

刑法第二四四條の法意

尾後貫莊太郎

昭和二三年（れ）第一九九八号窃盜被告事件（昭和二四年五月二一日最高裁判所第二小法廷判決）

〔判決要旨〕

刑法第二四四條の親族相盜に関する規定は、盜罪の直接被害者である被害物件の占有者と犯人との關係について規定したもので、所有者と犯人との關係について規定したものではない。

〔事實および上告趣意〕

原審の認定した事實は、被告人は愛媛県宇摩郡食肉組合代表者Mの保管していた、同組合所有の牛生皮を窃取した、というのであった。それで、上告趣意として弁護人は次のごとく論じたのである。被告人の窃取したという牛生皮の所有者が「食肉組合」だとするが、その組合なるものが単なる共同事業たる組合なのか、それとも独立の法人格を有する組合なのかが判文上明らかにされていない。もし、法人格を有しない共同事業組合だとすると、その共同事業者すなわち被害物件たる牛生皮の共有者と被告人との間に刑法第二四四條所定の親族關係の有無を調査しなければなら

ない。しかるに、原審公判でこの点に関する調査をした跡は認められない。してみれば、原判決は、この点において審理不尽であり、理由不備の違法あるものといわなくてはならない、と。

この論旨に対する最高裁判所の判断を、煩を厭わず、その全文を掲げておくと、次のとおりである。所論被害物件は食肉組合代表者の保管していたものであることは、原判決の確定するところである。所論刑法第二四四条親族相盗に関する規定は、窃盗罪の直接被害者たる占有者と犯人との関係についていうものであって、所論のごとく、その物件の所有者と犯人との関係について規定したものではないのであるから、原審が右組合に関して、それが法人格を有するか否かを明らかにせず、従って、右物件の所有権関係については、単に「組合所有」とのみ判示して、その所有権の帰属者を明らかにしなかったとしても、所論のごとき違法ありとすることはできない。また、右物件の保管者Mと被告人との間には、親族関係の存在を疑わしめるような事情は少しもあらわれていないのであるから、原審が公判において、この点について審訊をしなかったからといって、所論のごとき違法ありとはいえない。(昭和二三年(九)第九九二号、同年一月二七日大法院判決参照) 論旨は理由がない、と。

〔研究〕

本件判決の末尾に参照判決として引用してあるのは贓物故買被告事件のものであるが、刑法は贓物罪についても盗罪についての第二四四条の規定と趣旨を同じうする第二五七条の規定をおいているので、弁護人は「刑法が第二五七条の規定を設けたる所以は、近親者間の人格人情に難きを責めるは刑法の根本精神に反するものとなしたるものであることは論を俟たないのであるから、贓物罪の事犯においては須らく其の法意の存する所を究明し、この見地から審理審判をなすべきであるのに、本件事犯において原審はこの点につき、疎漏かつ不充分なるにより審理不尽の違法が

ある」と主張したのである。すると、大法院は次の理由をもって、この主張を排斥したのであった。いわく、「所論親族関係の存在は、単に法律上刑の免除の原由たるにすぎないから、これが主張の存しない限り、必ずしも、これが審判をなすの要あるものではない。そして、本件では上告人は原審において、これが主張をした形跡がなく、また、特に、その存在を疑わしめるに足る特別の事情も存しないのみならず、記録を精査すると、原審は所論の被告人と窃盗本犯との間に親族関係の有無について審理し、その関係を認めなかったことが明白である。それ故に、この点に關する所論は採るを得ない」と。

この判旨は正当である。そうして、この判旨は第二四四条の規定の場合についても妥当する。窃盜の被告人において被害者との間に第二四四条所定の親族関係の存在についての主張もせず、また、その存在を疑わしめるに足る特別の事情も存しないならば、この点について何等審判する所がないとしても、毫も違法ではないといふべきである。本件において弁護人は上告趣意中に「被害物件の所有者たる食肉組合が法人格を有しない共同事業組合だとすると、その共同事業者すなわち被害物件の共有者と被告人との間に刑法第二四四条所定の親族関係の有無を調査しなければならぬ」と事新らしくいうけれど、このような主張は、右に述べた大法院判決の趣旨に従って躊躇する所なく排斥すべきものであったのである。だから、本件上告は右大法院判決と同様の理由をもって棄却すればよかったのであり、また、そうすべき筋合のものであったのである。しかるに、本件を審判する第二小法院は、その挙に出なかった。そこに、誤を犯したといわなくてはならないのであるが、その第二小法院は本件上告を棄却するに当り、先きに述べた理由をもってしたのである。しかし、この理由たるや、果して、正しく、第二四四条の法意を解明したものといえるであらうか。

この点に関して、従来の判例はどうであったか。本件判決は最高裁判所のものとしては、最初の判決であったために、従来の大審院の判例にあらわれた見解を検討してみる必要があると思うのである。それで、その幾つかを次に挙げてみることにしよう。

(一) 明治四三年六月七日大審院第一刑事部判決（大審院判決録第一六輯一一〇三頁）

刑法第二四四条第一項ニ掲ケタル刑ノ免除其他ノ特典ハ単ニ同条所定ノ親族相互ノ間ニ行ハレタル窃盜ノ罪ニ付テナラテハ適用セラルヘキモノニアラサレハ從テ犯人ノ窃取セシ財物カ縦シ其親族ノ所有ニ屬ストスルモ窃取ノ行為カ既ニ親族以外ノ者ニ於テ其利益ノ為メニ之ヲ占有シ居ル場合ニ行ハレタルモノナルニ於テハ之ニ對シ最早該条項ヲ適用スヘキモノニアラスシテ普通窃盜ニ對スル罰条タル同法第二三五条ヲ適用スヘキモノナルコト多言ヲ俟タス今原判決ノ事實認定ヲ按スルニ一面ニ於テ所論沼知久兵衛ハ被告捨次郎ノ叔父ニシテ且本件ノ所有主ナルコト論旨ノ如クナリト雖モ他面ニ於テ執達吏菊地安通及同代理人小山真久カ本件ノ物件ハ片野豊作ノ所有ニ屬スルモノト認メ右豊作ニ對スル債權者タル永井弥八郎ノ為メ差押ノ手續ニ依リテ之ヲ占有シタル上石田寅次郎外一名ニ之ヲ保管セシメ置キタル中本件被教唆者タル被告喜美ノ手ニテ之ヲ窃取シタル事實ナレハ前頭説明ノ如ク本件教唆者タル被告捨次郎ノ行為ニ對シ刑法第二四四条ヲ適用スヘキモノニアラスシテ同法第二三五条ヲ適用スヘキモノトス從テ原判決カ被告ト右久兵衛ト同居ナルヤ否ヤノ事實ヲ判示セス且久兵衛ノ告訴ナキニ拘ラス本件審理ノ末同法第二三五条ヲ適用処断シタリトテ所論ノ如キ不法アルコトナシ。

(二) 昭和六年十一月一七日大審院第四刑事部判決（大審院判例集第一〇卷六〇四頁）

刑法第二五二条第一項ノ横領罪ハ自己ノ占有スル他人ノ所有物ニ對シ領得行為ヲ為スニ依リテ成立ス而シテ刑法第

二五五條ニ於テ同法第二四四條ノ規定ヲ準用セルヲ以テ犯人カ親族又ハ家族ノ委託ニヨリ占有セル親族又ハ家族ノ所有物ヲ擅ニ領得シタルトキハ同條ニ依リ其ノ刑ヲ免除シ又ハ告訴ヲ待テ其ノ罪ヲ論セラルヘキモノナリト雖モ其ノ領得シタル物ニシテ犯人ノ親族又ハ家族ニアラサル者ノ所有物ナルトキハ縱令其ノ占有カ犯人ノ親族又ハ家族ノ委託ニ基キタル場合ト雖モ之ニ對シ該法條ヲ適用スヘキモノニ非サルコト勿論ナリトス本件ニ於テ原判決ノ認定シタル事實ハ被告人ノ父尾花徳太郎ハ予テ堀江文次郎ノ為メニ同人ノ所有ニ係ル東京府北豊島郡巢鴨町二丁目一七番地所在家屋五棟十八戸ノ差配ヲ為シ家賃取立等ニ從事シ居リタルカ差支アルトキハ屢々被告人ヲシテ右家賃ノ取立ヲ為サシメ居リタルトコロ被告人ハ斯クシテ昭和三年一月以降同四年八月迄ノ間前記家屋ノ借家人村松円之助外数名ヨリ取立保管中ノ家賃中合計約千九百二十一円カ前記文次郎ニ屬スルコトヲ知り乍ラ其ノ頃犯意繼續シテ數回ニ之ヲ東京府下巢鴨町其ノ他ニ於テ飲食遊興等自己ノ用途ニ費消シテ横領シタルト云フニ在ルヲ以テ此ノ認定事實ニ依レハ被告人カ領得シタル金員ハ被告人ノ父徳太郎カ被告人ヲシテ取立テシメタル家賃中ノ一部ナリト雖モ該家賃ハ被告人ノ父徳太郎ノ所有ニ非スシテ堀江文次郎ノ所有ニ屬シ而カモ被告人ハ該事實ヲ知り乍ラ之ヲ領得シタルモノナレハ前項説明ノ如ク被告人ノ右行為ハ普通横領罪ヲ構成スルコト明ナリトス然ラハ原判決カ被告人ノ行為ニ對シ刑法第二五二條第一項第五五條ヲ適用シ同法第二五五條第二四四條ヲ適用セサリシハ正當ナリ。

(三) 昭和一二二年四月八日大審院第二刑事部判決(大審院判例集第一六卷四八五頁)

普通窃盜ノ罪ハ他人ノ占有ニ屬スル他人ノ所有物ニ對シテ其ノ占有及所有權ヲ侵害スルニ依リ成立スルモノニシテ同法第二四四條第一項ハ単ニ同條項所定ノ親族又ハ家族相互ノ間ノミニ行ハレタル窃盜罪ニ付適用セラルヘキモノナルヲ以テ苟モ其ノ物ニシテ犯人ノ親族又ハ家族ニ非サル者ノ所有ナルニ於テハ縱令犯人ノ親族又ハ家族ノ占有ニ屬ス

ルトキト雖モ之ニ対シテハ同条項ヲ適用スヘキモノニ非ス本件ニ於テ原判決ノ認定シタル事実ニ依レハ被告人ハ(イ)明石利吉ト共謀ノ上鳥羽鶴一ノ保管ニ係ル高原義資等寄託ノドラム罐入揮発油二石ヲ窃取シ(ロ)鳥羽鶴一ノ保管ニ係ル早山石油株式会社寄託ノドラム罐入揮発油二石ヲ窃取シタリト云フニ在リテ被告人ト鳥羽鶴一トハ二親等ノ姻族關係アリトスルモ本件物件ハ寄託者高原義資等又ハ早山石油株式会社ノ財物ニシテ鳥羽鶴一ハ唯其ノ占有者タルニ止マルモノナルヲ以テ所論ノ如ク前同条項後段ニ該当スル場合ニ非ス。

以上の三つの判例は、いずれも、財物の所有者及び所持者が犯人と親族關係にある場合でなければ第二四四條の規定は適用されないとするものであり、しかも、これと同一の見解が學者の通説とする所でもある。しかし、これは、本件判決の見解とは異なるのである。一体、どちらが正しいのであろうか。

窃盜罪の行為は「窃取」である。そうして、「窃取」は所持の侵害である、と説くのが一般である。だからこそ、私は窃盜罪の被害法益は所持であるというのである。しかし、これには反對説があつて、窃盜罪の被害法益は所有權であるという主張がなされているのであるが、この所有權説を固く採つた滝川博士は、「他人が單純に保管する自己の財物を窃取せられた場合、被害者は自己であつて他人ではない。従つて、この場合に親族相盜例（第二四四條）は、所有者たる自己と行為者との關係において適用せられ、支配者と行為者との間の親族關係は問題にならない」（滝川博士「刑法各論」一一八頁）とされるのである。所有權説をもつてすれば、第二四四條は所有者たる者と行為者との關係においてのみ適用されることになるのである。本件判決において、最高裁判所は私と同じように所持説を採つたとする跡のハッキリと認められるものがあるわけではないが、本件のごとき判旨を出した所から見て、矢張り所持説によつたものといひ切つていいかも知れない。しかし、第二四四條の適用範圍の問題は、窃盜罪の被害法益が所持か

所有権かということによってきめるべきものではないと思うのである。

この問題は、第二四四条の規定を素直に読めばただちに解決のつくことである。同条は「直系血族、配偶者及同居ノ親族ノ間ニ於テ第二三五条ノ罪（中略）ヲ犯シタル者ハ其刑ヲ免除シ其他ノ親族ニ係ルトキハ告訴ヲ待テ其罪ヲ論ス」というのである。「第二三五条ノ罪ヲ犯シタル者」というのは、第二三五条所定の構成要件に該当する行為をした者という意味である。第二三五条の構成要件といえは、他人の財物を窃取すること、である。ただ単に、「窃取する」ではなくて、「他人の財物を窃取する」のである。「窃取する」ということだけならば、相手方たる親族はただ所持者であればいい。ところが「他人の財物を窃取する」のであるから、相手方たる親族は、ただ所持者であるだけでは足りず、更に所有者でなければならぬのである。すなわち、相手方たる親族が財物の所持者であり、且つまた所有者でもあるとき、ここに初めて「親族ノ間ニ於テ第二三五条ノ罪ヲ犯シタル」こととなって、構成要件に該当する行為が成立するのである。

以上が刑法第二四四条の正しい解釈であり、この解釈の下に同条の適用をしなければならぬのである。してみると、先きに挙げた従来の大審院の各判例の見解こそ正しかったというべきであって、本件の最高裁判所第二小法廷判決は誤であったというの外はないのである。本件判決が出たため、その後、仙台高等裁判所第一刑事部（昭和二五年二月七日判決）がこれにまどわされ、また、他の高等裁判所にも同じ轍を踏んだ事例がないわけではなかったが、昭和二八年一月三日、名古屋高等裁判所金沢支部が「所論親族相盜の規定が適用されるためには、被害物件の所有権が犯人に対し刑法第二四四条の親族関係にある者の所有に属することを必要とし、単にその占有に属するのみでは足りない」と解すべきであるから、たとい本件物件が被告人の父である北風末太郎の直接占有に属するとしても、前記組

合の所有である同物件の窃取行為につき、所論親族相盜の規定を適用すべき限りでない」と敢然と云い放って、本件最高裁判所第二小法廷の判決の存在を無視する態度に出たことは、まことに心強い極みであるというべきである。

(四二・一・九)