

《論 説》

いわゆる「不法領得の意思」をめぐる判例の動向について

伊 藤 渉

一 問題領域

財産に対する罪は、刑法二五八条以下の毀棄・損壊罪を除けば、他人の財物ないし物を不正に自己のものとして取得することを内容とする罪、すなわち領得罪として位置づけられている。そしてそのような領得罪としての性格と関連して、窃盗罪をはじめとする占有移転罪においては、単なる占有移転の事実及びその認識があるだけでは足りず、超過的主観的要素としての「不法領得の意思」を必要とするのか、必要だとしてその内容はいかなるものであるべきか、あるいはそもそもそのような意思は不要なのかという議論がなされている。⁽¹⁾ また、占有の移転を伴わない委託物横領罪においては、横領行為の意義をめぐって、それがいわゆる「不法領得の意思」の発現であるところの領得行為であることを要するか、その場合そこでいう領得行為とはいかなる行為をいうのか、それとも目的物に対する権限を越えるところの越権行為があれば足りるのか、という形で議論がなされている。⁽²⁾ そして、これらの

論点についての判例の態度は、①いずれの場面においても、一貫して不法領得の意思を必要とする立場を維持する、②その内容については、窃盗罪その他の占有移転罪においては、いわゆる教育勅語隠匿事件⁽³⁾（大判大正四・五・二二刑録二二輯六六三頁）において示されたところの、権利者を排除して目的物を自己の所有物として扱うとともに、その経済的用法に従ってこれを利用・処分する意思という定義を、多少修正しながらも維持しているのであって、要するに「所有意思」と「利用意思」の双方の要素が必要だとしている、③他方、横領罪においては②と異なり、委託の任務に背いて権限がないのに所有者でなければできない処分をする意思という定義⁽⁵⁾（最判昭和二四・三・八刑集三卷三号二七六頁）を採用しており、「所有意思」のみを要求しているものと考えられる一方⁽⁶⁾で、本人のためにする行為については、この意思が欠けているものとしている⁽⁷⁾、といつてよいであろう。このような枠組みのもとで、判例は、法益侵害性が軽微な一時使用行為⁽⁸⁾、専ら毀棄・隠匿の意思でなされた行為⁽⁹⁾、本人のためにする意思でその財産を流用する行為⁽¹⁰⁾といった類型につき、窃盗罪・横領罪等の領得罪の成立を否定してきたのである。

しかしながら、近年、判例においては、不法領得の意思に関して争われた事例が目立つようになってきている。これは、以下の二つの類型に分けることができる。

第一に、何らかの違法な行為の遂行の過程で、目的物を廃棄し、あるいはその使用を妨げる目的で、その占有を取得する行為である。このような行為類型については、従来は、窃盗罪の成否をめぐって争われることが多かったが、近年においては、強盗（致傷）罪や詐欺罪⁽¹¹⁾の成否が問題とされる事案もみられる。例えば、督促手続を悪用して近親者の財産を差し押さえることを企てた者が、裁判所をして相手方に対して送達書類を発せしめた上で、専ら廃棄する意図で相手方に成りすましてこれを受領することにより、相手方に異議申立をさせないまま手続きを確定

させようとした事案¹²⁾につき、送達書類に対する詐欺罪の成否が問題とされている。

第二に、他人の財産を保管ないし処分すべき地位にある者が、目的物をまったくの私的な用途ではないが、しかし本来は許されない用途ないし態様で流用する行為である。とりわけ、法令上の規制に違反する支出がなされた場合において、それが単なる規制違反にとどまるのか、それを超えて横領行為として評価すべきなのか、という形で問題となるといえよう。例えば、会社経営者が、株の買占めに対抗する目的で、相手方の買占めを妨害するとともに、買占めに係る株を会社の計算において買い戻すための工作を企て、そのために必要な資金を支出した事案¹³⁾につき、業務上横領罪の成否が争われているのである。他方、行為者が不正流用の目的で権利者から金銭の交付を受ける場合についても、それ自体は本来交付を受けるべき者のためになされた行為であるとして、詐欺罪の成立を否定すべきなのか争われた事例が見られるのである。

以下では、それぞれの類型の判例について、重要と目されるものを中心に取り上げ、不法領得の意思をめぐる判例の態度を分析する。その上で、これらの場面における不法領得の意思の限界付けを考察するとともに、その理論的構造について検討を試みたい。

- (1) 不法領得の意思を不要とする見解として、例えば大塚仁・刑法各論(第三版補訂版)(二〇〇五)一九七頁、内田文昭・刑法各論(第二版)(一九八四)二五五頁、曾根威彦・刑法各論(第四版)二〇〇八)一一頁、川端博・刑法各論概要(第二版)(一九九六)一四一頁、佐久間修・刑法各論(二〇〇六)一七五頁。必要とする見解のうち、判例と同様に「所有意思」「利用意思」の双方を要求する見解として、例えば平野龍一・刑法概説(一九七七)二〇六頁、西原春夫・犯罪各論(第二版)(一九八三)二三一頁、大谷實・刑法各論講義(新版第二版)(二〇〇七)一八九頁、中森喜彦・刑法各論(第二版)(一九九六)一一九頁、西田典之・刑法各論(第四版)(二〇〇七)一四六頁、林幹人・刑法各論(第二版)(二〇〇七)一九〇頁、山口厚・刑法各論(補訂

版) (二〇〇五) 一九五頁。「所有意思」のみを要求する見解として、例えば団藤重光・刑法綱要各論(第三版) (一九九〇) 五六三頁、福田平・全訂刑法各論(第三版増補) (二〇〇二) 二二一頁。「利用意思」のみを要求する見解として、例えば中山研一・概説刑法Ⅱ(第三版) (二〇〇三)、前田雅英・刑法各論講義(第四版) (二〇〇七) 一九九頁。

(2) 越権行為説として、例えば大塚・前出(1) 二九五頁、内田・前出(1) 三六四頁、川端・前出(1) 二二二頁。領得行為説のうち、「所有意思」「利用意思」の双方を要求する見解として、例えば平野・前出(1) 二二五頁、大谷・前出(1) 二九五頁、西田・前出(1) 二二一頁、山口・前出(1) 三〇一頁。「所有意思」のみを要求する見解として、例えば団藤・前出(1) 六三一頁。

(3) 校長を失脚させる目的で、教育勅語謄本を天井裏に隠匿した行為につき、毀棄・隠匿目的で財物を奪取する行為は窃盗罪に当たらないとした事案である。

(4) 例えば、一時使用であっても、他人の自動車を数時間にわたって無断で乗り回す行為(最決昭和五五・一〇・三〇刑集三四卷五号三五七頁)や、秘密書類を複写目的で、無断で持ち出す行為(東京地判昭和五九・六・二八刑月一六卷五〃六号四七六頁)については「所有意思」が肯定されている。他方、目的物の利用は、必ずしも本来の経済的用法に従う必要はなく、例えば電線を切断して木材の繋留に用いる場合(最決昭和三五・九・九刑集一四卷一一号一四五七頁)や、性的好奇心の満足の目的で他人の下着を窃取する場合(最決昭和三七・六・二六集刑一四三号二〇一頁)にも、「利用意思」は認められる。

(5) 政府に売り渡すべく保管していた供出米を、後から集めるべきこととなっていた余剰米をもって補填する意図で、肥料との交換の目的に流用した行為につき、たとえそれが自己の利益を図る目的ではなく、また後日補填する意思を有していたとしても、供出米を政府の指示によることなく他に処分することは、横領に当たるとした事案である。

(6) 隠匿行為が横領行為に当たるとしたものとして、大判大正二・二・一六刑録一九輯一四四〇頁。このような判例の態度に対しては、窃盗罪の場合と横領罪の場合で区別する理由はないと批判する見解(大谷・前出(1) 二九八頁、西田・前出(1) 二二二頁、山口・前出(1) 三〇一頁等)も多い。

(7) 例えば、寺の住職が、震災で倒壊した庫裡を再建するのに必要な資金を得るために、その什物を檀徒総代の同意及び主務官庁

の認可を得ることなく処分した行為（大判大正一五・四二〇刑集五卷一三六頁）や、農業協同組合の組合長が、組合の総会及び理事会の議決を経ずに、定款に違反して、組合名義をもって貨物自動車営業を営むために組合の財産を支出した行為（最判昭和二八・二二・二五刑集七卷一三三・二七二頁）につき、本人のためにする行為であるとして、不法領得の意思を否定する。

(8) このような行為は処罰に値するだけの違法性を有せず、無罪とすべきものとされる。

(9) このような行為は毀棄・隠匿の罪が成立する限りで、処罰すべきものとされる。

(10) このような行為は、それが仮に本人に財産上の不利益を与えるのであれば、背任罪の成否を問題とすべき場合であるとされる（本人のためにする行為であることを理由に横領罪を否定しながら背任罪を肯定したものととして、例えば大判昭和九・七・一九刑集一三卷九八三頁）。

(11) これらの罪においては、窃盗罪と異なり、財産上の利益も客体に含まれることから、財物罪が否定されても結局利益罪（いわゆる二項犯罪）が成立することになり、不法領得の意思を論ずる実益はないのではないか、という議論も見られる（団藤・前出(1) 六一〇頁）が、少なくとも「利用意思」に関する限りにおいては、これが欠けるのであれば利益罪も問題とはならず、毀棄・隠匿の罪が問題となるのであるから、やはり論ずる意義は認められるといえよう。

(12) 後出事例二。

(13) 後出事例九。

二 廃棄・使用妨害類型

第一の類型においては、何らかの不正工作により利益を得るとか、被害者の通報・現場からの逃走を妨害するとか、警察による捜査を誤らせるといった目的で、当該目的物を廃棄あるいは被害者による使用を妨げるべく、これを取得する行為について不法領得の意思が認められるのか、ということが問題とされている。

①報復目的での傷害等に及んだ者が、物取りを装う目的で金品を持ち去った事例

（事例一）東京高判平成二二・五・一五判時一七四一号一五七頁

被告人は、第一に、報復目的で被害者に対する傷害に及んだ際、物取りの犯行を装う意図で、現金等の入ったバッグを持ち去った。このバッグについては、逃走の途中でバッグから財布を抜き取ってバッグを投棄した後、自宅において財布の中から現金を抜き取って封筒に入れて保管した。第二に、放火目的で被害者の経営するスナックに侵入したが断念し、同様に物取りの犯行を装う目的で店内から現金の入った財布、ネックレス、指輪を持ち去った。これらのうち、財布については、やはり自宅において現金を抜き取って封筒に保管するとともに、ネックレスと指輪についてはプラスチックケースに入れて自宅の庭に埋めた。

被告人側は、以上の財物の持ち去りにつき、本件犯行は被害者に対する報復を主たる目的としており、財物を持ち去ったのも本件犯行を物取りによるものと装うためであり、現に取得した財物は廃棄ないし隠匿しているとして、不法領得の意思は認められないと主張した。これに対して、本判決は、本件財物の取得そのものを主たる目的としていたのではなかったとはいえ、単に物を廃棄したり隠匿したりする意思からではなく、第一の事件については当初から物取りを装う意思に基づいて、相手方から命乞いのために提供されたバッグを受け取り、第二の事件については現場で物取りの犯行を装う意思を生じて、これに相応しい財物を持ち去ったものであることを理由に、不法領得の意思を肯定し、第一の事件については強盗致傷罪、第二の事件については窃盗罪の成立を認めた原判決を維持した。

本判決は、目的物の持ち去りが、捜査機関をして物取りの犯行だと誤認させる手段としてなされたことを、不法領得の意思を肯定する根拠とするものといえよう。このような理由付けに対しては、このような意思は目的物自体

から利益を得る意思とはいえず、刑務所志願の目的で他人の財物を持ち去った上で、直ちに警察に出頭する場合と同じであるとして批判する見解が見られる。⁽¹⁵⁾

②督促手続に基づき送達された書類を、専ら廃棄する目的で相手方を装って受領した事例

(事例二) 最二決平成一六・一一・三〇刑集五八巻八号一〇〇五頁

被告人は、叔父の財産を不正に差し押さえる目的で支払督促の申立を行った上で、共犯者をして、叔父になりすまして支払督促正本・仮執行宣言付支払督促正本をそれぞれ受領させた上でこれらを廃棄し、督促異議の申立をさせないまま強制執行に及ぼうとしたが、発覚したことから失敗に終わった。

第一審(神戸地判平成一五・八・一九)は、本件支払督促正本等は、約束手形・借用証書等と同様に、その不存がないしは利用の妨害がそのまま特定の者の利益になる財物であるから、これを当該特定の者において、廃棄する目的でこれを騙し取った場合には利用・処分意思を認めるべきであるとして、不法領得の意思を肯定して詐欺罪の成立を認めた。控訴審(大阪高判平成一六・三・五)は、本件支払督促正本等は、叔父の財産を差し押さえるために、郵便配達人から叔父を装って受領することにより支払督促の効力を生じせるとともに、相手方から督促異議申立ての機会を奪いながら、手続きを進行させるという、本来の法的・経済的効用を発現させる目的で受領されたという理由により、不法領得の意思を認めた。これに対して、本決定は、本件支払督促正本等の詐取については、廃棄するだけで他に何らかの用途に利用・処分する意思が認められないのであるから、それがたとえ財産的利得を得るための手段の一つとして行われたときであっても、不法領得の意思は認められない、とした。

本決定は、受領した財物を直ちに廃棄し、何らの効用も得ることを意図していない場合には、たとえそれが不正に財産的利得を得るための手段であったとしても不法領得の意思を認めることはできない、としている。とりわ

け、第一審がいうような、利用を妨げることがそのまま行為者の利益になるとか、控訴審がいうところの、不正な差押のための手続きを進行させる手段として受領されたといったことは、不法領得の意思を肯定する理由にはならない、とするのである。このような本決定の見解については、学説も概ね支持しているといえよう。⁽¹⁷⁾ もっとも、第一審がいうように、約束手形等その利用の妨害と利得とが不可分に結びついている場合には、不法領得の意思を肯定する余地もある、とする見解⁽¹⁸⁾、さらにより一般的に、その物が何らかの法的責任の追及に利用されるおそれがある場合に、これを免れる目的で持ち出す場合には、当該目的物を利用する意思が認められるとして、約束手形や借用証書の場合はもとより、犯罪の証拠物件を隠滅する目的で持ち出す場合にも不法領得の意思を認めるべきだとする見解もある。⁽¹⁹⁾

③パチンコ店において不正ロムを取り付けた者が、取り外した正規のロムを持ち去った事例

（事例三）名古屋高判平成一九・八・九判タ一二六一号三四六頁

被告人は、パチンコ店においてパチスロ遊技機の正規ロムを取り外した上で不正ロムを取り付けた際、店長に見されたため、逮捕を免れる目的で暴行を加え、傷害を負わせたが、その際共犯者において正規ロムを持ち去っていた。

本判決は、被告人が正規ロムを取り外した目的は不正ロムの取り付けが目的であり、持ち去りにについても、その目的は証拠上明らかでないとしても、単にその場に放置できず、他の場所に投棄するためであったとみる余地がある以上、これに対する利用・処分意思は認められないとして事後強盗致傷罪の成立を否定した。

本判決も、取り外した正規ロム自体については、そこから何らかの効用を得る意思があったとは認めがたいという理由で、不法領得の意思を否定しているのであって、それが不正ロムによる利得の手段としてなされたことは不

法領得の意思を肯定する理由とはならない、と考えているものと思われる。

④その他の事例

何らかの違法行為を遂行する過程において、被害者から奪取するに至った財物につき不法領得の意思を肯定した事例としては、コンビニエンスストアにおける現金の強取に際し、整髪料を持ち出した事案につき、漠然とではあるにせよ何らかの効用・効果を見込んでいたとして、不法領得の意思ありとした神戸地判平成一八・二・六(事例四)、被害者に対する詐欺が失敗に終わったことに対する腹いせから、被害者に暴行を加えて自動車の鍵を取り上げ、被害者を置き去りにするために自動車を運転して犯行現場から移動した事案につき、自動車に対する不法領得の意思を認めた山形地判平成二〇・三・二六(事例五)がある。

また、同様の場面において、目的物に対する何らかの利用目的を有していなかったことを理由として不法領得の意思を否定した事例としては、被害者を監禁し、強姦しようとして被害者に傷害を加えた際に、携帯電話を取り上げ、被害者が逃走した後これを川に投棄した事案につき、携帯電話に対する窃盗罪の成立を否定した神戸地判平成一二・八・三〇判時一七六〇号一五二頁(事例六)、建造物に侵入し、他の財物を窃取する際に、証拠隠滅の目的で、防犯カメラの映像を記録したビデオテープを持ち去った事案²⁰⁾につき、窃盗罪の成立を否定した奈良地判平成一四・一二・一六(事例七)、停車中の自動車において乗車していた者から現金を強取する際に、被害者から携帯電話及び自動車の鍵を取り上げた事案につき、これらの物品に対する不法領得の意思を否定した松山地判平成一九・七・一九(事例八)がある。

⑤検討

以上に挙げた判例を見ると、まず、被害者による通報や現場からの脱出に供する手段を奪う目的で当該物件を取

得した場合（事例六・八）や、証拠として用いられる物件を隠滅する目的で持ち去った場合（事例七）には不法領得の意思が認められていない。これは、単に自らの犯罪行為の妨害ないしその検挙に供することを防ぐために、当該物件を利用させないというだけでは、これらの物件自体の利用とはいえず、不法領得の意思を認める理由にはならないであろう。

他方、何らかの不正利得を目的としてなされた行為の結果として作成され、あるいは事実上取得された物件についても、それを単に廃棄する意図で取得した場合（事例二・三）においては、やはり不法領得の意思は認められていない。ここでも、当該目的物自体から何らかの効用を得るか否かが重要なのであって、それが認められない以上は、たとえ目的物の取得が何らかの不正利得の手段としてなされる場合であっても、その物件自体に対する領得罪の成立は認めるべきではないとする趣旨であろう。

これに対して、不法領得の意思を認めた判例を見ると、まず、事例四は、行為者において目的物を隠匿・廃棄する意図がそもそもなく、単に具体的に明確な利用目的がなかったというにすぎない場合である。言い換えると行為者において、潜在的な利用の可能性は留保されていたといつてよい。次に、事例五においては、本件自動車の移動は、一方では被害者にとっては現場からの脱出を妨げる意味を有するが、他方で行為者自身の逃走行為にとって有用であり、その意味において行為者は本件自動車から効用を得ていると認められよう。

問題は事例一である。この判決は、比較的高額な財物を持ち去ることにより、捜査機関に物取りの犯行だと誤認させて、それに向けた捜査へと誘導することにより、自己に対する捜査の予先をそらせるための手段として、本件財物は利用された、とするのである。たしかに、単に自己の犯罪の証拠物件の隠滅を目的にこれを持ち去る場合と異なり、積極的に捜査機関を誘導する目的でなされた行為であることは否定できない。しかし、捜査機関の対応

は、目的物の喪失から生じるものであって、目的物の効用の発現として生じているのではない。捜査を誤らせるための工作手段として持ち去ったことを理由に不法領得の意思を認めるのであれば、結局、事例二・三のような場合においても同様にこれを肯定することになろう。むしろ事例一においては、取得された目的物は隠匿されていたとはいえ、行為者において将来の利用可能性を放棄したものとさえ言えず、潜在的な利用の可能性はなお認められる事案であり、不法領得の意思を肯定するのであればこの点を理由とすべきであったように思われる。

結局、廃棄・利用妨害類型においては、行為者において、潜在的にせよ目的物自体から何らかの効用を得る意思が必要なのであって、専ら廃棄する意図で目的物を取得する行為についてはかかる意思は認められない。この場合、他の犯罪行為を遂行するのに妨げになる可能性のある物件であるとか、不正に利得する手段の一環として当該行為がなされているといった事情は、不法領得の意思とはあくまで無関係だとすべきである。

(14) なお、報復目的での持ち出しにつき不法領得の意思を否定した判例として、仙台高判昭和四六・六・二二高刑集二四巻二号四一八頁。

(15) 穴沢大輔・立教大学大学院法学研究三〇号二七頁。なお、このような事案につき不法領得の意思を否定した判例として、広島地判昭和五〇・六・二四刑月七巻六号六九二頁。

(16) 支払督促制度においては、金銭等の給付を目的とする請求について、債権者において簡易裁判所の裁判所書記官に対して申立てを行い、証拠の添付や債務者の審尋を伴わず、形式的審査のみによって支払督促正本が作成され、同正本が郵便配達員により送達されることにより効力を生じる(民事訴訟法三八八条一項・二項)。その後二週間以内に債務者から督促異議の申立てがなされなければ、債権者の申立てにより、裁判所書記官において、仮執行宣言を行い、仮執行宣言付支払督促正本を債務者に送達する(民事訴訟法三九一条一項・二項)。これによって、債務者の財産に対する強制執行が可能となる(民事執行法二二条四号)とも

に、送達後さらに二週間が経過すると、債務者は督促異議の申立てをすることができなくなり、確定判決と同一の効力が生じる（民事訴訟法三九三条・三九六条）。

（17）例えば青木陽介・立教大学大学院法学研究三五号八一頁、島岡まな・判例セレクト二〇〇五・三六頁、林美月子・平成一六年度重要判例解説一六一頁、松宮孝明・法学セミナー六〇三号一二二頁、拙稿・ジュリスト一三六〇号一五六頁。

（18）佐伯仁志「窃盗罪をめぐる三つの問題——財物の費消、占有の相続、不法領得の意思」研修六四五号一一頁、前田雅英・法学教室二九八号一三四頁。

（19）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」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論文集上巻三八五頁。

（20）なお、犯跡隠蔽目的での財物の持ち去りにつき、不法領得の意思を否定した判例として、東京地判昭和六二・一〇・六判時一二五九号一三七頁（被害者を殺害後、死体を遺棄するに際し、被害者が身に付けていた貴金属が腐敗しないまま発見されて事件発覚につながることを防ぐべく、これを持ち去った事案）。

三 不正流用類型

第二の類型においては、権利者の財産を何らかの不正な目的で流用し、あるいは法令に違反する用途に支出する行為につき委託物横領罪の成立が問題となる。他方、このような目的で相手方を欺いて、金品の交付を受ける行為については、詐欺罪の成立が問題となる。

①株の買占めに対抗する目的で、相手方に対する妨害工作ないし、自社株の買占めを目的として会社財産を支出した事例

（事例九）最二決平成一三・一一・五刑集五五巻六号五四六頁

被告人らは、自らがその財産を管理する会社の株式を大量に買い占めてその経営権を奪取しようとする者に対抗するために、当該相手方を中傷することによってその信用を失墜させ、金融機関に対し、相手方への融資を行わないよう働きかけることで相手方による買占め資金の調達を妨害するとともに、相手方から買占めに係る株式を会社の資金で買い取ることを目的として、そのための工作資金に充てるために会社財産を支出した。

第一審（東京地判平成六・六・七）は、本件会社においては、相手方から当該株式を買い取るという方針が一貫してとられていたと認められるのであって、本件工作資金の支出は会社の方針に沿ったものであるということができ、かつ当該支出の一般的権限ないし包括的承諾が与えられていたとして、あるいはそのような権限はなかったとしても専ら会社のために行った支出であるとして、業務上横領罪の成立を否定した。これに対して、控訴審（東京高判平成八・二・二六）は、被告人らは当該工作につき包括的権限を与えられていたものではなく、工作内容ないし成果につき経営陣に対し経過報告をしているわけでもなく、また、本件工作の内容は刑罰法令にふれるおそれがあり委託者本人である会社においてもなしえないものであったこと、多額の金員の支出については取締役会の決議を要するにもかかわらずこれを経ていないことを指摘した上で、支出権限を否定した。そして、被告人における支出の目的が、自己の弱みを隠し又は薄めることと、度重なる不正支出の問題化を避けることにあったことに加え、本件支出行為が本人である会社自体においてなしえないものであることを理由に、これを専ら会社のためにする支出であるということはできないとして、不法領得の意思を認めた。本決定は被告人の上告を棄却したが、その理由として、原判決が指摘した点に加えて、被告人が、本件乗っ取り問題に伴い会社に予想される不利益を回避することをも意図していたとはいえ、本件支出額がそれ自体高額であった上、工作が成功すれば買取価格の総額が膨大なものとなることが明らかであったにもかかわらず、工作相手及びその内容について十分な調査を行い、その報告を

求める等の措置を何ら行っていない、として被告人には不法領得の意思が認められる、とした。ただし、原判決が、会社自体においてなし得ないような性質の行為については、本人のためにする行為とはならないとした点については、そのような行為であつても行為者自身の主観においてこれを会社のために行うということはありうるという理由により是認できないとしている。

本決定は、被告人の支出行為が保身目的であることに加え、その支出額及び支出相手に対する被告人の調査・対応等に照らして会社の利益を実現するための合理的な態度とはいえないことを根拠に、不法領得の意思を認めたものといつてよい。これは、第一審が、本件工作資金の支出が会社の方針に沿ったものであることから直ちに本人のためにした行為であるとしたのに対し、本人である会社にとって合理的な支出といえるかをより厳格に判断したことになる。他方、控訴審がいうところの、本人である会社自体においてなしえない性質の支出については、本人のためにしたものとはいえないという考え方に対しては、そのような事情は不法領得の意思を肯定する理由とはならない、とするのである。

以上のような本決定の考え方に対しては、学説は概ね支持しているといえよう。とりわけ、控訴審が本人自体に
とつての支出の違法性をもつて、不法領得の意思を肯定する根拠とした点については、学説の批判が強い⁽²³⁾。

なお、本件に関連して、最二判平成一四・三・一五裁時一三一一号七頁は、会社の経理を担当していた別の被告人につき、被告人の行為は保身等自己の利益を図る目的でなされたとは認められず、権限に基づきあるいは本人のためにする正当な支出だと認識していた可能性があるととして、この被告人については原判決を破棄差戻しており、差戻控訴審（東京高判平成一五・八・二二）においては業務上横領罪の成立が否定されている。

②相手方から不正に借り受けるための資金を相手に作らせる目的で、無断で相手方の名義を用いて投資契約を解約

させ、相手方に受領させた事案

(事例一〇) 神戸地判平成一八・三・八判タ一二三八号三三九頁

被告人は、知人を欺いて金銭の借受けを行うための原資に充てさせる目的で、知人名義の投資契約に係る中途解約申込書を偽造し、解約金を知人名義の口座に振り込ませた。

本判決は、被告人の行為は、将来の知人に対する詐欺を遂行するための準備行為にすぎず、知人名義の口座に解約金を振り込ませたからといって、これを行為者自身において領得したと評価することはできないとして、詐欺罪の成立を否定した。

すなわち、本判決の事案においては、知人名義の口座への振込が、実質的に見て、行為者による自由な処分可能性の取得を意味するものではないことが、詐欺罪の成立を否定する理由となったものといえよう。

③ 関連会社の不良債権を隠蔽する目的で、農家から委託を受けて保管中の玄米を業者に売却した事案

(事例一一) 秋田地判平成一八・七・一四判タ一二三六号三四五頁

被告人らは、全国農業組合連合会の県本部幹部として、関連会社の有する不良債権の隠蔽に充てる目的で、県内の農家から各農業協同組合を通して委託を受けた玄米を、当該関連会社から卸業者に売却させた。

本判決は、本件玄米を他の会社の支援等の目的に流用する権限がないこと、本件玄米の代金相当額の補填の見込みが認められないこと、また被告人らの行為は関連会社における不良債権の発覚により生産者に不測の不利益を及ぼすことを避けることを意図していたとは認められず、むしろ被告人自身がこれによる責任追及を受けることを回避する意図であったと認められるとして、不法領得の意思を肯定して業務上横領罪の成立を認めた。

本判決は、事例九と同様に、被告人による玄米の処分が委託者である生産者の利益を図るための合理的な行動と

認められず、被告人自身の保身が主たる目的であったことを不法領得の意思を認める根拠としたものといえる。

④その他の事例

他人の財産を不正に流用し、あるいは流用の目的で他人の財産につきその交付を受ける行為について、不法領得の意思を認めた事実としては、社会福祉法人の理事長が入所者の障害年金を簿外資産に組み入れた事実につき、それが委託の趣旨の範囲内であるか、本人のために行われたといった特段の事情が認められない以上業務上横領罪が成立するとした神戸地判平成一五・一〇・二三（事例一二）、路上生活者の名義で生活保護費の申請をし、その交付を受けてこれをいったん被告人らの支配下に置いた上で、路上生活者に「小遣い」としてその一部を手渡していた事実につき、被告人らこそが実質的に生活保護費を得ていたものであるとして詐欺罪の成立を認めた大阪地判平成一九・一・二九（事例一三）、町役場の職員が、虚偽の支出額調書ないし出張票を提出することにより、町から謝金ないし旅費の名目で金銭の支払を受けた事実につき、それが私的な用途に費消する意思・事実がなくとも町の合理的な利益・意思に反する行為であるとして詐欺罪の成立を認めた佐賀地判平成二〇・一・一〇（事例一四）がある。

逆に、他人の財産を不正に流用した事実において、不法領得の意思を認めなかった事例としては、会社役員らによる裏金作りに協力する意図で、それが当該役員らの個人的用途に充てるものであるとの認識を欠いたまま、会社名義の預金口座から別の会社の預金口座へ現金を振り込み送金した事実につき、不法領得の意思を欠くとした東京地判平成一五・八・二九（事例一五）がある。

⑤検討

ここで取り上げた判例のうち、不法領得の意思を否定した判例を見ると、事例一〇においては、口座名義人に振

込金額が送金されただけで、行為者においてこれを自由に処分しうる状態においたのではなく、当該金員は依然として口座名義人に属するものとして扱われていること、事例一五においては、当該流用行為は被告人にとっては、裏金作りを目的とするものといえ、あくまで会社の用途に用いるものであって、私的な用途に供せられるものは認識されていなかったことがその根拠となっている。

他方、不法領得の意思を認めているのは、第一に、委託者本人、あるいは本来の受交付者の手を離れて、行為者が事実上自由に目的物を使用しうるような状態に置いたと評価できる場合⁽²⁴⁾(事例一二・一三)である。このような類型においては、そのこと自体によって権利者の排除が明確になったと見ることが出来るからである。第二に、当該支出が本人にとって合理的な利益を追求するに適した行為とはいえず、かえって自己保身等本人の利益よりも自己の利益を優先する行為だと認められる場合(事例九・一一・一四)である。そのような行為は、当該財産を本人の財産としてではなく、自己の財産として扱っていることに他ならないからである。

すなわち、不正流用・不正支出行為について不法領得の意思を認めるためには、それが当該目的物に対する本人ないし本来の受交付者の意思が及ばない形で行為者が支配下に置いたとか、本人の合理的な利益を実現するのに適した態様とはいえない形で支出され、それゆえに本人の利益より自己の利益が優先されたといった具体的事情が必要であるといえよう。ここでも、不正な流用・支出行為であること自体、例えば裏金作りを目的としているとか、他の会社の不良債権の隠蔽を目的としているとか、あるいは本人自体が行うことが許されない支出であるといった事情は、不法領得の意思を認める根拠とすべきではないように思われる。

(21) 平成一三年改正前の商法二〇条においては、株式会社が自社の株式を取得することは原則として禁止されていたことから、

本件株式の買取は同条に違反するものとして同法四八九条二号により処罰されうるものであったこと、また、相手方に対する中傷や、買占め資金の調達の妨害については、名誉毀損罪・侮辱罪・信用毀損罪・業務妨害罪・脅迫罪等に当たるとそれがあった、とされている。なお、自己株式の取得については、平成一三年改正により、定時総会の決議を経れば、所定の取得限度額の範囲内で取得することが、原則として認められることとなった。その後、平成一七年会社法においては、一五五条以下において自己株式の取得の要件・手続きを詳細に規定しているが、包括的に容認する点は同じである。

(22) なお、法令に違反する支出が本人自体においてなしないものであることを理由として横領罪の成立を認めたものとして、最判昭和三四・二・一三刑集一三巻二号二〇一頁（森林組合の組合長が、法令上、組合員にのみ貸し付けるべきものとされていた政府貸付金を、第三者たる地方公共団体に對し、組合名義で貸し付けた事案）。

(23) 例えば安里全勝・平成一三年度重要判例解説一六四頁、大山弘・法学セミナー五六九号一〇〇頁、林幹人・ジュリスト一二六六号二〇一頁、内田幸隆・刑法判例百選Ⅱ各論（第六版）一三〇頁。

(24) なお、信用組合の支店長が、正当な支出を装って、信用組合の金員を一旦行為者の自由に処分しうる状態においた上で、これを員外貸付に当てた行為につき、横領罪の成立を認めた判例として、最判昭和三三・一〇・一〇刑集一二巻一四号三二四六頁。

四 全般的検討

以上に検討したところによれば、最近の判例において不法領得の意思の有無が争われた事案においては、違法な行為の遂行に際して、あるいはその手段として財物取得がなされる場合であっても、それが当該財物自体から効用を得るといえないければ不法領得の意思は認められないとするのが、判例の主流であるといつてよい。また、不正に他人の財産を支出ないし流用する場合であっても、そのことだけで不法領得の意思が認められるのではなく、自らが実質的に自由に処分しうる状態に置いたとか、本人の利益を実現するのに合理的な行為といえず、自己の利益を

優先した行為と見るべき具体的事情を要求しているものといえよう。

このような判例の態度の根底には、領得罪はあくまで「その財物を自己のものとして利用しようとしたといえるか」が問われるべきであって、当該行為が何らかの不正行為を目的としているかとか、不正な利得の手段としてなされたか、といった事情によって左右されるべきではない、といった考え方がるように思われる。その意味において、ここで取り上げた判例は、不法領得の意思の必要性及びその内容を再確認し、その緩和に一定の歯止めをかけたものと評することが出来る。

特に今日では、暴力犯罪・知能犯罪を問わず、犯罪行為の遂行に際してはなるべく早い段階で対処すべきだという要請や、企業・官公庁等において法令遵守が求められているといった事情を背景として、ともすると不正行為に関連する財物の取得や、不正な財産の支出・流用につき、安易に領得罪で立件する向きがないではない。一連の判例は、今一度、他人の財産を「自己のものとして利用しようとする」犯罪としての領得罪の本質に立ち返り、その適正な限界付けを試みるものといえようか。

— いうとう わたる・法学部准教授 —