

Title	贓物罪と本犯との関係 (二・完)
Sub Title	Das Verhältnis der Sachhehlerei zur Vortat (2)
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1961
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.34, No.8 (1961. 8) ,p.20- 51
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19610815-0020

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 (二・完)

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 (以上本誌三三卷四號)
- 四 本犯關與者 (本犯の共犯者) と贓物罪の行爲者性の問題 (以下本號)
- 五 贓物罪行爲の個別的考察 (附 補足的考察)
- 六 むすび

四⁽¹⁾

贓物罪の行爲主體に關しては、とくに、本犯主體との關連で、本犯關與者が併せて贓物犯人たり得るかどうかについて問題とされ、從來はドイツの學說、判例も、又わが國の學說、判例も、ともども本犯の單獨正犯者及び共同正犯者は、贓物犯人たり得ないが、本犯關與者とは云え、教唆者及び幫助者は贓物犯人たり得ると解する點で一致していた。⁽²⁾しかし乍ら、すでに拙稿 (判例研究)⁽³⁾ において指摘したように、ドイツでは、戦後、一時、連邦裁判所 (刑事第二小法廷) がライヒ裁判所の判

例（同時に通説でもあつた⁽⁴⁾）を覆えして「他人を教唆して重い窃盜を行わせ、かつ、教唆に際して、贓物の分け前に與る意圖をもつていた者が、窃盜犯人から獲物の分け前を受けとつた時、彼は單に重い窃盜の教唆としてのみ處罰されるべきであつて、（重ねて）贓物犯としても處罰されるべきではない」とし、他方窃盜の幫助者については教唆者とは區別して「窃盜の幫助をした者は、盜んだ物について贓物罪をも犯しうる⁽⁶⁾」としたことが學說にも大きな影響を興えたが、間もなく連邦裁判所の刑事大法廷は、決定をもつて右の判例を覆えして、再度ライヒ裁判所の判例の立場に立ち返るといふ興味ある經緯を經ており、學說も後に見るようにこの判例の變更に強く影響され乍らも中にはウエルツェルのように必らずしも連邦裁判所の見解には同調せず、依然として最初から獲物に關與しようと思つていた教唆者及び幫助者の場合は、本犯の教唆及び幫助と贓物罪とは想像競合であり、その他の場合には實體的競合⁽⁹⁾とするものもあり、ライヒ裁判所の判例が確定して⁽¹⁰⁾いた當時でも、判例の立場に同調するいわゆる通説の他にも意外に多くの、しかも有力な學者によつて異説が唱えられていた⁽¹⁰⁾點に徴しても、この問題はかなり疑義の多いことがわかるし、又わが國の場合、後に見るように、ドイツとは實定法上刑の點で相違するので、とくに論ずべき必要があるように考へる。

從來のドイツ及びわが國の判例並びに通説によれば、本犯の單獨正犯者及び共同正犯者は、原則として贓物犯人たり得ないが、本犯の教唆者又は幫助者は贓物犯人でもあり得ると解されている。ドイツでも我が國でも、現行法上、贓物罪の行爲主體については何らの制限もないが、構成要件の解釋上、盜犯等の本犯者が、犯罪によつて得た物を自らの手中に納め、これを運搬し、保管する等のことは（これらは本來刑法上獨立して可罰的とされた行爲ではあるが）、當然に本犯行爲に隨伴する行爲であり、従つて、それらは、盜犯等の本犯の構成要件上當然に豫期され、包括して評價すみのものであつて、本犯について刑事責任を問う以上、重ねて評價する必要のない、いわゆる不可罰的事後行爲とされるのである。贓物故買、牙保罪については、行爲の性質上、單獨正犯者はこれを犯し得ないから、問題外である。ただ例外的に、單獨の本犯者が、すでに本犯行

爲によつて得た物を處分してしまつた後に、他人によつてその物が更に處分される際に、これに關與した場合であつて、しかも當該物が未だ贓物性を失つていないというような場合には問題の生ずる可能性がある。ドイツではこの場合には「本犯の正犯者は贓物犯人たり得ない」という原則の例外だとして⁽¹²⁾いる。わが國ではこの點に關する判例は私の知る限りでは見當らず、學說もこれに觸れたものがない。それは、一つにはこのようなケースが稀有なことの證左でもあろうが、反面本犯の正犯者は贓物犯人たり得ないという原則が貫かれているのもあろう。しかも、これは私個人の全くの獨斷かも知れないが、ドイツの場合と異つて、わが國では、贓物性を裏づける本犯行爲が「財産犯罪たるべき行爲」に限定され、その限りで本犯と贓物罪とは同種のものとして理解されていることも、無意識裡に本犯について重ねて贓物罪の成立を認めることを限定する根據となつていゝるのではなからうか。つまり、本犯と贓物罪とが同種のものであれば、一方が成立すれば、他はこれに吸收され、包括的に、評價しつくされる(不可罰的事後行爲)と解し易く、これらが互に異種のものであれば、一方の成立は當然に他方の成立を阻却することにはならず、従つて併せて處罰する餘地がある程度殘されることにもなるやうなものである⁽¹³⁾。しかし、不可罰的事後行爲の範圍を廣く認めるとは云つても勿論無制限ではないであらう。この點についてドイツでは明らかに、不可罰なのは本犯に接續する贓物罪(anschließende Hehlerei)とされているが、わが國ではそのやうな明確な限界は示されていない。「不可罰的事後行爲」の概念は具體的に必らずしも明確とは云い難い⁽¹⁴⁾が、「事後行爲」という用語自體のもつ限定はあるであらう。従つていつたん他人に賣却した贓物を後に買ひもどしたり、又は賣却の斡旋をしたりするのはもはや不可罰的事後行爲の枠を逸脱したものと云うべきであらう。又、共同正犯者の場合は、多少の金錢的授受があつても利益の分配にすぎないと解せられるから、終局的な分配の時までは贓物罪は問題とならないが、分配後の行爲については贓物罪の成立を認める可能性がないではない⁽¹⁵⁾。しかし何と云つても、正犯者の場合は、單獨正犯にせよ共同正犯にせよ、贓物罪の成否が問題となるのは極く限られた範圍においてだけであることは明らかである。

これに反して本犯の教唆者及び帮助者の場合はむしろ原則として赃物罪の成立を肯定するのが多数である。

さて、正犯關與者について赃物罪の成否を考へる場合には、思考上次の四つの立場が可能であろう。即ち、

- (1) 正犯者共犯者ともに原則として赃物犯人たり得る。
- (2) 前説とは反對にすべて本犯の關與者は赃物犯人たり得ない。
- (3) 正犯者は原則として赃物犯人たり得ないが、狹義の共犯者は教唆者、帮助者の何れも赃物犯人たり得る。
- (4) 正犯者について赃物罪の成立を否定する（原則として）他、狹義の共犯者の中とくに教唆者についてはこれを否定し、

ただ帮助者についてのみ可能と解する（これと反對に帮助者についてはこれを否定し、教唆者についてのみ肯定することは論外といへべきであろう）。

しかし、第一の見解は、前述の通り、正犯について可能な赃物罪の行爲が構成要件の解釋上極めて限定され、むしろ例外的な場合に限つて可能であり、これを認める時は正犯同志の間に處遇上の不均衡を來すという意味で採用できない。

第二の見解は、いわゆるドイツの舊説の採用するところであるばかりでなく前にも指摘したように、近年ヘルムート・マイヤーも亦その正當性を肯定しており、又ひるがえつてわが國でも、かつて故草野教授は独自の共犯共同一體論の立場から「各正犯者は共同正犯たると教唆犯たるとを問はず、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「竊盜を教唆して、贓物を買受けたる者には、竊盜教唆一罪の成立を認めれば足り、且それで十分である」と⁽¹⁷⁾とされている。

前述のように、第一の見解が採用不能とすると、残された諸見解の中では最も理論的に一貫した見解と云えよう。正犯にとつては原則として不可罰的な事後行爲が、共犯（狹義の）にとつては反對に、原則として可罰的行爲とされるのは、一見、割り切れない印象を與へることは否めない。しかし、純理論的な推論は別として、實定法上、刑法二五六條の主體について

は、法は何らの制限をも附していないけれども解釋論上、先に見た通り、正犯は構成要件上原則として贓物罪の行爲主體とはなり得ないが、狹義の共犯者についてはこれが可能であり、更に、本説のように本犯に關與したすべての者に贓物罪の成立を否定すると、本犯に加功しない單純贓物犯よりも、本犯に加功し、かつ、贓物罪を犯した者の方が刑が輕くなる、という不都合な結果を來すことになる。

次に本犯の正犯者と共犯者との科刑を比較衡量して、第四説のように、正犯については、すでに、正犯の刑自體に事後行爲についての評價も含まれているものと解するだけでなく、教唆者も實定法上(わが刑法六一條一項、ドイツ刑法四八條二項、スイス刑法二四條等)正犯者と同一の刑によつて處罰される限り、正犯者がそうであつたように、教唆者の事後行爲も亦すでに本犯教唆の刑の豫定するところであつて、その點で本犯者と何ら徑庭がない。即ち、正犯者自身そうである場合には、共犯者の場合も亦事後行爲についての刑罰は、主たる犯罪の刑罰に含まれなければならない、ということ根據として、教唆犯には贓物罪の成立を否定し、幫助犯については、正犯よりもその刑が減輕されることから、ここでは本犯成立後の事後行爲については評價ずみとは云えないから、この者については本犯の幫助と併せて贓物罪の成立を認めることも、理論的には決して不可能ではないばかりでなく、前述のようにドイツ連邦裁判所も一時同趣旨の判例を示しているし、又教唆犯について、本犯と同様贓物罪の成立を否定することはスイスでもルツェルン州の高裁の判例にこれを見ることができ⁽¹⁸⁾る。しかし本犯行爲への關與(19)(共犯)の他に贓物罪の成立を認めるときは、これら二者の關係は、實體的競合 (Realkonkurrenz) ドイツ刑法七四條) 又は併合罪(わが刑法四五條)とするのが一般であるから、わが刑法のように一般の財産犯罪 (本犯) よりも贓物罪の刑の方が重く規定されている場合は勿論、そうでなくても、等しく本犯に共同加功しながら、むしろ本犯を誘發し、指導的役割を果した、情狀の重い教唆者よりも、單に消極的役割を果したにすぎない幫助者の方が刑が重くなるという不合理な結果となり、これまた解釋論として採用できない。

最後に通説、判例のとする第三説が残るが、再三述べたように、この見解は決して論理的に一貫したものと云えない。赃物の收受——場合によつては故買でさえ——が、本犯の教唆者、幫助者にとつて、本犯者間の分け前とどうして區別されなければならないか？ 又赃物運搬、寄藏、故買、牙保も本犯の幫助行為の一連の行為とは解されないか等々疑問は多く残される。とくに本犯（正犯）と同一刑で處罰される教唆犯について多くを語りうるであろう。その意味でドイツ連邦裁判所の一時期の判決の意圖も理解できないではない。

何れにしても、どの見解をとつてみても、些かの疑念の餘地もない程解決し得る問題でないことだけは明らかであろう。これは一つには、赃物罪そのものが歴史的・現實的存在として複雑な性格を有すること、又現行刑法が赃物罪を獨立罪とするに當つて、その本質についての洞察と把握に曖昧さを残し、獨立の利慾的な性格を重視する反面、物的庇護罪の要素をなお拂拭できず、同一條文の下にむしろ異質的とも見られる行為が併列（一項と二項）されていたり、刑が本犯よりも加重されているなど、赃物罪そのものの性格と立法的措置との關係も大きな問題ではあるが、今一つ、この問題の解決にはどうしても「不可罰的事後行為」と稱せられる概念の具體的な説明が必要のようである。しかし、この點は本稿の直接の課題ではないので今後の研究に譲りたいと思う。

本節においては、最後に罪數論にふれなければならないであろう（もつとも罪數論とは云つても、ここでは、本犯關與者が赃物罪を犯した場合に限定し、赃物罪に關する一般的な罪數の問題については後日に譲ることにする。尙、この點については實は拙稿・前掲判例研究において多少論じておいたので併讀されたい）。

本犯關與者が行為主體である場合の赃物罪の罪數の問題は、赃物罪の獨立性を強調する立場では、兩者はそれぞれ獨立個の犯罪として罪質を異にし、しかも時間的序列を異にするという理由から併合罪をもつて論ずることにならうし、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立場からは牽連犯ないし包括一罪をもつて論ずることにならう。⁽²⁰⁾

わが國の判例は窃盜教唆と故買⁽²¹⁾、窃盜教唆と寄藏⁽²²⁾、窃盜教唆と牙保⁽²³⁾、窃盜幫助と寄藏⁽²⁴⁾との間に一貫して併合罪の成立を認め、ドイツでも通説、判例は實體的競合⁽²⁵⁾とする。

しかしわが贓物罪の刑が強盜を除いて窃盜等本犯たるべき一般財産罪の刑よりも加重されているのはすでに盜犯等の本犯を幫助、誘發する性質がおりこまれてゐるからだと見てよいであろう。そしてこの點だけを重視するならば、本犯の教唆者又は幫助者が贓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一罪とは云えその實質が數罪であると解するよりも包括一罪として即ち贓物罪一罪として處斷されるべきだと論ずることにならう。しかしながら贓物罪が本犯を幫助し、誘發する性格を規定の中ですでにおりこんでゐることを強調しすぎて、常に贓物行爲を犯した本犯の教唆者及び幫助者について包括的に贓物罪一罪をもつて論じようとすることは刑の重さからの推論とすれば本犯が強盜又は強盜致死傷の場合不都合を來すし、刑の輕重の比較から、通常の、本犯よりも贓物罪の方が刑が重い場合には贓物罪のみが、本犯の方が刑が重ければ本犯だけが成立するのでは論旨が一貫しないし、包括的に贓物罪一罪のみで論ずることになると現實に犯人は強盜盜の前科のつくのを嫌うことを考へ併せると多分に疑問としなければならぬ。又牧野博士、故草野教授のように本犯の教唆幫助一本で處罰することになると強盜以外の一般の財産罪たる本犯の方が刑が軽い關係上解釋論上不都合と云わなければならぬであろう。牧野博士はこの點を熟慮されてこの場合には窃盜一罪ではあるが「懲役刑の外に罰金刑を科することが出来ると思ふ⁽²⁶⁾」とされるが、具體的にはなるほど妥當な結論のように思われるが、窃盜の單純一罪としながら何故に法定刑以上の刑罰が妥當するのか理論的な根據は必ずしも明らかではなく、この結論を導くためにはむしろ處斷上一罪とする方が理論構成として無理がないように思われ、その具體的に妥當な結論に敬意を表しながらも賛成しがたいものがあると云わなければならない。

數罪說の中常に併合罪又は實體的競合を認める立場は本犯の刑に比べて重すぎると云わなければならないであろう。⁽²⁷⁾ 又處

斷上一罪説の中、想像競合説については本犯を教唆、幫助する行爲と贓物罪の行爲とは一般に同時的に行われるわけではないから、たとえ、犯意は單一であつたとしてもこれをひろく一所爲數法と解することはできない（但し後出三八頁で論じているように、贓物牙保の特殊な場合に限つて例外的に筆者もこれを認める。なおドイツで前に見たように刑法學者として有力な二人、即ちメツガーが全面的に、ウエルツェルが部分的にこれを認めるのは、ドイツにはわが國の牽連犯に當る規定のないことも考慮しなければならぬであらう）。

結局、本犯への教唆、幫助行爲が完了して後になつて始めて贓物犯としての利慾的故意を生じた場合には外部的客觀的な行爲だけではなく、内部的にも共犯加功の故意とは全く異つたもので、本犯加功とは完全に獨立した行爲と見るべきであるから、この場合に併合罪を以つて論ずるのは當然であるが、多くの、始めから贓物關與の目的をもつて本犯へ加功し、かつひきつづき贓物罪を犯した場合には原則として牽連關係を認めるのが最も妥當であらう。⁽²⁸⁾

(1) 本稿(2)發表後、スイスの Dr. Raymond Lecroq : Die Abhängigkeit einer strafbaren Handlung von einer anderen strafbaren Handlung im speziellen Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches, 1959. に接した。本書は著者のディセルタチオンとして執筆されたもので可罰行爲の從屬性と云つても、スイス刑法各論の問題として扱われているのであるから、主として本犯と事後犯との關係が扱われ、中でも贓物罪の問題に最もウエイトを置いて論じられている。又文献の引用も極めて豊富で、スイスだけでなくドイツの學界の現状を知るにも大變便利である。

結局レクロクは、贓物罪が本犯として必要とする「可罰的行爲 *strafbare Handlung*」は外部的な構成要件の事實上の充足で足りるとするトルマン・フォン・オーヴァーバック (Thormann-von Overbeck) を除いてはスイスでは一般にエム・ユー・マイヤーのいわゆる制限從屬形式の概念における行爲と解されていることを論證し (三九頁以下)、だがこの立場に立てば本犯行爲が故意に行われたときにのみ可罰的とされる場合に、本犯者が過失で行爲したにすぎない (本犯者は法律上完全に無罪) 場合にもこの無罪の本犯行爲 (Vorfall) の場合本犯という言葉自體おかしい。むしろ文字通り前行爲と譯した方がよいかも知れぬ) を續行する (weiterführen) 行爲を、違法な財産状態の維持という理由で處罰しなければならなくなつて不都合であると説いて、結局本犯行爲は單に違法に行われただけではなく、又故意 (もつともこの場合の故意は自然的故意を意味する) に行われたものでなければならぬ (六一頁、六八頁等)

が、しかしポツケルマンの主張するように違法性の意識までは必要ではなく、贓物罪における本犯への從屬性は共犯の從屬性と同じ程度である(六八頁)。しかしこの結論はとくに目的的行爲論を出發點としてひき出されたものではなく、通説の犯罪構造によつて得たものだとされている(七六頁)。本稿(1)で述べたところと近似していることを驚かされたのでも、この紹介をかねて附言しておく。

(2) エントンの判例としては RGSt. Bd. 51, S. 100, Bd. 72, S. 328, BGHSt. Bd. 5, S. 378 m. Anm. BGHSt. Bd. 7, S. 134, Bd. 8, S. 392 usw. 又學說としては Jagusch; Leipziger Kommentar (LK.), Anm. 6, Maurach; Besonderer Teil, (BT.) 2. Aufl. 1956, S. 331, Welzel; Das deutsche Strafrecht, 7 Aufl. 1960, S. 339, Mezger; StUB. II. BT. 6, Aufl. 1958, S. 157, Kohlrausch-Lange; Strafgesetzbuch, 41. Aufl. 1956 usw. わが國の判例については拙稿「贓物牙保罪の成立要件と窃盜幫助(以下拙稿・判例研究と稱す)」法學研究三三卷九號七二頁参照。學說としては青柳・刑法各論九一頁、小野(清)・新訂刑法講義各論二八三頁、瀧川(幸)・刑法各論一五〇頁、團藤・刑法(改訂版)三六九頁等々。

(3) 前掲註(2)参照、法學研究三三卷九號六六頁以下。

(4) ノランタは通説として以下のものをあげてゐた。Merkel; Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, herausgegeben von v. Holzendorff, Bd. 3, S. 745, Oppenhoff; Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl. herausgegeben von v. Holzendorff, Bd. 3, S. 2, Allfeld; Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1922, S. 496, Schwarz; Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1914, 7. v. Liszt=Schmidt; Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 25. Aufl. 1927, § 147, vgl. Frank; Kommentar, 18. Aufl. S. 578.

(5) BGHSt. Bd. 2, S. 315 一九五二年五月六日第二小法廷のこの判決は「理由中で次のように論じている。「ライヒ裁判所の判例によればなるほど本犯の教唆者も、幫助者も等しく、本犯者が盗んだ物を受けとつた時には贓物罪のかたでも處罰されるべきである(RGSt. 73, 322)。この見解はライヒ裁判所刑事判例集五卷三八二頁中で以下の原則によつて基礎づけられている。即ち「このことは刑法典の體系における、獨立の犯罪としての贓物罪の地位から生ずる」。この理由づけは納得できない。横領も器物損壞も獨立の犯罪行爲である。だが盗んだ物を利用し(verwerten)もしくは毀損した窃盜犯人は刑法二四六條(横領罪、筆者註)又は三〇三條(單純な器物損壞罪、筆者註)によつて處罰され得ない。刑事判例集八卷三七一頁においてライヒ裁判所は「窃盜罪の本質は違法な領得の中にあり、窃盜罪の刑罰はそれ故に亦通例奪取に結びついている領得意思の實現に對して科せられるのである。しかし教唆者が贓物を利用することは教唆の本質に屬さないと(上述判例は)云う。しかしこの理由づけも亦はつきりしない。窃盜犯人が奪取した物を利用するとき、彼は盗んだ意圖を實行するのである。従つてその利用が新しい法益を侵害しない限り不可罰的事後行爲である(RGSt. 39, 239 [244]; 62, 61; 67,

70 [76] ; 73, 322)。それは、教唆者が正犯者を窃盗へ決定するに際して（つまり窃盗を教唆するに際して、筆者註）、盗もうとするもの分け前に與る意圖をもつていた場合には常に同じである。彼が窃盗犯人から獲物の分け前を受け取つたとき、彼は常にただこの意圖を實現したにすぎない。この場合にはそれ（意思）が犯罪行為から利益を得ようと目ざしている限り、教唆者の意思と正犯者の意思とは一致している。従つてその限りに於いて異つた判断は正當とは認められない。……窃盗教唆者が常に窃盗犯人と同様に處罰されるべきかどうか、例えば最初から意圖したように、利益の分け前で職業的贓物罪を犯した時にも窃盗犯人と同様に處罰されるべきかどうかは當該事件においては決定する必要がある。……」

(9) BGHSt. Bd. 5, S. 378. 一九五三年二月四日第二小法廷の判決である。その理由中で次のように論じている。「これらの聯邦裁判所の判例（本犯幫助者について贓物罪の成立を否定した判例をさす、筆者註）の考量は物の支配に直接關心のない、又直接の領得意思を持たない窃盜幫助者には該らない。窃盜の共同正犯者及び教唆者について贓物罪の不可罰性が不可罰的事後行為の概念から展開されたのは正しい。共同正犯者及び直接窃盜の利益の分け前に與らうとする教唆者は、最初の行為によつてすでに、最初から持ち合せた領得の意思は、窃盜罪の刑罰によつて捉えられて、物についての事後の處分はただ單に、すでに罰せられた領得の意思の實現と見なされ、無罪とされなければならないほど、盗んだ物と直接外部的關係に入る。……窃盜幫助者は通例ただ本犯者から後に派生した取得を可能にしうとするだけで、すでにそれ自身後の取得は初から持ち合せた領得の意思の單なる實現と見なされるほど物と直接外部的關係に入るのではない。彼は通例故買又は「自己の手に收める」ために新しい故意をもち、この新しい故意にもとづいて始めて物と固有な關係をつくり出すであらう。窃盜の共同正犯者でさえ、窃盜の利得物を分配した後に始めて新しい故意にもとづいて他の共犯者に分配された物をわが物にすれば、再び窃盜又は贓物罪のことで處罰せられうる（BGHSt. 3, 191）。本犯への幫助と同時に贓物罪を獨立に處罰することは従つて前述の條件の下では正當である。」本文に示したように、「ドイツの學説はこの判例を本犯幫助者を教唆者から區別して、教唆者の場合には重ねて贓物罪として處罰されることかないが、幫助者の場合には贓物罪としても處罰されうるとした判例として扱っている。例えは Kohrausch-Lange ; a. a. O. S. 513, Maurach ; Bf. 1. Aufl. S. 294, 2. Aufl. S. 331, Nagler ; LK. 7. Aufl. § 259 VII, Schönke-Schröder ; Strafgesetzbuch, Kommentar, 8. Aufl. 1957, S. 913. しかし前註 (9) に明らかたように、教唆犯につき贓物罪を否定したのも教唆犯については「常に」否定する旨を積極的に判示したのではなく、幫助に關する本判例も「前述の條件の下では本犯への幫助と同時に贓物罪を獨立に處罰することが正當である」としてしているので、幫助ならば常に贓物罪が成立するとはでないことは、連邦裁判所の、本犯幫助につき贓物罪の成立を否定した判例をあげ乍ら別にこれを非難することなく、それと當該事件とは事情が異なるのだと云つている點から見て、果して本犯教唆者と幫助者とを本質的に區別して全く別異のものとして取扱つたものと云ふ

るか、疑問に思ふ。

- (7) この間の事情はライプツィガー・コンメンタールの七版と八版、マウラッハ前掲書一版と二版の比較によつて明らかであろう。
- (8) BGHSt. (Gs.), Bd. 7, S. 134, Bd. 8, S. 390.
- (9) Weizel; a. a. O. S. 339.
- (10) 例えは通説をやや制限するものとしてエンデニングは「正犯者が最初から教唆者のために財物を得た場合には、その教唆者は收受 (Ansiehbringen) によつて贓物罪を犯すとはならない」と (Binding; a. a. O. Bd. 1, S. 391) マルフェルト亦同様であり (Allfeld; a. a. O. S. 496) 又リスナー・エーニツ「ゲルランズも亦類似の制限を加える (Liszt=Schmidt; a. a. O. § 147, Gerland; Deutsches Strafrecht, 1922, S. 539) 他 v. Kries; ZStW. Bd. 7, S. 565, Köhler; Gerichtsaaal, Bd. 61, S. 110, v. Bar; Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2, S. 828, Gudewill; D. Delikt der Partiererei, 1909, S. 113 等は本犯に關與した者は、その贓物罪のかわりて處罰せられ得ない」と「更ニローヌは幫助犯については別だが教唆犯によつてのみ贓物罪の成立を否定してゐる。Vgl. Lobe; LK. 4. Auf. 1929 (但し以上フランクの前掲書による)。フランクも基本的にはこの本犯の共犯について贓物罪を否定する立場に賛成し「本犯が財産犯罪でない(ごく稀な)場合のみ本犯の共犯者は贓物罪の觀點の下にも處罰されることが正當とされる。なぜならその場合には、(本犯の) 共犯者としての處罰はまだ行爲の財産權的側面に關して行われたのではないから(従つて財産犯罪としても併せて處罰することを妨げない)」と説じてゐる。Frank; a. a. O. S. 579.
- (11) もつとも、本犯については、後に本文で見えるように、財産犯にあたる行爲に限定する(わが國の通説)か、財産權の侵害を内容とする限り、必ずしも財産犯罪に限定されない(ドイツの通説)と解するか、彼我に相違はあるが……。
- (12) 例えは Maurach; a. a. O. S. 331.
- (13) 現に「フランクも、本犯が財産犯でないごく稀な場合にのみ、本犯は重ねて贓物犯として處罰され得るとしている點については前註(10)参照。
- (14) 事後行爲が可罰的か不可罰的かは通常新たな法益侵害の有無で區別されるが、例えは、貯金通帳を窃取し、更にそれから貯金を引き出す行爲は、贓物の換價等の處分行爲同様、不可罰的な事後行爲として窃盜罪の構成要件によつてすでに評價済みとされる(大判明治四四六一頁)か、それとも新たな法益を侵害するものとして別罪(詐欺罪)に問われる(最判二小昭和三五・二二二頁)か、わが國の判例にも變更のあつたことだし、又窃取後の毀棄行爲は別罪とはならないとされるが、公・私用文書を窃取後毀損する場合にも同様に云えるかは疑問である。このように不可罰的事後行爲と一概に云つてみても個別・具體的にはかなりアイマイなものがある。なお不可罰的事後行爲について

44 Welzel; a. a. O. S. 206, Schönke-Schröder; a. a. O. S. 411 等参照。

(91) BGHSt. Bd. 3, S. 192. エマンの著述の多くは引かれて賛成する。例えは Maurach; a. a. O. 2. Aufl. S. 331, Schönke-Schröder; a. a. O. 9. Aufl. S. 954, Welzel; a. a. O. S. 339. usw. これに反して全く否定するもの RGSt. Bd. 34. S. 304, Bd. 54, S. 32, Kohrausch-Lange; a. a. O. S. 512.

(16) うわゆる舊説としては通常クラーとパールとが擧げられる。例えは Köhler; a. a. O. S. 120f. 60f. v. Bar; a. a. O. Bd. II, S. 828f. は「贓物罪の基本的性格から」本犯は「贓物犯人にとつて」いかなる意味においても無關係な人でなければならぬ」とつづる。そして「ルムート・マイヤーは」連邦裁判所五二年一〇月二日の判決に對する註釋の中でこの見解のみが立法者の歴史的意識にふさわしいのだと評してつづる。Vgl. H. Mayer; JZ, '53, S. 86. なお舊説の主張者については前註(10)を参照された。

(17) 草野・爆發物取締罰則第八條に依る告知義務の範圍「刑事判例研究卷二」二四九、二五二頁。

(18) 前掲註(9)参照。

(91) Obergericht des Kantons Luzern, Urteil vom 22. 6. '43, Schweizerische Juristenzeitung, Bd. 39, S. 522. この判例は次のように云つてつづる。「教唆犯にはすでに二四條によつて「正犯者の完全な刑罰(正犯者と全く同じ刑(筆者)が科せられる(treffen)のであるから」教唆犯は贓物犯としても處罰されることはできない」。尙同趣旨のものとしてニュルンムルク高等裁判所の判決もある。Vgl. NJW. Bd. 49, S. 875. 又「學説は「ドイツでは」連邦裁判所の判例が判例集七卷一三四頁によつて舊ライヒ裁判所の判例に逆戻りする途の間」前註(9)の判例を支持する論議が行われたことについては Vgl. Maurach; BT. 1952, S. 294, Schönke-Schröder; Kommentar, 8. Aufl. 1959, S. 913. 更にスイスでも例えはツリガーは「正犯も共犯も」とともに彼等の行爲をいひ違法状態を創り出すのである。彼等は更にこの違法状態の維持のことで處罰されることはできな」Zulliger; Die Hehlerrei nach dem Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, 1933, S. 73. (但し原文を参照し得ずレントロクの前掲書引用によつた)としてつづる。ツリガーは尙本犯の教唆犯についての贓物罪の成否を贓物罪の故意の存在の時点によつて區別し「教唆者が本犯を教唆した時に贓物犯の故意をまだ持たなかつた場合には」本犯の教唆と贓物罪との法條競合を認めるといふ。Vgl. Leatro; a. a. O. S. 136.

(20) 例えは「小野博士は「此の場合にはむしろ牽連犯をなすものと考えべきであらう。」(前掲書二八三頁註(一))とされ、又「牧野博士は「單純なる窃盜罪の一罪である。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。即ち此の意味に於て本件に於て懲役刑の外に罰金刑を科することが出来ると思ふ」(刑法研究二)とされる。更に宮本博士は「贓物罪は前犯と同一の被害者に對する領得罪であるから、盜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贓物について本罪を犯したときには法條競合(擇一關係)として重きに從ふ(四〇三頁)と論じ、泉二博士は「強竊盜等ノ本犯ヲ教唆又ハ幫助シタル者カ其贓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フ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」(四一版九三頁各論)とされる。

(21) この中には單に二罪の成立を認めたもの(大判明治四四・五・二)、竊盜罪への吸收を否定したもの(大判明治四二・三・一六刑録一五輯二五八)、明示的に牽連關係を否定して教唆者が贓物を故買する目的で竊盜の教唆を爲したとしても竊盜教唆と贓物故買との間には手段結果の關係を生じないとしたもの(大判大正一二・五・三二刑集二卷四六八頁)等がある。又最高裁の判例にも竊盜教唆と贓物故買との間には通常手段または結果の關係がなく贓物故買の手段として竊盜の教唆を行つたとしても牽連犯ではなく、兩者は併合罪であるとしたものがある(最判二小・15)。

(22) 大判大正四・四・二九刑録二一輯四三八頁。

(23) 最判二小昭和二四・七・三〇刑集三卷八號一四一八頁。

(24) 最判二小昭和二八・三・二裁判集刑七五號四三五頁。

(25) Frank; a. a. O. 579. しかしウエルツェルは最初から贓物に關與するつもりの場合には想像競合でその他の場合は實體的競合であることや限定的であり(Welzel; a. a. O. S. 339.)メツガーは行爲の全過程を全體として理解し、その中で統一的に處罰の最も重い犯罪のな價値に基いて——つまり實體的競合を否定して刑法七三條によつて、即ち想像競合の意味で處斷しなければならぬと説いている(Mezger; a. a. O. 6. Aufl. 1938. S. 158)。尙ドイツの實體的競合 Real Konkurrenz 4 Asperationsprinzip (加重主義)をとる點でわが國の併合罪とはば同一であるが、法定刑の加重ではなく、宣告刑の加重であることに注意しなければならぬ。

(26) 註(20) 参照。

(27) 正犯と處斷上同一に扱われる教唆犯についてはとくに二重處罰となるから不當だという論議がドイツで提起された(拙稿・判例研究七三頁参照)が、この點につきレクログ前掲書は「共犯處罰の内部的根據は、共犯者か正犯者を責任と刑罰へ導いたことにあるのではなくて、彼(共犯者)が社會的に堪へかたい、違法な行爲を誘發し、若しくは促進したことにある」とするウエルツェルやシェーンケに對してスイス連邦裁判所の判例によればスイス法ではそう云えないのであつて、教唆者は單に犯罪を惹起したとかでのみ處罰されるのではなくして、とりわけ、他人を責任と刑罰へ導き、少くとも彼の故意に應ぜしめたが故に處罰されるのであるという、いわゆる責任共犯説もしくは毀損説(Korrumpierungstheorie)の立場から、本犯の教唆者の刑は本犯者自身と同一量ではすまされず、實體的競合の法則の適用によつてより重く處罰され得ることの正當化にふれているのは注目される。Vgl. Leeroq; a. a. O. S. 138.

(28) 拙稿・前掲判例研究七六頁はこのような限定なしに、一般に牽連犯と解するのを適當としたが、本文の趣旨に限定變更したい。

五

次に、わが國の贓物罪の個々の行爲につき、本犯との關連においてとくに問題となる點を考察することにしよう。

まず二五六條一項の收受の場合、前にも指摘したように、専ら本犯の利得の分け前に與る行爲であつて、第二項の故買とは區別されて無償で取得する場合に限られることに異論はない。又この場合には、本犯は、勿論、既遂に達したことが前提となるが、既遂時は一般に論ぜられるように、本犯が横領罪の場合を除いては格別の問題も生じないように思われる。ただ賣得金、又は本犯の得た利益(盜品)を換價して得た金員で購入した品物の收受が贓物收受罪となりうるかどうかにつき、ドイツではいわゆる *Ersatzheherei* (代物贓物罪、適譯とも思われず、そうかと云つて他に適譯も思いつかないので以下原語のままとする) の問題として、學說、判例の争うところであり、メツガー等はこれを肯定し、又、わが國でも明治初期の、律令系の新律綱領(明治三年)、改定律例(明治六年)は賣得金を贓金として、知情の上貰い受ければ贓物收受罪が成立するものとしており、これに關する判例⁽¹⁾(大判明治一二・六・三〇刑錄明治一二二年自五月至六月一〇七二頁)もある。しかし今日では贓物は犯罪行爲によつて直接得られた物自體、又はその單なる原形の變更——加工——に止まる程度のもの、つまりは贓物が同一性を失わない限度において贓物性が認められ、同一性を失つた場合にはも早贓物とは解せられない。従つて賣得金、又は窃取した金員によつて購入された品物は贓物とは云えず、これらを情を知りながら收受、故買、寄藏等の行爲をしても別に贓物罪は成立しない、⁽²⁾ ということになる。ドイツにおいても、通説とされる維持説は大體右と同様で、*Ersatzheherei* は一般には否定されている。⁽³⁾ しかし利用説 *Ausbeutunglehre* の立場⁽⁴⁾からはこれが認められ、*Ersatzheherei* をめぐる論議はなおさかんに行われているが、わが國ではとくに論ぜられないので、本稿では省略することとする。

次に二項記載の諸行爲については一項の收受に比し、いろいろな問題點を指摘することができる。

まず、**運搬**については(寄藏についても問題となりうるが)本犯の共犯、とくに承繼的共同正犯乃至幫助犯の成立と、贓物運搬との限界づけという困難な問題が生ずる。この場合、宮崎教授が明らかにされたように、犯罪既遂後にもいわゆる「餘剩行爲」⁽⁵⁾と認められる本犯の行爲に對する共犯も可能だとすれば、例えば空巢に入つた者が首尾よく金品を得て戸口まで出た時に家人が歸宅し、盗品を取り戻されそうになつたとき、たまたま附近を通り合せた友人が、情を知つて、その窃取を確實にする爲に、犯人から金品を受け取つて逃走した場合、伐採した立木を山林から搬出した者等については、窃盜の共犯として論ずべきであつて、贓物運搬罪が成立するのではない、ということにならう。本犯に對する共犯なのか、それとも本犯にとつては不可罰とされる事後行爲に對する共同加功としての贓物罪なのかという區別は、不確實な所持の侵害を確實にする行爲か、それとも單なる違法状態の維持に止まるか、によつて爲される、と一般に説かれる。しかし、ここでも明らかなように、これは、贓物罪の本質について維持説をとることを前提としたものであり、この點について、事後從犯説、間接領得罪説等をとる場合には、その區別がますます困難となるおそれがあり、又餘剩行爲という概念を認めたとしても、既遂前の行爲と既遂後のいわゆる餘剩行爲とが法的に同一評價の付せられる場合よりも、むしろ、兩者の法的評價を異にする場合の方が重要であることを思うとき、とくに本犯既遂後の加功について獨立の評價をしようとする法の趣旨にかんがみ(ことに贓物罪の場合は、その刑が本犯の刑よりも加重されているだけに)、解釋論としては疑問が残るようである。

以上の點を除外すれば、運搬行爲それ自體については、本罪に未遂罪の規定のないところから、どの程度の運搬を必要とし、かつ、充分とするかの問題はあるが、現實に運搬と見られる行爲がありさえすれば、目的地まで運搬した事を要しないことは明らかであり、又場合によつては被害者宅への返還運搬であつても贓物運搬罪が成立するという判例⁽⁶⁾(最判三小昭和三一八六六頁)も肯定される。

寄藏行爲についても、現實に贓物と知りつつ、或いは後になつてこれを知りながら收受し、保管し、善意の第三者に保管させ、又は保管を續けることで成立する。その行爲の有償、無償を問わないことはすでに學說、判例の一致したところで、もはや疑問の餘地がない。ただ、寄藏の後に受寄者が贓物を領得した場合に、横領罪が成立するかどうか疑問となるが、贓物寄藏罪一罪のみとするのが判例である。⁽⁷⁾横領罪は、窃盜罪と異り、所有權に對する侵害であるから、贓物のように保護されるべき所有權の存在しないところには、利益不存在の故をもつて横領罪は成立しない、と解すべきであろうから、判例のこの態度は正當と云うべきであろう。

さて、贓物罪に規定された行爲の中、何と云つても問題となるのは故買と牙保である。

贓物故買罪については、賣買契約の成立のみで足りるのか、現實に目的物の授受までも必要なのかにつき、判例は舊刑法當事賣買の約定のみで未だ目的物の引渡しのない場合にもなお贓物故買罪の成立を認め⁽⁸⁾たが、後にこれを改めて、他人の損益計算で行われたか買主自身の損益計算で行われたかどうかを問わない^(福岡高判昭和三一・二・八高裁判集九卷一號六九)し、代金の支拂いはなくとも^(大判大正一二・五・三)、代金協定を後日に譲つても^(大判大正一四・二・二四刑集四卷八六頁)、賣買代金が確定していなくても犯罪の成否には影響がない^(名古屋高判昭和二八・一二・二二)が、ただ單に贓物の賣買を約するだけでは不充分であつて贓物を受領することが必要であるとした。^(高裁判集六卷一三號一八九二頁)⁽⁹⁾

贓物故買罪について「贓物を有償で取得すること」と定義づける限り、當然に現實の授受あることを要するものと解するのが合理的であり、それは、贓物罪の本質を、被害者の、物の回復追求を困難ならしめること、と解する通説とも合致すると云うべきである。従つて、判例が現實に贓物の授受あることを要するものとしているのは、その意味で正當と云うべきである。これに反して、贓物牙保に關する判例は、贓物故買の場合のように論理的とは云えない。

贓物牙保罪は、云うまでもなく、贓物の賣買、質入れ等法律的處分行爲の媒介・周旋をすることであるが、最近の判例に

よれば、贓物の賣買を仲介周旋した事實がありさえすれば、周旋にかかる賣買が成立していない時でさえ贓物牙保罪の成立を妨げないとしてゐる。⁽¹⁰⁾ 贓物の牙保と云つても、現實には、贓物自體を預つた上で幹旋する場合もあれば、運搬の都合等のために、贓物自體は本犯又は第三者⁽¹¹⁾（第三者と云つても、この場合贓物寄藏等多くは共犯關係が認められようが、時）のもとに在るまでこれを幹旋する場合もあり、又、贓物處分の媒介周旋の行爲とこれに基く契約との關係についても、幹旋行爲によつて契約が成立し、現實に贓物の授受も行われるという疑問の餘地のない場合だけではなく、幹旋行爲によつて契約だけは成立したが、まだ實際には贓物の授受はない場合⁽¹¹⁾、幹旋行爲そのものはあつても契約すら成立しなかつた場合、更には、幹旋行爲も、贓物の現實の授受も行われながら、しかも結局契約は不成立に終つてしまつた場合（このような場合は實際には、⁽¹²⁾ まれであらうが）等、いくつかの態様を想定することができるが、その何れの限度で贓物牙保の成立を認めるかは、専ら解釋論に委ねられてゐるわけである。ただ、贓物罪の本質を通説のように、もつぱら「被害者の物の回復追求を困難ならしめ」と解する立場からは、幹旋のみで、まだ現實に贓物の授受のない場合には「被害者の物の回復追求を困難ならしめ」と云えないし、贓物罪に未遂處罰の規定のない以上、よしんば幹旋行爲それ自體に「被害者の物の回復追求を困難ならしめ」虞れは認められるとしても、なお、贓物牙保罪の成立は否定されるべきもののように思われる。⁽¹²⁾ 又かりに百歩を譲つて、行爲者が贓物を本犯から自己の支配下へ移した上で幹旋をするという場合には、贓物の所在を移轉しただけですでに所有者の物の回復追求を困難にしたと云えるのであつて、贓物の授受そのものが場合によつては贓物收受又は寄藏として評價されるのであるから、贓物を受け取つた後に爲した媒介周旋が功を奏せず、契約不成立に終つたとしても、行爲者は贓物牙保としてではないが、他の贓物罪として處罰されるのが相當であるけれども、少くとも、贓物が周旋者の支配下でない場合⁽¹³⁾には、たとえ贓物處分の媒介周旋の行爲はあつても贓物の授受はもとより、契約さえ不成立の場合には、所有者の物の回復追求を困難にしたと云えないばかりではなく、その具體的な危険すら認められないから、右の場合に贓物牙保罪の既遂を認

めるのは、不當と云わなければならない。ことに判例が、贓物罪の本質について通説的立場をとり、贓物故買罪が成立するためには、契約の成立だけでは不充分で、現實の授受までも必要としながら、牙保の場合にのみ、犯人の斡旋行爲さえあれば充分で、斡旋にもかかわらず契約は成立しなかつたとしてもなお贓物牙保罪の成立を妨げるものではない、としたのは、首尾一貫しないものと云わなければならないのみならず、贓物牙保罪は他の贓物罪とは異つて、單獨で（本犯との關係は別として）犯されるものではなく、本來、贓物故買等他の贓物罪の共犯としての性質をもつものが、獨立のものとして構成要件に規定されたと解すべき特色をもつものであるから、贓物罪の本犯への從屬性の他に、いわゆる共犯從屬性の理論はとくに牙保罪の成否について考慮されなければならない、と云えるのではなからうか。その點をも併せ考察するならば、牙保——斡旋——行爲はあつても、未だ賣買契約さえ成立しないということは、一寸視點をかえれば、正犯としての贓物故買罪不成立（構成要件不充足）の場合であつて、共犯（贓物牙保）成立の前提要件を缺くものと云うべきであり、まして、先にも見たように實質的にも、贓物輾轉の危険もないのであるから、贓物牙保の未遂（不可罰）はあつても、贓物牙保既遂とは認められない。この考えをおしすすめると、斡旋の結果買ひとつた者が、實は被害者のために物を返還するつもりで譲り受けたもので、この者については贓物故買罪は不成立とされる場合⁽¹⁶⁾にも、その斡旋の結果として第三者が取得したために、被害者の物の回復追求が困難になるどころか、被害者の物の回復のきつかけが與えられたもので、行爲者の意圖はともかくとして、現行法の下では、結果不發生として、斡旋行爲も無罪とされなければならない。この結論には異論もあろうし、私自身も些か抵抗を感じるが、贓物罪が侵害犯であること、又、共犯從屬の理論をとり、かつ未遂處罰のない以上、論理的コロラリーと云わなければならないであらう。

又實際問題として度々論ぜられた、本犯行爲の着手前に將來贓物となるべき物の賣却方の斡旋行爲が爲され、後にその斡旋の結果として贓物性を取得するに至つた目的物の授受（賣買、質入れ）等が爲された場合の贓物牙保罪の成否の問題を検討

する必要があろう。この點に關して判例は大審院以來一貫してこれを否定しつつ、通説また同様である。しかし、すでに前にも見たように、⁽¹⁶⁾贓物犯人において現實に贓物を占有している事は必要ではなく、その周旋の結果本犯と贓物引受人との間に現實に物の授受が行われた事で充分であるとすれば、⁽¹⁷⁾むしろ今一步を進めて、贓物牙保罪に關する限り、贓物犯人の周旋媒介行爲の結果として、本犯その他の贓物占有者と贓物買受人との間に現實に物の授受が行われさえすれば（事前の斡旋の他に贓物を得た後に斡旋と見られる行爲のあつた場合はもちろん論ずるまでもない）、たとえ周旋行爲の當時は未だその客體が贓物性をもたず、従つてそれだけでは本犯の幫助とは云えても贓物罪は成立しない場合でも、後に、現實の授受があれば、贓物が實現された後の行爲は單に前の斡旋行爲に基づく事實的・機械的な履行行爲にすぎず、何ら仲介的要素を充さないもので、それだけ單獨では周旋媒介行爲とは云えない場合であつても、本犯實行行爲以前に周旋媒介行爲と、後の履行行爲（贓物の授受）とが相俟つて贓物牙保罪が本犯の幫助と想像競合の關係で成立するものと解することができるのではないだろうか。このようにして、贓物罪の絶對要件とされる贓物の先在性ということも、具體的な行爲との關連において、その決定時期にある程度の幅を認めてよいのではなからうか。ただこのように解することは、一方では贓物罪成立の可能範圍を擴張する結果となつて行爲者に不利益を與えることになりはしないかという反論が豫測される。しかしながら、もし犯人が周旋媒介行爲の當時、すでに取引される物の贓物となるべき事情を知り（いわゆる知情の點で缺けるところがなく）かつ、現實に贓物性を取得した客體の授受が、さきの斡旋行爲の結果としての履行として爲された場合には、これを包括的に見て贓物牙保罪の成立をも認める、とは云つても、周旋行爲の後に、本犯行爲が失敗に終り、又は本犯の翻意によつて、客體が結局贓物たり得なくなつた場合には、當然に現實の授受はあり得ないわけであるから、未遂處罰の規定を缺く贓物牙保罪は勿論成立しないのであるから、被告人に不利益な結果になる場合は極めて例外的な場合に限定されるであらうし、のみならず、贓物罪の本質を通説のように「所有者の物の追求權の實行を困難ならしめる」と解する立場においてはもとより、又、前述私見

のように本犯を幫助し、又はこれを誘發する性質を加味して考察する立場に立つても、判例のように契約不成立の場合すら贓物牙保の既遂を以て論ずるのと比較して、一層贓物を輾轉させる具體的なおそれのある點で、さきのような場合に本犯の幫助と贓物牙保罪の想像競合として處罰することの妥當性が根據づけられるのではなからうか。

以上、刑法二五六條所定の贓物罪に關する個別的考察によつて、一應、個々の行爲について、その本犯との關係で問題となる點を指摘し得たことと思うが、更に補足的に、これまで、とりあえず論外におかれていた贓物概念に關し、立法の動向と關連させてしかもなお本稿テーマと關連する限りで考察し、最後にその必要な親族關係が何人の間に存するかにつき争いのある現行二五七條及びこれに相應する改正刑法假案（以下假案と略稱）、刑法改正準備草案を瞥見することとする。

贓物概念は贓物の本質觀と察接不可分の關係にあり、本稿においてもすでに多少はふれたが、前述高田義文判事の研究が詳細、かつ、見事な成果を提供しておられるので、重ねて論ずるまでもないが、その後刑法改正準備草案（以下準備草案と略稱）が公表され、又不動産侵奪罪が立法化されたので、かかる立法の動向との關連で、とくに注意がひかれる點についてふられたい。

贓物の範圍について本犯との關係で問題となるのは、第一に財産罪たるべき行爲によつて得られたものと限定すべきか、それとも財産罪には限らないが、財産權を侵害する行爲によつて得られたもの、とやや限定する（ドイツの通説）か、それも更により廣く、あらゆる可罰的行爲と解する（シェーンケ・シュレダー）か、學說に争いのあることはすでに指摘したが、準備草案三六六條一項は、贓物罪の客體を「盜品その他財産に對する罪によつて得た物」と規定している。この「財産に對する罪」というのは、財産罪に限定する（わが國の通説）意味なのか、それとも財産罪には限らないが財産に對する侵害を内容とする犯罪を意味するのか、必ずしも明らかとは云い難いが、從來のわが國の通説に従つて學說上の争いを斷とうとしてい

るのだとされている。⁽¹⁹⁾ おそらくそう解するのが素直な解釋であらうし、犯罪によつて得た物を一定の條件の下に沒收し得るものとしてゐるわが法制下では、原狀回復の要請の觀點から廣汎に贓物の客體を認めようとするシューンケル⁽²⁰⁾の主張には賛成できないとしても、私見のように贓物罪の本質に通説の認めるものの他に副次的な要素を認める立場では「贓物の範圍を財産に對する罪によつて得た物」だけに限定するのは狭きに失する憾があると云わなければならぬであらう。

次に論ずべきは、**不動産は贓物たり得るか**、の問題である。

ドイツでは強・窃盜、横領の客體は「動産(可動物 bewegliche Sache)」であることが規定されているのに對して、贓物罪の客體としては、單に「財物(Sache)」とあるだけで、「可動の beweglich」という限定がないので、判例⁽²¹⁾、通説ともに不動産も亦贓物罪の客體たりうるものと解していることは周知の通りである。

わが國では、窃盜罪等の客體についてドイツ法のような限定はないので、古くから不動産窃盜、權利窃盜を認める牧野博士が、廣く不動産も權利も贓物たることがあり得るとされるのは當然であるが、牧野博士とは事毎に對蹠的な立場をとられる瀧川幸辰博士もこの點では牧野博士と同趣旨である。財物以外の權利・利益を包含させることについては異論はあるが、⁽²²⁾ 不動産の贓物性を認めることは、不動産も亦財物であり、詐欺・横領等、本犯は不動産についても成立することが一般に承認されている以上、これに對する贓物罪も當然に考えられうることで、むしろ當然と云わなければならぬであらう。高田氏は「文献の多くはこの問題に觸れていない」⁽²⁴⁾ことを指摘しておられるが、この問題はむしろ自明のこととして無意識の裡に處理されたのではないだらうか。⁽²⁵⁾

ともあれ、この問題を正面から論じたものが少ないことは事實であるが、不動産の贓物性をはつきり否定しておられるので注目されるのは小野慶二氏で「不動産は贓物たり得るか。思うに、不動産は所在を移轉することがないし、對抗要件を有するときは、占有者に對していつでも所有權に基いて回復を請求することができる。従つて、贓物罪の本質上不動産は贓物

にならないと解すべきであろう」とされ、又高田氏もやや疑問を残し乍ら、「贓物罪の構成要件的行爲は、その客體が可動的財物であることを前提としていると解すべきではなからうか。運搬は當然にそうである。收受とか、寄藏ということも、財物が可動的であることを示しているように思われる。即ち、不動産については、贈與とか管理ということはあつても、收受とか寄藏ということはなからうか。不動産も物理的には絶対に不可動的なものであると斷定することはできないが、それは特殊例外的な場合であつて、類型的にしかりというわけにはゆかぬ。詐欺、横領によつて領得された不動産を回復するために、訴訟を提起し、立證しなければならぬということは、事實上その追求回復を困難ならしめるものであるが、同時に法律上しかりということができるかどうかは問題であろう。」とされる。しかしながら近來、對抗要件を有する所有者であつても不法な占有者に對して所有權に基く回復請求をすることが極めて困難であることは、多くの事例の示すところである。まして詐欺・横領にかかる不動産が對抗要件すら缺くに至つた場合はなおさらで、「占有者に對していつでも所有權に基いて回復を請求することができる」とは云えない現狀である。よし、回復を請求することは出來るとしても、それは法律上の形式的な可能性にすぎず、現實の實現が甚しく困難でしかも多くの場合かなりの出費（たとえば土地の不法占據者に對しても立退料は支拂わなければならない）を伴うものであるから、回復請求の可能性はまるで繪に畫いた餅のようなものにすぎない。このように贓物罪を所有者の物の回復追求を困難ならしめることを法律上のことに限定し、あるかなきかの僅かな回復追求の可能性を理由に不動産の贓物性を否定することには賛成し難いと云わなければならない。そればかりではなく、通説によれば、すでに繰り返したように贓物とは財産罪にあたる行爲によつて取得された財物と解されているが、財産罪の中、詐欺、横領が不動産を客體と爲し得る事は從來も異論はなく、又刑法上財物の概念はとくにやかましく論ぜられてはいるが、不動産を除外すべき理由はないから、贓物を動産に限定する理由も見出し難い。大審院、最高裁の判例にはこれに關するものはないが、これを積極に解する判例も皆無ではない。⁽²⁶⁾まして從來はむしろ消極に解されていた不動産窃盜⁽²⁷⁾につ

いて、不動産侵奪罪（二三五條の二・昭和三五年法律八五號による追加）が明文化された今日では、右の所論を一層有利にするものと云つてよいであらう。

しかし、右のように論ずることは、贓物罪につき動産と不動産そのものを全く同一視することを意味するのではない。犯罪を類型化する第一の要素は何と云つても行爲の構成要件的行爲であるから、客體としての贓物そのものは動産、不動産の別なく無制限に認められても、行爲の面からの制約がありはしないか、検討されなければならない。贓物罪においては、すでに見たように構成要件的行爲としては收受、運搬、寄藏、故買、牙保の五態様が列擧されている。そしてこれらが客體として動産、少くとも可動の物件（不動産の中でも立木等を含む）を豫定していることも確かであらう。ことに運搬（もつとも、この場合も可動の不動産については可能であるが）については文句なしに、又寄藏についても行爲の性質上可動物のみが客體たりうるものと解せられるであらう。しかし、故買及び牙保は可動物のみではなく、不動産についても可能であるし、又收受も、有償の取得たる故買が可能である以上、無償の取得（たとえば贈與を受けること）も可能であると解すべきであらう。結局、贓物の概念自體としては動産と區別して不動産を排除すべき理由はないが、贓物罪に列擧された行爲との關係で、不動産を客體とする贓物罪の範圍は、動産のそれと比べてかなり限定的と云えよう。⁽²⁹⁾

最後に現行二五七條が親族相盜例の延長として考えられるべきか、それとも犯人藏匿罪のように親族容隱の規定として考えられるべきか、換言すれば**二五七條所定の親族關係**は贓物犯人と被害者の間にあることを必要とする（通説）か、それとも贓物犯人と本犯との間に存することを必要とするかにつき附言しよう。⁽³⁰⁾

この問題につき、現行法は何ら解答を與えていないので、學説には争いがあるが、假案は次のように規定し、何れの場合にも適用されるものとして學説の争いに對し立法的に終止符を打とうとしている。

假案四五二條 前二條ノ罪ヲ犯シタル者ト本犯トノ間ニ直系血族、配偶者、同居ノ親族、戸主、家族又ハ此等ノ者ノ配偶者タル關係アルト

キハ其ノ刑ヲ減輕又ハ免除ス

第四百三十三條ノ規定ハ前二條ノ罪ヲ犯シタル者ト被害者トノ間ニ前項ノ身分關係アル場合ニ之ヲ準用ス

そして今度の準備草案三六八條は假案の右の規定を基本的に承繼して次のように規定している。

準備草案三六八條 第三六六條第一項の罪（單純贓物罪、筆者註）を犯した者と本犯との間に、直系血族、配偶者、同居の親族又はこれら
の者の配偶者の關係があるときは、その刑を免除することができる。

第三六六條第一項の罪を犯した者と被害者との間に、第三五一條（親族相盜例、筆者註）に記載した身分關係があるときは、同條の規定を準用する。

この兩者を比較してみると、1.前者が單純贓物犯だけでなく常習贓物、過失贓物犯にも一定の身分關係さえあればこれを適用し、しかも必要的減輕免除事由としたのに對して、後者は身分關係が刑の免除に至りうべき場合を單純贓物犯に限つて、常習贓物、過失贓物には及ばないものとし、かつ、必要的減輕免除ではなく、任意的免除事由としたこと。2.兩者とも第二項は贓物犯人と被害者との間の身分關係に基づく特別措置を規定したものであるが、前者はその身分關係を一項同様親族相盜例より廣い範圍に認めるのに對し、後者は親族相盜例と同じ範圍に限定している、といった相違は認められるが、先に述べた基調は一致している。現行刑法二五七條を親族相盜例（二四四條）と同一の精神から出た狹義の處罰阻却事由と解し、從つて二五七條が適用されるのは被害者、即ち財物の所有者と贓物罪の犯人との間に身分關係の存する場合であると解せられる小野博士は、この種立法について「改正假案四五二條は右の兩面を併せ規定してゐるが、其の親族容隱と親族相盜との道義上の區別を明かにしない規定に對して私はなほ疑問をもつ³¹⁾」としておられる。確かに、通説のように財産罪として所有者の物の回復追求を困難ならしめることを以て贓物罪の本質と解する限りは、身分關係の存在が行爲の可罰性に影響を及ぼすのは被害者と犯人との間に認められなければならない筈で、その限りでは小野博士の主張は基本的には首尾一貫した

ものと云えよう。しかし、もし親族相盜例を以つて一般に解されているように「法は家庭に入らず」ということから來た一身刑罰阻却事由と解し、窃盜等につき、親族關係は物の所有者、所持者の双方と犯人との間に存することが必要であるとするならば、贓物罪に關しても、むしろ被害者、本犯の双方と贓物犯人との間に必要としなければならないであろう。その意味で二項規定は徹底しないものがあるが、しかし被害者、本犯双方と親族關係のある場合はおそらく稀有の場合であつて規定としては殆んど意味をもたないであろうから、財産罪としての贓物罪が親族相盜例を準用するのは他の財産罪との關連から云つても意義あるものと認められるべきであろう。これに對して本犯との關係を規定した一項の規定は贓物罪の構成が何としても犯人庇護的性格を拂拭しきれない點から云つても、社會現象としての贓物罪の理解から云つても、又私のいわゆる抽象的期待可能性の考慮から云つても、贓物罪に關して身分關係が行爲の可罰性に特殊な作用を發揮するのは本犯と犯人との關係であると云えるであらうし、しかも私見のように犯罪庇護的性格を贓物罪の本質として副次的とは云え、かなりのウェイトをおいて認める立場では、一層理解も容易に、これを支持することができる。従つて小野博士も指摘されたように、親族容隠と親族相盜という本來むしろ異質的なものを同一條文に規定したことはなるほど一見不思議のようであるが、贓物罪の性格の複雑さに對應するもので、贓物罪の、獨立の財産罪として徹し切れぬ、歴史的、現實的性格を如實に示すものとして理解される。

- (1) この判例では「高橋角平カ大阪久吉外三名ノ者ヨリ神社ノ銅瓦ヲ窃取シ賣却シタル贓金二圓ヲ受ケシハ賊盜律盜賊窩主條第四項其強窃盜及ヒ略賣和誘ノ贓タルヲ知テ受ル者ハ各贓ニ計ヘ窃盜ニ準シ從ト爲シテ論スルトアルニ照シ云々」と云つているが、舊刑法になると贓物賣却金はもはや贓物ではないとはつきり否定された。即ち「贓物トハ特定物タルヲ要スルモノナレハ上告人カ借受ケタル金額ノ如キ不確定物ハ贓物トナスヲ得ス殊ニ被告敬夫カ窃取シタル印紙類ハ贓物タルモノヲ賣却シテ得タル金額ハ贓物ノ資格ナキモノナルニ贓物トシ論シタルハ擬律ノ錯誤ナリ」(大判明治二四・七・六刑録明治二四年自四月至九月一三二頁)
- (2) 高田・前掲贓物罪八九八頁參照。

(3) 例々 Kohlrausch-Lange; a. a. O. S. 510, Jagusch; I. K. 8. Aufh. S. 424, Maunach; a. a. O. S. 322, Weizel; a. a. O. S. 337, 341.

(4) Ersatzenleherei²⁴⁾ もつたら、贓物罪の本質について利用説の立場に立つ學者たちによつて認められる。Mezger; a. a. O. S. 153f. Nagler; I. K. 7. Aufh. S. 412, Schönke-Schröder; a. a. O. S. 947f.

(5) 宮崎²⁵⁾ 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。

(6) 「窃盜の被害者から贓物の回復を依頼されて、これを被害者宅に運搬し返還したとしても、結局窃盜犯人に協力してその利益のために贓物の返還を條件に被害者をして多額の金員を交付させる等、贓物の正常な回復を困難にした場合には、贓物運搬罪が成立する。」

(7) すでにこの系統に屬する判例としては明治四三年一月一七日及び同四年三月二四日の大審院判決をあげることができ、高田氏も前掲「贓物の概念」で指摘されたように理論的にこの趣旨を明確にした最初のものとして左記の判例が重要である。

「横領罪ハ自己ニ占有セル他人ノ財物ニ對シテ自己領得ノ意思實行アルニ因リテ成立シ第三者ノ行爲介在スルコトヲ要セス而シテ自己領得ノ意思ヲ發表スル行爲アリタル以上ハ領得ノ事實アリタルモノト謂ハサルヘカラス故ニ原判決ノ認定セル如ク相被告十太郎カ自己ニ占有セル他人ノ石炭ヲ不法ニ被告庄太郎ニ賣渡サントスル行爲アルニ於テハ自己領得ノ意思實行アリタルモノナレハ被告庄太郎カ之ヲ買受タル意思表示ヲ爲スヲ待タズシテ相被告十太郎ノ横領罪ハ完成シ之ニ因リテ自己ニ領得シタル石炭ハ贓物タルノ性質ヲ具有スルモノトス然ラハ被告庄太郎カ情ヲ知リテ相被告十太郎ノ横領罪ニ關スル贓物ヲ買受ケタル行爲ハ横領罪ノ共犯ニ非スシテ贓物故買罪ニ該當スト謂ハサルヘカラス」(大判大正二・六・二二)。(刑錄一九輯七・四頁)。
同趣旨のものとして食糧營團所屬配給所主人の配給米横流し事件に關するもの(大判昭和二二・二・二二)があり、又同趣旨で贓物寄藏罪に關するものとしては他人の物(月賦拂いの約束で領置し、未だ所有權を取得するに至らないミシン)を自己の債務の擔保に供するのの情を知り乍ら交付を受けた事件に對する判決(大判大正四・二・二二)。(刑錄二二輯二・二頁)、更には贓物牙保に關するものとして業務上他人の物件を占有する者が、第三者に對し、これを不法に賣却處分しようとする決意を告げ、かつその賣却の斡旋を依頼すればこれによつて横領行爲は完成し、その物件は同時に贓物となり、右依頼を承諾しその事情を知らずから賣却の周旋をする行爲は、贓物牙保罪を構成する旨の高裁判決をあげることができ(東京高判昭和二九・三〇・一〇)。(九高裁特報一卷九號三九六頁)。

(8) 「事實認定ノ資料トシテ援用セラレタル各證人各被告ノ供述ハ執レモ三月十七日原審ノ相被告中村龜吉及ヒ橋光太郎カ右ノ孟買綿ヲ兵庫ヨリ岸和田ニ積廻シ同地ニ於テ其引渡ヲ爲スコトトシ兵庫大西方ニ於テハ單ニ賣買ノ約定ヲ爲セシノミナル旨ニ一致セリ然ラハ即チ原審ノ認定シタル本件ノ事實ハ贓物故買ノ未遂犯タルニ過キササルヲ以テ宜シク刑法第百十二條ノ適用アルヘキ理ナルニ原判決カ之ヲ適用セサリシハ擬律錯誤ノ不法アルモノナリト云フニ在レトモ贓物故買罪ハ贓物ナルノ情ヲ知り有價名義ヲ以テ之レヲ所得スルニ因リ構成セ

ラルモノニシテ必シモ其物件ヲ自己ノ占有ニ移シ入ルルコトヲ要スルモノニ非ス左レハ既ニ原審ニ於テ所論ノ如ク被告カ贓物タルノ情ヲ知りテ之ヲ買取りタル事實ヲ認メタル以上之ヲ既遂罪ニ間擬シタルハ相當ニシテ本論旨ハ理由ナシ」(大判明治四一・二一・一八刑録)

(9) 例えは「贓物ニ關スル規定ハ贓物ノ輾轉ヲ防止シ以テ被害者ノ請求權ノ實行ヲ容易ナラシメ其ノ法益ヲ保護スルヲ目的トナスヲ以テ贓物故買罪ノ成立スルニハ情ヲ知り賣買交換等有價行爲ニ依リ贓物ヲ受領スルコトヲ要シ單ニ贓物ノ賣買ノ約スルノミニテハ未タ成立セサルモノトス」(大判大正二二・九頁)、同趣旨の判例が大審院によつて繰り返えされたが、戦後最高裁になつてからのものは見當らないようである。同様に「贓物故買罪が成立するには單に賣買等の有價讓渡の契約をし、又は代金等を支拂つた丈では足らず、贓物を受領することを要する」とした高裁判例(廣島高判昭和三五・四頁)、更には右の授受は場所的移轉を必要とし「贓物の授受によつて聊かも場所的移動が生じない場合は、これを贓物罪の場合における授受と目することができない」とした高裁判例(福岡高判昭和三五・一九頁)もある。後者の場合事案は被告の家の便所脇屋根下まで持ちこんであつた盜米二俵を遊興費の代物辨濟として受領し屋内便所脇より約五尺内外の距離へ搬入した事實に對し「米俵を移動した距離は僅かに五尺内外ではあるが贓物の發見回復を困難にする程度に移動というに妨げないから被告人の右搬入の所爲は贓物運搬罪を構成することは疑を容れない。以上の次第であつて原判決が被告人の本件所爲を贓物運搬罪の外に贓物故買罪を以て間擬したことは事實を誤認し、法令の適用を誤つたものと云うべく、その誤は判決に影響を及ぼすことが明かである」としているが、判決要旨を事案に則して理解しないと行きすぎの誤解が生まれそうだし、判決自體としては贓物故買の方を全く否定してしまつたように受けとれて妥當ではなく、このような場合他の多くの判例に見られるように、包括一罪を構成するものと判示すべきであつたように思われる。

(10) 最高裁の、この趣旨の最初の判例は次のように云う。「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から、いやしくも贓物たるの情を知りながら贓物の賣買を仲介周旋した事實があれば、既に被害者の返還請求權の行使を困難ならしめる行爲をしたといわなければならないから、其周旋にかかる贓物の賣買が成立しなくとも、贓物牙保罪の成立をさまたげるものではない……」(最判三小昭和二三・一四頁)(刑集二卷一號二五〇四頁)

同趣旨「贓物たるの情を知りながらその賣却の仲介周旋をすれば、まだその賣買が完成しなくても、贓物牙保罪が成立する」(最判三小昭和二三・一七頁)(刑集二卷一號一七頁)

しかしこの二判例には賛成、反對兩説がある。反對説中とくに注意すべきものは谷口、中野、高田三判事で、谷口、中野兩判事の所論については本稿(二七頁註(5))を参照されたい。

(11) 贓物の移轉は不要だが、契約の成立を必要とする判例もある。

一 贓物牙保の罪は贓物の有償的處分に關する媒介斡旋をする罪であつてその罪の成立に、贓物の有償處分の存在を要することは所論のとおりである。しかしその處分が賣買である場合においては賣買契約の成立を以つて足り必ずしも贓物自體の現實的な交付、移轉を要せず、且つ又一旦賣買契約が成立した以上後に至つて解約されたとしてもそれによつて既に成立した贓物牙保の罪が消滅に歸することはない。
(裁判特報一號三五五頁、傍點筆者)

(12) 通説が贓物罪をもつばら財産罪として見ていることは今更言を俟たない。そして財産罪たる以上危険(殆)犯ではなくして侵害犯で、財産に對する侵害の結果の發生を必要とするから、被害者の返還請求權を具體的に困難にしたことが要求されなければならない筈である。なお谷口・贓物罪について、法曹時報四卷四號七六頁、八〇頁註(3)、高田・贓物罪八九九頁、宮原・贓物罪における知情、綜合判例研究叢書刑法(9)九二頁參照。

(13) 「贓物牙保罪の成立するがために犯人が贓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ふ事實があれば即ち足るものであつて右仲介斡旋をするため犯人が自ら該贓物の交付を受けたか否かは毫も同罪の成否に消長を來すものではないと解するを相當とする」(名古屋高判昭和二九・三・二二)。(九高裁判集七卷五號六六〇頁)。

(14) 中野・前掲判例批評八九頁。

(15) 日蓮宗の信奉者が、贓物である身延山久遠寺の寺寶で、日蓮の親筆と傳えられ信仰上日蓮と同一視されていた「同日三福本尊一三福の買取方を求められ、相手の風體、態度、人柄等よりただちに買ひ取らなければ散逸ないし滅失のおそれがあり、警察に連絡していれば相手が逃亡し、また破棄するおそれがあると思ひ、譲り受けて久遠寺に返還しようとしてこれを買ひ取つた行爲は、贓物故買罪にあたらな」といふ判例がある(東京高判昭和二八・一・三一)。

(16) 拙稿・前掲判例研究七七頁。

(17) 草野・前掲書一二五頁。

(18) 本稿(一)二三頁。

(19) 下村康正・財産罪、改正刑法準備草案の綜合的檢討、法律時報三二卷八號二六五頁。

(20) Schönke-Schröder; a. a. O. S. 946.

(21) ドイツの文獻はこの旨の判例としてきまつてライヒ裁判所判例集五六卷三三五頁(RGSf. Bd. 56, S. 335f. Urt. v. 20. I. 1922)を引用するが、高田氏「贓物の概念」一〇頁にも指摘されているように、判決の中で、なるほど「二五九條は物の可動性を必要としていない」とは云つているが、すぐひきつづき「だが本犯の場合殆んど例外なく他人の可動の財物 eine fremde bewegliche Sache が問題

になるであろう」と云つてゐるので、果してこの判例をもつて不動産も贓物に含ましめるものとして扱うのが正當か、かなり疑問がもたれる。なお、本判例において判示事項が「一、刑法二五九條における故買の概念について、二、自己の占有し又は保管している他人の可動の財物をわが物とすることによつて贓物罪を犯す者は、横領罪のかどで有罪判決を下されるか？」となつてゐること、事案がブロンズ製品たる *Bronzoberlager* に關するものであることからその印象が強い。

(22) 牧野・刑法各論八二四頁。

(23) 團藤・前掲書三三九頁、三四四頁。

(24) 高田・前掲贓物の概念九頁。

(25) しかし高橋勝好・不動産侵奪罪と境界毀損罪、法曹時報一二卷六號二八頁はこの理由を次のように説明する。

「文献の多くはこの問題に觸れてゐない。これは、從來不動産については窃盜罪が成立しないと解してゐたことと、贓物罪は、本來犯罪によつて得た財物が轉讓する途を斷し、被害者をして被害の救済ないし回復を著しく困難にすることを防止するためにするものであるから、その所在が失われる虞れのない不動産については、これを研究するの實益なしという理由に基づいてゐるものと思われる。このよ
うな事情から、この點については學說上特に見るべきものがないが、しかしこの問題に言及してゐる二、三の學說についていえば、それは結論を異にし、争を重ねてゐる」とされる。前註高田氏とはほ同趣旨である。しかし、本文で見たように、積極的に不動産の贓物性を否定されてゐるのは小野慶二氏のみで「争を重ねてゐる」という表現が果して妥當かについては疑問も残るようである。

(26) この判例は横領された不動産の故買に關する事件であるが高田氏の「綜合判例研究」「贓物の概念」も採録されてゐないし、前註高橋氏も「なおこの點に關する判例は見當らない。」(高橋・前掲論文二八頁)として殆んど看過されてゐるので、少し長くなるが引用することとする。

「原判決擧示ノ證據ニ依レハ原判示ノ如ク被告人ハ昭和八年十二月九日全羅南道光州府泉町ナル當時ノ一審相被告人崔永密方居宅ニ於テ同女カ未成年者ナル其ノ子李萬龍ノ親權者タル地位ヲ利用シ李萬龍所有名義ノ同道羅州郡茶道面芳山里五百八十二番地田外同里所在ノ田畝林野等十八筆(同里五百七十三番地畝中一斗七升落ヲ除ク)カ既ニ以前他ニ讓渡セラレ李萬龍ノ所有ニ屬セサルニ拘ラス未タ所有權移轉登記ノ爲サレ居ラサリシヲ奇貨トシ擅ニ之ヲ賣却横領スルモノナル情ヲ知り乍ラ崔永密ヨリ右土地ヲ代金六百三十圓ニテ買受ケ其ノ後右買受土地ニ付未成年者李萬龍ヲ相手取り光州地方法院ニ右賣買ニ基ク土地所有權移轉登記請求訴訟ヲ提起シ昭和九年一月二十三日崔永密ト通謀シ勝訴ノ闕席判決ヲ得タル上同年二月五日右判決ニ基キ右十八筆中林野二筆ヲ除ク其餘ノ土地全部ニ付被告人名義ニ所有權移轉登記ヲ受ケタル事實ヲ認定スルニ足レリ被告人ノ買受代金カ時價ヨリ著シク低廉ナラサリシコト崔永密ヲシテ曩ノ買受人ニ對シ賣買

ノ取消通知ヲ爲サシメサリシコト取調官ニ對スル被告人ト崔永密ノ供述ノ一致セサルコトノ如キハ必スシモ右認定ヲ妨タルモノニアラス
原判決ノ證據ニ供シタル崔永密ニ對スル檢事ノ第二回訊問調書中ノ供述記載ハ所論ノ如キ事情ニ因ル虚偽ノモノナルコトハ記錄上首肯ス
ヘキ證據ナシ記録ヲ精査シ一切ノ證據資料ヲ考覈スルモ原判決ニハ重大ナル事實ノ誤認アルコトヲ疑フニ足ルヘキ顯著ナル事由存セス原
判示ノ如ク崔永密カ土地ノ既ニ他ニ處分セラレ未成年者李萬龍ノ所有ニ屬セサルニ拘ラス未タ其ノ所有權移轉登記カ履行セラレス所有名
義カ依然李萬龍ニ存スルヲ奇貨トシ其ノ親權者タル地位ヲ利用シ之ヲ擅ニ他ニ賣却處分セントシタルニ於テハ即横領罪ヲ構成スヘク該土
地ハ犯罪行爲ニ因リ領得シタル物ニ外ナラス而シテ贓物トハ汎ク犯罪行爲ニ因リ領得シタル物ヲ謂フモノナレバ苟クモ其ノ情ヲ知りテ之
ヲ買受ケタル限リ刑法第二百五十六條第二項ノ贓物故買罪ヲ構成スルモノニシテ其ノ目的物カ動産タルト不動産タルトニヨリ所論ノ如キ
差別アルモノニアラス買受ケタル不動産ニ付所有權移轉登記ヲ經由シタル故買者カ第三者ニ對シ其ノ所有權ヲ對抗シ得ルヤ否ヤ被害者カ
故買者ニ對シ贓物返還請求權乃至賠償請求權ヲ有スルヤ否ヤ同罪ノ成立トハ自ラ別個ノ問題ニ屬ス曩ノ不動産讓受人ハ未タ所有權移轉
登記ヲ經スト雖賣主ニ對シテハ引渡請求權ヲ有スルモノニシテ不動産ヲ買受クルモ未登記ノ間其ノ所有權ヲ拋棄シタルト同一ナリトノ所
論ハ獨斷ニ過キス所論ノ債務者カ他ニ賣渡シ未タ所有權移轉登記手續ヲ履行セサル土地ニ付其ノ情ヲ知り乍ラ債權者カ差押ヲ爲シ競賣ニ
付シタル如キ場合ニ於テハ横領罪ヲ構成スルコトアルヘク必スシモ罪責ナシト謂フヘカラス之ヲ買受ケタル者ニ於テ賣主タル債務者以外
ノ者ニ對シ其ノ所有權ヲ對抗シ得ルヤ否ヤハ其ノ罪ノ成立トハ亦別個ノ關係ニ在リ所論土地ノ賣主ニシテ正當ナル買主ニ對シ二重賣買ナ
リト虚構シ財物ヲ騙取スル者ノ發生如何ハ本件贓物故買罪ノ成立ニ消長ナシ又所論判例ハ本件ノ場合ニ適切ナラス原判決カ被告人ノ原判
示所爲ヲ贓物故買罪ニ問擬シタルハ正當ナリ(朝高院判昭和一一・七・二〇評論二五卷刑法三)
(八五頁司協一五卷一號一四〇頁傍點筆者)

(27) 不動産窃盜を否定する學説としては、大場茂馬・刑法各論上卷五四三頁以下(六版)、岡田朝太郎・刑法各論三二九頁、小野慶二・
前掲書二〇六頁、勝本勘三郎・刑法析義下卷二九九頁以下、島田武夫・刑法概論各論二二五頁、團藤・前掲書三三九頁、泉二新熊・日本
刑法各論増訂四二版七七七頁、山岡萬之助・刑法原理四四三頁等あげられるが、この中多くはその部分的な表現に捉われずに本旨につい
てみると動産・不動産の區別によつて窃盜罪の成否を論じているのではなくドイツ法にいわゆる *Bewegliche Sache* か否かによつて區
別しようとしていることに注意しなければならない。例えば大場・前掲書は「竊盜罪ノ客體タルヲ得ルモノハ動カシ得ヘキ物タルヲ要
ス。法文ニ竊取ナル文字アルニ依リ此條件ヲ要スルコトヲ知ルヘキナリ。動カシ得ヘキ物トハ民法上ノ所謂動産ト同意義ニ非ス。民法上
ノ所謂動産ト區別スル爲メニ茲ニ故ラニ動カシ得ヘキ物ナル特別ノ文字ヲ使用シタリ。民法上ノ所謂不動産ト雖モ其動カシ得ヘキ物ハ總
テ竊盜罪ノ客體タルヲ得ヘシ。例ヘハ地所ノ一部ヲ組成スル土塊ノ如キ又家屋ヲ組成スル木材等ノ如キハ或ハ之ヲ掘取り或ハ之ヲ取毀チ
以テ之ヲ竊取スルヲ得ヘキカ如シ。然レトモ不動産ハ其性質上之ヲ動カシ得ヘキ物ニ非サルヲ以テ不動産產其モノトシテハ竊盜罪ノ客體タ

ルヲ得サルモノトス」とし、又勝本・前掲書も「奪取即ち己ノ占有ニ移スノ行爲アルコトヲ要スルカ故ニ占有ニ移シ得ヘキ物件、即ち現實ニ甲ノ場所ヨリ乙ノ場所ニ移轉シ得ヘキ物件タルコトヲ要ス。單ニ移轉シ得ヘキ物件タルコトヲ要スルノミナルカ故ニ必スシモ民法上所謂動産タルコトヲ要セス。不動産ト雖モ山林ノ竹木、礦物、田野ノ菜草又ハ建造物ノ一部分等事實上動カシ得ヘキ物ハ皆本罪ノ目的タルコトヲ得ヘシ。此點ニ關シテ人或ハ盜罪ノ目的ハ動産タルコトヲ要スト謂フモノアレトモ、民法上ニ所謂動産タルコトヲ要スルモノニ非サルカ故ニ可得動物ト謂フヲ以テ可トス。人或ハ誤テ動産タルコトヲ要スルヲ主張センカ爲メ不動産ハ決シテ盜罪ノ目的タルコトヲ得ス。蓋シ其一部分ハ之ヲ盜取スルヲ得ルカ如クニ見ユルモ是レ不動産ノ一部分ヲ盜取スルニ非ス、先ツ主體タル不動産ヨリ分離シテ動産トシタル後之ヲ盜取スルモノナリト謂フモノアリト雖モ謬見ノミ。不動産ノ一部分カ其主體ニ附著スル狀況モ動産力不動産ノ上ニ存在スル有様モ全く同一ニシテ其間毫モ異同アルコトナシ。唯タ彼ハ此ヨリモ固ク附著スルカ故ニ彼ヲ移動スルニハ此ヲ移動スルヨリモ多クノ若クハ複雑シタル努力ヲ要スルノミ。換言スレハ不動産ノ一部分ヲ主體ヨリ分離スルノ行爲ハ之ヲ移轉スル爲メノ豫備行爲ニ非スシテ夫レ自身移動行爲其モノ、端緒ナリ。彼ノ樹上ニ在ル果實ヲ盜取スルノ行爲ト最モ重ク且大ナル動産ヲ盜取スルノ行爲トヲ比較セハ思ヒ半ハニ過クルモノアラン」と論ずる。これらは、不動産盜盜を認める學說としてあげられるものの中、不動産の事實上の占有の侵害だけでなく登記簿上の所有名義の侵害についても窃盜罪の成立を肯定する牧野・刑法研究三卷三六七頁以下、同刑法各論下卷六一一頁以下、瀧川(幸)・前掲書一〇九頁、木村・前掲書一〇二頁、井上正治・刑法各論一一三頁以下等とは明らかに差異が認められるが、境界線を超えて隣地の一部を取込むと云つた有形的な占有の侵害についてのみこれを肯定する小野(清)・前掲書二三四頁、植松・刑法學各論二三七—八頁とは何程の違いがあろう。學說の理解について考えさせられるものがある。

(28) 伊達秋雄・最高裁判例解説、法曹時報八卷八號一三一頁も横領不動産に對する贓物故買罪の可能性を認めている。

(29) 高田・前掲贓物の概念一〇頁は收受・寄藏についても否定する。

(30) 小野・前掲書二八四頁、植松・前掲書二九〇頁。

(31) 小野・前掲書二八四頁。

(32) 所有者又は占有者の何れか一方が犯人の親族でない場合には二四四條は適用されない、とするのが判例(大判明治四三・六・七刑錄一六輯二二四、二三八頁、大判昭和二・四・八刑錄一六卷四八五頁)及び通説(木村・前掲書一一六頁、井上・前掲書一二六頁、團藤・前掲書三四七頁等)であるが、昭和二四年五月二一日の最高裁判決は二四四條を以つて直接被害者たる占有者と犯人との關係について規定したものだとする。

六

贓物罪は本質的に複雑な要素を併せ包含する興味ある犯罪類型である。それは平野教授も指摘されたように社會學的類型として興味あるだけでなく、實定法の規範的類型としても尙論すべき數多くのものをもつてゐる。しかし本稿では贓物罪のかかえる諸問題の中、本犯との關係について限定し、(一)においては主としてドイツでやかましく論ぜられてゐるいわゆる「從屬性」の問題をとりあげ、共犯理論における制限從屬説(ただし正犯又は本犯の故意を必要とする)を準用すべきことを明らかにした上、本(二)では本犯の共犯者と贓物犯人との關係、罪數にふれ、最後にわが現行刑法規定の贓物行爲の個別的考察を展開したのである。しかし、個別的考察とは云つても焦點を専ら本犯との關係にしぼつた上、贓物罪において最も問題視される「知情」の問題、「贓物性の得喪」の問題等は一應これを論外に置いた。その爲に本稿が問題の核心をつかず、その周邊を堂々めぐりした憾はまぬがれないようである。しかし筆者としては、これまでドイツでは盛んに論議されながら、珍らしいことにわが國では殆んど觸れられることのなかつた贓物罪の本犯への從屬の問題をとりあげ、かつ、贓物罪の複雑な性格をできるだけ直視しようと努め、この基本的態度で問題の解明に一貫したものを求めようとした。しかし社會現象としての贓物犯、社會學的類型などと口では云つても實務の經驗も、一般的な社會經驗も乏しい筆者は、ただこうもあらうかと頭の中で想像するだけで、従つて論じたところも果して實態を捉える方向に向つてゐるかどうかさえ疑わしいものがある。又準備草案との關係も直接本犯との關係で問題となる點に論點を限定した。いずれ又近い機會に準備草案の贓物罪規定に對する綜合的考察を試みたく、その折に贓物罪に關する殘された諸問題について更めて研究したいと考えてゐる。まことに未熟でわれながら發表することさえおがましく思われるが他日のためにも大方の御批判と御指導を賜りたく思う。