

## 刑法第二四二条にいわゆる「占有」の概念

尾後貫 莊太郎

昭和三四年八月二八日最高裁判所第二小法廷判決（昭和三十一年（め）第四二八二号詐欺被告事件）判例集第一三卷第一〇号  
二九〇六頁

### 〔判決要旨〕

国鉄公傷年金証書は、これを債権の担保に供することは法令上禁止され無効であるとしても、該年金の受給者がその証書を債権担保のため債権者に差入れた後、債権者を欺罔して右証書を交付させたときは、刑法第二四二条にいわゆる「他人ノ財物ト看做」された自己の財物を騙取した詐欺罪が成立する。

### 〔事実〕

被告人はTに対し、自己の国鉄公傷年金証書一通および該年金受領に必要な実印一個を担保に供して金十万円を借用し、右年金をもって弁済に充当する旨約束し、爾来Tが被告人所有の右年金証書一通を占有していたが、約三ヵ月

を経た後の或る日、右T方においてTの妻に対し、後日返済の意思がないのに、「国民金融公庫から年金証書を持参するよう通知がきた。明日必ず返すから一寸貸してくれ」と恰も翌日返済するかのように嘘の事実を申し向けて、その旨同女を誤信させ、因って即時同女から寸借名義の下にTの占有する自己所有の公傷年金証書一通の交付をうけた。第一審は被告人の右所為に対し、刑法第二四六条第一項、第二五一条、第二四二条を適用して同被告人を処断した。この判決に対し被告人は控訴した。第二審は、この控訴を棄却したが、その理由とする所は次のとおりである。公傷年金をうける権利が財産権であることは論なきところであり、又、公傷年金証書は記名者が右証書記載の年金の受給権者であることを証する書面であるから、右公傷年金証書を用いて財産上無価値であるということはできないのである。刑法にいわゆる財物に該当するものといわなければならない。次に、本件公傷年金が国家公務員共済組合法にもとづくものであるか又恩給法にもとづくものであるか明らかではないが、いずれにしても、その受給権を担保に供することは法令上禁止されているけれども、記名者以外の者が担保権にもとづくこと、その他の原因にもとづくことに拘らず、公傷年金証書を所持することを禁止する法令の規定は存しないのみならず、そもそも刑法第二四六条第一項の詐欺罪の規定は必ずしも財産の全体的価値を問題とせず、むしろ個々の財物の所持それ自体を保護の対象としているものと解すべきであるから、公傷年金の受給権を担保に供することが禁止されている結果、本件公傷年金証書を担保に供することが無効であるにしても、右証書の所持そのものを保護することが刑法の目的である以上、所持者をして錯誤により、その所持を他人に移さしめることによって詐欺罪が成立するものといわなければならない、と。

〔上告趣意および上告判決の理由〕

まず、上告趣意としていう所は、本件のいわゆる財物とは貸金業者Tから観た場合と被告人から観た場合とに区別

して論ずる要ありと信ず。何となれば、被告人は記名受給権者である。従って、被告人は自己の、その権利行使として支給期日に年金を受領し得るから財物であることは明白である。しかるに、該年金証書は担保のため供与することは法規上禁止されておる関係上、たとえTが所持し得るとしても、単なる紙片として所持しおるに過ぎないと観るのが正当である。しかるに、原審が公傷年金証書をTが所持しておる事実のみに着眼して被告人をして錯誤により、これを自己に移さしめたことを認定したのは事実の誤認である、というのである。

上告審の判決の要旨は前掲のとおりであるが、本研究の必要上、煩をいとわず、その全文を摘記すると次のとおりである。曰く、所論は、単なる事実誤認の主張であって、刑訴四〇五条の上告理由に当らない。のみならず、所論の点に関し、本件公傷年金証書をもって刑法にいわゆる財物に該当するものとした原判決は正当である。なお、原判決が刑法二四六条一項の詐欺罪の規定は、必ずしも財産的損害を生ぜしめたことを問題とせず、むしろ、個々の財物に対する事実上の所持それ自体を保護の対象としているものと解すべきであるとし、本件において、法令上公傷年金の受給権を担保に供することが禁止されている結果、被告人がTから金員を借受けるに際し、自己の所有にかかる国鉄公傷年金証書を担保として同人に差入れたことが無効であるとしても、同人の右証書の所持そのものは保護されなければならぬのであるから、欺罔手段を用いて右証書を交付させた被告人の所為が、刑法二四二条にいわゆる「他人ノ財物ト看做」された自己の財物を騙取した詐欺罪に該当するものとしたことは相当であって、右は当裁判所判例（昭和二三年の第九六七号同二四年二月一五日第二小法廷判決、集三卷二号一七五頁、昭和二四年の第二八九〇号同二五年四月一日第三小法廷判決、集四卷四号五二八頁）が、刑法における財物取得罪の規定をもって、人の財物に対する事実上の所持を保護しようとするものであって、その所持者が法律上正当にこれを所持する権限を有するかどうかを問わず、物

の所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護され、みだりに不正の手段によって侵害することを許さないとする法意であると判示した趣旨にもそうものである。この点において、刑法二四二条、二五一条の規定をもって、正権限により他人の占有する自己の財物に限り適用されるべきものとした大審院判例（大正七年九月二五日刑録二四輯一二一九頁）は、変更を免れない、と。

## 〔研究〕

この判決によって変更されたときれる大審院判例というのを見てみよう。それは、「自己ノ財物ニシテ他人ノ占有ニ属スルモノヲ窃取又ハ騙取スルトキハ刑法第二四二条第二五一条ニ依リ窃盗罪又ハ詐欺罪ヲ構成スルコト明カナリト雖モ此ノ規定ハ占有者カ適法ニ其占有権ヲ以テ所有者ニ對抗シ得ル場合ニ限りテ適用セラルヘキモノニシテ此ノ如キ對抗ノ存セサル場合ニ於テ此ノ規定ニ依リ占有者ヲ保護シ所有者ヲ処罰スヘキ理由ヲ存セス然リ而シテ恩給ハ売買譲与買入書入ヲ為シ負債ノ抵償トシテ差押フルコトヲ得サルハ恩給法規ニ明文ノ存スル所ニ係リ年金モ亦其性質上其帶有者ノ一身ニ専属スルモノニシテ譲渡又ハ担保ノ目的物ト為スコトヲ得ルモノニ非ス從テ外形ヲ他ノ法律行為に装ヒテ恩給年金等ヲ譲渡又ハ担保ノ目的ニ供スル脱法行為ニシテ無効タルヲ免レサルカ故ニ恩給年金ノ帶有者カ其ノ恩給年金ヲ債務ノ担保ニ供スル目的ニテ其ノ証書ヲ債権者ニ交付スルモ其ノ名義ノ如何ヲ問ハス債権者ハ其証書ニ付キ何等ノ権利ヲ得ルコトナク反之帶有者ハ何時ニテモ其証書ノ占有ヲ回復スルノ權アリト謂ハサルヘカラス是ヲ以テ恩給年金の帶有者カ其証書ヲ債権担保ノ為メ債権者ニ交付シタル後債権者ノ意ニ反シ之ヲ欺罔シテ其占有ヲ回復スルコトアルモ刑法第二四二条第二五一条ニ依リ之ヲ窃盗罪又ハ詐欺罪ニ問擬スヘキモノニアラス」というのであって、恩給や年金を債権の担保に供することは法律の禁止する所であるから、その担保の目的で債権者の方へ渡しておいた恩

給証書を後日に至り債務者が債権者から窃取又は騙取しても、窃盗罪又は詐欺罪は構成しないとして被告人に対し無罪を言渡したのであるから、結論において本件判決と全く相反するものであったのである。なぜ、かように結論において相反することになったのであるか。この点を究明しようとするのが本研究の目的である。

しかし、本論にはいる前に指摘しておかなくてはならないことがある。まず、そのことから始めよう。

恩給法第一条、公共企業体職員等共済組合法第二九条、国有鉄道共済組合規則第一六条等によれば、本件国鉄公傷年金はもちろん、恩給その他の公的年金の受給権を譲渡し又は担保に供することは、昭和一三年恩給金庫法、同二四年国民金融公庫法の定める所による外は禁止されているので、この禁止に違反するような担保差入行為それ自体は無効である。だから、受給権者は依然として受給権者であり、債権者は給付をうける権能がない。とはいうものの、債務者の意思にもとづいて債権者に交付された年金証書を債権者が所持することはできる。そうして、この場合の債権者の所持を違法とする根拠は、まったく、ない。証書の授受は平穩になされたのであって、交付をうけた債権者が交付後これを所持しても何等咎むべき筋合ではない。何等咎むべき筋合でない所持ならば、刑法的観点からいえば、まさに、適法な所持である。本件判決も、また、右大審院判例も、受給権を担保に供したことが違法だから、債権者の証書の所持も違法だと考えたようである。受給権は法律的観念であり、証書は物であり、第二審判決がいみじくもいうごとく、証書は刑法上のいわゆる財物である。証書は受給権者の受給権を証明する道具であって、受給権そのものではない。本件判決も、また、右大審院判例も、この両者を同一視した誤りに陥っている点に特に注意を払わなくてはならない。債権者は受給権はないが証書は債務者の意思にもとづいて交付をうけたものであるから、何人からも咎められることなく所持する権能をもつのである。このような「許されたる所持」を私は前示のごとく適法な所持とい

うのであるが、刑法第二四二条にいう所の「占有」とは、まさに、このような概念を表現する語なのである。してみれば、右大審院判例における事案は、まさしく、この条文の適用により被告人は「他人ノ財物ト看做」される自己の財物を窃取した者又は騙取した者として窃盗罪又は詐欺罪の責任を負わなくてはならなかったのであって、右判例にあらわれた結論は誤っていたといえるのである。

ところで、本件判決であるが、これは前記のごとく被告人の所為をもって詐欺罪に当たるとした。この結論は正しいといわなくてはならないのであるが、右にいうように受給権と証書とを同一視した誤りに陥っている外、更に第二四二条のいわゆる「占有」と現実の所持とを区別せず、右「占有」は事実上の所持という状態それ自体を指すとした点に思慮の足らぬ手際を暴露しているのであって、遺憾の念禁ずる能わざるものがあるのである。

刑法における財物取得罪の規定をもって、人の財物に対する事実上の所持を保護しようとするものであって、その所持者が法律上正当にこれを所持する権限を有するかどうかを問わず、物の所持という事実上の状態それ自体が独立の法益として保護され、みだりに不正の手段によって侵害することは許さないとする法意であることは、まことに、本件判決のいうとおりである。本件判決のみでなく、近時最高裁判所が同趣旨の説示をしばしば繰り返すのを見て、学者の中には最高裁判所のこのような態度を評して、取引の誠実義務違反に着目し、そうして所有権その他の本権を法益としないで所持したいを法益とするに至ったのは、新しい傾向への胎動だと指摘する者があるのであるが、私は所有権その他の本権こそが財産犯罪の法益だと口を揃えて主張する学者の側に深い反省を促してやまないのである。

刑法は現実をそのままに保護することが社会秩序を保つ所以だと考え、現実を破り、事実上の状態を壊す所に犯罪を成立させるのである。財産犯罪は財産上の現実の状態を破壊する所に成立するとすべきであって、財産に関する

法律上の権利関係を侵害するから成立するとすべきではない。法律上の権利関係を前提として事実上の状態が成立する場合においても、その事実上の状態を破壊するから犯罪が成立するのであって、そのことの故に前提としての法律上の権利関係に影響を及ぼすことがあっても、それを目して犯罪成立の根拠とすべきではない。刑法は事実上の状態を破壊する行為を構成要件的行為として規定しているのであるから、この構成要件的行為によって破壊される利益をもって、犯罪の被害法益とすべきである。窃盗罪の構成要件的行為たる窃取は、現実の所持を破壊する行為である。だから、窃盗罪の法益は現実の所持だといえることができるわけである。

財産犯罪の被害法益は、財物に対する現実の所持であるが、目的物たる財物が自己の財物である場合は、単に現実の所持だけではないけない、とし、それを「許されたる所持」すなわち刑法的観点から適法なものと評価される所持だと限定するのが刑法第二四二条の規定なのである。「占有」とはこの意である。かように解さなければ同条の存在の意義が失われると信ずる。刑法は「占有」という語を、他に第二五二条、第二五三条、第二五四条に使っているが、これらの場合においても、その意義はこれと同一であって、決して違法と評価されるような所持を含まないのである。学者は、おおむね、刑法上占有も所持もまったく同じ概念の語として区別することなく使っているが、心すべきである。刑法第二四二条のいわゆる「占有」は違法な場合をも含むと解する学者がないわけではない。本件判決は、この一部の学者の謬論を無自覚に鵜呑みにしたのであって、その無自覚さと無智とは非難されなければならない。本件の事案におけるTは国鉄公傷年金証書につき適法な所持、すなわち刑法第二四二条のいわゆる「占有」をもっていたのである。だから、被告人の所為は、いうまでもなく、刑法第二四二条第二五一条の適用によって詐欺罪を構成するといふことなのである。本件判決は結論において正しいが、その理由において、まったく、承服することができないと

いわなくてはならない。

なお、本件判決の後、最高裁判所第三小法廷は昭和三五年四月二六日に昭和三一年(あ)第三九八一号窃盗被告事件につき、譲渡担保にとつた貨物自動車の所有権が債権者に帰属したが、該自動車は引きつづき債務者側において使用しており、被担保債権に対する債務者からの弁済の充当関係が不明確で民事裁判によらなければこれを確定しがたい状態にあったとき、債権者が無断で右自動車を自己の倉庫まで運び去つたという事案に対し、刑法第二四二条第二三五条を適用して窃盗罪の成立を是認した。もとより、これは正しいのであるが、その判決理由の中で、債務者の右自動車の使用を占有といわず、事実上の支配内にある場合と説示したのは、「占有」と「所持又は支配」との用語上の区別をハッキリ認識していない憾みがあるといふことができよう。(四一・八・一五)