

# 銀行預金に対する侵害と財産犯成否の一断面

—東京高裁平成21年11月16日判決をめぐって—

## 四 條 北 斗

### 《目次》

1. はじめに
2. 東京高裁平成21年11月16日判決
3. 財産上の利益の移転についての従来議論
4. 東京高裁平成21年11月16日判決をめぐる諸見解
5. 考察
6. まとめ

### 1. はじめに

刑法236条は1項で、「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」するとし、2項で、「前項の方法により、財産上不法の利得を得、又は他人に得させた者も」1項と同様に扱うとする。前者を1項強盗罪（強盗取財罪）、後者を2項強盗罪（強盗利得罪）というが、強盗罪のほかに、このように客体を財物と財産上の利益に区別して規定するものには詐欺罪と恐喝罪がある<sup>1)</sup>。2項犯罪については、その他の財産犯において客体とされていない財産上の利益をどのように理解すべきかが問題になる<sup>2)</sup>。「利益」という概念が、物理的に把握可能な財物とは異なり、抽象的で包括的な性格を持つものであることから、その輪郭を明確に把握することの困難な概念であり、さらに、それに起因して、場合によっては、強盗利得罪の処罰範囲が強盗取財罪のそれよりも拡張し、実質的に強盗取財罪の予備段階ないし未遂段階を捉えるものにもなりうるからである。

近時、この強盗罪における財産上の利益ないしその移転の有無が主たる争点となったい

- 
- 1) 財産上の利益を客体として財産犯を構成するのは、比較法的に特異なわが国の刑法の特色とされる（内田文昭「二項強盗の成立要件」判例タイムズ562号（1985年）65頁、中森喜彦「二項犯罪」中山研一ほか編『現代刑法講座 第4巻 刑法各論の諸問題』（成文堂・1982年）297頁、山口厚「財産上の利益について」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題〔第1巻 第1編 理論編・少年法編〕』（立花書房・2011年）126頁など、参照）。なお、ドイツ刑法典では、わが国の強盗利得罪に相当する規定として強盗的恐喝罪（ドイツ刑法典255条）がある。これについては、樋口亮介「ドイツ財産法講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー Vol. 8（2013年）200頁以下、森永真綱「判批」判例時報2181号（判例評論652号）（2013年）194頁以下、参照。
  - 2) 2項強盗罪は、客体以外については1項強盗罪の要件と同様と解されている（最判昭和32年9月13日刑集11巻9号2263頁）。

くつかの裁判例が現れている。特に、被害者の預金口座から現金を引き出そうとして、脅迫を用いて被害者から暗証番号を聞き出したことにより、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つ状態に至ったことをもって財産上不法の利益を得たといえたと解した東京高裁平成21年11月16日判決<sup>3)</sup>（以下、「東京高裁平成21年判決」とする）については、学説からも様々な反応が示されている<sup>4)</sup>。また、この間の学説の展開により、おそらく考える理論構成が一通り提示されたと思われる。そこで、以下では、東京高裁平成21年判決の概要と争点、従来の2項強盗罪に関する議論、そして東京高裁平成21年判決をめぐる諸見解を整理した上で、強盗罪における財産上の利益の移転をどのように理解すべきかについて再検討を加えることにしたい。

## 2. 東京高裁平成21年11月16日判決

### 2.1 事案の概要

さしあたり、東京高裁平成21年判決の概要を示し、そこでの争点と問題点を確認する。事案の概要は以下の通りである。

被告人は、深夜、被害者女性Aのマンションの無施錠の玄関ドアから侵入し、台所兼居間でAが寝ていることを確認するとともに、隣室に財布が入ったバッグがあることを発見し、Aが目を覚ましてもすぐには見えない同室隅の壁際に同バッグを移動させ、中から財布を取り出して中身を確認したところ、現金は6,000円程度しか入っていなかったものの、数枚のキャッシュカードが入っていたことから、A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。そこで、被告人は、キャッシュカードの入った財布を同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A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た。Aはやむなく口座の暗証番号を教えたが、その暗証番号が使える預金口座の残高は数百円しかなく、被告人は同犯行後にATMから現金を引き出すことはできなかった。

被告人は2項強盗罪で起訴された。原判決のさいたま地裁川越支部平成21年6月1日判決<sup>5)</sup>は、①被告人が本件被害者から窃取に係るキャッシュカードの暗証番号を聞き出した

3) 東京高判平成21年11月16日判時2013号158頁＝判タ1337号280頁。

4) 本判決に関する文献として、以下のものがある。足立友子「判批」判例セレクト2011〔I〕(2012年)33頁、同・「強盗利得罪の客体をめぐる考察——東京高裁平成21年11月16日判決を手がかりに——」成城法学81号(2012年)141頁以下、伊東研祐「判批」平成23年度重要判例解説(2012年)157頁、内海朋子「預貯金の払い戻しを受けうる地位は財産上の利益たりうるか——東京高裁平成21年11月16日判決を契機として——」横浜国際経済法学21巻3号(2013年)229頁以下、佐藤結美「判批」北大法学論集64巻2号(2013年)319頁以下、島岡まな「判批」刑事法ジャーナル25号(2010年)50頁以下、豊田兼彦「判批」法学セミナー677号(2010年)125頁、古宮久江「判批」研修741号33頁以下、前田雅英「利得強盗罪について」警察学論集63巻10号153頁以下、三谷真貴子「判批」警察公論67巻1号(2012年)88頁以下、森永・前掲註(1)192頁以下、山口・前掲註(1)125頁以下、四條北斗「判批」東北学院法学72号(2011年)100頁以下。

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的利益を得たとは認められない、②刑法236条2項の「財産上不法の利益」は「移転性」のある利益に限られ、同項に該当するためには犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じることが必要であるが、被告人が上記のとおり暗証番号を聞き出したとしても、キャッシュカードの暗証番号に関する情報が本件被害者と被告人との間で共有されるだけで、本件被害者の利益が失われるわけではないから、被告人が「財産上不法の利益を得た」とはいえないとして、強盗罪の成立を否定し、強要罪（刑法223条）が成立するにすぎないとした。これに対し、検察官が控訴した。

東京高裁は、キャッシュカードを窃取した行為者が反抗を抑圧する程度の脅迫を用いて暗証番号を強いて聞き出したことで、2項強盗罪が成立するかにつき、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことが「財産上の利益」といえるかという点と、その利益が移転したかという点について、それぞれ次のように判示し、2項強盗罪の成立を認めた。

まず、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことが2項強盗罪の客体である財産上の利益といえるかという点について、次のように判示する。すなわち、「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」と。

次に、その財産上の利益の移転については、「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）。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

---

5) さいたま地裁川越支部平成21年6月1日判決公刊物未登載。

の成立要件に欠けるところはない」とするのである。

## 2.2 争点および問題点

本判決の主たる争点は、キャッシュカードを占有している行為者が脅迫を用いてその暗証番号を聞き出すことにより、預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位を得たことが、刑法236条2項にいう財産上の利益を得たといえるのかという点にある。後述のように、そこでは、2項強盗罪の客体としての「財産上の利益」の捉え方と、その結果としての財産上の利益の「移転」の捉え方に分けて考える必要がある。本判決は、財産上の利益の移転について、移転の直接性・具体性ないし現実性も不要としたように解しうるが<sup>6)</sup>、それが従来の議論よりも強盗罪の成立範囲を拡張させる要因であるように思われる。

なお、東京高裁は、行為者がキャッシュカードの入った財布を入れたバッグを部屋の隅に移動させた状態のまま暗証番号を聞き出したことから、「いまだ本件被害者の占有を排除して自己の占有を確立したとまではいい難く、キャッシュカードの窃取は完了していないというべきである」とした上で、「被告人は、キャッシュカードをいつでも容易に取得できる状態に置いた上で暗証番号を聞き出そうとしたもので、このような事実関係の下においては、被告人において既にキャッシュカードの占有を確立している場合と何ら異ならないというべきである」として、2項強盗罪の成立を認めるのである。後述するように、キャッシュカードの占有が確立されていなかった点を捉えて、キャッシュカード自体を客体として財産犯を構成する見解も存在する。この点は、先行する財物奪取をどのように評価するかという問題であるが、いずれにせよ、東京高裁のように、既にキャッシュカードの占有を確立している場合と同視できると解した場合には、そのような状態で暗証番号を強いて聞き出す行為に2項強盗罪が成立するか検討されなければならない。

また、従来、2項強盗罪の成否が問題になった事案の殆どが、借金の支払いの猶予や免脱あるいは飲食料金やタクシー料金の免脱など、被告人側における消極的利益の減少・消滅が問題になったものである。それに対し、本件では、被告人側における積極的利益の増加という、実務上も理論上もまだ十分に議論が蓄積されてはいない形態が問題になっている。そして、具体的には、「一定の地位」を財産上の利益とみなすものであり、この点が「新しい動き」<sup>7)</sup>として注目される。

そして、被告人が脅迫を用いて得たものは暗証番号という情報であり、これをどのように捉えるかという問題もある。暗証番号自体を財産的価値のある情報として財産上の利益と捉えることは可能であろうか。もっとも、従来、財産的価値のある情報についても、それ自体を直ちに財産上の利益とみなしているわけではないことに鑑みると、暗証番号それ自体を客体として財産犯を構成することは困難であろう<sup>8)</sup>。この点はおくとしても、暗証

6) 伊東・前掲註(4)158頁。さらに、山口・前掲註(1)131頁は、東京高裁の判断を「移転罪性を否定するかに読める」と指摘する。

7) 木村光江「2項犯罪」法学教室371号(2011年)36頁。

8) 本稿においてはこの点については立ち入らない。財産的価値のある情報の刑法的保護については、

番号それ自体はあくまでも情報であるという点は、財産上の利益ないしその移転の属性をどのように捉えるかについて注意を要する。

これらは2項強盗罪の成立範囲の明確化ないし限定という観点から、慎重に検討されなければならない。さらに、本件について多くの評釈や論文が著され、事案の解決について様々な理論構成が主張されるのは、銀行預金の刑法的保護という大きな関心を抱かせる問題と関係するからであろう。一般に認められているように、預貯金の事実的占有は金融機関（の支店長）にあり、したがって、ATM内の現金は当該ATMを管理している金融機関の所有・占有にかかるものであって、それに対する侵害行為については金融機関に対する財産犯が成立する。しかし、無権限者により不法に預貯金の払戻し請求権が行使され、預貯金が引き出された場合、預貯金債権者が被害を被るかのように見える。このことが、本件事案のように、行為者が預貯金債権者に暴行・脅迫を加え、最終的に預貯金口座から現金を引き出そうとする場合、事案の直截的な把握と何か齟齬を生むように思われるのであろう。

### 3. 財産上の利益の移転についての従来の議論

#### 3.1 2項犯罪における財産上の利益の保護

財産上の利益とは、財物に当たるもの以外のすべての財産的利益をいい、それには、権利の取得のような積極的利益だけでなく、債務の免脱や債務履行の延期のような消極的利益も含むとされている<sup>9)</sup>。この財産上の利益を2項犯罪において保護しようとする立法形式は、わが国の刑法の特色であるとされる。しかし、そもそも「利益」という概念自体が抽象的、包括的な性質のものであることに起因して、2項犯罪の成立範囲の限界付けに困難が生じることになる<sup>10)</sup>。

このような処罰範囲の不明確性に対する手当てとして、被害者の処分行為を要求することで処罰範囲の限界を画せよとなされてきた<sup>11)</sup>。しかし、詐欺罪や恐喝罪とは異なり、手段として相手方の反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫が要求される強盗罪では、反抗抑圧状態にある被害者に処分行為を求めることはできないことから、少なくとも2項強盗罪につ

---

四條北斗「営業秘密の刑法的保護の必要性について——営業秘密の刑法的保護の研究・序説——」大阪経大論集64巻4号（2013年）71頁以下およびそこに引用されている諸文献を参照。

9) 従来の2項犯罪の適用が認められた事例については、木村・前掲註(7)35頁以下、参照。

10) 大判明治43年5月31日刑録16輯995頁は、2項犯罪の客体である財産上の利益は、財物に当たるもの以外のすべての財産上の利益が含まれるとした。伊東研祐『現代社会と刑法各論 [第2版]』（成文堂・2002年）225頁は、財産上の利益という概念を「恐ろしく漠然とした広範な概念」と評する。なお、2項犯罪一般については、木村・前掲註(7)34頁以下、曾根威彦「二項犯罪」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第5巻 財産犯論』（法学書院・1993年）152頁以下、中森喜彦「二項犯罪」中山研一ほか編『現代刑法講座 第4巻 刑法各論の諸問題』（成文堂・1982年）297頁以下、参照。

11) 内田文昭「財産犯における2項犯罪と処分行為」ジュリスト500号（1972年）416頁。かつて大審院は、大判明治43年6月17日刑録16輯1210頁において、2項強盗罪でも被害者の処分行為を必要としていた。

いては、処分行為を要件とすることで財産上の利益の移転の限界を画することは困難であるといわざるを得ない<sup>12)</sup>。

また、詐欺罪や恐喝罪では処分行為によって処罰範囲に一定の制限を設けることができるとしても、並列的に規定されている1項強盗罪との関係で、なお看過し得ない問題が残る。たとえば、欺罔や恐喝によって財物の交付を請求する権利を得た場合に、欺罔行為や恐喝行為の段階で2項詐欺罪や2項恐喝罪の成立を認めるのであれば<sup>13)</sup>、それは、具体的な財物の給付を既遂要件とする1項詐欺罪や1項恐喝罪の予備段階ないし未遂段階を2項犯罪の既遂として処理していることになるのである。このような処理に対しては、「債務の負担、債権の取得だけで常に財産上の利益を肯定しようとしたなら、刑法が一項と二項とを別々に規定した趣旨は失われてしまう」<sup>14)</sup>との批判が妥当しよう<sup>15)</sup>。

このような問題意識から、処分行為とは別に、2項犯罪の成立範囲の明確化ないし限定のための解釈が必要になるのである。学説上、2項強盗罪の構成要件の解釈論として、刑法上の保護に値する客体としての財産上の利益をどのようなものに限るかという観点と、どのような場合にその財産上の利益が被害者から行為者へ移転したといえるのかという観点から、その成立範囲の限定が図られることになる<sup>16)</sup>。

### 3.2 2項強盗罪の客体としての「財産上の利益」の属性

1項強盗罪と2項強盗罪は、客体以外の構成要件要素は同一であると解されるが、処分行為を要求することで処罰範囲の限定を図ることができない強盗罪においては、処罰範囲の明確化ないし限定のために、まず客体の属性に絞りをかけることが試みられることになる。学説においては、2項強盗罪における財産上の利益は、1項強盗罪との同等性という

12) 最判昭和32年9月13日刑集11巻9号2263頁において、2項強盗罪では被害者の処分行為が不要であることが明言され、明治43年判決の変更が明示的に確認されている。学説においても、処分行為不要説が通説である（大塚仁『刑法概説（各論）[第3版増補版]』（有斐閣・2005年）219頁、大谷實『刑法講義各論[新版第4版]』（成文堂・2013年）238頁、中森喜彦『刑法各論[第3版]』（有斐閣・2011年）109頁、西田典之『刑法各論[第6版]』（弘文堂・2013年）174頁、林幹人『刑法各論[第2版]』（東京大学出版会・2007年）211頁、前田雅英『刑法各論講義[第4版]』（東京大学出版会・2007年）240頁、山口厚『刑法各論[第2版]』（有斐閣・2010年）223頁など）。

13) 詐欺罪について、大判明治44年5月23日刑録17輯747頁、東京高判昭和30年10月6日刑裁特報2巻20号1032頁、最決昭和43年10月24日刑集22巻10号946頁。恐喝罪について、大判明治44年12月4日刑録17輯2095頁、大判昭和6年7月27日新聞3301号9頁、最判昭和26年9月28日刑集5巻10号2127頁。

14) 町野朔『犯罪各論の現在』（有斐閣・1996年）148頁。

15) これに対し、中森・前掲註(1)301頁は、「財物罪と利益罪とは手段において同一であり、法律は両客体を同等に保護している。ここにおいては、財産上の利益の存否のみが決定的であって、行為者の主観的目的・行為の重点がどこにあるかは重要でないといえる」とした上で、「批判はむしろ、財物と財産上の利益とを分けて単純に並置する立法の妥当性に向けられるべきではあるまいか」とする。

16) 深町晋也「財産上の利益」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）160頁、前田・前掲註(4)153頁以下、参照。

観点から、利益の具体性（特定性）および現実性（ないし直接性）が要求される。たとえば、財産上の利益は、「基本的には、金銭的ないし数額の計算という意味での経済的評価の可能な利益である必要がある」<sup>17)</sup>との理解を前提に、金銭的計算が可能である為には、利益が相当程度の特定性を有するものでなければならず、現実的・直接的な利益を得るのに至るであろう地位ないし可能性では不十分であるとされる<sup>18)</sup>。

また、1項強盗罪との同等性という観点からは、1項犯罪が移転罪であることとの関係で、2項強盗罪の客体である財産上の利益も移転性を備えたものでなければならぬとされることがある。もっとも、1項犯罪では、「有体性を備えた財物の存在の唯一性」<sup>19)</sup>から、被害者から行為者への占有の移転は明確に捉えることができるのに対し、2項犯罪の場合には、客体が無形の利益であることから、1項犯罪の場合とは異なり、素材の同一性という意味での移転性は要求しえないことになる。この場合、「損害と利得との対応関係、すなわち、被害者の負担において、行為者が利得したという関係、あるいは、同一の交付行為から同時に損害・利得したという関係」<sup>20)</sup>が認められることをもって、財産上の利益の属性としての移転性を認めてよいであろう。

このように、学説では、客体の属性として具体性、現実性および移転性を要求することにより、2項強盗罪の成立範囲の限定を試みている。

それでは、裁判実務では、2項強盗罪の客体としての財産上の利益といえるかの判断について、どのような要素が考慮されているのか。東京高裁平成21年判決の他に、積極的利益の増加との関係で2項強盗罪の成否が争点となった裁判例としては、以下のものがある。

まず、相続の開始による財産の承継を目的として被相続人を殺害した事例（以下、「相続事例」とする）<sup>21)</sup>では、東京高裁は刑法236条2項の罪を、「暴行、脅迫によって被害者の反抗を抑圧した上、その意に反して不法に財産上の利益を得ることを同条一項所定の財物の強取と匹敵すると評価し、これと同様に処罰しようとするものである」とした上で、「財産上の利益は、財物の場合と同様、反抗を抑圧されていない状態において被害者が任意に処分できるものであることを要すると解すべき」とする。そして、「現行法上、相続の開始による財産の承継は、生前の意志に基づく遺贈あるいは死因贈与等とも異なり、人の死亡を唯一の原因として発生するもので、その間任意の処分の観念を容れる余地がない」として、2項強盗罪の客体としての財産上の利益には当たらないとするのである。

ここでは、当該利益が財物と同様に、財産として任意に処分できるものであるか（任意

17) 伊東・前掲註(10)227頁。

18) 伊東・前掲註(10)230頁。

19) 山口・前掲註(1)131頁。

20) 林幹人『判例刑法』（東京大学出版会・2011年）340頁。足立・前掲註(4)159頁も、「2項犯罪の場合には、……行為者の下にある際と被害者の下にある際とではその形態や意味合いが異なるタイプの利益が客体となりうることは必然」であるとして、「移転性の要件として求められる内容は、被害者の不利益・損害の発生に基づいて行為者が利益を得ているという、広い意味での対応関係にすぎないと考えられる」とする。

21) 東京高判平成元年2月27日高刑集42巻1号87頁。

の処分可能性)が考慮されている<sup>22)</sup>。この要素は、従来の学説が財産上の利益を限定するために考慮してきた具体性や現実性といった要素とは異なるものとして理解しうる。被相続人を殺害した時点において、法定相続人が相続し得る財産は——行為者が認識していない遺言が存在する可能性は別として——相当程度具体的かつ現実的であるといえるからである<sup>23)</sup>。もっとも、本件について2項強盗罪の成立が否定されるべき理由は、財産上の利益という客体の属性ではなく、利益の「移転」の属性に求められるべきであろう<sup>24)</sup>。

つぎに、行為者が会社の実質的経営者である被害者を殺害し、同人が所有する財物および同人が実質的に経営する全会社及び全店舗の什器備品・従業員等を利用して同店舗等を経営し、その売上金を収受すること等を含む経営上の権益を強取しようとした事例(以下、「権益事例」とする)<sup>25)</sup>がある。神戸地裁は、「単なる殺人罪ではなく奪取罪の1つである2項強盗殺人罪が成立するためには、1項強盗罪における財物の強取と同視できる程度に、その殺害行為自体によって、被害者から『財産上の利益』を強取したといえる関係にあることが必要と解される。」とし、2項強盗殺人罪の典型例である債務を免れるために債権者を殺害した場合のように、行為者と相手方間に予め一定の法律関係がある場合と対比して、本件では被害者と行為者の間にそのような「一定の法律関係等が存していたわけではない」とする。その上で、被告人は、被害者の殺害後、その後継者として「経営上の権益」を、実質的にはおおむね掌握したとみられるものの、それは被害者から直接得られた利益というよりも、被害者が死亡したことにより、被告人のグループ内での地位が相対的に上がったことによって、事実上得られた利益にすぎないとする。

また、会社グループを経営する地位は、創業者でありオーナーでもある被害者の一身専属的な意味合いを強く持っているが、被害者自身の意思により選んだ後継者にその地位をある程度包括的に承継させることは考えられない訳ではないとして、その地位が任意に処分できるものであることを認める。その上で、『『経営上の権益』などというものについて、包括的な承継が全く観念できない訳ではないとしても、本件においては、被害者を殺害す

22) 判例も学説も一般に2項強盗罪には処分行為を要しないとしていることとの関係で、任意の処分可能性を考慮することの整合性が問題になりうるが、処分行為を不要とするのは、被害者の反抗抑圧状態下で財産上の利益が移転されるからであり、それは利益の「移転」の態様の問題であり、客体としての「財産上の利益」の属性として任意の処分可能性を考慮することとは、必ずしも矛盾しないものと思われる。また、おそらく、裁判実務も、強盗罪においては利益の「移転」の制限的要件として処分行為を要求することはできないが、その前提として、2項犯罪に共通する「利益」自体を制限する要素として任意の処分可能性を読み込めると解したともいえよう。

23) 足立・前掲註(4)「強盗利得罪の客体をめぐる考察」153頁は、本件において、「相続の開始による財産の承継」が2項強盗罪の客体としての財産上の利益には当たらないとされた理由を、財産上の利益の属性という観点からは、「客体が抽象的であったこと、つまり具体性がやや欠けることに求められよう」とする。

24) 斎藤信治「強盗罪の諸問題」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的課題——各論』(日本評論社・1996年)203頁、林・前掲註(12)213頁、町野・前掲註(14)174頁以下、安田拓人「2項強盗における不法の利益」刑法判例百選Ⅱ各論[第6版](有斐閣・2008年)79頁、参照。

25) 神戸地判平成17年4月26日判時1904号152頁=判タ1238号343頁。



ること自体によって、それが行為者に移転するという関係を想定することが困難である」ことから、「経営上の権益」は2項強盗罪の客体である財産上の利益には当たらないとするのである。

このように、「経営上の権益」の任意の処分可能性については、それが全く観念できない訳ではないとして、否定してはいない。しかし、そのような経営上の権益が被害者を殺害することによって行為者に移転したとしても、2項強盗罪の典型例である債務免脱のために債権者を殺害する場合と比して、現実的ないし直接的な移転を担保する一定の法律関係が欠如することを理由に、2項強盗殺人罪を否定するのである<sup>26)</sup>。判決文の言い回しは、「『経営上の権益』は、刑法236条2項の『財産上の利益』に当たらないと解するのが相当である」としているが、客体としての「財産上の利益」の要件を正面から判断したのではなく、後述する結果としての財産上の利益の「移転」の要件との関係で、そもそも結果としての財産上の利益の移転を惹起し得る行為（実行行為）とはいえないことから、2項強盗殺人罪が否定されたとも解しうる<sup>27)・28)</sup>。

もっとも、「経営上の権益」の内容<sup>29)</sup>とされる売上金の収受については、将来の店舗経営の状況などに関わるものであり、具体的かつ現実的な財産的価値を行為時に把握することは困難であるとも思われること、また、店舗の什器・備品は財物であって1項強盗の客体であることからすると、そもそも2項強盗罪の客体としての「財産上の利益」の要件の充足についても、肯定し難い事例であったといえよう<sup>30)</sup>。

このように、2項強盗罪との関係で積極的な財産の増加が問題となった裁判例<sup>31)</sup>におい

26) 林・前掲註(20)338頁は、「被害者と被告人の間に『予め一定の法律関係がある』というようなことは、たしかに債権の場合にはいえるが、2項強盗一般の要件ではない」とした上で、「本件の問題の要点は、客体の性質にあるのではなく、その『移転』の態様にあるのであり、『強取』の内容に関わるもののように思われる」とする。

27) 安田・前掲註(24)79頁も、「直接的な利益移転の関係が認められないことが結論を決定づけているものと解され」とする。

28) もっとも、財産上の利益の「移転」が結果ないし既遂の要件であるとすれば、それが否定されたとしても、なお2項強盗殺人未遂の成立の可能性が残ることになる。この点につき、内田幸隆「2項強盗罪における財産上の利益」判例セレクト2006(2007年)36頁、参照。なお、同・36頁は、「本判決の特徴は、当該行為が『利益の移転』をもたらし得るものであったかという本罪の『行為』性の観点から、その『客体』性が判断されているところにある」とする。

29) なお、検察官は、「経営上の権益」とは、被害者が所有する財物及び同人が実質的に経営する全会社及び全店舗の什器備品・従業員等を利用して同店舗等を経営し、その売上金を収受することのほか、同店舗の知名度、営業方法、裏金が流れるシステムを含むものであるとする。

30) 内田(幸)・前掲註(28)36頁、参照。

31) 2項詐欺罪との関係ではあるが、東京高判平成18年11月21日東高刑時報57巻1~12号69頁がある。事案は、行為者が知人になりすまして消費者金融会社から利用限度額30万円のローンカードを入手したというものであるが、東京高裁は、「暗証番号による機械的な本人確認手続を経るだけで、現金自動借入返済機等により、利用限度額の範囲で現金の借入が可能になるのであるから、事実上の経済的利益を得たと認めることができる」とする。もっとも、この事案と東京高裁平成21年判決とを平行に論じることができるかについては、前者が一応外形的に金融機関で正規の手続に則っ

ては、客体としての財産上の利益の要件との関係では、被害者が反抗を抑圧されていない状態において任意に処分できるものであるかという、任意の処分可能性に着目している。

ただし、東京高裁平成21年判決と類似する、事前に窃取してあったキャッシュカードの暗証番号を聞き出すために暴行・脅迫を加え、結局、暗証番号を聞き出すことなく一連の暴行により被害者を殺害した事例（以下、「神戸地裁平成19年判決」とする）<sup>32)</sup>は、刑法236条2項の『「財産上不法の利益」とは、財物と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益をいうと解すべきである』として、2項強盗殺人罪の成立を認めている。ここでは、利益の属性として具体性および現実性については言及されているが、任意の処分可能性という要件は考慮されていない。

### 3.3 2項強盗罪の結果としての財産上の利益の「移転」の属性

1項強盗罪との同等性という観点から、財産上の利益の属性と並んで考慮されるのが、財産上の利益の「移転」の属性である。そもそも強盗罪は移転罪であり、客体の移転が認められない場合には、具体的な法益侵害結果（結果無価値）が欠如するため、強盗罪の既遂は成立しないはずである。このことは、1項強盗罪において財物の移転が要求されるのと同じく、2項強盗罪においては財産上の利益の移転が存在しなければ、その既遂は成立しないことを意味する。その意味で、「いかなる被害が被害者に生じたかを問題とせざるをえないのであり、この点が利得罪の限界に関わる問題の核心」<sup>33)</sup>であるといえよう。

前述のように、財産上利益の属性に損害と利得との対応関係としての移転性を要求するとして、どのような場合に移転罪の結果として十分な移転があったといえるのかは自明ではない。2項強盗罪においては客体の性質上、財物のように物的に把握することはできず、また、必ずしも厳格な意味での素材の同一性を要求し得ないことから、この判断は困難である。そして、問題になる財産上の利益が「情報」と関係する場合には、一層困難になる。例えば、金庫の暗証番号の情報を無権限者が無理矢理聞き出したとしても、それによって情報である暗証番号は共有されることにはなるが、正当な権限者からその情報が奪われる（記憶から消される）わけではないのである。

移転の要件について、従来の学説では、例えば、「被害者側における損害と犯人における不法利得とが対応的に現実的且つ具体的に認められることが必要である」<sup>34)</sup>、あるいは、「暴行脅迫と財物奪取の間の密接な関係、すなわち、暴行脅迫の物理的な影響の下に直接に財物奪取が生じたという関係が要求されるべきである」<sup>35)</sup>として、移転の属性について

---

て得られた事実状態であるのに対して、後者は一般私人間で暴行・脅迫を用いて得られた事実状態であり、その地位は暫定的で極めて不安定なものであることから、疑問の余地もある（この点については、森永・前掲註(1)196頁、参照）。

32) 神戸地判平成19年8月28日公判物未登載。本件については、樋口正行「判批」研修724号（2008年）111頁以下、参照。

33) 山口・前掲註(1)133頁。

34) 伊東・前掲註(10)172頁。

35) 林・前掲註(20)344頁。さらに、深町・前掲註(16)161頁、参照。

も、現実性、具体性および直接性を要求することで、損害と利得との対応関係に制限を加えてきた。そして、裁判実務においても、積極的利益の増加が問題となった相続事例や権益事例において2項強盗罪の成立が否定されたのは、前述のように、客体としての財産上の利益の属性が否定されたのではなく、移転の属性としての直接性が欠けることが実質的な理由になっているものと解される<sup>36)</sup>。

#### 4. 東京高裁平成21年11月16日判決をめぐる諸見解

東京高裁平成21年判決については、学説からも様々な反応が示され、おそらく考える処理が一通り示されたといえる。大別すると、強盗罪の成立を認めない見解、強盗罪の既遂を認める見解、そして強盗罪の未遂を認める見解に分けられる。そしてさらに、強盗罪の既遂を認める見解には、2項強盗罪の既遂を認める見解と1項強盗罪の既遂を認める見解が、また、強盗罪の未遂を認める見解には、2項強盗罪の未遂を認める見解と1項強盗罪の未遂を認める見解が存在する。

##### 4.1 強盗罪の成立を認めない見解

東京高裁平成21年判決の原判決のように、強盗罪の成立を認めない場合、暗証番号を無理矢理聞き出した行為について強要罪の成立を認めるにとどめることになる。原判決は、2項強盗罪の客体を「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的利益」と解した上で、キャッシュカードの暗証番号を聞き出したとしても、そのような意味での財産上の利益を得たとはいえないとする。また、その移転についても、暗証番号という情報は被害者と行為者の間で共有されるだけで、被害者の利益が失われるわけではないとするのである。原判決のこのような判断は、「現金を実際に引き出すという最終目標を果たす段階に至るまで、財産犯の成立を留保している」ものと解され<sup>37)</sup>、それを支持する見解も存在する<sup>38)</sup>。

原判決の立場を支持する見解は、特に、東京高裁のように2項強盗罪の既遂を認める場合には、従来の強盗罪の成立時期を著しく早めることの問題性を指摘する<sup>39)</sup>。例えば、通常、金庫の暗証番号を無理矢理聞き出した後に、その金庫を開け、保管されている財物を取り出して自己の占有に移した時点で、1項強盗罪が成立する。そして、その金庫の中に財物が無かったのであれば、1項強盗罪の未遂の成否が問題になる。それに対し、暗証番号を無理矢理聞き出した時点で直ちに2項強盗罪が既遂になるとした場合、未遂犯の成立する余地がなくなることになるのである。

36) 林・前掲註(20)345頁、参照。

37) 佐藤・前掲註(4)380頁。

38) 佐藤・前掲註(4)374頁、島岡・前掲註(4)56頁。

39) 島岡・前掲註(4)54頁。

## 4.2 強盗罪の既遂を認める見解

### (1) 2項強盗既遂説

東京高裁平成21年判決を支持する立場である<sup>40)</sup>。論者は、「本件被告人が被害者に暗証番号を聞いたのは、その情報を得ることが、まさに、被告人にとって、現金に匹敵する財産上の利益を得ることになるからにはかならない」と、財物との同等性を肯定する<sup>41)</sup>。その際、2項強盗罪の客体としての財産上の利益の属性である具体性・現実性を、「当該利益が、財物同様に財産的価値として明確であること」とした上で、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ状態は、「社会的にはその預貯金を引き出し得る地位にあるといえ、債権を法的に獲得するわけではないとしても現実には債権行使をし得る状態を得るのであるから、その財産的価値が明確に存在していると評価できる」とするのである<sup>42)</sup>。

そして、その利益が移転したかの判断については、「財物の占有が移転することとの同等性を利益について考えた場合、行為者が利益を享受可能であるということだけで十分であると思われる」として、キャッシュカードを所持する行為者に対し暗証番号を伝えることにより、現金の払戻しを受けることのできる立場を行為者に供与し、移転することが可能なのであるから、利益の移転可能性は明白といえるところ<sup>43)</sup>。その上で、このように当該利益に財産的価値が認められる場合に、「反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を手段としてそれを獲得する行為は、1項強盗と同等の処罰価値があると考えられる<sup>44)</sup>」として、2項強盗罪の既遂を肯定するのである。

### (2) 1項強盗既遂説

1項強盗罪の既遂を認める見解は、暗証番号を聞き出した時点では、未だキャッシュカードの占有の取得がなされていなかったことに着目する。その上で、キャッシュカードの持ち去りを予定した上で脅迫が行われていることから、キャッシュカードの取得と併せて、強盗罪の成立を肯定することが可能となるとして、キャッシュカードの取得自体について1項強盗罪の成立を肯定するのである<sup>45)</sup>。

1項強盗罪既遂説は、詳述するとさらに二つの見解に分類し得る。一つ目の見解は、キャッ

---

40) 高橋則夫『刑法各論』(成文堂・2011年)254頁以下、古宮・前掲註(4)33頁以下、前田・前掲註(4)153頁以下。

41) 古宮・前掲註(4)37頁。

42) 古宮・前掲註(4)38頁。足立・前掲註(4)162頁は、「預貯金口座から確実に預貯金の払戻しを受けられる地位の取得を債権取得と事実上同様と捉えて財産上の利益とするのは妥当であろう」とする。もっとも、同・163頁以下は、本件では行為者が未だキャッシュカードの占有を確立していなかったことから、「カードの占有を取得しその地位が備わった時点ではじめて、2項強盗罪の客体としての財産上の利益の実体が得られた」と解すべきであって、「暗証番号を聞き出した時点で強盗(利得)罪の成立を認めるのは早すぎる」とする。

43) 古宮・前掲註(4)39頁。

44) 古宮・前掲註(4)38頁。

45) 内海・前掲註(4)242頁、豊田・前掲註(4)125頁、山口・前掲註(1)138頁。

シユカードと暗証番号を併せ持つことを財産上の利益と認めないものである<sup>46)</sup>。この立場からは、本件脅迫行為をキャッシュカードの占有を確立するための行為と評価することを前提に、脅迫行為を行った時点で1項強盗罪の未遂になり、その後キャッシュカードの占有を確立した時点で、1項強盗罪の既遂が成立することになる。

もう一つの見解は、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことを財産上の利益として認めるものである。論者は、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を、キャッシュカードと暗証番号の支配によって「排他的に確保・支配可能な『地位』」とした上で、その地位は、キャッシュカードとその暗証番号を取得することによって、排他的に取得することが可能となるとする<sup>47)</sup>。もっとも、論者は、東京高裁平成21年判決については、キャッシュカードの取得自体について取財罪が成立することになるため、地位の取得を問題にする必要までは生じないとする<sup>48)</sup>。この見解からは、本件では、キャッシュカードの占有が未だ確立されていなかったことから、1項強盗罪の既遂が成立するが、神戸地裁平成19年判決のように、事前にキャッシュカードの占有が移転しており、その後、当該キャッシュカードの暗証番号を強いて聞き出す場合には、2項強盗罪の既遂が成立することになる<sup>49)</sup>。

#### 4.3 強盗罪の未遂を認める見解

##### (1) 2項強盗未遂説

2項強盗罪の未遂を認める見解にも、二つの立場が存在する。ある見解は、客観的に、キャッシュカードと暗証番号の取得行為と現金取得行為が一連一体の行為として把握可能であることを、また、主観的に、行為者がキャッシュカードと暗証番号の取得後すみやかに近隣のATMで現金を引き出す計画であったことを前提に、暗証番号を聞き出すためになされた暴行・脅迫を、ATMにおける現金取得に向けた実行の着手と見て、2項強盗罪の未遂の基礎づけを試みる<sup>50)</sup>。その際、行為客体は「預金債権」として捉えられることになる。既遂要件である預金債権の移転は、行為者が「いわば預金債権が具現化した現金を取得することで、財産上の利益を取得し、その反面として、被害者は預金債権を侵害されたという財産上の不利益を被ったという形」で認められることになる<sup>51)</sup>。

もう一つの見解は、仮に一般論としてキャッシュカードと暗証番号を併せ持つことを財産上の利益に当たると解したとしても、本件では暗証番号を聞き出した時点ではキャッシュカードの占有を確立していなかった点に着目し、「2項強盗の未遂が成立するにとどまると解するのが筋である」とするものである<sup>52)</sup>。つまり、この見解は、実際にはキャッシ

46) 内海・前掲註(4)239頁、243頁以下。

47) 山口・前掲註(1)137頁。

48) 山口・前掲註(1)137頁。

49) 山口・前掲註(1)138頁。

50) 森永・前掲註(1)196頁。

51) 森永・前掲註(1)197頁。

カードと暗証番号を「併せ持つ状態」ではなかったことから、その場合には未遂であるとするのである。この立場では、暗証番号を聞き出した後にキャッシュカードの占有を確立した場合、その時点でキャッシュカードと暗証番号を併せ持つ状態になったとして2項強盗の既遂とするのか、それとも、そのような場合には財物であるキャッシュカード自体を客体として1項強盗罪の既遂とするのかは、開かれている。

犯罪論上、既遂犯が原則であり、その前段階は例外的に既遂到達の危険を根拠にして未遂犯として可罰的になる。それゆえ、未完成犯罪である2項強盗罪の未遂犯の成否を論じる前提には、その完成形態である2項強盗罪が想定されなければならない。そうであるとするならば、後者の見解では、暗証番号を聞き出した後にキャッシュカードの占有を確立した場合、その時点で、2項強盗罪の既遂を認めるべきである。したがって、本件では、最終的にキャッシュカードの占有が確立されていることから、その時点で2項強盗罪の既遂を認めることができたことになる<sup>53)</sup>。他方で、暗証番号を聞き出した後にキャッシュカードの占有を確立した場合に、財物であるキャッシュカード自体を客体として1項強盗罪の既遂とするのであれば、本件は1項強盗罪の既遂を認めることができたことになる。

## (2) 1項強盗未遂説

1項強盗罪の未遂を認める見解も、客観的に、キャッシュカードと暗証番号の取得行為と現金取得行為が一連一体の行為として把握可能であることを、また、主観的に、行為者がキャッシュカードと暗証番号の取得後すみやかに近隣のATMで現金を引き出す計画であったことを前提に、暗証番号を聞き出すためになされた暴行・脅迫を、ATMにおける現金取得に向けた実行の着手と見る点においては、行為客体を預金債権として捉える2項強盗未遂説と同様の前提に立つものである。

しかし、本説は、行為客体を預金債権ではなく、ATM内の現金すなわち財物と捉え、1項強盗罪の成否を問題にする。その場合、暴行・脅迫の相手方と財物の占有者が異なることになるが、預金債権者はATM内の現金を強取するに当たり現実的な障碍となっている（現金を引き出すために必要な暗証番号を知るのは、基本的に当該預金債権者と当該口座を管理する金融機関だけである）ことから、そのような者に対する暴行・脅迫を強盗罪の実行の着手として認めることができるとするのである<sup>54)</sup>。その上で、本件では最終的な

52) 豊田・前掲註(4)125頁。さらに足立・前掲註(4)162頁。

53) 足立・前掲註(4)162頁は、暗証番号を「聞き出した時点では2項強盗罪の未遂に過ぎず、カードを得たことによってはじめて2項強盗罪の既遂としての要件を満たすのではなからうか」とする。

54) 財物の占有者と暴行・脅迫の相手方の関係性について、占有補助者や財物の保持に協力すべき立場にある者に限るとする場合には、預貯金債権者をそのような立場にある者として捉えることは難しい。また、「被害者との間に『事実上の密接な関係』があればよい」とする場合、筆者は前稿(四條・前掲註(4)86頁)において、預貯金債権者もそれに含まれると解していた。しかし、これについては、「少なくとも暗証番号聞き出しの時点では、預貯金者と金融機関との関係は極めて希薄なものとなり、少なくとも『事実上の密接な関係』があるといえるかは、疑問が残る」との指摘がなされている(内海・前掲註(4)242頁)。この点はATMを利用した他の犯行形態も射程に入れる

現金の引き出しに失敗しているので、1項強盗罪は未遂にとどまるとするのである<sup>55)</sup>。

## 5. 考 察

ここまで、2項強盗罪における財産上の利益の移転についての従来の議論と東京高裁平成21年判決をめぐって提示された諸見解を概観してきた。以下では、それらを基に、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つ状態に至ったことを刑法上どのように評価すべきかについて、再検討を加えることにする。

### 5.1 客体としての一定の「地位」

東京高裁平成21年判決では、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つ状態を、「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」として財産上の利益にあたるとした<sup>56)</sup>。前述のように、このように一定の地位を財産上の利益と認め、2項犯罪の成立を認めることは、近時の裁判例の流れに沿うものである。

それにもかかわらず、「預貯金の払戻しを受け得る地位」は、前述の2項強盗罪の客体としての財産上の利益の属性である具体性や現実性を備えるものなのか問われなければならない。それを肯定する見解は、財産上の利益の具体性・現実性の意味を「当該利益が、財物同様に財産的価値として明確であること」と解した上で、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つ状態は、現実に債権行使をし得る状態を得ることから、その財産的価値が明確に存在しているとする<sup>57)</sup>。また、「『現実に引き出したのと同視し得るような状態』であれば、財産上の利益と考え得る」とする見解<sup>58)</sup>もある。さらに、「独立した利便性」が認められることから、利得罪における財産上の利益として承認することが許される<sup>59)</sup>とする見解もある。ここでは、具体性や現実性とは別の「独立した利便性」が財産上の利益として認める要素になっている。

しかしながら、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つ状態を、財産的価値が明確な地位であるとして具体性や現実性を認めることにも、「現実に引き出したのと同視し得るような状態」といえることにも、疑問が残る。実際にATMを通して現金を払戻すま

---

必要もあることから、判断を留保する。しかし、本稿の立場としては、財物占有者と暴行・脅迫の相手方の関係性は、暴行・脅迫の客観的に財物奪取の障碍となっている者であれば足りると解するものである。

55) 四條・前掲註(4)87頁以下。

56) 足立・前掲註(4)162頁は、「東京高裁が『地位』という表現を用いつつ具体的な財産上の不利益(損害)として思い描いているのは、キャッシュカードと暗証番号を用いて機械的に引き出すことのできる状態になった預貯金口座の残高相当額への危険性なのではなからうか」とするが、そうであるならば、本件では、ATMを通して払戻すことの不可能な残高しかなかったのであるから、その危険性は否定されなければならなかったであろう。

57) 古宮・前掲註(4)38頁。

58) 前田・前掲註(4)165頁。

59) 山口・前掲註(1)136頁。

での間に預貯金者が金融機関に通報することもありうるのであって、「同視できる」とまではいえず、また、そのように指摘できるとするならば、まだその状態では少なくとも財産上の利益の属性としての現実性は備わっていないからである。つまり、実際に積極的な財産的価値が増加するのは、正当な預貯金債権者のごとく債権行使した段階であって、そのための地位自体はまだ間接的なものであり、現実性（直接性）を認めるには疑問が残るのである<sup>60)</sup>。さらに、なぜ「独立した利便性」が認められると利得罪における財産上の利益として承認されるのかは、不明である。

したがって、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ状態は、財産上の利益の属性として要求される現実性（直接性）を備えていないというべきである<sup>61)</sup>。

## 5.2 結果としての「移転」

つぎに、東京高裁平成21年判決の事案において、利益の移転は認められるのであろうか。前述のように、利益の移転は2項強盗罪における結果を意味するものであり、1項強盗罪との同等性という観点から、具体的な法益侵害結果（結果無価値）が認められるべきである。

東京高裁は、「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」として、利益の「移転」を認める。しかし、2項強盗罪の成立に要求される利益の移転が、行為者側の利益の取得と被害者側の利益の喪失の対応関係を意味するとしても、その対応関係はこの程度のもので足りるのであろうか。東京高裁は、行為者側の利益と被害者側の不利益の対応関係を形式的には表現しているが、その実質的な内容は、被害者側の「自らの預金を被告人によって払い戻されかねない」という危惧感と行為者側の利益の獲得（移転）の可能性という、かなり抽象的なものであり、侵害犯の結果としては不十分といわざるを得ない。それは、1項犯罪の既遂の前段階の未遂、さらにはそれ以前の予備の段階を、2項強盗罪として処罰することを正面から認める論理である。1項強盗罪と同等の法益侵害性のある利益の移転というには、具体性の点でなお不十分で

60) さらに、佐伯仁志「強盗罪(1)」法学教室369号134頁、参照。なお、島岡・前掲註(4)53頁は、ATMを通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受けうる地位の財産的価値は預貯金額と等しいわけではないとして、そのような地位は「対価を伴うものではなく、その財産的価値をある程度数量で表すこともできない」として、利益の具体性・現実性を否定する。しかし、利益の具体性については、当該預貯金口座の残高によって特定可能であるように思われる。

61) なお、積極的利益の増加が問題となった相続事例や権益事例において、裁判所は任意の処分可能性を問題にしていたが、本件では、本件と類似する神戸地裁平成19年判決と同様、その要素は検討されていない。おそらく、任意の処分可能性を考慮したとしても、それにより、財産上の利益に当たらないとすることはできなかったものと考えられる。というのは、金融機関がそれを認めていないことや法律上の規制があるとしても、預貯金者が自らのキャッシュカードと暗証番号を任意に処分することに特段の障碍はないからである。



ある<sup>62)</sup>。

東京高裁の判示したものを、1項強盗罪との同等性という観点からより実質的に問い、客体となる利益についての排他的な支配を問題とし、それが被害者から犯人へと移転したかを問題にする見解がある。論者によれば、「利得罪の成立を肯定するためには、その『地位』に対する排他的な支配が確立していること、そのような排他性が確保されている状況が必要であり、それによって、被害者から犯人へのその『地位』の移転が認められることが必要となる」<sup>63)</sup>。そして、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は、キャッシュカードとその暗証番号の支配によって排他的に確保・支配可能な「地位」であり、キャッシュカードと暗証番号を取得することによって、その「地位」を排他的に取得することが可能になるといえる、というのである<sup>64)</sup>。

しかし、この見解の論者が正当にも指摘するように、「利得罪にせよ1項犯罪である取財罪にせよ、犯人による不法な取得・利得だけを問題として犯罪の成否を認めるのは、……すでに過去のものとして捨て去られたはずの純然たる倫理主義的理解にはほかならない」のであって、「犯罪の成立に法益侵害・危険の惹起を必要とする現在の刑法理論の常識的理解に照らせば、……被害者にいかなる被害（法益侵害）が生じたのかが検討されなければならない」<sup>65)</sup>のである。この正当な理解を前提としたとき、預貯金に対する排他的支配の侵害は強盗罪の「既遂」を基礎づける財産侵害といえるのかが、さらに問われなければならないであろう。預貯金に対する排他的支配の喪失は、預貯金を引き出されてしまいかねないことを意味するが、それは実際に財産を喪失したことと同視できる結果なのかは、疑問が残る。排他的支配の侵害という視点は財産に対する高度の危険性は基礎づけても、実害としての財産侵害それ自体を意味するものではない。利益の移転は既遂を基礎づける要件である以上、その移転の属性は、1項強盗罪と同じように、財産に対する現実的な侵害性を有するものである必要があろう<sup>66)</sup>。

### 5.3 東京高裁平成21年11月16日判決の解決について

さて、それでは、東京高裁平成21年判決の事案は、どのように処理されるべきであろう

---

62) 島岡・前掲註(4)55頁も、「被害者側も『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』というだけでは、未だ具体的な財産上の不利益（損害）を被ったとはいえない」とする。さらに、森永・前掲註(1)196頁は、「終局的な目的実現の危険性」に着目して、「客観的に存在する事情や犯人の犯行計画に照らして、利益移転の具体性、現実性が、暗証番号を取得した時点で存在したのか判断されるべきである」とした上で、本件事案では、「いつでも引出すことが可能な状態」という意味での「常時的なアクセス可能性」があったとはいえ、利益移転の具体性、現実性は備わっていないとする。

63) 山口・前掲註(1)137頁。

64) 山口・前掲註(1)137頁。

65) 山口・前掲註(1)131頁。

66) これに対し、足立・前掲註(4)162頁以下は、強盗罪を「自由に対する罪の一類型」と解し、「財産侵害については実質的な損害を厳密に要求するのではなく、形式的に存在すればよい」とする。

か。前述のように、本件における東京高裁の判断は、2項強盗罪の客体としての「財産上の利益」の捉え方においても、2項強盗罪の結果としての財産上の利益の「移転」の捉え方においても、支持し得ないものであった。以下では、本件を契機として示された諸見解（その概略は4.で示した）について検討を加えながら、私見を示すことにする。

#### (1) 強盗罪の成立を認めない見解について

前述のように、本件の事実関係の下で、2項強盗罪の成立範囲をもっとも厳格に捉えるのは、強盗罪の成立を認めない見解である。この見解から東京高裁の判断に対して向けられる批判は、刑法の厳格な解釈という観点からは尊重されるべき主張であり、基本的に支持し得るものである。

しかし、本件における脅迫行為は、単にキャッシュカードの暗証番号を聞き出すためだけでなく、その後、直ちにATMで現金を払戻すためになされたものである。この点を捉えて、2項強盗既遂説の論者が、強盗罪としての行為態様の当罰性を強調することは、——2項強盗既遂説を支持するか否かは別として——正しい指摘である。強盗罪の成立を認めない見解は、具体的な事実との関係で行為態様の当罰性も含んだ全事象の実体を反映した理論構成を目指すとき、十分な解決とはいえないであろう。強盗罪の成立可能性が模索されるべきである。

#### (2) 2項強盗既遂説について

他方で、行為態様の当罰性を強調し、本件について2項強盗罪の既遂を認めることも支持し得ない。論者は、①暴行・脅迫を用いて抵抗できなくし、被害者をATM近くまで連れて行った上で「暗証番号を言え。」と言って暗証番号を聞き出し、行為者自身がATMを操作して現金を引き出した場合と、②暴行・脅迫を用いて抵抗できなくし、被害者をATM近くまで連れて行った上で「暗証番号を言え。」と言って暗証番号を聞き出し、被害者を解放した後、行為者自身がATMを操作した場合（この事例ではATMを操作しただけで、現金を引き出していない）を挙げて、次のように論証する。すなわち、①の事例は、被害者自身が財物を奪取されるのを容認せざるを得ない状態に置かれている以上、現金の占有が奪取されたものといえ、1項強盗罪が成立する。そして、①の事例と②の事例は、財産的価値を得る手段として暴行・脅迫が用いられる点において当罰性に差は無いことから、②の事例が1項強盗罪と同等の違法性があることは明白であるとするのである<sup>67)</sup>。その上で、論者は、①の事例には1項強盗罪の既遂を認め、東京高裁平成21年判決と同様の②の事例については2項強盗罪の既遂を認めるのである。

67) 古宮・前掲註(4)42頁。なお、同所では、さらに、暴行・脅迫を用いて抵抗できなくし、「金を出せ。」と言い、直接、被害者に現金を手渡させた場合と、暴行・脅迫を用いて抵抗できなくし、「金を引き出してこい。」と言い、被害者をATMへ連行して被害者自身にATMを操作させ、現金を引き出して手渡させた場合も挙げて、これらがいずれも1項強盗罪の既遂になることを前提に、本文の①の事例と②の事例の当罰性の考量がなされている。

現金の最終的な引き出しの有無のほか、①の事例と②の事例の差は、被害者を解放したか否かにある。この点を、「被害者自身が財物を奪取されるのを容認せざるを得ない状態に置かれている」<sup>68)</sup>と評価して、①の事例では被害者から現金の占有が奪取されたといえるとするのである。しかし、まず、そもそも預貯金の占有は、預貯金債権者にあるわけではない。したがって、被害者自身の財物が奪取されたとはいえないのである。

また、強盗罪の構成要件との関係で、被害者を解放したか否かという点に、どのような意味があるのだろうか。①の事例を修正して、暴行・脅迫を用いて抵抗できなくし、被害者をATM近くまで連れて行った上で「暗証番号を言え。」と言って暗証番号を聞き出し、行為者自身がATMを操作したが、残高が数百円しかなく、現金を引き出せなかったとしよう。この場合、①の事例で1項強盗罪の既遂を認めるのであれば、同じ条件の下で最終的な現金の奪取に失敗した修正事例は1項強盗罪の未遂になるはずである。しかし、その場合、論者の前提に立つと、疑問が生じることになる。手段として暴行・脅迫が用いられている点で当罰性に差が無く、ATMの操作についても、最終的な財物奪取の失敗という点についても同じである①の修正事例と②の事例で、前者を「1項強盗罪の未遂」、後者を「2項強盗罪の既遂」とするのは、整合性に欠けるからである。もっとも、最終的な現金奪取に失敗した場合には、②の事例に引き寄せて2項強盗罪の既遂とするのかもしれないが、その場合には、翻って、①の事例と②の事例を区別した、「被害者を解放したか否か」という点は、要件として意味を持たないことになるのである<sup>69)</sup>。

行為態様の当罰性を考量して、本件の行為が強盗罪に値する行為であるとする主張は、全事象の実体を反映した理論構成という観点からも重要な指摘を含むものである。しかしながら、考量されるべきものは、行為態様だけでなく、具体的な全事象でなければならない。それゆえ、行為態様についての当罰性を理由に、本来的に強盗罪の未遂と評価すべき段階を2項強盗罪の既遂として処理することは、支持し得ないのである。

### (3) 1項強盗既遂説について

1項強盗既遂説は、暗証番号を聞き出した段階ではキャッシュカードの占有が未だ確立されていなかったことから、客体をキャッシュカードとして1項強盗罪の既遂として処理する。未だキャッシュカードの占有が確立されていなかったことを厳格に捉えるのであれば、このような解決も一つの可能な選択肢であるといえよう。

ただし、それ自体としては極僅かな金銭的価値しか有していない小さなプラスチック板であるキャッシュカードの財産的価値を端的に評価したとき、取財罪の客体として十分なものといえるのかは疑問の余地がある<sup>70)</sup>。その財産的価値が、当該口座の預貯金額によっ

68) 古宮・前掲註(4)42頁。

69) 四條・前掲註(4)89頁以下、参照。さらに、②の事例について、解放後、行為者がATMにアクセスするまでに、被害者がキャッシュカードの利用停止を金融機関に申し出る時間が十分にあるような場合もあり、①の事例と平行に評価することはできないとの指摘もある(内海・前掲註(4)240頁、森永・前掲註(4)198頁)。

て計られるとするならば、預貯金額が僅少であったり、マイナスである場合には、財物性が否定されることになろう。さらに、1項強盗既遂説の論者が、現金引き出し目的で暴行・脅迫を加えて暗証番号を聞き出す場合は、そのような行為はキャッシュカードの財産的価値を高めるための行為であるとして<sup>70)</sup>、その利用価値を財産的価値の評価に含むと解したとしても、東京高裁平成21年判決の事案では、預金口座の残高が数百円しかなくATMでは払戻し不可能であったことからすると、少なくとも本件においては、保護に値する客観的な財産的価値が存在したといえるのかは疑問が残る。

また、1項強盗罪の既遂とする構成は、本件事案においては可能な解決であるとしても、同じくキャッシュカードと暗証番号を併せ持つ状態の意味が問題になった神戸地裁平成19年判決の事案については、同様の解決は採り得ない。そこでは、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つ状態を財産上の利益といい得るかについて正面から応えなければならない。そして、その場合に、一方で、それを肯定し2項強盗罪の既遂を認めることも、他方で、それを否定して強要罪の成立を認めることも、前述のように支持し得ないのである。

したがって、強盗罪の成立可能性は、その未遂の成否を問う理論構成が模索されるべきであることになる。

#### (4) 2項強盗未遂説について

東京高裁平成21年判決の事案において強盗罪の未遂の基礎づけを試みる場合、一つの理論構成は、キャッシュカードの暗証番号を聞き出すためになされた暴行・脅迫を、ATMにおける現金奪取に向けた実行の着手とみることから出発する。その上で、行為客体をどのように捉えるかで、1項強盗未遂説と2項強盗未遂説は分岐する。どちらも、全事象の実体を反映した理論構成を目指すものであり、問題意識は共通するものといえよう。

このような前提に立つ2項強盗未遂説は、前述のように、行為客体を「預金債権」として構成する。しかし、この点に、疑問の余地がある。というのは、仮に行為者が、不正に入手したキャッシュカードと強いて聞き出した暗証番号を使って、当該預貯金口座から現金を払戻したとしても、預貯金者の預貯金債権が消滅するわけではないからである。なぜなら、偽造カードや盗難カードによる預貯金の払戻しは、「偽造カード等及び盗難カード等を用いて行われる不正な機械式預貯金払戻し等からの預貯金者の保護等に関する法律」によって保証されるからである。そして、預貯金者の預貯金債権が保証されるのであれば、その後に預貯金者が保証された預貯金債権を正当に行使して現金を払戻した場合には、金融機関は預金債権の限度内の現金を二度支払うことになるのであるから、やはり具体的な損害を被るのは金融機関であることになるのではなかろうか。そうであるとするならば、被害の実体は金融機関の管理する現金が強取されたことであり、1項強盗罪の未遂の成立可能性を問題にする方が、より全事象の実体を反映した理論構成になりうるものと考えてる。

70) 足立・前掲註(4)163頁、参照。

71) 内海・前掲註(4)242頁。

このような理論構成を目指す2項強盗未遂説のほか、本件ではキャッシュカードの占有を確立していなかった点に着目して、暗証番号を無理矢理聞き出した時点では、まだ2項強盗罪の未遂であるとする見解もあった。しかし、この見解については、前述のように、いずれにせよ本件については、最終的に2項強盗罪の既遂または1項強盗罪の既遂を認めることになるはずである。その意味で、この見解は、本件の結論として2項強盗未遂を認める見解ではない。そして、本件について、1項強盗罪または2項強盗罪の既遂を認めることにはすでに指摘した問題がある他、この見解が本件において1項強盗罪の既遂を最終的に認める場合、その前段階を2項強盗罪の未遂で捉えることは不当なのであって、支持し得ない。

#### (5) 1項強盗未遂説の妥当性について

このようにして、東京高裁平成21年判決の事案において、全事象の実体を反映した理論構成を試みるのであれば、それは、1項強盗罪の未遂の成立可能性を問う理論構成であることになる。

キャッシュカードと暗証番号を用いることで、特定の預貯金口座から、当該口座の引き出し可能額の現金が引き出されることになるから、預金債権の侵害ないし危殆化あるいは預金債権を行使し得る地位の移転が問題にされることになるのであろう。しかし、被害の実体は、——預金債権が保証されるとするならばなおのこと——金融機関が占有する財物を意に反して奪われたということに求められるべきである。たしかに、預貯金者が預貯金債権ないしそれを行使し得る地位を奪われたということができるような外観を呈するが、実際には、いわば当該口座が現金の取り出し口になったにすぎず——キャッシュカードと暗証番号を併せ持つことを金庫の「鍵」と例えるならば、当該口座はその鍵を使える金庫の「扉」である——、「財物奪取」の具体的被害者は金融機関であって、預貯金債権者ではないというべきではなかろうか。そして、このことは、従来、他人のキャッシュカードを用いてATMから現金を引き出した場合に、金融機関に対する窃盗罪が認められていることとも整合的な捉え方である。

被害の実体をこのように捉えるのであれば、預貯金口座から現金が引き出された場合には、それについての窃盗罪を認めれば足り、暴行・脅迫を用いて暗証番号を聞き出した行為については強要罪を認めればよいのであって、1項強盗罪の成否を論じる必要は無いのではないかと疑問が出されるかもしれない。しかし、行為者が強いて暗証番号を聞き出した相手は、最終的に引き出されることになる預貯金と無関係ではない。むしろ、行為者が当該口座から現金を引き出すにあたっての現実的な障碍になっているのである。そのような存在に対する暴行・脅迫は、最終的な財物奪取に向けられた暴行・脅迫として、強盗罪を構成するものと見ることができるとはなかろうか。

なお、1項強盗未遂説に対しては、先行するキャッシュカード奪取の罪責との罪数関係について明らかではないとの指摘がなされている<sup>72)</sup>。これについては、キャッシュカードの占有者に対する窃盗罪と金融機関に対する強盗罪の併合罪になるものと解する<sup>73)</sup>。

## 6. まとめ

東京高裁平成21年判決については、キャッシュカードと暗証番号を併せ持つ状態を得たことが財産上の利益を得たといえるのかという、積極的利益の増加に関わる2項強盗罪の成否が争点になったこと、また、それは銀行預金に対する侵害という側面を持つことから、大きな関心を集めている。

本稿は、この争点について、これまでに提示された諸学説の検討を通して、再検討を加えるものである。その結論として、強いて暗証番号を聞き出したことによりキャッシュカードと暗証番号を併せ持つ状態に至ったことは、1項強盗罪の未遂にとどまると解すべきであるとする、1項強盗未遂説の妥当性を主張した。この争点は、現代社会における財産犯の新しい現象形態であるかのように映るものである。しかし、その実体は、財産犯をめぐる従来からの刑法解釈学および裁判実務において築き上げられてきたものの射程を超えるものではないといえよう。したがって、従来からの財産犯における解釈を前提に、解釈論を展開すべきである。また、そのような従来からの枠組みにおいても、損害や行為態様といった事柄を含んだ全事象の実体を適切に反映した理論構成は可能なのである。

キャッシュカードの盗難や暗証番号の不正な取得、さらにそれによる預貯金に対する侵害は、現代社会における問題の一つである。そして、そのような事象に対して、厳罰をもって臨むことで一定の予防効果が期待されるのかもしれない。しかしながら、社会における「処罰価値の高い事象」に対処するという刑事政策的な目的は<sup>74)</sup>、必ずしも刑法解釈の正統性を基礎づけるわけではないといわなければならないであろう。

【付記】 本稿脱稿後、林幹人「2項犯罪の現状——東京高裁平成21年11月16日判決を契機として——」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂・2014年）137頁以下に接した。

---

72) 内海・前掲註(4)241頁。

73) もっとも、両者を54条後段の関係にあるといえるのであれば、牽連犯として科刑上一罪の処理をすることも可能であり、望ましいと考えるが、牽連犯に関する現在の判例理論や学説の状況に鑑みると、困難であろう。

74) 前田・前掲註(4)155頁。