

## I. 事実の概要

Xは、就寝中の住宅に侵入し、窃盗または強盗をする計画を企てた。そこで、昭和62年6月21日午前3時ころ、X宅から50mほどの所に住んでいる祖父Aの自宅へ赴き、無施錠の自転車(以下「本件自転車」)をA宅のガレージから持ち出した。本件自転車は、実際はAの友人B所有のものであったが、Xはこのことを知らなかった。

そして同日午前4時ころ、XはA宅から5km離れたC女のアパートに侵入し、強盗の実行に着手したが、その目的を遂げないまま、逃走した。Xは、本件自転車に乗り、自宅に逃げ帰ろうとしたが、そこを警察官に発見され、逮捕された。

Xは、犯行現場へ赴くための交通機関として、また、犯行現場から逃走するための手段として本件自転車を持ち出し、犯行後はA宅ガレージの元の場所に戻すつもりでいたものであった。

## II. 問題の所在

1. Xは、C宅における窃盗または強盗計画の手段として本件自転車を持ち出し、犯行後はA宅ガレージの元の場所に戻すつもりでいたものであった。そこで、Xが本件自転車を持ち出した行為は使用窃盗にあたり、不可罰とされないか。窃盗罪(235条)における不法領得の意思の要否およびその内容が問題となる。
2. 本件自転車はXの祖父Aが占有していたものであるが、Xの祖父Aの友人B所有のものであった。そこで、Xに親族相盗例(244条1項)が適用されないか。同項が適用されるためには、誰と誰との間に親族関係があることを要するか問題となる。
3. 本件自転車は、実際はXの祖父Aの友人B所有のものであったが、XはA所有のものであると誤認していた。そこで、Xの行為につき親族相盗例(244条1項)の効果が及ばないか。親族関係の錯誤があった場合の処理が、244条1項の免刑根拠と関連して問題となる。

## III. 学説の状況

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

P説：必要説

P-1説：振る舞う意思(排除意思)限定説

不法領得の意思の内容として、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必要とする説

P-2説：利用・処分意思限定説

不法領得の意思の内容として、経済的用法に従いこれを利用し処分する意思を必要とする説

P-3説：双方要求説

不法領得の意思の内容として、振る舞う意思および利用・処分意思の双方を

必要とする説

Q 説：不要説

不法領得の意思を不要とする説

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

甲説：占有者説

行為者と占有者との間に親族関係があることを要するとする説

乙説：所有者説

行為者と所有者との間に親族関係があることを要するとする説

丙説：占有者・所有者双方説

行為者と占有者および所有者との間に親族関係があることを要するとする説

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

α 説：244 条 1 項の効果を及ぼしうとする説

α-1 説：38 条 2 項説

244 条 1 項の免刑根拠を一身的処罰阻却事由と解し、その錯誤は故意を阻却しないが、38 条 2 項を適用して行為者の認識した範囲内での処断しかなしえな  
いとする説

α-2 説：事実の錯誤説

α-2①説：違法性阻却事由説

244 条 1 項の免刑根拠は可罰的違法性を欠くことと解し、その錯誤は事  
実の錯誤として故意を阻却するとする説

α-2②説： 244 条 1 項の免刑根拠は期待不可能性と解し、その錯誤が不可避的であ  
る場合には、事実の錯誤として期待可能性を欠くとする説

β 説：244 条 1 項の効果は及ばないとする説

244 条 1 項の免刑根拠を一身的処罰阻却事由と解し、その錯誤は故意を阻却せず、  
244 条 1 項の効果は及ばないとする説

#### IV. 判例

親族相盗例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

最高裁平成 6 年 7 月 19 日第二小法廷決定

<事実の概要>

被告人は、大分県内の A 方において、同所に駐車中の軽四輪貨物自動車内から、A の  
保管に係る B 株式会社(代表取締役 C)所有の現金約 2 万 6000 円を窃取した。被告人と A  
とは、同居していない親族(6 親等の血族)の関係にあった。

<決定要旨>

「窃盗犯人が所有者以外の者の財物を窃取した場合において、刑法 244 条 1 項が適用さ  
れるためには、同項所定の親族関係は、窃盗犯人と財物の占有者との間のみならず、所有  
者との間にも存することを要するものと解するのが相当であるから、被告人と財物の所有

者との間に右の親族関係が認められない本件には、同項後段は適用されない」

## V. 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 説によると、他人の財物を一時使用した後にすぐに返還する意思でその占有を侵害する行為(使用窃盗)は、振る舞う意思が欠けるため不可罰となる。

しかし、使用窃盗が不可罰であるのは、処罰に値する程度の占有侵害の認識がなく、可罰的違法性に欠けるからであり、超越的主観要素たる不法領得の意思の問題とすべきではない<sup>1</sup>。したがって、P-1 説は妥当でない。

- (2) 次に、P-2 説についてはどうか。

この点、窃盗罪が毀棄罪よりも法益侵害性が小さいにも関わらず、毀棄罪よりも法定刑が重くした趣旨は、窃盗罪の利欲的性格にある。そうだとすれば、窃盗罪と毀棄罪との区別のために利用・処分意思を要求すべきとも思える。

しかし、P-2 説によると、毀棄目的で他人の財物の占有を取得した者が毀棄行為に出なかった場合に、不可罰となってしまう。かかる問題を解決すべく、窃盗罪と毀棄罪との区別はその行為態様の違いによってなされるべきである<sup>2</sup>。したがって、窃盗罪と毀棄罪との区別のために利用・処分意思という主観的要素を要求する A-2 説は妥当でない。

- (3) また、P-1 説および P-2 説に対する上記批判が同様にあてはまるため、A-3 説も妥当でない。

- (4) 思うに、財産関係の複雑化した現代社会においては、現に財産が占有されているという財産的秩序を図る必要がある。また、235 条は窃盗罪の客体につき「他人の財物」と規定するにとどまり、他人の所有物に限定していない。

そうだとすれば、窃盗罪の保護法益は財物の占有それ自体であると解すべきであり、財物の占有を侵害する行為をした以上、原則として窃盗罪の成立を認めるべきである<sup>3</sup>。

したがって、窃盗罪の主観的要件としては、窃盗の故意があれば足り、さらに不法領得の意思を必要とすべきではないため、Q 説が妥当である。

以上より、検察側は Q 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、甲説は窃盗罪の保護法益を本権と解することを前提とする。しかし、上述のように窃盗罪の保護法益は財物の占有それ自体であると解すべきである。

したがって、甲説は妥当でない。

- (2) 乙説は窃盗罪の保護法益を財物の占有それ自体と解することを前提とするが、この点については検察側も同様に解する。

しかし、乙説によると、財物の所有者は、その財物の占有を他人に移す限り、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・処分されようとも刑法上の保護を受けがたい立場におかれてしまう。

<sup>1</sup> 前田雅英『刑法各論講義〔第 4 版〕』東京大学出版会[2007]197 頁

<sup>2</sup> 大塚仁『刑法概論(各論)〔第 3 版〕』有斐閣[1996]200 頁

<sup>3</sup> 大塚仁・前掲 197 頁

したがって、乙説は妥当でない。

- (3) 思うに、親族相盗例の趣旨は、親族における財産管理が共同体的な態様で行われることに着目して、親族間の財産秩序は親族内部において維持させる方が適當であるという政策的配慮にあると解する<sup>4</sup>。

かかる趣旨からすると、所有権者を含めた財物についての全関与者に親族関係が存しなければ、親族相盗例を適用すべきでない。

したがって、丙説が妥当であり、検察側は丙説を採用する。

### 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、 $\alpha$ -2①説は、家庭内では共同利用関係が存し財産的侵害の程度が軽いので、可罰的違法性を欠くとする。しかし、かかる共同利用関係を考慮してもなお重大といえるような侵害もあり得る。したがって、244 条の免刑根拠は可罰的違法性を欠くことと解すべきではなく、 $\alpha$ -2①説は妥当でない。

- (2)  $\alpha$ -2②説は、家庭内では個人の特有財産の意識が薄く期待可能性が欠けるとする。しかし、個人主義が徹底してきた現代の家族関係において、期待可能性を欠くとはいえない場合も多い<sup>5</sup>。したがって、244 条 1 項の免刑根拠は期待可能性を欠くことと解すべきではなく、 $\alpha$ -2②説は妥当でない。

- (3)  $\alpha$ -1 説は、244 条 1 項の免刑根拠について、親族関係における上記政策的配慮による一身の処罰阻却であると解することを前提とする。

この点については検察側も同様に解するが、244 条 1 項の免刑根拠を一身の処罰阻却と解する以上行為者の認識した犯罪と実際に発生した犯罪との間に相違はなく、犯罪について故意は存在するため、38 条 2 項を適用する場面ではないといえる。したがって、 $\alpha$ -1 説は妥当でない。

- (4) 思うに、244 条 1 項の免刑根拠は、上述のように一身の処罰阻却である。そして、処罰阻却事由は故意の認識対象には含まれないため、その錯誤があっても 244 条 1 項の効果は及ばないとすべきである。

したがって、検察側は  $\beta$  説を採用する。

## VI. 本問の検討

1. (1) X が本件自転車を A 宅ガレージから持ち出した行為につき、窃盗罪(235 条)が成立しないか。

この点、B 所有の本件自転車は「他人の財物」であり、X が無施錠の本件自転車を A 宅のガレージから持ち出した行為は、B および A の意思に反して本件自転車の占有を X に移転させる行為であり、「窃取」にあたる。したがって、X の行為は窃盗罪の客観的構成要件に該当する。

- (2) もっとも、X は、C 宅における窃盗または強盗計画の手段として本件自転車を持ち出し、犯行後は A 宅ガレージの元の場所に戻すつもりでいたものであった。

そこで、X が本件自転車を持ち出した行為は使用窃盗にあたり、不可罰とならない

<sup>4</sup> 西田典之『刑法各論〔第 4 版〕』弘文堂[2008]223 頁

<sup>5</sup> 大谷寛『刑法講義各論〔新版第 3 版〕』[2009]215 頁

か。窃盗罪における不法領得の意思の要否およびその内容が問題となる。

この点、検察側は Q 説に立ち、窃盗罪成立につき不法領得の意思を不要と解するところ、本問で X に窃盗罪が成立するための主観的要素としては窃盗の故意があれば足り、不法領得の意思は不要である。

本問では、X に窃盗の故意は認められるため、X には窃盗罪の主観的構成要件該当性も認められ、X の行為に窃盗罪が成立する。

2. (1) しかし、本件自転車は、X の祖父 A の友人 B 所有のものであったが X の祖父 A が占有していたものである。そこで、X に親族相盗例(244 条 1 項)が適用されないか。同項が適用されるためには、誰と誰との間に親族関係があることを要するか問題となる。
- (2) この点、検察側は丙説に立ち、行為者と占有者および所有者との間に親族関係があることを要するとする。

本問では、本件自転車は X と親族関係にある X の祖父 A の占有にあったが、その所有権者は A の友人 B であり、X と B の間には親族関係は存しない。

したがって、X に 244 条 1 項は適用されない。

3. (1) もっとも、本件自転車は、実際は X の祖父 A の友人 B 所有のものであったが、X はその事実を知らなかった。そこで、このような場合に 244 条 1 項の効果が及ばないかが、244 条 1 項の趣旨と関連して問題となる。
- (2) この点、検察側は β 説に立ち、このような場合にも 244 条 1 項の効果は及ばないとする。

したがって、本問で X に 244 条 1 項の効果は及ばない。

## VII. 結論

X には窃盗罪が成立し、X はその罪責を負う。

以上