

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側は毀棄・隠匿罪の成立範囲及び同罪の趣旨についてどのように考えているか。
2. 検察レジュメ3頁17行目以下において、「客観的事実に裏打ちされない内心の動機・意図だけで～妥当ではなく」とあるが、権利者排除意思は内心の意思活動ではないのか。
3. 検察レジュメ2頁38行目において、「被害者が生前に有した占有は～窃盗罪を構成するとするのが妥当である」とあるが、検察側は犯人が被害者を死亡させたことを利用した、と考える基準をどのようなものだと考えているのか。
- 10

II. 学説の検討

1. 死者の占有について

B説 窃盗罪説

- 15 B-1説：窃盗罪説について

この説では、死者を占有の主体として認めるが、死者は権利主体としては存在しないのだから「死者の占有」はフィクション以外の何ものでもないし、またそれが肯定される範囲も不明瞭であり、結局、感覚的な基準により決するほかなく、恣意に流れる危険があるといえる¹。

よって、弁護側はB-1説を採用しない。

20

B-2説：生前の占有継続説について

占有とは、物に対する「人」の支配であって、概念上「人」の存在を前提とし、また自己のためにする意思のみならず、他人のためにする意思を必要とする。しかし、死者に「人」は含まれないし、死者はその占有の要素である「占有意思」を持ち得ない²。

- 25 そうであるならば、生前の占有を死後も継続して保護するというのは、殺害者との関係で被害者の占有が死後に継続するとみなす趣旨であるなら、「死者の占有」を相対的に肯定していると云わざるを得ない。占有の主体が死亡して存在しなくなった以上、財物の占有は消失したのであるから、殺害直後に生前の占有物を取得する場合と、時間を経過した後にその財物を取得する場合とを問わず、占有の侵害はないと解すべきである³。

- 30 また、一連の行為を全体的に考察する手法は、被害者が生きている時点における殺害行為と、被害者が死亡した後における占有取得行為を一連の行為として結合することで、奪取罪の成立を正当化しようとするものといえる。しかし、殺害の時点で財物奪取の意思がないのだから、前後の行為を一連の行為として一体化するためには、まず意思的要素を欠く⁴。

¹ 山口 厚『刑法各論[補訂版]』(有斐閣,2005年)181頁参照。

² 松原芳博『刑法各論』(日本評論社,2016年)195頁。

³ 松原・前掲 198頁。

⁴ 大谷實『刑法講義各論[新版第4版]』(成分堂,2013年)211頁。

加えて、被害者の占有を喪失させた時点で奪取罪の故意がないにも関わらず、後の時点における占有取得意思をもって奪取罪の成立を認めるのは「事後の故意」を認めるものであり、責任主義に反するといわざるを得ない⁵。

よって、弁護側は B・2 説を採用しない。

5

A 説：遺失物横領罪説について

占有の主体が死亡して存在しなくなった以上は、死者には、占有の意思も占有の事実も認められず、財物の占有は客観的・主観的に失われるのであるから、殺害直後に生前の占有物を取り去る場合であると、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、占有の侵害はないと解すべきである⁶。

10

また、この説は、死者の占有を認めず、死亡によって線引きがなされるため、占有の喪失時期が明確となり、占有侵害を認めるための基準も明確となる。

よって、弁護側は、A 説を採用する。

15 2. 不法領得の意思について

B 説：権利者排除意思説について

この説は不法領得の意思は他人の財物につき所有者としてふるまう意志であると解するものである。したがって、その内容には他人の財物をその経済的用法に従って利用・処分する意思はもちろん、単に放棄・破壊・隠匿するだけの意思で奪取した場合にも不法領得の意思があると解する⁷。

20

しかし、これでは窃盗罪と毀棄罪との区別が適切に行なわれぬ。窃盗罪の成否は財物の持ち出しの時点で判別すべきであるのに、排除意思のみで不法領得の意思を認めてしまうと毀棄の時期や財物の隠し場所によって、窃盗罪と毀棄罪との差が生じてしまい妥当でない⁸。

よって弁護側は B 説を採用しない。

25 α 説：利用処分意思・権利者排除意思説について

本説は「経済的用法に従い利用・処分する意思」(利用意思)を不法領得の意思の構成要素として捉える説である。ここで言う利用意思とは、財物から生ずる何らかの効用を享受する意思を指し、これは単なる物の利用可能性を取得する意思を超えたより実質的な意思である⁹。

本説においては、この「利用意思」の存在を領得罪に科されるより重い処罰の根拠としている。

30

利用意思の内実は財物の効用を取得する意思であり、こうした意思は犯罪の強力な動機となるため、重い罪を予告して抑止することが必要であるとともに、そうした動機で行われる行為については非難可能性が高まるのである。領得罪は国民にとって誘惑的で犯しやすい犯罪であり、歴史的に見ても、諸外国の犯罪統計を見ても、財物を領得する行為は毀棄行為以上に頻繁に起こっているため、政策的な見地

⁵ 松原・前掲 198 頁。

⁶ 大谷實『刑法講義各論[新版第 4 版]』(成文堂, 2013 年)211 頁参照。

⁷ 山口・前掲 199 頁。

⁸ 松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂, 2016 年)215 頁。

⁹ 山口厚『刑法各論』(有斐閣, 2003 年)199-200 頁。

から領得罪を禁圧する必要性が高いといえる。

5 なお、本説の考え方に従うと、毀棄・隠匿目的の窃取と利欲目的の窃取では違法性の点では違いがないにも拘らず、利欲目的の窃取をより重く処罰するがその根拠というのがまさに責任の問題である。つまり、利欲目的の窃取が計画的であるのに対して毀棄・隠匿目的の窃取は衝動的であり、かつ単発的であるから責任が軽いといえ、比較的軽い法定刑を科すのである¹⁰。

10 また、利用意思は窃盗罪と毀棄罪との実質的区別を可能とするために必要である。例えば、落し物を交番に届ける行為を占有離脱物横領罪から除外する根拠として、主観的に利用・処分する意思が欠けていることを援用せざるを得ない¹¹。このように客観面だけでは両罪の区別が困難である場合に「利用意思」という行為者の主観面を考慮要素として加えることで、一般人の法感覚に適合したより妥当な結論を導くことができる。

よって弁護側はα説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

15 1. 検察側同様、甲のAに対する心臓を包丁で一突きし殺害した行為について殺人罪(199条)が成立する。また、Aの山中に死体を遺棄した行為につき、死体遺棄罪(190条)が成立する。

2. では、Aを殺害後に、Aが付けていたダイヤの指輪(以下、本件指輪)を自身のポケットにいれた行為について、窃盗罪(235条)が成立するか。

20 (1) 本罪における「窃取」とは、占有者の意思に反して財物に対する占有を排除し、目的物を自己又は第三者の占有に移すことをいうところ、「他人の財物」とは、財物に対する事実上の支配が及んでいるものでなければならないと考えられる。本件において、甲はAを殺害した後に本件指輪をポケットにいれる行為に及んでいるが、死者に占有が認められない限り窃盗罪は成立しないのではないか。

25 ア. 弁護側はA説を採用するところ、占有の主体が死亡して存在しなくなった以上は、死者には、占有の意思も占有の事実も認められず、財物の占有は客観的・主観的に失われるのであるから、殺害直後に生前の占有物を取り去る場合であると、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、占有の侵害はないと考える。

イ. 本件では、甲が本件指輪をAの手から外し、自身のポケットにしまった時点で、Aは既に死亡していたのであるから、死者であるAに本件指輪に対する事実上の支配は客観的・主観的に失われているといえる。したがって、本罪における「他人の財物」には該当せず、甲の上記行為は本罪の実行行為にはあたらない。

30 ウ. よって、甲の上記行為は、窃盗罪の実行行為には該当しない。

(2) なお、甲の上記行為が、窃盗罪の実行行為には該当すると仮定した場合に、不法領得の意思が必要か、必要であるとした場合、その内容はどのようなものが問題となる。

ア. 弁護側は、検察側はα説を採用するところ、不法領得の意思を必要と考え、その内容を、権利者を排除して、他人の物を、自己の所有物として、その経済的用法に従い利用処分する意思と捉える。

¹⁰ 林幹人『刑法各論』(東京大学出版会,1999年)203頁。

¹¹ 前田雅英『刑法各論講義[第5版]』(東京大学出版会,2011年)245頁。

イ. 本件において、Xは、腐食しない貴金属であるAの本件指輪が証拠として残ることを恐れ、死体とは別の場所に処分する必要があると思ひ、一時的にこれを自身のポケットにしまっている。このような事実からは、財物として指輪から生ずる何らかの効用を享受する意思が認められないのは明らかである。したがって、甲に不法領得の意思があったと認めることはできない。

5 3. では、甲の上記行為に遺失物横領罪(254条)が成立するか。

(1) 254条における「占有を離れた物」とは、①占有者の意思によらずにその占有を離れ、未だに何人の占有にも属していない物、又は②他人の委託に基づかずに行爲者が占有するに至った物をいうところ、本件においては、前述の通り、指輪についての占有の主体が死亡して存在しなくなった以上は、死者には、占有の意思も占有の事実も認められず、財物の占有は客観的・主観的に失われるため、本件指輪は、かつての占有者Aの意思によらずにその占有を離れ、未だに何人の占有にも属していない物に該当する。もっとも、横領罪における不法領得の意思は、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに、経済的用法に従って、所有者でなければできないような処分をする意思をいうと考えられるところ、甲は、本件指輪を自身のポケットにしまった時点で、本件指輪を死体とは別の場所

10 輪は、かつての占有者Aの意思によらずにその占有を離れ、未だに何人の占有にも属していない物に該当する。もっとも、横領罪における不法領得の意思は、他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに、経済的用法に従って、所有者でなければできないような処分をする意思をいうと考えられるところ、甲は、本件指輪を自身のポケットにしまった時点で、本件指輪を死体とは別の場所

15 えるため、甲が本件指輪を経済的用法にしたがって処分しようとしていたという事実は認められない。したがって、甲に遺失物横領罪における不法領得の意思は認められない。

(2) よって、甲の上記行為に遺失物横領罪は成立しない。

4. では、甲のXを介して本件指輪を投棄した行為について、器物損壊罪(261条)が成立するか。

(1) 本件において、まず、本件指輪はかつての占有者であるAの占有を離れた「他人の物」である。また、実行行為とは、特定の構成要件の結果発生の実現的危険性を有する行為をいうところ、甲は、Xを

20 ①自己の犯罪を実現する意思に基づき、②「海が好きで海洋葬を望んでいた友人の遺品なのだが、どこか遠い海に捨ててやってくれないか。」と嘘を告げることでXを一方的に支配・利用し、本件指輪を海に投棄させることで本罪の構成要件を実現する現実的危険性を生じさせているため、「毀棄」行為が認められ、本罪の実行行為性が認められる。そして、行為と結果の因果関係、故意(38条1項本文)も問題

25 なく認められるため、甲の上記行為に本罪の構成要件該当性が認められる。

(2) したがって、甲の上記行為に、器物損壊罪(261条)が成立する。

VII. 結論

甲は、殺人罪(199条)、死体遺棄罪(190条)、器物損壊罪(261条)の罪責を負い、併合罪(45条前段)で

30 処理される。

以上