

# 不法領得の意思について

杉山 博亮



## 第1 本稿の目的と結論

窃盗罪をはじめとする奪取罪において、故意とは異なる主観的構成要件要素として「不法領得の意思」が必要か否か、必要であるとすればその内容はどのようなものか、が古くから議論されてきた。財産犯論における古典的な論点の1つと言える。本稿では、すでに言い尽くされた感もあるこの古典的な論点について、これまでの議論の大要を整理するとともに、これまでの議論とはやや異なった観点から、私見を提示したい。

最初に私見を述べれば、「不法領得の意思」をめぐっては、これを不要とする見解も有力に主張されてきたところであるが、使用窃盗の不可罰性の基礎づけや、窃盗罪と毀棄罪との処罰範囲の決定、毀棄罪が窃盗罪等の奪取罪に比べて法定刑が軽く設定されていることの論拠などに関連して、判例・通説と同様に、奪取罪の主観的構成要件要素として「不法領得の意思」は必要であると考えられる。もっとも、その内容としては、判例・通説とは異なり、「取得した財物の占有を自己または第三者の利益とする意思」と解すべきことを主張する。

なお、不法領得の意思は、奪取罪のみならず横領罪においても議論されるところであるが、横領罪における不法領得の意思の要否・内容の問題については、本稿では対象外とする。

## 第2 判例と学説

### (1) 判例の立場

窃盗罪を規定する刑法235条、不動産侵奪罪を規定する同235条の2、強盗罪を規定する同236条1項、詐欺罪を規定する同246条1項、恐喝罪を規定する同249条1項、いずれの条文にも「不法領得の意思をもって」等の文言はない。

それにもかかわらず、判例は、古くから窃盗罪等の奪取罪の主観的構成要件要素として、構成要件の故意のほか「不正領得の意思」ないし「不法領得の意思」<sup>(1)(2)</sup>のあることが必要であるとしてきた（学説ではこれを「不法領得の意思」と呼ぶことが一般的であるので、以下では「不法領得の意思」で統一する）。

そして判例は「不法領得の意思」の内容については「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」をいうとしてきた。

この判例による「不法領得の意思」の定義は、「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様に……する意思」という前半部分（「権利者排除意思」と呼ばれる）と、「他人の物を……その経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」という後半部分（「利用処分意思」と呼ばれる）とに分析され、それぞれ異なった機能を担っているものと解されてきた。すなわち、主として窃盗罪におけるそれを念頭に置きながら、前者は「使用窃盗」と呼ばれる軽微な無断の一時使用行為を窃盗罪から除外する機能を持ち、後者は、窃盗罪と毀棄・隠匿罪との処罰範囲を分かち機能を有する、と解されてきたのである。

(1) 大審院大正4年5月21日刑録21輯663頁。

(2) 最高裁昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁。

## (2) 学説の状況

これに対し、学説は多岐に分かれている。第1に、判例を支持し、不法領得の意思を必要と解し、かつ、その内容についても判例と同様に解する見解がある（以下「第1説」と呼ぶ<sup>(1)</sup>）。この説が通説であると言われている。

第2に、判例と同様に不法領得の意思を必要と解しつつも、その内容については「権利者排除意思」のみを要求する見解がある（以下「第2説」と呼ぶ）。なお、この見解の論者は、不法領得の内容を「自ら所有権者として振舞う意

思」と表現するので「振る舞う意思説」と呼ばれることもある<sup>(2)</sup>。

第3に、不法領得の意思を必要としつつ、その内容については第2説とは逆に「利用処分意思」のみを要求する見解がある（以下「第3説」と呼ぶ<sup>(3)</sup>）。

第4に、不法領得の意思を不要とする見解がある（以下「第4説」または「不要説」と呼ぶ<sup>(4)</sup>）。

上述のとおり、判例（第1説）が採用する「不法領得の意思」の定義のうち、前半部分（＝権利者排除意思）が使用窃盗の不可罰性を基礎づける機能を有し、後半部分（＝利用処分意思）が窃盗罪と毀棄罪とを区別する機能を有するとするならば、そのいずれか一方または双方を不要とする第2説ないし第4説にあっては、このような問題についてどのように対処しているのか、ということが問題となる。

つまり、結論自体からして判例とは異なるものを採用し、これを妥当であると主張しているのか。それとも、結論は判例と異なるところはないが、不法領得の意思以外の理論構成によっても同じ結論を得ることができると主張しているのか、である。

もし、結論自体からして異なるのであれば、まずはいずれの結論が妥当であるかという「結論の当否」の議論をしなければならない。これに対し、結論は同じで理論構成で争われているのであれば「理論構成の巧拙」を論ずべきことになる。

そこで、以下では「使用窃盗の不可罰性」の問題と「毀棄罪との区別」の問題とに分けて、学説による議論の状況、判例の状況を概観したうえで、それぞれについての私見を述べる。

(1) 第1説に立つものとして、藤木英雄『刑法講義各論』（初版、昭和51年）280頁、大谷實『刑法各論講義』（新版第2版、2007年）186頁以下、中森喜彦『刑法各論』（第3版、2011年）100頁以下、西田典之『刑法各論』（第5版、平成22年）155頁以下、林幹人『刑

- 法各論』（第2版、2007年）190頁以下、山中敬一『刑法各論』（第2版、2009年）254～5頁、山口厚『刑法各論』（第2版、平成22年）197頁以下、松宮孝明『刑法各論講義』（第3版、2012年）205頁以下など。
- （2） 第2説に立つものとして、小野清一郎『刑法講義各論』（昭和3年）231頁、団藤重光『刑法綱要各論』（第3版、1996年）563頁、福田平『全訂刑法各論』（第3版、平成8年）230頁以下など。
- （3） 第3説に立つものとして、江家義男『刑法概論（各論）』（初版、昭和31年）217頁、平野龍一『刑法概説』（初版、1997年）207頁、中山研一『刑法各論』（初版、昭和59年）217頁以下、岡野光雄『刑法要説各論』（第5版、2009年）107頁、前田雅英『刑法各論講義』（第4版、2008年）193頁以下、伊東研祐『刑法各論講義』（第1版、2011年）146～7頁、高橋則夫『刑法各論』（初版、2011年）215頁、安里全勝「不法領得の意思」『現代刑事法』（No. 12、2000年4月）34～9頁など。
- （4） 第4説に立つものとして、植松正『再訂刑法概論Ⅱ各論』（昭和54年）367頁、大塚仁『刑法概説（各論）』（第3版、1996年）197頁、内田文昭『刑法各論上』（初版、昭和54年）255頁、平川宗信『刑法各論』（初版、1995年）347頁、曾根威彦『刑法各論』（第3版補正版、平成15年）123頁以下、佐久間修『刑法各論』（第2版、平成24年）187頁以下、齊藤信宰『刑法講義〔各論〕』（第3版、2000年）202頁、日高義博『刑法各論講義ノート』（第4版、2013年）94～5頁など。

### 第3 使用窃盗の不可罰性

#### （1） 使用窃盗の処罰の要否

使用窃盗とは、単に一時使用のために他人の財物を無断で自己の占有に移す行為であり、他人の消しゴムやサンダルを無断で一時借用してから返還しておく行為などが典型例である。

第1説および第2説の論者は、このような使用窃盗は、行為者に「権利者排除意思」がないため、窃盗罪として処罰されない、と説明する。

他方、第3説（利用処分意思説）や第4説（不要説）の論者が、上記のような典型的な使用窃盗まで可罰的と考えるかということ、そうではない。多くは、

そのような典型的な使用窃盗は、やはり処罰には値しないと解している。ただ、そのための理論構成が異なる。不処罰の理由を「権利者排除意思」の欠如に求めるのではなく、他の理由に求めるべきであると主張する。そのうちで現在最も有力な主張は、不処罰の理由を「可罰的違法性の欠如」に求めるものであろう。そのうえで、その判断は、客観的要素によって可能だと主張するのである。

例えば「古くから使用窃盗が窃盗罪にならないとされてきたのは、無視してもよいような軽微な損害しか生じない例ばかりを想定していたからのことにほかならない。そのような軽微な損害しか存在しない場合には、処罰に値するだけの違法性を欠くものとして、いわゆる可罰的違法性論により、例外的に犯罪の成立を否定すれば足りる」と説明されたり<sup>(1)</sup>、「窃盗と不可罰の使用窃盗との区別も、財物の性質・価値、財物の価値の消費の程度、占有侵害の時期・期間等を総合的に考察して、同様の基準（引用者注：窃盗罪で処罰する必要がある程度の財産取得ないし実質的な支配の設定があるか否か）によって判断されよう」などと説明されたりするのである。<sup>(2)(3)</sup>

したがって、少なくとも、上記のような典型的な使用窃盗をめぐる議論の限度では、判例・通説とこれに反対する説との対立は、その理論構成にとどまることになる。もっとも、現実のケースで問題となるのは、消しゴムやサンダルではなく、次の「判例の推移」で見るように「自転車」や「自動車」の無断使用であり、さらには情報の盗み取りを目的とした書類など「記録媒体」の無断使用である。

(1) 植松・前掲書370頁。

(2) 平川・前掲書348頁。

(3) なお、大塚・前掲書201頁は「たとえば、他人の机上にあったナイフを無断で借用して鉛筆を削るとか、広場の隅に置いてあった他人の自転車に勝手に乗って、その広場を一

周するなどの行為は（中略）まだ財物の占有を取得したものとはいえないから、可罰的な窃取行為にはあたらない」と説明する。確かに、ナイフの事例の場合は、いまだ占有を取得していないと説明することも不可能ではないかもしれない。しかし、自転車の事例では、たとえ広場の中であっても占有は取得されているというべきではないか。仮に、これを行為者に返還の意思のない通常の窃盗の事例と考えた場合、広場から外にでなくてもすでに既遂になっていると思われ、そうである以上、使用窃盗の事例でも、すでに占有の移転は生じていると解されるからである。

## （２）判例の推移

次に、判例の推移を見る。

### ① 大審院大正9年判決

大審院大正9年2月4日判決（刑録26輯26頁）は、被告人が他人の所有する自転車を無断使用し、その一部を破壊したうえで乗り捨てたという事案に対するものであるが、第一審が窃盗罪の成立を認め、原審がこれを支持したのに対し、もし被告人が自己の所持に入れた際に「一時使用の意思」があるにとどまるのであれば、その後これを破壊したり乗り捨てたという事実があったとしても「不法領得の意思」があるということにはならない、と判断し、原判決には「理由不備の違法」があるとしてこれを破棄したものである。

この大正9年判決は、使用後に乗り捨てる意思（返還しない意思）を行為者が当初から有していたのか、それとも当初は一時使用の意思（返還する意思）だったものが、占有取得後に返還しない意思に変じたのか、を問題としている。つまり「返還する意思」があれば、「権利者排除意思」は否定される、と考えていたものと理解される。

### ② 最高裁昭和26年判決

最高裁昭和26年7月13日判決（刑集5巻8号1437頁）は、被告人らが、強盗傷人の犯行後、追跡され、一旦陸に上がって逃走したが、更に陸地から船で逃



走しようと企て、繫留してあった被害者所有の肥料船一艘に乗り込み、岸から約半丁位の海上まで漕ぎ出した、という事案に対するものであるが、同判決は「被告人等は右肥料船が対岸に着けば当然その場にこれを乗り捨てる意思であったことが認められる」と認定したうえで、不法領得の意思は「永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としない」とし、被告人らには「一時的にも該船の権利者を排除し終局的に自ら該船に対する完全な支配を取得して所有者と同様の実を挙げる意思」があったとして、不法領得の意思を肯定し、被告人らに肥料船に対する窃盗罪の成立を認めた。これも行為者に、その財物の占有を取得して利用した後に「乗り捨てる意思」つまり「返還しない意思」があったことから、「不法領得の意思」を認め、窃盗罪の成立を肯定したものと解される。

### ③ 京都地裁昭和51年判決

下級審判例であるが、京都地裁昭和51年12月17日判決（判時847号112頁）も、これらの判例と同趣旨の判断をしている。すなわち、同判決は、被告人が就寝中の一人住いの女性を姦淫しようと思立ったが、当時深夜で他に適当な交通機関もなかったことから、当日午前四時前ころ自分の住んでいるアパートと近くの被害者宅へ行き、同家のガレージ内にあった無施錠の2台の自転車のうち1台を無断で持ち出し、そこから約2キロメートル離れた犯行現場である家に赴き、その出入口に乗ってきた自転車を止めて犯行に及んだが、警察官に発見され逮捕されたという事案である。この事案において、被告人は以前から同種の犯行を重ねていたところ、同被害者宅のガレージ内にあった2台の無施錠の自転車のうちいずれか1台を無断で持ち出し、これに乗って犯行現場に出かけていたことが以前にもあり、いずれも犯行後直ちに自転車を元の場所に戻した後に帰宅していることや、被害者も自己所有の自転車を被告人が再三にわたり無断で持ち出していることに全く気付いていなかったこと、が認められた。そこで、これらの事実から、被告人は「自転車を無断で持ち出す際には、

右自転車を使用した後に元の場所に返還しようと考えていたものであつて、これを乗り捨てる意思はな（かった）」と裁判所は認定し、「被告人には不法領得の意思を認めることはできない」として自転車につき窃盗罪の成立を否定した。

これら①から③へ至る一連の判例の流れは、返還意思がある場合には、権利者排除意思が否定されて、「不法領得の意思」否定され、窃盗が否定される、という点では一貫していたと言える。

ところが、対象物が「自転車」ではなく、「自動車」になると、下級審判例も異なる判断を示しており、最高裁もこれに沿った判断を示している。

#### ④ 東京高裁昭和33年判決

東京高裁昭和33年3月4日判決（高刑11巻2号67頁）は、被告人が他人の自動車を午前7時から翌日の午後1時まで無断で持ち出し乗り回したが、被告人には使用後返還する意思があつたという事案に対するものであるが、同判決は、「たとい使用後返還する意思がある場合であつても、その使用がその財物の価値の消費を伴うときは、もはや単なる使用ではないこと勿論であり、また使用の時期や期間の如何によつては、権利者がその物を経済的用法に従つて利用することを妨げられるものであることを知りながら、権利者の意思を無視して敢えてこれを無断使用するような場合は仮令その使用期間が一時的であつたにせよ、権利者が自由にその物を利用できるという権利を完全に排除する意思があるものと認めるのが相当である」として、不法領得の意思を肯定し、窃盗罪の成立を認めた。

#### ⑤ 最高裁昭和43年決定

最高裁昭和43年9月17日決定（最高裁判所裁判集刑事168号691頁）は、盗品運搬のために他人の自動車を夜間使用し翌日には元の場所に戻しておくという

行為を繰り返していた事案に対するものであるが、行為者らに不法領得の意思を認めている。

⑥ 最高裁昭和55年決定

最高裁昭和55年10月33日決定（刑集34巻5号357頁）は、被告人が深夜、広島市内の給油所の駐車場から他人所有の普通乗用自動車を、数時間にわたって完全に自己の支配下に置く意図のもとに、所有者に無断で乗り出し、その後4時間余りの間、同市内を乗り廻していた、という事案に対するものであるが、同決定は「たとえ、使用後に、これを元の場所に戻しておくつもりであつたとしても、被告人には右自動車に対する不正領得の意思があつたというべきである」と判示している。

以上のように、④ないし⑥のような「自動車の無断使用」の事案では、「乗り捨ての意思」ではなく「後に返還する意思」があつた場合でも、不法領得の意思が否定されず、窃盗罪の成立が認められているのである。

⑦ 東京地裁昭和55年判決

東京地裁昭和55年2月14日判決（判例時報957号118頁）は、被告人がその勤務する会社の購読会員名簿をコピーした後直ちに返還する意思で、これを持ち出し、約2時間でコピーを了し元の場所に戻しておいたという事案に対するものであるが、裁判所は、同社における本件購読会員名簿の厳重な管理状況を検討したうえで、「本件購読会員名簿の経済的価値は、それに記載された内容自体にあるものというべく、この内容をコピーし、それを自社と競争関係に立つ会社に譲り渡す手段として、本件購読会員名簿を右認定事実の如き態様により利用することの意思は、権利者を排除し、右名簿を自己の所有物と同様にその経済的用法に従い利用する意思であつたものと認めるのが相当である」として、被告人につき不法領得の意思があつたことを肯定し、窃盗罪の成立を認め

ている。

⑧ 東京地裁昭和59年判決

東京地裁昭和59年6月28日判決（判例時報1126号6頁）は、製薬会社の代表取締役社長および社長顧問であった被告人らが、新薬製造承認申請に関する機密資料を保管する国立予防衛生研究所に勤務する技官と共謀し、同資料の管理者である室長の戸棚の中から資料ファイルをひそかに取り出させ、これを自社に持ち帰りコピーするなどし、約7時間後には同技官を通じてその資料を元の場所に返還しておいたという事案に対するものであるが、裁判所は、情報の化体された媒体の価値は、情報と媒体とを分離せず、それらが合体した全体について判定すべきであることを判示したうえで「本件ファイルの財物としての価値は、前示のように情報が化体されているところにあるとともに、権利者以外の者の利用が排除されていることにより維持されているのであるから、複写という方法によりこの情報を他の媒体に転記・化体して、この媒体を手許に残すことは、原媒体ともいべき本件ファイルそのものを窃かに権利者と共有し、ひいては自己の所有物とするのと同様の効果を挙げることができる。これは正に権利者でなければ許容されないことである。しかも、本件ファイルが権利者に返還されるとしても、同様のものが他に存在することにより、権利者の独占的・排他的利用は阻害され、本件ファイルの財物としての価値は大きく減耗するといわなければならない」とし、「本件窃盗は、判示にもあるように、本件ファイルを複写して、これに化体された情報を自らのものとし、前示のような効果を狙う意図と目的のために持ち出したものであるから、これは正に被告人らにおいて、権利者を排除し、本件ファイルを自己の所有物と同様にその経済的用法に従い利用又は処分する意思であつたと認められるのが相当である」として不法領得の意思を肯定し、「たとえ複写後すみやかに返還し、その間の権利者の利用を妨げない意思であり、かつ物理的損耗を何ら伴わないものであつても」不法領得の意思は否定されないとした。

### (3) 判例の分析

以上のとおり、当初の判例（上記①ないし③）では「返還する意思」がある場合には、権利者排除意思がなく、不法領得の意思が否定されるとして、窃盗罪の成立を否定していた。これは非常に解かりやすい理論構成であると言える。つまり、使用後に返還せず「乗り捨てる意思」であった場合、そもそも「捨てる」という行為が所有権者でなければ許されない行為である以上、そこに「権利者を排除し自ら所有権者として振る舞う意思」を見出すことができる。これに対し、返還を予定しているということは、一時的に借用するということであり、これは所有者としての意思ではない、と言えるからである。

ところが、自動車の無断使用の事案（上記④ないし⑥）になると、この点に変化が見られ、返還の意思があったとしても、権利者排除意思を肯定し、窃盗罪の成立を認めている。

例えば、上記④の判例は「その使用がその財物の価値の消費を伴うときは、もはや単なる使用ではない」と言い、さらに「また使用の時期や期間の如何によつては、権利者がその物を経済的用法に従つて利用することを妨げられる」とし、「権利者の意思を無視して敢えてこれを無断使用するような場合は……権利者が自由にその物を利用できるという権利を完全に排除する意思がある」などとして、権利者排除意思を肯定し、窃盗罪の成立を認めている。

たしかに、財物の使用によってその財物の価値が無視しえない程度に損なわれるときは、それを「単なる使用」と言うことはできないであろう。返還前と返還後とで、その財物に生じた損耗は、社会生活上無視し得る程度にとどまる必要はある。消しゴムを借りれば、そこに損耗は生じるが、その程度はほとんど無視してよい。使用後に大きく価値が損なわれるのであれば、そのような使用は「捨てる」行為と同様に、所有権者でなければ許されないものである。そこで、そのような損耗が生じることを承知であえて使用する場合、そこには権利者排除意思ないし所有権者として振る舞う意思があると言ってよいだろう。

また、「返還する意思」と言っても、「いつ返還する意思」なのかによっては、むしろ権利者を排除する意思であると評価されることもあろう。客体にもよるであろうが、おそらく数時間あるいは数日が限度であり、数か月にも及んで権利者の利用を妨げ自ら使用する意思であれば、使用の後に返還するつもりであったとしても、そこには権利者排除意思が認められる、と考えられる。

それゆえ、上記④判例が言っているこの2点は、一般論としては首肯し得るものである。しかし、実際の事案にこれがあてはまるかという点、疑問がある。当該事案において、無断使用された自動車に社会生活上無視することのできない損耗が生じ、行為者がそれを当初から認識していたのか。そうではないだろう。そこに「自転車」の無断使用の場合との有意な違いを見出すことができるとは思われない。なお、燃料の費消について言えば、それが燃料自体について権利者排除意思となることはあれ、自動車全体の権利者排除意思と評価することはできないであろう。

また「いつ返還する意思」だったかについても、当該事案では、使用期間は約30時間である。無断使用が予定されていたその時間自体で、これを権利者排除意思とまで言えるのか。さらにその後の最高裁判例（⑤および⑥）では、いずれも数時間に留まっているが、それでも窃盗罪の成立を肯定している。

事ここに至ると、判例において、権利者排除意思は「判断ファクターとしての機能を果たさなくなってきた」との指摘が説得力をもつように思われ<sup>(1)</sup>る。つまり、権利者排除意思の有無で使用窃盗となるか否かを判断するという「枠組み」は、もはや形骸化し、実際には別のファクターによって可罰性の有無が判断されたうえで、その結果のみを無理やりこの「枠組み」に押し込んで結論を導き、あたかも従来の枠組みが現在でも維持されているかのように装っている、ということである。

そして、このような傾向は、機密情報の窃取として媒体の使用がなされる事案（⑦および⑧）では、より顕著にみられることとなる。この種の事案では、

媒体の物理的な損耗はほとんど考えられず、使用のために持ち出される時間も、場合によっては極めて短いものとなり得るからである。

- (1) 日高義博「自動車の一時使用と不法領得の意思」西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論（第6版）』62～3頁。なお、植松・前掲書372～3頁。

#### (4) 学説の対応

自動車の無断使用について、これを不可罰な使用窃盗とは認めず、窃盗罪の成立を認めるという判例の結論自体については、学説は、概ね肯定的に受け止めていると言えよう。

問題は、その理論構成である。権利者排除意思を不要とする第3説および第4説の論者は、可罰的違法性の理論によってその可罰性を説明する。

例えば、第4説に立つ植松博士は、次のように述べている。「高価な物の一時使用は、価格の低い物の永久的奪取よりも、かえってその物質的損耗から受ける被害も大きいし、かりに損耗の乏しい場合でも、重視すべきは、その行為により正当な権利者が利用を妨げられるということである。もし、それが他人の自動車を数日間無断で使用するような行為であったとしたら、それをもし領得の意志がないというような理由で、犯罪としないとするのが合理的と言えるであろうか。大規模な電子計算装置を初めとして、今日では、使用権のきわめて重視される物件が多くなってきていることをも思うべきである。使用窃盗をすべて犯罪にならないものとすることは時代錯誤である<sup>(1)</sup>」

高価品を無断使用し、返還時に物理的損耗がある場合には、それ自体、財産的被害は大きいから可罰的に違法となる。また、返還時に物理的損耗がない場合でも、無断使用されている期間は、他面で権利者の正当な利用が妨げられている。これも損害であり、高価品の場合は、短時間でもこの被害を見過ごすことはできない。それゆえ、やはり可罰的である。そして、これらの被害の量は、

客観的事実によって決まる。そこに「不法領得の意思」という主観的要素が入り込む余地はない。これが植松博士の言わんとするところと思われる。

これに対し、第2説に立つ団藤博士は、この問題を、やはり権利者排除意思の内部に結実させようとする。次のとおりである。「領得の意思については、財物の物質に着眼するべきか（物質説 Substanztheorie）、あるいはその価値に着眼するべきか（価値説 Sachwerttheorie）の争いがある。むしろその双方に着眼するべきで、目的物の物質そのものを領得する意思も、価値だけを領得する意思も、ともに領得の意思と認めるべきである。したがって、いわゆる使用窃盗のばあいにも、それが微小とはいえない程度の価値の消費を伴うような形態のものであれば、それはもはや単なる使用ではなく、したがって、そのような価値消費の意思があれば領得の意思があるものというべきで、窃盗罪の成立を肯定するべきである。自動車の長時間の無断借用などは、この見地から窃盗罪を構成するものとみとめるべきであろう<sup>(2)</sup>」

「微小とはいえない程度の価値の消費を伴う」場合には、たとえ物質的な損耗がなくても、単なる使用ではない。それゆえ、使用によってそのような価値を消費する意思は、もはや単なる使用の意思ではなく、権利者排除意思と認めることができる、というのが団藤博士の言わんとするところであろうと思われる。

ただ、これが例に挙げられている「自動車の長時間の無断借用」の事例にうまく適合するのには、疑問がある。自動車の無断借用の場合、仮に損耗が生じるとすれば、物質的なものであろう。そして問題は、物質的なものにせよ、それが自動車の使用によって社会生活上無視しえない程度に生じるかどうかである。

他方、価値的な損耗が問題となるのは、むしろ「機密情報が記載された書類」のようなものであろう。コピーされたとしても、その書類自体に物質的な損耗が生じるとは考えにくい。しかし、コピーされたことでその情報の価値が



低下し、これに伴ってその書類自体の価値が低下する、と構成する余地はあるからである。

いずれにしても、価値的な損耗を一種の「所有権者でなければできない処分」と評価することで「自動車の無断使用」等の事例に対処することには、限界があるように思われる。

第1説に立つ西田博士は、使用窃盗の不可罰性の根拠を「可罰的違法性の考え方」に求めながら、しかし、不法領得の意思の必要性は否定しえないとする。次のとおりである。「なぜなら、窃盗罪が状態犯である以上、無断一時使用の可罰性の判断も占有の奪取時になされる必要があり、したがって、自己の客観的利用の程度（権利者排除の程度）が可罰的違法性を有するかの判断も、占有奪取時の利用意思の内容として主観面で考慮するしかないからである<sup>(3)</sup>」

「窃取」とは、他人の占有する財物を、占有者の意思に基づかないで、その占有下から離脱させ、自己または第三者の占有下に入れることを言う。この過程が窃盗罪の構成要件の客観面をなしている。財物が行為者または第三者の占有下に入った時点（取得の時点）で、客観的要素はすべて充足され、窃盗罪は既遂となる。そうすると、この時点までの客観面（事実）に対応する主観面（認識）が、窃盗罪の構成要件の故意の内容をなす。つまり、その後、行為者による利用がいつまで継続したかとか、その後返還された時に客体が損耗していたかということは、窃盗罪の構成要件の外的問題であり、したがって、これに対する認識も故意の問題ではない。ところで、この可罰的違法か否かの判断を、客体が返還された時点で回顧的に判断するのではなく、奪取時に立って展望的に評価するのであれば、「いつ返還されたか」「返還時に客体が損耗していたか」という未だ発生していない客観的事実に基づいて評価するわけにはいかない。「いつ返還するつもりであったか」「損耗した客体を返還するつもりであったか」という主観的な意図によって判断するしかない。そうであれば、たとえ「可罰的違法性の考え方」によって使用窃盗の可罰・不可罰について決するに

しても、占有奪取後に客体をどうするつもりであったのか、という意味での超過的内心傾向を考慮しないわけにはいかず、やはり「不法領得の意思」を考えないわけにはいかない。これが西田博士の言わんとするところと思われる。

この点は、重要なところなので、次の設例を通じて、さらに掘り下げてみたい。

### 【設例 1】

Aが公園をブラブラ散歩していると、ベンチの脇に、格好のよい自転車が停められていた。Aは、最近、自転車の購入を考えており、ちょうどこんな自転車を買いたいと思い、ネットで調べてみたものと同じ型のものであった。その自転車は、近くでバドミントンをしていたXの所有物であったが、不用心にも鍵がかけられていなかった。次の場合にAに窃盗罪は成立するか。

- (1) Aは、乗り心地はどうだろうと思い、ちょっと公園内を一周するくらいなら問題はなかろうと思い、その自転車にまたがり、公園を一周して、元の場所に戻しておいた。
- (2) Aは「鍵もかけずに停めておくなんて、どうせ大事にしていないうちに違いない」と思い、それならばもらってしまおうと考えて、ペダルを踏んで走り始めた。ところが、ちょうど公園の反対側まで走ったところで、気づいたXが「泥棒だ！ だれかその自転車を止めて！」と叫んだため、公園から出る寸前で行人がAの乗っていた自転車を止めた。
- (3) Aは、乗り心地はどうだろうと思い、ちょっと公園内を一周するくらいなら問題はなかろうと思い、その自転車にまたがり、ペダルを踏んで走り始めた。ところが、ちょうど公園の反対側まで走ったところで、気づいたXが「泥棒だ！ だれかその自転車を止めて！」と叫んだため、Aの乗っていた自転車を行人が止めた。

【設例1】のうち、(1)は、Aに短時間のうちに返還する意思があり、実際にも短時間のうちに自転車を返還している事例であり、「使用窃盗」として不可罰とされる典型的な場合であろう。

逆に(2)は、「不法領得の意思」があるとされる場合で、窃盗罪の成立が認められよう。では、この場合、窃盗罪は既遂か未遂か。窃盗罪の既遂時期に関しては、財物を行為者または第三者の占有に移した時とみる取得説が判例・通説である。<sup>(4)</sup> もっとも取得の時期は「その犯行当時の具体的な事情によつて左右されるのであつて、犯行場所の状況、物品の大小、時間関係等各事案の実況によつて差異を来たす」とされる。<sup>(5)</sup> 自転車の場合、下級審判例であるが「玄関に錠を施して置いた他人の自転車を見てこれを盗み去ろうと思ひ右の錠を外して自転車を手に持ちその方向轉換をした」という時点で、自己の支配下への移転を認め、既遂としたものがある。これらの点から見れば、「公園の反対側」まで達している本件では、自転車はAの支配下に移ったものとして、既遂と認められよう。

では(3)はどうか。この場合のAは、主観的には(1)と同じ、客観的には(2)と同じである。客観面だけを見れば、窃盗既遂罪が認められる(2)の場合とまったく異ならない。(1)の場合であれば、すでに実際に自転車を元の場所に戻しているのも、その「客観的事実」を考慮して「可罰的違法性がない」と評価することが可能であるが、(3)の場合は、まだ自転車を元の場所にも戻していない。Aは乗っていた自転車を通行人に止められており、客観的にも(2)とまったく異ならない。そうなると、この場合に(2)と(3)を分けるものは、「Aがその後どうするつもりであったのか」という超過の内心傾向に求める以外にはない。その後間もなく自転車を元の場所に戻しておくつもりであったとしたら「使用窃盗」として不可罰となるし、そのまま公園を出て持ち帰ってしまうつもりであれば窃盗罪となるものと判断される。このように考えると「不法領得の意思の必要性は否定しえない」と述べられた西田博

士の指摘は、まさに正しいものと言わなければならない。つまり、使用窃盗の不可罰性を「可罰的違法性の考え方」を使って判断するにしても、財物取得時（あるいは実行着手時）の時点に立って展望的に判断する以上は、その時点での行為者の超過的内心傾向を判断の要素とせざるを得ないのである。

- (1) 植松・前掲書370頁。
- (2) 団藤・前掲書563頁。
- (3) 西田・前掲書158頁。
- (4) 最高裁昭和23年10月23日判決は「凡そ不法に領得する意思を以つて、事実上他人の支配内に存する物体を自己の支配内に移したときは、茲に窃盗罪は既遂の域に達するものであつて、必ずしも犯人が之を自由に処分し得べき安全なる位置にまで置くことを必要とするものではない」としている（最高裁判所刑事判例集2巻11号1396頁）。
- (5) 最高裁昭和31年6月19日決定（最高裁判所裁判集刑事113号779頁）

#### (5) 若干の理論的な問題

私見を述べる前に、若干の理論的な問題について整理しておきたい。1つは、窃盗罪（奪取罪）の保護法益をめぐる本権説か所持説（占有説）かという対立と、権利者排除意思の要否とは、理論的に関連するか、という問題。もう1つは、「不法領得の意思」の内容として権利者排除意思を要求する場合、それは違法要素であるか責任要素であるか、という問題である。

まず、窃盗罪の保護法益論と権利者排除意思との関連性であるが、古くは、窃盗罪の保護法益論において本権説を採れば、不法領得の意思（権利者排除意思）必要説となり、所持説（占有説）を採れば、不法領得の意思不要説となる、というように、両者は論理的に結び付いているものと見られていた。

窃盗罪の保護法益論において本権説を採り、不法領得の意思について第2説を主張される小野博士は、「此は盗罪の本質を以て所有権の侵害なりとする基本思想に出ずるものであつて沿革上根拠のある議論である」と説明している<sup>(1)</sup>。

同じく、本権説・第2説を採用する団藤博士も「窃盗罪・強盗罪の本質が所有権の侵害にある以上、その成立のためには、行為者に不法領得の意思（Zueignungsabsicht）があることを要すると解するのが、自然である」としたうえで、単なる窃取だけでは所有権そのものには影響はないが、「行為者の不法領得の意思は、主観的違法要素として、所有権そのものの侵害を構成要件要素にとりこむ働きを有する」とその理由を説明する<sup>(2)</sup>。

こうして戦前は、不法領得の意思（権利者排除意思）必要説と不要説の対立は、窃盗罪（奪取罪）の保護法益をめぐる本権説と所持説（占有説）との対立を反映するものと把握され、実際、そのような対立であった。判例も、本権説を採るとともに、不法領得の意思必要説を採っていた。

ところが、戦後に至り、まず詐欺罪・恐喝罪をはじめとして所持説（占有説）を基礎とした判例が現れ始め、その後、昭和35年に至ると窃盗罪の事案においても、所持説（占有説）の論理によって窃盗罪の成立を認める判例が現れるに至った<sup>(3)</sup>。しかし、不法領得の意思に関しては、判例は依然としてこれを必要と解し、しかも従前の定義を堅持していた。

このような判例の立場に対しては、所持説（占有説）に移行した判例が依然として本権説時代の第1説を維持するのは疑問である、との指摘もある<sup>(4)</sup>。これはあくまで権利者排除意思は本権説との間に論理的なつながりがあるから、本権説を採るのであれば「不法領得の意思」として権利者排除意思を必要とする第1説や第2説を採用することはできるが、所持説（占有説）を採用するのであれば、これはできない、との主張である<sup>(5)</sup>。

しかしその一方で、学説の中にも、窃盗罪（奪取罪）の保護法益をめぐる議論と不法領得の意思（権利者排除意思）の要否の議論とは、論理的な関連性がないとする理解も広がりつつある<sup>(6)</sup>。

例えば、西田博士は、自らは本権説を採り、かつ、第1説を採用するものであるが、両者の結びつきに論理的必然性はないとして、次のように説明する。

「なぜなら、まず第1に本権説をとっても、占有侵害があれば当該財物の使用、収益、処分という本権の機能は害されるのであるから、その外に所有権侵害の意思を要求する必要はないといってよい。また、占有説に立つとしても、占有侵害のいかなる範囲を窃盗罪で処罰するかは別個の問題となりうるものであり、この意味で不法領得の意思の要否・内容を検討することが必要になるからである」と説明する<sup>(7)</sup>。

まさに、西田博士の言われるとおりであろう。所有権は、民法によれば「自由にその所有物の使用、収益及び処分をする権利」であるが（民法206条）、占有が奪われれば、所有権者はその使用・収益・処分という所有権の機能を楽しむことができなくなり、害される。他方、たしかに、所有権者は、その所有物を盗まれてもその所有権を失うことはない。この意味で観念的な所有権それ自体は、所有権者から奪われてはいない。しかし、この法律関係は、窃盗犯人が権利者排除意思すなわち「自ら所有権者として振る舞う意思」あるいは「権利者を排除して他人の物を自己の所有物とする意思」を有していたとしても、変わらない。所有権は依然として元の所有権者にある。窃盗犯人が所有権を取得することはない。窃盗犯人がその財物を捨てても、所有権者の所有権は失われえない。無主物とはならない。しかし、だれがするにせよ、その物が破壊されれば、所有権は消滅する。つまり、所有権の機能は、その財物の占有が奪われた時点で害されるし、観念的な所有権自体は、権利排除意思の有無にかかわらず移転しないし、所有権の消滅もこれとは関係がない。よって、本権説と権利者排除意思必要説（第1説・第2説）とは論理的な関連性はないというべきである。

次に、権利者排除意思を必要とする立場に立った場合、この意思は「主観的違法要素」であるか「主観的責任要素」であるか。

まず、この意思の存在によって初めて所有権自体に対する侵害が可能になると解する立場（本権説とこの意思の必要性を結び付ける立場）に立てば、この意思の存在はまさに法益侵害性に影響するものであるから主観的違法要素とな

る。

また「可罰的違法性」の有無を判断するために、予期されている権利者排除の程度（可罰的な程度の利用妨害か）を判断する要素として権利者排除意思を考慮する場合も、事はまさに「可罰的違法性」に関わる以上、やはり主観的違法要素と位置づけられることになる<sup>(8)</sup>。

つまり、いずれにしても、権利者排除意思を「不法領得の意思」として必要とする第1説および第2説では、これは主観的違法要素と位置づけられることになる。

- (1) 小野・前掲書232頁。
- (2) 団藤・前掲書562頁、564頁。
- (3) 最高裁昭和35年4月26日判決（刑集14巻6号748頁）
- (4) 岡野・前掲書107頁。
- (5) 大谷・前掲書も「本権説は、奪取罪の主観的要件は単なる占有侵害の認識を内容とする故意のほか、本権の侵害をも認識する不法領得の意思を必要とするのに対し、占有説は、単に財物の占有を認識して行為すれば足りると解するので、イ説（引用者注：本稿の第1説）およびロ説（本稿の第2説）とは本権説と馴染み、不要説は占有説に馴染む。これに対し、ハ説（本稿の第3説）は、領得罪と毀棄・隠匿罪との区別に関するもので……本権説、占有説の対立とは直接関係がないといえよう」と説明している。
- (6) このような理解を示すものとして、平野・前掲書206頁、中森・前掲書100頁、中山・前掲書218頁、西田・前掲書155頁、林・前掲書194頁、山中・前掲書252～3頁、高橋・前掲書213～4頁など。
- (7) 西田・前掲書155頁。
- (8) 西田・前掲書158頁。山口・前掲書200頁。中森・前掲書102頁。

## (6) 私見

冒頭で表明したとおり、私自身は、奪取罪の主観的構成要件要素として「不法領得の意思」を必要とする考え方を採っている。ただ、その内容は「取得し

た占有を自己または第三者の利益とする意思」と解する。この考え方は、権利者排除意思を否定し、利用処分意思だけを要求する第3説に近い。これが私見の基本的な立ち位置である。

次に、使用窃盗に対してはどのように考えるか。基本的には、不処罰の場合の理由は「可罰的違法性の欠如」に求めるべきであると考ええる。そして、典型的な使用窃盗については、もちろん不処罰とすべきと考えるが、實際上問題となっている「自動車の無断使用」や「機密書類の一時的な持ち出し」などの事案については、多くの判例・学説がそう考えるのと同様に、基本的には可罰的であり、処罰すべきものと考ええる。つまり、その結論自体において、判例や通説の考え方に反旗を翻すものではない。

問題は、理論構成である。権利者排除意思を要求しない第3説や第4説の論者では、客観的要素だけで「可罰的違法性の有無」の判断が可能であるとする見解が多い。しかし、すでに【設例1】を通じて検討したとおり、客観的要素だけでは、処罰すべき(2)と処罰すべきでない(3)とを区別することはできない。つまり、客観的要素だけで、使用窃盗をめぐる「可罰的違法性の有無」を判断することは不可能である。そこで、ここでは、何らかの超過的内心傾向の検討が不可欠であると考ええる。

ここに至り、西田博士は「事後の客観的利用の程度(権利者排除の程度)が可罰的違法性を有するかの判断も、占有奪取時の利用意思の内容として主観面で考慮するしかない」として、主観的違法要素としての不法領得の意思の必要性を否定しえない、と結論付けたのであった。<sup>(1)</sup>

また、山口教授も、「可罰的な程度の利用妨害を『可罰的違法性』の見地から要求しつつも、それを行為時に繰り上げ、それに向けられた意思という形で犯罪成立要件とするほかはない。つまり、可罰的な程度に利用を妨害する意思としての排除意思によって、不可罰な一時使用と可罰的な窃盗罪とを画するほかはないのである」と述べている。<sup>(2)</sup>



このように「行為者が事後、財物をどのように利用するつもりであるか」ということは、裏を返せば「被害者が事後、どれだけ利用を妨害されるはずなのか」ということを意味するので、それは権利者排除意思の一種であるといつてよく、このいわば「利用妨害意思」の内容・程度によって、一時使用の可罰的違法性の有無を判断しようという発想である。

しかし、私の考え方はこれとは異なる。窃盗罪としての可罰性の有無は、権利者排除意思（利用妨害意思）によってではなく、「利用処分意思」の内容・程度によって判断すべきである、と考えるのである。従来「権利者排除意思」は使用窃盗の不可罰性を基礎づけるために機能し、「利用処分意思」は窃盗罪と毀棄罪とを区別するために機能する、と捉えられてきた。しかし私見は、そうではなく、窃盗罪としての処罰するに値する可罰的違法性があるか否かを判断するについても「利用処分意思」の内容・程度によって行うべきものとする。つまり、行為者がその財物の占有を取得することを通じて、どれだけ利益をそこから取得しようと考えていたのか（以下「利益取得意思」と称する）によって、可罰的違法性を判断するのである。

もっとも、誤解のないように言えば、私は、この利益取得意思だけで、窃盗罪としての可罰的違法性を判断しようというのではない。例えば、客体が何であるか、高価品であるか否かなどは、行為時の客観的事実として、可罰的違法性の判断要素には、もちろん入る。ただ、これに加え、主観的要素として、利用妨害意思ではなく、利益取得意思を用いる、ということである。

具体例を挙げよう。例えば、自動車の無断借用の場合、利用妨害意思を問題とする見解では、その予定されていた利用時間等により権利者の利用がどれだけ妨害されるはずだったのか、が問題とされる。これに対し、私見では、妨害の程度ではなく、この無断借用によって行為者がどれだけ利益を取得するつもりであったのかが問題とされる。同じ借用時間であれば、高価品を無断借用した時の方が、廉価品を無断借用した時よりも、行為者が行為時において取得

しようと意図していた利益は大きい。それゆえに、自転車よりも自動車の無断借用の方が窃盗罪が成立しやすくなる、と説明することになる。自動車の方が物質的損耗や権利者に対する利用妨害の程度が大きいことを理由とするのではない。また、機密資料の無断借用の場合でも、それによって機密資料が価値的に損耗することや権利者による利用妨害の程度が大きいことを理由とするのではなく、一時的な占有取得であれ、それによって行為者が取得することを意図していた利益が大きいことを理由として、窃盗罪としての可罰的違法性ありと評価するのである。

例えば、前出の【設例1】の場合であれば、(1)および(3)は、自転車の占有を取得することによってAが取得しようとした利益は、せいぜい公園を一周回るとい程度であり、極めて軽微である。それゆえ(1)および(3)は、いずれも「使用窃盗」として処罰されない。これに対し、(2)では、Aが取得しようとした利益はその自転車をその後も継続して利用しようというものであり、大きい。そこで、この場合は窃盗罪となると解するのである。では、両者の中間的な事例として、次の場合はどうか。

## 【設例2】

Bが公園をブラブラ散歩していると、ベンチの脇に自転車が停められていた。その自転車は、近くでバドミントンをしていたYの所有物であったが、不用心にも鍵がかけられていなかった。次の場合にBに窃盗罪は成立するか。

- (1) Bは、くたびれてしまったので、公園の反対側の通りにあるバス停からバスに乗って帰宅しようと考えていたが、この自転車を見てちょうどよいと思い、公園の反対側で乗り捨てつもりで借用し、公園の反対側に乗り捨て、バスで帰宅した。
- (2) Bは、くたびれてしまったので、この自転車を見てちょうどよいと思い、自宅の近くで乗り捨てつもりで借用し、自宅近くでこれを乗り捨

て、あとは徒歩で帰宅した。

この場合、いずれにしてもBには、元の場所に戻しておこうという意思はない。乗り捨ての場合には、乗り捨てた後も利用妨害が継続することになるので、利用妨害意思（権利者排除意思）で考えれば、いずれも窃盗罪ということになろうか。

これに対し、私見では結論が異なる。(1)の場合は、公園を横切っただけなので、これによってBが得た利益は相当に小さい。そこで、この場合は、窃盗罪は成立しない。もっとも、何らの犯罪も成立しないかという点、そうではなく、Yが自転車の所在を容易に発見できなかったというような現実の利用妨害がYに生じた場合には、器物損壊罪（刑法261条）が成立することになる。

他方(2)の場合は、公園から自宅までの距離にもよるが、Bの得た利益が社会生活上見過ごすことのできない程度である場合は、窃盗罪が成立することになる<sup>(3)</sup>。なお、自宅近くに自転車を乗り捨てたことについては、不可罰的事後行為（共罰的事後行為）となる。

以上のように、私見が利益取得意思を重視するのは、そこに窃盗罪等の奪取罪の本質があると解するからである。占有取得を通じた単なる財物の利用妨害だけであれば、それは器物損壊罪にとどまる。占有取得を通じて利益を得るところに、窃盗罪における当罰性の高さがある点と考える。もっとも、この点は、むしろ窃盗罪と毀棄罪との区別に関わる点なので、詳細は次項で述べることにする。

なお、利益取得意思を上記のように機能させる場合、その体系的な位置づけとしては主観的違法要素となる。

(1) 西田・前掲書158頁。なお「利用意思」という用語を「利用処分意思」の意味で用いる論者もあるが、文脈から見ても、西田博士は、ここではそのような意味ではなく、一般

的な用語として用いているものと思われる。西田博士は「利用処分意思」については、これを主観的責任要素と位置づけているが、この「利用意思」は、明確に主観的違法要素と述べられている。

(2) 山口・前掲書200頁。

(3) 安里・前掲39頁は、一時使用の目的で占有を奪取した場合につき「ごく軽微なものを除いては一般的には窃盗罪が成立するという結果になる。その理由は、一時的にせよ他人の物を使用して利得する意思があるからである」とする。また、平野・前掲書207頁は「使用窃盗も、所有権者が許容しないであろう程度の実質的な利用をする意思である場合には窃盗罪が成立することになる」と述べる。いずれも、私見と同様「利用意思」の内容によって使用窃盗の不可罰性が影響を受けるとするものであろう。

## 第4 窃盗罪と毀棄罪との区別

### (1) 窃取と毀棄・損壊の関係

窃盗罪（刑法235条）にいう「窃取」とは、他人の占有する財物をその占有者の意思に基づかないでその占有下から離脱させ、行為者または第三者の占有下に移すことを言う。

一方、公用文書等毀棄罪（258条）、私用文書等毀棄罪（259条）にいう「毀棄」や、建造物損壊罪（260条）、器物損壊罪（261条）にいう「損壊」がどのような概念かをめぐっては争いがある。「毀棄」も「損壊」も、実質的には同義であると解されているが、その意味については、文書や物の効用を害する一切の行為と解する説（効用侵害説）と文書や物の全部または一部を物質的に破壊・毀損し、その結果として物の効用を害することと解する説（物質的毀損説）とが対立している<sup>(1)</sup>。判例・通説は、効用侵害説を採っている<sup>(2)</sup>。

効用侵害説に立つ場合、「毀棄・損壊」は、文書や物を物質的に毀損する必要はないので、その物の利用を心理的に不可能にする行為や、その文書や物を隠匿する行為、その占有を喪失させる行為も「毀棄・隠匿」の概念に含まれることになる。問題は、占有を喪失させる場合である。他人が占有している財物

につき、その占有を失わせるとともに、行為者が占有を取得する場合には、「毀棄・隠匿」であるとともに「窃取」の概念にもあたることになってしまう。そこで、この場合は窃盗罪と毀棄罪のいずれが成立するのか、ということが問題となる。

この点「不法領得の意思」をめぐる第1説（判例・通説）や第3説（利用処分意思説）では、利用処分意思をもって財物の占有を移転した場合は窃盗罪であるが、このような意思ではなく、単なる毀棄・損壊の意思で財物の占有を移転した場合は毀棄罪である、とする。

これに対し、第2説や第4説では、財物の占有を移転した場合は、もはや毀棄罪ではなく、窃盗罪が成立するとする。

このように「窃盗罪と毀棄罪との区別」の問題においては、学説は、そのあるべき結論自体をめぐる真っ向から対立している。それゆえ、学説の対立状況は「使用窃盗」の場合とは大きく異なっている。ここではまずもって、いずれの結論が妥当か、あるいは合理的か、という点が議論の焦点となる。そして、必要説が妥当ということになれば、次いで、その内容が問題となる。

以下では、まず、この点についての判例の状況を概観し、次に学説の対立状況を見る。

- (1) 物質的毀損説に立つ者として、曾根・前掲書200頁など。
- (2) 大審院明治42年4月16日判決（大審院刑事判決録15輯452頁）。

## (2) 判例の状況

まず、判例の状況を概観する。

### ① 大審院大正4年判決

大審院大正4年5月21日判決（大審院刑事判決録21輯663頁）は、小学校の

教員であった被告人が同校の校長に対し含むところがあり、その管理する重要物件を紛失させてその過失責任を取らせようと企て、校長の管理する勅語奉置所から教育勅語等3点を取り出し、これを自己の受け持ち教室の天井裏に隠したという事案に対するものであるが、不法領得の意思に出たものでないとして窃盗罪の成立を否定した。

#### ② 大審院昭和9年判決

大審院昭和9年12月22日判決（大審院刑事判例集13巻1789頁）は、弁護士から恩顧を受けていた被告人が、同弁護士が競売事件の延期方法について苦慮していたことを見かね、競売を遅らせるために競売記録を競売場から持ち出すことを企て、その意図を隠して記録の閲覧を求め、競売場から競売記録を持ち出した、という事案に対するものであるが、単に競売事件の進行を妨害する意図の下に行われたものは、不法領得の意思の下に行われた行為ということとはできないとして、窃盗罪の成立を否定した。

#### ③ 仙台高裁昭和46年判決

仙台高裁昭和46年6月21日判決（高等裁判所刑事判例集24巻2号418頁）は、浜にあげていた自己所有の動力船について数年前から何回もいたずらをされていた被告人が、これらのいたずらをした者は被害者とその兄であると思ひこみ、その仕返しのため、被害者方の玄関土間から同人所有のロンバート・チェーンソー（動力のこぎり）1台を海中に投棄する目的で持ち出し、船で約150メートル沖合に出たうえ、これを水深約30メートルの海中に投棄した、との事案に対するものであるが、裁判所は「単純な毀滅または隠匿する意思にとどまる場合」は不法領得の意思を認めることはできないとして、窃盗罪の成立を認めた原審を破棄し、窃盗罪について無罪を言い渡した。

#### ④ 東京高裁昭和50年判決

東京高裁昭和50年11月28日判決（東京高等裁判所（刑事）判決時報26巻11号198頁）は、飲食店で飲酒し酩酊のうえ、食事をする店を探した被告人2名が、

なかなか見当らず、何となくもやもやしたようなすっきりしない気持で歩いているうち、たまたま軒下にインコの置いてあるのを発見し、そのインコにさわったりしているうちに、それを逃がせば、附近に人がおり、騒ぎにでもなれば気持がすっきりするかも知れないと思い、酔余いたずら半分でそれを逃がす目的で、同所から右インコを鳥籠と共に持ち出し、直ちに追跡されるや約90メートル離れた公園内に投げすてた、という事案に対するものであるが、この点につき「不法領得の意思」を否定し、窃盗罪ではなく器物損壊罪であると、その後の暴行・傷害について強盗致傷罪を認定した原判決を破棄した。

⑤ 東京地裁昭和62年判決

東京地裁昭和62年10月6日判決（判例時報1259号137頁、判例タイムズ658号237頁）は、被告人3名が被害者を殺害した後、同人の背広ポケットから現金を窃取したり同人の死体をダンボール箱に梱包したりしたが、その際、犯行が発覚しないように腐敗しない貴金属類を死体から剥がして死体とは別の場所に投棄することを決め、腕時計、指輪等を被害者の死体から剥がしてビニール袋に入れておいたが、死体の遺棄に気を取られていたためこれを捨て忘れ、2名はその投棄を1名に委ねたが、結局、その1名はこの腕時計等を保管しつづけ、その後質入れするなどしたという事案に対するものであるが、裁判所は、腕時計、指輪等に関しては「被告人らには、未必的にせよ腕時計等から生ずる何らかの効用を享受する意思があつたということとはできない」として不法領得の意思を否定し、窃盗の成立を否定した。

⑥ 最高裁平成16年決定

最高裁平成16年11月30日決定（最高裁判所刑事判例集58巻8号1005頁）は、金員に窮した被告人が、支払督促制度を悪用して叔父の財産を不正に差し押さえるなどして金員を得ようと企て、叔父に対して6000万円を超える内容虚偽の支払督促を申し立て、裁判所から叔父あてに発送される支払督促正本・仮執行宣言付支払督促正本については、叔父に督促異議申立ての機会を与えないた

め、共犯者が叔父を装って郵便配達員から受け取り、その後廃棄した、という事案に対するものであるが、「被告人は、前記のとおり、郵便配達員から正規の受送達者を装って債務者あての支払督促正本等を受領することにより、送達適式にされたものとして支払督促の効力を生じさせ、債務者から督促異議申立ての機会を奪ったまま支払督促の効力を確定させて、債務名義を取得して債務者の財産を差し押さえようとしたものであって、受領した支払督促正本等はそのまま廃棄する意図であった。このように、郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできない」として詐欺罪の成立を否定した。

以上のとおり、判例は一貫して「不法領得の意思」の内容として利用処分意思を要求しており、もっぱら毀棄・隠匿目的による窃取の場合には、窃盗罪（奪取罪）の成立を否定している。

#### ⑦ 最高裁昭和33年判決

最高裁昭和33年4月17日判決（最高裁判所刑事判例集12巻6号1079頁）は、被告人2名がA市議会議員選挙において候補者Bを当選させる目的をもって、小学校内の投票所から投票用紙50枚を窃取し、さらにBらと共謀して、Bを当選させる目的で、開票に際し、同候補の氏名を記載したA市議会議員投票用紙約40枚位を投票中に混入し投票を増加した、という事案に対するものであるが、被告人らは「投票用紙を恰も自己の所有物のごとくこれを同用紙として利用する意思であつたこと明らかである」として不法領得の意思を認め、窃盗罪の成立を肯定した。

この判例の事案は、厳密には「経済的用法に従って」と言えるか問題がある



う。「投票用紙として利用する意思があった」ことで「不法領得の意思」を認めている点は、利用処分意思の概念についても緩和の方向にあることが見て取れる。

⑧ 釧路地裁帯広支部平成14年判決

釧路地裁帯広支部平成14年3月18日判決（裁判所ウェブサイト）は、被告人が被害者らの居住するA方に侵入した後、下着類を持ち出した行為は窃盗にあたり、その犯行の発覚、逮捕を免れるために被害者ら3名を殺害または殺害しようとしたことは、全体として住居侵入、強盗殺人、強盗殺人未遂（事後強盗）にあたりと検察官が主張したのに対し、弁護人が被告人の下着類の持ち出しについては「不法領得の意思」がなく、したがって窃盗罪を構成しないから、その後の殺害行為等も強盗殺人および強盗殺人未遂と評価することはできないと主張した事案に対して裁判所が判断を下したものであるが、裁判所は「不法領得の意思は、その有無によって、窃盗罪などの領得罪と毀棄・隠匿罪とを区別するためのものであるから、『経済的用法に従った利用または処分』とは、単に、当該物の経済的価値に着目して当該物が本来想定されている利用方法や交換価値の実現のみをいうものではなく、例えば性的な興味から下着を持ち去る場合のように当該物自体から生じる何らかの効用を利用・享受することを指すものと解すべきであるが、毀棄、隠匿を目的とする場合のように当該物の占有が奪取された状態を利用・享受しようとするに止まる場合は、不法領得の意思が欠けるというべきである」と一般論を展開しつつ、事実判断として「被告人は、これら下着類を、（下着泥棒の犯行に見せかけ）それまでの同人の犯行を隠蔽する目的で持ち出したのであり、持ち出した下着類は、逃走後直ちに投棄することを意図しており、実際にA方から退出後直ちにこれら下着類を投棄したものであって、A方から下着類が奪取されたという状態を利用しようとしたものということができるが、これら下着類自体から生じる何らかの

効用を利用・享受する意思があったとは認められず、同人に不法領得の意思を認めることはできない」として下着類につき窃盗罪の成立を否定し、強盗殺人罪、強盗殺人未遂罪の成立を否定し、殺人罪、殺人未遂罪の成立を認めた。

いわゆる下着泥棒も、「経済的用法に従った利用・処分」を厳格に解する場合には「不法領得の意思」を認めることが難しい事例のひとつである。そこで、上記の判決のように利用処分意思を「単に、当該物の経済的価値に着目して当該物が本来想定されている利用方法や交換価値の実現のみをいうものではなく……当該物自体から生じる何らかの効用を利用・享受することを指す」等として緩和する傾向が、下級審判例に少なからずみられる（前記⑤東京地裁昭和62年判決など）。

犯行の発覚を防止するため、その物自体は廃棄する意図で持ち去った場合については「不法領得の意思」が否定される、というのが判例の傾向である。では逆に、犯行が発覚することで刑務所に入りたいという意図で持ち去った場合はどうか。下級審判例は、分かれている。

#### ⑨ 広島地裁昭和50年判決

広島地裁昭和50年6月24日判決（刑事裁判月報7巻6号692頁）は、多数の窃盗の前科をもつ被告人が、刑務所を出所後、郷里に帰って来たものの身寄りもなく、その所持金も殆ど遊びに使い果たしてしまっただ後、土工として働いてみたものの受刑中からの不眠症で体が弱っていたためにこれにも耐えられず、「これではしゃばにいても仕事にならるので、刑務所生活にはこりているものの逆戻りをするしか道はないので、何でもええ窃盗でもして刑務所に入れてもらおう」と決心するに至り、刑務所に入る用意のため商店街で下着、ズボン、日用品、洗面具を買い求め、何を盗んでやろうかと物色しながら所付近を徘徊するうち、鍵をかけていない自動車があったので、その中からステレオパツク

等を持ち出し、その足でそこから約100メートル以内の距離にある派出所に出頭して所轄警察署所属司法警察職員に自首するとともに、被害品を任意提出したという事案に対するものであるが、裁判所は、「被告人は刑務所で服役することを企図し、当初から窃盗犯人として自首するつもりで右所為に及んだのであり、そのため直ちに100メートル以内の近接した派出所に被害品を携えて出頭しこれを証拠品として任意提出したのであるから、経済的用法に従った利用又は処分の意思は全く認めることができない」等として、窃盗罪の成立を否定し、無罪を言い渡した。

⑩ 神戸地裁平成15年判決

神戸地裁平成15年10月9日判決（第一法規 D 1-Law.com 判例 ID 28095364）は、被告人がスリッパ、歯磨き粉等20点（販売価格合計1万4044円）を店舗から万引きしたという事案に対するものであるが、本件はすべて刑務所に入りたくて犯したものであるとの被告人の供述に基づき、弁護人が不法領得の意思を欠いていると主張したのに対して、裁判所は「ここにいう『経済的用法』とは、その物を本来予定されている用法どおりに用いることを指すものでは必ずしもなく、窃取した財物をその財物として利用する意思があれば不法領得の意思があるといわざるを得ない（投票用紙を窃取した事案にかかる最高裁判所昭和33年4月17日判決等参照）。また、財物奪取の方法がこれを永続的にしうるものであれば（換言すれば、財物を、その権利者による利用可能性を排して自己の所有物としてその経済的用法に従って実質的に利用または処分しうる可能性を設定すれば）、前記利用意思には継続性は要求されないと解される。そして、窃取行為により刑務所に入ろうとする場合、行為者は、まさに窃取品を自己の所有物のごとくこれを商品などの財物として自己の支配下におき、これを検挙まで権利者を排して継続する意思を有するのであるから、その意思は不法領得の意思であると言わなければならない。弁護人の主張やその引用する裁判例の判断は、経済的用法の意味をその文言にとらわれて狭く考えすぎ、また権利者

の（一時的）排除の意義についてその経済的用法の解釈に引きずられて継続性を求めすぎている感があって、首肯できない。……刑務所に入る目的で窃盗（万引き）をした場合には、不法領得の意思があるというべきである」と判示した。

もっとも、この判決はその一方で「被告人には、本件万引きの当初から、自暴自棄的に、刑務所に入ることになってもかまわないとの意思もあったと認められるが、一方では、当初から、捕まらなかったらそのまま店外に出る意思も有しつつ、欲しいと思った物、あるいは少なくともなんとなく欲しいと感じた物を次々と万引きしたという事実が優に認められ、被告人においてこれらを全く使ったり利用する意思なくただ検挙されて刑務所に行くためだけの目的で確保していったのではない」と事実認定しており、法律論につき「どのように解しても、被告人には不法領得の意思が認められる」とも述べている。

刑務所に入りたいという意図で財物を窃取した事例についても、これまでの判例の「不法領得の意思」の考え方を素直に適用すれば、⑨広島地裁昭和50年判決の結論が導かれよう。これに対し、⑩神戸地裁平成15年判決の法律論には問題があるように思われる。「窃取した財物をその財物として利用する意思があれば不法領得の意思がある」というのは、たしかに⑦最高裁昭和33年判決の示したところではあるが、被告人が犯行後直ちに逮捕されて刑務所に入りたいという意図である場合には、被告人にこのような意味での利用意思さえ存在するとは言えないであろう。つまり、利用意思の「継続性」以前に、その「存在」が問題である。事案に対する判断という意味ではともかく、法律論としては妥当とは思われない。

以上のとおり、判例は、一貫して利用処分意思を要求する立場をとっている。ただ、その内容については「経済的用法に従って利用または処分する意思」という概念が厳格に貫かれているわけではなく、一定程度緩和している。

実際には、いくつかの下級審判例に見られるとおり、「物自体から生じる何らかの効用を享受する意思」という基準が機能しているように思われる。

### (3) 学説の状況

以上のような判例に対し、学説はどのような対立状況にあるか。

#### [1] 利用処分意思の要否

まず、そもそも窃盗罪の成立に利用処分意思は必要ないと説く第2説・第4説の論者の主張を見てみよう。

第2説に立つ団藤博士は、次のように説明される。

「領得の意思とはその財物につきみずから所有者として振る舞う意思をいう。所有者ならば、物の経済的用法にしたがってこれを利用処分するのはもちろんのこと、単純に——その経済的用法にしたがうことなく——廃棄することもできる。かような意思があれば、やはり領得の意思があるといえる。したがって、利用した上で廃棄する場合はもちろんのこと、利用しないで単に放棄・破壊・隠匿するだけの意思で盗み出すのも、やはり領得の意思があるものといわねばならない<sup>(1)</sup>」

第4説に立つ植松博士は、次のように説明される。

「窃盗はいわゆる支配の移転をもってその本質的要素とするのであるから、ひとたび他人の占有を侵して財物を自己または第三者の占有に移す行為があれば、すでに窃盗は実行されたのであって、その後に至って、その財物を損壊したり廃棄したりしたところで、窃取行為のあったことは否定されるべきではない。初めから容器たる財布は捨ててしまう意志で、権利者を排除して現金在中の財布を自己の占有に移した以上、窃盗罪はひとり在中の現金に対してばかりでなく、財布についても成立する。占有を奪った直後に捨ててしまう意志で奪っても、窃盗になるのであって毀棄罪になるのではない。著者の見解では、

窃取と毀棄とを分かつのは、領得の意志というような主観的要素ではなく、占有の移転があるかないかの客観的行為態様である。しいて領得の意志のようなものを認めなくても、行為の客観的態様をとらえることによって、両罪の区別は立派に可能なのである。この見解によると、通説に比して、毀棄罪の成立する範囲が狭くなる反面において、窃盗罪の成立する場合が多くなる。それだけの相違はあるが、古い区別にこだわりさえしなければ、その区別は明快に行われる<sup>(2)</sup>」

次に、窃盗罪の成立には利用処分意思を必要とする第1説・第3説に立つ論者の主張を見てみよう。

第3説に立つ江家博士は、次のように説明される。

「(不法領得の意思を必要とする) 根拠は、窃盗罪の刑が毀棄罪の刑よりも重くなっている立法理由にこれを求めることができよう。おもうに、物の占有ということは、その物に対する事実上の支配を意味するのであって、物に対する支配は、その物を奪うという行為によって侵害されることはもちろんであるが、物を毀棄することによっても侵害されるのである。物自体が滅失すれば、その物に対する支配を失うことは明らかであろう。すなわち、窃取も毀棄も、物に対する支配(占有)を失わしめる点は同じなのである。しかも、被害者の立場からみるならば、盗まれた物はこれを回復し得る望みがあるけれども、毀された物は回復し得る望みがなく、したがって、毀棄罪の方が被害者の受ける打撃が大きいといわなければならない。それにもかかわらず、窃盗罪の刑が毀棄罪の刑よりも重いのはどういう理由によるのであるか。おそらく、これは、伝統的な道義感情から、窃盗罪の方が道義的非難の大なるものがある、と考えられているためであろう。だが、これを刑事政策的に考察するならば、窃盗罪においては、犯人が他人の物によって経済的利益を取得するということがあり、そして、そのことが社会に多くの窃盗罪を産み出しているということ、したがって、刑法は、その予防のため、重い刑を科しているということである<sup>(3)</sup>」

この江家博士の説明は、現在、第1説・第3説に立つ論者から多くの支持を集めている<sup>(4)</sup>。

- (1) 団藤・前掲書563頁。
- (2) 植松・前掲書368～9頁。
- (3) 江家・前掲書218～9頁。
- (4) 同様の説明をするものとして、中森・前掲書102頁、西田・前掲書115～6頁、山口・前掲書203頁、大谷・前掲書188頁、前田・前掲書199頁など。

## 〔2〕 利用処分意思の内容

次に、利用処分意思を必要とする立場にあつては、その内容はどのようなものが主張されているか。

第1に、原型とも言うべき「その物の経済的用法に従って利用または処分する意思」という概念がある。

第2に、これをやや緩和した「その物の用法に従って利用する意思」という概念も主張されている。「経済的」ということを強調すると、投票用紙を盗んだ場合などのように、その客体に「経済的」な用法を考えにくい場合に困難を生ずる。最高裁昭和33年判決は「投票用紙を……同用紙として利用する意思」があればよいとしたが、第2の概念は、このような場合をも取り込むことができるように配慮したものとと言える。「その物の経済的（本来的）用法に従って利用・処分する意思」という表現も同様のものを目指していると考えられる<sup>(2)</sup>。

第3に、さらにこれを緩和した「その物自体から生じる何らかの効用を利用・享受する意思」という概念も主張されている。前記⑤や⑧などの下級審判例に見られる概念である。学説上も「客体の効用を享受する意思」<sup>(3)</sup>、「その財物自体のもつ利益や効用を享受する意思」<sup>(4)</sup>、「財物から生ずる何らかの効用を享受する意思」<sup>(5)</sup>、「財物ないし物の利用（本来的用法が破壊・毀棄であれば、それを

も含む) から生じる何らかの効用を享受する意思<sup>(6)</sup>などと表現されている。

古くから窃盗罪となることが疑われていない下着泥棒のような類型も、「経済的用法」や「本来的用法」を厳密に解するならば、利用処分意思は否定され、窃盗罪にはならないこととなってしまう。その意味では第1の概念から第3の概念へと進む概念の緩和は、必然の流れと言えよう。

もっとも「ある事例を窃盗罪として処罰したいから概念を緩和する」というのは論理が逆で、奪取罪の成立にそれが必要であるならば、なぜそれが必要とされなければならないのかというその根拠をまず求め、その根拠からその概念も導かれなければならないというべきであろう。

- (1) 平野・前掲書206頁。
- (2) 前田・前掲書198頁。
- (3) 中森・前掲書101頁。
- (4) 西田・前掲書156頁。
- (5) 山口・前掲書202頁。
- (6) 伊東・前掲書147頁。

#### (4) 私見

本稿の冒頭で述べたとおり、私見は、奪取罪の成立には「不法領得の意思」が必要であり、その内容は「取得した財物の占有を自己または第三者の利益とする意思」をいうという見解である。学説の分類としては、利用処分意思を要求する第3説に立つ。

以下では、私がなぜ奪取罪の成立に利用処分意思が必要と考えるのか、そして、なぜその内容として「取得した財物の占有を自己または第三者の利益とする意思」という概念を主張するのか、について説明する。



## 〔1〕 利用処分意思を必要とする論拠

窃盗罪の主観的構成要件要素として利用処分意思を要求するか否かという問題は、結局のところ、財物の占有を奪う行為と財物の効用を侵害する行為とが交錯する領域の、どこまでを窃盗罪（奪取罪）として処罰し、どこまでを毀棄罪として処罰するかという切り分け（領域画定）の問題である。それは、法政策的判断であり、それゆえに、どちらが妥当かという「水掛け論」にも陥りがちである。

しかし、その法定刑を比べた場合に、器物損壊罪（3年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは科料）よりも窃盗罪（10年以下の懲役又は50万円以下の罰金）の方が相当に重い以上、その重いことの合理的な理由のある範囲に窃盗罪の成立を限定しなければ、私たちは行為者に対して過度の処罰をしてしまうことになる。

そうすると、結局、問題は、窃盗罪が器物損壊罪よりも相当に重く処罰されている理由は一体何か、ということに行きつかざるを得ない。

この点について、利用処分意思を不要とする第2説・第4説の論者であれば、その重罰の根拠は「物の支配を取得したこと」に求められると主張するであろう。すなわち「物の占有の取得」は「物の支配の取得」であり、「物の支配の取得」は、事実としての「使用、収益、処分の可能性の取得」と言える。このような可能性を取得すれば、行為者は、事実上、所有者と同様に、その物から利用利益を取得することも、またそれをせずに廃棄することも自由である。このような「物の支配＝物の利用可能性」の取得こそが、窃盗罪の特徴であり、これを取得した以上は、重罰の根拠がある、と第2説・第4説の論者であれば説明すると推測される。

これに対し、利用処分意思を必要とする第1説・第3説の論者であれば、このような「物の支配の取得」だけでは、いまだ重罰を科すに十分でない、と主張するであろう。これに加え、その取得が「その物による利益を求めて」行わ

れた場合に、初めて重罰に値すると説明するはずである。では、なぜ「その物による利益を求めて」行われた場合にだけ、重罰の理由があるというのか。

## 〔2〕 一般予防の必要性という論拠の是非

この点につき、現在、第1説や第3説の論者の中で比較的広い支持を受けているのが、江家博士による前出の「利欲犯」による説明である。

他人の物を壊したいという衝動に駆られる人は、必ずしも多くはない。しかし、他人の所有物をただで手に入れたいという欲望は、社会内に広く存在している。そのために、犯罪の中でも窃盗罪はその発生件数の多い犯罪である。窃盗罪をはじめとする奪取罪は、誘惑的なものである。そこで、これは強く禁圧する必要がある。しかし、元来が誘惑的なものである以上、その発生を防止するためには、より重い刑罰を設定しなければ、一般人を犯行から遠ざけることはできない。そこで一般予防の見地から窃盗罪等の奪取罪に対しては重罰を科すこととした。これが、ここで展開されている論理である。

そして、利用処分意思はこのような理由によりその責任を加重するものであるから、主観的責任要素であると説明する<sup>(1)(2)</sup>。

この論理は、多くの論者から支持を受けているだけあって、なかなか説得的である。しかし、私はこの論理を支持することはできない。

第1に、一般予防を理由として刑罰を重くすることはできないと考えるからである。量刑は、責任主義と予防を指導原理とする<sup>(3)</sup>。この量刑論の考え方は、法定刑を設定する際にも当然に働く。ところで、刑罰の効果である「予防」には、一般予防（威嚇予防）と特別予防とがあるとされるが、量刑にあたって考慮されるのは特別予防であって、一般予防（威嚇予防）を考慮して刑罰を重くすることに対しては批判が強い。これは結局のところ、行為者に対する処罰を「見せしめ」として社会統制の手段として利用しようというものにほかならず、このような個人の手段化は、憲法の保障する個人の尊厳に反すると考えら

れるからである。したがって、たとえ社会においてそのような犯罪が多発し、これを防止する必要性が高いとしても、これを理由として重罰化することは理論上許されないと考える。<sup>(4)</sup>

第2に、誘惑的であるから重い処罰に値する、というのは理屈が合わないと思う。当該犯罪が元来「誘惑的」であるならば、それはむしろ「人間の弱さ」に照らして「犯してしまいがちな犯罪」として、適法行為の期待可能性が典型的に低くなり、責任はむしろ軽くなると考えられるからである。そうなれば、刑罰も、むしろ軽くすべきであるというのが理屈ではないかと思われる。

したがって、私自身は、このような説明は支持することができない。

- (1) 大谷・前掲書188頁、西田・前掲書156頁、山口・前掲書203頁など。
- (2) なお、中森・前掲書102頁は「利用処分意思であることによって窃盗の成立が認められ、毀棄よりも重く処罰されるのは、行為者に対する個別的な非難可能性の大きさに以前に、そのような意思のある場合に行為が広く行われることを理由とする一般予防の必要性の大きさを表しているのであり、責任要素とするのは妥当でないであろう」とされる。
- (3) この「責任主義と予防」という考え方は、刑罰の正当化根拠を応報刑論と抑止刑論の両方で考える相対的応報刑論の考え方と言い換えることもできる。相対的応報刑論が応報刑の範囲内で抑止的効果を考慮するのと同様に、責任主義から導かれる責任刑の範囲内で刑事政策的配慮を機能させるという考え方である。
- (4) この点につき、城下裕二『量刑基準の研究』130頁。

### 〔3〕 2項犯罪との統一性

以上のとおり、私自身は、窃盗罪等の奪取罪に重罰を科すことにつき、「利欲犯であることによる一般予防の必要性の大きさ」という説明は支持できない。しかし、それでもなお「利用処分意思」は必要であると考えている。その理由は、ひと言で言えば、いわゆる2項犯罪との統一性である。

奪取罪のうち、窃盗罪（刑法235条）および不動産侵奪罪（235条の2）には

2項がないが、強盗罪（236条）、詐欺罪（刑法246条）、恐喝罪（刑法249条）などには、それぞれ2項が置かれ、利得罪が規定されている。その体裁は、どれも同じであり「前項の方法により、財産上不法の利益を得、又は他人にこれを得させた者も、同項と同様とする」という文言である。

これら利得罪では、行為者または第三者が「財産上の利益」を「得た」こと、つまり「財産上の利益の取得」が構成要件の結果である。そうであれば、1項の財物罪でも、同様に「財産上の利益を取得した」という状況に至ったことが、その成立に必要であるというべきではないか。

ところで、1項犯罪の構成要件の結果は「財物の占有の取得」である。では、「財物の占有の取得」は、すなわち「財産上の利益の取得」と言えるのか。

「財物の占有の取得」は、その財物に対する支配の取得であり、利用可能性の取得である。しかし、これが「財産上の利益の取得」かという点、そうではない。例えば、Aが友人Bから頼まれてその財物を預かった場合を考えてみよう。確かに、Aは、これによりその財物に対する「占有」を取得し、「支配＝利用可能性」を取得したといえる。しかし、これが直ちにAにとって「財産上の利益の取得」かと言えば、そうとは言えないであろう。通常は、むしろ負担である。そうであるがゆえに、日常的には保管に対する対価を要求できたり、任意の謝礼をいただけたりするのである。むろん、占有の取得は、占有者に利益をもたらすことも少なくない。つまり、占有それ自体は、利益にも負担にもなり得る「中性的なもの」と言うべきであろう。いわば「無色の存在」である。そして、そうだとするならば、そのような「無色の存在」を取得したことをもって、2項犯罪にいう「財産上の利益」を取得したことと同列に置くわけにはいかない。そこには「無色の存在」を「利益」の色に染める要素が必要とされる。

では、その要素はどこに求めるべきか。本来であれば、事後その占有が行為者によって利益に利用されたのかそうでなかったのかを見極めれば確実にあ

る。しかし、これは、占有取得後の事態の推移であり、既遂後の事情である。これを見極めない限り、窃盗罪になるか否かを判定できないというのでは具合が悪い。そこで、これを前倒して、遅くとも占有取得時には「占有の色分け」をし、判定をする必要がある。そしてそうとなれば、行為者の有していた超過<sup>(1)</sup>の内心傾向によって決するしかないのである。

(1) 林・前掲書195頁は「『利益』を客体とする2項詐欺においても不法領得の意思は必要である。『利益』そのものの毀棄・隠匿は処罰されていないが、だからといって利益について毀棄的な意思の場合（詐欺によって債務を負担させたが、債権を行使する意思をまったく有していなかったような場合）、2項詐欺の成立を認めることはできない。この場合、不法領得の意思は有罪と無罪を分かち意義を有するのである」とするが、疑問である。2項犯罪においては「財産上の利益を取得」したことが構成要件の結果であり、それゆえ「財産上の利益を取得する意図」は構成要件の故意の内容をなす。それゆえ、2項犯罪の場合、超過的内心傾向としての「不法領得の意思」は不要というべきである。占有が事実上の支配力であるのと異なり、財産権はそれ自体が「財産上の利益」であるから、これを「取得」した以上、利得したと言わざるを得ず、たとえ行使する意思を有していなかったとしても、2項詐欺罪の成立は妨げられないというべきであろう。

#### 〔4〕 利用処分意思の位置づけ

私は、以上のような論拠により、奪取罪の成立には利用処分意思が必要であると解するものであるが、この場合、これは主観的違法要素と位置づけられるべきか、主観的責任要素と位置づけられるべきか。

おもうに、窃盗罪も器物損壊罪も、他人の財物の効用を害していることには変わりがない。そうであれば、窃盗罪における重罰の根拠は、やはり、占有を取得することで「財産上の利益」を取得したと評価されるという点に求めざるを得ないであろう。

では、なぜ「財産上の利益」を得た場合の方が、そうでない場合よりも重く処罰されることが合理的であるのか。

やはり、そこには、単なる他人の財物の効用侵害にとどまらない、別個の法益侵害性が存在しているというべきであろう。端的に言えば、意思表示による財貨の交換を保障した財産秩序を破壊する危険性という意味での法益侵害性である。財産秩序の正規のルートを経由しないで「財産上の利益」を得る行為には、このような財産交換システム自体を破壊させる危険が伴う。つまり、正規のルートを経由しなくても「財産上の利益」を得ることができる、という事態が放置されるならば、だれもがこのような正規のルートを利用することを止めるであろうから、いずれこのような財産交換システムは立ち行かなくなる。それゆえ、不正規ルートでの「財産上の利得」は、このような財産秩序に対する侵害の危険という意味で、被害者の財産的利益の侵害とは別個の法益侵害性を有しているのである。

よって、利用処分意思は、このような法益侵害性に影響する主観的要素であり、主観的違法要素と位置づけられるべきである。<sup>(1)</sup>

(1) 伊東・前掲書146頁は、領得罪と毀棄罪の法益侵害性が同一であるかどうかについて、次のように述べる。「占有を奪取することと比較して質的に異なる法益侵害性を含む『領得』というものは考えられない、という（利用処分意思不要説からの）批判を是認したうえで、領得罪の一層の抑止の上で必要とされる重罰化を基礎づけるためのメルクマールとして『利用処分意思』を捉え、そのような意思をもって行為することの危険性・悪辣性という観点から、これを責任（非難を高める）要素として構成していることが少なくない。そこでは、不要説・必要説いずれにおいても、領得罪の違法性・法益侵害性は占有奪取に尽きる、ということが前提となっている。しかし、そうであるとすると、たとえば、窃盗罪における占有奪取後の利用行為又は毀棄行為は何故に不可罰（的事後行為）に止まるのであろうか。むしろ、窃盗罪等の領得罪の重罰化は、この利用行為又は毀棄行為を占有奪取時から目的としていることを不法実体として包摂処罰している、その意味で利用処分意思を主観的違法要素と捉えていると解すべきであるように思われる。」この見解も、利用処分意思の存在が、占有奪取（による利用侵害）とは別個の不法の実体を形成していることと解し、これを主観的違法要素と位置づけている点では、私見と共通する。

## 〔5〕 利用処分意思の内容

以上のような理由により利用処分意思を「不法領得の意思」の内容として要求する見解に立った場合、その内容はどのようなものであるべきか。

私見では、利用処分意思の機能は、中性的であり「無色」である占有を「利益」に色付ける点にある。そこでは「利益」か「負担」かいずれであるかということが本質であって、経済的であるか、本来的であるか、ということは関係がない。それゆえ、近時有力な「その物から何らかの利益・効用を享受する意思」という概念は、私見にも親和的である。

ただ、細かいことを言えば、「物の占有」の場合、その物を占有すること自体が利益である場合もあり、占有を取得した後に何らかの「享受」行為を留保しているとは限らない。つまり、何ら利用や積極的な享受行為を伴うことなく、その「物の占有」自体を、行為者が「利益」と感じることで「財産上の利益を取得した」と評価されることもあろう。例えば、コレクションのような場合である。

また、「占有」の取得は「支配」の取得であり、「利用可能性」の取得であるが、その支配力を自己の利益に用いる意思があれば、その時点で具体的な利用方法が定まっていなくても、その「利用可能性」自体を「利益」と評価できる。

そこで「取得した財物の占有を自己の利益とする意思」というのが、より率直な表現である。

もっとも、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪の各2項において「利益を得、又は他人にこれを得させ」とあるように、厳密には、自己のみならず自己と一定の関係のある他人の利益とする場合も含まれるべきであるから、より正確には「取得した財物の占有を自己または第三者の利益とする意思」との表現となる。

## 第5 結 語

以上、窃盗罪（奪取罪）における主観的構成要件要素としての「不法領得の意思」の要否とその内容について、従来の判例・学説を概観し、私見を述べた。最後に、私見について簡単にまとめれば次のとおりである。

第1に、奪取罪における主観的構成要件要素として「不法領得の意思」は必要である。

第2に「不法領得の意思」の内容としては、基本的には利用処分意思であるが、より正確には「取得した財物の占有を自己または第三者の利益とする意思」と解する。この意思は、中性的で無色な占有を「利益」に色付ける機能を有し、これにより、奪取罪（1項）と利得罪（2項）における構成要件の結果——「財物の占有取得」と「財産上の利益の取得」——を同列に把握できるようになる。

第3に、可罰的な窃盗罪と不可罰な使用窃盗との区別は「可罰的違法性の理論」によって判断されるべきものであるが、その判断には、占有奪取時までの客観的事情に加え、その占有からどれだけの利益を得ようとしていたかを判断する意味で「利用処分意思」を考慮すべきである。そして、占有から得ようとしていた利益が軽微であれば、窃盗罪とはならず、使用窃盗となる。しかし、使用窃盗となる場合でも、被害者に見過ごすことのできない利用妨害が生じてしまった場合には、器物損壊罪として処罰される。

第4に、窃盗罪と毀棄罪の成立範囲は、利用処分意思の有無によって画され、行為者に利用処分意思がない場合には、財物の占有が移転しても、窃盗罪は成立せず、毀棄罪が成立する。

第5に、窃盗罪と毀棄罪とは、法益侵害の量が異なるために、窃盗罪の方が重罰化されていると解する。すなわち、毀棄罪の法益侵害は、財物の効用を侵



害するにとどまるのに対し、窃盗罪（奪取罪）の法益侵害では、これに加え、「意思表示による財貨の交換を保障した財産秩序」を破壊する危険性がある。そのため、窃盗罪等の奪取罪の方が、法定刑が重く設定されていると解する。

第6に、利用処分意思は、このように奪取罪の違法性の量に影響する要素であるから、主観的違法要素である。