

Title	〔刑法九〕 赃物牙保罪における赃物の先在性 (昭和三五年一二月一三日最高裁第三小法廷決定、棄却)
Sub Title	
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1962
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.35, No.5 (1962. 5) ,p.89- 95
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=AN00224504-19620515-0089

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.

識することが、「一般取引觀念よりして、満期において債務者が抗弁を主張するのは確実であると判断される場合」(河本前引五二八頁、その場合にのみ悪意の抗弁の主張を許すべきである、と主張される)にあたるか否かであつて、何故この場合に「一層」事実認定の差に決定をゆだねることになるか理解し難い。

昭和二年一月一八日の最高裁判所判決は、借受けた手形の返戻を担保する目的で、同一内容の手形を貸主宛に振出し、その手形を貸主が他に譲渡した事案であるが(民集八卷二〇五二頁、河本前引五一〇頁)、被上告人たる取得者が原因関係(判決では抗弁事実といつてゐるが、抗弁事実ではあり得ない)の存在を知つていたとした場合に、被担保手形が約束どおり返戻されれば抗弁事由が発生するという事情が、悪意の

認定に如何なる意味をもつかはこの判例では結局判断されてゐない。

私としては、むしろこの場合は、取消事由(詐欺)の存在を知つていて、しかも未だ取消がなされていない場合と同様に考えるべきで、その場合に悪意の抗弁を認める例(大判昭一九・六・二三民集二三卷三七八頁。この判決につき鈴木教授は、「取消事由があれば取消があるのは当然予想される」として、正当とされる——「手形法小切手法」二四九頁)とともに、本判決の考え方を支持したいと考える。なお、本判決につき、村田助教授の反対評釈(商事法務研(究)二四号)のあることを附記する。

(倉沢康一郎)

〔刑法 九〕 赃物牙保罪における赃物の先在性

【判示事項】 赃物の存在と赃物牙保罪の成否

【参照条文】 刑法二五六条二項、二三五条、六二条一項

昭和三五年二月一三日最高裁第三小法廷決定、棄却
第一審八代簡裁、第二〇九五号
第二審福岡高裁、第一四卷一九二九頁
最高裁刑集一四卷一九二九頁

【事実】 本件起訴事實は、「被告人は、且が他から盗んできたレ

ビ一台を、赃物であることの情を知りながら、同人からこれが売

却方を頼まれて、昭和三四年四月二日頃、I方で、同人に対し金三万円で売りつけ、以て赃物の牙保をした」というのであつたが、

第一審は、「被告人Hは昭和三四年四月一日午前三時頃ナショナル一四吋テレビ一台を窃取したのであるが、その四、五日前頃Hが被告人に対してテレビの売却周旋を依頼したので被告人はこれを承諾し、同日頃Hと共にI方に赴き、同人に対し、三万円で購入を承諾し、同日頃Hと共にI方に引渡した」という事実認定をした上で、被告人がI方に売却周旋をした当時、本件テレビは赃物として存在しなかつたことが明かであるから、被告人の行為は赃物牙保罪を成立せしめるに由ないものである。本件公訴事實は被告人がテレビをI方に運搬して、三万円で購入を受けることになつたI方に引渡した事実をとらえて、その際に赃物の売却周旋がなされたものとするが、これは前になされた売却周旋に附随して行われた一連の行為の一部とみるべきであつて、赃物牙保罪を構成すべき売却周旋に当らず、かつ、運搬の際に赃物であることを知つていたことを認めるに足る資料も、又売却周旋の当時Hその他の正犯がテレビを窃取するとの情を知つていたものとも認めがたいので、赃物運搬、窃盗補助の何れも成立の余地なく、無罪の言渡しをすべきものとした。

これに対して検察官は事実誤認を理由として控訴し、原審はこの控訴理由を認め、更めて「被告人は赃物であることの情を知りながら、Hが窃取して来たテレビ一台を同人より依頼され昭和三四年四月二日頃I方で同人に対し金三万円で購入らしめて売却の斡旋をなし、以て赃物の牙保をしたものである」との事実を認めたと、赃物牙保罪が成立するためには媒介周旋に際して赃物の存在すること、即ち財産罪に属する犯罪行為(本犯)がすでに行われていることを必要とすること原審(第一審)判示のとおりであるが、被告人の第一回目のI方に対するテレビの売却周旋の依頼と、後のI方へのテレビの運搬、売却とは、一審の云うように単に一連の行為の一部と見るべきものではなく、後(四月二日)の被告人の行為は、証拠によつて、本件テレビが赃物であることの情を知つてなされたものと認められるから、独立して刑法的評価を受け、赃物牙保罪を構成するものと解するのが相当であり、原判決の前記認定は失当である、として破棄自判し懲役八月及び罰金一万円に処した。

【上告理由】被告人の弁護人の上告趣意第一点は原審(第二審)における赃物知情の認定に関する「採証方法の失当」を主張する。即ち被告人は本件テレビが赃物たる事を認識していなかつたのであり、これに反する控訴趣意書は到底維持されるべきものではなく、従つて原審の如く赃物の情を知つていたという認定は如何に証拠採

用が原審の自由であつたとしてもそれは許されないものであり、原判決は採証方法の失当がある。

上告趣意第二点は、更に原審は法律適用を誤つた違法があるとして次のように主張する。即ち、贓物牙保罪の成立のためには、贓物が限定され、その情を知り敢えてこれを周旋したという事情がなければならぬところ、本件において被告人がIに売買の周旋をした当時贓物が存在していなかつたことは第一審以来すでに確定された事実であり、将来贓物たるに至るべき可能性があるものであつても未だ贓物牙保罪は成立しない筈である。それにもかかわらず、刑法二五六条二項を適用した原判決は法律の適用を誤つた違法がある、と。

右に対して本審は上告趣意第一点は単なる法令違反、事実誤認の主張であり、同第二点は原判示の認定に副わない事実を前提とする法令違反の主張であつて、いずれも適法な上告理由に当らないとして上告を棄却したが、その際併せて次のような判断を示した。

【決定要旨】 窃盗罪の実行を決意した者の依頼に応じて同人が将来窃取すべき物の売却を周旋しても、窃盗幇助罪の成立することあるは格別、贓物牙保罪は成立しないが、その後同人が窃取してきた前記目的物について情を知りながら現実に売却の周旋をした場合には、贓物牙保罪が成立する。

【評釈】 窃盗罪の実行を決意した者の依頼に応じて窃盗前になした、将来贓物となるべき物の売却周旋は、窃盗幇助罪となることはあつても、贓物牙保罪となることはない、という本決定要旨前段は大審院以来判例の踏襲して来た(大審院昭和九年一月二〇日判決、刑集一三八日判決、高裁刑集一卷一〇号六六一頁等。なお右大審院判例に対する判決批評として滝川金季、窃盗罪の共犯と贓物に関する罪、刑事法判決批評第一卷三五頁以下、草野、盗品売却予約の周旋と窃盗罪の従犯、刑事判例研究二卷一二〇頁以下。又右東京高裁判例については真野、贓物牙保罪の成立には贓物自体の存在を必要とする、判例タイムズ一三三三頁以下及び拙稿、贓物牙保罪の成立要)ところで、通説また殆んど疑念をさしはさむことなく承認しているところでもある。この点につき、私はすでに贓物罪の本質に関する通説を前提とした場合に生じる疑念を明らかにし、贓物罪の中でもとくに贓物牙保罪のみはその行為態様の特殊性より、一定の場合に限つてその例外が認められ、知情の標準は行為時とする原則がそのまま妥当するけれども、客体の贓物性の存否についてのみは例外的に現実の、物の授受の時を標準とする可能性を認めるべきことを主張した(拙稿、前掲判例研究七八の關係二二、法学研究)のであつた。このような提案は、贓物罪の成立のために、贓物行為に先だつて行為の客体たる贓物が存在すること

(贓物の先在性)、従つて本犯の実行行為が完成していることを絶対的要件とする通説、判例に対して、その根本原則に対する重大な修正を志向しており、しかも被告人に不利益な場合であるだけに充分に慎重な検討がつけられなければならないであらう。しかしなが

ら、すでに他の機会に一応論じた(拙稿・前掲判例研)ように、客体の現実の授受が行われない場合(従つて通説の立場から云えば物の所有者の回復請求権の実行を困難にしようとしたとは云えても、現実には困難にしたとは云えない。赃物罪に未遂処罰の規定のないことを考え併せるとわり切れないものが残る)ですら赃物牙保罪の成立を認め、しかも本犯関与者の場合には本犯の共犯と赃物罪との併合罪をもつて論じる判例、通説と比べて私見のみがとくに許されざる犯人に不利益な解釈をしているとも云えないのではなからうか。

さて、この点についてドイツの学説、判例を見ると、やはり赃物の先在性についての例外を認めたものは従来見当らなかつた。ただ最近シュトゥットガルト高等裁判所で「赃物罪は赃物犯人の取得が行われたときすでに本犯行為が法的に完了していたときのみ存在するのではなく、赃物犯人のための処置によつて始めて犯罪行為をなした場合にも亦存在する」と判示して注目を惹いている(OLG-Urteil v. 11. 12. 1959, Juristen-Zeitung, 1960, Nr. 9, S. 289 f.)。

この事件は、ドイツのアメリカ占領地区で、競売で古鉄を競落した業者(被告人)が、その古鉄の積荷に際し、倉庫管理人に残りの古鉄も買えるのか尋ね、さきの適法に得た古鉄に支払つたよりも安い価格を協定して一緒に積みこんだものであるが、裁判所の認定によれば、被告人はこの後から追加されたものが倉庫管理人によつて違

法に売却されたものであることを知つていたという。要するにこの事件は横領に関するものであるが、本犯が横領である場合についてはわが国でも本犯への加功かそれとも本犯とは独立別個の赃物罪が成立するかという問題が争われたが、自己の占有する他人の物を処分するという意思表示によつて横領罪は既遂に達するから、売買契約当時客体はすでに赃物化し、従つてこれを買うことは横領を容易にしたという意味で横領の補助のように見えながら実は赃物故買罪のみが成立すると考えられている。その意味で、この事件も、実は、本犯行為たる横領罪に対する共犯と、固有の赃物罪との限界、更に換言すれば、横領罪の既遂時の問題なのである。マウラッハがこの判決に対して、結論には賛成だが理由づけには賛成できない。

本判決においては赃物罪の本犯が横領である場合に限定することなしに、一般に、赃物行為が為される前に、本犯行為がまだ「法的に完了」していないとき、つまり他の専門用語に従えばまだ構成要件的に既遂に達していないときにも赃物罪は可能であるという原則を立てたのは学説、判例に矛盾するものであり、しかもそのような新命題を立てなくても同じ結論に到り得た筈であると非難している(Juristenzeitung)のは正当である。従つて右のドイツ判例は当該事件に関してその理由づけにおいて誤つたものではあるが、従来赃物罪成立のためには、必ず本犯行為の存在を必要とし殆んどその例

外を考へなかつたドイツにおいて、ともかくも本犯行為の先在性の原則の例外に關して一般命題定立の形をとつた判決があらわれ、かつマウラツハのような學者によつてまともにとりあげられ、批判が加えられたという事實は、それ自体注目に値するように思われるのである。右とは異つて私見の場合は本犯行為の種類を問はず、贓物牙保罪のある場合（即ち窃盜を決意した者の依頼に應じて本犯の実行に先だつて目的物の処分を周旋をし、後にその周旋にもついで贓物の授受がなされた場合）だけは例外的に本犯の実行行為を必らずしも前提としないことを認めようとするのであるが、この点に關して、今ここでとりあげた最高裁決定の後段は興味ある含みを示したものと解する余地も全くないわけではなく（もつともこの含みを認めることについては後述のとおり私は結局反対であるが……）、その意味でとくに本決定を論じることにも無意味ではないであらう。

即ち、本決定後段は、窃取を決意した者の依頼で将来贓物となるべき物を窃取前に売却周旋をした者が、本犯行為の終了（窃取）後、贓物となつた物を重ねて売却周旋した場合には、後の周旋行為は独立して評価され、贓物牙保罪となることを明示したわけであるが、ここでは次の二点が重要である。

第一点は、本件事実において被告人が前後二回にわたつて売却周旋をした点については疑いがないが、第一回（窃取前）の売却周旋に

ついでには従来の判例の立場からは当然に窃盜の実行を容易ならしめた点に着眼して窃盜幫助罪の成立が論じられてもよかつたわけであるが、第一審において「売却周旋当時（第一回目の、註筆者）Hその他の正犯がテレビを窃取するとの情を知つていたものとは認めがたいので窃盜の幫助罪を成立する（原文の）余地もない」とされ、原審でも前述の通り窃取前の売却周旋は不問に付され、本犯窃取後の行為のみが罪となるべき事実として認定されている。従つて本決定が本犯窃取前の周旋については窃盜幫助罪成立の可能性を容認したのみに終り、第二回目の周旋についてだけ積極的意義を認めているのは当然である。ただ第一回目の売却周旋の際窃盜についての知情があつた事の立証がなされていたとしたりどうであらう。贓物罪においては、とくに知情の立証に難点があることが従来指摘されて來たし、刑法改正に際してもこの点がとりあげられ、知情推定の規定が提案されたりしている（ただし今回の改正刑法準備草案では、推定規定をおく代りに營業に関する過失贓物罪の規定をおいている）が、本件の証拠を見てもその点曖昧で、結局立証し得ないで終つているものまことに微妙なものがある。ともあれ、もしこの場合知情の立証がなされたと仮定すると、従来の判例の立場からは、当然に窃盜幫助罪と贓物牙保罪の二罪の併合罪として取扱われることとならうが、その場合でも私見によれば、前後二回の周旋行為は包括して一

連の行為として窃盜幫助と贓物牙保の想像競合として結局は贓物牙保罪の刑をもつて処断すべきこととなる。本件の場合判例集に収録された証拠によつて判断する限り、二度の周旋行為について可罰性を認めたとしてもあながち不当とは云いきれない事例のようであるが、それは事実認定の問題であつて判例研究の限度を超えるばかりでなく、贓物牙保罪をもつて処断すべきものとして上告を棄却した本決定は結論的には正当である。

第二点は、そしてこれが本決定にとつて重要な点と解されるのであるが、本犯の窃取後の被告人の行為に積極的な意味を認めたことに関する。二度目の周旋行為が独立して刑法的評価の対象とされたのであるから、この場合に贓物牙保罪の成立が認められたのは全く当然であり、前述のように二度目の行為そのものが果して贓物処分の周旋行為として独立して刑法的評価の対象となりうるかについて疑問があつたとしても、ともかくも本件において、被告人は本犯者と共にテレビを自動車でI方まで運んだ事実は争いのないところ、もとより知情の点については問題がないではないし、又訴因變更の有無の問題もないではないが、それらを一応別論とすれば、行為自体少くとも贓物運搬罪を構成する場合であるから、事案そのものに対する判断としては問題はないと云つてよいであらう。むしろ問題は、売却周旋行為は本犯の実行行為着手前になされただけで、

本犯行為の後は新たな周旋行為があつたわけではなく、ただ当初の売却周旋の履行行為への協力（例えば引渡しのおける単なる立ち会い等）、更に極端な場合として、周旋者は現物（贓物）の授受には全く関与しなかつたときでさえも、前後の行為を包括的に評価して贓物牙保罪の成立を認めることができるかどうかである。本決定はもとよりこの点について直接ふれているわけではないし、従来の判例がこれを否定していたことは本決定の前段について論じた際に明らかにしたところでもあるが、本件判例解説を執筆された川添調査官が「現実に売却の周旋をした場合には」と云つている点からすれば、売買契約の履行行為への協力をも含むことをその言外に意味していると解しておられる（最高裁判所判例解説。法曹時報一三卷二号一三〇—一頁）の注目される。もし右の川添調査官の解説が本決定の真意を示すものとすれば、従来の私見の裏づけが一歩大きく前進したことになり、本決定の特徵の意味も浮び上つて来るし、私がさきに「興味ある含みを示したものと解する余地も全くないわけではない」と云つたのもこの点を意味するのである。又本決定の要旨のみを抽象的に理解する限り、右の解釈は妥当のようにも思われる。しかし「現実に売却の周旋をした場合」というのはやや微妙な表現で、本件のように後の売却周旋が原審認定のように完全に独立して認められる場合に限定するものとの趣旨に解されなくもなければかりでなく、更に、判決（決

定)要旨から法原則をひき出す場合には常に当該具体的事件に即してこれを求めなければならないという鉄則の下で公平に考えるとき、川添調査官の説には疑問がある(もつとも川添調査官は断定しておられるわけではなく、疑問を残しておられるのであるが。なお前掲書参照)。なぜなら、本件においては第一審はもとより、原審(第二審)

においても、第一回目の売却周旋については知情の立証はなく、更に、第一審では、後の運搬、売却周旋についても知情についての充分な資料なしとして結局無罪を言渡したものを、原審において初めて後の行為について知情立証の上独立の評価の対象として赃物牙保罪を認めたのであるから、この原審の判断を前提として上告棄却の決定をした本決定においては、原審認定通り、後の二回目の周旋行為(最初の周旋行為によつて買手と予定されたSが現実テレビを運搬して行つた際に購入を断つたので、更めてIが買うことに話をきめたこと)に積極的な意味を認め、これをしも「現実、売却の周旋をした場合」と表現したのであつて、文字的表現こそ「現実」にあつても、内容的には「更に」の意味であつて、「現実」¹ という言葉にとくに意味をもたせて、単なる「売買契約の履行々々への協力をも含む」ものと解してはならないのではなからうか。もし右のように解するのが本決定の真意とすれば、本決定も従来の判例の枠を一步も出るものではなく、何ら特徴のないものになつてしまふが、やは

りそれが本決定に対する公平な受けとり方であろう。

最後に、本件上告趣意書には原審の採証に関する詳細な異議の主張があり、その意味で採証、とくに情況証拠の採用、心証形成につき参考となるものがあるように思われる。

(尚本件に関しては判例集に珍しく大きなミス・プリントがあり、参照条文としてあげられている条文名に間違いはないが、その本文は刑法六二条一項の場合を除き、他は刑事訴訟法の同一番号条文となつている。一見してすぐ気づくことであるが、念のため指摘しておく。一九六一・一二・二八記)

(中谷 瑾子)