

不法領得の意思における利用処分意思についての 一考察（1）

穴 沢 大 輔

- I 利用処分意思をめぐる現況について
 - 1. 実務の現況
 - 2. 学説の現況
 - 3. 平成 16 年決定の理解と学説の深化
 - 4. 横領罪と詐欺罪における利用処分意思をめぐる議論状況
 - 5. 本人のためにする意思について
 - 6. 検討にむけて
- II 不法領得の意思—とくに利用処分意思—をめぐるこれまでの議論状況
 - 1. 旧刑法時代
 - ①学説における議論状況
 - ②大審院判例の状況
 - 2. 現行刑法施行後①—主として、大審院時代の議論—
 - ①現行刑法の成立
 - ②大審院判例の状況
 - ③窃盗罪における必要説の議論
 - ④窃盗罪における不要説の議論
 - ⑤ドイツにおける領得（Zueignung）の議論状況
 - ⑥ドイツにおける領得をめぐる判例（RG）の状況
 - ⑦小括
 - ⑧横領罪について—補論— （以上、本号）
 - 3. 現行刑法施行後②—主として、最高裁時代（戦後～平成）の議論—
- III 私見の展開—利用処分意思の要否—
- IV 本人のためにする意思との関係
- V まとめ—第三者領得事案の解決にむけて—

I 利用処分意思をめぐる現況について

1. 実務の現況

平成16年11月30日、最高裁は、他人あての送達書類を廃棄し、その他人の督促異議申し立ての機会を奪う目的で、他人を装ってその書類を受領する行為について、詐欺罪に不法領得の意思を必要としたうえで、同罪の成立を否定した⁽¹⁾。その理由は、次のとおりである。被告人は「受領した支払督促正本等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いうべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならないと解するのが相当である」（以下、平成16年決定と呼ぶ）。こうした判断は、実は、決して、新しいものではない。すでに大審院においても校長を失脚させる目的で教育勅語を隠匿した事案、あるいは、競売を妨害する目的で競売記録を隠匿した事案で、不法領得の意思が否定されていたのであった。前者は、不法領得の意思を必要とし、それを「権利者を排除して（①権利者排除意思—筆者注）他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従いこれを利用もしくは処分する（②利用処分意思—筆者注）意思」と定義したリーディングケースとされる。

その後、最高裁は、不法領得の意思が必要であることは維持した⁽²⁾ うえで、しかし、それを厳密な意味での「経済的用法」に限らないという判断を下す。いずれも昭和30年代の判例であるが、投票増加の目的で投票用紙を持ち出した事案⁽³⁾、他人の電線を流木の繋留のために窃取した事案⁽⁴⁾、いわゆる下着泥棒の事案⁽⁵⁾ においてもそれが肯定されたのである。これにより、②における「経

済的用法に従う」という表現は一こうした表現を用いていない平成16年決定からも読み取れるように一その限定機能を果たさなくなった⁽⁶⁾。しかし、他方、前述のように、単に廃棄する意思の場合には、不法領得の意思が否定されているのである。それでは、その限界は、どこに求められるべきか。これを検討するのが、本稿の課題である。

このような問題関心は、決して単なる理論的なものにとどまらない。というのは、判例の立場が必ずしもはっきりしなかったこともあって、従来の下級審裁判例には、若干の混乱が見られたが、この点の基準を明らかにすることによって、平成16年決定以後において、そのような下級審裁判例が、なお先例としての意味を持つか否かを明らかにできるからである⁽⁷⁾。

これまでの下級審裁判例においては、本決定の事案と同様の毀棄や隠匿が問題とされる、窃盗罪における領得意思の当否について、肯定例、否定例、そのいずれもが存在している。具体例を見よう。たとえば、物取りの犯行に見せかける目的で金品を奪って金品を奪って自宅の庭に埋めた事案について、被告人は「単に物を廃棄したり隠匿したりする意思からではなく、……事前から物取りを装う意図を有して」いたのだから不法領得の意思が肯定できると述べ、それを肯定するもの⁽⁸⁾と、殺人の犯行発覚を恐れてこれを防止するために死体から指輪等を外した事案で、「不法領得の意思とは、正当な権限を有する者として振る舞う意思だけでは足りず、そのほかに、最少限度、財物から生ずる何らかの効用を享受する意思を必要とすると解すべきで」あり、被告人にはそれがないと述べ、否定するもの⁽⁹⁾がある。

さらに平成16年決定が、明示的に「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」には不法領得の意思を認められないとしたのちでも、その後の下級審判決には、毀棄・隠匿の意思以外の場合で、所有者でなければできないような利用又は処分をする意思があれば、これを肯定できるとするもの⁽¹⁰⁾もある。確かに、こうした基準によれば、一見すると、最高裁の

判断とは矛盾することなく、そして、利用処分意思を肯定する余地を広く認めることが可能になる。しかし、それは、はたして、理論的に支持しうるものなのだろうか。

さらに、平成16年決定後、実務家によって、これまでの判例分析をふまえて、物の利用可能性という観点から、利用処分意思を「単なる毀棄・隠匿の目的を超えた利益享受の意思」とした上で、事案を類型化する見解が主張されている⁽¹¹⁾。たとえば、犯行隠蔽目的、債務免脱目的がある場合には領得意思を肯定する。さらに、物の利用可能性の認識があれば、領得意思が肯定できるという前提の下、それを具体的に「財物の性質」及び「奪取行為と毀棄・隠匿行為までの時間的・場所的隔たり」についての認識で判断すべきとし、その物の経済的価値が一般的に高いか、低いかで分類をする。たとえば、経済的価値の高い現金を被害者から「被害者を困らせるため、あるいは嫌がらせのために、奪取の後は投棄する目的で」奪取した場合には、現金は、「これを所持しておればいつでもその交換価値等を行行使得る状態」にあるといえるから、「現金を身につけて所持する行為はそれ自体現金をその経済的用法に従って利用する行為といえる」とするのである。こうした見解は、論者が自認するように、いわゆる不法領得意思不要説に相当接近するものといえよう⁽¹²⁾。

実際、下級審では、窃取された物の価値が高い場合には、不法領得の意思を容易に認める傾向がある。たとえば、見知らぬ者の携帯電話を窃取した事案で「社会的に高度に有用な有価物である本件携帯電話機を他人の占有を奪う形でその占有を取得して自己の服の中に隠匿し、本件携帯電話機が置いてあった場所から密かに立ち去ろうとしていたから、窃盗罪に必要とされている不法領得の意思もあったと優に推認することができる」と述べ、携帯電話を利用しないという、被告人の主張が排斥された判決がある⁽¹³⁾。

このように判例においては、単純な毀棄・隠匿意思だけでは、利用処分意思とはいえないとされていることは確か⁽¹⁴⁾だが、それ以上に、どのような内容

が必要かは、なお明らかにされていない。そして、最近の下級審裁判例や実務家による論稿は、それを広く解する傾向にある。しかし、本当にそれでよいのだろうか。その限界を、理論的に明らかにすることが現在の学説に投げかけられた課題ではないだろうか。本稿は、この点を明らかにしようと試みるものである。

2. 学説の現況

もちろん、学説ではこれまで相当な議論が蓄積されている。まず、これらをさしあたり、最大公約数的にまとめると以下のようになる⁽¹⁵⁾。Ⅰ不法領得の意思不要説⁽¹⁶⁾、Ⅱ不法領得の意思必要説—ⅰ所有者のように振る舞う意思のみで足りるとする見解、ⅱ利用処分意思のみを必要とする見解、ⅲ判例と同様の立場である。

不法領得の意思という概念は、ドイツ法から継受したものであるが、わが国においては、ドイツと異なり、解釈論としては、不要説も成り立ちうる。ドイツでは、不法領得の意思（Zueignungsabsicht）が明文で要求されているが、わが国にはこれに対応する文言はないからである。このように考えれば、窃盗罪においては、占有侵害（とその認識）が、横領罪においては、与えられた越権行為（権限の逸脱）が決定的なメルクマールとなるだろう⁽¹⁷⁾。

仮に、必要説を採用したとしても、その内容は一枚岩ではない。Ⅱ—ⅰからは、毀棄・隠匿行為も領得になるとされ、Ⅱ—ⅱからは、一時利用も領得になるとされる。その両方を領得行為から排除するのがⅡ—ⅲである。領得というひとつの文言について、このように解釈が分かれる理由は、一体どこにあるのだろうか。

この背景には、もちろん、ドイツ刑法学からの影響もある⁽¹⁸⁾が、わが国特有の理由もあるように思われる。すなわち、窃盗罪が他人の所有権に対する罪とされているドイツとは異なり、242条によって、一定範囲では所有者以外に

対する窃盗罪が認められているわが国においては、窃盗罪における保護法益について、独自の議論が展開されており、それがこの論点に影響しているのである。周知のように、242条をめぐって、学説は、本権説と所持説とに鋭く対立した。ここから、本権説によれば、所持侵害以上の、所有権または本権の侵害認識が要求され、必要説に至るとされ、逆に、所持説によれば、侵害の認識さえあれば、それで足りるとされたのであった。

現在でも、権利者排除意思については、不法領得の意思の媒介を経なければ、所持侵害が本権侵害の「法的意味」を獲得しないので、本権説からは必要説、所持説からは不要説になるという、必然的な関係があると解する見解も主張されている⁽¹⁹⁾。

しかし、すでに、批判されている⁽²⁰⁾ように、論理必然の関係があるとまでは言えないように思われる。たしかに、不法領得の意思を主観的違法要素として（のみ）とらえるならば、現実の本権侵害が発生せずとも処罰を肯定するためには、所持侵害（の認識）だけでは不足かもしれない。しかし、そうであるからと言って、不法領得の意思が必ず要求されるべき要素とは言えないだろう⁽²¹⁾。本権は所持侵害それ自体によっても、十分に危殆化されうるからである⁽²²⁾。こうした枠組みから、直ちに、不法領得の意思の要否を導くことは導くことはできないと思われる⁽²³⁾。

こうした諸問題は、やはり、これまで主張されてきた不法領得の意思の内容をめぐる学説について、踏み込んだ理論的検討を経なければ解決できない。学説が対立する背景には、どのような価値判断があったのか。そして、それらいずれの価値判断が、現行法の解釈として適切なのか。その前の準備として、まずは、平成16年決定をめぐる学説の動向に目を転じよう。

3. 平成16年決定の理解と学説の深化

学説においても、平成16年決定の結論は広く支持されている⁽²⁴⁾。とはいえ、

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

その理由づけは同じではなく、その意味で、同床異夢というべき状況にあるとすらいえる⁽²⁵⁾。その中で有力なのは、1項犯罪においては、客観的構成要件において、個々の財物の移転が必要とされていることに鑑み、奪取した物それ自体を利用、処分してその物自体から何らかの効用を得ることが必要であるとしたうえで、毀棄・隠匿が予定されている場合には、物を毀棄・隠匿することが財産上の利益と「直接」結び付く場合に限って、利用処分意思を肯定するという見解であるといえよう⁽²⁶⁾。

こうした見解によれば、平成16年決定の事案については、支払督促正本等の廃棄は、債務者からの督促異議の申立ての機会を奪うものにすぎず、その物それ自体から直接生ずる効用を得る行為ではない以上、利用処分意思は否定される。その一方で、債権債務関係の存在を証明する借用証書を廃棄する意思の場合には、「債権の行使可能性にかかわる借用証書の価値を直接侵害し」ており、不法領得の意思が肯定されることとなる⁽²⁷⁾。これは、利用処分意思を、単なる利得の動機ではなく、「財物が体现する価値」の利用処分に限定したうえで、個別財産に対する罪においては、そうした価値を得ようとするのが重要であるという理解と言えよう。

学説の中には、こうした枠組みを基本的に前提としながらも、より限定的に、そうした価値を得る目的を考慮することを否定したうえで、平成16年決定を支持する見解がある⁽²⁸⁾。借用証書の廃棄目的の場合、「借用証書自体の利用可能性を取得し、移転させようとしたのではないから、……1項詐欺罪は成立しない」というのである。この見解の当否は後述するとしても、財物それ自体を自分のものにするという領得の元来の意義には忠実であろう。

また、(少なくとも)利用処分意思を責任要素としてとらえる立場から、「責任はただ違法に関連する限りで問われる」とし、領得意思も物に関連させて検討する必要があるとし、本決定の結論を支持する見解もある⁽²⁹⁾。この見解も、財物それ自体の移転に着目する見解と言いうるだろう。

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

さらに、このような観点をすすめて、物の利用可能性の取得を重視し、利用処分意思に「目的物を自己または第三者に着服させるプロセスを経て、はじめて得られる効用を追求する」ことを要求する見解も有力に主張されている⁽³⁰⁾。

以上のように、学説において、本決定の結論は支持されているものの、厳密にみれば、そうした学説の主張する内容およびそこから導かれる具体的結論には、なお一致がない。こうした状況の下では、利用処分意思のあるべき姿について、さらなる検討が必要である。そして、そのためには、その背後にある、利用処分意思がなぜ要求されるべきか、という根本的問いを解決しなければならない。これまでに見たいずれの見解も、他人の物を壊すことが盗むことよりも、物の返還が不可能になる可能性が一般には高いという意味で、その違法性が高いことがありうるにもかかわらず、その法定刑が前者より後者の方が重い理由を、後者の場合には責任が加重するから、ととらえている⁽³¹⁾。たとえば、利欲犯としての動機・性格が現れるからこそ、また、そうした盗みが一般に多いがゆえに一般予防の必要から重く処罰されるというのである⁽³²⁾。とはいえ、本件のように、制度を悪用して財産的・経済的利益を得ようとする利欲意思⁽³³⁾があっても、利用処分意思はないという結論が妥当であるとされている。その理由について、領得意思の客体が奪取・詐取の客体と同一であること、権利者排除の対象となった財物の所有の実質が所有者から行為者に移転したのだからなければならないこと、責任非難が違法行為に対してなされなければならないことを挙げる見解がある⁽³⁴⁾。本稿の立場は、後述するが、いずれにしても、このような領得意思の本質に立ち返った検討が必要であろう。

4. 横領罪と詐欺罪における利用処分意思をめぐる議論状況

平成16年決定が、詐欺罪においても窃盗罪におけるのと同様の不法領得の意思を前提としている点も注目に値する。不法領得の意思の内容をめぐっては、従来、議論が展開されてきたのは一窃盗罪を除けば一委託物横領罪におけるそ

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

れがほとんどであった。横領罪においては、判例・通説は不法領得の意思を必要とするが、判例は②利用処分意思を要求していないと理解されてきた⁽³⁵⁾。すなわち、判例は横領罪における不法領得の意思を「他人の物の占有者が委託の任務に背いて、その物につき権限がないのに所有者でなければできないような処分をする意志をいう⁽³⁶⁾」とし、自分の利益にならない処分でも、これにあたるとする。これに対して、学説においては、不法領得の意思の内容を、窃盗罪のそれと異なって判断すべきではないとして、これに反対するものが多い⁽³⁷⁾。その理論構成は措くとしても、判例が、窃盗罪における内容と横領罪におけるそれとを分けて判断する理由はどこにあるのだろうか⁽³⁸⁾。

これに対して、平成16年決定は、詐欺罪（246条1項）に関しては、窃盗罪と同様の意思を要求するようである⁽³⁹⁾。ここで注意すべきは、窃盗罪や横領罪の規定とは異なり、ここでは2項が存在することである。それをふまえ、学説の中には、先のⅡ－iの立場から、仮に物の一時使用の意思であっても、2項に「なることが多いと解すべきであるから、窃盗罪のばあいのような実益がない」という見解がある。しかし、246条2項の要求する「利益」は移転可能な利益が想定され⁽⁴⁰⁾、その移転に着目すれば、それが要求される実益は否定されないだろう⁽⁴¹⁾。また、2項においては、不法領得の意思が故意の内容になるかどうか、も問題となるが、これについては、故意とそうした利益（たとえば、債権）の利用（行使）意思はなお異なると言えよう⁽⁴²⁾。たとえば、債権を取得することで、他者の介入が妨げられて消極的な利益を得られるというような場合には、物の場合と同様の議論が必要となろう。このように考えると、詐欺罪においては、1項であれ、2項であれ、同じように意思の内容を検討する余地はあろう⁽⁴³⁾。

5. 本人のためにする意思について

最後に、判例において不法領得の意思が否定される例として、本人のために

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

処分する場合が挙げられる。本人（所持人）の同意を得ずに、本人のためになされる窃盗は考えにくい、横領罪においては一定の否定例がある⁽⁴⁴⁾。本人の財物を（推定的）許可なく（あるいは委託の趣旨に反して）処分したにもかかわらず、そして、一時流用とも、毀棄・隠匿ともいえないにもかかわらず、どうしてこの場合に許されるのだろうか。これについて、学説では、この理論的意味について、これは、「行為者の行為の結果、トータルとして被害者に不利益が生じない場合、あるいは、そのように信じた場合」であり、前者であれば、同意論から処罰が否定され、後者であれば、故意が欠けるとし、不法領得の意思とは構成しない見解が主張されている⁽⁴⁵⁾。その当否については措くとしても、たしかに、論者の全体財産に対する罪という財産的損害の帰結からはそのように解しようと思われる⁽⁴⁶⁾が、横領罪について判例・通説は、個別財産に対する罪と理解してきた。そのような立場からはどのように考えるべきであろうか。

ここでは、いわゆる国際航業事件における最高裁の判断⁽⁴⁷⁾が重要である。事案の詳細は後の検討に譲るが、これについては、先に述べた判例における横領罪の不法領得の意思の定義を超えたものがここに含まれている可能性がある⁽⁴⁸⁾。

6. 検討にむけて

以上のように、不法領得の意思、とくに利用処分意思をめぐる議論、他人の物をわがものとする犯罪についての議論は、コンピュータの登場により、「財物」それ自体の活用に重き価値が置かれなくなりつつある現代でも、人が物により自己実現を図ることがなくなならない以上、重要である⁽⁴⁹⁾。以下では、これまでのわが国の議論を紐解きながら、古くから窃盗罪、占有離脱物横領罪⁽⁵⁰⁾等に、領得（Zueignung）という文言を要求するドイツの学説・判例をふまえ、不法領得の意思がどのような内容を持つべきか、という点についての史的考察をふまえた基礎的考察を前提（Ⅱ）に、利用処分意思の意義について検討（Ⅲ）し、

それに関連する範囲で、本人のためにする意思についても論述する（Ⅳ）こととしたい。

Ⅱ 不法領得の意思—とくに利用処分意思—をめぐるこれまでの議論状況

Ⅱでは、不法領得の意思—とくに利用処分意思—の内容をめぐるこれまでの議論について検討する。窃盗罪、委託物横領罪（占有離脱物横領罪）における判例の動向と学説の議論をふまえて、その内容を分析することにした。

1. 旧刑法時代⁽⁵¹⁾

まずは、現行法に至るまでの議論を概観することとする。ここで重要な点は、現行刑法制定以前から、学説においては、すでに、主に窃盗罪をめぐる、不法領得の内容についての議論がなされていた点である。もっとも、委託物等費消等罪（受寄財産費消等）や遺失物等隠匿罪においては、実行行為が「費消」や「隠匿」とされていたこともあり、その議論は下火だったようである。しかし、ドイツ法を参考にする学説はこれらの犯罪についても、積極的な議論を展開した。他方、判例においては、主として窃盗罪について、不法領得の意思の議論が積み重ねられていった。以下、このことを詳しく見てみよう。

①学説における議論状況

a) 旧窃盗罪における領得意思の議論

旧刑法においては、旧 366 条以下に財産犯についての規定があった。旧 366 条は、「人の所有物を窃取した者」を窃盗とし、旧 367 条以下で、行為態様等により刑罰に軽重を設けて規定していた⁽⁵²⁾。旧刑法も、領得意思に関する文言を規定していない点では現行刑法と同様であったが、窃盗罪を、明確に「所有」に対する罪としていた点は大きく異なる⁽⁵³⁾。とはいえ、学説では、所有に対す

る罪であるから領得意思が必要である，という議論は，少なくとも明示的にはなされていなかった。それは，むしろ「窃盜の犯意」として，保護法益をめぐる議論とは独立して議論されていたといえよう。

そして，この当時は，主としてフランスやドイツの議論をふまえた多様な犯意の内容が主張されていた。明治15年に『独逸刑法』を記した名村泰藏は，ドイツ刑法における *Zueignung* を，不正に「己れの所有物と為さんとする」と表現した⁽⁵⁴⁾。その後，学説では，こうしたドイツの表現に近い「所有主として窃取せんとする物品を処理するの意」と述べ，これを「領得の意」としたものの⁽⁵⁵⁾，「所有者の意に反して所有者と同一の利益を享受せんが為め」に財物を獲得しようとする意思とするもの⁽⁵⁶⁾，財物を「所有権者の如く処理せんと欲して握取遷移せんとする決心」とするもの⁽⁵⁷⁾がある。他方，フランス刑法における議論をふまえ，「悪意」の内容として，「第一自己を利するの意思，第二他人を利するの意思，第三他人を害するの意思」とするもの⁽⁵⁸⁾，「人を害し又は自己を利するの意思」とするもの⁽⁵⁹⁾，また，こうした表現を混合したような，「自己を利するの目的を以て之を（自己の所有として）処分するの意思」として，自己目的をふまえた処分意思を求めるもの⁽⁶⁰⁾があった。

もっとも，重要なのは，表現の細かい差異よりもこうした意思を要求する実質的理由であろう⁽⁶¹⁾。これを積極的に示したのは，宮城浩藏であるように思われる⁽⁶²⁾。宮城は，先の「人を害し又は自己を利するの意思」を要求したうえで，乙を恨んでいる甲が，乙の大切にしている時計を窃取して破壊する場合には「人を害する意思」があり，また，いわゆる義賊にも「自己を利する意思」があるとする。前者では，自己を利する意思に比し「其背徳加害の度決して相下らず」という理由，また，後者では，それが「自己の心を満足し自己の快を買う」という理由である。しかしながら，宮城は，「他人を驚かさんと欲し窃に其所有物を持帰り之を隠匿」する行為等いくつかのもの⁽⁶³⁾についてはこの意思を認めていない⁽⁶⁴⁾。

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

また、井上操も、宮城と同じように自己又は他人を利することを意思の内容として認めながら、財主に対して恨みを抱く者が財物を窃取して「直ちに之を毀棄する」場合に、「盗罪たりとするに妨なし」として、毀棄目的であっても「悪意」であるとした。さらに、江木衷は、質入れ目的の窃取について「所有主として物品を処理するの意」である、と述べたうえで、自己又は他人を利する意思や破棄の意思であると否とを問わず、こうした意思は「単に各人各異なる犯罪の趣旨」にすぎないとして、実質的には意思を不要とする立場を主張していた⁽⁶⁵⁾。

このようにみえてくると、当時の学説は、旧法の下とはいえ、外国法を意識しながら窃盗の犯意（悪意）においては、単なる占有侵害の意思に加えた、何らかの付加的な意思を要求すべきことを前提として、その意思の中身を議論していたと言えるだろう。その意味する中身は論者によってさまざまにはあるが、破壊する意思をも犯意に含めて考えるのが多数であったと思われる⁽⁶⁶⁾。

β) 委託物費消罪における領得（意思）の議論

旧法下では、他人の財物の費消等行為は、現行刑法のように「横領」という規定によって処罰されておらず、旧 390 条以下の詐欺取財の罪の一類型として理解されていた。委託物については旧 395 条が次のように規定していた。すなわち「受寄の財物借用物又は典物其他委託を受けたる金額物件を費消したる者」が 1 月以上 2 年以下の重禁錮により、「騙取拐帯等其他詐欺の所為ある者⁽⁶⁷⁾」が詐欺取財と同じ刑罰（2 月以上 4 年以下）により処罰されていたのである。そして、委託物費消罪の解釈論として、この罪の本質は背信に求められ、そうしたことから本条の「費消」には隠匿も含まれるとされ、広範に処罰されるとされていた⁽⁶⁸⁾。このため当時の通説は、同罪について、領得意思に関する議論を展開していなかった。

こうした状況において、当時、横領罪⁽⁶⁹⁾（暴認罪⁽⁷⁰⁾・委託物費消罪・遺失物

隠匿罪・家資分散に関する罪）という言葉を用いて、それを盗罪（窃盗・強盗・恐喝・詐欺）と明確に区別して論じたのは、勝本勘三郎であった。勝本は、「犯人が現実には物を他より移し来て自己に獲得するの手段に因て奪取すると然らざる」とを分けるべきとする⁽⁷¹⁾。その中でも、委託物費消罪⁽⁷²⁾に関して、まず、「本条（旧395条—筆者注）規定は支那律に淵源したるもの」であり、新律綱領では受寄物をたやすく費用する者を、失ったと詐言する者に比べて軽く処罰しており、その理由は、前者では、「返還の意思あるにも拘わらず自己の手裡にあるを便とし或は『つい』之を使用……したる者等凡て事実上の消盡を為したるもののみを意味し……他人の物を窃攘して己を利せんと欲するが如き盗の心なく衷情憫諒すべきものある」とし、後者では、「犯責を蔽うて賠償の責を免れ若しくは更に進て横領せんが為め……詐言をしたる者を意味し……他人の物を攘奪して己を利せんと欲するが盗の心ありて主観的行為の性質窃盗又は詐欺取罪と異ならざるに因る」とした。すなわち、行為の主観的な性質が「盗」と同じ場合には、重く処罰されることを認めたのである。

そのうえで、彼は旧395条を前段と後段の2つに分け、前段の「費消」は、「事実上物の用法に従て物を消盡することを意味」すると限定し、さらに、「物自体をその用法に従て消盡するに非ずして特に之に因て不正に己を利せんとするもの即ち盗の心を以て委託物を横奪」する行為を為した場合（販売や交換）には、後段の刑を受けるべきとした⁽⁷³⁾。勝本は、このように、旧法下で、所有に関する意思と己を利する意思とを区別して、財産犯の罪質を整理していたと推察できる。

γ) 遺失物埋蔵物に関する罪における領得（意思）の議論

旧385条は、遺失物⁽⁷⁴⁾等を「拾得して隠匿し所有主に還付せず又は官署に申告せざる者」を11日以上3月以下の重禁錮又は2円以上20円以下の罰金で処罰し、旧386条は、「他人の所有地内に於て埋蔵の物品を掘得て隠匿したる者」

を同様に処罰していた。ここでは、他人の物の隠匿が処罰されている。隠匿とは、悪意をもって自己の領有に帰せしめんとしたること⁽⁷⁵⁾であり、所有主に返さない、あるいは、申告しないことが重視されていた⁽⁷⁶⁾。もっとも、悪意の内容については、「自己又は他人の為に占有せんとするの意思」とするものもある⁽⁷⁷⁾が、ここでは人が放棄した物品と誤信した場合が念頭に置かれており、その内容は定かではない。結論的に言えば、遺失物法の所持期間を超えて所持等をすれば、少なくとも⁽⁷⁸⁾それは満たされるであろうとされていた⁽⁷⁹⁾。

なお、現行法起草の政府委員であった倉富勇三郎は、江木の教科書の中の「評」で、この旧 385 条の行為は「即ち其物品を領得するの謂ひにして之を費消するも亦其中に包含するものなるべし」と述べて、本罪を領得罪と位置付けて、費消も隠匿という文言に含まれるとしている⁽⁸⁰⁾。これは、先に述べた委託物費消罪における解釈とその文言が入れ替わっても、同じく解するという趣旨であろうから、彼は、隠匿も領得の一態様と考えていたと理解するのが素直であろう。

②大審院判例の状況

a) 窃盗罪について

古く大審院⁽⁸¹⁾は、被告人が、私通した男性の「不情を憤り其衣物を恣ままに持帰り捨てたる」事案で、「遺恨あるより彼に損害を与えんとし自己の利益の為にする念慮に出でざれば」窃盗に準じた、当時の毀棄罪で論ずるべきとした⁽⁸²⁾。そして、旧刑法下になり⁽⁸³⁾、大審院は、窃取とは「己に属せざる物件を其所有主の承諾なく充分に之を占有するの所為」だと述べ、「其窃取したる物品を以て遁走し又は之を販売し若くは己が使用に供する等自ら予期する所の目的」は遂げていなくても足りるとした⁽⁸⁴⁾⁽⁸⁵⁾。

その後、窃盗罪において領得の意思を認める萌芽は、旧法下の明治 33 年 3 月の 2 つの判決にある⁽⁸⁶⁾。ひとつは、浴室の柵から銭入を窃取した事案である大判明治 33 年 3 月 13 日（刑録 6 輯 3 卷 46 頁）である。ここでは、拾得の際に「窃

取の意思」があれば、仮に遺失物であっても窃盗罪に問擬すべきであるとされた。ここでは、「所有者に交付せずして之を隠匿するか又は不正に処分する」において遺失物法の制裁を受けるとされ、「窃盗の意思」が、こうした意思と対比されるべきものと理解されている。もうひとつは、その後すぐに判決が下された、父親の所有物であるが、差し押さえられた葉巻烟草を窃取した事案である大判明治33年3月23日（刑録6輯3巻67頁）である。この事案で、弁護人は次のように主張した。「烟草を持逃げたるものなるを以て、窃取するの意思に依り之を持逃げたるか、又は、単に蔵匿するの意思を以て持逃げたるかを探究するにあらざれば容易く窃盗罪を以て処断すること」はできず、原審が「窃取するの意思ありしものとして窃盗の事実を認定」したのは不法である、と。これに対して、大審院は、原審は「証拠を総合して窃取の事実を認定し其理由を示し」たので不法はないとした。ここでは、窃取の意思が蔵匿の意思との対比で設定されている点に注意を要する。しかし、大審院はその点に積極的にふみこむことなく、窃盗罪の成立を肯定した。ただ、大審院が「窃取の意思」それ自体を否定していない点に鑑みると、この事案では問題なく窃取の意思を肯定できるとした⁽⁸⁷⁾と評価するのが素直かもしれない⁽⁸⁸⁾。

その後、現行刑法が制定された後、その施行前である明治41年2月4日、大審院は窃盗罪について、「不正に自己を利するの意思を以て他人の所有に属する物件を窃に占有するに因て成立す」という一般論を示した⁽⁸⁹⁾。しかし、本件で争点となったのが、占有（所持）の移転がどの段階でなされたか、という点であったため、この「不正に自己を利するの意思」が何を意味するのかについては明らかにされなかった。とはいえ、ここで、これまで存否さえもやや不明確であった「窃取の意思」が、より具体的な内容を備えたものとして明らかにされたことは重要である。この意思が欠ける場合には、窃盗罪は成立しえないということは、単なる占有侵害の故意を超えた何らかの意思が要求されたと理解できるからである⁽⁹⁰⁾。

β) 委託物費消等罪について

他方、委託物費消等罪については、先に見たような条文構造もあり⁽⁹¹⁾、全体として領得という問題はまだ観念されていなかったように思われる⁽⁹²⁾。しかし、明治後期になると、委託物費消等罪について⁽⁹³⁾、判例において「他人の所有権を侵害する」ことが明示され⁽⁹⁴⁾、「横領」という文言が頻繁に登場するようになる⁽⁹⁵⁾。また、「費消」の意義について、学説と同様に「広き意義を有」とし、有償・無償の処分を問わないとし、その理由を「寄託者に損害を被らしめるの点」においては同じだということに求める⁽⁹⁶⁾⁽⁹⁷⁾。現行刑法における横領行為の意義についての判例理論の萌芽が、すでに表れているように思われる。

2. 現行刑法施行後①—主として、大審院時代の議論—

以上のような旧法の議論を前提としたうえで、現行刑法下の議論を概観することにしたい。学説は、現行刑法成立後、概ね、ドイツにおける議論をふまえながら、その要否および内容についての議論を展開したと言ってよい。また、大審院は、不法領得の意思の必要性を肯定し、さらに、事案の判断を積み重ねることで、窃盗罪や横領罪の罪質を確定してゆくことになる。

①現行刑法の成立

旧法の改正作業⁽⁹⁸⁾の中で、窃盗罪の規定については、「所有物」から「動産」、そして「財物」へと文言が変更されたが、不法領得の意思については、ほとんど議論はなされなかったようである。

委託物横領罪については、客体に「不動産」が加えられた後に、それをも包摂して「財物」とされ、また、行為態様については、これまでの「費消」から「横領」という文言に変更され、それに伴って「詐偽の所為」は削除された。ここで興味深いのは、横領という文言が用いられた理由である。明治33年刑

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

法改正案理由書では「現行法は又受寄財物を費消するか又は騙取、拐帯等の行為を為すに非ざれば罪と為さざるを以て単に受寄の財物を自己の物と為したる場合に在ては何等の犯罪を構成せず。被害者は唯民事上救済を求むるの外なく、其保護極めて薄弱なりしを以て修正案は改めて費消又は拐帯等の行為に至らずとも既に横領の行為ありたる場合には之を罪と為し、以て此弊を濟へり」とされた⁽⁹⁹⁾。つまり、立法段階においては、「自己の物と為す」場合を念頭に置いて処罰すべきと考えられることが、「横領」という表現を用いたことの原因とされていたのである。その後、この内容についてこれ以上積極的な審議されることなく⁽¹⁰⁰⁾、現行法の委託物横領罪が成立している。

また、遺失物等横領罪についても、「拾得して隠匿」する行為と「掘得て隠匿したる」行為が「横領」という文言に変えられた。明治33年刑法改正案理由書によれば、これは「他人の占有を離れたる動産を拾得し之を横領したる場合」の規定であるとされている。しかし、客体の拡張については一定の説明があるが、実行行為の変化については、それ以上の説明はみられない。とはいえ、先に述べた委託物費消罪におけるのと同様に、まさに隠匿をも包含する前段階の行為が処罰に値するとされて、横領という文言が採用とされたと解するのが素直のように思われる。

②大審院判例の状況

a) 横領罪における不法領得の意思

現行刑法施行後⁽¹⁰¹⁾に、刑法252条の「横領」行為が何を意味するのか、が争点とされた重要な判例が、いくつかある⁽¹⁰²⁾。そこでは、「領得」それ自体の内容も問われることとなった。まず、大判明治43年2月7日（刑録16輯175頁）があげられる。被告人は、委任を受けて債務の弁済として受け取った金員の一部を、委託者の利益のために他人に贈与したと偽って委任者に交付しなかった事案で大審院は横領について「他人の物を不法に領得するの意思を実行するこ

と即ち物の経済的価値を不法に領得することを指称するもの」であるとし、偽ることもその実行をなす場合があるとした。そして、事案との関係では「金員を自己に領得し其経済的価値を利用すべき状態に措きたる」事実を認定した原判決は相当としたのである。ここでは、領得意思の実現が横領である⁽¹⁰³⁾ ことに加え、金銭についてはその経済的価値が領得の対象に含まれることとされたことに注意を要するが、こうした事案の特殊性を措いても、さらにそれ以後の判決の傾向をふまえて、この判決を見ると、大審院が「横領行為」に領得意思を要求し、偽ることによって物を利用すべき状態を作出したことがそれにあたるとしたことは重要だといえる⁽¹⁰⁴⁾。

次いで、大審院は、「自己に領得する」ことについて、その具体的内容を示すことになる。すなわち、大判明治44年10月26日（刑録17輯1795頁）は、自己の用途に村の公金を支出した事案⁽¹⁰⁵⁾ で、「他人を排除して其所有物に対して宛も自己の所有物に対する如く事実上所有権の内容たる権利の行使を為す」ことを領得とし、「他人の所有物に対して不法に其経済的価値を利用取得若くは処分する」行為により横領罪が成立するとした。これまで、その内容が明らかでなかった「領得」について、大審院は、事実上の（偽の）所有権の行使が領得であることであることを示す⁽¹⁰⁶⁾ とともに、対象物が金銭の場合には、その経済的価値を利用・取得・処分する行為でそれが満たされるとしたのである⁽¹⁰⁷⁾。このことは以後の大審院及び最高裁が領得を認める表現方法に大きな影響を及ぼしていると思われる。

さらに、大審院は、小学校の新築校舎が暴風雨によって一部損壊したことを受けて、T市会が工事執行上不正の黙許があったかどうかを調査するに際し、その建築に関する設計図面のうち最重要の青色骨組図面を、それを管理する被告人たる助役が共犯者に渡して隠匿したという事案で横領罪の成立を肯定した（大判大正2年12月16日（刑録19輯1440頁））。すなわち、「物の所有者をして其経済的利益を喪失せしめ因りて自己に其経済的利益を取得する如き行為あれ

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

ば自己領得の意思実行ありたる」と述べた⁽¹⁰⁸⁾うえで、本件について「所有者たる市をして其公文書を保存使用するの利益を喪失せしめ被告等に於て自由に之を処分し得べき状態に」おいたことで領得意思が実行されたとしたのである。もっとも、ここでは、他人所有の図面を隠匿しただけにとどまるにもかかわらず、「経済的利益を取得する如き行為」であるとされている。これが、図面を活用できる状態を維持できることなのか、隠すことで得られるだろう責任追及を免れることなのか、いずれを意味するのかは、なお判然としない⁽¹⁰⁹⁾。

以上のように、初期の大審院における領得概念において重視されたのは、他人の所有物を自分のものにする、自己を利すること、権利者を排除して自分の物として振舞うことであるといえよう⁽¹¹⁰⁾。そして、領得意思を発現することそれ自体が領得と評価されていることも指摘できる。もっとも、その中でも、主として金銭の横領では、物それ自体ではなく、その経済的価値の処分について言及されていたことも忘れてはならない。

β) 窃盗罪における不法領得の意思—大判大正4年5月21日—

以上のように横領罪における領得意思の内容が明らかにされていく中で、窃盗罪における不法領得の意思⁽¹¹¹⁾の内容を明示的に示した、著名な大判大正4年5月21日（刑録21輯663頁）が下される。その事案は、尋常高等小学校の教員たる被告人が、その校長の過失責任を装うため、教育勅語謄本等を自己の受け持ち教室の天井裏に隠匿したというものである。ここで大審院は、これまでと同様に、不法領得の意思が窃盗罪に（も）要求されることを明示したうえで、その内容についてIでも述べたように「権利者を排除して他人の物を自己の所有物として其経済的用方に従い之を利用若くは処分するの意思」と定義し、「単だ毀棄又は隠匿する意思」による奪取は窃盗罪を構成しないとして、被告人に窃盗罪は成立しないとした。

本判決は、これまでの横領罪の判例における、権利者を排除して自己のため

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

に占有を持続する（偽）所有権限の行使」という領得意思の理解とは異なり、「物の経済的用法」による利用を重視することで、領得意思の内容に隠匿や毀棄から区別する機能を明示的に付与したことになる。

もっとも、ここにいわれる経済的用法の積極的な内容は明らかではない。というのも、本判決の事案に着目すると、検察官は、その上告趣意において、被告人が、被害者の校長という地位の失脚を図ったとしたのに対し、大審院は、紛失したことで「其過失の責めに任ぜしめんこと」を図ったとして、検察官が主張するまでの意図を認めておらず、また、原審が校長の保管業務に対する「悪戯をなしたる事実」を認定して（旧）警察犯処罰令の適用にとどめたことを相当としているからである。すなわち、この事案は、大審院の認定を前提とすれば、動機に徴してみても明らかに当該物の用法に従った利用を何ら意図していない事案と評価できるのである。それゆえ、この判決から、どのような「利用」であれば、「経済的用法」かを読み取ることはできないのである。

では、これ以後、大審院はどのような判断を示すのだろうか。

γ) 大判大正4年5月21日後の状況

大正4年判決以降、横領罪については、「領得意思の実現」をもって足りるとする判決が多くみられる⁽¹¹²⁾。その中でも、大判昭和6年12月17日（刑集10巻789頁）は、他人の金銭出納の業務に従事する者が、保管する金員を横領し、填補のためにさらに流用した事案で、領得について「他人の所有物に対して恰も一般的支配権を有する所有者の如きの行動を為す」をいうとして、不法に経済的価値を利用する場合には、その結果「物質的に自己を満足せしめず」と雖も、横領罪が成立するとした。金銭が問題とされる場合にも、領得意思の発現で足りることを前提とし、さらに、物質的満足がなくても「経済的価値」を利用すればそれで足りるとしている点で注目に値する⁽¹¹³⁾。

もっとも、領得意思の内容について、先の大正4年判決と同様の内容を要求

するものもあった⁽¹¹⁴⁾⁽¹¹⁵⁾。

窃盗罪については、まず、奪取した小為替券等について、被告人が駅の郵便物積替室を立ち去る際に掛員に見つかったので、逃走し、橋の上から現金だけは残してこれらの小為替券等を投棄した事案で、大審院は、「永久に其物の経済的利益を保持するの意思たることを要せざる」と述べたうえで、自己の支配に移した以上は「其後に於て動機の如何を問わず……非経済的処分を為したる事実ありとするも直に窃取当時に於ける自己領得の意思を否認」するには足りないとし、本件について窃盗罪の成立を肯定した⁽¹¹⁶⁾。事後に経済的用法に利用せず、単に投棄した事実があっても、直ちに窃取時の領得意思は否定されないことが示された点は重要である⁽¹¹⁷⁾。

他方で、弁護士の苦衷を除くため、競売期日を延期させようと、競売場から競売記録を持ち出して、自己の居室の棚上に隠匿した事案で、大審院は被告人の領得意思を否定した（大判昭和9年12月22日（刑集13巻1789頁））。その理由は、「単に該事件進行を一時妨害する意図の下に」競売記録を持ち出して「隠匿せんことを決意」したのであり、「経済上の用法に従い利益を獲得せんとしたるもの」ではないからである。これは大正4年判決の判断内容に従ったものである。この事案で、経済的用法の具体的内容が明らかにされたとは言えないだろう。

このように、大審院は、大正4年判決において、領得意思の必要性、とりわけ、現在でいう利用処分意思を必要と明言したのであるが、その具体的内容を明らかにしてはいない。そのことは、横領罪についても同様である。

では、学説においては、どのような議論がなされてきたのだろうか。③では、現行刑法下における初期の学説の議論を概観することとしたい。そこで注意すべきなのは、学説においては、判例に反対し、不法領得の意思を不要とする説も有力だったということである。

③窃盗罪における必要説の議論

現行刑法下においては、先の大判大正4年判決前後、周知のように、領得意思必要説と不要説が明快に対立した。まず、必要説としては、たとえば、泉二新熊があげられる。彼は、「横領の目的」として積極的に必要説⁽¹¹⁸⁾を論じていた。泉二は、贓物罪及び毀棄・隠匿罪以外の財産犯を「横領的犯罪」とし、この目的は「権利者の利益を排斥して財物の経済上の用法に従い其財物若くは其経済上の価値を処分するの意思」でなければならないと定義する。その上で、彼は排斥する対象を「所有者」ではなく「権利者」とした理由を242条等の規定の存在に求めた⁽¹¹⁹⁾。これは、大正4年判決が用いた定義と酷似する⁽¹²⁰⁾。そして、この目的が、横領的犯罪と「瞬間的使用行為又は毀棄罪の如き財産犯とを区別するの標準」となるとする。その上で彼は、通常の毀棄の場合には窃盗罪等が成立しないが、「物の経済上の用法に従い、即時消費の目的を以て」なす、他人の薪を燃やすような場合には、毀棄罪は成立しないとし、さらに「原物を原状のままにて直ちに返還する意思を以て一時の所持を為す」ことは窃盗罪で処断されないが、「財物の経済的価値を減損する程度に於て使用する意思を以て」所持を奪った以上は、後日に返還意思があっても横領的行為であるとした。この観点から、彼は、当時ドイツで議論されていた、他人の占有する通帳を奪取し、預金を引き出した後に、それをすぐに返却する、いわゆる通帳事例でも窃盗罪の成立を肯定したのである。

泉二のこのような領得意思論に対しては、その後、必要説内部でも異なるアプローチから、それと異なる結論を導く見解が主張された。その代表は小野清一郎である。彼は、「所有権その他の本権を保護するということが盗罪の結局の意味」であるとし、不法領得を「権利者を排除して所有権の内容を行使すること」ととらえ、使用窃盗の不可罰性は、「権利者を完全に排除せざる場合」に限られるとする。そして、盗罪は、経済的に利得する利得意思（Bereicherungswille）ではなく、所有権の内容を行使する領得意思（Aneignungswille）を必要

とするので、物の毀棄・隠匿目的の場合にも、それを「一時完全に其の権利者を排斥して自己の支配下に置く」以上、その成立が肯定されるべきとする。このように、小野は、「領得」を「所有権の内容の行使」に限定したうえで、他方で、それさえ認められれば領得意思として十分としたのである⁽¹²¹⁾。

他方、宮本英脩は、小野と同じく領得意思は利得意思（Bereicherungsabsicht）とは異なるとするも、「所有の意思又は完全に自己の物とする意思の実行」と解されるのが通例であるドイツ法における本来の領得とは異なり、わが国の領得罪の「規定全般の關係に鑑み」と、（広義の意味における）領得とは「他人の財物を経済的に支配し又は其経済的支配の可能を獲得すること」を意味するとした。これによると、一定時間後の毀棄目的での窃取もこれに含めることが可能になるとするが、その具体的内容はなお明らかではない⁽¹²²⁾。

さらに、滝川幸辰は、「領得罪は経済的利益の獲得を主たる目的」とするとし、毀棄罪よりも窃盗罪が重く処罰されている理由を次のように述べる。領得罪が犯罪統計上最高を占める原因は「これによって犯人が財物の経済的利益を支配するという魅力を感じるからである。……窃盗罪を重く処罰する理由の中には多分に犯罪防御を加味した政策が含まれて居ると見るべきである。経済的利益の獲得を目的とせず他人の財物を盗むこともないではないが、刑法が斯かる稀有の場合を目標として規定を設けたとは考えられない」と。他方、滝川は、「斯ような意志は『権利者を排除して所有権の内容を行使する』形態をとって現われ」る、とも述べる。ここでは、小野や宮本の見解とは異なり、権利者の排除と財物の経済的利益の取得という両者を並び立たせる解釈が並立されている。しかも、後者を物の利用ではなく、経済的利益の取得に限定している点で、泉二の見解とも異なる。滝川が、領得意思必要説の根拠をこのように提示し、2つの異なる性質の意思を提示したことは、その後の学説に、多大な影響を及ぼしている⁽¹²³⁾。

このように、必要説は、とくに利用処分意思に関しては、財物の経済的な利

益に着目する一方で、それを、あくまで一般的な利得意思とする解釈とは一定の距離を保っていたと言えよう。そのことは、「財物の経済的支配」を重視していた宮本においてすら、あるいは、経済的利益の取得に着目していた滝川においてすら、そうである。

当時の議論でもう1つ重要なのは、これらの見解が、いずれもドイツの学説から影響を受けながらも、たとえば246条2項といったわが国固有の明文規定を意識して展開されてきたことである。この点は、とりわけ、いわゆる第三者領得をめぐる議論において、重要な意味を持つ。

以上のような議論が一個別の差異はあるが一戦前の通説ではあった。しかし、これに対しては、領得意思不要説が、強力な批判を向けていた。不要説から必要説への第1の反論は、我が国の規定に領得の意思なるものが存在しない以上、原則として、これを要求する必要はないということであった。しかし、これだけでは単なる形式論にとどまるであろう。条文にない要素が、処罰を限定するために要求されうることは、当時から認識されていたことであった。それにもかかわらず、なぜ不要説が主張されたか。そのさらなる理由づけはどのようなものだったのだろうか。

④窃盗罪における不要説の議論

明治期から不要説を積極的に主張した⁽¹²⁴⁾のは、牧野英一であろう。牧野は、当初より、返還意思があるとしてもなお、「『所持』の侵害あること疑なきが故に」奪取罪が成立するとしていた⁽¹²⁵⁾。その主張は、その後も変わらず、むしろ更なる理由づけが付加されることとなる。たとえば、彼は、不要説に立っても、毀棄罪の成立する範囲が狭くなるだけで、窃盗罪との理論的な区別は可能であること、返還の意思ある場合には権利者を排斥してしまう意思はないが、肯定説がその場合を処罰するのであれば、一時使用を不可罰とする理由はない（両者は、権利を害する程度の差にすぎない）こと、先にみた預金通帳事例では、

貯金の引き出しが預金通帳の経済的価値を減損するというが、それは「物が物質的に毀損されないでも、その効用が害せられて、権利者の権利が侵害せられていることを意味するに過ぎない。そうだとすれば、「使用者の使用を妨げた場合でも、その使用を妨げることに因ってその効用を害すれば」それは同じである、すなわち、「権利者の使用を妨げる意思があるならば、おなじく領得の意思あるものと解せねば」ならないことを理由に挙げる⁽¹²⁶⁾。

また、木村亀二も、小野の述べるように、利得意思までは不要であることをふまえた上で、「財物の所持の侵害に対する社会防衛の目的」が重要であり、必要説をとることは許されないとする。経済的価値のない物も客体に含めるべきであることや必要説の概念内容が内包的に「稀薄なものとしつつある」ことを論証する⁽¹²⁷⁾のは、先の牧野と同様である。

このように不要説は、わが国の条文が領得意思を要求していないこと、不要説を採用しても解釈論上の問題も大きくないこと、占有説からは素直な解釈であること、ドイツでも窃盗罪では利得意思が要求されていないこと、必要説も内容が「稀薄」であること、などをその論拠とした。

戦前の議論の状況はこのようなものであった。領得意思必要説が通説ではあったものの、不要説も有力に主張され、しかも、必要説においても、その内容については一致をみなかったのである。しかし、ここで重視されるべきは、いずれの見解も、その議論を、ドイツ法との関係で展開してきたことである。すなわち、必要説は、ドイツ刑法の議論を参照しながらも、日本の条文の独自性をどのように評価すべきか、という観点からその議論を修正してきた。他方、ドイツの議論とは大きく異なる不要説であっても、そこでは、必要説であるドイツの議論との相違が重視されていたのであった。

では、そこで参照されてきたドイツの議論とは、具体的にどのようなものであったのだろうか。次いで、この点を見てみよう。

⑤ドイツにおける領得（Zueignung）の議論状況⁽¹²⁸⁾

この当時の学説の多くが教科書で参照していたのは Liszt の見解である。Liszt は、財産犯の総説で、所有に対する罪として、物の Aneignung（所有の取得）による罪とそれ以外の罪（毀棄罪と不法使用罪（ドイツ刑法 290 条））とを明確に区別する。彼は、物の Aneignung（所有の取得）による罪とは、「所有者でない者が、物についての所有類似の支配を不当に行使する（anmassen）こと」であるとす⁽¹²⁹⁾。それは、窃盗罪における領得意思の内容にも反映され、animus lucri faciendi（利欲意思：gewinnstüchtige Absicht⁽¹³⁰⁾）とは異なる⁽¹³¹⁾、「所有内容の行使（Ausübung des Eigentumsinhaltes）」であるとす⁽¹³²⁾。そして、同時にそれは Enteignung としての所有者の排除であるとす。その意味するところは、物の継続的（dauernd）はく奪である⁽¹³³⁾。個別の特定の方向へと物を意のままにすることは、そこに完全な支配意思が表れていない限り、十分ではない。それゆえ、物の一時使用、いわゆる通帳事例では領得意思を認めない。しかし、それは、一定の物の消費（Verbrauch）があれば認められるとす⁽¹³⁴⁾。即座に物を壊すことは Aneignung でなく、また、他人に奪取物を渡すのは Aneignung とす⁽¹³⁵⁾。

Enteignung と Aneignung が、このように古くから区別されてきたのだとしても、わが国の議論が、それを明示的に区別して導入したことは、これまたやはりドイツにおいて、それを明確に区別して論じた学説が有力だったからであろう。意外に思われるかもしれないが、このような領得概念を所有の取得とはく奪に二分する通説の形成に大きな影響を及ぼしたのは、一般には、いわゆる新派・旧派の論争において Liszt の論敵であるとされてきた、Binding のそれなのである⁽¹³⁶⁾。

Binding は、まず、所有に対する侵害を、損壊（Beschädigung）とはく奪（Entziehung）の 2 つに分けた⁽¹³⁷⁾。そして、窃盗（領得）は后者であり、他人の物の Aneignung が狭い意味での所有犯罪の基盤であるとす。

そのうえで、Bindingは、まず所有のはく奪について、所有権が無視されることに刑法上の所有のはく奪があるとし、それは常に継続的なものとして意識されていること⁽¹³⁸⁾を要求する。ここから、物の消費（Verbrauch）の場合には、それをはく奪とし、使用（Gebrauch）の場合とは異なるとする。すなわち、他人の切符（無記名証券）を一時利用後に返還する場合には消費とし、通帳の一時利用後に返還する場合には、使用にとどまるとする。

Aneignung（Zueignung）について⁽¹³⁹⁾は、所有のはく奪が、民法的に他人の権利を否認することでないのと同様に、領得も民法上の、自己の権利の取得を意味しないことを前提に、はく奪と取得が事実上の関係を創出することであるとする。すなわち、取得は積極的な関係であり、「窃盗犯は、事実上、所有者の地位に立とうとし、そして、『所有関係のためには単に法的な認可を欠くだけの物との関係を自己のために創出しようとする。』」と述べる。窃盗犯は、物を自己の支配意思で征服しようとし、処分しようとし、消費しようとし、あるいは、使用しようとする、というのである。彼は、そこから次のことを導く。Aneignungとは、「所有の行使に類似して物を扱う目的のために支配関係を確立することである」と。ここにおいて注目すべきは、彼がAneignungの目的（目標）それ自体は意味がないとしたこと、すなわち、行為者が物をどのように処分するか、ということは何の影響もないとしたことである⁽¹⁴⁰⁾。もともと、彼が、「破壊」は、許された所有の行使ではなく、禁じられていない所有の否認であり、自己の物を破壊する所有者の権利について否定的な評価をし、なお領得に当たらないとしていることは、忘れてはならない。

このように、Bindingは、法的には否認されるような当該物に対する所有関係の構築こそが領得であるという立場を明らかにし、民事法における物権としての所有権の内容をふまえた理論を展開した。彼の議論が、領得の対象が物体であるという物体説と称される所以はここにある。窃盗罪が、所有に対する罪と分類するドイツ刑法では、こうした、あくまで個別の物を対象とした領得の

意思と、利得意思(Bereicherungsabsicht)とは異なるという点が受容されやすかったように思われる。

これに対して、領得の本質を経済的(wirtschaftlich)観点に求めたのは Frank であった⁽¹⁴¹⁾。彼の理由づけは、そのような理解が、低俗的な窃盗概念と一致するし、先に見た通帳事例において、処罰を肯定することができるからである。すなわち、物それ自体に着目すれば(数枚の紙の束である)通帳は、銀行から金銭が引き出されたことによって、その価値が減少しないが、その経済的価値に着目すれば、それは預金残高の減少によって、減少するといえるからである。もっとも、Frank は、(おそらく窃盗が利得犯罪とは異なることは意識して)この見解が、あくまで「物価値(Sachwert)」でなければならないことは認識していた。彼が窃盗罪の客体に金銭的価値なき物も含められるとしていたのは、それゆえである。そのうえで、彼は、領得を「他者を排除する意思で、物の経済的な価値に従って物を獲得すること」と定義し、それは「自己の財産へ物を実際にもたらすこと⁽¹⁴²⁾」にもあるとしたのであった。この見解は、価値説と呼ばれ、先に見た Binding の物体説と対立することとなる。

具体的な対立点を見よう。まず、Frank は、物の破壊の場合について、行為者が破壊によって、その物の経済的価値を取得すれば、またその限りで、領得であるとした⁽¹⁴³⁾。さらに彼は、権限者からはく奪した物を譲渡する(渡す)場合にも、領得とする。有償譲渡では、対価で物の経済的価値を一部でも自分のために取得しているので、疑念はないとするが、それにとどまらず無償譲渡についても、行為者は、物を実際に自由に処分するという価値を獲得するのだから領得であるとする⁽¹⁴⁴⁾。最後に、「物の単なる利用は、それによって他人(権限者)がその物の価値から排除されないとされる場合に領得でない」とする。

彼は、こうした前提に基づき、先に見た通帳事例について、次のようにいう。「通帳内で引き出された総額が差し引かれてしまった、その物(Das Abschreiben der abgehobenen Summen in Sparkassenbüchern)と当初の物との差異を重要で

ないとすることは、到底理解できない」と。

Frank の見解は、物の経済的価値に着目したものである。敷衍すればそれは、物を利用することによる利益の獲得こそが、領得にとって重要であるという「実質」をとらえるものであった。とはいえ、彼も、あくまで一般的な利得の意思と、領得意思とを区別し、後者においては、経済的視点が重視されてはいるものの、あくまで権限者や他者を排除するという視点も同時に有していた点には注意を要する。こうした観点をふまえた、より実質的な見解を次いで見ることにしよう。

Sauer⁽¹⁴⁵⁾ は、Liszt らの述べる見解を「形式説」と称し、「所有者にとって価値の喪失 (Entwertung) や価値の減少 (Wertminderung) の結果として行為者にとっての他人の物の価値を利用する (Verwertung) 目的に力点を置く」として⁽¹⁴⁶⁾、物は「所有者と同様に行為者にとって使用価値又は交換価値を、少なくとも愛情価値を有さねばならない」とする⁽¹⁴⁷⁾。そこで重視された行為者における Verwertung の性質⁽¹⁴⁸⁾ は、行為者の欲求 (Bedürfnis) とその欲求を満足させる物の能力によって特定され、それを客観化すれば、行為者が物にある使用価値や交換価値を処分するという表現になるとする。ただし、窃盗犯の欲求の満足や生活の助成 (Lebensförderung) は、常に物それ自体とは直接結びつけられない、として、暖をとるために他人の薪を燃やす事例を挙げ、薪それ自体は直接欲求の満足を引き起こしていないが、利益を惹起するもの (温かさ、熱) は、はく奪された物 (薪) と密接な関係にあるとし、この破壊を「はく奪された物の使用価値の現実化または客観化」だとする。温かさ、熱は、行為者にとって現実化されたまたは客観化された薪の利用価値として現れているというのである⁽¹⁴⁹⁾。

このように Sauer は、物価値 (使用価値・交換価値・愛情価値) という実質的な観点を念頭に置くことで、その観点から、形式的な所有の行使というだけではない、より実質的な領得の内容を明らかにした⁽¹⁵⁰⁾。

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

とはいえ、こうした「価値の取得」を重視する見解にも、また、欠点がある。同説に対しては、価値の内実が不明確であることに加え、事実上、利得と有意差がないことになりかねないという批判がなされているのである⁽¹⁵¹⁾。この見解は、確かに、通帳事例などにおいて窃盗罪の成立を肯定できる点で、直観的な魅力がある。しかしながら、なおこの説も、窃盗・横領が所有に対する罪とされ、「物」の領得が条文の前提とされるとき、本当に説得力があるのだろうか⁽¹⁵²⁾。そこでは、あくまで物の価値ではなく、物それ自体の領得が要求されているのである。

もっとも、こうした学説の対立をあまり強調しすぎるのは、適切でないかもしれない。実際、ドイツにおいては、こうした2つの見解を統合した見解（統合説）が通説を形成することになる⁽¹⁵³⁾。しかし、2つの異なる見解を統合することは、時に、重要な論点について妥協し、そしてそれゆえ、かえって説得力を失わせることになりかねない。

以下では、こうした議論に対応する形で展開され、2つの見解（物質説と価値説）を統合する学説の形成に重要な寄与を果たした当時のドイツ判例を確認しておこう。

⑥ドイツにおける領得をめぐる判例（RG）の状況

以上のような、ドイツの学説における議論状況をふまえ、さらにそれを発展させたのは、ライヒ裁判所による一連の判例である。

まず、RGSt. 2, 21 は、商人 W(被告人) が商人 E から預かっていたアップライトピアノを質に入れたという横領の事案で、領得の意義について「物について、行為者の意思支配を確定的に基礎付け、所有者の意思支配を確定的に排除する意思」を行為によって表明することだとした⁽¹⁵⁴⁾。しかし、その後、RGSt. 10, 369 は、先に見た、いわゆる通帳事案、すなわち他人の通帳を一時的に持ち出し、銀行から金銭を引き出したのち、これを返却した事案において、物そ

れ自体の確定的ななく奪までは不要とし、領得は「所有者の排他的管轄に属するものとみなされるに違いない個々の処分を物について為す」意思である場合にはあるとして、窃盗罪の成立を肯定している⁽¹⁵⁵⁾。

とはいえ、その後の判例は、いったんは物体説に傾斜する。たとえば、RGSt.11,239 は、被告人が、裁判所宛に届けられた債権者からの支払命令発行申請書2通を、開封のうえ破棄した（vernichten）事案⁽¹⁵⁶⁾で、次のように述べる。領得が肯定されるのは、行為者が、（所有者の排他的管轄に属する処分を単になすだけでなく）まず、物（書類）それ自体を獲得する（erwerben）意思か、それを自己の財産にもたらし意思をもち、それから始めてその物を破壊し、自己の所有のように処分する意思を実現させることを決定した場合である、と⁽¹⁵⁷⁾。

こうした物体説による判例の典型とされるのは、RGSt. 24, 22 のビール券事案である。女給である被告人は、客から受け取る金銭を店に戻さないために、ビール券を事前に奪取し、後の清算の際に、少なく売れたように見せかけた（それ自体は店に戻される：以下では、ビール券事案とする）。本判決は、被告人は「奪取の際に、単なる支払い手段を構成するだけのビール券について、店に属するそれらの所有権を侵害して、所有者として排他的な権限にある処分をなす意思を抱いていたのではない。彼女はその所有を侵害することなく、カウンターでビールを手にいれたときまでビール券を主人から隠すことを意図していたのである」と述べて、窃盗罪の成立を否定した⁽¹⁵⁸⁾。

もっとも、こうした結論は、物価値説、すなわち、物それ自体ではなく、その価値を領得の客体とする見解の台頭とともに、その後に変更されることになる。RGSt.40,10 は、被告人が店のカウンターからビール券を奪取した先のような事案で、権利の取得ではなく、経済的な結果の追求で十分であるとしたうえで、「所有にとって重要である有体物は、その物（物体）価値に従って（nach ihrem Sach（Substanz）werte）所有者の財産に属する。占有権、利用権が彼に属すのか、他人に属すのかはどうでもよい。……違法な領得意思として理解され

ねばならない意思は、動産を、こうした（占有権や利用権のような）法的に関係する内容に対応する状況へと経済的にもたらす意思、すなわち、動産をその（物）価値に従って自己の財産に事実上もたらす意思である。……この場合、その物（物）価値を単にその素材の価値と理解すべきでない。物の価値は、その事実的及び法的な関係の全体、及び、物が経済生活上見出される評価に従って特定される。このような関係でみると、単なる占有価値や利用価値だけが問題となるのではなく、時にそれを超えて、素材価値を相当上回る物価値を物に与える」と述べ、本件では、ビール券は、その事実上の利用（現金化）可能性の力で、素材価値以上の特別な物価値を有していたとした⁽¹⁵⁹⁾⁽¹⁶⁰⁾。

その後、価値のないもの（ungültige Brotkarte, Brotmarke）が客体とされた事案で、RGSt.51,97は、「物理的な物が他人の所有に属するといえるか、そして、窃盗罪にふさわしい対象でありうるか、という問題は、その物の価値に依存しない。」と述べながらも、それに加えて、先に見たRGSt. 40, 10の見解を踏襲している。もっとも、事案の解決としては、被告人が「その券などを所有者から終局的にはく奪し、共犯者に排他的な固くかつ完全な利用のために移転した」ことにあるとしたことには注意を要する。物を第三者に移転する場合には、領得意思として、排他的利用の意思で十分としているからである。

さらに、他人が見つけた迷い犬を小屋から奪取し、自分が犬を見つけたものと偽って所有者に返し、拾得報酬を得たという事案（以下では、迷い犬事案とする）で、RGSt. 55, 59は、次のように述べる。「窃盗の構成要件メルクマールとして、他人から奪取された物を所有者同様に処分することを行為者がねらうことが必要である。しかし、抗告人にとって、それは重要でなかった。彼は、拾得報酬、犬の一時的な占有に結び付いた財産的利益を得ようとした。これに対して、彼は、……犬それ自体あるいはその経済的価値を自己のために利用しようとしなかった」と。こうして同判決は、（加重）窃盗の成立を認めた原判決を破棄したのである。ここでは、犬の経済的価値の内実は明らかにされていないが、拾

得報酬それ自体は、犬の経済的価値とは異なり、それは領得の対象とはされないとされたのである。ここでは、犬との対価の関係に立つ経済的利益の取得は排除されており、あくまで当該犬に対する「所有者同様の処分」が必要とされている。

こうした判決を受けて⁽¹⁶¹⁾、判例はRGSt. 61, 228で、⑤の最後でも示した、いわゆる統合説を明示的に採用することになる。強制執行官である被告人は、依頼人のために受けとった金銭—全体で5028, 10RM—を権限者に支払わず、しかも、もはや占有していなかった。この事案において、区裁判所は、被告人が金銭を領得したとして、公務員横領罪の成立を認めたが、ライヒ裁判所は、その理由づけが不明確であるとしたうえで、領得概念について、非常に詳細に、以下のように述べた。重要な判決と思われるので、やや長く引用する。

「正当なのは、横領罪と同様に、窃盗罪という犯罪にとっても、行為者の利得（Bereicherung）は重要ではないことである。しかし、同様に、単なる他人の物についての自分勝手な処分では、一両者に共通である—領得を認めるに十分でない。自己の占有にある物または占有者からもぎ取られた物を火に投げる者は、通常、所有者にしか許されない方法で対象を処分し、所有者から永続的にそれをはく奪したにもかかわらず、なお窃盗や横領ではない。領得の本質は、物それ自体、あるいはそこに体现された物価値が行為者によって固有の財産に同化させられることにある。もっとも、それは、物を第三者に渡すことによっても生じうる。しかし、固有の財産を変更させることなしに、自分勝手に物を処分する者は、自己領得をしておらず、その経済的価値を自己のために利用していない⁽¹⁶²⁾」と。

ここでは、物それ自体が領得の対象に含まれることを前提としたうえで、それと並び立つ形で、利得とは異なる、物に体现された物価値もそれに含まれ、さらに、それが行為者の財産に同化すること⁽¹⁶³⁾が要請されている。このような判例を受けて、補充的であれ、物価値を独立に領得の対象として考えること

ができるか、という領得の客体の問題をめぐって、ドイツ学説は議論を深化させることになる。

⑦小括

このようにみえてくると、現行刑法の成立以降、大審院時代のわが国の学説は、窃盗罪において、ドイツの学説（およびその背後にある判例）を参考にしながらも、不法領得の意思必要説と不要説の間で議論を展開していた。牧野、木村は、こうしたドイツ流の領得の対象論の観点をもふまえて、わが国の条文構造からは、占有それ自体が保護されており、領得の規定もないのだからドイツ流の理論に従うことまではないという立場からこうした意思を不要と解したといえる。

これに対して、必要説である小野は、Bindingと同様に、物の形式的な所有の保護を重要視したと言える。とはいえ、彼はBindingとは異なり、所有の行使という枠組みから毀棄・隠匿を除くことはできないとした。それは、窃盗を利得犯罪化することへの懸念を意識したのもでもあった。その一方で、わが国の判例は、明示的に領得意思を必要とし、先に見たドイツ学説の「実質論」の見地に近い立場を採用する。大判大正4年判決は、「其経済的用法に従い之を利用若くは処分する」意思として、（所有者として振る舞うことを認めながら）物の「経済的用法に従って」物を利用する意思に言及しているからである。そして、おそらく、その後の判例の動向をふまえると、Sauerの言うような物の価値を独立した領得の客体と認め、そうした価値を得るために利用する意思を要求しているように思われる⁽¹⁶⁴⁾。

⑧横領罪について一補論一

横領罪においても、窃盗罪における必要、不要の対立と同様である⁽¹⁶⁵⁾。

泉二は、横領とは、「不法に他人の利益を排斥して其財物を経済上の用法に従い処分する目的に出でたる一切の行為⁽¹⁶⁶⁾」であり、領得意思を表象する外

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

部行為があれば十分とする。そして、物の費消や、法律上の処分もこれに含まれるとし、さらに「此目的のために財物を拐帯し、隠匿し」また、虚偽の事実の主張をすることも横領とする。そして、明示的に、経済的用法に従わない破壊や一時使用は横領ではないとしていた⁽¹⁶⁷⁾。

もっとも、必要説の多くの考え方は、領得行為とは「行為者が物に対して所有者に属する如き処分権を行うの行為」、⁽¹⁶⁸⁾「行為者が所有者を排斥し物に対し所有権の内容を行使する行為⁽¹⁶⁸⁾」、あるいは、「財物を、委託者に返還しない意志が明かに現れる行為⁽¹⁶⁹⁾」とし、売却、消費等の処分、さらには、毀棄・隠匿や拾得事実の否認もこれに含まれるとする⁽¹⁷⁰⁾。

これに対し、牧野は、横領とは、「物件に対して所有者たるの行為を為す」ことではなく、所持の侵害行為ということからは、それは「自己の権限以外の行為をなすこと」であるとする⁽¹⁷¹⁾。さらに、木村は、毀棄罪以上に重く処罰する理由は「他人の信頼を破ること」が加わるためであり、何ら問題ないという理由を付加していた⁽¹⁷²⁾。

注

- (1) 最決平成 16 年 11 月 30 日（刑集 58 卷 8 号 1005 頁）。
- (2) 最判昭和 26 年 7 月 13 日（刑集 5 卷 8 号 1437 頁）。事案は、強盗傷人の犯行後に、被告人等は、追跡されて、一旦陸に上って逃走したが、更に陸地から船で逃走しようとして企て、繋留してあつた他人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ものである。ここでの争点は、こうした返還意思を欠く、一時利用でも、領得意思が認められるかどうかであった（積極）。なお、最高裁では、不法領得の意思を欠くことをも窃盗罪の成立を否定する理由とした事案もある（最判昭和 28 年 4 月 7 日（刑集 7 卷 4 号 762 頁。事案は、被告人らが、農業協同組合長の管理する同組合倉庫中の政府所有米の俵から、米をすこしずつ抜き取り、これを倉庫外には全然持ち出すことなく、その倉庫内で、その米から同じような米俵を作り、これを同じ場所に政府所有米としてただ積んでおいたというものである。）。これについては、後述 II 2 参照。
- (3) 最判昭和 33 年 4 月 17 日（刑集 12 卷 6 号 1079 頁）。

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

- (4) 最決昭和35年9月9日（刑集14巻11号1457頁）。
- (5) 最決昭和37年6月26日（集刑143号201頁）。
- (6) ①についても、自動車奪取の事案で、最決昭和43年9月17日（判時534号85頁）、最決昭和55年10月30日（刑集34巻5号357頁）でいずれも、不法領得の意思を肯定する。とくに、後者は、その時間が4時間余りであり、「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ったとしても」そうであるとする。こうした返却意思がある場合については、下級審判決で、機密資料の持ち出しをめぐる事案（たとえば、東京地判昭和59年6月15日（刑月5＝6号459頁。ここで、②も問題とされる））があるが、別稿にて検討させていただきたい。もっとも、基礎的な考察は本稿でもなされる。
- (7) すでに、大阪高判昭和24年12月5日（高刑判決特報4号3頁）は、犯行を隠ぺいする目的で手提げ金庫を持ち出して、川に投棄した事案で不法領得の意思を肯定していた。
- (8) 東京高判平成12年5月15日（判時1741号157頁）。
- (9) 東京地判昭和62年10月6日（判時1259号137頁）。
- (10) 広島高松江支判平成21年4月17日（高等裁判所刑事裁判速報集（平21）号205頁）は、コンビニエンスストア強盗の事案で、傍論として、仮に刑務所に入る目的があったとしても、利用処分意思とは「単純な毀棄又は隠匿の意思をもってする場合を排除するという消極的な意義を有するにすぎないと解されるのであり、奪った現金を自首の際にそのまま提出するつもりであったというのは、要するに他人の財物を奪って所有者として振る舞う意思」であると述べ、これを肯定した。また、青森地判平成22年9月6日（LEX/DB25470064）は、「被告人らは、本件段ボール箱を毀棄し又は隠匿する意思で本件犯行に及んだわけではなく、自分たちが独自に計画した調査活動を行う中で、証拠収集の手段として本件犯行に及んだもの」であり……さらに「あらかじめ計画したとおり、窃取した本件段ボール箱を開披し、箱の中身が鯨肉であることを確認した上、その肉片をサンプルとして採取するなど、その物の所有者でなければならないような利用ないし処分をしている」としてこれを肯定した。
- (11) 木村烈「窃盜罪における『不法領得の意思』をめぐる理論と実務—いわゆる『利用処分意思』に関する判例の分析を中心に」『小林充・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』（2006）385頁。
- (12) さらに、不法領得の意思不要説を主張する判事として、神山千之「専ら検挙されるためにした財物奪取行為と窃盜罪における不法領得の意思」判タ1336号27頁。
- (13) 東京高判平成21年7月1日（判タ1308号308頁）。なお、最判昭和31年11月1

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

日（集刑115号285頁）は、カメラの処分等について確たる見通しがなかった事案で、原判決が、「他人のカメラを自己の鞆の中に入れて持ち出す際にこれを売ろうとか自分の家で使つて見ようという判然した考がなくても、人に見付からなければ、家まで持つて帰ろうと思つて他人のカメラを自己の鞆の中に入れて持帰ることは、これ即ち他人の物を自己の所有物としようという意思であつて、特段の事情のない限り領得の意思があると認めるべき」としたのは妥当とし、不法領得の意思が肯定できるとしていた。もっとも、この事案では、カメラの利用・処分それ自体は予定されていたことには注意を要する。

- (14) 井上弘通「時の判例」ジュリスト1304号169頁以下参照。
- (15) それぞれの立場を主張する学説については、後述Ⅱ参照。
- (16) 詳しく述べれば、故意概念を拡張して対応するのも不要説の一種である。曾根威彦『刑法の重要問題〔各論〕〔第2版〕』（2006）135頁以下は、「所有権侵害・危険の側面が窃盗の客観面に影響をもち得ないとするのは不可解である」こと、占有取得とは異なる「客体の利用可能性、利益移転の事実」を考慮すべきことを挙げ、そうした客観面に対する認識（故意）を要求すれば、あえて不法領得の意思を要求する必要はないとする。
- (17) 代表的論者として、内田文昭『刑法各論〔第三版〕』（1996）253頁以下、364頁以下。
- (18) なお、イギリス、アメリカにおける不法領得の意思について詳細かつ精緻に分析された文献として木村光江「不法領得の意思について」都立法学31巻2号80頁がある。また、フランスにおける不法領得の意思について、恒光徹「フランス法における不法領得の意思—現代社会における刑法の断片性の意義—」『鈴木茂嗣先生古稀記念祝賀論文集』（2007）553頁。後者では、現在、判例は不要説を採用するとする。
- (19) 川端博『刑法各論講義〔第2版〕』（2010）286頁以下、安里全勝「不法領得の意思についての考察」山梨学院大学法学論集6号23頁など。
- (20) 内田文昭「不法領得の意思—不要説の立場から—」中義勝編『論争刑法』（1976）263頁以下。詳しくは、林美月子「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察（二）」警察研究53巻4号67頁以下。
- (21) この点につき、斎藤信治「不法領得の意思（一）」法学新報79巻8号70頁以下も参照。
- (22) もちろん、所有権や諸権利それ自体が奪われるわけではない。その権利を適切に行使できない状況が作出されるということである。
- (23) もっとも、必要説によれば、242条において「自己の物」を領得し得るか、という問題は残されることになるが、通説は同様の意思を要求するように思われる。

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

本権説の発想からは権限者の排除ということになろう（小野清一郎『新訂刑法講義各論』（1949）237頁参照）。ただし、なお検討を要するが、必要説によれば、一時利用も、毀棄・隠匿意思もそれぞれ考えられうることになろう。そして後者については、「自己の物」であるから毀棄罪は成立せず、動物愛護法違反等の他罪にふれない限り、無罪となりうると思われる。

- (24) 伊藤渉「郵便送達報告書の受領者の押印又は署名欄に他人の氏名を冒書する行為と有印私文書偽造罪及び他人あての送達書類を廃棄するだけの意図で他人を装って受領する行為についての詐欺罪における不法領得の意思」ジュリスト1360号156頁、さらに、同「いわゆる『不法領得の意思』をめぐる判例の動向について」東洋法学52巻2号1頁参照。
- (25) 松宮孝明「詐欺罪における不法領得の意思について」立命館法学292号304頁以下も本決定の結論を肯定する。もっとも、その判断方法は異なる。松宮説は、窃盗罪や横領罪とは異なり、詐欺罪においては、ドイツ刑法263条の詐欺罪におけるような「利得目的」が要求されるとする。そして、たしかに、債務名義の取得にまで至っていない被告人にも、利得を得ようとする意思はあるが、「損害と利得との間の対応関係」が認められない以上、246条2項の成立も否定されるとする（同「詐欺罪における不法領得の意思が認められないとされた事例」法学セミナー603号121頁）。もっとも、このような解釈が、詐欺罪について（領得意思と区別された）利得意思を要求しておらず、窃盗罪とは単に実行行為の内容と2項の有無についてしか異ならない日本刑法典の解釈として適切かどうかについては、疑問もある（林幹人「詐欺罪における不法領得の意思」判時1908号22頁）。
- (26) 先駆的考察は、佐伯仁志「窃盗罪をめぐる3つの問題—財物の費消、占有の相続、不法領得の意思」研修645号10頁。平成16年決定以降の文献として、山口厚「不法領得の意思」法学教室294号13頁、佐伯仁志「不法領得の意思」法学教室336号74頁がある。
- (27) 山口厚『新判例から見た刑法〔第2版〕』（2008）160頁以下。
- (28) 林美月子「財産的利益を得る目的で財物を廃棄する意図と不法領得の意思」ジュリスト1291号（平成16年度重要判例解説）161頁。さらに、町野朔「隠匿行為と不法領得の意思」刑法判例百選Ⅱ〔第6版〕60頁。
- (29) 林幹人・前注25 20頁
- (30) 横領罪について、伊藤他『アクチュアル刑法各論』（2007）222頁〔小林憲太郎〕、窃盗罪でも同様に、成瀬他編『判例プラクティス刑法各論』（2012）200頁〔小林憲太郎〕。引用は、島田聡一郎・小林憲太郎『事例から刑法を考える 第2版』（2011）101頁〔小林憲太郎〕。
- (31) これに対して、後述するように、「財産秩序全体に対する脅威がより大きい」

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

- として違法性の問題とすべき見解として、中森喜彦「不法領得の意思」阿部純二他編『刑法基本講座〔第5巻財産犯論〕』（1993）95頁。また、消極的に、毀棄罪と区別するための犯罪類型個別化機能をもつにすぎないとする見解として、山中敬一『刑法各論〔第2版〕』（2009）254頁。
- (32) 平野龍一「不法領得の意思をめぐる（一）」警察研究61巻5号1頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012）158頁。
- (33) 利欲的動機を利用処分意思において問題とすべきでないとする見解として、内田幸隆「窃盗罪における不法領得の意思」刑法の争点（2007）168頁。さらに、内田文昭「不法領得意思をめぐる最近の議論について」法曹時報35巻9号1頁、とくに、16頁以下参照。
- (34) 林美月子「不法領得の意思と毀棄・隠匿の意思」立教法学75号1頁、とくに9頁以下。
- (35) 佐久間修「横領罪における不法領得の意思」刑法の争点（2007）204頁参照。
- (36) 最判昭和24年3月8日（刑集3巻3号276頁）。
- (37) たとえば、大谷實「横領の罪における『横領』について」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第3巻現代社会と刑事法』（2000）9頁。
- (38) 横領の意義についての近時の詳細な検討として、林幹人「横領行為と不法領得の意思」研修669号3頁、橋爪隆「横領概念について」研修712号3頁参照。
- (39) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』（1990）610頁。
- (40) 深町晋也「財産上の利益」刑法の争点（2007）160頁参照。
- (41) 論者は、2項犯罪に全体財産に対する罪の役割をも担わせるため、そのように解することに問題はないのかもしれない（団藤・前注39 620頁）。
- (42) 山口・前注27 157頁以下。
- (43) さらに検討すべきは、いわゆる第三者領得の事案の解決である。平成16年決定およびその後の実務家の論稿を見る限り、無償で無関係の第三者に渡すためになした物の奪取も、第三者に渡すことは毀棄・隠匿でないのであるから、窃盗罪の成立が認められることになりそうである。しかし、この場合と単に放置する目的の場合とは、何が異なるのだろうか。こうした第三者領得の問題については、拙稿「いわゆる第三者領得について」上智法学論集50巻2号103頁で、ドイツの議論を含め、検討すべき点を示したが、総合的な考察は別稿に譲らせていただきたい。
- (44) たとえば、大判大正15年4月20日（刑集5巻136頁）。
- (45) 林幹人・『刑法各論〔第2版〕』（2007）294頁。同旨の見解として、内田幸隆「横領罪における不法領得の意思（2）」刑法判例百選Ⅱ〔第6版〕131頁。
- (46) 林幹人・前注45 142頁以下参照。

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

- (47) 最判平成13年11月5日(刑集55巻6号546頁)。なお、本人もできない行為を行った場合に直ちに不法領得の意思を肯定することについても議論があり、これは否定された。
- (48) すでに、上寫一高「横領罪における不法領得の意思(2)」刑法判例百選Ⅱ〔第5版〕123頁は、「所有者本人のためにする『意図』は、不法領得の意思の存否には関わらない、理論的に別個の主観的犯罪阻却要素であると位置づけることになろう」とし、背任罪との比較をもし、「専ら」本人のためにする場合に限られない可能性があることを指摘する。本稿の検討もこれに示唆を受けたところが大きい。さらに、同「横領罪(上下)」法学教室295号118頁、296号93頁参照。
- (49) 不正競争防止法の改正においても、こうした点は維持され、そのうえで、いわゆる企業秘密(情報)の取得が犯罪化されているように思われる(不正競争防止法21条参照)。
- (50) ドイツ刑法246条の *Unterschlagung* である。本文で先にも述べた1998年改正以前は「所持(Gewahrsamkeit)」が要件とされていたが、これが削除された。この意味で、わが国の254条とほぼ同様であるため、この訳語にした。
- (51) 便宜のため、以下で扱う旧法の規定をここで挙げておく(片仮名は平仮名に直した)。
- 旧刑法366条(単純窃盗)「人の所有物を窃取したる者は盗罪の罪と為し2月以上4年以下の重禁錮に処す」
- 旧刑法385条(遺失物等隠匿等)「遺失及び漂流の物品を拾得て隠匿し所有主に還付せず又は官署に申告せざる者は11日以上3月以下の重禁錮に処し又は2円以上20円以下の罰金に処す」
- 旧刑法390条1項(詐欺取財)「人を欺罔し又は恐喝して財物若しくは証書類を騙取したる者は詐欺取財の罪と為し2月以上4年以下の重禁錮に処し4円以上40円以下の罰金を附加す」
- 旧刑法395条(受寄財産消費等)「受寄の財物借用物又は典物其他委託を受けたる金穀物件を費消したる者は1月以上2年以下の重禁錮に処す若し騙取拐帯其他詐偽の所為ある者は詐欺取財を以て論ず」
- (52) たとえば、田野の穀類等を窃取する場合には軽い法定刑(旧372条)を、水・火・震災等に乗じて窃取する場合には重い法定刑(旧367条)を規定していた。
- (53) もっとも、この当時から他人が物を占有していることが必要とされている。
- (54) 名村泰蔵『独逸刑法』(1882)104頁。
- (55) 江木衷『改正増補現行刑法各論全』(1889)348頁以下(日本立法資料全集別巻477(2007)復刻版)。
- (56) 勝本勘三郎『刑法析義〔各論之部下巻〕』(1900)309頁以下。
- (57) 岡田朝太郎『刑法論〔各論之部〕訂正増補再版』(1895)906頁以下(復刻叢書法

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

律学篇 25（1995）復刻版）。

- (58) 井上操『刑法述義 第三編』（1890）392 頁以下（日本立法資料全集別巻 128（1999）復刻版）。
- (59) 宮城浩藏『刑法正義』（1984（復刻））716 頁。
- (60) 磯部四郎『改正増補刑法講義下巻』（1893）1058 頁以下（日本立法資料全集別巻 141（1999）復刻版）
- (61) 当時の学説では、他人所有と信じていなかった場合や他人に対して権利を有する場合等がここで議論されていたが、本稿の対象からは外れるので詳論しない。
- (62) もっとも、宮城は『刑法講義』（1887）627 頁以下（日本立法資料全集別巻 80（1998）復刻版）では、「悪意あること」として故意以上のものを要求してはいなかった。
- (63) 劇雨が生じたので友人宅から傘を持ち帰る行為などが記載されている。一時使用を念頭に置いているように思われる。
- (64) 磯部も、単純な占有目的と、家畜類を逃がしたり、船を流出させたりする目的の場合には領得意思は認められないとしていた（磯部・前注 60 1059, 1060 頁）。
- (65) 江木・前注 55 348 頁以下。さらに、岡田・前注 57 906, 907 頁も同旨。また、堀田正忠は、「所有主を扶剥するの意思」があれば十分とし、どのような目的であっても「罪惡同一」で「被害者は同等の保護を」要するとし、窃盜罪が成立するとした（堀田正忠『刑法釋義』（1885）392 頁以下（日本立法資料全集別巻 178（2000）復刻版））。
- (66) もっとも、リストの影響を強く受けた小畔傳は、「自己の物とする意思」として、毀損する意思の場合には、食料品を食する場合や発射するために弾丸を窃取する場合のようなときにしか領得意思を認めない。そうした場合に限って、その物の経済的な価値の利用があるとするのである（小畔傳『日本刑法論各論』（1905）775, 776 頁）。
- (67) この後段の規定は当時のフランス法にはなかったようであり、宮城は、詐欺取財として論ずることはできないとして「無用の法文」とする（宮城・前注 59（正義）758 頁）。
- (68) たとえば、宮城・前注 59（正義）752 頁以下。もっとも、江木・前注 55 369 頁参照。なお当時これらの罪の客体は、動産に限られていた。さらに、野村嘉六「委託物費消罪と数罪の關係」法律新聞 299 号 1 頁参照。
- (69) この「横領」という言葉が、文献上でいつから用いられたかは定かではないが、曲木如長『伊太利刑法』（1890）140 頁の中で、イタリア刑法の「暴認罪」に相当するものにこの訳語をあてたのが初めてではないかと推測される。それ以前（明治 21 年）の司法省所有の『伊太利王國刑法草案』450 条以下では「押領の罪」とされていた。
- (70) 旧 393 条は、「他人の動産不動産を暴認して販売交換し又は抵当典物となした

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

る者」を暴認罪として処罰していた（これは、ローマ法の *steli* にあたるものとされる）。もっとも、この規定の存在意義については争われていた。岡田は、不動産の場合には旧 395 条では処罰できないのだからなお有用であるとする（岡田・前注 57 1042 頁）。これに対して、勝本は、この行為は詐欺取財で処罰しうるし、そうでなくとも、登記制度や取得時効制度に鑑みると、相手方の権利が否認されないこともあるとして、その存在意義を横領の一種に求める（勝本・前注 56 382 頁以下）。

- (71) 勝本・前注 56 292 頁。
- (72) 勝本・前注 56 396 頁以下。
- (73) 実は、勝本は、盗罪における奪取の意思について、「所有者と同一の利益享受する」ことを前提にして「一時借り入れ又は保管せんが為め」の行為は、盗罪を構成しないとしていた（勝本・前注 56 309, 310 頁）。
- (74) 遺失物については、先に他人の所持を離れ、未だ何人の所持にも入らざる他人所有の有体動産とされる（岡田・前注 57 987 頁）。
- (75) 磯部・前注 60 1097 頁。
- (76) 堀田・前注 65 610 頁。
- (77) 井上・前注 58 533 頁。
- (78) 積極的な所為等をして隠匿する場合は別である。岡田によると、明治 22 年 1 月 25 日（漂着した薪を庭の前に積み上げた事案）、明治 24 年 9 月 21 日（5 日以内に、女物の衣類等を隠匿した事案）の判決で、旧 385 条の適用が肯定されたようである（岡田・前注 57 996 頁以下）。
- (79) 勝本によれば、明治 32 年に遺失物法が改正され、旧法で「5 日以内」に返還または申告をするものとされていたが、それがなくなり、「拾得物其他本法の規定を準用する物件を隠匿し若しくは不正に処分したる者は 3 月以下の重禁錮又は 20 円以下の罰金に処す」とされ、旧 385 条以下は、「暗黙の廃止」となったとされた。この遺失物法 16 条は、現行法の遺失物等横領罪の規定が整備されたことにより、削除された（内田他・後掲注 98 『刑法〔明治 40 年〕（7）』日本立法資料全集（1996）217 頁で、政府委員の倉富勇三郎は、削除する積りであると述べている。）。
- (80) 江木・前注 55 409 頁 [倉富評]。
- (81) 初期には、蒸気船の事務長である被告人が、会社の準備金を用いて、「会社将来の利益と心得」で、問屋の者と交際したり、他人に貸し付けたりした事案で、それは「不正の所為」とし、窃盗罪の成立を認めたものがある（大判明治 9 年 11 月 21 日（明治前期刑録 1 巻 113 頁））。なお、適用法律は「改正雇人盗家長財物律」のようである。一時留守役を務めていたとしても、窃盗になる（大判明治 10 年 10 月 27 日（明治前期刑録 1 巻 404 頁））さらに、「盗心」について、大判明治 11 年 7 月 25 日（明治前期刑録 3 巻 40 頁）も参照。

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

- (82) 大判明治13年1月16日（明治前期刑録9巻92頁）。また、大判明治14年6月30日（明治前期刑録17巻122頁）は、被告人が、路傍の茶店において他人の忘れ物である服紗包を持ち去り、書類を投棄し、袴を所持した事案で窃盗罪の成立を否定した。
- (83) 大判明治15年10月12日（明治前期刑録22巻258頁）は、被告人が、他人の鶏の窃取後に追跡されてそれを投棄しても、窃盗既遂は否定されないとした（同旨、大判明治16年5月4日（明治前期刑録23巻206頁））。
- (84) 大判明治16年3月27日（明治前期刑録23巻119頁）。同様に、大判明治16年5月14日（明治前期刑録23巻228頁）。
- (85) なお、わが国の判例で「領得」という文言が初めて公刊物に登場したと思われるのは、紙屑営業人がその扱う紙屑の中から金員物件を取得した事案で旧刑法の遺失物隠匿罪の成立を肯定した大判明治29年4月14日（刑録2輯4巻33頁）の判決要旨においてであると思われる。
- (86) これ以前に、差し出された債務証書を直ちに口の中に入れた事案で、大審院は窃盗罪の成立を認めた（大判明治32年12月26日（刑録5輯11巻83頁））が、理由が述べられているわけではない（佐伯・前注26 82頁参照）。
- (87) この事案では、当時の単位として「凡八百八十日」を窃取して逃走したとされた。高額であることは推定されよう。
- (88) 大判明治39年4月9日（刑録12輯429頁）は、漂流木材を取得したAに、木材の収集を所有者より請け負った、と偽って引き渡しを受けた被告人に対し、「木材を自己に交付せしめてこれを領得した」以上、旧刑法390条における詐欺取財が成立するとした。ここでは、引き渡しを受けたことが「領得した」こととされている。
- (89) 大判明治41年2月4日（刑録14輯42頁）。
- (90) なおさらに、大判明治42年11月9日（刑録15輯1549頁）は、俵の運送を委託された者が、その途中で俵を破り、または、結束を解いて在中の肥料をとりだしたという事案で、後の肥料の売却意思は、「当然の目的内に包含せらるべき」であり、売却行為は別罪とはならないとした。そして、大判明治43年10月25日（刑録16輯1738頁）は、「後の処分行為は、前の窃取に因り既に領得したる目的物に対し、横領の目的を實行したるに過ぎざる」をもって、事後の処分行為は別罪を構成しないとした。不可罰的事後行為それ自体についての問題は措くとしても、ここでは、後述Ⅲとの関連で、事後的な行為の目的が、事前の窃盗罪の成立にとって考慮される点、及び、窃取によって「領得した」と述べられている点が重要であろう。この表現を素直にとらえると、領得意思が顕現した奪取の時点で領得とされるという評価が成り立ちそうである。

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

- (91) 費消と拐帯との関係について、大判明治15年9月29日（明治前期刑録22巻249頁）、また、「其費消の字は費用消耗を指したるものにて其全部の費消のみを云いたるものにあらず」とした判決として、大判明治16年5月10日（明治前期刑録23巻220頁）。旧刑法適用以前の判決ではあるが、大判明治15年2月20日（明治前期刑録19巻93頁）参照。
- (92) すでに、大判明治23年11月16日（法律新聞12号9頁）は、富山県水産会の幹事であり、会計事務を担っていた被告人が補助金をある会の開設準備金に充用したという事案で、委託物費消罪（旧刑法385条）について、本「罪は自己の爲めにする」と他人の爲めにするを問はず正当の理由なくして之を費消したるに因り成立す」とし、無罪を言い渡した原審を破棄している。領得という文言は用いられていないが、問題意識は同様であったものと推察される。
- (93) なお、入質手続きに着手しただけでは、委託物費消罪の既遂ではないとした判決として、大判明治38年7月7日（法律新聞291号12頁）。
- (94) 大判明治38年7月7日（法律新聞292号15頁）。
- (95) 委託物の騙取について、「詐欺の所為を以て横領する」と述べる大判明治37年6月14日（法律新聞222号40頁）、大判明治38年8月1日（法律新聞299号11頁）など。
- (96) 大判明治39年4月4日（法律新聞347号15頁）。さらに、本判決は、その結果、暴認罪は、財物の所有者と犯人との間に委託関係がなく、交換等をなしたる場合に限り成立するとする。
- (97) さらに、監守盗罪（旧289条：官吏自ら監守する所の金穀物件を窃取したる者は軽懲役に処す）について、大判明治39年5月25日（法律新聞357号15頁）（裁判所書記が競売代金を窃取した事案（肯定））、大判明治39年1月26日（法律新聞338号11頁）（村長による金銭の奪取）。
- (98) これについて詳しくは、内田文昭・山火正則・吉井蒼生夫編著『刑法〔明治40年〕（1）～（7）』日本立法資料全集（信山社・1993～2009）を参照。明治23年の改正案が第1回帝国議会で提出されたが、議決に至らなかった後に、明治25年1月から刑法改正審査委員会がスタートした（この当時の司法大臣秘書が前注69の曲木如長であり、改正審査委員に任命されている点は、「横領」という文言との関係では興味深い）。その後、明治28年に改正審査委員会は「刑法草案」をまとめた。そこで、委託物費消罪の規定は大幅に変更され、現行法の元となった横領罪の規定となった。すなわち、草案第307条では「他人の爲め占有する動産又は不動産を横領したる者は五年以下の懲役に処す」とされたのである（おそらく審議されたのだろうが、残念ながら、その資料は収録されていない）。明治30年草案も同様であるが、明治33年草案に本文に述べた理由が付された。

- (99) 内田他編著・前注98『刑法〔明治40年〕（2）』日本立法資料全集（1993）585頁。なお、これは、明治34年第15回帝国議会提出「刑法改正案参考書」、明治35年第16回帝国議会提出「刑法改正案」理由書、さらには、明治40年第23回帝国議会提出「刑法改正案」理由書でも同様である。
- (100) 明治40年3月5日の衆議院刑法改正案委員会議事録第8回では、旧法396条における自己の財物の蔵匿脱漏が「横領」に含まれるとしてよいか、という趣旨の質問に対し、政府委員の倉富勇三郎は、「それでは全く御解決の通であります」と述べ、現行法の252条2項にそれを含めているようである（内田他編著・前注98『刑法〔明治40年〕（7）』日本立法資料全集（1996）217頁以下）。この意味では、蔵匿も横領に含まれることになる。この点を指摘して、252条2項の横領は、自己の物にする行為ではなく、「保管に背く行為」となり、二重の意味が「横領」という文言に与えられたと評価する見解もある（松宮孝明「『横領』概念について」産大法学34巻3号300頁以下）。
- (101) 現行刑法施行以前にも「横領」という単語は判文に顕れていた（大判明治35年10月27日（刑録8輯9巻127頁）など）。大判明治37年6月14日（刑録10輯17巻1361頁）は、委託された金額を詐欺の手段で横領することを認める。もっとも、これらの判例での横領の意味は、自分のものにするということ以上には、なお明らかではないと思われる。
- (102) ただし、初期の判例は、横領について、それが領得行為であることを明言していなかった。大判明治42年6月10日（刑録15輯759頁）は、委託の趣旨に反する金銭の費消を横領とし、大判明治42年7月1日（刑録15輯917頁）は、横領とは、「権利なき処分行為を為すを謂う」として、他人の米を保管中にそれを貸与した被告人を処罰した。
- (103) その後、大判明治43年2月17日（刑録16輯272頁）でも、「金員を横領すべき意思の実行」が横領行為とされている。さらに、大判明治43年7月1日（刑録16輯1333頁）は、「金品を不正に領得するの目的を以て」返還を免れる事実状態の作為をもって、横領罪の成立を肯定する。
- (104) その後、さらに、大判明治44年5月22日（刑録17輯407頁）は、被告人が主人より借用した印絆纏を着用したまま逃走したという事案で、「横領罪は自己の占有する他人の物を不正に領得するに因て成立し、占有する物を自己の有に帰せしむると若くはその物の経済上の価値を自己の有に帰せしむるとにおいて擇（え）らぶ所なく」領得意思の実行あれば足りるとした。
- (105) なお、原判決が「其他不当に支出」とした点については、村（所有者）のためになされた可能性があるとして、それが破棄されている。
- (106) 大判明治45年5月2日（刑録18輯545頁）参照。

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

- (107) さらに、大判大正1年11月11日（刑録18輯1366頁）は、村の公金を自己の商業資金、村の負担とならない学校建築費、又は、軍隊の歓迎費に支出した事案で、不法領得の意思を「他人の財物を自己の所有物として経済的に利用する意思」とまとめた。なお、この事案では第三者領得も問題となりうる。
- (108) 同様の表現は、大判明治43年10月11日（法律新聞677号18頁）にみられた。
- (109) その点につき、その物の経済的価値を利用する意思からなされたものであることまで要しないとした大判大正4年2月10日（刑録21輯94頁）も参照。
- (110) こうした観点からも、事務管理として所有者のために金銭を費消するような場合は、横領罪の成立は否定されることになる（たとえば、大判大正3年9月8日（刑録20輯1588頁））。
- (111) 大判大正3年6月10日（刑録20輯1167頁）では、「不法に領得するの意思」が、事案にあてはめられるところでは、「窃盗の意思」とされた。
- (112) 大判大正5年8月8日（刑録22輯1310頁）（他人の荷車を自己の所有物であると抗争した事案）、大判大正6年7月14日（刑録23輯886頁）（共犯者に他人の金銭を交付した事案）、大判大正7年9月25日（刑録24輯1223頁）（預かった物品を競売に付した事案）、大判大正10年10月14日（刑録27輯625頁）（純金延棒の入った風呂敷を拾得し、隠匿した事案）、大判大正11年2月23日（刑集1輯69頁）（旅客が他人の物を自己の債務の担保に供するために置いていった事案）、大判昭和8年4月11日（刑集12巻402頁）（共犯者に対する物件の交付）、大判昭和8年5月18日（刑集12輯593頁）（村の収入役が役場の金庫から金員をとりだした事案）、大判昭和10年3月25日（刑集14巻325頁）（司法警察官が時計や金銭について領置手続きをなさず、検事局に送致しなかった事案）、大判昭和10年7月10日（刑集14巻799頁）（有価証券を証拠金の代用に供し、巨利を得んとするために金庫から取り出した事案）。もっとも、大判大正6年9月17日（刑録23輯1016頁）は、他人も自己も占有しない物については、不正領得の意思を発現しただけで横領罪は構成されないとされた。さらに、本人たる寺院のために寺院所有の什物を買戻し特約付きで売却した事案について、「住職として自己の代表する大岳院の什物を同寺院の爲に処分したる」場合に処罰しないとされたものがある。本人のためにする意思と領得意思の関係について、後述Ⅳ参照。
- (113) この当時、横領罪の成否に関する問題は多岐にわたる。二重譲渡に横領が認められた例として、大判昭和7年3月11日（刑集11巻167頁）。もっとも、ここでも、「他に売却する売渡人の行為」が横領であるとする（ただし、第二譲受人らが登記を経ている事案）。さらに、所有権留保中の山林の処分につき、大判昭和11年3月30日（刑集15巻396頁）。また、横領と背任との関係についても、いくつかの重要判決がある（たとえば、大判昭和7年4月21日（刑集11巻342頁）、大判昭和8年9月28日（刑集12巻1737頁））。そして、横領罪を自己領得に限定するとするものもある（前

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

- 掲大判昭和7年4月21日、大判昭和6年12月17日（刑集10巻789頁）が、判例の多くは「第三者の為」の領得をも肯定していた（たとえば、大判大正12年12月1日（刑集2巻895頁）、大判昭和8年7月5日（刑集12巻1101頁））。
- (114) 大判昭和8年3月16日（刑集12巻275頁）（取立委任で占有した小切手を第三者に貸与した事案）。
- (115) 自己の用途に費消するつもりであれば、事後に補てんする意思があっても横領罪の成否に影響がないとするものとして、大判昭和11年12月24日（刑集15巻1658頁）。
- (116) 大判大正5年1月17日（刑録22輯1頁）。
- (117) この点で、自転車の一時利用の不可罰について判断した大判大正9年2月4日（刑録26輯26頁）も参照。大審院は、もし「被告が当初より無断使用の末、之を破壊し且棄捨る意思」であれば、窃盗罪を構成するとしている。
- (118) 大場茂馬『刑法各論（上）（第7版）』（1909）復刻叢書法律学編（1994）396頁以下参照。後述のドイツ学説における *Enteignung* と *Aneignung* をその根拠としているようである。ただ、「別言を以て言えば……経済上所有者が有すると同一なる利益を領得せんとする意思」と述べている個所をみると、経済的な観点が強調されている。もっとも、大場自身が毀棄罪との関係をどう解していたかについては定かではない。さらに、草野豹一郎「刑事判例研究（35）」法学新報45巻3号126頁以下は、判例の定義に賛成する。
- (119) 泉二新熊『日本刑法論（第13版）』（1912）895頁以下。
- (120) しかしその後、泉二は、236条2項や246条2項の「精神に鑑みて」、この目的を「自己又は第三者の為に財産上不法の利益を享くる目的を以て他人の財物の占有を排除する意思」とした（泉二新熊『日本刑法論（第36版）』（1924）693頁以下、太字は筆者）。
- (121) 小野清一郎『刑法講義（全）』（1932）558頁以下。これ以前に、同様の結論の見解として、山岡萬之助『刑法原理』（1912）424頁。もっとも、山岡は、権利者の排除というよりも、「行為者に於て所有者と同様な支配を物の上に行わんとする意思」を要求し、一時使用の場合を排斥する。
- (122) 宮本英脩『刑法学粹』（1931）590頁以下。また、自己のためでなく、第三者のためにのみ、他人の物をはく奪する場合を窃盗として処罰するためにも、領得概念をドイツにおけるそれより拡張すべきともしている（同[学粹]592頁）。さらに、宮本は、他人の所持内にある物件を売渡または贈与し、その第三者が物件を移転（奪取）した場合に、ドイツと異なりわが国には財産罪において2項犯罪が規定されている「精神」から、1項犯罪でも「同様に適用あるものと解する」とする（宮本英脩「他人の所持内に在る物の売買贈与と窃盗」法学志林16巻7号97頁）。なお、使用

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

窃盗については、「要は損害軽微にして刑法上の問題と為すに足らざる」という理由であるとして、領得概念とは別個の問題とする（同〔学粹〕620頁）。

同様の観点に基づく見解として、草野豹一郎「領得の意思」同『刑事判例研究第一巻』（1934）353頁（草野は、「領得の意思と云うことに疑いがある」として次のように論ずる。大審院のように所有者の実を挙げる意思という解釈には賛成できない。「若し窃盗罪と毀棄罪と区別する必要のみから云うならば、何も自己に領得する意思ある場合に限る必要はないからである。」我が国の条文では、いわゆる2項犯罪において、第三者に直接帰属することが認められており、その「立法上の精神」からは、窃盗罪においても同様に解すべきである。それによれば、領得意思は「単に経済上の享益の意思と解すれば足りる」と）。

- (123) 滝川幸辰『刑事法判決批評 第1巻』（1937）418頁。
- (124) 岡田庄作も、不要説に立ち、目的物を自己の所持に移すことによって決まるとし、毀棄罪との違いを占有取得の有無に見出し、また、使用窃盗も可罰的とする。もっとも、領得意思の内容が、「自由に処分することを得る状態に置くこと」であれば、自身も「領得意思を必要とする」と述べる点には注意を要する（岡田庄作『刑法原論』（1914）536頁以下）。
- (125) 牧野英一『刑法通義』（1907）303頁以下。
- (126) 牧野英一「窃盗罪の要件としての領得の意思」同『刑法研究第3巻』（1927）327頁以下〔初出：法学志林23巻2号〕。さらに、牧野は、疑問の第1として、これまでの必要説が「財物をその用法に従って享受する意思」を要求していないように見えることに疑問を呈する。大場が特によったであろう Frank が経済上の享益をも物からの利得としており、反面で、山岡のように、「領得の意思は行為者に於て所有者と同様なる支配を物の上に行わんとする意思」であるとすれば、領得の観念に用法に従う利用は不要となるのではないかと述べている。とはいえ、ここでなぜ牧野が「財物をその用法に従って享受する意思」をもって領得意思を論じようとしたのかは定かでないが、大場が経済上の享益と用法上の享益とをあいまいにしている点を指摘したものと推察される（草野・前注122 354頁参照）。
- (127) 木村亀二「刑事判例研究」法学志林37巻7号105頁。
- (128) すでに詳細な検討として、斎藤信治「不法領得の意思（一）～（三）」法学新報79巻8号35頁、79巻11号37頁、86巻4＝5＝6号303頁（とくに、（三））、林美月子「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察（一）～（四・完）」警察研究53巻2号43頁、53巻4号67頁、53巻6号43頁、53巻7号24頁、香川達夫『刑法解釈学の基本問題』（1977）303頁以下など。
- (129) Franz v.Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 21. und 22. Auflage 1919 (Bibliothek des Deutschen Strafrechts Neue Meister 40, 1997)S.408, 409. なお、1891年の第4版S.442では、「ただ所有であるための法的承認が欠ける物との関係の確立」と

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

するが、それは、*se ut dominum gerere* と等しいとするので変わりはないだろう。このころの領得意思は、「ある程度長期間 (*bleibend*) 所有者から物をはく奪し続け、そして、所持人が排他的な支配を必要とする物を、自己の財産、その財の範囲にもたらすことに向けられたものでなければならない。窃盗犯は、所有者でないにもかかわらず、所有者と同じように、自由に排他的に物を処分しようとする」というように (Hugo Hälschner, *Das gemeine deutsche Strafrecht*, 2. Band. *Der besondere Theil des Systems*, 1884, S. 289, 291 (Bibliothek des Deutschen Strafrechts Meister der Moderne⁴⁷, 1997)), 所有者同様に振る舞うこととされていたようである。もっとも、これが利得意思とは異なることは意識されていた。Hälschner 自身は、「一般人の感覚に今日も確認される見解」に反しており、「対価なき領得によって自己利得する意思 (利欲意思)」が必要であるとする。

Meyer, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 6 Aufl., 1907, S. 448 (Bibliothek des Deutschen Strafrechts, Neue Meister²⁴)。Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932, S. 239, 240 (Bibliothek des Deutschen Strafrechts, Neue Meister⁴⁵)。さらに、Eckstein, *Über den Begriff der strafrechtlichen Zueignung*, *GerS*80, 1913, S. 283。領得行為について論ずる前に、所有の取得の妥当性を示している。

- (130) この文言の訳語について、斎藤・前注 128 (一) 83 頁以下も参照。
- (131) ローマ法においては、この意思が要求されていたとされる (Oppenhoff, *Strafgesetzbuch für die Preußischen Staaten*, 1869, S. 370 参照。彼は、これには第三者に渡す場合も含まれるとする)。Feuerbach 起草の 1813 年バイエルン刑法は、この意思を規定しなかった。しかし Feuerbach は、それ以前の 1801 年の教科書で次のように述べている。「犯罪となる『行為』は、物で権利を行使する意思と結び付いて、占有侵害が理解される広い意味における『領得 (Zueignung)』である。それゆえ、要求されるのは、(1) 物が主体の力 (自由裁量) に征服される (Apprehension) 外的行為、(2) 物で権利を不当に行使する (Anmassung) ことに向けられる意思の決定である。そのうち一つでははく奪のために十分でない。ところで、その意思は、(1) 所有権の行使 (*animus rem sibi habendi*) に向けられる、あるいは、(2) 占有のはく奪の場合のように、物の他の権利の行使に向けられる。」ここでは、具体例は示されていない (Feuerbach, *Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 1801, S. 276ff. (Bibliothek des Deutschen Strafrechts Meister der Moderne 7, 1996))。

しかしながら、その後、彼は、この利欲意思を要求し、その内容を「物それ自体の利用価値または交換価値によって直接自己の財産 (自分が快楽を得るための手段 (*die Mittel zu sinnlichen Zwecken*)) を増やす目的」とする。とはいえ、その具体例をみると、債務から解放されるため、相続財産を取得するために文書をはく奪する場合には、物体も価値も奪われないとして、詐欺罪で処罰されるだけであると

し、また、直接の楽しみ (unmittelbarer Genuss), その物と他の物との交換, 対価のないさらなる譲渡がはく奪の動機であったか、はどうでもよいとする (Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts, 11Aufl., 1832, S. 209f. (Bibliothek des Deutschen Strafrechts Meister der Moderne 43, 1997))。そうだとすれば、この意味での利欲意思は相当限定されたものであったと理解すべきであろう。もっとも、彼の理論の意義は、軽視されるべきではない。彼の議論は、その後の学説にも影響を及ぼしているのである。たとえば、Maiwaldによれば、こうした所有侵害の動機に着目してその成否を決めていたことから、実行それ自体の構築的な要素とされる領得の本質を突き止める作業が本格化したとされる (Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S. 36)。さらに、斎藤・前注 128 (一) 77 頁以下も参照。

- (132) すでに、Goldammer は、利得意思を要求することによる証明上の弊害や、領得意思が自己の側に物をもたらすことで直ちに破壊等をなす場合と区別できることからこうした領得意思で足りるとしていた (Goldammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die Preußischen Staaten 2 Bände, 1852 (Bibliothek des Deutschen Strafrechts Meister der Moderne 118) S. 464)。なお、その後の 1913 年草案, 1919 年草案でも、領得意思にとどまっている (1919 年草案の解説では、民衆の感覚は Bereicherung にあるとするが、「他人が売りたいくない物を、その物の価値に応じた金銭をその場に置いて奪取する者は、民衆の見解によれば、窃盗である」と述べる (Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1920, S. 302f.))。これに対して、Lilienthal, Der Diebstahl als Bereicherungsdelikt, ZStW 32, S. 1, 15ff. は、歴史、立法論からしても、Bereicherung を要求すべき必要性を論ずる。もっとも、その主眼は、使用窃盗、毀棄罪、権利行使の奪取との区別に置かれていた。さらに、1911 年の草案対案 (Gegeuentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs, Berlin 1911, S. 274ff.) も参照。
- (133) つとに指摘されるように、これは永遠に (ewig) 所有する意思ではない。また、それは、継続的な支配でもなく、完全な所有者類似の物の支配であればよい。
- (134) 金銭や有価証券については、一定の利用 (Gebrauch) で十分であるとする。
- (135) Liszt, Fn. 129, S. 417, 418.
- (136) それ以前に、こうした見地の萌芽がみられるのは、Merkel の見解 (A.Merkel, Handbuch des deutschen Strafrechts III, herausgegeben von v. Holtzendorff, 1874, S. 619) であると思われる (Lucie Köhler, Zueignungs- und Bereicherungsabsicht beim Diebstahl, 1938, S38ff. 参照)。彼は、自己領得について、所有の獲得は考慮されず、他面で、単なる事実上の支配関係では足りないとしたうえで、その本質は、「物が（その物体に従って）他人の意思や利益で、しかも、排他的な方法で意のままにされるだろうことの裏面」にあるとする (S. 648ff.)。そして、毀棄意思による奪取の場合及び一時利用の場合に領得を否定する。もっとも、Merkel は、こうした物的な見

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

地に立ちながらも、さらに、利得意思を要求していた。ここでは「他人の損失によって利得する（Bereicherung auf fremde Kosten）意思」を要求し、行為者が他人に請求権を有する場合の奪取（もっとも、奪取物に対する権利がある場合には、違法でないとする）について、「被侵害者は、自己の債務がなくなることで、物の損失に対する等価（Äquivalent）を有するから」窃盗ではないとする。しかし、これがGewinnssucht（利欲）の意味での利得でないことには注意を要する。Merkelは、前述の利得意思の内容についてさらに詳論し、ここで問題とされる実質的なメルクマールは、利欲では何も作りださない、学問的な目的の窃盗でも、慈善的な窃盗でもそれはあるとして次のように述べる。「ここで重要なのは、どんな終極目的なのか、そして、どんな動因の影響なのか、はどうでもよく、行為によって実現されるだろう最も近い将来についての意図（die nächste Absicht）だけである」と（こうした点について、斎藤・前注128（二）47頁以下も参照）。

- (137) Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, Band 1, 2 Aufl., 1902, S.246. さらに、後者は、①所有の消滅の結果に含む、物の破壊による占有の解消（Aufhebung）、②占有の解消による永続的な（fortdauernd）所有権の価値の減少（Entwertung）a 物を密に取り除いておく場合（刑法の意味における純粋な所有のはく奪）b 占有を獲得する（Ergreifung）場合（所有の取得と結びついた所有のはく奪）の3つに分類された。
- (138) もっとも、はく奪それ自体の継続性（die Dauer der Enteignung selbst）は、傷の治癒の過程の継続性と同様に行為者の支配するところではなく、占有を奪って剥奪が生じたときとされるならば、それはそのときに既遂であるとする。
- (139) Binding, Fn. 137, S. 267, Fn. 1. 周到にも Binding は、Aneignung の刑法的な意味は、民法 958 条の Aneignung のそれとは基本的にずれるとする。その後の記述では、同じ意味として、Zueignung が用いられている。
- (140) これによれば、一時的なものでも足りることになる。
- (141) Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1923, S. 65ff.
- (142) RGSt. 50 254, 51 97, 55 59 参照。
- (143) （他者は経済的にはこのように用いない）他人のテーブルを、自己の台所で火をつけるために破壊することは領得であるとする。
- (144) もっとも、この点については、「自己」領得かどうかの疑念があるとするが、第三者が物を善意で取得する場合にも行為者は処罰すべきとし、第三者領得＝自己領得説を採用する。
- (145) Sauer, Der Zueignungsbegriff, GA63, 1917, S.284. Sauer は、1908 年の Dissertation において、窃盗罪と器物損壊罪が概念的に排除されるか、というタイトルで領得意思の検討をしている。彼が、Binding の方向性に疑問を持ったのは確かで

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

あるが、同時に、彼の議論を、窃盗罪を所有犯罪であるとして純化すれば少なくとも正当であると評価していることには注意を要する。彼の主眼は、窃盗罪において、それとは異なる「権利の実質」を見出すことであったように思われる。そのために、「あらゆる人間の行為目標は、快適さや欲求をもたらして、嫌気を排除すること」であることから出発し、窃盗や器物損壊における動機をもふまえた。このように、形式的な権利ではなく、経済的な「価値」の内容を考察して領得（領得意思での奪取）を検討した点については Sauer, *Schliessen sich Diebstahl und Sachbeschädigung begrifflich aus?*, 1908, S. 38ff. を参照。

(146) すでに、こうした発想について、詳しくは、Sauer, Fn. 145 [Schliessen], S. 58ff. Sauer は、価値の部分的な侵害を「Wertminderung」、完全な侵害を「Wertaufhebung または Entwertung」とする。

(147) Sauer は明確に、物の金銭的価値の減少と取得を否定する (Sauer, Fn. 145, S. 299f)。

さらに、利得意思ではないことについて次のように総括する。「はく奪した対象がまさに権限者及び行為者にとって計り知れないほどの価値であり、金銭には代えられない価値である場合にただちに事態は変化する。重要な証拠文書、死者の価値ある形見、家族の肖像画、芸術品が考えられる。そのような物を自己に所有の取得をした者は、数枚のペニヒや郵便切手を手に入れる場合よりも当罰的なことが多い。幸いにも、我々は、物の利益も金銭に従ってただ評価するのではない」と。

(148) Sauer, Fn. 145 [Schliessen], S. 56f.

(149) また、Sauer は、客観的な物体との「空間的關係 (räumliches Verhältnis)」を要求する (Sauer, Fn. 145, S. 286f)。占有を取得する近い可能性が劣れば劣るほど、彼にとって物はより価値がなくなるというのである。さらに、Sauer は、利用の傾向として、「物だけではなく、行為 (Handlung) も、行為者の要請を満たすために客観的にふさわしいものでなければならない」として、行為の持つ意義を考察する。Sauer が、物体との「空間的關係 (räumliches Verhältnis)」や窃盗と横領における行為を検討していることは、権限者との関係を断つことを領得概念において、重視するものともいえよう。

(150) Sauer は、「常に注意すべきは、占有は、それ自体目的として得ようとされるのではなく、Verwertung のために得ようとされることだ」とする (Sauer, Fn. 145 [Schliessen], S. 58.)。これは、その後の「領得意思での奪取」の章でも維持されており、「Verwertung のために」という表現が領得の定義中にも登場する (Sauer, Fn. 145 [Schliessen], S. 71.)。

(151) さらに、遺失物横領において、所有者が処分権限を有しない遺失物については所有者の側で何の価値侵害もないのだから領得は観念できなくなるとされる

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

（Schaffstein, Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und Unterschlagung, GerS103, 1933, S. 298）。

- (152) わが国でも、齊藤・前注 125（三）327 頁以下。
- (153) 団藤・前注 39 563 頁参照。
- (154) 本判決では、「行為者は、480 マルクの貸し付けのためだけにアップライトピアノを質に入れ、質権者のところで請け戻しを明示的にあらかじめ取り決めたので、それを直ちに請け戻す意思の方向で行為したことが立証された」と述べ、破棄された。
- (155) 類似の事案で窃盗罪の成立を肯定したものとして、RGSt. 29, 415。さらに、物価値説の台頭後も同じように判断するものとして、RGSt. 43, 17, 20。
- (156) 原審は、被告人に妨害目的しかないことを認めながらも、「被告人が、書類を自己領得し、処分したことによってこうした意思を実現しようとした」として公務員横領罪の成立を肯定した。
- (157) 本事案ではこれを否定する。もちろん、わが国の平成 16 年決定と同様に、毀棄罪との区別は重要である。もっとも、本判決は、「他人の物を破壊（破棄）する目的『だけ』でなされる」占有取得は領得ではないと述べるに止まるが、領得を否定した結論は重要であろう。
- (158) さらに、RGSt. 35, 355 は、物を（隠すために）取りのけた（beiseiteschaffen）事案で、被告人が物を自己のために取得しようとし、自己の財産にもたらそうということは証明されていないとした。ここでは、領得意思が器物損壊の意思とは異なることが示されている。
- (159) なお、詐欺によって処罰可能という点については、そこからは「所有が広く保護されなくなることが生ずるだろう」とする（RGSt. 40, 14）。
- (160) 同様に、第三者領得の先駆的事案であろう、鉄道の枕木を善意の第三者（買主）に持ち去らせた事案で、RGSt. 47, 148. は、領得が他人の永続的な排除と所有者にある権利の行使であることを認めたいので、被告人が「枕木それ自体を買主に創出しようとする場合に、彼が販売という移転によって意図したのは、その経済的価値を利用することである。これが領得にとって十分である。枕木それ自体を物理的に自己の財産にもたらす意思は必要でなかった」とした。こうした物価値の台頭について、後述のように、Schaffstein は、判例が物価値説でもって十分だとしているわけではないとする（Schaffstein, Fn. 151, S. 304）。さらに、他人の蒸気（動産と認められた）を管を通じて奪おうとしたが失敗した窃盗未遂の事案で RGSt. 44, 335 の解釈が価値説に位置づけられることもあるが、確かに、本判決は、対象について一般論として価値説によってはいるが、「利用（Benutzung und Verwendung）」では領得として不十分である点に力点が置かれている点には注意を要する。

不法領得の意思における利用処分意思についての一考察（1）

- (161) もっとも、RGSt. 57, 199 参照。穀物倉庫で働いていた被告人が、穀物をはく奪し、共犯者とともに盗まれた会社に持ち込んで再売却したという迷い犬事案と類似する事案で、判決は、領得意思にとって永続的なはく奪までは不要であることを認めたとうえで、領得意思の本質は「他人の物を、その物価値に従って、自己のために利用し尽くし（ausnutzen）、そして、それをこの意味で自己の固有の利益（Vorteil）のために活用する（verwerten）行為者の意思にある。所有者に穀物を再びもたらそうという被告人の意思は、……単に一時的な詐欺目的のために利用する意思と一致せず、むしろ、（再売却の意思で）被告人の領得意思は法的に完全に認められる」と述べた。
- (162) RGSt. 61, 232, 233. なお、事案の処理については、不足金の補てんであるため、被告人は、自己の債務の弁済のように自己の財産を変更してまで金銭を得てはいない、義務に反する独断さは領得という概念ではもはや考えられなかった（背任の点も問題とされ、破棄された）。この点につき、拙稿・前注 43 108 頁も参照。
- (163) 第三者領得の問題において、経済的価値の自己領得を要求するという発想に至ることになる。
- (164) 端的な指摘として、町野・前注 28 61 頁。
- (165) この点は、ドイツでも同様である。窃盗にも、占有離脱物横領にも、ともに zueignen という同一文言が規定されているため、別異に考えられていない。
- (166) 泉二・前注 119 [1912] 931 頁。その後、おそらく窃盗と合わせるために「財産上不法に自己又は第三者を利する目的を以て単に物を領得する」行為としている（泉二・前注 120 [1924] 879 頁）。
- (167) 泉二・前注 119 [1912] 932 頁。宮本は、器物損壊罪が、行為者の占有にあるかないかによって差を設けていないことを重視して、背任性を捨象し、財物の破壊を毀棄罪として処罰すべきとする（宮本・前注 122 652, 653 頁）。
- (168) 大場・前注 118 471 頁。
- (169) 滝川幸辰『刑法各論』（1951）団藤他編『滝川幸辰刑法著作集第二巻』（1981）339 頁。
- (170) 山岡・前注 121 461, 462, 小野・前注 121 588, 589 頁も同旨。もっとも、小野は、不法領得の意思をもってこれがなされることを要求するだけで、積極的には述べていない。
- (171) 牧野・前注 125 332, 333 頁。その後の『日本刑法』では、「権限を超越する行為」とされている（牧野英一『重訂 日本刑法 下巻』（1943）446 頁）が、その内容に変更はない。さらに、牧野は、自己領得に限るとした判例に対して、窃盗や詐欺におけると同様に横領罪においても解すべきとする。
- (172) 木村亀二『刑法各論』（1967（復刊版））158, 159 頁。