HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	小棚木, 公貴
Citation	北大法学論集, 74(4・5・6), 633-673
Issue Date	2024-03-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/91417
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_74_4・5・6_11_Kotanagi.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

刑　事　判　例　研　究

小棚木　公　貴

窃盗罪における不法領得の意思が問題となった事例
名古屋高等裁判所令和３年12月14日判決
令和３年（う）第300号：窃盗、威力業務妨害、信用毀損被告事件
高刑速（令３）号501頁[1]

Ⅰ　事案の概要

被告人は、スーパーマーケットに入店し、同店内に商品として陳列されていた販売価格428円の魚の切り身１点（以下、「本件切り身」とする）を手に取り、店内通路において包装を開封して中身を食べ、その後、（弁護人主張によれば

[1] 本判決の評釈として、王本優花「判批」研修893号（2022年）19頁以下、清水晴生「判批」白鷗29巻２号（2022年）73頁以下、髙橋直哉「判批」法教505号（2022年）140頁（以下、「髙橋判批」とする）、松宮孝明「購入代金支払前の「商品」の費消と「不法領得の意思」――名古屋高判令和３・12・14を素材として――」立命399・400号（2022年）874頁以下、足立友子「判批」ジュリ1583号（2023年）134頁以下。原判決の評釈として、中島賢一「判批」警公77巻１号（2022年）87頁以下。さらに、本判決に言及する文献・論文として、橋爪隆「窃盗罪における不法領得の意思について」同『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣、2022年）152頁以下、樋口亮介「不法領得の意思―比較法と学説史を通じた議論の整理―」研修891号（2022年）３頁以下、髙橋直哉「不法領得の意思について」山口厚ほか編『実務と理論の架橋』（成文堂、2023年）513頁以下（以下、「髙橋論文」とする）、冨川雅満「不法領得の意思による占有侵害罪と毀棄隠匿との区別――効用享受の要否に関する近時の議論から見た裁判例――」刑ジャ76号（2023年）４頁以下がある。

約２分後）店内レジにおいて、レジ係にその包装を示して販売価格をレジ係に支払った。被告人は、本件当時、自らが作成した動画をインターネット上にアップロードして多数の者に視聴させるいわゆる「ユーチューバー」として活動していたところ、アップロードするための動画として、スーパーマーケットにおいて、陳列されている商品を精算前に大胆に食べた後にレジで会計をし、レジ係の困惑した表情までの一連の様子を撮影しようとしたために、上記の行為に及んだものである[2]。

Ⅱ　原判決[3]

弁護人は、被告人が精算前の切り身を食べたことは間違いないが、被告人には、直ちに精算を行う意思があったことから不法領得の意思がないとして、無罪を主張した。しかし、原判決は、以下のように述べ、被告人には不法領得の意思が認められるとして窃盗罪の成立を認めた。

「２　不法領得の意思について

（１）被告人の前記１（１）の行為（筆者補注：「令和２年５月29日、判示のＤ店に入店し、同店内に商品として陳列されていた魚の切り身１点（以下「本件被害品」という。）を手に取り、同店内の通路において、本件被害品の包装を開封して中身を食べ、その後、同店内のレジにおいて、レジ係にその包装を示して本件被害品の販売価格をレジ係に支払った」行為）は窃盗罪の客観的構成要件に該当し、故意も認められる。しかし、被告人に窃盗罪が成立するためには、更に主観的要素として不法領得の意思が必要である。この不法領得の意思とは、「権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って利用し又は処分する意思」をいう（大審院大正４年５月21日・刑録21輯663頁、最高裁昭和26年７月13日第二小法廷判決・刑集５巻８号1437頁参照）。

（２）本件被害品は、本件店舗において商品として陳列されていた食品である。被害者は、本件被害品を売却するために陳列していたものであるが、その販売方法は、来店客に陳列されている商品から自由に購入する商品を選んでもらい、レジにおいてそれらの代金を支払ってもらうというものである。被告人は、食

[2] 本事案では、威力業務妨害事件および信用毀損事件についても併合審理されているが、本稿では割愛する。

[3] 名古屋地岡崎支判令和３年８月27日 LEX/DB25571797。

品である本件被害品をレジにおいて代金を支払う前に、全て食べてしまっている。被害者は、本件店舗内で陳列されている商品をレジで精算する前に食べることを予定も許容もしていなかった。

そうすると、被告人の上記の行為は、単に食品を食べることとその代金の支払とが若干前後しただけというものではなく、本来であれば、被害者が売却をしなかったであろう商品を代金を支払うことなく食べたものというべきであって、まさに、権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って処分しているといえる。被告人は、本件被害品が本件店舗で陳列されている商品であって、代金支払い前にそれを食べることは許されていないことを知りながら食べているのであるから、被告人には、不法領得の意思が認められる。

３　弁護人の主張について

これに対し、弁護人は、被告人の意図したところは、通常の買い物手順と比べ、わずか２分足らず、清算と処分との手順を逆転させるだけのことに過ぎないし、被告人には、対価を支払わずに本件被害品を取得しようとの意思はなく、わずか２分後には自身に所有権が移転することになる本件被害品を、一足早く口腔内に押し込む処分行為をしてみせる意思があったのみであるから、その処分行為に可罰性があるかは疑問がある、被害者は、本件被害品を店内に陳列し、金銭に換えてもらうことを求めていたのであり、それ以上でも以下でもないから、被告人は被害者の財産権について、尊重しないという規範的態度には出ていない、本件被害品を２分足らず借用してもとに戻すような不可罰の使用窃盗の場合と並列に考えることができるなどと主張する。

しかし、被害者は、本件店舗内に陳列した商品について、どのような形であれ金銭に換えられればそれでよいと考えて、陳列していたわけではない。前記のとおり、被害者は、店内に陳列している商品を販売するに当たっては、その販売のための方法を定めていたのであって、それ以外の方法で販売することは予定していない。被告人は、被害者が定める販売方法に反することを知りながら、本件被害品を買う前に勝手に食べてしまったのであるから、単に清算と処分との手順が前後しただけというわけではなく、被害者がその方法では売らないはずの商品を代金を支払うことなく領得をし、これを費消することによって確定的に所有者の権利を侵害しているのである。一時的な占有侵害であるがゆえに可罰性が問題となる使用窃盗の場合と並列に考えることはできない。

また、弁護人は、本件被害品は生食用ではない魚の切り身であり、被告人はこれを味わいたいわけでも栄養を摂取したいわけでもなかったのであるから、これを口腔内に押し込む行為は、外形的には「食べる」行為に見えるが、その実質は毀棄行為であるとして、利用処分意思もないという。

しかし、味わったり、栄養を摂取したりするためではなかったとしても、食品である本件被害品を口腔内に入れて嚥下する行為は、飲食可能な食品の処分方法として本来的なものであるから、前記１（２）のように考えて（筆者補注：「被告人は、本件当時、自らが作成した動画をインターネット上にアップロードして多数の者に視聴させるいわゆるユーチューバーとして活動していたところ、アップロードするための動画として、スーパーマーケットにおいて、陳列されている商品を清算前に大胆に食べて、その後にレジで会計をし、その際の、レジ係の困惑した表情までの一連の様子を撮影しようと考えて」）行ったものであったとしても、口腔内に毀棄する行為であるとみることはできない。」

Ⅲ　判旨[4]

本判決は、原判決の認定及び判断は、些か措辞不適切な部分があるが、被告人に不法領得の意思を認めた結論においては、不合理なものとは認められない、とし、以下のように述べて控訴を棄却した。

「（２）権利者を排除して他人の物を自己の所有物として扱う意思（権利者排除意思）に関する主張について

ア　弁護人は、原判決の事実認定の補足説明における説示に対し、〔１〕権利者排除意思をあたかも使用窃盗事案特有の要素であり本件では問題とすべきではないかのように誤解し、〔２〕被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下するという行為だけを切り離して検討し、被告人がその後いかなる行動を予定していたかということを十分に考慮せず、〔３〕結局のところ、被告人の占有移転行為が所有者の意思に反していることを強調しているだけ、という３点で誤っており、被告人には対価を支払わずに自分のものにしてしまう意思がなく、交換価値的に回復するため直ちにレジに向かっていたことなどからすれば、被告人に権利者排除意思が認定できないという。

イ　そこでまず原判決に対する非難を検討すると、…このような説示は、被害

[4] 判決文については、名古屋高判令和３年12月14日 LEX/DB25591557から引用している。

者の意思に反した占有侵害であることを認識していたから不法領得の意思があると判断したとの誤解を招きかねないものであり、些か措辞不適切であるといわざるを得ない。

ウ　しかし、その上で本件において、権利者排除意思の存否について検討すると、以下のとおり、同意思は認められる。

（ア）不法領得の意思は、財物の占有が移転した時点において必要とされるところ、権利者排除意思は、その行為が窃盗罪として可罰的な程度の違法性を有しているかを判断するために、行為者がその後予定する当該財物の利用の程度、すなわち被害者の利用妨害の程度が窃盗罪として可罰的な程度に至っているかどうか、という観点から判断すべきものである。

（イ）そのような観点から、本件についてみると、原判決も指摘するとおり、被告人は、本件切り身を口腔内に入れて嚥下して費消することにより、本件被害品である本件切り身という個別財産について、被害者の権利を確定的に侵害していることに疑いはない。

これに関し、弁護人は、被告人には、本件切り身について対価を支払わずして自分のものとする意思がなく、被害者も、本件切り身を保持することよりも金銭への交換を求めていたものである上、被告人の行為が被害者の意思に反する理由は迷惑行為であるからという点にその本質があるなどと主張しており、これは、少なくとも被告人において、窃盗罪として処罰するだけの実質的な財産上の損害を被害者に生じさせる認識がなかったことを指摘するものと解される。しかし、被害者は、単に商品を売買により金銭に交換するということにとどまらず、来店客が並べられた商品をそのままの状態でレジに持ち込んで代金を精算するという被害者の定めた手順に基づく金銭への交換を求めているのであって、このような手順が守られなければ、被害者において店舗内に多数並べている商品を適正に管理することが著しく困難になるなどその営業に重大な影響を及ぼすことが明らかであり、たとえ短時間の後に交換価値に相当する金銭が支払われたとしても、それは手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のものというべきである。したがって、被害者におけるこうした主観的利益は、財産的利益として客観的にも保護されるべきものであるところ、被告人も、被害者がこのような利益を有していることを知っていたからこそ、その手順を守らないことがインターネット上の動画視聴者の興味を引くような面白い場面（絵）になるとして、本件行為に及んだことが認められる。

（ウ）そうすると、本件において、被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下する時点で予定していた被害者の利用妨害は、個別財産に対する罪という観点からは勿論のこと、仮に窃盗罪においても実質的な財産上の損害が必要であると考えたとしても、十分に可罰的な程度に至っている（弁護人の拠って立つ見解に沿っていえば、被告人が所有者を尊重しなかった、又は無視したと評価される）ことが明らかであるから、弁護人の主張を踏まえても、権利者排除意思を認めた原判決の判断に誤りはない。

エ　この点に関する弁護人の主張には理由がない。

（３）他人の物をその経済的用法に従って利用し又は処分する意思（利用処分意思）に関する主張について

ア　弁護人は、人の飲食に適しない本件切り身を口腔内に入れて嚥下するという行為の外形からは、直ちに「本来的用法に従って処分した」「食べた」と評価することはできず、被告人の主観も踏まえた慎重な評価が必要であるところ、被告人としては、普段人が食べないものを口腔内に入れて嚥下する「絵」を撮ることを意図しており、本件切り身を飲食物としてではなく、口腔内に入れて嚥下することで費消できる物体としかみていなかったから、これにつき「本来的用法に従って処分した」「食べた」とはいい得ず、被告人には利用処分意思が認められない、という。

イ　そこで検討すると、被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下した行為について、利用処分意思ありとして窃盗罪と評価するか、これを否定して毀棄行為と評価するかを判断するにあたっては、原判決のように「食品である本件被害品を口腔内に入れて嚥下する行為が、飲食可能な食品の処分方法として本来的なものである」かどうかといった形式的な検討にとどまらず、被告人の意図が、毀棄・隠匿罪よりも法定刑の重い領得罪たる窃盗罪として処罰するだけの実質を備えているか、すなわち、被告人において、財物自体から生ずる何らかの効用を享受する意思を有しているかどうかを検討する必要があるというべきである。

本件についてみると、被告人は、原判決が説示するとおり、被告人が、本件当時、いわゆるユーチューバーとして活動していたところ、アップロードするための動画として、スーパーマーケットにおいて、陳列されている商品を精算前に大胆に食べて、その後にレジで会計をし、その際の、レジ係の困惑した表情までの一連の様子を撮影しようとした、というのである。そうすると、被告

人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下するという行為は、動画視聴者の興味を引くような「絵」そのものであるとともに、このような「絵」を作出するための行動であるから、被告人は、正に、本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」という効用を享受する意思を有していたというべきである。したがって、弁護人の主張を踏まえても、被告人に利用処分意思を認めた原判決の判断に誤りはない。

ウ　この点に関する弁護人の主張にも理由がない。

（4）その他弁護人が縷々主張する点を踏まえても、被告人に不法領得の意思を認め、窃盗罪が成立するとした原判決の認定及び判断に、弁護人がいうような事実の誤認は認められない。」

その後、本件は上告されたが、最高裁（最決令和4年3月29日 LEX/DB25592760）は「上告趣意は…単なる法令違反、事実誤認の主張であって、…上告理由に当たらない」と述べて、上告を棄却した。

Ⅳ　はじめに

窃盗罪の成立には客観的な占有移転行為の存在およびその認識が必要である。しかし、判例はそれに加えて窃盗罪の主観的要件として不法領得の意思が必要であるとし、その内容を「権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って利用し又は処分する意思」と定義した[5]。通説は判例を支持し、不法領得の意思は権利者排除意思と利用処分意思から成り立っているとした上で、前者には窃盗と不可罰にすべき一時使用（以下、「使用窃盗」とする）を区別する機能があり、後者には窃盗罪と毀棄・隠匿罪を区別する機能があると理解する[6]。

本事案では、被告人が店内に商品として陳列されていた魚の切り身の包装をその場で開封して中身を食べた行為について窃盗罪で公訴が提起されたとこ

[5] 大判大正4年5月21日刑録21輯663頁。また、最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁。

[6] 例えば、西田典之ほか編『注釈刑法 第4巻 各論⑶』（有斐閣、2021年）36頁以下〔佐伯仁志〕。他方、不法領得の意思を「機能」から理解する通説とは異なり、近時、不法領得の意思を「所有」概念から理解する見解として、樋口・前掲注（1）18頁以下、穴沢大輔「領得罪の「通説」」法セ821号（2023年）23頁以下がある。

ろ、被告人側が不法領得の意思が否定されることを根拠に、無罪であると主張したため、不法領得の意思が争点となった。原判決および本判決は、不法領得の意思を権利者排除意思と利用処分意思に分けてそれぞれ検討した上で、双方とも肯定されることを根拠に不法領得の意思が認められると結論づけ、よって窃盗罪の成立を認めた。しかし、本判決が「原判決の認定及び判断は、些か措辞不適切な部分がある」と述べたように、原判決と本判決は結論に至る判断過程が異なっている点が注目される。さらに、本判決は不法領得の意思の判断方法に関して注目に値する判示を行っており、詳細に検討する必要がある。

本稿では、Ⅴ検討㈠において、本判決が「窃盗罪として処罰するだけの実質的な財産上の損害」を被害者に生じさせ、かつ、その認識があったことを根拠に、権利者排除意思を肯定した点を、Ⅴ検討㈡において、本判決が「本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」という効用を享受する意思を有していた」ことを根拠に利用処分意思を肯定した点を、それぞれ原判決の判断方法と照らし合わせるなどして検討する。

Ⅴ　検討㈠：権利者排除意思に関する検討

１．権利者排除意思に関する現状の判断枠組みと原判決の分析

⑴　権利者排除意思に関する現状の判断枠組み

権利者排除意思には使用窃盗を窃盗罪の成立範囲から除外する機能が付与されていると理解されているところ、近時の学説は、その実質的な根拠を、被害者の被る法益侵害が可罰的違法性を欠くことに求める[7]。しかし、占有移転によって窃盗罪が既遂に達するという判例・通説の理解を前提とすると、事後的にどのような法益侵害が発生したかを「窃取」の中で考慮することはできないので、占有移転段階で行為者がいかなる法益侵害行為を予定していたかという主観面の問題として把握することになる。このとき、行為者が軽微な法益侵害を予定していた場合には権利者排除意思が否定され、窃盗罪が否定されることになる。

[7] これを正面から認めたものとして、藤木英雄『刑法講義 各論』（弘文堂、1976年）279頁。さらに、西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第７版〕』（弘文堂、2018年）173頁、橋爪・前掲注（１）153頁以下。

権利者排除意思の具体的な判断基準については、主に自転車・自動車の無断一時使用に関する一連の事例（以下、「自転車事例」とする）において窃盗罪の成否が争われる中で問題となった。かつては、一時使用の意思しかない場合は不法領得の意思が認められないが、乗り捨ての意思がある場合には不法領得の意思が肯定されるという判断がなされており[8]、返却意思がある場合には権利者排除意思が否定されるかのような判断基準を示していた。しかし、その後、最高裁は返却意思がある場合でも、不法領得の意思は肯定されるという判断を下したことから[9]、権利者排除意思の判断基準が問題となった。

自転車事例に関する裁判所の判断に関して学説は、権利者排除意思は、行為時に予定していた財物の利用方法が被害者の利用可能性を可罰的な程度に侵害するようなものかという観点で判断されるべきであるとする。その上で、返却意思がない場合には利用可能性が永続的に奪われる利用方法であることを根拠に権利者排除意思が肯定され、また、返却意思がある場合にも使用時間、財物の経済的価値、一時使用による財物の価値減少の危険性、一時使用する間に占有者が財物を利用する可能性などを考慮し、被害者の利用可能性を可罰的な程度に侵害する（以下、「利用可能性侵害」とする）ような利用方法であることが認められる場合には、権利者排除意思が肯定されると整理した[10]。このような判断枠組みに従った場合には、行為者に短時間で財物を返却する意思があり、返却後も被害者が従前と同じように財物を利用することが可能な利用方法が予定されていた場合には権利者排除意思が否定されることになる[11]。

⑵ 限界事例および限界事例に関する各学説の理解

前項で示した自転車事例における判断枠組みに従った場合でも、なお利用可能性侵害を判断することが困難であって、権利者排除意思が問題となりうる限

---

[8] 大判大正９年２月４日刑録26輯26頁。また、前掲注（５）・最判昭和26年７月13日。

[9] 最決昭和43年９月17日集刑168号691頁、最決昭和55年10月30日刑集34巻５号357頁。

[10] 例えば、松原芳博『刑法各論〔第２版〕』（日本評論社、2021年）223頁、橋爪・前掲注（１）156頁、山口厚『刑法各論〔第２版〕』（有斐閣、2010年）200頁以下。

[11] 自転車事例について不法領得の意思を否定した裁判例として京都地判昭和51年12月17日判タ354号339頁があるところ、同判決は２、３時間使用して返却する意思であったこと、その間の自転車の消耗も考慮に値しないほど軽微であったことをその根拠として挙げている。

界事例が存在する。

まず、景品と交換する目的で、不正にパチンコ台からパチンコ玉を引き出した事例（以下、「パチンコ玉事例」とする）について、最高裁は、同行為は「経営者の意思にもとづかないで、パチンコ玉の所持を自己に移すものであり、しかもこれを再び使用し、あるいは景品と交換すると否とは自由であるからパチンコ玉につきみずから所有者としてふるまう意思を表現したものというべきもので、…いわゆる使用窃盗とみるべきではなく、パチンコ玉に対する不法領得の意思が存する」として権利者排除意思を肯定した[12]。

また、機密資料を無断で持ち出し、コピー後直ちに返却した事例（以下、「機密資料事例」とする）について、裁判所は「本件各資料は秘密性のほか有用性ないし経済的価値を十分有していたと認められる。そして、本件各資料の経済的価値がその具現化された情報の有用性、価値性に依存するものである以上、資料の内容をコピーしその情報を獲得しようとする意思は、権利者を排除し右資料を自己の物と同様にその経済的用法に従つて利用する意思にほかならない」として権利者排除意思を肯定した[13]。

さらに、札幌市の区役所で希望者に閲覧を許している住民基本台帳閲覧用マイクロフィルムを、閲覧のためとして正規の手続で借り出した上、複製の目的で短時間無断で区役所外に持ち出した事例（以下、「住民基本台帳事例」とする）について、裁判所（札幌地判平成５年６月28日判タ838号268頁）は「本件マイクロフィルムは、札幌市及び各区長が管理する住民に関する記録である。市町村が管理する住民に関する記録を他の者が管理保持することは現行法上予定されていない。したがって、本件マイクロフィルムの管理権を有する各区長が私人による所定の閲覧場所からの持出しや複写を容認しないことは明らかである。また、住民名簿は、多くの業種において顧客獲得・販路拡大に利用されるため、名簿業者が介在して取引の対象とされており、なかでも、本件マイクロ

---

[12] 最決昭和31年８月22日刑集10巻８号1260頁。同種の事例として、購入済みの商品の返品を仮装して代金相当額の金銭の交付を受ける目的で、売り場から商品を持ち出した事例につき、権利者排除意思を肯定した大阪地判昭和63年12月22日判タ707号267頁がある。

[13] 東京地判昭和59年６月15日刑月16巻５＝６号459頁。また、同種の事例として、東京地判昭和55年２月14日刑月12巻１＝２号47頁があり、やはり権利者排除意思が肯定されている。

フィルムのように住民基本台帳から正確に転記した上で市町村の管理するものは、その網羅性・正確性のため高い経済的価値を有するものである。このような本件マイクロフィルムを、複写する目的で所定の閲覧場所から持ち出すことは、まさに、権利者を排除して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もしくは処分する意思、すなわち不法領得の意思に基づくものであると認められる。」として、権利者排除意思を肯定した。

限界事例における利用可能性侵害の判断方法について、学説は３説に分かれている。まず、第１説として財物それ自体の価値を減少させる利用である場合に利用可能性の侵害が肯定されると理解する見解がある[14]。この見解では、確かにパチンコ玉事例においては、返却されたパチンコ玉に対して本来不要な財物交付を行ってしまうという損失があり、機密資料事例・住民基本台帳事例においては、情報の独占的利用の可能性が害されたという損失があるが、いずれも財物それ自体の価値を減少させる利用ではなく、返却後も被害者は財物それ自体を従前と同様に利用することが可能であるため、財物それ自体の利用可能性が侵害されるわけではないとして、いずれの事例についても権利者排除意思を否定すべきとする。

次に、第２説として財物の利用価値・交換価値を減少させる利用である場合にも利用可能性の侵害が肯定されると理解する見解がある[15]。この見解は、パチンコ玉事例においてはパチンコ台からパチンコ玉を不正に取得することで、パチンコ玉が有する、景品を取得できる正当な地位を証明する手段としての交換価値が侵害されているため、また、機密資料事例においては不正コピーの目的で持ち出されることによって、機密資料が有する、秘密として独占的に保持するという利用価値が侵害されているため、それぞれ利用可能性侵害が認められるとして権利者排除意思を肯定する。機密資料事例の裁判例は、機密資料それ自体ではなく、機密資料に記載された情報の有用性・秘密性・価値性に機密

---

[14] 例えば、野村健太郎「財産罪における客体の価値」愛学61巻３・４号（2020年）90頁以下、今井猛嘉ほか編『刑法各論〔第２版〕』（有斐閣、2013年）156頁〔小林憲太郎〕、松原・前掲注（10）224頁以下。

[15] 例えば、深町晋也「窃盗罪」法教290号（2004年）75頁、和田俊憲「財物罪における所有権保護と所有権侵害」山口厚編『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007年）195頁。

資料の経済的価値が依存している点に言及して不法領得の意思を肯定していることからすると、第２説に親和的であると考えられる。

しかし、住民基本台帳事例については（当時）正規の手続を踏めば誰でもマイクロフィルムの情報を閲覧することが可能であるという事情[16]、また、住民基本データを閲覧させることで被害者（市）は利益を上げているわけではないという事情があり、無断コピーがなされることによって、秘密として独占的に保持するという利用価値が侵害されているとは言い難く、第２説からは権利者排除意思を肯定することが困難であることが指摘された[17]。

最後に第３説として、権利者が許容しないであろう程度・態様の利用がなされていれば、利用可能性の侵害が肯定されると理解する見解がある[18]。この見解は、パチンコ事例・機密資料事例について権利者排除意思を肯定し、また住民基本台帳事例についても、マイクロフィルムの保管・管理を徹底することが被害者の重要な関心であって、これに関する記録を第三者が保持することが容認されていないことからすると、被害者がマイクロフィルムを厳重に保管・管理し、不正コピーを防止することそれ自体がマイクロフィルムのいわば消極的効用としてその利用可能性を基礎づけていることを根拠に、利用可能性侵害が認められる、として権利者排除意思を肯定する[19]。

住民基本台帳事例の裁判例が、権利者排除意思の有無を判断する上で「本件マイクロフィルムの管理権を有する各区長が私人による所定の閲覧場所からの

---

[16] ただし、平成18年に住民基本台帳法が改正されたことにより、現在では、公益性や必要性が認められる場合などに限って閲覧が許可されており（法11条以下）、事件当時よりも閲覧基準が厳格化していることに留意する必要がある。

[17] 橋爪・前掲注（１）161頁、山口厚「不法領得の意思」同『新判例から見た刑法〔第３版〕』（有斐閣、2015年）195頁。

[18] 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）207頁、西田・前掲注（７）174頁。また、橋爪・前掲注（１）162頁は「財物の性質、管理方法やその管理者の関心・目的などにかんがみて、管理者が許容することがおよそありえないような利用をする意思」として、第３説を若干修正する。この修正した見解を支持するものとして、小池信太郎「窃盗罪における不法領得の意思」法教481号（2020年）74頁。さらに、髙橋論文・前掲注（１）517頁は、財物の価値は、その所有者の意思や感情などによっても左右されるとした上で、それは権利者排除意思を判断する上での考慮事情の１つとなりうることを指摘する。

[19] 橋爪・前掲注（１）161頁。

持出しや複写を容認しないことは明らかである」点に言及し、また、パチンコ玉事例の判例が「経営者の意思にもとづかないで、パチンコ玉の所持を自己に移」した点に言及して、それぞれ権利者排除意思を肯定していることからすると、どちらも第３説に親和的であると考えられる。

⑶ 原判決の分析

原判決は「被告人は、本件被害品が本件店舗で陳列されている商品であって、代金支払い前にそれを食べることは許されていないことを知りながら食べているのであるから、被告人には、不法領得の意思が肯定される」と述べた。これは、代金支払前に本件切り身を食べる行為を被害者が許容していないことを被告人が認識していたことを根拠に権利者排除意思を肯定した[20]点で、第３説に親和的であると考えられる[21]。

これに対して、本判決は「被害者の意思に反した占有侵害であることを認識していたから不法領得の意思があると判断したとの誤解を招きかねないものであり、些か措辞不適切」であるとして、原判決に批判的な理解を示している。本判決は、原判決の判断は故意があるから不法領得の意思があると判断したものであって、両者を混同しているという批判であると考えられるが、原判決に親和的な第３説に対しては、既に、一般にあらゆる一時無断使用を権利者は許容しないはずであって、使用窃盗一般に権利者排除意思が認められてしまうという批判[22]が向けられており、この批判と本判決が原判決に対してなした批判は同根の批判であると考えられる[23]。

---

[20] このような判断を支持するものとして中島・前掲注（１）93頁。

[21] 橋爪・前掲注（１）162頁以下は、スーパーマーケットの管理者としては、代金の精算が終わった後にはじめて商品の自由な処分を認めるという「手順」の順守はきわめて重要であり、この順序が逆転することは管理者としておよそ容認できない事態であることを根拠に権利者排除意思を肯定しており、本判決よりもむしろ原判決の理解に親和的であるように思われる。

[22] 松宮孝明『刑法各論講義〔第５版〕』（成文堂、2018年）217頁。

[23] 原判決が故意と不法領得の意思を混同させるような判断を示した背景には、占有移転と財物の利用可能性侵害が同時に発生したという理解があると考えられる。そもそも、占有移転行為をもって直ちに財物の利用可能性侵害が肯定されるのではなく、その後の無断利用の継続によって財物の利用可能性の侵害が肯定されると理解する以上、

しかし、現状の判断枠組みにおいては、そもそも返却意思がない場合については、利用可能性侵害の度合いが大きいことを根拠に、なかば当然に権利者排除意思が肯定されてきた。そして本事案において被告人は、本件切り身を嚥下し費消するという返却すること自体不可能な利用方法を予定して占有移転行為を行っており、端的に返却意思が存在していないことを根拠としても、権利者排除意思を肯定することが可能であったように思われる[24]。

このように、現状の判断枠組みに従った場合、いかなる場合に利用可能性侵害が肯定されるかという限界事例の議論を踏まえる必要はなく、また、原判決のようにあえてその中から第３説に基づいて権利者排除意思を肯定する必要もなく、返却意思がないことから端的に権利者排除意思を肯定することが可能であったと考えられる。

占有移転時期と財物の利用可能性の侵害時期にはギャップが生じることになる。しかし、本事案においては商品として陳列されている本件切り身を開封して中身を食べるという行為が問題となったところ、どの時点で占有移転が生じたか、およびどの時点で財物の利用可能性侵害が生じたかという判断が非常に微妙である。この問題について、原判決が「客観的構成要件に該当し、故意も認められる」と判断した被告人の行為は、スーパーマーケットに入店してからレジ係に本件切り身を示すまでの一連の犯行であって、どの時点に占有移転行為を認めたかについては明らかではないが、原判決が「本来であれば、被害者が売却をしなかったであろう商品を代金を支払うことなく食べたものというべきであって、まさに、権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って処分しているといえる」と述べていることを鑑みると、本件切り身を食べる行為によって、占有移転と財物の利用可能性侵害が同時に発生したという理解をとったものと考えられる。しかし、故意が占有移転の認識であり、不法領得の意思が行為後の利用方法に関する意思であって異なる主観的要素である以上、故意の問題である占有移転時期と不法領得の意思の問題である利用可能性侵害時期は厳格に区別されるべきであったように思われる。他方で、本事案においては、占有移転と財物の利用可能性侵害が同時に発生していることを指摘する見解として、髙橋判批・前掲注（１）140頁、髙橋論文・前掲注（１）525頁以下。

[24] 足立・前掲注（１）135頁は、本事案では、本件切り身の占有移転が行われた時点で、即時に費消され滅失してしまったため、権利者排除意思がなかったと構成するのは不可能と述べる。

２．本判決が示した新しい判断枠組みの新規性とその検討

⑴　本判決が示した判断枠組みの新規性

本判決においては、「不法領得の意思は、…被害者の利用妨害の程度が窃盗罪として可罰的な程度に至っているかどうか、という観点から判断すべき」であり、「そのような観点から、本件についてみると、原判決も指摘するとおり、被告人は、本件切り身を口腔内に入れて嚥下して費消することにより、本件被害品である本件切り身という個別財産について、被害者の権利を確定的に侵害していることに疑いはない」として、財物の利用可能性が可罰的な程度に侵害されており、それを行為者が認識しているか否かによって権利者排除意思の有無が判断されているかのようにも思われる。

しかし、被告人側の主張が「少なくとも被告人において、窃盗罪として処罰するだけの実質的な財産上の損害を被害者に生じさせる認識がなかった」ため権利者排除意思が否定されるという主張であることを指摘した上で、結論においては「本件において、被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下する時点で予定していた被害者の利用妨害は、…仮に窃盗罪においても実質的な財産上の損害が必要であると考えたとしても、十分に可罰的な程度に至っている…ことが明らかである」ことを根拠に権利者排除意思を肯定しており、被告人側の主張に応答する形で、権利者排除意思を判断する上で、被害者に実質上の財産的損害を生じさせる認識があったかが検討されていることが注目される。

これは限界事例に関する第３説に従って権利者排除意思を肯定した原判決の見解とも、返却意思がないことを根拠に権利者排除意思を肯定する見解とも異なる新しい判断枠組みに沿って導き出された第３の見解であるといえる。

しかし、このような判断枠組みが認められるためには、窃盗罪においていかなる場合に財産的損害が認められるか、また、権利者排除意思を判断する上で、被害者に実質上の財産的損害を生じさせる認識があったかを検討することが許されるかという問題を順番に検討する必要がある。

⑵　財産犯における財産的損害に関する理解

財産犯における財産的損害というテーマについては主として詐欺罪において活発に議論されている[25]。

---

[25] 詐欺罪における財産的損害に関する近時の論稿として、例えば、冨川雅満「財産的

詐欺罪も財産犯である以上、詐欺罪の成立には財産的損害が必要であると理解されているところ、かつては欺罔されなかったら財物･財産上の利益を交付･処分しなかったであろうといえるならば、財産的損害を肯定する形式的個別財産説が通説とされていた[26]。財物・財産上の利益を交付・処分すると被害者に個別財産の喪失が認められるが、同見解はこれが認められれば詐欺罪の成立に足るとしたのである。

しかし、例えば未成年者が書店で年齢を偽って成人向け雑誌を購入するような事例（以下、「未成年者事例」とする）では、確かに欺罔されなかったら成人向け雑誌を移転させなかったことが認められるため、書店に個別財産の喪失が認められるが、書店が相当対価として雑誌の代金を受け取っていることからすると、詐欺罪を否定するべきではないかという疑問が提起された。

財物を失った代わりに相当対価を受け取っていることがダイレクトに詐欺罪の成立を否定する根拠となるならば、詐欺罪を背任罪と同様に全体財産に対する罪と解し、被害者の財産状態の悪化が認められるか否かで詐欺罪の成否を判断する見解（全体財産説）[27]もありうる。しかし､背任罪のような｢財産上の損害｣が要求されておらず、財物や財産上の利益という個別の侵害客体を規定している詐欺罪を全体財産に対する罪と把握することに対しては批判がなされた。

そこで現在の通説[28]は、詐欺罪を個別財産に対する罪と解しつつ、相手方の取引目的に照らし、当該客体の移転をもって実質的損害と評価しうる場合に詐欺罪を認めるべきであるとする実質的個別財産説に立った上で、未成年者事例では書店は代金の獲得という取引目的を達成していることを根拠に実質的損害を否定し、詐欺罪の成立を否定する。

実質的個別財産説においては、相当対価を受け取った場合に財産的損害の有無が問題となりうるが､そのことが直ちに詐欺罪を否定する根拠とはならない。例えば、中風等に効果のない機器を中風等に効くと偽り、商品代金2200円を詐

損害をめぐる「通説」――実質的個別財産説に潜む問題」法セ821号（2023年）25頁以下､松原芳博「詐欺罪における実質的法益侵害」法教514号（2023年）31頁以下があり、現在の通説の形成過程を把握する上で参照した。

[26] 例えば、団藤重光『刑法綱要各論〔第３版〕』（創文社、1990年）619頁。

[27] 例えば、林幹人『刑法各論〔第２版〕』（東京大学出版会、2007年）143頁。

[28] 例えば、西田・前掲注（７）220頁以下、松原・前掲注（10）289頁以下、橋爪・前掲注（１）253頁以下。

取したが代金価格自体については相当だった事例では、確かに被害者は2200円と同価値の機器を受け取っているが、現在の通説は「中風等に効果のある機器」を求めたにもかかわらず、実際には「中風等に効果のない機器」が交付されていることを根拠に実質的損害を肯定し、詐欺罪の成立を認めている[29]。

一方、窃盗罪においては、背任罪以外の財産犯は個別財産に対する罪であるという一般的な理解を根拠に、個別財産を喪失していれば財産的損害として足りるという理解がなされてきたと考えられる[30]。ここに窃盗罪と詐欺罪とで財産的損害に関する理解が異なっていることが認められるが、具体的事案について窃盗罪の成否を判断するにあたっては、通常、この程度の理解があればそれで十分であったといえよう。

詐欺罪が問題となる事例の中には、未成年者事例のように被害者が自身の財産を引き渡せば相当対価が支払われるだろうと期待し、実際にもそれに対応した相当対価が支払われるという事例が一定程度存在する。そのような事例においては、相当対価が支払われているとしても、なお詐欺罪は成立するかという観点から、財産的損害が問題となりうるといえる。一方で、窃盗罪が問題となる事例においては、被害者は相当対価が支払われるだろうと期待しておらず(むしろ相当対価が支払われたとしても絶対にその財物を手放したくないと思っている場合もあろう)、また仮に被害者にそのような期待があったとしても、実際に相当対価が支払われることはほとんどない。このような事情があることか

---

[29] ただし、実際の判例（最決昭和34年９月28日刑集13巻11号2993頁）においては詐欺罪を成立させるにあたって、形式的個別財産説に親和的な判示がなされている。

[30] 例えば、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第12巻〔第３版〕』（青林書院、2019年）349頁以下〔川合昌幸＝西森英司〕は、窃盗罪に関する記述の中で財産的損害を論じていない。ただし、近年では、窃盗罪においても財産的損害が問題となるケースが存在し、詐欺罪と同様に実質的損害が存在する場合に限って窃盗罪の成立を肯定すべきとする見解が存在する。例えば、松原・前掲注（10）212頁以下、松原芳博「窃取の意義」別ジュリ251号（2020年）63頁、同「法益侵害と意思侵害――住居侵入罪、詐欺罪、窃盗罪に関する近時の判例をめぐって――」浅田和茂ほか編『自由と安全の刑事法学』（法律文化社、2014年）60頁以下、内田幸隆「窃盗罪における窃取行為について」高橋則夫ほか編『曽根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集［下巻］』（成文堂、2014年）124頁以下。他方で、野澤充「窃盗罪における「財産損害」？――「相当額の対価」が存在する事例に関連して――」立命375・376号（2018年）284頁以下は、詐欺罪における財産的損害の議論を窃盗罪にも拡張させるべきではないと主張する。

らすると、多くの事例においては、特に財産的損害を問題としなくとも、窃盗罪の成立を認めることが可能である。

しかし、本事案においては被害者であるスーパーマーケットは客に商品を引き渡せば、相手方から相当対価として現金が支払われることを期待しており、行為者も実際に相当対価を支払っているという事情が認められるところ、これは詐欺罪において財産的損害が問題となる事例に類似しているといえる。本判決は、このように詐欺罪において財産的損害が問題となる事例と本事案が類似していることを考慮して、被告人側の主張に応答する形で、財産的損害を検討する必要があると判断したと考えられる。

その上で、本判決は詐欺罪に関する財産的損害に関して実質的個別財産説に立つことを前提に、窃盗罪についても、詐欺罪と同様に、実質的損害がある場合に財産的損害が肯定されることを示したものと考えられる。

⑶　財産的損害と権利者排除意思の関係性について

窃盗罪についても、実質的損害がある場合に財産的損害が肯定されるという理解を前提としても、本事案において行為者が相当対価を支払ったという事情は占有移転後の事情であるため、行為時の客観的要件の中で財産的損害を論じることができず、占有移転時の「相当対価の支払の意思」の有無という行為時の主観面の問題として整理する必要がある[31]。

ここで、詐欺罪における財産的損害として実質的損害まで要求される背景には、単なる個別財産の喪失しか認められない場合には財産的損害が軽微であるため詐欺罪を否定すべきとする軽微性の問題も含まれると考えられる。そうであるならば、権利者排除意思が法益侵害の軽微性を主観面で判断する機能を有しているという近時の学説に基づくと、財産的損害の問題と権利者排除意思の問題は同じ軽微性の問題として符合している[32]ことになり、権利者排除意思の

---

[31] なお、詐欺罪においては通常、詐取とほぼ同時に対価が支払われるため、財産的損害の問題をあえて主観面の問題として理解する必要は乏しいと考えられる。

[32] 品田智史「財産犯における財産上の損害概念の諸相」刑雑53巻２号（2014年）221頁は、権利者排除意思は、一時使用の中でも利益侵害の程度が軽微なものは可罰性が欠けるため処罰しないという機能を有するという理解が現在の有力説であることからすると、不法領得の意思の場面においても、財産上の損害の要素が見られる、と指摘する。また、樋口亮介「詐欺罪と財産上の損害⑵」別ジュリ221号（2014年）101頁は、財産

中で実質的損害の認識の有無を判断することも許される[33]と考えられる。

このように、本判決は権利者排除意思を問題にしつつも、その実体を財産的損害における実質的損害の問題とする新たな判断枠組みを示しているところ、このような判断枠組みも許されると考えられる。

3.「手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のもの」の検討

(1) 財産的損害における「時間的ギャップに由来する法益侵害」の問題

既に述べたように、実質的個別財産説に立つ通説は未成年者事例において、書店が代金の獲得という取引目的を達成していることを根拠に財産的損害を否定する。そのような観点から見ると、確かに本事案においても被害者であるスーパーマーケットは代金の獲得という取引目的を達成していることが認められる。しかし、被害者はレジにおいて相当対価と引き換えに本件切り身を占有移転させようと考えていたにもかかわらず、実際にはレジに持ち込む直前に行為者が本件切り身を嚥下することで占有移転させた後、レジにおいて相当対価が支払われている。ここでは、被告人が相当対価を支払う前に占有移転させたことに実質的損害が認められるかが問題となっている。

この問題状況を整理すると、被害者が特定のタイミングで占有移転させようと思っていた財物を行為者が若干先取りして占有移転させた場合、本来のタイミングよりも早いタイミングで占有移転させたことに法益侵害（以下、これを「時間的ギャップに由来する法益侵害」とする）が認められるところ、この法益侵害が軽微である場合には実質的損害が否定されることになる。

その基準について、本判決は「たとえ短時間の後に交換価値に相当する金銭が支払われたとしても、それは手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のものというべきである」と述べており、相当対価を支払ったとしても、その

的損害が問題となった後掲平成13年決定が「社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払期間を早め」ることを要求した点について、被害の軽微性に注目したものであるとした上で、同じく軽微性を理由とする使用窃盗との均衡を考慮している。ただし、同「詐欺罪と財産上の損害(2)」別ジュリ251号（2020年）100頁以下にはかかる記述がないことに留意する必要がある。

[33] ただし、軽微性の問題として符合しているとしても実質的損害の有無を権利者排除意思の要件の中で理解する必然性まではないとも考えられ、いかなる要件として論ずるべきかという問題はなお残存しているように思われる。

支払が「手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のもの」である場合には時間的ギャップに由来する法益侵害が軽微ではないとして、実質的損害を肯定することを示した。このとき、いかなる場合に「手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のもの」といえるのかが問題となる。

⑵　平成13年判決における「社会通念上別個の支払」の検討

時間的ギャップに由来する法益侵害の軽微性が財産的損害の中で問題となった判例として、詐欺罪の事例であるが、平成13年判決[34]が挙げられる。同判決の事案は以下のようなものであった。

被告人らは、大阪府から会社が請け負った新築くい工事を掌握しており、くい工事に関しては瑕疵なくこれを完成させた。本件工事に関し、大阪府から工事完成代金の支払を受けるためには、同府の担当者の完成検査を受け、これに合格した上で、担当者に完成した旨の検査調書を作成させ、大阪府知事宛てに工事代金を請求する必要があった。しかし、実際には、くい打ち工事によって生じる汚泥処理の見積もり量と実際の処理量が大きく食い違っていたため、被告人らはこのままだと完成検査に合格しないと思い、内容虚偽の汚泥処理券を提出し、その内容が真実だと誤信した担当者に検査調書を作成させ、大阪府知事に対して工事代金を請求し、よって振替送金の方式で7288万円を受領した。

本判決は、工事自体は瑕疵なく完成させているため、府側は請負代金を減額させることはできず[35]、ゆえに、被告人らが7288万円を受領したこと自体は問題ではないが、被告人が担当者に提出した処理券が虚偽であることを知れば、担当者は完成検査の合格を留保したと考えられるため、被告人らは本来の時期よりも早く工事代金を受け取ったという第１審（大阪地判平成９年９月17日刑集55巻５号500頁参照）の事実認定を前提とした上で、以下のような判断を行った。

「請負人が本来受領する権利を有する請負代金を欺罔手段を用いて不当に早

---

[34] 最判平成13年７月19日刑集55巻５号371頁。

[35] 原審（大阪高判平成10年６月３日刑集55巻５号508頁参照）は、府側が被告人らに払うべき請負代金は減額されるべきであるということを前提に、過大な代金を受け取ったことを根拠として詐欺罪の成立を肯定したが、最高裁は、本件請負契約が定額・一括請負契約であることを理由に原審の判断を否定した。

く受領した場合には、その代金全額について刑法246条１項の詐欺罪が成立することがあるが、本来受領する権利を有する請負代金を不当に早く受領したことをもって詐欺罪が成立するというためには、欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払とは社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めたものであることを要すると解するのが相当である。」と述べた上で、第１審は、被告人らの行為が工事完成払金の支払時期をどの程度早めたかについて認定していないとして原審に差し戻した[36]。

平成13年判決は、欺罔行為を行うことで本来の時期よりも早く工事代金を受け取ったことが詐欺罪の成否を判断する上で問題となっている。これに関して、第１審判決は、欺罔手段を用いて支払時期を早めることで、本来支払を受けられない時点で工事代金を受け取ったということをもって詐欺罪の成立を認めており、欺罔行為によって個別財産の喪失があれば財産的損害を肯定する形式的個別財産説に親和的である。一方で、平成13年判決は、単に支払時期を早めただけでは足りず、さらに「欺罔手段を用いなかった場合に得られたであろう請負代金の支払とは社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めたものである」場合に限って詐欺罪の成立を認めるべきであるとしており、実質的個別財産説に親和的な理解を示したとされている[37]。

ここで、平成13年判決を時間的ギャップに由来する法益侵害の軽微性という観点から整理すると、本来7288万円を支払うはずだったタイミングよりも早いタイミングで支払ってしまったことに法益侵害が存在するところ、「社会通念上別個の支払に当たるといい得る程度の期間支払時期を早めた」場合には法益侵害の軽微性が否定されることになる。

したがって、平成13年判決と本判決はともに実際の支払が本来の支払と「社会通念上別個の支払」である場合に時間的ギャップに由来する法益侵害が軽微ではないとして実質的損害を肯定したものであり、本判決の分析にあたっては平成13年判決が先例的な役目を果たすと考えられる。

それでは、平成13年判決は「社会通念上別個の支払」をどのように認定したのだろうか。

---

[36] その後、差し戻し審（大阪高判平成14年10月８日 LEX/DB28085079）において無罪が言い渡されている。

[37] 朝山芳史「判解」最判解刑事平成13年度135頁以下。

まず、この判断にあたっては、どの程度の期間支払（占有移転）が早められたかや被害額の大きさといった、時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素を重要視する見解がありうる[38]。この見解に基づくと、平成13年判決は、ある程度長い期間支払が早められており[39]、かつ被害額が7288万円であっても、なお「社会通念上別個の支払」が肯定されず、さらに長い期間支払が早められているか、被害額が大きいという事情が存在する場合に限ってこれが肯定されることを示したことになる。

一方で、「社会通念上別個の支払」を判断するにあたっては、時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素だけではなく、債権者と債務者（本判決の事実関係に即した表現に修正すると「行為者と被害者」となる）の人的な関係の濃淡、履行期限（本判決の事実関係に即した表現に修正すると「引き渡し期限」となる）の確定性・厳格性といった質的な要素も考慮すべきとする見解が存在する[40]。同見解においては、確かに被害額が大きいものの、代金支払の履行期については、検査に合格した後、工事代金の請求がなされた日から40日以内という不確定なものであったことが「社会通念上別個の支払」を消極的に理解する上で重要視された可能性が指摘されている。

この見解は「社会通念上別個の支払」を判断する上で妥当な方向性を示していると考えられる。例えば、同じ１週間支払時期を早めた事案であっても、2023年10月13日から同年10月６日というように同じ月の中で１週間早めた場合と2023年４月３日から同年３月27日というように別の年度にまたがって１週間早めた場合では、同じ期間支払時期を早めたとしてもその性質は異なっている。すなわち、通常は３月にその年度の決算を行うことから、後者の方がより「社

[38] 木村光江「判批」法教258号（2002年）121頁以下は、利息などの利益を得たといえるだけの期間、支払を早めたと評価できる場合に「社会通念上別個の支払」が限定されることを指摘しており、このような見解に親和的であると考えられる。

[39] 平成13年判決の事案において、欺罔行為によって本来の支払時期よりも具体的にどの程度早められたかについて最終的に明らかにはされなかったものの、仮に被告人らが実際に処理した汚泥処理量を記載して汚泥処理券を作成した場合には、工事代金受領のために必要な完成検査の合格が留保されていたという事実関係が存在することを考慮すると、早められた期間はおそらく数分や数時間といった短い期間ではなく、少なくとも数日、場合によっては数週間以上であったと考えられる。

[40] 伊藤渉「判批」別ジュリ167号（2003年）93頁。

会通念上別個の支払」が認められやすいと考えられる。さらに、平成13年判決の事案においては、請負契約において受領した金銭の対価となるくい工事を完成させた後に内容虚偽の汚泥処理券を提出する等の欺罔行為に及んでいる点が「社会通念上別個の支払」を消極的に判断する上で重要な要素になったと考えられる。例えば、工事があと１日で完成するという時点で工事が完成したなどと偽って工事代金を請求したことによって本来よりも支払時期を早めた場合、実際にも工事代金を請求した１日後に工事を完成させたとしても、工事完成と代金請求の順番を前後させていることを根拠に「社会通念上別個の支払」を認めることは平成13年判決の理解からも可能であるように思われる。

このように、「社会通念上別個の支払」を判断するにあたっては、時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素だけではなく、質的な要素も検討する必要があると考えられる。

４．本判決の検討

「社会通念上別個の支払」の判断にあたって、時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素を重要視する見解に基づいた場合、平成13年判決では、結論として「社会通念上別個の支払」であることを肯定しなかったことを考慮すると、数分間早く428円相当の切り身を失った本事案については、なおさら「社会通念上別個の支払」であることを否定するべきであるようにも思われる[41]。

しかし、本判決は、嚥下後「短時間の後に交換価値に相当する金銭が支払われた」といった時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素を指摘しつつも、「被害者は…来店客が並べられた商品をそのままの状態でレジに持ち込んで代金を精算するという被害者の定めた手順に基づく金銭への交換を求めているのであって、このような手順が守られなければ、被害者において店舗内に多数並べている商品を適正に管理することが著しく困難になるなどその営業に重大な影響を及ぼすことが明らか」であるという時間的ギャップに由来する法益侵害の質的な要素を重要視して「社会通念上別個の支払」を肯定している。

---

[41] 松宮・前掲注（１）888頁以下は、被害金が小さいこと、費消時点で被告人には直後に代金を支払う意思も能力もあったこと、費消から支払完了まで約２分であったことを根拠に権利者排除意思を否定すべきであると主張するところ、このような理解に親和的であるように思われる。

本判決を平成13年判決との整合性を確認しつつ検討すると、行為者と被害者の人的な関係の濃淡という観点からは、平成13年判決においては、被害者との請負契約が存在しており、代金の対価である工事完成も存在していたが、本事案においては、被告人が本件切り身を嚥下した時点で被害者との売買契約は存在しておらず、被害者との売買契約に基づいて本件切り身を占有移転させたものではないという事情が認められる[42]。さらに本事案においては被害者と行為者は単なる客と店員の関係性に過ぎず、面識も全くないという事情が存在する。

また、引き渡し期限の確定性・厳格性といった観点からは、平成13年決定においては、既に述べたように履行期限が厳格ではない可能性が指摘されているが、本事案においては、被害者は代金支払の場所やタイミングに関してレジで商品と引き換えに代金支払することを求めており、引き渡し期限について厳格に定めている。そして、店が客にこれを求めることは現在の日本におけるスーパーマーケットでの商取引として一般にも承認されており[43]、被害者が引き渡し期限を厳格に定めることの妥当性も認められる[44]。

したがって、確かに時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素からは「社会通念上別個の支払」は消極的に理解されるようにも思われるが、その質的な要素も考慮すると、本判決において「社会通念上別個の支払」を肯定して権利者排除意思を認めた点は妥当であり、かつ、これは平成13年判決とも整合的に説明することが可能である。

５．本判決の射程

現状の判断枠組みにおいては、返却意思が否定される場合、利用可能性侵害が大きいことから直ちに権利者排除意思が肯定されていた。しかし、本判決が

---

[42] 髙橋判批・前掲注（１）140頁、足立・前掲注（１）135頁は、事後に支払われたのは代金ではなく、弁償金であると指摘している。

[43] 樋口・前掲注（１）24頁はアメリカの模範刑法典223.1条３項(c)が、販売のための商品については直ちに購入して支払う意思があれば占有移転を先行させても財産犯としない旨を規定しており、異なる価値判断もあり得ると指摘する。仮に日本にこのような規定があった場合、本事案において「社会通念上別個の支払」を検討するうえで、引き渡し時期の確定性・厳格性は重要視されないことになろう。

[44] 本判決が「被害者におけるこうした主観的利益は、財産的利益として客観的にも保護されるべきものである」と述べたのは、このことを確認的に述べたものと考えられる。

示した判断枠組みに従った場合、返却意思が否定されても、すぐにその後相当対価を支払う意思があり、その支払が「社会通念上別個の支払」に該当しない場合には、時間的ギャップに由来する法益侵害が軽微であるとして、実質的損害（の認識）が否定されることで、権利者排除意思が否定される余地が認められる。このように返却意思がなくとも、権利者排除意思が否定される余地を示唆したことに本判決の重要な意義があり、その場合には現状の判断枠組みとは異なる帰結が導かれる可能性がある。

また、本事案以外に窃盗罪において時間的ギャップに由来する法益侵害の軽微性が問題となりうる事例として、会社の上司Ａが部下らに対して毎年バレンタインデーにチョコレートを配っていたところ、部下Ｘがある年のバレンタインデーの前日の夜中、残業中に空腹を感じ、Ａの机の下を見たところ、自分宛ての500円相当のチョコレートの包みがあったので、明日になればいずれチョコレートをＡからもらえるのだから今食べてもいいだろうと考え、その包みを開封して食べたという事例が想定される。この事例では、Ａはバレンタインデーの当日にチョコレートを渡そうと思っていたのであるから、ＸはＡの意思に反して他人の物を自己の占有に移転させており、客観的な占有移転行為の存在およびその認識が認められる。しかし、本来は２月14日にＡからＸにチョコレートの占有移転がなされるはずだったのに、実際には２月13日の夜にチョコレートの占有移転がなされたことを考慮すると、被害者には数時間早くチョコレートの占有を失ったという時間的ギャップに由来する法益侵害が存在する。

この事例について、本判決と同様に「社会通念上別個の」占有移転があるか否かを検討すると、被害者は数時間早く500円相当のチョコレートを失ったのであるから、時間的ギャップに由来する法益侵害の量的な要素について「社会通念上別個の」占有移転は消極的に理解される。また、行為者と被害者が会社の上司と部下という比較的密接な関係性にあり、毎年Ａがバレンタインデーにはチョコレートを Ｘに配っていたこと、チョコレートの引き渡しがプレゼントという性質を持つことを考慮すると、行為者と被害者の人的な関係の濃淡、本来予定されていた引き渡し期限の確定性・厳格性といった質的な要素についても「社会通念上別個の」占有移転が消極的に理解されることで、権利者排除意思が否定される余地がある[45]。

[45] また、Ａが路上で午前10時に試供品の缶ジュースを配ろうと思っていたが、通行人

なお、チョコレートに代えて、持ち去った物が表彰状や給料袋だった場合、被害者が正式な手順を踏んでしかるべきタイミングで相手に直接手渡す必要性が認められるので、引き渡し時期の確定性･厳格性といった質的な要素から「社会通念上別個の」占有移転が積極的に理解されると考えられる。このような場合には、いずれにせよそれらがほぼ確実に、すぐに手に入る予定であったという量的な要素が認められたとしても、権利者排除意思を肯定すべきである。

Ⅵ　検討㈡：利用処分意思に関する検討

１．利用処分意思に関する現在の判例・通説の理解

⑴　利用処分意思に関する基本的な理解

利用処分意思には窃盗罪と毀棄・隠匿罪を区別する機能が付与されていると理解されているが、具体的にいかなる判断基準に基づいて利用処分意思が肯定されるかが問題となる。

判例の示した不法領得の意思の定義に基づくと、利用処分意思は「経済的用法」に従って利用処分する意思が存在する場合に認められる。このとき、「経済的用法」を厳密に理解すると、客体の経済的価値に着目し、その経済的価値に基づく利益を享受しようとする意思があった場合に限定して利用処分意思が肯定されるように思われるが、判例はそのような場合に限定せず、広く利用処分意思を認めている[46]。

まず、水増し投票の目的で、選挙管理委員会が保管する投票用紙を持ち出した事例について、最高裁は「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った」として、不法領得の意思を肯定した[47]。この事

Ｘが午前９時55分にＡの目を盗んでこれを持ち去ったという事案では、５分間早く試供品のジュースを持ち去ったのであるから量的な要素について「社会通念上別個の」占有移転が消極的に理解され、また、Ｘが缶ジュースを持ち去ることで、客に商品を広告するというＡの目的が一応達成されていることから、質的な要素についても「社会通念上別個の」占有移転が消極的に理解されることで、権利者排除意思が否定される余地がある。

[46] 利用処分意思に関する判例の理解については、高橋則夫ほか著『財産犯バトルロイヤル――絶望しないための方法序説』（日本評論社、2017年）28頁以下〔内田幸隆〕を参照した。

[47] 最判昭和33年４月17日刑集12巻６号1079頁。

例では、特定の候補者を当選させるために投票用紙を持ち去ったのであって、投票用紙の経済的価値に基づく利益を享受したとはいえないため、厳密な意味における経済的用法は認められない。もっともこの事例では、投票用紙を投票用紙として利用するために持ち去っていることから、判例は、その物について本来想定されている利用方法（本来的用法）の実現を目指す意思があることを根拠に、利用処分意思を認めたものであるとして理解された。

しかしその後、最高裁は、木材を繋留する目的で電線を無断で切断し持ち去った事例[48]や性的目的で女性の下着を持ち去った事例[49]について不法領得の意思を肯定した。前者における客体の本来的用法は「電気を通す」ことであり、後者における客体の本来的用法は「履く」ことであることを考慮すると、判例は、本来的用法とはいえない用法に従った利用をする意思であっても、利用処分意思を認めたものであると理解された。

通説は、以上の判例の判断を支持している。通説は、窃盗罪の方が毀棄・隠匿罪よりも法定刑が重く規定されている実質的な根拠を、他人の財物から効用を享受しようとする動機形成には窃盗罪としての重い責任非難が向けられることに求める[50]。このような理解からは、窃盗罪と毀棄・隠匿罪を区別する際には、他人の財物から何らかの効用を享受する意思があるかということが重要であり、他人の財物から享受しようとする効用の性質がいかなるものであるか、言い換えると、行為者が予定していた利用が経済的用法・本来的用法に従ったものといえるかは重要ではないという理解が導かれる[51]。

この点について、本判決は「原判決のように「食品である本件被害品を口腔内に入れて嚥下する行為が、飲食可能な食品の処分方法として本来的なものである」かどうかといった形式的な検討にとどまら」ないと指摘しており、経済的用法・本来的用法とはいえない用法に従った利用をする意思であっても利用処分意思は認められるとする判例・通説の理解が踏襲されている。

---

[48] 最判昭和35年９月９日刑集14巻11号1457頁。

[49] 最決昭和37年６月26日集刑143号201頁。

[50] 例えば、橋爪・前掲注（１）167頁。

[51] 例えば、町野朔「隠匿行為と不法領得の意思」別ジュリ190号（2008年）61頁は、「行為者がその財物を使用するなら、それをどのように利用しようとも領得があるのであり、その目的によって行為の危険性に質的に大きな相違が生じるとも考えられない。」として判例の判断を支持する。

⑵　毀棄・隠匿することに何らかの利益追求の意思がある事例における理解

しかし、上記の判例・通説の理解に従ったとき、窃盗罪と毀棄・隠匿罪を区別する機能が利用処分意思から失われるおそれがあるため、いかなる場合に利用処分意思を肯定するべきかという問題に直面することになる。特にこの問題は、毀棄・隠匿することに何らかの利益追求の意思がある事例において顕在化した。

例えば、被告人らが被害者を殺害した後、犯行が発覚しないよう死体と別の場所に投棄する目的で腕時計等を死体から取り去ったという事例について、昭和62年地裁判決[52]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はできない」と述べて、不法領得の意思を否定した。昭和62年地裁判決においては、財物から生ずる何らかの効用を享受する意思があれば利用処分意思が認められることを前提とした上で、犯行の発覚を防ぐために持ち去った場合には、「財物から生ずる」効用ではないとして利用処分意思を否定したと理解された。

一方、その後、被害者に対する報復を主な目的として犯行に及んだ後、物取りの犯行を装うため、バッグなどを持ち去った事例について、平成12年高裁判決[53]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」物取りを装う意図を有していることを根拠に、不法領得の意思を肯定した。平成12年高裁判決に従った場合、物を毀棄・隠匿することで人を困らせること等を含めて何らかの利益追求の意思がある場合の全てについて「単に物を毀棄したり隠匿したりする意思」ではないことを根拠に、利用処分意思が認められる可能性がある。しかし、同裁判例に対しては、ほとんどの場合に利用処分意思が認められることになり、実際上、利用処分意思不要説に帰着するという批判がなされている[54]。

---

[52] 東京地判昭和62年10月６日判時1259号137頁。

[53] 東京高判平成12年５月15日判時1741号157頁。なお、同裁判例以前に、自己のこれまでの犯行を隠蔽するため手提金庫を持ち去り川に投棄したという事例について、「被告人は終局的に被害者の所持を奪い、之を処分して自ら所有者の実を挙ぐる意思即ち不正領得の意思あつたものと解す」として犯行隠蔽目的で持ち去った場合でも利用処分意思を認めた裁判例（大阪高判昭和24年12月５日判特４号３頁）が存在する。

[54] 山口・前掲注（17）196頁。なお、利用処分意思不要説に対しては、毀棄目的で持ち去った場合には窃盗罪が成立し、その場で毀棄行為に及んだ場合は毀棄・隠匿罪が成

このように毀棄・隠匿することに何らかの利益追求の意思がある事例について、判断が分かれていたところ、被告人らが被害者に対して内容虚偽の支払督促を申し立てた上、被害者に督促異議申し立ての機会を与えることなく支払督促の効力を確定させることを企て、被害者本人宛に発送される支払督促正本等を速やかに破棄する目的で、被害者を装って郵便配達員から支払督促正本等を受領したという事案につき、詐欺罪における不法領得の意思が問題となった。この事案について、平成16年決定[55]は「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、破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」と述べて不法領得の意思を否定し、詐欺罪の成立を否定した。

平成12年高裁判決に基づいた場合、この事例においても、支払督促の効力を確定させる意図を有して受領行為を行っていることから、何らかの利益追求の意思があることを根拠に利用処分意思を認める余地があった。しかし、平成16年決定は財産的利得を得るための手段として受領行為を行っていることを認めつつも、財物を何らかの用途に利用、処分する意思がなかったことを根拠に利用処分意思を否定しており、利用処分意思を限定的に理解する昭和62年地裁判決に親和的である。

以上の判例・裁判例を経た上で、現在の通説[56]は、財物それ自体を利用・処分することによって直接的に何らかの効用を享受する（以下、「「直接的」享受」とする）意思がある場合には利用処分意思は肯定され、財物を利用・処分する結果として間接的に利益を享受する（以下、「「間接的」享受」とする）意思があるにすぎない場合には利用処分意思は否定されると理解する[57]。

立することになるが、前者を重く罰し、後者を軽く罰することに合理的な理由が見出し難いという批判がある。この点について、例えば、松原・前掲注（10）218頁。

[55] 最決平成16年11月30日刑集58巻８号1005頁。

[56] 例えば、井上弘通「判解」最判解刑事平成16年度581頁は「その物の利用・処分から直接に得られる利益」である場合に利用処分意思を肯定するべきであると指摘する。また、このような理解が現在の通説であることを指摘するものとして、冨川・前掲注（１）４頁以下。

[57] 現在の通説と異なる見解として例えば、木村烈「窃盗罪における『不法領得の意思』

２．「直接的」享受に関する検討

⑴「直接的」享受と「間接的」享受とを分ける基準について

「財物それ自体を利用・処分することによって直接的に何らかの効用を享受する意思がある場合には利用処分意思は肯定される」という捉え方が現在の通説であるにしても、「直接的」享受と判断される場合も「間接的」享受と判断される場合も、最終的に何らかの利益を獲得する手段として財物を利用処分している点では同一であり、特に毀棄・隠匿することに何らかの利益追求の意思がある場合については、その限界も非常に微妙であることから、「直接的」享受・「間接的」享受が恣意的に決定されるおそれがある。

そのため、現在の通説がいかなる場合に「直接的」享受として利用処分意思を肯定し、いかなる場合に「間接的」享受として利用処分意思を否定するのかを本項と次項にかけて検討・分析する。

「直接的」享受と「間接的」享受を区別する基準に関しては複数の見解が存在するところ、その１つ[58]（以下、説明の便宜上、「多数説」と表記する）は財物が有する価値や性質を利益として把握した上で、毀棄行為を実現手段としてその利益を享受しようとしていた場合、言い換えると財物が存在することの価値に根差した積極的な利益を獲得しようとしていた場合に「直接的」享受であるとして利用処分意思を認める。一方で、財物を毀棄することに利益を認め、毀棄行為から利益を獲得しようとした場合、言い換えると財物がその場に存在しないことで得られる消極的な利益を獲得しようとした場合には「間接的」享受であるとして利用処分意思を否定する[59]。

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」『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』（判例タイムズ社、2006年）422頁以下。同見解は、平成12年高裁判決の結論を支持した上で、平成16年決定については、支払督促正本が手続書類であって経済的価値が低いことを根拠に利用処分意思を否定すべきであるとして、その結論を支持する。

[58] 橋爪・前掲注（１）163頁以下。また同様の見解として、松原・前掲注（10）220頁以下、髙橋直哉「毀棄目的と不法領得の意思」別ジュリ251号（2020年）64頁以下、小池・前掲注（18）74頁以下などが挙げられる。

[59]「直接的」享受といえるか否かで利用処分意思の有無を判断する点では現在の通説の範疇にあるが、「直接的」享受と「間接的」享受を区別する基準が多数説とは異なる見解として、佐伯仁志「不法領得の意思」法教366号（2011年）80頁以下、足立友子「不

この点について、本判決は「被告人の意図が、毀棄・隠匿罪よりも法定刑の重い領得罪たる窃盗罪として処罰するだけの実質を備えているか、すなわち、被告人において、財物自体から生ずる何らかの効用を享受する意思を有しているかどうかを検討する必要があるというべきである」として利用処分意思の基準を示している。本判決においては、あえて「(財物) 自体」という文言が挿入されていることを鑑みると、多数説と同様に、財物が持つ価値や性質を利益として把握した上で、毀棄行為を実現手段としてその利益を享受しようとしていた場合に「直接的」享受であるとして利用処分意思を認めたものであると考えられる。

(2) 多数説に基づいた場合における諸事例の検討

多数説は、毀棄・隠匿することに何らかの利益追求の意思があり、利用処分意思の有無が問題となる事例を３つの類型に分けて整理している[60]。

法領得の意思」松原芳博編『刑法の判例〔各論〕』(成文堂、2011年) 87頁以下、山口・前掲注 (17) 202頁以下。同見解は、財物の毀棄と利益の獲得の関係性に着目して「直接的」享受か否かを判断する。そして、財物の毀棄がそのまま利益の獲得につながっている場合には「直接的」享受であるとし、損壊して謝礼をもらうために、財物を持ち去った場合や、競争会社の契約交渉を妨害して契約を獲得するべく、隠匿目的で見積もり書類の入ったカバンを持ち去った場合のように、財物の毀棄が間接的に利益の獲得につながっている場合には、「間接的」享受であるとする。この見解は、財物の毀棄と利益獲得までの因果経過に着目し、財物の毀棄と利益獲得に直接の因果関係がある場合に「直接的」享受とし、財物の毀棄が他者を妨害するものであって、その妨害行為によって利益を獲得するといった場合のように財物の毀棄と利益獲得に直接の因果関係がない場合には「間接的」享受と理解しているものと考えられる。この見解は、平成16年決定については、支払督促正本の毀棄は被害者の督促異議申立ての機会を奪われるが、そこからさらに裁判所によって強制執行が行われることによって利益を獲得するという因果経過を辿ることを根拠に「間接的」享受として利用処分意思を否定したものであると理解する。この見解は、基本的には多数説と同じ結論になるものの、債務者が債務の支払を免れるために廃棄する目的で借用証書を持ち去る事案に関して、同見解は、借用証書がなくなると債権行使が著しく困難になる場合には、借用証書と利益の獲得が直接的であるため利用処分意思を肯定すべきと主張するが、多数説は、行為者が借用証書それ自体を利用する意思を有していないとして、利用処分意思を否定すべきと主張しており、結論に差異が生じる。

[60] 橋爪・前掲注 (１) 167頁以下。なお、このような分類方法は、佐伯・前掲注 (59) 80頁以下が嚆矢となっていると考えられるが、前掲注 (59) で指摘するように同見解

類型１　食べるためにケーキを持ち去る場合や、燃やして暖を取るために薪を持ち去る場合、燃やすために灯油を持ち去る場合のように、財物の毀棄・隠匿が本来的用法に従った利用処分である場合には、「直接的」享受が認められる。

類型２　パイ投げに使うためにケーキを持ち去る場合、床に投げつけてストレス解消を図るためにケーキを持ち去る場合、優勝祝賀会のビールかけに使うためにビールを持ち去る場合、本来的用法に従った利用処分とはいえないが、行為者がその実現手段として財物を利用する意思がある以上、享受しようとした利益が行為者の特殊で主観的な欲求であったとしても、「直接的」享受が認められる[61]。

類型３　ケーキ屋の目の前でケーキを床にたたきつけることで、ケーキ店のアルバイトが悲しむ様子を見たいと思ってケーキを持ち去る場合、嫌がらせ目的で家具を燃やすために家具を持ち去ったという場合のように、他者が悲しんだり困惑したりすることから心理的な満足を得るために毀棄・隠匿をするような場合は、「間接的」享受しか認められない。

そして、多数説は類型３に付随して不法領得の意思を否定した判例・裁判例を以下のように検討・分析する。

昭和62年地裁判決や平成12年高裁判決のような犯行隠蔽目的の持ち去りは、財物それ自体の効用を享受しているのではなく、財物を犯行現場から隠匿する結果として犯行発覚を免れるという一定の効果を得ようとしているにすぎないとして、「間接的」享受であるとして利用処分意思を否定すべきであって、平成12年高裁判決は結論が妥当ではない。

また、平成16年以前の判例においては、校長を失脚させるべく、教室の天井裏に隠すために同人が管理していた教育勅語謄本等を持ち去った事例[62]、世話になった弁護士の競売を延期させるために競売場から競売記録を持ち去った事例[63]について利用処分意思が否定されているが、財物を毀棄・隠匿する結果と

は「直接的」享受の理解が多数説と異なっている点に留意する必要がある。

[61] 類型２に関連して、横浜地川崎支判平成24年５月23日判時2156号144頁は、虐待殺傷目的を秘して猫の里親を探していた者から猫を譲り受けた事例について詐欺罪の成立を認めた。ただし、同裁判例では不法領得の意思の有無が争点になっていないことに留意する必要がある。

[62] 前掲注（５）・大判大正４年５月21日。

[63] 大判昭和９年12月22日刑集13巻1789頁。

して嫌がらせ目的・妨害目的の達成という利益を得ようとしているにすぎないことからすると、利用処分意思を否定した判断は妥当である。

利用処分意思を否定した判例・裁判例の多くは財産的な利得を目的とした毀棄・隠匿ではないという特徴があった[64]が、平成16年決定は、財物の毀棄・隠匿によって財産的な利得を得ようとしているにもかかわらず、不法領得の意思を否定したことに意義があると多数説は指摘する。その上で、平成16年決定は最終的に財産的な利得を得るためであっても、財物の毀棄行為から利益を享受しようとした場合には「間接的」享受であるとして利用処分意思を否定したものであると理解する[65]。

３．本判決の検討

本判決は「被告人が、本件当時、いわゆるユーチューバーとして活動していたところ、アップロードするための動画として、スーパーマーケットにおいて、陳列されている商品を精算前に大胆に食べて、その後にレジで会計をし、その際の、レジ係の困惑した表情までの一連の様子を撮影しようとした、というのである。そうすると、被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下するという行為は、動画視聴者の興味を引くような「絵」そのものであるとともに、このよ

---

[64] 本文中で言及した判例・裁判例のほか、例えば、仕返し目的でチェーンソーを持ち去り、その後海中に投棄した事例（仙台高判昭和46年６月21日高刑集24巻２号418頁）、携帯電話を用いて助けを呼ぶことを封じ、また、これらを取り上げることで心理的圧力を加え、性交に応じさせる手段とするために携帯電話等を取り上げ、その後川に投棄した事例（大阪高判平成13年３月14日高刑集54巻１号１頁）、嫌がらせ目的で被害者があわび漁に使用していた衣服等を持ち去り海中に投棄した事例（東京高判平成18年４月３日高刑速（平18）84頁）、強盗致傷の犯人が被害者が警察に通報することを妨げるために携帯電話を取り上げ、また、被害者らの逃走を妨げるために自動車の鍵を奪い去り、その後損壊して使用不能にした事例（松山地判平成19年７月19日 LEX/DB28135424）がある。

[65] 髙橋・前掲注（58）65頁。また、平成16年決定と同様に財産的な利得を得るためであっても、不法領得の意思を否定した裁判例として、名古屋高判平成18年８月９日判タ1261号346頁がある。同裁判例は、パチンコ台のロムを不正ロムにすり替えることで、パチンコの出玉率を良くするためにロムを取り外した事案について、「単にその場に放置できず、他の場所に投棄するためであったと解する余地がある」として、利用処分意思を否定している。

うな「絵」を作出するための行動である」として、被告人が獲得しようとした利益を「動画視聴者の興味を引くような「絵」」（以下、「面白い「絵」」とする）としている。このとき、多数説に沿って利用処分意思を判断する際には、かかる利益が本件切り身の価値や性質に基づくものであって「直接的」享受かを検討する必要がある。

例えば、生の切り身がどんな味か知りたかった、栄養を摂取したかった、空腹を満たしたかった、燃やして暖を取りたかった、魚の魂と自分の魂を一体化したかった…などのような場合には、それがいかに特殊な目的であったとしても、まさに本件切り身が有する価値や性質に基づく利益を得ようとしていると考えられる。しかし、本判決が「被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下するという行為は、動画視聴者の興味を引くような「絵」そのものであるとともに、このような「絵」を作出するための行動である」と述べるように、面白い「絵」という利益は本件切り身を口の中に入れて嚥下する姿・行為者がレジに向かう姿・レジ係の困惑した表情などの一連の光景を撮影することによって得られるものであり、単に本件切り身を撮影することで得られるものではない。そのため、面白い「絵」は本件切り身を嚥下し、その場から消失させることによって得られる消極的な利益であり、「間接的」享受であるとして、利用処分意思を否定すべきであると考えられる[66-67]。

他方、本判決は「被告人は、正に、本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」という効用を享受

---

[66] 例えば、松宮・前掲注（1）881頁は、「面白い「絵」の獲得は撮影行為を要するのであり、食品を口に入れることから直接に得られるものではない」と述べて、利用処分意思を否定的に理解する。同様に、王本・前掲注（1）26頁以下は「本判決が指摘するような「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」という効用それ自体は財物から間接的に享受したものと考える余地があるように思われる」として、本判決の判断方法を消極的に捉える。他方、髙橋判批・前掲注（1）140頁、髙橋論文・前掲注（1）527頁以下ではこの点は特に問題視されていない。

[67] なお、注（59）のような見解に立ったとしても、嚥下行為はレジ係の困惑した表情を撮影するためになされたものであり、その困惑した表情を撮影することで面白い「絵」という利益を獲得することができるという因果経過をたどるところ、嚥下行為がそのまま面白い「絵」という利益獲得につながっているとはいえず、やはり利用処分意思は否定されることになると考えられる。

する意思を有していたというべきである。」と述べて利用処分意思を肯定する。しかし、本判決が利用処分意思の判断基準とする多数説を前提としたとき、被告人が獲得しようとした利益を面白い「絵」とするならば、それは「間接的」享受であるとして、利用処分意思を否定すべきであって、本判決を支持することはできない。

４．原判決の検討

多数説を前提としたとき、面白い「絵」という効用を享受する意思を有していることを根拠に利用処分意思を認めるべきではないとしても、本事案について直ちに利用処分意思を否定するのは妥当ではない。この点、原判決は本判決とは異なる根拠で利用処分意思を肯定しており、その根拠について検討する必要がある。

原判決の中で被告人側は「本件被害品は生食用ではない魚の切り身であり、被告人はこれを味わいたいわけでも栄養を摂取したいわけでもなかったのであるから、これを口腔内に押し込む行為は、外形的には「食べる」行為に見えるが、その実質は毀棄行為であるとして、利用処分意思もない」と主張したところ、原判決は「味わったり、栄養を摂取したりするためではなかったとしても、食品である本件被害品を口腔内に入れて嚥下する行為は、飲食可能な食品の処分方法として本来的なものである」として利用処分意思を肯定した。

原判決は、「食品」である本件切り身の本来的用法は「食べる」[68]ことにあるとした上で、その本来的用法に従った利用をする意思があることを認めて、利用処分意思を肯定したと考えられる。

原判決に対して、本判決は「形式的な検討」であるとして批判的な評価を下している。しかし、原判決の見解は、経済的用法・本来的用法に従った利用をする意思が認められれば利用処分意思を認めるべきであることを前提に、経済的用法・本来的用法とはいえない用法に従った利用をする意思であっても、利用処分意思を肯定してきた判例・通説の形成過程を踏まえたものであり、そのような批判は妥当しないと考えられる。

もっとも、原判決に対しては、生食用の切り身ではない本件切り身はそのま

[68] このように原判決では被告人が「食品」を「食べた」ことに着目していることから、原判決の検討においては「嚥下する」ことを「食べる」と表現する。

ま食すという限りでは「食品」とは必ずしもいえず、それを「食べる」ことが本来的用法といえるかという問題が存在する。この点について、一般的にスーパーマーケットで切り身を生食用の切り身と生食用ではない切り身を分けて販売しているのは、食品表示法上の規制に則り、生食用と比較すると鮮度が悪い、または生食用とは食品処理が違うといった理由で、そのままで食すと食中毒の危険性が高い切り身について、生食用である旨を表示しないことで、生食用ではない切り身として販売しているという背景が存在する[69]。このような背景を考慮すると、生食用ではない本件切り身は食中毒の危険性が高いため、加熱して食べることを購買者に求めているにすぎず、なお「食品」と理解することは可能である[70]。

以上より、原判決はスーパーマーケットで売られている生食用ではない切り身が「食品」であって、食品の本来的用法が「食べる」ことにあることを根拠に、利用処分意思を肯定したところ、少なくとも本事案の解決にあたって[71]、利用処分意思を肯定した点は妥当であると考えられる。

ただし、原判決の判断方法については、多数説との整合性の観点からなお慎

---

[69] 食品表示法４条および同条の規定により定められた食品表示基準18条以下が示す生鮮食品に関する表示義務のうち、別表第24では、生食用の切り身につき、生食用である旨を表示する義務を定めており、その表示が不適切なまま販売した場合には行政上の指導を受けることになる。この点について例えば、船橋市ホームページ「誤認を招きやすい食品表示によるアニサキス食中毒の発生について」2020年10月22日（https://www.city.funabashi.lg.jp/kenkou/eisei/001/p085389.html, 2023年８月１日最終閲覧、以下同じ）、および、東京都保健医療局ホームページ「食品の表示制度 » 食品表示法 » 生鮮食品 » 一般用生鮮食品（水産物）」（https://www.hokeniryo.metro.tokyo.lg.jp/shokuhin/hyouji/shokuhyouhou_seisen_suisan.html）が詳細である。

[70] この点について、足立・前掲注（１）135頁は、「食品である被害品を食べたという形式面もなお、窃盗罪との判断に積極に働く要素である」と述べる。なお、樋口・前掲注（１）18頁以下は「食べ物を食べる」というのは所有者らしい振舞いそのものであるため、原判決のように端的に食べる意思があったことで利用処分意思が肯定されるとするが、既に前掲注（６）で指摘したように、同見解は通説とは異なる見解に立っていることに留意する必要がある。

[71] 例えば、本件切り身に代えて、キャットフードなどが「食品」に該当するか否かという問題は依然として残されている。なお、例えば、空腹を満たすためにキャットフードを持ち去った場合には、「食品」に該当するか否かという問題にかかわらず「直接的」享受が肯定されるため、利用処分意思が認められる。

重に検討すべき点が存在する[72]。

多数説は、経済的用法・本来的用法に従った利用をする意思であれば当然に利用処分意思を肯定する。しかし、ここには本来的用法に従った利用をする意思であれば、特定の効用を享受する意思（目的）があることが前提になっている可能性がある。言い換えると多数説は、既に 類型１ で指摘したように食べる目的でケーキを無断で持ち去る行為について本来的用法であることを根拠に利用処分意思を認めるが、その背後には、食べる目的でケーキを無断で持ち去っていれば、ケーキを味わいたい等というケーキを食べることから何らかの効用を享受する意思があるはずであるとして、その特定の効用を享受する意思があることを根拠に利用処分意思を認めている可能性がある。

ゆえに、原判決の理解に従った場合、食べる目的でケーキを無断で持ち去った事例において、特定の効用を享受する意思が無かったとしても、本来的用法に従った利用をする意思であることから直ちに利用処分意思を肯定することになるが、このような事例において多数説が利用処分意思を肯定するかはなお不明である[73-74-75]。

---

[72] 以下の議論では、面白い「絵」という効用を享受する意思は「間接的」享受であるとして利用処分意思が否定されるという理解を前提とする。

[73] 冨川・前掲注（１）８頁は、現在の通説（多数説）の理解に基づくと、特段の用途も考えずに客体を奪取した事案について利用処分意思を肯定することは困難であると指摘するところ、かかる指摘と同根の問題であると考えられる。

[74] さらに、新郎新婦の絵がチョコレートで描かれた結婚式用のケーキを結婚式を妨害する嫌がらせ目的で食べた場合や、花火大会を台無しにするために花火に火をつけて燃やした場合、ドラッグストアの業務を妨害するために商品として売られていた湿布を体に貼った場合を想定すると、多数説に従った場合、嫌がらせ・妨害目的の達成という利益が財物がその場に存在しないことで得られる消極的な利益であることを根拠に「間接的」享受であるとして利用処分意思を否定すると考えられる。しかし、原判決の判断に基づくと、食べる目的でケーキを持ち去ったこと、あるいは燃やす目的で花火を持ち去ったこと、貼る目的で湿布を持ち去ったことがそれぞれ認められるため、本来的用法に従って利用する意思があることを根拠に利用処分意思が肯定される余地がある。このように、本来的用法に従った利用をする意思であるが、それが「間接的」享受である場合も想定することが可能であり、そのような事案については多数説の理解と原判決の理解が相反する可能性が存在する。

[75] 橋爪・前掲注（１）167頁は、財物の利用方法について本来的用法か非本来的用法か

５．本判決の射程と問題点

本判決は「本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」という効用を享受する意思を有していた」として利用処分意思を認めた。この判断について検討すると、本判決の射程に関しては以下の２点が問題となるように思われる。

第１に、被告人が本件切り身を嚥下した行為に関して本判決は、「動画視聴者の興味を引くような「絵」そのものであるとともに、このような「絵」を作出するための行動」と述べており、嚥下行為は享受しようとした効用を生み出す行為として整理されている。そのため、本判決の射程は、被告人が享受しようとした効用が嚥下行為を手段としない場合にも及ぶ可能性がある。

第２に、本事案における被告人は迷惑行為をユーチューブ等にアップロードすることで、ユーチューブ等の広告収入およびその迷惑行為を支持する支援者などから財産上の供与を受けることを狙って本件行為に及んだものと考えられる。そのような事情を考慮すると、被告人が獲得しようとした「絵」を「経済的な利益を生み出す『絵』」などと限定的に理解することは可能であったように思われる。しかし、本判決が享受しようとした「絵」を面白い「絵」と表現していることを考慮すると、本判決の射程に従った場合、特に経済的な利益を生み出す「絵」を獲得しようとしていなくとも利用処分意思が認められる可能性がある。

以上の２点の問題を鑑みると、本判決の射程では、被告人の行為が嚥下行為であるか否か、またどのような意図で動画撮影を行うか否かに関わらず、動画撮影目的で毀棄行為をする場合に広く及ぶ可能性がある。例えば、スーパーマーケットの大便器に切り身を流す動画を撮影し、個人的に友人に面白い「絵」として見せる目的で、商品として売られている切り身を持ち去る事例、不祥事を引き起こした企業の備品を持ち去り、これを派手に壊すまでの一連の光景を撮影した動画をSNSにアップロードする目的でこれを持ち去る事例についても、本判決の射程が及ぶ可能性がある。また、多数説は嫌がらせ目的で家具を燃やすために家具を持ち去った場合には利用処分意思を否定するが、嫌がらせ目的

を明確に区別することは不可能であると指摘するところ、本来的用法に従った利用をする意思が存在することを根拠に利用処分意思を肯定する判断方法を全面的に支持するにあたっては、かかる指摘にも目を向ける必要があると考えられる。

であっても一連の行為をSNSやユーチューブ等にアップロードするために動画撮影していた場合には、利用処分意思が肯定される可能性がある。

しかし、多数説の理解を前提とするならば、動画撮影目的で毀棄行為をした事例では「間接的」享受しか認められないとして、利用処分意思を否定するべきである。

Ⅶ　おわりに

本事案の被告人は人々の耳目を引くような迷惑行為を撮影しユーチューブやSNSにアップロードするという行為を繰り返し行っていたこともあり、広くマスメディア等で報道がなされていたところ、本事案においては洋服店に対する迷惑行為について威力業務妨害罪および信用毀損罪で公訴が提起され、スーパーマーケットに対する迷惑行為については窃盗罪で公訴が提起された。

本稿では、本事案については不法領得の意思が肯定されるべきであって、よって窃盗罪が成立すべきであることを示したが、スーパーマーケットに対する迷惑行為については器物損壊罪等で公訴を提起するという判断もあったにもかかわらず、あえて窃盗罪で公訴を提起し、これが成立した背景には、SNS・ユーチューブにアップロードする動画の話題作りのために迷惑行為を行った場合には、窃盗罪のような重い犯罪で厳しく処罰される可能性があることを社会にしらしめることで将来的に同様の迷惑行為が行われることを防止しようと企図した可能性がある[76]。本判決に対しては、迷惑行為防止という背景があったとしてもそれにあえて窃盗罪を成立させる必要はないという観点から、窃盗罪以外の犯罪を成立させるべきであったという批判がなされているが、そのような批判にも目を向ける必要があると考えられる[77]。したがって、今後、占有移転を

---

[76] 橋爪・前掲注（1）168頁以下は、「直接的」効用と「間接的」効用は損壊する目的の微妙な差異によって決せられることを指摘しつつも、実務的には、少なくとも器物損壊罪での処罰が可能な事例については、特殊な目的の場合まであえて利用処分意思を認定するだけのニーズは乏しい可能性を指摘する。しかし、本判決は、器物損壊罪としても処罰可能であった事例であっても、そのような面白い「絵」を得るという特殊な目的を捉えることで、逆に窃盗罪を成立させた事例であったように思われる。本判決が非常に特殊な事例であることを差し引いても、実務においてはかかるニーズが存在することを本判決は示したのではないだろうか。

[77] 松宮・前掲注（1）891頁以下。

伴う迷惑行為については、具体的事案に応じてケースバイケースで窃盗罪の成否を判断していく必要があり、窃盗罪を成立させるべきではない事案については器物損壊罪など他罪の成否を検討するべきである。

他方で、多数説に従った場合に、利用処分意思を判断する上で「直接的」享受と「間接的」享受を区別することができるのかという問題は残っており[78]、仮に理論上区別することが可能だとしても、本判決のような特殊な事例においては、実務上それを正確に運用することは困難ではないかという疑問も残る。そのような観点から見ると、本判決は多数説（現在の通説）に対して疑問を投げかけた判決であったといえる。

さらに本事案は、従来まで不法領得の意思の領域で議論されてきた問題は、財産的損害や「窃取」の問題などとして把握されるべきではないかという要件論の問題、従来不法領得の意思が否定されるとして窃盗罪が否定された類型についても、なお窃盗罪に準じた軽い処罰類型を立法するべきではないか[79]など財産犯に関する様々な議論を喚起していると考えられるが、これらについては今後の検討課題としたい。

※本稿の校正中に、大塚雄祐「判批」早法98巻３号（2023年）163頁以下に触れた。

大塚評釈169頁以下は、行為者に返却意思がない場合であっても、なお権利

---

[78] 例えば、店先で飼われていたインコを逃がせば、騒ぎになりもやもやした気持ちがすっきりするかもしれないと思い、鳥籠とともに持ち去った事例について、東京高判昭和50年11月28日東高刑時報26巻11号198頁は、被告人らは「右インコを自己又は第三者のもとで飼育したり、それらを他に売却したり、インコを食用に供したり、又はその羽毛や鳥籠を利用するなど」したものではないとして、不法領得の意思を否定した。多数説からは、注（61）の裁判例は殺傷であったが、隠匿であったとしても同じ「毀棄」には変わりがなく、またストレス解消目的の持ち去りであることから、類型２に該当する「直接的」享受であるとして、利用処分意思を肯定する余地がある。他方、犯行隠滅目的と同様に、財物がその場にないことによって利益を獲得しようとした「間接的」享受であるとして利用処分意思を否定する余地もある。

[79] 例えば、ドイツ刑法は248条ｂで乗り物の無権限使用について窃盗罪によりも軽く処罰する規定を設ける。また、わが国にも、改正刑法草案322条に「占有者の同意を得ないで、他人の自動車、航空機その他原動機を備えた乗物を一時的に使用した者は、３年以下の懲役、10万円以下の罰金又は拘留に処する。」として自動車等の不法使用罪を規定する条文があった。

者排除意思が否定される余地を認めており、この点は本稿の立場からも支持できる。しかし、大塚評釈174頁以下は、被害者は本件切り身の販売を予定して占有していたのであるから、被告人が本件切り身を消費した後数分以内で精算した本事案では、被害者は商品の相当対価を得られないという経済的損害を被っていないとして、権利者排除意思を否定すべきであると主張する。

大塚評釈は、被害者が本件切り身の相当対価を獲得すれば被害者の取引目的は達成していることを根拠に実質的損害を否定したものと考えられるが、この点は本稿の立場からは支持できない。被害者が引き渡しの方法やタイミングについて厳格に定めていることからすると、レジで本件切り身と引き換えに相当対価を獲得することではじめて被害者の取引目的が達成されると理解するべきであって、それが守られなかった本事案においては、相当対価が払われていたとしても被害者の取引目的は不達成に終わったとして、実質的損害を肯定するべきである。