

予備試験

---

平成30年 予備試験論文分析会  
刑法・刑事訴訟法  
講師オリジナルレジュメ

---

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 186108

LU18610



## [刑 法]

### <分析例>

#### 甲の罪責

#### 第 1 V に対する業務上横領罪（253 条）の成否

##### 1 「業務上」

- ・ 投資会社設立後の投資のための前渡金として V から現金 500 万円を預かった  
→ 甲は、自己の経営する投資事業の一環として、V から預託された金銭を管理・保管する地位にあった

##### 2 「自己の占有する」 参考判例 1・2

#### 【論述例】預金の占有

預金の正当な払戻権限を有する者に対しては銀行に払戻義務があることから、銀行が払戻しを拒否することについて保護に値する利益はない。

そうすると、預金について、行為者に本条の「占有」が肯定されるか否かについては、対銀行との関係で行為者に正当な払戻権限が認められることを前提として、行為者が当該預金に対して濫用のおそれのある支配力を及ぼしているか否かより判断すべきである。

- ・ 甲の上記地位は、V からの委託に基づくもの  
→ V と甲との間には、上記 500 万円の振込みの原因となる法律関係があり、同預金について A 銀行との関係で甲の正当な払戻権限は否定されない
- ・ 定期預金証書は V において保管していたものの、届出印は甲において保管していた  
→ 甲は、A 銀行において本人確認手続・証書再発行手続を経れば、いつでも預金を引き出すことができる地位にあり、上記 500 万円について実質的な管理・支配を及ぼしていた

##### 3 「他人の物」

- ・ V からの預り金 → 甲名義の口座内の預金であっても V の所有に属する
- ※ 預金は、厳密には「財物」ではなく「預金債権」であるが、預金口座を管理する者にとっては現金の引き出しがいつでも可能であるという意味において現金それ自体に準じる性質があるとされる。

#### 4 「横領した」

- ・ 甲とVとの間では、500万円の預け入れに際して、同預り金は甲の設立する会社による投資のみ充てることが確認されていた
  - ・ 甲は、乙に対する自己の借金の返済に流用する意図で、上記預り金500万円の定期預金について解約手続をした上で払戻しを行った
- 甲による払戻しは、Vからの委託の任務に背いて所有者でなければできない処分をする意思の外部的な発現行為といえる
- ※ 横領罪の既遂時期（成立時期）につき、払戻行為の時点で不法領得意思の発現を認めた場合、甲が払い戻した現金をその後乙への借金返済に充てた行為は、不可罰的事後行為となる。

#### 5 故意

#### 6 結論

以上より、本罪が成立する

### 第2 Cに対する詐欺罪（246条1項）の成否

- ※ 500万円の払戻行為について、Vに対する横領罪とは別に銀行に対する詐欺罪が成立し得るか否かについて、平成21年司法試験出題趣旨において、「「預金の占有」を有する者には横領罪が成立し得るものの窃盗罪や電子計算機使用詐欺罪は成立しないと解される」と指摘されている。たしかに、預金に対する占有は、一見して銀行の“**事実上の支配**”と預金名義人の“**法律上の支配**”が重複するかのような様相を呈する。もっとも、この2つの“支配”は排他的な関係にあり、同一客体について横領罪と奪取罪（窃盗罪又は詐欺罪）は同時に成立しないと一般的に理解されている。すなわち、預金について預金名義人の占有（法律上の支配）を肯定した場合、それはその者に正当な払戻権限があることを意味し、その者との関係で銀行には自己の占有（事実上の支配）を保持する正当な理由がない（銀行は払戻しに応じる義務がある）ことになり、この場合、銀行からの引出し又は払戻しを銀行の「意思に反する占有移転（窃取）」又は「錯誤に基づく占有移転（詐取）」とは評価できないと考えられる。本問においても、預金について甲の占有を否定した場合は、銀行に対する詐欺罪が成立し得る（参考判例2は、詐欺罪成立の前提として「**振込依頼人と受取人である被告人との間に振込みの原因となる法律関係は存在しない**」と指摘しており、被告人の正当な払戻権限（預金の占有）を否定したものと理解できる。）。これに対して、預金について甲の占有を肯定した場合、上記出題趣旨の考え方によれば、Vに対する横領罪とは別に銀行に対する詐欺罪は成立しないことになろう。

### 第3 Vに対する強盗利得罪の乙との共同正犯（60条、236条2項）の成否

#### 1 共同正犯の成立要件 参考判例3

##### 【論述例】共同正犯

二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、①共同意思のもとに一体となって互いに他人の行為を利用し、各自の意思（自己の犯罪を実現する意思）を実行に移すことを内容とする謀議（共謀）をなし、②よって（共謀に基づいて）、犯罪を実行した場合には、「共同して犯罪を実行した」（60条）場合に当たり、共同正犯が成立する。なぜならば、この場合には、相互に他人の行為を自己の犯罪遂行の手段として利用して犯罪を実行したものと認められるからである。

#### (1) 共謀

- ・ 乙が、甲に対し、甲と乙の2人でV方に押し掛け、Vを刃物で脅して、「甲とVの間には一切の債権債務関係はない」という内容の念書をVに無理矢理作成させて債権放棄させることを提案した
  - ・ 甲は、「わかった。」と言って了承した
- 甲及び乙は、刃物による脅迫を手段としてVに債権放棄の念書を作成させることについて意思連絡を遂げた

#### (2) 共謀に基づく実行

##### ア 共謀に基づく実行行為（因果性）

##### ① 甲の脅迫行為

- ・ 上記共謀に基づいて、甲は予め用意したサバイバルナイフをVの目の前に示しながら、Vに対し「投資話を反故にした違約金として500万円を出してもらおう。流用した500万円はそれでちゃらだ。今すぐここで念書を書け。」と言った

##### ② 乙の暴行行為

- ・ 乙は、Vに対し、「さっさと書け。面倒かけやがって。」と言って、Vの胸倉をつかんでVの喉元にサバイバルナイフの刃先を突き付けた
- 乙の暴行行為について、共謀に基づく実行と評価できるか？（共謀の射程）

### 【論述例】共謀の射程（因果性）

特定の犯罪の共謀がなされた場合において、共謀の因果性が実行行為に及んでいるか否かについては、共謀内容と実行内容との不一致の有無・程度、共謀内容における実行者の行動を制限するような制約の有無、共謀段階における特定の共謀者の他の共犯者に対する影響力の程度等の事情を総合的に考慮して、共謀に参加した者の実行行為が当該共謀に基づくものであるか否かを具体的に判断すべきである。

- ・ 共謀形成過程において、甲は乙に対し、「あくまで脅すだけだ。絶対に手は出さないでくれ。」と言っていた → 共犯者による行動の制限する言動（消極）
  - ・ 乙は、甲が予め用意したサバイバルナイフを犯行用具として現に用いて上記暴行に及んでいる → 乙の暴行の手段として物理的因果性が及んでいる（積極）
- ※ 乙の暴行行為が共謀に基づく実行ではない（共謀の射程外である）と認定した場合、甲の脅迫行為の時点では V は念書の作成を拒絶していることから、甲は強盗未遂罪（又は恐喝未遂罪）にとどまる（甲の脅迫行為と財産上の利益移転に因果関係がない）と評価される余地がある。

#### イ 「暴行又は脅迫」（反抗抑圧）

- ・ 上記共謀に基づく甲の脅迫行為及び乙の暴行行為は、いずれも殺傷力のあるサバイバルナイフを凶器として用いて行っている
  - いずれの実行行為も、客観的に相手方の反抗を抑圧するに足りる程度の「脅迫」及び「暴行」に当たる
- ※ 乙の暴行行為は V の喉元という身体の枢要部に刃物を突き付けるものであり、甲の脅迫行為よりも一層危険性が高い。これに対して、甲の脅迫行為はそれほど危険性が高いとはいえず、それ自体を単体で評価した場合、恐喝の実行行為にとどまると評価する余地もあろう。

#### ウ 財産上の利益移転（「財産上不法の利益を得」） 参考判例 4

- ・ V が甲への違約金 500 万円を債務承認（甲に対する同額の債権放棄）する旨の念書を作成すること
- 500 万円の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産上の利益を得るもの（上記念書作成により、V は、甲に対する債権行使が不可能ないし著しく困難になる）といえる
- ⇒ 上記「脅迫」及び「暴行」は、いずれも「財産上不法の利益を得」ることに向けられたもの（強盗罪の実行行為）と評価できる

- ※ 甲及び乙の各行為が、財産上の利益移転に向けられた行為であると評価できない場合、各行為は財産罪としての実行行為性を欠き、強要罪を構成するにとどまることになるが（参考判例4）、これは強盗罪の実行行為（「暴行又は脅迫」の手段性（「用いて」）の要件）の認定の問題であり、結果発生の有無（既遂か未遂か）の認定の問題ではない。

## 2 故意

- ※ 甲は、あくまで「脅迫」を手段とする強盗の実行を計画していたものであり、乙が「暴行」に及ぶことの認識はなかった点について**具体的事実の錯誤**が問題となり得るが、強盗罪という同一構成要件事実該当する事実の認識が認められる以上、本罪の故意は否定されない（**法定的符合説**）。

## 3 結論

以上より、本罪が成立する

# 第4 Vに対する現金10万円の強盗罪の乙との共同正犯（60条、236条1項）の成否

## 1 共同正犯の成立要件

### (1) 共謀（上述）

- ※ 甲及び乙の事前共謀は、あくまでVに債権放棄の念書を作成させることを内容とするものであり、現金10万円の奪取については事前に意思連絡を遂げていない。また、犯行現場において乙が「迷惑料の10万円も払わせよう。」と甲に持ち掛けたのに対し、甲は拒絶の意思を表明していることから、現場共謀も認められない。もっとも、乙による現金10万円の奪取が甲乙間の事前共謀の明示的な内容となっていなかったとしても、当該共謀に基づく実行行為であると評価されるのであれば、かかる行為は甲に客観的に帰責されることになるから、(2)以下の検討を要する。

### (2) 共謀に基づく実行行為（因果性）

#### ① 乙の暴行行為

乙が「迷惑料として俺たちに10万円払え。」と言って、Vの胸倉をつかんでVの喉元にサバイバルナイフの刃先を突き付けた行為

→ 乙による10万円奪取に向けた行為についても、事前共謀に基づくものと評価できるか？（**共謀の射程**）

- ・ 共謀形成過程において、Vに念書を作成させること以外の実行行為については、少なくとも明示的な犯行計画の内容とはなっていなかった→**事前共謀の内容（消極）**
- ・ 乙は、事前共謀に基づく甲の脅迫行為によっては念書を作成しなかったVの態度に立腹し、念書に加えて現金も取ろうと考えて上記行為に及んだものであり、また、甲の脅迫行為の現場において、その直後に、甲が予め用意したサバイバルナイフを現に凶器として用いて上記行為に及んでいる → **動機・行為態様の連続性（積極）**

- ※ 現金10万円奪取に向けられた乙の暴行行為が事前共謀に基づく実行ではない（共謀の射程外である）と評価する場合、甲は上記行為について何ら責任を負わない。これに対して、乙の暴行行為が事前共謀に基づくものであると評価する場合、当該行為が甲に客観的に帰責され、甲は少なくとも強盗未遂罪の罪責を負うことから、下記②の検討を要する。

## ② 乙の金銭取得行為

乙が、再びV方内に入り、V所有の財布から現金10万円を抜き取った行為

→ 上記1の行為が事前共謀に基づく場合、その後の乙の金銭取得行為についても、

なお事前共謀に基づくものと評価できるか？（共犯関係の解消・離脱） **参考判例5**

### 【論述例】共犯関係の解消・離脱

共同正犯の処罰根拠は、相互に他人の行為を自己の犯罪遂行の手段として利用して犯罪を実行したものと認められる点にある。

そうだとすれば、特定の犯罪の共謀がなされた場合において、共謀に参加した者について、その共犯関係が解消されたというためには、その者が共謀を介して実行者に及ぼした因果的影響（物理的及び心理的因果性）を除去したと認められること、すなわち、他の共謀者が当初の共謀に基づいてなお実行行為を継続する客観的危険性を除去したものと認められることが必要である。

- ・ 乙は甲に対し、「ちょっと待て。迷惑料の10万円も払わせよう。」と持ち掛けたのに対し、甲は「念書が取れたんだからいいだろ。もうやめよう。手は出さないでくれと言ったはずだ。」と言って拒絶した → **犯行継続拒絶の意思表示（消極）**
  - ・ 甲は、乙の手を引いてV方から外へ連れ出した上、乙からナイフを取り上げて立ち去った → **犯行用具の回収、物理的因果性解消に向けた積極的措置（消極）**
  - ・ 乙は、事前共謀に基づく上記1の行為によりVが恐怖のあまり身動きできないでいる状態を利用して、現金10万円を奪取した → **被害者への影響の残存（積極）**
- ※ 上記①の乙の暴行行為が事前共謀に基づくものであることを前提として、その後の乙の金銭取得行為について事前共謀に基づく行為ではないと評価する（共犯関係の解消・離脱を肯定する）場合、現金10万円の取得については甲に帰責されないため、甲は強盗未遂罪の罪責を負うにとどまる。これに対して、乙の金銭取得行為もなお事前共謀に基づくものであると評価する場合、当該行為（その結果である現金10万円の損害）も甲に帰責され、甲は強盗既遂罪の罪責を負う。

## 2 故意

- ※ 上述のとおり、甲は少なくとも刃物を凶器として用いてVを脅す認識があることから、甲の認識が窃盗の認識にとどまっていた（**抽象的事実の錯誤**）と評価する余地はないであろう。

## 3 結論

本罪は成立しない／成立する／強盗未遂罪（243条）の乙との共同正犯が成立する



## 第5 罪数

- ① Vに対する業務上横領罪（253条）
  - ② Vに対する強盗利得罪の乙との共同正犯（60条，236条2項）
  - ③ Vに対する現金10万円の強盗罪の乙との共同正犯（60条，236条1項）
- ②と③は包括一罪，これと①は併合罪（45条前段）となる

### 乙の罪責

#### 第1 Vに対する強盗利得罪の甲との共同正犯（60条，236条2項）の成否

上述のとおり，本件共謀に基づく乙の暴行行為により反抗抑圧された結果，Vは上記念書を作成したことから，本罪が成立する

#### 第2 Vに対する現金10万円の強盗罪の甲との共同正犯（60条，236条1項）の成否

上述のとおり，（本件共謀に基づく）現金10万円の奪取に向けられた乙の暴行行為によりVの反抗を抑圧した上，（本件共謀に基づいて），乙がVから現金10万円を取得した行為は，自己の暴行によるVの反抗抑圧状態を利用した金銭奪取であるから，「強取」に当たり，本罪が成立する

※ 現金10万円奪取に向けられた乙の暴行行為が事前共謀に基づくものであることを否定する（共謀の射程外であると評価する）場合，本罪は乙の単独正犯となる。また，乙の暴行行為が共謀に基づくものであることを前提として，その後の乙の金銭取得行為が事前共謀に基づく行為ではないと評価する（共犯関係の解消・離脱を肯定する）場合，強盗未遂罪の限度で甲と共同正犯となる。

## 第3 罪数

- ① Vに対する強盗利得罪の乙との共同正犯（60条，236条2項）
- ② Vに対する現金10万円の強盗罪（236条1項）（の甲との共同正犯（60条））

→ 両罪は，同一機会における同一被害者に対する同質の法益侵害であるから，包括一罪となる

※ 甲が不法に領得した現金500万円を乙が受領した点について，受領時点で乙は同500万円は甲の自己資金であると認識していることから何ら犯罪の故意がなく，乙には，500万円の領得行為について甲に成立する財産犯（本犯）の共犯や盗品等関与罪は成立しない。

以上

## <参考判例>

### 1【大判大元.10.8（預金の占有①・委託された金銭）】

「刑法ニ所謂占有アリト認ムルニハ物ヲ現実ニ支配スルノ事実アレハ則チ足ルモノトス原判決第三事實認定ニ依レハ被告XハV村長トシテ其保管スル同村基本財産タル判示金員換言スレハ現ニ被告ノ支配内ニ存セル右公金ヲ判示銀行ニ預ケ入レタル事實アリト雖モ右事實ハ被告ノ前示公金ノ保管者タル地位ニ變動ヲ生セシムルモノニアラサレハ從テ被告ノ右公金ニ対スル支配關係ニ毫モ消長アルコトナク即チ該公金ハ其預入後ト雖モ依然被告ノ支配内ニ存セシモノナルヲ以テ右金員ハ刑法第二百五十三條ニ所謂自己ノ占有スル他人ノ物ニ該当スルモノトス」

### 2【最決平 15.3.12（預金の占有②・誤振込金の払い戻し）】

「1 原判決及び原判決が是認する第1審判決によれば、以下の事実が認められる。

(1) 税理士であるAは、被告人を含む顧問先からの税理士顧問料等の取立てを、集金事務代行業者であるB株式会社に委託していた。

(2) 同社は、上記顧問先の預金口座から自動引き落としの方法で顧問料等を集金した上、これを一括してAが指定した預金口座に振込送金していたが、Aの妻が上記振込送金先を株式会社泉州銀行金剛支店の被告人名義の普通預金口座に変更する旨の届出を誤ってしたため、上記B株式会社では、これに基づき、平成7年4月21日、集金した顧問料等合計75万0031円を同口座に振り込んだ。

(3) 被告人は、通帳の記載から、入金される予定のない上記B株式会社からの誤った振込みがあったことを知ったが、これを自己の借金の返済に充てようと考え、同月25日、上記支店において、窓口係員に対し、誤った振込みがあった旨を告げることなく、その時点で残高が92万円余りとなっていた預金のうち88万円の払戻しを請求し、同係員から即時に現金88万円の交付を受けた。

2 本件において、振込依頼人と受取人である被告人との間に振込みの原因となる法律関係は存在しないが、このような振込みであっても、受取人である被告人と振込先の銀行との間に振込金額相当の普通預金契約が成立し、被告人は、銀行に対し、上記金額相当の普通預金債権を取得する（最高裁平成4年（オ）第413号同8年4月26日第二小法廷判決・民集50巻5号1267頁参照）。

しかし他方、記録によれば、銀行実務では、振込先の口座を誤って振込依頼をした振込依頼人からの申出があれば、受取人の預金口座への入金処理が完了している場合であっても、受取人の承諾を得て振込依頼前の状態に戻す、組戻しという手続が執られている。また、受取人から誤った振込みがある旨の指摘があった場合にも、自行の入金処理に誤りがなかったかどうかを確認する一方、振込依頼先の銀行及び同銀行を通じて振込依頼人に対し、当該振込みの過誤の有無に関する照会を行うなどの措置が講じられている。

これらの措置は、普通預金規定、振込規定等の趣旨に沿った取扱いであり、安全な振込送金制度を維持するために有益なものである上、銀行が振込依頼人と受取人との紛争に巻き込まれないためにも必要なものといえることができる。また、振込依頼人、受取人等関係者間での無用な紛争の発生を防止するという観点から、社会的にも有意義なものである。したがって、銀行にとって、払戻請求を受けた預金が誤った振込みによるものか否かは、直ちにその支払に应ずるか否かを決する上で重要な事柄であるといわなければならない。これを受取人の立場から見れば、受取人においても、銀行との間で普通預金取引契約に基づき継続的な預金取引を行っている者として、自己の口座に誤った振込みがあることを知った場合には、銀行に上記の措置を講じさせるため、誤った振込みがあった旨を銀行に告知すべき信義則上の義務があると解される。社会生活上の条理からしても、誤った振込みについては、受取人において、これを振込依頼人等に返還しなければならず、誤った振込金額相当分を最終的に自己のものとするべき実質的な権利はないのであるから、上記の告知義務があることは当然といえるべきである。そうすると、誤った振込みがあることを知った受取人が、その情を秘して預金の払戻しを請求することは、詐欺罪の欺罔行為に当たり、また、誤った振込みの有無に関する錯誤は同罪の錯誤に当たるといえるべきであるから、錯誤に陥った銀行窓口係員から受取人が預金の払戻しを受けた場合には、詐欺罪が成立する。」

### 3【最判昭 33.5.28】（練馬事件）

「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した

事実が認められなければならない。したがって右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。」

#### 4【東京高判平 21.11.16（財産上の利益移転）】

「第1 検察官の法令の適用の誤りの主張（前提としての事実誤認の主張を含む。）について

論旨は、要するに、平成21年3月9日付け追起訴状の2記載の「…（中略）…」との公訴事実について、原判決は、〔1〕被告人が本件被害者から窃取に係るキャッシュカードの暗証番号を聞き出したとしても、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たとは認められないとし、また、〔2〕刑法236条2項の「財産上不法の利益」について、「移転性」のある利益に限られ、同項に該当するためには、犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じることが必要であると解した上で、被告人が上記のとおり暗証番号を聞き出したとしても、キャッシュカードの暗証番号に関する情報が本件被害者と被告人との間で共有されるだけで、本件被害者の利益が失われるわけではないから、被告人が「財産上不法の利益を得た」とはいえないとして、強盗罪の成立を否定し、強要罪が成立するにすぎないとしているが（原判示第1の2）、〔1〕被告人が本件被害者から窃取に係るキャッシュカードの暗証番号を聞き出すことは同人名義の預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位を得ることにほかならず、この地位を得ることは、財物の移転と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たものということができ、また、〔2〕いわゆる2項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益自体が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必要でなく、被害者が不利益を被る反面、行為者が利益を得るという関係があれば、行為者の利益と被害者の不利益の間に完全な対応関係がなくてもよいと解され、本件においても、被告人が財産上の利益を得た反面、本件被害者は不利益を被っており、2項強盗の罪が成立するから、原判決は事実を誤認し、かつ刑法236条2項の解釈を誤った結果、その適用を誤ったものであり、これが判決に影響を及ぼすことは明らかであるというのである。

##### 1〔1〕の点について

…キャッシュカードを窃取した犯人が、被害者に暴行、脅迫を加え、その反抗を抑圧して、被害者から当該口座の暗証番号を聞き出した場合、犯人は、現金自動預払機（ATM）の操作により、キャッシュカードと暗証番号による機械的な本人確認手続を経るだけで、迅速かつ確実に、被害者の預貯金口座から預貯金の払戻しを受けることができるようになる。このようにキャッシュカードとその暗証番号を併せ持つ者は、あたかも正当な預貯金債権者のごとく、事実上当該預貯金を支配しているといっても過言ではなく、キャッシュカードとその暗証番号を併せ持つことは、それ自体財産上の利益とみるのが相当であって、キャッシュカードを窃取した犯人が被害者からその暗証番号を聞き出した場合には、犯人は、被害者の預貯金債権そのものを取得するわけではないものの、同キャッシュカードとその暗証番号を用いて、事実上、ATMを通して当該預貯金口座から預貯金の払戻しを受け得る地位という財産上の利益を得たものというべきである。

…したがって、被告人が本件被害者から本件口座の暗証番号を聞き出しても、財物の取得と同視できる程度に具体的かつ現実的な財産的利益を得たとは認められないとした原判決は、法令の適用の前提となる事実の認定ないし評価を誤ったものというべきである。

##### 2〔2〕の点について

原判決は、刑法236条2項の財産上の利益は移転性のあるものに限られるというのであるが、2項強盗の罪が成立するためには、財産上の利益が被害者から行為者にそのまま直接移転することは必ずしも必要ではなく、行為者が利益を得る反面において、被害者が財産的な不利益（損害）を被るという関係があれば足りると解される（例えば、暴行、脅迫によって被害者の反抗を抑圧して、財産的価値を有する輸送の役務を提供させた場合にも2項強盗の罪が成立すると解されるが、このような場合に被害者が失うのは、当該役務を提供するのに必要な時間や労力、資源等であって、輸送の役務そのものではない。）。そして、本件においては、被告人が、ATMを通して本件口座の預金の払戻しを受け得る地位を得る反面において、本件被害者は、自らの預金を被告人によって払い戻されかねないという事実上の不利益、すなわち、預金債権に対する支配が弱まるという財産上の損害を被ることになるのであるから、2項強盗の罪の成立要件に欠けるところはない。

…したがって、刑法236条2項の財産上の利益は移転性のあるものに限られ、2項強盗の罪が成立する

ためには、犯人の利益の取得に対応した利益の喪失が被害者に生じることが必要であるとする原判決は、同項の解釈を誤ったものというべきである。

### 3 結論

以上のとおり、原判決は、前記公訴事実につき、事実の認定ないし評価及び刑法236条2項の解釈を誤った結果、強盗罪の成立を否定して強要罪を認定することと定める法令の適用の誤りを犯したものであり、これが判決に影響を及ぼすことは明らかである。」

### 5【最決平元 6.26（共犯関係の解消・離脱）】

「一 傷害致死の点について、原判決（原判決の是認する一審判決の一部を含む。）が認定した事実の要旨は次のとおりである。（1）被告人Xは、一審相被告人のYの舎弟分であるが、両名は、昭和六一年一月二三日深夜スナックで一緒に飲んでいた本件被害者のVの酒癖が悪く、再三たしなめたのに、逆に反抗的な態度を示したことに憤慨し、同人に謝らせるべく、車でY方に連行した。（2）被告人Xは、Yとともに、一階八畳間において、Vの態度などを難詰し、謝ることを強く促したが、同人が頑としてこれに応じないで反抗的な態度をとり続けたことに激昂し、その身体に対して暴行を加える意思をYと相通じた上、翌二四日午前三時三〇分ころから約一時間ないし一時間半にわたり、竹刀や木刀でこもごも同人の顔面、背部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた。（3）被告人Xは、同日午前五時過ぎころ、Y方を立ち去ったが、その際「おれ帰る」といつただけで、自分としてはVに対しこれ以上制裁を加えることを止めるという趣旨のことを告げず、Yに対しても、以後はVに暴行を加えることを止めるよう求めたり、あるいは同人を寝かせてやつてほしいとか、病院に連れていつてほしいなどと頼んだりせず、現場をそのままにして立ち去った。（4）その後ほどなくして、Yは、Vの言動に再び激昂して、「まだシメ足りないか」と怒鳴つて右八畳間においてその顔を木刀で突くなどの暴行を加えた。（5）Vは、そのころから同日午後一時ころまでの間に、Y方において甲状軟骨左上角骨折に基づく頸部圧迫等により窒息死したが、右の死の結果が被告人Xが帰る前に被告人XとYがこもごも加えた暴行によつて生じたものか、その後のYによる前記暴行により生じたものかは断定できない。

二 右事実関係に照らすと、被告人Xが帰つた時点では、Yにおいてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかつたのに、被告人Xにおいて格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去つたに過ぎないのであるから、Yとの間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはず、その後のYの暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。」

## [刑事訴訟法]

### <分析例>

#### [設問1] 捜査①及び②の適法性

##### 1 職務質問の適法性（前提）

- ・ 路地にたたずんでいた甲が、Pと目が合うや、急に慌てた様子で走り出した
- 警職法2条1項の不審事由（「異常な挙動その他周囲の事情から合理的に判断して何らかの犯罪を犯し、若しくは犯そうとしていると疑うに足りる相当な理由のある者」）に該当する

##### 2 所持品検査の適法性 参考判例1・2

#### 【論述例】所持品検査

所持品検査は、職務質問（警職法2条1項）における口頭による質問と密接に関連し、その効果を上げるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、任意手段である職務質問の付随行為として許容される。したがって、所持人の承諾を得てその限度においてこれを行うのが原則である。

もっとも、職務質問ないし所持品検査が犯罪の予防、鎮圧等を目的とする警察官の職行行為であつて（警職法1条1項、2条1項参照）、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみると、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによって侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される場合があると解すべきである。

#### (1) 捜査①の適法性

##### ア 強制処分該当性

- ・ 甲のシャツの上からへそ付近を右手で触った
- 捜索に至る程度の行為態様ではなく、強制にわたった事情もない

##### イ 任意処分の適法性

- ・ Pが、甲のシャツのへそ付近が不自然に膨らんでいることに気付き、甲に対し、「服の下に何か持っていないですか。」と質問したところ、甲は、何も答えずにPらを押しのけて歩き出した
- 不審な挙動、嫌疑確認の必要性

- ・ 凶器を使用した強盗等犯罪が多発している地域
- ・ 甲の腹部が P の右手に一瞬当たった際、何か固い物が触れた感覚があった
  - 凶器等の危険物隠匿の可能性
- ・ 甲のシャツの上からへそ付近を右手で触った
  - 被侵害利益、権利侵害の程度

## (2) 捜査②の適法性

- ・ 甲のシャツの中に手を差し入れて、ズボンのウエスト部分に挟まれていた物を取り出した
  - 行為の態様として捜索に至っている
- ・ Q が、背後から甲を羽交い締めにして甲の両腕を腹部から引き離れた
  - 甲の意思を制圧する程度の有形力の行使であり、強制にわたっている

※ 捜査②について、「捜索に至らない程度の行為」であり「強制にわたらない」と評価した場合、捜査①と同様、任意処分として**警察比例の原則**を適用して適法性を判定することになるが、捜査②の時点では、甲が凶器を所持している可能性は低いと判明していたのに対し、捜査②の態様が上記のとおり強度のプライバシー侵害であることに照らせば、結論として相当性を欠き違法となろう。もっとも、〔設問 1〕において捜査②を強制処分に該当すると判定して令状主義違反を理由として違法とするか、任意処分の相当性を欠いたものとして比例原則違反を理由として違法とするかにより、〔設問 2〕における本件覚せい剤の証拠能力の判断（違法収集証拠排除法則の適用）に影響を及ぼし得る（後述）。

## 〔設問 2〕 本件覚せい剤の証拠能力

### 1 違法収集証拠排除法則 参考判例 2

#### 【論述例】 違法収集証拠排除法則

違法に収集された証拠物の証拠能力について規制する直接の規定はないところ、証拠物は、押収手続が違法であっても、その証拠価値に影響がないことから、これを直ちに排除することは実体的真実発見の要請（刑訴法 1 条参照）から相当ではない。他方、事案の真相の究明も、個人の基本的人権を保障し（憲法 35 条参照）、適正な手続のもとでされなければならない（憲法 31 条参照）。

したがって、実体的真実発見の要請と適正手続保障の要請との調和の観点から、①証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑訴法二一八条一項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、②これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと思われられる場合においては、その証拠能力を否定すべきものと解する。

## (1) 所持品検査の違法性

- ・所持品検査（捜査②）は、「搜索」に至る行為態様であったところ、Pらは裁判官の事前審査に基づく搜索差押許可状を得ることなく当該行為に及んだものであり、実質的な令状主義違反というべき重大な瑕疵がある

※ **参考判例 2** は、所持品検査を違法と判定した上で、その結果押収された所持品（証拠物）の証拠能力を肯定した判例であるが、違法収集証拠の証拠排除を否定する理由として、「職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性和緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかつた被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであつて、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があつたものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められない」と指摘している。すなわち、所持品検査の適法性判定において、令状主義違反と認定せずに比例原則違反であるとの認定にとどめたことが、その後続く違法収集証拠の証拠能力判断において、結論として証拠能力を救済する「仕掛け」となっていたものと理解できる。これに対して、本問において、所持品検査（捜査②）が「搜索」に至る程度の行為であり、「強制」にわたっていることを理由に違法であると判定した場合、当該捜査手続の瑕疵は、まさしく「令状主義の精神を没却するような重大な違法」であると評価される余地があろう。

## (2) 違法性の承継 **参考判例 3**

- ・本件所持品検査により、結晶様のものが入ったチャック付きポリ袋1袋と注射器1本在中のプラスチックケースが発見され、検査の結果、結晶様のものは覚せい剤であることが判明したことから、甲を現行犯人逮捕（覚せい剤取締法違反（所持）し、それに伴い本件覚せい剤を差押えた

→ 本件所持品検査から本件覚せい剤の差押えまでの一連の手続は、甲に対する覚せい剤取締法違反という**同一目的**に向けられたものであり、本件覚せい剤の押収は、本件所持品検査によりもたらされた状態を**直接利用**してなされている

→ 本件所持品検査に引き続いて行われた差押手続も違法性を帯びる

※ 本件覚せい剤の直接の収集手続は甲の逮捕に伴う無令状差押え（220条1項2号）であるところ、以上のような**違法性の承継**を認定するアプローチの他に、手続と**証拠との密接関連性**を問題とするアプローチが考えられる（**参考判例 4** 参照。同判例は、証拠物（尿）の証拠能力を否定した理由として、その直接の収集手続である任意提出に先行して行われた逮捕手続に重大な違法があり、当該証拠物（尿）は先行手続である逮捕と「**密接な関連を有する証拠**」であると認定している。）。

## 2 結論

以上より、本件覚せい剤の証拠能力は、認められる／認められない

以 上

## <参考判例>

### 1【最判昭 53.6.20（所持品検査①）（米子銀行強盗事件）】

「警職法は、その二条一項において同項所定の者を停止させて質問することができる」と規定するのみで、所持品の検査については明文の規定を設けていないが、所持品の検査は、口頭による質問と密接に関連し、かつ、職務質問の効果をあげるうえで必要性、有効性の認められる行為であるから、同条項による職務質問に附随してこれを行うことができる場合があると解するのが、相当である。所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限度においてこれを行うのが原則であることはいうまでもない。しかしながら、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。もつとも、所持品検査には種々の態様のものがあるので、その許容限度を一般的に定めることは困難であるが、所持品について捜索及び押収を受けることのない権利は憲法三五条の保障するところであり、捜索に至らない程度の行為であつてもこれを受ける者の権利を害するものであるから、状況のいかんを問わず常にかかる行為が許容されるものと解すべきでないことはもちろんであつて、かかる行為は、限定的な場合において、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度においてのみ、許容されるものと解すべきである。

三 これを本件についてみると、所論の赤沢巡査長の行為は、猟銃及び登山用ナイフを使用しての銀行強盗という重大な犯罪が発生し犯人の検挙が緊急の警察責務とされていた状況の下において、深夜に検問の現場を通りかかった近藤及び被告人の両名が、右犯人としての濃厚な容疑が存在し、かつ、兇器を所持している疑いもあつたのに、警察官の職務質問に対し黙秘したうえ再三にわたる所持品の開披要求を拒否するなどの不審な挙動をとり続けたため、右両名の容疑を確める緊急の必要上されたものであつて、所持品検査の緊急性、必要性が強かつた反面、所持品検査の態様は携行中の所持品であるバツグの施錠されていないチャックを開披し内部を一べつしたにすぎないものであるから、これによる法益の侵害はさほど大きいものではなく、上述の経過に照らせば相当と認めうる行為であるから、これを警職法二条一項の職務質問に附随する行為として許容されるとした原判決の判断は正当である。」

### 2【最判昭 53.9.7（所持品検査②／違法収集証拠排除法則）】

（所持品検査の違法性）

「ところで、警職法二条一項に基づく職務質問に附随して行う所持品検査は、任意手段として許容されるものであるから、所持人の承諾を得てその限度でこれを行うのが原則であるが、職務質問ないし所持品検査の目的、性格及びその作用等にかんがみると、所持人の承諾のない限り所持品検査は一切許容されないと解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、たとえ所持人の承諾がなくても、所持品検査の必要性、緊急性、これによつて侵害される個人の法益と保護されるべき公共の利益との権衡などを考慮し、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容される場合があると解すべきである（最高裁判所昭和五二年（あ）第一四三五号同五三年六月二〇日第三小法廷判決参照）。

これを本件についてみると、原判決の認定した事実によれば、垣田巡査が被告人に対し、被告人の上衣左側内ポケットの所持品の提示を要求した段階においては、被告人に覚せい剤の使用ないし所持の容疑がかなり濃厚に認められ、また、同巡査らの職務質問に妨害が入りかねない状況もあつたから、右所持品を検査する必要性ないし緊急性はこれを肯認しうるところであるが、被告人の承諾がないのに、その上衣左側内ポケットに手を差入れて所持品を取り出したうえ検査した同巡査の行為は、一般にプライバシー侵害の程度の高い行為であり、かつ、その態様において捜索に類するものであるから、上記のような本件の具体的な状況のもとにおいては、相当な行為とは認めがたいところであつて、職務質問に附随する所持品検査の許容限度を逸脱したものと解するのが相当である。」

（違法収集証拠の証拠能力）

「違法に収集された証拠物の証拠能力については、憲法及び刑訴法になんらの規定もおかれていないので、この問題は、刑訴法の解釈に委ねられているものと解するのが相当であるところ、刑訴法は、「刑事事件



につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする。」(同法一条)ものであるから、違法に収集された証拠物の証拠能力に関しても、かかる見地からの検討を要するものと考えられる。ところで、刑罰法令を適正に適用実現し、公の秩序を維持することは、刑事訴訟の重要な任務であり、そのためには事案の真相をできる限り明らかにすることが必要であることはいまでもないところ、証拠物は押収手続が違法であっても、物それ自体の性質・形状に変異をきたすことはなく、その存在・形状等に関する価値に变りのないことなど証拠物の証拠としての性格にかんがみると、その押収手続に違法があるとして直ちにその証拠能力を否定することは、事案の真相の究明に資するゆえんではなく、相当でないというべきである。しかし、他面において、事案の真相の究明も、個人の基本的人権の保障を全うしつつ、適正な手続のもとでされなければならないものであり、ことに憲法三五条が、憲法三三条の場合及び令状による場合を除き、住居の不可侵、捜索及び押収を受けることのない権利を保障し、これを受けて刑訴法が捜索及び押収等につき厳格な規定を設けていること、また、憲法三一条が法の適正な手続を保障していること等にかんがみると、証拠物の押収等の手続に、憲法三五条及びこれを受けた刑訴法二一八条一項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである。

これを本件についてみると、原判決の認定した前記事実によれば、被告人の承諾なくその上衣左側内ポケットから本件証拠物を取り出した垣田巡査の行為は、職務質問の要件が存在し、かつ、所持品検査の必要性と緊急性が認められる状況のもとで、必ずしも諾否の態度が明白ではなかつた被告人に対し、所持品検査として許容される限度をわずかに超えて行われたに過ぎないのであつて、もとより同巡査において令状主義に関する諸規定を潜脱しようとの意図があつたものではなく、また、他に右所持品検査に際し強制等のされた事跡も認められないので、本件証拠物の押収手続の違法は必ずしも重大であるとはいえないのであり、これを被告人の罪証に供することが、違法な捜査の抑制の見地に立つてみても相当でないとは認めがたいから、本件証拠物の証拠能力はこれを肯定すべきである。」

### 3【最判昭 61.4.25 (違法性の承継)】

「本件においては、被告人宅への立ち入り、同所からの任意同行及び警察署への留め置きの一連の手続と採尿手続は、被告人に対する覚せい剤事犯の捜査という同一目的に向けられたものであるうえ、採尿手続は右一連の手続によりもたらされた状態を直接利用してなされていることにかんがみると、右採尿手続の適法違法については、採尿手続前の右一連の手続における違法の有無、程度をも十分考慮してこれを判断するのが相当である。そして、そのような判断の結果、採尿手続が違法であると認められる場合でも、それをもつて直ちに採取された尿の鑑定書の証拠能力が否定されると解すべきではなく、その違法の程度が令状主義の精神を没却するような重大なものであり、右鑑定書を証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められるときに、右鑑定書の証拠能力が否定されるというべきである(最高裁昭和五一年(あ)第八六五号同五三年九月七日第一小法廷判決・刑集三二卷六号一六七二頁参照)。以上の見地から本件をみると、採尿手続前に行われた前記一連の手続には、被告人宅の寝室まで承諾なく立ち入っていること、被告人宅からの任意同行に際して明確な承諾を得ていないこと、被告人の退去の申し出に不応警察署に留め置いたことなど、任意捜査の域を逸脱した違法な点が存することを考慮すると、これに引き続いて行われた本件採尿手続も違法性を帯びるものと評価せざるを得ない。しかし、被告人宅への立ち入りに際し警察官は当初から無断で入る意図はなく、玄関先で声をかけるなど被告人の承諾を求める行為に出ていること、任意同行に際して警察官により何ら有形力は行使されておらず、途中で警察官と気付いた後も被告人は異議を述べることなく同行に応じていること、警察官において被告人の受験の申し出に不応しなかつたことはあるものの、それ以上に警察署に留まることを強要するような言動はしていないこと、さらに、採尿手続自体は、何らの強制も加えられることなく、被告人の自由な意思での応諾に基づき行われていることなどの事情が認められるのであつて、これらの点に徴すると、本件採尿手続の帶有する違法の程度は、いまだ重大であるとはいえず、本件尿の鑑定書を被告人の罪証に供することが、違法捜査抑制の見地から相当でないとは認められないから、本件尿の鑑定書の証拠能力は否定されるべきではない。」

#### 4【最判平 15.2.14（証拠の密接関連性）】

「以上の事実を前提として、原審が違法収集証拠に当たるとして証拠から排除した被告人の尿に関する鑑定書、これを疎明資料として発付された搜索差押許可状により押収された本件覚せい剤、本件覚せい剤に関する鑑定書について、その証拠能力を検討する。

(1) 本件逮捕には、逮捕時に逮捕状の呈示がなく、逮捕状の緊急執行もされていない（逮捕状の緊急執行の手続が執られていないことは、本件の経過から明らかである。）という手続的な違法があるが、それにとどまらず、警察官は、その手続的な違法を糊塗するため、前記のとおり、逮捕状へ虚偽事項を記入し、内容虚偽の捜査報告書を作成し、更には、公判廷において事実と反する証言をしているのであって、本件の経緯全体を通して表れたこのような警察官の態度を総合的に考慮すれば、本件逮捕手続の違法の程度は、令状主義の精神を潜脱し、没却するような重大なものであると評価されてもやむを得ないものといわざるを得ない。そして、このような違法な逮捕に密接に関連する証拠を許容することは、将来における違法捜査抑制の見地からも相当でないと認められるから、その証拠能力を否定すべきである（最高裁昭和51年（あ）第865号同53年9月7日第一小法廷判決・刑集32巻6号1672頁参照）。

(2) 前記のとおり、本件採尿は、本件逮捕の当日にされたものであり、その尿は、上記のとおり重大な違法があると評価される本件逮捕と密接な関連を有する証拠であるというべきである。また、その鑑定書も、同様な評価を与えられるべきものである。

したがって、原判決の判断は、上記鑑定書の証拠能力を否定した点に関する限り、相当である。

(3) 次に、本件覚せい剤は、被告人の覚せい剤使用を被疑事実とし、被告人方を搜索すべき場所として発付された搜索差押許可状に基づいて行われた搜索により発見されて差し押さえられたものであるが、上記搜索差押許可状は上記(2)の鑑定書を疎明資料として発付されたものであるから、証拠能力のない証拠と関連性を有する証拠というべきである。

しかし、本件覚せい剤の差押えは、司法審査を経て発付された搜索差押許可状によってされたものであること、逮捕前に適法に発付されていた被告人に対する窃盗事件についての搜索差押許可状の執行と併せて行われたものであることなど、本件の諸事情にかんがみると、本件覚せい剤の差押えと上記(2)の鑑定書との関連性は密接なものではないというべきである。したがって、本件覚せい剤及びこれに関する鑑定書については、その収集手続に重大な違法があるとまではいえず、その他、これらの証拠の重要性等諸般の事情を総合すると、その証拠能力を否定することはできない。」



**れっく LEC** 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18610