

刑法上の占有概念の法的性質について

松生, 光正

<https://doi.org/10.15017/1398490>

出版情報 : 法政研究. 80 (2/3), pp.1-54, 2013-12-11. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

刑法上の占有概念の法的性質について

松
生
光
正

- 一 問題提起
- 二 「事実説」の問題性
- 三 規範的・社会的占有概念
- 四 結語

一 問題提起

刑法上の占有概念は、物に関わる領得犯罪において、占有侵害を伴うか否かによって、窃盗罪や詐欺罪のような占有移転犯罪と横領罪のようなすでに占有状態のあるいわば濫用犯罪を区別し、またこれらの犯罪と占有侵害も占有状態も前提としない遺失物横領罪が区別されるのであり、この点だけから見ても非常に重要な要件的役割を果たしている。しかしながらその概念の法的性質と内容に関しては、大多数の見解⁽¹⁾により、占有とは事実上の支配を意味するとされ、客観的要素としての物に対する支配という事実と、主観的要素として支配の意思が要求されているものの、実際の適用にあたってはきわめて緩和されているのが実情である。まず事実上の支配という概念は、純粹に事実に物理的に把握されるのではなく、社会通念によつて解釈されるとされており、社会的な規範を参照することを許容している⁽²⁾。さらに主観的要件としての支配の意思については、自己の支配領域内にある物についてはその所在を見失つても占有はあるとされ⁽⁴⁾、また置き忘れた物についても、場所的・時間的懸隔がわずかな場合にはなお占有は肯定されており、占有侵害時に被害者の具体的な支配の意思が存在することは必ずしも要求されていない。そこで、支配の意思という主観的要件は事実的支配という客観的要件を補完する要件にすぎないとされ⁽⁶⁾、あるいは包括的な支配の意思でもよいとされるが、要件としての意義は相当程度薄らいでおり、そうであればそもそもなぜ支配の意思という主観的要件が取り上げられるべきかという根拠が問われるべきであろう。したがつて、事実的支配としての占有概念を基礎とし、事実的支配と支配意思をその要件として提示するという出発点そのものが理論的反省を加えられる必要があると思われる⁽⁸⁾。

ドイツにおいても、刑法上の占有 (Gewahrsam) 概念については、民法上の占有概念とは異なつたものにとらえられ⁽⁹⁾、多数派は、これを事実的な支配関係と理解しており、事実的な物の支配と支配意思を要件とする点で我が国と類似した議論状況にあるが、他方で、事実説に対しては厳しい批判も加えられ、これに対立する考え方として規範的・社会

的 (normativ-sozial) 占有概念も明確に主張されており、有力となりつつある。このような占有概念の法的性質をめぐる議論状況は、我が国の刑法上の占有概念の法的性質を反省する機会を与えるものであり、以下においてはこれを手がかりとして刑法上の占有概念に検討を加えたい。

- (1) 団藤重光「刑法綱要各論 第三版」(一九九九年) 五四九頁、福田平「全訂刑法各論第三版増補」(二〇〇二年) 二二二頁、大塚仁「刑法概説各論第三版増補版」(二〇〇五年) 一八二頁以下、林幹人「刑法各論第2版」(二〇〇七年) 一八四頁以下、大谷實「刑法講義各論新版第3版」(二〇〇九年) 一九八頁以下、山中敬一「刑法各論第2版」(二〇〇九年) 二四一頁以下、山口厚「刑法各論第2版」(二〇一〇年) 一七八頁以下、西田典之「刑法各論第五版」(二〇一〇年) 一四一頁、前田雅英「刑法各論講義第5版」(二〇一一年) 二五〇頁以下。
- (2) 団藤前掲五四九頁、山口前掲一七八頁。判例も、刑法上の占有とは人が物を実力的に支配する関係であるとしながら、「その物がなお占有者の支配内にあるというを得るか否かは通常人ならば何人も首肯するであろうところの社会通念によつて決するの外はない」とする(最判昭三二・一一・八刑集一・一一・三〇六一)。
- (3) 占有概念に社会的・規範的側面のあることを正面から認める見解がある(須之内克彦「刑法概説各論」(二〇一一年) 一一九頁) 一方で、占有概念はあくまで主体と財物との間の客観的関係という実体的な事実を内容とする物でなくてはならず、社会通念を導入することに反対する見解も主張されている(林前掲一八七頁)。
- (4) 大判大五・一〇・八刑集五・四四〇。
- (5) 前掲最判昭三二・一一・八、最決平一六・八・二五刑集五八・六・五一五。
- (6) 大谷前掲一九九頁、山口前掲一七八頁、西田前掲一四二頁。
- (7) 団藤前掲五四九頁、福田前掲二二二頁。
- (8) ドイツにおいて窃盗罪などの占有侵害・移転犯罪を特徴付ける占有概念に該当するGewahrsamは所持とも訳されることもあり、民法上の占有(Besitz)とは異なる意義のものとして理解され、また、かつては、刑法上も改正前の横領罪規定(旧二四六条)において「他人の動産を所持(Gewahrsam)または占有(Besitz)する者がそれを違法に領得する」場合と表現されていたので、Besitzと異なる概念内容を持つものの如くに解される余地もあったが、ドイツ帝国裁判所がすでに両概念は本質的に異なるものではないとして(RGSt 37, 198)、支配的見解によっても同じ意味のものと解釈されてきたのであり(Binding, Lehrbuch des

Gemeinen Deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, 1. Bd., 2. Aufl., 1902, S. 286; Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. Aufl., 1969, S. 239; Schönke/Schröder/Eser, StGB, Kommentar, 25. Aufl., 1997, §246, Rn. 9.)⁷ 同様に占有と訳すことの問題はないと思われる。

(9) ドイツでは、民法上の占有は、相続人に受け継がれるのに対し（ドイツ民法第八五八条）、刑法上の占有は事実上行使する者（9）にのみ属し、占有補助者（ドイツ民法第八五五条）は民法によれば、占有者ではないが、刑法上は占有者となりうるものであり、逆に、間接占有者（ドイツ民法第八六八条）は刑法上は占有者ではないとされている。

二 「事実説」の問題性

(一) 伝統的にドイツの支配的見解と判例は、占有概念を「支配意思に担われた事実的な支配関係」と定義してきたのであり、この定義は現在の議論状況においても受け継がれている。しかしながら、事実的支配関係という定義に忠実であろうとすれば、占有の概念内容は、人の物に対する直接的支配関係ということになるはずであるが、久しい以前から、人が物を直接に現在握持していること、あるいは身体的に物と近接した関係にあることは要求されおらず、一般に物に対して事実上影響力（Gewalt）を行使しうる可能性でよいとはされてきた。しかしながら、やはり以前から、いわゆる占有緩和（Gewahrsamslockerung）が当然に認められてきているのである。古典的事例としてしばしば引用される場合として、農夫が畑に置いてきた犁に対しては、彼の農家が遠く離れたところであり、それが身体的にたくましい近くに住む隣人の手に入れるに任されているとしても、占有を有しているのであり、住居所有者は、その中に存在する対象物に対しては、たとえ一時的に住居を離れ、他の者が住居にいてより容易に影響を与えうるとしても、なお占有を有するとされている。⁴ つまりより物に対して影響を与えうる人間がいたとしても農夫や住居所有者に犁や住居内の

物に対する占有が認められるのであり、これは結論的には異論がないかもしれないが、事実上の影響行使の可能性だけでは説明できない事案である。そこで、多くの判例⁵⁾や学説⁶⁾は、事実的支配関係を「生活の習慣（Gewohnheit des täglichen Lebens）」、「日常生活の感覚（Anschauungen des täglichen Lebens）」、「日常生活の自然的見解（natürlichen Auffassung des täglichen Lebens）」、「社会生活上の見解（Verkehrsauffassung）」という社会的規範を基準として解釈することにより適切な結論を導こうとしている。事実的観点を規範的観点により修正しているのである。そもそも事実上より強い影響力を行使しうる者が現在しているか否かによって占有の有無が左右されるのはむしろ奇妙な帰結を生む。例えば、行為者が住居に侵入して物を窃取するという場合、人が現在すれば占有を侵害しているということで窃盗罪となるが、全く不在の場合には占有侵害がなく、遺失物横領罪ということになる⁷⁾。このような占有に関する古典的事例において明らかなのは、人と物との物理的近接性ではなくて、空間的、領域的支配が問題となっているのであり、それは事実上の影響力行使の可能性ではなく、領域を画するような社会的な規範に依存しているという点である。ここですでに事実的支配を出発点とする支配的見解を徹底できないことが明らかとなる。

占有の把握において事実的支配を貫徹できるのかという観点で問題となるのが、物を窃取する際に被害者あるいは第三者に監視されていた場合である。例えば、セルフサービスの店で行為者が一箱のたばこを棚から取り、買い物用のごてではなく、領得目的でズボンのポケットに突っ込んだところ、その際店員に観察されており、直ちに店長に知らされ、店長によりレジで逮捕されたという事例⁸⁾で、窃盗罪の既遂となるかが争われた。事実的支配としての占有という観点からは、占有侵害が既遂になるか否かについても、行為者が被害者の支配を排除して自己の支配を獲得することが必要となるはずであるが、ここでは行為を阻止する用意のある被害者側の監視によって事実上支配を確立することは不可能なのであるから、事実説の立場からは未遂にとどまるという結論が一貫しているように思われる。実際に、既遂の問題にとつては、権限者から物が奪取されたか、すなわち窃盗犯が権限者を占有から排除したというほどに事実上の物的

支配を獲得したかが決定的であり、それを決定するのは、本質的にその事実性における外的な物の状態であるとした上で、窃盗犯が事実上物を処分できないならば、占有は有しない、つまり社会生活上の見解が窃盗犯に外的な権力が欠けている場合に彼に占有を与えることはできないという事実説からの一貫した主張もある。しかしながら、BGH（ドイツ連邦裁判所）は、物的支配の問題にとつては日常生活の感覚が決定的であり、占有概念は本質的に社会生活上の見解によつて規定されるとし、社会生活上の見解は、疑いなく、対象物を服のポケットに携帯する者に通常占有を与えるとする、なぜなら、より強力な物との支配関係は考え得ないのであり、とりわけ他者の排除を特に明白に表現しているからだといふのである。¹⁰ 事実説の立場から同様の見解をとる者も多い。¹¹ この場合も日常生活の自然の見解などの社会的規範の観点からすると、他人のより大きな占有領域の中にあつても、人間の身体的領域はその介入に対しては畏怖の念があり、いわば占有の飛び地（Gewahrsamsexklave）となつてゐるのであるから、自己の身体に隠すといふのはそれだけで既遂なのである。¹²

逆に、対象物が掌中にあるといふ物理的支配の典型的な場合であつても直ちに占有があるとはいえないといふ場合がありうる。ピットナーによると、¹³ 手すりを掴んだり、彫刻に触れたり、いすに座つたりというような程度の表面的な接触によつてその対象物に対する占有が発生するとは誰も言わない、そうでなければ美術館を訪れた人が触れた彫刻に対して、散歩している人が休息のために座るベンチに対して、プールで泳ぐ人がそのまわりの水に対してそれぞれ占有を有するというようなばかげた帰結に至るからである。また客が吟味するためにテニスラケットを手持っている場合も占有があるかは、疑わしい、なぜなら、客が一般の習慣に従つて買う前の吟味をしている場合には、業務遂行との協調が存在するからだとするのである。つまり、物理的力を行使して対象物を把握しているというだけでは占有は基礎づけられないのであり、そのまま持ち逃げする場合には他者の占有を侵害することになるのであるから、むしろ社会秩序が占有の所在を決することになる。判例においても、行為者が店内で試着のため店主に指輪を指にはめさせた後、店主に

暴行を加えて逃走した事案で、B G Hは、指輪をはめさせた段階では店主の占有は失われておらず、少なくとも行為者の占有と並んで継続していたとし¹⁴、また行為者が百貨店で、真実は盗取目的で皮のジャケットを試着し、そのまま出口に向かおうとしたが、出口に至る前に捕まった事案でも、B G Hは、既遂ではなく、未遂として、行為者側の新たな占有は否定しているのである¹⁵。つまり、物を直接に掌中に見られる場合にも、まだ他者の占有を侵害して自己の占有を確保しているとはいえない場合のあることを認めているのである。

事実的支配という観点から、占有を肯定するのが困難であると思われるのが、公道や広場など一般に開放されていて誰かの支配領域であるということを観念できない場所に存在する物についてである。例えば路上に置かれている自転車や自動車の場合である。チュービンゲンのOLG（上級地方裁判所）は、所有者が自転車を衛生局の玄関ホールに置いて、二階の待合室にいたところ、行為者がその自転車をつかんで、建物の扉を抜けて歩道まで押していった時に、所有者が二階の窓からこれを見て気づき叫ぶと、行為者は自転車を直ちにホールに戻して逃げたという事案で、窃盗罪の既遂を認めた¹⁶。この場合、OLGは、所有者の窓からの監視は行為者の自転車に対する支配と奪取を阻止し得ないほど弱く、有効なものでなかったことを認めて、そこから直ちに既遂という結論を引き出したのであるが¹⁷、これは、既遂か否かをもつばら争点となった事案ではあるが、事実的支配としての占有という観点からの論理として一貫したものは疑わしい。この判決を評したザックスは、もし所有者がホールに屈強、冷静で足の早い監視人を配置しておれば所有者の支配は排除されなかったことになるのかと疑問を呈し、これは支配という考え方をあまりにも極端化するものであり、むしろ所有者が監視ではなく、偶然窓から目撃した場合にも、すでに占有を失っていたと考えるべきであろうし、それは自然的考察方法に依るものだと批判していたのである¹⁸。誰に対しても開かれているような場所に存在する物に対して特定の者が有する占有を説明するためには、事実的な影響力行使という意味での支配という基準は無力であろう。実際、ケルンのOLGは、二日間道路の側溝に落ち込んでいた自動車の残骸を持ち去った事案で、無権限者が事情によつ

ては妨げられずに物を取得しうるか、他方で所有者にとつていつでも物に対する支配の実現の可能性が存在するほど空間的、時間的支配関係が緩んでいるかということは決定的ではなく、自動車の残骸がいわば公衆の目前に置かれていて、客体の種類による事情と結びついて密かな持ち去りがほとんど不可能で、無権限者はいつでも持ち去る権限のあることを証明しなければならぬことを予期しなければならぬのであるから、所有者の占有の存続は、自然的な社会生活上の見解によれば肯定できると判断したのである。¹⁹これはまさに社会生活を規律するいわば社会的規則によって占有が規定されることを正面から認めるものであろう。

事実的支配の「可能性」という基準は、事実的な影響力に着目するように見えて実際は占有概念の拡張的な適用を許すものであった。例えば、すでにRG（帝国裁判所）の判例において、船内にある品物に対する船の乗組員の占有につき、船が座礁し、船員がすでにそこから離れ、他の者の占有下にあつても、物に対する直接的な権力という身体的関係に再び入ることが不可能ではないという理由で肯定した。²⁰二人の労働者が四九ポンドと四五ポンドの豆の詰まった二つの袋を納屋に隠した後、納屋が施錠されてしまい、後にこじ開けてようやく盗品を獲得したという事案では、納屋の施錠は袋を身体的に処分することに對する絶対的な障害とはならず、処分力の完全な喪失は認定されていないとして豆の袋に對する占有を肯定した。²¹また、長い間家から離れていた猫に對する飼主の占有を以下の理由で肯定した。猫が通常帰ってきており、この習慣を脱したという事情が現れていなかったならば、行為者が猫を捕まえるまでこの習慣はなお存続していたと確信しうるのであるが、猫がこの習慣をすでに放棄し、古い居住領域に帰る性向をもちや有していないとしても、これは所有者の占有の喪失を必然的にもたらずものではないとする、なぜなら、事実上の権力を行使する所有者の可能性の継続のみが常に決定的であるからだとしたのである。²²このように事実上の影響力を行使しえたあるいはそれが不可能ではなかったというだけで、事実的支配を肯定するならば、支配は全く無内容なものとなる。フイグルスタラーが言うように、ある者が万難を排して、あらゆるものを犠牲にして一定の対象物に達しようとしても、その物

に対し影響力を行使しているとは言わないのであり、それでもなお影響力を肯定するならば、それは純粹なフィクションとなろう。²³⁾ このようなもっぱら力の行使の可能性のみで事実的支配を認定しようとするのは、基準の無内容さによって、占有概念をどこまでも拡張的に適用することを許すだけではなく、影響力を行使しうる者が複数存在する場合、これはまさに通常的な場合となるが、その中の誰が占有主体かを決定することができないのである。

以上のように、事実上の影響力の行使の可能性という事実説における占有概念のいわば中核的要素は、占有が問題となる多くの事案において、占有を認定する基準として実際には機能していませんのであり、事実的支配としての占有という定義を出発点とすること自体に疑問が生ずるであろう。むしろ、社会生活上の見解のような規範的考慮が、事実的支配が弱いと見られる場合（占有緩和）には拡張的に、現実には物を掌中に行っている場合には否定的に、つまり制限的に作用しているのであって、こちらの方が占有の認定にあたっては重要な役割を果たしているように思われる。

(二) すでに述べたように、ドイツにおいても、圧倒的に多数の見解は、我が国においても同様であるが、占有を定義するにあたって、事実的支配と並んで「占有意思 (Gewahrsamswille)」を要求している。しかしながら、占有移転犯罪においていわば被害者側の要件として、なぜそのような主観的要件が必要とされなければならないのかは検討を必要とするであろう。なぜなら、占有には主観的要件としての占有意思を必要としないという見解も主張されてきたのであり、必ずしも占有意思が存在すると見られない事案でも占有が肯定された例もあるからである。

歴史的観点から見ると、占有 (Gewahrsam) の語源ともなった、ドイツ古語における Geware は、元々屋敷施設を囲む柵、保護のための囲いを指すものであったが、囲われ、保護された場所そのものを含むように拡張されたのである。従って物理的な支配関係を前提とする概念であった。²⁴⁾ つまり、非常に広範な犯罪形態を包括するローマ法上の *furtum* とは異なつて、古いドイツ法上の占有はその核心において事実的な平穩領域から理解されなければならない。窃盗罪は横領罪から所有権に加えて事実的な平穩状態を侵害することで区別されていたのである。²⁵⁾ プロイセン一般ラント法

(二七九四年)も、占有 (Gewahrsam) に関しては、「物を他者を排除して処分する物理的能力を有する物がその物を占有するものであり、その所持者と呼ばれる」と定義し、もっぱら物理的支配関係に着目し、占有意思は要求していなかった。このような流れを受けて古い学説においては占有には占有意思を必要としない、いわゆる客観説も主張されていた。例えばベルナーは、占有とは、非常に柔軟な意味での処分権力なのであり、純粹に事実的支配を意味するから、場所についての認識や物の存在についての認識すら必要とされないのである。これに対して、占有概念に占有意思を必要とする現在にまで至る考え方の端緒となったのは、普通法時代に大きな影響力を持ったサヴィニーの見解である。サヴィニーはローマ法上の *possessio* と *detentio* の区別に依拠して、法律の意味での占有 (*Besitz*) と自然的意味での占有 (*Detentio*) を区別し、前者の占有は、常に無制限の支配の意識に基づいており、その意識が成立するためには、物を自己のものとして有するという意思 (*animus*—心素—) が存しなければならず、同時にそれについての意識が成立すべき、可能性についての物理的条件 (*corpus*—体素—) が存しなければならないとしたが、⁽²⁸⁾ 後者は、物を自己のものとしてあるいは自己のもののように有する意思が欠ける場合に成立する物理的状态であるとする。⁽²⁹⁾ 従って、このような民法上の占有論とドイツ法上の占有 (Gewahrsam) 概念とは起源を異にするにもかかわらず、その後の刑法上の占有概念の解釈・適用においてはますます、民法上の占有概念に依拠するようになるのである。まず、占有 (Gewahrsam) 概念の適用に困難が生じた場合にローマ法に範を求めて占有 (Gewahrsam) を事実的な所持の状態である *detentio* と解する考え方が支配的となったが、物理的支配関係である *detentio* だけでは窃盜の事案などを適切に解決できないことがわかると、むしろ民法上の学説には反して主観的占有意思を伴う *possessio* に関する規則が適用されるに至る、すなわち事実的支配関係が非常に拡張的に解釈された結果、複数の者の中で誰が占有主体かが問題となるような事案では、占有の客観的要件だけでは十分ではないことになり、主観的要件を導入して占有概念を補充することが必要となったのである。その結果一九世紀の終わりまでには、占有 (Gewahrsam) を物理的要素と心理的要素から

なる物に対する支配関係という考え方が支配的となった。⁽³⁰⁾つまり、刑法上の占有（Gewahrsam）概念への心理的契機の導入は、占有を巡る解釈上の理論の発展の帰結というよりも、事案の解決のための概念の便宜的適用の結果であることが強く推測されるのである。

RGも、当初は古いドイツ法の伝統やプロイセン一般ラント法の影響の下に、占有に主観的要件を必要とはしていなかった。役所の事務室に国税納付のために物品が置かれており、いくつかの物は容器から取り出され、事務室に散らばっているという状況で、複数の職員が物品を領得したという事案で、RGは、役所が物品の目下の所在について不知であるにもかかわらず、窃盗を言い渡し、単に事実的な状態である占有には、他者を排除して物を処分する物理的能力についての認識は必ずしも属さないとした。⁽³¹⁾注目すべき判決として、二人の行為者がそのうちの一人の祖父の住居にその不在中に入り込んで、引き出しから二〇マルク紙幣を盗み出し、代わりに一〇マルク紙幣をその引き出しに入れておき、一日後その一〇マルク紙幣も盗み取ったが、被害者はまだ帰っていないかつたという事案で、RGは、一〇マルク紙幣に対する祖父の占有を肯定したのであるが、以下のような理由を挙げた。「他人の占有、すなわち第三者が物の事実上の所持者であり、それを支配しており、その支配関係によって他者を排除してそれに影響を及ぼすことができるという点に存在する状態を無視し、侵害して物が獲得されることが重要なのである。そのような純粹に事実的な支配は、おそらく空間的あるいは経済的諸関係から生じうるのであるが、そのような物と人との関係によって、物がこの人によって支配されているように思われ、おそらくこの人だけが接近可能で到達可能であり、その人だけが影響を及ぼしうるが、他者はそうすることができないという効果が基礎づけられる。この場合、占有所持者がこの関係によって明らかにされ、実際に存在する支配を意識していること、つまり彼の意思が権力の行使に、特に彼の支配領域内の個々の物に対する権力の行使に特別に向けられていることは要求されないのである。∴第三者による物の排他的支配の可能性が事情により存在する、特に空間的關係によつて基礎づけられ、物を我がものとしようとすると公然と明らかとなる

やいなや、事実的状态が他者の意思に対応して基礎づけられ、この者が物に対する支配の行使を自らに対しても要求しているという証拠が挙げられうる場合にのみ『奪取』だとし、これに対し、事実的支配関係が所持者の認識なく成立し、その存続がおそらくその意思に反するやいなや、その他の事情が全く同じであるにも関わらず奪取を拒否することはできないのである。物が、外面においてその場所にある物の支配者と思われる者の認識と意欲に一致してその場所に存在するかどうかは通常窃盗犯の認識にはない。つまり窃盗行為を他者の単独の権力領域から盗まれた物が意思と意欲に一致しているか否かによって異なっており、あるいは誰からそれがそこへ持ってこられたか、つまりまさにそれを外面的に支配している者からか、第三者からその意思に一致してか、でなければ反面として推定される支配者の同意の結果として持つてこられたかにより異なって判断するのは正当でない³²⁾。ここにおいてRGは実質的な解釈論的根拠を挙げて占有には占有意思が必要でないことを論じている点で意義があり、その他にも占有意思の要件を不要としたRGの判決が存在する³³⁾。しかしながら、ローマ法的一般概念に基礎をおいた民法上の占有論の影響で一九世紀末までには通説化していた、客観的要素と主観的要素からなる人と物との関係としての占有という考え方は判例に影響を与えずにはおかなかった。すでに、行為者らが数日前に納屋に隠した豆の入った袋を施錠された納屋から持ち出したという前掲事案に関して、RGは、袋に実を詰めて隠す行為は自身の処分権力の獲得のための最初の段階に過ぎず、窃盗目的物の建物からの運び出しが初めて占有獲得の容易なものとされただけの行為として目論まれた可能性があり、その場合それ以前においては奪取はまだ遂行されておらず、窃盗はまだ既遂ではなかったという、なぜなら、袋に詰めて隠すというそれ以前の行為は客観的側面に基づく占有把握は終了したものと思われるのに適しているとしても、建物からの運び出しまでは、直接そのために行われた袋を再度手に取る行為には占有把握と奪取の意思 (animus) が欠けていたからであるとした³⁴⁾。一八九五年の事案においても、RGは、他人、ここでは貸し主から物を奪取しうるためには、その者に当該対象物に関する事実上の支配行使の物理的能力、つまり物を処分する事実上の可能性が属することと彼がその処分権

力の行使の意思をも有することで十分であるとした。⁽³⁵⁾より明白に意思説の立場を明らかにしたのは一九一八年の判決であり、そこでは占有所持者が誰でも立ち入れる部屋においてベストから落とした時計が問題になったが、RGは、「占有の条件に属するのは、それまでの物の所持者が一時的に消えた物を戻し、事実的支配を再び行使することができる」とである。その間、彼は、物に対するこのような支配を保持するという意思を有していたというだけでよい。従って、例えば、物が存在する場所が一時的に彼には正確に知られていなかったという事情のため占有をおよそ放棄するという決意を有してはならない⁽³⁶⁾とした。その他にも占有意思を前提とするRGの判決は出されており、⁽³⁷⁾さらにBGHの判例においては、このような占有概念に支配意思を前提とする立場が一般化するのである。⁽³⁸⁾

もつとも、占有概念の主観的要件としての支配意思は、客観的要件である事実的支配と比べて厳格には要求されない傾向がうかがえる。特に占有の取得の際ではなく、占有の存続に関しては、占有の保存的（konservativ）性質から、⁽³⁹⁾いったん占有が基礎づけられると、占有維持意思は推定されるとする傾向が強い。まず、占有所持者が酩酊⁽⁴⁰⁾あるいは睡眠⁽⁴¹⁾によって一時的に無意識となつても占有の存続に関しては影響しないとされている。結論は争われないとしても、現実の占有意思が欠けているにもかかわらず、占有の存続は認められているのであるから、すでにここで占有意思は「要件」としては機能していない。やはり一時的に占有意思が失われる場合として占有所持者が物を一時的に置き忘れて立ち去るような場合があるが、この場合も占有が継続しているとすれば、占有意思は欠けている。例えば、ある者がスタンドに彼のバッグを忘れ、短時間経過した後それに気づき、スタンドに戻ったという事案で、RGは、占有所持者が生活上の経験にしたがって、いつでも彼の意思によると物を処分しうることを考慮できることで十分であり、彼があらゆる疑いを排除するような明確性をもつてこの場所に物が存在するかということも、この支配の存続が無権限の第三者の侵害に対して完全にあるいはせめて高い程度に確保されていることも永続的に知っている必要はないとした。⁽⁴²⁾このような置き忘れの事例においても占有が存続しているならば、現実の占有意思は要件として必要ないことになる。

他方で、占有の喪失に関しては、支配しようとする意思を有していても、事実的支配関係が移転すれば占有は失われることは認められている。例えば、行為者らが被害者の飲食店を訪れ、持っている金銭をすべて渡すよう要求したのに対し、被害者はおよそ何かを持っていることを拒否したが、信用されず、脅迫されていると感じたので最後には行為者に財布を渡したところ、行為者らはまず七マルク五〇を取り出したが、その額に不満であったので再度財布を調べていたとき、被害者はその機会を利用して財布を再び奪い返し、走り去ったという事案で、B G Hは、財布が不本意ながらも渡された時点で占有移転を承認したが、財布の引き渡しによってその中の金銭も引き渡されたのであり、強制された引き渡しに対する権利者の内心的留保は何ら役割を果たさず、被害者はもはやその支配意思を行為者に対して場合によっては実力によって貫徹することはできなかったのであるから、もはや金銭に対する占有を有しなかったとした⁴³。また、行為者が被害者と格闘中にその金属製腕輪が引きちぎれて、時計が床に落ちたところ、行為者は身をふりほどいた後、時計をポケットに突っ込んだ一方で、その間被害者は助けを求めて叫んでいたという事案で、B G Hは、時計をポケットに突っ込んだ時点ではじめて既遂を認め、時計が床に落ちた時点では所有者の占有を排除し、つかみ取る可能性は開かれたが、取得することによってはじめて自身の処分権力を基礎づけたのであって、被害者はもはやその支配意思を行為者に対して場合によっては実力によって貫徹することはできなかったとしたのである⁴⁴。つまり、ここで明らかとなるのは、主観的要件としての支配意思はあっても、客観的要件としての事実的支配が欠ければ、支配意思だけでは占有を基礎づけることはできないのであり、そうすると意思説から主張されることのある、物理的要件が欠けても支配意思という心理的側面が備わればそれを補充して占有は存続するという見解⁴⁵は基礎を失うのではないかという点である。

占有取得の際の占有意思の要件についても厳格に要求されているとは言えない場合がある。小型バイクを所有者が第三者に貸していたところ、その者が約束通り走行を終了した後住居の前に返しておいたが、所有者は知らなかったという事案で、B G Hは、事実的支配関係は再び確立されており、支配意思によっても担われているとしたが、その理由

は、最初からバイクを短時間だけ、明らかに所有者に知られた場所に返すという条件で引き渡されたのであるから、その意思は最初からその場所に返された時点でそれを再び支配するという内容であったのであり、いったん基礎づけられた意思是、その間に了解を得て行われた短時間の頼まれた走行によっても、その間所有者が過労と酩酊により眠り込んでしまったことによっても中断されず、これによりいったん基礎づけられた意思の継続は断絶させられないからである、つまり永続的に「意識した (wacht)」意思是占有の獲得にも維持にも必要でなく、一般の生活上の見解によると、車やバイクの占有者は、彼の住居の前に置かれたそれらの車両に対しては、たとえ一時的に住居を離れ、あるいは住居で眠り込んでも、占有を保持するとしたのである。⁴⁶⁾この場合、所有者は、所有物が住居の前に返された時点では対象物を全く認識していないのであるから、明らかに物に対する具体的な支配意思は有していない。また、店の開店時間前の早朝に店の所有者の了解の下にまだ鍵のかかった店の扉の前に置かれた商品（バター）をその朝に行爲者が奪取したという事案でも、BGHは、窃盗罪の成立を認め、日常生活の見解によると、早朝開店時間前に店主のためにその了解を得てまだ鍵のかかった店の扉の前に置かれた商品は、すでに店主の占有下にあり、店の所有者が商品が置かれた時点では奪取を事実上阻止できないことは妨げとならず、この事案は畑に残された犁の奪取や牧草地にいる家畜の連れ去りが窃盗であるのと同じとした。⁴⁷⁾ただし、BGHがこの事案を畑に残された犁の奪取や牧草地にいる家畜という昔から占有を認められてきた事案と同一視した点に対しては不十分な論拠と言わざるを得ない。なぜなら、後者の事案は占有の継続が問題になっていなのに対し、BGHの事案は占有の開始の時点で具体的に物に対する認識を欠いている場合だからである。⁴⁸⁾バイクの事案と同じくここでも店の前に商品が置かれた時点では物に対する具体的な支配意思は存在しないのであり、店の所有者の占有を肯定するならば、占有の開始時点においても具体的な占有意思は必要でないことになろう。

したがって、ドイツにおける多数の見解は、多くの事例で占有意思としての具体的な特殊的意思の要求を貫徹するこ

とはできないことから、要件としての具体的意思は放棄している。これに対し少数ながらこの要件を主張する見解もある。たとえば、ミチエリは、占有とは物に対する身体的關係に過ぎないとする見解は意思に反する占有取得を承認することにないのであり、これは意思自由に対する侵害を意味する結果となるとし、反対説は、ある者の信用を落とすために盗まれた物を密かにその者のポケットに突っ込むという事例で盗品に対するその者の占有を肯定せざるを得ないが、これは健全な理性と法感情に反するであろうとする⁴⁹。しかしながら、盗品を密かにポケットに入れるという事例に関して占有を拒否するならば、もしさらにそれを盗取する者があつた場合、以前の所有者の占有を認めて窃盗とするのであれば、窃盗とはならないことになり、いわば正当化されることになるのではないかと批判されている⁵⁰。この場合窃盗を否定すると、盗品を入れられた者から窃盗罪規定による保護が奪われることにもなるのであるから、この事例において占有を認めることがその者の意思自由に反し、法感情に反するというのは当然の結論ではないであろう。

そこで占有には占有意思が必要だとする多くの見解は、個々の物に關係する具体的意思を要求せず、「一般的な占有意思 (generelle Gewahrsamswille)」によつて⁵²。すでにビンディングは、占有の意思を、我々の事實的支配の領域に入り込んで、そこからまだ離れていない物をそこで保持しようとする意思と定義していたのであり、ヴェルツェル⁵³においては、占有意思とは、あらゆる個々の物を包括する必要はなく、支配領域内に達しているすべての物の支配者であるという一般的意思で十分であり、郵便箱に投函された手紙、住居に放置された物、仕掛けられた網にかかった魚に対してもそのような意思が存在するとされたのである⁵⁴。判例においても、デパートで客が財布を置き忘れ、別の客がそれを持ち去つた事案で、支配意思は具体的な物に及ぶ必要はなく、一般的な占有意思として一般的に表明されるか、諸事情から明らかとなることがあると述べて、財布に対する店主の占有を認めた例がある⁵⁵。つまり、一般的占有意思という觀念によつて、自己の支配領域内にある物に關しては、個々の物に対する特殊的意思が欠けても、占有意思が及ぶものとされるのであり、したがつて支配領域内に置き忘れられたり、隠されたりした物に關しても占有意思によつて把握

されているとすることが可能となる。しかしながら、このような意思は法的なものではなく自然的意思であるとされているにもかかわらず、現実の心理状態ではなく、いわば仮定されたものであり、最終的には支配領域という客観的条件によつて規定され、限界づけられるのである。この点において一般的占有意思概念の循環論法が明らかとなる。すなわち緩和された客観的占有要件を補充し、強化するものとして占有意思が要請されたにもかかわらず、占有意思自体はそのような曖昧化した客観的支配要件によつて限定されることになるからである。さらに、このような仮定された一般的な占有意思は、解釈論上実際的な不都合を生じさせる場合のあることが指摘されている。それは、占有者にとつて有害な物あるいは好ましくない物が支配領域内に密かに置かれた場合、たとえば、占有者を罪に陥れるために麻薬をポケットに忍ばせるあるいは脅迫状を郵便受けに投函するというような場合である。もしここで、支配する者の一般的占有意思を肯定するならば、その者の具体的意思には反するであろう支配関係に対する意思を仮定せざるをえないという矛盾が生ずるのである。これに対し、占有意思を否定するならば、その物はだれの占有にも属さないことになり、第三者がそれを盗取してもせいぜい（占有離脱物）横領罪が成立するだけであろうが、客観的状況が全く同じであるにもかかわらず、支配する者にとつて好ましいか否かによつてこのような違いが生ずることに対しては疑問が提起されるであろう。⁽⁵⁷⁾

以上のように、占有の要件としての占有意思が具体的意思を内容とするものとしては多くの事例において実際には機能せず、一般的性質としてのとらえ方は解釈論的な意義が疑わしいとすれば、民法学説の影響という歴史的な経緯以外に、そもそも占有意思を要件として要求する解釈論的根拠があるのかが問われることになる。これについて占有意思必要説が持ちだすのは、支配しようとする意思がなければ事実上の支配力を行使しているとは言えないという概念上の必要性である。⁽⁵⁸⁾しかしながら、この論拠は、窃盗行為などによる占有侵害あるいは占有移転のための要件として占有意思を要求する根拠とはなりえない。占有意思不要論に立つピットナーは、以下のように言う。窃盗罪における奪取は、被害者の意思に反しても行われうるとする、つまり「行為は行為者の行為なのである。それは、個々の構成要件メルク

マールに関する被害者の主観的関心にしたがって評価されない。むしろ行為者が彼に知られた行為事情を実現することが重要である。つまり、行為が（未遂の）窃盜か横領かは、行為者に隠された事情に依存しえないのである。行為の法的類型を偶然に委ねるようとするならば、法律なければ犯罪なしの原則（*nullum crimen sine lege*）に違反するであろう。しかし、（確実に圧倒的に多くの場合そこから出発できるにもかかわらず）支配意思を有する被害者にちよど出くわすかどうかは窃盜犯の視点からは偶然であろう。また、窃盜の被害者が彼の処分権力の下にある物に関して一定の見解を形成したか否かに処罰結果を依存させようとするならば、法律なければ刑罰なしの原則（*nulla poena sine lege*）に違反することになるであろう。なぜなら、後者の場合、行為者の処罰が法律ではなく、（そのたびごとに裁判所により探知されなければならないであろう）被害者の意思形成に依存することになるからである。⁵⁹ すなわち、ここで占有する者の意思が偶然だとされているのは、占有を侵害する行為者の行為の文脈には属さないからであり、詐欺罪のような被害者との相互的な行為により成立する犯罪とは異なって、窃盜罪のような占有侵害犯罪は、一方的な規範違反行為によって成立するのであるから、被害者の意思は構成要件該当性には直接的に影響しないのであり、同意というような形で例外的要因として考慮されるにとどまる。確かに人と物との占有関係そのものが形成される際には占有者の意思が介在することはあり得るが、しかしこれは占有が侵害される時点で占有者の何らかの意思が存在しなければならぬことを意味しないのである。

(三) ドイツにおける判例と学説の検討から、通説的見解である事実説の客観的要件としての事実的支配という観念も主観的要件としての占有意思も要件としての役割を十分果たしておらず、解釈論的にも説得的でない状況が明らかとなったが、事実に支配が緩和した事案や占有取得の際に占有意思を欠いた事案で、判例はもっぱら社会的な見解に依拠していたことから、実際に占有判断の基準となっているのは、むしろ社会的観念ではないかと推察されるのであり、多数派も、そのような社会的見解を占有の要件とはしていないが、占有判断の基準あるいは限定要件としてしばしば援用

しているのであるから、結局社会的見解という規範的基準が占有の実質的な要件としての役割を果たしてきたのだといえるかもしれない。しかしながら、このような占有の判断に社会的見解を考慮に入れるだけの判例・通説のやり方には疑問がある。社会的見解やそれに類する基準は、社会一般の意識に判断の根拠を求めるものであるが、それだけではまだ、任意の内容を盛り込むことのできる全への白地概念（Blankettbegriff）であり、⁽²¹⁾ ほとんどあらゆる帰結を導き出すための手段となり得るのであるから、⁽²²⁾ そのような不明確な概念にのみ依拠することは、刑法上は明確性の原則に違反する恐れがある。したがって、占有を判断するためのより明確な規範的基準が構成できないのかが問題とされるべきである。

- (1) Binding, a.a.O., S. 286f.; Olschhausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Bd., 10. Aufl., 1916, S. 941; Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl., 1927, S. 613; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 512f.; Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 18. Aufl., 1961, S. 528; Mezger-Blei, Strafrecht, II, Besonderer Teil, 9. Aufl., 1966, S. 134; Maurach, a.a.O., S. 201; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 347; Otto, Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl., 2005, S. 162; Ruß, StGB Leipziger kommentar, 11. Aufl., 2005 §242, Rn. 18ff.; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, S. 360; Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht Besonderer Teil, Teilb. 1., 10. Aufl., 2009, S. 374f.; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, StGB, Kommentar, 28. Aufl., 2010 §242, Rn. 23; Fischer, StGB, 59. Aufl., 2012 §242, Rn. 11ff.; Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, 14. Aufl., 2012, S. 12; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2., 16. Aufl., 2012, S. 7.
- (2) BGHSt 8, 273; BGHSt 16, 271; BGHSt 40, 8.
- (3) BGHSt 16, 273.
- (4) RGSt 30, 89.
- (5) BGHSt 8, 275; BGHSt 16, 273; BGH GA 1962, 79; BGH GA 1969, 25; BGHSt 40, 23.
- (6) Otto, a.a.O., S. 162; Ruß, a.a.O., Rn. 18; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O., S. 361; Maurach/Schröder/Maiwald, a.

- a.O., S. 374; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, a.a.O., Rn. 23; Rengier, a.a.O., S. 13.
- (7) Schünhoff, Der strafrechtliche Gewahrsamsbegriff, 1976, S. 141.
- (8) BGHSt 16, 271 (通説).
- (9) H.Mayer, Zum Begriff der Wegnahme, JZ 1962, S. 619. 三木Schönke/Schröder/Eser/Bosch, a.a.O., Rn. 40.
- (10) BGHSt 16, 273f.
- (11) Ruß, a.a.O., Rn. 43; Maurach/Schröder/Maiwald, a.a.O., S. 378; Fischer, a.a.O., Rn. 17ff.; Rengier, a.a.O., S. 14.
- (12) Wimmer, Diebstahl mittels Verbergens, NJW 1962, S. 613f.; Seelmann, Grundfälle zu den Eigentumsdelikten, Jus 1985, S. 203.
- (13) Bitner, Der Gewahrsamsbegriff und seine Bedeutung für die Systematik der Vermögensdelikte, 2008 (org. 1972), S. 89.
- (14) BGH GA 1966, 244.
- (15) BGH MDR 69, 902.
- (16) OLG Tübingen, SJZ 1947, S. 556f.
- (17) OLG Tübingen, SJZ 1947, S. 557.
- (18) Sax, SJZ 1947, S. 558.
- (19) OLG Köln, VRS 14, S. 299f.
- (20) RGSt 10, 85.
- (21) RGSt 12, 356.
- (22) RGSt 50, 185.
- (23) Fingstahler, Untersuchungen zum Gewahrsamsbegriff im Strafrecht, 1963, S. 72.
- (24) 継つて Werling, Der Gewahrsam als räumliches Phänomen, 1983, S. 4ff.
- (25) Welzel, Der Gewahrsamsbegriff und die Diebstähle in Selbstbedienungsläden, GA 1960, S. 364; Bitner, a.a.O., S. 35f.
- (26) ALR (ノローヤハノ一巻ノノ一ノ一) I 7§1.
- (27) Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 18. Aufl., 1898, S. 555. 本邦の刑法學の歴史を論ずるに於て Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, S. 83; Oppenhof, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 10. Aufl., 1885 §242, Anm. 16; Goldschmidt, Aus der Lehre vom Diebstahl, GA 47, 352ff.; Römpler, Der Begriff des Gewahrsams in Civil- und Strafrecht, 1894, S. 38; Zuckermann, Die Entwicklung des Gewahrsamsbegriffs im Strafrecht und seine Abgrenzung vom

- zivilistischen Besitzbegriff, 1931, S. 38.
- (28) v.Savigny, Das Recht des Besitzes, 7. Aufl., 1865, S. 238f.
 - (29) v.Savigny, a.a.O., S. 109f.
 - (30) チェルシーの鐵鑪なる土地概念の中心に在る強迫の力に對しては、Schütherhoff, a.a.O., S. 117ff.
 - (31) RGSt 3, 201.
 - (32) RGSt 50, 46, 48f.
 - (33) RGSt 54, 231; 55, 220; 56, 207.
 - (34) RGSt 12, 355.
 - (35) RGSt 27, 222.
 - (36) BGH LZ 1918, 929.
 - (37) RGSt 30, 88; 60, 271.
 - (38) BGH NJW 1953, 1271; BGH GA 66, 244; BGHSt 8, 273;
 - (39) Soltmann, Der Gewahrsamsbegriff in §242 StGB, 1934, S. 29.
 - (40) BGHSt 4, 210.
 - (41) BGH GA 1962, 78; BGHSt 20, 32.
 - (42) RG JW 52, 123. ただし、判例は、他人の支配領域に置かれた物に関しては、以前の占有者の占有は失われ、その領域の支配者の占有が基礎づけられるとする傾向がある。RG GA 65, 371.
 - (43) BGHSt 7, 252.
 - (44) BGH NJW 1955, 1238.
 - (45) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Zweiter Band, 1887, S. 285; Micelli, Der Begriff des Gewahrsams im Strafrechte, 1906, S. 50.
 - (46) BGH GA 1962, 78.
 - (47) BGH JZ 1968, 307 (=NJW 1968, 662).
 - (48) R.Schnitt, Anmerkung, JZ 1968, 308.
 - (49) Micelli, a.a.O., S. 49f.
 - (50) Römpfer, a.a.O., S. 39.

- (15) Werling, a.a.O., S. 145.
- (22) Binding, a.a.O., S. 286; Liszt-Schmidt, a.a.O., S. 613; Frank, a.a.O., S. 513; Kohrausch-Lange, a.a.O., S. 529; Mezger-Blei, a.a.O., S. 134f.; Maurach, a.a.O., S. 202; Welzel, a.a.O., S. 348; Ruß, a.a.O., §242, Rn. 21; Maurach/Schröder/Maiwald, a.a.O., S. 375; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, a.a.O., §242, Rn. 30; Fischer, a.a.O., §242, Rn. 13; Rengier, a.a.O., S. 14 Krey/Hellmann/Heinrich, a.a.O., S. 9.
- (33) Binding, a.a.O., S. 286.
- (34) Welzel, a.a.O., S. 348.
- (35) OLG Hamm NJW 1969, 620.
- (36) Werling, a.a.O., S. 149.
- (37) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 71.
- (38) Roterig, Über den Gewahrsam im Sinne des §242 des Strafgesetzbuchs, GS 35, S. 368; Frank, a.a.O., S. 513; Ruß, a.a.O., §242, Rn. 21.
- (39) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 85.
- (60) Bitner, Zur Abgrenzung von Trickdiebstahl, Betrug und Unterschlagung, Jus 1974, S. 158.
- (61) Werling, a.a.O., S. 204.
- (62) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 85; Werling, a.a.O., S. 205f.

三 規範的・社会的占有概念

(一) ドイツにおいては、占有をまず事実的支配ととらえる通説的見解に対し、むしろ社会的、規範的観点から占有概念を理解しようとする見解も主張されている。実務も学説の多数派も、実際の占有概念の適用にあたっては、社会的見解に依拠している実態が明らかになったことから、規範的、社会的要素を占有の基準と考える立場が検討に値する。

占有を社会現象としてとらえた者として、古くはレゾロップを挙げる事ができる。彼は、占有を物理的影響力ある手段による支配と構成する支配的見解に対して、物理的影響力関係が存在しないが、窃盗が実行されたことに疑いのない多くの場合が存在するから、それは不十分であると批判し、占有の概念を充足する支配関係の性質を、物理的に基づくのではなく、必然的に心理的根拠を持つ支配である、つまり同胞の尊重に根拠を持つものであり、社会的現象であるとする。例えば、御者が居酒屋にいて、馬車を扉の前につないでおくという場合、御者は馬車に対して何ら物理的影響力を有していない、つまりその馬車に対する影響の可能性は通りすがりの者と何ら異ならないが、御者はその所持者として尊重されているのであり、このような尊重関係とその占有は消長を同じくするのであるから、占有はそのような尊重関係にほかならないとするのである。^①もつとも、レゾロップによると、これにより物理的影響力が無意味となるのではなく、この尊重関係と密接な関係にある、なぜなら、経験が教えるように、公衆の見解において物の所持者として尊重されるのは、以前にその物に対し物理的な影響力を行使した場合のみだからだとする。尊重関係は、物理的支配の行使と結びついていて、それによって発生するが、しかし、それとは本質的に異なり、物理的影響力が停止しても存続しうるのであり、いったん物を事実上処分した者はそれ以後もそれを処分しうるとされているのであって、もはや他のいかなる者も任意にそれを処分できないのである、なぜなら、そうでなければ公的平穩が危険となるからであるとい^②う。ただし、レゾロップは、あらゆる事実上の影響力の行使に無条件にこの尊重関係が結びつくわけではなく、なお、様々な前提条件、つまり占有意思のようなそれまでの所持者に物に対するそれ以上の影響を可能とするような物との関係が存しなければならぬとする。^③

レゾロップの見解は、占有を純粹に事実的なものととらえず、社会的次元での考慮が必要なことを指摘している点で実際には社会的見解に依拠する支配的見解を一步進めているといえるかもしれないが、いまだ理論的には不徹底といわざるをえない。一方で同胞からの尊重という社会的視点を取り入れてはいるが、他方で物理的影響力という事実的観点

も重要だとしているのは異質なものを並存させており、矛盾した態度といわざるをえない⁴⁾。また、レツロップの言う同胞の尊重は、社会的現象とはいえるが、心理的基準であり、いまだ事実的次元にとどまっているといえる。つまり、占有が心理的事実に支えられているとすれば、占有を認定するためには個別的に社会の意識を具体的に認定しなければならぬことになるが、それは具体的占有意志と同じくフィクションにならざるをえないであろう。

(二) 規範的・社会的契機を占有概念の独立した要素として明確にとらえたのはヴェルツェルである。彼によると、占有概念は三つの要素から成る。すなわち、物理的・現実的要素としての支配の事実、精神的要素としての占有意思と並んで、規範的・社会的要素として事実的支配が社会生活の規則に従うことが挙げられるのである⁵⁾。確かにヴェルツェルは、支配的見解と同じく、事実的支配も占有の要素と考えるが、事実的なものが決定的ではなく、社会的要素こそが決定的であるとしており、その根拠を以下のように言う。占有は独立した刑法的概念ではあるが、民法上の占有と核心において一致しており、それは事実的平穩領域から理解されなければならないという点においてである。したがって窃盗は横領から、所有権の他に事実的な平穩状態が侵害されることで区別されるのであるが、所有権が純粋な法的関係であるのに対し、占有とは法に受け入れられた社会的関係だとするのである。この社会的関係を、ヴェルツェルは、社会的関係とも言い換えているが、これは、法的に重要なことは必然的に社会的性質を持つという平凡な意味ではなく、「法が、すでに存在する、つまり法によつてはじめて作り出されたのではない社会構造に依拠し、それをその範囲に取り入れていることが示されているとすべきである。社会的生活は、無定形な形成物ではなく、風習、伝統、習慣、慣例による構造化や秩序付けをその内に担っているのであり、法はそれを多様に内に取り入れ、保護しているのである。占有とはそのような一つの社会的構造なのである。すなわち、人格が―共同体により尊重されて―物に対するその支配を行いうる空間的領域である。事実的支配の社会的要素は占有概念の不可欠の構成部分である。」⁶⁾たとえば、農夫は彼の畑に置いておく犁に対しては、他の村民よりも離れたところに住んでいて、夜には彼の家に帰る場合にも、社会的見解

にしたがうと事実的支配を保持するのであり、占有緩和のすべての事例において、占有の継続は占有概念の社会的要素に基づくのであるとする。⁷⁾したがって、ヴェルツェルによると、社会的概念としての占有は、社会的な習慣、観念、慣例によって画定された人格の生活領域と規定され、その中で彼の意思が他のすべての者を排除して実現されるのであるが、そのような排他的意思支配の社会的領域に属する最も目立つ場合は、家や住居であり、これらの場合かなり以前から社会的考察が承認されてきている。さらにそのような社会的領域に属するのが、人格それ自身がつける衣服やその他身に担う物（バッグ、手提げ鞆、トランク等）であり、しかも住居よりも優先してである。また、社会的習慣や観念の観点の下で限界づけられるより特殊な形態として、購買意欲のある客が商品を吟味のため手にするあるいは衣服を試着するという場合があり、双方の側により前提とされている社会的観念によると対象物に対する支配は販売側にとどまっているとするのである。⁸⁾

このようなヴェルツェルの見解は、占有が本来的に社会構造に依拠するものであることを示し、社会的要素が占有の要件であると明確に位置づけた点で意義を有する。判例実務で扱われてきたいわゆる占有緩和の事案が示すように、一定の領域においては、物に対し元々の占有者の物理的支配が及んでいなくても、社会倫理的な規則によつてなおその者の支配下にあるものと見なされるのであるから、占有はむしろそのような社会的要素によつて決定されると考えるべきであり、占有要件とされるのはむしろ論理的帰結であろう。しかしながら、ここで直ちにヴェルツェルの考え方に対し生ずる疑問は、占有にとつて社会的要素が決定的であるとするならば、なぜ事実的支配の観点もなお維持されるのかという点である。ヴェルツェルは、社会的な生活見解によると、事実的支配が緩和されても、占有が存在し続ける場合を認めるだけではなく、逆に影響を行使する可能性があるにもかかわらず、生活見解によると他の者が事実的支配者とされる場合も明示的に肯定しているのであるから、⁹⁾物理的な影響力行使の可能性としての事実的支配はもはや独立した要件として機能していないというべきであろう。

さらにヴェルツェルは、占有の要件として、具体的意思ではなく一般的占有意思ではあるが、占有意思も要求している点で、社会的要素を決定的とみる態度と矛盾しないかが問題となる。この点で、ヴェルツェルときわめて近い立場をとるネルデーケ¹⁰は、占有の本質は社会的に尊重された社会関係だとする前提から、社会生活上の見解によると、この支配を遂行しようとする支配者の意思が占有の本質に属するとする。しかしながら、その社会的尊重は、決して目に見えない内心の意思に結びつくのではなく、むしろ社会生活上の見解は、常に人と物との関係の外的事情が対応する支配意思の存在を推測させる場合に占有を承認しているとし、そのように客観化されていない支配意思は占有取得を生じさせることは出来ず、同じく外的事情が経験上物の空間的平穩状態に対応する占有意思が存在することを推測させる場合、内心的意思が欠けていることは占有取得を阻止しえないのである¹¹。確かに、社会的観点からすると、占有を基礎づけるのは、具体的な内心の意思でも、一般的意思でもなく、外的に認識可能な事情から推測される意思ということになるのは一貫した帰結ではあるが、外部的事情の如何によつて占有意思の存在が左右されるのであれば、これはもはや主観的要件としての占有意思とはいえないであろう。

(三) ヴェルツェルと同じく、支配的見解から出発しながら、占有概念の規範的・社会的要素をより重視したのが、ゲッセルである。彼は、占有の第一の要素として外的、事実的な事物支配 (Sachherrschaft) と、これに対応する内心的、主観的要素として意思支配を要求するが、このような占有概念の規定では不十分であり、より正確な規定のためには、あらゆる意思に担われた事物支配関係の中で一定のグループのみが占有として承認されなければならないのであり、そのようなグループの特徴が見つけ出されなければならないとする。そのような特徴を求めるためにまず手がかりとなるのが法律であり、刑法上の窃盗罪規定 (二四二条) や刑事訴訟法上の押収に関する規定は、意思に担われた事物支配関係としての占有が侵害されてはならないことを示している、つまり一定の場合にのみ破られてよい法的障壁 (Schranke) を成しているとする。したがって、占有とは、法的障壁によつて囲まれ、保護されている意思に担われた

事物支配関係ということになるが、ゲッセルは、このような障壁によって限定された法的空間を領域（Sphere）と呼び、占有と称せられるべき意思に担われた事物支配関係は、法的障壁によって限定された領域に存在するという。¹²⁾

もつとも、ゲッセルは、刑法上の窃盗罪規定そのものを占有概念の規定における法的障壁ととらえることが循環論法に陥ることを指摘している。つまり、窃盗罪規定によって保護された事物支配関係が当該規定によって保護されている、ないしは当該規定の規範により限定された領域に存在すると主張することは循環論法であるから、障壁それ自体やそれにより限定された領域を占有の中に持ち込むことはできず、意思に担われた事物支配関係を占有とする特徴を、占有を保護する窃盗罪規定やこの規定により限界づけられた法的空間に見いだすことも出来ないのである。したがって、占有を囲む法的障壁は占有の特徴であってはならないのであるから、占有は、法的障壁によって囲まれた法的空間の内部にのみ存在するものと考えられ、そのような占有の存在領域としての法的空間は、窃盗罪規定により形成されるものと一致してはならないとするのである。¹³⁾ そのような別の法的障壁を探すためゲッセルが挙げるのは、占有に対するあらゆる侵害が禁止され、一定の許容規範の存在する場合にのみそれが許される民法上の規定であり、事物支配関係以外の保護客体、例えば所有権、財産、一身上の自由、身体的無傷性、住居権、私的秘密を保護する実体刑法上の規定であり、特別の前提条件が存在する場合にのみ侵害してよい法益、たとえば一身の自由、身体的無傷性、住居権、秘密領域、所有権・財産を挙げる刑事訴訟法上の強制処分規定であるが、これら全ての様々な法益に共通する領域を探すことが正当だとし、これを憲法に求める。ドイツ基本法第一条第一項で絶対的に保護された人間の尊厳から同法第二条第一項における一定の制限の下で相対的に保護された人格の自由な発展に対する権利が導き出されるが、両条項が結びついて全ての個別的な法仲間（Rechtsgenosse）の親密領域（人格範囲）がそこで侵害が原則として許容されていない限り憲法的保護の下に置かれているとし、これによって、その中であらゆる法仲間の人格が自由に発展し、特別な法の力によってのみ侵害されてよい、一般的に承認された法的空間の存在が証明されていると見なすことができるとして、これ

を人格領域 (Persönlichkeitsphäre) と呼ぶのである。¹⁴⁾ 問題は、意思に担われた事物支配関係がこのような人格領域に位置しているかであるが、そのために、ゲッセルは、まず、人格権の具体化としての個々の独立して保護される法益と並んで、普遍的な人格権の存在が承認されなければならないとする。すなわち、普遍的な人格権が人格の個々の活動が行われる法的領域に存在するものと見なされており、¹⁵⁾ この領域に、普遍的な人格権の具体化としての人格的諸法益が同じように位置しているのであり、それらに属する領域は、総体として構成するのではなく人格領域に含まれているのであるから、普遍的な人格権は、その中で人格が、その活動に対する侵害を恐れる必要なく、活動し、自己を実現する、憲法的に保障され、保護された領域に位置していることになるとする。そこから、当初の問題は肯定されるべきことになり、人格は人格領域の中で自由に発展しうるとされるのであれば、人格は自由に活動しうるのでなければならぬが、人間は、かなりの部分で人格や物との関係においてのみ活動しているのであり、そこから意思に担われた事物支配関係の行使は人格的法益と見なされるから、一定の意思に担われた事物支配関係を刑法の窃盗罪規定によって保護された普遍的な人格権の具体化と見なし、人格領域に位置するものと把握することは可能であるという、しかも完全に法的保護とは無関係にである。¹⁶⁾

しかしながら、ゲッセルによると、意思に担われた事物支配関係を占有とする特別な契機が人格領域という特別空間であると言うだけではまだ十分な答えとはなっていないのであり、人格領域の認識可能な限界、その認識可能な範囲、つまり人格領域それ自体の認識可能性の問題が提起される。まず、占有とは、一定の刑法的效果が結びついている一定の事態 (Sachverhalt) であり、このような事態はそれに結びつく法効果について言明が行われうるのでなければならぬならば、確定可能で、認識可能でなければならないとする。ここから、人間の活動と人格領域の内部での意思に担われた事物支配関係も社会的な事態であるから、社会的事態の認識可能性を要求するならば、このような社会的事態は社会生活において認識可能でなければならない、つまり社会的に明白で (manifest) なければならないとし、した

がつて、意思に担われた事物支配関係が人格的領域の保護を享受するか否かは社会的に認識可能でなければならぬとするのである。このような保護が法的には人格領域の存在と具体的場合における基本法に挙げられた制限に依存するならば、まさに社会的認識可能性は、このような法的要因の帰結に係るものであり、つまり意思に担われた事物支配関係に關し具体的に存在しあるいは存在しない保護に係るものであり、意思に担われた事物支配関係に關するこのような保護は、社会的な生活において認識可能であるとする。これが明らかとなるのは、他の法仲間から一定の対象物を奪取することを考慮している法に忠実な市民の立場に着目する場合だといふ。つまり、彼は、まさに他の法仲間が彼の領域を原則として侵害してはならないことを知っているが故に、彼が計画した行為によつて許されないやり方で他の者の領域を侵害することになるかをやはり顧慮しているものであり、さらに、この領域が絶対的に保護されているわけではないこと、たとえば、警察はあらゆる者に対し法的条件の下で捜索を行つてよいことや現行犯の窃盗犯から盗まれた物を再び取り戻してもよいことを知っているのである。それによつて、法に忠実と想定された市民は、一定の事態が存する場合にのみ人格領域を侵害してよいことを知っており、まさにその点で彼にとつて人格領域の保護が社会的な生活において認識可能となり、人格領域の範囲や人格領域そのものも認識可能となるのである。¹⁷⁾

ここから、ゲッセルは、人格領域によつて与えられた保護は、社会的な生活の規則がこの保護の排除のためにその権限を与える事態を前提とすることによつて認識可能となると述べる。たとえば、人が手に持ち、あるいはその他の身体に身につけている物は通常この者に属するものと見なされ、その侵害は、社会的な生活の規則により一定の事態（自力救済、正当防衛、被害者の同意）が存在する場合にのみ許されると見なされており、人が携帯する鞆、書類用ファイルその他の容器も、この者の人格領域と見なされ、住居や保護された所有物も住居主が比較的長期の世界旅行に出かけている場合にすら、同じように尊重されるとする。したがつて、ゲッセルによると、占有とは、意思に担われた事物支配関係であるが、他人の侵害から守られた人格領域に属することが社会的に明白である場合であるといふ結論が導き出され

る。たとえば、歩き疲れて公園のベンチに座っているAのそばに新聞が置かれている場合、これはAの人格領域に属しており、そのため、その新聞を読みたい者は、いずれにせよ通常、Aの人格領域に介入して新聞に対する事実上の支配を獲得するためにAに許可を求めるのであり、置き忘れた所有者でさえこの領域を尊重してAに所有状態の説明をしてはじめて介入の権限を得るのであるが、この場合、所有者は、新聞に対する意思に担われた事物支配可能性を有しているが、占有は否定されなければならないとする。なぜなら、この処分可能性が彼の人格領域に存することは社会的に明白ではないからであり、新聞に対する事物支配の獲得のために所有者の領域への介入権限が必要とされることが認識可能でなく、社会的認識可能性は、Aが所有者の要求に対し許可を与えた場合に初めて肯定されうるとする。占有概念のこのような構成は、ゲッセルによると、保護されているのは刑法規定で保護されている事物支配関係であるという循環論法を免れている。人格領域それ自体は当然に占有の本質的要素と理解されてはならず、占有の要素は、それ自体とは異なる領域の内部に存在しているというその特性でしかありえないのであり、まさにこの特殊な特性によって占有は他の意思に担われた事物支配関係から区別されるとするのである。¹⁸⁾

ゲッセルの見解は、占有概念における規範的・社会的要素に理論的基礎づけを与えようとした点で意義があり、いわゆる領域説を規範的・社会的側面から最初に導き出したことでも評価されるものである。¹⁹⁾確かに、ゲッセルは、なお通説的見解を受け継ぎ、事実的な事物支配と、これに対応する主観的要素を要求しているが、この二要件で構成される意思に担われた事物支配関係を規範的・社会的要素により限定しており、最終的には占有概念は後者により規定されることになるのであるから、事実的支配と占有意思は、最終的には要件として大した意義を有しないことになるだけではない。このような理論的不徹底は解釈論上の疑問を生じさせることになる。まず事物支配関係が法的障壁によつて保護されていなければならないが、その法とは刑法以外の法規定であり、最終的に憲法上の人格領域として保護されるものでなければならぬとするのであるが、そうなると一般的に占有が認められてきたいわゆる占有緩和の事例、たとえば畑に置

かれた犂の事案や誰でも立ち入れる場所に物が置き忘れられた事案では占有は認められないことになろう。²⁰ 確かに刑法的に保護された領域が刑法により保護されるというのは、循環論法であろうが、そもそも刑法的に保護される占有がすでに他の法によって保護されていないなければならないというのは当然の帰結とはいえない。なぜなら、他の法で保護されていないことも、刑法がはじめて保護する客体領域も考え得るからである。

さらに人格領域の認識可能性という形で社会性の次元を考慮しようとするゲッセルの方法論にも問題がある。占有は社会的事態であるから、社会的に認識可能でなければならず、社会的に明白でなければならぬのであるが、刑法上の概念が社会的事態を適用対象とすることは他の犯罪類型でも見られることであり、それだけでその概念は社会性を持った要素を内容とし、社会的に規定されるということにはならないのであるから、論証としては不十分であり、占有概念の特殊性から社会性が説明されなければならないであろう。また、社会的に認識可能でなければならないという基準は実際の適用においても不当な帰結に至る。いわゆる試着事例において、ゲッセルは、値札など販売者の在庫に属することを明確に示す指示標識を伴うスーツの上着が販売者から盗もうとしている行為者に手渡された場合、当該物品は行為者の保護領域に存することは明白ではないとして、行為者の占有はまだ成立していないとすのに対し、不審な女性が試着のため渡された下着を着たまま逃げようとする場合には、販売者は、その下着を取り戻すためには特別な侵害権限が必要であるとして占有を肯定する。²¹ しかしながら、このような領域に存在していることについての外部的な認識可能性に着目する立場からは、店内で所持者が誰かを示す標識を備えない物、例えば雑誌などを直ちに戻す意図で手に取る場合、当該対象物はすでにその者の人格領域に存在することになって占有は肯定されることになるが、この結論は判例や学説の一般の見解と対立するだけではなく、その後着服した場合、店内で直ちに盗取した場合（窃盗）と比較して異なる刑法的扱いとなることが妥当か疑問となろう。²²

（四）通説の見解である事実説と完全に決別して規範的・社会的観点を貫くのがピットナーである。彼は、まず、すで

に触れたように、占有に主観的要件は不要であつて客観的占有概念が妥当だとし、物に対する物理的影響力は何ら占有の基準ではなく、占有は社会現象であると考えられる⁽²⁴⁾。しかしながら、ビットナーは、占有をレッゾロープらのように同胞の尊重に帰するのではなく、むしろ同胞の尊重が、社会的な規則のシステムによつて成立する帰属関係の現れたものに帰せられべきであるとする、つまり、占有とは、支配関係でも、尊重関係でもなく、社会的な帰属関係 (Zurückgehörigkeit) であり、人的関係つまり相互作用においてのみ考えうるものであるとして、これを出発点とする場合にものみ占有概念を客観的に把握できるとするのである⁽²⁵⁾。

占有を社会的関係にとらえた場合、存在から当為を導き出しているように見えるが、ビットナーはそうはならないのであり、社会を行為規範化により構成されたものと見て、占有をこのような観点で規定することは当為規範の無視ではないとする。まず、ガイガーに従つて⁽²⁶⁾、社会を最も単純に表現すると、人間がその現存在において互いに適合し、依存していることということになり、そこから社会的な規制のシステム、つまり社会秩序が生じるとし、またマックス・ウェーバーに従つて⁽²⁷⁾、行為が挙げうる原則を (平均的、近似的に) 志向する場合、社会秩序を問題にでき、そのような志向づけを提供するのが行為の一定の社会的規則であり、それが一般に社会的規範と呼びうるものであるとする⁽²⁸⁾。そこで、社会的規範と法秩序の間の関係が考察の対象となる。まず、「社会形成体の構成員はその行為に関して同胞の永続的な観察の下にある。慣習的に根を下ろしたあるいは規則に従つて要求された範型からの逸脱は、社会的な反作用や制裁を呼び起こす。したがつて、あらゆる成員は、その同胞の社会的統制の下にあるのである⁽²⁹⁾。」そのような社会規制物と呼びうるのは、社会形成体においてその予期可能性と信頼できる反復により調整する機能を持つ行為態様、たとえば習慣 (Gewohnheit)・慣習 (Brauch)・風習 (Sitte)・慣例 (Konvention)・礼儀作法・しきたり (Usance)・名誉規則であり、その背後には、具体的で、しばしば潜在的な、常に一貫して究明されているわけではない社会的関係システムが潜んでいるのである。そのような社会的規範を問題にしうるのは、集団構成員が規則適合性の反作用 (社会的反

応、ポイコット）によって拘束性を承認し、逸脱に対し抵抗する場合であるとする⁽³⁰⁾。したがって、社会学によって、ともに社会秩序を成す二つの領域、すなわち社会的規範の領域と法的規範の領域が区別されているのであり、これらは多くの場合互いに一致するが、必ずしも一致が存在する必要はなく、一定の社会的規範が法に反して発展する、それどころか法秩序の変遷を推測させることもあるとする。それに対応して、物の人への帰属が社会的規範によると存在するが、法的規範によると存在しないという場合あるいはその逆の場合も考え得る。たとえば、他者の水域でとらえられた魚や他者の猟区で仕留められた猟獣は居住している住民の見解によるとたとえ法上は密猟となってもその漁民や猟師に帰属することがありうる。これに対し、物を一〇年間善意で自己の占有下におく者は民法上の規定によって、この規範が社会的規範における再確認を受ける必要がなくても所有権を取得しうるのである（取得時効）。それでは、どのように社会的規範と法的規範が相違するような場合、裁判官はどのように裁判しなければならないのかという問題に対し、ビットナーは、裁判官は、法秩序の諸規定を守らなければならないことになるが、その内部において社会的規範に軽視できない意義が与えられなければならないとする。ここでは、法の一般的、根本的な原理の維持、つまり、それがないければ国家的な法秩序が存在しえない法的安定性が問題になっているだけだとする。したがって、占有の規範的条件の吟味の際、社会的規範は、法的規範と矛盾しない限りでのみ顧慮されうるが、そのかぎりでは、法がなお現実 に即したものであり続けるべきであるならば、顧慮されなければならないとするのである。このような法秩序と協調関係にある社会的規範をいずれにせよ拘束的な法規範とともに、ビットナーは、「文化規範（Kulturnormen）」と呼ぶ。ここから、占有とは、顕著な（offenkundig）、つまり文化規範に基づいて物的（dinglich）領域に生ずる物の人への帰属である、という定義が導き出されるのである⁽³¹⁾。

次にビットナーは、占有のこのような定義を前提にして占有形態の分類を試みる。確かに社会生活においては、占有領域あるいは帰属領域（Zuordnungsbereich）と呼びうる空間的領域が区別され、それは人と物との多かれ少なかれ近

接的な接触領域なのであるが、どのような帰属領域に物が存在するかは占有の有無の問題にとつて重要ではないとする。なぜなら、事実的な接触可能性に基づく占有の規定は占有の法技術的側面も社会的側面も十分な程度に考慮することができないからである。ただし、ビットナーは、概観するために占有が通常現れる異なった領域に従つて分類することが推奨されるとして、以下のように占有形態を区別する。まず、直接的 (direkt) 占有と一般的 (generell) 占有を区別し、後者を、さらに、帰属領域内の物の場合と、帰属領域外の物の場合を区別するが、帰属領域内の場合、ふたたび帰属領域が私的性質を持つ場合と公衆が直ちに立ち入れる場合とに区別する。³²⁾

直接的占有の下にあるのは、永続的な監視下にある物、つまり手に持っている、身体に身につけているあるいは別のやり方で携帯しているか目の当たりにしている物であり、この場合特徴的なのは、事実的な支配関係であるが、しかしながら、ビットナーによると、占有は、文化規範に基づいて生ずる帰属なのであるから、物に触れている、身体に身につけているあるいはその他のやり方で携帯しているという事実は何ら占有を生じさせないのである。なぜなら、そうでなければ、品定めのためテニスラケットを手を持つ客はすでにそれに対し占有を持つことになり、美術館の訪問者は、彼が触れた彫刻に対し占有を有することになってしまうからであり、これを承認するのは占有の社会的関連性を否定するものだとする。日常生活においては、物に触れたり、手に取ったりすることは全く通常のであり、そのような態度が習慣、商慣習、風習、慣例のような社会的規範に一致している限り、反社会的行為とは評価されないものであり、そのような許された、通常一時的で表面的な接触によつてすでに他人の占有が排除され、自己の占有が基礎づけられるとすることはできないのである。社会的基準が重要なのであるから、たとえば、被害者のポケットから掏った財布をすばやく共犯者に渡す掏摸は、ほんの数秒しかその財布に対する身体的影響力を有していなかったにもかかわらず、他人の占有を侵害して、自己の一時的占有を基礎づけているが、これは他人の財布を自己のものとするを許すような法的規範も社会的規範も存在しないからである。これに対し、セルフサービスの店で商品を手取る場合、その者は社会的

秩序と客観的に一致した状態にあり、商品は店主に属しているとす。また、好意からオペラグラスを短時間手渡すような場合、その物は他人には属しないのに対し、賃貸するような場合は異なり、借用者は借りた物を広範に自由にできる、つまり、それを持つて場所を去り、外部に対して所有者のように振る舞えたとするのである。これを更なる例を挙げてピットナーは実証しようとする。劇場で直ちに持ち逃げするために隣の者からオペラグラスを請い求める者は、見つからずに奪取する者と同じく、邪魔されずに立ち去ることが出来ない危険を考慮しなければならず、費やされた犯罪的エネルギーからすると窃盗を実行しているのに対し、それを賃貸借した場合、行こうと思う所に赴くことができるのであり、それを領得するならば、行為類型的には横領を犯しているというのである。さらに、いわゆる試着事例に関しても、行為者が現金での購入を行うと見せかけて、まず衣服を身につけた上で、その後ピストルで販売員を脅迫したという判例の事案⁽³³⁾に対し、取引における一般的慣行に基づいて、商品、特に衣類は試着されたりあるいは持ち帰るために身につけられても、それにより物的領域における客への帰属は生ぜず、現金購入であれば移転はその都度支払いに行われ、この時点までは、試着された物は民法規範に従っても一般的商慣行に従っても販売者に帰属するとす。したがって、文化規範に基づいて行為者にとって明白な物の商店主への帰属が存在するから、それは商店主の占有下にあることになる。これに対し、行為者が更衣室で試着した衣類の上に自身の衣服を重ね着して、そのまま邪魔されずに店を去ろうとするような場合は窃盗は既遂であるとす。なぜなら、この場合行為者はその物をもはや暗黙の合意に従って試着しているのではなく、習慣や風習に反して自己の領域に持ちこんでおり、文化規範に従うと彼に帰属されなければならぬからである。⁽³⁴⁾

一般的占有とは、ピットナーによると、間接的な占有形態であり、たいていの物がそのような状態にある。たとえば、我々の住居にある物は不在の場合でも、路上に駐車した自動車や畑に残された犁についても、永続的な監視の下になく、つまり直接的接触がないにもかかわらず、文化規範に基づいて帰属されるのである。これに対し、畑に腕時計が

残されているあるいは劇場に指輪が忘れられている場合は異なる。時計や指輪は通常、畑や劇場に置いておかれることはないものであり、誰もこれらの物と直接的近接状況にないならば、物的領域において他の者に属し得ず、無占有とみなされる。つまり、社会的な生活においては、共同体自体あるいはその機関により一定の社会統制が行使されているが、これは存在論的なあり方をする所与に基づくのではなく、人間の共同生活を規制する法的、社会的規範に基づくのである。その意味で占有という社会現象は規範的に規定されるのだとする。したがって、一般的占有にとつて外的に限界づけられた領域が無条件に必要なわけではなく、むしろ原則として帰属関係を推測させる領域の外に存する物も一般的占有に服しうるし、なお帰属領域に存在する物も風習や慣例によると誰もはやこれに対し接触を持たない場合には、無占有となりうるのである。³³⁾

このような一般的占有を、ビットナーは、空間的に現象化する領域としての帰属領域にしたがつて区分し、まず、帰属領域の内部に存在する物に対する占有に関して、その帰属領域が私的性質を持つ場合を取り上げる。認識可能的に限界づけられた領域、たとえば住居、柵で囲まれた庭、倉庫、納屋、狩猟小屋などは、直ちにだれでも立ち入れるという状態ではないので、私的な帰属領域と呼びうるが、その内部に存在する物は原則として領域の所有者に属するとする。この場合、社会によつて受け入れられた、限界づけられた私的領域が存在し、その侵害は社会的、国家的制裁をもたらすのである。たとえば帰属領域の所有者がそこから空間的に遠ざかつていてもである。したがって住居に存在する家具はすべて、文化規範に基づくとあらゆる物にとつて住居の所有者に属することが顕著であるから、その者の占有下であり、私の郵便受けに投函された封書は、私宛であろうが、誤つて投函されたものであろうが、私の占有下にあるのである。これに対して、ある者の占有下にある物がこの者によつて他人の帰属領域に持ち込まれる場合は異なり、それは持ちこんだ者の直接的占有にある限り、他の者はその物に何らかの措置を実行する権限はない。たとえば、私を訪問する客は、彼のポケットにある物に対し占有を有し、私は他人の物に直ちに接触をとることはできないのであるから、私に

は属さないとする。ホテルの部屋や転貸されて分離されていない部屋なども同様の関係にあるとする。⁽³⁶⁾

次に、帰属領域が、公衆が直ちに立ち入れる領域とは、ビットナーによると、百貨店、飲食店、銀行、大学、役所、待合室などであるが、そのような開放性は、立ち入りが一定の条件、たとえば、入場券の購入や証明書の呈示などに依存させられている場合にも存在し、このような領域が私的帰属領域と区別されるのは、多数の人が立ち入ることができ、それによって、個人を一定程度見渡すことができず、匿名的な状態が生まれていることである。これには、道に對し開放された農場や収穫された畑、施設された漁網・カゴやさらには困難なく乗り越えられる低い生け垣で囲まれた庭なども入るが、そのような領域の前提条件が存するかは、個別事例毎に確定されなければならないとする。もっとも、開放された帰属領域の内部には、比較的多くの人的範囲の者が任意に立ち入れず、変動も存しない限界づけられた領域が存在しうるが（たとえば、百貨店の事務室）、それは私的領域であり、そこに存在する物は、私的領域の所有者の占有に存するのである。これに對し、開放された帰属領域の所有者の占有は、開放された帰属領域に存在する対象物が明らかに文化規範に基づいて彼に帰属されうる場合にのみ成立するとする。たとえば、セルフサービスの店で提供されている商品は店の所有者に、窓口部屋にある灰皿は銀行に、利用に供されている書籍は図書館に、役所のホールにあるくず入れや花瓶は役所に、使用に供されている下敷きは施設管理部に、講義室の家具は大学事務局にそれぞれ属するとする。このような帰属はしきたり・慣習および民法上の規定に従って行われるのであり、純粹に法的な領域のみならず、物的領域においてもである。その際領域の所有者は永続的な監視を行いあるいは行わせる必要はないとする。なぜなら、当該対象物が誰に属するかがすべての者にとって顯著であるが故に、社会も統制を行使しているからである。つまり、公衆が直ちに立ち入れる領域からその種の物を奪取する者は、その職員によって気づかれることだけではなく、「その泥棒を捕まえて！」という叫び声も恐れなければならないのである。⁽³⁷⁾ しかしながら、ビットナーは開放的な帰属領域において失われた物や忘れられた物の場合は全く異なるとする。支配的見解⁽³⁸⁾とは異なり、誰かに属するのではな

く、無占有となるのだとする。つまり、開放された空間で失われた対象物が物的領域で一定の人に属するとする法的規範も社会的規範も存在せず、開放された領域で特に物の保管のための設備が施されていない場所に忘れられた物に関しても、他の人との明白な接触関係が存在せず、人への帰属が存在しないとするのである。³⁹⁾

ピットナーによると、帰属領域の外部、たとえば公道、広場、柵のない畑、森にある物の場合、認識可能なように限界づけられた占有領域は存在しないが、それにもかかわらず、路上にある公園のベンチ、街灯、パーキングメーター、彫像、プランター、ゴミ容器、自転車、建設機械や建築資材、駐車された自動車は、文化規範に基づき物的領域でそれぞれの権限者に属している。この場合誰も持ち主のいない物だとは思わないであろうし、領得しようとする行為者は現行犯で逮捕されることを考慮しなければならないであろうとする。テュービンゲンのOLGの前掲事案⁴⁰⁾に関して、誰かが路上に自転車を駐車させておく場合、彼は占有を保持するが、それは、自転車を路上に置いておくことは通常的であり、そのような自転車が誰かに属していることは第三者にとつて顕著だからである。このような場合、事実的支配に着目する支配的見解では、公開された場所に存する物に対して何ら物理的接触を有しないにも拘わらず、なぜ占有を保持しうるのか根拠を提供できないのに対し、占有を文化規範に基づき物的領域で明らかとなる社会的な帰属関係と見るならば、個別事例において占有を意義なく探知できる客観的規範的基準を援用できるとする。つまり、公開された場所に置かれた自転車は民法的規範に基づいて所有者に属するだけでなく、さらに、自転車を路上に置いておくことは通常的であるから、社会的規範に基づいても自転車がそれを置いておいた者に属することは明らかとなり、このような文化規範から生ずる物の人への帰属は領得しようとする行為者にとつて物的領域で顕著に現れているのであるから、彼らは、自転車を奪取する場合には現行犯で逮捕されることを考慮しなければならないのである。したがって、権限者の自転車に対する占有が成立しているとする。また、店の入り口のショーウィンドーの前に置かれた対象物を行為者が領得したという判例で問題となった事案⁴¹⁾に関して、物理的処分力に基づく支配関係がないこのような場合には支配的見解に

よって占有を説明することは困難であるのに対し、占有を文化規範に基づいて行為者にとって顕著に明らかとなるような、物的領域における物の人への帰属と把握するならば、路上に駐車された自転車は文化規範に基づいて物的領域においてそれを置いた者に帰属され、店の前に置かれた商品は店主に帰属されるのであり、宝石店の破壊されたショーウィンドーの前にある装身具も同様だとする。さらにビットナーは、特に問題となる場合として開放された場所に駐車された自動車の場合を挙げ、権限ある者が自動車を路上に駐車し、それに対する接触を維持している限り、それが彼に属することは誰にとっても顕著であり、車両保有者がしばらく旅行に出た場合も、鍵をかけた車両を規則通り駐車させたかぎり、彼に帰属し、どこに駐車したか忘れてしまった場合にも、車両を再び発見することに大きな困難がなく、社会的つながり (Soziale Konnex) は絶たれていないが故に占有を保持するとする。これは側溝に落ち込んだ事故車両という判例で問題となった前掲事案^②でも同じであるとする。なぜなら、事故車両はたいていなお価値を有するから、所有者により直ちには放棄されない傾向があり、さらに事故車両は側溝に長く残されてはならない、つまり、所有者はすでに警察規定に基づいて搬出に努力しなければならず、領得しようとする行為者は、無権限で運び出すならば捕まることを考慮しなければならぬが故に、高度の犯罪的エネルギーを費やさなければならぬからである。なお、他人の自動車を無権限で使用した後、どこかの路上に放置して、第三者が取得する危険にさらすような場合もそれにより、無占有となるわけではなく、むしろ、あらゆる法仲間にとって権限者に帰属することは顕著だとする。しかも、純粋に法的領域においてだけではなく、物的領域においてもである。この場合、身分証明書が路上にあるような場合と異なり、どこかで人が離れ去った自動車が放置してあるのを見た者は直ちにそれを取戻す権限はないのであり、人里離れた場所で発見された場合にすら、その自動車が発見者によって確保されてよいという推測はなされえない、確かに、故障、事故やハイキングのため残されていることがありうる。むしろ発見者は、ちゃんとした市民として、その発見を警察に報告することが義務づけられているとする。今日の状況では、特徴から車両保有者の確認はきわめて短期間に可能であり、し

たがって、行為者によってどこかに放置された自動車に対する権限者の社会的つながりも官庁と社会的統制によって維持されたままとするのである。⁴³⁾

以上のようなビットナーの規範的・社会的観点を徹底する見解は、支配の見解とは異なり、占有概念に対して方法論的に一貫した基準を提供し、占有が問題となる領域の類型化を可能として、それぞれの領域毎に占有概念の適切な認定のための手がかりを与えるものと評価できる。もともと、このような徹底した規範的・社会的基準に対しては、批判も加えられている。確かに、支配の見解の事実的支配と占有意思という二元的見解は理論的にも、適用上も問題があり、実際には社会的見解という規範的基準に依拠しているという評価が可能であるが、そこから、占有概念から事実的・物理的要素、特に空間的・時間的事情が完全に排除されるということにはならないのであり、規範的観点を許容する立場からも支配的な事実説をいわば修正するという考え方もありうる⁴⁴⁾ことが指摘されている。実際にビットナーも、直接的占有という領域では、通常物理的支配の關係が問題になるとして、事実的観点を放棄できないことを承認していることが指摘され、⁴⁵⁾ そうだとすると純粹な規範的観点を貫徹できないことになろう。さらに、ビットナーの行う類型化による占有認定の結論は判例や支配の見解の結論とほとんど異なることから、ビットナーの基準は、事実的支配と占有意思という二元的な見解からの形式的決別にもかかわらず、内容的には同一であり、白地概念であると批判されている⁴⁶⁾のである。しかしながら、このような批判は必ずしも決定的なものとはいえない。事実的観点から出発しながら、社会的見解などの規範的観点到に依拠する支配の見解に比較して、方法論的反省を経たビットナーの徹底した見解の方がはむしろ優れているといえるであろう。多数派の事実的支配の観点はそれだけでは妥当な結論を導くことができないのは、すでに見てきたところであるが、事実基準が適用されるべき対象なのであって、事実的というだけでは統一の基準を提供するものではない。これを修正するとしても、その基準は別の次元に存在するはずである。判例や支配の見解が社会的見解を問題にせざるをえない点に現れているように、占有概念の適用のための基準がどこに求められるべき

かというところは社会的次元において社会的基準により行われるべきであろう。ビットナーの導く結論が判例とほとんど変わらないのは、むしろ社会的見解を判断の基礎におく判例と規範的社会的観点を徹底するビットナーの見解との結論の一致は当然ともいえる。

より重要な問題は、占有判断の基準を社会の次元に求めることが可能かという疑問である。占有は本来法的な概念であり、民衆には全く知られていない、それどころか占有の概念が刑法上の窃盗罪構成要件において役割を果たし、これを本質的に形成していることも知られていない。⁽⁴⁷⁾ そうなると、占有の判断基準を社会に求めることができるのか疑問が生じる。また、占有と所有権の間の微妙な区別も、歴史的経緯から民衆の意識の中には貫徹しえなかつたのであるから、民衆の意識では窃盗罪などは、十分規定できず、占有がではなく、侵害された所有権が窃盗の認定に決定的影響を与える危険もあつて、これら二つの構成要件要素が混同される可能性も考えられる。⁽⁴⁸⁾ そうだとするとこのような観点からも社会一般の意識に占有判断の基準を求めることは困難だともいえそうである。しかしながら、法的概念が社会の意識に正確な対応物を見いだし得ないと言うこのような疑問は、規範的構成要件一般について当てはまる問題であり、ビットナーの見解のみならず、社会的見解を援用する多数派の立場にも向けられうるものである。むしろ、占有を法的規範を含めた社会的規範、すなわち文化規範⁽⁴⁹⁾により誰に属するとされるかという社会的帰属と定義するのであるから、占有が法的概念としてどう扱われるか、所有権からどのような基準で区別されるかに拘わらず、社会的に誰の支配下にあるものと見なされるかによって判断されればよいのである。つまり法的概念としての占有が社会的次元で決定されるという構造にあるのであるから、以上のような批判は重要なものではないことになる。

ビットナーが、社会的に帰属されるかどうかの判断の際に用いる、現行犯で逮捕されることを考慮しなければならぬいかという基準や窃盗罪の場合は横領罪の場合よりもより多くの犯罪的エネルギーが必要だという基準に対しても、これらの一般的基準は窃盗罪を他の構成要件から区別する限界づけ基準として役に立つものではなく、占有の認定の基準

として耐えうるものではないと批判されている⁽⁵⁰⁾。確かに、現行犯逮捕されるあるいはより大なる犯罪的エネルギーが必要であるというのは、占有侵害に固有の現象ではなく、それ自体を占有認定のための基準と考えることは困難であるが、社会的規範に従って他者への社会的帰属が存在していることを推究させる事情の一つと考えることはできる。つまり当該客体が他者に属していると見なされるが故にそれを侵害することは現行犯逮捕を覚悟しなければならないというのが社会的意識であり、自己の支配下にある物を着服する場合よりも心理的抵抗が大きいとは言えるであろう。

(五) ゲッセルやビットナーの見解を受け継いで規範的社会的基準を採用するのがシュアーホーフである。シュアーホーフは、主観的要素も物理的要素も占有概念の構成的要素としては否定し⁽⁵¹⁾、真に決定的な基準は「生活観念 (Lebensanschauung)」、つまり純粋な評価のみであるとする。彼によると、占有関係に関するあらゆる判決は、生活上の観念との関連の下で行われており、これはいざしば個別事例の特殊な物理的、心理的事情と一致し、その結果明示的にこれを指摘する必要がないが、そうでない場合、社会的要素が他の観点を排除する。したがって、日常生活の見解の背後には、他ならぬ純粋な利益評価が潜んでいる、つまり、その古典的な現象に関し前提とされた要素や心素の要素が緩和されあるいは欠如しているにもかかわらず、物的な占有状態の保護のために占有関係の存在が正当化されるのかという衡量がであり、その場合法的な処分力と事実的な処分力の限界が曖昧なものとなっているのである。そこで事物支配論に支配的見解よりも体系性を考慮した基礎を与えるための出発点として、対象物が一般的に存在しうる空間的領域という基準による場合分けが役に立ち、それは誰かに属した支配領域の内部か外部においてのみ考え得るとする⁽⁵²⁾。

シュアーホーフは、占有があるとするためには、対象物が一見したところ人の物的支配の下に服していると見なされる状態に存在することが必要である、つまり社会的に明白な帰属が存在することを要求するのであるが、まず、空間的

に限界づけられた帰属領域を問題とする。たとえば、自転車に住居の施錠された地下室や倉庫に保管しているあるいは所有者がそれに乗って走行している場合、尊重されるべき社会的に明白な帰属が存在するとするが、周囲から明白に区別された影響範囲が尊重されるということは、今日の現代的な大衆社会生活によって永続的に精緻化される占有関係を普遍拘束的な規則に服させるために必要な道具である、なぜなら、そうでなければこれに関連して人間相互間の秩序づけられた交渉は考え得ないからであるというのである。そのように理解された領域（Sphären）に属するのは、人間の身体と並んで、地面に堅く結びつけられたあらゆる種類の空間、さらに柵などの囲いを備えた建物であり、車両も、勝手な侵入がすべての外部者に処罰規定によって禁止されている独立した物的利益領域である。これに対して、柵で囲まれている畑は、その他の自由に立ち入れる土地と直ちに区別されえないが故に、確認した輪郭を描かれた事物に対する影響範囲が欠けているとする。個別的に支配された影響範囲の限界の性質に関し、やや困難があるのは、自由な場所がそこにある対象物に対する占有を承認するためにどのように囲われていなければならないかという問題だけであり、その内部に存在する物の占有の発生・継続・消滅に関しては簡単な規則が妥当とする。つまり、刑法的占有の喪失は元々あった物的利益領域から客体を別の領域へと運び去ることと共に生じ、また、たとえば、借家人の住居にある装飾品に対する事物支配は、訪問者がその品を吟味のため手にとっても、依然として一般的監視の下にとどまっているが故に継続し、上着の袖に密かに隠すなど自己の身体領域に移すような行為によって初めて、権限者へのそれまでの帰属が終了するとする。³³⁾

これに対し、シューアーホーフによると、閉じた支配領域の外部に存在する物に対する占有の場合は、客体と人の間より具体的な、すべての者にとって明らかな関連が存しなければならず、前述の領域公式はもはや役に立たない。たとえば、歩道に置かれた自転車などは限界づけられた影響範囲により囲まれてはいないが、所持者が一時的に離れてもその事実的な処分力のうちにとどまるのであり、この場合、支配領域に基づく総括的帰属に対して、いわば個別的帰属を

特徴づける特徴が見つけだされなければならないが、これは「同置問題 (Gleichstellungsproblematik)」であるとす。すなわち、空間的に限界づけられた影響力範囲と並んで、なお、明白な人と物との結合を証明し、かつ、独立した影響範囲と類似して、事実的な処分力という古典的な現象形態に典型的な所持者の身体的現在性に対する代替的機能を受け継ぐことのできるような別の構造がどの程度存在するかという問題だとするのである。⁽⁵⁴⁾ このような代替の場合として、シアーホーフは、閉鎖された支配領域の入場領域 (Einzugsbereich) に対象物がある場合と防護措置による場合の二つを挙げる。まず、空間的に画定された影響力領域の入場領域にある物の占有関係については、外部に在る者に対してそのことを予告するために、事情を示す媒介物を必要とするとし、客体が単に一定のやり方でそのときどきの誰かの支配領域と空間的接触を持たされているだけの場合、たとえば住居の扉の前に置かれた新聞やパンのような場合、その者に属していると見なすためにはそれだけで十分であるとする。しかし、障壁がより心理的性質を持つ場合、防護あるいは固定が行われているならば、物理的に知覚可能な特徴も示すことになり、直ちに立ち入れる前庭につながれている犬を持ち去る場合、鎖を排除してはじめて窃盗の意味での奪取の烙印を押すようなことを実現しているとするのである。このような者と人との対象的關係が特殊な空間的状态に基づく場合として、さらに扉の前に置かれた小包、入り口に置かれたミルク瓶、家の壁に立てかけられたほうきなどが挙げられる。⁽⁵⁵⁾

これに対し、シアーホーフによると、領域性のない (Sphärenfrei) 空間では異なる基準が妥当しなければならず、そこに対象物を見いだす場合、原則的に以前の所持者の占有は失われていることを前提にしてよく、目に見えるかたちで一定の外的な防護措置が行われてはじめて当該客体の人への物的帰属が明らかとなる。たとえば、御者が馬を綱でつないで飲食店に入るといふ事例では、馬を綱でつなぐことによつて、権限者への物的關係が具体的に証明されているために、占有者であるのに対し、馬を通常遠くに行かないという習性を信頼して自由に駆け回れるままにしておく場合は、社会的に明白な人と者との關係が欠けるため、遅くとも居酒屋に入った時点でもはや占有者ではないとする。ま

た、農夫が受け取るために酪農家により一定の離れた通りに置かれたミルク缶は、物的には帰属しないが、水域に設置されたかごや漁網は、固定されている限り漁師の占有下にあるとする。⁵⁶⁾

ただし、自動車に対する占有の問題は特殊な地位を占めるとする。社会生活上の見解から導かれるのは、車の操縦者が事物支配を行使していることは、すでに外部的な現れ方が明らかにしている、つまり乗っている者の利益よりも高く評価されるべき対立利益は存在しないのに対し、車両が公道や駐車場にあつて、関係者が明らかに近くにいない場合、状況はより複雑であり、空間的隔たりにもかかわらず、刑法的占有が権限者に保持されるのは、規則通りに施錠した場合であるとする。すなわち、このような措置によって運転者の継続的な支配要求が歴然と明らかとされるのであり、鍵をかけることは、一般的慣習に従うと車に対する事実的影響力行使の一形態を意味するからである。したがって、一般的に共有された確信を成すのは、個別的な具体的影響範囲の外部に存在する車やオートバイは、それらを社会生活上正しく扱う限り、使用者の事実的支配力のうちにとどまることだという。ここから、燃やされ、利用しうる部分を奪われた自動車公園にある場合、それは機能を失い、この場所に属しているわけでもないから、全体事情は元の事物支配の終了を示しているが故に刑法的占有は喪失している。また、（潜在的）行為者が車に対する事実的影響力を得ることに取リかからない限り、以前の支配力は影響されないうまでであり、鍵のみを取得することは、それだけでは車両に対する占有に関しては全く何も意味せず、むしろ占有関係の移行を外部に対して証明するさらなる行為が必要であるとしてい⁵⁷⁾る。

最後に、公開された領域とは、シューアーホフによると、確かに外部的に周辺から認識可能の際だたせるものはあるが、占有の障壁という性質には及ばないあらゆる領域であり、たとえば、誰でも自由に立ち入れる畑、単に目印だけで境界を定めた建築現場、低い生け垣により囲まれた前庭など、立ち入るには単に象徴的な障壁を越えるだけでよい地域である。このような場所に置かれた物に関しては、近くにとどまる一定の帰属者の監視に服していない限り、原則と

して刑法的占有はないとする。したがって、一般的見解には反して、農夫が離れた畑に置いた犁の場合も、事実的支配力は及ばず、占有は認めない。このような犁事例の扱いは、車を白線で区画された公開の駐車場所に置き、それに続いて数年の世界旅行に出かけるという今までの見解によっても占有を失うという対応事例との比較からも示されるとし、客体に対する事実的支配は直接的に、身体的所持により、あるいは少なくとも間接的に、閉鎖された影響範囲の設立により又は外的な防護措置により社会的に明白に帰属する者のみであるという前提からも問題にならず、現実の事物支配関係と同置されるべき見かけ上の関係を選択する基準が欠けるという点でもそうだとするのである。⁽⁵⁸⁾

以上のようなシュアーホーフの見解も、占有概念を規範的・社会的観点から構成することにより、支配的な事実説の問題点を克服して占有概念の適用領域の類型化を一貫して可能とすることができることを示す例となろう。しかしながら、シュアーホーフの構成には疑問点も指摘できる。まず、彼が最終的に占有の判断を行うのは利益衡量によるとして、いることが問題になる。確かに、利益衡量論自体は法解釈において一般的に使われる手法ではあるが、シュアーホーフは包括的な利益衡量に基づくと述べるのみで、どのような基準に基づいて利益衡量が行われるべきかについて明確にしていない。⁽⁵⁹⁾ そもそも利益衡量においては通常法で保護される利益が衝突するような場合に法的決定によって最終判断が行われるのであるが、占有を法益と構成するか否かは別にして、規範的社会的観点ではすでに社会的次元で一定の状態が占有と評価された法的保護の対象となるのであるから、それ以前に何らかの法的利益の衝突があると見るのは無理があり、すでに社会的に決定されていると見るべきであろう。

このようにシュアーホーフが利益衡量論を基礎に置くことも関係するのが、占有判断の衡量にあたって、事実的要素、特に外観を重要視することが問題を提起する。すなわち、領域の外では、保護の措置が施されているかなどの外部的現象形態に着目されており、⁽⁶⁰⁾ そこから柵で囲まれているか、施錠されているかが占有の重要な基準となり、一般の見解には反して、畑に残された犁の事例や鍵のかけられていない自動車に対する占有が否定されるのである。しかしなが

ら、柵を設けているか否か、鍵をかけているか否かが占有の決定的基準となるとするのは、結論の妥当性の点です。問題があるが、解釈論的に社会的見解にその根拠を見いだすことができるかは疑問であろう。社会的見解を基準とするのは決してどう見えるかという外観が基準となるということではなく、支配下にあると見なされるかという社会的意味が決定的なのである。したがって、保護措置が施してあるか、施錠されているかなどの要素は誰かの支配の下にあるという社会的帰属の意味を判断する一つの要素ではあるが、それだけで占有が決定されるわけではないと考えるべきであろう。

(六) 以上検討したように、規範的社会的占有概念⁽⁶¹⁾は、事実説と比べると解釈論的基準としては理論的に一貫しており、領域毎の類型的な占有判断をある程度可能とするものであり、より説得力があると言えるであろう。ただし、このような規範的社会的方法に対しては、そこからあらゆる結論をひきだせるのであり、したがって不明確で、恣意的であるという批判が加えられている⁽⁶²⁾。しかしながら、事実説のように占有の基本性質を物理的影響力に求めることは、実際には貫徹できず、社会的見解も参照せざるをえないことは、すでに見てきたところであるが、このような方法論は、事実的なものと規範的なものを混在させ、方法論的に一貫しないだけでなく、いずれの観点を重視するかに関し不明確さを残しているのであって、規範的観点を一貫させるやり方に対し明確性の点で優位を主張できるものではない。確かに、ドイツにおける判例の立場のように社会的見解を援用するという次元にとどまっている場合には、不明確性の批判に甘んじなければならぬであろうが、一貫した規範的社会的観点からより明確な下位基準を展開できるかがこの考え方に對する評価の焦点となるべきである。

- (1) Redlob, Der zivilistische Besitz und der strafrechtliche Gewahrsam, ZStW 30 (1930), 213.
- (2) Redlob, a.o., S. 213f.

- (3) Redtslob, a.a.O., S. 214.
- (4) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 91.
- (5) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 347f.
- (6) Welzel, GA 1960, S. 264f.
- (7) Welzel, GA 1960, S. 265f.
- (8) Welzel, GA 1960, S. 267f.
- (9) Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 348.
- (10) ネルブーケによる「占有の基礎づけは、物が、そのときどきの社会的諸見解により尊重され、承認された、人を囲む空間的支配領域に入ると」を前提とする。Nöldeke, Die Begriffe des Gewahrsams und der Wegnahme beim Diebstahl, 1964, 37.
- (11) Nöldeke, a.a.O., S. 45.
- (12) Gössel, Über die Vollendung des Diebstahls, ZStW 85 (1973), 617ff.
- (13) Gössel, a.a.O., S. 622f.
- (14) Gössel, a.a.O., S. 623ff.
- (15) ギッセルによる「たゞえば、訴訟法の規定は、捜索を、捜索する者や捜索される者の性別を顧慮せずに一定の条件の下に許しつゝるが、男性の警察官による女性の捜索が許されないのは、女性の普遍的な人格権の侵害のみから導かれるとする。Gössel, a.a.O., S. 630.
- (16) Gössel, a.a.O., S. 628ff.
- (17) Gössel, a.a.O., S. 632ff.
- (18) Gössel, a.a.O., S. 634ff.
- (19) Werling, a.a.O., S. 235.
- (20) Schütherhoff, a.a.O., S. 184f.; Werling, a.a.O., S. 234.
- (21) Gössel, a.a.O., S. 643.
- (22) Schütherhoff, a.a.O., S. 185ff.
- (23) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 85f.
- (24) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 90.
- (25) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 91.

- (26) Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964, S. 46.
- (27) Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 5. Aufl., 1972, S. 16.
- (28) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 92.
- (29) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 92. ‘ユシドト一ツ’ Trappe, Einleitung; Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts, 1964, S. 25. ‘ヤシドト一ツ’。
- (30) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 92f. ‘ユシドト一ツ’ ‘ヨリノツ’ Trappe, aa.O., S. 23. ‘ヤシドト一ツ’。
- (31) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 93f.
- (32) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 96.
- (33) BGH LM Nr. 11 zu §242.
- (34) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 96ff.
- (35) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 100f.
- (36) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 102f.
- (37) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 103f.
- (38) Maurach, aa.O., S. 203; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 348; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, aa.O., §242, Rn. 28; Fischer, aa.O., § 242, Rn. 15.
- (39) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 140ff.
- (40) OLG Tübingen SJZ 1947, S. 556f.
- (41) BGH GA 1962, S. 77f.
- (42) OLG Köln VRS 14, S. 299f.
- (43) Bitner, Gewahrsamsbegriff, S. 105ff.
- (44) Schtieroﬀ, aa.O., S. 177ff.
- (45) Schtieroﬀ, aa.O., S. 180.
- (46) Werling, aa.O., S. 238ff.
- (47) Werling, aa.O., S. 208.
- (48) Werling, aa.O., S. 211ff.
- (49) 「文化規範」という用語に関しては、M・E・マイヤーがかつて主張した文化規範論（M.E.Mayer, Der Allgemeiner Teil des

deutschen Strafrechts, 1913, S. 44)との関係が問題となるが (Schütheroff, a.a.O., S. 180) 'ビットナーは、違法性一般の議論としてではなく、占有とどう個別的構成要件の一つの要素の判断基準という異なる文脈で使用しているのだから、用語上の適切さはともかく、ここでも議論する必要はないであろう。

- (50) Werling, a.a.O., S. 216ff.
- (51) Schütheroff, a.a.O., S. 194f., 199f.
- (52) Schütheroff, a.a.O., S. 201f.
- (53) Schütheroff, a.a.O., S. 203ff.
- (54) Schütheroff, a.a.O., S. 212ff.
- (55) Schütheroff, a.a.O., S. 214ff.
- (56) Schütheroff, a.a.O., S. 219ff.
- (57) Schütheroff, a.a.O., S. 223ff.
- (58) Schütheroff, a.a.O., S. 229ff.
- (59) Werling, a.a.O., S. 245ff.
- (60) Werling, a.a.O., S. 247f. ヴェアリンクは、社会的現象形態には所有権との混同の危険もあるとする。
- (61) 本文に挙げた以外にこれをサポートする者として、Scheffler, Anmerkung, JR 1996, S. 342f.; Schmitz, in: Joecks (Hrsg.) Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2012, §242, Rn. 55; Wessels/Hiltenkamp, Strafrecht, Besonder Teil 2, 34. Aufl., 2011, S. 37.
- (62) 規範的立場を批判するヴェアリンクは、占有を純粹に空間的現象ととらえ、占有の保護機能と平穩機能に着目して、地理的・空間的要素から成る地理的占有と一身の「身体的・空間的要素から成る一身の占有」という類型化から判例・通説とは必ずしも一致しない結論を引き出している (Werling, a.a.O., S. 234ff.) が、空間的・領域的観点のみによつては、刑法上の占有の存否の判断は困難である。
- (23) Hoyer, SK StGB, 6. Aufl., 1999, §242, Rn. 31; Kargl, Gewahrsamsbegriff und elektronische Warensicherung, JuS 1996, S. 974; Werling, a.a.O., S. 205f.

四 結 語

以上において検討した事実説の問題性は、我が国において一般的な、事実的支配を概念内容としながら実際は社会通念に依拠する占有論に当てはまるのであり、他方で、規範的社会的観点から占有を社会的規則による社会的帰属ととらえる考え方の説得性は我が国の刑法解釈においても妥当すると考えられる。このような視点からの占有概念を今少し展開してみたい。

一般的見解が占有を「事実」としてとらえようとしてきたのは、占有が前法的な社会的領域の問題であることを示していると思われる。この点でカールの以下のような説明が示唆的である。保護された生活領域を認識できるのは、物理的な対象性においてではなく、その侵害が情緒的反応を呼び起こし、争い、不和とりわけ暴力行為を発生させるといふ点においてであるが、このようなことを阻止するため、社会的慣習が昔から人の周りに平穩領域を設けてきたのである。これは、無権限者をも保護し、かくていずれにせよ共同体には有害な自力救済を排除するものである。このようにして、事実的な平穩状態を法を志向した平穩状態に移行させたいと思う者は、正当化を強いられ、逆に物に対する処分力を基礎づけた者を権限の外観が保護しており、このような外観の権限に人はまず第一に、自らその衣服とその他身につけている物によって与っているのである。しかし、これは支配関係の強さのためではなく、社会的見解において自力救済の回避のために基礎づけられている、使用関係の一応立証された証拠 (*prima-facie-Beweis*) のためなのであり、住居、家あるいは車両の中のすべての物も平穩状態によって包括されるのである。その際一般的な確信によると社会的支配領域への侵入が同時に事実的な平穩状態の危殆化を意味するであろうというだけで十分である。占有領域が衝突する場合には、社会的帰属ととって、使用権限の外観が決定的であり、物に対する請求権に関しあらかじめ論証的な履行を行う必要がない者はこのような外観を有しているが、逆に衝突事例で最初に正当化の圧力の下にある者はこのような

外観を有しない。決定的なのは、暴力的な紛争回避のために権限の外観で十分とする事実的な平穩状態なのである。^①

カーグルが述べるように、占有とは、前法的な、つまり法による紛争解決前の暫定的な平穩状態であり、その意味で事実的なものであって、決して物理的支配のことではない。刑法上占有侵害が処罰されているのは、慣習により保護されてきたそのような暫定的な平穩状態を刑法的にも保護を与えようとするものである。したがって、カーグルが権限の外観が決定的だとしているのも、この外観とは外からどう見えるかという見かけを言うのではなく、社会に対し正当化の負担を負うかという問題なのであるから、社会的に一定の者の支配下にあるとみなされるべきかという社会的意味の次元における、慣習つまり社会的規範により形成された人と物との関係を指していると考えるべきである。そこから、たとえ物理的に支配する関係がなくても、人と物との間に支配者だと社会的に推定される接觸関係があれば、占有は肯定されるのである。このように、占有は、客観的に判断されるのであるから、占有の要件として一般的に要求されている意思についても、確かに社会的に占有関係が成立したり、解消する際には占有者の意思が介在する場合がありますが、占有の要件ではないのである。

このような占有概念を基礎におくと、社会的領域の類型化による占有判断にも一定の解明が得られる。ピットナーなどにならって、^②三つの領域を区別できる。第一は、直接的占有の場合、すなわち、人の身体的領域、つまり物を現に手で把握している、身につけているあるいは携行している場合であり、目前で監視するような場合も含まれる。ここでは社会的に領域の支配者に物が帰属されるべきだとする強い推定がはたらくであろう。しかし、占有が肯定されるのは、物理的な影響力を行使しているからではなく、社会的規範により人の親密領域として他者の支配が排除されるからである。したがって、試着事例が示すように現実には手で把握しているだけで常に占有が肯定されるわけではない。

第二は、一般的に支配された領域の場合、つまり建造物や柵などで限界づけられた領域であり、社会的に見ると、そこにあるすべての物は、永続的な監視の下になくても、社会的意味での領域支配に基づいて、原則として領域の支配

者、つまり所有者・管理者に属する。ただし、例外的に、他人の家を訪問する者が携行した物に関しては（より密接な領域）、占有は失われない。また、さらにビットナーにしたがつて、この一般的な支配領域は住居や倉庫などの私的領域と店舗、飲食店、役所などの公衆が自由に立ち入れる領域に区分することができ、これはその領域で他者が失ったり、忘れた物に関し違いが生ずる。私的領域に忘れられた物は、直ちに、領域の支配者に占有は移行するが、開放された場所では、物を失ったり、忘れた場合には、直ちにとつて返すような場合は別として、元の占有者との社会的接触はもちろん、他の特定の者との社会的接触も断たれてしまうのであり、誰の占有にも属さなくなるのである。⁽⁵⁾

第三に、帰属領域の外部、つまり物が一般的に誰かに属しているという支配領域性が存在しない場所、たとえば公道、広場、柵がない畑、限界づけられていない水面・水中などに存在する物に関しては、一般的に誰に属するか答えることはできない。ただし、街灯や、公園ベンチなど管理者が社会的に明白な場合には、一定の者との社会的接触は保たれており、占有を肯定できる。公道に駐車された自動車や自転車も、社会的接触は依然として保たれている例として、占有を肯定できる。畑に置かれた犁というドイツにおける古典的事例に関しても、犁と農夫という社会的関係から占有が肯定される。このような場所に忘れられた物については、所有者がなお、所在場所を記憶し、直ちに回復する可能性がある限り、例外的に社会的接触がなお存続しているとすることができよう。⁽⁸⁾

更なる事例分析は別の機会に譲るが、ここで社会的規範による社会的帰属という観点から占有を把握することが事案への適用に関しても、一定程度役に立つことを明らかに出来たであろう。

(1) Kargl, *Gewahrsamsbegriff und elektronische Warensicherung*, Jus 1996, S. 974f. ただし、カールは、社会生活上の観念を事実的概念として「*juristische Tatsachen*」としている。

(2) 前章三三頁以下、Schmitz, a.a.O., §242, Rn. 48ff.

- (3) 大判大一五・一〇・八刑集五・四四〇。
- (4) 東京高判昭三一・五・二九東高判時報七・六・二二二。
- (5) 東京高判平三・四・一判時一四〇〇・一二八。
- (6) 大判昭元・一二・二五刑集五・六〇三。
- (7) 福岡高判昭三〇・四・二五高刑集八・三・四一八。
- (8) 最判昭三二・一一・八刑集一一・一二・三〇六一、最決平一六・八・二五刑集五八・六・五一五。