ここで反撃可能性は、非常に抽象的であり、これに基礎付けられる人身に対する危険もまた抽象的なものとならざるを得ない[(39)]。

ⅲ　物理的反抗抑圧

衝突状況において、行為者が予定していない更なる加害行為を行なう可能性は、被害者側の反撃可能性を前提とする。この反撃可能性が失われると思われる事案として、被害者が物理的に反抗を抑圧される場合が考えられよう[(40)]。たとえば、縄やテープなどで手足を拘束して、身動きを取れなくした場合である。このような物理的に反抗を抑圧する行為がなされた場合、その行為自体に人身危険を含んでいる場合が多いだろう。また、身体を拘束する行為が行なわれようとすれば、相手方はそれを避けるべく行動するのが通常であるから、衝突状況とそこから生じる人身危険も肯定できるだろう。しかし、必ずしもこのような場合ばかりであるとは限らない。

たとえば、拘束されることに当初は同意があり、途中でこれが撤回された場合[(41)]や、物理的に反抗が抑圧された後に、財物奪取の意思を抱いた場合[(42)]である。後者の場合、財物奪取の意思を抱いた後の行為のみが強盗罪構成要件に該当する。とすれば、財物奪取の意思を抱いた後に、衝突状況、そして、人身危険が基礎付けられなければならないが、相手方が物理的に反撃可能性を奪われている状況下において、いかなる人身危険が生じるかは[(43)]、十分に明ら

かとはいえない。前者についても同様である。相手方を拘束する場面では、（相手方が同意していることから）衝突状況は存在しない。ここに人身危険を肯定することは困難である。その後、行為者が奪取行為に及ぼうとするとき、その相手方は反撃を試みようとするかもしれない。しかし、その時点では、物理的に拘束されていることにより、反撃可能性が失われている。このような場合、強盗罪の処罰を根拠付ける人身危険の発生がないとして、強盗罪の成立が否定されるべきかは一考を要するだろう。

このような場合に、人身危険を肯定し、強盗罪の成立を認めるとすれば[44]、被害者が物理的な拘束を脱する可能性を肯定し、反撃に及ぶ可能性を肯定する必要がある。ここでも、反撃可能性、これに基礎付けられる人身危険は希薄化せざるを得ない。

ⅳ　被害者側の行動の可能性と人身危険

このような行為者側の更なる行動により人身危険が生じる可能性とは別個に、❸被害者の行動による人身危険も考えられる。暴行・脅迫にさらされた被害者は、場合によっては、危険な逃走経路を選択する場合も考えられよう[45]。被害者側が危険な行為に出る可能性が存在する場合、被害者の行動を介して[46]傷害、死亡結果が発生する危険性があり、人身危険を肯定できる。ただし、このような人身危険を肯定するためには、当然のことながら、被害者側が更なる行動に出る可能性が肯定されなければならない。行為者によりこの可能性が奪われているのであれば、人身危険は肯定できない。反撃可能性について加えた検討は、被害者側の更なる行動の可能性に基礎付けられる人身危険にも及ぶのである。脅迫が強力であればあるほど、行為者の財物奪取に妨げとならないように行動することが合理的であるように、逃走などの行為が危険であればあるほど[47]、行為者の奪取行為を甘受した方が合理的なのである。

（4）検討のまとめ

以上の検討からは、❶行為者が更なる加害行為を予定している場合、加害

行為を更に行なうことにより生じる人身危険については、これを考慮することが許される。しかし、❷行為者が更なる行為を予定していない場合の人身危険、❸被害者側の行動による人身危険については、被害者側がその状況下でいかなる行動をとる可能性が存在したかを検討する必要がある。いささか単純な図式化を行なえば、行為者が加えた脅迫が強力で、被害者側を追い詰めれば追い詰めるほど、人身に対する危険は、減少する。なぜならば、被害者側としては、行為者の奪取を甘受する方が、より適当な態度ということができ、このような行動を取る可能性が高まる一方で、人身に対する危険が及ぶ行為（反撃行為や逃走行為）を行なう可能性は減少するからである。

このように理解すると、それ自体としては人身に危険の及ばない暴行・脅迫行為（特に後者）が手段として用いられた場合、強盗罪の成立がより適当と思われる事案のほうが、より強盗罪を否定すべき理由があることになる。告知された加害が重大で、しかもその実現に切迫性や現実性が高いと思われるような、強力な脅迫がなされた場合に、強盗罪の成立を否定することは適当とは思われない。このような場合に、強盗罪の成立を肯定するとすれば、そこで要求される人身危険は、極めて抽象化されざるを得ないであろう。

個別の人に対して、生命や身体に対する危険を生じさせる行為は、現行刑法典では、暴行罪や遺棄罪において処罰される。しかしながら、前者にあっては、せいぜい懲役2年、後者にあっては1年以下の懲役が規定されており、生命・身体に対する危険犯は、その危険が現実化し、侵害結果（死亡・傷害の結果）が生じない限り、重い処罰とは結びつかない。強盗罪において、行為者と被害者側が衝突することで、暴行・脅迫行為の当時には予定されていない人身への侵害結果が生じる可能性[(48)]は、抽象的には肯定しうる。しかし、このような抽象的な人身危険が、（財産侵害と相俟って）強盗罪の重い処罰を基礎付けるかは、現行刑法典の立場を考慮するとき、疑問の余地がある[(49)]。人身危険犯的構成によって、強盗罪の重い法定刑の正当化を実現できるか疑問を提起せざるを得ない。

3　自由侵害犯的構成の構想

人身に対する危険を強盗罪の処罰根拠と考えることには、疑問がある。強盗罪の成立に人身危険を要求しても、それは余りに希薄・抽象的である。人身危険犯的構成を示す論者の中にも、奪取に対する障害の克服が強盗罪の処罰根拠の一部をなすと指摘するものがあるが[(50)]、このような指摘は、人身危険の内実の希薄さ・抽象性を顧みるとき、正当である。しかし、「奪取に対する障害の克服」は、暴行・脅迫の人身危険とはなんら関係がない。人身に危険を及ぼさなくとも、障害は克服できるし、他方で、危険を及ぼしても障害が克服できない場合もある。「障害の克服」が人身危険の徴憑に過ぎないとしても、それは、信頼できない徴憑である[(51)]。

奪取に対する障害の克服が、なぜ、強盗罪の重い処罰を基礎付けるか。これを障害の克服により、自由という法益への侵害がなされたことから基礎付けることが考えられよう。自由侵害犯的構成である。

①自由侵害犯的構成の問題性？

暴行・脅迫により奪取に対する障害を克服すること、すなわち、暴行・脅迫により相手方の反抗を抑圧することは、通説によれば、強盗罪の要件である。自由侵害犯的構成は、この反抗抑圧に「自由の侵害」を看取する。

このように、強盗罪において自由侵害の側面は、構成要件解釈に取り入れられているとも評価できるにかわらず、学説では、必ずしも反抗抑圧状態の惹起それ自体に不法を見出し、強盗罪の処罰根拠として積極的に位置付けることはされてこなかったように思われる。なぜ、自由侵害犯的構成は、十分な支持を集めてこなかったのか。自由侵害犯的構成は、問題を抱えるものなのであろうか。

（1）重い処罰の根拠としての妥当性への疑問

自由侵害犯的構成には、それが加重処罰の十分な根拠たりうるかという批

判が加えられている。自由侵害犯的構成は、相手方の反抗を抑圧することにより、財物奪取がより行ないやすい状況を作出することに、強盗罪の処罰根拠を求めるが、「このような説明は、暴行・脅迫（及びそれによる反抗抑圧）の当罰性の高さは説明できるが、他方で、後続する財物奪取の性格を窃盗に類するものから、占有離脱物横領に類するものに変えてしまう論理のようにも思われる。そうするとかえって刑を軽くするべきではないか、……重い処罰を肯定できる論理ではないように思われる」との批判である(52)。自由侵害犯的構成において、暴行・脅迫は、相手方に財物奪取を甘受させる手段であり、財物奪取がより完遂しやすい状況を作出するところに、単なる強力な暴行・脅迫ではない独自の不法内容を見出すことになる(53)が、自らが作出した奪取を行ないやすい状況に基づいて、財物奪取が行なわれた場合、誘惑的要素が働き、通常の占有侵害に比して責任が軽いとする余地もある(54)。

しかし、結論から言えば、このような批判は当たらないように思われる。占有離脱物横領罪の軽い処罰を裏付けるとされる責任減軽は、誘惑的要素の存在に基づくとされる(55)が、このような場合、財産侵害行為に出ることを思いとどまることが困難であるから、その財産侵害行為についての非難が軽くなる。強盗罪が問題となる場面においても、反抗を抑圧した後に、財物奪取行為を行なうことを決意し、そして、財物奪取行為を行なうのであれば、このような理解は妥当しよう。この場合、財物奪取の意思は、占有者が奪取の障害とはならないという誘惑的状況に基いて生じたと評価できるからである。しかし、このように、相手方の反抗を抑圧したのちに財物奪取の意思を生じた場合に、強盗罪の成立を認める立場(56)は、現在、有力には主張されていない。強盗罪の成立には、暴行・脅迫の時点で、財物奪取の意思がなければならないと理解されている(57)。

もっとも、暴行・脅迫の時点で財物奪取の意思があれば、常に強盗罪が認められるものではない。強盗罪が財産犯であり、財物の占有侵害によって既遂となる以上、既遂犯実現の現実的可能性、占有侵害の現実的危険性がなけ

れば、強盗罪の実行の着手は認められない。通常、強盗罪の着手時期は、暴行・脅迫行為開始の時点に求められるが、これは、未遂犯の成立時期の一般的制約を考慮するとき、暴行・脅迫行為の開始時点で、占有侵害の現実的危険性が生じている、と読み替えることができる。(58)

暴行・脅迫行為の時点で、財物奪取の意思があり、さらには、財物の占有侵害の現実的危険も認められる。とすれば、この時点に、財物奪取行為の実質的開始を認められよう。すなわち、暴行・脅迫行為は、同時に、財物奪取行為の一部を形成するのである。(59)

このような認識のもとに、財物の占有者の反抗抑圧状態という奪取行為がより完遂しやすい状況が有する誘惑的要素について検討すれば、これは、実行行為開始後の責任能力の減退の事例との類似性が明らかだろう。理論構成こそは種々のものがありうるが、実行行為の開始時点で、のちに責任能力が減退することを行為者が予定し、またこの減退を自ら招いたという場合に、完全な責任を問うことに妨げはないとされることが一般的であると思われる。強盗罪について引き直せば、行為者が、暴行・脅迫行為を開始する際に相手方が反抗抑圧状態に陥ることを予定し、その反抗抑圧状態の下で財物奪取に及んだ場合、この相手方が反抗抑圧状態に陥っていることが誘惑的に作用したとしても、完全な責任を問うことは、十分に可能である。(60)相手方が反抗抑圧状態にあることは、いわば故意に招いた責任減少事由なのである。

（2）「自由侵害」の問題性

もっとも、自由侵害犯的構成の問題点は、これに尽きるものではない。さらに、「自由侵害」の内実が、不明瞭であるというところにもある。(61)自由侵害というものの内実が不明確であり、それゆえに、本来強盗罪として処罰すべき行為とそうでない行為を十分明晰に分かち得ないとすれば、自由侵害犯的構成は、支持に値しないであろう。(62)

自由侵害という言葉は、「意思に反する」という意味で用いられることがある。たとえば、住居侵入罪において、いわゆる住居権説は、誰を住居に立

ち入らせるかの自由を住居権とし、住居権者の意思に反して住居に立ち入ることをもって、住居侵入罪の成立を肯定する[63]。自由侵害犯的構成が問題にする自由侵害が、このような「意思に反する」に過ぎないのだとすれば、それは支持に値しない[64]。「意思に反すること」は、個人的法益に対する罪一般の成立要件（同意の不存在）であり、強盗罪独自の不法内容を示すものではないからである。それゆえ、強盗罪における自由侵害は、意思に反すること以上の法益侵害性を備えていることが示される必要がある[65]。自由侵害とはいかなるものか。

「自由である」とはいかなる事態を意味するのかという問題は、それ自体、すぐれて哲学的問題であり、本稿の解決しうることではない。しかし、消極的に自由を「決定されていないこと」と定義づけることはできよう。一定の行動が行なわれた場合、その行動しかとりようがなかったのであれば、自由に行われたとは評価できない。自由とは、少なくとも行動の選択肢が存在していることを前提とする[66]。一定の行動が行なわれた場合、そうするほかに取り得る行動の選択肢がなかった場合には、その行動は自由になされたとはいうことができないであろう。行為の選択肢が一つのみしか与えられていない下では、その行為を選択することが決定されているからである。

自由を「行為に関する選択肢の存在」と把握した場合、その侵害は、「選択肢の剝奪」として理解されることになる。

②「自由侵害」の具体化

このような「自由侵害」の基本構想のもとに、それが強盗罪の要件解釈として十分機能しうるために、換言すれば、強盗罪と他罪との区別を可能ならしめるために、ドイツの議論を参照し、更に具体化する。

（１）ドイツ刑法典における強盗罪と恐喝罪

別稿で示したように[67]、ドイツにおいては、強盗罪は、財産のみならず、自由に対する罪として理解されており、更に、強盗罪との区別が問題となる恐

喝罪も同様である。

強盗罪（Raub）を規定するドイツ刑法典249条1項は、「人に対する暴行を用い、又は、身体若しくは生命に対し現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて、違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他人の動産を他の者から奪取した（wegnehmen）者は、1年以上の自由刑に処する」と規定する。恐喝罪（Erpressung）は、同253条1項に、「不法に自ら利得し又は第三者に利得させるために、暴行を用い又は重大な害悪を加える旨の脅迫により、人に対して、行為、受忍、又は不作為を違法に強要し、これにより、被強要者又は他の者に損害を与えた物は、5年以下の自由刑又は罰金に処する」と規定されている。このように、強盗罪と恐喝罪は、その規定上、「人に対する暴行」「生命若しくは身体に対する現在の危険を及ぼす旨の脅迫」がなされたかが一つの区別基準となる。もっとも、恐喝罪については、255条が強盗的恐喝罪（Räuberische Erpressung）を定めており、「恐喝が、人に対する暴行を用い又は身体若しくは生命に対する危険を及ぼす旨の脅迫を用いて行なわれたときは、行為者は強盗犯人と同一の刑に処する」とされる。強盗と同一の方法が用いられた恐喝は、強盗罪と同様の刑に処されるから、ここでは、強盗と恐喝の区別は、さして重要な問題とはならない(68)。強盗か恐喝かの区別が処罰の軽重を左右するわが国とは問題状況は全く異なる。

（2）占有喪失の元の占有者（被害者）に対する法的な帰属

それゆえ、ドイツ刑法典の規定状況を必ずしも前提としない議論を参照する必要がある。

Joachim Hruschka は、財物の占有喪失の帰属という観点から、財産犯の体系的整序を行ない、強盗と恐喝の区別を行なう。Hruschka は、財物の占有が移転するも、その財物の占有喪失が元の占有者（被害者）へ法的に帰属しない場合、この帰属を阻却する原理を2つに区別し、この区別を通じて、占有侵害罪の体系化を行なう(69)。財物の占有は移転しうるものであり、日常取引や犯罪行為によって、この占有は転々と移っていく。Hruschka は、

ここで財物の占有喪失が元の占有者に帰属するためには、第一に、占有喪失が意思に基づいていること、第二に、占有喪失が任意に行なわれたことの2つの段階の検討を経る必要があるとする[(70)]。この両者が充足される場合、占有喪失は、元の占有者に完全に法的に帰属する。たとえば、店主が品物を自らの自由意思に基づいて買い手に売った場合などがこれに当たり、財産犯の成否はそもそも問題にならない。占有喪失を帰属する要件に対応して、占有喪失の帰属を阻却する原理は、❶占有喪失が意思に基づいていないこと、❷占有喪失が任意に行なわれていないことの2つに分けられるが、この場合に、初めて財産犯の成立が問題となる[(71)]。❶占有喪失が意思に基づいていない場合とは、たとえば、元の占有者に無断で財物を奪う場合である。この場合には、窃盗罪・強盗罪の成立が問題となる[(72)]。❷占有喪失が任意ではなかった場合とは、錯誤や恐怖心に基づいて占有喪失が生じた場合である。この場合には、詐欺罪・恐喝罪の成立が問題となる[(73)]。

ここで注目すべきは、❶段階および❷段階の場合とも、占有喪失は、被害者に帰属しないものの、その占有喪失の帰属を阻却する原理が異なるとする点である。❶では、そもそも「意思に基づいていないこと」が占有喪失の帰属を阻却し、❷では占有喪失が「任意でなかったこと」が帰属を阻却する。そして、その帰属阻却原理の相違に相応して、それぞれが別個の財産犯に対応するという基本構造である。

このような占有喪失の帰属を阻却する原理の相違というのは、わが国の交付罪と盗取罪の区別に相応しよう。強盗罪と恐喝罪の区別でいえば、Hruschka が示した占有喪失の帰属阻却モデルでは、強盗罪は、❶段階の意思に基づかない占有喪失であり、恐喝罪は❷段階の意思に基づいた（しかし任意ではない）占有喪失なのである。両者の区別は、占有喪失が元の占有者の意思に基づいていたか否かが基準となる。

しかし、Hruschka の帰属阻却原理による区別には限界がある。Hruschka は、❶段階の帰属阻却として、元の占有者に占有喪失の帰属が阻却されるの

は、外部的事情により占有喪失を防ぐことが物理的に不可能であった場合、または、占有者が占有移転に外形的には協力していたものの、占有者が占有喪失の事実を認識していなかった場合に限る(74)。それゆえ、占有喪失を生じさせるための手段として、脅迫が用いられた場合には、このいずれにも当たらないとして、占有喪失が「意思に基づいていないこと」を理由として占有喪失の帰属が阻却される❶段階の帰属阻却ではなく、❷段階の帰属阻却の問題とされ、「意思に基づくが任意ではない」から占有喪失が帰属しないとする。その結論として、脅迫を手段とした強盗罪は成立する余地がない、とするのである(75)。この帰結は、Hruschka も自認するように、ドイツにおいても現行法と矛盾する(76)。日本法においても、同様である。それゆえ、脅迫行為が手段としてなされた場合も、交付罪（恐喝罪）ではなく、盗取罪（強盗罪）の成立を肯定しうる解釈が必要となる。

（3）奪取（wegnehmen）概念の分析

この点、参考になるのは、奪取の概念を明らかにすることにより、強盗罪の成立範囲を画する Volker Erb の見解である(77)。Erb は、（強盗的）恐喝罪の成立に処分行為を必要としない立場から(78)、強盗罪（窃盗罪）の成立範囲を検討する。（強盗的）恐喝罪の成立に処分行為を必要としない場合、強盗罪は、強盗的恐喝罪の特別規定と位置づけられ、それゆえに、強盗罪（及び窃盗罪）の成立範囲を画する奪取の意義が問題となる。そこで、Erb は、奪取概念を同意のない占有移転であるとする通俗的定義(79)から出発しつつも(80)、形式的には同意があるようにみえるにもかかわらず、奪取該当性が肯定される場合として、占有者が占有移転を回避不可能であると考えている場合を挙げる。「〔占有移転についての〕同意がありうるのは、占有者が物の所在について何らかの決断をなしうると考えている場合のみである(81)」。外形的には占有移転について（瑕疵ある）同意がなされ、交付がなされた場合であっても、占有者が、自ら交付しようと否とにかかわらず、いずれにせよ、占有移転を甘受しなければならないと考えている場合には(82)、なおも、奪取該当性が肯定

され、強盗罪（窃盗罪）の成立が肯定されるのである。(83)

（４）帰属の原理と他行為可能性

このような回避不可能な占有移転の甘受の場合に、事実的には交付の意思があったにもかかわらず、なおも意思に反した占有移転としての奪取を認めるという考え方は、Hruschka が示す占有喪失の帰属阻却原理の修正として理解することも可能である。

Hruschka は、脅迫行為が行なわれた場合には、占有喪失が意思に基づいていたものとして、占有喪失の第一段階の帰属を肯定する。しかし、占有喪失が意思に基づいていたとしても、占有者が占有喪失を甘受するほかに、とりうる行動がないのであれば、その占有喪失は、すでにして第一段階の帰属が否定され、元の占有者に法的に帰属しないと理解することも可能であろう。法的な帰属の前提には、自由な振る舞いから生じた結果は、振る舞った者に帰属するという了解がある。別様の意思に基づいて行動する可能性が存在しないところでは、この行動の結果を帰属する前提を欠く。そもそも、人が、その振る舞いの結果を法的に引き受けなければならないのは、そのように行為しないことができたことが前提とされる。占有の喪失が仮に意思に基づくものであったとしても、そのように意思を形成することしかできず、また、そのようにしか行動するしかできない場合、その結果については、その帰属の前提を欠くのである。それゆえ、財物の占有移転が行なわれる際に、占有喪失を甘受せざるを得ない状況が生じている場合、占有喪失がいかなる動機からなされたか、つまり、任意か否かを問うことなく、元の占有者に占有喪失の帰属は否定されるべきである。

Erb の見解は、この点を奪取の概念分析を通じて示したものと理解できる。Erb は、占有喪失が回避不可能であると占有者が考えている場合には、奪取を認める。Hruschka の用語法でいえば、❶段階の帰属阻却を認めるのである。このように、占有喪失を甘受せざるを得ない、換言すれば、占有喪失を甘受するほかに取り得る行動の選択選択肢が存在しなかったという場

合、ここに占有喪失を元の占有者に帰属する契機は存在せず、それゆえに、交付罪ではなく、奪取罪（わが国の用語法でいうところの盗取罪）の成立を認めることには十分な理由がある。他の行動の選択肢が用意されていない下では、振る舞いは、自由とはいえず、帰属の契機は存在しないからである。帰属の前提となる自由な振る舞いとは、複数の選択肢が存在するという状況下で、そのうちの一つを選び取ることである。なしうる行為の選択肢が一つしか存しない場合、財物の占有喪失を甘受しなければならない場合には、自由な振る舞いは存在せず、占有喪失の帰属の契機は存しない。なしうる行為の選択肢が存しない場合には、たとえ、手渡しのような外形的には交付行為にあたる振る舞いがなされたとしても、それは、奪取であり、意思に基づいた占有喪失ではない。意思に反する占有喪失なのである。(84)

（以下、次号）

（1）前田雅英『刑法各論講義』（第6版、2015年）185頁。

（2）大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第12巻』（2003年）326頁〔河上和雄＝髙部道彦〕。

（3）同様の指摘として、中森喜彦『刑法各論』（第4版、2015年）120頁、山中敬一『刑法各論』（第3版、2015年）303頁、内山良雄「強盗罪」曽根威彦＝松原芳博編『重点課題 刑法各論』（2008年）108頁、松尾誠紀「共犯者を介して有する心理的・物理的因果は強盗構成要件を充足するか―強盗罪にいう『強取』の意義をめぐる一断面―」法と政治58巻1号（2007年）91頁など。明示的に指摘されることはさほど多くはないが、強盗罪にこのような人格的法益に対する罪としての側面が含まれていることは、暗黙裏の共通了解があろう。

（4）たとえば、前田雅英『最新重要判例250〔刑法〕』（第10版、2015年）165頁、同・前掲注（1）187注5）。

（5）なお、大阪高判平成8年3月7日判タ937号266頁は、スタンガンを示して脅迫する行為につき強盗罪を肯定するが、「スタンガンが身体ないし顔面に接触した場合に生じる効果の確定自体は、必ずしも必要不可欠ではない」と判示する。

（6）前田・前掲注（1）185頁。また、斎藤信治『刑法各論』（第4版、2014年）120

頁も参照。

（７）斎藤信治「強盗罪の諸問題」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開―各論』（1996年）200頁。

（８）斎藤・前掲注（７）200頁。

（９）社会心理的衝撃性については、とくに斎藤信治『刑法総論』（第６版、2008年）６－７頁参照。強盗罪に特有の基準ではなく、全ての犯罪に適用されるべき基準として主張される。

(10) 斎藤・前掲注（９）６－７頁は「刑に見合うほど衝撃的かの判断はやや抽象的で多少困難もあるかもしれない。それをカバーするのは、問題なくその罪になるような行為と同程度に衝撃的かを考えるというやり方である」と指摘する。

(11) 冨高彩「強盗罪における不作為構成（２・完）」上智法学論集54巻３＝４号（2011年）82-83頁。

(12) 冨高・前掲注（11）82頁。伊藤渉「強盗罪」法学教室292号（2005年）84頁も同旨か。

(13) 最判昭和24年３月24日刑集３巻３号376頁は、被害者に短刀を突きつけたところ、被害者がこれをとっさに握り、傷害を負ったという事案につき、「被告人が所携の短刀を以て判示強盗の手段たる脅迫行為の実行中その機会に判示傷害を被害者に生ぜしめたものと認定したのであるから、たとい、所論のようにその傷害が被害者においてその短刀を握つたため生じたものであつたとしても、強盗傷人罪の成立を妨ぐるものではない」と判示する。もっとも、のちの判例では、刃物を突き付ける行為を暴行として処理している。最決昭和28年２月19日刑集７巻２号280頁は、日本刀を突きつけたところ、被害者がこれにしがみついて傷害を負ったというほぼ同様の事案につき「日本刀を突きつける所為をなせばそれだけでも人の身体に対する不法の有形力を行使したものとして暴行を加えたといい得る」とする。

(14) たとえば、大谷實『刑法講義 各論』（新版第４版補訂版、2015年）83-84頁など。

(15) たとえば、前田・前掲注（１）76頁など。

(16) たとえば、西田典之『刑法各論』（第６版、2012年）66頁、川端博『刑法各論講義』（第２版、2010年）151頁など。

(17) この点については、2.②.（３）ｉも参照されたい。

(18) このことは、人身に危険の及ばない暴行についても妥当する。

(19) この衝突状況モデルを最も詳細に展開するものは、嶋矢貴之「強盗罪と恐喝罪の区別－恐喝罪の研究による強盗罪要件の再構成」『山口厚先生献呈論文集』（2014

年）253頁以下である。同旨に、和田俊憲「演習」法学教室379号（2012年）128頁、松原芳博『刑法各論』（2016年）233頁（もっとも、この後2者は、あわせて反抗抑圧状態の惹起も必要とする）。

(20) 嶋矢・前掲注（19）338頁以下。

(21) 嶋矢・前掲注（19）340頁。

(22) このような事後強盗罪の理解を示すものとして、嶋矢貴之「判批（最決平成14年2月14日刑集56巻2号86頁）」ジュリスト1247号（2003年）167頁、同「判批（東京高判平成17年8月16日判タ1194号289頁）」刑事法ジャーナル4号（2006年）89-90頁、同「事後強盗罪における『窃盗の機会』の意義」西田典之ほか編『新・法律学の争点シリーズ 2 刑法の争点』（2007年）177頁。事後強盗罪について、衝突状況（対立状況）に言及するものとして、たとえば、山口厚『新判例から見た刑法』（第3版、2015年）228頁、橋爪隆「事後強盗罪について」法学教室431号（2016年）78頁、岡上雅美「判批（最判平成16年12月10日刑集58巻9号1047頁）」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論［第7版］』（2014年）87頁など。

(23) 嶋矢・前掲注（19）340-341頁。

(24) いわゆる機会説である（最判昭和24年5月28日刑集3巻6号873頁参照）。

(25) 嶋矢・前掲注（19）347頁。

(26) 井田良『講義刑法学・総論』（2008年）226頁。いわゆる「危険性説」である。このような立場を主張するものに、たとえば、丸山雅夫『結果的加重犯論』（1990年）133頁以下、内田浩『結果的加重犯の構造』（2005年）101頁以下、榎本桃也『結果的加重犯論の再検討』（2011年）37頁以下。

(27) 内田・前掲注（26）139頁以下は、「仮象的基本犯」「真正基本犯」の対比を通じ、このことを説明する。基本犯の構成要件に「仮象的に」該当する行為が行なわれても、（加重結果が生じたにもかかわらず）結果的加重犯が成立しない場合もありうる。

(28) 嶋矢・前掲注（22）ジュリスト1247号167頁。

(29) もっとも、被害者側が現実に追及行動に出ることは、事後強盗罪の要件ではない。

(30) 嶋矢・前掲注（22）ジュリスト1247号167頁は「窃盗犯人が窃盗現場において行う暴行脅迫に特別な危険性を認め」（圏点は引用者）る。また、橋爪・前掲注（22）78頁も参照。

(31) 居直り強盗は別論である。

(32) 第三者が救助的介入を試みる場合があるが、このような介入を行なう第三者もここでいう「被害者」に含めることができる（この点については、拙稿「財物奪取の手段としての暴行・脅迫―強盗罪における暴行・脅迫の相手方の限定―」早稲田法学91巻4号（2016年）111-112頁参照）。

(33) 嶋矢・前掲注（19）337-338頁は、このような「準暴行的脅迫型」の強盗の場合には、加害行為が行なわれる客観的実現可能性が必要であるとするが、正当である（ただし、私見からこれに加え、主観的実現可能性も要求されるべきことになろう）。

(34) 和田・前掲注（19）128頁。

(35) ここでいう抵抗行動は、必ずしも、脅迫者に対して立ち向かうのみではないだろう。第三者に救助を求めること、奪われようとする財物を携えて逃走することも抵抗行動であり、それを妨げるように、脅迫者が加害行為に及ぶことも十分に想定可能であり、人身に対する危険を肯定できよう。

(36) 嶋矢・前掲注（19）351頁、361頁。

(37) 嶋矢・前掲注（19）351頁。

(38) 松原・前掲注（19）233頁は、「人身に対する危険が本罪の法定刑を基礎づけている以上、その存在を擬制することは許されない」と指摘する。

(39) 嶋矢・前掲注（19）351頁は、反撃可能性は抽象的であっても十分とするが、疑問である。

たしかに、反撃可能性が低くとも、行為者側の更なる攻撃が重大なものであれば、強盗罪としての処罰に値する人身に対する危険を肯定する余地はあるかもしれない。しかし、行為者側の更なる攻撃の重大さは、行なわれた脅迫行為の強度とは何等の論理関係を有さない。論者が正当にも指摘するように「脅迫により加害予告される法益と、実際に加害に晒される法益は、論理的には一致するわけではない」（嶋矢・同336頁）。強烈な脅迫行為を行なったとしても、その衝突状況の結果として実現されうる加害が、強烈なものとは限らない。それゆえ、強烈な脅迫が加えられ反撃可能性が低い場合、この反撃可能性の乏しさを、生じうる人身への危害の重大性により補うことは、論理的には帰結しないのである。

(40) このほかに、昏酔強盗についても、衝突状況が肯定できるか疑問が呈されている（生田勝義「刑事法学の動き 嶋矢貴之『強盗罪と恐喝罪の区別――恐喝罪研究による強盗罪要件の再構成』」法律時報88巻4号（2016年）113頁）。昏酔した被害者には反撃可能性が失われるとの指摘と理解できる。もっとも、昏酔させることは生理的機能の侵害であり、昏酔させる行為自体に人身危険を肯定する余地がある

（嶋矢・前掲注（19）362頁注297）。

（41）たとえば、真実は強取に及ぶ意図であるにもかかわらず、SM プレイをしようと嘘をつき身体を拘束することに同意を得た場合が考えられる（長井秀典＝田中伸一＝安永武央「強盗罪（上）」判例タイムズ1351号（2011年）82頁、94頁によれば、大阪高判平成21年10月22日公刊物未掲載は、このよう場合に強盗罪を肯定している）。

（42）近時このような事例群について強盗罪を認めたものに、東京高判平成20年３月19日高刑集61巻１号１頁、宮崎地判平成24年９月28日 LEX/DB 25483068、広島高岡山支判平成25年７月31日高刑速（平成25）号225頁がある（これらについては、拙稿「反抗抑圧後の財物奪取の意思の事例をめぐる判例の新しい動向―物理的反抗抑圧事例をめぐる３つの判例を中心に―」早稲田大学大学院法研論集156号（2015年）１頁以下も参照されたい）。

（43）神元隆賢「判批（宮崎地判平成24年９月28日 LEX/DB 25483068）」北海学園大学法学研究49巻２号（2013年）510頁は、血行障害が生じるなどの身体の状況の悪化が生じうることを指摘する。しかし、生じうる身体傷害がこのような軽微なものであり、その可能性も具体的ではないとすれば、このような要罰性の乏しい危険をもって、強盗罪の成立を肯定すべきかに疑問がある。

（44）これに対し、完全な物理的反抗抑圧状態が継続する限り、強盗罪の成立は否定されるとするものとして、橋爪隆「強盗罪の構造について」法学教室430号（2016年）73頁、安田拓人＝島田聡一郎＝和田俊憲『ひとりで学ぶ刑法』（2015年）277頁〔安田拓人〕。ただし、前掲注（42）・東京高判平成20年３月19日は、物理的に反抗を抑圧した後に財物奪取の意思を抱いたという事案につき、「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。」と傍論ながら判示する。物理的反抗抑圧事案において強盗罪の成立を認めるべきとの実務上の要請は強いようである。

（45）たとえば、東京地判平成15年３月６日判タ1152号296頁を参照（ビル２階の店舗に侵入し、被害者らをエアガンで脅迫したところ、被害者のうち一人が、窓から飛び降り、受傷した事案）。

（46）もっとも、異常な被害者の行動までを考慮すべきではない。発生した人身危険を行為者に帰属させるためには、その危険が現実化した場合に、その現実化した結果を行為者に帰属できることが前提となる。

（47）逃走行為の危険性の判断では、逃走経路自体の危険性のみならず、それが行為

者の妨げに遭い、更なる危害を加えられる可能性も考慮されなければならない。逃走行為は、その者からの奪取を不可能にするから、それ自体（広い意味での）反撃行為でもありうる。

（48）ここで、現に暴行・脅迫を加えられている人以外への損害の発生を考慮すれば、強盗罪において人身に対する危険が、暴行罪・遺棄罪よりも重く評価されることは基礎付けられるかもしれない。しかし、このような解釈によるとき、暴行・脅迫の相手方以外にも、救助的介入を行う者など、拡大損害が及びうる者の存在可能性を要件とせざるを得ないから、やはり強盗罪の成立範囲を過度に制約することになり、適切とは思われない。

（49）橋爪・前掲注（44）65-66頁は、このような抽象的な危険性は、暴行・脅迫該当性の判断に解消されるとする。

（50）冨高・前掲注（11）82-85頁、伊藤・前掲注（11）。これに対して、嶋矢・前掲注（19）362頁は、明示的に反抗抑圧状態の惹起（障害の克服）の要件を不要とする。

（51）嶋矢・前掲注（19）361頁参照。

（52）嶋矢・前掲注（19）273頁。

（53）拙稿「強盗罪における暴行・脅迫と財物奪取の意思―『新たな暴行・脅迫必要説』の再検討」早稲田大学大学院法研論集143号（2012年）17-18頁。

（54）拙稿・前掲注（53）17-18頁では、この「財物奪取がより完遂しやすい状況」を「誘惑的要素」と指称したことが、このような批判を招く遠因になったのではないかと思われる。これは、このような着想の元となった Ralph Ingelfinger の用語を借用したものである（Ralph Ingelfinger, Fortdauernde Zwangslagen als Raubmittel―― Zur Finalität von Notigungshandlung und Wegnahme im Rahmen des § 249 StGB――, Festschrift für Wilfried Küper zum 70. Geburtstag, 2007, S. 206. ただし、Ingelfinger の見解は、拙稿で示したものとは異なる）。

（55）西田・前掲注（16）251頁。

（56）この立場は、反抗抑圧後の財物奪取の意思の事例で言及される「新たな暴行・脅迫不要説」である。新たな暴行・脅迫不要説への批判については、拙稿・前掲注（53）14頁参照。

（57）新たな暴行・脅迫必要説と新たな暴行・脅迫不要説の対立は、暴行・脅迫の時点で財物奪取の意思を有している必要があるか否かの対立であることについて、拙稿・前掲注（53）７頁。

（58）橋爪・前掲注（44）64頁。また、拙稿・前掲注（32）107-108頁も参照。

（59）Bernd Schünemann, Raub und Erpressung (1. Teil), JA 1980, S. 352.

（60）なお、嶋矢・前掲注（19）273頁は、私見に対して「方法論の問題」として、財物奪取行為と暴行・脅迫の不法内容を分析的に検討することに「おのずと限界があろう」と批判を加える。方法論までの検討は本稿のよくするところではないが、当該犯罪が予定している不法・責任内容を可能な限り明確化し、それが他の規定と整合的かを検証することは、必要な作業であると思われる。

（61）近時、「自由に対する罪」について、その内実を分析する必要性が指摘されている。特に重要な研究として、辰井聡子「『自由に対する罪』の保護法益―人格に対する罪としての再構成」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（2014年）411頁以下、佐伯仁志「刑法における自由の保護」法曹時報67巻９号（2015年）１頁以下。

（62）杉本一敏「俺の凶器は、お前の恐怖心だ―強盗 vs. 恐喝、強盗 vs. 窃盗①」法学セミナー724号（2015年）111頁参照。嶋矢・前掲注（19）351頁は、反抗抑圧結果の判断は困難である一方、人身危険犯的構成による場合、判断が容易かつ客観化されうることから、人身危険犯的構成の優位性を主張する。反抗抑圧の有無の判断の困難性については、実務家からも指摘されるところである（たとえば、西田眞基「恐喝と強盗との区別」植村立郎＝小林充編『刑事事実認定重要判決50選 下』（第２版、2013年）25頁）。

（63）さしあたり、西田・前掲注（16）97-98頁、100頁。ただし、住居権説が住居侵入罪の保護法益が単なる意思侵害に止まると理解しているかについては、疑問が呈されている（佐伯・前掲注（61）42頁注69）。もっとも、自由侵害の用語法として「意思に反すること」は認められよう。

（64）嶋矢・前掲注（19）358頁。

（65）佐伯・前掲注（61）43頁参照。住居侵入罪についての指摘であるが、強盗罪の自由侵害犯的構成にも妥当しよう。

（66）このような「自由」のとらえ方は、髙山守『自由論の構築』（2013年）40頁以下に範を得たものである。髙山は「自らの振る舞い方をめぐる選択肢を前にして、……当の選択肢を理由（根拠）のないなかで選択・決定すること」「この〈理由なき自己決定〉こそが、私たちが自由であるということ」とする。以上で明らかなように、髙山は、理由なき決定に自由の本質を見て取る（そして、この決定についての理由の不存在こそが、行為者の責任を導く）が、本稿では、その前提をなす「選択肢の存在」を取り上げる。

（67）拙稿「強盗罪における反抗抑圧状態の機能―強盗既遂罪の成否―」早稲田大学大学院法研論集140号（2011年）11-19頁。

（68）Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil Ⅰ, 18. Aufl., 2016, § 11 Rn. 40. なお、わが国における研究として、中村邦義「ドイツ刑事判例研究（54）強盗と恐喝の区別」比較法雑誌36巻３号（2002年）134頁以下がある。

（69）Joachim Hruschka, Das Opferverhalten als Schlüssel zum System der Sachentziehungsdelikte, Jahrbuch für Recht und Ethik, Bd. 2, 1994, S. 177ff.

（70）Hruschka, a. a. O.（Anm. 69), S. 184.

（71）Hruschka, a. a. O.（Anm. 69), S. 185f.

（72）Hruschka, a. a. O.（Anm. 69), S. 186.

（73）Hruschka, a. a. O.（Anm. 69), S. 186f.

（74）Hruschka, a. a. O.（Anm. 69), S. 186.

（75）Hruschka, a. a. O.（Anm. 69), S. 188. なお、ほぼ同様の帰結を示すものに、Rengier, a. a. O.（Anm. 68), § 11 Rn. 41.

（76）Hruschka, a. a. O.（Anm. 69), S. 189. 現行法は改正される必要があると指摘する。

（77）Volker Erb, Zur Bedeutung der Vermögensverfügung für den Tatbestand der Erpressung und dessen Verhältnis zu Diebstahl und Raub, Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag, S. 711ff.

（78）Erb, a .a. O.（Anm. 77), S. 722f. このような見解は、近時、有力である。z. B., Hans-Ludwig Günther, Erpressung ohne Vermögensverfügung! — Fünf Argumente für die Subsidiaritätslösung, Festschrift für Dieter Rössner, 2015, S. 798ff.; Wilfried Küper, Erpressung ohne Verfügung? — Zur Struktur und systematischen Stellung der Sacherpressung, Festschrift für Theodor Lenckner zum 70. Geburtstag, 1998, S. 495ff.

（79）わが国では、意思に反する占有移転を「盗取」といい、交付罪と盗取罪を合わせたものを「奪取罪」というのが通常の用語法である（たとえば、前田・前掲注（１）146頁）ので、わが国の用語法とは異なる。日本とドイツの用語法の相違については、松宮孝明『刑法各論講義』（第４版、2016年）187-188頁。なお、この点については、同「強盗と恐喝の区別について」法学新報121号11＝12号（2015年）356頁も参照。

（80）Erb, a. a. O.（Anm. 77), S. 724.

(81) Erb, a. a. O. (Anm. 77), S. 726.

(82) Erb, a. a. O. (Anm. 77), S. 726は、このような場合として、虚偽の差押えの事例をあげる。しかし、わが国ではこのような場合には、せいぜい恐喝罪の成立に止まろう（類似の事案として、最判昭和24年２月８日刑集３巻２号83頁（盗品を運搬中の被害者に対して、警察官を装い警察署へ連行するような態度を示して、盗品を喝取した事案)。

(83) この結論自体は、（強盗的）恐喝罪の成立に処分行為を必要とする多数説からも示される。処分行為の要件として、行為の選択肢の存在を要求する見解として、z. B. Reinhart Maurach/Friedrich-Christian Schroeder/Manfred Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil 2, 10. Aufl., 2009, § 42 Rn. 39; Johannes Wessels/Thomas Hillenkamp, Strafrecht Besonderer Teil 2, 38. Aufl., 2016, § 18 Rn. 730; Jörg Eisele, Strafrecht—Besonderer Teil Ⅱ, 3. Aufl., 2015 Rn. 764.

(84) Wessels/Hillenkamp, a. a. O. (Anm. 83), §18 Rn. 730; Eisele, a. a. O. (Anm. 83), Rn. 764.