

〔判例研究〕

使用窃盗と不法領得の意思

―所有者の意に反する自動車の乗り出し運行につき不法領得の意思を
欠くとして窃盗罪の成立が否定された事例―

垣 口 克 彦

（大阪高裁昭和四八年(3)第一三七四号、窃盗被告事件、同五〇年一〇月一七日第六刑事部判決（確定）、原審大阪地裁（昭和48・8・31判決）、判例タイムズ三三五号三四七頁以下。）

【事件の概要】

運送会社の従業員である自動車運転手らが、大阪から東京までの間を往復しようとして会社の営業用の貨物自動車をその意に反して乗り出し運行したのであるが、その運行は、ストライキ中の労働組合の指令により親会社に赴いて賃上げ要求をするにあつたての示威のためであつた。原判決は、その自動車の乗り出し運行の行為を窃盗罪に問擬したが、その点が本件で問題となっている。

【判 旨】

「被告人甲らの本件自動車の乗り出し運行の所為が不法領得の意思によるものであるかどうかを判断する。およそ窃盗罪の成立に必要な不法領得の意思とは、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または

使用窃盗と不法領得の意思

一

阪 南 論 集 第十二巻第四号

二

処分する意思をいい、永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としないとき（最高裁判所昭和二六年(3)第三四七号同年七月一日第二小法廷判決・刑集五巻八号一四三七頁参照）、他方、単に一時使用のため他人の物を自己の所持に移すにすぎないときは不法領得の意思を欠きいわゆる使用窃盗罪を構成しないとされている（大審院大正八年(4)第二八一号同年二月四日判決・刑録二六輯二七頁参照）ところ、使用窃盗が不可罰とされるのは、使用後返還の意思があり、かつ、その使用が一時的であつて所有権ないしこれに準ずる本権の権利者を完全に排除する意思によらない場合に限り、不法領得の意思がないとされることによると解するのが相当である。そして、自動車などの乗物の使用窃盗については、一般的には短時間、短距離の使用に限つて権利者を排除する意思がないとされ、長時間、長距離の使用は、権利者を排除する意思によるものとされるのであるが、その使用者が権利者に雇用されている者であり、また平常は権利者から業務を行うため乗物の占有をゆだねられている者であるなど権利者および乗物との間に特別の関係を有する場合には、使用時間、走行距離の長短だけでなく、右のような特別の関係およびそれと当該使用との関連性などをも考慮したうえで、その使用が権利者を完全に排除する意思によるものであるかどうかを判断するのが相当である。このような見地に立つて本件についてみるに、被告人甲らの意図した本件自動車の乗り出し運行は、大阪から東京までを往復しようとしたもので、その使用時間、走行距離は決して短時間、短距離であるとはいえないのであるが、次のような諸事情、すなわち、被告人甲らはいずれも会社の従業員で自動車運転手などであつたところ、本件当時その所属する組合はストに入つていたこと、会社側は組合のストのため大阪支店構内にあつた本件自動車を含む営業用貨物自動車を運行させることは事実上できない状態にあつたこと、被告人甲らの本件自動車の使用目的は、組合の指令により親会社に赴いて賃上げ要求をするにあたり示威のため会社の自動車を連れかねて乗り付けようとしたものであること、本件自動車は平常は東京・大阪間の路線の運行の用に供せられていたものであり、被告人甲らが運行しようとした区間は右路線内であつて、その集合場所は会社の蒲田営業所、行先きは東京の親会社大和運輸本社であつたこと、組合はあらかじめ会社側に対し、各支店、営業所から会社の営業用貨物自動車を乗り出して大和運輸の本社に賃上げ要求に行く旨を通告していたこと、被告人甲らは本件自動車を乗り出して運行中、組合の指令によりその運行を中止することになつたが、会社の静岡支店東作業所に乗り入れて留め置いており、その結果問もなく会社側にその所在が確認されていることなどの事情を考慮すると、被告人甲らの本件自動車の乗り出し運行は、会社の意思に反し、その本件自動車に対する占有を侵害したものはあるが、いまだ会社の所有権を完全に排除する意

思によるものであつたとまでは認められない。したがつて、右所為は、不法領得の意思を欠くため窃盗罪を構成しないものといわなければならない。」

【問題の所在】

窃盗事件において、可罰的な窃盗か、それとも不可罰の使用窃盗かをめぐって、不法領得の意思の存否が争われる事例は多数存在する。「使用窃盗と不法領得の意思」は、判例においてしばしば問題となり、学説も、それに対応しつつ、問題の解決に努めている。しかし、使用窃盗 (furtum usus, Gebrauchsdiebstahl) は、一つの困難な問題であつて、理論的にも十分に明確にされているとはいえない。そのような意味において、この問題は古くして新しい問題であるといえる。本判決は、この問題について、特に、不法領得の意思の存否の判断について、新たな、興味ある事例を加えることとなつたのである。ここに、本判決を判例研究の題材として取り上げる意義が存するものと考ええる。そこで、やや詳細に本判決を検討することにする。

【研究】

一 窃盗罪の成立には、その主観的側面として、故意のほか、不法領得の意思 (Absicht rechtswidriger Zueignung) を必要とするというのが、わが国の通説・判例の立場である (しかし、不要説もまた従来より強力に主張されているととも忘れてはならない。例えば、牧野英一「窃盗罪の要件としての領得の意思」刑法研究第三卷三七頁以下、同「刑法各論」(下巻)五八三頁以下、木村亀一「刑法各論」二一五頁、尾後賢太郎「窃盗罪及び強盗罪」刑事法講座第四卷八五一頁、植松正「全訂刑法概論Ⅱ各論」三六四頁以下、大塚仁「不法領得の意思」刑法講座第六卷三四頁以下、中義勝「刑法各論」一三五頁以下、同「不法領得の意思」綜合法学四二五八頁以下等がある。本稿では、この必要説・不要説の争ひには介入せず、通説・判例の見地に立つ。窃盗罪の成立には不法領得の意思が必要であると解したうえで、不法領得の意思の内容、その存否の判断を問題とする)。

窃取行為は財物に対する他人占有の排除・自己占有の獲得を以て足るのであり、毀棄・隠匿や不可罰の使用窃盗もこのような形態によってなしとげられる場合のあることを否定し得ない。そこで、通説・判例は、不法領得の意思を窃盗罪の要件とするこ

使用窃盗と不法領得の意思

三

阪南論集 第十二巻第四号

四

とによつて、窃盗を、一方では毀棄・隠匿から、他面において不可罰の使用窃盗から区別しようとするのである。

——毀棄・隠匿との区別の問題も重要であるが——右の立場においては、不可罰の使用窃盗がどのようにして可罰的な窃盗から区別されるのか、ということが、本稿の課題となる (不法領得の意思を窃盗罪の主観的要件とするのは、もっぱら、窃盗罪と毀棄・隠匿罪との区別をなすために必要だからであるとする見解 (草野豹一郎「刑事判例研究」第一巻二六〇頁、さえあるは)。

二 まず、判例の立場を概観してみることにする。窃盗罪の成立には不法領得の意思が必要であることを明示し、その定義を下したのは、大正四年五月二一日の大審院判決 (刑録二一輯) である (本判例の評釈としては、莊子邦雄「不法領得の意思」。

すなわち、自己の奉職する小学校長に敵意をいだく被告人が、同校長が保管する重要物件を紛失せしめて同校長の責に任せしめようと図り、同校の所蔵する教育勅語謄本等三点を勅語奉置所から取り出し、これを自己の受持教室の天井裏に隠匿したという事実について、大審院は、「窃盗罪ハ不法ニ領得スル意思ヲ以テ他人ノ事実上ノ支配ヲ侵シ他人ノ所有物ヲ自己ノ支配内ニ移ス行為ナレハ (大正三年六月十日宣告同年 (れ) 第一一〇六号事件ノ判決参照) 本罪ノ成立ニ必要ナル故意アリトスルニハ法定ノ犯罪構成要件タル事実ニ付キ認識アルヲ以テ足レリトセス不法ニ物ヲ自己ニ領得スル意思アルコトヲ要ス而シテ所謂領得ノ意思トハ權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サレハ単タ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盗罪ヲ構成セサルヤ疑ヲ容レス」と判示したのである。そして右の定義のうち、「權利者ヲ排除シテ」という部分は不可罰の使用窃盗と区別されるべき窃盗の主観的要件を示したものであり、後段の「其経済的用法ニ従ヒ之ヲ利用若クハ処分スルノ意思」というのが毀棄・隠匿との関係における窃盗の特徴を現わした部分であると解せられている (中野次雄「船舶の一時使用と不正領得の意思」刑事判例評釈集第一三巻二〇八頁参照)。

右判決に示された判例の基本的態度は、今日に至るまで一貫して変っていないと考えることができるのであるが、その後間もなく、不法領得の意思については「永久的ニ其物ノ経済的利益ヲ保持スルノ意思タルコトヲ要セス」と判示した大正五年一月一七日の判決（刑録二）が出るに至って、前掲大正四年の判決は、重要な質的補充を受けることとなった。従って、大正五年の判決以降、不法領得の意思の实体は、大正四年の判決と大正五年の判決とが相まって形成していると考えることができる。このような判例の態度は、最高裁判所においても、昭和二年五月十八日の判決（最高裁判所判例）および本件の判決が引用している昭和二年七月一三日の判決（刑集五巻八号）を通して確認されている（在子・前掲四七頁参照、なお、昭和二年の判例の解釈としては、次のような多数のものがある。中野・前掲一〇七頁以下、市川秀雄「乗り捨ての意思と不法領得の意思」法学セミナー七四号三四頁以下、村崎精一「不法領得の意思（小舟の乗り捨て）」刑法判例百選一八六頁以下、八木園之「使用窃盗にならない事例」続判例百選（第二版）一四八頁以下、中川祐夫「不法領得の意思（一）犯行後逃走のため小舟を漕ぎ出した所為は刑法二三五条の財物の窃取に当たるか」刑法の判例二二頁以下、木村静子「不法領得の意思（使用窃盗）」判例演習刑法各論増補版二八三頁以下、大谷実「不法領得の意思」判例演習講座刑法Ⅱ（各論）二四四頁以下）。すなわち、例えば昭和二六年の判決は、——先に本件の判旨においても示されたように——「刑法上窃盗罪の成立に必要な不正領得の意思とは、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途に従いこれを利用し又は処分する意思をいうのであつて、永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としない」と判示している。

他方、使用窃盗に関する判例としては、まず、本件の判決も引用している大正九年二月四日の大審院判決（刑録二六）を挙げねばならない。すなわち、この判決は、「刑法二百三十五条ノ窃盗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原判決ハ……自転車ヲ無断使用シ其一部ヲ破壊シ乗捨之ヲ窃取シトアリテ……第一審ノ如ク単ニ自転車ヲ窃取シト判示セスシテ先ツ無断使用シト叙述シ続テ其一部ヲ破壊シ乗捨ト掲ケ

使用窃盗と不法領得の意思

五

阪南論集 第十二巻第四号

六

タルニ徴スレハ原審ニ於テハ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……之ト異ナリ原判決ハ被告カ当初ヨリ無断使用ノ末之ヲ破壊シ且乗捨テル意思アリタルモノト認メタル趣旨ナリトセハ被告ハ他人ノ自転車ヲ一時使用スルニ止マラスシテ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ラ所有者ノ実ヲ挙クル意思アルモノト解スヘク即チ不正領得ノ意思アルモノト謂フヘク其行為ハ正ニ窃盗罪ヲ構成スルモノトス」と判示した。この判決の要点が、他人の物を自己の所持に移す際に単に一時使用の意思を有するに過ぎない場合には窃盗罪を構成しないという点にあることは改めて指摘するまでもない。また、この判決によれば、逆に当初より無断に使用しかつ乗捨てる意思があれば、不法領得の意思があったと考えられることとなる（在子「不法領得の意思」総合判例研究叢書刑法部二二頁参照）。このような基準によって不法領得の意思の存否を決しているものとしては、昭和二六年一月二七日の東京高裁の判決（東高刑時報一巻一五号三三七頁）を挙げることができる。

つぎに、前掲の昭和二六年七月一三日の最高裁判決は、前掲引用箇所に続いて、「被告人等が対岸に該船を乗り捨てて前記肥料船に対する柴田国松の所持を奪つた以上、一時的にも該船の権利者を排除し終局的に自ら該船に対する完全な支配を取得して所有者と同様の実を挙げる意思即ち右にいわゆる不正領得の意思がなかつたという訳にはゆかない」と判示した。この判決は、「乗り捨ての意思」を極めて重視し、物の一時使用についても、当該行為が「乗り捨ての意思」でなされた（すなわち「返還の意思」がなかった）以上、そこには「一時的にも」権利者を排除し終局的に目的物に対する完全な支配を取得して所有者と同様の実を挙げる意思が存在したことになり、その場合には不法領得の意思の存在が認められる、という思考方式を明瞭に示したといえる。このような意味におい

て、右の判決を可罰的窃盜と不可罰の使用窃盜との限界に関するリーディング・ケースと考えてもよいであろう（中川・前掲（四八頁参照））。また、この判決では不法領得の意思の内容について、權利者を排除する意思に重点が置かれていることや、さらに、この判決が不法領得の意思の存否の判断に際して、実際にどのような使用の仕方がなされたかを問題にしていること（莊子・前掲総合判例研究叢書二六頁、大塚仁編『判例コンメンタール10刑法Ⅲ』（内田文昭）二二八頁参照）も、重要である。

それでは、「返還する意思」がある場合については、判例はどのように考えるのであろうか。この点に関して、昭和四三年九月一七日の最高裁の決定（判例時報五三）は「（被告人らは、所論各自動車を、窃盗品の運搬に使用したり、あるいは、その目的をもつて、相当長時間にわたつて乗り廻しているものであるから、たとえ、無断使用した後に、これを元の位置に戻しておいたとしても、被告人らに不正領得の意思を肯認できるとした原判決は相当である。）」と判示し、返還する意思がある場合には不正領得の意思がないとするほかはない、という単純な思考を否定して、その場合にも、赃物運搬に使用したり、あるいは、その目的で長時間乗り廻していたということがあれば、不正領得の意思は肯認され得る、とした（本判例の評釈としては、香川達夫「自動車の一時使用と不正領得の意思」判例評論二二三号一三九頁以下、村崎精一「自動車の一時使用と不正領得の意思」刑法判例百選（新版）二二二頁以下、中川祐夫「不正領得の意思——自動車の一時使用と不正領得の意思」——刑法判例（第二版二四四頁以下）。そこで、この判例は不正領得の意思の内容について、権利者を排除する意思とともに、「行為者の不正に利用する意思」を重視しているという理解の仕方ともなされている。その他、「返還の意思」があった場合にも窃盗罪の成立を認めた高裁の判例としては、右の決定より以前に、昭和三三年三月四日の東京高裁判決（刑集一）巻二四七頁）や昭和三三年四月二日の東京高裁判決（東京高時報九）巻四九七頁）が存在した。

三 つづいて学説の状況を一瞥することにする。不法領得の意思と使用窃盜の問題をめぐつて学説は大きく三つに分類され得る。第一説は、最も厳格な立場であり、不法領得の意思を、権利者を排除して他人の物を自己の所有

使用窃盗と不法領得の意思

七

阪南論集 第十二卷第四号

八

物としてその経済的用法に従い利用・処分する意思と解するのであって、判例の基本的態度と同じである（大場茂馬「刑法各論」一三頁、柏木千秋「刑法各論」二二頁、（上巻）五四〇頁、滝川幸夫「刑法各論」一三頁、（下巻）四二四頁など）。この立場からは、直ちに返還する意思での単なる一時使用には不法領得の意思がなく、窃盗罪にならないことになる。例えば、滝川博士は「一時使用の意思は領得意思ではないから、窃盗罪を構成しないというべきである」（滝川「前掲」二二頁）と明言されている。

第二説は、判例の要件を少しゆるめて、「権利者を排除して所有権の内容を行使用すること」(小野清一郎「刑法講義各」)しくは「その財物につきみずから所有者としてふるまう意思」(團藤重光「刑法綱要各論」四五四頁)をもって不法領得の意思の実質であるとし、物の経済的用法に従った利用・処分ということは要求しない(同「判例の見解として」福田「刑法各論」三二六頁)。この立場からも、使用窃盜の場合は原則として、不法領得の意思がなく、不可罰となると思われる。ただし、小野博士は「その権利者の排除は必ずしも永続的なことを必要としない。故に、たとへ一時的にでも完全に権利者を排斥して自己の所有物であるかの如く振舞はうとするのは、即ち不法領得の意思である。謂はゆる『使用窃盜』として罪とならないのは権利者を完全に排除しない場合に限らるべきであらう」(小野「前掲三」七二三八頁)と述べられている。そこで、これでは小野博士は実質的には使用窃盜が窃盜罪になることを全面的に肯定されるのとはほとんど変わらない、というようにも解されている(団藤「注釈刑法第六卷」五一頁参照)。また、小野博士のこのような見解は、先に概観した判例にも強い影響を与えたと思われる(前掲注釈刑法「五」頁参照)。これに対して、團藤博士は、領得の意思については、財物の物質およびその価値の双方に着目すべきであって、使用窃盜の場合も、「価値を消費する意思があれば領得の意思があるものというべきで、かようなべきあいには、窃盜罪の成立を肯定するべきである」とされ、その例として、自動車の長時間の無断借用の場合を挙げられている(団藤「前掲」四五四頁)。

第三説は、「権利者の排除」の観点を取り除き、他人の物において何らかの経済的利益を取得する意思を不法領得の意思と考える（草野・前掲三六五頁、江家義男『刑法各論』（増補版）二七〇頁以下。類似の見解とし、て）。この立場からは、使用窃盗も原則として窃盗罪となるのであって、江家博士は、この点について、「領得の意思を経済的利得の意思と解し、使用窃盗においては一時的にもせよ他人の物を使用して利得する意思があるから、原則として、窃盗罪を構成するものと解すべきである」（江家・前掲二七六頁）と説かれている（上記の学説は、全て、同時に毀棄・隠匿罪と窃盗罪との区別という観点をも顧慮したうえでの見解であるが、本稿では、前述のように、この問題は一応考慮の外に置いておく。なお、以上の学説の大要につき、木村（前掲二八四頁）、大谷・前掲二四九―二五〇頁参照）。

四 以上で、判例および学説の状況を概観し得たのであるから、それらを基にして本判決を検討することにする。しかし本件の事案は、「占有の侵奪」の点についても、問題を含むものであった。そこで、この点をあらかじめ検討しておく。本判決は、次のように判示して、「占有の侵奪」を認めている。すなわち、組合員らが、スト突入後、会社構内にあつた本件自動車等が会社側によって搬出されないよう監視しており、その結果会社側ではこれらの自動車を運行の用に供することは事実上できない状況にあつたとしても、「これら自動車は会社の支配力が直接及びうる大阪支店構内にあつたこと、および会社は、組合のスト突入と同時にこれら自動車のキーと車体検査証をできる限り回収するなどしてその保管に努力し、かつ、十分ではなかつたにしても組合側に持ち出されないよう監視し、いまだこれら自動車に対する占有の意思を放棄していなかつたことなどに徴すると、会社が大阪支店構内において本件自動車を占有していたことは明らかであり、被告人甲らが会社の意思に反して大阪支店構内から本件自動車を乗り出し運行したことは、会社の本件自動車に対する占有を侵害したものであるといわなければならない」と。本件自動車が、本判決のいうような状態にあつた限り、会社の占有は明白であり、本判決が被告人らの乗り出

使用窃盗と不法領得の意思

九

阪南論集 第十二巻第四号

一〇

し運行を「占有の侵奪」と解したことは正当であるといえる。

さて、本判決は、不法領得の意思については、まず前掲昭和二六年七月一三日の最高裁判決に従って、「およそ窃盗罪の成立に必要な不法領得の意思とは、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たまたは処分する意思をいい、永久的にその物の経済的利益を保持する意思であることを必要としな」とし、また使用窃盗については、前掲大正九年二月四日の大審院判決に従って、「単に一時使用のため他人の物を自己の所持に移すにすぎないときは不法領得の意思を欠きいわゆる使用窃盗罪を構成しない」として、判旨全体的前提となる部分については、忠実に従来の判例に従っている。それ故、この点については特に検討する必要もない。つづいて、本判決は「使用窃盗が不可罰とされるのは、使用後返還の意思があり、かつ、その使用が一時的であつて所有権ないしこれに準ずる本権の権利者を完全に排除する意思によらない場合に限り、不法領得の意思がないとされることによると解するのが相当である」と述べる。従来より判例は、使用窃盗が窃盗罪を構成しない理由については、これを「権利者ヲ排除」しないことに求めていると思われる。ところが、権利者を排除しないことが窃盗罪の成立を阻却せしめるという理由については、判例の説くところは明らかではなかつたといえる（中野・前掲二〇一―二〇二頁、参照）。小野博士はこれを窃盗罪の被害法益が所有権その他の本権であることに求められるようであるが（中野・前掲、本判決も、小野博士と同様に、右の理由を、財産犯罪の保護法益に關しての「本権説」の立場から考えているように解せられる。それはともあれ、本判決は、従来の判例としては、前掲昭和二六年七月一三日の判決の、そして学説としては、前述の小野博士の見解の影響を強く受けつつ、本件の所為が不法領得の意思を欠く不可罰の使用窃盗可否かは、まさに、それが「所有権ないしこれに準ずる本権の権利者を完全に排除する意思によらない場合」であ

るか否かということに掛かっていると判断し、それを吟味する。判旨のこの部分が本判決の中心である。使用窃盗との関係で、判例には、不法領得の意思の内容について、その重点を「権利者を排除する意思」から「行為者の不正に利用する意思」に移ってきている傾向があるという指摘もなされていること（（村崎・前掲（新編））を考慮すると、その点において、本判決はあくまでも当初よりの判例の基本的態度に忠実であるといえよう。）

右の論点につき、本判決は、一般論としては、自動車などの使用窃盗については「短時間、短距離の使用に限って権利者を排除する意思がないとされ、長時間、長距離の使用は、権利者を排除する意思によるものとされる」とを承認する。しかし、本判決は、右の一般論を承認したとしても、本件の場合のように乗物の使用者が権利者および乗物との間に特別の関係を有する場合には、単に、使用時間、走行距離の長短だけで問題を処理するのではなく、右のような特別の関係およびそれと当該使用との関連性などをも考慮したうえで判断しなければならない、として、「権利者を完全に排除する意思」によるか否かについての「実質的」判断の必要性を強調する。

右の見地に立って、本判決は、大阪から東京まで（しかも往復）という長時間、長距離の使用の場合にも、(1)被告人らは会社の従業員で運転手などであり、組合はストに入っていたこと、(2)会社側はストの為自動車を行き止せすることは事実上できない状況下にあったこと、(3)その使用目的は組合の指令により親会社に赴いて賃上げ要求をするにあたっての示威のためということであったこと、(4)運行区間は日頃の路線内であって、行先きは東京の親会社であったこと、(5)組合はあらかじめこの乗り出し運行の旨を会社に通告していたこと、(6)途中で運行を中止して静岡支店の構内に乗り入れて留め置いており、その結果間もなく会社側にその所在が確認されたこと、という事情を考慮すれば、被告人らの行為は「いまだ会社の所有権を完全に排除する意思によるものであったとまでは認められ

使用窃盗と不法領得の意思

一一

阪南論集 第十二巻第四号

一一

ない」と判示し、不法領得の意思の存在を否定したのである。

さて、使用窃盗とは「目的物を単に、一時使用するだけで不法領得の意思のない占有の侵害」（傍点）であるとされている（前掲注釈刑（法四八頁））。従って、「一時使用」という要素、すなわち乗物の無断使用の場合には、使用時間、走行距離という要素が、不可罰の使用窃盗か否かを判断するに際して、極めて重要な位置を占めることは当然のことである。判例も、前掲昭和四三年九月一七日の最高裁決定において、相当長時間にわたって乗り廻していたことを一つの理由として、不可罰の使用窃盗であることを否定しているし、前掲昭和三三年三月四日の東京高裁判決は、一八時間にわたっての無断使用を窃盗罪に問うている。長時間、長距離の無断使用は、すでにそれだけで不可罰の使用窃盗の域を逸脱するとも考えられるのである。また、本件の事案は、明らかに価値の消費を伴う形態のものであり、前述の、価値を消費する意思があれば領得の意思があるものとする団藤博士の見解によれば、この見地から窃盗罪の成立が肯定される事例であったとも解される。さらに、一般的に長時間、長距離にわたる自動車の無断使用は権利者を排除する意思によるものと解され、窃盗罪を構成するということは、本判決自身が認めているところである。（また、不可罰の使用窃盗であると認められるためには、返還の時期が「即時」というに近いかどうかを強調し（中野・前掲二二頁）、あるいは、長期間にわたる使用は、たゞ返還の意思の存在が主張されても、そのことの認識がある以上、権利者を排除の意思があると考えられるとする（大谷・前掲二五三頁）見解がある。）そこで、従来問題とされてきた事例に比較すれば、桁違いに長時間、長距離の本件の事案において、上記の

(1) (6)のような事情が、不法領得の意思の存在を否定する十分な理由となり得るか否かを検討する必要がある。

まず(1)の事由について。この事由との関係で、本判決は被告人らが平常は権利者から業務を行うため自動車の占有をゆだねられている者であるということを重視している点に注意を要する。しかし、先にも触れたように、本件乗り出し運行時には、会社が自動車を占有しており、組合側の持ち出しを認めていなかったのであって、平常時に

は被告人らに自動車の占有がゆだねられていたという事情に、不法領得の意思との関係でどれほどの意味があるのかは疑問である。また(1)の事由を一般化して考えれば、そこから一つには、返還の意思を推認し得る場合が多いということが導き出されるかもしれない。しかし本件の場合には、このような推認に頼らなくとも、明らかに返還の意思のある場合であった。さらに、権利者の推定的同意が推認され得ることも考えられるが、この問題は不法領得の意思とは次元を異にするし、本件の場合には、会社は乗り出し運行を拒絶していた。その他にも、右の事由が不法領得の意思の存在を否定する理由となる根拠は考えられない^(ただし、名古屋高判昭和三十七年五月三十一日判例時報三二一頁三頁は、被告人。が住込店員として雇主の自動車を使用了たという事情を若干考慮している。)。また、組合がストに入っていたという点も、どのような意味で不法領得の意思の存否に影響を与えるのか疑問である。つぎに(2)の事由について。この事由は、権利者の使用を妨げる意思がなかったということに通ずる。しかし、そのような意思がなかったことは、必ずしも、権利者を完全に排除する意思の否定にはつながらない。本件は明らかに権利者の意思を無視しての無断使用である。また、スト中といえども、権利者の利用可能性が全くなかった訳でもなからう。さらに(3)の事由について。これは使用目的が正当であったということである。赃物運搬のための使用について、それを理由に不法領得の意思を認めた判例はある^(前掲昭和四三年九月二七日の最高裁決定お。よび昭和三年四月二二日の東京高裁判決。)。しかし、そうだからといって、逆に使用目的の正当性が不法領得の意思の存在を否定することになるとは考えられない。また、右の判例に対しては、犯行目的に利用したことを理由として、不法領得の意思を肯定したのは理論的に正当でないという批判も出されている^(前掲注釈刑。法五四頁。)。とにかく、使用目的にかかわらずことは理論的に疑問である。(4)の事由について。これもまた、不法領得の意思の存在とどのような意味で関係するのか、理解が困難である。(5)の事由について。組合の通告にもかかわらず、会社側は、その場でこれを拒絶し、許可なく無断使用することのないよう警告してい

使用窃盗と不法領得の意思

一三

阪南論集 第十二巻第四号

一四

たのであるから、本件は、あくまでも所有者の意に反する使用であり、組合の通告それ自体が権利者を排除する意思の存否にどのような影響を与えるのかは理解しがたい。最後に(6)の事由について。これは、事後的事由であって、それほど大きな意味は持たないと考えられる。前掲昭和二六年七月一三日の最高裁判決の事案は、被告人兩名が追跡者の眼前において僅か数秒の時間船を操ってその位置を若干移動させたにすぎないというものであったが、不法領得の意思が認められている。

以上のように、本判決が掲げた(1)～(6)の諸事由はそれらを別個に切り離して検討してみると、いずれも単独では不法領得の意思の存在を否定するための十分な理由とはなり得ないと思われる。それにもかかわらず、本判決は、右のような諸事由が積み重ねられると、長時間、長距離にわたる自動車の無断使用についても、不法領得の意思の存在の否定にまで通じるとする。従って本判決は次のように理解されることが正当であろう。すなわち、それは、長時間、長距離にわたる自動車の無権限使用であつても、その使用者が権利者およびその自動車との間に特別の関係を有する場合には、その利用をとりまく種々の具体的事情の積み重ねにより、権利者を排除する意思の存在が否定され、そうすることによって、不法領得の意思の存在が否定されることがあり得ることを示したものである。と。

本判決が、不法領得の意思につき、また使用窃盗につき、その基本的法理においては、従来よりの判例理論に忠実に従いつつ、右の帰結を導びいたことは重要である。ここに、本判決を判例研究の題材として取り上げる意義が存在するのであって、本判決が不法領得の意思の存否の判断について新たな興味ある事例を加えることになったことは確かである。しかし、本判決の判旨を、特に「権利者を排除する意思」の存在を否定するための種々の事由を抽象的に一般化して捉えることはできないであろう。

五 先に検討したように、本判決が掲げた種々の事由については、そのすべてに疑問が残る。それでは、本件はむしろ窃盗罪を構成する事案ではなかったのかとなると（原審は窃盗罪の成立を認めているが）決してそうは言えない。窃盗罪の成立が否定されたという結論は、まさに正当である。そこで、本件の事案を不法領得の意思の問題として捉えた場合に、どうしても払拭しきれない疑問が残るのは何故かを考えると、本件の行為が労働争議にからむものであったということに突き当たる。先に検討した(1)と(6)の種々の事由も、その多くは、本件の行為が労働争議行為の一環となされたことと密接に関連しているのであって、むしろ、右のような性格の行為についての正当性ないし社会的相当性を判断するにあたっての諸事情であったと考えられるのではなからうかとも思われる。従ってこの場合、本判決においては、まず労働争議にからむ本件のような行為に刑事責任を問うのは適当でないという判断が先行したのであるが、つぎにその理由づけに当っては、刑法第三五条の正当行為ないし社会的相当行為の問題として解決をはからず、不法領得の意思の問題として処理しようとしたがために、この不法領得の意思の存否の判断にユニークな観点が持ち込まれることとなったという推論が成り立つ。この推論が可能であるなら、本判決も、このような事案の処理の仕方をめぐる別個の観点からその検討が必要となる。しかし、ここでは、この問題のこれ以上の詮索は控えておく。

六 たとえ刑法第三五条の正当化事由の問題として吟味すべき事由が不法領得の意思の存否の問題に持ち込まれたのかもしれないという理論的、体系的明確確性があるとしても、先の昭和二十六年七月一三日の最高裁判決以後、実際には、一時使用を窃盗罪と認める事例が多くなりつつあるようにも見受けられる状況の下で、本判決が出たことは注目に値しよう。本判決は、先に検討したような意義を有するのであり、それは「使用窃盗と不法領得の意思

使用窃盗と不法領得の意思

一五

阪南論集 第十二巻第四号

一六

」の問題に關しての興味ある理論構成であるといえる。この判決は、不法領得の意思の存否の判断の在り方についての再検討を要請する契機を含むものと考えられるのではなからうか。

—完—

（一九七六年九月三〇日脱稿）