

I. 反対尋問

- 5 1. 「V. 学説の検討」5頁12、13行目にあるように「一連の行為」として評価するにあたり、殺害後に財物奪取をした事例を窃盗罪として構成するのは何故か(強盗殺人罪として構成しないのは何故か)。
2. 「V. 学説の検討」5頁14行目に「殺人行為の持つ生命侵害行為と占有侵害行為」とあるが、殺人行為の占有侵害的側面とは何か。
- 10 3. 「V. 学説の検討」6頁17行目にある「他人の物を何らかの効用を引き出そうとする目的で利用・処分する意思」の「何らかの効用」とは具体的にどのようなものであるか。

II. 学説の検討

1. 死者の占有について

15 A説(強盗罪を成立させる説)

A説は検察側と同様の理由により採用しない。

B説(窃盗罪を成立させる説)

B-1説(死者の占有を認める説)

B-1説は検察側と同様の理由により採用しない。

20 B-2説(死者の生前の占有を保護する説)

- この説は被害者の生前に有していた占有が、被害者を死亡させた犯人に対する関係では、被害者の死亡と時間的場所的に近接した範囲内にある限り、なお刑法的保護に値するのであり、犯人が被害者を死亡させたことを利用してその財物を奪取したという一連の行為を全体的に評価して、その奪取行為に窃盗罪を成立させるというものである。しかし、そもそも死後に生前の占有を侵害することは物理的に不可能であり、法律上もこれを認めるには無理がある。それにもかかわらず、死後の占有を保護するというのは理論的根拠に乏しいだけでなく、実質的には死者の占有そのものを肯定する説と何ら異なる¹。

- そして、この説では占有侵害行為と占有取得行為との関連性を考慮し、反抗抑圧の侵害結果を利用する意思によってこの2つの行為を結び付けようとする。しかし、利用意思によって取得行為に結び付けられるのは侵害結果のみであって侵害行為には及ばない以上、利用意思によって侵害行為時に存在しなかった故意を補完することはできない。つまり、事前に財物領得の意思がない以上一連の行為を全体的に観察することは不可能なのである²。

¹ 大塚裕史『刑法各論の思考方法〔第3版〕』(早稲田経営出版,2010年)60頁。

² 曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕〔補訂版〕』(成文堂,1996年)150頁。

この説のように客観的に占有侵害行為があり、その行為の結果を事後的に利用しようとする場合には、たとえ占有侵害の故意がなくても窃盗罪が成立するとするならば、なぜ強盗罪まで認めないのかという問いに対する説得的な答えが示されていない。この考え方を徹底すれば、客観的に反抗を抑圧する程度の暴行があり、犯行抑圧状態を利用する意思があれば、当初の強盗の故意がなくても強盗罪の成立が認められるはずだからである³。

さらにこの説は、相対的であれ絶対的であれ、占有の喪失時期が不明確である点にも問題がある⁴。

よって、B-2説を採用しない。

10 C説(占有離脱物横領罪を成立させる説)

この説は死者に占有を認めず、占有離脱物横領罪として処理する説である。そもそも、占有の主体が死亡して存在しなくなった以上は、財物の占有は消滅したのであるから、殺害直後に生前の占有物を取り去る場合と、時間を経過した後にその財物を取り去る場合であるとを問わず、占有の侵害はないため、かかる理論構成がもっとも理性的・論理的である⁵。

15

確かに殺害者本人が死者から財物を奪う場合は、自分で殺してさらに被害者から奪っているという意味では当罰性が高いため、死体から第三者が財物を取得する場合と区別されるべきとの批判がある。しかし、占有侵害行為を事後的に利用することは不可能であるため、これを遡って窃盗罪で評価することは妥当ではなく、占有侵害の結果を利用するという点では殺害者本人でも第三者でも同じであるため区別する必要はないのである⁶。当罰性を高めている殺害行為のマイナス的评价についても、端的に殺人罪・傷害致死罪の量刑で考慮されるべきであるため何ら問題はない⁷。

20

加えて、この説は被害者が死亡したか否かで判断するため、占有の喪失時期が不明確なB-2説とは異なり、明確な基準を有している点においても妥当な結論が導かれる。

25

よって、弁護側はC説を採用する。

2. 不法領得の意思について

α説(不法領得の意思不要説)

検察側と同様の理由で採用しない。

30 β説(不法領得の意思必要説)

β-1説(権利者排除意思及び利用・処分意思双方を必要とする見解)

検察側同様、使用窃盗及び毀棄・隠匿を窃盗罪等の範囲から排除するために不法領得

³ 大塚・前掲 61 頁。

⁴ 西田典之『刑法各論〔第 6 版〕』(弘文堂,2013 年)146 頁。

⁵ 大谷實『刑法講義各論〔新版第 3 版〕』(成文堂,2009 年)202 頁。

⁶ 大塚・前掲 64 頁。

⁷ 齋藤信治『刑法各論』(有斐閣,2001 年)112 頁。

の意思を主観的要件に加え、さらに権利者排除意思と利用・処分意思を共に必要とする説を採る。しかし、利用・処分意思の解釈において、「何らかの効用」と広く解釈するには基準が曖昧すぎる。また、このような曖昧な基準を用いることで処罰範囲が拡大し、刑法における自由保障機能を害する恐れがある。そこで、利用・処分意思を「他人の物を何らかの経済的用法にしたがって利用・処分する意思」として基準を明確にするべきである。

したがって、弁護側はβ-1-a説を採用する。

β-2説(権利者排除意思のみを必要とする見解)

検察側と同様の理由で採用しない。

10 β-3説(利用・処分意思のみを必要とする見解)

検察側と同様の理由で採用しない。

Ⅲ. 本問の検討

第1. X・YがAを窒息死させた行為について、両者はAの殺害を共謀し、殺害の意思をもって両者で電気コードの両端を引っ張りAの首を絞め窒息死させていることから、共同実行の意思と共同実行の事実が認められる。よって、当該行為について、X・Yに殺人罪(199条)の共同正犯(60条)が成立する。

第2. X・YがAの死体から脱がした背広の内ポケットから同人所有の現金約100万円を取り出した行為について、窃盗罪(235条)の共同正犯が成立するか。

20 1. 窃盗罪の成立には「他人の財物」を「窃取」することを要する。窃盗罪は他者の占有を保護法益とするところ、「窃取」とは占有者の意思に反して他人の占有を排し目的物の占有を自己に移転させることを指すが、X・YがAの「財物」である現金を取り出した時点において、Aは既に死亡している。当該現金についてAの占有が及んでいるか、いわゆる「死者の占有」が認められるかが問題となる。

25 2. 「死者の占有」について、弁護側はC説を採用する。本問では、当該現金についてAの占有は及んでいないため、Aの占有を排したと言えず「窃取」したと言えないため、窃盗罪の共同実行行為は認められない。よって、窃盗罪の共同正犯は成立しない。

3. もっとも、A殺害直後にX・Yが、Aの意思に基づかずにその占有を離れ、まだ何人の占有にも属していない「占有を離れた他人の物」である当該現金を取り出して「横領」しているため、当該行為についても占有離脱物横領の共同実行の意思と共同実行の事実があることは認められるのであるから、上記行為について占有離脱物横領罪(254条)の共同正犯が成立する。

第3. X・YがAの死体を山林に埋めた行為について、X・YはAの死体遺棄を企て、それぞれが遺棄のために必要な行為を分担し、最終的に共同してAの「死体」を埋めて「遺棄」しているため、共同実行の意思と共同実行の事実が認められる。よって、当該行為についてX・Yに死体遺棄罪(190条)の共同正犯が成立する。

第4. YがAの腕時計をB子に渡し質入れさせた行為について、X・Yに窃盗罪の共謀共同正犯が成立するか。

1. X・Yは、当初犯行の発覚を防ぐためにこの腕時計を死体とは別の場所に「投棄」することを企て、Aの死体から剥がし、後に投棄するのを忘れたことに気づきXがYに投棄を依頼してこれを渡しており、謀議の内容としての意思連絡と正犯意思は毀棄・隠匿罪である器物損壊の限度でしか存在しない。そこで、このような場合にも窃盗罪としての謀議の存在が認められるか、窃盗罪の主観的構成要件としての不法領得の意思の要否と、仮に必要とした場合の内容が問題となる。

2. この点、弁護側はβ-1-a説を採用する。そうすると、X・Yの間に不法領得の意思を内容とした意思連絡と正犯意思は存在せず、窃盗罪としての謀議の存在は認められない。もっとも、Yは後に腕時計を質入れしていることから、事後的に利用処分意思を生じていると言えるが、こうした事後的利用処分意思は財物を奪った当初の意思の内容を補完するものではなく、依然として謀議の内容は器物損壊にとどまる。よって、上記行為についてX・Yについて窃盗罪の共謀共同正犯は成立しない。

3. そして、前述の通りX・Yの間に器物損壊の謀議の存在は認められるとしても、質入れ行為は、器物損壊罪(261条)の構成要件である他人の物を「損壊し、又は傷害した」ことに当たらないため、一部共謀者の実行が認められない。よって、上記行為についてX・Yに器物損壊罪の共謀共同正犯も成立しない。

4. (1) しかし、Aの死体から腕時計を剥がしたことで、腕時計の占有はXあるいはYに移転しているため、委託信任関係に基づかずに行為者の占有に帰した物といえ、「占有を離れた他人の物」に当たる。これをYは質入れし利用処分しているため、不法領得の意思を実現する「横領」を行っていると言え、Yによる占有離脱物横領の実行行為が認められる。

(2) この点、上記行為について共犯者間の抽象的事実の錯誤が問題となるが、共犯者間の共同意思と実行行為が構成要件的に重なり合っていれば、その軽い限度において規範に直面し故意責任を問いうる。本問では、謀議の内容であり、共犯者間の共同意思である器物損壊と、実行行為である占有離脱物横領は、前者が領得罪であるのに対し後者は毀棄・隠匿罪であり、保護法益が異なる上に行為態様も異なる。よって、両者の間に構成要件的重なり合いは認められず、上記行為についてX・Yに占有離脱物横領罪の共謀共同正犯は成立せず、Yに占有離脱物横領罪の単独正犯が成立するとどまる。

5. よって、上記行為について、X・Yは何ら罪責を負わない。

第5. YがCに指輪の投棄を依頼してこれを渡した行為について、X・Yに窃盗罪の共謀共同正犯が成立するか。

1. これも第4と同様に検討すると、X・Yの間には、腕時計と同様に器物損壊を内容とした謀議の存在が認められるのみであるから、不法領得の意思が認められず、上記行為

について X・Y に窃盗罪の共謀共同正犯は成立しない。

2. もっとも、Y は C に対して指輪を投棄するように依頼してこれを渡しているため、C を介した Y の投棄行為が認められ、これは「他人の物を損壊し、又は傷害した」ことに当たるため、一部共謀者の実行が認められる。

5 3. 以上より、上記行為について X・Y の器物損壊罪の共謀共同正犯が成立する。

第 6. 罪数

X の A に対する殺人罪の共同正犯・A の現金についての占有離脱物横領罪の共同正犯・死
体遺棄罪の共同正犯・A の指輪についての器物損壊罪の共謀共同正犯と、Y の A に対する
殺人罪の共同正犯・A の現金についての占有離脱物横領罪の共同正犯・死体遺棄罪の共同正
10 犯・A の腕時計についての占有離脱物横領罪の単独正犯・A の指輪についての器物損壊罪の
共謀共同正犯は各行為者において併合罪(45 条前段)となる。

IV. 結論

X は A に対する殺人罪(199 条)の共同正犯(60 条)、A の現金についての占有離脱物横領罪
15 (254 条)の共同正犯、死体遺棄罪(190 条)の共同正犯、A の指輪についての器物損壊罪(261
条)の共謀共同正犯の罪責を負い、Y は A に対する殺人罪(199 条)の共同正犯(60 条)、A の
現金についての占有離脱物横領罪(254 条)の共同正犯、死体遺棄罪(190 条)の共同正犯、A の
腕時計についての占有離脱物横領罪(254 条)の単独正犯、A の指輪についての器物損壊罪
(261 条)の共謀共同正犯の罪責を負い、これらの罪は各行為者において併合罪(45 条前段)と
20 なる。

以上