

Title	〔刑法七〕 窃盗罪を構成する事例 (昭和三五年四月二六日最高裁第三小法廷判決、棄却)
Sub Title	
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.11 (1960. 11) ,p.89- 99
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19601115-0089">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19601115-0089</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

上告人が市長當選の告知をうける前に、當該辭任届が競走會で受理されていると、上告人は、選舉管理委員會に何等届出をなさずに當選は有効である。したがつて、上告人が辭任届を提出したと主張し、原審裁判所が否定した五月一日までの行爲を、いづれと判斷するかにより、結論を左右する。

つぎに、五月二日には、上告人の會長辭任届が受理されたと原審は認定し、上告審は、會長理事辭任と解すべしという。一方、當選の告知も同日にうけている。したがつて、時間的前後が、選舉管理委員會への届出の要否を決定する。この點の解決は、さらに裁判所

の認定を必要とする。

さらに、當選告知後、辭任届が受理されたときは、選舉管理委員會へ届出をなさざるかぎり（原審はかかる届出かないと認定）、當選の効力が失われる。

要するに、本件につき最高裁判所のしめす判旨は正當なものであり、右述のごとき、さらに事實認定を要する問題の残るかぎり、破棄差戻を當然と考へる。

（金子 芳雄）

## 〔刑法 七〕 窃盜罪を構成する事例

昭和三五年四月二十六日最高裁第三小法廷判決、  
第一審（三一年あ）第三九八一號窃盜被告事件、  
伊豫三島簡裁 第二審 高松高裁  
刑集一四卷六號七八頁

【判示事項】 讓渡擔保にとつた貨物自動車の所有權が債權者に歸屬したとしても、債務者側において引き續き占有保管している右自動車を無断で債權者が運び去る所爲は窃盜罪を構成する。

【参照條文】 刑法第二三五條、同第二四二條

【事實】 被告人は昭和二八年一月二五日午後一時頃E縣U郡T村一三七〇番地先道路上にあつた會社更生法による更生會社である

T製紙株式會社の管財人Kらの保管にかかるE—二二一六號の普通貨物自動車一臺をほしほしに氏名不詳のT縣人をして運轉させて被告人の倉庫まで運び去つた。

第一審裁判所は右の事實を認定して、窃盜罪の成立を認め、第二審（原審）もこの點では一審判決を支持した（但し量刑の點で破棄、自判して、一審では懲役六月、執行猶豫二年であつたのを、

懲役參月、執行猶豫一年とした。

第二審の判決要旨は概ね左の通りであつた。

(一) 窃盜罪は他人の所持、占有を侵して自己又は第三者の占有に移すときに成立する。そしてその所持又は占有とは、いずれも抽象的な法律關係ではなく、財物に對する具體的な事實上の支配である。

……本件犯行當時における貨物自動車の所有權の歸屬については、被擔保債權に對する前示會社からの辨濟の充當の關係が不明確なため、民事裁判によらなければこれを確定し難いが、假りに同自動車の所有權が被告人にあつたとしても、本件被告人が同自動車を占有していなかったことが認められるのであるから、管財人達の占有を侵して實力をもつて同自動車を奪い去つた被告人の所爲は窃盜罪に當る。

(二) 被告人が本件自動車の所有權も管理權も法律上は自己にあると信じていたとしても尙犯意なしとはいえないし、又、この場合は窃盜罪その他の罪にならないと考へていたとしても、それは單なる法の不知であつて犯意を阻却するものではない。

(三) その他違法性又は責任を阻却する事由はない。

(四) 以上の如く控訴理由はいずれも認め難いが、被告人には本件自動車の引渡しを受ける權利があり、自力救濟もまた止むを得ないと考へて實力行使に出たものと認められること、その他情狀上、原審

の刑は過重と認められるので刑訴法三八一條三九七條一項により原判決を破棄し、同法四〇〇條但書により更に判決する。

右に對して辯護人は

(一) 原審の説示によると、本件貨物自動車の所有權が債務者側、債權者側のいずれにあるにしろ、ともかく被告人は他人の占有を侵害したものであるから、窃盜罪を構成すると判断しているが、窃盜罪の保護法益は所有權のみでなく他人の占有狀態の保護でもあることは刑法が二四二條をおいていることから考へて肯定せざるをえないところであり、同條にいう「他人ノ占有」中には、不法占有、權利に基つかない占有を含まないものである(大審院判例)。しかるに原判決は、所有權の歸屬、占有の適法違法を確定しないで、ただ自動車を會社が使用していたという事實關係のみに着目し、それを直ちに法律上保護に値する占有とみるのであるが、證據(賣渡契約書、誓約書)によると、本件自動車は昭和二十七年一月二三日限り債權者である被告人に引渡さなければならぬ約束になつていたのであるから、同日以後の會社側の占有保管は明らかに不法であつて、刑法上の保護に値しないものである。従つてこれを運び去つても窃盜罪を構成するいわれはない。

(二) 原判決が、法律の錯誤の理論によつて被告人に故意の成立を認めたのは、刑法三八條三項の解釋を誤り、ひいては(1)大審院判例

(大正一五年二月三日)、(2)高裁判決(札幌高裁函館支部昭和三年八月二日)、(判決 刑集五卷九六頁)、(3)最高裁判例(昭和二年七月一日○日第三小法廷判決、刑集五卷八號一四一頁、)と相反する判断をしたものである。即ち右諸判例は、非刑罰法規を

誤解した結果、事實に錯誤を生じた場合を事實の錯誤として故意を阻却するとしている。被告人は、本件貨物自動車の所有權も管理權もともに自分にあるのだからこれを持つて來ることは許されると考へて自動車を運び去つたのであるから、刑法二四二條又は二三五條の構成事實である「適法な占有」という事實の點に錯誤を生じたもので、結局事實の錯誤である、と主張した。

#### 【判旨】 上告棄却

(一)上告趣意第一點の所論は、不法占有が窃盜から保護されるべき法益となり得ないことを主張するが、當裁判所においては、すでに(判例①)「正當の權利を有しない者の所持であつても、その所持は所持として法律上の保護を受けるのであるから、盜贓物を所持する者に對し恐喝の手段を用いてその贓物を交付させた場合には恐喝罪とならる。」という判決(昭和三年(れ)一二四一號、同四年二月、(判例②)「元軍用アルコールがかりにいわゆる隱匿物資であるため私人の所持を禁ぜられてゐるものであるとしても、それがため詐欺罪の目的となりえないものではない。刑法における財物取財の規定は人の財物に對する事實上の所持を保護せんとするものであつて、これを所持する者が

法律上正當にこれを所持する權限を有するかどうかを問はず、たとい刑法上その所持を禁ぜられてゐる場合でも現實にこれを所持してゐる事實がある以上、所持という事實上の状態それ自身が獨立の法益とせられみだりに不正の手段によつてこれを侵すことを許さぬとする趣旨である。」という判決(昭和二年(れ)九六七號、同四年二月、(判例③)「他人に對し恐喝の手段を用いてその者が不法に所持する連合國

占領軍物資を交付させたときは恐喝罪が成立する。」という判決(昭和二年(れ)二八九〇號、同五年四月一、)また(4)「法令上公傷年金の受給權を擔保にすることが禁止されている結果國鐵公傷年金證書を借受金の擔保として差入れたことが無効であるとしても、これを受取つた者の右證書の事實上の所持そのものは保護されなければならぬから、欺罔手段を用いて右證書を交付させた行爲は刑法二四二條にいわゆる『他人ノ財物ト看做』された自己の財物を騙取した詐欺罪に該當する。」という判決(昭和三年(あ)四二八二號、同四年八月二、)があり、この判決により大正七年(れ)二二〇號、同年九月二五日大審院判決(刑錄二四四號)は變更されたものであること明らかであり、他人の事實上の支配内にある本件自動車を無斷で運び去つた被告人の所爲を窃盜罪に當るとした原判決の判断は正當である。

(二)又上告趣意第二點の所論は、本件自動車が他人の財物であることとを被告人が知らなかつた事實は窃盜の犯意がなかつたことに他な

らないのに、原判決が、犯意があつたと判示したのは、刑法三八條三項の解釋を誤り、引用の判例に違反する、と主張するけれども、原判決は、被告人が他人の事實上所持する自動車であることを知りながらその者の意思に反してこれを自己の所持支配内に入れる意思をもつて原判示所爲に及んだ事實を認めたのであつて、決して、論旨主張のような事實を認定したものでないこと判文上明らかであるから、所論は原判示に副わない主張であり、論旨引用の判例はいずれも事案を異にし、本件に適切でない。

【評釋】 結論に肯定、理由に反對。

本判例にあつては、上告理由、判決文とも問題點を主として二つに分けて論じているので、それぞれにつき、順次検討することとする。

問題點(一)は一見して明白なように、窃盜罪の保護法益をめぐるのである。即ち、本判例は前掲判例①ないし④を引用することによつて、窃盜罪の保護法益は他人の所持、占有であり、それは財物に對する抽象的な法律關係ではなくて具體的な事實上の支配であるから、それが認められるかぎり、その支配が所有權その他の本權に基づかなくとも、これを侵害する行爲は窃盜罪を構成するとする原判決を全面的に支持している。

ところで、ここに問題となつた窃盜罪の保護法益(窃盜罪に限ら

ず、横領罪を除く財物罪一般について論ぜられることだが、窃盜罪の場合は、直接攻撃の對象となるものが「他人ノ所持」であるだけにもつとも典型的な問題となる)については、筆者はすでに他の機會に觸れた(拙稿窃盜罪の保護法益、綜合法學一九六〇年九月號七〇頁以下)ので、論述上やむを得ない場合を除いて、できるだけ重複を避けるため省略することとする(従つて本稿と同時に前記拙稿を参照されたい)が、この窃盜罪その他の財物取得罪の保護法益については、周知の通り、學說上、所有權又はその他の本權に基づく占有と解する説(通説。以下所有權説と略稱する)と所持(占有權)説(少數説)とがあり、判例は、ドイツ刑法のように明文規定をもたないわが刑法においても、從來、一貫して「不法領得ノ意思」を必要とすることによつて、所有權説を前提とするものと解されることとは、多くの學者によつて指摘されるところである。例えば「窃盜罪ハ不法ニ領得スル意思ヲ以テ他人ノ事實上ノ支配ヲ侵シ他人ノ所有物ヲ自己ノ支配内ニ移ス行爲ナレハ(大正三年六月十日宣告同年(レ)第一一〇六號事件ノ判決参照)本罪ノ成立ニ必要ナル故意アリトスルニハ法定ノ犯罪構成要件タル事實ニ付キ認識アルヲ以テ足レリトセス不法ニ物ヲ自己ニ領得スル意思アルコトヲ要ス而シテ所謂領得ノ意思トハ權利者ヲ排除シテ他人ノ物ヲ自己ノ所有物トシテ其經濟的用途ニ從ヒ之ヲ利用若クハ處分スルノ意思ニ外ナラス」(大正判

四・五・二一刑統) という判例は、小學校教員が奉職中の小學校の校長

に衝むところがあつて、その失脚を圖つて、教育勅語謄本等を自己

の受持教室の天井裏に隠匿した事案について、自己に領得するの意

思に出たものではないから窃盜罪を以つて論ずべきではないとした

もので、不法領得の意思に關する代表的判例として學者がよくこれ

を引用するが、同旨の判決は舊司法制度下において大審院によつて

繰り返えされたばかりでなく、新制度になつてからも最高裁は大審

院同様不法領得の意思について積極説を踏襲し「……そもそも、刑

法上窃盜罪の成立に必要な不法領得の意思とは、權利者を排除し他

人の物を自己の所有物と同様にその經濟的用法に従いこれを利用し

又は處分する意思をいう……」(最高裁昭和二五・七・一三、第二小法廷判決、

第三小法廷) としている。又刑法二四二條にいわたる「占有」の意

義に關して古く「自己ノ財物ニシテ他人ノ占有ニ屬スルモノヲ竊取

又ハ騙取スルトキハ刑法第二百四十二條第二百五十一條ニ依リ竊盜

罪又ハ詐欺罪ヲ構成スルコト明カナリト雖モ此ノ規定ハ占有者カ適

法ニ其占有權ヲ以テ所有者ニ對抗シ得ル場合ニ限りテ適用セラルヘ

キモノニシテ此ノ如キ對抗ノ存セサル場合ニ於テ此ノ規定ニ依リ占

有者ヲ保護シ所有者ヲ處罰スヘキ理由存セス」(大判大正七・九・二五

〔判例⑧〕本院判例ニ徴スルニ敍上ノ規定(刑法二四二條、筆者註)ハ占有者

カ適法ニ其ノ占有權ヲ以テ所有者ニ對抗シ得ヘキ場合ニ限りテ適用

セラルヘキモノナルヲ以テ云々」(大判大正二二・六・一、刑法第二百五

十一條ニ依リ詐欺罪ニ準用セラルル同法第二百四十二條ニ自己ノ財

物ト雖他人ノ占有ニ屬シ……他人ノ財物ト看做ストアルハ自己ノ所

有ニ係ル財物ト雖之ヲ占有セル他人カ適法ニ其占有權ヲ以テ所有者

ニ對抗シ得ル場合ニハ之ヲ他人ノ財物ト看做ストノ意義ナリトス」

(大判昭和七・六・一八) としているのも、更には又いわたる使用竊盜を

否定する(例えば大判大正九・二・四刑錄二六輯二六頁)のも、何

れも所有權説を前提として理解されるべきものと考ええる。要するに

判例は、傳統的に所有權説によつていたということができよう。

しかし、右の傳統的な立場は、近年財物罪の保護法益について明

らかに所持であるとする判例が出て動搖するに至つたのである。そ

の代表的なものが、既に見たように、本判例中にも引用された判例

①ないし④である。しかしこの四判例をやや詳しく検討してみると

判例①ないし③と判例④とは必ずしも同一には論ぜられない、

というよりは論じてはならないものであることを指摘しなければな

らない。即ち、前三者は、等しくその客體が不法の占有によるもの

ではあつても、行爲者の所有權とは無關係な財物(要するに他人の

物)にかかるとあり、この種のものについては、從來の通説たる

所有權説に従つても、尙、犯罪は成立すると目すべき場合で、所

有權説、所持説とも結論は同一に歸着する。いわゆる禁制品につい

て、所持説を主張される牧野博士や木村博士が禁制品の所持も所持として保護されると解する(牧野・刑法各論下巻、昭和三年、五九一頁以下、とくに五九四頁、木村・刑法各論、昭和三年、一〇八頁)のは當然のことながら、所有権説をとる瀧川博士も「禁制品は法上、所有とか所持を禁じているが、それによつて、無主物または支配離脱物になるわけではない」から、いわゆる禁制品についても窃盜罪は成立するとされる(瀧川・刑法各論一一八頁)。又判例も、古く、この點について明確な判示を與えたものとして次のようなものがある。<sup>(判例⑩)</sup>「元來奪取トハ人ノ財物ニ對スル所有權又ハ所持ヲ不法ニ褫奪スルヲ謂フ而シテ大正四年關東都督府令第五號『モルヒネ』『コカイン』ノ取締ニ關スル件ヲ按スルニ第一條ニハ『何人ト雖正當ノ事由ナクシテ「モルヒネ」「コカイン」又ハ其ノ注射器ヲ所有又ハ所持スルコトヲ得ス』ト規定シ第九條ニハ『第一條乃至第四條ニ違反シタル者ノ所有又ハ所持スル「モルヒネ」「コカイン」又ハ其ノ注射器ハ警察處分ヲ以テ之ヲ沒收ス』トアルヲ以テ『モルヒネ』ノ如キハ正當ノ事由アルニ於テハ所有權ノ目的物ト爲リ得ヘキ財物ナルコト勿論ナリトス然リ而シテ正當ノ事由ナクシテ之ヲ所有又ハ所持スル者ニ對シテハ警察處分ヲ以テ沒收シ其ノ支配力ヲ奪フコトヲ得レトモ其ノ所有者又ハ所持者ト平等關係ニ立テル一私人ハ其ノ支配力ヲ奪フコト能ハサルモノナリ斯克財物ニ對スル支配力ヲ

一私人ノ爲メニ奪ハレサルヘキ狀態ハ亦以テ法律ノ保護スル利益ノ一種即チ法益ノ一種ナリト謂ハサルヘカラス換言スレハ其ノ狀態モ亦法律ノ保護スル所有又ハ所持ニシテ一私人カ不法ニ之ヲ奪フ行爲ハ奪取罪ヲ構成スト論セサルヘカラス況ンヤ本件『モルヒネ』ハ南滿洲鐵道株式會社カ其ノ業務上他人ノ委託ニ基キ占有保管セルモノナルニ於テヲヤ<sup>(關東廳高等法院上告部判決大正)</sup>五・四・一〇新聞二五五九號六頁。從つて判例①ないし③の判例については所持そのものを保護法益としなくとも、傳統的な立場からも充分同じ歸結を導き得る筈であつた。ただ判例④のみが本件判例と直接共通性をもつもの、即ち、ともに、刑法二四二條にいわゆる「占有」の意義に關するもので、前三者とは同時に論ぜられるべきものではなく、從つて本判決にとつても、亦同様判例④にとつても先例とはなり得ないものようである。その意味で寺尾調査官が本件判例解説において判例①ないし③と④とを無差別に列擧している點を指摘しておられる(寺尾・窃盜罪を構成する事例、法曹時報十二卷六號一五三頁)のも、又井上教授が判例①及び②について「これは理論的にみて必ずしも新しい考え方ではなく、判例④の先例とはなりえないのではないか」としておられる(井上・財産犯の諸問題(三)警察研究三一卷五號五八頁)のも正當である(もつとも判例④と本件の場合とでは、侵された所持が最初から不法であつたか、それとも占有當初は適法だつたものが、途中から不法に

變つた、かの差異のあることも看過してはならないだろう。さて、刑法二四二條にいわゆる「占有」の意義については從來判例はむしろ反對の態度を明示していたことはすでに説いたところである。この傳統的な判例と本件判決とは一見明らかに矛盾しており、結論も大きく異なる。ただこのような主張も最高裁として始めて提唱されたものではないことに更めて心をとめる必要はあるのではなからうか。即ち昭和二四年四月二六日、最高裁第二小法廷は「原判決は、被告人が『土橋一雄保管の生ゴム』約六貫匁を窃取したことを判示しているだけで、第一審判決のように右の生ゴムが人（同人のミス・プリントか？ 筆者註）の所有物であつたことを認定してはいない。しかし窃盜罪が成立するためには、他人の管理に屬する財物を窃取することを以て足り、その財物が何人の所有に屬するかは問うところでないから、原判決には論旨一に主張されているような審理不盡の違法はない」（最高裁判昭和三年（れ）一九（一三號刑集三卷五號六五八頁）と判示している。即ちここでは、窃盜罪が成立する爲には客體が他人の管理に屬する（他人の所持する）物であることを要し、かつそれで充分とするのであつて、所有者が何人であるかは勿論、自己以外の者であること（他人所有のものであること）も必要ではないとしているように解される。これは保護法益についてとくに意識的に爲された判例でもなく、あまり重視されはしなかつたようであるが、本件判例に至るワ

ン・ステップとして又本件判旨に非常に近いものとして私には關心がもたれるのである。

なお、窃盜罪の保護法益については下級審の中ではすでに所持を窃盜罪の保護法益と明示したものがあつた。例えば「假に右被害者がF所有の自轉車を窃取した犯人であつたとしても、窃盜罪の法益たる所持（占有）は物に對する事實上の支配であつて、その物に對する事實上の支配關係が認められる限りその支配が適法である否とに拘らず窃盜罪の保護法益となるものと解せられるのであるから、右のような窃盜犯人から更に贓物を窃取した場合においても窃盜罪が成立するものと解するのが相當である」（東京高判昭和二九・五・二頁一頁）（二四、東京高判判時報五二頁）。勿論これは一讀明らかなように、自己所有の物に關するものではないから、本件判例と重なり合うものではなく、むしろ判例①ないし③の延長と見られ、又、この場合には、所有權説も窃盜罪の成立を認める點では結論を一にするが、窃盜罪の保護法益そのものについて明言してこれを「所持」としている一例として注目される。又最高裁自體すでに判例①ないし④において財物罪一般について保護法益を所持としていたことから、窃盜罪の場合もその保護法益を「所持」とすることの下地はずでに充分であつたと云えるし、二四二條の「占有」の意義については、すでに、判例④（擔保に供した國鐵公傷年金證書に對する詐欺罪の成立を認めた最高裁昭和三



四年八月二八日第二小法廷判決)は「刑法二四二條、二五一條の規定をもつて、正権限により他人の占有する自己の財物の場合に限り適用されるべきものとした大審院判例(大正七年九月二五日刑)は變更を免れない」とまで明言しているものであり、これを受けて、本判決も亦「この判例(判例④のこと、筆者註)により大正七年九月二五日大審院判決は變更されたものであること明らかである……。」と論じているのである。又判例④も本件判決同様、昭和二四年二月一日第二小法廷判決及び同二五年四月一日第三小法廷判決を引用しているが、前にも指摘したように、これらの場合は、當該財物が法令の規定による所持禁止物ではあるが、結局「自己(犯人)の物」ではないので、ここで問題としている自己所有物の場合とは事情が異なるということを見越しているのであつて、その重大な差異を無視して立論していることが問題といわなければならない。そして同じ過誤が今度の判決についても指摘されなければならないであらう。判例④については、當時、栗田最高裁調査官が解説の中で恩給その他の公的年金の受給權を讓渡し又は擔保に供することを禁止する趣旨の規定は受給權の保護規定であり、その意味で大正七年九月二五日の判決は、年金の受給者が敢えて街の貸金業者に頼らなくても國民金融公庫のような低利の金融機關を利用する途が拓かれるようになつた後には必らずしも事案の合理的な解決をもたらすものとはいへ

ない。従つてこれが従來の判例を一擧に覆し去る意義をもつかどうかについては慎重に考えなければならない。又、刑法二四二條全般の問題として考察するとき規定の沿革、民法と刑法との目的の相違、現實の社會狀態等から少數説を全面的に受入れるには躊躇せざるを得ない、等の理由から、この判決の趣旨も「判決要旨に指示された趣旨に限定して理解すべきものであり、刑法二四二條(二五一條により準用される場合を含む)の一般解釋を打出した趣旨ではないことに留意することを要する」と重要な發言をしておられる(法曹時報一―卷一―號一四二―三頁)。しかし乍ら今度の判決が要するに犯人以外の者の財物の場合も自己所有の物の場合も畫一に論じている以上、最高裁としては一應刑法二四二條(二五一條により準用される場合を含む)の一般解釋として少數説を採用したと解した方が素直なものではないかと思われるが、いかがであらうか。判例④の場合も、今度の判決の場合も、事案はそれぞれ詐欺罪、窃盜罪の成立を認めるべき場合であつた事におそらく異論はないであらうから、判例の趣旨を栗田調査官のように限定的に解すべきだ(今度の判決についても、寺尾調査官は、刑法二四二條の一般解釋として通説的立場を覆す趣旨であると解するよりは、むしろ、單に本件の具體的事實關係に立つて窃盜罪の成立を認めたにすぎないものと解する餘地もあるとしておられる。法曹時報一―卷六號一五四頁)とし

ても、今度の判決における判例引用の方法を考えても、又、事案の個別具體的な事情はさほど考慮されることなく、判決要旨だけ抽象的に引用されることを考へても、刑法二四二條の一般解釋として、通説的立場（所有權説）はアウフヘーベンされたという印象が強いのは、ただ筆者だけではなさそうである（例えば最近の判例を中心として財産犯の問題点をビックアップして詳細、かつ地味にその分析と批判を試みておられる井上教授も、すでに、判例④に對する栗田調査官の限定説に對し、「判例の理解としてはそうならざるを得ないことはいうまでもないが、しかし、理論の問題としてみると、國鐵公傷年金證書を擔保に供したばあいであれば、いかなる理由から、所有權その他の本權の侵害がなくとも詐欺罪を構成することになるであろうか。それを説明しようとするれば、所持したいを法益とする以外になく、所持したいを法益とすれば、本件のごときばあいに限定されない」としておられる。井上・前掲論文、警察研究三一巻五號六〇頁）。從つてもし、判例の趣旨が眞に前記栗田・寺尾兩調査官の説かれるようなものであるとすれば、少くともその説明は甚だ不充分で、誤解を生ずる危険が多分にあると云わなければならぬであらう。

さて本件においては被害者が會社更生法による更生會社であつたことも一應考慮しなければならないが、讓渡擔保においては、目的

物が設定者（債務者）の占有にあつても、一般債權者はこれに對して執行することができない（我妻・擔保物權法二三五頁）。何となれば、内部關係は別として、第三者との關係においては、讓渡擔保契約によつて財産は何らの物權的制限をも伴はず債權者に移轉する（我妻・前掲書二二七頁）から、たとえ更生手續が開始されても、擔保權者は取戻權（六二條以下）を有する。しかし、他方、更生手續開始の決定があつた場合においては、會社の事業の經營並びに財産の管理及び處分をする權利は管財人に專屬する（三五條）から、取戻權の實行も管財人の承認を得た上で爲されなければならず、この承認は又場合によつては裁判所の許可を必要とするものとされている（五四條）。ただ本件の場合には、被告人側の主張が事實であるとすれば、讓渡擔保契約に基づいて取戻權を行使し得るのではなく、對外的にも對內的にも完全に所有權をもつ被告人が、不法な占有を排除して返還を請求する場合であつて取戻權の規定に基づくまでもないと解されないでもない。しかしながら證據（契約書、誓約書）によつて明らかのように、運轉手Ⅰ（會社側）の占有はその當初において適法であつたのであり、被告人側の主張、がもし眞實であつたとしても、會社側の占有が實質的に不法となつたのは事後のことである。このような場合には、占有がそもそも不法に始まつた場合（例えば窃盜）とは事情上同一視できないのではなからうか。こ

のことは、例えば借家人が債務不履行に基づき賃貸借契約が解除された後も不法に借家を占據する場合であつても、これを追いつ出す爲に屋根瓦を剝いたりすることは權利行使の粹を逸脱するものとして建造物損壊罪を成立させる場合もありうることを考えれば理解できるのではなからうか。要するに本件の場合、判例にあらわれた事實からだけでは讓渡擔保契約についての對内効力の程度即ち普通の、判例にいわゆる外部的移轉の場合か、特約ある、判例にいわゆる内外共に移轉する場合なのか、不明であるが、犯行當時自動車の所有權が名實共に被告人のものであつたとしても、被告人の行爲は權利行使として妥當とは云えず、このような私力救濟的手段は違法性を阻却する自力救濟とは認められず、現行法として許されないとしなければならぬ。その意味で被告人の行爲はたとえ通説的立場（所有權説）に立つてみても窃盜罪の成立を認むべきものと解される。その意味で寺尾調査官の限定説も理解されないことはないが、通説的立場から端的に窃盜罪の成立を認めることも可能で、しかもその方がより妥當であつたように思われる。

問題點(二)については、本判決が、窃盜罪の保護法益を他人の所持（單なる所持）と解する根本態度をとるから、窃盜の故意は他人の支配内にある財物をそれと認識して侵害することを必要とし、かつそれで足りるわけで、従つて他人の財物であることを知らなかつた

事實は故意を阻却するという上告趣意を、原判示に副わない事實を前提とするものとして極めて簡単に排斥している。しかし、この點もやや問題ではなからうか。上告趣意では「辯護人等は、會社の占有を適法とは考えないのでありますが、之を假りに適法な占有ありとみるとしても、被告人において自己に所有權あり、且つ占有する權あり、會社の占有は適法ならずと考へ、自己の占有に移すことが許されると考へたのでありますから刑法二四二條又は二三五條の構成要件事實たる『適法な占有』という事實の點に錯誤を生じたものであり、結局事實の錯誤であり、しからずとするも少くも非刑罰法規の錯誤として故意の成立を認めざる場合なのであります」としているが、本件で最も重要なのは債務者側の占有が違法であるからこれを自由に運び去ることは所有者として當然許されると考へた點にあり、従つてここでは何よりも違法性の意識の問題としてとりあげられるべきであらう。しかし、違法性の意識については、今日、ドイツの學説、判例にならつて、いわゆる責任説と故意説（認識説、認識可能性説）との對立があり、故意説によればたしかに事實の錯誤の問題となるが、この中でも可能性説によれば本件被告人の判斷は結局獨斷であつて、認識の可能性は認められるから故意は阻却されないであらうし、責任説によればいわゆる禁止の錯誤の問題となり、過失が認められる限り故意行爲としての責任は阻却されないこ

となる。従つて故意説をとるか責任説をとるかによつて事實の錯誤（構成要件の錯誤）とされるか禁止の錯誤（法律の錯誤）と解されるかの差異は生ずるが、最近有力と解される可能性説又は責任説の何れの立場をとつても、結果的には違法性の意識を缺くのに過失のなかつた場合を除いて故意又は責任が阻却されず犯罪は成立することになる。上告理由としては事實の錯誤と法律の錯誤の區別につき刑罰法令の錯誤と非刑罰法令の錯誤というあいまいな古くさい基準に立つているのが不満に思われるし、反面、判決は又自己の立場から當然のこととして簡単に之を斥け去つて検討を加えなかつた點でやや不親切に思われる。

ともあれ、本件自體について見れば窃盜罪の成立を認めた結論は妥當と云えるが、保護法益を一般的に單なる所持ときめ、他人の所有物の場合も、自己の所有物の場合も、共に同一に、他人が所持しているという事實だけで窃盜の成立を認めた事には多分に疑いがあるし、判例①ないし④及び本件判決がもし一般的に所有權説をすてて所持説へと大きく轉進したものとすれば不法領得の意思も當然に不要ということになるが、最高裁の判例も現在までのところ、そこまで判示したものは見當らず、判例として一貫した流れの中にこ

れを位置づけることはできない。更に手續的に見ても、前示判例⑥は判例④よりも前であるから、もし判例④が眞に刑法二四二條の一般的な解釋について傳統的な立場を一擧に覆すだけの重大な意味をもつものとすれば、たとえ直接不法領得の意思を問題として判例⑥に矛盾し、これを變更するものではないとしても、所有權説を前提として不法領得の意思を必要とする判例⑥を實質的に變更するものであるから、大法廷で判決すべきではなかつたかという疑をもつのである（もつとも判例①ないし③を含めて所持自體を財物罪の保護法益とすることは、一—三小法廷全部の判決が出そろつてゐる）。更には今春公表された改正刑法準備草案三四七條が通説の立場から一層はつきりと「自己の財物であつても、適法な原因により、他人が占有し、又は看守するものであるときは、本章の罪についてはこれを他人の財物とみなす」（傍點筆者）と規定している點も考え合せて更に今後の判例の動向（とくに本件判決等が二四二條の一般的解釋として固定するか當該事案に限定されるか）が注目される、というよりは窃盜罪の保護法益に關するより綜合的・體系的な判例の整備が待たれる。

（中谷 蓮子）