

## I. 反対尋問

1. 奪取罪の保護法益をいかに捉えるか。
2. 244条1項の免除の根拠及び法的性質をいかに捉えるか。
3. 違法性判断につき主観を考慮するのか。

## II. 学説の検討

### 1. 窃盗罪における不法領得の意思の要否およびその内容について

- (1) まず、P-1説(排除意思限定説)は利用処分意思を不要とするが、占有を奪って隠匿する行為をすべて窃盗罪とせざるをえなくなり、特に、信書隠匿罪の成立する余地がほとんどなくなってしまうため不合理であり採用できない。
- (2) 次に、P-2説(利用・処分意思限定説)は排除意思を不要とし、この説は占有侵害の有無で窃盗罪と不可罰の使用窃盗を区別する。しかし、これでは直ちに返還する意思で財物を利用する場合と、毀棄するつもりで財物を利用する場合とでは客観面が全く同じであり、前者の場合のみ占有移転がないと見ることは困難といえ窃盗罪と使用窃盗を区別することができないため採用できない。
- (3) さらに、Q説は前述の批判が同様に該当し採用できない。
- (4) この点、窃盗罪が財物自体の効用を滅失させる器物損壊罪比べて重く処罰される理由は、被害者の財産侵害を内容とする意思に加えて、財物を利用しようという動機・目的を有する点がより強い非難に値し、その利欲犯的性格が法定刑に影響しているからである。また、犯人による利益侵害が処罰に値する程度に達しているかを判断するために、どの程度占有を侵害する意思があったかを問う必要がある。そこで、検察側はP-3説(双方要求説)を採用する。

### 2. 244条1項が適用されるためには、行為者と誰との間に親族関係があることを要するかについて

- (1) まず、所有者との間に親族関係を要するとすれば、行為者が、他人が所有している物を親族の物だと思い盗んだ場合に、本来は期待可能性の減少が認められるべき状況であるにもかかわらず、刑の免除が認められないことになり、244条の適用範囲が不当に狭まることになってしまう。したがって、甲説(所有者説)は妥当でない。
- (2) 次に、検察側は、244条の法的性質について「法は家庭に入らず」という政策的配慮に基づく規定と捉え、その趣旨を論拠の一つとして丙説(占有者・所有者双方説)を採用している。しかし、244条が政策的規定だということだけでは、何故刑の免除を一部の財産犯にのみ認めるのか説明できない。
- (3) この点について弁護側は、244条の法的性質を親族間では反対動機が弱く、「親族の物を盗むな」と期待することが困難であるため、刑を免除しているものとする。そうであるとすれば、親族が占有している物については親族関係特有の誘惑的側面があるといえるので、244条における親族関係は行為者と占有者の間にあれば足りるというべきである。したがって、弁護側は乙説(占有者説)を採用する。

### 3. 親族関係の錯誤があった場合に244条1項の効果が及ぶかについて

- (1) まず、β説(244条1項の効果が及ばないとする説)は同項の法的性質を一身の処罰阻却事由であるとしてその錯誤は故意の成否に関係がないものとする。しかしこの説によると、遠い親族の場合には同条2項により親告罪となるにもかかわらず、より近い親族の場合には1項により告訴がなくとも起訴され、有罪判決を受ける可能性がある点で刑の不均衡が生じているから妥当でない。
- (2) 次にα-1説(38条2項説)も、244条1項の法的性質を一身の処罰阻却事由と解する点においてβ説と同様に妥当でない。
- (3) そして、α-2①説(違法性阻却事由説)は、検察側と同様の理由から採用できない。
- (4) この点、前述の通り244条1項の趣旨は親族関係という誘惑的要因から反対動機の形成を強く期待できないため可罰的責任が減少する点にある<sup>1</sup>。そして、親族関係が希薄な現代においても前記誘惑的要因を完全に排除するこ

<sup>1</sup> 西田典之『刑法各論〔第4版補正版〕』弘文堂[2009]153頁

とは出来ないから、現代における個人主義の徹底という点は決定的な批判にはならない。したがって、244条1項の錯誤は期待可能性を基礎づける事実の錯誤として処理されるものと解する。よって、弁護側は $\alpha$ -2②説を採用する。

### III. 本問の検討

一 Xがガレージから自転車を持ち出した行為につき窃盗罪(235条)の成否を検討する。

1 まず、当該自転車はBが所有するものであり、かつ当時においてはAが占有していたのであるから、少なくともXの物とは言えず、「他人の」物であるといえる。また、当該自転車は約2万5000円の価値を有するものであったことから「財物」である。

そして、XはA、Bのどちらからの承諾も得ずにガレージから当該自転車を持ち出している。したがって、かかる行為はAとB兩名の意思に反して当該自転車の占有をXに移転するものといえ、「窃取」にあたる。

2 また、Xは上記の行為につき認識があり構成要件の故意が認められる。

もっとも、Xは元の場所に戻すつもりであったのだから、不法領得の意思を欠くのではないか。

この点、弁護側は不法領得の意思の要否およびその内容について、P-3説(双方要求説)を採用し以下検討する。

まず本件Xが当該行為に出た時間帯は午前3時から4時までの間と深夜の一時間程度である。この点、通常自転車を所有する人がかかる時間帯にその自転車を利用することは少ない、かつ所有者が自転車を使用する時間としては、一時間弱の使用時間は短いといえる。また、Xが当該自転車を持ち出したその態様はあくまで無施錠の自転車をガレージから出したのみであって、自ら開錠はしていない。さらに、Xが当該自転車で走行した距離は5km程度と、一般的な自転車所有者が走行の用に供する距離としては短い。そしてXは犯行後、当該自転車をA宅ガレージの元の場所に戻すつもりでいたのだから、Xは少しの間借りるつもりであったといえる。

したがって、Xは権利者として他人の物を自己の所有物とする意思ないし所有者として振る舞う意思を欠くといえる。

3 以上より、Xは不法領得の意思を欠くことから、構成要件を充たさない。

二 よって、Xがガレージから自転車を持ち出した行為につき、窃盗罪はもとより何ら犯罪は成立しない。

三 なお、以下では仮に本件Xの行為が窃盗罪の構成要件を充たした場合の窃盗罪の成否につき検討する。

1 本件において、Xの自転車を持ち出した行為が構成要件を充たす場合、違法性を阻却する事由は何ら認められない。

2(1) そこで、弁護側は244条1項の適用範囲につき乙説(占有者説)を、親族関係の錯誤につき $\alpha$ -2②説を採用するところ、244条1項の適用により責任が阻却されないか検討する。

本件では当該自転車の占有者はAであり、AはXの祖父であるから「直系血族」にあたる。

したがって、244条1項が適用され、責任が阻却される。

(2) また仮に244条1項が適用されない場合にも、本件Xは当該自転車を祖父Aのものだと思っており、親族関係につき錯誤があるから責任が阻却されないか。

この点弁護側は前述の通り、 $\alpha$ -2②説を採用する。

本件についてみると、Xは当該自転車を祖父Aのものだと思っている。したがって、責任を基礎付ける事実すなわち当該自転車が親族以外の者の所有する物であることの認識を欠く。この点、故意責任の本質は反規範的人格態度に対する道義的非難である。そして、Xは責任を基礎付ける事実の認識を欠くことから、規範に直面し得ないから、Xに故意責任を問うことは出来ない。

よって、責任故意は認められず、責任が阻却される。

四 以上より本件Xの行為が仮に構成要件を充たした場合であっても、窃盗罪は成立しない。

### IV. 結論

Xの行為につき犯罪は成立せず、Xは何ら罪責を負わない。

以上