

第 48 問

以下の事例に基づき、甲、乙及び丙の罪責について論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

- 1 暴力団組員である甲は、対立する暴力団組員である A から覚せい剤を奪い、損失を与えてやろうと考えた。

甲が懇意にしていた後輩組員の乙を呼び出し、自分の考えを伝えると、乙は、日頃から A を疎ましく思う気持ちがあったことから、すぐさま甲の話に乗った。甲と乙は、そこでの話し合いにより、ホテルの一室で A から覚せい剤を入手すること、そしてその後、覚せい剤の返還を免れるため A を殺害することを決めた。具体的な役割分担は、甲が行うのは、A に覚せい剤の買い手がいるという嘘を伝え、ホテルの一室に A をおびき出すこと、ホテル室内で覚せい剤購入について嘘の商談をし、A から覚せい剤を入手すること、乙が行うのは、ホテルの隣室で待機し、甲が覚せい剤を持って逃亡したのを見届けてから、A のいる部屋に入り、けん銃で A を射殺すること、とされた。甲及び乙は、使用するホテルは、内とびらが有り、両室を廊下を出ることなく行き来できるところの方が都合がよいと考えたため、両部屋ともにワンルームで手狭ではあるが、そのような構造を有する B ホテルの 701 号室と 702 号室を用いることにした。

話し合いを進めるうちに、逃走には車が必要であると感じた乙は、自分が面倒を見ている新入り組員の丙を呼び出し、上記の計画を伝えた上で、「甲さんが逃走するための車がいる。甲さんと俺が計画を実行する際、B ホテル入り口で待機し、ブツを持ってきた甲さんが現れたら、甲さんを乗せて車を出してほしい。また、覚せい剤と甲さんを安全なところへ避難させたら、戻ってきて今度は俺を車に乗せて同じところへ連れて行ってほしい。」と持ちかけた。丙は、人を死亡させることになる計画に協力することには乗り気ではなかった。しかし、丙は乙に「お前、手伝わなかったらどうなるか分かるだろうな。」とすぐめられたため、断ることができず、やむなく乙の依頼を承諾した。

- 2 某日、甲は、計画通り A を B ホテルのロビーに呼び出した。A との商談は 701 号室で行われる予定であったため、甲は、A を 701 号室へと案内した。甲は、A を 701 号室に備え付けられている椅子に座らせると、「買い手と話をしてくる。」と述べ、内とびらを利用して、既に乙の待機していた 702 号室へと向かった。

A は、甲が内とびらを用いて 702 号室へ行くのを見たため、702 号室に買い手が待機しているのだと思った。

- 3 甲は再び 701 号室に戻ると、真実は代金を支払う意図はないにもかかわらず、そのような意図を伏せたまま、まず現物を隣室にいる買い手に見せてからでないと契約が結べないし、代金も支払えない、と A に述べた。A は一時難色を示したものの、甲が熱心な様子であったし、現物を見せないと購入希望価格も決定することができないだろうと考えるに至った。そこで、A は、まずは現物を買手に見せるため、覚せい剤を隣室まで持ち出すことを了承し、甲に対して、覚せい剤を交付した。甲は A から覚せい罪を受

け取ると、701号室から内とびらを経て隣の702号室に入った。甲は覚せい剤を乙に見せると、「先に出ておく。」と述べて、覚せい剤を持ったまま、廊下側のドアから部屋を出た。

乙は、702号室の窓からBホテル入りを観察し、ロビーから出て来た甲が丙の車に乗り込むのを確認した。そこで、乙は、702号室から内とびらを使って701号室に入った。Aは、突然の乙の来訪に困惑したものの、「なんでお前がいるんだ、甲はどこだ。」「ブツを返せ。」などと叫び、乙に飛びかかろうとしてきた。これに対して、乙は、背後に隠していたけん銃を取り出してAの頭部目がけて発射し、銃弾は頭部に命中しAは即死した。その後、Aが死亡していることを確認した乙は、速やかに701号室を退室した。乙は、そのままBホテル入り口へ行き、甲を降ろして戻ってきた丙の運転する自動車に乗り、逃走した。

※ 本問は、最決昭61.11.18【百選Ⅱ39】及びその共犯者（本問丙に相当）に対する福岡地判昭59.8.30【百選Ⅰ78】を素材とする問題である（以下、前者を「素材判例」、後者を「素材裁判例」という。）。

第1 甲及び乙がBホテルに立ち入った行為

甲及び乙には、建造物侵入罪（130前段）が成立し、共同正犯（60）となる。丙は幫助犯（62Ⅰ）でよいだろう（下記参照）。

第2 甲がAから覚せい剤の交付を受け、これを持ち去った行為

1 甲の罪責

窃盗罪（235）又は詐欺罪（246Ⅰ）の成立が考えられるが、そのいずれとみるべきかが問題となる（**論点** 欺く行為と財産的処分行為との関係）。

この点について、素材判例は、いずれが成立するか明らかにしなかった。これに対して、同判例の谷口裁判官意見は詐欺罪が成立するとしている。

本問では、いずれが成立するとしてもよいが、以下のような事実を指摘、評価しながら論じることが求められている。解答例では、窃盗罪が成立するとしている。

- ・Aが甲に交付した対象物件は、覚せい剤という法禁物であること
- ・701号室702号室共に手狭なワンルームであって内とびらでつながっていること
- ・Aが、買い手が上記702号室に待機しているものと認識（誤解）していたこと
- ・覚せい剤の売却価格も決まっておらず、Aは、現物確認のために甲に交付したにすぎないこと

総合 208 頁 論証 102 頁

2 乙及び丙の罪責

乙は、関与形態から考えて共同正犯となるとみてよいだろう。

難しいのは、丙である。共同正犯となるか、幫助犯となるかが問題となる（**論点** 共同正犯の成立要件（共謀共同正犯論） **論** 司H20,H24,H27,H28,H29,予H24,H27,旧H7-1,H14-1,H15-1,H18-1））。

この点について、素材裁判例は、①被告人の犯行への消極的・窮状的状况、②被告人の消極的参加動機の内容、③謀議への関与の程度の低さ、④報酬のなさ、⑤犯行への関与の従属性、⑥被告人の犯行加担行為の偶然性を挙げ、共同正犯ではなく、幫助犯に止まるとしている。

本問においても、これらの事情を考慮し、共同正犯となるか幫助犯となるか論じる必要がある。解答例は、幫助犯としている。

総合 132 頁 論証 56 頁

第3 乙が701号室へ入室し、Aを射殺した行為（**論点** 財物の占有

を確保した後の暴行・脅迫 **論** 予H26,旧H13-2）

総合 206 頁 論証 98 頁

1 1項強盗罪の成否

判例は、財物の奪取が先に行われた場合でも、（なお不安定な状態にある）占有を暴行・脅迫によって確保したといえる場合には、1項強盗罪が成立すると解している（最判昭24.2.15）。

本問と同様の事案において、素材判例は、「本件においては、被告人

が303号室に赴き拳銃発射に及んだ時点では、[共犯者ら]は本件覚せい剤を手中にして何ら追跡を受けることなく逃走しており、すでにタクシーに乗車して遠ざかりつつあったかも知れないというのであるから、その占有をすでに確保していたというべきであり、拳銃発射が本件覚せい剤の占有奪取の手段となっているとみることは困難であり、被告人らが本件覚せい剤を強取したと評価することはできないというべきである。」として、1項強盗罪の成立を否定した。

本問でも、1項強盗罪は成立しないとみるべきだろう。

2 事後強盗罪の成否

第2において成立するとした犯罪が窃盗罪の場合、事後強盗罪(238)の成立可能性も残る。

もっとも、事後強盗罪の成立には、窃盗の機会性が要求されると解されるところ、本問事案では、Aから容易に発見される等の状況がなくなっている(最判平16.12.10【百選Ⅱ42】参照)から、これは認められないというべきだろう。

したがって、いずれにしても、事後強盗罪は成立しない。

3 2項強盗(殺人)罪の成否

素材判例は、「被告人による拳銃発射行為は、[被害者]を殺害して同人に対する本件覚せい剤の返還ないし買主が支払うべきものとされていたその代金の支払を免れるという財産上不法の利益を得るためになされたことが明らかであるから、右行為はいわゆる2項強盗による強盗殺人未遂罪に当たる」として、強盗殺人(未遂)罪の成立を認めた。

本問でも、同様に解するとすると、2項強盗殺人罪が成立することになる。

以上の点については、素材判例が直接判示するところではないが、いくつかの論点がある。

第1に、被害者による処分行為がなくても、2項強盗罪が成立するのか、という点である。

この点について、判例(最判昭32.9.13【百選Ⅱ40】)は、「[刑法]236条2項の罪は1項の罪と同じく処罰すべきものと規定され1項の罪とは不法利得と財物強取とを異にする外、その構成要素に何らの差異がなく、1項の罪におけると同じく相手方の反抗を抑圧すべき暴行、脅迫の手段を用いて財産上不法利得するをもって足り、必ずしも相手方の意思による処分行為を強制することを要するものではない。」として、処分行為を不要とする立場に立っている。

もっとも、2項強盗罪の成立範囲を限定するため、債権者による当該債務の履行の追及が事実上不可能若しくは著しく困難な状態になるという現実に財産上の利益を取得するとみられる事情が必要であるなどと解されている。

本問では、このような限定を付したとしても、問題なくクリアできるだろう。なお、解答例では、答案スペースの関係から、この限定の点については、検討を省略している。

第2に、「本件覚せい剤の返還ないし買主が支払うべきものとされていたその代金の支払を免れる」という点が、民事法上保護に値しない権利利益であるにもかかわらず、同罪が成立するのか、という点である。

この点について、素材判例の調査官解説は、「刑法の財産罪の趣旨は、個々の被害者の具体的財産被害の填補にあるのではなく、財産法秩序が不法手段により乱されることを予防することを通じて、私人の財産上の正当な権利・利益を保護することにあるのであるから、被害者に具体的には法的保護に値する利益がない場合であっても、財産権侵害の外形を備え、正当な財産権を侵害する一般的危険性を備えた行為は、財産罪の処罰対象とするのが相当である。」とした上で、「禁制品が奪取罪の客体になると解するのと同じ趣旨で、その返還を免れるという利益は2項強盗罪等の2項犯罪の客体になると解すべき」であると述べている。

第3に、殺人の故意ある場合について、240条後段で評価してよいかという点である。

この点について、判例は、殺人の故意ある場合にも、同条後段を適用するという立場を採っている（最判昭32.8.1）。

なお、このほか、素材判例の谷口裁判官意見は、「窃盗犯人が所持取得後窃取にかかる金品の被害者に対する返還を免れるために被害者等に暴行、脅迫を加えた場合は、刑法238条の事後強盗の要件を充たすときにのみ、強盗を以て論ずることができる」としているから、第2において成立するとした犯罪が窃盗罪の場合、この点について論じることとも考えられる。なお、解答例においては、答案スペースの関係からこの点の検討は省略している。

第4 罪数（**論点** 財物の占有を確保した後の暴行・脅迫 **論** 予H26,旧H13-2）

 206 頁  98 頁

素材判例は、「先行する本件覚せい剤取得行為がそれ自体としては、窃盗罪又は詐欺罪のいずれに当たるにせよ、〔本件〕事実関係にかんがみ、本件は、その罪と（2項）強盗殺人未遂罪のいわゆる包括一罪として重い后者の刑で処断すべきものと解するのが相当である。」として包括一罪としている。

素材判例の調査官解説によれば、法益面での密接な関連性、時間的場所的近接性、犯意の一個性等が考慮されているようである。

第 1 甲及び乙が B ホテルに立ち入った行為

上記行為は、甲らが A から覚せい剤を入手し、A を射殺するための立入りであって、B ホテルの管理権者の意思に反するから、「正当な理由がないのに、……人の看守する……建造物……に侵入」したものとして、①建造物侵入罪（130条前段）が成立し、両名は同罪の共同正犯（60条）となる。なお、丙は下記の関与形態から、幫助犯となる（62条1項）。

第 2 甲が A から覚せい剤の交付を受け、これを持ち去った行為

1 甲の罪責について

(1) まず、詐欺罪（246条1項）が成立するかを検討する。

詐欺罪が成立するためには、相手方の処分行為に基づく「交付」によって占有移転がなされる必要がある。

確かに、A が甲に交付した対象物件は、覚せい剤という法禁物であり、所持の移転は所有の移転に直結するものであるから、この時点で占有移転がなされたとも思える。しかし、A が、取引の相手方が控えている部屋が 702 号室であり、701 号室 702 号室共に手狭なワンルームであって内とびらでつながっていると認識していたこと、売却価格も決まっておらず、A は現物確認のために甲に覚せい剤を交付したにすぎないことからすれば、A は、覚せい剤の占有を、甲又は買い手に移転させるつもりはなく、いまだ A の管理下に置くことを前提にして、甲に覚せい剤を交付したと考えるべきである。

したがって、A の処分行為に基づく占有移転が認められないから、詐欺罪は成立しない。

1

(2) 一方で、甲が覚せい剤を持ったまま、702 号室を出た行為は、A の意思に反してその占有を移転させたことになるから、「他人の財物を窃取した」（235条）といえ、窃盗罪が成立する。なお、覚せい剤は法禁物であり、法律上正当に所有することが認められないのであるから、「財物」といえるかが問題となり得るが、禁制品もその没収には一定の手続が必要であるから、その限度で事実上の所有が可能であり、「財物」性を認めるべきである。

(3) 以上より、甲には、②窃盗罪が成立する。

2 乙の罪責について

(1) 乙は、A の覚せい剤を窃取した行為につき、自ら実行行為をしていないが、実行行為を行っていない者であっても、60条の根拠である相互利用補充関係による共同犯行の一体性が認められる以上、「共同して犯罪を実行した」とみることに問題はない。

したがって、共同性を基付ける意思連絡及び正犯性を基礎づける正犯意思が認められる場合には、共同正犯となると解する。

(2) 乙は甲と事前に犯行計画を練っているため、上記行為（犯罪）についての意思の連絡がある。また、乙には、日頃から A を疎ましく思う気持ちがあったことから犯行に及んでおり、自己の欲求を満足させる動機がある。加えて、犯行後に甲が逃走するための車が必要であると考へ、丙を呼び出して車を用意させるなど、主体的な関与もある。

したがって、正犯意思も認められ、乙は窃盗罪の共同正犯となる。

3 丙の罪責について

2

(1) 丙にも同罪の共同正犯が成立するか、上記基準に照らして判断する。

まず、丙も乙から計画を事前に全て知らされているから、上記行為について意思連絡はある。

もっとも、正犯意思に欠ける。確かに、丙は、甲の逃走を助けるための車を用意しており、犯罪の実現に一定程度貢献している。しかし、丙は計画に乗り気ではなく、丙の協力の動機は、乙にすぐまれて脅えたことにあり、消極的なものである。また、丙は、犯行を主体的に計画しておらず、乙の指示に従っているだけにすぎない。そうだとすれば、正犯意思が認められず、窃盗罪の共同正犯は成立しない。

(2) 一方で、丙が逃走用の車を用意することで、甲らの犯行を助長、促進しているといえるから、同罪の幫助罪となる。

第3 乙が701号室へ入室し、Aを射殺した行為

1 乙の罪責について

(1) まず、乙がAを射殺する以前に、甲は丙の車に乗り込みBホテルを後にしており、遅くともこの段階では、覚せい剤の占有は確保されていたといえるから、1項強盗罪は成立しない。

(2) 次に、事後強盗罪の成立を検討するに、同罪の成立には、強盗罪（236条1項）との均衡を図るべく、窃盗の機会性が必要であるところ、乙が、A目掛けて発砲した段階では、既に覚せい剤を持った甲が自動車でBホテルを出発しており、Aから容易に発見される等の状況がなくなっているから、窃盗の機会性を欠く。

したがって、事後強盗罪も成立しない。

3

(3) では、2項強盗罪は成立しないか。

ア まず、民法上保護されない覚せい剤の返還請求権が「財産上……の利益」（236条2項）に当たるかが問題となる。ところ、民事法的には法的保護に値する利益がない場合であっても、不法な手段によって財産法秩序を乱す行為を容認することは、私人の正当な権利利益の実現を不能ならしめることになるため、肯定的に解する。

イ また、乙は、上記請求権を免れるため、射殺という反抗抑圧に足る「暴行」を行い、上記利益を「得」たといえるから、同罪が成立する。なお、同罪の成立に処分行為は必要かが問題となる。ところ、強盗利得罪は、被害者の意思を抑圧して財産上の利益を強取する犯罪類型である以上、同罪における「暴行」は、処分行為に向けられたものである必要はないと解する。

(4) そして、強盗である乙が殺意をもってAを射殺しようとしたものであるから、③強盗殺人罪（240条後段）が成立する。なお、240条後段は、「よって」の文言がなく、故意がある場合も含む。

2 甲及び丙の罪責について

上記甲及び丙の関与形態からすれば、甲には強盗殺人罪の共同正犯が、丙には同罪の幫助犯が成立する。

第4 罪数

甲及び乙には、①、②及び③の共同正犯が成立し、同一機会性に鑑み、②は③と包括して評価され、目的手段の関係にある①と牽連犯（54条後段）となる。丙には、①、②及び③の幫助犯が成立する。以上

4