

## 1 前回の受けから

導入

## 自分の物のはず、なのに

## Pの自転車

半年前に盗まれた自転車を、駅前で  
見つけて取り戻す

## 担保の車

貸したお金の担保として得た車を、  
無断で引き揚げる

どちらも『自分の物』のはず——本当に、窃盗にならないのか

図：自分の物のはず、なのに

前回、財産犯の地図が完成しました。今日から、その1マス目に入ります。まず、2つの場面を見てください。会社員Pは、半年前に自転車をQに盗まれました。ある日、駅前の駐輪場でQを見つけて、その場で取り戻しました。もう1つ、こんな場面もあります。お金を貸した見返りに、車の所有権を得ていた人がいます。その人が、借りた側のところから、車を黙って引き揚げます。どちらも「自分の物」のはずです。この2つが窃盗罪になりうるのか、今日はそこを考えます。なるかもしれません。答えは、窃盗罪が何を守っているかで決まります。それが、今日のテーマ、保護法益です。

## 2 235条——窃盗罪の入り口

短答知識

## ★ 235条——まず2語だけ

今日は、「**他人の財物**」と「**窃取**」の2語だけ、指を  
差す

→ 客体・窃取の中身は、次回以降にじっくり扱う

図：235条——まず2語だけ

まず、窃盗罪の条文を確認しましょう。

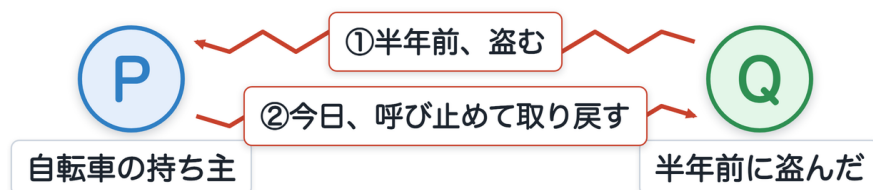
## 条文 刑法235条

刑法235条(窃盗罪)

他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、十年以下の拘禁刑又は五十万円以下の罰金に処する。

今日、指を差すのはこの2語だけです。今日は、「他人の」という2文字に注目してください。この2文字の読み方をめぐって、大きな対立があります。

## 自分の物を取り返したら



Pの取戻しは「**他人の財物**」に当たるのか——答えは、保護法益の考え方で決まる

図：自分の物を取り返したら

もう一度、Pの場面に戻しましょう。Pは、自転車の所有者です。でも、半年前にQに盗まれてから、実際に持っているのはQです。そこでPが、実力でQから取り戻します。235条は、「他人の財物」を「窃取」した者を罰します。Pから見れば自分の物ですが、Qから見れば、さっきまで自分が持っていた物です。この場面が「他人の財物」に当たるかは、実は自明ではありません。どうしてですか。「他人の」が何を指すかで、答えが変わるからです。所有者のような、本権を持つ人を指すのか。それとも、今、現実を持っている人を指すのか。その2つで、答えが逆になりそうですね。この違いが、窃盗罪の保護法益の対立になります。

## 4 本権説

## 本権説の中身

## |本権説の中身

- 守られるのは**本権**（所有権・賃借権・質権など、占有を正当化する権利）
- 根拠は、235条の「**他人の**」という文言

## |帰結と批判

- Pの取戻しは、窃盗罪に**当たらない**（自分の本権を実現しているだけ）
- 批判＝実力での取り返しが横行すると、財産の秩序が混乱する

図：本権説の中身

1つ目は、本権説です。窃盗罪が守るのは、所有権や賃借権のような、**本権**だと考えます。占有を正当化する権利のことです。所有権が代表です。根拠は、さっきの235条の文言そのものです。「他人の」財物という以上、他人に本権がある物を守る規定だ、と読みます。この説だと、Pの取戻しはどうなるのでしょうか。Pには所有権がありますから、窃盗罪にはならない、です。自分の権利を実現しているだけなので、窃盗罪になりません。ただ、この説には批判もあります。本権さえあれば、実力で取り返してよいことになると、どうなるのでしょうか。

力づくで取り返す人が、増えそうです。財産の秩序が、混乱してしまいます。この批判が、次の説につながります。

## 占有説の中身（判例）

### | 占有説の中身（判例）

- 守られるのは**事実上の占有**（所持）そのもの——本権の有無を問わない
- 根拠①＝**自力救済の禁止**（民法200条・202条2項の占有訴権のしくみ）
- 根拠②＝現に占有されている状態そのものを守る必要がある

### | 帰結と批判

- Pの取戻しも、窃盗罪の**構成要件に該当**する（あとは違法性阻却で調整）
- 批判＝処罰範囲が広すぎる → 応答＝**違法性阻却**（自救行為等）で個別に絞る

図：占有説の中身（判例）

ここで、1つ考えてみてください。窃盗罪が、本権ではなく、**占有そのもの**を守っていたら、どうでしょうか。占有そのものを守るなら、Qが持っている状態を守ることになります。だとすると、Pの取戻しはどうなりますか。Qの占有を破ることになるので、窃盗になってしまう気がします。これが、2つ目の説、占有説です。占有説は、事実上の**占有**そのものを守ると考えます。今、現実を持っている、という事実だけを守ります。

## 自力救済の禁止

行列で、後から来た人が「自分の方が先だった」と主張しても

その場で実力を使って列から引きずり出すことは許されない



まず店の人に言う、それでも解決しなければ警察に相談する

「今の状態」がいったん尊重される

占有説は、この発想を借りている

図：自力救済の禁止

なぜ、そう考えるのか、身近な例で見てみましょう。飲食店の行列を、想像してください。後から来た人が「本当は自分が先に並んでいた」と言い出したとします。その言い分が正しくても、実力で列から引きずり出してよいでしょうか。それは、さすがに駄目な気がします。まず店の人に言う、それでも駄目なら警察に相談する。それが筋です。「今、その場所を占めている」状態が、いったんは尊重されます。民法にも、この発想があります。民法200条には、占有回収の訴えという制度があります。占有者が物を奪われたら、占有を理由に返還を求められる制度です。しかも202条2項は、この訴えで本権を理由にした反論を許しません。

この訴えの中では通りません。まず、今の占有状態を尊重させる作りです。この発想を、自力救済の禁止と言います。占有説は、これを借りています。もう1つ、理由があります。複雑な社会では、現に占有されている状態そのものを守る必要がある。そういう考え方です。誰が本当の権利者か、その場で見極めるのは簡単ではありません。たとえば、駐輪場の自転車が、持ち主の物か、借り物か、盗品かは、見ただけでは分かりませんよね。だから、まず「今の状態」を守っておくんです。この説だと、Pの取戻しはどうなるでしょうか。さっき、予想したとおりですね。窃盗罪の構成要件に、当たってしまいます。占有説では、Pの取戻しも構成要件に当たります。

占有説にも、批判があります。処罰範囲が、広すぎるという批判です。ここで、占有説からの応答があります。構成要件に当たることと、実際に処罰されることは、別の段の話です。構成要件は、成立要件の回で見た、条文が定めている「型」です。それでも正当防衛で、処罰されませんでした。当たったあとに、**違法性阻却**という、もう1つの関門があります。処罰範囲の広さは、違法性阻却の段階で、個別に絞れます。この2段階構えが、占有説の強さです。

★ **論文で書く規範**：窃盗罪の保護法益は占有そのもの 「窃盗罪の**保護法益**は、本権ではなく、**事実上の占有**そのものである。自己の物であっても、他人が占有していれば、**窃盗罪の構成要件に該当**する。」（規範（判例＝占有説））

そして、この占有説が、判例の立場です。あとで、実際の判例を2件、確認します。

## 平穩占有説の中身（中間説）

### |平穩占有説の中身（中間説）

- 守られるのは**平穩な占有**だけ——盗んで間もない占有は含まない
- 占有が平穩になれば、その後の取戻しは窃盗罪に当たりうる

### |批判

- ①平穩かどうかの判断は、行為の時点では困難
- ②占有説でも、処罰範囲の適正化は違法性阻却で実現できる

図：平穩占有説の中身（中間説）

3つ目は、中間の立場、平穩占有説です。占有説ほど広くはなく、本権説ほど狭くもない、という考え方です。守られるのは、**平穩な占有**だけだと考えます。盗んでまもない、泥棒の占有は、まだ平穩とは言えません。だから、盗まれてすぐの取戻しは、窃盗罪になりません。半年が経っています。占有が平穩になっていれば、この取戻しも窃盗罪に当たりえます。ただ、この説にも批判があります。1つ目。平穩かどうかの判断は、行為の時点では簡単につきません。半年という時間が十分かどうか、その場で見分けるのは難しいですね。2つ目。占有説でも、処罰範囲の広さは違法性阻却で調整できます。わざわざ、保護法益の段階で絞る理由は、実はありません。

だから判例は、平穩占有説を採っていません。

## 7 3説の比較

## 3説の比較

|       | 本権説                 | 占有説（判例）             | 平穩占有説                |
|-------|---------------------|---------------------|----------------------|
| 守るもの  | 本権<br>（所有権・賃借権・質権等） | 事実上の占有<br>（所持）そのもの  | 平穩な占有<br>だけ          |
| 根拠    | 235条の<br>「他人の」という文言 | 自力救済の禁止＋<br>占有状態の保護 | 占有説への調整<br>（処罰範囲の限定） |
| Pの取戻し | 不成立                 | 成立<br>（構成要件レベル）     | 占有が平穩なら成立<br>直後なら不成立 |
| 批判    | 実力行使の横行→<br>秩序の混乱   | 処罰範囲が<br>広すぎる       | 平穩かどうかの<br>判断が困難     |

対立の軸は1つ——窃盗罪は、本権を守るのか、占有を守るのか

図：3説の比較

ここで、3つの説を、一度に並べてみましょう。守るものは、本権説が本権、占有説が事実上の占有です。平穩占有説は、平穩な占有でした。Pの取戻しは、本権説が不成立、占有説が成立です。平穩占有説は、時間次第で分かります。3つの説は、どんな場面でも答えが割れるんですか。違います。たとえば、Pが自転車を、お金を取って友人に1か月貸していたとします。期限の前に黙って持ち帰れば、本権説でも窃盗罪に当たりえます。友人には、借りて使う権利、つまり本権があるからです。占有説と平穩占有説も、同じ結論です。割れるのは、Qのように、権限の無い人が持っている場面なんです。

窃盗罪は、本権を守るのか、占有を守るのか。この1点です。ここは、論文で論点になりうるところです。

★ 論文で書く規範：保護法益をめぐる対立の軸 「窃盗罪が何を守っているかで、**本権説**（本権）・**占有説**（事実上の占有）・**平穩占有説**（平穩な占有）の3説が対立する。」（学説状況（通説なし・判例は占有説））

## ★ 242条—「他人が占有」の意味

自己の財物であっても、**他人が占有**していれば、242条により「**他人の財物**」とみなす

→ この「他人が占有」の読み方が、3説で分かれる

図：242条—「他人が占有」の意味

この対立が、もう1つの条文にも、そのまま映ります。242条です。

## 条文 刑法242条

刑法242条(他人の占有等に係る自己の財物)

自己の財物であっても、**他人が占有**し、又は公務所の命令により他人が看守するものであるときは、この章の罪については、**他人の財物とみなす**。

自分の物でも、他人が占有していれば、「他人の財物」として扱う規定です。ただ、「他人が占有」の意味が、また3説で変わります。

## 242条の3つの読み方

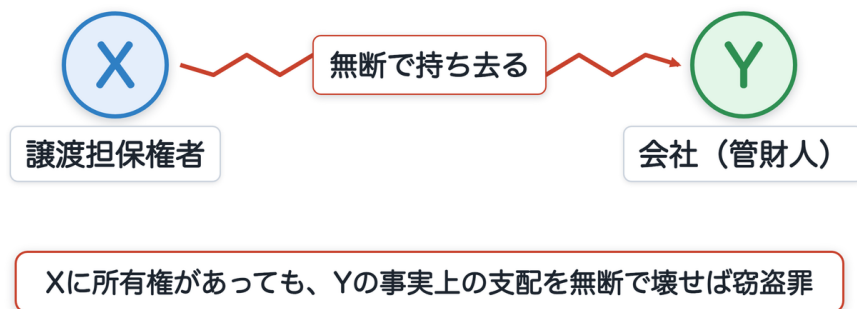
| 本権説                           | 占有説（判例）                 | 平穏占有説                            |
|-------------------------------|-------------------------|----------------------------------|
| 他人の占有が、 <b>権利</b> に裏付けられている場合 | 本権の有無を問わず、文字どおり占有している場合 | 本権の有無は問わないが、 <b>平穏</b> に占有している場合 |

保護法益の対立が、そのまま条文解釈に映る

図：242条の3つの読み方

本権説は、他人の占有が、権利に裏付けられている場合に限って、「他人が占有」に当たると読みます。賃借権や質権に基づいて、他人が占有している場合です。さっきの、自転車を友人に1か月貸していた場面が、これです。占有説は、本権の有無を問わず、文字どおり占有している場合、と読みます。はい、Qのような、権限の無い人の占有も含まれます。平穏占有説は、他人が**平穏**に占有している場合、と読みます。もう1つ、気づいてほしいことがあります。242条には、続きがあります。「公務所の命令により他人が看守するものであるとき」という部分です。差押えを受けて、国の機関が保管している自分の物、という場面です。この部分は、占有の解釈問題ではありません。公務所の命令があったかという、客観的な事実で決まります。あとで、一覧にして確認します。

## 担保の車を、無断で持ち去る



図：担保の車を、無断で持ち去る

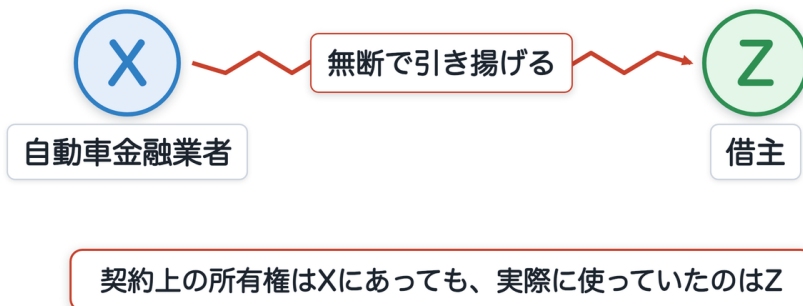
では、実際の判例を見てみましょう。まず、1件目です。貸したお金の担保として、貨物自動車の所有権を得た人がいます。ただ、その車は、引き続き、借りた側の会社が使っていました。その会社が更生手続に入り、会社の財産を管理する管財人が、運転手に運搬を任せていました。貸した側は、運転手がいないうちに車を無断で運び去りました。

## 判例 最高裁判所第三小法廷判決（刑集14巻6号748頁）

最高裁判所第三小法廷判決——譲渡担保の貨物自動車を無断で持ち去った事案 被告人に所有権があったとしても、**他人の事実上の支配内にある物を無断で持ち去る行為は、窃盗罪に当たる。**

それでも、最高裁は窃盗罪の成立を認めました。理由は、車が管財人らの事実上の支配の中にあったからです。実際にその物を、自分の管理のもとに置いている状態です。判例は、この状態を、占有と見ています。占有説の考え方です。

## 買戻約款付きの車を、無断で引き揚げる



図：買戻約款付きの車を、無断で引き揚げる

もう1件、見てみましょう。「自動車金融」と呼ばれる、高利の貸付です。契約の形では、車の所有権と占有権を借主から貸主に移します。期限までに買戻権を使わなければ、貸主が自由に処分できる建付けです。ただ実際には、契約のあとも、借主が車を使い続けることが前提でした。貸主は、合鍵やレッカー車を使い、無断で車を引き揚げ、転売し、または転売しようとしていました。

## 判例 最高裁判所第三小法廷決定（刑集43巻7号607頁）

最高裁判所第三小法廷決定——買戻約款付き自動車を無断で引き揚げた事案 借主の事実上の支配内にあった以上、かりに被告人に所有権があっても、242条にいう**他人の占有に属する物を窃取したものとして窃盗罪を構成する**。その引揚行為は、**社会通念上、借主に受忍を求める限度を超えた違法なものである。**

買戻権が無くなったあとの、正当な権利行使だ、と主張しました。引き揚げの時点で、車は借主の支配内にありました。だから、所有権があっても窃盗罪が成立する、と判断しました。さらに、その引き揚げ方は我慢の限度を超えているとも述べています。ここが、その2段階構えの、2つ目の関門にあたる部分です。2件とも、論理は同じです。自分に権利があっても、事実上支配していた物を持ち去れば窃盗罪です。これが、判例の立場、占有説そのものです。

## Pの例への当てはめ

### | 自救行為の4要件（おさらい）

- ①侵害 ②緊急性 ③自救の意思 ④相当性（＋「等」の一字）

### | Pの例への当てはめ

- 構成要件該当性＝占有説に立てば、窃盗罪の構成要件に**該当する**
- 違法性阻却＝4要件を満たせば、違法性が**阻却されうる**

図：Pの例への当てはめ

ここで、Pの場面に、判例の考え方を当ててみましょう。占有説に立つと、Pの取戻しは構成要件に当たります。ここで、前に見た道具を使いませう。自救行為の4要件、思い出せますか？落ち着いて、1つずつ確認しましょう。1つ目は、権利に対する侵害があったことです。2つ目は、被害回復の緊急性です。正規の手続を待っていては、時期を失して、回復が事実上不可能か、著しく困難になることです。3つ目は、自救の意思、つまり権利を保全する目的があることです。4つ目は、行為自体の相当性です。「等」の一字もあったとおり、この4つで打ち止めだ、とは言っていない。Pの場面にも、前に一度、当てはめましたね。順に、確かめましょう。1つ目、自転車という財産権への侵害は、あります。2つ目、時間が経つほど、自転車の所在は分からなくなります。緊急性は、事案次第です。

たとえば、Qが今にも走り去りそうで、警察を待つ間に見失いそうなら、緊急性に傾きます。Qの住所が分かっている、後から警察に頼めるなら、認められにくくなります。3つ目、取り戻す意思そのものは、自救の意思にあたります。4つ目、声をかけて任意に取り戻す程度なら、相当性を満たしえます。実力で押し倒せば、相当性を欠く方向に傾きます。

★ **論文で書く規範**：構成要件該当性と、処罰されることは別の段「占有説に立てば、自己物の取戻しも窃盗罪の構成要件に該当する。そのうえで、自救行為などの**違法性阻却事由**があれば、違法性が**阻却されうる**。**該当することと、処罰されることは別である。**」（二段構造の整理）

占有説は、この2段構えで、処罰範囲を調整しているんです。

## 11 保護法益論が結論を変える場面

短答

### 保護法益論が結論を変える場面

| 場面                            | 本権説                  | 占有説             | 平穩占有説             |
|-------------------------------|----------------------|-----------------|-------------------|
| 盗品を元の所有者が取り戻す<br>(P・Qの場面)     | 不成立                  | 成立<br>(構成要件レベル) | 平穩なら成立<br>直後なら不成立 |
| 譲渡担保に供した物を<br>債権者が引き揚げる       | 権原しだい<br>(1件目は成立の余地) | 成立              | 成立<br>(占有は通常平穩)   |
| 買戻権を失った借主の車を<br>貸主が引き揚げる      | 不成立                  | 成立              | 成立                |
| 差押えを受け、公務所の命令で<br>他人が看守する自己の物 | 成立                   | 成立              | 成立                |

4つ目だけは3説とも同じ結論——占有の解釈ではなく客観的な事実で決まるから

図：保護法益論が結論を変える場面

最後に、保護法益の違いが結論を変える場面を一覧で見ましょう。1つ目は、Pの場面のような、盗品を元の所有者が取り戻す場面です。本権説は不成立、占有説は構成要件レベルで成立です。平穩占有説は、占有が平穩になっていれば成立です。2つ目は、譲渡担保に供した物を債権者が引き揚げる場面です。1件目の判例の型ですね。占有説と平穩占有説は、成立です。本権説は、相手の占有に、法律上の裏付けがあるかどうかで分かります。1件目は、会社の更生手続の最中で、車は、法律に基づいて管財人が管理していました。しかも、車の所有権がどちらにあるかは、民事の裁判でなければ決まらない状態でした。ですから、本権説からも、成立と説明する余地があります。3つ目は、買戻約款付きの売買で、

借主が買戻権を失ったあと、貸主が車を引き揚げる場面です。2件目の判例の型です。所有権が貸主に確定したあとなら、借主の占有には裏付けがありません。ですから、本権説は不成立、あとの2説は成立です。4つ目は、差押えを受け、公務所の命令で看守されている自分の物です。ここだけは、3説とも成立です。最後に、もう1つだけ触れておきます。覚醒剤や拳銃のような、法禁物です。占有説に立てば、その所持そのものが保護法益になります。だから、法禁物を盗んでも窃盗罪の対象になる、という結論とつながります。

◆ 今日の地図（保存版）

## 今日のまとめ

### |本権説

- 守るのは本権——Pの取戻しは不成立

### |占有説（判例）

- 守るのは事実上の占有——構成要件には該当、違法性阻却で調整

### |平穏占有説

- 守るのは平穏な占有——時間次第で結論が分かれる

図：今日のまとめ

今日の内容を整理します。窃盗罪が守っているものをめぐって、3つの説が対立していました。判例は、占有説に立っています。自分の物でも、他人が現に占有していれば、構成要件に当たりうる立場です。冒頭の2つの問いも、これで答えが出ました。Pの自転車も、担保の車も、まず窃盗罪の構成要件に当たります。