

．事実の概要¹

甲・乙・丙らは、昭和61年3月17日の午後2時頃、怨恨等の理由からAを殺害すると共に、同人の死体をダンボールに梱包する等、犯行の隠滅に動き始めた。この際、同3名は、犯行発覚を防ぐ目的のもと、死体とは別の場所に遺棄するとの意思を通じ、腐敗せず証拠として残りやすい貴金属類を死体から剥がしてビニール袋に入れておき、翌18日の午前1時頃、死体と共に自動車に積んで、死体を埋める予定地へと向かった。

ところが、甲・乙・丙は、死体の遺棄に気をとられていたためか、貴金属類を入れた袋についてはこれらを捨てたまま持ち帰ってきてしまった。このことに気づいた同3名は、とりあえず当該貴金属類をスナック「ルビー」2階の洋服ダンスの中に入れて保管しておき、折を見てこれらを捨てることとし、投棄をする役目は丙が一任された。

しかし、3月21日頃、丙は、交際中だったB子から金の無心を受けたこともあって、腕時計については捨てることをやめ、これを同日B子に渡し、30万円で質入させた。また、指輪についても、丙は、いずれ換金してしまおうと心変わりして保管を続けていたところ、同年4月7日頃、友人のCから「質入すると足がつくからやめておけ」と忠告を受けたため、同人に対し投棄してくれるように依頼して渡した。

なお、甲及び乙においては、これらの貴金属類は全て丙が投棄してくれたものと思っていた。

．問題の所在

本問において、甲、乙、丙は共同してAの貴金属類を窃取している為、窃盗罪(235条)の罪責を負う可能性がある。しかし、そもそも死体たるAからの占有移転は観念できず、窃盗罪は成立しないのではなからうか。また、単なる遺棄の目的での窃取に窃盗罪は成立するか。不法領得の意思の要否に関して問題となる。

．学説の状況

一．窃盗罪の保護法益

イ説(本権説²): 保護法益を所有権その他の本権とする

ロ説(占有説³): 保護法益を事実上の占有それ自体とする

ハ説(平穩占有説⁴): 保護法益を一応適法な外観を有する占有とする

二．不法領得の意思

1．不要説⁵

2．必要説

A説(排除意志限定説⁶): 権利者を排除し、所有者として振る舞う意思で足りるとする

B説(利用・処分意志限定説⁷): 物の経済的用法に従い利用・処分する意思で足りるとする

C説(混合説⁸): 排除意志と利用・処分意志の双方を要求

¹ 東京地裁昭和62年10月6日 判時1259号137頁

^{2 3 4} 大塚仁 『刑法概説 各論〔改訂増補版〕』(1992年)有斐閣 175頁以下

大谷實 『刑法講義各論〔新版第2版〕』(2007年)成文堂 182頁以下

⁵ 大谷實 『刑法講義各論〔新版第2版〕』(2007年)成文堂 187頁

前田雅英 『刑法各論講義〔第4版〕』(2007年)東京大学出版会 194頁

^{6 7} 大谷實 『刑法講義各論〔新版第2版〕』(2007年)成文堂 187頁以下

西田典之 『刑法各論〔第3版〕』(2005年)法律学講座双書 141頁以下

⁸ 大谷實 『刑法講義各論〔新版第2版〕』(2007年)成文堂 187頁

三．死者の占有（殺害後に初めて財物奪取意志を生じた場合の処理）

説（遺失物横領罪説⁹）：遺失物横領罪（254条）が成立

説（窃盗罪説¹⁰）：窃盗罪（235条）が成立

説（強盗罪説¹¹）：強盗罪（236条1項）が成立

．判例

- ・窃盗罪の保護法益について〔最決平元.7.7 刑集43巻7号607頁 百選〕

< 事実の概要 >

買戻約款付自動車売買契約により自動車金融をしていたYは、借主Aの買戻権喪失により自動車の所有権を取得した後、Aの事実上の支配内にある自動車をAの承諾なしに引き揚げた。

< 判旨 >

「Yが自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあったことが明らかであるから、かりにYにその所有権があったとしても、Yの引揚行為は、刑法242条にいう他人の占有に属する物を窃取したもとして窃盗罪を構成するというべき」

- ・死者の占有について〔最判昭41.4.8 刑集20巻4号207頁 百選〕

< 事実の概要 >

YはAを殺害後、Aの腕時計を見て領得の意思を生じ、これをもぎ取り、死体を遺棄した。

< 判旨 >

Yは、「殺害した後、領得の意思を生じ、右犯行直後、その現場において、Aが身につけていた時計を奪取したのであって、このような場合には、Aが生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお継続して保護するのが法の目的にかなうものというべきである。そうすると、Aからその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して右財物を奪取した一連の行為は、これを全体的に考察して、他人の財物に対する所持を侵害したものであるから、右奪取行為は、占有離脱物横領罪ではなく、窃盗罪を構成するものと解するのが相当である。」

．学説の検討

- 一．まず、窃盗罪の保護法益についていかに解すべきか。

この点、窃盗罪の立法経緯から、法益を個人の財産権（憲法29条）の保障に求めるイ説がある。しかし、かかるイ説では、資本主義社会である現代の錯綜した権利関係において法益保護が十分に図れない。

その為、かかる趣旨を徹底し、適法な占有それ自体を保護すべきとするハ説が台頭する。しかし、かかるハ説では何を以て「一応適法な外観」とするかの基準が曖昧であり、恣意的な適用の危険を免れない。

思うに、占有それ自体を保護することが財産関係の秩序維持に適い、財産権の保障も徹底できる。

また、窃盗犯人から被害者が財物を取り戻すような場合には自救行為として違法性阻却の余地が

⁹ 藤木英雄 『刑法講義各論』（2004年）弘文堂 302頁

¹⁰ 大塚仁 『刑法概説 各論〔改訂増補版〕』（1992年）有斐閣 182頁以下

¹¹ 藤木英雄 『刑法講義各論』（2004年）弘文堂 302頁以下

あるので、結論的にも不都合は生じない。

よって、口説を採用すべきである。

二．次に、不法領得の意思の有無については不要説を採るのが妥当である。

1．領得は物の利用可能性の取得であり、占有奪取と異なるものではないから、客観的事実である占有侵害の認識があれば足りる。仮に不法領得の意志を必要とすると、自動車の一時使用の場合など、これを肯定できず不可罰となる場合があって不都合¹²である。わざわざ現実上の弊害を生む解釈を採用すべきではない。

2．しかし一方、不要説には、器物損壊・隠匿の成立範囲が不相当に狭まる 窃盗罪が器物損壊より重く処罰される理由を説明できなくなる 使用窃盗も処罰してしまうことになる、という欠点も考えられる。これらの点をいかに解すべきか。

まず、領得罪は財産の利用可能性を獲得する犯罪であり、毀棄罪は財産の効用を減却させる犯罪である。とすれば、両者の区別は占有侵害を伴うか否かで画一的に決することができ、占有侵害を伴い、窃盗後の損壊、売却が自由な窃盗の方が重く罰されると解する。

また、使用窃盗についてはそもそも可罰的違法性がなく、このように違法性の低い占有侵害は違法性阻却で対応できるので問題は無い。

窃盗罪の保護法益から考えても、主観は占有の侵害について問題にすべきであり、上記結論は妥当である。

よって、不要説を採用する。

3．また、前述したように窃盗罪の保護法益は事実上の占有そのものであるから、仮に必要説に立ったとしても、本権侵害まで要求する B、C は採用できない。かかる B、C 説を採れば、毀棄の意思で奪取した後、気が変わり財物を利用した場合全てにおいて占有離脱物横領罪でしか処罰できず、不都合である。かかる説によれば、偶然の事象による行為者の気まぐれ次第で、窃盗罪と比べて法定刑に 10 倍もの格差が出来る虞がある。

三．死者の占有につき、殺害後に財物奪取行為を行った場合、これをいかに処理するか。

占有があるといえるためには、原則として、その意志の主体が現存することが必要である。しかし、これを徹底し、いかなる場合においても占有を観念しないのは、法益保護の観点から妥当でない。

また、例えば殴られて気絶している人から財布を盗む場合と、殴られて死んでいる人から財布を奪う場合は、外見上ほとんど変わりがない。にもかかわらず窃盗と遺失物とで結論が分かれるのは、刑の不均衡である。よって、説は採用し得ない。

一方、強盗罪を成立させる 説は、実行の着手時に、暴行・脅迫を財物奪取の手段とする故意に欠けるため採用できない。

思うに、被害者が生前に有した占有は、被害者を死に至らしめた犯人に対する関係で被害者の死亡と時間的・場所的に近接した関係にある以上、なお刑法的保護に値するものであり、一連の行為を全体として評価すると占有奪取があったものといえる。

以上から、説を採用する。

¹³ 山口厚、井田良、佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（2006年）岩波書店 229頁、244頁以下参照

・本問の検討

一．まず、甲・乙・丙は互いに意思の連絡の下、共同してAを殺害している為、それぞれに殺人罪（199条）の共同正犯（60条）が成立する。

二．次に、三者がAから財物を窃取した行為につき、窃盗罪が成立するか。

1．まず、死体たるAからの占有移転について、検察側は説を採用している。

本問では、甲らは昭和61年3月17日の午後2時頃、Aを殺害した際に現場においてAの貴金属類を死体から窃取し、自己の管理下に置いている。これらはAの死亡と時間的・場所的に近接した関係にある以上、なお刑法的保護に値するものであるといえる。

死亡直前のAにしてみれば、自己の生命を奪ったまさに最も許容しがたい人間に、許しがたい目的、方法によって自己の所有権を侵害されたのである。

以上を加味して、これら一連の行為を全体として評価するとAからの占有奪取があったものといえる。

2．では、遺棄の目的での窃取に窃盗が成立するか。かかる不法領得の意志の要否につき、検察側は前述の通り不要説に立つ。

本問において甲らはAの財物を死体と別の場所に遺棄するという目的、すなわち互いに財物の占有を獲得する意思を通じ、共同してAの財物を窃取している。

かかる窃取は財物利用の意志こそないが、共同して行った占有奪取行為そのものが強い違法性を有するものといえる。また、腐敗しにくい貴金属を狙ったことから本件は狡猾に計算された犯行といえ、その行為態様、悪質極まりない。社会通念上、このような行為は到底是認できるものではない。

よって、かかる窃取を開始した時点で甲、乙、丙に窃盗罪（235条）の共同正犯（60条）が成立する。

三．最後に、丙が換金、遺棄目的でBやCに財物を渡したことにつき、何らかの犯罪が成立するか。

思うに、犯人が窃盗後に財物を利用せずに単に飾っておくということはあまり考えられないのであり、窃盗罪(235条)はこれら事後的な行為まで想定した上で重い法定刑を与えていると解すべき¹³である。よって、これらは不可罰的事後行為として、刑を成立させるにおいて評価の対象に含めない。

・結論

甲、乙、丙、それぞれに殺人罪（199条）、窃盗罪（235条）の共同正犯（60条）が成立し、両者は併合罪（45条）の関係に立つ。

以上

¹³ 山口厚、井田良、佐伯仁志『理論刑法学の最前線』（2006年）岩波書店 229頁、244頁以下参照