

1、まず、前提として、甲と乙は、以下の乙のダイヤモンド取得行為及び甲の拳銃発射行為についての計画に合意して共謀を果たし、その共謀に基づいて役割を分担して実行しており、かつ、いずれも乙からダイヤモンドを取得するに当たり、重要な役割を果たしているため、正犯意思が認められる。したがって、乙がひそかに自己の債務の支払を免れる計画を持っていた点を除いては、両者は共謀共同正犯（60条）として、以下の2ないし4の行為の全部の責任を負う。

2、乙がAからダイヤモンドを取得した行為について、窃盗罪(235条)と詐欺罪(246条1項)のいずれが成立するか。

(1) 詐欺罪が成立するためには、錯誤により生じた瑕疵ある意思に基づき、物・財産上の利益が交付される必要がある。そのため、詐欺罪と窃盗罪の区別は、物の占有移転が被害者の意思に基づいているか否かで判断する。

本件では、Aは当初乙に対して「こっちも金を見ないことには渡せない」とダイヤを乙に渡すことを渋っている。確かに、ホテルの各部屋は完全に区切られており独立した空間であることから、一度部屋を出てしまうと物に対する占有が完全に失われてしまうようにも思える。もっとも、Aは「なら、これあんたに預ける」と発言しており、あくまでもダイヤを一時的に乙に預ける意思しか有していない。また、実際に乙がダイヤを持ち出したのもAがいる部屋のすぐそばまでである。そうだとすると、Aの意思に基づくダイヤの持ち出しでは未だその占有がAから失われているとはいえない。

そうだとすると、ダイヤを丙がホテルの外へ持ち出した時点で、Aの意思に基づかずダイヤが丙という第三者の占有へ完全に移転したといえ、「窃取」にあたる。

(2) また、不法領得の意思も問題なく、故意(38条1項本文)について欠けることもない。したがって、上記行為に窃盗罪が成立する。

3、なお、甲がAを射殺している点については、甲が拳銃を発射したのは、ホテルから丙の運転する車が発進するのを見届けた後であるから、すでに財物の占有は確保されており、1項強盗(236条1項)成立の余地はない。

4、では、甲がAを射殺した行為に、強盗殺人罪(240条)が成立しないか。

(1) 先行する乙のダイヤモンド取得行為に窃盗罪が成立しているところ、甲の拳銃発射行為については、ダイヤモンドの取戻しを防ぐ目的でなされた事後強盗罪と、ダイヤモンドの返還請求権を免れるという財産上の利益を得る手段としてなされた二項強盗殺人罪と、2つの犯罪の成立が考えられるが、両者は互いを排斥する関係になく、論理的な検討先後関係はない。以下では、先に2項強盗(236条2項)の成立を検討する。

(2) 拳銃での発砲行為は、その殺傷能力の高さから、当然に被害者の反抗を抑圧する行為といえ「暴行」にあたる。

(3) 「財産上不法の利益を得」とは、物の移転と同視できるだけの財産的利益の移転の具体性及び確実性が要求される。

本問では、Aは単身で取引に来ており、スタッフがいてそれに本件取引の伝言を残してきたといった事情もないので、Aが殺害されてしまえば、甲らがダイヤの返還などを事実上免れうることは明らかであり、財産上の利益の移転が現実的かつ具体的に認められる。そのため、「財産上不法の利益を得」といえる。

(3)そして、Aを死亡させ、故意に欠けることもないため、二項強盗殺人罪が成立する。

5、上記4と同様の行為について、乙はAに負っている債務を免れるためにも当該行為を行っているため、二項強盗殺人罪の成立が問題になる。

(1)上記のとおり、「暴行」は認められる。また、乙がAに負っていた債務の存在については、Aと乙以外に知る者は他にいなかったのであるから、Aを殺害することで確実に乙は債務を免れることができたといえ、「財産上不法の利益を得」たといえる。したがって、上記行為に二項強盗殺人罪がもう一罪成立するが、甲は乙の借金を免れるという意図を認識していないため、共同正犯とはならず、乙の単独犯となる。

6、上記2及び4で成立した窃盗罪及び二項強盗罪について、丙は共同正犯とならないか。

(1)共同正犯と幫助犯(62条1項)のすみわけは、正犯意思の有無です。丙は、Cホテルまでの往復の運転手と見張り役を担っている。運転については、丙がたまたま、乙が303号室を出た場所にいたために命じられたのであり、見張り役についても、密行性が高いホテルの各部屋内で行われた犯罪行為であるため、犯罪の実行に重要な役割を果たしたとはえない。そのため、丙は自己の犯罪として行う意思はなく、単に正犯たる甲及び乙の行為を容易にしたにすぎず、窃盗罪及び二項強盗殺人罪の幫助犯にとどまる。

7、以上より、①窃盗罪と②二項強盗殺人罪は甲乙の間で共同正犯となり、併合罪(45条前段)となる。乙がAに対する債務を免れた点については乙の二項強盗殺人罪の単独正犯となる。丙については、①及び②の幫助犯が成立し、これらは併合罪(45条前段)となる。

以上

・詐欺罪（246条）

- ①欺罔行為
- ②相手方の錯誤
- ③財物を交付または財産上の利益の処分による財産上の損害
- ④①～③の因果関係
- ⑤詐欺の故意

【詐欺罪と窃盗罪の区別】

詐欺罪の「財物を交付」といえるためには、相手方の処分意思に基づく処分行為が必要となる。言い換えれば「相手方の意思に基づき財物の占有を移転」させたということである。ポイントは「被害者の意思に基づき占有が移転したのか」という点であり、ホテル等の公共施設で財物を一時的に預けるケースでは、この点が曖昧になるため厚く論じる必要がある。

どういった経緯で相手方が預けたのか、物を預けた際の行為者の発言、態度、現場の状況などを考慮して「占有の移転が被害者の意思に基づいているか否か」の有無を検討することになる。

「被害者の意思に基づく」を認めるのであれば詐欺罪が既遂となり、その後に財物を持って逃走する行為は犯罪を構成しない。他方で、未だ相手方に財物の占有があり、一時的に預けたのはあくまで「占有の弛緩」（占有を緩めたに過ぎない）だというのであれば、それは被害者の意思に基づく占有移転ではないため、窃盗罪（235条）の成立を検討することになる。

・強盗罪（236条）

- ①暴行または脅迫を用いること
- ②他人の財物を強取することまたは財産上不法の利益を得ること
- ③①と②の因果関係

⇒問題にならなければ無視してよい構成要件だが、今回の事案では問題となる。1項強盗について、①暴行・脅迫は②財物強取の手段である必要がある。そのため、財物の移転が完了してしまった段階で暴行・脅迫がなされても③因果関係は否定される。

特に詐欺罪が成立するようなケースで財物移転が完了した後に暴行・脅迫しても1項強盗は成立しない。その場合は、返還を免れるという利益を得るための暴行・脅迫として2項強盗の検討をすることとなる。

- ④強盗の故意

⇒財物強取の認識・認容を指すが、強盗の手段として殺人の故意がある場合には、強盗殺人罪（240条）の構成要件に該当することとなる。受験上あまり重要ではないが、強盗致死罪と強盗殺人罪は同じもので、殺人の故意がなく、強盗の際に死の結果が生じた場合には強盗致死罪、殺人の故意があり死の結果が生じた場合は強盗殺人罪と呼称している。

・事後強盗罪（238条）

- ①窃盗犯人であること
- ②取り返されることを防ぎ、逮捕を免れまたは罪跡を隠滅するためであること
- ③暴行または脅迫をすること

【共同正犯と幫助犯の区別】

正犯意思の有無で区別する。正犯意思の有無の検討ポイントは、（経済的な）利益を得ているか否か、犯行において重要な役割を果たしか否かである。