

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ、学説の検討β説において、「禁制品も、一定の場合には許可等を条件に所有・所持しうることを示すように所有権の対象たりうる」とあるが、不法原因給付として返還請求ができないのであれば、所有権がないのとほとんど同じなのではないだろうか¹。
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
- 10 2. 検察レジュメ4頁9行目において、「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」とあるが、没収制度や第三者没収制度は、所有権の対象であることに限らず、占有状態においても妥当するのではないか。

II. 学説の検討

- 15 1. 詐欺罪・窃盗罪後の2項強盗の成否について
ア説(2項強盗の成立を否定する説)
検察側と同様の理由により、採用しない。
イ説(2項強盗の成立を肯定する説)
検察側と同様の理由により、採用する。
- 20 2. 民法上保護に値しない利益の要保護性について
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)
後述の理由のとおり弁護側はβ説を採用しない。
α説(民法上保護に値しない利益は、2項強盗の客体から除外されるとする説)
- 25 私人の財産を規律するのは、第1次的に民事法の任務である。刑法は、その規律では不十分な場合に、これより強い制裁で補強しようとするものである。したがって、民事法によって保護されない不法な利益は、いかに経済的価値があっても、刑法上の財産と認めるべきではない²。
よって、弁護側はα説を採用する。

III. 本問の検討

第1 丙の罪責について

1. 丙が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る」と告げて、覚醒剤約1.4キログラム受け取った行為に詐欺罪の共同正犯(60条、246条1項)が成立しないか。
- (1) 詐欺罪における客体は他人の財物であるところ、本件において交付された覚醒剤は禁制品であるから、「財物」にあらず、詐欺罪の客体とならないのではないか。
- 35

¹ 林幹人『刑法各論』(東京大学出版会、1999年)156頁。

² 林・前掲(注1)155頁。

ア. この点につき、弁護側はα説を採用する。

イ. したがって、覚醒剤は「財物」にあらず、詐欺罪の客体とならない。

(2) よって、詐欺罪は、成立しない。

5 2. 丙について、後述の甲の行為について殺人未遂罪の共同正犯(60条、199条、203条)が成立し得るか。

(1) そもそも、共同正犯において一部実行全部責任が認められる根拠は、相互に他人の行為を利用・補充し合って犯罪を実現した点にある。そこで、①共謀と、②共謀者の一部による共謀に基づく実行行為が存在し、③正犯意思があれば、実行行為の分担がなくとも共同正犯が成立すると解する。

10 (2) 本件において、丙は甲乙らと共にVを殺害する計画立てている(①充足)。丙は、Vに至近距離から銃弾五発を撃ち込んでいる(②充足)。丙は、Vに対し、丙は、本件計画を立て、甲に指示するなど、重要な役割を果たしている(③充足)。

(3) したがって、丙に殺人未遂罪の共同正犯が成立する。

第2 甲の罪責について

15 1. 甲がVの覚醒剤の代金支払い債務を免れた行為につき、二項強盗殺人未遂罪(236条2項、199条、203条)の共同正犯が成立するか。

本罪の客体は、「法律上の利益」であるところ、弁護側はα説に立つ。禁制品取引は民法上、民法90条により無効となるような不法の利益に当たるため、2項強盗の客体からは除外される。

よって、少なくとも二項強盗罪は成立しない。

20 2. もっとも、殺人未遂罪は成立しないか。

(1) 「殺し」とは、人の生命の自然な終期に先立ってその生命を絶つことをいうところ、至近距離から銃弾5発を撃ち込む行為は、「殺し」に当たる。

(2) 結果、Vは死亡しなかった。

(3) 構成要件の故意とは、構成要件該当事実の認識認容をいうところ、本件においては問題なく認められる。

25 (4) よって、甲に殺人未遂罪の共同正犯が成立する。

第3 乙の罪責について

1. 乙に、殺人未遂罪の共同正犯が成立するか。

30 2. 要件は上記であるところ、乙は甲、丙と本件計画を立てている(①充足)。また、本件計画に基づき、甲はVを殺そうとした(②充足)。また、乙はV所属の暴力団と対立する暴力団の組長であったことから、Vを殺すことにより対立暴力団の戦力を削ぐことが出来るという利益が乙にある。そのため、乙には正犯意思も認められる(③充足)。

3. よって、乙には殺人未遂罪の共同正犯が成立する。

35 IV. 結論

甲、乙、丙に、殺人未遂罪の共同正犯が成立する。

以上