

【刑法】

第1 無銭飲食について

詐欺罪(刑法246条)は、処分権者を欺く行為→処分権者の錯誤→処分権者による財産的処分行為→財物あるいは財産上の利益の移転、ということが順次因果的連鎖の関係に立ち、そのすべてが故意によって包含されているという構造の犯罪です。欺く行為が開始された時点で実行の着手があり、財物・利益が行為者に移転した時点で既遂に至ります。

では、本問のような無銭飲食の場合、その「欺く行為」は作為なのでしょうか不作為なのでしょうか。

仮に、「飲食代金を支払うつもりがないことを告げなかった。」という不作為であると考えれば、「飲食代金を支払うつもりがないことを告げるべき作為義務」を前提とすることになりますが、不正の意図を告知すべき(条理上の)義務を課すというのは、欺くつもりであることを告知しなさいと要求することに他ならないのであり、詐欺罪の本質と矛盾するのではないかという疑問が生じます。詐欺罪の構成要件の故意には、「相手方を欺いて錯誤に陥らせることの認識・認容」が含まれていますが、上記のような「欺くことを告知すべき作為義務」というのは、詐欺罪の故意と矛盾するものではないでしょうか。

そこで考えてみると、「不作為による欺く行為」の典型的な例は、いわゆる釣り銭詐欺の場合です。3000円の商品を買おうとして5000円札を出したところ、店員が1万円札と勘違いして7000円のお釣りを渡してきたのでそれを受け取ったというような場合です。このような場合は、「店員が5000円札を1万円札と勘違いしていることを告げるべき作為義務」というものを想定するのに不自然さは感じません。ですから、「店員が勘違いしているのにその勘違いを告げなかった」というのは、「不作為による欺く行為」と認められるでしょう。

ここで注意してほしいのは、「不作為による欺く行為」であると認めて何ら違和感がないのは、相手方である店員の錯誤が先行しているからです。客観的にも主観的にも犯罪性のない行為(ここでは商品の代金を支払おうとした行為)により、相手方が錯誤に陥った(ここでは店員が5000円札を1万円札と勘違いしたこと)ということになると、その段階ではじめて「その錯誤を指摘すべきである」という作為義務が生じ、その作為に及ばなかったという不作為が刑法的な非難の対象となるわけです。

このように、不作為の欺く行為による詐欺というのは、相手方がすでに錯誤に陥っていることを認識しながら、その錯誤を指摘することなく(ここが不作為)、錯誤を利用して財物を騙し取る場合です。通常の作為による詐欺では、欺く行為→錯誤→財産的処分行為→財物の移転という因果の流れになりますが、不作為による詐欺は、錯誤→欺く行為→財産的処分行為→財物の移転という因果の流れになると理解すれば、整理が付きやすいと思います。

これに対して、無銭飲食の場合について考えてみると、一般に、飲食物を注文する際に

は、いちいち「飲食代金は支払います。」などと告げることはありません。店の人は、客が飲食物を注文すれば、飲食代金は支払ってくれるものと思って、注文された飲食物を提供します。このような扱いがなされるのは、飲食物を注文するという行為には、その代金を支払うという意思表示が黙示的に含まれているからです。そうすると、無銭飲食の場合は、「飲食代金を支払うつもりがないことを告げなかった。」という不作為が欺く行為ではなく、飲食物を注文するという作為の中に、「飲食代金は支払います。」という黙示の意思表示が含まれ、その黙示の意思表示を含むところの「飲食物を注文する行為」が欺く行為になるのです。言い換えると、「代金支払意思がないにもかかわらず、あたかもその意思が黙示的にあるかのように装って飲食物を注文した。」という作為が欺く行為になるわけです。

以上のように、不作為による「人を欺く行為」なのか、黙示の意思を含む作為による「人を欺く行為」なのかという区別には、紛らわしいところがありますので十分に理解しておく必要があります。黙示の意思を含む作為による「人を欺く行為」といえるためには、そのような黙示の意思を含むという社会通念というか、共通の認識が必要になるわけです。

第2 乙と甲を脅して現金2万3000円を奪った行為について

強盗罪（刑法236条1項）の成否を検討することになります。

強盗罪における「暴行又は脅迫」は、反抗を抑圧する程度のものであることが必要です。そして、「反抗を抑圧する程度」かどうかの判断は、暴行・脅迫自体の客観的性質によらなければならないが、また、具体的情況に即して、行為者及び被害者の人数・年齢・性別・性格・体格等のほか、犯行の時刻、場所、暴行・脅迫の態様、凶器使用の有無、凶器の種類・用い方等の各種の事情を総合的に考慮し、客観的に判断することが必要であるとされています（最高裁昭和24年2月8日判決等）。

そうしたところ、本問において、Xが、大型のカッターナイフの刃を5センチメートル出した状態にして乙の目の前に突きつけ、「金を出せ、逆らうと切るぞ。」と申し向けた行為は、甲と乙の反抗を抑圧するに足る程度の脅迫と評価できるでしょう。なぜなら、Xは23歳の男性であるのに対して、甲と乙は60歳代の高齢者であり、しかも乙は女性ですから、一人対二人という関係にはあっても、体力的にはXがはるかに上回っていると認められ、しかも店内には他の客はいないので、第三者に助けを求めることもできませんでした。そのような状況で、5センチメートルも刃が出された大型カッターナイフを目の前に突きつけられ、「金を出せ、逆らうと切るぞ。」と強い口調で脅されたなら、現金を渡さなければ本当に切られて大けがをするか、場合によっては命すら失いかねないと怯え、反抗できなくなるのは当然のことだと認められるからです。

そして、直接的には乙に対して向けられた脅迫ですが、狭い店内であり、甲もXの行動を認識している状況ですから、甲に対する脅迫でもあります。

このような脅迫により、甲と乙は反抗抑圧状態になり、その結果として、甲及び乙が所有・管理する現金2万3000円をXに交付しています。

以上により、Xには、甲及び乙から現金2万3000円を強奪したという1項強盗罪が成立します。

第3 乙と甲を脅して3600円の飲食代金を免れた行為について

上記のように、Xは、甲及び乙に対して反抗抑圧程度の脅迫を加えていますが、そのような脅迫は、現金を奪取することと同時に、飲食代金3600円の支払いを免れるということにも向けられています。そこで、②項強盗罪の成否を検討する必要があります。

そうしたところ、第1で述べたように、Xには無銭飲食した飲食物につき1項詐欺が成立しているのですが、飲食物と飲食代金とは価値的には同一です。そのため、2項強盗罪の成立を否定する考え方もあり、そのような裁判例として、神戸地裁昭和34年9月25日判決は、「いったん詐取した財物について、その代金の支払いを免れるために暴行・脅迫を加えた場合、重ねて不当利得罪を認めるとすれば、同一の客体についていったん財物奪取として処罰したものを更に利益奪取として処罰することになり、同一の法益につき刑罰的に二重評価するという不当な結果を招来する。」としています。

他方、2項強盗罪の成立を認める判例・学説は、その理由として、①刑法上の評価としては、飲食物の提供を受けることとその代金支払いを免れることは別個の利益と見るのが相当であり、代金請求権が飲食物自体とは切り離されて別個に侵害の客体となり得るのであるから、欺罔手段を用いて飲食物を提供させる行為と暴行脅迫によってその代金支払いを免れる行為は別個独立の法益侵害とみるべきであること、②仮に2項強盗が成立しないとすると、飲食時に無銭飲食の意思を有していなかった場合には、飲食後暴行脅迫を加えて代金支払いを免れれば2項強盗罪が成立するのに対し、当初から無銭飲食の意思を有していた場合には、より犯情が悪いにもかかわらず、2項強盗罪は成立せず、暴行罪又は脅迫罪が成立するに過ぎなくなるって均衡を失すること、等を挙げています。

本問でも、2項強盗罪の成立を否定する立場に立てば、Xには無銭飲食について1項詐欺罪と、現金2万3000円につき1項強盗罪が成立するだけということになるでしょう。他方、2項強盗罪の成立を認める立場に立てば、無銭飲食についての1項詐欺罪と現金2万3000円の1項強盗罪のほか、飲食代金3600円の支払いを免れたという2項強盗罪も成立することとなります。

第4 罪数処理

飲食代金3600円の支払いを免れたことについて2項強盗罪の成立を認めるという立場に立った場合、無銭飲食についての1項詐欺罪との罪数関係が問題となります。学説は、①原則として併合罪（刑法45条）と解すべきであるとしていますが、②2つの行為が社会的に1つの事実と認められる限り包括して2項強盗罪一罪が成立するとの立場（河上和雄）もあります。裁判例は、飲食後に強盗の犯意を生じた事案につき、併合罪とするものが多いようです（東京高裁昭和52年11月9日判決等）。

本問においても、①の立場からは併合罪とされることとなりますし、同種事案における裁判例の多くの立場に立っても同様に併合罪と解すべきことになるでしょう。そして、現金についての1項強盗罪と飲食代金についての2項強盗罪とは、手段たる暴行・脅迫が共

通しているのです、観念的競合（刑法54条1項）の関係になる、あるいは包括して236条の一罪となる（詐欺罪に関する裁判例として、東京高裁昭和29年6月7日判決）ものと考えられます。

②の立場では飲食物提供行為と、代金の支払いを免れるために乙にカッターナイフを突きつけ、「金を出せ、逆らうと切るぞ。」と強い口調で脅した行為とが社会的に1つの事実と認められるかどうかを検討して、2項強盗罪の包括一罪となるかどうかを判断することとなるでしょう。本問では、④Xが隙を見て逃走することが困難とわかるや、直ちに暴行脅迫を加えて代金支払いを免れることを決意していること、⑤カッターナイフを突きつけるなどの行為は、上記決意の直後に行われていること、③2つの行為はいずれも店内で行われていること等の事情を勘案すると、社会的事実の同一性は認められ、②の立場に立つと2項強盗罪の包括一罪となるのではないのでしょうか。そして、現金についての1項強盗罪とは観念的競合になるものと考えられます。

以上