

主 文

本件上告を棄却する。

理 由

弁護人増田弘上告趣意について。

原判決は、被告人が二回にわたり畑の中にあつたA外一名所有の馬鈴薯計十貫位を窃取した事実を認め、これに対し刑法二三五条窃盗罪の規定を適用処罰したのである。所論は、本件の犯行に対しては刑法窃盗罪の規定をもつて処罰すべきものではなく、警察犯処罰令をもつて処罰すべきものであると主張している。同令二条二九号において「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」は「三十日未滿ノ拘留又ハ二十円未滿ノ科料ニ処ス」る旨を規定している。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が妥当である。その被害法益が「財物」として保護さる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。そこで本件について見るに、上告趣意に明らかなように被告人は、夜間午後八、九時頃、南京袋に入れて、自転車に積んで、畑の中のジャガイモ五、六貫目位宛を二回盗取したのである。国民のすべてが食糧難に苦しんだ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さるべきであつた。従つて、かかる被害法益が刑法二三五条の「財物」として保護さる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。されば、原審が窃盗罪の認定をしたのは正当であつて、論旨は理由がない。

本件に対する裁判官齋藤悠輔の補足意見は次のとおりである。旧刑法第四二九条第一六号によれば「他人ノ田野園圃ニ於テ菜果ヲ採食シ…………タル者」は「五錢以上五十錢以下ノ科料ニ処」されることになつていた。

此の規定は現行刑法制定の際警察犯処罰令第二条第二九号「他人ノ田野、園圃ニ於テ菜果ヲ採摘シ」との規定に改正されたが、これらの規定の沿革は恐らく明治五年一一月八日東京府達東京違式・違条例第三四条「他人園中ノ果実ヲ採り食フ者」から由来したものと思われる。

抑も明治元年一一月一三日制定されたとされる仮刑律賊盜律、田野の穀麦を盜の条に「凡田野の穀麦を盜ものは、守者の有無に不拘、贓を計へ、窃盜に准て論し、一等を加ふ。其菜果を盜若は山野木石之類…………を盜ものは亦窃盜に准して論す加減せず云々」とあり、またその雜犯律の制旨及令違の条に「凡、故らに制旨に違ふものは、笞一百、令に奏准定法を云う違ふは笞五十、臨時沙汰之旨に係らは笞二十三」とある。次に明治三年一二月二〇日頒布された新律綱領賊盜律盜田野穀麦の条に「凡田野ノ穀麦菜果及ビ人ノ看守スル事無キ、器物ヲ盜ム者ハ並ニ贓ニ計ヘ、窃盜ニ准シテ論ス罪、流三等ニ止ル云々」とあり、また、同雜犯律違令の条に凡令ニ違フニ。重キ者ハ。笞四十。輕キ者ハ。一等ヲ減ズ。」とある。そして前記条例は右仮刑律及び新律綱領の賊盜律に関係なく、寧ろ雜犯律の令違又は違令の条若しくは後に引用する改定律例の違令条例から由来しているのである。すなわち、右新律綱領違令の条に関して明治四年三月次のような「府藩縣限り定ムル所ノ規則ニ違フ者処分方」と題する刑部省伺が出ている。

「違令ノ律輕重ヲ分チ笞四十、三十二定期候處府藩縣限り地方ノ弊害ヲ救フ為メ一時ノ規則ヲ設クルハ天下一般ノ布令トモ異ナリ犯ス者違令ノ正条ニ處シ難キ輕罪有之全ク放免ニテハ取締相立チ難ク依テ違令ノ外別ニ違規ノ一条ヲ設ケ府藩縣ノ規則ニ違フ者ヲ處シ仍ホ輕重ヲ分チ重ハ笞二十、輕ハ笞一十笞二及ハザルノ微罪ハ呵

責ヲ以テ之ヲ懲シ候ハハ、府藩縣時宜ノ規則ニモ指支者有之間敷此段奉伺候」。

そして右伺に対し同年月日闕太政官は「名目妥貼ナラス違式ト被定候事」と指令している。なお、同条例に関し同五年一〇月九日司法省の稟議に対し、同月一九日太政官から当分の内仮定の心得を以て施行すべき旨の指令があつて、同年十一月八日東京府より布達せられたのが前記東京違式・違条例だと言われている。そして明治六年六月一三日太政官布告第二〇六号改定律例においても違令条例として「第二八七条凡制ニ違フ者ハ懲役百日輕キ者ハ一等ヲ減ズ。第二八八条凡式ニ違フ者ハ懲役二十日輕キ者ハ一等ヲ減ズ」と規定せられ、次で同年七月一九日太政官布告第二五六号を以て右東京条例と大同小異の各地方違式・違条例が布告された。しかしこの条例には前記東京条例第三四条に該当する規定は見当たらないが、その第八九条には東京条例第五八条と同じく「遊園及ビ路傍ノ花木ヲ折り或ハ植物ヲ害スル者」との規定があつて、いずれも・違罪目として掲げられている。そしてこれらの条例は明治一三年布告第三六号旧刑法第四篇違警罪の篇に移され、その一般的効力は同法第四三〇条の規定によつてなお認められていたが、明治一四年一二月六日布告第六二号により廃止されたのである。

以上の沿革から見ると、前記警察犯処罰令にいわゆる「菜果を採摘」する罪は、もと新律綱領雜犯律違令の条の罪から由来し刑法窃盜罪に該当しない各地方府縣布達の条規に反する輕微な犯罪をいうものと解するを相当とする。その理由は元來法曹至要抄には「官私の田園に於て輒く瓜果之類を食するは坐贓を以て論す。毀棄亦同し。即持去る者は盜を以て論す」とあつて、瓜果之類を「食する」のは盜ではなく、また、盜を以て論ずるものでもなかつたこと明らかである。されば仮刑律でも、新律綱領（改定律例でも同一）でも菜果を盜むものは窃盜に準じて論じているにかかわらず、菜果を採食するものについては、規定はなく令達又は違令の系統に属する違式・違の罪としているのである。また、旧刑法においては前記違警罪第四二九

条第一六号を設けているにかかわらず第三七二条には「田野ニ於テ穀類菜果其他ノ産物ヲ窃取シタル者ハ一月以上一年以下ノ重禁錮ニ処ス」と規定し、なおその後明治二三年一〇月八日法律第九九号窃盗ノ罪ニ関スル件第二条には「田野、山林、川沢、池沼、湖海ニ於テ其産物ヲ窃取セントシ……………未タ遂ケサル者又ハ已ニ窃取シタルモ其赃額五円ニ満サル者亦前条（十一日以上二月以下ノ重禁錮ニ処ス）ニ同シ」と規定し、しかもこの後の規定は前の旧刑法の規定と共に現行刑法第二三五条に吸収規定せられるまで効力を有し、刑法施行法第二四条において初めて廃止されたのである。（因に右「赃額五円ニ満サル」とあるのは新律綱領坐赃五兩以下笞一十改定律例坐赃五円以下懲役十日贖罪七十五錢に相当し、東京竝各地方違式・違条例においては違式の罪の贖金は七十五錢乃至百五十錢、無力実決の笞罪一十乃至二十後ちに懲役八日乃至十五日、・違の罪の贖金六錢二釐五毛乃至十二錢五釐、後ちに五錢乃至七十錢、無力実決の拘留一日乃至二日、後ちに半日乃至七日であつた）。すなわち旧刑法においては田野において菜果を窃取したときは、一月以上一年以下（赃額五円未満の場合は十一日以上二月以下）の重禁錮に処され、これを採食したときは五錢以上五十錢以下の科料に処されるに過ぎなかつたのである。それ故採食行為は窃取行為に該当しないか、又はその特別例外の行為と解すべく、また、その目的物たる菜果はその行為から見て自ら採食せられ得る程度の軽微な分量赃額の物であることを窺い知り得るのである。されば警察犯処罰令第二条第二九号にいわゆる採摘とは他人の田野、園圃における採食若しくはその目的を以てする採摘行為の類を指し、その目的物たる菜果は現場において採食せられ得る程度分量の菜果をいうもので、その他の行為並びにその程度分量を超える目的物の場合には刑法窃盗罪に触れるものと解するを相当とする。従つて本件上告論旨の理由ないこと右説示により自ら明らかであらう。

よつて、旧刑訴四四六条に従い、主文のとおり判決する。

この判決は、齋藤裁判官の補足意見を除くの外裁判官全員の一致した意見である。

検察官下秀雄関与

昭和二六年三月一五日

最高裁判所第一小法廷

裁判長裁判官	眞	野	毅
裁判官	澤	田	竹 治 郎
裁判官	齋	藤	悠 輔
裁判官	岩	松	三 郎