

正誤表

山口経済学雑誌61巻2号

ページ等	誤	正
79ページ、20行目	問題における論点	問題における論点
103ページ、4行目	(各論)	各論
103ページ、16行目	前掲書	前掲

財産犯の保護法益——最終講義補遺

安里全勝

はじめに

筆者は2010（平成22）年3月に国立大学法人山口大学経済学部（経済法学科）を定年により退職したが、退職に当たり経済学部（経済学会）が退職記念雑誌（山口経済学雑誌第58巻第6号〔安里全勝先生退職記念号〕）を発行してくれた。身に余る光栄であり、御多忙のなか御執筆頂いた先生方に改めて御礼申し上げさせて頂く。また筆者の奉職期間は5年間であったが、その間教職員の皆様が温かく接して下さいたことは幸甚であった。そのことに対しても改めて感謝申し上げる。

ところで、退職記念雑誌に最終講義「不法領得の意思について」の講義録を掲載させて頂いたが、最終講義は限られた時間での話であったため当該テーマについて十分に話し得たといえない部分があった。そこでその部分を本稿で補遺させて頂くことにした。補遺部分は「2 窃盗罪の保護法益と不法領得の意思の要否」の項目部分である。当該項目において窃盗罪の保護法益論における問題を詳細に述べるつもりであったが、時間的な都合でできなかった。そこで、本稿を「財産犯の保護法益」として執筆させて頂き、当該問題における論点を分析し検討することにする。そのことによって、財産犯（奪取罪）における基本的かつ重要なテーマである財産犯の保護法益と不法領得の意思の関連性*について最終講義の内容を補遺することができると思っている。

また退職記念雑誌に筆者の研究業績目録、委員会・社会活動等を掲載させて頂いたが、それらに遺漏があったのでそれらをも補充・追記させて頂くことにした。さらに、2・3の誤植もあったのでそれらをも訂正させて頂くことにした。

※財産犯の保護法益と不法領得の意思について

財産犯(奪取罪)の成立に不法領得の意思を必要とするか否かにつき、学説上鋭い対立がある。この対立は、我が国の刑法が、ドイツ刑法第242条(窃盗罪)、第249条(強盗罪)の規定におけるように、奪取罪の成立に不法領得の意思を必要とする規定がないことに起因する。従来、本権説に立つ論者は必要説を、占有説に立つ論者は不要説をとるとのことが一般的に肯認されていたが、最近においては、本権説に立つ論者にあつても不要説を、占有説に立つ論者にあつても必要説をそれぞれ主張する。また、判例は占有説に立つが、不法領得の意思を必要とする。それ故に、奪取罪の保護法益と不法領得の意思との関係が論理必然的なものか否かが検討されなければならない。

奪取罪を所有権又はその他の本権に対する罪と解する本権説は、奪取罪の故意は他人の占有を侵害し、他人の占有する物を自己の占有に移すという単なる占有侵害の認識だけでは当該財物の所有権を侵害する認識があつたとはいえず、故意とは別に所有権を侵害する意思としての特別な故意である不法領得の意思が必要であるとする。他方、奪取罪を財物の所持(占有)自体に対する罪であると解する占有説は、奪取罪の主観的要件としては、占有侵害の認識があれば足りると解し、特別な意思である不法領得の意思は不要とする。しかし、前述のように論者によつては本権説=領得意思必要説、占有説=領得意思不要説という図式は不要であると解している(内田文昭・刑法各論〔第3版〕(平成8年)254頁、大谷實・刑法講義各論〔新版第3版〕(平成21年)190頁、西田典之・刑法各論〔第6版〕(平成24年)157頁、林幹人・刑法各論〔第2版〕(平成19年)194頁 注(70)、川端博・刑法各論講義〔第2版〕(平成22年)281頁、同・財産犯論の点景(平成8年)12頁、曾根威彦・刑法各論〔第5版〕(平成24年)121頁、前田雅英・刑法各論講義〔第5版〕(平成23年)241頁、山口厚・問題探究刑法各論(平成11年)110~111頁、同・刑法各論〔第2版〕(平成22年)198頁 注(37)、山中敬一・刑法各論〔第2版〕(平成21年)252頁、尚、芝原邦爾「不法領得の意思」法学セミナー336号(昭和58年)116頁、木

村光江・主観的犯罪要素の研究－英米法と日本法－（平成4年）196頁参照。）。そして、論者においては、本権説に立てば、単なる占有侵害だけでは所有権そのものには影響がないから、所有権侵害に向けられた意思（権利者排除意思）というかたちで、所有権侵害の要素を構成要件の中に取り込むことが必要とされるとの指摘（西田典之・前掲書155頁）、また、保護法益は窃盗罪の客体の範囲の問題であり、領得意思は客体を侵害する行為の属性の問題であって、両者は問題となる局面を異にするとの指摘（山口厚・前掲刑法各論198頁（注37））、さらに、保護法益は占有が違法であっても、奪取罪が成立するかの問題であり、領得意思は占有侵害の事實的態様をめぐる問題であるとの指摘（山中敬一・前掲書252-253頁）がなされる。このような指摘があるものの、上の図式は論理必然的なものとして理解されるべきであると解するが、その検討の前に本権説、占有説、平穩占有説からの領得意思の要否についての主張を概観することにする。

先ず本権説からの主張を小野・団藤両博士の見解に見ることにする。小野博士は、「窃盗又は強盗の罪の成立には、犯人に不法領得の意思があったことを必要とするというのが通説である。我が刑法はドイツ刑法第242条の如く特にこれを明言してはゐないが、さう解されてゐる。判例も亦これを認め、その『所謂不法領得ノ意思』とは、『権利者ヲ排除シテ他人ノ物ヲ自己ノ所有物ノ如ク其ノ経済的用方ニ従ヒ之ヲ利用若クハ処分スルノ意思』だとし、単に毀壞又は隠匿の意思を以てした場合は窃盗罪を構成しないとした。又同じ理論の帰結として判例は、『単ニ一時使用ノ為メニ之ヲ自己ノ所持ニ移スカ如キハ窃盗罪ヲ構成セラルモノトス』として、謂はゆる使用窃盗が窃盗罪となることを否認している。これは盗罪の本質を所有権の侵害にあるものとする基本思想から出てゐるのであって、沿革上支配的であるばかりでなく、実体的にも根拠のある理論である。……私は、所有権其の他の本権を保護するということが盗罪の結局の意味であると考へる立場から、現実に他人の財物を不法領得するに至ったことは必要でないが、少なくとも不法領得の意思を擁する者と考へる」（小野清一郎・新訂刑法講義各論〔7版〕（昭和27年）

236-237頁、同旨、滝川幸辰・刑法各論（昭和26年）120頁以下）とされる（小野博士は最高裁昭和35年4月26日判決の評釈において「一応理由のある占有」を述べられているが、基本的には本権説に立つといえよう。尚、木村光江・財産犯論の研究（昭和63年）74頁参照）。また、団藤博士は、「窃盗罪・強盗罪の本質が所有権の侵害にある以上、その成立のためには、行為者に不法領得の意思（zueignungsabsicht）があることを要すると解するのが、自然である。これは判例・通説のみとめるところである。西独刑法（242条・249条）はこれを明言しているが、文理上あきらかでないわが刑法の解釈としても、窃盗罪・強盗罪を単なる占有の侵害とみない以上、同様である」とされ、さらに、「窃盗罪・強盗罪の成立には、実際に、所有権の侵害があったことを要するわけではない。単なる盗罪だけでは所有権そのものに影響はないからである。行為者の不法領得の意思は、主観的違法要素として、所有権そのものの侵害を構成要件要素にとりこむ働きを有する。つまり、所有権の客観的な侵害は必要でないが、所有権侵害に向けられた意思を必要とすることによって、主観的要素の形で、所有権侵害の要素が構成要件の中にはいつて来るのである。すでに述べたように所有権が窃盗罪・強盗罪の保護法益であることが現行法の解釈上確定されうるとすれば、そのことから、さらに不法領得の意思という要件も、解釈上、みちびき出されるはずである」とされる（団藤重光・刑法綱要各論〔第3版〕（平成2年）562-564頁 注（11）、団藤重光編・注釈刑法（6）（昭和41年）22-23頁（団藤執筆）、団藤博士も奪取罪の保護法益については法律的・経済的裏づけのある占有が保護されるべきだとされるが、基本的に本権説に立脚されるといえよう。同じく領得意思必要説に立つ見解として、福田平・全訂刑法各論〔第3版増補〕（平成14年）230頁、香川達夫・刑法講義〔各論〕〔第3版〕（平成8年）496頁、藤木英雄・刑法講義各論（昭和51年）279頁、中山研一・概説刑法Ⅱ〔第4版〕（平成17年）128頁、松宮孝明・刑法各論講義〔第2版〕（平成20年）199頁など）。

他方、占有説に立脚される牧野博士は、「所持を所持として法益であると解するにおいては、その侵害が特に領得の意思を以ってせられる場合に限り

窃盗罪を構成するというのは理由のないことであると解する」とされる（牧野英一・刑法各論下巻〔第9版〕（昭和44年）593-594頁）。また、牧野博士は、明文上、理論上、領得の意思を窃盗罪の要件としないことがわが刑法の解釈として妥当であるとされる（「窃盗罪の要件としての領得の意思」刑法研究第3巻（昭和8年）342頁）。また、木村博士は、「窃盗罪は、利益罪ではなくして、財物罪なるが故に、利得の意思を必要ないとするは適当ではない。……学説の或るものは、刑法第242条を理由として、同条が『自己ノ財物』に関する窃盗罪を規定するのは、原則として窃盗罪には不法領得の意思を必要としそれに対する例外を認めたるが故なりとする。然し、刑法第242条は、刑法第235条が窃盗罪の客体を以って財物の他人所持なる旨を明かにする注意的規定たるに過ぎない。従って、同規定に依って不法領得の意思の必要を根拠づけることは適当ではない」として、奪取罪の成立に不法領得の意思は必要ではないとされる（木村亀二・刑法各論〔復刊〕（昭和42年）113-114頁、尚、同・全新刑法読本〔第14版〕（昭和47年）88頁、同「窃盗罪」刑法演習各論（昭和30年）97頁以下参照）。さらに、大塚博士は、「窃盗罪の法益を、究極的には、所有権その他の本権であるが、その前提として、財物についての一応の合理性をもった占有自体であると解するときは、原則として、そのような占有の侵害を表象して行為した以上、窃盗罪を認めなければならないから、おのずから不法領得の意思を必要としない立場に拠ることとなるべきである。こうして、わたくしは、窃盗罪の主観的要件としては、窃盗の故意があれば足り、さらに不法領得の必思を必要とするものではないと解するのである」とされる（大塚仁・刑法概説（各論）〔第3版増補版〕（平成17年）202頁。他に占有説に立ち領得意思を不要とする見解として、植松正・再訂刑法概論・各論〔第8版〕（昭和50年）369頁、同「領得意志のゆくえ」判例時報392号（昭和40年）31頁以下、阿部純二「刑法の解釈（財産罪の保護法益）-刑法242条の『他人ノ占有』の意義-」刑法の判例（第2版）ジュリスト増刊（昭和48年）12頁、川端博・前掲刑法各論講義222頁以下、同・前掲財産犯論の点景9頁以下、佐久間修・刑法各論（平成18年）174頁以下、

木村光江・刑法〔第3版〕(平成22年)320頁, 同・前掲財産犯論の研究490頁, 林美月子「窃盗罪における不法領得の意思に関する一考察(一)」警察研究53巻2号(昭和57年)32頁など)。

次に, 奪取罪の保護法益としては本権説が妥当であるとするものの, 不法領得の意思は不要であるとする見解は次のように主張する。

内田教授は, 窃盗罪の法益は本権説が妥当であるとされ, 「本権説か所持説かは, 窃盗罪の『法益』をどうみるかという問題であるのに対して, 領得意思の要否は, 故意を『超過』した『主観的意思』が必要かどうかという問題なのであって, 本来, 『客観的』な『事実』に対応する必要のない領域での議論に属するものなのである。したがって, 本権説をとりながら領得意思を不要とすることは可能であり, 逆に所持説をとりながら領得意思を必要とすることも可能なのである。……純粋に内心的な『領得意思』は, 窃盗罪の主観的構成要件要素たりえないことになる。構成要件的『故意』があれば十分である, というべきである」とされる(内田文昭・前掲書254-255頁, 同「不法領得意思をめぐる最近の議論について」法曹時報35巻9号(昭和58年)1頁以下。同じく不要説に立つ見解として, 曾根威彦・刑法各論〔第5版〕(平成24年)114頁, 平川宗信・刑法各論(平成7年)347頁など)。

さらに, 奪取罪の保護法益を平穏な占有であるとし, 奪取罪の成立に不法領得の意思を必要とする見解は次のように主張する。

まず, 平野博士は, 「窃盗罪は占有の取得を要件とするが, この占有の取得は, 不法領得の意思でなされることが必要である。このことは, 窃盗罪の保護法益が占有だけであるか, 本権も含むかという点とある程度の関連はあるが, 必然的な関係を持つものではない。占有だけが保護法益だとしても, 不法領得の意思が必要だとすることは可能である」とされる(平野龍一・刑法概説(昭和52年)206頁, 同「刑法各論の諸問題8」法学セミナー211号(昭和48年)130頁・同「窃盗罪の被害法益」判例演習刑法各論(増補版)(昭和52年)190-191頁)。

また, 西原博士は, 「修正した所持説に立脚した場合でも, 窃盗罪などに

つき不法領得の意思を認め、領得罪という観念を是認することはなお可能である」とされ、さらに「不法領得の意思を、占有侵害や本権侵害という客観面に全対応させず、行為者側の可罰的ないし加重的事情として考えることは、理論的に不可能ではない」とされる（西原春夫・犯罪各論〔第2版〕（昭和58年）211頁。同じく領得意思を必要とする見解として、大谷實・前掲書192頁、西田典之・前掲書156頁、林幹人・前掲書193頁、山口厚・前掲問題探究刑法各論114頁、同・前掲刑法各論198頁、中森喜彦・刑法各論〔第2版〕（平成8年）119頁、山中敬一・前掲書254頁、齊藤信治・刑法各論〔第3版〕（平成21年）115頁、齊藤豊治「近年の不法領得意思論」刑事法学の現実と展開・齊藤誠二先生古稀記念（平成15年）429頁以下、三原憲三・刑法各論〔第二版〕（平成6年）121頁。なお、平穩占有説に立ち、領得意思を不要とする見解として、日高義博・刑法各論講義ノート〔第3版〕（平成17年）88頁）。

また、岡野教授は占有説に立脚されるが、領得意思を必要とされる（岡野光雄・刑法要説各論〔第5版〕（平成21年）107頁。同旨、前田雅英・前掲書241頁、伊東研祐・刑法講義各論（平成23年）147頁）。

各説における論者はこのように主張するが、奪取罪における保護法益と不法領得の意思の要否の関係は論理必然的なものとして理解されるべきであろうか。

筆者は上の図式は論理必然的なものとして理解されるべきであると解する。そして、奪取罪の保護法益については本権説を妥当と解し、したがって奪取罪の成立には不法領得の意思を必要と解する。それは次の理由によって導かれる。

本権説は、奪取罪の保護法益を所有権又は本権と解するが、しかし、この場合、奪取罪の成立には、実際に所有権の侵害を必要とするわけではない。何故なら所有権は観念的なものであり、外部的事実としての単なる占有の侵害だけでは、所有権そのものに何ら影響を与えないからである。そこから、本権説においては、所有権そのものに影響を与える要素が必要となる。即ち、他人の財産から不当な利得を得ようとする不法領得の意思を主観的要

素とすることによって、所有権の侵害があったことを導くことになる。したがって、本権説からは論理的に奪取罪の成立に不法領得の意思を必要と解することになり、そのことによって毀棄・隠匿罪と奪取罪の限界が明確になるとともに、領得意思を伴う奪取罪の非難性が大きいことも論証できる。

以上により、奪取罪の成立に不法領得の意思を必要と解するが、領得意思必要説と不要説が具体的に差異をもたらすのは、主として、①毀棄・隠匿の目的で占有を奪取した場合と、②使用窃盗の場合である。この具体的事例を、必要説、不要説のいずれの説が妥当な解決を導き得るかが問題となるが、筆者は領得意思必要説からの解決が妥当であると解する（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）。また、領得意思必要説においても、領得意思の内容をどのように捉えるかにつき違いがある。判例の定義（大判大・4・5・21刑録21輯663頁〔教育勅語事件〕と同様、①権利者を排除して他人の財物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用又は処分する意思とする見解（藤木英雄・刑法講義各論（昭和51年）280頁、大谷實・前掲書190-191頁、西田典之・前掲書146頁、林幹人・前掲書194頁以下、中森喜人・前掲書119頁、山口厚・前掲刑法各論198頁、山中敬一・前掲書254頁、齊藤豊治・前掲429頁以下、松宮孝明・前掲書254頁）、②権利者を排除して所有権の内容を行使すること、及び、財物につきみずから所有者としてふるまう意思とする見解（小野清一郎・前掲書237-238頁、団藤重光・前掲書563頁、福田平・前掲書230頁など）、③経済的支配の意思、または、財物をその経済的用法に従い利用もしくは処分する意思とする見解（宮本英脩・刑法大綱〔再版〕（昭和10年）325頁、江家義男・増補刑法各論（昭和42年）271頁、平野龍一・刑法概説（昭和52年）206-207頁、中山研一・前掲書128頁（なお、同・刑法各論（昭和59年）222頁参照）、岡野光雄・前掲書107頁、前田雅英・前掲書245頁、伊東研祐・前掲書147頁など）がある。

これらの各見解は、上の二つの具体的事例を解決するにつき、より妥当な

領得意思の内容のもとで事案解決ができるかが問題となる。論者によっては、上の二つの具体的事例の解決において、領得意思の内容を二分的に捉え、一方の事例解決においては領得意思を不要として事例を解決する見解がある。筆者は、上の二つの具体的事例は、同じ領得意思の内容のもとで解決されるべきであると解する。そして、領得意思の内容としては㉓の見解が妥当であり、上の二つの具体的事例も本見解のもとでの解決が妥当と解する。

ところで、㉓の見解に立つと、具体的事例②の場合に、一時的にせよ他人の物を使用して利得する意思があれば領得意思を認めることにならないかということが問題となる。しかし、この場合は、受忍できる範囲であれば可罰性がないとして、窃盗罪の成立を制限することができる。したがって、可罰性をひろく肯定することにはならない。ただ、本見解からすれば具体的事例②の場合に原則として窃盗罪の成立を肯定することになるが、①の見解において、本事例の場合に、権利者排除の程度によって窃盗罪の成立を肯定する可能性が出てくる。そうすれば、①と㉓の見解は、実質的に同じということになる。しかし、領得意思の内容として、経済的支配の意思、または、財物をその経済的用法に従い利用もしくは処分する意思と解する㉓の見解が妥当であると解する。そのことによって、上の二つの具体的事例の解決が妥当に導き得る。

また、不法領得の意思を犯罪論体系上どこに位置づけるかという問題がある。これについては、違法要素とする見解（団藤重光・前掲書564頁 注(11)、福田平・全訂刑法総論〔第5版〕（平成23年）85-86頁など）と、責任要素とする見解（神山敏雄「主観的違法要素（特集-結果無価値・行為無価値）」Law School 23号（昭和55年）34頁、中山研一・前掲概説刑法Ⅱ128頁、林幹人・前掲書195頁、齊藤豊治「不法領得の意思」中山研一他編、現代刑法講座4巻（昭和57年）257頁など）、また、違法要素と責任要素を含むとする見解（平野龍一・前掲「刑法各論の諸問題8」130頁、同「不法領得の意思をめぐって（一）」警察研究61巻5号（平成2年）5頁、大谷實・前掲書191頁、西田典之・前掲書158、161頁、山口厚・前掲刑法各論200、203頁など）がある。

問題の解決は、主観的要素である不法領得の意思が客観的な外部行為とどのように関連するかにある。占有侵害という客観的・外部的行為は他人の財産を侵害するという認識にもとづくものである。この場合、不法領得の意思が存在しなくても他人の財産を侵害するという客観的行為に変わりはない。したがって、他人の財産という法益を侵害する行為に直接対応するのは占有侵害についての故意だということになる。この場合、財産を侵害することによって、違法性が認定されることになる。したがって、不法領得の意思が肯定されるが故に違法性が認定されるということにはならない。そこから、不法領得の意思が違法性に影響を与えるものではない以上、それを違法要素と解することには疑問がある。不法領得の意思は、責任要素として位置づけた方が妥当であると解する（安里全勝・前掲「不法領得の意思についての考察」52頁以下、同・前掲「不法領得の意思」39頁）。

思うに、法益侵害又はその危険を惹起する行為は、客観的・外部的なものでなければならず、主観的な不法領得の意思は客観的・外部的的事案として判断できるものではないので、構成要件及び違法の分野から捉えるべきではなく、責任要素と解すべきである。また、そのように解することによって、責任非難において利欲犯としての窃盗罪の法定刑が毀棄・隠匿罪の法定刑より重いという説明も十分になし得ると言える。

財産犯の保護法益

安里全勝

- 1 問題の所在
- 2 立法史
- 3 学説の対立
- 4 判例の動向
- 5 判例・学説の検討
 - (1) 判例の検討
 - (2) 学説の検討
- 6 結び

1 問題の所在

財産犯（奪取罪）の保護法益については、古くから本権説と占有説の鋭い対立がある。両説は、実定法たる財産犯規定についていえば、刑法第235条（窃盗罪）及び第236条1項（財物強盗罪）に規定する「他人の財物」をいかに解するか、すなわち、「他人の財物」と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。

上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にも即したより妥当な解決を導び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ように思われる。

そこで、本稿*では、先ず財産犯の本質についての立法上の沿革を洗った上で判例・学説の争いを分析し、次の三つの事例を中心に諸理論の当否を検討することにした。即ち①窃盗犯人から権利者が自己の財物又は、その他の財産権を有する財物を取り戻す場合、②窃盗犯人の占有する財物をさらに第三者が奪取する場合、③他人が占有する禁制品を奪取する場合。これらの具体的事例は、財産犯の保護法益を何れに求めようとも、避けて通ることは許されず、論者にもっとも鋭い形で自説の当否の吟味を迫るものであるといっても過言ではないであろう。

※本稿は筆者が以前に発表した論文である（安里全勝「財産犯の保護法益」馬屋原成男教授古稀記念『刑事法学の新課題』（昭和54年、八千代出版）。その論文に文献を追加し、再度発表することにした。尚、従来の引用文献については、新版が発行された場合はそれに従った。また、論文発表後に発行された論者の著者等についても引用させて頂いた。論文の転載を許諾下さった八千代出版に御礼申し上げる。

2 立法史

旧刑法第366条は、「人ノ所有物ヲ窃取シタル者ハ窃盗ノ罪ト為シ…」と規定し、窃盗罪の客体を、「他人の所有物」とし、また、旧刑法第371条でも、「自己ノ所有物ト雖モ典物トシテ他人ニ交付シ又ハ官署ノ命令ニ因リ他人ノ看守シタル時之ヲ窃取シタル者ハ窃盗ヲ以テテ論ス」として、ここでもその対象物は所有物と明確に規定していた。すなわち、旧刑法第366条と現行刑法第235条の違いは、前者では客体が「人ノ所有物」となっているのに対して、後者においてはそれが「他人の財物」となっている。また、旧刑法第371条が「自己ノ所有物」と規定してあるのに対して、現行刑法第242条は「自己の財物」と規定している。そのことから、旧刑法第366条及び第371条と、現行刑法第235条及び第242条の関係が問題になり、それが本権説と占有

説の一つの拠りどころとなっている。旧刑法下においては、本権説の立場から理解するのが通説であった¹⁾。それは、旧刑法第366条及び第371条が明確に「所有物」と規定している以上、旧刑法下においては窃盗罪は所有主に対する罪であるという理解は当然のことであったといえよう。ここで、旧刑法下における学説の状況を概観することにしよう。

まず、大橋済は、窃盗罪とは他人の所有物を窃盗した場合であるとし²⁾、飯田宏作は、窃盗の目的物が他人所有物たることは言を俟たず³⁾としている。そう解することの理由は、磯部四郎によれば、「若シ占有ニ対スル罪トシテ之ヲ罰スルトキハ赃物ヲ窃取セラレタル場合ニ於テ已ニ盜取シタル者即チ赃物ノ占有者カ被害者タル如キ奇怪ノ結果ヲ生スヘシ⁴⁾」ということであり、そこから、宮城浩蔵も、「盗罪ノ目的物ハ所有権他人ニ属スルヲ要ス故ニ自己ノ所有物ナル時ハ罪トナラス例ヘハ予友人ニ貸与シタル懐中時計ヲ無断ニテ取去リタリトテ予ヲ盗罪ト為スヲ得サルナリ⁵⁾」としていた。このように、旧刑法第366条は、所有物に対する罪として理解されており、占有が保護されるのは、第371条によって特に認められた占有が質権にもとづく場合であるとされるのが通説であった。

また、旧刑法第371条にいう「典物トシテ他人ニ交付シ」とは、「債務ノ担保トシテ自己ノ所有物ヲ他ニ交付シ其占有ニ属セシメタル⁶⁾」場合であるとされ、それは、「他人ノ担保権ヲ保護シ若クハ官権ヲ保護スルタメ⁷⁾」であるとされた。すなわち、本条のような例外規定を設けた理由は、「自己ノ所有物ト雖モ之ヲ典物ト為シテ其占有他人ニ移リタル時ハ他人即チ債権者ハ其物権ノ上ニ質権ヲ有シ、官署ノ命令ニ因リテ差押ヲ為シ他人己ニ看守シタル時亦其物件ノ上ニ権利ヲ有スル債権者アルモノトス是故ニ其物件ヲ窃取スレハ債権者ヲ害スル他人ノ所有ニ属スル物件ヲ奪取スルヨリ生スル害ト太差ナシ⁸⁾」とされた。従って、旧刑法第371条は、質権を有する債権者保護の必要から設けられた規定であり、「貸借等典物以外ノ名義⁹⁾」で所持するときは、罪を構成しないとされた。

以上のように、旧刑法下においては、窃盗罪は所有権に対する罪であり、

占有が保護されるのは、第371条によって特に認められた占有が質権にもとづく場合にかぎるとされた。しかし、占有の保護を拡張しようとする主張もなかったわけではない。例えば、窃盗罪については、第371条のような特例はなかったが、その立法趣旨から、または、窃盗罪と強盗罪との性質から「窃盗罪トナリ得ヘキ所為ニ暴行脅迫ヲ加レハ強盗ヲ成スト謂フヲ得ヘシ即チ窃盗ノ部ニ於テ典物トシタル自己ノ所有物ヲ窃取スレハ窃盗トナルト云フ例外ヲ設クレハ別に強盗ノ部ニ於テ規定ナキモ暴行カ脅迫ノ所為アレハ強盗ヲ以テ論スト謂フヲ得ヘシ¹⁰⁾」として、所有者が質物を暴行・脅迫によって奪還する場合は、第371条と同様に解し、窃盗罪が成立するとされた。また、「現行法ノ所有物ト云ヘルハ必スシモ所有權ノ目的物ト解ス可キ文字ナラサルノミナラス典物ニ対スル所有者ノ窃盗ヲ認メ強盗ノ条下ニ一言ノ典物ニ及ブ所ナキ等ノ關係ヲ考フルニ特ニ我現行法ノ解釈トシテハ或ハ積極主義即チ所有權ノ物体ニ在ラサルモ單純ノ占有以外或ル物權ノ目的物ニ対シテ所有權者自身ノ所為ニ付キ窃盗罪アリトス¹¹⁾」とし、單純の占有以外の物權に対しても所有者自身に窃盗罪の成立を認め、また、旧刑法第371条は注意規定であると主張された¹²⁾。

このように、旧刑法下においては、占有の保護を拡張しようという見解はあったものの、窃盗罪は所有權に対する罪であるとするのが通説であったが、明治40年の現行刑典制定によって、旧刑法第366条の「人ノ所有物ヲ窃取シタル者」から現行刑法第235条の「他人の財物を窃取したる者」となり、また、旧刑法第371条の「自己ノ所有物ト雖モ典物トシテ他人ニ交付シ」は、現行刑法第242条の「自己の財物と雖も他人の占有に属し」となった。この改正意図がどこにあったのか、また、改正当時の学説の状況はどうだったのかをさらに概観する必要がある。

まず、旧刑法第366条から、現行刑法第235条への改正理由は、司法省の刑法改正審査委員会の書記であった田中正身によると、「本法ハ旧刑法ノ人ノ所有物トアルヲ他人ノ財物ト修正シタル外他ニ異ナル所ナク従テ其趣旨ニ於テモ異ナル所ナシ唯所有物ト規定スルトキハ……所有權アル物ニ対スルモ

ノニアラサレハ犯罪ヲ構成セストノ論決ヲ生スルノ虞アルヲ持テ………広く之ヲ他人ノ財物ト規定シ此等ノ疑義ヲ避ケタルモノナルコトヲ疑ハス¹³⁾」とされ、また、旧刑法第371条から現行刑法第242条への改正理由は、刑法改正政府提出案利用書によれば、第242条は「現行法第三百七十一条ニ該当ス然レトモ其意義ハ大ニ之ト異レリ即本案ハ横領ノ意思ヲ以テ他人ノ占有ヲ犯ス場合ハ占有セラレタル物カ自己ノ所有ニ属スルトキト雖モ窃盗罪ヲ構成スヘキモノト為ス¹⁴⁾」ことにあるとされた。このように、改正理由から、現行刑法第235条については、広く他人の財物と規定したこと、また、第242条については、旧刑法第371条とは異なり、「典物トシテ他人ニ交付シ」たときに限定していないことがわかる。そのことから、現行刑法は、占有の保護範囲が拡大されたことは明らかだと言えるが¹⁵⁾、現行刑法施行時においては、窃盗罪は、所有物に対する罪として理解されるのが通説だったようである。例えば、窃盗罪は、「他人ノ所有物ニシテ他人ノ所持スル物ニ対シテ成立スルモノト信ズ¹⁶⁾」とされ、また、現行刑法は、「第二三五条ニ『他人ノ財産』云々ト規定セルノミナラス、第二四二条ニ於テ『自己ノ財物ト雖トモ他人ノ占有ニ属シ、又ハ公務所ノ命ニ因リ他人ノ看守シタルモノナルトキハ、本章ノ罪ニ付テハ他人ノ財物ト看做ス』トノ規定ヲ設ケ、原則トシテ他人ノ所有物ナルコトヲ要シ、第二四二条ノ場合ニ於テハ例外トシテ自己ノ所有物ト雖トモ、他人ノ財物ト同様ノ適要ヲ受クルモノナルコトヲ明カニシ、此疑義ヲ解決セリ¹⁷⁾」とされ、結局、現行刑法は、「他人の財物を窃取したる者」と修正されたが、立法上の趣旨は、旧刑法と同一であるとされた¹⁸⁾。このように、現行刑法の改正意図は占有の保護範囲を拡大しようとしたが、諸家の主張は必ずしもそうではなかったようである。

注

- 1) 阿部純二「刑法の解釈（財産罪の保護法益）－刑法242条の『他人ノ占有の意義』－」刑法の判例（第2版）（ジュリスト増刊）（昭和48年）10頁。ここでは、財産犯の保護法益について、現行刑法立法時の学説の状況等についても述べられている。

- 2) 大橋濟・改定刑法註解全(明治13年)96頁。
- 3) 飯田宏作・刑法(各論)講義(明治27年)217頁。
- 4) 磯部四郎・刑法講義(下巻)(明治26年)1051頁。
- 5) 宮城浩蔵・刑法正義(下巻)(明治26年)800頁, 同旨, 勝本勘三郎・刑法析義各論之部(下巻)(明治36年)296-297頁。
- 6) 磯部四郎・前掲書1069頁。
- 7) 飯田宏作・前掲書218頁。
- 8) 宮城浩蔵・前掲書817頁。
- 9) 勝本勘三郎・前掲書299頁。
- 10) 宮城浩蔵・前掲書818-819頁。
- 11) 岡田朝太郎・刑法論(各論之部)(明治29年)904-905頁。
- 12) 岡田朝太郎・同書950頁。
- 13) 田中正身・改正刑法積義下巻(明治41年)1297-1298頁。
- 14) 倉富勇三郎=平沼騏一郎=花井卓蔵監修, 高橋治俊=小谷二郎共編・刑法沿革綜覧(大正12年)2211頁。尚, 増補刑法沿革綜覧〔増補解題 松尾浩也〕(平成2年)参照。
- 15) 阿部純二・前掲10頁。
- 16) 竹村利三郎・改正刑法積義(明治40年)286頁。
- 17) 大脇熊雄・改正刑法精義(各論之部)(明治40年)508頁。
- 18) 藤沢茂十郎・改正刑法新論(明治40年)673頁。

3 学説の対立

さて、旧刑法下における学説の状況と現行刑法制定時における学説の状況を概観してきたが、旧刑法下においては、強盗罪については窃盗罪についての第371条のような特則規定がなかったことから、強盗罪についても「典物トシテ他人ニ占有ヲ移シタル自己ノ物件ヲ強取シタル者ハ強盗ヲ以テ論スベシ¹¹⁾」とされ、また、単純の占有以外の物権に対しても所有者自身に窃盗罪

の成立を認める等²⁾、占有の保護範囲を拡大しようとする主張もなかったわけではないが、第366条の「人ノ所有物」、第371条の「自己ノ所有物」とする規定から、窃盗罪は、所有主に対する罪と解されるのが一般的であった。また、現行刑法制定時においても、窃盗罪は所有主に対する罪と解するのが通説であったが、ここで問題になるのは、立法者は、財産犯の保護法益を明確にし得たか否かである。

旧刑法第366条から現行刑法第235条への改正理由は、所有物と規定した時は、所有権ある物に対するものでなければ犯罪を構成しないとされる虞がある故に、広く、これを「他人の財物」と規定したのであり、また、現行刑法第242条は、旧刑法第371条に該当するものであるが、その意義は横領の意思を以て他人の占有を犯す場合であるとしながらも、「典物トシテ他人ニ交付シ」たときに限定しないとされた。このような改正理由からすれば、立法者は、占有の保護範囲を拡大しようとする意図はあったといえようが、財産犯の保護法益については明確にし得たとは思われない。そのことは財産犯の保護法益について、本権説と占有説が旧刑法との関係を一つの拠りどころとしているだけに問題となるところであろう。次に現行法下における本権説と占有説の対立を概観することしよう。

ところで、財産犯（奪取罪）の保護法益と言っても、詐欺・恐喝罪は、窃盗罪、強盗罪とはパラレルに解し得ない問題がある。すなわち、窃盗罪及び強盗罪は相手の意思に反して財物または財産上の利益を取得するのに対して、詐欺・恐喝罪は、欺罔・脅迫行為の結果、相手の瑕疵ある意思にもとづく交付によって、財物または財産上の利益を取得するものである。そこから、詐欺・恐喝が取引の世界に堂々と乗り込んでくる素地をもっていると指摘される³⁾。即ち、詐欺・恐喝は近代的犯罪として登場してきたため、反面、資本主義社会における取引の実態を無視してこれらの犯罪行為を論ずることはできず、資本主義社会における取引はそれぞれの立場から利益を追求する行為であるだけに、その手段がいきおい詐欺・恐喝と境を接する場合がかなり出現するとの指摘がなされる⁴⁾。このような観点からすれば詐欺罪の保護

法益について、財産の外に、財産取引における信義誠実をも保護法益に含めるかが問題となる。最高裁は、闇取引と詐欺罪に関する事案において、社会秩序の維持も詐欺罪の保護法益だとする⁵⁾。また、団藤博士は、取引における信義誠実という社会的法益は詐欺罪の保護法益に加えて理解することが可能であるとされる⁶⁾。恐喝罪についても、財産の外に意思決定の自由をも保護法益に含まれるとする見解⁷⁾もある。ところで、詐欺罪の保護法益に信義誠実、社会秩序をも含めることには疑問がある。すなわち、詐欺罪の保護法益に取引上の信義誠実が包含されるとすれば、財産上の損害が発生しなくても詐欺罪が成立することになる⁸⁾。そうなれば、詐欺罪は、財産罪としての性格を失うことになろう。また、詐欺罪における財産奪取は、個人の財産侵害にその本質があり、取引における抽象的な信義誠実をも保護法益とすれば、それは、社会的法益に対する罪ということになり、その結果、社会的法益を個人的法益と同列におくことになり妥当とはいえない⁹⁾。むしろ、財産取引における信義誠実の維持は、詐欺の罪が罰せられることの反射的效果にすぎず、詐欺罪の直接の保護法益と解すべきではないであろう¹⁰⁾。また、恐喝罪の保護法益に財産の外に意思決定の自由をも含める見解は、恐喝罪が人を脅迫または暴行によつて恐怖せしめる点で、それ自体が脅迫罪や暴行罪としてすでに可罰性を有する以上、財産の外に、これらの違法行為から意思決定の自由をも独立に保護すべきである¹¹⁾とする。確かに、恐喝罪の場合、意思決定の自由の侵害は、詐欺罪の場合に比べてその違法性の程度が高いと言えるので、恐喝罪の保護法益に財産の外に意思決定の自由も含まれるとするのは妥当だと言えよう。

さて、そのことはおき、本権説と占有説の対立について更に概観することにしよう。両説の対立は、刑法第235条(窃盗罪)、第236条1項(財物強盗罪)に規定する「他人の財物」をいかに解するか、すなわち、「他人の財物」とは、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条における「占有」をいかに解するか、すなわち、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うことにある。ところで、

この対立は、刑法第242条が単に「占有」としているにすぎない以上、どちらともいえる性質のものであり¹²⁾、問題は、①正当な権利行使の場合、財産犯が成立するかどうか、また、②窃盗犯人の占有する赃物をさらに第三者が窃取した場合に窃盗罪が成立するかどうかということである。これらの問題を解決するために、さらに、本権説と占有説の折衷的見解として、「一応理由のある占有説」、「法律的－経済的裏づけのある占有説」、または、「平穏占有説」等が有力に主張され、従来の本権説と占有説は修正されつつあると言えよう。まずは、本権説の主張を小野・団藤博士の見解に、占有説の主張を牧野・木村博士の見解に求めることにする。

本権説に立つ小野博士は、「盗取の客体たる財物は、原則として他人の財物である。他人の財物とは自己以外の者の所有に属する財物をいふ。……この場合における『占有』は権原による占有、即ち適法な原由に基いてその物を占有する権利のある者の占有の意味であると解する。蓋し占有は占有として法律上保護されるべきものであることは勿論であって、民法上の『占有権』は事実的な占有の状態を権利として保護するものに外ならないのであるが、刑法上において権原の如何を問はずすべて他人によって占有された物を盗罪の客体と認むべきかについては、亦別個の考慮を要するものがあるであろう……おもふに盗罪の本質は占有権一般を保護するにあるものではなく、結局所有権その他の本権を保護するものと考えることが、沿革及び現実の社会状態に適合する¹³⁾」として、盗罪の本質は、所有権その他の本権を保護するものだとされる（後述のように、小野博士は最高裁昭和35年4月26日判決の評釈において「一応理由のある占有」を述べられるが、基本的に本権説に立脚されるといえよう。）。

また、団藤博士は、「このように窃盗罪・強盗罪の規定がその本来の客体として『他人ノ』財物をかかげていることは、それが窃盗罪・強盗罪の基本的定型であることを示すものである。……242条において『自己ノ』ものについても一定の要件のもとに他人のものと同様に扱うこととしているが、これは上記の基本的定型へのいわば附加物であり、……旧刑法において

も、その366条は『人ノ所有物を窃盗シタル者』を窃盗罪の構成要件として規定するとともに、その371条は現行法242条とおなじく『自己ノ所有物ト雖モ典物トシテ他人ニ交付シ又ハ官署ノ命令ニ因リ他人ノ看守シタル時之ヲ窃取シタル者ハ窃盗ヲ以テ論ス』としていたのであって、旧刑法とのあいだに解釈上の区別をみとめる根拠は接して明確なものではない。つまりは、現行法242条の解釈として、旧刑法とはちがって適法な原由にもとづく占有にかぎらず単純に占有を占有として保護する趣旨と解するかどうかにかぎらず、……占有そのものを保護法益とするつもりであったとすれば、立法者は、235条・236条等において、その客体を端的に『他人の占有する』物と規定していたはずである。そのようにしないで、235・236条等では『他人ノ』物と規定した上、242条で『他人ノ占有ニ属スル物』についての規定をしていることから考えて、242条のいわゆる『占有』が単純な『物の所持という事実上の状態』（最判昭34, 8, 26集13, 10, 2906）を意味するものとは考えられない¹⁴⁾として、本権説の妥当性を旧刑法との関連性から述べられる（後述のように、団藤博士も「法律的・経済的裏づけのある占有」を述べられるが、基本的に本権説に立脚されるといえよう。).

結局、本権説は、刑法第235条、第236条1項にいう「他人の財物」は、他人の所有物であり、また、刑法第242条における占有は適法な占有であり、それゆえ、刑法第242条は例外規定であるとする。そして、こう解することは、旧刑法との関係からも妥当なものであり、それはまた、現実の社会状態にも適合するとされる。

次に、占有説に立つ牧野博士は、「民法上本権から独立して占有の保護せられることを考え合わせるにおいては、刑法においても所持が所持として独立の法益たることを理解し得るのであり、また、かく理解することに因ってはじめて、所持を禁ぜられた物の所持が一定の手續に依つてのみ取り上げられるものであることを理解し得るものである。民法において占有が、また、刑法において所持が、独立に保護せられて、そこに本権を推定するということが(民188)ないにおいては、社会における秩序の安定は期待し得られな

いであろう。本権の缺けていることを名として他人の所持を侵害することが許されるものならば、そこに無秩序な私闘が許されることになるのであろう。かくして、刑法は、自己の物に対する場合においても他人の占有を尊重させねばならぬことを規定しているので、すなわち、所持は所持として、独立に窃盗罪の客体たるものである¹⁵⁾とされ、また、「窃盗の客体は『他人の財物』(235)である。この語は他人の所有物を意味するものである。そして、かくして、窃盗は、原則として、すなわち、一般の場合は他人の所有権に対する侵害として成立するものであるとせられるのである。しかし、窃盗は、その所有権に対する侵害を、所持に対する侵害という方法に依ってするのであり、かくして、更に、自己の財物と雖も、他人の占有に属し、又は公務所の命に因り他人の看守するものであるときはこれに対しても亦窃盗罪の成立があるものとせられるのである(242)。故に、純正に理論的に考えるときは、窃盗罪の客体は財物に対する他人の所持ということになるのである¹⁶⁾」として、窃盗罪の客体は他人の所持自体だとされる。

また、木村博士は、「窃盗罪の客体は他人の所持する財物である。他人の所持は、他人の物については勿論、自己の物についても存在する。自己の物に関しては、刑法は、『自己ノ財物ト雖モ他人ノ占有ニ属シ又ハ公務所ノ命ニ因リ他人ノ看守シタルモノナルトキハ本章ノ罪ニ付テハ他人ノ財物ト看做ス』(刑242条)として居る。此の場合『占有』は、……所持の意味である¹⁷⁾」とされ、また、「旧刑法第366条の如く、明文上、窃盗罪の客体を以って、『人の所有物』なりとして居る場合には、窃盗罪の客体は原則として他人の所有物であり、自己の物については其の他人所持が適法なる場合に限るとの解釈は可能である。然るに、刑法はかかる特別の明文上の根拠を示していない。のみならず、合理的に考察するならば、窃盗罪の規定の機能は所有権の保護よりも所持せられたる財物の財産的秩序の保護に重点が置かれるべきであり、窃盗罪の客体の中心は他人の所有物ではなくして寧ろ他人の所持する財物即ち財物の他人所持其のものなりと解すべきであって、刑法第242条は其の旨を注意的に明かにしたものと謂ふべきである。故に他人の所持す

る財物たる限り、其の他人所持といふことに重点が置かれ、自己の物についても、其他人所持の適法たると否とに拘らず、所有者たる自己自身に於ても亦、自救行為其の他適法なる方法に依らざる限り、窃盗行為をなすことは違法なりと解すべきである¹⁸⁾とされ、窃盗罪において保護されるべきは、占有自体であり、刑法第242条は、注意規定にすぎないとされる。

要するに、占有説は、現実社会においては、財物の利用関係としての占有こそがまず保護されるべきであり、所有権の保護よりも占有された財物の財産的秩序の保護に重点がおかれるべきだとして、刑法第235条、第236条1項にいう「他人の財物」は、他人が事実上所持する財物であればよいとする。そして、旧刑法第366条のような明文の規定がない以上、「他人の財物」を他人の所有物と解さなければならない理由はなく、刑法第242条の「占有」も、単なる事実的所持の意味であり、本条は、単なる注意規定にすぎないとされる。

以上のように、両説は、刑法第235条、第236条1項の「他人の財物」、第242条の「占有」について異なる解釈を示すが、両説の対立から具体的事例解決において決定的な差異をもたらす問題として、前述したように、①窃盗犯人から権利者が自己の財物又はその他の財産権を有する財物を取り戻す場合に、窃盗罪が成立するかどうかという問題と、②窃盗犯人の占有する財物をさらに第三者が窃取した場合の問題がある。

この二つの問題のうち、①の場合は、両説を徹底すれば、本権説からは、相手方の占有は不法な占有であり、その財産は法的に保護されることはないので、窃盗罪は成立せず、占有説からは、相手方の占有は不法であっても、現実の占有が保護されなければならないので、窃盗罪は成立することになる¹⁹⁾。また、②の場合は、窃盗犯人は如何なる財産が侵害されたかが問題になる。この場合、窃盗犯人は、財物の占有者にちがいないが、当該財物について法的に保護される何らかの財産的利益を有する地位にあるわけではないから、窃盗犯人から盗品を奪取する第三者は、窃盗犯人の財産を侵害することはあり得ない。したがって、本権説からは、無罪か、または、もとの被害

者の所有権を害したことになるとする外ないであろう²⁰⁾。また、占有説からは、占有自体を保護法益と解する以上、窃盗罪が成立することになる²¹⁾。

ところで、このような本権説と占有説の結論の差異は、いわゆる「占有の保護範囲」をどこまで認めるかという問題であるが、占有の保護範囲について、前述したように本権説と占有説の折衷的な見解が有力に主張されている。すなわち、本権説を拡大し、または、占有説を縮小して解しようとする見解である。

まず、小野博士は、譲渡担保として貨物自動車の所有権を取得した債権者が、債務者側の会社更生法適用によって、管財人において占有保管していた同貨物自動車を債権者が無断で運び去った、という事案についての最高裁昭和35年4月26日判決の評釈において、本判決の結論（窃盗罪の成立）は妥当としながらも、その理由づけに次のように異議を述べている。「『占有』を所持一般と解し、財産的な権利関係を考慮することなく、自己の物でも他人が所持している限り、それを取ると窃盗になるという解釈は、保安的な立場からはともかく、財産権の保護という見地からは行きすぎであるとおもわれる。その占有実体的な権利（本権）にもとづく占有であることは必要でないまでも、少なくとも一応理由のある占有、その意味で適法な占有であることを必要とすべきではないか。そうでないと、窃盗の被害者が犯人の所持している財物をとり返すことも窃盗罪ということになる。きびしく自救行為を否定しているわが判例の下で、これは甚だ重大なことといわなければならない²²⁾」として、「一応理由のある占有」が保護されるべきであるとする。

また、団藤博士は、「『占有』は、占有する権利によって裏づけられていることを要しないが、その目的物の占有によるなんらかの経済的利益の存在を要する。つまり、従来の通説で考えられていたような本権による裏づけを必要としないが、権利とはいえないまでも経済的利益による裏づけを必要とする。その利益は、財産犯の本質から考えて、やはり、財産的ないし経済的利益であることを要し、しかも、違法なものであってはならないという意味において、法律的・経済的見地において、財産的・経済的利益と称されうるも

のでなければならない²³⁾」とされ、そして、右最高裁昭和35年4月26日判決について、「弁済の充当関係が不明確な事態において被害者がただちに自動車を債権者たる被告人に引き渡さなかったことには経済的利益の裏づけがあり、しかもそれは違法なものでなかったことに着目した上での判決であった²⁴⁾」とされる。

次に、平野博士は、「現在では、所有権説をとる者も、例えば、賃貸借の期間がきたのに返さないというので取り戻すまで適法だとするのかうたがわしい。この場合、暴行をしたり住居に侵入したりしたならば、それらの罪として処罰されることになるが、このような状態での取戻自体が適法といえるかはやはり疑問である。他方、占有権説によると、数日後にたまたま窃盗犯人がその盗品を持っているのに出会ったので取り戻した場合でも、窃盗になる。この場合も、自救行為として違法性が阻却される場合もあるだろう。あるいはそれで十分なのかも知れない。しかし、自救行為は極めて限られた範囲でしか認められないから、取戻が窃盗となってしまって、一般の法感情に合わない場合も出てくるのではなからうか。そうだとすると、妥当な限界というのはその中間にあるのかもしれないが、その中間に線をひくことはなかなか困難である。あるいは、『平穏な占有』であるかどうかで区別するのも一つの考えではなからうか²⁵⁾」とされ、「平穏な占有」が保護されるべきだとされる。

また、西原博士は、本権者自身による取戻しの場合について、所持説に修正を加え、所持説によって保護される占有は通常は赤裸々な占有であるが、ただそれが占有のはじめから不適法な場合には、本権者には対抗できず、本権者による取戻行為からは保護されないから、「一般人または行為者の立場からみて明らかに平穏と思われる占有²⁶⁾」を保護すべきだとされる。

このように、学説においては、占有の保護範囲について、本権説を拡張的に解しようとする立場と、占有説を縮小的に解しようとする見解が有力に主張されている。

注

- 1) 宮城浩蔵・前掲書818頁。
- 2) 岡田朝太郎・前掲書904-905頁。
- 3) 団藤重光・刑法綱要(各論)(第3版)(平成2年)605頁。
- 4) 神山敏雄「詐欺および恐喝罪」中山研一=宮沢浩一=大谷実編・刑法各論(昭和52年)117頁。
- 5) 閣取引と詐欺罪に関する最高裁昭和25年7月4日判決は、「詐欺罪の如く他人の財産権の侵害を本質とする犯罪が、処罪されたのは単に被害者の財産権の保護にあるのではなく、かかる違法な手段による行為は社会の秩序をみだす危険があるからである」(刑集4巻7号1168頁)として、社会秩序の維持をも詐欺罪の保護法益だとする。
- 6) 団藤重光・前掲書610頁、なお、同・605~606頁においては、ドイツにも詐欺罪の保護法益として財産そのもののほかに財産法的取引における信義誠実をも数える有力な学説(メツガー)があるとの指摘がなされる。社会秩序をも詐欺罪の保護法益だとする見解として、長島敦「詐欺罪の研究(一)-判例を中心として」警察研究22巻1号(昭和26年)59・62頁。
- 7) 神山敏雄・前掲書118-119頁、大塚仁・刑法概説(各論)[第3版増補版](平成17年)272頁。
- 8) 福田平・全訂刑法各論(第3版増補)(平成14年)249頁、同・前掲「詐欺罪の問題点」刑法講座第6巻(昭和39年)82頁、なお、同・78頁以下においては、詐欺罪の保護法益について、ドイツの学説の状況も述べられている。
- 9) 神山敏雄・前掲119頁、福田平・前掲書249頁。
- 10) 神山敏雄・前掲118-119頁。
- 11) 神山敏雄・前掲118-119頁。
- 12) 大谷実「財産犯-総論」中山研一=宮沢浩一=大谷実編 刑法各論(昭和52年)72頁。
- 13) 小野清一郎・新訂刑法講義各論(7版昭和27年)235頁。
- 14) 団藤重光・注釈刑法(6)(昭和41年)18-19頁[団藤執筆]。
- 15) 牧野英一・刑法各論(下巻)(9版昭和44年)594頁。
- 16) 牧野英一・同書604-605頁。
- 17) 木村亀二・刑法各論(復刻版昭和42年)105-106頁。

- 18) 木村亀二・同書106-107頁。
- 19) 正当防衛乃至自救行為として許される場合は罪とならないとする(牧野英一・前掲書601頁, 木村亀二・前掲書120頁)。
- 20) 団藤博士は、「行為態様の特微化に役立つ要素としての『占有』は、かならずしも権原による占有にかぎるものではなく、したがって、たとえば、窃盗犯人の占有する赃物をさらに他の者が窃取すれば、占有侵害の態様においてもとの被害者の所有権を害したことになる」(前掲注釈刑法(6)20-21頁)として、窃盗罪の成立を認めるべきであるとされる(同旨, 植松正・全訂刑法概論Ⅱ(各論)(昭和43年)357-358頁, 神山敏雄・前掲122頁)。
- 21) 牧野英一・前掲書600頁以下, 木村亀二・前掲書108頁。
- 22) 小野清一郎「自己の財物について、窃盗罪はどのような条件の下に成立するか」警察研究33巻2号(昭和37年)110-111頁, 同旨, 藤木英雄・新版刑法演習講座(昭和45年)387頁, 同・刑法講義各論(昭和52年)273頁(ここでは、「一応の外観を呈する占有」とされる)。
- 23) 団藤重光・前掲注釈刑法(6)138-139頁, 同・前掲刑法綱要各論〔第3版〕561頁参照。同旨, 内田文昭「占有の適法性」下村康正=八木國之編刑法各論(昭和51年)236頁(「刑法の角度から保護に値する利益」とされる)。
- 24) 団藤重光・前掲注釈刑法(6)138頁。
- 25) 平野龍一「窃盗罪の被害法益」判例演習刑法各論(増補版昭和52年)190-191頁。
- 26) 西原春夫「不法領得の意思」前掲下村康正=八木國之編刑法各論325頁。

4 判例の動向

次に判例を概観することにして。

財産犯の保護法益について、判例は、当初は本権説に立脚していた。すなわち、大審院大正7年9月25日判決は、恩給証書を担保に供し金借しておきながら、その証書を債権者から騙取したという事案について、「自己ノ財物ニシテ他人ノ占有ニ属スルモノヲ窃取又ハ騙取スルトキハ刑法第242条第251条

ニ依リ窃盗罪又ハ詐欺罪ヲ構成スルコト明カナリト雖モ此規定ハ占有者カ適法ニ其占有権ヲ以テ所有者ニ対抗シ得ル場合ニ限りテ適用セラルヘキモノニシテ此ノ如キ対抗権ノ存セサル場合ニ於テハ此規定ニ依リ占有者ヲ保護シ所有者ヲ処分スヘキ理由存セス……故ニ恩給年金ノ帶有者カ其恩給年金ヲ債務担保ニ供スル目的ニテ其証書ヲ債権者ニ交付スルモ其名義ノ如何ヲ問ハス債権者ハ其証書ニ付キ何等ノ権利ヲ得ルコトナク反之帶有者ハ何時ニテモ其証書ノ占有ヲ回復スルノ権アリト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ恩給年金ノ帶有者カ其証書ヲ債権担保ノ為メ債権者ニ交付シタル後債権者ノ意ニ反シ又ハ之ヲ欺罔シテ其占有ヲ回復スルコトアルモ刑法第242条第251条ニ依リ之ヲ窃盗罪又ハ詐欺罪ニ問擬スヘキモノニ非ス¹⁾」として、詐欺罪の成立を否定した。

しかし、最高裁昭和24年2月15日判決は、他人が隠匿保有する元軍用アルコールを騙取したという事案について、「元軍用アルコールであって、かりにこれはいわゆる隠匿物資であるために、私人の所持を禁ぜられているものであるとしても、それがために所論のごとく、詐欺罪の目的となり得ないものではない。刑法における財物取罪の規定は人の財物に対する事実上の所持を保護せんとするものであって、これを所持するものが、法律上正当にこれを所持する権限を有するかどうかを問わず、たとえ刑法上その所持を禁ぜられている場合でも現実にこれを所持している事案がある以上社会の法的秩序を維持する必要からして、物の所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護せられみだりに不正の手段によって、これを侵すことを許さぬとする趣意である²⁾」として、占有説に立脚する見解を示した。

また、最高裁昭和25年7月4日判決は、いわゆる闇取引と詐欺罪に関する事案について、「詐欺罪の如く他人の財産権の侵害を本質とする犯罪が、処罰されたのは単に被害者の財産権の保護のみにあるのではなく、かかる違法な手段による行為は社会の秩序をみだす危険があるからである。そして、社会秩序をみだす点においては所謂闇取引の際に行われた欺罔手段でも通常取引の場合と何等異るところはない。従って……相手方を欺罔する方法即ち社会秩序をみだすような手段を以て相手方の占有する財物を交付せしめて

財産権を侵害した以上被告人の行為が刑法の適用をまぬかるべき理由はない³⁾」として、詐欺罪の成立を肯定した。

さらに、最高裁昭和34年8月28日判決は、担保に供した国鉄公傷年金証書を欺罔して交付させた事案について詐欺罪の成立を認めている。事案の概要は次のようなものである。被告人は、昭和30年9月5日頃甲にたいし、自己の所有する国鉄公傷年金証書一通及び該年金受領に必要な実印一個を担保に供して金10万円を借用し右年金をもって弁済に充当する旨約束し、爾来右甲が被告人所有の前記年金証書一通を占有していたところ、同年12月26日頃右甲の妻乙に対し、後日返済の意志がないのに「国民金融公庫より年金証書を持参するよう通知が来た、明日必ず返すから一寸貸してくれ」と恰も翌日返済するかのように嘘の事実を申し向けてその旨同人をして誤信させ、因って右乙より寸借名義の下に甲の占有する自己所有の公傷年金証書一通の交付を受けてこれを騙取した、というものである。これに対し、判旨は、「なお、原判決が、刑法246条1項の詐欺罪の規定は、必ずしも財産的損害を生ぜしめたことを問題とせず、むしろ、個々の財物に対する事実上の所持それ自体を保護の対象としているものと解すべきであるとし、本件において法令上公傷年金の受給権を担保に供することが禁止されている結果、被告人が甲から金員を借受けるに際し、自己の所有にかかる国鉄公傷年金証書を担保として同人に差入れたことが無効であるとしても、同人の右証書の所持そのものは保護されなければならないのであるから、欺罔手段を用いて右証書を交付させた被告人の判示所為が刑法242条にいわゆる『他人ノ財物と看做』された自己の財物を騙取した詐欺罪に該当するものとしたことは相当であって、右は、当裁判所判例（昭和23年（れ）第967号同24年2月15日第二小法廷判決、集3巻2号175頁、昭和24年（れ）第2890号同25年4月11日第三小法廷判決、集4巻4号528頁）が刑法における財物取得罪の規定をもって、人の財物に対する事実上の所持を保護しようとするものであって、その所有者が法律上正当にこれを所持する権限を有するかどうかを問わず物の所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護され、みだりに不正の手段によって侵害する

ことを許さないとする注意であると判示した趣旨にもそうものである。この点において、刑法242条、251条の規定をもつて、正権限により他人の占有する自己の財物の場合に限り適用されるべきものとした大審院判例（大正7年9月25日刑録24輯1219頁）は、変更を免れない⁴¹⁾として、明確に占有説に立脚する見解を示した。

また、最高裁昭和35年4月26日判決は、譲渡担保として貨物自動車の所有権を取得した債権者が、債務者側の会社更生法適用によって管財人において占有保管していた同貨物自動車を債権者が無断で運び去ったという事案について、次のように述べる。「所論は、不法占有は窃盗から保護されるべき法益となりえないことを主張するが、当裁判所においては、すでに、(1)『正当の権利を有しない者の所持であっても、その所持は所持として法律上の保護を受けるのであるから、盗贓物を所持する者に対し恐喝の手段を用いてその贓物を交付させた場合には恐喝罪となる。』との趣旨の判決（昭和23年（れ）1241号、同24年2月8日第二小法廷判決）、(2)『元軍用アルコールがかりにいわゆる隠匿物資であるため私人の所持を禁ぜられているものであるとしても、それがため詐欺罪の目的となりえないものではない。刑法における財物取財の規定は人の財物に対する事実上の所持を保護せんとするものであって、これを所持する者が法律上正当にこれを所持する権限を有するかどうかを問わず、たとい刑法上その所持を禁ぜられている場合でも現実にこれを所持している事実がある以上、所持という事実上の状態それ自体が独立の法益とせられみだりに不正の手段によってこれを侵すことを許さぬとする趣旨である。』との旨の判決（昭和23年967号、同24年2月15日第二小法廷判決）、(3)『他人に対し恐喝の手段を用いてその者が不法に所持する連合軍占領軍物資を交付させたときは恐喝罪が成立する。』との趣旨の判決（昭和24年（れ）2890号、同25年4月11日第三小法廷判決）、また、(4)『法令上公傷年金の受給権を担保に供することが禁止されている結果国鉄公傷年金証書（これは刑法にいわゆる財物に該当する）を借受金の担保として差入れたことが無効であるとしても、これを受取った者の右証書の事実上の所持そのものは保

護されなければならないから、欺罔手段を用いて右証書を交付させた行為は刑法242条にいわゆる「他人ノ財物ト看做」された自己の財物を騙取した詐欺罪に該当する。』との趣旨の判決（昭和31年（あ）4282号，同34年8月28日第二小法廷判決）があり，この判決により大正7年（れ）220号，同年9月25日大審院判決（刑録24輯1219頁）は変更されたものであること明らかであり，他人の事実上の支配内にある本件自動車が無断で運び去った被告人の所為を窃盗罪に当たるとした原判決の判断は相当である⁵⁾』として，窃盗罪の成立を認めている。本判旨は，不法占有は窃盗から保護されるべき法益となりえないという上告趣意に対してなされたものであり，上昭和34年8月28日判決と同様，占有説に立脚する見解を示したといえよう⁶⁾。

以上，財産犯の保護法益について，判例を概観してきたが，判例は，当初は本権説に立脚していたものの，占有説に変遷してきたといえよう。しかし，ここで指摘されなければならないのは，最高裁は占有説に立脚する表現を用いるものの，具体的事案の解決においては，本権説に立脚しても同様の結論を導き得るということである⁷⁾。特に，判例が所持説に立つとの文言上の表現をしながらも具体的事案との関係では，本権説からも是認しうる範囲と余り変わらない領域でこれを認めているとの指摘もあり⁸⁾，このことが重要であるように思われる。

注

- 1) 刑録24輯1221-1222頁。
- 2) 刑集3巻2号176-177頁。尚，大審院明治42年11月19日判決は，偽造文書を詐取した事案につき，偽造文書は所有権の対象ではないとして，詐欺罪の成立を否定した（刑録15輯1536頁）。
- 3) 刑集4巻7号1170頁。
- 4) 刑集13巻10号2908-2909頁。
- 5) 刑集14巻6号751頁，同旨の判例として，東京高裁昭和40年9月27日判決（高裁刑集18巻6号647頁）がある。同判決は，差押が違法であり，かつ無効なものであるとしても，

債務者が債権者の占有管理内にある差押物件を運び去る所為は窃盗罪を構成するとする。

- 6) 内田教授は、判例はまだ所持説に徹していないとされる(内田文昭・前掲335頁)。
- 7) 安里全勝「窃盗罪の保護法益-最高裁平成元年7月7日決定の検討-」山梨学院大学法学論集19号(平成3年)191頁以下参照。
- 8) 芝原邦爾「財産犯の保護法益-民事上の権利関係と刑法上の保護-」芝原邦爾編・刑法の基本判例(昭和63年)26頁。

5 判例・学説の検討

(1) 判例の検討

財産犯の保護法益についての判例は上に概観した通りであるが、判例は、大審院大正7年9月25日判決を除いては、占有説に立脚しており、今や判例は、占有説に立脚しているといえよう。

まず、大審院大正7年9月25日判決は、恩給証書を担保に供し金借しておきながら、その証書を債権者から騙取したという事案について、「債権者ハ其証書ニ付キ何等ノ権利ヲ得ルコトナク反之帯有者ハ何時ニテモ其証書ノ占有ヲ回復スル権アル」として、詐欺罪の成立を否定したが、最高裁昭和24年2月15日判決は、犯人が隠匿保有する元軍用アルコールを騙取したという事案について、「いわゆる隠匿物資たる元軍用アルコールで私人の所持を禁ぜられているものであるとしても、他人が現実には所持している物を騙取すれば、詐欺罪が成立する」とした。すなわち、判例は、当初は本権説に立脚していたといえるが、この判決において、占有説に立脚する見解を示したといえる。

いうまでもなく、本件においては、隠匿物資という刑法上の禁制品が客体となり、それに対する詐欺罪の成否が問題となっている¹⁾。そこで、禁制品に対して、財物取罪が成立するのは占有説特有のものかどうかを検討されなければならない。この点について、占有説に立つ牧野博士は、「禁制品

は、狭義における権利の客体となり得ないにしても、所持の目的となる点においては財産権の目的であるといわねばならぬ²⁾とされる。また、本権説に立つ滝川博士は、「いわゆる禁制品（例えば、麻薬）についても窃盗罪は成立する。禁制品は法上、所有とか所持を禁じているが、それによって、無主物または支配離脱物になるわけではない³⁾とされ、禁制品の場合について窃盗罪の成立を認めている。滝川博士の見解が刑法上一定の処分あるまでは、禁制品も所有権の対象たりえないものではないという意味であるとすれば⁴⁾、禁制品に対しても窃盗罪が成立することになり、わざわざ、所持自体を法益として論ずる必要はないということにもなる。従って、本判例は、理論的にみて、必ずしも新しい考え方を表現したものではないということがいわれる⁵⁾。思うに、禁制品について論ずる場合、大事なことは、禁制品が保護されるべき財産性を有するかどうかであろう。禁制品は、公法上原則として所有・占有が禁じられており、これらの物は、公法上も私法上も保護されない状態に置かれ、所持者はこれらを使用したり、売却したりまたその物によって精神的欲望を満足させることについても法的に何ら保護されるものではない⁶⁾。そのことからすれば、法的に保護された財産の侵害があったことの論証は困難という外はなく、この場合の奪取を財産犯として構成することは無理のように思われる⁷⁾。

次に、最高裁昭和25年7月4日判決は、闇取引と詐欺罪に関して、「詐欺罪の如く他人の財産権の侵害を本質とする犯罪が処罰されたのは単に被害者の財産保護にあるのではなく、かかる違法手段による行為は社会の秩序をみだす危険があるからである」として、違法な手段を強調し、社会秩序の侵害という手段の違法性をもって詐欺罪の保護法益と解している。本判例において、手段の違法性が強調されている点は疑問である⁸⁾。

さて、最高裁昭和34年8月28日判決が、完全に占有説に立脚したものといえるかについては疑問とする見解もあるが⁹⁾、本判決が、事実上の所持自体を保護すべきであるとしている以上、本判決は、占有説に立脚したものだといえよう。そして、このような判例の見解は、前掲最高裁昭和35年4月26日

判決にもあらわれている。

本件において重要なことは、譲渡担保期間の経過後、会社の弁済充当の関係が不明確で、民事裁判によらなくては目的物の所有権の帰属ができないという点にあった。そこで問題となるのは、弁済充当関係が確定できなければ、本権説による限り、財産罪は成立しないものとされなければならないはずであり¹⁰⁾、したがって、本判決が窃盗罪の成立を認めたのは、まさに、占有説に立脚したものであるといわなければならないであろう。そこから、本判決の意義は、「かりに所有権が債権者たる被告人に属していたとしても、T会社が自動車をなお占有保管している場合には、被告人がこれを奪い去る行為は窃盗罪にあたることを認めた点にある」¹¹⁾といえよう。本件の場合、貨物自動車の所有権は、被告人にあるのか、それとも製紙会社にあるのかがはっきりせず、それは、民事裁判によらなければ確定しがたい状態にあった。製紙会社の自動車に対する占有は本権にもとづくものとはいえないので問題はあがるが、弁済充当関係が不明確で所有権の帰属が明らかでない状態での占有という点で一応の理由を持っているといえよう。したがって、判決が窃盗罪の成立を認めたのは、妥当であったといえよう。

注

- 1) 井上正治「財産罪の法益」刑法講座六卷（昭和39年）8頁。
- 2) 牧野英一・前掲書594頁。
- 3) 滝川幸辰・刑法各論（昭和26年）118頁。
- 4) 井上正治・前掲9頁。
- 5) 井上正治・前掲9頁。
- 6) 神山敏雄・前掲122頁。
- 7) 神山敏雄・前掲122頁。
- 8) 詐欺罪の保護法益を手段の違法性、即ち、社会秩序の維持にあるとすれば、詐欺罪は財産罪としての性格を失うことになろう（神山敏雄・前掲119頁、福田平・前掲「詐欺

罪の問題点」79頁。)

- 9) 内田文昭・前掲335頁。
- 10) 井上正治・前掲15-16頁。
- 11) 阿部純二・前掲9頁。

(2) 学説の検討

まず、①の場合は、本権説からは、窃盗犯人の占有は不法な占有であり、その財産は法的に保護されることはないので、当該窃盗犯人との関係では窃盗罪は成立せず、占有説からは、相手方の占有は不法であっても、現実の占有が保護されなければならないので、窃盗罪が成立することになる。また、平穏占有説からは平穏な占有とは言えないので、窃盗罪が否定されている。しかし、ここで問題になるのは、本権説も占有説も、自説を貫徹できるであろうかということである。その点についてもっと詳しく検討することにしよう。例えば、窃盗の被害者がたまたま電車内で被害物件を手にした犯人を発見し、下車して法律的手続をとっていたならばその者を見失い、権利回復が不可能となるであろうと考えて、即座に右物件を取り戻したような場合、本権説からすれば法益侵害がないので、窃盗罪または強盗罪の構成要件に該当しないのに対し、占有説からすれば、占有侵害があったのであるから、窃盗罪または強盗罪の構成要件に該当することになるだろうが、これを自救行為として解決することもできる¹⁾。しかし、この場合、自救行為は何罪の構成要件該当性が前提とされるかにより、所持説を貫かれているかどうかを考えようとする見解もある。つまり、所持説固有の見地からすれば、窃盗罪の構成要件が考えられてはじめて、自救行為が論じられることになろうが、盗品奪還の際に加えられた暴行・脅迫についての自救行為が考えられているのだとすれば、所持説は貫かれていないことになるとされる²⁾。

また、次の場合、本権説からはどうであろうか。例えば、空巣に入ってカメラを盗みだしたAが、これをよく見たところ、そのカメラは、数ヶ月前、Bによって盗まれた自分のカメラであることに気付き、Aは、Bの家である

ことを知らずにBの家で窃盗行為にでた場合である。この場合、本権説を貫けば窃盗罪の成立を否定すべきことになろうが、果たして窃盗の点をまったく問題にしないことができるであろうかということである³⁾。

このように、本権説と占有説は自説を貫徹できるかという問題があるが、問題がもっと尖鋭な形で突きつけられるのが②の場合である。奪取罪を肯定し甲が被害者だとすれば、甲は一体如何なる財産が侵害されたと言えるのか。本権説からすれば、上占有者の財産的利益が侵害されたとする論証は不可能であろうから、結局、上行為を無罪とするか、または、所有権者丙の法益が侵害されたとみるのかということになろうが、甲から盗品を奪取する第三者は、窃盗犯人の財産を侵害することはあり得ないので、所有権者、その他の本権者および当該財物について保護されるべき財産を有する占有者の財産を侵害したとみるべきであろう⁴⁾。では、占有説はどうであろうか。占有説から上占有に財産性を認めることが可能であろうか。財産性を有するか否かは、その物が人間の物質的または精神的欲望を満足させる効用を有し、所持者がその物に対してそれらの効用を利用し得る地位にあるか否かが問題になろう⁵⁾。甲には、占有物から物質的または精神的欲望を満足させることのできる法上の地位は与えられてなく、すなわち、当該財物から財産上の利益を享受することは許されない⁶⁾ので、その占有に財産性を認めることはできない⁶⁾。ここに、占有説に対する疑問が生ずる。

次に問題となるのは、窃盗犯人甲から盗品を奪取する第三者乙は窃盗犯人甲の財産を侵害することはありえないので、この場合、窃盗罪の成立を肯定するなら、所有権者、その他の本権者および当該財物について保護されるべき財産を有する者の財産を侵害したとみる以外にはないので、ここでは、被害者と占有者が別々となるということである。本来、財物の占有者が所有権その他の本権を有しているのが通常であるが、本事例のような場合には、占有自体をどう解するかが問題であろう。占有を行為態様の特徴化要素として解決することもできようが⁷⁾、まずは、奪取罪の本質から占有を把握すべきであろう。奪取罪においては、財産を侵害する手段としての占有侵奪が刑法

上の構成要件要素とされ、それは違法として禁じられるから、その限りでは、占有も財産保護の反射的保護を受けることになり、したがって、奪取罪の構成要件は財産侵害をするために、いかなる占有者からも、窃取、暴行、脅迫および欺罔をもって占有を侵奪することを禁じているものと解すべきである⁸⁾。その点からすれば、占有者と本権者とは別々であっても構わないということになる。更に、上被害者は、第1回目の奪取によって財産が侵害されたにも拘らず、順次奪取罪が繰り返されるとその度に同一人物の財産被害者の回数が重なっていくことに不合理がないか否かが検討されなければならない⁹⁾。この場合、例えば、甲の所有物を乙が窃取し、それを丙が損壊する場合、甲の所有権は乙によっても丙によっても侵害され、乙と丙はそれぞれ窃盗罪と器物損壊罪で処罰されるが、その他の場合でも、同一物について数回奪取が繰り返されるような場合には、そのたびごとに権利者の財産が数回侵害されたものとみても不合理ではないといえよう¹⁰⁾。

注

- 1) 木村亀二・刑法総論〔増補版〕(阿部純二増補)(昭和53年)280-281頁
- 2) 内田文昭・前掲331頁。
- 3) 内田文昭・前掲331頁。
- 4) 神山敏雄・前掲120頁、同旨、植松正・前掲書360-361頁、団藤重光・前掲注釈刑法(6)20-21頁。
- 5) 神山敏雄・前掲120頁。
- 6) 神山敏雄・前掲121頁。
- 7) 団藤重光・前掲注釈刑法(6)20頁。
- 8) 神山敏雄・前掲123頁。
- 9) 神山敏雄・前掲122頁。
- 10) 神山敏雄・前掲123頁。

6 結び

以上において、財産犯の保護法益につき、立法の沿革、学説及び判例を概観・検討してきたが、ここで今一度、問題を整理することにしよう。

まず、財産犯（奪取罪）の保護法益を考えるうえで大事なことは、占有者の当該財物が法的に保護される財産性を有するか否かである。神山教授が指摘するが如く、財産犯は、当該財物についての財産保護にその本質があると言うべきであるから、保護されるべき財産性を有しない占有には、刑法上の保護法益を求めることは妥当でないと解する。したがって、①窃盗犯人から所有権者が当該財物を奪い返す場合は、窃盗犯人の占有は不法な占有であり窃盗犯人に関する限り、当該財物については法的に保護される財産的利益を有しないので、当該窃盗犯人との関係では窃盗罪は成立しないとすべきであろう。この場合、占有説からは、窃盗罪の成立が肯定されるが、占有説は占有の侵害のみを強調し、当該財物の財産性を論証し得ないきらいがある。また、平穏占有説からすれば、この場合は、平穏な占有とは言えないので窃盗罪の成立は否定されようが、当該財物についての財産性を論証し得ないことは占有説と同じであろう。

次に、②窃盗犯人甲の占有する盗品（丙の所有物）をさらに第三者乙が窃取した場合は、どうであろうか。この場合も問題の解決は、当該財物の財産性から導かれなければならないであろう。当該財物が財産性を有するか否かは、その物が人間の物質的または精神的欲望を満足させる効用を有し、所持者がその者に対してそれらの効用を利用し得る地位にあるか否かが検討されなければならない¹⁾。果たして、甲の占有物に財産性を認めることができるであろうか。甲には、占有物から物質的または精神的欲望を満足させることのできる法上の地位は与えられてなく、すなわち、当該財物から財産上の利益を享受することは許されない²⁾ので、その占有に財産性を認めることはできない。要するに、当該財物に対して、保護されるべき財産性を有しない占有には、刑法上の保護法益を否定すべきである。したがって、この場合は、所

有権者丙の法益が侵害されたとみる以外はないであろう²⁾。甲につき占有物に対する財産的利益が認められない以上、占有説、平穩占有説からの解決には疑問がある。

上の場合、所有権者丙の法益が侵害されたとすると、被害者と占有者が別々となるがこのような考え方が許されるのか、また、被害者は第1回目の奪取によって財産が侵害されたにも拘らず、順次奪取罪が繰り返されるとその度に同一人の財産被害の回数が重なって行くことになるが、そのことに不合理がないかが検討されなければならないが、前者については、奪取罪においては財産を侵害する手段としての占有侵奪が刑法上の構成要件要素とされ、それが違法と禁じられているから、その限りでは占有も財産保護の反射的保護を受けることになり、したがって、奪取罪の構成要件は財産侵害をするために、いかなる占有者からも、窃取、暴行、脅迫および欺罔をもって占有を侵奪することを禁じているものと解すべきであるから、その点からすれば、占有者と本権者とは別々であっても構わないということになる³⁾。また後者については、例えば、甲の所有物を乙が窃取し、それを丙が損壊する場合、甲の所有権は乙によっても丙によっても侵奪され、乙と丙はそれぞれ窃盗罪と器物損壊罪で処罰されることからすれば、同一物について数回奪取が繰り返されるような場合は、そのたびごとに権利者の財産が数回侵害されたものとみても不合理ではないであろう⁴⁾。

さて、③他人が占有する禁制品（例えば、麻薬やピストル）を奪取した場合はどうであろうか。この場合、本権説、占有説のいずれに立つかに関係なく、奪取罪の成立を認めるのが大方のようである。その理由は、禁制品も、その没収には一定の手續を要するから、法律的手続を履まなければ没収されないという限度において占有が可能であり、したがって、法律的手続によらない奪取行為に対して刑法的保護をあたえる必要があり、その範囲において財物性をみとめることができるということにある⁵⁾。

問題は禁制品が刑法上保護される財産性を有するか否かである。禁制品は、公法上も私法上も保護されない状態に置かれ、所持者はこれらを使用し

たり、売却したりまたはその物によって精神的欲望を満足させることについても法的に何ら保護されないのであるから、刑法でその所持を保護するというのは奇妙であり、一定の手続によって没収されるまでは、みだりに占有を侵奪することは許されないと試してみても、法的に保護された財産の侵害があったことの論証は困難であろう⁶⁾。したがって、この場合の奪取を財産犯として構成することは無理があるように思われる。奪取者は、銃砲刀剣類所持等取締法、あへん法および大麻取締法等によって、所持罪で処罰できるのであるから、それによって秩序を維持することも考えられるであろう⁷⁾。

注

- 1) 神山敏雄・前掲120頁。
- 2) 神山敏雄・前掲120頁、同旨、植松正・前掲書360-361頁、団藤重光・前掲注釈刑法(6) 20-21頁。
- 3) 神山敏雄・前掲123頁。
- 4) 神山敏雄・前掲123頁。
- 5) 福田平・前掲書217頁、大塚仁・前掲書176頁、西田典之・刑法各論〔第6版〕(平成24年) 141頁、曾根威彦・刑法各論〔第5版〕(平成24年) 108頁、林幹人・刑法各論〔第2版〕(平成19年) 158頁、同・財産犯の保護法益(昭和59年) 225頁、山口厚・刑法各論〔第2版〕(平成22年) 186頁、中森喜彦・刑法各論〔第2版〕(平成8年) 112頁、松宮孝明・刑法各論講義〔第2版〕(平成20年) 180頁、三原憲三・刑法各論〔第2版〕(平成6年) 117頁など。

また、藤木博士は、所有権侵害の一般的危険性をもった行為である以上、可罰的と解することを妨げないとされる(藤木英雄・刑法各論-現代型犯罪と刑法(昭和47年) 38頁)。さらに、滝川博士は禁制品について窃盗罪の成立を肯定されるが、その理由は述べておられない(滝川幸辰・刑法各論〔昭和26年〕118頁)。尚、島田武夫・日本刑法新論各論(大正14年) 19~20頁は、禁制品も経済上の財物であるが、窃盗罪の客体となるか否かは相対的に解すべきだとする。他方、禁制品につき窃盗罪の成立を否定する見解として、熊倉武・日本刑法各論上巻(昭和35年) 380-381頁、夏目文雄・刑法提要〔各論〕下(昭和36年) 180頁(阿片煙吸食器具、偽造貨幣等は財物とはいえない

とする)。また、町野教授は、国は法的手続によらなければそれを(覚せい剤-筆者注)没収することはできないのだから、それまではその所有・占有は刑法上も保護されるとすることも考えられなくはない。だが、不法な所有・占有がこの程度の手続的保護を享受していることは、それが財産犯処罰規定によってまで保護されねばならないことまで意味するものではないと考えれば、最高裁の判例の結論に反対して財産犯の成立を否定すべきことになるとされる(町野朔・犯罪各論の現在〔平成8年〕106-107頁)。

6) 神山敏雄・前掲122頁。

7) 神山敏雄・前掲122頁。

山口大学での担当科目 追加

経済学部 ④「刑事訴訟法」

共通教育 「法学」

前勤務大学（山梨学院大学）における委員会活動等

- ①法学論集編集委員（法学論集創刊に携わる。）
- ②社会科学研究所運営委員
- ③学生相談室相談員
- ④法職研究会顧問（約22年にわたる。資格試験受験生の指導、大学祭での模擬裁判の指導。）
- ⑤刑法研究会代表
- ⑥担当科目「刑法総論」「刑法各論」「刑法演習」「刑事政策」

社会活動等 追加

- ⑥第37回沖縄県臨床検査技師会学会特別講演 演題「犯罪と刑罰について」
開催日 平成10年6月7日 於：沖縄県医療福祉センター

研究業績目録 追加

- 50 書評 曾根威彦著『刑法学の基礎』（平成13年，成文堂）
現代刑事法41号（平成14年9月号）92頁
- 51 辞典執筆 『図解による法律用語辞典』（全訂版第1刷 昭和61年）
自由国民社

誤植訂正**（山口経済学雑誌第58巻第6号164頁（最終講義）以下）**

164頁10行目，経済学部は幾つかの名称を経て，を，経済学部は幾つかの名称を経て今日に至っております。に訂正する。

同頁13，14行目，わが国の大学でも3番目に長い歴史を持つ大学であると

のこととございます。を、わが国の国公立大学において3番目に長い歴史を持ち、西日本では最も長い歴史を持つ大学です。に訂正する。

166頁4行目、労働運動 を 労働争議 に訂正する。

167頁4行目、正当防衛（刑法第35条） を 正当防衛（刑法第36条1項）に訂正する。

174頁2行目以下、木村亀二先生を、法学博士・元東北大学名誉教授木村亀二先生に、馬屋原成男先生を、法学博士・元駒澤大学教授馬屋原成男先生に、鴨良弼先生を、法学博士・元一橋大学名誉教授鴨良弼先生に、福田平先生を、法学博士・一橋大学名誉教授福田平先生に、阿部純二先生を、法学博士・東北大学名誉教授阿部純二先生に、それぞれ訂正させていただきます。

同頁4行目、私事で恐縮ですが、長い間支えてくれた家族にお礼をいいたいと思います。を、私事で恐縮ですが、これまで励ましてくれた方々、また、長い間支えてくれた家族にお礼を言いたいと思います。に訂正する。