

2-36-4

第236条 (強盗) 《新司H22-18》

- I 暴行又は脅迫を用いて他人の財物を強取した者は、強盗の罪とし、5年以上の有期懲役に処する。
- II 前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする。

【1項強盗罪】

一 意義

強盗罪は、財産罪であるとともに、暴行・脅迫を手段とする点において、被害者の生命・身体・自由等に対する罪としての性質をも併せもっている。それゆえ、窃盗罪とは盗取罪という点で共通するが、性質は全く同じというわけではない。

二 客体

他人の占有する他人の財物である（【財産罪総論】三 財産罪の客体1 財物参照）。

自己の財物でも、他人が占有しているか、又は公務所の命令により他人が看守しているときは他人の財物とみなされる（242条）。不動産は強盗利得罪（236条2項）の客体となり、本罪の客体とはならない。

三 行為

「暴行又は脅迫」を用いて、他人の財物を「強取」することである。

1 暴行・脅迫

- (1) 暴行・脅迫とは、それぞれ最狭義の暴行・脅迫をいい、相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであることを要する（最判昭24.2.8）。

「暴行」は、相手方の反抗を不可能又は著しく困難にする有形力の行使であれば、物に対して加えられたものでも「暴行」に当たる。暴行の相手方は財物強取の障害になる者であれば足り、財物の所有者・占有者であることは必要でない（大判大元.9.6）。また、暴行の相手方が（反抗するに足りる）十分な意思能力を持っていることも必要でない（最判昭22.11.26）。

「脅迫」の内容としての害悪の種類・性質には制限はない。

- (2) ☆ (論点) 暴行・脅迫の程度の判断基準

① 学説

A説 主観説

行為者が相手方の反抗を抑圧し得ることを予見したかどうかを基準にする。

B説 客観説

社会通念上一般の見地から相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものといえるか否かを基準にする（最判昭23.11.18, 百選II38事件）。その具体的判断基準は、社会通念上一般の見地から判断を行うので、(ア)被害者側の事情、(イ)行為の状況、(ウ)行為者側の事情を総合的に考慮する。

② 各説の帰結

- (i) 通常ならば相手方の反抗を抑圧できる程度の暴行・脅迫を加えたところ、被害者が豪胆であったので、反抗を抑圧されなかった場合

主観説→行為者が相手方が豪胆なことを知っていれば、強盗の実行の着手を認めることができず、恐喝罪の成否が問題となる。

客観説→行為者が相手方が豪胆なことを知らずとも、強盗の実行の着手を認めることができる（最判昭23.6.26）。

(ii) 軽微な暴行・脅迫を加えたところ、被害者が臆病であったので、反抗を抑圧された場合

主観説→行為者が、被害者が臆病なことを知っていれば、強盗の実行行為となる。

客観説→争いがある。

B₁説 被害者が臆病であることを行為者が認識して軽微な暴行・脅迫を加えた場合には犯行を抑圧するに足りる暴行・脅迫になるとの説

〔理由〕 暴行・脅迫の程度を客観的に判断することと、その判断の基礎事情に行為者の認識内容を取り込むこととは必ずしも矛盾しない。

B₂説 強盗罪の実行行為としての暴行・脅迫の存否は客観的に判断されるべきであり、強盗罪は成立しないとす説（恐喝罪が成立する）

〔理由〕 行為者の主観により結論に差を設けるべきではなく、強盗手段としての定型性を欠く軽微な暴行・脅迫については構成要件該当性を認めることはできない。

(3) ☆ (論点) 不意打ちと強盗

相手方に暴行を加え、その虚をついて所持品を奪取する行為が強取といえるか。

A説 窃盗罪が成立する。

〔理由〕 単に被害者の虚に乗じたにすぎず、反抗を抑圧する手段を講じたわけではない。

B説 相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行に達したか否かにより窃盗罪と強盗罪とを区別する（前田・大谷）。

〔理由〕 相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行が行われた以上、強盗罪の成立を否定すべきではない。

※ B説によれば、スリがぶつかりざまにすり盗る行為、単純なひったくり行為は窃盗罪にあたる。

◎ 最決昭45.12.22

夜間人通りの少ない場所で通行中の女性の所持しているハンドバッグを窃取する目的で、被告人が自動車を運転して近づき自動車の窓からその女性のハンドバッグの下げ紐をつかんで引っ張ったところ、その女性がこれを奪われまいと離さなかったため、更に奪取の目的を達成しようとして、その下げ紐をつかんだまま自動車を進行させ車体に接触させたり道路脇の電柱に衝突させたりして、その女性に傷害を負わせた。この場合に、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ったとして強盗致傷罪の成立を肯定した原審の判断を支持した。

2 「強取」とは、暴行・脅迫を用いて相手方の反抗を抑圧し、その意思によらずに財物を自己又は第三者の占有に移す行為をいう。暴行・脅迫と財物奪取との間に因果関係が必要である。強盗罪は暴行・脅迫を手段とする財産罪だからである。

◎ 最判昭23.12.24《新司H22-18》

相手方の反抗が抑圧されている状態の下で、被害者が知らない間に占有を移す場合でも、知らなかったことが暴行・脅迫に基づく限り、強取となる。

- ☆ (論点) 暴行・脅迫を加えたが、憐れみなどの動機で相手方が任意に財物を交付した場合
- A説 強盗既遂罪成立(最判昭24.2.8)
〔理由〕 客観的に反抗を抑圧するに足りる行為が行われ、それと財物交付との間に条件関係がある以上、強取というべきである。
- B説 強盗未遂罪成立(通説)
〔理由〕 相手方が任意に財物を交付する以上、暴行・脅迫と財物奪取の間に因果関係を認めることができない。
- ☆ (論点) 単なる暴行・脅迫の意思で「暴行又は脅迫」を行い、結果として相手方が反抗抑圧状態となった後に、財物奪取の意思を生じて財物を奪った場合
- A説 暴行罪又は脅迫罪と窃盗罪の併合罪(通説)
〔理由〕 暴行・脅迫は財物奪取の手段として行われることを要する。
- B説 強盗罪(藤木)
〔理由〕 抵抗不能の状態を意図的に利用した以上、全体として見て暴行・脅迫を手段として奪った場合と同視できる。

◎ 東京高判昭48.3.26

刑法236条1項「の強盗罪は相手方の反抗を抑圧するに足りる暴行または脅迫を手段として財物を奪取することによって成立する犯罪であるから、その暴行または脅迫は財物奪取の目的をもつてなされるものでなければならない。それゆえ、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っているのが通例であろうから、その後の暴行・脅迫は通常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。しかし、いずれにしても、さらに暴行または脅迫の行なわれることを要することには変りはない。)」

◎ 東京高判平20.3.19(百選Ⅱ41事件)

「強制わいせつの目的による暴行・脅迫が終了した後に、新たに財物取得の意思を生じ、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、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…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。」

- ☆ (論点) 暴行・脅迫の意思で暴行・脅迫を加え、後に財物奪取の意思で更に「暴行又は脅迫」を加えて財物を奪った場合
- A説 強盗罪が成立する(東京高判昭48.3.26, 前田)。
〔理由〕 被害者が同じである以上、暴行・脅迫は強盗罪に包括される。
- B説 暴行罪・脅迫罪と強盗罪の併合罪になる(大谷)。
〔理由〕 暴行・脅迫は財物奪取の手段として行われることを要する。

☆ (論点) 反抗を抑圧するに足る暴行・脅迫が加えられたのに、被害者の反抗は抑圧されず、恐怖心しか生じなかった場合

A説 強盗既遂罪 (最判昭24. 2. 8)

[理由] 客観的に強盗手段が用いられ、相手方の交付による財物取得が認められる以上、強取というべきである。

B説 強盗未遂罪 (団藤・大塚)

[理由] 相手方の反抗が抑圧されていない以上、強盗罪の実行行為と結果の間に因果関係が認められない。

☆ (論点) 相手方を殺害後、財物奪取の意思を生じ、財物を奪った場合 (「【窃盗罪】二 客体3 (3)占有の主体」参照)

A説 窃盗罪と殺人罪の併合罪 (最判昭41. 4. 8, 百選II 29事件)

B説 占有離脱物横領罪と殺人罪の併合罪 (大谷)

☆ (論点) 強制性交等後相手方の女性の畏怖に乗じて財物を奪取した場合

A説 強制性交等罪と窃盗罪の併合罪 (多数説)

[理由] 財物奪取の目的を欠く暴行・脅迫を強盗の手段としての暴行・脅迫と評価することはできない。

B説 強制性交等罪と強盗罪の併合罪 (大判昭19. 11. 24)

[理由] 強盗罪と強制性交等罪は手段である暴行・脅迫が共通する犯罪類型であるので、強制性交等の目的の暴行・脅迫を強盗の手段である暴行・脅迫と評価することができる。

※ 以上の点につき対立はあるが、暴行・脅迫後財物奪取の意思を生じ、その後更に暴行・脅迫を加えて財物を奪取した場合には強盗罪が成立することに争いはない。

四 着手時期・既遂時期

1 着手時期は、強取の目的で暴行・脅迫を開始した時である。

窃盗の実行に着手した者が居直って財物奪取のために暴行・脅迫を行った場合 (居直り強盗) も暴行・脅迫を開始したときが強盗罪の着手時期である。

2 既遂時期は、強取によって被害者の財物に対する占有を排除し行為者又は第三者がこれを取得したときである (最判昭24. 6. 14)。

☆ (論点) 窃盗犯人が財物窃取後に居直って暴行・脅迫を加えたが、新たな財物奪取に失敗した場合

A説 強盗既遂罪 (広島高判昭32. 9. 25, 大谷)。

[理由] 一度物を盗ってその直後に暴行・脅迫が加えられているので、これらを全体として評価すべきである。

B説 窃盗既遂罪と強盗未遂罪 (東京地判昭55. 10. 30, 前田)

[理由] 暴行・脅迫と全く因果性のない財物取得をもって強盗の既遂を認めるのは無理である。

五 主観的要件

故意は、暴行・脅迫を加えて相手方の反抗を抑圧し、財物を強取することの認識である。故意の他に不法領得の意思の要否・内容について争いがある (「【財産罪総論】五 不法領得の意思」参照)。

六 罪数・他罪との関連

1 罪数は占有の個数に応じて決定される。複数の者に対して暴行・脅迫を加えたとしても、一個の占有を侵害して財物を強取する場合、強盗罪一罪となる。

- ◎ 最判昭22. 11. 29
一個の脅迫行為により同時に数人から所持金を強取する場合、強盗罪の観念的競合となる。
- ◎ 高松高判昭28. 7. 27
同一機会に窃盗行為を行い、続いて強盗の意思で暴行・脅迫を加えて財物を強取した場合、同じ被害者から窃取し、引き続いて強取した以上、前者は後者に包括され、強盗罪一罪となる。

2 他罪との関係

- (1) 住居侵入罪と強盗罪とは、牽連犯となる。
- (2) 強制性交等の後に財物を強取した場合は、強盗・強制性交等罪一罪が成立する。

【2項強盗罪（強盗利得罪）】

一 客体

財産上の利益

不動産に対する占有も財産上の利益となる（通説）（235条の2参照）。

二 行為

暴行・脅迫をもって財産上不法な利益を得、又は他人をしてこれを得させること。

- 1 「財産上不法の利益を得」とは、「不法」な利益を得ることではなく、利益を不法に得ることをいう。利益を得る方法（奪取手段）が違法であることに本質がある。
- 2 不法な原因に基づいて債務を免除させた場合でも強盗利得罪の成立を認めることができる。たとえ不法な原因に基づく債務でも、財産罪の保護法益が（平穏な）占有であることとの均衡を考えると、一応適法とみられるような利益であれば、刑法上保護に値するからである。

- ◎ 名古屋高判昭35. 12. 26
暴行・脅迫によりいわゆる白タクシー料金を免れた場合に強盗利得罪が成立する。
- ◎ 最決昭61. 11. 18（百選Ⅱ39事件）《新司H22-18》
「被告人による拳銃発射行為は、Aを殺害して同人に対する本件覚せい剤の返還ないし買主が支払うべきものとされていたその代金の支払を免れるという財産上不法の利益を得るためになされたことが明らかであるから、右行為はいわゆる2項強盗による強盗殺人未遂罪に当たるといふべきであり…、先行する本件覚せい剤取得行為がそれ自体としては、窃盗罪又は詐欺罪のいずれに当たるにせよ、…本件は、その罪と（2項）強盗殺人未遂罪のいわゆる包括一罪として重い後者の刑で処断すべきものと解するのが相当である。」
- ◎ 広島地判昭43. 12. 24
売春代金の支払を暴行・脅迫により免れた場合、売春行為が公序に反するものであり、売春代金を得る利益が一応適法なものであるということができないので、刑法上保護に値しないから強盗利得罪は成立しない。

三 財産上の利益の移転

1 ☆（論点）処分行為の要否

(1) 問題点

財産上の利益を移転したというためには、被害者の処分行為を要するか。詐欺利得罪（246条2項）、恐喝利得罪（249条2項）においては、被害者の処分行為が必要であることから、2項強盗罪においても被害者の処分行為が必要かどうかが問題となる。

(2) 学説

A説 必要説

〔理由〕① 利益移転の明確性を図る。

② 他の利得罪(246条2項, 249条2項)との均衡を考慮すべきである。

B説 不要説(最判昭32.9.13, 百選Ⅱ40事件, 通説)

〔理由〕① 処分行為は単に利益の移転を明確にするために要求するものではない。

② 強盗罪は相手方の反抗を抑圧した状態で財物・利益を取得する点に特色があるので、相手方の自由な意思決定に基づく処分行為を想定できない。

※ もっとも、B説(不要説)は、財産上の利益移転の明確化を図るため、暴行・脅迫によって現実に財産上の利益を取得するか、少なくとも利益の取得を現実に可能にするものであることを要求する。したがって、単なる相続人の地位を取得するにすぎない場合には、財産上の利益の取得は現実のものとならないから、強盗利得罪を構成しない。

2 ☆ (論点) 利益の移転性

被害者の処分行為が不要であるとしても、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産上の利益の移転を要するとされる。

例えば、債務の支払いを免れる目的で債権者を殺害した場合には、債権の存在を示す記録が存在しない等、債権者以外の者により債権の行使が不可能で、債権者の死亡により債務の支払いを事実上免脱した状態になったことを要するとして、利益移転の認定を限定すべきと解されている(山口・西田)。

これに対し、裁判例においては、支払いの一時猶予の場合も移転性を肯定し、2項強盗罪の成立を認めるものがある(大阪高判昭59.11.28)。

◎ 最判昭32.9.13(百選Ⅱ40事件)

身寄りのない老人の債権者を殺害し事実上債権者としての支払請求をできなくしようとして、殺害の目的を遂げるに至らなかった事案につき、強盗利得罪を適用し、強盗殺人未遂罪の成立を認めた。

◎ 大阪高判昭59.11.28

債権者を殺して債務の支払を免れた場合に、殺害の結果、債権の相続人による速やかな債権の行使が相当期間不可能となったとして、強盗殺人罪が成立する。

◎ 東京高判平元.2.27

推定相続人である子が両親を殺害し、相続を開始させて財産上の利益を得ようと企てた事案について、相続の開始による財産の承継は任意の処分の観念を入れる余地がないので、財産上の利益とはいえないとして、強盗殺人罪の成立を否定した。

◎ 神戸地判平17.4.26

本件は、被告人らが、個室マッサージ店の実質的経営者であった被害者を殺害し、被告人Aにおいて同店舗の経営を承継したとして、経営上の権益を強取したという2項強盗殺人罪で起訴された事案である。ここでいう「経営上の権益」とは、被害者が実質的に経営する会社や店舗の什器備品・従業員等を利用して同店舗等を営業し、その売上金を収受することを含む有形無形の利益として捉えられている。

本判決は、被告人Aが被害者を殺害後、すぐに同店の経営に乗り出していることや経営を掌握することを動機として本件犯行に及んでいることなどから、被告人らが被害者を殺害することによって「経営上の権益」を入手したと見る余地もないではないとしている。もっとも、同店を経営する地位は被害者の一身専属的な意味合いが強く、被告人Aが被害者を殺害後、同店の後継者

として実質的に経営を掌握したのは、被害者が死亡したことによって得られた事実上の利益にすぎず、経営上の権益が被害者から行為者に移転したとはいえないとして、2項強盗殺人罪の成立を否定した。

◎ 東京高判平21. 11. 16 (重判平23刑法4事件)

【事案】

被告人は、金品窃取の目的で無施錠の玄関ドアから被害者方に侵入した。被告人は台所兼居間で被害者が寝ていることを確認するとともに、隣の南側和室に財布が入ったバッグがあることを発見し、被害者が目を覚ましてもすぐには見えない同和室の隅の壁際に同バッグを移動した上で、中から財布を取り出して中身を確認した。同財布の中に現金は6000円程度しか入っていなかったものの、本件口座のものを含む数枚のキャッシュカードが入っていたことから、被告人は、被害者を包丁で脅して暗証番号を聞き出し、キャッシュカードで現金を引き出そうと決意した。そして、帰る際に持って行けばいいと考えてキャッシュカードの入った財布を同和室の隅に置いておいたバッグに戻した上、包丁を台所から持ち出し、これを被害者に突き付けながら、「静かにしろ。一番金額が入っているキャッシュカードと暗証番号を教えろ。暗証番号を教えて黙っていれば、殺しはしない。」などと言って脅迫し、被害者は、やむなく本件口座の暗証番号を教えた。

【判旨】

「キャッシュカードを窃取した犯人が、被害者に暴行、脅迫を加え、その反抗を抑圧して、被害者から当該口座の暗証番号を聞き出した場合、犯人は、現金自動預払機(ATM)の操作により、キャッシュカードと暗証番号による機械的な本人確認手順を経るだけで、迅速かつ確実に、被害者の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けることができるようになる。このようにキャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといっても過言ではなく、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみるのが相当であって、キャッシュカードを窃取した犯人が被害者からその暗証番号を聞き出した場合には、犯人は、被害者の預貯金債権そのものを取得するわけではないものの、同キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得たものというべきである。」

「原判決は、刑法236条2項の財産上の利益は移転性のあるものに限られるというのであるが、2項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必ずしも必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益(損害)を被るという関係があれば足りると解される(例えば、暴行、脅迫によって被害者の反抗を抑圧して、財産的価値を有する輸送の役務を提供させた場合にも2項強盗の罪が成立すると解されるが、このような場合に被害者が失うのは、当該役務を提供するのに必要な時間や労力、資源等であって、輸送の役務そのものではない)。そして、本件においては、被告人が、ATMを通して本件口座の預金の払戻しを受けることができる地位を得る反面において、本件被害者は、自らの預金を被告人によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるのであるから、2項強盗の罪の成立要件に欠けることはない。」

四 違法性阻却事由

☆ (論点) 権利を実行するに当たって相手方の反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫を加えた場合

A説 暴行・脅迫罪

B説 強盗利得罪(通説)

〔理由〕 権利の実行に当たっても、暴行・脅迫を用いることは許されない。

五 罪数・他罪との関連

1 ☆ (論点) タクシー運転手に暴行を加えて料金の支払を免れた上、売上金を強奪した場合

A説 強盗一罪(大谷・大塚)

〔理由〕 同一の被害者に対し一個の暴行・脅迫を加える以上、包括して評価すべきである。

B説 1項強盗罪と2項強盗罪の観念的競合

2 ☆ (論点) 詐取した財物について代金支払債務を免れるために被害者に暴行・脅迫を加えてその反抗を抑圧した場合 (『詐欺罪』十 罪数・他罪との関連5) 参照)

A説 1項詐欺罪と2項強盗罪との併合罪

B説 2項強盗罪一罪 (混合的包括一罪)

〔理由〕 実質的に同一の法益を侵害しているため

C説 1項詐欺罪と暴行罪・脅迫罪との併合罪

《過去問チェック》

- 「甲は、Xにばかにされて腹が立ち、Xに対し、その顔面を多数回殴打して顔面打撲傷の傷害を負わせた上、転倒させて意識を失わせたところ、Xのズボンのポケットからはみ出していた財布を見付けて欲しくなったため、それを抜き取って持ち帰った。」という事例では、Xに傷害を生じさせた有形力の行使が財物を奪取する意図でなされたものとは認められず、財物を奪取する意図でなされたものと認められる新たな暴行又は脅迫もないので、甲に窃盗罪と傷害罪が成立する。(旧司H20-56)
- 「甲は、昼間、通行人Xから現金を取ろうと思い、Xが自己にぶつかってきたと因縁を付け、Xの足を軽く蹴って擦過傷を負わせるとともに、『治療費を払え。』と申し向け、Xが、逆らうと更に暴力を振るわれるかもしれないと思って怖くなり、現金を渡してこの場を収めようと思って5000円を差し出してきたので、それを受け取って逃げた。」という事例では、Xに傷害を生じさせた有形力の行使が人の反抗を抑圧する程度のものとは認められないため、強盗罪の暴行には当たらず、甲に恐喝罪と傷害罪が成立する。(旧司H20-56)
- 強盗利得罪 (刑法第236条第2項) に関する次の1から4までの各記述を判例の立場に従って検討し、誤っているものを2個選びなさい。(新司H21-19)
1. 甲は、乙から、報酬を支払うから丙の腕時計を奪ってきてほしい旨の依頼を受け、丙にけん銃を突き付けて同人の腕時計を奪った後、その報酬として乙から現金を受け取った。この場合、甲には腕時計に関する強盗罪が成立するほか、報酬に関する強盗利得罪が成立する。
 2. 甲は、飲食店で食事をした後、財布がないことに気付いたため、そのまま逃走しようと企て、店員乙のすきを見て店から出たが、店長丙に見付かって飲食代金を請求されるや、同人の首に登山ナイフを突き付けて同人をひるませた上、その場から逃走して行方をくらませた。この場合、甲には強盗利得罪が成立する。
 3. 甲は、乙の運転するタクシーに乗車するや、同人の首に出刃包丁を突き付けて行き先を告げ、同所まで乙の意に反してタクシーを走行させた後、タクシー料金を支払わずに逃走して行方をくらませた。この場合、甲には強盗利得罪が成立する。
 4. 甲は、乙に金銭を貸し付けていたが、返済期限になっても同人が金銭を返済しないため、その居場所を知る丙の首に出刃包丁を突き付けて乙の所在に関する情報を聞き出し、その情報に基づいて乙の居場所を見付け、同人から貸付金の返済を受けた。この場合、甲には強盗利得罪が成立する。
 ☞ 1 誤り。甲は丙の反抗を抑圧して報酬を得たのではないので、別罪を構成するわけではないと考えられる。
 2 正しい。強盗利得罪が成立するためには、現実に行為者又は第三者が、事実上又は法律上、財産上の利益を取得した結果が生じることを要するが、本記述で、甲は丙の首に登山ナイフを突きつけるという「暴行」を加え、飲食代金を支払わずに逃走していることから、丙が後に代金を請求するのを不可能にしているので、事実上、財産上の利益を現実取得したといえる。
 3 正しい。労務の提供でも、それが対価を支払うべき場合には財産上の利益となり、本記述では、甲は乙の首に出刃包丁を突きつけるという「暴行」を加え、タクシーを走行させている。これはタクシーの運転という対価を支払うべき労務の提供を受けたといえるので、「財産上不法の利益」を得た(236条2項)といえる。
 4 誤り。236条2項の客体である財産上の利益は、「移転性のある利益」に限られ、情報については、その情報が不正に取得されても、情報の保有者から当該情報が失われるわけではないため、強盗罪などの移転罪の成立を肯定することができない。
- 甲は、乙に対し、金品を奪うために、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加え、その反抗を抑圧して乙から財布を奪ったが、乙は財布を奪われたことに気付かなかった。甲には強盗既遂罪が成立する。(新司H25-12)
 ☞ 正しい。最判昭23.12.24。

短答合格 F I L E (刑法)

- 甲は、空き巣を行う目的で乙宅に侵入したところ、たまたま留守番をしていた乙の甥である10歳の丙に発見され、金品を奪うために、丙に対し、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加え、その反抗を抑圧して寝室のタンス内にあった乙名義の預金通帳と印鑑を奪った。甲には強盗既遂罪が成立する。(新司H25-12)
- ☞正しい。最判昭22.11.26。
- 甲は、飲食店において、代金を支払う意思及び能力がないのに、店長乙をだまして酒食を注文し、飲食した後、代金の支払いを免れるために、乙に対し、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加え、その反抗を抑圧して逃走し、代金請求を免れた。甲には強盗既遂罪が成立する。(新司H25-12)
- ☞正しい。最決昭61.11.18(百選Ⅱ39事件)。
- 甲が、金品を奪う目的で、乙に暴行を加えてその反抗を抑圧したところ、乙は、持っていたバッグをその場に放置して逃走したことから、甲は、そのバッグを持ち去った。甲に強盗既遂罪は成立しない。(新司H26-14)
- ☞誤り。強盗罪が成立するためには、暴行・脅迫により、被害者の反抗を抑圧して財物を奪取すること、すなわち強取が必要であるが、被害者の処分行為は必要ではない。乙はバッグを放置して逃走し甲がそのバッグを持ち去っており、乙は処分行為を行っていないが、甲はバッグを強取しているため、強盗既遂罪が成立する。
- 甲は、タクシーの売上金を奪おうと考えて、乗客を装ってタクシーに乗り込み、行き先を指定して人気のない場所に誘導した上、同所で、乗車料金を請求してきた運転手の首元に鋭利なガラス片を突き付けて売上金を渡すよう要求したが、同運転手から抵抗されて売上金を手に入れることができず、そのままその場から立ち去った。この場合、甲には強盗未遂罪のみが成立する。(新司H28-16, 予備H28-10)
- ☞誤り。刑法236条。刑法236条1項と2項の強盗が同一機会に犯された場合には、包括して強盗一罪が成立すると考えられている。本問では、タクシーの運転手に暴行・脅迫を加えて売上金を強取しようとしたが、売上金を手に入れることができなかつたため刑法236条1項の強盗未遂罪が成立する(刑法243条1項, 236条1項)。また、料金の支払を免れていることについて、刑法236条2項の強盗既遂罪が成立する。よって、刑法236条1項と2項の強盗が同一の機会に犯された場合に当たるため、包括して強盗既遂罪一罪が成立することになる。

第237条(強盗予備)

強盗の罪を犯す目的で、その予備をした者は、2年以下の懲役に処する。

一 立法趣旨

強盗罪の犯罪としての重大性に基づき、予備行為も処罰する。

殺人予備罪(201条)と放火予備罪(113条)と同一の法定刑であるが、情状による刑の免除を定めていない点に特色を有する。

二 行為

- 1 強盗の目的をもって、その実行の準備行為をすること。
- 2 自己予備罪であるから、自ら強盗する目的が必要である。
- 3 強盗の決意の存在を客観的に認識できる外形的動作があり、かつその行為が強盗の実行に直接役立つことが必要である。

◎ 最判昭24.12.24

強盗を共謀して凶器のナイフなどを購入して徘徊する行為は強盗予備罪に当たる。

三 目的

- 1 暴行・脅迫により財物を強取する目的を必要とする。本罪は目的犯である。
目的は確定的なものであることを要する(大阪高判昭43.11.28)。
- 2 ☆ (論点) 事後強盗(238条)の目的が強盗の目的に含まれるか
A説 否定説(大塚)

〔理由〕① 事後強盗罪は強盗予備罪の条文より後に規定されている。

② 事後強盗は窃盗を前提とするところ、窃盗の予備が不可罰である以上、事後強盗の予備も均衡上不可罰とすべきである。

B説 肯定説（最決昭54. 11. 19, 百選II 43事件, 通説）

〔理由〕① 238条に「強盗として論ずる」と規定されている。

② 事後強盗の目的であっても、その意図が強固であれば、強盗行為に至る可能性が高い。

《過去問チェック》

□ 次の1から5までの各記述のうち、事後強盗の予備行為に強盗予備罪の成立を認める見解の根拠となり得るものを2個選びなさい。(新司H24-19)

1. 窃盗の実行に着手した後、財物窃取前に被害者に発見されたため、同人に暴行・脅迫を加えて財物を強取するいわゆる居直り強盗の場合と、事後強盗の場合を、予備段階で区別するのは実際上困難であり、両者の処罰に差異を設けることは妥当でない。
2. 条文の配置上、事後強盗罪の処罰規定が強盗予備罪の処罰規定の後に規定されていることを考慮すべきである。
3. 実質的に窃盗の予備を処罰することになる。
4. 事後強盗罪に関する刑法第238条は、「強盗として論ずる。」と規定している。
5. 事後強盗罪は、窃盗犯人であることを身分とする身分犯であり、身分犯の予備行為は、身分者でなければ行うことができない。

☞ 1 根拠となり得る。事後強盗の予備行為に強盗予備罪の成立を認める見解は、強盗目的で予備を行った者を処罰の対象とする強盗予備罪（237条）の「強盗の目的」には、事後強盗（238条）の罪を犯す目的も含まれると解するものである。そして、この見解は、居直り強盗の目的と事後強盗の目的の差は紙一重であり、予備段階において、236条で把握される居直り強盗と事後強盗を区別することは困難であるから、一方のみを予備罪で処罰し他方を処罰しないのは妥当ではないことを論拠の一つとして挙げる。

2 根拠となり得ない。事後強盗の予備行為に強盗予備罪の成立を認めない見解は、予備罪が処罰される場合、通常本罪の後に予備罪の条文が配置されるところ、条文の配列が238条の前に予備罪があることを理由として、事後強盗の予備行為に強盗予備罪の成立を否定する。

3 根拠となり得ない。事後強盗の予備行為に強盗予備罪の成立を認めない見解は、事後強盗罪は、窃盗の存在しない場合には存在し得ないのであり、窃盗の予備を罰していない刑法の解釈として、事後強盗の予備を考えるのは不都合であるとしている。

4 根拠となり得る。事後強盗の予備行為に強盗予備罪の成立を認める見解は、237条の「強盗の罪を犯す目的」に事後強盗の目的が含まれることを根拠としている。その理由として、238条が事後強盗を強盗として論ずると規定していることを挙げている。

5 根拠となり得ない。事後強盗の予備行為に強盗予備罪の成立を認めない見解は、事後強盗罪の主体である「窃盗」とは、窃盗の実行行為に着手した者すなわち窃盗犯人をいい、事後強盗は一種の身分犯であるから、窃盗の存在しないところに事後強盗はあり得ず、事後強盗の予備行為に対する強盗予備罪の成立を否定する。

□ 甲は、深夜、事務所で窃盗をしようと考え、窃盗の際に誰かに発見されたら包丁で脅して逃げるため、これを携帯しながら盗みに入ることができそうな事務所を探して街をはいかいしていたが、悔悟の念を生じたため、盗みに入ることを断念した。甲に強盗予備罪の中止犯は成立しない。(新司H26-14)

☞ 正しい。最決昭54. 11. 19。(百選II 43事件)。

2-36-5

第238条 (事後強盗)

窃盗が、財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫をしたときは、強盗として論ずる。

一 意義

窃盗犯人が犯行を終了し、あるいは窃盗の意思を放棄して現場を離れる際に、暴行・脅迫を加えることが多いという刑事学上の実態に着目し、人身の安全の保護の観点から、強盗罪に準ずる犯罪としたものである(準強盗罪)。

☆ (論点) 事後強盗と居直り強盗の区別

事後強盗(238条)と居直り強盗(236条1項)との区別は、窃取行為に着手した後に加えた暴行・脅迫が、更に財物を取得する目的でなされたか(居直り強盗)、それとも、財物の取還を防ぐとか、逮捕を免れるとか罪跡を隠滅するためになされているか(事後強盗)による。両目的があったときは、236条1項の強盗罪である。

二 主体

「窃盗」とは、窃盗犯人であり、未遂犯であると既遂犯であると問わない。

もっとも、財物の取還を防ぐために暴行・脅迫を加える場合には窃盗罪は既遂であることが前提となる。

◎ 大判昭7.12.12《新司H23-10, 新司H23-13》

いやしくも窃盗の現場で逮捕を免れもしくは罪跡を隠滅するため、暴行または脅迫をした場合は、窃盗の未遂・既遂を問わず、刑法238条後段の規定により強盗をもって論ずる。

☆ (論点) 事後強盗罪は身分犯か

A説 非身分犯説 「窃盗」は実行行為の一部を規定するものである。

[理由] 事後強盗罪は強盗罪と同様に、財産犯・利欲犯であるから窃盗行為を実行行為から排除することはできない。

B説 身分犯説 「窃盗」は犯罪の主体を規定するものである(上記参照)。

[理由] ① 身分の定義にあてはまる。

② 条文の文言から「窃盗が」とは、犯罪主体について規定したと解するのがもっとも自然な文理解釈である。

B説に立ったとしても、更に真正身分犯と解するか、不真正身分犯と解するか争いがある。

B₁説 真正身分犯説(大阪高判昭62.7.17, 百選I93事件, 前田)

[理由] ① 事後強盗罪は財産犯であり、窃盗犯人でなければなし得ない犯罪類型と考えるべきである。

② 不真正身分犯とすると、65条2項の「通常の刑」が暴行・脅迫罪の刑を意味することになるが、これは事後強盗罪が財産犯である点を無視するものである。

B₂説 不真正身分犯説(東京地判昭60.3.19, 多数説)

[理由] 窃盗犯人でない者が暴行・脅迫を加えた場合にも、同じく事後強盗罪の成立を認めることはあまりにも重い刑を科するものであり、實際上、傷害罪や傷害致死罪の刑の範囲内の処罰で十分なので不都合はない。

[批判] B₂説のように解すると、事後強盗罪は暴行・脅迫罪の加重類型ということになるが、事後強盗の罪質は、財産犯のはずである。

☆ (論点) 事後強盗罪と共犯の問題

1 問題点

窃盗犯人でない者が窃盗犯人である者と意思疎通の上、238条所定の目的をもって共同して被害者に暴行を加えた場合に窃盗犯人でない者の罪責はどうなるか。

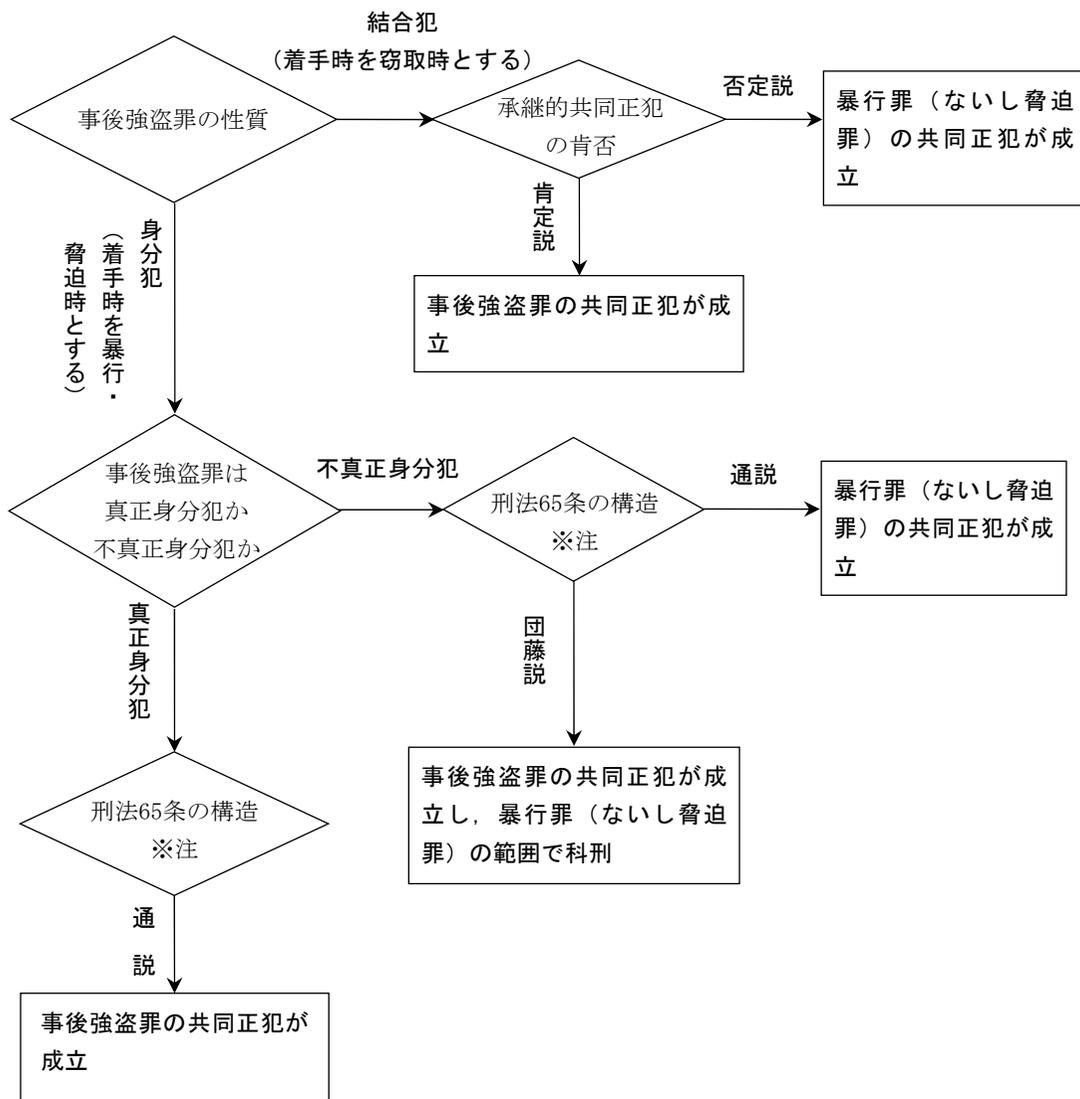
2 解釈

A説(非身分犯説)→承継的共犯の問題として処理することになる。

[批判] 承継的共同正犯の意義については、先行者による実行行為の一部が終了した後、その結果が発生する以前に、後行者が先行者との意思連絡の下に、事後の行為を共同して行う場合をいう。事後強盗罪の実行の着手時期は、暴行・脅迫を開始した時点である。そうだとすれば、窃取行為は実行行為ではなく、暴行の開始時点は両共犯者ともに同時である。したがって、承継的共同正犯の概念には当たらないのではないか、という疑問が提起される。

B説(身分犯説)→共犯と身分の問題(この場合は、非身分者の身分者への加功の問題)として処理することになる(「【共犯と身分】(65条)」参照)。

(図表) 事後強盗の共犯の処理



※注 刑法65条の構造

通説：1項で真正身分犯の成立と科刑を規定し、2項で不真正身分犯の成立と科刑を規定しているとする見解

団藤説：1項ですべての身分犯における犯罪の成立について規定し、2項で不真正身分犯の科刑について規定しているとする見解

三 行為

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、又は罪跡を隠滅するために、暴行・脅迫をすることである。

- 1 「暴行又は脅迫」とは、相手方に対する有形力の不法な行使、害悪の告知をいい、その程度は相手方の反抗を不能若しくは著しく困難にするものであることを要する。暴行・脅迫の相手

方は窃盗の被害者に限らない。

- 2 暴行・脅迫は窃盗の機会に行われることを要する。この判断は、窃盗行為と暴行・脅迫行為との場所的・時間的な近接等を基礎に行う。

◎ 広島高判昭28.5.27

犯行後30分経過し、現場から1km離れた場所で、被害者に財物を取り返されそうになり暴行を加えた場合には、事後強盗罪が成立する。(強盗傷人罪の事案)

◎ 東京高判昭27.6.26

現場から200mしか離れていなくても、窃盗とは無関係に警ら中の巡査から職務質問を受けたときに、逮捕を免れようとして暴行を加えた場合には、事後強盗罪は成立しない。

◎ 最決平14.2.14

被告人は、被害者宅で指輪を窃取後、犯行現場の真上の天井裏に潜んでいたところ、犯行の約1時間後に帰宅した被害者に窃盗被害及び被告人が天井裏に潜んでいることを察知された。犯行後約3時間後、被害者の通報により駆けつけた警察官に対し、逮捕を免れるため暴行を加え、傷害を負わせた。この場合、被告人は、上記窃盗の犯行後も、犯行現場の直近の場所にとどまり、被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況が継続していたのであるから、上記暴行は、窃盗の機会の継続中に行われたものというべきである。

◎ 最判平16.12.10 (百選II42事件)

被告人は、財布等を窃取した後、だれからも発見、追跡されることなく、いったん犯行現場を離れ(約1km)、ある程度の時間(約30分)を過ごしており、この間に、被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなったものというべきである。その後、再度窃盗をする目的で犯行現場に戻ったとしても、その際に行われた脅迫が、窃盗の機会の継続中に行われたものということとはできない。

四 目的

本罪は以下の所定の目的を必要とする目的犯である。

- 1 「財物を得てこれを取り返されることを防」ぐ目的とは、他人の占有を侵奪して事実上自己の占有下にある財物を被害者側に取り返されるのを阻止しようとする意図をいう。
- 2 「逮捕を免れ」る目的とは、窃盗未遂又は既遂の行為者が被害者などから取り押さえられて身柄を拘束されるのを阻止しようとする意図をいう。
- 3 「罪跡を隠滅する」目的とは、窃盗犯人が後日窃盗犯人として捜査官に検挙され、処罰されることとなると認められる罪跡を無にしようとする意図をいう。

五 既遂時期

- 1 窃盗行為が既遂か未遂かによって区別する(最判昭24.7.9, 通説)。通常の強盗罪は財物の取得を基準に既遂・未遂を判断するところ、これに準ずる事後強盗罪も強盗の場合と同様に考えるべきだからである。
- 2 事後強盗罪が成立すれば、窃盗は本罪に吸収される。

《過去問チェック》

- 事後強盗罪を身分犯ではなく結合犯であると解する見解によれば、暴行又は脅迫行為からの関与者の罪責を検討する上で、承継的共同正犯の成否が重要な問題になる。(旧司H11-57)
- 「甲は、金品を窃取する目的でX方居宅の敷地内に塀を乗り越えて侵入したところ、Xに見つかったので、逮捕を免れるため、Xの顔面を多数回殴打して顔面打撲傷の傷害を負わせて逃げた。」という事例では、窃盗罪の実行の着手がないため事後強盗罪も成立せず、甲に住居侵入罪と傷害罪が成立する。(旧司H20-56)

- 甲は、乙宅で財布を窃取し、誰からも追跡されることなく、約2キロメートル離れた場所まで徒歩で移動した後、窃取した財布の中を見たが、予想していたよりも現金が少なかったことから、再び窃盗を行う目的で乙宅に戻り、玄関を開けたところ、帰宅していた乙に発見され、逮捕を免れるために、乙に対し、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加えた。甲には事後強盗既遂罪は成立しない。(新司H25-12)
- ☞正しい。最判平16.12.10(百選II42事件)。判例は、「ある程度の時間を過ごしており、この間に、被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなったもの」としている。
- 甲は、電車内で乗客のポケットから財布を窃取した直後、その犯行状況を目撃して甲を逮捕しようとした警察官乙に対し、逮捕を免れるために、反抗を抑圧するに足りる程度の暴行を加えたが、乙に逮捕された。甲には事後強盗未遂罪が成立する。(新司H25-12)
- ☞誤り。最判昭24.7.9。判例は、事後強盗罪の既遂未遂は、先行する窃盗罪が既遂か未遂かによって決まるとする。
- 甲は、金品窃取の目的で乙方内を物色中、金品を手にする前に乙に見付かり、逮捕を免れるため、乙に暴行を加えてその反抗を抑圧し、逃走した。甲には事後強盗未遂罪が成立する。(新司H26-14)
- ☞正しい。甲は逮捕を免れるため、乙に暴行を加えてその反抗を抑圧しているところ、事後強盗罪(238条)の「窃盗」には未遂犯も含まれるから、事後強盗罪が成立する。そして、事後強盗が「強盗として論ずる」とされていることから、強盗罪と同様に、財物奪取について未遂の場合には、事後強盗罪は未遂となる。
- 事後強盗罪に関する次の1から5までの各記述を判例の立場に従って検討し、正しいものを2個選びなさい。(新司H27-16, 予備H27-10)
1. 窃盗既遂犯人のみが事後強盗罪の主体となる。
 2. 事後強盗罪は、強盗罪と同様、財物と財産上の利益について成立する。
 3. 窃盗犯人が窃盗の現場で逮捕を免れるために暴行・脅迫を加えた相手方が、現に当該窃盗犯人を逮捕する意図を有していなくても、事後強盗罪は成立する。
 4. 窃盗犯人が窃盗の現場で逮捕を免れるために相手方を殺害した場合、強盗殺人罪は成立しない。
 5. 強盗予備罪の「強盗の罪を犯す目的」には、事後強盗を犯す目的も含まれる。
- ☞1 誤り。最判昭24.7.9。判例は、238条は窃盗が既遂であることを必要とせず、窃盗が未遂の場合であっても、窃盗の現場において逮捕を免れ、若しくは罪跡を隠滅するため暴行又は脅迫をしたときは、強盗をもって論ずるとしている。
- 2 誤り。刑法238条。本罪の主体は「窃盗」犯人とされているところ、現行法上、利益窃盗は不可罰とされているから、財産上の利益を客体とする場合には、事後強盗罪は成立しない。
- 3 正しい。最判昭22.11.29。判例は、窃盗犯人が財物を得てこれを取り返されることを防ぎ又は逮捕を免れ、若しくは罪跡を隠滅するために、暴行又は脅迫を加えた以上、被害者において財産を取り返そうとしたか又は加害者を逮捕しようとする行為をしたかどうかを問わず強盗として論ずるとしている。238条にいう「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ、又は罪跡を隠滅する」目的は、いずれも主観的構成要件要素であるから、暴行・脅迫は、所定の目的で暴行・脅迫が行われれば足り、実際に財物の取り返しや逮捕行為が行われたか否かは問わないからである。
- 4 誤り。判例(大判昭6.7.8)は、240条の「強盗」には、236条の強盗犯人のみならず、事後強盗犯人(238条)も含まれるとしている。また、判例(大連判大11.12.22)は、強盗犯人が殺意をもって被害者を殺害した事案において、240条後段を適用するとしている。
- 5 正しい。最決昭54.11.19。
- 教授Xと学生Yは、事後強盗罪の共犯に関する事例について後記【会話】のとおり検討している。【会話】中の①から④までの()内から適切な語句を選んだ場合、正しいものの組合せは、後記1から5までのうちどれか。(新司H27-13)
- 【会話】
- 教授X. 窃盗犯人甲は、自己を逮捕しようとして追いつけられた被害者Vに対し、逮捕を免れる目的で、Vの反抗を抑圧する程度の暴行を加えました。甲にはどのような犯罪が成立しますか。
- 学生Y. 甲には事後強盗罪が成立します。
- 教授X. それでは、甲がVから追いつけられている時に、甲の知人乙が、偶然通り掛かり、その状況から甲がVの物を盗んだのだと認識し、甲と意思を通じて、甲の逮捕を免れさせる目的で、Vに対し、Vの反抗を抑圧する程度の暴行を加えた場合、乙の共犯としての罪責はどうなりますか。
- 学生Y. 事後強盗罪を真正身分犯と考え、刑法第65条についての判例の立場に立てば、乙には①(a. 刑

- 法第65条第1項により事後強盗罪・b. 刑法第65条第2項により暴行罪)が成立します。
- 教授X. 事後強盗罪を不真正身分犯と考える立場では、乙の共犯としての罪責はどうなりますか。
- 学生Y. 事後強盗罪を不真正身分犯と考えた上で、刑法第65条第1項は構成的身分及び加減的身分を通じて、身分犯における共犯の成立の規定であり、同条第2項は加減的身分について刑の個別作用を定めたものと解する立場に立てば、乙には②(c. 刑法第65条第1項により事後強盗罪が成立するが、同条第2項により暴行罪の刑を科す・d. 刑法第65条第1項と同条第2項の双方を適用して、暴行罪が成立する)こととなります。
- 教授X. 事後強盗罪を身分犯と考えない立場では、乙の共犯としての罪責はどうなりますか。
- 学生Y. 事後強盗罪を窃盗と暴行の結合犯と考える立場もあります。この立場に立ち、乙に事後強盗罪が成立するという考え方は、乙の承継的共同正犯を③(e. 肯定・f. 否定)しています。
- 教授X. 事後強盗罪を結合犯と考える立場に対しては、どのような批判がありますか。
- 学生Y. ④(g. 窃盗の既遂・未遂によって事後強盗罪の既遂・未遂が決まることを説明できない・h. 窃盗に着手しただけで事後強盗罪の未遂を肯定することになってしまうのではないかと)という批判があります。
- ☞①=a. ①には、直前の記述より、事後強盗罪を真正身分犯と考え、かつ、65条について判例の立場に立った場合に、乙に適用される条文及び成立する犯罪が入る。判例は、65条について、1項は真正(構成的)身分犯に関する規定、2項は不真正(加減的)身分犯に関する規定と解している(最判昭31.5.24)。判例の立場に立ち、事後強盗罪を真正身分犯と考えた場合、事後強盗罪の共犯である乙には「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。」とする65条1項が適用され、事後強盗罪が成立する。
- ②=c. ②には、直前の記述より、事後強盗罪を不真正身分犯と考え、かつ、65条について、1項は構成的身分及び加減的身分を通じた身分犯における共犯の成立の規定であり、2項は加減的身分について刑の個別作用を定めたものであると解する立場に立った場合に、乙に適用される条文及び成立する犯罪が入ることが分かる。そして、事後強盗罪を不真正身分犯すなわち加減的身分犯と考え、かつ、65条に関する上記見解に立った場合、加減的身分犯である事後強盗罪の共犯である乙に対する65条の適用及び成立する罪名並びに科刑は以下ようになる。まず、罪名につき、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。」と規定する65条1項が適用され、事後強盗罪が成立する。次に、科刑につき、「身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する。」と規定する同条2項が適用され、暴行罪の刑が科せられる。
- ③=e. ③には、直前の記述より、事後強盗罪を窃盗と暴行の結合犯と考えた場合に、その共犯である乙に事後強盗罪の成立を認める立場に立つ、承継的共同正犯の肯否が入ることが分かる。承継的共同正犯とは、先行者が既に実行行為の一部を終了した後、後行行為者が関与する形態の共犯のうち、共同実行の意思をもって参加した場合をいう。そして、事後強盗罪を窃盗と暴行の結合犯と考えた場合、乙は、先行者である甲が、既に実行行為の一部である窃盗を終了した後に、その事情を知った上、共同実行の意思をもって、後行行為である暴行に関与した者であり、承継的共同正犯に当たる。とすると、事後強盗罪を窃盗と暴行の結合犯と考えた上、乙に事後強盗罪を成立する立場は、乙の承継的共同正犯を肯定する立場である。
- ④=h. ④には、直前の記述より、事後強盗罪を結合犯と考える立場に対する批判が入ることが分かる。事後強盗罪を窃盗と暴行の結合犯と考えると、窃取行為も事後強盗罪の実行行為だということになる。とすると、窃盗に着手した時点で、事後強盗罪の実行行為への着手が認められ、事後強盗罪の未遂が肯定されてしまうのではないかとという批判が向けられている。
- 次の【事例】に関する後記アからオまでの各【記述】を判例の立場に従って検討した場合、誤っているものの個数を後記1から5までの中から選びなさい。(新司R1-20, 予備R1-13)

【事例】

甲は、友人乙から、借金の返済に窮している旨の相談をされ、乙に対し、「実家に親父の高級腕時計がある。それを盗んで売りさばれば金になる。」と提案し、甲と別居する甲の実父V方からV所有の腕時計を盗むことを唆した。乙は、甲の提案を受け、V方に窃盗に入ることにしたが、仮に、窃盗を行う際にVらに見付かって逮捕されそうになった場合には、Vらをナイフで脅してこれを抑圧し、逃走しようと考えた。

乙は、某日午後0時頃、前記の意図でナイフを購入し、それを携帯してV方に向かい、同日午後1時頃、腕時計を盗む目的で、V方に窓から侵入した上、寝室でV所有の腕時計(時価100万円相当)を窃取した。乙は、その後間もなく、V方玄関ドアの施錠を外して戸外に出て、誰からも発見、追跡されることなく、V方から約1キ

ロメートル離れた公園まで逃げた。乙は、同所において、やはり現金も欲しいと考え、再度V方に窃盗に入ることを決意し、V方に戻り、同日午後1時30分頃、V方玄関内に入ったところ、その直後に帰宅してきたVと鉢合わせとなったことから、逮捕を免れるため、前記ナイフをVの面前に示し、Vが恐怖の余り身動きできないうちに逃走した。

乙は、翌日、甲に前記腕時計の売却を依頼した。甲は、同腕時計の売却先を探し、知人丙に対し、その買取りを申し向けたところ、丙が80万円で購入する旨答えたことから、同腕時計を丙に売却した。甲は、丙から同腕時計の売却代金として80万円を受け取ったが、その後、これを自己のものにしようと考え、乙に無断で、その全額を遊興費として費消した。

【記述】

- ア. 乙が某日午後0時頃に購入したナイフを携帯してV方に向かったことについては、「強盗の罪を犯す目的」が認められないので、乙に強盗予備罪は成立しない。
- イ. 乙がVをナイフで脅迫したことについては、腕時計の窃取行為との時間的・場所的な近接性に照らせば、窃盗の機会の継続中に行われたものといえるため、乙に事後強盗罪が成立する。
- ウ. 甲が乙に腕時計の窃盗を唆したことと、その売却をあっせんしたことは、原因と結果の関係に立つので、窃盗教唆罪と盗品等有償処分あっせん罪は牽連犯となる。
- エ. Vの直系血族である甲には盗品等に関する罪について親族等の間の犯罪に関する特例が適用されるため、盗品等有償処分あっせん罪について、甲はその刑を免除される。
- オ. 甲が腕時計の売却代金を費消したことについては、同腕時計の窃盗犯人である乙は甲に対してその代金の引渡しを請求する権利がないので、甲に委託物横領罪は成立しない。

ア誤り。本事例では、乙に「強盗の罪を犯す目的」(237条)が認められるかが問題となる。最決昭54.11.19(百選Ⅱ43事件)は、「刑法237条にいう『強盗ノ目的』には、同法238条に規定する準強盗を目的とする場合を含む」としている。判例の結論に賛成する学説は、その理由として、238条が事後強盗につき「強盗として論ずる」と規定していること、居直り強盗と事後強盗との差は紙一重であるということを挙げている。そして、事後強盗の予備罪は、窃盗に着手後発見されたら、逃走の際に暴行・脅迫を行うとの意図で凶器を携帯する場合に成立する。本事例では、乙は、窃盗を行う際にVらに見付かって逮捕されそうになった場合には、Vらを脅してこれを抑圧し、逃走しようという意図でナイフを購入し、それを携帯してV方に向かっている。したがって、本事例の乙に事後強盗罪の予備罪としての強盗予備罪が成立する。

イ誤り。本事例では、乙のVに対する脅迫が窃盗の機会の継続中に行われたといえるかが問題となる。最判平16.12.10(百選Ⅱ42事件)は、被害者方で財物を窃取した犯人が、だれからも発見、追跡されることなく、いったん同所から約1キロメートル離れた場所まで移動し、窃取の約30分後に再度窃盗をする目的で被害者方に戻った際に逮捕を免れるため家人を脅迫した事案において、「上記脅迫が、窃盗の機会の継続中に行われたものといえることはできない」としている。その理由として、判例は、「被告人は、財布等を窃取した後、だれからも発見、追跡されることなく、いったん犯行現場を離れ、ある程度の時間を過ごしており、この間に、被告人が被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなった」ということを挙げている。本事例は、判例の事案と同様に、Vに対する脅迫は窃盗の機会の継続中に行われたとはいえない。したがって、本事例の乙に事後強盗罪は成立しない。

ウ誤り。本事例では、窃盗教唆罪と盗品等有償処分あっせん罪の罪数処理が問題となる。最判昭24.7.30は、「他人に対し窃盗を教唆し且つその赃物〔注：盗品等〕の売却を周旋して牙保〔注：有償処分のあっせん〕をしたときでも、それは窃盗教唆と赃物牙保の二罪が成立するのであつて後者が前者に吸収されるべきものではない」としている。判例の結論に賛成する学説は、その理由として、窃盗の教唆と盗品等に関する罪との間に類型性が認められる場合のあることは否定し難いが、構成要件的に定型的な類型があるとまでは言い難いということも挙げている。よって、本事例の甲に窃盗教唆罪と盗品等有償処分あっせん罪が成立し、両罪は併合罪となる。

エ誤り。本事例では、257条1項が適用されるためには、誰と誰の間に親族関係が必要かが問題となる。最決昭38.11.8は、「刑法257条1項は、本犯と赃物〔注：盗品等〕に関する犯人との間に同条項所定の関係がある場合に、赃物に関する犯人の刑を免除する旨を規定したものである」としている。判例の結論に賛成する学説は、その理由として、親族間では、情においてこの種の犯罪を犯しがちであり、あながちそれを否定し難いということも挙げている。本事例では、本犯である乙と盗品等に関する犯人である甲との間に親族関係は認められない。したがって、本事例の甲に盗品等に

関する罪について親族等間の犯罪に関する特例は適用されず、その刑が免除されることはない。才誤り。本事例では、盗品等を処分するよう委託された者が売却代金を領得した場合に委託物横領罪が成立するか否かが問題となる。最判昭36.10.10は、盗品等の有償処分をした者がその売却代金を着用した事案において、「刑法252条1項の横領罪の目的物は、単に犯人の占有する他人の物であることを以て足るのであつて、その物の給付者において、民法上犯人に対しその返還を請求し得べきものであることを要件としない」としている。判例の結論に賛成する学説は、その理由として、まず、「他人の物」の要件との関係で、委託された行為に基づいて取得した金銭の所有権は委託者にあるとされていること及び民法上の所有権と刑法上の所有権を同義に解する必然性はなく、刑法独自の観点から給付者に所有権を認めてよいということを挙げ、次に、委託信頼関係の要件との関係で、窃盗犯人とはいえ他人からの委託信頼関係は保護すべきであるということを挙げている。本事例では、腕時計の売却代金は、甲が窃盗犯人である乙から依頼を受けた売却行為に基づいて取得した金銭である。同金銭が不法な原因により発生したものであったとしても刑法独自の観点から、委託者である乙に所有権が認められる。そして、窃盗犯人である乙からの委託信頼関係も保護すべきである。したがって、本事例の甲に委託物横領罪が成立する。

第239条 (昏酔強盗) 《新司H22-18》

人を昏酔させてその財物を盗取した者は、強盗として論ずる。

一 意義

- 1 財物を奪取する目的で麻酔薬・睡眠薬等を使用し、不法に相手方の意識作用を害して財物を奪取する罪である。
- 2 相手方の反抗を不能若しくは著しく困難にする点で暴行・脅迫と同視できることから強盗に準じて処罰するものである。

二 行為

「人を昏酔させてその財物を盗取」すること

- 1 「昏酔させて」とは、意識作用に障害を生じさせて財物に対する支配をなし得ない状態にすることをいう。完全に意識を喪失させる必要はない(横浜地判昭60.2.8)。昏酔の方法については、それが236条1項にいう暴行にあたるものでない限り何ら制限はないが、犯人自ら昏酔させたことを要する。
- 2 「盗取」とは、財物の占有を奪取することをいう。
- 3 昏酔させた後に財物奪取の意思が生じた場合には昏酔強盗罪は成立しない(通説)。

三 主観的要件

本罪の故意は、昏酔させること、及び財物奪取を認識することである。
不法領得の意思の要否については争いがある。(不法領得の意思参照)

《過去問チェック》

- 甲は、Xを眠らせてXが左腕に着けていた高級腕時計を外して持ち去ろうと考え、Xに多量の睡眠薬を飲ませたが、Xが眠らなかつたため、Xの腕時計に触れることすらできなかった。甲には昏酔強盗未遂罪が成立する。(新司H27-5、予備H27-1)
- ☞正しい。昏酔強盗罪の実行の着手は、財物盗取の目的で相手方を昏酔させる行為に着手した時点で認められる。そして、甲は高級腕時計の盗取に失敗しているため、昏酔強盗未遂罪が成立する。

第240条 (強盗致死傷)

強盗が、人を負傷させたときは無期又は6年以上の懲役に処し、死亡させたときは死刑又は無期懲役に処する。

【強盗致死傷罪】

一 意義

刑事学的にみて、強盗の機会に犯人が致傷の結果を生じさせる場合が多いため、生命・身体を特に保護する観点から強盗罪の加重類型として定められたものである。

二 主体

「強盗」とは、強盗犯人をいう。既遂・未遂を問わないが、強盗予備罪の犯人は除外される。強盗犯人は、強盗利得罪の犯人でもよい。また、「強盗として論」じられる事後強盗罪、昏酔強盗罪の犯人も含まれる。主体が強盗犯人とされるので、身分犯である。

三 行為

「人を負傷させ」、又は「死亡させ」ること

1 強盗致傷罪・強盗傷人(傷害)罪(前段)

- (1) 「人を負傷させた」とは、他人に傷害を加えることをいう。
- (2) 強盗の手段としての暴行・脅迫の加重結果として傷害を生じさせた場合には、強盗致傷罪が成立する。故意に傷害を生じさせた場合にも、争いがあるが、強盗傷人(傷害)罪となる。
- (3) ☆ (論点) 過失により「負傷」させた場合でも強盗致傷罪は成立するか

A説 不成立説

B説 成立説(通説) 過失によっても成立する。

[理由] 強盗に際しては、暴行によらず、致傷の結果が生じることが通常あり得る。

- (4) ☆ (論点) 傷害の意義

A説 204条にいう傷害と同じ意義と解する。

B説 204条にいう傷害よりも重いものであり、一般に医師の治療を要する程度のもものと解する(東京地判昭31.7.27)。

※ 本条の法定刑の重さを考慮すれば、軽微な傷害は除くべきであると解されてきた(B説)が、平成16年の改正により本条前段の有期刑の下限が6年とされたことにより、問題はほぼ解消された。

※ B説に立っても、医師の治療を要する程度の傷害が生じない場合の処理が更に問題となる。

B₁説 強盗罪のみが成立する(広島地判昭52.7.13, 前田)。

[理由] 軽微な傷害は暴行に含まれる。

B₂説 強盗罪と傷害罪の観念的競合(大谷)

[理由] 傷害の結果が生じている以上、傷害罪が成立する。

2 強盗致死罪・強盗殺人罪

- (1) 「死亡させた」とは、他人を死亡させたことをいう。
- (2) 強盗の手段としての暴行・脅迫の結果的加重犯として人を死亡させた場合には強盗致死罪が成立する。

☆ (論点) 240条は強盗の機会に故意に人を殺した場合を含むか

A説 肯定説(大連判大11.12.22, 通説)

故意に人を殺した場合には240条が成立する。

〔理由〕① 条文上「よって」との文言がない。

② 強盗が故意に人を殺すことはよくあることであり、240条がこのような典型的事例を除いたとは解せない。

③ 故意ある場合を除くと刑の不均衡を生じる。

B説 否定説

〔理由〕 故意犯と結果的加重犯は性質が異なるものであり、同一条文に両者が規定されていると解することはできない。

※ 強盗致死罪に殺人の故意ある場合を含まないとしても、その後の処理は見解が分かれている。

B₁説 殺人罪と強盗罪の観念的競合

B₂説 強盗致死罪と殺人罪の観念的競合

(3) ☆ (論点) 死者の占有

死者の占有については、①人を殺害後、財物奪取の意思を生じて財物を奪った場合、②人の死亡と無関係な者が、その死者が生前占有していた財物を領得した場合、③人を殺害して財物を奪取する意思で被害者を殺害し、被害者死亡後財物を取得した場合が問題となる。

(①・②については「【窃盗罪】二 客体3 占有の要素(3) 占有の主体」参照)

強盗殺人罪の場合は③の死者の占有が問題となる。

※ 結論において240条の成立を認める点に争いはない。ただ、その論理構成は見解が分かれる。

A説 占有の侵害を死亡の前後にわたって全体的に観察し、殺害・盗取という一連の行為により被害者の占有を侵害したと解する。

B説 被害者の死亡と同時に財物の占有は被害者の相続人に移る。犯人は被害者を殺害して相続人の占有を侵害したと解する。

C説 殺害と同時に占有は行為者に移ると解する。

D説 殺害により死者の占有を侵害すると解する。

E説 殺害により生前の占有を侵害すると解する。

3 ☆ (論点) 強盗の機会

A説 (最判昭24.5.28, 百選Ⅱ44事件・通説)

本罪における死傷の結果は、強盗の機会に生じたことをもって足りるとする。

〔理由〕① 強盗の機会においては殺傷・致死傷といった残虐な結果を伴いがちであることは刑事学的にみて顕著な事実であるからである。

② 240条の死傷が強盗の手段としての殺傷又は致死傷に限定されるとすれば、事後強盗の犯人が人を殺傷等した場合との権衡を失する。

〔批判〕 強盗の機会において発生した致死傷であれば、ことごとく240条の罪に当たるとみるときは、往々にして広過ぎ、妥当性を欠く。例えば、強盗犯人が、被害者に対する平素からの私怨をはらすために、強盗の機会を利用して殺害した場合とか、強盗の共犯者同士が犯行の機会に闘争し、仲間を死傷させた場合などまでも、本罪によって処断するのは不都合である。

B説 (大谷等)

強盗の機会という場合、およそ強盗行為を契機として生じた死傷のすべてを含むとする趣旨と解すべきでなく、強盗行為と密接な関連性を有する場合に限られるとする。

〔理由〕 A説に対する批判。

C説 (前田・大塚等)

本罪にいう死傷の結果は、強盗行為及びこれに通常随伴する行為、すなわち財物奪取の目的又は財産上不法の利益を得る目的を実現するためになされる一切の行為、その妨害を排除する行為、奪取した財物を確保するための行為、逮捕を免れ又は罪跡を隠滅するためになされる行為に起因して発生した死傷に限定されるとする。

〔理由〕 240条の致死傷の結果は、本条の基本となる強盗罪が財産犯である以上、原則として財物奪取確保や逮捕を免れ、証拠を隠すことに向けられた一連の行為の中で生じることが必要である。

D説

本罪にいう死傷の結果は、強盗の手段としての暴行・脅迫から生じたものに限られる。

◎ 東京高判昭32. 2. 16

強盗の犯跡を隠蔽するために20分後に2 km離れたところで殺害した場合には、強盗の機会に生じた死亡結果といえる。

◎ 福岡地小倉支判昭50. 3. 26

強取の後2時間後に犯行現場から29km離れた地点で殺害した場合は、強盗の機会に生じた死亡結果といえる。

◎ 最判昭32. 7. 18

前夜強盗により得た盗品を船で運搬し、翌晩陸揚げしようとする際に巡査に暴行を加えて負傷させた場合、強盗の機会に生じた傷害結果といえない。

◎ 大阪高判昭60. 2. 6

【事案】

被告人はAと共謀のうえ、被害者から金員を強取しようと企て、被害者運転のミニバイクの後部荷台にまたがって乗車し、登山ナイフを同人の右脇腹に突きつけ、「騒ぐな、騒ぐと殺すぞ、俺の言うとおりにせえ」などと申し向け、同人をしてアスファルト舗装の路上まで運転させて連行した。被告人は同所において、両手錠の一方を被害者の左手首に、他の一方を同車のハンドルにかけて連結固定するなどの暴行、脅迫を加えて同人の反抗を抑圧したうえ、さらに「倒れろ」と命じ、同人において命じられたとおりにしなければ殺されるかもしれないと畏怖して同車もろともその場に転倒するのやむなきに至らしめ、同車前部の荷物かごから同人管理にかかる現金1160万6995円及び小切手等在中の鞆を強取して逃走した。被害者は路上に転倒した際、両肘を路面で打って加療約14日間を要する左肘部打撲挫切創、右肘部打撲傷を負った。

【判旨】

「所論は、強盗致傷罪が成立するためには、傷害の結果が強盗の手段として用いられた暴行にもとづいたものでなければならないというのであるが、所論のように傷害の結果が強盗の手段たる暴行から生じた場合はもちろんであるが、判例…は、これに限らず、強盗の機会においてなされた行為によつて致死傷の結果を生じたときにも同罪の成立を認めているのであつて、強盗の手段たる脅迫によつて被害者が畏怖し、その畏怖の結果傷害が生じた場合に、強盗致傷罪の成立を否定すべき理由はないというべきである。

本件の場合、被告人は前示のとおり暴行、脅迫を加えて被害者の反抗を抑圧し、意思の自由を失っている被害者にさらに『倒れろ』と命じ、被害者は命じられたとおりにしなければ殺されるかもしれないと畏怖してミニバイクもろとも路上に転倒したことによつて傷害を負ったもので、被告人が右のように反抗抑圧状態にある被害者に『倒れろ』と命じる所為は、強盗罪における脅迫に当たるといふべきで、それは強盗の実行中に強盗の手段としてなされたものであることは明らかであり、被害者の傷害は被害者が畏怖したことに起因するものであるから、強盗の手段たる脅迫によつて傷害の結果を生じたものとして強盗致傷罪の成立を認めるのが相当である。

◎ 東京高判平23.1.25 (重判平23刑法5事件)

最後の強取行為から被害者の死亡の原因となった行為との間に約6時間が経過し、場所的にも約50km離れていたとしても、両行為との間に連続性ないし一体性があり、当初の計画に従って行動したものと認められること等から、被害者の死亡の原因となった行為は、強盗の機会に行われたということができるとした事案。

4 因果関係

致死傷の結果と、強盗の手段たる暴行・脅迫及び強盗の機会になされる強盗行為と密接な関連性を有する行為との間には、因果関係が必要である(最判昭46.6.17, 百選I 8事件)。

四 既遂時期

1 致死傷の結果を発生させれば既遂となる。

2 ☆ (論点) 本罪の未遂

A説 強盗自体が未遂に終わった場合である。

B説 殺意をもってした強盗殺人において、殺人が未遂に終わった場合である(通説)(大判昭4.5.16, 百選II 45事件)。

〔理由〕 強盗致死傷罪は第一次的に生命・身体を保護法益とするので、未遂の基準も殺傷の点を基準にすべきである。

3 強盗犯人が傷害の故意で暴行を加えたが、傷害に至らなかった場合は強盗傷人(傷害)未遂とならず、単に強盗罪が成立するにすぎない(通説)。

五 罪数・他罪との関連

1 強盗行為は一個で被害者が複数ある場合には、被害者の数に応じて本罪が成立する。一個の行為で致死傷の結果を生じさせたものでない限り、併合罪となる(大判明42.6.8)。

2 ☆ (論点) 不法原因給付物の返還を免れるため給付者を殺害した場合(「【2項強盗罪】二行為2」参照)

A説 強盗殺人罪となる(最判昭35.8.30)。

B説 殺人罪のみが成立する(大塚)。

〔理由〕 不法原因給付物の給付者は、その物について返還請求権を有しない。

《過去問チェック》

- 「甲は、通行人Xの首筋にナイフを突き付けて『金を出せ。』と言い、Xの反抗を抑圧した上、Xのバッグを奪って逃げたが、その翌々日、偶然Xに出会ったことから、逮捕を免れるため、Xの顔面を多数回殴打して顔面打撲傷の傷害を負わせた。」という事例では、甲は、強盗の機会に傷害を負わせたとはいえず、強盗罪と傷害罪が成立することになる。(旧司H20-56)

- 強盗殺人罪に関する次の【見解】A説ないしC説に従って後記【事例】IないしIIIにおける甲の罪責を検討し、後記1から5までの【記述】のうち、正しいものを2個選びなさい。(新司H23-7, 予備H23-12)

【見 解】

強盗殺人罪が成立するためには、

A説：殺人行為が強盗の機会に行われなければならないとする。

B説：殺人行為が強盗の手段でなければならないとする。

C説：殺人行為が強盗の手段である場合に限らず、事後強盗(刑法第238条)類似の状況における殺人行為も含むとする。

【事 例】

I. 甲は、強盗の目的で、乙に対し、持っていたナイフを突き付け、「金を出せ。出さなかったら殺す。」などと申し向け、反抗を抑圧された乙から現金を奪い取った後、逃走しようとしたが、乙に追跡され、犯行現場から約10メートル逃げたところで、捕まらないようにするため、殺意をもって乙の胸部を刃物

で突き刺し、乙を即死させた。

- Ⅱ. 甲は、乙所有の自動車1台を窃取し、犯行翌日、同車を犯行場所から約10キロメートル離れた場所で駐車させ、用事を済ませた後、同車に戻ってきたところを乙に発見され、同車を放置して逃走した。甲は、乙に追跡されたので、捕まらないようにするため、殺意をもって乙の胸部を刃物で突き刺し、乙を即死させた。
- Ⅲ. 甲は、乙方において、乙をロープで縛り上げた上、乙所有の現金を奪い取った後、乙方から逃走しようとしたが、乙方玄関先において、たまたま乙方を訪問した丙と鉢合わせとなり、丙が悲鳴を上げたことから、犯行の発覚を恐れ、殺意をもって丙の胸部を刃物で突き刺し、丙を即死させた。

【記述】

1. A説によれば、事例Ⅰでは強盗殺人罪が成立する。
 2. A説によれば、事例Ⅲでは強盗殺人罪は成立しない。
 3. B説によれば、事例Ⅱでは強盗殺人罪は成立しない。
 4. B説によれば、事例Ⅲでは強盗殺人罪が成立する。
 5. C説によれば、事例Ⅱでは強盗殺人罪が成立する。
- ☞ 1 正しい。甲の殺人行為は強盗の機会に行われたといえる。
- 2 誤り。甲の殺人行為は強盗の機会に行われたといえる。
- 3 正しい。甲は、乙に捕まらないようにするために殺人行為を行っているのであるから、この甲の殺人行為は強盗の手段としてなされたものであるとはいえない。
- 4 誤り。甲は、犯行の発覚を恐れて殺人行為を行っているのであるから、この甲の殺人行為は強盗の手段としてなされたわけではない。
- 5 誤り。事例Ⅱでは、窃盗の翌日に犯行現場から約10キロメートル離れた場所で殺人行為が行われており、被害者等から容易に発見されて、財物を取り返され、あるいは逮捕され得る状況はなくなり、事後強盗類似の状況があったとはいえない。
- 甲は、金品窃取の目的で乙方の金庫の扉を開けていたところを乙に見付き、自分が犯人であることを警察に告げられることを防ぐため、乙を殺害し、そのまま逃走した。甲には強盗殺人未遂罪が成立する。(新司H26-14)
- ☞ 誤り。甲は事後強盗の手段である暴行により、乙を殺害しているため、強盗殺人罪(240条後段)が成立する。強盗殺人罪の第1次的な法益は生命・身体であるから、強盗殺人罪の未遂は殺人の点について未遂の場合をいう。そのため、甲には強盗殺人既遂罪が成立する。
- 甲は、路上で乙とけんかになり、乙の胸をナイフで刺して殺害したが、そのすぐ後、乙が身に付けていた腕時計に気付き、自分のものにしようと考え、これを持ち去った。甲には強盗殺人既遂罪が成立する。(新司H26-14)
- ☞ 誤り。強盗殺人罪(240条)が成立するには、「強盗」が人を殺害しなければならず、強盗罪(236条1項)が成立するには、暴行又は脅迫が財物奪取の手段としてなされたことが必要である。しかし、甲は乙を殺害した後に腕時計に気付き、自分のものにしようとしているため、甲の殺害という暴行は財物奪取の手段としてなされたものではない。そのため、甲には強盗殺人既遂罪は成立せず、殺人罪(199条)と窃盗罪(235条)が成立するにすぎない。
- 強盗致傷罪に関する次の各【見解】AないしDに従って後記各【事例】ⅠないしⅢにおける甲の罪責を検討し、後記1から5までの各【記述】のうち、正しいものを2個選びなさい。(新司H30-1)

【見解】

- A. 致傷結果は、強盗の機会に行われた行為から発生すれば足りる。
- B. 致傷結果は、強盗の手段である暴行から発生する必要がある。
- C. 致傷結果は、強盗の手段である暴行のほか、強盗の機会に行われた行為のうち、強盗行為とその性質上密接な関連性を有する行為から発生する必要がある。
- D. 致傷結果は、強盗の手段である暴行のほか、強盗の機会に刑法第238条所定の目的で行う暴行から発生する必要がある。

【事例】

- Ⅰ. 甲は、自らの強盗の犯行を乙に目撃されたところ、犯行の翌日、犯行現場から約10キロメートル離れた路上において、たまたま乙に発見され、乙に捕まらないようにするため、乙の顔面を拳骨で多数回殴打し、乙に傷害を負わせた。
- Ⅱ. 甲は、乙から金品を強取することを丙と計画し、丙と共に乙方に侵入して乙から金品を強取したが、その直後、乙方において、丙に対する日頃の不満を解消するためだけに、丙の顔面を拳骨で多数回殴打

し、丙に傷害を負わせた。

- Ⅲ. 甲は、乙から金品を強取することを計画し、乙方に侵入して乙に包丁を突き付けて金品を要求したが、これに乙が応じなかったため、金品強取を諦めて逃走しようとしたところ、乙から金品を強取できなかった腹いせに、乙とは別の部屋で寝ていた1歳の丙の腹部を多数回蹴り付け、丙に傷害を負わせた。

【記述】

1. Aの見解によれば、事例ⅠからⅢのいずれでも強盗致傷罪が成立する。
 2. Bの見解によれば、事例ⅠからⅢのいずれでも強盗致傷罪が成立しない。
 3. Cの見解によれば、事例Ⅱでは強盗致傷罪が成立しない。
 4. Dの見解によれば、事例Ⅰでは強盗致傷罪が成立する。
 5. Dの見解によれば、事例Ⅲでは強盗致傷罪が成立する。
- ☞ 1 誤り。見解Aは、強盗致傷罪における致傷結果は、強盗の機会に行われた行為から発生すれば足りるとするものである（機会説）。事例Ⅰにおいては、甲が乙に発見されたのは、犯行の翌日かつ犯行現場から約10キロメートルの地点であり、甲の強盗の犯行から時間的・場所的にも大きく離隔した時点である。そうだとすれば、その時点で行われた甲の暴行により乙に傷害という致傷結果が生じていても、強盗の機会に行われた甲の行為から致傷結果が発生したとはいえない。よって、見解Aによれば、事例Ⅰでは強盗致傷罪は成立しない。事例Ⅱにおいては、甲は、乙から金品を強取した直後、乙方内という犯行現場と同一の場所という時間的・場所的接着性が認められる時点で、丙に暴行を加え丙に致傷結果が生じている。したがって、強盗の機会に行われた甲の行為から致傷結果が生じたといえる。よって、見解Aによれば、事例Ⅱでは強盗致傷罪が成立する。事例Ⅲにおいては、甲が丙に傷害を負わせた行為は、強盗直後に、犯行現場である乙方内の別の部屋で行われているから、時間的・場所的接着性が認められ、強盗の機会に行われた甲の行為から致傷結果が生じているといえる。よって、見解Aによれば、事例Ⅲでは強盗致傷罪が成立する。
- 2 正しい。見解Bは、強盗致傷罪（240条）における致傷結果は、強盗の手段である暴行から発生する必要があるとするものである（手段説）。事例Ⅰにおいては、甲が乙に対して暴行に及んだのは、犯行の翌日かつ犯行現場から約10キロメートルの地点であり、強盗の手段たる暴行に基づくものではない。よって、見解Bによれば、事例Ⅰでは強盗致傷罪は成立しない。事例Ⅱにおいては、甲は、乙から金品を強取した直後という強盗罪の「暴行」行為が終了した後、乙方において丙に対する日頃の不満を解消するためだけに丙に暴行を加えているので、強盗の手段たる「暴行」から丙の致傷結果が生じたとはいえない。よって、見解Bによれば、事例Ⅱでは強盗致傷罪は成立しない。事例Ⅲにおいては、甲は、金品強取を諦めて逃走しようとした際に、腹いせのために行った丙への暴行行為により、丙の致傷結果が生じているから、強盗の手段たる「暴行」により丙の致傷結果が生じたとはいえない。よって、見解Bによれば、事例Ⅲ強盗致傷罪は成立しない。
- 3 正しい。見解Cは、強盗致傷罪（240条）における致傷結果は、強盗の手段である暴行のほか、強盗の機会に行われた暴行のうち、強盗行為とその性質上密接な関連性を有する行為から発生する必要があるとするものである（密接関連性説）。事例Ⅱにおいて、まず、甲の暴行は強盗の手段である「暴行」によるものではない（肢2解説参照）。次に、甲の暴行は、乙方において丙に対する日ごろの不満を解消するためという、強盗という犯罪遂行とは関わりのない目的のためになされ、犯罪意思の連続が認められない上、被害者も強盗被害者とは異なる丙への暴行であるので、強盗の機会に行われた暴行のうち強盗行為とその性質上密接な関連性を有する行為から丙の致傷結果が生じたとはいえない。よって、Cの見解によれば、事例Ⅱでは強盗致傷罪は成立しない。
- 4 誤り。見解Dは、強盗致傷罪（240条）における致傷結果は、強盗の手段である暴行のほか、強盗の機会に238条所定の目的で行う暴行から発生する必要があるとするものである（拡張手段説又は拡張された手段説）。すなわち、強盗致傷罪の成立範囲を強盗の手段たる暴行と事後強盗類似の状況における暴行から致傷結果が生じた場合に限定する。事例Ⅰにおいて、甲の暴行による乙の傷害は、犯行の翌日、犯行現場から約10キロメートルの地点という、時間的、場所的に強盗から大きく離れて行われ、強盗の手段でもなく強盗の機会に行うものでもない暴行から乙の致傷結果が生じているにすぎない。したがって、強盗の手段である暴行及び強盗の機会に238条所定の目的で行う行為から致傷結果が発生したとはいえない。よって、見解Dによれば、事例Ⅰでは強盗致傷罪は成立しない。
- 5 誤り。見解Dの内容は、肢4の解説の通りである。事例Ⅲにおいて、まず、甲の暴行が強盗の手段により行われたものではないことは、肢2解説の通りである。次に、甲が丙に暴行を加えた目的は、乙から金品を強取できなかった腹いせであるから、238条所定の目的で行われた暴行とはいえない。

よって、見解Dによれば、事例Ⅲでは強盗致傷罪(240条)は成立しない。

- 次の【事例】に関する後記アからエまでの各【記述】を判例の立場に従って検討した場合、正しいものの個数を後記1から5までの中から選びなさい。(新司R1-2)

【事例】

甲及び乙は、宝石商の丙から宝石を奪うことを計画した。その計画は、甲が、宝石取引のあっせんにかこつけてホテルの一室に丙を呼び出し、別室の顧客に見せる必要があるとうそを言って丙から宝石を受領し、甲の退室後に、乙が同室に入って丙を殺害するという内容であった。

甲は、計画に従って、ホテルの一室で丙から宝石を受領して退室し、それと入れ替わりに同室に立ち入った乙が丙の腹部を包丁で刺し、丙に重傷を負わせたが、殺害には至らなかった。

【記述】

- ア. 甲が丙から宝石を受領した行為について詐欺罪が成立すると考えた場合、甲及び乙に、事後強盗による強盗殺人未遂罪が成立することはない。
- イ. 甲が丙から宝石を受領した行為について詐欺罪が成立すると考えた場合、同一の被害を二重に評価することはできないため、甲及び乙が、丙から宝石の代金相当額の支払を免れる意図を持っていたとしても、甲及び乙に、殺人未遂罪が成立するとどまり、いわゆる二項強盗による強盗殺人未遂罪が成立することはない。
- ウ. 甲及び乙が、丙から宝石の代金相当額の支払を免れる意図を持っていたとしても、丙がこれを免除又は猶予する旨の財産的処分行為をしていないため、甲及び乙に、いわゆる二項強盗による強盗殺人未遂罪が成立することはない。
- エ. 乙が丙の腹部を包丁で刺した行為が、丙から宝石の占有を奪取する手段とならないと考えた場合、甲及び乙に、いわゆる一項強盗による強盗殺人未遂罪が成立することはない。

☞ア正しい。238条は、事後強盗の主体について、「窃盗が」と定めている。よって、詐欺罪が成立する甲及び乙に事後強盗罪は成立し得ない。

イ誤り。最決昭61.11.18(百選Ⅱ39事件)は、本記述と同様の事案において、「被告人による拳銃発射行為は、Bを殺害して同人に対する本件覚せい剤の返還ないし買主が支払うべきものとされていたその代金の支払を免れるという財産上不法の利益を得るためになされたことが明らかであるから、右行為はいわゆる二項強盗による強盗殺人未遂罪に当たるといふべきであり、…先行する本件覚せい剤取得行為がそれ自体としては、窃盗罪又は詐欺罪のいずれに当たるにせよ、前記事実関係にかんがみ、本件は、その罪と(二項)強盗殺人未遂罪のいわゆる包括一罪として重い後者の刑で処断すべきものと解するのが相当である。」としている。よって、甲及び乙の行為には、二項強盗による強盗殺人未遂罪が成立し得る。

ウ誤り。最判昭32.9.13(百選Ⅱ40事件)は、本記述と類似の事案において、「犯人が債務の支払を免れる目的をもって債権者に対しその反抗を抑圧すべき暴行、脅迫を加え、債権者をして支払の請求をしない旨を表示せしめて支払を免れた場合であると、右の手段により債権者をして事実上支払の請求をすることができない状態に陥らしめて支払を免れた場合であるとを問わず、ひとしく刑法236条2項の不法利得罪を構成する」としている。

エ正しい。東京高判昭48.3.26は、236条1項の「強盗罪は相手方の反抗を抑圧するに足る暴行または脅迫を手段として財物を奪取することによって成立する犯罪である」としている。裁判例の結論に賛成する学説は、その理由として、強盗罪は、財物奪取の手段として暴行・脅迫を用いる点にその本質的特徴があるということを挙げている。本記述では、乙が丙の腹部を包丁で刺した行為が、丙から宝石の占有を奪取する手段とならないと考えるため、一項強盗罪の手段としての暴行・脅迫が他に存在しないことになり一項強盗罪は成立しない。そのため、一項強盗罪による強盗殺人未遂罪が成立することはない。

2-36-7

第241条（強盗・強制性交等及び同致死）

- I 強盗の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強制性交等の罪（第179条第2項の罪を除く。以下この項において同じ。）若しくはその未遂罪をも犯したとき、又は強制性交等の罪若しくはその未遂罪を犯した者が強盗の罪若しくはその未遂罪をも犯したときは、無期又は7年以上の懲役に処する。
- II 前項の場合のうち、その犯した罪がいずれも未遂罪であるときは、人を死傷させたときを除き、その刑を減輕することができる。ただし、自己の意思によりいずれかの犯罪を中止したときは、その刑を減輕し、又は免除する。
- III 第1項の罪に当たる行為により人を死亡させた者は、死刑又は無期懲役に処する。

【強盗・強制性交等罪（241条1項）】**一 意義**

本条は、強盗と強制性交等という被害者に大きなダメージを与える2つの犯罪（いずれも「凶悪犯」に分類される）を同一機会に行うことの重大性に加えて、被害者の羞恥心を利用して捜査機関への被害の届出を困難にすることを狙いとし得る点に認められる行為の悪質性（同時に犯人にとっての誘惑の大きさ）に鑑み、特に重く処罰するものである。

強盗・強制性交等罪は、強盗罪（236条、238条、239条）と強制性交等罪（177条だけでなく、178条2項の場合も含む）の結合犯である。両罪が予定する保護法益をともに保護法益とし、その成立には、いずれの犯罪の要件も満たされることを要する。

※ 改正の趣旨

平成29年改正前の刑法では、強盗犯人が強姦をした場合には、241条前段により、強盗強姦罪として無期又は7年以上の懲役という、強盗罪（5年以上の有期懲役）又は強姦罪（3年以上の有期懲役）に比して重い法定刑が規定されていた。一方、強姦犯人が強盗をした場合には、このような規定はなく、一般的な併合罪として処理されるため、刑は5年以上30年以下の懲役であった（47条）。これについては、同じ機会に強盗と強姦の両方の被害に遭うという点で同一であるのに、刑法上の扱いが異なることへの疑問や批判が従前からなされていた。

そこで、同じ機会に、それぞれ単独でなされてもおお悪質な行為である強盗行為と強姦行為との双方を行うことの悪質性・重大性に着目すると、これまで強姦罪と強盗罪との併合罪が成立するとされていたものについても、強盗強姦罪と同様の刑をもって処罰することができるようにすることが必要であり、また相当であるとして、同一機会になされた強盗行為と強姦行為の先後関係を問わず重い法定刑を科す規定に改めることとしたものである。

なお、監護者性交等と強盗行為が同一の機会に行われることは実際上想定し難いとして本罪から除かれている。

二 主体

「強盗の罪若しくはその未遂罪を犯した者」又は「強制性交等の罪若しくはその未遂罪を犯した者」である。

旧241条1項のもとでは、主体は強盗犯人とされていたため、強姦犯人が強盗を行った場合には本罪は成立せず、両者は併合罪になるとされていた（最判昭24.12.24）。

しかし、平成29年改正後は、強盗と強制性交等の先後関係を問わず、いずれの行為が先行する場合にも適用される規定となった。

三 客体

いずれの場合も男性及び女性である。旧177条の「強姦」が「強制性交等」に広げられた結果、女性のみならず男性も被害者となり得ることとなった。

四 行為

- 1 「強盗の罪若しくはその未遂罪を犯した者」が主体の場合
強制性交等をするのである。
- 2 「強制性交等の罪若しくはその未遂罪を犯した者」が主体の場合
強盗をするのである。
- 3 強盗の行為と強制性交等の行為は同一の機会に行われなければならない。同一の機会の意義については、事後強盗罪の「窃盗の機会」や強盗致死傷罪の「強盗の機会」と同様に理解される。

五 未遂・中止

本罪の未遂は、同一の機会になされた強盗行為と強制性交等のいずれもが未遂であった場合（人を死傷させたときを除く）にのみ成立する（241条2項本文）。強盗行為と強制性交等のいずれか一方でも既遂であった場合には、悪質性・重大性はいずれも未遂の場合と比べて大きく、あえて刑の減軽をする必要はないと考えられたためである。

また、未遂が成立する場合であって、強盗行為と強制性交等の少なくとも一方の行為について自己の意思で中止したときには、刑法43条ただし書のいわゆる中止犯と同様に、刑を必要的に減免することとしている（241条2項ただし書）。

六 罪数

強盗が行われたその場所で複数の被害者に対し強制性交等の行為が行われたとき、強制性交等の被害者の数に応じた強盗・強制性交等罪が成立し、併合罪として処断される（旧241条の強盗強姦罪について最判昭24. 8. 18）。

◎ 最判昭30. 12. 23

強盗の着手後、抵抗不能の状態にある女子をみて犯意を生じ強姦（強制性交等）したときは、姦淫（性交等）着手前に強盗の意思を放棄して財物を返還しても、強盗の機会に強姦（強制性交等）したといえる。

《過去問チェック》

- 甲は、V女を強姦（強制性交等）した後、同女から金品を奪う意思を生じ、同女に更なる暴行・脅迫を加え、その反抗を抑圧して同女の財布を奪った。甲には強盗・強制性交等既遂罪は成立しない。（予備H24-11）
☞ 誤り。241条1項後段は、「強制性交等の罪…を犯した者が強盗の罪…をも犯したときは、無期又は7年以上の懲役に処する。」と規定している。よって、本記述では、強盗・強制性交等既遂罪が成立する。

【強盗・強制性交等致死罪（241条3項）】

一 意義

本条は、同一の機会に強盗行為と強制性交等がなされた上に、そのいずれかの行為を原因として死の結果が生じた場合について、旧241条後段が定める強盗強姦致死罪と同様の法定刑である死刑又は無期懲役をもって処断することとしたものである。

二 死亡の原因行為

強盗・強制性交等致死罪の原因行為は、241条1項の構成要件に該当する行為でなければならないが、それに「随伴する行為」、すなわち、強盗又は強制性交等の遂行に役立つ行為（それと密接な関連性を持つ行為）であれば足りる。すなわち、強盗又は強制性交等の機会における行為とい

うのとほぼ同義となる。したがって、強盗・強制性交等罪を犯した直後に、犯行が発覚しないように被害者を殺害したときも本罪に当たる。

三 強盗・強制性交等の機会に、殺意をもって人を死亡させた場合

強盗・強制性交等致死罪を定めた平成29年改正後の241条は、強盗強姦致死罪を定めた改正前の241条と異なり、「よって」という結果的加重犯に特有の文言をあえて用いておらず、死亡という重い結果について故意（殺意）のない結果的加重犯の場合と、故意のある場合の両方を予定した規定である。そこで、強盗・強制性交等罪を犯した犯人が殺意をもって被害者を殺害した場合には、本罪一罪のみが成立する。

また、平成29年改正後の刑法は、改正前の規定と異なり、243条において強盗・強制性交等致死罪（241条3項）の未遂が可罰的であることを明記しているため、このことから、241条3項の罪が殺意をもって行われる場合があることが予定されているといえる。

なお、学説上は、殺意のない場合を強盗・強制性交等致死罪、殺意のある場合を強盗・強制性交等殺人罪と呼ぶべきであろうとの提案がなされている（井田）。

※ 平成29年改正前の判例の妥当性

平成29年改正前の判例は、強盗強姦（現：強盗強制性交）の機会に殺意を持って被害者を死亡させた場合には、強盗強姦致死罪（現：強盗・強制性交等致死罪）ではなく、強盗殺人罪と強盗強姦罪（現：強盗・強制性交等罪）とが成立し、それらの罪は観念的競合となるとしていた（大判昭10.5.13）。

しかし、平成29年改正後の強盗・強制性交等致死罪は、それぞれ単独でなされてもなお悪質な行為である強盗行為と強制性交等の行為とがともになされ、殺意を持って被害者を殺害した場合についても、同様の刑を科すのが適当であるとして定められたものである。

その結果、強盗・強制性交等致死罪が成立した場合の刑は死刑又は無期懲役とされ、改正前における強盗殺人罪と強盗強姦罪（現：強盗・強制性交等罪）の観念的競合と変わらないこととなった。

したがって、強盗・強制性交等の機会に殺意を持って被害者を死亡させた場合には、強盗・強制性交等致死罪一罪が成立することになるから、上記の判例（大判昭10.5.13）はもはや妥当しないことになる。

四 強盗・強制性交等の機会に、被害者に傷害結果を生じさせた場合

強盗・強制性交等罪を犯し、被害者に傷害の結果を生じさせたときは、強盗・強制性交等罪のみの成立を認めれば足りる。傷害の結果が発生したが、強盗と強制性交等のいずれも未遂に終わったというときでも、刑の減輕の可能性はないので（241条2項参照）、強盗致傷罪（240条前段）や強制性交等致傷罪（181条2項）よりも処断刑が軽くなるおそれはない。よって、強盗強姦（現：強盗・強制性交）の機会に被害者に傷害結果を生じさせた場合、強盗強姦一罪（現：強盗・強制性交等罪）の成立を認めていた判例（大判昭8.6.29）は、改正後も妥当する。

第242条（他人の占有等に係る自己の財物）

自己の財物であっても、他人が占有し、又は公務所の命令により他人が看守するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす。

一 意義

本条は、自己の財物についても本章の罪が成立する場合について定めるものである。

二 要件

1 ☆ (論点)「他人が占有し」の意義(【財産罪総論】四 財産罪の保護法益)参照)

A説 本権説 「占有」は賃貸借等少なくとも法的権原がある占有に限る。本権者が窃盗犯人から財物を取り戻す行為は奪取罪を構成しない。

B説 所持説 「占有」はすべての占有を含む。本権者が窃盗犯人から財物を取り戻す行為は、自救行為とならない限り、奪取罪を構成する。

C説 平穏な占有説 「占有」の意義について争いがある。

C₁説 「占有」は平穏な占有ないし一見不法な占有とみられない占有に限る。本権者が窃盗犯人から財物を取り戻す行為は、奪取罪を構成しない(大塚)。

C₂説 「占有」はすべての占有を含む。本権者が窃盗犯人から財物を取り戻す行為は、奪取罪の構成要件に該当する。その上で、違法性阻却事由の有無を検討する(大谷)。

2 「公務所の命令により他人が看守するもの」とは、公務所の処分によって所有者の事実上の支配力を排除し、公務所の事実上の支配内に移した物を、第三者が公務所の命令を受けて自己の事実上の支配内におくことをいう(大判大6.2.26)。

◎ 最決平元.7.7(百選Ⅱ26事件)《新司H19-5》

【事案】

(1) 被告人は、いわゆる自動車金融の形式により、出資法による利息の制限を免れる外形を採って高利を得る一方、融資金の返済が滞ったときには自動車を転売して多額の利益をあげようと企て、「車預からず融資、残債有りも可」という広告を出し、これを見て営業所を訪れた客に対し、自動車の時価の2分の1ないし10分の1程度の融資金額を提示したうえ、用意してある買戻約款付自動車売買契約書に署名押印させて融資をしていた。

契約書に書かれた契約内容は、借主が自動車を融資金額で被告人に売り渡してその所有権と占有権を被告人に移転し、返済期限に相当する買戻期限までに融資金額に一定の利息を付した金額を支払って買戻権を行使しない限り、被告人が自動車を任意に処分することができるというものであり、さらに本件の3台の自動車のうち2台に関しては、買戻権が行使された場合の外は被告人は「自動車につき直接占有権を有し、その自動車を任意に運転し、移動させることができるものとする。」という条項を含んでいた。

しかし、契約当事者の間では、借主が契約後も自動車を保管し、利用することができることは、当然の前提とされていた。また、被告人としては、自動車を転売した方が格段に利益が大きいため、借主が返済期限に遅れば直ちに自動車を引き揚げて転売するつもりであったが、客に対してはその意図を秘し、時たま説明を求める客に対しても「不動産の譲渡担保と同じことだ。」とか「車を引き揚げるのは100人に1人位で、よほどひどく遅れたときだ。」などと説明するのみであり、客には契約書の写しを渡さなかった。

(2) 借主は、契約後も従前どおり自宅、勤務先等の保管場所で自動車を保管し、これを使用していた。また、借主の中には、買戻権を喪失する以前に自動車を引き揚げられた者もあり、その他の者も、次の営業日か短時日中に融資金を返済する手筈であった。

(3) 被告人又はその命を受けた者は、一部の自動車については返済期限の前日又は未明、その他の自動車についても返済期限の翌日未明又は数日中に、借主の自宅、勤務先等の保管場所に赴き、同行した合鍵屋に作らせた合鍵又は契約当日自動車の点検に必要であるといって預かったキーで密かに合鍵屋に作らせたスペアキーを利用し、あるいはレッカー車に牽引させて、借主等に断ることなしに自動車を引き揚げ、数日中にこれらを転売し、あるいは転売しようとしていた。

【決定要旨】

「以上の事実に照らすと、被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあつたことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があつたとしても、被告人の引揚行為は、刑法242条にいう他人の占有に属する物を窃取したのものとして窃盗罪を構成するといふべきであり、かつ、その行為は、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法なものというほかはない。」

第243条 (未遂罪)

第235条から第236条まで、第238条から第240条まで及び第241条第3項の罪の未遂は、罰する。

【意義】

本条は、窃盗罪、不動産侵奪罪、強盗罪、事後強盗罪、昏酔強盗罪、強盗致死傷罪、強盗、強制性交等及び同致死の未遂処罰について規定するものである。

2-36-8

第244条 (親族間の犯罪に関する特例) 《新司H23-13》

- I 配偶者、直系血族又は同居の親族との間で第235条の罪、第235条の2の罪又はこれらの罪の未遂罪を犯した者は、その刑を免除する。
- II 前項に規定する親族以外の親族との間で犯した同項に規定する罪は、告訴がなければ公訴を提起することができない。
- III 前2項の規定は、親族でない共犯については、適用しない。

一 意義

窃盗罪及び不動産侵奪罪について、特例を定めたものである。この特例を親族相盗例という。

この特例は他の財産罪にも準用されるが（詐欺罪及び恐喝罪について251条・横領罪について255条）、強盗罪及び毀棄罪には準用されず、盗品等に関する罪には独自の規定が存在する（257条）。

二 法的性質

☆ (論点) 「その刑を免除する」の意義

A説 一身の処罰阻却事由 (通説)

犯罪の成立は否定しないが、法律は家庭に入らずという政策から刑の免除を認めたものである。

〔理由〕 刑の免除が有罪判決の一種であり、更に3項が親族でない共犯者についての適用を排除していることから、一身専属的な処罰阻却事由であると解すべきである。

B説 可罰的違法性阻却事由

〔理由〕 親族間での窃盗等の行為は可罰的な程度に違法性があるとはいえない。

〔批判〕 重大な侵害についても、違法性が認められないとまではいえない。

C説 責任阻却事由

〔理由〕 一般的に親族間においては、「盗むな」ということを期待できない。

〔批判〕 一般的に期待可能性が欠けるとまではいえない。

三 要件

1 1項

- (1) 「配偶者」は、民法上婚姻関係が成立している者に限るとするのが判例である。他方で、法律上婚姻関係が存在している場合にも、実際に共同生活している事実がなく、しかも財物詐取の手段として婚姻届を出した場合には「配偶者」とはいえない（東京高判昭49.6.27）。