

窃盜罪と不法領得の意思

今 上 益 雄

- 一 はじめに
- 二 窃盜罪と毀棄・隱匿罪との區別
- 三 使用窃盜と処罰範圍
- 四 窃盜罪の罪質と不法領得の意思の再構成——故意及び責任要素としての不法領得の意思
- 五 おわりに

一 はじめに

財産犯のうち、窃盜罪をはじめとするいわゆる領得罪において、主観的要件として、故意のほかに「不法領得の意思」(Absicht rechtswidriger Zueignung; Zueignungsabsicht)が必要とされるか否かは、古くから刑法学における主要な論争問題となつて今日までつづいてゐる。

不法領得の意思の必要性は多くの諸国では明文上、領得罪の成立要件とされているので、解釈上の問題を生じない

が、わが国では、現行刑法上それを基礎づける明文の根拠を欠いているため、見解が分かれるのである。

不法領得の意思必要説は、窃盜罪と毀棄・隱匿罪との区別と可罰的な窃盜と不可罰的な使用窃盜との区別を不法領得の意思の有無に求めようとする点に実益を求めようとするものである。

この点につき、古くは、財産罪の保護法益を財物に対する事実上の支配それ自体とする所持説Ⅱ不法領得の意思不要説が、所有権その他の本権とする本権説Ⅱ不法領得の意思必要説が帰結されるという対抗関係がみられた。

所持説からは、占有侵害の事実を認識・認容して行為をした以上、窃盜の故意があり、窃盜罪の成立を認めなければならぬが、本権説からは、右の行為のみでは、占有侵害と本権侵害との間にギャップがあり、それを架橋するのが不法領得の意思であると解してきた。したがって、不法領得の意思は、窃盜の故意とは別個の構成要件の客観的要素の範囲を超えた超過的内心傾向 (Überschüssende Innentendenz) の一種である主観的違法要素として位置づけられてきたのである。

そこで、不法領得の意思の必要性は、本権説に準拠する判例及び通説によって問題なく承認されてきた。ところが、最高裁判所が近時所持説に転換した(最判昭三四・八・二八刑集一三・一〇二九〇六)(同昭三五・四・二六刑集一四・六・七四八等)にもかかわらず、なお必要説を維持しているところから、従来当然と考えられてきた本権説と必要説との結合が、少なくとも判例上は崩壊し、またこれに関連して本権説か所持説かという保護法益の問題とはパラレルではないのではないか、ということが意識されるに至り、あらためて、その実際の機能について再検討が加えられつつある現情にある。

しかも、判例における不法領得の意思の内容の極端な希薄化は、必要説・不要説のいずれに立っても、具体的事案

の解決においては、解釈論的にはほとんど接近し、大差のないものとなっているとさえいわれ、⁽¹⁾学説も次第に不要説が有力になってきつつある。

また、必要説の内部においても、不要領得の意思の内容及び機能の把え方に大きな違いがあり、不要説の間でも、使用窃盜の処罰範囲とその理由づけは必ずしも一致せず、問題の状況は単純ではない。

このような複雑多岐な論争の現情をふまえ、この小稿においては、今一度刑法の基本原則である法益保護の原則及び責任主義に立ち帰って、最も問題となる窃盜罪を中心としてその罪質の側面から不法領得の意思を再検討し若干の私見を展開していきたいと考えるのである。

それには、先ず右にみた実際の機能との関係で、不法領得の意思について判例の動向と学説のスケッチからはじめてみる必要がある。

(1) この点は、「不法領得の意思」をテーマとする多くの論者から指摘されている。例えば、前野育三「不法領得の意思」判例法研究六卷六二頁。そして前野教授は、「残されたごくわずかのちがいをめぐって、その妥当性について論争する余地は依然として残されている。」「不法領得の意思―必要説の立場から」論争刑法二七八頁とされるが、「ごくわずかのちがい」しかないといってよいかは、その体系的位置づけにも関係して、解釈論上の見地からは疑問である。

二 窃盜罪と毀棄・隱匿罪との区別

(一) 判例の動向 判例は、大審院以来一貫して不法領得の意思必要説の立場を堅持している。

不法領得の意思に言及した初期の判例としては、例えば大判明治四一年二月四日(刑録二・四・四三)があるが、明確かつ詳細な定義を行った指導的判例は、同大正四年五月二一日(刑録二・六〇三)が著名である。この判決において、窃盜罪が成立するためには、不法に物を自己に領得する意思が必要であるとしたうえ、不法領得の意思とは、「權利者ヲ排除シテ他人ノ物ヲ自己ノ所有物トシテ其經濟的用法ニ從ヒ利用若クハ処分スル意思」をいい、校長を困らせるために、校長の保管する教育勸語の謄本を持ち出して教室の天井裏に隠匿した事案につき、単に毀棄・隠匿の意思で占有を移転しても不法領得の意思はないとし、窃盜罪の成立を否定した。また恩顧ある人のために競売を延期させる目的で裁判所の競売記録を持ち出して自宅内に隠匿した事案についても、同様の理由で窃盜罪の成立を認めず、公用文書毀棄罪とした(大判昭九・二七・三三)。(刑集一三・二七八九)。

この判例の示す不法領得の意思の定義は、主として「權利者ヲ排除」する意思によって不法領得の意思の消極的側面を示し、窃盜と不可罰的な使用窃盜との区別において意義を有し、「經濟的用法ニ從ヒ之ヲ利用若クハ処分スル」意思によってその經濟的側面を示し、窃盜と毀棄・隠匿の区別において意味をもつとされるのである。もっとも、この両者は、「他人ノ物ヲ自己ノ所有物トシテ」の語で連結されており、前段と後段の間に必然的な関係があるか否かは疑問であるが、その法律的側面を示すものとも考えられる⁽²⁾。

右二つの判決は、いずれも大審院時代のものであるが、窃盜罪が成立するためには、他人の物を經濟的用法に従って利用・処分する意思が必要であるというこの考え方は、基本的には最高裁判例にも引き継がれたといつてよい。

しかし、その後の判例の変遷の中で、この部分は次第に形式的に理解されるようになり、それにつれ不法領得の意

思を肯定する判決が多くなってくるのである。⁽³⁾

その典型的なものが、市議会選挙に際し、自己の支持する特定の候補者を当選させるため得票数を増加させる意図で、投票所管理者の保管する市選挙管理委員会所有の市議会議員選挙の投票用紙を奪取した事案である。

本判決^(裁判所三三・四・一七)では、原審^(高松裁判所三一・五・三五)と異なり、「経済的用法に従い」の部分は文言上用いられてはいない。しかし、従来の判例の定義を前提としていえると考えられるが、日常用語的にいえば、「経済的用法に従った」利用とは認められない場合であるにもかかわらず、不法領得の意思がないとはいえないとしたものであり、「経済的用法ニ従ひ」の部分は、不法領得の意思を限定する機能をほとんど果たしていない。

また、本判決に先駆ける高裁判例ではあるが、実質的には、単なる「処分意思」をもって不法領得の意思を肯定したものである。

犯跡隠蔽の目的のもとに金庫を取り出し、現場から二百数十メートル離れた河中に投棄した事案につき、判旨は不法領得の意思をほぼ従前と同様に定義しつつ、「換言すれば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る」と定義しなおし^(大坂裁判所二四・三)、実際には、経済的用法に従う意思の有無にかかわらず、「所有者の実を挙ぐる意思」をもって不法領得の意思があるものと認定したものと考えられるのである。

(二) 学説 学説には、不法領得の意思の積極的側面を専ら法律的に理解し、これを「財物につきみずから所有者として振舞う意思」を意味するとし、経済的な利益取得という点はことさら問題とせず、領得の意思は利得の意思とは異なるから、単に毀棄・隠匿する意思で盗み出す場合でも、不法領得の意思があり、窃盗罪が成立しようとする見解

がある⁽⁴⁾。この立場では、少なくとも窃盗罪と毀棄・隠匿罪との区別に関する限り、窃盗罪に不法領得の意思を必要とした意義は失なわれることになる。

そこで、この点を回避しつつ、判例を統一的に理解するためには、不法領得の意思として経済的用法に従って利用処分する意思までは必要でないとしても、「少なくとも他人の物の効用を利用する方法で使用・処分する意思」が必要であるとか、窃盗罪は利欲犯であり、不法領得の意思こそが利欲犯の本質的特徴をなすので、利欲的心情の現われと認める程度のもので、換言すれば「物の用法に従って利用する意思」が必要であると解するものがある⁽⁵⁾。

他方、不要説の立場から、毀棄・隠匿の意思で他人の財物の占有を取得した者が、もし毀棄・隠匿の行為に出なかった場合、どう取扱うかを問題とする。すなわち、隠匿については、財物の占有を取得した時期に事実上隠匿行為の着手があると認めうるものが少なくないであろうから別論としても、毀棄に関しては、具体的に損壊・放棄等の行為が開始されたときに、はじめて実行の着手があるとすることはかないから、行為者が財物を奪取しただけで毀棄等に出ない以上、結局窃盗罪も毀棄罪も成立せず、被害者の保護に欠ける⁽⁶⁾。

また、行為者が、当初、毀棄・隠匿の意思で占有を奪って財物について後に経済的用法に従った利用・処分を行った場合にも、これを窃盗罪とみるには、窃取行為が存在しないし、横領罪と解するには、その前提として財物の委託信頼関係が欠ける点で、ともに不都合であるとされる⁽⁸⁾。

(1) 大塚仁教授は、本判決における不法領得の意思を故意に属するものとして引用される。大塚仁・注解刑法一〇五七頁。同

旨内田文昭「隱匿行為と不法領得の意思」刑法判例百選Ⅱ（各論）一四三頁。しかし、一般には、故意とは別個の主観的要素と理解されている。前野育三、前掲判例刑法研究六五頁。

(2) 曾根威彦「窃盜罪(1)―不法領得の意思」刑法演習Ⅱ（各論）六九頁。

(3) 大審院と同系統に属し、不法領得の意思を否定したものとして、自動車登簿原簿を一時利用できない状態におくため備付場所から持ち去った東京高判昭三〇・四・九高刑集八・三・三三七や、仕返しのため海中に投棄する目的でロンバート・チェンソーを持ち出した仙台高判昭四六・六・二二高刑集三四・二・四一八等があるが、後の使用窃盜に関連して引用する判例のように、不法領得の意思を肯定するものが多い。

(4) 団藤重光「刑法綱要各論」（増補版）四五四頁、福田平「刑法各論」（新版）二五七頁、小野清一郎「新訂刑法講義各論」二二七頁。

(5) 西原春夫「犯罪各論」二二二頁。

(6) 平野竜一「刑法概説」二〇五頁。なお、不法領得の意思は、他人の財物によって何らかの経済的利得を得る意思であるとして、毀棄・隱匿の意思で財産の占有を奪っても窃盜罪とならないとする見解もある。江家義男「刑法各論」（増補版）二七〇頁。類似の見解として宮本英脩「刑法大綱」三二五頁。

(7) 木村亀二「刑法各論」一一四頁。大塚仁、前掲一〇六〇―一〇六一頁。

(8) 大塚仁・前掲一〇六一頁。同「刑法概説（各論）」一七〇―一七一頁。

三 使用窃盜と処罰範囲

(一) 判例の動向 不法領得の意思に関する判例の変遷は、現象的には、昭和三〇年代になって自動車等の一時使用が決定的に増加したことにあってよい。

大正年間及び昭和戦前期においては、自動車の一時使用について不法領得の意思の有無が問題となった判例はみあたらない。

判例は、先ず自転車を無断使用し、その一部を損壊した事案につき、不法領得の意思は無く、窃盗罪を構成しないという原則的な立場から出発した^(大判大九・二七・四)。そこでは、不法領得の意思とは「終局的ニ被害者ノ所持ヲ奪ヒ事実上自己ノ完全ナル支配ニ移シ之ヲ使用処分シテ自ら所有者ノ実ヲ挙グル意思」として理解されていたのである。したがって、乗り捨てての意思があれば不法領得の意思があるものと解すべき旨が述べられている。

自転車の一時使用は、価値の消費がとるに足りないこともあって、判例上は、返還の意思の有無が決定的に重要な役割を演じ、その認定については、時期による差異はほとんどみ出し難い。⁽¹⁾

他方、自動車の無断使用については、返還の意思がある場合でも、盗窃罪の成立を認めるようになった。転機になったのは、盗品の運搬のために他人の所有するトラックを無断借用し、これを翌朝までに元の位置に戻しておくことを反覆していた事案につき、傍論ではあるが不法領得の意思を認めた最判昭和四三年九月一九日^(四・判時五三・八五)である。その背景には、同種の特別の事情のある事案について窃盗罪の成立を認めた高裁判例の集積がある。⁽²⁾ さらには、盗品の運搬のための特別の事情があるわけではなく、かつ元の場所へ戻す意図であっても、自動車を数時間にわたって無断使用した事案について、その間完全に自己の支配下におく意図があれば、返還の意思があっても、なお不法領得の意思があるとするもの^(最判昭五五・一〇・三〇)等、一連の最高裁判例が現われている。

その事情は、船舶についても同様であり、窃盗後逃走するために海岸に繋留中の他人のモーター付肥料船に乗り込

み約半丁程漕ぎ出したところで捕った事案につき、永久的に経済的利益を保持する意思がある必要はなく、一時的にも権利者を排除して完全な支配を取得する意思があれば、不法領得の意思があるとされた(最判昭二六・七・一三)(刑集五・八・一四三七)。

このように、自転車と自動車・船舶とで無断使用について不法領得の意思の認定基準にやや差異があるとみられるのは、一時使用後に返還する意思がある場合でも、時間の長短・財物の価値の消費の程度如何に加えて、犯行目的で利用したか等の特別の事情が、かなり大きく影響しているように思われる。

ちなみに、近時の高裁判例であるが、強盗犯人が犯行を実行するにあたり、その発覚を避ける目的で他人の自動車を約三〇分間、進行距離約一五キロメートル無断使用して元の場所に戻した事案につき、「重大な犯罪を遂行するのに利用するという目的」があり、「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」意思がないことをあげ、「所有者の権利を排除し、あたかも自己の所有物と同様にこれを使用する意思」の存在を肯定したものである(高松高裁昭六一・七・九)(判時二〇九・一四三)。

(二) 学説 不法領得の意思の内容を、基本的には大審院大正四年判決と同様に解する立場では、使用窃盗は窃盗罪を構成しないことになる⁽³⁾。

他方、「その財物につき、みずから所有者として振舞う意思」と解する立場でも、一般に使用窃盗は窃盗罪にあたらないが、価値の消費をともしなう場合には、窃盗罪の成立が例外的に認められることになる⁽⁴⁾。そして、たとい一時的にせよ完全に権利者を排除する側面を強調するときは、不可罰的な使用窃盗の許容範囲は著しく狭くなり、不要説の結論とほとんど変わらないことになる。

不法領得の意思を経済的な利用意思と解する立場では、一時的にせよ、他人の物を利用する以上、原則として窃盗罪を構成するという帰結が一貫するが、この立場から、一時使用の程度如何では、不法領得の意思に達しない場合も留保され、その限界は、「所有権者が許容しないであろう程度の実質的な利用をする意思」があるかどうかにある、とする見解も主張されている。⁽⁵⁾

また、不要説の立場からは、裸の所持説が使用窃盗の不可罰性を原則的に認めない方向にある⁽⁶⁾は、その根拠を不法領得の意思がないからではなく、行為自体がいまだ可罰的な財物の占有を取得したものとはいえないからであると⁽⁷⁾され、その区別は、短時間使用後返還したかどうか⁽⁸⁾、あるいは社会生活上の一般的承諾をこえたかどうかという客観的事実によるものとされている。

- (1) 不法領得の意思を肯定したものととして、雇主の未払給料を確保する目的で自転車を持ち帰った事案につき東京高判昭三六・六・八東高刑時報一二・六・九二等、否定したものとして、女性を姦淫するために犯行現場におもむくため翌朝元へ戻す意図で自転車を無断使用した事案につき京都地判昭五一・一二・一七判時八四七・一二二等がある。
- (2) 被告人が行為の二〇日位前から自動車の合鍵をひそかに持ち出していたという事案につき東京高判昭三三・三・四高刑集一一・二・六七、盗品の運搬に使用していた事案につき同昭三三・四・二東高刑時報九・四・九七等。
- (3) 藤木英雄「刑法講義各論」二八一頁、大谷実「刑法講義各論」二〇七頁、井上正治「全訂刑法学（各則）」一〇三・四九頁等。

- (4) 団藤博士は、自動車の一時使用が「価値」の消費をとまなうことを理由に、窃盗罪の成立を認めた判例を肯定される。前掲四五四頁。

- (5) 平野竜一・前掲二〇七頁。
- (6) 木村亀二・前掲一一四―一一五頁。
- (7) 大塚 仁・前掲各論一七二頁。
- (8) 中義勝「刑法各論」一三七頁。
- (9) 内田文昭「刑法各論(上)」二五五頁。

四 窃盜罪の罪質と不法領得の意思の再構成―故意及び責任要素としての不法領得の意思

(一) 窃盜罪の罪質の二面性と不法領得の意思との関係 従来、不法領得の意思の要否が財産罪の保護法益とパラレルな関係で論じられきたったものが、それが本質的なものではないと認識されるに至ったことは、右にみてきたとおりである。

本権説の論者からも不要説が有力に主張され、また最も徹底した所有権侵害を内容とする器物損壊罪において、当然のことながら不法領得の意思が必要とされないのも、この結論の妥当性を示すものといえよう。

しかし、それにもかかわらず、私見は、不法領得の意思を窃盜罪の基本法益の側面から所有権の侵害・危険の認識・認容として違法構成要件の故意として位置づけ、他方で窃盜罪の利欲犯としての側面から、利欲的意思を責任要素として位置づけるべきであると考えるのである。このような考え方は、目的的行為論に立たずに、故意の成立には犯罪事実の認識・認容で足りるが、他方において違法性の意識の可能性が故意とは別個の有責性の要素とする責任説と同様の思考方法に通ずるものである。

先ず、不法領得の意思を窃盗罪の故意として位置づけるべきであるという問題から考察しよう。

窃盗罪の保護法益は所有権その他の本権か占有か。私見は、多くの論者と同じく基本的には所有権その他の本権（以下には「所有権」と引用する。）であると考えつつ、他方で刑法的に保護するに値する「平穩な占有」あるいは「一応理由のある占有」も派生的な保護法益と考える。

所有権を基本的法益とする理由は、財物の占有・利用の保護の重要性が社会・経済的にどれ程高まっても、私的所有の保護こそが資本制経済社会の基礎であつて、したがつて、わが刑法における財産罪の究極の任務であり、所有権を侵害する行為こそが、窃盗罪として処罰するにふさわしい行為であると解されるからである。⁽¹⁾しかし、占有もまたあわせて派生的法益と解さなければならない。

所持説がいうように、所有権をその侵害から十分に保護するためには占有自体を直接保護の対象としなければならないという点にとどまらず、窃盗罪と横領罪、とりわけて占有離脱物横領罪との間にみられるかなり大きな法定刑の違いは、窃盗罪は占有侵害をもともなうことに起因するものと考えるからである。

右の所説は、本権説の論者も多かれ少なかれ当然の前提としてきた立論だといつてよい。

ところが、本権説に立つて不法領得の意思必要説を主張する見解は、この窃盗罪の保護法益の二面性を正当に指摘しながら、不法領得の意思を故意とは別個の主観的違法要素として把握する点に問題があるのである。

窃盗罪の法益が二重であるとするれば、斎藤豊治教授が説かれるように、財物の奪取行為も、所有権侵害と占有侵害の二側面から評価されるべきであるからである。⁽²⁾

すなわち、財物奪取行為は、一面で派生的な法益である占有を侵害するという点で侵害犯としての性質を有するが、それだけでは、所有者が法律上所有権を失なうことにはならないから、いまだ基本法益たる所有権の処分権能に対する現実的な侵害はない。その意味で所有権との関係では危険犯の一種として理解することができるのではなからうか。所有権の現実的侵害は、占有移転後の事後的な処分行為によつてはじめて現実化する。この場合の所有権の現実的侵害は、窃盗犯人による盗品の売却・質入れ等の法律的処分に限らず、毀棄・隠匿・利用妨害等の事実的あるいは経済的な処分によつても発生する。もっとも、財物の奪取があれば、占有権限も占有すべき権利たる所有権の権能の一つであるから、客観面において、特別の事情のない限り、所有権侵害に対する高度の危険性を有し、そのことは、主観面においても、財物の奪取についての認識・認容は所有権侵害・危険の認識・認容をとまうのが通常であることを意味する。

しかし、財物の占有侵害に対する認識・認容と所有権侵害・危険の認識・認容は概念的には全く別個のものであり、所有権侵害・危険の発生は違法構成要件において類型化された客観的・外部的事実であり、その点についての認識・認容は窃盗罪の故意に包摂されることになる。

このようにして、不法領得の意思は、所有権侵害・危険の認識として、本権説においてはじめて故意論の中に解消することが可能となるのである。

次は、利欲的意思を、窃盗罪の責任要素として位置づける点である。

この問題は、窃盗罪と毀棄・隠匿罪との法定刑の違いをどのようにに根拠づけるかにも関わる。これは、仮に本権説

II 不法領得の意思必要説という關係に論理的必然性がないとしても、必要説が最後に譲れないものの一つとして、近時あらためて強く主張されるものである。

すなわち、財物の占有に対する侵害は、窃盗によっても毀棄・隠匿によっても行われるのであるが、窃盗罪に重い刑が科せられるのは、犯人にはそれによって何らの経済的利益を得ようとする意思、つまり不法領得の意思があり、そこに道義的非難の要素の大なるものが認められるからであり、また利得意思があるからこそ窃盗罪が多く行われるのであり、これを防止するという刑事政策的な要請があるからだ、⁽³⁾という。

ただし、その場合における利得の意思を犯罪論体系上どのように位置づけるかについては、必ずしも明確ではない。

利得的意思のあることが窃盗罪を多発させ、立法者はこれを考慮して刑を重くしてきたという刑事政策的アプローチは、犯罪論体系にとって外在的なものであるから、つまるところは、それを専ら違法論のレベルで把えるか責任論のレベルで把えるかに帰着する。

私見は、違法性の実質を法益侵害という結果無価値性に求めるものであるから、この観点からすれば一般論として、財物の回復の可能性は窃盗罪の方が毀棄・隠匿罪よりも大きく^(財物を損壊されたときは財物、自体の回復は不可能である)、その限りで、法定刑の違いを違法論のレベルで説明することは困難というべきであらう。

また、利得的な意思が毀棄・毀棄の意思に比べて、法益に対するより大きな危険性を有するとの主張も、その主観が財物の奪取という行為に客観化される段階では、所有権侵害の危険性がより大きいという差異を見出し難いと思

われる。

結局、利欲的心情の現われがより大きな道義的非難に値するものとして責任論に位置づけるべきであり、責任要素と考えるべきである。ただし、窃盗罪をこのように利欲的動機に起因する犯罪と扱えたとしても、それは行為責任の枠内で把えるべきであって、行為者類型的罪質のものとして把えるのは妥当ではない。⁽⁴⁾

なお、不要説の立場から、客観的行為形態の差異から出発し、窃盗罪は財物の占有を侵害することによって、その背後にある財産秩序全体の基礎を危くするおそれのある行為を内容とするのに対し、毀棄・隠匿罪は、単に財物を損壊・放棄等の行為を内容とするにすぎないのであって、その間、財産罪としての刑法的評価に差異があるからであるとする見解がある。⁽⁵⁾しかし、窃盗罪をはじめとする刑法の財産罪規定は典型的な個人的法益に対する犯罪であり、このような法益の再構成により基礎づけることは疑問である。

(二) 不法領得の意思の内容と機能 不法領得の意思を、一方で所有権侵害・危険の認識・認容として故意に位置づけ、他方で利欲的意思が故意とは別個の規範的な責任非難を基礎づける責任要素と位置づけるとすれば、次に不法領得の意思の内容とその実際の機能との関連を検討してみなければならない。

私見によれば、窃盗罪の成否が問題となる限界的事例は、当然のことながら、この二つの側面からの検討を要する。その意味で、不法領得の意思をもって、他人の財物によって何らかの経済的利益を取得する意思と解して、毀棄罪との区別に念頭をおく見解も、逆に権利者を排除して所有権の内容を行使し、その財物についてみずから所有者として振舞う意思と解し、使用窃盗との区別を念頭をおく見解も、ともに一面的であり、妥当ではない。

その限りでは、権利者の排除、所有者意思、経済的な利用・処分という三つの要素から成り立つ判例の標準的定義が二つの側面を包んでいる点で、より妥当といつてよい。しかし、私見のように、不法領得の意思を故意と責任要素に分別するときは、二つの要素を結合して理解する必要があるが、⁽⁶⁾強いて統一⁽⁶⁾的定義を与えるとすれば、不法領得の意思とは、「権利者を排除して他人の財物の効用を利用する方法で利用・処分する意思」と解すべきこととなる。

右の定義による実際の機能及びその適用の限界は何か。

第一に、「権利者を排除する意思」が必要な点である。違法性の実質を法益侵害性に求める以上、不法領得の意思の内容として、権利者を完全に排除する意思という所有権侵害に向けられた意思が不可欠である。そして、この点が使用窃盗の成否に関連して重要なメルクマールとなる。使用窃盗の可罰性を原則的に肯定する見解は、不可罰的な使用窃盗は占有取得が不完全だからと説く。しかし、これでは、占有移転がなかったといえるようなごく例外的な場合にしか不可罰的な使用窃盗は認められず、所有者に実質的な損害を与えない場合にも窃盗罪の成立を肯定することとなり賛成し難い。

本来的な窃盗が完全・永久の排除と捉えられるのに対し、使用窃盗は、返還の意思の有無にかかわりなく、所有権侵害の具体的危険性は不完全・一時的であつて、両者は明らかに類型を異にするのである。

このように考えると、使用窃盗の可罰性は、権利者を排除する意思の存在といった主観的側面からのみ決せられるべきではなく、所有権侵害の現実的危険性の有無という客観的側面、すなわち権利者排除の程度こそが問題とされるべきであろう。⁽⁷⁾この場合、使用する時間、態様、客体の財産的価値と使用価値等を考慮して決定されるべきである

が、特にその物の使用にともない価値の消費があつたか否かも考慮されよう。

いずれにせよ、不可罰的な使用窃盜の場合は、所有者に対して實質的な損害を与えることなく財物の返還が占有取得の時点で存在する場合であり、このときは所有権侵害に対する認容、すなわち故意を欠く。逆に返還する意思があつても、所有者に対して實質的な損害を与える意思が占有取得の段階で存在すれば、窃盜罪の故意が認められ、窃盜罪が成立するといわなければならない。

したがつて、無斷使用によつて、その間所有者の財物に対する利用を實質的に妨げたり、財物自体の使用または交換価値を輕微といえない程度まで減少させたりすること等により所有者に實質的損害を与えたときは、たとい一時使用後、財物が返還されても、使用窃盜として不可罰とはされない。その意味で、前掲最決昭和四三年は、盜品の運搬に用いた点を重視した点には疑問があり、これと類似する判例もある（前掲東京高判昭三五・四・二等）が、結論は肯定してよい。

しかし、前掲高松高判昭和六一年のように強盜という重大な犯罪遂行に利用する目的であつたこと、あるいは他人の獵銃・散弾実包を犯罪の凶器として使用する目的であつたこと（大津地判昭三五・九・二下判 集二・九一・一〇・一二五六）がことさらに重視されるとすると、使用目的の悪性が「領得の意思」にあたることとなり、その結論の是非は別として、論理的に妥当でないことは明らかであろう。

第二に、「他人の財物の効用を利用する方法で利用・処分する意思」、すなわち利欲的な意思が必要な点である。この意思の有無は、いうまでもなく窃盜罪と毀棄・隱匿罪との区別のメルクマールをなす。

私見は、すでに述べたとおり、所有権に対する現実的侵害は、法律的処分はもとより、經濟的利用・処分に限ら

ず、毀棄・隠匿によつても発生すると考える。しかし、毀棄・隠匿目的での財物の奪取行為は、利欲的意思が欠ける以上、責任要素が存在せず窃盗罪を構成しないものと考えるのである。

もつとも、判例のように、「他人ノ物ヲ自己ノ所有物トシテ」とか、一部の学説のように「その財物についてみずから所有者として振舞う意思」とかの要件を不要としたのは、強盜罪、詐欺罪・恐喝罪における利得罪(二二六条二項、二四二条)のように、明文で「不法ノ利益ヲ：他人ヲシテ之ヲ得セシメタル」場合も犯罪が成立することを認めている場合は別として、利欲的意思は利己的なものと考えるべきであつて、窃盗罪においては第三者領得の意思は含まないと考へるからである。⁽⁸⁾ また「経済的用法」とせず、「その物の効用の利用」にまで拡大したのは、「経済的用法」では窃盗罪の成立範囲を限定しすぎる半面に、強盜罪の客体たる財物は必ずしも経済的交換価値を要しないので、「経済的用法にしたがつた」利用の不可能なものが含まれているからである。⁽⁹⁾

しかし、ここでも、単なる「物の用法にしたがつて利用・処分する意思」といった客観的に裏づけのない行為者の内心の利欲的動機・目的のみによつて犯罪類型を特定しようとするのは妥当ではない。

窃盗罪と毀棄・隠匿罪との区別は、行為の基礎にある客観的事情を総合して、占有移転の有無及びそれにとりもなう利欲的意思の取得の可能性に求められるべきである。

この場合、その根拠を責任故意としての不法領得の意思の不存在でなく、客観的な利益移転の不存在に求める見解がある。⁽¹⁰⁾

客観的な利益の取得を利欲的意思の取得の可能性と同一に理解すれば、結論において違いはないことになるが、行

為に客観化された利欲的意思を責任要素と捉える私見とは、その論理構成において異なることは明らかである。

(1) 本権説の論拠としては、本文で説明した理由の他、窃盗罪の規定が「他人の所有物」と規定されていた旧刑法三三六条を継承していること、所持説のように刑法二四二条を注意規定と考えるのは不自然であること、本権説によってのみ窃盗後の横領・損壊が不可罰的事後行為とされる理由が説明しうる等があげられる。例えば、大塚仁・前掲注解刑法一〇三七頁以下参照。

(2) 齋藤豊治「不法領得の意思」現代刑法講座四卷二四四頁以下。なお、本稿の内容は、齋藤教授の所説から教示される点が多かった。

(3) この点を明示するものとして仲地哲也「不法領得の意思」刑法の争点二二五頁。なお、江家義男・前掲二七三―二七四頁、前野育三・前掲論争刑法二九二頁、岡野光男「窃盗罪と不法領得の意思」セミナー法学全集刑法Ⅱ二一五頁参照。

(4) 齋藤教授は、「窃盗罪が行為者人格に根ざすものが少なくない反面、機会犯あるいは一過性のものも多数存在する。窃盗罪の成立につき、当該行為者類型に該当するか否かの判断は、必要とはされない。このように考えれば、窃盗罪を利欲犯として位置づけることは妥当であるとしても、それを行為者類型的罪質としてとらえ、享益の意思をその主観面における徴表として位置づけるのは妥当ではない。」とされる。前掲二五七頁。その指摘は正当であって、そもそも、常習賭博罪を含め、常習性を行為者の属性とすることには疑問がある。平野竜一「人格責任と行為責任」刑法の基礎三七頁参照。

(5) 大塚仁・前掲注解刑法一〇六一頁。なお、窃盗は、労力による不相応な財貨を獲得する不労所得であるから、その領得の意思による財物の奪取は、経済的満足を得ない毀棄罪と同一に論ずることはできない、とする見解もある。吉田常次郎「刑事法判例研究」三三八頁。しかし、この見解では、勤労による利得といった一種の社会的法益をも窃盗罪の法益とさざるをえないこととなり、大塚教授に対するのと同様の批判が妥当する。同旨齋藤豊治・前掲二五五頁。

(6) 齋藤教授は、不法領得の意思につき、一種の二分説に到達したとし、一つは所有権の危殆化とそれについての故意であ

り、他の一つは、責任要素としての利欲的動機・享益の意思と構成する。したがって、犯罪論の基本的ルールに忠実であろうとすれば、二つの異質の要素を無理に結合する必要はなく、また、判例の標準的定義の三要素もそのままでは維持し難いという。前掲二六六頁。したがって、不法領得の意思の統一的定義は与えられていない。しかし、私見は齋藤説に基本的には依拠しつつ、その実際の機能との関連で、犯罪論体系に占める位置づけの違いを意識しながら、その定義づけを試みたわけである。

(7) 同旨新倉修「窃盗罪(2)―使用窃盗」刑法演習Ⅱ(各論)八一頁。

(8) 齋藤教授は、「実際問題としては、第三者に享益させる意思であつても、それに併存して、あるいは間接的に、自己の利益をはかる意思を伴うばあいがほとんどである。また、第三者とは完全な他人を意味し、自己と利害関係を同じくする者の利益をはかることは、やはり利己的動機とみてよい。従つて、自己領得にかぎるとしても、さほど不都合は生じないであろう。」といわれる。前掲二五九頁。

(9) 西原春夫・前掲一一二頁。不法領得の意思の定義については私見と西原教授の見解は一致するが、西原教授が故意を超過する主観的要素と考える点は、他の必要説と同一であり、私見とは異なる。同二二頁。

(10) 前野育三・前掲刑法演習(各論)七三―七四頁。

五 おわりに

不法領得の意思不要説は、占有移転の有無という客観的基準によつて窃盗罪の成立範囲を画する点で、明確性においては必要説にすぐれている半面、処罰範囲が広がりすぎる点のあることも疑いがない。

判例が所持説に転換しながら、なお不要説に躊躇するのは、おそらくは、不法領得の意思の有する処罰限定機能を捨てきれないことにあるのではなからうか。

しかし、観念的な所有権の保護から、自動車等の發達にともなう事實的な使用収益権能の刑法的保護の必要性という社会・經濟的变化は、不法領得の意思についても、はじめ豊富な内容を盛り込み厳格な認定をしてきたものが、やがて多義的で不明確となり、その構想する内容が希薄化することによって、不要説に接近しつつある現情は否定し難い。その事情は必要説に立つ学説の内部においても妥当し、不法領得の意思の内容及び機能の捉え方も論者によって区々である。

このような背景から、不法領得の意思が使用窃盜さらには毀棄・隱匿罪との區別において十分に機能しえず、窃盜罪が毀棄罪より重く処罰される理由を不法領得の意思から説きえないものではない、との不要説の批判を率直に採り入れることも一つの問題解決策ではあろう。

しかし、本稿では、不法領得の意思の要否、内容、さらには機能について法益保護の原則及び責任主義という刑法の基本原則に立ち帰って、窃盜罪の罪質から、今一度再検討すべきではないか、という問題意識から出發した。

その結果、窃盜罪の罪質の二面性から、一方で窃盜罪の基本法益は所有権であり、処罰の中心はそれに対する侵害・危険にあり、所有権侵害・危険の認識・認容は窃盜罪の故意を構成する。他方で、窃盜罪は利欲犯の典型であり、財物の奪取行為に客観化された利欲的意思は責任要素である。

そして、右のように不法領得の意思を再構成すれば、不法領得の意思の有する實際的機能は、なおこれを維持できるのではないか、との結論に到達した。

ただし、その内容は同じ必要説によりつつも、故意とは別個の主観的違法要素と位置づける従来の見解とは基本的

に異なる。

もとより、その論証にあたつては、詳細な判例及び学説の分析と具体的事案における私見の適用の是非、その射程範囲の検討が必要であることは多言を要しない。

とりわけ、他の必要説とは、犯罪論体系における位置づけ、それにとまう不法領得の意思の内容及び機能が異なるものである以上、そのことがより妥当する。

しかし、このような小稿において、右の意図を達成することは到底不可能であり、問題提起の意味で私見の一端を示したにすぎない。

論旨からも明らかなように、その大枠においては、ヒントを得た斎藤教授の所説と大差はないが、細部については、なお私なりの見解を有していることも否定できない。

いずれにせよ、その本格的な論旨展開は他日を期したいと考えるものである。

(本学教授)