

最終講義

「不法領得の意思について」

山口大学教授 安里全勝

1. はじめに

皆さんこんにちは。本日は私の最終講義に、先生方、職員の皆様を始め、大学院生、ゼミの卒業生、そして、受講生等多数出席頂きまして有り難うございます。また、只今は学部長より過分なご紹介を頂きまして恐縮に存じております。誠に有り難うございました。

さて、只今御紹介頂きましたように、私は、2005(平成17)年に山口大学経済学部経済法学科に教授として赴任しまして5年が経ちました。私が赴任したのは奇しくも経済学部創設100周年の年でした。ところで、私が申し上げるまでもなく、山口大学は長い歴史を持ちます。その沿革を見ますと、1815(文化12)年創立の『山口講堂』にその淵源を求める事ができます。また、経済学部は幾つかの名称を経て、1905(明治38)年4月に『山口高等商業学校』が創設され、その後、1944(昭和19)年4月に『山口経済専門学校』となりました。そしてその後、戦後の学制改革によって『山口大学経済学部』となりました。後、5年もしますと、山口大学は創立200周年を迎えます。わが国の大学でも3番目に長い歴史を持つ大学であるとのこととでございます。また経済学部の特徴を挙げますと幾つかあると思いますが、学科の特徴の一つとして、私の所属します経済法学科を挙げる事ができるでありましょう。それは、本学科の卒業生は法学士の称号を授与されるということとあります。そのことは、法学と経済学を同時に勉強するということとあります。学生の皆さんはどうぞそのことを大事にして頂きたいと思えます。只今お話をさせて頂きましたように、経済学部は長い歴史を持ち、伝統に生まれ、また幾多の人材を輩出してきました。このような輝かしい歴史と伝統を持ちます経済学

部に赴任し、定年に伴う最終講義を行う事が出来ます事を誠に有り難く存じております。本日は、山口大学経済学部にて御礼を申し上げつつ最終講義をさせて頂きたいと思っております。

さて、本日の講義のテーマは「不法領得の意思について」であります。講義の資料としまして、私が以前に執筆しました論文「不法領得の意思」を配布させて頂きました。これは、現代法律出版の『現代刑事法』（12号）（平成12年）に掲載したのですが、これをコピーしまして配布させて頂きました。この資料を観ながら講義を進めさせて頂きたいと思います。どうぞ宜しくお願い致します。

ところで、私事をいうのもなんですが、私は29歳で大学の教員になりまして、33年が経ちました。その間自分なりに研究をしてきましたが、研究生生活に入って最初に取り組んだテーマが財産犯であります。それで本日のテーマも財産犯の基本的なテーマであります「不法領得の意思」について話をしようと思うわけであります。講義の進め方としまして、重要な事項等は板書をしていきたいと思えます。また、皆様途中で質問等があれば遠慮なくその都度質問をして頂きたいと思えます。それでは、講義を進めさせて頂きます。

2 窃盗罪の保護法益と不法領得の意思の要否

財産犯は刑法典の235条以下に規定します犯罪類型を言いますが、財産犯は領得罪と毀棄罪に大きく分けられます。領得罪と申すのは、他人の財産を不法に領得するという犯罪です。これに対し、毀棄罪と申すのは、他人の財産を毀棄（損壊）する犯罪です。この毀棄と申すのは、財産（財物）を毀棄（損壊）する犯罪です。刑法第258条の公用文書等毀棄罪、259条の私用文書等毀棄罪、260条の建造物等損壊及び同致死傷罪、261条の器物損壊罪、262条の2の境界損壊罪、263条の信書隠匿罪をいいます。これらの毀棄罪は財物を毀棄即ち損壊する行為ですが、毀棄とは何か、即ち毀棄概念をどのように解するかにつき学説が対立します。通説・判例は、毀棄とは物の効用を侵害することであると解します。これを効用侵害説と申す。これ

に対し、毀棄とは物理的に財物を損壊する事であると解する立場も主張されます。この立場は有形力説といいます。ところで、通説・判例の考えに立ちますと、毀棄とは、必ずしも財物を物理的に損壊することではなく、その効用を侵害すれば良いということになります。従いまして、労働運動などにおいて、労働者の皆さんが会社の建物にビラを多数貼りますと、その建物を物理的に損壊しなくても、その建物の効用を侵害したということで建造物損壊罪、または器物損壊罪が成立する場合があります。この効用侵害は、建物が例えば博物館、または美術館といいますように美観を重んずる建物であればあるほど効用侵害の程度は軽くて良いということになるでありましょう。ビラ貼りとは建造物損壊罪、器物損壊罪についての事案・判例は多数ありますが、時間的な関係もありますので、ここではこれらの事案・判例については観る事は致しません。ただ一言申しますと、判例はこれらの犯罪の成立を肯定する判例と否定する判例があります。

それでは、領得罪について話をすることにしましょう。領得罪は他人の財産を不法に領得するという犯罪ですが、この領得の意思が、「不法領得の意思」ということになります。また、領得罪は、窃盗罪、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪、背任罪（部分的には毀棄の場合も含む）、横領罪等からなりますが、これらの犯罪も、行為態様によって分けられます。即ち、窃盗罪、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪等は他人の占有を侵害する犯罪であり、そこから奪取罪といわれます。背任罪（部分的には毀棄の場合も含む）、横領罪は自己が占有する、または他人の為に事務を処理する者が、自己または他人の為に利益を得る場合です。これらの犯罪は行為態様（手段・方法）の違いによって、犯罪類型が違うという事になります。

ところで、犯罪は、成立要件があります。我々は日頃犯罪という言葉を使いますが、そこには犯罪というための要件があるということになります。犯罪成立の第一要件は、通説の立場に立ちますと、構成要件該当性であります。これは、犯罪は刑法で犯罪行為として規定された行為に該当する事であります。第二は、違法性であります。即ち、違法性を備えた行為ということ

になります。第三は、責任であります。これは、責任があることであり、有責性といわれます。構成要件は、違法類型又は責任類型といわれ、違法行為、有責行為を規定しております。ですから、構成要件に該当する行為は通常違法であるということになります。しかし、正当防衛（刑法第35条）のように違法性が阻却される場合は犯罪は成立しません。そこで、違法性が犯罪成立の第二の要件としてあるのです。また、違法であっても、行為者を非難することができない場合は責任を問う事が出来ません。そこで責任が犯罪成立の第三の要件として必要となります。行為者を非難できなければ刑罰を科すことはできません。これを責任主義といいます。行為者を非難することが出来るのは、行為時に責任が存在していることが必要であります。これを「行為と責任の同時存在の原則」といいます。これは、刑法学の重要なテーマでもあります「原因において自由な行為」の問題をどのように解決するかということと関連します。時間的な関係もありますのでここではこのことについてはお話しませんが、犯罪はこのように成立要件があるということです。しかし、ここで大事なことは、犯罪は行為であるということです。行為でないものは犯罪とはなりません。このことが大事であります。従いまして、犯罪の成立要件を、(1) 行為、構成要件、違法、責任と捉える見解、また、(2) 行為、違法（不法）、責任とする見解があります。これらの見解は、犯罪は行為であるということを前提として犯罪の成立要件を捉えるということになります。通説においては、構成要件に該当する行為が重要であるということになります。そこから、犯罪の成立要件を「構成要件に該当する違法、有責な行為」と捉えます。

ところで、只今は犯罪の成立要件について話をしましたが、犯罪は具体的にみますと、客観的要件（要素）と、主観的要件（要素）に分けて観る事が出来ます。客観的要件とは、行為（犯罪行為）、客体（犯罪の客体、即ち、犯罪の対象）等であります。これに対し、主観的要件とは、主観的な要素であります。これは、故意・過失、または、主観的違法要素、責任要素といわれるものであります。例えば、殺人罪（刑法第199条）と過失致死罪（刑法

第210条) を考えてみることにしましょう。殺人罪は故意犯であり、過失致死罪は過失犯です。同じ人の死という結果が発生しても故意か、過失かで責任非難に違いが出てくることになります。従いまして、犯罪は客観的な行為だけからは区別できない場合があります、主観的な要素が犯罪の区別に必要となります。

ところで、また考えなければなりませんのは、主観的な要素として只今話しました主観的違法要素であります。これは、故意・過失を超える主観的超過要素であり、特殊的主観的要素といわれるものです。例えば、通貨を偽造して行使する場合があります。この場合は、通貨を偽造するという故意だけではなく、「行使の目的」が必要となります。この「行使の目的」が特殊的主観的要素といわれるものです。ところで、この特殊的主観的要素を犯罪論体系上、違法要素と捉えるか、責任要素として捉えるかについて見解の違いがあります。ここでは時間的な関係でこの問題を詳しく話す事はできませんが、私は、責任要素として捉えたほうが妥当だと思っております。因に、故意・過失は一般的主観的要素ですが、これが主観的違法要素か、責任要素かで問題となります。

実は、本日の講義の主要テーマであります、窃盗罪の成立に不法領得の意思が必要かという問題は、主観的要素の問題なのであります。窃盗罪(刑法第235条)は故意犯であります。窃盗罪は「他人の財物」を窃取する犯罪です。ここでは、他人の財物を窃取するという認識があれば故意があるということになります。故意があり、そして財物を奪取(占有侵害)すれば、即ち、奪取した財物を自己又は第三者の支配内に移せば形式的に犯罪は成立します。しかし、ここで問題となるのは、故意の外に「不法領得の意思」が必要かということでもあります。どうして不法領得の意思が必要かということが問題となるのでしょうか。これは、窃盗罪の保護法益をどのように解するかということと不可分の関係にあります。

窃盗罪(奪取罪)の保護法益については、①所有権説(本権説)、②所持説(占有説)、③平穩占有説が主張されております。本権説は、窃盗罪にお

いては所有権又はその他の本権（占有の本となる権利）が保護されるとし、占有説は、所持（占有自体）が保護されるとし、平穩占有説は、平穩な占有が保護されるというものです。本権説に立ちますと基本的に窃盗罪の成立に不法領得の意思を必要とします。どうしてかといいますと、窃盗罪は所有権（本権）を保護すると解するからであります。即ち、故意の外に、所有権を侵害する意思が必要ということになるからであります。この所有権を侵害する意思が不法領得の意思ということになります。これに対し、占有説は、窃盗罪においては占有が保護されるということになりますから、主観的要素として故意があればよいということになります。窃盗罪の保護法益と不法領得の意思との関係はこのように捉えられますが、現在論者においては、本権説に立てば領得意思必要説、占有説に立てば領得意思不要説という図式は必ずしも採られていないといえましようか。しかし、この図式は理論的に必要であると思います。ところで、窃盗罪の保護法益について触れましたが、これは「占有の保護範囲」をどこまで認めるかという問題であります。所有権説は、法的に保護された占有が保護されるべきであるとし、占有説は、占有自体が保護されるとし、平穩占有説は、平穩な占有が保護されるとします。この解釈の違いは基本的に本権説と占有説の対立ですが、両説は旧刑法の窃盗罪規定と、現行刑法の窃盗罪規定の関係についての解釈において違いをもたらします。従いまして、どの説も解釈論においては成り立ちえるといえます。しかし、具体的事例の解決において妥当な結論を導きえるかが問題といえましよう。具体的事例としまして、①権利者が窃盗犯人から自己の財物を取り戻す場合、②窃盗犯人の占有する財物を第3者が窃取した場合、③禁制品（例えば、麻薬、ピストル等）を窃取した場合、これらにおいて窃盗罪が成立するかが問題となります。この事例を理論的にどのように解決するかが重要といえます。時間的な都合でここではこれ以上お話しませんが、私は本権説からの解決が妥当であると解しております。

3 不法領得の意思についての判例の定義

以上において窃盗罪の成立に不法領得の意思が必要か否かを観てきましたが、必要説が妥当であると解します。それでは、不法領得の意思の内容をどのように捉えるべきかが問題となりますが、これについても見解が対立します。また、不法領得の意思の問題は、④毀棄・隠匿の目的で財物を奪取した場合に窃盗罪が成立するか、⑥使用窃盗の可罰性の有無という具体的事例に分けて観る事ができます。そこで、それぞれの事例を観ながら領得意思の内容を観ることにしましょう。

その前に、判例が不法領得意思の内容をどのように解しているかを観ることにしましょう。大審院大正4年5月21日判決は、小学校教員が校長の処置に不満を懐き、重大な責めを同人に嫁してその地位を失脚させようと図り、同校長が管掌する教育勅語謄本、戊申詔書謄本、文部大臣訓示の3点を白紙に包容して、自己の受持教室の天井裏に隠匿したという事案について、不法領得の意思とは「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方ニ従ヒ之ヲ利用若クハ処分スルノ意思」としました。これは、不法領得の意思の内容を定義付けたものとして、判例の基本的な立場としてあります。また、学説も、領得意思の内容につき、この判例の立場を妥当とする見解があります。しかし、他方、本定義の前半部分を強調する見解、または、後半部分を強調する見解があります。ところで、この判例の領得意思の定義は、毀棄・隠匿罪と窃盗罪を区別するものとしてなされました。本事案においては、窃盗罪は否定されました。即ち、毀棄・隠匿意思と、不法領得の意思は違うという事を示しました。ここに本判例の意義があるといえますが、また、旧刑法下における学説も窃盗罪は主観的要件として領得の意思が必要であるとするものの、その内容については明確にしておりませんでした。本判例が領得意思の内容を明確に述べたという事になります。その意味で本判例が重要な判例としてあるということになります。しかし、本判例は、使用窃盗の場合の解決にも妥当するかという問題があります。具体的事例④毀棄・隠匿罪と窃盗罪の区別、⑥使用窃盗の可罰性の有無、を妥当に解決するために領

得意思の内容をどのように定義付けるかが重要となります。この具体的事例を検討しながらそのことを観ることにしましょう。

4 不法領得の意思の内容の検討

不法領得の意思の内容につき、学説は、①権利者を排除し他人の財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する見解、②権利者を排除して所有権の内容を行使すること、及び、財物につきみずから所有者としてふるまう意思とする見解、③経済的支配の意思、または、財物をその経済的用法に従い利用もしくは処分する意思とする見解があります。これらの見解が具体的事例の解決をどのように導くかが重要となります。

①の見解は、大判大正4年5月21日判決と同じ見解に立ちますが、具体的事例④の場合、毀棄・隠匿と窃盗罪がよく区別される反面、⑤の場合は、権利者の排除を強調するために、本来窃盗罪として罰せられるべきものまで、不可罰的な使用窃盗の領域に追いやられるという結果になる。したがって、窃盗罪の成立範囲を制限しすぎるということになり妥当でない。

また、②の見解からは、具体的事例④の場合、毀棄・隠匿も所有権行使の一態様であり、毀棄・隠匿の目的で行為した場合にも他人の物を自分の物とする意思はあったのであるから、窃盗罪が成立するということになります。しかし、この場合窃盗罪の成立を肯定すると、領得行為の場合に比較して余りにも責任が重くなるということになります。また、窃盗罪と毀棄罪の法定刑の差異を説明できず、さらに、器物損壊罪は、財物の占有を奪わずに損壊した場合にしか認められない等の不合理な解釈になります。⑥の場合は、権利者を排除する意思、即ち、所有者としてふるまう意思がないので可罰性を否定することになります。しかし、本見解を貫徹すれば、一時使用の場合、使用者はその使用中ある程度の自由があるから、結果的に、みずから所有者としてふるまう意思であるということになり、この場合、可罰性を肯定するという可能性も出てきます。本見解も妥当でないといえましょう。また、本見解を徹底しますと、領得意思不要説と同じ結論になります。

③の見解からは、具体的事例④の場合は、毀棄・隠匿罪のみが成立し、窃盗罪は成立しないということになります。本見解が④の場合に窃盗罪の成立を否定するのは妥当であります。また、⑤の場合、本見解からは、ごく軽微なものを除いては一般的に窃盗罪が成立するという結果になります。その理由は、一時的にせよ他人の物を使用して利得する意思があるからであります。この点が検討されなければなりません。しかし、この場合は、受忍できる範囲であれば可罰的違法性がないとして、窃盗罪の成立を制限することができます。したがって、可罰性をひろく肯定することにはなりません。その結果、必要説にあっても、経済的用法の利用・処分を本質的な要素とする本見解が妥当であるといえます。なお、本見解は、⑤の場合に原則として窃盗罪の成立を肯定することになりますが、①の見解において、具体的事例⑥の場合に、権利者排除の程度によって窃盗罪の成立を肯定する可能性がでてきますが、そうなれば①と③の見解は実質的に同じだということになります。

5 不法領得の意思の犯罪論体系上の位置

ところで、不法領得の意思を、犯罪論体系上どこに位置づけるかという重要な問題があります。そのことについて話をすることにしましょう。

これについては、主観的違法要素とする見解と、責任要素とする見解がありますが、問題の解決は主観的要素である不法領得の意思が客観的な外部的行為とどのように関連するかにあります。占有侵害という客観的・外部的行為は他人の財産を侵害するという認識にもとづくものであります。この場合、不法領得の意思が存在しなくても他人の財産を侵害するという客観的行為に変わりはありません。したがって、他人の財産という法益を侵害する行為に直接対応するのは占有侵害についての故意だということになります。この場合、財産を侵害することによって、違法性が認定されることになります。したがって、不法領得の意思が肯定されるが故に違法性が認定されるということにはなりません。そこから、不法領得の意思が違法性に影響を与えるものでない以上、それを違法要素と解することには疑問があります。不法領得の

意思是、責任要素として位置づけた方が妥当であるといえます。

思いますに、法益侵害又はその危険を惹起する行為は、客観的・外部的なものでなければならず、主観的な不法領得の意思は客観的外部的事実として判断できるものではないので、構成要件及び違法の分野から捉えるべきではなく、責任要素と解すべきである。また、そのように解することによって、責任非難において利欲犯としての窃盗罪の法定刑が毀棄・隠匿罪の法定刑より重いという説明も十分になしえるといえます。

6 むすび

以上、不法領得の意思について話をしてきましたが、当該問題については数多くの判例がありますし、その判例の分析も重要であります。また、学説の当否もまだまだ詳細な分析を必要とします。これらについては、限られた時間での話では到底全てを考察する事はできません。ただ一言申し上げさせて頂きますと、本日配布させて頂きました資料に私なりの詳細な検討がしております。それで、今日お配りさせて頂きました資料を観て頂きまして、今後、皆さんが機会あるごとに当該問題について関心をもって頂ければと思います。そして、自分なりに考えて頂ければと存じます。その際に、今日の私の話を思い出して下さいれば幸甚に存じます。私の話は限られた時間での話ではありましたが、不法領得の意思の問題について、問題点を指摘しその解決について話したつもりでございます。何らかの参考になりましたら幸いです。

これまでの大学教員生活をふり返りますと種々の事が思い出されますが、私の学生時代は大学にとって激動の時代でした。そのような中で、自分なりに学究生活を目指し、今日を迎えることが出来た事を有り難く思っております。そのことを思いますと、長い間ご指導頂いた先生方のお蔭であります。そのことに先ずは御礼申し上げたいと思います。特に、恩師、岡山大学名誉教授、神山敏雄先生に厚く御礼申し上げたいと思います。私は、沖縄大学で神山先生のご指導を頂きましてから今日まで変わらぬご指導を賜ってお

ります。今後少しでも努力をしまして、その学恩に報いたいと思っております。また大学院で御指導頂きました、木村亀二先生、馬屋原成男先生、鴨良弼先生、福田平先生、阿部純二先生にも厚く御礼申し上げたいと存じます。また、私事で恐縮ですが、長い間支えてくれた家族にもお礼を言いたと思います。

最後に、山口大学、山口大学経済学部の一層のご発展と皆様の益々のご活躍をお祈り致しまして、最終講義を終えさせていただきます。ご清聴有り難うございました。

(2010〔平成22〕年1月21日)