刑法242条

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。

242条は刑法典第36章「窃盗および強盗の罪」における「他人の財物」に対する付け加えであると考えることができる。

仮に242条の規定がなかったとすると、AがBに本を貸したような場合（使用貸借）、Bの占有下にある本を、AがBに無断で取り戻したとしても、Aの行為は窃盗とはならないことになる。（刑235条には、「他人の財物」としか書かれていない）そこで、刑法242条が必要になるのだと考えられる。

次に問題となるのは、242条における「他人の占有」という意味である。この言葉の意味を考える必要がある。

「他人の占有」については、2種類の説がある。一つは「本権説」という考え方で、この説によれば「他人の占有」とは、事実上に物を占有していることに加え、かつ、占有を正当づける権利（本権）がある場合を指すとされている。

本権とは所有権、質権、賃借権などのことで、「なぜそれを占有しているのか」と訊かれたときに、正当な理由付けをするためのものであると考えられる。

次に、二つ目の考え方「所持説」がある。これは「他人の占有」を事実上の支配として考えており、本権に基づかない占有であっても、「他人の占有」としてとらえている。こっちが通説、判例になっている。

本権説をとった場合、本権に基づかない占有は242条における「他人の占有」には当たらないため、本権に基づかない占有物を奪ったとしても、窃盗罪は成立しないことになる。（例：窃盗犯から窃盗物を奪ったとき）

所持説をとった場合、前記のような場合にも窃盗罪が成立する。窃盗犯が窃盗物を占有してさえすればよいからである。

例

AはBの自転車を窃盗し、自宅の前に置いておいた。翌日BはAの家の前を通りかかり、自分の自転車をAに無断で持って行ってしまった。

例のような場合には、2つの説によって結果が違ってくる。

本権説をとるならば、Aは自転車を占有してはいるものの、本権に基づかない占有であるから、それをBが取り戻したとしても、窃盗罪は成立しない。

所持説をとるならば、Aは自転車を所有しているので、Bが自転車を取り戻した行為は窃盗罪の構成要件に該当する。しかし、構成要件には該当するものの、違法性を欠くため、窃盗罪は成立しないだろう。

つまり、窃盗罪は成立しないという点では二つの説で共通しているものの、構成要件に該当するかどうかが異なっている。

本権説ではそもそも構成要件に該当しないのだから、Bがどんな方法で自転車を取り戻しても窃盗罪は成立しない。第三者がAから自転車を盗んでも窃盗罪の構成要件には該当しない。

所持説では、Bの行為は窃盗罪の構成要件に該当しているので、Bの行為が悪質だったようなときには、違法性が阻却されないので、窃盗罪が成立する。

本権説の問題点は上記のような場合で、本権に基づかない占有物なら、誰でもどんな方法でも盗んでも良いことになる。これは妥当ではないと思う。

所持説の問題点は「違法な占有」への侵害があった場合にも窃盗罪が成立する点にある。刑法とは保護すべき法益を守るために存在する。違法な占有まで刑法で保護すべきなのかというと疑問が残る。

思ったこと

・窃盗罪の保護法益は二種類あって、ひとつは占有の保護、

もうひとつは社会規範（窃盗が起きないような）かなと思いました。

質問

・町野朔教授の資料（最初に配布された）の最後の一文「少なくとも～」の意味がよく分からなかったので教えてください。

疑問

・窃盗物が第三者に渡ったら、その窃盗物には本権があるのか？

・過失窃盗物についてはどう考えるべきか？

・本権とはいえないが、法的に保護すべき程度の占有というものがあるか？

それはどんなものか？