

窃盗罪の客体、法益と刑法242条

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学法律研究所 公開日: 2018-03-28 キーワード: 作成者: 内山, 良雄 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/19257

【論 説】

窃盗罪の客体、法益と刑法242条

内 山 良 雄

目 次

- I. はじめに
- II. 窃盗罪の行為客体としての「他人の財物」の意義と法益論
- III. 242条にいう「占有」の意義
- IV. 235条で保護されるべき「占有」の意義

I. はじめに

刑法は、窃盗罪(235条)および強盗罪(236条)の行為客体を「他人の財物」と規定する。他方、同242条は、「自己の財物であっても、他人が占有し、又は公務所の命令により他人が看守するものであるときは、この章の罪については、他人の財物とみなす。」と規定している。従来、「他人の財物」とは「他人の『所有する』財物」であり、242条は窃盗罪の処罰範囲を拡張する「例外規定」と理解する本権説⁽¹⁾、「他人の財物」とは「他人の『占有する』財物」であり、242条は単なる注意規定であると理解する占有説(所持説)⁽²⁾、これらを修正する中間説(修正

(1) 田山聡美「財産罪の保護法益—いわゆる中間説をめぐる一考察—」『神奈川法学』43巻1号(2010年)145頁以下、松原芳博『刑法各論』(2016年、日本評論社)174頁以下等。
(2) 川端博『刑法各論講義』(2007年、成文堂)242頁以下、同『財産犯論の点景』(1996年、成文堂)39頁以下、とくに66頁以下等、大谷實『刑法講義各論』(新版第4版補訂版、2015年、成文堂)193頁、前田雅英『刑法各論講義』(第6版、2015年、東大出版会)151頁等。

本権説⁽³⁾、合理的占有説⁽⁴⁾、平穩占有説⁽⁵⁾が主張され、242条にいう「占有」の意義についても、検討が加えられてきた。242条は、詐欺罪(246条)、恐喝罪(249条)等についても準用され(251条)、これらの交付罪も、窃盗・強盗罪の盗取罪と同様に「占有」移転罪(奪取罪)であることから、上掲の論争は、「奪取罪の保護法益」論とも称される(本稿は、窃盗罪を検討対象とするが、そこで論じられることは、奪取罪一般に妥当するものといえる)。判例は、かつては本権説に依拠していたが、現在は、占有説に転じたと評されている⁽⁶⁾。

ところで、「上記のどの見解を採るにせよ、本権と占有の双方が窃盗罪の保護法益に含まれると解されなければならない」、「本権説と占有説の対立は、占有それ自体が刑法で保護されるかどうかについての争い」とし、「窃盗罪の保護法益の議論は、同条(242条：引用者)にいう『占有』の意義の解釈として現れてくる」との指摘がある⁽⁷⁾。そこで、本稿では、まずこの点について窃盗罪の行為客体と関連させて検討を加えたい。保護法益論、242条の解釈論について、検討を加えてみたい。非常に拙いものであるが、増田豊先生の定年によるご退職にあたり、本小稿を捧げさせていただきたい。

II. 窃盗罪の行為客体としての「他人の財物」の意義と法益論

1 検討の視座

「他人の財物」の意義を明らかにするにあたっては、235条、236条以外に財物

(3) 曾根威彦『刑法各論』(第5版、2012年、弘文堂)110頁以下、同『刑法の重要問題〔各論〕』(2006年、成文堂)121頁以下、平川宗信『刑法各論』(1995年、有斐閣)336頁、林幹人『刑法各論』(第2版、2007年、東大出版会)161頁以下等。

(4) 山口厚『問題探究刑法各論』(1999年、有斐閣)101頁以下、同『刑法各論』(第2版、2010年、有斐閣)191頁以下、西田典之『刑法各論』(第6版、2012年、弘文堂)154頁以下、高橋則夫『刑法各論』(第2版、2014年、成文堂)218頁、佐伯仁志「窃盗罪の保護法益」西田典之ほか編『刑法の争点』(2007年、有斐閣)166-167頁等。

(5) 平野龍一『刑法概説』(1977年、有斐閣)206頁。

(6) 恐喝罪につき、最判昭24・2・8刑集3巻2号83頁、詐欺罪につき、最判昭24・2・15刑集3巻2号175頁、最判昭34日8・28刑集13巻10号2906頁、窃盗罪につき、最判昭35・4・26刑集14巻6号748頁、最決平元・7・7刑集43巻7号607頁。

(7) 佐伯・上掲注(4)166頁、山口・上掲注(4)『刑法各論』187頁等。

の所有・占有関係について定めている条文との比較が有益であると思われる。まず、委託物横領罪（252 条、253 条）の行為客体は、「自己の占有する他人の物」である。同条において、「占有」の主体は行為者であることが明示されている以上、「他人の物」とは「他人の『所有』物」を意味すると解される。同様に、242 条も、「占有」の主体は他人であることが明示されているのだから、「自己の財物」は「自己の『所有する』財物」と解される。他方、占有離脱物横領罪（254 条）の行為客体は、「占有を離れた他人の物」である。「占有を離れた」といえる場合としては、「何人も占有していない」場合と、「委託信任関係に基づかずに行行為者の占有に帰した」場合（委託物横領罪における行為者の占有は「委託信任関係に基づく」ものに限られるから、この場合は占有離脱物として扱われる）があるが、いずれにせよ、「他人の物」は「他人の『所有』物」を意味することに変わりはないと解される。このように、「他人の」という文言は、所有関係を表現する文言であると理解するのが合理的である⁽⁸⁾。「他人の財物」を「他人の『占有する』財物」の意味に理解することはできないというべきである。なお、旧刑法から現行刑法への改正の過程で、旧刑法の規定に存在した「所有」の文言が削除されたとの指摘も存在するが⁽⁹⁾、現行法に関する以上の解釈には影響しないと思われる。

他方、「他人の財物」を「他人の『所有する』財物」の意味に理解すると、窃盗罪と横領罪の区別に窮することとなる⁽¹⁰⁾。そのように解した場合、「自己の占有する他人の物」も、「占有を離れた他人の物」も、「他人の所有物」すなわち窃盗罪の行為客体である「他人の所有する財物」に包摂されることとなるからである。単純横領罪および占有離脱物横領罪は「窃盗罪の減輕類型」、業務上横領罪は「窃盗罪の加重類型（罰金刑がない）」という理解は、盗取罪と横領罪との区別を不明確化する。さらに、窃盗罪の実行行為と構成要件の結果を意味する「窃取した」という文言は、財物の占有移転（従来の占有者の占有排除＋行為者等による占有取得）を内容とするのであるから、当該財物は行為者からみて他人が占有している必要がある。

また、財産犯における「親族間の犯罪に関する特例（244 条、251 条〔、255 条〕）」を適用するためには、行為者と財物の占有者・所有者双方との間に所定の親族関係

(8) 松原・上掲注 (1) 180–181 頁。

(9) 川端・上掲注 (2) 『講義』 239 頁、『点景』 62–63 頁。

(10) 山口・上掲注 (4) 『刑法各論』 187 頁。

が必要と解されているが（最決平 6・7・19 刑集 48 卷 5 号 190 頁参照）、これは、財物の占有者・所有者がともに、窃盗罪の被害者（侵害された法益の主体）であるという解釈が前提となっていると考えられている⁽¹¹⁾。

さらに、窃盗罪と占有離脱物横領罪との間に生じた「抽象的事実の錯誤」の事例処理において、両罪の構成要件の実質的な重なり合いを判断するにあたり、「軽い占有離脱物横領罪の限度で、両罪の構成要件は重なり合っている」と一般に承認されている。その際、両罪の構成要件間に実質的な重なり合いを肯定するためには、両罪の保護法益、実行行為の態様それぞれの共通性が肯定される必要がある。235 条の客体を「他人の『占有する』財物」と理解すると、窃盗罪の法益は占有、占有離脱物横領罪の法益は所有権となり、法益の共通性は肯定できないこととなる（ここで、占有説においては、「究極的には所有権を保護するために、その前段階として占有を独立の保護法益としている」等の説明がなされることとなる）点にも、注目する必要がある。

2 242 条に固有の解釈学説として占有説を主張する見解

ところで、「235 条にいう『他人の財物』とは「他人の所有物」のことであり、窃盗罪は（242 条のみなし規定が適用される場合は例外として）所有権侵害がなければ成立しない」と明言し、「占有移転をも構成要件要素とする窃盗罪は、所有権に加えて、同時に占有をも保護しており、その限りで占有も 235 条の保護法益に含まれる」との理解を示す占有説が存在する⁽¹²⁾。本権説と占有説の対立は「もっぱら 242 条（という特殊な場面に関する規定）の『他人が占有』するものという文言の解釈にかかわるもの」であり、「242 条に関する占有説を、235 条の解釈にまで及ぼして、『窃盗罪はもっぱら占有を保護するためのものであり、所有権を保護法益としない犯罪である』などと理解することは、規定の文言上も・理論上も・法政策的にも不可能である」（圏点引用者）、「罪刑法定主義の原則の支配する刑法において、このような形で、みなし規定を注意規定（または定義ないし例示のための規定）として読むことは解釈の枠を逸脱する」「占有説の極端なまでの誇張といわ

(11) 佐伯・上掲注 (4) 166 頁、井田良『講義刑法学・各論』（2016 年、有斐閣）202 頁注 (46)。

(12) 井田・上掲注 (11) 197-198 頁。

なければならない」と主張する⁽¹³⁾。

もつとも、本説が窃盗罪の法益とする占有、所有権の内実に関する理解は、いわゆる「刑法独自説（注（15）参照）」に依拠するものであり、事例処理の結論において従来の占有説と異なるところはない。ただし、占有説の立場から、窃盗罪の保護法益が所有権と占有の双方であり、所有権こそが窃盗罪の第一次的法益であると主張している点は、注目に値する。

3 小括

かくして、「他人の財物」とは、「他人が占有し、他人が所有する財物」を意味すると解するのが合理的と思われる。立法者は、財物に対する占有主体と所有主体の一方が行為者、他方が他人というように分離している場合において、占有については占有主体を明示し、所有については単に「他人の」「自己の」と規定する一方で、占有主体と所有主体のいずれもが行為者以外の者である場合は単に「他人の」と規定したのである。また、盗取罪の「窃取した」「強取した」という実行行為は占有移転を前提とするし、交付罪における「交付させた」財物の取得という結果も占有移転を前提とすることからも、財物の占有主体は、行為者からみて他人でなければならないと考えられる。

このように考えると、242 条は、235 条、236 条にいう「他人の財物＝他人が占有し、他人が所有する財物」を「他人が占有する自己所有物」にまで拡張する規定（「他人の財物」みなし規定）であると解される。同条は、所有と分離した占有自体が保護法益となり、しかも占有が所有に優先して保護される場合があることを承認する規定であり、単なる注意規定ではない。判例も、242 条は 235 条の拡張規定であって、注意規定ではないと解している（最決昭 52・3・25 刑集 31 卷 2 号 96 頁）⁽¹⁴⁾。

以上の検討から、窃盗罪の法益としては、所有権および占有権の双方であると解される。そこで、242 条の解釈論、窃盗罪の保護法益論の課題としては、以下の 3

(13) 井田・上掲注（11）201-202 頁。

(14) 「刑法 242 条は同法 36 章の窃盗及び強盗の罪の処罰範囲を拡張する例外規定であり、その適用範囲を『本章ノ罪ニ付テハ』と限定しているのであるから、森林法において右規定を準用する旨の明文の規定がないにもかかわらず、これを同法 197 条の森林窃盗罪にも適用されるものと解することは罪刑法定主義の原則に照らし許されないと判示。

点であると思われる。① 242 条にいう「占有」、すなわち「行為者の所有権に優先して保護される占有」とは、いかなる占有か、② 235 条において、所有権侵害を伴わない場合、あるいは所有権侵害が奪取罪の予定するレベルに達していない場合に、占有侵害のみを根拠にして窃盗罪の成立を肯定するか、これを肯定する場合に「独立の法益として保護される占有」は、いかなる占有か、である⁽¹⁵⁾。③これと関連して、①の占有と②の占有を一致させて統一的に理解する必要があるか否かも、検討対象となる。

Ⅲ. 242 条にいう「占有」の意義

【事例 1】 X は、盗難に遭った X 所有の自転車が、A 宅前の路上に置かれているのを発見し、車輪の泥よけに X の氏名が表示されていることを確認したうえ、A に無断で自転車を取り戻した (A は窃盗犯人)。

【事例 2】 X は、期限を定めて A に X 所有のゲーム機を貸与したが、返却期限が過ぎて督促しても返却されないことから、A に無断でゲーム機を取り戻した。

【事例 3】 X は、期限を定めて A に X 所有のゲーム機を貸与したが、自分が遊びなくなったので、返却期限前に A に無断でゲーム機を取り戻した。

【事例 4】 X は、A が占有する X 所有の宝石を、A に無断で持ち去った。その宝石に関する A の占有が X との貸借関係に基づくものか否かについて民事紛争が生じていて、X の行為の時点において A の占有が民法上の権原に基づくものか否か不明であった。

1 占有説 (所持説) による処理と検討

占有説は、民法で保護されない利益でも、刑法による保護を必要とする場合が

(15) 松原・上掲注 (1) 176 頁は、最広義の「財産罪の保護法益論」すなわち「財産罪一般の客体に関する要保護性について、民法の見地から判断すべき (民法従属説) か、刑法独自の見地から判断すべき (刑法独自説) か」の存在を指摘し、本文① (狭義の法益論) および② (広義の法益論) は民法従属説と刑法独自説の「奪取罪 (占有移転罪) における具体化」であると指摘する。田山・上掲注 (1) 147 頁は、本文②を「単なる占有に加えて、その占有の背後にそれを正当づける実質的権利を要求するか、必ずしもそれを要求しないか、という点にある」と述べている。

あることを承認し（刑法独自説）、財産秩序を維持するためには、たとえ所有者であっても、自己所有物を他人が占有するときは、その占有を侵害することは許されないこと（自力救済禁止原則）を強調し、【事例 1】から【事例 4】のすべてにおいて窃盗罪の成立を肯定する。判例も、この立場である（最決平元・7・7 刑集 43 卷 7 号 607 頁⁽¹⁶⁾）。242 条にいう占有とは、権原（占有の正当性を基礎づける法律上の原因）に基づくか否かを問わず、違法な占有（その意味で「事実上の」「赤裸々な」「裸の」占有と称される）を含むと主張する。その根拠は、法治国家においては、侵害された権利の回復は法的手続に基づいて行われるべきこと（自力救済禁止原則）を大前提に、①その意味で、違法な占有であったとしても、占有者側には、「民事手続等の法的手続を経て権利関係を確認した上でなければその物を奪われない」という「正当な法的利益」がある、②自力救済を許容すると、「誰もが直ちに実力行使に出て、時間とコストのかかる民事上の権利実現を利用しなくなる（それは、法治国家の基盤を動揺させる）、③【事例 4】のように、「占有に民法上の権利（本権）による裏付けがあるかどうか」が民事裁判を経ないと確定しがたいようなケースにおいては、自分こそが所有者だと確信する者にも、法的手続を強制すべきだとする法政策的考慮」等が挙げられている⁽¹⁷⁾。④占有に本権推定機能があることから（民法 188 条）、所有と占有の分離が顕著な現代社会においては、究極的に所有権を保護するためには、その前段階として占有それ自体を保護する必要があるとも主張されている⁽¹⁸⁾。

確かに、242 条前段は、単に「他人が占有し」と定めるのみで、その文言上は、占有を適法なものに限定していない。しかし、同条後段が定める「公務所の命令により看守するものであるとき」は、違法な命令による違法な看守を除外し、行為者（当該財物の所有者）に対抗しうる適法な命令に基づく適法な看守に限定されるべきではなからうか⁽¹⁹⁾（公務執行妨害罪における「職務行為の適法性」に関する議論を参照されたい）。242 条前段は、占有と所有が分離した状況において、占有が

(16) 「被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内であったことが明らかであるから、仮に被告人にその所有権があったとしても、被告人の引揚行為は、刑法 242 条にいう他人の占有に属する物を窃取したもとして窃盗罪を構成する」と判示。

(17) 井田・上掲注 (11) 204-206 頁。

(18) 川端・上掲注 (2) 『講義』240 頁、242 頁。

(19) 松原・上掲注 (1) 181 頁。

所有に優先して保護される場合があることを認める規定なのであるから、やはり、「所有権に優先されるだけの要保護性を備えた占有とは何か」という観点からの検討が重要かつ不可欠であると解される。この点、占有説は④⑤を論拠として、占有それ自体の要保護性を強調する。しかし、④については、【事例 4】を除き、財物の所有権が X にあることが明らかであり、「所有権を保護するために」占有を保護する必要があるとの前提は、すでに失われている。④は、上掲 II 2 に紹介した論者が主張しているところであるが、所有権こそが窃盗罪の第一次的法益であり、242 条が適用される例外的な場合を除き、所有権侵害のないところに窃盗罪の成立はないという 235 条に関する解釈が、242 条という「例外規定」の存在によって「いとも簡単に」覆る観が否めないように思われる。占有者側には、「民事手続等の法的手続を経て権利関係を確認した上でなければその物を奪われない」という「正当な法的利益」があると述べるが、それはつまり、【事例 1】【事例 2】のような、X に所有権があることが明白な場合にまで、A の「違法な」占有を「正当な」法的利益として保護することを意味することにならないか。所持説の論者は、「けっしてそうではないのである。所持説は、適法な手続によらなければ奪われることのない利益を保護しようとしているのであって、違法な状態を保護しようとしているのではない」⁽²⁰⁾と述べる。違法・適法を問わず、占有それ自体に、正当な法的利益として保護される「側面」があるという意味に理解しても、それがなぜ「所有権に優先する保護」に値するのか⁽²¹⁾。つまるところ、「権利関係に争いなく行為者が所有者であり、占有者の占有が違法であることが明白な場合」であっても、所有より占有が優先して保護されるのは、「民事手続等の法的手続を経ない」ことが唯一の理由である観を呈する。この点に関しては、そのような「手続違反」によって奪取罪

(20) 川端・上掲注 (2) 『点景』 73 頁。同旨、同・上掲注 (2) 『講義』 243-244 頁。

(21) 川端・上掲注 (2) 『講義』 244 頁、『点景』 74 頁は、この点につき、「そこにおいては、『所有権』の回復という民事法における実体法的側面のみが強調されており、所有権などの本権の存在の『証明』という手続法的側面が無視されている。このような『本権の存在の証明』を省略するところにこそ『占有権』の存在理由があるのに、これをまったく無視するのは妥当でない。占有のもつ『本権推定機能』を視野に入れると、盗品の取り戻し行為が当然に盗取行為から排除されるとはいえなくなる」と主張する。しかし、占有の本権推定「機能が覆されて占有者が無権原であることが明らかになった場合にも財産罪の成立を肯定するという占有説の帰結は、本権の証明の困難さを救済するという理由によっては正当化しえない」(松原・上掲注 (1) 181 頁) のではなからうか。

の重い法定刑の適用を正当化するのは困難であり、また社会秩序維持の手段として窃盗罪を適用することは個人的法益の罪を社会的法益に対する罪に変質させるとの指摘は⁽²²⁾、看過できないように思われる。

なお、占有説は、窃盗罪の構成要件該当性を肯定したうえで、一定の場合において、自救行為による違法阻却の余地を認めている。上掲の平成元年最高裁決定も、被告人の行為が 242 条の適用のもとに窃盗罪の構成要件に該当するとしたうえで、「かつ、その行為は、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法なものというほかはない」と判示し、受忍限度内であれば、権利行使の側面を考慮して窃盗罪の違法性を阻却する余地を残している。構成要件該当性判断の形式的性格を維持したうえで、行為者側に権利が存在する場合には、実質的な違法性の判断によって解決するというスタンスと理解できる。しかし、まず、違法阻却の議論に入るにあたっては、行為者側に「権利が存在する」ことの認定が必要になるが、占有説が占有を所有権に優先して保護する根拠が「所有権が存在することの証明の困難性」に求められていたこととの整合性が問題となる。また、自救行為と認められる範囲についても、占有説の論者において、「もともと財産的権利については、自救行為による違法性阻却はかなり限定されたものである。被害としては、（人身に対する被害と比べて）決して重大なものではないし、事後的な救済によりほぼ被害が回復されると考えられ、また、すでに事態がそれとして安定し、急激な悪化が予想されないといった事情がある限り、むしろ正規の法的手続により救済されるべきことなるからである。違法性が阻却されるのは、具体的事情の下で、正規の法的救済による権利の実現が不可能であるか、困難な状況に限られる。たとえば、権利者が侵害者の名前や住所を知らず、その場から立ち去ることを認めれば、事実上、財物の占有の回復が不可能となるケース」（圏点引用者）との理解が示されている。この基準によれば、身元不明の窃盗犯人から窃盗の犯行現場および犯行現場と継続した機会において、窃盗犯人から盗品を奪い返す場合くらいしか違法阻却が認められず、**【事例 1】** も含め、窃盗罪の構成要件該当性が肯定された後に違法性が阻却される余地は、事実上ないことになる。この点の自覚から、「必ずしもつねに自救行為がみとめられるわけではないので、それからもれる行為の違法阻却を考慮に入れなければならない」として「盗品などの取り戻し行為についても、可罰的違法性の

(22) 松原・上掲注 (1) 181 頁。

不存在を根拠にしてその違法性阻却を肯定できる」⁽²³⁾との主張もある。この理論構成により、【事例 1】が違法阻却されるのか自体が判然としないが、この主張は、①を強調する論者によるものであり、所有権を究極的に保護するための占有保護であるならば、【事例 2】についても、違法阻却を認めるべきではなかろうか。なお、上掲平成元年決定の調査官解説（『最高裁判所判例解説刑事篇平成元年度』227 頁〔香城敏磨〕）は、「窃盗犯人から被害者が物を取り返したり、他人に貸していた物を賃貸借期限が切れた後に取り返すような権利行使型の事案については、取り返す根拠とそれに用いられた手段、取り返す必要性、緊急性を相関的に考慮して違法性阻却を認めるべきか否かを判断すべきである」とする。

2 平穩占有説による処理と検討

平穩占有説によると、占有のうち、行為者（事例の X）との関係において平穩でなく開始された占有のみが保護法益から除外されるので、【事例 1】のみ不可罰となり、【事例 2】【事例 3】【事例 4】には、窃盗罪が成立する。しかし、占有の保護が相対化することは認めうるとしても、なぜ、行為者との関係で平穩に開始されなかった占有のみが法益から除外されるのか不明である点が批判される。占有の「平穩性」の基準についても不明確であり⁽²⁴⁾、平穩性が肯定される占有についても、【事例 2】のように、行為時に権原が失われている占有が、なぜ所有権に優先して保護されるのか、占有説に向けられた批判が妥当すると思われる。

3 合理的占有説による処理と検討

合理的占有説は、【事例 4】のような権利関係の証明・確定が困難な事案に対処するため、被害者側に権利が存在することの確定的証明がなくても、「権利が存在するような外観」を呈する占有、権利を主張することについて「一応の理由」「合理的な理由」のある占有であれば、要保護性を肯定する。したがって、【事例 1】および【事例 2】については窃盗罪の成立を否定し、【事例 3】および【事例 4】については窃盗罪の成立を肯定する。

(23) 川端・上掲注 (2)『点景』75 頁。ただし、同・上掲注 (2)『講義』には、このような記述はない。

(24) 具体的には、松原・上掲注 (1) 182 頁参照。

もっとも、行為時の「外観」を強調すればするほど、【事例 2】と【事例 3】とでは結論を左右するほど外観に違いがあるのか疑問が生じるし、さらには【事例 1】においても、X の行為は、A による窃盗の現場ないし継続した機会に行われていない以上、A に権利が存在するかの外観を肯定する余地が生じるとすれば、その結論は占有説に近似することになる。占有に権原が存在しないことが明白な外観を呈する占有だけを除外するのだとすると、「それはほとんどすべての場合に窃盗罪の成立を認めるに等しいことになってしまう」⁽²⁵⁾。

「合理的な理由」の有無も、行為時を基準に判断するのであれば、裁判時に権原が存在しないことが判明したとしても、「法益侵害（構成要件の結果の惹起）」を肯定することになる。しかし、「刑法上重要なのは、実体関係として保護すべき利益が存在するか否かであって、そのような利益が存在する可能性があるに過ぎない状態を前倒して保護するだけの積極的理由は見出せない。そのような『保全』の役割は、少なくとも事後的な処罰を前提とした刑法の財産犯が担うべき役割ではないと思われる」⁽²⁶⁾。法益侵害（構成要件の結果の惹起）は、結果不法を基礎づける要素として事後判断に服すべきである。法益侵害の有無が事前判断に服すると、殺人の実行行為により、被害者が死亡したと考える合理的理由が行為時に存在した場合、行為後に被害者の生存が判明した場合であっても、殺人罪の構成要件の結果惹起を肯定して殺人「既遂」罪の成立を肯定することになりかねない⁽²⁷⁾。

これに対し、「合理的理由」の有無を裁判時を基準に判断するとしても、権原の有無が明らかにならなかったが「合理的な理由」の存在は肯定できるという場合、やはり窃盗罪の法益侵害を肯定することになる。しかし、このような結論は、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に反する疑いがある⁽²⁸⁾。

4 本権説による処理と検討

本権説は、所有権に対抗可能な占有とは権原に基づく占有であるとの観点から、【事例 1】および【事例 2】については窃盗罪の成立を否定し、【事例 3】については

(25) 田山・上掲注 (1) 157 頁。

(26) 田山・上掲注 (1) 157–158 頁。

(27) 松原・上掲注 (1) 183 頁。もっとも、民法によって確定されるべき「財産に関する権利関係」の存否と生死の判定は異なるとの反論も予想される。

(28) 松原・上掲注 (1) 183 頁。

窃盗罪の成立を肯定する。本権説は、【事例 4】の処理に窮すると批判されてきた。本権説の修正説として登場した合理的占有説も、この点を意識してのものであった。

しかし、【事例 4】の X が窃盗罪で起訴された場合、その審理の過程において、「A の占有が権原に基づくものか否か」を判断すれば足りるように思われる。上掲 III 3 で検討したように、本権説においては、権原の有無は、法益侵害性（構成要件的结果の惹起）の有無を基礎づけるものである以上、事後的に裁判時を基準として判断されるべきものだからである。民法上の権利関係の確定は民事裁判の役目であって、刑事裁判でこれを判断するべきではないとの批判も存在するが、「A の占有が権原に基づくものか否か」は、【事例 4】における「X の罪責を検討するうえで、認定する必要のある事実」なのであるから、むしろ刑事裁判であっても判断するべきである。

また、「疑わしきは被告人の利益に」の原則に服する刑事裁判においては、「合理的な疑いを差し挟む余地がない程度」の立証が必要であり、民事裁判において求められる立証の程度は異なるのであるから、刑事裁判と民事裁判とで権原の有無について異なる結論が導かれることは、好ましくはないとしても、けっして不都合とはいえない。刑事裁判で無罪となっても、民事裁判で損害賠償責任が肯定されることもあるし、そもそも和解が成立して民事では確定判決が得られないこともある。本権説は、A の占有が「民法上の権原に基づくか否か」により A の占有の「要保護性」を確定することから、「民法従属説」と称される。しかし、ここにいる「民法従属」とは、刑事裁判が民事「裁判」に従属するという意味ではなく、刑事裁判における事実認定が民事「実体法」に従属するという趣旨である点に注意しなければならない⁽²⁹⁾。したがって、民法「従属説を徹底すれば、刑事裁判の最中に、被告人の損壊当時の所有権を認める内容の民事裁判や和解等があれば無罪とすべきであり、有罪判決確定後にそのようなことがあれば、再審の問題となる」⁽³⁰⁾ということにはならない。

242 条における「占有」が「所有権に優先して保護される占有」である以上、両者の保護に関する優先・劣後の関係は、「財産権に関する第一次規範」である民法

(29) 以上の点につき、田山・上掲注 (1) 161–167 頁参照。

(30) 安廣文夫『最高裁判所判例解説刑事篇・昭和 62 年度』226 頁。

に基づいて確定されるべきであろう⁽³¹⁾。かくして、【事例 4】においては、A の占有が権原に基づくものと認定されれば窃盗罪が成立し（錯誤の問題が生じる余地はある）、A の占有が権原に基づかないと認定されれば窃盗罪は成立せず、権原に基づくか否か判明しなかった場合には「疑わしきは被告人の利益に」A の占有は権原に基づかないものとして扱い、窃盗罪の成立は否定されることになる。

IV. 235 条で保護されるべき「占有」の意義

1 占有は違法で、所有権に疑問の余地がある場合

【事例 5】 X は、A が不法に所持していた覚せい剤を、A に無断で持ち去った。

覚せい剤、麻薬、銃砲刀剣類等、法定の除外事由がなければ所有も所持も禁止されている「禁制品」については、これを不法所持している者から、その者の意思に反して持ち去っても、「所有権侵害」を基礎づけることができず、窃盗罪は成立しないのではないかと、議論されている。【事例 5】において、X の側には何らの権利も権限も存在しないから、242 条ではなく、235 条の「他人の財物」の解釈、より具体的には、所有権が観念しえない（観念することに疑いがある）場合に、占有が独立して窃盗罪の保護法益となるか否か、なるとして保護法益となりうるのはいかなる占有か、が問題となる。

(1) 事実上の占有を独立の法益として窃盗罪の成立を肯定する見解

235 条においても「違法なものも含めて占有それ自体が保護法益である」と解する占有説は、「所有権侵害がなくても」窃盗罪の成立を肯定する。平穩占有説においても、A の占有は X との関係において平穩性を否定されないから、窃盗罪が成立する。本権説からも、235 条の占有に関する解釈として、242 条の占有と別異に解し、必ずしも権原に基づく必要はないとして⁽³²⁾、事実上の占有侵害に基づいて窃盗罪の成立を肯定する見解もある。修正本権説からも、「本来の被害者（所有者）

(31) 松原・上掲注（1）183 頁は、「財産権の内容・帰属を定めた第一次規範が民法であり、民法による財産の帰属の保障を刑罰で補強する第二次規範が刑法である」と指摘する。

(32) 団藤重光『刑法綱要各論』（第 3 版、創文社、1990 年）567 頁。

とみるべきものが存在しない」としつつ、「ただ、禁制品の場合には、法律手続きをふまなければ没収されない利益が認められる限りで、なおその占有は保護に値する」、「禁制品を窃取する行為者には、その物の所持に伴って事実上占有者に認められる利益に優越する利益すら存在しない」として、窃盗罪の成立を認める主張も存在する⁽³³⁾。

(2) 所有権侵害を肯定して窃盗罪の成立を肯定する見解

禁制品であっても法定の除外事由がある場合は所有が認められること、法定の除外事由がなく所持が違法な場合でも、刑法による没収制度の存在は、禁制品が所有権の対象たりうることを前提としているとして（没収が「財産刑」としての意味をもちうるのは、それが「財産権の剥奪」といえるかぎりにおいてのことという趣旨であろうか）、Aに覚せい剤に関する所有権および占有を認め、その占有が違法であっても、「その違法は国家が正当な手続により押収、没収しうることを意味するにすぎず、私人による占有侵害に対してはなお保護に値するといつてよい」として、所有権および占有の侵害を根拠に、窃盗罪の成立を肯定する。本権説からも⁽³⁴⁾、合理的占有説からも⁽³⁵⁾、上掲Ⅱ 2の見解からも⁽³⁶⁾、主張される。

(3) 要保護性ある占有を否定して窃盗罪の成立を否定する見解

本権説の立場から、法秩序の統一性を強調し、235条においても242条と同様に、権原に基づく占有だけが保護されると解する立場は、Aが不法に所持している覚せい剤については、要保護性を具備した占有は認められないとして、窃盗罪の成立を否定する。Xには、覚せい剤の占有を取得した時点以降に、覚せい剤不法所持罪が成立することになる⁽³⁷⁾。

(4) 検討

本稿の採用する本権説からは、242条で保護される「権原に基づく占有」と235条の占有を同義に解すべきか否かが、問題となる。不法所持されている覚せい剤が、不法所持している者から別人の手に渡することは、覚せい剤の社会への拡散防止

(33) 曾根・上掲注(3)『重要問題』134頁、『各論』114頁。

(34) 松宮孝明『刑法各論講義』（第4版、2016年、成文堂）201頁。

(35) 西田・上掲注(4) 141頁、154頁。

(36) 井田・上掲注(11) 190頁、200頁。

(37) 町野朔『犯罪各論の現在』（1996年、有斐閣）105頁以下、田山・上掲注(1) 172-173頁、松原・上掲注(1) 185頁参照。

という観点からは、強く禁圧されるべきであるが、それは（3）説の主張するとおり、覚せい剤取締法の守備範囲に属する事項であり、刑法上の財産罪の守備範囲には属さない。**【事例 5】**に窃盗罪の成立を肯定することは、もともと覚せい剤を不法所持していた A を「窃盗罪の被害者として扱う」ことを意味する。**【事例 1】**とは異なり、**【事例 5】**において、X の側に A に優越する利益は何ひとつ存在しないが、かといって A の側に「刑法（窃盗罪の法定刑）によって保護する必要のある利益」を肯定できるであろうか。「法的手続によらなければ没取されない利益」は**【事例 1】**の窃盗犯人である A にも認められるが、それだけでは X の所有権に対抗できないというだけではなく、そもそも、その利益の侵害が、窃盗罪の法定刑による処罰にふさわしいといえなければならないであろう。「私人による占有侵害に対してはなお保護に値する」という場合も、その保護が窃盗罪の法定刑による保護に値する保護かは、大いに疑問といわざるをえない。

A が覚せい剤を所持していること自体、覚せい剤不法所持罪に該当する犯罪であり、A に「窃盗の被害者面をする」ことを認める必要があるだろうか。仮に、A が X との売買の合意（公序良俗違反で有効な契約とは認められない）に基づいて、不法所持していた覚せい剤を X に交付した後、X が代金を支払わなかったとしても、売買の合意が契約として無効であるから代金請求債権は発生せず、不法原因給付物であるから覚せい剤の返還を求めることもできない。この場合に X が覚せい剤不法所持罪で有罪となっても、**【事例 5】**の X に窃盗罪の成立を認めたとしても、X が所持していた覚せい剤は没取されるのであって、A に返還されることはない。「本権説が、背後に正当な利益が存しないような占有を保護することを拒絶する趣旨は、法秩序の矛盾を回避する点にあった」⁽³⁸⁾のであり、「法秩序の統一性の要請からすると、国によって確実に剥奪される財物の占有を刑罰によって保護する必要があるのかは疑わしい」⁽³⁹⁾といえよう。

なお、**【事例 5】**の X に窃盗罪の成立を否定すると、X が 238 条所定の目的で A に暴行・脅迫を加えた場合、事後強盗罪の成立可能性がなくなるかは、一個の問題であろう。この点、事後強盗罪を結合犯と解し⁽⁴⁰⁾、「実行の着手」と「未遂犯の

(38) 田山・上掲注 (1) 173 頁。

(39) 松原・上掲注 (1) 185 頁。

(40) 曾根威彦=松原芳博編『重点課題刑法各論』（2008 年、成文堂）113-114 頁〔内山良雄執筆〕。

結果としての具体的危険の発生」を分離し、実行行為を既遂構成要件実現の「一般的危険」により基礎づける立場⁽⁴¹⁾からは、行為時を基準とした外形的に占有を侵害する一般的危険を有する行為の開始により窃盗罪の実行の着手を肯定でき（既遂構成要件実現の具体的危険は発生しないから未遂罪は成立しないが、外形的にはAの意思に反する事実上の占有移転行為であるから、相手方の意思に反するがゆえに行為者が暴行・脅迫に及ぶ事態に発展する危険が典型的に高い行為状況であることに変わりはない）、238条所定の目的に基づく暴行・脅迫を開始すれば、事後強盗罪の構成要件該当性を肯定する余地はあるのではないかと思われる。この解釈は、他の事例においても問題となりうるので、最終的な結論は留保し、今後の検討課題としたい。

2 占有は違法で、所有権侵害は観念できるが間接的な場合

【事例6】 Xは、AがBから盗んで所持していたB所有の腕時計を、Aに無断で持ち去った。

この場合は、財物の占有者はAで、所有者はBであるから、占有者も所有者も存在する。そして、占有者と所有者が同一人であることも必要ないとする理解が支配的である。したがって、窃盗罪の成立を肯定する見解が主流であるといえる。しかし、①Bの所有権に基づく利用・収益・処分の権能は、Aによる窃盗行為によりすでに侵害されているので、Xの行為による侵害を観念できるとしても、間接的で希薄なものにすぎない。その実体は、財物の占有をBが回復することを通じた間接的・潜在的な利用可能性にすぎない。窃盗罪で問題となる所有権侵害の実体は、占有を失うことによる直接的な利用可能性の喪失であり、両者には看過できない隔たりがある。そして、②Aの占有は、権原に基づかない違法な占有である。235条で保護される占有も242条と同様に「権原に基づく占有」と解する本権説からは、窃盗罪の成立に疑問の余地が生ずる。

窃盗罪の成立を肯定する見解は、①について、Xの行為はBの所有権を「再度侵害している」として、所有権侵害を肯定する⁽⁴²⁾。しかし、この所有権侵害の実体

(41) 曾根威彦＝松原芳博編『重点課題刑法総論』（2008年、成文堂）193頁〔内山良雄執筆〕。

(42) 曾根・上掲注(3)『重要問題』133頁、『刑法各論』113頁、西田・上掲注(4)155-156頁、松宮・上掲注(34)199頁。

は、窃盗罪による処罰を基礎づける所有権侵害ではなく、間接的な追求権侵害を処罰根拠とする盗品関与罪の処罰を基礎づけるものに近い。もっとも、X が、腕時計が盗品であると知らない場合はもとより、盗品であると知っていたとしても、X の行為は 256 条所定の各行為には該当しない（本犯助長性も認められない）。

②については、A は「B からの要求に従って盗品を返還する義務」を負っていることを根拠に、この義務の履行可能性を担保するために、A の占有自体を保護すべきと主張される⁽⁴³⁾。しかし、B からの委託に基づいて A が腕時計を占有しているのであればともかく、腕時計が盗品である場合には、B からの返還要求がなされること自体が現実的でなく、A に課される返還義務が履行される事態は想定困難である。そのような「履行されるはずもないような返還義務が、違法な占有をあたかも正当な占有に転化するような作用をもつことを認めるべきではなかろう。結局、その義務の履行を保護することは、本来の所有者の追求権を保護することと同義であり、窃盗犯人の占有自体の要保護性を積極的に基礎づけるものではないように思われる」⁽⁴⁴⁾。

①についても、②についても、窃盗罪の法定刑による処罰を基礎づけるだけの要保護性ある占有侵害および所有権侵害といえるレベルには達していないように思われる。235 条で保護される占有も 242 条と同様に「権原に基づく占有」と解する本権説からは、「B の意思に反して A が占有するに至った（B の占有を離れた）」時計を領得した行為として、占有離脱物横領罪の成立を認めるべきことになろう⁽⁴⁵⁾。

（明治大学法科大学院教授）

(43) 山口・上掲注 (4)『刑法各論』192 頁、佐伯・上掲注 (4) 167 頁等は、本文①再度の所有権侵害と②所有者への返還義務の存在による占有の要保護性の両面から、窃盗罪の成立を基礎づける。

(44) 田山・上掲注 (1) 171 頁。

(45) 町野朔「判批」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論』（第 5 版、2003 年、有斐閣）49 頁、齋藤信治『刑法各論』（第 4 版、2014 年、有斐閣）103 頁以下、田山・上掲注 (1) 171 頁、180 頁注 (73)、松原・上掲注 (1) 184-185 頁。