

不法領得の意思

——主観的違法要素の研究(四)——

西 台 満

- (一) 序論
- (二) 窃盗罪の法益
- (三) 領得意思の要否
- (四) 結論

(一)

刑法二三五条の窃盗罪の規定を見ると、「他人ノ財物ヲ窃取シタル者ハ窃盗ノ罪ト爲シ十年以下ノ懲役ニ処ス」とだけ書かれていて、行為とそれに対応する認識(即ち、故意)で罪が成立する原則に何ら変更があるとも思えない。ところが判例・通説は、他人の財物を窃取するという認識の他に、それに加えて「不法領得の意思」なるものを要すると解している。つまり、不法領得の意思(以後、領得意思と略す)は、条文に明示されていない犯罪成立要件、書かれざる構成要件というわけである。この領得意思は、窃盗罪だけに要求されているのではなく、強盗・恐喝・詐欺・横領などのいわゆる「領得罪」すべてに要求されるものであるが、伝統的に窃盗のところ論じられてきているので、本稿も慣例に従うことにする。

さて、領得意思の内容であるが、最高裁は他人所有の船を対岸に乗

り捨てる意思で約五〇メートル漕ぎ出したという事案において、「領得の意思とは、権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思をいうのであって、永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としな」と判示した¹⁾。これは、大審院以来、判例のほぼ一貫した立場である。「経済的用法に従い」という要素は、領得罪に對置される「棄損罪」と區別するため、毀棄・隠匿の意思は領得意思でない。また、「自己の所有物と同様に」という要件は、一時的な無断使用の意思では窃盗罪成立に不十分とするために入れられていると解される。民法二〇六条によれば、「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ爲ス權利ヲ有ス」るので、使用しかできず、それも極く短時間に限られるような支配形態は、とても自己の所有物であるかのように扱ったとは言えないからである²⁾。不動産の所有は、かなり長期にわたるのが通常であるが、それでも所有権の移転は珍しくなく、まして動産ともなれば更に移転が簡便であるから、利益保持を「永久的」にする意思である必要はないと附記したことも、十分領得ることである。

ところが、近年では領得意思不要説(以後、不要説と略す)が段々有力になってきた。その理由の一つとして、必ずしも「経済的用法

に従う必要はないのではないか、という反省がある。例えば、選挙管理委員会所有の投票用紙約50枚を盗み出し、それに特定候補者の名前を記入して、正規の投票の中に混入したという事件で、最高裁は「投票用紙を恰も自己の所有物のごとくこれを同用紙として利用する意思であったから、領得の意思なしというを得ない⁽¹³⁾」と判示した。経済的用法に従った利用ないし処分をするのは、盗んだ物から経済的な利益を得るためと考えるのが自然であるから、投票用紙を投票用紙として使うのは、本来の用法に従った使用ではあっても、経済的用法に従った使用とはいえない⁽¹⁴⁾。

更に、「物の本来の用法に従うことも要求しない最高裁の決定が現われ⁽¹⁴⁾」と指摘されてもいる。即ち、大水で漂流している木材一本を拾得して河岸に引揚げたが、その流失を防ぐために、付近の柱に巻きつけてあった電線から約一二メートルを切断して木材の係留に使ったという事件で、窃盗罪の成立が肯定された⁽¹⁵⁾。電線を送電に使うことは本来の用法であると同時に、購入の出費を考えれば経済的用法でもあると私は考えるが、木材の係留に使うのは本来の用法でないことだけは確かであろう。

不要説が有力になってきた他の理由としては、「自己の所有物と同様に」するのでなくても、窃盗罪として処罰すべき場合があるのではないか、という疑問である。倉庫から数回にわたり大量の食品を盗み出していた被告人は、そのつど他人の自動車を運搬のため無断使用していたが、翌朝までには元の場所に自動車を返しておいたという事案がある。無断使用したのは、所有者が使いそうもない深夜であり、しかも返還の意思があるから、とても所有者を排除して自ら所有者の地位に就こうというような意思があったとは思えない。にも拘らず、最高裁は窃盗の成立を認めた原判決を維持している⁽¹⁶⁾。

その事件では盗品の運搬という目的の違法性が考慮されたのかも知

れないが、次の事件ではそういう特殊な目的はなく、ただ使用時間がやや長いことと返還以前に逮捕された点が異なるだけである。即ち、午前零時頃から四時間余り、他人の自動車を無断で乗り回したが、午前五時半頃までには返す意思であったというものである。返還意思の有無の認定は重要な問題なので後でも論ずるが、一応ここでは裁判所の認定に従っておくと、返す意思もあり、所有者の使用を妨げない深夜で、実際使用予定もなかったという状況でなお窃盗で有罪とされたわけである⁽¹⁷⁾。

かつては、窃盗の成否が問題となる無断使用の客体としては、自転車が主であった。一連の「判決をみると、自転車については、返却の意思の有無が不法領得の意思にとつて決定的な役割を演じている」。一時使用による価値の消耗がとるに足りない(ことが)、不可罰なものと扱う⁽¹⁸⁾「根拠となっていたのであるが、徐々に使用窃盗の中心問題は、自動車へと移って行った。自転車に比べると自動車は極めて高価な財物であり、ガソリンの消費も伴う。判例が領得意思の内容を次第に希薄化していった、換言すると不可罰とされる使用窃盗の範囲を縮小していったのは、そうした対象物件の変化・時代の移り変わりがあったように思われる。

そこで当然不要説が浮上してくるわけであるが、問題がないわけではない。不要説について簡単に説明しておく、領得意思必要説(以後、必要説と略す)が、窃盗罪の本質を所有権その他の本権の侵害にあるとみるのに対して、不要説は、占有じたいの侵害にあると解する(従って)行為者は、財物の占有の侵害の事実を認識して行為すれば足り、それ以外に、かくべつ領得の意思を必要としない⁽¹⁹⁾。他人の占有の侵害が窃盗罪の構成要件、その認識が故意で、両者が合わさつて窃盗罪となる。そうすると、他人の財物(例えば壺)をその場で壊した場合も窃盗罪だと言えなくもない。なぜなら、壊れることによつ

て、壺の占有を失うからである。それ故、窃盗罪の法益を占有と見た場合、窃盗も毀棄も占有侵害という点では異ならず、区別ができないことになってしまう。ドイツ刑法は、他人の可動物(Bewegliche Sache)を奪い去る(wegnehmen)際に、違法に領得する(sich zueignen)意図があつたことを窃盗罪の要件として明文で要求しているが(二四二条)、領得は収用(Enteignung)と同化(Aneignung)という二種類の内容を含むと言われている。ポツケルマンによれば、収用とは盗品との事実上の関連から所有者を排除することであり、同化とは盗品との間に所有権実行に類似した支配関係を樹立することである⁽¹⁰⁾。そうだとすれば、まず収用は占有侵害と同義と考えて間違いないであろう⁽¹¹⁾。他人の動産をその場で破棄する場合は、窃盗罪の客観的要件たる占有侵害を実現しているが、破壊者には物に対して支配関係を設定しようとする意思即ち同化意図の存在が認められないので窃盗罪不成立ということになる。

不要説の立場からは、何も行為者の主観まで遡って理由づけなくても、既に客観面で毀棄は窃盗と異なると主張されるであろう。奪い去るという動詞は、単に権利者が占有を失うだけの占有侵害を表わすのではなく、同時に窃盗犯人に占有が移ることを含み、従って占有移転を表わすと解するのが自然だからである。その場合、領得意図は奪い去ることの認識に他ならぬこととなり、要するに窃盗罪における故意である。窃盗犯が盗品の占有を引継ぐことを要するとなれば、窃盗罪における法益は、権利者の占有の保護に尽きるものでないことが明らかである。

結局、我々としては、判例が伝統的に理解してきたような領得意思が必要であるとは思えない。他方、不要説がその根拠としている占有説(窃盗罪における法益を占有と解する立場)にも満足することができない。そこで、従来の学説を検討することによって、第三の道を探

ることにしたい。

註(一)

- (1) 最判昭二六年七月一三日―刑集五卷八号一四三七頁。
- (2) 前野は、使用窃盗には権利者の排除が欠けるとするが、使用窃盗も一時的には「権利者を排除」すると私は考える。前野育三「不法領得の意思」判例刑法研究6、六二頁。
- (3) 最判昭三三年四月一七日―刑集一二卷六号一〇七九頁。
- (4) 林美月子「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察」警察研究五三卷六号、五二頁。
- (5) 最決昭三五年九月九日―刑集一四卷一四一四一四五七頁。
- (6) 最決昭四三年九月一七日―判例時報五三三四号八五頁。
- (7) 最決昭五五年一〇月三〇日―刑集三四卷五号三五七頁。
- (8) 前野、前掲、八七頁。
- (9) 大塚仁「不法領得の意思」刑法講座六卷、四九頁。
- (10) P. Bockelmann, Strafrecht Besonderer Teil I (1976), S.20.
- (11) 使用窃盗に関するドイツの諸判例を検討すると「物に対する自由な処理の可能性の侵奪、つまり占有の侵害以上のことがEnteignungに要求されているか疑問」である。林、前掲五三卷七号、三七頁。

(二)

領得意思を必要とする立場は、根底に本権説をもっている。本権説とは、窃盗・強盗等の領得罪に共通の「保護法益は、まず第一に、主要なものとして所有権であり、第二に、補充的なものとして占有の基礎となっている本権(たとえば、質権・留置権・貸借権等)、あるいは

占有の実質的な裏づけとなつてゐる財産的利益である。これに反して、単純な占有そのものは：「独立の保護法益ではない⁽¹²⁾」とする考え方である。

しかし、本権説にはいくつかの承服し難い点がある。(1)先ず第一に、この説の論拠として強窃盗罪の条文の表現の仕方が挙げられている。即ち、これら「の罪の主要な保護法益が所有権であることは、客体が『他人ノ』財物(二三五、二三六一)、『他人ノ』不動産(二三五の二)とされているところから、疑いの余地がないであろう⁽¹³⁾」。確かに、「ノ」という助詞は所有関係を表わすことが多い。しかし、だからと言つてその意味しかないと決めつけるのは早計であろう。「ノ」にはその他にもいろいろな意味があり、単なる所属関係を表わしていることもある。「私の国では：」というような使われ方がその適例である。となれば、「他人ノ財物」は、他人の所有する財物とも解し得るし、所有権の所在を問題にすることなしに他人の事実上の支配に属している財物とも解し得るわけで、条文の表現だけではまだどちらとも決め難い。

(2)同じく表現上の論拠として、刑法二四二条「自己ノ財物ト雖モ他人ノ占有ニ属シタルモノナルトキハ本章ノ罪ニ付テハ他人ノ財物ト看做ス」が挙げられる。この点では、本権説の方が占有説よりも圧倒的に有利であることを認めないわけにはいかない。占有説では、強窃盗における「他人ノ財物」不動産侵奪における「他人ノ不動産」は占有関係を表わしているのに、二四二条「自己ノ財物」になると突然所有関係に変わるといふ解釈の不統一性が露呈されるからである。

しかし、占有に関する従来の偏見を取り去れば、占有説はここでの劣勢を挽回できるであろう。偏見とは、「ここに占有といふのは刑法上の概念であつて、民法上の占有とは一致せず、より現実的な概念である。他人のために物を所持する者は民法上は占有者でないが(民一八〇)、刑法上は占有者であり、また、民法上の占有権は代理人によつて

取得することができるが(民一八一)、代理人による占有は刑法上の占有ではない⁽¹⁴⁾」との区別を言う。刑法上の占有にしても、純然たる事実でなく法律上の概念であることは、民法上のそれと些かも異ならない。

そして、違法性を「実質的に、全体としての法秩序に反すること⁽¹⁵⁾」と定義し、民法秩序も法秩序の重要な一環とした上で、「構成要件はこのような違法な行為を類型化した⁽¹⁶⁾」ものと捉えるならば、同じ「占有」という言葉でありながら刑法と民法とは意味が違うとは言ひ逃れできない⁽¹⁷⁾。現に団藤は、刑法上の占有即ち「事実上支配」ということは、社会通念によつて理解されるべきである⁽¹⁸⁾と述べているが、社会通念とは、その社会で人々に共有されている一つの・統一的に把握される規範意識である。わかりやすいように例を挙げると⁽¹⁹⁾、もし刑法上の占有が純粹に事実的なものだとなれば、「旅行者も自宅に置いてある物について占有を有する」とは言えない。単身居住ならば占有者はいないと言ふべきであるし、妻が留守を守つてゐるのなら占有者は妻である。にも拘らずなお旅行者が占有していると言ふなら、刑法上の占有も相当に觀念化されているわけで、その觀念化の程度に刑法と民法とで差異があると云つても、それは主張者の恣意以外に根拠を見出し難い。「飼主のところへ帰る習慣をもつてゐる禽獣は飼主の手もとを離れていてもその占有に属する」のであるが、現に大空を飛んでいるハトが飼主の元に戻る習慣をもつてゐるか否か、外見的には区別がつかない。事後的觀察によれば、空を飛ぶハトは人の管理を離れてゐるとしか言ひようがないのである⁽²⁰⁾。

こうして、「占有」を法律上の概念として、換言すると現実の所持・管理を主とするが、それに準ずるものとしてある程度觀念的な支配も含むと解する時には、占有説が二四二条の解釈で破綻を来すことはいであらう。即ち「自己ノ財物」は、「他人ノ財物」「他人ノ不動産」と同様、觀念的なものを含む広義の占有を意味し、「他人ノ占有ニ属シ」

の占有は事実上の支配という狭義の占有を表わすと解する。確かに本権説が言うように、刑法典はここで「占有を現実的な概念として使っているが、今述べたように広義の占有も「ノ」という助詞によって黙示的に構成要件とされているのであるから、刑法上の占有を狭義に限定する理由は存しない。結局、二四二条の法意は、法律上自己に占有権ありとされる物であっても、他人が現に所持・管理中の物については、窃盗罪が成立し得るとなる。物を観念的に占有している自己の例としては、占有代理関係における本人で、賃貸人・使用貸主・質権設定者・寄託者・荷送人などで⁽³⁾、これらの者は同時に所有者であることが多いであろうが、所有者でなくとも間接占有者としての地位には些かの影響もない。

(3) 二四二条の表現を離れて、その規定の存在自体を考えた場合、今度は逆に、本権説が非常に苦しい立場に追い込まれる。もし窃盗の処罰が所有権を保護することを企図したものであれば、所有者が自分の物を占有者から取り戻して処罰されるはずがないからである。それで本権説は、二四二条を「とくに例外として⁽⁴⁾」位置づけなければならなくなる。しかし、所有権者が何か動産を他人に賃貸している場合、その動産を賃借人に無断で取り返すようなことがあつてはならないことは、誰が考えても自明である。それは、所有物を賃貸すること自体が、「自由ニ其所有物ノ：収益：ヲ為ス」(民二〇六)という所有権の内容を実現しており、窃かに取り戻す行為は所有権と関係がないからである。従つて、この場合の所有者処罰は、決して「例外」などではない。所有権という観念的な権利が、たまたま、賃借人の占有・使用という形で現われ出ているにすぎないからである。

所有権は物に対する包括的な支配権であるが、現実には必ずしも何人かによる占有という形をとらざるを得ない。所有者が自ら使用する場合を典型とし、その他、他人に占有させることによって収益したり、

売買契約に基づく占有移転によつて処分したりする。だからこそ、「窃盗罪：は他人の所有権の侵害を本質とする⁽⁵⁾」との所有権説が放棄され、法益は所有権だけでなく質権・留置権・賃借権など、占有を根拠づける権利であるとする「本権説」へと修正を余儀なくされたのであつた。これらの権利は、すべて占有を伴うことに気がつく。そこで本権説も、窃盗罪は「所有権および占有の基礎となる本権の侵害を本質とするが、行為の態様としては、他人の『占有』を侵害するところに、横領罪と異なる特色を有する⁽⁶⁾」と言わざるを得ないのである。

(4) なぜあくまで、本権侵害が本質と言わねばならないのが問題である。むしろ、占有侵害を窃盗罪の本質と解する方が妥当なように思われる。なぜなら、本権は窃盗罪によつては侵害されないからである。本権説に立つ論者自身が、「窃盗罪の成立には、実際に、所有権の侵害があつたことを要するわけではない。単なる盗取だけでは所有権そのものに影響はない⁽⁷⁾」ことを認めている。貸借権にしても、貸借物が盗まれたからと言つて、それが消滅してしまうわけではない。他方、占有は現実に侵害される。もし「構成要件は、ある特定の法益の侵害を規定したものである⁽⁸⁾」とするなら、窃盗罪の法益は正に占有だとせざるを得ない。「法益の侵害又は危険という客観的要素が違法性の実質をなす⁽⁹⁾」として、危険でもよいとなれば、本権説でも窃盗の違法性を説明できる。しかし、本権が失われる危険というのは極めて小さいと言つてよい。盗品の占有者が本権を取得するには、占有の開始において「平穩且公然：善意ニシテ且過失ナキトキ」(民一九二)という即時取得の要件を満たさねばならず、それでもなお二年間は「其物ノ回復ヲ請求」(民一九三)される可能性があり、「競売若クハ公ノ市場ニ於テ：善意ニテ買受ケタルトキ」(民一九四)でさえ、代価の弁償を受けて損失を免れるだけである。ここに、取引の安全を犠牲にしてでも、不法な奪取は許さない、という法の毅然たる姿勢が窺えるのである。

しかも、本権に対するそのわずかな危険を生じさせる罪の方が、本権を永久に消滅させる罪よりはるかに刑が重いという矛盾を、本権説は生み出す。窃盗罪の法定刑は上限が十年、強盗罪一五年であるのに対し、器物損壊罪のそれは三年である。江家が言う通り、「窃盗も毀棄も、物に対する支配（占有）を失わしめる点は同じなのである。しかも、被害者の立場からみるならば、盗まれた物はこれを回復し得る望みがあるけれども、毀された物は回復し得る望みがなく、したがって、毀棄罪の方が被害者の受ける打撃が大きいといわなければならぬ」⁽²⁵⁾。本権説としてはここで率直に非を認め、窃盗罪の法益は占有であるとした方が、領得意思の必要性を説きやすくなるであろう。領得罪と毀棄罪の相違点は、領得意思の存否にこそあるからである。「窃盗罪は、単に他人の物の占有を侵害するのではなく、領得の意思で占有を侵害するところに重要性」があり、「道義的非難の大なるものがある」⁽²⁶⁾。

従って、「占有説をとったからといって、必ず不法領得の意思まで否定することにはならないと思う」⁽²⁷⁾との平野の問題提起は、正当である。領得意思を行為の違法性を強める主観的違法要素と考えれば、前述の法定刑の違いもうまく説明できるであろう。同じ占有侵害でありながら、なぜ領得意思に基づくそのの方が違法性が強いのか。大塚によれば、窃盗罪は法益侵害後に占有移転を伴うから「財産秩序全体の基礎をあやうくするおそれ」がある。通説には、他の法領域に対する刑法の独自性を主張する傾向があるが、ここでも財産秩序の危殆化を理解するには、民法の助けを借りなければならぬ。民法一八八条は「占有者カ占有物ノ上ニ行使スル権利ハ之ヲ適法ニ有ルモノト推定ス」と規定し、占有者を保護する。訴訟になった場合、所有権であれ貸借権等の債権であれ、「占有者は本権の立証責任を免れる」⁽²⁸⁾のであるから、占有の効果は大きいのである。こうして財産の平和的秩序は

占有を基礎にして形成されるから、犯人が事後に占有者になる窃盗罪においては、ひとり被害者の個人的な利益が侵害されたというものではないのである。そこでは、事実に侵害を通して、観念的な秩序が同時に侵害されている。

結局、窃盗罪の法益は、本権でもないし占有でもない。どちらも、窃盗罪を個人的法益に対する罪と見ている点で、失当である。法益は、大塚の言う「財産秩序」の客観的側面、即ち占有秩序とでも呼ぶべきものである。ところで木村によれば、法益の意義を正確に把握するためには、それと行為の客体(Handlungsobjekt)との区別を明らかにすることが重要である。殺人罪を例に言えば「行為の客体たる人は感知的対象たるのに対して保護の客体たる人の生命は感知的対象ではない」⁽²⁹⁾。この区別を窃盗罪に適用するならば、行為客体は他人の財物、より正確には他人が占有している財物で、これは感知的認識が可能であるのに対し、法益即ち保護の客体は前述の占有秩序ということになる。財物及びそれに及んでいる事実上の支配は感覚できるが、そのような支配の集合体としての秩序は感覚の範囲を超える。領得罪の法益がこれまで本権だとされ信奉されてきた原因を考えてみると、本権が規範上の支配関係であって不可視的であることが大いに寄与していたのかも知れない。

(5) 占有を基礎づける本権は所有権に限られないにも拘らず、領得意思の内容としては「自己の所有物と同様に」とか「みずから所有者としてふるまう」⁽³⁰⁾というように所有権に限定されてくる不合理さが本権説にはある。更に、本権に基づく占有だけが保護されるとするのは狭すぎる、とも批判できよう。即ち、西原によれば、「本権説は、これを徹底すると法禁物や贓物の窃盗について窃盗罪の成立を認めにくく、それらの物については実力本位の無法状態をささえ認しなければならぬ」⁽³¹⁾。

(6)このような危惧に対して、本権説は早速修正に取りかかる。本章冒頭で引用しておいたように、法益は本権の他に「占有の実質的な裏づけとなつてゐる財産的利益」をも含む。しかし、このような修正は論理的矛盾を犯すことになる。つまり、「法」において重要な位置を占める法律が、明確に所持を禁じ、従つて所有権の行使を認めていない物につき、「法」がその物に対する所有権を保護することはいかにしてできない。「法」あるいは全体としての法秩序は、法律とは関係のない、全く別個の法体系であると主張するのであれば、そのような齟齬もあり得なくてはならないであろう。しかし、全体としての法秩序は法律を含み、そこに入ってくる社会倫理あるいは文化規範にしてもあくまで「法秩序の裏づけとなつてゐる限度における⁽³⁵⁾」それと限定されるから、法律が禁じた行為を社会倫理が許容するということはあり得ない。要するに、法律で違法とされる占有は、いかに財産的利益を伴うものであろうと法益とはなり得ず、窃盗罪が成立するのは権原に基づく占有を侵害した場合に限る、というのが本権説の帰結でなければならぬ⁽³⁶⁾。

だから、窃盗犯人甲から乙が盗んだ場合、甲の占有は権原に基づいていないため、本権説としては乙の可罰性を甲の被害者の所有権から導き出すという迂路⁽³⁷⁾を取るようになる⁽³⁸⁾。しかし、前述したように、窃取が何回繰り返されても即時取得の適用がないから被害者の所有権には影響がなく、使用等の所有権行使を害しているという意味なら、それは既に最初の窃盗で包括的に評価されたはずである。事後の違法状態は別個の犯罪を構成しない⁽³⁹⁾からである。あるいは、乙の行為は侵害している状態と言うより被害者の占有の回復を一層困難にするから新たな侵害であるという意味なら、被害者の占有を重要視している点で「語るに落ちた」と言うべきであろう。そして、最初の犯人であろうと第二・第三の窃盗犯人であろうと、被害者が占有回収の訴え(民

二〇〇)の相手方とするのに何の障りもない。もし、占有回復の困難が被害者による発見の困難を意味するのなら、それは事実に関する偏見にすぎず、法律上の観念的な権利を問題にする本権説となじまないと反論できる。実際、最初の犯人の手元で隠匿され固定化してゆくよりも、犯罪の客体として移転する機会の多い方が、警察による発見の可能性は高いであろう。

(7)本権説では、窃盗犯人から所有者が盗んだ場合、窃盗で処罰することができない。もし、このような場合に「占有の実質的な裏づけとなつてゐる財産的利益」というのを使い、窃盗犯人は全く占有する権原をもたないけれども占有によつて財産的利益を享受している者ではあると言うなら、結局あらゆる占有が保護の客体であると言うに等しく、「単純な事実上の占有そのものは……独立の保護法益ではない⁽⁴⁰⁾」としたことと矛盾する。盗み返した所有者を罰するなら、法は保護の客体としてはやはり本権より占有を選んだことになる。従つて、本権説としては、どうしても不可罰とせざるを得ない。瀧川によれば「窃盗罪は、財物の所有権侵害に対する保護を目的とする。二四二条は自己の財物に対する他人の支配が適法なことを前提とする。自己の財物を回復するためには、自救行為の程度を越えることが許される、というのが論理的結論である⁽⁴¹⁾」。そして、柏木によれば、奪還の相手方となる他人は「直接自己(所有者)の占有を侵奪したものであると否にかかわらない⁽⁴²⁾」。例えば、貸借人が盗まれた物を、所有者たる賃貸人が犯人から奪還するが如きである。

このような結論に対しては、「しかし、今日のように、財産関係が複雑にいくんでいる社会においては、財物が占有されてゐるばあい、それが権原による占有であるかどうかをいちいちみきわめることは困難である⁽⁴³⁾」と批判できよう。先ず第一に、一品づつ職人が手で個性ある物を作つていた時代とは異なり、今日は同一種類の物が機械で大量生

産される時代である。被害者に自由な奪還を許せば、被害物件でないものをそれと誤信して窃取する可能性が高い。第二に、もし被害物件に何らかの特徴があつて間違いないと確信できる場合でも、被害者に窃取を許すのは不都合である。というのは、現在の占有者は「競売若くハ公ノ市場ニ於テ又ハ其物ト同種ノ物ヲ販売スル商人ヨリ善意ニテ買受ケタル」(民一九四)者であるかも知れないからである。その場合は、被害者は本権に基づいて取り返すことが認められているものの、「占有者カ払ヒタル代価ヲ弁償スル」必要がある。盗まれた物は盗み返してよいのだとなれば、こうした法秩序が全く無視される。第三に、いちいちみきわめることが困難なのは、盗まれた物を取り返そうとする被害者にとつてのみならず、被害者に窃取されそうになる占有者にとつてもそうである。占有者が盗もうとしている者が被害者であることを知っているならともかく、そうでない場合は、盗人が被害者なのかただの泥棒なのか見分けがつかない。この複雑さは、窃取を目撃する第三者あるいは警官にとっては更に倍加する。盗まれそうになつたので、占有者は実力でそれを防いだとする。あるいは、窃取の現場を目撃した第三者又は警官は直ちに現行犯逮捕したとする。本権説では、被害者の盗みは構成要件にすら該当しない適法行為なので、占有者は正当防衛が成立せず暴行罪、被害者を逮捕した者は逮捕罪である。これらの者は実際には事実の錯誤として救済可能であろうが、窃盗という穏便ならざる行為が違法類型にも当たらず、勇気を出して正義を守ろうとした市民がかろうじて刑罰を免れるという倒錯した結論になつている。

本権説の不都合は、特殊な事情によつて更に拡大する恐れさえある。つまり、借主Bが不注意であつたために、貸主Aから借りた物を置き引きなどによつて奪われてしまったとする。A B間の契約が使用貸借であれ賃貸借であれ、Bは返還することが不能になつたので、「債務者

ノ責ニ帰スヘキ事由ニ因リテ履行ヲ為スコト能ハサルニ至リタルトキ」に該当するから、AはBに対し「其損害ノ賠償ヲ請求スルコトヲ得」(民四一五)。そして、本権説が言うように、本権者には窃取する権利が認められるとすれば、どういふわけかC方にその盗まれた物があることを知つたAはそれを盗み出す。Aは、一方で盗品を取り戻しておきながら、他方ではそしらぬ顔をしてBに賠償を要求できるわけである⁴⁰。

占有説では、被害者といえども窃盗は禁止される。大塚が言うように、「法治国家においては、権利を侵害された者がその回復をはかるには、本来、法の予定する救済方式にしたがうべきであつて、たとい所有権者がその所有に属する盗賊を取り戻すばあいにも、いやしくも自救行為にもあたらないような方法でこれを行なうことは適當でない⁴¹」。偶然得られた機会を逃がせば取り戻すことが著しく困難になるような場合は、ある程度の実力を使ってでも奪取するのを許すべきであるが⁴²、それ程切迫した状況でもないのに窃取するというのは、どう考えても不穩当である。

以上、本権説に賛成できない理由を列挙し、占有説の方がむしろ妥当な結論を導き出すことを示してきた。しかし、窃盗罪の法益は何かという問題で、個々の財物に対する事実上の支配―即ち占有―であるという考へには同調しかねる。繰り返して言えば、窃盗は、占有者の支配を侵害するだけに止まるものではない。それだけならば、毀棄罪と異ならないからである。窃盗は更に、自分の支配内に入れるという要素をもつ。占有すべき権利―本権―がないのに占有し、そのことによつて社会的には本権を有しているかのような扱ひを受ける。だから、本権を伴わないことが明らかで、占有は入口で極力排除しなければ、秩序自体の正当性が危うくなるのである。占有説をそのまま採り得ないとすれば、それと結びつくときされる不要説も吟味しておく必要がある

う。

註(二)

- (12) 団藤重光、注釈刑法(6)、二〇頁。
- (13) 団藤、同右、一八頁。
- (14) 団藤、刑法綱要各論〔増補〕(以後、団藤各論と略す)、四五八頁。
- (15) 団藤、刑法綱要総論〔改定版〕(以後、団藤総論と略す)、一七〇頁。
- (16) 団藤総論、一一二頁。
- (17) 「全体としての法秩序」という場合には…民事法も含まれるであろうから、おそらく民事法に違反する場合は、刑法上も違法だということになるであろう」平野龍一、刑法総論II(以後、平野IIと略す)、二二三頁。
- (18) 団藤各論、四五九頁。
- (19) 刑法上の占有にも「やはり多少観念的な性格のあることを免れない」植松正、再訂刑法概論II各論、三五八頁。
- (20) 参照、稲本洋之助、注釈民法(7)(川島編)、二〇頁。
- (21) 団藤各論、四五二頁。
- (22) 同右(傍点筆者)。
- (23) 団藤各論、四五七頁。
- (24) 同右、四五五頁註(一一)。
- (25) 平野II、二二三頁。
- (26) 平野、刑法総論I(以後、平野Iと略す)、五一頁。
- (27) 江家義男、刑法各論(昭三四年、現代法学全書)、二七三頁。
- (28) 同右、二七四頁。領得罪と毀棄罪「の基本的な区別の根拠」は、領得意思の有無である。香川達夫、注釈刑法(6)、五八二頁。
- (29) 平野、判例演習刑法各論〔増補版〕、一九一頁。
- (30) 大塚、刑法講座六卷(以後、大塚と略す)、四七頁。

- (31) 田中整爾、注釈民法(7)、四六頁。
- (32) 木村亀二、刑法の基本概念、九二頁。行為客体は常に有形の自然であるのに対し、保護客体は常に人間の意思関心であるという意味で「精神的」などである。E. Mezger, Die Subjektiven Unrechtselemente, GS89 (1924), S.247.
- (33) 団藤各論、四五四頁。
- (34) 西原春夫、犯罪各論、二一〇頁。また、本権説だと、数人「の所有物を窃取した犯人から一度にそれらの物を窃取した犯人について、所有者ごとに別個の窃盗罪の成立を認めねばならない」同、二二一頁。
- (35) 団藤総論、一七一頁。
- (36) 「本権説は『権原ある占有』のみが保護されるとするのに対して、所持説はこのような限定を不要とする」中山研一、刑法各論、二〇一—二頁。
- (37) 参照、団藤、注釈刑法(6)、二〇頁。
- (38) 団藤総論、一一七頁。
- (39) 団藤各論、四五二頁。
- (40) 瀧川幸辰、刑法各論、一二〇頁。「権利のある物を取得することは構成要件的要素を欠くために罪にならない…これは…自救行為とは区別されなければならぬ」団藤総論、二三四頁。同旨、青柳文雄、刑法通論II各論、四四三頁。
- (41) 柏木千秋、刑法各論(下)、四三八頁。
- (42) 福田平、新版刑法各論、二四五頁。
- (43) その他「債権者Yは、債務者Zが、弁済期が到来しているにもかかわらず、不法に弁済しないので、その弁済に充てる意思で債権額の範囲内の価額のZ所有の品物を勝手に持ち去り、他に売り飛ばした」というような例も考えられる。この場合でも、Yはそしらぬ顔でZに全額弁済を請求し続け、そして受領するつもりであったとすれば、Zの「所有権侵害をいわずに『補償』する意思があるから、不法領得の意思は存しない」とは言えない

い。「所有権を根本的に侵害する意思がある」からこそ窃取というような手段を採るのであって、所有権を尊重する意思があるのならZと代物弁済を交渉したはずである。参照、斎藤信治「不法領得の意思(三)」法学新報八六巻四・五・六号、三一四及び三二九頁。

(44) 大塚、五〇頁、一九六一年イリノイ州刑法典一五条は、被害者の有する「利益もしくは占有は不法であつても(財産罪成立に)さしつかえない」と明記する。法務資料三八六号(昭三九年)、五九頁。

(45) これを通説は「自救行為」と称するのであるが、判例は認めていない。取り返しが困難になるといふ状況は「権利」の侵害とは言えなくても本権者にとつての不利益には違いないので、私は不正の侵害に対する正当防衛が可能な状況であると考へる。

(三)

窃盜の不法内容の重点は、権利者に占有を失わしめるといふことよりも、失わせた占有を自分のものにする、つまり権原なき占有を設定する、ということにあると述べてきた。占有説が「領得意思」について、仮にそういう「概念をみとめるとしても、それは、要するに…権利者を排除して財物の物体または価値についての占有を取得する意思につきるのであつて、結局、窃盜罪の故意に帰一するであろう⁽⁴⁶⁾」と言ふ場合、暗黙のうちに占有秩序説に依拠していることに注意しなければならぬ。占有説における法益侵害は「権利者を排除して」までだからである。

では、占有秩序説を採つた場合、領得意思はどうなるのであろうか。この問題を考へる前に、なぜドイツでは二四二条において「他人の動産を違法に領得する意図で」と明文で領得意思が要求されているのかを考察しておきたい。私は、奪取の客体に経済的価値が概念要素とし

て包含されていないからではないかと推測する。原文にあるbewegliche Sacheは、大ていの場合「動産」と訳されるのであるが、厳密に言えば可動物であつて、特に経済的価値ある可動物を指そうとすればbewegliche Güterあるいはbewegliche Habeという言葉がある。ドイツでは、領得の客体に関して「物体説」と「価値説」の論争があつたが、私は「領得」とは物の経済的価値を得る目的で物体の占有を取得することである、と考へる。私の定義を基礎にすれば、思い出の品として大切に保存されている古い写真を盗んでも、可動物の占有を奪うという要件は満たすが、犯人がその古い写真を使用・収益・処分することによつて経済的利益を得るといふ事態が予想できないため、犯人は領得意思をもつて盗んだのではない、従つて窃盜罪不成立という結論になる。つまり、ドイツ刑法典は、窃取の客体を単に物と規定したために、窃盜罪をあくまで財産罪の一つとしておくためには、行為者に主観的要件として領得意思を要求する必要があつた、ということである。

他方、我刑法典二三五条は「財物」即ち経済的価値を有する物と規定し、その点でドイツ刑法と異なる。ところが「財物」と「物」とのあいだに…区別をみとめないのが通説で…財物といえるためには…かならずしも客観的な交換価値したがつて金銭的ないし経済的価値を有する必要はない⁽⁴⁷⁾、とされる。そう前提してしまえば、我刑法もドイツ刑法と変わりがなく、「自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」たる領得意思が、書かれざる構成要件として要求されるようになるのは必然であつた。両刑法の規定の差異を率直に認め、ドイツ学説への盲従をやめるならば、領得意思必要説よりも不要説の方が基本的に正しいといふことがわかる。

通説の「刑法的保護に値する相当の理由があるかぎり所有者・所持者の主観的価値でもよい⁽⁴⁸⁾」という主張は、逆に主観的価値だけの物は

窃盗罪の客体となり得ないことを物語っている。と言うのは、刑法上保護されるためには主観的価値に加えて「相当の理由」がなければならず、保護すべき物であると客観的な価値を認められる必要がある、と述べているからである。例えば、嚴重な金庫に納められたガラス玉一個を盗んだ場合、ガラス玉自体は経済的価値が無いから窃盗罪不成立だが、そのような行為を許すと占有秩序に悪影響を及ぼすということでは保護するだけの客観的価値が認められるから、犯人は窃盗未遂で処罰されるであろう。それ故、行為の客体を経済的価値ある物に限定すると主観的価値ある物が無保護の状態に置かれる——と考えるのは早計である。古い記念写真の如きも窃盗にはならないが、破つても持ち去ってもその物の効用を害するという点では全く変わりがないので器物損壊罪（二六一条）の適用があるであろう。

ところで、占有説は本権説に対し次のような批判を加えている。「他人の物を毀棄・隠匿する目的で窃取・侵奪することは、（領得意思を欠くから——筆者註）窃盗罪にならないことになる。しかし、それでは被害者を全然保護し得ない⁶⁰⁾」。隠匿はともかく「毀棄に関しては、具体的な損壊・放棄などの行為が開始されたときに、はじめてその実行の着手があるというべきであって、さような行為に出ない以上、一般に、不可罰とされざるをえないであろう⁶¹⁾」——と云うのだが、損壊を物理的破壊と同義に解しているようで賛成できない。「ひろく物の本来の効用を失わせる行為を指す⁶²⁾」のであるから、占有者の支配圏から出てしまった時に、既に占有者にとってその物の効用は失われたと言える。その点で損壊と隠匿に違いはないと解する⁶³⁾。しかし、本権説にとって問題なのは「行為者が、当初の意思に反して、その後、財物を経済的用法にしたがって利用、処分したばあい⁶⁴⁾」……窃盗罪と解するには窃取行為が存在しない点において、また、横領罪と解するにはその前提としての委託関係がみとめられない点において、ともに不都合があ

る⁶⁵⁾。この批判に対して、先の場合と同様に「奪取時の行為で評価して」「毀棄・隠匿罪の成立を肯認すれば、不都合であるという右の指摘は解決される⁶⁶⁾」との反論があるが、批判の方を正当とする。なぜなら、もしそのような場合も毀棄罪で罰するとなれば、窃盗犯人は殆んど例外なく毀棄するつもりで奪ったと弁解することになるだろうからである。恨みを抱く原因を考え出したり、それが無理なら「余りにいい車に乗っているので、腹が立った」というような嫉妬・妬みまで動員して、領得意思の不存在を主張するであろう。

領得意思が名実共に「主観的」違法要素であり「主観的」構成要件要素であるのなら、立証の困難をいいことに被告人は言い逃がれに努め、裁判の適正が期し難くなる。裁判は客観的要素によってなされる必要がある。換言すると「意思が、『行為』のなかに『客観化』し、外部的に『現われ』でて……『はじめて』犯罪となる⁶⁷⁾」ようにしなければならぬ。財物をその場で損壊せず、占有者を排除して自己の占有に移す者は、その財物から経済的利益を享受しようとの目的が客観的に看取できる。たとえその者が、真実には占有を奪った後、損壊する目的であったとしても、それはいわば主観的目的であり、客観的目的ではない。このような場合、一般人の見地から推定される行為者の目的即ち客観的目的は領得である。内田が言うように「単に私怨をはらすためであれ、いやがらせのためであれ、その財物の占有を冒し、新たな所持の確立があれば、『窃盗』とみるべきである⁶⁸⁾」。それ故、必要説が、領得意図を主観的違法要素としてでなく、客観的違法要素として理解するなら、占有説と同じ正当な結論を得ることができるであろう⁶⁹⁾。

とは言え、占有説にも問題がないわけではない。経済的価値のない「物」の占有を奪っても、占有説は窃盗の本質が財産秩序の攪乱であることがわかっていないため、窃盗の成立を認める傾向が強い。例え

ば、第一章で挙げておいたが、最高裁は投票用紙の盗み出しを窃盗とした。ここで念のため判例の動向を復習しておく、「判例は、まず、本権説にたつ旨を鮮明にしていたが、やがて、所持説への接近を示し、戦後、最高裁の時代になってからは、続々と『所持の保護』を明言するようになった⁵⁵⁾」。

そういうわけで判例の立場は、占有説で「ほぼ固まった」のであるが、他方、領得意思を窃盗の成立条件と考える点では、大審院以来一貫していると言われている。そうすると、本権説は必要説と、占有説は不要説と論理的に結びつくとの従来の把握は間違いだったのかどうか、今一度考えておく必要がある。判例が占有説へ移行するに際しては、領得意思の内容に変化がなかったわけではない。これも第一章で述べたことだが、投票用紙の事件で「用紙は所有権の客体となるものであ(り)……恰も自己の所有物のごとくこれを同用紙として利用する意思であつた」から領得意思があると判示され、「経済的用法に従ひ」という要素がいつの間にか消滅している。そして、この修正は、大塚によれば、毀棄目的で奪つてその後経済的に利用する者の処罰根拠に窮した本権説を救うものであつたのだが、そうすると今度は「窃盗罪を毀棄・隠匿罪から区別する標準として不法領得の意思の観念を用いようとした必要説本来の狙いは放棄されたこととならざるをえ(ず)……実質上、不要説と異ならない⁵⁶⁾」との批判を受けることになる。破壊することも、所有者としてなし得る権能の一つとなれば、自己の占有に移さずその場で破壊しても、領得意思をもつて権利者の占有を奪つた、従つて窃盗罪という結論にさへ至る。

それ故、領得意思の内容では「自己の所有物として」と「其経済的用法に従ひ」とが本質的な要素であるが⁵⁷⁾、前者は窃盗罪に特有なものではなく、後者こそが財産犯としての窃盗罪を特徴づけていると言えらる。所有権がないのに所有権者のように振舞おうと意図するところに、

本権説と領得意思との接点があるのに、領得意思においてその部分は重要でないことがわかつた。結局、領得意思の内容としては、判例の伝統的な定義でもなく、それを修正した「所有者のように振舞う意思」でもなく、「他人の物によつて何らかの経済的利益を取得する意思」が正当である。領得意思が、少なくとも「その物の使用価値(効用)を取得する意思、つまり、享益の意思⁵⁸⁾」であるならば、本権説と必要説とは何も論理的な結びつきがあるわけではない。領得意思の問題は、本権説と無関係に論ずることができる⁵⁹⁾。第二章で占有説と必要説の結合の可能性を肯定してはおいたが、判例が必要説を保持しながら占有説に移行できたのは、前述のように、領得意思の内容に変更を加え、財産犯の特徴を示す要素をそこから抜き取つてしまい、実質的に不要説と変わらなくしたからであつた。だから本場のところ、判例の立場は占有説—不要説なのである。

他方、我々の取るべき立場は、占有秩序説—不要説である。もし「財物」を単なる物と解するのなら、領得意思は、財産罪の本質を考へて、利得の意思でなければならぬ。利得とは、金銭あるいは少なくとも使用価値(効用)を得ることを言う。利得を狭く金銭と交換できる価値の取得と解すれば、「領得の意思は利得の意思とはちがう⁶⁰⁾」と言つてよいが、効用まで含む広義に解するなら、両者は一致する。金銭と交換できず効用をもつにすぎないものになぜ経済的価値があるのかと言へば、そのような物は、犯人の財産を客観的に増加はさせないが、少なくとも減少を阻止するという点で財産的価値が認められるからである。もしその物がなくて、なお効用を求めようとすれば、どうしても金銭を支出しなければならぬであらう。

領得を利得と解することに對しては次のような批判もある。「現行刑法における窃盗罪は財物罪として規定されているのであつて、かくべつ利得罪とされているわけではない。したがつて、利得の意思をと

なわない行為についても、その成立をみとめるべきである⁽⁶³⁾と。この批判は同音異義語を巧みに使ったという点では評価できても、それ以上ではない。利得罪における「利」とは「財物以外の財産上の利益⁽⁶⁴⁾」を指すのであるが、利得意思における「利」は、財物であるかそれともそれ以外の財産上の利益であるかを問わない経済的利益である⁽⁶⁵⁾。前者即ち狭義の「利」で統一するならば、利得意思と窃盗罪の成立とは関係がなく、後者即ち広義の「利」で統一するならば、利得罪は領得罪と同義であり、窃盗は利得罪となる。江家が享益の意思と呼び換えたのは、こうした紛らわしさを回避するためであつたろうが、領得の実質を経済的利益の取得（正確には、取得した経済的利益の法益化）と見ることに、有効な批判があるはずがない。もしあれば、窃盗は財産罪でなくなるだろうからである。

スイス刑法でも、窃盗の客体は財物ではなくて単なる可動「物」とされているから、領得意思が当然要求されることとなる。窃盗罪を定める一三七条は、領得意思を「不適法に自己又は第三者に利得させる（bereichern）目的で⁽⁶⁶⁾」と表現する。イタリア刑法六二二四条も同様に、「自己又は他人のためにそれから利益を得る目的で⁽⁶⁷⁾」と規定している。窃盗の成立には領得意思を要するということは、窃盗を「目的犯」として捉えることに他ならない。

註(三)

- (46) 大塚、刑法講座六卷（以後、大塚と略す）、五二頁（傍点筆者）。
- (47) 団藤各論、四三九頁註(二)及び四四二頁。
- (48) 同右、四四二頁。もし「財物」が主観的価値のみでよくて「物」の意味ならば、横領（二五二）で矛盾が生ずる。受託者は、彼にとって何の価値もない物を横領するはずがないからである。だからこそ逆に、横領のどこ

ろでは「物」とは、財物を意味する」ともう一度引っくりかえさねばならなくなる。横領で「物」と規定されているのは、「語感から」ではなくて、財物の意味であることが当然わかるから、だと解する。参照、大塚、注釈刑法(6)、三九五頁。「財産犯における保護法益が財産であるとすれば、まずはその財産性は行為者の主観から切り離して純客観的に吟味されるべきであらう」神山敏雄、刑法各論（中山・宮沢・大谷編）、一一〇頁。同旨、内田文昭、刑法各論(第二版)、二二三頁。「窃盗法の目的から、経済的価値のみが考慮され、感情的あるいは芸術的価値は関係がなく」C. Turner, *Kenny's Outlines of Criminal Law* 298—9 (19th ed. 1966).

(49) 教育勅語謄本隠匿につき、大審院が窃盗不成立としたのは妥当であるが、これは謄本が財物でないからと言うのと同義と解する。また、競売を延期させる目的で記録を持ち出した事案大判昭九年二月二日一刑集一三卷一七八九頁)で、大審院は「経済上ノ用法ニ從ヒ利益ヲ獲得セムトシタルモノ」でないとの理由で窃盗を排し公文書毀棄の成立を認めている。

- (50) 木村亀二、全訂新刑法読本、八七頁。
- (51) 大塚、四五頁。
- (52) 大塚、刑法概説各論(増補)、二七四頁。同旨、香川達夫、注釈刑法(6)、六〇九頁。
- (53) 「奪取時に毀棄・隠匿罪の成立を肯認しても不合理ではない」安里全勝「不法領得の意思についての考察」法学論集六号、四八頁。
- (54) 内田、前掲、二五五頁。
- (55) 内田「不法領得意思をめぐる最近の議論について」法曹時報三五卷九号、二〇頁。
- (56) 昭和二・三〇年代の判例は特に、領得意思を客観的の行為から類型的に認定する傾向があるが、そうになると「主観的違法要素」を、窃盗をはじめ領

得罪の構成要件要素とすることは不要であつて：不要説には説得力がある「前野育三、判例刑法研究6、九六頁。

(57) 内田、論争刑法(中義勝編)、二六一頁。

大塚、四六頁。

(58) 参照、前野、前掲、七三頁。

(59) 江家、刑法各論、二七〇—一頁。

(60) 本権説と必要説の論理的関連の不存在を強調した内田の功績は大きい。が、法益と故意を切り離してしまふ本権説と不要説の組合わせは、最悪であつた。参照、内田、刑法各論、二五〇、二五五頁。

(61) 団藤各論、四五四、参照四三七頁。

(62) 大塚、四〇—一頁。

(63) 大塚、刑法概説各論(増補)、一四四頁。

(64) 「追求される利得としては、元来、行為者が行為によって得ようとするあらゆる財産的利益(足りる)」。G. Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht BT I (1973), S.168.

(65) Stratenwerth, a.a.O., S.179.

(66) 法務大臣官房司法法制調査部編「イタリヤ刑法典(昭五三年、法曹会)、二六八頁。奪取の客体は、やはり可動物(cosa mobile)である。

(四)

中山は、「領得」とは、占有移転後の財物の積極的利用を意味するといふべきであつて、領得罪としての窃盗罪は、事後の領得を目的とした占有移転行為として、つまり一種の『目的犯』として理解されることになる⁽⁶⁷⁾とする。園田も、窃盗は人間の本能的な利欲心情に根ざす「利得のための犯罪だ」という所から出発し、奪取つまり同化と、領得は異なることを力説する。窃盗では、奪取と領得という二つの行

為が短縮されており「従つて、窃盗罪は『いわば領得未遂犯』と表現することも可能なわけである」⁽⁶⁸⁾。

利得は目的であるから、その目的が実現されたか否かは、窃盗の成否には関係がない。被害者の占有を奪い自己の財産に同化された時点で、即ち二行為のうちの二行為が終了した時点で既遂となる。例えば、換金しようと思つて宝石を盗み、買手を探しているうちに掴ま(つか)まつてしまつたとすると、犯人はまだ何の利益を得たわけでもないのに、既遂である。経済的利益は使用価値(効用)でよいから、領得の内容は利得であると言つても「経済的用法に従つた利用・処分」と言つても実質的には異なるらない。また、領得意思に関する指導的判例となつた大審院判決が、窃盗「罪の成立に必要な故意ありとするには：領得する意思あることを要す⁽⁶⁹⁾」と述べ、領得意思を故意の要素としたのは卓見である。

さて、利得目的としての領得意思を要求すること、前に述べた不要説をもつて基本的に正当とするという私の立場とを調和させておく必要がある。通説は「財物」と「物」は同義と簡単に片付けてしまふから、条文に何も定めていないにも拘らず故意を超過する領得意思を要求せざるを得なかつた、と第三章冒頭で述べた。しかし、ドイツ刑法に惑わされることなく我刑法を直視すれば、我刑法は窃盗の客体を「財物」とし、しかも領得の意思らしきものを何も要求していないという違いがすぐわかる。経済的価値ある物を他人から奪つて、自己の財産に同化させること——一般的には、そこに経済的利益を得ようという犯人の目的が客観化される。

単なる意思は処罰できないが故に、「刑法では、意思のみが有罪と無罪の区別を決定するということはない、といつてよい。：領得の意思が、主観的違法要素として可罰性の基礎づけに奉仕しうるとしても：それは、外部的な行為に対する法的評価の相違によつてなされるべき

ものである⁽⁷⁾。従つて、財物の同化があれば、たとへ毀棄のつもりでなされたにせよ、それは外部的には利得目的を表現したものとなる⁽⁸⁾。主観的違法要素は、同時に客観的構成要件要素でなければならず、「不法は常に客観的裏付けを要求する⁽⁹⁾」のである。それ故、条文に記載されている客観的要素である「財物」と占有を移転する「窃取」とがあれば利得目的即ち領得意思が認められるから、殊更客観的要素を超過する主観的要素を必要としないという意味では、不要説を正当とする⁽¹⁰⁾。しかし、それは通常の場合であつて、もしそこに特殊な要素が付け加わつてくるならば、窃盜罪の「目的犯」性が顕在化し、領得意思の有無が改めて吟味されねばならないであろう。自轉車の所有者と窃取者が親しい友人で、所有者の承諾が推定される場合がその典型で、所謂使用窃盜が不可罰とされるのは、友人関係といった特殊客観的要素のために、目的犯成立に必要な不法目的の存在が疑問視されることによる⁽¹¹⁾。

占有説だと、一時使用のためであつても占有を奪う限りすべて窃盜となつて不都合である。ところが占有説は逆に、その一時使用を例に必要説を批判する。「他人の机上にあつたナイフを無断で借用して鉛筆を削るとか、広場の隅においてあつた他人の自轉車に勝手に乗つて、その広場を一周するなどの行為は、いずれも…經濟的用法にしたがつた利用行為で…領得の意思(があるのに)不可罰とされるのは」、その行為が、まだ、可罰的な財物の窃取にはあたらないからだ⁽¹²⁾」と。しかし、この批判は二つの点で問題がある。(1)使用窃盜では一時的にもせよ権利者から完全に占有を奪い、自己の支配下に置くということが前提になつてゐる。にも拘らず、批判に挙げられている例はどちらも、その点で微妙である。他人の机で、あるいはそのすぐ近くで削つたのなら、まだ占有を奪つたとは言ひ難いし、広場内で乗つてゐる場合にしても同様である。確かに「窃取にはあたらない」のであるが、占

有を完全に奪つた状況を例にしなければ、必要説に対する批判としては十分でない。(2)窃取に「可罰的な」という形容詞をつけるのは不当である。窃取に可罰的な窃取と不可罰的なその二種類があるのなら、使用窃盜の不可罰性は、その窃取の不可罰性で説明すれば済むことであつて、領得意思の要否はどうでもよいことになる。そして、「使用窃盜が不可罰なのは、その窃取が可罰的でないからだ」という答が無意味なことは言うまでもない。

別の例を用いて、經濟的に利用・処分する意思の現実化があつても窃盜が成立するとは限らない、と主張されてもいる。「たとへば、嚴寒の候に、他人の石油・薪などの燃料を、ほしいままにその場で燃焼させ、煖をとるような場合である。…その燃料をどこかに持ち出して、燃焼させたときが、窃盜ではないのか⁽¹³⁾」と。しかし、占有の移転は場所的移転と同義であると速断してはならない。財物を場所的に移動させるのは、その物に対する支配を確立するための一手段―最も多用される手段であるが―にすぎない。従つて、状況によっては、財物の位置を変えることなく、権利者の占有を奪うことも可能なのである。燃料をその場で燃やす、はその最も良い例であり、他にはスーパーのお菓子売場で人目を盗んで食べてしまうなどが考えられよう。燃料の例では、火をつけた時点で燃料に対する事実上の支配が、所有者から煖をとる者に移つたと考えられる。

また近年、占有説を修正した「平穩占有説」というのが唱えられたりもする。占有説だと本権者による盗み返しに可罰的となつて「いかにも不都合である。そこで刑法の保護するのは赤裸々な占有ではなく、『一般人または行為者の立場からみて一応平穩と思われる占有』…である(と解すべし)、不適法な占有でも、第三者に対しては平穩な占有といふるが、占有取得の発端が平穩でないかぎり本権者には對抗しえず、占有侵害を主張できぬ…と考へたい…。したがつて…自己の所

有物を窃取する行為は、民事的救済をまついとまの場合、および、その所有物を善意の第三者がすでに取得している場合を除いては、窃盗罪を構成することはない⁽⁶⁹⁾。しかし、この説にも多々疑問がある。(1)犯人から盗み返せば無罪だが「善意の第三者」から盗むのは本権者でも窃盗にと言うが、本権者にとっては、発端で考えればその占有も平穩なものとは言えない。そこで、発端でなく現状で考えるのなら、犯人の占有も平穩であり得る。(2)この説が妥当であり得るのは、本権者が誰が盗んだかを知っている場合のみである。しかし、そのような場合は警察に通報すれば済むことで、敢えて自分が盗むまでもない。本権者が偶然盗品を発見した場合を考えても、その占有者が犯人か善意の第三者か容易には判別できず、尋ねても「盗んで手に入れた」と答える者は皆無であろう。(3)平穩か否かを判断する主体を漫然と「一般人または行為者」とするが、両者の判断は一致するとは限らない。犯人の占有は一般人から見れば平穩であり、盗み返そうとする被害者から見れば不隱である。この場合、行為者による判断を基準に窃盗不成立とするのなら、「一般人」を基準として挙げたのは不都合である。また、一般人には平穩な占有に見えても、占有者が盗んだことを知っている第三者は平穩と思わない。そうするとその第三者が盗んでも無罪となり、「本権者自身による取戻しの場合…だけ…例外とし」たことと矛盾する。いくら知っているも第三者は本権を侵害されたわけでないかと反論するなら、本権の回復が無罪の根拠となるわけだ、結局本権説と異ならない。(4)本権者であっても「民事的救済をまついとまのある場合」は例外で、窃盗になると言うが、平穩占有が存在しない、換言すると犯人の占有は法の保護するものでないのに、いとまがあればなぜ突然また法益に復帰するのかわかり得ない。これを説明しようとするれば、法益は実は「平穩な占有」ではなくて、「占有の平穩」つまりそれぞれの財物が平和に占有されている結果としての状

態―占有秩序―だと考える他ない。だからこそ、たとえ本権を回復する行為であっても、敢えて平和を乱す時は処罰されるのである。(5)「一応平穩と思われる」とか「一応理由のある⁽⁷⁰⁾」とか言う場合の「一応」は、刑事裁判の基準としては些か不明瞭である。

最後に簡単に要約しておく、窃盗罪の構成要件としては「財物」と「窃取」で足り、「領得意思」は不要である。これら三つは並列的に並ぶのではなくて、手段と目的の關係にある。即ち、客観的な前二者は、主観的な「領得意思」の存在を証明するためのものであり、逆に言うと、その意思の外部的現われが財物の窃取即ち占有秩序の侵害である。そして窃盗罪の故意は、財物の窃取を通じて利得しようとの予見・意欲である。

註(四)

(68) 中山、刑法各論、二一九頁。

(69) 園田寿「不法領得の意思」法学論集三二卷二・三・四号、一二八、一三四頁。

(70) 註(49)大正大正四年五月二二日(原文は傍点付片仮名)。

(71) 内田、論争刑法、二七一頁。

(72) 意図がなければ、領得の事実があっても窃盗は成立しない。とは言っても、犯人が財物をどう扱ったかという事実が、犯人の意図の立証に重要な意味をもち、Smith & Hogan, Criminal Law 497 (5th ed. 1983).

(73) Mezer, Die subjektiven Unrechtselemente, GS 89, S. 270.

(74) 「通常の場合には、窃取すなわち所持侵害の行為があれば、不法領得の意思もあつたと認めることができる」と「莊子邦雄、総合判例研究叢書刑法(10)、一八頁。

(75) 被害者の推定的承諾は、違法阻却事由と解されているが、現実の承諾が

あつた場合と同様、構成要件該当性を阻却する場合もあると思われる。例えば、下宿で相部屋の友人が勝手に自転車を使った場合は、友人関係が外見的にも明らかで構成要件該当とするまでもない。要するに、構成要件該当性と違法性は主観を推定するための客観的条件という点で等しく、前者は類型的判断であるのに対し後者はそうでないという点で異なっているにすぎない。

(76) 大塚、四八頁。

(77) 内田、論争刑法、二六九頁。

(78) 西原春夫、犯罪各論、二一一頁。

(79) 福田、新版刑法各論、二四五頁。