



Title	月賦品処分の刑法的処理
Author(s)	米倉, 明; YONEKURA, Akira
Description	論説
Citation	北大法学論集, 17(1), 27-72
Issue Date	1966-08
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/27849
Type	departmental bulletin paper
File Information	17(1)_P27-72.pdf



論 說

月賦品処分の刑法的処理

米 倉 明

第一章 序 説

第二章 従来の処理方法

第三章 刑法的処理方法の提案

第四章 結 語

第一章 序 説

一、「いまさら、『月賦品処分の刑法的処理』を問題としてとりあげるのは、どういうわけなのか。その話はいっているのだ。」ひとは、こういうかも知れない。

そうだが、話についているのだ。つまりこうである。通説によれば、月賦品処分行為^(一)横領罪^(二)適用、という公式が与えられている。異説が存在するけれども、通説に対する疑問を投ずるに止まっており、積極的な反対提案を

なすまでには至っていない⁽²⁾。かような異説を度外視した場合、通説的処理方法のどこがいけないのか。通説の立場から念のため釈明を試みよう。すなわち、次のとおりである。

(i) そもそも、刑法的処理方法を用意することの必要性は、おそらく、否定されえないであろう。もっとも、月賦品処分行為が刑事事件にまで発展することはすくないのであるから、刑法的処理方法を論ずる実益は大きくないであろう。しかし、全く不要だとはとうていいえない。刑法的処理は必要なのである。(ii) そこで、刑法的処理を行なう場合には、月賦品が代金完済前は売主の物、買主からみて「他人ノ物」だということがきめ手である。もうこれで話ばかりまるのだ。「他人ノ物」を不法処分する者(買主は通常、処分権を有しない)は横領罪により罰せられることにならざるをえないのである。そのほか、場合によっては、詐欺罪^(刑二四)が適用されることもありうる。

(1) 末川「月賦販売と所有権留保」(民法上の諸問題六二頁)、我妻・債権各論(中の一)三一八頁(ただし、原則として横領罪が成立する、とされる)、谷川・商品の売買一二二頁、高橋「月賦販売等をめぐる犯罪」(法律時報二七卷三号二二頁)、藤木・経済取引と犯罪四一頁、一四八頁、同・綜合判例研究叢書刑法法(三)三九頁、宮内・新訂刑法各論講義一三三頁。

(2) 田中「割賦販売における法律問題」(ジュリスト一九一号一六頁)、幾代「割賦売買—所有権留保売買」(契約法大系II、二九八—二九九頁)。これらの異説は、買主の違法性意識の薄弱さ、譲渡担保債務者による弁済期前の処分に対し判例が横領罪を適用することに消極であること(この判例の動向については右の幾代論文参照)、を理由として、横領罪の適用を疑問視する。また、横領罪を適用した唯一の最上級判例(大刑判昭和九年七月一九日刑集一三卷一〇四三頁)は悪質買主に関する事件であり、月賦品処分一般を裁判所が横領罪に問うかどうかは早計に結論しえない、と説く。右判例、および、これらの異説については、第二章において言及したい。

二、「しかし、反対だ」という男が登場した。それが、わたくしである。そこで、まず、わたくしのチャレンジ目標(チャレンジによって、わたくしが、実現しようとする目論んでいる処理方法、結論)を簡単に紹介し、次に、なぜわ

たくしがチャレンジする決意をしたのか、換言すれば、片づいている話のどこにわたくしが不満を抱くのか、その不満を列挙し、最後に、わたくしがいかなる視点から自己の不満解消、目標達成をはかろうとするか（アプローチ、といてもよからう）、に言及しよう。

(1)月賦品処分の刑法的処理方法につき、通説的処理方法を修正もしくはそれに代えて、わたくしは、次の処理方法を提案する。

すなわち、刑法的処理方法として、背任罪(刑二四七条)が適用されるべきである。かような処理方法を採用することによって、詐欺罪の適用とあいまち、罰金(五万円以下)↓懲役(五年以下)、という処刑が可能となり、横領罪ならびに詐欺罪を適用する処理方法を採用する場合よりも、柔軟な処理がなされうることになる。(一)かような処理方法は犯罪の呼称はともかく―外国（アメリカ）の処理方法にも近い。

(1) さらに、柔軟な刑法的処理を行なうために、「期待権処分」という構成が考えられる。これをもふくめるならば、左のようなンエーマが成立することになる。

期待権処分（免責）↓罰金(五万円以下)↓懲役(五年以下)↓懲役(一〇年以下)

これについては、第三章四を参照されたい。

(2)通説的処理方法には次のような問題が存している。むろん、その処理方法がすべての点において不適切な処理方法(詳細は次章参照)だとは評されえない。それらの点についても、あわせて述べたい。

第一に、なんらかの刑法的処理が用意されていることは、通説の説くように、必要であろう。信用調査制度の不備、民事的救済手段の発動期待の非現実性、月賦取引の経済生活において占める重要性、を考慮した場合に、このことは肯定されざるをえない。(一)しかし、それだからといって、通説の処理方法が支持されるべきだ、とは結論しえない。

第二に、研究関心の集中方向が偏向しているくらいがある。現実には刑事事件化する例がすくないことを通説論者ならびに研究者一般が承認するならば、なぜ、彼らは事犯の通常の処理プロセスに、直接、メスを入れようとしていないのであるか。ごく少数の例外的処理事例のための道具（擬律論）を整備することに汲々として、通常の処理方法に研究の背を向ける研究態度は、変則だと評されても仕方あるまい。刑事事犯の実態―場合によって金銭賠償に問題が集中し、刑法が民法的機能を営んでもいよう―を明らかにしないで妥当な処理が期せられるのであろうか。そのような仕事は、社会学者の仕事であり、解釈学者の管轄外だ、と回答されるかも知れない。たしかに、そうだ。そして、だれしもなわばりは大事である。そこで、譲歩して―というのは、分業論の展開は本稿の本旨ではないから―解釈論に眼を向けよう。

第三に、解釈の方法に疑問の余地がある。通説的処理作業のルートは、要件↓効果である。しかし、わたくしは、処理作業のルートとしては、反対方向、効果↓要件が、たどられるべきではないか、と考える。この点については、(3)において、論ずることとした。

第四に、通説の処理方法―横領罪適用は、適切な処理方法とはいえない。かかる処理方法は、(i)買主の意識に対応せず、従って、買主に対して説得力を欠き、(ii)すべての事例に対処するのに体刑をあてて処理するため、処刑の合理性を保証しがたく、(iii)形式的なタイトルの帰属を基準として処理するため、実質||担保に適合した処理が阻害されることになる。そのことは停止条件と解除条件との差別待遇、所有権留保と他の担保権との差別待遇となつてあらわれる。(iii)のごとき難点は、かりに、横領罪の処刑手段がより一そう合理的になつても、なお残る難点である。

(1) 平野「現代における刑法の機能」(現代法講座II二八―三〇頁)、ならびに、藤木「財産と刑法」(同講座II一一八頁以下)参照。

(2) 第二章一参照。かくいうわたくし自身も、月賦品処分行為の裁判外処理、被害回復は、刑事裁判所に対し、刑罰権発動に関して

どのような影響を与えるものか、与えないものなのか、後に述べられるごとき、クリミナルコートによるシヴィルユニットという現実が、わが国にも存在するものか、実態を把握しているわけではない。しかし、わたくしは、この実態把握は社会的関心にとつてのみならず、解釈学者にとつても、必要なことではないかと考える。

(3)さて、結論(1)と不満(2)とを結びつける媒介項は何か。不満(2)を解消して結論(1)へ至るために、問題をいかなる視点から考察するか。本稿においてわたくしは、次の視点を採用した。それは、一言にしていえば、効果↓要件、という問題処理作業のルートを採用することである。

通説の処理作業ルートに注目してみよう。通説の処理作業ルートにおいて顕著なことは、要件↓処刑(あるいは、効果)、である。つまり、そのルートではいきなり、処分行為 \parallel 横領とあてはめがなされ、自動的に体刑という結論が出てくることになる。そして、この体刑一本という結論が、千差万別の事情の下にある買主に対し \parallel 売主の保護の必要上、厳刑が政策上望ましいにせよ \parallel 常に妥当な処遇を与えるものかどうか(通説は体刑一本で足りると考えているのであろうか)、与えないとすれば、どのような処理を考えるのかという点について論じられたことを、わたくしは知らない。わたくしのこの管見にして正しいとするならば、通説は、要件のみを関心事としてきたのだといわれえよう。

刑事被告人にとってはむろんのこと、刑事司法の立場からも、要件のみならず、処刑もこれまたひとしく重要である。このように解するならば、月賦品買主の、どのような事態の下における、どのような行為に対して、どのような処刑を科することが合理的かがまず考えられ、しかるのち、合理的処刑を科するために適切な罪条(要件)を探索ないし操作する作業も試みられるべきであろう。このような探索ないし操作の可能性には、法の領域により差違があり、刑法の領域は、むしろ、そのような可能性が小さいとさえいわれよう。しかし、それにしても、狭い可能性の範囲に

においても、なお、右のような努力がなされるべきである。

要件を第二次的な位置に降して、まず合理的処刑を衡量決定し、次に罪条を考える、という処理作業ルートを採用すれば、買主の処分行為 \parallel 横領 \downarrow 横領罪(体刑)というルートの当然帰結、には疑問の余地がある。ここで、注意されるべきことはこうだ。すなわち、買主の処分行為 \parallel 横領、という等式は、先験的に成立する等式では決してない。

むしろ、横領罪が適用される結果、買主の処分行為は横領行為となるのである。買主の処分行為に対する合理的処刑を横領罪が提供しえない場合には、合理的処刑を提供しようとする横領罪の規定を解釈操作(横領行為に非らずと解する)、あるいは、他の罪条を探索する、作業を行うことが許され、また、そのような作業が行なわれねばならない。

以上においては、処刑に重点をおくべきことが述べられた。しかし、処刑は効果のうちの一つでしかない。処刑以外にも、考えられるべき効果は存在する。前項(2)において第四として列挙された事項のうち、処刑を除いた事項がそれである。これらの効果もまた無視されえない。望ましい処理方法の探索に当っては、処刑のみでなく、これらの効果も十分考慮にいれられなくてはならない。

二、本稿のとりあげる問題は、月賦品処分行為の刑法上の処理方法、である。ふえんすれば、それは、月賦品買主が、売買代金完済前に、月賦品を処分した場合、彼は刑法上いかに処遇されるべきか、という問題である。以下、これについて補足を加えておきたい。

第一に、「月賦品」とは、売買代金完済を所有権移転の停止条件¹⁾として売買された動産である目的物(所有権留保売買目的物)を指示するものとする。必らずしも、割賦払契約の目的物とは限らない。むしろ「所有権留保売買目的物」と表現してもよかった。「月賦品」を選択したのは、表現の便利さのほか、「所有権留保売買」ときけば、通常「月賦売買」が連想されるほど、用語上、「月賦品」と「所有権留保売買目的物」とが結びついているからである。

第二に、「買主」とは、月賦品売買契約において、明示黙示を問わず、代金完済前における処分を禁じられている買主⁽²⁾を指示するものとする。⁽³⁾「買主」には比較的少額の半耐久・耐久消費財購入者のみならず、比較的多額の生産財（機械など）購入者のことき者もふくまれうる。

第三に、「処分」とは、もっぱら譲渡を指示するものとする。

(1) 杉山「割賦払契約ヲ論ス」(法学志林一三巻八・九号一七二頁)、石田「担保的作用よりみたる所有権留保契約」(法学新報四一巻六号二二二頁)、末川「月賦販売と所有権留保」(民法上の諸問題六〇頁)、我妻・債権各論(中の一)三一七頁。割賦販売法七条参照。

(2) 売主が買主に対して目的物処分権を授与している場合には、授權の範囲内での目的物処分は適法有効であり、処分買主の刑事責任追及も否定されるであろう。ただし、わが国においては、現在のところ、所有権を留保しつつ、目的物の処分を許容する所有権留保売買は行なわれていないか、行なわれていてもごく例外的であろう。

(3) さきにわたくしは、「流通過程における所有権留保」(法協八二巻二号一七五頁以下)において、所有権留保売買における買主に よる目的物処分行為が刑法上いかなる処理をうけるかについて触れたことがあり、さらに、ジュリスト「売買動産判例百選」(昭和四十一年五月)(四四事件)においても、同様な刑法上の処理について述べる機会をえた。もともと、前者と後者とは、同じく所有権留保売買といっても、一方は目的物の処分が許されており、かつ、金銭債権者と商品供給者の担保をめぐる対立を背景とした場合の問題であり、(この場合の刑事処分について、Dempewolf, Verlängerter EV und Globalzession, MDR 59, 801 [302 f.], Zur Konkurrenz von VEV und Globalzession, NJW 56, 851 [852])、他方は、そうでない場合の問題であった。本稿の直接動機は、右判例百選におけるわたくしの解説上の不満足な箇所(資料不足もふくめて)をできるだけ補ってみたい、という気持である。

三、本稿の敘述は、次の順序によりすすめられる。

次章「従来の処理方法」においては、すでに本章二において触れられた諸問題、ならびに、本章において言及されなかつた通説に対する異説、が検討される。そして、相対的には、通説の処理方法がすぐれていることが論じられ

る。

第三章「刑法的処理方法の提案」においては、第二章において相対的に適切な処理方法とされた通説の処理方法がとりあげられ、より適切な処理方法への探索が行なわれる。そして、背任罪適用による処理方法が、より一そう適切な処理をもたらす、と結論される。なお期待権処分の刑法的処理についても言及される。

第四章「結語」においては、一方、結論が要約され、他方、民法的処理方法もまた問題としてとりあげられるべきこと、および、民法的処理方法が指向すべき方向、とわたくしが考えている方向がごく簡単に述べられ、本稿の敘述に終止符が打たれる。

第二章 従来の処理方法

本章においては、従来の刑法的処理方法がとりあげられ、検討が加えられる。

一、第一に、現実には、刑事判例がすくないことが注目されねばならない。大審院、最高裁判所を通じて、月賦品処分行為が横領罪に問われた事件は、わずかに一件存在するのみであり、月賦品処分買主が他の罪条に問われたことも、わたくしの知る限り、存在しない。最上級審判例におけるかような状態は、下級審判例についてもあてはまる¹⁾。なぜ、そのような現象が招来されるのか。まず、売主²⁾、たいが、この種の事例に関して、国家の司法機関の活動に訴えることに積極ではないであろう。その理由の一つは、一般に訴訟が敬遠される理由と同断であろう。場合によっては、彼は、警察制度に訴えることがあるかも知れない。しかし、その場合でも、売主の主たる関心は、物の取戻し³⁾ないし残代金の受領にあり——究極的には、これが、事件が公けになることを阻止する最大の理由であろう——、それが実現されれば、あるいは、その可能性が生じれば、国家機関による刑事責任の追及に協力することには消極とな

る。次に、警察、さらには検察官においても、悪質な事例の場合を除いて、そうでない事例に関する限り、売主が物の取戻しないし残代金の支払を受領した場合あるいはその可能性が生じた場合には、刑事責任の追及を打ち切るであろう。売主の協力をえることがむづかしくなってくることもあろう。刑事責任追及を打ち切る条件として、売主への物返還ないし残代金支払が、警察さらには検察官における事犯処理にさいして、買主に対してし、よう、よう、されることもあるであろう。しかして、売主としてもそのような処理に満足することが多いと思われる。最後に、裁判所における処理はどのようになされるのであろうか。この種の事例が既述のごとくすくないので如何とも断定しえないけれども、ここでも被害者である売主が物を取戻したか、あるいは、残代金を受領したか、すくなくとも、そのような回復をえる可能性が存するか否か、さらには買主において回復実現の努力をしたか否か、ということが、裁判官にとって判決作成のさいに重要な規定要素となることと思われる。また、裁判官がたんに回復あるいはその可能性の存在では満足せず、刑事責任を科そうと考えても、回復を得たないしその可能性を有するに至った売主は、もはや、訴訟追行への協力の熱意を大きく失ない、裁判所にとって、審理に障碍をきたすことにもなるであろう。以上のことは、遺憾ながら、裏付けのための客観的資料を欠いているので、たんなる一推測でしかない。

このような推測がかりにいくらかでも当たっているとすれば、刑法が現実には処罰機能よりも被害回復機能を果している問題領域が存在することとなる。かくして、国家の広い意味での刑事司法機関—警察、検察官、刑事裁判所—が、被害者の回復実現促進の役割を果していること、必らずしも適切な表現だとは評されないけれども、アメリカの学者の表現に従えば、刑事裁判所による民事裁判、集金代行機関としての裁判所、と呼ばれうる機能を果していること、になる。⁽⁴⁾ 刑事司法制度の現実的機能如何という社会学的問題関心を有する者にとって、きわめて興味ある問題がここには伏在しているように思われる。

要するに、わたくしは、月賦品処分^の刑法的処理につき、いわば日陰^の処理がなされているのは、日なた^の処理をすることじたいに売主が消極であるほか、日なた^の処理にもちこんだ後にも、売主ならびに司法機関の主要関心がおそらく回復に置かれているがためである、と解する。そして、わたくしは、こう主張したい。すなわち、月賦品処分^の刑法上の処理について法律学者の関心は、これまでのところ、刑法典上の擬律（解釈論）に集中してきたけれども、その大きなエネルギー集中にもかかわらず、刑事判決は著しくすくないのである。事犯の多くは、刑法上の解釈論が最大限に生かされる判決にまで至らないで処理されている。事犯の現実処理の通常態様そのものには―わたくしの管見によれば―光があてられてこなかったのである。もとより、刑法典上の擬律、刑法解釈論が無用だと極言することはできない。現実処理に当って、処理者は、通常、擬律、解釈論を参照しているにちがいないからである。それにしても、現実処理の態様、その過程を研究することは次のことを意味する。第一に、通常の処理方法を正面から取り扱うことになる。かくして、例外的処理方法に集中し通常の処理方法を視野外に置いて全く顧みないという変則的な研究態度から訣別することになる。第二に、擬律論そのものに対しても有益であろう。というのは、問題処理に当って、考慮にいれられるべき諸々の利益、当事者ならびに司法機関構成者の現実の意識などが解明されるならば、擬律論さらには量刑論にとっても、寄与するところが大きいと考えられるからである。第三に、通常の処理方法を研究し、その現実の姿を白日の下にさらし、かつ、批判を加えることは、その処理の仕方につき可能な限りでの合理性、公正さを確保する手段を考案するための準備作業となりうる。

かようにして、わたくしは、月賦品処分^の刑法的処理に関して、今後は、より一その研究努力が、解釈論のほか
に右に述べられた方向に注がれるべきだと考える。わたくしは、「解釈論のほか」に述べた。その意図するところは、こうである。

すなわち、「ほかに」と表現したからといって、わたくしは解釈論不要論を唱えるのではない。解釈論についても未だ問題はつきていない。わたくしは、通説、異説、いずれの解釈論にも賛成しがたい、と考えている。しかし、われわれが、解釈論だけが当面の問題処理に役立つ、それさえ行なっていれば足る、と考えるとするれば、それは決して正しい研究態度ではない、より一そう現実処理の様相を把握することが解釈論にとっても必要である、とわたくしには思われるのである。

(1) 月賦品処分に關する刑事判例としてしばしば引用されるのは、次に掲げる大審院判決である。

大刑判昭和九年七月一九日刑集一三卷一〇四三頁

被告人Yは、七人の売主から、それぞれ、月賦代金完済までは所有権が売主に留保され、その間は買主Yが賃貸して占有するという契約のもとに、約一年三カ月の間に計一一台の自動車の引渡しをうけ、いずれをも、未済にも拘らず、売渡担保に提供した。原審はYの行為は横領罪(刑二五二条)を構成するとなし、懲役一年の刑を申し渡した。これに対するYの上告論旨の要点は次のとおりであった。すなわち、所有権留保条項は例文にすぎず、それはたんに月賦金支払義務の履行を確保するための心理的強制作用を目的として設けられるのである。所有権はすでに買主に移っているのである。所有権留保条項の法律的性質、意義はかように解されるのであり、かかる解決が当事者意思にもっともよく適合するものでもある。原判決が所有権留保条項の性質、法律的意義を吟味しないで、条項ありということを理由に直ちに所有権が売主に留保されていると判断し結論を導いたことは重大な事実の誤認をおかしたものである。本件特約が例文でないとするれば、それは商取引慣例、通念に反し、また、公序良俗にも反する。

判旨は次のごとく論じて、上告を棄却した。すなわち、本件のごとき特約は一種の無名契約であり、有効と解される。かような契約は、商取引の慣例または一般社会の通念に反しない。もとより公序良俗に反する無効の行為ではない。Yの上告論旨は独自の見解のもとに原判決を攻撃するものであり、採用しえない。原判決は証拠上認定しうる。Yの行為が横領罪に該当することは明らかである。原判決に、重大な事実の誤認があるのを疑うに足るべき顕著な事由を発見しえない、と。

動産の所有権留保売買における買主の処分に関する刑事判決としては、本判決が存するにとどまる。本判決は、計画的な月賦品流しという悪質な買主にかかわる判決であり、本件においてはなおそらく詐欺罪に問うことも可能であったと思われる。しかし、本判決一件が存するにとどまるために、月賦品処分の買主の刑事責任追及につき、将来、最上級

裁判所は、(i)一般的に、横領罪成立（構成要件該当、違法、有責）と解するのか、(ii)買主は一般の場合には、月賦品処分につき、違法性の意識を有しなく、このことを責任阻却事由と解して、横領罪不成立として処理すべきであり、本件のごとき悪質な買主にかかる事例に限って、違法性の意識も存在するものと認定し、横領罪が成立すると解するのか、あるいは(iii)実質上、所有権は買主に属すると解し、従って横領罪は構成要件レベルで成立しないと処理し、本件の買主のごとき悪質者については、詐欺罪に問擬する意図なのか、必ずしも断定しえない。まことに、或る論者の指摘するごとく、本判決の結論・判旨を事実から切り離してとらえ、本問題に対する裁判所の態度はこうだと一般化することは危険であろう（田中「割賦販売における法律問題」ジュリスト一九一号一六頁）。

形式的タイトル帰属を重視する通説は裁判所の採るであろう立場の子測ならびに自からの問題処理の方向として、右(i)の立場を採る、とたくしには思われる。(ii)の理解をなす者としては「確言は留保する」右掲ジュリスト一九一号一六頁における田中氏を挙げよう。そこでの設例「たまたまた割賦売買によって買受けた目的物が不要になったというので友人に譲渡したような場合、違法性の認識がない、横領罪は成立しそうにない、とされる」からすれば、(ii)の理解であろうと推測しうる。もし、(i)の立場を採っても、設例については、同じ結論を導きうるるので、真意は(ii)であろうと推量する。さらにまた、(iii)の理解をなす立場もありうる。すなわち、譲渡担保の債務者が弁済期前に債権者に無断で目的物を処分した場合、判例上、横領責任が問われるか否かにつき、むしろ否定的な見方が成立しうる（藤木・綜合判例研究叢書刑法(1)四〇—四二頁）ことを参照すれば、譲渡担保と実質上の機能を異にしない所有権留保の場合にも、一般には同様の処理がなされうる可能性があり、実質上担保に着眼すれば、單純に横領罪に擬律することには賛成しえない。本判決は特殊な事案に関する判決であることが銘記されねばならないと説く（幾代「割賦売買」契約法大系II二九九頁）。

これらの立場については後述する。場所として、この箇所は適当でないからである。次の判例を追加するにとどめる。それは、東京高判昭和二七年九月一日高裁判特報三四号一五七頁である。事案は、土地の買受契約を締結した者が、第一回の分割代金支払までは所有権は売主に留保され、それまでは、土地の売却、賃貸、その他の処分をなすことを禁止する契約のもとで引渡を受けたのち、この禁止に反してはしむままに土地を売却または賃貸した、というものであり、原審は横領罪を適用した。被告人は、横領罪の成立には登記簿上の所有名義の移転その他権利の設定または移転を要する、と控訴した。本判決は、この主張を失当として却け、このさい、被告人の行為は不法の処分行為であって、横領罪を構成すると論じた。本件事案は、不動産に関する事案であり、

買主としてもかなり悪質と考えられる。従ってこの判決からも、月賦品処分買主の刑事責任追及についての裁判所の答を一般化することは困難であろう。

かように判例がすくないのは、ひとつには、買主が完済前に処分することが、実際にはすくないということによるのであろう。とはいうものの、目的物の種類により、価額により、あるいは地方により、月賦品処分の事例数、態様にも差があるであろう。事犯発生の処理方法として、そもそも警察段階にまでも現われないで処理されることが多いために、表面化しない事犯もあると思われる。

(2) 長谷部ほか座談会「月賦販売の事情とその問題点」(法律時報二七卷三三三頁)参照。同様なことは、アメリカカの場合、embezzlement にてき指摘されている。Hall, Theft, Law and Society, 2nd ed., 1952, p. 340.

(3) このような指摘をなすものとして Davis-Foster-Jeffery-Davis, Society and the Law 1961, p. 303.

(4) Hall, pp. 326-327; Davis-Foster-Jeffery-Davis, p. 303. このほか、警察、検察官が被害の回復のために利用されていること(刑事裁判所もまたしかり)に「き」 Restitution and the Criminal Law, 39 Col. L.R. 1185 (1939) とりわけ、このノートの一一九七頁、がある。ただし、これらは、盗品一般に関して述べており、割賦商品の処分について直接に言及しているものではない。

二、第二に、月賦品処分行為の刑法的処理については、次のことに注意が払われねばならない、すなわち、どのような立場を採用しても、契約解除後の処分については、横領罪の適用による処理を認めざるをえない。契約解除後の処分は、割賦金の支払遅滞、目的物処分の着手、によって、売主に無催告解除権が発生する旨の特約がある場合にその事由が発生したため、売主が解除した場合、あるいはこれらの場合には当然解除になる旨の特約が存する場合に往々生ずる。以下の議論は、買主が、代金未済の間、かつ、契約解除がなされない間、において、目的物を処分した場合の、買主の刑法上の処遇に関して展開されることとなる。このような場合の処分行為については、その刑法上の処理方法につき、考え方がわかれる可能性がある。

右に類似の趣旨の特約が往々にして締結されるのであるから、月賦品処分の刑法的処理については、横領罪適用と

説論

いう結論が多くの場合あてはまることとなり、それ以上に論ずる実益が乏しい、といえなくはない。しかし、右のごとき趣旨の特約が存しない場合⁽³⁾もあれば、たとえ存する場合にも——当然解除の特約は別として——特約にもとづいて発生した解除権を売主が行使しない場合もありうる。解除以前の処分も存在の余地がある。

さらに、また、次のようなことも考えられよう。すなわち、売主が、契約解除プラス損害賠償（履行利益賠償）請求、という処理^(五)（民五四）よりも、売買契約維持という処理^(六)を欲する場合もないとはいえない。法律の見地とは別に、経済取引政策上の見地から、売主は、契約維持をねがうことがある。あるいは、解除のさい売主が買主に対してしるべき払戻しをする義務を負っている場合にその払戻しが売主にとって困難な場合には、売主にとり契約解除は望ましくないのである。このことは、契約解除前の処分の発生可能性を大きくする方向へ作用するであろう。また、解除することなくして、目的物を取戻すことが法的に承認されると解するならば、^(七)そのような承認は、契約維持への売主の要請とも結びついて、「当然解除」の特約が締結されない場合を増さしめるであろうし、また、解除権を発生する特約が締結された場合でも、売主による解除権不行使の場合を増さしめるであろう。かくして、契約解除前の処分の機会が増す可能性が生ずる。

かくて、契約解除がなされない間における処分行為の刑法上の責任追及方法を論ずる実益も存することとなる。以下では、このような処分について問題を限定して論ずることとしたい。

(1) 幾代「割賦売買」（契約法大系II二九九頁）。

(2) 谷川・商品の売買一一八頁および一二二頁以下の契約書例（「自動車割賦売買並びに使用貸借契約書」第一五条、第一八条、第二一条、「（機械名）割賦売買並びに使用貸借契約書」第一五条、第一八条）参照。この契約書例によれば、買主が物件につき他に譲渡、転貸、質入、その他売主に損害を及ぼすおそれのある一切の行為をしてはならないと規定されている。「その他売主に損害を

及ぼすおそれのある一切の行為」の外延がはつきりしない。譲渡、転貸、質入、それぞれの着手は、「おそれのある行為」とはいえないと解する趣旨であろうか。そうだとすれば処分は右禁止違反による解除前に行なわれることとなる。もっとも、右契約書例の作成者は契約解除前の物件処分も横領罪に問うべきだと解するので（同書一二二頁）、解除前の処分に横領罪の成立を認めない立場（幾代「割賦売買」契約法大系II二九九頁）とは異なり、論ずる益がないことになる。

(3) 特約を締結しても「譲渡、転貸、質入などの処分がなされた場合には、解除権が発生もしくは当然解除となる」という趣旨のものであれば、処分はつねに解除以前になされたこととなり、解除以前の処分には横領罪が成立しないと解する立場を採る場合には、かような特約を締結しても、刑事責任は追及しえないことになる。他の罪条適用を考えるならば別論ではある。

(4) 田中「割賦販売における法律問題」(ジュリスト一九一号一三頁)参照。なお、割賦販売法五条による解除制限の趣旨も、契約維持を一つの趣旨としているのであろう。

(5) 売主が売買契約を解除すれば、買主の占有権が消滅し、売主は目的物の返還を請求しうることに争いはない。問題は、売買契約を解除しないで、買主の占有権のみを消滅させることが許されるかということである。支払遅滞にある買主、あるいはその他売主の担保を危うくする買主は、売買契約が存続しているからという理由によって、所有権にもとづく売主の返還請求に占有権を對抗しうるか。たしかに、買主の占有権は売買契約にもとづいて生じたと解されるのであって、売買契約が存続する限りは、その占有権もまた存続すると考えられる。売買契約解除以前には、買主は占有権を有し、売主に対抗しうる担保を危うくしない。しかし、買主に占有権が与えられ、目的物の使用収益が許容されるに当たっては、支払義務の遵守、その他売主の担保を危うくしないことが当然の前提とされていると解されるべきであり、かかる前提を欠く買主には、占有権が否定されるべきである。つまり、かかる事態にある買主は解除以前にすでに占有権を失う。もちろん売主が買主の占有権消滅以上にすすんで売買契約すべてを解消することを欲するならば、解除に訴えねばならない。占有権解消は解除の一部分効であり、売主としては、この一部分効で満足しないならば、そうすることもまた許されてよいと解される（神崎「所有権留保売買とその展開」神戸法学雑誌一四卷三号四八―四九〇頁。ドイツの学説では「ドイツ法のもとでは日本民法の場合と異なり契約解除によっては損害賠償請求権が生じない」(ド民三二五、三二六条)―契約解除なくして取戻しうると解するのが有力である。ドイツ民法との間に差異がある日本民法のもとでも、同様に解することができ、またその必要性もあると思われる。Emecerus-Lehmann, Schuldrecht, (1958), § 118 B III 2b; Larenz, Schuldrecht, Bd. II, 6 Aufl. (1964), § 39 II b; Esser, Schuldrecht, (1959), § 103, 3e; Staudinger-Ostler, Komm. zum BGB,

II Aufl. (1956), § 455 Anm. 45 ; Georgiades, Die Eigentumsanwartschaft beim Vorbehaltkauf, (1963), SS. 20-23, 115, 116 ; Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I, (1963), SS. 132-133.)。かくて買主は目的物をとりあげられ、かつ、代金支払義務を免れないことにより、往々にして酷な状態に置かれるであろう。ドイツの割賦販売法 (Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte, 1894) 第五条は弱小買主保護のために、売主による取戻しは解除とみなす旨規定している (Enneccerus-Lehmann, § 118 C II 1 ; Crisoli-Ostler, Abzahlungsgesetz, 5 Aufl. (1958), S. 205 ff.) しかし、つねに買主が酷な地位に置かれるともいいきれず、他方、そのような特別規定が存しないことでもあるから、ドイツの右の規定と同旨に解釈することは困難であろう。

月賦品処分買主の刑法的処遇については次の三つの立場がある。これらの立場は、實際上、必ずしも明確に述べられていないので、わたくしなりに補足を加えておく。

第一に、横領罪が成立すると解する立場がある。すなわち、月賦品をほしのままに処分する買主⁽¹⁾は、自己の占有する売主所有の物を不法領得する意思のもとに領得するのであり、横領罪の構成要件を充足する。彼の行為は、違法な行為であるという評価をうけても誤りとはいえない。また、彼の行為が有責な行為であることも多言を要しまい。しばしば問題とされる違法性意識の欠如は責任阻却へと作用するであろうか。肯定することは困難であろう。違法性意識の欠如がやむなき事由により生じた場合には、責任が阻却されると解するにしても、通常の場合には、右のごとき事由が存在するとは解されえない。期待可能性による責任阻却ということも、通常の場合には、成立しないであろう。

かくして、この立場によれば、月賦品処分行為は一般的に横領罪を成立せしめることとなる。

この立場は、「他人ノ物」を形式上の所有権の所在にもとづいて定め、売主の「所有権」侵害という立場を徹底的に貫くものである。形式論理的に筋の通った立場であると評されよう。しかし、後述するように、かかる立場からの

処理がつねに妥当な解決をもたらさうるか否か、問題が存している。

第二に、一般の買主が月賦品処分につき違法性の意識を有しないことを理由として、一般に横領罪不成立、と説く立場がある。おそらく、必ずしも確言はなしえないけれども、この立場は違法性意識の欠如を責任阻却事由と解する立場を採用するものといえよう。この立場を採用する場合、一般の買主とはどのような状態の買主なのであるか。支払を相当分済ませた者であろうか。違法性意識をそなえる悪質な買主とはいかなる者なのか。このようなあいまいな区別によって、ある場合には罰をうけ、ある場合には不可罰とされるとすれば、売主の保護、買主の保護という観点からみて、結果の妥当性を期しがたいであろう。とりわけ、売主からみれば、一般的に不可罰とされることは、担保確保のための抑制策の一つを失うことと同然である。

あるいは、この立場は、より一そう穏やかな立場であるかも知れない。すなわち、この立場は、横領罪を適用する処理方法は、往々にして、買主の意識との間にずれを生ずることがあり、横領罪適用による処理は必ずしも最良の方法ではない、と主張するにとどまるのかも知れない。この主張には一理ある。しかし、それならば、月賦品処分行為につき、悪質、非悪質（あるいは一般の）買主を問わず、横領罪以外の罪条を適用せよ、と主張するのか。それとも、非悪質買主には横領罪以外の罪条を適用し（あるいは全く不可罰とするか）、悪質買主には横領罪を適用せよ、と主張するのか。前者であるならば、一体、いかなる罪条を適用せよ、と主張するのか。後者であるならば、悪質と非悪質とを何を規準に区別するのか。悪質—可罰、非悪質—不可罰、ということが考えられているとすれば、悪質・非悪質の区別如何によっては、処理上合理性を欠くことになると思われる。

第三に、所有権留保売買においては、一方、実質上、買主が所有者、売主が担保権者、であると把握され、他方、買主は、譲渡担保債務者以上に、目的物処分につき違法性の意識を有しておらない、また、判例も譲渡担保債務者の

弁済期前にした処分行為に横領罪を適用することには消極とみられる、これらのことを考えあわせた場合には、売買契約解除以前の月賦品処分に横領罪を適用することは妥当でなく、計画的月賦品流しのごとき悪質な買主はこれを詐欺罪に問うことができる、と説く立場がある。⁽⁴⁾

この立場は、実質に即して刑法上の処理をはかることをめざす立場であり、わたくしも共感を禁じえない。実質的には目的物の所有権は買主に移っており、彼にとって「他人ノ物」とはいわれがたい。計画的月賦品流しのごとき悪質な買主については欺罔の故意の成立時点の認定も容易であろう。従って、詐欺罪で処罰しうる可能性がある。

しかし、この立場は計画的月賦品流しのごとき悪質な買主以外の買主は、全く不可罰である、と主張するのか、それとも、なんらか別の罪条によって処理する意図を有するのか、はっきりしない。全く不可罰という処理をなすとなれば、売主は担保確保の一手段を失うこととなるほか、実質上の担保権侵害行為が不問に付されることとなり、他の担保権侵害行為に対する刑法上の処理との間に不均衡を生ずるのである⁽⁵⁾（これらのことは、この立場のみでなく、不可罰⁽⁶⁾）。

わたくしは、第三の立場がめざす方向を支持したいけれども、その立場が、悪質な買主以外の買主を不可罰とする、と主張するのであれば、その限りでは賛成することができない。そのような不可罰という真空状態を残すことは、売主の保護という見地から妥当ではあるまい。計画的な月賦品流しのほかにも、売主の利益が保護されねばならない処分行為は存在する。かりに、詐欺罪適用を考えるとすれば犯意（欺罔の故意）の立証が困難なことがあるため、詐欺罪は有効な処理手段とはいわれがたいのである。⁽⁶⁾ 第三の立場は、いかなる罪条をもって、この真空を埋めようとするのであろうか。先に述べられたごとき特約のために、横領罪追及の可能性が生じ、従って、真空状態は生じない、ともいわれよう。しかし、当面は、そのような特約が存しない場合、あるいは存してもそれによって解除がもたらされない場合の問題を扱っているのであるから、かような説明は答にならない。また、たまたま、そのような特

約が締結されていたか否か、締結されていても解除権が発効されたか否か、により、可罰、不可罰、という大差を生ずることも妥当ではない。

このように考慮した場合、わたくしは、通説の立場―第一の立場―が、相対的にすぐれていると結論したい。その立場のもとでは、一般的に横領罪適用という処理がなされる。買主の悪質、非悪質によって、あるいは、特約の存否、解除権の発効の存否、によって、可罰、不可罰という大差を生ずる、というようなこともない。売主の担保確保のための処分抑制という効果は、第一の立場において最もよく発揮されるであろう。

しかし、この処理方法が最上の方法だ、とは評されえない。この点については、すでに第一章(2)において簡単に言及したけれども、よりふ、えんして次に述べることにしたい。

(1) 買主が、月賦品(他人の物)を月賦品たることを知りつつ処分し、処分を認容している場合(故意が存在する場合)に問題を限定する。買主が、目的物の月賦品たることを知らなかった場合―所有権留保条項の存在を知らなかった場合、存在を知っていたけれども、その意味を誤解した場合―には、事実の錯誤が問題となり、故意を阻却すると解されよう(団藤・刑法綱要・総論二二二頁参照)。

(2) 団藤・刑法綱要・総論二二〇頁以下。

(3) 田中「割賦販売における法律問題」(ジュリスト一九九一年一六頁)参照。必ずしも確言はしえないが、そのように解される。つまり、違法性意識不存在をもって責任阻却事由と解する立場を採れば、第一の立場に立って一般的に横領罪を承認しても、特定の場合に、違法性意識不存在を理由に犯罪不成立という結論が導かれることは当然のことであり、従って、当然のこと以外のことを主張されているとすれば、本文のように解されざるをえない。

(4) 幾代「割賦売買」(契約法大系II二九九頁)。

(5) 藤木・経済取引と犯罪一四七頁。

(6) 谷川・商品の売買一一一頁。加藤ほか座談会「割賦販売の現状とその規制」(ジュリスト一九九一年五三頁)参照。

三、横領罪適用による処理方法は、次のごとき難点を有している。

(1) 第一に、そのような処理方法は、処分買主にとって、説得力をそなえた処理方法だとは必ずしも評されえない。買主にとっては (i) 所有権留保売買も売買にかわりなく、究極的には買主への所有権移転がめざされており、通常事例としては、そのような結果へとおちつき、「借りて」いる物を「返す」ことは第一次的には予定されていないこと、(ii) 「所有権」のうちの多くの権能—占有・使用・収益権能—がすでに買主に移されており、その他、種々の場合に（危険負担など）買主が所有者として取扱われる場合もすくなくないこと、これらの事情から、目的物が「他人ノ物」（全面的な所有権）であるという意識は稀薄化され—割賦金の支払が進行すれば、それに伴って、「他人ノ物」という意識の弱体化に拍車がかげられることになるであろう—、従って処分行為についての違法性意識（「他人ノ物」を処分して、悪い行為をしたという意識）も薄弱である。あたかも賃借人あるいは保管者と全く同様な地位にあるものとして扱われて、「他人ノ物」を処分した者、という非難をうけることは、買主の実際の意識上、納得がいかないことである。買主の実際の意識を示す経験的データを欠くために、以上の議論は推測の域を出ない。しかし、かような推測は外国においても行なわれており、必ずしも的はずれではないであろう。⁽¹⁾

しかし、右のようなことが事実として指摘されうるとしても、横領罪として処理することが売主の保護、処刑、他の権利侵害行為の処理との均衡、などの観点からみて適切な場合には、そのような処理方法を採用することも肯定されよう。ところが、横領罪という処理方法には、ここで挙げられた諸観点への奉仕という機能を期待しうべくもない、とわたくしには思われるのである。このことが、第二以下で述べられる。

(1) Kruse, *The Right of Property*, Vol. II, (1953), p. 285. ただし、正確には、目的物の担保化は法的に罰せらるべきことと考えられていないと述べる。目的物の売却については述べられていない。デンマーク法のもとにおける月賦品処分の刑法的処理につい

ては——ごく簡単ではあるけれども——後述する(次の(2)末尾)。

(2)第二に、処刑が問題となる。横領罪(刑二五)については、刑罰として、懲役が準備されているにとどまる。このような体刑一本という刑罰態勢にそもそも問題が存すると思われるけれども、それを肯定するにしても、当面の問題処理方法として、無反省に、かような処刑手段を適用することにも問題がある。

「月賦品買主の処分行為」とひとくちに述べても、その具体的態様は千差万別であろう。その千差万別の態様に応じて、それぞれにつきどのような刑法的処理を与えるべきか。これまでのところ、刑法の文献においてこの問題がとりあげられた例をわたくしは知らない。今後このような問題に対するこまかい議論が行なわれることを切望する。以下の説明は外国文献に依拠する。

譲渡の唯一の目的が、割賦金残額支払に存し、それに十分なだけの譲渡代金をえて、かつ、売主へ支払う配慮をした買主も存在するであろう。かかる買主については、「領得」行為が存しない、あるいは、「不法領得の意思」が存しない、と解されるであろう。あるいは、買主が月賦品を譲渡担保に供した場合でも、割賦金残額を支払う目的でそのような行動をとり、かつ、それによってえられた金額と割賦金の残額との対比において前者が十分に後者をカバーしうる、このような場合には、「不法領得の意思」もしくは「領得」の存否を問題にすることなく、売主の同意が推定されてよい。あるいは、買主が月賦品を賃入した場合でも、買主がうけ戻す意思を有し、かつ、うけ戻すことを可能ならしめる客観的状況が存在した場合には、やはり、「不法領得の意思」もしくは「領得」が存在しない、と解されうる可能性が存在する。

以上のごとき事例においては、そもそも、構成要件レベルにおいて横領罪の適用がはずされる。「買主の処分」と表現される処分行為も、つねに、横領罪に該当する、とはいわれえないわけである。

説

論

ところで、構成要件に該当する処分—譲渡⁽⁵⁾、譲渡担保化⁽⁶⁾、質入⁽⁷⁾——と解される場合でもその態様が変化に富むことはいうまでもない。あるいは、売買契約締結の当初から、代金支払の意思なく、目的物受領後直ちに処分した買主（むしろ詐欺罪に問われるべきもの）もあれば、当初は支払の意思があり、現実に数回の支払も行なってきたけれども、中途から支払意思を喪失し、処分をなした買主もあろう。また、誠実に支払を続けてきた（そして残代金もすくなくなつた）ところ、一方、自己にとって不要となり、他方、友人が欲しているので、これに贈与した買主もあろう。これらすべての場合を通じてねに体刑（その程度には軽重がつけられるとしても）を科すことは、売主の保護上、処分行為を抑止する必要があるにしても、買主にとって蔽刑に過ぎることになると思われる。重い体刑を科されるに値する買主から、軽い罰金刑を科される程度の処遇をうけるに値する買主まで、非難可能性の程度が連続的に推移しており、その推移に応じて、科せられる処罰もまた推移することが、刑法上の合理的処理をはかることに連なるであろう。このような観点に立つ場合、横領罪を適用する処理方法によっては、合理的な処理は必ずしも保証されない、とわたくしには思われる。

わたくしは、次のような処理の仕方が、より一そう合理的な処理を保証するであろう、と考える。すなわち、ある場合には体刑が科され、また、ある場合には罰金刑のみが科され、またある場合には、両者が併科される。両者の併科か、そうでないか、あるいは、体刑もしくは罰金の量定如何、が決定されるに当っては、諸般の事情（買主の代金支払意思の存否、処分目的、残代金の額、目的物の売買価格など）に考慮が払われねばならないのはむろんのことである。

(1) ALI, Model Penal Code, Tentative Draft No. 11, April 27, 1960, § 223.7, p. 99 参照。なお、Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 10 Aufl. (1961), S. 949. 参照。

(2) Baumann, Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrechten des modernen Wirtschaftsverkehr, (1956), S. 49.

- (3) Schönke-Schröder, S. 949; Baumann, S. 51 ff.; Grunfeld, Die strafrechtliche Bedeutung des Eigentumsvorbehaltes unter besonderer Berücksichtigung des Untereigentums, ZStW 54, 468 [470].
- (4) より一そう、種々な場合を考えて、それに対する処理を検討する必要がある。たとえば買主が月賦品を譲渡担保に供したとしても、買主がその譲渡担保契約を無効な契約と想っていた場合には、不法領得の意思ありとは解しがたい。譲渡担保契約が有効であってもそうである。実際において、無効であった場合には、「領得」行為も存しないといわれよう (Baumann, SS, 49-50, BGH, 1951, 6, 19, BGH St. 1, 262 [264-265] 参照。ただし、二重の譲渡担保の事例)。
- (5) ドイツでは、売買契約締結の申出がすでに領得行為とされうる、とされる。純粹に事実上の行為、たとえば譲渡のために目的物を運び去ることでも、それだけですでに領得行為であるとされる。買主の処分行為が有効かどうか、買主の事実上の行動が物に対する売主の干渉可能性を完全に排斥するのに適切かどうかは問題とされない。かくては、未遂との限界がはっきりしなくなるであろう (ドイツ刑二四六条三項は未遂を罰する旨規定している) (Schönke-Schröder, S. 949; Baumann, SS, 46-47, 判例については、これらの文献を参照されたい。以下同じ)。
- (6) ドイツの判例・通説によれば、買主による目的物の譲渡担保供与は横領行為であると解されている。譲渡担保契約締結の申出によつてすでに横領行為は成立するとされる。譲渡担保は質入とは異なり、買主のうけ戻しの意思は問題とされない。質入の場合ならば、買主がうけ戻しの意思を有した場合には、目的物の使用横領 (Gebrauchsmassung) と解されうる可能性が存在するけれども、譲渡担保は、目的物のたんなる使用 (利用) とはもはやいえない (Schönke-Schröder, S. 949)。仮に (暫定的に) 譲渡担保に供したにすぎず、担保に供した者が、目的物をまもなくうけ戻すのに十分な資金を用意していた場合でも、領得行為に当たるとされる。かような支配の見解に対しては質入と譲渡担保とを区別する理由が十分でない、いずれがより大きい所有権侵害であるかは一概には結論しえず、支配の見解は「所有権」にこだわっているのだという批判がある (Baumann, SS, 48-49)。
- (7) ドイツでは、買主による目的物の質入は横領行為に当るけれども、買主がうけ戻す意思を有し、かつ、自己がうけ戻しうる状態にあると思つていた場合には、横領に当らない、とされる (Schönke-Schröder, S. 949)。これに対して、譲渡担保の場合に比べて (前註(6)参照)、質入の場合をかくように区別して扱ふ理由が明確でなく、両者とも信任義務違反 (背任罪) ド刑二六六条) に比べて、べきだと説く少数説がある (Baumann, Pönalisierung von Kaufverträgen durch Eigentumsvorbehalt, ZStW 68, 522 [532])。

月賦品処分行為の刑法的処理について、ドイツ、フランス、アメリカ、における法状態をみることにしたい。

説

論

(i) ドイツ法からはじめる。

ドイツにおいても、月賦品買主が月賦品を処分する事例が発生しているのであり、判例および通説は（異説については後に言及する）かかる処分行為を委託物横領（Veruntreuung）（下刑二四六）と解する。（条一項二段）⁽³⁾

委託物横領罪の刑罰は、体刑（Gefängnis）（五年以下）である。しかし、宥恕されるべき事情が存在する場合には、体刑でなく、罰金が科せられる可能性がある。（下刑二四）⁽⁴⁾。

(ii) 次にフランス法に眼を転じたい。

フランスにおいても、割賦売買（Vente à tempérament）が行なわれ、買主による処分行為も発生している。

フランス刑法第四〇八条は、委託物横領（abus de confiance）について規定している。月賦品処分買主は、同条の適用をうけることになりそうである。（二ヵ月—二年の emprisonnement を）⁽⁵⁾。しかるに、刑事裁判所は、むしろ、同条の適用を避ける立場をとっている。学説もまた、刑事裁判所のそのような態度に反対を表明していない。刑事裁判所は、次のように解するのである。すなわち、割賦売買の実質に着眼すれば、割賦売買においては——かりに、それが賃貸借名義のもとになされようとも、あるいは使用貸借名義のもとになされようとも——、所有権は買主に移転している、と解される。ただし、その移転は代金支払義務不履行を解除条件とするものである。⁽⁶⁾

(iii) 最後に、アメリカ法に転じよう。

月賦品買主による代金完済前の処分行為（ただし、fraudulent intent が要件とされている）は、各州において犯罪行為、とされる。刑罰としては、罰金、体刑 imprisonment が用意されている（これらの刑罰の限度は州によって区々である）。ただし、両者が選択刑なのか、併科せられるのか、については、各州の法につき情報をえていないわたくしは回答しえない。⁽⁷⁾

統一条件付売買法 (UCSA) 第一五条は、次のように定める。すなわち、買主が、条件成就に先立ち、*fraudulent intent* をもって、目的物につき *full ownership* を主張して、目的物を売却し、もしくは、担保に供し、もしくは、その他の方法によって処分した場合には、一年以下の *imprisonment* もしくは五〇〇ドル以下の罰金に処せられる、併科を妨げない。

同条の註によれば、買主が条件成就以前に目的物を *fraudulent intent* をもって処分し売主の担保を害する場合に、買主に刑罰を科することは、売主保護ならびに公衆保護のために望ましいとされる。また、同註は、体刑としては、最大一年の *imprisonment* が合理的処刑であり、罰金の額は、目的物の価格に応じて量定されることが望ましい、とも述べている。なお、モデル刑法典 (*Model Penal Code*) については、後に言及する。

なお、以上のほか、わたくしの知りえた限りでは、スイスにおいては、委託物横領罪 (刑法一四〇条) により、デンマークにおいては、これまた、委託物横領罪 (刑法二七八条) により、処理されている。ただし資料不足のために刑罰を知りえなかった。後者においては、かような刑法的処理方法は、再検討の要がある—その意味がこれまた資料不足のためはつきりしないが—という主張がみられる。⁽⁹¹⁾

(1) ドイツでも、代金完済を所有権移転の停止条件と解する立場が支配的である。判例、学説を細かく挙げるのを避け、次の文献のみを挙げておく。Emmeccerus-Lehmann, § 118 B III 1; Wolf-Raiser, Sachenrecht, 10 Aufl. (1957), § 66 I. 3. なおドイツ民法四五五条参照。

(2) Sauer, System des Strafrechts, Besonderer Teil, (1954), S. 59; Schönke-Schröder, S. 947. しかし、若干、この点疑念が残る。買主が消費者である場合が多いのか、それとも、処分を許された買主 (商人であろう) が、処分の授權の範囲を超えて処分した場合が多いのか、後者の場合も、おそらく横領罪に当る (Grunfeld, ZStW 54, 468 [471 f.]) のであらうけれども、実際上はいずれの場合が多いのであろうか。

(3) Schönke-Schröder, SS, 949-947, 951; Grunfeld, ZStW 54, 468 [469]; Baumann, S. 46, ZStW 68, 522 [526]「所有権」を形式的にきびしく解することによって、背任罪(下刑二六六条)適用を判例・通説は承認しない(判例につき Baumann, ZStW 68, 522 [529])。ドイツでは、処分買主のうち、悪質者のみを詐欺罪に問え、という見解は見当らない。しかし、おそらく、およそ詐欺罪(下刑二六三條)の適用を排除する趣旨ではないであろう(Schönke-Schröder, S. 1014 参照)。詐欺罪が適用される場合には、刑罰としては、体刑 Gefängnis(最高五年最低一日、下刑一六条)であり、このほか、罰金(最高一萬マルク最低五マルク、下刑二七条)ならびに公民権喪失なる制裁も科せられる。宥恕されるべき事情ある場合には、罰金のみが科せられる。とくに悪質な場合には、体刑 Zuchthaus(一〇年以下)が科せられる。

(4) Schönke-Schröder, S. 952によれば「所有権留保下で買われた物につき、しばしば生ずる横領において、行為が、弁済期の到来した割賦金を支払うための資金をえるためになされた場合にも、mildere Strafeが科せられる。」とされる。実際上の運用を知りたいのであるけれども、知りえなかった。

(5) フランスでも、割賦売買において、所有権移転は代金完済という停止条件にかからしめられていると解するのが判例・通説である(Planiol-Ripert, Traité pratique de droit civil français, tome X, 1956, N°217 参照)。ただし、次に述べるごとく、刑事裁判所は異なる見解をとるといえる。

(6) 文献の古いことが遺憾であるが、René Garrand, Traité théorique et pratique du droit pénal français, VI, (1935), N°2641, pp. 562-563; Planiol-Ripert, tome X, N°217. これに反して関係を使用貸借としてとらえ、処分買主を委託物横領罪に擬する判例も存在する。また、貸借名義においてなされる割賦売買においては、処分買主を委託物横領罪に問う判例もある(Planiol-Ripert, tome X, N°217, 218.)。判例についてはこれらの文献を参照されたい。ただし、いずれも古い(一九三〇年代)判例であって、せめて、第二次大戦後の判例を一覧したかったけれども、それを入手しえなかった。なおフランス刑法四〇〇条五項は、自己が担保に供した物を破壊・収奪し、もしくは担保を侵害する者は体刑 emprisonnement(最高五年、最低一年)または罰金(最高三六〇万フラン、最低三六万フラン)に処せられる旨規定されている。ここで担保とは、債務者のもとに占有がある場合もよくむか、また、留保売買の売主が実質上有する担保もふくむのか、は争いがある。(René Garrand, N°2516, pp. 288-289.) 後者については、「所有権留保」は「担保」には当らなるとする立場(Dalloz, Code Pénal, (1959), p. 254 ならびにそこに掲記されている判例—これも古い判例である)がある。月賦品処分買主が売買契約の当初から代金支払の意思がなく、目的物受領後直

- ちに処分した場合、詐欺罪に問擬されてもよさそうである。この点、フランス刑法四〇五条の規定する詐欺罪 (*escroquerie*) が適用される (最高五年—最低一年の体刑 *emprisonnement* および最高三六〇万フラン—最低三六万フランの罰金) とも考えられる。以上、刑事法の問題につき初歩的な誤りなしとは断言しえず、専門家の教示を仰ぎたい。
- (7) 信用払売買 (*time-payment sale*) の最も普通の型は条件付売買であり、条件付売買においては、買主による代金完済まで、所有権 (*title*) は売主に留保されている (*Braucher-Sutherland, Commercial Transactions, Text-Forms-Statutes, 2 nd ed., (1958), p. 37.*)。
- (8) たとえば、マサチューセッツでは一〇〇ドルをこえない罰金または一年をこえない *imprisonment* に処せられる (*Massachusetts Ann. Laws C. 266 (1951 §87.)*)。アメリカの場合、あるいは刑法により、あるいは、条件付売買を規制する法律により、買主の処分行為が罰せられる。実際上問題となるのは、条件付売買契約によって買入れられた自動車が、代金完済前に買主によって処分されることである (*Anno: 129 ALR 1077-1082.*)。
- (9) *Stofer, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und voranzahlungsvertrag, (1963), S. 42.*
- (10) デンマークの場合には、横領罪適用に検討の余地があるとされているといっても、その意味は必ずしもはっきりしない。すくなくとも、わたくしにとつては、資料不足のためにこういわざるをえないのである。デンマークの学説によれば、所有権留保の目的物を、必需品 (買主自から占有使用する) とその他の物とに分け、異なる扱いをすることが合理的だとされる。前者に対しては所有権留保の効力 (取戻し、買主の債権者に対する権利主張) を承認し、後者 (とりわけ、転売を予定された物) に対しては、所有権留保の効力を承認すべきでないとい説かれる。そして、刑法上の処理に関しては、現代の刑法 (現行法は一九三〇年成立) ならば現行法と異なりこまかく場合をわけて処理を施すはずだと説かれる (*Kruse, p. 286.*) この意味は前者の処分には横領罪を適用し、後者の処分には、不可罰という扱い方をせよということであるのか、あるいは、前者の処分についても横領罪を適用することは検討の要があるということなのか、さらに、処分の種類 (譲渡か、質入かなど) によっても区別して処罰せよ (違法性意識についての説明) (第二章三(1)註(1)参照) というのかははっきりしない。これらの点は資料の入手をまわって、解明することとしたい。デンマークの学説が目的物を二種にわけて扱いを別にせよと主張するのは、必需品の場合には買主の信用取得を最も保護する必要がある (反面売主も保護する) と考えるに反し、そうでない目的物ぜいたく品あるいは転売を予定された目的物については、そのような必要がなく、とりわけ後者については、所有権留保の効力を承認すると取引秩序の重大混乱を招く恐れがあるため、所有権留保の

効力を否定することが最も必要であると考えているからである (Kuse, pp. 259-260)。デンマーク法のもとの所有権留保の私法上の効力、ならびに、転売を予定された目的物の売主が有する担保手段について論ずることは、ここでは割愛する。刑法的処理についていえば、デンマークの学説に一つの示唆をえて目的物を二種にわかつて、取扱いを別にすることも—そして、刑法上の処理を行なう対象となる種類の目的物についても、さらに、処分態様を考慮し細かい規定をなすことも—検討に値いする。二種にわかつことも不可能ではないであろう。法律で指定するという方法が考えられよう (Kuse, p. 286)。

以上、三カ国の法状態を顧りみて、わたくしは、次の三点を述べたい。

第一に、各国における処分行為の刑法的処理方法が異なる。問題は、それがなぜであるか、である。刑法的処理方法以外の方法の存在、割賦取引の経済生活において占める重要性、これらの事情の差が反映しているであろう。これらの事情と関連させて、各国の刑法的処理が検討されることが、外国法をわが国の法研究上の参考とする場合には、必要な作業であろう。しかし、本稿において、わたくしは遺憾ながら、そのような作業をなしえなかった。従って、三カ国には、それぞれかくかくの法状態が存在する(それも主として立法上)、それらの法状態のうちには、わが国で従来主張されてきた処理方法に近いものが存在する、しかし、もちろん、わが国の処理方法としてのどの処理方法が最も適当かを決定することは、わが国の諸事情に依存することである、とのみ述べうるにとどまる。それにしても、三カ国の法的処理方法を知ることが決して無用なことではないことは、第三で述べられる。

第二に、三カ国を通じて気がつかれることはわが国の場合よりも(横領罪適用)、用意されている刑が軽いと一応いいうることである。フランスしかり。アメリカ—実は資料不足であって、州によっては重い刑罰を科する州もある。しかし、この点は一応譲歩して、統一条件売買法の規定を標準とする—もしかり。ドイツでも、「宥恕されるべき事情」の存在する場合には罰金刑を科しうるとされているのである。軽いとは言えずだとしても、ドイツ、アメリカの場合には—フランスでも罰金刑を活用すれば体刑一本という処刑手段のもとでもよりも弾力性に富む処刑が行わ

れらるであらう——わが国の場合よりも処刑方法の弾力性が大きいことが指摘されよう。なお、注意すべきは、第三で言及するように、ドイツ、アメリカの処理方法は互いに近い方法だと解されることである。

第三に、わが国が最も参考とすべき処理方法を有する国はどの国であろうか。この間は、第一でも述べたごとく、各国の特殊事情を知らない限りは、軽々には答えられない。わが国の横領罪適用という処理方法が三カ国と比べて、重い刑罰を用意し、かつ、処刑方法の弾力性が乏しい、としても、わが国の事情の下では、これが最良の処理方法であるかも知れないのである。

しかし、私見によれば、処刑の合理性という見地から考えるならば、わが国の特殊事情が存しようとも、横領罪適用という処理方法は適切でない。それでは、どの国の処理方法が参考とされるべきだろうか。アメリカ法の処理方法こそ、わが国が最も参考とすべきものである。というわけは次のとおりである（なお、わたくしには前記デンマークの学説にも魅力を感じずるけれども、資料不足もあいまって、これを現在では度外視する）。その一は、おそらくアメリカが、他の二国にもまして、割賦売買が普及している国であり、——今後、わが国でもますます普及すると思われる——そのように普及している国の法的処理が最も参考とされるに値いすると思われることである。その二はこうである。売主の利益保護上、買主の処分行為が不可罰とされることは適切でない（フランスの刑事裁判所の処理方法にはこの点で賛成しがたい）。さりとて、体刑一本という処理方法も適切でない。どのような処理方法が適切であるのか。それは、広く買主の処分行為を捕捉するとともに、弾力性に富む処刑手段を用意するとき処理方法である。それはまさにアメリカ法の、否、ドイツ法もの用意するものである。ドイツ・アメリカ、の処理方法は、はなはだ接近しやすい、といえる。ドイツ∥体刑オア罰金、アメリカ∥体刑オア・アンド罰金、である。「アンド」の部分は異なるけれども、アメリカ法の下で罰金が科される場合をドイツ法の下における「宥恕すべき事情」ある場合、と

説論

解するならば、ドイツ、アメリカ、の処理方法は、接近しうることになる（わたくしは、アメリカ法の方がより一そう弾力性に富むと考える）。かくて、ドイツ、アメリカ二カ国—いずれの国も割賦売買が普及している—における処理方法は、買主の処分行為を不問に付することなく、弾力性に富む手段をもって、これに対処している（あるいはそういうたて前となっている）のである。割賦売買の普及している右二カ国におけるそれぞれの処理方法がいずれも互いに近い方法であつて、罰金、体刑の両刑を操作する弾力性に富む処理方法であることは、わが国の処理方法の方向にとり、示唆するところが大きいといわねばならない。

(3) 第三に、通説的処理方法が、形式的なタイトルの帰属を問題処理の基準として採用することは、⁽¹⁾以上述べたことき難点のほかに、次のごとき難点を生ぜしめる。

その一は、停止条件の優遇、解除条件の冷遇、ということである。通説的処理方法によれば、月賦品—停止条件付所有権移転—横領罪による保護、ということになるけれども、解除条件付所有権移転の場合には不可罰、という結論が導かれようである。

もし、そうだとすれば、なにゆえに解除条件付所有権移転が冷遇されねばならないのであろうか。第一、条件態様の差にも拘らず、いずれの場合にも、売主の究極の目的は、担保権確保である。売主はいずれの場合にも、実質上の担保権を有している。第二、解除条件付所有権移転の場合の方が停止条件付所有権移転の場合よりも、売主は買主に対してより多くの権能を与えている。売主はそれだけ担保確保につき買主に依存していることになる。売主の担保確保の要請はより一そう保護されねばなるまい。第三、あるいはこういえよう。すなわち、解除条件付に移転された場合には停止条件付に移転された場合よりも、買主は完全な権利を取得しやすすい、と。しかし、取得は買主の経済力に依存するのでありいずれが容易とはいえない。また、取得の難易を理由に両条件が法的に当然差別される理由もない。

ところが、通説的処理方法が解除条件付所有権移転に与える回答は、不可罰である。かような両条件の待遇の相違は、形式的なタイトルの帰属にのみ着眼したことの結果である。むしろ、両者は、その機能上、いずれも担保権確保手段として、刑法的処理の上でも統一的に扱われるべきだ、とわたくしは考える。

その二は、他の担保権保護と同一の取扱いがなされないことである。売主の「所有権」が実質上、担保権であるとすれば、これを他の担保権と同一に扱う方向が採用されるべきである。周知のように、正規の担保権侵害行為には、背任罪が適用されるのみならず、所有権留保と実質上の機能において差のない（ただし目的物の由来は異なる）譲渡担保において、目的物の所有権が「内部的に債務者に留保されている場合」に、債務者が、その保管中の目的物を弁済期到来前に処分した場合には、横領罪ではなく、背任罪が適用されるべきだ、と刑法学者によって説かれてい⁽⁴⁾る。譲渡担保を形式ではなく担保という実質に即して処理しよう（「所有権の帰属を内部的には問題としない」とする近時の立場によれば⁽⁵⁾、あえて内部的な所有権の帰属を問題とした場合には、所有権は内部的には債務者に属する、と結論することになる。従って、譲渡担保債務者が弁済期前に自己の保管する目的物を処分した場合には、背任罪が適用されるべきこととなる。

譲渡担保にしてすでに右のごとき処理の方向が現われているのであり、このような状況のもとにおいて、所有権留保を形式的なタイトルを基準として法的処理にかけることは、はなはだしく疑問を容れることである⁽⁶⁾。

かように考察すれば、処刑手段の不合理性のみが、横領罪適用を不適切とする事由ではなく、より根本的には実質に即した処理の欠如ということが事由として控えていることがわかる。処刑手段の不合理性は、不適切を表現する最も顕著なメルクマルでしかない。

(1) 民刑両法において、代金完済前の月賦品を買主からみて「他人ノ物」と解するか否かについては、左のごとき組みあわせが存在

する。

(民法上)

(刑法上)

- | | | |
|------------------------|----|---------------------------------------|
| (イ)他人ノ物(停止条件付移転) | ↓同 | (イ)自己ノ物(解除条件付移転) |
| (ロ)他人ノ物(停止条件付移転) | ↓同 | (ロ)自己ノ物(買主ノ所有者・売主ノ質権者) ↓他人ノ物(停止条件付移転) |
| (ハ)自己ノ物(買主ノ所有者・売主ノ質権者) | ↓同 | |
| (ニ)自己ノ物(解除条件付移転) | ↓同 | |

これらの組みあわせ方式は、むしろ、民法上の処理、刑法上の処理がそれぞれいかにあるべきか、という見解でもとづくものであろう。(イ)が日本・ドイツの支配的処理方法、(ロ)がフランスの支配的処理方法であり、(ハ)がプロマイヤーの立場(Blomeyer, Die Rechtsstellung des Vorbehaltkaufers, ACP 162 (1963), 193 [201-202])、(ニ)が、ゲオルギアテスの場合(Georgiades, S. 167 f.)である。このうち、民刑両法を通じて、最も論理一貫しているのは、(イ)と(ニ)である。しかし、(ハ)の立場は、売主の通常的意思に反するであろう。プロマイヤーの民法上の処理方法は独特であり、ドイツの判例通説の採用しないものである(船越「期待権論」法学新報七二巻四号五一―五二頁、Bauckert, Eigentumsvorbehalt und Anwartschaftsrecht, NJW 55, 1251 [1254])。また、プロマイヤーが刑法上は「他人ノ物」と解するわけは、占有を伴った質権がドイツ刑法上保護されている(下刑二八九条)こととの均衡上、留保所有権(占有なき質権)は保護されるに値いするからである(Blomeyer, ACP. 162 (1963), 193 [202])。

- (2) Baumann, S. 180 及び Georgiades, S. 167 参照。解除条件付所有権留保の場合には、売主は担保確保のために、買主による処分の着手によってすでに契約解除権発生(もしくはは当然解除)を特約することが必要とならう(Baumann, ZStW 68, 522 [534-535])。しかし、着手ということがどのような場合なのかははっきりしない。解除条件が採用される場合の両者の力関係から考えると右のような特約は成立しがたいであろう。

- (3) 最判昭和三二年一月七日刑集一〇巻一一号一五九二頁(二重抵当)。
 (4) 藤木・経済取引と犯罪二六九頁。
 (5) 四宮・譲渡担保(綜合判例研究叢書民法(7))六四―六五頁、鈴木「譲渡担保において、目的物の所有権の所在をどう考ふるべきか」(幾代―鈴木―広中・民法の基礎知識一〇〇―一〇二頁)。
 (6) ドイツでは、譲渡担保債務者が自己の占有する担保物を処分することは、横領罪(下刑二四六条)を成立させると解されている

(Schonke-Schroder, S. 946)。具体的場合に、譲渡担保債務者による処分により信任義務違反による背任罪(下刑二六六条)が成立する可能性が全く排除されているわけではない。特殊の事情が存する場合には、背任罪の成立も承認される(BGH 1953, 6.16. BGH St 5, 62 [63/64] 参照)。

譲渡担保契約の存在だけで当然に背任罪が成立するとは解されていないのである。ドイツでは形式的な所有権帰属による処理方法が優勢なのである。

(4) かくて、横領罪適用という処理方法は、必ずしも適切な処理方法ではない、と論断されてもよさそうである。結局、それが適切な処理方法たりえない根本理由は、売主の「所有権」が機能上は担保権であるにもかかわらず、形式に重点をおいて、所有権として扱われることにある。それが機能上、担保権であるならば、法形式の名称にとらわれることなく、これを担保権としてとり扱うことが、適切な処理方法を導くことになるであろう。適切な処理方法が導かれるに当って、次のことが考察されねばならない。

第一に、横領罪の要件である「他人ノ物」とは、通常・単純な所有権を指示するのであり、所有権留保、譲渡担保において問題となる「所有権」のごとき、形式と実質とがくいちがっている所有権—実質上は担保権であり、法律上のとり扱いも、そのような実質に即してなされること、妥当な結果を導く、と考えられる—を指示するものではない、と解釈することによって、横領罪の適用を除外することが一方法であろう。⁽¹⁾

第二に、形式的なタイトルの帰属を基準として問題を処理する態度は、すでに、隣接領域において破棄されつつあることが、注意されねばならない。すなわち、既述のとおり、譲渡担保において、そうなのである。もはや、その領域では、形式的な物権関係は、問題処理のきめ手とされておらない。当事者間の法律関係を形式的にはなく、機能的にとらえ、機能に即した処理をなそう、という方向が打ち出されているのである。このような方向は、所有権留保においてもまた、促進されるべきであり、そのことは、処理の妥当な結果を導くこととなるであろう。⁽²⁾

(1) この点の解釈構成は容易でない。解釈構成としては、「他人ノ物」ということばの最も通常の用語法によれば、本文で述べられたように、通常・単純な所有権が指示されると説明し、あわせて、横領罪適用によって生ずる妥当でない効果を列挙することになるであろう。そのほか、隣接領域における解釈論(次の第二)が採用されよう。ドイツでは、一方、史的にみて、横領の典型は、「通常・単純な所有権」の侵害であり、横領罪は純粹に所有権侵害犯罪であると把握し、この犯罪では、行為者の身分、行為態様は問題とされないと解し、他方、所有権留保売主—買主間には、信任関係が存在するために(転売を許容される買主の場合にはほとんどつねに、消費者である買主の場合にはとくに重要な取引の場合に)、横領罪は適用されずと解し、背任罪(下刑二六六条)が適用されるべきだと説く者がある(Baumann, S. 242 ff., ZStW 68, 522 [530])。

しかし、ドイツ刑法のごとく遺失物横領を横領の原則型として規定している立法のもとでは、右のように解することによって、横領罪の適用を避けることもできよう。委託物横領を横領の原則型として規定するわが刑法典のもとでは、そのように解することは困難であろう。

(2) このような方向がすすめられるとすれば、刑法の改正によって、横領罪の刑罰手段が弾力性を増したとしても(改正刑法仮案三六〇条)、もはや、横領罪が適用されるべきではなく、背任罪が適用されるべきこととなるであろう。法律関係の実質に即した合理的処理という観点からすれば、横領罪の刑罰手段がより合理的となったとしても、やはり、背任罪が適用されるべきこととなる。

第三章 刑法的処理方法の提案

前章において、従来の刑法的処理方法がとりあげられ、検討を加えられた、そして、第一に、通説に対する異説は、これまでのところ、積極的な提案を行っていないこと、第二に、通説の処理方法が相対的にはすぐれていること、しかし、それについても、なお、問題が存すること、第三に、外国法のもとにおける処理方法は、わが国における処理方法を考えるに当って示唆するものをふくむこと、が論じられた。

それならば、従来の処理方法にかわるべき処理方法として、いかなる処理方法が考えられるか。それとも、そのような処理方法は存在しないのであろうか。

本章において、わたくしは、背任罪（刑二四七条）適用による処理方法を提案したい。かかる処理方法は、そもそも構成要件該当性の問題において適合性を有するのか、また、横領罪適用のもたらす難点を回避しうるのか、これらの諸点について、以下、検討しよう。

一、第一に、そもそも、処分行為は構成要件を充足する、と説明されうるであろうか。買主が月賦品をほいままに処分する行為は、背任罪の構成要件に該当する、と説明されうる。そのわけはこうである。

買主は、売買契約にもとづき、代金完済までは売主の担保を保存する義務を負う者であり、この点において、彼は「他人ノ為メ其ノ事務ヲ処理スル者」、と解されうる。

買主が月賦品をほいままに処分する場合には、彼が、「自己若クハ第三者ノ利益ヲ図リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的」を有することが通常であろう。

「其任務ニ背キタル行為ヲ為シ」、が問題である。つまり、買主は売主に対し、いかなる任務を負っていると説明されうるのか、が問題である。この点についても、肯定的に答えられるであろう。買主は、売主に対して、担保保存の義務を、明示黙示を問わず、契約上の義務として、おそらく最重要義務の一つとして、負う者と解されるのである。というのはこうである。売主買主の関係を考察すれば、すでに目的物の占有は買主へ移され、また、買主は条件付権利を取得しており、売主の処分権能はこのために制限をうけている（民二八条）のみならず、買主は、第三者をして即時取得させるという意味で処分権能をも有しているのである。かように考えた場合、売主は担保確保を期するに当り買主を信頼せざるをえないのである。かくて、買主は、割賦金支払義務と並ぶ重要義務として、担保保存の義務を負うと解されうる。¹⁾

担保保存義務は、右で述べたごとく重要義務であることのほかに、この義務は、その義務違反に対して、現段階に

説
論
において、たんに民事上の救済手段によって対処するならば、売主の保護をはなだ不十分なものたらしめ、ひいては、月賦取引をも阻害する危険があるため、たんなる債務不履行責任にとどまらず、刑事責任を追及することが、法政策上、合理的である、と解されうる義務⁽²⁾でもある。

「本人ニ財産上ノ損害ヲ加ヘタル」についてはどうか。買主が処分をなした結果、第三者が即時取得した場合、あるいは、目的物が所在不明となり事実上追及しえなくなった場合には、売主は実質上の担保権喪失およびそれによる債権の価値減少という財産上の損害をうけたことになる。このような場合には、犯罪は既遂に達した、と評価されよう。

しかし、処分行為の存在にもかかわらず、売主が「所有権」にもとづき追及しうる場合には、売主が財産上の損害をうけた、とはいわれえず、処分行為は未遂罪^(刑三五)の適用により処断されることとなろう。わたくしは、買主が凶利または加害の目的のもとに、第三者に対して、処分契約締結のための申出を行なった時点が犯罪の着手時期であり、法的にもしくは事実上「所有権」にもとづいて売主が追及しえなくなった時点が既遂時期、と解する。かように解して、未遂罪による処理^(刑四)の可能性を設けることは売主の利益保護に反するとも考えられないほか、むしろ、合理的な処刑へと導くであろう。

なお、買主の行為の違法性、有責性については、通説の処理方法について述べられたこと(第二章二)が、同様にあてはまると解されるので、説明を省略する。

(一) Baumann, S. 66. 参照。

(二) 「重要義務」とはどのような義務なのか。重要義務を決定する基準は何か。「重要」というのはおよそ契約違反がすべて刑罰の対象とされるようなことは回避されねばならないという趣旨をくむ一説明方法である (Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer

Teil, 1953, S. 266 参照)。結局、根本においては、刑事責任を付与すべきか、否かについての判断が「重要性」のきめ手となるのである。

ドイツの少数説は、買主の処分行為を背任罪（下刑二六六条）によって罰するための解釈論として、売主と買主との間において、買主は売主に対して、当事者間の事実上の信任関係から、担保保存の義務を負う、と説明する（Grunsfeld, ZStW 54, 468 [474-475]; Baumann, S. 64 ff, ZStW 68, 522 [530]）。バウマンは売主と消費者である買主との間では、とくに重要な取引において信任関係が生ずる、と限定するけれども、このような限定の必要はあるまい。これらの説の論拠については既出の註（前章三〔4〕註（1））を参照されたい。ドイツの判例・通説がこれらの説を採用しないで、横領罪を適用することは、これまたしばしば述べた。なお、詳述は回避するけれども（ドイツ刑法典参照）ドイツ刑法のもとでは横領罪（下刑二四六条）と背任罪と比べてみた場合、処刑手段だけに限ると、いずれが合理的な処刑手段であるかは一概に結論しえない。

二、第二に、背任罪適用による処理方法が採用されても、犯罪の捕捉が困難になるわけではない。背任罪の場合には、横領罪と同様に処分の容態から、図利・加害目的を容易に立証することができる。付言すれば、背任罪の場合に目的（図利もしくは加害の）が存することが要請される結果、たんに信任関係が破棄されたというだけでは、構成要件が充足されないことにもなる。しかし、横領罪の場合でも不法領得の意思が存しない場合には、たんなる領得行為が存在するのみでは犯罪は成立しないのであるから――そして、背任罪において目的が存しないとされる場合は（たとえば本人の利益をはかる目的で行為がされた場合）、横領罪においても不法領得の意思が存しないとされる場合と一致すると考えられる――、背任罪の方が横領罪よりも成立しがたい、ということとはできない。詐欺罪を適用する場合には、犯意の立証が困難な場合が多く、犯罪の捕捉が容易でなくなることは先述した。

三、第三に、背任罪適用は、横領罪適用によってもたらされる難点を免れうるであろうか。それを以下に検討しよう。

まず、買主の意識との関連において、背任罪の方が、横領罪の場合よりも、処刑の名分において、より一そう説得力に富むであろう。もはや「他人ノ物」を処分したことでなく、実質上の自己の物に付着している他人の担保を保存する約束に違反したことが、処刑の理由となるのである。

次に、処刑の合理性が問題となる。この問題については、便宜上最後に述べる。

次に形式的なタイトルの帰属を基準として処理するのではなく、当事者間の関係が機能的に把握され、処理されることとなる。すなわち、まず、条件の態様によって可罰不可罰という差が生ずることなく、いずれの態様の条件のもとにおいても、当事者間の関係が担保保存義務をふくむ信任関係として把握され、そのようなものとして統一的に処理されることとなる。また、他の担保権侵害行為と同様の刑法的処理がなされることにもなる。ことに、譲渡担保法における近時の発展にも並行した処理が行なわれうることとなる。

最後に、最も問題となる処刑の合理性について論じたい。背任罪の方が(罰金等臨措三条による罰金五万
円以下または五年以下の懲役)横領罪に比べて、より一そう弾力的な処刑手段を用意していることは、法条の対比上、明らかなことである。

処刑の合理性が増大すれば、或る立場の主張するような、悪質買主のみを詐欺罪に問い、非悪質買主を不可罰とする、という処理方法を斥けることが、横領罪適用の場合よりも、さらに容易となるであろう。つまり、合理的処刑方法を前提として、処分買主をひろく処罰の対象とすることになる。このことは、一方、買主にとって不当な処遇を意味せず、他方、処分行為の抑止、売主の保護にとってそれだけ貢献することになる。

なお、附言すれば、(横領罪ないし)背任罪の適用によって処理する立場においては、処分買主の処罰に不十分な場合が存在するかも知れない。それは処分買主が極度に悪質な場合、たとえば、買主が計画的月賦品流しで、それ

も、甚だしく悪質だと判断される場合である。そのような場合には、詐欺罪(刑二四)の適用により最高限懲役一〇年に処することが考えられるであろう。

以上の処理方法を要約すれば、次のようになる。すなわち、

- (i) 凶利または加害の目的を有し、売主に財産上の損害を与えた処分買主には、なんらかの刑罰が科せられる。
- (ii) 処刑は、買主の非難可能性の程度に応じて弾力的に行なわれるべきであり、このために、罰金(五万円以下)↓懲役(五年以下)↓懲役(一〇年以下)、の三段階の処罰方法が操作される。

かような処理方法は、近時の立法例の方向とも一致する。それは、アメリカのモデル刑法典(Model Penal Code)が指向する処理方法である。モデル刑法典においては、次のような処理方法が採用されている。

すなわち、モデル刑法典によれば、担保権(security interest)の実効性(enforcement)を妨げる目的のもとに、担保目的物につき、……譲渡その他の処分をなす者は、軽罪(misdemeanor)をおかすものである(§224. 10-The American Law Institute, Proposed Official Draft, May 4, 1962.) 刑罰としては、一年をこえない体刑(imprisonment)もしくは一〇〇〇ドルをこえない罰金であり、両者の併科もなされる。⁽¹⁾

右の規定について、次のことに注意が払われるべきである。

第一に、条件付売買の売主は「担保権」者と同一に取扱われている。⁽²⁾

第二に、担保権の実効性を妨げる「目的」が要件とされている。担保目的物を処分したからといって直ちに処罰するのは必ずしも合理的でないからである。たとえば、担保債務者が担保権者の同意なく処分したとしても、他方において、債務弁済のための適切な配慮をなしている場合には、彼は処罰されるべきではないからである。⁽³⁾

第三に、担保目的物の不法処分に關しては、なんらかの刑事立法が必要である、と考えられてはいるけれども、そ

のような行為を重罪 (felony) として処罰することはゆきすぎであり、軽罪として処罰することが妥当である、と解されている。その理由としては、この種の犯罪においては窃盗に比べて非難可能性がすくないほか、売主は信用を供与するに当り慎重を期すことよって被害者となることを免れうるからである、と説かれる。⁽⁶⁾

第四に、そもそも契約締結時において、担保債務者が目的物を処分することを企てていた場合には、彼は Theft by Deception (§ 223.3) の罪に問われる可能性がある⁽⁷⁾とされる。

このようなモデル刑法典の処理方法が合理的な処理を約束することは、想像に難くないであろう。わが背任罪適用による処理方法は、このモデル刑法典の指向する処理方向と同様の方向を指向しているといえよう。

- (1) モデル刑法典では、犯罪を次の三種に分け、それぞれにつき刑罰を配分している。すなわち、重罪 (felony—これは一級二級三級と段階をつけられ、刑罰も三級から上級へうつるにつれ重くなる)、軽罪 (misdemeanor)、微罪 (petty misdemeanor) である。刑罰は、ごく概略的に述べれば次のとおりである。重罪—死刑もしくは一年をこえる体刑 (imprisonment 以下同)、または、一万ドル (一、二級) もしくは五〇〇〇ドル (三級) をこえない罰金、軽罪—一年をこえない体刑もしくは一〇〇〇ドルをこえない罰金、微罪—三〇日をこえない体刑もしくは五〇〇ドルをこえない罰金。以上の体刑の期間は、加重されない場合のもののみを示した。体刑と罰金とが選択刑であるのか、併科も許されるのか、私刑によれば、明らかでないけれども、併科を排斥するもの⁽⁸⁾はあるまい。この点は専門家の御教示を仰ぎたい (ALI, Model Penal Code, Proposed Official Draft, §§ 1.04, 6.01, 6.03, 6.06, 6.07, 6.08, 6.09)。

- (2) § 223.02 規定によつて、Theft and Related Offenses によつての定義においては、次のように定義されている。他人のもの (Property of another) とは、実行者には侵害しえない権利 (interest) を実行者以外の者がそれについて有しているものである。ところで、実行者が占有しているもの (property) は、このものにつき、担保権 (security interest) を有するにすぎない者、legal title を条件付売買その他の担保契約にもとづいて自からに保持している者をもふくめて、これら他人のものとはみなされえないと規定されている。このために、実行者が占有している他人の担保物の処分によつては別に § 224.10 Defrauding Secured Creditors を規定したわけである (ALI, Model Penal Code, Tentative Draft No. 11, April 27, 1960, p. 98.)。これらの規定の仕

- 方から、条件付売買の売主は、タイトル(所有権)を留保しているにもかかわらず、担保権者と同一に扱われることが推定されよう。
- (3) ALI, Model Penal Code, Tentative Draft No. 11, p. 99.
 - (4) ALI, Model Penal Code, Tentative Draft No. 11, p. 99.
 - (5) ALI, Model Penal Code, Tentative Draft No. 11, p. 99.
- この場合は、重罪に問われる(目的物の価額その他一定要件によって)可能性が存在する (ALI, Model Penal Code, Proposed Official Draft, § 223. 1 (2))。

四、この箇所において次のことを附言しておきたい。すなわち、それは「期待権処分の刑法的処理」という問題である。この問題がこの箇所できりあげられることは妥当でないかも知れない。むしろ、前章において言及されるべきであった。しかし、わが国では、右の問題が、従来、とりあげられたことがなく、従って、とりあげることには前章の標題に適しないおそれがあるのでこの箇所を借りることとしたのである。

買主は、月賦品について期待権を有し、期待権は処分される(九条一)。
期待権は目的物じたいの所有権とは異なり、買主じしんの権利である(一)。

買主が、期待権を処分した場合には、その処分行為は、刑事責任追及の対象とはならないであろう。目的物ならば期待権処分禁止の特約、目的物引渡(動産についての期待権処分の対抗要件)の禁止の特約の存在によっても、処分行為は民法上の効力はさておき、処分行為は刑事責任を追及されない、と解する。

月賦品処分か、期待権処分か、確定しがたい場合には「判定のきめ手は、買主が残代金支払継続の意思を有すると認められるか(処分して姿をかくしたり、代金の請求にも誠実に応じなかったりする場合は前者)どうか(期待権処分は買主の債、月賦品だということをうちあけて処分したかどうかなど、諸般の事情の総合判断である)後者と解するとすれば(買主の通常の意味、取引安)、一見、月賦品を処分したとしても、直ちに刑事責任が追及されることにはならない。

説
論

なお、月賦品処分であると認定された場合にも、後述するように（第四章三）、民法上はこれを期待権処分へと転換することが考えられる。しかし、そのような転換を承認するにしても、刑法的処理としては、月賦品処分行為の刑事責任を不問に附することは困難であろう。

期待権処分の刑法的処理ならびに月賦品処分の刑法的処理方法を考えあわせた場合には、前段三でえられた処理方法のほかに、附加されるべき処理方法が登場することとなる。かくして、左のような処理方法におちつくことになる。すなわち、

期待権処分（刑責免責）↓罰金（五万円以下）↓懲役（五年以下）↓懲役（一〇年以下）

(1) Serick, S. 255; Georgiades, S. 25; Larenz, § 39 II C.

(2) Baumann, S. 57.

(3) シュリスト・売買（動産）判例百選（昭和四一年五月）四四事件において、わたくしは、不備ではあるが言及した。このほか、期待権処分の私法上の効力については、神崎「所有権留保売買とその展開」（神戸法学雑誌一四卷三号四九六頁以下）、船越「期待権論—所有権留保売買の場合を主眼に」（法学新報七二卷四号三二頁以下）を参照されたい。

(4) 問題は、期待権処分のもとに、実際上の残代金額よりも小額な金額の提示がなされた場合である。第三者（処分の相手方）に対しては詐欺罪が成立するであろう。売主に対しては、買主はいかなる犯罪を實行したのか。パウマンは、低額の陳述は目的物を不法領得する意思のあらわれだと解する（Baumann, S. 57）。あるいは、自己の有する権利を超えて担保物処分をなすことになり、その限りで、信任違反が存在すると考えうるであろう。

第四章 結 語

一、本稿は、刑法的処理に対するわたくし疑問および処理方法の提示を主眼としたものであるけれども、門外漢

の議論であるから、いかなる誤解をおかしているか保証の限りでなく、大方のしかるべき御教示をまつのみである。ひとまずここで論述をやめることとする。いま、かかる中途半端な論稿を閉じるに当り、これまでの議論を要約するとともに、あわせて、いさか体裁上不調和のそしりを免れないけれども、月賦品処分の民法的処理について、わたしの考えをごく簡単に附言しておきたい。

二、要約は簡潔であればあるほど歓迎されるものだ。本稿の議論を要約すれば次のとおりである。すなわち、背任罪(刑二四七条)適用による処理(ただし、詐欺罪(刑二四六条)適用を排斥しない)がなされるべきである(「期待権処分」による刑法的処理のモディファイにつき第三章四参照)。かかる処理方法は、近時の外国の処理方法(リカ)にも近いのである。

三、「民法的処理方法はどうかだ。」とたずねられることもありえよう。そうだ、まさに民法的処理方法が問題なのである。わたくしは、民法的処理方法についての検討を忘れ去っているわけではない。本稿では、たまたま、刑法的処理方法がとりあげられたにすぎないのである。民法的処理方法の検討は、本稿の範囲外として別の機会にゆずりたいと考えている。この箇所を借りて現在、の段階において、民法的処理方法に関してわたくしが考えていることを簡単に述べておくことにとどめたい。

通説的処理方法は、こうである。処分行為^①無効、第三者救済^②即時取得。すなわち、処分権を有しない買主の処分行為は無効、あるいは、売主の追認による有効化がありうるという意味において、不確定無効^③と解される。あるいは、買主は月賦品につき停止条件付所有権を有し、かかる権利を買主は処分することができ、そのような権利が処分された場合でも、売主は割賦金不払等の場合には契約を解除して(停止条件付所有権は消滅)、物を追及しようの^④で、担保確保の必要はみだされる、と主張する立場もある。しかし、かかる立場も、売主と買主の間において、処分禁止、他人をして使用せしめることの禁止、がとりきめられ、これに違反すれば、売主に解除権が発生(もしくは当

然解除となる)し、あるいは残代金額につき期限の利益を喪失する旨特約された場合には、かような特約も有効であり、かつ、第三者にも特約にもとづく効果を対抗しうると解する結果、通説的処理方法と同一結論におちつくことになる。⁽³⁾

右に述べられた処理方法は、月賦品そのものについて売主が有する担保確保の利益にのみ着眼した処理方法である。ところで、(i)買主は月賦品に関して、割賦金支払によって所有権を取得する見込みを強め、この見込みが財産的利益へと転化することが考えられる。また(ii)第三者が月賦品取引の安全を要請することもみのがされえない。右に述べられた処理方法においては、以上の(i)(ii)の利益を保護するための法技術が工夫されていない。

(i)の利益については、現在、このような利益を保護する必要性—そのような利益の取引需要の存在—が存在するかしないか、わたくしにはわからないけれども、このような利益は取引対象となる可能性を有しており、とりわけ買主が金融をえる場合の担保手段として利用される可能性を有していると思われる。(i)の利益を保護し、その換価可能性を留意することは、決して意義のないことではあるまい。

(ii)の利益も無視されえない。第三者はせいぜい即時取得によって保護されるにとどめられる、という処理方法に対して、第三者の取引安全の要請への配慮—月賦品であることを過失によって知らなかった第三者、さらに月賦品であることを知っていた第三者も、権利取得を完全化することを過失によって知らなかった第三者、さらに月賦品であることが求められないであろうか。通説の処理方法によれば、取引安全の要請はほとんど無視されているのであり、売主の担保利益保護に傾きすぎている。

月賦品処分の民法的処理においては、ひとり売主の利益のみならず、右に述べられた買主の利益、第三者の利益も尊重されてしかるべきである。これら三者の利益の調整は、いかにして、実現されうるのであるか。わたくしは次の

ように考える。細目は別として、大綱のみを示せば、月賦品処分⁽²⁾→期待権処分^(三)と解することによって^(四)原則型を後者に解するほか、前者を当事者の反対の意思なきかぎり、後者へと転換する^(五)（無効の転換）^(六)、月賦品処分行為の民法上の効力を、その限度において維持する。第三者は期待権を取得することとなり、この権利は売主による売買契約の解除によって消滅する^(七)（つまり、かように）。ただし第三者は残代金の弁済につき利害関係を有する者として買主の意思に反しても残代金を売主に弁済する^(八)（第三者の弁済）^(九)（四七）ことよって、自己の期待権を完全な所有権に高めることができる。月賦代金債務は第三者の弁済を許さない性質の債務ではなく、また、売主は、なにびとが所有者になるかにつき、利害関係を有しないのであるから、かような第三者による弁済を拒むことは許されない^(一〇)（説明としては信義則上許されない、と説明するしかあるまい）であろう。

以上は、わたくしが考えている民法的処理方法の方向でしかない。「期待権処分」は買主固有の権利の処分であって効力は阻止されないと解されうるにしても、処分禁止の特約が期待権処分の禁止をもふくんでいるのではないから、その禁止に反してされた期待権処分の効力如何、目的物の引渡を期待権処分が伴う場合には、引渡禁止の特約との関係はどうなるか、さらに、処分禁止違反による売買契約解除は、期待権処分にも影響するの^(四)か（もし肯定されるならば、実際上は、期待権処分は実効性を有しないこととなる）、という問題が残っている。

これらの問題はいかに回答されるべきか。その回答は、結局、前記の三者の利益衡量によって決定されることであろう。これらにつき検討を加えることは本稿の範囲外である。この箇所では、問題の所在を指摘するにとどめたい。

(1) すでに引用済であるけれども、一応列挙しておく。我妻・債権各論（中の一）三三八頁、谷川・商品の売買一一八頁。

(2) 田中「割賦販売における法律問題」(ジュニスト一九一号一六頁)参照。この点はドイツ法のもとでも同様である (Georgiadis, S. 25; Serick, S. 255.)。

説

論

(3) 幾代「割賦売買」(契約法大系II二九六頁)。

(4) ドイツでは、期待権の譲渡、とりわけ、譲渡担保として、第二次大戦以前から論じられてきた。わが国の文献として、神崎「所有権留保売買とその展開」(神戸法学雑誌一四卷三号)、船越「期待権論—所有権留保の場合を主眼に」(法学新報七二卷四号)がある。一般消費者の買入れる小額の目的物についての期待権に関しては、その譲渡性を論じても、譲渡がされることがすくないであろうから、実益も乏しいかも知れない。目的物の種類、価額によっては、期待権が一つの有力財産として取引されることが考えられる。

(5) はなはだ不備なものではあるけれども、これらの点につきわたくしは言及したことがある。ジュリスト・売買(動産)判例百選(昭和四一年五月)四四事件。

(6) 期待権処分の刑法的処理については第三章四参照。