

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ3頁6行目「時間的、場所的に近接した」とは被害者の生前の占有保護をどの範囲まで認めることを意味するのか。
2. 検察レジュメ4頁35行目において「甲による支配は維持されている」とあるが、これはA説にいう、被害者の生前の占有と被害者の死亡とが時間的・場所的に近接した範囲内である、ということを行っているのか。もしそうであるとすれば、なぜそう言えるのか。
- 10 3. 本問の検討において、行為者が意図した犯罪は占有離脱物横領罪であるのに窃盗罪が成立するとしているが、甲がA女は死亡していると誤信しているため窃盗罪の故意は有しないにも関わらず、死後に生前の占有侵害を観念するという事後的解釈をすることによって行為者が元々意図しない犯罪である窃盗罪を成立させる、その根拠は何か。

15 II. 学説の検討

A説(窃盗罪成立説)について

- 本説は死者の占有そのものは認めないながらも、死者である被害者の生前の占有を保護するという構成をとるが、そもそも死後に生前の占有を侵害・保護することは物理的に不可能であり、法律上これを認めるのは無理があるにもかかわらず敢えて被害者の生前の占有を死後に保護する構成をとることの理論的な根拠に欠けるといえる。仮に、殺害者との関係で被害者の占有が死後も継続するという趣旨であるなら、死者の占有を相対的に肯定する立場であるといえる。また、時間的・場所的近接性との概念が不明瞭であり、占有の喪失時期が不明確である点でも問題がある。さらに、殺害の時点で財物奪取の意思がないため、殺害行為と占有取得行為を一連の行為として一体化するための意思的要素を欠く¹。
- 20
- 25 よって弁護側はA説を採用しない。

B説(遺失物横領成立説)について

- 被害者の死亡によって財物の占有は主観的・客観的に失われるのであり、死者による占有や死者の生前の占有を継続するものとして認めることは妥当性を欠く²。そして、被害者の死亡によって、財物の占有は客観的・主観的に失われるのであるから、当然に遺失物横領罪が成立すると解するのが妥当である。
- 30 よって弁護側はB説を採用する。

¹ 松原芳博『刑法各論[初版]』(日本評論社,2016年)198頁。

² 西田典之『刑法各論[第7版]』(弘文堂,2018年)159頁。

Ⅲ. 本問の検討

第一 設問 1

1 甲の罪責

(1)自らも追死すると偽って A 女を自殺させた行為について自殺関与罪(202 条前段)が成立しないか。

ア 本問で甲は心中を迫る A 女に対し、自らは追死する意思がないのにも関わらずそうであるかのように装い同人を誤信させ首つり自殺をさせているため、人を「幫助」して自殺させたといえそうである。もっとも、これによって A 女は死亡しているところ、同人は甲が追死してくれるものと誤信して自殺に至っており、かかる自殺への同意が被害者の承諾として有効なものといえるのかが問題となる。

イ この点、202 条前段の処罰根拠とは生命は本人のみがその行方を左右しえるものであり自殺に可罰的違法性はないものの、他人の自殺への関与は可罰性を有するといえるためその教唆・幫助を独立の犯罪類型として定めた点にある。とすれば同罪が成立する前提として自殺者が自由な意思決定の能力を有していなければならず、同意とは自己の法益を処分する意思であるためその有効性は自殺者が自己の法益に係る錯誤の有無によって決すべきである。

ウ 本問で確かに A 女は甲の欺罔行為によって錯誤に陥り同人の追死を予期して死を決意しているため他人の生命処分における意思決定の自由を奪ったものと解し、同意の有効性を否定しえそうだが A 女は自らも心中を望んでいた点、また甲の手を借りることなく首つり自殺を実行している点からすれば死ぬことについては正しく認識し、死ぬこと自体に強制はされることなく意思決定をしているといえ、自己の法益に関する錯誤はなく、A 女の自殺に対する同意の有効性は認められるべきである。したがって甲は既に自殺を企図している A 女を精神的に幫助し、自殺させたといえるので自殺関与罪(202 条前段)が成立する。

(2)時計 α を取って帰った行為について窃盗罪(235 条)が成立しないか。

ア 同罪にいう「窃取」とは占有者の意思に反して財物を自己又は第三者の占有下に置くことをいうところ、本問で甲が時計 α を取って帰った時点では A 女は既に死亡しており時計 α が同人の占有下にあるといえるのか、死者の占有が認められるのかが問題となる。

イ この点弁護側は B 説を採用するため、被害者の生前の占有は、加害者との関係においても観念できないと解する。

ウ 本問で、甲が時計 α を取って帰った時点では A 女は死亡しているため時計 α に対する A 女の占有は認められず、時計 α は占有離脱物にあたる。甲はかかる時計 α を取って帰っていることから権利者排除意思と利用処分意思を前提とする領得行為が認められ「横領」したといえる。したがって当該行為には占有離脱物横領罪(254 条)が成立する。

(3)乙と共に時計 β を取った行為について占有離脱物横領罪の共同正犯が成立しないか(60 条、254 条)

ア まず時計 β を取るために A 女宅に侵入した行為につき住居侵入罪(130 条)が成立するか

問題となるも、A女は既に死亡しており管理権者の意思に反する立ち入り行為が観念できず「侵入」したといえないため、これは否定される。では占有離脱物横領罪の共同正犯(60条、254条)は成立しないか。

5 イ この点、共同正犯の処罰根拠とは相互利用補充関係のもと、特定の構成要件結果発生
の危険を共同惹起した点にある。とすれば、意思連絡と正犯意思を踏まえた①共謀と②一
部の者の実行行為が認められれば共同正犯が成立するものと解する。また、前述のように
弁護側はB説を採用するため、加害者との関係においても被害者の生前の占有は独自の保
護に値しないと考える。

10 ウ 本問で甲は時計βが貴重な物だと判明したためこれをA女宅から取ってくることを決
意し乙にその旨連絡をしていることから正犯意思と意思連絡が存在するといえ、共謀が認
められる(①充足)。そしてかかる共謀に基づき乙と共にA女宅で時計βを取っている。よっ
て占有離脱物横領罪の実行行為も認められ、共同正犯(60条)が成立する。したがって甲の
当該行為には占有離脱物横領罪の共同正犯(60条、254条)が成立する。

(4)罪数

15 以上より甲の行為には自殺関与罪(202条前段)、時計α・βそれぞれについて占有離脱物
横領罪(254条)が成立し、時計βについては乙との共同正犯(60条)となる。そしてこれらは
併合罪(45条)となる。

2 乙の罪責

20 (1)甲と共に時計βを取った行為について占有離脱物横領罪の共同正犯(60条、254条)が成
立しないか。

(2)この点、前述の共同正犯の要件に当てはめてみると本問で乙は甲から時計βを取って
くることについての連絡を受けるとともに取ってきた暁には売却金の分け前を得ることで合
意をしていた。また乙はA女宅付近で警察の捜査が始まっていないか甲より先に確認する
立場にあったことからすれば乙には自らの犯罪として行う正犯意思を有していたといえ、
25 意思連絡もあったことから共謀が認められる(①充足)。そしてかかる共謀に基づき乙は甲と
共に時計βを取ったので占有離脱物横領罪(254条)の実行行為を行ったといえる(②充足)。

したがって乙の行為には占有離脱物横領罪の共同正犯(60条、254条)が成立する。

第二 設問2

30 1 時計αをとった行為につき甲に窃盗罪(235条)が成立するか。

(1)

ア 「窃取」とは占有者の意思に反して財物を自己又は第三者の占有下に置くことをいう。
占有が認められるかについては占有の事実と占有意思の双方を考慮して判断する。

35 イ 住居内に存在する物については居住者であるA女の占有意思を観念することができる
ところ、時計αはA女宅内に存在していたので時計αにつきA女による占有が認められる。

したがって、A女に無断で時計を持ち出す行為は占有者の意思に反する占有移転にあたる。

よって、甲は「他人の財物」たる時計αを「窃取」したといえる。

(2)では、甲に窃盗罪の故意(38条1項)があるといえるか。

ア 本問において、甲はA女が死亡していると誤信しているのであるから、自身の行った行為についての正しい認識を欠いている。もっとも、錯誤があってもその認識した事実が客観的構成要件に該当するものであれば故意の成立を妨げるものではない。そこで、甲の認識した事実が窃盗罪の構成要件に該当する事実であるかが問題となる。

イ 本問において弁護側はB説を採用する。そうすると、財物の占有者が生存しているか否かは、財物の占有を移転させる行為を「窃取」と評価できるかの分水嶺としての機能を果たす。そして、甲の認識していた事実は、占有者であったA女が死亡したのちに、財物の占有を移転させるというものであるから、甲の認識していた事実は窃盗罪の構成要件に該当するものではない。

ウ よって、甲の行為は窃盗罪(235条)の客観的構成要件を満たすものの、甲は「重い罪に当たることとなる事実を知らなかった者」(38条2項)にあたり、故意の成立が否定されるため(38条1項)、甲に窃盗罪(235条)は成立しない。

2 もっとも、甲の認識していた事実はB説を採用すると、占有離脱物横領罪の構成要件には該当する事実であるから、占有離脱物横領罪(254条)が成立しないか。軽い罪の意識で、重い罪の結果を実現した者の犯罪の成否が問題となる。

(1)38条2項は重い罪による処断を禁止しているにすぎないから、軽い罪の罪の意識で、重い罪の結果を発生させた者を軽い罪で処断することを禁ずる趣旨ではない。したがって、軽い罪の成立を認めることはできる。すなわち、38条2項は構成要件の重なり合いが認められ、行為者に故意責任を問い得る限度で、重い罪の客観的構成要件を軽い罪の客観的構成要件として代用するという構成要件の修正を認めた規定である。

(2)では、甲に占有離脱物横領罪(254条)の故意責任を問い得るか。

ア 故意責任の本質は、規範に直面したことによる反対動機形成の機会がありながら、行為に出た道義的非難である。そして、規範は構成要件の形で与えられているから、構成要件的に重なり合う限度で故意責任を問い得る。構成要件の重なり合いは、保護法益の同一性を主とし、行為態様の同一性を補充的に考慮する。

イ 窃盗罪(235条)と占有離脱物横領罪(254条)は、財物の占有を保護することにより究極的に本権である所有権を保護しようとする点で保護法益の同一性が認められる。また、行為態様も自己の物でないことを知りながら、その占有を取得する点で行為態様も一致する。

したがって、構成要件的な重なり合いが認められる。したがって、占有離脱物横領罪(254条)の限度で故意責任を問うことができる。

(3)本問において、甲の行為が重い罪たる窃盗罪の客観的構成要件に該当することは既述のとおりである。したがって、甲には占有離脱物横領罪(254条、38条2項)が成立する。

IV. 結論

設問 1 については甲には自殺関与罪(202 条 1 項)、時計 α、β それぞれについて占有離脱物横領罪(254 条)が成立し時計 β については乙との共同正犯となる(60 条)。そしてこれらは、併合罪(45 条)となる。乙には占有離脱物横領罪の共同正犯(60 条、254 条)が成立する。

5 設問 2 については、甲に占有離脱物横領罪(254 条)が成立する。

以上