

## I. 反対尋問

1. 判例を引用した趣旨は何か。
2. 検察側は、罪刑法定主義の機能をどのように解しているのか。
3. 学説の検討 2(3)について、窃盗罪と強盗罪が成立しうる場合に両罪を併合罪とすることが二重評価になるとは具体的にどういう意味か。
4. 学説の検討 2(3)について、本件は二重評価にあたらぬとしているが、二重評価にあたるような場合についてはどう考えるのか。

## II. 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) 不法原因給付の場合にも事実上の利益は認められるため、弁護側は検察側と同様に $\alpha$ 説を採用しない。
  - (2) そもそも、民事上の無効と刑事上の責任の有無とはその本質を異にするため、刑法上の犯罪の成否は民事上の効果とは独立に判断されるべきである。よって、弁護側は $\beta$ 説を採用する。
2. 罪数処理について 学説の検討
  - (1) まず A 説についてだが、人を欺いて財物を交付させ、その後暴行・脅迫の手段を用いて返還請求を免れようとした場合につき、財物を詐取したあとにおいて被害者からの返還請求等に応じなくてもよいということにはならないから、返還請求を免れた行為が、物を騙し取ったのを上回る利益とはならないということはできず、その返還等を不法手段によって免れる行為は、新たな財産的法益を侵害するものというべきである。
  - (2) 次に B 説は、詐欺罪が先行する場合につき、事後強盗にあたるような規定がないことから、詐欺罪と強盗罪が成立しうる場合に両者を併合罪とすることは二重評価にあたらぬとする。しかし、詐欺罪と強盗罪は、被害者の瑕疵ある意思によるものか意思に反するものかという相違はあっても、ともに財産の移転を本質とする犯罪であり、この点についての法益の同一性、機会の同一性、犯行の連続性等が認められる限り、財産の移転を媒介として、包括一罪として重い罪で処断すれば足りる。
  - (3) たしかに、刑法 54 条の規定にあたらぬ場合においては併合罪を認めるべきという主張は理解できるものではあるが、観念的競合・牽連犯にあたらぬともその行為の違法性・責任の内容からみて併合罪とすべきではない場合も少なくはなく、軽い罪の被害法益の性質、およびそのような侵害が重い罪の実行に通常伴うものであることなどの点からみて、重い罪の情状の一つと大差がなく、立法者も重い罪の法定刑を定めるにあたって、これらの事情も考慮に入れていたと考えてさしつかえない場合には、包括して一罪であるとすべきである。
  - (4) よって、弁護側は C 説を採用する。

### Ⅲ. 本問の検討

#### 第一 Yの罪責について

1. 本件において、Yは、覚せい剤の買手がいるように装いAから覚せい剤を受け取っているが、Yの当該行為につき詐欺罪が成立しないか。

(1) 詐欺罪の成立には①詐欺行為と②それに基づく錯誤、③錯誤に基づく交付行為、さらに、詐欺罪も財産犯である以上実質的な④財産上の損害の要件が必要である。

本件では、Yは、Aに対し代金を支払う意思がないにもかかわらず、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んでおり、AはYに代金を支払う意思がないことが分かれば取引を行わないであろうから、交付行為に向けられた取引の相手方が真実を知っていたら財産的処分行為を行わないような重要な事実を偽ったといえ、Yの当該行為は①詐欺行為にあたる。

また、AはYの当該詐欺行為を受けて覚せい剤1.4kgを売る旨の返事をしているため、Aは覚せい剤の買手がおき売買が行われると思っっているであろうから、Aには②詐欺行為に基づく錯誤が認められる。

もっとも、AはYに覚せい剤を渡しているが、当該行為は③錯誤に基づく交付行為といえるか。詐欺罪の本質は瑕疵ある意思に基づく交付行為にあるため交付行為があるというためには交付意思が必要なところ、本件においてAに交付意思は認められるか。詐欺行為を用いたとしても占有がまだAにあれば窃盗罪となるため問題になる。

本件において、AはYと話し合った末結局譲歩しているが、その代金が支払われさえすれば覚せい剤の占有をそのまま放棄してもよかつたはずであり、また、AはYから買主の所在を聞かされていたというような事情もない以上一度占有を移転させてしまえばその回復は困難であって、売買名下に渡したのに近いといえる。そもそも本件覚せい剤は、1.4kgと少量であり隠匿なども容易であって、この物自体の特定性はさほど強くない。また、法禁物である以上比較的占有が失われやすい物といえる。

よって、そのような物をYに渡すこと自体、交付意思を前提としているといえるため、当該行為は③錯誤に基づく交付行為にあたる。

次に、本件売買の目的物は禁制品たる覚せい剤であるが、禁制品であっても、法律の手続きによらなければ没収されないという限度で保護されるべき占有があると言えるから、「財物」にあたる。

そして、詐欺罪は個別財産に対する罪であり財物の移転それ自体が財産上の損害となるので、禁制品の移転により「財産上の損害」が生じたと言える。

本件において、Aは覚せい剤1.4kgを失っていることから、禁制品が移転しており、④財産上の損害も認められる。

したがって、Yの行為には詐欺罪(246条)が成立する。なお、Yの当該行為は後述の通りXとの共謀共同正犯となる。

(2) 次にYはXとのあいだでAの殺害を計画した上で、覚せい剤の入手後Xに対し501号室に行くことを指示していることから、強盗殺人未遂罪の共同正犯(60条、240条)が成立しないか問題となる。

思うに、60条の「すべて正犯とする」として一部実行全部責任の原則を認めたのは、共犯者相互が物理的・心理的に影響を及ぼし合い、他人の行為を媒介にして、自己の行為の結果に対する因果

性を拡張して犯罪を実現した点にある。

そうであるならば①共同実行の事実と②共同実行の意思が認められれば、共同正犯が成立する。

これを本間についてみると、YはXとともにAの殺害を計画した上でAを覚せい剤の売買を装い呼び出すことに成功しており、その上で覚せい剤の受け取り後、部屋を出た後、待機しているXに対して指示をしているところ、その後の殺人に対しての①共同実行の事実はあったと考えられる。

そしてXはそのような前々からの計画でYがAを殺害することを知っている上で上記のような指示を出していることから、②共同実行の意思もみとめられる。

したがって、Yの行為には強盗殺人未遂罪の共同正犯が成立する。

## 第二 Xの罪責について

1. XはAに対して拳銃で弾丸5発を発射するという相手方の反抗を抑圧するに足る暴行を加え、生命断絶の現実的危険性を惹起させたが重傷を負わせるにとどまり、Aの死亡という結果には至らなかった。

そこで、Xの当該行為につき強盗殺人未遂罪が成立しないか。

(1) 弁護側も検察側と同様にβ説を採用するところ、民法上保護されない経済的利益であっても、刑法上の要保護性は認めるべきであるから、禁制品の返還を免れる行為にも二項犯罪は成立すると解する。

そして、本件においてXとYが得ようとした利益は本件覚せい剤の返還請求ないし代金請求を免れることであるところ、Aはこれを免除ないし猶予するという財産的処分行為をしていないため問題となるが、強盗罪は被害者に対して反抗を抑圧するに足りる程度の暴行・脅迫を加えて財物奪取を行う犯罪であるから、相手方の処分行為を予定していないといえ、処分行為は不要であると考えられる。

よって、本件においてAの処分行為がなくとも2項強盗罪は成立しうる。

もっとも、既遂時期を明確にするため財産上の利益の移転は現実かつ具体的に認められる必要があると解する。

本件においては、覚せい剤という禁制品の取引である以上、Aが死亡すれば覚せい剤の返還等を事実上免れうることは明らかであるが、Aは死亡していないため、2項強盗罪は未遂である。

そして、強盗死傷罪における「強盗」とは強盗犯人をいうところ、これには強盗未遂犯も含まれるため、Xは「強盗」にあたる。

(2) 次に、本件においてXは当初からAを殺害するつもりであったため、強盗が殺意をもって人を殺害した場合にも240条後段の適用があるか問題となる。

そもそも、同条の趣旨は強盗の機会に死傷結果が生じやすいことに鑑み処罰を重くした点にあるところ、強盗が殺意を持つという刑事学上類型的に多い場合を除外しているとはいえない。また、条文上も結果的加重犯の「よって」という文言を用いていない。

よって、強盗が殺意をもって人を殺害した場合にも240条後段の適用があると考えられる。

本件において、Xは当初からAを殺害するつもりであったが240条後段が適用される。

また、240条の既遂時期が問題となるも、前述の通り同条の刑が重いのは生命・身体を第一次的な保護法益としているからであるため、既遂時期は死傷結果の有無により判断すべきである。

本件において、XはAに対して拳銃で弾丸5発を発射し生命断絶の現実的危険性を惹起させたが

重傷を負わせるにとどまり死亡結果は発生していない。

よって、Xの行為には強盗殺人未遂罪(243条、240条)が成立する。なお、前述の通りXの当該行為にはYとの共同正犯が成立する。

- (3) 次に、XはAを覚せい剤の売買を餌に殺害しようとするをYとともに計画していたことから、詐欺罪の共謀共同正犯(246条、60条)が成立しないか。

そもそも、60条が「すべて正犯」として、一部実行全部責任の原則を認めたのは、共犯者が相互に影響を及ぼし合い、他人の行為を媒介にして、自己の行為の因果性を拡張し、犯罪を実現した点に認められる。

したがって、実行行為を分担していなくとも、①共謀が存在し②重要な役割を有し③正犯意思を有し④一部の共同者の実行がある場合には、他人の行為を媒介にして、自己の行為の因果性を拡張したと評価できるので、共謀共同正犯が成立するものとする。

これを本問についてみると、①についてはXとYはともに覚せい剤の売買を装いAを呼び出し殺害する計画を立てており、その前提として、Aを殺すことで金銭の支払いをすることなく覚せい剤を得ようと考えているのは両者共通の認識であり、共謀は認められる。②については、Xが覚せい剤の売買を行った後にYがAを殺害するというのがなければ、Xは本件のような売買の偽装を行うことはしなかったであろうから重要な役割も認められる。③については、Yはこの犯行計画の一連の流れを全て頭に入れその後Aを殺害しており、売買の偽装に関しても完全にその事情を知っており、なおそれを利用する意思まで存在しており、正犯意思も認められる。④そして詐欺罪の実行行為はXが行っていることから、一部の実行も認められる。

したがってXには詐欺罪の共謀共同正犯が成立する。

### 第三 罪数について

弁護側は、C説を採用するところ、X及びYは、詐欺罪の共謀共同正犯と2項強盗殺人未遂罪の共同正犯の罪責を負い、両者はともに財産の移転を本質とする犯罪であり一連の犯行計画の中で行われたものであるから、法益の同一性、機会の同一性、犯行の連続性等が認められるため、包括一罪となる。

## IV. 結論

X及びYは、詐欺罪の共謀共同正犯(246条)と2項強盗殺人未遂罪の共同正犯(243条、240条)の罪責を負い、両者は包括一罪となる。

以上