

刑法の解釋：刑事法判例抄(二)

不破，武夫
九州帝国大学教授

<https://doi.org/10.15017/1203>

出版情報：法政研究. 13 (2), pp.121-130, 1943-10-30. 九州帝国大学法政学会
バージョン：published
権利関係：



刑法の解釋

— 刑事法判例抄(二) —

不破武夫

二 刑法の解釋 (承前)

(四) 汽車とガソリンカー

業務上過失致死傷並業務上過失列車顛覆破壞被告事件

(昭和十五年八月二十二日大審院第二刑事部

判決、棄却、判例集第十九卷五四〇頁以下)

(上告理由) 辯護人上告趣意書第一點ハ原判決ハ擬律ニ錯誤アリ(1)本件ハ被告人カ過失ニヨリ「ガソリンカ

ー」ヲ顛覆破壞セシメタル事件ナルカ之ニ對シ原審ハ刑法第二百一十一條ノ他ニ同第二百二十九條ヲ適用シタリ(2)

然レトモ刑法第二百二十九條ノ犯罪ノ客體ハ汽車、電車又ハ艦船ト明記シアリテ「ガソリンカー」ヲ含マス今日ノ

社會實情ヨリ見テ「ガソリンカー」ヲ本條ニ列舉セサルコトハ明ニ權衡ヲ失スル憾アリト雖モ今日ノ社會通念上

「ガソリンカー」ハ汽車ニモ電車ニモ非ス強ヒテ之ヲ本條ノ適用ニ限リ汽車ノ一種ト見做スカ如キハ極メテ無理

ニシテ刑罰法規ノ解釋トシテハ不當ナリト云ハサルヘカラス之ヲ罰スルノ必要ナルニ於テハ須ク刑法ノ條文ヲ改

正スヘク或ハ自動車交通事業法第五十七條航空法第五十二條ノ如ク特別法ヲ設クヘキモノナリ（改正刑法草案第
二百七十七條ハ汽車、電車、索道車、自動車又ハ船舶ト明記セリ「ガソリンカー」ハ軌道自動車トシテ當然之ニ
含マルルモノト解ス）（3）以上ノ點ヨリ見テ本件ニ刑法第二百二十九條ヲ適用シタル原判決ハ破毀セラルヘキモノ
ト信スト云フニ在リ

（判旨）按スルニ刑法第二百二十九條ニハ其ノ犯罪ノ客體ヲ汽車、電車又ハ艦船ト明記シアリ而モ汽車ナル用語ハ
蒸氣機關車ヲ以テ列車ヲ索引シタルモノヲ指稱スルヲ通常トスルモ同條ニ定ムル汽車トハ汽車ハ勿論本件ノ如キ
汽車代用ノ「ガソリンカー」ヲモ包含スル趣旨ナリト解スルヲ相當トス蓋シ刑法第二百二十四條乃至第二百二十九條
ノ規定ヲ設ケタル所以ノモノハ交通機關ニ依ル交通往來ノ安全ヲ維持スルカ爲メ之カ防害ト爲ルヘキ行爲ヲ禁シ
以テ危害ノ發生ヲ防止セントスルニ在ルコト勿論ナレハ汽車ノミヲ該犯罪ノ客體ト爲シ汽車代用ノ「ガソリンカ
ー」ヲ除外スル理由ナキノミナラス右兩者ハ單ニ其ノ動力ノ種類ナ異ニスル點ニ於テ重ナル差異アルニ過キスシ
テ共ニ鐵道線路上ヲ運轉シ多數ノ貨客ヲ迅速安全且ツ容易ニ運輸スル陸上交通機關ナル點ニ於テ全然其ノ揆ヲ一
ニシ現ニ國有鐵道運轉規定軌道建設規程等ニ於テモ自動車ハ蒸氣機關車及客車ニ準シテ之ヲ取扱ヒ居レル事實ニ
徴スルモ之カ取締ニ付テモ亦兩者間何等ノ差等ヲ設クヘキ理據アルコトナク又均シク交通機關タルモ航空機及自
動車ノ如ク前記法條所定ノ目的物ニ包含スルモノト解スルヲ得サルモノニ付テハ夫々特別法ヲ設ケ航空法第五十
二條自動車交通事業法第五十七條ニ於テ刑法第二百二十九條ト同趣旨ノ罰則ヲ定メ居ル事實ニ徴スルモ前記解釋ノ

相當ナルコトヲ了知スルヲ得ヘケレハナリ

〔註釋〕 以下若干の註釋を加へておくことにしよう。

(一) 電氣竊盜の問題は、十九世紀末葉より歐羅巴諸國で論議の好題目となつてゐた。裁判所の取扱としては、佛伊は大體有罪とみる見解であるのに對し、獨大審院は無罪説を固持してゐたため、特に Gesetz betr. die Bestrafung der Entziehung elektrischer Arbeit (9. April 1900) が制定せられるに至つたのである。吾が國におゝては前記判例の事件が裁判所に繫屬してゐた頃、穂積陳重博士は、法學協會雜誌(第二十一卷第二號第四號)に「電氣ト法律」と題する詳細な論文を發表して、汎く外國の學說判例を檢討し、よく實際を指導する役割を果したのであつた。右の論文は、今日「穂積陳重遺文集」第二冊に收められてゐる。

穂積博士は、其の論文中において、電氣竊盜に關する有罪説に對し、『法律に正條なき者は、何等の行爲と雖も罰することを得ざるを以て、其の行爲が假令如何程道徳上に惡む可きものなりとも、假令如何に社會に害毒を及ぼすものなりとも、刑法に之を罰す可き明文なくんば、之を救ふは立法問題にして司法問題に非らざるなり。加之、「法規無ければ刑罰なし」との格言の實用は刑法の類推適用を禁ずるに在るを以て、有體物に非ざる電氣の窃用を以て有體物を要素とする盜罪(岡田教授、刑法各論九〇三、江木博士、刑法原論)に擬するが如きは、刑法類推の危險を虞れずして目前の利害に拘泥し、之を一時に彌縫する姑息手段を採らんとするものなり。』と批評せられたのであつた。

電氣竊盜を認める前記の吾が大審院判決に對する判例批評としては、當時の東大教授岡田朝太郎博士の論文（法學協會雜誌第二十一卷第七號）がある。其の他にもあつたかも知れないが、私は詳かにしてゐない。

岡田博士は、其の論文の結語として『評論といふよりも寧ろ疑點の一斑を公にする』と云はれながらも論旨全
 然からみて判例の結論に反對であられたことが容易に想像せられるのであるが、『該判例の論旨を正當なるもの
 とせば他に如何なる適用を生ずるか』として、述べられるところは、現行法上も竊盜罪の客體として管理可能性
 説をとる限り、依然問題となり得るであらう。曰はく『貧生居室の壁を穿ちて隣家の光線に依つて讀書するとき
 は光線の竊盜として所罰せられざる可らず（中略）。近來途上に蓄音器を据へ雅俗種々の歌曲を聞かして業とな
 すものあり、人若し之がゴム管を耳にし、數曲を聽きて代價を拂はずんば亦竊盜として罰せられざる可らず（中
 略）。冷氣溫氣も五管の作用に依つて認識することを得、之を發すべき物質は器に收めて所持し移轉することを得。
 大阪なる博覽會場に模範として建築されたる冷蔵庫内に「ビール」の「ビン」を携へ入りて休息すること數
 時、冷なる一杯を傾けたる者は冷氣の竊盜にして二月以上四年以下の重禁錮たるべし。暑氣に苦みて他人の冷蔵
 庫に侵入したる者は建造物の侵入と冷氣の竊盜との二罪となる。更に之よりも甚しきは他人の爐に酒を温むれば
 溫氣の竊盜と結論するの止むを得ざるに至るを奈何せん。人あり造兵局の巡見を許さる、倉皇隱袋より「ナイフ」
 を取出して其大研石に依つて之を磨き上げたりといふ如何に處分すべきか、判決例の論鋒は之を磨擦の竊盜と謂
 はざるを得ざるべし。』假令『判例の論旨を正當』としても、必ずしも常に此處に述べられてゐるが如き『適用

を生ずる』譯でもないと思ふのであるが、諸君は、演習室の續きのつもりで、考へてみると好い。先日誰かが問題にしてゐた『切符を買はずに映畫館にもぐり込む話』も、此の頃活動寫眞が既に普及してゐたら、岡田博士により前記諸例の中に附加へられてゐたであらう。

判例に對し深き賛意を表し、再三此の問題を論ぜられたのは、牧野博士である。特に、「新刑法と罪刑法定主義」(刑事學の新思潮と新刑法第四八頁以下)「無體物に對する窃盜罪の成立」(刑法研究第一卷三三二頁以下、三三七頁以下) 参照。牧野博士は、現行法に於いても、刑法第二百三十五條の『財物』の中には、電氣・水力・人工冷氣等はもとより權利までも之を含むと解し、次の如くに論じられる。『予輩は窃盜の本質を解して占有の奪取に在りと解するのである。而して、此の占有といふ觀念は獨り民法上の占有の意義に解する必要がないのみならず、又右判例の所謂所持の意味にも解する必要がないので、要するに『一定の利益に對する支配』と解することを以て足るものと信するのである。通常、占有とか所持といふ語は、有體物に關して用ゐられるものであるが、必しも之を有體物に關する場合に限る可きに非ざること、判例が電氣の所持を可能なりと論じたるが如くで、而して之を客觀的存在物に限る可きに非ざること、現に民法に於ても其の占有の觀念を擴張して準占有といふものを認めて居るに徴しても明かである。斯様な抽象的な觀念を基礎として論ずるときには權利に付ても窃盜の成立ありとすることは理論上差支ないと謂はねばならぬことになる。例へば、債權の惡意の準占有者が善意の辨濟者に辨濟を請求し、其の辨濟を受領したる場合に於ては、此の債權者は其の債權を喪失せねばならぬことになるのである(民第四七八條參照)。斯の如き場合に於

て、其の準占有者は辨濟者に對する關係上詐欺罪を犯した者であるけれども、眞の債權者に對する關係に於ては竊盜罪を犯した者であると予輩は考へるのである。』(刑法研究第一卷) (第三二六頁)

權利竊盜は暫らく別として、電氣も當然に刑法第二百三十五條の『財物』であるならば、第二百四十五條に『本章ノ罪ニ付テハ電氣ハ之ヲ財物ト看做ス』と規定するのは如何に考へたらよいか。牧野博士は更らに論ぜられる。『惟ふに、竊盜の規定は、通常、有體物殊に動産に付て適用されるのであつて、從て竊盜の規定における財物といふ語に付ては、世人は一般に直ちに有體物を聯想するのであるけれども、之が爲めに其の財物といふ語が有體物に限られねばならぬことはない。大審院判例の謂ふが如く特に明白な明文のない限りは、竊盜罪の罪質を案じて以て財物といふ語の意義を定めねばならぬのである。此の理論上の要求は、電氣が財物と看做されることに付て特別な規定が出来たといふことの爲めに變更を受けるものでない。若し法律が此の理論上の要求を卻ける積ならば『財物』といふやうな理論上疑義を生ず可き語(而して現に前掲大審院判例の案件に於ては疑義を生じた所の語)を用ゐることを避く可かりしのである。故に刑第二三五條が單に財物と規定して居るのは、其の意義の範圍を定めることを學說に讓つたものと解するのが正當である。電氣に關する刑第二四五條の規定は電氣に付て、兎に角疑義を避けることにしたといふまでのことに過ぎない。』(刑法研究第一卷) (第三二七頁)

其の説明方法は兎に角として、電氣は當然に刑法第二百三十五條の『財物』中に包括せられるものと解し、第二百四十五條は念のために置かれた説明規定に過ぎぬものとみるのは、牧野博士の外、宮本博士(刑法大綱)第三二二頁、瀧

川教授（舊法學全集刑法）（各論第四四頁）、木村教授（新法學全集刑法）（各論第一一〇頁）、江家教授（刑法講義各論）（第二二二頁）、小泉判事（刑法各論）（第二三六頁）、その他があつて、今日における吾が國の通説と解してよいであらう。之に對し、刑法第二百三十五條の『財物』は有躰物に限ると解するのは、大場博士（刑法各論、上卷、大正）（四年五三三頁五六五頁）、泉一博士（刑法大綱、昭和）（十四年六〇〇頁）である。

私は、制定法主義、即ち、其れは、刑罰を科するためには必ず豫め其の種の行爲を處罰すべき法規の存在せねばならぬことを意味し、疑ひもなく罪刑法定主義の最も重要な内容をなす譯であるが、此の制定法主義が、今日法治國の基礎原則となつてゐる所以を深く省察し、第二百四十五條を併せて考ふるとき、第二百三十五條の『財物』は之を有躰物に限定するのが正當なる解釋であると近頃考へるようになってゐる。管理可能性説では何としても第二百四十五條を正しく説明することは出来ない。私は、曩に述べた如く、刑罰法規の類推解釋は當然之を認むべきものと信ずるのではあるけれども、然しそれは極めて慎重に行なはなければならぬ、そして殊に制定法に内在する精神を正確に把握して類推解釋の許さるべき限度を明確にした上、其の限度内において爲されることを要する。此の點をくりかへし強調することによつて、専恣なる法解釋に原因する刑罰濫用の危険を防止したいと思ふ。斯くの如き視角から事柄を考へ、私は、一般のエネルギーや權利までも刑法第二百三十五條の『財物』に包括せしむることに深き疑義を存し、其れは、許さるべき類推解釋の限度を逸脱するものと信ずるのであるが、尙、詳細は教室で諸君と一緒に考へることにしよう。

最後に此の問題に關する小野教授の見解を摘記しておく。『此の問題（財物に關する有躰性説と管理可能性説

との對立)は保護法益の性質論ではない。構成要件における行爲の客體の定型的な概念の問題である。保護せらるべき法益の性質よりいへば主として經濟的財貨即ち凡て經濟的に價值又は效用を有するものが保護されるのであると謂ひ得る。しかし、經濟的に價值あるもの、即ち「財物」なりとは謂ふことが出来ぬ。其の刑法財産罪における行爲の客體として定型的なもののみが財物である。斯かる意味に於て「財物」を有體物に限ることは明確なる標準を示す點に於て優れてゐるのみならず、亦實際上ほほ其の刑法上の概念としての目的を達する。だが電氣以外に刑法上保護さるべき若干の經濟的財貨の存在を想像し得ぬでもない。此の點より後説(管理可能性説)を可とすべきか。但し其の「管理」は物理的管理を意味すべく、權利其の他の社會的利益の如き事務的管理の客體たる物は財物ではない(其は財物以外の「財産上の利益」として保護される)。「電氣」も亦物理的管理の可能な電氣のみを意味する。ラヂオの放送(電磁波)は經濟的價值を有するが、物理的管理が不可能であるから「財物」ではない。』(刑法講義 五四八頁)

(一) 「釣と鈎」の判例に關する重要な判例研究として、次の三つを擧げておかう。牧野博士「漁業取締行爲と類推方法」(法學協會雜誌)第五三卷二號、瀧川教授「北海道漁業取締規則違反と罪刑法定主義」(刑事法判決批評)第一卷第一頁、草野判事「刑事取締法規と類推解釋」(刑事判例研究)第二卷第一頁。牧野博士と草野判事は判旨に賛成せられるのに對し、瀧川教授は反對である。瀧川教授の論ぜられる要點を摘録すれば、『問題は同規定(北海道漁業取締規則)の刑罰法規としての精神に従ひ決すべきである。同規定の目的は一定期間、一定場所における水産動物の蕃殖、保護を期するた

めに、その採捕が容易であり、従つて被害の著しい漁具の使用を禁止したのである。それは永年の経験に照し或種の漁具が有害であると見て、これを禁止目録に入れたのである。本來、鉤は特殊の構造を有する漁具を意味しその名稱のもとに含まれるものは慣習上一定して居る。この點は大審院も争はない。(中略)同規定は特定の構造を有する漁具としての鉤を、特に魚類の蕃殖に妨害ある漁具と認め、その使用を禁止したのだと解すべきである。』

従つて、判例が『釣針と雖も釣道具として使用せず、鉤として之を使用するを得べく、鉤として使用したる場合は所謂鉤に該當するもの』と解するのは『前記九號の解釋ではなく、新しい刑罰法規の創設である。』本件判決を辯護する立場からいへば、斯くては漁業取締規則の目的が無視せられるといふかも知れない。併し目的は手段と合一してのみ是認せられる。目的のために手段を選ばずといふ論理は法律上許されないのである。漁獲の方法が能動的か受動的かの點から採捕方法の區別を定め、遡つて、漁具の種類が鉤か釣かの問題を解決する論法は水掛論たるを免れない。要するに同規定は漁具の使用方法に基く區別ではなく、釣具そのものの構造、形態に基く區別であると思う。』本判決はそれ目體極めて平凡なる事案に關するのであるが本質的には重大な社會的意義を含んで居る。千里の堤も蟻の穴から崩れる。或事件につき罰する方向への類推を認めることは、たとひそれが一地方の些細な取締規則の違反に關係あるに過ぎない場合であつても、やがて刑法の全面にその影響を與へる端緒となることを思はねばならない。私はこの意味において本件判決を不當とする者である。』

尙、この判決と前後して大審院で宣告せられた「水禽保護に關する滋賀縣令違反事件」(昭和九年十二月十七日言渡)判例集第一卷一五七七頁)

についても同様な刑罰法規に關する類推解釋の問題があつて、瀧川教授は、やはり反對の意を表明して居られる。

(刑事判決決批詳)
(第一卷第十頁)

(三) 「汽車とガソリンカー」の判例に關しては高田義文氏の判例評釋(法學協會雜誌、第六〇卷第八號) 參照。特にあらためて述べべきこともない。

(此の項終る。)