

・反対尋問

1. 244条1項が政策的に「法は家庭に入らず」としたのは、具体的にいかなる根拠に基づくか。
2. 窃盗罪の保護法益はなにか。
3. Xにはだれに対する窃盗罪が成立するのか。

・学説の検討

1. 封緘委託物の占有について

検察側は、包装物全体の占有は受託者に帰属しているが、中身の占有は委託者に帰属するとするA説(二分説)をとる。しかし、A説は包装物全体と中身を分けて考察する点で技巧的すぎるうえ、包装物全体を領得すれば横領罪(5年以下の懲役)、包装物の一部である中身だけを抜き取れば窃盗罪(10年以下の懲役)が成立することになって刑の均衡を欠くため妥当でない。

犯人が経済的利益を現に取得し、被害者がそれを失っていても、それが民事上の権利・義務と無関係であれば財産は侵害されていないとするのは不合理であるし、取引関係が複雑化した社会において権利・義務関係の確定は必ずしも容易でない。よって、刑法上の占有は、民事上の権利・義務関係に基づくことを必ずしも要せず、その物理的・現実的要素を重視すべきであると考えられる。そして、包装物全体に対する受託者の現実的支配を肯定する以上、その一部である中身についても受託者の占有を認めるべきである。相手が中身を取り出せないよう封をすることによって、包装物全体と中身の一体性はより高まっているのだから、包装物全体と中身の占有は統一して考えるべきであるし、いかに開けることを禁じる措置を講じたとしても、相手に預けた以上、委託者は中身を含めその物への近接すら思うようにはできないのだから、包装物全部につきその占有は受託者に帰属すると解すべきである。

したがって、C説(横領罪説)が妥当である。

2. 244条1項の法的性格について

検察側は、244条1項の刑の免除の法的性格について、「法は家庭に入らず」という立法者の政策的配慮に基づき、親族という身分のために刑罰が阻却されるにすぎないと解する 説(一身の刑罰阻却事由説)をとる。

しかし、この説によると、244条1項と2項の関係につき、1項に規定する近い親族の場合に刑が免除されるとはいえ常に有罪判決が下され、2項の遠い親族の場合には告訴がない限り刑事処分の対象とならないことになり、刑の不均衡が生じる。

さらに、「法は家庭に入らず」という法格言の趣旨は、国家が家庭内の事件に介入することにより個々の家庭の平和が攪乱されることを回避する、というものであると考えるが、家庭の平和の維持という観点からは、適用範囲を刑法の一部の財産罪に限定する理由はない。また、その法格言の指す範囲がもともと財産罪に限られるものであるとしても、法律効果を親告罪とすることで十分であり、これらの点で 説はこのような法政策がとられている理由について実質的に説明していない。

法が家庭に立ち入らないのは、親族間の内部的事実に対しては家庭内の自律に委ねるのが妥当であるという政策的考慮だけでなく、そこに国家の介入を差し控えるだけの実質的な法的根拠が存在しているからだと考えられる。つまり、刑罰は犯罪の実質である違法と責任を根拠とするものなのだから、それを免除する根拠は違法か責任のいずれかが減少するという点にあると解すべきである。

思うに、親族間では行為に対する反対動機が弱く、相互に窃盗等を行わないことを期待しえないから、期待可能性を欠き責任が阻却されるとする -2説(責任阻却事由説²)が妥当である。また、244条3項が親族でない共犯について本条の特例を排除している理由について、制限従属性説による責任の個別性という説明が合理的である点でも -2説は支持できる。

3. 親族関係は窃盗犯人(横領犯人)と誰の間に必要か

弁護側も検察側と同じく、占有者・所有者双方との間に親族関係を必要とする 説をとる。

そして、244条を横領罪(252条1項)に準用するとき(255条)には、委託物の所有者および委託者双方との間に親族関係が必要であると解する³。

4. 親族関係の錯誤をどのように処理すべきか

検察側は 説(一身の刑罰阻却事由)に基づいて、刑罰阻却事由の錯誤は故意の成否に影響しないとする a-1説を

¹ 岡野光雄『刑法要説各論(第5版)』成文堂[2009年]120頁

² 曾根威彦『刑法各論(第四版)』弘文堂[2008]123頁

³ 大谷實『刑法講義各論(新版第3版)』成文堂[2009]287頁

とり、行為者が他人の物を親族の物と誤信してこれを窃取した場合でも244条1項の適用はないとする。

しかし、行為者に上記のような錯誤があった場合に、その錯誤を一切考慮せず、親族の物を盗む意思しかない行為者に他人の物を盗む意思がある場合と全く同様の刑責を問おうとするのは、38条2項の趣旨に照らし責任主義の見地から重大な疑義がある。

弁護側の採用する-2説(責任阻却事由説)では、すでに述べたように、親族間では行為に対する反対動機の形成が弱く、窃盗等を行わないという期待可能性に欠けると考えることから、親族関係の錯誤は期待可能性を基礎づける事実の錯誤としてとらえる。そして、その錯誤が不可避であった場合に初めて責任の減少が認められるとして244条1項の適用を認めるc説(責任阻却事由説⁴)をとる。

・本問の検討

1. Xが「他人の物」である施錠されたトランクの蓋をこじ開け「損壊」した行為につき、器物損壊罪(261条前段)が成立することに同意する。

2. 次に、Xが甲から預かった施錠されたトランクをこじ開け、中から高級カメラ(30万円相当)を抜き取って持ち逃げした行為につき何罪が成立するか。施錠されたトランクは封緘委託物にあたるが、封緘委託物の中身の占有が委託者、受託者どちらにあるのが問題となる。

この点、弁護側はC説(横領罪説)に基づき、封緘委託物は包装物全体と中身を分けず、その全部につき占有は受託者に属すると解するので、本問では、中身のカメラは受託者であるXにとって「自己の占有する」ものであるといえ、また、カメラは乙が所有していたものであるから「他人の物」にあたる。

そして、横領行為について弁護側は「不法領得の意思の発現たるすべての行為」と解する。本問で、Xが甲の委託に背いてカメラを持ち逃げした行為は、のちにそのカメラを売って現金を得るためになされた行為であるから、Xのこの行為は「不法領得の意思の発現たる行為」であるといえ、横領行為にあたる。

さらに、Xは甲の委託に背くことを認識しながらあえてカメラを持ち逃げしているから、その横領行為について故意が認められる。

また、不法領得の意思について、弁護側は「他人の物の占有者が委託の趣旨に背いて、その物につき権限がないのに、所有者でなければできない処分をする意思」と解するところ、本問でXは「他人の物」である乙所有のカメラを、乙のもとへ届けるといふ甲の「委託の趣旨に背いて」、カメラを売って現金を得るといふ「所有者でなければできない処分」をする意思をもっていたといえるので、Xに不法領得の意思が認められる。

したがって、Xの行為は甲に対する横領罪(252条1項)の構成要件に該当する。

3. もっとも、甲はXの父であるから、244条1項が準用(255条)されないか。244条1項の親族関係が行為者と誰との間に必要かが問題となる。この点、弁護側は説に基づいて、行為者は委託物の所有者および委託者双方に親族関係が必要と解する。本問では、委託者はXの父である甲だが、委託物の所有者は乙であり、Xと乙の間には親族関係がないから244条1項は準用(255条)されない。

4. しかし、Xはカメラが甲の所有物であると誤信しており、親族関係の錯誤があった。そこで、親族関係の錯誤をどのように処理するか問題となるが、弁護側はc説(責任阻却事由説)に立ち、その錯誤が不可避である場合には、期待可能性を欠くため責任が阻却されると解する。

本問で、Xは以前甲が同様のカメラで写真撮影をしているところを見ており、Xがカメラを甲所有のものであると誤信することは自然であって、この錯誤は避けることができなかつたと考える。

よって、Xは適法行為に出る期待可能性を欠き責任が阻却されるので、Xに甲に対する横領罪(252条1項)は成立しない。

5. 仮に、検察側の採用するA説(二分説)に立ち、Xがカメラを持ち逃げした行為が窃盗罪(235条)の構成要件に該当するとしても、横領罪の場合と同様に、Xにとって親族関係の錯誤は不可避であった。よって、期待可能性を欠くため責任が阻却され、Xに窃盗罪(235条)は成立しない。

・結論

Xは、器物損壊罪(261条前段)の罪責を負うにとどまる。

以上

⁴ 曾根威彦『刑法の重要問題(各論)〔補訂版〕』成文堂[1996]250頁