

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——

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 「不法領得の意思」の定義と意義
- 3 「商品」を清算前に費消する行為と「不法領得の意思」
- 4 妥当な結論は

1 問題の所在

(1) スーパーマーケットなどの商店に陳列されている販売予定の「商品」を、代金を支払う意思がありながら清算前に費消する行為に窃盗罪は成立するであろうか。現在、このような事件（以下、「本件」と記す。）が最高裁判所に係属している。その起訴状には、「被告人は……イオン岡崎南店において、商品として陳列されていた同店店長……管理の魚の切り身1点（販売価格428円）を食べて窃取したものである。」と記載されている¹⁾。

本件の被告人の行為は、具体的には、スーパーマーケット店内に陳列されている「商品」である魚の切り身1点を口の中に入れ、これを食べながら店内をレジまで歩き、そこで空のトレイを見せて当該「商品」の代金を

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

1) この事件の資料は、弁護士金岡繁裕弁護士より拝見させていただいた。あわせて、本件窃盗被告事件に関する甲乙号証全部の提供を受け検討した。

支払い清算したものである。切り身を口に入れてから清算を終わるまでの時間は約1分40秒というものであった。つまり、通常であれば、清算後に「商品」を費消するべきものであるのに、その費消を約1分40秒早めたというのが、公訴事実なのである。この行為の動機は、被告人の弁解録取書によれば、ユーチューバーである被告人が、面白おかしい動画をユーチューブにアップロードして、アクセス件数を増やすことにあった。

(2) 検察官は、この行為を窃盗罪で起訴した。しかし、代金を支払う意思のない単純な万引きならともかく、代金と引換えにその所有権を譲渡することが明らかな「商品」として陳列されている財物について、その順序を約1分40秒逆にしただけの行為に同罪は成立するのであろうか。

窃盗罪の成立要件(「罪となるべき事実」)は、「他人の財物」を「窃取した」ことであり、その際、刑法典に明示されていないが、「不法領得の意思」のあることが必要である。それは、「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之ヲ利用若クハ處分スルノ意思²⁾」または「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³⁾」などと定義されている。

本件では、清算前の「魚の切り身」は「他人の財物」であり、かつ、清算前にそれを「食べる」ことは、本件スーパーマーケットの管理者である店長つまり財物占有者の供述調書によれば、その意思に反する占有の移転であり、「窃取」に該当するものであろう⁴⁾。加えて、「他人の財物」を「窃取」する意思、すなわち「窃盗の故意」もあったと思われる。

しかし、代金と交換することが予定されている陳列中の「商品」について、代金を支払う能力も意思もあり、「商品」を費消しつつレジに直行してわずか約1分40秒後に現に代金を清算した被告人に「不法領得の意思」

2) 大判大正4・5・21刑録21集663頁。

3) 最判昭和26・7・13刑集5巻8号1437頁。

4) 被告人が支払いの意思なくコンビニエンスストアの店内でいちご1パックを食べた事案につき、静岡地沼津支判令和1・7・19公刊物未登載は、食べた時点で「窃取」ありとして窃盗罪を認めている。

はあるのであろうか。

(3) この問題につき、本件の第1審判決⁵⁾は、次のように述べて「不法領得の意思」を認めた。すなわち、「不法領得の意思とは、『権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って利用し又は処分する意思』をいうところ、「被害者は、本件店舗内で陳列されている商品をレジで精算する前に食べることを予定も許容もしていなかった。そうすると、被告人の上記の行為は、単に食品を食べることとその代金の支払とが若干前後しただけというものではなく、本来であれば、被害者が売却をしなかったであろう商品を代金を支払うことなく食べたものというべきであって、まさに、権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って処分しているといえる。被告人は、本件被害品が本件店舗で陳列されている商品であって、代金支払い前にそれを食べることは許されていないことを知りながら食べているのであるから、被告人には、不法領得の意思が認められる。」と。

(4) これを不服とした被告人からの控訴を受けた控訴審判決⁶⁾は、これに対し次のように述べている。すなわち、「不法領得の意思は、……窃盗罪の故意を超えた主観的要素であるにもかかわらず、原判決は、被害者が予定していた販売方法や、被害者が商品を清算前に食べることを予定も許容もしていなかったという事情を根拠として、被告人が『本来であれば、被害者が売却をしなかったであろう商品を、代金を支払うことなく食べた』として、不法領得の意思を認めているが、このような説示は、被害者の意思に反した占有侵害であることを認識していたから不法領得の意思があると判断したとの誤解を招きかねないものであり、些か措辞不適切であるといわざるを得ない。」(下線筆者)としつつ、「権利者排除意思は、その行為が窃盗罪として可罰的な程度の違法性を有しているかを判断するため

5) 名古屋地判令和3・8・27 LEX/DB25571797。

6) 名古屋高判令和3・12・14 LEX/DB25591557。なお、本件は、2021年12月末現在、上告中である。

に、行為者がその後予定する当該財物の利用の程度、すなわち被害者の利用妨害の程度が窃盗罪として可罰的な程度に至っているかどうか、という観点から判断すべきもの」であるが、これに関し、弁護人は「被告人の行為が被害者の意思に反する理由は迷惑行為であるからという点にその本質があるなどと主張しており、これは、少なくとも被告人において、窃盗罪として処罰するだけの実質的な財産上の損害を被害者に生じさせる認識がなかったことを指摘するものと解される。」とした上で、「しかし、被害者は、単に商品を売買により金銭に交換するということにとどまらず、来店客が並べられた商品をそのままの状態レジに持ち込んで代金を清算するという被害者の定めた手順に基づく金銭への交換を求めているのであって、このような手順が守られなければ、被害者において店舗内に多数並べられている商品を適正に管理することが著しく困難になるなどその営業に重大な影響を及ぼすことが明らかであり、たとえ短時間の後に交換価値に相当する金銭が支払われたとしても、それは手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のものというべきである。」(下線筆者)とし、「したがって、被害者におけるこうした主観的利益は、財産的価値として客観的にも保護されるべきものである」から、「被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下する時点で予定していた被害者の利用妨害は、個別財産に対する罪という観点からは勿論のこと、仮に窃盗罪においても実質的な財産上の損害が必要であると考えたとしても、十分に可罰的な程度に至っている(弁護人の拠って立つ見解に沿っていえば、被告人が所有者を尊重しなかった、又は無視したと評価される)ことが明らかであるから、弁護人の主張を踏まえても、権利者排除意思を認めた原判決の判断に誤りはない。」と。

(5) さらに、「不法領得の意思」のうちの「利用処分意思」については、「被告人は、正に、本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる『動画視聴者の興味を引くような面白い「絵』』という効用を享受する意思を有していたというべきである」から、これを認めた第1審判決の判断に誤りはないとする。

(6) しかし、常識的に考えると、スーパーマーケットのような「商人」にとっては、「商品」を中途半端に汚損される使用窃盗——たとえば「商品」である爪切りバサミを一時的に店外に持ち出して手足の爪を切ったうえで、これを陳列棚に返す場合——よりも、たとえ代金支払前の使用であっても、「商品」を代金に代えてもらった方がよいように思われる。そして、「商品」を無断で一時使用した上で返却する行為は典型的な「使用窃盗」として「権利者排除意思」はないとされるのであるから、それよりも「商人」にとってははまだましな代金支払意思も能力もある支払前の無断一時使用ないし費消に「権利者排除意思」があるとするのは、いかにもアンバランスな解釈のように思われる。

しかも、控訴審判決によって「些か措辞不適切」と評された第1審判決が言う「被害者は、本件店舗内で陳列されている商品をレジで精算する前に食べることを予定も許容もしていなかった。」という基準では、爪切りバサミを一時的に店外に持ち出して手足の爪を切った上でこれを陳列棚に返すという典型的な「使用窃盗」にまで「権利者排除意思」が認められてしまうことは言うまでもないが、控訴審判決が言う「被害者は、単に商品を売買により金銭に交換するというにとどまらず、来店客が並べられた商品をそのままの状態でレジに持ち込んで代金を清算するという被害者の定めた手順に基づく金銭への交換を求めている」という観点でも、「商品の適正な管理」を重視する以上、上記の典型的な「使用窃盗」や店内での無断使用にまで「権利者排除意思」が認められてしまう⁷⁾。

つまり、控訴審判決が「商品の適正な管理」や「支払手順」に窃盗罪の

7) 店内での無断一時使用に「窃取」がないというのは反論にならない。なぜなら、その場合は遺失物等横領罪にいう「不法領得」すなわち横領が認められてしまうからである。付言すれば、委託関係のない遺失物等横領罪には「委託の任務に背き権限がないのに所有者でなければできない処分をする意思」という委託物横領罪での「不法領得の意思」は「横領」の定義として用いることはできない。遺失物等横領罪にいう「横領」は、「権利者を排除して他人の物を自己の所有物と同様にその経済的用法に従って利用し又は処分する意思」の実現と解するほかないのである。

保護法益の侵害を認めることは、陳列された「商品」の「使用窃盗」もまた窃盗罪とする帰結を導くのである⁸⁾。というのも、筆者にとっては、そしておそらく一般の人々にとっても、「無断」一時使用である「使用窃盗」は程度のいかんを問わず許容できない行為であって、違法であることに間違いはないからである⁹⁾。つまり、問題の所在は被告人の本件行為が違法か否かにあるのではなく、それが「窃盗罪」の予定する質と程度の違法性を備えているか否かなのである。

この点では、控訴審判決は、スーパーマーケットにおける「商品の適正管理」や「支払い手順」といった「業務(の円滑な遂行)」として保護されるべき法益を、窃盗罪の保護法益の中に無理やり詰め込んでいる印象を受ける。これでは、店内での「商品」の無断一時使用もすべて「不法領得」になってしまう。

(7) 加えて、控訴審判決が弁護人の見解を「窃盗罪においても実質的な財産上の損害が必要である」とする見解と誤解している点も、看過できないことである。窃盗罪の保護法益は、以下で述べるように所有権を中心とする「本権」であり、かつ、わが国の判例も、見る目で見れば、この見解に依拠している。そして、所有権者は、自己の財物をどのように利用しまたは処分するかについての自由を持っており、したがって、一般市民の財物については、たとえ窃盗犯人が窃取時にその代金に相当する金銭をその場に残しておいたとしても、売るつもりがない財物を勝手に金銭と交換されることはこの自由の侵害であるから、それは所有権を害する窃盗なので

8) ましてや、1審判決が、代金支払い前に費消された「商品」について「売却(=貨幣と交換)をしなかったであろう商品」と呼ぶのは、「商品」自身が「交換されるもの」であるとする経済学上の定義に反するものであって論外である。

9) ゆえに、窃盗罪としては不可罰の「使用窃盗」を超える窃盗を「所有権者が許容しないであろう程度の実質的な利用をする意思」(平野龍一『刑法概説』[東京大学出版会、1977年]207頁)や「一般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」(西田典之〔橋爪隆補訂〕『刑法各論〔第7版〕』[弘文堂、2018年]174頁)で画するのは、適切でない。

ある。

問題は、その財物が「商品」という形態を取る場合である。前述のように、「商品」は「交換されるもの」であるから、「商人」が「商品」を市場に置いた後には、そこに「貨幣との交換を条件とする所有権移転」の意思が一般的に表示されていると解される。したがって、「財物所有権」という「個別財産」に対する罪である窃盗罪であっても、「商品」の場合には、「無人店舗」を想起すれば分かるように、「代金との交換による財物の持去り」は窃盗罪には当たらない。言い換えれば、窃盗罪では、「全体財産に対する罪」のような「実質的な財産上の損害」は問題でない¹⁰⁾。そうではなくて、直後にその代金を支払う意思と能力のある者による「商品」の費消に、一般に「代金と交換で所有権を移転する」意思を有する「商人」の「商品」に対する所有権を蔑ろにするという意味での「不法領得の意思」、とりわけ「権利者排除意思」が認められるかどうかの問題なのである。

(8) さらに、「利用処分意思」について言えば、「利欲犯」である領得罪の一種としての窃盗罪を特徴づけるために、それが犯行の最終目的である必要はないが、その物の利用・処分が犯行の直接の動機ないし目的でなければならぬ¹¹⁾。しかも、その際の「財物の利用・処分」は当該財物の直

10) 田山聡美「詐欺罪における財産的損害」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）163頁以下は、「定価で売ろうとしていた商人にとっては、定価の収入こそが重要であって、それが満たされている以上、その財物の喪失に伴う経済的損害はないといえるのではないだろうか」と述べる。しかし、田山も了解しているように、これは「定価で売ろうとしていた商人」の「商品」に限定された話であって、「人から物を盗むにあたって市場価値相当の金銭を置いて行ったとしても、窃盗に変わりはない」（田山・前掲163頁）のであるから、「財産損害」の問題ではなく、「権利者排除意思」の問題なのである。なお、田山説に対する批判として、野澤充「窃盗罪における『財産損害』？」立命館法学375・376号（2017年）2008頁。そこでは、「占有移転された財物に対する『所有権侵害』こそが、これらの領得罪の『犯罪結果』そのものなのであって、それとは別の『財産損害』など観念しようがない」（野澤・前掲2029頁）であろう。問題は、そこにいう「領得による所有権侵害」とその意思である「不法領得の意思」にある。

11) Schönke/Schroder/Bosch, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 242, Rn. 61.

接の利用・処分を意味するのであって、この事情は当該行為を「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る¹²⁾」のである。

ここから見れば、被告人が「本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる『動画視聴者の興味を引くような面白い「絵』』という効用を享受する意思を有していた」ことを理由に「利用処分意思」を認める控訴審判決は、この考え方に反するものである。というのも、本件犯行によって被告人が目指したのは「動画視聴者の興味を引くような面白い『絵』を獲得すること」であり、さらに獲得した動画をユーチューブにアップロードして、アクセス件数を増やすこと、ひいてはアクセス件数による課金を得ることであった。

そのための「面白い『絵』を獲得すること」ですら撮影行為を要するのであり、食品を口に入れることから直接に得られるものではない。ましてや、アクセス件数を増やして課金を得ることは、食品を口に入れることと直接的な関係すなわち「直接性」はない。したがって、本件に「利用処分意思」を認めることも適切ではないように思われる。

ただし、本件の重点はここにはない。なぜなら、直後に支払う意思も能力もある者による清算前の「商品」の費消が窃盗罪に当たるか否かを考察するうえで、行為者が空腹を満たすために陳列されていた「刺身」を——その本来の用法通りに——食したのか、それとも「面白い『絵』を獲得する」ために「ドッグフード」を——その本来の用法に反して——食した

12) 最決平成16・11・30刑集58巻8号1005頁。本決定は、被告人が「郵便配達員から正規の受送達者を装って債務者あての支払督促正本等を受領することにより、送達が適式にされたものとして支払督促の効力を生じさせ、債務者から督促異議申立ての機会を奪ったまま支払督促の効力を確定させて、債務名義を取得して債務者の財産を差し押さえようとしたものであって、受領した支払督促正本等はそのまま廃棄する意図であった」ときに「郵便配達員を欺いて交付を受けた支払督促正本等について、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」と述べている。

のかという相違は、本質的なものではないと思われるからである。それどころか、「商品の適正な管理」や「代金との交換手順」を強調する控訴審判決の考え方では、ユーチューブへのアップロードを予定しない「空腹を満たすための費消」のほうが、模倣の心配がないがゆえに、「不法領得」にならないことになろう。

(9) そこで、以下では、この「不法領得の意思」の定義と意義を、特に「権利者排除意思」に重点を置いて再確認し、本件の被告人の行為がこれに当てはまるかどうかを検討しようと思う。

2 「不法領得の意思」の定義と意義

(1) 窃盗罪における「不法領得の意思」は、一般に、「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」と定義される¹³⁾。この「不法領得の意思」は、窃盗罪に当たる行為を、①一時的な無断使用つまり「使用窃盗」と区別する機能と、②単なる毀棄・隠匿の目的での持出しと区別する機能を有するとされている¹⁴⁾。

ここにいう「権利者を排除する」（ドイツ語では Enteignen。以下、「排除意思」と呼ぶことがある。）とは、すでに「窃取」の故意に含まれている占有者排除の意思という意味ではなく、所有者その他の本権者の権利行使の排除を意味する。つまり、窃取の故意とは別に「権利者を排除する意思」を要求する以上、そこにいう「権利者」は、占有者ではなく所有権またはその他の本権を有する者なのである。このように、「権利者を排除して他人の物を自己の所有物とする意思」を要件とすることで、窃盗罪などの「奪取罪」は、所有権その他の本権侵害を志向する罪であることが明らかとなる¹⁵⁾。

13) 前掲注 2) 大判大正 4・5・21, 前掲注 3) 最判昭和 26・7・13 参照。

14) 平野・前掲注 9) 206 頁以下参照。

15) 「本権」という言葉は、民法 202 条にいう「本権の訴え」に由来する。民法 202 条は

「使用窃盗」が窃盗から除外されるのは、主にこの「権利者排除意思」によるものである。

(2) 一部には、最決平成1・7・7刑集43巻7号607頁をして、判例は純粋な「所持説」(または「占有説」)を採用しているとする見解もある¹⁶⁾。しかし、この決定の扱った事案は暴利をむさぼる意図で行われた所有権移転型担保にかかわるものであり、原原審¹⁷⁾や原審¹⁸⁾は、被告人への所有権移転契約自体が無効であるか、または被害者に買戻権喪失事由が発生していることには疑問があるとして、被害者の占有に「法律上の保護に値する利益」があるとしていた。つまり、侵害されたのは単なる所持・占有ではなく、本権的利益の裏づけのある占有だったのである。

また、そうでないと、錯誤によって窃盗罪が成立しない場合に、所有権のみを保護法益とする遺失物等横領罪が成立するとして、所有権を保護法益とする遺失物等横領罪に窃盗罪の補完的機能を認める東京高判昭和35・7・15下刑集2巻7・8号989頁等の結論は説明できないであろう¹⁹⁾。加えて、最決平成6・7・19刑集48巻5号190頁は、それまで判例が「所持説」を採用しているという理解の根拠の一つとされていた最判昭和24・

「占有の訴えは本権の訴えを妨げず、また、本権の訴えは占有の訴えを妨げない。」(同条1項)とし、「占有の訴えについては、本権に関する理由に基づいて裁判をすることができない。」(同条2項)として、事実としての「占有」と権利としての「本権」とを明確に区別している。

16) 代表して、前田雅英『刑法各論講義〔第7版〕』(東京大学出版会、2020年)157頁。

17) 大阪地判昭和58・7・14刑集43巻7号623頁。

18) 大阪高判昭和59・7・3刑集43巻7号631頁。

19) 窃取後の財物の処分や破壊を「不可罰的(=共罰的)事後行為」とすることも、窃取後の所有権攻撃が窃盗罪で評価できることを前提とする。付言すれば、「財物の移転」を伴う犯罪をすべて「奪取罪」とし、財物詐欺罪(246条1項)や財物恐喝罪(249条1項)などもこれに当たるとする見解があるが(代表して、大塚仁『刑法概説(各論)〔第3版増補版〕』(有斐閣、2005年)160頁、西田〔橋爪補訂〕・前掲注9)150頁。古くは、牧野英一『日本刑法下巻各論〔重訂版〕』(有斐閣、1938年)325頁も、騙取罪を含めていた)、これらの罪は被害者側が自己の意思で財物を交付することを要件とする「交付罪」であり、「物を奪う」罪(ドイツ語では Wegnahmedelikt)ではない。

5・21刑集3巻6号858頁の「刑法第244条親族相盗に関する規定は……その物件の所有者と犯人との関係について規定したものではない」とする見解を否定し、「刑法244条1項が適用されるためには、同条1項所定の親族関係は……所有者との間にも存することを要する」と述べている。

このように「本権説」を前提とすることで初めて、窃盗罪と遺失物等横領罪とにまたがる錯誤や親族間の特例の適否の実務における処理が説明可能となるのである。「判例」が「所持説」で固まっているとするのは、表面的な「判例」理解に基づくものであろう。そして、「不法領得の意思」とりわけ「権利者排除意思」もまた、このような前提の下で初めて、適切な理解が可能となるのである²⁰⁾。

(3) さて、本件との関係で重視されるべきなのは、「不法領得の意思」

20) 山口厚『刑法各論[第2版]』(有斐閣, 2010年)は「公序良俗に反し無効な債権を免れる場合のように、侵害対象に保護されるべき利益が認められない場合……にまで、犯罪の成立を肯定するものではない」(同書194頁)と述べつつ、「本権説は、占有が保護に値する実体を備えているか、いかなる利益が侵害されたかを問題とする点においては、妥当な考え方に従うものであるが、自力救済放任論である点に疑問がある。」(同書193頁)とする。

しかし、「本権説」が自力救済放任論だとするのは誤解である。というのも、同説は行き過ぎた取戻し行為を適法とするものではなく、問題は、行き過ぎた取戻し行為がどのような罪で処罰されるべきかにあるからである。この点では、たとえばひったくりの被害者の取戻し行為が行き過ぎて、しかもひったくり犯を負傷させてしまった場合に——刑の下限が6年もの懲役になる——強盗致傷罪を認める「所持説」のほうが不当な結論に至る。加えて、「侵害対象に保護されるべき利益が認められない場合……にまで、犯罪の成立を肯定するものではない」という考え方は「所持説」からは出てこないばかりでなく、保護されるべき占有を、その背後にある「保護されるべき利益」の有無によって区別する考え方は、「事実としての占有」ではなく民事実体法の認める利益を考慮する点で、すでに「本権説」である。この点では、泥棒からの泥棒も、返還請求権のある本権者の権利を害する点で、「保護されるべき利益のある占有」である(これらの諸点については、松宮孝明『先端刑法各論』(日本評論社, 2021年)98頁以下も参照されたい)。

さらに、山口・前掲書194頁が「侵害対象に保護されるべき利益が認められない場合……にまで、犯罪の成立を肯定」したとする最決昭和61・11・18刑集40巻7号523頁は所持が禁止されている覚醒剤に関する事案であり、従来から、所持が禁止されている物であっても私人間ではその所有権は尊重されると解されてきたものであって、特に問題とすべきものではない。

の持つ機能のうち、①窃盗を「使用窃盗」と区別する機能である。というのも、「使用窃盗」においては、たしかに、客体である「他人の財物」は「窃取」されており、それらに対応する「窃盗の故意」もあるが、「不法領得の意思」、なかでも「権利者排除意思」はないからである。なお、ここにいう「権利者排除意思」は、単に権利者が認めない「窃取」や「無断使用」をする意思ではなく——そうであるなら、「使用窃盗」はみな窃盗罪に当たる——、当該財物に関する他人の所有権を尊重しない、あるいは無視するという意思である。「使用窃盗」においては、行為者は、一般に、他人の所有権を無視して当該財物を自己の物とする意思はなく、あくまで「一時的な無断借用」の意思で行動している。つまり、他人に所有権があることは尊重しているのである。それゆえ、「無断使用」の場合には、「不法領得の意思」とりわけ「権利者排除意思」がないとされるのである。

(4) とはいえ、たとえば「自転車の10年間の無断借用」となれば、たとえ返却する意思があったとしても、それは社会的評価においては、もはや「一時的な無断借用」には当たらないであろう。したがって、「不法領得」に当たらない「一時的な無断借用」であるか否かは、行為者の見解によるのではなく、行為者の行動計画を客観的・社会的な基準に照らして判断する必要がある。

この点で注目されるのは、「使用窃盗」に関する下級審を含む裁判例である。たとえば大判大正9・2・4刑録26輯26頁は、他人の自転車_を無断使用しその一部を損壊して乗り捨てた行為につき、無断使用を始めた時点で単に一時使用の意思があるにとどまる場合には不法領得の意思は認められないとしている。戦後の下級審判例では、自動車の無断使用に関するものであるが、持出しの時点で被告人らに物を所有者に返還する意思があったことを強調して、「不法領得の意思」を否定している。たとえば名古屋高判昭和37・5・31判時311号33頁は、従業員が返還する意思で店の自動車を無断で乗り出したところ途中でガソリンが無くなったので同車を放置したという事案に関し、所有者である権利者を排除する積極的意図はな

かったとして、不法領得の意思を否定し、また、大阪高判昭和50・10・17高刑集28巻4号424頁は、「使用窃盗が不可罰とされるのは、使用後返還の意思があり、かつ、その使用が一時的であって所有権ないしこれに準ずる本権の権利者を完全に排除する意思によらない場合に限り、不法領得の意思がないとされることによると解するのが相当である」と述べた上で、労働組合の争議行為の一環として示威のため会社の自動車を連れかねて親会社に乗り付けようとした行為につき、「不法領得の意思を欠くため窃盗罪を構成しない」と判示している。その背後にあったのは、逃走のための船舶の一時使用に関し「不法領得の意思」を認めた最判昭和26・7・13刑集5巻8号1437頁である。そこでは、「当然その場にこれを乗り捨てる意思」が、「使用窃盗」を否定する方向で重視されている。

他方、最決昭和55・10・30刑集34巻5号357頁は、最決昭和43・9・17集刑168号691頁を引用して、自動車の無断使用につき、「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ったというべきである」と判示した。そこでは、時価約250万円相当の自動車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、その後実際に4時間余りの間これを乗り廻していたことが強調されている。

最近では、自転車の無断使用につき、福岡高判令和3・3・29LEX/DB25569468が、「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。」と述べて、「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ことはない。」(下線筆者)と判示し遺失物等横領罪を認めている。注意すべきは、本判決は「1時間程度は戻らない意思」という被告人の供述から1時間程度の利用意思を前提としたのではなく、「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」と現に「検挙されるまで約12時間にもわたり無断使用を続け」たことを前提に「権利者排除意思」を認めていることである。ただし、本判決は「権利者排除」を「占有排除」と混同するという誤りを犯しているが。

これらの裁判例で重視されているのは、所有者らの被る当該財物の利用が妨げられるという「利用妨害」の程度である²¹⁾。被害者がすぐに取り戻せないような場所への「乗り捨て」の場合は当然に、また、返還の意思があったとしても自動車のような高価なものを長時間無断使用する場合は、所有者らの被る「利用妨害」の程度は大きいので、「権利者排除」に当たるといえる²²⁾。

21) 平野・前掲注9)207頁が「所有権者が許容しないであろう程度の実質的な利用」というのも、所有権者が被る権利行使排除の程度に着目したものであろう。もっとも、無断一時使用でも「所有権者が許容しない」ものであることは明らかであるから、「窃盗」と「使用窃盗」を分けるのは、社会的にみて、「持ち主の所有権を尊重しての行動」か否かであり、「利用妨害の程度」は、あくまで、その考慮要素にすぎないことに留意すべきである。

22) もっとも、所有者らの利用を妨げるという点では、窃盗よりも徹底した器物損壊のほうが大きいかもしれない。それにもかかわらず刑法は前者の法定刑を後者より重くしているのであるから、窃盗罪の成否は専ら所有者らの被る「利用妨害の程度」に左右されると考えるのは早計である。「不法領得の意思」には「利用処分意思」も必要なのであり、したがって窃盗罪重罰の根拠には、「他者の所有権をないがしろにして経済的利益を得るといふ、まさに所有権秩序に対する正面からの挑戦」(松宮孝明『刑法各論講義【第5版】】(成文堂、2018年)224頁)に対する、刑法による断固たる否定があると考えべきであろう。言い換えれば、器物損壊には、自分が事実上の所有者となるという「所有権秩序に対する正面からの挑戦」はないのである。つまり、「不法領得の意思」はすべての所有権犯罪に必要なわけではなく、同じ所有権に対する罪であっても、このような理由から、器

3 「商品」を清算前に費消する行為と「不法領得の意思」

(1) では、代金を支払う意思がありながらその「商品」を清算前に費消する行為に「不法領得の意思」、とりわけ「権利者排除意思」は認められるであろうか。その答は「否」である。理由は、以下のとおりである。

まず、商店に陳列された「商品」の所有権に関する売主の意思を検討しよう。陳列された「商品」は、等価となる「貨幣」との交換が予定された財物である。したがって、売主は、その所有物である「商品」がそのままの状態で維持されることよりも、代金相当の「貨幣」と交換されることに「売主としての利益」を有している。このように見れば、等価の「貨幣」は「商品」の、より望ましい代替物である。

もちろん、後払い式のレストランや食堂と異なり、本件のようなスーパーマーケットでは、「商品」の費消は清算後にというのが、売主の意思である。しかし、「所有者という権利者の排除」という観点から重要となるのは、このような意思を無視して清算と費消の順序を短時間逆転させることが、「売主の商品所有権」を害するかということである。

この点では、一般市民の所有物と異なり、スーパーマーケット等の売場に陳列されている「商品」の場合は、代金の支払いとともにその所有権を移転し、あとはどのようにこれを費消しようと買主の自由であるとするのが、売主の意思である。したがって、通常であれば、代金支払い→「商

▽物損壊罪には「不法領得の意思」は不要なのである。これを論理的に説明すれば、「不法領得の意思」が必要なら所有権犯罪であるが、所有権犯罪だから「不法領得の意思」が必要だとは言えない(A→Bが真であってもB→Aという「逆」は真ならず)。この点につき、刑法261条の器物損壊罪等も所有権その他の本権に対する罪であるが「不法領得の意思」は不要であることから本権説でなくても「不法領得の意思」を必要とすることができるとする論証が一部で展開されている(林美月子「窃盗罪における不法領得の意思についての一考察(2)」警察研究53巻4号(1982年)67頁、佐伯仁志「不法領得の意思」法学教室366号(2011年)74頁以下等)。しかし、上記の理由から、この論証は失当である。

品」の所有権移転→その費消という順序になる。

本件では、この順序が約1分40秒逆転し、「商品」の費消→代金支払い→「商品」(所有権の一部である処分権)の移転という順序になっている。この所有権(の一部である処分権)移転前の「商品」の無断費消が窃盗罪に該当するためには、「商品」の無断費消の時点で「不法領得の意思」が必要である。それは、当該「商品」に関する売主の所有権を尊重しない、あるいは無視するという意味での「権利者排除の意思」を要する。

(2) では、直後に代金を支払う意思であった(そして現に代金を支払った)被告人に、そのような「権利者排除の意思」は認められるであろうか²³⁾。

もちろん、先にみた「使用窃盗」との限界に関する裁判例からわかるように、「代金は支払うが10年後である」とか、それほど遅くはないが「商品」は非常に高価で支払代金の調達にリスクがあるとか、代金はどこかに預けてあって売主に回収の労をかけるとか(これは、自動車などの乗り捨ての場合に相当する。)というような場合には、そのような「代金支払いの意思」は相手方の所有権を尊重しないものといつてよいかもしれない。

しかし、本件では、1) 被告人の費消した「商品」の販売価格は、わずか428円である。仮に、本件が代金支払い意思のない万引きのようなケースであったとしても、この被害金額は十分に「微罪処分」に相当する²⁴⁾。また、2) 費消時点で被告人には直後に代金を支払う意思も能力もあった。

23) ちなみに、様々な事案に関する裁判例が集積しているドイツの裁判例でも、本件類似の事案について裁いたものは発見できなかった。わずかに、支払いの意思も能力もない被告人がスーパーマーケットの売場にある蒸留酒3本をその場で飲み干した事案について、飲んだ飲料に対する窃盗罪を認めた1985年5月21日の OLG Köln の判決 (OLG Köln NJW 1986, 392) が発見できただけである。しかも、この判決は、その理由中で、「『支払いの意思および能力がある客』が支払前に飲むことにスーパーの主人が同意したかどうかには、言及する必要はない。なぜなら、被告人には支払い能力がなかったからである。」と述べて、消費者に支払いの意思と能力があった場合を明らかに事案の異なるものと評している。

24) 「微罪処分」については、刑訴法246条、犯罪捜査規範198条以下により、「犯罪事実が極めて軽微であり、かつ、検察官から送致の手续をとる必要がないとあらかじめ指定されたもの」として、書類送検が不要とされる。

加えて、3)「商品」の費消から代金支払い完了までは約1分40秒であり、この財物の経済的利用に関して所有者が被る——代金との交換を予定された「商品」の清算前の「費消」という意味での——「利用妨害」の程度は極めて軽微である。ここで、これは「商品」なのであるから、所有者にとっては、その使用よりも売却によって等価の「貨幣」と交換されることが意図された財物であることを忘れてはならない。つまり、食品でなく爪切りバサミのような費消を伴わない「商品」を例にとれば、一時使用後に物を返却されるよりも「貨幣」に交換されるほうが売主にとって望ましいことは、自明のことなのである。本件では、このように1) 軽微な価格の「商品」を、2) 費消直後に代金を支払う能力があり、3) 費消した後短時間で清算するという意思が、問題となっている。つまり、本件は、「代金は『商品』の代替物」と考えれば、「短時間で補填の意思のある軽微な代替物の費消」に類する事案だと考えることができるのである。

この2つの点から見れば、本件は、「使用窃盗」として窃盗罪の成立が否定された上記大判大正9・2・4（他人の自転車を無断使用しその一部を損壊して乗り捨てた事案）や、自動車の無断使用について、持出しの時点で被告人らに自動車を所有者に返還する意思があったことを強調して「不法領得の意思」を否定した上記名古屋高判昭和37・5・31、および労働組合の争議行為の一環として示威のため会社の自動車を連れかねて親会社に乗り付けようとした行為につき「不法領得の意思」を否定した上記大阪高判昭和50・10・17よりも、1) 被害金額は少なく、2) 代替物で返却する能力があり、3) 違法状態の時間は短い事件であることがわかる。したがって、従来の裁判例からみれば、最初から費消後すぐに代金を支払う意思であったと思われる本件の被告人には、「権利者排除意思」という意味での「不法領得の意思」はないものと考えなければならない。

なお、代替物の一種である金銭の横領に関し、東京高判昭和31・8・9裁特3巻17号826頁は、傍論で、次のように述べている。すなわち「金銭は所論の如く代替物であるから、委任の趣旨にかんがみその取立てた金銭

の一時使用を許さないような特別の事情の認められない限り、受任者がその金銭の占有中一時これを自己のために費消するも、遅滞なくこれを補填する意思があり、且つ何時にてもこれを補填し得べき十分な資力のあるときは場合により違法性を欠くことにより、横領罪を構成しないこともあり得る。」と。これを受けて、本判決は、「被告人は本件千円を費消する当時手許不如意にて、遅滞なくこれを補填することの困難な事情にあることを十分に知しながら、敢えてこれが費消行為に及んだものであることが肯認し得られるのであるから、原判示の如く被告人に金千円の横領罪が成立することは疑な」いと述べている（下線はいずれも筆者）。

ここでは、「遅滞なくこれを補填する意思があり、且つ何時にてもこれを補填し得べき十分な資力のあるときは」横領罪の違法性を欠くことがあるとされている。もっとも、横領罪が成立しないとする結論は妥当であるが、厳密に言えば、無断一時流用は違法でないとは言えない。むしろ、権利者の権利行使を排除する意思でないがゆえに、代替物の不法領得とその意思が否定され、その結果、領得罪の可罰的違法類型としての構成要件該当性が否定されると解するべきである。

4 妥当な結論は

もちろん、筆者は、本件の被告人が取ったような行為を、適法であるとは考えていない。このような行為が蔓延すれば、スーパーマーケット等の商店における商品販売に混乱をきたすであろうし、窃盗に当たる万引きとの見分けおよび摘発が困難になって、これを誘発する虞も考えられないわけではない。ユーチューブで盛り上がれば模倣犯も出るかもしれない。苦情の電話を受けたといったスーパーマーケット側の受けた「迷惑」——具体的には「商品の適正管理」や「支払い手順」の攪乱——は、これに属する。

しかし、そのような意味で違法であることと、それが窃盗罪に当たると

することとは別物である。これらの「迷惑」は「業務（の円滑な遂行）」を害したことを理由とするものであり、当該財物の窃取行為が「不法領得の意思」によって行われたことを根拠づける理由とはならず、よって、窃盗罪の成立を根拠づけるものではない。これは、たとえば、突然店内で「商品」をつかんでこれを破壊し、それをユーチューブで配信するという行為は、スーパーマーケットにとっていかに「迷惑」でも、窃盗罪に当たらないのと同じである。

筆者は、折に触れて、刑法各論の学習目的は「泥棒に殺人罪を適用しないため」であると教えている²⁵⁾。これは、違法行為のうちどの行為が、類型化された個々の犯罪を構成するのかをきちんと知ることが、各論学習において肝要だということである。

そのようにみれば、本件に窃盗罪を適用することは、まさしく「泥棒に殺人罪を適用する」ことである。そうではなくて、本件はいたずらによるスーパーマーケットの業務妨害である。それは、軽犯罪法1条31号にいう「他人の業務に対して悪戯などでこれを妨害した者」として、「拘留又は科料」に相当する行為に過ぎないものと考えられる。

25) 松宮・前掲注22) 3頁以下参照。