

法律文書錬成講座 2025 年〔刑法〕出題の趣旨

〔設問 1〕

設問 1 は、乙が A から財布を取った行為について、(1)窃盗罪、(2)占有離脱物横領罪又は(3)窃盗未遂罪が成立するとした場合、その結論を導くために、それぞれどのような説明が考えられるかについて論じることを求めている。ただし、判例の立場から説明できる場合には、判例の立場に従って説明することが求められている。また、乙が A から財布を取った時点においても、この財布は、他人の所有物であったことが前提とされるとともに、(1)ないし(3)のいずれについても、自らの見解を問うものではないとされている。

説明に際しては、(1)ないし(3)のいずれについても、乙が A から財布を取ろうと思った時点で既に A が乙の暴行により死亡していたこと、また、乙がそのことを認識しておらず、気を失っていたと認識して財布を取ったことを踏まえておく必要がある。前者の事実は、いわゆる「死者の占有」の事例と客観的に同じである一方、後者の事実からは、「死者の占有」についての立場の如何を問わず、窃盗罪の故意を基礎付ける占有侵害の認識を認定することができるのであり、この点に注意する必要がある。

(1) 窃盗罪

乙は、A の財布を取った時点で、A が死亡していたことを認識しておらず、気を失ったと思っていたことから、乙に占有侵害の認識があり、窃盗罪の故意があったことは明らかである。不法領得の意思が認められることも明らかであろう。窃盗罪の成立を説明する上で問題となるのは、乙が財布を取った時点で A が死亡していたとしても、窃盗罪の客観的構成要件該当性が認められるかであり、この点について詳しく説明することが求められる。

この点については、死者の占有を正面から認める立場からの説明があり得るが、問題文に「判例の立場から説明できる場合には、判例の立場に従って説明すること」という条件があることから、「死者の占有」についての判例の立場に従って説明する必要がある。判例は、被害者の死亡と財物取得が時間的・場所的に近接している場合、被害者を死亡させた行為者との関係では、財物に対する被害者の生前の占有は保護に値するとした上、被害者を死亡させた行為と財物取得行為を一体的に考察して、財物に対する被害者の生前の占有を侵害したとして、窃盗罪の成立を肯定している（最判昭和 41・4・8〔百選Ⅱ29〕参照）。

【事例】の場合、乙が A の財布を取ったのは A の死亡直後であり、場所も A が死亡した現場であるから、A の死亡と財布の取得が時間的・場所的に近接している。そして、乙は、A を暴行により死亡させた者であるから、財布に対する A の生前の占有は、乙との関係では保護に値する。そうすると、暴行により A を死亡させた行為と A の財布を取った行為を一体的に考察して、財布に対する A の生前の占有を侵害したとして、窃盗罪の客観的構成要件該当性を認めることができる。

この説明に前述の故意、不法領得の意思の確認を加えると、乙に窃盗罪が成立することを説明したことになる。

(2) 占有離脱物横領罪

占有離脱物横領罪という結論は、「死者の占有」についての判例の立場に反対する多数説の立場から説明できる。この立場は、占有の主体である被害者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、死亡直後か否かを問わず、占有の侵害はないと解するものである。これによれば、「死者の占有」の事例について、窃盗罪は成立せず、占有離脱物横領罪が成立する。

【事例】の場合、客観的には、乙がAの財布を取った時点でAは死亡しており、その占有は失われていたため、占有の侵害がなく、窃盗罪は成立しないが、「占有を離れた他人の物」であるAの財布を取って「横領した」といえるので、占有離脱物横領罪の客観的構成要件該当性が認められる。

問題は、故意である。前述したように、乙には窃盗罪の故意があった。そこで、占有離脱物横領罪が成立することを説明するためには、窃盗罪の故意で占有離脱物横領罪を実現した場合であっても、後者の故意が認められることを説明する必要がある。これは、異なる構成要件間の錯誤（抽象的事実の錯誤）の問題であり、これについては、異なる構成要件間に重なり合いが認められれば、その限度で故意が認められるという一般的な理解から、占有離脱物横領罪の故意があったと説明することが考えられる。ここで、窃盗罪と占有離脱物横領罪の構成要件の重なり合いの判断に際し、保護法益の共通性と行為態様の共通性に着目して実質的な重なり合いを検討する通説的な立場に従い、かつ、判例は、窃盗罪の保護法益を占有と解する占有説に立っているとの理解を前提とした場合、行為態様の共通性については、他人の財物の領得行為である点で共通すると説明することができるが、保護法益の共通性については、占有離脱物横領罪の保護法益が所有権であることから、これをどのように説明するかが問題となる。この点については、例えば、占有説は、刑法242条の「他人が占有し」の解釈として、正当な権原のない占有状態も構成要件的には保護に値することを主張する見解にすぎず、占有説の立場からも、占有の背後の所有権も保護法益に含まれると解して、保護法益の共通性を認めることができると説明することが考えられる（橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』〔有斐閣、2020年〕171頁参照）。これに対し、このような説明には無理があり、判例の立場から説明することはできないと考えるならば、窃盗罪の保護法益を所有権その他の本権と解する本権説の立場から、両罪の保護法益の共通性を説明することになろう。

不法領得の意思が認められることは明らかであり、以上の説明をもって、乙に占有離脱物横領罪が成立することを説明したことになる。

(3) 窃盗未遂罪

前述のとおり、乙に窃盗罪の故意と不法領得の意思が認められることは明らかであるから、窃盗未遂罪の成立を説明するためには、窃盗罪が成立しないことを説明した上で、窃盗未遂罪の客観的構成要件該当性が認められることを説明する必要がある。窃盗罪の不成立については、(2)で説明済みであり、その点を指摘すれば足りる。問題は、窃盗未遂罪の客観的構成要件該当性についての説明である。

ここで考えられるのは、Aの死亡時点が乙による財布の奪取の直前であったことに着目し、乙が財布を取った時点で占有侵害の危険性があったこと、換言すれば、不能犯論の危険性の判断基準を使い、不能犯ではなく窃盗未遂罪が成立することを論証するという方法である（日本刀刺突の直前に被害者が死亡していた殺人未遂の事例として、広島高判昭和36・7・10〔百選Ⅱ67〕がある）。危険性の判断基準については、判例の立場は明らかではないので、代表的な学説に従っておけばよい。例えば、行為当時に一般人が認識し得た

事情及び行為者が特に認識していた事情を基礎として、一般人の立場から危険性を判断する具体的危険説によれば、【事例】の場合、乙が財布を取った当時、Aが死亡していたことは一般人に認識し得ず、乙も認識していなかったため、判断の基礎事情とならず、気を失っているように見えるAから乙が財布を取るのを一般人が観察すれば、占有侵害の危険性があると感じられるとして、占有侵害の危険性があつたと説明することができる。修正された客観的危険説の立場からは、結果が発生しなかった原因を解明し、事実がいかなるものであつたなら結果の発生があり得たかを科学的に明らかにし、このような仮定的事実が存在した可能性があつたかを一般人の立場から事後的に判断し、その可能性があつたといえる場合に危険性を肯定することになるが、【事例】の場合、占有侵害の結果が発生しなかった原因はAが直前に死亡していたことであり、乙が財布を取った時点でAが生きていれば占有侵害があり得たことから、その時点でAが生きていた可能性があつたかを一般人の立場から事後的に判断することになり、判断の結果、そのような可能性があつたといえるとして、占有侵害の危険性の存在を説明することになる。

〔設問2〕

設問2は、乙に傷害致死罪及び窃盗罪が成立することを前提として、甲の罪責について論じることを求めている。甲は、乙に成立する傷害致死罪及び窃盗罪の実行行為を担当していないため、これらの罪について共謀共同正犯が成立するかを検討する必要がある。検討に際しては、共謀共同正犯の成立要件を示した上で、具体的な事実に基づいて検討することが求められる。

傷害致死罪の共謀共同正犯の検討に際しては、甲と乙の人的関係、甲が乙にAに対する暴行を命じたこと、その動機・目的、乙がこの命令を受け入れたことなどの具体的事実を踏まえ、乙が実行したAに対する暴行に着目して、共謀共同正犯の成立要件を満たすかを検討する必要がある。例えば、共謀共同正犯の成立には、①共謀（意思連絡）と②共謀に基づく実行行為に加え、実行行為を担当していないことを補うものとして③正犯性（重大な寄与、正犯意思）が必要であるとする立場からは、【事例】について、次のように検討することになる。甲がAに対する暴行を乙に命じ、これを乙が受け入れたことから、甲と乙の間にAに対する暴行の共謀が成立しており（①）、乙は、この共謀に基づいてAに暴行を加えて同人を死亡させている（②）。そして、甲は、Aを甲に忠実な組員に育て上げるという甲のための動機・目的から（正犯意思）、自己に心酔している配下の組員乙に対しAへの暴行を命じており（重大な寄与）、正犯性も認められる（③）。したがって、甲に傷害致死罪の共謀共同正犯が成立する。共謀共同正犯の成立を否定した場合、教唆犯の成否を検討することになるが、共謀共同正犯を一般論として認めない立場に立たない限り、その成立を否定するのは困難であろう。

窃盗罪の共謀共同正犯の検討に際しては、まず、Aに対する暴行の共謀が乙による窃盗罪の実行に及んでいるかを検討する必要がある。共謀の射程については、共謀に至る経緯、共謀の内容、動機の同一性・連続性、関与者間の関係、関与者の態度などの具体的事情を考慮し、共謀による心理的因果性が及んでいるかを判断する立場が有力である（橋爪・前掲書313頁以下参照）。これによると、【事例】の場合、共謀の内容は、Aに対する暴行であり、窃盗と全く異なること、共謀に至った動機も、乙の窃盗の動機と全く異なっていたことが

ら、共謀の射程は及んでいないと解することになろう。このように解した場合、甲に窃盗罪の共謀共同正犯は成立しない。なお、問題文によれば、甲には、乙が恐喝を実行するかもしれないという未必的な認識とそれでもかまわないという認容があり、恐喝罪の未必の故意があったといえることから、乙が財布を取ろうと思った時点で、財物取得に関する意思連絡が成立したと解する余地もなくはない。このように解した場合には、恐喝罪の故意を有していた甲に窃盗罪の故意があったといえるか、具体的には、両罪の構成要件に重なり合いが認められるかを検討し、共謀を認定する必要がある。

暴行の共謀の射程が窃盗罪にも及んでいたと解した場合、恐喝罪の故意で窃盗罪が実現したことになるから、甲に窃盗罪の故意が認められるかを検討する必要がある。両罪の構成要件は窃盗罪の限度で重なり合っていると考えれば、甲に窃盗罪の共謀共同正犯が成立する。もっとも、そもそも暴行の共謀の射程が窃盗罪にも及んでいたと解することに無理があるように思われる。

以 上