

## 第1講 窃盗罪の保護法益

### ◆学習のポイント◆

- 1 窃盗罪の保護法益に関する議論は、242条の解釈問題であることを理解する。
- 2 本権説と（純粹）占有説が、235条・242条をそれぞれどのように解釈しているのかを理解する。
- 3 判例は、235条および242条をどのような規定と捉えているのかを理解する。
- 4 判例が242条の「他人が占有」をなぜ権原に基づかない違法な占有でもよいとしているのか、その理由を説明できるようにする。
- 5 窃盗罪の成否が問題となる4つの類型について、それぞれどのような法益が侵害されているかを理解する。

刑法の目的は「法益」の保護にある。そこで、刑法各論の学習において、個々の犯罪に固有の成立要件を学ぶ際に押さえておかなければならないのは、当該犯罪の「保護法益」である。法益侵害（ないしその危険性）がなければ犯罪として処罰する理由に欠けるからである。

本講では、「窃盗罪」の保護法益の問題を取り上げる。窃盗罪は占有移転罪の典型であり、その保護法益の考え方は同じく占有移転罪である「強盗罪」「詐欺罪」「恐喝罪」にも妥当することに注意してほしい。

### 1 保護法益をめぐる見解の対立状況

#### (1) 学説の対立状況

窃盗罪の保護法益については、周知のように、本権説と（純粹）占有説が対立している（基本刑法II 129頁）。

本権説は、「所有権その他の本権」を保護法益と理解する。本権とは、占有を正当ならしめる権原のことで、所有権のほか、地上権、質権、賃借権などの民法上の権利をいう。本権説の背後には、刑法は民法上保護される権

利を保護すればよいという考え（民法従属性）がある。

これに対し、（純粹）占有説は、「占有」を保護法益と理解する。占有とは物を事実上支配していることをいう。占有説の背後には、（民法上保護されていないものであっても）物の所持という事実状態を保護すべきであるという考え（刑法独立性）がある。

しかし、権利関係が複雑化した現代社会においては本権の保護だけでは十分ではないし、他方、明らかに違法な占有まで刑法で保護すべきではないことから、通説は、両説の間をとり（中間説）、「合理的理由のある占有」（合理的占有説）ないし「平穏な占有」（平穏占有説）を保護法益とする立場を支持している。

### ●コラム● 窃盗罪の保護法益の論じ方

窃盗罪に関する事例問題で「占有」を論ずる際に、「窃盗罪の保護法益が占有であること」に言及する答案を見かける。しかし、保護法益を論じなければならないのは、所有権者が窃盗犯人から自己所有物を取り戻すケースなど財物の占有者の占有が違法な場合に限られる。そうではない場合に保護法益を論ずるのは事案の解決に関係のない規範を定立することになってしまい妥当でない。

また、保護法益を論ずべき事案の場合でも、「窃盗罪の保護法益は、～の理由により……である」式の答案が続出する。しかし、司法試験で問われているのは刑法の解釈論である。窃盗罪の保護法益の問題は刑法242条の「他人が占有し」の文言をどのように解釈するかという問題であり、それを示さない限り保護法益を論じたことにならない。したがって、窃盗罪の保護法益を学ぶ際には、235条と242条の関係をしっかり理解することが肝要である。

### (2) 235条と242条の関係

#### ア 235条の「他人の財物」

刑法235条は「他人の財物を窃取した」場合に窃盗罪が成立すると規定している。そして、この「他人の財物」の意味をどのように理解するかで見解が対立している。

本権説は、「他人の財物」とは「他人が所有する財物」を意味すると理解し、235条は所有権を保護する規定であると解釈する。

これに対し、（純粹）占有説は、「他人の財物」とは「他人が占有する財物」を意味すると理解し、235条は占有を保護する規定であると解釈する。

#### \*（純粹）占有説が「他人の財物」を「他人の占有物」と解する根拠

「他人の財物」という用語は、「の」という日本語が所有を意味するので「他人の所有物」と理解するのが自然である。それにもかかわらず（純粹）占有説が「他人の占有物」と理解するのは次の理由による。

肯定するので、保護法益の共通性を認め、構成要件の重なり合いを合理的に説明することができる。

### 3 窃盗罪の成否が問題となる4つの類型

財物を所有者が占有しており、それを無権限者が奪取する場合、被害者の所有権と占有の双方が侵害されており、235条により窃盗罪が成立することに異論はない。

窃盗罪の成否が問題となるのは、(所有者ではない)占有者から無権限者が奪取するケースと、(所有者ではない)占有者から所有者が奪取するケースであり、それぞれ占有者が権原に基づいて適法に占有している場合と占有者が権原に基づかず違法に占有している場合に分かれる。

	無権限者による奪取	所有者による奪取
適法な占有者	第1類型	第3類型
違法な占有者	第2類型	第4類型

そこで、以下では、表に示された4つの類型について窃盗罪の成否を検討することにしよう。

#### (1) 第1類型 (適法な占有者から無権限者が奪取する場合)

##### 【問題1】

乙は、丙から高級一眼レフカメラを賃貸借契約に基づいて借りた。甲は、まだ返済期限がきていないこのカメラを乙に無断で持ち去った。甲の罪責を論じなさい。

【問題1】において、カメラの所有者は丙で、これを乙は賃貸借契約に基づいて適法に占有している。甲はこのカメラについて何ら権限をもっていない第三者である。

本問の場合、乙は権原に基づき適法に占有しているため、保護法益に関するいかなる立場をとっても窃盗罪が成立するという結論には異論はない。

問題は、判例が保護法益を所有権と占有の双方に求めるので、乙の占有を侵害したという理由だけで窃盗罪の成立を認めてよいかである。この点、甲の行為は、乙の占有を侵害するとともに丙の所有権を侵害しているため、2つの法益侵害をあわせて窃盗罪の成立を肯定すべきである。所有者と占有者が異なる場合、所有の利益と占有の利益がそれぞれに帰属するのであるから、所有の利益侵害と占有の利益侵害は別々に評価すべきである。もし、占

有侵害だけで窃盗罪の成立を肯定すると、所有者丙は被害者ではなくなり、告訴することさえできなくなり(刑訴230条)妥当でない(山口・各論191頁)。

#### (2) 第2類型 (違法な占有者から無権限者が奪取する場合)

##### 【問題2】

乙は、丙が占有する丙所有の宝石を盗んで所持していた。ある日、甲はこの宝石を乙に無断で持ち出した。甲の罪責を論じなさい。

【問題2】において、宝石の所有者は丙で、これを乙が盗んで違法に占有している。甲はこの宝石について何ら権限をもっていない第三者である。

本問については、判例の立場からは、甲の行為により乙の占有が侵害され、同時に、丙の所有権が侵害されているので、窃盗罪が成立することになる。

乙の占有は明らかに違法な占有ではあるが、前述のように、占有は権原に基づくか否かを問わないというのが判例の立場である。また、窃盗犯人の占有といえども、第三者との関係ではなお保護に値する。なぜなら、窃盗犯人は所有者から返還を求められたとき盗品を所有者に返還する義務があるので、それを履行するためにもその占有は第三者との関係では保護される必要があるからである。

##### \* 再度の所有権侵害

宝石に対する丙の所有権は乙により侵害されているので、甲によって丙の所有権は「再度」侵害されたことになる。再度の所有権侵害の内実は、丙の財物に対する追求権の侵害である。

本権説は235条で保護される占有も242条と同様に「権原に基づく適法な占有」と理解するので、乙に対する法益侵害が認められず、丙に対する所有権の侵害のみが認められる。そして、本権説の中には、甲によって侵害された丙の所有権侵害の内実は財物に対する追求権であり、それだけでは窃盗罪の処罰を基礎づける所有権侵害とは言い難いとして、窃盗罪は成立せず、占有離脱物横領罪が成立するという見解が有力に主張されている。

この見解によれば、窃盗罪を基礎づける所有権侵害の内容は利用可能性の侵害を意味し、単なる追求権の侵害は間接的な侵害にすぎないと理解される。しかし、所有権の機能としての追求権(返還請求権)と利用可能性に差を設け、前者の侵害より後者の侵害の方が違法性が大きいと考えることが適切であるか疑問が残る。もし、この見解を採用すると、【問題1】でも(窃盗罪の)所有権侵害が認められないことになる。なぜなら、【問題