只木ゼミ後期第2問検察レジュメ

文責:2班

Ⅰ. 事実の概要

XおよびYは共謀して、怨恨からA(当時36歳)を殺害することを企て、昭和60年3月17日に、スナックに集まり、Aの来店を待った。そして、同日午後0時30分ころ、同店2階6畳間において、来店したAの身体を押さえつけ、Yが電気コードをAの首に巻きつけ、殺害の意思をもってX・Yでその両端を引っ張ったところ、Aは窒息死した。

Aを殺害した直後の同日午後2時ころ、同所において、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。

X・Yは、Aの死体を遺棄することを企て、同日午後2時ころ殺害現場において、Aの死体の手足をネクタイで縛ったうえ毛布に包んでダンボール箱に梱包した。その際、犯行が発覚しないように腐敗しない貴金属類を死体から剥がして、死体とは別の場所に投棄することとし、腕時計及び指輪等を被害者の死体から剥がしてビニール袋に入れておき、これを翌18日午前1時ころ、死体を自動車に積む際に一緒に積み込んで死体を埋める場所に向かった。

そして、翌18日午前1時ころ、予めYが借りて来たレンタカーに死体の入ったダンボール箱を積み込み、Yが運転して山林へ向かった。同日午前5時ころ、山林に到着したX・Yは穴を掘り、ダンボール箱から取り出したAの死体を埋めた。

ところが、死体の遺棄に気を取られていたためか、貴金属類を入れたビニール袋についてはこれを捨て忘れたまま帰って来てしまい、このことに気付いたXは、Y にこれの投棄を委ねた。しかし、昭和60年3月21日ころ、Yは、交際中の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のをやめ、これを同日B子に渡し30万円で質入れさせた。指輪についても、Yは、いずれ換金しようと考えるようになって保管を続けていたところ、同年4月7日ころ、友人のCから質に入れると足がつくと忠告されたので、同人に対し投棄してくれるよう依頼して渡した。Xは、腕時計及び指輪についてYが捨てているものと考えていた。

Ⅱ. 問題の所在

1. 死者の占有について

窃盗罪(235条)における占有は、客観的に他人がその財物を事実上支配している状態または支配を推認せしめる客観的状況があり、かつ、主観的な占有の意思がある場合に認められるべきである。そこで、人の死亡後にその死者が生前占有していた財物を領得する行為、特に殺害後に領得の意思を生じ、死者から財物を領得する場合、その行為は窃盗罪を構成するか問題となる。

2. 不法領得の意思について

窃盗罪における主観的構成要件要素として、故意(38 条 1 項本文)とは別個に不法領得の意思は必要であるか。また必要であると解する場合、その内容が問題となる。

Ⅲ. 学説の状況

1. 死者の占有について

A 説(強盗罪を成立させる説[1])

自己の殺害行為によって生じた、被害者が抵抗不能となった状態を利用して所持品を奪取したものとして、強盗罪を成立させる説。

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[2])

死者の占有それ自体を保護し、窃盗罪を成立させる説。

B-2 説(死者の生前の占有を保護する説[3])

死者の生前有していた占有を侵害する行為を死亡の前後にわたり全体的に観察し、殺害・奪取の一連の行為によって生前の占有を侵害しているといえる場合、窃盗罪を成立させる説。

C 説(占有離脱物横領罪を成立させる説[4])

被害者の死亡によって財物の占有は客観的・主観的に失われるとし、占有離脱物横領罪を成立させる説。

2. 不法領得の意思について

α説(不法領得の意思不要説[5])

窃盗罪等の主観的要件として、当該財産罪の故意があれば足りるとする見解。

β説(不法領得の意思必要説)

窃盗罪等の主観的要件として、当該財産罪の故意に加えて、「不法領得の意思」が必要であるとする見解。「不法領得の意思」の内容について、①権利者排除意思、②利用・処分意思の双方を含むか、いずれか一方を指すのかを巡って、学説の対立がある。

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[6])

さらに、β-1 説の中でも、利用・処分意思の意味をどう解するかで説が分かれる。

β-1-a 説[7]

利用・処分意思を「他人の物を経済的用法にしたがって利用・処分する意思」と

---

[1] 藤木英雄『刑法講義各論』(弘文堂,1974 年)302 頁。
[2] 小野清一郎『新訂刑法講義各論〔第三版〕』(有斐閣,1950 年)245 頁。
[3] 団藤重光『刑法綱要各論〔第 3 版〕』(創文社,1988 年)572 頁。
[4] 西田典之『刑法各論〔第 4 版補正版〕』(弘文堂,2009 年)137 頁。
[5] 大塚仁『刑法概説(各論)〔第 3 版増補版〕』(有斐閣,2005 年)197 頁。
[6] 斎藤信治『刑法各論〔第 4 版〕』(有斐閣,2014 年)115 頁。
[7] 井田良『刑法各論〔第 2 版〕』(弘文堂,2013 年)95 頁参照。

する見解。

β-1-b 説[8]

利用・処分意思を「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」とする見解。

β-2 説(権利者排除意思のみを必要とする見解[9])

β-3 説(利用・処分意思のみを必要とする見解[10])

Ⅳ. 判例

1. 死者の占有について

最高裁昭和 41 年 4 月 8 日第二小法廷判決。刑集第 20 巻 4 号 207 頁。

<事実の概要>

被告人 X は、自動車の運転中に帰宅途中の A 女を見掛け劣情を催し、自動車に乗車させ、近くの草むらで降車させたうえ、強いて姦淫した。犯行の発覚を恐れた被告人は、A 女の殺害を決意し、仰向けに倒れていた A 女の頸部を両手で強く締めて窒息死させ、穴を掘りその死体を埋めて遺棄した。その際 X は A 女の腕からその所有であった腕時計 1 個をもぎ取った。

<判旨>

上告棄却。括弧書きにて以下のように判示。

「被告人は、当初から財物を領得する意思は有していなかったが、野外において、人を殺害した後、領得の意思を生じ、右犯行直後、その現場において、被害者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、被害者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というものである。そうすると、被害者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被告人の行為は、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というべきであるから、右奪取行為は、占有離脱物横領ではなく、窃盗を構成するものと解するのが妥当である」。

<引用の趣旨>

本判決は、時間的場所的近接性を要求したうえで殺害犯人との関係では被害者の生前の占有が刑法的保護に値するとして拡張され、窃盗罪の成立を認めるという、死者の生前の占有を保護する説の理論的説明を初めて行った判例である。特に、この説に加えられる多くの批判である、時間的・場所的近接性の限界が不明確で判断が恣意に流れるというものに対し、「犯行現場」「犯行直後」という限界を設定したという意味で重要な意義を有している。

---

[8] 井田・前掲 95 頁。

[9] 団藤重光『刑法綱要各論〔第 3 版〕』(創文社,1990 年)563 頁。

[10] 伊東研祐『刑法講義各論』(日本評論社,2011 年)147 頁。

死者の生前の占有を保護する説の理論的構成及び本問の検討における時間的・場所的近接性を判断する上で参考になると考え、引用をした。

2. 不法領得の意思について

東京高判平成 12 年 5 月 15 日判決。判時 1741 号 157 頁。

<事実の概要>

被告人 X は長年交際があって別れた A 子に対する怨念の気持ちや、物取りに見せようという考えから、A に覆面をしその顔を隠して殴打していたところ、A から同女が床に置いていたバッグを指して、「殺さないで。これを持っていって。」と哀願され、事前から考えていた物取りの犯行と装うためもあって、現金等が入っていたそのバッグを持ち去った。

<判旨>

「被告人は…金員そのものを強奪したり盗んだりするのを主目的としてはいなかったとはいえ、単に物を廃棄したり隠匿したりする意思からではなく、…物取りを装おうと考え…所有者の占有を奪っているものであるから…被告人には不法領得の意思があったものというべきである」。

<引用の趣旨>

本事例では、強盗の仕業に見せるためという、明らかに経済的効用に従って利用処分する意思は認められないにも関わらず、不法領得の意思を認めている。

しかし、利用処分意思が全くないと判断したわけではなく、物取りを装おうという意思から利用・処分意思を認めたものであると考え、引用をした。

Ⅴ. 学説の検討

1. 死者の占有について

A 説(強盗罪を成立させる説)

A 説は、奪取行為が殺人の余勢をかってなされたと認められる程度に殺害行為と密着している場合には強盗罪の成立を認める。しかし、そもそも強盗罪の本質は暴行脅迫を手段として反抗抑圧された者から財物を奪取する点にあるところ、当初の殺害行為は、主観的・客観的に見て財物奪取行為の手段であるということはできない[11]。

よって、A 説は採用しない。

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 説は死者も財物の占有を有すると解するが、死者には占有の意思も占有の事実ももはや認められないのであるから、その占有の主体とはなりえない[12]。これは、死亡直後の生々しい死体から取る場合であっても同様である。本説は、占有概念をあまりに規

[11] 山中敬一『刑法各論 I 』(成文堂,2004 年)246 頁。

[12] 山中・前掲 244 頁。

範化、観念化するものであり妥当でない[13]。

よって、B-1 説は採用しない。

B-2 説(死者の生前の占有を保護する説)

もっとも、死者の占有が認められないとしても、被害者が死亡したら直ちにその占有が失われると解するのは疑問である。そこで B-2 説は、生前の占有が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は、なお刑法的保護に値するとし、殺害から奪取という一連の行為を全体的に評価して、その奪取行為は窃盗罪を構成すると解する。加害者による占有侵害行為と占有取得行為は、客観的には被害者の占有ないしは所有権という保護法益の侵害に向けられた行為であるから、法益侵害の同一性が認められる。また、両行為に時間的場所的近接性が認められれば、客観的因果的関連性も認められ、自己の殺害行為によって惹起された占有侵害状態を利用する意思をもって占有取得行為に及んだ以上、主観的関連性も認められる。したがって、全体を観察して一連の行為と解する本説は妥当である。さらに、本説に従えば、死体から第三者が財物を奪取した場合との区別をつけることができ、殺人行為の持つ生命侵害行為と占有侵害行為、両方の側面を評価することが可能である[14]。

よって、B-2 説を採用する。

C 説(占有離脱物横領罪を成立させる説)

C 説は、被害者の死亡によって占有の主体がいなくなった以上占有侵害が認められないから、占有離脱物横領罪しか成立しないと解する。しかしながら、人を殺したうえにさらに被害者の物を奪うという行為は異様に悪質であり、行為者の反社会性を示すもの[15]であるといえる。かかる行為に法定刑の軽い占有離脱物横領罪しか成立しないとするのでは、法の目的にかなわない。また、上述のとおり殺人行為は生命侵害と占有侵害という二つの側面を有するが、本説によれば殺人罪で生命侵害については評価できても占有侵害行為の側面はカバーできないため、後者の側面が刑法的に評価されなくなってしまう[16]。

よって、C 説は採用しない。

2. 不法領得の意思について

α 説(不法領得の意思不要説)

窃盗罪等の主観的要件として、単に当該財産罪の故意のみで足りるとすると、いわゆる使用窃盗も窃盗罪の範囲に含まれることとなる。しかしながら、私欲のために、違法かつ顕著な所有権侵害も辞さない意思こそが、特別予防・一般予防上の厳罰の必要性、また反倫理性の強さを根拠づけ、窃盗罪が重く罰せられる理由であり[17]、一時的に当該財物を使

---

[13] 大塚裕史『刑法各論の思考方法〔新版〕』(早稲田経営出版,2007 年)54 頁。
[14] 大塚・前掲 64 頁。
[15] 斎藤・前掲 112 頁。
[16] 大塚・前掲 64 頁。
[17] 斎藤・前掲 114 頁。

用する場合にまで窃盗罪の成立を認めるのは妥当ではない。

また、α説に基づけば、窃盗罪等と毀棄・隠匿罪との区別が著しく不明瞭なものとなり、毀棄・隠匿罪の成立は稀となってしまう[18]。

したがって、検察側はα説を採用しない。

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)

窃盗罪等の認定にあたって不法領得の意思を主観的要件に加える趣旨は、使用窃盗及び毀棄・隠匿を窃盗罪等の範囲から排除する点にある[19]。そこで、使用窃盗を不可罰とするためには権利者排除意思を、毀棄・隠匿罪と窃盗罪等とを区別するためには利用・処分意思とを要すると解するのが妥当であると考える。なぜなら、権利者排除意思によって「違法かつ顕著な所有権侵害も辞さない意思」とは異なる一時使用の意思を相対化でき、利用・処分意思によって、客観的側面のみでは区別が困難な窃盗と毀棄・隠匿との区別を明確化することができるからである。

ただし、利用・処分意思を「他人の物を経済的用法にしたがって利用・処分する意思」として狭く解することには疑問がある。利用・処分意思に期待される機能はあくまで「窃盗と毀棄・隠匿との区別の明確化」であって、いたずらに窃盗の成立範囲を狭めることはむしろ不当といえる。利用・処分意思の内容としては「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」とさえ解せば十分であろう。

したがって、検察側はβ-1-b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)

本説では、窃盗罪等と毀棄・隠匿罪との区別を、財物の占有の移転の有無にあるとする[20]。しかしながら、占有の移転なしに毀棄・隠匿に及ぶ場合は稀であると思われ、かかる基準によれば毀棄・隠匿罪がほとんど成立しないこととなる。また、占有を奪わずに毀棄・隠匿に及ぶ場合にのみ毀棄・隠匿罪が成立し、持ち去って毀棄・隠匿に及べば窃盗罪が成立するとすれば、両場合で刑に差を設けることを正当化するだけの違法・責任の違いは見受けられず、不当な結果を生ずることとなる[21]。

したがって、検察側はβ-2説を採用しない。

β-3説(利用・処分意思のみを必要とする見解)

本説では、一時的にせよ、他人の物を使用する以上、原則として窃盗罪を構成するとして、使用窃盗にも窃盗罪の成立を認める[22]。しかしながら、前述のとおり、私欲のために、違法かつ顕著な所有権侵害も辞さない意思こそが、窃盗罪が重く罰せられる所以であり、使用窃盗に窃盗罪の成立を認めるのは妥当ではない。

---

[18] 斎藤・前掲114頁。
[19] 林美月子「不法領得の意思と毀棄・隠匿の意思」『立教法学第75号』(立教大学法学部,2008年)2頁。
[20] 団藤・前掲566頁。
[21] 中森喜彦「不法領得の意思」『刑法基本講座第5巻』(成文堂,1993年)92頁。
[22] 斎藤・前掲114頁参照。

したがって、検察側はβ-3 説を採用しない。

Ⅵ. 本問の検討

X および Y の罪責

1. A を窒息死させた行為について

X は、Y と共謀の上、「共同して」A の首に電気コードを巻きつけて引っ張り、その結果として A を窒息死させており、行為と結果の間に因果関係が認められ、故意も欠けるところがないから、X および Y の行為につき、殺人罪(199 条)の共同正犯(60 条)が成立する。

2. 死んでいる A から現金をとった行為について

(1) なお、X と Y は共謀の上、死んだ直後に A の背広の内ポケットから 100 万円を「共同して」取り出しており、X および Y に窃盗罪(235 条)の共同正犯(60 条)が成立するか。この点、A はすでに死んでおり、死者の占有が認められるかが問題となる。

(2) 検察側は、B-2 説を採るところ、死者の占有それ自体を認めるのではなく、死者が生前有していた占有を侵害する行為を死亡の前後にわたり全体的に観察し、殺害・奪取の一連の行為によって生前の占有を侵害しているといえる場合、窃盗罪が成立すると解する。

(3) 本件において、X と Y によって、A 殺害のおよそ 1 時間半後に殺害が行われたのと同じ部屋において、死んだ A から 100 万円が取られており、時間的場所的に近接した