

# 遺失物等横領罪（刑法 254 条）について

穴 沢 大 輔

- I はじめに
- II 遺失物等横領罪の沿革
- III 遺失物等横領行為をめぐる基礎的考察
- IV 遺失物等横領罪の成立範囲について
- V おわりに

## I はじめに

遺失物等横領罪（刑法 254 条。以下、本罪とする。）についてはその適用件数は多いものの<sup>1)</sup>、本罪そのものを論ずる文献は少ない<sup>2)</sup>。その理由はおそらく、客体が「占有離脱物」という広い枠組みで理解され、そこに異論がない以上、横領行為は委託物横領罪と同様にとらえれば足りるからであろう。その一方で、委託物横領罪の背信性と旧刑法の構造を強調し<sup>3)</sup>、本罪とは異なる性質とする見解も有力である<sup>4)</sup>。そうであるとしてもなお、領得行為の基本類型であることに変わりはないのであり、そして、以下のような観点をもふまえるとその処罰範囲の外延を求めることは意味あることのように思われる。

---

1) 2016 年の検察統計によれば、本罪の被疑事件受理人数は 11523 件であり、委託物横領と業務上横領とを合わせても 1746 件であり、その件数は最も多い。

2) 先駆的業績として、宮川基「遺失物等横領罪における横領行為に関する一考察」東北学院法学 76 号（2015）382 頁。多くは、判例評釈等で解説される。

3) こうした強調の実際の意義は委託物横領罪を基本とした共犯と身分をめぐる解釈論の形成にある。もっとも、それが必然の解釈とは言えないだろう（山口厚『刑法総論 第 3 版』（2016）343 頁以下、同『刑法各論 第 2 版』（2010）314 頁以下）。この点は、将来の課題としたい。

4) たとえば、団藤重光『刑法綱要各論 第三版』（1990）627 頁。本罪を「占有離脱物領得罪」とすべきとする。

遺失物法は平成18年6月に大きく改正された<sup>5)</sup>が、その趣旨は、忘れ物が増加し（平成18年度中に警察が取り扱った拾得物のうち物品の点数は、約1222万点、通貨は139億円であり、遺失者に返還されたのは、物品がその約3割、通貨はその約7割とされる。）、かつ、警察署の管轄区域はもとより都道府県を超えて活動している現代社会において、その管轄区域を超えて広範に遺失者を探す仕組みを構築する必要があることにあった。そして具体的に、早期発見・返還のための整備、拾得物の合理的取り扱い（所有権の帰属しない物件の整備）等が変更の対象とされたのである。ただその後も、警察において取り扱う拾得物の数は年々増加しており、平成27年中の拾得物は1896万件に上り、そうした上昇に対応するため、平成29年に遺失物法施行規則が改正された。そこでは、手続の迅速化を図るための改正がなされている<sup>6)</sup>。たしかに、このことから犯罪（本罪）増加は導けないが、こうした状況に鑑みると、拾得物を届け出ない場合に関する本罪の成否が検討されるべきであり、また、所有の帰属を認めない拾得物が新たに規定された（遺失物法35条2号～5号：個人情報関連物件<sup>7)</sup>）こともふまえると、落とし物それ自体の価値が社会的に高いと評価されるものも多いと認められ、その観点から横領した者をどの程度の処罰にすべきか、についても検討の余地がある。

実務上、占有を離れた物と評価されると窃盗罪ではなく本罪の成立が肯定されるとされ<sup>8)</sup>、また、平成期になると解釈論が問題とされる事案が見られないため、本罪を検討する実際上の意義は乏しいかもしれない。しかし、適用例も多く、今後も偶然に他人の物を占有する事案も増えていく<sup>9)</sup>ことが見込まれる

5) 解説につき、鉢窪政樹「遺失物法の改正について」警察時報61号(2006)9頁、同「改正法研究 遺失物法」警察公論61巻(2006)12号28頁、中山仁「改正遺失物法の概要」警察学論集60巻12号(2007)11頁、富田利雄「改正遺失物法の施行について～取扱い状況と今後の運用(前編)(後編)」月刊警察298号(2008)12頁、299号12頁。そこでは民法240条の6か月の保管期間が3か月に変更された。

6) 岩崎文香「『遺失物法施行規則の一部を改正する規則』について」月刊警察404号(2017)143頁。その内容は、拾得者の権利放棄の取扱い等に係る確認の明確化、遺失届一覧簿の廃止、送付による物件の返還等手続の合理化、書面に代えて提出できる電磁的記録媒体の拡大等である。

7) 禁制品及び個人情報に関連する物件についてはその拾得者であっても、所有権を取得できないという規定が遺失物法35条である。個人情報物件の例は、身分証明書、携帯電話端末、クレジットカード等である(蔭山信『注解遺失物法』(2010)524頁以下)。

8) もちろん、錯誤論については検討の余地は残されている。

とすれば、本罪成立の限界を今一度示すことも必要であろう。

以上をふまえて、以下では遺失物法との関連をもふまえて、本罪のやや複雑な沿革を描き（Ⅱ）、主に遺失物等横領行為を中心に本罪の成立範囲（Ⅲ・Ⅳ）を論ずることとしたい。

## Ⅱ 遺失物等横領罪の沿革

### 1 旧刑法以前

遺失物法の沿革は、新律綱領に遡るとされる<sup>10)</sup>。新律綱領では、遺失物を得た者は必ず官に届け出るものとされ、官物は官に入り、私物は一半をその主に給し、一半を拾得者に給されるとし、30 日以内にその主がなければすべて給すとされた。また、官に送らない者は坐贓を以て論じられ処罰された（私物については一等が減じられた<sup>11)</sup>）。その後、それは改定律例に引き継がれる。そして、この規定は、1876 年（明治 9 年）4 月、太政官布告第 55 号により削除され、「遺失の物を得隠匿して官に送らず及び主に還さざる者」が窃盗に準じて<sup>12)</sup> 処罰される（改正得遺失物律。以下、本律とする。）こととなった。ここで隠匿が明示的に処罰されることになったのは興味深い。このように遺失物については、刑罰をもふまえて規定が整備されたことになる。この後、旧刑法が制定され施行されると、この布告は廃止された。旧刑法 385 条以下の諸規定が処罰を担ったからである。

この状況を当時の大審院判決で確認しておこう。たとえば、大判明治 10 年 4 月 18 日<sup>13)</sup> は道の傍らに落ちていた紙包みを拾って開けたところ、お札らし

---

9) 国土交通省の統計によれば、平成 27 年の宅配便取扱個数は 37 億 4493 万個であり、前年度よりも 1 億個ほど増えているとのことである（国土交通省・平成 27 年度宅配便取扱実績について [http://www.mlit.go.jp/report/press/jidosha04\\_hh\\_000106.html](http://www.mlit.go.jp/report/press/jidosha04_hh_000106.html)）。誤配達等の可能性も増えることは否定できないように思われる。

10) 詳しくは、服藤弘司「明治九年の遺失物法成立の過程」法政研究 18 卷 1 号 41 頁、榎谷広・石橋昭明『遺失物法解説』（警察図書出版・1959）5 頁、福永英男『遺失物法注解（四訂版）』（立花書房・1990）10 頁以下。服藤によると、ここにおける得遺失物は、明律・清律というシナ法（東洋法）に由来するとされる。

11) 『新律綱領改定律令合巻』（1873 年明治 6 年 7 月）。福永・前注 10）10 頁以下によると、坐贓とは、賠償等などの名目で不相当な金銭を受け取る罪とされている。

12) この当時の元老院がこのような提案をしたようである（服藤・前注 10）61 頁以下）。民刑の分離も解かれている。なお、旧字体は改めた（以下同じ）。

きものを見つけたので両替に行ったところ、贋札であったという事案で、届け出ないことは本律に該当するとした。また、大判明治11年9月16日も、駒下駄等3点を拾って届出なかった行為について本律に基いて処罰した<sup>14)</sup>。

大審院が窃盗を否定して本律によって処罰したのが、大判明治12年6月4日<sup>15)</sup>である。被告人が、ある宅での飲酒後に、同行のAが三徳(金銭書類が入った物)を落としたのを見て拾い、その金員を費消し、書類等を投棄した事案で、原審が窃盗としたのを不適当な裁判とし、本律で処罰した。もっとも、理由が述べられているわけではない<sup>16)</sup>。その後、Aが車中に遺失した風呂敷包みを得たのちに、Aから返還を乞われてもそれを否定し、巡査に対しても覚えがない旨答えた事案で、検事が「遺失物と称するはその遺失するを覚らず及び其所在の明らかならざる者をいう」ので、その場にいる物の主が主たることを証明する場合には、遺失物をもって論ずることはできないとして上告したのに対し、大審院は「遺失物たるや否やに論」なしとし、その所為は別であるとして本律によって処罰した<sup>17)</sup>。一方、同宿者が戸棚に忘れた金5円を持ち去り費消した事案では、「人の所有なる財を窃取」したとし、窃盗の成立を認め<sup>18)</sup>た。

13) 大判明治10年4月18日(明治前期大審院刑事判決録1 238頁)。なお、本布告以外にも、明治8年4月に布告された内国船難破及び漂流物取締規則が存在し、その29条で処罰された例もある(大判明治11年3月21日(明治前期大審院刑事判決録2 189頁)、大判明治11年3月27日(明治前期大審院刑事判決録2 213頁)…)漂流した材木を届け出ない)。

14) 大判明治11年9月16日(明治前期大審院刑事判決録3 249頁)。争われたのは、4品を原審が一括処理した点にあった(破棄)。同様に、大判明治12年8月30日(明治前期大審院刑事判決録5 446頁)…)町で襦袢を拾って売却した事案。大判明治13年3月29日(明治前期大審院刑事判決録10 142頁)…)道路で放された牡馬1頭を取り押さえて、届けずに抵当に入れた事案。大判明治13年10月5日(明治前期大審院刑事判決録14 26頁)…)道路にあった風呂敷を拾い金員を隠匿した事案、大判明治15年4月11日(明治前期大審院刑事判決録20 48頁)…)他人の煙草入れを売却した事案。

15) 大判明治12年6月4日(明治前期大審院刑事判決録4 329頁)。

16) 同様に、何も述べずに窃盗の成立を否定したものとして、大判明治12年10月18日(明治前期大審院刑事判決録6 484頁)…)被告人宅で被害者が置き忘れた煙草入れを隠匿し、被害者が参った際に、その事実を押し隠したという事案。大判明治13年10月5日(明治前期大審院刑事判決録14 20頁)…)難破船から品物を積み込んで持ち帰り、隠匿して分配した事案。

17) 大判明治13年12月15日(明治前期大審院刑事判決録15 106頁)。なお、漂流物についても、大審院は本律を適用する(たとえば、大判明治15年2月23日(明治前期大審院刑事判決録19 119頁))

18) 大判明治15年5月9日(明治前期大審院刑事判決録20 206頁)。

さらに、拾得隠匿行為については、重病のために官に届けることを忘却したものの、その後回復後も届けられない者は本律にあたる<sup>19)</sup>。また、茶店に忘れた服紗包を得て店主に渡さず持ち去り、その中の書類を投棄し、袴を所持して6里ほど離れた地で泊まった者も処罰された<sup>20)</sup>。

## 2 旧刑法・旧遺失物法

旧刑法 385 条（以下、便宜上旧本罪とする。）は、「遺失及び漂流の物品を拾得て隠匿し所有主に還付せず又は官署に申告せざる者」を 11 日以上 3 月以下の重禁錮または 2 円以上 20 円以下の罰金に処した<sup>21)</sup>。旧法下でも、たとえば、飼養主の所を逸失して、街頭を彷徨う鶏を拾得して売却した事案で旧本罪の適用が肯定されている<sup>22)</sup>。他方、漂流木を拾得して親族宅へ積んで置いた事案では、原審の無罪の判断が維持された<sup>23)</sup>。

そこではさらに、旧本罪の解釈も展開される。それを「隠匿して自己の利益を図るの所為を罰する」ものとして、隠匿するの証拠不十分として無罪としたものがある<sup>24)</sup>。また、「邸宅と道路とにあるを問はず苟くも遺失の物品たるを知て之を隠匿」したときはこれに当たるとし、店頭で遺失していた煙草入れを拾得隠匿したとして旧窃盗罪の成立を否定したものがある<sup>25)</sup>。一方で、警察署 2 階事務所にあった紙幣 1 枚を拾得した事案では、監守者がいない場合が旧本罪の場合であるとし、旧窃盗罪の成立を認めたものもある<sup>26)</sup>。

遺失物取扱規則との関係も問題となった。すなわち、同規則 2 条では 5 日間

---

19) 大判明治 14 年 5 月 17 日（明治前期大審院刑事判決録 16 394 頁）。なお、無罪になったものとして、置き忘れた傘を 5 日以内に官に届けた事案がある（大判明治 14 年 3 月 15 日（明治前期大審院刑事判決録 16 56 頁））。

20) 大判明治 14 年 6 月 30 日（明治前期大審院刑事判決録 17 122 頁）。

21) なお、旧刑法施行後も、旧刑法 3 条に基づき、所為が以前であれば軽い本律が適用されている（たとえば、大判明治 15 年 11 月 8 日（明治前期大審院刑事判決録 22 279 頁））。

22) 大判明治 16 年 10 月 1 日（明治前期大審院刑事判決録 24 196 頁）。

23) 大判明治 16 年 10 月 26 日（明治前期大審院刑事判決録 24 265 頁）。

24) 大判明治 16 年 12 月 4 日（明治前期大審院刑事判決録 25 20 頁）。

25) 大判明治 17 年 5 月 27 日（明治前期大審院刑事判決録 26 376 頁）。さらに、歩いている牛を見つけて牽いていき、売却した事案で、当然徘徊すべき地の範囲外に出たとして、旧本罪の成立を肯定した事案として、大判明治 20 年 412 号（明治前期大審院刑事判決録 29 452 頁）。

26) 大判明治 17 年 5 月 27 日（明治前期大審院刑事判決録 26 377 頁）。旧窃盗罪の成立が認められた事案として、大判明治 17 年 5 月 29 日（明治前期大審院刑事判決録 26 402 頁）…近隣の家から鶏が自己の邸内に来たのでこれをとらえた事案。

の申告期間が設けられているため、旧本罪の適用がその期間なされないか、という点につき、同規則2条は「唯届出猶予期限」を定めたに過ぎないとし、「悪意を以て之を隠匿したる」ものは5日以内でも処罰されるとした<sup>27)</sup>。

旧本罪について、当時の学説では、いくつかの点が指摘されている。①民事の遺失物取締規則に規定された遺失物（自ら逸失したことを覚らない、及び、その所在の分明ならざる物）の理解によるべきか。②自らの意思によらずに支配下に入った他人の物は遺失物か<sup>28)</sup>、③拾得、隠匿の概念である。

①については、先の判決の上告理由にもあったように、そうすると、物主がその場でその主たることを証明すれば直ちにこれが返還されるので遺失物でないといわれるかが問題となるが、拾得者の観点から見る刑法は別意に解すべきことが主張され、遺失物として判断されるのが一般的である<sup>29)</sup>。何人の占有に属さないという意識は当時から強かったようである<sup>30)</sup>。②については、①とも関連するが、自己の家の中<sup>31)</sup>（外）での他人の遺失物の取り扱いが問題とされている。委託物費消罪によるとする見解<sup>32)</sup>や、所有者からの委託等を受けていないとして、遺失物と構成する見解があった<sup>33)</sup>。③について、拾得とは握取して己の所持内に移す（占有に移す）、あるいは、区域内に入った物であれば、己の所持とする意思を生ずることで足りるとされ、隠匿とは、自己の領有に帰せしむる<sup>34)</sup>、または、他人の発見を防ぐる意<sup>35)</sup>であるとされる。後者に

27) 大判明治17年6月24日（明治前期大審院刑事判決録27 162頁）。同様に、大判明治28年9月27日（大審院判決録（明治28年9月）151頁）…2日以内に金員を費消した事案（この時の遺失物取締規則では7日間となっている）。

28) この点につき、宮川・前注2）375頁も参照。

29) 磯部四郎『改正増補 刑法講義下巻第二分冊』（1893）日本立法資料全集別巻141（1999）1094頁、岡田朝太郎『日本刑法論完 各論の部 [訂正増補再版]』（1896）復刻叢書法律学篇25（1995）987頁。また、堀田正忠は、これに関して、時器の遺失を覚った甲が、遺失した場所に戻り、乙がこれを懐に入れるのを見て返還を求めたところ、乙が偽って返還を拒んだ場合にも旧本罪を適用すべきとする（堀田正忠『刑法釋義 第三篇第四篇』（1885）日本立法資料全集別巻178（2000）605頁）。

30) 井上操『刑法述義 第三篇（下）第四篇』（1880）日本立法資料全集別巻129（1999）533頁など。

31) 家の中で場所を失念した物を他人が持っていく場合は旧本罪ではなく、窃盗とされる（たとえば、江木衷『改正増補現行刑法各論全』（1889）日本立法資料全集別巻477（2007）406頁）。

32) 磯部・前注29）1095頁以下。

33) 堀田・前注29）608頁、岡田・前注29）992頁。もっとも、これを第三者が持ち去る場合には窃盗であることも述べられる。

34) 磯部・前注29）1097頁。

については、積極的な隠匿行為があれば、（5 日を経過せずとも）直ちに成立するとされ<sup>36)</sup>、手続きをしない場合も隠匿に含まれるとする<sup>37)</sup>。

民事的にみると、先の布告と同日に、その第 56 号で先にも述べた「遺失物取扱規則」が定められ<sup>38)</sup>、その後、旧遺失物法が明治 32 年に制定され、今日に至るが、実質的な改正がなされたのは、昭和 33 年改正と平成 18 年改正<sup>39)</sup>（現行遺失物法）である。

もっとも、刑事法の観点から重要と思われるのは、大正 2 年 4 月の改正である。旧遺失物法 16 条 1 項は、「拾得物其他本法の規定を準用する物件を隠匿し若は不正に処分したる者は三月以下の重禁錮又は二十円以下の罰金に処す」と規定<sup>40)</sup>し、処罰をしていたが、この規定が削除されたからである。その理由は、言わずもがなであるが、現行刑法で遺失物横領が規定されているからであった。その改正委員会において、政府委員より、現行刑法によって旧遺失物法 16 条は自然消滅することになるとされた<sup>41)</sup>。すなわち、この時点までは、旧刑法及び現行刑法と旧遺失物法の両方で、罰則が規定されていたことになる。

こうした二重の規定の仕方について、当時の刑法学からは旧本罪は「暗黙に廃止せられたる」との指摘がなされている<sup>42)</sup>。そのうえで、旧遺失物法の規定の検討がなされている。遺失物の概念を、他人の所有物であるが、誰の所持にも属さない物とし、準遺失物（誤って占有したる物、他人の置き去り物、逸走した家畜、埋蔵物）もその対象となるとし、その隠匿または不正処分が処罰されるとする<sup>43)</sup>。誤って占有したる物について、他人の錯誤で交付された物も

---

35) 岡田・前注 29) 994 頁。

36) 岡田・前注 29) 994 頁以下。

37) 飯田宏作『刑法（各論）講義』（1894）234 頁。

38) 明治 9 年以前の議論につき、服藤・前注 10) 52 頁以下。その分析によると、動機は、放逸馬匹の処分に関する根本的な問題解決の方法を検討するためとされる。

39) これについては、I 注 5) を参照。

40) 2 項には親族相盗が規定されている。

41) 第 30 回帝國議會衆議院遺失物法中改正法律案委員会における政府委員岡喜七郎発言。宮川・前注 2) 372 頁も参照（横領という文言に旧遺失物法 16 条が引き継がれたことを重視する）。

42) 勝本勘三郎『刑法析義各論之部 下巻』（1900）420 頁、谷野格『刑法各論』（1907）142 頁、小疇傳『日本刑法論各論』（1905）816 頁。なお、当時のイタリア刑法では、民法の規定を遵守せず占有した者を 420 条により処罰している（曲木如長『伊太利刑法』（1903）140 頁）。

その対象とされ<sup>44)</sup>、判例でもこれを認めるものもあった<sup>45)</sup>。

現行刑法になると、初期のころは、本罪の占有離脱物との関係で、誤って占有したる物について、占有者の意思に従って占有を離れた物でないのをこれを含めず、遺失物法に委ねるもの<sup>46)</sup>、委託物横領罪とするもの<sup>47)</sup>もあったが、本罪の成立を肯定するものが次第に多数となる<sup>48)</sup>。

判例に目を向けると、大判明治32年2月14日は被告人宅に忘れた風呂敷包みを拾得し隠匿した事案で、遺失物であることを前提として旧本罪の成立を認めた<sup>49)</sup>。その後、明治32年9月24日に被告人宅ではない住居内で拾得した金員を処分した事案について、「人の住居したる家屋内に於けると否とを問はず」旧遺失物法16条が適用されるとしたものがある<sup>50)</sup>。その一方で、遺失物件（風呂場に忘れた銭入れ）といえども、「窃取の意思」でこれを拾得する行為を旧遺失物法ではなく、窃盗罪により処断した。また、交付者の錯誤によって移転した過剰の金銭について、旧遺失物法12条の「誤って占有したる物」に包含されるとし、同法16条の適用を肯定したものもある<sup>51)</sup>。こうした経緯を経て、現行刑法において本罪の成否が問題とされた代表例である大判明治43年12月2日（刑録16輯2129頁、以下明治43年判決とする）に至るのである<sup>52)53)</sup>。

43) 谷野・前注42)142頁以下、小疇・前注42)819頁以下。小疇は、隠匿・不正処分について、「自己の物とする意思実行を必要とする」として、届け出をしないだけでは成立しないとしている。

44) 小疇・前注42)821頁。なお、この場合、受取権なきことを告げずに受け取る場合には詐欺取罪が構成されることもあるという。

45) 大判明治38年3月9日（刑録11輯309頁）…両者の間違いにより、荷物が被告の占有に帰した事案。

46) 牧野英一『刑法通義』（1910）406頁。

47) 大場茂馬『刑法各論（上）』（1909）復刻叢書法律学編42（1994）476頁以下。もっとも、大場は、大審院判決を受けて本罪の成立を認めると改説する（大場茂馬『刑法各論（上）』（1911）682頁以下）

48) 初期のものとして、泉二新熊『改正日本刑法論』（1908）833頁。

49) 大判明治32年2月14日（刑録5輯2巻74頁）。なお、原審は旧刑法366条（窃盗罪）、376条（軽罪の刑）を適用していた。同様に、大判明治32年3月16日（刑録5輯3巻79頁）。

50) 大判明治33年1月25日（刑録6輯1巻25頁）。同様に、置き忘れた火薬につき、大判明治34年5月21日（刑録7輯5巻39頁）。

51) 大判明治34年10月28日（刑録7輯9巻127頁）。同様に、当事者の片方の計算違いの事案につき、大判明治38年3月9日（刑録11集309頁）。



### 3 小 括

このように、現行刑法までの本罪の系譜を概観したが、遺失物法との関連で複雑な経過をたどってきたといえる。そこでは、遺失物等の意義や拾得隠匿という文言が処罰において重視されていたと評価はできるものの、旧刑法下では、旧遺失物法の解釈が展開されることからわかるように、遺失物の不返還を処罰するという枠組みであったといえる。ただ、現行刑法の制定にあたり、拾得隠匿には、「横領」という領得を基礎としたあらゆる行為を含めることができる言葉があてられた。そして、これまでの不返還という処罰の形もこの文言と相いれない性質のものではなかったため、自然な形で改正に至ったと推察される。ではそうした横領行為に関して領得意思が長年にわたり議論されているドイツの議論<sup>54)</sup>はどのようなものか。とくに、1998 年改正以降の議論を概観してみよう。

---

52) 大判明治 43 年 12 月 2 日（刑録 6 輯 1 卷 25 頁）。この当時、横領（領得）の意義がかなりの事案で判断の対象となっている。詳しくは、拙稿「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）」明治学院大学法学研究 93 号（2012）112 頁。

53) その後、窃盗罪における占有との境界付けが判例においても意識される。たとえば、大判大正 2 年 8 月 19 日（刑録 19 輯 817 頁）では、役場の事務に置き忘れた物は村長の管理下におかれず、本罪の適用が肯定された（列車内に遺留されたものにつき、大判大正 15 年 11 月 2 日（刑集 5 卷 491 頁）、詳しくは、草野豹一郎「電車内の置忘物と横領罪」刑事判例研究第 1 卷 321 頁以下参照。旧遺失物法との関係についても論じられ、旧遺失物法とは別個に横領行為をなせば本罪が成立するとする。）が、その一方で、大判大正 8 年 4 月 4 日（刑録 25 輯 382 頁）では、宿泊客が便所に忘れた財布について、旅館主の占有が肯定され、窃盗罪にて処断された（銀行事務室内で机から落ちた金銭につき、大判大正 11 年 9 月 15 日（刑集 1 卷 450 頁））。現在まで後者は否定されていない。

54) 領得行為は Zueignung とされる。この内容を一般化したのは Binding であり、その要素たる Enteignung と Aneignung は以後のドイツの議論の基盤でもある（詳しくは、前者につき、拙稿「窃盗罪における権利者排除意思について」高橋則夫他編『刑事法学の未来』長井圓先生古稀記念論文集（2017）361 頁、後者につき、拙稿「不法領得の意思について」刑法雑誌 55 卷 2 号（2016）284 頁参照）。したがって、Unterschlagung（行為）は領得行為であり、窃盗罪における領得意思と関連させられるのが一般的であった（たとえば、Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrecht, 1919（Bibliothek des Deutschen Strafrechts Neue Meister 40）, S.433。なお、それ以前に Merkel は「物が物体に従って所有者の意思支配及び利益からはく奪され、負担者の利益のために利用される行為」とする（Adolf Merkel, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 1889（Bibliothek des Deutschen Strafrechts Neue Meister 40）, S.318）。そうした中で、物の占有を届け出ないことにつき Frank はこれを Unterschlagung（行為）とはいえないとし、その既遂を否定した（Reinhard Frank, Das Strafgesetzbuch für Das Deutsche Reich, 18 Aufl., 1931（Bibliothek des Deutschen Strafrechts Neue Meister 42）, S.540。）が理由は定かでない。

### Ⅲ 遺失物等横領行為をめぐる基礎的考察

現在のドイツ刑法 246 条 1 項 (Unterschlagung) は、「他人の動産を自己または第三者に違法に領得させる者は、行為が他のより重い刑罰規定で処罰されない場合に、3 年以下の自由刑または罰金に処する。」と規定する。ここで注意すべきは、1998 年第 6 次刑法改正により、従来と異なり、第三者領得規定が導入され、占有 (所持) の要件が削除され、他の財産犯が成立しない時に成立する罪になったことである<sup>55)</sup>。この意味で、わが国の本罪に文言上は近くなり、それは単純領得罪と呼べるが、窃盗罪 (ドイツ刑法 242 条) と同様に Zueignung (領得) という文言が規定されており、「横領」という文言が規定されているわが国とは異なる。ただし、現行刑法立法時に領得という概念を用いて費消や隠匿を超えたすべての行為を横領という文言に込めた点をふまえると、現行法における横領罪の発想の基本はドイツの議論にあるといえる。

領得行為については、ドイツではいわゆる顕現説 (sog. Manifestationslehren) が多数の地位を占めている。それは、領得行為を客観的に外部で認識可能に領得意思を顕現する行為ととらえるものである。もっとも、その内部では、その行為さえあれば直ちに領得を認めるかつての判例<sup>56)</sup>がとるとされる広い顕現説もあるが、これについては、未遂などとの区別がつかないなど主観面に重きを置くことに対する批判が強い<sup>57)</sup>。そこで学説では、一義的に領得意思を推論する行為に限定する見解<sup>58)</sup>や、そもそも行為ではなく領得結果の重要性を説き、領得を構成する要素である Entziehung と Aneignung を限定することで結果としての領得を見出そうとする<sup>59)</sup>。さらに、近時では、こうした見解

55) これについては、拙稿「いわゆる第三者領得について」上智法学論集 50 巻 2 号 103 頁以下を参照。

56) ライヒ裁判所の諸判例であり (RGSt 42, 420 (金銭の受領それ自体); RGSt, 63, 376. (余剰金銭を銀行に伝えずに (自己のかばんではなく) 机の棚にしまう行為)), BGH もこれを認めるとされる (BGHSt 14, 43)。

57) LK-Vogel, 10 Aufl., § 246, Rn.24. ドイツでは 246 条 3 項で未遂を処罰していることもこうした批判が強い要因である。

58) Sch/Sch-Eser, StGB, 26 Aufl., § 246, Rn.11 (Eser/Bosch, 29 Aufl., § 246, Rn.11 でも維持); Wessels/Hillenkamp, StGB, BT2, 38 Aufl., Rn.311, 312; Rengier, StGB, BT1, 15 Aufl., § 5, Rn. 23ff.

がふまえられながら、Enteignung の危険と Aneignung の結果の両方を要求する見解<sup>60)</sup>や、（自主）占有を要求することによる領得意思の顕現をいうとする見解<sup>61)</sup>も主張されている。

具体的な事案ではやや不明瞭なところはあるが、例えば、A が気に入った本を B から借り、1 か月後に B から本について言及されたので、所持していることを否定した事案では、広い顕現説によれば既遂の成立が肯定されるが、それ以外では成立はしない（せいぜい未遂という）ことになろう。また、A は道で B の財布を拾い維持するために自己のポケットにしまったが、少し経って怖くなり警察に届けた事案でもほぼ同様であろう<sup>62)</sup>が、Enteignung の危険を要求する見解によると、拾得者が遠ざけることになり、既遂と評価される<sup>63)</sup>。

このように領得という文言をめぐる議論が展開されているが、ドイツでは 1998 年改正になされた占有（所持）要件の削除を受けて次のことが述べられることがある。道路に停めてあった他人の高級車を自己のものであると称する場合は所有者の利益は危殆化されていない<sup>64)</sup>。「Unterschlagung の場合も、そもそも所有が取得されうることの実上の前提条件がなければならぬ。それゆ

---

59) 結果から考察する前者の代表は Maiwald である (Maiwald, Der Zueignungsbegriff im System der Eigentumsdelikte, 1970, S.191ff.)。この見解によると、物の喪失の開始の蓋然性、たとえば占有の否認があってもそれを所有者が信ずる (glauben) ことも必要になるなど、Enteignung の開始が不明確となることが批判されるため、Enteignung の危殆化に緩和する見解も有力である (Döllig/Duttge/König/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl., 2017, § 246, Rn. 14. [Duttge]; Basak, GA, 2003, S.109)。後者の代表は、Samson である (Samson, JA, 1990, S.9)。そこでは、結果としての Aneignung は、あらゆる「se ut dominum gerere (所有の内容の行使)」ではなく、「有意義な経済的な利用の意味で物を扱い始める」ことに限定する。行為者の権限に隠されない方法で物が扱われる場合とされる。これに対しては、当罰性を決める Aneignung によって、所有の危殆化をめぐる問題を解決しようとすることは「左右あべこべ seitenverkehrt」と言われる (Duttge, Rn.12.)。

60) Basak, Die Tathandlung der Unterschlagung Die Diskussion um den Zueignungsbegriff seit der Neufassung des § 246 StGB, GA, 2003, S.109, 120ff.

61) NK-Kindhäuser, StGB, Band 3, 5. Aufl., § 246, Rn.15. ders., Zum Tatbestand der Unterschlagung (§ 246 StGB), Karl Heinz Gössel, Festschrift, 2002, S.451, 460. Vogel によると、これは顕現説と領得結果を見る説との間の架け橋 (Brückenschlag) とされる。

62) なお、Kindhäuser によると、拾得しなければ民事法 (BGB § 965, 978) に適った占有を取得できないので、その後、利用やさらなる譲渡、届け出をしないなどの許されない占有の主張によることが重視されている (NK-Kindhäuser, Fn.61, Rn.17.)。こうした民事法との関連については、後述 IV 参照。

63) Mitsch, ZStW 111, 1999, S.65, 89.

え、領得にとって重要でない行為は、所有者の占有に関連する処分権を侵害しない行為である。たとえば、関与者が占有しておらず、結局物を処分しえない場合に、物の所有者であると主張する行為は重要ではない」と。そして、他人物売買は通常、相手方への詐欺等で処理されるとされる<sup>65)</sup>。こうしたことから、ドイツでも所有の危殆化は、多数の発想によれば領得の問題に内在させながら、いずれにしても意識されていることになる。

わが国でも、委託物横領罪における議論においてこうした所有の危殆化という理解はなされる場所である<sup>66)</sup>。この点は、横領罪が財物から出発し、所有に裏づけられた物に対する利用可能性を保護するという観点<sup>67)</sup>からすれば、本罪にも妥当するようと思われる。そうするとさらに、領得行為の顕現行為でもって自動的にそれが横領の既遂をあらわすとするには検討の余地があることが示される。すでに委託物横領罪についてわが国の学説でも顕現説を批判する立場が主張されている<sup>68)</sup>が、それはこの意味で理由のあることである。本罪でも広い顕現説の立場は妥当させるべきではないだろう。とはいえ、遺失物等横領行為についてどのような発想を持つべきだろうか。それも含めて本罪について検討を試みたい。

#### IV 遺失物等横領罪の成立範囲について

##### 1 客 体

本罪は所有に裏づけられた物に対する利用可能性を侵害する基本的な犯罪である。

その客体について、遺失物法は、遺失物を「他人が占有していた物であって、当該他人の意思に基づかず、かつ、奪取によらず、当該他人が占有を失っ

64) Arzt/Weber/Heinrich, StBT, 2009, § 246, Rn.27. [Heinrich]. 他に、ハンブルグに住むXがオンラインでミュンヘンのAにベルリンにある他人Bの自転車を売却した事案も挙げられる (Basak, Fn.60, S.113.)。

65) NK-Kindhäuser, Fn.61, Rn.8.

66) 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『クローズアップ刑法各論』(2007) 206頁, 橋爪隆「横領概念について」(2007) 研修712号6頁, 島田聡一郎「判例研究」ジュリスト1409号196, 197頁など。

67) 今井猛嘉他著『刑法各論 第2版』(2013) 222頁 [島田聡一郎]。

68) 林幹人「横領行為と不法領得の意思」研修669号3頁など。

たもので、それを発見した者の占有に属していないもの」と理解し、準遺失物として「誤って占有した他人の物、他人の置き去った物及び逸走した家畜をいう」とする（遺失物法 2 条 1 項）。

先に挙げた明治 43 年判決は、銀行が誤って被告人に 250 円（本当は 160 円）を支払い、被告人が問い合わせに対して事実を否定する答えをした事案で、「遺失物漂流物等の如く偶然に占有者の占有を脱したる物件を意味し遺失物法に於て遺失物に準じたる逸走の家畜誤て占有を為したる物件も総て其中に包含せしむるの法意なりとす」としている。誤って占有した物について、前述のようにかつては議論されたが、現在では占有の有無が問題とされるにとどまり、これも含められているのである<sup>69)</sup>。「占有を離れた他人の物」は準遺失物に等しいと理解してもよいと思われる。

その一方で、無主物はこれに含まれないものの、判例は無主物先占も含めてこれを広く認めている<sup>70)</sup>。無主物か否かが争われた事案として、近時では最決昭和 56 年 2 月 20 日（以下、昭和 56 年決定とする。）がある。養殖業者の網生けすから八郎湖に逃げ出した鯉を近くで雑建網漁業に従事する被告人がこれを捕獲して売却した事案で、最高裁は「これを回収することは事実上極めて困難な場合が多いと考えられるが、そのことのゆえに右鯉が直ちに遺失物横領罪の客体となり得ないと解すべきものではないとした<sup>71)</sup>。特定ができる以上は所有の保護を認めるべきであろう<sup>72)</sup>。

## 2 遺失物等横領行為

### (1) 総 説

遺失物等横領行為についても、明治 43 年判決は次のように述べている。「横領罪の成立に必要な横領の行為は犯人が他人の物を自己の物として不正に領得するの意思を有し此意思ありと認むべき外部行為を実行したるのみを以て足

---

69) 大判大正 6 年 10 月 15 日（刑録 23 輯 1113 頁）など。

70) ゴルフ場のロストボールの無主物先占の事案として、最決昭和 62 年 4 月 10 日（刑集 41 卷 3 号 221 頁）。なお、1500 年以上前の埋蔵物について無主物でないとされた判決がある（大判昭和 8 年 3 月 9 日（刑集 12 卷 232 頁））。所有制度がある以上かろうじて所有の保護の対象になりうる物であるためやむを得ないが、本来は刑法 189 条、190 条で対応すべきであろう。

71) 最決昭和 56 年 2 月 20 日（刑集 35 卷 1 号 15 頁）。

72) 大越義久「判解」警察研究 53 卷 9 号 67 頁、神崎武法「判解」法律のひろば 34 卷 5 号 51 頁など。

り必ずしも其目的物に対し消費、交換若くは贈与等の処分行為を為すことを要せず」と。これは広い顕現説の枠組みと同様であろう<sup>73)</sup>。

しかしながら、すでに指摘したように、このような発想には問題があった。わが国でもドイツでも学説上指摘されるように、本罪においても物についての行為の目的をふまえた所有の危殆化<sup>74)</sup>が考慮されるべきである。そしてそれは元来の意味における領得行為の枠組みをふまえながら検討されるべき性質のものであろう。そこでは所有者のように振舞うことが重視されるべきであった。そうすると、委託なく物を占有するに至った場合に、物を処分する行為(たとえば、消費、譲渡、贈与など)があれば、基本的には本罪の成立が肯定される。逆に、そうした意味における領得行為があっても危殆化を全く生じさせない場合(たとえば、物を占有していない他人物売買)には、否定すべきである。元来の意味における領得行為はなされているものの、横領したと評価できないのである。実は、判例でも、こうしたことは意識されているように思われる。大判大正6年9月17日は、村の助役であった被告人が、相続人なくして死亡したAの遺産を横領する意思で、生前の日付で死者Aの名義を用いて、自分の子BをAの養子とする養子縁組届等の書類を偽造し、戸籍簿に虚偽の記載をし、Aの死亡時に家督を相続したものとした事案で、「他人の占有を離れ且自己の占有内に在らざる物に対しては単に不正領得意思を発現せしむるに止まり事実上の支配力が之に伴わさる場合には不正領得の事実が発生したるものとして横領罪を構成するに至らざるものとす」としたうえで、本件では「相続人となりたる観」を装っただけで金銭の占有がないとして本罪にはあたらないとした<sup>75)</sup>のであるが、それは妥当である。

しかし、これまでの経緯等をふまえると、横領行為には以上のほかに様々な行為が含まれている。それを以下では分けながら検討することにした(重複して問題となる場合もある)。

## (2) 占有の否認

ドイツ判例では、占有を継続してもそれ自体で直ちに *Unterschlagung* が認

73) 学説として、滝川幸辰「横領罪及び背任罪」日本刑法学会『刑事法講座 第四巻』(1952) 886頁。

74) 佐伯仁志「横領罪(2)」法学教室 376号(2012) 104頁。この方向に Kindhäuser も近いと思われる。

75) 大判大正6年9月17日(刑録23輯1016頁)。

められることはないとされる。現在の領得に関する BGH の指導的判例<sup>76)</sup>は、債務者が譲渡担保の対象（建築機具）を譲渡担保権者（銀行）の要求で引き渡さず、それを運び去り、長期間（2 年間）さらにそれを活用した事案で、「領得は、被告人がこの機具を査定しようとした銀行の要求で引き渡さなかったことですでにみられるものではない。なぜなら、負担のある返還を単にしなかったことは、領得意思の顕現とみなされえないからである。むしろ必要なのは、譲渡担保物の譲渡者が、譲渡担保対象物を譲渡担保物の所有者の排除に基づいて自己の財産に同化させようとする確実な推論を認める態度を示すことである」とし、本件の被告人は、長期間の利用によって相当価値を失わせたため、機械に体现された物価値を領得したとした<sup>77)</sup>。

物それ自体の処分とは異なり、それとの関連性は低いが、（所有者に対して）占有を否認する場合にも所有者のような振舞いが肯定できるとすれば、それは領得行為であり、それにより所有への危殆化が認められれば、本罪で処罰可能とすべきである<sup>78)</sup>。所有者が忘れていった絵を自己の絵と称して飾る行為やその返還を拒絶する行為があれば<sup>79)</sup>、本罪の成立は肯定されるべきだろう。

---

76) BGHSt 34,309 (1987 年 3 月 17 日)。これ以後も BGH の事案はあるが、認定によれば認められないとするもので、上述の見解は維持されている (BGH, NStZ-RR 2009, 51 (2008 年 9 月 2 日) ; BGH wistra 2013 281, 282 (2012 年 11 月 14 日) など)。

77) レンタルビデオを返却せず、警告等無視した事案で、「無権限のさらなる利用後に生じてしまう相当な価値の喪失は、これまでの捜査の帰結によれば見られない。所有者による返還請求及び警告に関して被告人が沈黙したことも、そうした状況を基礎づけない。というのも、単なる不説明は通常十分ではないからである。」として無罪とした下級審判決がある (LG Potsdam NStZ-RR 2008, 143 (2007 年 10 月 1 日))。

78) 受託物の場合について、自己が正当な権利者であると表明する場合に判例上、委託物横領罪が肯定されているが、同様に解するべきだろう (たとえば、大判大正 5 年 8 月 8 日 (刑録 22 輯 1310 頁))。なお、神戸地判平成 14 年 3 月 26 日 (LEX/DB 28075232) は、被告人が、A が入質した B の夫の腕時計を質請けさせるため、その返済資金を A に交付するよう B から依頼を受けて現金を受領し、B のため預かり保管中、B から返還を求められたが、ほしままに、これを自己の用途に費消する目的で返還せず着服した事案で委託物横領罪の成立を肯定したが、費消目的をもとらえている点が大事であろう。

79) こうした行為について、理論的には処分行為が認められれば 2 項詐欺罪の成立を認める余地もあり得よう (藤木英雄『総合判例研究叢書刑法 (11)』(1958) 94 頁。なお、宮川・前注 2) 355 頁参照) が、補充類型である 2 項を返還請求権に用いて重く処罰するのは控えるべきだと思われる。もっとも、仮に釣銭詐欺で 1 項詐欺罪の成立が認められるとすれば、それとの均衡上、受け取った直後に返還を促す場合には 2 項詐欺といえるかもしれない (高橋則夫『刑法各論 第 2 版』(2014) 307 頁注 25 参照)。

ただし、もう少し検討する必要もあるように思われる。たとえば、先の昭和56年決定の事案を修正し、売却せずに鯉を飼養する場合、飼養することは所有者のように振舞っているとも言いうる。その一方で、飼養を続けることは鯉がその状態で維持されることにつながるため客観的に所有者のための行為とも言いうる。このような状況では、たとえ主観的に振舞う意思があったとしても、処罰は控えるべきだろう。したがって、売却行為を含めた何らかの利用行為や所有者の返還要求の拒否があった場合に、本罪の成立が認められることになる<sup>80)</sup>。

### (3) 毀棄・隠匿

では毀棄<sup>81)</sup>・隠匿の場合にはどうか。本罪の沿革からすれば、隠匿行為を処罰するのは素直である<sup>82)</sup>。しかし、横領行為は利欲犯的性格からなされる行為であり、それは本罪でも維持すべきだと思われる。たしかに隠匿行為も元来の意味における領得行為ではあるが、領得の機能をそれだけにとどめおく理由もない<sup>83)</sup>。したがって、単に物を維持する、あるいは、単に壊す意思の場合には、本罪の成立は否定されるべきである<sup>84)</sup>。もっとも、後述のように、本罪の法定刑は見直される必要があるように思われる。

ただし、隠匿等のように見える事案であっても、事後にそれを利用する行為を意識してそれがなされる場合には、その成立は肯定されよう。大判大正10年10月14日<sup>85)</sup>は、遺失物たる純金延べ棒8本が入った風呂敷を自宅で隠匿した事案で、「横領罪は自己の占有する他人の物に付不正領得の意思を外部に表現するに因りて構成せらるる……其表現の方法は……人に対してのみ之を表

80) さらに、後述の(4)落とし物の拾得の場合と同様に、遺失物法の趣旨がこちらでも考えられるべきである。

81) ドイツではドアの修理を頼まれた被告人が、依頼人との合意のような修理ができないために6か月放置した後、ごみとして壊した事案で器物損壊罪の成立が認められている。その理由は、「このような行為にある自分勝手さでは、行為者はたしかに所有権限を僭称しているが、領得行為をあらわしてはいない。行為者の財産状態に何らの影響もないからである。」(OLG Düsseldorf NJW 1987, 2526 (1987年1月9日))

82) 宮川・前注2) 365, 366頁。

83) 拙稿「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(4・完)」明治学院大学法学研究98号(2015)260頁以下。

84) そうすると、先の占有の否認の場合でも、所有者を困らせるためだけに飾るのであれば、本罪の成立は否定されよう。

85) 大判大正10年10月14日(刑録27輯625頁)。



現することを要するものに非す……拾得したる物件に対し不正領得の意思を以て之を隠匿する」こともその発現であるとし、本罪の成立を肯定している。たしかに、前述のように判例によれば単純な隠匿の場合も含めることは当然であるが、本件ではそのうち 1 本はすでに売却する旨を示していた事案であり、詳細な事実関係は不明だが、仮にそうだとすれば他のものもいずれにせよ売ることが予定されていた事案とも評価できるように思われる。

#### （4）落とし物

最後に落とし物を拾得する事案であるが、まず遺失物法の規定を確認しておこう。

遺失物法は、その 4 条で「拾得者は、速やかに、拾得をした物件<sup>86)</sup>を遺失者に返還し、又は警察署長に提出しなければならない。ただし、法令の規定によりその所持が禁止されている物に該当する物件及び犯罪の犯人が占有していたと認められる物件は、速やかに、これを警察署長に提出しなければならない。」と規定する。拾得者の義務として、遺失者への返還（直接返還）か警察署長に提出（4 条 1 項）することとされている。「速やかに」とは、「直ちに」よりは時間的に若干緩やかであるが、「遅滞なく」よりは若干厳格な意に解すべき概念とされるが、実際には事案により異なることになる<sup>87)</sup>。もっとも、民事法上の効果という観点からみると、拾得者の権利（保管費用・提出費用・報労金・原始取得）が喪失する場合は遺失物法 34 条に規定されている。その 1 号が拾得をした物件又は交付を受けた物件を横領したことにより処罰された者であり、2 号が拾得の日から 1 週間以内に第 4 条第 1 項の規定による提出をしなかった拾得者である。

このように遺失物法上は 1 週間の猶予をもって民事法上の権利が喪失することになるが、横領した場合には直ちにそうなるとされる。先に述べたように、同法 34 条 1 号は大正 2 年改正時に、旧遺失物法 16 条が削除されたことに伴って導入された規定である。本罪がそれを担うことで遺失物法上との整合性が図られている。ただ、前述のように、広い顕現説を支持できない以上、拾得しただけでは本罪が成立すると評価することはできない。そうすると、これは拐帯

---

86) 遺失物法 2 条 1 項によると遺失物・埋蔵物・準遺失物である。したがって、昭和 56 年決定によって問題とされた鯉もこれに含まれる。なお、漂流物等は水難救護法による。

87) 藤山・前注 7) 182 頁以下。

の事案ともいえ<sup>88)</sup>、持ち去ることは客観的にはその場から物が移転するのであり、所有者の発見の可能性は遠のくものである。その意味で所有は危殆化されるのであるが、本罪と評価するのは早計であるように思われる。ここでは遺失物法の趣旨も尊重されるべきであろう。すなわち、事後の利用を意図して自己の占有下に入れて持ち去ったとしても、事後の利用が直ちになされる場合は別として<sup>89)</sup>、それがなければ保持され速やかに届け出る余地も残すべきように思われるからである。裁判例では領得意思の発現時にこれが認められているが、拾得後に現実に利用した事案であり、評価としては問題の少ないものである<sup>90)</sup>。もしそうした事情がなければ、やはり現行法のままでは処罰は控えられるべきだろう。

## V おわりに

以上のように、本罪の成立範囲を検討したが、本稿のように考える場合には実務との乖離もあることは否めない。判例が本罪の成立範囲を広くとらえようとする背後には、極めて低い法定刑が予定されていることがあるように思われる。従来、その理由として、学説上、占有侵害という違法性が欠ける、所有者の間接的関与もない物の利用可能性侵害であるとされ、さらに、出来心としての非難可能性の低さ、きわめて誘惑的であることが指摘される<sup>91)</sup>。もっとも、近時、後者については疑問が呈されており<sup>92)</sup>、それが妥当だと思われる。立法上も議論なくこの法定刑が採用されている<sup>93)</sup>が、はじめにも述べたように遺失物法 35 条が個人情報関連物件については所有権の取得を認めないとしている現在でもそれが維持されるべきか、は疑問である。拾得物件の中には利用

88) 委託物横領罪について、東京高判昭和 34 年 3 月 16 日（高刑集 12 卷 2 号 201 頁）参照。

89) 東京地判昭和 47 年 11 月 7 日（判タ 288 号 303 頁）は、現金・免許証・小切手の拾得後、2 日後にこれを利用している。

90) 東京地判昭和 47 年 10 月 20 日（判タ 286 号 325 頁）は、他人の自動車免許証を拾得した事案で拾得時に本罪の成立を認めるが、5 月末に拾得し、6 月初めに偽造に用いた事案であった。

91) たとえば、西田典之『刑法各論 第 6 版』（2012）251 頁、島田・前注 67）222 頁。

92) たとえば、林幹人『刑法各論 第 2 版』（2017）297 頁。

93) 内田文昭他編著『日本立法資料全集 26 刑法〔明治 40 年〕（6）』249 頁によると、明治 39 年 12 月 26 日の法律取調委員会委員総会日誌第 27 回で、それまでは 3 年以下の懲役とされていたのが、富井委員提案の 1 年以下に多数で可決されたが、その議論の記載はない。

価値の高いものもありえ、また利得目的ある場合も多いだろうからそれを一律に低い法定刑の枠内に収める必要もないと思われる。現況をふまえると3年以下の懲役刑が検討されてよいのではないだろうか。

ドイツでもそうであるが、法定刑を引き上げ、前述した内容をふまえれば未遂を処罰することも可能であり、検討に値する。もっとも、前述の遺失物法の経緯にかんがみるならば、届出義務違反を処罰するという方向もお残されている。不作為犯構成との関連<sup>94)</sup>も問題となるため、今後の検討課題としたい。

---

94) 本稿では横領の不作為一般について論ずる余裕がなかった（本文でも述べたように少なくとも本罪について、基本的に返還せずに維持（隠匿）しているだけでは本罪は成立しないと思われる。）が、将来の検討課題とさせていただきたい（なお検討課題も多く申し訳ないが、林美月子先生のご退職に際し、このような機会をいただけたことに心よりお礼を申し上げたい。先生の研究姿勢を手本とし、今後も努力を続けたいと思う。）。