

# 財産取得とその返還・ 代金支払免脱の罪数関係

田 中 優 輝

- I はじめに
- II 判例・学説の動向
  - 1 昭和61年判例以前
  - 2 昭和61年判例
  - 3 昭和61年判例以後
- III 接続犯的理解とそれに対する疑問
  - 1 接続犯（に類似するもの）としての理解
  - 2 時間的・場所的近接性を緩和する可能性
  - 3 時間的・場所的近接性を問わない可能性
- IV おわりに

## I はじめに

複数の犯罪行為が包括一罪とされる事例の一類型に、財物・利益を不法に取得し、それに引き続いてその返還又は代金支払いを不法な手段により免れる場合がある。典型的には無銭飲食の事案がそれであり、代金を支払う意思なく飲食物を注文してその提供を受けた点に詐欺罪が、その後には暴行・脅迫を加えて逃走し代金の支払いを免れた点に強盗利得罪が成立し、その両罪が包括一罪とされる。<sup>(1)</sup>

---

(1) 欺罔手段により代金の支払いを免れる場合には詐欺利得罪が成立しうるが、同じ詐欺罪であれば実務的には先行の飲食物取得の点のみ起訴されることが多いと見られ、罪数関係が問題になりにくい。また、詐欺利得罪

本稿は、こうした事例における罪数判断を検討するものである。この種の事案を包括一罪として重い強盗（殺人未遂）罪で処断した最決昭和61・11・18刑集40巻7号523頁（以下「昭和61年判例」という）が現れて久しいが、その罪数判断の射程は今なお必ずしも明らかでないように思われる。昭和61年判例以後の裁判例は、先行の財産取得行為と後行の返還・支払免脱行為が時間的・場所的に近接する場合に限り包括一罪とし、そうでない場合には併合罪とする方向にある。しかし、あらかじめ本稿の結論を述べれば、一部学説が主張するように、そうした時間的・場所的接近性がなくても包括一罪を認めるべきである。

包括一罪に関しては、本来的一罪か科刑上一罪かといった法的性質自体も重要な問題であるが、いずれにしても包括一罪とされれば、併合罪とは異なって重い一罪で処断されることになる。以下では、そうした法的性質如何の問題は措いて、昭和61年判例を軸としながら判例・学説の動向を確認し（→Ⅱ）、この種の事例で一罪性を基礎づける事情は何かを検討する（→Ⅲ）。

## Ⅱ 判例・学説の動向

### 1 昭和61年判例以前

無銭飲食事案につき、下級審裁判例の一部に、先行の飲食物取得につき詐欺罪が成立する以上、それに引き続いて代金の支払いを免れる行為に強盗利得罪の成立を認めるのは同一財産被害の二重評価であるとの見方から、強盗利得罪の成立自体を否定するものもあったが、<sup>(2)</sup>多くは、飲食物の取得

---

の成立に債務免除の意思表示を行わせること要求した最決昭和30・7・7刑集9巻9号1856頁を踏まえると、同罪の成立自体が疑われる。以下では、本文のように、後行行為が強盗の事案を想定して検討を進める。

(2) 神戸地判昭和34・9・25下刑集1巻9号2069頁〔強盗殺人を否定し、190(190) 法と政治 75巻1号 (2024年5月)

に詐欺罪が成立するとしても代金支払義務がなくなるわけではなく、暴行等により支払いを免れれば先行詐欺とは別個の法益を侵害するなどの理由で強盗利得罪の成立を認めており、先行の詐欺と後行の強盗利得がともに起訴された事案では併合罪として処断していたようである。例えば札幌高判昭和32・6・25高刑集10巻5号423頁は、被害者の店舗で無銭飲食の後、同市内でさらに飲酒し、約2時間半を経過して消防署付近路上で待ち受けていた被害者と出会い、同人に暴行・傷害を加えて支払いを免れた事案につき、詐欺罪と傷害罪にとどめるべきとの弁護人の主張を排斥し、詐欺罪に加えて強盗傷人罪の成立を認めた原判決を是認している<sup>(3)</sup>。

学説の反応としては、一部に強盗利得罪を否定すべきとの見解もあるもの<sup>(4)</sup>の、同罪を認めて併合罪とする裁判例を支持する方が多数と見られる<sup>(5)</sup>。もっとも、後者の中には、併合罪とされるべきことを基本としつつ、「2

---

詐欺と殺人の併合罪として処断。ただし、殺害行為は支払いを免れるためのものではないと認定しているため、強盗殺人を否定する判示は傍論と言ってよい。

(3) 高刑集には併合罪処断を直接に判示する部分は見当たらないが、判決は強盗傷人を「別個独立の犯罪として評価する」と述べ、また、原判決は詐欺と強盗傷人の罪となるべき事実を第一・第二と書き分けていたようであり、併合罪処断されていると見てよいであろう(同旨、青木陽介『包括一罪の研究』(成文堂、2021年)66頁)。他に強盗(致傷)罪の成立を認めた裁判例として、高松高判昭和30・4・27高刑裁特2巻10号443頁〔強盗致傷。先行詐欺は起訴されていないと見られる〕、大分地判昭和52・9・26判時879号161頁〔詐欺、強盗致傷〕、東京高判昭和52・11・9刑月9巻11=12号798頁〔詐欺、強盗致傷〕、大阪地判昭和57・7・9判時1083号158頁〔強盗致傷。先行詐欺は起訴されていないと見られる〕。

(4) 安村和雄「判批(前掲札幌高判)」判例タイムズ85号(1958年)19頁以下。

(5) 中野次雄「強盗致死傷罪・強盗強姦罪」『総合判例研究叢書 刑法(10)』(有斐閣、1958年)248頁、小西秀宣「判批(前掲注3・大分地判)」研修361号(1978年)346頁など。

つの行為が、きわめて接着した時点において行なわれ、包括して強盗1罪と認めるのを相当とする場合——たとえば、タクシー料金のふみ倒しなど——にかぎり、詐欺の点を不問に付するの<sup>(6)</sup>が相当である」、あるいは、「主観的には、はじめから飲食物を提供させた上で、暴行・脅迫を用いて代金の支払を免れる意思をもち、客観的には、欺罔手段によって飲食物を提供させる行為と暴行・脅迫によって債務の支払を免れる行為とが、きわめて接着した時点において行なわれたようなばあいには、包括して強盗1罪の成立を認めるのが相当であらう<sup>(7)</sup>」と述べる見解があった。これらは、前掲札幌高判の併合罪処断を支持する記述に続けて述べられているものであり、包括一罪の成立を「きわめて接着した時点」というかなり限定的な範囲に絞っているが、昭和61年判例以前に包括一罪の余地を示唆する見解<sup>(8)</sup>があったことは注目される。

## 2 昭和61年判例

そのような状況の中で登場した前掲最決昭和61・11・18は、覚醒剤売買のあっせんを装って被害者から覚醒剤を受け取り、その後間もなく被害者を殺害しようとしたが遂げなかった事案につき、殺害未遂は覚醒剤の返還ないし代金の支払いを免れるために行われたものとして強盗殺人未遂罪の成立を認めた上で、「先行する本件覚せい剤取得行為がそれ自体としては、

(6) 団藤重光編『注釈刑法(6)』(有斐閣, 1966年) 107頁〔藤木英雄〕。

(7) 団藤編・前掲注6・258頁〔福田平〕。

(8) 同見解後に登場した前掲注3・大分地判は、飲食物詐取と強盗致傷が時間的・場所的に接着している事案につき、「被告人が当初から暴行、脅迫を用いて支払を免れる目的を有していなかった」ことなどを理由に挙げて、併合罪処断している。これに対し、時間的・場所的接着性を欠く前掲札幌高判との違いを指摘して批判を向けるものとして、中森喜彦「判批」『昭和53年度重要判例解説』(有斐閣, 1979年) 191頁。

窃盗罪又は詐欺罪のいずれに当たるにせよ、前記事実関係にかんがみ、本件は、その罪と（二項）強盗殺人未遂罪のいわゆる包括一罪として重い後者の刑で処断すべきものと解するのが相当である」と判示した。ここでは、先行する窃盗又は詐欺と併せて強盗利得の成立が認められることが明らかにされた点に先例的価値が見出されるとともに、両罪の罪数関係について、従前の裁判例の大勢であった併合罪ではなく、一部学説によって主張されていた包括一罪が認められた点にも重要な意義が認められる。

もっとも、この罪数判断は「前記事実関係にかんがみ」た事例判断の形をとっているところ、具体的にどのような事実関係が考慮されたのかは示されていない。調査官が述べるところによれば、①覚醒剤の取得とその返還等を免れることの法益面での密接な関連性、②2つの行為の時間的・場所的近接性、③犯人が当初から2つの行為に及ぶ意思を有していたことなどが考慮されたものと見られるが、これら3つの事情が包括一罪を認める上でどのような意味を有するのかは説明されておらず、したがって、無銭飲食事案につき併合罪としてきた従前の裁判例との関係はどのように理解されるべきか、昭和61年判例の射程はどこまで及ぶのかは明らかでない。①法益面での密接関連性は、この種の事案において典型的に認められるものであるが、②時間的・場所的近接性と③当初からの意思については、その程度や内容が事案によって変わりうるため、②や③を欠く場合にも包括一罪とされてよいのかが問題となる。谷口正孝裁判官の意見は、「両罪が同一場所で同一機会に継続してなされてものであり、社会現象としても一個の事象として評価されることにかんがみ」包括一罪を認めてよいと述べており、調査官の整理に即して見れば、主に②場所・機会の同一性の点を重視していると見られ、③犯人の意思について言及はない。調査官は、谷

（9） 安廣文夫「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和61年度』（法曹会、1989年）310頁。

口意見をも引用しつつ、③当初からの意思の点については、それが欠けたとしても包括一罪を認めてよいと付言しているが、やはりその理由は述べられていない。包括一罪の概念理解に明確な一致がなく、しかも詐欺罪と強盗（殺人未遂）罪という異なる構成要件にまたがるという点もあってか、昭和61年判例やその調査官解説からは、あくまで同事案の「事実関係にかんがみ」た事例判断にとどめ、包括一罪を認めた判断が広く一般化されるのを避けようとする姿勢が窺われる。<sup>(10)</sup>

学説上も包括一罪とした昭和61年判例の結論は概ね支持されており、評釈類では、調査官が解説するところと同様に、あくまで両行為の近接性が認められるなどの本件事実関係に即した判断であることが強調されている。<sup>(12)</sup>しかし、なぜそうした近接性が要求されるのか、ひいては包括一罪との判

(10) 調査官の見解からすると、前掲注8に記した大分地判の判示は、包括一罪を否定する理由にはならないと理解されるであろう。

(11) 安廣・前掲注9・310頁は、「本決定が異なる構成要件にまたがる包括一罪を認めた点も重要な先例的意義を有すると思われるが、本件の事案に即した判断であるので、軽々しく一般化することには問題があるであろう」と述べている。

本件は、1審及び2審判決が覚醒剤取得とそれに引き続く殺人未遂の全体につき1項強盗殺人未遂の一罪を認めていたことにも表れているように、両行為の接着性は強く、包括一罪を認めやすい事案であった。また、その2審判決を受けて被告人側のみが殺人未遂罪にとどまる旨主張して上告したのであり、2項強盗の成否及び先行行為との罪数関係が争点となっていたわけではなく、訴訟経過からしても併合罪とは判断しにくい事案であったといえるであろう。

(12) 大谷實「判批」法学セミナー388号（1987年）91頁、石原明「判批」『昭和61年度重要判例解説』（有斐閣、1987年）164頁、林美月子「判批」法学教室80号（1987年）128頁、只木誠「判批」法学新報94巻3=4=5号（1987年）181頁、林幹人「判批」警察研究59巻6号（1988年）55頁。他方、異なる構成要件にまたがる包括一罪を認めたことに批判的なものとして、大久保隆志「判批」捜査研究36巻6号（1987年）34頁。

断がどれほどの射程を持つか、例えば前掲札幌高判昭和32・6・25の事案はなお併合罪とされるべきなのかといった点について十分には検討されておらず、課題として残されていたといえる。<sup>(13)</sup>

### 3 昭和61年判例以後

昭和61年判例以後の裁判例は、調査官の説くところに沿って、③当初からの意思を欠く場合でも、②時間的・場所的の近接性が認められることを理由に包括一罪の成立を認める方向に進んでいる。

神戸地判平成16・11・29裁判所ウェブサイト (LEX/DB 25410613) は、代金を支払う意思なくガソリンスタンドでガソリンの給油を受け、そのまま逃走しようと自動車を発進させたところ、店員が同車にしがみついていたことから、急制動や蛇行運転を繰り返すなどして殺意を持って同人を振り落としたが死亡させるには至らなかった事案につき、「詐欺と強盗殺人未遂の犯行は極めて近接した日時、場所において連続して敢行されたものであり、また、両罪によって侵害された財産的法益は、ガソリンとその代金請求権という、別個のものであるとはいえ、表裏の関係にあるものであるから、詐欺罪と強盗殺人未遂罪は、併合罪の関係ではなく、混合した包括一罪の関係にあって、重い強盗殺人未遂罪の刑により処断されると解するのが相当である」と結論づけた。また、大阪地判平成20・8・8裁判所ウェブサイト (LEX/DB 28145419) は、タクシーを無賃乗車し、目的地到着後いったんその場を離れたが、運転手が料金の支払いを求めて追いか

---

(13) 評釈類の中では、中森喜彦「判批」判例評論342号(1987年)57頁が比較的立ち入って射程の点に言及しており、財物の取得とその返還ないし代金支払いの免脱が実質的に1個の利益であることを重視して、行為が一連のものでなくても強盗一罪で処断する可能性を示唆している。昭和61年判例以前の文献として、同「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)302頁。

けてきたことに立腹し、同人を殺害して料金の支払いを免れた事案につき、「無賃乗車とその料金債務を免れることの法益面での密接な関連性、及び、2つの行為の時間的場所的近接性が存し、同一機会に継続して行われたものと認められる」と判示して、昭和61年判例を引用しつつ、検察官の併合罪主張を排斥し、弁護人の包括一罪主張を認めた。これらの事案では、財物・役務の詐取後にそのまま逃走しようとする行動に出ており、当初から暴行を加えて強盗の犯行に及ぶ意思があったとは認めにくいであろう。それでも裁判所は、昭和61年判例の調査官が指摘する①法益面での密接な関連性と②時間的・場所的近接性を挙げて、③当初からの意思には言及することなく包括一罪を認めている。

③が欠けても包括一罪とされるべき理由を判示しているのは、大阪地判平成18・4・10判タ1221号317頁である。<sup>(14)</sup>事案は前掲神戸地判平成16・11・29と同様にガソリンの詐取及び強盗致傷であり、「ガソリンの取得とその代金の支払を免れるという利益が法益面で密接に関連していることも明らかであり、また、……両行為の時間的場所的接着性があり、同一の機会になされたこともまた明らかである」、このように「両行為間に密接な関係があることが明らかなる場合であるから、1回の処罰をもって臨むことが相当であり、重い強盗致傷罪の刑で処断すべきである」と述べた上で、「検察官は、最高裁昭和61年11月18日決定（集40巻7号523頁）を引用した上、本件事案と異なり当初からガソリンを詐取して逃走の際に店員に暴行に及ぶ意思を有していた場合においては、詐欺罪と強盗罪が包括一罪となることを認めるかのようであるが、ガソリンの詐取後に強盗の犯意を生じた場合には併合罪となるというのであれば、両者の犯情の差を鑑み、処断刑の不均衡が生じるといわざるを得ない」と判示している。検察官は、昭和61

(14) 評釈に、本田稔「判批」法学セミナー628号（2007年）116頁、穴沢大輔「判批」大東法学52号（2008年）203頁以下。

年判例の射程を③当初から強盗に及ぶ意思であった場合に限定した主張を行ったのに対し、裁判所は、そのように計画性の高い場合に包括一罪となり、詐取後に突発的に強盗の意思を生じた場合に併合罪となるのでは、犯情と処断刑の間に不均衡が生じることを理由に、③を欠く場合でも包括一罪とされるべきことを説いたのである。<sup>(15)</sup>

以上の裁判例はいずれも、②兩行為の時間的・場所的接近性ないし機會の同一性が認められるものであったが、最近の裁判例に、これを欠く場合に併合罪として処断したものが現れているようである。東京高判令和5・2・10公刊物未搭載<sup>(16)</sup>がそれであり、投資運用資金を借り入れる名目で現金1000万円を詐取し、その約2か月後、被害者を殺害して借入金の返済を免れた事案につき、弁護士は昭和61年判例をもとに包括一罪を主張したのに対し、裁判所は、貸し付けた金銭の返還請求権（又は損害賠償請求権）は先行詐欺の被害財物とは別個に法益侵害の客体となりうるから、詐欺罪とは別に強盗殺人罪を認めることが同一の被害を二重評価することにはならず、兩犯行は時間的に近接していないことなどから兩罪を包括一罪として処断すべき理由はないとして、併合罪処断した原判決を是認している。本事案でも、昭和61年判例調査官の言う①法益面での密接な関連性は認められるであろうから、裁判所は、①だけでは包括一罪を認めず、②時間的

---

(15) このような均衡論は、かつての連続犯規定（刑法55条）のもとでも意識され、また、ドイツにおいても主張されていたようである。議論状況につき、虫明満『包括一罪の研究』（成文堂、1992年）129頁以下、162頁以下参照。昭和61年判例の評釈でこの均衡論を指摘するものとして、林（美）・前掲注12・128頁。これを支持するものとして、田山聡美「財物窃取または騙取後の暴行と2項強盗」松原芳博編『刑法の判例 各論』（成文堂、2011年）119頁。

(16) 梶原明日香「判批」研修904号（2023年）81頁以下で紹介されており、上告棄却確定とのことである。

接性を必須のものと解していることになる。弁護人は、先行詐欺と後行強盗殺人の間に、再三にわたる被害者からの弁済要求を逃れるための欺罔行為が繰り返されていたことに着目して、<sup>(17)</sup> 両犯行に時間的な接着性が認められると主張したものの、裁判所は、それらの欺罔行為をもって先行詐欺罪が継続していたとは評価できず、欺罔の時点で強盗殺人の犯意が生じていたともいえないとして、弁護人の主張を排斥している。

こうして、裁判実務の傾向は、③当初から強盗の犯行に及ぶ意思を有していたか否かは問わないものの、①法益面での密接な関連性のみをもって一律に包括一罪とするのではなく、具体的事案において②時間的・場所的近接性ないし機会の同一性が認められる場合に限って包括一罪を認め、そうでなければ併合罪として処断する方向にあると見ることができる。

これに対して、近時の学説では、裁判実務と同様に②時間的・場所的近接性を要求するものが見られる一方で、<sup>(18)</sup> ②を欠く場合でも包括一罪とする趣旨まで含むのかは明らかでないが、①法益の実質的同一性のみを指摘して包括一罪と述べるものも散見されるようになっている。<sup>(19)</sup> さらに、Ⅲ 3で後述するように、②を不要とすることを明言する見解も現れており、裁判例とは異なる傾向を見て取ることができる。

(17) こうした欺罔行為により弁済猶予の利益を得たとして詐欺利得罪の成立を考えることも不可能でないが、最判昭和30・4・8刑集9巻4号827頁（りんご事件）を踏まえれば、可罰的な利得があったと認めうる特段の事情が必要であろう。

(18) 西田典之ほか編『注釈刑法第4巻』（有斐閣、2021年）151頁〔嶋矢貴之〕、大塚裕史ほか『基本刑法Ⅱ各論〔第3版〕』（日本評論社、2023年）173頁〔大塚〕など。

(19) 西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2018年）190頁、本庄武「判批（昭和61年判例）」佐伯仁志ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第8版〕』（有斐閣、2020年）83頁など。

### Ⅲ 接続犯的理解とそれに対する疑問

#### 1 接続犯（に類似するもの）としての理解

ここまで見てきたように、昭和61年判例の調査官や谷口意見、さらにはその後の下級審裁判例において、時間的・場所的近接性ないし機会の同一性が重視されていることからすると、ここでの包括一罪は接続犯の一種あるいはそれに類似するものと捉えられているとの見方がある<sup>(20)</sup>。

接続犯は、同一の機会に反復・継続して遂行される複数の行為を包括して一罪とするものであり、数個の行為が時間的・場所的に相接続して遂行されることから、一体の行為として一罪性が認められると解される。約2時間のうちに同一倉庫から3回にわたって米俵を3俵ずつ窃取した事案につき、「短時間のうちに同一場所で為されたもので同一機会を利用したものであること」、「単一の犯意の発現たる一連の動作である」ことを理由に窃盗一罪として処断した最判昭和24・7・23刑集3巻8号1373頁が、（判決自身は接続犯の語を用いていないものの）一般に接続犯の一事例として理解<sup>(21)</sup>されている。

---

(20) 塩見淳「判批」甲南法学28巻1号（1987年）74頁（さらに葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』（有斐閣，2009年）316頁〔塩見〕）。ただし、論者自身は、強盗利得の客体を、先行詐欺を実質的に完成させるという利益と把握する見地のもと、先行財物罪と後行強盗利得罪が共罰的に評価されるとの解釈を支持している）、虫明満「いわゆる混合的包括一罪について」香川法学14巻3＝4号（1995年）131頁〔「異種類の接続犯」と称する〕。

(21) 接続犯の例として、当初は、数回人を殴打して数個の創傷を負わせるとか、同一機会にまず金銭を窃取してから次に時計を窃取するといった、包括一罪と称する必要もないほど行為の一体性の強いものが挙げられていたが（参照、大場茂馬『刑法総論下巻』（中央大学，1917年）895頁以下。単純一罪の一類型として接続犯を置いている）、1947（昭和22）年に連続犯を定めた刑法55条が削除されたのを機に、それまで連続犯とされてきた

もっとも、接続犯として包括される複数の行為は、基本的に同一の構成要件に該当するものが想定されていることから、ここで問題としている詐欺と強盗のように異なる構成要件にまたがる行為を接続犯的に把握することには疑問も向けられうる<sup>(22)</sup>。しかし、財物窃取に引き続いてさらなる財物を強取するいわゆる居直り強盗が包括して強盗一罪で評価されるように<sup>(23)</sup>、これを接続犯と称するかはともかく、異なる構成要件にまたがる<sup>(24)</sup>ことが決定的に包括一罪性を妨げるわけではない。

包括一罪の成否は、しばしば、法益侵害の一体性と行為の一体性の観点から分析・検討されるところ<sup>(25)</sup>、複数の行為が同一の構成要件に該当する場

---

事例の一部は解釈上なお一罪として認められるべきではないかとの問題意識から接続犯概念が注目され（参照、小野清一郎「連続犯と包括一罪」同『刑罰の本質について・その他』（有斐閣、1955年）305頁以下〔論文初出1951年〕）、上述の当初の例よりはやや拡張的に把握されて、包括一罪の一類型として位置づけられるようになったと見られる。

(22) 1961（昭和36）年の改正刑法準備草案71条は、接続犯としての包括一罪に関して、「同一の罪名に触れる数個の行為であっても、日時及び場所の近接、方法の類似、機会の同一、意思の継続その他各行為の間における密接な関係から、その全体を一個の行為として評価することを相当とするときは、これを包括して、一個の罪として処断する。」と定めており、ここでは構成要件（罪名）の同一性が要求されている。なお、「判例が固まっているこの問題について立法化を試みるのは適当でないこと、適切な規定を設けるのは困難であり、立法化によって接続犯の範囲が不当に広くなるおそれもあることなど」から、この規定は1974（昭和49）年の改正刑法草案には採用されなかった（法務省刑事局編『改正刑法草案の解説』（大蔵省印刷局、1975年）105頁）。

(23) 大判明治43・1・25刑録16輯34頁、高松高判昭和28・7・27高刑集6巻11号1442頁など。

(24) 小林充「包括的一罪について」判例時報1724号（2000年）6-7頁は、居直り強盗の事例と同様の観点から昭和61年判例を支持している。

(25) 法益侵害の一体性及び行為の一体性を包括一罪の要件とする近時の見解として、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』（有斐閣、2010年）715頁

合はもちろん、異なる構成要件にまたがる場合でも、法益侵害の一体性を認めてよいケースがありうる。居直り強盗の事例は、先行窃盗と後行強盗で被害財物を異にするとはいえ、同一被害者の単一的占有を侵害するものとして財産侵害を一体的に把握でき、昭和61年判例や無銭飲食の事例も、調査官が言うところの①法益面での密接な関連性からして、財産侵害の一体性を認めることができる<sup>(26)</sup>。また、②時間的・場所的近接性ないし機会の同一性から、行為の一体性も認められる。③当初からの意思については、前掲最判昭和24・7・23の言う「単一の犯意」がそれと同義であって判例上重視されているようにも見られるが、他方で、学説には「かならずしもはじめから包括的に全部を意図していたことを要せず、同一の機会または継続の事情によって触発された一個の人格態度の発現とみられれば足りるのであろう」と述べる見解もあり<sup>(27)</sup>、また、居直り強盗の事例でも、はじめから強盗を予見していたことが要求されているわけではないと見られる<sup>(28)</sup>。こ

---

〔山口厚〕。

(26) 昭和61年判例はいわゆる混合的包括一罪を認めたものと言われるが、傷害罪と強盗罪の包括一罪（仙台高判昭和34・2・26高刑集12巻2号77頁など）のように法益侵害を一体評価できるかが疑われる事例とは異なり、本稿で取り上げている窃盗罪・詐欺罪と強盗罪の場合は、財産侵害の点では一体評価が容易である。混合的包括一罪ではなく吸収一罪としての包括一罪と理解すべきとの見解として、内田文昭「混合的包括一罪について」寺崎嘉博ほか編『激動期の刑事法学 能勢弘之先生追悼論集』（信山社、2003年）360頁、城下裕二「混合的包括一罪の再検討」同『責任と罰罰の現在』（成文堂、2019年）164頁。

(27) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（創文社、1990年）443頁。

(28) 例えば高松高判昭和31・11・12高刑裁特3巻21号1039頁は、「犯人が窃盗を企て、まず財物を窃取し、なお引続き金品物色中家人に発見せられた為これに暴行脅迫を加え、その反抗を抑圧して更に金員を強取したときはその前後の奪取行為を合して強盗の一罪を構成するものと解するを相当とする」と判示する。

れらからすると、少なくとも②時間的・場所的近接性の強い場合には、調査官の言うように、③当初からの意思が欠けても包括一罪を認めることは可能と考えられ、前掲Ⅱ 3 の大阪地判平成18・4・10の結論も支持されてよいことになる。

## 2 時間的・場所的近接性を緩和する可能性

もっとも、上記学説は、接続犯の成否を判断するに当たって行為者の主観面が意味を持たないというのではなく、「一個の人格態度の発現」といえる関係を要求している。これは、責任の本質に関して論者の依拠する人格責任論を前提に、責任評価の一体性を基礎づけるものと解される<sup>(29)</sup>。その上で、論者は、一個の人格態度の発現と認められる一連の行為であれば、それらが同一の法益の侵害に向けられたものである限り、各行為の時間的接着を厳格に考える必要はなく、厳密な意味での接続犯の範囲を超えて一罪を認める余地があると述べている<sup>(30)</sup>。

この見解から窺われるのは、行為の時間的・場所的近接性あるいは行為の一体性が要求されるのは、責任評価の一体性を確認するためであり、行為の接着それ自体に決定的な意味があるわけではないということである<sup>(31)</sup>。現に学説には、こうした刑法的評価を前面に出して、包括一罪（接続犯）の要件を、違法評価（法益侵害）の一体性と責任評価（意思決定、主観面）の一体性に整理し、時間的・場所的な近接性をその判断資料に位置づける見解もある<sup>(32)</sup>。

(29) 団藤・前掲注27・441頁。人格責任論について同258頁以下。

(30) 団藤・前掲注27・443頁。

(31) 同旨の指摘として、城下・前掲注26・158頁。

(32) 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020年）443-444頁、林幹人『刑法の基礎理論』（東京大学出版会、1995年）220頁以下〔ただし、不法内容が複数でも責任内容が一体であれば包括一罪を肯定〕、青木・前掲

戦後の判例を見ると、下級審レベルで早くから、業務上保管中の金銭を数か月の間に多数回にわたって横領した事案につき業務上横領罪の包括一罪を認めるものが散見され、最高裁レベルでも、やはり数か月間に及ぶ多数回の麻薬施用などの事案で包括一罪が認められるに至っている<sup>(33)</sup>。こうした事例は、接続犯というほどには各行為が接着していないものの、学説上、(新)連続犯、連続一罪、連続的包括一罪などと称されて包括一罪の一類型に並べられている<sup>(34)</sup>。

---

注3・11頁〔ただし、同197頁は、「(単なる判断資料としてではなく、)主観面の一体性の内部に組み込む」形で時間的・場所的近接性を要求する。なお、論者の主張の概要として、同「包括一罪の現状と課題」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務⑤』(成文堂、2023年)188頁・198頁〕。

(33) 東京高判昭和26・12・26高刑判特25号125頁〔業務上横領罪〕、最判昭和31・8・3刑集10巻8号1202頁〔麻薬取締法違反〕など。判例の展開について、佐伯仁志「連続的包括一罪について」『植村立郎判事退官記念論文集第1巻』(立花書房、2011年)23頁以下、亀井源太郎「連続的包括一罪について——最高裁平成26年決定を手がかりに」研修813号(2016年)3頁以下。横領罪を取り上げる近時の文献として、榎本桃也「連続する横領行為について」慶應法学37号(2017年)131頁以下。

(34) (新)連続犯と称するものに、佐伯千仞「連続犯」同『刑法における違法性の理論』(有斐閣、1974年)351頁以下〔論文初出1951年〕、小林・前掲注24・5頁など、連続一罪と称するものに、伊達秋雄「連続一罪論——判例を概観して——」判例タイムズ41号(1954年)1頁以下、虫明・前掲注15・202頁などがあるが、近時は、前掲注33掲記の文献のように、連続的包括一罪の呼称を用いるものが増えているように見られる。

なお、時間的・場所的接着の弱い事例も接続犯に含めて整理する見解(山口厚『刑法総論〔第3版〕』(有斐閣、2016年)405頁など)に示されるように、接続犯と連続的包括一罪は、同種行為が反復・継続されるという点で同質・連続的なものであり、厳密に区別する意義は乏しいと考えられる(青木・前掲注3・12頁)。接続犯を本来の一罪の延長線上で捉えられる包括一罪に、連続犯を科刑上一罪の色彩が強い包括一罪に整理して、両者の法的性質を区別する見解においても、その判断要素としては共通して被害(不法内容)の一体性と犯意(責任内容)の一体性が挙げられており、

このように一定期間にわたる事例では、各行為がはじめから意図されていたとは認め難いが、例えば、業務上横領罪に関する下級審裁判例が述べるところによれば、「まず一個の行為を遂行したのちにおいて、当初の犯意の一部が継続中、新たに同種の犯行を決意し、その実行々為に及んだ」という形での「犯意の継続」でもよいとされ<sup>(35)</sup>、また、近時の傷害罪に関する最高裁判例は、約4か月又は1か月にわたって断続的に行われた暴行による傷害の事案について、被告人が暴力等により被害者の生活面・経済面を支配していたなどの「人間関係を背景として、ある程度限定された場所で、共通の動機から繰り返し犯意を生じ」たことを指摘しつつ、包括一罪を認めて<sup>(36)</sup>いる。学説上も、(ドイツの議論をも踏まえつつ)継続的な意思<sup>(37)</sup>連関があれば足りる、あるいは、個々の行為を実行するに至った動機・目的・意図などが同質的であることが確認できればよい<sup>(38)</sup>などとして、犯意が断続的に生じる場合でも責任の一体性を認めうるとの理解が多い。横領の事例は、同一の委託保管状況を利用してその都度領得行為に出るものであり、DV等の傷害事件も、限定された人間関係・生活圏の中で同質の動機から個々の暴行行為に出るものであって、責任の一体性を認めやすいケース<sup>(39)</sup>といえるであろう。

---

連続犯が一罪とされる理由は接続犯に準じる評価を加えれば十分であることに求められている(今井猛嘉ほか『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣, 2012年)432-433頁〔島田聡一郎〕)。

(35) 大阪高判昭和49・2・7刑月6巻2号106頁。

(36) 最決平成26・3・17刑集68巻3号368頁。

(37) 橋爪・前掲注32・459頁, 林・前掲注32・221頁。なお、虫明・前掲注15・215頁も同旨であるが、このような主観的要件は直接的に捕捉不可能であり、結局は客観の事情から推認するほかないと述べており、責任の一体性を重視していない。

(38) 青木・前掲注3・190頁以下。

(39) なお、これらの事例を包括一罪として扱うことについては、前掲注

このような接続犯ないし連続的包括一罪に関する議論の動向を踏まえると、時間的・場所的近接性が弱い場合でも、行為者の主観面ないし責任の一体性を肯定しうる事情があれば、なお包括一罪を認めてよいとの見方も生じうるであろう。前述Ⅱ3の東京高判令和5・2・10の弁護人が、先行詐欺と後行強盗殺人の間に被害者からの弁済要求を逃れるための欺罔行為が繰り返されていたことを主張していた点については、(判決原文に接していないため断定的なことは言えないが)可罰的な詐欺罪を構成する可能性もある一連の欺罔行為及び最終的な強取行為は、当初から継続的に有していた同じ返済免脱意思に起因するものであり、強盗の手段に訴える意思は強取行為の際に生じたのだとしても、財産侵害の点では責任の一体性を肯定しうるとの趣旨に理解することができるかもしれない。前掲Ⅱ1の札幌高判昭和32・6・25の事案も、(被告人が無銭飲食した店舗から退店した経緯など、詳細な事実関係がやはり不明ではあるが)事情によっては、2時間半程度の間隔であれば包括一罪を認めうるように思われる。<sup>(40)</sup> もっとも、責任の一体性といってもなお漠然としており、先行詐欺の時点で既に返済意思がない以上、潜在的にはその後も同じ支払免脱意思を継続的に有

---

36・最決平成26・3・17でも訴因の特定が争点となったように、個々の横領行為や暴行・傷害行為を特定しなくて済むという手続法上の効果・要請に支えられている面も否定できないであろう。

(40) しかし、青木・前掲注3・66-67頁は、2時間半の経過と場所的移動のほか、「犯意を新たにし」て暴行を加えたとの札幌高判の認定をもとに、併合罪とされてもおかしくない旨述べている。これに対し、西田ほか編・前掲注18・151頁〔嶋矢〕も一般論としては時間的・場所的に離隔する場合に併合罪とする可能性を認めるが、比較的離隔の大きい場合を想定しているように窺われ(嶋矢貴之ほか『徹底チェック刑法』(有斐閣, 2022年)207-208頁〔嶋矢〕は、奪取・詐取の翌日に返還免脱行為に出る事例を包括一罪と解説する), この見解によれば札幌高判の事案は包括一罪とされるであろう。

していたと捉えれば、責任の一体性がかなり広く認められうる。ただ、これは、次に見るように法益侵害が単一であることの反映であり、むしろ客観的な法益侵害に着目すべきことを示唆するものといえるであろう。

### 3 時間的・場所的近接性を問わない可能性

接続犯あるいは連続的包括一罪は、各行為によって個々独立に把握可能な法益侵害（個別の財物の侵害、個別の創傷ないしその悪化など）が量的に積み重ねられていくが、それらの同質性にかんがみ一体の法益侵害として扱うものといえる。昭和61年判例や無銭飲食等の事案を接続犯的に把握するということは、はじめに取得した覚醒剤や飲食物等の侵害とその後の返還・代金支払免脱による侵害は、それぞれ別個のものであり、後者によって法益侵害が量的に増加すると把握するものと解される。<sup>(41)</sup>

しかし、返還・支払免脱による財産侵害は、先行財産取得に成立する犯罪で既に評価されており、侵害を量的に増加させるものと評価できないのではないか、即ち、両者は同じ財産侵害を別の面から捉えたに過ぎないのではないかとの疑問が向けられる。財物返還免脱について言えば、窃盗等による財産奪取は、その後永久に財物が返還されないことまで含めた形で法益侵害を惹起するものとして評価されるのであり、したがって、その後の返還免脱行為は、先行の侵害を超えた財産侵害を生じさせるものではない。代金支払免脱については、無銭飲食事案を例にとりて言えば、代金を支払う意思あるいは能力がないのにあるかのように装って飲食物を注文する点が欺く行為を構成し（近時の判例の表現にあわせて言えば、交付の判断の基礎となる重要な事項を偽ったものと認められ）、事後に代金の支払いを受けられない（のに飲食物を喪失すること）ことが既に先行詐欺罪に

---

(41) 青木・前掲注3・64頁。

おける財産侵害の実質をなすのであり、したがって、その後の支払免脱行為は、先行の侵害を超える財産侵害を生じさせるものではない。このような法益侵害の把握の仕方は、近時の有力学説において、被害者が財産交付により達成しようとした目的に着目して詐欺罪における財産損害を実質的に把握しようとするところからはよく理解でき、判例においても、単に意思に反する財産移転があったことをもって常に詐欺罪の成立を認めるのではないとすれば、否定されないとと思われる。

なお、このような理解のもと、一部の学説は、かつての一部裁判例<sup>(43)</sup>と同様に、返還・代金支払免脱による強盗の成立自体を否定する<sup>(44)</sup>。しかし、飲食物注文時点では無銭飲食の意思がなく、それゆえ詐欺罪が成立しない場合には、支払免脱行為に強盗利得罪が問題なく成立することが示すように、支払いを受けられない事態は事実的には財産損害を構成する。飲食物取得に詐欺罪が成立する場合には、支払いを受けられない点も既にその詐欺罪で評価されており、したがって両者を併合罪として処断すべきでないというにとどまる。支払免脱行為につき強盗罪の成立自体を否定してしまうのは、逆に行き過ぎであると思われる。

以上のことからすると、昭和61年判例や無銭飲食の事案は、接続犯的に構成するのではなく、むしろ法益侵害の二重評価（二重処罰）を回避するという観点から包括一罪とされるべきであり、したがって、②先行行為と後行行為の時間的・場所的接索性や③行為者の犯意の単一性ないし継続性<sup>(45)</sup>如何を問うことなく包括一罪として処断されるべきとの理解・帰結に至る。

---

(42) 表現の仕方や法的構成あるいは実質的財産損害の内実理解は論者により多様だが、実質的個別財産説を称する代表的見解として、西田・前掲注19・220頁以下。

(43) 前掲注2・神戸地判昭和34・9・25。

(44) 林美月子「窃盗後の二項強盗」立教法学79号（2010年）1頁以下。

(45) 橋爪・前掲注32・444頁以下、小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』

昭和61年判例の射程は、調査官が解説するところとは異なって広く及び、前述Ⅱ3で取り上げた東京高判令和5・2・10の事案も、実質的に同一の法益侵害を二重評価するのを回避するとの観点から包括一罪とされてよい。同判決は、貸し付けた金銭の返還請求権（又は損害賠償請求権）は先行詐欺の被害財物とは別個に侵害客体となりうるから、併合罪処断しても同一の被害を二重評価することにはならないと述べるが、財産損害の把握の仕方が形式的に過ぎ、説得力に乏しいように思われる。<sup>(46)</sup>

#### IV おわりに

昭和61年判例以前は、無銭飲食事案につき、先行の詐欺罪に加えて支払免脱に強盗利得罪が成立するかという点が争われていたため、その成立を肯定する上で、詐欺とは別の法益侵害が認められるという見方が出てくるのも不思議ではない。しかし、両罪における財産侵害は、昭和61年判例調査官の言うように「密接な関連性」を有するどころか、実質的に見れば共通している。端的にそのことに着目して、当初からの免脱意思の有無や両行為の時間的・場所的近接性を問うことなく、包括一罪を認めるべきであるというのが本稿の結論である。

---

（判例時報社，2018年）729頁以下，松原芳博『刑法総論〔第3版〕』（日本評論社，2022年）530頁。他に，中森喜彦『刑法各論〔第4版〕』（有斐閣，2015年）125頁も同旨であろうと思われる（前掲注13参照）。

(46) なお、町野朔「『財物』と『財産上の利益』」同『犯罪各論の現在』（有斐閣，1996年）137頁以下は、財物返還免脱については共罰の事後行為としつつ、代金支払免脱については、財物自体との独立性が高度であることから、行為の一連性、意思決定の一個性という責任の包摂性がある場合に限りて包括一罪を認め、機会を異にする場合には併合罪とする。しかし、財物自体と代金支払免脱が独立の客体であることをいう点には本文と同様の批判が妥当し、返還免脱と代金支払免脱を区別する合理的理由はないように思われる。

# Concurrence of defrauding another person of property and assaulting to escape payment

論

Yuki TANAKA

説

This paper aims to clarify the requirements for which defrauding another person of property (Article 246; Fraud) and then assaulting to escape payment (Article 236(2); Robbery) are comprehensively treated as a single crime (that is, penalized only by Article 236(2)). Judicial precedents seem to require the closeness in time and place of both acts. But the loss of legally protected interests is substantially same. Therefore, to avoid cumulative punishment, both acts are regarded as one crime regardless of whether they are close or not.