



Title	刑事判例研究
Author(s)	佐藤, 結美
Citation	北大法学論集, 64(2), 319[110]-335[94]
Issue Date	2013-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/52996
Type	other
File Information	HLR64-2_010.pdf



刑 事 判 例 研 究

佐 藤 結 美

キャッシュカードの窃盗に着手後、同キャッシュカードの占有者に脅迫を加えて暗証番号を聞き出した行為につき、刑法236条2項の強盗罪が認められた事例
東京高裁平成21年11月16日判決（平成21年（う）第1215号住居侵入、窃盗、強盗、（認定罪名強要）強制わいせつ被告事件）
東高時報60巻 1 =12号185頁、判例時報2103号158頁
判例タイムズ1337号280頁

〔参照条文〕 刑法236条2項

【事案の概要】

被告人は、金品を窃取する目的で被害者の住居に侵入し、被害者が寝ていることを確認すると共に、隣の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は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、中から財布の中身を確認したところ、現金6000円程度のほか数枚のキャッシュカードが入っていた。

そこで被告人はキャッシュカードで現金を引き出そうと決意し、帰る際に持って行けばよいと考えてキャッシュカードの入った財布をバッグに戻し、被害者に包丁を突き付けながら「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。」などといって脅迫して暗証番号を聞き出した。

この事案につき検察官は、原審において「キャッシュカードとその暗証番号があれば、ATMを用いて機械的かつ確実に預貯金口座の金銭を入手すること

ができるという、ATMを使用した場合における今日の預貯金の払戻取引の実態に鑑みれば、キャッシュカードの占有を取得した犯人が『被害者から暗証番号を聞き出すこと』を実現すれば、事実上被害者名義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ところ、被告人は（中略）被害者所有の財布の中にキャッシュカードが存在することを確認していつでも取得し得る状態にあったのであるから、同人からキャッシュカードの暗証番号を聞き出すことができれば、コンビニエンスストア等へ赴き、被害者名義のキャッシュカードを使用し、暗証番号を入力してATMを操作することにより『預貯金の払戻し』をなし得るのであり、そこには、通常、一般人にとって難しい手続や第三者の判断が介在する余地はないから、目的の実現は容易と言える。そうすると『被害者から暗証番号を聞き出すこと』によって『被害者名義の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けうる地位』を得ることができれば、それによって、通常直ちに『被害者名義の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けて現金を手に入れる』という最終目的を実現することが容易である」ことから、『被害者名義の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けうる地位』という経済的利益は、刑法236条2項にいう『財産上不法の利益』として財物と同様に保護するに十分な具体性、現実性をもった利益と言えるのであって、（中略）2項強盗罪が成立することは明らかである」と主張した。

これに対して原審（さいたま地判平成21年6月1日公判物未登載）は、以下の2つの理由により、キャッシュカードの暗証番号を聞き出す行為につき2項強盗罪ではなく強要罪が成立するにとどまると判断した。

第一に、原審は「2項強盗罪における財産上不法の利益を取得したと言えるためには、同項が財物奪取罪としての1項強盗に引き続いて規定され、財物の取得と同等の財産的価値を有する財産的利益についても財産罪としての保護を与えるために定められたものという趣旨に照らし、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の移転が見られることを要する」という基準に照らし、本件行為について「被告人が被害者から暗証番号を聞き出したとしても、被告人が被害者の銀行に対する預金債権という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取得するわけではなく、銀行から預金を引き出さなければ具体的かつ現実的な財産的利益の移転はないのであって、暗証番号それ自体は、被告人にとっては単にその後のATMから現金を払い戻す行為を容易にする手段に過ぎない」とした上で、「暗証番号を聞き出すことによっ

て、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の移転があったと認めるに足りない」と判示した。また、「強盗罪が移転罪であることから、1項強盗と同じように、2項の財産上の利益についても移転性のある利益に限られるものであり、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ところ、本件では、被告人が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被告人と被害者との間で共有されただけであり、そのことによって被害者の利益が失われるわけではない。キャッシュカードと暗証番号を被告人が取得したとしても、本件のようにキャッシュカードが盗難にかかるものである場合には銀行が払戻しを拒む正当な理由があるのであって、預貯金に対応する金銭について占有を取得したとは言い得ない」と判示した。

さらに、「本件では、判示のような被告人からの脅迫文言により、被害者は埼玉りそな銀行普通預金口座の暗証番号を答えてはいるものの、同預金口座には払い戻すことができる預金はないことを知りながら、暗証番号を答えたのであり、現実にも同預金口座には数百円しか残高がなく、被告人がコンビニエンスストアのATMを操作して預金を払い戻そうとしたものの、払い戻せなかったものであり、判示のような一時的な脅迫行為で引き出し可能な暗証番号を正直に答える現実的可能性は少ないものと考えられる」とする事例判断も付されており、以上の理由から「キャッシュカードを取得した上で、暗証番号を聞き出した行為は刑法236条2項にいう財産上不法の利益を得る行為に該当しないから、強盗罪は成立せず、判示の強要罪が成立するに過ぎない」として、被告人に懲役2年6月を言い渡した。

【判旨】

破棄自判。

原審判決に対して検察官が控訴したところ、本判決の東京高裁は以下の2つの理由により原判決を破棄し、2項強盗罪の成立を肯定した。第一に、財産上の利益について「キャッシュカードを窃取した被告人が、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続を経るだけで、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」と判示して、利益性を肯定した。第二に、利益の移転について「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項強盗罪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、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ところはない」と判示して、懲役4年6月を言い渡した。

【評釈】

1. はじめに

本件では、脅迫を加えながらキャッシュカードの暗証番号を聞き出す行為が2項強盗罪に該当するか否かが問題となった。この事案では、原審と本判決で判断が分かれている。原審はキャッシュカードの暗証番号を単なる手段として捉えつつ、預金を引き出さなければ具体的かつ現実的な利益の移転はないと判断した。そして、236条2項の「財産上不法の利益」に対し「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」という厳格な「移転性」を要求した上で、本件行為は強要罪にとどまると判断したが、本判決はキャッシュカードと暗証番号を併せ持つことによって預貯金の払い戻しを受けるという財産上

の利益を得たものと解し、預金の引き出しが実際に行われる段階まで処罰を留保する原審の判断を否定した。また、原審が主張した利益の「移転性」についても「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」と厳密に解することは必要でなく、「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」と判断している。

このように本件では、①2項強盗における「財産上不法の利益」の意義と、②利益移転の有無について判断が分かれている。本稿では、本判決が①と②の争点について、いかなる意義と位置づけを有するものであるかを検討する。

2. 「財産上の利益」についての判例・学説と本件判示

2項強盗罪は、暴行・脅迫によって「財産上の利益」が行為者に移転すること、または他人に利益を得させることによって成立する。「財産上の利益」は財物を除くあらゆる財産的な利益であるとされ、積極的利益のみならず消極的利益も含むと考えられてきた¹。

2項犯罪の成否が問題となった従来の判例では、「財産上の利益」に該当するものとして、①債務の支払いを免れること²、②飲食代の支払いを免れること³、③債務の履行延期⁴、④支払猶予⁵、⑤債務負担の約束⁶等が認められてきた。ここでは、「財産上の利益」の存在が認められるための条件等について特段の判示はなされていない⁷が、金銭的義務の免脱や履行延期等が可能になること

¹ 佐伯仁志「財産上の利益」『刑法の争点（第3版）』（有斐閣・2000年）156頁、佐久間修『刑法各論（第2版）』（成文堂・2012年）177頁、松宮孝明『刑法各論講義（第3版）』（成文堂・2012年）186～187頁など。

² 最判昭和32年9月13日刑集11巻9号2263頁、大阪高判昭和59年11月28日高刑集37巻3号438頁。

³ 東京高判昭和52年11月9日刑月9巻11=12号798頁。

⁴ 最決昭和34年3月12日刑集13巻3号298頁。

⁵ 最決昭和43年12月11日刑集22巻13号1469頁。

⁶ 最決昭和43年10月24日刑集22巻10号946頁。

⁷ 2項詐欺罪の成否が問題となった⑤の昭和43年決定の控訴審では、被害者の債権が詐欺賭博という公序良俗に反する無効な行為を原因とするものであるから権利関係は発生せず、したがって財産上の利益に対する侵害がないので詐欺利得罪は成立しないという弁護人の控訴趣意に対し、客体である被害者の債権が不法なものであるか否かは犯罪の成否に影響しないとされたが、債務を負担

は行為者にとって直接的な利益になるので、これらが「財産上の利益」に該当すると解することに問題はないと思われる。

その一方で、本判決がいう「預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位」を財産上の利益と解することにはどのような意義があるのだろうか。「払戻しを受け得る地位」の考察の前提として、原審と本判決が行為者によるキャッシュカードの占有の有無についてどのように解しているかを確認する。

まず、2審の東京高裁は、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であると判断している。そして、被告人がキャッシュカードの占有を確立していたか否かという点につき、いつでも容易にキャッシュカードを取得できる状態であったという状況から、カードの占有を確立していた場合と区別する必要はないと判断している。

本判決による「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。しかしながら、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・・・(中略)この点は2項強盗の罪の成立を妨げるものとはいえない」という判断に対しては、「暗証番号を聞き出した時点でキャッシュカードの占有を確立していなかった本件においては(この点が、前記神戸地判の事案と異なる)、2項強盗の未遂が成立するととどまると解するのが筋である」「いつでも容易に占有を確立できる状態であったとしても、現実には占有を確立していなかった以上、キャッシュカードと暗証番号を併せ持ったとはいえない」⁸とする批判がある。確かに、被告人の脅迫行為の段階では、窃盗罪が既遂に達する程度に占有を確立したとはいえないだろう。しかし、本判決において修正された犯罪事実には、被告人が「窃盗に着手し、いつでも容易にその占有を取得できる状況に置いておいたキャッシュカードの暗証番号を強いて聞き出し、事実上、現金自動預払機を通して同人名義の預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位を取得しようと企て…脅迫し…財産上の利益を得た」と記載されている。このように、本判決が「窃盗に着手し」という表現をしていることから、脅迫行為の段階においては、キャッシュカードの占有を未だ確立しておらず、この時点では窃盗罪の既遂が

させることが財産上の利益に該当することについては特段の説示はない。

⁸ 豊田兼彦「判批」法学セミナー 677号(2011年)125頁。

成立しないことは本判決も認めていることであると思われる。

そこで、キャッシュカードの占有につき、本判決は「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…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（傍点は引用者）」と判示していることから、原則的にはキャッシュカードの窃取が既遂に達した上で暗証番号を聞き出した場合に、「預貯金の払戻しを受け得る地位」が移転すると解しているものと思われる。

しかし、本判決も「犯罪事実」で認める通り、この事案では脅迫行為の段階でキャッシュカードの窃取が完了しているとはいえない。そこで、本判決は、脅迫の段階ではキャッシュカードの占有を確立していなくても、被告人には事後的な占有確立の可能性があつて、キャッシュカードの入手を妨げる特段の事情が存在しなかったという事情に鑑みて、キャッシュカードの占有を確立している場合と区別する必要はないと判示している。このことから、本判決は、キャッシュカードの窃取が既遂に達した状態で暗証番号を入手した場合に「預貯金の払戻しを受け得る地位」が移転するとする前述の原則を自ら拡大解釈し、キャッシュカードを事後的に取得する可能性があれば、「キャッシュカードと暗証番号を併せ持った」と理解しているものと思われる。

一方、原審の判示の「犯罪事実」には、①金品窃取の目的で被害者宅に侵入し、②被害者の所有する現金約7000円及びキャッシュカード5枚ほか21点在中の財布1個を窃取し、③窃取に係るキャッシュカードの暗証番号を聞き出そうと企て、被害者を脅迫して暗証番号を言わせた旨が記載されている（傍点は引用者）。本判決とは異なり、原審では被告人がキャッシュカードの占有を確立したか否かについて明確には言及されていないが、キャッシュカードの暗証番号を聞き出す行為につき「窃取に係る」という表現をしていることから、検察官の主張する「キャッシュカードが存在することを確認していつでも取得できる状態」に置く行為が窃盗罪を構成すると判断したものと解することも可能である。しかし、後述するように、原審はそもそも「預貯金の払戻しを受け得る地位」を独立の保護法益と解してはいないので、原審が脅迫行為の段階と、被告人が被害者のキャッシュカード等を持って立ち去る段階のいずれの段階において窃盗罪が既遂に達したと解しているのかということを議論する実益は少ないと思われる。

3. 2項強盗と利益移転の問題

それでは、財産上の利益の移転を否定する原審の判断はどのような意義と位置づけを有するものであるか。2項強盗は財物が移転することが明確である1項強盗と異なり、利益の移転の有無について不明瞭さがあることから、かつての判例では被害者による「処分行為」がなければ財産上の利益の移転は認められないと判断していた⁹が、債務の履行を免れるために債権者を殺害しようとした事例につき、「1項の罪とは不法利得と財物強取とを異にする外、その構成要素に何らの差異がなく、1項の罪におけると同じく相手方の反抗を抑圧すべき暴行、脅迫の手段を用いて財産上不法利得するをもって足り、必ずしも相手方の意思による処分行為を構成することを要するものではない」とする明示的な判例変更が行われた¹⁰。その後の判例も2項強盗につき被害者の処分行為を不要とする判断に従い、学説においても、強盗罪が成立するためには被害者の反抗が抑圧されていなければならない以上、処分行為を要求するのは矛盾であるという理由から不要説が通説となった¹¹。しかし、処分行為を不要と解することにより、「無形な『財産上の利益』が実際上いかなる場合に『移転』したといえるか、その把握が困難になる」¹²ので、処罰範囲の拡大の蓋然性という新たな問題が生じた。

被害者の処分行為を不要とすることを前提として、その後の判例には、被害者から行為者へ利益が移転する可能性について、事例ごとの個別具体的な事情に鑑みて判断するものが多く見られ、学説でも1項強盗との均衡上、「移転した」といえるためには利益の取得に現実性・具体性が存在することが求められてい

⁹ 大判明治43年6月17日刑録16輯1210頁。

¹⁰ 最判昭和32年9月13日刑集11巻9号2263頁。

¹¹ 山口厚『刑法各論（第2版）』（有斐閣・2010年）223頁、西田典之『刑法各論（第6版）』（弘文堂・2012年）174頁、大谷實『刑法講義各論（新版第3版）』（成文堂・2009年）229頁、大塚仁『刑法概説（各論）（第3版増補版）』（有斐閣・2005年）219頁など。

¹² 内田幸隆「判批」法学教室318号（2006年）判例セレクト2006（法学教室318号別冊）36頁。西田・前掲（注11）174頁でも、「旧判例が（筆者注：処分行為）必要説をとっていたのは、2項強盗の処罰範囲を限定する意図に出たものと思われる」とされている。

る¹³。

移転性の有無は債権者を殺害して債務を逃れようとする事例において問題となることが多く、債権者のもとに債権に関する物的証拠があることから債権者の相続人が被告人に対して債権行使をすることが著しく困難になったとはいえないとしながらも、債権者を殺害することによって相続人による速やかな債権行使を当分の間不可能にしたということを根拠に財産上不法の利益を得たとして2項強盗罪を成立させた事例がある（大阪高判昭和59年11月28日高刑集37巻438頁）。この事例は移転性の有無が直接的に問題となったものではないが、学説からは「本判決（昭和59年判決）が認定した事情のもとでは、債権の行使はなお確実に行われうる場合であった。そこでは利益移転の具体性・確実性が欠けるとして2項強盗の成立を否定すべきであった」という批判がなされている¹⁴。

そこで、利益性と移転性が問題となった事例として注目に値するのが、東京高判平成元年2月27日高刑集42巻1号87頁である。被告人は両親の財産を自分へ相続させようと企て、両親を殺害しようとして未遂に終わったが、東京高裁は「(236条2項の)対象となる財産上の利益は、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ころ、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から、同条2項という財産上の利益には当たらない」として2項強盗罪の成立を否定した。この平成元年判決は、2項の客体である「財産上の利益」を被害者の処分可能性のあるものに限定することによって処罰範囲を限定するという効果をもたらすものであったと考えられ、この判断枠組みは会社の経営権を取得する目的で実質的経営者である被害者を殺害した行為につき「財産上の利益」の取得を否定した神戸地判平成17年4月26日判時1904号152頁にも見られる。この件につき、神戸地裁は「『経営上の権益』はAが死亡した場合には、Xに引き継がれる可能性が高かったとはいえ、両者の間に当然にそのようになる一定の法律関係等

¹³ 山口・前掲（注11）223頁、安田拓人「判批」別冊ジュリスト『刑法判例百選Ⅱ各論（第6版）』（2008年）78頁。

¹⁴ 西田・前掲（注11）175～176頁。

が存在していたわけではなく、また、A殺害後の経過からしても、殺害行為自体によって、Aから『経営上の権益』が移転したとはいいい難い。それゆえ、本件の事実関係のもとでは、『経営上の権益』は刑法236条2項の『財産上の利益』には当たらない」と判示している。

平成17年判決は平成元年判決とは異なり、「財産上の利益」の定義として明示的に処分可能性や移転可能性を挙げるものではないが、殺害行為によって確実に経営権が移転するものではないということを根拠に「財産上の利益」の存在を否定していることから、やはり「具体的事案における移転性をも財産上の利益の要件に取り込んで」¹⁵いるものと思われる。このような考え方には、移転性の要件の意義を失わせることになるという批判¹⁶もあるが、被害者の処分行為を要求していた旧判例に代わり、2項強盗の処罰範囲を不当に拡大しないためには利益の移転の有無を明確化する必要があるという問題意識¹⁷がある。そして、実際に平成元年・平成17年判決では強盗罪の成立が否定されてきたことに鑑みれば、移転性の要件を利益性の要件の段階にまで前倒しする考え方は処罰範囲を制限することを試みるものであったと思われる。

そして、本件に類似する事例として、神戸地判平成19年8月28日公刊物未登載（研修724号111頁参照）がある。この事例は、被告人が被害者のキャッシュカードを窃取した後、暗証番号を聞き出すために被害者方に侵入し、鉄パイプで殴りかかる構えを取りながら「キャッシュカードの暗証番号を言え」と脅したが、被害者がこれに応じず、暗証番号を聞き出せないまま被害者が被告人の暴行により死亡したというものである。

このような事実を前提として、神戸地裁は「被告人は…キャッシュカードを窃取してそれを占有していたものであるから、本件により同人から暗証番号を聞き出すことができた場合、被告人は、そのキャッシュカードと暗証番号を使用し、ATMから金銭の払戻しを受けることが事実上可能となったと考えられる」とした上で、「このような利益が、2項強盗の『財産上不法の利益』にあたるといえるかを検討するに…同条項が、財物奪取罪としての1項強盗に引き

¹⁵ 深町晋也「財産上の利益」『刑法の争点（新・法律学の争点シリーズ2）』（2007年）160頁。

¹⁶ 深町・前掲（注15）160頁。

¹⁷ 内田文昭『刑法各論（第3版）』（青林書院・1996年）273頁。

続いて規定され、『財物』と同等の財産的価値を有する財産的利益についても財産罪としての保護を与えるために定められたという趣旨に照らし、同条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」と判断している。その上で、「キャッシュカードとその暗証番号があれば、ATMを用いて、機械的かつ確実に預貯金口座の金銭を入手することができ…キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、ATMを操作してその預貯金残額の範囲内で金銭の払戻しを受ける地位を得ることであるといえ、このような経済的利益は、同条2項にいう『財産上不法の利益』として財物と同様に保護するのに十分な具体性、現実性をもった利益であるとみるのが相当である」として2項強盗殺人罪の成立を肯定した。なお、この事例では、被告人は被害者から暗証番号を聞き出すことができなかったので、被害者から被告人に「預貯金口座から現金を引き出し得る地位」が完全には移転しておらず、移転の危険性があったにすぎないことから、2項強盗の未遂にとどまるとされている。

4. 財産に対する危険性の有無と2項強盗

ここまで、本件以前の判例で「財産上の利益」の移転が問題となったものを概観してきたが、本件はどのような位置づけにあるのだろうか。

前述の平成19年判決は、原審と同様に、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が2項強盗罪によって保護される財産上の利益であるとの判示をしているものの、原審とは異なり、預金を引き出す地位が財産上の利益であるという結論に至っている点が注目される。

一方、原審は、事案の検討をする前に、2項強盗罪が成立するには「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の移転」が必要であるという一般論を述べている。そして、原審は、銀行から実際に預金を引き出さなければ利益の移転はないことから、暗証番号を聞き出すことは現金を取得するための手段にすぎないと判示している。加えて、被害者の預金口座には数百円しか入っておらずに被告人が預金を引き出せなかったことと、銀行による払い戻し拒否の可能性が指摘されている。このことから、原審は、たとえ現金を引き出すことが可能な状況を被告人が自ら作出したとしても、現金を実際に引き出すという最終目的を果たす段階に至るまで、財産犯の成立を留保していることがわかる。このように、原審は現金を引き出す地位というものを法的保護

に値しない、実体のないものと解していることから、キャッシュカードの暗証番号を聞き出す行為については、およそ2項強盗罪の既遂を成立させる余地を認めていないものと思われる。そうすると、2項強盗罪の未遂が成立する余地があるか否かが問題となるが、原審が被告人の脅迫行為について、財産犯ではなく強要罪を成立させていることから、キャッシュカードと暗証番号を併せ持ったとしても、被害者の財産に対する危険が発生しないと解していると思われる。危険の発生を否定する根拠は、「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被告人と被害者との間で共有されただけ」であるという判示にある。つまり、被害者は被告人から無理やり暗証番号を言わされたとしても、暗証番号や銀行口座についての被害者自身の記憶は失われないことから、被告人が立ち去った後に被害者が被告人より先に自己の預金を引き出したり、警察に被害を申告したりする等の対策を採る可能性を考慮したのではないだろうか。そして、本件被害者の口座に数百円しか入っていなかったという点も、危険の発生を否定する根拠となり得る。以上より、原審判決は利益の移転という要件が満たされていないことを指摘すると同時に、被害者の財産に対する危険の発生をも否定しているといえる。

これに対して、本判決は原審とも平成19年判決とも異なり、「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」という文言は用いていないが、「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続を経るだけで、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」という、平成19年判決に類似した判示をしている。このことから、平成19年判決と本件原審は、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」という同じ文言を用いていても、平成19年判決はATMを用いて現金を引き出すことの容易性を指しており、原審とは意味するところが異なるといえよう。

続いて本判決は、どのような場合に利益の移転があると認められるかということについて判示している。本判決は「預貯金の払戻しを受け得る地位」が財産上の利益であると明言しており、加えて被害者には「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損害」がもたらされると判示していることが注目される。預貯金口座から現金を引き出す地位を被告人によって脅かされたとしても、暗証番号を教えた被害者は被告人が現場を去った後に口座を停止することが可能

な場合もあり、必ずしも「預貯金の払戻しを受け得る地位」が被害者から被告人にそのまま移転するとは言えないだろう。そのように解すれば、本判決が利益の直接移転を必要とせず、「預金債権に対する支配力が弱まる」という程度の損害で「財産上の利益の取得」を認めたのは、その限りでは理解可能である。

キャッシュカードと暗証番号を併せ持った被告人は、被害者が何らかの対策を採る前に現金を引き出す可能性を入手したということではできるだろう。しかし、原審が指摘するように、暗証番号を聞き出す行為はあくまでも現金を入手するための手段であることから、被告人が実際に現金を引き出さない限り、被害者が財産上の損害を被ることはないようにも思われる。本判決は被告人の行為を被害者の「預金債権に対する支配が弱まる」ものであると解しているが、預貯金を意思に反して引き出されるかもしれないという状況を作出するだけでは、被害者の財産に対する危険を発生させるに留まり、侵害犯である強盗罪の既遂を成立させるには不十分なのではないだろうか¹⁸。

5. 「預金を引き出し得る地位」について

本件における「預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位」というものは実際に現金を引き出すことを前提としているので、従来の判例において「財産上の利益」であるとされた債務免脱や飲食代免脱などの、それ自体で独立して完結した財産的価値があるものとは異なるとも考えられる。そのような理解に立脚すれば、キャッシュカードの暗証番号を聞き出すという行為は、一連の財物奪取行為の途上にある行為に過ぎず、そのような行為を殊更に取り出して独立の財産犯を構成することには疑問がある。本判決に対しては、『『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』¹⁹という批判もあり、「預貯金の払戻しを受け得る地位」がそれ自体で保護されるに値するものであるか、被害者の財産に対

¹⁸ 島岡まな「判批」刑事法ジャーナル25号（2010年）54頁は、本件2審の判断について「判決の論理によれば、暗証番号を無理やり聞き出した時点で直ちに2項強盗が既遂となるため、未遂犯の成立する余地はなくなってしまう」と批判している。

¹⁹ 島岡・前掲（注18）55頁。

する危険を発生させる程度の行為について、強盗罪という侵害犯の既遂を成立ことが妥当であるかが問題となる。

本件事案は、被害者から金銭を奪うという最終目的を達成するために被害者に働きかける行為（手段）について、被害者から財産上の利益を奪うものであると判断された事例である。本判決が「被害者の預貯金に対する支配力が弱まる」ことを財産上の損害であると解していることからすると、本判決は、被告人が侵害した被害者の「財産上の利益」を、被害者が預貯金を意思に反して引き出される危険にさらされないこと、つまり被害者の預貯金の安定性であると解したのではないだろうか²⁰。

このように、本判決は財産に対する危険惹起行為に対して既遂犯を成立させたが、「財産上の利益」の移転が問題になった従来の判決との関係が問題となる。平成17年判決は経営者を殺害して会社の経営権を奪おうとした行為について、2項強盗罪の成立を否定している。平成17年判決は、会社の経営上の権益が被告人に移転するまでには何らかの妨害事由が介在する可能性があったことを理由に、「財産上の利益」にあたらないと判断している。そして、平成19年判決と本判決も、キャッシュカードと暗証番号があれば自動的に金銭を引き出せることを根拠に利益性を認めている。平成17年判決は確実な移転性のあるものを「財産上の利益」とであると解することによって、利益概念の中に移転要件を盛り込んでいる一方で、平成19年判決と本判決は事後に金銭を引き出すことの確実性を根拠に利益性を認めるという論理構成の違いがあるものの、平成17年判決と平成19年判決、そして本判決は、被告人の行為によって被害者の処分可能な財産が脅かされる危険性が一定以上の場合でなければ処罰しないという共通した問題意識を有していると考えられる。その限りでは、処罰範囲を無限定に拡大するものではないが、危険犯的な構成には疑問が残る。

²⁰ 足立友子「強盗利得罪の客体をめぐる考察」成城法学81号（2012年）162頁も、「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当額への危険性なのではないだろうか」と指摘する。

6. おわりに

本稿では、本判決が2項強盗罪について、危険犯的な構成を採った上で既遂犯の成立を認めているという観点から論じてきた。強盗罪は暴行・脅迫によって財物または財産上の利益を得る犯罪であり、被害者の財産だけではなく自由をも侵害するという側面があることを根拠に、本判決が「財産上の損害」を預金に対する危険性であると判断したとする見解²¹もある。しかし、本判決が預貯金に対する危険惹起行為につき、2項強盗罪の既遂を認めたのは、被告人が暗証番号とキャッシュカードを併せ持つことによって被害者の預貯金が脅かされる危険性が確実に具体的なものであると判断したからではないだろうか。そのように解すれば、本判決は「財産上の利益」それ自体の概念を変更して、財産の安定性を一般的に含むものとして解釈しているのではなく、預貯金に対する危険が現実的で明確であるとの見地から、実際に預貯金を引き出される前に処罰する必要性を認めたものと考えられる。利益性と移転性という2項強盗罪の要件から見ると、本判決は、①金銭取得の現実的な可能性が「財産上不法の利益」であることを前提として、②その可能性を行為者が得ることによって被害者が金銭を意思に反して奪取される危険性が生じるという関係があるときに利益の「移転」を肯定するという枠組みを採っている。

しかし、本判決がいうように「キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、あたかも正当な預金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配している」ことによって被害者の財産に危険を及ぼしているとしても、本判決が2項強盗の被害者をカードの名義人（脅迫行為の相手方）であると解している限り、従来の判例が横領罪の枠組みでのみ預金の占有を認めていたこととの整合性が問題となる²²。加えて、本判決の判断枠組みに従えば、未遂犯の成立する余地は狭くなり²³、強盗罪を侵害犯とする現行法の枠組みにも反することになる。

さらに、本判決の判断枠組には、1項強盗罪を成立させることが困難な事案

²¹ 足立・前掲（注20）164頁。

²² 伊東研祐「判批」平成23年度重要判例解説（2012年）158頁も、「債権による預貯金の支配という観念は刑法典の（未だ）知らないものであって、判例が預貯金口座中の現金の占有という刑法典に特有な構成を（非移転罪である）横領罪に限って認めてきたことは周知のとおりである」と指摘している。

²³ 未遂が成立するとすれば、行為者が暗証番号を聞き出そうとしたが、被害者が教えなかったような限られたケースに留まると考えられる。

であっても、財物の占有取得を前提条件として、1項強盗の代わりに2項強盗罪が成立してしまうという問題点がある。被害者に暴行・脅迫を加えて現金やキャッシュカードを強取した行為者が、キャッシュカードの暗証番号を聞き出すために被害者に暴行を加えた後、被害者のキャッシュカードを用いてATMで金銭を引き出したという事例につき、東京高判平成13年5月16日判時1760号146頁は、キャッシュカードの奪取について1項強盗罪の成立を認めた上で、ATMから金銭を引き出した行為は被害者の異なる新たな法益を侵害するものであるから、金銭引き出し行為については1項強盗罪とは別に窃盗罪が成立するものであり、これを先行する強盗と包括的に評価する理由はないと判示している。金銭を引き出す手段として、被害者のキャッシュカードと暗証番号を入手するという点では、平成13年判決と本件事案は同様のものであるが、平成13年判決は1項強盗罪を認める一方で、本判決は2項強盗罪を認めるという結論の相違がある。この結論の相違は、平成13年判決とは異なり、本件事案の被告人による脅迫はキャッシュカードという財物を奪うために行われたものではなく、キャッシュカードの暗証番号を聞き出すために行われたので、キャッシュカードに対する1項強盗罪を成立させることは必ずしも適切ではないことにある。他方、平成13年判決は被害者から暗証番号を聞き出すための暴行について何らの財産犯的评价もしていないのに対して、本判決はキャッシュカードを占有しつつ暗証番号を聞き出す行為につき、「預貯金を引き出し得る地位」を得るための行為であるとの財産犯的评价をしている。本判決は、キャッシュカードの1項強盗罪を成立させるかわりに、「地位」取得行為について2項強盗罪を成立させる結論になっているが、財物の窃取に着手した後の脅迫について2項強盗罪の成立を認めることは、刑法238条の事後強盗罪に類似するものである。しかし、事後強盗罪は、財物を客体とする犯罪類型であって、財産上の利益についての事後強盗は成立しない。にもかかわらず、本判決は2項強盗罪の成立を肯定したことにより、解釈によって「財産上の利益についての事後強盗罪」とでもいうべき犯罪類型を認めたものであると考えられる²⁴。さらに、本

²⁴ もちろん、本判決が「利益事後強盗罪」そのものを認めているわけではないことは明らかであるが、財物の窃取（または窃取の事後的な可能性がある状態で）の後の脅迫行為につき強盗罪を成立させる構成が、（前提となる窃盗罪は強盗罪に吸収されないものの）事後強盗罪に類似しているという趣旨である。

判決は、原則的には財物の窃取が完了した上で暗証番号を聞き出す行為が「地位」取得という2項強盗罪を成立させると判断しながら、本件事案のようにキャッシュカードの窃取が完了していない場合も同様に扱うことによって、自ら例外を設けている。このことから、本判決は「財産上の利益についての事後強盗罪」という新たな解釈に対して更なる例外を設けているという点で、処罰範囲の不当な拡大につながるおそれがある。

以上より、本稿は、暗証番号を聞き出した行為につき強盗罪ではなく強要罪が成立するとした原審の結論を支持するものである²⁵。

* 本件解説および評釈として、注で掲記したもののほか、足立友子・判例セレクト2011〔I〕（法学教室377号別冊）33頁、前田雅英・警察学論集63巻10号（2010年）161頁、三谷真貴子・警察公論67巻1号（2012年）88頁、古宮久枝・研修741号（2010年）33頁、四條北斗・東北学院法学72号（2011年）100頁がある。

脱稿後、本判決の新たな評釈として、森永真綱・判例評論652号30頁（2013年）に接した。

²⁵ なお、本件事案の被告人は結果的に金銭を引き出すことができなかったが、仮に被害者の口座に一定以上の金銭があり、被告人が引き出すことに成功した場合には、暗証番号を聞き出す行為とは別に、金銭の引き出し行為が独立の財産犯として評価されるのかどうかが問題となる。

前述の平成13年判決は、キャッシュカードを強取した後の金銭の引き出し行為は異なる新たな法益侵害行為であり、別個の窃盗罪が成立すると解している。一方、本判決が2項強盗罪の被害者をキャッシュカードの名義人（脅迫行為の相手方）であり、名義人の預貯金に対する支配が弱まったことが名義人の財産上の損害であると解しているのであれば、金銭を引き出す行為は「預貯金の払い戻しを受け得る地位」の事後的な行使であり、新たな法益侵害を発生させるものではないとも考えられる。しかし、従来の判例は、ATMを用いて他人の預貯金口座から現金を引き出す行為につき、銀行を被害者とした窃盗罪が成立すると解しているので、本判決の判断枠組みにおいても、金銭の引き出し行為を別個の法益侵害であると解する可能性も否定できない。