

ドイツにおける不法領得目的の 内容に関する覚書

伊 藤 亮 吉

目 次

- 一 はじめに
- 二 領得概念
 - 1 領得の構造 - 窃盗罪を素材として
 - 2 排除と排除目的
 - 3 収得と収得目的
 - 4 横領罪における領得目的
- 三 結びにかえて

一 はじめに

ドイツ刑法 242 条の窃盗罪は、「違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的」で他人の動産を奪取すること、246 条の横領罪は、他人の動産を「違法に自ら領得し又は第三者に領得させる」ことを処罰対象とする。両犯罪の客観的構成要件の内容はわが国のそれとかなりの重なりがみられるが、「違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的」すなわち（不法）領得目的（Zueignungsabsicht）を明文で規定している点は大きな違いがある。わが国でも通説である不法領得の意思必要説に立脚すれば、これは明文における規定の有無の相違にすぎないともいえそうである。

わが国における不法領得の意思は、窃盗罪では「他人の権利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」¹、横領罪では「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」²と定義され、窃盗罪では前者を権利者排除意思、後者を利用処分意思とにわけるのが通常である³。そして、権利者排除意思は可罰的な法益侵害惹起意思すなわち違法要素であるが、利用処分意思は法益侵害行為の強い動機すなわち責任要素であるとする見解⁴が有力に主張されている。

一方でドイツにおいては、古くから領得（Zueignung）は排除（Enteignung）と収得（Aneignung）から構成され⁵、排除目的については未必的認識で十分であるが、収得目的は第一級の直接的故意すなわち意図を要する⁶とするのが一般的に認められている⁷。目的犯の目的、特に詐

-
- 1 大判大正4年5月21日刑録21輯663頁、最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁。
 - 2 最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁。
 - 3 山口厚『刑法各論 [第2版]』（平成22年）198頁。
 - 4 山口・前掲注（3）199、203頁。
 - 5 Karl Binding, Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts Besonderer Teil 1, 2.Aufl., 1902, S.264ff; Albin Eser/Nikolaus Bosch, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch Kommentar, 29.Aufl., 2014, § 242Rn.47.なお、これらの用語の邦訳については、山中敬一『刑法各論 [第2版]』（平成21年）251頁にしたがった。そこでは、領得を構成する排除とは、所有者をその経済的地位から排除することであり、収得とは、行為者の財産ないし物の価値の利用へと財産を組み入れることとする。
 - 6 Wolfgang Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil 2/1, 2.Aufl., 2003, S.59, 68; Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil , 16.Aufl., 2014, S.27; Klaus Gehrig, Der Absichtsbegriff in Straftatbeständen des Besonderen Teils des StGB, 1986, S.51ff; Stefanie Mahl, Der strafrechtliche Absichtsbegriff, 2004, S.120; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.64.なお、Gunther Arzt/Ulrich Weber/Bernd Heinrich/Eric Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, S.396.は、領得目的の概念は不明確であるとする。
 - 7 排除目的を未必的認識で足りるとするためか、排除目的ではなく排除故意との用語を使用するものが多い。例えば、Joachim Vogel, Leipziger Kommentar, 12.Aufl., 2010, § 242Rn. 143ff.は、Enteignung (svorsatz) と Aneignung (sabsicht) として、「排除 (故意)」「収得 (目的)」と記載する。なお、故意が意図 (第一級の直接的故意)、確定的認識 (第二級の直接的故意)、未必的認

欺罪（ドイツ刑法 263 条）の利得目的（Bereicherungsabsicht）が意図を要する⁸こととの対比からすると、領得目的という目的犯の目的の内容の本質を構成するのは取得目的ということになり、領得目的としては取得目的だけを考えればよいことになる。あえて排除目的を加味するとすれば、それはどのような意味をもちうるのであろうか、そして、目的の内容として未必的認識を一貫して否定し続けるドイツ刑法の論理からすると、排除目的は目的足りうるといえるだろうか。本稿はこのような観点から、ドイツにおける領得目的の内容についての現状を概観することを試みるものである⁹。

二 領得概念

1 領得の構造 - 窃盗罪を素材として

領得目的を考察する前提として、ドイツ刑法が窃盗罪についてどのような立場をとっているかを概観する。窃盗罪は領得罪すなわち所有権侵害を構成要素とする犯罪として構成されている。窃盗の客観的行為は物（他人の動産）の奪取である。奪取とは、他人の占有を侵害して新たな占有を設定することを意味する¹⁰。これに対して、窃盗罪の主観的構成要件で必要

識と3分されるのに対応して、目的の内容についても3つの類型が考えられる。未必的認識で「十分である (genügen)」とは、意図を排除する趣旨ではなく、未必的認識以上の心理的内容を要するというである。つまり、意図や確定的認識でもよいということである。ただし、故意に知的側面と意的側面が認められるのと同じく、目的もこの両者が必要であり、意図を必要とする (erforderlich sein) 場合でも、知的側面としては未必的認識が最低限要求されるべきであることに注意されたい。

8 この点について、伊藤亮吉「目的犯の新たな潮流 (1)」名城法学 61 巻 3 号 (平成 24 年) 19 頁を参照。

9 近年のわが国における文献として、穴沢大輔「不法領得の意思における利用処分意思についての一考察 (1)~(3)」明治学院大学法学研究 93 号 (平成 24 年) 95 頁以下、94 号 (平成 25 年) 39 頁以下、96 号 (平成 26 年) 91 頁以下、樋口亮介「ドイツ財産法講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー Vol.8 (平成 25 年) 144 頁以下を参照。

10 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.12.

とされる領得とは物に対する所有権類似の支配力の行使であり¹¹、領得意思による物の占有取得である¹²。つまり、奪取は占有と関係するのに対して、領得は行為者が所有者類似の支配を要求することから、領得と奪取は厳格に区別される¹³。

そして、領得は所有者の永続的なその地位からの排斥にある消極的側面である排除と、少なくとも一時的な物の行為者の財産への組み込みという積極的側面である取得から構成される¹⁴。そこから領得目的は、行為者が奪取の時点で、自己の財産状態を変更し権利者を永続的にその地位から排除して、自ら所有者のような支配権を行使する意思ということができる¹⁵。排除では、事実上永続的な権利者（所有者）の排斥が権利者の物に対する支配的地位から把握され、取得では、行為者（自己取得）または第三者（第三者取得）の財産への物の意図された編入を意味する¹⁶ことから、排除では一時使用との限界が、取得では器物損壊罪との限界が問題となる¹⁷。わが国でいう権利者排除意思が排除目的に、利用処分意思が取得目的に相当すると考えられよう。

ドイツ刑法は単なる奪取罪として窃盗罪よりも軽く処罰する 248 条 b（乗り物の無権限使用）と 290 条（質物の無権限使用）を規定する。いずれの規定も単なる一時使用を例外的に処罰対象とするものであるが、例えば、248 条 b は自動車の一時使用の場合を特別に処罰することによって、窃盗における処罰の間隙を埋め合わせるものとされる¹⁸。これからすると、

11 Gehrig, a.a.O. (Anm.6), S.51.

12 Urs Kindhäuser, Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 4.Aufl., 2013, § 242 Rn.69.

13 Wolfgang Ruß, Leipziger Kmmmentar, 11.Aufl., 1994, § 242Rn.46.

14 Gehrig, a.a.O. (Anm.6), S.51; Mahl, a.a.O. (Anm.6), S.120.は、領得は、物それ自体または物の中に化体された物的価値を権利者から少なくとも一時的に排除して自己もしくは第三者の財産に組み入れることを意味する、と表現する。

15 Mahl, a.a.O. (Anm.6), S.121.

16 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.27.

17 Mahl, a.a.O. (Anm.6), 121.

18 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.125.

例えば自己領得では行為者は物に対して所有者のような地位を行使し所有者のように振舞うものではあるが、それでは、ほとんど全ての故意による奪取行為を所有者のような態度と解釈してしまう危険を孕むものである¹⁹。そのため、奪取罪と窃盗罪を区別する基準となるのが、故意とは区別されかつ主観的違法要素として奪取という客観的構成要件を超過する領得目的である。

2 排除と排除目的

(1) 排除とは物自体または物の中に化体された価値を所有者から奪い、所有者をその経済的地位から排斥することである²⁰。一時的にしても所有者がその地位から排斥されれば、排除は肯定される。したがって、所有者の法的地位は排斥と関係し、排除にとっては行為者が物をどうするつもりかは重要ではない²¹。その意味で、後述するように、排除目的は未必的認識で足りると主張されるのである。

(2) 窃盗罪における領得の客体は物（動産）である。物に関しては、排除と取得のいずれにおいても、物それ自体（物質説）と、物の中に化体されたり物に内在する物の価値（物的価値説）の両者がその対象とされる（統合説）²²。そこで、客体である物に対する排除や取得の可否を検討する。

客体の基本は物それ自体である。物質説からは、行為者が奪取の時点で所有者から物を永続的に奪い取る故意を有していれば、物自身の排除のための意思は肯定される。そこでは、窃盗罪は所有権を保護することから、行為者が所有者に財産上の損害を与えようとしているかどうかは問題とはならない。したがって、価値のない物の奪取や盗品の補填を予定しても窃盗罪の構成要件は充足される²³。

19 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.26f.

20 Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.47.

21 Gehrig, a.a.O. (Anm.6), S.51.

22 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.27; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.48.

23 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.29.

しかしながら、窃盗罪の客体を物それ自体の奪取に限定することでは足りず、物的価値をも客体に含める必要がある²⁴。物的価値説からは、行為者が物に内在する特別な機能価値すなわち物それ自体に化体された経済的価値を物から奪取して、物を価値のないものにしようとするれば、それで十分である²⁵。例えば、他人のテレフォンカードを秘密裏に持ち出して、これで電話をかけた後で元の場所に戻した場合（テレフォンカード事例）²⁶や、他人の預金通帳を秘密裏に持ち出して、銀行で自分のために金銭を引き出した後で通帳を元の場所に戻した場合（預金通帳事例）²⁷を考えると、物的価値をも客体に含める必要性を理解することができる。

預金通帳事例についてみると、預金の引き出しという出来事が通帳の性質を変えとしてもそれはほんのわずかでしかなく、物質説からは、通帳という物それ自体の奪取は、一時使用として処罰の対象とすることはできず、この場合に窃盗罪の構成要件該当性が否定されないとすると、この事例での処罰は、物的価値説を考慮に入れて初めて通帳の性質が変化したと判断することによって可能となる。すなわち、預金は通帳にその価値が化体されているところ、預金の引き出しによって、この金額が通帳との本質的な結びつきから不可逆的に引き離されることになる。通帳の占有と金銭の占有とは実質的に同じ意味をもつ（ドイツ民法 808 条）ことから、預金（の一部）の取り出しによって物自身の本質的構成部分が所有者から奪取され、通帳は金銭の引き出しの後ではもはや以前と同じ物とはいうことはできない。通帳に化体された財産は引き出し後には減少しており通帳に内在する物的価値が永続的に奪取されたものであり、行為者の排除目的を肯定することができる²⁸。

24 RGSt24, 22.は、客からえる料金を店に渡さないために事前にビール券を奪取し、このビール券を戻して清算を完了したという事案で、行為者は所有者を侵害していないとして排除目的が否定された（ビール券事例）。

25 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.30.

26 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.30.

27 RGSt22, 2.

28 Mitsch, a.a.O. (Anm.6), S.80; Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.30; Eser/Bosch,

(3) 預金通帳事例からも示されるとおり、行為者が奪取の時点で権利者(所有者)に対して、物を変えることなくまたは本質的な価値を減少させることなく返還して適法な状態を回復する意思を有している場合には排除目的は否定されることになる²⁹。例えば、兵士が軍を除隊する際に紛失した軍帽の損害賠償請求を免れるために、仲間の軍帽を奪取して、これを自己の帽子として返却した場合(軍帽事例)には排除目的は認められない。帽子は経済的な物の価値を奪われることなくその物質性と価値性を減少されることなくして所有者である国家に返還されており、損害賠償請求権を阻止するための帽子の利用は物の使用からの利益にすぎず、物的価値としては把握されない³⁰。また、自己が拾得者として物の返還と引き換えに遺失物の所有者から謝礼を受け取るために、実際に拾得した者から物を奪取する場合(謝礼事例)も同様であり、排除目的は認められない。ここで行為者は、軍帽や遺失物の権利者の所有者の権利を承認し、所有者としての法的地位を永続的に侵害する意思を有してはならず、所有者は物を価値の侵害なくして返還を受けることになる。物から謝礼をえる可能性は、物それ自体を化体する価値ではない³¹。

これに対して、行為者が所有者から物を奪取したが、それは後にその物を所有者に対して行為者自身の物として売却を申し入れるためであったという場合(再売買事例)³²や、行為者が商店から統一規格による複数回使用可能な容器を奪取したが、それはこの商店からデポジットを自分のものとして払い戻させるためであったという場合(容器事例)³³には、排除目的が肯定される³⁴。前者では、真の所有者は自己の物を再入手するに際し

a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.50.

29 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.33; Mitsch, a.a.O. (Anm.6), S.66.

30 BGHSt19, 387; Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.33; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.50.

31 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.32; Mitsch, a.a.O. (Anm.6), S.66.

32 RGSt57, 199.

33 OLG Hamm NSTZ2008, 154.

34 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.37f; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.50.

て、自分に所有権があることを認識してはならず、自己の所有権の存在を否定しており³⁵、後者では、規格化された容器は多くの製造業者が使用しうるものであるため、その所有権は移転しうる³⁶からである³⁷。いずれの場合も、所有者にとって物の機能は商品としての売却価値の中に存し、所有者が入手を強制されていることから³⁸、行為者が所有者の所有権を否定しているものと評価しうることになる。

以上の諸事例について学説は概ね見解の一致をみているが、領得の可否が争われている³⁹ものとして、売主が商品を買主に配達し、買主は配達時に代金を支払う契約になっていたところ、行為者がこの商品を奪取し、自ら郵便配達人と称してこれを買主のもとに配達し、自分のために代金を受け取ったという事例（偽配達人事例）⁴⁰がある。これについて窃盗を否定する見解は、所有権秩序からは所有者である売主は商品を買主に配達することに異議を唱えることはできない⁴¹ことがあげられる。つまり、行為者は商品それ自体ではなく、商品から派生する金銭を望んでいるから、物それ自体や物的価値を所有権者から排除する意思を有していないということである。これに対して、窃盗罪の成立を肯定する見解は、買主へ配達する権利は売主だけにあり、行為者による奪取は永続的に売主の所有権を侵害している⁴²、既存の法律関係を尊重するからといって他人の財産を許可なく侵害することは許されるものではない⁴³ことがその理由としてあげられている。

35 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.37.

36 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.37.

37 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.38.は、これに対して、規格化されていない容器の場合については、行為者が所有権関係を正当に評価していれば、永続的な排除に向けられた目的に欠けるとする。

38 Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.50.

39 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.34f.

40 BayObLG JR1965, 1157.

41 Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.50.

42 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.34.

43 Mitsch, a.a.O. (Anm.6), S.70.

(4) 領得は目的をもって遂行されることから、排除には排除目的が必要とされる。通説は、排除目的について未必的認識で十分であると解する。これに対して、排除目的について意図を要求する見解は、「目的」という法律上の用法の解釈から未必的認識では十分とはできないこと、行為者にとって排除が重要であることが必要でないとする処罰範囲が拡大してしまうことをあげる⁴⁴。しかしながら通説は処罰の間隙への配慮を考慮して、通説のように解しないと窃盗罪の規定が空文化してしまうことから、行為者が物が所有者から永続的に失われる可能性を考慮に入れてこれを受け入れれば、排除目的を肯定することができ、所有者から物を一定の時間奪取することが重要であることは必要でないとする⁴⁵。また、排除が行為者の目標であることは稀であり、ほとんどの場合排除は目的である取得の結果であること、行為者が取得を求めれば、それと同時に通常与えられる排除の完成を目指すことになることも、未必的認識で十分とする理由としてあげられている⁴⁶。

さらに、排除目的が単なる一時使用と窃盗との適切な限界づけをするための中核的役割を果たすことから、未必的認識は基礎づけられる。すなわち、単なる一時使用の場合には排除目的が認められず窃盗罪が否定され、その場合には刑法 248 条 b、290 条の成否が問題となる⁴⁷。この場合所有者が物をすぐに取戻し侵害は使用可能性という一時的な奪取を超えるものではないと行為者が考慮に入れた場合は、刑法 248 条 b、290 条による処罰を除いて、基本的に処罰できないが、行為者が永続的な物の奪取を受け入れた場合は当罰的であろう。その理由としては、窃盗罪において排除に

44 Karl Heinz Gössel, Strafrecht Besonderer Teil 2, 1996, S.124f; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.6), S.397.なお、Vogel, a.a.O. (Anm.7), § 242Rn.145.は、排除に第二級の直接的故意（確定的認識）を要求する。

45 Gehrig, a.a.O. (Anm.6), S.58; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.64.

46 Andreas Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6.Aufl., § 242Rn.107.

47 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.29f.

直接的故意を要求すると、些細とはいえ可罰性の間隙が発生し、所有権の保護は十分でなくなってしまうこと、所有者から物を永続的に奪取することが窃盗や強盗では通常は重要ではなく、所有者に損害を与えたいというような希望は領得犯罪の典型的な特徴ではないこと⁴⁸をあげることができる。

(5) 排除では、行為者が奪取の時点で物を所有者のもとに返還する意思があるかどうか重要な役割を果たす。真摯な返還意思は、物に内在する価値を奪う場合を除いて、排除目的を原則として阻却する。例えば、返還する意思で音楽コンクールの間だけコンクール出場者のヴァイオリンを隠した場合である⁴⁹。また、行為者が物の返還が確実であるとした場合にも排除目的は否定される。これに対して、返還を疑わしいものとしたり、返還されないことを受け入れたりすれば、単なる一時使用ではなく、排除目的を肯定しうる⁵⁰。使用後に物を戻さないことが行為者にとって重要な場合は、行為者は所有者の保持の永続的な喪失を目的としており、排除目的を肯定することができる⁵¹。さらに、物を第三者が入手できるようなどに置いてきた場合は、返還意思を認めることはできない⁵²。行為者はこの物のさらなる運命はいつでもよく、物の永続的な喪失を受け入れているといえるからである⁵³。

例えば、自分のもとを去ってイビーザに行ってしまったかつての恋人と相手の男（別の事件で犯罪を行っている）の身分証明書などを奪取したが、これによって2人の関係が壊れ、恋人はドイツに戻るが、男は犯罪者ゆえに戻れないことを期待するとともに、恋人が戻ってきたときには身分証明

48 Tobias Witzigmann, Mögliche Funktionen und Bedeutungen des Absichtsbegriffs im Strafrecht, JA 2009, S.493.

49 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.29; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.64.

50 Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.64.

51 Gehrig, a.a.O. (Anm.6), S.54.

52 Gehrig, a.a.O. (Anm.6), S.53.

53 Gehrig, a.a.O. (Anm.6), S.59.

書を返還することも考慮に入れていたという事例（イビーザ事例）⁵⁴では、行為者は少なくとも表面的には奪取された物の所有者としての地位とは全く別の目標を追求している⁵⁵が、奪取した物をさしあたっては保持し続けて、その後に判断を下そうとしたことから、「占有の獲得と物の取り去りの中に他人の所有権への最終的な侵害すなわち領得がある」として、領得目的が肯定された⁵⁶。

(6) 排除目的の存否にとっては行為者が返還に条件をつけている場合も問題となる。領得目的は行為者が排除と取得を決断したことを前提とするが、この決断は、行為者が排除・取得を自己の影響下でない客観的な条件に依存させた場合にも存在する。このような内心において行為者は不確かな事実からであってもすでに排除・取得を決断しているからである。そしてこれは、排除目的が否定されるまで決断していないことや、決定を保留していることと区別する必要がある⁵⁷。

例えば、知人の家で密かに物を奪取したが、とりあえず自宅でこの物を保持して、返還するかどうかを考えてから決定を出す意思であった場合は、排除目的が認められない。この場合は窃盗罪は成立せず、決断後に物を保持することは横領罪を構成する。これに対して、行為者が奪取の時に返還を、獲得した物の中に金銭があるかどうかといった、行為者の影響力とは無関係の客観的条件に依存させて決定する場合には窃盗罪が肯定される⁵⁸。

54 BGH NJW1985, 812.

55 Mahl, a.a.O. (Anm.6), S.124.

56 Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.6), S.379.は、行為者が権利者から物を短くはない時間奪おうとした点を指摘するのに対して、Mahl, a.a.O. (Anm.6), S.124f.は、自己の行為が女性を困難に陥れることに有益であることは領得目的を排除するもおではない、領得目的の決定に重要なのは、行為者が物に対して所有者としての地位を手に入れようとしたかどうかであり、行為者の将来の行動が考慮に入れられ、行為者が物について所有者にのみ与えられる態度をとることを予定していれば取得目的は肯定されるとして、この問題を排除目的ではなく取得目的で扱う。

57 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.48.

58 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.48; Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), § 242Rn.62.

3 取得と取得目的

(1) 取得は、物を行為者または第三者の財産へ組み込んだり、奪われた物の価値を利用することであり、行為者が物をどのように扱おうと考えたかに依存する⁵⁹。領得は自己領得と第三者領得とに区別される。後者は1998年第6次刑法改正で242条に明文でもって取り入れられたものである。そして、立法者は自己領得と第三者領得を同視したことから、両目的の間での結論は同じものでなければならない⁶⁰。両者の相違はもっぱら取得における意思の側面の違いであり、その他の構成要件要素に相違はない⁶¹。したがって、自己取得と第三者取得における議論は同じであり、例えば、第三者に遺棄や損壊をさせるためだけに物を奪取しても第三者取得目的は認められない（第三者が犬を殺せるように犬を奪取した場合）が、第三者が物を自己の目的のために利用できるように物を委ねられれば、取得目的は肯定される（テレフォンカード事例で、第三者に電話をさせるためにカードを一時的に奪取した場合）⁶²。

物質説を基礎とすると、取得目的は、行為者が奪取された物を自ら少なくとも一時的に自己または第三者のために保持・利用する、すなわち自己の財産の中に編入する意思を有している場合に肯定することができる⁶³。奪取による占有の設定だけでは取得とはいえない、つまり、物の排除が肯定されても取得とはならない場合がある。ここでは特に、窃盗と器物損壊の区別が重要となる。こうして、物の損壊や他者を怒らせるためだけの物の奪取は取得目的が欠如する⁶⁴。

これに対して、単なる占有設定以上のものが認められるときは取得が肯定される。そこでは、例えば、利用後には乗り捨てたままにする予定で自

59 Eser/Bosch, a.a.O. (Anm.5), §242Rn.47; Mahl, a.a.O. (Anm.6), S.121.

60 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.46.

61 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.27, 40f.

62 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.45f.

63 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.38.

64 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.39.

動車を奪取して、その後これを乗り捨ててきた場合、性的目的や雑巾として使用した後に廃棄することを目的として女性の洗濯物を奪取した場合⁶⁵があげられる⁶⁶。

物的価値説からは、物自身の中に化体された物の価値を自己の財産の中に少なくとも一時的に編入すれば取得にあたる⁶⁷。

(2) 領得目的は、排除目的とともに取得目的としても現出する。単なる奪取と領得の両者が他人の占有を侵害する点に問題はない。占有侵害についてはいずれの場合も客観的構成要件を異にするところはないが、領得はそれに加えて所有権犯罪として構成され、両者を分ける基準すなわち占有侵害という所有権者の排除以上の所有権侵害要素としての領得目的が要求される。また、窃盗罪が所有権侵害犯罪として構成されるとしても、同じく所有権侵害犯罪である器物損壊罪とも区別されなければならない、そこでは領得目的の有無が決定的である。こうして取得要素としては物をどのように取扱うかということが重要となり、その意思を取得目的と位置づけることができる。

取得目的は、排除目的とは異なり、第一級の直接的故意すなわち意図を要すると一般的には解されており、この点に争いはみられない。窃盗罪においては法益の侵害は奪取で尽きており、目的の存在が犯罪類型を形成し、そして、領得目的は構造上は詐欺罪における利得目的に対応していることから、領得目的としては第一級の直接的故意が要求されるべきことになる⁶⁸、との表現は、取得目的の意味で解されることとなる。目的に第一級の直接的故意を必要とする理由としては、取得目的は責任要素ではなく、排除目的とともに法益関係のゆえに違法要素であるから、行為者にとっては、取得が重要でなければならない、行為者は取得を求め、目標として向け

65 OLG Hamm MDR1954, 697.

66 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.39.

67 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.40.

68 Mahl, a.a.O. (Anm.6), S.120.

ることを望まなければならないこと⁶⁹、取得は単なる財産侵害と窃盗との限界を画定する要素として求められることになる。つまり、取得の要素が窃盗の犯罪類型を形成し、各規範の適用領域から単なる物の奪取と器物損壊の場合を除外するので、取得目的としては第一級の直接的故意が必要であるとされる⁷⁰。ここでは詐欺罪における利得目的が同様に第一級の直接的故意を必要とするのと並行して考えることができる。

行為者は物の奪取時にこのような目的を有していなければならない、例えば物を奪取後に廃棄する意思の場合と物を自己目的のために保持して使用する意思の場合では同じく所有権は侵害されているが、取得目的は行為者の目標に向けられている必要がある⁷¹ことから、前者では目的は否定されることになる。例えば、恋人から本屋から高価な書籍を盗んでくるように依頼された行為者（本屋事例）や、主人から他人のガチョウを自分の小屋に導き入れるように依頼された行為者（ガチョウ小屋事例）が、所有者に仕返しをすることが好ましいと考えて行為に至った場合には、取得目的に欠けることになる⁷²。

(3) 行為に必然的に付随する事情で、行為者がこれを受け入れてはいるが、望んではいない場合には、目的は存在しないものとされている⁷³。この点は取得目的が利得目的と並行的に考えられることからの帰結といえる。例えば、刑務所からの脱走する受刑者の事例をあげることができる。これは、受刑者が逃走に際して身体に身に着けていた受刑服を着て逃走した場合（受刑服事例）と、刑務所の檻を破るために鍵を奪取して使用した場合（鍵事例）の両者について、受刑者は受刑服や鍵を領得したといえるかど

69 Vogel, a.a.O. (Anm.7), § 242Rn.151.

70 Witzigmann, a.a.O. (Anm.48), S.490ff.は、目的が犯罪類型を形成する場合には第一級の直接的故意を必要とする。Vgl.Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. , 4.Aufl., 2006, S.441f.

71 Gehrig, a.a.O. (Anm.6), S.51.

72 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.47.なお、通説は行為者を目的なき故意ある道具として、依頼者に窃盗の間接正犯を認める、とする。

73 Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 61.Aufl., 2014, § 242Rn.41a.

うかが問題とされている。そして一般的には、鍵の領得は肯定されるが、受刑服については否定される。これは、鍵を取得することは脱走するのに必要な中間目標であり、受刑者には鍵の利用可能性が重要であるから、受刑者は鍵を領得したといえるのに対して、受刑服の着用は行為者にとっては諸事情から強制されているものであり、この奪取は避けられない付随結果にすぎず、行為者によって望まれてはいない⁷⁴からである。

ここでは、受刑者は即座に受刑服を捨てるつもりであったからこれを望んではいないと理論構成するものである。しかし、これに対しては、受刑者は裸で逃走することを望んでおらず、それよりも服を着て逃走する方がよりよいものとして受け入れていること、もし行為者が逃走中に他人の洗濯物を奪取した場合に、その服が気に入らなかったのでできるだけ早く着替えたいと考えたとしても、洗濯物の領得を否定することはできないであろうことを理由として、即座に取得目的を否定することを問題視する見解もある⁷⁵。

(4) 行為者が奪取の時点で自分が物でもって何をするのか、物を捨てるのか保持しようとするのか、をまだ正確には決めていない場合は取得目的を有しない⁷⁶とされる。これは物の利用処分について無関心である場合に目的を否定するものである。ここから、目的は消極的な目的では足りず、積極的に何かをなすための奪取であることが必要とされる⁷⁷。

また、一定の条件の成就に目的が依存する場合にも、目的の存否が問題となる。例えば、自己の債権実現の強制手段として使用するために他人の物を奪取した事案（担保取得事例）では、行為者は物や物の中に化体され

74 Mahl, a.a.O. (Anm.6), S.122f.

75 Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.6), S.396.

76 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.40.

77 排除目的についてはあるが、Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf, a.a.O. (Anm.6), S.397.は、排除に関して第一級の直接的故意を要求する限りでは、短時間の使用を越えて所有者に損害を発生させるかどうかは行為者には無関心であるという事例はなお一時使用にすぎないと主張する。

た物の価値を自己の財産の中に編入しようとは考えていないために、取得目的が否定される⁷⁸。そして、債務者が支払いをしない場合に必要があれば物を売却すると考えた場合、行為者が物の将来の利用についての最終的な決断をいまだ留保しているときは目的が欠けるが、これに対して、外部的な条件、特に債務者の態度によって利用を決定するのであれば、不確実な事態とはいえ行為者は利用をすでに決断しているといえ、取得目的は肯定される⁷⁹。

(5) なお、領得目的は排他的な目的である必要はない⁸⁰。したがって、確実ではないものの物を自ら利用しうるのであることを行為者が奪取の際に予測や期待をした場合にも、取得目的は存在しうる⁸¹。目的は併存しうるのであって、領得の意思と損壊の意思との並立は考えられるところである。その際の領得の有無は、排除目的は未必的認識で足りるとされることから、この認識があれば排除目的は肯定され、目的の併存は取得目的の面で問題となるであろう。

4 横領罪における領得目的

横領罪は、1998年第6次刑法改正において領得犯罪として規定され直された。こうして横領罪は、窃盗罪と同様に所有権侵害を本質とする犯罪類型である。横領罪は他の犯罪に対して補充的性格を有しており、より重い刑罰が科される他の犯罪構成要件が実現されない他人の動産の違法な領得の全てを包含する犯罪類型である⁸²。

窃盗罪が主観的な領得目的を規定するのに対して、横領罪は領得が客観的構成要件要素であるところに両犯罪の規定上の相違がみられる。横領罪における領得概念は窃盗罪におけるそれと広く一致する。すなわち、窃盗

78 BGH NStZ-RR1998, 235.

79 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.49; Kindhäuser, a.a.O. (Anm.12), § 242Rn.82.

80 Kindhäuser, a.a.O. (Anm.12), § 242Rn.123.

81 Vogel, a.a.O. (Anm.7), § 242Rn.151.

82 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.111,

罪における排除と取得に関する問題は全て横領においても生じる⁸³。

しかしながら、横領罪における領得は条文の構成上客観的構成要件要素であるので、領得意思は領得の故意としてのみ理解しうることになる。つまり、排除に関しては窃盗でも未必的認識で十分であるので両者に相違はみられないが、取得についても横領は未必的認識で十分であり、その点で窃盗と相違することになる。例えば、本の入った箱を友人に贈ったが、その本が貸し出されたものなのか自分のものなのかを知らず、どちらでもありうるとして、それ以上詮索することをしなかった者は、これが第三者の本を善意の友人に獲得させたとすれば、取得に関して、第三者領得と同じく自己領得の観点からしても、未必的認識で行為しており、取得目的としてはこれで十分とされる⁸⁴。

三 結びにかえて

以上のとおり、ドイツにおける不法領得目的の現状を、窃盗罪と横領罪を例として概観してきた。本来であれば引き続いて領得目的の内容について検討し、わが国の不法領得の意思と比較すべきところではあるが、これについては稿を改めて検討させていただきたい。

附記 柳澤秀吉先生には名城大学に着任以来多くのご指導をいただきました。先生の定年退職に際しまして心より感謝とお祝いを申し上げますとともに、今後とも健康にご留意されて益々のご活躍をお祈り致します。

83 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.111.

84 Rengier, a.a.O. (Anm.6), S.111f.