

窃盗と遺失物等横領とにまたがる錯誤と「縮小認定」

【文献種別】 判決／大阪高等裁判所
【裁判年月日】 令和3年12月10日
【事件番号】 令和3年（う）第926号
【事件名】 窃盗（原審認定罪名・占有離脱物横領）被告事件
【裁判結果】 控訴棄却（上告後棄却により確定）
【参照法令】 刑法235条・254条
【掲載誌】 判例集未登載
◆ LEX/DB 文献番号 25592203

立命館大学教授 松宮孝明

事実の概要

被告人が、パチンコ店の男子用トイレに置いてあった現金および小銭入れ等の入ったクラッチバッグ（肩ひものついていない小型のハンドバッグ）を発見し、これを忘れものだと誤認して、その中の現金をパチンコ代に充てるつもりで自宅に持ち帰った。

原審（大阪地判令3・8・6令和3年（わ）第840号窃盗被告事件、公判物未登載）は、被告人は、主観的には占有離脱物横領の故意で客観的には窃盗の罪を犯したものと認め、両罪が実質的に符合する限度で軽い罪である占有離脱物横領罪が成立する旨判断し、窃盗の訴因のまま占有離脱物横領の事実を認定することはできない旨の原審弁護人の主張を排斥した。そこで、弁護人が、理由不備、訴訟手続の法令違反、法令適用の誤り（および量刑不当）を主張して控訴した。

判決の要旨

まず、本判決は「原判決は、……被告人は、占有離脱物横領の故意で客観的には窃盗の罪を犯したものと認め、両罪が実質的に符合する限度で軽い罪である占有離脱物横領罪が成立する旨明示的に説示した上で、窃盗の訴因の変更を経ることのないまま、占有離脱物横領の犯罪事実を認定して刑法254条を適用したが、そこに訴訟手続の法令違反、法令適用の誤りはない。」とした。次いで、その補足説明として「占有離脱物横領罪は、他人の占有や信任関係などを侵害しない最も単純かつ

基本的な財物領得罪・取得罪であり、他人の財物を取得する犯罪であるという点で、窃盗罪と共通する性格を有する。したがって、占有離脱物横領罪と窃盗罪の間に実質的な重なり合いを認めて、故意の認められる軽い罪である占有離脱物横領罪により処断した原判決の法令適用に誤りはない。」と判示し、また「有罪判決に示すべき『法令の適用』（刑訴法335条1項）とは、『罪となるべき事実』に示された具体的犯罪事実¹⁾に適用すべき実体法規をいうものと解されており、刑法38条2項の摘示は必須とはいえない。」と述べるとともに、「本件クラッチバッグが²⁾いまだ被害者の占有下にあったことを被告人が認識していなかったため、原判決は、他人の占有下でない他人の財物³⁾を取得したとの限度でその主観を認定したものであり、いわゆる縮小認定の典型事例の一つ⁴⁾といってよい。」と述べ、その余の控訴趣意も斥けた。

判例の解説**一 本判決の意義**

本判決は、窃盗と遺失物等横領とにまたがる錯誤に関するものである¹⁾。本件の原判決は、窃盗の訴因で起訴された被告人につき、本件クラッチバッグを置き忘れた被害者がすぐ近くにいることを認識していなかった被告人は遺失物等横領の故意で客観的には窃盗に当たる行為をしたものとして、訴因変更を経ることなく、遺失物等横領罪を理由とする有罪判決を言い渡した。これに対して、弁護人は、窃盗の訴因のまま遺失物等横領の事実を認定することはできないとして控訴したが、本

判決は、「占有離脱物横領罪は、他人の占有や信任関係などを侵害しない最も単純かつ基本的な財物領得罪・取得罪であり、他人の財物を取得する犯罪であるという点で、窃盗罪と共通する性格を有する。」(下線筆者) などとしてこれを斥けた。しかも、その際、本件のような錯誤事例を「いわゆる縮小認定の典型事例の一つ」とする気になる判示をしている。

類似の事案に関する東京高判昭 35・7・15 下刑集 2 巻 7 = 8 号 989 頁は、「本件は、被害者 K の管理する原判示カメラ一台を、被告人が占有離脱物たる遺失物であると思って持ち出したものと認定すべき事案で、刑法第 235 条、第 38 条第 2 項、第 254 条を適用すべき場合であるが、刑事訴訟法第 312 条に従い、訴因及び罰条の追加、変更の手続を経た上でなければ、右のような事実の認定や法令の適用をなし得ないものと解せられる」と述べて、窃盗罪を認定した原判決を破棄し、事件を原審に差し戻している。この東京高判昭 35・7・15 では、刑法 38 条 2 項も摘示されているほか、「訴因及び罰条の追加、変更の手続を経た上でなければ、右のような事実の認定や法令の適用をなし得ない」と明言されている。これは、本判決が刑訴法 405 条 3 号にいう「控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断」をしたことを意味するように思われる²⁾。

しかし、この判例違反を指摘して弁護人が行った上告は、——事案の違いは原審が窃盗罪を認めたら遺失物等横領罪を認めたらという点にしかないのに——令和 4 年 3 月 16 日の最高裁第一小法廷決定(令和 4 年(あ)第 23 号占有離脱物横領事件)により「事案を異にする」として棄却されてしまった。そこで、以下では、このように窃盗と遺失物等横領とにまたがる錯誤事案を、訴因変更を経ることなく「いわゆる縮小認定の典型事例の一つ」として処理してよいかという問題を検討する。

二 窃盗罪と遺失物等横領罪との構成要件の「重なり合い」? ——領得「意思」と領得「行為」

まず、窃盗罪と遺失物等横領罪との構成要件の「重なり合い」の有無を検討しよう。刑法 235 条は、「他人の財物を窃取した者」を窃盗の罪としている。したがって、窃盗罪の構成要件該当行為は、他人の財物を「窃取した」ことである。判例

と通説によれば、これに「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して(または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³⁾」が加わる。この要件が必要なのは、損壊目的での物の持出しと、「使用窃盗」すなわち無断一時使用目的での持出しを窃盗罪から排除する必要があるからだとされている⁴⁾。

これに対して刑法 254 条は、「遺失物等横領」と題して、「遺失物、漂流物その他占有を離れた他人の物を横領した者」をその要件としている。その構成要件該当行為は、他人の物を「横領した」である。そして「横領した」とは「不法領得の意思を発現する行為」すなわち「不法領得」そのものである⁵⁾。ここで気づかれるのは、窃盗罪には「不法領得の意思」で足り「不法領得の意思を発現する行為」は不要だということである。したがって、窃盗罪の構成要件が遺失物等横領罪のそれを包含するという関係にはない。すなわち、遺失物等横領罪の認定は、窃盗罪の単純な縮小認定とはならないはずである⁶⁾。

三 財産犯の「受け皿構成要件」としての遺失物等横領罪

窃盗罪の構成要件が遺失物等横領罪のそれを完全には包摂できないことは、次の事例からも明らかになる。すなわち、行為者が、他人の財物を、まだ他人の占有下にあるのにそれを遺失物だと誤解し、当初は警察に届ける目的で持ち出したが、交番に向かう途中に自己の物としくなり、自宅に持ち帰って使用するなり質に入れるなり売却するなりした場合である。

この場合、客観的には「窃取」に当たる財物持出し時点では、行為者に「不法領得の意思」はない。したがって、窃盗罪は成立しない。しかし、その場から持ち出すことにより「他人の占有」が排除された時点で行為者がその財物を、自宅に持ち帰って使用するなり質に入れるなり売却するなりといった形で「自己の物」とするような態度を表明した場合には⁷⁾、「不法領得の意思を発現する行為」すなわち「横領」が認められ遺失物等横領罪が成立する⁸⁾。

この事例では、最初から自己の物とするつもりで持ち出した場合と異なり、「不法領得の意思」が発現したこの時点では、「窃取」はすでに終わっ

ていることである。したがって、このような事案で、窃盗罪の訴因に対して「窃取」後に発生した「不法領得の意思」の発現行為を理由に遺失物等横領罪を認めるためには、間違いなく訴因の変更を要するであろう。なぜなら、この場合の遺失物等横領罪の認定は、「窃取時点では窃取の認識はないが不法領得の意思はある」という形態での単なる窃盗の公訴事実の縮小認定では済まないからである。もちろん、窃盗の訴因を明示した公訴事実では、「不法領得の意思の発現行為」までは記載されていないはずである。

他方、他人の占有下にある財物であることを知り、かつ「不法領得の意思」で財物を持ち出した場合には窃盗罪のみが成立し、事後に自宅に持ち帰って使用するなり質に入れるなり売却するなりした行為は同罪の「不可罰的（より正確には共罰的）事後行為⁹⁾」である。この場合には、客観的に「不法領得行為」、すなわち「横領」があったとしても、遺失物等横領罪が別に成立するわけではない。これは、一方において窃盗罪が領得目的での窃取という形態での「領得」の前段階行為を既遂とする「切り縮められた結果犯」（kupiertes Erfolgsdelikt）であり¹⁰⁾、他方において遺失物等横領罪が、法定刑のより重い他の領得罪に対する「受け皿」として、他の財産犯が成立しない場合に限って成立するからである。このような構成要件は、ドイツ刑法において「受け皿構成要件（Auffangtatbestand）」と呼ばれている¹¹⁾。この「受け皿」を単純な補充関係と同視してはならない。なぜなら、まさに、遺失物等横領罪は、「不法領得の意思」のみで成立するのではなく、客観的な「不法領得行為」も必要な犯罪だからである¹²⁾。

したがって、窃盗から遺失物等横領への評価替えは、単なる「縮小認定」では済まされない。なぜなら、その際には、行為者に「窃取」の故意がないことを確認するだけでは足りず、「不法領得の意思を発現する行為」すなわち「横領」が積極的に認定されなければならないからである。その点で、先に示した上記東京高判昭35・7・15が、訴因と罰条の変更を要するとして事件を原審に差し戻したのは、妥当な解釈だったのである。

四 遺失物等横領罪の構成要件該当行為

——「取得」と「横領」

それにもかかわらず、本判決が訴因変更を要し

ないとしたのは、遺失物等横領罪の構成要件該当行為についての誤解にもよる可能性がある。というのも、本判決は、「占有離脱物横領罪は、他人の占有や信任関係などを侵害しない最も単純かつ基本的な財物領得罪・取得罪であり、他人の財物を取得する犯罪であるという点で、窃盗罪と共通する性格を有する。」と述べているからである¹³⁾。ここでは、遺失物等横領罪の構成要件該当行為に「取得」は含まれていたか、という疑問が生じる。

刑法上の財産犯において「取得」という場合、それはまず、窃盗罪の既遂要件として現れる。その意味は「他人の占有を排して、財物を行為者または第三者の占有に移した」ことであり、現に占有を移したことによって「取得した」ことになる。それは「窃取した」と同義である。これに対して遺失物等横領罪の構成要件該当行為は「横領」であり「横領した」ことによって同罪は既遂となる。その意味は、前述のように「不法領得の意思を発現する行為」をしたことである。これには、「財物に対する他人の占有を排除」することは含まれない。したがって、本判決が「占有離脱物横領罪は、……他人の財物を取得する犯罪である」と述べたのは、明らかに誤りである。

問題は、なぜこの誤りが生じたかにある。ここでは、本判決が「財物領得罪・取得罪」と述べて、「領得罪」と「取得罪」を同列に置いていることが問題となる。ひょっとすると、本判決は、他人の財物を不法領得する（委託物ないし遺失物等の横領）、あるいはそれを目的とする（窃盗・強盗など）「領得罪」と、「財物に対する他人の占有を排除して自己又は第三者の占有へ移す罪」（窃盗・強盗などに限られる）である「取得罪」との概念の相違を看過しているのかもしれない。さらには、遺失物等横領罪が不法領得の際に遺失物等の「拾得」を経る場合が多いことから、「拾得」と「取得」が混同されたのかもしれない¹⁴⁾。しかし、当初は遺失物を交番に届けようと思って拾得したが途中で気が変わって領得した事例からわかるように、「拾得」もまた、それだけでは「横領」に当たらない。

もっとも、窃盗罪では「領得行為」は要しないのであるから、いずれにせよ、窃盗罪と遺失物等横領罪の構成要件が「重なり合っている」というのは間違いである。そうではなくて、「不法領得の意思」を伴う窃盗行為では、直後に¹⁵⁾「不法領

得（の意思を発現する）行為」が続くので、事実上、遺失物等横領罪の構成要件に該当する行為が連続するというにすぎない。そして、この事実もまた、窃盗から遺失物等横領への評価替えが単なる「縮小認定」では済まされないことを裏づけるものである。つまり、窃盗の訴因を明示した公訴事実では、「不法領得行為」までは含まれない。

五 まとめ

窃取の故意のない窃取後に「不法領得行為」があったことを理由に遺失物等横領罪を認めるためには、訴因と罰条の変更を要する。この変更を不要とする本判決は、これを要求した上記東京高判昭35・7・15に反する点で、刑訴法405条3号にいう「判例違反」をしたことになる。しかも、本判決を維持することは両罪の構成要件が軽い遺失物等横領罪の限度で重なっていないという事実を無視することになり、法令解釈としても誤りである。

ゆえに、本判決は、刑訴法405条3号、410条本文により破棄されるべきであったと思われる。

●—注

- 1) 本判決は、刑法254条の罪を「占有離脱物横領」と表記しているが、刑法254条のタイトルは「遺失物等横領」であり、今やこのタイトルも法律の一部であるから、本稿では、引用部分を除き、「遺失物等横領」という表記を用いる。
- 2) 東京高判平3・4・1判時1400号128頁は、当該財物は占有を離れたものであるとして窃盗罪を認めた原判決を破棄した上、訴因変更手続を経ることなく遺失物等横領罪を認めて自判している。もっとも、弁護人は訴因変更の必要を主張していなかったようである。
- 3) 大判大4・5・21刑録21輯663頁、最判昭26・7・13刑集5巻8号1437頁。
- 4) 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）207頁、大谷實『刑法講義各論（新版第5版）』（成文堂、2019年）209頁、211頁ほか。
- 5) もっとも、大判大6・9・17刑録23輯1016頁では、相続財産を得るために養子縁組届を偽造・行使して戸籍簿に偽の相続人を記載させた場合には、不法領得の意思の発現はあるが財物の占有はなく事実上の支配がこれに及んでいないとして、遺失物等横領罪の成立が否定されている。これは妥当な結論である。したがって、本稿にいう「不法領得の意思を発現する行為」とは、財物に対する事実上の支配を前提とするものである。
- 6) 他方、両罪の客体については、235条では他人の占有

下にある他人の財物がその客体であるが、254条にいう「占有を離れた」は「みせかけの構成要件要素」であり、両罪の構成要件の重なり合いを否定するものではない。これにつき、松宮孝明「みせかけの構成要件要素と刑法38条2項」立命327=328号（2010年）859頁を参照されたい。このような「みせかけの構成要件要素」では、「立法者による表示の錯誤」を理由に立法者の真意を生かす解釈が必要である（耳野健二『サヴィニーの法思考ドイツ近代法学における体系の概念』（未来社、1998年）219頁）。

- 7) それは、自宅に持ち帰るため、質屋に行くため、あるいは知り合いに売りつけるために交番とは違う方向に向かい始めた時点でもかまわないであろう。
- 8) 大谷・前掲注4）336頁は、この場合、財物の占有を前提に、不法領得の意思が外部的に発現した時点において本罪が成立すると明言する。
- 9) 「共罰的事後行為」についての最近の文献として、松宮孝明「不可罰的・共罰的事後行為」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、2007年）126頁、上嶋一高「ワークショップ2 共罰的事後行為」刑法48巻2号（2009年）291頁、清水春生「共罰的事後行為について」白鷗21巻1号（2014年）250頁等がある。
- 10) G. Arzt/U. Weber/B. Heinrich/E. Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil Lehrbuch, 4. Aufl. 2021, § 15, Rn. 21.
- 11) Schönke/Schroder/Bosch, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246, Rn. 1. なお、ドイツ刑法では、遺失物等横領を含む他人の財物の横領が246条1項において同罪の基本構成要件とされ、委託物の横領は同条2項によりその加重類型とされている。実は、わが国の「横領の罪」も、遺失物等横領罪を基本とし、それに委託物横領罪を——ただし条文では先にして——追加的に規定したものである。倉富勇三郎ほか監修／松尾浩也増補解説『増補刑法沿革総覧』（信山社、1990年）2213頁参照。
- 12) Vgl. Schönke/Schroder/Bosch, a.a.O., Rn. 1.
- 13) 大塚仁『刑法概説（総論）（第4版）』（有斐閣、2008年）197頁もまた、「遺失物等横領罪は、他人の占有や信任関係などを侵害しない、最も基本的な財物取得罪であり、他人の財物を取得する犯罪であるという点で、窃盗罪と共通した性格を有する」（下線筆者）と述べている。
- 14) これにより、大塚・前掲注13）197頁にあるような、「遺失物等横領罪は、他人の財物を取得する犯罪であるという点で、窃盗罪と共通した性格を有する」という論証も、誤りであることが明らかとなろう。何より、大塚仁『刑法概説（各論）[第3版増補版]』（有斐閣、2005年）194頁自体が、「取得」とは「他人の占有を排して、財物を行為者または第三者の占有に移した」とこと定義している。
- 15) この「直後」というのは、行動の脈絡から、「窃取」自体に明らかに「不法領得の意思を発現する行為」が認められるという場合も含む。しかし、概念的には、それは窃取の「 Δt 」秒後の行為と考えるべきであろう。