

自転車の無断借用につき不法領得の意思がないとして窃盗罪の成立が否定された事例

刑事判例研究会

振 津 隆 行

京都地裁昭和五十一年(ワ)第七八五・一〇七四号、窃盗、強姦未遂、住居侵入、同未遂被告事件、同五十一年一月十七日第一刑事部判決(確定)——判例タイムズ三五四号三三九頁、判例時報八四七号一一二頁

【参照条文】 刑法二三三条

【事実の概要】 被告人は、深夜就寝中の一人住いの女性を姦淫し、あるいはわいせつ行為をする目的で、常習的に多数の被害者の部屋に侵入していたが、犯行現場へおもむくために自宅付近にあるガレージから自転車を無断借用して、これを翌朝までに元の場所に戻しておくというのを反覆していた。そして、いつものように右自転車を無断借用して某女の部屋に侵入し、姦淫未遂行為に及んだところ、警察官に発見・逮捕され、その際、犯行現場の家屋の入口に止めてあった自転車の無断借用が発覚したというのが本件の事案である。

本件において、検察官は、被告人の右行為のうち自転車の持ち出し行為を窃盗罪にあたと主張した。これに対して、本判決は住居侵入及び強姦未遂については有罪であると判示したが、この自転車の無断借用については不法領得の意思がないとして無罪である。

不法領得の意思と窃盗罪の成否

ると判示した。

【判旨】 本判決は従来の判例の立場を踏襲し、「窃盜罪が成立するためには、行為者において不法領得の意思、すなわち、権利者を排除し他人の物を自己の所有物と同様にその物の経済的用法に従いこれを利用し又は処分する意思を要する」とし、然るに本件の場合には、「右諸事実を照らすと、被告人は、右K方から自転車を無断で持ち出す際には、右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ものであって、これを乗り捨てる意思はなく、また、被告人が予め決めていた目的地までは距離にして約二キロメートル、自転車で約一〇分程度を要するだけで、さほどの距離はなく、さらに、仮に被告人が警察官に逮捕されることなく帰宅できたとすると、右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ことなどからみて、被告人の右自転車の無断持ち出しが検察官主張の如く住居侵入、姦淫という違法目的であったとしても、これをもって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、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から、被告人には不法領得の意思を認めることはできない。」

【研究】 本稿においては、強姦未遂等については触れず、以下において専ら「不法領得の意思」に関する論点についてのみ考察することとする。

一 窃盜罪等いわゆる領得罪において、不法領得の意思を必要とするのが、わが国の判例・通説の立場である。そして、この立場に立つときには一方でこの意思は窃盜等の領得罪を毀棄・隠匿罪から、他方で窃盜を不可罰の使用窃盜から区別するための不可欠のメルクマールとして要求されているのである。

しかし、必要説に立つ場合にも、不法領得の意思の内容については区々であり、大略以下の三説に分かれる。即ち、第一説は大正四年五月二一日の大審院判決以来の判例の見解であり、「所謂領得ノ意思トハ権利者ヲ排除シテ他人ノ物ヲ自己ノ所有物トシテ其経済的用法ニ従ヒ之ヲ利用若クハ処分スルノ意思ニ外ナラスシテ単ニ物ヲ毀壞又ハ隠匿スル意思ヲ以テ他人ノ支配内ニ存スル物ヲ奪取スル行為ハ領得ノ意思ニ出テサルヲ以テ窃盜罪ヲ構成セサルヤ疑ヲ容レス」(大判大四・三・二) (一録二一・六六三) (1) とするものなどであり、本判決もこれを明確に踏襲している。本説は「経済的用法」を挙げることにより毀棄・隠匿の意思と領得の意思との限界付けを容易にし、時間的な面に触れないことにより使用窃盜の不可罰性を根拠付けることに特色がある(2) とされる。次に、第二説としては、右の領得意思のうち「権利者の排除」に重点を置き、一時的又は永久的に権利者を排除して、自ら所有者として振舞う意思とするものであり(3)、最後に、逆に「経済的用法に従い利用もしくは処分する」という点に重点を置き、他人の物によってなんらかの経済的利益を取得する意思と解する説(4) の三説に分かれている。

尤も、これらに対して、「不法領得の意思」の不要説も以前から一部で有力に主張されていた訳であるが(5)、領得意思の内容の不明確性や、従来の本権説(6) 必要説、所持説(7) 不要説の対応関係の弛緩等も相まって、近時不要説論者の増加傾向が看取され(6)、これを巡る問題が複雑・多様化しているのが現状である。

さて、筆者は、不要説の立場に左袒せんとする者であるが、この所以のものを、以下で先づ使用窃盜との関連において本件に即しつつ、検討してゆくこととしたい。

二 前述の如く、本判決は従来判例の立場を踏襲して、領得意思の必要説、殊に第一説の見解に則ることを明示しているのであるが、次に本件との関連で不法領得の意思と乗物の一時使用との関係について考察してみよう。

不法領得の意思と窃盜罪の成否

さて、物の一時使用（使用窃盗）には不法領得の意思は認められないというのが判例の一般的立場であり、例えば

「単ニ一時使用ノ為メニ之ヲ自己ノ所持ニ移スカ如キハ窃盗罪ヲ構成セサルモノトス」（大判大九・二・二六）とされている。

そしてこの不法領得の意思なしとされるためには、例えば「被告カ自転車ヲ無断ニ使用シテ自己ノ所持ニ入レタル際ニハ単ニ一時使用ノ意思アルニ止マリ不正ニ之ヲ領得スル意思アリタルモノト認メ難ク」（前記判例）等の如く、ただ単なる一時使用の意思に止まったのか、それとも乗り捨て等の意思があったか否かで不法領得の意思の存否が判断されている。さらに、判例では、返還の意思があり、現実に元の位置に戻した自動車の無断使用の事例に対しては、窃盗品の運搬に使用したり、その目的で長時間乗り回したという点を挙げて不法領得の意思を肯認したものがあつた（昭四三・九・一七判時五三四―八五）。かような点から、団藤博士によれば、殊に乗り物の一時使用について不法領得の意思なしとして不可罰的な使用窃盗が肯認されるためには、第一に乗り捨ての意思が存したかどうか、第二に長距離・長時間の乗り回しの事実があつたかどうか、第三に価値の消費を伴うかどうかの三点が検討されるべきだ（七）とされる。

本判決も、これに即してこれら三点に亘って検討しており、先づ第一点、乗り捨ての意思の存否については、被告人の起訴されていない数回に亘る同種の無断借用の事実及び本件の無断借用の事実を詳細に亘って検討して、「右K方から自転車が無断で持ち出す際には、右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ものであって、これを持ち捨てる意思はなく」として乗り捨ての意思を否定し、第二点、長距離・長時間の乗り回しの事実の存否では「被告人が予め決めていた目的地までは距離にして約二キロメートル、自転車で約一〇分程度を要するだけでさほどの距離はなく、さらに、仮に被告人が警察官に逮捕されることなく帰宅できたとすると、右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（八）」として、これ

をも否定し、更に第三点、価値の消費という点については、「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」として、以上三点全てに亘って否定して、「不法領得の意思」なしとしている（なお、検察官は住居侵入、姦淫目的という違法目的であったから、その「不正性」が不法領得の意思を根拠付けうる要因となりうるかのような口吻をもらしているか、この点については、本判決は率直に使用目的が不正であっても「不法領得の意思」とは無関係であるとしているのか、それとも前記三点との関連で犯罪性が軽微である故にその「不正な目的に使用する」という目的が考慮に価しなくなるとしているのかは不明である。⁽⁸⁾尤も、後者の意味であるとすれば正当とは思えない。⁽⁹⁾又、本件事案の如く自転車ではなく、自動車であればどうであったろうか。

尤も、本判示内容については問題はないであろうが、ここで問題なのは使用窃盗が果して不法領得の意思と関連させて判断すべきかどうかということである。そこで左記の三点のうち、第二の点について考察すると、例えば行為当初「短時間使用後返還する意思」で乗り回す場合には領得の意思でないとされるが、使用が結局長時間、長距離に及べばもはや単なる使用窃盗ではないとされる。そうだとすると、両者を区別するのは領得の意思といった主観的意思の存否ではなく、「短時間使用後返還したかどうか」という客観的事実⁽¹⁰⁾が決定することになり、主観的意思は何ら考慮されないということになる。又、第三の点について団藤博士は、「もし、それが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、したがって価値を消費する意思があれば領得の意思があるというべきで——自動車の長時間の無断借用などはこの見地から窃盗罪を構成するとみるべきであろう⁽¹¹⁾」とされているが、この自動車の使用については、一方で車体の損耗と他方でガソリンの消費の両者が考えられようが、前者の場合であればどの程度の損耗についての価値消費であれば窃盗となるのかは著だ不明確であり、又後者の意味でなら直截にガ

ソリンの窃盗とすれば足り、これをわざわざ自動車そのものの窃盗としようとするのは問題ではないだろうか（なお、かような点を顧慮してか、改正刑法草案第三二二条において自動車等の不法使用罪が独立に考慮されている。この規定に関し、中山教授は二つの効果が考えられるとして、一つは従来は窃盗罪として処罰されていたものが、この規定で軽く処罰されるという側面、他の一つは逆に従来は窃盗にはいたらないとして無罪になっていたものがこの規定で処罰されるという側面があり、結局、実際上の効果としては後者の側面が前面に出て、可罰性の領域が拡大されることになるのではないかとして、消極的態度を表明されている⁽¹²⁾）。

従って、使用窃盗との関係で領得の意思が必要かどうかという観点から必要説の要件を考慮した場合、なおそれが説得的且つ合理的な論拠となり得ているのかは疑問であり、領得の意思といった主観的意思を掲げながら、実はそれは客観的事実の存否に依存するものであって、その云うところの領得の意思は不明であり、窃盗から単なる使用窃盗を区別するための不可欠のメルクマールとはなり難いものと考えるときではないだろうか。それ故私は「領得の意思」の必要性を説く必要はないのではないかと考えるのであるが、然る時には次に不要説の適否如何が検討されねばならないであろう。殊に、一般に不要説を説くときには、不可罰的使用窃盗を認め得なくなるのではないか、即ち不要説は不可罰的使用窃盗の承認と論理的に矛盾するのではないかという疑念が生ずるのである。勿論、不要説の論者の中には使用窃盗を全く認めないか、若しくは極めて限定された範囲においてしか認めないという一般的傾向が存するのであり、そして例えば不要説に立ちながら、「可罰的な財物の窃取」に該当するか否かという観点から、然らざる場合に使用窃盗とする大塚教授の見解に対しても、占有の移転はあったのに「取得」がないというのはどういうことなのか、「取得」と「領得」とはどこが違うのか⁽¹³⁾という疑問に曝されざるを得ず、同説は重大な困惑に呻吟す

ることとなるのである。尤も、逆に必要説を採ったとしても、その内容の把握如何により使用窃盗を原則的に認めない見解もある訳で、⁽¹⁴⁾必要説は不可罰的使用窃盗の承認という論理的必然関係はないというべきであり、然も論者によりその内容に相当の差異を孕み、それ故判断者の主観的・恣意的空間を許容せしめることとなり、又、前述の如く理論的にも疑義ある「領得の意思」といった曖昧な主観的要件に頼る必要はないのではないか。従って、率直にこれを不要とし、使用窃盗として不処罰とさるべき場合を、個々具体的に検討し、窃盗としての犯罪の成立を阻却する一般的諸事由（例えば推定的承諾、可罰的違法性の不存在等）に還元する努力が必要であり、且つ又還元可能なものと考えられるべきであろう。

そこで、単なる使用窃盗として不処罰となるのは、元々「窃取」という概念に当たらない場合や、又、宮本博士が示唆されているように、使用窃盗を不可罰とするのは「損害が軽微であって刑法上の問題と為すに足りないから」⁽¹⁵⁾だとされているように、一応外形的に「窃取」という範疇に該当するとしても、損害の軽微性・質的不相当性の故に可罰的違法性なしとすべき場合があると考えられ、従っていわゆる使用窃盗の場合に、抑々本判決の如く不法領得の意思の存否といった観点から検討する必要があるのかどうかは問題である。

三 では、最後に補足的に不法領得の意思と領得罪及び毀棄・隠匿罪との区別との関連について概観してみよう。先づ判例等の立場即ち第一説は、例えば毀棄の目的で他人の財物の占有を取得した者がその目的である毀棄を為さなければ毀棄未遂となるにすぎず、結局犯人を処罰しえないことになり、⁽¹⁷⁾又その者がその後翻意してその財物を費消若しくは売却してしまったとするならば、奪取時には毀棄の意思があったとしても経済的利用の意思がないから窃取とはいえず、さりとて信任・委託関係で自己占有に帰したものではないので横領罪とはならず、結局かような場合は一

般に不可罰とせざるを得ないと批判されよう。尤もこれを継いで、小野・団藤博士の如く「所有権者のように振舞う意思」であるとして、物を経済的用法にしたがわずに廃棄することもできるから、放棄、破壊、隠匿だけの意思で盗み出す場合にも領得の意思を基礎付け得ることになり、従って上述の事例は救済されることになったが、反面、窃盗を毀棄から区別するためには領得の意思といった主観的要素でなく、他人所持を自己所持に移すという客観的行為態様で足ることとなり、両者間の区別を極めて曖昧なものとしてしまうのであり、⁽¹⁸⁾ 損壊罪は相手が持っている物をその場で叩き落してこわすような場合に限られてしまい、又、占有の取得を一般に必要な隠匿罪は、成立しえないことになろうという批判が可能である。更に、「経済的用法に従って利用する意思」とする第三説の立場も前述の批判が一般に妥当し、この点において独立の意味をもち得ないであろう。⁽²⁰⁾ 従って、領得罪と毀棄・隠匿罪との区別という点についても領得の意思を必要とすべき根拠はないというべきであろう。

なお、更に領得罪と毀棄・隠匿罪との本質的差異といった点からも、領得意思の要否について最後に少し考えてみたい。領得意思の必要説からすれば、毀棄のために他人の占有を奪った場合と窃盗罪とを区別するものは領得の意思をおいて他にはないとされ、領得罪と毀棄・隠匿罪との法定刑の大きな差が設けられる理由は窃盗罪が「不法領得の意思」をもって犯されるから、毀棄の意思による毀棄罪より重く非難されるのだと説かれる。例えば、窃盗罪が頻繁に犯されるのはそれが他人の財物に対する経済的利益を取得する犯罪たるが故であり、刑事政策上領得意思に基づく財物の占有の侵害を重く罰することによって、その予防を計ろうとしている、とか、窃盗は労力に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貨の奪取は、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、とするのがそれである。

これに対しては、「窃盗罪が毀棄罪よりも重く罰せられるのは、単に両者の主観的要件の相違のみによるものではなく、むしろ、それぞれの行為形態のもつ法的意味の差異に由来する」といべきである。すなわち、窃盗罪は、財物の占有を侵害し、これを自己または第三者の占有に移転することによって、その背後にある財産秩序全体の基礎をあくやうくするおそれのある行為を内容とするものであるから単に財物それじたいを損壊・放棄するなどの行為を内容とするにすぎない毀棄罪よりも、財産罪としてより重い刑法的評価をうけるのだと解すべきである。⁽²¹⁾かくして、領得罪が毀棄・隠匿罪等から区別され、而もそれらの間の法定刑に格段の差が存するのは、単に「不法領得の意思」といった主観的要件の存否に依存するのではなく、領得罪一般は常に「被害者の個々の財産侵害」のみならず、「財産秩序の侵害」でもあるという、二重の法益侵害性が看取されうるが故であると解すべきであろう。⁽²²⁾

四 以上、筆者は「不法領得の意思」の不要説の立場から若干の論及をなした。この観点から本判決を評するならば、本判決は不法領得の意思の存否という観点から大略三点に亘り詳細に検討している訳であるが、むしろこれらの点は「領得意思」の不存在を証明するためではなく、端的にかの使用窃盗の輕微性、不可罰性を論証するためになされるべきでなかったか。従って、本件自転車の無断借用が不法領得の意思の不存在という迂路を巡って、以って窃盗罪の不成立となすのではなく、直截にその損害の輕微性の故に窃盗としての可罰的違法性を欠くものとして不処罰となすべきではなかったか。尤も本判決が窃盗罪の成立を否定したという点は妥当なものと考えられよう。

- (1) 学説としては、滝川幸辰「刑法各論」(昭和二六年)一三三頁、柏木「刑法各論」四二四頁。
- (2) 柏木・前掲書四二四～四二五頁。
- (3) 小野「新訂刑法講義各論」(昭和二四年)二三六頁、団藤「刑法綱要各論」(昭和三九年)四五四頁。
- (4) 宮本「刑法大綱各論」(昭和九年)三三五頁以下、江家「刑法各論」(昭和三八年)二七〇頁。

- (5) 牧野「刑法各論（下）」（昭和二六年）五八三頁以下、木村（亀）「刑法各論」（昭和三年）一一三頁。
- (6) 大塚「不法領得の意思」（刑法講座6）（昭和三九年）三四頁以下、中「刑法各論」（昭和五〇年）一三七頁、内田「論争刑法」（昭和五一年）二五九頁以下、中山「口述刑法各論」（昭和五〇年）一四八頁。（尤も、中山教授の立論は他の論者と
その趣旨を若干異にしている。）
- (7) 団藤「注釈刑法六卷」五二頁以下参照。
- (8) 村崎「自動車の一時使用と不正領得の意思」（刑法判例百選Ⅱ各論）一四七頁参照。
- (9) 団藤・前掲注釈・四九頁。
- (10) 中「不法領得の意思」（綜合法学四二号）六二頁、同・各論・一三七頁。
- (11) 団藤・各論・四五四頁、同・注釈・五四頁。
- (12) 中山・前掲書・一四六頁。
- (13) 中山・前掲書・一四六頁。
- (14) 江家・前掲書・二七〇頁以下及び二七六頁等。
- (15) 宮本・前掲書・三五三頁。
- (16) 近時の判例として、東京の親会社に賃上げの要求のため示威手段として会社の車を相当期間、長距離に亘って運行した事
例（大阪高裁五〇・一〇・一七判タ三三五・三四七）や、刑務所に再入所を希望してバッグをもち出し、その足で派出所に
出頭して自首した事例（広島地判昭五〇・六・二四刑裁月報七・六・六九二）などは、質的不相当性によって可罰的違法性
が欠如する場合と解すべきではないか。
- (17) 木村・前掲書一一四、一一五頁。
- (18) 大塚・前掲書・四六頁、中・各論・一三七頁。
- (19) 平野・法七二二一号二二二頁参照。
- (20) 大塚・前掲書・四六頁。
- (21) 大塚・前掲書・四七頁。
- (22) 前野「論争刑法」二九二頁。尤も、前野教授はわれわれとは逆に、この点をもって領得意思の必要説の一根拠とされている。