

I. 反対尋問

1. 占有の事実と占有の意思の関係性をどのように捉えているか
2. 判例をあげた趣旨は何か。
3. 時間的・場所的近接性により占有継続が認められるとする根拠は何か。
4. 検察レジュメの学説の検討 2 において「窃盗罪の成立範囲が狭まることとなり不当」とあるが、成立範囲が狭まるのがなぜ不当なのか。

II. 学説の検討

1. そもそも、窃盗罪における占有においては、民法上認められる観念的な占有形態である間接占有(民法 181 条)、占有改定(民法 183 条)を認められていない。すなわち刑法上の占有は客観的・現実的なものである。

このように窃盗罪における占有が客観的・現実的なものであるとすると、主観的要素としての占有の意思はあくまで補充的に機能すると考えられる。さらに、占有は単なる支配の『可能性』により認められるべきではなく、客観的状況を基礎とした事実的支配をもって認められると考える。

よって、弁護側は占有の事実について客観的状況をもって判断し、占有の意思をあくまで補充的なものとしてとらえる丙説が適当であると考ええる。

以下、他説について批判的に検討を加える。

2. まず甲説であるが、主観的な占有の意思を推認させる状況のみをもって、財物に客観的な支配が存在しない時にまで占有を認めるのは疑問である。なぜなら、占有とは支配の事実(客観的要素)と支配の意思(主観的要素)から構成されるどころ、客観的要素を考慮しないとすれば、占有概念が不当に広がるからである。
3. 次に、乙説であるが、この説は財物が占有者の保管の下にあったか、あるいは占有者が財物を保管していたかという観点から物に対して客観的支配を認めるものであり、占有の事実と占有の意思の程度は、物の所在する場に応じて異なるとするものである¹。

確かに、場所の特殊性が占有の客観的支配の程度に影響を与えうるとするのは現実的であると考ええる。しかし、客観的支配の程度を考慮するにあたり、基準が多く分類的な意味にとどまるきらいがあり、妥当ではない。

4. ゆえに、弁護側は丙説を採用する。

III. 本問の検討

1. XはA所有のカバンを公園のベンチから取り上げその場を離れている。かかる行為につき窃盗罪(235条)は成立しないか。

(1) 同罪の構成要件要素である「窃取」(235条)とは占有者の意思に反して、財物に対する占有者の「占有」を排除し、自己または第三者の占有に移すことをいう。しかし、Xがかかる行為に及んだ際にカバンの所有者であるAはカバンを置いたまま離れた場所にいた。

このような場合、すなわち一見すると財物の占有者がその「占有」を放棄したようにもみえる場合にもカバンに対するAの占有は継続しているといえるのか。財物に対する「占有」の継続はいかなる場合に認められるのか、その判断基準が問題となる。

(2) この問題について、弁護側は丙説を採用するため客観的に他人がその財物を事実上支配している状態又は支配を推認せしめる客観的状況があつて、かつ、主観的な占有の意思がある場合な場合に占有の継続が認められると考える。

¹ 田中利幸「刑法における『占有』の意義」『刑法理論の現代的展開・各論』(日本評論社,1996年)188頁以下。

これを本問につき検討すると前述のとおり X の行為時、A はカバンのもとを離れていることから客観的に見てカバンに対する A の事実上の支配は認められない。また A はただカバンを置き忘れてただけであってそれに対する支配を推認させるような状況を作成したという事情も認められず、約 40m というカバンからの距離も比較的近距离であるとはいえそれだけをもって支配を推認することはできない。

ゆえに、本問においてカバンに対する A の占有の継続は認められないと考える。

(3) したがって X の上記行為は「窃取」(235 条)にあらず、同罪の構成要件を充足しない。

(4) 以上より、X の上記行為につき窃盗罪(235 条)は成立しない。

2. それでは、X の上記行為につき遺失物横領罪(254 条)は成立しないか。

(1) 同罪の客観的構成要件は、①「占有を離れた」②「他人の財物」を③不法領得の意思のもと④「横領」することである。²

(2) これを本問についてみると、X の行為客体であるカバンは A の占有が及ばない A 所有のものであるため要件の①②は充足される。

次に横領行為とは、自己の占有する他人の物について不法領得の意思を実現する一切の行為をいうとされるが、本問において X は「カバンを取ろう」と思いベンチからカバンを取り上げ、それを抱えたまま公園内の公衆便所に入り、中の財布から現金を抜き出している。

確かに上記 X の行為はカバンの拐帯、抑留あるいは現金の着服といった事実行為に該当するようにも思われる。しかし、本問において X がカバンを取り上げたのは A が約 40m 先にいたときであり、A がカバンを忘れたことに気づき公園に戻ってくるまでが 10 分程度であったことから、X がカバンを取ってから A が戻ってくるまでの時間はどんなに短く見積もっても 5 分はあったと考えられる。

これらの事情を踏まえると、X は行為後に少なくとも 5 分の時間があつたにもかかわらずカバンを持ったまま公園外へ逃走せず、A が戻ってくるまで公衆便所内にとどまっていたことになるが、もし本当に X が不法領得の意思の実現を考えていたとすれば単純にカバンを持ったまま遠くへ逃げれば済む話であり、わざわざ A が戻ってくる可能性のある公園内にとどまる合理的理由は存在しない。とすればかかる X の行為は不法領得の意思の実現を目的としたものではないと考えられる。

したがって X の行為は「横領」にあたらぬ。

(3) ゆえに X の上記行為は遺失物横領罪の構成要件に該当しないため同罪は成立しない。

3. 以上より X の行為にはいかなる犯罪も成立しない。

IV. 結論

X の行為につきいずれの犯罪も成立せず、X は何ら罪責を負わない。

以上

² 弁護側は横領行為の意義につき領得行為説を採用する。