

## 一．反対尋問

- ・死者の占有について、なぜこの判例を引用したのか。
- ・三．死者の占有について肯定するのか、否定するのか。
  - ・「被害者を死に至らしめた犯人に対する関係」とあるが、無関係の第三者との関係で占有奪取は肯定されるか。
  - ・「時間的・場所的に近接した関係」とあるが、どの程度近接した関係を言うのか。

## 二．立論

### 1．学説の検討

#### (1) 窃盗罪の保護法益

検察側と同様に口説(占有説)を採用する。

#### (2) 不法領得の意思

2．必要説・B説(利用・処分意思限定説)を採用する。

思うに、窃盗罪の法定刑が毀棄・隠匿罪の法定刑より重い根拠は、窃盗罪が利得犯的性格を有することから、一般的に反復されがちであり、単に被害者の個別財産の喪失にとどまらず、公の財産秩序を大きく侵害し、より強い非難に値するということである。とすれば、被害者に損害を加える意思に加えて、財物の利用を目的とする利得の意思があるからこそ、窃盗罪は毀棄・隠匿罪よりも重く処罰されるといえる。したがって、両者の区別は占有侵害の有無によって画一的に決することはできず、窃盗罪と毀棄・隠匿罪を区別するためには、窃盗罪における不法領得の意思として、「物の経済的用法に従い利用・処分する意思」が必要であると解する。

また、使用窃盗については、検察側と同様に違法性阻却で対応できると解する。したがって、「権利者を排除し、所有者として振舞う意思」は不要である。

#### (3) 死者の占有(殺害後に初めて財物奪取の意思を生じた場合の処理)

説を採用する。

思うに、窃盗罪における占有とは財物に対する事実上の支配を言うところ、その占有の有無を決するには、客観的な事実的支配と、主観的な支配意思とを総合的に判断する必要がある。そして、死者には客観的な事実的支配も、主観的な支配意思も観念し得ない以上、死者の占有は認められない。とすれば、殺害後に初めて財物奪取の意思を生じ、死者が生前占有していた財物を奪取した場合、その財物は「占有を離れた他人の物」といえ、奪取行為は「横領罪における不法領得の意思を実現する一切の行為」すなわち「横領」といえるので、占有離脱物横領罪(254条)が成立する。

この点、検察側は 説(窃盗罪説)を採用しているが妥当ではない。

なぜなら、死後に生前の占有を侵害するのは物理的・現実的には不可能といえるからである。

### 2．本問の検討

(1) 甲・乙・丙に殺人罪(199条)の共同正犯(60条)が成立することに争いはない。

(2) 甲・乙・丙の財物奪取行為についていかなる犯罪が成立するか。

ア．甲・乙・丙はAの殺害後、犯行の隠滅のために貴金属類を奪取することを思い立っている。したがって、本件は、殺害後に初めて財物奪取の意思を生じた場合といえる。そして、Aは、財物奪取以前の昭和61年3月17日の午後2時頃に殺害されている。死亡後のAには、客観的な事実的支配も、主観的な支配意思も観念し得ないことから、死亡後のAに、生前身につけていた貴金属類に対する占有は認められない。したがって、貴金属類は「占有を離れた他人の物」といえる。甲・乙・丙は、証拠として残りやすい貴金属類を、死体とは別の場所に遺棄することを目的として死体から剥がしているから、「横領」も認められる。

イ．また、甲・乙・丙は、犯行の発覚を防ぐため、死体とは別の場所に遺棄する目的で貴金属を奪取していることから「物の経済的用法に従い利用・処分する意思」を有しておらず、窃盗罪における不法領得の意思は認められない。

ウ．以上より、甲・乙・丙に占有離脱物横領罪(254条)の共同正犯(60条)が成立する。

(3) 丙が換金、遺棄目的でBやCに財物を渡した処分行為は、占有離脱物横領罪(254条)によって評価しつくされており、不可罰的事後行為になると解する。

### 3．結論

甲・乙・丙に殺人罪(199条)の共同正犯(60条)、占有離脱物横領罪(254条)の共同正犯(60条)が成立し、両者は併合罪となる。