

I. 事実の概要¹

被告人 X が属していた暴力団甲と、被害者 A が属していた暴力団乙とは対立抗争中であったところ、甲系の暴力団組長が知人の被告人 Y と話し合った結果、Y が覚せい剤取引を口実に A をおびき出して殺害することになった。Y は A に対し、覚せい剤の買手がいるように装って覚せい剤の取引を申し込み、A から覚せい剤 1.4kg を売る旨の返事を得たうえ、X らと丙駅付近で合流した。Y は X に対し、乙の幹部をホテルに呼び出し、Y が同幹部の在室する部屋で覚せい剤を取ってから入れ替わりに X が入室して射撃するように指示した。

平成 24 年 7 月 10 日、Y は丙駅前のホテルの 501 号室に A を案内し、A の持参した覚せい剤を見てその値段を尋ねたりした後、先方(買主)と話をしてくると言っ、いったん X の待機する同ホテル 509 号室に行ってから再び 501 号室に戻り、A との間でどちらの債務履行を先にするかについて話し合った末、結局 A が譲歩して Y に覚せい剤を渡したので、Y はこれを受け取って 509 号室に行き、X に対し 501 号室に行くよう指示し、逃走した。その後、X は 501 号室に入り、至近距離から A めがけて拳銃で弾丸 5 発を発射したが、A が防弾チョッキを着ていたため、重傷を負わせるにとどまった。

X Y 間 共 謀 → Y の 詐 欺 行 為 → X の 殺 害 行 為

II. 問題の所在

1. 本問では、X は覚せい剤の返還を免れている。覚せい剤を詐取したことについて一項犯罪が成立しうることは当然とされている。もっとも、覚せい剤の売買は不法原因給付(民法 708 条)に当たるところ、覚せい剤の返還債務を免れたことについて、二項犯罪は成立し得るのか。禁制品の返還を免れる行為について二項犯罪が成立しうるかが問題となる。
2. 本問において、Y の詐欺行為後に X は殺人の実行行為をしているが、このように詐欺行為後に暴行・脅迫が行われた場合、当該行為に何罪が成立するか、両罪の関係と併せて問題となる。

III. 学説の状況

1. 禁制品の返還を免れる行為と二項犯罪

α 説：二項犯罪否定説

不法原因給付の場合、債権者には事実上の利益すら認められず、また、債権者は債務の履行を債務者に強制できないことから、禁制品の返還を免れる行為について、債権者に財産上の損害は認められず、二項犯罪は成立しえないとする見解²。

¹ 最高裁昭和 61 年 11 月 18 日第一小法廷決定参照。

² 林幹人『刑法各論』(東京大学出版会, 1999 年)161 項以下。

β 説：二項犯罪肯定説

民法上保護されない経済的利益であっても、刑法上の要保護性を認めるべきとして、二項犯罪は成立しうるとする見解³。

2. 罪数処理

A 説⁴

詐欺罪(246 条)と暴行・脅迫の罪が成立し、両罪は併合罪(45 条)となるとする説。返還請求を免れたのは、物を騙し取ったのを上回る利益とはならないことを根拠とする。

Y の詐欺行為	→	X の殺害行為
詐欺罪	→	殺人罪

B 説⁵

詐欺罪(246 条)と 2 項強盗罪(236 条 2 項)が成立し、両罪は併合罪(45 条)となるとする説。被害者の代金請求権・行為者の代金支払い債務が存続するということを根拠とする。

Y の詐欺行為	→	X の殺害行為
詐欺罪	→	2 項強盗殺人罪

C 説⁶

2 項強盗罪(236 条 2 項)が成立し、詐欺罪は 2 項強盗罪に吸収される(包括一罪)とする説。両罪は同一の財産的利益の保護にほかならないことを根拠とする。

Y の詐欺行為	→	X の殺害行為
2 項強盗殺人罪 (包括一罪)		

IV. 判例

大分地裁昭和 52 年 9 月 26 日判決⁷

1. 事実の概要

被告人は飲食店店員の女性に対し、所持金がなく、代金支払いの意思も能力もないのにこれがあるように装って、酒食を注文し、同女をして飲食後直ちに支払いを受けられるものと誤信させ、同女からビール等の交付を受けてこれを騙取した。(第一行為)

その後同女から飲食代金の支払請求を受けるや、右支払請求を免れようと企て、同女の頸部を両手で絞めつけながら床に突き倒して馬乗りになり、なおも両手でその頸部を

³ 大谷實『刑法各論講義 新版第 3 版』(成文堂、2009 年)272 項以下参照。

⁴ 神戸地裁判決昭和 34 年 9 月 25 日 下刑 1 卷 9 号 2069 頁。

⁵ 大塚仁『刑法概説(各論)第三版増補版』(有斐閣、2005 年)221 頁。

⁶ 西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』(弘文堂、2012 年)176 頁。

⁷ 大分地方裁判所昭和 52 年 9 月 26 日判決 判例時報 879 号 161 頁。

強く締めつけるなどの暴行を加え、その反抗を抑圧して逃走し、右飲食代金の支払いを免れて財産上不法の利益を得たが、その際、右暴行により、同女に対し加療約一週間を要する顔面打撲傷、頸部圧迫傷、右肘打撲擦過傷の傷害を負わせた(第二行為)という事例。

弁護人は、飲食物とその代金請求権とは刑法上保護に値する利益という点ではひとつのものと評価すべきであるから、第一行為を詐欺罪として評価する以上、本件ではそれ以外に財産上の利益はなく、従って第二行為は傷害罪とすべきであると主張した。

2. 判旨

「判示第一の財物騙取罪が判示第二の強盗致傷罪に吸収される余地の点については一応検討に値する面もあると考えられるが、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等の本件犯行の態様及び**詐欺が強盗、窃盗と財産罪としての類型を異にすること等をあわせ考えると**、結局本件は詐欺罪と強盗致傷罪との併合罪と解さざるを得ず、弁護人の前記主張は採用することができない。」〔傍点・ゴシック引用者〕

詐欺罪 → 2項強盗致傷罪

V. 学説の検討

1. 禁制品の返還を免れる行為と二項犯罪の成否について

- (1) α説は、不法な債務を免れたとしても、債権者に財産上の損害は認められないとする。しかし、不法な債務であっても、訴訟でその履行を請求できないだけであって、当事者が任意にその履行をなすことが禁止されているとまでは言えない。つまり、訴訟外において債権者が債務者に債務の履行を請求し、債務者が履行することが認められているのだから、不法原因給付の場合の債権であっても、事実上の利益は認められる。したがって、不法な債務を免れたとしても、債権者に財産上の損害が認められるから、α説は採用できない。
- (2) そもそも、民法上保護されない経済的利益に刑法上の保護が与えられないとすると、かかる経済的利益を客体とした二項犯罪行為が横行し、無法社会となる恐れがある。したがって、民法上保護されない経済的利益であっても、刑法上の要保護性を認めるべきであるから、検察はβ説を採用する。

2. 罪数処理について

- (1) A説は、返還請求を免れたのは、物を騙し取ったのを上回る利益とはならないことを根拠とするが、そもそも財物そのものとは別に被害者の代金請求権も保護に値するものであり、それぞれに罪責が検討されるべきである⁸。財物については詐欺罪によって、代金請求権については2項強盗罪によって保護される。保護法益も、構成要件も、行為すら異にするものについて何の根拠もなく相互を関連させて検討する

⁸ 西田・前掲 176 頁。

ことはできない。

また、物を適法に借りた者が、期限になった段階で強盗の意思を生じ暴行・脅迫を加えて返還請求を免れた場合には2項強盗罪が成立し重く罰せられることとの均衡上も妥当でない⁹。

よって検察側はA説を採用しない。

- (2) また、包括一罪とは構成要件の異なる複数の罪が成立しうる場合にそれらの罪を一方の構成要件によって包括的に評価する形態である。

しかし刑法上、複数の罪が成立しうる場合に一罪として処理する規定は54条1項のみであり、「一個の行為」による場合は観念的競合として、「犯罪の手段もしくは結果たる行為」であって「ほかの罪名に触」れる場合は牽連犯として一罪とされるところ、両者ともに該当しない複数の罪は本来併合罪(45条)として扱われるべきである¹⁰。それにもかかわらず刑法上明文規定のない包括一罪を認めることは罪刑法定主義(憲法31条)に反することになりかねない。

よって、検察側は、包括一罪の概念そのものを認め得ないと解するため、C説を採用しない。

- (3) たしかに、窃盗(235条)の罪を犯した者が暴行・脅迫を行った場合には事後強盗(238条)が検討される余地はあり、事後強盗罪の規定は窃盗罪と強盗罪が成立しうる場合の2重の犯罪的評価を加えることを避ける趣旨であると解せる。そうだとすると、上記事例の場合に窃盗罪と強盗罪が成立し両罪を併合罪として扱うことはまさに犯罪的評価を二重に加えていることとなり妥当でない。

しかし、本件では窃盗ではなく詐欺行為後の暴行・脅迫事例である。詐欺の罪を犯した者が暴行・脅迫を行った場合には、事後強盗にあたるような規定は存在しない。つまり、法は、詐欺罪と強盗罪が成立しうる場合であっても二重の犯罪的評価を加え得ないとしている。よって本件事例のような場合に詐欺罪と強盗罪が成立し、両罪を併合罪として扱うことは自然な流れである。

- (4) したがって検察側はB説を採用する。

VI. 本問の検討

第1 共謀の成立

1. XおよびYは、共謀の上、Aから覚せい剤を受け取り、その後、Aを殺害しようとした。これらの行為に、1項詐欺罪(246条1項)および2項強盗殺人未遂罪(243条, 240条後段, 236条2項, 43条本文, 44条)が成立するか。
2. 共謀共同正犯(60条)が成立するためには、①共謀、②共謀に基づく実行が必要である。
3. 本件では、「Aを呼び出し、YがAの在室する部屋で覚せい剤を取ってから、入れ替わりにXが入室して射撃する」旨の計画を、自己の犯罪を実現する意思でYはXに指示しており、Xも自己の犯罪を実現する意思でこれに同調している。ゆえに、XY間に詐欺及

⁹ 大谷・前掲 228頁。

¹⁰ 只木誠『罪数論の研究 [補訂版]』(成文堂、2009年)165頁以下参照。

び2項強盗殺人の共謀があったと認められる。

そこで、以下では、共謀に基づいて実際に本件犯罪計画の実行が行われたのかを検討する。

第2 Yの行為について

1.(1) Yは、覚せい剤を受け取って代金を支払わずに逃走している。この行為に詐欺罪(246条1項)が成立するか。

(2) 詐欺罪が成立するためには、①欺罔行為、②欺罔行為に基づく錯誤、③錯誤に基づく処分行為、④財産的損害が必要である。

2.(1) 本件では、Yは、Aに対し、覚せい剤の買手がいるように装って覚せい剤の取引を申し込み、代金を支払うつもりがないにもかかわらずAから覚せい剤1.4kgを売る旨の返事を得ている。この行為は覚せい剤の処分行為に向けられた欺罔行為にあたる(①)。

(2) また、当該欺罔行為がなければ、AがYに覚せい剤を渡すこともないであろうから、欺罔行為に基づく錯誤も認められる(②)。

(3) そして、現実にはAはYに対して覚せい剤を渡し、Yはこれを受け取っていることから錯誤に基づく処分行為も認められる(③)。

(4) また、これによって、Aは本件覚せい剤1.4kgを失っていることから、財産的損害もある(④)。

(5) したがって、Yの行為に詐欺罪が成立する。

第3 Xの行為について

1. (1) Xは、至近距離からAに対して拳銃で弾丸5発を発射した。この行為に2項強盗殺人未遂罪(刑法243条、240条後段、236条2項、43条本文、44条)が成立するか。

(2) 未遂犯の処罰根拠は、法益侵害の具体的危険を惹起したことに求められるから、刑法43条本文にいう「実行の着手」とは、法益侵害の具体的危険を有する行為を行ったことをいう。

ゆえに、2項強盗殺人未遂罪が成立するためには、①強盗が、②人を殺害する具体的危険を有する行為を行ったことが必要である。

2. (1) 本件では、Xは拳銃の発砲によってAの反抗を抑圧するに足る暴行を行っており、また、XはAに対する債務の支払いを免れる目的でAを殺害しており、その結果、債権の相続人等においてこれを行行使することが不可能もしくは著しく困難になっており、または、速やかな債権の行使をも、当分の間不可能ならしめて、債権者による相当期間の支払い猶予の処分行為を得たのと実質上同視しうる現実の利益を得たという意味において、財産上不法の利益を得たと認めうる¹¹。ゆえに、Xの行為は2項強盗罪(236条2項)に該当し、Xは「強盗」にあたる。

(2) また、Xは至近距離からAに対し拳銃で弾丸5発を発射し、防弾チョッキを着ていたとはいえ、Aに、重傷を負わせたのであるから、Aを殺害するに至る具体的危険性があったと評価できる。

¹¹ 大阪高判昭和59・11・28高刑集37巻3号438頁参照。

(3) Yは、覚せい剤取引を口実にAをおびき出して殺害する計画を立てており、手順を少し変えたものの、当初からAを殺害するつもりであり、また、現に実行する際にもAに対して至近距離から拳銃で5発もの弾丸を発射していることから、故意(38条1項)が認められる。

(3) したがって、Xの行為には、2項強盗殺人未遂罪が成立する。

第4 罪数

検察側は、B説を採用するところ、X及びYは、共謀を介して、詐欺罪と2項強盗殺人罪の罪責を負い、併合罪(45条)となる。

VII. 結論

X及びYは、詐欺罪と2項強盗殺人罪の罪責を負い、併合罪(45条)となる。

以上