

# 窃盗罪における権利者排除意思

東北大学大学院法学研究科准教授 松本 圭史

- I はじめに
- II 権利者排除意思の基礎的理解
- III 典型事例の分析・検討
  - 1 返還意思
  - 2 財物またはその価値を毀損する意思
  - 3 使用の時期や時間
  - 4 刑務所に入る目的での財物の窃取
  - 5 小括
- IV 特殊事例の分析・検討
  - 1 詐欺目的での財物の窃取
  - 2 複製目的でのマイクロフィルムの持ち出し
  - 3 代金支払前の商品の費消
  - 4 小括
- V 利用条件違反と権利者排除意思
  - 1 財物の自由な利用・処分と利用条件違反
  - 2 被害者の設定した利用条件の要保護性
  - 3 条件違反の観点から基礎づけられる窃取性と権利者排除意思の関係
- VI 排他性侵害による「利用」の妨害
- VII おわりに

## I はじめに

判例・通説によれば、窃盗罪の成立には「権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」<sup>(1)</sup>と定義される不法領得の意思が必要であり、このうち特に前半部分を構成する「権利者排除意思」

の有無により、占有侵害を伴う不可罰の一時使用（使用窃盗）と可罰的な一時使用が区別される。すなわち、他人の財物を窃取した場合であっても、それがその財物を一時的に使用する目的で行われた場合には不可罰の余地があり<sup>(2)</sup>、そこで不可罰とされるのは権利者排除意思が欠けるためであるとされてきた。

窃盗罪における権利者排除意思を

(1) 最判昭和26年7月13日刑集5巻8号1437頁。また、大判大正4年5月21日刑録21輯663頁も参照。

(2) 大判大正9年2月4日刑録26輯26頁は、「刑法第二百三十五條ノ竊盜罪ノ成立ニハ他人ノ財物ニ付キ不正領得ノ意思ヲ以テ其所持ヲ侵シテ之ヲ自己ノ所持ニ移スコトヲ必要トスルカ故ニ單ニ一時使用ノ爲メニ之ヲ自己ノ所持ニ移スカ如キハ竊盜罪ヲ構成セサルモノ」とする。

めぐっては、理論的検討が伝統的に行われるとともに、豊富に存在する裁判例に対する分析も積み重ねられてきたことから、その理論的な位置づけや典型的な一時使用の事例における判断枠組みについては概ね意見の一致をみている。他方で、そうした判断枠組みからは権利者排除意思を認めることが困難であるにもかかわらず権利者排除意思が認められた裁判例については、意見の一致がみられず、そこで権利者排除意思が認められた理論的根拠も十分に明らかにされていないことから、なおも検討を要する点が残されているといえる。また、近時、これまで十分に検討されてこなかった観点から権利者排除意思の有無が問題となった裁判例が登場するとともに、学説においても新たな展開がみられることから、窃盗罪における権利者排除意思の問題を検討するにあたっては、これらについても分析を行う必要があると考えられる。

以上の問題意識から、本稿では、近時の裁判例や学説も検討対象としながら、特にこれまで権利者排除意思を認めることが困難であるとの指摘がなされてきた裁判例の理論的基礎づけを目的として、窃盗罪における権利者排除意思の問題について検討を加える。

## II 権利者排除意思の基礎的理解

従来の議論において明らかにされてきた内容と異なるものではないが、

具体的な検討に入る前に、まず、本稿が前提とする権利者排除意思の基礎的理解を明らかにしておきたい。

例えば、他人の財物をその者が利用しない間に短時間だけ持ち出して使用した後にそのままの状態でも返却した場合、形式的には「他人の財物を窃取した」場合に当たるとしても、なお使用窃盗として不可罰となりうると考えられているが、その根拠は、被害者による財物の現実の利用を妨げておらず、窃盗罪によって保護される財物の「利用可能性」<sup>(3)</sup>が害されていないという点に求められる。もっとも、窃盗罪は財物の占有移転が認められた時点で既遂に達することから、利用可能性が害されなかったという窃盗既遂後にはじめて明らかとなる事情を窃盗罪の成否を判断する際に直接的に考慮することはできない。そこで、こうした問題を回避しながら同様の帰結を導くために要求されているのが権利者排除意思である。つまり、窃取行為の時点で、行為者による財物の利用予定も踏まえて窃盗罪を成立させるべき程度の利用可能性の侵害を生じさせる危険がないといえる場合には、権利者排除意思が欠けるために窃盗罪の成立が否定されることになる。

このように権利者排除意思の観点から使用窃盗の不可罰性を基礎づける場合、窃盗罪は、占有との関係では侵害犯の側面を有する一方で、財物の利用可能性との関係では危険犯の側面を有することになる。占有が侵害された場合、原則としてそれに付随して利用可能性に対する危険が

<sup>(3)</sup> 松原芳博『刑法各論〔第3版〕』（日本評論社、2024年）197頁は、窃盗罪においては財物の「直接的な利用可能性」が保護されるとする。

生じると考えられるが<sup>(4)</sup>、占有侵害を伴う財物の一時使用について不可罰の余地を認める限り、そこからさらに行為者による財物の利用予定も踏まえて危険性の程度を問題とする必要がある。すなわち、窃盗罪の成立を認めるためには、財物の利用可能性に対する可罰的な程度の危険が必要となる。このように、権利者排除意思は、窃盗罪の故意に解消されない行為者の主観的な利用予定も踏まえながら、利用可能性に対する危険性の程度という意味での可罰的違法性を判断することを内容とする点で、主観的違法要素として位置づけられることになる<sup>(5)</sup>。

また、権利者排除意思の基礎的理解に関して、近時の裁判例<sup>(6)</sup>は、「不法領得の意思は、財物の占有が移転した時点において必要とされるところ、権利者排除意思は、その行為が窃盗罪として可罰的な程度の違法性を有しているかを判断するために、行為者がその後予定する当該財物の利用の程度、すなわち被害者の利用妨害の程度が窃盗罪として可罰的な程度に至っているかどうか、という観点から判断すべきものである。」と判示しており、以上のような学説上の理解は、実務においても前提とされているものと考えられる。

以上の理解を前提に、以下では、まず、権利者排除意思の存否に関して比較的争いが少なく、一時使用の典型的な事例として取り扱われてきた裁判例(以下、「典型事例」とする)について分析・検討を加えることで、どのような考慮要素から、いかなる意味で被害者の利用を妨げる危険があるといえる場合に典型的に権利者排除意思が認められるとされてきたのかを明らかにする。

### III 典型事例の分析・検討

#### 1 返還意思

典型事例に関してまず問題とされてきたのが、返還意思の有無である。判例<sup>(7)</sup>においては、乗り捨てる意思で乗り物を窃取した場合には窃盗罪が成立するとされてきたが、これは返還意思がない場合には権利者排除意思が認められることを意味する。なぜなら一時的に使用する目的であったとしても、使用後に返還することなく放棄する意思である場合には、少なくとも長時間・長期間にわたって被害者の手元に財物が戻らないことで被害者による現実の利用が妨げられる危険性が高いという点で、長時間利用する場合や財物が返還され

(4) 例えば、齊藤豊治「不法領得の意思」中山研一ほか編『現代刑法講座第4巻 刑法各論の諸問題』(成文堂、1982年)245-6頁は、占有侵害によって所有権侵害の危険の発生が法律上擬制されるわけではないため、「窃盗罪は、所有権侵害の抽象的危険犯ではなく、一種の具体的危険犯である」が、「占有の侵害があれば、例外的な事情がないかぎり、所有権の高度の危険化を生じるという点では、抽象的危険犯に近い性格を有する。」とする。

(5) こうした理解については、中森喜彦「不法領得の意思」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開——各論』(日本評論社、1996年)179頁以下、山口厚「不法領得の意思」同『問題探究 刑法各論』(有斐閣、1999年)117頁以下、佐伯仁志「不法領得の意思」法学教室366号(2011年)79頁、橋爪隆「窃盗罪における不法領得の意思について」同『刑法各論の悩みどころ』(有斐閣、2022年)155頁など参照。

(6) 名古屋高判令和3年12月14日高刑速(令3)501頁。

(7) 前掲大判大正9年2月4日、前掲最判昭和26年7月13日など。

ない通常の窃盗の場合と異ならないといえるからである<sup>(8)</sup>。そのため、返還意思が存在することは、権利者排除意思の観点から窃盗罪の成立を否定するための必要条件となると考えられる<sup>(9)</sup>。

もっとも、返還意思の内容や判断方法については、より具体的な検討を要する。まず、返還意思は未必的なものでは足りず、被害者のもとに相当程度「確実に」返還する意思でなければならないだろう<sup>(10)</sup>。なぜなら、返還が不確実である場合、被害者による現実の利用を妨げる可罰的な程度の危険がないとはいえないからである。東京高判昭和 50 年 5 月 15 日東高刑時報 26 卷 5 号 97 頁は、金員騙取の手段として利用するために保険証等を窃取した後、その一部を被害者のもとに返却したが、他のものについては、金融機関の窓口等に置き去りにした結果、その機関から間接的に被害者のもとに返還されたものもある一方で、相当数が返還されなかった事案について、「被告人に、……後日何らかの方法で所有者に返還する意思があったとしても（しかし、確実に返還する意思と見

込みがあったとは到底認められない）、不法領得の意思があったと認定するに妨げはない」と判示して窃盗罪の成立を肯定しているが、ここでは、意を通じていない第三者が財物を被害者の元へ返還することを単に期待していたにすぎないことから、確実な返還意思が欠けると判断されたと考えられる。

また、確実な返還意思が認められない他の類型として、犯罪の手段として利用する目的で乗り物を窃取する場合を挙げることができる。例えば、最決昭和 43 年 9 月 17 日判時 534 号 85 頁は、他人所有の自動車を無断で窃盗品の運搬に使用し、あるいは、その目的をもって相当長時間にわたって乗り回した後に元の場所へ返還した事案について窃盗罪の成立を認めた原判決<sup>(11)</sup>を是認したが、原判決においては、「被告人らが右各自動車を窃盗の目的に使用している以上、犯行が発覚した場合には、元の位置に戻すことは考えられないのみならず、当然これを逃走の用に供し、またはこれをいずれかに放置する意思であったことは明らかである。」ことが指摘されている。また、高松高判

(8) 中森・前掲注(5)180 頁参照。

(9) 河上和雄「窃盗罪における不法領得の意思」捜査研究 26 卷 8 号 (1977 年) 25 頁。また、平野龍一「刑法各論の諸問題 8」法学セミナー 211 号 (1973 年) 131 頁は、「使用後、放棄する意思の場合は、もとの占有者が容易に発見、回復できる場所である場合以外は、不法領得の意思があるといつてよい。」とする。この点については、八木國之「判批 (最判昭和 26 年 7 月 13 日刑集 5 卷 8 号 1437 頁)」我妻栄編『続判例百選 [第 2 版]』(有斐閣、1965 年) 149 頁も参照。

(10) 例えば、神戸簡判昭和 34 年 12 月 8 日下刑集 1 卷 12 号 2596 頁は、無断使用が不可罰たるためには、「返還の意思をもってするきわめて短期間の使用であつて、その物が被害者の許に容易にかつ安全確実に返還され得るような場合に限られ、しかも、使用それ自体が著しくその物の価値の消費を伴うことなく、通常その物の権利者としてこれを認容できる程度の使用にして、かつ、そのことが公序良俗に反しないと認められるような場合でなくてはならないものと解され」と判示しており、権利者排除意思の具体的な判断要素の 1 つとして「確実に返還され得る」ことに言及している。

(11) 大阪高判昭和 42 年 10 月 5 日公刊物未搭載 (詳細については、臼井滋夫「赃物運搬のための自動車の無断使用と使用窃盗」同ほか『刑法判例研究 III』(大学書房、1975 年) 592-3 頁参照)。

昭和 61 年 7 月 9 日判時 1209 号 143 頁は、金融機関への強盗を行う際に犯行が発覚するのを避ける目的で、約 30 分間（走行距離約 15km）、他人の自動車を無断で使用して元の場所へ返還した事案について、窃盗罪の成立を認めるにあたって、「被告人が本件自動車を元の駐車場に戻すことは、更に逃走に使用する自己の車を同駐車場に置いている結果に過ぎず、その返還意思というのも、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というものではなく、返還自体を重要視しているものでないから、本件犯行途中に不測の事態が起れば、本件自動車を放置して逃走することが十分予想され、被告人の意図どおり確実に元の場所に返還されるとは限らなかったと考えられる」ことを指摘している。犯罪の手段として利用する目的は、それ自体が財物の利用可能性を左右するものではないため権利者排除意思の判断において直接的に考慮することはできないが、これらの裁判例は、犯罪の手段として利用する場合には不測の事態が生じて乗り捨てる可能性や逮捕されるなどして予定通りに返還できなくなる可能性を否定することができないという点から、確実な返還意思が欠けることを基礎づける要素としてこれを考慮したものと考えられる<sup>(12)</sup>。

## 2 財物またはその価値を毀損する意思

このように、返還意思を欠く場合には原則として権利者排除意思が認められるとしても、返還意思の存在はあくまで権利者排除意思を否定するための必要条件にすぎないため、判例においては、返還意思が認められる場合であっても他の観点から権利者排除意思が広く認められている。そのような場合としてまず挙げられるのは、客体となる財物あるいはその価値を毀損する意思が認められる場合である。最決昭和 35 年 9 月 9 日刑集 14 卷 11 号 1457 頁は、木材を繋ぎ留めて流失を防ぐ目的で付近の柱に巻きつけてあった他人所有の電線を切断して使用した事案について、窃盗罪の成立を認めた原判決を是認したが、原判決（高松高判昭和 32 年 3 月 27 日刑集 14 卷 11 号 1464 頁参照）においては、「後日用済みの際は右切断使用した電線を元の所に返還する意思があつたとしても、……他人所有の電線に対し切断という回復できない重大な原状変更を生ぜしめてその一部の占有を奪っている以上、単なる不法領得の意思の伴わない使用窃盗を以て論ずることはできない。」ことが指摘されている<sup>(13)</sup>。一時使用に伴って財物やその価値が毀損される場合、返還されたとしても被害者は元の状態・価値のままその財物を利用することができないという意味で財物の利用可能性が害される

(12) 刑事判例研究会「不法領得の意思と使用窃盗」警察時報 25 卷 10 号（1970 年）35 頁、大久保隆志『「不法領得の意思」について——自動車等の一時使用を中心として』捜査研究 34 卷 1 号（1985 年）67 頁、新倉修「窃盗罪（2）——使用窃盗」岡野光雄編『刑法演習Ⅱ〔各論〕』（成文堂、1987 年）81 頁参照。

(13) なお、利用処分意思については、「電線を送電用ではなく流木を岸に繋留するために使用することは、電線の廃棄ではなくその経済的用法に従ったものである。」と判示してこれを認めている。

といえるため、そうした利用予定のもとで財物を窃取する場合には権利者排除意思が認められることになる。

また、裁判例においては、機密資料の窃取に関して財物の価値の毀損が問題とされている。東京地判昭和59年6月28日刑月16巻5=6号476頁は、抗生物質に関する資料が編綴されたファイルを持ち帰ってコピーを作成した後に返却した事案について、「本件ファイルの財物としての価値は、……情報が化体されているところにあるとともに、権利者以外の者の利用が排除されていることにより維持されているのであるから、複写という方法によりこの情報を他の媒体に転記・化体して、この媒体を手許に残すことは、原媒体ともいべき本件ファイルそのものを窃かに権利者と共有し、ひいては自己の所有物とするのと同様の効果を挙げることができる。これは正に権利者でなければ許容されないことである。しかも、本件ファイルが権利者に返

還されるとしても、同様のものが他に存在することにより、権利者の独占的・排他的利用は阻害され、本件ファイルの財物としての価値は大きく減耗するといわなければならない。」などと判示して、窃盗罪の成立を肯定した<sup>(14)</sup>。このような場合、財物それ自体の利用可能性は害されておらず、実質的には情報の不正取得（情報窃盗）にすぎないことなどから、窃盗罪の成立を否定すべきであるとする見解<sup>(15)</sup>も学説上は主張されているが、コピーの存在により原本の価値が減少し、被害者が原本を従来と同じようには利用できなくなるという点で利用可能性の侵害を認めることができるため、コピー目的で機密資料を窃取する場合に権利者排除意思を認めることは可能であると思われる<sup>(16)</sup>。

### 3 使用の時期や時間

返還意思が認められ、財物やその価値を毀損する利用も予定していな

(14) また、近時、名古屋地半田支判平成29年8月3日公刊物未登載（詳細については、中嶋伸明「ナンバープレート窃盗において不法領得の意思の有無が問題となった事案」研修847号（2019年）89頁以下参照）は、車に取り付けられているナンバープレートをコピー後に返還する意思で取り外した事案について、権利者の利用可能性が現実に妨害される程度が大きいことや返還の予定自体にも全く確実性がないことに加えて、「コピーされて権利者の独占的使用が阻害されることによりその価値も毀損される」ことを指摘して権利者排除意思を肯定している。

(15) 宮川基「使用窃盗」東北学院法学72号（2011年）52頁以下、野村健太郎「財産罪における客体の価値」法学研究（愛知学院大学論叢）61巻3・4号（2020年）93頁、浅田和茂『刑法各論〔第2版〕』（成文堂、2024年）197頁、松原・前掲注(3)240頁以下（同「情報の保護」法学教室298号（2005年）54頁以下も参照）、小林憲太郎『刑法各論』（新世社、2024年）153頁など。また、板倉宏「企業秘密をめぐる犯罪」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第2巻 経済活動と刑罰』（日本評論社、1983年）291頁、伊藤渉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007年）175頁注(10)〔伊藤渉〕も参照。

(16) 上林邦充「情報と利益窃盗」下村康正先生古稀祝賀『刑事法学の新動向 上巻』（成文堂、1995年）508頁、和田俊憲「財物罪における所有権保護と所有権侵害」山口厚編著『クローズアップ刑法各論』（成文堂、2007年）195頁、穴沢大輔「窃盗罪における権利者排除意思について」長井圓先生古稀記念『刑事法学の未来』（信山社、2017年）369-70頁、橋爪・前掲注(5)160頁など。また、山口・前掲注(5)119-20頁は、このような場合に窃盗罪の成立を認めることについて否定的であったが、山口厚『刑法各論〔第3版〕』（有斐閣、2024年）206頁においては、「不正なコピーの存在自体によって、原本の価値が侵害されると考えることは可能であろう」としている。

い場合であっても、さらに、行為者が無断で使用する時期や使用を予定する時間の長さによっては、なおも権利者排除意思を認めうる。なぜなら、被害者が現に利用している場合や利用する可能性が高い時間帯ほど<sup>(17)</sup>、また、行為者による無断使用が長時間に及ぶほど、利用可能性を侵害する危険が高くなるといえるからである。このような判断においては特に、事案ごとの諸事情を考慮した利用可能性の危険の程度が問題となるため、どのような場合に権利者排除意思が認められるかを具体化するにあたっては、返還意思の有無や財物またはその価値を毀損する意思の有無の判断よりも個々の裁判例の分析が重要となる。

自動車の一時的使用に関する代表的な判例である最決昭和 55 年 10 月 30 日刑集 34 卷 5 号 357 頁は、他人所有の普通乗用自動車を深夜に数時間にわたって無断で乗り出し、約 4 時間にわたって乗り回した事案について、「たとえ、使用後に、これを元の場所に戻しておくつもりであったとしても、被告人には右自動車に対する不正領得の意思があつたというべきである」と判示して窃盗罪の成立を肯定した。ここで重要なのは、たとえ深夜であっても数時間にわたって使用する意思で自動車を無断で持ち出す場合には権利者排除意思が認められることが明示された点であろう<sup>(18)</sup>。

他方で、京都地判昭和 51 年 12 月

17 日判時 847 号 112 頁は、午前 4 時前頃に姦淫目的で約 2km、時間にして約 10 分程度の距離にある犯行現場に向かうために、最大で 2、3 時間後に返却する意思で他人の自転車を持ち出した事案について、「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……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。」と判示し、窃盗罪の成立を否定した。本判決の特徴は、昭和 55 年最高裁決定との比較において、無断で使用した時間帯、使用態様、使用を予定する時間の長さの点において権利者排除意思を否定すべきほどの差異を見出すことができないと考えられるにもかかわらず権利者排除意思を否定した点にある。

これに対して、本件においては客体が自動車ではなく自転車であったという点で昭和 55 年最高裁決定の事案とは異なることから、権利者排除意思を否定するにあたってこれが考慮されたと考える余地がある。自転車と自動車はとりわけその価値の点で差異が認められるといえるが、権利者排除意思の判断において問題となるのはあくまで利用可能性を侵

<sup>(17)</sup> 橋爪・前掲注(5)156頁、高橋直哉「不法領得の意思について」山口厚ほか編『実務と理論の架橋——刑事法学の実践的課題に向けて——』（成文堂、2023年）516頁など参照。

<sup>(18)</sup> 木谷明「判解（最決昭和 55 年 10 月 30 日刑集 34 卷 5 号 357 頁）」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和 55 年度）』（法曹会、1985 年）214 頁。

害する危険であることを踏まえると、価値の相違もこれとの関係で考慮されなければならない<sup>(19)</sup>。権利者排除意思の判断に関して客体が自転車か自動車かは問題とならないとする理解<sup>(20)</sup>もみられるが、自転車の一時使用よりも自動車の一時使用の方が、一般に、使用に伴う価値の費消が大きく<sup>(21)</sup>、また、事故などの不測の事態の発生により財物それ自体やその価値が毀損される危険<sup>(22)</sup>やその毀損の程度も大きい<sup>(23)</sup>という点で、利用可能性を侵害する危険が大きいと評価することは可能であろう<sup>(24)</sup>。本

判決も、こうした点を踏まえて客体が自転車であったことを重視して権利者排除意思を否定したものと位置づけることができる。

しかし、以上の点を踏まえてもなお、本判決が権利者排除意思を否定したことに対しては多数の疑問が投げかけられている<sup>(25)</sup>。占有離脱物横領罪に関するものであるが、近時、福岡高判令和3年3月29日高刑速(令3)524頁は、市営住宅の駐輪場に無施錠のまま止められていた盗難自転車を、おおむね1時間ほどのうちには戻ってくるつもりで持ち出し

(19) 例えば、穴沢・前掲注(16)367頁注(30)は、「自転車と自動車では客体の価値の相違があることから、違法性の程度の違いに可罰性の有意差が見出される……ものの、こうした点は、利用価値の相違としてとらえられるべきであり、経済的価値の相違ではないことには注意を要する。」としている。

(20) 佐藤道夫「不法領得の意思」同編『刑事裁判実務大系第8巻 財産的刑法犯』(青林書院、1991年)107頁。なお、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第12巻〔第3版〕』(青林書院、2019年)334頁以下〔佐藤道夫=麻生光洋〕は、一時使用について原則として可罰性を認めている判例の傾向も踏まえて、そもそも使用窃盗という概念により不可罰の余地を認めることを疑問視している。これに対して、宮川・前掲注(15)29-30頁は、使用窃盗として不可罰となる場合を比較的広範に認める立場を前提に、経済的価値の高い財物と経済的価値の低い財物を区別することは妥当でないとする。

(21) 前野育三「不法領得の意思」西原春夫ほか編『判例刑法研究 第6巻』(有斐閣、1983年)88頁、木谷・前掲注(18)215頁、林陽一「判批(最決昭和55年10月30日刑集34巻5号357頁)」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第4版〕』(有斐閣、1997年)61頁、安里全勝「不法領得の意思」現代刑事法2巻4号(2000年)37頁、松原・前掲注(3)238頁。これに対して、西田典之「判批(最決昭和55年10月30日刑集34巻5号357頁)」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第2版〕』(有斐閣、1984年)69頁は、「そこでいう価値の消費が、ガソリンの消費やタイヤの摩滅を意味するのであれば、自動車本体に対する窃盗を認めるのは疑問である」とする(この点については、今井猛嘉ほか『刑法各論〔第2版〕』(有斐閣、2013年)155頁〔小林憲太郎〕も参照)。

(22) 小林・前掲注(21)155頁、橋爪・前掲注(5)157-8頁。また、中森喜彦「不法領得の意思」阿部純二ほか編『刑法基本講座第5巻 財産犯論』(法学書院、1993年)91頁、大谷實編『判例講義刑法Ⅱ各論〔第2版〕』(悠々社、2011年)35頁〔齊藤彰子〕、品田智史「不法領得の意思」法学教室453号(2018年)32頁も参照。

(23) 高橋・前掲注(17)516-7頁。

(24) 木谷・前掲注(18)215頁も、自動車は無断使用による価値の損耗を伴いやすく、また、使用に伴う価値の損耗の程度において自転車などとは格段に差があることを指摘している(ただし、これらは被害者の(推定的)承諾等との関係で挙げられた事情である)。また、小池信太郎「窃盗罪における不法領得の意思」嶋矢貴之ほか『刑法事例の歩き方——判例を地図に』(有斐閣、2023年)404頁は、「自動車が価値の高いものであるために、一時的にでも使用したいときにできないリスクや事故による損傷その他何らかのトラブルが生じるリスクがおよそ受け入れがたいという考慮と結びついて、可罰性を基礎づけていると理解できる。」とする。

(25) 村上尚文「不法領得の意思——自動車等の一時使用を中心に——」研修394号

(1981年)49頁、大久保・前掲注(12)71頁、佐藤・前掲注(20)108頁、橋爪隆「窃盗罪について(2)」警察学論集73巻7号(2020年)170頁、小池・前掲注(24)406頁など。

て自転車で 10 分ほどの距離にあるコンビニエンスストアへ向かい、そのコンビニエンスストアで約 12 時間後に警察官から職務質問を受けたことにより本件持ち出し行為が発覚した事案について、当初から自己の所有物として振る舞ったといえない程度の短時間の限定的な利用にとどめようとの意思がなかったとして権利者排除意思を肯定しており<sup>(26)</sup>、これとの比較においても、本件において権利者排除意思を否定すべきとは考え難い<sup>(27)</sup>。また、本件においては、犯罪のための移動手段として自転車を無断で持ち出しており、先述のようにこの点を捉えて確実な返還意思がないということもできるため<sup>(28)</sup>、権利者排除意思を認めることは十分に可能であったと思われる<sup>(29)</sup>。

#### 4 刑務所に入る目的での財物の窃取

返還意思が認められる場合について窃盗罪の成立を否定した裁判例は

少なくないが、その多くは行為者と被害者との間に特殊な身分関係が認められる事案<sup>(30)</sup>や労働争議の一環として行われた事案<sup>(31)</sup>などであり<sup>(32)</sup>、そうした特殊な事案を除けば、窃盗罪の成立を否定した裁判例は極めて少数である。昭和 51 年京都地裁判決以外に権利者排除意思が否定された裁判例としては、広島地判昭和 50 年 6 月 24 日刑月 7 卷 6 号 692 頁がある。本判決は、刑務所に入るために、普通乗用自動車内から他人所有のステレオパック等を持ち出し、これを携えて約 100m 以内の距離にある派出所に出頭した事案について、利用処分意思と所有者意思を否定したうえで、「被告人の主観的意図は、即時被害者に返還し首服するというものではないが、即時近接の派出所に出頭自首し任意提出するというものと認められ、一時的にせよ権利者を排除する意思はなかったと解すべきであり、事実被害品は右の過程を経て領置手続の後、即日被害者に仮

(26) また、本判決は、「窃盗罪の場合よりも占有離脱物横領罪の場合の方が『一時的な無断使用』の許容性の範囲が広がるということはある得ない。」とも述べている。

(27) 他方で、占有離脱物横領罪に関して権利者排除意思を否定したものとして、大津地判令和 2 年 10 月 27 日 LLI/DB L07551031 がある（無施錠のまま停められていた盗難自転車を 사용하여、約 673m、片道 5 分程度の距離にある公園に移動して知人と 3、40 分程度会話をした後、元の場所付近に戻し、約 1 週間後に再度自転車を同じように使用した事案）。

(28) 橋爪・前掲注(25)170 頁、小池・前掲注(24)406 頁。なお、本件被告人は実際に姦淫の犯行現場で警察官に発見・逮捕されている。

(29) さらに、小林・前掲注(21)155-6 頁は、本件について、性犯罪のような悪質な犯罪に用いられたことによって被害者が自転車を心理的に使えなくなった点を捉えて権利者排除意思を認める余地があるとする（成瀬幸典ほか編『判例プラクティス刑法Ⅱ各論』（信山社、2012 年）198 頁〔小林憲太郎〕も参照）。また、この点については、橋爪・前掲注(5) 157 頁も参照。

(30) このような事案においては、実質的には被害者の（推定的）同意の観点から窃盗罪の成立が否定されていると解することもできる。

(31) このような事案について、西田典之ほか編『注釈刑法第 4 卷 各論（3）』（有斐閣、2021 年）44 頁〔佐伯仁志〕は、「行為の違法性の判断と不法領得の意思の判断が渾然一体となって判断されており、不法領得の意思に関する裁判例としてどこまで一般化できるかについては慎重な検討が必要である。」とする。また、石堂淳「使用窃盗の可罰性と不法領得の意思について」総合政策（岩手県立大学）6 卷 3 号（2005 年）286 頁も参照。

(32) 前野・前掲注（21）69 頁、木谷・前掲注(18)210 頁。

還付により返還されているのである。」と判示して権利者排除意思も否定し、常習累犯窃盗の成立を認めなかった。これは、警察を通じて被害品が被害者に返還されることを被告人が意図していた点を重視して権利者排除意思を否定したものと解されるが<sup>(33)</sup>、これまでの検討を踏まえると、自らの手で返還するわけでも、また、警察を通じて被害品が直ちに被害者に返還される保障があるわけでもなく<sup>(34)</sup>、むしろ、返還には一定の時間を要するのが通常であると考えられるため、その他に特段の事情も認められない本件において権利者排除意思を否定することはできないと考えられる<sup>(35)</sup>。

## 5 小括

以上のように、典型事例における権利者排除意思の判断では、確実な返還意思の有無、財物またはその価値を毀損する意思の有無、行為者が無断使用を予定している時期や時間の長さが基本的な判断要素とされており、これらを総合して一般化すれば、権利者排除意思が否定されるの

は、被害者による利用が予想されない間にその状態や価値を毀損することなく短時間のうちに確実に返還する意思で財物を窃取した場合に限られることになる。そして、このような考慮要素に基づいて判断されている危険性の対象としての利用可能性の内実は、被害者が利用しようと思った際にその財物を元の状態・価値のまま利用できるか否かという意味での「事実利用可能性」であるといえることができる。

以下では、このような典型事例における分析・検討を踏まえて、以上の判断枠組みからは権利者排除意思を認めることが困難であるにもかかわらず権利者排除意思が認められた裁判例（以下、「特殊事例」とする）とそれをめぐる議論について分析・検討を加え、特殊事例について権利者排除意思を認めることができるのか、そして、認めることができるとすればその根拠はどこに求められるべきかを明らかにする。

<sup>(33)</sup> 神山千之「専ら検挙されるためにした財物奪取行為と窃盗罪における不法領得の意思」判例タイムズ 1336号（2011年）30頁は、本件においては物の利用可能性の阻害の程度と物の価値性の減耗の程度は極めて小さいことから権利者排除意思がないと考えられるとする。

<sup>(34)</sup> 小林・前掲注(29)205頁は、この点を指摘したうえで、「警察に引き渡せば、速やかな返還は制度的に確実と評価する、その意味で規範的な判断を介在させる見解も、なお成り立ちうるかもしれない。」とする。この点については、伊藤亮吉「判批（最決昭和55年10月30日刑集34巻5号357頁）」佐伯仁志＝橋爪隆編『刑法判例百選Ⅱ各論〔第8版〕』（有斐閣、2020年）67頁も参照。

<sup>(35)</sup> これに対して、広島高松江支判平成21年4月17日高刑速（平21）205頁は、深夜に、コンビニエンスストアの従業員に刃物を突き付けて金銭を要求した事案について、刑務所に入ることをのみを目的としていたとする被告人の主張を排斥したうえで、仮に被告人の弁解が虚偽でないとしても不法領得の意思を否定することにはならないとして強盗未遂罪の成立を認めている。なお、佐藤・前掲注(20)92頁は、強盗罪、詐欺罪、恐喝罪については、その手段の反社会性の高さから、不法領得の意思を要求する必要はないと考える余地があるとし、また、佐伯・前掲注(5)80頁は、恐喝罪や強盗罪についても権利者排除意思が必要であるとしても、暴行脅迫を手段とする場合には権利者の現実の利用を妨げることが一般的であるため、権利者排除意思が否定されることは実際には考えられないとする。

## IV 特殊事例の分析・検討

### 1 詐欺目的での財物の窃取

特殊事例としてまず問題となるのが、詐欺に利用する目的で財物を窃取する事案である。最決昭和 31 年 8 月 22 日刑集 10 卷 8 号 1260 頁は、景品交換の手段とするために磁石を用いてパチンコ台からパチンコ玉を不正に取得した事案について、「たとえば、その目的がパチンコ玉を景品交換の手段とするものであつたとしても、経営者の意思にもとづかないで、パチンコ玉の所持を自己に移すものであり、しかもこれを再び使用し、あるいは景品と交換すると否とは自由であるからパチンコ玉につきみずから所有者としてふるまう意思を表現したものであるべきもので、所論のようにいわゆる使用窃盗とみるべきではなく、パチンコ玉に対する不法領得の意思が存するものと解するのが相当である。」と判示して窃盗罪の成立を肯定した（以下、「景品交換事例」とする）。また、大阪地判昭和 63 年 12 月 22 日判タ 707 号 267 頁は、返品を装った現金騙取目的で商品を売り場から持ち出した事案について、「被告人は、本件各商品を、単純に、もとに戻還するというのではなく、あたかもこれら商品の正当な買主（即ち所有者）であるように装って返品し、代金相当額の交付を受

ける意思の下に、売り場から持ち出したものであって、被告人のこのような意思は、権利者を排除して物の所有者として振舞い、かつ、物の所有者にして初めてなしうるような、その物の用法にかなった方法に従い利用・処分する意思に外ならないといふべきである……。そして、本件各商品持ち出し行為が右のように、返品を装って代金相当額の交付を受けようとする意思に基づくものである以上、持ち出し場所から返還場所までの距離が短かったことや、時間的間隔が僅かであったこと、更には、被告人においてこれら商品を衣類として着用する意思がなかったことなどの所論指摘の事情にかかわらず、被告人には不法領得の意思が成立するものといわなければならない。」と判示して窃盗罪の成立を肯定した（以下、「返品事例」とする）。

これらの事案においては、景品交換行為や返品行為を通じてパチンコ玉や商品を元の状態・価値のまま短時間のうちに確実に返還する意思が認められ、返還されたパチンコ玉や商品が再び営業の用に供することができる限りで<sup>(36)</sup>、事実的利用可能性を可罰的な程度に侵害する危険がなく、権利者排除意思が欠けるために窃盗罪の成立が否定されとも考えられる<sup>(37)</sup>。学説においても、このような理解を前提に、窃盗罪の成立を

<sup>(36)</sup> 例えば、新品の商品を店外に持ち出して一時使用した後に返還する意思が認められる場合、それによってその商品が新品として販売できなくなるのであれば、その点を捉えて事実的利用可能性を侵害するものとして権利者排除意思を認めることも可能であるが、中古品の場合について同様の説明をすることは困難である（佐伯・前掲注(5)80頁参照）。

<sup>(37)</sup> この点につき、穴沢大輔「不法領得の意思について」刑法雑誌 55 卷 2 号（2016 年）107 頁は、パチンコ玉はすぐに営業で利用されるのが通常であるため、長い時間を経ずに権利者は強く侵害される危険があるとするが、これに対して、橋爪・前掲注(5)159 頁注(14)は、店内で景品に交換されるまでの時間はごく短いものであるため、このレベルの利用可能性の侵害によって権利者排除意思を肯定することは困難である

認めるべきではなく、景品交換行為や返品行為について詐欺罪の成立を認めるべきであるとする見解<sup>(38)</sup>が主張されている。しかし、景品交換行為や返品行為の前に犯行が発覚した場合には必ずしも詐欺未遂罪が成立するわけではないため<sup>(39)</sup>、このような見解によれば処罰の間隙が生じる恐れがある。また、そもそも、本来は正当な代金を支払うなどして利用・取得されるべきパチンコ玉や商品を、代金を支払うことなく掌中に収めているのであるから、こうした場合に窃盗罪の成立を認めないことは結論として妥当でないと思われる。

そこで、学説においても、窃盗罪の成立を認めたこれらの裁判例を理論的に基礎づけるために様々な説明が試みられている。

まず、不可罰の使用窃盗というためには元通りに返還する意思が必要となるが、景品交換や返品を通じて被害者へ財物を返還することを元通りの返還ということはできないとして、不可罰の使用窃盗に当たらないとする見解<sup>(40)</sup>がある。確かに、典型事例の場合と景品交換行為や返品行

為を通じて財物を返還する場合には事情が異なると考えられるが<sup>(41)</sup>、理論的に重要なのは、いかなる点で事情が異なっており、それがどのように権利者排除意思の判断に影響を及ぼすのかを分析することであって、単に事情が異なるということを指摘するだけでは不十分であろう。

そこで、より実質的な観点から説明を試みるものとして、価値の毀損の観点、より具体的には「交換価値」の毀損に着目する見解<sup>(42)</sup>がある。すなわち、例えば、景品との交換に用いられるパチンコ玉には「交換価値」が認められ、景品交換行為によりこれが侵害されると考えられることから、景品交換目的でパチンコ玉を窃取した場合には、景品交換を通じて返還する意思があるとしても権利者排除意思が認められることになる。この見解は、景品交換事例と返品事例についても、典型事例の場合と同様に事実的利用可能性の侵害の観点から権利者排除意思の基礎づけを試みるものと位置づけることができる。しかし、ここでいう「交換価値」が何によってどのように侵害されるも

とする。

(38) 齊藤（彰）・前掲注(22)35頁、野村・前掲注(15)91-2頁。また、松原・前掲注(3)239頁も参照。さらに、不正玉を使用して景品玉を取得し、それを景品と交換した事案について詐欺罪の成立を認めたものとして、最決昭和29年4月27日刑集8巻4号546頁。

(39) 植松正「判批（最決昭和31年8月22日刑集10巻8号1260頁）」一橋論叢40巻1号（1958年）94頁。また、藤木英雄「判批（最決昭和29年4月27日刑集8巻4号546頁）」警察研究27巻7号（1956年）71頁も参照。

(40) 植松・前掲注(39)90頁。また、山口・前掲注(16)206頁も参照。

(41) もっとも、本稿で十分な検討を行うことはできないが、対価を伴う財物の返還は本来無償での返還を請求することができる被害者の権利を侵害するという意味で、景品交換や返品を通じた返還行為はそれと引き換えに対価を得ている点で元通りの返還とはいえないと解することも不可能ではないと思われる。深町晋也「窃盗罪」法学教室290号（2004年）75頁注(54)が、ここでの議論が盗品等関与罪において「正常な回復」を考慮するかどうかの議論とリンクしうるとするものも、そのような趣旨と解される。

(42) 深町・前掲注(41)75頁、大塚雄祐「窃盗罪における『窃取』の意義——パチスロ不正遊戯壁役事件——」松原芳博編『続・刑法の判例〔各論〕』（成文堂、2022年）95-6頁。

のであるのかは必ずしも明らかでなく<sup>(43)</sup>、少なくとも財物自体の価値とは異なるものであるため、その侵害を事実的利用可能性の観点から把握することは困難であると思われる<sup>(44)</sup>。また、仮に「交換価値」が景品交換行為や返品行為により毀損されるのであれば、それはそこから生じる財産的な被害を問題とするものにほかならず、まさに詐欺罪の成立を基礎づけるものとして評価すべきであろう<sup>(45)</sup>。このように、景品交換や返品を目的としている点を捉えて権利者排除意思を認めることはできないため<sup>(46)</sup>、景品交換事例や返品事例において窃盗罪が成立することを基礎づけるためには、他の観点から権利者排除意思が認められることを説明する必要がある。

そこでさらに主張されているのが、被害者によって財物の利用過程が設定（システム化）されている場合においては、そのような利用過程に戻すつもりがない点を捉えて権利者排除意思を認めることができるとする

見解<sup>(47)</sup>である。この見解によれば、パチンコ玉については正当な遊戯や正規の料金を支払うことを通じて貸し出されるという利用過程が、また、商品については代金を支払って取得するという利用過程が設定されていることから、それ以外の方法でこれらを取得する場合には権利者排除意思が認められることになる。この見解は、財物の利用過程が設定されているという景品交換事例や返品事例の特徴を踏まえて権利者排除意思が認められることを説明するものとして基本的に妥当なものであると考えられるが、ここで特に重要なのは、被害者によって設定された財物の「利用条件」に違反する点であると考えられる。すなわち、景品交換事例におけるパチンコ玉は料金の支払や「通常の遊戯方法」<sup>(48)</sup>を条件として遊戯者に貸し出して利用させることを通じて利益を得るために現に営業の用に供されている財物であり<sup>(49)</sup>、また、返品事例における商品は代金を支払うことを条件に購入希望

<sup>(43)</sup> 島田聡一郎＝小林憲太郎『事例から刑法を考える〔第3版〕』（有斐閣、2014年）402頁〔小林憲太郎〕。

<sup>(44)</sup> 松原・前掲注(3)239頁も、これらの事例について、「客体の交換価値を消耗させたことを理由とするものとみることができよう。」とする一方で、客体自体の価値を減じるものではないため、パチンコ玉や商品に関する権利者排除意思を否定し、景品や現金に対する詐欺罪の成立のみを認めるべきではないかという疑問も残るとする。

<sup>(45)</sup> 前掲注(38)で挙げた文献を参照。

<sup>(46)</sup> 橋爪・前掲注(5)159-60頁は、パチンコ玉を不正に取得して景品交換の手段として利用する場合には景品を取得できる正当な地位を証明する手段としての利用可能性が、また、正規に購入していないにもかかわらず返品の名目でこれを提示する場合には商品の（返品・交換に関する）証明機能としての利用可能性が害されることから、これらの目的でパチンコ玉や商品を窃取する場合には権利者排除意思を認めることができるとするが、ここでいう「利用可能性」の内実は必ずしも明らかでなく、これが景品交換行為や返品行為により害されると考える限り、「交換価値」の毀損の観点から権利者排除意思を基礎づける場合と同様の批判が妥当するようと思われる。

<sup>(47)</sup> 小林・前掲注(15)152頁。なお、同・前掲注(21)156頁や同・前掲注(29)199頁においては、窃盗罪の成立を認めるべきではなく、後行する景品交換行為や返品行為について詐欺罪の成立を認めるべきであるとする見解が採用されていた。

<sup>(48)</sup> 最決平成19年4月13日刑集61巻3号340頁、最決平成21年6月29日刑集63巻5号461頁。

<sup>(49)</sup> なお、松原・前掲注(3)226頁注(31)は、パチンコ機・パチスロ機から排出・取得されたパチンコ玉・パチスロメダルの占有が取得者に認められるとしても、少なくとも

者に商品の取得・利用を認めることを通じて利益を得るために現に営業の用に供されている財物であるという点にその特徴がある。そして、このように被害者が他者との関係において設定した利用条件に違反する意思で財物の占有を侵害する場合、被害者が実現しようとした方法での財物の利用がまさに妨げられるといえるため、権利者排除意思を認めて窃盗罪の成立を肯定することができるように思われる<sup>(50)</sup>。また、ここで設定された条件は被害者が利益を得るために設定したものであり、これに違反することは財産的損害に直結するため、とりわけ要保護性の高いものであるということもできる。

## 2 複写目的でのマイクロフィルムの持ち出し

特殊事例として次に取り上げるのは、札幌地判平成5年6月28日判タ838号268頁である。本判決は、所定の手続きをして借り受けたうえで区役所内にある所定の場所で専用リーダーを用いて閲覧することが認められていた住民基本台帳閲覧用マイクロフィルムを、閲覧を装って借り受けたうえで複写後に返却する意思で区役所外に持ち出した事案<sup>(51)</sup>について、「本件マイクロフィルムの

管理権を有する各区長が私人による所定の閲覧場所からの持出しや複写を容認しないことは明らかであり、「このような本件マイクロフィルムを、複写する目的で所定の閲覧場所から持ち出すことは、まさに、権利者を排除して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もしくは処分する意思、すなわち不法領得の意思に基づくものであると認められる。そして、本件マイクロフィルムの場合、右のような不法領得を為すに要する時間は極く短時間を以て足るのであるから、被告人らが本件マイクロフィルムを数時間後に返却するつもりであったことや現にそのように返却したことは被告人らの不法領得の意思の存在の認定を妨げる事情とはならない。」などと判示して窃盗罪の成立を肯定した(以下、「マイクロフィルム事例」とする)。

本判決に関しては、他の裁判例との比較から、権利者排除意思を認めることがとりわけ困難であるとの意見が多くみられる。なぜなら、機密資料の場合とは異なり、本件マイクロフィルムは公開されている情報の内容とするものであり、複写によってそれ自体の価値が毀損されることはないため<sup>(52)</sup>、複写目的を理由とす

---

も店外への無断持出しとの関係では、それが店内にある限り、店側の占有も重疊的に認められるべきであるとする。

<sup>(50)</sup> 和田・前掲注(16)195頁は、「パチンコ玉は、正当に取得された場合に景品の対価とすべく客に提供されるべきものとして、また、スーパーの商品は、客から代金を得るための対価として、それぞれ所有されている財物であるから、その意味での利用価値を無化する危険が、それらの財物の不正な取得行為には認められるといえることができる。」とするが、基本的には同様の発想であると思われる。

<sup>(51)</sup> 本件では、閲覧場所での閲覧中もマイクロフィルムは区役所側の管理支配下にあるとされたことから、閲覧を装って借り受けた点について詐欺罪の成立を認めることはできないことを前提に閲覧場所からの持ち出し行為について窃盗罪の成否が問題とされたものである。この点については、荒木泰貴「詐欺罪における交付行為の再検討」法律時報92巻12号(2020年)50頁も参照。

<sup>(52)</sup> 齊藤(彰)・前掲注(22)35頁注(14)、山口厚「不法領得の意思」同『新判例から見

る価値の毀損の危険の観点から事実的利用可能性の侵害の危険があるとして権利者排除意思を認めることはできないからである<sup>(53)</sup>。また、本件管理者はマイクロフィルムの貸し出しにより利益を得ているわけではないという点<sup>(54)</sup>では、景品交換事例や返品事例とも異なっている。

他方で、本判決の基礎づけを試みる見解もみられる。例えば、本件マイクロフィルムは、万が一にも不正にコピーなどが作られないようにその保管・管理を徹底することに管理者の重要な関心が向けられている財物であり<sup>(55)</sup>、マイクロフィルムを嚴重に保管・管理して不正コピーなどを防止することそれ自体がマイクロフィルムの消極的効用として利用可能性を基礎づけていると考えられることから、本件ではそれを損なう意思があるために権利者排除意思が認められるとする見解<sup>(56)</sup>が主張されている。この見解は、マイクロフィルムの効用を広く捉えることで権利者排除意思の基礎づけを試みている点で、権利者排除意思の伝統的な理解になお基礎を置くものであると

考えられるが、景品交換事例や返品事例において「交換価値」を問題とする見解と同様に、ここで利用可能性を基礎づけるとされる「消極的効用」が害されることはマイクロフィルムが使えなくなることの意味するわけではないため、その内実は必ずしも明らかでなく、これを事実的利用可能性の観点から把握することはできないように思われる<sup>(57)</sup>。

また、この見解の論者はさらに議論を進め、権利者排除意思が権利者が許容しないであろう程度・態様の利用をする意思と解する従来から主張されてきた見解<sup>(58)</sup>に限定を加える趣旨で、これを「財物の性質、管理方法やその管理者の関心・目的などにかんがみて、管理者が許容することがおよそあり得ないような利用をする意思」<sup>(59)</sup>と解する理解を提示している。このような理解に従えば、本件マイクロフィルムを持ち出してコピーすることを管理者はおおよそ許容していないことから権利者排除意思が認められることになる<sup>(60)</sup>。本判決も、本件マイクロフィルムを数時間後に返却するつもりであったこと

た刑法〔第3版〕』（有斐閣、2015年）195頁注(18)、野村・前掲注(15)91頁注(109)、松原・前掲注(3)241頁。また、橋爪・前掲注(5)161頁も参照。

<sup>(53)</sup> また、小林・前掲注(15)153頁は、本質は情報の不正取得であることから、財物の占有取得を捕捉する窃盗罪で処罰することはできないとする。

<sup>(54)</sup> 橋爪・前掲注(5)161頁。

<sup>(55)</sup> 本判決ではこの点が考慮されたとするものとして、小池・前掲注(24)405頁。

<sup>(56)</sup> 橋爪・前掲注(5)161頁。

<sup>(57)</sup> また、高橋直哉『刑法の授業〔下巻〕』（成文堂、2022年）68頁注(22)は、悪用・濫用されないという消極的価値も本件マイクロフィルムの財物性を基礎づける重要な財産的価値であるといえるため、この消極的価値の侵害も消極的損害と考えることができるとするが、ここでいう価値の侵害は、財物の事実的利用可能性を基礎づける経済的価値や使用価値とは異なっている点で、同様の疑問がある。

<sup>(58)</sup> 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）207頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第7版〕』（弘文堂、2018年）174頁。

<sup>(59)</sup> 橋爪・前掲注(5)162頁。

<sup>(60)</sup> また、橋爪・前掲注(5)162頁は、こうした理解から、「たとえば公共図書館の閉館直前に、翌日、開館する前に返却用のポストに投函する意思で、所蔵本を正規の貸出経路を経ることなく、無断で持ち出す行為についても窃盗罪の成立を認めることができるだろう。」とする。

は問題とならず、管理者が閲覧場所からの持出しや複写を容認しないことが明らかであるとしており、事実的利用可能性の侵害が認められないとしても管理者が許容していないことを理由に権利者排除意思を認めたものと解する余地がある。

しかし、この見解が、単に権利者が許容するかどうかという点にその判断の重点を置くものだとすれば、賛同することはできない。まず、権利者が許容するかどうかは(推定的)同意の問題として考慮すれば足りるものであって<sup>(61)</sup>、これを重ねて権利者排除意思の判断において問題とする必要はない。また、被害者の同意とは異なるレベルの権利者の許容性を問題とするものであるとしても、実際に両者を区別することは困難であろう<sup>(62)</sup>。さらに、そもそも、一時的にせよ財物の無断使用を権利者が許容することは一般的にはないのであり<sup>(63)</sup>、権利者排除意思に関して問題となるのは権利者がそもそも許容していない財物の一時使用なのであるから、単に被害者が許容していないということそれ自体は可罰性を判断する基準として機能せず、このような観点のみではすべての一時使用を可罰的とせざるを得ないように思

われる。先述したように、特殊な事案を除いて権利者排除意思の観点から窃盗罪の成立が否定された裁判例はほとんどないことを踏まえると、一般論としてはこのような説明で足りるのかもしれないが<sup>(64)</sup>、そもそも不可罰とされるべき事例は起訴に至っていないだけであって、実際には多数存在すると考えられるのであるから<sup>(65)</sup>、それらも含めて一時使用について不可罰の余地を認める以上、単に被害者が許容するかどうかという観点は判断基準となりえないと考えられる。

もっとも、一時使用について不可罰の余地を認める限り、権利者が許容していないということが一般に権利者排除意思を基礎づけると考えることができないとしても、一定の場合には権利者の意思に反することそれ自体が権利者排除意思を積極的に基礎づける要素として機能することはありうるように思われる。上記見解が「財物の性質、管理方法やその管理者の関心・目的などにかんがみて」としている点も、このような趣旨を含意しているとすれば適切な指摘である。そうだとすれば、被害者が許容するかどうかという点を強調したり、被害者の意思に反して悪用

(61) 石堂・前掲注(31)289頁、林幹人『刑法各論〔第2版〕』(東京大学出版会、2007年)193頁、宮川・前掲注(15)35頁、品田・前掲注(22)32頁注(10)参照。

(62) 橋爪・前掲注(5)162頁は、「排除意思が否定されるのは、実際の被害者の同意は認められないが、人によっては寛大な態度を取ることもありうるような、価値の乏しい財物の短期間の一時利用行為に限られることになる。」としたうえで、同163頁において、寛大な態度が期待される具体例として、スーパーマーケットで小さな子供が勝手に商品を食べってしまう場合を挙げているが、このような説明が実態に即しているといえるかには疑問がある。

(63) 安里全勝「不法領得の意思についての考察」山梨学院大学法学論集6号(1983年)76頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第6版〕』(成文堂、2024年)229頁。

(64) 小池・前掲注(24)405頁は、裁判例上はこのような観点から広く権利者排除意思が認められているとする。

(65) 川端博ほか「《鼎談》財産犯論の現代的課題」現代刑事法2巻4号(2000年)19頁〔西田典之発言〕。また、小林・前掲注(29)198頁も参照。

されないことを消極的効用として把握するのではなく、どのような場合にどのような理由から権利者の意思に反していることそれ自体が重視されるのかを具体化することが重要であろう。

このような観点から検討すると、景品交換事例や返品事例のように、被害者が他者との関係において設定した財物の利用条件に違反することで被害者が実現しようとした方法での財物の利用が妨げられる場合というのが、まさにこのような場合に当たると考えられる。なぜなら、そこで権利者排除意思を基礎づける利用妨害の内実は、設定された利用条件、つまり、財物の「利用」方法に結びついた被害者の現実の意思に反しているという点にあるといえるからである<sup>(66)</sup>。そうすると、マイクロフィルム事例についても、管理者はマイクロフィルムそれ自体やそこに記録された情報を適切に管理するために、区役所内の所定の場所で閲覧することを利用条件として貸出・利用を認めていたのであり、この条件に違反する意思で区役所外に持ち出した以上は、管理者が実現しようとした方法での財物の利用をまさに妨げるものとして権利者排除意思を認めることができるように思われる。他方で、景品交換事例や返品事例とは異なり、利用条件に違反することで被害者側に財産的損害が生じるわけではない

ため、そのような利用条件違反は財産犯による保護に値しないとして窃盗罪の成立を否定する余地もあるが、管理者が実現しようとした方法での財物の利用が妨げられているにもかかわらず、財産的損害が発生しないことのみを理由に窃盗罪の成立を否定することは不当であると思われる。

### 3 代金支払前の商品の費消

さらに、直接的に財産的損害をもたらすわけではない利用条件違反をする意思をもって権利者排除意思を認めた裁判例と位置づけることができるものとして、名古屋高判令和 3 年 12 月 14 日高刑速(令 3) 501 頁がある(以下、「代金支払事例」とする)。本判決は、いわゆるユーチューバーとして活動していた被告人が、スーパーマーケットにおいて、陳列されている商品を清算前に大胆に食べて、その後にレジで会計をし、その際のレジ係の困惑した表情までの一連の様子を撮影しようと考え、犯行当日、スーパーマーケットで商品として陳列されていた生食用ではない魚の切り身を手に取り、店内の通路において包装を開封して中身を食べた後、レジにおいてレジ係にその包装を示して販売価格を支払った事案について、権利者排除意思と利用処分意思を認めて窃盗罪の成立を肯定したものであるが<sup>(67)</sup>、以下では、権利者排除意思に関する部分についてのみ分

<sup>(66)</sup> これに対して、例えば、典型事例において問題とされてきたような主に自分が乗るために所有している自転車については、「無断で使われたくない」というどのような財物についても一般的に認められるような被害者の潜在的な意思に反して無断で使われることによって被害者の予定する自転車の利用が直ちに妨げられるわけではなく、また、一時使用について不可罰の余地を認める以上は、この潜在的な意思に反したことのみを理由として可罰性を認めることはできない。そのため、この場合に窃盗罪の成立を認めるためには、事実的利用可能性の観点から権利者排除意思が問題とされなければならないと考えられる。

<sup>(67)</sup> なお、最決令和 4 年 3 月 29 日 LEX/DB 25592760 により上告が棄却され、確定し

析・検討を行う<sup>(68)</sup>。

本件においては、弁護人が、被告人は通常の買い物手順と比べてわずか2分足らず、清算と処分との手順を逆転させる意図しかなかったのであるから可罰性があるかは疑問であり、また、被害者は本件被害品を金銭に変えてもらうことのみを求めていたのであるから本件被害品を2分足らず借用して元に戻すような不可罰の使用窃盗の場合と並列に考えることができるなどとして、権利者排除意思が欠けると主張したのに対して、原判決（名古屋地岡崎支判令和3年8月27日裁判所ウェブサイト）は権利者排除意思を認め、また、本判決も以下のように判示して権利者排除意思を認めている。

「本件についてみると、原判決も指摘するとおり、被告人は、本件切り身を口腔内に入れて嚥下して費消することにより、本件被害品である切り身という個別財産について、被害者の権利を確定的に侵害していることに疑いはない。」

この点に関する弁護人の主張は、「少なくとも被告人において、窃盗罪として処罰するだけの実質的な財産上の損害を被害者に生じさせる認識がなかったことを指摘するものと解される。

しかし、被害者は、単に商品を買により金銭に交換するということにとどまらず、来店客が並べられた商品をそのままの状態レジに持ち込んで代金を精算するという被害者の定めた手順に基づく金銭への交換を求めているのであって、このような手順が守られなければ、被害者において店舗内に多数並べている商品を適正に管理することが著しく困難になるなどその営業に重大な影響を及ぼすことが明らかであり、たとえ短時間の後に交換価値に相当する金銭が支払われたとしても、それは手順が守られた支払とはもはや社会通念上別個のものというべきである。したがって、被害者におけるこうした主観的利益は、財産的利益として客観的にも保護されるべきものである……。

そうすると、本件において、被告人が本件切り身を口腔内に入れて嚥下する時点で予定していた被害者の利用妨害は、個別財産に対する罪という観点からは勿論のこと、仮に窃盗罪においても実質的な財産上の損害が必要であると考えたとしても、十分に可罰的な程度に至っている（弁護人のよって立つ見解に沿っていえば、被告人が所有者を尊重しなかった、又は無視したと評価される）ことが明らかであるから、弁護人の

ている。

<sup>(68)</sup> 利用処分意思については、弁護人が、本件切り身は生食用ではなく、被告人はこれを味わいたいわけでも栄養を摂取したいわけでもなかったのであるから、これを口腔内に押し込む行為は外形的には「食べる」行為に見えるが、その実質は毀棄行為であるとして利用処分意思もないと主張したのに対して、原判決も本判決も利用処分意思を認めたが、その理由づけについては差異がみられる。すなわち、原判決が「食品である本件被害品を口腔内に入れて嚥下する行為は、飲食可能な食品の処分方法として本来のものである」としたのに対して、本判決は、「被告人は、正に、本件切り身という財物自体を用いて、これから生ずる『動画視聴者の興味を引くような面白い「絵」』という効用を享受する意思を有していた」として利用処分意思を認めている。

主張を踏まえても、権利者排除意思を認めた原判決の判断に誤りはない。」

本判決については、まず、魚の切り身を費消している以上、一時使用ということはできず、権利者排除意思が認められることに疑いはないとする見解<sup>(69)</sup>がみられる。こうした理解は、返還意思が存在することが権利者排除意思を否定するための必要条件となつてくる基本的理解をそのまま本件にもあてはめ、事実的利用可能性の侵害の観点から権利者排除意思が認められることを説明するものといえる。しかし、本件で問題となっているのは単なる魚の切り身ではなく、購入希望者に販売することが予定されている「商品」であり、返還されないことこそが商品としての通常の利用方法ともいえるため、返還されないことが直ちに商品としての利用を害するものとはいえない<sup>(70)</sup>。そのため、本件においてはそのような「商品」としての性質を踏まえた検討が不可欠であり、権利者排除意思を認めるにあたっては返還意思がないことのみを指摘するだけで

は不十分であつて、この点に典型事例とは異なる本件の特徴の1つがあるといえる。

他方で、商品が返還されなくともその利用が害されたとはいえない場合があるとしても、それは代金が適切に支払われた場合に限り得られると考えられる。そうすると、本件弁護人の主張にもみられるように、商品に関しては代金が支払われたかどうか重要であり、本件において被告人が代金相当額を支払ったのは窃盗既遂後の事情であるため窃盗罪の成否の判断においてこれを直接的に考慮することはできないものの、窃取行為の時点で少なくともその直後に代金相当額を支払う意思があつたことを理由に権利者排除意思を否定する余地がありうることになる<sup>(71)</sup>。実際に、このような観点を重視して本件では権利者排除意思を否定すべきであつたとする見解<sup>(72)</sup>も主張されているが、たとえ「商品」であつても代金相当額さえ得られればよいというわけではなく、また、一般に、代金相当額を置いて商品を持ち去つた場合であつても窃盗罪の成立が認められる場合があると考えられている

(69) 清水晴生「支払前の店内飲食と不法領得の意思」白鷗法学 29 卷 2 号 (2022 年) 75 頁、足立友子「判批 (名古屋高判令和 3 年 12 月 14 日高刑速 (令 3) 501 頁)」『令和 4 年度重要判例解説』(有斐閣、2023 年) 135 頁。また、小棚木公貴「判批 (名古屋高判令和 3 年 12 月 14 日高刑速 (令 3) 501 頁)」北大法学論集 74 卷 4・5・6 号 (2024 年) 646 頁も参照。

(70) 大塚雄祐「判批 (名古屋高判令和 3 年 12 月 14 日高刑速 (令 3) 501 頁)」早稲田法学 98 卷 3 号 (2023 年) 171 頁。

(71) 小棚木・前掲注(69)650 頁参照。

(72) 松宮孝明「購入代金支払前の『商品』の費消と『不法領得の意思』——名古屋高判令和 3・12・14 を素材として——」立命館法学 399・400 号 (2021 年) 890 頁、大塚・前掲注(70)174 頁 (なお、同 169-70 頁は、窃取行為後の財物の利用によって生じる実質的な財産的損害ないしその危険を、窃取の時点における行為者の意思の問題に還元し、主観的違法要素として要件化したものが権利者排除意思であるとする)、松原・前掲注(3)239 頁注(62)。これに対して、本判決について詳細な分析を加えた小棚木・前掲注(69)646 頁以下は、本判決は、詐欺罪に関する財産的損害の問題に関して実質的個別財産説に立つことを前提に、窃盗罪において財産的損害の問題を権利者排除意思の問題の中で考慮し、「社会通念上別個の支払」であることから権利者排除意思を認めたものと位置づける。

(73)ことも踏まえると、代金相当額の支払やその意思があれば権利者排除意思が否定されると解することには疑問がある<sup>(74)</sup>。これに対して、本判決は、代金相当額が支払われるという点で直接的に財産的損害が生じるわけではないものの、レジで代金を精算するまでは商品を利用・処分してはならないという被害者の定めた手順に違反する意思で商品を費消したことを理由に権利者排除意思を認めており<sup>(75)</sup>、これは、マイクロフィルム事例と同様に、直接的に財産的損害を生じさせない利用条件違反をする意思をもって権利者排除意思を認めたものと位置づけることができる。このような本判決の理由づけと結論は妥当であると思われ、学説においても、本判決を支持する見解<sup>(76)</sup>がみられる。

#### 4 小括

以上のように、典型事例とは異な

り、特殊事例はいずれも事実的利用可能性の観点から権利者排除意思を基礎づけることが困難であることから、従来の議論においては、各事例が個別の例外事例として分析され、統一的な観点からの検討が行われてこなかった。しかし、特殊事例はいずれも被害者が他者との関係において財物の利用条件を設定しているという点で典型事例とは異なる共通の特徴を有しており、まさにこの点から権利者排除意思が認められることを説明することができるのではないかと思われる。すなわち、被害者が設定した利用条件に違反する意思で財物の占有を侵害する場合、被害者が実現しようとした方法での財物の利用が妨げられるといえるため、たとえその条件違反によって直接的に財産的損害が生じないとしても、権利者排除意思を認めることは可能であると思われる。

もっとも、被害者の設定した利用

(73) 例えば、野澤充「窃盗罪における『財産損害』？——『相当額の対価』が存在する事例に関連して——」立命館法学 375・376号(2017年)287-8頁は、未成年者がコンビニで店員の隙を見て代金を置いて販売用のタバコを勝手に持ち去った場合について、「『対価が置かれていたのだから窃盗罪は成立しない』という結論に賛成する見解は少数にとどまるのではないだろうか」とする。これに対して、そのような結論に明示的に賛成するものとして、斎藤信治『刑法各論〔第4版〕』(有斐閣、2014年)114頁(領得意思の観点から)。また、行為者が未成年者ではない場合について窃盗罪の成立を否定する見解として、林・前掲注(61)146頁(詐欺の場合との比較から)、内田幸隆「判批(最決平成21年6月29日刑集63巻5号461頁)」判例評論648号(2013年)163頁(窃取性の観点から)、田山聡美「詐欺罪における財産的損害」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』(成文堂、2014年)163-4頁(財産的損害の観点から)。

(74) 清水・前掲注(69)75頁、高橋・前掲注(17)527頁注(29)、足立・前掲注(69)135頁。

(75) なお、本判決は、この点を実質的な財産上の損害の観点にも引きつけているが、そのような説明は必ずしも必要ではなかったと思われる。

(76) 橋爪・前掲注(5)163頁、高橋・前掲注(17)526-7頁。また、樋口亮介「不法領得の意思—比較法と学説史を通じた議論の整理—」研修891号(2022年)24頁は、「名古屋高判が窃盗罪による可罰性を認めた実質的理由は、スーパーマーケットが定めた代金の先払いという商品の占有移転の条件の違背は刑法上の保護に値するとの価値判断によるものであり、「スーパーマーケットの管理者が個々の商品の確実な管理と販売に関心を寄せている場合、代金先払いという条件違反に当罰性を認める価値判断にも十分な理由があろう。」とする。さらに、小林・前掲注(15)152頁は、本件においても被害者によって設定された利用過程から財物を離脱させる意思が認められることが決定的であったとする。

条件に違反する意思をもって権利者排除意思を認めるこのような考え方は、特殊事例や従来の学説の分析から導かれたものにすぎないため、以下では、関連する問題にも言及しながら、これを理論的に補強・具体化することを試みる。

## V 利用条件違反と権利者排除意思

### 1 財物の自由な利用・処分と利用条件違反

まず、財物の利用・処分方法に関して被害者が設定した条件（以下、「利用条件」とする）に違反することが窃盗罪の違法性を基礎づけることになる理論的根拠は、ここでいう利用条件の違反が被害者による財物の自由な利用・処分を妨げることを意味し、窃盗罪の保護法益に含まれる所有権の侵害にほかならないという点に求めることができる。窃取行為後の財物の利用・処分行為について器物損壊罪などが別途成立しないことや占有離脱物横領罪と窃盗罪との間の錯誤について符合が認められていることなども踏まえると、窃盗罪の保護法益に所有権が含まれていることは否定できない<sup>(77)</sup>。そして、窃取行為によって、所有権それ自体が移転することはありません。また、財物の事実的利用可能性が侵害されなくても、被害者による財物の自由な利用・処分が妨げられる場合

には、窃盗罪の成立を基礎づける所有権侵害が認められるとすることができる<sup>(78)</sup>。また、財物の事実的利用可能性の侵害の危険が窃盗罪の違法性を基礎づけるのも、被害者が利用しようと思った際に元の状態・価値のまま利用できない状態が作出され、被害者による財物の自由な利用・処分が妨げられる危険が認められるためであるともいえる。

このように、被害者による財物の自由な利用・処分が妨げられる点に窃盗罪の成立を基礎づける所有権侵害が認められるとすれば、それは事実的利用可能性が侵害される場合だけでなく、被害者が実現しようとした方法での財物の利用・処分が妨げられる場合、すなわち、財物の利用条件に違反する場合にも認められると考えることができる。

他方で、利用条件の違反を問題とすることは、財物の利用・処分に関する被害者の意思を問題とするものともいえるため、先述のように一時的にせよ財物の無断使用を権利者が許容することは一般的にはないという点を踏まえると、すべての一時使用は被害者の意思に反することを理由に原則として可罰的となると考えることも不可能ではない。しかし、一時使用について不可罰の余地を認める限り、他人に無断で使用されたくないという権利者の潜在的な意思に反したことだけをもって可罰的な所有権侵害があるということはず、また、被害者が予定する財物の

<sup>(77)</sup> 例えば、井田良「窃盗罪の保護法益をめぐって」研修 745号（2010年）3頁以下、橋爪隆「窃盗罪の保護法益について」同『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣、2022年）115-6頁。

<sup>(78)</sup> 山口・前掲注(5)112頁以下。また、井田・前掲注(77)16頁注(4)、佐伯仁志「財産犯の保護法益」法学教室 364号（2011年）105頁も参照。

利用方法と関係しないそのような意思を重視することも妥当でないと思われる<sup>(79)</sup>。そのため、財物の利用・処分に関する被害者の意思の侵害それ自体が可罰的な程度の所有権侵害を基礎づける場合というのは、まずもって、財物の利用・処分に関する被害者の意思が他者との関係において利用条件の形で示されており、それに違反することによって被害者が実現しようとした方法での財物の利用が妨げられる場合でなければならないと考えられる。

## 2 被害者の設定した利用条件の要保護性

もっとも、被害者の意思が利用条件として示されていればそのすべてが窃盗罪による保護に値するといえるかどうかについてはさらに検討を要する。なぜなら、その利用条件が順守されることが重要と考えられる場合とそうでない場合があるように、利用条件にも様々なものがあり、窃盗罪による保護に値するものとそうでないものがあると考えられるからである。つまり、被害者によって設定された利用条件のうちどのようなものが窃盗罪による保護に値し、その違反が可罰的な程度の所有権侵害を基礎づけることになるのかがさらに検討されなければならない。その

際に参考となると考えられるのが、窃盗罪における窃取性をめぐる議論である。

窃盗罪における「窃取」とは、占有者の意思に反する財物の占有移転であるが、占有者が占有移転について一定の条件を設定している場合、その条件には様々なものがありうるため、どのような条件であってもそれに違反すればただちに占有者の意思に反する「窃取」に当たるとして窃盗罪の成立が認められるものではなく、窃盗罪の保護に値する占有移転の条件に違反した場合のみ窃取性を認めて窃盗罪の成立を認めるべきであるとされている<sup>(80)</sup>。

例えば、パチスロ店は「通常の遊戯方法」によりパチスロメダルを取得・利用することを認めているため、この条件に違反して、パチスロ機に針金を差し込んで誤作動させるなどの方法（ゴト行為）でパチスロメダルを不正に取得した場合には窃盗罪の成立が認められるのに対して<sup>(81)</sup>、パチスロ店が「パチプロお断り」と掲示しているにもかかわらず、その条件に違反していわゆるパチプロが「通常の遊戯方法」によりパチスロメダルを取得した場合、管理者がこれを許容していなかったとしても、一般に窃盗罪の成立は認められないとされている<sup>(82)</sup>。

(79) この点については、前掲注(66)も参照。

(80) 例えば、三浦透「判解（最決平成21年6月29日刑集63巻5号461頁）」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成21年度）』（法曹会、2013年）152頁は、以下のパチスロメダルの窃取に関して、「メダル管理者の意思といっても、様々なものがあるのであり、ここで問題とするのは、財産の占有者が占有を喪失することについて、財産犯である窃盗罪によって処罰されるか否かの基準となるものである。様々なメダル管理者の意思のうちには、そのような窃盗罪の成否を画する基準たり得る合理的意思と、そうでないものがあるのではないかと思われる。」とする。

(81) 前掲最決平成21年6月29日など。

(82) 高森高德「電子器具（いわゆる体感器）を使用して回胴式遊技機（いわゆるパチスロ機）から遊技メダルを不正取得する行為について窃盗罪の成否が問題となった事例」研修673号（2004年）96頁、佐伯仁志「詐欺罪（1）」法学教室372号（2011

この点をめぐっては、一定の取引関係が存在する点<sup>(83)</sup>、あるいは、一定の条件を満たす限りで財物の占有移転に関する包括的同意が与えられている点<sup>(84)</sup>で詐欺罪の成否が問題となる場面と同様の状況にあるということ踏まえて様々な分析が行われているが、多数説は、それに違反しているかどうかを厳格に確認するための措置が講じられていることなどによって客観化・明確化されている条件<sup>(85)</sup>や客観的合理性・社会的重要性が認められる条件<sup>(86)</sup>に違反した場合に限って窃取性が認められるとしている。このような理解によれば、店舗が容認しているのは「通常の遊戯方法」によりパチスロメダル

を取得することであり、こうした占有移転の条件は、それに違反していないかについて厳格な確認措置がとられている明確化・客観化された条件あるいは客観的合理性や社会的重要性が認められる条件といえるため、これに違反してゴト行為によりパチスロメダルを不正に取得した場合には窃盗罪の成立が認められる。これに対して、「パチプロお断り」と掲示している場合については、一般に、条件としての明確性を欠くために<sup>(87)</sup>、あるいは、厳格な確認措置がとられていないために<sup>(88)</sup>、パチプロが「通常の遊戯方法」によりパチスロメダルを取得する限り、窃盗罪の成立が認められないことになる。この

年) 109 頁。なお、三浦・前掲注(80)154 頁は、パチプロのメダルを取得する能力が高いとしても、それは人間に自然に備わっている能力の範囲内のことである点にその根拠を求める。

<sup>(83)</sup> 松原・前掲注(3)225 頁。

<sup>(84)</sup> 橋爪隆「窃盗罪における『窃取』の意義について」刑法雑誌 54 卷 2 号 (2015 年) 153 頁。この点については、佐伯・前掲注(31)25 頁も参照。

<sup>(85)</sup> 深町晋也「判批 (最決平成 21 年 6 月 29 日刑集 63 卷 5 号 461 頁)」論究ジュリスト 13 号 (2015 年) 191 頁。また、江口和伸「パチンコ玉やメダルの不正取得と窃盗罪の成否について——最二小決平成 19 年 4 月 13 日刑集 61 卷 3 号 340 頁を契機として——」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集 [下巻]』(成文堂、2014 年) 132 頁は、窃盗罪の成立要件として考慮されるべき占有者の意思は、財産の占有移転に直接関連し、さらに客観的かつ明確なものでなければならないとする。

<sup>(86)</sup> 菊地一樹「占有者の意思と窃盗罪の成否——条件付き合意論を手がかりに——」早稲田法学 92 卷 2 号 (2017 年) 103 頁以下は、機械のプログラムやメカニズムによって築き上げられた「物理的障壁」や社会系統的に構築される「心理的障壁」によって実効性が確保された条件のみが窃盗罪の成否において考慮されるべきであるとする。また、橋爪・前掲注(84)156 頁以下は、被害者の経済的利害を左右する条件違反と社会的に重要な目的と評価される事実についての条件違反が窃盗罪の成立を基礎づけるとし、後者の場合にはその条件に関する事実を確認するための厳格な措置が講じられているかどうか判断に影響を及ぼすとする。さらに、小林・前掲注(15)149 頁は、「欺罔があれば詐欺罪となりうる場合のうち、被害者による確認措置 (交付判断) の省略が社会通念に照らして合理的と判断されうるケースにおいてのみ、『意思に反して』と評価して窃盗罪による保護を及ぼすのが妥当であろう。」とする。このようにいわゆる「条件設定論」については、山内竜太「窃取概念における条件設定論の検討——パチスロのメダル不正取得事例にいう『通常の遊戯方法』をめぐって——」法学政治学論究 116 号 (2018 年) 139 頁以下も参照。

<sup>(87)</sup> 入江猛「判解 (最決平成 19 年 4 月 13 日刑集 61 卷 3 号 340 頁)」『最高裁判所判例解説刑事篇 (平成 19 年度)』(法曹会、2011 年) 142 頁注(1)、深町・前掲注(85)191 頁 (なお、明確性・客観性が認められる場合もあるとする)。また、菊地・前掲注

(86)115 頁も参照。

<sup>(88)</sup> 橋爪・前掲注(84)158 頁。また、厳格な確認措置がとられている場合には窃盗罪の成立の余地を認めるものとして、石井徹哉「個人的法益において侵害される利益の内実」高橋則夫ほか編『野村稔先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2015 年) 242 頁、菊地・前掲注(86)115 頁など。

点についてはさらに、詐欺罪の成立を財産的損害の観点から限定すべきとする立場から、窃取性が認められる行為も財産的損害をもたらさうるものでなければならぬとする見解<sup>(89)</sup>も主張されているが、財産的損害をもたらす場合に窃盗罪の成立が認められるべきであるとしても、占有者の意思が保護される場合をそのような場合に限定すべきではないとの批判<sup>(90)</sup>が向けられている。

ここでこうした窃取性に関する議論について詳細に検討を加えることはできないが、以上のような窃取性に関する多数説の理解は基本的に妥当なものであり、上記基準を満たす占有移転の条件には要保護性が認められ、これに違反する場合には占有移転に関する被害者の意思が可罰的な程度に侵害されていると考えられる。そして、どのような場合に財物の占有移転を認めるかも所有者に認められる財物の利用・処分の自由に含まれると考えられるのであるから、占有移転の条件は財物の利用条件としても把握可能であり、両者は事実上重なり合っているということ

ができる。このように占有移転の条件が財物の利用条件としても把握される場合には、占有移転の条件に要保護性が認められることによって同時に財物の利用条件としても要保護性が認められ、それに違反する場合には財物の利用・処分に関する被害者の意思も可罰的な程度に侵害されるとして、窃盗罪の成立を基礎づける可罰的な所有権侵害が生じているということができるようになる<sup>(91)</sup>。また、窃取性の問題としての占有移転の条件と可罰的な所有権侵害の問題としての財物の利用条件の相違やその要保護性の判断方法の相違についてはさらに検討を要するものの、その違反が財産的損害を生じさせるものか、それに違反していないかを厳格に確認する措置がとられているか、その条件に客観的合理性ないし社会的重要性が認められるか、といった観点は、財物の利用条件の要保護性を判断するにあたっても重視されるべきものであると考えられる。

このような観点から特殊事例について改めて検討すると、いずれにつ

<sup>(89)</sup> 齊藤（彰）・前掲注(22)36頁、佐伯・前掲注(82)109頁、内田幸隆「窃盗罪における窃取行為について」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』（成文堂、2014年）133頁。また、松原・前掲注(3)224頁以下は、「窃取」は、財物の実力支配を保持するために占有者が講じていた物理的ないし心理的障壁を突破するような態様のもので、かつ、当該取引に内在する経済的な目的に反している場合に認められるとする。

<sup>(90)</sup> 深町・前掲注(85)192頁。また、橋爪・前掲注(84)155-6頁は、経済的な不利益が生じていなくとも詐欺罪の成立を認めうることを指摘したうえで、例えば、不正に取得した他人の印鑑登録カードを自動交付機に挿入して他人名義の証明書類を取得した場合には、正規の手数料を支払っているとしても窃盗罪の成立を認めるべきであるとしている。この点については、石井・前掲注(88)240頁も参照。

<sup>(91)</sup> さらに、例えば、「交付の判断の基礎となる重要な事項」（最決平成22年7月29日刑集64巻5号829頁など）を偽って財物を交付させた場合、被害者による財物の自由な利用・処分が現に妨げられており、可罰的な程度に所有権が侵害されているといえることから、その意思も認められる限りで、原則として権利者排除意思も認められることになると思われる。詐欺罪についてはその手段の反社会性の高さから不法領得の意思を要求する必要はないとする見解（佐藤・前掲注(20)92頁）もみられるが、詐欺罪において実際には権利者排除意思が固有の処罰限定機能を果たしていない点については、このような観点から説明することも可能であろう。

いても財物の利用条件に要保護性が認められる場合であり、これに違反する意思をもって権利者排除意思を認めることができると考えられる。まず、景品交換事例や返品事例において行為者が違反した「通常の遊戯方法」や「代金の支払」といった被害者によって設定された占有移転の条件は、その違反が財産的損害に直結する性質のものでもあることから厳格な確認措置の対象となっている明確化・客観化された条件であり、客観的合理性や社会的重要性が認められる条件ともいえるため、これに違反する意思をもって権利者排除意思を認めることができると考えられる。また、代金支払事例において行為者が違反した「代金の先払い」という被害者によって設定された占有移転の条件についても、その違反が財産的損害に直結しないという点では異なるものの、店舗内で厳格な確認対象とされている客観化・明確化された条件であり、また、その条件に客観的合理性・社会的重要性が認められる以上、それに違反する意思をもって権利者排除意思を認めることができる。これに対して、マイクロフィルム事例においては、管理者がそもそも占有移転を許容していないことから、他の事例とは異なり窃取性は問題なく認められるとしても、マイクロフィルムそれ自体やそこに記録された情報を適切に管理するために利用者に対して管理者が設定した「持ち出してはならない」という利用条件に違反して占有を侵害したものであり、この条件も上記基準を

満たして要保護性が認められると考えられることから、同様に権利者排除意思を認めることは可能であると思われる。

さらに、こうした条件違反の観点から可罰性が認められるかが問題となる事例として、例えば、万引き対策のためにマイバックに商品を入れることを禁止しているスーパーマーケットにおいて、商品を購入する意思はあるがその禁止に違反して店内でマイバックを利用して買い物をした場合<sup>(92)</sup>(以下、「マイバック事例」とする)が挙げられる。以上の分析を前提とすると、マイバックの利用が明確に禁止されている点を捉えて窃盗罪の成立を認める余地はあるものの、先述の「パチプロお断り」と掲示している場合と同様に、マイバックの利用については一般に厳格な確認措置がとられておらず、また、少なくとも現時点ではその禁止に客観的合理性・社会的重要性があるとも言い難いため、その店舗で特段の措置がとられているといった事情がない限りは、窃盗罪の成立は否定されることが考えられる。

### 3 条件違反の観点から基礎づけられる窃取性と権利者排除意思の関係

もっとも、条件違反の観点から窃取性も権利者排除意思も基礎づけられるとするこのような理解に対しては、代金支払事例と関連していくつかの疑問が投げかけられている。

まず、代金支払事例において「代金を先払いしなかった」という占有

<sup>(92)</sup> 樋口・前掲注(76)24頁。こうした場合については、高橋・前掲注(17)527頁注(29)も参照。

移転に関する条件違反について可罰性を判断するとしても、それを権利者排除意思の要件において判断することは必須ではなく、窃取性の要件において判断すれば足りるのではないかとの疑問<sup>(93)</sup>が投げかけられている。確かに、例えば、マイバック事例において窃盗罪の成立を否定するにあたっては、窃取性の要件において「マイバックを使用した」という占有移転に関する条件違反について可罰性を判断したうえで窃取性を否定すれば足りるため、それを権利者排除意思の要件において重ねて判断することは必須ではない<sup>(94)</sup>。また、代金支払事例においても、条件違反に対する可罰性判断自体は、窃取性の要件において行えば足り、重ねて権利者排除意思の要件において行うことは必須ではないともいえる。ただし、窃盗罪の成立を認めるためには窃取性も権利者排除意思も認められることが明らかにされなければならないのであるから、条件違反に対する可罰性の判断が窃取性の要件において行われて窃取性が認められたとしても、そこで明らかにされた可罰的な条件違反をする意思をもって権利者排除意思も認められることはそれとは別に示されなければならないであろう<sup>(95)</sup>。

次に、代金支払事例において占有移転の条件違反によって生じる「商品の適正な管理」という利益の侵害は、占有移転の時点で侵害されるものであるため<sup>(96)</sup>、窃取性を基礎づける事情にほかならないのではないかとの疑問<sup>(97)</sup>が投げかけられている。この疑問は、権利者排除意思の有無は占有移転後の行為者の利用予定を考慮して判断されるべきものであるから、窃取性を基礎づける占有移転時の事情は権利者排除意思の判断において考慮することはできないとする理解を前提とするものであると思われる。確かに、占有移転の条件に違反する意思をもって権利者排除意思が基礎づけられると考える場合、占有移転の条件に違反すること自体が可罰的な所有権侵害を基礎づけ、また、その意思があれば権利者排除意思が認められることになるため、その判断において占有移転後の行為者の利用予定を考慮する必要はない。しかし、権利者排除意思の有無は可罰的な所有権侵害の観点から判断されるべきものであって、常に占有移転後の事情に基づいて判断されなければならないものではなく、占有移転時に存在する事情によって権利者排除意思が認められる場合があることは理論的に排除されない。これま

<sup>(93)</sup> 樋口・前掲注(76)24頁。

<sup>(94)</sup> 例えば、三浦・前掲注(80)159頁注(27)は、平成21年最高裁決定における被告人が「通常の遊戯方法」により取得したメダルについては上告趣意において不法領得の意思がないことも主張されていたことに関して、「そもそも占有者の意思に反するといえないところで犯罪が成立しないといえることから、本決定も、不法領得の意思の点には触れていないものと思われる。」としている。

<sup>(95)</sup> 代金支払事例においては、窃取性が争われなかったために、権利者排除意思の要件において占有移転の条件違反に対する可罰性判断が行われたと解することができる。

<sup>(96)</sup> 高橋直哉「判批(名古屋高判令和3年12月14日高刑速(令3)501頁)」法学教室505号(2022年)140頁は、代金支払事例について、「占有侵害自体が財物の利用可能性を直ちに侵害する行為となっている点に特徴がある。」とする。

<sup>(97)</sup> 大塚・前掲注(70)174頁。

で権利者排除意思が占有移転後の事情に基づいて判断されるべきだと考えられてきたのは、占有移転後の事情を考慮して可罰的な所有権侵害の有無を判断するほかなかった典型事例およびそこで形成された判断枠組みをもとに議論が展開されてきたからにすぎない。

さらに、占有移転の条件に違反する意思があれば権利者排除意思が認められるとすることは、窃盗の故意と権利者排除意思を混同しているのではないかとの疑問<sup>(98)</sup>も投げかけられている。しかし、占有移転の条件に違反することの認識という同一の事実に基づいて窃盗の故意と権利者排除意思が認められるとしても、それは必ずしも両者を混同することを意味しない。確かに、事実的に重なり合う部分があることは否定できないかもしれないが、窃盗の故意として問題となるのは条件に違反した占有移転の認識であるのに対して、権利者排除意思として問題となるのは条件に違反して所有権を侵害する意思であって、両者はなお区別可能なものであり、また、区別されるべきものであると思われる<sup>(99)</sup>。この点に関して、代金支払事例においては、控訴審判決が、「不法領得の意思は、窃盗罪の故意を超えた主観的要素であるにもかかわらず、原判決は、被害者が予定していた販売方法や、被

害者が商品を精算前に食べることを予定も許容もしていなかったという事情を根拠として、被告人が『本来であれば、被害者が売却をしなかったであろう商品を、代金を支払うことなく食べた』として、不法領得の意思を認めているが、このような説示は、被害者の意思に反した占有侵害であることを認識していたから不法領得の意思があると判断したとの誤解を招きかねないものであり、いささか措辞不適切であるといわざるを得ない。」と原判決を批判しているが<sup>(100)</sup>、占有移転の条件に違反する意思から権利者排除意思が認められる事案であることを踏まえると、原判決の説示に特に問題はなかったように思われる。

## VI 排他性侵害による「利用」の妨害

ここまで、被害者による財物の自由な利用・処分が可罰的な程度に妨げられる場合というのは、財物の事実的利用可能性に対する危険がある場合だけでなく、被害者が実現しようとした方法での財物の利用・処分が妨げられる場合も含まれると考えられることから、それに当たる場合として、財物の利用・処分方法に関して被害者の設定した条件に違反す

<sup>(98)</sup> 大塚・前掲注(70)174頁。また、小棚木・前掲注(69)646頁注(23)は、代金支払事例においては占有移転と財物の利用可能性侵害が同時に発生したという理解がとられているとしたうえで、「故意が占有移転の認識であり、不法領得の意思が行為後の利用方法に関する意思であって異なる主観的要素である以上、故意の問題である占有移転時期と不法領得の意思の問題である利用可能性侵害時期は厳格に区別されるべきであったように思われる。」とする。

<sup>(99)</sup> この点については、松宮・前掲注(72)882頁、高橋・前掲注(17)526頁を参照。また、伊藤亮吉『目的犯の研究序説』（成文堂、2017年）222頁以下も参照。

<sup>(100)</sup> 高橋・前掲注(96)140頁も、「被害者の意思に反する占有移転の認識（すなわち窃盗罪の故意）との異同がやや不分明である。」とする。

る場合について検討を行ってきたが、最後に、このいずれの観点からも権利者排除意思を認めることが困難な裁判例を取り扱いたい。それは、窃盗目的でアパートの居室前廊下まで足を踏み入れるとともに、玄関先にあった鍵を窃取した事案について窃盗罪の成立を認めた東京高判昭和38年4月9日東高刑時報14巻4号64頁である。

本判決は、住居侵入罪の成立を認めたとえ、「アパートの居住者が留守中その居室の扉に施錠するのは、いうまでもなく他人が無断で自己の居室内に立ち入りみだりに住居の安全を侵されることを防止するためであるから、鍵の権利者は他人に対し鍵の無断使用を許さないのが通例である。従つて、いやしくも窃盗の目的をもってアパート内に侵入し止宿人の居室の扉を開けるため、無断でその鍵を手に入れた以上鍵の権利者を排除して恰も権利者の如くその鍵を利用する意思を発現したものというべく、たとえその鍵の使用が一時的であり、また使用後直ちに返還する意思があつたとしても所論領得の意思がないとはいえない。」と判示した。本件については、被害者の独占的利用を害しうる複製目的があるわけではなく、使用後直ちに返還する意思であることから鍵の事実的利用可能性を侵害する危険が認められず、

また、条件を設定して他人に利用させることが想定されている場合でもないため、これまで分析してきた観点からは権利者排除意思を認めることができない。そのため、このような場合には窃盗罪の成立を否定する<sup>(101)</sup>ことも考えられるが、そのような帰結は妥当とは思われない。そこで検討すると、鍵は、他人に使われないことそれ自体に要保護性の認められる極めて排他性の強い財物であり、それが鍵の財物性を基礎づけているといえることから、そうした鍵の特徴を踏まえて、例外的に、他人に無断で利用されないことそれ自体が被害者による鍵の「利用」方法に含まれると考え、これを無断で使用する意思で占有を侵害する場合には被害者による鍵の「利用」を可罰的な程度に妨げる危険があるものとして権利者排除意思を認めて窃盗罪の成立を肯定することも不可能ではないように思われる。このような考え方によれば、例えば、同様の排他性が認められると考えられる機密資料についても、複写目的から基礎づけられる価値の毀損が生ずる恐れがないとしても、これを利用する意思で占有を侵害した場合には窃盗罪の成立を認めることができるのではないかと思われる<sup>(102)</sup>。

<sup>(101)</sup> 例えば、宮川・前掲注(15)47頁、野村・前掲注(15)84頁参照。

<sup>(102)</sup> 佐伯・前掲注(5)80頁は、「その物の経済的価値を減少させていなくとも、その物を排他的に利用することによって権利者が得ている利益を侵害する場合には排除意思を肯定できる。例えば、他人の日記を持ち去って中身を読んで返却する場合は排除意思を肯定できる。同様に、機密資料をコピーして返却する場合にも、排除意思を肯定できると思われる。……ここで問題となっているのは情報を利用されることによる経済的損害ではなく（日記のような場合にはそもそもそのような損害は問題とならない）、物を（そこに化体された情報を含めて）排他的に利用する利益の侵害であるから、排除意思を否定する理由はないと思われる。」として、これを利益侵害の観点から説明する。

## Ⅶ おわりに

以上、近時の裁判例や学説も検討対象としながら、特にこれまで権利者排除意思を認めることが困難であるとの指摘がなされてきた裁判例の理論的基礎づけを目的として、窃盗罪における権利者排除意思の問題について検討を加えてきたが、本稿の内容は概ね以下のようにまとめることができる。

まず、従来の議論によって明らかにされてきたように、確実な返還意思の有無、財物またはその価値を毀損する意思の有無、行為者が無断使用を予定している時期やその時間の長さを基本的な判断要素として、被害者が利用しようと思った際にその財物を元の状態・価値のまま利用できるか否かという意味での「事実的利用可能性」に対する可罰的な程度の危険が認められる場合には、権利者排除意思が認められる。したがって、このような観点から権利者排除意思が認められない場合というのは、被害者による利用が予想されない間にその状態や価値を毀損することなく短時間のうちに確実に返還する意思で財物を窃取した場合に限られることになる。

次に、事実的利用可能性を侵害する可罰的な程度の危険が認められない場合であっても、被害者が他者との関係において設定している占有移転の条件などの財物の利用条件のうち、要保護性の認められる条件に違反して占有を侵害し、被害者が実現しようとした方法での財物の利用を妨げる意思が認められる場合には、被害者による財物の自由な利用・処分を妨げて可罰的な程度に所有権を

侵害する意思があるものとして、権利者排除意思を認めることができる。事実的利用可能性を侵害する可罰的な程度の危険があるとはいえないにもかかわらず権利者排除意思が認められた裁判例の多くは、このような観点から説明することが可能である。また、財物の利用条件の要保護性については、その違反が財産的損害を生じさせるものか、それに違反していないかを厳格に確認する措置がとられているか、その条件に客観的合理性ないし社会的重要性が認められるか、といった観点から判断されると考えられる。

さらに、財物の利用条件が設定されていない場合であっても、鍵や機密資料のように、他人に使われないことそれ自体に要保護性の認められる極めて排他性の強い財物については、その特徴を踏まえて、例外的にはあるが、他人に無断で利用されないことそれ自体が被害者による鍵の「利用」方法に含まれると考え、これを無断で使用する意思で占有を侵害する場合には被害者による鍵の「利用」を可罰的な程度に妨げる危険があるものとして権利者排除意思を認める余地があると考えられる。

そして、本稿の立場からは、このいずれにも該当しない場合に権利者排除意思の観点から窃盗罪の成立が否定されることになる。

本稿は、窃盗罪における権利者排除意思の問題に焦点を当てて検討を行ったため、横領罪などの他の財産犯における権利者排除意思の問題

(103)やそれと本稿の理解が整合するかなどについては別途検討を行う必要があるが、これらの検討については他日を期したい。

〔付記〕本稿は、2024年6月2日に開催された日本刑法学会第102回大会（龍谷大学）のワークショップ「不法領得の意思の再検討」内で筆者が報告した「窃盗罪における権利者排除意思とその内実」の内容についてさらに分析・検討を行い、理論化・精緻化を試みたものである。

---

(103) 不十分ながらも、筆者が占有離脱物横領罪における不法領得の意思について検討を加えたものとして、松本圭史「占有離脱物横領罪と不法領得の意思」刑事法ジャーナル 76号（2023年）19頁以下。