

窃盗後の二項強盗

林 美子

はじめに

- 一 事後強盗罪の性質
 - 二 返還請求権と二項強盗
 - 三 財物の奪取等と財物の返還請求権
 - 四 代金請求権と二項強盗
- 結 語

はじめに

窃盗犯人が財物を取得した後に、家人に発見されて財物を取り返されそうになったので、反抗を抑圧するような暴行を振るってこれを阻止した場合には、刑法二三八条の事後強盗罪が成立する。この事後強盗罪の保護法益はどのような様に捉えるべきであろうか。所有権が保護法益であるとしても、財物に対する犯罪なのであるか、それとも財

物の返還請求権に対する犯罪なのであるか。

この問題は、近時、共犯者の罪責をめぐって議論されるようになった。財物取得後に、これを奪い返されまいとする窃盗犯人と意思を通じて、暴行のみに関与する共犯者には如何なる犯罪が成立するのであろうか。まず、強盗を構成する窃盗部分を終了した後の関与行為であるとして承継的共犯の問題として構成することができ、この場合は承継的共犯についての考え方によって結論が異なることになる。

他方、窃盗を行った者を窃盗犯として一種の身分犯と考える立場もある。身分犯と考えた場合には、構成的身分として刑法六五条一項を適用して、⁽¹⁾事後の共犯者も事後強盗罪の共同正犯（以下には共同正犯について論じる）とするか、加減的身分として刑法六五条二項を適用して、⁽²⁾事後の共犯者は暴行罪の共同正犯とするかが分かれる。

ここで、事後強盗罪の財産犯としての性格は法益侵害性を基礎づけるものとして構成的に作用すると考え、しかも、その財産犯的性格は財物それ自体の取得といったすでに終了してしまったものではなく、財物に対する返還請求権と考えることができれば、⁽³⁾事後の共犯者を事後強盗罪の共同正犯とすることはより基礎づけられやすくなると思われるのである。

そして、返還請求権に対する犯罪であるならば、身分犯という概念を持ち出さなくとも、事後の共犯者も当然に事後強盗罪の共同正犯とすることができることになる。事後強盗罪の中の、財物の取り返しを防ぐための暴行・脅迫の類型を二項強盗の特殊類型と考えることになる。⁽⁴⁾

その前提は、奪われた財物に対する返還請求権の侵害が二項強盗を構成するということである。この点について、最高裁判所は覚せい剤を詐欺又は窃盗によって取得した後に被害者を殺害して覚せい剤の返還ないし代金支払いを免れようとした場合について、⁽⁵⁾窃盗罪又は詐欺罪と二項強盗殺人未遂罪の包括一罪として処断すべきであると見て、これを肯定したのであった。

本稿はこのような学説及び判例を糸口に、事後強盜罪の性質と財物の返還請求権に対する二項強盜の成否について若干の検討を試みるものである。

- (1) 大阪高判昭和六二年七月一七日判時一二五三号一四一頁。
- (2) 新潟地判昭和四二年二月五日判時五〇九号七七頁等。
- (3) 佐伯仁志「事後強盜罪の共犯」研修六三二号(二〇〇一年)三頁以下。
- (4) 島田聡一郎「事後強盜罪の共犯」現代刑事法四四号(二〇〇二年)一六頁以下。
- (5) 最決昭和六一年一月一八日刑集四〇卷七号五二三頁。

一 事後強盜罪の性質

事後強盜罪は窃盜が暴行・脅迫を行うが、その目的が、財物を得てこれを取り返されることを防ぐため、逮捕を免れるため、罪跡を隠滅するためのいずれかである場合に成立する。この犯罪の性格はどのようなものであろうか、保護法益は何であろうか。

佐伯教授は財物の取り返しを防ぐ目的の類型を、逮捕を免れる目的及び罪責を隠滅する目的の類型と區別して議論すべきであるとされた。前者は財物に対する返還請求権という財産上の利益に対する犯罪であり、すでに財物を得ているので、暴行・脅迫によって既遂になると考えれば二項強盜の既遂時期を拡張した類型となり、財物の取り返しを防止し得たかどうかで既遂時期を決すべきと考えれば二項強盜そのものである。これに対して、後者は、窃盜犯人が逃亡する際に暴行・脅迫を用いることが多いので、人身保護の観点から責任を加重した規定であるとされる。⁽⁶⁾前者は真正身分犯であり、事後の関与者も共同正犯となる。後者は不真正身分犯であり、また、逮捕を免れ

るため、罪跡を隠滅するために窃盗行為を利用することはあり得ないので、窃盗行為の承継はあり得ない。⁽⁷⁾

島田教授も、佐伯教授の見解に賛同され、⁽⁸⁾ 財物の返還請求権が保護に値する財産上の利益であることは理論的にも争い得ない正当性を有し、返還請求権を暴行によって侵害する以上、強盗として評価すべきであり、事後の関与者も事後強盗罪の共同正犯となるとされる。⁽⁹⁾ また、窃盗が未遂に終わった場合や、事後の関与者の関与以前に窃盗犯人が財物を取り返されてしまった場合のように、被害者に返還請求権が存在しない場合には事後の関与者には事後強盗罪は成立しない。

島田教授はさらに、事後の関与者の罪責に関して、事後強盗への関与なのか、二項強盗への関与なのかを検討される。返還請求者ではない警察官等に追跡されてこれに財物を保持する窃盗犯人とともに暴行を加える場合にも、結果として、事実上返還請求権の行使を困難にする以上、二項強盗も成立するとされる。そして、財物を取り返されてしまった場合には、事後の関与者は二項強盗の未遂となるが、窃盗の既遂を事後強盗の既遂とするのであれば、事後強盗罪は窃盗の機会継続中について二項強盗の既遂時期を早めた特例ということになり、こう考えることによって、共同正犯者間で既遂時期が別になってしまうことを回避する。⁽¹⁰⁾ しかし、事後の共犯者にとっては返還請求権に対する二項強盗が基本となる犯罪であるから、財物を奪われた被害者が財物を取り戻そうとする場合に、事後の関与者が被害者の殺害に関与した場合には二項強盗を通して、強盗殺人罪が成立する。⁽¹¹⁾

西田教授も佐伯教授の見解に賛同された上で、窃盗既遂犯が逮捕を免れる目的の場合には盗品の取り返しを防ぐ目的に還元できることはもちろん、罪跡を隠滅する目的の場合にも、窃盗既遂犯人が被害者に顔を見られたためにこれを殺害するような場合には盗品の占有を確実にする意味がある。したがって、目的で類型化するのではなく、窃盗犯人という身分は窃盗の既遂の場合には違法身分であり、窃盗未遂の場合は単に逃げる一心、犯行の発覚を防止する一心で行う行為であるから責任身分であるとされる。もっとも、西田教授は、事後の関与者の罪責については

承継的共犯を認めることによって、窃盗既遂の場合には盗品の占有の確保のために暴行・脅迫をする者も窃盗行為を承継して事後強盗罪の共犯となり、窃盗未遂の場合には財産犯的性格がないので暴行・脅迫の罪責のみを負わせるべきであるとされる。⁽¹²⁾ このように、西田教授は佐伯教授の見解に賛成されそれを発展させているのであるが、窃盗が既遂の場合にも事後強盗罪を返還請求権に対する犯罪と捉えられているかには明確ではない面がある。それは、承継的共犯の理論構成を採用し、窃盗の承継と、盗品の占有の確保を強盜的性格の根拠とされているからである。⁽¹³⁾

しかし、このように事後強盗罪を返還請求権に対する罪と捉える見解には疑問がある。

第一に、これらの見解では、窃盗未遂の場合には返還請求権が存在しないために、事後強盗罪の財産犯的性格が無いものように論じられる。しかし、これではすでに行われた窃盗未遂の財産犯としての評価が全くなされないことになってしまう。窃盗未遂は財産犯であり、逮捕を免れる目的や罪跡隠滅目的での窃盗未遂後の暴行・脅迫も財産犯である。⁽¹⁴⁾ これらの見解によると、返還請求権がない場合の事後強盗罪については、すでに行われた窃盗未遂は別に成立させる必要が生じることになるが、この結論は事後強盗罪の規定を無に帰するように思われる。

第二に、このような見解では事後強盗罪は二項強盗を拡張した類型と解することになる。事後強盗罪は二項強盗罪と異なり、暴行の相手方が被害者と関係の無い者に対する場合でも成立するからである。⁽¹⁶⁾ しかし、不明確になりがちであるとしてその成立範囲を限定的に捉えるべきである利益に対する二項強盗をなぜ拡張してよいのか疑問である。⁽¹⁷⁾

第三に、事後強盗罪の成立には窃盗の機会継続中であることが必要とされることが無に帰する。⁽¹⁸⁾ 先に挙げた最高裁昭和六一年決定の事案においても、窃盗犯人は一旦、安全圏に逃れたものと見ることができ、その後の憂いを無くするための殺人は窃盗の機会継続中のものとは言えない。⁽¹⁹⁾

第四に、事後強盗罪の既遂・未遂は財物の取得の既遂・未遂のよるのであって、取り返しに成功したか否かで既遂・未遂が決定されるのではない。先に行われた窃盗未遂・既遂にその窃盗の機会継続中の暴行・脅迫が加わることによって、暴行・脅迫を手段とする財物取得と同様に強盗として論じられるのである。⁽²⁰⁾

第五に、旧刑法の事後強盗罪はたしかに財物の取り返しを防ぐ目的のみであったが、他の二つの目的も、少しく修正を加えただけと考えられて現行法が成立した。⁽²¹⁾ 窃盗に着手した後に、家人などに発見されて暴力行為に及ぶ場合が多く、その場合、居直って強盗の故意で暴行・脅迫行為後に財物を取得すれば居直り強盗として、二三条の強盗となるが、強盗の故意ではなく単に暴行・脅迫を行うだけで終わった場合にも、強盗未遂としての罪責を問うことができるようにしたものと考えることができる。事後強盗罪は、仮に財物の奪取中に発見されていれば暴行や脅迫を振るって強盗に至ったであろうことから、財物の奪取後に発見された場合の暴行又は脅迫を同様に強盗として扱うものである。そして、行為が発見されるときに奪取が未遂の段階にあるか、既遂に至っているかは偶然に左右されることから、上の二つの場合を同様に扱おうとするものといえよう。

第六に、貸していた財物を期限が来ても返還しないので、所有者が借主のところから持ち出してくる場合に、占有説を前提とする限り、窃盗罪が成立する。しかし、占有説によった場合、どのような意味で被害者に返還請求権があるのだろうか。あるいは、占有説は二四二条の解釈に関する見解であり、財物についてのみあてはまり、利益には当てはまらないと考えて、返還請求権は借主には無いとし、所有者が暴行・脅迫を用いて取り返しを防ぐこととしても事後強盗罪は成立しないことになるのだろうか。⁽²²⁾

第六に、事後強盗罪が財物の返還請求に対する犯罪であるとすると、被害者以外に家人がいるような場合には、なお、返還請求は可能であり、事後強盗罪は成立しないことになってしまふ。

事後強盗罪は財物に対する犯罪と考えるべきである。⁽²³⁾

- (6) 佐伯・前掲論文六頁以下。
- (7) 佐伯・前掲論文九頁以下。
- (8) 但し、事後の関与者の罪責について因果的共犯論を徹底させる立場から考える点で異なる。島田・前掲論文一九頁以下。
- (9) 島田・前掲論文一八頁。
- (10) 島田・前掲論文一九頁。窃盗の機会継続中でない場合には二項強盗罪であるとされる。島田・前掲論文二三頁註五七。
- (11) 島田・前掲論文二〇頁。
- (12) 西田典之「統「共犯と身分」再論」内田文昭先生古稀祝賀論文集(二〇〇二年)二八四頁以下。さらに、同「共犯と身分」再論」刑事法学の現代的状況(内藤謙先生古稀祝賀・一九九四年)一八八頁以下。
- (13) これに対して、増田隆「事後強盗罪の基本構造とその関与問題」早稲田大学大学院法研論集一一四号(二〇〇五年)九三頁は、窃盗既遂の場合には事後強盗罪は返還請求権を保護法益とする立場を一貫させて、承継的共犯ではなく、実行共同正犯として六〇条のみを適用する。さらに、古江頼隆「窃盗犯人でない者が、窃盗犯人と共謀の上財物の取返を拒ぐため被害者に傷害を負わせた場合の擬律」研修四五七号(一九八六年)六八頁以下参照。
- 内田教授も窃盗後に暴行・脅迫で財物の返還を免れる場合に二項強盗を認められるが、それは二項強盗の要件を満たす限りにおいてであつて、事後強盗罪を二項強盗の特別類型とするのではない。むしろ両罪を要件を異にする交錯する関係と捉えられている。内田文昭「二項強盗罪の限界」判例時報一二五〇号(判例評論三四六号・一九八七年)一四八頁以下、同「窃盗犯人でない者が窃盗犯人と共同して、窃盗の被害者に対し暴行・脅迫を加えた場合の擬律について」研修四九〇号(二〇〇〇年)三頁以下。
- (14) 林幹人「事後強盗罪の新動向」刑事法ジャーナル二号(二〇〇六年)四九頁以下。
- (15) 山口厚「事後強盗罪再考」研修六六〇号(二〇〇三年)八頁。
- (16) 林・前掲論文四九頁以下。福岡高判昭和六一年七月一七日判タ六一八号一七六頁。
- (17) 山口・前掲論文七頁以下。
- (18) 山口・前掲論文七頁。
- (19) 安廣文夫「いわゆる一項強盗による強盗殺人未遂罪ではなく窃盗罪又は詐欺罪とのいわゆる二項強盗による強盗殺人未遂罪との包括一罪に」とされた事例」ジュリスト八八〇号(一九八七年)九六頁。
- (20) 林・前掲論文四九頁以下、山口・前掲論文七頁。山口「共犯と身分をめぐって」司法研修所論集一〇三三号(二〇〇〇年)七〇頁、七一頁。坂本武志「事後強盗罪は身分犯か」判時二〇〇二号(一九七六年)二〇頁。最判昭和二四年七月九日刑集三卷八号二一八八頁。
- (21) 倉富勇三郎・平沼駿一郎・花井卓蔵監修・刑法沿革綜覧(松尾浩也増補解題・増補復刻版・一九九〇年)二二二〇頁。田中正身・改正刑法釈義下巻(復刻版・一九九四年)一三〇〇頁。また、二三八条の事後強盗罪は目的犯であり、被害者が財物取り返し行為等に出なくても成立

する。最判昭和二年一月二九日刑集一卷四〇頁。

(22) 判例は、二項犯罪の利益についても、本権説な理解によらないようである。前掲最決昭和六一年一月一日は、覚せい剤取引という不法な取引による財物の返還請求権ないし代金請求権を保護している。

(23) 山口「事後強盗罪再考」九頁。林・前掲論文四九頁。なお、島田・前掲論文註三三は「窃盗未遂の場合には、暴行を加える時点で、もはや構成要件が完全に実現される可能性は存在しないので、事後強盗未遂とすることに疑問が生じる余地がある」とされる。この疑問はまさに返還請求権を問題にする立場から生じる疑問である。そしてつづけて「しかし、この点については、窃盗と暴行とを一体としてみれば事後強盗の構成要件が完全に実現された可能性があった、という説明が可能であろう」とされる。ここでは、窃盗が既遂になって返還請求権が問題となる可能性があったという存在しない客体に対する侵害の可能性を問題にするのではなく、財物に対する窃盗既遂と暴行による事後強盗既遂になる可能性があったという意味であろう。そうすると窃盗犯人にとっては返還請求権に対する犯罪ではなく、財物に対する犯罪となるのであろうか。

なお、事後強盗罪を財物に対する犯罪と捉えても、窃盗後に暴行のみに関与する共犯者の罪責について、事後強盗を結合犯と考えて承継的共犯の理論によって解決するか、身分犯として構成的身分で考えるか、加減的身分で考えるかの問題はなお残る。筆者は、承継的共犯否定説の立場から、事後の関与者については、暴行や脅迫の共犯、共同正犯（先行者の事後強盗罪と事後の関与者の暴行罪又は脅迫罪の共同正犯）としての罪責を負わせるべきであると解する。

また、事後強盗罪は本来の強盗罪と同じく強盗として論じられる。本来の強盗罪の構成要件はいうまでもなく正犯の成立要件である。事後強盗罪も正犯の成立要件を規定しているのであり、窃盗とは窃盗正犯のことを言うとして解される。但し、前の窃盗の共犯は後の事後強盗罪の共犯にはなりうる。もちろん、窃盗犯人から盗品を現場でプレゼントとして占有するにいたった者が被害者に暴行を加えても事後強盗にはならない。なお、第三者に領得させる場合も含まれるが、その場合も前の窃盗の正犯者が第三者に領得させる目的である必要がある。ドイツの第三者領得について、穴沢大輔「いわゆる第三者領得について——ドイツにおける刑法改正を手がかりとして——」上智法学論集五〇巻二号（二〇〇六年）一〇三頁以下参照。

二 返還請求権と二項強盗

財物の返還請求権が二項強盗罪の客体であることには争いが無い。例えば、借りた金や財物の返還を免れるために貸主に暴行・脅迫を加えて、返還を免れれば二項強盗罪が成立する。

それでは、窃盗によって奪われた財物の返還請求権についても二項強盗が成立するのであるか。先に述べたように、最高裁判所はこれを認めた⁽²⁴⁾。また、事後強盗罪を二項強盗罪の特種類型と捉える見解も、これを当然の前提として⁽²⁵⁾。さらに、事後強盗罪を二項強盗罪とは別の類型と捉える見解もこのことは認めている⁽²⁶⁾。

しかし、これに反対する説もある。最高裁判所昭和六一年一月一日決定の谷口裁判官の意見である。谷口意見は、窃盗罪の成立を肯定したうえ、二項強盗罪の成立を認めることは、解釈の名を借りて二三八条の範囲を拡張するに等しく、二三八条の厳格な成立要件を超えて、盗品の返還なしその対価相当額の支払いを免れるという二項強盗罪の成立を認めることになってしまふとされる⁽²⁷⁾。これは、罪刑法定主義を重んじる見解である。しかし、二項強盗罪は事後強盗罪と異なり、窃盗の機会継続中であるといった要件は不要であり、他方、事後強盗罪は二項強盗罪とは異なり、権利者以外の者に対する暴行・脅迫によっても成立する等その要件は異なっている。二三八条の存在は窃盗後の返還請求権に対する二項強盗罪の成立を否定する重要な理由であるが、決定的なものとはいえない⁽²⁸⁾。

町野教授も、財産犯の被害物件に対する返還請求権に対する独立の財産犯の成立を否定される。二三八条との関係の問題にされ、返還請求権について二項強盗罪が成立するならば二三八条は不要となるはずであるとされる⁽²⁹⁾。もともと二項強盗罪で処罰できないからこそ二三八条があるとされる⁽²⁸⁾。それではなぜ二項犯罪とできないのか。町野教授はその理由を共罰的事後行為という罪教論に求める。財物の返還請求権は被害者の所有権の一効果であり、所有権の中に含まれているので、財物の違法な取得が財産犯として処罰されたときには、包括的な権利である所有権の侵害がすでに評価の対象とされたのであるから、その中の個別的な権利にすぎない返還請求権の侵害を改めて取り上げて処罰することは認めべきではないとされた⁽²⁹⁾。窃盗罪としての処罰は後の器物損壊罪等の所有権侵害を含んでいるので別に器物損壊として処罰できないのと同じであるとされる⁽³⁰⁾。そして、前の所有権侵害が処罰されない

場合は、後の返還請求権の侵害に対する財産犯の成立を認められる。⁽³¹⁾

この見解によると、窃盗を犯していない共犯は包括すべき所有権侵害をまだ行っていないことになり、町野教授自身が認められるように、返還請求権について二項強盗罪の共犯が成立することになる。⁽³²⁾ここでは少なくとも正犯者としての請求権に対する財産犯の成立は肯定したうえで、処罰のみが否定されているのである。また、そもそも、窃盗罪による処罰の有無で二項強盗罪の可罰性が決定されることになる。⁽³⁴⁾

町野教授は窃盗後の財物の損壊を窃盗後の返還請求権の侵害と同様のものとして捉えられるのであった。平野教授は、窃盗後に財物を損壊するような場合には窃盗罪に吸収される器物損壊罪も成立しているのであるから、不可罰的事後行為というのは妥当ではなく、共罰的事後行為と呼ぶべきであるとされた。⁽³⁵⁾従来、不可罰的事後行為は構成要件に該当する違法な行為ではあるが犯罪として成立しないとされてきた。⁽³⁶⁾これに対して、平野教授によれば、共罰的事後行為は包括一罪の一種であると考えられ、軽い罪も成立するが重い罪に吸収されて処断される。⁽³⁷⁾

包括一罪の前提は、各犯罪の成立である。そこでは、まず、構成要件該当性が肯定されねばならず、そのためには独立した法益侵害が必要である。その上で、複数の犯罪の法益侵害が基本的には同質のものであることによつて、重い犯罪で処断するものである。包括一罪と科刑上一罪との違いは罰条の適用を示すか否かにすぎない。⁽³⁸⁾町野教授もこれを前提とされると、二項強盗罪も成立していることを認められることになり、結局は、返還請求権にも二項犯罪の客体性、つまり法益侵害性自体は認められることになる。しかし、そうだとすると、さらに、重い罪に軽い罪が吸収され、重い二項強盗罪に窃盗罪が吸収されると考えてもよさそうである。⁽³⁹⁾窃盗罪を二項強盗罪の共罰的事前行為と捉えることも可能であろう。町野教授と同じく、中森教授も返還等の免脱は被害者の財物回復の期待を裏切るものによらず、財物奪取と区別して処罰されるものではないとされ、財物の取得と返還請求等の免脱が同一手段で行われる場合には後者は不可罰的事後行為になるとされるが、他方で、両者が異なる手段で行われ

る場合、例えば、窃盗後に返還請求を暴行・脅迫で免れるような場合には強盗罪による吸収一罪を認められるのである。⁽⁴⁰⁾ 町野教授はこれを認めず、その理由を、共罰的事後行為の吸収一罪の性質は、法益侵害の点で前の犯罪が後の犯罪の違法を包含・吸収することに求められる。⁽⁴¹⁾ そうだとすると、法益侵害の性質を問題とすることになり、二項強盗罪で処罰できないだけでなく、二項強盗罪の成立そのものを否定すると考えるべきなのではないかという疑問が生じる。

二項強盗の法益侵害性を否定する見解として、古田最高裁判事の検事時代の見解をあげ得る。被害者の請求が原状回復であるときには、これは財物の喪失に必然的に伴うものであるので、財産権の侵害という面では財物の取得によって完全に評価し尽くされており、その物に関する財産権の侵害は完了し、財産権自体から派生する種々の権利侵害については別途評価されるものではないとされる。⁽⁴²⁾ 窃盗後の財物の損壊その他の処分行為が不可罰的事後行為であるとの前提に立って、財物を奪われた後の返還請求権については、財産上の利益として刑法上保護されないとする立場、⁽⁴³⁾ 所有者に返還請求権が認められるとしても、刑法上それが保護されるかは別であり、窃取された財物の所有権が保護されないことは、その損壊が不可罰的事後行為とされるところから明らかであり、返還請求権が刑法上保護されない⁽⁴⁴⁾ので、二項強盗罪は成立しないとする立場も同様であろう。不可罰的事後行為を共罰的事後行為と捉えるのかは明白ではないものの、このような場合の返還請求権が財産上の利益として保護されない⁽⁴⁵⁾としていることは明らかである。

(24) 最決昭和六一年一月一八日刑集四〇巻七号五二三頁。さらに、大阪地判昭和五七年七月九日判時一〇八三号一五八頁、福岡高判昭和六一年七月一七日判タ六一八号一七六頁。

最高裁昭和六一年決定に従って、窃盗後の財物の返還請求権について二項強盗の成立を一般的に認めるとすると、窃盗犯人がその債務を免れる意図でさえあれば直ちに二項強盗罪が成立することになりかねない。中森喜彦「いわゆる一項強盗による強盗殺人未遂罪ではなく、窃盗罪

または詐欺罪といわゆる二項強盗殺人未遂罪との包括一罪になるとされた事例」判例時報一二三四号(判例評論三四二号・一九八七年)二二〇頁。また、二項強盗罪を認めるには、通常は返還請求権が係争事となり、明確な利益の移転が必要とされるが、被害者が暴行・脅迫を加えられても、返還請求がなお可能な場合にも二項強盗罪が成立してしまう。利益移転が認められても、不法行為による損害賠償を暴行で免れた場合に二項強盗とすることに疑問を示すものとして、穴沢大輔「ガソリンを詐取した後、その代金の支払いを免れるため、店員に暴行を加えて傷害を負わせた場合について、詐欺罪と強盗致死傷罪が成立し、包括一罪になるとされた事例」大東法学一八巻一号(二〇〇八年)二〇九頁以下。

- (25) 佐伯・前掲論文六頁、島田・前掲論文二〇頁。
 (26) 林・前掲論文四九頁。内田「二項強盗罪の限界」一五四頁。
 (27) さらに、谷口正孝「二項強盗罪の成立要件」法学セミナー三三三号(一九八八年)七八頁。
 (28) 町野朔・刑法各論の現在(一九九六年)一四二頁以下。
 (29) 町野・前掲書一四二頁以下。同様の見解として、中森・前掲論文二九頁以下、長井園「窃盗現場の天井裏潜伏時における事後強盗罪の成否」現代刑事法二六号(二〇〇一年)八八頁。
 (30) 町野・前掲書一四三頁。
 (31) 町野・前掲書一四三頁。
 (32) 町野・前掲書一四三頁。
 (33) 島田・前掲論文二二頁註(29)。
 (34) 増田・前掲論文一〇六頁。
 (35) 平野龍一・刑法総論Ⅱ(一九七五年)四一四頁以下。同「包括一罪についての若干のコメント」同・刑事法研究最終巻(二〇〇五年)一六頁以下。西田教授は、窃盗後の器物損壊は、所有権に基づく被害物の回復を困難にする行為であり、窃盗の被害者にとっては新たな法益侵害であるとして器物損壊罪の構成要件該当性を認められる。西田典之「抵当権の設定による横領について」研修六五七号(二〇〇三年)四頁。
 (36) 団藤重光・刑法綱要総論(第三版・一九九〇年)四四六頁、四四七頁註三二。不可罰的事後行為に対する共犯は可能であるとされる。
 (37) 平野・前掲書四二二頁以下。
 (38) 平野・前掲書四一三頁。只木誠・罪数論の研究(二〇〇四年)一六三頁以下。
 (39) 林幹人「いわゆる一項強盗による強盗殺人未遂罪ではなく、窃盗罪または詐欺罪といわゆる二項強盗殺人未遂罪との包括一罪になるとされた事例」警察研究五九巻六号(一九八八年)五一頁。
 (40) 中森・前掲論文二一九頁、同「二項犯罪」現代刑法講座第四卷(一九八二年)三〇一頁、三〇二頁。
 (41) 町野・前掲書一四三頁。

(42) 古田佑紀「窃盗又は詐欺による財物の取得後にその返還を免れるため行う殺人行為と二項強盗罪の成否」研修四六四号(一九八七年) 六八頁、六九頁。但し、古田検事は最高裁昭和六一年決定の事案において、債務は財物自体に対する財産権と別個に評価できるとされ、二項強盗罪の成立を認められる。しかし、本件でも財物を奪われたことに基づく原状回復以外の要素はないように思われる。町野・前掲書一四二頁、一四三頁参照。

(43) 米澤慶治「債権者殺害による二項強盗罪の成立する範囲について」研修四四二号(一九八五年) 五一頁。

(44) 平本喜祿「債権者の殺害と二項強盗としての強盗殺人罪の成否」研修三六九号(一九七九年) 四一九頁、四二〇頁註二九。

(45) 損害賠償請求権を客体とする二項強盗の成立可能性について、さらに、河村博「二項強盗罪の成否について」捜査研究三四卷六号(一九八五年) 二四頁参照。

三 財物の奪取等と財物の返還請求権

それでは、窃盗後の被害者の財物の取り戻しを暴行等で防ごうとする場合に、後の二項強盗を共罰的事後行為と考えることは妥当であろうか。それは、二項強盗罪の構成要件該当性を否定することとどのように異なるのであるうか。

この点については、ドイツにおいて議論がなされているので、参考としよう。但し、いくつかの前提がドイツと日本では異なる。その中で重要なものをみておこう。第一は罪数に関する。わが国では、既述のように、不可罰的事後行為ないし共罰的事後行為は包括一罪の中に分類され、刑の吸収として、重い犯罪に吸収されると考えられる傾向にある。⁽⁴⁶⁾これに対して、ドイツでは、不可罰的事後行為ないし共罰的事後行為は刑の吸収以前の成立上一罪と捉えられている。処罰の前提となる犯罪の二重評価の回避に根拠がある。⁽⁴⁷⁾しかし、犯罪の評価上最も重要なのは法益侵害であるから、さらに、成立上一罪とするか構成要件該当性がないとするかが問題となる。⁽⁴⁸⁾第二は財産犯の構造に関わる。わが国では、窃盗の終了までは通常の強盗罪が成立し、その後の窃盗の機会継続中が事後強盗罪の適

用範囲と考えられている。これに対して、ドイツの事後強盗罪にあたる強盜的窃盜罪（二五二条）⁽⁴⁹⁾は、既遂後、終了までの間の犯罪と考えられている⁽⁵⁰⁾。しかし、財物の占有が行為者に移転した以上は、返還請求が問題となりうるのであって、この相違はここでの問題には直接影響しないといえよう。

第三も財産犯の構造に関わるが、わが国の二項強盗罪に当たるドイツの強盜的恐喝罪（二五五条）は、利得罪である。したがって、前の犯罪がもたらした損害は後の犯罪がもたらした損害を否定しやすい。しかし、わが国の二項犯罪も損害と無縁であるわけではない。二項犯罪を全体財産に対する罪と捉える学説⁽⁵¹⁾、財物であると財産上の利益であるとを問わず法律的観点のみならず、経済的観点も入れて財産概念や損害を捉える学説⁽⁵²⁾は有力である。また、二項犯罪を個別的財産に対する犯罪と捉えるとしても、財産上の利益の移転は具体的で確実なものでなければならぬとされている⁽⁵³⁾。判例も、詐欺罪について、履行遅滞にある債務者が一時的に債権者の督促を免れてもそれだけでは財産上の利益を得たことにはならないのであり、債権者が騙されなかったならば債務の全部又は一部の履行あるいは何等かの担保などの具体的措置が行われざるを得なかったような特段の情況の存在が必要であるとしている⁽⁵⁴⁾。二項強盗罪についても同様に考えられる。行為者が暴行等で債務の支払いを免れる場合には、債権者の事実上の支払いの請求をすることができない状態にするか、債権者の債権の行使を社会通念上別個の支払いといえるほど遅らせることが必要である⁽⁵⁶⁾。また、相続できる地位といった期待権では財産上の利益とはいえない⁽⁵⁷⁾。逆から言うと、これらの場合に、どのような財産的利益を被害者が失い、行為者に移転したのが明確でなければならぬのである。

さらに、ドイツでは後に見るように、前の犯罪が利得犯罪である詐欺罪である場合に限らず、所有権犯罪である窃盜罪である場合にも、それがどのような損害をもたらしているかを、後の利得犯罪の損害と比較している。わが国でも、前が所有権犯罪であっても、それがどのような損害をもたらしたかについて実質的に考えるようになって

いる。判例は、横領後の横領を不可罰的事後行為としてきたが、最近、最高裁はこれを変更して、後の横領行為も成立し、処罰できるとした。⁽⁵⁹⁾しかし、横領の本質を領得と捉えた場合には、領得とは他人の所有物を自分のものにするものであるから、抵当権設定による横領の後には独立した法益侵害はもはや存在しないはずである。最高裁の事案は後の所有権移転行為のみが起訴されたものであり、一・二審は後の所有権移転行為は前の抵当権設定以上の法益侵害をもたらすことを強調して有罪とし、最高裁はこれを維持したのである。⁽⁶⁰⁾抽象的な所有権侵害ではなく、具体的にどのような実質的な所有権侵害があったのが問題とされていることは注目に値する。確かに、横領後の横領の問題では、形式的に一つの所有権侵害と見られるが実質的には二度の所有権侵害ではないかが問われている。これに対して、窃盗後の財物の返還請求については、形式的には二度の所有権侵害に見えるが実質的には一つの所有権侵害かが問われる。しかし、どちらも、形式的なタイトルの侵害ではなくその侵害の内容が問われるのである。盗品の取り返しを防ぐことがどのような利益の移転、法益侵害をもたらすのか、それが、前の窃盗による財物の喪失とどのような関係にあるのかについても改めて検討しなければならない。

さて、ドイツにおいては、強盜的窃盗罪(二五二条)が成立する場合には、強盜的窃盗罪が返還請求権に対する罪であるかは問題とされない。しかし、ドイツの通常の強盜罪(二四九条)と強盜的恐喝罪(二五五条)の関係については、強盜罪は強盜的恐喝罪の特別規定であり、何らかの理由で強盜罪が成立しない場合には強盜的恐喝罪が成立するとした判例がある。すなわち、タクシーを運転したくて運転手に脅迫などを加えて一時的にタクシーを占有した場合について、行為者にタクシーについての不法領得目的がなく強盜罪は成立しないが、占有の移転も利益の移転であるとして強盜的恐喝罪の成立を認めた。⁽⁶¹⁾この判決は財物の喪失自体を財産的損害と捉えたのであって、タクシーの返還請求権を問題にしているわけではない。行為者もタクシーを返還する意思であったのである。強盜的窃盗罪の時間的範囲を超えてしまい、その要件を満たさなくなった場合については、強盜的恐喝罪が成立すると

考える見解も少数ながら存在する⁽⁶²⁾。

しかし、判例は盗品の返還請求を暴行などで妨げようとする場合に、強盜的恐喝罪の成立を認めることには消極的である。窃盜後一〇分から一五分ほどして、被害者に捕まえられたが、持っていた一〇本のビールの返還請求と代金請求を被害者を脅迫して免れた場合について、原審は窃盜罪と強盜的恐喝罪を認めたが、連判裁判所は、窃盜罪と強要罪のみの成立を認めた。後の行為から生じる損害は、すでに前の窃盜から生じている損害であって、独立の意味はなく、したがって、財物の占有の事後的確実化は財産的損害の観点からは、共罰的事後行為であるとす。この場合、後の財物の占有の確実化行為の不法内容が先の行為の不法内容よりも高いということは、このような解決の妨げとはならない。強要手段による盗品の占有の確実化は強盜的窃盜罪(二五二条)の時間的限界の範囲内で特別に考慮されるのである。窃盜の終了後に強要手段による占有の確実化を恐喝構成要件を通して強盜として有罪とすることは、強盜的窃盜罪の時間的限界を無にするものである⁽⁶³⁾。すなわち、ここでは、財産的損害がないこと、共罰的事後行為となること、そして強盜的窃盜罪の罪刑法定主義的意義が返還請求権に対する新たな財産犯を成立させない根拠となっているのである。

この判例は共罰的事後行為説に立つものと解されている⁽⁶⁴⁾。しかし、財産的損害がないとしてもしている。そうであれば構成要件該当性がすでに否定されるはずである。共罰的事後行為説は財産的損害をどのように捉えるのであろうか。

共罰的事後行為説はホルスト・シュレーダーが主張したものである。窃盜した財物の取り返しを防ごうとして暴行行為にでる場合、(強盜的)恐喝罪の構成要件該当性はある。経済的財産概念に従って経済的観点からみると、事実上の返還可能性の喪失は損害であり、逆に財物の確保は財産上の利益といえるからである。しかし、前の行為と後の行為は実在的競合 *Realkonkurrenz* の関係に立つとはいえない。つまり、強要手段による後の行為で財産的

損害が決定的喪失となり、逆に財物の決定的確保となるが、後の犯罪の財産的要素は前にすでに処罰された事後行為の観点からは刑法的にはもはや現れないことを意味する。窃盗の後に強要手段を用いて財物の返還を妨げる場合には窃盗罪と強要罪の實在的競合 *Realkonkurrenz* になる。⁽⁶⁵⁾ したがって、強盜的窃盗罪は例外的に窃盗と強要手段によって統一的な犯罪を作り出したことになる。行為者が犯罪による利益を得ようとする(と) (*Haben-Wollen*) について処罰される(と) ころでは、その利益を保持しようとする(と) (*Behalten-Wollen*) のためにさらに責任は問われ得ないのである。⁽⁶⁶⁾ 後の行為は独立した評価を必要としない。ホルスト・シュレーダーは後の行為の構成要件該当性を認めるのであり、後の行為が全く不可罰となるとは考えてはいない。犯罪競合の観点から、後の行為は前の行為に吸収されるというのである。この吸収を考えるに当たっては、具体的な行為の価値が重要である。したがって、常に重い犯罪が軽い犯罪を排除するわけではない。例えば、窃盗罪は後の財物の損壊行為についての器物損壊罪を吸収するが、器物損壊罪よりも軽い犯罪である日用品窃盗罪(旧ドイツ刑法三七〇条五号)も事後の器物損壊罪を吸収するのである。⁽⁶⁷⁾

このように、共罰的事後行為説にたっても、後の行為については強盜的恐喝罪の構成要件を満たすとされるものの、独立した財産犯罪として評価することなく、強要罪を成立させるととまる。前の窃盗行為による財物喪失が後の行為で決定的になる場合に後の行為の財産的要素を刑法的に評価する必要がなく、利益獲得が当然に利益確保についての独立した評価を排除するのである。しかし、それは後の行為についての財産的損害を否定することにはかならないのではなからうか。

財産的損害の欠如についてみてみよう。後の行為は財産的損害の欠如によって構成要件該当性がなくなること、強力に主張し、共罰的事後行為説に異議を唱えたのがザイエルである。第一に、事後行為となる犯罪に重い刑罰が規定されている場合や、事後行為に前の行為とは別の犯罪的性格がある場合には、前の犯罪による共罰行為とはで

きないのではないか。第二に、罪数で解決しようとすることは、前提として強盜的恐喝罪の構成要件要素である財産的損害を認めることである。しかし、構成要件実現を認めるためには、前の行為によって引き起こされた損害及びそれが維持されていることを除いて考えることはできない。共罰的事後行為説は構成要件の平面で肯定したことを、罪数の平面で否定するものである。第三に、不法領得の意思なく窃盜に関与した共犯者が盗品を取り返されまいとして暴力を振るった場合に、共犯者自身は自己に占有を確保する目的はないので強盜的窃盜罪は成立しないが、強盜的恐喝罪は第三者領得の場合でもよいので強盜的恐喝罪は成立することになる。しかし、この結論は強盜的窃盜罪の規定を空洞化するものである。⁽⁶⁸⁾

ザイエルは財産的損害がないことを基礎づけようとする。まず、被害者に残っている現実の取り返しの可能性は独立した財産的地位とはいえず、単なる期待にすぎない。また、前の行為による財物に対する支配と後の行為による支配とは支配の強さが変わっただけであって、占有の秩序は変わっていない。⁽⁶⁹⁾ 民法八五九条二項(自救行為)や刑法三二条(正当防衛)による返還請求権を考えることは全く形式的な財産概念によることになる。⁽⁷⁰⁾ 実際の観点からみると、請求権行使の困難化は現実のものでなければならぬから、現実の履行の見込みを害しなければならぬ。とすると、行為者を知っている必要がある。知らない場合には履行の見込みはもとと少ないからである。⁽⁷¹⁾ 返還請求の内容は前の行為から生じる損害を言い換えたものにすぎず、前の行為がなかった状態に戻すことを目指しているにすぎない。領得犯罪の所有者同様の支配とは被害者に財物を返還しないことを暗黙の前提としている。結局、物の喪失と請求の困難化は高度に結びついていて分離できないのである。⁽⁷²⁾ このような構成要件該当否定説は有力である。⁽⁷³⁾

後の行為の構成要件該当性を肯定しておきながら、共罰的事後行為として後の財産犯を不問に付すことは矛盾であるともいえよう。⁽⁷⁴⁾ 窃盜の後、強盜的窃盜罪の前提を充たさずに、⁽⁷⁵⁾ 暴行又は脅迫によって財物の返還請求を免れよ

うとする者は、財産的損害を引き起こしていない。したがって、強盜的恐喝罪の構成要件を充足しない。単独正犯はもちろん共同正犯となることはない。狭義の共犯も正犯者に強盜的恐喝罪の構成要件該当性が否定される以上成立しない。暴行罪や脅迫罪の共犯となるのみである。ドイツ刑法の強盜的窃盜罪の前提を充たさずに、盗品の確保に關与した共犯者は強要罪の共犯となる。⁽²⁶⁾ 第三者に財物の返還を免れさせるために、暴行又は脅迫を被害者に加える者については、第三者利得が問題となりうるが、その行為によってもたらされる損害が前の窃盜がもたらす損害と異ならない以上、すでに、客觀的に財産的損害に欠ける。第三者の財産的利益や利得の目的も、前の窃盜以上の利益をもたらないのであるから否定される。

財物の占有の喪失はすでに窃盜の既遂によって發生する。窃盜された財物の取り返しの妨害は財物の支配の回復を妨げることにすぎず、それ自体は何ら占有喪失を超える新たな損害ではない。所有者から財物の所有的支配を奪う意思で財物を奪うことは、財物に対する權利を事実上奪うだけでなく、当然に、返還請求權を事実上奪うことである。前の窃盜によって行為者は他人の所有と占有を顧みないことを示したが、財物を返還しないことはこれを確固として示したにすぎず、損害を深めたとはいえない。財物を奪うことは財物を返還しないことを含み、財物を奪わないでくれということと、せめて返還してくれということは同じである。

事実上の返還可能性の困難化について考えてみても、行為者の氏名や住所を知らない場合には、もともと返還可能性は乏しい。したがって、暴行・脅迫で返還を妨害されても新たな損害あるいは利益の喪失、利益の移転とは言えない。逆に、行為者の氏名や住所などを知っている場合には、その場での返還請求をあきらめても、直ちに返還請求權を失うことにはならない。財産上の利益の喪失や移転があったとは言えない。

盗品の確保のみに關与した共犯者には暴行・脅迫等の手段に關する犯罪のみが成立する。

- (46) 井田良「コメント①」山口厚他・理論刑法学の最新線Ⅱ(二〇〇六年)第六章「不可罰的事後行為と共罰的事後行為」二五二頁以下。
- (47) Krog, Die straflosen Vor- und Nachaten, 1976, S. 12ff. 55ff.
- (48) 財産罪成立後の事後処分についてのメイツの判例・学説を紹介したものとして、富高彩「不可罰的・共罰的事後行為論と財産罪の成否(一)」上智法学論集五二巻四号(二〇〇九年)二〇七頁以下。
- (49) 強盜的窃盜罪は盗品の取り返しを防ぐ目的の場合にのみ成立する。
- (50) Vgl. Reniger, Raub mit Todesfolge bei Gewaltanwendung nach Vollendung aber vor Beendigung des Raubes, NSiZ 1992, S. 590.
- (51) 団藤重光・刑法綱要各論(第三版・一九九〇年)五四六頁、大塚仁・刑法概説各論(第三版増補版・二〇〇五年)一六八頁、三二八頁。
- (52) 林幹人・財産犯の保護法益(一九八四年)八四頁以下。
- (53) 西田典之・刑法各論(第四版・二〇〇七年)一六二頁以下、一八九頁以下。
- (54) 最判昭和三〇年四月八日刑集九巻四号八二七頁。
- (55) 最判昭和三二年九月一日刑集一一巻九号二六三三頁。
- (56) 大阪高判昭和五九年一月二八日高刑集三七巻三三四三頁。最判平成一三年七月一九日刑集五五巻五号三七七頁。後者は、工事代金を虚偽の汚泥処理権を提出して早期に受け取ったという一項詐欺の事案について、詐欺罪成立には、社会通念上別個の支払いに当たるとい得る程度の期間支払いを早めたことが必要であるとされた。ここでは、一項詐欺についても実質的損害が必要とされている。このことは二項強盜についても当てはまるといえるよう。
- (57) 東京高判平成元年二月二七日高刑集四二巻一八七頁、神戸地判平成一七年四月二六日判時一九〇四号一五二頁。松宮教授は、最決昭和六一年の事案について、被害者が騙し取られたことに気づかないうちの殺人による財物確保というあやふやな利益に二項犯罪の客体性を認めることに疑問を呈される。松宮孝明・刑法各論講義(第二版・二〇〇八年)一八二頁、二二六頁。
- (58) 大判明治四三年一〇月二五日刑録一六輯一七四五頁、最判昭和三年六月二六日刑集一〇巻六号八七四頁。
- (59) 最大判平成一五年四月三三日刑集五七巻四号四六七頁。但し、後の横領行為のみが起訴された事案であるところから、同様の事案である前掲最判昭和三年六月二六日のみを変更し、両者が起訴された事案である大判明治四三年一〇月二五日は変更しなかった。
- (60) 第一審は特にそのような理解をする。横浜地川崎支部判平成一二年三月二七日刑集五七巻四号四七七頁。さらに、西田・「抵当権の設定による横領について」一一頁以下、曾根威彦「不可罰的事後行為の法的性格」研修六六八号(二〇〇四年)三頁以下等参照。山口教授は領得は一回のみしかできないので、横領罪は一罪しか成立しないとされる。先行行為と後行行為がともに起訴された場合は、一方を横領罪として処罰し、他方は法条競合の一種として、処罰の対象とならないことになる。山口「罪数論」新判例から見た刑法(第二版・二〇〇八年)一〇一頁以下。大阪地判平成二〇年三月一四日判タ二二七九号三三七頁は抵当権設定と所有権移転の双方が起訴された場合に、後の行為について不可罰的事後行為ないし共罰的事後行為であるとすると横領罪の成立を否定した。ただし、包括一罪としている。

- (16) BGHSt. 14, 386. Vgl. BGH NJW 1973 2072. けれど賛成する見解は「一〇」Blei, Strafrecht II, B. T. 10, Aufl. 1979, S. 212; Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch 9. Aufl. 1974, § 249 Rn. 13 (Baludis); Geilen, Raub und Erpressung, Jura 1980, S. 59. Vgl. Schutenemann, Raub und Erpressung (II), JA 1980, S. 397; ders., Raub und Erpressung (III), JA 1980, S. 486.
- (17) Dreher, Im Gestruemp des § 252 StGB, MDR 1979, S. 533; Fezer, Anmerkung, JZ 1975, S. 609. けれど考え方を一貫すれば、二五二条が成立する場合にも二五五条が成立するところになるであろう。しかし、占有の確保は主観的要素であり、行為者がそのような内心であればよいこと、盗品を取り返されても二五二条は既遂となること、暴行の相手方には、行為者が誤って被害者のために財物を取り返そうとしている者だと思っただにすぎない者も含まれる。したがって、二五二条を二五五条の特別規定と解することは無理がある。また、強盗的窃盗が一般に強盗的恐喝をも成立させるのであれば、二五二条の要件、二五二条自体が不要となる。Seier, Die Abgrenzung des raueberischen Diebstahls von der raueberischen Erpressung, NJW 1981, S. 2153ff.
- (18) BGH StV 1986, 530. なお、ドイツ刑法二四〇条の強要罪は、意思活動の自由のみではなく、意思決定の自由に対する罪として、わが国より広い範囲で成立する。
- (19) Wessels-Hillenkamp, Strafrecht B. T. 2, 30. Aufl. 2007, § 915/378.
- (20) H. Schroeder, Zur Abgrenzung der Vermoegensdelikte, StZ 1950, S. 98f; ders., Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung, MDR 1950, S. 398.
- (21) H. Schroeder, MDR 1950, S. 399.
- (22) H. Schroeder, MDR 1950, S. 399; Systematischer Kommentar, Strafrecht, 5. Aufl. 1998, § 252, Rn. 26, 27 (Günter) も共罰的事後行為説をとる。先に述べた町野教授の見解も同様の考え方をとる。
- なお、横領後の財物の確保についての詐欺罪を不可罰的事後行為とするものとして、BGH GA1961, 83. また、詐欺後の詐欺隠蔽のための詐欺を不可罰的事後行為とするものとして、BGH GA1957, 409. しかし、これらの判例も、後の詐欺による損害が前の財産犯による損害を超えていないことを理由とする。したがって、これらの場合も財産的侵害がないとして詐欺罪の構成要件該当性を否定するべきである。BGH StV 1992, 272; Wessels-Hillenkamp, a. a. O., § 13/596; わが国で、欺罔手段で横領した場合は、財産上の利益を得ても横領罪のほかに、別に詐欺罪を構成しないとした判例として、大判明治四三年二月七日刑録(一六六)一七五頁(旧刑法に関するもの)。すでに行われた横領にかかわる金銭の支払い義務を免れるために欺罔手段を用いた場合にも、横領罪の他に、別に詐欺罪を構成するものではないとした判例として、大判大正三年五月三〇日刑録二〇六二頁。
- (23) Seier, a. a. O., S. 2155. 但し、第三者領得についてのその後の展開については、穴沢「いわゆる第三者領得について——ドイツにおける刑法改正を手がかりとして——」一〇三頁以下参照。
- (24) Seier, a. a. O., S. 2156.

- (70) Seier, a. a. O., S. 2156.
- (71) Vgl. Joerden, „Mietereucken“ im Hotel-BGHSt 52, 88, Jus 1985, S. 21f. 本文での新たな立場に批判的な見解として Herzberg, Anmerkung, JR 1985, S. 208ff. 但し、強盜的恐喝の問題については態度を留保している。
- (72) Seier, a. a. O., S. 2157; ders., Probleme der Abgrenzung und der Reichweite von Raub und raubertischem Diebstahl-BGH, NJW 1979, 726, Jus1979, S. 336. 詐欺に及ぶ財物の返還を免れる場合の二三条の関係について Brandts/Seier, Strafrecht-BT, Die Abgrenzung zwischen Raub und raubähnlichen Sonderdelikten, JA 1985, S. 174.
- (73) Wessels-Hillenkamp, a. a. O., § 915/378; Herdegen, LK, 11. Aufl., § 253 Rn36 Reniger, Strafrecht, B.T. 1.7. Aufl., 2005, § 11/29 Misch, Strafrecht, B.T. 2. 1. 2. Aufl., 2002, § 4/8, § 6/64; ders., Der gewalttätige Einbrecher, JA 1997, S. 664; Hillenkamp, Der „Einkauf“ der verdeckter Ware: Diebstahl oder Betrug? BGHS, 41, 198, Jus 1997 S. 219f.; Kindhauser, Nomos Kommentar, Strafrecht, 2. Aufl., 2005, § 252, Rn31ff. 但し、キントキイサーは共罰的事後行為説も成り立たないことは認める。共罰的事後行為説と構成要件不該当説を併記して説明するものとして、Kuehl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 253 Rn13; Lackner, LK, 10. Aufl., 1983, § 256 Rn3.
- (74) Hillenkamp, Jus1997, S. 220.
- (75) 強盜的窃盜罪の時間的要件を超えた場合には被害者に暴行等を加えても、二五二条は適用されないが、この場合、判例はさらに強盜的恐喝を問題とするのではなく、窃盜罪と強要罪（及び無免許運転罪）の成立のみを認めた。BGHS, 28, 224.
- (76) Kindhauser, a. a. O., § 252, Rdn 32. Vgl. BGH StV 1991, 349; Seier, a. a. O., NJW1981, S. 2155.

四 代金請求権と二項強盜

財物の窃取後の暴行等による財物の取り戻しの妨害について述べたことは、先行するのが詐欺罪である場合にも同様に当てはまる。それでは、先行するのが詐欺罪である場合、代金請求権を暴行等によって免れることは二項強盜罪となるのであろうか。

ドイツでは、この場合も強盜的恐喝罪の成立は否定される。判例は、支払いの意思なくガソリンをセルフで給油したというガソリンの詐欺の後に、料金支払場所にいた監視人が被告人が支払わずに逃げようとするのを阻止しよ

うとしたので、支払いを免れようと車を全速力で走らせ、監視人は危機一髪飛び退いて助かったという事案で、詐欺罪と強盗的恐喝罪の Tateinheit とした原審に対して、詐欺罪、強要罪及び三一五条（交通危険罪）の Tateinheit とした⁽⁷⁷⁾。その理由は、第一に、被告人は詐欺既遂によって生じた財産的利益を確実にしただけであって、被害者に対しては詐欺によって生じた損害を深めてはいないので、（強盗的）恐喝罪の構成要件要素である財産的損害の要件を充たさないということにある。もともと、詐欺の損害が発生する前に、暴行等によって支払いを免れることを決意していた場合には、暴行等によって財産的損害が生じたといえるので（強盗的）恐喝が存在するが、本件はそのような場合ではなかったとする⁽⁷⁸⁾。このような構成に賛成する見解もある⁽⁷⁹⁾。しかし、はじめから後の行為を計画していたとしても、先行する詐欺罪による損害を超える損害は後の暴行等によっても生じていないことは同じである⁽⁸⁰⁾。

さらに、商品を隠してレジを通過する場合を窃盗罪とした判例は、その後逮捕しようとする者に行為者が暴行を加えた場合には、先行するのが窃盗罪とする⁽⁸¹⁾と強盗的窃盗罪（二五二条）となるが、先行するのが詐欺罪であるとする⁽⁸²⁾と詐欺罪と強要罪のみが成立するとする。その理由は詳しく述べられていないが、先に述べた先行するのが窃盗である場合の判例を引用している。つまり後の返還請求の妨害が財産上は損害と言えないのと同様に、代金請求の妨害は独立した財産的損害とは言えないとしたことになる⁽⁸³⁾。

もともと、ヘロインを売るといって被害者から一〇〇マルクを受け取って二〇〇メートルほど逃げた時点で被害者に捕まり、代金を返すように要求されたのでこれを免れようと行為者が暴行・脅迫を加えた事案について、先行する詐欺罪の他に強盗的恐喝未遂罪（及び危険な傷害罪）を認めた判例もある⁽⁸⁴⁾。この考え方によれば、代金請求についても独立した損害と見るようになる。しかし、この判例はなぜ従来判例と異なる立場をとるのかについて理由を全く示していない。

その後は、再び、詐欺の後の代金請求についての強盜的恐喝罪の成立は否定されている。すなわち、輸送トラックを代金を支払わずに得た詐欺の後に、武器による暴行又は脅迫で、代金請求を放棄させた場合について、原審が詐欺罪と重強盜的恐喝罪（及び無免許運転罪）の成立を認めたのに対して、連邦裁判所は重強盜的恐喝罪ではなく強要罪とした。脅迫によって自動車と五〇〇ユーロの支払契約の放棄が強いられているが、先行する詐欺によってすでに、支払いなく輸送トラックの占有を喪失するという財産的損害が発生している。後の行為はせいぜいこの財産的損害を確実にしただけである。強盜的恐喝罪の構成要件が前提とする財産的損害は、請求権が存在し、それが価値のある場合にのみ発生する。しかし、被害者には何らこのような支払請求権はない。⁽⁸⁵⁾これが理由である。なお、ここでは、ガソリン詐欺の事案に関する判例とは異なり、被告人が後の行為を決意した時期についてはもはや問題とされていない。

以上に見たように、詐欺罪の後に代金支払いを暴行等で免れようとする場合に関する判例は、強盜的恐喝罪の構成要件要素である財産上の損害を端的に否定しており、共罰的事後行為という概念を介在させていない。これは、先に述べたように、詐欺罪も強盜的恐喝罪ともに利得罪であり、損害を比較しやすいことによるものと考えられる。学説は先行するのが窃盜罪か詐欺罪かを区別することなく、したがって、返還請求を妨げるのか代金請求を妨げるのかを区別することなく、後の暴行手段による強盜的恐喝罪の否定を構成要件不該当性からのみでなく、共罰的事後行為からも捉えている。⁽⁸⁶⁾しかし、いずれにせよ、後の行為については強要罪の成立のみを認め、強盜的恐喝罪の成立を否定するのである。

これに対してわが国の判例は、詐欺罪によって財物又は財産上の利益を取得した後に、その返還や対価の支払いを免れる目的で暴行・脅迫を加えた場合には二項強盜罪が成立するとしている。⁽⁸⁷⁾その理由とするところは、いったん詐欺罪が成立した以上は、財物の返還請求や代金支払請求をなしうるのであって、それらを暴行や脅迫の手段で

免れる場合には別個独立の犯罪として評価すべきであるという(88)ことにある。ドイツと同様の事案、すなわち、支払う意思がないのにガソリンを店員を欺いて給油させ、行為者の逃走を阻止しようとする店員に暴行等を加えて支払いを免れる場合に、二項強盗(致死傷)罪の成立を認めるのである。被告人がガソリンを詐取した後にも、ガソリンの代金支払請求権や返還請求権等が存在することは明らかである(89)。もともと、無銭飲食後に代金の支払いを免れる行為は新たに財産上の法益を侵害するものではないので、別個独立の詐欺罪は成立せず、代金支払いを免れるために暴行や脅迫を加えても、利益がないので二項強盗罪は成立せず、これを成立させると同一法益について刑罰的に二重評価になるとした判例もある(90)ことには注目すべきである。

学説では、返還請求を詐欺手段で免れることは、先行する財物に対する窃盗罪や詐欺罪の共罰的事後行為ないし不可罰的事後行為と考える説も、暴行等で代金請求を免れる場合には後の行為に二項強盗罪の成立を認めるのである。町野教授も、無銭飲食の場合や窃取した金銭を消費してしまった場合には代金請求権があるだけであるとされる。代金請求権は財物の所有権とは別個のものであるからその侵害は財産上の利益の侵害として別の財産犯を成立させることになる(91)とされる。古田検事(当時)も代金請求については、詐欺によっても債権・債務関係が成立する以上、前の詐欺によって得た財物や財産上の利益とは別個の客体、別個の侵害が可能であるので、飲食店で支払いの意思があるように装って飲食をした後に、店主に暴行・脅迫を加えて代金請求を免れれば二項強盗罪が成立するとされている(92)。窃盗罪又は詐欺罪と二項強盗罪等の罪数関係については、財産犯としての法益侵害の実質的同一性、事案による故意等の責任の一体性から包括的一罪を認め、あるいは強盗の自由・身体に対する罪としての性格を強調し、事案による責任の別個性を認めて併合罪とすることになる。

しかし、反対の見解も少数ながら存在する。大審院は、偽造した約束手形を差し入れて金員を借り受け詐取した後、手形期日にさらに偽造約束手形を差し入れて弁済の猶予を得た事案について、後の行為は新たな法益を侵害

するものではないとして二項詐欺罪の成立を否定した⁽⁹³⁾。この判例を主な根拠として、まず、詐欺後にさらに騙す手段で金員や物の返還請求を免れることは新たな法益侵害ではないとするものである。そして、代金債務を免れた場合も物の返還債務を免れる場合と同様に考える。その理由は、財物について詐欺罪が成立した以上、代金債務であれ、返還債務であれ、弁償金債務であれ、請求権の一つが満たされれば他の請求権は消滅するのであって、実質的には互いに他を代替していることにある。後の行為が暴行等を伴う場合も、財産上の利益、保護法益が存在しない以上二項強盗罪は成立しないとされる⁽⁹⁴⁾。

財物と代金請求権の客体の個別性を認めるとしても、そこから直ちに一項詐欺罪と別個に二項詐欺罪や二項強盗罪の成立を認めることはできない。無銭飲食において、料理を詐取するという場合には、支払意思や支払能力がないのにこれがあるかのように装って料理を注文することが欺罔の内容である。支払意思と支払能力は財産上重要な取引の前提であるからである。単に食べる意思がないのに食べる意思があるように装って料理を注文しても詐欺罪は成立しない。財物が交付されたことにどのような実質的な法益侵害があるかを問題にしなければならぬ。詐欺罪において、交付する財物について被欺罔者に明確な認識がある場合、反対給付がなされることが法益侵害の内容である⁽⁹⁵⁾。つまり、財物の詐取は代金支払いがなされないことをすでに法益侵害の内容としているのである。代金請求権について、改めて二項強盗罪等を成立させることは妥当ではないといえよう。

(7) BGH NJW 1984, 501. 通常の場合に、「支払請求を暴行等で免れることが強盗的恐喝罪を成立させる」とについて、F.C. Schroeder, Anmerk. zum § 249 StGB, 17, 1991, S. 682f.

(8) BGHSt. 25, 224 f. このような見解に立って、タクシーを支払いの意思なく運転させた後に、脅迫などでタクシー代金の支払いを免れる場合について、強盗的恐喝罪の成立を認めた。

(9) Kienapfel, Anmerk. zum § 249 StGB, JR 1984, S. 387f.

- (80) Wessels-Hiltenkamp, a. a. O., §17/37.
- (81) BGHSt. 41, 198.
- (82) BGH StV 1986, 530. また、この判例は二五二条が窃盗罪を前提とすることも重視する。先行するのが詐欺罪である場合には、この事例で仮に刑事が追いかけてきたとしてこれに暴行を振るって財物の取り戻しを阻止するような場合を捕捉する規定はないとする。したがって、強盗的恐喝罪は成立しないとするのである。この点では、二五二条の罪刑法定主義上の機能が、反対解釈を通して、先行するのが詐欺罪の場合の強盗(的恐喝)罪での不処罰を導くと考えられるのである。強盗的窃盗罪の構成要件は存在するが、強盗的詐欺罪の構成要件は存在しないことを強調するものとして、Mitsch a. a. O., §48, 86/6f; ders., JA 1997, S. 664f; Reniger, a. a. O., §11/29; Herdegen, a. a. O., §253 Rn. 36. また、連邦裁判所は、二五二条の構成要件の限界を空洞化させないために、窃盗犯の逃走を容易にするために脅迫のみを行った共犯者について、強盗的恐喝罪の共犯とした原判断を否定して、強盗的窃盗罪の共犯とした。BGH MDR 1991, 151. この判決について、Ehmschard, Zur Frage des Noetigungsmitels bei der Erpressung, JR 1991, S. 500.
- (83) Hiltenkamp, Jus 1997, S. 221. なお、ヒレンカンフは、商品を店員に見せることによつてはじめて売買契約が成立し、代金請求権が発生するのであつて、この判例の事案の様に、商品を隠してレジを通過する場合には、もともと代金請求権は発生しないという。S. 222. はじめから後の行為を行う意思がある場合には、後の行為による財産的損害が生じているか、例えば、行為者の氏名などを被害者は知っているのか等を改めて検討すべきであるとするものとして、Reniger, a. a. O., §11/30, §11/31.
- (84) BGH NSZ 2002, 33. Vgl. Herger, Anmerkung, JA 2002, S. 454.
- (85) BGH NSZ 2008, 627.
- (86) 註(66) 参照。
- (87) 札幌高判昭和三年六月二五日高刑集一〇巻五号四二三頁(詐欺罪と二項強盗致傷罪の併合罪)、大分地判昭和二年九月二六日判時八七九号一六一頁(詐欺罪と二項強盗致傷罪の併合罪)、東京高判昭和二年一月九日刑月九卷一一二二七九八頁(詐欺罪と二項強盗致傷罪の併合罪)、大阪地判昭和五七年七月九日判時一〇八三号一五八頁(但し、詐欺罪は起訴されていない事案)等。最近のものとしては、神戸地判平成一六年一月二九日TKC2410613(ガソリンの詐欺罪とその代金請求を免れるための強盗殺人未遂罪を包括一罪とした)、大阪地判平成一八年四月一〇日判タ一二二二号三二七頁(ガソリンの詐欺罪とその代金請求権、返還請求権、損害賠償請求権を免れるための傷害についての強盗致死傷罪を包括一罪とした)、大阪地判平成二〇年八月八日TKC28145419(タクシーの無賃乗車の詐欺罪と料金債務を免れるための強盗致死罪を包括一罪とした)等。
- (88) 札幌高判昭和三年六月二五日高刑集一〇巻五号四二三頁。
- (89) 大阪地判平成一八年四月一〇日判タ一二二二号三二七頁。
- (90) 神戸地判昭和三四年九月二五日日刑集一卷九号二〇六九頁(二項詐欺罪と殺人罪の併合罪とする)。

(91) 町野・前掲書一四四頁、一四五頁。

(92) 古田・前掲論文六八頁。同様の見解として、平本・前掲論文四二〇頁註二〇。小西秀宣「無銭飲食後、暴行傷害を加えて代金の支払いを免れた場合の擬律」研修三六一号（一九八三年）三四一頁以下。町野・前掲書一四四頁以下。社会学的に見てこの帰結を肯定されるものとして、長島敦・刑法判例研究Ⅰ（一九六六年）三八八頁。

(93) 大判大正二年一〇月三〇日刑録一九輯一〇七三号。

(94) 安村和雄「一 欺罔者が財物を騙取した後それに相当する金員の請求を受けてその支払いを免れるために被欺罔者に暴行を加えて傷害におよんだ場合と強盗致死傷の成否 二 刑法第三三六条第二項にいう不法利得には被害者の処分行為を要するか」判タ八五号（一九五八年）二二頁以下。

(95) 山口厚「クレジットカードの不正使用と詐欺罪の成否」新判例からみた刑法二〇四頁以下、同「文書の不正取得と詐欺罪の成否」新判例からみた刑法二一八頁以下参照。

結 語

事後強盗罪は財物に対する犯罪であって、返還請求権に対する犯罪ではない。

先行する窃盗や詐欺によって得た財物の取り戻しを被害者等への暴行等によって妨げようとする場合、二項強盗罪は成立しない。財物を詐取した後の代金請求を被害者等への暴行等によって妨げる場合も同様である。本稿ではこれらのことを二項強盗罪の客体である財産上の利益の観点から導いた。

しかし、背景には事後強盗罪の罪刑法定主義上の意義がある。谷口裁判官や町野教授はこれを徹底させて、事後強盗罪に当たらない場合には、財物の返還請求権に対する二項強盗を成立させてはならないと考えられた。ドイツでは、窃盗や詐欺の後の暴行等による財物の取り戻しが強盗的恐喝罪を成立させない理由を共罰的事後行為と考えるにせよ、財産上の利益がないと考えるにせよ、判例も学説も、二五二条の反対解釈を一つの根拠、決定的とはいえず、少なくとも重要な根拠としてしているのである。わが国では「罪刑法定主義の感覚」⁹⁶に問題があるのであ

ろうか。⁽⁹⁷⁾

(96) 平野龍一「文書偽造の二、三の問題」同・刑事法研究第二卷・Ⅱ(犯罪論の諸問題(下)各論・一九八二年)四一六頁。

(97) なお、本稿のように考えた場合には、後行する二項強盗罪のみで起訴された場合に、被告人がその成立を否定するために先行する窃盗罪や詐欺罪の成立を主張できるかが問題となる。高木俊夫「訴訟の場から見ると不可罰的事後行為」河上和雄先生古稀祝賀論文集(二〇〇三年)二七九頁、二八六頁註(6)は、罪数は先験的な犯罪事実についてではなく、訴因となり立証された事実についてのみ論じるべきであるとする立場から、窃盗後の器物損壊について、器物損壊罪のみで起訴された場合に、その成立を否定するために、先行する窃盗罪の存在を主張できないとされる。しかし、訴訟外の事実ではあるが、訴因と関連性の認められる事実であるので、他の犯罪阻却事由と同様にその主張は認められると解する。宇藤崇「不可罰的(共罰的)事後行為——訴訟法の見地から——」刑事法ジャーナル一四号(二〇〇九年)四〇頁以下参照。それに従って訴因を追加するかは検察官に委ねられる。