

窃盗罪における窃取の意義

尾後貫 莊太郎

昭和四〇年（あ）第三二二一号森林法違反窃盗被告事件（昭和四〇年五月二九日最高裁判所第二小法廷決定）

〔決定要旨〕

窃取の意思をもって、森林の産物である立木を伐採したときは、その伐採行為の終了と同時に、森林窃盗罪の既遂となる。

〔事実および上告趣意〕

第一審判決の認定した所によると、被告人は山林において、そこに生育している他人所有の檜立木四六本および杉立木二本を雇用人夫をして伐採させた、というのであり、これに対し森林法第一九七条を適用し、被告人の所為は該法条所定の森林窃盗罪の既遂をもって論ずべきものとして被告人を処断した。ところで、控訴審において、この点を争った跡はないのであるが、上告審に至り、弁護人は次のごとく主張して、この点を争った。いわく、被告人の森林

法第一九七条違反に關する所為は、他人所有の立木を伐採したというのであるが、伐採後木材を他に搬出することなく、そのまま現場に放置しておいたことになっていたのであるから、未だ所持の移転があったということはできない。判例は土地に密着した樹木を伐採したとき窃盜の既遂を認めているのである（大正一二年二月二八日大審院判決）が、伐採により搬出可能状態を生じたとき、始めて、所持の移転ありたるものと解すべきであり、搬出可能状態は事実上搬出可能でなければならぬ。而して、伐採により、すべて搬出可能状態を現出するという考は、理論上のものであつて、事実上のものではない。当該被告人において事実上搬出可能という状態にあつたという事實を認定して、始めて、刑法上所持の移転があつたというべきである。本件においては、被告人は老齡にして、伐採した立木四八本を搬出することは事実上不可能であり、また、人夫を雇つて四八本の立木を搬出することは、被告人の經濟力をもってしては不可能である。したがつて、本件における樹木の伐採は窃盜の着手のみあり、既遂には達しなかつたと認定するのが相当である。よつて、判示事實に対しては森林窃盜罪の未遂として森林法第一九七条刑法第四三条を適用するか、もしくは所持の移転なく立木を伐採した点をとらえて刑法第二六一条の毀棄罪をもつて問擬すべきものであるから、右判決は、事實を誤認し、法令の適用を誤つたものというべきであつて破棄されるべきである、と。

〔研究〕

森林窃盜罪は森林法第一九七条に規定されている罪であり、その規定は「森林においてその産物（人工を加えたものを含む）を窃取した者は、森林窃盜とし、三年以下の懲役又は三万円以下の罰金に処する」というのである。そうして、森林の産物である立木を伐採したときは、それだけで右法条にいう窃取行為が成立し、従つて右罪の既遂をもつて論ずべきものであるとする見解は、右上告趣意の中において指摘された大正一二年二月二八日大審院判決だけでは

なく、最高裁判所においても、本件決定の前に、第二小法廷が昭和三九年八月二八日決定において示した所であつて、私においても、これにつき別に異論を唱えるわけではないが、本件決定を契機として、右法条にいう窃取を含めて、ひろく刑法における窃取とは、どういう所為であるかという問題を、本件上告趣意の所論にかんがみながら検討してみたいと思うのである。

ところで、従来の判例は窃取という観念をどのように捉えているかについて、まず、一瞥を与えておこう。いわく、「刑法第二三五条ニ所謂窃取トハ物ニ対スル他人ノ所持ヲ侵シ、其ノ意ニ反シテ窃ニ之ヲ自己ノ所持ニ移スコトヲ云ヒ、其ノ所持トハ一般ノ慣習ニ従ヒ事実上物ヲ支配スル關係ヲ云フモノナリトス」(大正四年三月一八日大審院第二刑事部判決)、また、「窃盜罪ハ自己領得ノ意思ヲ以テ他人ノ支配内ニ在ル自己以外ノ者ノ所有物ヲ自己又ハ第三者ノ支配ニ移スニ因リテ成立スルヲ以テ、他人ノ經濟的価値ヲ自己ニ取得スル目的ヲ以テ第三者ニ対シテ他人ノ所有物ヲ自己ノ所有物ナリト詐リ之ヲ売渡シ代金ヲ交付セシメタル上、右第三者ヲシテ其ノ物ヲ他人ノ支配内ヨリ奪取セシメタル行為ハ、第三者ニ対シテ詐欺罪ヲ行フト同時ニ、同人ノ手ヲ藉リテ間接ニ窃盜ヲ為スモノニ外ナラス」(大正一五年一月二四日大審院第一刑事部判決)、また、「窃盜罪ハ不正ニ自己ヲ利スルノ意思ヲ以テ他人ノ所有ニ屬スル物件ヲ窃ニ占有スルニ因テ成立ス。故ニ犯人が他人ノ所有ニ屬スル物件ニ関シ其ノ所持權ヲ侵害シ、事実上之ヲ自己ノ所持内ニ移シタルトキハ、窃盜罪ハ玆ニ完全ニ成立スルモノニシテ、犯人ガ占有後其ノ目的物ヲ安全ナル場所ニ隱匿スルト否ト、又其ノ占有ヲ保持スルト否トハ毫モ窃盜罪ノ成立ニ影響ヲ有スルモノニアラス。従テ一旦其ノ目的物ヲ自己ノ所持内ニ置キタル以上ハ縱令即時ニ之ヲ回復セラレ、又ハ逃走ノ途中追跡セラレタルトキト雖モ、窃盜罪ハ既ニ完成シタルモノト云ハザルベカラズ」(明治四一年二月四日大審院第一刑事部判決)、また、「窃盜罪ノ既遂ノ時期ハ他人ノ

占有スル自己以外ノ者ニ属スル所有物ヲ奪取シタル時ニ在リ。其ノ奪取アリトスルニハ、他人ノ実力的支配内ニ在ル窃盗罪ノ対象物タル物ヲ自己ノ実力的支配内ニ移シ、之ヲ排他的ニ自由ニ処分シ得ベキ状態ニ置ク行為アルヲ以テ足り、必ズシモ永遠ニ且安全ニ其ノ物ノ経済的価値ヲ自己ニ保持シ之ヲ利用シ得ベキ状態ニ在ルコトヲ要セザルコトハ本院ノ判例トスル所ニシテ」(大正一三年一〇月三日大審院第一刑事部判決)というのである。すなわち、これらの判例によって明らかのように、窃取とは他人の所持または支配内にある自己以外の者の所有物を自己の所持または支配に移すという行為である、とするのである。そうして、この行為が他人(所持者)の意思に反して、或いは意思によらないで為されるものである所からいって、これは「奪取」の一形態であり、「取」行為である所からいえば領得行為に外ならないということができるのである。「取」という觀念は領得という事実が成立してこそ生まれるというべきであり、領得という事実の成立しないところに「取」の觀念を容れる余地はないのである。そうして、物を領得するとは、物に対する所持または支配を獲得する場合を指すのである。

ところで、物を所持し、或いは支配するということは、一体、どういう意味合いのものであろうか。このことを一応考察する必要があると思うのである。従来判例はもちろん、学説としても、この点に関する考察をまったく欠いていた。そのために、窃盗罪は窃取の意思の外、不法領得の意思をも必要とするという考に徹しているのである(右に挙げた大正一五年一二月二四日判決、明治四一年二月四日判決参照)。

しかれば、物を所持し、或いは物を支配するとは一体どういうことであらうか。これは、人と物との間の事実関係であって、所有者でなくとも成立する関係である。単に事実関係にすぎないのであるから、刑法的評価を下せば許されざるもの、すなわち違法であることもあるであらうし、民法的評価を下せば不法であることもあるであらう。刑法

は、すべて事実関係乃至は事実状態を保護しようとして、事実を侵害することによって犯罪が成立するものとするのである。だから、物の所持または支配が刑法上違法と評価される場合であり、或いはまた民法上不法と評価される場合であっても、これを侵害する行為は刑法上犯罪となり、その侵害が窃取という形式による場合ならば、窃盗罪を構成することがあり得るわけである。

所持者の所持を失わしめ、それによって所持ということの本来の目的を滅却させるだけに止まる場合は、所持者をして物の効用を喪失させたという点において毀棄罪が成立するといわなくてはならない。本件上告趣意において、被告人の所為は毀棄罪をもって間擬すべきものだと主張したのは、まさに、このような観点からであるように思われる。尤も、このような行為が窃取の意思をもって為された場合であるならば、毀棄罪ではなくして、窃盗未遂罪である。なぜならば、所持者をして所持を失わしめたという侵害はあったとしても、窃取すなわち自己において所持を獲得するという結果（換言すれば、領得という結果）が発生していないからである。所持の獲得、すなわち領得が完成したときに、窃盗罪は成立するからである。

そこで、次に、所持とは何ぞやという問題を究明しなければならない。おもうに、われわれが物を所持するという場合は、その物を使用したり、処分したりすることのできる状態にあるということである。現実に使用し、または処分しなくとも、使用しようと思えば使用することができ、また、処分しようと思えば処分することができる状態にあるときに、物を所持しているというのである。現実に使用し、または処分したとすれば、それは所持していたからこそのできたのである。所持することなくして、使用もしくは処分はできるわけではない。ところで、物はその経済的用途に従って使用し、もしくは処分して、はじめて、その効用を発揮するのであるから、物をしてこの効用を発揮させる

ためには、まず、その物を所持していなければならぬのであって、その所持を成立させる段階として所持を獲得する行為、すなわち領得行為が必要であり、その領得行為が被害者たる所持者の意思に反して、もしくは意思によらぬいで為されたときに、その領得行為を刑法上窃取行為というのである。だから、窃盗罪の故意としての窃取の意思というものは、それ自体、領得の意思に外ならないのである。そういうわけであるから、たとえ「一時使用のため」であっても、すでに使用する意思がある以上、領得の意思があるのであり、従って窃取の意思があるのであるから、当然窃盗罪の成立を肯定すべきであって、いわゆる使用窃盗は窃盗罪を構成しないとする判例並びに通説の見解は、私の断じて排撃する所である。ただし、いわゆる使用窃盗にあたる場合として挙げらるる事例の多くは、被害者に与えた損害の程度が極めて軽微な場合であるので、私はそんな場合は可罰的違法性を欠如するの故をもって窃盗罪を構成しないと論ずるならば、敢て、反対はしない。

窃取の意思は、所持を獲得する意思であり、所持を獲得する意思は、すなわち領得の意思に外ならないのであるから、窃盗罪の成立には、窃取の意思のみをもって足りるのであって、更に領得の意思を必要とすると論ずべきではないのである。いう所の領得の意思とは「権利者ヲ排除シテ他人ノ物ヲ自己ノ所有物トシテ経済的用法ニ従ヒ、利用若シクハ処分スル意思」であるとし、更に、「永久的ニ其ノ物ノ経済的利益ヲ保持スルノ意思タルコトヲ要セザルヲ以テ、苟モ一旦自己領得ノ意思ヲ以テ他人ノ支配ヲ侵シ他人ノ物ヲ自己ノ支配内ニ移シタル以上ハ、其ノ後ニ於テ動機ノ如何ヲ問ハズ、其ノ物ヲ毀壞シ、若シクハ遺棄スルガ如キ非経済的処分ヲ為シタル事実アリトスルモ、直チニ窃取当時ニ於ケル自己領得ノ意思ヲ否認スルニ足ラザレバ、之レガ為ニ窃盗罪ノ成立ヲ認ムル妨ゲトナルコトナシ」（大正五年一月一七日大審院第二刑事部判決）といつて、窃取の意思と領得の意思とを恰も別個のもののごとく考え、この両意思が

併存しなければ窃盗罪の故意ありとしないとする立場を採る判例の執拗な態度、並びに、このような判例の態度を無条件に是認している通説の見解に対し、私は強く反省を促したのである。

次に考うべきは、窃取行為成立の時期の問題である。窃取は所持の獲得であり、領得でもあるのであるから、これは如何なる時期に所持の獲得があったか、領得が完成したかの問題として捉えなければならぬ。判例によれば、領得とは「永遠且安全ニ其ノ物ノ経済的価値ヲ自己ニ保持シ之ヲ利用シ得ベキ状態ニ置クコト」を要しない（大正一二年七月三日大審院第一刑事部判決）のであるから、例えば浴場内において所有者不明の遺留品である金指輪を発見し、機会を待って之れを持ち去るつもりで、一時、該浴場内における他人の容易に発見することのできない罅隙の個所に隠匿したときは、たとえ、その個所が浴場主の支配圏内に属するものであっても、該指輪を自己の実力的支配内に移し、もって「排他的ニ之ヲ自由ニ処分シ得ベキ状態ニ置」いたのであるから、窃取行為が成立し、窃盗既遂をもって論じなければならぬといっているのである。「排他的ニ之ヲ自由ニ処分シ得ベキ状態ニ置イタ」と見られるときに窃取行為が成立するのであるが、かく見られるかどうかの判断は客観的に為されなければならず、行為者の主観的判断によるのではないのである。それで、判例によると、更に、他人の住宅内に忍び入り、同家の店の間にあつた生糸を同家裏手屋外に運び出したとき（大正三年六月一〇日大審院第三刑事部判決）、家人不在中の居宅で座敷のタンスから衣類を取り出し、用意持参した南京袋に詰め、麻紐で荷造して勝手口まで運んだとき（昭和二七年一月一日東京高等裁判所第一刑事部判決）、店舗内で陳列中の商品を陳列台から抜き取り、自己の着用していたスプリング・コートの内側に入れたとき（昭和三十一年三月一五日東京高等裁判所第六刑事部判決）、店頭の書籍を自己の着用する上衣の下脇にはさみ、外部から見えないように隠くして店を出ようとしたとき（昭和二八年二月一二日広島高等裁判所岡山支部第一刑事部判決）、鉄

道機関士が進行中の貨物列車から積荷を突きおとし、後刻その場所に戻って拾い取る計画で、積荷を列車外に突きおとしたとき(昭和二四年一月二二日最高裁判所第一小法廷判決)、倉庫内の多数の物件中から選出し、倉庫外に搬出のため出入口まで移動したとき(昭和二八年一月三十一日福岡高等裁判所第二刑事部判決)、砲金製煖房機から、その構成部分である部品を金切鋸で切断分離したとき(昭和二八年三月三十一日名古屋高等裁判所第一刑事部判決)、泥酔者を介抱するように装い、その靴をぬがせ、腕時計をはずしたとき(昭和二八年五月二六日東京高等裁判所第六刑事部判決)、はいずれも窃取行為が成立し窃取罪は既遂となるとしているのである。

以上の諸判例を通覧してうかがわれることは、窃取の目的物が場所的に移動したときに犯人において所持を獲得した、従って、窃取が成立したとしている点である。してみれば、たとえ「競売事件の進行を一時妨害する意図」からであっても、「裁判所の競売場から競売記録を持出して、これを隠匿し」たならば、競売記録の場所的移動があったのであるから、当然、この場合にも窃盗罪の既遂を認めて然かるべきであるのに、昭和九年一月二二日大審院第三刑事部判決は、これを刑法第二五八条の公用文書毀棄罪に問擬したのである。競売記録を裁判所の所持から離脱させ、裁判所をして該記録を使用することができなくしてしまっただけならば毀棄行為をもって論ずべきであり、右判決の結論は妥当であるといえるのであるが、被告人は該記録を隠匿したのである。すなわち、自己の支配内に移し入れたのである。領得したのである。してみれば、これは、まさに、窃取行為というべきであり、窃盗罪の既遂をもって論ずべき筋合であったのである。競売記録が刑法上財物であることを忘れたわけでもあるまいが、記録そのものに経済的価値のない点に眩惑されて、結論が誤った方向にむけられてしまった観があり、非難されなければならない誤に陥ったというべきである。

本件決定の事案は、立木を伐採したというのである。伐採したことによって、立木は材木となり、同時に場所的に移動したことは明らかである。それ故に、これを窃盜既遂罪として処断したのであるが、伐採によって材木が被告人の实力的支配内に入ったと判断したからである。すなわち、被告人においてその材木を利用しようと思えば利用することができるし、処分しようと思えば処分することもできる状態に達したとするわけである。右に挙げた判例の諸事例と比照してみれば、本件決定はそれらの判例を踏襲しただけであって、別に異を立てたものでないことを知り得るのであるが、上告趣意として主張する所は、所持の獲得は処分可能状態（上告趣意では、これを搬出可能状態という表現を用いている）を生じたときであることを認めながら、「被告人は老齡にして、伐採した立木四八本を搬出することは事実上不可能であり、また人夫を雇って四八本の立木を搬出することは被告人の經濟力をもってしては不可能である」といって処分の可能か不可能かの点を主觀的に判断したのは誤であつたといわなくてはならない。

最後に、特に銘記しておきたいことがある。それは、窃取とは事実上の所持または支配を侵害する行為であるといふべきであつて、占有を侵害する行為であるといふのは正しくないといふことである。従來の判例ばかりではなく學者一般の説く所によつても、占有という語を所持または支配という語と、まったく同意義のものとして取扱ひ、窃取とは占有の侵害であるとする表現を憚る所なく平然と用いてるのであるが、現行刑法は占有という語に一定の意味をもたせていることを知らなくてはならない。すなわち、占有という語は刑法第二四二条、第二五二条乃至第二五四条において用いられているのであつて、いずれも適法な（私法上の適法な原因にもとづかなくとも広く刑法の保護に値する場合の）所持または支配を指すのである。第二四二条の占有は非適法な場合でもいいと説く學者がいなわけではないが、そのような見解は第二四二条の精神を全く没却する謬論であつて採るに値しないものである。右各条にいう占

有は、たしかに所持でもあり、支配でもあるが、その所持・支配が適法な場合でなければいけないのである。しかし、窃取行為によって侵害される所持または支配は刑法の保護に値しない場合であってもいいのである。窃盗犯人が窃取にかかる物を所持する場合における所持も、亦、窃取によって侵害される法益である。窃盗罪の保護法益は所有権であつて所持ではないという見解を採る学者の中には、窃盗犯人の所持する赃物を窃取することはできないと結論しながら、窃取とは所持の侵害であると説いている者があるが、これは自家撞着である。保護法益とは構成要件的行為によって侵害される法益であるから、所持が窃盗罪の保護法益であることは疑う余地がない。かようなわけで、窃取は所持または支配の侵害であるというべきであつて、占有の侵害であると説くのは、用語としては正しいとはいえないことを忘れてはならない。なお、改正刑法準備草案が、現行刑法第二四二条にあたる第三四七条において、ここに用いられている占有の語の上に、わざわざ「適法に」という副詞句を冠した。これは「占有」という語と事実上の「所持」または「支配」という語とを同意義のものとして取扱つたところから出た措置であるというの外はない。しかるに、横領罪の規定である第三六〇条、第三六一條、第三六四條における占有の語の上には、このような配慮をしていないのである。立案者は、これらの占有は適法でない場合をも含むと考えたわけではなからうけれど、そのように解される疑を拭い去るに由なく、そうして、そのように解されることになることになると、横領罪の本質をどのように捉えたらいいのであろうか。とにかく、起草者の杜撰さを責めずにはいられないのである。以上。