

・事実の概要

Xは、自らの父親である甲から甲の友人である乙に、貴重品が入っているトランクを届けるよう頼まれ、これを了解した。

お金に困っていたXは、トランクの中身が気になり乙に届ける途中で施錠されていたトランクの蓋をこじ開け、中身を確認した。すると中には高級カメラ(現金30万円相当)が入っていたため、これを売って現金を得ようと考え、Xはトランクからカメラを抜き取り持ち逃げした。

なお、Xは以前甲が同様のカメラで写真撮影をしているのを見ていたため、甲の所有物だと誤信していたが、本件カメラは甲が乙から借りているもので乙が所有していた。

・問題の所在

1. Xは甲から預かった施錠がされているトランクをこじあけ、現金30万円相当のカメラを窃取しているが、かかる場合にXがいかなる罪責を負うか。封緘委託物の占有が委託者と受託者のいずれにあるのかが問題となる。
2. 244条1項の法的性格ないし免除の根拠をどのように考えるべきか。「刑の免除」とは犯罪成立なのか、不成立なのかが問題となる。
3. 本件カメラを甲の占有にかかるものとした場合、Xは何ら親族関係にない乙が所有し、甲が占有するカメラを窃取しているところ、244条は適用されるか。244条の親族関係が、窃盗犯人と誰との間に必要かにつき条文上明らかでなく、問題となる。
4. 本問においてXはカメラが甲の所有するものと誤信していたが、親族関係を窃盗犯人と所有者との間に必要とした場合、244条の適用にどのような影響を与えるか。244条所定の親族関係が客観的に存在しない場合、その錯誤をどのように処理すべきかが問題となる。

・学説の状況

1. 封緘委託物の占有について

A説：二分説¹

包装物全体の占有は受託者に帰属しているが中身は委託者に帰属するとする説

B説：窃盗罪説²

包装物全体の中身とを分けずに全体につき、その占有は委託者に属するとする説

C説：横領罪説³

包装物の中身も含め占有は受託者に属する説

¹ 大谷實『刑法講義各論〔新版第2版〕』成文堂[2007]201頁

² 大塚仁『刑法概説(各論)〔第三版増補版〕』有斐閣[2005]189頁

³ 岡野光雄『刑法要説各論〔第四版〕』成文堂[2003]116頁

2. 244条1項の法的性格について

説⁴(一身の刑罰阻却事由説): 本条は立法者の政策的配慮に基づき、親族という身分のために刑罰が阻却されるにすぎないとする説。「刑の免除」とは有罪判決の一種(犯罪は成立)とする。

説(犯罪不成立説): 「刑の免除」について犯罪不成立とする説。理由において以下の2説に分かれる。

1 説⁵(違法性阻却事由説): 家庭内であれば財産につき共同利用関係が存在するため、財産侵害の程度が低く可罰的違法性に欠けるとする説

2 説⁶(責任阻却事由説): 親族間においては相盗行為に対する反対動機の形成が弱いため、期待可能性に欠けるとする説

3. 親族関係は窃盗犯人と誰の間に必要か。

説⁷: 占有者・所有者双方との間に必要とする説

説⁸: 占有者との間に必要とする説

説⁹: 所有者との間に必要とする説

4. 親族関係の錯誤をどのように処理すべきか。

a 1 説¹⁰: 説から導かれ、刑罰阻却事由の錯誤は、故意の成否に影響しないとする説

a 2 説¹¹: 説(刑罰阻却事由説)に立脚しつつも、38条2項の趣旨から、行為者の認識した範囲での科刑、すなわち刑を免除するとする説

b 説(違法性減少説): 1 説から導かれ、違法性阻却事由の錯誤の問題となる。

b 1 説: 親族関係の錯誤を法律の錯誤と解し、故意を阻却しない説

b 2 説¹²: 親族関係の錯誤を事実の錯誤と解し、故意を阻却する説

c 説¹³(責任阻却事由説): 2 説から導かれ、期待可能性の錯誤の問題とし、錯誤が不可避である場合には、全体として期待可能性がなくなり、責任が阻却されるとする説

⁴ 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』創文社[1990]581頁、大塚仁『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕』有斐閣[2005年]209頁、前田雅英『刑法各論講義〔第4版〕』東京大学出版会[2007]223頁、大谷實『刑法講義各論〔新版第2版〕』成文堂[2007]212頁

⁵ 平野龍一『刑法概説』東京大学出版会[1977]207頁、中森喜彦『刑法各論〔第2版〕』有斐閣[1996]125頁

⁶ 瀧川幸辰『刑法各論〔増補〕』世界思想社[1951]113頁、西田典之『刑法各論〔第3版〕』弘文堂[2005]148頁、林幹人『刑法各論』東京大学出版会[1999]210頁

⁷ 団藤・前掲 581頁、大塚・前掲 203頁、前田・前掲 225頁、大谷・前掲 213頁

⁸ 中義勝『刑法各論』有斐閣[1975]148頁、最判昭24年5月21日(刑集3巻6号858頁)

⁹ 瀧川・前掲 113頁

¹⁰ 大塚・前掲 205頁、前田・前掲 224頁

¹¹ 西田・前掲 155頁、藤木英雄『刑法講義各論』弘文堂[1976]287頁

¹² 中森・前掲 125頁

¹³ 福田平『全訂刑法各論〔第3版増補版〕』有斐閣[2002]218頁

・判例

1. 委託された封緘物の占有の帰属について 大判明 44 年 12 月 15 日

< 事実の概要 >

郵便を運搬する局員が、封印してある郵便囊の封印を破棄して中の郵便物を奪った。

< 判旨 >

「金品在中の容器に鎖鑰又は封印を施し、之を寄託するときは、容器の占有は受託者に移るも、寄託者は依然として在中の金品の上に現実支配力を有し、受託者は之を有せざるを以て、受託者が該金品を取出し之を自己の支配内に移す行為は、窃盗罪にして横領罪に非ず」

2. 親族関係は窃盗犯人と誰の間に必要か 札幌高裁判決昭和 36 年 12 月 25 日¹⁴

< 事実の概要 >

被告人は自宅において実弟 A が他人 B より借り受け保管中のカメラ 1 台を窃取した。

< 判旨 >

占有者との親族関係のみで足りるとすると「本権を有する者の被害者たる地位を全く無視する結果となるのであって、かくては、財物の所有者はその物の占有を他人に移すかぎり、その他人と親族関係にあるすべての者によって財物がいかに移動・処分されても刑法上の保護を受け難い立場におかれ、右親族としては平俗にいえば全く『盗み放題』とさえいうことができる」と述べ、「所有者たる他人が...その間に入り込んでくるかぎり、もはや親族相盗行為とはいえず」とした。

・学説の検討

1. 封緘委託物の占有について

B 説は、一般的にいえば、全部について委託者に占有があると解するのが妥当¹⁵と主張する。しかし、封緘されている場合であっても、受託者が物全体を現実的に支配しているのであるから、物全体の占有は受託者にあると捉えるのがむしろ自然な解釈だと思われる。

また、C 説は物理的・現実的要素を重視し、包装物全体に対する受託者の現実的支配を肯定すべきである以上、その一部である中味についても受託者の占有を認めるべきである¹⁶と主張する。しかし、かかる見解は封緘の意義を軽視している。封緘された場合、内容を披見することが禁じられているのであるから、内容に対する事実上の支配は受託者を手段として委託者側に留保されているとみるべきである¹⁷。

思うに、刑法上の占有とは、民法のそれと比べて現実的な概念である。他人のために物を所持する者は、民法上は占有者ではないが(民法 180 条)刑法上は占有者であり、また民法上の占有権は代理人によって取得することができるが(民法 181 条)代理人による占有は刑法上の占有ではない。つまり、刑法上の占有は、事実上の支配内にある限りにおいて認められることになる¹⁸。

そして、封緘委託物の場合、その全体をみるに受託者が委託物を事実上支配しているといえるから、受託者に委託物全体の占有が認められる。しかし、内容物に関しては前述のように、封緘により受託者には事実

¹⁴ 高刑集 14 卷 10 号 681 頁

¹⁵ 団藤重光・平川宗信『刑法各論〔新版〕』有斐閣[1980]382 頁、大塚・前掲 189 頁

¹⁶ 岡野・前掲 117 頁

¹⁷ 大谷・前掲 202 頁

¹⁸ 団藤・前掲 380 頁

上の支配が及ばなくなるから占有は認められない。

したがって、包装物全体の占有は受託者に帰属しているが中身は委託者に帰属するとする A 説（二元説）が妥当であると解する。

2. 244 条 1 項の法的性格について

1 説は、親族間においては財産に対する一種の消費共同体が成立しており、共同体の成員間では相互に行われる所有・占有の侵害は一般に違法視されないから、親族相互間の窃盗等の行為は違法ではあるが罰的な程度に達していないために犯罪が成立しないと主張する。しかし、このような原理で割り切れない重大な侵害があっても特例は適用されるのだから、この見解は妥当ではない。

2 説によれば、一般に近親間においては「盗むな」ということを期待できないから責任が阻却され犯罪が成立しないと主張する。しかし、一般的に期待不可能といえるかどうかは疑わしい。そして、個人主義が徹底してきた家族関係において、暗黙の承諾による相互所有・占有という観念は希薄になるとともに、実際上も「盗むな」ということが期待可能である場合が多くなってきている。

確かに、親族間の場合の刑の免除は、違法性・有責性の減少と無関係ではないであろうが、政策的な理由を付加することなしには 244 条は説明しえない。「法律は家庭に入らず」との趣旨から、免除が有罪判決の一種であること、さらに 3 項が親族でない共犯者についての適用を排除していることも併せて考えるなら、説が妥当である。

3. 親族関係は窃盗犯人と誰の間に必要か

この点、説を採用し、親族間の特例の趣旨を「法律は家庭に入らず」という格言に求め、親族間の財産秩序は親族内部において維持すべきであるとする以上は、本特例は、被害を処理することが親族内部において可能な範囲にのみ及ぶと解すべきである。それゆえ、親族以外の者が親族の所有物を占有している場合、親族が親族以外の者の所有物を占有している場合、本特例の適用はないと解すべきであり、説が妥当である。

4. 親族関係の錯誤をどのように処理すべきか

検察側は、244 条 1 項の法的性格において説に立つため、親族間の特例を適用する場合には、犯行時において親族関係が客観的に存在することを要し、かつそれで十分であるとする。行為者が親族関係を認識していたか否かを問わないため、親族関係がないのにあると誤信しても本特例の適用はない。

確かに、刑の免除の政策的根拠の背後に、責任減少を強く読み込むならば、親族関係の誤信は客観的に親族間で行われた場合と同程度の責任の減少を伴うようにも思え、刑の免除もありうるようにも思える。しかし、244 条には、「責任非難は十分向けえるが、法が家庭内に介入すべきではない」という刑事政策的考慮が含まれているといわざるを得ず、客観的に親族関係が存在しない場合には、刑の免除は認めるべきではない。また、そもそも刑罰阻却事由は故意の対象に含まれない。したがって、a 1 説が妥当である。

・本問の検討

1. まず、X が、甲から預かった「他人の財物」であるトランクを、施錠を解かずに無理矢理こじあけ「損壊」した行為につき、器物損壊罪（261 条前段）が成立する。
2. 次に、X は甲から預かった施錠がされているトランクをこじあけ、現金 30 万円相当のカメラを窃取しているが、かかる場合に X がいかなる罪責を負うか。封緘委託物の占有が委託者と受託者のいずれにあるのが問題となる。
 - (1) この点、占有の物理的・現実的要素を重視し、封緘委託物全体に受託者の占有を認め、受託者は委託者の占有を補助する機関にすぎないとする見解がある。

しかし、物全体を現実的に支配しているのは受託者であるという面を無視するものであるから、かかる見解は妥当性を欠く。
 - (2) 次に、内容物も含めた者全体の占有は受託者にあるとする見解もある。しかし、かかる見解は、封緘の持つ意義を軽視している。
 - (3) 思うに、刑法上の占有とは事実上の支配内にある場合に認められる。そして、封緘委託物の場合、物全体に関しては受託者の事実上の支配内にあるといえ占有が認められるが、内容物に関しては封緘により受託者の支配が及ばなくなり、その事実上の支配は委託者に留保されているといえる。
 - (4) よって、封緘委託物全体の占有は受託者にあるが、内容物の占有は委託者にあるとするのが妥当とし、以下、検討する。
 - ア. 本問において、甲から預かっていたトランクは施錠がされており、無理矢理こじあけなければ中身が確認できない状態にあったから、当該トランクは封緘委託物だといえる。そして、X は、そのトランクの内容物であり未だ甲の占有下にある甲の所有しているカメラをトランクから抜き取って逃げ去っているから、他人の財物を他人の占有から自己の占有に移しており窃取が認められる。よって窃盗罪（235 条）の客観的構成要件を満たす。
 - イ. また、X は、カメラを窃取する際にカメラを売って現金にしようと考えているから、不法領得の意思と窃盗の故意が認められ、窃盗罪（235 条）の主観的構成要件を満たしうる。
 - (5)ア. もっとも、X と甲の間には親族関係があるため、244 条 1 項が適用されないか。カメラが乙の所有するものであるところ、親族関係が誰との間にあるかが問題となる。

この点、前述のように、説を採用し、親族関係は占有者・所有者双方との間に必要と解する。
 - イ. 本問では、カメラは乙が所有するものであり、X と乙の間には親族関係がないことから、244 条 1 項の適用を受けることはない。
- (6) もっとも、X はカメラが甲所有の物だと誤信しているため、親族関係の錯誤があるとして、故意が阻却されないか。親族関係の錯誤をどのように処理するかが問題となる。

この点、前述のように、a 1 説を採用し、親族関係の錯誤は故意を阻却しない。

本問では、X はカメラが甲の占有・所有するものであると誤信しているが、実際にはカメラは乙が所有しているものである。そのため、客観的に親族関係が存在せず、これは親族関係の錯誤であるため、故意は阻却されない。

よって、X の上記行為に窃盗罪(235 条)が成立する。

・結論

Xは器物損壊罪（261条前段）、窃盗罪（235条）の罪責を負い、両者は併合罪（45条前段）となる。

以上