

第2回 再チャレ答案

【刑法基礎2 2020年】

第1 設問1について

1 甲が本件図書を持ち帰った行為（以下、本件行為と言う。）について、窃盗罪（刑法（以下、法令名省略）235条）が成立するかが問題となる。

2 (1) 本罪に言う「他人の財物」とは、他人が占有する他人の所有物を指す。本件図書は、甲の所有物であって、他人の所有物ではない。そのため、「他人の財物」とは言えず、窃盗罪が成立しないと思われる。

もっとも、「自己の財物であっても、他人が占有」するものであるときは、「他人の財物」とみなされる（242条）。そこで、本件図書が、242条の適用により、「他人が占有」するものに該当し、「他人の財物」とみなされないかが問題となる。そのためには、242条に言う「占有」の意味について、明らかにする必要があるため、以下で検討する。

(2) ①甲に窃盗罪が成立するとの立場について

ア そもそも、窃盗罪の保護法益は、占有にある。そうすると、窃盗罪の成立には、単なる占有の侵害で足りるため、242条に言う「占有」とは、単なる占有全てが含まれることを意味する。このように、本立場は、構成要件該当性を広く肯定するものである。一方で、権利関係や行為の必要性・緊急性、手段の相当性を考慮して、違法性段階で処罰範囲を調整する。

イ 本件において、Aは、本件図書をかばんの中に入れて占有していたことから、242条の「他人が占有」する財物に当たり、「他人の財物」とみなされる。そして、甲は、Aに無断で、Aのかばんの中を探り、それにより見つけ出した本件図書を持ち帰ることで、その占有を占有者Aの意思に反して自己に移転させているから、客観的に「窃取した」と言える。また、甲は、以上の事実を認識・認容していたことから、本罪の故意も認められる。さらに、甲には、権利者排除意思と利用処分意思も認められるため、不法領得の意思も認められる。

ウ よって、本件行為は窃盗罪の構成要件に該当する。

エ 一方、Aは、返却期限から3週間もの長い間、甲に本件図書を返却しなかったこと、また、甲は、Aに返却を求めており、その態様も数度にわたり強行行われていたことを考慮すると、違法性が阻却されると思われる。しかし、甲は、Aに無断で、Aのかばんの中を探って本件図書を持ち出しており、これは、Aのプライバシーを侵害する行為であり、その程度も高いと言える。そのため、違法性を阻却すべきではない。

オ よって、甲には窃盗罪が成立する。

(3) ②甲に窃盗罪が成立しないとの立場について

ア そもそも、窃盗罪の保護法益は、所有権その他の本権にある。本権とは、所有権や賃借権、使用貸借権、質権といった占有の基礎にある民法上の権利を指す。そうすると、窃盗罪の成立には、占有侵害を通じた本権の侵害が必要であるから、242条に言う「占有」

コメントの追加 [1]: そう考える理由があればよいと思います。

コメントの追加 [2]: そう考える理由もあればよいと思います。

とは、所有権その他の本権に基づく占有を意味する。

イ 本件において、甲が本件行為を行った時点では、A は、返却期限を 3 週間過ぎていたのであるから、A の本件図書に対する占有は、使用貸借権（民法 593 条）という本権に基づくものであるとは言えない。そのため、本件図書は、242 条の「他人が占有」する財物に当たらず、「他人の財物」とはみなされない。

ウ よって、甲には窃盗罪が成立しない。

(4) もっとも、近代国家では、自力救済が禁止されており、権利の実現には国家の諸制度を利用すべきである。そのため、所有権その他の本権に基づかない占有であっても、刑罰によって保護することには、合理的な理由があると言える。よって、占有自体を保護法益とすべきであるから、①の立場を採るのが妥当であると考えられる。

3 したがって、2 (2) で検討した通り、甲には窃盗罪が成立する。

第 2 設問 2 について

1 甲がナイフを A の眼前で数回振り回し、刃先を A の顔面に当てて A を転倒させ、死亡させた行為につき、傷害致死罪（205 条）が成立するかが問題となる。

2 (1) 暴行とは、人の身体に対する不法な有形力の行使を意味し、傷害の危険があれば、身体的接触の有無を問わずに暴行に当たる。

本件において、甲のナイフを振り回す行為は、ナイフの刃体の長さが約 10 センチメートルと比較的小型とはいえ、ナイフという身体に危険のある道具を用いて、狭い通路にいる A に対して数回行われている。そのため、本件行為は、A の身体に傷害を負わせる危険のある行為であり、A の身体に対する不法な有形力の行使に該当する。

よって、本件行為は、暴行に当たる。

(2) また、A は、ナイフの刃先が顔面に当たったことに驚き、後方に倒れ、机の角で後頭部を強打して死亡していることから、死亡結果が発生している。

(3) そして、設問の記述から、甲のナイフを数回振り回す行為と A の死亡との間には、因果関係があることが明らかである。

(4) 傷害致死罪は、傷害罪（204 条）の結果的加重犯であり、傷害罪は、暴行罪（208 条）の結果的加重犯を含む。よって、暴行を手段とする傷害致死罪の故意は、暴行の故意、すなわち、暴行に対する認識・認容で足りる。

本件において、甲は、暴行に当たるナイフを振り回す行為について認識しながら、あえて行っているから、暴行の故意が認められる。

3 よって、甲には傷害致死罪が成立する。

4 一方で、甲には傷害致死罪が成立しないとする立場からは、以下の説明が考えられる。すなわち、暴行には身体的接触が必要であるから、甲がナイフを振り回す行為は、ナイフの刃先が A の顔面に当たらない限り、暴行には該当しない。また、甲が、A の顔面にナイフの刃先を当てた行為は、客観的には暴行に当たるものの、甲は、ナイフの刃先が A の顔面に当たることを予見していなかったのであるから、暴行の故意は認められない。そのため、傷害致死罪を暴行罪の結果的加重犯と捉えた場合であっても、甲には暴行罪が成立し

コメントの追加 [3]: 答案構成的にはこのような書き方が多いのでしょうか。

コメントの追加 [4]: 評価が欲しいところです。

コメントの追加 [5]: この記載は不要です。

ないため、傷害致死罪は成立しない、というものである。

しかし、暴行罪は、条文の文言から傷害未遂も含むと考えられるから、傷害の危険があれば、身体的接触がなくても、暴行に当たるとすべきである。

5 したがって、2 で検討した通り、甲には傷害致死罪が成立する。

以上

コメントの追加 [6]: 身体的接触不要の反論とはなりませんが、予見可能性の反論にはなっていません。