慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	〔刑法〕一 森林賦物に關する罪と刑法第二五七條 (昭和三三年七月一一日最高裁第二小法廷判決)
Sub Title	
Author	刑法研究會(Keihō kenkyūkai) 宮崎, 澄夫(Miyazaki, Sumio)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1958
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.31, No.12 (1958. 12) ,p.50- 58
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19581215-0050

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

〔刑　法〕一

森林賦物に關する罪と刑法第二五七條

第一審　昭和三〇年七月四日宮古簡易裁判所
第二審　昭和三〇年九月一三日仙臺高裁第二刑事部判決、高裁刑事裁判特報二卷九〇三頁、判例時報六七號二五頁、二七頁
上告審　昭和三〇年㈱第三五一八號、同三三年七月一一日最高裁第二小法廷判決、棄却、最高裁刑事判例集一二卷一一號二五一八頁

〔判示事項〕

森林賦物に關する罪と刑法第二五七條の適用の有無

〔參照條文〕

森林法二〇一條、刑法二五七條、二五六條

〔事　實〕

被告人は昭和二九年一月中、その實父が宮古市大字重茂字鮭山國有林宮古經營區一六林班から盜伐して各長さ二尺五寸位に切つて同國有

林内に置いた檜木その他の濶葉樹合計二七石（見積價格合計五八〇〇圓相當）を、その情を知りながら、同一犯意の下に、數回にわたり、同市同大字字裴竣の被告人所有の製炭竈まで背負つて運び、もつて賍物を運搬した、というのである。

本事案につき第一審判決は〝被告人の行爲は森林法一九七條に該當する接續犯であるところ、刑法第二五七條は犯人庇護の一場合で同法一〇五條とその立法の趣旨を同じうし唐律その他の古法に存した親族互に容隱することを不論罪とし、又は刑を輕減する思想に出由するもので、森林窃盜の賍物運搬の場合にも敢えてその適用を排除しないものと解する〟と判示して被告人に對して刑を免除している。これに對し、檢察官は法令の解釋適用に誤りあるものとして控訴したが、第二審（仙臺高裁）も、第一審と同趣旨の下に控訴を棄却したので、更に檢察官より上告されたものである。

〔上告理由〕

檢察官からの上告受理申立理由の要旨は左の通りである。

一、刑法第二四四條、第二五七條の規定の文字解釋からして「刑法第二三五條の罪及び其未遂罪」又は「刑法第二五六條の罪」とあるのであるから、それ以外の特別法である森林窃盜罪や森林賍物罪にこれらを類推適用することは許さるべきでない。

二、森林法は森林の保護培養と森林生産物の增産を圖るという公益保護を主目的として制定された特別公益立法であつて、個人の私的法益の保護を主目的とする刑法の規定は適用ないし準用されるべきではない。ことに(1)森林法は自己所有の立木の伐採についても屆出、許可を必要とし、その違反について罰則を規定している點（法一五條、二〇九條、一六條、二〇八條）、(2)更に保安林については、より以上の保護的制約的規定が置かれている點（法三一條、二〇七條）に注目すべきである。

三、森林法は明治三〇年四月制定以來數次の改正を經ており、その間舊刑法當時の窃盜類型の廢止や賍物運搬罪の挿入、新設等の整備が行われたにもかかわらず、刑法のような親族相盜例の規定が設けられなかつたのは、これら刑法各則中の規定を排除する趣旨である。

四、森林窃盜又は同賍物罪の法定刑が輕い理由は、(1)森林の占有狀態が他の賍物のそれに比し、極めて盜み易い狀態にあること、(2)森林產物の財產的價値がそれと同單位の他の賍物のそれに比して小さい、という特殊理由によるもので、この事自體は親族相盜例等を適用又は

準用しなければならないとすることと何等關係がないのであつて、却つてこの法定刑の輕いことこそ刑法のように高い倫理的要素を重視しない特殊な森林政策上の技術的法規の性格を示すものとして親族相盜例等を排除する趣旨であることを窺わしめる。選擇刑として自由刑の他に罰金刑を科しているのは、輕微な事犯についても刑罰を科そうとする必罰主義の法意をうかがうことができる。

五、更に森林賦物罪の場合、その賦物の範圍は刑法賦物罪の規定よりも廣い點（法一九九條、二〇〇條）において特異のものがあるから、原判決の如く親族容隱の思想を適用する餘地は存しない。

六、刑法二四四條、二五七條、一〇五條の規定は東洋古來の親族容隱の思想に基づくものであるが、刑法制定當時から適用範圍が廣すぎるとして強い批判があり（大場・刑法各論四一三頁、四二三頁）、外國の立法例にもその類を見ない（英のコモン・ロー、獨刑法二四七條、佛刑法三八〇條各參照）。

七、學說も森林賦物についてはこれを積極に解する說は見出せない。泉二博士は森林窃盜には刑法二四四條の適用を認めながら、森林賦物については二五七條の適用はないとしている（各論七〇〇頁、九二〇頁）。

以上の諸理由により、森林賦物罪について刑法二五七條の適用ないし準用はないのであつて、これが適用を是認した原判決は違法である。

〔判　旨〕

本件上告を棄却する。

森林法第二〇一條に定める森林賦物に關する罪についても刑法第二五七條の適用がある。

〔判決理由〕

刑法二五七條に「前條ノ罪」とは、同二五六條の罪すなわち賦物に關する罪の義にほかならないから、特別法である森林賦物に關する罪についても、特段の定めがないかぎり、その適用を除外すべき理由はない。また、森林法が森林資源の保護培養と森林生產物の增產とを圖るための公益的立法であるからといつて、そのことをもつて直ちに刑法二五七條の規定の適用を特に排除せねばならぬほどの根據とするに

林内に置いた楢木その他の濶葉樹合計二七石（見積價格合計五八〇〇圓相當）を、その情を知りながら、同一犯意の下に、數回にわたり、同市同大字字袈裟の被告人所有の製炭竈まで背負つて運び、もつて賍物を運搬した、というのである。

本事案につき第一審判決は〝被告人の行爲は森林法一九七條に該當する接續犯であるところ、刑法第二五七條は犯人庇護の一場合で同法一〇五條とその立法の趣旨を同じうし唐律その他の古法に存した親族互に容隱することを不論罪とし、又は刑を輕減する思想に出由するもので、森林窃盜の賍物運搬の場合にも敢えてその適用を排除しないものと解する〟と判示して被告人に對して刑を免除している。これに對し、檢察官は法令の解釋適用に誤りあるものとして控訴したが、第二審（仙臺高裁）も、第一審と同趣旨の下に控訴を棄却したので、更に檢察官より上告されたものである。

〔上告理由〕

檢察官からの上告受理申立理由の要旨は左の通りである。

一、刑法第二四四條、第二五七條の規定の文字解釋からして「刑法第二三五條の罪及び其未遂罪」又は「刑法第二五六條の罪」とあるのであるから、それ以外の特別法である森林窃盜罪や森林賍物罪にこれらを類推適用することは許さるべきでない。

二、森林法は森林の保護培養と森林生産物の增産を圖るという公益保護を主目的として制定された特別公益立法であつて、個人の私的法益の保護を主目的とする刑法の規定は適用ないし準用されるべきではない。ことに(1)森林法は自己所有の立木の伐採についても屆出、許可を必要とし、その違反について罰則を規定している點（法一五條、二〇九條、一六條、二〇八條）、(2)更に保安林については、より以上の保護的制約的規定が置かれている點（法三一條、二〇七條）に注目すべきである。

三、森林法は明治三〇年四月制定以來數次の改正を經ており、その間舊刑法當時の窃盜類型の廢止や賍物運搬罪の挿入、新設等の整備が行われたにもかかわらず、刑法のような親族相盜例の規定が設けられなかつたのは、これら刑法各則中の規定を排除する趣旨である。

四、森林窃盜又は同賍物罪の法定刑が輕い理由は、(1)森林の占有狀態が他の賍物のそれに比し、極めて盜み易い狀態にあること、(2)森林產物の財產的價値がそれと同單位の他の賍物のそれに比して小さい、という特殊理由によるもので、この事自體は親族相盜例等を適用又は

法なる特別法に適用又は準用すべきではない。それは森林法の森林窃盗及び森林賍物罪の規定が刑法の普通窃盗、賍物罪よりも刑が輕い點にも根據が窺われる、というのである。そして又上告理由（檢察官）は泉二新熊博士の「森林法に特別の明文あるが故に刑法第二五六條、第二五七條を適用して處斷するを得ざることを注意すべし」という說を援用して消極說の論據としているのであるが、しかし、森林法に明文のあるのは刑法二五六條に該當する賍物罪についてであり、しかもその賍物の範圍は刑法のそれよりも範圍が廣いので、その限りで森林賍物に關しては刑法二五六條の適用が排除されて森林法二〇一條が適用されるとする點についてのみ妥當であるが、刑法二五七條に相當する規定は存しないのであるから、一概に博士のように論ずるわけには行かないのである。又、上告理由中に見える、刑法總則の規定は刑法八條によつて刑法以外の刑罰法規にも適用されるが、各則は當然に適用されるわけではなく、親族相盜例及び之に類似の刑法二五七條の規定は刑法總則にではなく、各則に規定されているのだから、特別法たる森林賍物罪等に適用されないという形式論も一應尤ものように聞える。しかし、尙一層の考察を進めて見るならば、普通法と特別法との關係は同一事項に關して相矛盾した規定がある場合に、後者が前者を排除して專ら適用されるという事であつて、特別法に規定のない事項に關しては事の實體に應じてむしろ積極的に普通法を適用することが原則であると云わなければならない。從つてこの場合も親族相盜例等の適用を排除すべしとする爲にはより積極的な排除規定がなければならず、それがない限り逆に當然に刑法の普通賍物罪とその本質を同一にする森林賍物罪にも刑法二五七條は適用すべしといわざるを得ない。次に實質論としては公共の法益保護云々という事である。確かに森林法はその一五條及び一六條において、森林所有者その他權原に基づき森林の立木の使用又は收益をする者に伐採の届出をし、又はその許可を受けるべき旨を規定し、その違反については二〇九條及び二〇六條に罰則を規定している。そこで森林窃盜又は森林賍物罪に刑法二四四條又は二五七條の適用があるとすると、その者は當然に刑を免除されることとなり、しかも、所有者でさえ勝手な伐採をした場合に科せられる罰則すら適用されないとする事は法の趣旨に矛盾する

と云うべきだという主張も一應肯定される。又そうかと云つて、その矛盾、不權衡を解決する爲に森林法一五條及び一六條がそのような場合にも及ぶのだと解することは、法の解釋の枠を逸脫することであり、又許されざる類推と云わなければならないであろう。しかし飜つて考えてみると、親族相盜例又は之に準ずる刑法二五七條の適用のあるべき事例は、事件としては極めて例外的な場合であり、後にも論ずるように、本件のように立場によつてはむしろ窃盜の共犯として處罰すべき場合も考え得るから、このような例外的な、稀有な事件によつて、とくに森林法の立法意圖が阻害される程の公共の法益保護の危機が招來されるものとは解せられない。かく解すると、實質論としても森林保護の點から親族相盜例等を適用して悪いという理由は少いといわなければならない。

以上、形式的、實質的兩方面の考察を併せても刑法二五七條を森林賊物に關する罪に適用することが肯定されるのであつて、その限りで判旨は正當と解すべきであろう。ただ、本件においては全く論ぜられる機會はなかつたが、刑法二五七條を森林賊物罪に適用すべしとすることと、そこにいわゆる親族關係は何人の間に存することを必要とし、又本件における親子關係が正にそれに該當するものとすべきか否かは又自ら別論である。この點に關しては學說は必らずしも一致してはいないのである。刑法二四四條の場合も爭いがないではないが、通說は「法は家庭に入らず」の思想に基づくとの理由から、その親族關係は犯人と所有者及び所持者の三者間にその關係ある事を必要とすると解しているのに對し、二五七條の場合は、所有者と賊物犯人との間の關係と解する說（小野・刑法各論二八四頁、植松・刑法學各論二九〇頁）もあるが、通說、判例は賊物罪を以て物的犯罪庇護の性格をもつ點を考慮して二五七條に要求される親族關係は本犯と犯人との間に必要であり、かつ、それを以て足りるものとしている。論者は賊物罪を以て單に犯罪庇護の類型としてのみ理解することができない（たとえば顯著な例として、常習的な賊物故買を想定しよう。そこでは自己の利欲追及面がかなりのウェイトで考えられる）し、二五七條の刑の免除の趣旨が何に基づくかについての考え方にもよろうが、通常說かれるように、刑法二四四條の場合以上に期待可能性の思想が

前面に浮び上つていることは否定できない點等を考え併せて、やはり小數意見の反對にもかかわらず、本犯と賍物犯人との間の關係と解するを正當としよう。本件についてみれば少數意見を採る限り、權利者（所有者）は國であるから刑法二五七條の適用の有無は全く問題にはならない。しかしこれは從來判例のとるところではないので、本件では終始本犯と行爲者との關係とする點に疑義をはさまず、當然の事として論外におかれたものと思われる。

しかし、本件については、以上の諸點を論じ、かつ、之を肯定したとしても、尙判決を全面的に支持できない點のある事を指摘しなければならない。卽ち、本件については以上の諸點の解決だけで問題の全てが解決されたわけではない。むしろ、本件に關しては、賍物罪の成立を認めたことの當否が問題なのではなかろうか。それは結局窃盜（とくに森林窃盜）の既遂時期の問題に還元されようが本件についての判決は、第一審以來一貫して、父親が材木を伐採し終えた時に窃盜は既遂に達し、從つてこれを後に炭燒窯へ運搬した息子の行爲は、正に賍物運搬に該當するものとして疑わない。なる程、今日窃盜の既遂時に關する學說はドイツにおいても、亦我が國においても取得說が通說であり（例えば Niethammer, Lehrbuch des besonderen Teils des Strafrechts, 1950, S. 234; Nagler u. a., Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 6. u. 7. Aufl., Bd. 2, 1951, S. 312; Sauer, System des Strafrechts, Besonderer Teil, 1954, S. 33; Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., 1956, S. 183 f.; Mezger, Strafrecht, Ein Studienbuch, II, Besonderer Teil, 6. Aufl., 1958, S. 124; Welzel, Deutsches Strafrecht, 6. Aufl., 1958, S. 283; Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl., 1957, S. 888. 小野清一郎・刑法概論〔改訂版、昭三一〕三〇〇頁、瀧川幸辰・刑法各論〔昭二六〕一一六頁、木村龜二・新刑法讀本〔全訂版・昭三〇〕九〇頁、團藤重光・刑法〔改訂版・昭三〇〕三四六頁、植松正・刑法學各論〔昭二七〕二四〇頁、井上正治・刑法各論〔昭二七〕一一一頁等々）、判例も亦舊法時代以來一貫して取得說の立場を基調としている（綜合判例研究叢書刑法〔10〕一〇〇頁以下參照）。判例によればたとえ被害者の管理・警戒する構內にあるうちでも、とくに墻壁、門扉、鎖鑰等があつてその障礙を排除しなけ

れば構外に搬出できないような場合を除き（それを理由として窃盗未遂を以て論じた事案として東京高判昭二四・一〇・二二特報一巻一四七頁）原則として既遂を以て論じているのである。

そこで本件の場合はなる程國有林とは云えその監視は現實には常時爲されているわけではなく、勿論出入口に鎖鑰等のあるべき筈もない。判例の態度を公式的に解する限り、右の例外的場合には當らず、從つてこの場合には伐採しただけですでに既遂を認めざるを得ないように思う。實際に立木の盜伐に關する判例を拾つてみても「土地ニ定着セル他人所有ノ樹木ヲ不法に領得スルノ意思ヲ以テ窃ニ之ヲ伐採シタルトキハ是レ樹木ヲ自己ノ支配内ニ移シタルニ外ナラサレハ伐採行爲ノ終了ト同時ニ窃盜罪ハ直ニ成立スヘク云々」（大判大一二・二・二八刑集二巻一四七頁）とし又は「立木ヲ伐採シタルトキハ此ノ時ニ於テ既ニ犯人ノ現實ノ實力支配下ニ置カレ其ノ所持ヲ取得シタルモノナルカ故ニ窃盜ノ既遂ヲ以テ目スヘク之ヲ他ニ搬出スル等ノ處分行爲アルヲ要スルモノニアラス云々」（大判昭一六・五・二二刑集三〇巻三一一頁）として、何れも伐採行爲の終了時に窃取は完了したものとしている。しかし、この一貫した判例の態度も全く批判の餘地がないではない。何となれば單に立木を伐り倒したというだけでは毀棄罪の犯意とも窃盜の犯意とも確定し難いし、他人の所持（事實上の支配）を完全に排除して自己の支配下においたとも云い得ない。即ち牧野博士も云われるように「伐採行爲に因つて所有者の占有が失われているものとはおもわれない」。しかし牧野博士は更にここから獨自の見解を展開して「所有者はその立木の所持を失つたのではないが、しかし、その所持に對して侵害は爲されているのである。……云い換えれば、所持が全然移轉することがないにしても、被害者の所持が侵害せられ、且つ行爲者の所持が成立したところに窃盜罪の既遂が在るのである」と、結局窃盜の既遂を認めておられる。しかしこの點に關して博士とは反對に未だ所持の移轉が完全には認められないことを理由に窃盜の未遂を以て論ずることも可能である。その場合には、本事案については、むしろある程度財物の移轉が認められたところで始めて事實上の支配が行爲者に歸するものと目すべきであり、窃盜の既遂時期は大塚助教授も指摘されているように（前掲綜合

判例研究叢書刑法10窃盗罪・強盗罪の既遂時期参照）取得説を基調としながら尚、具體的諸事情に應じて個別的に修正がなされてしかるべきものであつて、本件の如きは正にその一場合としてよいのではないかとも論じうるのである。そして以上の觀點に立てば、本件の父の行爲は未だ窃盗の既遂たり得ず、從つて被告人の運搬行爲は實父の森林窃盗の承繼的共犯としての行爲と評價されることとなる。從つて國有林から自己の炭燒竈への運搬は、すでに窃盗共犯として評價ずみの不可罰的事後行爲として別に賍物運搬罪を構成するものではないと云わなければならない。このように見るならば本件では刑法二五七條の適用の有無の問題は生じなかつたことになる。

又、更に父の行爲は森林窃盗の構成要件を充足すること（窃盗既遂）を認めながら、しかもその行爲は木材を炭燒竈に運搬するまでは實質的には終了しておらず、したがつてその段階においてはなお承繼的共犯が成立し得るとの見解も成り立ち得るところで、この見解に從つても刑法二五七條適用の餘地はないこととなるのである。

要するに本件判例は、直接判示された部分には反對すべきものはないが、窃盗の既遂時期、共犯加功、賍物罪の成否の問題をめぐつて解釋上は疑わしいものがあつたように思われる。檢察官としてはむしろこの點を捉えて上告受理の申立をするべきであつたし、又、最高裁としても上告受理をした以上刑訴四一一條を適用することもできたのであるから、この點を職權で究明してもよかつたように考える。

（宮崎澄夫）