

## 事後強盗罪の根拠と解釈

近 藤 和 哉  
(本法務研究科教授)

### 目次

- I はじめに
- II 事後強盗罪の根拠について
  - 1 事後強盗罪の根拠論と解釈論との関係について
  - 2 事後強盗罪の根拠
    - (1) 人身保護説
    - (2) 拡張2項強盗罪説
    - (3) 拡張1項強盗罪説
- III 事後強盗罪の解釈
  - 1 「窃盗」の意義について
  - 2 窃盗の機会の継続の意義について
    - (1) 本稿の見解
    - (2) 理論的問題の検討
    - (3) 実践的問題の検討
  - 3 暴行・脅迫および目的要件について
  - 4 事後強盗罪の未遂
- IV おわりに

#### I はじめに

本稿は、窃盗の機会の継続をはじめとする事後強盗罪の成立要件について、同罪の根拠論に重点を置きつつ、若干の考察を試みるものである。平成14年、16年と、相次いで登場した重要な最高裁判例<sup>1)</sup>を契機として、窃盗の機会の継続性要件を中心に、事後強盗罪の成立要件を巡って多くの議論がなされたが、豊富な判例の蓄積があったためか、事後強盗罪の共犯の問題の場合とは異なって、過去の判例との比較検討等、いわば、実践的な側面に議論の重点が置

かれていたように思われ、このことが、機会継続性要件をはじめとする同罪の成立要件に関して、理論的に曖昧なものを残している原因となっているように思われるからである。以下では、まず、事後強盗罪が「強盗として論じ」られる根拠について検討を加え、次いで、これを基礎として、事後強盗罪の解釈論上の問題点について考察することにした。

#### II 事後強盗罪の根拠について

##### 1 事後強盗罪の根拠論と解釈論との関係について

本章「II」では、事後強盗罪の成立要件の意義を明らかにする前提として、窃盗による暴行・脅迫が強盗として論じられる根拠について、やや立ち入った検討を加えることにしたい。議論の中心となっている機会継続性要件をはじめ、事後強盗罪の成立要件は、言語的には多様な意味をもち得るから、それら諸要件の意義を画定するには、事後強盗罪がなぜ強盗とされているのかという、その根拠論に遡る必要があるが<sup>2)</sup>、構成要件解釈の指導原理であるべき根拠論が、窃盗犯人による暴行・脅迫が強盗として論じられるのは、これが強盗罪に似ているからである、という粗いレベルにとどまっている限りは、限界的な事件の解決に際して、強盗に似ているように見えるから要件は充足されているはずだ、という転倒した議論に陥る危険があるように思われるからである<sup>3)</sup>。

なお、本章における検討の対象は、大別すれ

ば、事後強盗罪の根拠を人身保護の必要性に求める見解<sup>4)</sup>（本稿では、「人身保護説」という）と、「窃盗」による暴行・脅迫の強盗罪類似の性格に求める見解<sup>5)</sup>（本稿では、「拡張強盗罪説」という）とであるが、後者の見解に関しては、機会継続性要件の解釈とは無関係であるという指摘がされている<sup>6)</sup>。その根拠は、「例えば、あくまで財産犯として捉えようとする見解の『財物を確保するために暴行脅迫を行う必要がある』という命題からは、『財物を得ていること』等が要件として要求されることはあっても、『その暴行脅迫が窃盗の機会ないしは機会継続中になされなければならない』という命題は出てこない」ことである<sup>7)</sup>。

しかし、この指摘に即していえば、窃盗が完全に終わってしまえば、暴行・脅迫を用いた財物の「確保」を観念できなくなるのだから、後者の見解からも、暴行・脅迫は、窃盗が完全に終わる以前、すなわち、窃盗の機会ないしは機会継続中になされなければならない、という命題は、十分に導出可能であると思われる。後者の見解によっては機会継続性要件をうまく説明できないという主張はもちろんあり得るが、論理的に、両者は無関係であるとはいえないであろう。

## 2 事後強盗罪の根拠

### (1) 人身保護説

#### ア 人身保護説の論拠

まず、238条によって、「窃盗」による暴行・脅迫が強盗として論じられる根拠を、被害者等の生命・身体等に対する窃盗犯人の危険性に、一元的に求める見解<sup>8) 9)</sup>（人身保護説）に検討を加えることにしたい。

人身保護説の主要な論拠は、第1に、窃盗犯人による暴行・脅迫から人身を保護する必要性があること<sup>10)</sup>、第2に、事後強盗罪が、強盗罪に近い類型的違法性を具えていること<sup>11)</sup>、第3に、いわば、消極的論拠として、窃盗犯人による暴行・脅迫を、強盗罪（刑236条）にお

ける暴行・脅迫に準じるものとして位置づける見解（拡張強盗罪説）が採れないことである<sup>12)</sup>。

第3の論拠の検討は、次款「(2)」以下に譲り、本款では、前二者について検討する。

#### イ その検討

##### (ア) 第1の論拠について

まず、第1の論拠については、「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」<sup>13)</sup>の客観的な根拠が、十分に示されてこなかった感みはあるが、窃盗犯人の暴行・脅迫が強盗として論じられることの説明として、およそあり得ないとまではいえないであろう。

第1の論拠に対する批判としては、まず、窃盗罪以外の財産罪の犯人が加える暴行・脅迫について、事後強盗罪類似の規定が設けられていないことが、十分に説明できないというものがある<sup>14)</sup>、立法者が、窃盗犯人が特に危険だと判断したことに理由がないとまではいえず<sup>15)</sup>、決定的ではないように思われる<sup>16)</sup>。

第1の論拠の問題点は、むしろ、これが、窃盗犯人の暴行・脅迫が強盗として論じられることの説明におよそなり得ないことではなく、これ単独ではそれを説明し切れない点であろう。

まず、事後強盗罪の根拠論を強盗罪から切り離してしまえば、少なくとも、窃盗犯人が行う脅迫について、これを強盗罪並みに重く処罰する（あるいは、脅迫を契機として、先行する窃盗罪を強盗罪並みに重く処罰する）根拠を見出したいように思われる<sup>17)</sup>。

すなわち、暴行に関しては、窃盗犯人が行う暴行は、しばしば強力なものになり、被害者等の傷害や死亡結果などの重大な法益侵害につながりかねない、従って、強盗罪の法定刑を借用して強力に抑止する必要がある、という論理は、確かに、あり得る。しかし、脅迫に関しては、仮に、窃盗犯人が行う脅迫が強力なものになりがちだとしても、そこから生じる被害は、ほと

んどの場合、意思の自由の侵害にとどまるのであって<sup>18)</sup>、生命侵害はもとより、身体的な被害さえ、例外的に生じるに過ぎない<sup>19)</sup>。窃盗犯人が行う脅迫から窃盗被害者等を保護するため、強盗罪の法定刑を借用してでも、行為者を重く処罰する必要があるという主張の説得力は、事後強盗罪を加重された暴行・脅迫罪と位置づけるか、それとも、加重された窃盗罪と位置づけるかとは無関係に、極めて希薄である。238条において、暴行と脅迫とが平等に扱われているのは、暴行が、人身に対する危険行為としてではなく、脅迫と並ぶ、意思の抑圧手段として位置づけられていること、事後強盗罪が、236条のそれよりは拡張されているとはいえ、なお強盗罪であることを示しているのではないかと思われる<sup>20)</sup>。

さらに、人身保護説の論者も、窃盗直後における犯人の危険性の発露としての暴行・脅迫が行われた場合のすべてにおいて、事後強盗罪の成立を肯定する立場を徹底しているわけではない。例えば、佐伯教授は、「事後強盗罪が目的犯として規定されていることを考えると、行為者が主観的に逮捕され得る状況にあると認識していた場合には、強力な暴行・脅迫が用いられる危険が高いため、窃盗の機会の継続性を肯定することも考えられなくはない（仮に、そう解するとしても、被害者側の追求可能性がまったく存在しない場合は除外するのが適当であろう）。しかし、そのように解すると、事後強盗罪の成立範囲が不明確で広範なものとなる」として、追及可能性が現実に存在しない以上、事後強盗罪は成立しないとされる<sup>21)</sup>。

この立場からは、例えば、窃盗犯人Xが、Aのアパートに空き巣に入り、あれこれ物色したものの盗りたいものが見つからず、諦めて、誰にも目撃されずにアパートを出て歩き始めたが、すぐに、後ろから猛然と走って迫ってくるBの足音に気付く、自己を逮捕するため追いかけて来た家人だと誤信して咄嗟に暴行を加えた（Bは、駅へ急いでいる学生だった）という場

合には、事後強盗罪は否定されることになるのであろう。

しかし、このような暴行は、まさに、人身保護説が、その抑止の必要性を説いていた暴行である。

佐伯教授は、客観的な追及可能性を要求すべき根拠として、そうしない場合に、事後強盗罪の成立範囲が不明確で広範になることを挙げられるが、まず、不明確化についていえば、人身保護説からは、暴行・脅迫が、窃盗直後における犯人の危険性に起因するものであったことは、いずれにせよ事後強盗罪の成立要件であって、機会継続性概念に取り込むなどした上で立証されなければならないはずである。従って、これのみを事後強盗罪の成立要件としたからといって、事後強盗罪の成立範囲が不明確になることはないように思われる。また、広範化についていえば、人身保護説の根拠論を素直に適用した場合の帰結が、人身保護説の論者にとっても広範に感じられるということが、問題ではないかと思われる。これに対しては、客観的な追及可能性を欠く場合に事後強盗罪の成立を否定するのは、238条の背後にある政策判断であるという説明があり得るが、政策判断には、何らかの根拠があるはずであり、その根拠が、実は、上記のBは、強盗の被害者とは評価できない、というものなのではないかという疑問が残る。

#### (イ) 第2の論拠について

次に、第2の論拠について見ることにしたい。十河教授は、次のように述べられる。「事後強盗罪は、財産のみならず身体の安全や意思の自由をも侵害するという点において、通常の強盗罪と共通している。そして、窃盗そのものは暴行・脅迫を手段とした財物奪取ではないものの、事後強盗罪においては暴行・脅迫が窃盗の機会の継続中になされることが要求されており、そのように窃盗と機会を同じくして暴行・脅迫が行われた場合、社会的実態としては窃盗と暴行・脅迫を一体の行為と評価することが可能となる。このように、事後強盗罪において窃取

と暴行・脅迫が一体として行われるという実態に着目すると、事後強盗罪は、暴行・脅迫を手段として財物を奪取する通常の強盗罪に近い類型的違法性を備えているといえるのである。」<sup>22)</sup>。

しかし、ここで、強盗罪に近い類型的違法性の根拠として指摘されている諸事情は、例えば、犯人が傷害目的や強姦目的で暴行・脅迫を加え、その後領得意思を生じて、被害者の反抗抑圧状態に単純に乗じて財物を奪った場合にも、すべて認め得るように思われる。この場合、多くの見解は強盗罪の成立を否定しているのであって、刑法も、178条のような規定はあえて設けていない。類型的違法性を人身保護説の論拠とすることも、難しいのではないと思われる。

#### (ウ) 小括

以上のようにして、人身保護説の積極的論拠は、いずれも十分でなく<sup>23)</sup>、窃盗犯人の危険性は、これ自体が、強盗罪とは無関係に、強盗罪並みの重い処罰を基礎付ける根拠であるとはいえないように思われる。

## (2) 拡張2項強盗罪説

### ア 問題の整理と検討の観点

次に、刑法238条が、「窃盗」による暴行・脅迫を強盗として論じている根拠を、これが、強盗罪類似の実質を有していることに求める見解（拡張強盗罪説）に検討を加えることにしたい。

このグループに属する見解は、1項強盗罪との類似性を根拠とするもの（拡張1項強盗罪説）と、2項強盗罪との類似性を根拠とするもの（拡張2項強盗罪説）とに分かれるが、いずれも、刑法238条が、窃盗犯人による暴行・脅迫を強盗として論じている主要な根拠を、それら暴行・脅迫が、強盗罪類似の財産的法益侵害を惹起していることに求めるものである。ここでは、人身保護説がその根拠論の柱としていた窃盗犯人の危険性は、強盗の範囲を、236条が規定する要件を一部充足していない、いわば、

強盗罪の周辺の行為へと拡張することの正当化根拠として（または、その一部として）、位置づけられることになる。

従って、この見解の当否の判断は、まずは、この見解が事後強盗罪の成立を肯定する場面において、238条によって、いわば補完されることになる強盗罪の成立要件が何であるか、そのような要件の補完が、窃盗犯人の危険性を根拠として正当化可能であるかという観点から、なされるべきことになると思われる。

本款「(2)」では、拡張2項強盗罪説について、これに加えられている批判を手がかりとして、検討を加えることにしたい<sup>24)</sup>。

### イ 拡張2項強盗罪説とその論拠

まず、拡張2項強盗罪説の主張内容とその論拠を確認しておくことにしたい。同説の論者としては、まず、佐伯教授を挙げることができる。教授は、窃取した財物の返還を、暴行によって免れる行為に2項強盗罪が成立することを前提とすると、事後強盗罪の第1類型（財物を得て、これを取り返されることを防ぐために暴行・脅迫を加える場合）は、「財物の取返しを防ぐ目的で暴行・脅迫を用いれば同罪の既遂を認める通説の見解からは、2項強盗の既遂時期を拡張した犯罪類型ということになる。また、財物の取返し防止に成功したかどうかによって既遂・未遂を決する見解からは、2項強盗そのものということになる。」とされる<sup>25)</sup>。

島田教授も、236条によっては（2項）強盗未遂にしかならないものが、人身保護の必要性をその根拠とする238条によって（事後）強盗既遂になり得ることを認めておられるので<sup>26)</sup>、この限度では、拡張2項強盗罪説である。もっとも、島田教授がこのようにされたのは、窃盗既遂後の暴行・脅迫のみ関与した後行行為者に成立する強盗罪の既遂時期は、窃盗実行犯のそれとずれてもかまわないか（2項強盗罪とすることになる）、それとも、一致すべきか（事後強盗罪とすることになる）という問題に関して、後者の見解を採ったことから、その必要が

生じたためであり、拡張2項強盗罪説を主張することに主眼が置かれていたわけではない<sup>27)</sup>。

西田教授も、窃盗犯人による暴行・脅迫が強盗として論じられているのは、「窃盗が既遂に達した後、犯人が取還拒否・逮捕免脱・罪跡湮滅の目的で暴行・脅迫を行うことは、獲得した財物を保持するためのものであり、実質的には、暴行・脅迫によって奪取したのと同じであると評価されたからであろう<sup>28)</sup>」とされ、また、「事後強盗は窃盗犯人が既に財物を得ているからこそ、また、その場合にのみ、強盗をもって論ずる実態を有する<sup>29)</sup>」ともされるから、窃盗が既遂の場合について、拡張強盗罪説を採っておられるとはいえない。ただし、そこで念頭に置かれている「強盗」が、2項強盗であるのか、それとも1項強盗であるのかは、明らかではない<sup>30)</sup>。

ウ 拡張2項強盗罪に対する批判とその検討

(ア) 第1の批判とその検討

拡張2項強盗罪説に対する第1の批判は、財物を得た窃盗犯人による暴行・脅迫が、窃盗の被害者以外の者に向けられた場合に関するものである。すなわち、238条の規定からすれば、この場合にも事後強盗罪が成立し得ることは明らかであるように見えるが、窃盗の被害者以外の者には、財物の返還請求権がない。従って、拡張2項強盗罪説は、この場合に事後強盗罪の成立を肯定できなくなるのではないか、というのである<sup>31)</sup>。

しかし、この批判には疑問がある。

まず、この批判が、強盗罪の成立要件が欠けていることをその根拠としている点は、事後強盗罪の議論においてしばしば見られるところではあるが、当を得たものではないと思われる。238条は、少なくともその一部において、強盗罪の成立要件を欠く行為を強盗として論じる規定なのであるから<sup>32)</sup>、事後強盗罪に該当するとされる行為が強盗罪の成立要件を欠いていることは、何らおかしいことではない。従って、拡張2項強盗罪説が、返還請求権がそもそ

も存在しないところで事後強盗既遂罪の成立を主張したとしても、これが直ちに不当であるとはいえない。これが不当であるか否かは、本款の冒頭でも述べたように、238条による強盗罪の要件（ここでは、法益および法益侵害）の補完が、窃盗犯人の危険性を根拠として正当化し得るか否かによって決まることであると思われる。

そして、第1の批判との関係では、まず、窃盗の被害者以外の者に対する暴行・脅迫に、返還請求権の侵害をおよそ肯定できないわけではないことを確認しておく必要があると思われる。財物の取還を目指して犯人に組み付いた通行人や警察官に対する暴行・脅迫が、結果的に被害者の返還請求権を侵害することは、十分にあり得るであろう<sup>33)</sup>。

そうすると、この批判が妥当する可能性がある局面は、第三者に対する窃盗犯人の暴行・脅迫によって、被害者の返還請求権の侵害（またはその危険）が生じなかった場合だということになる。これは、例えば、窃盗犯人Yが、Cのアパートに空き巣に入り、現金を窃取して、誰にも目撃されずにアパートを出て歩き始めたが、すぐに、後ろから猛然と走って迫ってくるDの足音に気付き、現金を取り返すために追いかけて来た家人だと誤信して咄嗟に暴行を加えた（Dは、駅へ急いでいる学生だった）というような場合であろう。この場合に関しても、拡張2項強盗罪説は、確かに、事後強盗罪の成立を肯定できない<sup>34)</sup>。

しかし、他の見解に立つ論者も、ここでは、（238条の文言上は可能であるが）事後強盗罪の成立を否定するのではないかと思われる<sup>35)</sup>。そうすると、拡張2項強盗罪説が、事後強盗罪の成立を認めるべきところで、これを肯定できないということはないことになり、結局のところ、この批判は当たらないことになるように思われる。

(イ) 第2の批判とその検討

拡張2項強盗罪説に対する第2の批判は、被

被害者の返還請求権は、窃盗の機会の継続中でなくても、いつでも侵害できるから、この見解に立った場合には、事後強盗罪の確立された成立要件である、窃盗の機会の継続性が不要になってしまうというものである<sup>36)</sup>。

しかし、すでに見たように、拡張2項強盗罪説は、事後強盗罪は2項強盗罪であるとする見解ではなく、窃盗犯人の危険性を根拠として、2項強盗罪が拡張された罪であるとする見解である。従って、この見解を採った場合には、拡張の根拠である窃盗犯人の危険性を担保するものとして、窃盗の機会の継続性が、むしろ必須の要件となるように思われる。

#### (ウ) 第3の批判とその検討

拡張2項強盗罪説に対する第3の批判は、同説によると、不法の二重評価が生じるというものである。長井教授は、次のように述べられる。「事後強盗罪の本質を『二項強盗』に類する『窃取された財物への追求権の侵害』と解する立場を支持することはできない。その理由は、窃盗既遂を本罪の構成要件的不法評価の枠外に置くことはできないので、窃盗既遂の場合に『追求権侵害』を不法根拠とすることが『不法の二重評価』にあたるからである」<sup>37)</sup>。

確かに、拡張2項強盗罪説が、事後強盗罪での処罰に加えて、窃盗罪での処罰をも肯定するのであれば<sup>38)</sup>、二重評価である。しかし、拡張2項強盗罪説は、そのような見解ではないから、この批判も当たらないように思われる。

#### (エ) 第4の批判とその検討

拡張2項強盗罪説に対する第4の、そして、より重要であると思われる批判は、窃盗既遂犯人が、取還阻止目的で暴行・脅迫を加えたが、結局、財物を取り返されてしまった場合に関するものである<sup>39)</sup>。すなわち、この場合、暴行・脅迫による返還請求権の侵害（既遂）は認められないから、事後強盗罪の根拠を2項強盗罪との類似性に求める見解からは、これを事後強盗既遂とすることができず、判例・通説の理解と齟齬を生じるのではないか、というのであ

る<sup>40)</sup>。

まず、この批判が、財物を取り返された場合には、返還請求権の侵害が欠けていることをその根拠としている点は、すでに述べた理由から、妥当とは思われない。ここでの問題は、238条による強盗罪の要件（ここでは、既遂結果）の補完が、窃盗犯人の危険性を根拠として正当化可能であるか否かであろう<sup>41)</sup>。そして、この観点からすると、ここで加えられている批判は、結論として妥当であるように思われる。すなわち、拡張2項強盗罪説は、事後強盗罪の既遂時期に関して、判例・通説（暴行・脅迫の実行によって、事後強盗罪が既遂になる）と一致しようとする限り、窃盗犯人の危険性を根拠として2項強盗罪の既遂結果の補完（換言すれば、既遂時期の前倒し）を主張することになる。これを正当化するには、窃盗犯人の危険性が、一般の2項強盗犯人<sup>42)</sup>のそれを上回っているといえることが必要であるが<sup>43)</sup>、このようなことは、俄には認めがたいからである<sup>44)</sup>。

そして、仮にそうであるとする、その影響は、財物を取り返された場合が事後強盗未遂になるか、それとも既遂になるかという、個別事例の解決のレベルにはとどまらない。拡張2項強盗罪説は、238条は、窃盗犯人の危険性を根拠として2項強盗罪を拡張する規定であるとする見解であるから、窃盗犯人が強盗犯人よりも危険であるといえないのであれば、この説は、その土台を失うのである<sup>45)</sup>。

#### (オ) 小括

以上のように、拡張2項強盗罪説に対して従来加えられてきた批判は、必ずしも的を射たものではなかったと思われるが、そうであるとしてもなお、同説には、強盗罪を拡張する根拠の脆弱性という、看過しがたい欠点があるように思われる。同説には、さらに、窃盗犯人の暴行・脅迫によって侵害される法益を、財物の占有（拡張1項強盗罪説）ではなく、返還請求権として把握していること自体にも、疑問の余地があるように思われるが、この点については、

拡張1項強盗罪説と関連づけながら、次款で検討することにしたい。

### (3) 拡張1項強盗罪説

#### ア 拡張1項強盗罪説とその論拠

以上のように、拡張2項強盗罪説に問題があるとしても、このことは、拡張1項強盗罪説の妥当性を直ちに保障するものではない。本款では拡張1項強盗罪説について、これが、それ自体主張し得るものであるか否かを検討することにしたい<sup>46)</sup>。

検討の前提として、拡張1項強盗罪説の内容を確認しておく、同説の代表的論者である林幹人教授は、返還請求権の侵害は事後強盗罪の不法内容ではないとされた上で<sup>47)</sup>、次のように述べられる。「2項強盗罪は、財物でない無形の利益を保護するために、客体について補充しようとするものである。これに対して事後強盗罪は、客体が財物の場合について、時間的段階について1項強盗罪を補充しようとするものである」<sup>48)</sup>。

財物を客体とする窃盗罪をその前提とする事後強盗罪が、財物を客体とする1項強盗罪を補充する罪である（逆からいえば、1項強盗罪を拡張した罪である）というのは、それ自体、受け入れやすい説明ではある。とはいえ、「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ」という238条の文言からすると、事後強盗罪を返還請求権侵害と結びつけ、同罪を拡張された2項強盗罪であるとするのも、同程度に自然ではある<sup>49)</sup>。従って、拡張1項強盗罪説がその妥当性を主張するためには、事後強盗罪における法益侵害を、返還請求権の侵害としてではなく、財物の占有の侵害として理解すべきことを示す必要がある。従来の拡張1項強盗罪説は、この点において十分ではなかったように思われる。

まず、林教授の見解について見ると、教授が示しておられる根拠は、次のようなものである。すなわち、事後強盗罪が（人身犯罪ではなく<sup>50)</sup>強盗罪と実質的な同一性を有する犯罪

であることについて、①「事後強盗罪が強盗罪の後に規定され、ともに暴行・脅迫と財物の奪取を基本的な成立要件としていること」<sup>51)</sup>。また、事後強盗罪が、1項強盗罪の補充類型であることについて、②「そう解するのが、「条文の規定ぶりからして妥当だと思われる」こと<sup>52)</sup>。さらに、事後強盗罪が、拡張2項強盗罪説が主張するところとは異なり、2項強盗罪の補充類型ではないことについて、③「窃盗が未遂の場合であっても、「窃盗未遂を犯しているからには、本罪の財産犯としての性格を認めるに十分である」ことと、「既遂の場合でも、暴行の相手は被害者とおよそ関係のない者である場合、あるいは、財物が取り返された場合には、返還請求権の侵害を認め得るか、疑問がある。それでも窃盗が既遂であるからには、事後強盗既遂罪の成立を認めることはできる」こと<sup>53)</sup>。

現在の議論と関係があるのは、このうちの②と③とであるが、まず、②は、説明としては、やや簡潔に過ぎるように思われる。また、③の前半部分は、拡張2項強盗罪説が、窃盗未遂の場合にも主張可能である（同説が、窃盗既遂の場合に限定しているのはおかしい）ことを指摘するものであって、事後強盗罪を2項強盗罪に引き付けて理解することに対する批判とはならないように思われる。さらに、③の後半部分は、すでに検討したように、拡張2項強盗罪説が、事後強盗罪は2項強盗罪の拡張であるとしているに過ぎない（2項強盗罪とイコールであるとはしていない）以上、批判として適切でないように思われる。

また、金澤教授は、「一旦得た財物の占有を確立する目的で、かつ、占有を確立するに足る程度の暴行・脅迫が加えられることで、強盗罪との同質性が担保されると解すべきである。」とされるが<sup>54)</sup>、人身保護説との関係ですでに触れた批判を展開される以外、特に根拠を示されていない。

#### イ 本稿の見解

事後強盗罪における法益侵害を、返還請求権

の侵害としてではなく、財物の占有の侵害として理解すべき理由は、むしろ、以下のようなものであると思われる。

すなわち、拡張2項強盗罪説は、窃盗直後において、窃盗犯人の暴行・脅迫によって侵害される法益は、窃盗の例えば1年後に、窃盗犯人の暴行・脅迫によって侵害される法益と同じく被害者の返還請求権であるとした上で、ただ、窃盗直後においては、窃盗犯人の危険性を考慮して、2項強盗罪が拡張されているのだとする<sup>55)</sup>。しかし、窃盗直後の暴行・脅迫によって侵害される法益は、返還請求権に尽きるものではないように思われる。

例えば、窃盗の被害者が、盗品を持って逃走した窃盗犯人に追いついて、取り返そうとして組み付き、取り合いになったが殴り倒された場合、被害者は、殴られて、財物を奪われたと思うであろう。他方、事件の1年後に、被害者が盗品を持った犯人と偶然に出会い、取り返そうとして同じ目に遭った場合には、被害者は、殴られて、財物を取り返せなかったと思うであろう。この認識の違いは、根拠のない印象ではなく、被害者が被った法益侵害の内実の違いを反映したものではないかと思われる。すなわち、前者のケースにおいて、犯人に組み付いた被害者は、財物の占有を一時的に失ってはいたが、これをすみやかに取り戻し、永続的には失わずにすむチャンス、すなわち、占有の即時的回復の可能性をいまだ失っていなかったが<sup>56)</sup>、窃盗犯人の暴行によって、これを奪われてしまったのであろう<sup>57)</sup>。他方、後者のケースの被害者は、占有も、占有の即時的回復の可能性もすでに失っており<sup>58)</sup>、窃盗犯人の暴行によって侵害された法益は、返還請求権に尽きるのであろう。

そして、前者のケースにおいて被害者が侵害された、占有の即時的回復の可能性は、窃盗罪との関係では、従来から、拡張された占有<sup>59)</sup>として認められてきたものである<sup>60)</sup>。例えば、バス待ちの列に並んでいた人が、足元にカメラ

を置いたまま列と一緒に移動して、約20m離れてしまった時<sup>61)</sup>、あるいは、公園のベンチで友人と話していた人が、ポシェットを置き忘れたまま駅へ向かって歩き始めて、約27m離れてしまった時<sup>62)</sup>、これらのカメラまたはポシェットを持ち去る行為には、占有離脱物横領罪ではなく、窃盗罪が成立するとされた。事後強盗罪固有の法益侵害は、返還請求権ではなく、このような、拡張された占有<sup>63)</sup>の強取であり<sup>64)</sup>、事後強盗罪は、この意味で、拡張された1項強盗罪なのではないかと思われる<sup>65)</sup>。

とはいえ、詐欺犯人や恐喝犯人が、犯行直後に、財物を取り返そうとする被害者に暴行・脅迫を加えて撃退しても、1項強盗罪は成立しないから<sup>66)</sup>、事後強盗罪が、この、拡張された占有の侵害のみを理由として、強盗として論じられているわけではないこともまた、明らかである。拡張された占有が、窃盗との関係でのみ厚く保護されている理由については、①法益主体の意思に基づかずに財物の占有が移転され(窃盗)、これに引き続いて、拡張された占有が強取された場合と、②法益主体の意思に基づいて財物の占有が移転され(詐欺・恐喝)、これに引き続いて、拡張された占有が強取された場合とを比較すると、①の方が、法益侵害の総量が大きいと評価されたからである<sup>67)</sup>、という説明が、一応可能であろう<sup>68)</sup>。

### Ⅲ 事後強盗罪の解釈

#### 1 「窃盗」の意義について

次に、以上に見た意味での拡張1項強盗罪説を前提としつつ、同罪の解釈論上の諸問題について、検討を加えてみることにしたい。

まず、238条の「窃盗」に、窃盗未遂犯人が含まれるか否かについて見ると<sup>69)</sup>、判例・通説は、これを肯定しており<sup>70)</sup>、本稿の立場からも、これを否定すべき理由は特に見あたらない。

他方、「窃盗」は窃盗既遂犯人に限るとする見解も主張されている。

まず、拡張1項強盗罪説に立たれる林教授は、「『窃盗が』というのは、窃盗既遂犯人の意味である。」<sup>71)</sup>とされる。林教授は、①事後強盗罪は、1項強盗罪を補充する罪であり、1項強盗罪が成立し得なくなる時点以降に、その成否を問題にし得る<sup>72)</sup>、②そして、1項強盗罪は、窃盗が既遂に達した後も、窃盗犯人が財物を確保するまでは成立し得る<sup>73)</sup>、という二つの前提を採っておられるため、「事後強盗罪は財物を確保した後に、それに対する追及が開始された時点から成立し得るものと解される」<sup>74)</sup>ことになるのである。しかし、その窃取が既遂に達した財物を容体とする強取を認めることになる②の前提には、強盗罪を、加重暴行・脅迫罪としてしまうのではないかという疑問が残る<sup>75)</sup>。

また、松宮教授も、窃盗は既遂でなければならぬとされる<sup>76)</sup>。これは、窃盗未遂犯人が、逮捕免脱・罪跡隠滅目的で暴行・脅迫に出ただけで強盗罪の重い刑で処罰される等の帰結を回避するためであり<sup>77)</sup>、ここには、確かに、正しい認識が含まれているように思われる<sup>78)</sup>。しかし、窃盗未遂犯人が、窃盗は既遂だと誤信して暴行に出た場合、これは、犯人が故意をもって、事後強盗罪の構成要件該当行為をすべて行ったが、たまたま既遂に至らなかっただけであるから、この場合をも、事後強盗罪の処罰範囲から除外することが妥当であるといえるかには、なお疑問が残る<sup>79)</sup>。

## 2 窃盗の機会の継続の意義について

### (1) 本稿の見解

次に、窃盗の機会の継続について見ることにしたい。238条には、窃盗の機会の継続という言葉はないが、判例・学説は、これが事後強盗罪の成立要件であることを、一致して認めている<sup>80)</sup>。

本稿の立場からも、この要件は当然に必要であり、また、本要件は、暴行・脅迫時における、財産的な被害法益（拡張された占有＝占有の即時的回復の可能性）の存在を基礎づけるもの

として要求されていると説明することになる。暴行・脅迫が窃盗の機会の継続中に行われたということは、暴行・脅迫によって、占有の即時的回復の可能性が侵害された（または、侵害の危険が生じた）ということであり、逆に、窃盗の機会の継続が認められないということは、暴行・脅迫が、単なる暴行・脅迫以上の法益侵害をもたらさなかったということである。近時の最高裁判例が示した、「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」か否かという判断枠組みは、被害者側における、占有の即時的回復の可能性の存否（まだ取り返すチャンスがあるか否か）を、目的要件に即して<sup>81)</sup>、犯人側に視点を置いて表現したもの（まだ取り返される虞れがあるか否か）と理解することになる<sup>82)</sup>。

機会継続性要件に関する問題点は数多くあるが、以下では、そのうちの主なものについて、若干の検討を加えてみることにしたい。

### (2) 理論的問題の検討

#### ア 目的要件由来説

まず、機会継続性要件に関する理論的な問題を、三つ取り上げてみることにしたい。

一つ目は、窃盗犯人による暴行・脅迫が、窃盗の機会継続中に行われなければならないのはなぜか、という問題である。これについて、ある見解は、それは、窃盗犯人が、238条が規定する目的をもっていなければならないからであると説明する<sup>83)</sup>。

しかし、窃盗犯人が、財物の取還阻止等の目的を、例えば、窃盗の1年後にもつことができることは明らかであるから、この見解は、妥当ではないように思われる。この批判に対する反論としては、上の例の場合、窃盗犯人は238条の意味での目的をもっていただけにはならない、というものが考えられるが、そうすると、238条の「目的」は、言語的な意味に対する何らかの制約原理をその外部にもっていることになる。

それが、機会継続性要件なのではないかと思われる。

イ 〈暴行・脅迫〉 = 〈強取〉 / 〈窃取〉 = 〈暴行・脅迫〉パラレル論

二つ目は、機会継続性要件を、「強盗罪における暴行・脅迫と強取との間に要求される客観的な関係に対応するもの」<sup>84)</sup>、「窃盗と暴行・脅迫との間に存在しなければならない内的な関係」<sup>85)</sup>と理解することの当否である。この理解は、強盗罪における、〈暴行・脅迫〉 = 〈強取〉間の関係と、事後強盗罪における、〈窃盗〉 = 〈暴行・脅迫〉間の関係とはパラレルであるはずだから、前者の関係を明らかにすることによって、後者の関係である機会継続性要件の内容を明らかにできるはずである、という形で、機会継続性要件の解釈論と結びついている。

しかし、まず、このパラレル性の前提に、論理的にはあり得るとい以外に、どのような根拠があるのかは明らかではない<sup>86)</sup>。また、この前提を採ったとしても、窃取が暴行・脅迫に先行している事後強盗罪において、「強盗罪における暴行・脅迫と強取との間に要求される客観的な関係に対応するもの」が何であるかが直ちに明らかになるわけでもない<sup>87)</sup>。結局のところ、上記の理解は、機会継続性要件の解釈論にひとつの出発点を与えるものとして意味があるに過ぎず、その有効性は、かなり限られているように思われる<sup>88)</sup> <sup>89)</sup>。

#### ウ 危険性説

三つ目は、機会継続性要件は、窃盗犯人の危険性の存在を基礎づける要件であるとする見解<sup>90)</sup>の当否である。この見解を採る論者の多くは、事後強盗罪の根拠論に関して人身保護説を採っているが、人身保護説に問題があると思われることは、すでに述べた通りなので、ここでは繰り返さない。注目されるのは、人身保護説を否定し<sup>91)</sup>、拡張1項強盗罪説を採用されつつ、なお、機会継続性要件を窃盗犯人の危険性と関連づけておられる林教授の見解である。教授は、次のように述べられる。

「事後強盗罪は、窃盗直後に生じる、暴行・脅迫が行なわれる重大な危険を抑止することを目的とするからには、そのような重大な危険の実現として生じた場合を機会継続性の内容と規定すべきものとする。相当因果関係の内容として、近時『危険の実現』という枠組みが示されることが多いが、機会継続性要件はそれを超えた、窃盗『直後の重大な危険の実現』という関係を内容とするものでなければならないのである。」<sup>92)</sup>

林教授のこの見解は、教授自身は、事後強盗罪と強盗罪との共通性を主張しておられるもの<sup>93)</sup>、その基本的な部分において、人身保護説にきわめて接近しているように見える<sup>94)</sup>。林教授が、このように、機会継続性要件に、人身保護を限界づける要件としての役割しか振り分けられなくなった理由は、教授が、1項強盗罪と事後強盗罪との競合を否定された上で、1項強盗罪は、窃盗既遂後も財物の確保までは成立し得るとされたこと、この反面として、事後強盗罪が、窃盗既遂のその更に後の時点である財物の確保以後（暴行・脅迫による財産的法益の侵害をほとんど観念し得なくなった時点以後）にしか成立しないこととなったことにある<sup>95)</sup>、1項強盗罪が、窃盗の既遂後も、財物の確保までは成立し得るといふ林教授の前提には、なお、検討の余地があるように思われる<sup>96)</sup>。

### (3) 実践的問題の検討

#### ア 認識説と事実説

次に、すでに何度か触れた、平成14年決定および平成16年判決の事件（以下では、便宜的に、「天井裏事件」、「公園事件」という）を主な素材として、機会継続性要件に関する、より実践的な問題を、いくつか取り上げてみることにしたい。

まず、機会継続性要件が、事実的な要件であるのか、それとも、まだ窃盗をやっている最中である、あるいは、窃盗被害に遭っている最中であるという、犯人ないし被害者側の認識をそ

の内容とする、主観的な要件であるのかについて検討を加える。

後者のような考え方は、限定的な形ではあるが<sup>97)</sup>、例えば、次の3判例に見られる。すなわち、天井裏事件の一審判決<sup>98)</sup>は、機会継続性を否定したが、そこでは、「単に当座寝泊まりする場所を確保するために天井裏に潜んでいたにすぎないこと、警察官の逮捕行為当時、本件指輪の窃盗の事実は被害者にも警察官にも一切判明していない状況にあったこと」が考慮されていた。同事件の控訴審判決<sup>99)</sup>は、逆に、機会継続性を肯定したが、そこでは、「本件窃取行為を終えた後においても、盗品である右指輪を所持しながら窃盗の現場であるA方居宅内にとどまり続け、その間更なる窃盗の犯意を持ち続けていたこと」が指摘されている。さらに、同じく機会継続性を肯定した公園事件の控訴審判決<sup>100)</sup>においては、「被告人が引き返したのは、当初の窃盗の目的を達成するためであったとみることができる。一方、家人は、被告人が引き返して玄関の扉を開けすぐにこれを閉めた時点で、泥棒に入られたことに気付き、泥棒が逃げて行ったとして追ったものである。」ことが、その根拠として指摘されている。いずれの判決も、上記の限度では、窃盗の機会の継続を、窃盗犯人や被害者が、窃盗が継続中であると認識していることであると理解していることになる。

学説は、このような理解に概ね批判的であるが<sup>101)</sup>、本稿の立場（機会継続性要件を、暴行・脅迫時における、被侵害法益の存在を基礎づける要件であるとする）からも、上記のような犯人ないし被害者の認識の有無は、占有の即時的回復の可能性の有無・程度に影響を及ぼさない限り、機会継続性が認められるか否かとは関係がないことになる。

#### イ 個別的問題

##### (ア) 問題の整理

このように、機会継続性要件の内容が客観的な事実であるとする、次に問題となるのは、

これを認定するに当たって、どのような事実に着目すべきかである。主に議論されているのは、①時間的・場所的接着性、②-1現実の追及の有無、②-2追及の可能性の有無、③犯人の意思内容、をそれぞれ考慮することの当否についてであるが、以下では、これに加えて、④暴行・脅迫以前に財物が回復されていた場合に、これを考慮することの当否についても、検討することにしたい。

##### (イ) 時間的・場所的接着性を考慮することの当否について

まず、①時間的・場所的接着性に関しては、機会継続性を肯定する根拠として、重要ではあるが、必ずしも決定的ではないという認識が、判例・学説上、一般的であり<sup>102)</sup>、本稿もこれに賛成である。本稿が問題にする占有の即時的回復の可能性は、一種の占有であるから、一般の占有と同じく、時間的・場所的制約に（も）大いに服するからである。

なお、天井裏事件に関連しては、仮に犯人が暴行に及んだのが、窃盗の1日後だったような場合に、機会継続性要件の充足が認められるかという問題もあり、多くの見解は、これを否定している<sup>103)</sup>。機会継続性に認められるこのような制約は、本稿の立場からは、機会継続性の実体が、一種の占有であること、そして、占有が、事実的な側面と共に、社会通念によって決せられる規範的な側面をも有すること<sup>104)</sup>に由来するものであると説明することになる。

##### (ウ) 現実の追及の有無を考慮することの当否について

次に、②-1現実の追及の有無を考慮することの当否について、検討することにしたい。ここでの問題は、窃盗と暴行・脅迫との間に、追及（財物の取還ないし犯人逮捕の試み）がされていなかった部分があることのゆえに（天井裏事件でも公園事件でも、犯人は、窃盗直後に発見・追及されていたわけではなかった）、機会継続性が否定されることになるか否かである。学説の多くは、その理由は様々であるものの、

天井裏事件について窃盗の機会の継続を肯定した平成14年決定の結論を支持しているから<sup>105)</sup>、窃盗直後からの現実の追及は、機会継続性が認められるための必須の要件ではないと考えていることになる。本稿の立場からも、窃盗直後からの追及は不要である（天井裏事件がまさにそうであるように、窃盗直後からの追及がなくても、占有の即時的回復の可能性が認められる場合はあり得る）。

これに反して、金澤教授は、窃盗直後からの追及を要求されるようである<sup>106)</sup>。事後強盗罪の違法性の実質に関する金澤教授の理解は<sup>107)</sup>、本稿ともかなり近いように思われるが、これを前提としつつ、なぜ、窃盗直後からの追及が必要であるという結論に至るのかは、必ずしも明らかではない。強盗罪の場合、抵抗している被害者の占有と、無抵抗の被害者の占有とは、等しく保護されるのであるから<sup>108)</sup>、事後強盗罪においても、窃盗直後から追及している被害者と、そうでない被害者との間に、保護の厚さの違いを設ける理由はないように思われる。

#### (エ) 追及の可能性の有無を考慮することの当否について

次に、②-2 追及の可能性の有無を考慮することの当否について、検討することにした。ここでの問題は、窃盗終了時点において、窃盗の被害者（等）が、犯人を追及できる客観的な可能性（「客観的な追及可能性」<sup>109)</sup>）が認められないような場合にも、なお、機会継続性を肯定する余地があるかという問題である<sup>110)</sup>。このような問題が論じられるのは、窃盗犯人の犯行直後の危険性は、追及可能性の存否とは必ずしも関係がないため<sup>111)</sup>、人身保護説に立って、機会継続性の内容を、窃盗犯人の危険性であるとする場合には、特殊なケースにおいて<sup>112)</sup>、不当と思われる結論が導かれてしまうからである。

しかし、ここでの不当な結論の原因は、人身保護説の検討に際して述べたように、根拠論としての人身保護説にあるのであって、この問題

は、客観的な追及可能性を機会継続性の要件とすることによって解決されるべきものではない。仮に、客観的な追及可能性が機会継続性の要件であるとする、例えば、（非現実的な設例ではあるが）訪れる人のいない山奥の一軒家に暮らす植物状態の人の家に、それと知らずに忍び込んだ窃盗が、窃盗後、起きて騒がれたら面倒だと考えて、被害者を殺害した場合に、事後強盗殺人罪の成立を否定することになりかねない<sup>113)</sup>。本稿の立場からは、上の例では、機会継続性が肯定されるが、それは、先にも述べたように、本稿が問題にする占有の即時的回復の可能性が、一種の占有であり、そうである以上、一般の占有と同じく、普通に眠っているだけの人にも、孤立無援の植物状態の人にも、等しく認められるべきだからである<sup>114)</sup>。

もっとも、窃取された財物が消失したことによって、占有の即時的回復の可能性が客観的に認められなくなった場合には、事情が異なる。物理的に存在しないものについて一般の占有が存在し得ない以上、占有の即時的回復の可能性も、これを認めることができないからである。天井裏事件の犯人は、被害者の焼酎を飲んだり、煎りゴマを食べたり、さらには電気窃盗まで犯しているが、本稿の立場からは、仮に、同人が指輪を盗んでおらず、これらの飲食等しかしていなかったのであれば、機会継続性を、ひいては、事後強盗罪の成立を肯定できないことになる<sup>115)</sup>。人身保護説、拡張2項強盗罪説の立場からは、ここでも事後強盗罪の成立を肯定することになると思われるが<sup>116)</sup>、すでに述べた通り、これには疑問がある。

#### (オ) 犯人の意思内容を考慮することの当否について

次に、③ 犯人の意思内容を考慮することの当否について検討する。この議論のひとつの契機は、屋根裏事件の控訴審判決が、機会継続性を肯定する根拠として、被告人が、「本件窃取行為を終えた後においても、盗品である右指輪を所持しながら窃盗の現場であるA方居宅内に

とどまり続け、その間更なる窃盗の犯意を持ち続けていたこと」を挙げていることである<sup>117)</sup>。多くの見解は、機会継続性は、すでになされた窃盗と暴行・脅迫との間の問題であるとしてこれに批判的であるが<sup>118)</sup>、本稿の立場からは、犯人の意思内容は、占有の即時的回復の可能性の有無・程度を左右しない場合には意味がなく、逆の場合には意味があることになる。

例えば、天井裏事件では、犯人は、被害者の支配領域内である家屋の中の、すぐ見つかるような天井裏に隠れていたのであるから、犯人の意思内容の如何に拘わらず、占有の即時的回復の可能性は肯定され<sup>119)</sup>、従って、犯人の意思内容を考慮することは無意味である<sup>120)</sup>。

他方、公園事件で、仮に、犯人が、財布とともに純金のインゴットを大量に見つけ、とりあえず財布を盗って、さらに、インゴットを運搬するために、公園に駐めておいた自動車を取りに行ったというのであれば、犯人が再び戻ってくる可能性は相当に高度であるといえる。この場合には、犯人が現場を離脱して公園までを往復してくる間にも、占有の即時的回復の可能性は持続的に肯定されるから<sup>121)</sup>、犯人の意思内容を考慮することには意味があることになる<sup>122)</sup>。

#### (カ) 財物の回復を考慮することの当否について

最後に、④暴行・脅迫以前に財物が回復されていた場合<sup>123)</sup>に、これを機会継続性の判断に際して考慮することの当否について検討することにしたい。

まず、多くの見解からは、財物の回復と機会継続性とは無関係であって、このような考慮は認められないことになると思われる。すなわち、事後強盗罪の根拠論として人身保護説を採る場合には、機会継続性は、窃盗犯人の特別の危険性、ないしは、その反面としての人身保護の特別の必要性を限界づける要件であるから、財物が回復されれば窃盗犯人は危険でなくなるという前提を採らない限り、財物の回復は、機会継

続性とは無関係とされることになる<sup>124)</sup>。また、根拠論として拡張強盗罪説を採る場合にも、窃盗犯人の危険性を、強盗拡張の根拠とする場合には、同じ結論になるであろう。

しかし、窃盗犯人の危険性を事後強盗罪の根拠論に取り込むことに疑問があることは、すでに述べた通りである。機会継続性は、占有の即時的回復の可能性の存在を基礎づけるものとして要求されていると考える本稿の立場からは、窃盗の被害品が回復された場合には、占有の即時的回復の可能性が、これを観念し得なくなるという意味で消滅するから、この反面として、機会継続性が否定されることになる<sup>125)</sup>。学説には、窃盗が未遂である場合や犯人が財物を放棄した場合に、暴行・脅迫による財産的法益侵害の発生を疑問視して<sup>126)</sup>、未遂を含めて、事後強盗罪の成立をおよそ否定する見解が見られるが<sup>127)</sup>、ここには、正しいものが含まれているように思われる<sup>128)</sup>。

### 3 暴行・脅迫および目的要件について

次に、暴行・脅迫および目的要件の意義について考えてみることにしたい。

まず、事後強盗罪の成立要件である暴行・脅迫の意義について、判例・通説は、強盗罪のそれと同じであると考えており<sup>129)</sup>、事後強盗罪固有の法益侵害は、一種の拡張された占有の強取であるとする本稿の立場からも、何ら異論はない。

また、目的要件が設けられている趣旨や、その理論的な性質については、それほど議論が盛んではないが、先行する窃盗と暴行・脅迫との密接な関連性を主観面で要求するものであるとする見解や<sup>130)</sup>、責任要素であるとする見解<sup>131)</sup>、取還阻止目的は故意と同じであり、逮捕免脱・罪跡隠滅目的は責任要素であるとする見解<sup>132)</sup>が存在する。

本稿の立場からは、取還阻止目的は、一種の故意（暴行・脅迫が占有の即時的回復の可能性を侵害することの認識）であり、逮捕免脱・罪

跡隠滅目的は、一種の未遂故意を規定したものであると説明することになる。

後者について若干補足すると、窃盗未遂犯人が自己の窃盗が未遂に終わったことを認識している場合、暴行・脅迫時に犯人が認識しているのは、せいぜい、事後強盗未遂に当たる事実である<sup>133)</sup>。しかし、未遂罪の成立には既遂故意が必要であるから<sup>134)</sup>、このままでは、事後強盗未遂罪の成立を肯定することができない（さらには、不法領得の意思の不在も、未遂罪の成立を妨げる）。立法者は、この事態を回避するために、未遂故意をその内容とする逮捕免脱・罪跡隠滅目的<sup>135)</sup>を238条に規定して<sup>136)</sup>、事後強盗（未遂）罪の成立には、未遂故意で足りることを明らかにしたと考えるということである<sup>137)</sup>。

以上の説明は、もちろん、フィクションに過ぎないが、このような説明は、本稿のような見解を採った場合に限って必要になるわけではない。窃盗が未遂に終わったことを認識しつつ暴行・脅迫に出た窃盗犯人にも、事後強盗未遂罪の成立を肯定できるという判例・通説の結論自体が、実は、それほど当たり前のことではなかったように思われる<sup>138)</sup>。

#### 4 事後強盗罪の未遂

最後に、事後強盗罪の既遂・未遂の区別について、簡単に見ておくことにしたい。

判例・通説は、両者の区別は窃盗の既遂・未遂によるとしており<sup>139)</sup>、本稿も、これに異論はない。窃盗行為によって惹起された法益侵害も、事後強盗罪の法益侵害の構成要素であると考えられる以上、窃盗行為による占有侵害が現実に起こったのか、それともその危険にとどまったのかの違いは、違法評価を大いに左右すると思われる<sup>140)</sup>、すでに検討したように<sup>141)</sup>、事後強盗罪が強盗として論じられる鍵は、先行する窃盗であると考えられるからである。

なお、本稿の立場からは、窃盗が未遂で確定した時点で、暴行・脅迫の被侵害法益である占

有の即時的回復の可能性が（ひいては、機会継続性も）存在しなくなるに至るから、暴行・脅迫を加えたとしても、もはや、事後強盗未遂罪の構成要件の結果（事後強盗罪が既遂に至っていた危険）の発生を肯定できないのではないかという疑問もあり得る。しかし、少なくとも、窃盗と暴行・脅迫とが連続的に行われた場合には<sup>142)</sup>、窃盗が既遂に達していた危険が肯定される以上、窃盗が既遂に達し、それに引き続いて行われた暴行・脅迫によって占有の即時的回復の可能性が侵害されていた危険もまた、肯定可能であろう<sup>143)</sup><sup>144)</sup>。

窃盗が未遂である場合に事後強盗未遂罪の成立を肯定する上での障碍は、むしろ、故意であると思われる。窃盗犯人が、窃盗は既遂であると誤信している場合については<sup>145)</sup>、特に問題はないが<sup>146)</sup>、これに反して、窃盗犯人が、窃盗が未遂に終わったことを認識している場合には、目的要件に関して、前項で示したような解釈を採る必要があると思われる。

#### IV おわりに

以上、事後強盗罪の根拠および解釈について、やや立ち入った検討を加えて来たが、判例にはあまり言及できず、共犯の問題にはまったく触れることができなかった。これらについては、機会を改めて考えてみることにしたい。

#### 注

- 1) 最決平14・12・14刑集56巻2号86頁、最判平16・12・10刑集58巻9号1047頁。
- 2) 238条の文言自体からは、「窃盗」に窃盗未遂犯人や窃盗の従犯が含まれるか否かは、判断できない。また、同条所定の目的も、主観的にこれを有していれば足りるのか、それとも、これを裏付ける客観的な状況が必要であるのかも、不明である。機会継続性要件に至っては、その意義はもとより、その必要性さえ、必然的には導くことができない。
- 3) 根拠論をより意識しつつ事後強盗罪の解釈論を展開しようとする比較的最近の論考として、例えば、林幹人「事後強盗罪の新動向」『判例刑法』(2011年)348頁、十河太朗「事後強盗罪の本質」同志社法学62巻6号(2011年)、金澤真理「財物

- 奪取後の暴行・脅迫」岡本勝ほか編『阿部純二先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的課題』(2004年) 293頁がある。妥当な方向性を示すものと思われる。
- 4) 「窃盗」による暴行・脅迫の人身に対する危険性に、強盗罪との近似性を見出す見解であるといえる。
- 5) 暴行・脅迫が、強取類似の財産的法益侵害を惹起している点に、強盗罪との近似性を見出す見解であるといえる。
- 6) 嶋矢貴之「事後強盗罪における窃盗の機会継続性」ジュリ1247号(2003年) 167頁。
- 7) 嶋矢・前掲注6) 167頁。
- 8) 例えば、大谷實『刑法講義各論』(新版第3版)(2008年) 232頁以下、吉田敏雄「事後強盗罪をめぐる諸問題」現刑12号(2000年) 42頁、十河・前掲注3)、特に465頁以下、嶋矢・前掲注6) 167頁、嶋矢貴之「事後強盗罪における窃盗の機会継続性の限界」刑ジャ4号(2006年) 89頁、逮捕免脱・罪跡隠滅目的の場合に限って、佐伯仁志「事後強盗罪の共犯」研修632号(2001年) 7頁以下。なお、佐伯教授の見解に関しては、窃盗が既遂である場合には、逮捕免脱・罪跡隠滅目的による暴行・脅迫も違法身分ではないか(この場合の事後強盗罪は、加重された暴行・脅迫罪とはいえないのではないか)という指摘もある(西田典之「続『共犯と身分』再論」祝賀論文集編集委員会編『内田文昭先生古稀祝賀論文集』(2002年) 285頁)。
- 9) この陣営に属する見解は、事後強盗罪の根拠論が、主に共犯の問題との関係で展開されてきたことを反映して、その内部において、238条が、窃盗犯人の危険性を根拠として、暴行・脅迫罪を加重したと考えるもの(本稿では、「加重暴行・脅迫罪説」という)と、窃盗罪を加重したと考えるもの(同じく、「加重窃盗罪説」という)とに分かれている(いずれとも言明しないものもある)。
- 前者の見解は、例えば、本罪は、「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、暴行・脅迫の加重類型を設け、強盗罪に準ずる犯罪としたものと解すべきである。」(大谷・前掲注8) 232頁以下)とし、後者の見解は、例えば、「窃盗の故意で窃取行為に着手した窃盗犯人が、窃取行為の途中又はその直後に被害者等に発見され、暴行・脅迫にわたることは、犯罪学的にはよくみられる行為態様である。そこで事後強盗罪(刑法第238条)は、窃盗の現行犯及び現行犯類似の状況下にあることを予定し、人身保護の必要性の観点から、同条所定の目的をもって暴行・脅迫を加える行為を『強盗として論ずる』ことにしたものである。事後強盗罪はすでに行われた窃盗の実行行為を、所定の目的で暴行が加えられたことにより事後的に加重する類型、つまり窃盗罪の加重類型であって、暴行罪・脅迫罪の加重類型ではない」(吉田・前掲注8) 42頁)とする。
- 10) この論拠のみを挙げる見解として、大谷・前掲注8) 232頁以下、吉田・前掲注8) 42頁。
- 11) 十河・前掲注3) 467頁。
- 12) 例えば、佐伯教授は、窃盗犯人による暴行・脅迫に財産犯(強盗罪)的性格を見出す可能性を検討された上で、逮捕免脱・罪跡隠滅目的の場合には、「単に主体が窃盗犯人であるというだけで、財産犯的性格を有しているわけではない。窃盗が未遂の場合は特にそうである」等とされて、「したがって、事後強盗罪に第2類型が設けられたのは、窃盗犯人が逃亡する際に暴行・脅迫を用いることが多いという実態に着目して、人身保護の観点から責任を加重すべきであると立法者が判断したものと理解すべきであろう」とされる(佐伯・前掲注8) 7頁以下)。
- また、十河教授は、「このように見てくると、事後強盗罪の財産犯的性格を暴行・脅迫の点に求める見解は、いずれも成功していないといわざるをえない」(十河・前掲注3) 465頁)とされた上で、「事後強盗罪が、暴行・脅迫を手段として財物を奪取する強盗罪と同様に扱われるのはなぜなのであろうか。第一に、事後強盗行為の防止の必要性が挙げられる」とされる(十河・前掲注3) 467頁)。
- 13) 大谷・前掲注8) 232頁。
- 14) 金澤・前掲注3) 307頁。同301頁も参照。
- 15) 例えば、窃盗犯人と詐欺犯人とについて、犯人の粗暴性、犯人が突然発見されて事態が急展開する可能性、暴行・脅迫以外にその場を切り抜ける方法がない可能性を比較してみると、いずれも、窃盗犯人の方が高度であり、典型的に、より危険であるといえそうである(金澤・前掲注3) 304頁注13も参照)。これに反して、恐喝犯人については、疑問の余地がより大きいようにも思われるが、相手が窃盗犯人である場合の方が、被害者等が犯人に抵抗し、あるいは逮捕しようとする可能性が大きく、この反面として、犯人が被害者等に暴行・脅迫を加える可能性が増大して、より危険であるという説明が、一応可能であると思われる(窃盗罪と強盗罪とを比較する松宮孝明『刑法各論講義』(第2版)(2008年) 221頁も参照)。
- 16) 金澤・前掲注3) 307頁は、また、逮捕の危険等が生じている切迫した状況が、窃盗犯人の「自己庇護の行為を誘発する」点をも指摘して、窃盗犯人の暴行・脅迫を重く処罰しようとする人身保護説を批判する。これは、切迫した状況下における暴行・脅迫には、自己の刑事事件の証拠の隠滅におけるのと同様の責任減少が認められるとするものであろう。しかし、逮捕されそうになる状況を作出したのがそもそも犯人自身であることや、逮捕行為が当然に適法であること等を考慮すれば、暴行・脅迫の責任が減少するという主張は認めがたいように思われる(窃盗罪が毀棄罪よりも重く処罰されているのと同様、そのような行為に出がちなことからその責任が重いと思われるべきであろう)。嶋矢・前掲注8) 89頁注16も参照。
- 17) 山口教授は、事後強盗罪の共犯に関する議論の文脈においてではあるが、脅迫ばかりでなく、暴行についても加重の正当性を疑問視され、「単なる暴行罪・脅迫罪の加重形態として、事後強盗罪の法定刑の重さを正当化することはできないと思われる」とされる(山口厚「事後強盗罪再考」研修660号(2003年) 8頁)。
- なお、付け加えると、加重窃盗罪説に立られる十河教授は、山口教授のこの指摘を援用して、加重暴行・脅迫罪説を批判される(十河・前掲注3) 461頁。同456頁も参照)。しかし、山口教授の批

判は、直接には加重暴行・脅迫罪説に向けられたものではあるが、加重窃盗罪説を採れば回避できるというものでないように思われる。確かに、加重暴行・脅迫罪説と加重窃盗罪説とを比較すれば、後者の方が、説明を施す必要がある加重部分が小さいから（加重暴行・脅迫罪説は、2年以下の懲役等〔刑208条・222条〕から5年以上の有期懲役〔刑236条〕への加重を説明する必要があるが、加重窃盗罪説は、10年以下の懲役等〔刑235条〕からの加重を説明すれば足りる）、説得力において分があるといえなくもない。しかし、このことは、加重窃盗罪説それ自体の説得力を示すものではない。10年以下の懲役等と5年以上の有期懲役とは、それ自体が相当に大きな差であって、窃盗犯人の危険性のみを根拠として事後強盗罪を説明することはいずれにせよできない、という評価も十分にあり得る。佐伯教授は、事後強盗罪の共犯の議論の中で結合犯説を批判されて、窃盗を実行行為に取り込んだからといって、事後強盗罪が強盗罪類似の財産犯であることを説明できたことにはならないという趣旨を述べられるが（佐伯・前掲注8）7頁）、この批判は、加重窃盗罪説にも妥当するよう思われる。

- 18) 被害者を脅迫して自傷行為を行わせることはもちろん可能であるが（大阪高判昭60・2・6判時1149号165頁）、この場合の傷害は、被害者の行為を利用した暴行によるものであって（山口厚『刑法各論』（第2版）（2010年）238頁注83）、脅迫による法益侵害は、ここでもやはり、意思の自由の侵害である。
- 19) 窃盗犯人に脅迫され、逃げようとした被害者が転倒等する場合が考えられる。もっとも、この点に関して、窃盗犯人の脅迫が、他罪の犯人による脅迫よりも著しく危険であるとは、到底いえないように思われる。
- 20) 林幹人教授は、事後強盗罪の犯罪内容が、強盗罪のそれと実質的な同一性を有するとする理解を支持されて、「事後強盗罪が強盗罪の後に規定され、ともに暴行・脅迫と財物の奪取を基本的な成立要件としていることは、そのような理解を裏付けるものである」とされる（林・前掲注3）350頁）。
- 21) 佐伯仁志「強盗罪（2）」法教370号（2011年）89頁。鳴矢・前掲注6）168頁も、「まったく被害者側に追及可能性がない場合にまで事後強盗の成立を認めるのは行き過ぎ」であるとする。
- 22) 十河・前掲注3）467頁（注番号を省略して引用した〔以下、本稿において同じ〕）。
- 23) なお、山口教授は、（やはり、共犯の問題に関する議論の文脈ではあるが）具体的帰結の観点からも責任身分説＝人身保護説（加重暴行・脅迫罪説）を批判されて、次のように述べられる。すなわち、「『窃盗』を責任身分と解する場合により問題となるのは、このような理解では、事後強盗罪に加え、先行する窃盗罪・同未遂罪が別罪として成立することになるという帰結を回避することができないことである。なぜなら、先行する窃盗は暴行・脅迫の非難可能性を高める要素として評価され、窃盗行為によって惹起された財産的侵害の側面は評価の対象外となる（事後強盗罪においては窃盗罪の違法性が評価されない）からである」（山口・前掲注17）8頁。人身保護説〔加重窃盗罪説〕からの同旨の批判として、十河・前掲注3）461頁）。
- しかし、この点に関しては、疑問の余地があるように思われる。
- まず、加重暴行・脅迫罪説が着目する犯人の危険性は、犯人が主観的に窃盗であれば認められるから（例えば、窃盗の着手直前の空き巣狙い）、人身保護の観点からは、財産的損害の発生を要求する理由は存在しない。ここから、仮に、加重暴行・脅迫罪説が、238条の「窃盗」であるためには、主観的に窃盗であれば足りるとしているのであれば、確かに、同説において、窃盗の財産的侵害が評価されていないといえる。しかし、加重暴行・脅迫罪説は、（238条の当然の解釈ではあるが）窃盗既遂または未遂犯人であってはじめて、暴行・脅迫の責任加重根拠である「窃盗」となるとする。そうすると、山口教授がいわれる「財産的侵害の側面」は、加重暴行・脅迫罪説においても、責任加重を保障しない限定するための法定の根拠として、事後強盗罪の成立要件の中で評価されており、同罪の成立を肯定する過程で、いわば消費されるのではないかと疑問がある。
- また、仮に、加重暴行・脅迫罪説において、窃盗罪の違法性が評価されていないのだとしても、窃盗罪の責任が事後強盗罪の中で評価され、責任加重根拠として用いられているのであれば、違法性のみでは犯罪が成立しない以上、同説からも、やはり、窃盗罪の成立を肯定できないのではないかと疑問が残る。
- 24) はじめに2点確認しておく、拡張2項強盗罪説は、まず、いずれもが、事後強盗罪の根拠の全体ではなく、その一部（窃盗が既遂の場合）を、2項強盗罪との類似性によって説明しようとする見解である。ひとつの罪に複数の根拠論が存在するのは不自然であるようにも見えるが、結局のところは、事後強盗罪の全体を合理的に説明できればよいのであるから、根拠論がモザイク的であることそれ自体に、問題はないと思われる（佐伯・前掲注21）88頁も参照。鳴矢・前掲注8）89頁は批判的である）。
- また、もともとが、事後強盗罪の共犯の問題の解決を念頭に置いて主張されているものであるもので、この問題を離れ、機会継続性要件の意義等、事後強盗罪の解釈論一般にも妥当するものとして構想されているのかについては、必ずしも明らかではない。本稿は、共犯問題に関して主張されている事後強盗罪の根拠論は、事後強盗罪の解釈論一般との関係でも同じように主張されるはずであるという前提をとっているが、この前提は、必ずしも堅固ではない（山口教授は、身分犯説と事後強盗罪の一般的解釈との不整合を指摘されて、「事後強盗罪を身分犯と解する議論は冒頭の問題を刑法65条の適用により形式論理で解決するために案出された、一種の便宜論ではないかと思われ。」ともされている〔山口・前掲注17）4頁。山口厚「事後強盗罪の成立範囲」『新判例から見た刑法』（第2版）（2008年）189頁も参照））。
- 25) 佐伯・前掲注8）5頁。同・前掲注21）87頁以下も参照。なお、佐伯教授の見解は、窃盗の既遂／未遂で区別する見解と対置されて、取還阻止目的／逮捕免脱・罪跡隠滅目的で区別する見解とし

- て紹介されることがあるが、佐伯教授の区別は、236条前段（財物を得てその取還を阻止する目的）／後段（逮捕免脱・罪跡隠滅目的）であり（佐伯・前掲注8）6頁、同・前掲注21）87頁以下）、実質的には、返還請求権の侵害の有無で区別する見解であるから（西田・前掲注8）285頁以下参照）、正確ではないように思われる。
- 26) 島田聡一郎「事後強盗罪の共犯」現刑44号（2002年）20頁。
- 27) これを主張する必要がある前者の立場よりも、「わずかに優れている」とされるに過ぎない（島田・前掲注26）20頁）。
- 28) 西田典之『『共犯と身分』再論』松尾浩也ほか編『刑事法学の現代的状況』（1994年）188頁。
- 29) 西田・前掲注28）192頁。同・191頁、西田・前掲注8）284頁も参照。
- 30) なお、窃盗が既遂の場合は2項犯罪であるとする見解として、増田隆・早稲田大学大学院法研論集114号（2005年）103頁がある。
- 31) 山口・前掲注17）7頁、十河・前掲注3）460頁、林・前掲注3）358頁。
- 32) 事後強盗罪に該当するすべての行為が強盗罪の成立要件をも充足するのであれば、238条は不要であろう。
- 33) 島田・前掲注26）20頁（金澤真理「事後強盗罪の成否と窃盗の機会」山形大学法政論集24=25巻（2002年）92頁注11も参照。疑問を留保するものとして、林・前掲注3）359頁、林幹人「判批」警研59巻6号（1988年）54頁）。  
もっとも、暴行・脅迫を加えたものの、財物を取り返されてしまった場合に、拡張2項強盗罪説から、判例・通説と同じ結論（事後強盗既遂）をとることができるかには、疑問がある（第4の批判についての検討を参照）。
- 34) むしろ、このような場合を除外するのが、拡張強盗罪説の眼目である。
- 35) すでに見たように、人身保護説の論者も、このような場合に事後強盗罪の成立を肯定するのは、「行き過ぎ」であるなどとする（嶋矢・前掲注6）168頁、佐伯・前掲注21）89頁参照）。
- 36) 山口・前掲注17）7頁以下、十河・前掲注3）460頁以下。
- 37) 長井圓「判批」現刑26号（2001年）88頁。
- 38) 長井教授が引用される町野教授の見解が、2項強盗罪との関係で否定しておられるのも、このような取り扱いであると思われる（町野朔『犯罪各論の現在』（1996年）141頁以下参照）。
- 39) 拡張2項強盗罪説が、窃盗が既遂であり、かつ、犯人が最終的に財物を得た場合において相当の説得力を有していることは、同説に批判的な論者も、これを認めている（山口・前掲注17）7頁、十河・前掲注3）460頁参照）。
- 40) 山口・前掲注17）7頁（林・前掲注3）358頁も参照）。山口教授の批判は、拡張2項強盗罪説に向けられたものであるが、拡張1項強盗罪説にも向け得るものではないかと思われる（拡張1項強盗罪説に立ちつつ、この批判の趣旨を考慮して、財物を取り返された場合に、事後強盗既遂罪の成立を否定する見解として、金澤・前掲注3）310頁以下）。
- 41) 島田教授は、「事後強盗罪は『窃盗の機会の継続中』という特殊な構成要件の状況の下において2項強盗罪の既遂時期を早めた特例でもあるということになろう」とされた上（島田・前掲注26）20頁）、本文の場合について、既遂時期の繰り上げは許容され得るとされる（島田・前掲注26）23頁注56）。
- 42) 例えば、無銭飲食後に逃走し、追いかけてきた店主に暴行・脅迫を加えようとしている者や、貸金債権の放棄を求めて債権者に暴行・脅迫を加えようとしている者など。
- 43) 仮に、危険がより小さいのであれば、既遂時期の前倒しは不当であるし、危険が同じであるなら、前倒しは不要である。
- 44) 強盗犯人の危険性は、240条の罪との関係で、特に、いわゆる機会説を採る論者によって、しばしば指摘されているところである（例えば、大谷・前掲注8）237、240頁参照。機会説以外の論者も、強盗の危険性自体をことさら否定はしていない）。  
なお、ここで比較されるべき危険は、犯人が暴行・脅迫に出る直前の時点において、強盗の潜在的被害者が曝されている危険と、窃盗直後の時点において、窃盗の被害者が曝されている危険とである。強盗における暴行・脅迫終了後の危険と、事後強盗における窃取終了後の危険とは異なる。後者の意味での危険を比較するなら、窃盗犯人の方が上回っているということも可能である（松宮・前掲注15）221頁参照）。
- なお、この問題は、判例・通説との一致を断念して、暴行・脅迫に出たが財物を取り返されてしまった場合は事後強盗未遂であるとすれば回避可能であるが、この解決には、法文解釈上の無理が指摘されている（山口・前掲注17）7頁。窃盗が既遂、暴行・脅迫も既遂であるのに事後強盗罪が未遂という解釈の無理をいうものであろう）。
- 45) このことは、次項で検討する拡張1項強盗罪説にも、同様にあてはまる。窃盗犯人の危険性は、強盗罪の拡張という理論構成をとらない、人身保護説においてのみ主張可能な根拠ではないかと思われる。
- 46) 拡張1項強盗罪説を採用する論者としては、まず、林幹人教授（林・前掲注3）論文、同・前掲注33）論文）を挙げることができる（もっとも、林教授の見解は、機会継続性要件との関係では、人身保護説にかなり接近する〔機会継続性の項を参照〕）。
- さらに、金澤教授（金澤・前掲注3）論文、同・前掲注33）論文）は、拡張2項強盗罪説を正面から否定しておられるわけではないが、その議論の中で、返還請求権が問題にされていないこと、また、事後強盗罪との同質性を論じておられる強盗罪が、一貫して1項強盗罪であることから、この見解に立っておられるものと推測される。
- 正田元判事も、窃盗後の返還請求権の侵害は、2項強盗罪では保護されないという立場を前提として、事後強盗罪は、「看做された1項強盗罪を規定したものである」とされ（正田満三郎「1項強盗罪・2項強盗罪・事後強盗罪相互の関係について（上）」判時1286号（1985年）7頁）、長井教授（長井・前掲注37）論文）も、機会継続性要件との関係で、この見解を採用しておられるものと見

- られる。
- 47) 「事後強盗罪は、盗まれた物の返還請求権を保護しようとするものではなく、また、その侵害は本罪の不法内容に含まれてはいないと解すべきだと思われる。」とされる(林・前掲注3) 357頁)。
- 48) 林・前掲注3) 358頁(同・前掲注33) 54頁も参照)。
- 49) 林・前掲注3) 356頁参照。
- 50) 林・前掲注3) 360頁。
- 51) 林・前掲注3) 350頁。
- 52) 林・前掲注3) 354頁。
- 53) 林・前掲注3) 357頁以下。
- 54) 金澤・前掲注3) 309頁。同310頁も参照。
- 55) 窃盗犯人に、強盗罪拡張の根拠となり得るような危険性が認められるのかについては、前掲「(2)」で見たように、疑問がある。
- 56) 金澤・前掲注3) 310頁も参照。
- 57) ここでも、返還請求権が侵害されていないわけではない。例えば、強盗犯人が、バッグにしがみついて抵抗する被害者を何度も殴りつけ、ついに引きはがしてバッグを奪うとき、2度目以降の各殴打行為は、占有侵害を拡大する暴行であると共に、その時点までに生じていた占有侵害に対応する返還請求権を侵害する暴行でもある(複数の嘘をついた詐欺罪でも同様に考えることができる)。そうであるにも拘わらず、これを2項強盗罪としない(少なくとも、1項と2項の、どちらを選んでも構わないとは考えられていない)のは、「取られた」のは、「返してもらえなかった」とは異なる、より重大な法益侵害であると考えられているからであろう。
- 58) 念のために述べておけば、本稿が問題にしている占有の即時的回復の可能性は、窃盗被害に遭った時点から起算して、速やかに占有を回復できる可能性、多少粗い表現をすれば、諦めるにはまだ早い、まだ取り返せる希望はある、といえる状態のことである。従って、被害品を持った犯人と1年後に再会したような場合には、目の前の犯人から即座に取り返す可能性があるといたしても、占有の即時的回復の可能性は認められない。
- 59) 山口・前掲注18) 178頁参照。
- 60) 以下、本稿では、「拡張された占有」という語と「占有の即時的回復の可能性」という語とを文脈に応じて使い分けるが、両者の内容は同じである。
- 61) 最判昭32・11・8刑集11巻12号3061頁。
- 62) 最決平16・8・25刑集58巻6号515頁。
- 63) もっとも、窃盗罪におけるよりも、さらに拡張されていると思われる(犯人の意思内容を考慮することの当否に関する項を参照)。
- 64) 金澤教授が、事後強盗罪においては、「窃盗及び窃盗に引き続いて財物を確保するために行われる暴行・脅迫が共に可罰性の実質を支えている」のであり、事後強盗罪の違法性の実質も、「財物の占有侵害に加えて、即座に財物を取り戻そうとする所有者の占有回復の試みを阻害し、財物奪取を完遂する点に見出されなければならない」とされるのは(金澤・前掲注3) 310頁以下)、「試み」の阻害を問題にされている点を除けば、正当であると思われる。
- 65) 事後強盗罪は、1項強盗罪がカバーしない占

有を保護の対象とするという意味で、拡張された1項強盗罪であることになる。林教授が、「1項強盗と2項強盗が競合することはありえない。1項強盗と事後強盗も同じ関係にあると解される。」(林・前掲注3) 354頁)とされるのは、妥当であると思われる(なお、これに関連して、林教授が、事後強盗罪は、窃盗罪の既遂の更に後の時点である、財物の確保以後にしか成立しないとされること[林・前掲注3) 356, 359, 363頁。安廣文夫「判解」最判解昭和61年度298頁も参照]には、疑問がある。窃盗既遂から確保までの間こそが、事後強盗罪が成立し得る時間帯ではないかと思われる[山口・前掲注18) 221頁、西田典之『刑法各論』(第6版)(2012年)170頁参照])。

これに対して、両罪の「オーバーラップ」を肯定する見解もあるが(安廣・本注298頁以下)、1項強盗罪が拡張された占有を保護の対象としていないことは、本文中で次に述べるように否定できず、また、1項強盗罪で処罰されている対象を、事後強盗罪によっても処罰できるようにすべき理由も見出しがたいから、疑問がある。オーバーラップは、実際の事件において、侵害されたのが、拡張された占有であるのか、それとも強盗罪の保護対象である占有であるのか、しばしば判断困難であることから、結果的に生じる事態に過ぎないように思われる。

- 66) 1項強盗罪の保護法益としての占有は、ちょうど、同罪の暴行が暴行罪のそれと異なり、また、強盗致傷罪の傷害が傷害罪のそれと異なっている(異論もある)のと同じように、窃盗罪の保護法益としての占有とは異なっていることになる。
- 67) 正田元判事は、窃盗被害者の返還請求権が、詐欺被害者のそれと同等に保護されるのかという問題に関連して、次のように述べられる。
- 「だが、財物奪取後における財産上の被害利益と、財物騙取後における財産上の被害利益が、……全く同等に刑法二二六条二項の保護の客体となりうるものであろうか。私はこの点について疑問を抱くのである。というのは、財物の騙取は、被害者の任意的処分行為によって行われる価値の移転の衡平(取引の安全)を害するがゆえに、処罰の対象となるに反し、財物の奪取(窃盗および強盗)は、被害者の意思を無視した財物の取得そのこと自体を、社会的財産法秩序に反するものとして処罰の対象とするものだからである。すなわち、前者にあっては、財物とその返還もしくは代償的利益とが一体となり、相互補填的に刑法的保護の対象となるに反し、後者は、財物の占有を中心に財産的保護を与えようとするものと考えられているからである。」(正田満三郎「一項強盗罪・二項強盗罪・事後強盗罪相互の関係について(下)」判時1287号(1985年)10頁)。

元判事の見解は、窃盗後の返還請求権侵害は、およそ2項強盗罪では処罰されず、その代わりに設けられたのが事後強盗罪であるというものであって、必ずしも賛成できないが、先行する占有移転が、法益主体の意思に基づくか否かによって、被害者が占有喪失後になお保有している利益に対する刑法的保護の厚さが異なり得ることを指摘しておられる点では、正しいものを含んでいるように思われる。

- 68) この意味では、事後強盗罪が強盗として論じられるための鍵となっているのは、拡張された占有が暴行・脅迫によって侵害されたこと（拡張1項強盗罪の部分）ではなく、むしろ、先行する罪が窃盗であることである。山口教授は、「先行する窃盗罪・窃盗未遂罪の違法性が事後強盗罪の違法性の重要な構成要素となっていることを否定することはできない」とされるが（山口・前掲注24）189頁。同・前掲注18）229頁も参照）、この指摘は、この文脈で理解することが可能であり、また、後にも述べるように、事後強盗罪の既遂・未遂を、先行する窃盗のそれによって決する判例・通説の立場を正当化し得るのも、この観点ではないかと思われる。
- 69) 「窃盗」を巡っては、これ以外に、「窃盗」に強盗犯人が含まれるか、あるいは、窃盗補助犯人が含まれるかという問題もあるが（例えば、山口・前掲注18）227頁、島田・前掲注26）19頁以下参照）、本稿では取り上げることができない。
- 70) 例えば、大谷・前掲注8）232頁、高橋則夫『刑法各論』（2011年）267頁以下参照。
- 71) 林幹人『刑法各論』（第2版）（2007年）216頁。
- 72) 林・前掲注3）354頁。
- 73) 林・前掲注3）355頁以下。
- 74) 林・前掲注3）356頁。
- 75) 山口・前掲注18）221頁も参照。  
なお、林教授は、スーパーの中で商品をポケットに入れた窃盗既遂犯人も、警備員に咎められてスーパー内で暴行に及んだ場合について、ここで1項強盗罪を認めず、事後強盗罪の問題だとしてしまうと、暴行にのみ関与した者を強盗罪の共犯とできなくなるから実際上妥当でないともされる。しかし、共犯が成立しないのには、それなりの理由があるのであるから（林教授が、因果共犯論を採る以上、「窃盗」を違法身分と解したとしても、窃盗の事実を実現していない後行為者を事後強盗罪の共犯とはできない、と指摘されているのは〔林・前掲注3）360、363頁〕、まさに正当だと思われる）、この結論を回避するために1項強盗罪の成立を肯定することには、やはり疑問が残る。
- 76) 松宮・前掲注15）218頁。なお、教授は、「しかし、一窃盗が未遂であった場合であれ、窃取した財物を放棄した場合であれ一財物をもたない窃盗犯人が逮捕に抵抗した場合を、他の犯罪の行為者が逮捕に抵抗した場合と異なって、特別に重く処罰する理由」はないとされるので（同222頁）、窃盗既遂犯人も、暴行・脅迫時に財物をもっていない以上、事後強盗罪の主体から除かれることになるものと思われる。
- 77) 松宮・前掲注15）217、218頁参照。
- 78) 目的要件および事後強盗罪の未遂についての項を参照。
- 79) なお、「窃盗」に窃盗未遂犯人が含まれないとする学説としては、他に、西田教授の見解があるが（『窃盗が』は窃盗既遂犯人を意味することになる。）とされる。西田・前掲注65）178頁、これは、238条が既遂類型であることを考慮したものであって、窃盗未遂犯人が事後強盗罪の主体から除外されているわけではない（同181頁参照）。
- 80) 例えば、最決昭34・3・23刑集13巻3号391頁は、「又被告人が右車掌に暴行を加えたのは前記のような状態の下において為されたものである以上、暴行が窃取の時より五分経過して居り電車外のホームで行われたからといって、右暴行は本件窃盗の現行の機会延長の状態で行われたものというべきであるから被告人の所為がいわゆる事後強盗罪を構成すること明らかである。」とする。また、本稿の冒頭で言及した二つの最高裁判例（前掲注1）は、その内容をより具体化して、「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」か否かを問題にしている。また、学説としては、例えば、松宮・前掲注15）221頁、西田・前掲注65）178頁、大谷・前掲注8）234頁、高橋・前掲注70）270頁、山口・前掲注18）228頁。
- 81) もっとも、両要件の主従ということであれば、むしろ、機会継続性要件が「主」であって、目的要件は、その認識として要求されているのではないかと思われる（目的要件の項を参照）。
- 82) 本稿のような理解は、学説上、「緊迫した対立状況」（山口・前掲注24）183頁）や「窃盗の事実的追及可能性」（長井・前掲注37）88頁）として主張されているところと、かなり近似しているようにも思われる。
- 83) 大谷・前掲注8）234頁は、「本罪の暴行・脅迫は、財物を取り返されることをふせぎ、逮捕を免れるために行われるものであるから、窃盗の機会すなわち窃盗の現場およびその継続的延長と見られる場所、または犯人を逮捕しようする状況のもとで加えられることを要する。」とする（これを支持するものとして、長井・前掲注37）88頁）。さらに、井上宏「判批」警論55巻7号（2002年）222頁は、機会継続性要件の「実質的要件として『窃盗犯行に引き続き、財物を取り返され、又は逮捕される可能性のある状況が継続していること』を求めることは、構成要件上の目的に対応する客観的状況を求めるものであって、文理的な観点からも自然である」とする。
- 84) 林・前掲注3）350頁。同様のアプローチで機会継続性要件を解釈する見解として、例えば、前田雅英『刑法各論講義』（第4版）（2007年）243頁、高橋・前掲注70）270頁。
- 85) 林・前掲注3）352頁。
- 86) 論理的には、本稿のような理解（強盗罪において、〈暴行・脅迫〉＝〈強取〉間に要求されている関係を、事後強盗罪における、〈強取〉＝〈暴行・脅迫〉間ではなく、〈暴行・脅迫〉＝〈占有の即時的回復の可能性の侵害〉間に要求する要件であるとする）も、同等に可能であり、また、どちらかといえば自然でもあろう。
- 87) 林・前掲注3）351頁参照。
- 88) 例えば、長井教授、金澤教授は、この前提から出発して（長井・前掲注37）81頁、金澤・前掲注33）84頁以下）、最終的な解決は、この前提の枠外に求めておられるように見える（長井・前掲注37）88頁、金澤・前掲注33）87頁参照）。
- 89) なお、以上のことは、事後強盗罪が成立するためには、窃盗と暴行・脅迫との間に密接な関連性が認められなければならないという一般的な命題（例えば、山口・前掲注24）9頁）を否定する趣旨ではない。この点に関していえば、本稿は、両者の密接な関連性の内容は、先行する窃盗の反面と

- して被害者側に生じた占有の即時的回復の可能性が、後行する暴行・脅迫によって侵害されることであると考える。
- 90) 例えば、嶋矢准教授は、機会継続性要件がなぜ必要かという理由の説明については、「従来からなされている、刑事政策的な、事後強盗罪は、窃盗犯人が窃盗現場において行う暴行脅迫に特別な危険性を認め、被害者等の生命身体を保護するための規定であるという理解が妥当であると思われる」とされる(嶋矢・前掲注6)167頁)。
- また、この見解を前提とした場合には、機会継続性要件の充足の有無について、例えば、「まず、犯人が窃盗の犯意を放棄し、単に昼寝をするため、あるいはのぞき見をするために天井裏に居続けたという場合であっても、本件程度の時間的隔たりの下では、被害者、発見者等に対する暴行・脅迫が強度に及ぶ危険性が典型的に認められるから、窃盗の機会継続性が失われることはないと考えられる」(朝山芳史「判解」最判解平成14年度70頁)などのような判断がされることになる。
- 91) 「事後強盗罪は加減身分犯ではない。……事後強盗罪は暴行・脅迫罪に窃盗という要件を加えて重くしたものではないのである。」(林・前掲注3)360頁)とされる。
- 92) 林・前掲注3)352頁。林教授は、事後強盗罪は、2項強盗罪ではなく1項強盗罪の補充類型であるとされるが(林・前掲注3)356頁)、このことは、機会継続性要件の解釈においては、特に意味を与えられていないことになる。
- 93) 林・前掲注3)350頁。
- 94) 林・前掲注71)216頁においては、「……窃盗が既遂に達しても、財物を確保するまでは強盗罪が成立しうるが、それ以後にも、人身を保護する必要があるというものが、本条の立法趣旨である。」とされている。
- 95) 前掲注65)参照。
- 96) 山口・前掲注18)221頁は、「窃盗が既遂になった後は、1項強盗は成立せず、2項強盗又は事後強盗罪(刑238条)の成立を問題とすべきではないかという疑問が残る」とする。十河・前掲注3)471頁も参照。
- 97) 本文中で以下に紹介する3判決とも、時間や場所等、客観的な事実をも考慮して窃盗の機会の継続を認定しているから、これらの判決が、機会継続性要件を、純粋に主観的な要件であるとは考えていなかったことは、明らかである。
- 98) 仙台地判平11・8・23刑集56巻2号89頁。
- 99) 仙台高判平12・5・22高刑集53巻1号21頁。
- 100) 東京高判平15・11・27刑集58巻9号1057頁。
- 101) 例えば、犯人との関係で、山口・前掲注24)187頁、朝山・前掲注90)70頁以下(さらに、大野勝則「判解」最判解平成16年度595頁以下も参照)、被害者との関係で、朝山・前掲注90)67頁、大野・本注597頁。
- 102) 天井裏事件では、犯人による暴行・脅迫が、窃盗の約3時間後に行われており、また、公園事件では、犯人が、窃盗現場から約1km離れた公園まで一旦逃げのび、そこから再び現場に戻ってきているが、両事件の裁判所は、一審から上告審まで、これらの事実を、他の様々な事実と合わせ考慮して、結論を導いている。さらに、朝山・前掲注90)60頁、長井・前掲注37)85頁も参照。
- これに反して、機会継続中であるか否かは、基本的には「場所的・時間的距離の大小によって決まる。」とする見解として、前田・前掲注84)243頁。より強く、「時間的・場所的近接性が必要であろう。」とする見解として、曾根威彦『刑法各論』(第5版)(2012年)135頁。さらに、犯人に認められる目的が、逮捕免脱・罪跡隠滅目的である場合について、より強い場所的制約を主張する見解として、金澤・前掲注33)87頁、安田拓人「事後強盗罪における窃盗の機会」平成14年度重判解151頁。
- 103) 例えば、佐伯・前掲注21)13頁(「形式的制約」だとする)、山口・前掲注24)187頁(日常用語の理解からして無理であろうとする)、朝山・前掲注90)67頁(「明らかである」とする)。他方、「時間的経過の長短に拘わらず」とする反対意見として、井上・前掲注83)222頁。
- 104) 最判昭32・11・8刑集11巻12号3061頁(カマラ置き忘れ事件判決)は、「しかし、その物がなお占有者の支配内にあるというを得るか否かは通常人ならば何人も首肯するであろうところの社会通念によつて決するの外はない。」とする。
- 105) 例えば、山口・前掲注24)187頁、林・前掲注3)349頁、嶋矢・前掲注6)169頁。
- 106) 「窃盗が終了し、『窃盗の機会』でなくなれば、事後強盗罪の成立の余地はなくなる。このとき、財物取り戻しのための追及行為が一定期間継続することは、事後強盗罪の成立の前提として……解されるべきである。」とされ(金澤・前掲注3)310頁)、また、天井裏事件について、「なお検討の余地がある」とされる(金澤・前掲注33)90頁)。
- 107) 「財物の占有侵害に加えて、即座に財物を取り戻そうとする所有者の占有回復の試みを阻害し、財物奪取を完遂する点に見出されなければならない。」とされる(金澤・前掲注3)310頁)。
- 108) このことは、強盗の被害者が刑法上保護されるのは、占有を奪われまいと試みたおかげではないことを示している。
- 109) 嶋矢・前掲注6)168頁。
- 110) 嶋矢・前掲注6)168頁。
- 111) 被害者が被害にまったく気付いておらず、追及をしていなくても、窃盗犯人が、現場からずっと追跡されていると誤信しているならば、危険性は継続しているといえる(嶋矢・前掲注6)168頁参照)。
- 112) 前注参照。
- 113) これを2項強盗殺人罪とすることはもちろん可能であるが、人身保護説の立場からは、まさに238条を用いて抑止すべき暴行(窃盗犯人の危険性の発露としての暴行)であるにも拘わらず、なぜ同条の適用を回避するのかが明らかではない。
- 114) 同じ理由から、窃盗の被害者が窃盗の犯行を、何らかの形で認識していることも、不要であると思われる。このような認識の必要性が説かれるのは、おそらくは、被害者が窃盗の被害を認識しなければ、追及行為が行われる可能性が低く、従って、窃盗犯人が危険化しない(朝山・前掲注90)67頁参照)、あるいは、緊迫した対立状況が生じない(山口・前掲注24)183頁、さらに187

- 頁も参照), という考慮によるものであろう(屋根裏事件の控訴審判決も, 「被害者及び警察官らは, 逮捕行為に出た当時, 被告人が家の中から何かを盗んで天井裏に潜んでいるとの限度では窃盗犯人であることを認識していたことが明らかであり, 被告人が逮捕を免れるために暴行を加えたとする本件事案においては, 窃盗の事実に対する認識は右の程度で足りると解される」として, 事後強盗罪が成立するには, 被害者側において, 何らかの認識が必要であることを認めていた)。しかし, 窃盗犯人の危険性は, 必ずしも被害者の追及行為の可能性に依存するものではなく, また, 緊迫した対立状況は, これを機会継続性の内容とするのであれば, その存否を規範的に判断すべきではないかという疑問がある。
- 115) 天井裏事件についての最高裁平成14年決定も, 「なお, 原判決の認定によれば, 被告人は, 被害者方で指輪を窃取した後も」として, 指輪の窃取のみを問題にしている(控訴審判決は, 指輪の窃取のみでなく, 焼酎等の飲食等も認定していた)。
- 116) 佐伯・前掲注21) 88頁注25は, 共犯の問題の文脈で, 窃盗犯人が盗んだ食品をすぐに食べてしまった場合には, 暴行・脅迫時に取還目的は存在しないとす。これは, (この場合, 後行行為者には65条2項が適用されるにとどまるが,) 窃盗犯人自身の行為には, 逮捕免脱目的がある以上, 事後強盗罪が成立するという趣旨であろう。
- 117) 控訴審判決は, 次のように述べていた。  
「本件窃取行為を終えた後においても, 盗品である右指輪を所持しながら窃盗の現場であるA方居宅内にとどまり続け, その間更なる窃盗の犯意を持ち続けていたことなどを考えると, 窃盗の犯行との時間的接着性があり, 被告人が, 被害者からの通報により駆け付けた警察官に対して暴行を振るった時点においては, いまだ被害者らの追及から離脱してはおらず, これらの者によって直ちに盗品を取り返されるか, あるいは逮捕される可能性が残されている段階にあってと言えるのであって, 被告人によって警察官に加えられた本件暴行は, 前記窃盗の機会継続中に行われたものと認められ, したがって, 被告人には, 本件公訴事実記載のとおり強盗致傷罪が成立するものと解される。」
- 118) 例えば, 山口・前掲注24) 187頁(さらなる窃盗の意思だけで機会継続性を肯定することには疑問があるとする), 朝山・前掲注90) 70頁以下(「暴行・脅迫を過去の窃盗と一体化し, 事後強盗罪を基礎づけることには困難があると思われる」とする), 嶋矢・前掲注6) 169頁(「窃盗予備にも事後強盗罪を認めることになりかねない」等とする), 大野・前掲注101) 595頁以下(過去の窃盗との関連性の問題である機会継続性とは関係がない等とする批判が当てはまるとする)。
- 119) ただし, すでに述べたように, 天井裏に潜んでいる限りは永遠に認められるというわけではないと思われる。
- 120) 理由は異なるが, 同じく, 主観的意図を考慮するまでもなく機会継続性を肯定できるとするものとして, 嶋矢・前掲注6) 169頁。
- 121) 山口教授は, 屋根裏事件の最高裁決定に関連して, 「被告人が当初からまたすぐ戻ると公園に一時間向かったにすぎないのであれば別の判断があり得たようにも思われるが」とされる(山口・前掲注24) 188頁。大野・前掲注101) 596頁も参照)。
- 122) もちろん, 戻ってくる意思があれば, 常に機会継続性が肯定されるわけではない。例えば, 翌日戻ってくる意思である場合や, 公園が10kmも離れているような場合には, その間に支障(翻意や外部的障碍)が生じる可能性を無視できず, 誰にも目撃されずに公園に到達した時点(あるいは, すでにそれ以前の時点)で, 機会継続性が認められなくなっていることが多いと思われる。
- 123) 典型的には, 窃盗が未遂に終わった場合や, 既遂に達したが, 犯人が現場近くに盗品を放置して逃走しようする場合である。
- 124) 判例には, 窃盗犯人が一応身柄を拘束され, 盗品が回復された後にも, なお, 機会継続性を肯定したものがいくつか見られる。  
例えば, 大阪高判昭26・12・15高刑集4巻14号2120頁は, 竹の根節三本を窃取した窃盗犯人が被害者に現行犯逮捕され, 犯行の2時間後, 猟銃を所持した被害者に駐在所で連行されている途中, 現場から2km余り離れた地点で, 同人を崖から突き落としたという事案について, 「被告人が窃盗の現行犯人として被害者に逮捕せられた状態の継続中に該逮捕を免れる目的で暴行を加えたものであることが明らかである」とした。また, 最決昭34・3・23刑集13巻3号391頁は, 電車内で客の財布をスリ盗って車掌に現行犯逮捕された犯人が, 5分後, 警察官に引き渡すためホームを連行されている途中で車掌に暴行を加えたという事案について, 「被告人が右車掌に暴行を加えたのは前記のような状態の下において為されたものである以上, 暴行が窃取の時より五分経過して居り電車外のホームで行われたからといって, 右暴行は本件窃盗の現行の機会延長の状態で行われたものというべきである」とした(さらに, 最決昭34・6・12刑集13巻960頁も参照。なお, 最決昭33・10・31刑集12巻14号3421頁も, 一旦身柄が拘束された後に暴行・脅迫に及んだ事案として紹介されることが多いが, 控訴審判決および上告審決定が前提としている一審判決[岡山地判昭28・5・12刑集12巻14号3426頁]の認定によれば, 犯人は, 犯行発覚後に追跡され, 逮捕されそうになってナイフを振り回す暴行を加えたとされている)。
- 125) 前注で見たように, 窃盗犯人として警察へ連行される途中に, いまだ窃盗の機会の継続中であるとするのが判例の傾向であるようにも見えるが, やや例外的ながら, これを否定するものも存在する。名古屋高判昭26・4・27高刑判特27号84頁(TKC27942244)は, 一般論として, 「窃盗犯人が其の犯行に接着した新鮮な時及場所に於て, 逮捕を免れる為暴行を為した場合に限られるものと解するを相当とすべく」と述べた上で, 具体的事案について, 「一旦……等に逮捕された上, ……派出所に連行される途中のことに属し, 然かも……逮捕されてから約三十分を経過しているものの如くであり, 又……場所は, 被告人が原判決窃盗行為を為した場所から十数町を隔てて居るものの如く窺知されるので, ……窃盗行為に接着した新鮮な

- 時及場所に於て為されたものとは」いえないとして、事後強盗傷人罪の成立を肯定していた原判決を破棄した。妥当な判断であると思われるが、人身保護説の論者からは、やや批判的に評価されている(例えば、内田文昭『刑法各論』(第3版)(2002年)283頁、嶋矢・前掲注6)167頁参照)。
- 126) 松宮・前掲注15)215頁(財物をもっていない者が逮捕免脱・罪跡隠滅目的で行う暴行・脅迫は、例えば、迷惑防止条例違反の犯人[痴漢]がこれを行うのと同じであり、特に重く処罰する理由がないとされる)、金澤・前掲注3)306頁(「財物を保持するための暴行・脅迫と同程度の違法性があると解し得るのか……大いに疑問である」とされる)参照。
- 127) 松宮・前掲注15)218頁、金澤・前掲注3)306頁。
- 128) ただし、事後強盗未遂罪が成立する余地を認めないことには、賛成できない(事後強盗罪の未遂の項を参照)。
- 129) 大判昭19・2・8刑集23巻1頁、山口・前掲注18)228頁、前田・前掲注84)245頁、高橋・前掲注70)268頁等参照。
- 130) 山口・前掲注17)9頁。
- 131) 林・前掲注3)353頁。
- 132) 佐伯・前掲注8)8頁以下。
- 133) ここでは、事後強盗罪の既遂・未遂は、窃盗の既遂・未遂によって決まるという判例・通説の見解を前提としている。窃盗が未遂でも、暴行・脅迫に出れば事後強盗は既遂であるという立場に立つ場合には、本文のような説明は特に必要ではない(なお、西田・前掲注65)173頁も参照)。
- 134) 例えば、林幹人『刑法総論』(第2版)(2008年)355頁、山口厚『刑法総論』(第2版)(2007年)271頁。
- 135) 逮捕免脱・罪跡隠滅のために暴行・脅迫を加える窃盗未遂犯人には、事後強盗が既遂に至っていた危険の認識を肯定できるであろう(窃盗が既遂に至っていれば、彼は、取還阻止目的で暴行・脅迫を加えていた[この場合、事後強盗は既遂である]と考えられる)。
- 136) なお、逮捕免脱・罪跡隠滅目的が追加された経緯については、例えば、金澤・前掲注3)312頁注1参照。
- 137) 理論的には、このような取り扱いには疑問が大きい。逮捕免脱・罪跡隠滅目的の削除ないし再考の必要性を指摘する見解は(佐伯・前掲注21)88頁、松宮・前掲注15)217頁)、この点からも支持できると思われる。
- 138) 当然ながら、事後強盗罪は目的犯であるという説明で片付くものではない。目的犯でも、既遂故意は必要である。
- 139) 最判昭24・7・9刑集3巻8号1188頁(「窃盗未遂犯人による準強盗行為の場合は、準強盗の未遂を以つて間擬すべきものであることは当然である」とした)、山口・前掲注18)229頁。異説として、西田・前掲注65)181頁、曾根・前掲注102)135頁、金澤・前掲注3)310頁。
- 140) 拡張された占有の強取が既遂に至ったか否かも重要であるともいえるが、拡張された占有(占有の即時的回復の可能性)の法益性が、本来的な占有よりも劣ることは否定できない。
- 141) 拡張1項強盗罪説についての検討を参照。
- 142) 例えば、窃盗犯人が被害者の鞆から財布を抜き取り、自己の鞆に入れようとしたが慌てて取り落とし、そのまま逃走しようとしたところを被害者に逮捕されそうになって暴行を加えた場合などが考えられる。
- 143) 島田・前掲注26)22頁注23も参照(窃盗が未遂の場合に、結合犯説に立ちつつ事後強盗罪の未遂を肯定できるかという議論の文脈の中ではあるが、「このように考えたとしても、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ついて疑問が生じる余地がある。しかし、この点については、窃盗と暴行とを一体として見れば、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。」とする)。
- なお、拡張2項強盗罪説が、窃盗が既遂の場合に限って主張されているのは、窃盗が未遂の場合には、被害者に返還請求権を観念できず、従って、暴行・脅迫による返還請求権の侵害もあり得ないと考えられているからであるが、これも、同じように考えることによって、克服可能ではないかと思われる。
- 144) これに反して、窃盗犯人が身柄を物理的に拘束され、財物を取り上げられて、警察へ連行される途中で暴行・脅迫に及んだような場合には(前掲注124)の諸判例参照)、未遂結果の発生は否定され(暴行・脅迫の時点において、犯人が財物をもって危険を肯定できない)、事後強盗未遂罪は成立しないと思われる。この場合、犯人が行った暴行・脅迫には、他罪の犯人が行ったそれと同じ法益侵害しか認められないのであるから(松宮・前掲注15)217頁参照)、これを重く処罰するには、根拠論として人身保護説を採るしかないと思われる。しかし、人身保護説には、すでに述べたような疑問がある。
- 145) 例えば、窃盗犯人が被害者の鞆から抜き取った財布を紙袋に入れて逃走し、追いかけてきた被害者に暴行を加えたが、紙袋には、犯人が気付いていない穴が開いていて、財布は窃盗の現場に落ちていたというような場合が考えられる。
- 146) 暴行・脅迫時における犯人の認識は、窃盗が既遂である場合と同じであるから、犯人には、事後強盗罪の既遂故意が認められる。
- なお、この場合、暴行・脅迫の時点では、事後強盗罪が既遂に至る確率は0%であるが、だからといって、不能犯になるわけではない(例えば、懐中物を所持していない者に対しても強盗未遂罪が成立し得るとした判例として、大判大3・7・24刑録20輯1546頁。死体に対する殺人未遂罪を認めた判例として、広島高判昭36・7・10高刑集14巻5号310頁)。