慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	スーパーマーケットに関する法律上の諸問題：西独の判例、学説を中心として
Sub Title	Einige Betrachungen über die Zivil-und strafrechtlichen Problemen in Selbstbedienungsläden
Author	宮沢, 浩一(Miyazawa, Kōichi) 内池, 慶四郎(Uchiike, Keishiro)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1963
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.36, No.1 (1963. 1) ,p.40- 76
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19630115-0040

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

スーパーマーケットに関する法律上の諸問題

——西独の判例、学説を中心として——

宮沢浩一
内池慶四郎

一　序説
二　民法上の問題点
1　レッケによる問題の提起とベークナーの批判
2　カールソンによる問題の発展
3　モントローズによる新たなる問題の提示
4　回顧と展望
三　刑法上の問題点
1　問題の提起
2　判例の動向
3　諸学説の検討とまとめ

一　序説

私達がここに検討しようとするスーパーマーケットに関する法律上の諸問題について、まずその研究対象の限定から始める。

ここでスーパーマーケットというのは、セルフサービス式の営業型態をとる、日常雑貨及び食料品等を販売する店舗であつて、入口と出口を定め、入口に於て店舗内で買手が購入しようとする商品を入れる備付けの籠又は小型の運搬車を渡し、買主はそれをもつて、価格が表示され、完全に包装された商品を陳列する商品棚から任意にとり、吟味し、その籠や運搬車に積載し、このような所作を反復しつつ、あらかじめ予定した買物を済ませて後、出口に設けられたカウンター（計算所、若くは勘定場）において、係員に購入すべき商品を提示し、その者が金銭登録機その他の計算機によつて計算した後、代価と引換えに、袋その他で包装された商品を手にして店舗を去るようなシステムの店舗をいう。従つて、これと類似した企業型態をとる飲食物提供の店舗であるキャフェテリア方式の食堂のセルフサービス、又はその他、ホテルのロビー等に自動販売機を併置した施設等は、ここでは論じない。

右にのべたような形式の企業型態は、現在我が国でもますます増加の傾向にあり、京阪神地方においては、約二〇〇軒を数えるといわれている。

もともとこの形での営業は、アメリカ合衆国に発達したものであるが、戦後、多くのアメリカ文化の流れと軌を同じくして、欧州にも大流行を見せ、[1] 今また我が国にもその驚くべき増加ぶりを見ることが出来る。

このような営業型態が何が故にかくも成功を収めえたのであるかということは、にわかに論断しえないところであるが、これを経済的、社会学的にみれば、およそ次のように言うことが出来るであろう。

このような形式での取引は売主と買主の間の個々具体的な取引交渉を必要とせず、売買が極めてスムースに進むという点が、何よりもドライな都市生活者の嗜好に合つており、短時間内に予定の買物を安く済ませるということは、消費者、特に主婦にとつて時間的にも経済的にも生活を享楽しうる余剰を造り出すことに便利である。しかし何よりも売手の側での主たる狙いは、買手をして自由かつ無制約に商品を選択せしめ、それによつて手にした商品はすでに自分のものであるという客

の心理に乗じて、その購買意欲を大いに刺戟する点にある。[2]

他方、売主の側にすれば、迅速に販売する利点の他に、大量商品を単位面積当りでは通常店舗と比較しえないほど多量に、しかも現金売買でさばくことが可能になる。土地が高価な都市に発達する理由は、この売場面積の問題の他に、各取引につき店員がいちいち客と応対する必要がなく、求人難と、それに伴う人件費の問題も併せて解決しうるからである。

この目的を遂行するためには、何よりも売買の形式が極度に定型化されていることを要する。

大量の、しかも類型的な商品取引を、法律的に概念構成するためには、売主と買主との間に、これまでのような個別具体的な取引交渉を前提とした精緻な法律論の展開は、何かそぐわないものがあるのではなかろうか。

スーパーマーケットでは、そこに働く店員はデパートのように、一定の部署に拘束されることはない。[3] 従つて、不審な客に対しては尾行その他の方法で不祥事件を未然に防止することも可能であり、又、ここでは、大きなデパートのように、出入りが数ヵ所から自由に行われるのと違い、所定の出口にあるカウンターでチェックされるのである。この点は、店舗に備付けの容器以外のものにひそませ、又はポケット等の中に窃取した商品につき、窃盗の罪に問われるべきか、その既遂の時期は何時かにつき問題になる余地はないであろうか。

現時、社会の一角に大きくのし上つてきたスーパーマーケットをめぐる諸問題につき、これまでのところ、我が国では殆んどこれを研究したものがなかつた。[4]

私共両名は、この問題について資料を集め、討論を重ねた。特に、西独における学説、判例の動向については、資料を完全に渉猟したつもりである。

民法においては一九五三年にレッケ[5]がNJWにおいてこの問題をとりあげ、プリミティブな形ではあるがここに陳列された商品は〝申込の誘引〟であるとした。これに対して、通説に立脚したベークナー[6]がJRでこれを〝申込〟と解し、反論を

加えた。その後、JR誌上で一九五四年にカールソン[7]がアメリカの判例を引き、一九五五年にはモントローズ[8]がイギリスの判例を援用して、それぞれレッケの説を支持し、これを契機として最近、最も権威あるシュタウディンガーの民法註釈書（ベークナーもこれを論拠としていた）は、広く百貨店等の陳列棚の商品展示をも申込と解していた従来の説を改め、これを申込の誘引と説明するに至つた。[9]

民法上の問題としては、①契約締結の時期は何時であるか、②危険移転の時期は何時であるか、③値段と商品が食い違つた場合（店員の失策あるいは客が商品をかき廻して表示の価格を異なるものにしたとき）の錯誤は如何、④占有乃至所有権移転の時期は何時か、について考える。

刑法においては、まず一九六〇年にフシュカ[10]がNJW誌上で論じ、ウェルツェル[11]がGA誌上で所持（Gewahrsam）の本質を論じ終ると、一九六一年から各法律雑誌上にハム[12]、ケルン[13]、デュッセルドルフ[14]の各高等裁判所の判例が登載され、そして本年遂にBGH[15]の判例が出た。各判例についてウェルツェルの批判[16]が鋭いが、その後、コルディール[17]、更にウィンマー[18]も独自の説を展開している。

周知の如く、独刑法では窃盗の他に、直ちに消費する量の少額の食料品の窃盗（Mundraub）を違警罪として定型化している。[19]従つて、若し、他人の所持を害さないということであれば、窃盗は未遂となり、違警罪は未遂を処罰しないから、スーパーマーケットで少額の食料品を盗めば、社会問題が起る。つまり、うまくかくし終せれば商品がとれるから窃盗犯の勝ち、不幸見つかつても、商品はとり上げられるが、罪とならないから彼は大手をふつて出てくる……。[20]

そこで、学説、判例は、或は窃盗を無罪とし、或は有罪とするために大論争を展開した。

違警罪事件でなく、窃盗とするための構成、窃盗を認めた上でさらに未遂ではなく既遂としようとする構成、窃盗と詐欺の牽連関係で問題を処理しようとする者等々。

そこで、本稿は専ら理論的な興味で、この論争の跡を追つてみよう。

Mundraub をめぐる論争は、実は我が刑法上は実益のない議論である。

主として、窃盗の既遂の時期を中心として考えてみたい。この場合、我が国でも、〃他人の事実上の支配を排し、自己の事実上の支配に移したとき〃という命題を掲げ、あとは、個別具体論をなすのが常である。

しかし、問題の核心は支配（所持—Gewahrsam）という概念にある。そしてこの概念は、ウェルツェルの言葉をかりれば、民法上の占有と核心においては同一でありつつも、個々の点で異なり、特に刑法上の概念として把握される必要がある。[21] そして、通例なされるように、その本質を考える努力を止めて、個々の判例から演繹すると、或る種の危険、場あたりの裁判、又は、不明確な一般公式を個別具体論で内容豊かにしたと考えがちな錯覚に陥るおそれがある。

個々の事件の判断を、明らかに概念確定された一般法原則、一般法思考から行なえばともかく、そうでない限りは、いたずらに混沌さを加えるだけに終る。[22]

これは、一九六一年以来の諸判例の論理からよくうかがうことが出来るであろう。

以下、内池慶四郎がまず民法に関する法律上の問題を指摘し、次いで宮沢浩一が刑法上の問題に焦点を当てる。私共の小論が起因ともなり、多くの学者、実務家の声が聞えるようになれば、我々の努力は報いられたとしなければならない。

(1) Welzel; Der Gewahrsamsbegriff und Diebstahle in Selbstbedienungsläden, Goltdammers Archiv für Strafrecht. Jahrg. 1960. S. 257. によれば、一九六〇年初頭、西ドイツ全土に一六、〇〇〇店のセルフサービス形式の店舗があり、しかも増加しつつあるとのことである。この論文の紹介、宮沢・本誌三五巻一号一一四頁。

(2) Wimmer; Diebstahl mittels Verbergens. NJW. 1962. S. 609 ff.

(3) Huschka; Diebstahl oder Betrug im Selbstbedienungsladen? NJW. 1960. S. 1190.

(4) 英国の判例につき、簡単に紹介したものとして、綜合法学一九六二年九月号九二頁があるに過ぎない。
(5) Recke; Wann ist im Selbstbedienungsladen der Kaufvertrag abgeschlossen? NJW. 1953. S. 92 f.
(6) Bögner; Der Kaufabschluss im Selbstbedienungsladen. JR. 1953. S. 417 f.
(7) Carlsson; Kaufabschluss im Selbstbedienungsladen. JR. 1954. S. 253 f.
(8) Montrose; Verkäufe im Selbstbedienungsladen, Eine englische Gerichtentscheidung. JR. 1955. S. 55 f.
(9) Staudinger; Komment. 11. Aufl. Anm. 2, 3. zu § 145.
(10) 註3参照。
(11) 註1参照。
(12) Entscheidung OLG. Hamm, NJW. 1961. S. 328 ff.
(13) Entscheidung OLG. Köln, NJW. 1961. S. 1136.
(14) Entscheidung OLG. Düsseldorf, NJW. 1961. S. 1368 f. GA. 1961. S. 348 ff.
(15) BGH. Entscheidung. NJW. 1961. S. 2266. これは、註13の上告事件につき判決されたもの。なお、Entscheidung Bayer. Ob.LG. NJW. 1962. S. 224. も参照せられるべきである。但し、内容的には、註13と同じである。
(16) OLG. Hamm の判例に関しては、Anmerkung Welzel, NJW. 1961. S. 328 ff. OLG. Düsseldorf の判例に関しては、Anmerkung Welzel, GA. 1961. S. 350 ff.
(17) Cordier; Diebstahl oder Betrug in Selbstbedienungsläden. NJW. 1961. S. 1340 ff.
(18) 註2参照。
(19) StGB §. 370. Nr. 5.; Nahrungs- oder Genußmittel oder andere Gegenstände des hauswirtschaftlichen Verbrauchs in geringer Menge oder von unbedeutendem Werte zum alsbaldigen Verbrauch……
(20) Welzel; Der Gewahrsamsbegriff usw. GA. 1960. S. 259.「発見されなければ勝負に勝つ。発見されれば、商品はとられるけれども、刑法上非難の余地のないものとして店を出る」と。又、このようなことになれば、全く不当であり、国民に不可解な感じを与えるから、新聞に紹介され、反響をよんでいるのである。しかし、このような考え方は実定法と相容れないのであって、法には欠陥がなく、右の解釈は法の必要な解釈でもなく、正義の必要性が窃盗を認める法的判断へと強いるのである、とまで言う。註16の判例評釈NJW・一九六一年三二八頁参照。Wimmer; a. a. O. S. 609. Cordier; a. a. O. S. 1340.
(21) Vgl. Welzel; Der Gewahrsamsbegriff. GA. 1960. S. 264.

(22) Welzel; a. a. O.

二　民法上の問題点

1　レッケによる問題の提起とベークナーの批判

スーパーマーケットにおけるセルフサービス販売では、前述のように客が店に入つてから出口のカウンターで代金を支払うまで、一定の予定されたコースをたどる継続的な交渉関係が客と店主との間にあることから、このプロセスの中のどの時点を捕えて契約成立の時期と見るかは、商品上の権利移転の時期、あるいは運搬中における商品滅失毀損の危険負担の問題等に関係して、スーパーマーケットに関する民法上の問題として最も議論の分かれる所である。

この点を捕えて問題を提起したレッケは、まずスーパーマーケットにおける商品の展示が持つ法的性質の検討から出発する。

レッケによれば、一定の重量ごとに包装され、値段をつけられた商品の展示は、一見して売主の申込のように見え、買主が商品を棚からとり籠とか運搬車に移すことによつて申込に対する承諾をするようにも考えられ易いが、こう見るのはセルフサービスの趣旨に合わないとする。

むしろ、彼の見解に従えば、客は自分の選んだ商品をカウンターで計算係に示すことによつて明示あるいは黙示にその商品を買う意思を表示するのであり、これに対して計算係が個々の商品の値段を計上して、その総額を記入した伝票を客に示して支払を求めた時に、売買契約が成立するのである。

そして買主が売主から干渉を受けることなく自由に商品を選択出来るということが、セルフサービスによる販売方式の本来のねらいであり、他面、売主が一旦カウンターにおいて代金額を記帳したからには、その金額の記帳を訂正することは、

売主にとつて不可能に近いという技術的観点から見るも、この時点で契約の成立を認めて買主をその選択に拘束することは、当事者双方の意思にマッチし、かつ取引実務の要請に応ずる解決であると、このようにレッケは結論する。

以上のようにレッケに従つてスーパーマーケットにおける売買契約が、カウンターで計算係が商品の代金を計上、記帳した時に成立すると見る立場に立てば、客が店に入つてからカウンターに商品を運ぶまでの間は、当事者は未だ契約関係に入つておらず、それ以前の準備段階に属していることになる。従つて商品棚に展示されている商品は、それだけでは未だ売主を拘束するに足る売主の申込とはいえないのであり、学説にいわゆる申込の誘引に過ぎない。しかし一般に店頭とかショウウインドに値段を附して陳列されている商品を、単なる申込の誘引と見るか、それとも申込と見るかについては、周知のように学説が分かれている。[1] 従つて、これを申込と解する立場よりすれば、セルフサービス販売の構成についてもレッケと異つた理論づけが可能なのであり、後者の立場を論拠として、レッケの見解を批判するのがベークナーである。

ベークナーのレッケに対する批判は次の諸点に向けられている。

(1)契約成立時点をカウンターで計算係が代金額を計上、記帳した時と解すれば、客が一旦自分の籠、車に入れた商品でも、店主は未だ客に対して給付義務を負うていないのだから、これを取戻すことが出来ることになる。

(2)客が商品をカウンターまで運ぶ間に、車を顚覆させたり盗難にあつたりして生じた商品の滅失・毀損について、売主が危険(Sach- und Preisgefahr)を負担することになり、

(3)この場合には、売主は不法行為(ドイツ民法八二三条以下)、もしくは契約締結上の過失に基く損害賠償請求権によつて保護されるだけで、しかもその賠償範囲は消極的利益＝原価の範囲に止まるのが原則(同二四九条)である。

(4)前記(2)(3)の場合でも、客に故意・過失がなければ、売主はスーパーマーケットでは普通の売買に比べて商品滅失毀損の可能性が著しく大きいにも拘らず、全然賠償を受けることが出来ないという不公平な結果を生ずる。

以上を要約してベークナーは、レッケの見解を以て買主の利益を偏重して売主の危険を不当に拡大するものと評し、このような難点は、客が商品をカウンターに運ぶ以前に既に契約が成立していると構成することによつてのみ、回避出来ると説いている。

即ちベークナーによれば、セルフサービス店における商品の展示は、単なる店頭やショウウインドの商品展示よりも、学説が一致して申込と理解している自動販売機の設置により似ているのであつて、[2] これらの場合には申込の内容がそれに対する単純な承諾あるいは選択的承諾によつて直ちに合意に達し得る程度に確定しているのだから、申込の誘引ではなく、拘束力ある申込と見る方が適切である。従つてスーパーマーケットにおける売買契約は売主の申込に対する買主の承諾という形で締結される。ここで問題は、買主の承諾は何時なされるのであるか、という点だが、ベークナーは、買主は一度手にとつた商品を一定の考慮期間の後、再び棚に返すことが出来るけれども、買主がその品を棚に戻さないで自分の籠とか車に移し、別種の商品（neue Warengattung）の選択にとりかかつたことが明らかな場合には、契約は既に締結されているものと論じている。

契約成立時点をこのように解するベークナーの帰結は、商品を運ぶ間の商品の滅失毀損についても、レッケの所説とは逆に、買主が全ての危険を負担し（ドイツ民法四四六条、三二三条以下）、売主は代金請求権を有することとなる（同三二四条）。そして、このような帰結こそが当事者双方の意思に合致するというのが、ベークナーの主張である。

(1) 例えば申込と見る立場として、Staudinger; Komment. 10. Aufl. Anm. 2 zu § 145. Parandt. Komment. 16. Aufl. Anm. 1 zu § 145. Lehmann; Allg. Teil 7. Aufl. S. 213.

申込の誘引と見る立場として Enneccerus-Nipperdey; Allg. Teil (§ 161, I. 2a). Oertmann; Komment. 3. Aufl. Anm. 2 zu § 14. Danz; Die Auslegung der Rechtsgeschäfte 3. Aufl. S. 277.

前述のようにシュタウディンガーのコメンタールは最新の十一版に至つて、レッケ・モントローズ・カールソン等のセルフサービスの構成を

支持し、同時に商品展示一般についてこれを申込の誘引と見る立場に改説している。

(2) 自動販売機とセルフサービス販売との差異を論ずるものとしては、ツエレ高等裁判所の判決が注目される。JR. 1958. S. 471.

2 カールソンによる問題の発展

以上に於てセルフサービス販売をめぐる民法上の問題の所在が、レッケとベークナーとの見解の対立を通じて、自ずから明らかとなつて来たのであるが、ここでは、それぞれの採る前提とその理論的帰結とが鮮やかな対照を見せながら、しかも両者がひとしく当事者意思にマッチした構成を標榜しているのであつて、この争点の前提となるべき社会的事実としてのセルフサービス販売の特色は、未だ充分に明確にされていない憾みがある。この点をとらえて、理論構成の志向すべき目標と、それに応じた構成とを、より具体的に論じているのはカールソン(1)である。

カールソンは、まず概念決定の面でベークナーの見解に反対する。前述のようにベークナーによれば、客は一旦手にとつて籠とか車に移した商品でも一定の考慮期間の後に再び棚に返せるが、客がそのまま別種の商品 (neue Warengattung) の選択に移つたことが明らかな場合には売買は成立することになる。しかしこの「一定」の考慮期間は如何にして定まるのか、また新たな選択に「移る」のは何時なのか、更にはまた「別種の」商品か否かをどうして定めるか等々の点でベークナーの概念は不明瞭である。仮りにこれらの概念が正確に定義されるとしても、現実の店員が売場にいないというスーパーマーケット方式からすれば、ベークナーの説くような契約の成立を認識することは、実際上は売主にとつて不可能に近い。このようなベークナーに対する批判を加えて、レッケの立場を基本的には承認しながら、カールソンは、セルフサービスの理論構成にあたつて留意すべき、セルフサービス店の二つの特徴を指摘している。その特徴の一つはスーパーマーケットには、ショウウインドがないと云う点であり、他の一つは商品を客が載せるのに利用すべく運搬車とか籠のような容器が店に用意され

ていると云う点である。

即ちスーパーマーケットでショウウインドが意識的に用いられないのは、ショウウインドにより妨げられることなく、客が自由かつ容易に商品を手にとつて選択出来ることによつてその購買意欲を助長することに、そのねらいがある。従つて客が店に入つてからカウンターに来るまで、決して客の選択に干渉せず、その選択を客の自由にまかせることはスーパーマーケットの鉄則とも云うべく、客の側でもこの点をスーパーマーケット利用の理由としているのだから、あまり早く客の選択を拘束してしまうような理論構成は、売主たる客の利益にならないのは勿論、売主たる店主にとつても有難くないことである。

売主からの容器の提供が第二の特徴となる理由は、客が売主の容器に商品を載せてカウンターに運ぶまでは、売主において、その商品の占有あるいは所有権を買主に移転する意思のないことを、この事実が表明しているからである。即ち買主には選択した商品を自己の籠とかポケットに入れて運ぶ自由はないのであつて、売主の提供した容器を用いる義務を負う。売主がこの「条件」に従わない時には窃盗着手の非難を蒙る怖れがある。

カールソンは、この二つの特徴を顧慮するならば、その法的構成は、商品展示をエルトマン、エネクツェルスに倣つて申込の誘引と見るにせよ、あるいはシュタウディンガー（旧版）、パラントに従つて申込と見るにせよ、そのいずれの立場からでも当事者利益を害することなく妥当な結論に到達出来るとして、それぞれの立場からの構成を試みている。

商品展示＝申込の誘引という前提をとるなら、客は商品を手にとり、店の容器に移すことによつて、その品を買う旨の申込をなす意思あることを表明することになる。そして客がこの容器をカウンターに運ぶまでの間、客の申込は黙示にかつ継続してなされており、カウンターで計算係が個々の商品の値段を記帳することによつて、計算係は、その雇主たる店主（売主）の名において、客の申込を売主の代理人として承諾する旨を表示する。このような申込と承諾との合致により、カウン

ダーで売買は成立することになる。

これに対し、商品展示＝申込の前提に立てば、客は商品を手にすることによつて、その品を再び棚に戻さないという消極的事実、あるいはその品をカウンターまで運ぶという積極的事実を停止条件として、売主の申込を承諾することになる。そしてこのように条件を附された契約はドイツ民法一五八条により条件成就の時より将来に向かつて効力を生ずるから、契約の発効時点は、前の構成と大差なく、その商品がカウンターで会計係に提示された時となる。従つていずれにしても契約発効前の商品の滅失毀損については、買主は売主に対して不法行為もしくは契約締結上の過失に基く損害賠償の責任を負うことがあるだけで、この点はレッケの結論と異るところはない。

このような結果が売主のリスクを不当に拡大するものであるというベークナーの批判に対して、カールソンは答える。スーパーマーケットの販売では、売主は、売上増加のために、客が契約成立前に商品にある程度干渉することを当初より予定し計算している。ベークナーの説くように客が商品を手にとると同時あるいはその直後に危険を負担させられるとすれば、客は選択の自由を失うこととなり、売主は自己の利益のためにも、かような結果を避けようとするであろう。

またレッケの立場では、売主は商品展示の値段表示に拘束されず、値段の誤記、つけ違い等を理由として、買主からなされた申込の承諾を拒絶出来ることになるが、売主は従来一般の売買でも一定範囲で承諾の拒絶、自分のなした申込の取消が出来るのであつて、スーパーマーケットに限つてこの点を別に扱うべき理由はない。

更にベークナーは商品盗難の危険をとりあげて、展示中の商品は、売主が店に鏡を配置するというような手段で監視し、その盗難をある程度防止出来るけれども、客がその商品を手にとつて籠とか車とかに移した以上は、売主にその盗難を防止する手段がない。従つてベークナーは、客が商品を手にすると同時に、客はその占有を取得し、当該商品は客の優越的支配、危険範囲（überwiegender Herrschafts- und Gefahrenbereich）に入つて、客がその滅失の危険を負担すると説いている。(2)

この点についてカールソンは、経験上はむしろ逆であつて、商品盗難の危険は、商品が客の手にある場合よりも、展示中の場合の方がはるかに大きく、加うるに客が商品をカウンターに運ぶ間に於ても売主がこれを監視してその盗難を防止することは容易であると反論する。そしてそれにも拘らず、盗難が生じた場合には、売主は客に対して不法行為あるいは契約締結上の過失理論で保護されるのだから、この点についても売主のリスクを不当に拡張するというベークナーの非難は当らないと、カールソンは結論する。(3)

(1) Carlsson; a. a. O. S. 253.
(2) Bögner; a. a. O. S. 418.
(3) Carlsson; a. a. O. S. 254.

3　モントローズによる新たなる問題の提示

以上のようなカールソンの所説によつて、スーパーマーケットにおける売買契約の成立時を、カウンターにおいて客が計算係から代金支払の請求を受けた時と見るレッケの結論はその実質的根拠を与えられたものといえる。ベークナーが援用したシュタウディンガー、パラント等のコメンタールが、その新版においてカールソンの立場を支持するに及んで、(1) 契約の効力発生時を客がカウンターに商品を運んだ時あるいはそこで計算係が代金を請求した時と見ることは、過程の理論構成に違いはあれ、現在のドイツ私法学界で一般に承認された結論と見てよいであろう。

近時モントローズは英国の裁判所で下された一つの判決(2)(3)を引いて、このレッケ、カールソンの結論を支持している。理論的興味の上から以下にその内容を紹介しよう。

事件は次のようなものである。英国の「薬局及び毒薬に関する法律」(Pharmacy and Poisons Act of 1933) の一八条によれば、

毒薬の売買は、登録ある薬剤師によるか、あるいは登録ある薬剤師の監督の下になされることを要する。被告会社の店は、店の両側の出口にカウンターがあり計算係がいて客の選んだ商品を受取り、その代金を集計して支払を受けるというセルフサービス販売方式をとつていた。このカウンターに登録を受けた薬剤師が立会つていて、被告の委託の下に、必要と認めれば客が一定の薬品を持去ることを妨げることが出来る。かかる状況下で二人の客が二瓶の薬品を買つたのであるが、この薬の中に微量のストリキニーネとコデインが含まれていたので、前記法律にいう毒薬に該当する。この場合に果して売買契約締結が薬剤師の監督下に行われたのか否かを判断する上で、契約締結の時期が問題とされた。

原審のゴダード首席判事 (Lord Goddard) は、第一に公衆に対する商品の展示が、それ自体としては契約締結の申込とならぬことは確証された契約法上の原則であり、セルフサービス形式の売買においてもこの原則は妥当すること（とくに本件では薬剤師がカウンターに立会つていることから、ここで売主側の売却の意思が買主に通知されることが判るとする）、第二に、当事者の利害を衡量するも、客が薬を手にした時に契約が成立すると見ることは当事者双方にとつて不利益なこと、を論拠として、買主の申込が売主の代金受領により承諾されない限り、未だ売買があつたとは云えないのだから、本件売買は薬剤師の監督下に締結されている、と判示している。この判決は控訴院でも支持されたが、ここではサマーベル (Somervell L. J.) 及びローマー (Romer L. J.) 両判事は、とくに買主の自由な選択という特徴をとりあげて、仮りに買主が一旦手にした商品を棚に戻すことを法が許さぬとすれば、セルフサービス方式を採る店は、その魅力の大半を失うことになろうと説いて、かかる構成が売主の利益とならないことを暗示しているが、この点は前に見たようにカールソンが既に主張している通りである。

上記の判決に関聯して、モントローズは商品に附された値段が実際の値段と喰い違つている場合の売主の責任を論じている。[4] 即ちモントローズによれば商品の展示を単なる申込の誘引と見るか、あるいは申込それ自体と見るかは、売主がその表示した値段の表示に拘束されるか否かと云う表示の拘束力の問題に帰着する（一般に商品展示を申込の誘引と見るのは、在庫の商品

がない場合に店主に、その商品の給付義務を負わせる可能性を封ずる点にその実質的根拠があるのだが、現存商品の限度で取引が行われるスーパーマーケットの売買においてはこのような問題を生じない）。

そこでベークナー、パラントの見解に従えば、買主が値段の誤りを知らない限りは、売主は原則として誤つた値段に拘束されることになり、これに反してレッケの立場に立つなら、売主は買主の申込を拒絶出来、値段の表示に拘束されない結果となる。

ここにおいて表示された値段を信頼して商品を選び、カウンターまで運んだ買主の失望と、誤つた値段の表示に拘束される場合の売主の経済的損失との、そのいずれを保護すべきかと云う利益衡量の問題が生ずる。そしてモントローズはこの点について、客が商品をカウンターまで運んだ時に買入れる旨の申込があり、売主にこれに対する諾否の自由があると見る立場の方が、より妥当性があると判断するのである。

(1) Parandt; a. a. O. は値段を明示した商品展示を原則として申込と見る立場を改めていないが、カールソンの所説を引用して、これに対する買主の承諾は客が商品をカウンターまで運んだ時になされるものと説く。

(2) Montrose; a. a. O. S. 55.

(3) Pharmaceutical Society of Great Britain v. Boots Cash Chemists Limited, [1952] 2 Q. B. 795; [1952] 2 All E. R. 456. この判決を支持するものとして W. F. Frank; The General Principles of English Law, p. 62.

(4) Montrose; a. a. O. S. 56.

4　回顧と展望

以上はなはだ断片的にたどつて来た学説の推移をふりかえつて見ると、スーパーマーケットにおける売買に関する民法上の問題は、まず契約成立の時期をめぐつて展開されて来た。レッケとベークナーの見解の対立は、商品展示の法的性質が申

込か、あるいは申込の誘引かと云う古くから論ぜられて来た二つの見方の差異に対応するもので、論争それ自体としては、とくに目新しいものではない。この段階の論争はスーパーマーケットにおけるセルフサービス販売という新しい社会現象を素材とした従来の理論の適用が照応するに止まつている。スーパーマーケットの現在の経済生活において果す機能、その売買契約としての特徴を明確に捕えて、この議論の進展に一つの確固たる方向を与えたのは、カールソンの功績といわなければならない。買主の自由な商品の選択、そしてそれに伴う売上増加という売主の利益に対応する売主の危険負担、これがカールソンの下した方向づけであり、この視点の下では、申込か誘引かと云う問題はそれを論議する実益の大半を失った如くである。カールソンの方向づけ（それ自体は極めて妥当なものである）に従う限り、契約の効力発生時、商品滅失毀損の危険負担、所有権移転の時期等々の問題について、商品展示が申込か誘引かと云う理論構成の差異は、結果を大きく左右するほどのものではない。そのいずれの前提から出発するも、ほぼ同様の結果に到達出来ることは、カールソンの例証する通りである。

この誘引か申込かという択一に、値段表示についての拘束力という観点から、新しい角度で再び意味を与えたのはモントローズである。

即ち商品展示を誘引とする前提から買主申込—売主承諾拒絶—契約不成立という構成をとるか、それとも、商品展示を申込と見て売主申込（錯誤ある意思表示）—買主承諾—契約成立—取消あるいは無効という構成をとるかは、当事者の利益衡量の上で重大な意味を有する。ここにおいて商品展示が申込か誘引かという古典的なテーマは、スーパーマーケットの特性に最も適切な理論構成如何という今日の課題に再現するのである。そしてこの見地からすれば、当事者間の個別具体的な取引交渉を当初より断念して、取引条件を定型化して予め明示し、商品を客の充分な吟味と自由な選択に委ねると云うスーパーマーケットの趣旨よりすれば、商店展示を申込自体と見て、店主をその値段の表示に拘束するベークナーの立場も、充分に説

得力があるように思われる（売主が錯誤を理由として拘束から離脱出来ることで店主は保護されるであろう）。売主たる店主の表示についての責任を、商品展示＝誘引と云う前提から、一般に軽からしめるレッケ、モントローズの結論は、自由な選択の基礎を崩すものでカールソンの強調するスーパーマーケットの趣旨に背馳するものと思われる。但し、これに対する客の承諾の構成についてベークナーの説に難点が多いことはカールソンの指摘する通りである。カールソンの示唆するように、客が商品を手にする時に停止条件附売買契約が成立すると見る余地もあるけれども、この構成では売主の認識出来ない時点で契約の成立を認めることになるという実際上の難点があるし、また客の承諾の効果が停止条件にかかっていると見るならば、ドイツ民法一五〇条（日本民法五二八条）との抵触が問題となる。結局この点については、商品展示を売主の申込と解し、客が商品をカウンターまで運び計算係りに提示した時にはじめて、客の承諾があると見るパラントの構成が、最も簡明であり、事の実体に迫る理解ではあるまいか。このように解する結果は、客がカウンターに商品を持参する迄は契約は成立せず、従って所有権移転もなく、運搬中の危険は売主たる店主がこれを負担することになる。

商品の占有権は誰にあるかという点は多少問題であるが、客が店に備付けの容器に商品を載せて店の中を運んでいる状況では、商品は依然として売主たる店主の支配領域内にあるものというべきで、店主に占有権が認められよう。しかし他方、客もその商品を自由な選択という自己の利益のために所持しているところよりすれば、店主の占有権と重複して客も自己の占有権を有すると見てよいと思われる（従って運搬中に起った窃盗等の侵害に対しては客は自己の占有権に基いて商品を取戻せるであろう）。

三　刑法上の問題点

1　問題の提起

セルフサービス方式によるスーパーマーケットに生起する事件に対し、刑法上如何に対処すべきであるか。この問題をめ

ぐる刑法理論上の争いは、すでにこれまでの多くの理論闘争において見られたと同じ経過をたどり、新たに生起した新しい社会現象によって触発された理論上の争いに、判例が介入することによって、理論と実務との間に、はなばなしい論戦の火ぶたが切られたことであつた。最初の発言は、論文の形で、一九六〇年七月、しかも実務家であるフシュカ検事（ニュールンベルク）によつてなされたのであつた。[1] 彼の問題意識は、一九五五年に一応終つた民法上の論争から示唆をうけたもののようである。しかし、下級審の審理、判決等が新聞に報ぜられ、それに刺戟されて筆をとつたのかも知れない。いずれにせよ、彼の論文は、「セルフサービス形式の店舗で日用食料品を窃取し、その行為の始めから終りまでを店員に見られていたときは、既遂とはいえない。ところが、日用品窃盗は違警罪であつて、ここには未遂の規定はないから無罪となるという結果を招来する」[2] 実務上の不都合と対決する。そこで、彼はこの形式の店舗ではカウンターで売買契約が締結されるまで、売手と買手の間に契約類似の信頼関係があると立論し、カウンターで窃取した商品を出さないということが詐欺罪をも構成するとなし、両者に併合罪の関係を認めようとするのである。この見解は、後にデュッセルドルフ高等裁判所[3]もとつているが、学説の多くが反対している。[4]

それから二月遅れて一九六〇年九月に、ウェルツェルが窃盗の既遂の時期を論究するためには、支配（Gewahrsam）の概念を確定する必要があるというかなり根拠のある論文[5]を発表した。

そこへもつてきて、ハム高等裁判所が、事案は違警罪たる日用品窃盗ではなく、通常の窃盗であるが、店員が事件の一部始終を見ていたのであるから、いまだ窃盗犯人に商品に対する事実上の支配が移つているとはいえず、窃盗の未遂である、と判示した。[6] この判例は一九六一年二月一六日のNJWに登載されたが実際は、一九六〇年六月一〇日に下されたものである。ウェルツェルの前掲論文は、少くともこれを意識しつつ書いていたものと思われる。

この判例は、後に批判を蒙つたけれども、フシュカ、ウェルツェルで必ずしも明確にされなかつた日用品窃盗と普通窃盗

をはつきり区別した点に価値がある（既遂を否定した根拠に聯邦裁判所の判例を誤つて引用している）。

ウェルツェルはこの判例を、彼の判例批評の中ではげしく攻撃した。[7]

NJW一九六一年七月二七日号に発表されたデュッセルドルフ高等裁判所の判例（同年五月一〇日判決）はウェルツェルを攻撃し、詐欺の未遂を構成しないという彼の論理は不当であるといい、カウンターで商品をかくす行為は真実に合致しない表示であつて、そこには欺罔行為があるとしている。これに対して、同号に発表された検事正コルディール（フランクフルト）の論文[8]は、詐欺を構成するという右の判旨を詳細に反論し、結果においてウェルツェル説を支持している。

一九六一年末には聯邦裁判所は窃盗の既遂を認める決定をしている。[9]（本決定はケルン高等裁判所[10]から聯邦裁判所に対して、ハム高等裁判所の判決とは異なり、窃盗既遂を認めるために、事件を聯邦裁判所に移送[11]をなしこれが決定を求めたのに対して同裁判所がハムの判決を破棄する旨決定したものである。従つてケルンの移送決定でふれていない詐欺罪との関係について、別段の判示はない。）

なお、一九六二年二月に、聯合部長ウィンマー（ケルン）が、隠匿（Verbergen）の態様を分けて、窃盗の既遂の時期を論ずる注目に価する論文を発表している。[12]

そこで以下において、判例の動向、学説の批判（支配の概念を後半で論ずる）に分説し、問題の焦点を明らかにしつつ、私見を開陳したいと思う。

(1) Huschke; a. a. O. NJW. 1960. S. 1189.

(2) ドイツ刑法三七〇条一項五号「少量又は些細な価値の食料品、嗜好品その他の家庭経済の消費物を、即時に消費するために窃取又は横領する者」

この規定はその本質上刑罰軽減的行為事情の下に現われる窃取又は横領であつて、窃盗及び横領の構成要件からの一断片と関聯する（Schönke-Schröder; Strafgesetzbuch. 9. Aufl. 1959. S. 1259.）。違反行為は特別犯の法的性質を有するか、窃盗又は横領の特別な種類であるのかについて争われている。窃盗との罪数関係に実際上の意義がある点につき、Leipziger Kommentar. 8. Aufl. 1958. S. 786.

(3) NJW. 1961. S. 1368. 但し、ここでは真実に合致しない表示を端的に欺罔行為と考える。従つて、フシュカのように、契約類似の信頼関

係を前提とすることに対しては批判的である。

(4) (註3にも関聯して) Cordier; a. a. O. NJW. 1961. S. 1340. は、契約類似の関係というのは余りにも現実を考えないのであつて、窃盗犯人には契約締結の意思もない。申込も承諾もない契約から何等法的効果も生じるわけはない。と批判している。

Welzel; GA. 1961. S. 350 f. で詐欺との併合関係を否認する見解は、すでに NJW. 1961. S. 329, GA. 1960. S. 258. Anm. 1. に見える。

(5) Welzel; Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden, GA. 1960. S. 257 ff.

(6) NJW. 1961. S. 328.

(7) 註6の判例の下欄に詳論している。その議論の多くは註5の文献で述べたことのむし返えしが多い。

(8) Cordier; Diebstahl oder Betrug u.s.w. NJW. 1961. S. 1340.

(9) NJW. 1961. S. 2266.

(10) NJW. 1961. S. 1136.

(11) 独裁判所構成法一二一条二項によると、高等裁判所は判決に際して、他の高等裁判所又は聯邦裁判所の従来の判決と異なった判決を下したいときは、事件を聯邦裁判所に移送すると規定している。

(12) Wimmer; Diebstahl mittels Verbergens, NJW. 1962. S. 609 ff.

2 判例の動向

セルフサービス店舗における窃盗につき、まずこれを判示したのは、すでに述べた通りハム高等裁判所である。その事実及び判旨を概説してみる。

《事実》 被告人は食料を購入しようとしてセルフサービス店に入つた。商品運搬用の籠に希望した商品を入れて店内を歩いているうちに一・七二マルクのバター半ポンドを籠から出して、ズボンのポケットにしのばせ、代金の支払いを免れようとしたが、店員Mがその犯行を見ていた。被告人はその後三・六八マルクのコーヒー半ポンド等を同様の手口でとつたが、やはりMに見られていた。そして、籠に入れた商品についてだけ支払つて出ようとしたところを、Mの急報でやつて来て、ソーセージを盗む現場を確認した監視員に捕まつた。

判決はまず、本事案を違警罪たる日用品窃盗の三七〇条五号(以下三七〇条五号の窃盗として引用する)には該当しないと判示する。三七

〇条五号は少量又は些細な価値で即時に消費に使用するものと規定しているのであるところ、被告人の窃取した商品、特にコーヒー半ポンドは三七〇条五号の構成要件に該当せず、従つて、窃盗罪を構成するというのである。又、独刑法二四八条a[1]では、生活上の困窮から少額の物品を窃取した者につき軽減した刑を科しているが、コーヒーについては生活上の困窮（Lebensnot）とはみられないといつている。

この判示には私は賛成したい。数回の食事で漸次消費しうる程度の財物を窃取した行為は、三七〇条五号の要件「即時に消費するため」に該当しないという解釈は妥当である。この限りでは本事案の行為は違警罪事件を構成し、かつ違警罪に未遂規定がないから無罪となる可能性があるという憂慮は排されるといつてよい。

ただ問題は、このような事案につき、既遂であるか未遂であるかの点である。

ハムの判例の重要な点は、むしろここにある。

「窃盗の既遂は他人の支配（Gewahrsam）を破り、自己の支配を基礎づけることを必要としている。この要件は所有権者又は第三者によつて窃取が見られているときにも存在しうるが、売主が犯人を継続的にかつその近くで犯行につき見ているのであるから、支配権者又はその他の者は、困難なく、物に対する処分権を確証しうるのであり、犯人は単に外見的にのみ自己の保管を基礎づけうるにすぎず、権利者の支配は依然として存する。何故なら、権利者はそのものをいつでも再び得ることが出来るからである」、として聯邦裁判所の判例を引用している[2]（傍点筆者）。

本事案については、「空間的関係、営業型態上、犯行時に犯行を見ることが困難なく行われえたかについては留保しつつ、百貨店のように、犯人が雑踏中にまぎれ込むことは、店舗の構造上不可能である。又、商品をポケットに入れて、探索に困難さが幾分か残つたが、これにより窃盗既遂を理由づけるものではない」として、店主、使用人は商品につき犯人の窃取を防ぎえたから、窃盗既遂ではないと結論したのである。

これに対してウェルツェルは、支配の概念を中心として鋭く攻撃し、「支配」を物理的に考えることは間違いで、近いと

ころに居て、見たというようなことで「支配」の成立に支障をきたすものではないというのである。

又、ハムの判例で聯邦裁判所の四巻一九九頁を引用しているが、これは犯人をワナにかけた事例であるから、始めから未遂が予定せられており、引用の誤まりであるとする。このウェルツェルの非難は当つている。

ウェルツェルが言うように支配とは「習俗、慣例、習慣及び慣行によつて構造と形姿をもつ社会的世界の概念」[3]なのである。我々はこのようなものとして、支配を考え、その概念で社会的に多様に生起する現象を測る必要があると思う。個別具体論によると、ハムの判例のような間違いを犯しかねないからである。

ウェルツェル説については、次節で詳細に紹介し、検討してみる。

ハムの判例がNJW誌上に出て間もなく（一九六一・五・一二）ケルン高等裁判所はハムの判決を不当であるとし、ウェルツェル説に従つて犯人の行為は他人の支配を破つたものであると認めるべく――もつとも事案につきこの決定では日用品窃盗たる違警罪と認定してその既遂を論ずる――、裁判所構成法一二一条二項によつて、聯邦裁判所に決定を求めるため事件を移送し、ハムの判例と異なる判断をなそうとしたことであつた。

聯邦裁判所は一九六一年一〇月六日の決定において、ハムの判決を否定し、ケルンの申立てを支持した。結果においてはウェルツェル説を承認したことになる。

その判旨の筋をひろつてみる。

財物の奪取、従つてその他の構成要件メルクマールが存在する場合、窃盗又は日用品窃盗は、財物に対する権利者の支配が排除され、財物が窃盗犯人の事実上の処分に達せられる限り、既遂となる。たとえ財物がこれまでの保存場所から離されず、又犯人によつて基礎づけられた事物支配が確保されなくとも既遂たりうる。全く一過的な事物の支配であつても支配であるが、ハムの判例もそこから出発している。隠秘性は窃盗の本質的メルクマールではない故に、犯人が犯行を見られていても奪取の完成はありうると認めうる。然るにハムは

犯行を見たということに、支配の基礎づけを排除する作用を与えようとしている……が、この見解は支配の概念を誤解していることによるものである。

支配はたしかに事物支配である。しかし、それがあるか否かは物に対する肉体的な近さによるのでもなく、又、物に対する関係を維持せしめる物理的力によるのでもなく、むしろ事物支配の問題について決定的なのは、日常生活観である。支配概念は本質的には取引観（Verkehrsauffassung）によって決定される。[4]

と論じて、これまでのライヒ裁判所、聯邦裁判所の判例から類似の具体的ケースを拾いあげて、論証している。

既遂の時期についての議論は、この判例によって大体つくされているのではないであろうか。

次に、セルフサービス店で商品を窃取する者は、窃盗と詐欺を犯す者であり、窃取が未遂であれば、犯人は商品の量、価格、使用目的に応じて窃盗未遂と詐欺未遂の併合罪若くは詐欺未遂で処罰せられるとするデュッセルドルフ高等裁判所の判例について論じなければならない。

《事実》 被告女はデパートの人の余りいないセルフサービス部で、窃盗の意図をもつて二・二五マルクのコーヒー1/4ポンドをとり、備付けの籠に入れないで自己の買物袋に入れた。この犯行をデパートの女店員に見られ、急を聞いた男子店員によつてカウンターのところで、支払わないで隠していた商品を押えられた。

簡易裁判所は三七〇条五号の未遂とし、詐欺の要件はないと判示した。

《判旨》 簡易裁判所が財物の奪取を未遂とみたことは不当である。奪取とは窃盗と日用品窃盗とを問わず、物に対するこれ迄の所有者の支配が侵害され、物が犯人の事実上の処分に入ることをいう。しかし、何時そうなるかについて、ウェルツェルのように統一的な判断をすることは、簡単に隠匿できるセルフサービス店の商品についてはむずかしい。これは個々の事件ごとに判断せられるべき事実問題である。基準となるのは個々の事件の事情、特に窃盗物件の種類、範囲、重さ、空間性の形成、支配的企業、所有者又は使用人の場所的な接近度、防止の迅速さ等々である。

犯人が他人の支配を排し、事実上、手にした財物を行使しうれば、奪取に際してたとえ所有者が見ていても、消失の可能性があるから、犯人が自己の支配を得たといえる。又、他方、犯人の近くにいて、何等困難なく物に対する処分権を所有者が確証しうるならば、未遂であるという具合に、具体的事情と相対的に考えるべきである。

問題は詐欺未遂の要件を否定した点にあり、ここに不当な問題がひそむ。

セルフサービス店でカウンターにて選択した商品を店員の前に出して計算せしめるのは、これ以外には他にないということの黙示の表示である。支払わないで持ち去ろうとして、提示した以外のものを隠しているのは、いずれにせよ、真実に合致しない表示であり、そこには欺罔行為がある。フシュカのように、契約類似の信頼関係を予定する（本稿で後述）必要はない。欺罔によって惹起された錯誤で、計算係は支払の請求若くは奪取された商品の返還請求の主張ができず、よって店主に損害をかけたのである。この請求権の実現は不可能でなくとも、少くとも困難であり、二六三条の「財産的損害」に当る。すべてが犯人の表象により、その全計画によったものである。

ところでこのセルフサービス店では窃盗と詐欺は数個の行為として併存するのではなくて、観念的競合の関係にある。[5] 窃盗としての実行行為は商品を備付けの籠ではなく、自己の籠又は衣服の下等に入れることであるが、物をひそませることが実は同時に詐欺の実行行為の開始である。後者が成功して、前者も完成するという具合に、犯人の全計画の実現にこれらは属している、というのである。

この判例には、問題が実に多い。コルディールが詳細に批判しているが、後に紹介する。

又この判決に対してウェルツェルの批評がある。[6] 客と計算係との関係について深く考察すると、商品をひそませる行為がはたして欺罔といえるか、計算係の錯誤は詐欺罪の構成要件に包括されるかが疑問になる。店主に損害を与える犯人の行為は、他人の財産に対する勝手な侵害（ungenehmigter Eingriff）と評価されれば窃盗の構成要件をもつて処罰される（この場合、計算係に商品を提示しない行為は窃盗の実行行為の一段階と解せられる）。又、欺罔によつて惹起された被欺罔者の自己毀損と評価されれば、詐欺の構成要件をもつて処罰せられるのである。商品を隠秘することは勝手な支配の破棄であり、領得の意図で行われるところから、窃盗罪をもつて論ぜられるのが自然であるから、これを独刑法二六三条にいわゆる財産的処分であると解

し、詐欺罪の成立を認める理論構成は邪道であろう。若し、これを認めて、窃盗罪との併合乃至は競合関係としてとらえるならば、詐欺罪と窃盗罪の区別は如何にして把握しうるかの点で、困難を招来することになるのではないか。この点については次節で検討しなければならない。

(1) 二四八条a「困窮から、些細な価値の物件を盗み、又は横領する者」とある。

(2) BGH. Bd. 4. 199/200. しかし、後にも述べるがこの事案では、いわゆるアジャン・プロボカトゥールであり、犯行を見ているという事実は同じであつても、明らかにハムの判例をバックアップするには適当でない。

(3) Welzel; NJW. 1961. S. 328.

(4) Dallinger; MDR. 1957. S. 141. によれば、所有者、その使用人の場所的間隔、その干渉の迅速さ、窃盗品目の範囲、数量等で奪取の既遂か否かが決定されるとする。我が国の判例も、大体においてこのような基準から個別具体論を展開しているようである。

(5) この点について、L. K. 8. Aufl. S. 791 に明快な答えが出ている。三七〇条一項五号が認められれば、これが特別規定になるから一般規定を破る。それが未遂の段階にとどまるならば二四二条以下が併合罪の関係で出てくる。

(6) Welzel; GA. 1961. S. 350 ff. 他人の所有権を正当な権限なく侵す点、即ち窃盗に損害を生ぜしめる行為を見るか、欺罔によつてひき起された被欺罔者の自己毀損、即ち詐欺に損害を生ぜしめる行為をみるかのいずれかであつて、両方が一緒に認められることはありえない。商品を隠匿することは正当の権限なく支配を破ることであつて、領得の目的でなされれば窃盗行為なのである。盗まれた商品に対し再び取り戻しの請求を計算係が無意識で怠るならば、盗品を安全にし、窃盗を実質的に既遂にすることが犯人において可能にはなるが、二六三条の詐欺を構成するためには充分ではない。

3　諸学説の検討とまとめ

本節では、まず商品の隠秘行為ははたして窃盗罪と詐欺罪の評価を受けるのであるか否かを検討し、次いで窃盗の既遂の問題につき支配の概念を反省し、最後に隠秘の態様によつては既遂の時期を異にするか否かの諸点を順次見てゆくことにする。

すでに一言したように、詐欺罪の成立をも認めようとするのはフシュカであつた。(1)

彼はカウンターで売買契約を締結するまでは、売手と買手との間に契約に類似した信頼関係があるという。即ち、買手は選択した商品を計算係に提示し、計算係はこれを計算の上代価を請求することが出来る。これを怠れば、計算係に対して事実を隠蔽するものであり、その結果陥った錯誤によつて、計算係は代価を請求しえず、又不法に奪取せられた財物を返還請求しえないことで、主人の財産を処分することになる。

本来の損害は奪取によつてすでに惹起されているが、この損害はそれに続く損害と同一ではなく、前者により支配及び所有権が侵害され、欺罔又は隠蔽により損害の排除を行いうる賠償請求の可能性を失うのである、と論ずる。

このような被害者の請求を不可能にせしめることによつて、犯人の奪取は安全なものとなるが、このような状態になることは財産的利益に等しく、独刑法二六三条[2]の構成要件を充足するというのである。

そして、両罪の関係は所有権犯罪と財産犯罪の被害者が同一であるから、観念的競合ではなく、後者は不可罰的事後行為又は併合罪であるというのである。

ただ、若し不可罰的事後行為であるとすると、三七〇条五号に該当する事案は不都合を来たす。即ち、先行行為が罪とならない場合に後行行為によつて処罰されることになるからである。日用品窃盗が店員により見られなければ、その既遂であつて、詐欺罪も既遂になるが、この点は不可罰的事後行為である結果、日用品窃盗たる違警罪の既遂によつてのみ処罰され、店員によつて犯行が見られれば日用品窃盗も詐欺も未遂であるから、後者の未遂についてのみ罪を問われる。その結果は日用品窃盗の既遂の場合の処罰の方がそれが未遂に終る場合よりも有利になる。そこでフシュカの結論は、両者を併合関係としてとらえ、詐欺の未遂を論結している。この論議は説得力があろうか。

ウェルツェルは詐欺罪をも構成するというのは廻り道であると批判し、端的に窃盗の既遂を論究することで充分であると考えている。

カウンターを通過することでもつて奪取が完成する――即ち窃盗が既遂と評価されると考えることで充分なのであり、別段新たに詐欺罪を理論構成する必要はなくなると彼はいう。

毀損行為が詐欺罪では直接行為者によつてなされるのではなくて、被欺罔者によつてなされることが重要であるというのがその反論の第二点である。欺罔によつて惹起され、意欲したのではない財物の喪失は窃盗の構成を証するにすぎないというのである。[3]

このような論理を用いて行なう反論はコルディールの論文にも見られる。これは、前節で紹介したデュッセルドルフ高等裁判所の判例に向けられた批判である。

他人の支配を排除したのは何時かという点についての議論は後に紹介する。

フシュカ説もデュッセルドルフの判例も詐欺と窃盗の本質的差異を見誤つている。詐欺の構成要件において財産毀損行為は被欺罔者によつてなされるのであつて、犯人によつてなされるのではない。

毀損行為、即ち違法な領得の意図で行なう奪取による他人の所有権の侵害は、物を窃取した客がカウンターに行く時点ですでに既遂となつている。

計算係が欺罔によつて店主の財産に損害を与える財産処分をなすという論理は正しいであろうか。フシュカは契約類似の信頼関係にもとづく開示義務というが、契約は申込と承諾により成立するという点、窃盗犯には契約の申込をしようという考えは全くない点を無視した議論である。

デュッセルドルフの説では、カウンターに籠を渡せば、この中の商品のみを選んだことの黙示の表示であり、この他に窃取したものをかくしていれば、それは欺罔行為であるというが、これは正しくない。籠の中の商品を提示するのはこれを買いたいという表示だけであつて、その他には窃取していないという表示ではない。

計算係も、この他に窃取したものはないかなどを考える余裕もなく、間違いなく計算をすることのみに専念している。錯誤に陥れられたという構成は現実と合致しない。

又、窃取した商品を出さないのは、自己の支配を確保することであつて、計算係をして返還請求を無為ならしめることでもなく、第一、計算係から返還請求権が奪われることはない。要するに判示のような詐欺の構成要件を構成する事実は一切否定される。以上がコルディールの論文の要点である。(4)

右のコルディールの反論は正しいと考える。商品を隠蔽することによつて計算係及び店主は、独民法八五一条の占有に基づく即時の自力救済が不可能になるという限度で、原所有権者等に不都合を生ぜしめるわけであるが、これは窃盗の場合に、常に生ずる実行行為の一段階と考えるべきではなかろうか。

そうであるとするならば、その時点を静止的に眺めて、それに対して異なつた構成要件的評価を加えることは余計なことのように思われる。

立論の趣旨は、このような論理でもつて、日用品窃盗として軽い処罰を受け、或は未遂と認定されて不処罰になることを避けようとする配慮から出たものであることは、すでに述べたところである。

結局、問題は、端的に、窃盗の、しかも既遂を論究することによつて解決するべきであるという方向をとることが妥当であるという結論に落ちつかざるをえなくなる。

前節で窃盗罪の既遂になることを否定したハム高等裁判所の判例を引用したが、そこにおいては、店主又は店員が犯行を見ていた場合には、犯人に支配が事実上移つていないと解する見解がとられ、デュッセルドルフ高等裁判所も、困難なく所有者が物に対する処分権を確証しうれば、支配が犯人に移つたとはいえないと判示している。(5)

まずコルディールの批判を見てみる。備付けの籠又は自己の衣服等に支配を移すことによつて、客は商品を自己の事実上

の力、支配領域に移し、店主の支配を排除する。これ等の商品に対しては備付けの籠の中にある商品と違つて直接的に作用する可能性が店舗の側にはなくなる。窃盗犯人から商品を奪回するために、何等かの法的な理由づけなしには、他人の法的領域に干渉出来なくなる、という。

窃盗犯が店員に見られていたか否かは、他人の支配を破るか否かを判断するについて重要ではない。売主は客の直接的個人的支配領域に商品が入る前に、妨害して介入する場合にはじめて窃取を防ぎうるにすぎない。

従つて、売主が「困難なしに物に対する処分権を確証しうる……ならば、自己に支配を移したとはいえない」という見解は、支配の概念を誤解している。物を支配する者とは物を確保する（verwahren）者である。犯人が商品を前述の方法で身につければ、それまでの支配権者の支配権は終了する。何人も犯人のポケット、衣服の下等から権限なく何物をも探すことは許されない。何故なら、ここには他人の支配権がすでに生じているからである、と。

かくして、争点は「支配」の概念をめぐつて展開せられることになる。

これを詳論しているのがウェルツェルであり、大体において我が国の通説もこの説と同じ方向を志向している。

つまり、支配の概念は法的にとらえられた社会的関係であるという主張[6]がこれである。

窃盗罪において窃取といいうるには、他人の支配を破り、自己の支配を基礎づける点にありとするが、この「支配」概念は刑法上の概念であつて、民法上の占有と核心において同一であるものの、個々の点で異なる。

両者はその淵源をゲルマン法の Gewere にもつている。この三者にあつては、事実上の平和状態が保護に価する状態であつて、事実上の〝現状（status quo）〟の変更は原則として許さないという法思考を示す。

窃盗行為としての奪取は、他人の意思の不顧慮、他人の特別な平和領域への侵害を包含する。個人をめぐる特別な平和範囲とは、まず住居、人自身、人が身につけているものをいう。独刑訴一〇二条の捜索が特別な要件のもとではじめて許され

るのは、右の考えによるのである。

占有も支配も、その核心においては、右の事実的な平和領域から理解されねばならない。法によってはじめて創られたものでない、すでに存在する社会的構造を法が自己の領域に関係づけている点こそが重要である。

このような社会的な成分（sozialer Komponent）から、支配が移つたか否かについて判断をしないで、ただ物理的な力、事実上の関係を一面的に強調していたが故に、これまでの判例は一貫性を欠いていたのである。

ウェルツェルは無意識の中に意味づけを変えている過程の中に、論理的にまぎれこまされた概念としての「犯行を見られていたこと」をもつて支配の概念の存否を判断する重要な要素たるの役割を演ぜしめている判例を引用し、これ等の判例においては、物理的な支配の概念を余りにも一面的に強調しすぎているのであつて、社会的に特色づけられた支配概念を何等注目していないではないか、と非難している。(7)

すでに引用した、デュッセルドルフ高等裁判所は、このような統一的判断はなしえないというのであるが、奪取の本質については少くともウェルツェルの言うような意味での社会的意味を附与した基準によつて判断した方がよいのではないかと思う。

このように説くことは、結局我が国では殆んど疑問の余地なしとされている移転説の妥当性を裏づける以上のものではない。その限りでは本稿は従来の通説に屋上屋を重ねたにすぎないものである。しかしながら、我が国の通説は移転説が正当であるとするための合理的根拠を深く問うていないように思われる。比較的詳細に説かれている団藤教授の刑法各論においても、事実的支配の概念を一応説いて、その実体の解明については判例を豊富に引用するにとどまつている。宮内教授の刑法各論(8)では事実上の支配の概念は「財物の経済的性質によつて決定されるが、一般的には日常生活の習慣による」といわれているが、詳論はここでも判例の引用による展開に終つている。

又、柏木教授刑法各論[9]は、窃取行為の完了は占有を設定、取得したとき、とされ、現場から持ち去れば、距離の長短にかかわりなく既遂となるとされ、結局、占有(ここでいう支配)の概念は窃取行為との相関関係において理解さるべきであると論じられている。

被害者に見られずに窃取を完了することを窃取の要件としてあげて居られるものに、滝川博士[10]、植松教授[11]があるが、関心はむしろ窃盗と強盗の区別に向けられている。従つて、本稿で論じたような問題点については意識されていない。

最後に、ウィンマーが「隠匿を手段とした窃盗」を論じて、隠匿の態様に窃盗を既遂たらしめる意義を附そうとした試み[12]を検討する問題が残つた。

ウィンマーの立論の意図は、窃盗の完成につき、他人から「見られていた」という事実がその既遂を肯定するに何等の支障を来たさないとする聯邦裁判所の決定によつて、特に同裁判所の判例が他の裁判所の今後の判例に多大の影響を及ぼすという現状を顧みるとき、はたして、この判例があらゆる場合に、一般化を許されるかどうかを疑うことから出発する。

そこで、窃盗の実行方法として隠匿をなす場合を刑事学的に、六つのカテゴリーに分ける。例えば、犯人が他人のものを他人の場所において、その他人の運搬手段若くは運搬物品の中にかくし、後に、そのものを他人の場所からひそかにかくしたまま持ち去ろうとするもの。他人の場所にある梯子の下、箱、トランクの中にかくすもの。その一型態として、他人の場所に、一定の性質で一定期間かくしておいて、原所有者はかくされたときから物に対する自由な処分可能性を失うもの。犯人が他人のものを自分の運搬手段若くは運搬物品の中にかくす。これ等の手段、物品は他人の場所にはあるが、犯人が専ら支配するものである。更に又、物を犯人若くは共犯者の身体領域に置くもので、商店での窃盗はこれに入る。最後の例は、造幣局とか金鉱会社、ダイヤモンド研磨職人等のごとく、事業場を出るときに、身体検査をされることを覚悟して、物を隠匿するもの。

これ等につき論述した後、或る者が或る場所に目立たないようにいて、そこからその場所の権利者が支配する他人の物を知られずに窃取するときは、その場所の中で物を見られることなく隠匿することで窃盗は既遂となる。

運搬機構等を利用する隠匿（いわゆる物的隠匿）をし、しかもその隠匿行為が見られている場合には窃取は未遂であるにすぎないが、身体に隠匿した（いわゆる人的隠匿）ならば既遂である。なお、身体に隠匿することの中に、着衣、身につけた身の廻り品の中、携帯したカバンの中等に入れることを含め、他人のものを自己の身につけて物の他人性を隠秘する行為もこに包括せしめ、これ等の行為は既遂と評価せられるのである。

このような考察にとつては、店舗がどのような形式で営業しているか、他人の物を奪取することの難易は問題ではなく、ただ隠匿の態様でもつて、窃取行為が既遂であるか未遂であるかを問わんとするものである。

この議論は、スーパーマーケットでは、他人の不知に乗じて、運搬手段を用いて隠匿するということが殆んど考えられないところから、本論文に直接の解答を与える意味はないが、論理の反面としてスーパーマーケットにおける犯行（隠匿行為）のすべてが既遂となるという点を説明するという消極的意義はある。

他人の物を窃取するということは、他人の意思を顧慮することなく、他人の法的平和領域に侵入し、権利者の支配を排し、自己に支配を移すことによつて、自己の法的平和領域を表見的平和に転換し、その事実上の平和領域を主張することを意味する。

窃盗が侵害する法的平和は、社会生活の一断片である。この社会生活は、無定形の観念的形姿にとどまらず、習俗、伝統、慣習、慣例等により、深化され、秩序づけられているのであつて、この法的平和と関聯をもち、保護することが実は法の任務なのである。

このようにして、本来の権利者の支配を排し、自己に支配を移すことによつて、ともかくも物を自己の法的平和領域に入

れるということに問題の核心がある。このようにして新たに生じた法的領域には、誰でもがこれを侵しうるということは言えないのである。

占有者が即座に自力救済を行なう場合にのみ（現行で若くは逃走中の犯人から……）これを認めるという独民法八五一条の規定や犯人の住所、犯人自身の体を捜索するには、厳重な要件が課せられ、私人がみだりに手をふれることを許容せしめていないといつた独刑訴一〇二条は、たとえ事実上であるにもせよ、支配が他人の介入を許さない犯人の支配領域に移つていることを認めているからに他ならない。

商品が店舗の支配下にあり、客は店舗内にいるのである、という理由から、捜索について何等権限をもたない店員の主観的嫌疑でもつて、客の人格の尊厳、名誉感情、羞恥心を二次的に取り扱われるようなことがあつてはならない。

しかしながら、他方、スーパーマーケットにおける窃盗の可能性の大なることも又、大いに顧慮されなければならない。個々的には、そんなに高価なものではなく又、容量的にも大して大きくない商品が、手にとれるようになつている営業型態、一度買つた商品は後に引き換えることを原則として認めない販売政策が、売手をして慎重に吟味することを強いる。手にとつてためす、或は着てみるといつた機会を奇貨として、そのまま着服する誘惑も決して少ないとはいえない。未成年者、幼児等が入場し、しかも手の届くところにある商品を別段悪気もなくとるといつたことから、或は安価品を奪い合うようにして買い求める投げ売り市などで商品選択中に、出来心で自己の買物籠に商品をひそませるといつた行為により、その成功に味をしめることでより大きな犯罪行為の誘惑に抗しがたくなり、その際に良心のうずきを感じなくなる善良の区別の感覚の鈍麻が生じるようであれば、刑事政策的にみて非常に重大な問題であるといわなければならない。

大量取引には多少の消耗はつきものである、とか、客扱いについて不愉快な思いをさせるよりは、多少の被害は我慢しようといつた販売政策は、社会に犯罪の温床を作るもとである。

そこで、店舗内に鏡を用意して、店内の様子を一定の角度から見渡せるように工夫したり、随時スピーカーを用いてスリに用心するようそれとなく警告するといつた一般予防的処置、又若し、備付けの籠以外のものに商品を入れている現場を見れば、その人にすぐに商品は所定の籠に入れて下さいとそれとなく注意をすることによつて、特別予防的処置をはかることが大切であると思う。

そして、万が一、不幸にも同じ店の別の売場ですでに万引行為をしたことのあるもの、又、以前から常習の万引と目されている者が再び同一行為を行なうようであれば、慎重に事故係と協力して、その者を別室に連れて行つて最善の処置をとればよいであろう。

事実を否認する者に対しては、警察官が来れば、事態は不利になるであろうと告げて、盗品を自発的に提出せしめるのも方法であろう。ただ、この場合に、微罪を理由として警察に通報するのを怠ることは好ましくない。

すべては、権限あるものの判断をまつべきである。この点は、警察官によつて身体検査を行なつた場合についても同様であつて、ただ犯人が素直に盗品を提出したからといつて、ただ説諭だけで釈放するのでは不充分である。

店員が犯行の一切を見ていたときは、結果が発生する危険性はないとか、その場合に支配は移つていないとかを理由として、犯罪の成立を否定することは、現実に反する。

例えば、スリの場合に、現行犯逮捕でなければ、殆んど犯罪実行の立証が困難であることから、スリ係の刑事は、スリが被害者に目をつけ、すきをうかがつているところを一部始終見ているわけである。そして、スリがポケットから被害品をすりとつた瞬間に手錠をかけるのが大体、その犯人逮捕の常套手段である。この場合、若し犯行をみていることによつて、犯罪の既遂を肯定しえなくなるということになれば、スリは常に未遂であるということになつてしまう結果となる。

犯人は見られていないと思うから犯行に出るのであり、それだからこそ見ている者はその犯行が終るまで、大ていは盗品

を隠匿し終るまで、見とどけてから犯人を逮捕するわけである。

犯人の側からすれば、盗品を自己の支配に移し終えたが、隠匿が計画通りにゆかなかつたことを意味する。つまり、自己の支配が、不完全な平和状態に終つたことを意味する。

しかしながら、不完全な平和状態ではあつても、他人がみだりに介入出来ないところに実は法的意味があるのである。

およそ個人の身体的自由、個人の尊厳の根拠である身体の不可侵の原則は、個人の法によつて守られた支配領域にあるものはすべて、その個人の支配の下にあると認めるからなのであつて、この点をつきつめて考えれば、この法的保護を裏切る形となつた行為、即ち、他人の所有にかかる商品を自己の支配内に移すという意思の表われである窃盗物品の隠匿行為は、すでに他人の支配を排し、自己の支配に移したとき、これを既遂と評価して何等不都合はないのである。

従来、我が国の判例の多くが、右のような場合に、支配を事実上自己の側に移したときをもつて既遂をもつて論じていたことは、この意味からも、正当であつたということが出来るのである。

(1) Huschka; NJW. 1960. S. 1189.

(2) 独刑法二六三条一項　自己又は第三者に違法な財産上の利益を供する目的をもつて、虚偽の事実を虚構し又は真実の事実を歪曲若くは隠蔽することにより、錯誤を生ぜしめ、又は持続させることによつて他人の財産に損害を加える者。

(3) Schönke-Schröder; a. a. O. 9. Aufl. S. 967. 支配権者が錯誤の結果、物の奪取を忍受したときには財産処分は欠けているというべきである。これ等の事例で、窃盗と詐欺の限界づけにとつて決定的なものは被害者の意思方向である。忍受が詐欺を構成する要素たるためには、錯誤によるものの、内心的には自由な意思決定の結果である場合には、二六三条の意味での財産処分とみられる、と。

(4) Cordier; NJW. 1961. S. 1340. 参照。

(5) OLG. Hamm; NJW. 1961. S. 328, OLG. Düsseldorf; NJW. 1961. S. 1368.

(6) Schwarz-Dreher; StGB 23. Aufl. 1961. S. 651 はウェルツェル説に好意的。団藤・刑法各論三二〇頁。占有について、事実上の支配内にある限り肯定されるとし、事実上支配ということは社会通念によつて解すべきであると解される。なお、占有には事実上支配の意思を一つの要素

として認め、それに物理的支配関係を補充する意味をもたせておられることに注意。福田平・窃盗罪、刑法演習・各論九二頁以下も判例の引用は豊富である。江家・各論二七七頁によれば、支配状態は物の性質、形状などによって必ずしも一様でなく、また、社会生活の様式が異なるに従い様々の支配状態がある、とする。

窃取については、他人の占有に属する財物を占有者の任意な意思に基づかないで、領得の意思をもって自己又は第三者の支配に移すことである。窃盗は奪取罪の一つであるから、既遂時期は財物に対する占有の移転を完了したときである。同旨・刑事判例評釈集一〇巻四六頁以下、同一九四頁以下。

(7) Welzel; Der Gewahrsamsbegriff usw. GA. 1960. S. 267 f.

(8) 宮内・刑法各論一一七頁。その考え方の根本には唯物史観に依拠する世界観的基礎づけが感じられるが、本文からははっきり読みとることが出来ない。

(9) 柏木・各論四三五頁以下。他人の占有とは所有権に対抗できるような正当な権原に基づく占有であるとし、窃取には占有を侵奪するためのある程度の積極的な行為が必要であるといわれる。

(10) 滝川・刑法各論一一〇頁、管理とは財産に対する事実上又は法律上の支配であって、刑法上は占有という。一一四頁、他人の財物とは、他人の支配内にあるものをいい、窃取とは財物に対する他人の支配を排除してその財物の上に、所有権の内容を実現する可能性を獲得することであり、所有者に類する支配をうるために他人の支配を排除することは、一つの障壁を乗越えることである。一一六頁、支配者の知らない間に他人の財物に対する支配を排除して新しい支配を建設することによって財物の所有権を侵害する。

(11) 植松・刑法各論三一五頁、民法上の占有よりも一層現実的な観念として、所持すなわち事実上の支配を意味する。事実上の支配が及んでいると見られる限りは、所持、すなわち占有があると説明しうる。三二三頁、占有を移す方法は占有者の不知に乗ずるを通例とするとして、街頭で突き当って相手方の注意力もそらして窃取する事例をあげておられる。三二六頁、事実上の支配が確立したとき既遂となる。

(12) Wimmer; Diebstahl mittels Verbergens. NJW. 1962. S. 609 ff. 本文にも紹介した通り、この論文は、窃盗罪一般につき、その犯行の態様を刑事学的類型に分けて、犯罪の既遂、未遂を如何なる状態、時点のもとで認めうるかについて詳細な分析をしているから、多くの参考になる問題点をはらんでいる。もつと多くの人から注目されてよい論文であろう。

(一九六二・一一・一四稿)

追記　本稿が印刷に附されて後、Hellmuth Mayer; Zum Begriff der Wegnahme, JZ 1962. Nr. 20. S. 617 ff. を手にした。この論文

は学説史的部分と刑事学的部分に分れ、前者では特に既遂の時期につき、従来我が国の文献で〝取得説〟〝接触説〟〝移転説〟〝隠匿説〟に分け、漫然と説明していたにすぎなかつたところ、それぞれにつきその主張者の論著を明示している。

又、キール大学の刑事学研究室を主宰するマイヤーは、セルフサービスの店舗における窃盗を刑事学的に類型化し、婦人・少年犯罪に固有的な現象としてこれを把握し、これらの行為者に対し、誘惑の大である右の店舗での窃盗犯対策につき、いかにすれば刑事政策的に有効な方法を見出せるかを論じ、刑法の構成要件解釈をいたずらに拡張することに反対している。