

注釈刑法
(6)

各則
(4)

§§
235
1
264

責任編輯
岡藤重光

注 釈 刑 法

(6)

各 則 (4)

§§ 235～264

責任編集

団 藤 重 光



有 斐 閣

著作権所有



注 釈 刑 法(6) 各 則(4)

昭和 41 年 12 月 25 日 初版第 1 刷発行
昭和 57 年 11 月 15 日 初版第 18 刷発行 定価 4,200 円

編 者 団 藤 重 光

発 行 者 江 草 忠 允

東京都千代田区神田神保町 2～17
発 行 所 株式会社 有 斐 閣
電 話 東 京 (264) 1 3 1 1 (大代表)
郵便番号 [101] 振替口座東京 6-370 番
京都支店 [606] 左京区田中門前町 44

印 刷 株式会社 精 興 社
製 本 株式会社 高 陽 堂
本 文 用 紙 王子製紙株式会社春日井工場
ク ロ ス 東 洋 ク ロ ス 株 式 会 社
ダ イ ニ ッ ク 株 式 会 社

© 1966, 団藤重光. Printed in Japan

落丁・乱丁本はお取替えいたします。

ISBN 4-641-01636-4

凡 例

◇関係法令・判例

関係法令は昭和 41 年 10 月 1 日現在によつた。

判例はほぼ昭和 41 年 7 月末現在（最高裁判所判例集 20 巻 4 号，高等裁判所判例集 19 巻 2 号，下級審判例集 7 巻 12 号，判例時報 447 号）までに発表されたものを引照した。

◇刑法の法文

刑法の条文は厳密に原文通りとした。ただ，用字は新字体を採用した。なお，各条文には，その内容を明瞭にするため，それぞれ見出しをつけた。

◇沿 革

改正を経た条文については〔沿革〕欄をもうけ，改正前の各条文を掲げた。なお，沿革と現行条文の改正箇所には＊印をつけて新旧条文を対照させ，改正箇所を明瞭にした。

＊印は，沿革の方には改正の順序に応じ，改正ごとに 1 箇ないし数箇を冒頭につけた。現行条文につける場合は，つぎの要領に従つた。(1) 1 ヶ条全体，あるいはその中の項または号の全体が改正されたときは，条数，項数，号数の上に＊印をつける。(2) 条文中本文または但書の全体が改正されたときは，本文または但書の冒頭に＊印をつける。(3) 条文中一部分が改正されたときは，改正箇所の冒頭に＊印をつける。

◇文 献

文献は，研究の便宜のため，できるだけ条文ごとに，かなり詳細に掲げることとした。戦前の文献は主要な文献に限つたが，戦後の文献は昭和 41 年 7 月末日までのものをなるべく網羅するようにつとめ，それ以後の文献も気のつくかぎり収録した。また，文献は，本文中に引用される場合をのぞき邦文のものに限定した。

掲載の順序は，検索の便宜のため，執筆者名の五十音順により，同一執筆者の数箇の文献については，原則として発表の年代順（論文集収録のものは収録の年代）によつた。

◇条数等の表示

凡 例

本文の上段には、各頁ごとにそれぞれ条数、条文見出し、ローマ数字による注釈番号を表示して、条数等による検索に役立つようにした。ただし、注釈番号については、偶数頁にのみ、その頁および次の頁の注釈番号を表示している。

◇参照条文および他の注釈の引用方法

参照条文および他の注釈の引用の方法は、つぎのとおりである。

(1) 刑法の条文は、単に数字のみをもつて示した。たとえば、25 I₁ は刑法 25 条 1 項 1 号。

その他の法令の条文は、法令名略語（後掲）および数字をもつて示した。たとえば、刑訴 96 I₄ は、刑事訴訟法 96 条 1 項 4 号。

(2) 同じ条文内の他の注釈箇所を引用する場合は、前出 I (1) (イ)、後出 III (2) (ハ) として示した。

他の条文の注釈を引用する場合には、25 条注 I (1) として示した。

◇引用の判例はすべて活字を小さくして、本文と区別しやすくしている。

◇主 な 略 語

(1) 法 令

関係法令の引用については、特別なものを除きおおむね有斐閣版六法全書（昭和 41 年版）の「法令名略語」に従い、つぎのような略語を用いた。

恩 赦	恩赦法	刑 補	刑事補償法
仮 案	改正刑法仮案	憲	憲 法
監	監獄法	更生緊急	更生緊急保護法
旧 刑	旧刑法	準備草案	改正刑法準備草案
行 累	行刑累進処遇令	少	少年法
刑	刑 法	罰 臨	罰金等臨時措置法
警	警察法	保護観察	執行猶予者保護観察法
刑 施	刑法施行法	予備草案	刑法改正予備草案
刑 訴	刑事訴訟法	予防更生	犯罪者予防更生法

(2) 判 例

判例の引用については、つぎの略語を用いた。

大判明 36・5・21 録 9・874＝明治 36 年 5 月 21 日、大審院判決、大審院刑事判決録 9 輯 874 頁。

大判昭 15・8・22 集 19・540＝昭和 15 年 8 月 22 日、大審院判決、大審院刑事判例集 19 巻 540 頁。

最判昭 33・4・18 集 12・6・1090＝昭和 33 年 4 月 18 日，最高裁判所判決，最高裁判所刑事判例集 12 巻 6 号 1090 頁。

最決昭 31・12・25 集 10・12・1701＝昭和 31 年 12 月 25 日，最高裁判所決定，最高裁判所刑事判例集 10 巻 12 号 1701 頁。

東京高判昭 35・12・12 集 13・8・648＝昭和 35 年 12 月 12 日，東京高等裁判所判決，高等裁判所刑事判例集 13 巻 8 号 648 頁。

その他の略語：――

一審刑集	第一審刑事裁判例集
下級刑集	下級裁判所刑事裁判例集
裁 時	裁判所時報
裁 特	高等裁判所刑事裁判特報
最判（大法）	最高裁判所大法廷判決
裁判集刑	最高裁判所裁判集 刑事
裁判例 6 刑	大審院裁判例 6 巻刑法
新 聞	法律新聞
大判（連）	大審院連合部判決
東高刑時報	東京高等裁判所刑事判決時報
判 特	高等裁判所刑事判決特報
評 論	法律評論

(3) 著 書

引用著書の略語はつぎの通りである（五十音順）。

青 柳 文 雄	刑法通論Ⅱ・各論（昭 38）	青 柳・各
市 川 秀 雄	刑法学（昭 27）	市 川・刑法学
同	刑法総論（昭 30）	市 川・総
井 上 正 治	刑法学（総則）（昭 26）	井 上・総
同	刑法学（各則）（昭 38）	井 上・刑法学各
同	刑法各論（昭 27）	井 上・各
植 田 重 正	刑法要説（総論）（昭 24）	植 田・総
植 松 正	刑法総論（昭 32）	植 松・総
同	刑法概論Ⅰ（増訂・昭 34）， Ⅱ（改訂・昭 40）	植 松・概Ⅰ，Ⅱ
同	刑法学各論（昭 27）	植 松・各
大 塚 仁	特別刑法（昭 34）	大 塚・特別刑法
同	刑法概説（総論）（昭 38）	大 塚・総

凡 例

大 場 茂 馬	刑法総論上巻 (大 1), 下巻 (大 2~6)	大 場・総上, 下
同	刑法各論上巻 (11 版・大 11), 下巻 (8 版・大 12)	大 場・各上, 下
岡 田 朝太郎	刑法論各論之部 (4 版・昭 5)	岡田朝・各
岡 田 庄 作	刑法原論各論 (大 9)	岡田庄・各
尾後貫荘太郎	刑法各論 (昭 27)	尾後貫・各
小 野 慶 二	刑法各論 (昭 34)	小野慶・各
小 野 清一郎	新訂刑法講義総論 (増補 3 版・昭 25)	小 野・総
同	新訂刑法講義各論 (3 版・昭 25)	小 野・各
同	刑法概論 (増訂新版・昭 35)	小 野・概
小野=中野=植松=伊達	新版刑法 (ポケット註釈全書) (新版・昭 35)	小 野ほか・注釈
柏 木 千 秋	刑法各論 (再版・昭 40)	柏 木・各
勝 本 勘二郎	刑法析義各論之部下 (3 版・明 34)	勝 本・析義各下
同	刑法要論・総論 (大 2)	勝 本・総
神谷健夫=神原甚造	刑法詳論 (大 2)	神谷=神原・詳論
北本武男=福田平	新刑法概説 (昭 25)	北本=福田・概説
吉 川 経 夫	刑法総論 (昭 34)	吉 川・総
木 村 亀 二	新刑法読本 (全訂増補・昭 36)	木 村・読本
同	刑法総論 (昭 34)	木 村・総
同	刑法各論 (昭 32)	木 村・各
草 野 豹一郎	刑法要論 (昭 31)	草 野・要
熊 倉 武	日本刑法各論上巻, 下巻 (昭 35)	熊 倉・各上, 下
久礼田 益 喜	刑法学概説 (増訂版・昭 18)	久礼田・概
小 泉 英 一	刑法要論 (改訂・昭 18)	小 泉・要
同	刑法各論 (昭 29)	小 泉・各
同	刑法総論 (昭 33)	小 泉・総
江 家 義 男	刑法 (総論) (昭 27)	江 家・総
同	刑法各論 (増補・昭 38)	江 家・各
小 曙 伝	日本刑法論各論 (明 38)	小 曙・日本刑法各
斉 藤 金 作	刑法総論 (改訂・昭 30)	斉 藤・総
同	刑法各論 (改訂・昭 31)	斉 藤・各
佐 伯 千 仞	刑法総論 (新版・昭 28)	佐 伯・総
島 田 武 夫	刑法概論総論 (昭 9)	島 田・総
同	刑法概論各論 (昭 11)	島 田・各

凡 例

下 村 康 正	刑法各論 (昭 36)	下 村・各
新 保 勘解人	日本刑法要論各論 (昭 2)	新 保・各
滝 川 春 雄	刑法総論講義 (昭 27)	滝川(春)・総
滝川(春)=竹内正	刑法各論講義 (昭 40)	滝川=竹内・各
滝川(春)=宮内=平場	刑法理論学総論 (昭 23)	滝川=宮内=平場・総
滝 川 幸 辰	犯罪論序説 (改訂・昭 22)	滝 川・序説
同	刑法講義 (改訂・昭 5)	滝 川・講義
同	刑法各論 (昭 26)	滝 川・各
滝川(幸)=宮内=滝川(春)	刑法 (法律学体系, コンメンタル篇) (昭 27)	滝 川ほか・注釈
団 藤 重 光	刑法綱要 (総論) (昭 32)	団 藤・総
同	刑法綱要 (各論) (昭 39)	団 藤・綱各
同	刑法各論 (昭 36)	団 藤・各
夏 目 文 雄	刑法提要各論上 (昭 35), 下 (昭 36)	夏 目・上, 下
平 井 彦三郎	刑法論綱総論 (昭 7)	平 井・総
同	刑法論綱各論 (昭 9)	平 井・各
平 場 安 治	刑法総論講義 (昭 27)	平 場・総
同	少年法 (昭 38)	平 場・少年法
平場安治=森下忠	刑法各論 (昭 29)	平場=森下・各
福 田 平	刑法各論 (昭 29)	福 田・各
同	行政刑法 (昭 34)	福 田・行政刑法
同	刑法総論 (昭 40)	福 田・総
不破武夫=井上正治	刑法総論 (昭 30)	不 破ほか・総
牧 野 英 一	重訂日本刑法上巻, 下巻 (昭 12)	牧 野・日本刑法上, 下
同	刑法総論上巻 (全訂・昭 33), 下巻 (全訂・昭 34)	牧 野・総上, 下
同	刑法各論上巻 (昭 25), 下巻 (昭 26)	牧 野・各上, 下
宮 内 裕	新訂刑法各論講義 (昭 35)	宮 内・各
宮 崎 澄 夫	刑法総論 (昭 25)	宮 崎・総
宮 本 英 脩	刑法学粹 (昭 6)	宮 本・学粹
同	刑法大綱 (昭 10)	宮 本・大綱
泉 二 新 熊	日本刑法論・総論 (44 版, 45 版・昭 11, 昭 14)	泉 二・総
同	日本刑法論・各論 (42 版・昭 6)	泉 二・各
同	刑法大要 (増訂・昭 18)	泉 二・大要
八 木 胖	刑法総論 (改訂・昭 30)	八 木・総

凡 例

安 平 政 吉	改正刑法各論上巻 (3 版・昭 27), 下巻 (3 版・昭 27)	安 平・各上, 下
同	改正刑法総論 (昭 31)	安 平・総
同	改正刑法各論 (昭 35)	安 平・各
山 岡 万之助	刑法原理 (大 1)	山 岡・原理
吉 田 常次郎	日本刑法 (6 版・昭 17)	吉 田・日本刑法
同	刑法総論 (昭 31)	吉 田・総
同	刑法各論 (昭 31)	吉 田・各
日本刑法学会編集	刑事法講座 1 巻～4 巻, 7 巻 (昭 27～28)	刑法学会・旧講座
同	刑法講座 1 巻～6 巻 (昭 38～39)	刑法学会・講座
同	刑法演習 (総論) (昭 30), (各論) (昭 30)	刑法学会・演習総, 各
総合判例研究叢書刑法	1～26 (昭 31～40)	総判刑 1～26
最高裁判所判例解説 (刑事編) 昭和 29 年度～39 年度		判解刑昭 29～39

(4) 雑 誌

雑誌の略語は、おおむね法律時報の文献月報の略語例に従い、つぎのような略語を用いた。

季 法	季刊法律学	判 時	判例時報
京 法	京都法学会雑誌	判 タ	判例タイムズ
警 研	警察研究	判 評	判例評論
刑政(季)	季刊刑政	阪 法	阪大法学
刑 法	刑法雑誌	ひろば	法律のひろば
国 家	国家学会雑誌	法 学	法学(東北大学)
自 正	自由と正義	法 協	法学協会雑誌
時 法	時の法令	法 教	法学教室
時 報	法律時報	法 研	法学研究(慶応大学)
ジュリ	ジュリスト	法 セ	法学セミナー
志 林	法学志林	法 政	法政研究
新 報	法学新報	法 曹	法曹時報
早 法	早稲田法学	法 タ	法律タイムズ
綜 法	綜合法学	法 論	法律論叢
判 研	判例研究	論 叢	法学論叢

◇追 補

本文中の*印は、「補巻(1)」〔昭和 49 年発行〕によって追補されたことを示す。

目 次

凡 例

財産罪一般

前注〔財産罪一般〕	(団藤)...	1
-----------------	---------	---

第36章 窃盗及び強盗の罪

前注 (§§ 235～245)	(団藤)...	18
§ 235	(団藤)...	39
§ 235 ノ 2	(田宮)...	71
§§ 236～241	(藤木)...	83
§§ 242, 243	(団藤)...	132
§ 244	(高田)...	144
§ 245	(団藤)...	152

第37章 詐欺及び恐喝の罪

前注 (§§ 246～251)	(福田)...	155
§ 246	(福田)...	157
前注 (§ 247〔背任罪〕)	(内藤)...	265
§ 247	(内藤)...	275
§§ 248～251	(福田)...	340

第38章 横領の罪

前注 (§§ 252～255)	(大塚)...	388
§§ 252, 253	(大塚)...	390
§ 254	(板倉)...	528
§ 255	(大塚)...	539

第39章 赃物に関する罪

前注 (§§ 256, 257)	(内藤)...	541
------------------------	---------	-----

目 次

§§ 256, 257	(内藤)...	547
第 40 章 毀棄及び隠匿の罪		
前注 (§§ 258～264)	(香川)...	581
§§ 258～262	(香川)...	583
§ 262 / 2	(所)...	618
§§ 263, 264	(香川)...	625

財産罪一般

〔文献〕 財産罪一般につき：—— 青木充忠・「死体並に遺骨に関する研究」司法研究報告書 20—9（昭 10）；青柳・「財産罪についての二、三の問題」綜法 53（昭 37）；井上・「財産犯の諸問題（1～11）」警研 31—2, 4—11, 32—3, 10（昭 35, 36）；同・「財産犯の保護法益」刑法学会・講座 6（昭 39）；井上・羽田野忠文・判例にあらわれた財産犯の理論（昭 39）；植田・「財産罪の構造」関西大学研究論集 12（昭 18）；柏木・「財物の意義」判例演習・刑法各論（昭 36）；佐藤 豁・「朝鮮における財産犯の情勢」司法協会雑誌 18—2, 4（昭 14）；高木巖・「財産犯罪要論（15）」国家試験 12—8（昭 15）；高橋雄一・「財産に関する犯罪の変遷」司法研究 31—16（昭 17）；滝川春雄・「財産罪」刑事法学辞典（昭 32）；竹田・「刑法における財物の概念（総合判例研究叢書刑法 4）」（昭 31）；西山富夫・「財産罪の考察における二つの立場について」名城法学 6—3, 4（昭 32）；日沖・「財物の概念」刑法学会・旧講座 4（昭 27）；同・「財産犯の保護法益」法教 5（昭 37）；覆面子・「財産に対する罪の実務的研究（19～28）」警察思潮 11—4～12, 12—1（昭 14, 15）；藤木・「経済取引と犯罪（昭 40）」；同・「財産と刑法」講座・現代法 11（昭 40）；前田・「財産犯罪」刑事法学辞典（昭 32）；牧野・「財産侵害罪と被害法益の箇數」（同・刑法研究 1・大 8・所収）；泉二新熊・「刑法における物と財物との区別」新報 19—1（明 42）。

前注〔財産罪一般〕

I 財産罪の種類

（1）財産棄損罪・財産領得罪・財産移転罪・利得罪

（イ）財産犯は、まず、財産棄損罪と財産領得罪とに大別されうる。前者は財産を滅却・減少させるもので、毀棄罪がその典型的な例である。後者は、財産を領得する罪で、窃盗罪・強盗罪・詐欺罪・恐喝罪など、財産罪の大部分は、これに属する。領得には自己領得と第三者領得とがあるが、どちらについても後述の領得の意思（36 章前注Ⅱ）を必要とする。ここで領得というのは純粹に事実的なもので、法律的に所有権が移るものではないから、その意味で領得罪を一種の危険犯にすぎないものとするドイツの学者もある（なお、後出Ⅱ(5)参照）。

（ロ）領得は、財産を相手から自己または第三者に移転させる形態のものが多く、このような形態のものを財産移転罪と称する。

（ハ）領得は多くのばあいには自己または第三者の利得をとまうが、領得罪はかな

らずしも利得を要素とするものではない。また、背任罪のように、個々の財物を移転させ領得しないでも、利益を得るばあいがある。かように利得を要素とする罪を利得罪という。利得罪は財産罪をこえて非財産罪の領域にまでまたがつている。

(ニ) 財産領得罪には種々の形態のものがあるが、構成要件の構造として、その中でもつとも単純でかつ基本的なものは、占有離脱物横領罪である。これは、占有の侵害も、信頼関係の侵害も、人格的法益の侵害もともなわないで、もつとも単純に他人の所有権を侵害する領得罪であるから、ドイツの学説は、これをすべての領得罪の中心となり出発点となる基本的な構成要件だとしている。これに対して、他人の占有の侵害をとまなう犯罪として窃盗罪・強盗罪などがあり、また、詐欺罪・恐喝罪などがある。前者は相手の意に反して占有を奪うものであり、後者は、瑕疵のある意思だとはいえともかく相手の意思にもとづいて占有を移転させるものである。他人の占有の侵害をとまなわない領得罪としては狭義の横領罪があるが、これは自己の占有する財物の領得で、自己の占有の基礎になっている他人の信頼の侵害をとまなうものである。

(2) 個別財産に対する罪と全体財産(財産状態)に対する罪 たとえば窃盗罪・横領罪は前者、背任罪は後者である。強盗罪・詐欺罪・恐喝罪は両者を含むが、両者を含むことは、236条・246条・249条の各規定における1項と2項との対比によつてあきらかである。しかし、1項が前者、2項が後者というわけではない。正確には、個別財産の中には、「財物」とそれ以外の財産権すなわち債権や無体財産権を含む。したがつて、236条・246条・249条の各2項の中には、財物以外の個々の財産権に対するものと、全体財産に対するものとが含まれるのである。全体財産に対する罪はドイツでは「狭義の財産罪」と呼ばれることもある。これは財産状態を全体としてみて侵害があつたときに成立するものであつて、相手にかような意味での損害がなければ既遂にならない点に特色がある。「全体としての財産」の概念につき、とくにドイツにおいては、これを純粹に法律的に財産上の権利を中心として構成する見解(ペンディング)と、純粹に經濟的に利益を中心として考える見解(ドイツの通説)と、違法な經濟的利益を除外することによつて法律的・經濟的見地から両者を統合しようとする見解(ナークレル、ヴェルツェル)との対立がある。財産権の形をとらないものであつても正当な經濟的利益は刑法的保護に値するとともに、違法な利益までもを刑法的保護の対象とすることは妥当でないから、わたくしは、法律的・經濟的見地から全体財産ないし財産状態を考える見解を採用したいとおもう。

II 財物の意義

〔文献〕 岩田誠・「使用済の印紙と財物」(判批)判解刑昭 30(昭 31); 江村学人・「遺骨は窃盗犯の目的物となるや」新報 5—47(明 28); 岡田朝太郎・「電流盗用事件の判例を評す」法協

21—7（明 36）；折原泉・「電気並に電気施設に関する犯罪に就いて」司法研究 12—3（昭 5）；柏木・「財物の意義」判例演習・刑法各論（昭 36）；木村・「電気窃盗事件（活きている判例 2）」法ゼ 2（昭 31）；沢登俊雄・「河川の砂利と窃盗罪の客体」刑法判例百選（昭 39）；竹田・刑法における財物の概念（総合判例研究叢書刑法 4）（昭 31）；中・「河川の砂利と窃盗罪の客体」（判批）関西大学法学論集 4—4（昭 30）；日沖・「財物の概念」刑法学会・旧講座 4（昭 27）；同・「電気は物か」判例百選（昭 35）；穂積陳重・「電気と法律」法協 21—2（明 36）；牧野・「無体物に対する窃盗罪の成立」（同・刑法研究 1・大 8・所収）；同・刑事学の新思潮と新刑法（増訂版）（大 8）；宮原三男・「一厘事件」判例百選（昭 35）。

（1）財産罪の客体として重要なのは「財物」（235・236・246・249 等。なお、225 の 2）または「物」（252～254・261 等）である。「財物」と「物」とのあいだに区別があるものとする考えもないではないが、区別をみとめないのが通説である。なお、賭博罪の関係でも、「財物」の語が用いられているが（185），これについては財産犯におけるとは別に、目的論的にその解釈内容が定められるべきである。その他の罪における「物」（110・144・190 等）についても同様である。

（2）有体性説・管理可能性説

（イ）財物は有体物にかぎるか（有体性説），管理の可能なかぎり電気その他のエネルギーをも含むか（管理可能性説）の争いがある。民法には物とは有体物をいうとする規定があるが（民 85），刑法上の財物概念について民法上の物の概念にとらわれるべきでないのは，もちろんである。ちなみに，(a)有体物というのは固体にかぎらず，液体・気体でもよいのは，いうまでもない。ガスや蒸気はむしろ有体物である。ガスにつき，旧法時の判例として，大判明 37・4・28 録 10・910。現行法になつてからのものとしては，大判大 3・10・24 新聞 976・30，判例体系 35 I・209（235 条注 VI(3)(ハ)(d)をみよ）。これに反して，電気その他のエネルギーが，物質とエネルギーとの区別が自然科学上否定されようとも，ここにいう有体物にならないのは，もちろんである。(b)熱い空気・冷い空気・圧さく空気などは有体性説によつても財物であるが，熱・冷たさ・空気の圧力などは管理可能性説によつてはじめて財物とみとめられる。水力・放射線・牛馬の牽引力なども同様である。これに反して，ラジオの放送（電波）などは，ここにいう意味での管理可能性がないから（電波監理は別のことである），管理可能性説によつても財物ではない。

（ロ）すでに旧刑法当時に管理可能性説によつて電気窃盗を有罪とした有名な判例が出たが（大判明 36・5・21 録 9・874），学説としては異論があつた。そこで，現行法は窃盗・強盗・詐欺・恐喝について，電気を財物とみなす旨の規定を設けて一応の

立法的解決をしたが(245・251), (a)それ以外の罪, ことに財産罪についてどう考えるべきか, また, (b)電気以外のエネルギーについてどう考えるべきかについて, なお解釈上の問題が残されている。すなわち, 有体性説はこの規定を制限的な特別規定と解して他への拡張をみとめないのに対して, 管理可能性説はこれを非制限的な単なる注意規定にすぎないものと解して他のばあいへの拡張を考えるのである。有体性説と管理可能性説との対立は, いまでは, もつぱらこのような点に意味をもっている。ところで, 牧野博士(牧野・刑事学の新思潮と新刑法(増訂版・大8)48頁以下; 同・「財産侵害罪と被害法益の箇条」刑法研究1巻322頁以下, 337頁以下)以来, その学説的影響によって管理可能性説が次第に有力となり, 現在では通説的地位を占めるにいたっている(諸国の学説, 立法の概況につき, 団藤・綱各441頁注7)。わたくしも電気を財物とみなすという規定を厳格に制限的なものとは解せず, 妥当な範囲においてその準用をみとめるべきものとする。ただ, (a)第1に, 窃盗・強盗・詐欺・恐喝以外の罪について, どこまでこれを推し及ぼすかは, それぞれの構成要件の解釈, ことにそれぞれの犯罪定型の理解の問題である。(b)第2に, 電気以外のものにどこまで拡張するかについては, 電気とおなじような自然力の利用によるエネルギーにかぎられるべきだともおう。人の労働力や牛馬の牽引力などは管理可能性のあるエネルギーであるが, かようなものにまで準用をみとめるべきではない。

(ハ)管理可能性説から, さらに進んで, 管理可能な——あるいは財産権の対象として支配のできる——利益ないし価値も財物だと説く論者がある。かような立場からは, 債権のような権利も財物にあたるものと説かれる。そうして「権利の窃盗」という考え方さえ主張されるのである(牧野・各下614頁以下)。かような見解は, 現行法の犯罪定型を無視するものといわなければならない。ドイツにも「精神的窃盗」・「権利窃盗」などの観念はあるが, それは窃盗罪を構成しないものと解されている。小野博士が, 管理可能ということを物理的な管理の可能に限定され, 事務的な管理の可能を含まないと主張されるのは(小野・各228頁), 正当というべきである。

(ニ)なお, 特殊の事例として, 河川法の適用のある河川の砂利につき, 民法上の所有権の目的となりえないという理由のほかに, その流動性のゆえに事実上の管理可能性にも親しまないことを理由として, 財物性を否定した下級審判例がある(東京地判昭32・9・20裁時242・163, 判例体系35I・52の23)。

(3) 価値の要否 財物といえるために, 価値を有することが必要かどうかという問題がある。

(イ)かならずしも客観的な交換価値, したがって金銭的ないし経済的価値を有する必要はない。判例によれば, 「刑法上財物と云ふは必ずしも経済上交換価値を有す

るものに限らず苟くも財産権の目的と為り得べきものを汎称する」(大判明 43・6・20 録 16・1242)。また、「強、窃盗罪において奪取行為の目的となる財物とは、財産権殊に所有権の目的となり得べき物を言い、それが金銭的乃至経済的価値を有するや否やは問うところではない」(最判昭 25・8・29 集 4・9・1585——これは大判の踏襲である。大判大 3・3・23 録 20・326)。刑法的保護に値する相当の理由があるかぎり、所有者・所持者の主観的価値でもよい(なお、東京高判昭 28・9・18 東高刑時報 4・4・110 参照)。たとえば、記念の品などは、主観的価値をもつにすぎないものでも、一般に財物とみななければならないであろう。主観的価値をもつについての相当の理由の有無が外観上わからないときは、錯誤の問題によつて解決されるべきばあいがおこりうる。また、所有者・所持者として積極的な価値はなくても、他人の手に渡つて悪用されるおそののある物は、やはり価値があるといわなければならない(宮本・大綱 322 頁)。犯罪事実を自認した書面につき、大判大 3・5・1 録 20・725 が参照されるべきであるが、判旨はこの論点に触れていない。

(ロ)これに反して、客観的にも主観的にもまったく無価値な物は、もはや財産罪の客体としては刑法の対象とならないものと解するべきであろう。また、全然無価値でなくても、価値のきわめて微小な物については、それぞれの犯罪定型との関係で、いつたいその罪の客体となりうる性質のものであるかどうか論定されなければならない。判例はかつて——財産犯の関係でではなくたばこ専売法違反の関係ではあるが——価格 1 厘にあたる葉たばこを政府に納入しなかつた事案について、その違反罪の成立を否定したことがある(大判明 43・10・11 録 16・1620。なお、最判昭 30・11・11 集 9・12・2420〔やみたばこ 5 本の事案だが証明の問題として処理された〕)。しかし、また、価格 2 銭くらいの一塊の石を窃取した事案について、窃盗罪の成立を肯定した判例がある(大判大 1・11・25 録 18・1421。なお、大判大 4・6・22 録 21・879〔神社内の木像 1 体と石塊 1 個〕参照)。後者の関係で引き合いに出されるのが、廃止された警察犯処罰令(2 条)の「他人ノ田野、園圃ニ於テ菜果ヲ採摘シ又ハ花卉ヲ採折シタル者」を拘留・科料に処するものとする規定である。けだし、この行為も形式的には窃取行為にほかならないが、これをとくに拘留・科料の罪として規定しているのは、犯罪定型としてこの程度の軽微な法益に対するかような態様における窃取行為を刑法の窃盗罪から区別する趣旨とみななければならない。判例もまた、理論的に、これを承認するにいたっている。すなわち、「この警察犯処罰令の規定は、軽微な犯罪を対象とし、被害法益の零細軽微なものに対して警察的取締をすることを目的とするものであることは、前記法条の字句に照らしても又立法の沿革に徴しても明白である。窃盗罪との区別は被害法益の大小軽重によつて決すべきものとするのが妥当である。その被害法益が『財

物』として保護すべき程度に達するときは窃盗罪を構成し、然らざるときは警察犯としての野荒しとなるのである。結局は社会通念に従つて裁判官が判定すべき事柄である。(中略) 本件犯行の昭和二二年七、八月当時においては、馬鈴薯は主食の一部として取扱われている程であつて、五貫目、十貫目の馬鈴薯がもつ経済的価値は相当高く評価すべきであつた。従つて、かかる被害法益が刑法二三五条の『財物』として保護すべき程度のものであることは疑を容れないところである」(最判昭 26・3・15 集 5・4・512)。ただし、なお、大阪高判昭 29・1・23 判特 28・72〔花畑から生花約 10 本時価約 5, 60 円を窃取したのを窃盗罪とした〕; 名古屋高金沢支判昭 33・3・4 裁特 5・3・75〔15 円 60 銭相当の菜種苗約 60 本の窃取を窃盗罪とした〕)。そうして、現在では、この規定は軽犯罪法に受けつがれていないが、それはこの種の行為を窃盗罪として処罰する趣旨ではなく、むしろ、軽犯罪としてさえも不可罰とする趣旨と考えるのが正当であるとおもう^{*}。

(ハ) 以上の見地から、判例に現われた論点および事案を、ある程度にまとめて掲げれば、次のとおりである。

(a) 競馬勝馬予想表はレース終了までは財物として経済的価値を有し無価値とはいえない(最判昭 27・4・15 裁判集刑 63・243, 判例体系 35 I・52 の 7)。百貨店の買上券は日時の経過・金額の極少などのため社会通念上一片の廢紙と考えられるばあいでないかぎり財物である(東京高判昭 36・7・4 集 14・4・246)。これらの判例は、反面において、無価値のゆえに財物性が否定されうることを見とめている点で注目される。——なお、強制により公職辞職を約束した書面は無効で財産権の目的となりえないから財物ではないとした判例がある(大判大 13・12・19 新聞 2353・17, 判例体系 35 I・49)。もつともこれは物の無価値に着眼したものとはいえないかも知れない(後出(4)参照)。しかし、また、偽造証書につき、所有権の目的とならないという理由のほかは無価値であるという理由をも附加して、これを財物でないとしているものもあることを注意しておこう(大判大 1・12・20 録 18・1563)。

(b) 物(板硝子)の配給を単に約束するにすぎない約束書で受配の権利を附与するものでないとしても財物にあたる(最判昭 25・6・1 集 4・6・909)。借用証書作成の用に供する署名入りの白紙は交換価値はなくても財物である(大判明 43・6・20 録 16・1242〔詐欺〕)。小切手用紙 4 枚でも小切手帳の一部をなすものは記入によつて小切手の用をなすから無価値の紙片とはいえない(名古屋高判昭 27・7・5 判特 30・10)。

(c) 共産党中央指令綴 1 冊ほか書類印鑑等数十点は財物にあたる(最判昭 25・8・29 集 4・9・1585〔反共運動のための資料収奪の目的で強取した事案〕)。単に所有者にとつての備忘的な効用をもつにすぎないものも財物といえる(東京高判昭 27・5・10 判特 34・6 (団 藤))