

I. 反対尋問

- 5 1. 不法領得の意思について検察側の立場では、使用窃盗の不可罰性をどのように基礎づけるか。
2. 不法領得の意思について検察側の立場に立てば、器物損壊罪と窃盗罪をどのような基準で区別するか。
3. 暴行・脅迫後の財物奪取について検察側の立場では、強盗罪が反抗を抑圧するに足りる暴行・脅迫を手段として財物奪取をする犯罪であることをどのように説明するか。

10

II. 学説の検討

1. 不法領得の意思について

A-1a 説

- 15 経済的用法に限定を付することにより、毀棄目的の場合とはより明確に区別することができるが、不当な結論を生じる恐れがある。また、経済的価値をもたないものであっても、財物罪の保護の対象となる¹ため、経済的用法という限定をするべきではない。

よって、弁護側は A-1a 説を採用しない。

A-2 説

- 20 本説によると、毀棄・隠匿の意思で財物を奪取した場合でも、窃盗罪が成立することになる。そのため、毀棄罪は財物の占有の移転を伴わない場合にのみ成立することになり、また、隠匿行為はすべて窃盗罪として可罰的であることになりかねず²、妥当でない。

よって、弁護側は A-2 説を採用しない。

A-3 説

- 25 本説によると、使用窃盗は原則的に可罰的であるが、客観的に被害が軽微な場合には可罰的違法性を否定することにより、窃盗罪の成立を否定する。しかし、窃盗罪は占有の取得により既遂となるから、既遂後の利用妨害の程度を窃盗罪の成否において考慮することは不可能である。そのため、可罰的な程度に利用を妨害する意思としての排除意思によって、不可罰な一時使用と可罰的な窃盗罪とを画するほかない³。

よって、弁護側は A-3 説を採用しない。

30 B 説

B 説では、A-2 説と同様に、窃盗罪と毀棄罪との実質的区別ができない。また、A-3 説と同様に、不可罰な一時使用と可罰的な窃盗罪とを区別することができない。

よって、弁護側は B 説を採用しない。

A-1b 説

- 35 不法領得の意思という主観的要素は、所有権保護という刑法の目的に照らして要求される最も

¹ 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016年)209頁。

² 山口厚『刑法各論[第2版]』(有斐閣、2010年)202頁。

³ 山口・前掲書199頁。

本質的な要素である。したがって、不法領得の意思を欠く行為は、たとえそれが客観的には占有侵害をともなう行為であるとしても、本質的な処罰根拠を欠く行為であり、領得罪を構成しないといえ、不法領得の意思は必要である。

よって、弁護側はA-1B説を採用する。

5

2. 暴行・脅迫後の奪取意思について

イ説

抗拒不能に乗じてわいせつな行為をすることを強制わいせつとして処罰する準強制わいせつ罪(178条)のような規定が強盗罪については存在しない⁴ことから、イ説を採ることはできない。

10 よって、弁護側はイ説を採用しない。

ア説

強盗罪が成立するためには、財物の奪取に向けた暴行・脅迫が行われることが必要である。

よって、弁護側はア説を採用する。

15 III. 本問の検討

第1. 甲がVの自転車(以下本件自転車)を乗り去った行為について

1. 甲による上記行為につき、窃盗罪(刑法(以下法名略)235条)が成立しないか。

2(1) 「他人の財物」とは、他人が所有する財物のことをさすところ、本件自転車はVが所有していたものであるから、「他人の財物」にあたる。

20 (2)ア. 「窃取」とは、他人が占有する財物を、その占有者の意思に反して、自己または第三者の占有に移転することをさす。そして、占有とは人の財物に対する事実的支配をさし、占有の有無は占有の事実と占有の意思から構成される。そしてかかる占有の有無は社会通念によって決せられる。

25 イ. たしかに本件では、Vは閉店した後シャッターが閉められ無人の状態となっているA商店の前の路上に本件自転車を停車させており、日常的に多くの通行人が出入りする場所にこれを放置しているといえる。また、Vは本件自転車の鍵を本件自転車の前かごに入れたままであり、本件自転車は排他的に管理されていたとはいえない。そして、甲が本件自転車を領得した時点ではVは約3キロメートル離れた自宅におり現実的に支配を回復することは困難であったといえる。そこで、本件自転車に対し、Vの占有は認められないように思える。

30 もっとも、本件自転車はA店の前に駐車されていたのであり、かかる場所はAに勤めている者の事実的な支配を推認させる状況が認められ得る場所であるといえる。さらに、Vは平時から本件自転車を店の前に駐車させておりこれを置き忘れた場所を把握していることから本件自転車に対する支配意思は有していたといえる。

よって、Vは本件自転車を事実的に支配していたといえ占有が認められる。

35 ウ. そして、甲はVが占有していた本件自転車をVの意思に反して自己の占有に移転させており、「窃取」が認められる。

(3) そして、構成要件の故意(38条1項本文)とは、客観的構成要件該当事実の認識認容をさすと

⁴ 山口・前掲書221頁。

ころ、甲は本件自転車に乗り去ることを認識、認容していたといえ故意が充足する。

(4) もっとも、甲は本件自転車を運転する際、すぐに元の場所に戻しておけばバレないと考え、本件自転車を返却する意思を有している。かかる場合においても窃盗罪は成立するか。不法領得の意思があったといえるか問題となる。

- 5 ア. この点、弁護側は占有侵害が軽微な使用窃盗を不可罰とするために、権利者を排除して他人の物を自己の所有物として扱う意思が必要であると考え。そして、窃盗罪はその利欲犯的性格から占有侵害という態様において異ならない毀棄罪よりも重く処罰されるので、かかる罪責との区別のために利用処分意思も要求されるべきであると考え。

10 すなわち、窃盗罪において不法領得の意思は必要であり、その内容として権利者を排除して他人の物を自己の所有物として、何らかの効用を引き出す目的で利用・処分する意思をさすと考えるべきである。

イ(ア) まず、本件において甲は本件自転車に乗って B へと向かっており、これは自転車の本来的な用法に従っているといえることから、何らかの効用を引き出す目的で利用を行っているといえ利用処分意思が認められる。

- 15 (イ) そこで、権利者排除意思は認められるか。

本件についてみると、甲が本件自転車に乗り去ったのは、午後 10 時という通常 V が自転車を利用する可能性のない夜の時間帯であった。また、甲は A から片道 1.5 キロメートル離れた飲食店 B に向かい、その後戻ってくることを予定しており、返還をするまでそこまで時間がかからないことを想定していたといえる。また、本件自転車は時価 10 万円相当と財産的価値はそこまで大きいものとはいえ、単に飲食店まで向かうという通常の走行であれば、甲は本件自転車を汚損、損壊する等の価値減少もなかったと認められる。よって、甲は V の本件自転車に対する利用可能性を侵害する意思は有していないといえる。

ウ. したがって、権利者排除意思は認められず、X は不法領得の意思を有するとはいえない。

(5) 甲の上記行為は使用窃盗にあたり、かかる行為は不可罰となる。

- 25 第 2. 甲が V の顔面を素手で殴打した後、倒れている V のズボンのポケットから財布(以下本件財布)を抜き取った行為について

1. 甲の上記行為につき、強盗致傷罪(240 条)が成立しないか。

2. まず、甲は強盗致傷罪における主体となる「強盗」(236 条 1 項)にあたるか。

(1) 本件財布は、V が所有している物であり、「他人の財物」にあたる。

- 30 (2)ア. そして「暴行」とは、人の身体に対する不法な有形力の行使をさすところ、財物の占有移転に向けたもので相手方の反抗を抑圧するに足りる程度のものであることが求められる。

本件では、甲は V の顔面を素手で殴打していることから V の反抗を抑圧する程度を有する、人の身体に対して不法な有形力を行使しているといえる。

- 35 イ. もっとも、本件では甲は強盗以外の目的で V を殴打した後に本件財布を持ち去る意思を生じていることから財物の占有移転に向けられたものとはいえず、236 条 1 項における「暴行」にあたるといえるか。

(ア) この点、弁護側は反抗抑圧状態を利用して財物を奪取しただけでは強盗罪は成立せず、強盗の故意を生じた後に新たに反抗を抑圧するに足りる暴行、脅迫がある限り、強盗罪を肯定するべ

きであると考える。

(イ) 本件では、Vは甲の殴打行為によって意識を失っており新たな暴行、脅迫を甲がVに対して加えることは想定できないといえる。

ウ. したがって、甲の上記行為は「暴行」にあたらぬ。

5 (3) よって、甲は「強盗」犯人とはいえない。

3. 以上より、甲の上記行為につき、強盗致傷罪は成立しない。

4. もっとも、甲によるVに対する殴打行為という不法な有形力の行使によってVは意識を失っていることから、人の生理的機能を障害したといえ、甲の殴打行為につき傷害罪(204条)が成立する。

10 5. そして、甲がVのズボンのポケットから財布を抜き取った行為につき、「他人の財物」たる本件財布を、不法領得の意思を持って、Vの意思に反して自己へその占有を移転させたといえることから「窃取し」たといえ、窃盗罪(235条)が成立する。

IV. 結論

15 甲の行為につき、傷害罪(204条)と窃盗罪(235条)が成立し、両罪は併合罪(45条前段)の関係に立ち、甲はその罪責を負う。

以上