



Title	刑事判例研究
Author(s)	松尾, 誠紀
Citation	北大法学論集, 54(5): 177-193
Issue Date	2003-12-15
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15251
Type	bulletin
File Information	54(5)_p177-193.pdf



[Instructions for use](#)

刑事判例研究

松尾誠紀

窃盗等の被害者を相手方として盗品等の有償の処分のあつせんをする場合と盗品等処分あつせん罪の成否

最高裁平成一四(二〇〇二)年七月一日決定(平成一三年(あ

第一七二八号、盗品等処分あつせん被告事件)

刑集五六卷六号二六五頁、判時一七九八号二六一頁、判タ一

一〇四号一六一頁

〔参照条文〕 刑法二五六条二項

【事実】

C会社は、何者かによって盗難被害に遭い、約束手形一八一

通（額面額合計約七億八五七八万円）他を盗まれた。被告人HとSは、この盗難があった後、氏名不詳者から、盗難被害品の一部である約束手形一三一通を、C会社関係者に売却することを知りながら、C会社関係者らと買い取りの条件などを交渉した上、C会社従業員Tに、約束手形一三一通（額面額合計約五億五三三三万円）を八三二〇万円と引き替えに交付して、C会社に売却し、盗品の有償処分があつてせんをした。

これについて、第一審・富山地裁平成一三（二〇〇一）年三月二七日判決は、被告人らに、刑法二五六条二項の盗品等有償処分あつせん罪の成立を認めた。その際、特に、被害者への売却と盗品関与罪の成否について、「買い取らないと回収が困難になるとほめかして盗難被害者に盗品を売り付ける行為が被害者の正当な返還請求権の行使を妨げる行為であることは明白で、贓物罪の成立を否定すべき理由はない」と判示している。

これに対して、被告人側が、有償処分あつせん罪は被害者に對して盗品の売却をあつせんする場合を対象としていないとして、法令の適用の誤りなどを主張し、控訴したところ、第二審・名古屋高裁金沢支部平成一三（二〇〇一）年一〇月四日判決は、量刑不当を理由に一審判決を破棄したものの、有償処分あつせ

ん罪については、「盗品等の有償処分あつせん行為を処罰する理由については、その行為が被害者の被害財物に対する返還請求権の行使を困難ならしめるばかりでなく、一般に強窃盗のような犯罪を助成し誘発せしめる危険を生ずるからであると解される」ところ（最高裁第三小法廷判決昭和二六年一月三〇日刑集五卷一号一一七頁参照）、被害者に対して売買など有償の処分のあつせんを行う場合にあつても被害者の無償での返還請求権の行使を困難ならしめる点で変わりはなく、また強窃盗の如き財産に対する罪を助成し誘発せしめる危険を有するともいえるから、そのようなあつせん行為を本条項の対象から除外すべきいわれはないというべきである」と判示し、その成立を認めた。

そこで、被告人側が、判例・通説が有償処分あつせん罪の罪質につき、追求権説の立場を採っているにもかかわらず、被害者に有償処分のあつせんをした被告人らの行為に対し、有償処分あつせん罪を適用した原判決には、判決に影響を及ぼすべき法令違反があり、原判決を破棄しなければ正義に反する、などと主張して上告したものが、本件である。

【決定要旨】 上告棄却。

本決定は、弁護人の上告趣意は単なる法令違反、事実誤認、

量刑不当の主張であつて、刑訴法四〇五条の上告理由にあたら
ないとして上告を棄却したが、なお書きにより、次のような職
権判断を示した。

盗品等の有償の処分であつせんをする行為は、窃盜等の被
害者を処分の相手方とする場合であつても、被害者による盗
品等の正常な回復を困難にするばかりでなく、窃盜等の犯罪
を助長し誘発するおそれのある行為であるから、刑法二五六
条二項にいう盗品等の「有償の処分であつせん」に当たると
解するのが相当である（最高裁昭和二五年（れ）第一九四号
同二六年一月三〇日第三小法廷判決・刑集五卷一号一一七頁、
最高裁昭和二六年（あ）第一五八〇号同二七年七月一〇日第
一小法廷決定・刑集六卷七号八七六頁、最高裁昭和三十一年
（あ）第三五三三号同三十四年二月九日第二小法廷・刑集一三
卷一号七六頁参照）。これと同旨の見解に立ち、被告人の行
為が盗品等処分あつせん罪に当たるとした原判断は、正当で
ある。

【評釈】

一 刑法二五六条（以下、「本条」とする）は、盗品関与罪（以

下、「本罪」とする）として、一項で無償譲り受けを、二項で
運搬、保管、有償譲り受け、有償処分であつせん、を可罰行為
として規定し、その法定刑を、一項では三年以上の懲役、二項
では一〇年以下の懲役及び五〇万円以下の罰金に処すると規定
しており、特に二項について、他の財産犯よりも重く規定され
ているのが特徴的である。本罪の本質について、判例では、例
えば、最高裁昭和二三（一九四八）年一月九日判決が、「贓
物を転々して被害者の返還請求権の行使を困難もしくは不能な
らしめる点にある」とし、学説上も、一般に、追求権の侵害を
問題として³⁾いる。その意味するところは、基本的な追求権とし
ての、所有権に基づく物権の返還請求権の相手方は、「現に無
権限で他人の物を占有している者」と⁴⁾されて⁵⁾いるので、被害者
の知らないうちに、例えば、本犯者と盗品を⁶⁾買い受ける者との
間で、物の授受がなされれば、請求権の行使が困難ないし不能
になることから、本罪では、そのような返還請求権の行使を困
難にする行為を類型的に盗品関与罪として規定することで、返
還請求権という「回復の利益」を保護しているものと解される。
もっとも、本条一項と二項との法定刑の差異を理解するにあ
たつて、追求権侵害のほかに、本犯助長的側面が考慮されるべ
きであるとして⁶⁾いることも、また一般的である。そこから、本

罪の本質として、追求権侵害の側面と本犯助長的側面との関係を、どのように理解するのが問題となる。学説上は、両者を考慮するものの、しかしあくまでも追求権侵害は満たされていなければならぬとする見解と、追求権侵害がなくとも、本犯助長的側面を満たしてさえいればよいとする見解、に区別される。判例では、このような本罪の本質について、特に、有償処分あつせん罪の既遂時期（未遂は処罰されていないので成立時期）の検討に伴って問題とされてきた。他方、本罪の本質について、追求権侵害を不可欠とする見解においては、特に、被害者への盗品の返還をめぐる事案について、被害者が被害者のもとへ返還されている以上、追求権侵害がないのではないかという疑問が提起され、このことから、被害者への盗品の返還と本罪の成否が問題とされることになる。

本決定は、被害者に対する有償処分のあつせん行為も、被害者による盗品の正常な回復を困難にするばかりでなく、盗品等の犯罪を助長し誘発するおそれのある行為であることから、盗品の有償処分あつせん行為に該当すると判断したが、それに際しては、最高裁昭和二六（一九五二）年一月三〇日判決（以下、「26年判決」とする）⁸と、最高裁昭和二七（一九五二）年七月一〇日決定（以下、「27年決定」とする）を引用している（加

えて、最高裁昭和三四（一九五九）年二月九日決定¹⁰も引用しているが、それについては後述）。そして、この二つの最高裁判決及び決定は、それぞれ、26年判決が有償処分あつせん罪の既遂時期、27年決定が被害者への盗品運搬が問題となった事案である。そこで、以下では、まず、26年判決を参考に、本罪の本質についての本決定の理解を考察したのち（二）、その理解を前提として、27年決定を参考に、被害者への盗品の返還と有償処分あつせん罪の成否に関する本決定の理解について考察することにする（三）。

二 本罪の本質について、一般に、返還請求権の行使を困難ないし不能にさせることと理解することから、有償譲り受け罪の既遂時期については、例えば、大審院昭和一九（一九三九）年一月二二日判決が、「贓物故買罪が成立スルニハ情ヲ知りテ¹¹ 売買、交換等有償行為ニ依リ贓物ヲ受領スルコトヲ要〔す〕」¹¹とされているように、単に売買の約束をしただけでは足りず、物の授受まで必要であるとされている。このことは、他の行為類型（無償譲り受け、運搬、保管）についても同様に解されている¹²。これに対して、有償処分あつせん罪の既遂時期については、物の授受があつせん行為後に行われる場合もあることからする

と、あつせん行為をしただけでは、未だ請求権の行使が困難になつたとはいえないのではないかという問題が生じる。

判例は、この有償処分あつせん罪の既遂時期との関わりのみならず、追求権侵害に加わる、本犯助長的側面という観点を打ち出した。すなわち、26年判決は、本犯者から、盗品である衣類二六〇点余りの売却方を依頼された被告人が、Kに対して、それら盗品を買ひ受けてもらいたい旨申し向けてあつせんをしたところ、Kが現物を見たいと申し出たので、共に盗品の所在場所に向かう途中、警察官により逮捕された、という事案について、「赃物に関する罪を一概に所論の如く被害者の返還請求権に對する罪とのみ狭く解するのは妥当でない、(法が赃物牙保を罰するのはこれにより被害者の返還請求権の行使を困難ならしめるばかりでなく、一般に強窃盜の如き犯罪を助成し誘發せしめる危険があるからである)」と本罪の本質を述べ、有償処分あつせん罪の既遂時期について、あつせん行為だけで足りるとしたのである。

もつとも、判例における有償処分あつせん罪の既遂時期に関する理解には、この26年判決に至るまでに、いくつかの展開が見られる。すなわち、当初は、例えば、旧刑法下の大審院明治二五(一八九二)年一月二二日判決が、「⁽¹⁴⁾ 赃物牙保ノ罪ハ其売

主買主双方ノ間ニ介立シテ売買ヲ遂ケシムルニ因テ成立スル」

として、既遂の成立に物の授受まで必要とし、この考え方は、現行刑法のもとでも大審院時代は争いが無いものとされていた。⁽¹⁵⁾ ところが、戦後、最高裁昭和三三年一月九日判決(以下、

「23年判決」とする)は、「⁽¹⁶⁾ 贓物に関する罪の本質は、贓物を転々して被害者の返還請求権の行使を困難もしくは不能ならしめる点にある」との理解を前提に、「いやしくも贓物たるの情を知りながら贓物の売買を仲介周旋した事実があれば、既に被害者の返還請求権の行使を困難ならしめる行為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売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」とした。

つまり、23年判決は、本罪の本質は追求権侵害であるとの理解に基づきながらも、有償処分あつせん罪の既遂時期については、あつせん行為のみで足りるとしたのである。もつとも、このような理解に対しては、すでに学説で批判が見られたように、⁽¹⁷⁾ 判例においても、例えば、名古屋高裁昭和二五(一九五〇)年四月五日判決は、⁽¹⁸⁾ 先の大審院明治二五年一月二二日判決を引用した上で、「直接又は間接の媒介によつてその贓物の有償処分が行われたことを要し単に…売主からその贓物の有償処分の媒介を依頼せられたこと若しくはこれを承諾して更に他人にその

媒介を依頼したこと丈を以ては未だ赃物牙保罪の成立ありとはなし得ない」としている。あるいは、そこまでいわなくとも、例えば、福岡高裁昭和二四（一九四九）年一〇月二一日判決は、⁽¹⁹⁾「赃物牙保罪の成立に、筆者註）赃物の有償処分が存在を要することは所論のとおりである。しかしその処分が売買である場合においては売買契約の成立を以って足り必ずしも赃物自体の現実的な交付、移転を要せず、且つ又一旦売買契約が成立した以上後に至って解約されたとしてもそれによって既に成立した赃物牙保の罪が消滅に帰することはない」としている。

ただ、26年判決までの展開においては、このような、既遂の成立時期に関する見解の相違は認められるものの、本罪の本質として、取り立てて本犯助長的側面まで言及されることはなかった。つまり、23年判決も、追求権侵害の側面のみに着目しながら、既遂の成立にはあつせん行為だけで足りるとし、それに対立するかたちで、下級審において、物の授受まで必要とする見解、契約までは必要とする見解が示されていたという状況にあつたのである。これに対して、26年判決は、追求権侵害の側面以外に、本犯助長的側面を正面から認めた上で、既遂の成立にはあつせん行為のみで足りると結論づけたのである。この点、既遂の成立にあつせん行為のみで足りるとするのであれば、

端的に23年判決に従えば済むところ、わざわざ本犯助長的側面を打ち出した上で、あつせん行為のみで足りるとしたことからすれば、むしろ、26年判決は、あつせん行為だけでは追求権侵害はないけれども、しかし本犯助長的側面は満たしているのが既遂の成立には十分である、としたものと見ることは可能である。実際にも、26年判決は、「被告人の右周旋行為によって未だ赃物の売買は完成するに至らず、また本件の被害者の赃物返還請求権行使を不能又は困難ならしめるおそれはなかったとしても、尚行為自体は既に赃物牙保罪の成立に必要な周旋行為に該当するものと認めるを相当とする」としているほどである。⁽²⁰⁾

学説においても、このような理解と同様に、本犯助長的側面が満たされただけでも本罪が成立するとする見解が、有力に主張されている。このような見解のなかには、本罪を、本犯のよきな財産領得罪とは異なり、「財産領得罪を禁止する刑法規範の実効性」という、より抽象化された法益に対する罪として理解し、本罪の処罰規定は、本犯者への犯行後の協力・援助行為を禁止して本犯者を「孤立」させることにより、財産犯への誘因を除き、ひいては盗品処理ないし売却のための非合法的な仕組みの形成を阻止するためのものである（本犯の被害者の保護は、規制の反射的効果にすぎない）とするものもある。⁽²¹⁾しかし、

追求権侵害の側面が否定される場合にも、本罪の成立を認めるとすれば、具体的な帰結に不当な場合があり、その意味で、あくまでも本罪の成立には追求権侵害がなければならぬとする見解が妥当である。すなわち、例えば、本犯者が、被害者に直接、被害品を売りつけた事例において、本犯助長的側面のみで本罪の成立を肯定するとすれば、被害者に直接売りつけることも、被害者が金銭を支払うことで有償性が認められることから、本犯助長的側面を満たしているといえ、被害者自身に有償譲り受け罪が成立することを否定できない。しかし、被害者が自ら被害品を買い戻すと、被害者自身に有償譲り受け罪が成立すると考えるべきではない。そこで、この場合、本罪の成立を否定すべきとするならば、結局は、追求権侵害がないと考えられるべきことになるのである。本犯助長的側面は、追求権侵害に取って代わるものではなく、あくまで付加して考慮されるべきものにすぎず、⁽²²⁾追求権侵害の側面は、本罪の成否を判断する上で不可欠のものと思われる。

実際のところ、26年判決以後の判例も、26年判決を、追求権侵害を不必要なものとした判決とは見ていないようである。例えば、最高裁昭和三九（一九六四）年二月二八日決定は、⁽²⁴⁾盗品の売買をあっせんした事実がある以上、有償処分あっせん罪が

成立する、と判示するに際し、23年判決と26年判決を同時に引用しており、そこでは、23年判決と26年判決を、既遂の成立にあつせん行為のみで足りるとした点で共通する判例と理解し、その間に何ら違いを見出してはいない。そして、そのような理解は、本決定においても同様である。確かに、本決定は、26年判決を引用しながらも、本件事案が、最終的に売却がなされ、結果的に、追求権侵害の側面と本犯助長的側面の、どちらも満たしている場合であることから、本罪の本質として二つの側面があること自体は示しているものの、その両者の関係についての理解は必ずしも明らかではない。しかし、本決定が、同時に、最高裁昭和三四年二月九日決定⁽²⁵⁾（以下、「34年決定」とする）も引用していることが、本決定も追求権侵害を不必要なものとは解していないということを窺わせる。

すなわち、34年決定は、被告人が盗品である反物につき、有償処分をあっせんをしたとする事実に対し、弁護人が、そのあっせんを依頼した者は善意無過失によりその反物を占有したのであるから、盗品性が失われており、有償処分あっせん罪は成立しないと主張した事案について、「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」としたものである。つまり、民法一九二条の即時取得により、第三者が当該目的物について、善意無過失に占有を始めた場合には、その善意取得者に所有権が帰属⁽²⁶⁾し、本犯の被害者としては追求権を有していないようにも思われるところ、34年決定は、その目的物が盗品である場合には、民法一九三条により、被害者は二年間、現在の占有者に対して、その被害品の回復を請求することができると規定されているので、その間、盗品性はおお失われるものではないとする。言い換えれば、34年決定は、追求権侵害を問題としながら、ただ追求権の内容としては、何らかの法的な回復請求権で足りるとしたものである⁽²⁷⁾。

本決定が、このような34年決定と26年判決を同時に引用していることは、26年判決を、決して追求権侵害を不必要なものとした判決とは理解していないということと同時に、他方で、本罪の成立につき、あくまで追求権侵害の側面が満たされることを求めていることを窺わせる。そして、本決定が、追求権侵害を不可欠なものとして理解したからこそ、次に検討する、被害者への盗品の返還と本罪の成否が問題とされたのである。

三 本決定は、被害者への盗品の返還と有償処分あつせん罪の

成否に関し、27年決定を引用している。27年決定は、被告人が、盗難被害品であるミシン一台と甲皮約二五足分を被害者宅まで運搬した、という事案に関するものである。これについて、27年決定の原原審・岐阜地裁は、被告人の行為は被害者の自救行為に協力してなされたものであるから、違法性が阻却されるとして無罪としている。しかし、これに対して、原審・名古屋高裁は、確かに、被告人は、被害者からの依頼に基づいて、窃盗犯人との交渉の上、盗品であるミシンと甲皮を取り戻してきたけれども、①そのために、被害者に窃盗犯人の要求する多額の八万円をあえて出捐させたほか、②被害品である甲皮に関して一萬円の恐喝が行われたこと、③被告人が窃盗犯人と密接な関係にあつて、あえて警察力を無視し、被害品の所在や窃盗犯人を探知しながら、被害者のために警察に通報するなどその被害の正常な回復を図ることなく、むしろ進んで被害者に対して警察に連絡することを断念させるまでしていたこと、④かえって、窃盗犯人のために被害品のあつせんをした観の著しいこと、などが認められることからすると、被告人が被害者のために被害品の回復に善意誠実に協力したものととは到底認められないとした上で、「被告人等の本件赃物の運搬は被害者のためになしたものであるが、被告人等の利益のためにその領得を継受し、赃物の

所在を移転したものであってこれによって被害者をして該赃物の正常なる（無償返還請求権の行使による）回復を全く困難ならしめたものである」と判示して、盗品運搬罪が成立するとした。そして、27年決定は、「原判決は、…本件赃物の運搬は被害者のためになしたのではなく、窃盗犯人の利益のためにその領得を継受して赃物の所在を移転したものであって、これによって被害者をして該赃物の正常なる回復を全く困難ならしめたものである」と認定判示して「盗品運搬罪の成立を肯定したものであるから、何等所論判例と相反する判断をしていない」として、被告人側の上告を棄却したのである。

すなわち、27年決定は、被害者への盗品の運搬について、被告人の行為が被害者による盗品の正常な回復を困難にしたことに基づき盗品運搬罪が成立するとした、原判決の判断を支持したものである。そして、本決定も、被害者に対する有償処分があつせんについて、この27年決定を引用の上、同旨の見解を採り、「盗品等の有償の処分のあつせんをする行為は、盗品等の被害者を処分の相手方とする場合であつても、被害者による盗品等の正常な回復を困難にする」ものであるとして、有償処分あつせん罪の成立を認めている。

しかし、学説では、判例が、「正常な回復」を困難にしたと

して、その回復の形態まで問題とすることに對し、多くの批判が向けられている。すなわち、その批判は、第一に、被害品は被害者のもとへ返還されたのであるから、その点で追求権の侵害は認められない、第二に、本罪の行為客体があくまで「物」であることからすると、本犯者に「利益」（売却代金）を得させる行為を、本罪として問題とすることはできない、第三に、判例が、その返還について「正常でない」と評価したのは、対価を支払われた点にあると思われるが、だとすると、そのとき認められるのは、追求権の侵害ではなく、その支払われされた金銭についての新たな財産侵害であると考えべきであるから、その場合には、その新たな財産侵害について恐喝罪などを問題とすべきであるにもかかわらず、判例は、被害品を買い戻すという場合も、なお「正常でない回復」であるとして、別個に評価されるべき財産侵害を、盗品関与罪のもとで可罰的としており不当である、とするものである。特に第三の批判に際しては、27年決定や本決定とは異なり、買い戻しに要した金銭につき（物とは關係なく）恐喝による財産的損害と認めている、大審院大正一二（一九二二）年六月二十九日判決が併せて挙げられて⁽³⁰⁾いる。

この点、基本的な追求権としての、物権的返還請求権は、所

有権と共に存在し、⁽³¹⁾所有権の円満な物支配の状況が妨害されている場合に、その相手方に対して、あるべき物支配の状態の回復を求める請求権である。⁽³²⁾先の検討に基づけば、本罪の保護法益が、この返還請求権という「回復の利益」にあるとすることに問題はな。だとすると、このとき、その回復の利益が、無償での回復が果たされてこそ満足するものであるということは、権利として当然の帰結であるはずである（回復の無償性）。⁽³³⁾返還請求権という回復の利益には、回復の無償性まで含まれていると理解することが、回復の利益としての権利を保護しているとする本罪の規定上、適切であると解される。この意味で、「物」が被害者のもとに戻ればすべて、回復の利益が満たされるわけではないと思われる。

返還請求権という回復の利益は、現に占有を有する者に対する請求権の行使という実現手段によって果たされる。このとき、例えば、第三者が本犯者から盗品を買受けるという一般的な有償譲り受け罪において、盗品の授受によって請求権の相手方が不特定となり、その結果として請求権行使が困難になる場合に見られるように、本罪では、請求権行使ができないという結果を通して、保護法益としての、回復の利益が侵害される関係にある。同様に、被害者に対する有償処分のある（対

価を求める）運搬についても、請求権を行使できないという結果は、法益侵害に対して重要な意味を有している。すなわち、買い戻しを迫る被告人の行為によって生じた結果について、それぞれ、27年決定の原判決が「正常なる（無償返還請求権の行使による）回復を全く困難ならしめた」とし、本決定の原原判決が「被害者の正当な返還請求権の行使を妨げ（た）」とし、本決定の原判決が「被害者の無償での返還請求権の行使を困難ならしめ（た）」としているように、判例は、返還請求権が行使できていれば無償での回復が実現されたのに、回復のための選択肢が「買い戻し」だけに限定され、結果的に請求権行使ができなかったからこそ、回復の利益（回復の無償性）が侵害されたものと見ているのである。返還請求権を行使し、無償での回復が実現されてこそ「正常な回復」であるのに、被告人の行為は、被害者に請求権の不行使を余儀なくさせ、それによって回復の利益（回復の無償性）を侵害し、「正常な回復を困難にした」のである。このように、判例は、請求権の不行使という結果を通して、回復の利益（回復の無償性）に対する侵害を捉えているのであって、批判的見解のいうような、支払わされた金銭自体を直接、本罪のもとで捉えているわけでもなければ、本犯者に「利益」を得させることを問題としているわけでもない。

いと思われる。⁽³⁴⁾

学説のなかには、判例が、単なる「回復」ではなく「正常な回復」を問題としたことについて、追求権概念の拡張と批判的に見る見解もある。⁽³⁵⁾しかし、回復の無償性は、回復の利益という権利として当然の帰結であるから、もともと、保護法益としての、回復の利益に内在するものである。その意味で、(一般的な有償譲り受け罪のような)請求権の相手方が不特定となり、その行使が困難になった結果、回復がなされないという場合も、「無償での」回復の利益、が果たされていない場合の一つにすぎない。このような理解に基づけば、回復の無償性に対する侵害を問題とすることが、必ずしも追求権概念の拡張という結論に結びつくわけではないと思われる。

判例のいう「正常な回復」とは、(返還請求権行使による)無償での回復を意味している。この点、返還請求権につき、返還に伴う費用負担については、行為請求権か忍容請求権かで学説上の対立があるとはいえ、⁽³⁶⁾少なくとも(現に必要な費用以外の)いわれない負担を強いられる理由はなく、返還されるべき「物」につき無償であることは、権利として当然の帰結である。その意味で、被害品たる「物」に対応した、被害者からの対価と見られる反対給付(金銭、他の財物、何らかの行為)が

なされているような場合(「買い戻し」はまさにこれにあたる。

ただし、「買い戻し」だけに限られるものではないということである)⁽³⁷⁾には、もはや「無償」の回復とはいえない。これに対して、「物」が返還された際、被害者において負担が生じていない場合、あるいは、何らかの条件を付されたとしても、取り立てて負担とまではいえないような場合には、なお「無償」として、「正常な回復」と認められるものと思われる。⁽³⁸⁾なお、本件の上告趣意は、被害者による買い戻しについて、追求権においては、必ずしも無償でなくとも、除権判決を得たり、手形訴訟で和解するよりも安い費用で済めば問題ないとしている。しかし、たとえ適正な手続に基づいて取り戻すよりも安い費用であったとしても、そのような負担がいわれないものであることに変わりはないことから、そのような理解は妥当ではない。

判例の見解を以上のように理解すれば、たとえ買い戻しに要した金銭について、恐喝罪などによって評価できる一面を有していたとしても、なお追求権侵害のものとて、被告人の行為を捉えることは可能であるように思われる。

四 本決定は、第一に、本罪の本質について、追求権侵害の側面と本犯助長的側面があるとしながら、なお追求権侵害の側面

が満たされることの必要性を示した点、第二に、被害者に対する有償処分のおっせん行為も、なお追求権侵害のもとで理解しうるとした点、の二点において特徴的であり、このことは、本罪の本質及び保護法益についての明確な見解を示したものととして意義が認められる。

しかし、他方で、被害者への盗品の返還をめぐる盗品関与罪、という問題において、本決定を見たとき、その射程範囲は限られたものと思われる。すなわち、被害者への返還をめぐる場合を類型的に整理すると、⑦被害者と直接接しない場面で本罪の成否が問題となる場合と、①被害者と直接接する場面でその成否が問題となる場合、に分けられる。⑦では、請求権の相手方が不特定となつているかどうか成否の基準となり、特に行為類型としての、無償譲り受け、保管、有償譲り受け、の成否が問題となりうる。①では、対価を強いて請求権の不行使を余儀なくさせ、回復の無償性を侵害したかどうか成否の基準となり、特に行為類型としての、運搬、有償処分のあっせん、の成否が問題となりうる（つまり、⑦では、未だ被害者と接していない以上、対価を強いることすら問題とならないのに対し、①では、被害者とすでに接している以上、相手方の不特定さは問題とならない、という関係にある⁽³⁹⁾）。

⑦においては、相手方の特定性を基準として、さらに、③被害者の依頼に基づく場合と、⑥被害者の依頼に基づかない場合に区別される。すなわち、例えば、③としての、被害者の依頼を受けた者が、窃盗犯人を見つけ出し、交渉の上、有償譲り受けをした場合には、被害者にとっては請求権の相手方が特定されていることから、追求権侵害が認められず、不可罰になると解される。反対に、⑥としての、被害者の依頼に基づかず、すなわち被害者の知らないうちに、被害品を買い受けるなどした場合には、基本的に、物の授受がなされることよって、請求権の相手方が不特定となる。ところが、判例においては、このうち、もっぱら被害者に返還するために本犯者から有償譲り受けをした場合に、追求権侵害がないとして、被害者のために買い受けた者を無罪としている⁽⁴⁰⁾。このことから、被害者のために譲り受け、ないし保管をした場合は、被害者に売りつけて利益を得る意図で本犯者から有償譲り受けをした場合⁽⁴¹⁾とは、なお区別されよう。次いで、①においては、③（返還される「物」に対応した反対給付としての）対価を求める場合と、④そのような対価を求めない無償での返還の場合、に区別される。このとき、④の場合は、法益侵害自体が認められないので、⑤の場合とは区別される。

このように類型的に整理してみると、本決定は、被害者に対する有償処分のあるせん行為についても、「正常な回復を困難にした」として、その可罰性を認めたものではあるが、しかし、あくまでその射程範囲は、①の⑤の範囲に限られ、それ以外の例えば、被害者のために譲り受け、ないし保管をした場合にまで及ぶものではないと思われる。

- (1) 平成七(一九九五)年の改正により、「贓物ニ関スル罪」は、「盗品等に関する罪」に改められた。同時に、行為類型としての牙保は、有償処分のあるせんに改められたほか、收受、寄蔵、故買は、それぞれ、無償譲り受け、保管、有償譲り受け、に改められた。本稿では、引用以外は、現規定の用語を使用することにする。
- (2) 最判昭和二十三年一月九日刑集二卷二号一五〇四頁。
- (3) 例えば、山口厚『問題探究 刑法各論』(一九九九年)二二二頁以下、西田典之『刑法各論』(第二版、二〇〇二年)二五八頁。
- (4) 舟橋諱一・徳本鎮編『注釈民法(六六)』(好美清光)(新版、一九九七年)一四一頁以下。
- (5) 盗品関与罪に先行する財産犯を「本犯」とし、本犯の行為者を「本犯者」とする。

- (6) 西田・前掲註(3)二五九頁。この点、山口・前掲註(3)二一五頁は、「財産犯である本犯を助長する行為が財産犯である本犯自体より重い」ということは、盗品関与罪の罪質に関するいづれの見解を採っても、簡単には説明できない。：むしろ、盗品関与罪が、それ自体財産犯であつて、さらに加えて財産犯助長の性格を有すると解して初めて説明可能であるとすらいいうる」として

- (7) 林美月子「贓物罪」刑法の基本判例(一九八八年)一六六頁。
- (8) 最判昭和二十六年一月三〇日刑集五卷一号一一七頁。
- (9) 最決昭和二十七年七月一〇日刑集六卷七号八七六頁。
- (10) 最決昭和三十四年二月九日刑集一三卷一号七六頁。
- (11) 大判昭和十四年二月二日刑集一八卷五七二頁。
- (12) 中森喜彦『刑法各論』(第二版、一九九六年)一八〇頁。
- (13) 明治一五(一八八二)年の旧刑法は、第二章「財産ニ対スル罪」第六節「贓物ニ関スル罪」として、三九九条「強窃盗ノ贓物ナルコトヲ知テ之ヲ受ケ又ハ寄蔵故買シ若クハ牙保ヲ為シタル者ハ一月以上三年以下ノ重禁錮ニ処シ三円以上三十円以下ノ罰金ヲ附加ス」、四〇一条「詐欺取財其他ノ犯罪ニ関シタル物件ナルコトヲ知テ之ヲ受ケ又ハ寄蔵故買シ若クハ牙保ヲ為シタル者ハ十一日以上一年以下ノ重禁錮ニ処シ二円以上二十円以下ノ罰金ヲ附

- 加ス」と規定していた。つまり、本犯の罪種によって行為客体を区別し、互いの法定刑に差異を設けていたのである（中谷瑾子「贓物罪の本質と贓物の意義」阿部純二ほか編『刑法基本講座（五）』（一九九三年）三〇〇頁、参照）。これに対し、現行刑法においては、旧刑法の採るような区別の必要はないとし、かわって、「単二贓物ヲ收受シタル者ト運搬、寄藏、故買又ハ牙保ヲ為シタル者トハ其罪状大ニ異ナルヲ以テ之ヲ区別シ其刑ヲ異ニシタリ」として（松尾浩也増補解題ほか『刑法沿革綜覧』（増補復刻版、一九九〇年）一一二―一四頁以下、参照）、現規定のような枠組みが採られた。
- (14) 大判明治二五年一月二二日裁判粹誌（復刻版、一九九四年）一一卷一二頁。
- (15) 西原春夫ほか編『判例刑法研究（六）』（斉藤豊治）（一九八三年）三八二頁。
- (16) 前掲註（2）の最高裁判決。
- (17) 中野次雄「判批」刑事判例評釈集一〇卷（一九五三年）一一三頁以下。
- (18) 名古屋高判昭和二五年四月五日高刑特報七号一〇五頁。
- (19) 福岡高判昭和二四年一〇月二二日高刑特報一号二五五頁。
- (20) 広島高岡山支判昭和二八（一九五三）年七月九日高刑特報三二一七六頁は、「元來贓物牙保の罪は当然に事後
- 従犯の性質を有するものであって、刑法はそのことを当然に予定しながら、それが結果において財産犯を誘発する弊害を有するために、敢えてこれを独立罪として規定したものである」としている。また、あっせん行為だけで既遂の成立に足りるとした判例として、名古屋高判昭和二九（一九五四）年三月二九日高刑集七卷五号六六〇頁。
- (21) 井田良「盗品等に関する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 各論』（一九九六年）二五七頁以下。本罪の成立にあたって追求権侵害を不可欠なものとしないう見解として、前田雅英『刑法各論講義』（第三版、一九九九年）二八六頁以下、伊東研祐『現代社会と刑法各論』（第二版、二〇〇二年）二八七頁以下も、参照。
- (22) 鈴木左斗志「盗品等の意義」刑法の争点（第三版）（二〇〇〇年）二〇七頁、松宮孝明「判批」法学セミナー五七五号（二〇〇二年）一一九頁。
- (23) 山口・前掲註（3）二二五頁。
- (24) 最決昭和三九年二月二八日裁判集刑一五〇号五七九頁。
- (25) 前掲註（10）の最高裁決定。
- (26) 我妻栄・有泉亨補訂『物権法（民法講義Ⅱ）』（新訂、一九八三年）二三一頁以下。もともと、これについては、学説上、見解の対立が認められる。広中俊雄『物権法』（第二版増補、一九八七年）一九九頁以下、鈴木祿弥『物

権法講義』(四訂版、一九九四年)一七七頁以下、参照。

(27) 中谷・前掲註(13)三〇四頁、山口・前掲註(3)二一二頁も、34年決定を、追求権侵害を問題としたものとしてゐる。

(28) 批判的見解として、林・前掲註(7)一六六頁、中森・前掲註(12)一八一頁、山口・前掲註(3)二二一頁以下、西田・前掲註(3)二六四頁、大谷實『刑法講義各論』(新版追補版、二〇〇二年)三四四頁以下、野村稔編『刑法各論』(野村稔)(補正版、二〇〇二)二四六頁以下、曾根威彦『刑法各論』(第三版補正版、二〇〇三年)一九四頁以下、豊田兼彦『盗品等に関する罪について』(三・完)法経論集(愛知大学)一六一号(二〇〇三年)一九頁以下、高山佳奈子「判批」ジュリスト一二四六号(二〇〇三年)一五六頁。なお、すでに伊達秋雄「判批」刑事判例評釈集一四卷(一九五七年)一四六頁は、27年決定に対して、第三の批判と同様、「返還を困難ならしめたとすれば、それは全く金銭支払を赃物返還の条件としたこと自体によるものであつて決して赃物の運搬自体に存するものではない」としていた。

(29) 大判大正一二年六月二九日刑集二卷五九六頁。すなわち、中国の旧日本軍駐屯地に食料品が輸入されるに際し、Hが輸入禁制品であるヘロインを密輸入していることを、Wから聞いていた被告人が、そのヘロインの隠された荷

物が偶然にも誤つてWのところへ届けられたことを奇貨とし、ヘロインの返還を求めてきたHに対し、八千円を支払わなければ荷物は返さないと脅迫して、金銭を喝取した、という事案について、大審院が恐喝罪の成立を認めたものである。

(30) 高山・前掲註(28)一五六頁。

(31) 我妻Ⅱ有泉・前掲註(26)二三三頁。

(32) 鈴木・前掲註(26)一二頁、注釈民法・前掲註(4)一〇四頁。

(33) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(二三)』(河上和雄・渡辺咲子)(第二版、二〇〇〇年)四八一頁は、追求権は、単に追求が可能というだけではなく、「特段の理由のない負担をすることなしに、追求できる」という意味も含むとしている。

(34) 深町晋也「盗品運搬罪の成否」刑法判例百選Ⅱ各論「第五版」(二〇〇三年)一三九頁は、批判的見解に対して、「当該『物』の経済的価値に関する決定の自由が問題となつてゐるに過ぎず、例えば本決定(27年決定、筆者註)で言えば、支払った八万円それ自体を問題としてゐるわけではないと考えれば、追求権拡張の限界を超えた解釈とは言えない」としており、判例に肯定的である。その他、判例に肯定的な見解として、朝山芳史「判批」ジュリスト一二三九号(二〇〇三年)一三六頁、大場亮太郎

「判批」警察学論集五六卷六号（二〇〇三年）二〇四頁以下。結論において肯定的な見解として、井田・前掲註

(21) 二六二頁、前田・前掲註(21) 二九〇頁以下。

(35) 豊田・前掲註(28) 一八頁以下。

(36) 我妻Ⅱ有泉・前掲註(26) 二四頁、鈴木・前掲註(26) 一七頁以下、注釈民法・前掲註(4) 一六〇頁以下、内

田貴「民法Ⅰ」(第二版補訂版、二〇〇〇年) 三六〇頁以下、参照。

(37) 大コメ・前掲註(33) 四九九頁以下、参照。

(38) 深町・前掲註(34) 一三九頁は、追求権は、あくまでも財産犯の枠内で保護されるものである以上、ここで問題となるのは、単なる意思決定ではなく、経済的価値に關する意思決定の自由であることから、「警察に通報しないことを条件に返還する」という場合は、非経済的負担であるとして、そのような負担は本罪において問題とならないとしている(上寫一高「判批」法学教室 二七六号(二〇〇三年) 九二頁以下も、参照)。もつとも、「不作為給付」という場合もあることからすれば(前田達明『口述 債権総論』(第三版、一九九三年) 一九頁)、警察に通報しないという不作為が、必ずしも非経済的負担であるといえるかは明らかでない。

(39) 京藤哲久「赃物運搬罪の成否」刑法判例百選Ⅱ各論「第二版」(一九八四年) 一二九頁は、被害者への盗品運搬が

問題となった27年決定につき、被害者の依頼に基づくので、追求権侵害は認められず無罪であるとしている。しかし、依頼されたかどうかは、請求の相手方の特定性にかかる要素であるから、すでに被害者と直接接している被害者への盗品運搬では、依頼の有無が追求権侵害の有無に關わることはないように思われる。

(40) 東京高判昭和二八(一九五三) 年一月三一 日東高刑時報三卷二号五七頁は、宗教法人Rの幹部であるIとSが、氏名不詳の男から、何者かによって盗まれた久遠寺の寺宝「同日三幅本尊」の買い取りを求められ、ポケットに忍ばせた七首を示しつつ、買い取りに応じなければ第三国に売却する、あるいは焼却するといわれたことから、被害者への返還を目的に、その寺宝を有償(五万二千元)で譲り受けた(後日、その寺宝は久遠寺関係者に同額の五万二千元と引き替えに引き渡された)という事案について、「そもそも赃物故買等赃物に關する罪の本質は、他人の犯罪行為によって奪われた財物の追求回復を困難ならしむる行為を罰せんとするにあるのである。されば叙上のような事情の下に赃物を買受けた被告人等の本件所為は右赃物故買の罪の本質に鑑み該犯罪に当たらない」として、有償譲り受け罪の成立を否定している。

(41) 本件が、「被害者に売りつけて利益を得る意図で本犯者から有償譲り受けをした場合」にあたる可能性はあった。

すなわち、本件の原判決は、本件犯行が、被告人らが本件手形を買い取った上でのものか、そうではなく単なるあつせんであるのかが判然としながら、結局、被告人らの行為を有償処分のあつせんとして認定しているのである。ちなみに、これについて、原判決は、有償処分あつせん罪も、有償譲り受け罪も、いずれも盗品関与罪で同一罰条に規定され、法定刑も同一であるから、判決に影響を及ぼすことが明らかであるとまではいえないとしている。

*

脱稿後、豊田兼彦「判批」法経論集（愛知大学）一六二号（二〇〇三年）一頁、前田雅英「盗品等に関する罪」研修六六三号（二〇〇三年）三頁、高山佳奈子「判批」現代刑事法五四号（二〇〇三年）五八頁に接した。