えば，脅迫の態様，権利行使の方法・態様・状況なども重視される傾向がある。

判例のような見解の問題はまさにこの点にある。これらの事情は，当事者間の財産関係の外にあるものである。本件でいうと財産関係の内容をなすのは，困窮が来てから引き揚げたのか，あるいは，清算金を支払ったのか，というような事情である。期限前に引き揚げるのは明らかに違法な財産侵害である。期限が来ても，本件の場合自動車の時価の2分の1ないし10分の1程度しか弁済していなかったから，被告人には清算義務があり，それと自動車の引渡しは同時に履行しなければならない関係にあると解される。本件において窃盗罪の成立を認めるとすれば，このような事情によるべきである。このような事情があれば，それだけで窃盗罪の成立を認めることができる。このような事情がないかぎり，すなわち，奪った財産に完全な権利を有しているときには，たとえ無断で合鍵を作り・住居侵入し・あるいは暴力を脅迫をしていても，財産犯の成立を認めるべきではない。それらの事情は，住居侵入罪や脅迫罪などの違法性を基礎づけるにすぎない。

4　ただ，かつての純粋な本権説に問題があったことも確かである。というのは，本権の裏付けがあるか，被害人に権利があるか，明白でない，いいかえると，被害者に本権がある可能性がある場合がありえ，その場合にいっさい財産罪の成立を認めないとすることには疑問がありうるからである。そこで，このような意味での明白性・（合理的な）可能性を犯罪成立要件の中に取り込む見解が主張されている（西田典之「刑法各論（第4版）」［2007］143頁，山口厚「刑法各論（補訂版）」［2005］191頁など）。

しかしながら，このような見解に対しては，本権の明白性・可能性は，どの時点での誰を基準として判断するのか，という疑問を提起することができる。被害人の行為時には本権の存在が明白でなく，本権がある可能性があるといいえても，裁判時には，本権がないことが明白であり，本権がある可能性があるとはいいえない場合に，財産罪の成立を認めることには疑問がある。たしかに，このような場合でも，被害人は自分の権利は民事訴訟によって実現するべきであったとはいえる。現代の法秩序においては，権利をもつ者は自力救済によるのではなく，民事訴訟によってその権利を実現しなければならない。しかし，そのことと財産犯の成否はやはり別問題だと思われる。民事訴訟はしょせん権利を実現するためのものである。権利のためにこそ民事訴訟はあるのであって，その逆ではない。法秩序が被害人に権利を認めたということは，その財産は彼に帰属すべきものと判断したということである。その判断に沿った財産関係が結果として実現されているときに，その手段にすぎない手続を守らなかったことを理由に財産罪の成立を認めるべきではない。これらの見解は，結局，財産罪によって，財産ではなく民事訴訟制度を保護しようとしている思いがある。

現在では，窃盗犯人から，盗まれた被害者が取り返すような場合には，財産罪は成立しないと一般に解されている。しかし，本当に盗まれた物なのかどうかも，多くの場合明白でなく，盗んだのではない可能性はある。「被害者」を窃盗犯人と断ずるのは容易なことではない。しかも，法秩序としては，盗まれた場合も，その取戻しは民事訴訟によるのが本則であり，せいぜい，遺失（民法194条・242条1項）によるべきものである（参照，仙台高判昭和43・11・7判時551号98頁）。盗んだのでない，詐欺や恐喝による場合には，とくにそのことが妥当する。先にあげた権利行使と恐喝・詐欺の場合に無罪にするなどした判例は，すべて，純粋にいわば反撃くずれの場合である。窃盗犯人の場合だけを特別扱いすることはできない。

5　より重要な問題は，刑事裁判所において審理を尽くしても，なお，明白でない，すなわち，被害者に本権がある可能性がある場合である。この場合の中にも，事実関係の場合と法的評価の場合がある（参照，長田秀一郎・法教289号101頁）が，およそ裁判所として，法的評価の不利は許されないと思われる。法秩序の要である裁判所が，法的評価について自分の「専門外」だという言い逃れはできない。本件の場合でいうと，被告人に清算義務があるかという民事法上の問題があるが，刑事裁判所だからといって，この問題を避けて通ることは許されない。この問題は本件の場合まさに訴訟を根拠づけるものであり，しかも，裁判所にとって唯一困難な問題といってもよい。前にあげた最近の恐喝罪・詐欺罪の判例のほとんどの場合，裁判所は罪責の前提となる法的問題に取り組み，自分の責任において最終的な判断をしているが，これは当然のことなのである。

しかしながら，裁判所の外の，過去の「事実」については，ついに「合理的な疑いを入れない程度」までは明らかにされなかったという場合はありうる。その場合，純粋な本権説からは，犯罪の証明がなく，無罪とすることになる。しかしそのような場合であっても，民事訴訟でならば，被害者に本権があり，あるいは被告人には権利がなかったとされるであろう場合はありうる（参照，東京地判昭和52・8・12判時9巻7・8号576頁）。そのような場合，刑事裁判所において，法秩序において保護されるべき財産の存在が，実体的にも手続的にも明らかになっているわけである。このような場合に財産罪の成立を認めることは，法秩序の統一性を損なうものではなく，むしろそれを実現するものということができる。この限度では本権説を修正する必要がある（修正された本権説）。

〈参考文献〉

本文中に挙げたもののほか
中森喜彦・各論Ⅱ（第4版）90頁
曽根威彦・刑法の争点（第3版）102頁
佐伯仁志・刑法の争点168頁
芝原邦爾・道垣内弘人『刑法と民法の対話』［2001］280頁
安田拓人・法教261号36頁
町野朔・各論Ⅱ（第5版）48頁
井田良「刑法と民法の関係」山口厚ほか「理論刑法学の最前線Ⅱ」［2006］48頁

林　幹人（はやし　みきと）
上智大学教授