

25 窃盗罪の保護法益

最高裁判平成元年7月7日第三小法廷決定

(昭和59年(あ)第1168号：出資の受入、預り金及び金利等の取締等に関する

法律違反、窃盗被告事件)

(刑集43巻7号607頁、判時1328号151頁、判夕711号199頁)

〈事実の概要〉

被告人は、いわゆる自動車金融の形式により、高利を得る一方、融資金の返済が滞ったときには自動車を転売して多額の利益をあげようと企てた。契約内容は、借主が自動車を融資金額で被告人に売り渡してその所有権と占有権を被告人に移転し、期限までに買戻権を行使しない限り、被告人が自動車を処分しうるというものであった。当事者の間では、借主が自動車を密かに作った合鍵を利用するなどし、返済期限前後に、無断で自動車を引き揚げた。被告は、これを再確認したものである。ただ、そこにおいて

〈決定要旨〉

「以上の事実を照らすと、被告人が自動車を引き揚げた時点においては、自動車は借主の事実上の支配内にあったことが明らかであるから、かりに被告人にその所有権があつたとしても、被告人の引揚行為は、刑法242条にいう他人の占有に属する物を窃取したものと見て、社会通念上借主に受忍を求め限度を超えた違法なものといふべきでない。」

〈解説〉

1 判例はもと本権説をとっていた(大判大正7・9・25判録24輯1219頁など)。ところが、戦後になって、占有説に傾いていった。最初は、窃取した物を、被告者ではなく、第三者が喝取した場合(最判昭和24・2・8刑集3巻2号83頁)、さらに、いわゆる禁制品を奪取した場合(最判昭和25・4・11刑集4巻4号528頁)に、奪取罪の成立を認めないに至った。これらの場合、被告人に権利があるわけではなく、被害者に義務があるわけではある。ところが、そのとき、判例問題は、一般的に占有説を採用するかのような判例を示した。その勢いで、いわゆる本権説・占有説の問題の典例である、相手の財産に対して権利をもつ者が、もたない相手、すなわち本権の裏付けがなく占有する者に対して権利を行使するような場合についても、奪取罪の成立を認めるに至った。まず、詐欺罪(最判昭和34・8・28刑集13巻10号2906頁)、次いで窃盗罪(最判昭和35・4・26刑集14巻6号748頁)において、いわゆる占有説を採用したのである。本決定は、この判例の立場を再確認したものである。ただ、そこにおいて

は、「社会通念上借主に受忍を求め限度を超えた違法なものといふべきでない」という形で、違法阻却される場合がありうる旨が示されていることが注目される。

2 このように、基本的に占有説をとりつつも、場合によって違法阻却を認めるという立場は、いわゆる

権利行使と恐喝の問題において、最近の下級審判例に占拠を移したのとほぼ同じところに、権利行使と恐喝の占有説に属する理由はない。判例が、本権説から場合とを区別する理由はない。判例が、本権説から車に対して権利をもつ場合と、金銭に対して権利をもつ場合とを区別する理由はない。判例が、本権説から占有説に移したのとほぼ同じところに、権利行使と恐喝の問題において、権利があつても恐喝を認めるという立場を採用した(最判昭和30・10・14刑集9巻11号2173頁・本書II-58事件)ことは、偶然ではないのである。

そして、権利行使と恐喝の問題においては、権利があつたという重要な理由の一つとして無罪としたものが、最近に至るまで少なからずある。その際、最近の下級審判例は、権利があるということを違法阻却の局面で考慮する傾向がある。

恐喝ではなく、詐欺が問題となることもある。最近の最高裁判例には、被告人は欺罔して金員を取得したことが、それは本来の支払時期を若干早めたにすぎない場合、それは詐欺罪の成立を認めないとしたものがある(最判平成13・7・19刑集55巻5号371頁・本書II-47事件)。

3 被告人の占有に本権の裏付けがない場合、すなわち、被告人に権利がある場合、そのことを理由に財産犯の成立を否定するといふのであれば、構成要件該当性がないといふことも、違法性が阻却されるといふことも同じである。しかし、判例の採用する見解はそのようなものではない。判例は、被告人に権利があるといふことを重視しているが、違法判断の一つの要素と解することにはならない。本件でいうと、相手に無断で合鍵を作ったというような事情も重視している。被害者の居住に侵入したというような事情があれば、それも重視されるかもしれない。権利行使と恐喝の場合でい