

# 横領罪における不法領得の意思とその内容

伊 藤 亮 吉

## 目次

- 一 はじめに
- 二 横領罪における不法領得の意思に関する判例学説の状況
- 三 権利者排除意思と利用処分意思の要請
  - 1 伝統的な不法領得の意思とその評価
  - 2 権利者排除意思
  - 3 利用処分意思
  - 4 裁判例に現れたその他の問題
- 四 不法領得の意思の内容
- 五 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) は占有移転犯罪である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り、排除目的 (Enteignungsabsicht) と取得目的 (Aneignungsabsicht) から構成されるところ、前者は排除についての未必的認識で足りるが、後者については取得の意図を必要とするのが判例通説である<sup>1</sup>。わが国においても、窃盗罪 (奪取罪・占有移転犯罪) の不法領得の意思について、判例は「権

---

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。

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」と定義し<sup>2</sup>、学説上争いがあるものの、通説はこの定義に概ね賛意を表している。そして排除目的は権利者排除意思に、取得目的は利用処分意思にそれぞれ相当するところ、それぞれの内容についての検討を試みたことがある<sup>3</sup>。

これに対して、占有非移転犯罪である横領罪については、ドイツにおいては領得犯罪として構成されるものの、不法領得目的が条文上要求されておらず、書かれざる構成要件要素としても要求されていない。横領は不法領得目的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、不法領得目的は領得の故意として把握され、排除要素、取得要素ともに未必的認識で十分であるとされる<sup>4</sup>。これに対して、わが国では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。判例は、「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」（判決）であると定義する<sup>5</sup>。そして、ここでの不法領得の意思について「意志（意思）」「意図」「目的」などの用語を使用する裁判例がみられるのは、奪取罪における状況と大きく変わるところはない<sup>6</sup>。このような事情からすれば、わが国とドイツでは横領罪の構成や事情が異なることから、ドイツにおける議

---

2 大判大正4年5月21日刑録21輯663頁、大判昭和9年12月22日刑集13巻1789頁、最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁。

3 伊藤亮吉「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」名城法学65巻3号（平成28年）1-52頁を参照。

4 伊藤・前掲注（1）320-321頁を参照。

5 最判昭和24年3月8日刑集3巻3号276頁。

6 例えば判決は、「必ずしも占有者が自己の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、「意図」や「意志」を使用する。なお、奪取罪の不法領得の意思に関する判例の動向としては、伊藤・前掲注（3）4-34頁を参照。

論が直接的にわが国にも妥当することにはならない。

そして、奪取罪と横領罪の不法領得の定義それ自体が判例学説では異なることからすると、奪取罪における不法領得の意思の内容に関する検討からえられた成果が横領罪における不法領得の意思の内容を決定するにあたりそのまま妥当するものではない。さらに、奪取罪におけるのと同様に横領罪においてもわが国の判例学説が不法領得の意思の内容について議論が活発に展開されているともおもわれない。

そこで、わが国の横領罪における不法領得の意思についてその意思内容を中心として検討を試みる。

## 二 横領罪における不法領得の意思に関する判例学説の状況

(1) 横領罪の不法領得の意思に関する 判決の定義は、奪取罪のそれにおける権利者排除意思や利用処分意思が直接的には言及されていない。それは、横領罪が奪取罪と異なり占有非移転犯罪であることから、その表現に相違がみられるのかもしれない<sup>7</sup>。権利者排除意思については、「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…意志」をもって権利者排除意思とみることではできようが、奪取罪が占有侵害を行為態様とするのに対して、横領罪においてはすでに占有が行為者にあり、所有権侵害をその行為態様とすることからすれば、他人の所有権を侵害する意思是まさしく横領罪の故意であり、不法領得の意思として要求する必要がないことにもなる。また、利用処分意思については、「処分をする意志」という文言からその要請を読み取ることは可能かもしれないが、それが認められるとしても、後述するように、横領罪における利用処分概念を判例はか

---

7 平野龍一「横領と背任、再論(2)」判例時報1683号(平成11年)8-9頁は、横領罪の不法領得の意思の定義について、横領の場合は、すでに占有をもっており、かつある限度では利用が許されている場合が多いから、その許容の限度をこえていることをあきらかにするために、「所有者でなければできない」という観点を捉えており、窃盗における不法領得の意思と同じ内容のものを、横領という事態に即して言いなおしたものだとする。

なり広範囲に認めており、奪取罪におけるそれとは異なる様相を呈しているともみてとることもできる。

学説においても、横領罪における不法領得の意思必要説と不要説が主張されており、必要説<sup>8</sup>からは、判決の定義に特段の異論を述べることはない見解もあるが、奪取罪における不法領得の意思との関係に言及したり、それとの関連から何らかの修正を施す見解<sup>9</sup>もある。これに対して、不要説からは、横領とは不法領得そのものであることから不法領得の意思は故意に解消されることとなる<sup>10</sup>。

- 
- 8 伊東研祐『刑法講義各論』（平成23年）143、219 - 220頁、大谷實『刑法講義各論 [新版第4版補訂版]』（平成27年）312頁、木村光江『刑法 [第3版]』（平成22年）376 - 377頁、高橋則夫『刑法各論 [第2版]』（平成26年）228、375 - 376頁。岡藤重光『刑法綱要各論 [第3版]』（平成2年）629頁、中森喜彦『刑法各論 [第4版]』（平成27年）153頁、西田典之『刑法各論 [第6版]』（平成24年）244頁、林幹人『刑法各論 [第2版]』（平成19年）197、293頁、平野龍一『刑法概説（昭和52年）』225頁、藤木英雄『刑法講義各論』（昭和51年）332頁、前田雅英『刑法各論講義 [第6版]』（平成27年）268頁、松原芳博『刑法各論』（平成28年）320 - 321頁、山口厚『刑法各論 [第2版]』（平成22年）305、307頁、山中敬一『刑法各論 [第3版]』（平成27年）430頁。
- 9 伊東・前掲注（8）219 - 220頁は、横領罪と窃盗罪の不法領得の意思は基本的に異なるものではないとする。同様に、高橋・前掲注（8）375 - 376頁は、不法領得の意思を自己の占有する他人の物を、委託の趣旨に反して、その物の経済的用法に従い利用・処分する意思（効用を享受する意思）と解するとともに、横領の「故意」の内容を構成するものとする。ここから、横領罪の不法領得意思についても利用処分意思の必要性を意識するのか、例えば、西田・前掲注（8）244頁は、不法領得に意思について経済的用法に従った利用・処分という要件をも不要とするのであれば疑問であり、基本的には窃盗罪におけるそれと同様であり、「自己の占有する他人の物を、委託の趣旨に反して、その物の経済的用法に従い利用・処分する意思」である、松原・前掲注（8）320頁は、所有者による権利行使を実質的に阻害する意思としての権利者排除意思は必要とされている、判例は緩和された形態で利用処分意思を要件としているが、物の効用を享受する意思としての利用・処分意思を要求すべきである、山口・前掲注（8）305、307頁は、権利者の占有排除に関わる排除意思が要件とされおらず、また、利用意思に言及がないことが注目される、不法領得の意思は、委託の趣旨に反した、物の利用意思と解されるべきである、とする。
- 10 内田文昭『刑法各論 [第3版]』（平成11年）364頁、大塚仁『刑法概説（各論） [第3版増補版]』（平成17年）302、305 - 306頁、川端博『刑法各論講義 [第2版]』（平成22年）407頁、曾根威彦『刑法各論 [第5版]』（平成24年）168頁。なお、松宮孝明『刑法各論講義 [第4版]』（平成28年）288頁は、横

このように議論は錯綜しているが、横領罪における不法領得の意思が問題となる事案は奪取罪におけるそれよりも広範である。そこで、まずは不法領得の意思の存否や横領罪の成否が問題となった裁判例とこれに対する学説の評価について概観する。

(2) 奪取罪における権利者排除意思と利用処分意思が問題となる一時使用や毀棄隠匿罪との区別に対応して、横領罪においてもこれらの場合に不法領得の意思の存否が問題とされている。

まずは一時使用についてである。横領罪は所有者から委託されて占有する財物について委託の趣旨に反する処分行為をすることで成立する犯罪類型であるが、その種の処分行為が短時間である等所有者の権利を侵害する程度が微細であり、行為者においても所有者の権利侵害がその程度にすぎないとの意思を有していれば横領罪の成立を認める必要はない。その意味では横領罪においても一時使用（一時横領）は不可罰である<sup>11</sup>。

判例は、一時使用と横領罪の区別においては、貸与された自動車を返却せずにより回したという事案について、「被告人は...五月九日...滋賀県... A方において、同人より同人所有の普通乗用自動車一台...を...乗用することの許諾をえて貸与を受けて保管中... A方に戻らず、そのまま反対方向...に向い、それから同月一七日警察官に逮捕されるまでの間、ほしいままに滋賀県内および福井県内等において自己のドライブ遊びに右自動車を乗り廻し、これを横領した」（判決）<sup>12</sup>、また、会社（A）の秘密資料をコピー

---

領罪でも不法領得の意思の内容は窃盗罪と変わらないが、横領罪では不法領得（＝横領）は客観的構成要件要素であるから、不法領得の意思は横領の故意そのものであるとする）は、不法領得の意思の内容に言及しつつも最終的に不法領得の意思を故意に解消することから、実質的には不要説に属するものと考えられる。

11 なお、本稿では、「一時使用」「一時的な使用」という用語を使用するが、「一時使用」は、理由づけは多々あるが、不可罰であることを前提として使用し、「一時的な使用」はこれとは異なり、横領罪の成否とは無関係に短時間の使用の意味で用いる。

12 大阪高判昭和46年11月26日高刑集24巻4号741頁。

のために社外に持ち出したという事案について、「新会社を設立して新規の開発をするには長時間を要し、その間無収入で開発を続ける資金的余裕がなかったため、しばらくはAのCADシステムをそのまま、あるいは手直して販売する必要があると考え、本件資料を持ち出すこととした。」「本件業務上横領の動機についてみると、被告人X等は、自分らの開発したコンピューターシステムが社内であまり利用されず、外販も禁止されたところから、独立しようとするに至り、その際、同被告人等の経験及び能力からすれば、本件資料の内容をコピーして持ち出さなくても、自分らの頭脳だけでいつそう高性能のシステムを開発することが可能であり、現に、被告人らは、そのような高性能の新システムの開発を計画していたのであるが、新会社の発足にあたり、右開発に要する数か月間全く市場開発、販売等の営業活動を行うことができないというのでは、新会社の経営が苦しいところから、いわばその間のつなぎとして、Aで開発したシステムをそのまま又は少し手直して用いるという安易な手段を選び、本件犯行に及んだものと認められる。」「他人の物を一時的に持ち出した際、使用後返還する意思があつたとしても、その間、所有権者を排除し、自己の所有物と同様にその経済的用法に従つてこれを利用し又は処分をする意図がある限り、不法領得の意思を認めることができると解されるところ、前記認定のとおり、被告人らが持ち出した本件資料は、Aが多大な費用と長い期間をかけて開発したコンピューターシステムの機密資料であつて、その内容自体に経済的価値があり、かつ、所有者であるA以外の者が同社の許可なしにコピーすることは許されないものであるから、判示のとおり被告人等が同社の許可を受けずほしいままに本件資料をコピーする目的をもつてこれを同社外に持ち出すにあつては、その間、所有者であるAを排除し、本件資料を自己の所有物と同様にその経済的用法に従つて利用する意図があつたと認められる」(判決)<sup>13</sup>として、いずれも横領罪の成立が肯定さ

---

13 東京地判昭和60年2月13日刑月17巻1=2号22頁。

れている。

一時使用か否かはその目的の存否によって決定されるというよりもむしろ、一時的な使用が可罰的な使用かどうかの判断が重要といえるが、処罰と不処罰を限界づける基準が問題となる。これについて学説は、単に一時使用の目的で権限を超えて目的物を使用しても領得とはいえない<sup>14</sup>、所有者が許容しないような使用の意思があるだけでは委託関係侵害の意思が肯定されるにすぎず、さらに、所有者が許容しない利益・価値の侵害を伴うような場合に、委託物横領罪の保護法益である所有権の侵害があるから、そのような行為を行う意思を不法領得の意思と解する<sup>15</sup>、可罰性は、流用期間と流用によって生じる経済的なマイナスを中心として、所有者しかできない処分なのか（委託の趣旨から絶対に許されない処分なのか）により判断される<sup>16</sup>、意思の問題というよりは客観的な行為の問題であり、使用行為の客観的な態様、時間、社会・経済的意味に照らして、所有者の委託の趣旨に反する一時使用であれば、単に一時使用の目的であっても横領罪は成立する<sup>17</sup>などと主張される。

不法領得の意思不要説からも、権限を超えた物の使用について広く横領罪の成立を認める見解<sup>18</sup>と、保管義務に反しない限りでは故意を否定する<sup>19</sup>、権利者排除の可能性、所有権侵害の危険によって判断する<sup>20</sup>などと、処罰と不処罰の限界づけを設定する見解が主張されている。

(3) 自己が占有する他人の財物を毀棄隠匿するのは、所有権者の委託の趣旨に反する場合が多いであろうし、そうであれば横領罪を構成すること

---

14 団藤・前掲注(8) 630頁。しかし、これは領得性というよりも不法領得の意思が否定されるべきであろう。

15 山口・前掲注(8) 308頁。同様の趣旨として、高橋・前掲注(8) 377頁、西田・前掲注(8) 245頁、松原・前掲注(8) 320頁。

16 前田・前掲注(8) 270頁。

17 山中・前掲注(8) 435 - 436頁。

18 川端・前掲注(10) 407頁。

19 大塚・前掲注(10) 305頁。

20 曾根・前掲注(10) 168頁。

が考えられる。その一方で、毀棄隠匿罪の刑の軽さは不法領得の意思の不存在が理由とされるので、横領罪と毀棄隠匿罪を区別する基準として不法領得の意思が重要な役割を果たすとも考えられる。

判例は隠匿について横領罪の成立を肯定するものがある。すなわち、市の助役が市の公文書を持ち出し隠匿したという事案について、「横領罪ハ自己ノ占有内ニ在ル他人ノ物ニ對シテ自己領得ノ意思實行アルニ由リテ成立スルヲ以テ苟モ同罪ノ目的タル物ノ所有者ヲシテ其經濟的利益ヲ喪失セシメ因リテ自己ニ其經濟的利益ヲ取得スル如キ行爲アレハ自己領得ノ意思實行アリタルモノト謂フヘク横領罪ヲ以テ該行爲ヲ論スルハ相當ナリ原判決ノ認定セル事實ニ據レハ被告A等ハ共謀シテAノ市助役トシテ保管セル公文書ヲ相被告Bヲシテ市役所以外ニ帶出シテ之ヲ隠匿セシメタル者ニシテ右隠匿ノ行爲ハ所有者タル市ヲシテ其公文書ヲ保存使用スルノ利益ヲ喪失セシメ被告等ニ於テ自由ニ之ヲ處分シ得ヘキ状態ニ措キタルモノ即チ自己領得ノ意思ヲ外形ニ表示シタルモノニ外ナラサレハ其行爲ノ終局ノ目的如何ヲ問ハス被告等ノ行爲ヲ以テ横領罪ニ問擬シタル原判決ハ相當ニシテ」(判決)<sup>21</sup>、自己が保管する文書を隠匿または抑留して権利者に利用できなくさせたという事案について、「苟モ犯人カ自己ノ占有スル他人ノ物件ニ付キ所有者ヲ排除シテ自己ノ爲メ其占有ヲ持續スル以上ハ其物ノ經濟的價值ヲ自己ノ爲メ利用スルノ意思ニ出テタルト將又他ノ事由ニヨリ不法ニ之ヲ抑留センカ爲メナルトヲ問ハス横領罪ハ成立スルモノト謂ハサルヲ得ス何トナレハ他人ノ委託ヲ受ケテ爲セル物ノ占有ヲ不法ニ自己ノ爲メニスル占有ニ變改スル意思ヲ有シ之ヲ現實ニスルニ於テハ所有者ノ信用ニ辜負スル點ニ於テ其物ノ經濟的價值ヲ利用セントスル場合ト毫モ擇フ所ナク法律カ横領ノ刑ヲ以テ此種ノ法益侵害ノ所爲ヲ禁遏セントスル本旨ニ適合スルモノト謂ハサルヘカラサレハナリ...他人ノ委託ヲ受ケテ爲セル物ノ占有ヲ不法ニ自己ノ爲メニスル占有ニ變改スル意思ヲ有シ之ヲ現實ニスルニ於

---

21 大判大正2年12月16日刑録19輯1440頁。

テハ所有者ノ信用ニ辜負スル點ニ於テ其物ノ經濟的價値ヲ利用セントスル場合ト毫毛擇フ所ナク」( 判決)<sup>22</sup>、「横領罪の成立に必要な不法領得の意思とは、他人の物を保管する者が他人の権利を排除してその物を自己の所有物のごとくに支配または処分する意思をいい、必ずしもその物の經濟的用法に従いこれを利用または処分する意思は必要としないものと解すべく、従つてまた横領行為の一態様であるいわゆる拐帶行為とは、他人の物の保管者が前記のような不法領得の意思のもとに、その保管する他人の物をほしいままに持ち去り、もつて他人の権利を排除し、その物を自己の所有物のごとくに支配または処分し得る状態におく行為をいうものであると解するを相当とするところ、原判決は前記のようにその事実摘示として被告人において本件小切手五枚を前記現金と共に拐帶して逃走した旨を判示し、その事實は原判決の挙示する証拠によりこれを認めることができるから、原判決が右現金の外小切手五枚についても被告人においてこれを横領したものと認定したのは正当であ[る]」( 判決)<sup>23</sup>、「業務上横領罪の成立に必要な不法領得の意思とは、業務上他人の物を占有する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をいい...、占有者が委託の任務に背いて無権限で物を処分した場合には、右の意思があつたと解されるのが通常である。しかしながら、占有者が右のような処分をした場合であつても、それが専ら所有者自身のためにしたものと認められるときは、所有者でなければできないような処分をしたという前記の要件を欠き、不法領得の意思がないこととなるので、業務上横領罪は、成立しない...。ことに、被告人の場合には、[所有会社A]の代表取締役として、資金面を担当し、自ら現金、預金を操作してこれを外形上個人所有の物のように保管しながら、實質はAのために保管するという例も皆無ではなかつたと認められるのであるから、本件の...隠匿という特異な保管形態から直ちに被告人の不法領得の意思を

---

22 大判大正4年2月10日刑録21輯94頁。

23 東京高判昭和34年3月16日高刑集12巻2号201頁。

推認することなく、いかなる意図のもとでこれを隠匿するに至ったかの動機にまで立ちいつて審究することが必要であり、その意味において右の意図のいかんは本件業務上横領罪の成否を決する最大の争点といつてさしつかえない。…被告人が本件〔金員〕を隠匿所持することの意思を最終的に固めこれを外部に表明するとみられる…現金の払戻しを受けた時点においては、被告人は…一部については、これを滞欧中の生活費等自己又は第三者のために費消する決意を固めていたものの、その余については、新会社の設立等の自己の用途に充てるか、あるいは、Aに返還する等Aのために使用するかをいまだ決定しておらず、事態の推移に応じて自らの判断によつて用途を決定しようという浮動的な意思状態にあつたと認められる。また、被告人は、右金員をそれぞれの費消目的ごとに客観的に区別して保管することなく、しかも、個人所有の金員と全く同様に専ら占有者たる被告人の意思によつて自由に処分することのできるような形態で隠匿し、自己の支配下に置いたと認められる、そうしてみると、被告人が、自己又は第三者のために費消する決意を確定的に固めておらず、Aのために使用する余地のあつた部分の金員についても、すくなくとも未必的にはこれを自己のために費消する意思があつたことに帰するから、これを専らA自身のために保管する意思で所持したということとはできず、また、このような意思のもとでAの金員を手許に隠匿し、専ら被告人の意思によつて自由に処分することのできるような形において個人的な支配下に置いたことは、Aの代表取締役たる被告人の任務に反し、権限を逸脱した行為であるというほかはないから…全額について被告人に不法領得の意思があつた」（判決）<sup>24</sup>、などである。

これについて学説は、判例と同様に隠匿の場合に不法領得の意思を肯定する見解<sup>25</sup>や、利益を領得する目的を必要としないことを理由に毀棄の意

---

24 東京高判昭和56年12月24日高刑集34巻4号461頁。

25 前田・前掲注(8)270頁は、隠匿により支配性・利得の可能性が著しく高まることはあり、その意味で、隠匿行為も横領行為となりうる、とする。

思も含めて不法領得の意思を肯定する見解<sup>26</sup>もある。この見解は毀棄と隠匿とで行為態様を区別しない点に特徴があるが、これに対して、奪取罪における不法領得の意思と同じく横領罪におけるそれにおいても利用処分意思を要求し、そのような意思でない毀棄隠匿意思の場合に不法領得の意思を否定する見解も有力に主張されている。そこでは、例えば、横領とは経済的見地から見た権限逸脱行為であるから、およそ経済的に評価できない毀棄行為まで含めることはできない<sup>27</sup>、経済的用法に従うという効用享受の意思がない場合に横領罪を認めることは妥当ではない<sup>28</sup>、物の利用により効用を享受する意思があることによって、責任が加重される点に不法領得の意思の本質を見出す場合には、効用の享受意思を欠き、毀棄・隠匿の意思を含めることには疑問がある<sup>29</sup>、横領罪の本質は、委託信任関係を破って他人の物を領得する点にあるとすれば、経済的用法に従って利用・処分する意思に担われない行為は、横領罪にはあたらない<sup>30</sup>、などと主張されている<sup>31</sup>。

不法領得の意思不要説からも、毀棄隠匿意思の場合には横領罪の故意を認めることができるとする見解<sup>32</sup>と、客観的に領得行為性を判断し、領得行為とはいえないとする見解<sup>33</sup>とが存在する。

(4) 占有者が保管する金銭その他の財物を一時流用はするが後日に弁償・補填する意思（と能力）がある場合、金銭その他の財物の保管態様は様々

---

26 団藤・前掲注(8) 630頁。

27 木村・前掲注(8) 376 - 377頁。

28 高橋・前掲注(8) 376頁。伊東・前掲注(8) 219頁は、確定的な毀棄・隠匿の意思であってはならないが、領得後の利用・不正な効用ないし利益の享受の機会を確保する意思があれば足りるとするが、同旨といえよう。

29 山口・前掲注(8) 307頁。ただし、せいぜい、効用を享受する機会を確保するための行為として隠匿を捉え、そうした隠匿意思は不法領得の意思に含まれる、ともする。

30 山中・前掲注(8) 435頁。

31 その他には、大谷・前掲注(8) 313頁、中森・前掲注(8) 153頁、西田・前掲注(8) 244頁、林・前掲注(8) 293頁、平野・前掲注(8) 225 - 226頁。

32 大塚・前掲注(10) 305頁。その他には、川端・前掲注(10) 407頁。

33 曽根・前掲注(10) 167 - 168頁。

な場合が考えられるが、金銭その他の財物の所有権が依然として委託者にあると考えられる場合には、まさに「自己が占有する他人の物」をその委託の趣旨に反して処分したと考えられるので、横領罪の成立を肯定することは可能ともいえる。

この点について判例は、「委託金費消費ハ金銭ノ委託ヲ受ケタル者其委託ノ本旨ニ違ヒ擅ニ之ヲ費消スルニ因リ成立スルモノニシテ他日之ヲ辯償スルノ意思ノ有無ニ因リ犯罪ノ成否ヲ異ニスルモノニ非ス」(判決)<sup>34</sup>、「委託ヲ受ケタル他人ノ金銭ヲ其委託ノ本旨ニ違ヒ擅ニ之ヲ費消スルトキハ刑法ニ所謂横領ノ罪ヲ構成スヘク費消者ニ於テ之ヲ辯償スル資力又ハ之を辯償スル意思ヲ有スルト否トハ同罪ノ成立ニ何等ノ影響ナキモノトス」(判決)<sup>35</sup>、「商業使用人カ主人ノ爲ニ賣掛金ノ取立ヲ爲シタルトキハ其ノ金銭ノ所有権ハ主人ニ歸屬スルヲ以テ使用人カ其ノ保管中主人ノ許諾ヲ得シテ擅ニ之ヲ自己ノ用途ニ費消スルニ於テハ是レ自己ノ占有スル他人ノ物ヲ不正ニ領得シタルニ外ナラスシテ横領罪ヲ構成スヘク之ヲ費消スル當時犯人ニ後日辯償スルノ意思アリタリヤ否トハ同罪ノ成立ニ省長ヲ來タスコトナシ」(判決)<sup>36</sup>などと、委託の趣旨に反する金銭の費消については後日弁償する意思と能力があったとしても横領罪の成立を肯定してきた。

また戦後においても、「横領罪の成立に必要な不法領得の意志とは、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をいうのであつて、必ずしも占有者が自己の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。…被告人は居村の農業会長として、村内の各農家が…政府に売渡すべき米穀すなわち供出米を農業会に寄託し政府への売渡を委託したので、右供出米を保管中、米穀と魚粕

---

34 大判明治 37 年 8 月 22 日刑録 10 輯 1618 頁。

35 大判明治 42 年 6 月 10 日刑録 15 輯 759 頁。

36 大判大正 11 年 1 月 17 日刑集 1 卷 1 頁。

とを交換するため、右保管米を...二者に宛て送付して横領したというのである。農業会は各農家から寄託を受けた供出米については、政府への売渡手続を終った後、政府の指図によつて出庫するまでの間は、これを保管する任務を有するのであるから、農業会長がほしいままに他にこれを処分するが如きことは、固より法の許さないところである。」(判決)<sup>37</sup>、「自己の個人的用途に充てる目的で全自連の金銭を流用した場合には、仮に一時借用の意図、すなわち後日返済する意思があったとしても、不法領得の意思を否定することはできず、業務上横領罪は成立する」(判決)<sup>38</sup>との裁判例も従来の立場を踏襲しているといえよう。

ただし、「金銭は...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も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」(判決)<sup>39</sup>ことから、補填意思とその能力があれば横領罪の違法性阻却の余地が認められることになる。

この点学説は、不法領得の意思必要説から不法領得の意思を肯定する見解<sup>40</sup>もあるが、多くは弁償・補填の態様により場合わけをする。例えば、使途を特定された場合で相当期間流用し経済的損失を与えるときは不法領得の意思を認めるが、金銭等の代替物については補填する意思で一時流用する場合には不法領得の意思が否定されることもありうる<sup>41</sup>、確実な補填の意思と能力がある場合には不法領得の意思が否定される<sup>42</sup>、委託された金銭と同額の金銭を保有しているのと同視しうる状況にあれば客観的に領

---

37 前掲注(5)・最判昭和24年3月8日。

38 大阪地判平成4年2月25日判時1427号3頁。

39 東京高判昭和31年8月9日高刑裁特3巻17号826頁。

40 団藤・前掲注(8)630頁、藤木・前掲注(8)333頁。

41 大谷・前掲注(8)314頁。

42 高橋・前掲注(8)377頁。

得行為がないが、これをこえて手形その他の確実な債権を有するにすぎないような場合は、流用の額や予想された補填の確実性等から可罰的違法性や不法領得の意思を否定する<sup>43</sup>、委託者に実質的な財産損害が生じたと見るべき場合は補填の意思があるだけで不法領得の意思を欠くことにはならないが、委託者に実質的な財産損害が生じないであろうような場合は補填の意思が横領罪の成立を否定する場合があります<sup>44</sup>、不特定物を保管する場合には、一時流用しても、他に同等物を所持しており、不特定物を保管していることと同視できる状況があるときには、不特定物についてその所有権侵害が否定されるが、単に後日（委託の趣旨を実現するときまでに）補填する意思があるにとどまる場合には、想定された補填が確実であると認識しているときにはじめて、不法領得の意思が否定される余地を認める<sup>45</sup>、などの主張がそれである。

不法領得の意思否定説からは、後日確実に補填しうる状況のもとに補填の意思を有していれば横領罪の故意を否定するとの見解<sup>46</sup>が主張される。

(5) 領得犯罪では通常は行為者は自己の財産的利益を求めて遂行されるが、自己以外の第三者に利益をもたらす意思で財物の占有移転が行われることも考えられる。このように自己以外の第三者のために領得する場合も不法領得の意思と認められるであろうか。

判例では、「横領罪ハ自己ノ占有スル他人ノ物ヲ不法ニ處分スルニ因テ成立スルモノニシテ其處分ヲ爲スノ目的カ自己ノ爲ニスルニ在ルト他人ノ爲ニスルニ在ルトハ横領罪ノ構成ニ付何等ノ影響ヲ及ホスモノニアラサレハ」( 判決)<sup>47</sup>、「横領罪ハ自己ノ占有スル他人ノ物ヲ不法ニ自己ノ物トシテ自己ニ領得スル場合最も多數ニシテ本院ノ判例亦斯ル場合ニ關スルヲ以テ最も多シト爲ス然レトモ斯ル目的物ヲ第三者ノ物トシテ其ノ者ニ不正ノ

---

43 西田・前掲注(8) 246頁。

44 林・前掲注(8) 294頁

45 山口・前掲注(8) 308 - 309頁

46 大塚・前掲注(10) 305頁

47 大判明治44年4月17日刑録17輯605頁。

領得ヲ爲サシムル場合ニ於テモ亦同罪ノ成立ヲ認め得ル」(判決)<sup>48</sup>として第三者のための領得意思を不法領得の意思に含める。

これに対して学説は、判例同様にこれを肯定する見解<sup>49</sup>、否定する見解<sup>50</sup>のいずれも主張されているが、現在の多数説は、行為者自身と全く無関係な第三者に領得させる場合は背任罪や毀棄罪にはなりえても横領罪にはなりえず、実質的に行為者自身の領得といえる場合、行為者自身が間接的に利得する場合に不法領得の意思を限定する<sup>51</sup>。なお、不法領得の意思不要説からは、目的物の処分が自己のためであると他人のためであるとは、保管義務の違反に何ら本質的相違があるべきではないとして、この場合に横領罪の成立を肯定する見解<sup>52</sup>が主張される。

(6) 委託者本人のために行う意思がある場合には、判例は不法領得の意思を否定する傾向がある。「町村ノ収入役力其ノ権限ヲ超越シテ而モ町村ノ爲ニ其ノ保管セル公金ヲ費消シ町村ニ損害ヲ生セシメタルトキハ背任罪ヲ構成スヘキモ…被告人力収入役ト共謀シ町村ノ公金ヲ町村制上町村行政ノ公共事務ニ屬セサル町會議員慰勞ノ響應其ノ他ノ費用ニ費消シタル場合ハ自己ノ用途ニ費消シタルモノニ外ナラサルヲ以テ横領罪ヲ構成スル」(判決)<sup>53</sup>との裁判例によれば、財物を委託の趣旨に反して処分したとしてもこれを委託者本人のために行った場合には背任罪の成否はともかく、

---

48 大判大正12年12月1日刑集2巻895頁。

49 団藤・前掲注(8)630頁。

50 平野・前掲注(8)226頁。なお、林・前掲注(8)295頁は、もっぱら第三者のためにする意思のときは、実質的には毀棄・隠匿の場合と同じである、として否定説に与する。

51 伊東・前掲注(8)220頁、大谷・前掲注(8)313頁、高橋・前掲注(8)378頁(横領罪が利欲犯であることを理由とする)、中森・前掲注(8)154頁、西田・前掲注(8)245頁(横領罪が利欲犯であることを理由とする)、松宮・前掲注(10)288頁(被害者に損害を与えるだけの非利欲的動機の場合を広く包含する恐れがあることを理由とする)、山口・前掲注(8)309頁(不法領得の意思(効用享受の意思)に責任加重の根拠を求めることを理由とし、また、贈与などにより第三者にとくに領得させる意思のある場合にも肯定する)。

52 大塚・前掲注(10)305頁。

53 大判昭和9年12月12日刑集13巻1717頁。

横領罪の成立は認められない。不法領得の意思に欠けることをその理由としてあげることができるであろう。判決は自己のための費消として不法領得の意思が認められたものである。

これに対して、「村長カ村ノ請負ニ係ル工事施工ノ事務ヲ擔任シ其工事ニ關スル一定ノ費用ヲ支辨センカ爲メ収入役ヨリ村ノ公金ヲ受領シテ保管スル場合ニ不正ニ自己ノ物トシテ領得スルノ意思ヲ以テ之ヲ村ノ經費外ノ用途ニ費消シタルトキハ横領罪ヲ構成スルモ村ノ爲メニスルノ意思ヲ以テ之ヲ指定外ノ村ノ經費ニ流用シタルトキハ支出其當ヲ得サルニ止マリ不正ニ領得スルノ意思ヲ實行シタルモノト謂フヲ得サレハ横領罪ヲ構成セサルモノトス」(判決)<sup>54</sup>、「自己ノ責任ヲ以テ同寺院ニ於テ從來重要セラレサリシ本件木像三體ヲ賣却シテ之ニ充テント決意シ後日調金シタル上之ヲ買ヒ戻シテ再ヒ寺院ノ所有ニ歸セシムヘキ意思ヲ以テ特ニ買戻ノ約款ヲ附シテ賣却シ其ノ代金ノ全部ヲ右庫裡建設費ニ充テタルコトヲ認定シ得ルヲ以テ被告人ハ住職トシテ自己ノ代表スル大岳院ノ什物ヲ同寺院ノ爲ニ處分シタルモノニシテ縱令檀徒總代ノ同意竝主務官廳ノ認可ヲ得サリシトスルモ右處分ハ被告人カ不法ニ本件木像三體ヲ自己ニ領得スル意思ニ出テタルモノト謂フヲ得サル」(判決)<sup>55</sup>、「被告人ノ行為ハ町村制竝財務規程ニ照シ相當ナラサルトコロナシト謂フヲ得サルモ結局村ニ於テ負擔スヘキ經費ヲ支出セシメタルニ歸スルカ故ニ横領罪ノ教唆ヲ以テ論スルハ當ラス」(判決)<sup>56</sup>、「たとえ判示組合の内部関係において、その事業に属しないとしても、被告人が該営業のため組合資金をほしいままに支出した一事を以つて直ちに業務上横領罪を構成するものと即断することはできない。即ち、右支出が専ら本人たる組合自身のためになされたものと認められる場合には、被告人は不法領得の意思を欠くものであつて、業務上横領罪を構成しないと解するのが相当である。」(判決)<sup>57</sup>などの裁判例において、不法

54 大判大正3年6月27日刑録20輯1350頁。

55 大判大正15年4月20日刑集5巻136頁。

56 大判昭和10年10月24日刑集14巻1061頁。

57 最判昭和28年12月25日刑集7巻13号2721頁。

領得の意思が否定されている。

その他に一定の限度において不法領得の意思を肯定するものも存在する。ここでは主として「所有者でなければできないような処分をする意思」があればたとえ本人のためにする意思があっても不法領得の意思を認める。例えば、争議手段のために集金した金員を会社に納入せずに、一時的に組合員個人の名義で銀行に預金した事案では、「他人の金員を保管する者が、所有者の意思を排除して、これをほしいままに自己の名義をもつて他に預金するが如き行為は、また、所有者でなければできないような処分をするに帰するのであつて、場合により、横領罪を構成することがある...しかしながら、右の如き保管者の処分であつても、それが専ら所有者自身のためになされたものと認められるときは、不法領得の意思を欠くものとして、横領罪を構成しない」(判決)<sup>58</sup>、「A町に対する貸付は...諸経費の支払資金に窮していた同町からの要請に基き専ら同町の利益を図るためになされたものであつて、組合の利益のためにする資金保管の一方法とは到底認め難く、又...カラ松球果採取事業は被告人らの経営する個人事業であつて同事業のための借入金元利返済に充てられた本件 [金員] は専ら被告人ら個人の利益を図るために使用されたものと認めるの外なく、しかも...各支出は組合役員会の決議の趣旨にも反し、組合本来の目的を逸脱し、たとえ監事Bの承認を経ているとはいえ、この承認は監事の権限外行為に属し、これあるがため被告人らの右各支出行為が組合の業務執行機関としての正当権限に基く行為であると解すべきものでない...されば、たとえ被告人らが組合の業務執行機関であり...A町に対する貸付が組合名義をもつて処理されているとしても...金員流用の目的、方法等その処分行為の態様、特に本件貸付のための支出は、かの国若しくは公共団体における財政法規違反の支出行為、金融機関における貸付内規違反の貸付の如き手続違反的な形式的違法行為に止まるものではなくて、保管方法と用途の限定された他人所

---

58 最判昭和33年9月19日刑集12巻13号3047頁。

有の金員につき、その他人の所有権そのものを侵奪する行為に外ならないことにかんがみれば、横領罪の成立に必要な不法領得の意思ありと認めて妨げなく」(②1判決)<sup>59</sup>、というのがそれである。

しかしながら近年では、「当時、A社としては、乗っ取り問題が長期化すると、同社のイメージや信用が低下し、官公庁からの受注が減少したり、社員が流出するなどの損害が懸念されており、被告人らがこうした不利益を回避する意図をも有していた...しかし...本件交付は、それ自体高額なものであった上、もしそれによって株式買取りが実現すれば、Bらに支払うべき経費及び報酬の総額...買取価格の総額は...高額に上り...Aにとって重大な経済的負担を伴うものであった。しかも、それは違法行為を目的とするものとされるおそれもあった...本件交付における被告人の意図は専らAのためにするところにはなかった...なお...当該行為ないしその目的とするところが違法であるなどの理由から委託者たる会社として行い得ないものであることは、行為者の不法領得の意思を推認させる1つの事情とはなり得る。しかし、行為の客観的性質の問題と行為者の主観の問題は、本来、別異のものであって、たとえ商法その他の法令に違反する行為であっても、行為者の主観において、それを専ら会社のためにするとの意識の下に行うことは、あり得ないことではない。したがって、その行為が商法その他の法令に違反するという一事から、直ちに行為者の不法領得の意思を認めることはできない」(②2決定)<sup>60</sup>、と違法行為の遂行と不法領得の意思とを分

---

59 最判昭和34年2月13日刑集13巻2号101頁。

60 最決平成13年11月5日刑集55巻6号546頁。なお、その原審判決である東京高判平成8年2月26日判時1575号131頁は、「B側から株を買い取ることなどが会社のためにする行為であるとしても、そのことから直ちに被告人らがした本件支出行為が会社のためにする行為であったということはできず」「被告人らの意図を専らAのためであったとして本件支出行為を正当化した原判決の認定は妥当とはいえず、被告人Xの前記の弱味を隠し又は薄める意図と度重なる本件支出行為の問題化を避ける意図が加わっていたと認定するのが相当である。」「被告人らによる本件金員の支出行為が不法領得の意思によるものであったか、それとも専ら会社のためにしたものであったかは、さらに、その支出行為が委託者である会社自体であれば行い得る性質のものであったか否かという

離する裁判例も出されている。

これについて学説は、本人の利益のために委託の権限を超えた処分をしても不法領得の意思を否定する見解<sup>61</sup>が主張される一方で、判例と同様に、その処分が違法な目的を有する場合や禁令の趣旨に明らかに違反して行われた場合など本人がすべきでない行為やなし得ない行為を行う意思である場合には不法領得の意思を肯定する見解<sup>62</sup>も存在する。しかし、これに対しては、もっぱら本人のためにする意思である場合、本人が行うことが許されないからといって、行為者が自己のために領得する意思で行為したものであるとすることはできない<sup>63</sup>、法令違反の行為を行った場合でも、それによって直ちに本人のためにする意思の否定にはつながらない<sup>64</sup>、との主張もみられる。

不法領得の意思不要説からは、委託者本人のために目的物を処分する行為は、実質上委託物の保管義務に反しないものであるから横領罪の故意に含まれるところ、違法な目的を有する場合や禁令の趣旨に明らかに違反して行われた場合には横領罪の成立を認める見解<sup>65</sup>が主張される。

---

観点からも検討する必要がある。すなわち、その支出行為が違法であるなどの理由から金員の委託者である会社自体でも行い得ない性質のものである場合においては、金員の占有者である被告人らがこれを行うことは、専ら委託者である会社のためにする行為ということではできず、支出行為の相手方などのためにした行為というほかないからである。」とする。<sup>62</sup>決定は原審の当該行為の違法性から不法領得の意思を肯定した原審判決の判断を否定するものである。この点については、後藤眞理子「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成13年度(平成16年)179頁を参照。

61 団藤・前掲注(8)630頁。その他には、伊東・前掲注(8)220頁、大谷・前掲注(8)313頁、中森・前掲注(8)153頁、林・前掲注(8)294頁、平野・前掲注(8)226頁、藤木・前掲注(8)333頁。

62 高橋・前掲注(8)379-381頁。

63 山口・前掲注(8)310頁。

64 山中・前掲注(8)437-438頁。

65 大塚・前掲注(10)305-306頁。

### 三 権利者排除意思と利用処分意思の要請

#### 1 伝統的な不法領得の意思とその評価

(1) わが国の横領罪における不法領得の意思が問題となった裁判例とそれに対する学説を概観した。判例は一部を除いて不法領得の意思としては、一部例外はあるものの、基本的には 判決で提示される定義にしたがっている。しかしこの定義を用いるからといって、裁判例に現れた諸事案について解決の一致点を見出せるものではないことは、これらの問題について争いがあることを指摘すれば十分であろう<sup>66</sup>。またさらには、「所有権者を排除し、自己の所有物と同様にその経済的用法に従つてこれを利用し又は処分をする意図」( 判決)と、 判決とは異なり、奪取罪におけるのと同じような定義づけを与えると考えられるものもあり、注目に値する。

横領の意義について領得行為説を採用し、横領とは不法領得の意思を実現する一切の行為である<sup>67</sup>と解すると、ここであげた事案の多くは、不法領得の意思の存否の問題というよりもむしろ、不法領得性の存否の方が問題としては大きいといえる。つまり、 判決の定義を借用すれば、「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」こそが横領罪における不法領得としての特性を表しているのであり、主観的要件は別にして、一時的な横領等がその客観的行為それ自体として横領罪における「不法領得」といえるか否か等の判断がここでは求められているのである。その意味では奪取罪における不法領得と横領罪における不法領得とはその概念を異にする可能性は否定できない。

しかし、 判決のこのような定義はあまりに広範であり、何らかの委託の趣旨に反する行為があればそれだけで全て不法領得性が肯定されること

---

66 平野・前掲注(7)判時8頁は、理論的に不法領得の意思の内容を空洞化することによって、横領を認める事例は拡大されたと評価する。

67 山口・前掲注(8)305頁。

にもなりかねない。すなわち、本稿でとりあげた裁判例（一時横領、毀棄隠匿、後日弁償・補填する意思での一時流用、第三者への利益供与、委託者本人のための意思）はいずれも、委託者から一定の権限を付与されて財物を占有する権限を有する者が、与えられた権限の範囲を超えて財物を使用・処分した事案であるが、本人のためにする意思で権限外の処分をすることについては横領罪の成立が否定されることが一般的であることを除けば、判決にしたがうと、個々の問題点を詳細に検討することなくして権限外の行為は全て不法領得性が肯定されて横領罪を構成することになるともいえるのである。つまり、不法領得性を、委託によって財物を占有する正当な権限を有する者による委託の趣旨を超えた財物の処分と換言することが許されるのであれば、横領罪における不法領得概念は奪取罪における不法領得概念よりもかなり広い意味を含むものとなり、それは単なる無権限での使用・処分と異ならないこととなってしまうかねない。

このようなことからすると、何らかの委託の趣旨に反する行為があり、そのための意思が不法領得の意思として存在すれば、いかなる行為であっても横領罪として処罰されることになるであろうが、それは認めるべきではない。これを回避するにはまずは、客観的な横領行為それ自体が何らかの違法な行為としての性質を有するべきである、すなわち、客観的な行為それ自体に一定程度の危険性が認められることを要請する<sup>68</sup>ことになるが、これによって、横領行為それ自体に犯罪成立の限定機能が期待され、不法領得概念を無制約に拡大的に認めるべきではないものといえる。具体的には、自己が保管を委ねられている他人の財物を特別の意思なしに毀棄隠匿することは通常は委託の趣旨に反するであろうから、この点に着目すれば、単なる毀棄隠匿行為であっても横領罪の成立を認めざるをえないのではないかが危惧される。そうであれば、自己が占有する財物を委託権限を超えて処分する場合には、少なくとも一定の場合に、横領罪ではなく毀棄隠匿

---

68 橋爪隆「横領概念について」研修712号（平成19年）6頁。

罪の成立を認めるべきである。この点からしても 判決の定義は修正される必要がある。

(2) この点については、2つの方向からの修正の可能性を考えることができる。すなわち、権利者排除意思と利用処分意思の要否である。特に、

判決では、「所有権者を排除し、自己の所有物と同様にその経済的用法に従つてこれを利用し又は処分をする意図がある限り、不法領得の意思を認めることができる」と、奪取罪の不法領得の意思と同様の表現が用いられていることからすると、これは 判決における定義とは異なった定義が与えられているのではないかと議論が出てくるのは必然である<sup>69</sup>。しかし、この表現は本事案においてはこのような意思が存在していたことを認定し、横領罪の不法領得の意思としてはこのような意思内容で十分とするものにとどまっており、その必要条件について述べているとまでは言えないであろう。ただし、権利者排除意思と利用処分意思の存在によって、横領罪における不法領得の意思として十分といえるか、さらには、このような意思を横領罪の不法領得の意思に必要な要件として要求すべきかは、議論を要するものといえる。

奪取罪においては権利者排除意思は本権（所有権）侵害犯罪としての奪取罪の性格を基礎づける<sup>70</sup>とされるところ、横領罪の本質が所有権侵害犯罪であることに疑問はなく、この点で両犯罪は一致する<sup>71</sup>。これに対して、

---

69 松宮孝明「横領：概念について」産大法学 34 巻 3 号（平成 12 年）299、313 頁は、判決について、窃盗罪と横領罪との間で不法領得の意思の定義をめぐる矛盾は、窃盗罪における定義に統一される方向にあるとともに、情報横領では、いつのまにか「経済的利用に従つてこれを利用し又は処分する」という要件が加えられており、これまで横領罪では顧慮されてこなかった「経済的用法」という動機・目的が強調されていることが注目されよう、とする。

70 伊藤・前掲注 (3) 46 頁。

71 橋爪・前掲注 (68) 5 - 6 頁は、横領罪において保護されているのは所有権それ自体ではなく、所有権の機能、すなわち所有権に基づく財物の正当な利用可能性であり、事後的にみれば所有権の機能がおよそ侵害されていない場合であっても、それが侵害される危険性が一旦発生したのであれば、その危険性を根拠

奪取罪が財物の占有侵害をその行為態様とするのに対して、横領罪が所有権それ自体を侵害する点では、両罪における不法領得の意味を別異に解することは可能かもしれないが、判決の定義を修正するにあたっては、両犯罪類型における不法領得概念に差異を設けるべきか否かは新たな問題として提起することができ、権利者排除意思と利用処分意思の要否を検討することは意味を有するものといえよう。

奪取罪における不法領得の意思においては一時使用と奪取罪の限界、毀棄隠匿罪と奪取罪の限界が特に問題となるのと同様に、横領罪においてもこれらは問題として裁判例にも現れており、その結論は奪取罪におけるのとは異なる様相を呈しているところもある。その結論の是非はおき、領得罪においては、非領得罪である毀棄隠匿罪との区別基準は必然であり、また、権利侵害があるとしても領得といえないようなものにまで犯罪の成立を認める必要はない。横領罪が領得罪に属し、上にあげた問題の解決が求められることを考慮すれば、両意思の要否に関する検討の必要性は、横領罪の不法領得の意思においても妥当するものであり<sup>72</sup>、まずはこの2点の問題について検討を加える。

## 2 権利者排除意思

(1) まず、一時使用の意思が問題となった裁判例の事案はいずれも、被告人は当該財物をあくまでも一時的に使用する意思しかなく自己の物にしようとする意思はなかったにもかかわらず横領罪の成立が肯定されたものである。これは判例が必要とする不法領得の意思が肯定されたことを意味するが、奪取罪におけるのと同様に、一時的な使用の場合の全てに不法領得の意思が肯定ないしは否定されるわけではなく、その存否は事案に応じ

---

として横領罪の成立を認め、横領罪を危険犯として構成するとともに、権利者排除意思は主観的違法要素として所有権侵害の危険性を基礎づける。

72 ただし、私見は奪取罪における不法領得の意思としての両意思について修正を施すものである。この点については、伊藤・前掲注(3)37頁を参照。

て判断されるべきである。判決の定義からは、奪取罪と同様に横領罪においても、所有権侵害とは財物を自己物とすることまでを要求する必要はなく、自己物とする意思以外の所有権侵害も領得と認められる。そして、一時的な使用で問題となるのは委託の趣旨を超える使用であるから、所有者としては当該財物についてそのような利用を許容していることはない。

しかし、そのような無断での使用であっても、法が許容しうる範囲内での使用と評価されるのであれば（このような無断使用は、微小な法益侵害に限られるであろう）、所有者の許可がなくても横領罪の成立を認める必要はないであろうし、不法領得の意思はそのような権利侵害が微細にすぎないことに対応する意思として横領罪における法益侵害を否定する方向に機能する意思と位置づけることができるであろう。つまり、「行為の客観的な態様、時間、社会・経済的意味」という行為の客観的な側面を基礎として、自己に委託された権限を逸脱する利用であるとしても、その法益侵害性が客観的に微小であり、その客観的側面としての法益侵害性の微小さに対応する意思を有していれば、不法領得の意思や横領罪の成立が否定されることになる。こうしたことからすると、奪取罪と横領罪における一時使用が不可罰とされるのは、非占有者による占有侵害と占有者による権限濫用という点に相違があるだけで、権限外の行為の法益侵害の微細性という点では共通し、一時使用の不可罰性がこのことに大きく依存していることを考慮すれば、両罪における一時使用の不可罰性は同様の説明が可能であり、横領罪におけるそれに独自性があるわけではない。つまり、自己の委託権限を超えた財物の利用であれば、形式的には不法領得性を肯定できるとしても、その権限逸脱が微細なものにまで全て実質的な不法領得とするべきではない。これを不法領得性の問題として扱うのか、それとも、不法領得の意思の問題として扱うのかは、議論が分かれるところといえるが、意思の問題として扱うことに特に問題があるわけではないのは、奪取罪と横領罪とで変わるところはない。

(2) 裁判例に現れた事案をみると、判決では、保管権限を有する自動車を権限を超えて長時間「ほしいままに...乗り廻し」たこと、また、判

決では、秘密資料をコピー目的で持ち出したことは、いずれも「所有者でなければできないような処分」であるから、返還意思があるとしても不法領得性と不法領得の意思が認められたものである。両事案においては当該財物を最終的に自己の物にする意思はなく、短時間の使用の後には返還する意思を有していたが、その使用形態は所有者から委託された権限を大きく超えた許されないものであったことを考慮すれば、一時使用として不可罰とされるべき事案ではなかったことに問題はないであろう。これは奪取罪における一時的な使用が無罪とは認められない事案が多数存在することと並列的に考えることができ、いずれの事案においても行為者が占有を有していなかったと仮定した場合に窃盗罪の成立が認められるであろうことは想像に難くない。

問題はこのような一時的な使用について、有罪と無罪をわける基準をどこに設定するかである。権利者排除は所有権の獲得を意味するわけではないから、返還意思の存在が所有者の権利を最終的に侵害するものではないとして、権利者排除意思を否定することにはならないのは奪取罪と横領罪とで変わりはなく、そのことは正当といえる。そうだとすると、占有者が一定の権利を授權されているとはいえ、権限を超えた行為が横領罪の保護法益である所有権を侵害したと認められるほど所有権侵害の程度に大きいものであるがまずは判断の基準とすべきであろう。このような客観的側面に対応する、所有権を可罰的に侵害することの意思が権利者排除意思といえる。学説が用いる「所有者が許容しない利益・価値の侵害を伴うような場合」や「所有者しかできない処分」という表現は、その実質がこのようなことを意味しているのであれば、正当な限界づけを設定するものといえるだろう。

(3) ただし、ここまでの議論で確定されたのは、委託の趣旨に反して財物を一時的に使用する場合に横領罪の成立を否定するのは、所有権侵害の程度が微細な場合であり、権利者排除意思はそれに対応する意思として機能するところ、その侵害が返還意思を伴うとしてもそれは権利者排除意思の成否には影響しない、ということであり、権利者排除意思を超過的要素

として不法領得の意思と位置づけてよいかは検討を要する。横領罪の行為態様は所有権侵害であることから、所有権侵害の意思は客観的側面に対応する横領罪の故意と位置づけられるのではないかと考えられるからである。

横領罪の故意は横領罪の客観的行為である所有権侵害の認識（および認容）と構成しうるところ、その場合の所有権侵害は自己物にすることまで意味する必要はない。所有権侵害の内容は委託の趣旨に反する財物の使用・処分を意味するから、一時的な使用であっても所有者がそのような使用・処分を認めないような形態での使用・処分であれば所有権侵害としての性格を有するのに十分といえるからである。そうだとすれば、権利者排除意思は横領罪の故意そのものということとなり、あえて権利者排除意思という故意とは別種の主観的要素を犯罪構成要素として要求する必要はないこととなる<sup>73</sup>。そうすると、判決における「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…意志」が権利者排除意思を表しているとするれば、それは故意であって、不法領得の意思と認める必要はないし、それはできないことになる。

このようなことからすると、権利者排除意思は横領の故意に他ならないこととなり、これをあえて不法領得の意思と名づける必要はないものと考えられる。権利者排除意思を故意と構成することに対しては、一時的な利用の場合に利用の開始時に横領罪の成立を認めるのであれば、一定の期間権利者を排除して利用する意思が主観的超過要素としての主観的違法要素となるとの批判<sup>74</sup>がある。利用の開始時に横領罪の成否が決せられるべきことには問題はないが、横領罪における所有権侵害とは所有権の永続的な

---

73 ただし、これを認めるとしても、故意の内容として所有権侵害についての未必的認識で足りるか、それとも、意図までを要するかは別個に検討されるべき問題である。

74 佐伯仁志「横領罪(2)」法学教室376号(平成24年)110頁。また、松原・前掲注(8)322頁は、受託者が費消の意図で寄託物を携帯して行方をくらませた場合には、「窃取」に相当する「携帯」の時点で横領罪の既遂が認められるべきであるが、この時点ではいまだ現実の所有権能の侵害(および効用の享受)は認められない、とする。

侵害を意味する必要はなく一定期間の侵害でもよいから、ごく短時間でも権利者を当該財物の権限から引き離せば、可罰的かどうかはさておき、所有権侵害を認めることはできる。そしてその行為が一定期間権利者を当該財物の使用から排除しようとする意思でもってなされた以上は、横領罪の行為態様である所有権侵害そのものと評価することはできると考えられる。そのようなことからすると、所有権後害に対する意志を故意と構成するか、それとも、故意とは別個の要素として構成するかは、主観的要素の体系上の問題を除けば、大きな問題になるとはおもわれない。

(4) 権利者排除意思の検討にあたっては、財物を一時的に流用するが後日補填する意思（と能力）のある場合の議論もその一場面といえよう。この場合に判例は、「自己の個人的用途に充てる目的で…金銭を流用した場合には、仮に一時借用の意図、すなわち後日返済する意思があったとしても、不法領得の意思を否定することはでき [ない]」（判決）とすることから、ここでは不法領得の意思が常に肯定されるようにおもわれるものの、実際には「金銭の一時使用をも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」（判決）とされるように、代替可能な金銭については、委託の趣旨に応じて不法領得の意思や領得性の肯否がわかるものと考えられる。したがって、両判決の結論の相違は別の基準を用いているというよりも、事案の性質に応じた理論構成が展開されているものともみられるべきであろう。

この問題においては、行為者が占有する財物の所有権は依然として委託者に残っていなければ、横領罪の成否を論じることができない。特に委託された金銭が特定性を喪失し、受寄者にその所有権が移ると、背任罪の成立が問題となりうるとしても、横領罪はもはや問題とはならないので、一時流用が問題となる場面はかなり限定的である。

この点学説は、不法領得の意思必要説から不法領得の意思を肯定する見

解<sup>75</sup>もあるが、多くは弁償・補填の態様により場合わけをする。例えば、使途を特定された場合で相当期間流用し経済的損失を与えるときは不法領得の意思を認めるが、金銭等の代替物については補填する意思で一時流用する場合には不法領得の意思が否定されることもありうる<sup>76</sup>、確実な補填の意思と能力がある場合には不法領得の意思が否定される<sup>77</sup>、委託された金銭と同額の金銭を保有しているのと同視しうる状況にあれば客観的に領得行為がない、これをこえて手形その他の確実な債権を有するにすぎないような場合は、流用の額や予想された補填の確実性等から可罰的違法性や不法領得意思を否定する<sup>78</sup>、委託者に実質的な財産損害が生じたと見るべき場合は補填の意思があるだけで不法領得の意思を欠くことにはならないが、委託者に実質的な財産損害が生じないであろうような場合は補填の意思が横領罪の成立を否定する場合があります<sup>79</sup>、不特定物を保管する場合には、一時流用しても他に同等物を所持しており、不特定物を保管していることと同視できる状況があるときには、不特定物についてその所有権侵害が否定されるが、単に後日（委託の趣旨を実現するときまでに）補填する意思があるにとどまる場合には、想定された補填が確実であると認識しているときにはじめて、不法領得の意思が否定される余地を認める<sup>80</sup>、などの主張がそれである<sup>81</sup>。

使途を特定して委託された場合には、後日の補填の如何を問わず一時流用を許さない趣旨となるから、その使用には一般的に不法領得の意思が認められることとなる。これに対して、金銭等の代替が可能な財物について

75 団藤・前掲注 (8) 630 頁、藤木・前掲注 (8) 333 頁。

76 大谷・前掲注 (8) 314 頁。

77 高橋・前掲注 (8) 377 頁。

78 西田・前掲注 (8) 246 頁。

79 林・前掲注 (8) 294 頁。

80 山口・前掲注 (8) 308 - 309 頁。

81 大塚・前掲注 (10) 305 頁は、不法領得の意思否定説から、後日確実に補填しうる状況のもとに補填の意思を有していれば横領罪の故意を否定すると主張する。

は不法領得の意思は否定される可能性が認められるであろう。ここでは所有者に客観的に実質的な財産損害が発生したといえるかが重要となるところ、金銭等を一時的に流用する行為者においてこの財産損害について意思を有していれば、この意思が不法領得の意思として構成されることになるのではないだろうか。これについては、金銭は代替性があることから、「一時使用をも許さないような特別の事情」があれば、一時的に流用したとしても、即座の補填意思があれば不法領得の意思を否定することができるであろうが、そのような代替性のある金銭であるとしても、委託の趣旨に反するような使用であれば、たとえ即座の補填意思があるとしても、不法領得性を否定することはできないであろう。判決（委託ヲ受ケタル）、

判決（売掛金）、判決の各事案はそのような趣旨として理解できるであろう。また、判決の事案は供出米という財物の流用の事案であり、財物が不特定物であれば金銭と同様の解決方法が考えられるが、特定物であれば、財物でもって補填することはありえないから、不法領得性が肯定されるものである。いずれにしてもそこでの財産損害は形式的な存在を意味するのではなく、このように実質的に財産損害が発生したかどうかが問題とされるべきである。

(5) 一時流用後日補填では、代替可能な金銭という若干特殊な側面を有する財物の横領の場面であるが、一時的な金銭の使用が問題となることから、一時使用の一類型ではないかとも考えられる。しかし、この場合には、一時使用ほどの短時間の使用でなくても、また、かなりの金額の流用であっても、流用された金額が後日問題なく補填されれば横領罪の成立が否定されることもありうると思われるため、法益侵害の期間や大きさの点からも一時使用とは別個の問題として扱うべきであろう。ただし、権利者の有する権利を権利者から排除する意思がない（そして、そのための行動に出てもいない）点では共通性を有するものといえる。

金銭の所有権は委託者にあることが横領罪成立のための前提条件であるから、まずはこうした事情の存在が認められなければならない。封金や使途を限定して委託された金銭にはこの点を肯定することができ、その場合

に一時的にせよ金銭を流用することは横領の客観的行為を構成するものといえる。次に、一時流用後に補填する意思の存在によって不法領得の意思が否定される可能性が考えられる。ただし、このような補填意思は単に意思が単独で存在するだけでは足りず、補填が可能であることの認識を前提にするものでなければならないから、その前提としては、補填が可能・確実であるという客観的事情が必要となろう<sup>82, 83</sup>。

一時流用後日補填意思では、金銭を一時的に使用することから形式的には所有権侵害の認識は肯定しうる。しかし、その金銭を後日補填する意思は一度侵害した所有権を速やかに回復する意思と位置づけることができるところ、これは、金銭の非特定性ゆえに個々の通貨に対する侵害をみるのではなく、全体的な金額の側面に着目することで、最初から所有権を侵害する使用ではないと評価しうるのである。このような意思の存在と金銭の特殊性によって横領罪の成立が否定されることになる。

こうして、権利者排除意思は、所有権侵害の認識でのみ構成することはできず、所有権回復の意思がそれとは別に付加的に求められることになるだろう。しかし、所有権回復の意思は単独で何らかの重要な役割を果たすものではなく、また、仮りに役割を果たすとしても全体的考察を可能ならしめる性質を有するものなので、所有権侵害の意思の一部を構成するものとして問題はないであろう。すなわち、ここでは所有権回復の意思の存在から侵害意思が否定されると構成されるのである。

なお、一時使用においては、自己の占有する財物を権限を超えて一時的に使用するとしても、最終的にはこれを返還することで所有者の権利を回復することになるが、一時使用後日補填では返還意思が意味を有しないことは論を俟たない。ここでは一旦流用した金銭の回復は金銭の代替的性格から想定されるのであって、特定物の返還意思が問題となっているのでは

---

82 山口厚『基本判例に学ぶ刑法各論』（平成23年）164頁。

83 なお、不法領得の意思が肯定され、当該行為に横領罪の構成要件該当性が認められるとしても、違法性阻却の余地はなお残されているものといえる。

ない。ここでの議論は金銭の代替的性格ゆえに成立しうる議論であって、特定物についてまで妥当するものではない。

### 3 利用処分意思

(1) 財物を毀棄隠匿した場合には一般的に委託の趣旨に反した財物の処分となろうが、判決からはいわゆる利用処分意思は横領罪の不法領得の意思には要求されていないことから、毀棄と隠匿のいずれの場合にも横領罪の成立を肯定できそうである。「物の経済的用法に従いこれを利用しまたは処分する意思は必要としない」、「他人の権利を排除し、その物を自己の所有物のごとくに支配しまたは処分し得る状態におく行為」を理由として財物を拐帯して逃走したことに横領罪の成立を肯定した判決は、その趣旨に沿ったものといえる。毀棄隠匿行為の、特に隠匿行為の委託信任関係違反を強調すれば、この場合に不法領得の意思を肯定することは十分可能ともいえる。

学説上は毀棄隠匿の意思の場合に不法領得の意思を否定する見解が有力である。しかし、このような見解によっても判例に現れた事案の全てについて横領罪の成立を否定するとまではいえないであろう。例えば、判決において、市が所有する公文書を持ち出して隠匿することで市がこれを使用する利益を喪失させ、行為者がこれを自由に処分することのできる状態を作出したことを「自己ニ其経済的利益ヲ取得スル如キ行爲」と表現するのは、利用処分意思を自己に経済的利益をえさせる意思という形で実質的に要求しているものと考えられ、それによる「被告等ニ於テ自由ニ之ヲ処分シ得ヘキ状態ニ措キタルモノ」とするのは、本件隠匿行為が単なる隠匿行為ではなく、この意思に導かれた財物の自由処分可能性を問題とすることで領得行為性を肯定したものと評価することができる。また判決は、行為者が保管する金員を自己のために費消する意思のほか委託者のために保管する意思を決定してはいないことと、これらの金員を区別して保管していないという事案であるが、「被告人の意思によつて自由に処分することのできるような形態で隠匿し、自己の支配下に置いた」と、判決と同

様の基準を使用しており、この事案が純粋な毀棄隠匿意思の事案ではないことを示しているものといえる。結局のところ、両判決で問題とされた隠匿行為は、これによって財物が行為者の自由に処分しうる状態に置かれたことを純粋な隠匿行為とは区別し、不法領得の意思を肯定したものであり、このように隠匿行為全般について不法領得の意思を肯定するのではなく、一定の場合に限って単なる隠匿行為ではなく領得行為として構成することで横領罪の成立を肯定するのは奪取罪においても妥当する議論であり、その方向性は正当といえるであろう<sup>84</sup>。

また、判決は、文書を隠匿または抑留して権利者に利用できなくさせた事案であるが、「自己ノ占有スル他人ノ物件ニ付キ所有者ヲ排除シテ自己ノ爲メ其占有ヲ持續スル」という財物の占有を自己に改変することによって、「物ノ経済的價值ヲ自己ノ爲メ利用スルノ意思」なのか「他ノ事由ニヨリ不法ニ之ヲ抑留センカ爲メナルトヲ問ハス」と動機の如何にかかわらず隠匿であっても横領として認める。ここでは物の経済的価値を自己のために利用する意思は横領罪の成立には不要としていることから、利用処分意思を不要とするものと位置づけることができそうである。しかし、ここで重視されたのは自己のために占有を改変する意思であって、これによって「所有者ノ信用ニ辜負スル點ニ於テ其物ノ経済的價值ヲ利用セントスル場合ト毫モ擇フ所ナク」と、財物の経済的価値の利用に着目している。この改変意思は一時的な使用とは異なって永続的に自己物にしようとする意思といえ、この点に何らかの処分をする意思はみてとることができ、不法領得の意思を肯定することは可能であろう。

ただし、判決についてはなお2点に着目することができる。まず 判

---

84 判決が、「一部については...生活費等自己又は第三者のために消費する...その余については...自己の用途に充てるか...Aのために使用するかをいまだ決定しておらず、事態の推移に応じて自らの判断によつて用途を決定しようという浮動的な意思状態にあつた」とされるが、前者については問題なく不法領得の意思を肯定できるが、後者についてはその物自体から利益をえる意思としては問題である。

決は物の経済的価値をかなり厳格に判断しているものとおもわれるが、奪取罪における「経済的用法に従い」はそれほど重視する必要はないから、この点は今日では強調する必要はないと考えられること<sup>85</sup>、また、判決は、「文書毀棄ノ如キハ其文書力他人ノ爲メ自己ノ占有スル所ニ係ルモノナルト否トヲ問ハス有形的ニ之ヲ毀損スル等文書ノ效用ヲ滅却スル行爲ニ出ルニ非スハ犯罪成立スルモノニ非サルヲ以テ固ヨリ本件文書ノ抑留ト同視スヘキモノニ非ス」として、毀棄概念について物理的損壊説に立脚しているとおもわれるが、判例通説が立脚する効用侵害説によれば、隠匿も毀棄に含まれることに争いはないこと<sup>86</sup>の2点について、不法領得の意思または横領罪の成立の前提とすることはできないと考えられる。

これに対して 判決は、判決に定義にしたがったうえで、「物の経済的用法に従いこれを利用しまたは処分する意思は必要としない」とし、財物を拐帯したことそれ自体を横領として認定する。これは利用処分意思を不要とすることを意味するものであるから、判決や 判決とは異なる論理展開を採用しているということなる。しかし、そうすると財物を積極的に利用する意思はもちろん、毀棄隠匿意思の場合においても、広く横領罪の成立が認められかねないこととなる点を問題としてあげることができるであろう。ただし、判決では、「他人の権利を排除し、その物を自己の所有物のごとくに支配しまたは処分し得る状態におく行為」から、毀棄隠匿意思の存在を認定することなく、拐帯行為に横領を認めている点では、単純な隠匿事例といえるかは疑わしい。また、自由に支配・処分しうる状

---

85 この点についての詳細は、伊藤・前掲注(3) 22 - 24 頁を参照。なお、判決の事案について、松宮・前掲注(10) 313 頁は、不正工事の露見を恐れて小学校の図面を隠匿する行為にまで横領を認めるのは誤りであるとし、山口・前掲注(82) 162 頁は、処分可能状態の取得というのは支配取得と同義だともいえ、支配取得の意思を超えた意思がそこで要求されているのかは疑問がある、仮に本権が被告人に占有がなく、窃盗となる事例であれば、こうした被告人の意思が占有取得の意思を超えるものであることには疑問があり、不法領得の意思は否定されることになるのではないかと考えられる、とする。

86 山口・前掲注(8) 352 - 353 頁。

態においたことが横領罪成立の理由といえるが、このことに対応する、後日財物を自由に処分しうる意思として、利用処分意思を実質的に観念しているものとおもわれる。

こうして 判決 - 判決の事案は、事案の特殊性からすると、個々の事案の是非については検討の余地は残されているものの、いずれも単純な隠匿事例ではなく、不法領得の意思は十分に存在が認められる事案であったと考えられる。したがって、これらの事案から横領罪の不法領得の意思は隠匿意思をも含むという、奪取罪とは異なった特殊性を基礎づけ理由づけられるといえるかは疑問の余地が大きいとおもわれる。

(2) 判例におけるこのような方向性はどのように評価すべきであろうか。ここで問題とすべきは、単純な隠匿意思の場合にも器物損壊罪ではなく横領罪の成立が認められるべきかである<sup>87</sup>。例えば、校長が占有する教育勅語を隠匿した行為につき窃盗罪の成立が否定された事案<sup>88</sup>（この事案においては利用処分意思の存否についての問題を提起しうるが、とりあえずこの点は措く）について、行為者自身が校長から教育勅語の保管を依頼されていたところ、その紛失により校長に責任を負わせようとしてこれを隠匿したという事案に変更してみよう。器物破損罪の成立のためには、客体である財物は自己の占有の有無は関係ない。刑法 261 条の「他人の物」との規定が占有の所在について言及していないこと、器物損壊罪の保護法益が所有権であることを考慮すれば、行為者自身が占有する他人の財物について器物損壊罪の成立が認められることは当然といわなければならない。変更事案については窃盗罪と並列的に考えることができ、横領罪ではなく器物破損罪の成立しか認めえないのではないだろうか。そうだとすると、財物の毀棄隠匿行為に器物損壊罪ではなく横領罪の成立を認めるためには、単に財物を毀棄隠匿するだけでは足りないことになるはずであり、毀棄隠

---

87 佐伯・前掲注(74) 108 頁は、他人の物を単に毀損する行為を横領とすることは、日常用語の範囲を超える疑いが強いと指摘する。

88 大判大正 4 年 5 月 21 日刑録 21 輯 663 頁。

匿意思一般ではなく、何らかの形態の毀棄隠匿の場合だけが不法領得の意思として構成されることを認めざるをえないのであるから、(その範囲は異なるかもしれないが) 領得罪と毀棄隠匿罪を区別するために利用処分意思が役割を果たすことはここでも変わることなく、横領罪においても利用処分意思が要請されるべきことになる<sup>89</sup>。こうして、横領罪における不法領得の意思に隠匿意思または毀棄隠匿意思も含まれるとする見解は再考が求められることとなる。

(3) 横領とは委託の趣旨に反する財物の不法な処分であり、その中核には当該財物を自己の物にすることと考えられるが、その中には、物の経済的用法に従った使用または処分の機会を確保する手段となる隠匿も含まれる(その意味で隠匿は毀棄とは異なる)、領得は物の現実の経済的利用に限られず、その機会を確保する行為で足りる<sup>90</sup>とされる。毀棄と隠匿の性格の違い、さらには、隠匿内部での性格の違いを考慮すれば、論者が純粋な隠匿一般を横領と解するのではなく、物の経済的利用の機会を確保するための隠匿にのみ領得性を認めるのは理解できる。しかし、純粋な隠匿とは異なる、後日の利用処分意思のある隠匿を領得と認めることは、横領に限らず窃盗においてもその成立を認めることは可能であろう。つまり、こ

---

89 横領罪の利欲犯的性格から利用処分意思を責任要素と位置づけて毀棄隠匿罪との区別のために必要とする見解からも同様に主張されることとなろう。佐伯・前掲注(74)110頁、高橋・前掲注(8)378頁、西田・前掲注(8)245頁、山口・前掲注(8)307頁。ただし、利用処分意思を横領罪の不法領得の意思に含めるとしても、「経済的用法」にしたがった処分までも必要とするかは別個の問題である。「目的タル物ノ所有者ヲシテ其経済的利益ヲ喪失セシメ因リテ自己ニ其経済的利益ヲ取得スル如キ行為アレハ自己領得ノ意思實行アリタルモノト謂フヘク」とした判決は、自己に対する経済的利益の取得を不法領得の行為としつつも、経済的用法にしたがった処分を不法領得の意思の必要条件とするというものではない。判例学説の多くは奪取罪における利用処分意思を純粋な「経済的」という枠組みを逸脱しており、そこでは「何らかの」利益を享受する意思で足りると正当にも考えられていることからすると、横領罪においても「経済的」という用語には特別の意味はなく、何らかの利益を享受する意思で足りると解する必要がある。

90 松宮・前掲注(69)301-303、312頁。このような隠匿に不法領得性を認めることは可能だが、それはもはや純粋な意味での隠匿とは言えないであろう。

ここでは隠匿行為の性格を前面に出す必要はなく、占有侵害について利用処分意思による行為として窃盗罪を構成すると考えられるのであり、また、利用処分意思を有した委託の趣旨に反した使用に横領罪の成立が認められるからである。その意味では、ここでの不法領得の意思を判断するにあたっては、当該隠匿行為の性質に着目して初めて決定されるものと考えられる。

また、利用処分意思を毀棄すなわち効用の喪失または減少ではないことを示すものと解すると<sup>91</sup>、判決と判決はいずれも委託者から経済的利益を喪失させるという点で同価値ではあるが、利用処分意思で重要なのは所有者からの利益の剥奪ではなく、自己または第三者の利益の取得である<sup>92</sup>から、実際に行為者自身（または第三者）が利益を取得するような事態の発生が利用処分意思の肯定には認められなければならない。財物の隠匿が将来の行為者の利益に通じ、そのことを行為者が認識して行為に出ているのであれば、不法領得の意思を肯定することは可能かもしれないが、そのような事情がなければ単なる隠匿と異なるところはなく、これらの場合に不法領得の意思を肯定すべきではない。奪取罪における利用処分意思についても判例はこのような構成を採用しているとみてとることができる<sup>93</sup>。こうして、奪取罪における不法領得の意思として積極的な利用処分意思を必要とするのであれば、横領罪における不法領得の意思も同様のものと構成すべきと考えられる。そこから、財物を自己が自由に処分できる状態に置いて横領罪の客観的行為態様を充足したとしても、委託者の利益を喪失させる意思しかなければ不法領得の意思を肯定することは疑問とせざるをえない。またさらには、利用処分について特段の意思を有していない場合についても不法領得の意思を肯定することには問題があるといえ

---

91 江崎太郎「判批」判タ 118 号（昭和 36 年）41 - 42 頁。

92 利用処分意思を利欲犯的性格の説明のために要求する見解からもこのことは肯定されるであろう。

93 東京高判平成 12 年 5 月 15 日判時 1741 号 157 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」財物を窃取した事案なので、このような場合に当たると考えられる。これについては、伊藤・前掲注（3）30 頁を参照。

よう。

こうして、領得罪の本質は所有権侵害として構成されるところ、このような所有権侵害犯罪は毀棄隠匿罪においても同様であり、領得罪の成立にはさらなる要件が求められることとなる。その意味で利用処分意思を犯罪成立要件として要求するのであれば、そこには財物に対する積極的な利用処分が求められるべきこととなる。この点について奪取罪と横領罪とで変わるところはなく、毀棄隠匿は領得には含まれないというべきである<sup>94</sup>。そのような意味では、領得行為説に立脚して、横領罪においては所有権侵害の意思すなわち故意の存在だけで横領を肯定するべきではなく、物の利用処分意思があって初めて犯罪の成立が認められるといえよう。

ただし、毀棄隠匿の意思があれば領得の意思がないということが推定されることはあっても、その存在が否定されることにはならない。両意思は事実上並立しうるものであるから、不法領得の意思が法的存在として認められることが必要となる。「隠匿という特異な保管形態から直ちに被告人の不法領得の意思を推認することなく」との判決の判旨はその意味では正当であり、「占有者たる被告人の意思によつて自由に処分することのできるような形態で隠匿し、自己の支配下に置いた」と認められれば、領得性を肯定することはでき、それに対応する意思を不法領得の意思として肯定しうるのである<sup>95</sup>。

---

94 山口・前掲注(8) 307頁は、物の利用により効用を享受する意思があることによって、責任が加重される点に不法領得の意思の本質を見出す場合には、効用の享受意思を欠く、毀棄・隠匿の意思を含めることには疑問があり、せいぜい、効用を享受する機会を確保するための行為として隠匿を捉え、そうした隠匿意思は不法領得の意思に含まれると解することが可能であるにすぎない、とする。また、曾根・前掲注(10) 167 - 168頁は、不法領得の意思不要説から客観的に領得行為性を判断し、領得行為とはいえないと主張するが、これは必要説においても妥当しうるものである。なお、毀棄隠匿行為は毀棄隠匿罪として同一の評価を受けるものではあるが、この意思を毀棄意思と隠匿意思にわけて論じることは可能である。毀棄行為が当該財物の最終的な喪失を意味するのに対して、隠匿行為はそこまでの最終的な処分を意味するものではないから、隠匿に利用処分の点を認めることは考えられるところではある。

95 西田・前掲注(8) 244 - 245頁は、奪取罪と横領罪の不法領得の意思を区別する必要なしとして、毀棄隠匿意思は横領罪を否定する。

(4) 利用処分意思を必要と解するとしても、不法領得の意思の要否については、領得行為説から横領とは不法領得の意思を実現する一切の行為であると定義すると、横領罪の客観的構成要件は領得であるから横領の故意と不法領得の意思とは重なり合うこととなり、これには権利者排除行為はもちろん利用処分行為も含まれるはずであるから、利用処分意思もまた故意の一部を構成し、それとは別の不法領得の意思という概念は必要ないのではないか<sup>96</sup>、そうすると、結局のところ不法領得の意思という概念は不要ということになるのではないかと、または、不法領得の意思を両意思とは別個の何らかの意思として要求しうるとしても、それは横領罪の客観的構成要件に対応する故意として理解されることになるので、結局は不法領得の意思不要説に到達するのではないかと、といった問題をあげることができる。

これは奪取罪と横領罪の罪質の相違からも導き出すことができる。すなわち、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<sup>97</sup>ことから、横領罪における不法領得の意思は横領の故意に解消されるのではないかということである<sup>98</sup>。

横領罪の故意の対象は、自己が占有する他人の財物を横領することである。横領罪では占有侵害は存在しないから、横領とは所有権侵害を意味すると考えてよい。領得行為説が横領とは不法領得の意思を実現する一切の

96 松宮・前掲注(10) 279頁は、横領罪では、不法領得は、客観的構成要件要素である。したがって、不法領得の意思は、横領の故意そのものである、とする。これに対して、中森・前掲注(8) 153頁は、故意は客観的犯罪事実の認識・意欲であり、不法領得の意思をこれに解消することはできない、とする。

97 井田良『入門刑法学各論』(平成25年) 101頁。

98 このような横領罪の性質からすると、不法領得の意思不要説に理由がないわけではない。曾根・前掲注(10) 168頁は、不法領得の意思不要説の立場から、不法領得の意思を故意と理解する。

行為をいうと表現するのは、このように所有権の侵害の意味で理解すべきである。すなわち、領得行為説が提唱する、不法領得の意思を実現する一切の行為とは、横領罪の客観的な行為側面として、自己が占有する他人の所有物について委託の趣旨に反して所有権を侵害して自己の物にしようとする行為を意味するのであり、権利者排除を表すものと解すべきである。利用処分意思是客観的側面を超過する要素として機能することとなる。つまり、横領の行為自体である委託の趣旨に反する処分行為は、所有権侵害を表す権利者排除の限度で認められるにすぎず、これは毀棄隠匿罪にも同様に存在するものであるが、横領罪の毀棄隠匿罪とは異なる領得犯罪としての性格からは、後日の財物の利用処分がこれを特徴づけることとなり、そのための意思が超過的要素である利用処分意思として機能するのである。

ただし、このことは、利用処分意思の客観的側面である当該財物を将来利用処分することは、横領行為の時点で認められなければならないから、そのような危険のある任務違背行為が想定され、横領罪を危険犯として構成すること<sup>99</sup>を意味するものではない。確かにそのような危険性を認めるこのできない違反行為にまで横領罪としての犯罪性を肯定する必要はないが、財産犯罪の特色は財産侵害の点にあり、当該財産を後日どのように使用するかまではその保護法益に包含されているとは解されず、そのような動機は量刑の際に考慮すれば足りると考えられるからである。

以上のことから、権利者排除意思是横領の故意と構成され、横領罪における不法領得の意思は利用処分意思から構成されることとなる。

---

99 橋爪・前掲注(68)6頁は、客観的な行為態様に加えて、不法領得の意思という主観的違法要素が具体的に示されることによって、その行為が所有権に対する実質的危険性を有する行為になるとして、横領罪を危険犯として構成して超過的要素としての権利者排除意思を認めるものである。行為態様の悪質性まで含めて権利者排除意思を考慮すると、権利者排除意思の必要性を肯定する余地は出てくるであろうが、そのような悪質性を権利者排除意思の中で論じる必要はなく、また、後の財物の利用処分は奪取罪においても共通の要素であることから領得罪がこのような危険犯としての性格を有するとしても、財産犯罪は財産侵害を中核とする侵害犯というべきである。

#### 4 裁判例に現れたその他の問題

(1) 横領罪における不法領得の意思の問題は、奪取罪における不法領得の意思の問題と共通する問題であり、私見は横領罪の性格から一定程度の修正を施して、権利者排除意思を故意とし、利用処分意思をもって不法領得の意思と解するものである。しかし、横領罪における不法領得の意思が問題となる事案はこれらに限られるものではない。裁判例に現れた問題点としては、行為者が自己以外の第三者に利益をもたらす意思で行為をした場合と、委託の趣旨に反して財物を処分したがこれが委託者本人のためであった場合が残っている。しかし、これらの問題も権利者排除意思や利用処分意思と無関係に解決されるものではないので、以下この点について検討を加える。

行為者が自己以外の第三者に利益をもたらす意思で財物の占有移転を行った場合<sup>100</sup>、判例は特別な制限を設けることなく不法領得の意思を肯定するが、学説では、被害者に損害を与えるだけの非利欲的動機の場合を広く包含する恐れがあること<sup>101</sup>や、不法領得の意思（効用享受の意思）に責任加重の根拠を求めること<sup>102</sup>から、行為者と第三者の間に特別な関係すなわち実質的に行為者自身が領得したと同視しうることを要求する見解が有力に主張される。

第三者領得においては実際には行為者と第三者の間に特別な関係がある場合がほとんどであると考えられるところ、委託の趣旨に反する財物の不正な処分はそれ自体では可罰的ではないにしても一定程度の違法性を具備する行為であるとは判断しうる。そしてその判断は行為者が誰に領得させようと考えているかに依存することなく、行為それ自体の属性として認められるものである。判決、判決はいずれもこのような関係に言及する

---

100 これについては、上高「横領罪（下）」法学教室 296号（平成 17年）93 - 96頁を参照。

101 松宮・前掲注（10）288頁。

102 山口・前掲注（8）309頁。

ことなく、自己領得と第三者領得とを等価値と判断している。自己領得と第三者領得とは所有者が当該財物の利用を害される点で変わりはないから、両者は権利者排除の点で相違はない。そこで、この場合は特に利用処分意思が認められるのか、特に横領罪を利欲犯的に捉える必要があるかの問題として設定することができよう。

利用処分意思を責任要素と解して横領罪の利欲犯的側面を強調することは学説上の一定の立場を表している有力な見解である。しかし、だからといって特別な関係にある第三者に限定して初めて第三者領得を自己領得と同視することができるかと認められるものでもないだろう。無関係の第三者のために財物を領得することが全て利欲犯的側面を排除するものとはいえないからであり、また、自己領得の場合においてもその動機は様々に考えられることから、その全てが利欲犯的側面の現れであるともいえないからである。つまり、利欲犯的側面と自己領得・第三者領得は無関係に決定されるものである。ここから、利欲犯的側面が横領罪の成立に必要な要件かは疑問とせざるをえず、利用処分意思はこれとは無関係に、横領罪としてはそれだけでは可罰的とはならない所有権侵害に付け加わることによって当該行為に可罰性を付与する意思として機能するものであり、そこで重要となるのは、財物を利用または処分することである。すなわち、単なる毀棄隠匿の意思による財物の不正な処分ではなく、財物を後日利用処分しようとする点に領得罪の特色があるのであるから、この点に着目すればそれで十分であり、これを利欲犯的側面に特化する必要はないと考えられる。こうして、領得においては行為者自身の領得だけが捕捉されるわけではなく、第三者領得意思を不法領得の意思から除外する理由はない。

ただし、行為者が何の関係もない第三者に領得させようとする場合は、むしろ本人への加害意思が行為者意思の中核を形成する場合が多いとも考えられる。このような本人加害意思は利用処分意思と認めることはできないから、領得の範疇からは除外されるべきであろう。しかし問題は、本人加害意思と第三者領得意思が事実上併存することを認めようとして、個々の事案において第三者領得意思の存在が認められるかが重要といえる。

(2) 委託の趣旨に反して財物を処分しても委託者本人のための意思であれば、判例は全般的に不法領得の意思を否定する。判例に現れた事案においては、「町村ノ爲ニ」する意思ではなく「自己ノ用途ニ費消シタルモノニ外ナラサル」( 判決) ことから領得意思が肯定されたものがあるのに対して、「村ノ爲メニスルノ意思」( 判決)、「寺院ノ爲ニ」( 判決)、「村ニ於テ負擔スヘキ經費ヲ支出セシメタル」( 判決)、「組合自身のため」( 判決) はいずれも本人のためにする意思であるから、不法領得の意思が否定された。その一方で、主として「所有者でなければできないような処分をする意思」があれば、たとえ本人のためにする意思があっても不法領得の意思を認めてもいる( 判決)。しかし、<sup>102</sup>決定が述べるとおり、違法行為の遂行と不法領得の意思の存否はわけて論じられるべきであり、所有者でなければできないような処分をする意思の存否が不法領得の意思の存否を決定づけるものではないというべきであろう<sup>103</sup>。

本人のためにする意思の場合に不法領得の意思が否定される理由として、物の処分を所有者本人のためにする認識・意思があることは、委託の任務に背く認識・意思がない、あるいは、所有者でなければできないような処分をする認識・意思がないことを意味するから、不法領得の意思が存在しないことになろうとの見解<sup>104</sup>が主張される。委託の趣旨に反する意思がない場合に不法領得の意思や故意が否定されることに問題はないが、そのような意思があってもなお本人のために行動するという事態は想定しうるところである<sup>105</sup>。

103 松原・前掲注(8) 322頁。

104 上嵐・前掲注(100) 94頁。

105 内田幸隆「判批」『刑法判例百選 各論 [第6版]』(平成20年) 131頁は、本人のためにする意思を処分の不利益性や委託の趣旨に反することの認識がない場合とするが、本人のためにする意思でも委託の趣旨に反する行動をとることは可能なので、そのように限定する必要はないと考えられる。またそれとは逆に、佐伯・前掲注(74) 110頁は、判決について、寺の利益になれば住職が勝手に決めてよいわけではないとするが、本人の利益と本人のためとは別個の概念であるから、正当といえる。

権利者排除意思は委託者である所有権者から権利を奪うことを意味するところ、委託者本人のために行動する場合には、たとえ委託の趣旨に反するとしても本人の利益のために行動するのであれば、行為の効果を本人に帰属させる意思であることから本人から権利を剥奪する意思を有しているとは考えられないので、権利者を排除する意思を認めることはできない<sup>106</sup>。また、領得とは委託の趣旨に反する行為だけでは足りず、それに加えて自己（または第三者）が利益を享受することを求めることにその中核があるから、本人の利益を求める場合にはたとえそれが委託の趣旨に反するとしても、それは領得の側面を有するとは言えず、本人は領得の対象とはならない。したがって、この場合に利用処分意思も認めることはできない<sup>107</sup>。こうして、本人のためにする意思の場合には不法領得の意思は存在しないことから横領罪の成立を認めることはできないこととなる。なお、不法領得の意思不要説からは違法な目的や禁令の趣旨違反の場合には横領罪の故意が認められるとの主張<sup>108</sup>があるが、委託の趣旨に反する財物の処分の認識があればそれだけで故意の成立を認めるかどうかは「本人のため」という要素を故意に取り入れるかどうかであり、これを不法領得の意思と故意のいずれの問題として取扱うかは見解の相違によるであろう。

ただし、行為者が行為に至るための主観的側面はいずれか1つに決定されるものではない。本人のための意思と自己のための意思とが併存することは当然ありうる。このようにいくつかの意思が事実上併存する場合に、本人のための意思と自己または第三者領得意思とを比較衡量することにより、自己または第三者領得意思の存在が認められればよいことになる<sup>109</sup>。

- 
- 106 鎮目征樹「判批」『刑法判例百選 各論 [第7版]』（平成26年）135頁は、本人のためにする意思では、権利者排除意思が欠如する場合（判決）と行為者の動機が本人図利に尽きることを理由に例外的に不法領得の意思が阻却される場合（判決）とが存在するとする。
- 107 佐伯・前掲注（74）110頁は、横領罪の利欲犯的性格からこの場合に成立が否定されるところから、利用処分意思の問題と考えているといえる。
- 108 前掲注（65）を参照。
- 109 この点について、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

## 四 不法領得の意思の内容

(1) 以上論じてきたことをまとめると、横領罪における不法領得の意思について判例は、一部の例外を除いて、判決の定義に基本的にしたがっているが、この定義は修正されるべきである。その修正は横領罪の性質に基づいて施されることにはなるが、基本的には奪取罪におけるそれと異なるものではない。すなわち、奪取罪と横領罪はいずれも領得犯罪と位置づけられるところ、その相違は占有移転の有無にある。両者の行為態様の違いから両者における領得概念に相違が導き出されることは考えられるであろうが、領得犯罪という点では本質的な違いを見出すことはできない。ここでの領得とは権利者排除要素と利用処分要素から構成されるが、以下のとおり、奪取罪と横領罪の行為態様の相違が両者の領得概念に相違を生じさせるだけの効果を認めることはできない。

まず、権利者排除要素では、所有権の最終的または永続的な獲得まで必要とすることはなく、返還意思をもってしての一時的な使用であっても権利者の利用を侵害する程度が大きい場合には権利者排除性を肯定することができる。そして、権利者排除行為は委託の趣旨に反する処分行為という横領罪の客観的行為と重なるものであるから、この意思は横領罪の故意を構成されることとなる。

また、利用処分要素では、単に権利者の利用を妨げただけでは足りず、当該財物それ自体から生じる利益を自己が享受または第三者に享受させようとする必要がある<sup>110</sup>。横領罪では占有移転がないこととの関係

---

の一考察(4・完)』法学研究 98号(平成27年)263頁は、「専ら」は、通常「主として」本人のためという認定ではなお足りない」と主張するが、これに対して、後藤・前掲注(60)176頁は、これを「いずれが主たる動機、目的であったかにより判断すべき」とし、「専ら」と「主たる」を区別していない。

110 山口・前掲注(8)305頁は、利用意思こそが責任加重を基礎づける本質的要素であることから、委託の趣旨に反した、物の利用意思と解すべきと主張する。不法領得の意思を利用処分意思から、あるいはこれを中核として、構成することを提唱するものといえる。この見解については、利用処分意思を不

で、毀棄隠匿の意思、特に隠匿の意思を利用処分意思に包含することの正当性が特に問題となる。しかし、領得においては自己または第三者の利用可能性がこれを構成する本質的要素であるところ、自己または第三者の利用可能性は権利者の利用可能性の排除の結果えられるものではあるが、後者が前者を導くことに論理必然的な関係性は認められない。自己または第三者の利用可能性のない権利者の利用可能性の排除の状況は当然考えられるからである。財物の「隠匿」は基本的には権利者の利用可能性の排除に当たるが、それが同時に自己または第三者の利用を可能としているのであれば、当該隠匿行為に領得行為性を肯定することはできるが、それがない場合には単なる隠匿にすぎず、領得行為性は否定されるべきである。これは占有移転の有無とは無関係に決定されるべき事項である。

(2) それでは、横領罪における不法領得の意思としてはどのような内容を備えるべきであろうか。裁判例に現れた事案では、不法領得の「意思」を含めて広く主観的側面の内容について何らかの形にしても言及するのは、「意志」「意思」という用語以外では、「自己の利益取得を意図することを必要とするものではなく」(判決)、「業務上横領の動機」(判決)、「終局ノ目的」(判決)、「いかなる意図のもとでこれを隠匿するに至つたかの動機にまで立ちいつて審究することが必要であり、その意味において右の意図のいかんは本件業務上横領罪に成否を決する最大の争点」(判決)、「個人的用途に充てる目的」「一時借用の意図、すなわち後日返済する意思」(判決)、「充テント決意」(判決)、「専ら所有者自身のため」(判決)、「町の利益を図るため」「個人の利益を図るため」(⑲判決)、「不利益を回避する意図」(⑳決定)と様々な表現が用いられている。

---

法領得の意思の中核とする点では賛同できる。それは、権利者排除意思が故意の一部として構成されるだけでなく、後述するように、横領罪(奪取罪も含めてだが)を領得罪としての地位を与えているのは、まさに利用処分意思だからであるが、権利者排除意思と利用処分意思の法的性格は違法要素と構成するべきである。ただし、違法要素とするか責任要素とするかで、次に論じるこれらの意思の内容が異なるわけではない。

例えば 判決は、「必ずしも占有者が自己の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」とし、また、対外接渉あるいは出張所の事務円滑を期して自己の保管していた人件費を自己または所員の出張旅費あるいは接待費等に費消したという事案において、「横領罪における不法領得の意思は、他人の物の占有者が権限なくして、その物に対し所有者でなければできないような処分行為をする意思をいうのであつて、必ずしも占有者自己の利益取得を意図することを必要としない」<sup>111</sup> と、いずれも利益取得を「意図」することまでを必要としないとする<sup>112</sup>。利益取得とは財物それ自体から何らかの利益をえることであるから、それを財物の利用処分と言い換えることが許されるとすると、両判決によると、利用処分意思は利用処分についての意図までは要しないと解されることになりそうである。

その一方で、「金銭は諸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も許さないような特別の事情の認められない限り、委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。…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…横領罪が成立する」( 判決) ことから、自己の金銭使用が遅滞なく補填されうることが困難であること、すなわち権利者排除についての認識認容で足りるとされている。

ここで問題となる不法領得の意思の内容に関係しうる用語は先にあげた

---

111 最判昭和30年12月9日刑集9巻13号2627号。

112 前田・前掲注(8)270頁も、不法領得の意思には、必ずしも占有者が自己の利益取得を意図することは必要ないとする。

「意志」「意思」「動機」「目的」「意図」「決意」「ため」だが、そもそも判決の「意志」がその内容を決定するものではない。個々の事案をみると、当該事案の行為者にそのような動機等が存在することから不法領得の意思の存在が認められるにすぎず、不法領得の意思として記載の動機等が必要であるとまで述べていると断言することはできない。そうであれば、不法領得の意思としてどの程度の内容を要するかは、ここからは解決策を即座に導き出すことはできない。

また、不法領得の意思について奪取罪と横領罪で共通の意思を要求するとしても、奪取罪と横領罪の犯罪の性質の相違についても着目すべきである。すなわち、奪取罪の未遂処罰類型と横領罪の既遂処罰類型<sup>113</sup>から、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ともいえる。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いものと評価されている<sup>114</sup>。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を、誘惑性から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おいて決定的であると解される。したがって、不法領得の意思としてどのような内容を要請するとしても、それによって違法や責任のあり方を変えるだけの役割を期待することはできないとおもわれることから、このような横領の性質自体から不法領得の意思の内容が決定されることにはならない。

奪取罪と横領罪の関係については、占有侵害の有無によって法定刑の大

---

113 前掲注 (97) を参照。

114 井田・前掲注 (97) 121 - 122 頁。

小が決定されていることに異論はないところであろう。これに対して、不法領得の意思の実現の有無から横領を領得の既遂類型と位置づけることについては、以下に述べるとおり疑問である。これらの点に留意しつつ、横領罪における権利者排除意思と利用処分意思の内容は以下のように述べることができるであろう。

(3) 権利者排除意思は横領の故意に解消されるので、故意の一般論（認容説）からすれば、その内容は権利者を排除することの未必的認識認容で足りることとなる。しかし、ある犯罪の故意について特に未必的認識認容以上の内容を要求することは解釈論上可能なので、横領罪の場合にその必要があるかどうかである。

奪取罪における権利者排除意思では、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こと、私見による目的犯の目的としてどのような内容を付与すべきかの観点から導き出すことのできる帰結<sup>115</sup>によると、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とから、権利者排除についての未必的認識認容で足りると解すべきである<sup>116</sup>。

この事情は横領罪においても妥当するであろうか。奪取罪と横領罪は占有侵害の有無でその性質を異にすると、この違いが権利者排除意思の

---

115 この論述の前提については、伊藤亮吉「目的犯の目的の内容（2・完）」名城法学63巻4号（平成26年）11頁を参照。

116 伊藤・前掲注（3）39 - 44頁を参照。

内容の決定に際して何らかの特別な意味を付与するかどうかに注意を要するところであろう。これを前提として、行為者はすでに財物の占有という支配をえていることから、ここでは財物の支配を取得する意思は想定できず、支配を維持する意思が考えられるにすぎない。そうだとしても、領得犯罪の本質が財物から何らかの利益を享受することを求める犯罪、すなわち、財物を後に利用処分することを重要として遂行される犯罪であることからすると、占有持続意思は財物を利用するための前提条件にすぎない。したがって、所有者の権利を排除すること、すなわち、委託の趣旨に反する行動をとることが行為者にとって重要であることを要請する必要性は乏しく、行為者は財物の利用処分こそを重要なものとして求めていると考えられる<sup>117</sup>。

横領罪における権利者排除意思は故意として位置づけられるところ、横領罪の法益侵害である所有権侵害を特徴づける行為の可罰性を基礎づける要素として機能する。これが超過的要素か非超過的要素かで違法要素とすべきか責任要素とすべきかは議論があろうが、権利者排除の状態は、横領罪の客観的行為である委託の趣旨に反する処分行為に伴ってあるいはそれと同時に生じるものであり、権利者排除意思の存在が財物に対する侵害という違法の性格を質的に変えるものではない。ここでは、処分行為により何か特別なことをする必要なしに権利者排除の本質をなす所有権侵害という目的（不法領得の意思）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といえるのである。つまり、権利者排除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。このような論理構成は、私見による目的犯の分類に直接的に相当するとは言い難いものではあるが、殺人と過失致死とで故意の存在が生命侵害という違法性の性格を質的に変えるものではないことを考慮すれば、理解しうるものといえよう。

---

117 利欲犯的側面を強調する見解もこの点を肯定されるであろう。

以上のことからすれば、権利者排除意思は横領罪の故意として機能するところ、この故意には特別な要素を求める必要性は認められず、故意の一般理論にしたがって権利者排除についての未必的認識認容で足りると解すべきである。

(4) 利用処分意思は故意に解消されない主観的要素として位置づけられる。奪取罪における利用処分意思では、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、権利者排除意思と同じく、私見による目的犯における目的の内容に関する観点からの帰結<sup>118</sup>からは、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ことから、利用処分についての未必的認識認容では足りず、それ以上の強度の意思すなわち意図または確定的認識を必要とすると解すべきである<sup>119</sup>。

利用処分意思は利用可能性についての未必的認識で足りるとする主張も考えられるところではあるが、権利者排除意思と同様に、この事情は横領罪においても奪取罪と変わりはないと考えられる。すなわち、横領罪においては占有の奪取は観念できないが、すでに占有を有する財物の委託の趣旨に反する処分（占有維持）をそれと知りつつ行うのを全て可罰的とするのでは、処分という概念が広範囲に肯定しうる状況においては、単なる処分にすぎない行動に広く可罰性が付与されることとなってしまうことが

---

118 この論述の前提については、伊藤・前掲注（115）22 - 32 頁を参照。

119 伊藤・前掲注（3）44 - 49 頁を参照。

ら、委託の趣旨に反する処分についての認識認容以上の意思内容が要求されるべきである。これは隠匿の事案において特に問題となると考えられる。

判決 - 判決は、事実認定の可否はともかく、単なる隠匿ではなく隠匿した財物を自由に処分できる状態においたことに横領行為を認めたものである。これは財物の利用可能性と言い換えることができ、不法領得の意思としては、このような物の利用可能性を認識すれば足りると判断したものと考えられる。しかし、単なる隠匿をする場合には毀棄とは異なり当該財物が後日利用されるかもしれないとの認識を有してそのような行動に出ることは十分に考えられるから、利用処分意思を利用可能性の認識で十分とすると、単なる隠匿が横領と認められるように横領罪の成立範囲が不当に拡大してしまいかねない。利用処分意思を自己または第三者に財物それ自体からの利益を享受させる意思として、自己または第三者が財物を利用することの可能性の認識では足りず、より強度の意思内容を要請すべきである。すなわち、自己（または第三者）が財物それ自体から利益をえようとする意図や、利益をえることの確定的認識である。

横領罪は奪取罪と同じく、その違法性は財物を後に利用処分する意思をもって委託の趣旨に反した処分をすることに特色があるところ、この利用処分の目的は、委託の趣旨に反する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。両行為には直接的な因果関係がないからであり、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、委託の趣旨に反する行為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といえる。このようなことから、目的犯の一般的な傾向による分類は横領罪にも妥当するものである。

以上のことからすれば、利用処分意思は利用処分についての未必的認識認容では足りずそれ以上の強度の意思を要求すべきであり、具体的にはその意図または確定的認識を必要と解すべきである。

## 五 結びにかえて

判決については前述のとおり両罪の性格の相違から不法領得の意思を横領罪として言い換えたにすぎないとの評価もあり、また、判例に現れた隠匿の事案が純粋な隠匿事例といえるか疑問もあるが、そうだとすると、利用処分意思を要請していない、あるいは、緩和して要請しているところからすれば、奪取罪に比べて隠匿事案での横領罪の成立範囲に相違がみられることは認めざるをえないとおもわれる。

しかしながら、奪取罪と横領罪については、両罪の性格の相違から不法領得の意思の内容の相違が導き出されるかについて検討を加えてきたが、それでもなお 判決のようには特段の相違を見出す理由がないとの結論に至る。これは占有侵害の有無や不法領得の意思の実現の要否という両罪の相違が、決して不法領得の意思の相違に通じるものではないことが示されたものといえる。奪取罪も横領罪もいずれも領得罪の一種として位置づけられるところ、ここでは領得概念が不法領得の意思の決定に際しても重要な役割を果たすものと考えられる。