

## I. 事実の概要

- 5 (1) 甲が所属する暴力団 A 一家は V 所属の暴力団 B 会と対立抗争中であった。A 一家 C 組組長乙は、知人である丙と話し合った結果、丙がかねて知り合いであった V を、覚醒剤取引を口実におびき出せることが分かったので、V を殺害し、B 会の力を弱め、覚醒剤を奪うことで資金源をなくす計画を立てた。
- 10 (2) 丙は、V に対し、覚醒剤の買い手がいるように装って覚醒剤の取引を申し込み、V から覚醒剤 1.4 キログラムを売る旨の返事を得たうえ、甲・乙・丙らは博多駅付近で合流した。その際に、丙は、甲に対し「V をホテルに呼び出す。2 部屋として 1 つに V を入れ、もう 1 つの部屋にはお前が隠れておれ。俺が相手の部屋で物(覚醒剤)を取りその部屋を出した後、お前の部屋にいつか合図するから、そのあとお前は入れ替わりに相手の部屋に入って相手を殺れ」と指示し、甲はこれに同調した。
- 15 (3) 丙はホテル 303 号室に V を案内し、V の持参した覚醒剤を見てその値段を尋ねたりした後、先方(買主)と話してくると言って一旦甲が待機している 309 号室に行ってから再び 303 号室に戻り、V に対し「先方は品物を受け取るまでは金はやれんと言うと」と告げると、V は「こっちも金を見らねば渡されん」と答えてしばらくやり取りが続いた後、結局 V が譲歩して「ならこれあんたに預けるわ」と言いながら、丙に覚醒剤約 1.4 キログラムを渡したので、丙はこれを受け取り、V に「一寸待って」と言い、303 号室を出て 309 号室に行き、甲に対し「行ってくれ」と述べて 303 号室に行くように指示し、逃走した。
- 20 (4) その後、甲は少し時間を置いてから 303 号室に入り、至近距離から V めがけて拳銃で弾丸 5 発を発射したが、V が防弾チョッキを着ていたため、重傷を負わせたにとどまり、殺害の目的は遂げなかった。
- 25 甲及び乙、丙についての罪責を論ぜよ。

参考判例：最決昭和 61 年 11 月 18 日刑集 40 卷 7 号 523 頁

## II. 問題の所在

- 30 1. 財物の奪取について詐欺罪ないし窃盗罪が成立する場合に、暴行・脅迫によってその返還ないし支払を免れる行為に 2 項強盗罪が成立するか。
2. 覚醒剤の代金支払請求権や返還請求権といった民法上保護に値しない利益の侵害にも財産犯を肯定し得るか。

### III. 学説の状況

#### 1. 詐欺罪・窃盗罪後の2項強盗罪の成否について

ア説

2項強盗の成立を否定する説<sup>1</sup>。

5

イ説

2項強盗の成立を肯定する説<sup>2</sup>。

#### 2. 民法上保護に値しない利益の要保護性について

10 α説

民法上保護に値しない利益については、2項強盗の客体からは除外されるとする説<sup>3</sup>。

β説

民法上保護に値しない利益も、2項強盗の客体に含まれるとする説<sup>4</sup>。

15

### IV. 判例

#### 2項強盗の成立について

高松高裁昭和30年4月27日(う)第65号

[事案の概要]

20 被告人は、無銭飲食を企て代金を支払う意思がないにもかかわらず飲食物を注文して飲食し、勘定を請求してきた店員の反抗を抑圧して、その場から逃走した。

[判旨]

25 「無銭飲食を企て代金を支払う意思がないにもかかわらず飲食物を注文して飲食した場合には・・・その時既に詐欺は成立して居るのではあるけれども、騙取した飲食物の価額を弁償支払すべき義務が依然として存するのであり、・・・被告人はその時右飲食代金に相当する金員の支払を免れて財産上不法の利益を得たものであり刑法第236条第2項の場合に該当するのである。」

[引用の趣旨]

30 詐欺罪が成立する場合にも2項強盗罪の成立を認めているため。

---

<sup>1</sup> 松宮孝明『刑法各論講義[第5版]』(成文堂、2018年)195頁。

<sup>2</sup> 高橋則夫『刑法各論[第3版]』(成文堂、2018年)281-283頁。

<sup>3</sup> 山口厚『刑法各論[第3版]』(有斐閣、2010年)215頁。

<sup>4</sup> 山中敬一『刑法各論[第3版]』(成文堂、2015年)310頁。

民法上保護に値しない利益の要保護性について

最判昭和昭和 35 年 8 月 30 日(あ)第 962 号

[事案の概要]

被告人は、麻薬売買のためと称して交付させた金品を領得するために、交付者を殺害した。

5 [判旨]

「麻薬密売買にことよせて他人を誘き出し、その所持する麻薬購入資金を預かり同人のため保管中、該金員を不法に領得する目的をもって同人を殺害し同人から事実上右金員の返還請求を受けることのない結果を生ぜしめて返還を免れたときは、たとえ右金員の授受は不法原因に基く給付であるがため被害者に返還請求権がないとしても刑法第 236 条第 2 項、第 240 条後段のが成立する。罪」

10

[引用の趣旨]

不法原因給付の返還請求権という民法上保護されない債権であっても、刑法 236 条 2 項の財産上の利益足り得ると評価していると考えられるため。

## 15 V. 学説の検討

### 1. 詐欺罪・窃盗罪後の 2 項強盗罪の成否について

ア説

当初から支払い意思なく無銭飲食した者が、反抗を抑圧する程度の暴行を加えて代金の支払いを免れたという事例において、この場合の財物と代金債務は実質的には同一のものであるから、2 項強盗罪は 1 項詐欺罪の不可罰的事後行為になるとする見解からは、暴行は、注文時に詐欺の意思があるときには暴行罪に問われるにすぎないのに、注文時に詐欺の意思があるときには 2 項強盗罪に問われることになって不均衡であるし、注文時における詐欺の意思の存否が不明の時には、1 項詐欺罪でも 2 項強盗罪でも罰することができなくなってしまう<sup>5</sup>。

20

25

よって、検察側はア説を採用しない。

イ説

2 項強盗を成立させた場合、財産の領得を二重に評価することになるという疑問については、先行する窃盗罪・詐欺罪と包括的一罪になるとすれば解決できる<sup>6</sup>。

30

よって、検察側はイ説を採用する。

### 2. 民法上保護に値しない利益の要保護性について

α 説

刑法による財産の保護は、被害者の具体的な財産被害の補填を目的とするものではなく、

<sup>5</sup> 松原芳博『刑法各論[第 2 版]』(日本評論社、2021 年)182-183 頁。

<sup>6</sup> 松原・前掲(注 5)183 頁。

所有権の保護の目的上、外観上所有権の侵害とみられる行為の処罰が合理的であり、かつ、必要だとの見地からのものであり、被害者には法的保護に値する利益がなくても、所有権侵害の外形をそなえ一般的危険性を持った行為は可罰的であるといえるから、要保護性は認められる<sup>7</sup>。

5 よって、検察側はα説を採用しない。

## β説

禁制品も、一定の場合には許可等を条件に所有・所持しうることが示すように所有権の対象たりうるものである。また、違法な所持であっても、刑法における没収制度や第三者没収

10 制度の存在は、禁制品が所有権の対象たりうることを前提としている<sup>8</sup>。

(財物とは、他人の占有する他人の所有物であるから、禁制品が所有権の対象であるならば、保護法益に含まれる。)

よって、検察側はβ説を採用する。

## 15 VI. 本問の検討

### 第1 丙の罪責

1. 丙の、Vに「先方は品物を受け取るまでは金はやれんと言うとる」と告げ、覚醒剤約1.4キログラムを受け取った行為について、詐欺罪(246条1項)が成立しないか。

(1)ア. 「欺」罔行為とは、財産的処分行為の判断の基礎となる重要な事実を偽る行為をい

20 う。また、詐欺罪は交付罪であるため、かかる欺罔行為は処分行為に向けられている必要がある。

イ. 本件において、丙は「先方は品物を受け取るまでは金はやれんと言うとる」と告げ、あたかも代金の支払いをするように見せかけており、Vは実際には代金が支払われないと知っていれば品物たる覚醒剤を交付しなかったと考えられるため、欺罔行為がある。さらに、

25 Vはかかる欺罔行為を受けて丙に覚醒剤を預けているが、これは単なる占有の弛緩ではなく、ホテルの室外という公共の空間への持出の許可にあたるため、占有移転の許可と言え、処分行為にあたる。したがって、かかる欺罔行為は処分行為に向けられている。

ウ. もっとも、本件において取引されているものは覚醒剤という禁制品であるため、「財物」にあたらぬように思われ、問題となる。

30 (ア) この点につき、検察側はβ説を採用する

(イ) したがって、覚醒剤は「財物」にあたる。

(2) Vは、かかる欺罔行為によって代金が支払われるという錯誤に陥り、覚醒剤を交付している。

(3) 故意(38条1項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識認容をいうところ、乙にこ

<sup>7</sup> 藤木英雄『刑法講義各論』(弘文堂、1976年)285、286頁。

<sup>8</sup> 西田典之『刑法各論[第7版]』(弘文堂、2018年)154頁。

れに欠ける点はない。

また、不法領得の意思とは、①権利者を排除し、他人の物を自己の所有物として②その経済用法に従って利用・処分する意思をいうところ、乙にこれに欠ける点はない。

5 (4) よって、丙の本件行為に詐欺罪が成立し、後述の通り、甲乙との共同正犯(60条)となる。

2. 丙について、後述の甲の行為について2項強盗殺人未遂罪の共同正犯が成立しないか。

(1) そもそも、共犯の処罰根拠は自己又は他人の行為を介して構成要件的结果発生の共同惹起にある。したがって、共同正犯の成立要件は、①共謀②共謀に基づく実行行為であり、①についてはa意思連絡b正犯意思から判断すると考えられる。

10 (2) 本件において、丙は甲乙らと共にVを殺害し覚醒剤を奪う計画を立てており意思連絡が認められ、また、Vに対し、覚醒剤の買い手がいるように装って覚醒剤の取引を申し込んだり、実際に交渉して覚醒剤を受け取るなど重要な役割を果たしており、正犯意思が認められる(①充足)。かかる共謀に基づき甲が実行行為を行っている(②充足)。

(3) したがって、丙に2項強盗殺人未遂罪の共同正犯が成立する。

15

## 第2 甲の罪責

1. 甲について、前述の丙の行為について詐欺罪の共同正犯が成立しないか。

(1)共同正犯の成立要件は前述のとおりであるところ、本件において甲は、乙丙らと共に当該計画を立てており意思連絡が認められ、また、かかる計画の遂行によってB会の力が弱  
20 まれば、A会内での甲の地位が高まると考えられるため、正犯意思も認められると考えられる(①充足)。さらに、かかる共謀に基づき丙が実行行為を行っている(②充足)。

(2)したがって、甲に詐欺罪の共同正犯が成立する。

2. 甲の、Vに発砲して重傷を負わせた行為について、すでに覚醒剤の占有はVから丙に完全に移転しているため1項強盗殺人未遂罪(236条1項、240条後段、243条)は成立しな  
25 いが、かかる行為によって覚醒剤の代金支払を免れているため、2項強盗殺人未遂罪(236条2項、240条後段、243条)は成立しないか。

(1)ア. もっとも、すでに甲らには詐欺罪の共同正犯が成立しているため、2項強盗罪の成立を検討することは財産の領得を二重評価しているように思われ、問題となる。

イ. この点について、検察側はイ説を採用する。

30 (2)ア. 「暴行」とは、反抗を抑圧するに足りる程度の不法な有形力の行使をいうところ、本件において、甲は、殺傷能力の高い拳銃という武器を用いて弾丸5発を発射しているため、「暴行」している。

また、「財産上不法な利益を得」とは、1項強盗との均衡の観点から、現実的かつ具体的な利益を得ることが要され、また、処分行為は不要であると考えられところ、本件におい  
35 て、甲はかかる行為によって、Vに対する代金支払債務という具体的な債務の履行を免れるという具体的な利益を得ている。さらに、丙はVに買い手の部屋を告げておらず、Vは買

い手が誰であるかを知らないし、覚せい剤は法禁物であるから、売買の無効を主張できず、返還を求めるには実力行使するしかないため、債権の追求が事実上不可能ないし著しく困難であるといえる。

したがって、「財産上の利益を得」ている。

5 (3) また、甲はVに対して殺意をもって発砲しており、「実行に着手」(43条本文)しているが、Vの死亡結果は発生していない。

(4) 故意及び不法領得の意思とは、前述のとおりであるところ、甲にこれに欠ける点はない。

(5) よって、甲に2項強盗殺人未遂罪が成立し、後述の通り、乙丙と共同正犯となる。

10

### 第3 乙の罪責について

1. 乙について、詐欺罪及び2項強盗殺人未遂罪が成立するか。

(1) 共同正犯の成立要件は、前述のとおりであるところ、本件において乙は、甲丙らと当該計画を立てており、意思連絡が認められる。また、かかる計画の遂行によってB会の力が弱まれば、相対的に乙が組長を務めるA会の力が強まるため、正犯意思も認められると  
15 考えられる(①充足)。また、かかる共謀に基づき、甲又は丙が実行行為を行っている(②充足)。

(2) したがって、乙に詐欺罪及び2項強盗殺人未遂罪が成立する。

### 第4 罪数

20 甲乙丙に詐欺罪と2項強盗殺人未遂罪が成立し、両者は包括一罪となる。

## VII. 結論

甲乙丙に詐欺罪と2項強盗殺人未遂罪が成立し、両者は包括一罪となる。

25

以上