

窃盗と遺失物等横領とにおける「不法領得」

——大阪高判令和3・12・10および福岡高判令和3・3・29を素材に——

松 宮 孝 明*

目 次

1. 問題の所在
2. 窃盗罪と遺失物等横領罪とでの「不法領得」の位置づけ
3. 窃盗罪と遺失物等横領罪とでの「不法領得」の内容
4. むすびにかえて

1. 問題の所在

(1) 二つの裁判例

最近、窃盗と遺失物等横領とにおける「不法領得」の構成要件上の位置づけと内容を考えさせる二つの裁判例に出会った。大阪高判令和3・12・10 (LEX/DB25592203。以下、「①判決」と記す。)と福岡高判令和3・3・29 (LEX/DB25569468。以下、「②判決」と記す。)である¹⁾。

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) ②判決に対する評釈として、田中宏幸「判例紹介」研修878号(2021年)109頁、品田智史「判批」法学セミナー803号(2021年)116頁、十河太朗「判批」法学教室496号(2022年)130頁、小棚木公貴「判批」北大法学論集72巻6号(2022年)235頁がある。なお、①判決に対する上告は、令和4年3月16日の最高裁第1小法廷決定により「事案を異にする」として棄却されてしまった。認定事実はほとんど同じように思われるが、問題の所在が理解されなかったのであろう。①判決およびその上告審決定については、大阪弁護士会の山田徹弁護士に提供を受けた。記して謝意を表する。

(2) 訴因変更の要否と「縮小認定」

①判決は窃盗と遺失物等横領とにまたがる錯誤に関するものである。この事件の原判決(大阪地判令和3・8・6公刊物未登載)は、被告人が、パチンコ店のトイレに置いてあった現金および小銭入れ等の入ったクラッチバッグ(肩ひものついていない小型のハンドバッグ)を、その所有者が付近にいることを知らずに「占有を離れた他人の物」と認識して、自己の用に供する目的で持ち出した行為につき、窃盗の訴因で起訴された被告人に、本件クラッチバッグを置き忘れた被害者がすぐ近くにいることを認識していなかった被告人は遺失物等横領の故意で客観的には窃盗に当たる行為をしたものとして、訴因変更を経ることなく適条として刑法38条2項を示すこともなく、遺失物等横領罪²⁾を理由とする有罪判決を言い渡した。

これに対して、弁護人は、窃盗の訴因のまま刑法38条2項も適用せずに遺失物等横領の事実を認定することはできないとして控訴したが、①判決は、「占有離脱物横領罪は、他人の占有や信任関係などを侵害しない最も単純かつ基本的な財物領得罪・取得罪であり、他人の財物を取得する犯罪であるという点で、窃盗罪と共通する性格を有する。したがって、占有離脱物横領罪と窃盗罪との間に実質的な重なり合いを認めて、故意の認められる軽い罪である占有離脱物横領罪により処断した原判決の法令適用に誤りはない。」(下線筆者)と述べて控訴を棄却した。しかも、その際に、「本件において、占有取得がなければ、不可罰となるだけのことである。」とか、刑法38条2項の適示は不要であるとか、「原判決は、他人の占有下でない他人の財物を取得したとの限度でその主観を認定したものであり、いわゆる縮小認定の典型事例の一つといってよい。」などの気になる判示をしている。

この判決については、類似の事案に関する東京高判昭和35・7・15下刑

2) ①判決は、刑法254条の罪を「占有離脱物横領」と表記している。しかし、刑法254条のタイトルは「遺失物等横領」であり、今やこのタイトルも法律の一部であるから、本稿では、引用部分を除き、「遺失物等横領」という表記を用いる。

集 2 卷 7・8 号 989 頁が、「本件は、被害者 K の管理する原判示カメラ一台を、被告人が占有離脱物たる遺失物であると思って持ち出したものと認定すべき事案で、刑法第 235 条、第 38 条第 2 項、第 254 条を適用すべき場合であるが、刑事訴訟法第 312 条に従い、訴因及び罰条の追加、変更の手続を経た上でなければ、右のような事実の認定や法令の適用をなし得ないものと解せられる」と述べて、窃盗罪を認定した原判決を破棄し、事件を原審に差し戻したこととの関係が問題となる。ここでは刑法 38 条 2 項も適示されているほか、「訴因及び罰条の追加、変更の手続を経た上でなければ、右のような事実の認定や法令の適用をなし得ない」と明言されているのである。これは、①判決が刑訴法 405 条 3 号にいう「控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断」をしたことを意味するのではなからうか。

もちろん、高裁レベルの控訴審判決間での判例違反であるから、「事案を異にする」という理由での上告棄却では最高裁がどちらを妥当と判断したかはわからない。しかし、実体法的には、窃盗罪から遺失物等横領罪への評価替えは単なる縮小認定にとどまるのかという疑問が生じる。つまり、この評価替えは単なる縮小認定にとどまらないからこそ、東京高判昭和 35・7・15 は訴因の変更を命じたのではないかという疑問である。この疑問が妥当であれば、①判決は「判例違反」を理由に破棄されるべきであったと思われる。

(3) 「権利者」排除意思の意味

②判決もまた、遺失物等横領罪に関するものである。そこでは、被告人が、市営住宅西側駐輪場において、自己の用途に供する目的で、所有者から窃盗の被害届が出ており氏名不詳者が同所に遺留した自転車 1 台（時価約 1 万円）を、当初は概ね 1 時間程のうちには戻って来るつもりで同所から乗り去り、結局は 12 時間ほど本件自転車を利用することとなった後、警察官から職務質問を受け、本件が発覚した。原判決（福岡地判令和 2・9・28 LEX/DB25569467）は、「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、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』であると評価することは不可能ではない……。』という一般論を示しつつ、「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。」と述べて、被告人を無罪とした。その背景には、「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。」という考えがあった。

②判決はこれを否定して遺失物等横領罪の成立を認めたものであるが、その際、同罪に必要な不法領得の意思は「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」と述べつつ、「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」だとし、「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。」(下線筆者)と述べた。そして、「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看過したものというべきであって、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。」とし、「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。」(下線筆者)と断じたのである。

その上で②判決は、「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、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。」(下線筆者)とまで述べている。その際、「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。」という留保は付しているが、「権利者排除意思」と「自己の所有物として振る舞う意思」との関係は意識されていない。

さらに②判決は、「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ことの可罰性を『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。」と述べた上、「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」ことをして、「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。」と結論づけている。

しかし、「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」として、②判決が不法領得(の意思)の構成部分である「権利者排除(意思)」を遺失物等横領罪の構

成要素から除外することは、窃盗罪における占有排除(意思)が「窃取(の意思)」で表現されていることと矛盾する。というのも、遺失物等横領罪において不要なのは窃取とその意思であり、むしろ、窃盗罪における「権利者排除(意思)」はそれを超える意味を有していたはずだからである。

この点では、すでに名古屋高判令和3・12・14 LEX/DB25591557は、「被害者の意思に反した占有侵害であることを認識していたから不法領得の意思があると判断」することを「誤解」と評している³⁾。

あわせて、②判決が、被告人が約12時間にもわたり他人の自転車の無断使用を続けたという事実を挙げて「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」と推論したことには矛盾がある。結果的に約12時間にもわたる使用になったことは「1時間程度で返却」という意思が途中から変更されたとみるべきだからである。

ひょっとすると、②判決では、「横領した」という遺失物等横領罪の構成要件該当行為が不法領得そのものであることは理解されているが、窃盗罪において「窃取」という行為とその故意とは別に「権利者排除の意思」が要求されていることの意味が正しく理解されていなかったのではなかろうか。その背後には、遺失物等横領罪ばかりでなく委託物横領罪(刑法252条および253条)における不法領得およびその意思をめぐる問題も潜んでいるように思われる。

加えて、②判決やその原判決が「当初」すなわち被告人による自転車持出し時点の意思にこだわった背景には、「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

3) この名古屋高判令和3・12・14 LEX/DB25591557は、スーパーマーケットの「商品」である魚の切り身を店内で食べ、その約1分40秒後に当該「商品」のトレイをレジに提出してその代金を支払った事案につき、窃盗罪の成立を認めた原判決を是認したものである。その詳細と問題点については、松宮孝明「購入代金支払前の『商品』の費消と『不法領得の意思』——名古屋高判令和3・12・14を素材として——」立命館法学399・400号(2021年)2802頁を参照されたい。

と解して訴因を構成している」という事情があったようである。しかし、破壊やごく短時間の無断使用の目的での持出しなどのように「当初」は不法領得の意思なく他人の財物を持ち出したとしても、途中で気が変わって不法領得の意思を生じ、それに応じた財物の扱いをした場合に遺失物等横領罪が成立し得ることは、刑法学の常識に属することである。ここでは、「横領した」という遺失物等横領罪の構成要件該当行為は「当初」の持出しより後に存在するのである。したがって、ここでは、「横領した」の意味とその存在時点が問題となる。これは、「不法領得行為そのもの」と「不法領得の意思」との関係という点で、窃盗罪と遺失物等横領罪との構成要件の「重なり合い」の有無、ひいては①判決で問題とした窃盗から遺失物等横領への評価替えは「単なる縮小認定」ととどまるかという問題につながるものである。

2. 窃盗罪と遺失物等横領罪とでの「不法領得」の位置づけ

(1) 窃盗罪と遺失物等横領罪との構成要件の「重なり合い」？

そこで、まず、窃盗罪と遺失物等横領罪との構成要件の「重なり合い」の有無を検討しよう。刑法235条は、「他人の財物を窃取した者」を窃盗の罪としている。したがって、窃盗罪の構成要件該当行為は、他人の財物を「窃取した」ことである。判例と通説によれば、これに「不法領得の意思」すなわち「権利者を排除し他人の物を自己の所有物として（または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⁴⁾」が加わる。この要件が必要なのは、損壊目的での物の持出しと、「使用窃盗」すなわち無断一時使用目的での持出しを窃盗罪から排除する必要があるからだとされている⁵⁾。

4) 大判大正4・5・21刑録21輯663頁，最判昭和26・7・13刑集5巻8号1437頁。

5) 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会，1977年）207頁，大谷實『刑法講義各論〔新版第5版〕』（成文堂，2019年）209頁，211頁ほか。

これに対して刑法254条は、「遺失物等横領」と題して、「遺失物、漂流物その他占有を離れた他人の物を横領した者」をその要件としている。その構成要件該当行為は、他人の物を「横領した」である。そして「横領した」とは「不法領得の意思を発現する行為」すなわち「不法領得」そのものである⁶⁾。ここで気づかれるのは、窃盗罪には「不法領得の意思」で足り「不法領得の意思を発現する行為」は不要だということである。したがって、窃盗罪の構成要件が遺失物等横領罪のそれを包含するという関係にはない。すなわち、遺失物等横領罪の認定は、窃盗罪の単純な縮小認定とはならないはずである。

(2) 財産犯の「受け皿構成要件」としての遺失物等横領罪

窃盗罪の構成要件が遺失物等横領罪のそれを完全には包摂できないことは、次の事例からも明らかになる。すなわち、①判決の事案のように、行為者が、他人の財物を、まだ他人の占有下にあるのにそれを遺失物だと誤解し、当初は警察に届ける目的で持ち出したが、交番に向かう途中で自己の物としたり、自宅に持ち帰って使用するなり質に入れるなり売却するなりした場合である。

この場合、客観的には「窃取」に当たる財物持出し時点では、行為者に「不法領得の意思」はない。したがって、窃盗罪は成立しない。しかし、その場から持ち出すことにより「他人の占有」が排除された時点で行為者がその財物を、自宅に持ち帰って使用するなり質に入れるなり売却するなりといった形で「自己の物」とするような態度を表明した場合には（それは、自宅に持ち帰るため、質屋に行くため、あるいは知り合いに売りつけるために交番とは違う方向に向かい始めた時点でもかまわないかもしれないが）、「不法領得の意思を

6) もっとも、大判大正6・9・17刑録23輯1016頁では、相続財産を得るために養子縁組届を偽造・行使して戸籍簿に偽の相続人を記載させた場合には、不法領得の意思の発現はあるが財物の占有はなく事実上の支配がこれに及んでいないとして、遺失物等横領罪の成立が否定されている。これは妥当な結論である。したがって、本稿にいう「不法領得の意思を発現する行為」とは、財物に対する事実上の支配を前提とするものである。

発現する行為」すなわち「横領」が認められ遺失物等横領罪が成立する⁷⁾。

注意すべきなのは、最初から自己の物とするつもりで持ち出した場合と異なり、「不法領得の意思」が発現したこの時点では、「窃取」はすでに終わっていることである。したがって、このような事案で、窃盗罪の訴因に対して「窃取」後に発生した「不法領得の意思」の発現を理由に遺失物等横領罪を認めるためには、間違いなく訴因の変更を要するであろう。なぜなら、この場合の遺失物等横領罪の認定は、「窃取時点では窃取の認識はないが不法領得の意思（とその発現行為）はある」という形態での単なる窃盗の公訴事実の縮小認定では済まないからである。もちろん、窃盗の訴因を明示した公訴事実では、「不法領得の意思の発現行為」までは記載されていないはずである。

他方、他人の占有下にある財物であることを知り、かつ「不法領得の意思」で財物を持ち出した場合には窃盗罪のみが成立し、事後に自宅に持ち帰って使用するなり質に入れるなり売却するなりした行為は同罪の「不可罰的（より正確には共罰的）事後行為⁸⁾」である。この場合には、客観的に「不法領得の行為」、すなわち「横領」があったとしても、遺失物等横領罪が別に成立するわけではない。これは、一方において窃盗罪が領得目的での窃取という形態での「領得」の前段階行為を既遂とする「切り縮められた結果犯」(kupiertes Erfolgsdelikt) であり⁹⁾、他方において遺失物等横領罪が、法定刑のより重い他の領得罪に対して「受け皿」的關係にあり、他の財産犯が成立しない場合に限って成立するからである。このような構成

7) 大谷・前掲注 5) 336頁は、この場合、財物の占有を前提に、不法領得の意思が外部的に発現した時点において本罪が成立すると明言する。

8) 「共罰的事後行為」についての最近の文献として、松宮孝明「不可罰的・共罰的事後行為」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、2007年) 126頁、上嶋一高「ワークショップ 2 共罰的事後行為」刑法雑誌48巻 2号 (2009年) 291頁、清水春生「共罰的事後行為について」白鷗法学21巻 1号 (2014年) 250頁等がある。

9) G. Arzt/U. Weber/B. Heinrich/E. Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 4. Aufl. 2021, § 15, Rn. 21.

要件は、ドイツ刑法において「受け皿構成要件 (Auffangtatbestand)」と呼ばれている¹⁰⁾。もっとも、この「受け皿」を単純な補充関係と同視してはならない。なぜなら、まさに、遺失物等横領罪は、「不法領得の意思」のみで成立するのではなく、客観的な「不法領得行為」も必要な犯罪だからである¹¹⁾。

したがって、窃盗から遺失物等横領への評価替えは、単なる「縮小認定」では済まされない。なぜなら、その際には、行為者に「窃取」の故意がないことを確認するだけでは足りず、「不法領得の意思を発現する行為」すなわち「横領」が認定されなければならないからである。その点で、先に示した東京高判昭和35・7・15下刑集2巻7・8号989頁が、訴因と罰条の変更を要するとして事件を原審に差し戻したのは、妥当な解釈だったのである。

(3) 遺失物等横領罪の構成要件該当行為——「取得」と「横領」

それにもかかわらず、①判決が訴因変更を要しないとしたのは、遺失物等横領罪の構成要件該当行為についての誤解にもよる可能性がある。というのも、①判決は、「占有離脱物横領罪は、他人の占有や信任関係などを侵害しない最も単純かつ基本的な財物領得罪・取得罪であり、他人の財物を取得する犯罪である」という点で、窃盗罪と共通する性格を有する。」と述べているからである¹²⁾。ここでは、遺失物等横領罪の構成要件該当行為

10) *Schönke/Schroder/Bosch*, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246, Rn. 1. なお、ドイツ刑法では、遺失物等横領を含む他人の財物の横領が246条1項において同罪の基本構成要件とされ、委託物の横領は同条2項によりその加重類型とされている。この点では、わが国の「横領の罪」も同様に、遺失物等横領罪を基本とし、それに委託物横領罪を——ただし条文では先にして——追加的に規定したものである。倉富勇三郎ほか監修・松尾浩也増補解説『増補刑法沿革総覧』(信山社, 1990年) 2213頁参照。

11) Vgl. *Schönke/Schroder/Bosch*, a.a.O., Rn. 1.

12) 大塚仁『刑法概説(総論)[第4版]』(有斐閣, 2008年) 197頁もまた、「遺失物等横領罪は、他人の占有や信任関係などを侵害しない、最も基本的な財物取得罪であり、他人の財物を取得する犯罪である」という点で、窃盗罪と共通した性格を有する」と述べている。

に「取得」は含まれていたか、という疑問が生じる。

刑法上の財産犯において「取得」という場合、それはまず、窃盗罪の既遂要件として現れる。その意味は「他人の占有を排して、財物を行為者または第三者の占有に移した」ことであり、現に占有を移したことによって「取得した」ことになる。それは「窃取した」と同義である。これに対して遺失物等横領罪の構成要件該当行為は「横領」であり「横領した」ことによって同罪は既遂となる。その意味は、前述のように「不法領得の意思を発現する行為」をしたことである。これには、「財物に対する他人の占有を排除」することは含まれない。したがって、①判決が「占有離脱物横領罪は、……他人の財物を取得する犯罪である」と述べたのは、明らかに誤りである。

問題は、なぜこの誤りが生じたかにある。ここでは、①判決が「財物領得罪・取得罪」と述べて、「領得罪」と「取得罪」を同列に置いていることが気にかかる。ひょっとすると、①判決は、他人の財物を不法領得する（委託物ないし遺失物等の横領）、あるいはそれを目的とする（窃盗・強盗など）「領得罪」と、「財物に対する他人の占有を排除して自己または第三者の占有へ移す罪」（窃盗・強盗などに限られる。）である「取得罪」との概念の相違を看過しているのかもしれない。さらには、遺失物等横領罪が不法領得の際に遺失物等の「拾得」を経る場合が多いことから、「拾得」と「取得」が混同されたのかもしれない¹³⁾。しかし、当初は遺失物を交番に届けようと思って拾得したが途中で気が変わって領得した事例からわかるように、「拾得」もまた、それだけでは「横領」に当たらない。

もっとも、窃盗罪では「領得行為」は要しないのであるから、いずれに

13) これにより、大塚・前掲注 12) 197頁にあるような、「遺失物等横領罪は、他人の財物を取得する犯罪であるという点で、窃盗罪と共通した性格を有する」という論証も、誤りであることが明らかとなろう。何より、大塚仁『刑法概説（各論）[第3版増補版]』（有斐閣、2005年）194頁自体が、「取得」とは「他人の占有を排して、財物を行為者または第三者の占有に移した」と定義している。つまり、「取得」とは「占有の排除かつ取得」なのである。

せよ、窃盗罪と遺失物等横領罪の構成要件が「重なり合っている」というのは間違いである。そうではなくて、「不法領得の意思」を伴う窃盗行為では、直後に¹⁴⁾「不法領得の意思を発現する行為」が続くので、事実上、遺失物等横領罪の構成要件に該当する行為が連続するというにすぎない。そして、この事実もまた、窃盗から遺失物等横領への評価替えが単なる「縮小認定」では済まされないことを裏づけるものである。

3. 窃盗罪と遺失物等横領罪とでの「不法領得」の内容

(1) 横領の罪における「不法領得」の内容

2で述べたように遺失物等横領罪の構成要件該当行為である「横領した」は「不法領得の意思を発現する行為」である。しかし、ここにいう「不法領得の意思」は、委託物横領罪において判例で定義されている「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思¹⁵⁾」と定義することはできない。遺失物等横領罪には、その前提となる物の委託関係がないからである。つまり、遺失物等横領罪では、「不法領得」の主体は「他人の物の占有者」ではなく、したがって「委託の任務に背く」こともできないのである。

しかし、この「不法領得の意思」は、本来、委託物横領罪の性格を示すものではなく、その構成要件該当行為である「横領」を定義するものだったはずである。そこで、ここでは、上記の「委託の任務に背いて……」という定義は、現行刑法第2編第38章の「横領の罪」における「横領」行為

14) この「直後」というのは、行動の脈絡から、「窃取」自体に明らかに「不法領得の意思を発現する行為」が認められるという場合も含む。しかし、概念的には、それは窃取の「△t」秒後の行為と考えるべきであろう。

15) 代表して最判昭和24・3・8刑集3巻3号276頁。この定義が実際には「越権行為の意思」と同じものになっているという問題性については、松宮孝明『『横領』概念について』産大法学34巻3号(2000年)299頁を参照されたい。

を統一的に定義することができないものであることが確認される。

(2) 占有排除か権利者排除か

繰り返しになるが、遺失物等横領罪にいう「横領した」とは「不法領得した」ことである。これは、一般には「不法領得の意思を発現する一切の行為」と定義されている。そして、遺失物等横領罪における「不法領得(の意思)」を「委託の任務に背いて……」と定義すると、委託関係のない同罪には適用できないことは、すでに示したとおりである。

そこで、その「横領」行為を定義するためには、当面、窃盗罪で用いられていた「権利者を排除して他人の物を自己の所有物として(または自己の所有物と同様に)その経済的用法に従いこれを利用もしくは処分する意思¹⁶⁾」を用いるほかないようにも思われる。

ところが、②判決は、なんと、横領では「占有排除」がないことを理由として、この中の「権利者を排除して」は不要であると述べたのである。その理由は、②判決によれば、「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」だとするところにある¹⁷⁾。

しかし、窃盗罪の構成要件要素である「占有排除」は、その構成要件該当行為である「窃取」に含まれている。したがって、「占有排除」の意思は「不法領得」の意思ではなく「窃取」の意思つまり「窃取」の故意そのものである。それにもかかわらず、窃盗罪においてさらに「権利者を排除

16) 大判大正4・5・21刑録21輯663頁、最判昭和26・7・13刑集5巻8号1437頁参照。

17) 類似の見解は、委託物横領罪についてのものであるが、「横領罪では占有の侵害が要件となっていないためである。」とする大谷・前掲注5)326頁や、より若い世代の西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第7版〕』(弘文堂、2018年)264頁、伊東研祐『刑法各論講義』(日本評論社、2011年)219頁、山口厚『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣、2010年)307頁、井田良『講義刑法学・各論〔第2版〕』(有斐閣、2020年)340頁、松原芳博『刑法各論〔第2版〕』(日本評論社、2021年)336頁にもみられる。なお、小棚木・前掲注1)251頁以下は、「権利者排除意思」を占有排除意思と解するべきでないとしつつ、「権利者の占有を排除する」という領得手段を表示するものと述べるが、これは矛盾である。

する意思」を要求するのは、同罪の成立には、占有排除意思以外に、所有者に代表される「権利者」を、その権利行使から排除する意思を要するからである。

その証拠に、委託物の横領に関するものであるが、わが国の判例でも、「横領」行為について「他人の権利を排除して¹⁸⁾」あるいは「所有者の意思を排除して¹⁹⁾」という定義が用いられている。これは、裁判官にも、「横領行為が不法領得の意思の発現行為であるのであれば、このような他人の権利を排除するという横領行為の内容は不法領得の意思にも含まれていると解され」と評されている²⁰⁾。つまり、従来の判例では、横領の罪についても、「占有排除」を超える「権利者排除」が要求されていたのである。

またドイツ刑法では、「権利者排除意思」にいう「権利者排除」(Enteignen)は「所有者をその物に関するその地位から持続的に排除すること」を意味するのであり²¹⁾、単なる占有排除ではない。加えて、それは横領行為にいう「領得」(Zueignen)にも必要であり、そこにいう「領得」(＝「横領」)は「所有者に対する排除を伴って他人の財物を自己(または第三者)の物にすること」と定義されている²²⁾。

したがって、この「権利者排除意思」の要求は、②判決が言うような

18) 最判昭和23・7・16集刑12号599頁、最大判昭和24・6・29刑集3巻7号1135頁、最判昭和25・9・19刑集4巻9号1664頁、最判昭和31・2・28集刑112号405頁、最判昭和32・6・27刑集11巻6号1751頁等。もっとも、自己または第三者の所有とすることを要しないというのは、「領得」の語義に反する。

19) 「納金スト」に関する最判昭和33・9・19刑集12巻13号3047頁、最判昭和33・9・19刑集12巻13号3127頁等。

20) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第13巻』(青林書院、2018年)593頁〔小倉哲浩〕。

21) *W. Joecks/K. Miebach* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch* (=MK) /*R. Schmitz*, Bd. 4., 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 129. この *Münchener Kommentar* は、主に刑事裁判官によって執筆されたドイツ刑法の注釈書である。

22) *T. Fischer*, *Strafgesetzbuch*, 69. Aufl. 2022, § 246, Rn. 5; *MK/O. Hofmann*, Bd. 4., 3. Aufl. 2017, § 246 Rn. 35; BGHSt 1, 264 usw.

「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」ではなく、ゆえに「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」ことにはならない。なぜなら、前述のように、「権利者排除意思」は、「占有排除の意思」ではなくて、「権利者によるその物に対する権利行使を排除する意思」だからである。そして、遺失物等横領罪を含む横領の罪²³⁾では、現に「権利者によるその物に対する権利行使を排除した」ことが必要である。

(3) 無断一時使用不処罰の論理

また、遺失物等横領罪についても、窃盗罪より法定刑が軽いのであるから、遺失物等の無断一時使用を「横領」とすべきではないと思われる²⁴⁾。この点については、②判決も、「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」と述べているところである。

ところで、この無断一時使用不処罰を、「権利者排除」要素抜きで説明できるであろうか。②判決は、その原判決より狭い範囲でなら、「自己の所有物として振る舞った」という要素で説明できると考えているようであ

23) 団藤重光『刑法綱要各論 [第3版]』(創文社, 1990年) 627頁は、遺失物等横領罪を「体系的には横領罪の一種とみるべきではなく、……占有離脱物領得罪とでも称するべきであった」と述べる。しかし、これは、現行刑法が、フランス刑法の伝統を離れ、倉富ほか監修・前掲注10) 2213頁が言う、遺失物等横領罪に委託物横領罪を合わせたという立法理由に反する。むしろ、立法時の用語法をみれば、「横領」という言葉は「不法領得」そのものなのである。

24) この点で、十河・前掲注1) が、遺失物等横領罪について「占有を離れた物が客体となる」という理由で「権利者排除意思」を不要とする誤った前提に立ち、さらに本罪では「もともと物が権利者の占有から離れた場所にあるため、元の場所に戻す意思の存在が常に重要とは言いきれない。」等と述べるのは、本罪につき、無断一時使用の不可罰の余地を事実上排除してしまう結果をもたらすであろう。「元の場所」に戻しても権利者がすぐに物の占有を回復できないのは、落とし物をした権利者あるいはそれを盗んだ第三者のせいであって、無断一時使用者の不利益に考慮すべきではない。

る。たしかに、他人の財物について、無断で一時借りた——自分の物としたのではなく、あくまで所有者の所有は尊重した——のではなく、「自己の所有物として振る舞った」なら、その間、行為者は対象となる財物を「(勝手に)自己の物とした」(Aneignen)と考えて「(不法)領得」を認めるという方法は考えられる。

しかし、その際、②判決が看過しているのは、このように、無断で一時借りたのではなく「自己の所有物とした」のであれば、真の所有者の所有は「排除されている」ことになるという事実である。ここでは、他人の財物について無断で「自己の所有物として振る舞った」場合には、その間必然的に、権利者は排除されているのである²⁵⁾。その点で、②判決は、他人の物を「(勝手に)自己の物とした」ことの意味を忘れて、「権利者排除」要素を「不法領得」すなわち「横領」から除外できると考えたのである。

(4) 持出し後の「横領」

したがって、遺失物等横領罪における「不法領得(の意思)」から「権利者排除」要素を除外すべきではない。しかし、他方で、②判決の事案では、現に約12時間も無断使用し、かつ返却する様子を見せていなかった被告人について同罪の成立を認めたことが不合理であるとも言えない。なぜなら、前述のように、「不法領得」すなわち「横領」行為は持ち出した後の態度に認められ得るからである。

たしかに、②判決の原判決が言うように、「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。」と考えるべきかもしれない。

25) 誤解を避けるために言えば、「逆は真ならず」であり、「権利者排除」は必然的に「自己の所有物として振る舞う」ことを伴うわけではない。なお、領得罪は利欲犯であるから、「自己の物とする」ことは行為の動機・目的である必要があるが、「権利者排除」はそれに随伴する未必的なものでよい。

しかし、持ち出した時点で「不法領得」が認められないという心証を抱いたのであれば、その旨を検察官に伝えて、適宜求釈明や——必要とあらば——訴因変更を促してもよかったであろう。破壊やごく短時間の無断使用の目的での持出しなどのように「当初」は不法領得の意思なく他人の財物を持ち出したとしても、途中で気が変わって不法領得の意思を生じ、それに応じた財物の扱いをした場合に遺失物等横領罪が成立し得ることは、刑法学の常識に属することだからである。

他方、結果的に約12時間にもわたる使用になったことは「1時間程度で返却」という意思が途中から変更されたとみるべきであるから、②判決自身が、「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」と推論したことには無理がある。横領の罪では、「不法領得」すなわち「横領」行為が認められる時点を、物の持出し時に限定する必然性はないことに注意しなければならない。

4. むすびにかえて

以上の検討から明らかになったことをまとめると、以下のようになる。

(1) 窃盗罪と遺失物等横領罪とでは、前者は「不法領得の意思」で足りるが後者は「不法領得行為」まで要する点で構成要件的に完全に重なり合う関係にはない。

(2) もっとも、(窃取の故意のない) 窃取後に「不法領得行為」があったことを理由に遺失物等横領罪を認めることは可能である²⁶⁾。

26) なお、他人の占有下にある物を遺失物だと誤解して自己の物とするために持ち去った時点でも遺失物等横領罪の成立が可能なのは、同罪と窃盗罪とが所有権を保護法益とする点で共通していることから前者が後者に対して「受け皿」関係にあり、それゆえ刑法254条にいう「占有を離れた」が「みせかけの構成要件要素」であることを理由とする。これについては、松宮孝明「みせかけの構成要件要素と刑法38条2項」立命館法学327・328号(2009年)2283頁を参照されたい。この「みせかけの構成要件要素」では、サヴィニーメ

(3) (2)のためには、訴因と罰条の変更を要する。したがって、この変更を不要とする①判決は、これを要求した東京高判昭和35・7・15下刑集2巻7・8号989頁に反する点で、刑訴法405条3号にいう「控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断」をしたことになるだけでなく、①判決を維持することは(1)の事実を無視することになり、法令解釈としても誤りである。

(4) ゆえに、①判決は、刑訴法405条3号、410条本文により破棄されるべきであったと思われる。

(5) 遺失物等横領罪における「不法領得(の意思)」にも「権利者排除(意思)」は必要である。これは、「占有排除(意思)」とは異なるものであり、不可罰の無断一時使用を同罪から排除する機能を有する。

(6) したがって、遺失物等横領罪には「占有排除(意思)」が不要なことを理由に「権利者排除(意思)」も不要とする②判決の論理は誤りである。

(7) なお、持出し時には行為者に「占有排除(意思)」がなくても、「横領」行為は財物持出し後に「自己の物とする」ことに認められる余地がある。

↘のいう「明確な思想が、不完全な表現と結合して存在している」(耳野健二『サヴィニーの法思考 ドイツ近代法学における体系の概念』[未来社、1998年]219頁)という「立法者による表示の錯誤」があるように思われる。