



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	小棚木, 公貴; Kotanagi, Koki
Citation	北大法学論集, 72(6), 235-260
Issue Date	2022-03-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/84638
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_72_6_09_Kotanagi.pdf



刑事判例研究

小棚木 公 貴

占有離脱物横領罪における不法領得の意思が問題となった事例
福岡高等裁判所令和3年3月29日第1刑事部判決
令和2年（う）第373号：占有離脱物横領被告事件
LEX/DB 25569468¹

I 事案の概要

被害者Bが自宅アパートの駐輪場に自身が所有する自転車（以下、「本件自転車」とする）を無施錠のまま停めていたところ、令和2年4月30日から同年5月5日までの間に氏名不詳者に盗まれる被害に遭った。被告人Xは5月下旬、市営住宅の駐輪場（以下、「本件駐輪場」とする）に無施錠のまま停められていた本件自転車を発見し、以後、本件自転車を必要に応じて乗り回し、帰宅すると本件駐輪場に無施錠のまま停めるようにしていた。Xは、6月8日午前9時前頃、知人と仕事の話をするため、概ね1時間程のうちには戻って来るつもりで、本件自転車を同所から乗り去った。その後、Xは10分ほどの距離にあるコンビニエンスストアまで本件自転車に乗って行ったが、所用でその場を離れた知人から、同コンビニエンスストアで待つように言われ、待っていたところ、同日午後9時前頃、警察官から職務質問を受けたことがきっかけで、事件が発覚した。

¹ 本判決の評釈として、田中宏幸「判批」研修878号（2021年）109頁以下。同評釈によると、本判決に対して被告人は上告せず、判決が確定したとのことである。

検察官は、6月8日に本件駐輪場から本件自転車を乗り去った行為について占有離脱物横領罪の成立を主張したものの、原判決（福岡地裁令和2年9月28日LEX/DB 25569467）は、以下のように述べて被告人に無罪を言い渡した。（以下、段落前の数字は筆者が付した段落番号である）

① （1）不法領得の意思について

「検察官は、占有離脱物横領罪における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して、その経済的用法に従い、利用処分する意思であり、そこにいう権利者排除意思とは、一般的に、権利者が許容しないであろう程度・態様の利用をする意思をいうと主張し、本件の場合、6月8日午前9時頃から警察官に職務質問を受けるまでの半日近くにわたって本件自転車を使っていたのであるから、不法領得の意思が認められると主張している。」

② ア 6月8日まで

「被告人は、5月下旬頃から、本件駐輪場に停めてあった無施錠の本件自転車を、無断で、数時間程乗り回しては元の場所に戻っていた（以下「一時的な無断借用」ともいう）と述べている。」

「被告人は、一時的な無断借用により本件自転車の占有を取得しているが、法益（Bの所有権）侵害の態様や程度を考えると、Bは1か月程前に本件自転車を盗まれたために本件自転車の占有を失っていたことや、被告人の無断借用がまさに一時的なものであったことから、被告人による無断借用行為が始まってから6月8日までの期間を通じてほとんど変化がない。客観的に被告人が本件自転車の占有を取得したか否か（自転車に乗ったか否か）だけで、権利者を排除したか否かや、権利者排除意思があったか否かを判定するのは極めて困難なように思われる。しかも、…被告人が本件自転車を見付けてから本件当日までの経緯等に照らして常識的に考えると、…被告人としては、所有者に返還することを前提とする文字通りの「借用」の意思しか有していなかった可能性があるともみることとは、あながち不合理ではないのである。例えば、本件駐輪場において本件自転車に施錠して他人が使えないようにする、別の駐輪場等に移置して保管（隠匿）するなど、被告人によって新たな管理状態が作り出されるといった事情が見当たらない本件においては、たとえ被告人が本件自転車を乗り回していたとしても、「借用」の範疇を超え、本来の権利者を排除して自らのものにしてしまおうなどと考えていなかった可能性は十分にあるといえる。」

③ イ 6月8日

「そして、被告人は、本件当日の午前9時前頃から半日ほど、本件自転車を乗り回していた。しかし、本件自転車に乗って出掛ける際、被告人の内心は、それまでと同様の、一時的な無断借用の意思であったとみるのが常識に合う。」

「すなわち、自転車は、手軽に比較的遠くまで行くことができる移動手段として広く利用されており、一般的な使用方法を前提とすると、目的地までの移動時間、目的地で用件を済ませるのに必要な時間、出発地に戻るまでの時間等を合わせると、出発してから戻ってくるまでに相当程度の時間が経過することも決して稀なことではない。そうすると、ごく僅かな時間の使用でない限り「一時的な使用」ではないとはいえず、場合によっては、返還するまでに数時間程度、あるいはそれ以上の時間にわたって使っていたとしても、そしてそれに伴って比較的遠くまで出かけていたとしても、「一時的な使用」とであると評価することは不可能ではない（他方で、出発してから戻るまでに数日間もかかるような使用方法であれば、「一時的な使用」とはいえないだけでなく、たとえ返還するつもりであっても、「借用」に過ぎないとはいえない場合もあり得よう）。本件当日、被告人は、1時間程のうちには戻って来るつもりで、本件自転車に乗って知人との待合せ場所に向かったというのであるから、それまでと同様の「一時的な無断借用の意思」であったとみるのが合理的なのである。」

④ 「検察官は、被告人は本件自転車を半日ほど乗り回していたのであるから、権利者であるBが許容しないであろう程度、態様の利用をする意思があったことは明らかであると主張している。」

「この点、権利者であるBが本件自転車を占有していて、窃盗罪の成否が問題となる場合を想定すれば、被告人が本件自転車を乗り回す（本件自転車の占有を取得する）ことは、直ちにBの占有を侵害することであり（客観的な窃取行為が認められる）、被告人がすでに説明したような「一時的な無断借用の意思」を有していたとすると、被告人は、自らがBの占有を侵害している事実を認識しているはずであり、当然ながらその間はBが本件自転車を使いたいと思っても使えないのであるから、そのような意味では、権利者であるBを排除していることも分かるはずである。そうであれば、本件自転車を乗り回す時間や距離次第では、可罰的に違法な程度の占有侵害が肯定されることや、権利者排除意思・不法領得の意思が認められて、窃盗罪が成立する場合も少なくないと思われる。」

「しかし、本件においては、Bは自己の意思によらずに本件自転車の占有を

失っているのだから、すでに指摘したように、被告人が自転車を乗り回す行為が、直ちに権利者であるBを排除する行為であるとみるのは難しい。したがってまた、被告人に「一時的な無断借用の意思」があっても、それが、本来の権利者を排除して自らのものにしてしまおうという意味であるとは言えない可能性がある以上、被告人に権利者排除意思があり、不法領得の意思が認められるとはいえない…。」

⑤ 「また、検察官は、被告人が、本件自転車に乗って本件駐輪場を出発した時に、占有離脱物横領罪が既遂に達すると解して訴因を構成しているから、その時点における被告人の故意や不法領得の意思の有無を検討すべきである。被告人が、6月8日に本件駐輪場を出発する際、本件自転車を乗り捨てて歩いて帰ってこようとか、別の駐輪場に移置して隠匿してしまおうとかと考えていたことをうかがわせる事情は見当たらず、すでに指摘したとおり、被告人は、これまでと同様、用件を済ませたら、本件自転車で自宅…に戻り、出発した本件駐輪場に本件自転車を止めようと考えていた（すなわち「一時的な無断借用の意思」を有していた）とみるのが自然であるし、その後、想定を超える時間にわたって本件自転車を使用してはいるが、すでに説明したとおり、「一時的な無断借用」の域を明らかに超えているともいえず、被告人の「借用」意思が、外出中に「領得」の意思に転化したことをうかがわせるような事情も見当たらない。」

⑥ （２）「以上のとおりであるから、本件において、被告人には、占有離脱物横領罪の不法領得の意思があったとは認められない。」

原判決に対して検察官が控訴し、被告人につき不法領得の意思が認められ、占有離脱物横領罪が成立すると主張した。

II 判旨

本判決は以下のように述べて被告人の不法領得の意思を認め、原判決を破棄し、占有離脱物横領罪の成立を認めた（以下、段落前の数字は筆者が付した段落番号である）。

① 「占有離脱物横領罪は、所有権その他正当な使用占有権限を有する者（以下「本権者等」という。）の占有から離れた対象物を不法に領得する罪であり、これが窃盗罪よりも軽く処罰されるのは、窃盗罪が本権者等の対象物に対する

支配を直接侵害するのに対し、占有離脱物横領罪は、既に何らかの事情で本権者等の支配を離脱している対象物について、これを自己の支配に移すことにより、本権者等の支配から更に遠ざけてしまうこと、すなわち、本権者等の支配権(使用、収益、処分の権限)に対する侵害の在り方が間接的なものにとどまり、法益侵害の程度としても、占有離脱物横領罪の場合は、窃盗罪におけるそれよりも典型的に軽いと考えられることによるものと解される。」

② 「そして、占有離脱物横領罪において必要とされる不法領得の意思は、殊更に窃盗罪と別異のものと解釈すべき理由はなく、基本的には窃盗罪において必要とされるそれと同様のものと解されるのであるが、対象物が本権者等の占有から離脱していることに伴って、必要とされる意思の内容が変容するものというべきである。すなわち、窃盗罪における不法領得の意思とは、「権利者を排除し、他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従い利用・処分する意思」とされるところ、占有離脱物横領罪においては、既に本権者等の占有は排除された状態にあるから、重ねて権利者を排除する意思を求めることは無意味であり、「他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従い利用・処分する意思」をもって必要十分というべきである。」

③ 「これに対し、原判決は、本件においては、被告人による占有取得だけで、権利者を排除したか否かや、権利者排除意思があったか否かを判定するのは極めて困難であるとして、被告人による新たな管理状態が作り出されるといった事情がない限り、不法領得の意思は認められないかのようにいうが、被告人の占有取得だけでは権利者排除の有無及び権利者排除意思の有無の判定が困難であるという懸念は、対象物が本権者等の占有から離脱していることにより権利者が既に排除された状態にあるということを見越したものであるべきであって、権利者が排除されていることが明らかな占有離脱物横領罪において、かかる懸念は本来妥当しない。原判決の前記説示は、既に排除されている権利者を重ねて排除する意思を不法領得の意思に包含させようとするものであって、不要な要素を不法領得の意思に取り込むものであるばかりでなく、権利者が既に排除されている以上、これを重ねて排除することは意味をなさない観念であるから、かかる要素を不法領得の意思に取り込むことは、その内実が不明確となり有害というべきであり、適切ではない。」

④ 「次に、占有離脱物横領罪における「不法領得の意思」と「一時的な無断使用」との関係についてみると、無断で対象物を持ち出そうとしている人物が、その

対象物を自ら使用した後、元の場所に戻す意思であったとしても、持ち出し使用中は本権者等の権利ないし支配を間接的にせよ侵害していることには違いないから、その物の経済的用法に従って使用する意思がある以上、原則として不法領得の意思が認められ、占有離脱物横領罪は成立するというべきである。ただし、その持ち出し行為が、自己の所有物として振る舞ったといえない程度の短時間で限定的な利用行為の場合には、例外的に不法領得の意思が認められないとして、占有離脱物横領罪が成立しないことがあり得るにすぎない。さらに、占有離脱物横領罪においては、既に対象物が本権者等の占有管理を離脱した状態にあるから、そのような物をほしのままに持ち出して移動させれば、その移動距離・時間がわずかであっても、対象物が置かれた不安定な状態に更に変化が生じ、本権者等による追及・回復がより困難な状態になることは明らかであり、かかる点に照らしても、窃盗罪の場合よりも占有離脱物横領罪の場合の方が「一時的な無断使用」の許容性の範囲が広がるということはあるまい。」

⑤ 「これに対し、原判決は、6月8日における被告人による本件自転車の持ち出し行為は、「一時使用」目的での「一時的な無断借用の意思」で行われたと評価、認定しており、その場合、本来の権利者を排除して自らの物にしてしまおうという意思であるとはいえない可能性があるとし、「自転車は、手軽に比較的遠くまで行くことができる移動手段として広く利用されており、一般的な使用方法を前提とすると、「場合によっては、返還するまでに数時間程度、あるいはそれ以上の時間にわたって使っていたとしても『一時的な使用』であると評価することは不可能ではない」として、広く「一時的な使用」を認め、かかる場合には不可罰となる旨説示する。しかしながら、上記説示は、占有離脱物横領罪における不法領得の意思につき権利者排除意思が必要とし、かつ、窃盗罪の場合より程度の高い権利者排除の態様を求める原判決の独自の見解に基づくものであり、これが失当であることは既に説示したとおりであるが、実質的に考えても、原判決がいうように、数時間にもわたって無断で使用するものの可罰性を「一時的な使用」であるとして否定することは、一般的な社会通念に反し、占有離脱物横領罪の成立範囲を不当に狭めるものであって、到底是認できない。」

⑥ 「本件において、被告人は知人と仕事の打合せをするため、コンビニエンスストアに行く足代わりとして本件自転車を使用した後、元の場所に戻すつも

りだったことは認められるが、被告人の供述によっても、本件自転車を持ち出した後、1時間程度は戻らない意思であったというのであり、従前もその程度の無断使用を繰り返していたというばかりでなく、当日は、最終的に職務質問を受けて検挙されるまで約12時間にもわたり無断使用を続け、その間は元の場所に戻していない。このような当日の被告人による本件自転車の利用状況に鑑みれば、被告人には、当初から、自己の所有物として振る舞ったといえない程度の短時間の限定的な利用にとどめようとの意思がなかったことは明らかであるから、不法領得の意思が認められない例外的な場合に当たるとはいえず、不法領得の意思に欠けるところはない。」

Ⅲ はじめに

本判決は、占有離脱物横領罪（以下、「本罪」とする）の成立において必要とされる不法領得の意思を「他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従い利用・処分する意思」と定義づけた点が注目される。

財産犯における不法領得の意思の問題に関しては既に多くの先行研究が存在しているが、これらの先行研究には、以下の2点の疑念が存在する。第一に財産犯における不法領得の意思については、窃盗罪・単純横領罪を念頭に置いた議論がなされることがほとんどであるところ、その議論が他の財産犯においても妥当することが暗黙の前提とされており、窃盗罪・単純横領罪以外の財産犯における不法領得の意思の機能や定義について十分な議論がなされているとはいえないのではないかという点である。第二に不法領得の意思の領域において問題となるのは、主として不法領得の意思の要否や不法領得の意思の機能に関する議論であるところ、不法領得の意思の機能と不法領得の意思の定義の関係性についての議論が十分になされているとはいえないのではないかという点である。

第一の点に関連して、本罪における不法領得の意思に関して最高裁は「不法領得の意思を以て之れを拾得した以上、254條所定の横領罪が成立する²⁾と述べるにとどまっており、また、学説上も「不法領得の意思をもって領得する」ことが本罪の行為であるという説明に終始しており、本罪における不法領得の

²⁾ 最判昭和23年12月24日刑集2巻14号1877頁。

意思の定義について言及する文献は管見の限り存在しない³。このとき、刑法典が「横領の罪」として単純横領罪・業務上横領罪・本罪を規定していることから、本罪の不法領得の意思は単純横領罪における不法領得の意思と同一である、すなわち「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」⁴であると理解することも可能である。体系書の多くも、本罪を「横領の罪」の項目で論じていることから、通説は本罪の不法領得の意思の定義を単純横領罪の不法領得の意思の定義と同一であると解釈しているようにも思われる。

しかし、単純横領罪の本質は他人との委託信任関係の違背を伴う所有権侵害にあるところ、そのような性格を持たない本罪は単純横領罪とは性質を異にすると一般的に説明されている⁵ことから、単純横領罪における不法領得の意思の定義を本罪の不法領得の意思の定義にも妥当させることについては、さらなる検討の余地があるように思われる。

一方で、本罪の実行行為である「横領」には、落とし物を拾ってこれを自分のものとする場合のように、他人の物の占有を取得する行為類型が存在する点で、窃盗罪と似た性質が認められる。そのため、「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」⁶という窃盗罪の不法領得の意思の定義が本罪の不法領得の意思の定義にもその

³ 例えば、団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』（創文社、1990年）647頁は、（本罪における）「横領とはここでも領得行為を意味する。はじめから領得の意思で拾得すればその時に完成するし、はじめ領得の意思なく拾得して占有している物…については、不法領得の意思でその意思を実現する行為があった時に本罪を構成する。」と述べるにとどまっており、本罪の不法領得の意思の定義を明らかにしていない。

⁴ 最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁。

⁵ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻（第3版）』（青林書院、2018年）546頁〔小倉哲浩〕。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第13巻（第3版）』（青林書院、2018年）674頁〔矢野直邦〕も同旨。一方で、山口厚『刑法各論（第2版）』（有斐閣、2010年）289頁のように、本罪を横領の罪の一種と理解する見解も存在する。

⁶ 最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁。なお、大審院・最高裁における不法領得の意思の定義については表現の揺れがある（例えば、大判大正4年5月21日刑録21輯663頁は「権利者ヲ排除シテ他人ノ物ヲ自己ノ所有物トシテ其經濟的用法ニ從ヒテ之ヲ利用若クハ処分スルノ意思」と定める）が、本稿ではこの表現の揺れについて考慮せず、少なくとも大審院・最高裁は同じ定義を用い続けているものと評価する。

まま妥当しうように思われる。しかし、誤配達された郵便物の中身を費消する場合など、既に占有を取得している他人の物を領得する場合も本罪における「横領」を満たすという点で、本罪は窃盗罪と異なっていると説明される⁷ことから、窃盗罪の不法領得の意思の定義を本罪の不法領得の意思の定義に直ちに当てはめることはできないと考えられる。

このように、本罪は横領罪とも窃盗罪とも性質を異にすると一般的に理解されており、それぞれの不法領得の意思の定義が本罪の不法領得の意思の定義として直ちに妥当するとはいえないにもかかわらず、本罪の不法領得の意思の定義が議論されていないという歪な状況のなか、本罪における不法領得の意思の意義について新たな見解を示したと思われる点で、本判決は非常に重要な判決であると考えられる⁸。

第二の点に関連して、窃盗罪に代表される領得罪において不法領得の意思が必要であると述べる⁹通説は、判例の示した窃盗罪あるいは単純横領罪の不法領得の意思の定義を引用した上で、不法領得の意思には一時無断使用の事例の一部についてこれを使用窃盗等¹⁰であるとして不可罰とする機能（以下、「使用窃盗等不可罰機能」とする）と領得罪と毀棄・隠匿罪を区別する機能（以下、「毀

⁷ 大塚ほか（13巻）・前掲注（5）674頁〔矢野〕。なお、団藤・前掲注（3）627頁は、旧刑法が単純横領罪を「詐欺取財及び受託財物に関する罪」節中の395条で規定する一方で、本罪にあたる犯罪はこの節ではなく「遺失物埋蔵物に関する罪」節中の385条で規定していることを指摘する。

⁸ 最決平成16年11月30日刑集58巻8号1005頁は、不法領得の意思の不存在を根拠として詐欺罪が成立しないことを判示した判決であるところ、窃盗罪・単純横領罪以外についても不法領得の意思が問題となる場合があることを示したという点で、本判決と同じ問題領域に属する。

⁹ 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法第12巻（第3版）』（青林書院、2019年）327頁以下〔佐藤道夫＝麻生光洋〕。不法領得の意思については、不法領得の意思そのものが不要であるとする見解、また仮に必要なと解したとしても、使用窃盗等不可罰機能または毀棄罪区別機能のどちらかで足りるとする見解があるが、本判決の評釈から離れてしまうことから、本稿では不法領得の意思には使用窃盗等不可罰機能と毀棄罪区別機能が存在することを前提に議論を進める。

¹⁰ 「使用窃盗等」と表現しているのは、後に言及する使用横領や、「使用占有離脱物横領」も含まれるためである。

棄罪区別機能」とする)が存在すると述べている¹¹。しかし後述するように、判例が示した不法領得の意思の定義の解釈、および、判例が示す不法領得の意思の定義と通説が示す不法領得の意思の機能の対応関係については、様々な見解が存在するにもかかわらず、その見解の対立が議論の対象とされてこなかったように思われる。さらに判例は、窃盗罪の不法領得の意思の定義と単純横領罪の不法領得の意思の定義を異なって示しているところ、この違いについて、通説は「窃盗罪・強盗罪の場合と多少のニュアンスをみとめるもののようにもみえる」が、「本質的に異なるところはない」¹²と述べるにとどまっており、窃盗罪の不法領得の意思と横領罪の不法領得の意思が具体的にどのような点で異なるのか(または、表現方法が異なるにすぎず、実質的には同一の意味なのか)という問題についてはなお議論の余地があるように思われる。

本判決は段落番号①において、窃盗罪と本罪の性質の違いについて言及した上で、段落番号②ではその性質の違いを根拠として、本罪においては窃盗罪の不法領得の意思が基本的には妥当するものの、その定義における「権利者を排除し、」の部分は不要であると判示している。そして本判決は、窃盗罪の不法領得の意思の定義における「権利者を排除し、」の部分、および、本罪の不法領得の意思の定義として残された「他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」の部分が、それぞれいかなる意味を持ち、機能を有しているのかという点について議論を提供しており、その意味でも重要な判決であると考えられる。

本稿では、以上のような問題意識から、福岡高裁が本事案について本罪を成立させた点については簡潔な検討にとどめ、本罪における不法領得の意思の意義について本判決が新たな見解を示した点を主として検討する。

Ⅳ 検討①—本罪の不法領得の意思の定義に関して—

1. 一時無断使用の事例につき本罪の成否が問題となった裁判例

一時無断使用の事例につき本罪の成否が問題となった裁判例として、以下の

¹¹ 井田良『講義刑法学・各論(第2版)』(有斐閣、2020年)229頁以下。なお、「使用窃盗等不可罰機能」や「毀棄罪区別機能」は本稿独自の表現である。

¹² 団藤・前掲注(3)630頁。

2件が存在する。

C所有の盗難自転車がXの友人Dの兄E宅の外壁に立てかけてあり、Dから「家の人が『返して。』と言うまで乗っていていいよ。」という承諾を得てXが持ち去った事例（秋田家判平成19年10月19日家月60巻3号59頁）について、秋田家裁は「占有離脱物横領罪の成立には、不法領得の意思の存在を要する」とした上で、Eからの返却の要求を受けて、速やかに本件自転車を返却することは容易な状況にあった点、本件自転車の使用に伴う減価はほとんどない点を考慮すると、「(Xが本件自転車の所有者と認識していた)Eを排除してその所有権を侵害しようとする不法領得の意思の存在にも疑問の余地がある」として、不法領得の意思を否定し本罪の成立を否定した。

公園内の管理室から約673m、自転車で片道5分程度の距離にある電話ボックスまで往復するため管理室軒下にあった無施錠の盗難自転車を使用了（1回目は1時間程度使用した後に元の場所に戻し、2回目は電話ボックスまで往復するために短時間使用した）事例（大津地判令和2年10月27日LLI/DB L07551031）について、大津地裁は「占有離脱物横領罪が成立するには、行為者において、権利者を排除してその物を自己の所有物として利用または処分する意思を有することが必要である」ところ、使用距離、使用時間、それに伴う自転車の消耗がわずかである点、1回目の使用の際、使用後に本件自転車を鍵のささった状態のまま、元の場所付近に戻しているという「使用状況からすると、被告人による本件自転車の使用は、単なる一時的な使用の域を出るものではなく、被告人は、本件自転車を使用後は元の場所に戻すつもりで、すなわち返還意思をもって一時的に使用したものとみるほかない。」「以上によれば、被告人が本件自転車を使用了際、権利者を排除する意思を有していたとみるには合理的な疑いが残る」として、不法領得の意思を否定し本罪の成立を否定した。

平成19年秋田家判は本罪の不法領得の意思の意義を明示していないものの「Eを排除してその所有権を侵害しようとする不法領得の意思」という文言が存在している点、令和2年大津地判については窃盗罪における不法領得の意思の定義と同一の定義を本罪の不法領得の意思の定義としている点から、明示してはいないものの、どちらも本罪の不法領得の意思の定義として、窃盗罪における不法領得の意思の定義をそのまま妥当させているものと考えられる。

そして、原判決も本罪における不法領得の意思を、「権利者を排除して、他人の物を自己の所有物として、その経済的用法に従い、利用処分する意思」と

述べていることから、先述した2件の裁判例と同様に、本罪の不法領得の意思の定義として、窃盗罪における不法領得の意思の定義をそのまま妥当させているものと考えられる。

これに対し、本判決は窃盗罪における不法領得の意思の定義に言及した上で、本罪の不法領得の意思として「権利者を排除する意思を求めることは無意味」であるから、本罪の不法領得の意思の定義は「他人の物を自己の所有物としてその経済的用法に従い利用・処分する意思」とであると判示しており、窃盗罪における不法領得の意思の定義とは異なって解釈している。これは、窃盗罪における不法領得の意思を定義①「権利者を排除し」（以下、「定義①」とする）、定義②「他人の物を自己の所有物と同様に」（以下、「定義②」とする）、定義③「その経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」（以下、定義③とする）の3つの要素に分割したうえで、本罪における不法領得の意思の定義は定義②+定義③であり、定義①は不要であることを本判決が示したのと考えられる。

本判決は段落番号④において、（無断で対象物を持ち出そうとしている人物の）「その持ち出し行為が、自己の所有物として振る舞ったといえない程度の短時間で限定的な利用行為の場合には、例外的に不法領得の意思が認められないとして、占有離脱物横領罪が成立しないことがあり得る」と述べ、一時無断使用の事例の一部には不可罰となる「使用占有離脱物横領」¹³とも呼ぶべき場合があり、本罪における不法領得の意思には、そのような「使用占有離脱物横領」を不可罰とする機能、すなわち、使用窃盗等不可罰機能があることを認めている。その上で、本判決は段落番号④において「その物の経済的用法に従って使用する意思がある以上、原則として不法領得の意思が認められ」と述べており、定義③に毀棄罪区別機能を付与している。以上から、本判決は残った定義②に使用窃盗等不可罰機能を付与していると考えられる。

2. 窃盗罪における不法領得の意思の定義と機能の対応関係

以上のように、一時無断使用の事例につき本罪の成否が問題となった事例においては原判決・本判決も含めて窃盗罪の不法領得の意思が基礎となっていることが確認されたため、次に、窃盗罪における不法領得の意思の定義について通説の立場を検討する。本判決は定義②に使用窃盗等不可罰機能を付与してい

¹³ 「使用占有離脱物横領」は、本稿独自の表現である。

ると考えられることから、窃盗罪の不法領得の意思の定義のどの部分に使用窃盗等不可罰機能が付与されているのかについても併せて検討する。

通説は、窃盗罪における不法領得の意思の定義との対応関係について「窃盗罪に関しては、①一時使用の不可罰性を基礎づけるために、「権利者を排除して他人の物を自己の所有物とする意思」を要するとする見解、②毀棄隠匿罪との区別の必要から、「他人の物をその経済的用法（ないし本来の用法）に従い利用・処分する意思」を要するとする見解、③その両者を要するとする見解があり、窃盗罪に関し、判例は、…③の立場をとっている。」と述べている¹⁴。これは、窃盗罪の不法領得の意思の定義をⅣ1で述べた定義①＋定義②「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様に」と定義③「その経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」に分けたうえで、定義①＋定義②に使用窃盗等不可罰機能を付与する見解であると考えられる。

一方、窃盗罪における不法領得の意思のうち使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素については「権利者排除意思」、毀棄罪区別機能を持つ主観的要素については「利用処分意思」と表現されるのが一般的である。この「権利者排除意思」が不法領得の意思の定義のどの部分から導き出された表現であるかは明らかではない¹⁵が、その文理上「権利者排除意思」は、「権利者を排除する意思」を示すようにも受け取られる。したがって、窃盗罪における不法領得の意思のうち使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素を「権利者排除意思」と表現している点においては、定義①「権利者を排除し」に使用窃盗等不可罰機能が付与されているとも考えられる¹⁶。

¹⁴ 大塚ほか（13巻）・前掲注（5）592頁以下〔小倉〕。

¹⁵ 例えば、井田・前掲注（11）228頁は、不法領得の意思は「権利者排除意思と利用処分意思という2つの要素から構成される」と述べるが、不法領得の意思の定義のどの部分を取り出して「権利者排除意思」と評価しているのか明らかにしていない。また、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論（第7版）』（弘文堂、2018年）170頁は、判例の定義のうち「前半」に使用窃盗等不可罰機能があり、「後半」に毀棄罪区別機能があると述べているが、この「前半」が定義①を指しているのか、定義①＋定義②までを指しているのか、判断としない。

¹⁶ なお、大塚ほか（12巻）・前掲注（9）325頁以下〔佐藤＝麻生〕、大塚ほか（13巻）・前掲注（5）592頁以下〔小倉〕は、ともに「権利者排除意思」「利用処分意思」という表現を用いていない。

さらに、通説は窃盗罪における不法領得の意思のうち使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素¹⁷の具体的内容については、「その財物につき自ら所有者としてふるまう意思」¹⁸（以下、「振舞う意思」とする）と表現する。この「振舞う意思」が、不法領得の意思の定義のどの部分から導き出された概念であるかについて明らかではないが、その文理上、定義②から導き出された概念であると考えられる¹⁹。一方で、使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素の具体的内容を「振舞う意思」とする見解には異論もある。有力説は通説を批判したうえで使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素の具体的内容を「本権者の権利を排除する意思」あるいは「窃盗罪の可罰的違法性に見合う程度に、権利者をその財物の使用・処分から排除する意思」（以下、「本権者排除意思」とする）であると表現している²⁰。これはその文理上、定義①に使用窃盗等不可罰機能を付与していると考えられる。以上のように、窃盗罪における不法領得の意思のうち使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素について、その具体的内容の側面からみると、「振舞う意思」とする見解（以下、「振舞う意思」説とする）と「本権者排除意思」とする見解（以下、「本権者排除意思」説とする）が対立していると

¹⁷ この主観的要素を「権利者排除意思」と表現するのが一般的であるが、「権利者排除意思」という表現は妥当ではないという立場から、本稿では「権利者排除意思」という表現を用いず、「（不法領得の意思のうち）使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素」と表現する。

¹⁸ 団藤・前掲注（3）563頁（ただし、論者は不法領得の意思に使用窃盗等不可罰機能しか認めないという前提の下で述べている）。他に、窃盗罪における不法領得の意思のうち使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素の具体的内容を「振舞う意思」と表現するものとして、伊東研祐『刑法講義各論』（日本評論社、2011年）142頁、大谷實『刑法講義各論（新版第5版）』（成文堂、2019年）206頁。

¹⁹ 本判決の評釈たる田中・前掲注（1）113頁も、窃盗罪における権利者排除意思のうち、「自己の所有物と同様に」扱う意思は、横領罪における不法領得の意思の定義について述べた前掲最判昭和24年3月8日の判決文中の「〔所有者でなければできないような処分をする意思〕との文言」と同趣旨と見られると述べ、この部分を「所有者意思」と名付けている。

²⁰ 松宮孝明『刑法各論講義（第5版）』（成文堂、2018年）214頁。なお論者は、使用窃盗等不可罰機能を、窃盗罪における不法領得の意思の定義との対応関係においては定義①+定義②、その表現においては定義①、具体的な内容においては定義①にそれぞれ付与している。

いえる。

以上のように通説は、使用窃盗等不可罰機能について、不法領得の意思の定義との対応関係においては定義①+定義②から導き出された概念であると説明した上で、不法領得の意思のうち使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素については、定義①から導き出された概念であるかのように表現し、さらに、使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素の具体的内容については、定義②からその具体的内容を導き出していることから、不法領得の意思の解釈については複数の解釈が同時並行的に存在しており、議論が錯綜した状態にあるといえる。

3. 原判決及び本判決の検討

以上を踏まえた上で、原判決および本判決を検討する。

原判決検察官は、本罪における不法領得の意思のうち使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素とは、「権利者が許容しないであろう程度・態様の利用をする意思」をいい、また、半日近くにわたって本件自転車を使用していたことから、被告人にかかる主観的要素が認められることは明らかであると主張している。この「権利者が許容しないであろう程度・態様の利用をする意思」は、行為者が目的物を利用するという側面を捉えた表現である点で、「振舞う意思」説に親和的であり、被告人に「振舞う意思」が存在することを根拠として使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素を認めたものと考えられる。

それに対して、原判決は、段落番号④の中で、「被告人に「一時的な無断借用の意思」があっても、それが、本来の権利者を排除して自らのものにしてしまおうという意思であるとは言えない可能性がある以上、被告人に権利者排除意思があり、不法領得の意思が認められるとはいえない」と述べ、その根拠を「Bは自己の意思によらずに本件自転車の占有を失っているのだから、すでに指摘したように、被告人が自転車を乗り回す行為が、直ちに権利者であるBを排除する行為であるとみるのは難しい」ことに求めている。

原判決が示す「本来の権利者を排除して自らのものにしてしまおうという意思」のうち、「本来の権利者を排除して」の部分、権利者排除の側面を捉えた表現である点で、不法領得の意思の定義①から導かれたものであり、「本権者排除意思」説に親和的である。また、「自らのものにしてしまおうという意思」は行為者が目的物を取得するという側面を捉えた表現である点で、不法領得の意思の定義②から導かれたものであり、「振舞う意思」説に親和的である。こ

のように原判決は、使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素の具体的内容として本権者排除意思と振舞う意思の両方を要求した上で、被告人が自転車を取り回す行為には本権者排除意思が存在しないことを根拠として、使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素の不存在を導いたように思われる。

このとき、振舞う意思は原判決検察官が主張したように、長時間にわたって当該財物を使用していたという事情から導かれるものと考えられる。一方で、本権者排除意思はどのような事情から導かれるのかは明確ではない。仮に、本権者たる所有者がその財物を利用する可能性を排除する行為があった場合に、「本権者排除意思」が認められるとすると、本権者たる所有者はその財物の占有を失っているため、その財物の占有を失った本権者たる所有者がその財物を利用する可能性は最初から限りなくゼロに近く、行為者がその財物の使用・処分から所有者を排除すること自体を観念することは困難であると考えられる。本判決が段落番号③において「原判決の前記説示は、既に排除されている権利者を重ねて排除する意思を不法領得の意思に包含させようとするものであって、不要な要素を不法領得の意思に取り込むものであるばかりでなく、権利者が既に排除されている以上、これを重ねて排除するということは意味をなさない観念であるから、かかる要素を不法領得の意思に取り込むことは、その内実が不明確となり有害というべきであり、適切ではない」、段落番号⑤において「上記説示は、占有離脱物横領罪における不法領得の意思につき権利者排除意思が必要とし、かつ、窃盗罪の場合より程度の高い権利者排除の態様を求める原判決の独自の見解に基づく」と述べて原判決を批判した点は、これと同趣旨であると考えられる。

本判決は、本罪の不法領得の意思の定義から定義①を削除した点、さらに段落番号④において「その持ち出し行為が、自己の所有物として振舞ったといえない程度の短時間で限定的な利用行為の場合には、例外的に不法領得の意思が認められない」と述べている点を考慮すると、明確に「振舞う意思」説のみを基準としている。そのため、通説と本判決はその具体的内容において定義②に使用窃盗等不可罰機能を付与しているという点で同じであると評価することが可能である。

4. 定義①「権利者を排除し」の機能・具体的内容

定義②のみが使用窃盗等不可罰機能を有すると解するならば、本罪の不法領

得の意思においては排除された定義①は、窃盗罪の不法領得の意思においてどのような機能・具体的内容を持つことになるのだろうか²¹。

従来の見解の中には定義①を「被害者の占有を排除する意思」と解する見解が存在する²²。この見解に基づく、本判決が指摘するように、本罪においては「既に本権者等の占有は排除された状態にあるから」窃盗罪のように「重ねて権利者を排除する意思を求めることは無意味」である、すなわち、本罪の不法領得の意思の定義として定義①は不要であるとする本判決の文言と一見適合するようにも思われる。しかし、窃取とは、目的物の占有者の意思に反して、その占有を侵害し、その物を自己又は第三者の占有に移すことである²³のだから、占有を排除する意思は不法領得の意思ではなく、窃盗罪の故意として理解されるべきである。したがって、定義①を「被害者の占有を排除する意思」と解するべきではない。

また、従来の見解の中には定義①から「振舞う意思」を導く見解²⁴も存在するが、定義①「権利者を排除し」という文言から「振舞う意思」を導くことは文理上困難であるため、定義①から「振舞う意思」を導くことは不可能である。

以上より、定義②が使用窃盗等不可罰機能を有する主観的要素であると解する場合、窃盗罪における定義①の意味を従来の見解から説明することは困難であると考えられる。

²¹ 定義②が使用窃盗等不可罰機能を有しているという射程は本罪のみであり、窃盗罪にはその射程は及ばないと解することも不可能ではないが、本判決が窃盗罪の不法領得の意思に言及したうえで本罪の不法領得の意思の定義を示したことと整合しない。実質的にも、窃盗罪も本罪も不法領得の意思が必要であるという見解を堅持するならば、本罪の不法領得の意思の中身と窃盗罪の不法領得の意思の中身を別異に解するべきではないと考えられる。

²² 西田・前掲注(15)170頁。なお、使用窃盗等不可罰機能を、窃盗罪における不法領得の意思の定義との対応関係においては明らかではなく、その表現においては定義①、具体的な内容においては定義②にそれぞれ付与している。

²³ 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)366頁〔川合昌幸＝西森英司〕。

²⁴ 山中敬一『刑法各論(第3版)』(成文堂、2015年)276頁以下。なお、使用窃盗等不可罰機能を、窃盗罪における不法領得の意思の定義との対応関係においては定義①(通説と異なる)、その表現においては定義①、具体的な内容においては定義②にそれぞれ付与している。

以下、定義②が使用窃盗等不可罰機能を有する主観的要素であり、定義③が毀棄罪区別機能を有する主観的要素であるという前提の下、定義①の機能・具体的内容に関する私見を述べる。

刑法の財産犯規定は、財産取得行為の全てを同一の犯罪でカバーするのではなく、財産取得行為の主観的態様や客観的態様に合わせて複数の犯罪を規定している²⁵。行為態様によって犯罪類型が異なるという財産犯の特殊性と、背任罪・毀棄罪を除く全ての財産犯が、領得罪として不法領得の意思を要求していることを合わせて考慮すると、使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素である定義②、および、毀棄罪区別機能を持つ主観的要素である定義③は行為の主観的態様に基づき領得罪とそれ以外を区別するメルクマールであり、定義①は行為の客観的態様によって財産犯内部の犯罪類型を識別するメルクマールと評価すべきであると考えられる。

例えば窃盗罪の場合、定義①「権利者を排除し」は、定義②における「所有者としてふるまう」際の領得手段を表示したものと評価できる。つまり、窃盗罪の不法領得の意思における「権利者を排除し+他人の物を自己の所有物と同様に」(定義①+定義②)の具体的内容は<権利者の占有を排除するという手段で+その権利者の物を所有者としてふるまう>意思と表現されるべきである。このように、定義①は定義②や定義③のように領得罪とそれ以外を区別する機能ではなく、あくまでもその財産犯の領得手段を表示する機能を有しているに過ぎないことから、定義①の機能は「領得手段表示機能」と表現するのが適当であると考えられる。

定義①の機能を「領得手段表示機能」と解すると、Ⅲにて問題提起を行った、窃盗罪の不法領得の意思と単純横領罪の不法領得の意思の関係性についても統一的に説明することが可能である。

単純横領罪の不法領得の意思の定義について判例は、「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」²⁶であると判示しており、学説は、判例が示した不法

²⁵ 井田・前掲注(11)207頁。

²⁶ 前掲最判昭和24年3月8日。この横領罪の不法領得の意思の定義の中に窃盗罪の不法領得の意思の定義でいうところの、定義③「その経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」が欠落しているのではないかという点についても問題となるが、本

領得の意思には窃盗罪と同様に使用窃盗等不可罰機能として単純横領罪と使用横領を区別する機能が存在する²⁷と評価している。そして、その定義は定義①「他人の物の占有者が委託の任務に背いて」、定義②「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」の2つの要素から成り立っているものと考えられる。

よって、定義②'は、定義②と同様にその文理上「振舞う意思」を指すものと考えられ²⁸、使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素であると考えられる。そして、私見に基づく定義①'は、定義①と同様に単純横領罪における領得手段が「委託の任務に背く」ことである、ということを表示したものであり、領得手段表示機能を持つ主観的要素であると考えられる。

このように不法領得の意思に領得手段表示機能を認めることで、本判決が窃盗罪の不法領得の意思から定義①を除外したものを本罪の不法領得の意思の定義とした点も統一的に理解することが可能である。占有離脱物横領罪はもっとも単純な形態の領得罪とも理解されている²⁹ところ、本罪では「振舞う意思」を達成する手段に制約がないことに根拠を求めることが可能である。言い換えると、占有離脱物横領罪の不法領得の意思の定義中に定義①が存在しないという事実そのものが、領得手段が無制限であることを表示する機能を有しているといえるのである。この点、本判決は段落番号②において「対象物が本権者等の占有から離脱していることに伴って、必要とされる意思の内容が変容するものというべきである」と述べた一方で「占有離脱物横領罪において必要とされる不法領得の意思は、殊更に窃盗罪と別異のものと解釈すべき理由は無い」、段落番号③において「対象物が本権者等の占有から離脱していることにより権利者が既に排除された状態にあるということを見過すべきではない」と述べた点は、使用窃盗等不可罰機能や毀棄罪区別機能に影響を与えることなくその財

判決の判例研究から離れてしまうため、本稿ではこの部分についての検討を行わない。

²⁷ 通説はその成立範囲を非常に狭く解しつつも、使用横領の概念を一応認めているものと考えられる。委託の趣旨に反して一時無断使用する場合に使用横領が認められる可能性があることを指摘するものとして、例えば山口・前掲注(5)307頁。

²⁸ 本判決の評釈たる田中・前掲注(1)113頁も、定義②「自己の所有物と同様に」と定義②'「所有者でなければできないような処分をする意思」は同趣旨であると述べている。

²⁹ 団藤・前掲注(3)627頁。

産犯の領得手段に応じて不法領得の意思の定義を変容させるべきであることを指摘したものであるといえ、以上の私見に親和的であると考えられる。

(資料) 不法領得の意思の定義・機能・具体的内容の対応関係表

	不法領得の意思		
	① 「権利者を排除し」	② 「他人の物を…」	③ 「その経済的…」
窃盗罪 (S26判決)	① 「権利者を排除し」	② 「他人の物を…」	③ 「その経済的…」
単純横領罪 (S24判決)	①' 「他人の物の…」	②' 「その物につき…」	×
本罪 (本判決)	×	② 「他人の物を…」	③ 「その経済的…」
機能 (本稿)	領得手段表示機能	使用窃盗等不可罰機能	毀棄罪区別機能
具体的内容 (本稿)	領得手段 (「振舞う意思」を 達成する手段)	「振舞う意思」	財物を利用しその 効用を享受する意思
参考：機能 (通説)	使用窃盗等不可罰機能 (判例の定義との対応関係の側面)		毀棄罪区別機能
	使用窃盗等不可罰機能 (表現の側面)		
		使用窃盗等不可罰機能 (具体的内容の側面)	

V 検討②—本事案につき本罪を成立させた点について—

1. 従来までの裁判例における「振舞う意思」の解釈方法の変遷

原判決と本判決の結論が異なった要因については、IVにおいて占有離脱物横領罪と「使用占有離脱物横領」を区別する際に、原判決が「振舞う意思」説と「所有者排除」説で二重に判断したためであることを指摘したが、さらに、「振舞う意思」の解釈方法の違いが、占有離脱物横領罪の成否を分けたものと考えられる。

使用窃盗等不可罰機能の具体的内容としての「振舞う意思」を厳格に解する

見解には、所有権を終局的に自己の支配に移す認識（以下、「厳格な振舞う意思」とする）まで必要とする見解が存在する。昭和20年代に一時無断使用につき使用窃盗が認められるか否かが争われた裁判例では「自転車の所有者の支配を排除してその所有権の内容を実現」³⁰したこと、または「終局的に被害者の所持を奪い事実上自己の完全なる支配に移し」³¹たことを根拠に不法領得の意思を認めている。これらの裁判例では、行為者に所有権侵害の認識あるいは終局的に物を自己の支配に移す認識をもって不法領得の意思を認めており、「厳格な振舞う意思」の存在をもって不法領得の意思を認めた裁判例であると評価できる。ただし、これらの事例は、いずれも自転車を持ち去り使用した後、その場に置き去りにしたという事例であり、「振舞う意思」を厳格に解釈したとしても、これを比較的容易に認めることが可能な事例であったと考えられる。

「厳格な振舞う意思」の有無をもって、使用窃盗の認否を判断してきた裁判例が蓄積されていくに伴い、昭和30年代以降には、自転車等の一時無断使用について窃盗罪の成否が問題となった事例において、元の場所に返還する意思をもって自転車等を持ち去ったのであるから、完全に権利者を排除する意思ではなく、不法領得の意思は存在しないという主張が被告人からなされるようになった。そして、後述するように「厳格な振舞う意思」の有無によって使用窃盗の成否を決定する裁判例の解釈方法に動揺が生じた。このような状況の中、（自動車の一時無断使用の事例ではあるが）最高裁は返還の意思（および返還の事実）があったとしても、相当長時間にわたって使用していれば、結論において不法領得の意思が認められることを示した。すなわち、昭和43年最高裁決定は「被告人らは、所論各自動車を、窃盗品の運搬に使用したり、あるいは、その目的をもって、相当長時間にわたって乗り廻しているのであるから、たとえ、無断使用した後、これを元の位置に戻しておいたにしても、被告人らに不正領得の意思を肯認することができるとした原判断は相当である。」³²と判示し、昭和55年最高裁決定は、昭和43年最高裁決定を引用した上で「被告人は、深夜、

³⁰ 東京高判昭和28年5月23日高刑判決特報38号111頁。

³¹ 福岡高判昭和28年5月27日高刑判決特報26号20頁。同旨のものとして東京高判昭和28年7月6日高刑判決特報39号2頁、広島高判昭和29年7月14日高刑裁判特報1巻2号44頁。

³² 最決昭和43年9月17日集刑168号691頁。

広島市内の給油所の駐車場から、他人所有の普通乗用自動車（時価約250万円相当）を、数時間にわたって完全に自己の支配下に置く意図のもとに、所有者に無断で乗り出し、その後4時間余りの間、同市内を乗り廻していたというのであるから、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、被告人には右自動車に対する不正領得の意思があつたというべきである。³³と判示した。2件の最高裁判例において、使用窃盗等不可罰機能の具体的内容として「厳格な振舞う意思」を要求するならば、返還意思の存在によって不法領得の意思が否定されると考えられるところ、昭和43年最高裁決定は、その理論は不明であるものの、緩やかに「振舞う意思」の意義を解することで不法領得の意思の存在を認めたものと考えられる。

昭和30年以降の下級審裁判例に目を移すと、「振舞う意思」の解釈を緩やかに解することで、ほとんどの裁判例が返還意思の存在を認めつつも、不法領得の意思を肯定している³⁴（以下、「緩やかな振舞う意思」とする）。このとき、「緩やかな振舞う意思」の解釈の基準には異なる3つの類型が存在するものと考えられる。1つ目は、殺害目的をもって猟銃を返還意思の下、持ち出した事例において、「このような使用の仕方は正しく猟銃の所有者の利用を妨げその意味で猟銃を無断で狩猟に使用する場合とは質的に異つた形で所有権の侵害をもたらす」と述べた裁判例³⁵に代表されるように、①所有者の利用可能性が害されている認識をもって「緩やかな振舞う意思」を認める解釈である（以下、「①解釈」とする）。2つ目は、自動車の扉の合鍵を無断で入手し、返還意思の下、自動車を乗り回した事例について、「使用後返還する意思がある場合であつても、その財物の価値の消費を伴うときは、もはや単なる使用ではない」と述べ

³³ 最決昭和55年10月30日刑集34巻5号357頁

³⁴ ただし、自転車等が短時間・短距離の往復に利用されたことを根拠に、不法領得の意思を否定した裁判例が存在する。京都地判昭和51年12月17日判タ354号339頁は、住居侵入強姦の目的で自転車を持ち出した事例について、被告人には返還意思が存在していたことのほか、目的地までは2km、自転車で10分の距離であること、使用時間が2、3時間を超えるものではなかったこと、自転車の消耗も軽微であったことを考慮して「被告人が右自転車の所有者を排除するまでの意思を有していたとみることはできない」と判示して不法領得の意思を否定した。

³⁵ 大津地判昭和35年9月22日下刑集2巻9・10号1256頁。

た裁判例³⁶に代表されるように、②その物の価値を消費する意思をもって「緩やかな振舞う意思」を認める解釈である（以下、「②解釈」とする）。3つ目は、弁済がなされたら返還するという条件付きの返還意思のもと、自己の債権の担保として被害者の自転車を持ち出した事例について、「被告人がこれを処分したり或は経済的用法にしたがって永久にその占有を侵奪する意思をもってする場合に限らず、所有者の意思に反して一時的にその占有を奪う場合でもなお窃盗罪の成立に必要な不法領得の意思がある」とした裁判例³⁷および「一時的にせよ権利者を排除し、右自動車に対する完全な支配を取得して、その所有者が自由に行使するのと同様にその本来の使用目的である運転乗り廻しをしようとする意思があったことを認めるのに十分である。」³⁸とした裁判例に代表されるように、③一時的にも完全に権利者を排斥する意思をもって「緩やかな振舞う意思」を認める解釈である（以下、「③解釈」とする）。

2. 「振舞う意思」に関する原判決・本判決の解釈方法の違い

原判決は段落番号④において、（窃盗罪の成否が問題となる場合において）「一時的な無断借用の意思」を有していたとすると、被告人は、自らがBの占有を侵害している事実を認識しているはずであり、当然ながらその間はBが本件自転車を使いたいと思っても使えないのであるから、そのような意味では、権利者であるBを排除していることも分かるはずである。」と述べている。これは、被害者が持ち去られた物を使いたいと思っても使えないことの認識をもって「振舞う意思」の存在を認めていることから、所有者の利用可能性が害されている認識をもって「振舞う意思」の存在を認めるものであり、①解釈をもって「振舞う意思」の有無を判断したものと考えられる。そして、そのような解釈によって立つからこそ、原判決は段落番号②において、占有離脱物横領

³⁶ 東京高判昭和33年3月4日高刑集11巻2号67頁。

³⁷ 東京高判昭和36年6月8日東高刑12巻6号92頁。ただし、本事例は「振舞う意思」を緩やかに解さずとも、単に返還意思の不存在を認めることで容易に不法領得の意思を認めることが可能であった事例であると考えられる。同事例と同様に弁済があればいつでも返還する意思があったという被告人の主張に対し、単に返還意思の不存在を認めて不法領得の意思を肯定した事例としては、東京地判昭和37年1月31日判タ128号92頁がある。

³⁸ 札幌高判昭和51年10月12日高検速報105号7頁。

罪の成否が問題となる「本件においては、Bは自己の意思によらずに本件自転車の占有を失っているのだから、すでに指摘したように、被告人が自転車を乗り回す行為が、直ちに権利者であるBを排除する行為であるとみるのは難しい。」と述べたのだと考えられる。すなわち、既に占有を失っている権利者Bにとって本件自転車を利用する可能性はゼロであるため、①解釈は占有離脱物横領罪における「振舞う意思」を判断する上での基準としてそぐわないことを根拠に、「厳格な振舞う意思」の基準に戻って返還意思の有無で「振舞う意思」の有無を判断したことで、「振舞う意思」の不存在が導き出されたものと考えられる。

これに対し、本判決は段落番号④において「無断で対象物を持ち出そうとしている人物が、その対象物を自ら使用した後、元の場所に戻す意思であったとしても、持ち出し使用中は本権者等の権利ないし支配を間接的にせよ侵害していることには違いがないから、…原則として不法領得の意思が認められ」と述べており、本権者等の権利を侵害したか否かをもって不法領得の意思の有無を判断していることから、③解釈に基づいて「振舞う意思」を判断しているものと考えられる。そして原判決に対しては、本判決⑤は、「実質的に考えても、原判決がいうように、数時間にもわたって無断で使用するものの可罰性を「一時的な使用」であるとして否定することは、一般的な社会通念に反し、占有離脱物横領罪の成立範囲を不当に狭めるものであって、到底是認できない。」と批判している。これは、原判決が「厳格な振舞う意思」基準に立ち返って返還意思の有無で判断したことにより、「振舞う意思」の判断において返還後の使用状況といった事情が捨象されたことを批判したものだと考えられる。なお、本判決は段落番号④において「占有離脱物横領罪においては、既に対象物が本権者等の占有管理を離脱した状態にあるから、そのような物をほしのままに持ち出して移動させれば、その移動距離・時間がわずかであっても、対象物が置かれた不安定な状態に更に変化が生じ、本権者等による追及・回復がより困難な状態になることは明らかであり、かかる点に照らしても、窃盗罪の場合よりも占有離脱物横領罪の場合の方が「一時的な無断使用」の許容性の範囲が広くなるということはあり得ない。」と述べているが、この点は、権利者Bが既に占有を失っていたとしても、元の場所から本件自転車が移動したことによって、もともと限りなくゼロに近かった本件自転車の利用可能性がさらに低下したことを指摘しており、仮に①解釈を用いて「振舞う意思」を判断したとしても、「振

舞う意思」は認められることを補足的に述べたものであると考えられる。

VI まとめ

本判決は従来まで必ずしも明らかにされていなかった本罪における不法領得の意思の定義について新たな見解を示した点について、一見すると、従来の財産犯における不法領得の意思の理解と相反するように思われるが、窃盗罪の不法領得の意思には使用窃盗等不可罰機能と毀棄罪区別機能が存在するという従来の見解に立脚した上で、窃盗罪と本罪の領得手段の違いを考慮して、本罪における不法領得の意思の定義を適切に修正したものと評価しうる。

さらに、「振舞う意思」の解釈方法について、原判決は、既に占有を失っていることを根拠に、既に判例上確立した基準となっていた「緩やかな振舞う意思」の基準を放棄し、返還意思の有無で「振舞う意思」の有無を判断する「厳格な振舞う意思」の基準をもって、従来の判例の解釈よりも不当に狭い解釈に基づき、不法領得の意思の存否を検討し、使用窃盗を認めて不可罰とした。一方で、本判決は、窃盗罪における一連の使用窃盗の成否が問題となった裁判例を踏まえた上で、「使用占有離脱物横領」の成否が問題となった事例について「穏やかな振舞う意思」の基準で判断した。この点で、本判決は従来の裁判例の延長線上に位置づけられるものであり、妥当であったと考えられる。

※本稿の校正中に、品田智史「判批」法セ803号(2022年)116頁、十河太朗「判批」法教496号(2022年)130頁に触れた。

品田評釈は、「「権利者排除意思」は無意味という表現は、誤解を招く」と述べている。この主張は、本判決が一時無断使用を不可罰にする余地を認めることで、本罪の不法領得の意思に「権利者排除意思」を含ませおきながら、「権利者排除意思」は無意味と述べた矛盾を問題視しているものと思われる。しかし、本判決は本罪において「権利者排除意思」ではなく、「権利者を排除する意思」を求めることは無意味であると述べている点に着目すべきである。本判決は、本罪における不法領得の意思のうち、使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素(従来の表現でいうところの「権利者排除意思」)に、「権利者を排除する意思」は含まれず、「振舞う意思」のみが含まれることを示したものであり、本判決は品田評釈が指摘する矛盾に陥っていないと考えられる(本稿では、「権

利者を排除する意思」は領得手段表示機能を持つ主観的要素として理解される)。

一方、十河評釈は、本罪における不法領得の意思のうち、「権利者排除意思」(本稿でいうところの使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素)の内容として「権利者を排除する意思」は要求されず、一時無断使用の事例につき本罪の成否が問題となる事例については「自己の所有物として振舞う意思」の有無が問題となるとの理解を示している点で、本稿に親和的であると考えられる。

※本稿の校正中に、品田智史「判批」法セ803号(2022年)116頁、十河太朗「判批」法教496号(2022年)130頁に触れた。

品田評釈は、「権利者排除意思」は無意味という表現は、誤解を招く」と述べている。この主張は、本判決が一時無断使用を不可罰にする余地を認めることで、本罪の不法領得の意思に「権利者排除意思」を含ませおきながら、「権利者排除意思」は無意味と述べた矛盾を問題視しているものと思われる。しかし、本判決は本罪において「権利者排除意思」ではなく、「権利者を排除する意思」を求めることは無意味であると述べている点に着目すべきである。本判決は、本罪における不法領得の意思のうち、使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素(従来の表現でいうところの「権利者排除意思」)に、「権利者を排除する意思」は含まれず、「振舞う意思」のみが含まれることを示したものであり、本判決は品田評釈が指摘する矛盾に陥っていないと考えられる(本稿では、「権利者を排除する意思」は領得手段表示機能を持つ主観的要素として理解される)。

一方、十河評釈は、本罪における不法領得の意思のうち、「権利者排除意思」(本稿でいうところの使用窃盗等不可罰機能を持つ主観的要素)の内容として「権利者を排除する意思」は要求されず、一時無断使用の事例につき本罪の成否が問題となる事例については「自己の所有物として振舞う意思」の有無が問題となるとの理解を示している点で、本稿に親和的であると考えられる。