

わが国の奪取罪における不法領得の意思の内容に関する一考察

伊 藤 亮 吉

もくじ

- 一 はじめに
- 二 わが国の奪取罪における不法領得の意思に関する判例学説の状況とその評価
 - 1 権利者排除意思をめぐる判例の状況とその評価
 - 2 利用処分意思をめぐる判例の状況とその評価
 - 3 不法領得の意思の法的性格
- 三 奪取罪における不法領得の意思の内容
 - 1 不法領得の意思の内容に関する判例・学説
 - 2 権利者排除意思の内容
 - 3 利用処分意思の内容
- 四 結びにかえて

一 はじめに

ドイツにおける不法領得目的 (Zueignungsabsicht) は窃盗罪等の領得犯罪において条文上規定されている要件である。その内容を簡潔に述べると、ドイツにおける「領得」(Zueignung) 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という「排除」(Enteignung) と、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という「収得」(Aneignung) か

ら構成され、排除目的は排除についての未必的認識で足りるのに対して、取得目的は取得についての意図を要すると解するのが判例通説である¹。

わが国では不法領得の意思は条文上規定されていないが、これを解釈上要求するのが一般的であり、判例は奪取罪（占有移転犯罪）については一般的にこれを「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」と定義する²。前者の「権利者を排除し他人の物を所有者と同様に…する意思」を権利者排除意思といい、一時使用での奪取は権利者排除意思が欠けて無罪となる。これはドイツにおける排除に相当する。これに対して、後者の「他人の物を…その経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」を利用処分意思といい、毀棄隠匿意思による行為は利用処分意思に欠けて毀棄隠匿罪が成立するにすぎない。これはドイツにおける取得に相当する³。

不法領得の意思をめぐる問題はわが国の学説⁴上の主要テーマの1つであり、不法領得の意思を、判例と同じく権利者排除意思と利用処分意思の2つから構成する見解（通説）⁵、権利者排除意思のみで構成する見解⁶、利

-
- 1 伊藤亮吉「ドイツにおける不法領得目的の内容に関する覚書」名城法学 64 巻 1 = 2 号（平成 26 年）305 - 321 頁を参照。
 - 2 大判大正 4 年 5 月 21 日刑集刑録 21 輯 663 頁（後掲 判決）、大判昭和 9 年 12 月 22 日刑集 13 巻 1789 頁（後掲 判決）、最判昭和 26 年 7 月 13 日刑集 5 巻 8 号 1437 頁（後掲 判決）。
 - 3 なお、占有非移転犯罪である横領罪においても不法領得の意思は必要とされており、判例はこれを「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」と定義する（最判昭和 24 年 3 月 8 日刑集 3 巻 3 号 276 頁）。
 - 4 不法領得の意思に関する近年の論稿として、木村烈「窃盗罪における『不法領得の意思』をめぐる理論と実務 - いわゆる『利用・処分意思』に関する判例の分析を中心に」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』（平成 18 年）385 - 427 頁、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） - （4・完）」法学研究 93 号（平成 24 年）95 - 149 頁、94 号（平成 25 年）39 - 70 頁、96 号（平成 26 年）91 - 117 頁、98 号（平成 27 年）253 - 283 頁、杉山博亮「不法領得の意思について」専修大学法学研究所紀要 40（平成 27 年）83 - 131 頁。
 - 5 井田良『刑法各論 [第 2 版]』（平成 25）88 - 89 頁、大谷實『刑法講義各論 [新版第 4 版補訂版]』（平成 27 年）199、201 頁、中森喜彦『刑法各論 [第 4

用処分意思のみで構成する見解⁷、不法領得の意思を不要とする見解⁸の4つに大別することができ、活発な議論が展開されていることは周知のとおりである。しかし、学説において展開されている議論は、窃盗罪と一時使用の区別（特に返還意思のある場合）や窃盗罪と毀棄隠匿罪の区別（特に犯行隠滅意思や被検挙意思による場合）の基準やその評価が中心といえる。

これらが避けて通れない重要な問題であることは当然であるが、判例学説ともに、これらの意思が未必的な認識認容で足りるのか、それとも、意図等のより強度の意思内容まで要求すべきかに関する検討まではなされていないと言っても過言ではない。権利者排除意思と利用処分意思はどのような内容を有するべきかは、議論の素材に上がってきてもよいはずであるにもかかわらず、わが国ではドイツにおけるような議論がなされていないのが現状である。

本稿はこうした問題意識を基礎として、従来から展開されてきた議論との関係を保ちつつ、わが国の奪取罪における不法領得の意思について、どのような意思内容を要求すればよいかについて、若干の検討を試みるものである。

-
- 版]（平成27年）114 - 115頁、西田典之『刑法各論 [第6版]』（平成24年）158 - 161頁、林幹人『刑法各論 [第2版]』（平成19年）193、195頁、平野龍一『刑法概説』（昭和52年）206 - 207頁、藤木英雄『刑法講義各論』（昭和51年）280頁、松宮孝明『刑法各論講義 [第3版]』（平成24年）207、209頁、山口厚『刑法各論 [第2版]』（平成22年）200、203頁、山中敬一『刑法各論 [第3版]』（平成27年）280 - 283頁。
- 6 団藤重光『刑法綱要各論 [第3版]』（平成2年）563頁、福田平『全訂刑法各論 [第3版増補版]』（平成14年）230頁。
- 7 伊東研祐『刑法講義各論』（平成23年）145 - 146頁、木村光江『刑法 [第3版]』（平成22年）320 - 321頁、高橋則夫『刑法各論 [第2版]』（平成26年）223 - 224頁、前田雅英『刑法各論講義 [第6版]』（平成27年）157、159頁。
- 8 内田文昭『刑法各論 [第3版]』（平成11年）255頁、大塚仁『刑法概説（各論） [第3版増補版]』（平成17年）197頁、川端博『刑法各論講義 [第2版]』（平成22年）286頁、曾根威彦『刑法各論 [第5版]』（平成24年）122頁。

二 わが国の奪取罪における不法領得の意思に関する判例学説の状況とその評価

わが国の判例において不法領得の意思が直接的に問題となった事案は少なく、判例は大審院以来一貫して不法領得の意思として権利者排除意思と利用処分意思を必要とする立場をとっている⁹。判例は不法領得の意思に関して、本稿で掲げる裁判例の多くが示すとおり、「意思」「意図」「目的」という用語を使用するものが多い。ここでの「意思」は一般的には第一級の直接的故意を意味する「意図」と同義と考えられ、判例もそのような意味で「意思」を使用していると考えてよいものが多いであろう。しかし、だからといって、不法領得の意思が目的犯における目的の一種として、あるいは、少なくともそれに類似するといえる超過的内心傾向の犯罪類型であることを前提とすれば、「意思」というだけで強度の意図的要素が必然的に導き出されるというものではない。判例は目的犯における目的を意図の意味だけで解してはいないからである¹⁰。もちろん解釈によっては不法領得の意思について強度の意図的要素が必要とされるという結論に至ることは考えられる。しかし、それはあくまでも個々の犯罪構成要件の解釈からえられる帰結であって、「意思」という用語から直接的に導かれるものではない。また、「目的」は多義的に使用することができるが、ここでは「意図」と並列的に使用されることからすると、これと同義と解

9 ただし、後述するように、判例学説ともに当初の不法領得の意思の定義では適正な処罰範囲を確定することができないために、これを拡大的に適用する傾向がある。これについて、日高義博「判批」『刑法判例百選 各論 [第7版]』（平成26年）67頁は、後掲^⑩判決と^⑪判決から、「経済的用法に従うという点は、もはや不法領得の意思の判断ファクターからは脱落している」、後掲 判決と 判決から、「権利者排除意思の点も当初のような可罰性限定機能をなくしている」と指摘したうえで、「判例のいう不法領得の意思の内容としては、現在では『他人の物を自己の所有物として利用・処分する意思』という部分が機能しているだけだといえよう」とする。

10 この点については、伊藤亮吉「目的犯の目的の内容（1）、（2・完）」名城法学63巻2号（平成25年）1-34頁、63巻4号（平成26年）1-36頁を参照。

してよいであろう。しかし、そこでの問題は「意図」と「目的」で変わりはない。そして、後述するとおり、裁判例の多くはこれらの用語を不法領得の意思の必要要件として使用しているというよりも、当該事案における事実として意図や目的が存在したと認定しているにすぎないことがわかる。そうすると、不法領得の意思の内容はいまだ不明確なままである。

そこでまずは、権利者排除意思と利用処分意思について、判例および学説がどのような内容を考えているのかについて順次検討を加えていくものとする。

1 権利者排除意思をめぐる判例の状況とその評価

(1) 判例は、権利者排除意思の内容について事実認定の中で取り上げることはあっても、それを定義するものまではないといえる。まず、「被告人は、A方から自転車を無断で持ち出す際には、右自転車を使用した後にその場所に返還しようと考えていたものであって、これを乗り捨てる意思はなく…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ず」(判決)¹¹と、「意思」という用語をそのまま用いるものがある一方で、「意図」や「目的」に言及するものも存在する。すなわち、「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回している」(判決)¹²、「他人所有の普通乗用自動車…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、その後四時間余りの間、同市内を乗り廻していた」(判決)¹³、「本件ファイルを複写し、これに化体された情報を自らのものとし、前示のような効果を狙う意図と目的のために持ち出した」(判決)¹⁴などである。しかし、これらの表現は事実として意図や目的が存在することを認定しているだけであるから、権

11 京都地判昭和51年12月17日判時847号112頁。

12 最決昭和43年9月17日判時534号85頁。

13 最決昭和55年10月30日刑集34巻5号357頁。

14 東京地判昭和59年6月28日判時1126号6頁。

利権者排除意思として意図や目的が必要的に要求される趣旨と考えることはできないであろう。

また、「同社を退職し、同社と営業が競争関係に立つ他会社に就職しようとし、その際本件購読会員名簿のコピーを作成し、これを転職先会社に譲り渡すことを企て…右企てを実行すべく決意し…本件購読会員名簿四冊を取り出し、これを携帯して同社を出…約二時間後にコピーができたので、右購読会員名簿四冊を受取って同社内に持ち帰り、右名簿を元の保管場所に戻した」(判決)¹⁵との判決は、「企て」や「決意」が事実上存在することから権利者排除意思を肯定する点では判決～判決と同一である。ここでの企てや決意の意味については、意図や目的と同じ意味でありこれを言い換えたか、あるいは、それほど強い意思の程度までが存在しないことからあえて意図や目的という用語を使用しなかったかは不明確であるが、後者であるとすれば、判例は意図や目的よりも弱い意思内容で権利者排除意思を肯定することを示すことになる。

(2) 権利者排除の意味については、「たとえその目的がパチンコ玉を景品交換の手段とするものであつたとしても、経営者の意思にもとづかないで、パチンコ玉の所持を自己に移すものであり、しかもこれを再び使用し、あるいは景品と交換すると否とは自由であるからパチンコ玉につきみずから所有者としてふるまう意思を表現した」(決定)¹⁶、市議会議員選挙に際し、特定の候補者を当選させるため、後日その候補者の氏名を記入して投票中に混入し投票数を増加する目的で投票用紙を持ち出した被告人は、「権利者を排除して徳島市選挙管理委員会所有の投票用紙を恰も自己の所有物のごとくこれを同用紙として利用する意思であつた」(判決)¹⁷、スーパーにおいて商品を持ち出した直後にトイレ等に持ち込み、値札や商品表示カードを外した後、すぐ売り場に戻り、レジ係に返還した行為者は、

15 東京地判昭和55年2月14日刑月12巻1=2号47頁。

16 最決昭和31年8月22日刑集10巻8号1260頁。

17 最判昭和33年4月17日刑集12巻6号1079頁。

「本件各商品を、単純に、もとに返還するというのではなく、あたかもこれら商品の正当な買主（即ち所有者）であるように装って返品し、代金相当額の交付を受ける意思の下に、売り場から持ち出したものであって、被告人のこのような意思は、権利者を排除して物の所有者として振舞い、かつ、物の所有者にして初めてなしうるような、その物の用法にかなった方法に従い利用・処分する意思に外ならないというべきである」（判決）¹⁸との裁判例が示す通り、財物に対する最終的、永続的な所有権獲得の意思までは必要でなく、財物の所有権があくまでも所有者にあることを認めた上で当該財物の一時的な利用についても権利者排除意思を肯定しうる。すなわち、権利者排除は所有権獲得が予定されるのが通常と考えられるが、それに限られることなく一時的な利用であっても広く、自己の所有物と同様にふるまうことのできる地位の獲得でもって肯定されるものと理解できる。

(3) 権利者排除意思では窃盗と一時使用との限界が特に問題となる。ここで特に問題となるのは、財物を一時的に利用するだけでその後は返還意思（元の場所に返却する意思）がある場合に、権利者排除意思が否定されるであろうか、ということである。返還意思のある自転車の占有侵害について 判決は、権利者排除意思を否定したが、それは、返還意思の存在だけではなく、被害の軽微性等の客観的諸条件に大きく依存していることに着目すべきである^{19, 20}。

18 大阪地判昭和 63 年 12 月 22 日判タ 707 号 267 頁。

19 判決は、「自転車を使用了後に元の場所に返還しようと考えていた…、被告人が予め決めていた目的地までは…さほどの距離はなく、…自転車を無断で持ち出してから元のガレージに戻すまでの時間は従前の例からみて最大限二、三時間を越えるものではなく、その間の自転車の消耗も考慮に値いしないほど軽微であるなどからみて…被告人が右自転車の所有権を排除するまでの意思を有していたとみることはできず、むしろ、単に一時的に使用するために右自転車を自己の占有に移したとみるのが相当である」とする。日高・前掲注 (9) 67 頁は、これに基づいて、被害の軽微性が可罰的違法性の欠如による違法性阻却を指摘する。

20 なお、木谷明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 55 年度』（昭和 60 年）213 頁は、一時使用の目的が適法なものであったか違法なものであったかは、

これに対して、当初から乗り捨ての意思がある場合には権利者排除意思は肯定されることとなる。すなわち、自転車について、「竊盗罪ノ成立ニハ他人ノ財物ニ付キ不正領得ノ意思ヲ以テ其所持ヲ侵シテ之ヲ自己ノ所持ニ移スコトヲ必要トスルカ故ニ單ニ一時使用ノ爲メニ之ヲ自己ノ所持ニ移スカ如キハ竊盗罪ヲ構成セサルモノトス...原判決ハ被告カ當初ヨリ無斷使用ノ末之ヲ破壊シ且乗捨ル意思アリタルモノト認メタル趣旨ナリトセハ被告ハ他人ノ自転車ヲ一時使用スルニ止マラスシテ終局的ニ被害者ノ所持ヲ奪ヒ事實上自己ノ完全ナル支配ニ移シ之ヲ使用處分シテ自ら所有者ノ實ヲ擧クル意思アルモノト解スヘキヲ以テ即チ不正領得ノ意思アルモノト謂フヘク其行爲ハ正ニ竊盗罪ヲ構成スルモノトス」(判決)²¹、また肥料船の使用について、「たとえ短時間であつても、被告人等が右肥料船に対するAの所持を侵し該船を自己の所持に移したものであることは明白であるばかりでなく、更に挙示の証拠によれば被告人等は右肥料船が対岸に着けば当然その場にこれを乗り捨てる意思であつたことが認められるのである。そもそも、刑法上窃盗罪の成立に必要な不正領得の意思とは、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をいうのであつて、永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としないのであるから、被告人等が対岸に該船を乗り捨てる意思で前記肥料船に対するAの所持を奪つた以上、一時的にも該船の権利者を排除し終局的に自ら該船に対する完全な支配を取得して所有者と同様の実を挙げる意思即ち右にいわゆる不正領得の意思がなかつたという訳にはゆかない。」(判決)²²とされている。ここから、財物を自己の物にする意思でなくても、乗り捨ては無権利者には許されないうまいさしく権利者でなければできないような処分であるから自己の所有物と同様にふるまう意思があると認められ²³、権利者排除意思を肯定するこ

不法領得の意思の成否について本質的に重要性をもつものではないとする。

21 大判大正9年2月4日刑録26輯26頁。

22 最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁。

23 これは、「所有者ノ實ヲ擧クル意思」(判決)、「終局的に自ら該船に対する完

とに問題はないといえよう。

自転車の使用について判例の態度はわかる様相をみてとれる（判決）一方で、判例は自動車や情報記載・記録物の奪取については、判決～判決はいずれも自動車ないしは情報記録物の使用につき権利者排除意思を肯定することから、返還意思があっても不法領得の意思を否定することはなく、被害の軽微さや価値の消耗度、さらには排他的な利用価値を着目することで、自転車の使用とは異なる結論に至る。これについては、近時の学説の大勢は、その理由づけのちがいはともかくとして、結論としては、乗り物の一時的な使用につき、使用後返還する意思がある場合でも、一定の限度で窃盗罪の成立を肯定すべきであるとする方向において一致しつつある²⁴、自転車と自動車を別異に取扱う理由はなく、自転車の一時使用に関する判例の傾向は近々是正されるものとおもわれるとの評価²⁵も存在することを考慮すると、判例は将来的には自転車の一時使用をさらに狭める結果に至ることも予想される。

一時使用「が不可罰たるためには、少なくとも財物の所持が被害者から完全に失われていない場合であり、そしてその限度においてのみ認められるべきものである。すなわち、返還の意思をもってするきわめて短時間の使用であって、その物が被害者の許に容易にかつ安全確実に返還され得るような場合に限られ、しかも、使用それ自体が著しくその物の価値の消費を伴うことなく、通常その物の権利者としてこれを認容できる程度の使用にして、かつ、そのことが公序良俗に反しないと認められる場合でなくてはならない」（判決）²⁶は、一時使用の不可罰性を返還意思という主観的要件よりもむしろ、「所持が被害者から完全に失われていない場合」、すなわち、短時間の使用、返還の確実性、価値の非消費、認容しうる程度の使

全な支配を取得して所有者と同様の実を挙げる意思」（判決）に現れているものである。

24 木谷・前掲注（20）211頁。

25 大塚仁他編『大コンメンタール刑法第12巻 [第2版]』（平成15年）238頁 [佐藤道夫＝麻生光洋執筆]。

26 神戸簡判昭和34年12月8日下刑集1巻12号2596頁。

用、公序良俗に反しないことといった占有侵害の態様という客観的諸条件を判断の基準としていることが理解できる。また、情報が記載・記録された物の奪取について、「本件各資料は秘密性のほか有用性ないし経済的価値を十分有していたと認められる。そして、本件各資料の経済的価値がその具現化された情報の有用性、価値性に依存するものである以上、資料の内容をコピーしその情報を獲得しようとする意思は、権利者を排除し右資料を自己の物と同様にその経済的用法に従って利用する意思にほかならないと言うべきであるから、判示犯行の動機及び態様に照らし、被告人には不法領得の意思が存在したと認めるのが相当である。」(判決)²⁷は、返還意思の存在だけで不法領得の意思が否定されるものではない点では同様であるが、秘密性と経済的価値にのみ言及し、不法領得の意思を肯定する。

判決が一時使用として不処罰となる客観的条件を列挙するのに対して、判決は秘密性と経済的利用の存在から窃盗罪の成立を認める。両判決は全く異なった判断基準が用いられたというよりも、自動車と情報化体物の性格の相違から異なる基準が明示されたものと考えらるべきであろう。

これからは、いずれにしても返還意思の存在だけでは権利者排除意思を否定する根拠とはなりえないことがわかる。そして、権利者排除意思における権利者排除が客観的な行為の事情から判断されるとしても、それは権利者排除意思の存否が客観的要素に依存することを意味するものではない。行為者が客観的な法益侵害の大きさをどのように認識しているかの判断要素として客観的要素は機能するものである。したがって、行為の時点において自己の行為から惹起される法益侵害に対する影響の大小の認識が権利者排除意思にとっては重要であり、その程度が大きいことを認識していれば権利者排除意思は肯定しうるといえる²⁸。

27 東京地判昭和59年6月15日判時1126号3頁。

28 山口・前掲注(5)200頁は、権利者排除意思を「可罰的な法益侵害(利用妨害)を惹起しようとする意思であり、その危険を基礎付ける」とするが、法益侵害ないしは利用妨害は客観的に判断されること、自己の行為の法益侵害への影響の大きさに対する認識が権利者排除意思にとって重要な意味を有することになる。また、山口・前掲注(5)200頁は、「排除意思が否定される程度

(4) それでは、権利者排除意思と返還意思はどのような関係に立つであろうか。「被告人は金融機関に対する強盗という重大な犯罪を遂行するのに利用するという目的で、敢えて無断でこれを持ち出したのであるから、その使用時間が三〇分、走行距離が一五キロメートル余に止まるというも、被告人において少なくともその間、被害者の権利を全く無視し、本件自動車を自己の支配下におくという強い意思を認めることができる…被告人が本件自動車を元の駐車場に戻すことは、更に逃走に使用する自己の車を同駐車場に置いている結果に過ぎず、その返還意思というも、返還を目的ないし強く意識して権利者のために誠実にこれをなすというものではなく、返還自体を最重要視しているものでないから、本件犯行途中に不測の事態が起れば、本件自動車を放置し逃走することが十分予想され、被告人の意図通り確実に元の場所に返還されるとは限らなかったと考えられる」(判決)²⁹との判決がある。これは、権利者排除の「強い意思」や「目的」の事実に存在に言及する点ではこれまで述べてきた判例の傾向に沿ったものであるが、「最重要視」という表現は、権利者排除意思と返還意思が併存している場合には両者が事実上存在することを前提として両者を比較衡量することで権利者排除意思の法的存在を判断することの可能性への言及とみてとることができる。

「判例は、一時使用をめぐる不法領得の意思の有無の判断基準として、返還の意思の有無を重要な要素の一つとしている³⁰と主張されているが、判例に現れた諸事案が返還意思の存在だけで即座に権利者排除意思が否定されるものではなく³¹、このことは学説においても概ね一致をみてい

一時使用の意思であれば、結果として返還できなかったような場合でも、窃盗罪の成立は否定される」とするが、権利者排除意思は奪取行為の時点において判断されるものであるからは当然の帰結といえる。

29 高松高判昭和61年7月9日判時1209号143頁。

30 大塚他・前掲注(25)237頁[佐藤=麻生]。

31 杉山・前掲注(4)95頁は、判決とその前に出された判決を引き合いに出して、この当時の判例は返還意思の存在が権利者排除意思を否定することになったと分析する。

ると言ってよいであろう。例えば、「もしそれが微小とはいえない程度の価値の消費を伴うような形態のものであれば、それはもはや単なる使用ではなく、したがって、そのような価値消費の意思があれば領得の意思があるものというべき」であるとの主張³²は、窃盗罪と一時使用の区別（窃盗罪と毀棄隠匿罪の区別においても同様である）は、行為の客観的態様とは無関係に決定することのできるものではなく、行為の客観的態様と併せた検討が要求されることを、そして、一般的には権利者排除意思は返還意思とは独立して判断されるべきことを示しているものといえる。こうして、「窃盗という外形上も単純と思われる犯罪の成立要件に行為者の意図ないし目的をことさらに重視することは実務的でないし、理論上もいかがかと思われる」³³、「第一次的な基準として重要視されることは、いうまでもなく、行為の客観的態様がどうであったかという点であり、『返すつもりがあった』等々行為者の意思、目的に余りにもとらわれると、ややもすれば結論の妥当性を失いかねない」³⁴ こととなる。

つまり、権利者排除意思の存在は返還意思とは無関係にそれ自体の存否を検証すれば足りるところ、両者はある財物についてこれを自己の物とするのかしないのか相対立する意思内容と考えることもできるので、両者は全く無関係の存在ということにはならないであろう。返還意思は権利者排除意思を否定する方向性を示す機能を有するが、権利者排除については、返還の有無を含めた客観的な行為態様によって判断されるべきであり、それと並行的に考えれば、権利者排除意思の存否は、返還意思を含めた客観的な行為態様に対する意思と相まって判断される必要がある。つまり、ここでは返還意思が大きな意味をもつというよりもむしろ、客観的行為の態様に対応する意思から権利者排除意思の存否は判断されるものといえる。

(5) その他には、被検挙意思による財物の占有侵害が権利者排除意思に

32 団藤・前掲注 (6) 563 頁。

33 大塚他・前掲注 (25) 237 頁 [佐藤 = 麻生]。

34 大塚他・前掲注 (25) 241 - 242 頁 [佐藤 = 麻生]。

よるものといえるかどうか問題となる。行為者は警察への出頭の際に自分が窃盗犯人としての地位をえたり、あるいは、窃盗犯人であることを示す証拠に財物を利用する意思で財物の占有を奪取したものであって、当該財物を返還する意思を有してはいても、当該財物に対する所有権を取得する意思を有してはいない場合がこれにあたる。なお、被検挙意思による財物奪取は利用処分意思の存否についても問題となるが、この点は後に検討する。

決定の「パチンコ玉の所持を自己に移すものであり、しかも、これを再び使用し、あるいは景品と交換すると否とは自由である」等の論理がここでも妥当するであろう。すなわち、行為者自身は被検挙意思を有するとはいえ、財物自体は自己の占有に移している。財物に対する支配によって、行為者はその後いかなるふるまいも可能となる地位や所有者としての外観を獲得することとなる。権利者排除意思が永続的な所有権獲得の意思とは無関係であるというのはまさしく、当該財物を自由にしうる状況を取得する意思と考えることができる。この論理は、最終的に自己の物としようとはしていない 判決からも導くことができ、そうすると、被検挙意思での財物奪取においては、当該意思の存在それだけで一概に権利者排除意思を否定するものではないと解される。ここでも返還意思と同様に両意思の併存を認めたくえで権利者排除意思の存否は判断されると考えることができるであろう。

すなわち、一時使用が不可罰とされるのは、返還意思の存在だけではなく、占有侵害の態様・被害・時間の軽微性だけでなく、即座に放棄するという目的の明確性が求められるとすれば、被検挙意思においても、奪取した後の自首までの時間的場所的距離や、店の状況、奪取の態様などを勘案し、出頭までに一定の時間を要するのであれば、不法領得の意思は認められる³⁵こととなる。そして、このような財物の利用形態に対応する意思を有していることが不法領得の意思としては問題となるのであり、このよ

35 前田雅英『最新重要判例 250 刑法 [第 10 版]』（平成 27 年）154 頁。

うな行為それ自体が権利者排除意思を決定するわけではない。これに対して、占有侵害の態様の他、金員や財物の価値を消耗することのない短時間の奪取といった客観的な行為態様に対応する意思があれば、権利者排除意思が否定されることは十分にありえよう。

2 利用処分意思をめぐる判例の状況とその評価

(1) 利用処分意思の内容に関する判例としてはまずは、権利者排除意思でみたのと同様に、事実としての「意図」や「目的」の存在に言及するものがある。これについて利用処分意思を肯定したものとしては、例えば、「領得の意思とは…他人の物を事実上自己の完全な支配に移し之を使用処分して自ら所有者の実を挙ぐる意思であつて、永久的にその物の経済的利益を保持するための意思たることを要しない…被告人は、自己のこれまでの犯行を隠蔽するため大金庫内から本件手提金庫を取り出し現場から二百数十米はなれた河中に投棄した」(判決)³⁶、「金員そのものを強取したり盗んだりするのを主目的としてはいなかったとはいえ、単に物を廃棄したり隠匿したりする意思からではなく、第一の犯行では事前から物取りを装う意図を有していて、Aが生命を守るのと引替えに自分のバッグを提供したのに乗じてそのバッグを奪っており、第三の犯行ではその場で物取りを装おうと考え、その意図を実現するのに相応しい前記金品を持ち出して所有者の占有を奪っている」(判決)³⁷がそれである。

判決における「犯行を隠蔽するため」の「ため」は、意図や目的の意味で理解することができる。そして、判決がいう意図や目的は、事実認定として言及されているにすぎず、利用処分意思として意図や目的を要するとまで断言することができないのは、権利者排除意思における判決～判決等と同様である。

「被告人が自転車を持ち帰れば、給料の支払いに応ずるものと思い、

36 大阪高判昭和24年12月5日高刑判特4号3頁。

37 東京高判平成12年5月15日判時1741号157頁。

右支払いを催す意図をもつて、或は右支払を確保するために」(判決)³⁸も同じく、事実としての意図や目的の存在に言及するものである。そして、ここにいう自転車の利用処分とは、自転車の経済的本来的な利用処分だけではなく、支払いを催したり確保するために自転車を利用するというそれよりも広い利用処分でもよいことが示されている。つまり、自転車の経済的本来的な利用としては場所的移動手段、スポーツ、売却等による金銭取得等をあげることができるが、自転車を利用した支払いの催促まではそこに含めることは困難といえる³⁹。経済的利用に適った積極的な利用処分の場合に利用処分意思を限定すると、この事案では利用処分意思が否定され、窃盗罪の成立が認められないことになるところ、これを肯定するためには、経済的本来的な利用処分意思に限ることなくそれ以外の意思をも利用処分意思に含めることが必要であり、そしてこのような結論は正当なものと考えられる。

(2) これに対して、事実としての意図の存在に言及しつつも利用処分意思を否定するものとしては、以下の裁判例をあげることができる。すなわち、「校長Aニ銜ム所アリ其管掌セル重要物件ヲ紛失セシメ因リテ之ヲシテ其過失ノ責ニ任セシメンコトヲ圖リ...三點ヲ...取出シ之ヲ自己ノ受持教室ノ天井裏ニ隠匿シタル者ニシテ右被告ノ行爲ハ故意ニ校長Aノ支配ヲ侵シテ學校所藏ノ物ヲ自己ノ支配内ニ移シタル事實ナリトスルモ固ヨリ其物ヲ自己ニ領得スルノ意思ニ出テタルモノニ非サレハ」(判決)⁴⁰、「行爲當時被告人ハ恩顧ヲ蒙リタルAカ判示競賣事件ノ延期方法ニ付苦慮シ居レルヲ知りタルヨリ單ニ該事件ノ進行ヲ一時妨害スル意圖ノ下ニ競賣場ヨリ競賣記録ヲ持出シ之ヲ隠匿セムコトヲ決意シ之ヲ實行シタルニ過キシテ毫モ該記録ヲ持出シ經濟上ノ用法ニ從ヒ利益ヲ獲得セムトシタルモノニ非サルカ故ニ斯カル意思ノ下ニ行ハレタル行爲カ偶々結果ヨリ觀察スルトキハ

38 東京高判昭和36年6月8日東高刑時報12巻6号92頁。

39 木村・前掲注(4)412頁は、物を担保として利用する意思での奪取といえるから、経済的用法の一形態であるとする。

40 大判大正4年5月21日刑録21輯663頁。

或ル經濟上ノ利得ヲ推想セシムルコトアリトスルモ之ヲ目シテ不正領得意思ノ下ニ行ハレタル行爲ト云フヲ得ス」(判決)⁴¹、「被告人等は、もっぱら政府所有米の在庫俵数のつじつまを合わせるために、前記のように米を抜き取つて新俵を作らせ、俵数を増しただけであつて、被告人等の意図は、終始何等それ以上には出ず、もとより、抜き取つた米を自家の食用にあてるとか、他に売つたり与えたりするとかの意図があつたわけではない。すなわち被告人等は、抜き取つた米を終始政府所有米として扱い、これであらたに米俵を作つて、政府所有米として同じ場所に積んでおくということ以上には、何の意図もなかつたわけであるから、被告人等には、抜取つた米を、實質的に自分のもののようにして、利用処分する意図はすこしもなかつた」(判決)⁴²、「被告人は右の自動車の所有名義を変更することを一時妨害してA及び買主等を困惑させるにはその登録原簿を持ち去り一時これを利用することのできないようにする外ないと考えて、その登録原簿を持ち去つた」(判決)⁴³、「『経済的用法に従つて利用または処分する意思』とは...単純な毀滅または隠匿する意思にとどまる場合を排除する趣旨と解するのが相当である。...仕返しのため海中に投棄する目的で、本件ロンバート・チエーンソーを持ち出したに過ぎない」(㉑判決)⁴⁴、「右インコにさわったりしているうちに、それを逃がせば、附近に人がおり、騒ぎにでもなれば右もやもやしたような気持ちがすっきりするかも知れないと思ひ...酔余いたずら半分でそれを逃がす目的で、同所から右インコを鳥籠と共に持ち出し直ちに追跡されるや約九〇メートル離れた原判示南丁張公園内に投げすてた」(㉒判決)⁴⁵、「金品は当初そのすべてを投棄する意図のもとに持ち去つたが、その後投棄の段階で気が変わり、現金等在中の布製バッグを持ち帰つた」(㉓判決)⁴⁶、「被告人は、前記のとおり、郵便配達員から

41 大判昭和9年12月22日刑集13巻1789頁。

42 最判昭和28年4月7日刑集7巻4号762頁。

43 東京高判昭和30年4月19日高刑集8巻3号337頁。

44 仙台高判昭和46年6月21日高刑集24巻2号418頁。

45 東京高判昭和50年11月28日東高刑時報26巻11号198頁。

46 大阪高判昭和61年7月17日判時1208号138頁。

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。このように、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。」(②④決定)⁴⁷などがそれである。

③判決は初めから廃棄する意思であり、また、②④決定が「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」と認定していることから、③判決と②④決定からは、廃棄する意図しか存在しなければ利用処分意思は認められず、不法領得の意思が否定されるものと位置づけることができよう。②①②判決も同じく毀棄隠匿ないしはその可能性に言及することから、毀棄隠匿意思の存在から利用処分意思を否定したものと考えることができる。判決の「つじつまを合わせるため」については、広い意味では隠匿意思による行為と考えられなくはないが、いずれにしても利用処分意思が存在しなかったものとされる。こうしてこれらの裁判例は、毀棄隠匿意思の存在を直接的に利用処分意思の不存在に結びついたり、直接的に利用処分意思の不存在に言及する点に特徴を見出すことができるであろう。

(3) これまでにあげた裁判例が意図や目的の事実上の存在ないしは不存在を認定するのに対して、それとは異なった利用処分意思の内容の可能性に言及するとみられる裁判例も存在する。まずは利用処分意思として意図を要すると解することができるものがある。すなわち、「不法領得の意思

が判例上必要とされるに至った理由が...一つには毀棄・隠匿の目的による占有奪取の場合を窃盗罪と区別するためであることや、刑法が窃盗罪と毀棄罪の法定刑に差を設けている主たる理由は、犯人の意図が物の効用の享受に向けられる行為は誘惑が多く、より強い抑止的制裁を必要とする点に求めるのが最も適当であることを考えると、不法領得の意思とは、正当な権限を有する者として振る舞う意思だけでは足りず、そのほかに、最少限度、財物から生ずる何らかの効用を享受する意思を必要とすると解すべきである...被告人らは犯行の発覚を防ぐため腕時計等を投棄しようとしてこれらを死体から剥がし、予定どおり投棄に赴いており、その間被告人らが腕時計等の占有を約一時間にわたり継続したのも専ら死体と一緒に運ぶためであって、場合によってはこれらを利用することがありうると認識していたわけでもないから、被告人らには、未必的にせよ腕時計等から生ずる何らかの効用を享受する意思があったということとはできない。」(㊟判決)⁴⁸ がそれである。

ここでは利用処分意思としての意図が必要であるなどと直接的に表明しているわけではないが、窃盗罪と毀棄隠匿罪の区別としての「毀棄・隠匿の目的」や「犯人の意図」に言及することで利用処分意思を意図と関連づけることからすると、利用処分意思には意図を要すると考えるひとつの根拠としてあげることができるであろう。そして、ここでは同時に「利用することがありうると認識していたわけでもない」として認識的側面にも言及し、本件事案では利用処分可能性の認識的側面の不存在から「享受する意思」すなわち意思的側面の不存在が導かれている。これは、利用処分意思としての意図の前提として利用処分の可能性の認識が要求されるべきであり、認識さえあればこれで利用処分意思としては足りると言っているのではない。本件事案においては、その認識すら存在しなかったのであるから、意図はなおさら認めることはできないとする趣旨といえる。このような表現も利用処分意思としての意図の存在を要請するひとつの根拠足りう

48 東京地判昭和62年10月6日判時1259号137頁。

るものと解することができよう。さらに、「財物から生ずる何らかの効用を享受する意思」として、「経済的な」意思ではなく「何らかの」意思とすることによって、判決にも現れているとおり、利用処分意思を広範に認める判例の傾向を示している。

次に、これに対して、「他人のカメラを自己の鞆の中に入れて持ち出す際これを売ろうとか自分の家で使ってみようとか判然とした考えがなくても、人に見つからなければ、家まで持って帰ろうと思って」(26判決)⁴⁹で利用処分意思としては十分であるとするものもある。これは、「判然とした考えがな」い、すなわち積極的、明確な利用処分の意思が存在するわけではないが、ある条件を充足すれば「家まで持って帰ろうと思って」で利用処分意思を肯定することからは、利用処分意思を意図よりも緩やかに解するもの、あるいは、利用処分意思は消極的に条件づけをする意思で十分であると解するものと評価することができる。

(4) そして、毀棄隠匿意思の不存在から利用処分意思の存在を肯定するものもある。すなわち、「被告人がこれらの物を持去つたのは、被害者を驚かせるつもり、あるいはただのいたずらのつもりであつて、これというはつきりとした目的はなかつたものと考えられるのであるが、たとえそうであつたとしても、被告人は所有者の意思に反してその所持を自己に移したものであり、いずれもこれを被害者に返す意思は全くなく、またこれをこわしたりかくしたりする意思であつたとも認められないのであるから、結局被告人は、権利者の物に対する支配を排除し、事実上所有者として完全な支配権を取得しようとする意思をもつていたものといわなければならない。... [判例のような不法領得の意思の概念では] 積極的に経済的用法に従つて利用または処分する意思も認められないし、といつて他人の物をこわしたりかくしたりする意思も認められないような場合の処置に窮すのである。ところで、もともと窃盗罪は、他人の物を領得という方法によつて侵害する罪であり、毀棄罪は、他人の物を領得という方法によらないで、

49 最判昭和31年11月1日集刑115号285頁。

その利用価値ないし効用を侵害する罪なのであるから、右のような中間的な場合は、これを窃盗罪の分類に入れなければならないのである。はたしてそうであるとすれば、判例の意図するところは、他人の物をこわしたりかくしたりする意思がある場合以外の場合はすべて不法領得の意思があるものとするのであるが、不法領得の意思の概念を積極的に表現するにあたって、こわしたりかくしたりするような非経済的な処分意思を除く意味で、経済的用法に従つてする利用または処分の意思としたものと理解するのが適切である。」(27判決)⁵⁰、「『経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思』とは、単純な毀棄又は隠匿の意思をもってする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解されるのであり、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」(28判決)⁵¹とするのがそれである。

27・28判決はいずれも、積極的な利用処分意思でも毀棄隠匿の意思でもない中間的な意思形態の場合を処罰することの必要性から、毀棄隠匿意思の不存在を利用処分意思の存在に転換するものである。そして、これによると、判決～22判決の各事案についてはいずれも単なる毀棄隠匿の意思によるものではなく、何らかの動機が存在することから、これを消極的な利用処分意思と構成することで利用処分意思が肯定される可能性がある。しかしながら、毀棄隠匿意思の不存在で利用処分意思を肯定することは許されるであろうか。

毀棄隠匿罪と異なる犯罪類型である領得犯罪を特徴づける役割を不法領得の意思が担うのであれば、不法領得の意思が犯罪成立のための積極的要件でなければならない、利用処分意思もまたそのような要件として存在する必要がある。また、一方の存在が他方の不存在を事実上推定させる機能を

50 東京地判昭和 38 年 12 月 21 日下刑集 5 卷 11 = 12 号 1184 頁。

51 広島高松江支判平成 21 年 4 月 17 日高刑速報 (平 21) 号 205 頁。

有するとはいえ、両意思は併存的に存在しうることから、利用処分意思は毀棄隠匿の意思とは無関係にその存否を決定されるべきである。そうすると、単なる占有侵害を一律に奪取罪として処罰することにもなりかねないことを防止するために、利用処分意思が積極的に存在しなければ不法領得の意思を認めるべきではない。そして、利用処分意思の範囲をどこまで認めるかは議論の余地があろうが、厳格な経済的用法を何らかの用法にまで拡大して認める判例の傾向からは、このように不法領得の意思を消極的に認めなくても、実際的に処罰の間隙もかなりの程度埋めることになるとおもわれる。

⑳判決においては、「はつきりとした目的はなかつた」とするが、「後で[被害者]が目覚めたとき他人が立入つたことを知らせて驚かしてやるつもりで、なにげなく…鍵一個を持ち去[った]」「軒下に干してあつた…女物ストッキング一足をいたずら心からなにげなく取[った]」との判示から判断すると、驚かせる目的やいたずら目的から利用処分意思を肯定する余地は十分にありうるとおもわれる。

また、㉑判決は「奪った現金を自首の際にそのまま提出するつもりであつた」という被検挙意思での財物奪取の事案について利用処分意思を肯定したものであるが、同様の事案において、「被告人は一時的にせよ前記ステレオパック等の物品に対する被害者の占有を侵害し自己の占有下においたことは、これを肯認せざるを得ないと考えられる。しかしそうだからといって、検察官主張のようにこれにより直ちに被告人に不法領得の意思があつたとする見解にはにわかに左担し難い。すなわち被告人は刑務所で服役することを企図し、当初から窃盗犯人として自首するつもりで右所為に及んだのであり、そのために直ちに一〇〇メートル以内に近接した派出所に被害品を携えて出頭しこれを証拠品として任意提出したのであるから、経済的用法に従つた利用又は処分の意思は全く認めることができないし、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つたのであつて、自己の所有物と同様にふるまう意思があつたといえないことは明白である。のみならず当該物品に対する占有侵害があつたとはいえ、それはま

さに一時的なことであつて、被告人の主観的意図は、即時被害者に返還し首服するというものではないが、即時近接の派出所に出頭自首し任意提出するというものと認められ、一時的にせよ権利者を排除する意思はなかつたと解すべきであり」(29判決)⁵²として、権利者排除意思と利用処分意思のいずれも否定された事案も存在する。

28・29判決の両事案は、権利者排除意思については客観的な行為態様の程度の相違とその主観的な意思から結論がわかれたものとおもわれる。そして、利用処分意思に関してはまず、財物に対する毀棄隠匿意思が存在しなかった場合であることが認められる。しかし、そうだからといって、28判決が毀棄隠匿意思の不存在から利用処分意思を認めたからこそ不法領得の意思が肯定されたものと断定するのは早計であろう。28判決では、行為者は「少しでも手持ち金を増やしたいとの動機を有していた」、「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つて、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」との認定からは、純粋な被検挙意思による財物奪取ではなく、被検挙意思とは無関係に利用処分意思を認めることができるからである。そうすると、被検挙意思の場合には29判決から利用処分意思を否定するのが判例の立場といふことができるであろう。ただし、検挙されるための財物奪取においては、積極的な利用処分意思とは認められないものの、財物を毀棄隠匿するのではなく、自首の際に提出する、すなわち自己が窃盗犯人であることの証拠として利用するという意味で利用処分意思の存在を肯定する余地はあつとも考えられる。

(5) 以上の裁判例を前提として、利用処分意思についてさらに2点検討を加える。第1の問題は、判決等でみたとおり、判例は経済的な利用処分に固執しないことから広範に利用処分意思を肯定することである。判例は当初は「経済的用法に従」う意思を明言しており、具体的事案において

52 広島地判昭和50年6月24日刑月7巻6号692頁。

も、流木の流失を避けるために電線でこれを繫留することは経済的用法に当たると判断した⁵³。しかし、流木の繫留が電線の経済的用法と考えるのは難しいことから、経済的用法を厳格に解釈すると、この事案では利用処分意思を否定せざるをえないという不合理な結論に到達してしまう。そこでこの用語は「何らかの用途に利用、処分する意思」（⑭決定）や「何らかの効用を享受する意思」（⑮判決）など、「何らかの意思」へと変遷を遂げることとなった⁵⁴。

「何らかの意思」の意味については、「日常よく行われる類型的行為」ゆえに経済的な利得動機に限定すべきとする見解も主張されてはいる⁵⁵が、これに対しては、より強く禁圧する必要があるのは、利用処分意思による窃取行為それ自体であり、どのような目的であれ行為者が財物を利用する意思がある限り、不法領得の意思を肯定すべきであるから、「何らかの方法でその物から何らかの効用（利益）を得ようとする意思」で足りる⁵⁶、

53 高松高判昭和 32 年 3 月 27 日刑集 14 卷 11 号 1464 頁。その上告審である最決昭和 35 年 9 月 9 日刑集 14 卷 11 号 1457 頁（⑳判決）について、竜岡資久「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 35 年度』（昭和 36 年）347 頁は、「電線といえども針金であることを思えば...電線を木材の繫留用に使用することも、その経済的用法に従った使用でないともいえまい」とするが、重要なのは針金の素材、材料ではなく、電線として想定される用途が経済的用法とされるべきであろう。また、栗田正「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 33 年度』（昭和 39 年）241 - 242 頁は、判決について、利用処分意思は、物の所有者であれば一般にするような又は物の所有者として初めてなしうような、その物の本来の用途になかった方法に従い利用処分する意思と解するのが相当であり、「経済的用法」というのもこのことを意味する。投票用紙の持ち出しは、その物の本来の用法に従っている。ここから、判例は早い段階から「経済的用法」という用語をかなり広く解していることが理解できる。

54 例えば、被検挙目的での金員の奪取（㉘判決）、性的フェティシズムの充足を目的とした下着の奪取（最決昭和 37 年 6 月 26 日集刑 143 号 201 頁（㉙判決））等では、経済的利用のために財物を奪取したわけではないので、これらの肯定判決は経済的用法ではない「何らかの」利用処分をする意思と解することで初めて利用処分意思を肯定することができる。そして、町野朔「判批」『刑法判例百選 各論 [第 6 版]』（平成 20 年）61 頁は、㉚㉛㉜判決の事案をあげ、「判例は、毀棄・隠匿の意思以外のものを窃盗罪における不法領得の意思から除こうとはしない」とする。

55 前田・前掲注 (7) 159 頁。

56 佐伯仁志「窃盗罪をめぐる 3 つの問題 - 財物の費消、占有の相続、不法領得の

財物をどのように利用しようとも領得はありうるものであり、その目的によって行為の危険性に質的に大きな相違はない⁵⁷、と説得的な反論がなされている。そうすると、流木の繫留（⑩判決）の他、投票数を増加させるための投票用紙の奪取（ 判決）や性的フェティシズムを充足させるための下着の奪取（⑪判決）等の、物の経済的本来の用法からははずれるが、奪取から何らかの利益を取得するための財物奪取について、利用処分意思が肯定されたことは十分に納得できるところである⁵⁸。

その一方で、「何らかの意思」は、利用処分意思が無制約のままに拡大される可能性を孕むものとなってしまうかねないことが第2の問題である。特に、毀棄隠匿意思以外に、あるいはそれとともに、何らかの意思や動機があればそれだけで利用処分意思が肯定される、逆に言えば、利用処分意思が否定されるのは行為者が単なる毀棄隠匿意思しか有していない場合に限定されることに通じることになりかねない。現に、⑳㉑判決は毀棄隠匿意思以外の中間的な意思を広く利用処分意思に取り込もうとする点に特色があるが、このような構成からすると、毀棄隠匿の背後にある財物の利用処分の動機までも利用処分意思を肯定することにもなりかねない。そしてこのような論理展開が肯定されると、㉒決定においても、支払督促正本を廃棄したのは督促異議申立ての機会を奪い、最終的には財産を差し押さえる目的が存在していることから、利用処分意思が肯定されることにもなりうる。

その他にも例えば利用処分意思を否定した 判決～㉓判決については先述したとおり、「過失ノ責ニ任セシメンコトヲ圖リ」（ 判決）、「事件ノ進行ヲ一時妨害スル意圖」（ 判決）、「一時妨害して…困惑させる [ため]」

意思 - 』研修 645 号（平成 14 年）8 頁、富高彩「判例における不法領得の意思の再点検」『町野朔先生古稀記念上巻』（平成 26 年）510 - 512 頁

57 町野・前掲注（54）61 頁。

58 富高・前掲注（54）506 頁は、「物の毀棄・隠匿目的がない場合ならば、行為者が（経済的な利益が否かを問わず）何らかの利益の取得を意図してさえいれば、不法領得の意思を認めることは容易」であるとするが、同旨と理解することができる。

(判決)、 「仕返しのため」 (②判決)、 「いたずら半分で…逃がす目的」 (②判決) から、 毀棄隠匿意思とともに何らかの意思や動機が認められることから、 この何らかの意思でもって利用処分意思としては十分と根拠づけられることができるのではないだろうか。 また、 「つじつまを合わせるため」 (判決) では毀棄隠匿意思は認定されていないすなわち存在しないことから、 ここでも利用処分意思が認められることにもなりかねない。

何らかの意思という無限定の要件では、 このような単なる毀棄隠匿意思とは異なる財物を利用する意思を広く利用処分意思に取り入れることの可能性を一概に排除することはできない。 そうすると、 利用処分意思は際限なく肯定されて単なる動機を処罰することになりかねない、 との批判がまさに妥当することになる⁵⁹。 ここで重要なのは毀棄隠匿意思の存否ではなく、 利用処分意思の存否である。 毀棄隠匿意思は利用処分意思を否定する方向性を示唆することはあっても、 その存在が利用処分意思の不存在を決定づけるものではない。 上であげた裁判例はいずれも毀棄隠匿意思を問題として、 これが存在しなかったことを直接的に論じているのではなく利用処分意思を問題としているのである。 ただし、 判決においては、 単につじつまを合わせるだけでなく、 在庫米の紛失を糊塗する意思が存在することから、 新しく作出した米俵を利用処分する意思を肯定する余地はあったものといえる。

(6) これまでの検討が示すとおり、 毀棄隠匿意思があれば直ちに利用処分意思が否定されるわけではなく、 毀棄隠匿意思があっても利用処分意思が肯定される場合があることは認められなければならない。 問題はその境界線をどこに設定するかである。 こうしたことから、 「先例中、 毀棄隠匿

59 山口厚『新判例から見た刑法[第3版]』(平成27年)196頁は、報復目的で物を投棄する場合にも利用処分意思が肯定される可能性もあるとの懸念を示す。また、前田・前掲注(35)152頁は、財物の廃棄が同時に明確な経済的利得を伴う場合には、領得意思を認めうる、支払督促正本を廃棄しても、すぐに債務名義がえられて財産的利得がえられるわけではない、被害者の財産を差し押さえることが可能な状態を作るという意思だけでは領得意思とはいえない、とする。

にとどまるとされた事例をみると、いずれも、その動機や目的が、相手を困らせるため、恩義に報いるため等であって、直接的に経済的利益を求めるものではない。〔24決定〕では、被告人らが多額の財産的利益を得るために犯行に及んだという犯行目的をも考慮して、実質的に物の効用を享受する意思があったとみることも考えられる。しかし、犯行内容自体ではなく、その背景や動機、犯行の究極目標が経済的利得であることを考慮することになれば…犯行の対象とする財物に関する限りは実質的に不法領得の意思を認めることとなり、不法領得の意思不要説と同様の帰結とな〔る〕…犯行の対象とされた財物それ自体についての利用・処分の意思の有無、内容を検討すべきものであり、経済的利益についても、その物の利用・処分から直接に得られる利益を考えるべきものと思われる⁶⁰、利用処分意思について、「単に物を毀棄・隠匿するにとどまらず、そこに何らかの利益追求があれば、不法領得の意思を肯定することが許されるのかが問題となろう。このような考えの行き着く先は、物を毀棄・隠匿することに、人を困らせること等を含めて、何らかの目的・意味を認めうる限り、不法領得の意思を肯定することになりかねず、實際上利用意思不要説に帰着することになってしまう…何らかの限界設定がどうしても必要である。すなわち、利用意思を肯定するためには、その物自体を利用（処分もその一形態である）する意思が必要であり…最低限度、物自体について将来における利用の可能性を留保する意思は必要とされるべきではないかと思われる⁶¹」との主張は、利用処分意思を財物それ自体から利益を享受する意思に限定し、財物奪取と利益獲得との直接的関連性を要求することで不明確なままに無制約に拡張しかねない利用処分意思概念について、その限界基準設定の一提言として傾聴に値するものといえる⁶²。

60 井上弘通「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成16年度』（平成19年）581頁は、引き続いて、「本決定においても、犯行の背景事情や動機いかなが不法領得の意思の存否の判断と直結するものではないことを示す」とする。

61 山口・前掲注（59）196 - 197頁。同様の指摘として、林幹人『判例刑法』（平成23年）316 - 317頁、富高・前掲注（56）512 - 513頁。

62 町野・前掲注（54）61頁は、29判決等から、「何らの利用の意思も認められな

この主張は多くの賛同をえている。例えば、②④決定では、廃棄の後に財産を差し押さえることで利益をえる目的は利用処分意思として考慮に入れられず、単なる毀棄隠匿意思のみが認定されている。ここでの「支払督促正本等について、廃棄するだけで」あったとの判示は、当該財物から直接的に利益をえる意思が存在しなかったという直接的関連性要件に言及するものと評価することができ、犯罪に至った財産上の利益をえる動機はこれとは無関係なものとして利用処分意思の成否に影響しないことを示すものといえよう。この点に関して学説も、「財物騙取が間接的な利得の手段として用いられた場合にも、財物そのものを何らかの用途に利用、処分する意思がなく、廃棄する意図しかない場合に不法領得の意思を認めることはできない」⁶³、「利用意思を要件とすべきなのは、まさにその財物の取得により、そこから効用を得る行為に内在する利欲性こそが、領得罪としての重い責任非難に値することによるのであるから、目的物を利用させないことにより利益を得るとか、支払督促正本の送達という裁判所の行為から得られる利益があるといった事情は、いわゆる利得罪において問題とすべきものであって、当該財物の取得につき利用意思を認める根拠とはならない」⁶⁴、「領得罪は利得罪ではなく、あくまで対象物を自分のものにすることによって成立する犯罪である。…不法領得意思には、財物自体から生じる何らかの効用を享受する意思が必要であって、財物自体を破棄することによる効果の享受では足りない」⁶⁵ などと同様の主張がなされている⁶⁶。

い場合に窃盗罪を認めるのはやはり妥当ではない」とする。犯行隠蔽目的や被検挙目的が「何らの利用意思も認められない場合」に当たることが問題となり、その区別基準をどこに設けるかが重要である。

63 島岡まな「判批」法学教室 306 号別冊判例セレクト 2005 (平成 18 年) 36 頁。

64 伊藤渉「判批」ジュリスト 1360 号 (平成 20 年) 160 頁。

65 林美月子「判批」『刑法判例百選 各論 [第 7 版]』(平成 26 年) 65 頁。

66 このようなことから、山口・前掲注 (5) 202 頁は、利用処分意思を「財物から生ずる何らかの効用を教授する意思」とであると修正を試みる。同様の指摘をするものとして伊東・前掲注 (7) 147 頁、高橋・前掲注 (7) 226 頁、中森・前掲注 (5) 115 頁、西田・前掲注 (5) 159 頁。なお、②④決定については、廃棄された支払督促正本の不存在によって金銭利益の獲得が直接的に生じるものではない。行為者自身による将来の何らかの行動があって初めて金銭利益を獲

(7) 財物奪取と利益獲得の直接的関連性は、何らかの意思が利用処分意思としての資格を有するかを決定する基準を提示するものである。窃盗罪を初めとする奪取罪は個別財産に対する犯罪であるから、当該財物の奪取それ自体が犯罪性を決定する中心的要素であるが、このことは客観的要素、主観的要素を問わず、また、主観的要素においても非超過的要素、超過的要素を問わず同様に妥当するものといえる。したがって、利用処分意思は、財物奪取それ自体から（あるいは、直接的に）利益をえる意思であることが要請されるべきである⁶⁷。例えば、④決定の第一審判決は、「ある種の財物（例えば、約束手形や借用証書）は、その不存在的いしは利用を妨げることが、そのまま特定の者（上記の例では、約束手形の振出人や消費貸借の借主）の経済的利益等になることがあるから、その不存在的いしは利用を妨げることがそのまま特定の者の利益になる財物については、その特定の者が廃棄するつもりでその財物を騙取したとしても、その特定の者については、その財物を廃棄することが、『その経済的ないし本来的用法に従いこれを利用もしくは処分する』ことになると解するべきであり、やはり不法領得の意思を認めるのが相当である」⁶⁸とする。これは物の「不存在的いしは利用を妨げることがそのまま…利益になる」場合に利用処分意思を肯定するものであるから、財物それ自体からえられる利益よりも広範に領得を認めるものと評価することができる。

この第一審判決を前提とすると、判決における財物の紛失により校長を失脚させる目的での財物奪取や、判決における競売延期目的での財物奪取についても、校長の失脚や競売延期も財産上の利益と考えられるから、両判決では窃盗罪が成立されるべきであったことにもなる。しかしながら、

得することができるので、両者の間に間接的な関係があるにすぎない。その意味では支払督促正本の受け取りそれ自体は金銭利益とは無関係なものとして、支払督促正本の詐取行為は金銭獲得までを捕捉するものではなく、金銭獲得の動機はこれによる保護の対象とはならない。

67 このような記述は1項の財物犯罪に関するものであるが、2項の利益犯罪においても、個別財産に対する罪である以上は、等しく妥当するものである。

68 神戸地判平成15年8月19日刑集58巻8号1029頁。

領得の対象は奪取罪の個別財産性から物それ自体からえられる利益に限定されるべきであり、これでは、毀棄隠匿意思の他に何らかの財産に係る動機が存在すればその動機により利用処分意思が肯定されることとなりかねず、領得罪（詐欺罪）を利得罪的に把握するものとなろう。わが国における領得罪が個別財産犯的にとらえられるべきである⁶⁹ことから、妥当な方向性を示すものとはいえない。

(8) そこで問題となるのは、利用処分意思とそれ以外の目的が併存する場合、特に犯行隠滅意思、被検挙意思でもって行動した場合と、特別な意思が存在しない場合である。裁判例においても類似の事案について利用処分意思の肯否がわかれていることから、これらの意思の評価について裁判所の対応には一致がみられていないといえる。ここでは犯行隠滅意思や被検挙意思が存在するだけで問題が全て解決されるわけではなく、利用処分意思の存否が具体的事案に即して積極的に認定されなければならない。しかしながら、犯行隠滅意思があってもそれと同時に財物それ自体から直接的に何らかの利益をえる意思が存在し、犯行隠滅意思がこのような利益をえる意思を排斥しないのであれば、法的存在としての利用処分意思を認めることができる。犯行隠滅意思とはいえ、人間の複雑な心理状態に照らすと、それだけにとどまらない場合もあると考えられ、犯行隠滅意思とともに利用処分意思が同時に認められる場合も事案によっては考えられるであろう。こうして、毀棄隠匿の意思や犯行隠滅意思が利用処分意思を排除するものではない。すなわち、毀棄隠匿の意思は領得意思の存否を左右するものではなく、毀棄隠匿罪の故意として機能するにすぎず、犯行隠滅という動機は利用処分意思の決定に与るところはないことから、利用処分意思の存否はこれらとは無関係に独自に判断される必要がある。

犯行隠滅意思の事案において、利用処分意思を肯定した 判決⁷⁰と否定

69 佐伯・前掲注(56)8頁。

70 町野・前掲注(54)60頁は、判決が犯行隠滅の場合に利用処分意思を肯定した「おそらく唯一の例外」であるとする。

した^{②③}判決では利用処分意思と犯行隠滅意思との関係については述べられておらず、また、判決では、被害者「に対する報復の意図が主なものであって、金員そのものを強奪したり盗んだりするのを主目的としてはいなかった」ものの、「単に物を廃棄したり隠匿したりする意思からではなく…物取りを装う意図」であったとする。物取りを装う意図は犯行発覚防止意思と同じものでといえ、その点では判決は犯行隠滅意思について利用処分意思を肯定した判決であるといえる⁷¹。しかしこれについては、金員等の保管に関する「長期間にわたって所有者の意思を排除して隠匿保管していたものと認められることからすれば」、物取りを装う意思よりもむしろ金品を保管し続けた点から純粋な犯罪隠滅意思の事案にはあらず、利用処分意思が肯定されたのではないかと評価できる⁷²。

これに対して、^⑤判決は、「被告人らは犯行の発覚を防ぐため腕時計等を投棄しようとしてこれらを死体から剥がし、予定どおり投棄に赴いており、…場合によってはこれらを利用することがありうると認識していたわけでもないから、被告人らには、未必的にせよ腕時計等から生ずる何らかの効用を享受する意思があったということとはできない」として、不法領得の意思を否定する。そうすると、^⑤判決は、「犯行の発覚を防ぐため」という犯行隠滅意思から、利用処分の認識、さらには利用処分の意思を否定すると構成するものといえる。当該事案に限定されるものではあるが、犯行隠滅意思の存在が利用処分意思の前提あるいはその一部をなす利用処分

71 穴沢大輔「判批」法学研究 30 号（平成 15 年）34 - 35 頁は、「単に物を廃棄したり隠匿したりする意思からではなく」を「毀棄、隠匿意思ではない意思」と、^{⑦⑧}判決と同様に構成し、これを利用処分意思とすることに反対するとともに、「物取りを装う意図」についても、物取りにみせかけたからといって、その財物をどのように処理するかはなお不明であるとして、これで利用処分意思を肯定することに反対する。

72 前田・前掲注（35）153 頁は、判決について、金員や貴金属類の保管は毀棄隠匿の意思からではなく不法領得の意思が認められた、毀棄隠匿の意思が明確な場合にのみ不法領得の意思が否定されると判示したわけではない、物取りに見せかける目的で奪い、犯行が発覚しないよう処分した場合であれば、領得行為とはいえないとする。

の認識を否定するものであるから、犯行隠滅意思は利用処分意思を基礎づけるものではないと判例は理解していると解することができる⁷³。

もっとも、犯行隠蔽意思に関しては、財物の占有奪取により当該財物が犯行現場に存在しないことから自己が真犯人であることの証明が困難もしくは不可能になったり、最終的に当該財物が廃棄された場所で発見されるとしても、少なくとも捜査の攪乱を招くことができる。この意味では、行為者は財物の占有奪取から何らかの利益を獲得している、あるいは将来獲得することになると考えることも可能であろう。「自己のこれまでの犯行を隠蔽する目的、すなわち、自己の罪責を免れるという利益を得る目的での投棄行為であり、投棄がそのまま罪責免脱という利益享受行為（一種の利用行為）と評価し得るので…『単なる毀棄・隠匿目的』にとどまる場合ではない」⁷⁴、「第一に、犯跡隠蔽の目的すなわち罪責免脱の目的がある場合（投棄がそのまま利益の享受になる場合）なのにこれを単なる毀棄・隠匿目的にとどまるといい得るのか、第二に、当初は投棄目的であっても、奪取の対象物が現金や貴金属の場合には、これを所持したのちに気が変わることは経験則上十分あり得るから…奪取後現場又は現場に準ずる場所で投棄するのでない限り、客観的な利用可能性が認められ、かつ、主観的にもその認識を肯定できる」⁷⁵、とする見解はこのことを表しているものといえる。

しかし、財物奪取による利益の獲得は財物それ自体から、すなわち財物

73 この点、富高・前掲注(56) 512 - 513 頁は、窃盗罪が個別財産に対する犯罪であることから、その物の利用により利益（効用）の取得を目指すものではない場合には、利用処分意思を否定すべきであり、あくまでもその物の占有を取得し直接利用することで利益を得ようとする場合に限定すべきであるとして、判決がこれを肯定したことに疑問を呈する。

74 判決について、木村・前掲注(4) 413 頁。判決に関する木村・前掲注(4) 417 - 418 頁は、自己の犯跡を隠蔽する目的は、自己の刑事責任を免れるという利益をえる目的にほかならず、毀棄隠滅がそのまま罪責免脱という利益の享受となるので、利用処分意思を肯定する。

75 木村・前掲注(4) 414 頁は、こうして利用処分意思を否定した²³判決を批判する。

から直接的にえられる利益と解すべきであり、このような財物を利用しないことによる利益は財物奪取それ自体からえられる利益とは考えるべきではない⁷⁶。犯行隠滅意思の場合には利用処分意思は否定されるべきであろう。例えば、財物を毀棄隠滅することによって行為者が利益をえる意思を有している場合には利用処分意思が否定されることに争いはないと考えられるところ、利用しない利益という点で両者に変わりはなく、利用しない利益をもこの利益に含めると、毀棄隠匿の場合だけをそこから排除すべき理由がないとともに、その範囲が無制限に拡大する可能性があることとなるからである。ただし、純粋な犯行隠滅意思は利用処分意思と認めることはできないが、財物を即座に廃棄しなかったという事実は利用処分意思の存在を推認させるであろうし、あるいは、廃棄意思が存在しなかったり、財物を保管するなどの意思では利用可能性の意思が認められる場合が多いであろう。

(9) これと同様のことは被検挙意思においても問題となる。同様の事案において、利用処分意思を肯定した²⁸判決と否定した²⁹判決は結論がわかれた⁷⁷が、被検挙意思の場合に判例は原則として利用処分意思を否定すると考えられることは前述のとおりである。利用処分意思を否定した²⁹判決は、財物奪取それ自体は「被害者の占有を侵害し自己の占有下においた」ものではあるが被害は一時的であり、「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つたのであつて、自己の所有物と同様にふるまう意思があつたといえない」として権利者排除意思を否定するとともに、「直ちに一〇〇メートル以内に近接した派出所に被害品を携えて出頭しこれを証拠品として任意提出した」ことから利用処分意思を否定したものである。

権利者排除意思で要請される、自己の所有物と同様にふるまう意思とは、

76 伊藤・前掲注(64)160頁。

77 富高・前掲注(56)513頁は、窃盗の事実を利用したにすぎないとして²⁸の肯定判例を批判する。

権利者でなければできないような処分をする意思であって、自己に当該財物の所有権があることを示す意思を意味するものではない。したがって、他人に所有権があることを留保する意思を排除するものではない。本件事案においては「自己の所有物と同様にふるまう意思」がないことから結論としては権利排除意思を否定することに問題はないとおもわれるが、それは「他人の所有物としてふるまつた」ことから導き出されるものではない。

利用処分意思は窃盗の証拠品として任意提出する意思から否定されているが、自己が窃盗犯人であることを証明することは本来不利益であり、利益といえるか疑問とされるところではあるが、利益か不利益かは行為者自身の価値判断によるべきである。検挙されて刑務所に入るという行為者の最終目標を達成するための中間目標として自己が犯人であることを示す必要があることから、これを利益に含めることは可能である。そして、当該財物を提示して自己が犯人であることを示すという利益を獲得するために利用する意思、すなわち、財物を積極的に利用する意思を認めることができるから、被検挙意思の場合は犯行隠滅意思とは事情を異にするといえ、直接的関連性を肯定することができる。被検挙意思の場合は短時間の利用であるからむしろ、²⁹判決も指摘するとおり、「一時的」「即時被害者に返還」などの諸条件をもとにした権利者排除意思の存否の判断の方が問題となろう。

(10) 財物それ自体から生じる利益をえることの必要性の議論は、特別に積極的には利用処分の意思を有していない場合にも妥当する。純粋に積極的な利用処分意思を有していない場合であっても、財物に対する占有侵害は存在することから、財物の積極的な利用処分意思がなくても処罰を正当化しうるだけの根拠はあるとも考えられる。しかし、利用処分で要求される何らかの利益は、財物を積極的に利用することが求められ、利用しないことからえられる利益は除外されるべきことからすると、この論理は財物を積極的に利用する意思がない場合にも妥当し、積極的に利用しないことからえられる利益は利益の享受には含めるべきではない。このような積極的な意思なくして処罰するのは、単なる占有侵害を処罰することと等し

なくなってしまう。財物奪取それ自体を重要とする場合も想定しうるところ、このような場合は毀棄隠匿意思や犯行隠滅意思による財物奪取の場合も広く含むこととなり、財物の積極的利用からは除外されるべきである。

ただし、財物奪取時に「何らかの」利益の内容が確定的に決定されている必要性はない。将来において何らかの用途に使用する意思であれば足りる。この点で財物の積極的な利用処分意思を肯定できるからである。そして、財物奪取について条件づけをしている限りでは、条件成就の際には財物の積極的利用を想定しているのであるから、これを利用処分意思から除外することはできない。②⑥判決は、奪取物をどのように利用処分するかを行為時に決めていなかった事案である。これについては、「犯行当時は利用・処分方法が明確でなくとも、将来利用・処分する可能性が高いとして、利用処分意思を認めることも可能かもしれない」⁷⁸、将来の利用処分方法が未決定の場合というのは、将来利用する可能性があり、かつ、行為者自身がそのことを認識している場合であるから、利用処分意思を認めるのが相当である⁷⁹との主張もあるが、奪取物の利用を特に考えていないだけでは利用処分意思としては足りず、利用のための条件づけをしている点から利用処分意思が肯定されたものといえよう。

3 不法領得の意思の法的性格

(1) 不法領得の意思の法的性格について、近年わが国では、権利者排除意思は可罰的な法益侵害を惹起しようとする意思であり、その危険を基礎づけるものとして、主観的違法要素であるが、利用処分意思は単なる物の利用可能性を取得する意思を越えた、より実質的な意思であり、このような意思により占有奪取行為が行われる場合には、法益侵害行為が強力な動機に基づき行われるために、責任が重いと解されるとする見解が有力に主

78 富高・前掲注(56) 509頁。

79 木村・前掲注(4) 399頁。さらに、木村・前掲注(4) 410頁は、②⑦判決について、財物持ち去りの意図が不明な②⑥判決の流れに沿うものであるとする。

張されている⁸⁰。財物罪の本質が究極において所有権その他の本権での侵害に解されることから、その主観的要件としては単なる占有侵害の意思では足りず、それに伴って所有権者（本権者）として振舞う意思が必要とされ、この意思は、所有権その他の本権に対する侵害または危険性を基礎づけるのに対して、窃盗罪と器物損壊罪とは、財物に対する占有ないし所有権の侵害という点では同一（ないし後者の方が大）であるにかかわらず、窃盗罪の方が重く罰されるのは、毀棄・隠匿の意思で占有を侵害する場合よりも、財物を利用処分する意思で侵害する場合の方が利欲犯的性質のために典型的に責任が重いという根拠に基づいているとする見解⁸¹も同様の方向性を示しているものであり、違法要素としての権利者排除意思、責任要素としての利用処分意思という性格は結果無価値論のみならず行為無価値論の論者によっても十分に主張可能な基礎を有していると考えられる⁸²。

その一方で、権利者排除意思を責任要素とする見解、利用処分意思を違法要素とする見解⁸³も十分に主張可能である⁸⁴。

(2) 利用処分意思の法的性格は、犯行隠滅意思や被検挙意思等の判断にいかなる影響を及ぼすであろうか。犯行隠滅意思や被検挙意思が行為の動機の一つとして機能することに異論はないものとおもわれる。利用処分意思を責任要素と解する場合には、利用処分意思と犯行隠滅意思等は同じ動機として両立しうる関係に立つ。すなわち、犯行隠滅意思で財物の占有を奪取した後に毀棄隠匿したという場合において、利用処分意思の存否の判

80 西田・前掲注(5) 158、160頁、林・前掲注(5) 193、195頁、山口・前掲注(5) 200、203頁。

81 大谷・前掲注(5) 197頁。

82 権利者排除意思のみを認めるのは、団藤・前掲注(6) 564頁、利用処分意思のみを認めるのは、前田・前掲注(7) 157、159頁。

83 伊東・前掲注(7) 146頁、高橋・前掲注(7) 224頁、中森・前掲注(5) 115頁。

84 山中・前掲注(5) 254頁は、利用処分意思は、違法性や責任とは関係なく領得罪と毀棄隠匿罪を区別するための犯罪類型個別化機能をもつにすぎない、とする。

断は、これら2つの意思が併存する関係にあることを前提として、両者を比較して犯行隠滅意思が利用処分意思の事実的存在を排除しうる程度に強度と認められれば、利用処分意思は否定されることとなろう。利用処分意思は事実上存在するだけでは足りず、法的存在として考えられなければならないからである。逆に、犯行隠滅意思がそのような強度の意思でなければ、利用処分意思の存在を否定することはできないと考えられる。

これに対して、利用処分意思を違法要素と解する場合には、動機としての犯行隠滅意思は利用処分意思の存否の判断にとって問題とはならない。利用処分意思は犯行隠滅意思からは独立して決定されなければならない。ただし、行為者主観が違法と責任のいずれに属するかに関係なくその心理状態は様々な要素が複雑にからみあっているという事実からは、犯行隠滅意思が間接的には利用処分意思の存否を推測させる役割を果たすことはありうる。

利用処分意思を違法要素とするか責任要素とするかの体系上の問題にかかわらず、利用処分意思の判断としては、財物それ自体から利益を享受する意思が必要とされるべきである。財物それ自体から利益を享受する意思の内容としては、財物の利用可能性の認識（未必的認識）が最低限要求されることになる。それ以上の意図的要素等を必要とすべきかどうかは、また別個の問題として検討されべきである。そして、犯行隠滅意思の存在は、利用処分意思の存否に直接的な影響を及ぼすか間接的な影響を及ぼすかの体系的な違いであり、実質的な判断手法においては大きな相違をもたらすとまではいえないであろう。

不法領得の意思の法的性格がその内容の決定に与るかは、残念ながら拒否されなければならない。目的犯における目的が違法要素か責任要素かで目的の内容が決定されるものではないことはすでに検討されているところであり⁸⁵、その議論は不法領得の意思においても同じく妥当すると考えら

85 伊藤亮吉「目的犯の新たな潮流（3・完）」名城法学 62 巻 3 号（平成 25 年）17 頁を参照。

れるからである。また、故意と目的の体系的位置づけからしても、故意と目的が同一の体系的地位にあることを理由として目的の内容を故意と同程度に要求しなければならないことの理論的根拠もなく、結局は目的それ自体の内容の決定が求められるものである。

三 奪取罪における不法領得の意思の内容

1 不法領得の意思の内容に関する判例・学説

(1) これまで検討してきたところから、権利者排除意思に関する判例の特色としては、権利者排除では本権（所有権）獲得のための意思と永続的な侵害のための意思までは必要としていない点をあげることができる。これを前提とすると、権利者排除は所有権の獲得を意味するものではない。所有者が当該財物を利用することを侵害し、排除者が自ら所有権者のように振舞うことのできる地位・立場の獲得を意味し、権利者排除意思とはそのような意思を意味する。「権利者を排除し、他人の物を所有者と同様にする意思」とする判例の立場はこのような条件のもとで賛成することができる。

これに対して、利用処分意思の「他人の物をその経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思」との定義については、経済的用法はより広く捉えられるべきであり、何らかの用法で足りる点、財物それ自体から利益を積極的にえらという直接的関連性が要求される点を考慮すると、「財物それ自体から何らかの効用を積極的に享受する意思」と修正が施されるべきであり、その点を指摘する学説は正当なものと評価することができる。

そして、奪取罪の違法性は単に財物の占有を取得しただけでは足りず、それを領得するという主観的意思が備わって初めて肯定される。不法領得の意思を構成する権利者排除意思と利用処分意思はいずれも奪取罪の違法性を基礎づける要素として機能するものと評価することができる。

(2) 不法領得の意思の内容について論じる学説は少ないが、その中において、損壊や隠匿の目的で財物の占有を奪取した場合でも、行為者はその財物を現実に利用処分することが可能な立場に立ち、同時に被害者はその

財物を利用処分することが妨げられるという経済的效果を生じ、以上のことを行為者は知っていることから利用処分意思を肯定する見解⁸⁶がある。この見解はさらに、窃盗罪においては、財物の占有を奪取することが中核であり、これによって原則として窃盗罪の成立を認めたいうえで、利用処分意思との関係では窃盗の動機にすぎない事情は、量刑事情として考慮することで処罰の軽重を適切に定めれば足りる、権利者排除意思との関係では例外的に不可罰にするためには可罰的違法性の理論や期待可能性の理論を用いて妥当な解決を図れば足りると主張する⁸⁷。

この見解は、利用処分意思を利用処分に関する未必的な認識で足りると解する⁸⁸とともに、場所的移動を伴う隠匿を若干の場所的移動に限定する⁸⁹ことから、領得犯罪の中核である占有侵害の点を強調し、毀棄隠匿の意思以外の全ての意思を利用処分意思と認めることに類似するものでもある⁹⁰。そうは言っても、毀棄隠匿意思による占有奪取であっても、占有奪取の事実が重視されることとなる結果、先にあげた毀棄隠匿意思の不存在で利用

86 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（平成23年）31頁。木村・前掲注（4）399、411、419頁も同様に、利用可能性の存在と認識で利用処分意思を肯定し（㉔判決）、利用可能性の認識を欠く場合にはこれを否定する（㉕判決）。

87 神山・前掲注（86）31頁。

88 この点、㉔判決は事実としての意図の存否を認定し、さらに「場合によっては〔奪取した財物〕を利用することがありうると認識したわけでもない」と利用処分の未必的認識の有無についても言及する。それ以外の裁判例では利用処分の未必的認識の有無については言及していないためにその存否と要否は判文上から断言することはできないが、意図といえども事態を全く認識することなく単にある結果の発生を求めるだけで足りるものではない。事実の認識はここでも前提として必要な要件である。その認識に加えて結果を発生させようとする意思であって初めて違法性を帯びるものといえる。

89 神山・前掲注（86）31頁。

90 毀棄隠匿意思の不存在を利用処分意思と考える裁判例としては㉔㉕判決がある。利用処分意思が奪取罪の違法性を基礎づけると解すると、毀棄隠匿意思が存在しないことが違法性を基礎づけることにはなりえないから、利用処分意思は積極的にその存在が与えられる必要がある。そして、この考え方は利用処分意思を動機として責任要素と考える場合にも妥当する。一定の動機を重く処罰するという奪取罪の趣旨からすると、一定の動機に導かれた行為のみがより重い責任を付与されるべきだからである。

処分意思を認める見解よりも広く奪取罪の成立範囲が認められることにもなる。つまりこの見解は実質的には、論者自身が主張する不法領得の意思不要説にかなりの近接的な構成を有するものであり、犯行隠滅意思や被検挙意思の事案は問題なく窃盗罪の成立を認めることとなる。

しかし、論者の立場においても、利用処分の動機をあえて責任要素として領得犯罪の体系の中に組み込んだ点に領得犯罪の特色と領得犯罪の重い処罰の根拠が認められるのであるから、検挙されるとの動機は、積極的には被検挙の動機それ自体の判断にすぎないが、それと同時に消極的には財物の利用処分の動機の不存在の方向性を示すものとして犯罪の責任の存否に影響を及ぼすべき機能する性格が認められるべきである。占有侵害が領得犯罪の中核であるとしても、それに加えて、不法領得の意思の存在が領得犯罪の性格を特色づけると考えられることから、そのような意味でも、財物利用の直接的関連性は利用処分意思の存否の判断基準として有用であると考えられる。窃盗罪と毀棄隠匿罪の区別のための判断基準は、不法領得意思不要説を採用したからといって明確になるわけではなく、ましてや量刑で処理すればよいというものでもないであろう。

これらの成果をもとにして、以下では不法領得の意思についてどのような内容を要求すべきかを検討する。

2 権利者排除意思の内容

(1) わが国の裁判例では権利者排除意思の内容を定義したものはなく、多くは事実上の意図の存在を認定しているにすぎないことはすでにみたところである。これに対して、権利者排除意思に相当するドイツにおける排除目的では、排除についての未必的認識（認容）で足りるとするのが一般的である。その根拠としてあげられるのは、排除目的に直接的故意を要求すると、一時使用における些細ではない処罰の間隙が生じてしまうこと、排除が行為者の目標であることは稀であり、取得を求めれば、それと同時に通常は排除も目指されているので、所有者から物を永続的に奪取することは窃盗では通常は重要ではなく、所有者に損害を与えたいとの希望は領

得犯罪の典型的な特徴ではないことである⁹¹。

このような事情はわが国の権利者排除意思を検討する際にも有益な示唆を与えてくれるものと考えられる。ただし、本稿で検討した権利者排除意思を肯定した裁判例（判決～判決）は権利者排除意思として意図の存在を認定しており、排除についての未必的認識認容にとどまるという事案はみられないことから、ドイツにおける一時使用の処罰の間隙に対する懸念がわが国においても生じるようなことは考えにくいのかかもしれない。しかし例えば、判決における「他人所有の普通乗用自動車…を、数時間にわたつ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 [た]」との判示は、果たして所有権者の権利を排除することを第一級の直接的故意の意味で意図していることを意味するものと理解できるであろうか。意図しているのは自動車を無断で乗り出すこと、すなわち自動車の無許可での利用であって、所有権侵害や支配設定はそれに付随して発生すると（確定的に）認識しそれを甘受（認容）している程度にすぎないのではないであろうか。行為者にとって重要なのは、自動車を数時間乗りまわすことであり、そのような意思はまさしく利用処分意思に対応するのに対して、自動車の支配取得は利用のための前提条件にすぎず、このような事態の発生は認識認容すれば足り、あえてこれを意図することは想定しにくいともいえるからである。そうすると、わが国の判例で用いられている「意図」という用語は認識認容を含めて広く捉えられるべきかもしれない。

このような事情からすると、判決の事案において権利者排除としての意図が存在していたか確言することは難しく、また仮に現実に存在していたとしても、この他の事案においては、利用処分の意図はあるものの、権利者排除の意図はなく未必的な認識認容しかない場合も十分に想定しうるところである。そして、このような心理状態にある行為者を当罰性から除外すべきではないであろう。他人の財産を客観的に侵害するとともにその侵害事実の認識認容があれば、当罰的かどうかは別として、財産犯罪とし

91 伊藤・前掲注 (1) 313 - 314 頁を参照。

ての何らかの違法性が付与されてしかるべきであり、さらに当該財産を自己のために利用処分する意思がこれに加われば、奪取罪としての可罰性を付与するのに十分であると考えられるからである。そうだとすると、ドイツにおける議論で指摘されるように、権利者排除は占有奪取に対応する故意と同様に権利者の財産侵害を認識認容すればよいこととなり、これは目標とされることまでは必要ではなく、利用処分こそが目標とされる場合が多いことは正当な根拠があるといえる。

このような意味で考えると、本稿で検討した裁判例の中には権利者排除意思として意図の存在を認めているにもかかわらず、実際にはそれは意図ではなく、(確定的か未必的かはさておき) 認識認容にすぎない心理状態を述べているにすぎないものが多く存在するのではないだろうか。判決 ~ 判決は事実としての意図の存在を認定するだけで未必的認識認容についての言及は存在しないが、ここでの心理状態が意図であるかは疑問としうことはすでに触れたところであるが、そうだとすると、権利者排除意思として意図等の強度の意思を要求すると、多くの事案において不法領得の意思が著しく狭まり、当罰的な行為の多くが不可罰ということになりかねない場合が生じることは否定できないものである。

以上のことから、ドイツで排除目的を未必的認識で足りるとする根拠とその要請は、わが国においても等しく妥当するものと考えられる。

(2) 占有侵害は外観で容易に判断しうる事実的侵害といえるが、本権侵害は、無権限者からの財物奪取に本権侵害が認められないことを想起すれば、外観だけでは判断のできないより観念的侵害である。両者の相違がこのように認められるからといって、奪取罪の占有侵害行為は同時に本権侵害行為にも当たり、両者の行為態様に差異があるわけではない。そして、これに対応する主観的側面が故意であり同時に権利者排除意思ということになる。故意と権利者排除意思という2つの意思が1個の行為態様の中に現れるのであって、故意と権利者排除意思は占有侵害と本権侵害の相違以外の点で相違を認めることはできない。奪取行為という1個の行為を遂行するときに、占有侵害については未必的な認識認容でよいが、本権侵害に

ついて意図や確定的認識までを要するというように、両者で異なるレベルの主観的要素を要請することは不可思議なことである。

不可罰の一時使用においては占有侵害の故意は存在するとしても権利者を排除する意思は存在しない。このような現象が窃盗罪を考えるうえで原則的な形態なのか例外的な形態なのかはさておき、本権侵害の意思は占有侵害に伴って現れるものである。窃盗行為それ自体は占有侵害の点にその中核があり、そして、占有侵害それ自体は他人の財産を侵害することから、窃盗罪としての可罰性まではないとしても、一定程度の違法の存在を考慮することができる。この点で権利者排除意思は本権侵害すなわち行為の可罰性を基礎づける違法要素として機能するが、権利者排除意思は占有侵害に伴って生じるもので、財物奪取という違法の性格を質的に変えるわけではない。つまり、奪取行為の遂行により何か特別なことをすることなくして権利者排除の目的を実現しうる点で、行為と目的実現の間には密接な関連が存在するものといえる。ここにおいては、行為それ自体に内在する違法性を認識認容して行為を遂行すれば当罰性を具備するといえるから、権利者排除意思としては当該奪取行為が本権を侵害することを未必的に認識認容すればよいこととなる⁹²。

(3) 以上のとおり、権利者排除意思の内容としては権利者排除の未必的認識認容で足り、より強度の内容を要求すべきではないが、権利者排除意思として権利者を排除することの未必的認識認容で足りるとすると、本権侵害を奪取罪（領得犯罪）の保護法益として把握するのであれば、占有侵害の認識認容から構成される奪取罪の故意と権利者排除意思とは一応の区別は可能である。しかし、両者はその対象とする客観的な行為態様は重なっており、また、本権侵害結果と占有侵害結果とは財物に対する侵害という結果の観点からは重なり合っていることから、権利者排除意思の独自性は乏しく、権利者排除意思を認めることの有意味性に疑問を提起しうること

92 この論述の前提については、伊藤・前掲注（10）名城法学 63 巻 4 号 11 頁を参照。

となろう。すなわち、本権の侵害といっても占有侵害と一体どの程度の相違があるのか、違いがなければ、あるいは、占有侵害が所有権侵害を包含しうるといのであれば、権利者排除意思は故意の中に含むことができ、あえて権利者排除意思なるものを別個に認める必要性はないのではないかと、また、権利者排除意思が存在しない場合の財物の占有侵害はそれだけで可罰的であり財産犯罪を構成するのに十分な理由があると考えられるとすれば（ただし、私見はこれには同意できない）、あとはどの犯罪に当たるかの配分を考慮すればよいだけで、一部の非可罰的と考えられる例外的な事態を処罰範囲から除外すればよいだけではないか、ということである。

この点、権利者排除意思不要説は故意に対応する占有侵害の内容を広く権利者排除をも含めて解するものであり、そうだとすると権利者排除を故意と不法領得の意思のいずれに配分するかの問題にすぎないとも考えられることから、権利者排除意思不要説がこのような視点を有することにはかなりの説得力があるものとも考えられる⁹³。しかしながら、窃盗罪の行為態様は占有侵害と解されるところ、財産犯罪の本質は本権侵害にあるとする本権説を採用すると、権利者排除意思は本権（所有権）侵害に向けられる意思であるので、形式的には奪取罪の故意は権利者排除意思を補うものではない。その意味で本権説や本権説を基礎とする平穩占有説からは、権利者排除意思は奪取罪の本権侵害性を示す要件として作用するものといえる。ただし、本権侵害の意思が要求されることには変わりはないとしても、それは権利者排除意思の形式を採用することの不可欠性を意味するもので

93 伊東・前掲注(7) 144 - 145 頁は、権利者排除意思「の実態は、一定の長さ以上の時間の所有権排除・占有取得という非主観的基準によって可罰性の存否を決している」、また、費消については、「所有権者にとっての当罰的な効用阻害が占有の奪取によって生じたか否かという非主観的基準によって判断しようとするものであ[る]」、「社会通念上使用貸借又は賃貸借によらなければ使用できないような形態において財物を利用する[点についても]行為者の主観以外の基準によって判断する」ことから、権利者排除意思は「使用窃盗の不可罰性を導くためには機能させられてはならず」として、故意の欠如によりこれを説明しようとする。

はなく、権利者排除意思の肯否は最終的には権利者排除意思を故意に含めるか否かの価値判断ともいえる。故意を客観的な行為の側面に対応させるとして故意の対象を厳格に考えれば、権利者排除意思は故意とは別個の要素として存在が認められるものであり、また、奪取罪の本権侵害性すなわち違法性を特徴づける要素と位置づけることができる。そして、このような構成に特に不都合はないものと考えられる。

3 利用処分意思の内容

(1) 権利者排除意思と同様に、判例学説ともに利用処分意思を本来的な意味内容よりもかなり緩和して認める傾向があるが、それは正当といえる。ドイツにおいては取得目的は意図を要すると解されているが、その理由としてはまず、排除目的との相違であげられる、排除が求められることは稀であり、一般的には取得が求められるという点がある。これについては、奪取罪では一般的に占有奪取後の財物の利用処分を求めて占有侵害行為を実行するものと考えられる。わが国に現れた判例においても、利用処分意思が肯定された裁判例（判決～判決、²⁵²⁶判決）において意図の存在が認定されているところ、この意図との用法は、単に行為者の利用処分の認識にとどまるものではなく、行為者が行為の目標として求める事態や行為に至った動機など、意図、目的、動機といった広く意思的側面が存在したと認定したとみてとることができる。²⁵判決において認識への言及があることもその1つの証拠となりうることから、権利者排除意思において述べたのとは異なり、未必的な認識のように修正を意味する必要はないだろう。

利用処分意思について利用処分の未必的な認識認容で足りるとすると、一定程度の違法性が認められるとはいえ、不可罰である単なる占有奪取行為が広く可罰的に取り込まれるおそれがあるから、より強度の意思内容を要求すべきことにもなる。この点においてはドイツにおいて取得意思として意図を要請することには理由があるといえる。

しかしその一方で、一般的には取得が求められるということは、取得を

認識しているにすぎない場合が窃盗罪の可罰性から排除されることを直接意味するものではない。特に、客観的な占有奪取がそれだけで何らかの違法性を具備することから、占有奪取に伴う利用処分を認識認容すればそれで処罰にとっては十分であるとの議論も可能だからである。利用処分する可能性を認識認容しつつ財物奪取を実行することも想定しうるところであり、このような場合も同様に奪取罪として処罰する方策をとることも考えられる。したがって、利用処分意思が目的犯における目的として機能することを肯定すると、このような奪取罪の実態の面においても利用処分意思は利用処分の未必的認識で足りるのか、それともより強度の意思内容を要求すべきかが考察されるべきであり、この問題はそれ自体では解決を図ることができないとおもわれる。

(2) ドイツにおける取得目的が意図を要するとされるその他の理由としては、窃盗罪においては法益の侵害は奪取で尽きており、取得目的の存在が犯罪類型を形成すること、違法要素としての取得目的では、行為者にとって取得が重要でなければならない（取得を求め、目標として向けられなければならない）ことがあげられている⁹⁴。

取得目的に関するドイツの見解は、窃盗罪の法益侵害性は奪取で尽きていたとしたうえで、動機等を含めて主観的要素を広く違法要素と認めることから、取得目的の存在が犯罪類型を形成すると構成することを可能とするものである⁹⁵。しかしながら、わが国の目的犯理論においては、動機を

94 伊藤・前掲注(1) 317頁を参照。

95 例えば、伊藤・前掲注(85) 6-13頁を参照。なお、ドイツの詐欺罪は利得犯罪であり領得犯罪とは位置づけられてはいないが、そこで必要とされる利得目的は取得目的に相應すると考えられることができることから、そこでの議論は、理論構成は異なる（ただし、ドイツにおいても違法要素としての動機を考えているので、その体系には疑問はある）ものの、わが国の利用処分意思の議論の参考となろう。この点、松宮孝明「詐欺罪における不法領得の意思について」立命館法学 292号（平成15年）310、314頁は、詐欺罪における不法領得の意思をドイツ刑法と同じく利得目的と解する一方で、⁹⁴決定の事案について、利得目的と支払督促正本の交付との間には損害と利得との間の対応関係は認められないとして、詐欺罪の成立を否定する。

量刑要素あるいは責任要素として構成しうるとしても、これを違法要素とする理論は採用し難いといえ、ドイツにおける考え方は利用処分意思を責任要素と解する見解に親和的であると考えられることができる。

これに対して、わが国においては、利用処分意思が奪取罪における違法性を基礎づけたり加重するといえるためには、財物奪取に加えて利用処分要素を加味して違法性を判断することの必要性があげられなければならない、例えば、「窃盗罪等の領得罪の重罰化は、この利用行為又は毀棄行為を占有奪取時から目的としていることを不法実体として包摂処罰している」⁹⁶、「不法領得の意思によって、占有侵害行為が窃盗行為と意味づけられ、それが窃盗の行為態様という行為無価値を決定する」⁹⁷、「行為者に対する個別的な非難可能性の大きさ以前に、[利用処分] 意思がある場合に行為が広く行われることを理由とする一般予防の必要の大きさを表している」⁹⁸、などと主張されている。

権利者排除意思は本権侵害犯罪としての奪取罪の性格を基礎づけるものであるが、奪取罪の犯罪性はこれだけで説明することはできない。確かに本権侵害面に着目すれば、奪取罪と毀棄隠匿罪の違法性は等しく本権侵害に尽きることとなる。しかし、責任要素あるいは量刑要素にすぎない動機の差でもってこれだけの法定刑の差を説明することは難しいと考えられるところ、奪取罪の違法は奪取物を後に利用処分する意思をもって奪取することに特色があるものと解することができる。また、奪取罪と毀棄隠匿罪の行為態様が占有侵害・本権侵害で等しいとしても、毀棄隠匿罪の行為態様に不法領得の意思が加わることで奪取罪へと犯罪が変更されるわけではない。奪取罪においては奪取罪としての行為態様が求められるべきであり、奪取罪の否定が毀棄隠匿罪の成立に直結するわけではない。例えば、判決において毀棄隠匿罪が成立するのは、奪取罪が否定されたからではなく、

96 伊東・前掲注 (7) 146 頁。

97 高橋・前掲注 (7) 224 頁。

98 中森・前掲注 (5) 115 頁。

別途毀棄隠匿罪に相当する行為態様が存在するからである。両犯罪は占有侵害・本権侵害の側面において表面上等しく現れるにすぎないのであり、奪取罪と毀棄隠匿罪の違法は必然的に異なることになる。

この点からすると、不法領得の意思の重点は、その財物につき権利者を排除し自ら所有者として振舞うまたは所有者としての実をあげるという点にあり、利用処分意思は消極的な意義を有するにすぎない⁹⁹と解するというよりもむしろ、奪取罪の本質は財物の利用処分に特色があることとなる。そして、不法領得の意思を違法要素とみると、占有侵害行為それ自体に一定程度の違法性が認められるが、奪取罪の客観的行為の態様だけではその違法性を判断するのに不十分であるがゆえに不法領得の意思の存在によって初めて奪取罪としての可罰性の実質が具備される、すなわち客観的行為の不備が主観的意思によって完備されることになる。

以上のとおり、利用処分意思は奪取罪の違法性を決定する役割を果たす。すなわち、奪取罪は、単なる占有侵害ではなく、利用処分を目的とした占有侵害を重く処罰する類型である。客観的行為それ自体は純然たる正当行為ないしは非違法行為ではなく、ある程度（以上）の違法な状態を招来する性格を有していることを否定することはできない¹⁰⁰が、可罰的な違法性を付与するのは利用処分意思である。

(3) 奪取罪と毀棄隠匿罪の保護法益を等しく本権侵害と捉えるのであれば、利用処分意思の内容をどのように解するとしても、それは財産を奪取後に何らかの方法によって使用しようとする動機の悪性の範疇を出ることはなく、利用処分意思を伴った行為がそれのない行為よりも本権および占有を量的により大きく侵害することにはなりえない。つまり、現実の財産侵害が利用処分意思により違法性の基礎づけや加重されることはないので、

99 栗田正「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇昭和33年度』（昭和39年）241頁。

100 この論理は不法領得の意思を責任要素と位置づける見解においても妥当し、これによると、当該客観的行為態様だけで違法は判断され、これを所有権侵害と捉えるのであれば、窃盗と器物損壊の間の違法性に差異はなく、犯行に至る動機の悪性が法定刑の相違をもたらすものである。

利用処分意思によるより大きな占有侵害や本権侵害の根拠づけは想定することはできない。

しかしながら、利用処分意思を違法要素と解すると、利用処分意思によって当該財物は占有侵害後に何らかの利益を求めて利用処分される予定が違法性判断に組み込まれ、財物の利用処分は占有侵害とは異なった性格の利益が侵害される危険を有すると構成されることとなる。つまり、単なる本権侵害ではなく、利用処分される危険のある本権侵害へと、本権侵害それ自体が変わりはないが、本権侵害の態様が変わることで、侵害の性格が変わるものと考えることができる。これは本権とは異なったり、あるいはそれ以上の財産権の侵害を意味するものではなく、あくまでも本権侵害に立脚したうえでの財物が行為者のおもугままに利用処分される可能性であり、行為の違法性を加重するものである。つまり、奪取罪は占有侵害に加えて奪取後に財物が利用処分される危険性が認められる点に特色があり、それが毀棄隠匿罪よりも大きな違法性を有すると考えられる¹⁰¹。

すなわち、奪取罪の違法性は、奪取した物を後に利用処分する意思をもって奪取することに特色があるところ、この利用処分の目的は、行為の遂行により何か特別なことをすることなくして実現しうるものではない。その点では行為と目的実現の間には密接な関連性を認めることはできない。利用処分意思は、占有侵害とは異なる財物の利用処分という性格の利益が侵害される危険性を付与するものであり、これが加わることによって行為の違法性を質的に変えるものである¹⁰²。そしてここでは例えば、毀棄意思以外で奪取した（毀棄意思であってもその意思は後日放棄しうるので、その

101 これを同じ奪取罪に属する窃盗罪と強盗罪についてみると、強盗罪には人身犯罪的側面があるものの、暴行脅迫を手段とした奪取行為の悪性が両者の法定刑の差となって表れており、これは強盗罪における違法性の大きさを表しているものと考えることができる。そうすると、単なる財産権侵害という抽象的な法益侵害ではなく、より具体的な法益侵害性を財産犯罪においては把握することも可能である。

102 この論述の前提については、伊藤・前掲注(10)名城法学63巻4号22-32頁を参照。

意味ではこの意思も含めることはできる) 財物には利用可能性が常に存在しうるので、単に占有侵害をすることだけを予定している者においても、占有侵害の際に当該財物が後日利用されることを未必的に認識することは十分にありうるので、これを処罰するとなると、不可罰である単なる占有侵害行為が広く処罰対象となりかねないとの懸念をあげることができるであろう。

以上のことからすると、利用処分意思は、これに加わることによって行為の違法性を質的に変える違法要素であると解することができる。そのような利用処分意思の内容としては、奪取行為による利用処分の可能性を未必的に認識認容するだけで不十分である。利用可能性の認識認容は奪取行為に随伴するのが通常であり、全ての占有侵害行為に利用処分意思が肯定されかねないこととなるからである。したがって、利用処分意思としてはより強度の意思が求められることとなる。

(4) 利用処分意思に未必的認識よりも強度の意思内容を要求するとしても、利用処分の意図がある場合と利用処分の可能性を確定的に認識している場合とでその評価をわける必要はないことから、利用処分意思としては意図と確定的認識の両者を含むものと解することができる¹⁰³。ただし、意図と言っても希望まで要する必要性はなく、これを目標として求める程度で足りる。

四 結びにかえて

(1) 以上、奪取罪における不法領得の意思の内容について検討を加えたが、私見は奪取罪における不法領得の意思を、利用処分意思については若干の修正を加えるが、ドイツにおけるのと基本的に同様に解する。しかしながら、わが国とドイツの不法領得の意思はその性格が若干異なる面もある。それでは、ドイツにおいて現れた諸事案は、私見においても同じよう

103 伊藤・前掲注(10) 名城法学 63 巻 4 号 32 - 34 頁を参照。

に解決することができるであろうか¹⁰⁴。

まず、排除の問題については以下のように考えられる。テレフォンカード事例と預金通帳事例は財物を物質説と物的価値説を合わせた統合説によるべきことを示しており、一時使用に当たらなければ権利者排除意思の存在は認められる。排除目的が否定される軍帽事例と謝礼事例では、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いないのに対して、逆に排除目的が肯定される再売買事例と容器事例ではそのような事情が存在しなかった。しかしながら、わが国における権利者排除意思では、最終的な所有権獲得、永続的な所有権獲得の意思までは必要とはされていないから、権利者の所有権を承認している場合であっても、権利者排除意思を肯定することは可能であろう。その意味では偽配達人事例においても権利者排除意思は肯定しうると考えられる。そして、イビーザ事例における、奪取した物をさしあたっては保持し続けて、その後判断を下そうとしたという事情も、権利者排除意思を肯定するのに十分といえる。

次に、取得の問題については以下のように考えられる。本屋事例とガチョウ小屋事例では所有者への仕返しが意図されていたが、このような場合はわが国の利用処分意思も否定されることが可能であろう。領得が肯定される鍵事例と否定される受刑服事例については、前者では結果が望まれているのに対して、後者では結果が望まれてはならず受け入れられているにすぎないことが理由とされる。前者では鍵を使用して刑務所から脱出することを計画しているから財物それ自体から何らかの利益を享受する意思を有する点では問題はないから、わが国においても前者の結論は妥当といえる。これに対して、後者はまさに本稿が問題とする場合であり、わが国の学説においても取り上げられることのなかった問題である。すなわち、行為者が受刑服を持ち出すという奪取の故意が存在することを前提として、行為

104 以下にあげる事例については、伊藤・前掲注 (1) 309 - 320 頁を参照。

者にとって受刑服の着用は諸事情から強制されており、この奪取は行為の避けられない付随的な事情で結果は受け入れられているにすぎないから、取得目的は否定されることとなる。しかし一方では、受刑服を着て脱出することから、行為者は財物それ自体から何らかの利益を積極的に享受する意思を認めることもできる。わが国の裁判例はこのような直接的関連性がある以上は「意思」の点を重視することなく、利用処分意思を肯定するのかもしれない。しかし、客観的な直接的関連性そのものから利用処分意思が肯定されるべきかは疑問であり、利用する「意図」が存在しないことから利用処分意思を否定するドイツの議論は今後このような問題に対する警鐘となりうるであろう。これに対して、利用処分の事実の意図または確定的認識を必要とする本稿の結論からは、受刑服の利用について意図は認められないとしても、確定的認識が存在するのであれば、利用処分意思を肯定することができよう。さらに、一定の条件の成就に目的が依存する担保取得事例においては、不確実な事態とはいえ条件充足の点では¹⁰⁵判決と同様であり、利用処分意思を肯定することは可能である。

(2) また、占有非移転犯罪である横領罪においても不法領得の意思は必要とされており、奪取罪と横領罪の性格の相違から、その表現には若干の相違がみられるとともに、ドイツにおいては横領罪は領得犯罪として構成されるものの、これは不法領得の意思という主観的要素で決定されるのではなく、領得という客観的要素で決定されるところに特色があり、領得は条文の構成上客観的構成要件要素であるので、領得意思は領得故意として把握され、排除、取得ともに未必的認識で十分であるとされる¹⁰⁵。これは、わが国とは事情が異なるので、ドイツにおける議論が一概にわが国も妥当することにはならない。そして、わが国の裁判例においても、ここで不法領得の意思について、「意図」や「意志 (意思)」との用語が使用されている¹⁰⁶。

105 伊藤・前掲注 (1) 320 - 321 頁。

106 前掲注 (3) 最判昭和 24 年 3 月 8 日は引き続いて、「必ずしも占有者が自己の

奪取罪については、不法領得の意思をもって占有を移転することにより（かりに領得意思を実現しなくても）これを既遂とするのに対して、横領罪は、不法領得の意思が実現されて初めて既遂となる、その意味では、奪取罪は、領得の未遂を処罰する犯罪類型であり、横領罪は、領得の既遂を処罰する犯罪類型であるとの主張がある¹⁰⁷。そして、横領罪は、窃盗罪にはない、違法性を高める要素を含んでいる。まず、横領罪は、「横領した」こと、すなわち、すでに不法領得の意思が実現された場合を処罰するので、領得罪の既遂を処罰する類型であり、領得意思が実現される前の段階ですでに処罰の対象となる窃盗罪と比べて、横領罪の方が法益侵害がより重大だともいえ、また、所有者との信頼関係を裏切る要素が含まれているが、その一方で、占有侵害がないことと誘惑的であることから法定刑が低く評価されている¹⁰⁸。そうすると、違法の点では横領罪の方が窃盗罪よりも重く評価しうる基礎があるにもかかわらず、占有侵害の不存在により違法と誘惑性という責任を軽減する役割を果たすことを考慮すると、行為の客観的側面がより違法と責任の基礎づけには重視されていると解される。ここでは不法領得の意思としていかに強度の内容を要請するとしても、違法や責任の大きさを変換させるだけの役割は期待することはできない。

これに関する検討については、今後の課題とさせていただきます。

利益取得を意図することを必要とするものではなく、又占有者において不法に処分したものを後日に補填する意志が行為当時にあつたからとて横領罪の成立を妨げるものでもない」とする。

107 井田良『入門刑法学各論』（平成25年）101頁。

108 井田・前掲注（107）121 - 122頁。