

III 判例研究 III

窃盗罪における占有の範囲 —最高裁平成16年8月25日決定の検討—

安里全勝

I 事実の概要

①本件の被害者甲は、本件当日午後3時30分ころから大阪市内の私鉄駅近くの公園において、ベンチに座り、傍らに自身のポシェット（以下、「本件ポシェット」という）を置いて友人と話をするなどしていた。②被告人は、前刑出所後いわゆるホームレス生活をし、置き引きで金を得るなどしていたものであるが、午後5時40分ころ、上記公園のベンチに座った際に、隣のベンチで被害者らが本件ポシェットをベンチの上に置いたまま話し込んでいるのを見掛け、そして、もし置き忘れたら持ち去ろうと考えて、本を読むふりをしながら様子をうかがっていた。③被害者は、午後6時20分ころ、本件ポシェットをベンチの上に置き忘れたまま、友人を駅の改札口まで送るため、友人とその場を離れた。被告人は、被害者らがもう少し離れたら本件ポシェットを取ろうと思って注視していたところ、被害者らは、置き忘れに全く気付かないまま、駅の方角に向かって歩いて行った。④被告人は、被害者らが、公園出口にある横断歩道橋を上り、上記ベンチから約27mの距離にあるその階段踊り場まで行ったのを見たとき、自身の周りに人もいなかったことから、今だと思って本件ポシェットを取り上げ、それを持ってその場を離れ、公園内の公衆トイレに入り、本件ポシェットを開けて中から現金を抜き取った。⑤他方、被害者は、上記歩道橋を渡り、約200メートル離れた私鉄駅の改札口付近まで2分ほど歩いたところで、本件ポシェットを置き忘れたことに気付き、上記ベンチの所まで走って戻ったものの、既に本件ポシェットは無く

なっていた。⑥午後6時24分頃、被害者の跡を追って公園に戻って来た友人が、機転を利かせて自身の携帯電話で本件ポシェットの中にあるはずの被害者の携帯電話に架電したため、トイレ内で携帯電話が鳴始め、被告人は、慌ててトイレから出たが、被害者に問い詰められて犯行を認め、通報により駆けつけた警察官に引き渡された¹⁾。

上記事実に対して、第一審判決（大阪地裁平成15年11月11日）は、窃盗罪の成立を肯定した。これに対して、被告人が控訴し、弁護人は、被害者は本件ポシェットを公園のベンチに置き忘れていたものであって、占有離脱物横領罪が成立するに過ぎないと主張した。これに対して、控訴審判決（大阪高裁平成16年3月11日）は窃盗罪の成立を肯定した。その理由は次の通りである。「上記のとおり、被害者は、本件ポシェットを、公園のベンチに置き忘れたものではあるが、被害者が本件ポシェットの現実的握持から離れた距離及び時間は、極めて短かった上、この間、公園内はそれほど人通りがなく、被害者において、置き忘れた場所を明確に認識していたばかりでなく、持ち去った者についての心当たりを有していたものである上、実際にも、すぐさま携帯電話を使ってその所在を探り出す工夫をするなどして、まもなく本件ポシェットを被告人から取り戻すことができているのであって、これらの事実関係に徴すると、被告人が本件ポシェットを不法に領得した際、被害者の本件ポシェットに対する実力支配は失われておらず、その占有を保持し続けていたと認めることができる。」²⁾

II 最高裁決定

被告人より上告を受けた最高裁は、次のように判示して、上告を棄却した。「被告人が本件ポシェットを領得したのは、被害者がこれを置き忘れてベンチから約27mしか離れていない場所まで歩いて行った時点であったことなど本件の事実関係の下では、その時点において、被害者が本件ポシェットのことを一時的に失念したまま現場から立ち去りつつあったことを考慮しても、被害者の本件ポシェットに対する占有はなお失われておらず、被告人の本件

領得行為は窃盗罪に当たる³⁾。

Ⅲ 研究

1 問題の所在

窃盗罪（刑法第235条）は「他人の財物を窃取」する犯罪であるが、窃盗罪の解釈論において従来から先鋭な形で議論されているのは「他人の財物」規定をどのように解するかということである。即ち、ここにいう財物は他人の所有物なのか、それとも他人が単に所持する物なのか、また、刑法第242条は例外規定なのか、それとも単なる注意規定なのかといった問題において論争を展開している。これらの各々の規定についての解釈は、奪取罪たる財産犯の保護法益について立法者はどう考えたか、さらに、理論的観点から財産犯の本質をどうとらえるべきか、具体的問題において何れの見地が現実的に即したより妥当な解釈を導くかといった視点から展開されなければならない。特に実定法解釈においては、各々の理論が個々の如何なる理論的帰結をし、差異をもたらすかを検討することが重要であるといえよう⁴⁾。また、窃盗罪の成立に不法領得の意思を必要とするかという問題も鋭く議論される。結論的に窃盗罪の成立に不法領得の意思は必要であり、また、それは本権説と不可分の関係に立つと解する⁵⁾。この不法領得意思要否の問題は、必要説に立脚すれば窃盗罪成立の限界を画する問題である。因みに、領得意思不要説は「占有奪取」など客観的な要素だけで犯罪の限界を画すべきだとするが、結論的に妥当でない⁶⁾。

このような解釈論とは別に問題となるのが、窃盗罪規定の「窃取」をどのように解するかという問題である。窃取とは他人の財物を奪取することであり、具体的には占有を侵害することである。即ち、客観的要素としての「占有奪取」である。そしてその侵害は、当該財物を自己又は第三者の占有に移すことである。そこから、窃盗罪の客観的成立要件は、財物が他人の占有にあり、それを侵害することである。前述のように、窃盗罪は主観的要素である不法領得意思が犯罪の成立に必要か否かについて鋭く議論されるが、他方、

窃取行為の対象である「他人の占有」をどう捉えるかということが重要な問題としてある。そのことは、①窃盗罪と占有離脱物横領罪（254条）の区別である占有の存否において、また、②窃盗罪と委託物横領罪との区別である占有の帰属において問題となる。前者は、取得する当該財物に他人の占有が存在するか否か（占有の存否）、後者は、取得する財物の占有が誰に存するか（占有の帰属）の問題である⁷⁾。

ところで、窃盗罪における占有の認定については、占有の客観的要件である事実の支配と、占有の主観的要件である占有の意思がなければならず、それがどのように判断されるかが問題となる。また、判例は、占有の客観的要件を拡張し、緩やかに解している。そこから、占有の限界が明確でないという問題がある。具体的には、財物に対する客観な支配が存在しなくとも、主観的な支配を推認させる状況が存在すれば足りると解されている⁸⁾。それは、占有の事実的な支配可能性を越えて、占有を肯定していることになる⁹⁾。ここにおいては、推認が財物の所有者が置き忘れたのではなく、ことさらに置いたこと（占有の意思が存在すること）を窺わせる状況が存在する場合をいい、所有者の占有の意思の存在を（それを推認させる状況の存在を条件として）占有肯定の根拠だとすれば¹⁰⁾、その判断をどうするかも問題となる。この場合の解決を一般社会において当該財物が所有者に事実上帰属していると認められるかによって判断しようとする見解も主張される¹¹⁾。この場合も、一般社会の判断とは何かという問題があるように思われる。いずれにしても、判例の占有の限界は不明確であるといえる。

そこで、本稿においては、本件判例を検討し、窃盗罪における占有の範囲について考察することにする。具体的には、窃盗罪と占有離脱物横領罪の区別に付き考察することになる。

2 刑法における占有

刑法における占有は、占有の意思に基づいて、財物に対して事実上の支配をすることである。これは、客観的要素としての占有が財物に対する支配事

実を意味し、主観的要素としての占有が財物に対して支配を行おうとする意思を意味する¹²⁾。また、刑法における占有は、民法上の占有に比べてより現実的な内容を持ち、民法における占有概念とは異なる。刑法における占有は、他人のための占有も含まれるが、他方、代理占有や間接占有（民法181条）、占有改定（民法183条）のような観念的な占有は含まれず、また、相続による占有の継承ということも認められない¹³⁾。ところで、刑法上の占有は財物に対する事実的支配であるが、その事実的支配は占有の意思との関連においてどこまで及ぶかが問題となる。判例は、占有につき、財物の形状・性質に応じて異なりうるが、必ずしもつねに握持を必要とするものではなく、また、常時、財物を監視していなければならないものでもないとする¹⁴⁾。この判例の占有観念からすれば、事実的支配は広範囲に及ぶ事になる。本判例は海中に落とした物に占有を認めた場合であるが、本判例のように客観的な支配が弱くても支配意思が強力であれば占有を認めることが出来るとの指摘がなされる¹⁵⁾。このように、事実的支配は占有の意思との関連において捉えなければならないが、それがどこまで及ぶかが問題となる。事実的支配は、自己の支配領域内にある場合と支配領域外にある場合とに分けられるが¹⁶⁾、前者の場合においても事実上の支配が認められるかは容易でない場合がある。また、後者の場合においても、占有の意思の有無が占有を認められるか否かを左右する事になる。ここにおいて問題となるのは、占有の意思存否の判断において何を基準になすかである。この点につき、学説は、後述する判例の立場と同じく、①社会通念上財物が人の事実上の支配に属している状態か否かによって判断する立場が有力に主張されている¹⁷⁾。この立場は、具体的状況に照らして、社会通念上誰かの支配に属していると推認できるか否かも判断基準に含める¹⁸⁾。他方、②占有の有無につき、客観的に事実上の支配をしている状態と、主観的に被害者がその物を支配する意思をもっていることとの、両方の関係が問題となるとする見解がある¹⁹⁾。この立場においては、社会通念という判断基準は疑問だとされる²⁰⁾。このような、占有の客観的要件である事実の支配と、占有の主観的要件である占有の意思はどこまで結びつけて捉

える事が出来るのであろうか。この点が問題となる。これは、判例において、占有の客観的要件が拡張され緩やかに解されるに至っているため、占有の限界を画するものとして重要である。

3 判例の概観

判例における占有の観念は一般的に最高裁昭和32年11月8日の「置き去りカメラ」の判決にみる事ができるであろう。本事案は、バスに乗るために行列に加わっていた者が、カメラを身辺約30cmの箇所置き、行列の移動につれて改札口手前約3.60mの所に来たときにカメラを忘れたことに気づき、引き返したがカメラは持ち去られていたというものである。その間、約5分間、距離にして約20mであった²¹⁾(判例1)。本事案につき、最高裁は被害者の占有を認め窃盗罪の成立を肯定した。即ち、「刑法上の占有は人が物を実力的に支配する関係であって、その支配の態様は物の形状その他の具体的事情によって様ではないが、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ならば何人も首肯するであろうところの社会通念によって決するの外はない」²²⁾とする。本判決は学説において大方肯定されているが、疑問とする見解もある²³⁾。本事案は支配領域内にある場合の事例として、排他的支配が継続している場合とみて差し支えない事案として説明され²⁴⁾、また、財物が人の(閉鎖的)支配領域内にいない場合の事例として、財物が短時間に支配を及ぼしうる場所的範囲内にあるときの事案として説明される²⁵⁾。また、本事案に類似する事案として次のものがある。

先ず、東京高裁昭和54年4月12日判決の事案である。駅出札所のカウンター(指定券、特急券窓口)で特急券を買った際、そこに財布を置き、別のカウンター(乗車券窓口)で乗車券を買った後に財布を置き忘れたことに気が付き戻ったというものである²⁶⁾。その間、時間にして僅かに1、2分、距離にして約15~16mであった。東京高裁は「被害者は4番カウンターから離れた

直後に本件財布を置いたことに気付いており、しかも13番カウンターに至った時点において4番カウンター上の本件財布に対し、被害者の目が届き、その支配力を推し及ぼすについて相当な場所的区域内にあったものと認められるから、かかる時間的、場所的状況下にあった本件財布は、依然として被害者の実力的支配のうちにあったと認めるのが相当である²⁷⁾として、被害者の占有を肯定し窃盗罪の成立を認めた(判例2)。本事案については、いったんその場を離れたのであるから、支配の継続は認められないとする見解²⁸⁾、時間的・距離的接着性のみを理由に占有を認めるのには疑問との見解²⁹⁾があるのに対し、占有を肯定する見解もある³⁰⁾。

次に、東京高裁平成3年4月1日判決は、大規模なスーパーマーケットの6階ベンチの上に本件札入れを置き忘れたままその場を去って、エスカレーターを利用して片道約2分20秒を要する地下1階にまで移動し、約10分余り経過した後に本件札入れを置き忘れたことに気づき引き返したが、その間に被告人より本件札入れが不法に領得されていたという事案において、「被害者が本件札入れを置き忘れた場所を明確に記憶していたことや、右ベンチの近くに居あわせたA子が本件札入れの存在をに気付いており、持ち主が取りに戻るのを予期してこれを注視していたことなどを考慮しても、社会通念上、被告人が本件札入れを不法に領得した時点において、客観的にみて、被害者の本件札入れに対する支配力が及んでいたとはたやすく断じ得ない」として、被害者の占有を否定し占有離脱物横領罪の成立を認めている(判例3)³¹⁾。本事案について、学説は大方占有は認められないとし、占有を否定した判例の立場を妥当としているように思われる³²⁾。

従来、判例は、次のような場合に占有を認めてきた。自己の排他的に管理・支配する場所において目的物を見失った場合はその占有を肯定する。例えば、他人から財物の寄託を受けた者が、自宅内でその財物を見失った場合には占有を認める³³⁾。また、自己の実力的支配の及ぶ範囲の場所に財物を一時的に置き忘れても、その財物の占有を肯定する。本件事案と類似の事例である判例1、判例2の事例においてはそれぞれにおいて占有を肯定する。他方、一

時的な置忘れでも自己の実力的支配の及びにくい場合は占有が否定されている。判例3の事案がその場合である。

これに対して、財物を他人の排他的実力支配下にある場所に置き忘れたときは、財物の占有は、その場所の管理者である他人に移る。例えば、宿泊客が旅館内の便所に遺失した財布は、旅館主の占有に属し、遺失物とはいえない³⁴⁾。また、旅館から提供された丹前・浴衣などについては、宿泊客が着用中であっても、所有者である旅館主の占有に属し、宿泊客がこれを着たまま逃走するときは窃盗罪が成立する³⁵⁾。商店内で、顧客が買うける旨を装って商品を受け取っても、店主はその占有を失わないから、顧客が隙を見てその商品を持ち逃げする行為は、窃盗罪を構成する³⁶⁾。

このように、判例は、①目的物を見失った場合、又は一時的な置き忘れでも、それが自己の排他的管理・支配場所にある場合は占有を肯定し、そうでない場合は占有を否定している。他方、②財物を他人の実力支配内に置き忘れた場合、財物の占有は他人に移るとする。

4 本件決定の検討

このような判例の占有観念から、本件事案はどのように解せられるであろうか。ここにおいては、本件事案と類似の判例1, 2, 3の事案解決が参考となる。判例1の事案において、最高裁は次のように述べている。即ち、「刑法上の占有は人が物を実力的に支配する関係であって、その支配の態様は物の形状その他の具体的な事情によって一様ではないが、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。」とし、そしてその物がなお占有者の支配内にあるということが出来るか否かは、「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って決するの外はない。」³⁷⁾とする。本判例は占有観念についての一般論的基準を示したものとして位置づけられていると指摘される³⁸⁾。また前述したように、学説においても大方その理由づけは別として、本判例が窃盗罪の成立を肯定したことは妥当であるとす

る³⁹⁾。ここでは社会通念ということが判断基準として示されているが、この点をどう捉えるかが問題となるといえよう。例えば、福岡高裁昭和58年2月28日判決は、人道専用橋上に無施錠のまま14時間自転車を放置していた事案について、社会通念上、自転車は放置者の占有下にあるとして被害者の自転車に対する占有を肯定したが、原審判決は社会通念上、被害者に占有は肯定されないとしている⁴⁰⁾。ここにおいては、社会通念という基準による判断の困難さがあるといえよう⁴¹⁾。ところで、社会通念ということについては、違法性判断において援用されることがあるような意味での社会的非難が問題となっているのではなく、保護の対象を判断する際に社会の実態を考慮する必要があるということを意味するにすぎないと説明がなされる⁴²⁾。これに対して、社会的通念という基準に対しては、占有概念は、主体の意思、主体と財物の客観的關係という客観的な事実内容が必要であるとの見解から疑問であるとの指摘がなされる⁴³⁾。社会的通念という基準判断は社会の実態を考慮するという点において重要であると思われるが、どのような基準においてそれがなされるのかという問題があるように思われる。

ところで、判例2においては占有が肯定され、判例3においては占有が否定されている。ここでこのような判例の立場を見ると、判例は、一時的な置き忘れの事例においては、財物と被害者との場所的・時間的離隔が決定的な意味を有しているということがわかる⁴⁴⁾。そして、ここにおいては、場所的・時間的な関係から、財物の置き忘れに気付き、それによって現実的支配を回復する可能性が高いことによって、当該財物に対する占有が基礎づけられていることになる⁴⁵⁾。

それでは、本件決定は被害者の占有を肯定するがその当否はどうであろうか。本件において問題となるのは、被害者の財物に対する占有の継続性が認められるか否かである。この点について、原審判決は、被害者の本件ポシェットに対する実力支配は失われていないとしてその占有を認める。原審判決が被害者の占有を認める根拠は、被害者が本件ポシェットを置き忘れたことに気付き、それを被害者から取り戻すまでの時間が僅かである点、即ち、歩道

橋を渡り、駅方向へ向い歩き出して2分ほど歩いたところでポシェットを置き忘れたことに気付いた点、また距離的にも僅かである点、そしてそれを取り戻す行動等にあると見ることができる。しかし、本件決定においては、原審判決が被害者の占有肯定の根拠とした実力支配の継続性は判断基準とはされていない。この実力支配の継続の有無を問題にして本件事案を解決するとすれば、排他的支配が継続していないとして被害者の占有を否定することになる⁴⁶⁾。それでは、実力的支配の継続がないとすれば、現実的な支配の可能性があるか否かによって占有の有無を根拠づけることができるであろうか。現実的な支配の可能性を肯定するとすれば、被害者の占有を肯定することになる⁴⁷⁾。しかし、この場合、可能性とは具体的にどこまでの範囲をいうのかという問題があるといえよう。この点は、時間的・距離的にしか判断できないであろう⁴⁸⁾。前述のように、本件事案を排他的支配が継続していたかどうかで解決しようとする見解もある⁴⁹⁾。しかし、この場合においても、排他的支配継続の有無は時間的・距離的な点を考慮してしか判断できないといえよう。

本件の場合、公園ベンチに置いてあったポシェットを被害者が置き忘れてから27mしか離れていない場所まで行ったときに領得した点、また被害者は改札口まで2分ほど歩いたところで置き忘れたことに気付いたということを考慮すれば、時間的・距離的において占有を肯定することができる。したがって、最高裁が窃盗罪の成立を認めたのは妥当である。

注

- 1) 最高裁平成16年8月25日決定、刑集58巻6号515～516頁。本決定に付き、山口厚「窃盗罪における占有の意義」新判例から見た刑法（平成19年）118頁以下、上田哲「公園のベンチに置き忘れられたポシェットを領得した行為が窃盗罪に当たるとされた事例」ジュリスト1297号（平成17年）143頁以下、園田寿「公園のベンチに置き忘れられた物と窃盗罪の占有」平成16年度重要判例解説（ジュリスト1291号（平成17年））163頁等参照。
- 2) 刑集58巻6号521～522頁。
- 3) 刑集58巻6号516～517頁。
- 4) 筆者は窃盗罪の保護法益の問題については既に考察したことがあるので、具体的事案の検討はそれに譲るが（安里全勝「財産犯の保護法益」刑事法学の新課題〔馬屋原成男教授古稀記念〕（昭和54年）141頁以下）、結論的に本権説からの事案解決が妥当であると解する。
- 5) 安里全勝「不法領得の意思についての考察」山梨学院大学法学論集6号（昭和58年）21頁以下、同「不法領得の意思」現代刑事法12号（平成12年）34頁以下。
- 6) 林幹人・刑法各論（第二版）（平成19年）192頁。
- 7) 山口厚・刑法各論（補訂版）（平成17年）175頁、岡野光雄「窃盗及び強盗の罪」大塚仁・川端博編・新・判例コンメンタール刑法6巻（平成10年）118頁、大谷實・刑法各論（3版）（平成19年）131頁、林幹人・前掲書185頁以下、西田典之・刑法各論（2版）（平成14年）141頁、田中利幸「刑法における『占有』の概念」芝原邦爾他編・刑法理論の現代的展開（各論）（平成8年）187頁等。
- 8) 例えば、お堂の中に置かれた仏像（大判大正3年10月21日刑録20輯1898頁）、大震災の際、道路に搬出した布団その他の物（大判大正13年6月10日刑集3巻473頁）、人道橋に無施錠で放置された自転車（福岡高判昭和58年2月28日）等の事案においては、占有の意思を推認させる状況があったとして、占有を肯定している。
- 9) 山口厚・前掲書177～178頁。
- 10) 山口厚・前掲書178頁。
- 11) 山口厚・前掲書178頁。岡野光雄・前掲118頁は、規範的・社会的要素を考慮して判断するのが重要だとする。

- 12) 大塚仁・刑法概説(各論)(第3版増補版)(平成17年)183頁,福田平・全訂刑法各論(第3版増補)(平成14年)221頁。なお,西田典之・前掲141頁,曾根威彦・刑法各論(第4版)(平成20年)112~113頁,山中敬一・刑法各論Ⅰ(平成16年)240頁は,占有の意思はあくまでも事実的支配を補充するにすぎないものと解すべきだとする。
- 13) 中義勝「刑法における占有の概念」総合判例研究叢書 刑法(4)(昭和31年)97頁,香川達夫「刑法における占有の意義」刑法講座6巻(財産犯の諸問題)(昭和39年)17頁,西田典之・前掲書141頁,大塚仁・前掲書182頁,岡野光雄・前掲118頁,川端博・刑法各論講義(平成19年)245頁,曾根威彦・前掲書112頁。
- 14) 最高裁昭和32年1月24日刑集11巻1号270頁。
- 15) 林幹人・前掲書187頁。
- 16) 大谷實・前掲書132-133頁,林幹人・前掲書185頁以下,西田典之・前掲書141頁以下。
- 17) 大谷實・前掲書132,134頁,山口厚・前掲書175頁(なお,山口・同頁は,ここにいう社会的通念は保護の対象を判断する際に社会の実態を考慮する必要があるということの意味するにすぎないとする。),岡野光雄・前掲118頁。
- 18) 大谷實・前掲書132,134頁。なお,西田典之・前掲書143頁は,占有の意思さえあれば占有ありとするのは妥当でなく,事実支配の継続を推認させるなんらかの客観的状況が必要と解すべきであるとする。
- 19) 林幹人・前掲書186頁以下。
- 20) 林幹人・前掲書187頁注58,鈴木左斗志「刑法における『占有』概念の再構成—財産犯罪の『成否』と『個別化』における保護法益論の機能—」学習院大学法学会誌31巻1号(平成11年)134頁。
- 21) 最高裁昭和32年11月8日刑集11巻12号3061頁。本判例につき,岡野光雄・前掲125-126頁,木村光江「占有の概念—置き去りカメラ」香川達夫・川端博編著・新判例マニュアル刑法Ⅱ(各論)(平成10年)84-85頁,小暮得雄「窃盗か占有離脱物横領か」刑法判例百選Ⅱ各論(第2版)60頁以下,荒川雅行「窃盗か占有離脱物横領か」刑法判例百選Ⅱ各論(第4版)54頁以下。
- 22) 刑集11巻12号3061頁。
- 23) 判決を肯定する見解として,大谷實・前掲書133頁,西田典之・前掲書143頁(パス待

ちの行列は続いていたのであるから、他人の事実的支配を推認せしめる状況があったと（いってよい）、山口厚・前掲書177頁、田中利幸「刑法における『占有』の概念」法学セミナー469号90頁、大沼邦弘「窃盗か占有離脱物横領か」刑法判例百選Ⅱ各論（第5版）53頁等。本判決を疑問とする見解として、小暮得雄・前掲61頁、荒川雅行・前掲55頁等。

- 24) 大谷實・前掲書132, 133頁。
- 25) 山口厚・前掲書177頁。
- 26) 東京高判昭和54年4月12日刑月11巻4号277頁, 判例時報938号133頁。
- 27) 刑月11巻4号277頁, 判例時報938号133頁（判例2）。
- 28) 大谷實・前掲書133頁。なお、山中敬一・前掲書242頁は、占有が継続していることを推知される客観的な状況がないとする。
- 29) 西田典之・前掲書143頁。
- 30) 山口厚・177頁, 岡野光雄・前掲119頁。尚、岡野・同頁は、一般論としては、置き忘れた物の所在が明らかなきは、場所的・時間的に近接しておれば依然として占有は継続していると考えてよいであろうとする。
- 31) 東京高判平成3年4月1日判例時報1400号128頁（判例3）。
- 32) 大谷實・前掲書133頁, 西田典之・前掲書143頁, 山口厚・前掲書177頁。
- 33) 大審院大正15年10月8日判決, 刑集5巻440頁。
- 34) 大審院大正8年4月4日刑録25輯382頁。
- 35) 最高裁昭和31年1月19日決定, 刑集10巻1号67頁。尚、大塚仁・前掲書185頁, 岡野光雄・前掲135頁〔本判決について、横領罪を肯定すべきであるとする斉藤裁判官の反対意見も紹介されている。〕参照。窃取にあたって人を欺く行為があっても、それにもとづく相手方の錯誤によって財物を交付させたものでないときは、詐欺罪ではなく、窃盗罪とみるべきである（大塚仁・前掲書192頁）。窃盗罪の成立を肯定した本判決は妥当である。
- 36) 広島高裁昭和30年9月6日判決, 高刑集8巻8号102頁。本件事案も窃取にあたって相手を欺く行為であるが、相手方の錯誤によって財物を交付させたのではないから、詐欺罪ではなく窃盗罪が成立する（大塚仁・前掲書192頁, 大谷實・前掲書165頁）。

- 37) 前掲最判昭和32年11月8日刑集11巻12号3061頁。
- 38) 林幹人・前掲書185頁。
- 39) 注23) 参照。
- 40) 福岡高判昭和58年2月28日判例時報1083頁, 判例タイムズ497号179頁, 尚, 岡野光雄・前掲127～128頁, 大山弘・甲南法学24巻3-4号299頁参照。
- 41) 岡野光雄・前掲119頁。
- 42) 山口厚・前掲書176頁。
- 43) 林幹人・前掲書187頁注58。
- 44) 山口厚・前掲「窃盗罪における占有の意義」126頁。
- 45) 山口厚・前掲「窃盗罪における占有の意義」126頁。
- 46) 大谷實・前掲書133頁。
- 47) 山口厚・前掲「窃盗罪における占有の意義」127頁。(本件においては, 被告人による領得行為の時点において, 被害者は当該財物が置かれた場所を見通すことが可能であったこと, また, 置き忘れに気付き, 他者による妨害を排除して財物を確保する可能性が, 占有を基礎づけるとする。)
- 48) 山口厚・前掲「窃盗罪における占有の意義」127頁注18は, 場所的離隔又は時間的離隔のいずれかが僅かであることが占有を肯定する最低限の要件となろうとする。
- 49) 大谷實・前掲書133頁。