

情報の消去・毀損目的と不法領得の意思

— 東京高判平成 30 年 9 月 28 日を契機に —

大 塚 雄 祐

1. はじめに

窃盗罪等の占有移転罪における不法領得の意思について、判例⁽¹⁾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」と定義する。

通説⁽²⁾は、この定義の前半部分の「権利者を排除して所有者として振舞う意思」を「権利者排除意思」と称し、後半部分の「経済的用法に従い利用・処分する意思」を「利用処分意思」から成り立っている、と解し、不法領得の意思はこの両者によって構成されるとする。このうち、権利者排除意思は、行為者が財物の占有を取得したとしても法益侵害の実体としての財物の直接的な利用可能性の侵害が軽微な場合を処罰範囲から除外するための主観的違法要素とされる。これに対し、利用処分意思について、これを主観的違法要素とする見解⁽³⁾もあるが、近時の通説は、財物の取得が財物由来の効用を享受する意思（物欲）に基づく場合には法益侵害行為が強力な動

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

(2) 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会，1977 年）207 頁、藤木英雄『刑法講義各論』（1976 年，弘文堂）280 頁、林幹人『刑法各論〔第 2 版〕』（東京大学出版会，2007 年）190 頁以下、山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』（有斐閣，2010 年）198 頁、中森喜彦『刑法各論〔第 4 版〕』（有斐閣，2015 年）113 頁、山中敬一『刑法各論〔第 3 版〕』（成文堂，2015 年）280 頁、橋本正博『刑法各論』（新世社，2017 年）193 頁、西田典之（橋爪隆補訂）『刑法各論〔第 7 版〕』（弘文堂，2018 年）170 頁以下、松宮孝明『刑法各論講義〔第 5 版〕』（成文堂，2018 年）214 頁以下、大谷實『刑法各論講義〔新版第 5 版〕』（成文堂，2019 年）208 頁、井田良『講義刑法学・各論〔第 2 版〕』（有斐閣，2020 年）228 頁、松原芳博『刑法各論〔第 2 版〕』（日本評論社，2021 年）216 頁以下、橋爪隆『刑法各論の悩みどころ』（有斐閣，2022 年）153 頁以下など。

(3) 阿部純二ほか編『刑法基本講座 第 5 巻』（法学書院，1993 年）95 頁〔中森喜彦〕、井田・前掲注（2）228 頁、石井徹哉「いわゆる利益罪における主観的構成要件要素」山口厚ほか編『理論と実務の架橋』（成文堂，2023 年）540 頁は、利用処分意思を主観的違法要素とする。また、高橋則夫『刑法各論〔第 4 版〕』（成文堂，2022 年）239 頁以下は、責任要素であると同時に違法要素でもあるとする（なお、高橋教授は利用処分意思のみを要求する見解を採用）。

機に基づいて行われるために、一般予防の見地から責任加重が正当化される⁽⁴⁾と説明して、これを責任要素とする。

このような通説の理解に対し、近時、判例の定義を、「権利者を排除」する意思と「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」に分けた上で、前者を「権利者排除意思」、後者を「所有者として振舞う（ことで行為者の財産に組み入れる）意思」と称し、不法領得の意思はこの両者によって成り立っているとする見解も主張されている⁽⁵⁾。この見解は、後述するドイツの議論を参照しつつ、占有移転罪と横領罪を通じて「領得」の本質を「所有権」の侵害と取得に求めた上で、効用享受も含めた「所有者として振舞う意思」ないし「所有者として振舞い行為者の財産に組み入れる意思」の有無こそが領得罪と毀棄罪の分水嶺であるとし、通説のように効用享受意思の有無だけが領得罪と毀棄罪を区別する決定的な基準ではない、とする⁽⁶⁾。

このように不法領得の意思の内容については論者によって異なるが、いずれの立場を採用にしても、情報を記録・保存した記録媒体（パソコン、携帯電話、CD、DVD、USBメモリ、紙など）を取得する行為につき占有移転罪の成否が問われるケースにおいても、記録媒体に対する不法領得の意思が認められるか否かが問題となる。このうち、情報記録媒体に記録・保存された情報を閲覧・利用・複製する目的で記録媒体の占有を取得した場合については、不法領得の意思を認めた下級審裁判例⁽⁷⁾があり、その当否をめぐって学説においても議論されてきた⁽⁸⁾。これに対

(4) 平野龍一「不法領得の意思をめぐって（一）」警察研究61巻5号（1990年）5頁、林（幹）・前掲注（2）195頁、山口・前掲注（2）203頁、西田・前掲注（2）172頁、大谷・前掲注（2）207頁、松原・前掲注（2）217頁以下、橋爪・前掲注（2）163頁以下など。なお、小林憲太郎『刑法各論の理論と実務』（判例時報社、2021年）161頁以下は、利用処分意思の責任加重根拠を特別予防に求めた上で、行為者が当該財物を被害者から失わせることを欲するだけでなく、失わせた後に当該財物が特定のコース（利用、処分など）をたどることを欲している場合の方が当該客体への執着が強くなるという「不法傾向の強度」が特別予防の必要性を高める、とする。

(5) 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）18頁以下、穴沢大輔「領得罪の『通説』」法学セミナー821号（2023年）19頁。

(6) なお、これらの論者は、判例・実務においても、領得罪の成立を認める上で、効用享受意思ではなく所有者として振舞う意思を有していたかを重視してきた、と分析する。この点について、富川雅満「不法領得の意思による占有侵害罪と毀棄隠匿との区別——効用享受の要否に関する近時の議論から見た裁判例——」刑事法ジャーナル76号（2023年）5頁以下も参照。

(7) 東京地判昭和40年6月26日下刑集7巻6号1319頁、東京地判昭和59年6月28日刑月16巻5＝6号476頁、札幌地判平成5年6月28日判タ838号268頁など。

(8) これらの裁判例に対して批判的な論者として、林陽一「財産的情報の刑法的保護」刑法雑誌30巻1号（1989年）13頁以下、荒川雅行「情報と財産犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第5巻』（1993年）39頁以下、山口厚『問題探求 刑法各論』（有斐閣、1999年）120頁、松原芳博「情報の保護」法学教室298号（2005年）57頁以下、同・前掲注（2）225頁以下、今井猛嘉「刑法における情報の保護」西田典之ほか編『刑法の争点』（2007年）162頁、今井猛嘉ほか『刑法各論（第2版）』（2013年）205頁〔小林憲太郎〕、野村健太郎「財産犯における客体の価値」愛知学院大学論叢法学研究第61巻3＝4号（2020年）93頁など。

し、記録媒体に記録・保存された情報を消去・毀損する目的で取得する行為につき不法領得の意思が認められるか否かについては、あまり議論されてこなかったように思われる。

そのような中、東京高判平成 30 年 9 月 28 日（高刑速（平 30）236 頁）は、スマートフォン内に保存された画像を削除する目的で被害者から見えない場所までスマートフォンを持ち去った行為につき、不法領得の意思を認めて窃盗罪の成立を肯定した。本判決において、東京高裁は、被告人にスマートフォンを破壊する意思がなくすぐに返還する意思を有しており、スマートフォンの価値の減少はほとんどないとしても、「財物としての携帯電話機の効用（通話、カメラ、各種データの保存等の機能）に照らしても、前記写真データの削除は、通常、本件携帯電話機の権利者に反して行い得ない」ものであり、そのような目的でスマートフォンを相当時間自己の支配下に置いたのであるから、権利者排除意思も利用処分意思も認められる、としたのである。

しかし、（本件では被告人が持ち去ったスマートフォンをどのくらいの時間所持していたか等の詳細は不明だが）削除後すぐに返還する意思があったと認められるのであれば、本判決がスマートフォンという記録媒体についての権利者排除意思を認めたことには疑問の余地がある。また、仮に権利者排除意思が認められるとしても、本件被告人の目的はあくまでも「画像の利用」ではなく「画像の消去」であることから、本判決が利用処分意思を認めた点についても疑問が残る。このような帰結については、スマートフォン自体を破壊ないし投棄して画像データの存在を消去・毀損しようと持ち去った場合には典型的な毀棄・隠匿目的として利用処分意思が否定されることとの均衡⁽⁹⁾が問われる一方、スマートフォンに記録・内蔵されているデータをその場で消去・毀損する行為については（当該データが記録媒体の一部と認められる限りで）毀棄罪によって処断され得ないこととの均衡⁽¹⁰⁾をも考慮すると、本判決が画像消去目的でスマートフォンを持ち去る行為について利用処分意思を否定すべきようにも思える。

これに対し、後述するように、ドイツでは、画像消去目的でスマートフォンを強奪する行為につき不法領得の意思を否定して強盗（致死）罪の成立を否定した連邦通常裁判所決定が近年出されている。日独で不法領得の意思の内実について違いがあるものの、ドイツの連邦通常裁判所判例は、平成 30 年東京高判の妥当性を検討するにあたり、一定の示唆を与えるものと思われる。

本稿では、これらの日独の判例に対する検討を踏まえ、情報の消去・毀損目的で情報記録媒体を持ち去る行為について、情報記録媒体に対する不法領得の意思を認めることの当否とその限界

(9) 松原・前掲注(2) 221 頁注 53。

(10) 帳簿内容を抹消する行為について旧刑法 421 条の器物毀棄罪の成立を認めた大判明治 29 年 2 月 27 日刑録 2 輯 2 卷 96 号や、国鉄の列車運行状況について記載した急告板の記載内容を消去する目的で取り外して内容を消去した行為について公用文書毀棄罪（258 条）の成立を認めた最判昭和 38 年 12 月 24 日刑集 17 卷 12 号 2485 頁などがある。もっとも、情報記録媒体に記録・保存された情報を消去・毀損する行為につき、有体物たる記録媒体を毀棄・損壊したとして毀棄罪の成立が認められるのは、記録媒体と記録された情報との間に物理的一体性と機能的一体性の双方が認められる場合に限るべきであろう。この点につき、大塚雄祐『毀棄罪における効用侵害の内実』（成文堂、2021 年）208 頁以下参照。

づけについて考察したい。

2. ドイツの判例による示唆

(1) ドイツにおける不法領得の意思

ドイツ刑法では、所有権に対する罪のうち、242条1項の窃盗罪⁽¹¹⁾や249条1項の強盗罪⁽¹²⁾において、行為者に「違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的」すなわち不法領得の意思(Zueignungsabsicht)があることを条文上要件として明記する。

ドイツにおける不法領得の意思⁽¹³⁾は、物を支配できる地位から所有権者を持続的に排除する(enteigen)意思(以下、「排除意思」とする)と、行為者が奪取した財物を取得して(aneigen)(又は第三者に取得させて)自己又は第三者の財産に組み込ませる意思(以下、「取得意思」とする)から成る⁽¹⁴⁾。判例⁽¹⁵⁾・通説⁽¹⁶⁾によれば、領得の対象は物体または物の価値であるとされており、行為者に物体自体について権利者を排除して行為者が取得する(第三者に取得させる)意思がある場合に領得意思が認められるのみならず、物体自体について返還の意思を有していても、物に内在する価値を権利者から奪い行為者が取得した場合には領得意思が認められる⁽¹⁷⁾。「排除意思」は認められるが「取得の意思」のみが欠ける場合は窃盗罪や強盗罪ではなく器物損壊罪に

(11) ドイツ刑法242条1項は「違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他人の動産を他人から奪取した者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。」と定める。

(12) ドイツ刑法249条1項は「人に対する暴行を用い、又は、身体もしくは生命に対し現在の危険を及ぼす旨の脅迫を用いて、違法に自ら領得し又は第三者に領得させる目的で、他人の動産を他の者から奪取した者は、1年以下の自由刑に処する。」と定める。

(13) ドイツにおける不法領得の意思をめぐる判例や学説の議論を整理・考察した近年の研究として、伊藤亮吉『目的犯の研究序説』(成文堂、2017年)171頁以下、樋口亮介「ドイツ財産犯講義ノート」東京大学法科大学院ローレビュー8号(2013年)158頁、穴沢大輔「不法領得の意思における利用処分意思についての一考察(1)～(3)」明治学院大学法学研究93号(2012年)121頁以下、94号(2013年)46頁以下、96号(2014年)95頁以下、林美月「不法領得の意思と毀棄・隠匿の意思」立教法学75号(2008年)3頁以下、16頁など。また、ドイツの不法領得の意思に関する最新の判例と議論を紹介した文献として、穴沢大輔「ドイツにおける不法領得の意思—直近の約10年間の状況を中心に—」刑事法ジャーナル76号(2023年)31頁以下。

(14) BGHSt 1, 262; Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil I, Vermögensdelikte, 23. Aufl., 2021, § 242, Rn. 89; Nikolaus Bosch, in: Schönke/Schröder, StGB, Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 242 Rn. 47, u. s. w.

(15) RGSt 61, 228; BGHSt 16, 190, u. s. w.

(16) Rengier, a. a. O. (Anm. 14), § 242, Rn. 92; Bosch, a. a. O. (Anm. 14), S. 453, Rn. 47; 48, u. s. w.

(17) 行為者が他人の預金通帳を持ち去って預金を下ろした後に返還するという、いわゆる「預金通帳事例」において、行為者に返還の意思があるとしても、預金通帳に化体された預金債権という価値を奪っていることから、所有権者排除意思が認められる。(Vgl. RGSt 22, 2)

よる処罰の可能性のみを認める⁽¹⁸⁾。

我が国の不法領得の意思と比較すると、ドイツにおける「排除意思」は軽微な（物の価値を減損させない）一時使用を処罰範囲から除外する機能を有する点で我が国の「権利者排除意思」に相当する一方、ドイツにおける「取得意思」は窃盗罪・強盗罪と器物損壊罪を区別する機能を有する点で我が国の「利用処分意思」に相当するものといえる。もっとも、日独の不法領得の意思についてはいくつか相違点がある。

まず、ドイツの「取得意思」と我が国の「利用処分意思」は、その体系的な位置づけについて、以下のような相違がある。すなわち、ドイツでは窃盗罪や強盗罪は「所有権に対する罪」に位置づけられ、そこでの「領得（Zueignung）」とは「所有権の侵害」を意味するため、「取得意思」は「排除意思」と共に法益侵害性を基礎づける主観的違法要素としての性質を持つ⁽¹⁹⁾。これに対し、我が国では、窃盗罪や強盗罪は「占有移転罪」に分類され、「権利者排除意思」は占有侵害という構成要件からはみ出した実質的な法益侵害を基礎づける主観的違法要素⁽²⁰⁾とされる一方で、「利用処分意思」は（近時の通説によれば）領得罪の利欲犯的性格に鑑みた一般予防の必要性に基づく責任加重を基礎づける要件とされる点で、ドイツの「取得意思」と異なる。

また、「取得意思」と「利用処分意思」は、その内容についても以下のように異なる。まず、ドイツの「取得意思」は、取得した物体ないし物の価値を行為者が自己又は第三者の財産に組み入れる意思を有していたかどうかを基準とするのに対し、我が国の「利用処分意思」は物の効用を享受する意思を有していたかどうかを基準とする⁽²¹⁾。次に、ドイツの「取得意思」については確定的認識を超えた意図まで要求するのに対し、我が国の「利用処分意思」については必ずしもそこまでの意思が要求されているわけではない点で、「取得意思」の方が要求される認識レベルが厳格である。

さらに、「排除意思」についても、物体ないし物の価値について所有者からの持続的な排除を必要とする点で、我が国の権利者排除意思よりも定義上厳格なものといえる⁽²²⁾。

(18) RGSt 64, 250; Rengier, a. a. O. (Anm. 14), § 242, Rn. 138; Bosch, a. a. O. (Anm. 14), S. 453, Rn. 55, u. s. w.

(19) その意味において、ドイツ法的な観点からは、物体ないし物内在の価値についての所有権者の「排除」と行為者の「取得」は表裏一体の関係にあるともいえよう。

(20) 松原・前掲注 (2) 222 頁。

(21) 樋口・前掲注 (5) 18 頁以下は、我が国の「効用を享受する意思」とドイツにおける「自己の財産に組み入れる意思」を異なるものと解した上で、「効用を享受する意思」の方がより処罰範囲を限定する機能、と捉えているようである（同 19 頁参照）。

(22) 樋口・前掲注 (5) 6 頁参照。我が国の権利者排除意思についても、権利者排除＝効用侵害の持続性を要求することは解釈上可能であるが、判例（最決昭和 55 年 10 月 30 日刑集 34 巻 5 号 357 頁）は自動車の一時使用につき権利者排除意思を認めており、持続性を必要条件としていない。なお、ドイツ刑法 248 条 b では乗り物の一時使用を処罰する旨を定めている。

(2) 画像消去目的での携帯電話の奪取に関する判例

ドイツでは近年、携帯電話のメモリ内に保存された画像を転送ないし消去する目的でスマホを強奪した行為につき、不法領得の意思を否定して強盗罪の成立を否定した連邦通常裁判所決定がいくつか出されている⁽²³⁾。

まず、連邦通常裁判所 2012 年 2 月 14 日決定⁽²⁴⁾（以下、「BGH2012 年決定」とする）は、被告人 X が、被害者 A に暴行を加えて同人の携帯電話を強奪し、共同被告人 Y の妹と被害者 A が親しい関係にあることを示す画像を見つけ出し、自身の携帯電話に Bluetooth を用いて画像データを転送した後、A に携帯電話を返還しなかった行為について、X に不法領得の意思が認められないとして 249 条 1 項の強盗罪の成立を否定した。

同決定において、連邦通常裁判所は、従来の判例⁽²⁵⁾によれば、「被告人が強要という手段を利用権の不当な行使を無理やり手に入れるためだけに用いる場合や…（中略）…、『破壊する』か『破棄する』か『放棄する』か『投棄する』か『隠匿する』か『損壊する』か、要求を押し通すための強迫手段として物を使用したり、単なる物の剥奪によって所有者を怒らせる目的で他人の物を持ち去る場合には、取得のために必要とされる、自己の財産の存続や第三者の財産の存続を変える意思を欠く」ので、不法領得の意思が欠ける、とした。その上で、「被告人が記憶装置を徹底的に調べたり、その際に見つかった画像データをコピーすることが、物（携帯電話）の本来的使用の範囲内にあるということによって変わらないのであるが、それは、これによって（その物の）消費（Verbrauch）へと至るわけではないからである」（引用括弧内は筆者の補足）として、自己又は第三者の財産状態を変える意思を欠く以上、被告人には取得（Aneignung）の意思が欠けているとして、領得意思を否定した。

次に、連邦通常裁判所 2015 年 4 月 28 日決定⁽²⁶⁾（以下、「BGH2015 年決定」とする）は、被告人 X らが、被害者 A の携帯電話内にある売春婦 B の画像を消去して欲しいとの依頼を B から受けて、A を指定の場所に呼び出して暴行を加えた上で A の携帯電話を強奪し、B の画像を消去した上で携帯電話を A に返還しなかった行為について、被告人に不法領得の意思を否定して 249 条 1 項の強盗罪の成立を否定した。同決定において、連邦通常裁判所は、被告人は携帯電話を持ち去る時点で画像を消去するのに必要な時間を超えて携帯電話を所持する意思を有していなかったものであり、携帯電話のメモリを搜索することやその際に見つかったメモリ内の画像を確認することは、携帯電話の本来的使用の範囲内であっても消費（Verbrauch）には至らない以上、

(23) これらの判例とそれをめぐる議論を紹介したものとして、穴沢・前掲注 (13)「ドイツにおける不法領得の意思—直近の約 10 年間の状況を中心に—」33 頁以下参照。

(24) BGH NStZ 2012, 627.

(25) BGH NJW 1977, 1460; NJW 1985, 812; NStZ 2011, 699.

(26) BGH NStZ 2015, 371.

取得（Aneignung）の意思に欠けている、として領得意思を否定した。

これら2つの決定は、いずれも、行為者が携帯電話を被害者に返還する意思がなかったことから、行為者に排除意思は認められることを前提としている⁽²⁷⁾。その上で、BGH2012年決定の事案は強奪の目的が携帯電話内の画像の転送であるのに対し、BGH2015年決定の事案は強奪の目的が携帯電話のメモリに保存された画像の消去である点で異なるにもかかわらず、どちらの決定も、画像の転送ないし消去のために被害者の携帯電話を操作することは携帯電話の「本来的な使用の範囲内」であって「消費」に至らないとの理由から、取得意思を否定している。

このような判例の立場に対し、疑問を呈する見解も主張されている。

ある論者は、判例が被告人の携帯電話の使用が「本来的な使用の範囲内」にすぎず「消費」に至らないことを理由に取得意思を否定した点について、連邦通常裁判所は「物の価値」という点に着目して行為者が携帯電話の価値を消費したとはいえないことを理由にこのような判断をしたのかもしれないが、「物体」又は「物の価値」を領得の対象とする統合説を前提にすれば）たとえ一時的であったとしても携帯電話という「物体」を取得したことは否定できないのであり、このことは、本を読む目的や内容をコピーする目的で盗む行為が窃盗罪になることから明らかである、とする⁽²⁸⁾。それゆえ、携帯電話等の記録媒体に保存されているデータをコピーないし転送する目的で携帯電話を奪取して一時的に所持していれば、領得意思（取得意思）を認めるのに十分である、とする⁽²⁹⁾。

しかし、物体は、そこに何らかの効用・価値が化体してこそ要保護性が認められるべきところ、行為者がその物体の取得と共に物体に内在する効用・価値を自らが取得した（又は第三者に取得させた）といえなければ、「物体を取得した」と評価すべきではないだろう⁽³⁰⁾。そして、携帯電話機のメモリ内に保存されたデータをコピー・転送して利用するつもりで携帯電話を奪取・所持したとしても、行為者が成し遂げようとしたのはあくまでも「データの効用・価値の取得」であって、「携帯電話機（の価値）の取得」とはいえない。ましてや、2015年決定のようにメモリ内に保存されたデータを消去する目的で携帯電話機を奪取した場合であれば、尚更携帯電話機を取得したと評価することは困難であろう⁽³¹⁾。

また、奪取した携帯電話を操作すること自体が、行為者の取得意思を基礎づけている、との見解も主張される。すなわち、奪取した携帯電話のメモリ内の画像を探索してこれを転送することは、奪取した携帯電話を使って通話することと変わらず、いずれも所有者でなければできない利

(27) Vgl. Jörg Eisele, JuS 2019, 403.

(28) Christian Jäger, JA 2012, 709f.

(29) Jäger, a. a. O. (Anm. 23), 710.

(30) 野村・前掲注（8）76頁以下参照。

(31) Vgl. Helmut Satzger, "Zueignungsabsicht bei der Wegnahme eines Mobiltelefons zur Löschung von Bilddateien", Jura 2016, 828.

用なのであるから、単なる破壊的な観点での利用を超えたものであり、取得意思は認められる、とするのである⁽³²⁾。この見解によれば、携帯電話のメモリ内の画像を消去する目的で携帯電話を奪取した場合も、メモリ内の画像を探し出して消去するという操作は所有者でなければならない利用であるとして、携帯電話に対する取得意思を認める余地が出てくる。しかし、奪取した他人の携帯電話を使って通話する行為と奪取した他人の携帯電話内の画像を探して削除する行為を同様に扱い、どちらも取得意思を認めることは、後述するようになお疑問の余地がある。

以上のように、判例に対して批判的な見解も主張されたが、その後も、通常裁判所は一貫して、画像消去目的で携帯電話を持ち去る行為について、不法領得の意思（とりわけ取得意思）を否定している。

連邦通常裁判所 2018 年 12 月 11 日決定⁽³³⁾（以下、「BGH2018 年決定」とする）は、被告人 X らが電車を降りる際に、電車の車内で喧嘩をした被害者 A から唾を吐きかけられて携帯電話で写真を撮られたことに腹を立て、A の身体や顔面に激しい暴行を加えて負傷させて携帯電話を強奪し、内部に保存された X らを写した写真データを消去した上で、携帯電話をもみの木の下に放置した、という行為について、被告人に不法領得の意思を否定して 249 条 1 項の強盗罪の成立を否定した。

同決定においても、連邦通常裁判所は、「行為者が他人の物を『破壊する』、『破棄する』、『放棄する』、『投棄する』又は『損壊する』ために持ち去ったにすぎない」場合には領得意思が欠ける、とした上で、BGH2012 決定や 2015 年決定を引用し、「行為者が携帯電話を——一時的にすぎない場合であっても——画像の消去に要する時間を超えて所持しようとした状況下でのみ、領得意思は認められるべきである」とする。しかし、本件で被告人が携帯電話を持ち去るに至った経緯や犯行後短時間で携帯電話の所持を放棄したことからすれば、被告人が画像の消去に必要な時間を超えて携帯電話を所持し続けようとしたわけではないから、取得（Aneignung）に向けられた意思が認定できない、としている。

また、連邦通常裁判所 2019 年 10 月 17 日判決⁽³⁴⁾（以下、「BGH2019 年決定」とする）も、恋人である被害者 A に振られたことに憤慨していた被告人 X が、A が他の男性と交際関係にあると思い、スマートフォンで他の男性との連絡を取ることを妨げ、スマートフォン内の他の男性との関係に関する情報を削除する目的で、A に暴行を加えてスマートフォンを奪い、通報によって駆け付けた警察官が到着するまでにこれを投げ捨てた、という行為について、被告人に不法領

(32) Holm Putzke, “Gewaltsame Wegnahme eines Mobiltelefons ohne deliktsspezifische Absicht”, ZJS 2013, 314; Tobias Reinbacher, “Neue Herausforderungen an die Zueignungsabsicht i.S.v. § 242 StGB bei Daten- und Informationsträgern”, ZStW 126 (2014), 666f.

(33) BGH, NStZ 2019, 344. 本決定を紹介した文献として、小池信太郎「写真データを消去する目的での携帯電話の奪取と不法領得の意思」判例時報 2422 号（2019 年）140 頁以下参照。

(34) BGH, NStZ-RR 2020, 141.

得の意思を否定して 249 条 1 項の強盗罪の成立を否定した。同決定において、連邦通常裁判所は、上述の BGH2012 決定や 2015 年決定、2018 年決定を引用して「行為者が物を破壊するのに必要な期間だけ所持する達成を追求する事は、なお取得意思の存在を基礎づけない」としつつ、行為者の取得意思の有無を判断するにあたり意味を持つのは、「行為者が利用によって、何らかの方法で、広い意味での経済的に利益を得ようとしたか否かや、それと共に、利用から直接的なないし間接的に何らかの性質を持つ経済的な利益か少なくとも実質的な利益を得ようとしたかどうか」である、とする。その上で、本件被告人にとって、携帯電話の強奪の時点で、他の男性と連絡を取る可能性を妨げ、他の男性との関係に関する情報を削除することが大事であったことからすれば、被告人が携帯電話内のデータを読もうとする行為を行ったとしても、取得意思 (Aneignungsabsicht) を基礎づける利用とはいえない、としている。

3. 検討

(1) 権利者排除意思

占有移転罪は行為者が財物の占有を取得することで既遂に達するが、法益侵害の実体は財物の直接的な利用可能性の侵害であり、財物の利用可能性が実質的に侵害されたか否かは、最終的には占有移転後の行為者の利用態様によって決まる。すなわち、占有移転後の行為者の利用によって生じる法益侵害たる実質的な財産的損害ないしその危険を、占有移転時における行為者の意思内容の問題として先取りして要件化したのが権利者排除意思であるといえよう⁽³⁵⁾。そして、ここでの実質的な財産的損害とは、被害者が当該財物から得べかりし当該財物の効用・価値を（可罰的な程度）侵害した場合に認められるべきである。したがって、情報を消去・毀損する目的で、当該情報が記録・保存された記録媒体（パソコンや携帯電話、USB メモリ、CD、DVD、文書などの紙媒体等）を奪取した場合に、前述のドイツの BGH 決定のように記録媒体を返還しなかった場合には権利者排除意思は問題なく認められる。これに対し、一時的な奪取であった場合には原則として権利者排除意思は否定されるが、当該記録媒体の効用・価値が侵害されたといえる場合には、権利者排除意思が認められる余地があろう。具体的には、情報を消去・毀損することによって当該情報の記録媒体の効用・価値が侵害されたといえる場合には、記録媒体についての権利者排除意思が認められる可能性がある。

もっとも、本来、パソコンや携帯電話、USB メモリ、CD や DVD、紙といった情報記録媒体と、そこに保存・記載されている情報は、別個の効用・価値を有するものである。そのために、行為者が情報を消去・毀損する目的で一時的に情報記録媒体を奪取しても、あくまでも情報の利用可能性が害されたにすぎず、原則として情報記録媒体の利用可能性を侵害したとはいえない

(35) 佐伯仁志「不法領得の意思」法学教室 366 号 (2011 年) 79 頁など参照。

いであろう⁽³⁶⁾。しかし、取得・削除された情報が、それが保存・記録されている媒体の一部であるといえる場合には、記録媒体の利用可能性の侵害を認めうる余地があるように思われる。では、情報記録媒体とそこに保存・記録された情報との一体性が認められるのはいかなる場合であろうか。

あらゆる「物」は空間の中で人が知覚可能な形で存在しており、「人の知覚・認識（可能性）」が「物」の存在を基礎付ける要素となっている。そして、いかなる「物」も取引の対象となりうる以上、「物」に対する「知覚・認識」の主体は所有者でも行為者でもなく「一般人」であるべきである。すなわち、奪取した財物の客体の属性を判断するにあたっては、その物の社会的意義を一般人の認識可能性に従って判断すべきである。それゆえ、情報記録媒体に保存・記録された情報が記録媒体の一部であると評価しうするためには、一般人の観点や取引通念に照らして外形的に当該情報と記録媒体との「強い結び付き」が認められること、すなわち（一般人を基準とした）認識上の一体性が認められることが必要である。

また、財物侵害罪の各構成要件は被害者にとっての物の効用を保護する構成要件である。そして、物の効用は所有者の主観的な意図や目的を基礎として多元的に捉えられうるが、その中でもその物がその物であるといえるために不可欠な本質的効用は、通常一般人がその物に期待するであろう「最大公約数」的な効用といえ、その物の客観的な価値を決定づけるものであるといえよう。そうであるとすれば、利用可能性が害される一部分が「本体の一部である」と認められるためには、当該部分が少なくともその物本体の本質的効用の実現・享受に資するといえなければ、当該部分の利用可能性侵害によって「その物本体の利用可能性を侵害した」とは評価すべきではない。すなわち、消去・毀損された当該情報が、記録媒体の「情報ないしファイルを保存する」という本質的効用に資するといえなければ、記録の消去によって記録媒体の価値が下げられたとは評価しえないのではなかろうか。

かくして、記録された情報を記録媒体の一部分であると評価しうするためには、記録媒体とこれに記録された情報との間に、「一般人による知覚可能性」という観点から導かれる認識上の一体性と、「本質的効用の実現」という観点から導かれる機能的一体性が必要である。そして、この2つの一体性が認められるために、当該情報が一般的に記録媒体へ永続的に記録される性質のものでなければならない。

なお、このような判断基準は、領得罪における権利者排除意思の判断のみならず、（利用処分意思なく）情報を毀損・消去した行為につき情報記録媒体に対する毀棄罪が成立するか否かを判断する場合にも、同様に当てはまるといえよう⁽³⁷⁾。なぜならば、被害者にとって財物の効用が侵害されたといえるか否かの判断は、権利者排除意思の判断においても毀棄罪の成否の判断においても共通して妥当するからである。

(36) 松原・前掲注(2) 225頁。

(37) 大塚・前掲注(10) 216頁参照。

このように考えた場合、たとえば行為者が本や書類の記載内容の一部分を消去する目的で持ち去り、消去後短時間で被害者のもとに戻した場合、本や書類の記載内容は紙面に永続的に記載されるものであることから、本や書類と記載内容との間には、一般人を基準とした認識上の一体性も本や書類の「記載内容を閲覧して情報を得る（利用する）」という本質的効用の実現という観点から導かれる機能的一体性も認められ、本の一部についての利用可能性を侵害したとして、権利者排除意思は認められることになろう。

CDやDVDに記録された音声や映像データを消去する目的で持ち去り、消去後短時間で被害者のもとに戻した場合については、たとえば当該CDやDVDが元々音楽や映像が収録された作品として市場で売られているものであれば、歌や演奏の録音は取引通念上永続的に当該テープに記録される性質のものであることから、収録された音声ないし映像とCD・DVDの間に、一般人を基準とした認識上の一体性も、「商品として販売して交換価値を実現する」「購入した者が収録された音楽や映像を再生する」という当該CD・DVDの本質的効用の実現という観点から導かれる機能的一体性も認められ、CDやDVDの利用可能性を侵害したとして、権利者排除意思を肯定しうる⁽³⁸⁾。

これに対し、パソコンのハードディスク内や携帯電話のメモリ内に保存された文書ファイルや映像・音声・画像データを消去・毀損する目的でパソコンや携帯電話を持ち去り、消去・毀損後短時間で返還した場合は、当該ファイルやデータが一般的に永続的に保存・記録されるものであるとはいえないので、これらを削除・毀損したとしてもパソコン（のハードディスク）や携帯電話（のメモリ）の利用可能性を侵害したとは評価できず、パソコンや携帯電話についての権利者排除意思は否定されることになろう。

もっとも、パソコンや携帯電話にインストールされたアプリを毀損したりアンインストールする目的で一時的に持ち去った場合には、たとえばメールやWord、Excelなどのように当該アプリが永続的にデバイス内に保存される性質のものであれば、パソコンや携帯電話の一部の利用可能性を侵害したとして、デバイスに対する権利者排除意思を認める余地があろう。

（２）利用処分意思

①情報の消去・毀損と利用処分意思

利用処分意思の有無を判断するにあたって、まず、上述のように消去・毀損された情報が当該情報の記録媒体の一部であると評価できる場合に、「（記録媒体の一部としての）情報を消去・毀損する」という行為について情報記録媒体の効用を享受する意思が認められるか否かを検討する必要がある。

情報記録媒体に保存・記録された情報を消去・毀損することによって行為者が追求しているの

(38) この点についての詳細な検討は、大塚・前掲注（10）220頁以下参照。

は、情報＝情報記録媒体の一部の「不存在」という効用・利益である。このように財物の全部又は一部の存在をなくならしめることは毀棄にほかならないが、毀棄行為によって行為者が何らかの利得を追求している場合には、行為者に当該財物の「不存在」という効用を享受する意思がある、ということもできる。たとえば、A から金銭を借り入れた X が貸金返還債務を免れるために A が占有している借用証書を奪取して焼却したという場合は、X は証書の不存在によって債務免脱という利益の取得を目論んでいることから、証書の不存在という効用を享受する意思がある、ということもできる⁽³⁹⁾。同様に、A から金銭を借り入れた X が A の占有する借用証書の記載内容を消去した後にすぐに返還した、という場合にも、X は証書の記載内容、すなわち証書の一部の不存在という効用・利益を享受する意思を有しているということもできる。そこで、このような財物の「不存在」という効用を享受する意思をもって、利用処分意思を認める余地があるかが問題となる。

この点、領得罪は、被害者の効用を侵害することによる財物の効用享受意思が重い法定刑を基礎づけている⁽⁴⁰⁾ ことに鑑みれば、領得罪として重く処罰されることを正当化しうるためには、行為者が享受しようとする効用が「被害者が享受し得たはずの効用」でなければならない⁽⁴¹⁾。この「被害者が享受し得たはずの効用」に如何なる効用が含まれうるかは検討を要するところであるが、財物はその存在をもって価値を実現しうることからすれば、少なくとも財物の「不存在」という効用は「被害者が享受し得た効用」とはいえないだろう。そうだとすれば、そのような効用を享受する意思があることをもって占有移転罪の重い法定刑による処断を基礎づけるべきではない。たとえば、最決平成 16 年 11 月 30 日（刑集 58 卷 8 号 1005 頁）は、支払督促制度を悪用して叔父の財産を奪おうと企てた被告人が、内容虚偽の支払督促を裁判所に申し立て、送達に赴いた郵便配達員から叔父を装って支払督促状を騙取して直ちに廃棄することで叔父による異議申

(39) 佐伯・前掲注 (35) 82 頁は、債務を免れるために借用証書を窃取して直ちに焼却する場合は、借用証書の焼却（毀棄）と債務免脱とが直接的に結びついており、借用証書の効用を直接的に享受する意思があるとして、不法領得の意思を認める（なお、山口厚『新判例から見た刑法〔第 3 版〕』（有斐閣、2015 年）202 頁も参照）。この論者は、財物の不存在によって直接的に得られる利益を享受する意思がある場合には、毀棄目的であっても利用処分意思を認める余地を残すことになる。

(40) このことは、利用処分意思を責任要素と解する立場からも違法要素と解する立場からも導かれる帰結と思われる。近時の通説のように利用処分意思を責任要素と解する立場からは、被害者にとっての財物の効用を侵害するという違法行為を手段とした利欲的動機の実現こそが一般予防の見地から強い非難に値するといえる以上、侵害された「被害者が享受し得た効用」を行為者が享受する意思こそが責任加重の正当性を基礎づけることになろう（林（美）・前掲注 (13) 12 頁以下参照）。また、利用処分意思を違法要素と解する立場からも、被害者が「享受し得た効用」を行為者が奪った上で享受する（意思を有する）ことによって法益侵害性ないし規範違反性が基礎づけられることになろう（石井・前掲注 (3) 540 頁参照）。

(41) 高橋直哉「不法領得の意思について」山口厚ほか編『理論と実務の架橋』（成文堂、2023 年）524 頁は、「他人の財物から効用を享受する行為は、通常は、その裏面において、他人がその財物から享受できるはずの効用の侵害を伴っている」とするが、同旨といえよう。

立ての機会を奪った、という被告人の行為について利用処分意思を否定している⁽⁴²⁾のも、本件被告人には「督促状の不存在」という効用を享受する意思しか認められないところ、被害者である裁判所（国）⁽⁴³⁾にとって享受し得た督促状の効用は「債務者に債務を通知する」という効用であって、「督促状の不存在」という効用は「被害者が享受し得た効用」とはいえないからであろう。

もっとも、当該財物の存在を「消滅させる（行為）」が当該財物の本質的効用である場合には、当該財物をそのような本質的効用に適う形で消滅させるという効用は「被害者が享受し得た効用」といえる。たとえば、食品や燃料は、それ自体を「食べる」あるいは「燃焼させる」ことがそれぞれの本質的効用であるところ、食品や燃料をそのような本質的効用に適う形で消滅させるという効用は「被害者が享受し得た効用」であるといえる。したがって、行為者が食品を食べたり燃料を燃やす目的で奪取した場合には、「被害者が享受し得た効用」を享受する意思があると見て、利用処分意思を認める余地が出てくるだろう⁽⁴⁴⁾。

以上の理解を前提にすると、記録媒体に記載された（記録媒体の一部としての）情報を消去・毀損することで行為者が何らかの利益を得る目的がある場合であっても、そこでは「情報（＝記録媒体の一部）の不存在という効用」を享受する意思しか認められない以上、利用処分意思を否定すべきであろう。なぜならば、情報の保有者である被害者にとってみれば、情報は存在してこそ価値があるものであり、情報（記録媒体の一部）の不存在・消滅という効用は「被害者が享受し得た効用」とはいえないからである。

②情報記録媒体の操作と利用処分意思

このように、情報を消去・毀損する行為をもって当該情報の記録媒体についての利用処分意思を認める余地がないとしても、そもそも（目的如何を問わず）「記録媒体を操作・閲覧する」という行為そのものに、当該記録媒体の効用を享受する意思を認めうるだろう。

しかし、結論からいえば、情報記録媒体を操作することのみをもって、直ちに記録媒体についての利用処分意思を認めることは困難である。たとえば、Xが専らAに嫌がらせをする意図の

(42) 最高裁は、支払督促正本等を「廃棄するだけで外に何らかの用途に利用、処分する意思がなかった場合には、支払督促正本等に対する不法領得の意思を認めることはできないというべきであり、このことは、郵便配達員からの受領行為を財産的利得を得るための手段の1つとして行った時であっても異ならない」として、領得意思を否定している。

(43) 本決定の事案において、処分行為者は郵便配達員であるが、郵便配達員ないし郵便局は送達先の住所に郵便物を配達すればその責務を果たしたことになる以上、行為者の詐取によって財産的損害は被らない。むしろ、ここでは、督促状を発送して督促状の処分権を郵便配達員（郵便局）に与えた裁判所（国）が、「債務者に債務を通知する」という責務を果たせないことで実質的な財産的損害を被っているといえ、本件はいわゆる「三角詐欺」の事案であるといえよう。

(44) もっとも、後述するように、「被害者が享受し得た効用」を享受する意思のみで直ちに利用処分意思を認めてよいかは、検討の余地がある。

もと、A の部屋に置いてある本の中の A にとってお気に入りのページをその場で破いた、という場合に、そもそも本の占有移転が生じていないことから（領得意思の有無を検討するまでもなく）器物損壊罪の成立を認めるにとどまるが、この場合、行為者は「本を手に取り、ページをめくる」というプロセスを経てから、損壊行為に及んでいる。このように、他人の財物を手に取り内容を確認・閲覧する行為は、器物損壊行為においてもなされうるものであり、確認・閲覧したことによって、行為者が如何なる効用・価値を享受する意思であったかを認定しない限り、利用処分意思を認める余地はないだろう。

このことは、情報記録媒体においても同様に当てはまる。パソコンや携帯電話といった情報記録媒体を被害者に無断で操作するだけでは利用処分意思を認めるべきではなく、操作の結果いかなる効用・価値を享受する意思であったかによって、利用処分意思は判断されるべきである⁽⁴⁵⁾。よって、たとえば被害者のパソコンや携帯電話を奪い去って、メール送信や通話をしたり、インターネットを利用したり、行為者にとって必要な画像などのデータを保存しようとした場合は利用処分意思が認められる余地があるが、保存されたデータファイルを消去する場合は、パソコンや携帯電話の価値を享受する意思がない以上、利用処分意思は否定されることになろう。

これに対しては、情報記録媒体に保存されたデータの「消去」も記録媒体の1つの機能であり、このような機能を利用する意思がある以上、利用処分意思を認められる、との反論が考えられ得る。しかし、権利者にとって情報記録媒体を利用する上で重要なのは、データを保存ないし記録することであり、データの消去は保存・記録を終了することにほかならない。データの「消去」という機能は、データの「保存・記録」という機能の反射的な機能にすぎず、それそのものが独立して権利者が享受しうる効用・利益とはいえない。したがって、「消去」機能を利用する意思を利用処分意思とするのは無理があろう。

（3）事案の処理

以上の検討を踏まえて、冒頭の東京高判平成 30 年 9 月 28 日をはじめとする画像消去目的での携帯電話奪取の事案の処理をすると、以下の通りになる。

携帯電話内の画像を消去する目的で奪取した場合、まず、ドイツの BGH2015 年決定・2018 年決定・2019 年決定のケースのように、行為者が被害者に携帯電話を被害者に返還していない（返還する意思を有していない）場合は、権利者排除意思は認められる（冒頭で紹介した平成 30 年東京高判は、筆者が把握しうる限りにおいてはこの点について事実関係が明らかでない）。

(45) これに対し、冒頭で紹介した、効用享受意思に代わって「所有者のように振舞う意思」ないし「所有者のように振舞い自己の財産に組み入れる意思」によって領得罪と毀棄・隠匿罪を区別する理解によれば、効用の享受の有無は領得を基礎づける絶対的な基準にはならず、行為者が意図した取得後の物の扱いが「所有者でなければできない」ものであれば領得意思を認めるであろうから、情報記録媒体の操作自体が所有者でなければできないものであるとして、「所有者のように振舞う意思」が認められる余地があろう。

これに対し、行為者が携帯電話を被害者のもとに短時間で戻した場合は、原則として権利者排除意思を認めることはできない。もっとも、一時的な持ち去りであっても持ち去ることで携帯電話の効用・価値を可罰的な程度に侵害したといえれば権利者排除意思が認められる余地があるところ、画像データを消去したことをもって携帯電話の効用・価値を侵害したとして権利者排除意思を認めることはできない。なぜならば、画像データは携帯電話に永続的に保存される性質のものではない以上、画像データと携帯電話の間には一体性が否定され、画像データを携帯電話の一部と認めることはできないので、「携帯電話の一部を毀損した」、すなわち「携帯電話の価値を下げた」とはいえないからである。これに対し、たとえば、行為者が奪取した携帯電話にインストールされたアプリを削除した場合には、メールなどのように当該アプリがその性質上携帯電話に永続的にインストールされたままで使用される性質のものである場合には、携帯電話の価値を下げたとして、携帯電話に対する権利者排除意思を認める余地が出てくる。

もっとも、上記の検討の結果、仮に権利者排除意思を認め得る場合であったとしても、以下の理由により、携帯電話内の画像データを消去する目的について利用処分意思を認める余地はない。

まず、権利者排除意思の段階で検討したように、画像データ自体が携帯電話の一部とは評価し得ない以上、携帯電話の一部としての画像データに対する利用処分意思は観念し得ない。仮にメールアプリのように携帯電話の一部とみなしうるアプリを消去した場合であっても、行為者は携帯電話の一部の「不存在」という効用を享受する意思しか有しておらず、そのような効用は「被害者が享受し得た効用」とはいえないので、利用処分意思は認めるべきでない。

もっとも、東京高判平成 30 年は、「財物としての携帯電話機の効用（通話、カメラ、各種データの保存等の機能）に照らしても、前記写真データの削除は、通常、本件携帯電話機の権利者に反して行い得ない」ことを理由に利用処分意思をも認めていることから、むしろ携帯電話のメモリ内の画像を探し出して消去するという一連の「操作」自体を、携帯電話に対する利用処分意思を肯定する根拠としているといえる。

しかし、他人の携帯電話を操作すること自体は、携帯電話を損壊する場合でも行いうるものであり、それだけをもって利用処分意思を基礎づけることはできない。操作の結果、携帯電話内在の効用・価値を享受したといえない限り、利用処分意思を認めるべきではなからう。そして、携帯電話の動画・画像データの「消去」という機能は、データの「保存・記録」という機能の反射的な機能にすぎないのであり、被害者が享受しうる携帯電話内在の効用はいえないため、消去機能を利用することをもって利用処分意思を認めることもできない。この点、携帯電話を操作して画像を探索したり消去する行為につき、ドイツの BGH2015 年決定が携帯電話の本来的な使用の範囲内であっても消費には至らないとして「取得意思」を否定したことや、BGH2019 年決定が「何らかの性質を持つ経済的な利益か少なくとも実質的な利益を得ようとした」とはいえないとして「取得意思」を否定したことは、結論として妥当といえよう。

4. おわりに

本稿では、利用処分意思が認められるためには、行為者に「被害者が享受し得た効用」を享受する必要があることが必要である、と述べた。もっとも、「被害者が享受し得た効用」を享受する意思があることのみをもって利用処分意思を認めてよいかは、なお検討の余地がある。

たとえば、食料品店に陳列されている商品を、専ら店の店主に嫌がらせをする目的で持ち去って食べた場合、本稿の理解によれば、行為者は「食べる（口内に入れて嚥下する）」という効用を享受する意思を有しており、そのような効用は食料品の本質的効用といえる以上、行為者に「被害者が享受し得た効用」を享受する意思が認められることになる。しかし、このような行為は嫌がらせ目的で被害者の壺を持ち去って割るという器物損壊行為と有意な差がないともいえ、（「被害者が享受し得た効用」を享受する意思があるとしても）利用処分意思を否定する余地もあるように思われる⁽⁴⁶⁾。

また、携帯電話内に保存された画像を転送する目的で携帯電話を奪取した場合について取得意思を否定したドイツのBGH2012年決定についても、たしかに行為者が利用しているデータの「転送」という機能は消去機能とは異なり「被害者が享受し得る効用」といえるが、そのような効用を享受する意思さえあれば直ちに利用処分意思を認めてよいかはなお検討を要しよう。

このように、利用処分意思の有無を判断するにあたっては、被害者が享受し得た効用を「どのように」享受する意思であったかについても、考慮すべきであるように思われる。

この点を考慮するにあたっては、利用処分意思の内実や体系的な位置づけに関するさらなる検討が不可避であろう。また、利用処分意思の内実を検討するにあたっては、近時主張される、冒頭で紹介した、効用を享受する意思に限らず「所有者として振舞い自己の財産に組み入れる意思」を利用処分意思とする見解の当否についても検討を要しよう。こうした検討を踏まえつつ、情報記録媒体に記録・保存された情報を利用・転送・複製する目的で奪取した行為についての不法領

(46) 名古屋高判令和3年12月14日 LEX/DB 25591557 は、YouTuberとして活動していた被告人が、スーパーマーケットの店内において同店内に陳列されていた生魚の切り身を精算前にその場で包装を開封して中身を食べた後、直後にレジにて同商品の代金を精算し、その一連の行為を動画で撮影して自身のYouTubeチャンネルにアップロードした、という事案において、代金精算前にスーパーマーケットの商品である生魚を精算前に食べた行為につき不法領得の意思を認めて窃盗罪の成立を肯定したが、本件においても、被告人は食べることそのものよりも、食べている様子を面白おかしく撮るという「被写体としての効用」を享受する意思で本件犯行に及んでいる（実際に本判決も「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肯定している）ことからすれば、利用処分意思を認めてよいかについてはなお検討の余地があるように思われる。なお、本判決に対する評釈として、大塚雄祐「刑事判例研究 代金精算前の商品の費消と窃盗罪の成否」〔名古屋高判令和3. 12. 14〕早稲田法学 98 巻 3 号（2023 年）163 頁以下参照。

得の意思の有無については、今後の検討課題としたい。

(原稿受付 2023 年 6 月 21 日)