

I. 事実の概要

- 5 1. Xは、ある日紅葉狩りに訪れた先の公園のベンチで、自己所有のカメラ(20万円相当(以下「甲」とする。))をカバンの中に入れてそのまま、トイレ(直線距離10メートル、間に障害物はないものとする)に立ってしまった。Xが所有していたカメラは現在すでに生産が終了しているモデルであり、見た目に傷や汚れがないものの、Xは常日頃から外出する際はこれを携帯しており、愛着が湧いていた。
- 10 2. Yも同様の目的で公園に訪れていたところ(XとYはこの時点で何ら面識はなかった)、Xがカバンにカメラをしまいそのままトイレに行ったのを見て、X所有のカメラが以前から自分がネットオークションで購入したいと考えていたモデルで希少価値も高かったことから、魔がさし周囲の人がこちらに注目していないことを確認した上で、バックごとこれを盗んでもって帰り、自宅でコレクションとしてケースに入れて陳列した。
- 15 3. Xは大切にしていたカメラが盗まれ落ち込んでいたが、事件から2週間後にカメラ好きの友人Zから、使わなくなったカメラをあげるから、Zが所属している写真同好会の会合に来ないかと誘われ、同好会会長のY宅に招かれることとなった。
4. Y宅でYZその他複数人と写真やカメラについて熱く語り合い意気投合し、Yが「私の自慢のコレクションを見せてあげる」などといってXらにコレクションのカメラが陳列されたケースのおいてある部屋を見せたところ、Xはその中に先日盗まれた甲を見つけた。
- 20 Yは依然としてXが先日のカメラの持ち主であったことに気がついておらず、これらを得意げにケースから取り出して見せびらかした。
5. Xはその後、リビングに戻った後にトイレに行くといって席を立つと、コレクションが所蔵された部屋で自らのカメラに違いないとの確信を持って甲を持ち出し、さらには盗んだYへの苛立ちからどうせこれら他のものも盗んだものに違いないと考えて別のカメラ
- 25 1台(乙)もケースから取り出して、これを持って帰った。なお、実際にYのコレクションは盗品が3割ほど含まれており、Xが持ち帰った乙も盗品であった。

[設問]上記の事案においてXにはいかなる罪が成立するか。

30

II. 問題の所在

1. 本件において甲はXの所有物であるが、自己の所有物を他人が占有する場合、他人のいかなる態様の占有が保護されるべきか、すなわち、刑法242条の「他人が占有し」をどのように解するべきかが問題となる。
- 35 2. 本件においてXが持ち帰った乙は盗品であるが、上記と同様242条の観点からYの占

有権が保護されるかが問題となる。

Ⅲ. 学説の状況

A 説(本権説)

- 5 窃盗罪の保護法益を占有の背後にあるとする説¹。

B 説(修正本権説)

構成要件該当性の判断の段階において、保護されるべき占有の範囲を限定する説²。

C 説(占有説)

占有それ自体を保護法益とする説³。

- 10 D 説(修正占有説、平穏占有説)

本権説と占有説の中間説。占有の範囲として、一応理由のある占有ないし平穏な占有を保護法益とする説⁴。

Ⅳ. 判例

- 15 最高裁平成元年7月7日第三小法廷判決。刑集43巻7号607頁、判時1328号151頁、判タ711号199頁。

[事実の概要]

- 20 自動車金融業者である被告人は、借主との間に買戻約款付自動車売買契約を締結して金員を貸し付けていた。その契約において、借主が買戻権を行使しない限り、被告人が当該自動車を任意に処分できると定められていたが、契約当事者の間では、借主が契約後も自動車を保管し、利用することができることは、当然の前提とされていた。もっとも被告人は、借主が返済期限に遅れば直ちに自動車を引き揚げて転売する意図を秘し、借主に契約書の写しを渡さなかった。その後、借主が買戻権を喪失した直後に、密かに作成したスペアキーを利用して債務者に無断で自動車を引き揚げた。

25

[判旨]

- 30 被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあったことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があったとしても、被告人の引揚行為は、刑法242条にいう他人の占有に属する物を窃取したものとして窃盗罪を構成するというべきであり、かつ、その行為は、社会通念上借主に受忍を求める限度を超えた違法な

¹ 藤木英雄『刑法(全)[第4版]』(有斐閣,2013年)236頁。

² 団藤重光『刑法綱要・各論[第3版]』(創文社,1990年)560頁以下。

³ 山口厚『刑法[第3版]』(有斐閣,2015年)286頁。

⁴ 大塚仁『刑法概説・各論[第3版増補版]』(有斐閣,2005年)181頁以下。

ものというほかはない。

[引用の趣旨]

5 本判決は、所有権者であっても他人が占有している場合は、その者の占有を侵害することはできないと判示したものであり、検察側の採る立場に親和的である。

V. 学説の検討

A 説(本権説)について

10 本説によれば、242 条の特則が適用できるかどうかは、先行問題としての民法上の権利関係の評価に依存・従属することになり、占有を正当づける民法上の権利がなければ、その占有は 242 条により保護される占有にあたらぬ。しかし、正当な権利の保護・実現のためだとしても、私人による実力の行使を許容せず、権利保護を国家機関の役割とする方が妥当であるため、法治国家では自救行為が原則として禁止されているが、本説の立場だと、本件のように、他人の占有する自己の所有物を取り戻す行為が許容される、すなわち
15 原則として禁止されているはずの自救行為を許容してしまうこととなるため、妥当でない。

よって、検察側は本説を採用しない。

B 説(修正本権説)について

20 本説によれば、事実上の占有のうち、違法性阻却の判断における具体的な利益衡量に先立ち、絶対的な形で保護される占有がどのようなものであるかを示さなければならないが、それが明確ではない⁶ため、妥当でない。

よって、検察側は本説を採用しない。

D 説(修正占有説)について

25 本説は、一応理由のある占有ないし平穏な占有を保護法益とする説であるが、「平穏」の意義ないしは何をもって「平穏」であると判断するのかが不明確であるため、妥当でない。

よって、検察側は本説を採用しない。

C 説(占有説)について

30 仮に本説でない立場に立ち、窃盗罪において保護される占有を限定して本件のような他人の占有する自己の所有物を取り戻す行為は窃盗罪の構成要件に該当しないが、第三者が奪取する行為はそれに該当すると解すると、同じ事実である窃盗犯人の有する他人の所有物に対する占有が相手によって存在したりしなかったりすることになり、不自然である⁷が、

⁵ 井田『講義刑法学・各論[第2版]』(有斐閣,2020年)224頁。

⁶ 井田・前掲 226頁。

⁷ 山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ[第7版]』(有斐閣、2014年)55頁。

本説によればこのような不自然さを解消できる。

よって、検察側は本説を採用する。

VI. 本問の検討

5 第1. 甲を持ち帰った行為について

1. Xの甲を持ち帰った行為につき窃盗罪(235条)が成立するか。

2(1) 検察側はC説を採用し、「他人の財物」を他人が占有する財物であると解する。本件で、Yは自宅の部屋のケース内に甲を保管しているため、客観・主観ともに甲を占有していたといえる。よって、甲はYが占有する「他人の財物」にあたる。

10 (2) 「窃取」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、目的物を自己又は第三者の占有に移すことをいうところ、XはYの意思に反して甲を持ち出しているため当該行為は「窃取」にあたる。

(3) 故意(38条1項本文)とは客観的構成要件該当事実の認識・認容をいうところ、Xは甲を持ち出す意思を有しているから、故意は認められる。

15 (4) また、窃盗罪と使用窃盗・毀棄隠匿罪とを区別するため、不法領得の意思すなわち①権利者排除意思、②経済的用法処分意思が必要であると解する。本件で、Xは①②を有するため不法領得の意思が認められる。

3. したがって、Xの当該行為に窃盗罪が成立するように思える。

20 4(1) もっとも、甲はYがXから盗んだカメラであり、Xはこれを取り返したに過ぎないため当該行為は自救行為にあたり、違法性が阻却されないか。

(2) 自救行為の違法性が阻却される根拠は、権利を侵害された者が、公的機関の救済を求める余裕がないときに自らの実力でその回復を図ることが妥当である点にある。よって、自救行為といえるためには①公的機関による救済を求める余裕がなく、②直ちに行為に出なければ事実上権利の実現が不可能になるか、著しく困難になること、③権利回復手段として必要性・相当性を有する行為である必要がある。

25 (3) 本件で、甲はYがXから盗んだ盗品であるものの、Yはこれをコレクションに入れており、また、Xが甲の所有者であると認識していないことから、Xが公的機関に救済を求めている間に証拠隠滅のために甲が捨てられてしまう等の危険性はなく、救済を求める余裕があったといえる。また、同様の理由から直ちに行為に出なければ事実上権利の実現が
30 不可能または著しく困難になるとはいえず、当該行為は権利回復手段として必要性・相当性を有しているとはいえない(①②③不充足)。よって、当該行為は自救行為にはあらず、違法性は阻却されない。

5. 以上より、Xの当該行為に窃盗罪が成立する。

第2. 乙を持ち帰った行為について

35 1. Xの乙を持ち帰った行為につき窃盗罪が成立するか。

2(1) 「他人の財物」とは上記をいうところ、確かに乙は盗品であり、Yの占有は違法なものであったが、Yがこれを占有していることには変わらない。よって、乙はYが占有する「他人の財物」にあたる。

5 (2) 「窃取」とは上記をいい、XはYの意思に反して乙を持ち出しているためこれにあたる。

(3) 故意及び不法領得の意思も問題なく認められる。

3. したがって、Xの当該行為に窃盗罪が成立する。

VII. 結論

10 Xに甲についての窃盗罪及び乙についての窃盗罪が成立し、両罪は「確定判決を経ていない二個以上の罪」(45条)であるため併合罪となる。

以上