

P372

第 36 章 窃盗及び強盗の罪

【235 条】窃盗罪

P372(2)支配の事実

・被害者の占有を離れた物でも、第三者の事実支配が認められる場合がある

例 終了後の劇場、車庫に入った電車 cf. 開演中、営業中は占有離脱物

4 占有の他人性 ;共同占有の場合

他者の占有もあるから、自己単独の占有に移せば窃盗罪になりうる

その他

湖に落とした指輪 回収を委託されたダイバーが盗れば窃盗

カメラの置き忘れ 20メートル離れても占有あり

遊びに来た猫 買主の占有あり cf. 迷い猫、鳥

ゴルフ場のロストボール 侵入して持ち去れば窃盗

四 着手時期・既遂時期

1 着手時期 物色行為説

土蔵 侵入の開始をもって着手あり

スリのあたり行為は着手なし cf. 現金を取ろうとしたら着手あり

2 既遂時期

風呂に置き忘れた指輪 浴室内の隙間に隠匿すれば既遂

《論点》

P373 ~ P374

・占有説への批判 窃盗犯人による物の損壊が不可罰的事後行為となることを説明しにくい

窃盗犯人からの取り返しは有罪、例外的に違法性阻却で説明

・本権説 窃盗犯人から第三者が盗品を盗んだ場合、窃盗罪の成立がさせにくい

窃盗犯人からの取り返しは犯罪不成立

P374

二 死者の占有

殺害後財物奪取の意図が生じた場合

・占有離脱物横領説

・窃盗説 死者の占有を認めるか、生前の占有が侵害されたとみるか

強盗説 (少数説)もある

× 実行の着手時に、暴行・脅迫を財物奪取の手段とする故意に欠ける

P376 封緘物における各学説からのあてはめ

・乙説は無視してよい 後は入門で説明した通り

委託者に占有がある場合 窃盗、受託者に占有がある場合 横領

五 過誤振込金の引き出し

・キャッシュカードを用いた場合 窃盗罪

物の事実上の占有は銀行にある, 払戻権限がないから法律上の占有もない

cf . 窓口で引き出した場合 詐欺罪

恐喝により金を振り込ませた場合 (P423) 振込の時点で 1 項恐喝が既遂となるのが一般

占有取得したとってよいのか? いてよいとするのが一般

犯人が自由に処分ができる状態におかれたとってよい

cf . 預金払戻債権を取得した点をとらえ, 2 項恐喝とする立場

事実上の占有がない点の整合性を採りやすい

P378 条

・不法領得の意思不要説

使用窃盗については可罰的違法性がない, 占有移転がないなどで妥当な結論を出す

毀棄目的については窃盗罪とせざるを得ない

・本権説 所有者を排除する意思を必要としやすい

・占有説 意思を不要としやすい

経済的用法にしたがって利用する意思 利欲犯だから重く処罰することを主眼にする

【235 条の 2】

・不動産 土地・建物

・侵奪 自己・または第三者の事実上の占有を設定する必要

侵奪の例 恒久的建造物を建てる, 塀で囲んで立入りを不能にする, 標識をずらす

cf . 登記の改ざん, 境界線を不明確にするだけではたりない

賃貸借契約期間終了後の不退去も本罪を構成しない

P380 不動産の強取 1 項強盗罪になるか

・1 項強盗にできるとする見解 「財物」概念を窃盗と強盗で分けて考える

・2 項強盗とすべき 規定が新設されたことから, 窃盗罪の客体にならないことが決定

P381

【236 条】強盗

一(3)ひったくりと強盗 本来ひったくりは窃盗

自動車を利用して走りながら奪う

生命・身体に重大な危険が生じる可能性がある場合は強盗

P388

【238 条】

結合犯説 窃盗は事後強盗の一部, 強盗と構造を同じくする

・途中加功は承継的共同正犯 強盗罪成立とするのが一般

・窃盗の既遂・未遂で事後強盗の既遂未遂を説明しやすい

・窃盗に着手しただけでは事後強盗罪の未遂にならないことを説明しにくい
cf .身分犯説 強盗致死傷と構造を同じくする,途中加功は65条の問題

【239条】昏睡強盗

・昏睡させる

意思作用に傷害を生じさせ,財物についての事実的な支配が困難な状態に至らせること

例 睡眠薬や麻酔を用いる,泥酔させる

・財物奪取のため,昏睡させる必要 これを欠く場合は窃盗などが問題になるに過ぎない

P390

【240条】強盗致死傷

三 置き引きを被害者に阻止されそうになる

反抗抑圧にたりない第一暴行を加えて逃走

追いかけてきた被害者に反抗抑圧に足る第二暴行を加える

結果

傷害結果発生,いずれの暴行によるものか分からない

下級審判例 事後強盗罪+傷害罪の成立,強盗傷人罪は認めなかった

暴行は一連のもの 傷害にできる

強盗にするには,反抗抑圧に足る必要,ここから傷害結果が発生したといえない

以上,強盗精進にはできない

P393

【241条】強盗強姦及び同致死

・主体を強盗とする身分犯,致傷ではなく強姦とした場合(法定刑は強盗致傷と同じ)

P394

論 強盗強姦犯人が殺意をもって,被害者を殺害した場合

a 241条後段のみとする説

x 「よって」の文言 241条には死の結果に故意ある場合は含まない

b 強盗強姦罪と強盗殺人(240条)の観念的競合(判例)

強盗が人を殺した場合 240条後段の問題になる

c 強盗強姦と殺人の観念的競合

x 有期懲役が選択できる 刑の不均衡

d 強盗強姦致死と殺人罪の観念的競合

x 死の二重評価

P395

【244条】親族相盗例

「親族」民法で決定される(民法725条),6親等内の血族,3親等内の姻族

一事宿泊はあたらない,内縁はあたらない

・婚姻届があっても婚姻の実質がない場合もあたらない(下級審判例)
準用されない例 器物損壊と強盗,盗品等に関する罪は独自の規定がある
P398

親族相盗例の適用の有無 学説がどれであるにせよ

(1)所有者,占有者に着目する

(2)直系血族・配偶者は同居でなくてよい,同居なら親族でありさえすればよい

【245条】電気 財物とみなす

・有体物説 創設規定,物理的管理可能説 注意規定

論点》情報の不正入手

・情報自体は財物と扱わない

・情報が仮体された媒体は財物に当たる(メディアと情報とで一体で価値を考える)

一般の社員が機密資料のファイルを持ち出し,コピーした事案 窃盗

資料の保管責任者が機密資料のファイルを持ち出し,コピー,後にファイルを返還 横領
cf .社内での複写は横領ではない ただし,背任にあたりうる

一般社員がデータを自己所有にメディアに勝手にコピーした場合 無罪

住居侵入,業務妨害,メディアを保管場所から取り出した瞬間窃盗...などが考えられる

P403 二 国家的法益と詐欺

国家に対して虚偽の申立,国家から何らかの給付を不正に受けたり,徴収を免れたりした場合
詐欺罪の成否が問題となる

肯定説 財産的利益を侵害するものである限り,詐欺罪成立

否定説 本来の国家的法益を侵害する場合は詐欺罪不成立

・パスポートの不正取得 詐欺罪不成立 資格を証明するものに過ぎない

・脱税 詐欺罪不成立 脱税により得る不正の利益 脱税罪が予定している

・保険証の不正取得 詐欺罪成立

保険証 = 一定の給付を受けるのに必要な証明書,財産的価値あり

P406 詐欺罪における損害概念

・経済取引における信義誠実を含むとする見解 損害は詐欺罪の成立要件ではない

cf .個別財産に対する罪,全体財産に対する罪

個別財産に対する罪の中でも,錯誤の内容が財産的価値と関係がない場合は詐欺罪不成立とする説がある

P409 クレジットカード詐欺

(1)一項詐欺説

・商品の交付自体が損害と見る説(判例),信販会社による立替払を損害と見る説がある

(2)二項詐欺説

・被欺罔者を信販会社とみる説と、被欺罔者を加盟店とし三角詐欺とする説がある
P411 《その他》 窃盗と詐欺の区別 どこで被害者の占有が失われるかにかかる
例 自動車の試乗を申し込み、自動車を乗り逃げした場合
窃盗説

・車に搭乗しただけでは、未だ店の占有は失われていない
 予定のコースを外れたときに占有離脱
服の試着の場合と同様に考える
ガソリンが少ない 占有を離脱させる意思がないことの現れ

詐欺説

自動車は可搬性が高く、発見が容易でない 試乗の開始で占有は移転する

P412

【246条の2】電子計算機使用詐欺罪

・預金がないのにあるかのような電磁的記録を作成 預金の引出、振替をさせる行為
・偽造のプリペイドカードにより電話をするなど役務の提供を受ける行為

【247条】背任罪

P420 横領と背任の区別 権限濫用か逸脱かで区別する説、判例理論の他

・事実行為か法律行為かで区別する説

× 前提とする権限濫用説(代理権による法律行為をした場合のみ背任になるとする説)が不当

・客体により区別する説 物は横領、それ以外は背任

× 金銭に対する背任が成立しなくなる

P421 【421条】未成年者の知慮浅薄、人の心神耗弱に乗じて財物を交付させる、財産上の利益を得る 例 騙して債務免除させる

P427 二 委託物が金銭の場合

占有と所有が移転し、使い込みについて横領罪は成立しないのではないか？

金銭の自由処分を禁じたと解される場合、所有権を寄託者にあるとみる(判例)

民法と刑法で他人物性を別に考える、不法原因給付と同様の発想

ただし、

(1) 委託された金銭を現に返還できる資力と状態にあり

(2) 一時使用の目的しかない場合 横領罪は成立しない

P428 不法原因給付と横領

a 横領罪成立説(判例) 刑法における要保護性は民法とは別に考えるべき

b 横領罪不成立説

民法708条で受益者に所有権移転

処罰は返還を強制するもの、法秩序全体の統一性を破る

c 寄託物と給付物で分ける見解

給付物はb説と同様

寄託物はa説 寄託においては給付はない,処罰した方が不法を助長せずに済む

P428

四 盗品の横領

例 盗品と知らずに預かったウイスキー 盗品と知ったので飲んでしまった場合

委託者(本犯者)に所有権がない 横領罪は成立しないのではないか

横領成立説

刑法における要保護性は民法におけると別に考えるべき

不法であるが平穏な占有,禁制品も財産犯の客体になる(いずれも被害者に所有権なし)

このこととの均衡から,横領罪を成立させてもよい

cf .有償処分あっせん代金の横領

代金は買主の所有ではないか? 財産秩序維持のため横領罪を成立させるべき

P429

《その他》

・横領を実現する手段としての詐欺 横領罪の成立のみ認めるのが通説

cf .背任と詐欺 観念的競合説が学説,判例は詐欺一罪

cf .有償処分あっせんと詐欺 あっせん罪一罪とするのが判例

あっせんに詐欺が伴うのは通常,あっせんで詐欺は予定されている

P430

【254条】遺失物等横領

・釣り銭が多いことを気がつかないで後で気がつき,領得 遺失物等横領

・後で釣り銭が多くなかったか問われたが,多くないと嘘をついた場合 詐欺罪不成立

P431

【256条】

盗品」

・原則として盗品は当該財物に限り認められる

盗品の対価,盗んだ金銭で購入した物は盗品ではない

cf .没収の3号,4号

・例外的に盗品性がある例 両替した金銭,盗品の部品,盗んだ小切手を換金して得た金銭

・狩猟法に違反して得られた獲物 違法状態維持説から犯罪が成立する

「行為」

・あっせん 仲介・あっせんのみでよく契約までは成立しなくてよい

本犯が既遂になる必要はある

・被害者宅への運搬 追求権を侵害するものではないが,犯罪成立(判例)

P434

【257条】親族間の特例

趣旨》

- ・親族相盗例(244条)と同様に考える見解 追求権説から導きやすい
- ・期待可能性がない点に求める説 事後従犯説,利益関与説から導きやすい

P436

【258条】公用文書毀棄

- 「公用文書」 現に公務所において使用され,または使用の目的で保管された文書
- ・公文書・私文書は問わない,偽造・未完成文書でもよい
- 「毀棄」 物理的な損壊の他,文言の抹消,印紙の剥離により証明力を失わせることも含む
- cf .新たな証明力を作り出せば偽造・変造

【259条】私用文書毀棄

- 「権利又は義務」に関する他人の文書の毀棄 私文書偽造の客体より狭い
- 「他人の」文書 他人所有であればよい,名義は関係ない

P437

【260条】建造物など損壊及び同致死

- 二 「損壊」 実質を毀損,使用価値の滅却・滅損
- ・主要な構成部分を毀損する必要はない
- 例 ビラ貼り 何千枚も貼付し,建物が汚れる,中に光が入らなくなれば損壊
- ・後段の致死傷 人は建物の中にいると外にいると問わない

【261条】器物損壊罪

- ・「傷害」の文言 器物に動物が含まれることが伺われる
- 物 不動産も含む。違法な物も含む
- ・「毀損」 本来の効用を失わせること。物の損壊を含まない
- 例 飲食の用に供すべき器物への放尿,宅地としての地ならしをした土地を耕す
- いけすの鯉を放流する,飲み物に煙草の吸い殻を入れる
- ふすまに絵を描く(有名な画家でも犯罪)

【262条】自己物の損壊 差押,物権の負担,賃貸目的物は他人の物とする

保険対象物は含まない

【262条の2】境界損壊罪 境界を認識できなくする行為

- ・不動産侵奪罪の予備的行為 自己の占有を設定すると侵奪罪になる

【263条】信書隠匿罪

- ・「他人の」信書 他人が所有するという意味,発信人が他人である必要はない
- ・「信書」 特定人から特定人に宛てた文書,封緘は不要,はがきも含む

信書としての目的を果たした後は信書に当たらない(読み終わり,保管の必要がないものなど)

P440 《論点》

「隠匿」と「毀棄」との関係 263条の趣旨に関わる

A 「隠匿」 毀棄に含まれるとする説

毀棄は効用を喪失する一切の行為

・263条の趣旨 特別減輕類型と考える

a 信書の財産的価値の低さに着目する説

b 隠匿は滅失損傷を伴わない点に着目する説

B1 隠匿は毀棄に含まれるが,263条の「隠匿」は毀棄に含まれないとする説

・263条の趣旨 毀棄に至らない隠匿を特に処罰するもの

B2 「隠匿」 毀棄に含まれないとする説

毀棄 有形力の行使,物の物理的毀損などを要求する

・263条の趣旨 すべての隠匿を特に処罰するもの

各説からの事例の結論

事例1 信書を物理的に損壊した場合

A aのみ信書隠匿罪,他の説は文書毀棄または器物損壊を成立させる

事例2 信書を隠匿した場合

毀棄に至る場合 B1のみ文書毀棄または器物損壊を成立させる,他の説は信書隠匿罪

毀棄に至らない場合 B1のみ信書隠匿罪,他の説は無罪

まとめ

・A aが一番罪が軽い 信書の損壊・隠匿はすべて減輕される

・B1がもっとも処罰範囲を広げる 減輕される場合がない,本来処罰されないものを処罰

・他の説は結論が変わらない

例 A bもB2も信書が隠匿されれば信書隠匿罪しか成立しない,毀棄では毀棄罪になる

【264条】私用文書毀棄,器物損壊,信書隠匿 親告罪になる

P308 第22章 わいせつ, 姦淫, 及び重婚の罪

【174条】公然わいせつ

・保護法益 健全な性的風俗(社会的法益)

「公然と」 不特定又は多数人の認識しうる状態

「わいせつ」の意義

・いたずらに性欲を刺激し,興奮または満足させ,普通人の正常な性的羞恥心を害し,善良な性的道義観念に反すること

例 ストリップショーを演じた者(演じさせた興行主などは共犯)

【175条】わいせつ物頒布罪

・文書, 図画その他の物を頒布(無償)・販売(有償) 国内における行為のみ処罰

公然と陳列した者, 販売目的の所持を処罰

・文書... 文書偽造の文書より広い, 文字で一定の意思内容を表示すればたりる

思想・観念の必要はない。例 小説などでもよい, 写真, 事実の描写

・図画... 象形的方法により表示されたもの一般

・「その他の物」 彫刻, 小物, レコード, 画像データを記憶させたコンピュータの記憶装置

・公然と陳列 不特定又は多数人が観覧しうる状態に置くこと

例 ビデオ, 映画フィルムの映写(密室でも公然陳列罪になりうる), 録音テープの再生
パソコンネットワークに不特定多数の人が容易に見られる形で流す行為

反復の意思があればただの一回の行為でも犯罪

P310

【176条】強制わいせつ罪

要件

・13歳以上の男女に対して, 暴行又は脅迫を用いてわいせつな行為をすること

・13歳未満の男女に対してわいせつな行為をすること

暴行・脅迫の意義 脅迫は反抗を著しく困難にするもの

暴行は軽度なものでよい(判例)(ただし, 暴行自体がわいせつ行為になる必要)

論点 わいせつの意図・傾向の要否

事例 もっぱら報復の目的で婦女を脅迫して裸にし, 写真を撮った場合

必要説 (判例)

医師による治療行為などにおいて, 内心的傾向を要求することで処罰範囲を限定できる

行為無価値的発想 ただ, 不要説にたった場合, 必ずしも処罰範囲が広がるとはいえない

× 判断基準の明確性に反する

不要説

保護法益は性的自由の侵害とみるべき, 条文にわいせつな傾向に関する規定はない

【177条】強姦罪 自手犯, 身分犯ではなく, 女性も正犯になりうるとするのが一般

【178条】準強制わいせつ罪 心神喪失, 抗拒不能に乘じ, わいせつな行為・姦淫をすること

・抗拒不能 病気を治療できない,と騙す場合も含む
・手段は問わない(ただし暴行・脅迫以外)。催眠術などでもよい

【179条】強制わいせつ,強姦罪 未遂処罰規定あり

【180条】179条規定の罪は親告罪,強制わいせつ等致死傷,共同正犯による場合は除く

【182条】淫行勧誘罪 勧誘をした者のみ処罰される(淫行をした者は処罰されない)

【184条】重婚罪 必要的共犯

・婚姻は法律上の婚姻のみ

・一方が別に婚姻していればよい

重婚の相手になれば自分に他に配偶者がなくても処罰される

P224

第1章 皇室に対する罪 不敬罪など

第2章 内乱に関する罪

【77条】内乱

・目的犯 統治の基本秩序を壊乱することを目的とする

・「暴動」 少なくとも一地方の平穏を害する程度に至り,既遂

・首謀者,謀議参与者・群衆指揮者,付和雷同者

関与形態により刑が異なる 例 首謀者は死刑・無期禁錮(政治犯)

【78条】内乱予備罪 自首したときのみ,刑が必要的免除(80条)

【79条】内乱等幫助 #教唆は61条の適用がある?

P223

【81条】外患誘致 外国と通謀して日本国に対し武力を行使させた者 死刑

【88条】外患誘致・援助の予備罪 減免の規定はない

P224

【93条】私戦予備 自首による必要的免除の規定がある

P225

【95条】公務執行妨害罪

「暴行」 間接暴行を含む

・身体に直接加える必要なし,身体に物理的に感応しうるものならよい

例 覚せい剤のAMPLEを踏み割る,差押物件の搬出妨害のため入り口に物を積み重ねる
強制執行における人夫への暴行 公務員への暴行といえる限り,公務執行妨害罪になる

・暴行は積極的なものを要する

例 スクラムを組んで氣勢を上げる,手を振り放す程度では暴行ではない

1項 暴行の目的は問わない,執行を妨害する目的は必要ない

2項 目的犯。違法・適法を問わず行為をさせる目的,適法な行為をさせない目的が必要

條】
條】
條】
條】
條】
條】
條】
條】
條】
條】
條】
條】
條】
條】
條】