

I. 反対尋問

1. 財物の所在を忘却し熟睡している人（つまり、占有の意思が皆無の場合）から、その財物を置き引きする場合、どの程度の時間的・場所的接着性があれば「占有」を肯定できるのか。
2. 行為者(本件でいえばY)が、置き忘れる状況を一部始終見ていたという事情をいかに評価するか。
3. 窃盗後犯人が盗品物を破壊する場合において、検察側はその行為者の罪責をいかに解するか。

II. 学説の検討

1. 占有の肯否を判断する際の考慮事項について

- (1) この点、検察側の採用する甲説は、「占有」の有無を判断するにあたっては不十分な基準であると考えられる。なぜなら、人通りの激しい場所で置き忘れた場合には、たとえ時間的・場所的に近接した空間内であっても、そのような状況下においては誰が持ち主であるか判然としないのが通常であり、本来の持ち主がなおその財物を所持（占有）していると客観的に判断することは困難だからである。また、被害品の形状・性質、財物の置かれた場所的状况等、占有の有無の判断にとって重要な要素を軽視する点からも甲説の妥当性は疑問である。
- (2) 思うに、窃盗罪等における「占有」は、「人」を「殺した」(199条)などのように、通常一義的に確定され得る構成要件要素とは異なり、裁判官の価値判断や法的評価を待ってその該当性が判断される構成要件要素である。そうだとすれば、占有の有無を判断するに当たっては、時間的・場所的接着性のみならず、諸々の事情を総合勘案すべきであると解する。
- (3) したがって、弁護側は乙説（排他的支配継続性重視説）を採用する。

2. 窃盗罪の保護法益について

- (1) この点、検察官の採用するB説は、占有それ自体を窃盗罪の保護法益と捉えるが、何ら占有を適法ならしめる法的基礎を持たない占有が本当に刑法上の保護に値するのかが疑問である。また、窃取された自己の所有物を取り返す行為も原則として窃盗罪を構成することとなり、国民の法感情に反し、むしろ現代社会の実状にそぐわないと言える。加えて、「人の所有物」から「他人の財物」に変更した理由を、行為客体が他人の所有物に限られないことを予定した点にあるとすれば、242条の積極的な存在意義が見出せない。更に、B説に立った場合、一般的に無罪とされている、いわゆる不可罰的事後行為の事案を合理的に説明できない。
- (2) 思うに、他人の財物を摂取する行為を窃盗罪として処罰する理由は、究極的に他人の所有権その他本権という法律上経済上重要な利益を保護する点にある。また、かく解することで初めて不可罰的事後行為を合理的に説明できるのである。加えて、242条は235条の例外規定とするのが素直な解釈であり、242条にいう占有とはまさに「権限による占有」を意味するものと解すべきである¹⁾。
- (3) したがって、弁護側はA説（本権説²⁾）を採用する。

III. 本問の検討

第1. Yの罪責について

- 1 Yの、Xが公園のベンチに置き忘れたポシェットを持ち去った行為につき、窃盗罪が成立しないか。
- 2(1) 本件ポシェットは、Xの所有物であることから「他人の財物」にあたる。
- (2) では、Yの本件行為は、占有者の意思に反して占有者の占有を侵害する「窃取」にあたるか。本件ポシェットはXが置き忘れたものであり、Xの占有がもはや及んでいないとも思われ、その場合には遺失物横領罪(254条)が成立するにとどまることから、占有の有無の判断基準が問題となる。
- ア この点、弁護側は乙説を採用し、時間的場所的接着性のみならず、諸般の事情を総合考慮した上で、占有の事実

¹ 川端博『刑法各論講義〔初版〕』成文堂[2007]238頁参照

² 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』創文社[1990]560頁
内田文昭『刑法各論上巻〔初版〕』青林書院新社[1979]250頁

と占有の意思の相関関係を把握し、排他的支配の継続を重視して占有の有無を判断する。

イ 本件において、Xは友人と約3時間という長時間話し込んだ上で、180万円相当の本件腕時計というXにとって非常に大切なものが入っているにもかかわらず、本件ポシェットの置き忘れに全く気付かないまま私鉄駅の改札口付近まで歩いており、その間Xは本件ポシェットの存在を完全に失念していたものと考えられる。とすると、占有の意思は極めて薄弱なものであったと解される。

一方、Yが本件ポシェットを持ち去った時点において、Xはベンチから約27mという比較的近い距離にいたとはいえ、Xが置き忘れたことに気付いたのは公園から約200m離れた私鉄駅の改札口付近という場所的隔絶の認められるような地点であった。また、本件現場は、自由に人の出入りが可能な公共空間たる公園であり、午後6時過ぎとはいえ部活帰りの学生等ある程度の人通りがあったものと考えられる。加えて、本件ポシェットは形状・性質からしても、比較的小型で容易に携帯できることから、すぐに人の手から離れ得るものであるといえる。更に、Xは結局のところ、本件ポシェットを取り戻すことは出来なかったのである。とすると、占有の事実も極めて認めがたい。

以上の点を考慮し、占有の事実と占有の意思を相関的に把握しても、Xの本件ポシェットの対する排他的支配はもはや断絶したものと見るほかなく、Xの占有は認めることができない

ウ したがって、本件ポシェットにXの占有が及んでいない以上、Yの本件行為は「窃取」に当たらない。

3 よって、Yの本件行為につき窃盗罪は成立せず、遺失物横領罪が成立するにとどまる。

第2.Xの罪責について

1 Xの、Yが身に着けていた腕時計を持ち去った行為につき、窃盗罪(235条)が成立しないか。

2(1) 本件腕時計は、X自身の所有物であり、Yが何ら権限なく占有しているものに過ぎないことから、235条にいう「他人の財物」に当たらないのではないか。242条の「他人の占有」の意義が窃盗罪の保護法益と関連して問題となる。

この点、弁護側は窃盗罪の保護法益についてA説を採用するので、242条の「他人の占有」とは、所有権その他本権に基づく「権限による占有」を指すものと解する。

これを本問につき見るに、Yは占有離脱物たる本件腕時計を横領したに過ぎず、Yの占有は何ら権限に基づくものでないことから、「他人の占有」に当たらず、本件腕時計は「他人の財物」にあたらぬ。

(2) よって、Xの本件行為は窃盗罪の構成要件に該当しない。

3 仮に、Xの本件行為が窃盗罪の構成要件に該当するとしても、自救行為として違法性が阻却されないか。

(1) 思うに、違法性の本質は社会的相当性を逸脱する法益侵害及びその危険にある。とすれば、たとえ法益侵害が発生したとしても、社会的に相当な行為であれば、当該行為の違法性が阻却されるものと解する。

そして、自救行為が社会的相当な行為として違法性が阻却されるためには、①法益侵害の存在、②緊急性、③被害回復行為の必要性・相当性、④自救の意思、が認められることを要する³。

(1) Yが着用していた腕時計は、Xの所有物であり、Xの本件腕時計に対する所有権が侵害されている。(①充足)

また、仮に警察に通報する等法的措置を待っていた場合には、本件腕時計は小型であり、Yが腹いせに破壊することは容易に想像できることから、その場で取り返す緊急性も認められる。(②充足)

更に、本件Xの行為は、Yに盗られた物を取り返したに過ぎず、多少乱暴な面があったとしても、本件腕時計の性質・価格、Yが取り戻そうと本件腕時計に手をかけていた点を考慮すれば、補充性・法益権衡性を逸脱したものとは評価できず、必要性・相当性が認められる。(③充足)

加えて、Yの着用していた時計が間違いなく自分のものであると確信した上で本件行為に出ていることから、自救の意思も認められる。(④充足)

(3) したがって、Xの本件行為は社会的に相当な自救行為といえ、その違法性が阻却されるものと解する。

4 よって、Xの本件行為につき窃盗罪は成立しない。

IV. 結論

Yは遺失物横領罪(254条)の罪責を負う。

Xは何ら罪責を負わない。

以上

³ 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』成文堂[2009]276頁