

## I. 反対尋問

- 5 1. Xによる暴行は詐取行為から5-6時間後の事実であり、覚醒剤がAの占有を離脱したこととこの暴行についての因果関係は認められないのではないか。その場合、238条事後強盗罪が成立した後の236条2項成立であればあり得ると考えるが、本件においては抗争の一環としての殺人の為これも成立しない。以上から、上記因果関係を認定した根拠が不明であると考えますが、この点どのように考えているのか。
- 10 2. 検察側は学説の検討において、代金債権は財物とは別個の保護に値するとしているが、詐欺罪においては、交付する財物について反対給付がなされないことがすでに法益侵害の内容となっていると言えるので、代金請求権について改めて二項強盗を成立させることは妥当でないのではないか。

## 15 II. 学説の検討

### A説(肯定説)

不法原因給付物は、民法上(708条)保護されていない利益であるにも関わらず、刑法上保護することは法秩序全体の統一性の観点から行過ぎといふべきである<sup>1</sup>。

よって、弁護側はA説を採用しない。

20

### B説(否定説)

法秩序全体の統一性という観点から、不法原因給付物には返還請求権を認めるべきではない。また法秩序の統一性に加えて、クリーンハンズの原則により、不法原因給付物に対する返還請求権を認めるべきではない<sup>2</sup>。したがって、不法原因給付物には2項強盗罪の「財産上の利益」には含まれないと解する。

25

よって、弁護側はB説を採用する。

## III. 本問の検討

### 第1.Yの罪責

- 30 1.Yの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た行為について詐欺罪(刑法(以下法令名略)246条1項)が成立しないか。

2.詐欺罪の成立には①欺罔行為行為と②錯誤、③処分行為、④財物の移転、⑤財産上の損害、⑥因果関係の要件を満たす必要がある。

- 35 (1)ア、欺罔行為とは、相手方が真実を知っていれば、処分行為をしなかったであろう取引の相手方に取引の目的達成に関して重要な事実を偽ることをいう。

イ、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いる。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、Yの当該行為は欺罔行為にあたる(①充足)

- 40 (2)また、AはYの当該詐欺行為を受けて覚せい剤を売る旨の返事をしているため、Aは当該覚せい剤には買手があり、売買が行われると思っているであろうから、Aには詐欺行為に基づく錯誤が認められる(②充足)。そしてYはAから受けとった覚せい剤をバックに詰めた上でホテルから出ており、処分行為と財物の移転が認められる(③④充足)。

(3)もっとも、弁護側はB説を採用するところ、不法な利益は、財産上の利益に含まれない。

<sup>1</sup> 斎藤信治『刑法各論[第4版]』(2014,有斐閣)184頁参照。

<sup>2</sup> 平野裕之『新債権法の論点と解釈[第2版]』(2021,慶應義塾大学出版会)108頁参照。

本件における覚せい剤は、不法原因給付物であるので、財産上の損害はないといえる。

4.以上より、Yの行為について詐欺罪(246条1項)は成立しない。後述のとおりXとの間では殺人未遂罪の共謀共同正犯(203条、199条、60条)が成立する。

#### 第2.Xの罪責

- 5 1.XのYに財物を取得させ、その後Aを刺し全治3週間の胸部骨折を負わせた行為について、いかなる罪が成立するか。財物奪取により詐欺罪が成立する場合、本件のように暴行・脅迫により、その返還ないし支払を免れる行為に2項強盗が成立するか問題となる。
- 10 (1)この点、弁護側はB説、すなわち2項強盗罪の成立を否定する見解を採用する。したがって、当該行為についてYとの関係で殺人罪の共謀共同正犯(199条、60条)が成立しないか。まず、そもそも現行法上共謀共同正犯が認められるかが問題となるも、共同正犯において一部実行全部責任の原則が認められる根拠は、二人以上のものが特定の犯罪を実行する意思のもと、相互利用補充関係のもと特定の犯罪行なう点に認められる。とすれば、実行行為を分担する場合と実行行為に向けた行為を分担する場合とで規範的に見て差異はないので、共謀共同正犯は認められると考える。具体的には、①共謀の存在、②正犯意思で
- 15 の共謀への関与、③共謀に関与したものが実行行為を行なうこと、が必要となる。
- (2)実行行為とは、構成要件的结果発生の現実的危険性を有する行為である。本件についてみるに、Xは、刃渡り15センチと殺傷能力に長けた武器を用いている。また、胸部という身体枢要部を全力で刺しており、かかる行為は死亡結果の現実的危険性を有する行為といえ、実行行為性は認められる。また、本件において死亡結果は発生していない。
- 20 (3)故意(38条1項本文)とは、構成要件的结果発生の認識・認容をいうところ、殺人の事実について認識・認容しており、故意は当然に認められる。そして、共謀共同正犯の要件①～③も充足する。
- (4)よって、Xの上記行為につき殺人未遂罪(203条、199条)の共謀共同正犯(60条)が成立する。

25

#### IV. 結論

Xには、Yとの間で殺人未遂罪(203条、199条)の共謀共同正犯(60条)が成立する。

以上