

A

設問 1

1. 乙がAの財布を抜き去った行為について窃盗罪（刑法（以下法名略）235条）が成立しないか。

2. 同条の「他人の」財物といえるには、他人の占有が認められることを要する。ここで、死者についてはそもそも財物に対する占有が観念しえず同罪が成立しないようにも思える。は暴行によって被害者が死亡した場合には行為者と被害者の関係も生前の占有が継続しており、刑法上保護に値すると解している。

判例の理論を簡潔に展開できており好印象です。

これによると本件では、乙はAを暴行して死亡させている。そのため、暴行を行った乙との間ではなおもAの生前の財布に対する占有が認められるから「他人の財物」に該当する。そして、財布を合理的に推認されるAの意思に反して取得したから「窃取」に害とする。

窃取の定義を正確に示しましょう。

3. もっとも、乙はAが死亡していると認識していたから、錯誤があり故意（38条1項）が阻却されないか問題となる。ここで、故意責任の本質は反規範的態度に対する道義的非難であり、規範は構成要件の形で与えられているから、構成要件的な重なり合いがあれば規範に直面していたといえ、故意が認められる（法定的符合説）。

乙はAが気絶していると認識していたとしてもAの財布に対する占有が認められる。乙はAが死亡していることを認識している。したがって、乙はAの財布を抜き去った行為が窃盗罪に該当する事実を認識している。したがって、乙の行為は窃盗罪に該当する。

論証以下はよく書けていますが、乙がAを死亡していると認識していたらなぜ故意の成否が問題となるのか、より丁寧な説明が欲しいところです。

さらに、乙にはAの財布を取得して中の現金を自己のために利用しようという意図があるから、不法領得の意思も認められる。

4. 以上より、乙には窃盗罪が成立する。

設問 1

1. 乙には占有離脱物横領罪（254条）が成立しないか。

2. 判例の立場とは異なり、たとえ暴行の行為者と被害者の関係においても被害者が死亡している以上財物に対する支配が観念できないとすれば占有が認められず235条にいう他人性が認められず窃盗罪は成立しない。

もっとも、Aの財布は死亡によって相続が（条）から、乙以外の他人の所有に属しているといえる。したがって、財布の占有を自己に移転する行為は占有離脱物横領罪の実行行為に該当する。

3. 次に、乙はAが死亡していると認識していない。そのため、窃盗の故意で占有離脱物横領罪の構成要件該当行為を行っているから、同罪の故意が認められないようにも思える。もっとも、上記の故意責任の本質からすると構成要件が重なり合う軽い限度であれば規範に直面していたといえ、故意が認められる。構成要件の重なり合いは、①行為態様と②保護法益の

両罪には、他人の所有物を正当な権限なく自己の占有下に移すという行為態様の共通性がある（①）。また、保護法益は窃盗罪について占いて専ら占有と見る立場もあるが、究極的には被害客体に対する支配その他の財産上の権利を広く含むといえる。そうすると、

要件を丁寧に認定できており
好印象です。

問題意識を正確に示していますし、規範あてはめも文句なしです。

占有離脱物横領罪の保護法益である物に対する本権との間で共通性が認められる(②)。

したがって、構成要件が重なり合い軽い限度の占有離脱物横領罪についての故意も認められる。

4. 以上より、乙には占有離脱物横領罪が成立する。

設問 1

1. 乙には窃盗未遂罪(235条、243条)が成立しないか。

2. 同罪が成立するにはまず窃盗罪の実行の着手(43条)が認められる必要がある。もっとも、乙が財布を認識し不法領得の意思を生じた時点でAが死亡していたことから、死者の占有は何人との間でも成立しないとの立場によると、窃盗の結果発生の可能性がもたら生じていないとして不能犯にならないか問題となる。ここで、不能犯に該当するか否かは、一般人が認識しえた事情と特に行為者が認識していた事情をもとに、一般人の立場から結果発生の具体的危険性が認められるかという観点から判断すべき。

本件では、乙がAの財布を取ろうとした時点で財布の存在を認識していることは一般人には認識しえず、行為者乙も認識していなかった。これらを元に一般人の立場から判断すると、動かなくなっているAのそばで乙が財布の存在を認識し不法領得の意思を生じた時点で、合理的に推認されるAの意思に反して財布の占有を乙が取得する具体的危険性が高まっているといえる。そのため、窃盗罪は不能はとなっていたとは評価できない。

したがって、窃盗罪の実行の着手が認められる。もっとも、実際

素晴らしいです。
非常によく書けています。

にはAの財布に対する占有は死亡によって失われていたため、「他人の財物」の窃取に至っておらず、窃盗罪は未遂となる。

3. 乙には故意及び不法領得の意思が認められる。

4. 以上より、乙には窃盗未遂罪が成立する。

設問2

第1 傷害致死罪の共犯について

1. 甲には乙との間で傷害致死罪（205条）の共謀共同正犯（60条）が成立しないか。

2. 本件では本犯たる傷害致死が乙の実行行為によって既遂となっている。そのため、実行行為を行っていない甲に共謀共同正犯が成立するには、甲乙間の共謀、正犯性、重大な寄与が認められる必要がある。

要件論OKです。

3. ア まず、甲乙間ではAに対する暴行を乙が行うことについて共謀が成立していた。

イ 次に、傷害致死という結果についても甲が罪責を負うか問題となる。ここで、傷害致死は暴行の結果的加重犯であり、暴行行為自体に典型的に傷害・死亡結果につながる危険性が内在されているとして、加重結果については予見可能性を要せず単独犯が成立する。このこととの均衡を図る必要があるうえ、共犯者の暴行が過剰になって傷害・死亡結果に繋がらうことは通常想定される。したがって、基本犯に共謀が成立している以上、その加重結果についても共犯者全員が責任を負うと解する。

ウ 本件では、甲乙間にAに対する暴行罪が成立している。

少し気づきにくい論点についてもしっかりとフォローできているので高く評価できます。

謀が成立しているから、加重結果たる傷害致死についても共犯としての責任を負う。

ア 次に、正犯性については背後者の地位や実行行為への関与の度合い、目的等を踏まえて専ら自己の犯罪として行う意思があったかを判断すべきである。

イ 甲は、Aに対する暴行を自ら計画し、自分の命令に逆らわないであろうと思われる配下の乙に実行させている。そして、これらの目的はAを反省させ甲の指示通りに動く忠実な組員に育て上げることに向けられている。これらのことから、甲にはAに対する暴行を自らの犯罪として行う意思があったといえ正犯性が認められる。

上記の通り、甲は自らAへの暴行を計画して乙に犯行を動機付けているから結果発生に重大な寄与を及ぼしたといえる。

問題文の事情からより緻密に検討できています。

4. 以上より、甲には乙との間でAに対する傷害致死正犯が成立する。

第2 窃盗罪の共犯について

1. 甲にはAの財布を取得したことについて乙との間で共謀共同正犯が成立しないか。

まず、甲乙間に同罪の共謀が成立していたといえるか。甲乙は明示的にはAに対する暴行のみについて相互に意思連絡が行われているが、黙示の意思連絡が成立しないか問題となる。

甲が金銭に対する執着心の強い乙であれば暴行を加えた際にAから金目のものを恐喝することを未必的に認識・認容していたといえる。もっとも、乙はAから金目の物を取るつもりは全くなく、甲の

上記認識・認容を把握したうえで財産犯に該当する行為に挑んだとはいえない。

したがって、窃盗について共謀は成立しておらず、乙の窃盗行為は共謀に基づくものとはいえない。共謀の要件が意思連絡にあるから、乙が認識していない以上、片面的共同正犯の成立は肯定できない。

以上より、甲には窃盗罪の共謀共同正犯は

2. 共謀共同正犯が成立しないとしても、甲にはこの窃盗行為について幫助犯（62条1項）が成立しないか。

共犯の処罰根拠が共犯者に対して因果性を及ぼしたことにあるとすると、幫助については実行行為者に対して犯行を物理的・心理的に容易にするような行為を行うことで足りる。

乙が金に執着心が強く、暴行を加えた際に畏怖したAから金銭を恐喝する可能性が高いことについて甲は認識・認容しつつ、Aに対する暴行を命じている。そのため、少なくとも心理的に乙のAに対する恐喝を容易にしたといえ幫助の実行行為が認められる。

また、甲は上記の通り恐喝罪の幫助を行う故意で窃盗罪の幫助をしているから故意が阻却されないか問題となる。もっとも、両罪は意思に反して財物の占有を相手方に移転し、その結果財産権を失うという点で行為態様・保護法益の共通性が認められる。したがって、軽い窃盗の限度で幫助の故意が認められる。

以上より、甲には窃盗の

共犯の検討順序もしっかりと守ることが出来ています。

全体として非常によく出来ていると思います。
指摘した部分についても、他の場面ではよくできていたし、大きな問題は見受けられません。
引き続き頑張ってください。

阪本