

Title	贓物罪と本犯との関係 (一)
Sub Title	Das Verhältnis der Sachhehlerei zur Vortat (1)
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.4 (1960. 4) ,p.21- 45
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600415-0021

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.

贓物罪と本犯との關係 (一)

中 谷 瑾 子

- 一 まえがき
- 二 贓物罪の本質に關する諸學說
- 三 贓物罪における本犯への從屬の問題 (以上本號)
- 四 本犯關與者 (本犯の共犯者) と贓物罪の行爲者性の問題
- 五 贓物罪行爲の個別的考察
- 六 むすび

一

贓物罪が本犯の共犯關係としてではなく、又藏匿罪からも分離して、全く獨立の犯罪として觀念せられ、規制せられるようになったのは、そう古いことではないが、現象的にも、又理論的にも、一般に重大かつ困難な犯罪とされていることは、例えば、ドイツにおいて、純然たる刑法各論の問題の中で、際だつて數多く論ぜられ、又判例の動搖が顯著であること、又、わが國においても、犯罪統計上かなりの數が計上されていること、夥しい判例批評の他に、判例批評の域を出て、本格的な研究が發表されるに至つたこと等、何れもその證左といふことができよう。しかし、これらの論述においては、何と云つて

も贓物罪の本質に重點がおかれたのであり、又およそ贓物罪に關して論ずるにあつては、その本質をめぐる見解の相違が終始問題の解決に微妙に影響して來るのであるから、當然に、本稿もその問題を度外視することはできないが、本稿はとくに贓物罪の、その本犯との關係に焦點をしばつて、これをめぐる諸問題を總括し、とりわけ贓物罪において、本犯に對し、一種の從屬關係を認めるドイツの通説が、故意をめぐる新しい理論(目的的行爲論)の擡頭と、共犯に關する實定法の修正(極端從屬形式から制限從屬形式へ)⁽⁶⁾との關連で論ぜられていることの當否、更には、戦後、ドイツ連邦裁判所が、ライヒ裁判所の從來の判例を變更し、後に再びライヒ裁判所の見解に立ち戻るといふ顯著な動搖を示した行爲者性——とくに本犯行爲に關與した者のそれ——の問題に重點をおきながら、専らわが國の實定法との關連において検討を加えようとするものである。

(1) 贓物罪の沿革については Gretenner: Begünstigung und Heherei in historisch-dogmatischer Darstellung, 1879, Heimberger: Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung, Mezger: Zur Entwicklung der sog. Ersatzheherei, ZStW. Bd. 59, S. 549 ff., 簡單なる Gretenner Sauer: System des Strafrechts, Besonderer Teil, 1954, S. 147 ff. 参照。わが國の文獻としては平野龍一・贓物罪の一考察(小野博士選層記念刑事法の理論と現實(二)刑法所收)三四五頁以下、高田義文・贓物罪(刑事法講座第四卷所收)八九四頁以下を参照された。

(2) 例えは Sauer, a. a. O. S. 139.

(3) とくに本犯との關係、本犯關與者の贓物犯としての行爲者性の問題につき判例は動搖を示しているが、その詳細については本文三及び四参照。

(4) 前掲註1参照。尙この他に谷口正孝・贓物罪について(法曹時報四卷四號三頁以下)をあげることができる。判例批評としては夥しい例をあげることができ、これらについては高田・前掲書文獻を参照されたい。

(5) 平野教授の前掲論文は法益論に對する批判の手がかりとして考察されたものであるが、尙贓物罪の本質をめぐる問題の提示とも見られ。

(6) ドイツ刑法第四八條及び四九條は從來可罰的行爲、strafbare Handlung に對する教唆及び幫助を規定していたため、共犯について

解釋論上極端從屬形式を採用したものと解するのが通説であつたが、一九四三年の刑法改正により「可罰的行爲」の代りに「刑罰を規定された行爲 mit Strafe bedrohte Handlung」という言葉に變更をされた爲に制限從屬形式になつたのだと説かれるようになったことはすでに周知の通りである。なお後述三本文参照。

二

贓物罪の客體は云うまでもなく「贓物」であるが、その贓物概念も贓物罪の本質をいか様に解するかによつて異なる。贓物罪の本質に關してはわが國ではやや古く大審院が「贓物ニ關スル罪ハ……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」⁽¹⁾とし、戦後、最高裁判所も亦「贓物に關する罪の本質は、贓物を轉々して被害者の返還請求權の行使を困難もしくは不能ならしめる點にあるのである」⁽²⁾としており、通説も同様の見解である。この間にあつて、木村教授は、贓物罪を以つて「犯罪によつて違法に成立せしめられたる財産状態を維持存續せしめることを内容とする」と解し、又通説が本犯行爲は財産犯たるべき行爲に限られることを必要としているのに對し、凡そ財産權の侵害を内容とするものであれば足り、必らずしも財産罪たることまでは必要ではなく、又贓物罪の成否は私法上の返還請求權の有無とは關係なく、従つて例えば不法原因給付物についてもなお贓物罪は成立するとされ、⁽³⁾又平野教授はベージングの事後從犯説に加えて社會學的犯罪類型の觀點から、いわば新しい事後從犯説を主張される⁽⁴⁾⁽⁵⁾。この事後從犯説は既に周知のように、イタリア註釋學派以來一九世紀に至るまで諸國（とくにドイツ）において支配的な理論であつたし、古い事後從犯説が克服された近代になつても、なお、ドイツにおいてはさまざまな形で新しい裝いをつけて論ぜられているところでもある。わが國でも、前述のように平野教授が、これを新しく主張されて以來、最高裁判所の判例中には未だ見られないとしても、高等裁判所の判決の中にはすでにこの立場から贓物罪の本質を論じたものがしばしば見られるようになったことは注目に値しよ⁽⁶⁾。

う。更に又かつて宮本英脩博士はいわゆる「間接領得罪」⁽⁷⁾説を主張せられ、谷口判事の前掲資料は之を支持する態度を明らかにしておられる。

右に瞥見したように、我が國において、贓物罪の本質に關しては冒頭にも述べたように「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」と解するのが通説、判例とされながら、なお根強い反對説のある事に注目しなければならぬ。

ところで、わが國の通説はドイツの「維持説」(Aufrechterhaltungstheorie, Perpetuierungstheorie)に負うところが多いと云われ⁽⁸⁾、ドイツでも維持説(正しくは違法狀態維持説)が通説とされている。しかしドイツでもこの維持説が不動に近い鞏固な地位に安んじているわけではない。

ザウアーによれば贓物罪の構成要件の根本思想に關する見解は客觀説と主觀説とに大別され、各々が更に二分される。

(1)客觀説としては、a. 本犯によつて創られた違法狀態の維持及び繼續 Aufrechterhaltung und Verlängerung (Perpetuierung)と解する説とb. aの見解をこえて更に違法狀態の單なる維持ではなくしてこれを更に一層強化し悪化させること Verschärfung und Verschlimmerungも、犯罪によつて得た利益を輾轉させることも處罰されるべきだといふ見解⁽¹⁰⁾、(2)主觀説としてはまずa. いわゆる共犯説⁽¹¹⁾(フリーゴ・マイヤーの意味での「事後共犯 nachträgliche Teilnahme」)とb. 利用説 Ausbeutungstheorie⁽¹²⁾とに分けられる⁽¹³⁾。

今これらの學説の詳細な紹介とこれに對する批判を加えることは本稿の目的ではないから省略することとしても、維持説の他に相對立する學説がしかもかなり有力な學者によつて主張されている事實(註9~13参照)のみは明らかにし得たことと思ふ。更に、この問題に關して特に注意しなければならないのは、わが贓物罪の規定とドイツのそれとは規定の形式、位置を異にするということである。即ちわが贓物罪は、司法權という國家的法益に對する罪としての犯人藏匿罪や證據湮滅罪とは明らかに區別して個人的法益(とりわけ財産)に對する罪として、財産罪としての性格を明らかにして獨立に規定せられて

いる。これに反してドイツ刑法においては、贓物罪は窃盜及び横領の罪と詐欺及び背任の罪との間の第二章に獨立罪として規定されてはいるものの、なお犯人藏匿罪と並んで規定せられ、規定の位置からして犯罪庇護の性格が明瞭に看取されるばかりではなく、客體は明文上「可罰的行爲 strafbare Handlung」によつて得られた物であるから、本犯は可罰的であればよく、財産罪に限定されないこと⁽¹⁴⁾、又行爲者は「自己の利益のために seines Vorteils wegen」行爲することを要し、行爲の態様も「隠匿する verheimlichen」「買取る ankaufen」「質とよむ infandnehmen」「自己の手に収める ansich-bringen」「(他人への)賣却に協力する zum Absatz mitwirken」の五つが列擧され、わが贓物罪の行爲態様とは必らずしも一致せず、刑罰も亦わが二五六條の一項は別として二項が本犯たる窃盜、詐欺等一般の財産犯の法定刑よりも重く、本犯として豫想される財産罪で二項贓物罪の刑より重いものは強盜罪のみであるのに對し、ドイツ刑法のそれはすべて一律に輕懲役(五年以下)で、單純窃盜と等しく、強盜罪はもとより、加重窃盜、加重詐欺、更には恐喝、背任よりも軽い。このよ
うな實定法上の相違を考えると、ドイツにおける理論がそのままわが法に妥當しないことはむしろ當然のことであろう。又この問題とも關連して指摘しておきたいことの一は一般に本質問題を論ずるに當つて、××の本質とか××の法的性質とかいう場合の××とは純粹に觀念的な概念なのか、それとも實定法上の概念としてのそれなのかということ明らかにする必要があるのではなからうか、ということである。場合によつては、というよりは寧ろ通例その間には多少のギャップのある事が否めないであつて、俗な比喩を用いるならば、その間には理想と現實との距りぐらいはありそうである。われわれがこの兩者の差異を素直に認めることによつて、この種の問題をめぐる必要以上の對立、錯綜がなくなるのではなからうか。⁽¹⁵⁾

以上の諸考慮を前提として、あらためてわが二五六條の規定を見るならば、ドイツの規定と比較して犯罪庇護的要素は後退して獨立の財産罪としての性格の強いことが窺われる。しかし乍ら、平野教授も指摘されるように、一項の收受(しかもこれは無償の場合に限定される)と二項の運搬・寄藏・牙保(有償・無償を問わない)・故買(これは有償の場合に限られる)とは多

分に性質を異にするものであり、一項が單に本犯の利益に與る行爲であるのに對して二項はより利慾犯的性格がまさつてい
るとすることができよう。しかしながら二項該當の行爲の中にも専ら本犯の利益のため、本犯庇護のための行爲も含まれる
と解されるのであつて、その點「自己の利益のため seines Vortells wegen」と規定するドイツ法より廣範に及ぶものと解
すべきであり、かく解する限り、二項も一項と相俟つて犯罪庇護的(事後從犯的)要素を拂拭しきつてはいないと見ることも
できるのではなからうか。⁽¹⁶⁾そして又手續的に見ても訴訟法上犯人藏匿罪、證憑湮滅罪、偽證罪、虚偽の鑑定通譯の罪と並ん
で贓物罪とその本犯とは共に犯したものとみなされ、關連事件としての取扱いを受けること^(九刑訴條)は、主として證據が共通
することから、實體的眞實の發見と訴訟經濟とに出るものであるとは云いながら、又實體法上も上述のことを裏づけるもの
ではなからうか。

このように見て來ると、贓物罪規定の根本思想は、わが實定法上、主觀的には多分に職業的、利慾的なものと、犯罪庇護
的、從犯的な面とを包含し、客觀的には、本犯によつて作られた違法な財産狀態を肯定し、これを維持もしくは加重すると
いう面を併せ考慮するものと解すべきである(もつとも、この場合ドイツの通説、又は木村博士の説かれる違法狀態維持説のように、
本犯行爲は可罰行爲であれば足りるのではなく、わが法上はやはり財産罪に限定して解すべきであらうことは、わが二五六條が、ドイツの贓
物罪の規定のように廣く可罰的行爲で足りるとの明文をもたないだけでなく、後述のように、他の法規との關連において導かれる論結であ
る。尙後述四二頁註1参照)。從つて一義的に維持説をもつて解することも不充分であるだけでなく、事後從犯説によつてもな
お問題は解決しつくされないことになるのではあるまいか。しかし、一つの犯罪類型がかなり異質的な諸要素・諸行爲を包
含し、又數個の保護法益を持つことは贓物罪に限つたことではなく、そこでもなおもつともウェイトのおかれてゐるもの
(つまり本質)が指摘されなければならぬのである。その點でわが刑法上の贓物罪は、その規定の文言、位置等から推して、
重點は何と云つても本犯とは獨立の財産的侵害という外部的客觀面にあることは否定できないし、他の財産罪(本犯)を幫

助し、又は積極的に助長、促進するという面は、贓物罪によるむしろ副次的な効果と云つた方が妥當であるかも知れず、その限りで通説はなお正當なものと云えよう。しかし贓物罪の中に前述のように本來異質的な諸要素・諸考慮が含まれてゐることを認識することは、贓物罪の解釋に當つてかなり重要な作用をもつのであつて、そのような洞察があつてこそより *sachlich* な、正鵠な解釋が可能となるものと考えられる。

(1) 大審院判決大正一一年七月一日刑集一卷三九三頁。

(2) 最高裁判決昭和二三年一月九日刑集二卷一五〇四頁。

(3) 木村龜二・刑法各論(復刊)一六六―八頁、同・新刑法讀本(全訂版)一一三―五頁。

(4) 平野・前掲論文、とくに三五四―九頁。

(5) わが國における新しい事後從犯説の主張に關しては一部にやや誤解があるように思われる。即ち谷口正孝判事によれば、中野次雄判事はビンディングに示唆されて事後從犯説をとられたことになつてゐる(谷口・贓物罪について——法曹時報四卷四號八一―二頁)が、中野判事がビンディングの示唆を受けられたこと(中野・贓物牙保罪と周旋にかかる賣買の成否——警察研究二二卷一號八九―九〇頁)は事實としても、ビンディング自身は維持説の主張者であり、又中野判事の前掲判例批評も事後從犯説をとつておられるのではない。従つてビンディングに示唆された事後從犯説というのは必ずしも正確とは云えないようである。中野判事が自説につきビンディングの示唆に負うものだとされたのは單に贓物牙保をその本質は他の贓物行爲の幫助(ビンディングにおいては故買の、中野判事は贓物賣却の)として理解しようとする點にあり、ここに判事が「牙保を犯罪とするのは、その本質において贓物賣却の幫助行爲を處罰する趣旨云々」というのも必ずしも明確とは云い得ないが、積極的に贓物罪全般についてまで幫助的(從犯的)性質を認めようとするのではないように見うけられる。その事は右の敘述の一寸前に贓物罪の成立するために贓物の占有移轉を要することが判例・通説であることを指摘し、『それは「贓物ノ返還請求權ノ行使ヲ困難ナラシムル該犯罪ノ性質上然ラシムルモノ」(右大正一二年五月の判決)といわれている。もともと收受・故買・寄藏・運搬等、刑法二五六條所定の概念は、いずれも物の移動を意味するものといふべきであり、これらと統一的に理解しようとするれば、牙保についても積極説(ここでは牙保の成立につき賣買が現に行われたことを必要とする説——筆者註)をとることが理由あることのように思われる』とされ、これが上告論旨であることを示されている。しかも、この判例批評の結論としては「わたたくしは、この問題については、むしろ上告論旨に賛成したいと思うものである」とされ、他方、わが國の贓物牙保罪にあたるドイツの「賣却のための協力」に關する解釋の中で、贓物罪の犯人庇護罪的性格を重視する消極説(周旋の事實さえあれば、賣買實行の有無を問わないとする説)

「筆者註」を批判して「わが國においては、その規定の位置からみて贓物罪はドイツ刑法以上に庇護罪的性格を脱却していると考え、べきである」としておられる。以上によつて明らかにならうに、中野判事は、むしろ通説の立場に立つて、これを一貫させるためには、贓物牙保罪の場合も契約が成立し、贓物の移轉があつて始めて成立すると解すべきで、ここでとりあげられた判例のように、仲介周旋の事實さえあれば、賣買契約は成立しなくても贓物牙保罪の成立を妨げないとする趣旨と解される。又、谷口判事が中野判事に對する批判のために引用された言葉(谷口・前掲資料八三頁)も、私の見た限り、中野判事の本文とはかなり異つたものであり、ことに「従つて、この贓物罪の事後從犯たるの性質からして云々」の部分は本文には存在しないのであるから、少くとも引用を示す「」内に入れることは誤解を招くおそれがあるように思われる。

(6) 例えは「元來贓物牙保の罪は當然に事後從犯の性質を有するものであつて、刑法はそのことを當然に豫定しながら、それが結果において財産犯を誘發する弊害を有するために、敢えてこれを獨立罪として規定したものである」(廣島高裁判所山支部判例二八)、「惟うに、贓物運搬の罪は、他人が不法に領得した物を、その情を知りながら、本犯の利益のために、これに協力して物の所在を移動することによつて成立し、通常本犯の意圖する場所へ物の所在を移動するものである。事後從犯と別稱せらるる所以ここにありと解する」(名古屋高裁判所三〇八九)

「窃盜罪と贓物罪はいずれも他人の所有に係る贓物の領得に關する犯罪であつて、互に密接な關係をわゆる事後從犯の關係がある」(大阪高裁判所二六・三三)、「三〇特報三三・六七」等。

(7) 宮本博士は、さきに「贓物に關する罪は他人が權利なくして領得した第三者の財物を更に領得する罪をい」い、「通常の領得罪が新に領得を爲すものであるに反して、贓物罪は前記の領得を繼受して、これによつて被害者をして財物の回復を一層困難ならしめることをもつて特色とする」(宮本・刑法大綱三九八頁)とされたか後に更に「間接領得罪」の概念を明らかにして次のように云われる。

「私は、共犯又は類似の觀念を藉ることなく、單に今日の贓物罪の規定のみをもつてして、果して可罰的價值ある一切の間接領得の場合を處罰し得るやを疑ふものである(私は贓物罪の被害法益をもつて被害者の有する贓物返還請求權と解する説を排し、贓物罪をもつて本犯と目的物を同じくする間接領得の罪と解する)」(宮本・横領後の横領行爲の性質(再び)(草野及び牧野兩氏に答へて)、法學論叢三五卷三號八二三頁、この點につき平野前掲論文、谷口判事前掲資料の宮本博士の文獻引用は誤りかと思われる)

すでに平野教授が前掲論文において指摘されたように、宮本博士の間接領得罪説はいわゆる事後從犯説に似て非なるもので、事後從犯説が本犯行爲に對する事後的共犯であると解するのに對して、個々の不可罰的事後行爲(これも本來犯罪を成立させるべき行爲ではあるが、正犯者には一身の免刑事由が具わるために不可罰とされるにすぎないから、そのような免刑事由の具わらない第三者がこれに加功し

たときは當然に犯罪が成立すると解する)に對する共犯であるとする點で明らかに區別されなければならないであろうが、博士は事後共犯については次のように説いておられる。

「事後共犯の意義を如何に解すべきかは別問題として、とにかく狀態犯という觀念を認める立場においては、最初の犯罪行爲と狀態犯との關係は、單に後者が罪とならぬといふたけのことであつて、それぞれ別個の行爲である。従つて從屬犯説に在つても、狀態犯が罪とならぬのは、犯人にとつて一身の免刑原因が具わるからであつて、第三者たる加功者にとつては、相對的に犯罪であるといふやうに、何等かの理由によつて犯罪的意義が認められることになるならば、これに對しても共犯が認められて然るべきではないかといふことである。故にもし謂はゆる事後共犯が斯かる場合をも意味するのであり、そして刑法理論が又斯かる事後共犯を認めぬといふならば私は寧ろ斯かる刑法理論が再批判を受くべきではないかと考へるのである。」(宮本前掲論文八二二頁)

なお、博士の間接領得罪説については、贓物罪はたしかに本犯と目的物は共通であるが、その侵害の態様を異にするものであり、犯罪類型は單に目的物の異同のみならず、侵害の態様によつてそれぞれ特徴づけられるものである(例えば竊盜、詐欺、恐喝等財物の所持を奪う點では同一でも行爲の態様によつて區別される)ことを考慮するとき、かなり疑問があるといわなければならない。

(8) しかし、本文にも前述したように正確にはわが國の通説とドイツの維持説とは同一ではない。ドイツの維持説をそのままの形で主張しておられるのは木村教授で、わが國の通説とドイツの維持説との間には従つて木村教授の説について本文に説いたと同一の相違點が指摘されるわけである。

(9) 通説。ザウアーはこの説を主張している者としてナグラー、ウエルツェル、マウラッハ、ランゲをあげているが、ライプツィガー・コンメンタールは、ナグラーの後を受けてヤグシュがやはりこの説を説いている。Jagusch, *Leipziger Kommentar* 8. Aufl. Bd. II, 1958, S. 423, その他 OLG. Braunschweig, NJW. 49, S. 477. 等およびただし判例があげられるであろう。

(10) ここにはコールラウシュの舊説「リスト・ジュニット」、マイヤー・リアルフェルト、フランク、ヒンバル、シュレーダー等があげられ、更に、贓物罪は犯人庇護と同様國家的法義務違反であるとする古いヘルシユナー、メルケル、レーニング(Hr. Lening)の説もこれに含まれるものとされる。

(11) 例えばフォイエルバッハ、ヘルムートマイヤー、マイヤー・リアルフェルト、ペーリング等が主張している。

(12) ここにも通説に劣らぬ程多くの學者、論文等があげられる。この説はコーラーの教科書、フォン・バルの「法規と責任」にその萌芽がみとめられ、ザウアーの「犯罪社會學」(一九三五年)において完成されたもので、ブッシユ、シェーフアー、ガラス、シュメーリング、ニートハンマー、コブレントツ、シェーンケ、メツガー、ベブラー、シュレーダー等々がこの立場、又はこれに似た、或いはこれに近

い立場をとるものとして引用されている。

(13) Sauer, a. a. O. S. 140 f. とくじ Anm 1~4 参照。

(14) もつともドイツでも通説によれば贓物罪は「違法な財産状態の維持」として財産罪の一種と解せられるところから、本犯は可罰的でありさえすればいいのではなく、又そうかといつて本犯は固有の財産罪に限定されるのでもなく、「他人の財産を侵害し、違法に財産状態を變更するすべての犯罪行為が本犯として問題となる」とされる Jagusch, a. a. O. S. 425, その他同様にして「他人の財産権に対する侵害でなければならぬ」とする説として Kohlrausch-Lange; Strafgesetzbuch, 41. Aufl. 1956, S. 509, Maurach; Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl. 1956, S. 324 etc.

(15) 例えば緊急避難の法的性質をめぐる論争などもその一例として指摘することができよう。たしかに緊急避難のすべての場合を違法性阻却事由と解することには疑問もあるが、自己又は親族の生命若しくは身體に對する危険をさけるためにのみ許されるドイツ法と違つて他人の、しかも生命・身體以外の法益に對する場合にも之を認め、かつ危険にさらされた法益と現實に損害を生じた法益との權衡を要するわが法制の下では單純に自己保存本能の法理によつて説明することは不可能であり、責任阻却事由によつては法益の權衡を要するとする法の趣旨を説明することは不可能であり、又過剰避難との差異も説明できなくなる。かようにして解釋論としてはわが刑法上の緊急避難は責任阻却事由によることも二分説によることも適當ではなく違法性阻却事由によつてのみ理解できることとなる。そう解することが不當だといふのであれば、もはや解釋論の範圍外と云うべきであらう。

(16) 牧野博士もわが贓物罪規定の從犯の要素を認めて次のようにいわれる「贓物に關する罪については、事後共犯の觀念に基づいて規定が設けられてゐる。すなはち、收受、運搬、寄藏、故買及び牙保が犯罪として擧げられてゐるのに止まる。(中略)贓物に關する罪として規定されてゐるものは、原犯の行為に對し、いはば共同の意思をもつて加功するものであるといふことを得よう。」(贓物に對する竊盜及び横領、刑法研究九卷四五七頁)

三

贓物罪は、わが刑法二五六條によれば、行為の客體が贓物、即ちわが通説によれば「財産罪たる犯罪行為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」⁽¹⁾でなければならず、又ドイツ刑法二五九條によれば「可罰

的行為によつて得られた *mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind*」と規定され、更にフランス刑法四六〇條（一九一五年五月二三日法律）によればより明白に「重罪又は輕罪により奪取、横領又は取得した物 *recélé des choses enlevées, détournées ou obtenus à l'aide d'un crime ou d'un délit*」と規定されているところから、當然に本犯 *Vortat*（學者によつては原犯）——たゞそこで豫定される本犯の範圍に廣狹の差はあつても——の存在が問われなければならない。

その意味で高田義文氏も指摘するように「贓物の概念は、必然的に本犯概念に從屬」するといわなければならない。この問題に關して最も詳細な分析を試みておられるのは前記高田氏であつて、氏は更にこれを(イ)本犯の性質についての從屬性、(ロ)本犯の存在についての從屬性、(ハ)本犯との因果的從屬性、(ニ)本犯の犯罪成立要件を具備する程度についての從屬性に分析、判例との關係でその各々を論じておられる。⁽³⁾ このような贓物概念の本犯概念への從屬が問題視されたのはわが國ではおそらく高田氏を以つて最初とし、又ドイツでも本犯への從屬性を論じ乍ら高田氏のような分析は見られないのであつて、この點高田氏の分析は高く評價されなければならないであろう。しかし乍ら高田氏の分析にかかる(イ)の問題はむしろ贓物罪の根本思想——本質をどのように解するかによつて決定される本犯そのものの範圍の問題であつて固有の從屬性の問題ではなく、又(ロ)の問題は高田氏の論述によつても明らかにならぬ⁽⁴⁾、とくにとり立てて論ずるまでもない問題のようである。そして更に(ハ)の問題は廣く(ニ)に包含することができると考へるので本犯への從屬性の問題として最も固有な、本犯の犯罪成立要件を具備する程度についての從屬性の問題についてのみに以下に考察することとしよう。

この點に關し、ドイツでは共犯從屬性の理論を類推して論ずることが一般に行われているが、その當否が吟味されなければならないのであろう。それにはまず第一に共犯論における正犯への從屬性の問題と贓物罪における本犯への從屬性の問題の質的な異同が明らかにされなければならないが、

(1)贓物罪においては、原則として、本犯行為がすでに既遂に達した後、或いは宮崎教授のように、既遂後にいわゆる「餘

剩行爲」を認める立場に立つたとしても、實行行爲たる餘剩行爲の終つた後の加功であるから、何れにしても當然に本犯の實行行爲そのものに對する加功である共犯とはその性質を異にするものであつて、本犯の共犯成立の時期が終つた後に贓物罪の行爲が始まるという時間的連續關係—ズレーがある。

(2)もし犯罪庇護と同様に本犯の實行行爲後に本犯を援助することを贓物罪の本質と解する事後從犯説をとつたとしても、何も本來の共犯と同一に解するものではないことはすでに明らかなところであり、共犯の從屬性というのは、正犯の實行行爲がいかなる犯罪成立要件を具備した時に、共犯が正犯と同一の犯罪者としての身分(勿論共犯の限度で)を取得するかの問題(即ち基本的構成要件とその修正形式との間の問題)であるのに對し、贓物罪における本犯への從屬性の問題は、本犯の行爲がいかなる犯罪成立要件を具備した時に、本犯の所持する物が贓物たり得、從つてその物に對する行爲が贓物罪たりうるかの問題(即ち基本的構成要件の解釋の問題)である。前者はあくまでも直接實行行爲に對する關與であり、實行行爲の存在を前提として同一の犯罪性が問題となるのに對し、後者の場合には、本犯行爲の存在は犯罪の客體としての贓物を通じて間接的に本犯の犯罪性とは獨立別個の贓物罪としての犯罪性を根據づけるものである點に大きな相違點があるといわなければならぬ。そこで、ドイツでも從來一般的に共犯の從屬性に準じて贓物罪の本犯への從屬性が論ぜられていたのに對し、シュレーダーは「贓物罪は共犯規定から解放された獨立の可罰的行爲である。我々は贓物罪の本犯への從屬關係について論ずるとき、このことを顧慮しなければならない」としている。しかし、ここで更に問われなければならないのは、共犯の從屬性の問題と贓物罪における本犯への從屬性の問題との差異を認めることは、同時に、贓物罪において、本犯への從屬關係に意味を持たしめないことになるかどうかということ、及びこの差異は認めたとしても共犯の從屬性の問題と贓物罪の從屬性の問題との間になお共通なものを認めうるとして共犯從屬性の理論をここにも採用し、共犯論と相對應する形で本犯の要件を規定しようとするのが正當かどうかの問題である。

最初の問題に關しては、前述のように、共犯における正犯との關係と、贓物罪における本犯との關係とは本來その性質を異にするものであることを認めたとしても、それだからと云つて贓物罪の成立が贓物性の決定という客體の存否の判斷を通じて、間接的にとは云え、本犯の存在を前提としなければならないということに變りはなく、その限りで、又その意味で、贓物罪は本犯に從屬すると考ふる。

次に共犯從屬性の理論を贓物罪と本犯との關係にも援用しうるかどうかの問題は、贓物罪の本質如何の問題に繋る問題である。即ち、共犯説、事後從犯説の立場を採る限り積極に解することがむしろ當然であり、これに反して本犯とは獨立別個の犯罪であることを強調する立場をとる場合には事後從犯説をとる場合のように簡單には割り切れない。何となれば、前述のように共犯の從屬性が基本的構成要件とその修正形式との間の問題であるのに對して、これは贓物罪たる基本的構成要件の解釋の問題であつて、從屬という言葉は同じでもその意味するところは違ふのであるから、共犯における從屬性の理論が直ちにここに援用されることにはならないからである。しかし、前述のようにドイツの通説は、一方では贓物罪の獨立性を認めながら、他方この點に關しては一般に共犯の從屬性の理論に準じて（あるいは共犯理論を類推して）論じているのであつてここにもドイツの學説はその深層において、贓物罪を庇護罪と同一の基盤に立つ從犯的なものとして見る思想が拂拭しきれないものがあるのではなからうかと思われる。ともあれ、一見矛盾するようなドイツの學説の一般の動向をやや仔細に見た上で私見を明らかにしたいと考ふる。

さて、先に指摘したように、ドイツにおいて、近年とくに贓物罪と本犯との關係について、その從屬の程度がやかましく論ぜられるようになったのは、一つには目的的行爲論が次第に支配的見解となつて來たこと、二つには共犯規定の改正と深い關係があるようである。ドイツでは教唆及び幫助に關する四八條、四九條が從來「可罰的行爲 *strafbare Handlung*」に對する加功を規定していたため、⁽⁸⁾ 一般に極端從屬形式をとるものと解されていたことは周知の通りであるが、一九四三年の

刑法改正により「可罰的行為 strafbare Handlung」といふ言葉の代りに「刑罰を規定された行為 mit Strafe bedrohte Handlung」といふ言葉が用いられるに至り、又、五〇條第一項では、共犯者各自は「各人の責任には關係なく」自己の責任によつて罰せられるべきものとされているため、今日では、共犯が成立するために必要な正犯行為は、構成要件に該當する違法な行為であれば足り、従つて實定法上制限從屬形式が採られたものと解せられ、その點に關する論争はも早存在しない。ただ、エム・エー・マイヤーの有名なフォーミュラは、故意といふ行為者の主觀的側面は専ら責任條件として、責任要素と考えられた頃のものであるから、そこで考えられた制限從屬形式においては、共犯の成立するためには、正犯行為が構成要件に該當する違法行為であることを要し、かつ、それで充分で、その有責性は問われないのであるから、故意のない（違法な）構成要件該當の行為に對する加功も亦共犯を成立せしめるのに缺けるところがなかつたのである。しかし、近年とみに有力となつた目的的行為論によれば、故意は本來行為の要素、従つて専ら責任非難の價值判斷の對象として、違法の要素と解せられ、又、ごく最近に至り、違法の要素であると同時に、人的非難可能性の程度をきめるものとして責任要素でもあると解されるようになりはしたが、⁽¹⁰⁾そこでもなお責任要素としての故意とは別に構成要件の故意 Tarbestandvorsatz が重要視されていることには變りがない。そこで、そのような構成要件の故意を認める立場をとる限り、故意が構成要件該當の行為の要素であり、正犯に從屬することが共犯の概念要素に屬するならば、從屬性の最小限度——共犯とみなされるために、他人の故意行為に對する共同加功 Mitwirkung であることを示さなければならぬ最小限度——は正犯者が故意に構成要件を實現したことで表されるのである。つまり故意の必要性を放棄することは正犯行為の構成要件該當性を放棄することになり、従つて正犯者のいない共犯を認めることになつてしまふであらう（當然そんな事は許されない）。従つて共犯の處罰は他人（正犯）の故意行為に對する故意の關與の場合にのみ問題となるのであつて、本犯に故意のないときはそもそも構成要件該當の行為が存在しないことになるから、これに對する可罰的共犯は始めから問題にならないといわなければならぬ。⁽¹²⁾

しかし、法の明文はそこまで、つまり共犯の、正犯行爲の故意に對する從屬性の有無の問題までを明らかにしてはいない。そこで、ドイツではとくにこの點をめぐつて學説は分れ、又判例も當初は消極的で、教唆犯については「被教唆者が構成要件要素 Tatbestandsmerkmal に錯誤を生じたために有責的に行爲したものは云えない」とし、同様幫助犯についても「正犯が法律上の構成要件要素を認識しなかつたために故意に行爲したものは云えない」とし、同様幫助犯についても「正犯が法律上の構成要件要素を認識しなかつたために故意に行爲したものとは云えない」ということは、故意犯（ここでは贓物罪）の幫助のことで有罪として處罰するの妨げとなるものではない⁽¹⁵⁾としていたが、後に判例を更めて「教唆犯若くは幫助犯のことで有罪とするためには正犯者が故意に行爲したことが前提である⁽¹⁶⁾とするに至っている。學説はことに過失についてまで從屬するかどうかにつき分れている⁽¹⁷⁾、目的的行爲論が有力となるにつれて、故意行爲に關する限り、共犯の成立のためには正犯の故意が前提とされなければならないと解することが故意を行爲の要素とする立場として論理的に當然であり、それこそが制限從屬形式だと解される⁽¹⁸⁾ようである。

他方、贓物罪と本犯との關係については、贓物罪の規定が前にも見たように、一九四三年の共犯規定等の改正の際にも改められることなく、依然として「可罰的行爲」によつて得られた物を客體として規定して、改正共犯規定が「刑罰を規定された行爲」を正犯としたことと相應してはいないから、そこに豫定された本犯行爲については、改正前の共犯規定における「可罰的行爲」が犯罪成立のための全要件を具備することを要するもの（極端從屬形式）と一般に解されていたのと同様に解することも強ち不可能ではないように思われる。しかし、この改正共犯規定と贓物罪規定の用語的不一致はことさらにしつらえられたものではなくて、むしろ立法者の偶然なミスと解する説が有力に主張されており、又贓物罪において本犯行爲が構成要件該當の違法行爲であれば足りるとすることはライヒ裁判所時代（戰前）にすでに確立された判例であり、又戦後連邦裁判所もいち早く踏襲したところであつた⁽²⁰⁾。正犯と共犯との關係と贓物罪とその本犯との關係は前にも論じたようにその

性質は似て非なるものであるが、ドイツでは共犯從屬性の理論が本犯と贓物罪との關係についても類推されるべきものとされていることはすでに見た通りである。そして、ライヒ裁判所以來すでに贓物罪においては本犯行爲が構成要件該當の違法な行爲であれば足りるとしていた判例は、後に連邦裁判所によつて「贓物罪の本犯が、ただ故意になされた場合に限つて刑罰が規定されているときは、故意になされた行爲だけが本犯として考慮される」ものとされたのである。即ち、『贓物罪は、本犯が故意になされたことを、又それ—本犯—が過失でなされた場合にも可罰的であるときは、過失でなされたことを前提としている。連邦裁判所刑事判例集一卷四七頁の判例もこの見解に抵觸するものではない。右の判例では、本犯行爲が可罰的行爲の外部的構成要件を充足し、かつ、違法であれば足りると述べているにすぎない。そこにおいて、故意に犯された行爲のみが「刑罰の規定されている」行爲である場合には、その行爲が故意なくしてなされたときにも贓物罪の本犯となり得るのだ、とは述べていない。連邦裁判所の前示判例においては、この問題は取扱われてはいない。ここではむしろ一〇歳—一二歳の兒童が後に贓物犯人の取得するに至つた物件を住居侵入によつて窃取したということが問題にされているにすぎない。要するに刑罰の規定されている行爲の單なる「外部的な」構成要件だけが存在するのではなくて構成要件の全部が存在するのであり、従つて故意も亦存在するのである。そして故意は、連邦裁判所刑事判例集二卷一九四頁の判例以後は、それ自體責任を決定するものではなく、従つてまた責任のない行爲においても存在し得るのである。ともあれ、このような故意行爲は、それが行爲者の責任に歸せられない場合であつても贓物罪の本犯となり得るのである。これに反し、故意になされた場合にのみ刑罰の規定されているときは、故意を缺く限り、「刑罰の規定されている行爲」は存在しない云々』として故意を構成要件要素とする立場から、贓物罪をして本犯の故意にも從屬するものであることが明らかにされたのである。⁽²²⁾そしてこの判決が單に贓物罪の本犯への從屬性の問題の解決だけではなくてより包括的な共犯從屬性の問題の解決のための方向を指示するものとして、共犯規定へ援用されるのは單に時間の問題だとさえ考えられたのである。⁽²³⁾もつともこの判決の後に

も連邦裁判所が共犯從屬性の問題について正犯の故意の有無は共犯の成立には關係がないとし、かなりおくれて（一九五六年七月六日）共犯についてもこの判決と同様の態度決定をした経緯はすでに前述の通りである。ただここで云えることは、ドイツでは學説とは反對に判例の贓物罪における本犯への從屬性の問題に對する態度決定がまず先行して、それがむしろ共犯論へ逆移入されたような形をとつてゐることで、ここでもドイツにおいては兩問題間に共通性を認めること（殆んど同一視）が一般的であることが指摘され得よう。

このようにしてドイツでは、共犯の正犯への從屬性についても贓物罪の本犯への從屬性についても、ともに、目的的行爲論の主張から導かれる前述のような制限從屬形式の修正された形での從屬性を認めることが今や支配的見解であると云うことができよう。

これに對してわが刑法上はどのように解すべきであらうか。まず共犯の從屬性の問題に關しては、わが實定法はドイツ刑法とは異り何らの明文規定をも持たない。もつとも、一部には、わが刑法が制限從屬形式又は極端從屬形式を採用しているとの論證を試みる學者もおられる。例えば佐伯博士は、刑法二四四條に制限從屬形式の手がかりを求め、瀧川博士は六五條に極端從屬形式の根據を求めておられるのである。

佐伯博士は、違法、責任と無關係であつてしかも行爲者について刑罰を阻却する原因というような範疇は認めるべきではないという根本的態度の下に、二四四條（親族相盜例）の刑の免除も從つて單なる一身の刑罰阻却事由ではなく、そうかと云つて二五七條のように期待可能性がないことに基づく責任阻却の場合でもなく、むしろ行爲の違法性を減少せしめ、結局可罰價値なきものたらしめるものである。とすると、同條は責任なき行爲又は可罰的違法類型を完全に實現しない行爲についても「共犯」が有効に成立することを認めたことになり、しかもこれは決して單なる例外ではなく、むしろ共犯規定の意味内容を限定する意味をもつものと考えるべきであり、從つて教唆犯、從犯が成立するためには正犯者の行爲は嚴格な意味に

おいて犯罪要件を完備する必要はなく、むしろ共犯は他人の單純な違法行爲を利用することによつても犯され得ると認めなければならぬとしておられる。⁽²⁴⁾そしてこの立場に對して結局は反對を唱えられる瀧川博士も、この試みに對し「確かに一つの根據である」としておられるが、⁽²⁵⁾佐伯博士の主張には疑問がある。即ち、佐伯博士によれば、二四四條は違法性阻却事由だということである。即ち、本條によつて、正犯行爲は行爲者が所有者及び占有者と親族關係にあるために、行爲の違法性そのものをして窃盜罪としての可罰的なる程度に達しないものとされ、正犯行爲は違法性が阻却されて始めから適法な行爲ということになる。しかし制限從屬形式は、正犯行爲が單に構成要件に該當するだけでなく、實質的に違法でもあることを要求するのであつた筈である。にも拘らずこの場合には正犯行爲の違法性が缺けるのであるから共犯を成立させるに足るだけの正犯行爲は存在しないことになる。もし佐伯博士と共に二四四條を違法性阻却事由と解するならば、それはむしろ共犯の最小從屬形式を論證し得るだけではなからうか。従つて論據は別として結論的には瀧川博士と同様、刑法二四四條に共犯の制限從屬形式の根據を求めようとすることは妥當ではなく、結局失敗に歸したものと評せざるを得ないのである。

次に瀧川博士は、「極端從屬形態による正統的共犯理論は自然發生的である。」とされ、⁽²⁶⁾又、刑法六五條一項及び二項の比較から、現行刑法は極端從屬形式をとるものと解しておられるが、この點に關する説明は何ら與えられず、その趣旨は必ずしも明確にはされていない。刑法六五條一項は「他人ノ身分ニ因リ特ニ刑ノ輕重アルトキハ其身分ナキ者ニ加功シタルトキハ其身分ナキ者ト雖モ仍ホ共犯トス」と規定し、同條二項は「身分ニ因リ特ニ刑ノ輕重アルトキハ其身分ナキ者ニハ通常ノ刑ヲ科ス」と規定している。しかし、この規定はなる程共犯者が正犯者の身分に從屬しないこと（従つていわゆる誇張從屬形式をとらないこと）を明らかにしてはいるが、それ以上に積極的に極端從屬形式を採用したことを明示したものとも思われぬ。又前述の佐伯博士に對する批判も刑法二四四條の刑の免除を違法性阻却事由と考え、かつ、ここに共犯の制限從屬形式の基礎を求めることの妥當でないことを指摘したにとどまり、その限度においてこの非難は正當であるが、だからと云つて、制限從屬形

式そのものを否定する決定的な根拠がこの中に認められるわけでもない。

更に又、構成要件に該當はするが、實質的に違法ではない正犯行爲（例えば正當防衛行爲、現行犯人の逮捕等）に對する共同加功は、正犯行爲同様何ら違法とは考えられないから、共犯の成否の問題から當然に外されなければならない。従つて、エム・エー・マイヤーのフォーミュラの⁽⁸⁸⁾中、 α 形式（最小從屬形式 *minimal akzessorische Form*）が採用せられ得ないこと、及び刑法六五條、二四四條、二五七條等の合理的解釋からして β 形式（誇張從屬形式 *hyperakzessorische Form*）も採用できないことのみが明らかで、残された β 形式（制限從屬形式 *limitiert-akzessorische Form*）か γ 形式（極端從屬形式 *extrem-akzessorische Form*）かは専ら實定法との關連で決定されることとなるわけであるが、前述の通りわが實定法上決定的な根拠は求められないとしても、とくに關連の深い條文としては六〇條乃至六二條の共犯規定をあげることができよう。六二條は從犯をたゞ「正犯ヲ幫助シタル者」と規定するのみで、正犯行爲の内容を明らかにしてはいないし、責任が阻却されて結局犯罪不成立とされた者は正犯とは云えない。従つてここに正犯とは犯罪成立のための全要件（構成要件該當、違法、有責）を具備した者とも解することができるが、一寸注意してみると六〇條は「二人以上共同シテ犯罪ヲ實行シタル者ハ皆正犯トス」と規定し、六一條は「人ヲ教唆シテ犯罪ヲ實行セシメタル者」を教唆犯としている。更に、未遂罪の規定（四三條）によれば「犯罪ノ實行ニ着手シ之ヲ遂ケサル者云々」と規定されている。従つてこれらの條文を綜合して判斷するならば、正犯とは當然に「犯罪を實行しこれを遂げた者」（既遂）又は「犯罪の實行に着手してこれを遂げなかつた者」（未遂）ということになる。これらの場合に「犯罪」というのは犯罪成立のすべての要件を具備していることを要するかどうかキイ・ポイントになるわけであるが、犯罪を「實行シ」又は「實行セシメタ」ことで足りるとしている點から考え、又、「犯罪ノ實行」とは基本的構成要件に該當する行爲（＝構成要件的行爲）を爲すことと解されていること等を考えあわせると、ここにいう「犯罪」も外部的基本的構成要件に該當する行爲と解すべきであらう。しかも前述のようにそれが實質的にも違法なときに始めて共犯の成否が

問題となると解すべきであるから、結局、共犯規定にいわゆる「犯罪」とは、基本的構成要件に該當する違法な行爲であることのみを必要とし、かつそれで足りるものと解すべきであると考へ、従つて制限從屬形式によつて解すべきである。ただこの場合、我が國でも漸く多數說となりつつある構成要件の故意(責任要素としての故意とは別の)を認める立場では、制限從屬形式とは云つても前述のドイツの最近の通説のように修正されたもので、當然に構成要件の故意の要素は前提とされるからいわゆる故意のないものもとより責任無能力者の中でも強度の精神病者や乳幼児等意思無能力者の行爲については構成要件の故意が否定されることになり、それらの者の行爲に對する共犯の認められない點では極端從屬形式への歩み寄りが認められる。勿論明文規定をもたないわが刑法については、ドイツにおいて一九四三年の刑法改正以後ドイツ刑法學者が共犯の從屬性につき、從來とは異つて制限從屬形式を採用したのだと疑義をさしはさまなくなつたのと同様に、それ程明確に、もしくは確定的に、制限從屬形式によつて解釋すべしとは云い切れないとしても、前述の共犯規定がかなり重要な手がかりを與えていることは否定できないであらうし、又他面、故意の所屬場所についての理論の展開によつて、從來の制限從屬形式説と極端從屬形式説との激しい對立もある程度止揚アウフヘーベンされたと解していいのではなからうか。

しかし、ここで重要なのは、繰り返し指摘したように、ドイツの通説、判例と同様、共犯從屬性の理論が贓物罪の本犯への從屬の問題に類推せられ、援用せられ得るかどうかであるが、わが國ではこの問題については高田氏の「前掲研究(29)を除いて論ぜられたものはなく、學説、判例(30)(31)は一致して、單に、贓物罪を成立せしめる前提としての本犯行爲は、構成要件に該當する違法な行爲であることを要し、かつ、これで足りるのであつて、本犯が有責なことまでは必要ではない、と論ずるだけで、本犯への從屬性の問題は全くネグレクトされている。これはおそらくは贓物罪規定から共犯的要素をできるだけ拂拭して、あくまでも獨立罪として理解しようとする根本態度に導かれて問題自體意識されなかつたのであらうと思われ、むしろ理論的には一貫したものがあるといふべきであらう。又贓物罪につき、私見のように獨立の財産罪としての性格の他に本犯庇護

的、従犯のないし本犯助長的要素の殘滓を認めたとしても、それは何と云つても副次的なものにすぎないし、規定の明文、體系的位置から云つてもドイツの規定よりも一段と財産犯としての性格が前景にうち出されているのであるから、わが實定法上、共犯について修正された制限従屬形式を採るものと解したからと云つて、それが直ちに贓物罪における本犯との關係に必然的に結びつくとその早急な結論が出されてはならないであらう。その意味では、贓物罪の本質に關して私見のように副次的な要素にも通説よりも重いウェイトと廣い場所を與えることが直接影響をもつわけではない。しかしながら、それでは、共犯理論における修正された制限従屬形式の思考方法が贓物罪と全く無關係なものかと云えば、やはり否定しなければならぬであらう。何となれば、贓物罪が本犯行爲の存在を前提とすることについては異論の餘地のないところで、その場合當然に本犯行爲の性質が問題とされるし、構成要件に該當しても違法でない行爲によつて得られた物に關與することがとくに他の構成要件に該當するような場合を除いてそれ自體違法視されるとは考えられないから、通説のように本犯行爲は構成要件に該當する違法行爲であることを要し、かつ、これで足りると解することが正當と云わなければならないが、ここでも、今日有力に主張せられているように、構成要件の故意の存在を認める立場に立つ限り、本犯に故意がなければ（勿論故意犯の場合）そもそも構成要件該當の本犯行爲は存在しないことになるから、當然に客體が贓物性を帯びることもなく、從つて贓物罪も亦本犯が故意に構成要件該當の行爲を犯したときに始めて成立するということになり、思考の方法も、又結論も共犯論における修正された制限従屬形式と同一に歸着するからである。従つて、共犯理論における従屬性と贓物罪における従屬性とが意味的に異なるものであることはあくまでも没却されてはならないが、この點についての注意を失わない限り、共犯従屬性の理論と相應して考慮するのがむしろ思考經濟の原則にかなうものと云つてよいのではなからうか。

右に述べたように贓物罪における本犯行爲は構成要件該當の違法な故意行爲でなければならないとする趣旨の判例はまだ見當らないが、⁽⁸²⁾ 目的的行爲論が導入されてはや一〇餘年、わが國でも漸く一般に受け入れられつつあり、ことに故意犯につ

いては殆んど問題なくその功績が承認されて來ている現状では、學說、判例が右のように變更されるのも遠いことではないように思われる。

(1) 團藤・刑法(全訂版)三六七頁。贓物罪の本質を所有者の物に對する返還請求權を困難ならしめることと解する限り、このように概念規定をすることとなる。このように、贓物の概念は前述のように本質論との關係をぬきにしてはおよそ規定することができないのであつて、いわゆる維持說によれば「財産權の侵害に向けられた行爲によつて得られた物」(木村¹⁾ドイツの通説)として規定されることになり、本犯は財産罪に限定されず、又追索權の有無も問題とならないから、わが國の通説よりも贓物の範圍はかなり擴張される。又ザウアーのいわゆる客觀說の立場に立ち乍ら、贓物罪の法的性質を物的犯罪保護と共通に「適法な(財産)狀態の再現を挫折せしめること」と解し、回復請求權の保護の點にも言及している點でドイツの學說の中でとくに注意が惹かれるシュレーダー(Schönke-Schröder; Strafgesetzbuch, Kommentar, 9. Aufl. 1959, S. 944 f., H. Schröder; Die Rechtsnatur der Begünstigung und Hehlerei, Monatschrift für Deutsches Recht (MDR), 752, S. 68 ff. insbesondere S. 71)においても贓物罪自体は獨立の財産罪であるが、本犯は財産罪に限らぬものとしている點は一般の維持說と等しい。これは一部は「犯罪行爲によつて得た物」が否かの解釋と實定法規定の全體的關連で解決すべきであろう。維持說によれば狩獵法違反行爲、漁業法違反行爲等によつて取得された物についても贓物罪の成立を認める(例えば木村・各論一六六頁)がこれは正當ではない。何となれば狩獵法違反行爲については何ら財産權の侵害といふことは考えられないし、漁業法違反行爲については漁業權の侵害といふことは考えられたとしても、法定刑の差(漁業法一四三條一項によつて漁業)が開き過ぎてその種の物について贓物罪(十年以下の懲役及び五萬圓以下の罰金)の成立を認めることは甚しく衡平の理念に悖るからである。

(2) 高田・贓物の概念、總合判例研究叢書刑法(9)一三頁。

(3) 高田・同右二一三四二頁。なお從來ドイツでは漠然と贓物罪の本犯への從屬性を論じていたのに對し、高田氏が贓物概念の本犯概念への從屬性(傍點筆者)の問題として捉えられたのは、まことに正當なものといふべきであろう。

(4) 高田・同右三九頁。

(5) 例え、Bockelmann: Über das Verhältnis der Hehlerei zur Vortat, in Strafrechtlichen Untersuchungen, 1957, S. 185 ff., Hartung: Begünstigung und Hehlerei, NJW, 1949, S. 324, Sax: Der Begriff der „strafbaren Handlung“ im Hehlereitatsbestand, Ein Beitrag zum Problem der sog. limitierten Akzessorietät der Teilnahme, MDR, 754, S. 65, Kohlrausch-Lange, a. a. O. S. 509, etc.

- (6) 宮崎澄夫・犯罪の既遂と實行行爲の終了、法學新報六六卷五號一四五頁以下、とくに一五五頁。
- (7) Schönke-Schröder; Kommentar, S. 944, 又 S. 947.
- (8) ドイツ刑法舊四八條一項は「贈與若くは約束により、脅迫により、勢威若くは權力を濫用することにより、故らに錯誤をおこさせ若くは錯誤を促進させることにより、若くはその他の手段によつて故意に、他人をして、その犯した、可罰的行爲を爲す決意を爲さしめた者は、教唆者として罰せられる」と規定し、又舊四九條一項は「助言又は行爲によつて、正犯が重罪又は輕罪として可罰的行爲を犯すのを知りつゝ援助した者は、從犯として罰せられる」と規定してゐた(傍點筆者)。
- (9) Bockelmann; Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 31, Kohlrausch-Lange, a. a. O. S. 152, Maurach; Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. 1958, S. 565, Mezger; Strafrecht, Ein Studienbuch, 1, Allg. Teil, 8. Aufl. 1958, S. 221, Schönke-Schröder, a. a. O. S. 254, Welzel; Das deutsche Strafrecht, 6. Aufl. 1958, S. 97, etc.
- (10) ウェルツェルの五版迄の教科書及びその他の論文参照。
- (11) Welzel, a. a. O. 6. Aufl. 1958, S. 137 f.
- (12) Gallas; Täterschaft und Teilnahme, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, 1954, S. 146.
- (13) 今日ドイツでは目的的行爲論の影響を受けて故意にも從屬するというのが多數説と云つていいであらうが、この他に故意には從屬しないとする説や、單に故意のみでなく、正犯の違法性の意識にも從屬するという説も尙主張されている。例えば前者としては Schönke-Schröder, a. a. O. S. 254, Mezger; Stb. Bd. 1, 8. Aufl. 1958, S. 238, 235, 後者としてはホッケルマンの前掲文の他に Kohlrausch-Lange, a. a. O. S. 153 f. 509 等。尙「メツガー・ランゲのこのような主張は、刑法委員會の第四回會議における討議でもほゞ知らぬがわづかしのエッセイとほゞローナーの報告の中に見えてゐる(Dreher; Bericht, Die vierte Arbeitstagung der Großen Strafrechtskommission, ZStRW. Bd. 67, S. 454 f.)」又「判例の動向について」は本文参照。
- (14) Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen(BGH.), Bd. 4, S. 355, 4. Strafsenat. Urt. vom 1. Oktober, 1953.
- (15) BGH. Bd. 5, S. 47, 4. Strafsenat. Urt. vom 22. Oktober, 1953. この判例によつてはウェルツェルが「正犯と共犯との關係の倒錯と歪曲に止まらず、構成要件の細分化に迄及ぶものである。我々が客觀的構成要件要素と主觀的構成要件要素とを、もはや共に一體

をなす全體としては見ず、構成要件の中に單に故意の斷片のみを見ようとするならば、構成要件の内部的統一は失われてしまう」から連邦裁判所としては、萬一の場合には「このような危険な第四刑事部のような共犯論についての判斷が展開されることを連合部において阻止してほしいものだ」と批判している。Vgl. JZ. '54, Nr. 4, S. 128 ff.

(91) BGH. Bd. 9, S. 370, 2. Strafsenat, Urt. vom 6. Juli, 1956.

(97) ガラスは、教唆と幫助とを區別して、教唆犯は正犯に行為への決意—行為支配を爲さしめることであるから、過失犯の教唆ということとは考えられないが、幫助犯については、幫助行為の非定型性ということから、過失行為に對して心理的な面から(故意に)これを幫助することは可能であるから、刑法改正委員會第一讀會草案が過失犯に對する共犯の可能性を全般的に否定したことは、法の間隙をつくるものではないかとの疑問を提出している。Vgl. Gallas, a. a. O. S. 146 f.

(91) 宛²⁵ Welzel, a. a. O. S. 97 ff., Maurach; Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, 2. Aufl. 1958, S. 528, H. Mayer; Strafrecht, Allg. Teil, 1953, S. 320, ders.; Täterschaft, Teilnahme, Urheber-schaft, Ritter-Peschtritt, 1957, S. 253, Wegner; Strafrecht, Allg. Teil, 1951, S. 242, v. Weber; Grundriss des deutschen Strafrecht, 2. Aufl. 1948, S. 69, etc. しかし註19にも指摘したように、ホッケルマンは正犯の構成要件該當の行為が故意のみならず違法性の意識をもつて爲されたことまで必須であると主張する。Bockelmann; Über das Verhältnis von Täterschaft und Teilnahme, Strafrechtliche Untersuchungen, 1959, S. 31 ff. insbesondere S. 78 ff., ders.; Über das Verhältnis der Hehlerei zur Vortat, S. 190.

(91) Hartung, a. a. O. S. 326; Mejer; StJB. Bd. II, Besonderer Teil, 2. Aufl. S. 138. 尙²⁶ ユニッ刑法二五九條にいわゆる可罰的行為の意義に關してはサックスの詳論を注目する必要がある。Sax, a. a. O. S. 65 ff.

(92) BGH. Bd. 1, S. 47, Strafsenat. Urt. vom 27. Februar 1951.

(11) 前註²⁷を参照。

(92) BGH. Bd. 4, S. 76, 5. Strafsenat. Urt. vom 26. Februar, 1953.

(92) Sax, a. a. O. MDR. '54, S. 65.

(24) 佐伯千仞・所謂共犯の制限された從屬形態、法學論叢三一卷五號三九頁、同・刑法總論(舊版)三二—二頁。

(25) もつとも瀧川博士が佐伯博士に賛同しているわけではなく、刑法二四四條をば責任要素としての期待可能性なき場合と解され、更に、刑法二四四條は「親族たる身分という一事を除外すれば、竊盜罪の要件がごとく備わる場合に關する規定であつて、いわば可罰行為の一步手前の行為である。しかも刑法は、身分があるから刑を科さない。かような最小限度の犯罪阻却原因を基礎として、責任無能

力という如き最大限度において犯罪性を阻却する場合にまで、その論理を擴大することは類推の濫用である。から二四四條に共犯の制限從屬形態の基礎を求める企圖は妥當ではなく、また現行法の解釋として六四條との關係が無罪の範圍が擴大され、結局擴張的共犯概念構成の意圖と矛盾することになり、「これは解釋論としての破綻といわねばならない。」としてこれを非難しておられる。瀧川・共犯の或る問題、刑法の諸問題二一六―七頁、同・犯罪論序説二二〇―一頁。

(26) 瀧川・共犯の或る問題二一八頁、同・犯罪論序説二二二頁。

(27) 瀧川・犯罪論序説二〇五頁。

(28) M. E. Mayer: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1923, S. 391.

(29) 高田・贓物の概念一三頁以下、もつとも、ここではドイツにみられるように贓物罪の本犯への從屬という形ではなく、贓物概念の本犯概念への從屬の形で問題が理解されていることの正當なことについてはすでに述べた。ただ同研究、四一頁以下にドイツの連邦裁判所刑集五卷四七頁―前掲註15―が引用されているが、これはすでにふれたように贓物罪に關連したものはあるが贓物罪と本犯との關係にふれたものではなく共犯の從屬性の問題(贓物幫助の問題)であるから、當該場所にこの判例を引用されたことは適切ではなく、むしろ誤解と混亂を招くおそれがあるように思われる。

(30) 例えば小野・概論三六三頁、木村・各論一六七頁、瀧川・各論一四六頁、團藤・刑法三六七頁等。この點では共犯制限從屬説の主張者のみでなく、共犯獨立性説の主張者も仲よく一致しているのであつて、共犯の從屬性の問題とは全く切り離して別個の問題意識で論ぜられてゐる事情がよく窺われて興味深いものがある。

(31) 大審院判決明治四四年一月一日刑錄一七輯二〇九頁、同大正三年五月一二日刑錄二〇輯八六二頁、大正三年一月七日刑錄二〇輯二三八三頁。

(32) もつとも古い大審院判決の中には本犯が一二歳未満の者である爲に犯意なしとして犯罪(ここでは窃盜罪)が不成立の場合には贓物罪は成立しないものとしたものがある。大審院判決明治二八年七月二日刑錄一輯三四頁、同旨、同明治三二年五月一九日刑錄五卷五輯七〇頁参照。