

Title	いわゆる„Ersatzhehlerei"と赃物罪立法について
Sub Title	The theory of „Ersatzhehlerei" and the legislation of receiving stolen property
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.7 (1962. 7) ,p.1- 40
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19620715-0001

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.

いわゆる“Ersatzheherei”と贓物罪立法について

中 谷 瑾 子

- 一 まえがき
- 二 贓物罪の本質と“Ersatzheherei”
 - (1) “Ersatzheherei”の意義
 - (2) 贓物罪の本質に関する考察
 - a ドイツ及びスイスにおける学説の概観
 - b 日本における学説の概観
- 三 “Ersatzheherei”の認定
 - (1) ドイツの判例並びに学説
 - (2) 諸外国の場合
- 四 “Ersatzheherei”と贓物罪立法
 - (1) ドイツにおける“Ersatzheherei”の立法化
 - (2) 改正刑法準備草案(昭和三六)と“Ersatzheherei”
- 五 むすび

—

昭和三五年四月刑法改正準備会(議長小野清一郎博士)より公表された「改正刑法準備草案(未定稿)」は、その後二度にわたる日本刑法学会における討議を始めとして、実務、学界各方面における活潑な討議を経て、いよいよ昨年(昭和三六年)

いわゆる“Ersatzheherei”と贓物罪立法について

二月二〇日「改正刑法準備草案」(以下準備草案と略称する)として発表されるに至つた。

本稿において取り扱おうとしている贓物罪に関しても、準備草案では現行法に比しかなりの修正が見られるので、この際贓物罪の本質を省みるとともに、従来ドイツでとくに論じられ、その立法化運動がつづけられた末、ついに連邦政府の決議を経て一九六〇年一月三日ドイツ連邦議会へ提出された(但しその後の審議情况等は未だ不詳)、ドイツ一九六〇年草案(以下六年草案と略称する)にもその規定を見た、いわゆる“Ersatzheherei”を、とくに贓物罪立法との関連において一考したい。

二

(1) Ersatzheherei を認める代表的学者メツガーは「いわゆる Ersatzheherei の発展について」と題する論文⁽¹⁾ (Ersatzheherei に関する基本的文献と云つてよいであろう)の冒頭に、この Ersatzheherei と云う表現について、この表現は、ここ(前掲論文)で考えられていることに対するものとしては用語上適切ではないが、すでに広く行き渡つた(eingebürgert)言葉だからこれをそのまま用いるのだと述べている⁽²⁾。これを強いて日本語に訳せば、代替物贓物罪又は代物贓物罪とでも云う以外に適当な訳語も見当らないが、わが国では、その概念と共に、およそ熟さない言葉ではある。ともあれ、その内容は、本犯(前犯)行為 Vortat によつて直接得た物ではなく、これを売つて得た金銭(売得金)、窃取して来た金銭によつて買った品物又は両替金、小切手に替えた現金等を、その出所の犯罪的性質をそれと知りながら隠匿、故買、收受等した場合、その客体は本犯行為によつて得た物自体ではないが、行為の性質上贓物罪として処罰することを認めることを云う。

わが国では、この問題は、贓物の同一性の問題に解消されて、独自の問題として取り扱われてはいないが、贓物概念の確定のために一応検討してみる必要があると考へる。

(1) E. Mezger, Zur Entwicklung der sog. Ersatzheherei, ZStW. Bd. 59 (1940), S. 549 ff.

(2) Mezger, a. a. O. S. 549

(3) 団藤教授は「代替物に対する赃物罪」と云われる。団藤・刑法各論（法律学全集41昭和三六年）三八七頁註(4)参照。

(2) Erbsitznahmeを認めるかどうかは、理論史的には赃物罪の本質、その根本思想と密接にからんで主張され、又否定されて来たので、考察の順序として一応本質論を概観する必要がある(なお拙稿・赃物罪の本質、綜合法学五卷三号六一頁以下参照)。

a 犯罪の本質如何を問題にするとき、法益論と密着する従来の観念のし方に疑問がないではないが、一応一般に説かれているところに従えば、赃物罪の本質に関しては学説は三ないし四に分れる。

さて、赃物罪の本質と云つても、実定法を離れてはこれを論じることのできないことは当然であるし、その実定法は、規定の形式、内容、更にはその国の歴史的・社会的背景から云つても、ドイツと日本とは異つたものがあり、その意味で解⁽²⁾釈論上は日本の法制に即した考察を必要とし、かつ、それで足りる、と云わなければならないが、わが国の刑法理論の多くがそうであるように、赃物罪の本質に関する諸学説もドイツのそれに負うところが極めて大であるので、まずドイツの学説及びこれと歩調を共にしながら、よりいつそう現実的なスイスの学説について素描しておく必要があるように思われる。

ドイツにおいては、第一に通説としての(客観的)違法状態維持説 Aufrechterhaltungstheorie (以下維持説と略称する)をあげなければならない。この立場によれば、赃物罪の本質は「本犯(前犯)行為 Vortat によつて作り出された違法な財産状態を維持すること」⁽³⁾である。この場合「本犯行為」は、ドイツ現行刑法における赃物罪の規定が、「赃物」につき、単に「可罰的行為によつて得られた物」としている関係上、財産犯罪に限定されることを要しないが、ただ赃物罪が財産犯罪である関係上本犯としては一般に財産権を侵害するものであることだけは必要とされている。⁽⁴⁾尚一部に、単に本犯の作り出した違

法状態の維持に止まらず、これをより強化し、加重することを要件とする主張⁽⁶⁾も見られるが、本質的に維持説との差異は認められないので、便宜上維持説に包含せしめることとする。

維持説は、本犯の存在を肯定し、本犯の作り出した違法な財産状態を維持することをもつて贓物罪の本質と解するのであるから、同時に本犯との合意が必要とされる。その点で、考えようによつてはむしろ皮肉にも、この立場において否定される事後従犯的要素の残滓を払拭しきれないものがあるときえ云えようが、主張者はむしろそうした主観的側面を否定して、もつばら客観的に、本犯とは独立の財産犯罪としての性質を強調している。

右ドイツの判例、通説に對立するのが、ザッアーが主観説としてあげている事後従犯(共犯)説 *Teilnahmetheorie* と 搾取(利益関与)説 *Ausbeutungstheorie* とである。

ドイツでは、贓物罪の歴史は「本犯への関与の思想及び犯罪庇護の思想から、利慾的な単独犯としての構成要件の分離の歴史である。」⁽⁶⁾と云われるほど、一九世紀に至るまで長い間にわたつてイタリヤ註釈学派のいわゆる事後従犯説が広く行きわたつていた。更に、贓物罪が独立罪とされた後も、フォイエルバッツハは贓物罪を「第二次(事後 *post factum*)の共犯」と理解し、他に H・マイヤー、アルフェルト、ペーリング等が多少のニュアンスこそあれ、何れもこの共犯(事後従犯)説をとつている。しかし、これらの中で、わが国の学説にもつとも注目すべき影響を与えているのは何と云つてもペーリング説であらう。

ペーリングは「祭り(祝宴)の後に来た者はもはや祭り(祝宴)に参加することはできない。同様に、ある行為が終了してしまつたときには、事の成り行きは因果的共同活動 || 共犯 (*eine kausale Mitätigkeit || Teilnahme*) が不可能であるような新しい段階に入つたのであつて、それ以後はただ新しい因果関係のみが生じうる。事後の共犯 *subsequente Teilnahme* は事実上不可能である。

しかし、それにも拘わらず「犯罪後に行われたことは、単に、新しい犯罪定型を形成することができるだけだ」という結論を出すことは早計である。犯行後の共犯 *concursum post delictum* を認める古い学説が犯罪後の行為をも共犯として理解したのは間違つていたけれども、彼等は共犯と非本来的共犯 *concursum improprium* としての一定の事後行為との間の接触 *Kontakt* について非常に正しい感覚をもつていたのであつて、この正しい感覚は決して現在もなくなつてはいない⁽⁸⁾として、共犯そのものではないが、これと類似の「事後犯 *Nachtäterschaft*」ないしは「事後行為 *Nachhandlung*」の觀念をつくり上げようとしたのである⁽⁹⁾（なお赃物罪に関する彼の代表的著述は、かの有名な「犯罪庇護と赃物罪」⁽¹⁰⁾であるが、残念ながら今回はこれを参照し得なかつた）。

次に搾取（利益関与）説 *Ausbeutungstheorie* はローラー、v. パール、シュエフアー、グライスパッハ記念論文集におけるガラス、シュメーリング、ニートハンマー等相当数の学者によつて主張されたところで、本犯の得た非難せられるべき利益への違法な関与をもつて赃物罪の本質と解する⁽¹²⁾。

赃物罪は、ザウアーの各論の分類に従えば（そしてより古く彼の犯罪社会学によれば）もつとも利慾犯的なものとして暴利 *Wucher*、媒介 *Kuppelrei*、賭博等と一括して論じられているが、このような、犯罪の刑事学的意義は搾取（利益関与）説によつて始めて説明されたとさえ云われる。しかし、今日搾取説を純粹な形で主張する学者は見当らないようである。

結局、今日通説に次いで有力に主張されているのは折衷的—中間的立場、維持説と搾取説との合一（結合）説 *Vereinigungstheorie* ないしは併合説 *Häufungstheorie*⁽¹⁴⁾ であることも注目に値しよう。

更に詳論すれば、維持説の立場から出発してしかも「本犯によつて作り出された違法な財産状態の維持というだけでは赃物罪の本質は十分汲みつくされないものであり、少くとも厳密に云つて充分ではない」として違法な財産状態の維持に加えて本犯と赃物犯人との合意の協力を必要とする学説⁽¹⁵⁾、又後にも見るように、維持説の立場では代替物に対する赃物罪を認め

ないのが通常であるのに対して、同じく維持説を支持しながら *Ersatzsache* である両替金についてのみは贓物罪の成立を認める学説⁽¹⁶⁾等贓物罪の本質をめぐる学説はドイツにおいてかなり多岐にわたつて錯綜している。

右に対して同じく独法系に属しながら、スイスではかなり事情を異にしている。即ちスイスでは学説も判例も軌を一にして維持説を採用し、贓物罪の本質は維持説によつてつくされるのだと考えられており、又ポツケルマンを始めとしてドイツの学説の一部に見られる本犯と贓物犯人との間の合意ないしはある種の人的関係が存在しなければならぬとする主張についてもロゴツ、ツェルヒャー、ハフター等によつて明示的に反論がなされている⁽¹⁸⁾。

- (1) 犯罪の違法性の実体は法益侵害であるとして、法益論に重点をおく立場では時として犯罪の本質がその保護法益によつて決定された嫌いがあつたことは認めるが、今日ではすでに保護法益が犯罪の本質を決定するすべではないとする方がむしろ常識であつて(日沖・法益論、刑事法講座一卷一二五頁以下とくに一三三頁以下参照)、その意味で、従来の立場(維持説)が贓物罪の保護法益Ⅱ「違法状態の維持」Ⅱ本質と解したと非難する平野教授の主張(平野・贓物罪の一考察、刑事法の理論と現実(一)刑法、小野博士還暦記念論文集三四四頁)には疑いなしとしない。
- (2) わが国では現行刑法も旧刑法も更には昭和十五年の刑法改正仮案、準備草案においても、司法作用に対する罪としての犯人隠匿罪と、財産罪としての贓物罪とは規定位置から云つてもはつきり区別されて觀念されるのに対して、ドイツでは現行刑法も従来の各草案も、更には六〇年草案も、すべて、贓物罪を独立の財産犯罪としながら、犯罪庇護罪と同一章下に規定し、この両者は伝統的に、わが国のそれより、より密接な関係があるものとされていることがわかれるといふことについてはすでに多くの人によつて指摘された点でもあるが、やはり注目する必要があつた。

- (3) 通説⁽¹⁹⁾は、例えば Kohrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 43. Aufl. 1961, S. 565, Jagusch, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar (L. K.), begründet von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, herausgegeben von Jagusch und Mezger, 8. Aufl. 1957/8 S. 423, Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil (BT), 3. Aufl. 1959, S. 326, Schönte-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 10. Aufl. 1961, S. 994, Walzel, Das Deutsche Strafrecht, 7. Aufl. 1960, S. 336 usw. 及びライヒ裁判所、連邦裁判所の諸判例。

- (4) 従つて強・窃盗のような財産罪はもとより、密猟、文書偽造、偽証等も本犯となり得ると解せられ、通説となつている。例えば Kohrausch-Lange, a. a. O. S. 567. しかし、維持説を採る学者の中でもシュレーターは本犯行為によつて違法な占有状態が作り出され、従つて法秩序が犯罪利得を剝奪することを要求することが必要で、その為には通説のように財産的利益の侵害の場合だけでなく、より広く封印破壊罪とか逃

走罪のように、原状回復を必要とする公共の利益に対する犯罪も本犯たりうるを解している。Vgl. Schönke-Schröder, Kommentar, S. 996, Schröder, Rosenfeld-Festschrift, S. 168 ff. 我が国でも後述のように木村亀二博士はドイツの維持説とはは同様本犯の範囲を広く認め（木村・刑法各論、昭和三年、一六六頁）、又泉二新熊博士も本犯を財産罪に限定しない（泉二・日本刑法論各論、増訂四一版、昭和四年、九二九～三〇頁）。

- (5) 例えは v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. BT 25. Aufl. 1927. § 147 II, Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl. 1931, S. 573, Meyer-Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 8. Aufl. 1922, S. 493, Hippel, Lehrbuch des Strafrechts, 1932, S. 266 usw.
- (6) Mezger, a. a. O. S. 571
- (7) Vgl. LK 8. Aufl. S. 423
- (8) Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 477
- (9) ベーリングによれば、事後行為とは構成事件の実現——本犯——の後に、これによつて作り出された違法状態を維持又は強化する一切の行爲をいふ。Vgl. Beling, a. a. O. S. 472 ff. besonders S. 477
- (10) Beling, Begünstigung und Hehlerei, Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, BT Bd. VII, 1908, S. 1～225
- (11) W. Gallas, Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung, in Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft (Festschrift zum 60. Geburtstag von Graf W. Gleispach), 1936, S. 59f.
- (12) Sauer, System des Strafrechts, BT 1954, S. 141f.
- (13) Sauer, Kriminalsoziologie. 3 Bde. 1932/3, S. 510～31, 469～77
- (14) 個別的にはニエンスの差はあるが、この立場に立つ學者としてメンガー・シエンケヒン・エローターとしてサウアーをあげることが出来る。
- (15) P. Bockelmann, Über das Verhältnis der Hehlerei zur Vortat, in Strafrechtliche Untersuchungen, 1957, S. 188
- (16) Nagler, LK 6./7. Aufl. 1951, herausgegeben von Nagler, Mezger, Jagusch u.a. S. 411f.
- (17) Vgl. R. Lecroq, Die Abhängigkeit einer strafbaren Handlung von einer anderen strafbaren Handlung im speziellen Teil des schweizerischen Strafgesetzbuches, 1959, S. 47, Anm. 9
- (18) Logoz, Commentaire du Code pénal suisse, Partie générale, 1932, N.2 zu Art. 144, S. 135 f. Hafter, Schweizerisches Strafrecht, BT I, 1937, S. 324, Zürcher, Erläuterungen zum Vorentwurf des schweizerischen StGB. 1914, S. 150

b わが国においても木村博士は、ドイツの通説を殆んどそのまま採用して「贓物罪とは、犯罪に因つて違法に成立せしめられたる財産状態を維持存続せしめることを内容とする犯罪である」と定義づけ、更に「贓物とは財産の侵害を内容とする犯罪に因つて取得せられたる財物である。財産侵害を内容とする犯罪に因り取得せられたる物たることを以つて足るが故に、必ずしも所謂財産罪に因つて取得せられたるものたるに限らず、財産罪以外の犯罪例へば狩猟法違反行為・漁業法違反行為等に因りて取得せられたる物をも含む」と説かれるが、通説は「物の所有者の返還請求権の履行を不能若しくは困難ならしめること」と解している(追求権説)。

この見解は多分にドイツの違法状態維持説の影響を受けたもので、柏木教授も指摘されるように「違法状態の維持と追及の困難化とはおおむね表裏の関係にある」から、両説の相違は本質的なものではないとされるが、両者を対比すると、第一に前者(維持説)においては、本犯は財産権の侵害を内容とするものであれば足り、必ずしも財産罪に限定されなかつたのに対して後者(追求権説)においては、本犯を財産罪に限定する。第二に、ドイツでは無主物(例えば密猟によつて捕獲された魚獣等)も贓物たりうるから、返還請求権の有無はそれほど問題にされないが、わが国においては第一次的に返還請求権の有無を問題とする点で相違し、結果的にはかなりの相違を来たすことになるのである。

ドイツの維持説が主観的、本犯幫助的要素を否定しながら、或いは本犯者と贓物犯人との合意を必要とし、或いは他人への売却のための協力については契約の成就を必要としないのはやや説明に窮するものがあるといわなければならないであろう。又他方、わが国の追求権説のいう「所有者の物に対する追求権の履行を困難ならしめること」の意味も必ずしも明確とは云えない。すでに谷口判事も指摘されたように、所有者の物に対する追求権の履行を困難ならしめることの意味を一般にただ漠然と考えられているように、本犯によつて所有者の手を離れた物が更に贓物犯人によつて転々されることによつて被害者の追求困難ないし不能な状態におかれることと解するならば、なるほど場所的に遠隔の地に運ばれる場合(例えば東京

で盗んだ物を北海道で処分する^(c) についてはそういうことも云えるが、反面、贓物犯人によつて物が転々し、店頭にさらされることによつて、本犯の手に止まるよりもむしろ被害者の発見、追求がより容易になる場合が実際には多いということの説明に窮してしまふ。又被害者の返還請求権の実行を困難ならしめるということは、贓物が転々することにより、その間に善意の第三者が介入し、所有権を取得したために本来の所有者がその物に対する所有権を喪失する危険を意味するものとも解されなくはないし、又その危険は實際上考へうる。しかし、これも谷口判事が指摘したようにおのずから制約があり、刑法の規定する贓物罪行為一般について論じうることではないであらう。更に判例、通説は両替金又は小切手に替えた現金をも贓物と解し、これに対する贓物罪（本来は代替物贓物罪になる）の成立を認めるが、この場合贓物の同一性について疑いがあり、所有者の物の返還請求権を重視する追求権説において物上請求権とは無関係に事を論じると云う点にも問題^(d)があり追求権説によつてこれを根拠づけることには疑問がある^(e)と云わなければならぬ。要するにドイツの通説のいう「違法状態の維持」にしても、わが国の通説の「所有者の物の返還請求権を困難ならしめる」という概念にしてもその内容が空虚で、極めて曖昧なものであると云わなければならぬであらう。^(f)

このような反省から、わが国でもとくに戦後平野教授は前述ベーリングの事後従犯説に好意を示しつつ新しい事後従犯説を展開された。即ち平野教授は従来の贓物罪に関する本質論が法益思想に拘泥しすぎたことを指摘し、法益観念そのものは否定すべきものではないが、これをもつて犯罪のすべてを説明しつくそうとすることの行きすぎを是正し、犯罪社会学的類型を前提として解釈しなければならぬとし、その結果刑法二五六条一項の收受罪は交換経済を前提としない前近代的な犯罪類型であつて、犯罪による利益に与る行為で、これを非難する場合には、その性質上非難に価する不当なものであればよく、無制限ではないにしても、贓物そのものであり、被害者の追求権が存在する必要はない。これに反し二項の故買罪等は交換経済を前提とする近代的な犯罪類型であつて、本犯者の贓物利用の幫助行為であり、この場合には、一度交換された以

上、もはやその交換を援助する必要もないので、ことさらに刑罰によつて弾圧する必要もない。かくて收受と故買とを分けて規定するわが法においては、少くとも立法によつて、收受についてだけは売得金の收受をも処罰するようにすることが比較的容易であるばかりでなく、解釈上もいわゆる概念の相対性の原理によつて一項の贓物と二項の贓物とを別個に解することさえ可能だとされる。⁽⁷⁾

平野教授のこの研究は学界において高く評価せられ、更めて贓物罪の本質に関する注意と反省を学界、実務界双方に与えたように思われる。

又、やや遡つて、すでに泉二新熊博士は贓物罪をもつて事後従犯の一種ではあるが、独立の財産犯として規定されたもので「本罪ハ其主要ナル関係ヨリ觀察スレハ財産侵害者ノ為メニ其横領物ニ対スル利益ヲ確保シテ被横領者ノ利益ヲ一層不安固ナラシメ以テ間接ニ財産権ヲ侵害スルモノナリ」とし、又宮本英脩博士は、贓物罪に關し独得の理論構成をもつて、いわゆる「間接領得罪」の新概念を樹立しようとしたことも注目される。そして谷口判事は前述平野教授よりも一層宮本説に好意的に、二五六条一項の收受は本犯が取得した利益の分け前に与る典型的な事後従犯にあたる行為であるが、二項故買罪等は直接領得罪たる本犯の贓物処分行為に關与し、これを援助又は利用する間接領得罪であるとされる。⁽¹⁰⁾又自身はすでに贓物罪の本質に關しては追求権説ないしは維持説を基本としながらも犯罪庇護的（事後従犯的）、利慾犯的諸要素を併せ考慮すべきものとし、最近は下村教授、団藤教授にも同趣旨の主張が見られる。⁽¹¹⁾

ともあれ、前述したように平野教授の前掲論文を契機としてわが国の学説においても贓物罪における違法な財産状態の維持ないし追求権以外の要素が考慮されて来たことは注目に価すると云えよう。他方、判例も一方では民法一九二条との関係で返還請求権の存在を必要とする伝統的立場を主流としつつも、反面本犯を助長誘発する性質を認め、⁽¹³⁾又下級裁判所（とくに高裁）の判例の中には事後従犯としての性質を明示的に判示しているものも見える。⁽¹⁴⁾

しかし、伝統的な立場とは異質的な後者は、贓物罪の本質に関する判例の流れの中でまだ主流をなすものとはいえず、依然として被害者の回復請求権に贓物罪の保護の対象が求められていることは比較的最近の最高裁の決定⁽¹⁵⁾にこれをうかがうことができる。

以上の論述によつて明らかのように、贓物罪の本質に関する理論はドイツ、日本に共通性をもつ維持説、追求権説が伝統的に通説とされ、今日なお通説的地位を保っていると見てよいであろうが、これらの通説が決して確定的なものではなく、これに対立する諸学説があり、私自身、通説のように一面的、直線的な見地をさけて、複雑な、社会学的—刑事学的な贓物犯の実態、又そこに見られる時として矛盾する諸要素のすべてを覆いつくそうとする試みに左袒して来たのである。

- (1) 木村・前掲書一六六頁。又前述のように泉二・前掲書九三〇頁も「他人ノ財産権ニ侵害ヲ及ホス可キ不法行為ノ罪名如何ヲ問ハス其行為ト当該目的物ノ占有ノ取得又ハ保持トノ間ニ直接ノ連絡関係ノ存スルヲ必要トシ且充分ナリトス」として有罪破産行為及び偽造貨幣行使罪等いわゆる財産に対する罪には属しないものであつても、有罪破産を幫助して藏匿した財物及び偽造貨幣行使によつて得た財物は何れも贓物であるとして通説よりも本犯行為の範囲を広く認めている。
- (2) 同趣旨例えは小野清一郎・新訂刑法講義各論(昭和二八年)二七七頁、柏木千秋・刑法各論下(昭和三六年)五一二頁、斎藤金作・刑法各論(昭和三一年)三四八頁等。
- (3) 柏木・前掲書五一二頁。同趣旨平野竜一・贓物罪の一考察、刑事法の理論と現実(一)三四三頁、谷口正孝・贓物罪について、法書時報四卷(昭和二七年)四号七三頁。
- (4) 谷口・前掲論文七四頁参照。
- (5) 小野(前掲)・前掲書二八〇頁、田藤・前掲書三八七頁、植松正・没収、刑事法講座三卷六二四頁等参照。
- (6) すでに平野教授もこの点を指摘しておられる。平野・前掲論文三四四頁。同旨谷口・前掲論文七四頁。
- (7) 平野・前掲論文とくに三五六頁以下、三六四頁。
- (8) 泉二・前掲書九一〇頁。
- (9) 宮本英倫・横領後の横領行為の性質(再び)(草野及び牧野両氏に答へて)、法学論叢三五卷三号八二三頁。なお宮本説については拙稿・贓物罪と本犯との関係(一)、本誌三四卷四号二八頁註(7)参照。

- (10) 谷口・前掲論文八五―六頁。
- (11) 拙稿・前掲論文とくに二五―二七頁及び同・赃物罪の本質、法学カレッジ、綜合法学四四号六三頁上段、尚この部分本来六四頁末尾に組み入れるべきところ、印刷所の校正上のミスで六三頁上段に挿入されたものであることをこの機会に訂正しておきたい。
- (12) 下村康正・赃物罪の本質、判例をたずねて、綜合法学二三号五三頁、団藤・前掲書三八二頁。
- (13) 最判昭和二六・一・三刑集五・一・一一七。
- (14) 大阪高判昭和二六・三・三〇特報二三六七、広島高岡山支判昭和二八・七・九特三一・七六、名古屋高判昭和三〇・九・二六高裁特報二・一〇八九等、なお赃物罪の本質に関する判例の動向についてはとくに下村・前掲赃物罪の本質六四頁以下、高田義文・赃物罪の概念、総合判例研究叢書刑法(9)五―八頁を参照されたい。
- (15) 最決二小昭和三四・二・九刑集一三・一・七六、本件事案は盗品たる反物四二反を民法一九二条の要件を充して取得した者の依頼を受けた被告人がそれが盗品であるとの情を知りながら売買の斡旋をしたというもので、原審は「思うに、盗品につき、その窃取の時から二年以内に、売買の周旋をした者は、たとえ、右売買の周旋の依頼者が民法第百九十二条の要件を充した者であつても、いやしくも、その盗品であることを知つていた以上赃物牙保罪が成立するものと解すべきである」と判示し、本決定も原判示を支持して上告を棄却し「赃物に関する罪は、被害者の財産権の保護を目的とするものであり、被害者が民法の規定によりその物の回復を請求する権利を失わない以上、その物につき赃物罪の成立することあるは原判示のとおりである。」と判示した。

三

(1) 二に概観した本質観の相違によつて赃物罪の客体たる「赃物」の範囲も広狭の差異を生じることになる。なぜなら、維持説によれば、本犯によつて作り出された違法な財産状態の維持をもつてその本質と解し、赃物罪の利慾的、主観的側面を重視しない関係上、赃物は財産権を侵害する本犯行為によつて直接得られたものに限定され、売得金、賍金によつて購入された品物、両替金等については後の売買、交換等そのものが犯罪的でない限り、本犯の「汚れ Makel」は代替物には移転しないから、もはやこれに対して赃物罪（と云つても本来代替物赃物罪）は認められない。⁽¹⁾これに反して搾取（利益関与）説は赃物罪のすぐれて利慾的な性格に注目し、赃物罪の歴史的生成の過程を考慮し、ことに、一八五一年のプロイセン刑法が

贓物罪の構成要件として贓物犯人が自己の利益のために行為することを第一に必要としながら、一八五六年四月一四日の法律によつて一度はこの要請を明示的に廃止したものを現行ドイツ刑法二五九条が再び「自己の利益の為に」行為する場合に限つて処罰するものとした点を考慮し、右のような歴史的事情の下でドイツ刑法はこの要請（自己の利益の為にするという）を完全に意識的に規定していること、従つてここに贓物罪の本質決定的な意味のあることを主張し、搾取思想は今日の贓物罪の規定の姿から分離することができない。従つて、贓物罪の場合なるほど本犯行為への関与（共犯）は問題にはならないが、本犯の利益への関与が重要である。そしてこの立場からは贓物の範囲についても維持説の見解は狭すぎることとなり、「自己の利益のために」という法文の中に本犯行為利用の思想が明示的に表現されていると解し、贓物の範囲も「それが罪となすべき行為によつて得られたことを知るか、又は諸事情から推定しなければならぬような物」という法文の中に表現されているいわゆる「財物制限 Sachgebundenheit の思想」によつて一定の制限はあるが、被害者の追求権が存在する必要はなく、維持説よりは広く、代替物についても贓物罪の成立を認めることになる。⁽²⁾

このようにして *Ersatzheherei* の理論は、贓物罪の本質、贓物の概念と極めて密接に結びつき、その概念決定については、これを承認すると否とを問わず、必ず論ずべきものといふことができよう。

ところで前述の搾取（利益関与）説がとくにドイツで有力に主張された理由の一つは、ナチス刑法の立法とも関係のあることを看過することはできないであらう。⁽³⁾そしてその事はドイツの判例の推移にもこれを窺うことができる。

即ちドイツの判例の中には「贓物罪が通例、実際に違法な財産状態の維持と物の所有者への返還の妨害を意味するとして、これはだが刑法二五九条の構成要件のメルクマールには属しない」というやや消極的なものもないではないが、ともかくも一九三五年迄は学界で維持説が支配的であつたように、ライヒ裁判所でもこの立場が疑いもなく採用されていた。⁽⁵⁾

ところが周知のように、ドイツでは一九三五年六月二八日の法律によつて刑法旧二条を廃止して新たに類推許容の新二条⁽⁶⁾

を規定し、これが一九四六年一月まで有効であつた。その間ライヒ裁判所はこの新二条に従い刑法二五九条の類推適用として「Ersatzheherei」を認めたとのである。その原則的な判決と云われるのは一九三八年五月一八日のライヒ裁判所刑事第四部判決で、横領した従業員保険証の売得金(代替金)を收受し、又その売り上げ金で整えた報酬と分配とを得た者に刑法二五九条に従つて有罪判決をした地方裁判所を支持して次のように述べている。「前から確定した判例及び法理論によれば、贓物罪は直接窃盜その他の犯罪行為によつて得られた物に対してのみ犯され得るのであつて、本犯行為者が可罰的に得た物の換価によつて得た物に対しては犯し得ない。しかしこの結果は昔から健全な国民感情に矛盾する。健全な国民感情によれば、代替物「Ersatzsache」を自己の物とする者は盗品又は横領物自体を得た者と同様贓物犯人と考えられる。その限りで、刑法二条が刑罰法規の適当な適用を結びつけているところの条件は疑いもなく備わつてゐる。(中略)ライヒ裁判所は贓物罪の可罰性の根拠を違法な財産状態の利慾的な維持であるとしたが、当部もこの見解に与するものである。しかしながら代替物に対する贓物罪の可能性を原則として否定するこの根本思想の、従来のせまい制限はもはや固執することができないであらう。代替物は単に自然の法律感情によつてのみでなく、更に、明示的な法規によつても、行為者が可罰的に行為によつて得た物に代るのである。この思想は、法秩序等において損害を受けた所有者は民法八二三条、二四九条、二八一条に従い、場合によつては民法八一六条一項によつても代替物の引渡し⁽¹¹⁾の請求を主張しうることの中にあらわれている。従つて代替物を自己の利益のために隠匿し、購入し、質にとり、その他收受し、又はその売却に協力する者は、同時に法秩序に違反した状態、即ち違法な財産状態を維持してゐるのである。もともと可罰的に行為によつて得た物について「けがれ」は代替物へ移転するのであつて、従つて代替物に対する贓物罪が刑法二五九条によつて処罰すべきことは全く刑法二五九条にふさわしく、よつて当部は刑事裁判所が「Ersatzheherei」を刑法二条に従つて法創造の方法で刑法二五九条の規定によつて可罰的と見做したことを至当とする……」⁽¹²⁾

ここでは伝統的な維持説の立場を何とか堅持しようと努力しつつ、民法の規定に根拠を求め、刑法新二条の適用によつて *Ersatzheherei* の可罰性を承認しているのである。しかし、一面的な維持説を固執しながら *Ersatzheherei* の処罰を認めようとすることは、前述のところからも明らかなように、本来無理なことで、かえつて搾取説の有力なより所になつたと見られる⁽¹³⁾。又、他方、実務上の要請から、ドイツの一九〇九年以降の各草案が *Ersatzheherei* 処罰の規定をもつてゐることも、搾取(利益関与)説によつて、少くとも、この立場を加味することによつて、始めて矛盾なく説明されるであらう。

ともあれ、右の判例の眞の理論的根拠は結局類推規定に求められるところから、戦後(一九四六年一月三〇日)管理委員会 *Kontrollrat* の法律一一号一条によつて類推許容の(新)二条が廃止され、更に基本法一〇三条二項によつて刑法旧二条が復活するに及んで *Ersatzheherei* を是認する判例の根本的基礎は崩れ去らざるを得なかつたのはむしろ当然で、戦後の代表的な *Braunschweig* 上級地方裁判所の一九五二年二月二十九日の判決は右のような立場から判例が *Ersatzheherei* を処罰したのは二五九条の拡張解釈に基づいたのではなく、類推の方法によつたものであることは疑いのないところであるから、類推禁止の今日、類推許容の刑法(新)二条を適用して刑法二五九条によつて *Ersatzheherei* を処罰することができるといふ(従来)の支配的な判例に従うならば、刑法二五九条による *Ersatzheherei* の処罰はもはや矛盾なくしては行われ得ない。学説の一部には *Ersatzheherei* の若干の場合には刑法二五九条の拡張解釈に基づいて処罰せられうる。とくに代替し得る物は本来得た物と法的に同一視されるという立場に立つ者もあるが、これは前述のように刑法旧二条の復活により許されない。又、コールラウシユは両替金に関する *Ersatzheherei* については、賍金(窃取した金銭)を両替することはたしかに不可罰的な事後行為としてとくに刑罰を科せられることはないが、刑法二五九条の規定上本犯行為と見做されなければならない(窃盗とは別の)横領であると考え、この不可罰的な事後行為(横領)によつて両替金は得られているはずであるから、両替金に対する *Ersatzheherei* の場合も直接刑法二五九条によつて有罪判決をなしようという立場をとつてゐるが、当裁判所と

しては両替金は不可罰的な事後行為によつて得ることはできないという見解である。両替金に対して行為者は適法な所有権を得たのであり、違法な財産状態は両替金については維持されないのであつてコールラウシュの見解は採用できない、として結局「窃盗犯人が窃取した金銭の代りに受けとつた両替金の取得は贓物罪 (Ersatzheherei) の構成要件を充足しない⁽¹⁵⁾。」と判決したのである。

なおこれらの判例について注意が惹かれるのは Ersatzheherei の処罰を否定する判例においても、代替物を、その情を知らながら、その利益に与ることの当罰性を認め、その点に関する法の欠陥を認めながら、その解決は立法によるべきことを期待していることが窺われることである。

右のような判例の変化を概観したのちに更めてもう一度学説を顧みることにしよう。その際最初に、具体的には Erbschheherei を認める学者においてもその本質観、承認の範囲等、その内容が決して一様ではなく、場合によつては意外な組み合わせであることに注意しなければならないであろう。

まず代表的なメツガーは、当初根本的には搾取説の立場から、解釈論的には類推許容の刑法新二条に根拠を求めながら「財物制限」の限界内で Ersatzheherei を認めた。彼においてもつとも重大なのは本犯の利益に与る行為として贓物罪を理解することであり、そこから Ersatzheherei の承認も導き出されるのであるから、類推禁止の刑法旧二条が復活したからといつて、それだけで Ersatzheherei 承認の理論的根拠が全くなくなつてしまつたわけではないが、何といつても、刑法新二条という実定法上の支えを失つた後の彼の主張は色褪せた感を免れないように思われる。

ともあれ、メツガーにあつては Ersatzheherei は認めても Sachegebundenheit の思想に基づき、贓物罪が成立するためには、取引上の観念で非難されるべき財産状態が存在しなければならぬが、両替金については通例はもはやこの取引上の

觀念で非難されるべき財産状態は与えられていない、として Ersatzsache としての両替金に対する贓物罪は認めない。⁽¹⁶⁾

ところがメッガーとは全く反対に本質的には通説たる維持説の立場に立ちながら、コールラウシュは前述のように不可罰的事後行為（本来犯罪たるべき）によつて得られたが故に、代替物の中でもとくに両替金については贓物罪（Ersatzheherei）の成立を認め、又ナグラーも通説たる維持説の立場に立つて一般の Ersatzheherei を否定しながら「単なる価値のトレーガーに過ぎない紙幣又は貨幣のような交換可能物の場合には、本来得られた物（本犯行為によつて直接得られた物、筆者註）と法的に同一視されるべきこと、又代用の原則上任意交換の可能性が存するのであるから、個々の個性の変更に拘わらず、法的には同一物（事物同一性 Sachidentität）に属する」として両替金に対する贓物罪の成立を認めているのが、まことに対照的である。⁽¹⁷⁾

(1) Kohlrausch-Lange, a. a. O. S. 567, Jagusch, LK 8. Aufl. S. 424, Maunach, a. a. O. S. 328, Schönke-Schröder, a. a. O. S. 997, Schwarz, Strafgesetzbuch, 22. Aufl. 1959, S. 626, Weizel, a. a. O. S. 341

(2) Vgl. Mezger, Zur Entwicklung der sog. Ersatzheherei, bes. S. 567 ff. ders. Strafrecht, II, BT 7. Aufl. 1960, S. 156. メッガーの他に Ersatzheherei を認めようとしたグライスマットは記念論文集におけるガラスは、根本的には法益概念の批判から出発し、法益を侵害の客体と解して来た従来の法益論を批判して、法益とは犯罪的態度の客体ではなくして法的な反価値判断の基準にすぎず、従つていかなる主観的要素も法益たり得ると主張し、その好適例として贓物罪をとりあげて次のように論じたのである。即ち、学説、判例における通説（本犯によつて作り出された違法な財産状態を維持することを本質とする）は本犯者が加工等によつて取り消し得ない所有権（unantastbares Eigentum）を取得した物、贓物を売却して得た売得金については、もはや侵害の客体がないから贓物罪の成立を認めないが、これは法益を侵害の客体と考えたからで、この考えから解放されるならば、財産の保護が目的である点でなお財産罪の性格を維持しながら、贓物罪を、犯罪によつて得た利益に与る行為とすることができ、かつ又「故買者」という行為者類型を捉えることもできる、としている。前掲書とくに五九頁以下参照。

(3) Vgl. Maunach, a. a. O. S. 321

(4) Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt.), 54 (1919), 124

(5) RGSt. 26 318, 54 133, 57 159, 58 117

(6) ナチス刑法新二条は次のように規定した。

「法律により可罰的と規定された行為、又は刑罰法規の基礎觀念及び健全なる国民感情により処罰に値するとされた行為をした者は処罰され

る。行為に対して直接適用されるべき特定の刑罰法規が存在しないときは、その行為に対してもつとも適当な基礎概念を含むところの法規によって処罰すべきである。」

(7) *Maunach, a. a. O. S. 321*

(8) ドイツ民法八二三条は不法行為の規定で、「故意又は過失により他人の生命身体健康自由所有権其他の権利を不法に侵害した者は之によつて生じた損害を賠償する義務を負う」と規定する。

(9) ドイツ民法二四九条は給付義務に関する規定で次のように規定されている。「損害賠償の義務を負う者はその義務を負わせるべき事情が発生しない場合において存在すべき状態を回復することを必要とする。身体の傷害又は物の毀損につき損害賠償をなすべきときは、債権者は、原状回復に代えてこれに必要な金額を請求することができる。」

(10) ドイツ民法二八一一条「債務者が給付を不能にした事情に基づき債務の目的につき賠償を得又は賠償請求権を取得したときは、債権者は賠償として受け取つたものの返還又は賠償請求権の譲渡を請求することができる。二項省略」

(11) ドイツ民法八一六条一項は不当利得の規定で次のように規定する。

「非権利者がある目的につき、権利者に対しては有効な処分をしたときは、その者はその処分によつて取得した利益を権利者に返還する義務を負う。処分を無償としたときは、その処分により直接に法律上の利益を受けた者がこれと同一の義務を負う。」

(12) *RGSt. 72 146*

(13) このことはメンガーが前述の「いわゆるErsatzhehlerの発展について」においてこの判例を有力な根拠として援用しているところからも窺われる。その他マウラッハ前掲書三三二頁参照。

(14) *Schönke, Kommentar, § 259 Anm. V4, § 2 Anm. VI, Dalcke, § 259 Anm 4, Nagler, LK 7, Aufh. § 259 Anm. II 2, H. Mayer, StZ. 47, 17.*

(15) *Juristenzeitung (JZ), 52, 432, mit Anm. Mezger*

右のようにこの判決にはメンガーの註がついているが、彼はこの判決が刑法二五九条の意味を十分に汲みつくせない維持説に対する批判的態度のないことを遺憾とし、権取説の立場から類推ではなく拡張解釈によつて刑法二五九条をErsatzhehlerまで原則的に拡張するが、代替物の場合財産的利益を可罰的に得たという「けがれ」がこれにも附着している時だけ認められるべき(財物制限 *Sachgebundenheit* の思想)で、両替金の場合は通例そうではないから理論の出発点は異なるにも拘わらず結論的には本判決に賛成ということになる」と論じている。

(16) 前註参照。なお *Mezger, Strafrecht, II. Bt. 7, Aufh. S. 156*

(17) *Nagler, LK 6/7, Aufh. S. 412*

(2) a 英米法においては、贓物罪と云つても殆んど盗品收受 receiving stolen property のみが論じられている。⁽¹⁾ 英米法(とくに英法)における盗品收受罪も、各国の贓物罪の歴史がそうであつたように、窃盗罪に対する事後の従犯 an accessory after the fact to this larceny と考えられ、コモン・ロウ上軽罪 misdemeanour ではあるが、收受者は起訴し得ないものとされてきたといふ。⁽²⁾ そしてこのことは例えばエバンス事件(一七四九年)⁽³⁾ にも明らかに看取されるばかりでなく、共犯説 accessory theory はホールによれば贓物罪が独立の重罪として規定されるに至つた一八二七年⁽⁴⁾ においてもまだ一般に人気があつたといふ。⁽⁵⁾

又、贓物罪の客体は盗品 stolen property or stolen good であるから、当然に窃盗の客体たりうる物でなければならぬ。従つて可動の有体物でなければならぬとか、他人の所有権に属する物(この点に関しては一九一六年の窃盗罪法第四六節に詳細な規定がある)でなければならないとか、経済的な価値のある物でなければならない等々の制約⁽⁶⁾ があり、その他コモン・ロウ上は犬や猫は窃盗の客体とならず、⁽⁷⁾ 又コモン・ロウ上窃盗は死刑をもつて臨まれたため、軽微なもの(ニメンズ＝シリング以下のもの)の窃盗は小窃盗 petty larceny として例外的に扱われていた⁽⁸⁾ ことが指摘されよう。ただ贓物罪の客体そのものに関しては一八四〇年のチャップル事件⁽⁹⁾ 以来贓物犯人によつて得られる物は、必ず本犯行為によつて得られた物と同一でなければならぬという原則が確立されていた⁽¹⁰⁾ が、この原則はエンスによれば比較的最近の判例によつて一応覆えされたことになるが、エンス自身、この判例については、これだけで英法において Ersatzheret が原則として可罰的であると考えることは、英法の全体系を考慮し、又、英法においては常に裁判官の判断の妥当性がその都度の個別的事件に制限されるべきであることを考慮すると極めて慎重に受けとらなければならない⁽¹²⁾、としており、聞くべきものがある。ターナーも「property」という言葉は、ただ単に本来得た財産だけではなくそれと両替えし又は交換したすべての財産をも含む」のだと論じてダン・ドレア対ウッド事件を引用してはいるが、本来この所論は原所有者の返還請求に関するもので、その前段においては裁判所

としては窃盗犯人が代替物を得た場合には一九一六年の窃盗罪法以来、この代替物を所有者に渡すことを命じることが出来ることを論じ、その後前述所論が続いているのであり、又贓物罪に關しても、この犯罪がコモン・ロウ上のそれと比して諸法律によつてその範圍が非常に広げられ、重罪又は輕罪となるような事情の下で何らかの方法で財産を窃取し又は取得する行為にまで及ぶことを論じてはいるが、代替物、両替金等について、直接盗品收受罪の客体として論じてはいない点を考慮すると、右ダンドレア事件によつて英米法も Ersatzheherei の可罰性を認める方へ方向転換をなしとげた、と断言することは、エンス同様やはり疑わしいように思う。何となれば、後述のように、本犯に現存する犯罪の利得又はその代替物を、被害者の救済のために、本犯から被害者へ返還せしめる制度と代替物に対する贓物罪を処罰することは、あくまでも dimension を異にするからである。⁽¹⁴⁾

(1) J. Hall, *Theft, law and society*, 2ed. 1952, p. 52, 155~232, Kenny's *Outlines of criminal law*, by Turner (Kenny-Turner), 17th ed. 1958, p. 337, Stephen, *A digest of the criminal law*, 6th ed. 1904, p. 321. Clark and Marshall, *Crimes*, 5th ed. 1952, p. 543, 553 タラート・トーマル (椎村透訳)・アメリカ刑法 (各論) 檢察研究所資料第五十号、一八九頁以下 etc.

但し、アメリカの若干の州では贓物隠匿の幫助としての贓物寄蔵罪も substantive offence として処罰される。cf. Clark and Marshall, *op. cit.* p. 553

(2) Kenny-Turner, *op. cit.* p. 337

(3) *Case of King v. Evans*, 168 Eng. Rep. 37 (1749). このケースでは被告人エヴァンスは一ニニンスの価格の絹のハンカチーフを、それが重罪によつて得られたものと知りながら收受したということで起訴されたのであつたが、本犯たる窃盗犯人は窃盗の有罪を言い渡されたにもかかわらず、贓物罪被告人については免責に終つたといふもの。cf. Hall, *op. cit.* p. 55

(4) 7 and 8 Geo. IV, c. 29, Larceny Act, 1827, Kenny-Turner, *op. cit.* p. 337.

(5) Hall, *op. cit.* p. 55~56

(6) Kenny-Turner, *op. cit.* p. 263~76, Cross and Jones, *op. cit.* p. 160, Hall, *op. cit.* p. 80, Stephen, *op. cit.* p. 249~253

(7) 普通法上動物は飼ひならされ、又は殺された場合に窃盗罪客の体となると解せられていたが、たとえ右の条件を備えていても劣等動物の場合

合、又食糧にも食糧生産にも役立たない場合には、他の目的には役立ち、又経済的な価値のあるものであつても窃盗罪の対象にはならないとされてきた。大は古く(一五二〇年)から民事上は財産として取扱われたが刑事上は劣等動物 *base nature* であるが故に普通法上窃盗罪の客体とはなり得ないと解されてきたが一七七〇年の立法(10 Geo. III, c. 16)によつて窃盗罪の客体たりうるものとされ、又一八六一年の窃盗罪法一八節(24 and 25 Vict. c. 96 S. 18)によれば大の窃盗は即決裁判で六ヶ月の軽懲役 imprisonment 及び大の価値以上二〇ポンドを超えない罰金で処罰され、更に一九一六年の窃盗罪法第五節(6 and 7 Geo. V. c. 50 S. 5)によつて大の窃取について先に為された略式の有罪決定の後、一八ヶ月の軽懲役で処罰される起訴しうべき軽罪とされたに至つた。cf. Stephen, *History of the criminal law of England*, Vol. III, 1883, p. 147 ~8, Hall, *op. cit.* p. 89, Kenny-Turner, *op. cit.* p. 273, 293

(8) この点に關し、ドイツの刑法改正事業に關し、贓物罪の比較法的研究をしたエンスが、贓物罪の客体は他人の所有權に属する物に限られる他、ロモン・ロウ及び制定法上窃取し得るものでなければならず、従つて例えは犬やニバンス(ニシリング)以下の価値の物は窃取し得る物ではないから贓物たり得ないとしているのはもしロモン・ロウ上の原則を指摘したに止まるならば問題ないとしても現行法上の原則として説いたものとすれば何かの誤解のようと思われ。Vgl. Ens, *Die Hehlerei in Materialien zur Strafrechtsreform*, 2. Bd. *Rechtsvergleichende Arbeiten*, II. BT 1955, S. 336

(9) R. v. Chapple (1840) 9 C. and p. 355

(10) Kenny-Turner, *op. cit.* p. 338, Ens, a. a. O. S. 337

(11) D'Andrea v. Woods (1953), 1 W. L. R. p. 1307, 2 All England Law Reports, p. 1028 (但し参照し得ず)

(12) Ens, a. a. O. S. 337

(13) Kenny-Turner, *op. cit.* p. 301, 337

(14) D'Andrea v. Woods (1953) 1 W. L. R. p. 1307 については註(11)にも明らかにしたように直接参照し得なかつたのでここではむしろ臆測の域を脱しないものがある。何れ機会を得てこの点を明確にしたいと考えている。

b フランスでも贓物罪は長い間処罰されないままにおかれたが、一七九一年の立法によつて重罪又は軽罪によつて得られた物をそれと知りつつされた蔵匿は本犯行為としての重罪又は軽罪の共犯行為として処罰されるようになった。しかしこのような共犯理論は多くの外国法ではすでに廃止されており激しく批判されていた。即ち蔵匿は法律的には(本犯)行為そのものの事後のもので、本犯行為に關連はするが、本犯行為とは異なるものであること、両者の刑罰を同一のものとするこ

とは正しくないということ、又このような方法であれば外国人が外国で犯した犯罪又は仏国人が仏国に帰らないで外国で犯した犯罪の蔵匿を処罰することができなくなる、というような理由で一九一五年五月二日の法律は、刑法六二条及び六三条を廃止して新たに四六〇条及び四六一一条に蔵匿に関する新规定を挿入した。⁽¹⁾ この立法によつて始めてフランスでは贓物罪が独立罪となつたわけである。しかしこの一九一五年五月二日の法律による新四六〇条も解釈上従前の六二条の規定と実質は変わらないとされる。⁽²⁾

フランスにおける贓物罪に關してとくに注意がひかれるのは、フランスでは贓物罪が即時犯ではなくて継続犯であると考へられていること⁽³⁾及び贓物の範圍が極めて広汎に認められていることである。フォスタン・エリーによれば、物は特定物であつても代替物であつてもよく、又得られた物(贓物)にはその物を売つて得た金銭、この金銭で更に買った物、犯罪によつて得た金銭を含むとされる。⁽⁴⁾ 代替物に対して贓物罪を認めることはフランスの学説としてはむしろ通説で、これに反対する者はドンヌデュー・ド・ヴァブル等⁽⁵⁾少数数であり、判例においてもフランスの破毀院は代替物についてしばしば構成要件の充足を認めており、学説の大多数がこの判例の立場に賛成しているのである。なお、フランス法の影響の強いベルギーでも破毀院はフランス破毀院と同じ立場に立つていることを附言しておく。

イタリー刑法六四八条によれば、贓物罪の客体は犯罪に由来する金銭又はその他の物である。法文そのものがこのように広義に規定されているので贓物の客体は殆んど無限定で、直接犯罪によつて得られた物だけでなく、犯行の機会に得られたもの、例えば犯罪行為に対する報酬も、又学説によつては本犯実行に際して用いられた武器や詐欺の犯行の為に作つた偽造文書等さえも贓物罪の客体たりうると解されている。このようにイタリーでは贓物の客体は動産であれば極めて広範に認められており、この限定は主観的構成要件によつて始めて明らかになるのだと解されている。⁽⁶⁾

(1) Faustin Hélie, *Pratique criminelle des cours et tribunaux, droit pénal*, T. II, 6^e éd. 1954, p. 425~426

尚新规定は次のように規定する。

第四六〇条 重罪又は軽罪により奪取、横領又は取得した物の全部又は一部を情を知つて隠匿した者は、第四〇一条に定める刑（刑法典第二章第一節に規定する vols 以外の盗罪である *Larcins, filouteries* 及びこれらの軽罪の未遂処罰の規定で、一年以上一五年以下の拘禁又は四千フラン以上一二万フラン以下の罰金に処せられる一筆者註）に処する。
罰金は一二万フラン以上、隠匿物の価格の半分まで加重することができる。

但し、重罪の場合には第五九条第六〇条及び第六一条に従つて、更に重い刑の定あるときは、その適用を妨げない。

第四六一條 隠匿物を取得した所為に対し施体及び加辱の刑を適用することができる場合には、隠匿者は、隠匿の時に知つていた重罪又は重罪の情状に対し法律の定める刑をもつて処断する。但し、隠匿者に関しては、死刑には無期徒刑をもつて代える。前条に定める罰金は、つねに言ふ渡すことのできる。

(2) Hélie, *ibid.* p. 427, *Ens. a. a. O. S.* 333, etc.

(3) これは、フランスでは赃物罪の実行行為が隠匿に限定されていることも関連していると解すべきであろう。

(4) Hélie, *op. cit.* p. 428.

(5) Donnedieu de Vabres, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1936, p. 244.

(6) Manzini, *Trattato di diritto penale italiano*, 3. Aufl. 1952, Bd. IX, S. 883, *Ens. a. a. O. S.* 338

c 最後に独法系のスイス及びオーストリーについてみることにしよう。

スイス刑法一四四條は赃物罪として「それが可罰的行為によつて得られたことを知り、若くは認めなければならぬ物を得、贈与せしめ、質にとり、隠匿し、若くは売却を補助した者は云々」と規定しているが、判例及び学説は *Ersatzsache* に対する赃物罪を認めてはいない⁽¹⁾。

エンスによれば、スイスの立法者は *Ersatzheherei* の問題を熟知していたけれども、シュワンダーが正当にも指摘したように「これを認めると法的安定性が非常に害される⁽²⁾」という理由で意識的に *Ersatzheherei* の可罰性を否定する立場に立つたのだという⁽³⁾。

次にオーストリーであるが、ここでも原則として直接本犯によつて得られた物だけが赃物罪の客体たりうると解されてい

い、いわゆる „Ersatzheherei“ と赃物罪立法について

(4) たる。ただ、一八九二年以来確立された判例によれば、金銭の場合だけは贓金そのものの收受かそれとも両替金の收受かは問題でなく、又、外国で盗んだ貨幣を内国の貨幣に両替したときでさえ重要ではないとして、両替金についてのみは(代替物)贓物罪が認められてゐる。(5)

(1) Germann, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, 1943, S. 271, Hafner, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Bd. II, 1. Bf erste Hälfte, 1937, S. 322 Anm. 3, Schwander, Das schweizerische Strafgesetzbuch, 1952, Nr. 554, Ziff. 3, S. 262, Thormann-von Overbeck, Das schweizerische Strafgesetzbuch, Art. 114 Anm. 5 usw.

(2) Schwander, a. a. O. Nr. 554, Ziff. 3, S. 262

(3) Ems, a. a. O. S. 337f.

(4) 例へば Kimmel, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 14. Aufl. 1951, S. 168f. Rüttler, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, Bd. II, Bf. 1938, S. 122, なおオーストリーでは実定法上贓物罪は特定の財産罪の共犯とされてゐることが注目される。

(5) Entscheidungen des k.k. Obersten Gerichtes als Kassationshof, 3779, Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten (SS), XVI Nr. 101, SS, XXIII Nr. 102

(3) わが国では通説、判例が追求権説をとることは前述したが、この立場では贓物は、本犯によつて直接得られた物に限定され、いわゆる Ersatzheherei は否定されるが、両替金又は小切手に替えられた現金の場合はなお同一性あるものとして贓物性が認められてゐる。(1)

例へば、横領の目的物である紙幣(百円札)を他の紙幣銀貨等に両替した場合に關して判例は「……通貨タル点ニ於テ彼此相異ナルコトナケレハ両替ノ一事ニ因リ贓物タル性質ヲ失フモノニ非サルカ故ニ原院カ之ヲ没収シタルハ相当」であるとし、又編取小切手による受領金についても「小切手ハ一覽払ノ証券ナレハ詐欺ニ因リ小切手ヲ振出サシメタルハ要スルニ現金ヲ支払ハシムルノ手段方法タルニ過キサルヲ以テ其ノ呈示ニ因リテ支払人ヨリ現金ノ支払アリタルトキト雖右現金ノ受領

ヲ以テ犯罪ニ因リ得タル贓物ノ換価ト同一ニ論スヘカラス其ノ現金ハ詐欺罪ニ因リ領得シタル物件ニ外ナラスシテ贓物性ヲ保有スルヲ以テ情ヲ知リテ右現金ヲ寄藏スルニ於テハ其ノ所為ハ当然贓物寄藏罪ヲ構成スヘキモノトス⁽³⁾とし、更に横領小切手による受領金については、「小切手ハ金錢支払ノ具トシテ使用セラルルモノニシテ金錢ニ換ヘラルルコトヲ以テ其ノ本質ト為スモノナレハ小切手所持人カ其ノ權利ヲ行使シテ之ト引換ニ金錢ノ支払ヲ受ケタルトキハ其ノ金錢ハ取引上小切手同一物ナリト認ムルヲ相当トスルヲ以テ小切手ヲ横領シタル者カ小切手上ノ權利ヲ行使シ現金ニ換ヘタルトキハ該金錢ハ尚贓物タル性質ヲ具有スルモノト謂ハサルヘカラス⁽⁴⁾」としている。

しかし現行刑法が財産犯罪に關して財物(物)と財物以外の權利その他の財産上の利益とを區別していることは規定上(例えば刑法三六条二項、二四六条二項、二四九条二項)明らかであるから、前述の諸場合において、とくに通説たる追求權説の立場からは、蔽密に云つて両替金又は小切手に替えられた現金には同一性も被害者の物上請求權も認め難いものがある筈で、それにもかかわらず、判例、通説がこれらの場合に当然のこととして贓物性を認めることには疑問があると云わなければならぬ⁽⁵⁾。

しかしドイツでも、前に概観したように原則的に *Ersatzheherei* を否定する維持説の主張者の中でもナーグラは單なる価値のトレーガーとしての紙幣又は貨幣の場合は代替物は本来犯罪によつて得られた物と法的に全く同じと看做されるべき事、又代用の原則上任意交換の可能性が存するのであるから、各個の個性の変更にも拘わらず、法的には同一物に属するとして直接贓物罪規定の適用の可能性を認め、⁽⁶⁾ コールラウシュは金錢の窃取後の贓金の両替は、たしかに不可罰的な事後行為としてとくに刑罰は科せられないけれども、それは刑法二五九条(贓物罪)によれば、本犯行為と看做されなければならぬ(窃盜とは區別される)横領であると考え、この不可罰的な事後行為(横領)によつて両替金は得られているはずであるとして両替金の贓物性を根拠つけようとしており、⁽⁷⁾ 更にマウラツハは一般的に *Ersatzheherei* を否定しながらも「大多数の

場合に本犯（若しくは第三者）による代替物の入手もそれ自体独立に評価しうる犯罪行為である（例えば泥棒が窃取した自動車を他の物と交換し、それを赃物犯人に更に交付したとすれば、本犯は窃盗ではなくして交換行為の中に含まれている詐欺である。）⁽⁸⁾とする。

確かに窃取等によつて犯罪的に得られた金銭、例えば一万円札を、窃取した者——本犯者——（又は代理人等）がこれを千円札一〇枚と両替してしまえばもはや赃金ではなく、又同じく赃金で買物をして支払いに際して受けとつた釣り銭はもはや赃金ではない、という結論は甚しく社会感情とも矛盾することにならう。その意味で結論的には判例、通説は正しい方向を志向していると言えよう。ただ問題は維持説ないしは追求権説の根本的立場といかに矛盾なく解決できるかということであるが、前述のとおり、純論理的にはかなり疑問があり、その意味で隠匿された物と本犯によつて得られた物とは単に経済的に同一であるだけでは不十分で本質的、物質的若しくは法的に同一であることを必要とする（物はその単なる価値又はそれに代る同一物とすりかえられてはならない。なぜならそれによつて実定法上規定されていない価値隠匿罪が実定法上規定されている赃物罪に代ることになるから）と主張するヤークシュ⁽⁹⁾の方が理論的には一貫していると云わなければならない。だがその現実面に作用する不当さはすでに述べた通りである。かくしてこの点についても追求権説又は維持説によつて一面的に赃物罪を解することなく、これに併せて事後従犯的、搾取的要素をも加味して把握した場合に、赃物罪の実体をより完全に覆いつくせることが明らかであると云つてよいであらう。

(1) 例えは泉二・前掲書九一一頁、後註(2)〜(4)参照。

(2) 大判大正二・三・二五・刑録一九三三七四頁。

(3) 大判大正一一・二・二八・刑集一卷八二頁。

(4) 朝高院判昭和元・一一・二七・司協六卷一号四九頁。

(5) 団藤・前掲書三八七頁も同様疑問の余地ありとされる。

(6) Nagler, LK 6/7, Aufl. 1951, S. 411 f.

(7) Kohrausch, Strafgesetzbuch, Kommentar, Anm. IV zu § 259

(8) Maurach, a. a. O. S. 322. 但し彼はナグラーヤコールラウシュとは異つて金銭を両替してしまへばその後の行為は犯罪ではなくなるとす
る。

(9) Jägersch, a. a. O. (LK 8. Aufl.) S. 424. ヤーグシュは本文のように論じて解釈論としてはあくまでも *Erbsitznahme* の処罰を否定するが、
刑事政策的要請上立法論としては処罰の対象とすべきだと論じているのは論旨一貫していると云うべきであろう。

四

(1) 前にも指摘したように *Erbsitznahme* に関してドイツではとくに売得金の問題は解釈論としては一般に否定されて
いるが、立法論としてはその点に刑法の欠陥があるとされ、少くとも規整の必要があるとされていた。⁽¹⁾ このことは一九〇九
年刑法改正事業が具体化されて最初の準備草案を得て以来、各次の草案、更には最近の六〇年草案にもこれをあとづけるこ
とができる。

即ち一九〇九年のドイツ刑法準備草案二八一条一項は「自己の利益の為可罰的行為によつて得た物又は、これに代る物を隠
匿し故買し質に取り、その他之を收受し又は他人への売却に協力する者」を処罰し、⁽²⁾ 次いで一九一九年草案三八三条は
売得金及びこれにより購入された物は犯罪行為によつて得た物と看做す。

という規定をおき、一九二二年のいわゆるラートブルッフ草案三〇八条は一項で通常の赃物罪を規定したが更に二項は
自己若しくは他人を不法に利得させる意図で、他人が窃取し又はその他、他人の財産を可罰的に侵害することによつて取得した物の売
得金、又は売得金の代りに供与されたその他の物を自己の手に收受した者は前項同様に罰せられる。

と規定し、又一九二五年草案三一六条及び二七年草案三五〇条は赃物罪につき現行法通りの規定から「自己の利益のため」

という要件を除いた一項の規定に次いでその二項に „Braschheherei“ について規定している。即ち、二五年草案では

自己又は他人を不法に利得させる目的で人の窃取した物又はその他可罰的な他人の財産侵害によつて取得した物の売得金又は売得金の代りに取得した其の他の物を收受した者も前項同様処罰される。

と規定し、二七年草案もほぼ同様

自己又は他人を不法に利得させる目的で人の窃取した物又はその他可罰的な他人の財産侵害によつて取得又は獲得した物の売得金、その物を交換した物又は売得金によつて購入した物を收受した者も前項同様に処罰される。

と規定した。

更にドイツでは今次大戦後再び刑法改正事業が進められたが、一九五九年草案は贓物罪に関しては基本構成要件として

二九二条 ①自ら財産上の利益を得又はそれを第三者に得させるため、他人が盗取又はその他、他人の財産に向けられた違法でかつ故意の所為によつて得た物を購入し、又はその他自ら得、又は第三者に得させ、それを売却し、又は売却を援助した者は、五年以下の軽懲役又は拘留に処する

②未遂罪はこれを罰する

③二四七条（親族相盗例、筆者註）はこれを準用する

とし、次いで二九三条に營業的及び職業的贓物罪を規定したのにひきつづき、二九四条に盗品に対する関与として次のように規定した。即ち

二九四条 他人が窃取又はその他、他人の財産に向けられた違法で且つ故意の所為によつて得た物からの利得を、非難すべき方法で、他人の同意の下に自己のために利用した者は贓物犯人と同じにこれを罰する

更に六〇年草案では第三章（財産に対する犯罪）の第九節、贓物罪及び犯罪庇護罪の題の下に

二八六条 ①自己又は第三者に利得させるため、他人が窃取し若しくはその他、他人の財産に向けられた違法な行為によつて得た物を購入し若しくはその他自ら得、又は第三者に得させ、それを売却し若しくは売却を援助した者は五年以下の軽懲役又は拘留に処する

②未遂罪はこれを罰する

③二四一条（親族相盗例）及び二四二条一項（窮迫から些細な価値の物を盗取した者は三月以下の拘留又は九〇日以下の日掛罰金に処せられるという規定）はこれを準用する

と規定し、二八七条には五九年草案同様營業的及び職業的贓物罪を規定し、次いで盗品に関する関与として

二八八条 自ら窃取し、若しくはその他他人の財産に対して向けられた違法な行為によつて得た物から取得金を得ようとした者が本犯者の同意を得て非難すべき方法で、その取得金から財産上の利益を自ら得又は第三者に得させた場合には贓物犯人同様二八六条及び二八七条によつてこれを罰する⁽³⁾

この二八八条の規定に関して草案理由書によればまずその本質について「固有の贓物罪とは異つて *Ersatzheherei* の本質は違法な財産状態の維持ということの中にあるのではなく、とくに犯罪的利得についての非難すべき関与ということの中にある⁽⁴⁾」とし、客体については「盗品関与の客体は、第三者が他人の財産に対する違法な行為によつて得た物の取得金 *Erlöse* である。取得金 *Erlöse* の概念は一〇九条二項（没収の規定）における利益 *Gewinn* よりは狭く、かつ、本犯者が本犯行為によつて得た物の処分によつて得た物、例えば売却によつて得た金銭又は交換によつて得た物のみである。しかし又本犯が取得金で買った物又は交換した物の代りに受け取った物をも含む。その限界づけは個別的に判例に委ねられなければならない⁽⁵⁾」とされる。かくしてドイツでも現在のところはまだ *Ersatzheherei* の客体である代替物の概念、範囲等まだ確立されたとはいふ難く、判例による明確化が期待されていることがわかるが、決して無限定なものではなく、イタリー及びフラン

スのそれに比してはるかに限定的にのみ認められる。何故なら、本条は行為が「本犯者の同意の下に」、しかも「非難せられるべき方法で」財産上の利益を得たことが必要とされるからである。従つて善意の第三者が介入すれば情を知つた第三者が取得金を得てもその取得金はもはや二八八条に規定された構成要件の実現の客体とはなり得ないとされるのである。⁶⁾

ともあれ以上のドイツの立法事業の経過に照して、ドイツでは長い間取得金、両替金に対する „Ersatzheherei“ 処罰のための努力を継続して来たことが明らかである。

思うに、違法な財産侵害によつて与えられた利益への関与に対する倫理的な非難、違法に得られた利得を行為者の手にとどめておいてはならないという、いわば勸善懲惡的、プリミティブな、やや大げさな云い方をすれば正義観と云つたものは、いつの世にも、いづこの国でも払拭し難いものがあるようである。ただ、ドイツでとくに代替物に対する贓物罪処罰について長い間論議され、わが国でそのような理論史をもたないことは、とりわけドイツ刑法学の影響の強いわが国刑法学のことを考えるとき、些か奇異の観がないでもないが、その理由としては勿論贓物罪の生成発展の歴史、両国の社会倫理的背景、民族的氣質の相違ということもみのがせないとしても、これに加えて刑罰制度、とくに没収制度の相違にも無関係ではないように思われる。勿論代替物に対する贓物罪を認めることと代替物（とくに取得金）を本犯から没収し得ることとは、前にも一言したように、一方が贓物犯人との関係で違法な利得への関与に対処するのに対して、他方は専ら本犯への対処のみを意味するもので、両者は全く dimension を異にするものではあるが、何れも非難に価する利得をないものにするることによつて犯罪闘争を試みる点に共通の要素が求められなくもないのである。

ところでドイツの現行刑法四〇条によれば没収の対象となるのはわが現行刑法のそれに比して遙かに限定的で、故意の重罪又は軽罪によつて造り出された物、故意の重罪又は軽罪を犯すために用いられ若しくはその用に当てられる物で正犯又は共犯に属する場合に限られる。

これに反してわが国では右の他に犯罪組成物、犯罪行為より生じ若くはこれによつて得た物又は犯罪行為の報酬として得た物も刑法一九条二項の要件を充す限り没収することが出来、更にたとえ没収し得ない場合であつても価額の追徴をすることができることになつてゐる。「犯罪行為によつて得た物」(贓物等)の場合には、本来の権利者(被害者)がいるはずで、捜査中押収されたこれらの金品についてはドイツで没収できないのもとより、わが法制でも刑法一九条二項の要件を充さないからやはり没収は認められないが、当然に被害者に還付すべきものとして刑法一二四条ならびに三四七条一、二項がその手続を規定し、ドイツ刑法一一一条も亦同様の手続を規定して犯人に不当な利得が残存しないように考慮されている。又、窃取した金銭で物品を購入した場合とか或いはその反対に窃取した物品を換価した場合にはもはや贓物は存在しないのであるから、これらの金品を情を知つて收受したとしても收受者が贓物罪のかどで処罰されることがないのも彼我同様であるけれども、ただ本犯だけについて見ると、わが刑法一九条一項四号及び一九条の二によつて没収又は追徴がかなり広範囲に及ぶので、犯罪行為による利得がそのまま犯人に残存する余地は少く、社会的衡平の要請はかなり満足させられる。ところがドイツの通説に従えば右のように贓物を変形し、代替物としてしまえば本犯は没収され又は被害者に還付すべく押収されるべき対象をもたず、贓物罪も成立しないから、本犯がいち早く、巧妙に利得物を変形してしまえば、詐欺罪のように罰金が併科されている場合に、その罰金の量定に際して利得が犯人に残存しないよう考慮される(独刑法二七条C、三項)⁽⁹⁾によつて不法な利益が剝奪されるごく少数の場合を除いて一般には犯罪による利得がそのまま本犯に現存するという不都合な結果を認めなければならなくなる。しかもその不都合な利得に関与しても贓物罪は成立しないのであるから、そのような不法な関与を助長することにもなるであろう。その意味で *Ersatzheherei* を肯定することはそのような犯罪的な利得に対する不法な関与を犯罪視し、刑罰を以て威嚇することになつて、つまりは刑事政策的な犯罪防止の一役を演じることにもなり、かつ又ドイツ刑法の欠陥を、許される解釈のぎりぎりの限度で補充することができ、終局的には一般素人の常識、換言すれば

国民感情にも合致することにもなる。Ersatzheherei を肯定する前述ライヒ裁判所の判例や学説においてこの点を指摘したものは私の知る限りでは見当たらない。従つてそれが意識的に考慮されたと断定することはおそらく行きすぎであろうが、「実定法の欠陥」⁽¹¹⁾ が云々されるとき、不法な利得への関与が放置されると同時に本犯の不法な利得の享受の放置をも内含するものと解してよいのではなからうか。この事は戦後のドイツ刑法改正事業において前述の通り一般贓物罪の規定と並んでErsatzheherei の規定を新設すると同時に併せて没収及び追徴に関する一般規定を新設しているところからもこれを窺うことができる。種々の経過はこれを割愛して、六〇年草案についてのみ明らかにするならば、その一〇九条は Verfall と題して従来の没収の規定を継受したと考えられる一一三条の規定とは独立別個に次のように規定した。即ち

一〇九条 ① 正犯者又は共犯者が犯罪行為に対して報酬を得たときは、裁判所は刑に併せて、その Verfall を命じる。

② 正犯者又は共犯者が犯罪行為から利益 Gewinn を得たときは、被害者にとつて、その履行が利得を除去し若くは減少させるであろう請求権が犯罪行為から発生しない限り、裁判所は、刑に併せて、その Verfall を命じる。

③ 正犯者又は共犯者が法人の代表権ある機関として、その様な機関の構成員として、又はその他、他人の代理人として行為し、かつ、本人のために報酬又は利益を得んと努めたときは、Verfall の命令は本人に対して下される。一四二条二項は、これを準用する。

④ 命令はおさめられた利得に及ぶ。正犯者又は共犯者、第三項の場合には本人が、その得た権利に基づき、報酬又は利益として得た物の売却により、又はそれらの破壊、毀損又は剝奪の代りに代替物として得た物件は最初に得た物に代る。

⑤ 報酬、利得及びその履行が利得を除去し又は減少させるであろう請求権の額並びにその他の獲得物の範囲は評価せられ得る。

⑥ 第一項乃至第四項の命令が許される場合に、命令の当時正犯者、共犯者でもなく、又は第三項の意味における本人でもなく、又報酬を与えたでもない者が所有し又は占有する物又は権利については、命令は行われぬ。

しかもついで一一〇条は代償について規定している、即ち

一一〇条 代償の Verfall

(1) 一〇九条六項により Verfall の命令が行われぬか獲得物の性質により又はその他の理由により Verfall の命令が実行され得ない限り、裁判所は、獲得物の価値に相当する価額の Verfall を命じる。裁判所は又その価値が最初に得た物の価値よりも劣っている限り一〇九条四項後段に規定された物件の Verfall と併せて、右の命令を行う。

(2) この命令は、その条件が後に明らかになつた場合にも許される。

(3) 獲得物の価値は評価せられ得る。

これらの規定に関して草案理由書は「草案はまず、現行法が没収 Einziehung——Verfall をも含めて——に関する刑事政策的な必要性に完全に適合しないということから出発した」と云い又「この規制は個別的には専ら刑事政策的な必要性に従つた。Verfall は対象と条件によつて Einziehung から区別される一つの処置である。それは主として、行為からの利得を剝奪することにより、有意義な方法で刑罰を補充するのに役立つ」し「代償の Verfall の規定はこの処置の予防的效果を高め、又追徴妨害のために獲得物を第三者に譲渡しようという衝動を当事者から奪う」ものであるとしている¹³。以上の新規定及び立法理由からわれわれはドイツにおいて従来「実定法の欠陥」とされていた点を解明し、今次の改正において犯人の不法な利得の剝奪ならびに犯罪の予防的措施についていかに努力されたかを知ることができ、併せて前述の私の推論が必ずしも失鵠でないことを裏付け得たのではなからうか。

(1) 例へば E. 1960, mit Begründung, S. 425, Jagusch, LK S. 425, OLG Braunschweig, Urt. v. 29. 2. 1952, JZ. 52 432

(2) なお同じく一九〇九年オーストリー刑法準備草案もその四一條において「犯罪により取得した他人の物、其の売得金又は之と交換し又はこれを以て作られた物を收受し質に取り故買し又は隠匿する行為又は犯罪者に対し其の犯罪により得たる物を質入れすべく、譲渡すべく又は隠匿すべく補助する」行為を贓物罪として処罰していることも注目される。

(3) 五九年草案と六〇年草案とを比較して著しい相違と思われるのは本犯行為が前者では違法かつ故意の行為であることを必要としたの対

し、六〇年草案では単に違法な行為であることを以つて充分とした点である。ドイツの判例は本犯者が責任無能力者であるために無罪であるとか、違法性の意識もその可能性もない場合も問題ではないが、故意に行爲した(本犯者が過失行為でも可罰的である場合には過失的に行爲した)ことが必要であると解されている (RGHSZ 4 78) ことについてはさきの研究でふれたところ (本誌三三卷四号三六頁) であり、まして目的的行爲論の立場からは当然とされる。六〇年草案はその意味では一步後退とも見えるように、この問題の解決を一方的に押しつけることをさけている。理由書ではこの問題の解決は判例に委ねられているのであつて、判例が従来の見解を固持することを妨げるものではないと解説されている。立法としてはおそらくは六〇年草案の方が妥当な道をとつたと云うべきであらう。Vgl. E 1960, mit Begründung, S. 423.

(4) (5) E 1960, mit Begründung, S. 425

(6) フランスではこの様な場合でさえ処罰されるべきだと考えられている。Helle, op. cit. p. 428

(7) ドイツ刑法一一一条は次のように規定する。

(被害者への還付)

一一一条 (1) 可罰的の行為によつて被害者から奪取された物件は、第三者の請求権に対立しない場合には、審理の最終後に、又その適当な場合にはすでに審理の最終以前に職権によつて、被害者に還付されるべきである。これについての判決は必要ではない。

(2) 民事訴訟手続においてその権利を主張することは関係者に留保される。

(8) 刑法一九条一項四号に関して判例は例えば「贓物の対価として得た代金は、その贓物が犯人以外の者に属した場合であつてもその金銭が犯人の所有である限り、これを没収することができる」(最判一小昭和二三・一一・一八・刑集二卷一二号一五九七頁) とし、或は又同様に「贓物の対価として得た物でも、それが犯人以外の者に属しない以上、これを没収することができる」(最判二小昭和二四・一・二五) としている。又一九条の二に関しては、犯罪行為により得た物が、加工等によつて没収不能となつた場合にはその価格が追徴され(名古屋高金沢支判昭和二五・二・二三・高裁判特報七号二二頁)、又贓物故買罪により取得した物を他に処分し、その対価として得た物(代替物、本件においては贓物故買によつて得た牡牛二頭に交換した去勢牛二頭)を更に処分したため没収することができない場合は、さきに贓物故買に当り支払つた代金を控除することなく、価額を追徴することができる旨の判例(広島高判二判昭和二七・四・二・高裁判集五卷四号五八五頁)がある。

(9) ドイツ刑法二七条Cは次のように規定する。

(罰金の量定)

二七条C (1) 罰金の額を定めるに當つては、犯人の経済的事情が斟酌される。

(2) 罰金は、行為者がその行為に対して受けとる対価及び行為者がその行為から得た利益を超えるべきものとする。

(3) 前項の目的のために法律上の多額が不十分であるときは、法律上の多額を超えて差支えない。

この規定は草案理由書も指摘しているように「間接的な利得の取立の可能性を開いている」（理由書二二八頁）けれども本犯に罰金刑が科せられるごく少数の場合に制限されるから不法利得の剝奪という目的のためには甚だ不十分のものと云わなければならぬ。

(10) Vgl. RGSt. 72 146

(11) 本節註(一)参照。

(12) この言葉は一般に追徴と訳されている（例えば斎藤金作・一九五六年刑法総則草案五八頁以下等）が、われわれの概念と対照すると没収と追徴とを含む概念のようである。概念規定の問題で、どちらでもよいようなものの、定訳とすべき語も見つからないので当分原語のまま使用することとする。

(13) E. 1960, a. a. O. S. 230

(2) 終りにわが改正刑法準備草案を一瞥してみよう。

改正刑法準備草案は、四一章盗品に関する罪として三六六条～三六八条の三ヶ条に赃物罪の規定をおいた。中、現行二五六条に相当するのが三六六条で、次のように規定されている。

（盗品等の運搬、保管、取得、周旋）

三六六条 ①盗品その他財産に対する罪によつて得た物を運搬し、保管し、有償もしくは無償で取得し、又はその処分を周旋した者は、七年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する。

②前項の罪を犯した者が、常習者であるときは、一年以上十年以下の懲役に処する。

この規定では従来学説によつてまかなわれて来た赃物の概念が明文化されたことが注目される他、次の三六七条の規定とならんで、赃物罪の犯罪誘発助長的、事後従犯的性格、利慾犯的性格を考慮して、常習犯の場合刑が加重されている。これによつて、赃物罪の本質は、最近の学説の傾向と等しく単に追求権説ないしは維持説に止まらず、更に盗品の利得という利慾犯的性格、又は事後従犯的性格も併せ考慮されたと云つてよいであらう。

他方、わが準備草案は、ドイツの長い刑法改正事業の努力とは反対に、“Ersatzheherei”にふれた規定を今度も設けなかつた。前述のように代替物の中両替金については学説、判例ともに贓物性を認めるがそれとて解釈上疑念のあることについてはすでに指摘したし、売得金、交換物については今日全く否定されているが、贓物罪の本質観に事後従犯的、利慾犯的要素を持ちこむことになると、従来通説では狭すぎて本質観とマッチしなくなる。その意味ではドイツ六〇年草案のような明文規定があつた方がよかつたようにも思われる。ただわが国では昭和一六年の法の改正により没収の目的物の中には代替物も含まれることになつたから（そしてこの点では準備草案もこれを踏襲しているから）、犯罪行為による違法な利得は犯人から剝奪されて、実質的な正義感は一応満足せしめられていることが却つてこの種の論議を不活潑にしているのかも知れない。結論的に云えば、取引の迅速性及び手続の適正の要請とあらゆる違法な利得への関与を神経質に取り締ることによる実体的な社会正義の実現の要請の何れにウェイトをおくかの相違であろう。しかし、今日のように目まぐるしく回転する社会生活において、間接の犯罪的利得への関与まで追及することは中々困難であるばかりでなく、代替物に対する贓物罪を可罰的とするならば、一般人に対し、その取引に際して不可避的に必要以上の注意義務を課することになつてしまふであろう。又、立証の段階においても、本犯によつて直接得られた贓物についてさえ、その知情の立証⁽¹⁾は困難で、問題視されているのに、まして間接的な代替物についてその知情を立証することの困難さは容易に想像しうるところで、そのため、その知情立証の困難さを緩和するための立法的措置として知情推定⁽²⁾、過失贓物罪処罰⁽³⁾等の方法が考えられるであろうが、これらは贓物罪処罰の範囲を必要以上に拡大するおそれがあるだけでなく、これに伴う種々の弊害を思うとき、何れがベターかと云えば、実体法としてはやはり現行法の限度で満足すべきである⁽⁴⁾と云うべきであらう。その意味では実体的正義の要請がある程度制約を受け、取引の迅速性ないしは手続の適正の要請に一步譲歩したものと云つてよいであらう。

次に本条の画期的な点の一は、收受と故買とを分けて法定刑も異にして規定している現行法に対し、これを同一項に、全

く同じく評価されるものとして規定したことである。これは現行法において何故に收受のみが他の赃物行為、ことに運搬、寄蔵（何れも無償の場合があり得る）などと區別して軽く処罰されなければならないか理解しにくいからだ、と理由書は説明している。これによれば平野教授のいわゆる相対的赃物の概念（前述一〇頁）は甚しく説明困難とならざるを得ないが、この一事でもつて、赃物罪の本質から事後從犯的要素を払拭しようとするものでないことは勿論である。ただ新規定によれば、前述相対的赃物概念を手がかりとして一部売得金の收受を赃物罪の中に含ましめようとすることは不可能になつたと云わなければならぬであろう。

次に準備草案三六七条は過失による保管・取得・周旋と題して次のように規定する。

三六七条 營業に關し、過失により情を知らないで、盜品その他財産に対する罪によつて得た物を保管し、有償で取得し、又その処分の周旋をした者は、三十万円以下の罰金に処する。

しかし、すぐれて利慾犯的と解される赃物罪に關し、過失処罰を規定するのは赃物罪の本質に反することにもなり、この意味で過失による保管・取得・周旋を規定する三六七条には疑義があると云わなければならない。理由書には「營業に關し赃物罪を犯す場合は、知情の点につき、故意あるときに限らず過失によつて情を知らない場合をも処罰するのでなければ充分取締りの目的を達しがたい。かような政策的考慮が本条新設の趣旨であらう」と説明されているが、単に營業上の取締り目的達成のためであれば、むしろ行政取締法の範圍内で考慮されれば充分だつたのではなからうか。そもそもこの規定は仮案四五一條に由来するが、起草委員會での委員の發言中に草野豹一郎幹事の「独逸ノ現行法及草案中ニモ解釈上過失ヲモ罰スル趣旨ノ規定アリ」（昭和八年七月二五日）とか池田克幹事の「赃物ニ關スル罪ニ付テハ、從來過失犯ヲ認メ居ラザルヲ遺憾トス。之採証上ノ問題モアランモ、独逸ニ於テハ之カ規定ヲ為シ居レリ」（昭和一〇年二月五日）と云う言葉があるのを見てもドイツの現行法及び各草案が参考にされたことが伺われるが既にドイツでは二五年草案三一八條、二七年草案三五二條は全

く同一に過失贓物罪を規定し、⁽⁶⁾三〇年草案の三五二条では罪名が「疑わしい物の取得 Erwerb verdächtiger Sachen」となれて法定刑が引き下げられ、又軽微な事件については任意的刑の免除が二項として追加規定されていたのである。戦後の刑法改正事業に当たっても司法省案には「疑わしい物の取得」と題する規定(四四五条一項)⁽⁷⁾が含まれていたが、ウエルツェルが(1)過失贓物罪の新設は刑法と民法との間に矛盾を生じさせる(これはドイツ民法九三二条によれば、善意取得が軽過失ある場合にも認められることを理由とする)(2)過失による財産犯罪という観念は認めるべきでない、(3)立証の問題を实体法で解決しようとするのは不当である、の三点を理由に、過失贓物罪の規定を削除すべしとする意見書を出し、一五対五の差で大委員会はこの規定の削除を決議し、結局草案からは姿を消した⁽⁸⁾という事もあながち他山の石としてばかりでなく、もう一度注意してよいように思う。贓物罪行為取締りの為には、むしろドイツ現行法の規定に関して問題視され、又刑法改正準備会でも提案論議されながら、正当にも手続法の整備にこれを期して、⁽⁹⁾具体化されるには至らなかつた知情推定に関する原則規定が訴訟法の領域で充分検討整備されることが必要であり、かつ、それで足りると云うべきではなからうか。

準備草案三六七条に関してはその他には Ersatzheherei とはとくに関係がないし、すでに前註(8)に指摘した松尾助教授の詳細な研究も発表されている。又三六八条の親族関係の規定についてはさきの拙稿において若干ふれておいたのでこれを割愛することとする。

(1) 贓物罪における知情及び知情の立証についてはとくに宮原三男・贓物罪における知情、綜合判例研究叢書刑法(9)七五頁以下参照。

(2) ドイツ現行刑法二五九条が知情推定の規定であることは余りにも有名である。この点については過失による贓物罪をも含むかどうかについて争いがあるが通説は故意犯のみを認める(前掲ドイツの諸文献参照)。又英米法は代替物に対する贓物罪を認めているとは云い難いし、贓物罪はあくまでも故意犯と考えられているが、贓物罪については一定の限度で、例えばとんでもない時間にとんでもない価格で売買の申込をしたときには合理的な人間なら誰でも物が盗まれたものであることを悟るに足る疑わしい事情があつたのであり、又事後的には物の隠匿、内緒にしかも極端な廉価で売ること又は物の購入を記載しなかつたこと等が知情の証拠とされ、知情が認められれば prima facie なされる(Kenny-

Turner, op. cit. p. 338-9, 360) というように知情推定が働き、フランスでも贓物の所持自体で窃盗又は贓物罪の知情が推定される(英米法でも前述の他)窃盗罪については接近した日時、盗難時より一年以上以内、に財物が盗まれ、その物を被告人が現実占有しており、その占有につき説明ができないような場合は、やはり prima facie proof になる正田満三郎・米国における刑事実体法(特に各則)の研究——財産罪を中心として——司法研究報告書二冊九号、一九二頁参照)。フランスでは贓物罪の範囲が無限定に近く広範に認められることについては前述した。ドイツの知情推定についてはかなり論じられたところであり、六〇年草案がこれを削除したことは注目される。

(3) 勿論知情推定と過失犯処罰とは等しく論じらるべきものではなく異質なものである。ただ贓物罪成立の範囲を拡げる点で共通なモメントが見出される。過失贓物罪規定についても疑義のある点については後に論じる。

(4) 改正刑法準備草案、附同理由書、刑法改正準備会、昭和三十六年一月、三〇〇頁。

(5) 刑法改正起草委員會議事日誌第二一三回、第二六四回参照。

(6) 二五年草案三一八条二七年草案三五二条は全く同文で次のように規定していた。

商業若くは営業を営むに當つて、過失により、他人が盗取し、又はその他、他人の財産を可罰的に侵害することによつて取得した物であることを認識しないで物を購入し、質にとり、又はその他の方法で收受し、隠匿し、売却し、又はこのような物の売却に協力した者は、一年以下の禁錮又は罰金に処せられる。

(7) 司法省の提案にかかる「疑わしい物の取得」の四四五条一項は前註(3)の二七年草案(従つて同時に二五年草案)と同趣旨のものであった。「商業若くは工業の経営者又は管理者が、盗取その他、他人の財産に向けられた違法な故意行為によつて取得し又は自己若しくは第三者に領得された物であることを、過失により認識しないで、買入れその他自己に入手する行為をし、隠匿し、第三者に斡旋し、売却し、又は売却に協力したときは、一年以下の軽懲役、拘留又は罰金に処せられる。

(8) Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 6. Band, BT 59, bis 66, Sitzung, 1958, S. 144 ff. S. 341 ff. 尚松尾兼也・過失贓物罪(三六七条、改正刑法準備草案、日本刑法学会編)、一六三頁以下参照。

(9) 前掲昭和三十六年改正刑法準備草案、三〇〇頁。

五

以上において、私はまず、贓物罪の本質をめぐる諸学説が、客体としての贓物の範囲を決定するのにさまざまな影響を与え、さまざまに結びついている事実を明らかにし、とくにドイツにおいて長い間喧しく論じられている Ersatzhelei の

問題をとりあげ、それがいかに贓物罪の本質観と密着しているかを明らかにし、又その認否について比較法的検討を加えた末、今日ドイツでかなり有力に主張され、わが国でも左袒者を見出し始めた結合説によれば、これを認めることも破綻なく出来、贓物罪の複雑な社会学的、刑事学的態様に対応しうるものであることを立証し得たと考える。そして、ドイツでは、長年にわたつて代替物に対する贓物罪規定の立法化の努力が続けられ、六〇年草案にもその結実を見たのに対して、わが国では「Ersatzheherei」は今度も立法化からは除外された。しかしこの「Ersatzheherei」処罰の要請は一つには刑罰制度とも無関係なものではなく、わが法は「Ersatzheherei」を直接処罰しはしない(名は捨てた)が、犯罪的利得ないしは犯罪に対する報酬の対価をも没収し得ることとしてその「実」をとつたものとも云うべく、立法措置としてはむしろこの限度をもつて満足すべきものとした。この結論は、贓物罪の本質に関して筆者のとつた態度と論理的一貫性を欠くように考えられるかも知れないが、贓物罪の本質に利慾犯的又は従犯的諸要素を併せ盛り込もうとすることから、「Ersatzheherei」処罰の結論が直線的、不可分的に抽出されるべきである、とは必ずしも考える必要なく、現実に処罰の限界を如何に引くかの問題は、更に社会的、より現実的な諸他のファクターによつて決せられるべきであるとの見地に基づくものである。

最後にまことに不十分な所論に対して先学、同学諸賢の忌憚なき御叱正を仰ぐこと切にして本稿を終る。