

論文式試験問題集  
[刑法Ⅱ]

[刑法Ⅱ]

以下の【事例】を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい（〔設問1〕、〔設問2〕の配点割合は2：1）。

【事例】

1 甲（45歳、無職）及び内縁の妻A（25歳、無職）は、貧困の末、キャンピングカー（以下、「本件車」という。）の中で、長年共同して車上生活を送り、全国の僻地を転々としていた。しかし、国際情勢の変化等によりガソリン価格が高騰し、甲は、本件車の燃料代の捻出が困難となった。こうした状況に悲観したAは、将来への不安から、毎晩、深酒をするようになっていた。

某月3日午後11時頃、甲とAが本件車を止めて車上生活を送っていたところ、Aは、甲から飲酒をやめるように注意され憤慨し、普段以上に酒を飲むに至った。すると、Aは瞬く間に泥酔し、車内で眠り込んだ。甲は、停車中の車内に留まりつつ、Aを放っておいたが、同月4日午前2時頃になると、Aが高度の酩酊状態ながらも突然起き上がり、意識がはっきりしないまま豪雪と極寒の車外へ一人で出ようとした。車内にいた甲は、このことに気づいたが、これだけ寒いので外に出れば酔いも覚めるだろうと考え、車外に出ようとするAを止めなかった【行為①】。

その結果、Aは、車外で、寒さを原因とした低体温症により昏睡状態に陥り、本件車の横で意識を失うに至った。なお、甲に殺意は認められなかったが、甲が一言声を掛ければ、Aを容易に制止することができた。また、Aは、（【行為②】の後、しばらくして、）巡回中の警察官Bに発見・救助され、一命を取り留めた。

2 同日午前4時頃、車内にいた甲は、うつ伏せのAを車外に発見し、Aが凍死したものと誤信した。甲は、この場を立ち去らなければ逮捕されると考え、逃亡資金を確保する目的で、車外にいるAのポケットから現金3万円を領得し【行為②】、直ちにその場を立ち去った。

3 その後、甲は、一人で隣県に移動したものの、移動し続けることは危険だと判断し、同県X市にある無料駐車場Yに本件車を止め、やはり本件車を生活拠点とした。もっとも、本件車の燃料が底をつきそうであったことから、甲は、他人の車両（車やバイク等）のタンク内にあるガソリン燃料を、給油口から抜きとることを計画した。甲は、同計画に従い、Y付近に在住するC（25歳）が毎日通勤に使用しているバイク（以下、「本件バイク」という。）から、ガソリン燃料10リットルを抜き取り、その場で本件車に注入した【行為③】。この際、Cは自宅におり、本件バイクには施錠をしていたが、給油口については施錠していなかった。また、本件バイクは、購入後間もない新品で、24時間営業の本屋（C宅から500メートルの距離にある）の来客者用の駐輪場として事実上使用されている公道（当該本屋に隣接している）に駐輪されていた。

4 翌朝、Cは、本件バイクから燃料が抜き取られていることに気が付いた。そこでCは、かねてより私人逮捕系ユーチューバー（※）に憧れていたこともあり、再度の犯行に備えて、以下の画策を思案した。すなわち、① Cは、盗まれても損失がないように、本件バイクのタンク内にあるガソリン燃料を雨水に替えておく。② 犯人は、タンクからガソリン燃料と思って、雨水を抜き取り、それを犯人自身の車両に注入する。③ Cは、犯人が②を完了後に、私人逮捕に及び、事前に自宅外壁に装着した監視カメラ（以下、「本件カメラ」という。）で、逮捕の場面を動画撮影する。

しばらくして、Cは、画策①に従って本件バイクのガソリン燃料を雨水に入れ替えた。他方、その日の深夜、たまたま本件バイクを見つけた甲は、Cの思惑通りに、本件バイクから雨水10リットルを抜き取り、その場で本件車に注入した【行為④】。この際、本件バイクは施錠されており（給油口のロック機能はついていなかった）、C宅敷地内に駐輪されていた。もっとも、犯人の犯行を終始見ていたCは、戸外へ出ようとした際に転倒したため私人逮捕に及ぶことができなかった。甲は、もともと本件車に給油されていたガソリンを燃料に、何ら支障なくその場を離れた。

〔設問1〕

甲の【行為①】、【行為②】、【行為③】に関し、具体的な事実関係を踏まえつつ、甲の罪責を論じなさい（特別法違反の点は除く。）。

〔設問2〕

甲の【行為④】に関し、窃盗未遂罪(刑法第243条, 第235条)が成立するとの主張の当否について、具体的な事実関係および反対の立場からの主張も踏まえつつ、説明しなさい。

※私人による逮捕行為を撮影し、その撮影した映像をYouTube等に投稿・配信する動画配信者をいう。

参考答案  
[刑法Ⅱ]

第1 〔設問1〕(以下、刑法について法名略)

1 行為①について

行為①に、保護責任者遺棄致傷罪(219条, 218条)が成立するか。

- (1) まず、「病者」には、高度の酩酊により身体を自由を失い他人の扶助を要する状態に至った泥酔者を含むところ、高度の酩酊状態で朦朧としているAは、扶助を要する「病者」に当たる。
- (2) では、甲は、「保護する責任のある者」に当たるか。

この点、作為義務と保護責任を同視する必要はなく、保護責任は加重要素であるから、長期の緊密な人的関係を基礎として、要扶助者を保護する動機を持つことが強く期待できる場合は、「保護する責任のある者」に当たる。

本件では、甲とAが内縁関係にあり、長期的に共同生活を営んでいたのだから、甲A間に、長期の緊密な人的関係があり、Aが生活空間である車内で酩酊状態である場合には甲のみがAを保護しうることからすれば、甲に対しては要扶助者たるAを保護する動機を持つことが強く期待できる。

したがって、甲は、「保護する責任のある者」に当たる。

- (3) つぎに、218条の「遺棄」とは、場所的離隔を伴った作為、不作為による移置と置き去りをいうところ、本問では、Aと扶助者たる甲との場所的離隔が創出されている。また、甲は内縁の妻であるAに対し扶助義務を負っており(民法 752条準用)、甲以外に酩酊状態のAの外出を止められた者がいなかったのだから、甲は、Aの生命に対する危険を排他的に支配していた。
- そのため、甲は、Aを制止する法的作為義務を負っているといえ、制止するのが容易であった以上、Aを制止しないという行為①は、不作為による移

置として、「遺棄」に当たる。

- (4) そして、Aは車外で意識を喪失しており、人の生理的機能に対する障害たる傷害結果が生じている。不作為犯において因果関係を認めるためには、期待された作為がなされれば、結果回避が合理的疑いを超える程度に確実である必要がある。本件では、甲が一言声を掛ければ、Aを止めることができたのであるから、行為①と上記結果との間に因果関係が認められる。
- (5) さらに、甲は、豪雪と大吹雪の中で、酩酊状態のAが車外に出ようとしたことを認識しており、また、同罪は結果的加重犯であるから、加重結果たる傷害結果の認識は不要である。したがって、甲に故意が認められる。
- (6) よって、行為①に保護責任者遺棄致傷罪が成立する。

2 行為②について

行為②に、現金3万円を客体とする窃盗罪(235条)が成立するか。

- (1) まず、現金3万円は、「他人」たるAの「財物」といえる。
- (2) また、「窃取」は、占有者の意思に反する自己又は第三者への占有移転をいい、占有の有無は占有の事実と占有の意思から総合判断する。
- 本件では、現金がAのポケット内にあり、Aの占有の事実が認められる。また、Aは意識を喪失してはいるものの、現金の占有の意思を放棄した事情もない。そのため、行為②は、占有者たるAの意思に反して、財物を自己に占有移転させる行為に当たり、「窃取」といえる。
- (3) もっとも、甲は、Aが凍死したものと誤信しているところ、窃盗罪の故意(38条1項)が阻却されるのではない。

この点、死者には占有を認められないが、その生前の占有は、①死亡させた

者と死者との関係では、②死亡と時間的・場所的接着性が認められる場合には、死後においてもなお保護に値すると解すべきである。そのため、主観的認識事情において①②が認められる場合には、窃盗罪の故意は阻却されない。

本件で、甲は、自分がAを遺棄して凍死させたと認識しており(①充足)、遺棄から多くとも2時間程度しか経過していないから、時間的場所的接着性(②充足)についても認識がある。したがって、甲の故意は阻却されない。

(4) また、逃亡資金確保の目的である以上、甲に不法領得の意思も認められる。

(5) よって、行為②に窃盗罪が成立する。

### 3 行為③について

行為③に、ガソリン10リットルを客体とする窃盗罪が成立するか。

(1) まず、ガソリン燃料は、「他人」たるCの「財物」に当たる。

(2) 他方、Cは、本件バイクを自宅から500メートル離れた歩道に置いたため、ガソリン燃料についてCの占有の事実がなく、Cの占有が認められないとも思える。しかし、Cは、本件バイクを公道とはいえ、駐輪場として事実上使用されていた場所に施錠して置いていたのであり、本件バイクは購入して間もない物であった。とすれば、本件バイクについて、Cの占有の意思が強く存在するといえるから、Cの占有が認められる。そして、給油口が無施錠だったとはいえ、本件バイクにつきCの占有が認められる以上、その内容物となっているガソリン燃料にもCの占有が認められると考えられる。そのため、行為③は、占有者の意思に反する占有移転といえ、「窃取」に当たる。

(3) また、甲には、窃盗の故意と不法領得の意思が認められる。

(4) よって、行為③に、窃盗罪が成立する。

### 4 罪責

以上より、甲の各行為に、保護責任者遺棄致傷罪(219条、218条)、2つの窃盗罪(235条)が成立し、これらは併合罪(45条前段)となる。

### 第2 〔設問2〕

1 まず、行為④により、Cの占有下にあった雨水が、甲へ占有移転しているところ、かかる行為は「窃取」にあたり、窃盗既遂罪が成立するとも思える

2 しかし、「財物」とは、所有権の目的となりうるものをいうが、経済的価値のみならず、主観的価値がない又は僅少である場合、刑法上の保護に値せず、「財物」性が否定されると解する。本件では、雨水に、経済的価値がなく、主観的価値が認めるべき事情もない以上、客体たる「財物」が存在しない。

3 また、「財物」性が肯定されとしても、「窃取」とは、有者の意思に反することを内容とするところ、本件では、私人逮捕の場面を撮影しようとするCが雨水の移転について積極的に望んでおり、「窃取」行為性が認められない。

4 そこで、行為④について、未遂犯と不能犯の区別が問題となる。

この点、行為当時、一般人が認識し得たであろう事情及び行為者が特に認識していたしていた事情を基礎として、一般人を基準として、窃盗の事実が実現する危険性が肯定できる場合には、同罪の未遂が認められる。

本件では、Cが占有移転を望んでいたという事情は外観上認識不能であり、住宅に駐輪中のバイクにはガソリン燃料が入っているのが通常であるところ、甲がこれに反する認識を特に有していたとは認められない。そのため、本件では、窃盗の事実が実現する危険性が肯定できる。

したがって、行為④は、窃盗未遂罪が成立するとの主張が認められる。以上

予備試験答案練習会(刑法Ⅱ)採点基準表

受講者番号

採点項目	小計	配点	得点
〔設問1〕	(30)		
【行為①】「病者」または「扶助を要する状態」(規範1点、あてはめ1点、評価1点)		3	
【行為①】「保護する責任」者性(規範1点、あてはめ1点、評価1点)		3	
【行為①】「遺棄」または「不保護」該当性(規範1点、あてはめ1点、評価1点)		3	
【行為①】その他要件等の充実度(優3、良2、可1)		3	
【行為②】窃盗罪:客観的構成要件該当性		2	
【行為②】窃盗の故意が問題となることの指摘		1	
【行為②】死者の占有と故意又は占有離脱物横領罪の客観的構成要件該当性		5	
【行為②】その他要件等の充実度(優3、良2、可1)		3	
【行為③】占有に関する規範・事実評価(優4-3、良2、可1)		4	
【行為③】その他要件等の充実度(優3、良2、可1)		3	
裁量点(減点のみ)			
〔設問2〕	(15)		
「財物」性についての言及(優4、良2、可1)		4	
「窃取」該当性についての言及(優4、良2、可1)		4	
主張の内容と論拠の充実度など(優7-4、良3-2、可1)		7	
裁量点			
全体の裁量点	(5)		
文章表現力(文章の正確性、長さ、接続詞、誤字・乱筆、ナンバリング等)			
答案構成力(問題提起、規範とあてはめの分離、問題文の誤解・問題提起と結論の整合等)			
裁量点(加点のみ)		5	
合計	(50)	50	

## 解説

### 1 遺棄罪/不保護罪〔設問1〕【行為①】

#### (1) 検討の指針

遺棄罪の客体となりうるのは、他人の保護がなければ、自ら独立に日常生活を営むべき動作をなし得ない者、すなわち「扶助を必要とする者」(以下、「要扶助者」という。)である。もっとも、単純遺棄罪(刑217条)の客体が「老年、幼年、身体障害又は疾病のために扶助を必要とする者」と規定されることから分かる通り、現行法は、扶助を要するに至る原因(「のために」)を限定列举しており、このことは、保護責任者遺棄罪(刑218条)についても同様である。刑217条と刑218条とは、その規定が若干異なっているが(同条は「老年者、幼年者、身体障害者又は病者」と規定する)、客体の範囲については共通に理解されているからである(時武・後掲234頁)。

そこで本問では、①まず、甲が「前二条の罪を犯し、よって人を死傷させた者」(刑219条)に当たるかという文脈において、泥酔したAが「前二条」(刑217条・刑218条)の客体に当たるのかが問題となる。②その上で、甲が「保護する責任のある者」(刑218条)に当たるかが問題となる。③最後に、甲の行為が「遺棄」等に当たるかについても問題となる。

#### (2) ①泥酔者に対する遺棄罪の成立

泥酔者が、遺棄罪の客体である「病者」(刑218条)にあたるとした最初の最高裁判例としては判例①があり、通説もこれを認めている。判例①は、「高度の酩酊により身体の自由を失い他人の扶助を要する状態」にあった者について、「病者」にあたりと判示している。

本問において、Aは、独りでに起き上がり車外へ出ることができたものの、高度の酩酊状態であったことには変わりがない。Aについて「疾病のために扶助を必要とする者」(刑217条)または「病者」(刑218条)該当性を認めることができると考えられる。

#### (3) ②「保護する責任のある者」

扶助者、すなわち「保護する責任のあるもの」(以下、「保護責任者」という。)については、以下のような理解の対立がある。すなわち、不作為の遺棄を専ら刑218条で処罰しようとする判例、通説によると、その前提として、作為義務と保護責任を同様に解する(→後述の【保護責任＝作為義務説】)こととなり(例えば「保護責任というのが同時に刑法上の作為義務を意味する」(西原・後掲206頁)との指摘を参照。),「保護責任の有無は不作為犯における作為義務の解釈に依存する」ことになる(橋爪・各論13頁)。したがって、形式的には法令や、契約、事務管理、条理、実質的には先行行為や排他的支配、事実上の引受けといった根拠により、保護責任の有無を判断することと考えられる。

他方で、作為義務と保護責任を区別する立場(→後述の【保護責任≠作為義務説】)は、不作為行為を刑217条の「遺棄」から排除せず、保護責任を遺棄罪独自の要素として探究することとなる(和田・演習①139頁)。いかなる範囲の者に、要扶助者としての保護を義務付けるべきかという観点からの検討が重要となり、この立場による時、作為義務が認められる範囲よりも絞り込まれた保護責任を認めるのが一般的である(橋爪・各論13頁)。作為義務違反の主体(不作為行為者)が保護責任者であるか否かにより、刑217条により軽く処罰されるか、刑218条により重く処罰されるかが決まるため、加重要素である保護責任は、作為義務より限定された内容でなければならないからだと考えられる。そのため、学説では、「排他性など、より強度の支配関係がある場合」(山口・後掲

36頁)、「長期の緊密な人的関係を基礎として、要扶助者を保護する動機を持つことが強く期待できる場合」(林・後掲43頁)などに限り、保護責任を認める見解が主張されている。

本問では、甲とAは法律婚をしていないが、内縁関係があるところ、判例②は、内縁について「婚姻に準ずる関係というを妨げない」として、法律婚に関する一部規定の準用(類推適用)を認めている。甲とAの間にも扶助義務(民752条準用)を認めることができる。

また、甲とAは、長年、共同して車上生活を送っていたのであるから、継続的な人的関係が存在する。これらの事情に加え、高度の酩酊状態で極寒の車外へ出ようとしていたAを止めることができたのは甲だけであったと考えられること等を踏まえると、上述いずれの学説に立つとしても、本問では甲に保護責任を肯定しようと考えられる。なお、これらの反対事情としては、Aが自ら飲酒をした事情等が存在する。これらの事情に対する評価も適切になされる必要がある。

#### (4) ③「遺棄」と「不保護」の意義

ア 保護責任と作為義務を同視する見解【保護責任＝作為義務説】

まず、保護責任と作為義務を同視する見解は、刑218条における「遺棄」と「不保護」を、(保護責任者と要扶助者の)場所的離隔の有無で区別する見解(以下、【保護責任＝作為義務説①】という。)と、区別しない見解(【保護責任＝作為義務説②】という。)に分類できる。

多数説は、場所的離隔がある場合には要扶助者の保護が困難となることを重視し、【保護責任＝作為義務説①】に立つ。【保護責任＝作為義務説①】としては、刑217条の「遺棄」は、(作為による)移置のみを指し、刑218条の「遺棄」は、(作為による)移置と(不作為による)置き去りの両方を含むとの主張がなされてきた(→従来の通説)。

しかし、(不作為の)移置や(作為による)置き去りのケースもありうるとして、刑217条の「遺棄」は、(作為による)移置・置き去りを指し、刑218条の「遺棄」は、(作為・不作為による)移置・置き去りを指すとの立場が主張されている。

これに対し、【保護責任＝作為義務説②】は、同じ「遺棄」の文言を同義に解さない【保護責任＝作為義務説①】の解釈を問題視する。刑217条・刑218条が同じ「遺棄」という文言を使用していること、「遺棄」自体の文理を重視し、「遺棄」は、刑217条・刑218条を問わず、(作為による)移置・置き去りだと解する立場が【保護責任＝作為義務説②】である。

この立場では「不保護」が(不作為による)移置・置き去りと解されるため、(不作為による)移置・置き去りは、不保護罪と扱われる。

このように、【保護責任＝作為義務説①】が場所的離隔の有無により遺棄罪と不保護罪を区別するのに対し、

【保護責任＝作為義務説②】によれば行為者の作為の有無により、遺棄罪と不保護罪を区別する。しかし、刑218条の解釈においては、【保護責任＝作為義務説①】と【保護責任＝作為義務説②】のどちらの立場に立つとしても、その違いは、「場所的離隔を伴う不作為形態の関与を「遺棄」と「不保護」のいずれに割り振るかという……対立……にすぎず、実質的な結論において大きく異なるない」(橋爪・各論6頁)とされる。ただ、不保護罪とするためには、単なる不保護ではなく、「生存に必要な」保護をしないことが必要であることに注意が必要である。



イ 保護責任と作為義務を同視しない見解【保護責任≠作為義務説】

不作為に対する処罰は、作為義務の存在を前提とする。そのため、保護責任＝作為義務とすれば、不作為が処罰されるのは、扶助者(刑218条の保護責任者)のみであって、扶助者でない外部者は処罰されない。【保護責任＝作為義務説】は、刑217条の「遺棄」から不作為行為を排除する(和田・演習139頁)。

これに対し、【保護責任≠作為義務説】は、保護責任が認められない場合でも、作為義務が認められる場合があるとす。その上で、「作為義務のある者が作為義務に違反して不作為の遺棄をすれば、作為の遺棄と同じように処罰されるはずである」(十河・後掲28頁)として、刑217条・刑218条を問わず、「遺棄」とは、(作為・不作為による)移置・置き去りと解する立場が【保護責任≠作為義務説】である。なお、【保護責任≠作為義務説】も場所的離隔の有無により、遺棄罪と不保護罪を区別することを前提としているため、この点で【保護責任＝作為義務説①】と共通する。

ウ 本問では、上記の立場等に従い、甲が保護責任者に該当するか、「遺棄」又は「不保護」に該当するかを適切に検討することが求められる。なお、作為と不作為の区別については、「[従来の学説では]基本的に要扶助者の身体に対する介入によって作為と不作為が区別されてきた印象がある」が、あくまで「行為者の身体」「動」「静」いずれが構成要件に該当するかによって区別すべきとするものとして(橋爪・後掲10頁)がある。

## 2 窃盗罪(【行為②】、【行為③】、【設問2】)

### (1) 検討の指針

本問では、現金(行為②)、ガソリン燃料(行為③)、雨水(行為③)を客体とする窃盗罪又は遺失物横領罪の成否が問われている。

両罪に共通するものとして、「財物」(刑235条)、「物」(刑254条)該当性、すなわち、客体の財物性が問題となる。なお、本問で財物性を否定する場合、客体の不能も問題となり、未遂の成否(不能犯との関係)の検討が必要となる。

また、これらとは別に、「占有」の有無が問題となる。

### (2) 財物性

奪取罪の目的となる財物の意義を定義した判例③は、「強、窃盗罪において奪取行為の目的となる財物とは、財産権殊に所有権の目的となり得べき物を言い、それが金銭的乃至経済的価値を有するや否やは問うところではない」として、金銭的・経済的価値の有無を問わないとする。「所有権の目的となり得べき物」を物に対する形式的法的地位と解する形式的法的地位説によれば、価値の無価値性や軽微性により、財物性を否定することはないことになる(山中・後掲47頁)。判例④以前では、「一塊ノ石(価格二銭位)」に財物性を肯定したもの(大判大正1年11月25日刑録18輯1421頁)などがある。

しかし、判例⑤の定義自体からは、「金銭的乃至経済的価値」以外の価値を問題とし得る余地は残されている。例えば、大阪高判昭和43年3月4日下刑集10巻3号225頁は「横約21センチメートル、縦約27センチメートルの紙片」について、東京高判昭和45年4月6日東高時報21巻4号152頁は「四つ折りのちり紙13枚」について、札幌簡裁判昭和51年12月6日判時848号1281頁は「はずれ馬券1枚」について、東京高判昭和54年3月29日東高時報30巻3号55頁は「広告用パンフレット2通在中の封筒」について、「財物」性を否定してい

る。このように上記の裁判例では、「所有権の目的となり得べき物」であっても、主観的価値がない、又はそれらが極めて僅少である場合には、財物性が否定されているとすることができる。

本問では、雨水(行為④)の財物性が問題となるが、金銭的・経済的価値がなく、主観的価値を認める事情もないことから、財物性を否定する結論が上記の下級審の立場と平仄が合うと考えられる。

### (3) 窃取

「窃取」(刑235条)とは、占有者の意思に反して財物の占有を自己又は第三者に占有移転することをいう(大判大正4年3月18日刑録21輯309頁)。

本問では、行為④について「窃取」該当性が問題となるが、雨水の占有移転については被害者たるCの同意ないし承諾があるといえるため、客観的に「窃取」行為性が否定されると考えられる。

### (4) 占有の判断

窃盗罪、占有離脱物横領罪の区別が問題となった判例④は、「占有は……必ずしも物の現実の所持又は監視を必要とするものではなく、物が占有者の支配力の及ぶ場所に存在するを以て足りると解すべきである。しかして、その物がなお占有者の支配内にあるというを得るか否かは通常人ならば何人も首肯するであろうところの社会通念によつて決するの外はない」と判示し、占有の判断基準として、社会通念による判断を強調する。

そして、社会通念による判断の下位規範としては、占有の事実と占有の意思という観点で学説において重視されている(橋爪・後掲132頁)。

行為③については、Cが「意識的に」離れた場所へ財物を置いているが、「意識的に」離れた場所へ財物が置かれた事例として、人道専用橋上に午前3時半ころまで無施錠のまま14時間放置していた自転車に対する被害者の占有の有無が問題となった福岡高判昭和58年2月28日判タ497号179頁は、人道専用橋が隣接の市場来客者の自転車置場ともなっていたこと、終夜自転車を放置する者も度々見受けられたこと、被害自転車は購入後間もない新品で記名されていたこと等から、被害者の占有を認めている。財物の利用の一環として、意識的に財物が置かれた場合には、占有の事実が弱くとも占有の意思が強く、占有の事実が認められたと説明することが可能である(橋爪・後掲141頁)。

本問では、Cの占有の事実が薄いと評価できる事情が複数あるものの(場所的距離や歩道である等)、上記事例と同様に、Cの占有の意思が強く認められると評価して、本件バイクがCの占有下にあると認めることはできると考えられる。

### (5) 死者の占有

また、本問(行為②)では、客観面において窃盗罪の構成要件該当行為があるが、その際、甲は占有者たるAが死亡したと誤信している。そこで、窃盗の故意が認められるかという文脈において、死者の占有が問題となる。

判例⑥は、殺人犯人が、殺害後、財物両得の意思を生じ被害者の財物を領得した場合、被害者の生前の占有が死亡後も法的保護に値するとして、占有離脱物横領罪(刑254条)ではなく、窃盗罪(刑235条)を成立させた。

かかる理論構成は、故意の殺人の場合以外にも妥当すると考えられるため(井田ほか・後掲114頁)、これを認めれば、占有者が遺棄により死亡したと誤信した甲にも窃盗(未遂)罪の故意を肯定しうることになる。

他方、これを認めなければ、甲は占有離脱物横領罪(刑254条)の故意しかないところ、同罪の客観的構成要件該

当性(又は抽象的事実の錯誤)が問題となるが、結論としては、両罪の重なり合いが認められると考えられる。

### 3 不能犯など〔設問2〕全般

#### (1) 不能犯

不能犯とは、「何らかの行為の遂行があるが、構成要件的结果発生の危険性が認められないため、未遂犯の成立が否定され、不可罰となる場合」をいう(橋爪・総論271頁)。本問では、客体の不能と被害者の承諾により、犯罪を実現する危険性がないことから、実行行為性に欠けるのではないかが問題となる。

#### (2) 学説

不能犯に関しては、可罰的な未遂犯と不可罰的な不能犯とを区別する基準を如何に解するかが問題となり、その基準とそれに適用すべき基礎事情の範囲について様々な学説上の対立がある。代表的な学説は、純粹主観説、抽象的危険説、具体的危険説、客観的危険説に大別可能であるが、不能犯は客観的な行為の問題であるから、行為者の主観面を重視する前二者については現在支持が失われている。

具体的危険説は、行為の当時、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事情として、一般人を基準に危険性を判断する。他方で、客観的危険

説は、客観的な事情を基礎事情として科学的見地から危険性を判断する。

客観的危険説のうち、従来は、絶対的不能・相対的不能説(絶対的不能の場合を不能犯、相対的不能の場合を未遂犯とする)が主張され、判例もこの立場に立っていたとされるが、このような立場に対しては、修正された客観的危険説(いかなる事実があれば既遂たりえたかを明らかにした上で、そのような事実が存在した可能性に未遂犯の基礎となる危険を見出す(和田・演習②169頁))が唱えられている。

修正された客観的危険説のうち、客体の不能については、(客体の存在可能性があっても)具体的な法益に対する「現実的」危険がないとして不可罰とする立場(山口・後掲276頁)、客体の存在可能性があれば未遂を認めるべきとする立場(佐伯・後掲91頁)など様々な立場があり、客体の不能についても扱いが分かれている。

#### (3) 設問との関係

設問2との関係では、すでに2(2)、(3)で触れた「財物」の不存在、「窃取」行為性の不存在を指摘しつつ、上記の不能犯に関する議論を踏まえて、未遂犯にとどまるとの主張や不可罰とする主張がありうる。また、それらとは別に、被害者の同意がある等との事情に基づいて未遂や不可罰が論じられる余地もある。もっとも、いずれを主張するにせよ、適切な論拠が示されなくてはならない。

\* \* \* \* \*

#### 【参考文献】

- ・ 時武英男「泥酔者に対する保護責任者遺棄罪の成立——遺棄罪の客体および刑法二一八条の保護責任——」平野龍一編『刑法の判例〔第二版〕』ジュリスト増刊(1972年)234頁-239頁(判例①)
- ・ 西原春夫「遺棄罪(一)」福田=大塚編『演習刑法各論』(青林書院新社, 1983年)
- ・ 十河太郎「遺棄」法学教室2021年6月号(No. 489)
- ・ 和田俊憲・法学教室2013年3月号(No. 390)138-139頁(→和田・演習①)
- ・ 和田俊憲・法学教室2012年8月号(No. 383)168-169頁(→和田・演習②)
- ・ 山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣, 2010年)
- ・ 林幹人『刑法各論〔第2版〕』(東京大学出版会, 2007年)
- ・ 山中敬一「財物の価値性」判例タイムズ540号47-51頁(1985年)
- ・ 井田良ほか『刑法事例演習教材〔第2版〕』(有斐閣, 2014年)
- ・ 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣, 2020年)(→橋爪・総論)
- ・ 橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』(有斐閣, 2022年)(→橋爪・各論)
- ・ 川田宏一「共犯者による欺罔行為後だまされたふり作戦開始を認識せずに共謀の上被害者から発送された荷物の受領行為に関与した者が詐欺未遂罪の共同正犯の責任を負うとされた事例」最高裁判所判例解説刑事篇平成29年度228-261頁

#### 【判例】

- ・ 判例① 最一小昭和43年11月7日〔昭和43年(あ)第979号〕刑集169号355頁
- ・ 判例② 最二小昭和33年4月11日〔昭和32年(才)第21号〕民集12巻5号789頁
- ・ 判例③ 最三小昭和25年8月29日〔昭和24年(れ)第3056号〕刑集4巻9号1585頁
- ・ 判例④ 最二小昭和32年11月8日〔昭和32年(あ)第2125号〕刑集11巻12号3061頁
- ・ 判例⑤ 最二小昭和41年4月8日〔昭和40年(あ)第1573号〕刑集20巻4号207頁