

窃盗罪における占有侵害の意義

船越 杏菜*

要 旨 本稿は、窃盗罪における占有侵害の意義について検討・考察したものである。我国では、窃盗罪の成否判断の際、窃取行為の客体となる財物に対する占有の有無に重点がおかれている。しかし、本来、犯罪成立の中心的要件は行為であると考えられる。したがって、本稿では、はじめに、判例および学説において窃取行為がいかに定義づけされてきたのかを検討し、続いて窃盗罪における占有概念とその有無の判断方法、並びに窃取行為の要素を具体的に検討することによって、占有侵害の意義について論じた。さらに、我国の窃盗罪の問題点を明確にするために、我国の窃盗罪とイギリスにおける盗罪との比較も行った。これらの考察の結果、窃盗罪成立の判断にあたっては、窃取行為の要素が重視されるべきことが確認できた。

キーワード 占有侵害、窃取、占有排除行為、占有設定行為、窃かに

はじめに

我国の刑法第235条は「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、10年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処する」と規定し、窃盗罪の行為として「窃取」を挙げている。そして、学説、判例はこの窃取概念を、占有者の意思に反し、暴行・脅迫・恐喝・詐欺によらずに、財物に対する占有者の占有を侵害し、その財物を自己又は第三者の占有下に移転する行為であると定義し、さらにその方法に制限はないとしている。ところが、この窃取概念の定義は、強盗罪（強取）、恐喝罪（喝取）、詐欺罪（詐取）における財物取得の手段によって、窃取とそれらの財物取得行為とを区別しているだけである。したがって、このような窃取概念は、占有侵害行為の中から強取、喝取、詐取を除いたものを窃取であるとしているにすぎず、窃取概念を消極的にしか定義づけしていないのである。そのため、窃盗罪の成否、および、窃盗罪と隣接する財産犯との区別に関しては、窃取行為の客体とされる財物に対する占有の有無に重点がおかれている。しかし、本来、犯罪成立の中心的要件は

行為であると考えられる。したがって、まず、窃取行為とはいかなる行為なのかを明確にし、それにより、客体である財物の占有侵害の意義を検討する必要がある。

I 窃盗罪における窃取行為

1. 窃取概念の確立

学説および判例における窃取概念の定義の基礎となっているのは、大審院大正4年3月18日判決である¹⁾。この事案は、被告人が自己の牧場に無断で放牧された牛二頭を、牛の所有者の監視、見回りの隙に乗じて奪取したという行為が、窃盗罪と横領罪のどちらに該当するのかが争われた事案である。大審院は、これらの事実関係の中で、牛の所有者が上述の牛二頭を時々監視していたという点を指摘し、「目的物たる牛二頭は被告人又は其代理人の承諾を得ず被告人の牧場に放牧しありたるものなるも事実上イシ（所有者氏名）の支配せるもの」と判示し、当該牛二頭に対する所有者の占有を認め、これを奪取した被告人を窃盗罪で有罪とした。さらに、本判決は、窃取行為に関して、

* 岩手県立大学大学院総合政策研究科博士後期課程

「窃取とは物に対する他人の所持を侵し、其意に反して窃かにこれを自己の所持に移すことを云」とし、窃取行為の成立要素として、占有者の占有を排除する行為（以下、占有排除行為とする）、行為者による自己の占有を設定する行為（以下、占有設定行為とする）、そしてそれら二つの行為が窃かに行われることの三つの要素を提示したのである。とりわけ、本判決は、窃かにという要素に関して、「(所有者が) 其見廻りを為さざりし隙に乘じ被告が之を奪取したるは即ち窃盗にして其横領たらざるや論を俟たらざるを以て本論旨は理由なし」と判示している。これは、窃取行為が窃かに行われたということは、被告人が他者の占有下にあるものを奪取したということの意味している。したがって、大審院がこの窃かにという要素の強調により財物の占有の帰属を明確にし、移転罪としての窃盗罪と非移転罪である横領罪との区別が図られるということを示したものと考えられる。

2. 判例における窃取の定義の変遷

前掲大正4年判決において、窃取行為の要素として、占有排除行為、占有設定行為、窃かに行われることの三要素が提示された。後の判例は、この大正4年判決を指導的判例としながら窃取概念を確立していくが、三要素のうち、占有設定行為については拡大される方向で、また、窃かにという要素については縮小、あるいは削除される方向で修正がなされた。さらに、判例は窃取の具体的な形態を判示し、窃取はその方法に制限がないとされた。このような窃取の要素の変化により、判例における窃取概念は徐々に希薄化されていった。

(1) 占有設定行為の拡大に関する判例の展開

上述大正4年判決において、占有設定行為は自己による自己の占有設定を意味していた。しかし、その後の判例により、占有設定行為は、第三者を利用した（行為主体の）自己の占有設定行為および、第三者による第三者の占有設定行為を含むものへと拡大されていく。

占有設定行為が拡大された理由として、はじめに、管理者の不知のうちに鉄道の手荷物の荷札をもぎ取り、自己方に輸送されるように細工した荷札と付け替え、その事情を知らない係員を利用して自己方に輸送させたという事案について判示した最高裁昭和27年11月11日判決²⁾や自己の言動に畏怖し意思を抑制されている12歳の少女を利用して窃盗を行ったという事案である最高裁昭和58年9月21日決定³⁾といったような、窃盗罪の間接正犯を認めた一連の判例⁴⁾が挙げられる。これらの判例はいずれも、被告人が事情を知らない第三者あるいは刑事未成年等の他者を利用して、当該財物の占有を自己に移転させた事例である。これらの事例において、判例は、窃盗罪の間接正犯の成立を認め、それにより、窃取行為は、被告人自らの占有移転行為のみならず、第三者による被告人の占有下への財物の移転行為をも含むものと解されるようになったのである。

このように間接正犯による窃取行為の成立が認められ始めると、占有設定行為は、(行為者が利用した) 第三者による第三者の占有設定行為をも含むものへと拡大されていく。大審院大正8年2月13日判決⁵⁾において、窃盗罪の成立にあたって第三者による占有設定行為が争点となった。これは、被告人が、他人が所有する竹を自己のものと偽り、売却し、その買主をして竹を持ち帰らせたという事案であるが、大審院は「窃盗罪の成立には他人の所有物に関し不正領得の意思をもって其の所持を侵害し事実上これを自己の支配内に移すの事実あるを要す」と判示し、所有者の占有を排除し、第三者の占有を設定した行為につき、窃盗罪の成立を否定した。これは先行する大正4年判決における占有設定行為の解釈に従ったものと解される。

しかし、続く大審院大正15年12月24日判決において⁶⁾、この判旨は修正されていく。本件は、被告人らが共謀し、神社境内にある国有の杉を事情を知らない第三者を利用して伐採させ、その第三者に占有を取得させた行為を窃取とした事案である。これについて大審院は「窃盗罪は自己領得の意思を以て他人の支配内に在る自己以外の者の

所有物を自己又は第三者の支配に移すによりて成立す」と判示し、行為者が自己のみならず、第三者をして第三者の占有を設定させる行為を窃取行為の要素として認めたのである。

上述のような「(行為主体の) 自己の」占有を設定する行為に限られていたそれまでの占有設定行為の解釈の下では、第三者に占有を設定させ、行為主体自身の占有設定が無い、大正8年判決および大正15年判決のような事案において、行為主体に窃盗罪の成立を認めることが困難であった。さらに、このような事例で、実際に、占有者の占有を排除し自己の占有を設定しているのは、行為者に利用された第三者である。そのため、占有設定行為を自己の占有を設定する行為に限定してしまうと、自己の占有設定を行っていない行為主体には窃盗未遂罪が成立するととどまり、さらに行為主体に利用された(善意の)第三者には故意がないため窃盗罪の成立は認められない。したがって、実際には占有者の占有が侵害され、財物が移転されているにもかかわらず、窃盗罪の既遂罪が成立する余地がなくなってしまうのである。そのため、判例は行為主体による自己の占有設定だけでなく、行為者が意図した第三者を利用して財物を移転し、第三者の占有を設定させる行為をも窃取における占有設定行為に含むと修正したと考えられる。

その後、大正15年判決に従い、他者の管理する炭坑構内にあるドラグラインについて、自己の所有物であるかのごとく装って第三者と売買契約を締結し、事情を知らない買主に直接解体、搬出させた事案につき、最高裁昭和31年7月3日判決が⁷⁾、財物に対する占有の設定を第三者である買主をして行った場合に関して窃取の成立を認めると、窃取行為における占有設定行為は自己だけではなく第三者により占有を設定する行為も含むということが判例上、確立された。

(2) 「窃かに」の要素をめぐる判例の変化

窃取行為における占有設定行為が拡張されたその一方で、窃かに行われることという要素は縮小・

削除する方向に修正されていった。

前掲大正4年判決における、「(所有者が) 其見廻りを為さざりし隙に乘じ被告が之を奪取したるは即ち窃盗にして其横領たらざるや論を俟たらざるを以て本論旨は理由なし」という判示部分から明らかなように、窃かにという要素は、窃取行為が所有者の不知のうちに行われることを指していたと考えられる。

大正4年判決以降、この窃かにという要素が変化していった事例がいくつか見られる。大審院大正15年7月16日判決である⁸⁾。本件は、被告人が、他人が所有する桑園に所有者の承諾なく桑を耕作し、発芽した桑葉を収穫することによって公然と窃取したという事案である。これに対し、大審院は「窃盗罪は他人の所持を侵害するによりて成立し其の侵害が公然に行われると秘密に行われるとは犯罪の成立に影響なし」と判示し、窃取行為が窃かに行われることという要素を、窃かに行われる必要はないと修正したのである。その一方で、下級審判例においては、窃かにという要素を必要とした判例が散見される。とりわけ、広島高裁昭和27年10月3日判決は⁹⁾、他人が所有する重油タンク、鉄製煙突、鉄などを自己のものとして偽って売却し、その事情を知らない買主に直接引き取らせたという事案について、「刑法第235条にいわゆる窃取とは、支配者の知らない間に他人の財物に対する支配を排除して新しい支配を獲得することをいい、その支配獲得は犯人においてこれを得ると、はた又情を知らない他人をして直接これを得せしめるとを問わないものと解すべきである」と判示し、大正4年判決で提示された「窃かに行われること」を「支配者の知らない間に」と表現し、窃取を認めた。しかし、最高裁昭和32年9月5日決定は¹⁰⁾、窃かにという要素が不要であるとする大正15年判決を維持した。本件は被告人が被害者やその関係者の面前で、約束手形および抵当権設定契約書などの書類、約13通を公然と奪取したという案件であったが、これに対して最高裁は「窃盗罪の成否には財物占有の移転が窃かに行われることを要しない。」と判示した。また、この最高裁

判決以降、窃かにという要素が争点になった判例は、大阪高裁昭和35年7月29日判決が出されたのみで¹¹⁾、その後の判例においては特に、争点とされることはなくなるのである。

このようにして窃かにという要素は縮小・削除されていった。その原因としては、判例が窃かにという要素を検討すべきでない事案においても、検討を加えたからだと考えられる。この窃かにという要素が提示された大正4年判決は、窃盗罪と横領罪の区別が問題となった事案であった。すなわち、窃かにという要素は、上述のとおり、窃盗罪と横領罪とを区別する際に機能する要素であると考えられるのである。横領罪においては自己の占有下にある財物を領得するため、他者の占有を侵害する必要は無いが、窃盗罪における財物の取得は、他者の占有下にあるものを取得するため、他者の占有を侵害しなければ成立しない。窃かにという要素は横領罪との区別において、財物の占有の帰属を明確にすることにより、この占有侵害行為があることを明確にする要素であると考えられる。また、大正4年判決が、窃取行為の一要素として窃かにという要素を強調した意図もそこにあった。しかし、その後の判例は、横領罪との区別が問題となっていない、すなわち、窃かにという要素が機能しない単純な窃盗の案件においても、窃かにという要素に検討を加えたのである。これにより、窃かにという要素は不要とされ、縮小・削除されていったと考えられる。

(3) 窃取の具体的形態をめぐる判例

判例上の窃取概念は上述のような流れの中で確立された。しかし、窃かにの要素の縮小・消滅および占有設定行為の拡大により窃取行為の概念が拡大・希薄化し、窃盗罪と隣接する財産犯との境界線が不明確になったことから、次に判例は、窃取の具体的事例を集積していった。

はじめに、窃取の具体的形態に関する判例として多く見られるのが、パチンコ等の遊技機や銀行のATMに対する欺罔的工作行為により財物を取得した事案に関する判例である。例として、磁石

や銀紙を巻いたパチンコ玉を利用して玉を誘導しあたり穴に落し入れ、不正にパチンコ玉を入手した事案¹²⁾、機械の周期や改ざんしたカードなどを利用して不正に玉を取得した事案¹³⁾、偽造したキャッシュカードを使用しATM機から他人の預金を引き出した事案¹⁴⁾、消費者金融会社の従業員を欺いて他人名義でカードをつくり、それをういて金銭を引き出した事案¹⁵⁾などが挙げられる。これらの事案について判例は、これらの事案は被告人が機械に対する欺罔的工作を用いて財物を取得したものであるが、欺罔的工作の対象となっているのは自然人ではなく機械であること、欺罔的工作を行っていても、それは占有者を錯誤に陥れるものではなく、単に占有者の占有を排除し自己の占有を設定する一方法に過ぎないことなどを挙げ、これらの行為を窃取行為の一つと判断している。

次に、店の店員への欺罔行為より財物を奪取した事案があげられる。このような事案としては、顧客を装って入店し、店員に陳列棚から時計を出して見せるように要求した後、店員の隙を見て時計を奪取した事案¹⁶⁾、古着商の店頭において顧客を装い店員に試着を申し出、試着したまま便所に言ってくると店員を欺き逃走した事案¹⁷⁾が挙げられる。これらの事案について判例は、被告人が欺罔行為を行っていても、その欺罔行為は、被害者を錯誤に陥れ、財物を交付させるものではなく、単に被害者の行為を利用する手段に過ぎないこと、被害者においても財物の交付にあたって被告人に対して占有を移転する意思はなく、よって処分行為が認められないことなどから、詐欺罪ではなく窃盗罪の成立を認め、いずれの行為も窃取の一態様であると判示している。

これら一連の判決はいずれも、窃盗罪と詐欺罪との区別が問題となった判例である。詐欺罪は窃盗罪と同じく占有移転罪であるが、窃盗罪が占有者の意思に反する占有移転であるのに対して、詐欺罪は占有者の意思に基づく占有移転を要件としている。つまり、この占有者の意思とは占有者が行為主体の欺罔行為により錯誤に陥って示した瑕疵ある意思のことであり、詐欺罪成立にあたって

は、これに基づき、占有者が占有する財物を交付・処分することが必要なのである。しかし、上述の一連の判例における欺罔工作および欺罔行為は、相手を錯誤に陥れ、相手の処分行為を促すものではないため、詐欺罪は成立しえない。よって、このような財物の取得に際して行われた欺罔工作や欺罔行為は、それに基づいて、占有者が錯誤に陥り、財物を交付・処分したのでない限り、その後続く占有侵害行為を容易にする準備行為と解され、窃盗罪が成立するのが妥当であろう。このような判例の集積により、窃取行為につきその手段が多様に認められた結果、窃取行為はその方法に制限がないとされ、欺罔行為を用いた財物の奪取も窃取行為とされていった¹⁸⁾。

3. 学説における窃取概念の概観

現在、学説上、窃取行為は一致して、占有者の意思に反して、その財物の占有を侵害し、その財物を自己又は第三者の占有下に移転する行為と定義され、さらにその方法に制限はないとされている¹⁹⁾。しかし、このような学説上の統一がなされる以前には、窃取行為の定義として、窃取を占有侵害行為とする見解²⁰⁾、窃取行為の成立に「占有者の不知」を強調する見解²¹⁾、窃取を平穏な手段による奪取とする見解²²⁾の三つの見解が主張されていた。

まず、窃取を占有侵害行為とする見解は、窃取を「窃取とは所持者の意思に基づかないで所持者の所持を排除し、その上に自己または第三者の所持を設定することである」²³⁾と定義する。これは、この見解が前掲大正4年大審院判決における「窃取とは物に対する他人の所持を侵し、其意に反して窃かに之を自己の所持に移すことを云い其所持とは一般の慣習に従ひ事実上物を支配する関係を云う」とする判決を引用していることから、同判決に依拠して窃取を定義したものであると思われる。また、この窃取を占有侵害行為とする見解と現在の窃取の定義には、用言に「所持」と「占有」の違いが見られるが、両見解とも、窃取の定義に関して大正4年判決を定義の根拠としている点か

ら、同様の見解であると考えられる。さらに、この見解によれば、「窃取」は、暴行・脅迫による占有侵害行為および恐喝・詐欺による占有侵害を除いた全ての侵害行為であると考えられ、窃取の方法に制限はないとされており、この点にも共通点が見られる。しかし、窃取の方法に制限がないとする理由は必ずしも明確ではない。

次に、窃取行為の成立に「占有者の不知」を強調する見解は、窃取を「目的物に対する他人の支配を排斥して、これを自己または第三者の支配内に移す」²⁴⁾行為であり、「占有を移す方法は、占有者の不知に乗ずるのを通例とする」²⁵⁾と定義する。このことから、この見解の基本的な定義づけは窃取を占有侵害行為とする見解と同様であると思われるが、窃取行為が「占有者の不知」のうちに行われなければならないことを強調する点が、この見解の特徴である。この見解における「占有者の不知」は、上述、大正4年判決の「窃取とは物に対する他人の所持を侵し、其意に反して窃かに之を自己の所持に移すことを云ひ」という判示部分に基づくものであると考えられる。すなわち、この見解は、「窃かに」を「占有者の不知に」と解し、これは「占有者の同意を得ずに」あるいは「占有者の意思に依らないで」ということを意味するとする。このことから、この見解における「占有者の不知に」という文言は、現在の定義の「占有者の意思に反して」という部分と同様の意味を有しているものと思われる。また、この見解は、街頭で突き当たって相手方の注意を他にそらしてその際に財物を奪った行為を窃取であるとし、その根拠として次の二つの点を挙げている。一つは、このような場合に用いられた暴行の程度が、被害者の反抗を抑圧するもの程のものではなく、さらに相手方に畏怖を覚えさせそれに基づいて財物を交付させる程のものでもないため、このような財物取得は強取や喝取にあらず、窃取であるという点である。次に、このような財物取得は、まさに被害者の隙をつき、被害者の不知のうちに財物を奪取しているため、暴行、脅迫、欺罔という手段を認める余地がなく、強取や喝取、詐取とは区別

されるという点である。したがって、この見解が「占有者の不知に行われること」を強調する理由は、「占有者の不知に行われること」によって財物の奪取に暴行・脅迫・欺罔という手段が用いられなかったことを明確にし、それによって、窃取と強取、喝取、詐取との区別を図るためだと考えられる。

最後に、窃取を平穏な手段による奪取とする見解は、窃取を「所持者の意思に基づかずして其の物の支配を排除し、之を自己又は第三者の所持に移転すること」²⁶⁾であると定義しており、これも上述の窃取を占有侵害行為とする見解と同様の定義と言える。しかし、この見解の特徴は、窃取を平穏な手段であるとする点である。これは、この見解が、窃かにという要素について、大正4年判決での解釈や文理解釈から離れた独自の解釈をしたことから生じる。すなわち、この見解に立つ島田博士は「窃取の手段方法は何等制限がない。窃かに取るとは平穏な手段に依る意で、公然と行われると秘密裡に行われるとを問わない。」²⁷⁾と解釈している。また、これと同じ見解に立つ佐瀬博士は「奪取の手段か平穏なることは本罪の特色なり茲に平穏手段と云うは暴行脅迫または詐欺の手段を用いざるの謂なり」²⁸⁾と主張している。これらのことから、この見解における「平穏な手段」とは「暴行・脅迫・恐喝・詐欺に寄らない」ということを意味していると解される。なお、現在、窃取行為は、暴行・脅迫・恐喝・詐欺による占有侵害行為を除いた全ての占有侵害行為であるとされた上で、その方法に制限はないとされている。したがって、このような「平穏な手段」の解釈から、現在の学説上の窃取の定義と窃取を平穏な手段による奪取とする見解とは、窃取は方法に制限がなく暴行・脅迫・恐喝・詐欺による占有侵害行為を除いた全ての占有侵害行為であるという部分で一致していると考えられる。

そして現在、学説は一致して、上述のように窃取を定義する。さらに、この定義においても、「窃取は、暴行・脅迫による占有侵害行為および恐喝・詐欺による占有侵害を除いた全ての侵害行為であ

ると考えられ、窃取の方法に制限はない」とされている。前述したように、窃取を占有侵害とする行為においては、「窃取は、暴行・脅迫による占有侵害行為および恐喝・詐欺による占有侵害を除いた全ての侵害行為であると考えられ、窃取の方法に制限はない」とする根拠は明確にはされていない。しかし、この点は、窃取を平穏な手段による奪取とする見解のように、「窃かに」の解釈から生じるとするのが妥当であろう。また、同様の理由で「占有者の意思に反して」という部分も、占有者の不知を強調する見解の「窃かに」の解釈に根拠を有するとするのが妥当であると思われる。

4. 判例及び学説における窃取概念の検討

以上、ここまでは、判例、学説において窃取行為がいかなる定義づけをされてきたのかを検討してきた。それにより、窃取の要素として、当初、窃かに、占有排除行為、占有設定行為の三要素が挙げられていたことがわかった。その後、占有設定行為は、第三者を利用した窃取を包含する必要から、拡大される方向で修正がなされた。しかし、その一方で、占有の帰属および移転を明確にし、窃盗罪と横領罪とを区別するための要素であった窃かにという要素は、まず、判例において、やがて学説でも、消滅させられてしまった。このような占有排除行為、占有設定行為の要素の拡大と窃かにという要素の消滅から、窃取の概念が拡大・希薄化し、消極的に定義せざるを得なかったと考えられる。また、明らかになったのは、以下の二点である。一点目は、窃盗罪と詐欺罪・恐喝罪は、客体となる財物の状態ではなく、財物を取得する手段が異なるため、その手段による区別が可能であること、二点目は、窃盗罪と詐欺罪・恐喝罪が手段による区別が可能である一方、窃盗罪と横領罪とは、行為による区別が困難なため、窃取行為の一要素として窃かにという要素を用いて、財物の移転があったか否かを検討することにより、奪取の対象となる財物の占有の帰属で区別がなされてきたということである。

次に、このことを踏まえ、窃盗罪と横領罪との

区別を図る占有とはいかなるものであり、その存否や帰属はいかにして判断されるのか、および、本章で明らかとなった窃取行為の要素は実際にはいかなる行為なのかを、判例を中心に検討を加える。

II 窃盗罪における占有侵害行為

1. 窃盗罪における占有概念

(1) 占有概念の解釈²⁹⁾

刑法上の占有に関して判例は「所持とは一般の慣習に従ひ事実上物を支配する関係を云ふ」³⁰⁾と判示し、学説もこれに従い、刑法における占有は事実上の支配であるとされている。この事実上の支配とは、人が財物を実際に支配している状態のことであり、民法上の占有よりも、より現実的なものであるとされる。すなわち、民法上の占有が、「自己のためにする意思」を必要とし（民法第180条）、他人のために財物を所持する場合に占有を認めないのに対し³¹⁾、刑法においては、他人のために財物を所持する場合であっても、現実とその財物を所持している者に占有が認められる。逆に、民法上の占有は代理人により取得することができるが（民法第181条、代理占有）、刑法上の占有は代理人によって取得することはできない。また同様に、民法上は、占有改定による占有の取得（民法第83条）や相続による占有の取得が認められるが、占有を財物に対する現実的な支配と解する刑法上は認められない。なぜならば、民法上の占有が観念的なものに対して、刑法上の占有はより現実的な概念だからである。しかし、刑法上の占有が現実的なものであるといっても物の現実的な握持までは必要としていない。そして、そのような刑法上の占有は、客観的要素である占有者の支配の事実と主観的要素である占有者の支配意思により決せられる。支配の事実とは客観的事実であり、主に客体となる財物と占有者との客観的な時間的・空間的距離により規定されるものである。例えば、占有者が所持品を置き忘れた場合であっても、その時間が短時間であったり、財物と近い位置にいたりした場合には支配の事実が認められる。一方、

支配意思とは占有者の財物に対する意識あるいは認識である。占有者が財物を置き忘れ、その場を去った場合には支配意思が認められないが、意識的にその場に置いて去った場合には財物に対する占有者の支配意思が認められる。

(2) 占有の実質と存否判断

それでは、具体的にはどのように占有の存否を判断するのか。判例、学説は、支配の事実と占有者の支配意思の二つの要素を総合し、具体的な判断にあたっては社会通念によるとしている。とりわけ、判例は各事例ごとに、客体となった財物と占有者の時間的・距離的隔絶の程度や財物の置かれた空間的特長、財物の形状等の具体的な事情を詳細に検討し、占有の存否を判断している。他方、学説は、占有の存否に関する判例の整理を通して、占有の存否の判断の一般化や、占有判断にあたっての具体的事実関係から社会通念への飛躍をいかに埋めるかに尽力してきた。

①判例における判断基準

前掲大正4年判決は、「所持とは一般の慣習に従ひ事実上物を支配する関係を云う」³²⁾と判示し、続く大正5年判決は「而して其の支配の行はるる状態は物の自然的及び経済的用法性質によりて自ら定まり、必ずしも同一ならず」として³³⁾、占有の存否は、客体となる財物の個々の用法や性質を考慮し、一般の慣習、すなわち社会通念に従って、占有者がその財物を支配していたかどうかで判断されるとした。その後の判例も、この二つの判例の枠組みに従い、各事例ごとに、財物の性質、事件の発生した場所の状況、占有者と財物の時間的・距離的隔絶の程度などを具体的に検討し、社会通念により占有の存否を判断している。そして、これは最高裁になってからも維持され、昭和32年11月8日最高裁判決が、占有存否の判断についての指導的判例となっている³⁴⁾。本件の事実関係は、バス待ちの列に並んでいた被害者が自分の身近の左30cmのところにカメラを置いていたが、列が進むにつれて、そこにカメラを置いていたことを失

念し、約5分後に19.58m離れた時点で気がつき、引き返したが既にカメラは被告人に持ち去られていた後だったというものである。第一審、第二審は窃盗罪の成立を認め、最高裁も「刑法上の占有は人が物を実力的に支配する関係であって、その支配の態様は物の形状その他の具体的事情によって様ではないが、必ずしも物の現実の所持または監視を必要とするものではなく、物が占有者の支配力の及ぶ場所に存在するのを以って足ると解すべきである。しかし、その物がなお占有者の支配内にあるといえるか否かは通常人ならば何人も肯定するであろうところの社会通念によって決するの他はない」とし、窃盗罪の成立を維持した。本判決について、鈴木左斗志教授は「この判例は、被害者と財物との離隔が時間的・場所的に近接していることを根拠にして、被害者の占有を認め、窃盗罪の成立を認めている」³⁵⁾とし、本判決において、占有者の占有は、占有者と財物との離隔が短かったことを理由として認められたと解している。さらに、本件の解釈をもとに、鈴木教授はこのような、占有者の占有の存否が争点となった判例を、a) 占有者と客体となった財物との離隔が時間的・場所的に近接していた事例とb) 占有者と客体となった財物との離隔が時間的・場所的に相当なものになっていた事例とに整理し、分析を行っている。a) の事例としては、被告人に呼び止められ話をした後、帰路についたが約300m歩いたところで現金の入った手提鞆を置き忘れたことに気が付き、すぐに通りがかりの自転車に乗って現場に引き返したが被告人に奪取された後だったという昭和29年4月23日福岡高宮崎支部判決³⁶⁾、市場で買い物中に他の店に預けてあった品物を取りに行くため、被害者が駅のガード下に一時的に置いた食品を、被告人が奪取したという昭和30年2月7日大阪高裁判決³⁷⁾、被害者が駅のホームで列車待ちをしている際、列車待ちの乗客の列の中にポストンバックと手提鞆を置いて、約10分間電報を打ちに行っている間に被告人が当該ポストンバックと手提鞆を奪取したという昭和30年3月31日東京高裁判決³⁸⁾、強姦のために加えた

暴行により、バンドが切れ、手の中に入った被害者の時計を被告人が奪取したという昭和30年4月28日東京高裁判決³⁹⁾、露天業者などが、責任者が取り片付けるまで、一時道端に置いた電線を被告人が奪取したという昭和30年5月13日東京高裁判決⁴⁰⁾、飲食店を出てから、自転車を引いて約80m行った所で、忘れ物に気付いたため、自転車を路上に倒したまま引き返して、すぐに戻ってきたが、自転車は被告人に奪取された後であったという昭和31年3月5日名古屋高裁判決⁴¹⁾、暴行脅迫を受けた被害者が、逃げる際に路上に落とした財物を被告人が奪取したという昭和32年3月4日名古屋高裁判決⁴²⁾、被害者が駅の出札の台の上にカメラを置き、切符を買った後、カメラを置いたままその場を離れ、5分を超えない短時間のうちに10m行ったところで引き返したが、カメラは被告人に奪取された後だったという昭和35年7月15日東京高裁判決⁴³⁾、駅構内の待合室に旅行鞆を置いたまま、約203m離れた食道に食事へ行き、約35分後に戻ってきたが、旅行鞆は既に被告人に奪取されていたという昭和52年5月10日名古屋高裁判決⁴⁴⁾、駅の出札口の4番カウンターに財布を置き忘れ、そこから距離にして15.6m、時間にして1、2分程度離れた13番カウンターに行った際、財布を置き忘れたことに気付き引き返したが、既に財布は被告人に奪取された後であったという昭和54年4月12日東京高裁判決⁴⁵⁾などが挙げられる。これらの判例においては、被害者すなわち占有者が、財物の置かれた現場または現場付近におり、握持を失ったことに気付いているか、または、気がついて探せば容易に発見しうる時間的・場所的状态にあったことを根拠に、占有者の事実上の支配を認め、占有者の占有が肯定された。なお、学説においては、これらのような事例では、被害者の財物に対する実力行使の可能性が存在したことを理由に、被害者の占有を肯定する立場が有力である。

一方で、b) の事例においてはどうか。このような事例としては、被害者が夜間、屋内に取り入れることを失念し、隣家の公道上の看板柱の側に立てかけたままにしていた自転車を、翌朝3時頃

に被告人が奪取したという昭和30年4月25日福岡高裁判決⁴⁶⁾、酔っていたため人道専用橋上に無施錠のまま自転車を置き、約600m離れた自宅へ帰宅した被害者が、約16時間後の翌朝に自転車を取りに行ったところ、すでに被告人に奪取された後であったという昭和58年2月28日福岡高裁判決⁴⁷⁾などが挙げられる。これらの判例においては、時間的にも距離的にも、占有者と財物の間に相当の隔絶の程度が認められるが、客体となった財物の性質及びその置かれている客観的状況から見て、外形的に占有者の占有を離脱した物ではないと判断されるという点を理由に、被害者の占有が認められた。

以上の a) b) に挙げられた判例から分かるのは、被害者の占有存否の判断にあたって、判例においては、第一に、占有者と財物との時間的・距離的離隔の程度が基準となるということである。すなわち、この時間的・距離的離隔が短かった場合には、占有者の占有が認められる。この場合、占有者が一時的に、当該財物の存在を失念していたとしても、占有者が財物のことを思い出し、財物に対する実力行使が可能であろう距離にいれば、占有者の占有が認められるのである。第二に、この時間的・距離的離隔が大きかったとしても、財物の性質およびその置かれている客観的状況次第では、占有が肯定される。例えば、客体となる財物が大きく、単に被害者がその財物を落としたのではなく一時的にその場に置いているにすぎないと推測される場合（関東大震災の際、非難するにあたって一時的に道路に置かれた布団など）や、施錠されたまま道路脇に放置された自転車などは、占有者と時間的・距離的離隔の程度が大きかったとしても、財物の置かれている状況から占有者から離脱した物とは認められないため、占有が肯定される。

さらに判例は、財物が置かれた「状況」が、占有者の支配力を推認できる状況であれば占有者の占有を認めうるとしている⁴⁸⁾。すなわち、上述昭和32年最高裁判決は、上記引用の判例に続いて、「原判決が、当時右写真機はバス乗客中の何人か

が、一時その場所においた所持品であることは何人にも明確であったものと認め被告人がこれを遺失物だと思ったという弁解を措信しがたいとした点も正当である」と判示している。すなわち、最高裁は、本件の客体となったカメラは、被害者が一時失念して放置された物で、被害者がその間も時間的・空間的にカメラに近接していたという事実だけではなく、カメラが放置されたのは、被害者がバスの順番待ちのために並んでいた行列の最後尾から約8.6mのところだったという距離を考慮し、本件カメラが置かれた状況は、カメラが行列に並ぶ誰かの持ち物であろうと何人も認識できる状況であったとして、被害者の占有を認めたのである。

このような、単なる財物と占有者との近接性だけではなく、占有者の支配が推認できる状況を根拠に占有を認めるという判例の基準に關しても、鈴木教授は、昭和32年最高裁判決に加え、平成3年4月1日東京高裁判決⁴⁹⁾をもとに検討を加えている。平成3年判決の事実概要は、被害者が公衆の自由に入出入りできる開店中のスーパーマーケットの6階のベンチに札入れを置き忘れたまま、地下1階にまで移動してしまい、10分後に戻ってきたが既に札入れは被告人に奪取された後であったというものである。さらに、本件における被害者と財物の時間的・距離的離隔の程度は、エスカレーターを利用して約2分20秒と近接していた。それにもかかわらず、本件においては被害者の占有は否定された。鈴木教授は、本件における、被害者と財物の離隔の程度を、前述 a) で挙げた判例と比較し、「被害者が札入れを置き忘れてから引き返すまでの約10分余りという時間および、エスカレーターを利用して2分20秒を要するという、場所的離隔はそのいずれを取ってみても前掲の①～⑩といった判例の事案に比べて、とくに占有を否定すべき決定的な時間的・場所的離隔とまではいえないようにおもわれる」⁵⁰⁾と述べ、本件において、占有存否の判断基準となったのは、財物の置かれた状況が占有者の支配を推認できる状況にあったか否かという点であったとしている。すな

わち、本件札入れが置かれたのは、公衆の自由に出入りできるスーパーマーケットの屋上であり、当該札入れの近くには手荷物らしき物もなく占有者の支配が推認できなかったため占有が否定されたのである。このように、占有者の財物に対する支配が推認できる状況であったかどうかという基準によって、占有の存否を判断することについて、鈴木教授は、このような基準を一貫すると、被害者が財物の所在を全く忘れてしまった場合にも、財物に対する占有者の支配が推認できる状況があれば窃盗罪が成立すること、逆に、行為者が被害者と財物の隔離の程度が近接していた事を知っていた場合であっても占有者の財物に対する支配を推認させる状況がなければ窃盗罪の成立が否定されてしまうことを指摘し、占有存否の判断基準として、占有者の支配を推認させる状況を考慮することには矛盾が生じるとしている。そして、鈴木教授はこのような、占有者の支配を推認させるような状況は、占有存否の判断基準として用いるのではなく、窃盗罪の故意を認定する際に考慮されるべき基準だとしている。

以上のように、判例は占有を肯定するための基準として、占有者と財物の時間的・距離的隔離の程度、財物の性質およびその置かれている客観的状況、および占有者の支配を推認させる状況の三つを提示した。この三つの基準のうち、占有者と財物の時間的・距離的隔離の程度、財物の性質およびその置かれている客観的状況は、客観的な基準であり、占有概念を明確化すると考えられることから、占有存否の判断の際に考慮されるべきである。しかし、三つ目の占有者の支配を推認させる状況があるか否かという基準は、上述した鈴木教授の指摘に加えて、占有概念を必要以上に拡張させてしまうため妥当な基準であるとは思われない。すなわち判例は、占有者の支配を推認させる状況があるか否かの判断は社会通念によるとしており、この基準によって占有が判断されるのであれば、社会通念の解しようによって占有の存否が不明確となると考えられるのである。したがって、この占有者の支配を推認させる状況という第三の

基準に代わって、財物の置かれた場所の空間的特長を考慮することが必要であると思われる。ここでいう財物の置かれた場所の空間的特長とは、財物の置かれた場所が占有者の支配意思を客観的に表している場所かどうかということである。これは、占有者の支配を推認させる「状況」とは異なり、単に財物の置かれた「場所」の特長である。例えば、スーパーマーケットに置き忘れた財布の場合、スーパーマーケットの公衆が自由に出入りでき、排他性が少ないという場所的特長を考慮したとすると、占有者の客観的支配意思や支配の事実は認めにくいであろう。一方、占有者が具体的な保管場所を失念したまま外出していたとしても、自宅に置き忘れた財布の場合には、自宅という場所の排他性が高いという特徴から占有者の客観的支配意思や支配の事実が認められやすいと考えられる。そして、同じ理由で、道端に放置されている自転車と駐輪場に放置された自転車では、駐輪場に放置されている自転車の方が占有者の客観的支配意思や支配の事実を認めやすいと思われる。

ただし、鈴木教授は判例の提示した第三の基準だけではなく、第一の基準、第二の基準についても、第一の基準を一貫させると、b)のような事例は、占有者と財物の時間的・距離的隔離の程度が相当なものとなっているため、占有者の占有は認められないことになり、その一方で、第二の基準を一貫させると、a)の事例のように占有者と財物との隔離が短い事例であっても、財物の置かれた客観的状況から外形的に占有者の支配が認められない場合には占有者の占有が肯定できない事例が出てくることになるとし、一方の基準を一貫すれば他方の基準に反すると指摘している。しかし、占有の存否の判断にあたって、この二つの基準は個々に独立して判断されるのではないと思われる。つまり、ある事例の占有を判断するにあたって、時間的・距離的隔離の程度のみで占有が判断されるわけでも、財物の性質およびその置かれている客観的状況によってのみ占有が判断されるわけでもないと考えられるのである。例えば、自転車で買い物に来た者が、店の前の歩道に自転車を

止め施錠して買い物に行った場合、自転車は占有者が買い物をしている店の目前に駐輪されていることから、判例の第一の基準である時間的・距離的離隔の程度が短いため、占有者の自転車に対する占有は肯定されるであろう。それと同時に、第二の基準である財物の性質およびその置かれている客観的状況についても、(自転車が駐輪された歩道が排他性に欠ける場所であったとしても)自転車が施錠されていることから占有者の占有は肯定される。したがって、占有の判断にあたって、どちらか一方の基準が決め手となって占有が肯定されたとしても、もう一方の基準を考慮しなかったというわけではなく、もし、この二つの基準がどちらも満たされていた場合には、占有者の占有がより強く認められると考えられるのである。

ここまで、占有者の占有存否の判断基準について検討してきたが、ここでもう一つ重要な問題を検討しなければならない。その問題とは、占有者の財物に対する占有存否はこれらの基準により決められるにしても、その判断は行為者の財物奪取行為時の事情、あるいはそれ以降の事情を含めた事件全体の事情のどちらを判断の対象とするのかという点である。そして最近、この問題について、最高裁が新たな視点を提示した。その判決とは平成16年8月25日最高裁判決である⁵¹⁾。本件は、被害者がその場を立ち去った直後に、公園のベンチ上に置き忘れられたポシェットを奪取した被告人の行為が窃盗罪と占有離脱物横領罪のどちらに該当するのかが争われた事案である。これまで、上述昭和32年判決を指導的判例とした被害者の財物に対する占有存否の判断に関わる一連の判決はいずれも、財物を失念した被害者が財物を取りに戻ったというような、行為者が財物を奪取した後の事情も含めた事件全体の事情を対象に被害者の財物に対する占有存否の判断を行ってきた。本件第一審、第二審もこのような従来の判決の流れに従って判決を下している。すなわち本件第二審は、被害者が公園近くの歩道橋を渡り200メートル離れた私鉄の駅の改札口付近まで2分ほど歩いたところで当該ポシェットを置き忘れたことに気付き

ベンチの所まで走って戻ってきたこと、公園内にはほとんど人がいなかったこと、被害者が当該ポシェットを置き忘れた場所を明確に認識していたこと、被害者が携帯電話を利用するなどして直ちに被告人から当該ポシェットを取り戻せたことといったような被告人が当該財物を奪取した後の事情も判断要素に含め、事件全体の事実関係から被害者の占有を肯定し窃盗罪の成立を認めた。これに対して最高裁は、第二審までが判示していなかった被告人が当該ポシェットを奪取したのは被害者が当該財物を置き忘れたベンチから約27メートルしか離れていない場所まで歩いて行った時点であったという事実を記録から新たに認定し、被告人が本件ポシェットを奪取した時点の事情を占有存否の判断対象とした。これは最高裁が、被害者の財物に対する占有存否を判断するにあたり、被告人が当該財物を奪取した時点の事情を問題とすべきことを端的に示したものであり、このような本判決の見解は妥当なものと思われる。なぜなら、窃盗罪は行為者による被害者の占有侵害と財物奪取をもって既遂とされるものであり、その既遂後の事情により窃盗罪の成立が左右されるべきではないからである。

これまでの昭和32年最高裁判決を指導的判例とした被害者の占有存否の判断に関わる判決が、被告人の財物奪取以降の事情を考慮した理由を山口厚教授は「(本判決と従来の裁判例における占有肯定の判断方法の相違は)従来の裁判例が上記の全状況を問題とする方法を採用したのは被告人により領得行為が行われた時点を十分に特定することができなかったため、……想定される被害者と財物との時間的・場所的離隔を最大限に考慮した場合においても被害者の占有を肯定しうるか、を問題としたことによると解されるのである」⁵²⁾と述べている。すなわち、昭和32年最高裁判決においては、被告人による財物奪取行為時点をはっきりと特定する事ができなかったために、被害者が財物を置き忘れてから置き忘れに気付くまでの間に被害者の占有継続があったか否かを判断し占有継続が認められた場合には、その間に行われた被

告人の財物奪取行為は被害者の占有を侵害するものであるから占有離脱物横領罪ではなく窃盗罪が成立すると判断されたのではないかと考えられるのである。

しかし、このようなこれまでの判例における占有判断の方法を本判決に用いることには問題があるように思われる。なぜなら、昭和32年判決においては被害者の財物に対する支配が継続し占有も事件全体を通して継続して認められる一方で、本判決では被害者の財物に対する支配が事件全体で継続しているとは言えず、占有も途中で途切れてしまっているからである。すなわち、昭和32年最高裁判決においては、被害者がカメラを置き忘れた時点、被害者がカメラの置き忘れに気付いて引き返したカメラとの距離が19.58mの時点、そして被害者がカメラを取りに遺失した場所へ戻ってきた時点の全てにおいて、被害者は当該カメラを見通すことができる距離にいた。したがって、上述のどの時点においても、被害者と財物との時間的・距離的隔離の程度が短いため、被害者の財物に対する実力支配が認められ、当該カメラに対する被害者の占有の継続も認められる。しかし本判決においては、被害者の財物に対する占有が事件全体を通して継続していたとはいえない。すなわち、被害者が当該ポシェットを置き忘れた時点では、もちろん被害者の当該財物に対する占有は認められ、取りに戻った時点においても被告人が当該財物を持ち込んだのが同公園内のトイレであり被害者が携帯電話等を利用して当該財物を被告人から取り戻していることなどから、被害者と当該財物の距離的近接性や被害者の当該財物に対する実力支配が認められるため、被害者の占有は認められるであろう。しかし、被害者がポシェットの置き忘れに気付いて引き返した時点では、被害者と当該財物との距離は約200mも離れていたこと、また当該財物が置き忘れられた場所がその空間的特徴として排他性の低い場所であったこと、さらに被害者が当該ポシェットの置き忘れに気づいて引き返した場所は公園を出て横断歩道橋を渡り曲がり道を曲がった先にあるということから、被害者

と当該財物との隔離がある程度のものであり、被害者の財物に対する実力行使も困難なことから、被害者の当該財物に対する占有は認められないと思われる。したがって、本件全体を通して被害者の当該財物に対する占有を検討すると、当該財物に対する被害者の占有は、被害者が公園を離れた際に一旦途切れた後、被害者が公園に戻ってきた時に再び発生するというように、事件全体を通して継続されたものではないのである。加えて、本件被害者が当該財物を失念したまま帰宅した場合には、被害者が公園を去ってから以降は、被害者の占有はもちろん認められないであろう。したがって、本件のように当該財物に対する被害者の占有支配が途中で途切れてしまっている事例において、被告人の財物奪取後の事情を占有存否の判断対象にすると、被告人の財物奪取後に被害者が当該財物を置き忘れた場所に戻ってきた場合には被害者の当該財物に対する占有が認められ窃盗罪が成立し、その一方で、被害者が当該財物を置き忘れたまま帰宅した場合には占有離脱物横領罪の成立を認めることになってしまうのである。すなわちこれは、被告人の財物奪取で既遂となったはずの窃盗罪が、その既遂後の事情である被害者の行為により、その成立を否定され、占有離脱物横領罪にあたることになるということである。

以上のような理由から、昭和32年最高裁判決のように事件全体を通じて被害者の占有が継続している場合には、占有の存否の判断要素として被告人が財物を奪取した後の事情も含めた事件全体の事情を考慮することは可能であろう。しかし、本件のように当該財物に対する被害者の占有支配が途中で途切れてしまっている場合に、被告人の財物奪取後の事情を占有存否の判断要素にすることは妥当ではない。したがって、占有存否の判断は行為者が財物を奪取した時点の事情を考慮して判断されるべきであろう。

②学説における判断基準

以上、判例における占有の存否の決定要因を考察してきた。学説においては、占有を認める際に、

主観的な支配意思と客観的な事実的支配のどちらを重視するかという点で違いがあるが、基本的には学説も、このような判例の見解を踏襲し、あるいは、判例を分類、分析することによって占有の存否の決定要因を考察している。特に、支配意思よりも事実的支配を重視する立場の学説は、前述のような判例を挙げ、さらに細かく具体的な判断基準を提示している。

はじめに、支配意思と事実的支配のうちどちらか一方が強ければ、占有者の占有が認められるとする見解として、林教授の見解が挙げられる。すなわち、林教授は「占有の存否の有無については、客観的に事実上の支配をしている状態と、主観的に被害者がそのものを支配していることの両方が問題となる。通常の占有の場合、そのどちらも備わっているが、一方が強ければ、他方は弱くても良いという関係にあるものと考えられる」⁵³⁾と述べている。この林教授の見解によると、占有者の家の中にある物は、仮に占有者がその存在や所在を忘れてしまっても、客観的な支配が強いことから占有が認められ、さらに、海中に落とした物であっても⁵⁴⁾、占有者の支配意思が強力であれば、客観的な支配が弱くとも占有を認めて良いとされる。ただし、林教授は大震災の際に人がその所有物を公道に置き避難のため一時その場を離れた事案のように⁵⁵⁾、支配意思はあったとしても、客観的支配が全くない場合には占有者の占有が否定されるべきであるとし、判例に疑問を呈している。したがって、林教授の見解は、単に支配意思と事実的支配のうちどちらか一方があれば占有が認められるとするわけではなく、支配意思と事実的支配の両方がそろった上で、そのどちらか一方が強ければ占有を肯定するというものである。ただし、林教授が述べる占有者の支配意思があるか否かは、主観的に被害者がその物を支配する意思を持っているか否かを問題とするが、その実質的な判断は、本人の客観的な支配意思を表す状況、すなわち、財物の置かれた場所の排他性等を標識とする。そのため、林教授の見解と後述の支配意思よりも事実的支配を重視する見解とは、財物の

置かれた場所の排他性を占有者の支配意思の判断標識とするか、事実的支配の判断標識とするかに違いがあると言える。

次に、支配意思よりも客観的事実を重視する見解は、いずれも、財物の置かれた場所の排他性を大きな基準として占有の存否判断を行っているようである。また、現在、この見解が学説の多数を占めているようである⁵⁶⁾。

この立場から判例を詳細に検討した中博士は、「個々の事例において事実上支配関係の存在を認めしめるにつき役立つ客観的諸条件」として、次の八項目を提示する。すなわち、①物に対する現実的握持・監視の存すること、②個々の物が包括的に自己の支配内にあること、③物の自然的性質により離脱することなしとされる事情の存在すること、④物に対する支配力推及上相当な場所的区域内に物が存在すること、⑤特別の事情が解消すれば直ちに現実的握持が予想される場合、⑥占有につき特別の慣習が存在すること、⑦特別の客観的事情が存在するため物の所在を意識するだけで足りるとされる場合、⑧特別の客観的事情が存在するため時々の監視をもってたるとされる場合である⁵⁷⁾。この八分類のなかには、直接的に支配意思に関連するものはない。その理由を中博士は「私見によれば、占有なる事実関係は単に主観的なものではあり得ず、必ずこれに対応する客観的事情の存在と相俟って初めて肯定されるものであり、従って物の所在につき認識があるという共通の原理に基づく分類項目下に服属せしめられることを適当とするからである」⁵⁸⁾と述べ、占有の存否にあたって、主観的な支配意思は、客観的事実を基礎にしてはじめて認められるものとしている。また、大谷教授は、中教授と同様に支配意思よりも客観的事実を重視する見解に立ちながら、「占有主体が存在しないところに占有はありえないから、占有の要素として占有の意思が必要なことは当然である。しかし窃取罪で要求される占有は、他人が支配しようとするのを排除する状態にあることを意味するから、原則的には客観的に定められるものであって、占有の個別的支配意思は、事実上

の支配が明確にならない時に、補充的に考慮すべきものである」と述べ、占有者の支配意思は占有の存否判断に当たっては、補充的な役割を果たすとしながらも、占有の要素としては重要なものであるとしている⁵⁹⁾。

次に、田中教授も、占有は本来客観的なものであり支配意思は補充的役割を果たすものとし、財物が所在する場所に着目して、それぞれの場合にいかにして占有者の占有を肯定するかを検討している。すなわち、田中教授は、財物に対する客観的支配とは、「占有者により保管され、支配されている状況」であるとし、とりわけ、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点を強調している。その上で、田中教授は、そのような客観的支配は、物の性質・形状、物と人との空間的・時間的隔たり、物の所在についての認識の程度・確実性によって判断され、それが羅列的ではなく、整理されて関連付けられるべきであると述べ、占有者により保管され、支配されているといえるために必要な客観的事実と支配意思の程度は物の所在する場に依って異なるとして、財物の置かれる場所を、①住居のように排他性の強い場所、②ゴルフ場のようにある程度の排他性のある場所、③駐輪場のように排他性のない場所ではあるが物と場所との関係に特別な関係がある場合、④公道のように排他性のない一般的な場所の四つに分類する。そして占有者の占有を認めるためには、排他性の強い場所では、物がその場所に通常予想される経緯で所在するだけで占有の客観的事実が認められ、このような場所では占有者の包括的な支配意思が存在するため、特に財物の所在の認識は必要ないとし、ある程度の排他性にとどまる場所では、排他性を高める若干の事情と財物の所在の認識が必要であるとする。さらに、排他性のない場所ではあるが物と場所との関係に特別な関係がある場所では、占有者と財物との離隔が時間的に合理的な限度にとどまることと所在の認識が必要であるとし、排他性のない一般的な場所では、握持又は監視が原則で、それらが欠けても、例外的に占有が認めら

れるには、時間的・距離的に握持又は監視の喪失が短かったか、財物と占有者を直接結びつける特別な事情が存在するか、あるいは保管の実質をなす特別な手だてのあることが必要であるとしている⁶⁰⁾。

そして最後に、上述の二つの見解とは違った占有の定義および占有存否の判断をするものとして、香川博士の見解が挙げられる⁶¹⁾。香川博士は、刑法上の占有を単に事実的支配とするのではなく、「自由に処分しうる状況」であるとし、それがまさしく、現実的な占有の内容を構成するものとして理解されており、したがって、自由に支配しうる状態の有無が占有の存否に決定的な要素だとしている。ただし、小切手の持参人払いの場合を例に出し、占有の存否を自由に処分しうる状況に求めると、小切手の持参人が窃盗犯の場合でも何の妨げもなくなってしまうとし、「窃盗犯を私法上は当該小切手の占有者と言っても、刑法上保護に値する占有者となしうるかは別個の評価に属する」⁶²⁾と述べた上で、刑法上の占有は、本権に基づいた(本権により限定された)自由に処分しうる状況の存否で判断されるべきであるとしている。

このように、学説においては、支配意思と客観的事実のどちらかを重視するかで判断基準の相違が見られる。しかし、上述のように、支配意思と客観的事実のどちらかが強ければ占有を認めるとする見解も、結局のところ、支配意思が認められる否かの判断を客観的な支配意思を表す状況、すなわち財物の置かれた場所の排他性等を標識とする。したがって、支配意思と客観的事実のどちらかが強ければ占有を認めるとする見解と支配意思よりも客観的事実を重視する見解とは、財物の置かれた場所の排他性等を支配意思を肯定する標識とするか、あるいは、客観的事実を肯定する標識とするのかに違いが生じるが、占有の存否については同様の結論に至るものと思われる。また、客観的事実を重視する見解は、判例における、占有判断にあたっての具体的事実関係から社会通念への飛躍の間隙を埋め、占有存否の判断の基準を類型化し、より明確な基準を策定しようとしてき

た。しかしながら、この学説で挙げられた占有存否の基準も、その判断に「規範的・社会的要素の介入を免れるものではない」⁶³⁾ため、学説においても、これらの基準を考慮しつつ、占有の存否は、個々の事例ごとに、社会通念に従い決定されており、占有の存否は明確なものとは言い難いと思われる。そして、この学説における詳細な占有存否の判断基準も、結局のところ、判例の提示した、占有者と財物の時間的・物理的隔絶の程度と財物の置かれている客観的状況という二つの基準をさらに細分化したものと思われ、学説においても窃盗罪における占有概念は、占有者と財物の時間的・物理的隔絶の程度、財物の置かれている客観的状況、財物の置かれた場所の空間的特長を基準に判断されるものと考えられる。

2. 窃盗罪の既遂と窃取行為の成立

このように、これまで窃盗罪の成否の判断の際に重点がおかれてきた財物に対する占有の存否は、判例および学説において客観的な基準策定がなされてきてはいるものの、個々の事例ごとに社会通念を考慮の上で決定されており、明確なものとは言い難い。このことは、窃盗罪と隣接する財産犯との区別や窃盗罪自体を曖昧なものにしてしまう恐れがある。そこでやはり、窃盗罪の行為要素である窃取行為を明確にし、窃盗罪の成否判断において、窃取行為が行われたか否かを判断する必要があると思われる。以上の考察で、窃取行為は、占有排除行為と占有設定行為からなっていることが明らかになった。そのため、窃盗罪が成立するには、窃取行為の要素として、この二つの行為が行われていなければならないこととなる。したがって、以下ではこれらの二つの行為が現実にはいかなる行為なのかを、窃盗罪の既遂が問題となった判例を分析することによって検討する⁶⁴⁾。

特に窃盗の既遂が問題となった判例としては、店頭にある靴下を懐に入れた事案である大審院大正12年4月9日判決⁶⁵⁾、他人方の浴場で発見した指輪を他人の発見が容易でない場所に隠匿した事案である大審院大正12年7月3日判決⁶⁶⁾、鉄道機

関助手が後で拾う予定で予定の地点に進行中の列車から積荷を突き落とした事案である最高裁昭和24年12月22日判決⁶⁷⁾、スーパーの店内で商品を多数買物かごに入れてレジの外に持ち出した事案である東京高裁平成4年10月28日判決⁶⁸⁾などが挙げられる。これらの判例はいずれも窃盗既遂と判断されたが、窃取行為の構造からすると、窃盗既遂とするには疑問が残るのである。すなわち、窃取行為の要素の占有排除行為と占有設定行為が成立していないうちに窃盗が既遂とされた事例が見られるのである。窃盗の既遂の判断においては、財物の大小、搬出の容易性、他者の支配の領域内か否かという三点を考慮すべきであるとの見解が有力であるので⁶⁹⁾、その点にも配慮しつつ、各事例を検討する。

大正12年4月9日判決は、「窃盗犯人が不正領得の意思を以て商人の店頭にある靴下を手にし之を懐中に収めたる行為は財物を自己の支配内に移したるを以て即時に発見せられて取戻されたりとするもその行為は窃盗の既遂罪を構成するものとす之を指してその未遂なりとするは中らず故に論旨理由なし」と判示して、窃盗の既遂を認めた。本件において客体となった靴下は、小さいものであり、本件被告人がポケットに入れて店外に持ち出そうとしたことから分かるように搬出も容易なものである。これらを考慮すると、被告人が店内という占有者の支配領域内にいたとしても、本件客体を自己のポケット内に入れる行為は、他者の占有を排除し、自己の占有内に財物を移転したと考えられ、占有排除行為および占有設定行為が成立したと認められるであろう。したがって、裁判所のこの判示は妥当であると思われる。

これに対し、大正12年7月大審院判決、昭和24年最高裁判決、平成4年東京高裁判決は、窃取行為の構造から検討すると、窃盗既遂とされるのには疑問がある。大正12年7月3日判決は、被告人が、他人方の浴場で所有者不明の遺留品である金製の指輪を発見し、領得の意思でその室内の他人の容易に発見できない場所に隠匿した時点で窃盗罪の既遂を認めた。次に、昭和24年判決は、鉄道

機関助手である被告人が、進行中の列車のから後で拾う予定の場所に積荷を突き落とした時点で、窃盗罪の既遂を認めた。そして、平成4年判決は、被告人がスーパーマーケット内で、買い物かごに商品を入れ、レジを通過しないでレジ外側に持ち出した時点で窃盗罪の既遂を認めている。

これらの判例において、被告人は、自己の占有下に財物を移転しておらず、財物を支配しているとも言えないため、当該財物に対して自己の占有を設定したとはいえない。したがって、これらの判例において、被告人はいずれも、窃取行為のうち占有設定行為を行わないうちに窃盗既遂と判断されているように思われるのである。すなわち、大正12年判決において、客体となった金製指輪を他人の容易に見つからない場所に隠匿したという被告人の行為は、他者の支配が及びにくい場所に財物を移転させたといえることから、確かに占有排除行為と言えよう。しかし、被告人が自己の占有を設定したとはいいがたいのではないだろうか。なぜなら、例え、被告人が本件指輪を他者が容易に見つけれない場所に隠匿したとしても、被告人が財物を隠匿したのは他人方の室内であり、家主がその財物に対する実力行使をすることが可能な領域と考えられる。したがって、後日、被告人が財物を隠匿した場所に再び戻るにも家主の許可あるいは監視の下で戻ることとなり、被告人が本件指輪を回収できる可能性も低いと考えられる。さらに判例は、被告人が財物を隠匿した時点で窃盗罪が成立するとしているが、仮に、家主が隠匿されている指輪に気が付き自分の管理下に戻った場合はどうか。この場合にも、すでに窃盗が既遂となっているとは思われない。むしろ窃盗未遂とされるべきであろう。本件において、窃盗既遂とするのであれば、被告人が他者の室内ではなく、室外に財物を隠匿し自己の占有を確立するか、自己のポケットに入れるなどして他者の実力行使が困難な状況に財物を移した場合、あるいは、せめて後日の回収が容易となるような場所に財物を隠匿した場合に、占有設定行為が認められ窃盗が既遂になると思われる。次に、昭和24年判決に

においても同様に、占有排除行為は認められても占有設定行為は認められない。鉄道助手である本件被告人らが、後に拾いに来る予定の場所に、進行中の列車から積荷を突き落とした行為は、占有者の実力支配の及ばない場所に財物を移転させ、占有者の占有を喪失させる行為であるから占有排除行為と言えるであろう。しかし、この行為をもって、依然進行中の列車の中にいる被告人らに、占有設定行為は認められないと思われる。例えば、本件被告人が、列車から突き落とした積荷を、被告人ら以外の第三者が、被告人らが財物を回収する以前に持ち去った場合はどのような罪が成立するのか。このような場合、被告人には窃盗未遂、被告人が突き落とした積荷を持ち去った第三者には占有離脱物横領罪が成立すると思われる。しかし、本判決のように、被告人が積荷を突き落とした時点で、窃盗罪が既遂とされ、本件財物に対して被告人の占有が設定されたとすると、占有者(被告人)との時間的距離の離隔の程度が大きく、占有者の実力行使が不可能であると考えられる財物を奪取した、第三者にも占有者(被告人)に対する窃盗罪が成立することになる。これは妥当とは思われない。なお、本件と類似した判決として、列車に乗車している被告人が、共犯者が投下貨物を機を逸せず持ち去るべく予定の時刻、場所に待機している時に、進行中の貨物列車から予定地に向かって積載貨物を蹴り落としたという広島高裁岡山支部昭和27年2月6日判決がある⁷⁰⁾。本判決とこの昭和27年広島高裁岡山支部判決との違いは、本判決の被告人が列車から突き落とした積荷を時間のあいた後刻に回収しに行く予定だったのに対し、昭和27年広島高裁岡山支部判決では、被告人が共謀者の待機している場所、時刻に、計画的に貨物を列車から蹴り落とし、共謀者がすぐにその貨物を回収している点である。上述したように、被告人が列車から財物を突き落とし、後刻に回収しに行く予定だった本判決において、被告人が列車から財物を突き落とした時点で窃盗罪が既遂とされるのは妥当ではない。しかし、昭和27年広島高裁岡山支部判決のように、被告人の列車か

ら貨物を突き落とすという占有排除行為に続いて、被告人の共犯者が財物の受け取りという占有設定行為を行った場合には、被告人とその共犯者が共同正犯で占有排除行為と占有設定行為を行っているとして解される。そのため、被告人と客体となった財物の時間的・空間的隔離の程度が相当なものであったとしても、被告人が列車から蹴り落とした積荷を被告人の共犯者が受け取った時点で、窃盗罪が既遂とされることに問題はないと思われる。

そして最後に、平成4年判決であるが、本件被告人のスーパーマーケット内で商品をレジの外に持ち出す行為も占有設定行為とは言いがたいのではないだろうか。本件で判示されているように、被告人が本件財物を持ってレジの外に出ることによって被告人と商品代金の支払いを終えたその他の客との見分けがつかなくなることから、被告人のこの行為を店の財物に対する占有を排除する行為とすることは可能であろう。しかし、この行為をもって、被告人の占有が設定されたとは言えないと思われる。被告人の占有が設定されたとするには、商品が複数の場合や大きいもの場合には商品を袋の中に詰め込む、商品が少数の場合や小さいもの場合にはポケットに入れるなどして、被告人が商品を容易に搬出しうる状況を設定することが必要であろう。とりわけ、本件や前述大正12年判決のような、他者（店主）の支配する空間においては、財物に対して、行為者だけではなく占有者の支配も同時に及ぶ状況にあるため、単に財物を隠匿したり、レジを通り過ぎただけで占有設定行為を認めるのは難しいと考えられる。

3. 窃盗罪における占有および窃取行為の実質の検討

以上、窃盗罪における占有の意義および、窃取行為の占有排除行為と占有設定行為の実質はいかなるものかを検討した。

それにより、窃盗罪における占有は、占有者の支配意思と客観的支配の事実を総合して判断されるものであり、具体的にはこれまでの判例、学説が基準として挙げていた財物と占有者の時間的・

距離的隔離の程度および財物の置かれている客観的事情に加えて、財物の置かれた場所の空間的特長といった基準により判断されるべきことが明らかとなった。またその判断は、被告人が財物を奪取した時点の事情を対象とすべきである。しかし、これらの三つの基準を判断するにあたっては、財物の形状や性質を含め、各事例ごとに判断するほかなく、さらには社会通念を考慮しなければならないため、占有存否の判断の類型的基準の策定は困難である。このような占有存否の判断が含む問題点により、占有の概念自体が曖昧にならざるをえないと考えられる。

次に、窃盗既遂とされた事例の検討では、占有設定行為が行われていないにも拘わらず、占有排除行為が行われただけで窃取行為の成立が認められ、窃盗既遂とされている事例がみられた。すなわち、これらの事例により、占有排除行為とは、財物の隠匿、列車からの荷物の突き落としや店の商品を持ったままレジを通過し代金の払いを終えた一般の顧客にまぎれその区別を困難にする行為など、占有者の支配を不可能にする、あるいは困難にする行為であると考えられるが、判例はこれらの行為をもって、占有排除行為を認めると同時に占有設定行為をも認め、窃盗罪の成立を認めていた。しかし、上述したように、行為者が財物に対する自己の支配を確立していない以上、これらの事例では占有設定行為は認められないと思われる。

判例は、これらのような事例において、行為者の占有設定を認める根拠として、行為者が財物を取得する蓋然性の増大をあげている。例えば、前述平成4年判決は、「被告人がレジで代金を支払わずに、その外側に商品を持ち出した時点で、商品の占有は被告人に帰属し、窃盗は既遂に達すると解すべきである。なぜなら、右のように、買い物かごに商品を入れた犯人がレジを通過することなくその外側に出たときは、代金を支払ってレジの外へ出た一般の買い物客と外観上区別がつかなくなり、犯人が最終的に商品を取得する蓋然性が飛躍的に増大すると考えられるからである。」と判

示し、被告人の代金を支払わずにレジ外に出た行為が、被告人の財物取得の蓋然性を高めるとし、被告人の財物に対する占有設定を肯定した。このような判示に従うと、占有設定行為とは、行為者の財物取得の蓋然性を高める行為ということになり、上記の判例においても、被告人の指輪の隠匿行為や列車からの積荷の突き落とし行為が行為者の財物取得の蓋然性を高める行為と考えられることから、占有設定行為が認められることとなる。しかし、窃盗罪における占有は、財物と占有者の時間的・距離的離隔の程度、財物の置かれている客観的事実、財物の置かれた場所の空間的特長といった基準から導かれる占有者の客観的支配状況あるいは、財物に対する実力行使可能な状況である。したがって、占有設定行為も単に蓋然性を増すだけではなく現実的に占有を設定する行為でなければならないと考えられるため、単に行為者の財物取得の蓋然性が高まるであろう行為をもって占有設定行為とするべきではないと思われる。

また、判例が行為者の財物取得の蓋然性が高まるであろう行為をもって占有設定行為を認める背景には、前述大正12年4月12日判決の「窃盗犯人が不正領得の意思を以て商人の店頭にある靴下を手にし之を懐中に収めたる行為は財物を自己の支配内に移したるを以て即時に発見せられて取戻されたりとするもその行為は窃盗の既遂を構成する」という判示から読み取れるように、不法領得の意思をもって行われた財物取得行為は、占有移転や占有設定の有無を判断せずとも窃取となるという前提があるように思われる。このような見解は不法領得の意思の存否によって、行為をも意味付けしてしまうことになるため妥当とは思われない。しかし、これについては、不法領得の意思に関して詳しい分析が必要となり、本稿の趣旨から逸脱するため、単に指摘するだけにとどめておく。

Ⅲ 比較法的検討 ——イギリス1968年盗罪法における盗罪との比較——

本章ではあえて、我国とは異なる法体系をもつ

イギリスの盗罪と我国の窃盗罪とを比較、検討することで、Ⅰ、Ⅱで論じた我が国の窃盗罪の問題点をさらに明確にする。

1. 1916年窃盗法における財産犯規定とその問題点

イギリスにおいて、財産犯は、伝統的に、窃盗罪(larceny)、横領罪(embezzlement)、詐欺罪(false presence)の三つに分類されてきた。それぞれ、窃盗罪は窃盗の意思で他人の財産を窃取すること、横領罪は一般に他人の財産を既に適法に占有する者がそれを不法に領得すること⁷¹⁾、詐欺罪は現在または過去の重要な事実を虚構して被害者を欺罔し、その財産の権限(title)を移転させることで成立するとされている。しかし現在、これらの犯罪は1968年盗罪法⁷²⁾において、盗罪(Theft)という一つの犯罪として規定されている。以下では、1968年盗罪法における盗罪について検討する前に、1968年盗罪法制定のきっかけとなった1916年窃盗法の問題点と盗罪に反映されている1916年窃盗法上の窃盗罪の概念を概観する。

(1) 1916年窃盗法における財産犯

イギリスにおいて19世紀に至るまでに、財産犯に関する規定は分化、発展し、コモン・ロー及び制定法が複雑化していた。そこで、それらを一つにまとめるため、1827年法⁷³⁾が最初の窃盗法として成立し、その後、この1827年窃盗法を修正、補足した1861年窃盗法⁷⁴⁾が成立した。1861年窃盗法はコモン・ロー上の例外集という性格を持っていたために、理論的にさらに整除し単純化する必要が生じた。そこで制定されたのが、1916年窃盗法⁷⁵⁾である。1916年窃盗法に規定された財産犯は次のとおりである。

1916年窃盗法は、全部で50条からなり、1条から17条までに単純窃盗罪(Simple Larceny)、17条から19条までに横領罪(embezzlement)、20条悪意の横領罪(Fraudulent Conversion)、21条から22条までにコンバージョン(Conversion)、23条に強盗罪(Robbery)、25条に不法目的侵入罪(Burglary)、

29条から31条までに恐喝罪 (Demanding)、32条に詐欺罪 (false presence)、33条に盗品に関する罪を規定していた。この1916年窃盗法の下での窃盗罪は、基本的には、他者の動産を窃取の意思をもって不法に奪取し運び去ることで成立する。しかし、加重事由が複数存在した場合は、その加重事由の数と同数の窃盗罪が成立するとされた⁷⁶⁾。

例えば、単純窃盗罪は通常5年の自由刑で処罰されたが、窃盗罪の客体の性質、財物が窃取された場所、窃盗犯と被害者の関係により、刑が加重、あるいは減輕された。刑の加重事由としては、窃盗罪の客体が遺言、権利証書、郵便袋、製造過程の製品、家畜、船の中にある家畜であること、行為者が店員あるいは雇用者で、賃借人、下宿人であることが挙げられる。とりわけ、窃盗罪の客体が遺言、権利証書、郵便袋であるという事由は、刑罰を最大で終身刑まで高める加重事由とされていた。その一方で、窃盗罪の客体が行為者自身の鉱山の鉱石であった場合や犬であった場合には、刑が減輕された。

このような規定の細分化の背景には、1916年窃盗法がコモン・ローを保護する意図で制定されたものであったという事情が挙げられる。すなわち、1916年窃盗法は判例法上の多数の犯罪を成文化しただけのものであったため、複雑化したコモン・ローや制定法を整序することを目的として制定されたにも拘わらず、実際には財産犯をかなり細分化した形で規定していたのである。

(2) 1916年窃盗法の下での窃取行為 (stealing)

1968年盗罪法は、その文言や概念について、それ以前に財産犯を規定していた1916年窃盗法やコモン・ローに立ち戻ることなく、全く新たな法として規定されたと言われている。しかし、1968年盗罪法には、実質的に1916年窃盗法の内容を採用している部分も存在している⁷⁷⁾。ここでは、1968年盗罪法の盗罪に統一され、盗罪の概念に影響を与えていると考えられる1916年窃盗法下の五つの犯罪の要点を概観する。

①単純窃盗罪 (Simple Larceny) ⁷⁸⁾

コモン・ローにおいて、窃盗罪の基本概念は、「他者の占有内にある財物の最も明白で直接的な窃取」という単純なものであった。1916年窃盗法はこの概念を基礎に、窃盗罪を「他者の動産を窃取の意思をもって不法に窃取し運び去る」とことと定義した(1条1項)。そして、同法は1条2項において、窃盗罪の行為要件の「窃取」をさらに詳細に規定していた。すなわち、1916年窃盗法における「窃取」とは、

- (a) 何らかのトリック (trick) による占有の取得
- (b) 脅迫による占有の取得
- (c) 所有者の錯誤により占有を取得するという認識をもって行われた占有の取得
- (d) 拾得の時点で相当な手段を用いれば所有者が見つかることを確信しながら行われた拾得による占有の取得

の四つの行為である。ここで重要なのは、「トリックによる占有の取得」が窃盗罪の行為形態の一つとして含まれていることである。これは、以下で論じる詐欺罪の行為と非常に類似した行為であり、その二つの行為の違いは、その行為が所有権に対する侵害であるのか、あるいは、占有に対する侵害であるのかという点である。すなわち、「トリックによる占有の取得」が、あくまでも、窃盗罪を構成する行為の一形態である以上、その行為が他者の占有に対する侵害でなければ窃盗罪は成立しない。もし、その行為による侵害が被害者の所有権にまで及んだ場合には詐欺罪が成立することになるのである。

そして、「窃取」と並ぶ窃盗罪の行為要素である「運び去る」と、すなわち「移転」は、1条2項2により、「『移転』という表現は、あらゆる財物が存在する場所から移動することの全てを包含する。但し、付着物の場合には、それが本体と完全に分離された場合も移転に含む。」と定義されている。

さらに、これまでのコモン・ロー上の窃盗罪は

占有のみを保護法益としていたため、占有者による窃盗罪は成立しないとされてきたのに対し、1916年窃盗法の下での窃盗罪は、受寄者のために委託された動産を取得する行為、いわゆる横領のケースも包含する犯罪として規定されていた⁷⁹⁾。これに関して、同法は1条1項で、「……その財物の受寄者あるいは部分的所有者である者が、詐欺的にその財物を自分自身の使用、あるいは所有者以外の他者の使用へ転用する場合には、その者はその財物についての合法的占有があるにもかかわらず、そのようなあらゆる財物の窃盗で有罪である。」と規定している。これにより、1916年窃盗法の下での窃盗罪は、厳密には、他者の占有に対する犯罪として規定されている一方で、他者の財物を占有する者による所有権に対する犯罪という側面を合わせもっていたのである。

②被雇用者による窃盗罪 (Larceny by Servant)⁸⁰⁾

被雇用者による窃盗罪は、1916年窃盗法17条1項 (a) の下での窃盗罪の加重類型の一つである。1916年窃盗法において、雇用者が被雇用者に動産を委託した場合、被雇用者はその動産を占有しているのではなく、管理しているにすぎないとされ、被雇用者による動産の取得は窃盗罪として処罰の対象とされた。

③横領罪 (embezzlement)⁸¹⁾

被雇用者が雇用者の占有に移すために、第三者から財物 (動産) を受け取った場合には、被用者にその財物の占有があるとされ、この財物を被雇用者が取得した場合には窃盗罪ではなく横領罪が成立する。この横領罪と窃盗罪との区別は非常に微妙なもので、例えば、被雇用者が雇用者のために第三者から金銭を受け取り、それをすぐに自分自身のポケットの中に入れた場合には横領罪が成立し、一方、被雇用者がその金銭を、一度、雇用者の現金箱に入れた後で取得した場合には、被用者が雇用者の占有下にある現金箱に入っている金銭を窃取し、雇用者の占有を侵害したと解される

ことから、窃盗罪が成立する⁸²⁾。

④悪意による横領罪 (Fraudulent Conversion)⁸³⁾

1916年窃盗法の20条は、財産の売却や譲渡のために代理人の権限を委託された者や、保管・保持・配達のために財物を委託された者が、その財物を横領した場合には、悪意の横領罪として七年の自由刑に処すると規定していた。この20条の規定は、同法1条の受寄者による窃盗罪、17条の事務員あるいは被用者による窃盗罪、そして横領罪と成立範囲が重なるものであった。

⑤詐欺罪 (false presence)⁸⁴⁾

1916年窃盗法における詐欺罪は「何らかの欺罔により、奪取の意思をもって、他者から動産、金銭または有価証券を取得する行為、あるいは他者に、本人 (行為者) または第三者の使用、利益、計算のために金銭を支払わせるか、動産もしくは有価証券を本人 (行為者) または第三者に移転させる行為」と定義されている (32条1項)。この定義から、詐欺罪の客体が、動産、金銭、有価証券であることが明確である。しかし、その行為要件は、上述したように、単純窃盗罪の「トリックによる占有の取得」と非常に類似したものであり、その行為が他者の所有権を侵害するものか、あるいは他者の占有を侵害するものかによって違いはあったものの、その二つの区別は難しく、多くの問題を引き起こした⁸⁵⁾。具体的には、被告人が、欺罔により動産を取得する意思で、買取選択権付賃借権に基づく動産のみを被告人自身に取得させるように所有者を誘導した場合には、所有権が移転しないため、トリックによる窃盗罪が成立する。しかし、被告人が、クレジット販売の条件に基づき、同様の動産を被告人に取得させるように所有者を誘導した場合には、動産だけでなく所有権も移転するため、詐欺罪が成立することとなる。さらに、この例からもわかるように、詐欺罪は「所有権の移転」という民事上の事情が、直接的に刑法上の犯罪成立要件と結びつくことになる。それ

ゆえ、行為者の欺罔による契約で財物や所有権が行為者に移転したとしても、所有者の錯誤により契約が無効となり所有権の移転が認められなかった場合には、詐欺罪は成立しないといったように、本法における詐欺罪は民事上の事情により犯罪の成立が影響されうる複雑なものであった。

(3) 1916年窃盗法の問題点と1968年盗罪法の立法者意思

以上で概観してきたことを踏まえながら、1919年窃盗法の問題点を考察する。

1916年窃盗法は、過度に入り組んだ財産犯に関するコモン・ロー及び成文法を統合、単純化し、類型化する目的で制定された。しかし、その一方で、同法制定には、コモン・ローを保護する意図が含まれていたため、結局、犯罪の成立要件や規定が過度に細分化され、実際には財産犯の複雑性を解消することができなかった。具体的には、トリックによる占有の取得を含む窃盗罪と詐欺罪との区別、被雇用者による窃盗罪と横領罪と悪意の横領罪との区別が特に微妙なものであった。そのため、警察や公訴局といった犯罪訴追側の手続上の瑕疵により、本来なら詐欺罪を犯した被告人が窃盗罪で訴追されるといったような誤った罪で訴追がなされるという問題が発生した。このようなケースに関して、裁判所は、手続上の瑕疵により誤った罪で訴追されてきたからという理由で被告人を免責することを避けるため、その誤った罪のまま、被告人を有罪とせざるをえない状況に立たされた⁸⁶⁾。このような犯罪訴追における混乱が明確に見られた例として、1948年に起きたジョーンズ事件が挙げられる⁸⁷⁾。ジョーンズ事件の事実の概要は、ペンキ塗装業を営む被告人が、依頼主である被害者から前金として作業代金およびペンキ代を先に受け取ったが仕事を全くしなかったというものである。このような事実に関し、原審である刑事法院は悪意の横領罪と判示したが、その後の上訴で、控訴院は、「金銭は手渡されれば被告人のものとなるため、(被告人の行為は)信頼関係に基づいて占有する他人の物を領得する横領罪には

該当しない。」として、被告人の行為は窃盗罪にあたと判示した。このように、1916年窃盗法は、その細分化された規定ゆえに、訴追における混乱や判決の矛盾を引き起こしていた。とりわけ、窃盗罪は重罪であり詐欺罪は軽罪であったことから、この二つの犯罪での誤った訴追は、避けなければならないものであったと考えられる。

このような1916年窃盗法の問題点の解消の必要性から、1968年盗罪法制定の動きがはじまった。特に、1968年盗罪法の制定にあたっては、財産犯の統一により財産犯規定を単純化すること、窃盗法で処罰できなかった行為を考慮すること、陪審員になじみやすく、より明確な文言を使用すること、不要な犯罪規定の削除、量刑の統一などが重視された⁸⁸⁾。すなわち、1968年盗罪法は、財産犯を統一し、単純化することにより、1916年窃盗法における財産犯の複雑化を解消し、窃盗法で処罰しきれなかった占有離脱物横領罪を処罰の対象とすることを目的として制定されたのである。

2. 1968年盗罪法における財産犯

(1) 1968年盗罪法の概要

1968年盗罪法の立法経緯は上述のとおりであるが、ここで、1968年盗罪法の規定内容を概観する。

1968年盗罪法は全部で36条と三つの付表からなり、第一章である1条から6条までに盗罪の定義、第二章の7条から14条までに盗罪(7条)、強盗罪(Robbery)(8条)、不法目的侵入罪(Burglary)(9条・10条)、その他(11条から14条)、第三章である15条から21条までに詐欺罪(Fraud)(15条から20条)、恐喝罪(Blackmail)(21条)、第四章である22条から44条までに盗品(Stolen goods)に関する罪、第五章である25条に家宅侵入等道具所持罪など、第六章である26条から29条までに執行と手続、第七章である30条から33条までに一般的に必然的な規定、第八章である34条から36条に付則が規定されている。

以上の規定において、実質的には第一章から第五章までが財産犯を規定している。本法は、1861年窃盗法、1916年窃盗法、その他の財産犯に関わ

る法、コモン・ロー上に規定された財産犯のいくつかを廃止し、全く新しい財産犯の体系を構築している。とりわけ、重要なのは、本法1条により、盗罪という一つの犯罪の中に、欺罔、脅迫、暴行の手段を用いない奪取罪の全てが包含され、7条により10年以下の自由刑に処せられることになった点である⁸⁹⁾。このことによる1968年盗罪法の利点は、1916年窃盗法に規定されていた、窃盗罪、横領罪、コンバージョンという三つの主要な犯罪が一つに統一され、これらの犯罪の微妙な差異により生じていた犯罪訴追上の瑕疵や刑の不均衡が解消されたことである。さらに、盗罪は後述するように、1条1項により「他者の財物を永続的に侵奪する意思で、他者に帰属する財物を背信的に奪取する」と規定され、その行為要件として「奪取 (appropriate)」が挙げられている。この「奪取」という文言は、1916年窃盗法下で使われていた窃盗罪の行為要件である「転換 (Conversion)」という文言よりも一般的な言葉であるため裁判の際に陪審員が財産犯の概念を理解しやすくなるという利点も有している⁹⁰⁾。このような1968年盗罪法における「奪取」という文言の採用は、同法制定の際、1916年窃盗法における問題点を考慮し、財産犯の体系を整理、単純化、犯罪訴追上の問題点の解消、一般的に理解しやすい規定の制定を刑事法改正委員会が意図した結果であった。

(2) 盗罪における「奪取」の定義

以下では、盗罪の定義について学説、判例の検討を通して考察していく。とりわけ、盗罪の成立において特に重要であると考えられる「奪取 (appropriation)」の概念を中心に考察する。後述するように盗罪成立に関しては、奪取のほかに四つの要件があり、これらに関する議論、すなわち、「財物の意義」、「財物の他人性」、「背信的に」の意義、「永続的に財物を侵奪する意思の意義」に関する議論もまた必要であると思われる。しかし、これらの四つの要件は、特に1968年盗罪法を特色づける要件と言うことができないこと⁹¹⁾、また「奪取」の概念が、本研究の論点である我が国の窃取

行為に対応する要件であること、そして、奪取を考察することによって盗罪の客体がいかなるものが明確になると考えられることから、ここでは「奪取」の概念に限定して論じることとする。

①1968年盗罪法による定義

a) 盗罪の定義

1968年盗罪法における盗罪は1条1項において以下のように定義される。

1. - (1) A person is guilty of theft if he dishonestly appropriates property belonging to another with the intention of permanently depriving the other of it; and "thief" and "steal" shall be construed accordingly.

1条1項 永続的に財物を侵奪する意思で、他に帰属する財物を背信的にその者から奪取した者は窃盗罪につき有罪とされる。そして「窃盗犯」及び「窃取」はこれにしたがって解釈するものとする。

この規定から、盗罪の成立要件としては、「他者に帰属する」、「財物を」、「永続的に財物を侵奪する意思で」、「背信的に」、「奪取する」という五つが挙げられる。これに対して、1916年窃盗法における窃盗罪は「他者の動産を」「窃取の意思をもって (animus furandi)」「不法に奪取し (trespassory taking)」「運び去る (carry away) = 移転する」ことを要件としていた。

この二つの法における要件の比較から明らかなのは、1968年法の下での盗罪が、1916年法の下での窃盗罪で要件とされていた「窃盗犯人が財物を奪取し、移転しなければならないという」概念の制約、すなわち移転の事実の立証責任から財産犯を解放したということである。さらに、この盗罪は、以下で述べる「奪取」の概念を用いることによって、窃盗法の下での窃盗罪、横領罪、コンバージョンという三つの主要な犯罪を一つに統一した。それゆえ、窃盗法の下で、1919年窃盗罪の行為要件が「領

得し移転する」ことに限定されたことに起因する犯罪類型の複雑化も解消された。

b) 「奪取」の定義

1968年盗罪法において奪取は3条1項において以下のように定義される。

3. - (1) Any assumption by a person of the rights of an owner amounts to an appropriation, and this includes, where he has come by the property (innocently or not) without stealing it, any later assumption of a right to it by keeping or dealing with it as owner.

3条1項 他者による所有権のあらゆる取得も奪取であり、そしてこの奪取には、その者が(善意、悪意に関わらず)窃取以外の方法により財物を取得した場合、所有者のように財物を保持あるいは取り扱うことによって財物に対する権利を事後的に取得した場合も含む。

この3条1項の規定は奪取に関して、「他者による所有権のあらゆる取得も奪取である」と定義し、被告人が盗むことなしにその財物を手に入れ、その後、所有者のように保持あるいは取り扱い、我がものとする場合にも盗罪が成立するとした。すなわち本法は、1916年窃盗法では十分に規定されていなかった我国における占有離脱物横領罪の場合も、盗罪に含むものとして規定した。また、この規定により、奪取の客体には財物の他に、所有権も含まれると解され、イギリスにおける奪取行為は、財物を取得する行為の全般を指すものと解される。

(3) 判例における奪取行為の定義の確立

1968年盗罪法上の奪取の定義は以上のようなものである。したがって、次に、判例、学説の見解を考察することによって、盗罪における奪取とは、実際にはいかなる行為なのかを明確にする。とりわけ、判例の展開を中心に、判例において定義さ

れた概念とそれに対する学説による批評について考察していく。

1968年盗罪法下において、奪取をはじめに定義した判例はローレンス事件⁹²⁾である。ローレンス事件の事実概要は以下のとおりである。英語をほとんど話せないイタリア人学生であった被害者が、ロンドン、ヴィクトリア駅に到着し、タクシー運転手であった被告人のタクシーに乗り、被告人に行き先であるラドブルックス・グローブの住所が書いてあるメモを見せた。被告人は、そのメモを確認し、被害者に目的地は遠く、費用のかかる道程になると告げ、被害者はそれを了承し、被告人に1ポンド紙幣を渡した。被告人は1ポンドでは足りないと言い、被害者が必要な料金を支払うために開いて見せた財布の中からさらに5ポンドを取った。その後、被告人は被害者を目的地まで乗せて行き、被告人は被害者から総額6ポンドを運賃として支払わせたが、その道程にかかる適法な運賃は10シリングであった。このような事実関係に関して、第一審である四季治安判事裁判所、及び原審である控訴院は、盗罪により被告人を有罪と判示したが、被告人側弁護人は「被告人の金銭の取得には所有者である被害者の同意があったため、これは民事上有効な贈与であり、盗罪とはなりえない。」と主張し上訴した。被告人側弁護人の主張に見られるように、本件では、所有者の同意ある財物の取得も奪取となりうるか否かが争点となった。これに対して、貴族院は被告人の上訴を棄却、原審を維持し、被告人を1968年盗罪法1条1項により盗罪で有罪とした。貴族院は、本件において、「窃盗という文言は、明文で、所有者の同意なしに財物を取得することを要件とせず、そして、『奪取』という用語は同意の欠如を含意しない。」⁹³⁾と判示し、盗罪の成立に所有者の同意には重要性がないとして、奪取を「所有者の同意などに左右されない財物の取得行為」と広範な行為として定義した。

しかし、続くモーリス事件判決⁹⁴⁾は、限定的な形で奪取行為を定義した。モーリス事件の概要は以下の通りである。本件の被告人は二つの事実

について起訴されていた。その第一の事実、被告人がスーパーマーケットで骨付き肉から値札をとり、次にそれよりも高い骨付き肉にその値札を貼ったというものである。なお、この被告人の行為は、被告人が貼り換えた安い値段での支払いをする前にレジで見つかった。そして、第二の事実は、被告人がスーパーマーケットの棚から商品を取り、より低価に見える値札に貼り換えたというものである。その後、被告人はレジで貼り換えた低価の値段で支払いをした。このような行為につき、被告人は、1968年盗罪法1条1項および15条に違反する財物の奪取を行ったとして起訴され、陪審は被告人を盗罪で有罪とした。この有罪判決に対して、被告人は貴族院に上訴したが、貴族院は「特定の契約を、錯誤や詐欺を理由に無効であるあるいは無効にできるか否かという疑問、あるいはあらゆる錯誤が契約を無効にするのに十分な根拠であるか否かという疑問を刑法のこの領域に導入することはあらゆる見解に基づいて不適切であると謹んで提案する。これらの難しい疑問は、可能な限り、それらが直接的に関係性ある法の分野に制限されるべきである。そして、私はそれらの疑問を、1968年盗罪法に関連性のある問題とは考えていない。……奪取の概念は所有権への敵対的侵害あるいは所有権の奪取という方法を含む。財産における所有者のなんらかの権利の強奪は財産の奪取となる。」⁹⁶⁾と判示して、被告人の上訴を棄却した。加えて、本判決は、「奪取の概念は所有権への敵対的侵害あるいは所有権の奪取という方法を含み、このことは、被告人を窃盗罪で有罪とするには、被告人が何らかの無権限行為を犯している事を要求する事になるのである。」として、奪取の定義を無権限行為による財物の取得に限定した。

このように、奪取は、ローレンス事件において「所有者の同意などに左右されない取得行為」と広範な行為として定義されたのに対し、その一方で、モーリス事件判決においては「無権限行為による財物の取得」に限定されたのである。この二つの判決での矛盾は、その後下された他の判決に

おいて混乱を引き起こすこととなるが、この矛盾の解決は、モーリス事件判決の9年後に下され、現在、奪取行為の定義の基準的判例となっているゴメス事件⁹⁶⁾を待つことになる。

ゴメス事件の事実概要は、盗品である小切手2枚と交換で店の商品を取得したいと顧客に話を持ちかけられた被告人(店長補佐であった)が、その小切手が盗品だということを伏せて被害者である店の経営者を説得し、その小切手と交換でその顧客に商品を売ることを決意させたというものである。このような事実関係に関して、被告人側弁護士は、店の店長補助である被告人には、盗罪の行為要件である他人に帰属する財物の奪取は不可能であると主張したが、陪審員は、1968年盗罪法の1条1項に違反したことにより、被告人は窃盗罪で有罪であると決定した。本件においては、どのような行為が奪取を構成しうるのかが論点となったが、貴族院はこれに関して、ローレンス事件における奪取についての所見は判決理由であったが、モーリス事件における奪取についての所見は傍論であったという理由から多数意見でローレンス事件を支持し、奪取について「私は『奪取』という文言は独立して以下のようなものであると考える。すなわち、奪取は所有者か被疑者のどちらかの心理状態とは関係なしに行われた行為の客観的な記述であると考えるのである。すなわち、ローレンス事件における判決(同意の問題は、奪取があったかどうかを考慮すると不適切であるとする)とモーリス事件で明示された見解とを調和させることは不可能である。そして、私の判断では後者(モーリス事件)の意見が不適切である。」⁹⁷⁾と判示した。すなわち、この本判決は、奪取を無権限行為に限定するモーリス事件の定義を不適切として、ローレンス事件における奪取の定義を維持し、奪取とはあらゆる財物取得行為であり、その行為は、所有者の意思に左右されることのない、客観的な行為であると定義づけたのである。さらに、本判決は、「その行為が所有者の同意、あるいは授權を得て行われたかどうかは重要ではない。またこのことは詐欺の要素のある事件に制限

されない一般的命題である」と判示し、本判決で提示された奪取の定義はいかなる事例においても基礎となるものであることを主張したのである。

このように、盗罪における奪取の定義は、ローレンス事件判決、ゴメス事件判決により確立されたと思われたが、その後のマゾ事件判決、ホプキンス&ケンドリック事件判決の控訴院では混乱が生じた。

はじめに、マゾ事件⁹⁸⁾の事実概要は、精神無能力者である被害者の家で働く女中であった被告人が、被害者から贈与された合計37,000ポンドの小切手を換金したというものである。被告人は被害者から小切手を換金する同意を得ていたが、刑事法院は被害者には有効な贈与の同意ができるほどの精神能力がなかった判示し、被告人を盗罪で有罪であるとした。被告人は、被害者が受贈者である限り盗罪は成立せず、さらに陪審員は被害者の精神無能力について適切な説示を受けていないとして上訴した。続くホプキンス&ケンドリック事件⁹⁹⁾の事実概要は以下の通りである。被害者は、自分の身の周りのことを自分ではできない程の精神無能力状態にある盲目の年配女性(99歳)であった。被告人らはそのような状況の被害者を介護し、被害者の身の周りの物事を管理していた。とりわけ、被告人は被害者の遺産である127,500ポンドを管理しており、被害者の所有する株式を売却し、その収益を自分達の口座に移転したこと、被害者の友人が被害者と接触するのを拒否したこと、財産の受取人が自分達になるように被害者の遺言書を変更したことにより盗罪で起訴され、盗罪の共謀などにより有罪とされた。被告人はこれらの行為全てについて、自分は被害者の授権をえており、被害者の利益のために行動したと主張した。さらに、被告人は原審の有罪判決に対し、裁判官は陪審員達に被害者の同意について十分な説示をしていないとして上訴し、被害者の同意は背信の要素を打ち消すものであると主張した。

このように、この二つの判例における被告人は、いずれも意思能力に問題があると思われる被害者から贈物を受け取っている。そこで、奪取行為の

成立を判断するのに、被害者の意思能力を検討すべきか否かが争点となり、これらの事例の控訴院では、被害者の心理状態が考慮されるべきであるとされた。

まず、マゾ事件における控訴院は、「確かに、本件において、陪審がそのこと(被告人が有罪であること)に確信をもち、必然的推論をすれば、窃盗罪による有罪と判決できる証拠がある。S夫人(被害者)の意思能力は有効な贈与が可能なものではないということが争われているが、そのことを示す証拠があった。贈与する能力がないがゆえに贈与はなかったというのが控訴事実なので、陪審がS夫人の有効な贈与をする能力について生じる問題に直面すべきであることの重要性は明確である。有罪判決の前に、陪審は受贈者の心理状態と移転の状況を考察する必要があった。しかし、贈与者に贈与を有効ならしむる十分な程度の知力がなかったということの立証もまた不可欠である。陪審は決して、その効果についても明白な説示を受けていない……贈与者の心理状態および有効な贈与足りうるかどうか、そして、それがなされたかどうかを考察することは裁判所の判決においては、それが生存者間の移転を含む民事事件と同様、本刑事訴訟において重要である。」¹⁰⁰⁾と判示し、被害者の意思無能力が立証できなかったことを理由に有罪判決を破棄した。

次に、ホプキンス&ケンドリック事件における控訴院は「我々の判断では、そのことはクレア夫人(被害者)の精神能力に関する事件である。その事実に基づくと、本判決はマゾ事件とは非常に異なる事件であり、我々の見解では、事件概要の説示における裁判官は、法の目的のために、精神能力のレベルに関して何が証拠になるのかということ陪審に完全に明白にした。」¹⁰¹⁾と述べ、被害者の意思能力を検討したうえで、奪取行為の成立を肯定した。

この二つの判決が、ゴメス事件により確立された「奪取とはあらゆる財物取得行為であり、その行為は、所有者の意思に左右されることのない客観的な行為である」という定義にしたがって判決

を下していたならば、どちらの事例においても、被害者の精神状態の検討に踏み込むことなく、奪取行為が認められ、窃盗罪が成立していたはずである。しかし、これらの判例においては、被害者の精神状態を考慮の上、奪取行為の成立が検討された。学説のなかには、この二つの判例における奪取の定義の混乱を指摘し、ゴメス事件判決で定義された奪取の概念を否定するものがある¹⁰²⁾。しかし、判例において、ゴメス事件の定義は、続くヒンクス事件¹⁰²⁾によって維持され、さらに補充、強化される。

ヒンクス事件の事実概要は以下の通りである。住宅金融組合の口座に貯金および父親から相続した金銭を所有する限定的な知能しかない男性である被害者Dと親しくなった被告人は、1996年4月から11月にわたり、ほぼ毎日、Dに同伴して住宅金融組合へ行き、一日あたりの引き出し限度額の総額300ポンドを引き出し、被告人の口座へ預金させていた。その総額は最終的に約60,000ポンドにまでのぼり、被告人は、その他にも被害者にカラー・テレビセットを譲渡させていた。なお、被害者の精神状態について、精神科の顧問医が、「Dはだまされやすく人を疑うことをしない。そして、自分の資産の評価が分からないかあるいは資産の価値を計算する能力がない。しかも、Dは金銭を譲渡するという意思決定をすることはできても、彼がその決定を一人でしたということはありません。」と証言した。このような事実関係において、被告人は盗罪の数個の訴因の正式起訴状に基づいて訴追され、第一審、第二審は盗罪につき、被告人を有罪とした。しかし、被告人側弁護士は、被害者から被告人への財物の譲渡は民事上有効な贈与であるから、本件被告人の被害者からの財物の受け取りは奪取を構成しないと主張した。これに対して、貴族院は「1968年盗罪法の3条1項の意味の範囲内の『奪取』は、他者から所有に関わるあらゆる権利を強奪することを包含する中立な用語であり、限定された解釈は盗罪法の範囲を不当に制限し、構成で有効な犯罪訴追を複雑にする。もはや、あらゆる所有権、あるいはその財物にお

ける所有者のあらゆる権利を再び取り戻す、あるいは回復する権利を保有していない者からの財物の取消権が留保されていない権利の取得は、その財物の『奪取』となりうる。窃盗に対する有罪判決において、立証される必要がある主観的要件は不当判決に対する適切な防御となる。」¹⁰³⁾と判示し、ゴメス事件における「奪取とはあらゆる財物取得行為であり、その行為は、所有者の意思に左右されることのない、客観的な行為である。」とする奪取の定義を強化し、盗罪の成立に関して、行為者の奪取行為が民事上有効とされるか否かは問題とならないということ、および他者の財物に関するあらゆる権利を取得する行為も奪取に含まれると補充を加えたのである。

このような判例の変遷により、イギリスにおける奪取行為は、「所有者のあらゆる権利の取得」を含む「あらゆる財物取得行為である」と定義され、さらに、奪取は所有者の意思に左右されることのない客観的な行為であるため、民事上有効な行為であるか否かも問題とならないとされた。このように、判例上確立されたイギリスにおける奪取行為はかなり広範で、それゆえ、明確なものであるが、このような判例における奪取の定義については学説の立場から批判がなされている。

(4) 奪取の定義に関する批判の検討

判例上確立した奪取の定義に対して、学説の立場から以下の五つの論点¹⁰⁴⁾が提起・検討されている。

- ①所有者の同意ある民法上合法的な贈与の受け取りが奪取となりうるのか。
- ②奪取の成立に所有者の心理状況は影響するかどうか。
- ③奪取行為はどの時点で成立するのか。
- ④③に関連して不作為による財物の取得は盗罪となりうるのか。
- ⑤所有権を有する者の財物の取得は奪取となりうるのか。そして所有権の取得とは全ての所有権の取得を意味するものなのか。

はじめに、「①所有者の同意ある民法上合法的な贈与の受け取りが奪取となりうるのか。」という点に関して考察する。この論点は、ローレンス事件判決、マゾ事件判決、ホプキンズ&ケンドリック事件判決、ヒンクス事件判決から生じたものである。すなわち、この論点は、これらの四つの事件において、被害者は被告人の財物の取得に同意していた、あるいは被告人に所有者の権限を授与していたのであるから、それゆえ、被告人の行為は民法上合法的な行為であるのに、被告人の財物の取得が奪取とされるのは不合理ではないかという、判例の定義に対する疑問である。この点について、ガードナーは「なぜなら、たとえ意に反して、取得されたとしても、民法はまさに確定した財産権を尊重することに関わり、ところが一方で、刑法はまさに、意に反した取得の方法を罰することに集中するからである。別の主張は、刑法は現実の財産権を維持するために機能すべきことを認容するというものと、ヒンクス事件で、他人に対する不法行為を犯すことによって財産権のシステムに間接的に脅威を与える人々を犯罪者とすることによって、財産秩序を保護するというものである。この不法行為の本質は、背信に存在するのである。」¹⁰⁵⁾と主張している。さらに、ジョン・スミスは著書で以下のように述べている。すなわち「民法で合法である限り、盗罪は成立しない。そして民法で不法なものは大抵盗罪にあたる。しかし、民法で不法であるということが犯罪の成立要件として必ずしも要求されるものではない。」と述べているのである¹⁰⁶⁾。この二つの見解のうち、イギリスにおける財産犯の発展の変遷を考慮すると、後者のジョン・スミスの主張が妥当であろう。確かに、ガードナーが主張する通り、民法と刑法の規制、保護の対象は別個のものに集中するという一面もあるであろう。しかし、イギリス法における財産犯は、民事法の影響を受けつつ発展してきた。それが顕著に現れているのが、前述した1916年窃盗法である。とりわけ、同法における詐欺罪は直接的に民法の事情の影響を受け、それによって成立が判断されていた。このことに鑑みると、

やはり刑法と民法の調和は保たれなければいけない。故に、財物の贈与や権限の授与についての所有者の同意が民法上合法であるなら盗罪は成立し得ないであろう。なお、ローレンス事件判決、マゾ事件判決、ケンドリック&ホプキンズ事件判決、ヒンクス事件判決について言及すると、ローレンス事件における所有者の同意は欺罔による錯誤によって引き起こされたもの、マゾ事件判決、ホプキンズ&ケンドリック事件判決、ヒンクス事件判決による所有者の同意は精神無能力者によるものなので、このような所有者の同意による被告人の財物および所有権の取得は、イギリスにおいても民法上、無効となる、あるいは無効とできる¹⁰⁷⁾。そのため、これらの事件において「所有者の同意ある民法上合法的な贈与の受け取りが奪取となりうるのか。」という点を議論することにあまり意味はないように思われる。

次に「②奪取の成立に所有者の心理状況は影響するか否か。」という論点についてであるが、この点も①同様、ローレンス事件判決、マゾ事件判決、ホプキンズ&ケンドリック事件判決、ヒンクス事件判決から生じたものである。この点に関する判例の考えは明確である。すなわち、ゴメス事件において、多数意見として支持されたブラウン卿は、「私自身としては……、『奪取』という言葉は行われた行為の客観的な描写とし、所有者と被告人の精神的状態とは分離されるものであると考える。」と述べており、奪取行為の成立に被害者および行為者の心理状況は影響を与えないということを示している。しかし判例は、盗罪成立に当たって、被害者および行為者の心理状況を一切考慮しないというわけではない。例えば、ヒンクス事件において、被害者の意思無能力という心理状況は、奪取行為の成立を基礎付ける要因としてではなく、盗罪成立に必要な他の要件のひとつである「背信的に」という要件を基礎付ける要因として取り入れられている。このような判例の姿勢は、奪取行為の定義を明確にするだけでなく、財産犯の簡略化を意図した1968年盗罪法の趣旨に沿うものであり、妥当であると思われる。

次に「③奪取行為はどの時点で成立するのか。」という点について考察する。これは、モーリス事件判決に関係して提起された論点である。モーリス事件判決において、ローレンス事件判決、ゴメス事件判決、ヒックス事件判決で提起された奪取の概念を適用すると、被告人がスーパーマーケットの商品を手を取った時点で奪取が成立することになるのである。この点について、アシワースは「奪取が他者(所有者)の諸権利あるいは占有の何らかの侵害があれば成立し、そして、その際に所有者の同意や授権の有無は無関係であり、所有者(被害者)や被疑者の心理状況も同様に無関係であるとする、スーパーのオーナーが、顧客がレジカウンターに来た時に取り運んだ商品の代金を支払うのであれば、商品を棚から取りそしてそれらを後で交換することに完全に同意している場合でさえも、スーパーマーケットで、豆の缶詰に触れる顧客はそれを奪取していることになる。」と批判する¹⁰⁸⁾。この点に関し、学説の多くは盗罪の成立要件である背信性の概念の存在の有無により解決を図っているようである。すなわち、奪取の定義は上述のゴメス事件判決によるものとおりで、それと同時に背信性が存在した場合に奪取の成立を認めるという見解が多いように思われる¹¹⁰⁾。

次に「④ ③に関連して不作為による財物の取得は盗罪となりうるのか。」について検討する。この論点について学説は、親子で買い物に行った被告人が帰宅し、自分の知らない間に幼い息子が店の物を持ってきていたという事例や、羊飼いが自分の羊の群れを追い立てた時に、他者の羊が混じってしまい、それに後に気がついたがそのまま盗用したという事例を挙げて検討している。これらの事例について、学説では、大まかに二つの見解が挙げられている。その一つは被告人には、不作為に取得した財物を本来の持ち主に返却する法的責任があることから、その不作為は刑事罰で罰すべき行為であり、盗罪にあたるというものである¹¹¹⁾。もう一方は、被告人がその財物の取得にかかわる行為をしていないのであれば、奪取にはな

りえないとするものである。この点について、判例は、1984年に出されたクロウザー事件¹¹²⁾において検討している。本件の事実概要は次の通りである。被告人である16歳の少年は、他の少年から経緯儀を通常の値段よりも安い5ポンドで受け取った。その経緯儀は、実は、盗まれたものであったが、被告人はその受け取りの時点ではその事情を知らなかった。しかし、後に、さらに別の青年から、その経緯儀は盗まれたものであると知らされたが、そのまま所持していたというものである。このような事実関係において、控訴院は、1968年盗罪法3条1項を適用し、被告人を有罪とした。すなわち、控訴院は、被告人は、財物を受け取った時点では、財物が盗品であることを知らなかったため、盗罪を構成しないが、後にそれが盗品であることを知った上で、自分が所有者として財物を扱った時点で、被告人の背信性を認め、盗罪の成立を認めたのである。このように、1968年盗罪法3条1項の下では、単に不作為に財物を取得した時点では盗罪は成立しないが、不作為の取得後に、その財物を所有者として利用する行為を行った時点で盗罪が成立するというのが判例の帰結である。また、この1968年盗罪法3条1項の定義から、イギリスにおいては、我国で言うところの占有離脱物横領罪も盗罪の中に含まれることが明白である。

次に「⑤所有権を有する者の財物の取得は奪取となりうるのか。」について考察する。これに関する判例として、ヒルトン事件¹¹³⁾が挙げられる。この事件の概要は、慈善団体の職員であり同団体の銀行口座の署名者で所有権者であった被告人が、自分の借金の支払いのために、銀行に慈善団体の貯金の一部を他の口座へと移転するように指示したというものである。控訴院は、被告人は慈善団体の債権を奪取したという根拠で、第一審における被告人の盗罪による有罪判決を支持したが、所有権者の立場にある被告人が他人の財物を奪取しうるか否かが争点となった。この争点に関しては、盗罪の他の成立要件である「他人に帰属する財物」の定義も含みうる問題であるので詳し

く論じないが、控訴院は、本件被告人が慈善団体の債権、すなわち当該金銭について銀行を訴える慈善団体の権利を奪取したとして盗罪による有罪判決を下した。

この判決は、一連の判決により確立した奪取の定義から、妥当なものであったと思われる。すなわち、上述のヒックス事件は、「他者のあらゆる権利の取得行為」がその財産の奪取を構成するものであると奪取行為の定義を補充しており、本件控訴院が述べるように、被告人の行為が当該金銭について銀行を訴える慈善団体の権利を取得するものであったとすれば、この被告人の行為は「所有者のあらゆる権利の取得行為」にあたると考えられるであろう。この「あらゆる権利」の解釈については、その内容として、財物を売る権利、毀棄する権利、贈与する権利などが挙げられるがその全てを含む必要はなく、そのうちのどれか一つに関係していれば十分であるとされている。なぜなら、全ての所有権を奪取することを要件とすると盗罪の成立が不当に限定されてしまう可能性があるからである¹⁴⁾。

3. 我国の窃盗罪との比較と考察

本章では、比較法の対象として、イギリスの1968年盗罪法の下に盗罪における奪取行為とはいかなるものかを検討してきた。

イギリスにおける盗罪は、それまでの財産犯に関する規定の複雑化の解消を目的として制定されたため、非常に広範な犯罪として規定された。したがって、イギリスにおける盗罪は、我国の窃盗罪、詐欺罪、横領罪、占有離脱物横領罪を統一して規定したような犯罪であるといえる。そのため、イギリスにおける盗罪の行為要件である「奪取」は、我国の窃盗罪の行為要件である「窃取」に比べて、明確で積極的な定義が与えられている。すなわち、我国の窃取行為が、隣接する他の財産犯との関わりの中で「占有者の意思に反し、暴行・脅迫・恐喝・詐欺によらずに、財物に対する占有者の占有を侵害し、その財物を自己又は第三者の占有下に移転する行為である」と、財物取得行為

の中から他の財産犯の財物取得行為を除くものが窃取であるというような消極的な定義づけがなされているのに対し、イギリスの奪取行為は、我国の窃盗罪のように隣接した財産犯との区別が必要ないことから、「所有者のあらゆる権利の取得」を含む「あらゆる財物取得行為である」と、我国の窃取行為に比べて、より明確で簡素な積極的定義が与えられている。

さらに、イギリスの盗罪は、その条文や判例の流れから明らかなように、その客体に他者の財物、所有者のあらゆる権利の他に、他者の所有する自分の財物も含まれている。すなわち、盗罪における奪取行為の中には他者の所有する自分の財物の取得も包含されるものと解され、ゆえに、イギリスの盗罪は、我国の刑法242条のみなし規定をも含意したものであるといえよう。このことから、イギリスの盗罪の保護法益は我国の占有説的な見解に準拠していると思われる。

我国の窃盗罪とイギリスの盗罪には、犯罪の成立範囲や行為の定義に関してこのような相違点が見られるが、その一方で、法定刑という点では共通点が見られる。すなわち、イギリスの盗罪は財産犯を一つにまとめ、その法定刑を10年以下の自由刑に処すると規定し、一方、我国においても、財産犯の区別はあるものの、窃盗罪、詐欺罪、恐喝罪の法定刑は全て、10年以下の懲役に処するとされているのである。さらに、イギリスの盗罪法は、財物に対する侵害だけではなく、被害者の身体へ対する侵害をもともなう強盗罪について、盗罪とは規定を分け終身刑に処するとしており、我国の刑法においても、強盗罪は6年以上の有期懲役に処するとされ、双方とも強盗罪は他の財産犯より法定刑が重くなっているのである。

このように、イギリスにおける盗罪が、我国における窃盗罪、詐欺罪、横領罪、占有離脱物横領罪といったような財産犯を統一した犯罪であり、財産犯間の区別が必要ないことから、「奪取」という行為要件が明確に定義されていること、そして、我国の財産犯において窃盗罪、詐欺罪、恐喝罪の法定刑が同一であることからすると、一見、我国

においても財産犯規定を統一化し同様の法定刑を科したほうが合理的であると思われる。しかし、イギリスにおいて、盗罪へ財産犯が統一され、奪取行為の定義がかなり広範になったことから、1968年盗罪法に定められた盗罪以外の犯罪と盗罪の行為要件が重なってしまい、本来、盗罪で起訴されるべきではない犯罪が盗罪で起訴されるといった問題が生じている¹¹⁵⁾。実際に、このような問題点等から1968年盗罪法は、1978年¹¹⁶⁾および1996年¹¹⁷⁾に改正されている。加えて、イギリスの盗罪が客体の中に財産上の利益を含むことは上述した通りである。しかし、我国においては、詐欺罪が二項で財産上の利益を客体としているが、窃盗罪は財産上の利益を客体としていない。したがって、我国において、財産犯を統一し、同一の法定刑を科すとすれば、本来、我国では罰せられない利益窃盗の事例も罰せられることとなり、これは我国の刑法の立法者意思に反することになる。

これらの理由から、財産犯を統一することでその行為要件が明確になり、財産犯間の複雑な区別が解消されるにしても、我国において、単に財産犯を統一し、その範囲を拡大、単純化することには問題がある。さらに、一つの財産犯が広範囲にわたり、他の犯罪と重なることなることを防ぐためにも、財産犯を行為形態やその他の事情によって、ある程度、分けて規定することは重要であろう。なお、この点に関しては、イギリスにおいて、2006年に2006年詐欺法¹¹⁸⁾が制定され、1968年盗罪法の中から、欺罔による財物取得行為のいくつかが抜き出され¹¹⁹⁾、詐欺罪として新たに制定されたことが重要な意味を有しているであろう。

IV むすび — 今後の展望と課題 —

以上、本稿では窃取行為の定義と実質を中心に窃盗罪における占有侵害の意義について論じてきた。

そこから、窃取行為の要素として、当初、窃かに、占有排除行為、占有設定行為の三要素が挙げられていたことが確認できた。しかし、窃かにの要素

は次第に縮小・削除され、現在、学説、判例における窃取の定義として残っているのは占有排除行為、占有設定行為の二つの要素である。そこで次に、窃盗罪の既遂が問題となった判例の分析を通して、占有排除行為、占有設定行為がいかなる行為なのかを検討した。その結果、窃盗既遂とされた判例の中には、行為者の財物取得の蓋然性が高まるであろう行為の存在を根拠に、窃盗罪の既遂時期が早められている事例があることが確認できた。この理由としては、判例が窃盗罪の成立にあたって占有者の財物に対する占有存否を重視するあまり、窃取行為の要素である占有設定行為が行われないうちに、占有排除行為と行為者の財物取得の蓋然性が高まるであろう行為をもって窃盗罪を既遂にしてきたという点が挙げられる。しかし、窃盗罪における占有は、占有者の財物に対する客観的支配状況、あるいは実力行使可能な状況である。したがって、行為者の財物を取得する蓋然性が増大する行為をもって占有設定行為を認めると、占有設定行為が拡大されるだけでなく、占有概念も不明確となり、さらには財産犯間の区別をも曖昧にしてしまうと考えられる。そのため、行為者が財物に対する自己の支配を確立していない以上、占有設定行為を認めるべきではなく、窃盗罪の成立判断においては、占有排除行為および占有設定行為という窃取の要素が重視されるべきであろう。そして、窃盗罪の成立判断においては、窃取行為の要素と同様に、やはり、占有者の占有の存否にも重点をおくべきである。これまで、判例および学説は、財物と占有者の時間的・距離的離隔の程度、財物の置かれている客観的事実、占有者の支配が推認できる状況を占有存否の判断基準としてきた。しかし、占有概念を客観的なものとするためには、三つ目の基準である占有者の支配が推認できる状況に代わり、財物の置かれた場所の空間的特長といった基準を考慮すべきであろう。なお、占有の存否判断は、これらの三つの基準を用いて、行為者が財物を奪取した時点の事情を対象に判断されるべきである。

そして、本稿では、我国の窃盗罪の問題点をさ

らに明確にするために、我国の窃盗罪とイギリスにおける盗罪との比較を行った。これにより、イギリスにおける盗罪は、我国の窃盗罪、詐欺罪、横領罪、占有離脱物横領罪を統一して規定したような犯罪であり、それらの犯罪の区別が必要ないことから、盗罪の行為要素である奪取は我国の窃盗罪の窃取に比べて、簡素で明確な積極的定義が与えられていることが明らかとなった。しかし、イギリスにおいて、奪取の定義が広範であるがゆえに、盗罪とその他財産犯の行為が重なってしまい、本来、盗罪で起訴されるべきではない犯罪までも盗罪で起訴されてきているという問題が生じている。また、我国で財産犯を統一すると、本来、我国では罰せられない利益窃盗の事例も罰せられることとなるため、立法者意思に反することとなる。これらのことから、財産犯を統一することでその行為要件が明確になり、財産犯間の複雑な区別が解消されるにしても、我国において、単に財産犯を統一し、その範囲を拡大、単純化することには問題がある。さらに、一つの財産犯が広範囲にわたり、他の犯罪と重なることとなることを防ぐためにも、財産犯を行為形態やその他の事情によって、ある程度、分けて規定することは重要であろう。

最後に、これらの考察を通して、上述の判例が、窃取行為の要素である占有設定行為が行われないうちに、行為者の財物取得の蓋然性が高まるであろう行為の存在をもって窃盗罪の成立を認めてきた背景には、不法領得の意思の影響があることが挙げられるため、窃盗罪と隣接する財産犯との区別のさらなる明確化にあたっては、不法領得の意思についての考察が必要であること、そして、窃盗罪だけではなく横領罪における占有がいかなるものなのかについての考察も必要であると感じた。この点は、今後の課題としたい。

注

1) 刑録21輯309頁。なお、本判決を含め、以下大審院の判決はカタカナをひらがなに、漢字をアラビア数字に、

- 旧字体を新字体に直した。
- 2) 裁判集刑69号175頁。
 - 3) 高刑集20巻3号229頁。
 - 4) 上述判例の他に同旨判決として、仙台高裁昭和27年9月27日高刑特22号178頁、東京高裁昭和42年3月24日高刑集20巻3号229頁などがある。
 - 5) 刑録25輯132頁。
 - 6) 新聞2658号6742頁。
 - 7) 刑集10巻955頁。
 - 8) 大判大正15年7月16日刑集5巻316頁（本判示部分の登載なし）。新聞2588号6742頁。
 - 9) 高刑5巻13号2345頁。
 - 10) 刑集11巻9号2143頁。
 - 11) 高刑13巻5号428頁。
 - 12) 名古屋高判昭和28年10月14日高刑6巻11号1525頁、最判昭和29年10月12日刑集8巻10号1591頁、東京高判昭和31年7月24日高刑9巻8号868頁、最判昭和31年8月22日刑集10巻8号1260頁など。
 - 13) 東京地判平成3年9月17日判時1417号141頁、東京地判平成8年3月19日判時1611号151頁、東京高判平成15年7月8日判時1843号157頁など。
 - 14) 東京地判平成平成2年2月22日判時1308号161頁。
 - 15) 最決平成14年2月8日刑集56巻2号71頁。
 - 16) 東京高判昭和30年4月2日高刑特2巻7号247頁。
 - 17) 広島高判昭和30年9月6日高刑8巻8号1021頁。
 - 18) ただし、財物を取得するにあたって行われた欺罔行為が、詐欺罪における占有者の錯誤を引き起こし、財物を処分・交付させるためのものであったのか、あるいは、窃盗の準備行為であったかの判断は非常に微妙なものであり、下級審においては、その判断にばらつきが見られる。
 - 19) 内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（青林書院、1997年）252頁以下、大塚仁『刑法概説（各論）』（有斐閣、1996年）190頁以下、大越義久『刑法各論』（有斐閣、1999年）129頁以下、大谷實『刑法各論講義 新版第二版』（成文堂、2007年）203頁以下、岡野光雄『刑法要説各論 第四版』（成文堂、2003）121頁以下、香川達夫『刑法講義〔各論〕第三版』（成文堂、1996年）511頁、木村光江『刑法〔第二版〕』（東京大学出版会、2002年）259頁、斎藤信治『刑法各論〔第二版〕』（有斐閣、2001）107頁以下、団藤重光『刑法綱要各論 第三版』（創文社、1990年）579頁以下、中森喜彦『刑法各論〔第二版〕有斐閣法學叢書9』（有斐閣、1996年）118頁以下、西田典之『刑法各論〔第三版〕』（弘文堂、2005）132頁以下、林幹人『刑法各論』（東京大学出版会、1999年）193頁以下、福田平『全訂 刑法各論〔第三版〕』（有斐閣、1996年）227頁以下、前田雅英『刑法各論講義〔第三版〕』（東京大学出版会、2000年）178頁以下、山口厚『刑法各論』（有斐閣、2003年）192頁、山中敬一『刑法各論I』（成文堂、2004年）259頁以下。
 - 20) 木村亀二『改正 刑法各論』（法文社、1960年）110頁以下、斎藤金作『刑法各論（改訂版）』（有斐閣、1966年）228頁以下、宮内裕『新訂 刑法各論講義』（有信堂、1962年）95頁以下、安平政吉『改正 刑法各論』（弘文堂、1965年）163頁以下、瀧川幸辰『刑法各論』（1951年『瀧川幸辰判

- 法著作集 第3巻(世界思想社、1982年)328頁以下、永井勘太郎『詳細 刑法 各論』(有斐閣、1957年)274頁以下。この見解の中でも、さらに、窃取を占有侵害とする見解と所有権侵害とする見解に分かれるが、それは窃盗の保護法益をいかに考えるかという違いから生じるものであり、行為という観点からは違いが無いので本論文では同じ見解とした。
- 21) 植松正『刑法概論Ⅱ 各論』(勁草書房、1965年)330頁以下、藤木英雄『刑法講義 各論』(弘文堂、1977年)274頁以下。
- 22) 佐瀬昌三『刑法大意』(清水書店、1937年)24頁以下、島田武夫『日本刑法新論 各論』(松華堂、1924年)334頁以下。
- 23) 木村亀二・前掲注20)110頁。
- 24) 植松・前掲注21)330頁。
- 25) 植松・前掲注21)331頁。
- 26) 島田・前掲注22)334頁。旧書体を新書体に書き直した。
- 27) 島田・前掲注22)334頁。
- 28) 佐瀬・前掲注22)24頁。旧書体を新書体に、片仮名をひらがなに書き直した。
- 29) 刑法において、占有はこのような解釈で一致している。石原明「刑法における占有の意義」中山研一ほか編『現代刑法講座 第四巻』(成分堂、1982年)232頁、大塚・前掲注21)182頁以下、大越・前掲注21)124頁以下、大谷・前掲注19)195頁以下、香川達夫「刑法における占有の意義」田藤重光ほか『刑法講座第六巻』(有斐閣、1964年)17頁以下、川端博『財産犯論の点景』(成分堂、1996年)8頁以下、木村静子「占有の意義」西原春夫編著『判例刑法研究6』(有斐閣、1983年)26頁以下、木村光江・前掲注19)291頁以下、斎藤信治・前掲注19)107頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕補訂版』(成分堂、1995年)145頁以下、田藤重光編『注釈刑法(6)各則(4)』(有斐閣、1966年)27頁以下、中義勝「刑法における占有の概念」竹田直平ほか『総合判例研究叢書刑法(4)』(有斐閣、1956年)96頁以下、中森・前掲注19)115頁以下、西田・前掲注19)128頁以下、林幹人・前掲中19)193頁以下、野村稔「刑法における占有の意義」阿部純二ほか『刑法基本講座 第五巻』(法学書院、1993年)72頁以下、平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977年)202頁以下、前田・前掲注19)167頁以下、山口厚・前掲注19)174頁以下、山中・前掲注19)239頁以下。
- 30) 前掲大正4年3月18日判決。
- 31) 佐伯仁志・道垣内弘人「刑法と民法の対話」159頁以下(有斐閣、2001年)。
刑法上の占有と民法上の占有の違いとして、民法上の占有が「自己のためにする意思」を必要とすることを挙げる刑法の学説が多いが、民法においても「自己のためにする意思」を占有の要件にかさない学説や形式的な軽い要件とする学説も多い。
- 32) 前掲大正4年3月18日判決。
- 33) 大判大正5年5月1日刑録22輯672頁。
- 34) 刑集11巻12号3061頁。
- 35) 鈴木左斗志「刑法における『占有』概念の再構成」学習院34巻2号(2001年)143頁。
- 36) 判特26巻126頁。
- 37) 高刑特2巻4号64頁。
- 38) 高刑特2巻7号242頁。
- 39) 東高刑時報6巻5号142頁。
- 40) 高刑特2巻11号519頁。
- 41) 高刑特3巻6号252頁。
- 42) 高刑特4巻6号116頁。
- 43) 刑集2巻7・8合併号989頁。
- 44) 判時852号124頁。
- 45) 刑月11巻4号277頁。
- 46) 高刑8巻3号418頁。
- 47) 判時1083号156頁。
- 48) 学説においてもこのような判例の見解に賛同するものがある。例えば、大塚・前掲注19)183頁以下、西田前掲注19)128頁以下などが挙げられる。
- 49) 判時1400号128頁。
- 50) 鈴木・前掲注35)148頁。なお、鈴木教授のいう①～⑩の判例とは本稿a)記載の判例の一部である。
- 51) 刑集58巻6号515頁。
- 52) 法学教室300号149頁以下。
- 53) 林・前掲注19)195頁。
- 54) 最決昭和32年1月24日刑集11巻1号27頁。
- 55) 大審院大正13年6月10日刑集3巻473頁。
- 56) ただし、この見解の中でも、さらに、前述の判例における第三の基準、すなわち、占有者の支配を推認させる状況を占有存否の判断基準にすることに対して、肯定的な見解と否定的な見解とに分かれている。
- 57) 中・前掲注19)98頁。
- 58) 中・前掲注19)99頁。
- 59) 大谷・前掲注19)196頁。同様の見解に前掲西田・前掲注19)128頁以下がある。
- 60) 中教授と田中教授は同様の見解に立つものの、田中教授は中教授の述べた「個々の事例において事実上支配関係の存在を認めるにつき役立つ客観的諸条件」に関し、基準が多いと分類的な意味にとどまるきらいがあるとしている。田中利幸「刑法に置ける『占有』の概念」刑法理論の現代的展開各論、188頁以下。
- 61) 香川・前掲注29)18頁以下。
- 62) 香川・前掲注29)19頁以下。
- 63) 小谷得雄「窃盗が占有離脱物横領か」別冊ジュリスト判例百選〔第2版〕、61頁。
- 64) なお、窃盗罪の既遂時期について、学説では、行為者が財物に手を触れた時点で既遂とする接触説、自己の事実的支配下に移した時点で既遂とする取得説、他の場所に移転させた時点で既遂とする移転説、財物を他者に見つからないように隠匿した時点で既遂とする隠匿説が対立している。また通説は取得説であり、判例の立場も取得説に拠るものと解されている。
- 65) 刑集2巻330頁。
- 66) 刑集2巻624頁。
- 67) 刑集3巻12号2070頁。
- 68) 判タ823号252頁。
- 69) 大塚・前掲注19)194頁以下、中森・前掲注19)118頁以下、西田・前掲注19)133頁以下など。

- 70) 高刑5巻2号193頁。
- 71) 横領罪 (Embezzlement) は制定法による犯罪であり、その定義は法領域によって異なるが、ここでは一般的な定義をもちいる。
- 72) Theft Act 1968 (c.60), 1968 c.60.
- 73) Act 1827 (c.29), 7 & 8 Geo.4,c.29.
- 74) Larceny Act 1861(c.96), 24 & 25 Vict. c.96.
- 75) Larceny Act 1916(c.50), 6 & 7 Geo.5, c.50.
- 76) Sir John Smith. The Law of Theft, p3 (8 th Ed. 1997).
- 77) Cmnd 2997. "The Theft and Related Offences", para30-31.
- 78) Larceny Act 1916, ss1-17.
- 79) この場合、客体の物理的な「移転」は必要なく、売買契約のような所有権の移転のみで十分であるとされる。
- 80) Larceny Act 1916, s17 (1) (a).
- 81) Larceny Act 1916, ss17-19.
- 82) Sir John Smith. The Law of Theft, pp6-7 (8 th Ed. 1997).
- 83) Larceny Act 1916, s20.
- 84) Larceny Act 1916, s32.
- 85) Sir John Smith. The Law of Theft, p7 (8 th Ed. 1997).
- 86) Id.,para 90-92.
- 87) R v Jones (1948)33 Cr.App.R.11.
- 88) Id.,para. 9-12, 14,15,21-23,35.
- 89) ただし、1968年盗罪法では10年の自由刑で処罰されていたが、1992年の改正により、7年の自由刑へと刑が引き下げられている。
- 90) Sir John Smith. The Law of Theft, p11 (8 th Ed. 1997).
- 91) 木村光江「詐欺罪の研究」90項以下(東京都立大学出版会、2000)。「奪取」以外の要件に関してはコモン・ロー以来の原則が1968年法によっても何ら変更されなかった。
- 92) R v Lawrence(Alan)[1972] 1 QB 373.
- 93) R v Lawrence(Alan)[1972] 1 QB 373, at 631, per Lord Dilhorne.
- 94) R v Morris (David)[1984] AC 320.
- 95) R v Morris (David)[1984] AC 320, at 332, per Lord Rosill.
- 96) R v Gomez [1993] AC 442.
- 97) R v Gomez [1993] AC 442, at 495-496, per Lord Brown Wilkinson.
- 98) R v Mazo [1997] 2Cr App R 518.
- 99) R v Kendrick and Hopkins [1997] 2 Cr App R 524.
- 100) R v Mazo [1997] 2Cr App R 518, at 522-523, per Lord Justice Pill.
- 101) R v Kendrick and Hopkins [1997] 2 Cr App R 524, at 538, per Mrs Justice Ebsworth.
- 102) Andrew Ashworth. PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (14 th ed. 1998).
- 102) R v Hinks [2001] 2 AC 241.
- 103) R v Hinks [2001] 2 AC 241, at 235, per Lord Steyn.
- 104) Ashworth, Card = Cross & Jones. Jonathan Herringなどが主張している。
- 105) Simon Gardner. "Property and Theft" [1998] Crime LR 35, at 42.
- 106) Sir John Smith. The Law of Theft, p17 (8 th Ed. 1997).
- 107) 詳しくは、伊藤正巳編『英米法概論』(青林書院、1961年)70頁以下、75頁以下、305頁以下、314頁以下、340頁以下、429頁以下、476頁以下、481頁以下、488頁以下、および、田島裕『イギリス法入門 著作収集別巻3』(信山社、2001年)48頁以下を参照。
- 108) Andrew Ashworth. PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (14 th ed. 1998).
- 110) 領得と背信性のこのような関係から、占有離脱物横領などのような事例において、財物を取得した時点で背信性が存在しておらず、単にその財物を保持している状態では盗罪は成立しないとされる。そして、後に背信性が生じた際に領得行為の成立を認め、その時、盗罪の成立が認められるとする。Card, Cross & Jones, Criminal Law (16 th ed. 2004).
- 111) Andrew Ashworth. PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (14 th ed. 1998).
- 112) Broom v Crowther, [1984] JP 592, DC.
- 113) R v Hilton[1997] 2 Cr App R 445.
- 114) Sir John Smith. The Theft of Act (8 th Ed. 1997).
- 115) その例として、アシュワースなど、上述ローレンス事件を上げる学説もある。
- 116) Theft Act 1978.
- 117) Theft (Amendment) Act 1996 (c.62), 1996 c.62.
- 118) Fraud Act 2006 (c.35), 2006 c.35.
- 119) 2006年詐欺法は、1条に詐欺罪の定義 (Fraud)、2条に虚偽表示による詐欺罪 (Fraud by false representation)、3条に情報公開の欠陥による詐欺罪 (Fraud by false failing to disclose information)、4条に身分を利用した詐欺罪 (Fraud by abuse of position) を規定している。

(2008年6月30日原稿提出)

(2008年8月29日受理)

The Concept of Appropriation in Japanese Theft Law

Anna FUNAKOSHI

Abstract

This article looks at the concept of appropriation in Japanese criminal law. In Japan, it is said that whether a theft can be said to have occurred depends on whether the victim is in possession of the stolen object. We should, however, note that the criminal act itself is the most important ingredient of the crime. Accordingly, I first analyzed cases and academic theories concerning the act of stealing in general, and then examined cases specifically concerning what possession is, how it should be judged, and what exclusion from the possession of property and setting up the possession of property are. In addition, I also compared Japanese criminal law with English theft law in order to clarify the problems associated with Japanese criminal law. As a result of these considerations, it is apparent that “Sessyu (stealing)” is, in fact, the most important ingredient in deciding whether or not theft has occurred.

Key words

appropriation, Sessyu (stealing), the exclusion of another from the possession of property, setting up the possession of property, quietly