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

Title	〔刑法二〕賍物牙保罪の成立要件と窃盗幇助 (昭和三三年一二月一八日東京高裁刑事一一部判決)
Sub Title	
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1959
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.32, No.9 (1959. 9) ,p.66- 79
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=AN00224504-19590915-0066

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.

ことも看過することはできないであろう）、その他$Y_2$$Y_3$の職業、$Y_1$を紹介し保證した事情などから考えて、$Y_2$$Y_3$の責任額は、おそらく六・七萬圓程度が無理のないところではあるまいか。この金額の點では、判旨と結論的にほぼ一致する。

五、なお、XY_1間の取引額が七〇數萬圓にもおよんだのをみると、むしろY_1は、事實上、Xと專屬的な雇傭關係に入つたものとみられなくもない。そうすると、XY_1間の契約關係が變つたこととなり、身元保證法三條二號の適用も考えられる餘地があろう（先述の錯誤も、さらに、Y_1の身分・任務についての錯誤とみられるかもしれない）。

（田　中　實）

〔刑法　二〕　贓物牙保罪の成立要件と窃盗幇助

（昭和三三年一二月一八日東京高裁刑事一部判決
昭和三二年（う）第二一八三號贓物牙保被告事件、破棄自判
高裁刑事裁判特報五卷一二號五一七頁以下、判例時報一八三號三五頁以下
原審長岡簡裁）

【判示事項】 物品窃取を決意した者の依頼に應じ、窃取前に該物品の賣却周旋をした者の罪責

【參照條文】 刑法二五六條二項、二三五條、六二條一項

【事實】 原判決によれば「被告人Yは昭和三〇年五月一二、三日頃、被告人肩書自宅において、Xの依頼により、Aに杉材の買手を見つけて貰いたい旨依頼し、A、B等がその翌日CにXの杉材の話をして、Cがそれを買うことになり、同月一五、一六の兩日にわたり、C、Xの兩名が現場へ杉材の搬出に行つたが、一六日に杉材約一三石二斗を搬出することができ、國鐵f線y驛において、被告人立會のもとに檢收、引渡を終えた」というのである。原判決は、被告人Yの右杉材賣却周旋は、本犯Xの窃取行爲（現場から杉材を搬出した行爲）より前であるから、被告人Yの該行爲は、贓物牙保罪に該當すべき行爲と云うことができず、又、本犯Xの窃取後のy驛における被告人の行つた「物品の檢收、引渡の立會」のみでは贓物牙保罪を構成すべき「周旋仲介行爲」には當らないとして無罪の言渡をした。

これに對し高裁の事實認定によれば「被告人は昭和三〇年五月一三日頃長野縣の自宅において、Xより、同人が新潟縣t町大字a地

内より搬出する杉材約二〇石の賣却周旋を依頼され、右杉材が他人の所有であり、右Xがこれを窃取して搬出するものであることの情を知りながら、右賣却の周旋を承諾し、その頃A、Bを介し、長野縣のA方において薪炭商Cに交渉して右杉材を一石千五百圓の代金で賣渡す契約を結び、同月一六日頃右Xが前記新潟縣t町大字a地内においてD所有の右杉材約一四石相當を窃取する行爲を容易ならしめて、これを幇助したものである。

【判旨】 破棄自判（懲役六月、執行猶豫三年）

「按ずるに、賍物牙保罪たるや、賍物たるの情を知りながら、賍物の賣却周旋をなすに因つて成立するものであつて、その本質として必らず賍物自體の存在を必要とする。」從つて本犯の窃取行爲の前に行われた賍物たるに至るべき可能性のある物であり、且つ、その情を知つていたとしても、それの賣却周旋は賍物牙保罪を成立せしめるものではないとして、原審が本件につき賍物牙保罪の成立を否定したことは正當である。然し「苟くも被告人においてXが前記杉材を窃取するものであるとの情を知りながら、その杉材の賣却周旋を爲す行爲のある以上、それは畢竟右Xの窃取行爲を容易ならしめるもの、すなわち窃盗の幇助に外ならないことはたやすく認められるところであり、而も該行爲たるや本件の起訴にかかる公訴事實たる訴因に内包されているものであるから、原審としてはすべからく該事實を認定して有罪の言渡をしなければならなかつた筋合である。」それにも拘わらず、原審が無罪の言渡をしたのは法令の解釋を誤り延いて事實誤認の違法があり、その違法は判決に影響を及ぼすことが明らかであるから、結局本件控訴はその理由あるに歸し、原判決は破棄を免れない。

【評釋】 本判例は、すでに判例時報の紹介にも記してあるように、昭和九年一〇月二〇日の大審院判決（この判決については瀧川幸辰、草野豹一郎兩博士が判例批評を試みておられる。瀧川・「竊盗罪の共犯と賍物に關する罪」刑事法判決批評第一卷三五一頁以下、草野・「盗品賣却豫約の周旋と竊盗罪の從犯」刑事判例研究二卷、一二〇頁以下）を踏襲したものである。否むしろ、大審院判決は、瀧川幸辰博士が批判されたように、事實は窃盗教唆を認定してもいいような場合であつた（瀧川・前掲書、三六〇頁）のに對して、本件は文字通り從犯としての性格の明らかなもので、判例は、勿論從來の、本犯の共犯者も賍物罪の主體たりうる、という立場に立つているが、ドイツでも賍物罪の行爲主體に關しては戰後、連邦裁判所になつてから、かなり動揺を示した問題でもあるので、彼我對照しても興味のある判例と云えよう（尙、ドイツでは、判例は、從來賍物罪の行爲者として、本犯の正犯者と共同正犯者が除外される――ライヒ裁判所刑集七三卷三二四頁――他、本犯の教唆者及び幇助者の兩者については、本犯によつて得られた物について

一般に賍物犯人たりうることを肯定し――ライヒ裁判所刑集五一巻九七―一〇〇頁、七二巻三二八頁――、通説も亦同様であつたが、戰後、連邦裁判所は刑集二巻三一五頁――一九五二年五月六日刑事第二部判決――において、最初から分け前に與ることを狙つていた重い窃盗の教唆犯は重い窃盗の教唆犯としてのみ處罰されるべきで、重ねて賍物犯として處罰されることはないとして以來、同趣旨の判例が二、三くり返えされ、學説もこれに伴つて動搖し、本犯の教唆と幇助とを區別して前者を問題とし、教唆犯については消極に解しようとする立場もあらわれたりした――例えば Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonder Teil, 1952, S. 294; Schönke-Schröder, Kommentar, 8. Aufl. 1957, S. 913――が、後に一九五四年一二月二〇日の連邦裁判所刑事連合部決定――刑集七巻一三四頁――によつて判例は再び完全にライヒ裁判所の判例の立場に逆戻りし、同時に教科書、コンメンタールもこの點に關し書き改められている)。

さて本判決の當否を問うためには、本件に關連してとくに爭いの多い問題點、即ち、1.賍物牙保罪の成立要件、2.賍物罪の行爲主體、3.本犯への關與と賍物罪との關係、等につき、まず檢討してみる必要がある（尙、この他に賍物罪の客體としての賍物の概念につき、ドイツ刑法二五九條のような概念規定をもたないわが國においてとくに爭われているが、本件についてはそれが直接問題となるわけではないので、通説的定義「賍物とは財產罪たる犯罪行爲によつて領得された財物で、被害者が法律上それを追求することのできるものをいう」――團藤重光・「刑法(改訂版)」三六七頁等――を一應前提とし、紙數の制限もあるので、とくにふれない事にした)。

1.　賍物牙保罪については、まず第一に、今日われわれが日常殆んど接することのない「牙保」の意味から明らかにする必要があろう。試みに手許の大槻博士の大言海を繙くと「牙保」とは「㈠スアヒ、ナカガヒ。㈡賍物ノ引渡ヲ取持ツ者」とあり、小柳博士の新修漢和大辭典によれば「牙」とは「サイトリ。仲買人、賣買兩者間に立ち仲介する者」、「牙保」の「保は商家の人」とある。即ち「牙保」とは本來は「さいとり」、從つて賣買等の仲介をして手數料をとることを意味するが、わが刑法の牙保罪における牙保とは、右よりはやや廣く、賣買、質入れ等の法律的處分行爲を媒介、周旋することであつて、その媒介、周旋によつて利益を得ることは必要ではない。換言すれば、牙保は運搬、寄藏同様、有償無償を問わない、と解

されている（同趣旨最判、昭二五・八・九、刑集四巻一五五六頁、高田義文・「贓物罪」刑事法講座第四巻九〇〇頁、團藤・前掲書三六八頁等）。

さて、刑法二五六條に規定された贓物罪の行爲の態様は、收受、運搬、寄藏、故買、牙保の五であるが、この中、前三者は、行爲の性質上、行爲者が客體を現實に占有するということが當然に豫定されていると云つてよいであろう。ただ故買（有償で收受すること）と牙保については、契約の成立だけで充分なのか、それとも現實に贓品の授受まで必要なのか、或いは單に契約のための交渉（活動）がなされさえすれば充分で、客體（贓物）の授受の有無はもとより契約の成否さえ問わないのかという三通りの解釋が可能となるが、故買については判例・通說とも契約が成立したというだけでは不充分で、現實に贓物の授受のあつたことが必要であるとしている（大判大一二・一・二五、刑集二巻一九頁等）。ところが牙保罪については、舊刑法時代に「贓物牙保ノ罪ハ其賣主買主雙方ノ間ニ介立シテ賣買ヲ遂ケシムルニ因テ成立スルモノナレハ牙保罪ノ成立ニ付テハ果シテ其賣買ヲ遂ケタルコトヲ明示セサルヘカラス」（大判明二五・一・二一、刑錄明治二五年一月、四九頁）とした判例が見られるが、最近の判例は反對に、贓物の賣買を仲介周旋した事實があれば、周旋にかかる賣買が成立しなくとも、牙保罪の成立をさまたげないとしている（最判昭二三・一一・九、刑集二巻一五〇四頁、同、昭二六・一・三〇、刑集五巻一一七頁）。學說は一致していない（この判例を明示して反對しているのは谷口正孝・「贓物罪について」法曹時報四巻四號七三頁以下。論旨から見て當然反對と解されるのは團藤・前掲書三六八―三六九頁、植松正・「刑法學各論」二九一頁であるが、これらは右判例を明示しての推論ではない。この判例を積極的に支持し、又は多少疑問を殘し乍ら贊成しているものとしては平野龍一・「贓物罪の一考察」小野博士還曆祝賀論文集(一)刑法編三六一頁、井上正治・「刑法各論」一六四頁、青柳文雄・「刑法各論」九〇頁、高田義文「贓物罪」刑事法講座第四巻九〇〇―九〇一頁かある）。更に犯人が贓物を占有した事を要するかどうかにつき、判例は贓物罪一般について「贓物ニ關スル罪ハ他人ノ不法ニ領得シタル物ヲ運搬寄藏牙保故買又ハ收受スルニ因リ成立ス……何レノ場合ニ於テモ贓物ノ占有ヲ不法ニ取得シ以テ所有者ノ物ニ對スル追求權ノ實行ヲ困難ナラシムルヲ本質トス」（大判、大一一・七・一二）とした外、故買罪についても授受を必要とした事は前に見た通りである。しかし乍ら贓物牙保罪自身について、具體的に贓

物の占有を要するものと明示した判例は、少くとも筆者の調べた範圍では見當らないばかりではなく、高裁の判決の中には「賍物牙保罪が成立するためには、犯人が賍物たるの情を知りながら他人のためにこれが賣却の仲介斡旋の勞を盡したという事實があれば足り、右仲介斡旋をするため犯人が自らその賍物の交付を受けたかどうかは、同罪の成否に影響がない」（傍點筆者）としたものがある（名古屋高判昭二九・三・二九、高裁刑集七卷五號六六〇頁）。この點に關し、ドイツ刑法の賍物罪にあたる二五九條の中で牙保と殆んど同じ行爲態樣と考えられる "Ein Mitwirken zum Absatz"（ここに "Absatz" とは「可罰的行爲によって得た物の經濟的利用」を意味するものと解され――ライヒ裁判所刑集七二卷八八頁、同旨 Schönke-Schröder, Kommentar, 9. Aufl. 1959, S. 950f.――シェーンケ＝シュレーダーによればその例として「賣買、交換、質入れ、事情によっては競賣」等があげられている。從って賣却 Absatz という言葉は使ってあるが、わが國の牙保と等しく法律上の處分行爲を指すらしい）については、ドイツでも或いは「賣却（處分）が實際に行われるということは必要ではない」（Schönke-Schröder, a. a. O., S. 950）とし、或いは一層はっきりと「收受の場合とは反對に犯人自身賍物を保管したということは必要ではない」（Maurach, a. a. O. S. 291）とされている點でわが國の通說、判例と正に軌を一にしている。しかし、これは賍物罪の本質をどのように解するかということと密接な關連がある。賍物罪の本質に關しては事後從犯說（平野・前掲論文三四四頁以下。Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 372ff. 廣島高裁岡山支部判昭二八・七・九、高裁刑事裁判特報三卷七六頁、名古屋高判昭三〇・九・二六、特報六卷一〇八九頁等）もないではないが、いわゆる〝維持說〟（Aufrechterhaltungstheorie）がドイツ及びわが國における通說である。とくに、わが國においては「所有者の物に對する追求權の實行を困難ならしめる」ことが賍物罪の本質だと解されている（大判大正一一・七・一二、刑集一卷三九三五頁）が、このように解すると、刑の點から見て、法益侵害についていわば間接的な賍物罪が、何故、より直接的な本犯の刑より加重されるのか理解が困難である。しかし今かりに右の點を不問に附したとしても、賍物罪の本質を通說、判例のように「所有者の物に對する追求權の實行を困難ならしめる」ことと解する限り、故買罪に關する判例に見られるように、賣買の約束だけでは不充分で、賍物の授受をも必要とするのが當然で、從って牙保罪についても原則として現實に賣買契約が成立して目

的物（賍物）の授受が爲された事を必要とし、賣買契約は不成立に終つても尙賍物牙保罪が成立するためには、少くとも犯人自身が現實に賍物の交付を受けた上で賍物處分の仲介、周旋の行爲を爲したことを必要とするものと解すべきではなかろうか。その意味では舊判例の方が理論的に一貫したものがあると云えよう。ただ、近時、學說、判例の中には賍物罪について、單に所有者の物の追求、回復ということの他に、その事後從犯的性格にも注目し（平野教授前掲論文、高裁判決等參照）、その營利的、職業的な惡質さ（とくにそれが盜犯等の助長誘發の危險のある事に着目して）をもつて特徵づけようとする試み（例えば井上教授、前掲書五一六四頁、最判昭二六・一・三〇、刑集五卷一一七頁）があるが、このような立場において、賍物ブローカーの果す役割の意義を考慮すると、今日の最高裁の態度も必らずしも不當とは云えないのかもしれない。要は賍物罪の本質の理解如何にかかつている。

2. 賍物罪の行爲主體については、本犯の正犯者は、それが單獨犯であつても、共同正犯者であつても、ともに本犯行爲によつて得た物（賍物）の處分については、いわゆる不可罰的事後行爲とされ、從つて、賍物罪の主體たり得ないことについては學說判例共に概ね一致しているが、狹義の共犯者（敎唆犯及び幇助犯）については爭いがある（ドイツの戰後の判例の動搖も、それに伴う學說の變動もこの點に關するものであつたこと前述の通りである）。しかしこの問題に關しては①賍物罪の獨立性を强調して本犯への關與者と雖もすべて（正犯者までも）本犯とは別個に賍物罪の成立を認める。②①とは全く反對に、本犯の正犯者について不可罰的事後行爲とされる限り共犯者のそれも、同樣不可罰的な事後行爲として、本犯とは別個の賍物罪の成立を認むべきではない（ドイツにおける舊說、例えば Köhler, Gerichtssaal Bd. 61, S. 120f.; Bar, Gesetz und Schuld, Bd. II, S. 828f. も同樣、本犯は賍物犯人にとつていかなる意味においても無關係な人でなければならないものとしている。そして最近ヘルムート・マイヤーが一九五二年一〇月二日の連邦裁判所の判決に對する評釋の中でこの說の正當さを認めている——H. Mayer, Juristen Zeitung, 1953, Nr. 3, S. 86, Anm. 又、わが國では草野博士が獨自の共犯共同一體論の立場から「各共犯者は共同正犯たると敎唆犯たると從犯たるとを問はず、互に共同一體の關係に在るもの」であるから、共犯者の犯罪は結局自己の犯罪であるとの見地において「竊盜を敎唆し

て、贓物を買受けたる者には、竊盗教唆一罪の成立を認むれば足り、且それで十分である」――草野・前掲書、「爆發物取締罰則第八條に依る告知義務の範圍」二四九―二五二頁――とされている）。③本犯の正犯者と共犯者とを區別し、前者については賍物罪の主體を否定し、後者についてのみこれを肯定する（この中には、更に後者を教唆と幇助とに分けて、幇助についてのみ肯定しようとする立場もありうる）の三様の態度が可能であるが、ドイツ及びわが國の通説、判例は右の③の立場に據つている（ドイツの文献については Schönke-Schröder, Kommentar, 9. Aufl. S. 954 に詳しい）。わが國の判例は窃盗教唆と故買及び窃盗教唆と寄藏につき、これらは法律上其の罪質を異にするものであるから、後者が前者に吸收されるべきものではない、と賍物罪の獨立性を強調している（故買につき大判明四二・三・一六、刑錄一五輯二五八頁、同明四四・五・二、刑錄一七輯七四五頁、同大一二・五・三一、刑集二卷四六八頁、同昭六・七・三一、判例彙集四二卷三五二頁、寄藏につき、大判大四・四・二九、刑錄二一輯四三八頁、朝高法明四四・八・七、朝高錄一卷一四七頁）。この立場では、賍物罪にとつて、本犯は他人の行爲であること、即ち、財物が賍物罪の犯人とは別人によつて取得されたことを必要とし、かつ、それで充分である。教唆犯は犯罪を「實行セシメタル」者であつて、「實行シタル」者ではない。從つて、正犯は賍物罪の主體たり得ないが、教唆犯は賍物罪の主體たり得るということになる。しかし通說、判例のように賍物罪の本質を「所有者の物の追求權の實行を困難ならしめる」ことと解する限り、本犯の正犯者による賍物の運搬、質入れ等の行爲と、教唆者又は幇助者による右の行爲との間に輕重はあるべき筈がなく、同様に評價されてしかるべきである。同様にしてドイツ連邦裁判所一九五二年五月六日の判決は、賍物罪は獨立罪だ、ということに基いて、本犯の教唆者又は幇助者が本犯の盗んだ物を受領した時は窃盗教唆又は窃盗幇助罪の他に當然のこととして賍物罪の成立を認めていた從來のライヒ裁判所の判例（例えばライヒ裁判所判例集七三卷三二二頁）に反對して「……しかし横領や器物損壞も亦獨立行爲であるにも拘わらず、賍物を換價し、又は損壞した窃盗犯人は横領罪や器物損壞罪によつて處罰されることはないのだから、この根據づけは肯定できない。」……窃盗犯人が奪取した物を換價した時、彼はそれで彼の意圖を實行したのである。從つて、それが新しい法益を侵害しない限り不可罰的な事後行爲である事はライヒ裁判所の判例も認めているところであ

る。そしてその事は教唆者が本犯行爲者を窃盗へと決意させる際に、盗んだ物の分け前に與ろうという意圖をもつていた場合も同様で、兩者について異つた判斷は許されないのだとしている(Entscheidungen des Bundesgerichtshofes, Bd. 2, S. 315; Neue Juristische Wochenschrift, 1952, S. 752)。つまり、正犯者にとつて不可罰的事後行爲とされるものが、教唆者にとつて可罰的とされる事は二重處罰となる(Schönke-Schröder, a. a. O., 8. Aufl. 1957, S. 913; Maurach, a. a. O., S. 294)から不當だというのである(ただ、ドイツのこの判例についてとくに注意しなければならないのは、この場合窃盗教唆のみの成立を認めたとは云つても、單純窃盗——輕懲役——一日以上五年以下——で贓物罪と刑は同じ——ではなくして重い窃盗の教唆——ドイツ刑法二四三條、一年以上十年以下の重懲役——として處斷されている事である。もしこれが本犯行爲が單純窃盗であつたとしても、同一の判決が下されたかどうかは多分に疑問であり、從つてこの判決を手がかりにして直ちに共犯者の二重處罰云々ということもやや性急に過ぎるように思われる。何となれば、後に說く様に、本犯の共犯者か最初から分け前に與る氣持で本犯を教唆又は幫助した時には本犯の共犯と贓物罪とは想像競合であるとするのがドイツの判例の態度であるから、この場合結論的にはやはり重い窃盗の教唆罪によつて處罰される點では判例と同一の結論となつたはずである)。

しかし、右のように本犯關與者のすべてについて贓物罪の成立を否定すると、最初から贓物故買又は牙保等の意圖で盗犯等を教唆又は幫助した者(即ち情狀の重い者)に比べて、本犯行爲自體には何ら關與しなかつた單純な贓物犯の方が却つて刑が加重されるという刑の不均衡を生ずる(この不均衡は單純横領の場合を想定すれば、最も明らかであろう)。わが刑法二五六條の二項は、法定刑も重く、又罰金刑が併科される刑法典上の唯一の規定であるが、これは谷口判事も指摘されるように(谷口判事・前掲誌八五頁)贓物罪が「利益を伴うことから反覆繼續され、營業化」し、財産犯を助長誘發する危險が大であると考えられたためと解されるが、具體的には、二項所定の行爲に該當する行爲であつても、單に本犯者の處分行爲を援助するに止まり、又は、自らは利益を得ないで專ら本犯の利益のためにのみ爲された場合もあり得るが、このような場合一層刑の不均衡が不條理のように見える。しかし、これは贓物罪の規定が一方では獨立の利慾犯的な性格を重視して法定刑を重くして

おき乍ら、他方では物的庇護罪の要素をすてきれなかつたこと等立法上の問題につながるものと解せられる。

又、贓物罪の獨立性を强調すると、右とは反對に、本犯の共犯者のみではなく正犯者も亦贓物犯たり得るとしなければ理論的に一貫しないことになるのではなかろうか（前述②）。しかし、これは構成要件該當性の面から破綻を生ずる。卽ち、單獨正犯者は贓物罪所定の行爲中運搬についてだけは、賣却、質入れ等の處分行爲の前段階的行爲として自ら爲し得るが、すでに自己の所持する贓物についてこれを「收受、寄藏、故買、牙保」する事は文理解釋上許されない。共同正犯者の場合はその中の一人は他の共同者の所持する贓物、又は他の共同者の分け前についてこれを「收受、寄藏、故買、牙保」等贓物罪所定の行爲を犯しうる。このように解すると本犯の正犯者について贓物罪の成立し得る機會と範圍は極めて限定され、又同じ共同正犯者中一部の者については本犯のみの、他の一部の者については本犯の他に贓物罪を認めることになり不當である。

以上論じたところによつて前述の三つの可能な見解の中②及び③が現實に採用可能として殘されたわけであるが、その何れをもつて正當とするかは、純理論的なものに重點をおくか、實定法の解釋、適用上の妥當性ということに重點をおくかによつて異るであろう。

3. 次に、通說、判例のように本犯の共犯者について兩罪の成立を認めた場合、それがいかなる關係で成立するかが問題となる。判例は、贓物罪が概念上本犯の既遂を前提とし、一方共犯は正犯の構成要件の實現と共に完了するという時間的序列がありしかもその兩行爲が獨立なものと解せられることを根據として併合罪を以つて論ずべきものとし、學說は分れている。贓物罪の獨立性を强調する立場においては、兩者はそれぞれ獨立別個の犯罪であり、罪質を異にし、しかも時間的順序をもつものであるからと併合罪をもつて論ずることとなり、刑事學的若しくは犯罪社會學的な犯罪類型として捉えようとすると牽連犯乃至は包括一罪をもつて論ずることにもなる。例えば、牧野博士は「單純なる竊盜罪の一罪である。併しながら、其の故買行爲は實質上刑法第二五六條第二項に該當するものであるから、又其の趣旨を遺却することができない。卽ち此の

意味に於て本件に於ては懲役刑の外に罰金刑を科することが出來ると思ふ」（「刑法研究」二巻三四四頁）とされ、宮本博士は「賍物罪は前犯と同一の被害者に對する領得罪であるから、盗取罪又は騙取罪に於て、その共同正犯の一人又は教唆犯若くは從犯が、他の共同正犯又は正犯の領得した賍物について本罪を犯したときには法條競合（擇一關係）として重きに從う」（「刑法大綱」四〇二頁）と說き、泉二博士は「强竊盗等ノ本犯ヲ教唆又ハ幇助シタル者カ、其賍物ヲ取得スルハ、畢竟同一被害者ニ對シ第一次及ヒ第二次ノ侵害ヲ加ウルモノニ外ナラサレハ、之ヲ包括的ニ觀察シ重キニ從テ處分スルヲ正當ナリトス可シ」（「日本刑法論」各論四一版九三八頁）と論じておられる。この點に關してドイツでは、最初から賍物罪を犯す意圖で窃盗を教唆、又は幇助した時は想像競合（Idealkonkurrenz）であり、そうでない時は實體的競合（Realkonkurrenz 併合罪）とするのが判例であるが、メツガーは行爲の全過程を全體として把握し、その中で處罰の最も重い犯罪的反價値に基づいて――つまり實體的競合（併合罪）ということを否定してドイツ刑法七三條のいわゆる想像競合として處斷すべきだと說いている（Mezger, Kurz-Lehrbuch, der Teil, 2. Aufl. 1952, S. 140 Ⅱ. Besonder-）。この想像競合說はわれわれには一見奇異に感じられるが、このドイツの解釋論を檢討するには、當然にドイツの實定法が前提とされなければならないのであつて、わが現行刑法が賍物罪の刑を窃盗その他本犯の刑よりも原則として重い（强盗の場合のみは例外）のに對してドイツ刑法においては賍物罪の刑は單純窃盗罪と相等しい。しかもわが刑法五四條一項後段に規定するような牽連犯の規定は見當らない。ともあれ、わが刑法が賍物罪の刑を窃盗罪等の刑よりも加重しているのは、すでに盗犯等の本犯を幇助、誘發する性格をおりこんでいると見てさしつかえない。この點を重視するならば、本犯の教唆者又は幇助者が賍物罪を犯した場合には牽連犯又は想像競合という處斷上の一罪ではなくして包括一罪として、つまり賍物罪として處斷される、という結論になる。これを判例と比較すると、例えば窃盗幇助者が更に正犯者と共同して賍物を運搬したという場合、判例によれば窃盗幇助罪（五年以下の懲役）と賍物運搬罪（十年以下の懲役及び五萬圓以下の罰金）との併合罪（從つて刑法四七條により十五年以下の懲役及び五萬圓以下の罰金）となり、他方、窃取した物を運搬した窃盗犯人（窃盗後の運搬行爲は不

可罰的事後行爲として處罰されない）は十年以下の懲役刑に止まるから、その刑の均衡を失するのに比べて、やや妥當な結論となる。しかし贓物罪が本犯の幇助的、誘發的性格を規定の中にすでにおりこんでいることを强調しすぎて常に本犯の教唆及び幇助者について贓物罪一罪の成立をもつて論ずべしとする事は妥當ではない。その事は本犯が强盗又は强盗致死傷であつた場合を想定する事によつて容易に理解されるであろう。この場合、併合罪の妥當でない事は今見た通りであるが、包括一罪と解して、常により重い一罪が成立すると解する事と、想像競合又は牽連犯と見る事とは、結果的には同一に歸着するが、現實に犯人は窃盗の前科のつくのを恐れて、むしろ贓物犯とされる事を歡迎する傾向のあることを考えると、贓物罪のみで處斷することは多分に疑問である。又本犯を教唆、幇助する行爲と贓物犯の行爲とは同時的に行われるわけではないからこれを一所爲數法の想像競合と解することは不當であるといわなければならない（尤もドイツにはわが刑法における牽連犯のような規定がないことも考慮されなければならないであろうが）。この様に見てくると、やはり牽連犯と解するのが適當と見られる。

さてかなり紙數を費したが、以上の諸考察を前提として本件について論じよう。

具體的事案においては、しばしば窃盗の關與者が窃盗共犯なのかそれとも贓物犯なのか認定の困難な場合が多いようであるが、本誌判例研究において刑法に關してとりあげられた第一例（法研三一卷一一號、宮崎教授評釋）は窃盗幇助ではなく贓物罪のみの成立を認めたのに對し、本件は反對に贓物牙保罪の成立を否定して、窃盗幇助罪にあたるとしたものである。

事實は原審の認定したところと控訴審の認定とは多少異るが、被告人が盗品たる杉材の賣却の周旋を依頼され、その情を知りながら薪炭商（買手C）へ賣却を斡旋したのは、本犯Xが窃取行爲を爲す二、三日前である。つまりXは杉材の賣却先のメドがついたところで安心して搬出行爲に出たわけである。筆者の見た範圍では事實は必らずしも明らかではなく、窃盗の既遂の時期も問題にならないわけではないが、本犯Xが被告人に賣却周旋を依頼した當時は、Xはまだ窃取に手頃な杉材に目ぼしをつけていた程度であつたものと解していいようである。贓物罪が成立する爲には、その實行行爲に先だつて贓物

が存在していること、即ち、本犯が既遂に達していることが必要である事は、學說判例ともに一致して認めるところであるから、被告人の右の行爲がそれだけで賍物牙保の實行行爲に當らないことは原審並びに本審の一致して認めるところである。又、原審の認定によれば、本犯が杉材搬出後（窃盗既遂後）y驛で被告人立會の下に檢收、買受人Cに引渡したことになつているが、賍物の檢收、引渡の立會それだけで牙保行爲に當ると云えないことも判旨の通りである。又、本犯の實行行爲以前に當該物が賍物として本犯の支配内に入ることを豫定して該物品の賣却の周旋を承諾することは、ことに本件の樣に木材と云う簡單に處分できないものについては本犯の誘發的、幇助的作用を果すものであることも確實である。Xにしてみれば、もし賣却周旋を引き受ける者がいなければ或いは杉材の窃取を斷念するに至つたかも知れないのである。その意味で、被告人Yにつき窃盗の幇助を認めた事は正當であると云わなければならない。しかし本件のような場合に單に窃盗幇助に止まるのか、それとも窃盗幇助罪の他に更に賍物牙保罪の成立を認めるべきかが問題となろう。何となれば、先にも見た樣に、賍物牙保罪の成立については、その周旋による契約は不成立に終つても、媒介、周旋の行爲がありさえすれば充分であるとするのが判例である。又、賍物犯人において現實に賍物を占有している事は必要でなく、その周旋の結果本犯と賍物引受人との間に現實に物の授受が行われた事で充分とする（草野・前掲書二七七頁）ならば、むしろ一歩を進めて、賍物牙保罪においては、賍物犯人の周旋の結果、本犯その他賍物の占有者と賍物買受人との間に現實に物の授受が行われさえすれば、たとえ周旋行爲の當時は、客體は未だ賍物性をもたなかつたとしても、賍物牙保罪の成立を認めてよいのではなかろうか。つまり賍物罪一般については、その實行行爲に先だつて賍物が存在していることが必要なのであるが、賍物牙保罪において、犯人が賍物の占有をなすことなく、ただ犯人の媒介、周旋の結果、直接本犯者等から賍物買受人に對して授受が爲された場合には、犯人が行爲の當時、すでに取引される物の賍物となるべき事情を知つており（知情）、かつ、彼の周旋行爲の結果、事後において現實に賍物性を取得した物の授受が行われた場合には、その行爲を包括的に見て賍物牙保罪の成立ありとしていいのではな

かろうか。この場合において周旋行爲の後に、本犯行爲が失敗に終り、又は本犯の飜意によつて、客體が賍物たり得なくなつた場合は當然に現實の授受はあり得ないわけであるから賍物牙保罪は成立しない（賍物罪には未遂罪の規定がないから）。要するにこの様な場合に限つて物の賍物性は行爲の時ではなくて現實に授受の時を標準とするものと解することも強ち不可能ではないように思う。このように解しても、知情の時を行爲時に限定するならば、被告人にとつても格別不利益を與える事にはならないであろうし、賍物罪の本質を「所有者の物の追求權の實行を困難ならしめる」と解する通說の立場に立つても、本犯の幇助的、誘發的性質を强調する立場から見ても、判例のように契約不成立の場合すら牙保罪の成立を認めることよりも一層賍物を轉轉させるおそれのある點で、處罰の妥當性が根據づけられるのではないだろうか。又一歩を讓つてもし右の論理が一般的に肯定され得ないものであつたとしても、本件の様な場合には窃取後の杉材の檢收・引渡の立會が窃取前の斡旋行爲と相俟つて斡旋のための一連の事實行爲とすることもそれ程困難ではないように思われる。ただ、もし右の論理が肯定されると、判例はかねて本犯の共犯と賍物罪との兩者につき併合罪の立場を固執するから、本件のような場合には、具體的に見て刑が重すぎる結果となる。しかし、この點までも考慮してこの判決に至つたものとは考えられないし、その爲の結論の不當さはむしろ從來學說の說くように兩者を刑事學的―犯罪學的見地から牽連犯と解することに態度を改めることによつて容易にさけうることである。

右のような次第で、本判決は大審院の先例を當然のように踏襲したものながら、その理由については種々の疑義があるといわなければならない。

最後に、本件はもともと賍物牙保事件として係屬したものであるが、本審では檢察官の請求により、窃盗幇助の訴因罰條の豫備的追加を許可して前記のような事實認定が行われたのである。原審に於いて無罪とされたのは、この訴因とも關係があるようであるが詳細は手許の資料からは判斷できないし、すでに紙數もはるかに制限を超えたので省略することとする。

ただ本審の判決中でとくに注目をひいたのは「本件の起訴にかかる公訴事實たる訴因云々」という言葉で、少くともこれだけの表現からは公訴事實＝訴因と解されても致し方なく、誤解を招くように思われる。

（中谷瑾子）

〔民事訴訟法　三〕　訴狀が不適式の場合における訴提起の時期

（昭和三四年三月一二日東京地裁民二部中間判決
昭和三三年（行）第一〇〇號失業保險金再審査請求事件
判例時報一八四號二二頁）

【判示事項】 訴狀が不適式で補正命令が下された場合、補正期間の徒過により訴狀が却下されない限り、不適式な訴狀の提出があつたとき、訴の提起があつたものとする。

【參照條文】 民訴二二三條、二二八條

【判旨】 被告が本件訴は出訴期間經過後に提起された旨主張したのに對し、次のように判斷する。

(1)訴の提起は原則として訴狀を裁判所に提出してすることを要す。訴狀には民訴法二二四條所定の事項を記載せねばならず、もしそれらを缺くときは裁判長は訴狀の補正を命じる。當事者がこれに應じ乃至はみずからその不備を補正すれば訴狀の瑕疵は治癒され、當初の訴狀と相まつて適式な訴狀が提出されたことになるが、補正期間内に補正されない場合訴狀は却下される。この一連の關係からみると、不適式の訴狀の提出であつてもそれが補正期間の徒過により却下されない限り、はじめに訴狀としての書面が提出されたときすでに訴の提起があつたものと解するのを相當とする。

(2)訴狀が不適式の場合はまだ訴提起の効力なく、それが却下されることなく裁判長により受理されるに至つてはじめて訴提起の効力をうるものとする學說があるが、これは、イ、訴の提起は訴狀を裁判所に提出してするという民訴法二二三條の文意から遠ざかるのみならず、ロ、實際上も當事者の豫測しがたい時期に起訴の効力を認めようとする點で不當である。もつとも訴狀の補正といつてもおのずから一定の限界がある。訴狀として提出された書面が右に述べた意味で法定要件を缺くのみならず、その形式・表現において何を意圖するか理解できない場合もしくは訴の提起とは到底認められない場合、換言すればそもそも訴狀の體をなさず、裁判所に對する私信乃至陳情の類としか認められない場合、補正の餘地なく、假に補正の名目で所定の事項がみたされたとしても、それは當初のものとは別個にあらたに訴狀が提出されたものとみるべきである。しかしそ