

I. 反対尋問

- 5 1. 検察側の採用する占有説を採用し、「他人の財物」とは他人の占有する財物と解釈しているが、横領罪(252条)や器物損壊罪(261条)における「他人の物」が他人の所有物を意味し、さらに、242条の「自己の財物」が自己の所有物を意味するのは明確であることからすると、かかる検察側の解釈は文言上無理があるといえないか。
- 10 2. 検察側は、「他人の財物」が本件のように盗品であっても、Yの占有権を保護していることから、占有という事実自体がある以上、明らかに不法な利益であってもこれを保護しているといえるが、そうだとすると、社会秩序の維持という刑法本来の目的に反することにならないか。

II. 学説の検討

- 15 1. C説(占有説)について
242条における「占有」とは質権・留置権・賃借権等の本権に基づく法律的・経済的見地からの財産的利益によって裏付けられている占有の意味と解すべきである¹。それゆえ、占有自体が保護法益となっておらず妥当ではない。
それゆえ、弁護側は本説を採用しない。
- 20 2. D説(修正占有説)について
かかる学説も占有自体を保護法益と捉えているため、占有説と同様に妥当ではない。
それゆえ、弁護側は本説を採用しない。
3. A説(本権説²)について
「占有」の意味を法律的・経済的見地からの財産的利益によって裏付けられている占有
25 と解すると、限定して占有を肯定してしまうのであり、限定をせず、占有を肯定する本権説とは相容れない³。よって妥当ではない。
それゆえ、弁護側は本説を採用しない。
4. B説(修正本権説)について
かかる説は先述の通り占有を限定しているものであり、「占有」の解釈とあてはま
30 り、かかる趣旨を反映した学説といえる⁴。
それゆえ、弁護側は本説を採用する。

¹ 団藤重光『刑法綱要各論[第3版]』(創文社,1990年)561頁。

² 松宮孝明『刑法各論講義[第5版]』(成文堂,2018年)197頁。

³ 大谷實『刑法講義各論[新版第4版]』(成文堂,2013年)194頁。

⁴ 岡野光雄『刑法要説各論[第5版]』(成文堂,2009年)103頁。

Ⅲ. 本問の検討

第一 甲を持ち帰った行為について

- 5 1. 甲を持ち帰った X の行為につき窃盗罪（刑法 235 条。以下、条数のみ示す。）が成立するか。
2. 弁護側は B 説を採用し、「他人の財物」を他人が正当な権原に基づいて占有する物であると解する。Y が甲を保管するに至ったのは 2 週間前に X から甲を窃取したことによる。よって Y の甲に対する占有は窃盗行為によって生じたものであるから刑法的保護に値するとは到底言えず、甲は正当な権原に基づいて占有された物とは言えない。よって甲は窃盗罪
- 10 の客体とはなり得ないのであるから、X が甲を持ち出すという行為に窃盗罪の構成要件該当性を肯定することは出来ない。
3. また、仮に検察側の主張する C 説に則ったとしても、X が甲を持ち出した行為は自救行為に当たるから違法性が阻却される。検察側は自救行為に緊急性の要件が必須であると解しているが、弁護側はその要件を、実質的に自救行為が国家的・社会的に相当化を判断するための考慮要素にすぎないと考えている。また緊急性の要件を必ずしも要求しない裁判例も散見される。（福岡公判昭和 45 年 2 月 14 日）自救行為の法的性格として緊急行為という側面と特別の行為権という側面がある。特別の行為権による行為は、緊急性が認められる場合だけでなく行為が他の法によって正当化される場合には行為は違法でないという原則に基礎づけられる。このことは刑法の謙抑性原則からも肯定でき、緊急性が否定されれば直ちに自救行為は認められないと考えるのは適当ではない⁵。以下、自救行為によって得られた利益と侵害された利益の考量、その行為の相当性、緊急性等を考慮し、自救行為が国家的・社会的に相当化を検討する。
- 15 4. 自救行為によって得られた利益は所有物の回復であり、その利益は財産権として憲法 29 条 1 項に規定されていることに照らせば極めて重いと云わざるを得ない。対して自救行為によって侵害された利益としては窃盗犯人の窃盗物に対する占有であり、その占有は憲法 29 条 1 項に反するものであって刑法的保護を与える必要性は相対的に低いといえる。さらに甲を持ち出すという行為もケースから取り出して持ち帰るというものであって、ケースを壊したり Y を殴って奪い取ったというものでもないので行為の相当性も認められる
- 20 だろう。そして緊急性について、Y が直後に海外の資産家に甲を売却するために甲をもって
- 30 出国することも考えられ、このような場合にはもはや物の回復は実現困難だから、救済を求める余裕があったと言い切ることは出来ない。少なくとも甲が盗まれた X にとっては救済の余裕があったと考えが至らなくても無理はないことであり、法は無理を強いるものではないから緊急性判断をあまり重視すべきではない。以上のことを総合考慮すれば、自救行為

⁵ 曾根威彦「自救行為と違法性阻却の一般原理」『違法性阻却論研究・その三』（早稲田大学法学会誌, 1974 年）24, 41-76 頁。

が国家的・社会的に相当であるといえる。よって X が甲を持ち出した行為は自救行為として違法性が阻却されるため、どちらにせよ窃盗罪は成立しない。

第二 乙を持ち帰った行為について

1. 乙を持ち帰った X の行為について窃盗罪が成立するか。

5 2. 第一と同様に「他人の財物」を解すると、乙も盗品である以上は Y の占有が正当な権原に基づいているとは言えないため、乙は窃盗罪の客体とはならない。なぜなら、乙の所有者の所有権は Y の窃盗行為によって既に侵害されているため新たな法益侵害は無く、Y の占有も刑法的保護に値するものではないからである。よって乙は窃盗罪の客体とはならない以上、乙を持ち帰った X の行為に窃盗罪は成立しない。

10 3. 乙を持ち帰った X の行為について遺失物等横領罪（254条）が成立するか。

4. 乙は乙の所有者の占有を離れた物であり、占有を離れた他人の物であるといえる。そしてケースから出して持ち帰っているため横領したといえる。よって乙を持ち帰った X の行為に遺失物等横領罪の構成要件該当性が認められ、遺失物等横領罪が成立する。

15 IV. 結論

Xは乙についての遺失物等横領罪の罪責を負い、甲についての行為は不可罰となる。

以上