

強盗罪の自由侵害犯的構成について（２・完）

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の解釈指針への疑問

- 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、本誌67巻2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等

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

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

「自由」とは、複数の行動の選択肢が存在する下で、その一つを選び得ることであり、とりうる行動の選択肢がただ一つしか存在しない下では、自由は観念できない。ただ一つしか行動の選択肢が存在しない下では、仮に占有を移転させる行為（交付行為）が「意思に基づいて」なされたようにみえても、占有喪失を帰属する契機が存せず、それゆえに、意思に基づく占有喪失ではなく、意思に反した占有喪失として、奪取（盗取）の存在を肯定すべきである。このような理解から、強盗罪の要件解釈を行えば、強盗とは、暴行・脅迫により相手方の行動の選択肢を奪い、財物の占有移転を甘受することのほかに行動の選択肢が存在しないという状況に陥らせ、その上で、財物を奪う犯罪として理解されることになる。このような財物の占有移転を甘受するという以外の行動の選択肢を奪うことに、強盗罪の自由侵害犯としての不法を見て取ることができる。

この「占有移転を甘受するほかない」という被害者の状態は、「反抗抑圧状態」⁽⁸⁵⁾とほぼ一致するだろう。

実務家による研究では、強盗罪の成立する場面を身体的抑圧類型と意思抑圧類型に分類し、裁判員に対する説明案として、前者の場合は「そのような暴行・脅迫を加えられたら、常識的に考えて、普通の人であれば、財物を奪われないようにしようとしても体が動かなくなるであろう行為」、後者の場合は「そのような暴行・脅迫を加えられたら、常識的に考えて、普通の人であれば、相手の言うとおりにしないと本当に殺されたり身体や自由に重大な危害が加えられたりするかもしれないと思い、抵抗できなくなるであろう行為」⁽⁸⁶⁾を示される。この説明案は、自由侵害犯的構成の基本的な考え方と一致しよう。相手方を身体的・心理的に制約し、唯一のとりうる行動が財物の占有移転を甘受することのみであるという状況（情況）を作出することが、自由侵害である。説明案では、「体が動かなくなる」「抵抗できなくなる」とい

う表現が用いられているが、このような状態は、他の行動の選択肢が失われた状態、すなわち、自由が侵害された状態といえることができる。

(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

自由侵害犯的構成からは、暴行・脅迫は、自由を侵害する行為と位置づけることになる。暴行・脅迫は、相手方の抵抗行動に出る可能性を排除し、財物の占有侵害の危険を基礎づけるとともに、このような自由侵害を惹起するものでなければならない。もっともここで区別すべきは、既遂の要件と着手の要件の区別である。自由侵害犯的構成によるとき、自由の侵害は、強盗既遂罪の一要件である。しかし、強盗罪と他罪との区別が争われるのは、多くの場合、強盗罪の着手の有無であり、暴行・脅迫行為の強盗罪構成要件該当性⁽⁸⁷⁾である。強盗罪の着手が問題となる場面では、自由侵害が生じる現実的危険の有無が検討される。

強盗罪における暴行・脅迫の意義についてリーディングケースとされるのは、最判昭和24年2月8日刑集3巻2号75頁である。同判決は、強盗罪の成否は「暴行又は脅迫が、社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうか云う客観的基準により決せられるのであつて、具体的事案の被害者の主観を基準としてその被害者の反抗を抑圧する程度であつたかどうかと云うことによつて決せられるものではない」「被害者……に対しては偶々同人の反抗を抑圧する程度に至らなかったとしても恐喝罪となるものではない」とする。自由侵害犯的構成から、この判例の基準は是認できる。

暴行・脅迫が「社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度」であるというのは、相手方の自由を侵害する現実的危険性があることを意味すると位置づけることが可能である。強盗罪において、被害者は、多くの場合、一般人である可能性がある。具体的事案における被害者が、たまたま、剛胆な人物であったとしても、暴行・脅迫行為が反抗を抑圧するに足る程度であったか、換言すれば、自由を侵害する危険な暴行・脅迫であったかとい

う危険性判断においては、その剛胆な具体的な被害者が、一般人でありえた可能性を問うことができる。⁽⁸⁸⁾それゆえ、具体的な事案における被害者に対しては反抗抑圧するに足る程度に至らなくとも、社会通念上一般に反抗を抑圧するに足る程度であれば、換言すれば、一般通常人を反抗抑圧状態に陥れさせることができる程度のものであれば、自由侵害の現実的危険を肯定でき、この暴行・脅迫に強盗罪の構成要件該当性が認められる。

（３）脅迫が手段とされた場合の加害内容の制約

本稿は、自由侵害犯的構成における「自由侵害」の具体的内容を「他の行動の選択肢の剥奪」として理解する。この観点からは、脅迫が手段とされた場合に、その告知されるべき加害の内容がおのずから制約される。まず、告知される加害の内容は、⁽⁸⁹⁾奪われようとする財物よりも価値が高いものでなければならない。奪われようとする財産よりも、より軽微な害を加える旨の脅迫が行なわれた場合、その相手方にとっては、その告知された加害を甘受し、財物の占有を守ることが合理的である。とすれば、占有を守るべく行動する選択肢は奪われておらず、強盗罪の成立に必要な程度に自由の侵害はないというべきである。しかし、このような重大な加害が告知されさえすれば十分というわけではない。

強盗罪の成立に必要な自由侵害を肯定するためには、さらに、行為者の脅迫行為を前にして、財物の占有を保持すべく抵抗行動を取ることができなかったという状況が必要である。脅迫の迫真性や告知された害の内容や凶器の有無などの脅迫行為の態様に左右されるが、脅迫を行う行為者に対して抵抗行動に出るならば、通常、行為者からさらなる攻撃を加えられる可能性があるだろう。人身に対する危険がある程度は生じる。しかし、この危険が寡少であるならば、被害者が抵抗行動をとることがなおも合理的たりうる。

脅迫行為が行なわれた場合、観念的には３つの行動の選択肢が、その相手方に存する。第一は、告知された加害の内容を甘受するというものであり、第二は、財物の占有を保護すべく抵抗行動に出るというものである。そし

て、第三が財物の占有保護をあきらめ、財物の奪取を甘受するというものである。自由侵害を他の行動の選択肢の剥奪と理解する本稿の立場からは、この第三の行動のみが適切で合理的であるという情況が、強盗罪の成立に必要である。それゆえに、加害の内容は、原則として、奪われる財物よりも価値の高い利益・法益に対するものであり、且つ、抵抗行動に出ると仮定した場合に伴う人身危険よりも、高度なものでなければならない。すなわち、生命・身体に対する加害の告知であり、その実現の可能性が相当程度高いと見積もられる脅迫行為でなければならない。⁽⁹⁰⁾

(4) 自由侵害の手段としての殺害行為等

自由侵害を認めるために、暴行・脅迫の相手方の判断作用・意思過程への介入が、常に必要というものではない。与えられた情況において、行動の選択肢を取捨選択するという自由は、その自由を享受する人の生物的基盤の上に成り立っている。その生物的基盤を破壊すること、あるいは、一時的・永続的にその能力を奪うことも、やはり自由侵害である。殺害行為や意識を喪失させる行為である。これらの行為は、その相手方の判断作用、意思過程に介入するものではないが、その生物的基盤を破壊することで、同時に自由侵害をもたらしていると位置づけられる。それゆえ、自由侵害犯的構成からも、これらの行為に強盗罪の成立を肯定することができる。

④小 括

強盗罪を自由侵害犯として構成する場合、暴行・脅迫は、自由を侵害する行為として位置づけられる。問題は、ここでいう自由侵害の内実である。本稿はこれを、他の行動の選択肢を奪うことと理解する。すなわち、暴行・脅迫を加え、財物奪取を甘受するほかないという状況(情況)を作出することである。強盗罪と他の財産犯とを分かち不法は、この自由侵害の有無に求められる。それゆえに、強盗罪の成立範囲もこの自由侵害の有無により決せられることになる。

4 具体的事案の解決

本稿は、自由侵害犯的構成による強盗罪の構成要件解釈が理論的に適切であると考えられる。しかし、その要件解釈の結果、具体的事案において適当と思われる解決が導かれない場合、自由侵害犯的構成はやはり採用されるべきではないだろう。人身危険犯的構成がより優れた解決を示しうるのであれば、むしろ、人身危険犯的構成がとられるべきである。それゆえ、次に、いかなる帰結が自由侵害犯的構成から導かれ、それが適切なものであるかを検討する。

①いわゆる「ひったくり」事案の解決

まず取り組むべきは、強盗罪と窃盗罪の区別である。強盗罪と窃盗罪は、盗取罪であり、共に意思に反した占有移転が予定されている。強盗罪の不法内容として自由侵害を求めるところからは、強盗罪と窃盗罪の区別も、この自由侵害の有無に求めるべきことになる。本稿の見解からは、強盗罪は、暴行・脅迫により被害者の行動の選択肢を奪った上で、財物を奪取した場合に成立し、被害者から行動の選択肢が奪われていない場合には、窃盗罪の成立にとどまることになる。換言すれば、強盗罪は、被害者の行動を身体的・心理的に制約して、唯一とりうる行動が財物の奪取を甘受することであるという身体的・心理的状态を作出して、財物を奪取するときに成立する。強盗罪は、暴行・脅迫により、相手方の行動の選択肢が奪われたことの結果として、占有移転が生じることを要求するのである。これに対し、被害者の行動を身体的・心理的に制約せず、単に被害者の虚を突くなど、行動を選択する機会を与えなかったに過ぎない場合には、窃盗罪の成立にとどまる。

自由侵害犯的構成から、強盗罪と窃盗罪の区別は抽象的には、このような基準を示しうる。しかし、現実には、強盗と境を接する窃盗の類型もある。まず問題とすべきは、ひったくりである。ひったくり行為については、仮に暴行・脅迫行為がなされたとしても、通常、強盗罪は成立しないとされてい

⁽⁹¹⁾
るが、実務では、強盗罪の成立を肯定した事例も散見される。

ひったくり事案について、自由侵害犯的構成が示す基準からは、どのような帰結が示されるか。

(1) 強盗罪の成立を肯定した判断

ひったくり行為につき、強盗罪の成立を肯定した判例・裁判例には、次のものがある。

東京高判昭和38年6月28日高刑集16巻4号377頁(判例⁽⁹²⁾1)は、人家から離れた林道上で、自転車に乗っている被害者(女性)の背後から原動機付自転車で追い越しざま、同女が右手で自転車のハンドルとともに提げ手のバンドを握っていたハンドバッグを無理にでも引っぱって奪い取ろうとしたところ、予期に反して被害者を転倒させ、傷害を負わせたというものである(被害者を転倒させた後、さらに財物を奪うため暴行を加えたが財物奪取は未遂に終わっている)。弁護人が窃盗罪又は恐喝罪と傷害罪の成立に止まると主張したのに対し、同判決は、「右のような行為は、同女が僅かでも抵抗すれば両車の接触、同女の転倒等を招き同女の生命身体に重大な危害を生ずる可能性のある極めて危険な行為であつて、……当時の四囲の状況の下では、一般的客観的にみて同女の抵抗を抑圧するに足る暴行に当たるものというべきである」として、強盗致傷罪の成立を肯定する。

名古屋高判昭和42年4月20日高刑集20巻2号189頁(判例2)は、被害者が肘に掛けているハンドバッグを奪おうと、背後から突然ハンドバッグに手を掛け、引き取ろうとしたところ、被害者がハンドバッグを離さなかったため、被告人は無理矢理これを奪い取ろうとして、強く引っ張り、被害者を転倒させ、更に、ハンドバッグもろとも数メートルに亘り路上を引きずり回したというものである。同判決は、「被告人の右暴行は、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に当たるものというべきである」として、強盗罪の成立を肯定する。

最決昭和45年12月22日刑集24巻13号1882頁(判例⁽⁹³⁾3)は、最高裁としては

じめて、ひたたくり行為に強盗罪の成立を認めたものである。自動車を運転して通行中の被害者に近づき、自動車の窓からハンドバッグのさげ紐を掴んで引っ張ったが、被害者がこれを奪われまいとして離さなかったために、被告人は、さげ紐をつかんだまま自動車を進行させ、被害者を引きずり転倒させたり、あるいは、自動車車体に接触させたり、道路脇の電柱に衝突させたりして傷害を負わせたという数次にわたるひたたくり行為につき、強盗罪（強盗致傷罪）の成立が争われた。最高裁は、括弧書きで「各行為がいずれも強盗致傷に当たる旨の原判断は正当である。」と判示している。この原判決（東京高判昭和45年 6 月22日刑集24巻13号1895頁参照＝裁判例 4）は、これらの行為につき「自動車のボディの重量体と自動車のスピードを犯行に利用し、特に夜間人通りが少い場所で女性から無理にハンドバッグを奪いとうとする行為をなしたのであつて、被害者の女性がハンドバッグを手離さなければ、自動車に引きずられたり、転倒したりなどして、その生命、身体に重大な危険をもたらすおそれのある暴行であるから相手方女性の抵抗を抑圧するに足るものであつたというべきである」として、強盗致傷罪の成立を肯定している。

東京高判昭和51年 5 月27日東高刑時報27巻 5 号67頁（判例 5）も、強盗罪の成立を肯定する。事案は、判例 3（＝裁判例 4）とほぼ同様であり、被告人が共犯者と共に自動車に乗り込み、運転役の共犯者が被害者の後方から自動車を接近させ、助手席に乗っている被告人が窓から身を乗り出し、突然、被害者のハンドバッグとその提げ紐を掴んで引っ張ったところ、被害者がハンドバッグをしっかりと持っていたため、即座に奪い取ることができず、共犯者が自動車を加速し進行させ続けたことから、被害者を数メートルにわたり引きずり、ついには転倒させて、ようやくハンドバッグの奪取を遂げたものである。同判決は、これらの行為は、「自動車と同女〔被害者〕との接触あるいは同女の転倒等を招き同女の生命身体に対し重大な危害を及ぼす可能性のある極めて危険な行為というべく、これが同女の抵抗を抑圧するに足る暴

行に当ることは勿論である」として強盗罪の成立を肯定する。東京高判昭和52年5月26日東高刑時報28巻5号52頁(判例6)は、次のような事案である。被害者が腕を通して提げていたハンドバッグを被告人が掴んで引っ張ったところ、被害者が悲鳴を上げつつもハンドバッグの持ち手部分を握りしめて離さなかったので、被害者は被告人に引っぱられるように30メートル余り走り続ける格好になった。その後、被告人がさらに力を入れて強く引っ張ったところ、被害者がその勢いで転倒し受傷し、その際に奪取を遂げた。同判決は、被告人の行為により現に反抗を抑圧する効果を生じたこと、被害者が年齢若い女性であったこと、犯行時間が深夜であり悲鳴を上げても救助が望める状況ではなかったこと、被害者がハイヒールを履いており、転倒すれば受傷しやすい状態であったことなどから、強盗致傷罪の成立を認めている。

さらに、福岡高判平成14年9月11日高刑速(平14)号170頁(判例7)は、次のような事案である。被告人が自転車に乗り、同様に自転車を運転中の被害者を追い越しざまに、自転車の前かごに入っていた手提げカバンを奪おうとしたが、被害者は、手提げカバンの持ち手を自転車のハンドルに掛けていたため、被告人が手提げカバンを掴んだ弾みで被害者は転倒した。その後、被告人は、立ち上がった被害者に手拳で2回殴打を加えるなどの暴行を加えたというものである。原判決が、強盗罪の成立を否定したことに対し、同判決は、犯行時間が夜間であり、犯行場所に人通りがなかったこと、被害者が女性であり、男性である被告人とは体格差も大きかったこと、暴行の態様は自転車ごと被害者を転倒させるものであったことや、顔面に殴打が加えられていること、その結果として被害者は痛みや更なる暴行が加えられることの恐れから、強い恐怖心を抱いていたことなどから、被害者がバッグを取られまいとはじめこそは抵抗していることがうかがえるものの、「一連の暴行は、被害者の反抗を抑圧するに足りるものと認められる」として、強盗致傷罪を肯定する。東京高判平成19年5月21日高刑速(平19)号249頁(判例8)は、被告人が被害者の背後から接近し、被害者の手提げカバンをいきな

り掴んで引っ張ったところ、被害者がこれに対して、とっさにカバンを両手で抱え込んで引っ張り返したので、被告人はさらに力を入れて**２、３**度カバンを自分の方に引き寄せるようにして引っ張ったという事案である。なお、被告人がカバンから手を離れたところ、反動で被害者が転倒し、受傷した（その後、所携のナイフを示し脅迫行為に及んでいる）。同判決は、「被告人の行為は、もはや窃盗の実行行為としてのひたくり行為の範囲にとどまるものではなく、その範囲を超えたものであるといわなければならない。……その暴行が、繁華街であるとはいえ、深夜に、人通りの少ない場所で行われていること、V〔被害者〕は、被告人に比べて体格的に劣る女性であること等」から、執拗にカバンを引っ張る暴行について強盗罪の成立を肯定する。

（２）強盗罪の成立を否定した判断

これに対し、暴行や脅迫がなされたにもかかわらず、ひたくり行為に強盗罪の成立を否定するものもある。

岡山地昭和45年**９月１日**判時627号104頁（裁判例**９**）は、次のような事案である。通行中の被害者からハンドバッグを奪うために、いきなり被害者の口、鼻を押さえつけ、道路脇に転倒させた。被告人はなおも被害者の口、鼻を押さえつけたまま、辺りを探すうちに、ハンドバッグが落ちているのを見つけたので、これを持ち去った。この事案につき、同判決は「暴行は、せいぜい**２、30**秒間位のごく短時間なされたに過ぎないこと、主として救いの声をあげさせまいとして口、鼻を押える方法でなされており、被害者の身体的自由を制圧するような態様でなされていないこと、被害者は手足をはげしく動かして抵抗し、被告人の股間を殴打してひるませるなどの行動に出ていること、犯行現場の道路両側には人家はなかったけれども、約40米はなれたところには人家が建ち並んでおり、救助の叫び声が容易にとどき得る距離にあったうえ、現に被害者の叫び声を聞きつけて救いの手をのべた人のいたことなど」から、「本件暴行は被害者の反抗を抑圧する程度に達しているものとは認めがたい」として、強盗罪の成立を否定する。大阪地判昭和47年**３月22日**

判タ283号329頁(裁判例10)は、ハンドバッグを奪おうと考え、被害者の背後から近寄り、いきなり肩に手を掛けたところ、被害者が逃げる気配を見せたので、咄嗟に被害者の首に腕を巻き付けるように抱え込むなどの暴行を加え、転倒させ、被害者に傷害を負わせたという事案である。同判決は、「被害者はハンドバッグを奪われまいとして終始抵抗していた」こと、「頸部に右手を巻くようにしてかけられていた時間は極く短時間であり、……失神ないしは気力を失わせるほど強度な肉体的影響を与えたものでないこと」などから、「暴行の程度は未だ被害者の反抗を抑圧するに足りるものであつたということとはできない」と判示する。

札幌地判平成4年10月30日判タ817号215頁⁽⁹⁴⁾①事件(裁判例11)は、被害者の背後からいきなり首の前あたりに腕を回して引きつけ、ショルダーバッグの紐部分を掴んで引っ張ったところ、被害者がバッグを胸に抱え込み両膝について座り込むような格好になって悲鳴を上げたので、被告人は、周囲の人に犯行が気付かれるのを恐れて、そのまま被害者を数メートル引きずり、更に、立ち上がった被害者の腕を掴んで人気のない場所まで連れて行ったというものである。同判決は、「かなり暴行の程度は強いものであった」としつつも、暴行が短時間で終了していることや、犯行時間は深夜ながら当時も人通りがあったこと、被害者が悲鳴を上げたり、もがいたりして、終始抵抗を続けていたことなどから、「被害者の反抗を抑圧する程度のものであったとするには、なお合理的な疑問が残る」とする。大阪高判平成9年8月28日判時1626号153頁(判例12)は、被告人が、路上で被害者を突然1回殴打し、被害者の手提げカバンを奪おうと、カバンに手を伸ばしたところ、かえって被害者に首を締め付けられるなどして、押さえつけられ、奪取を遂げなかったという事案である。同判決は、被害者の年齢・体格が被告人とほぼ同等であったこと、被告人が1回殴打したのちには積極的な暴行を加えていないこと、殴打の後に直ちに被害者に組み伏せられたことなどを総合考慮し、強盗罪の成立を否定する。

（３）分析と検討

強盗罪の成立を認める判断では、人身に対する重大な危険を生じさせていることから、強盗罪の成立が導かれているものが多い。人身に対する危険は、行為者が乗り物を利用している場合に、肯定されやすい。判例１は、原動機付き自転車を利用した犯行につき、車両の接触、被害者の転倒の可能性などを指摘し、「生命身体に重大な危害を生ずる可能性のある極めて危険な行為」としている。判例３も自動車を利用された犯行であり、その原審（裁判例４）では、「生命、身体に重大な危険をもたらすおそれのある暴行」であることから、強盗罪の成立が肯定され、同様に、判例５では、自動車が犯行に用いられており、「生命身体に対し重大な危害を及ぼす可能性のある極めて危険な行為」であることから、強盗罪の成立が導かれる。行為者と被害者が共に自転車に乗っている判例７もこのような傾向の延長線上に位置づけることができる。

このような人身に対する危険は、乗り物の利用がない場合にも認められよう。判例６も種々の考慮要素を挙げつつも、被害者がハイヒールを履いていることから、転倒により、ひったくり行為から傷害が生じやすい状態であったことを積極の考慮要素として挙げている。判例２、判例８も、同趣旨の判示こそはないものの、事案は被害者に傷害が生じたものであり、行為の態様にも重大な人身に対する危険性が肯定できよう。この限りで、実務は、ひったくり態様の犯行がなされた場合、強盗罪の成否を人身危険の発生により画しているものと理解することもできよう。このような判例の動向は、人身危険犯的構成に親和的である。

しかし、このような人身危険を判示する判例の動向は、自由侵害犯的構成と矛盾するものではない。自由侵害犯的構成からは、次のように説明されることになる。人は自らが所持する財物よりも、通常は、自らの身体の安全をより重要なものであると考える。それゆえに、通常は、自らの身体を重大な危険に曝してまでも、財物を守ることはしない。行為者は、被害者の身体に

危険を及ぼすことで、被害者に財物の占有移転を妨げる行為を取らせることを断念させる。⁽⁹⁵⁾ここに自由侵害の不法を見出すことができる。もっとも、ここで認められるのは、人身に重大な危険をもたらす行為であれば、一般人をして財物奪取に抵抗することをあきらめしむるであろうということであって、現実の被害者が抵抗することをあきらめたことまでは導かれない。重大な人身危険が生じたことから、反抗を抑圧するに足る程度の暴行であること(自由侵害の現実的危険)を推論することは許されても、現実には反抗が抑圧されたこと(自由侵害の事実)までを推論することは適切ではない。判例7が、被害者の恐怖心が非常に強かったことを判示するが、これは反抗抑圧状態が現に生じたことを示したものと理解できる。⁽⁹⁶⁾自由侵害犯的構成からは、「意思に反した」占有の移転だけでは、窃盗罪としての処罰が基礎づけられるにとどまる。「行動の選択肢を奪って」占有移転を甘受させられてはじめて強盗罪が成立する。後者に該当するためには、人身危険が生じただけでは不十分であり、この人身危険が被害者の心理に反映して、抵抗を思いとどまったという事実が必要となる。⁽⁹⁷⁾それゆえ、判例7が被害者の強い恐怖心を判示し、強盗罪の成立を肯定したことは、適当である。

このような自由侵害犯的構成からの判断は、強盗罪を否定する判例・裁判例に見て取ることができる。すなわち、裁判例9、裁判例10、判例11では、被害者が被告人に対して終始抵抗していたことが、消極事情の一つとされており、また、判例12では被告人が被害者に取り押さえられている。共に用いられた暴行は、程度の軽いものとはいえ、人身に対する危険を肯定することも可能であったであろう。被害者側が抵抗行動を行ないえたという事情から、強盗罪の成立が否定されているとすれば、自由侵害犯的構成の立場からは、適切な解決であると位置づけられる。

ひたたくり事案で、判例は、人身危険により強盗罪の成立を基礎づけ、一方、被害者の抵抗行動を消極の事情と位置づける。この判例の態度は、自由侵害犯的構成から十分に了解可能である。

②恐喝罪との区別

ひったくり行為は、主として、窃盗罪と強盗罪の区別であったが、より難しい判断が迫られるのは、恐喝罪と強盗罪を区別する場面である。

（１）事実認定上の考慮要素

この強盗罪と恐喝罪の区別について、実務では、様々な要素が考慮されている。暴行・脅迫の態様として凶器が使用されたかどうか、その凶器の殺傷能力はいかほどか、あるいは、行為者の性別、年齢、体格・体力、容貌・服装、人数や、被害者の性別、年齢、体格・体力、容貌・服装、人数、そして、行為者との関係性、また、犯行が行なわれた時刻、場所、周囲の状況、被害者がいかなる対応をとっていたかなどである。⁽⁹⁸⁾特に重視すべきは、銃器や刃物といった殺傷能力の高い凶器の使用の有無であることが指摘される。⁽⁹⁹⁾このような凶器の使用があれば、通常は、強盗罪の成立が認められ、他方、このような凶器の使用がなければ、その他の事情を考慮することにより、強盗罪と恐喝罪の成否が分かれる。⁽¹⁰⁰⁾

このような事実認定のあり方は、人身危険犯的構成からも、自由侵害犯的構成からも了解可能である。すなわち、人身危険犯的構成からは、凶器の使用により処罰根拠の充足が容易に肯定され、自由侵害犯的構成からは、人は生命・身体危険を冒してまで財物の占有を守ろうとはしないという経験則を通じて、自由侵害を肯定できる。

凶器が用いられた場合、人身危険犯的構成と自由侵害犯的構成では、強盗罪を肯定する限りにおいて、有意な相違は存在しない。むしろ、問題となるのは、凶器が用いられたにもかかわらず、強盗罪が否定される場合である。実務においては、少数ながらもこのような事例を見て取ることができ、そこにこそ、自由侵害犯的構成の事案解決における合理性が示される。

（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

凶器が用いられたにもかかわらず、強盗罪の成立が否定された事案は、公

刊物による限り、さほど多くない。名古屋高金沢支判昭和28年5月14日高判判特33号122頁(判例13)は、竹の棒が脅迫の手段として用いられた。事案は、被告人が竹の棒を携え、病臥している被害者のもとを訪れ、この竹の棒で殴打するような態度を示しながら、洋服を貸せ、と迫ったものである。同判決は、「被告人は……物品を強いて貸借名下に自己に交付させる犯意があり、その犯意を実現したと見るべき証明は十分であるが、その上更に被告人に強盗の犯意即ちA〔被害者〕の反抗を抑圧し意思の自由を剥奪するに足る高度の脅迫行為をもつて目的物を強取する犯意を断定すべき証憑は十分でない」として、恐喝罪の成立にとどめる。東京高判昭和37年10月31日東高判時報13巻10号267頁(判例14)では、ジャックナイフが用いられている。事案は、被告人2名がジャックナイフを示しながら「金を出せ」ないしは「時計を見せろ」など脅迫し、被害者らから財布や時計などを奪った2件の事件である。同判決は、被害者らが「たかりにあつた感じであつたとか、或いは何もしないで、黙っている方が無難だと思つた」と供述していることなどから、脅迫行為が「相手方の自由意思を制圧しその抵抗を抑圧するに足るものであるとは全証拠を以てするもいささかこれを認めるに十分とはいえない」として、恐喝罪の成立にとどめている。大阪地判昭和43年12月23日判タ235号284頁(裁判例15)は、次のような事案である。被告人は元恋人の被害者との間で恋愛関係の行き違いからケンカになったが、その際に、被害者から現金を奪うおうと、馬乗りになったり、腰ひもを首に掛け絞めたりする暴行・脅迫を加えたというものである。同判決は、被害者が被告人に対して取った態度には相当の余裕が見られること、被告人が被害者に哀願していることなどを摘示した上で、被害者と被告人の「両者間にはそれ相応の一種の信頼関係が存し、そのために被告人の暴行脅迫がかなりの程度のものであるのに、A〔被害者〕に対しさほど大きな影響を与えるに至らなかつたことがうかがえること、等の諸事実を綜合すれば、結局、判示のように被告人のAに対する暴行脅迫は相当強度のものではあつたけれども、被告人とAとの関係

等からみて、なおいまだAの反抗を抑圧するに足る程度のものであつたと認めるに足る十分な証拠はない」として、恐喝罪の成立にとどめる。

暴行・脅迫に凶器が用いられているにもかかわらず、強盗罪を否定する判断をいかに理解できるか。判例13は、凶器といっても殺傷能力が低いものであり、人身危険に乏しいとも理解できる。しかしながら、判例14では刃物が用いられ、⁽¹⁰¹⁾裁判例15では用いられた道具こそ腰ひもではあるが、同判決も是認するように「暴行脅迫は相当強度のもの」である。とすれば、これらの事案では、人身危険の発生を認めることも可能であつたであろう。ここで強盗罪の成立に消極に作用する事情は、被害者側の心理的な余裕である。⁽¹⁰²⁾判例14では被害者らがさほどの恐怖心を抱いていないことがうかがわれるし、判例15でも同様である。⁽¹⁰³⁾

ii 親密圏における暴行・脅迫

被害者に心理的な余裕があることから強盗罪の成立を否定する。この実務の傾向は、家族間や恋人間など、親密圏で暴行・脅迫が行なわれた場合により顕著である。

判例15では、被告人と被害者はすでに破綻しつつあるが、親密な交際関係にあった。東京高判昭和59年10月25日判時1153号236頁（判例16）では、被告人と被害者は、別居中とはいえ夫婦である。事案は、別居中の妻のもとを訪れ、両手を縛り、猿ぐつわをかませるなどの暴行を加えて、財物を奪ったというものであるが、同判決は、被害者が激しく抵抗していること、財物を奪うための積極的な物色をしなかったこと、被害者が被告人の金銭の要求を一度ははねつけていることなどを判示し、「A子〔被害者〕に対する緊縛などの暴行を強取の手段としておらず、また緊縛されていたとはいえ、A子もまた被告人の……金の要求に対しては、十分に精神的な余裕を保って主体的に対応しているのであるから、A子と被告人との特別の関係、部屋の状況、金員要求の具体的内容、その応答の経緯からみて、右暴行はいまだもっていわゆる反抗を抑圧する状態には至っていなかった」として、強盗罪の成立を

否定する。さらに、横浜地判平成24年11月30日裁判所ウェブサイト(裁判例17)は、当時70歳の実母Aに対して、被告人が「殺してやる」など申し向けたり、包丁を持ち出すなどして、現金を工面して差し出すように要求した事案につき、強盗罪の成立を否定している。同判決は、従来から被告人はAに暴力を振るっていたこと、包丁を示したのは一瞬であったこと、A自ら現金の工面に奔走したことなどを判示し、「被告人のAに対する暴行や脅迫は、Aが高齢であること、被告人と1対1になっていた場面があったことなどを考えても、反抗を抑圧するに足りる程度のものであったなどとは、到底考えられず、恐喝の手段としてのものにとどまるとみるのが相当である」とするのである。

親密圏で暴行・脅迫がなされる場合、その程度が強く(判例15、判例16)、さらには、殺傷能力ある凶器が用いられている(判例17)であっても、強盗罪が否定される場合がある。これらの事案では、人身危険の発生を肯定できるようにも思われ、人身危険犯的構成からは、強盗罪の成立を認める余地がある。⁽¹⁰⁴⁾にもかかわらず、強盗罪が否定されている。

自由侵害犯的構成からは、「大きな影響を与えるに至らなかった」(判例15)、「十分に精神的な余裕を保って主体的に対応している」(判例16)といった、被害者の事情が注目値する。このような事情は、被害者の自由が侵害されていなかったことを示す事情と理解できる。つまり、被害者が、心理的に追い詰められておらず、それゆえに、行為者に対して抵抗行動を行なえた状況にあったことが示されている。

親密圏で暴行・脅迫が行なわれた場合、具体的事情によっては、その相手方は、行なわれた暴行・脅迫を過少に評価する。⁽¹⁰⁵⁾暴行・脅迫の相手方は、自らと行為者の従前の関係から、行為者が重大な危害を加えることはないと判断する。そこから心理的な余裕が生じ、たとえば、行為者に対して抵抗したり、他者に救助を求めるなどの行動を取る余地が残る。奪取を甘受するというほかになしうる行動の選択肢が存在するとすれば、自由侵害犯的構成から

は、強盗罪の処罰を正当化する自由侵害は見とれない。

自由侵害犯的構成は、このように親密圏での暴行・脅迫の特殊性を強盗罪の否定を導く要素として考慮する。これは、実務の動向と軌を一にする。

（３）他の行動の選択肢の存在

暴行・脅迫の相手方になしうる行動の選択肢が存在したことが強盗罪の否定を導く要素として考慮される。このような実務の動向は、親密圏における暴行・脅迫の場合のみに限られない。判例・裁判例を顧みると、強盗罪の成立を否定したものの中には、暴行・脅迫の相手方が、行為者に対して抵抗したり、あるいは、その場から逃走したり、他の行動もとりえた状況にあることから、強盗罪が否定されたとみうるものが散見される。

たとえば、岐阜地判昭和38年 3 月12日下刑集 5 卷 3 号219頁（裁判例18）である。事案は、駅のプラットフォーム上で、被告人及び共犯者数名が、女性の被害者を取囲み、「金を出せ」と申し向けるほか、氣勢に恐れて横ずさりする同女の腕を掴み、その場にあった立木に押しつけるなどの暴行・脅迫を加えた事案である。同判決は、被害者の「精神的、肉体的苦痛な状態をも考慮すれば、……主観的には抗拒不能の状態にあつたかもしれない」としつつも、「同女がその場を逃れ、或いは他に救を求めることは極めて容易なことであり、同女の右精^{ママ}何^{ママ}的、肉体的苦痛な状態を考慮に入れても本件暴行の程度を以て強盗罪にいう暴行脅迫に該当するとすることは当を得ない」と、恐喝罪の成立にとどめるのである。被害者がその場を逃れたり、他者に救助を求めたりしたことが、強盗罪の否定の理由となっている。広島地判昭和44年 3 月19日判タ233号153頁（裁判例19）も、同様である。被告人は、タクシーの運転手の態度に腹を立て、共犯者 1 名と共に、運転手に暴行・脅迫を加えたところ、この際に金員を奪うことを思いつき、「10万円つくつてくるか」と暗に現金を要求するなどの脅迫を行なったという事案である。これに対し、同判決は、「被告人らは、別段兇器を使用しているわけでもなく、また被害者をその場にとり押えて動けないようにしたわけでもないのであるか

ら、被害者がその場から逃げ出そうと思えば、決して不可能ではなかったと考えられる。」「要するに、被告人らの加えた暴行、脅迫の程度は、相手方の……反抗を抑圧するに足りるものであつたとは認めがたい。」として、恐喝罪の成立にとどめる。凶器の不使用、身体的拘束の不存在とならんで、被害者がその現場から逃げ出すこともできたということが、強盗罪を否定する事情として考慮されている。被害者が、現場から逃げ出す(裁判例18、裁判例19)、他者に救助を求める(裁判例18)ことができたという場合、被害者にはまだ行動の選択肢が留保されている。財物の奪取を甘受することは、被害者の唯一とりうる行動の選択肢ではなく、被害者の判断の結果なのである。

行動の選択肢が留保されていることが、強盗罪の否定を導く要素である。このような実務の態度が、より明らかな形で示されるのは、大阪地判昭和44年11月21日判時594号101頁(裁判例20)である。事案は次のようなものである。夜間に被害者がA(男性)と雑談していたところ、被告人2名が被害者を強姦しようと考え、まずそのための障害を排除するため、Aに暴行を加えた。これを見た被害者が危険を感じて逃げ出したところ、被告人はこれを追跡し、追いつき、被害者に暴行を加え、強姦に及ぼうとしたところ、被害者が「お金があるから許して頂戴」と申し出たので、これを受け取ったというものである。同判決は、現場が堤防上で見通しがよく、また近隣に多数の民家があり、また、付近の交通量も多く、助けを求めれば救援に駆けつける者があることが期待されたこと、にもかかわらず、被害者が助けを呼ばなかったのは、夜間に男性と一緒に居たこと自体を他人に知られることを恥ずべきこととする道徳観念が理由であることなどを判示し、「金員交付の時被害者はまだ抵抗を続ける余力を残しており、救助を求めようと思えば求め得た状況であり、あえて救助を求めなかったのは被害者の近時稀な道徳観念に基づく極端な羞恥心によるものであり、かつ被害者としては未だ独力で逃れ得ると思っていたような状況であったことが認められる」として、恐喝罪の成立にとどめる。被害者は、金員を交付し難を逃れるか、あるいは、助けを呼ぶか

という行動の選択肢を有しており、自らの道徳観念に従って前者を選択した。ここには、行動の選択肢が残されており、被害者の（任意ではないながらも）判断が存する。それゆえに、強盗罪の成立を正当化するほどの自由侵害は生じていないと理解できるのである。

広島高判昭和45年7月6日判タ255号276頁（判例21）は、被告人が甘言を弄して、被害者を自動車内に誘い込み、自動車を進行させながら、胸の入れ墨をちらつかせながら、「崖から突き落としてやろうか」など申し向け、脅迫を行なった事案である。同判決は、この事案につき、恐喝罪の成立にとどめる。同判決は「〔現金の入った〕風呂敷包を固く手に持つて放さず、被告人が『その包をかせ』と要求しても『これは書類だけです』などと言つてこれを被告人に渡そうとしなかつたことが認められ、また、……右風呂敷包を奪取した態様も、助手席にいた同女〔被害者〕が最初は風呂敷包を被告人に渡すまいと拒んでいたが、被告人から重ねて『見せてみい』と要求された末、『ほじや見なさい』と言つて仕方なく風呂敷包を手放したのを被告人が取り上げたというのである」として、「脅迫行為をもつて被害者の反抗を抑圧するに足りる程度に達していたものと認めるに足りない」とするのである。被害者は、一定の恐怖心を感じながらも、財物を守るべく終始抵抗している。最終的には、財物を被告人に交付したものの、なおも抵抗を続けるという行動の選択肢を留保しながらも、行為者の要求に応じたとの評価も可能である。

さらに、札幌地判平成4年12月18日判タ817号215頁②事件（裁判例22）は、金品を奪おうと考えて、宅配便の配達を装って被害者宅に赴き、被害者が伝票の宛名を確認するために背を向けた隙に、背後から被害者の口を手で押さえ、室内に押し込むような暴行を加え、その際に被害者もろとも転倒し傷害を負わせたというものである。その後、被告人は、家人の気配を感じて、金品を奪わずに逃走している。この事案について、検察官は、強盗致傷罪の成立を主張したが、同判決は、暴行が短時間で終了したこと、被害者は

大声を上げて助けを求めることができたこと、凶器が用いられておらず、暴行の態様も攻撃的なものではなかったこと、昼間の犯行であり、家人も在宅していたことを判示し、「客観的にみて反抗を抑圧するに足りない程度であったと認めるのが相当である」として、恐喝罪の成立にとどめる。同判決においても、他の事情と並んで、裁判例18、裁判例20と同様に救助を求めることができたことが、消極の事情として摘示されるのである。

近時、強盗罪の成立を否定したものとしては、静岡地判平成27年12月17日 LEX/DB 25543498(裁判例23)がある。事案は、被告人がコンビニ店舗内で、客から財布をひたくろうとしたところ、思いがけず抵抗を受け、財布を引っ張り合うような状態になったので、その客に対して、ほおを殴打するなどの暴行を加えたというものである(ただし、奪取は未遂)。なお、被告人は大柄で格闘技の経験もあるのに対し、被害者は、20歳男性ではあるが、小柄であった。このような事実関係の下、同判決は、「暴行がエスカレートした段階においても、店員が終始『やめなさい』などと被告人に強く呼びかけていたことや、店員2名が被告人の腕等をつかんで制止しようとしていたこと等からすれば、いまだ被害者にとって抵抗を諦めざるを得ない状況であったとはいえず、被害者の反抗を抑圧するに足りる程度というのは疑問が残る」として強盗罪の成立を否定した。被害者は、まだ抵抗を継続する余裕があり、また、その際に店員に対して救助を求めることもできた。被害者から行動の選択肢は奪われていない。

このように強盗罪の成立を否定する判断では、救助を求める可能性やその場から逃れる可能性など、被害者がなしうる行動があったことを判示するものが散見される。⁽¹⁰⁶⁾ 暴行・脅迫にさらされた被害者が、行為者に財物を奪われるままにしておくほかに、財物の占有を守るためにとりうる行動があったことから、強盗罪の成立を否定する判断方法は、自由侵害犯的構成と親しいものである。自由侵害犯的構成は、強盗罪の不法内容に「他の行動の選択肢を奪うこと」を読み込む。それゆえ、「他の行動の選択肢」が存在する場合に

は、強盗罪を成立に必要な自由侵害が肯定できず、強盗罪の不法内容の充足が認められない。⁽¹⁰⁷⁾ 恐喝罪の成立にとどまるべきと理解される。

（４）処罰範囲の過度の拡張？

実務において、他の行動の選択肢を奪うという自由侵害の観点は、強盗罪の成立範囲を制約するものとして位置づけられる。他面で、このような自由侵害が強盗罪の成立を基礎づけるとすると、従来よりも強盗罪の成立範囲が拡張する場合が指摘される。離隔手段が用いられた脅迫の事例である。たとえば、東京地判昭和30年12月27日判時70号30頁（裁判例24）は、Aの息子Asを略取誘拐の上、Aに郵便および電話で金員を要求し、要求に従わない場合は、Asに危害を加えると脅迫したものである（金員を受領する前に警察官に逮捕された）。⁽¹⁰⁸⁾ 同判決は恐喝未遂罪の成立を肯定し、強盗罪の成否は検討されていない。⁽¹⁰⁹⁾ このような人質を利用した脅迫行為について、恐喝罪の成立にとどめるものとして、さらに、盛岡地判昭和38年11月11日家月16巻6号208頁（判例25）がある。事案は、裁判例24とほぼ同様であり、被告人がAの息子Asを略取誘拐の上、複数回にわたり、Aに電話で金員を要求し、要求に従わない場合は、Asに危害を加えると脅迫したという事案である。同判決も恐喝罪の成立を肯定し、強盗罪の成否は検討しない。⁽¹¹⁰⁾ 近親者に危害を加える旨の脅迫は、それに対して逆らうことは難しく、それゆえに、反抗を抑圧するに足る脅迫とも理解でき、自由侵害を肯定できるかもしれない。⁽¹¹¹⁾ それゆえに、自由侵害犯的構成からは、このような事案にまで強盗罪の成立が拡張されてしまうおそれがあるかもしれない。

しかし、これらの事案も、本稿が示した「他の行動の選択肢を奪う」という基準からは、やはり強盗罪が成立しないものと理解できる。近親者を人質とし、この者に対して危害を加えると、財物の占有者を脅迫した場合、脅迫された者には、脅迫者の意に従い財物を引き渡す（身代金の支払）ことだけしか選択肢が残されていないとまではいえないだろう。この場合、被脅迫者には、公権力に救助を求めるという行動の選択肢が存在する。裁判例24で

も、被害者（被脅迫者）が警察に通報し、その救助を求めたような事跡がうかがわれ、また、判例25でも、被告人は数度の喝取には成功したものの、最終的には被害者（被脅迫者）の通報を受けた警察官に逮捕されている。本稿の見解からは、離隔的手段による脅迫の場合、このように通常であれば、公権力の救助を求めるという行動の選択肢が存在するために、強盗罪は成立しないものと理解できよう。⁽¹¹²⁾
⁽¹¹³⁾

③実務の動向と自由侵害犯の構成

強盗罪を自由に対する侵害犯であると理解し、強盗罪の成立に必要な自由侵害を「（財物の奪取を甘受する以外の）他の行動の選択肢を剥奪すること」とするべきというのが、本稿の主張である。

判例・裁判例では、強盗罪を否定する判断において、被害者が現場から逃走行為に及ぶことや、自ら抵抗すること、あるいは、救助を求めることができたであろうことが強盗罪の否定を導く重要な要素として判示されている。これらに共通するのは、財物の奪取を甘受するという以外に、なしうる行動が存在したということであり、他の行動の選択肢の存在である。本稿が主張する自由侵害犯としての強盗罪理解からは、このような他の行動の選択肢が存在する場合、強盗罪の不法内容が充足されず、強盗罪の成立が否定される。

このように、自由侵害犯の構成が示す具体的事案の結論は、強盗罪の成否が争われた概ねの判例・裁判例が示す結論と一致する。

むすびに

強盗罪は他の財産犯に比べて非常に重い刑罰を科される。本稿は、この重い処罰の正当化根拠を暴行・脅迫による自由侵害に求めるものである。強盗罪を自由に対する罪という観点から理解する。そして、自由に対する罪としての強盗罪という理解から、強盗罪の成否を分かつ解釈論上の問題として、暴行・脅迫の強盗構成要件該当性の判断基準を明らかにした。「他の行動の

選択肢の剥奪」こそが、強盗罪がその不法内容とする自由侵害の内実である。被害者から「他の行動の選択肢を剥奪する」程度の暴行・脅迫がなされた場合には、強盗罪が成立し、他方で、被害者に「他の行動の選択肢を留保させる」程度の暴行・脅迫では、強盗罪が成立しない。

暴行・脅迫が「他の行動の選択肢」を奪ったかという基準、暴行・脅迫の相手方が財物の占有喪失を受け入れるほかなかったのか、はたまた抵抗する余地が残されていたのかということにより強盗罪と恐喝罪を分かつという考え方は、暗黙裏に実務において取り入れられているように思われた。すなわち、暴行・脅迫が苛酷であっても、その相手方に心理的な余裕があったり、その場から逃れたり他者の救助を求めたりすることが可能であったり、あるいは、相手方が終始抵抗していたりする場合に、実務は、強盗罪の成立を否定する。暴行・脅迫により、「他の行動の選択肢が奪われた」状況（情況）という自由侵害の有無により、強盗罪の成否が分かたれている。

もっとも、本稿が示した基準が、十分に明晰ではなく抽象的であるから、このような理解が可能となるのかもしれない。しかし、仮にそうだととしても、尚も本稿の主張に意義があることを主張したい。すなわち、強盗罪と恐喝罪・窃盗罪を分かつ場面では、様々な諸事情が考慮され、その「総合判断」⁽¹¹⁴⁾が行なわれてきた。本稿の基準は、この様々な諸事情を、「その事情が、どのように被害者の他の行動の選択肢を剥奪するよう働くか」という観点から評価することを迫るものである。諸事情の評価の観点を定めることで、事実認定における論争点も明確になる。凶器は、凶器が用いられたこと自体が問題ではなく、凶器が用いられたゆえに被害者に恐怖心が生じることが重要なのであり、人身に危険を及ぼすからではない。とすれば、客観的に凶器に殺傷能力があるかは重要ではなく、被害者からその殺傷能力が察知されるような形状であったか、提示の方法がなされたかが重要となる。⁽¹¹⁵⁾

強盗罪の自由侵害犯的構成は、暴行・脅迫の判断基準にのみ意義があるものではない。すでに、別稿で明らかにしたように、反抗抑圧後の財物奪取の

意思の事例や暴行・脅迫の相手方の能力の問題を解決する理論的基礎を提供するものである。⁽¹¹⁶⁾⁽¹¹⁷⁾

- (85) 近時、反抗抑圧状態を占有移転の回避可能性の観点から論ずるものに、橋爪・前掲注(44) 66-68頁。
- (86) 長井ほか・前掲注(41) 89頁。
- (87) これには次の2つの事情が関係する。①判例は反抗抑圧状態が現に生じたか否かにかかわらず、強盗罪の成立に影響しないとする(この問題については、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) 2-5頁参照)から、強盗罪構成要件に該当する暴行・脅迫がなされ、(これと因果関係のある)財物奪取が行なわれれば、強盗既遂罪の成立が肯定できること、そして、②強盗罪と他罪との区別が問題となる多くの場合は、強盗致死傷罪の成否が問題となっており、強盗致死傷罪の成立には、強盗罪の着手が必要であるが、奪取の既遂・未遂は問われないことから、反抗抑圧状態の惹起の有無ではなく、暴行・脅迫が強盗罪構成要件に該当するかが、もっぱらの実践的価値を有するのである。
- (88) この点については、拙稿・前掲注(32) 108-109頁参照。また、安田拓人=島田聡一郎=和田俊憲『ひとりで学ぶ刑法』(2015年) 210-212頁〔和田俊憲〕も参照。内山良雄「法益主体(行為客体)側の事情による実行行為の相対化—手段としての暴行・脅迫行為を中心に—」『川端博先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(2014年) 181頁は、被害者が剛胆な性格である場合には、強盗未遂罪の成立を否定するが、この帰結が未遂犯論における立場(個別的・具体的な法益の危殆化の要求)から示される(内山・181-182頁)ことは、本文の理解を裏付ける。
- (89) もっとも、明示的に告知された加害の内容だけではなく、行為者の行為全体から察知される「加えられるであろう害」が問題となることに注意が必要である。「傷つけるつもりはない」と言いつつ、殺傷能力がある凶器を示しているのであれば、身体・生命に対する切迫した加害が告知されていると理解すべきである。
- (90) 人身危険犯の構成を示す論者からも(ほぼ)同様の基準が示される(嶋矢・前掲注(19) 351頁)。それゆえ、人身危険犯の構成と自由侵害犯の構成で、処罰範囲が大きく異なる場面はさほど多くはないと思われる。
- (91) 木村栄作「いわゆる『ひったくり』行為による強盗罪が成立する事例—『ひっ

- たくり』の法理—」研修203号（1965年）64頁、綿引紳郎「判解（最決昭和45年12月22日刑集24巻13号1882頁）」法曹会編『最高裁判所判例解説 刑事篇（昭和45年度）』（1971年）389-390頁。裁判例としては、東京高判昭和43年11月25日東高刑時報19巻11号234頁（被害者が手に持っていた現金の一部を「ひったくり取った」行為について、窃盗罪の成立を認める）。
- (92) 同判決の評釈として、熊谷弘「判批」判例タイムズ183号（1966年）89頁以下。
- (93) 同決定の解説として、綿引・前掲注（91）387頁以下。また、評釈として、木村栄作「判批」警察学論集24巻 5号（1971年）70頁以下、大谷実＝上田健二「判批」法学セミナー 198号（1972年）133-134頁、所一彦「判批」警察研究43巻 7号（1972年）126頁以下、中谷瑾子＝北原宗律「判批」法学研究46巻 9号（1973年）120頁以下、神出兼嘉「判批」研修430号（1984年）127-128頁、名和鉄郎「判批」平野龍一＝松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ 各論（第二版）』（1984年）74-75頁、亀井源太郎「判批」成瀬幸典ほか編『判例プラクティス 刑法Ⅱ 各論』（2012年）219頁、南由介「判批」井田良＝城下裕二編『刑法各論判例インデックス』（2016年）128-129頁。
- (94) 同判決の評釈として、山中敬一「判批」法学セミナー468号（1993年）57頁、前田雅英『最新重要判例250（刑法）98年版』（1998年）163頁、十河太郎「判批」大谷實編『判例講義 刑法Ⅱ 各論』（第2版、2011年）46頁、品田智史「判批」高橋則夫＝十河太郎編『新・刑法判例ハンドブック 各論』（2016年）76頁。なお、本件は恐喝（未遂）罪が認められた。
- (95) 団藤重光編『注釈刑法（6）各則（4）』（1966年）87頁〔藤木英雄〕参照。長井秀典＝田中伸一＝安永武央「強盗罪（中）」判例タイムズ1352号（2011年）100頁が「所持品を離さないと身体に重大な危害が加えられると感じられるような強さ」で、所持品が引っ張られたような場合に、強盗罪を認めるべきとするのも同趣旨であろう。
- (96) ただし、判例は反抗抑圧状態が現に生じたか否かは強盗罪の成立に影響しないとする（前掲注（87）参照）から、判例の立場を前提とすれば、この判示は必須ではない。
- (97) 町野朔『犯罪各論の現在』（1996年）157頁。
- (98) 西田・前掲注（62）19頁以下。
- (99) 西田・前掲注（62）28頁。
- (100) 西田・前掲注（62）28頁。
- (101) 用いられた凶器（ジャックナイフ）は、比較的小型の刃物であり、その意味で

人身危険に乏しいと理解できるかもしれない。しかし、裁判例では、小型の刃物が用いられた場合でも、強盗罪が肯定されている（大阪地判平成9年6月11日判時1658号190頁など参照）。

(102) 村上尚文「強盗と恐喝の限界（その三・完）」研修402号（1981年）51頁参照（被害者の実際の心理状態について慎重な捜査を遂げる必要性を指摘する）。なお、木村光江「強盗罪・強姦罪をめぐる諸問題—反抗抑圧について—」安廣文夫『裁判員裁判時代の刑事裁判』（2015年）492頁。

(103) このほか、被害者の心理的余裕を判示して、強盗罪の成立を否定したものに、高松地丸亀支判昭和33年8月9日第一審刑集1巻8号1224頁（銀行の出納係に「声を出せば命はない、ピストルが口を開く、30万円黙つて一分以内にせよ」などと記載されたメモを差し出したという脅迫について、「〔被害者らは〕いずれも心の平衡を著しくは失わず、ともかく表面平静を装い得て」いたことなどから、強盗（未遂）罪の成立を否定）、高知地判昭和33年11月6日第一審刑集1巻11号1796頁（被害者に金員を要求し、これが拒まれると、「橋の上から突き落とすぞ」と脅迫し、また、胸倉を掴むなどの暴行を加え、現金を奪った事案につき、「犯行時における被害者の畏怖の程度が意思決定の自由を奪われる程高度のものではなかった」などとして、強盗罪の成立を否定）などがある。

(104) 人身危険犯的構成からは、「全体として、……緊迫感が低く間延びした展開である」から「拡大損害の危険性を低いものになっている」と指摘される（嶋矢・前掲注（19）354頁）。しかし他面では、被告人と被害者が長時間にわたり近接した状態にあるのだから、加害行為を行なう機会や契機も多く認められよう。判例16では、大声で叫び、現場から逃げだそうとするほか、被告人の指を噛み負傷させるなど、被害者は激しく抵抗し、被告人がこれを制止しているし、裁判例17でも、被害者が逃げ出し、それを被告人が捕まえるなどの経緯も認められる。「間延びした展開」とはいえ、被告人と被害者の衝突が緊迫した場面も存したのであり、この点に人身危険の発生を見出すことができるように思われる。

(105) もっとも、これは個別の事案に左右される。たとえば、行為者が被害者に対して、日頃から激しい暴行を加えていたというような場合には、親密圏で行なわれたことが、反対に強盗罪の成立に積極に作用するだろう。

(106) 同様の分析として、松宮・前掲注（79）法学新報121号11＝12号355頁。

(107) より正確には、相手方に自由侵害が生じなかったことが、暴行・脅迫が自由侵害を生じさせる危険を有していなかった（実行行為性の否定）という疑いを基礎づ

ける。

(108) 同事件は身代金要求罪（刑法225条の２）の成立前のものである。

(109) 同判決は、東京高判昭和31年 9 月27日高刑集 9 卷 9 号1044頁により破棄される（破棄の理由は、本文の記述と無関係と思われる）。

(110) 同事件は身代金要求罪（刑法225条の２）の成立前のものである。

(111) 嶋矢・前掲注（19）339-340頁。

(112) それゆえ、人質に危害を加える旨の脅迫であっても、たとえば、被脅迫者の面前で行なわれ、公権力の救助が期待できないような場合には、恐喝罪ではなく、強盗罪の成立を肯定する余地もある。

(113) この点につき、松宮・前掲注（79）法学新報121号11=12号355頁の分析も参照。

(114) 油田弘佑「恐喝の成否」小林充＝香城敏磨編『刑事事実認定—裁判例の総合的研究—（下）』（1992年）261頁、西田・前掲注（62）28頁など。

(115) 札幌高判平成26年 7 月10日 LEX/DB 25504414が示唆に富む。原判決（旭川地判平成25年12月 5 日 LEX/DB 25504413）が、脅迫の手段として用いられたカッターナイフの刃が出ていなかったことを消極事情の一つに挙げて、強盗罪の成立を否定したことに対し、札幌高裁は、被害者がカッターナイフの刃が出ていないことを認識していなかったことから、「刃が出ていなかったことは、必ずしも、そのナイフを示すことで同女〔被害者〕に与える恐怖感や威圧感を減殺すべき事情に当たらない」ことを理由の一つとして、原判決を破棄し、強盗罪の成立を肯定する。人身危険犯的構成からは、刃が出ていたか否かは、人身への危険の有無を判断する上で、重要な事情と位置づけられうる（それゆえ、争点化される）が、自由侵害犯的構成からは、さほど重要な事実ではないと位置づけられる。

(116) 特に、拙稿「不作為の暴行による強盗罪の成否-BGH, Urteil vom 15. 10. 2003, 2 StR 283/03, BGHSt 48, 365-」早稲田法学87巻 1 号（2011年）181頁。

(117) 拙稿・前掲注（32）118-126頁。

