

【論説】

不法領得の意思の再検討

最決平成 16 年以降の裁判例の考察を通して

山中 純子

概要

1. はじめに
2. 最決平成 16 年の考察
 - 2-1 最決平成 16 年における不法領得の意思
 - 2-2 判例から導き出される「不法領得の意思」
 - 2-3 「不法領得の意思」の認定判断の類型化
 - 2-4 客観的な「所有者的な支配」を基準とする根拠
3. 類型ごとの裁判例の考察
 - 3-1 客観的に所有者的な支配がある場合
 - 3-2 客観的に所有者的な支配がない場合
 - 3-3 客観的に所有者的な支配が不明確な場合
4. 精算前の持ち出し等の事例の検討
 - 4-1 精算前の持ち出し事例
 - 4-2 動画撮影目的の事例
 - 4-3 小括
5. 服役目的等の動機がある事例の検討
 - 5-1 服役目的で万引きした事例
 - 5-2 拾得者を装った事例
 - 5-3 小括
6. おわりに

概要

不法領得の意思は、領得罪における書かれざる構成要件として必要とされており、その内容を利用処分意思と権利者排除意思であるとする判例が定着している。しかし、裁判例を見ると、その内実は様々であり、学説にも対立がある。本稿では、最決平成 16 年 11 月 30 日が述べた不法領得の意思の内容を考察して、その内実を「所有者的な支配の意思」と捉えた上で、複数の裁判例を分析していく。その際、不法領得の意思の認定判断を 3 類型に分け、特に、客観的に所有者的な支配が不明確な場合に、「所有的な支配の意思」が重要であることを述べる。また、具体的に、精算前の持ち出し等の事例や服役目的等の事例を取り上げ、所有者的な支配の意思が認められることの説明を試みる。

1. はじめに

不法領得の意思をめぐるのは、「権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」という判例¹による定義が定着する一方で、その内容は裁判例によって異なり、学説上も見解が分かれている²。令和 3 年には、名古屋高判令和 3 年 12 月 14 日³や福岡高判令和 3 年 3 月 29 日⁴など、不法領得の意思をめぐる重要判決が出ているが、それらに対する評価も分かれるところである。本稿では、まず、詐欺罪における不法領得の意思を否定した最決平成 16 年 11 月 30 日⁵が述べた不法領得の意思の内容について確認した上で、その内実を「所有者的な支配の意思」と捉える。そして、実務的に有用な不法領得の意思の認定判断を 3 類型に分け、特に、客観的に所有者的な支配が不明確な場合に、所有的支配の意思が重要であることを導き出す。また、裁判例で不法領得の意思が問題となった事例を分析する中で、改めて不法領得の意思の必要性及びその内容を検討する。最後に、具体的な事例の検討として、不法領得の意思の成否に関する結論が分かれ得る、精算前の持ち出し等の事例及び服役目的等の動機がある事例を取り上げ、所有者的

¹ 大判大正 4 年 5 月 21 日刑録 21 輯 663 頁。

² 権利者排除意思と利用処分意思の双方を要求する見解、権利者排除意思のみを要求する見解、利用処分意思のみを要求する見解、いずれも不要とする見解に分かれる。

³ 高刑速（令 3）501 頁。後記 4-2 で詳細に検討する。

⁴ 高刑速（令 3）524 頁。自転車の一時的な使用について占有離脱物横領罪の成立が認められた事例である。

⁵ 刑集 58 巻 8 号 1005 頁。以下、単に「最決平成 16 年」という。

な支配の意思が認められることの説明を試みる⁶。

2. 最決平成 16 年の考察

2-1 最決平成 16 年における不法領得の意思

(1) 事案の概要

最決平成 16 年は、叔父に対する虚偽の支払督促を申し立てた上、共犯者が叔父を装って支払督促正本及び仮執行宣言付支払督促正本を郵便配達員から受け取り、適式に送達されたように外形を整え、叔父に督促異議申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ようとしたという事案であり、被告人が、2 度にわたって支払督促正本を詐取しようとした詐欺罪に問われたものである。被告人らは、支払督促正本については、手元に残しておけば自らの犯罪の証拠となるので、当初から何らの用途にも利用することなく速やかに廃棄するつもりでおり、現に最初の支払督促正本については受け取った当日中に廃棄していた。2 度目の支払督促正本については、本来受領権限のある叔父が、郵便局員に対し、自分が本人であると申し出るなどして共犯者から取り戻したことから、本件が発覚しており、廃棄には至らなかった。

(2) 決定要旨

本決定は、「廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならないと解するのが相当である。」と述べ、不法領得の意思を否定した。この決定から読み取れることは、まず、詐欺罪においても、他の財産犯と同様に不法領得の意思が必要であるということである。その上で、「廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった」場合には、利用処分意思を否定している。この部分については、もっぱら廃棄する意思の場合には利用処分意思を否定したものを読み替えることが可能である。また、「受領行為を財産的利得を得るための手段の一つとして行ったときであっても異ならない」と述べる部分からは、利用処分意思とは、「財産的利得を得るため」の利用処分の意思であることを前提としつつも、それが直接の利得である必要があることが分かる。つまり、支払督促正本等を債務者に適式に送達させ、債務者から督促異議申立て等がないことによっ

⁶ 本稿は、令和 6 年 6 月 2 日開催の日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ「不法領得の意思の再検討」内で報告した『『不法領得の意思』が問題となった最決平成 16 年以降の裁判例の考察』の内容の一部をまとめ、若干の検討を加えたものである。

て支払督促の効力が生じるとしても、これは間接的な財産上の利益に過ぎないため、利用処分意思を認定することができないことを示した。本件では、受領した支払督促正本それ自体の直接の用途としては、廃棄するのみであったため、そこから得る直接の利益がなく、利用処分の意思が否定されたと言えよう。

ここから、最決平成 16 年において示された内容は、客体である物を得る直接の目的が、毀棄・隠匿のみの場合、利用処分意思は認められないこと、そして、動機や目的が、終局的には何らかの財産的利得を得ることにあっても、物それ自体の利用処分から直接的に利得する意思でなければ、利用処分意思には当たらないことの 2 点に集約することができる。

2-2 判例から導き出される「不法領得の意思」

最決平成 16 年を前提に、さらにそれ以降の裁判例を考察してみると、「不法領得の意思」については、その内容は不統一かつ曖昧で、積極的な定義を導き出すことは困難である。不法領得の意思が希薄化、形骸化しているという指摘も見られるところである⁷。既に最判昭和 33 年の投票用紙の持ち出し事案⁸についての調査官解説⁹でも述べられているように、利用処分意思は「単純な毀棄又は隠匿の意思の場合を排除するという消極的な意義を有するに過ぎない」と言える。こういった消極的な意義だけを見出した場合、そこから導き出せる最低限の共通項としては、「毀棄、隠匿の意思を除外した所有者的な支配の意思」というものが残るのではないだろうか¹⁰。積極的な定義をしない場合、不法領得の意思は「所有者的な支配」という占有取得時の客観的な取得態様・状況に対応する意思という形で、できる限り客観化した意思に還元することができるだろう。客観的な取得態様・状況に着目すると、利用処分意思のみならず権利者排除意思も、共通の「所有者的な支配の意思」で判断することができる。それぞれの意思について、所有者的な支配の意思とは何なのかを具体的にみていくことにする。

まず、権利者排除意思は、窃盗と不可罰の使用窃盗との区別のために必要であるとされるが、所有者的な支配がある場合、つまり権利者を一時的でも完全に排除して支配している場合で、それに対応する意思がある場合には窃盗とし、完全

⁷ 石堂淳「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察—窃盗罪と毀棄・隠匿罪との区別機能をめぐって—」岡本勝ほか編『阿部純二先生古稀祝賀論文集 刑事法学の現代的課題』（第一法規、2004 年）275 頁、富高彩「判例における不法領得の意思の再点検」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社、2014 年）510 頁以下。

⁸ 最判昭和 33 年 4 月 17 日刑集 12 巻 6 号 1079 頁。

⁹ 栗田正「判批」最判解刑事篇昭和 33 年度 241 頁。

¹⁰ 井上弘通「判批」最判解刑事篇平成 16 年度 576 頁。

には支配していない場合、例えばすぐに返還する意思があり、現にすぐに返還可能である場合等には、使用窃盗とすることができる。また、客観的に権利者が許容しない程度の占有侵害の場合には、新たな所有者として支配する意思があると言えるので、この場合も所有者的な支配の意思を認めることができると考える。

次に、利用処分意思における「所有者的な支配の意思」とは、所有者のように物それ自体から直接的に利得する意思と解することができる。この点で、単なる占有取得の故意とは区別される。占有取得時のその占有取得「行為」に対応する主観は、物の占有取得により直接生じる効果を得ようとする意思であることが必要である。究極的には、手元に置くこと自体が目的でも、そこから財産的な利益を得ることができるのであれば、所有者的な支配の意思と言えるが、支配後に派生する間接的な動機を有するだけでは足りない。

この「所有者的な支配の意思」が否定されるのは、もっぱら毀棄・隠匿の意思で占有取得する場合である。この場合、物それ自体から直接的に利益を得ようとする意思はなく、本来の所有者に損害をもたらすことが直接の目的であると言えるだろう。たしかに、領得罪でも被害者に財産的な損害は当然生じるが、領得罪では所有者的な支配によって物それ自体から利得するところに最大の特徴がある。それとは異なり、「もっぱら」毀棄・隠匿の意思である場合には、「所有者的な支配の意思」が否定され、領得罪は成立しない。究極の目的が毀棄・隠匿による嫌がらせの場合であったとしても、所有者的な支配の意思と嫌がらせ等の別の動機との併存はあり得るため、物自体の占有取得から直接的な利得があるかどうかが重要である。

2-3 「不法領得の意思」の認定判断の類型化

このような「所有者的な支配の意思」が認定される裁判例については、以下の3つの類型に分けることが可能である¹¹。第1類型は、客観的に所有者的な支配があり、その支配状況から不法領得の意思が推認される場合であり、この場合、主観の認定は問題にならず、不法領得の意思の積極的な意味付けを検討しなくとも認定が可能である。典型例は、店における商品の万引きである。本来、代金を支払って初めて所有者になることのできる商品を、管理する店側の販売意図に反する形で自己の占有下に移すのであるから、所有者的な支配の意思が認められる。後記3-1で裁判例を分析するように、対象が商品であれば、問題なく不法領得の意思が認められ、窃盗罪でほぼ有罪になるのが現状であろう。

第2類型は、客観的に所有者的な支配がない場合、例えば、すぐに廃棄した場合や、そもそも利用可能性がない場合等である。そういった場合であれば、

¹¹ いずれの類型においても、客観的な占有移転と故意があることが前提である。

物自体から利得する意思はなく、もっぱら毀棄・隠匿の意思が残る。所有者的な支配の意思が認められないため、不法領得の意思は否定されることになる。

第3類型は、客観的な占有取得時の所有者的な支配の有無が不明確な場合で、「所有者的な支配の意思」、つまり、直接的に物それ自体から利得しようとする意思があるかどうかを具体的に判断する必要がある場合である。不法領得の意思の判断が実際に問題となる事例は、このような場合である。行為者は、間接的に被害者に損害をもたらす意思や嫌がらせ目的等を有しており、一見、利得する意思がないようにも思われるが、所有者的な支配の意思と嫌がらせ目的等が併存することは考えられるため、不法領得の意思が認められる場合もある。

このように認定判断を3つの類型に分けると、前記2-1で考察した最決平成16年については、まさに、第3類型に該当するものと言えるだろう。客観的な占有取得時の所有者的な支配の有無を検討すると、支払督促正本の受け取り行為自体が、「送達されたような外形」という直接の利益を得る目的の行為のようにも見えるが、物それ自体からの利益とは言い難く、例えば支払うべき代金を支払わずに商品を占有下に置いたような財産犯における定型行為ではないので、直接の利得目的は客観状況から判断しにくい。そして、1度目の支払督促正本は当日中に廃棄したものの直ちにではなく、また、2度目は廃棄前に発覚したことから、所有者的な支配が完全にはないとも言えない。したがって、所有者的な支配は不明確であり、それに対応する意思があるのかどうか、主観面を具体的に検討する必要がある。第3類型においては、客観状況から判断することが困難であるため、特に所有者的な支配の意思、すなわち直接利得の意思という主観面の認定が重要となるのである。そこで、最決平成16年の事案の主観面を改めて検討すると、占有取得時には、手元に残しておけば自らの犯罪の証拠となるので、速やかに廃棄するつもりでいたことが分かる。そして、被告人には物それ自体の利用可能性がないのであり、受け取り行為の直接の目的は、送達による利益を直接得ることではなく、叔父に送達させず、叔父の異議申立ての機会を奪うことである。つまり、所有者的な支配の意思はなく、もっぱら毀棄の意思であったことが認められる。後に支払督促の効力を得るという間接的な目的については、物を廃棄した後に達成が期待されるだけであり、間接的な動機に過ぎないことから、所有者的な支配の意思の有無には影響しない。本事案では、もっぱら毀棄の意思であったとの認定により、詐欺罪の成立が否定されているので、所有者的な支配の意思とは、単なる占有取得の故意ではなく、客観状況のみで認定することができるとは限らない直接利得の意思を内容とするものであるということが出来る。

逆に、第3類型のように見えてそれと区別されるのは、例えば、嫌がらせ目的で商品を持ち出し、それを自宅に持ち帰ってすぐに破壊した場合である。所

有者として利用することが一切なかったのであるから、自宅に持ち帰った後の行為を踏まえると、一旦支配していても客観的に所有者的な支配が不明確であると捉える余地もなくはない。しかし、客観的には、占有移転時に万引きの外形があり、行為者にはその商品の利用可能性もあるのであるから、もっぱら毀棄・隠匿の意思だったと認定するのは適切でない。その後、嫌がらせ目的で破壊したとしても、それは間接的な動機と位置付けることができるだろう。客観状況から「所有者的な支配」を判断する際に重視すべきは、あくまで占有移転時ないし占有移転直後である。そうであれば、このような事例は、第 1 類型に当たり、客観的な占有取得時の所有者的な支配の有無が不明確な第 3 類型の場合とは言えない¹²。後記 2-4 でも考察するように、客観的に所有者的な支配があり、それに伴う意思もあることから、窃盗罪が成立すると考えるべきである。

2-4 客観的な「所有者的な支配」を基準とする根拠

このような客観的な「所有者的な支配」があるかを基準として類型化する認定判断枠組みについては、客観化することによる明確さはあるものの、その根拠に合理性はあるのかどうか、これによって窃盗罪と毀棄隠匿罪とが区別されることが十分に説得的かどうかについては、一定の批判も向けられるだろう。なぜなら、客観的な「所有者的な支配」というのは、窃盗罪と毀棄隠匿罪を客観的な占有取得の有無によって区別する利用処分意思不要説と異ならないようにも思われるからである。窃盗罪も毀棄隠匿罪も、ともに財産犯であり、元の所有者ないし占有者の財産権を侵害することに違いはないから、占有取得の有無だけで窃盗罪には毀棄隠匿罪よりも重い法定刑が定められていることの違いを説明するのは困難のように思われる¹³。

しかし、前記 2-3 の類型化における第 1 類型は、あくまで客観的な所有者的な支配が明らかな場合は、当然に「所有者的な支配の意思」も伴うものであるとして、判断を簡略化したままであり、利用処分意思を不要とする考えではない。そして、第 3 類型のように、客観的な所有者的な支配が不明確な場合は、物それ自体から直接利得しようとする意思があるかどうかを具体的に判断する必要がある。したがって、その物自体から利得しようとする利欲性に責任非難を見出し、窃盗罪に重い刑を科すことを正当化することができると思う。

¹² もっとも、客観的な所有者的支配の有無も、客体の性質や直後の保管方法などの間接事実を総合して決するため、その判断が容易でなく、もっぱら毀棄隠匿目的かどうかの認定をする必要がある場合もあり、その場合は第 3 類型として、主観面の判断をすることになる。そのため、第 1 類型に分類することが絶対的な意味を持つわけではなく、あくまで主観面に着目する必要性が高い類型を第 3 類型として抽出しているに過ぎない。

¹³ 松原芳博「刑法各論 [第 3 版]」(日本評論社、2024 年) 232 頁以下参照。

前記2-3で、嫌がらせ目的で商品を持ち出し、それを自宅で破壊した例を第1類型であると説明したが、嫌がらせ目的で商品をその場で破壊した場合と、商品を自宅に持ち帰ってから破壊した場合とでは区別される¹⁴。前者については、客観的な所有者的支配がなく、もっぱら毀棄隠匿の意思である場合の第2類型に当たるため、器物損壊罪が成立する。他方で、後者については、最終的には同じ嫌がらせ目的であり、個人的に利用して結果として何か財産的な利益を得たわけではないが、客観的な所有者的支配が認められることから、器物損壊罪よりも重い窃盗罪が成立する。たしかに、窃盗罪について、その利欲性を根拠に高度の責任非難を向けるのであれば、自宅に持ち帰ったとしても破壊した場合には利欲性に欠け、窃盗罪に値する非難を向けられないようにも思われる。しかし、財物を持ち去ってから毀棄に至るまでに間隔がある場合、特にそれが商品であった場合には、その財物の利用可能性は継続する。中には、後記3-2で紹介する東京高判平成18年のように、嫌がらせ目的で全く利用可能性がない被害者個人の物を持ち出した場合など、所有者的支配の意思を認められないこともあるだろう。しかし、それが店で販売されていた商品であれば、利用可能性はあり、占有移転時に着目すれば、占有を取得することによって任意に処分できる利益を得るという「直接の利得」及びその意思を観念することができる。また、客観的に窃盗と区別がつかない占有取得状況であれば、一般予防の見地からも、毀棄罪よりも強い責任非難に値するであろう。したがって、このような場合も、客観的な所有者的支配及びそれに伴う所有者的支配の意思があるとして窃盗罪の成立を認めるべきである。利用処分意思が一見ないように思われる事例でも、その内容を占有移転時における物から直接利得する意思であると捉えれば、物を手元に保管する利益やその後任意に処分することができる利益なども広く含まれるのである。

3. 類型ごとの裁判例の考察

3-1 客観的に所有者的な支配がある場合

最初に、客観的に所有者的な支配があり、所有的な支配の意思も問題なく認められる事案を考察する。山形地判平成20年¹⁵は、被告人らが被害者から自動車や財布を強奪した強盗致傷等の事案である。被告人は、財布の奪取につき、被害者を困らせることが目的であった旨述べ、車についても被害者の足をなくす目的であったとして、不法領得の意思はないと主張した。しかし、被告人は、

¹⁴ 松原・前掲注(13)233頁は、両者の場合で違法性や責任に有意な違いはなく、刑の重さが変わることに合理的な理由は見出し難いと批判する。

¹⁵ 山形地判平成20年3月26日LEX/DB28145294。

本件財布や本件車の鍵を被害者から奪い取った後、その鍵を用いて本件車を自ら運転して、被害者を置き去りにするために本件犯行現場から移動するなどしている上、本件犯行後、それまで保管し続けていた本件財布内の現金を自己のものにしていた。問われるのは、占有移転時の所有者的な支配であるが、この事案では、事後の利用状況という間接事実から、占有移転時に所有者的な直接利得の目的があったことは容易に認定することができ、本件は客観的に所有者的な支配が認められる事案である。たしかに、その後本件車の損壊行為に及んでいることから、被告人らの本件車を奪取する目的が逃走用、つまり自分たちのために利用することでないことが他方で認められるものの、「このような器物損壊という犯罪行為を目的として、これを実現するために本件車の占有を被害者から奪い、約 1.5 キロメートルもの距離を走行させる行為」があったと認定されている。被害者を置き去りにすることは間接的な動機であり、物に対しては器物損壊の目的を持って、約 1.5 キロメートルの間、車を実際に利用していることから、客観的に所有者的な支配意思が認められる¹⁶。前記 2-3 及び 2-4 で言及した、商品を持ち去った上で、自宅で破壊した場合と類似の事例と言えよう。したがって、もっぱら毀棄・隠匿目的で奪取したとも言えない。本判決は、もっぱら毀棄・隠匿目的で奪取した場合、特段の事情があるとして、不法領得の意思の推認が覆されることを示唆してはいるが、本件では、特段の事情は認められない。本件は、所有者的な支配の意思が客観状況から認定された事例であり、このような場合、不法領得の意思は毀棄・隠匿の意思の場合を排除するという消極的な意義しか持たないということも確認できる。

このような客観状況からの推認を突き進めていくと、東京高判平成 21 年¹⁷にたどり着く。同判決は、収納棚の上に店の従業員が置いていた携帯電話機を窃取したという事案で、被告人の主観面、目的を特に認定することなしに窃盗罪を認めている。判決は、「社会的に高度に有用な有価物である本件携帯電話機を他人の占有を奪う形でその占有を取得して自己の服の中に隠匿し、本件携帯電話機が置いてあった場所から密かに立ち去ろうとし」たという客観状況を認定し、そこから不法領得の意思を優に推認することができると述べている。被告人は、「携帯電話機を使ったことも、使う必要もなく、その操作方法も知らないし、そもそも携帯電話機が嫌いであり、使う意思もなかった」などと徹底的に利用処分意思を否定する主張をしたが、このような主張では推認は覆らない

¹⁶ なお、実際に車を使用したことは、所有者的な支配及びその意思を推認する重要な間接事実であるが、占有移転後の事情であるから、そこから必ず所有者的な支配の意思が認定されるわけではなく、あくまで所有者的な支配の意思は、占有移転時に必要とされる実体要件である。

¹⁷ 東京高判平成 21 年 7 月 1 日判タ 1308 号 308 頁。

とされた。客観的な所有者的な支配が明白な場合は、具体的な利用目的も認定されず、目的が不明であっても客観状況を重視して不法領得の意思を認めていると言える。本判決の解説では、「スリや万引きといった典型的な盗犯の手口の事犯では、不法領得の意思の不存在を理由として窃盗の成立が否定されるのは容易に想定し難いところであって、不法領得の意思の存在を窃盗罪の成立要件として殊更検討する必要性が高いとはいえない」とまで書かれている¹⁸。現に社会的に利用価値のある携帯電話機を持ち主の意に反して奪っていることから、被告人の主観よりも、客観的な所有者的な支配が重視されており、まさに不法領得の意思の形骸化を示すものとも言えよう。

3-2 客観的に所有者的な支配がない場合

次に、客観的に所有者的な支配がないと認められる場合については、不法領得の意思も否定される。第2類型に当てはまる事例として、金庫窃盗の際に防犯カメラのビデオレコーダーを持ち去った広島高判令和元年¹⁹がある。本件では、レコーダーと使用時には一体の物である電源とディスプレイを残し、レコーダーのみをコードが損傷するような形で持ち去ったため、物理的に利用可能性がなく、所有者的な支配がないことが認められる。しかも、実際に被告人が持ち去った直接の目的を考えると、自分達の姿が録画されている可能性のある防犯カメラのレコーダーを毀棄・隠匿して映像を隠滅することであり、もっぱら毀棄・隠匿の意思だったことが分かる。既に客観状況から、物自体から利得する意思のないことも推認可能であるが、本件ではもっぱら毀棄・隠匿の意思であったとして、所有者的な支配の意思も否定されたと言える。

また、強盗致傷後に被害者から携帯電話機2台及び自動車の鍵を取り上げて破壊した事案である松山地判平成19年²⁰では、取得後直ちに破壊したものの、破壊した携帯電話機を廃棄せずに保管していた。しかし、破壊された携帯電話機であるから、物から生じる直接の利益はなく、所有者的な支配は認められない。被告人が取り上げた目的も、逃走や警察への通報を妨げること、言い換えれば、被害者が使用できないようにすることであるから、もっぱら毀棄・隠匿の意思であったと言えるため、所有者的な支配の意思が認められない類型である。

さらに、嫌がらせ目的で、被害者のあわび漁に使用していたジャージ1着や被害者所有の自動車の右サイドミラーの鏡の部分等を持ち出して投棄した東京

¹⁸ 匿名解説「判批」判タ1308号309頁。

¹⁹ 広島高判令和元年6月20日LEX/DB25563721。

²⁰ 松山地判平成19年7月19日LEX/DB28135424。

高判平成 18 年²¹の事案も、心理的にも物理的にも利用可能性がなく、被告人自身が使用することが想定できない物であり、しかも持ち去った直後に投棄していることから、所有者的な支配は認められない。この事案も、もっぱら毀棄・隠匿の意思しかなかった場合であるとして、所有者的な支配の意思はないと認定することができる。

3-3 客観的に所有者的な支配が不明確な場合

最後に、客観的に所有者的な支配が不明確であり、行為者の所有者的な支配の意思という主観面の認定が特に必要となるのは、どのような場合かを見ていく。まず、新潟地判令和 5 年²²の強制性交等致傷（現・不同意性交等致傷）後のスマートフォンとショーツの持ち去りの事案では、持ち去ったスマートフォンを操作したのか、そもそも使うことができたのか、また、ショーツをその後どのように利用・処分したかも証拠上不明な事案であり、客観状況からは所有者的な支配を認定することができない。そこで、主観面に着目すると、被告人の目的は、指紋や汗が付着している可能性を考慮して犯行発覚を防ごうとしたこと、あるいは、被害者が直ちに通報することを防ごうとしたことであると考えるのが合理的である。つまり、被害者に使用させないようにすることや、その物自体の毀棄・隠匿を意図していたと考えられる。したがって、本件では、もっぱら毀棄・隠匿の意思の場合として、所有者的な支配の意思が認定されなかったのではないかと考えられる。

次に、口座買取業者への譲渡目的で開設した口座の通帳等を取得後に裁断して詐欺罪が問題になった事案²³について取り上げる。口座買取業者側は、インターネット・バンキングさえ利用できれば良いため、被疑者に対し、インターネットサービス利用者カード（以下、「利用者カード」という。）を受け取った後には、通帳及びキャッシュカードを裁断し、その写真を口座買取業者に送信することを求めた。被疑者は、通帳等が不要になった時点ですぐ裁断しており、利用可能性がないものを破壊後に持っていたも、前記 3-2 で紹介した松山地判平成 19 年のように、所有者的な支配はないとも言える。しかし、利用者カード到着までの 3 日間は、完全に毀棄することは決していなかったのであり、口座名義人としては再発行も可能となることを考え合わせると、所有者的な支配があったようにも見える。そのため、客観状況からは、所有者的な支配が不明確な事

²¹ 東京高判平成 18 年 4 月 3 日高刑速平 18 号 84 頁。

²² 新潟地判令和 5 年 2 月 27 日 LLI/DB L07850204。

²³ 本田恭子「第三者に譲渡する目的で口座開設したものの、通帳等については廃棄を前提としていた場合に、詐欺罪の不法領得の意思の存否を検討した事例」研修 832 号 89 頁以下掲載の平成 28 年の事件（公刊物未登載）。

案である。そこで、被疑者の主観面を検討すると、最初から裁断するつもりであったものの、それまでの間、口座名義人としての地位が化体された通帳²⁴及びキャッシュカードを支配する意思はあったと言える。利用者カードの入手までは通帳等を廃棄することはしないのであり、手元に置いておくこと自体、物自体から直接利得していると言える場合である²⁵。したがって、この事案では、後に口座買取業者から報酬を得るといった間接的な動機から利得目的を見出さなくとも、物自体から直接利得する意思があったと言え、所有者的な支配の意思を認めることができる。実際の事件の処分としては、通帳等については不起訴となっており、客観的に所有者的な支配が不明確な通帳等を詐欺の客体に加えなくとも、同じ口座にかかる利用者カードの詐欺罪で起訴すれば、刑政の目的は達せられると判断されたのであろう²⁶。しかし、本件では、裁断された通帳等についても、所有者的な支配の意思を認めて不法領得の意思を肯定することができることを確認することができる。

このように、客観的な占有取得態様や状況に着目すれば、事例を3つの類型に分けることができるが、客観状況のみでは所有者的な支配を認定できない第3類型の場合に、所有者的な支配の意思が問題となり、その有無が領得罪の成否を分けることが分かる。多くの事案で、客観状況から不法領得の意思が推認されており、主観的な構成要件としての不法領得の意思は形骸化していると言えるが、やはり領得罪に必要な実体要件であると言える。また、客観状況から所有者的な支配が不明確な事案であり、直接的な利得の意思が認められずに不法領得の意思が否定された最決平成16年の意義も再確認することができる。

4. 精算前の持ち出し等の事例の検討

4-1 精算前の持ち出し事例

(1) 不法領得の意思を肯定した事例

ここでは、実際の裁判例で有罪・無罪の結論が分かれることが多い精算前の持ち出し事例について、不法領得の意思の認定判断の3類型を踏まえて考察す

²⁴ 通帳の財物性を認めたものとして、最決平成14年10月21日刑集56巻8号670頁。

²⁵ 本田・前掲注(23)93頁以下では、ほかにも、通帳やキャッシュカードの発行・交付と一体となっている暗証番号入力行為をすることによってはじめてインターネット口座を利用できるため、通帳等から生じる実質的な効用を享受する意思があることや、通帳等の保持は、同口座のインターネットバンキングを利用する正当な権利者であるとの外観を作出するための行為であり、これも通帳等から生じる効用であることなどの、利用処分意思を肯定する理由が紹介されている。

²⁶ 本田・前掲注(23)95頁。

る。広島高判令和 4 年²⁷は、店の商品である財布等を店舗外に持ち出し、自己の所持していたトートバッグ内の自己の所持品の上に置いた上、当該トートバッグをコインロッカー内に入れ、施錠をしてその場を離れた事案である。この事案では、客観的に、自己のトートバッグの中に入れ、自己の所持品と一緒に自己の管理するコインロッカー内に入れたという事情がある。被害者の許容しない持ち出しをしている上、利用可能性もあることから、所有者的な支配を認めることができる。判決は、「たとえ代金支払の意思や返還の意思があったとしても、被害者の意思に反した許容されない態様での持ち出し」と述べており、被告人には権利者が許容しない支配をする意思、つまり所有者的な支配の意思があったことも認められるが、この事案は、客観的に所有者的な支配がある場合であり、第 1 類型として、容易に不法領得の意思を認定することができる。

(2) 不法領得の意思を否定した事例

これに対し、未精算の商品を店外に駐車してあった車まで持ち出した高松地判令和 6 年²⁸の事案では、未精算の商品を外側から見えない場所に隠匿して建物外に持ち出しているため、被害者の意思に反した許容されない態様での持ち出しであり、客観的に所有者的な支配を認めることができるだろう。しかし、同事案の判決は、精算のため車内の 1 万円札を取りに戻るためだったという被告人の弁解を排斥することができないとして、不法領得の意思を認めなかった。被告人の主観面を考えると、ごく短時間の一時持ち出しの意思に過ぎず、被害者に財産的損害を与える意思もないので、被害者の意思に反した許容されない持ち出しという所有者的な支配の意思がないと言えるかもしれない。あるいは、所有者的な支配があったとしても、一時的であるから、不可罰な程度と判断されたのかもしれない。

しかし、本件は、客観的に所有者的な支配がある場合であり、第 1 類型として不法領得の意思を認めることができたのではないと思われる。店内の商品を精算せずに持ち出しているため、外観は典型的な万引き事案である。本件で、客が商品を断りなく出入り口から 10 メートル以上離れた自動車まで持ち出した上で、戻ってきて支払うということを被害者が許容するとは現実的に考えられず、また、隠匿して持ち出した態様からも被害者の許容しない占有移転をする認識はあったはずであるから、所有者的な支配の意思を認めることができる。本件のような事例で、被告人の後払いの弁解が通り、不法領得の意思がないという結論に至るのであれば、多くの万引き事案において、窃盗罪が成立しなく

²⁷ 広島高判令和 4 年 4 月 21 日 D1-Law28301613。

²⁸ 高松地判令和 6 年 1 月 23 日 LEX/DB25597068。

なってしまうのではないだろうか。判決文からは、商品をトートバッグに入れて持ち出したことに関する被告人の供述については、「現金を取りに行くだけなら問題ないだろうと考え」たといった内容しか読み取れないが、なぜ隠して持ち出しても問題ないと思ったのかについて追及し、被告人供述の不合理な点を明らかにすれば、そのような行動自体が所有者的な支配の意思の現れであるとして、不法領得の意思も認められたのではないかと思われる。店側の許可なく未精算の商品を店外に持ち出しながら、所有者的な支配の意思が否定されるのであれば、窃盗罪の成立範囲を不当に狭めることになるだろう²⁹。

4-2 動画撮影目的の事例

名古屋高判令和3年³⁰は、ユーチューバーであった被告人が、スーパーマーケットで魚の切り身を代金支払い前に嚥下して費消した事案である。精算前の商品を費消した点では、商品の万引きと類似した状況であり、第1類型の事案として客観状況から所有者的な支配を認め、それに伴う所有者的な支配の意思も容易に認定することができるのではないだろうか。以下、不法領得の意思のうち、権利者排除意思と利用処分意思のそれぞれの観点から考察する。

まず、権利者排除意思の観点から見ると、食べ物を嚥下するということは、完全に占有を移転させ、二度と元に戻せない状態にすることである³¹。直後に支払う意思があったとしても、それは占有移転後の話であり、そのような後払いを店側は許容していない³²。判決の述べる「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いとはもはや社会通念上別個のもの」という部分は、使用窃盗のように一時的な占有侵害に

²⁹ なお、神戸地判平成29年9月28日 D1-Law28253874 は、車椅子を押して歩いていた被告人が、レジ袋に商品を入れて店舗外の南側通路を通行した事案であるが、「占有者の意思に反して本件各商品の占有を取得する認識に欠けていた、あるいは、代金を支払うまでのごく短時間だけ自らが本件各商品の占有を取得する意図はあるが、権利者を排除する意思はなかった」として、窃盗の故意ないし不法領得の意思が認められなかった。この事案は、そもそも客観状況から、支払いに行く途中であったと言える、あるいは、未精算の商品を隠匿する意図を有していたとは認定できない事案であり、本判決の事実認定をもとにすると、無罪は妥当である。第1類型に該当するにもかかわらず、不法領得の意思が否定された高松地判令和6年とは事情が異なる。

³⁰ 名古屋高判令和3年12月14日前掲注(3)。

³¹ 高橋直哉「判批」法学教室 505号（2022年）140頁は、本件では、「占有侵害自体が財物の利用可能性を直ちに侵害する行為となっている点に特徴がある」とする。

³² 橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣、2022年）163頁は、支払前に飲食・費消するような行為が横行すれば店の営業は混乱するし、そもそも、商品の飲食・費消後に確実に代金を取得できる保証はないとし、「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』の遵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」と指摘する。

過ぎないとして権利者排除意思がなかったとされるような事案ではないことを示していると言えよう。この点、直後に支払うのであるから、被害者側に実質的な被害はないとして権利者排除意思がないと捉える見解もあるが³³、店の商品である限り、あくまで予定される対価交換の時点を基準に、その時点とは異なる時点での占有移転時の権利者排除意思の有無を検討すべきであろう³⁴。レジで代金の精算を行う前、すなわち店側が商品の占有移転を許す前に費消すれば、それは店側の許さない所有者的な支配にほかならない³⁵。

また、利用処分意思の観点から見ても、食べ物の占有を移転するだけでなく、食べ物を食べ物として摂取しているのであるから、食べ物から直接の利益を得ていると言える。判決は、『…飲食可能な食品の処分方法として本来的なものである』かどうかといった形式的な検討にとどまらずと前置きしつつも、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ための行為であることを指摘しているが、これは切り身自体の占有を取得しても得られない効用であり、切り身を（代金支払い前に調理もせずに）「摂取する」ことによる間接的・副次的な利益であると言えよう³⁶。魚の切り身を撮影しても面白い「絵」にはならず、直接の利益は「食す」ことで得るのである。被告人は、それを食すことを欲していたのであり、それが本来の食べ方であったのか、味わたったのかなどは、直接の利益の判断には影響しない。そして、その摂取した行為が結果的に面白い「絵」を生むのであるが、直接の利益は、占有移転時の直接の行為、すなわち切り身という財物自体の嚥下から観念することができる。本判決は、切り身という財物から得ようとした直接の利益が「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』」であるように読める点で、最決平成 16 年が利用処分意思に求めた「物の占有取得により直接生じる効果を得ようとする意思」と合致していないように思われる。本判決の述べるような効用であれば、切り身をパックから取り出して床に投げ

³³ 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』一名古屋高判令和 3・12・14 を素材として」立命館法学 399=400 号 (2021 年) 889 頁以下、大塚雄祐「代金精算前の商品の費消と窃盗罪の成否」早稲田法学 98 巻 3 号 174 頁。

³⁴ 足立友子「判批」臨増ジュリ 1583 号 (2023 年) 135 頁は、「事後的に一方的に支払われるのは、代金ではなく弁償にすぎない」と指摘する。

³⁵ 日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ「不法領得の意思の再検討」における松本圭史会員報告では、管理者が財物の利用に関してルールを設定しているにもかかわらず、そのルールに反して財物を利用・処分することで管理者による自由な財物の利用・処分を妨げる場合にも、権利者排除意思の内容をなす「利用妨害」が生じうるとの見解が述べられており、参考になる。

³⁶ 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」北大法学論集 74 巻 4=5=6 号 666 頁以下は、面白い「絵」は「間接的」享受であると指摘し、本件では利用処分意思を否定すべきであるとの見解を述べる。

捨てる毀棄行為を撮影した場合であったとしても、切り身という財物自体を用いて効用を享受する意思を有していたと認めることができってしまうことになりかねず、妥当でない。

本件は、占有移転（費消）時に、権利者排除意思の観点からも、利用処分意思の観点からも、所有者的な支配の意思を認定することができることから、不法領得の意思が認められる事例である。万引きのような典型的な盗犯事案ではないものの、結局はスーパーマーケットの商品が対象となっている以上、客観状況から所有者的な支配が認められ、それに伴う所有者的な支配の意思も肯定される第1類型に当たる事例であると整理することができる。

4-3 小括

精算前の商品の持ち出し（あるいは、費消）事例では、客観的な占有取得状況、つまり所有者的な支配状況から不法領得の意思（所有者的な支配の意思）を認めることが可能である。精算前の持ち出しは通常許されないことに照らせば、客観的に完全な占有移転を認めることができれば、不法領得の意思も認めることができるのである。そして、後払いの意思があったとの主張については、それが真に所有者的な支配の意思がなかった場合なのか、単なる弁済であって客観状況から所有者的な支配の意思を認定することができる場合なのかを見極める必要がある。後払い弁済を許せば、多くの万引き事件で不法領得の意思が認められなくなり、窃盗罪の成立範囲が不当に制限されるおそれがある。

5. 服役目的等の動機がある事例の検討

5-1 服役目的で万引きした事例

裁判例において、有罪・無罪の判断が分かれている事例として、被告人が服役目的で万引きした旨主張する事案がある。まず、広島地判昭和50年³⁷⁾は、被告人が、刑務所で服役することを企図し、無施錠の自動車からステレオパック等を持ち出し、その足で約100メートル以内の距離にある派出所に出頭して自首したところ、即日被害品は被害者に仮還付されたという事案である。判決は、「自己を窃盗犯人とするためまさしく他人の所有物としてふるまった」ものであり、占有侵害は一時的のことであって、「一時的にせよ権利者を排除する意思はなかった」と認定し、服役目的だった被告人の権利者排除意思を否定した。

これに対して、広島高松江支判平成21年³⁸⁾は、被告人が生活費を増やそうと

³⁷⁾ 広島地判昭和50年6月24日刑事裁判月報7巻6号692頁。

³⁸⁾ 広島高松江支判平成21年4月17日高刑速平21号205頁。

いう意図のもとにコンビニエンスストアで強盗未遂を働いた事案であり、「刑務所に入ることも頭の一部にあったとは認められるが、それは、失敗したときは刑務所に入ることを想定していたことが窺われる程度であって、専ら刑務所に入ることをのみを目的として本件犯行に及んだとは認められない」とした上で、「奪った現金を自首の際にそのまま提出するつもりであったというのは、要するに他人の財物を奪って所有者として振る舞う意思であったことに何ら変わりはなく、単純な毀棄又は隠匿の意思をもってする場合には当たらないから、不法領得の意思を否定することにはならない」と判示した。他方で、さいたま地川越支判平成 21 年³⁹⁾は、コミック本 30 冊を手提げバッグに詰めて万引きした事案であるが、もっぱら検挙される目的であると認定しながらも、被告人が自主的に被害者に返還することや警察に自首することを考えていなかったからコミック本が被害者に安全に返還されるかどうかは相当に不確定的であったなどとして、権利者排除意思を認定し、不法領得の意思を認めた。さらに、東京高判令和 3 年⁴⁰⁾は、刑務所に入れば食事や休む場所を確保できると考えて万引きしたという事案であるが、判決は、「刑務所に入るために万引きしたと供述しているものの、書籍①を持って直ちに自首することなどは考えておらず、検挙時まで、書籍①を自己の支配下に置こうとしていたというのであるから、権利者を排除し、これを保管する意思に基づいた行為に及んだものと認められ、不法領得の意思に欠けるところはな」と判示した。

これらの事案を比較すると、同じように服役又は検挙目的を主張する被告人に対し、広島地判昭和 50 年のみ、権利者排除意思を否定して無罪としており、その他の裁判例では、権利者排除意思や保管する意思といったものを認めている。そこで、これらの服役目的が主張された事例についても、客観状況に着目してみると、いずれも客観的に「窃取行為」があり、被害者の意思に反する許されない態様での占有移転がある上、検挙時まで自己の支配下に置く行為が認められる。ただし、広島地判昭和 50 年については、約 100 メートル以内の距離の派出所まで持ち運んだだけであり、何ら利用していない状況であるため、「他人の所有物としてふるまった」とされ、所有者的支配が否定されたと言える。次に、所有者的支配の意思があるかどうかについて検討すると、広島地判昭和 50 年を除いて、直ちに自首するつもりはなく、被害者に財物が安全に返還されない可能性が高い状況であった⁴¹⁾。そして、財物から直接利得する意

³⁹⁾ さいたま地川越支判平成 21 年 6 月 22 日公刊物未登載（神山千之「専ら検挙されるためにした財物奪取行為と窃盗罪における不法領得の意思」判タ 1336 号（2011 年）30 頁参照）。

⁴⁰⁾ 東京高判令和 3 年 7 月 16 日高刑速令 3 号 229 頁。

⁴¹⁾ 神山・前掲注(39)30 頁は、さいたま地川越支判平成 21 年を「コミック本が被害者に

思があったかどうかについては、検挙時までその物を「保管する意思」が認められる。行為者としては、財物をその用法に従って使用しないとしても、検挙時に自己の犯罪の証明手段として示す必要があり、検挙前に手放すわけにはいかないのであるから、毀棄・隠匿の意思はない。直接の目的は、「窃盗犯」としてではあるが、物を手元に置くことであり、その物自体を必要としていることから財物から利得する意思が認められる。仮に検挙されて刑務所に入ることになれば、服役目的も達することができるが、それは窃盗後の間接的な効果に過ぎない。したがって、服役目的も併存するかもしれないが、外形的に商品の占有を移し、窃盗犯として財物を手元に置くこと自体から、検挙されるまで所有者的な支配をする意思が認められる。さいたま地川越支判平成21年のように、もっぱら検挙されるためであったとしても、窃盗の外観を作出した点で所有者的支配を満し⁴²、不確定な検挙まで手元に置く意思から所有者的支配の意思も満すため、不法領得の意思を認定することができる。すなわち、被告人の望む検挙については、窃盗後の派生効果として実現する可能性があるにとどまり、「もっぱら検挙目的」であったとしても検挙は財物から直接得られる効果ではない。あくまで財物から直接利得する意思があるかどうかが重要であり、服役や検挙されるための手段としての窃盗であったとしても、窃盗の対象となる客体の占有取得は不可欠であり、そこに利得を見出すことができる。

5-2 拾得者を装った事例

服役目的と類似の考え方をすることができる事例として、被告人が被害者と交際するきっかけを掴むために、拾得者を装って電話で被害者に接触する目的で、被害者の身元の分かる書類などが入っていると思った財布を奪ったという東京高判平成19年⁴³がある。この被告人の行為は、外形上は典型的な盗犯の手口であり、被害者の意思に反する占有取得である。したがって、この事例でも、客観的な占有取得状況から、所有者的な支配を認めることができる。そこで、被告人の主観についても見てみると、金銭的な利欲目的はなく、「拾得者」としての地位を欲していたことが分かる。また、身元の分かる書類から被害者の身上等の個人的な情報を見るつもりであったことが分かる。したがって、被告人にとっては、拾得物としていずれ返還することになるとしても、それまでの間、被害者の財布等を自己の支配下に置くこと自体が直接の利益になるのである。

安全に返還されない可能性を軽視できず物の利用可能性の阻害の程度が大きい」として権利者排除意思を認めたものと解する。

⁴² したがって、服役目的の事例は、客観的に所有者的な支配がある第1類型に当たると言える。

⁴³ 東京高判平成19年3月16日高刑速（平19）年147頁。

本件では、拾得者として財布を自己の支配下に置く意思から、所有者的な支配の意思を認めることができる。この事案も、客観状況に照らせば、第 1 類型として、容易に不法領得の意思を認めることができる。

5-3 小括

窃盗とは別に服役等の動機がある事案では、不確定ながら返還の意思があり、服役等の目的も、物それ自体から利得する意思とは異なるように思われるが、その目的達成のためには「所有者的な支配」という客観状況を作出することが不可欠である。そして、窃盗を行う意思で窃盗を行っているのであるから、不法領得の意思を特段問題にしなくとも、所有者的な支配も所有者的な支配の意思も満たすことになる。

そうであれば、広島地判昭和 50 年は、自首目的を認めて不法領得の意思を否定したが、窃盗の外観を作出すること、つまり、客体たる財物を自己の支配下に置くこと自体が利益になるのであるから、一時的にでも所有者的な支配及び所有者的な支配の意思があったとして、そして、服役することは間接的に得られる効果に過ぎないとして、不法領得の意思を認めるべきだったのではないだろうか。

何かを装う事例や、行為から通常考えられる目的とは異なる目的を持つ事例では、被告人が「直接の利得目的がなかった」かのように弁解しているかもしれないが、不法領得の意思は、占有取得時の客観的な行為に対応する意思であり、客観的に所有者的な支配があれば認定することができる場合（第 1 類型）が多い。所有者的な支配の意思は、別の間接的な目的や動機があっても否定されないものであるから、その有無を判断するには、派生する間接的な効果ではなく、財物の占有取得の直接の目的は何であるのかを認定する必要がある。その直接の目的は、単に「保管すること」、「手元に置くこと」などでも良く、物それ自体から直接生じる利益を得る目的であることが重要である。

6. おわりに

以上で検討したとおり、不法領得の意思については、その内実は「所有者的な支配の意思」と整理することが可能である。この「所有者的な支配の意思」と捉える見解は、裁判例において、客観的な所有者的な支配があれば、そこから所有者的な支配の意思が推認されており（第 1 類型）、多くの場合、不法領得の意思が何ら問題なく認められていること、また、本稿で取り上げた各裁判例で認定された不法領得の意思の最低限の共通項として「所有者的な支配の意思」を読み取れることから導き出したものである。実際の裁判例において

は、「権利者排除意思」と「利用処分意思」の2つの観点から検討されており、本稿では、それらの観点を無視した統一的な不法領得の意思の解釈を新たに提案したわけではない。毀棄隠匿罪との区別が問題になる場面、不可罰の使用窃盗との区別が問題になる場面はそれぞれ存在しており、不法領得の意思という主観的構成要件がそれぞれの場面で必要となるという判例実務の考え方を基礎としている点で、本稿はあくまで判例分析をしたものにほかならない。

しかしながら、近年話題となった前記4-2で考察したユーチューバーの事件など、不法領得の意思を認めるかどうかの見解が分かれる事案が多々あることから、本稿では、不法領得の意思という主観的構成要件の必要性と、その認定判断において重視すべき事柄の再検討を試みた。窃盗罪の成立を判断する際には、不法領得の意思という占有移転時に要求される実体要件を満たすかどうかを、複数の間接事実から適切に判断することが重要である。被告人が「すぐに返還するつもりだった」、「嫌がらせ目的であり、使うつもりはなかった」、あるいは、「服役目的だった」などの主張をしていても、それは、例えば、「捕まったら、すぐに返還するつもりだった」、「見つかったら、すぐに支払うつもりだった」、「捕まって、刑務所に入ることになってかまわないと思っていた」といった意味であったり、「まだ使っていなかったから、使うつもりはなかった」と言っておこう」といった事後の言い訳の心境に過ぎなかったり、所有者的な支配の意思とも併存するものであるかもしれない。このように不確かな被告人の主張や弁解から、占有移転時に「権利者を排除する意思はなかった」、「利用処分する意思はなかった」などと認定すべきではない。したがって、所有者的な支配の意思を判断する際には、事後の事情も含む間接事実を検討する必要があるが、あくまで認定すべきは、第1に、客観状況に照らして「所有者的な支配」行為があるのかどうか、第2に、その行為時に「所有者的な支配の意思」があるのかどうかである。そして、不可罰の使用窃盗との区別が問題となる場面では、その物の性質や販売方法、保管方法等に照らして、占有移転後に利用可能性があるのか、あるいは、本来の所有者の意思に反した占有移転かどうかなどに照らして判断する必要がある。また、毀棄隠匿罪との区別が問題となる場面では、その物から直接利得する意思があるのかどうか、あるいは、被告人の主張する服役等の目的は、財物窃取後に派生して生じる間接的な利益を得る目的に過ぎないのではないかなどを適切に判断する必要がある。

最後に、ドイツ刑法における領得意思を研究した上で、不法領得の意思を「自己の財産に組み入れる意思」と解する見解⁴⁴については、本稿で述べた「所有者

⁴⁴ 穴沢大輔「領得罪の『通説』」法セ821号（2023年）23頁以下、同「窃盗罪における権利者排除意思について」高橋則夫ほか編『長井圓先生古稀記念 刑事法学の未来』（信山社、2017年）361頁以下、同「不法領得の客体について——いわゆる返還事例を念

的な支配の意思」を導き出す際にも参照しており、共通する点がある。しかし、本稿では日本の判例分析から、権利者排除意思については一時的な排除についても権利者の意思に反している点を捉えて広く認める考え方を導き出しており、ドイツ刑法よりも広く処罰されることになるだろう。また、占有取得を伴う毀棄隠匿罪について、窃盗罪との刑の違いをどう正当化するか⁴⁵については、前記 2-4 でも若干検討したところではあるが、違法性・責任の観点に立ち返った本質的な研究が必要であり、今後も検討を重ねていきたい⁴⁶。

やまなかじゅんこ（本学法学部准教授）

頭に」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』（信山社、2014 年）485 頁以下、樋口亮介「不法領得の意思」研修 891 号（2022 年）18 頁以下参照。ほかに、日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ「不法領得の意思の再検討」における荒木泰貴会員報告が参考になる。

⁴⁵ 松原・前掲注(13)231 頁以下注(42)及び 232 頁以下参照。松原芳博教授からは、日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ「不法領得の意思の再検討」においても、同旨及び関連の質問・指摘を受けており、今後の検討課題としたい。

⁴⁶ 日本刑法学会第 102 回大会ワークショップ「不法領得の意思の再検討」の記録については、『刑法雑誌』64 巻 3 号に掲載予定である。

