

## 刑法における財物の意義

——有体性説と管理可能性説——

### 一 「有体性説」と「管理可能性説」

本稿は、刑法学上の基本概念のひとつである財産罪の客体「財物」の意義について、いわゆる有体性説と管理可能性説との間の関係を再考し、明瞭な解釈論を提示する基礎とすることを目標にする。この問題はもはや今日的な問題とはいえないかもしれないが、教科書の記述より少し立ち入って考察して、問題の所在、あるいは問題の不存在を明らかにしようとするものである。<sup>(1)</sup> 学説史的な問題というよりは、現在、この問題がどういう意味を持つものであるかをわたくしなりに考えた結果を示すことが主眼である。

橋 本 正 博

問題となる点は、エネルギーを財物と見なすかどうか  
に收れんすると思われる。解釈論としては、二四五条の  
意味を注意的規定とするか、例外を定めたものとするか  
であるし、特に二四五条を準用していない横領罪等が成  
立するかである。

ごく最近の教科書からこの問題に関する記述をいくつ  
かみてみると、たとえば、

「問題は、二四五条を制限規定とみるか例示規定とみ  
るかに帰着するが、『看做す』としている以上は、①電  
気だけに限定する趣旨と解するのが本筋であること、②  
管理可能性を物の特徴とするのであれば、通説のように、  
物理的管理可能性に限定する根拠に乏しいこと、③物理

的に管理可能でも人の労働力や牛馬の牽引力にまで拡張すべきでないとするように、通説によると無体物の限界が不分明であることなどから、有体性説を支持すべきであろう。ちなみに、有体物というのは個体にかぎらず、液体・気体でもよいからガスや蒸気も有体物である<sup>(2)</sup>。

「たしかに、『看做す』ということは電気は財物ではないということ前提にしている」と解すべきである。そして「物」という日本語は有体物であると解釈するのが最も自然であろう。さらに電気以外にその窃用を処罰すべき必要性の高い非有体物は考えにくいのである<sup>(3)</sup>——管理可能性説をとるとされる判例も情報は財物として扱っていない——「少なくともこの範囲では、管理可能性説は機能していないのである。そしてたしかに、情報が物だというのはあまりに強引な解釈であろう。そうだとすれば、わざわざ限界の不明確な管理可能性説を採用する実益は少ない<sup>(3)</sup>」

などと説明されている。ここでは、この「電気以外にその窃用を処罰すべき必要性の高い非有体物は考えにくい」という点をわたくしなりに考えてみようと思うのである。

そこで、こんどは、現在の「管理可能性説」の代表的な論者のいうところをきこう。

「電気を財物とみなすという規定を嚴格に制限的なものとは解せず、その準用をみとめるのが妥当だとおもう。ただ、第一に、他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——ことにその犯罪定型の理解——の問題である。第二に、電気以外のものにと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限られるべきだとおもう。人の労働力とか牛馬の牽引力などにまで拡張するべきでないのは、もちろんである<sup>(4)</sup>」

「おもうに、有体性説によるときは、財物の範囲が明確に画される利点はあるが、今日の社会観念上、エネルギーのような無体物に対する侵害にも財産的侵害としての刑法的保護の必要があることや、それについては、刑法上既に財物とされている電気と電気以外のエネルギーとの間にとくに差別を設けなければならぬ実質的理由を認めがたいことからすると、その立場を貫くのは困難である。(中略)民法における物の定義は、刑法学上もむろん考慮に値するが、刑法学的概念は、刑法学独自の

見地から論定される必要も少なくないのである。それゆえ、刑法における財物の観念は、管理可能性説にしたがって理解されるべきであり、二四五条の規定も、制限的に電気だけを対象とした趣旨とみるべきでなく、電気と性質上同視されうる熱や冷気などのエネルギーにも拡張適用されなければならない。ただ、管理可能物の範囲は、あくまで物質性を供えたものに限られるべきであり、一部の見解にみられるように、人間の労力や牛馬の牽引力などをも財物とするのは行きすぎである。これらも、一種のエネルギーには違いないが、電気などと同様な意味での物質性を有するものとはいいがたいから、明らかに区別の必要があるのである。<sup>(5)</sup>

このような説が本稿で対象とする「管理可能性説」である。

## 二 「電気窃盗事件」判例

「財物」(または「物」)について、旧刑法時代であるが、いわゆる「電気窃盗事件」に関する明治三六年の大審院判決がある。これは、旧刑法三六六条が「他人の所有物」を窃取した者を窃盗罪とする旨を規定していた

(現行法の二四五条にあたる規定はなかった)ところ、電気を窃用した者に対して、窃盗罪の成立を認めるか否かが問題となった事例である。この判例が、窃盗の客体は「管理可能な物」であれば足りるという考え方を提示し、これに基づいて電気を窃盗の客体として認めた、いかえれば電気は「財物」であるという解釈をしたことによって、一方では罪刑法定主義の観点からは許されない類推解釈にあたるのではないか、他方では、実質的にみて財産罪の客体たる「財物」に電気を含むべきかどうか、という問題が俎上にのぼることとなったのである。

電気窃盗事件の判決から引用してみよう。

「刑法第三百六十六条ニ所謂窃盗トハ他人ノ所持スル物ヲ不法ニ自己ノ所持内ニ移スノ所為ヲ意味シ人ノ理想ノミニ存スル無形物ハ之ヲ所持スルコト能ハサルモノナレハ窃盗ノ目的タルコトヲ得サルハ論ヲ待タズ然レトモ所持ノ可能ナルカ為ニハ五官ノ作用ニ依リテ其存在ヲ認識スルコトヲ得ヘキ形而下ノ物タルヲ以テ足レリトシ有体物タルコトヲ必要トセス何トナレハコノ種ノ物ニシテ独立ノ存在ヲ有シ人カヲ以テ任意ニ支配セラレ得ヘキ特性ヲ有スルニ於テハ之ヲ所持シ其所持ヲ継続シ移転スル

コトヲ得ヘケレハナリ約言スレハ可動性及ヒ管理可能性ノ有無ヲ以テ窃盜罪ノ目的タルコトヲ得ヘキモノト否サル物トヲ區別スルノ唯一ノ標準トナスヘキモノトス而シテ電流ハ有体物ニアラサルモ五官ノ作用ニ依リテ其存在ヲ認識スルコトヲ得ヘキモノニシテ之ヲ容器ニ收容シテ獨立ノ存在ヲ有セシムルコト得ルハ勿論容器ニ蓄積シテ之ヲ所持シ一ノ場所カラ他ノ場所ニ移転スル等人力ヲ以テ任意ニ支配スルコトヲ得ヘク可動性ト管理可能性トヲ併用スルヲ以テ優ニ窃盜罪ノ成立ニ必要ナル窃取ノ要件ヲ充タスコトヲ得ヘシ故ニ他人ノ所持スル他人所有ノ電流ヲ不法ニ奪取シテ之ヲ自己ノ所持内ニ置キタル者ハ刑法第三百六十六條ニ所謂他人ノ所有物ヲ窃取シタルモノニシテ窃盜罪ノ犯人トシテ刑罰ノ制裁ヲ受ケサルヘカラスルヤ明ナリ」

この判例のいうところを詳細にみると必ずしも納得のいかない点がある。

たとえば、判決文中では、「電流」を五官の作用によつて認識することができるとしている。電流そのものを五官の作用によつて認識することができるかどうかは問題であるが、<sup>(8)</sup>確かに一定の現象を媒介として電流の存在

を認識することができるであろう。では、電流を容器に收容して獨立の存在を有せしめるとはどういうことか。電流が一定の範囲内に継続的に存在するとすれば、回路を電氣が流れていることを想像するが、超伝導でも持ち出さないことにはありえないであろうし、そうでなければ常に一定の回路の中に電流を生み出すような仕組み(たとえば電池)が必要なのではないか。もし物質的な何ものかが必要であれば、電流をその物質が作り出しているのであつて、財物としての電流の同一性は失われるというほかはないのではないか。

また、容器に蓄積して所持し、場所を移転することができるというのは、蓄電池のようなものを想像させるが、電氣を蓄積するとしても、それは物質の状態を変更していることであつて、直接電氣そのものをバケツの中にいれて所持し持ち運ぶような場合とは異なり、あくまで比喩的なものなのではないかと思う。電池のような場合、いわば化学エネルギーと電氣エネルギーとの転換を利用するものであろうから、蓄積は必ず物質そのものの状態変化という形をとらなければならぬと思われる。あるいは、電子というようなものを財物と考えるのであろう

か。電気については、現行刑法典で財物かどうかは問うことなく立法的に解決されているが、電気そのものを、「管理可能性説」に基いて典型的な「財物」と同等に考えることには、いささかの無理があることは認めないわけにはいかない。

ところで、一方、この判例のいうところは、窃盜罪の目的となりうべき対象は、窃盜行為の対象になりうるものであれば足りるとしている。いいかえれば、窃盜罪という犯罪類型の解釈から逆に対象が導き出されるものであるという考え方がとられているといえよう。「他人の所持する『物』とは何かというより、「他人の『所持』とは何かという方向から概念を規定しようとする方向が認められる。物とは何かでなく、何が所持できるかでの概念が規定される。物について刑法上の定義規定が存在しないので、これもやむをえない面があり、電気窃盜の規定が存在しない状況で、当罰性の高い行為をどう扱うかはむずかしい判断であろう。しかし、図式的にいいすぎるかもしれないが、罰すべきものは対象になるというような印象が否めないように思われる。むしろ奪う客体としての「物」という観点が重要であろう。

### 三 「管理可能性説」

論者の説くところを比較検討してみると、問題の核心は、電気以外のエネルギーを財産罪の客体に含めるかどうかにかかっている。そして、エネルギーのうちでも、自然力の利用によるエネルギーに限るという主張がなされている。今日、「有体性説」と「管理可能性説」との間で結論に実質的な差異が生じるのはこの点である。

この問題について、もっとも強力に「管理可能性説」批判を展開している文献は、最近では平野「電気は財物か」<sup>(10)</sup>である。そこでは、電気以外に問題となる「物」に関して、三つの例を引いている。一つは「温度」、一つは「動力」、そしてもう一つは「情報」である。このうち「情報」は、別の考慮が必要であり、今日の重要な「管理可能性説」論者も、「情報」が財物に含まれることには否定的である<sup>(11)</sup>。そこで、ここでは前の二つ、エネルギーについて問題とすることにしよう。

ところで、「熱」がある物質に蓄えられているとき、その「熱」が他の物質に移る、いわば「熱のありかが変わる」場合<sup>(12)</sup>を考えてみる。しろうとの常識的分類による

と、熱の伝わり方には、「放射」、「対流」、「伝導」の三種類がある。このうち、「対流」と「伝導」とは、接着している二つの物質の間の熱移動であるから、大別して、「放射」と「伝導」とがあるといえる。さて、「放射」で熱が伝わる時、空間に熱が放射されてしまうと「管理可能」ではなくなるので、「管理可能性説」によっても財物とはならない。したがって物質を密着させる形でしか、熱の移動(財物移転)を考へることができない。また、熱の「棄損」ということは、熱を奪う(これは窃取という意味ではない)ということのほかには考へられないように思われる。そこで、わたくしがこのような財物移転罪に問擬すべき熱の移転として想定できるのは、平野論文のいうような、他人の冷蔵庫に無断で自分のビールを入れて冷やした後取り出したというような場合、あるいは、壁の薄いアパートに暮らしている者が、隣室の暖房によって自分の部屋の壁が暖まるのを利用して、自分の部屋の壁面に洗濯物を張り付けて乾燥させたり、冷凍食品を壁面に押し付けて解凍したりするような場合になつてしまふ。確かに、他人のビールが入っていることよつて冷蔵庫の所有者のビールの冷えが悪くなるであ

らうし、アパートの隣室で熱を奪えば、奪われた側の室温は下がるであらう。大がかりな場合には決して軽視できるといふものではない。しかし、ある者が所有する乾燥室や保温室の熱を奪う装置をするというようなことは、窃盗罪の保護の対象とするにはあまりにも妥当性を欠くように思われる<sup>(13)</sup>。それでは、どのような形で「熱」を移転させることを、あるいはその「熱」を棄損する場合を想定すべきであらうか。先にも述べたように、わたくしにはこのような適切な事例を思いつくことができない。

もちろん、冷蔵庫の隔壁に穴を開けて冷たい空器(冷氣)を別の場所に引き込んだり、隣室の暖まった空気を自分の部屋にパイプで引き込んだりすれば、気体である有体物を窃取したものであつて、熱の窃取とする必要はない。もっとも常温の空気を盗んでも窃盗にはならないが、それは財産的価値がないためである。

「動力」といふのは、ある国語辞典によると「機械を動かす力、原動力」であるという。簡単にいうと普通に考へられている「力」であるといつてもよいであらう。力を所持するということは熱以上に考へにくい<sup>(15)</sup>。平野論文でもあげられているように、せいぜい力を利用するこ

とが考えられるにすぎない。おそらく行為類型として「窃用」は「領得」とは異なる。したがって、少なくとも財物移転罪の対象として「力」を想定することは不可能ではないかと思われる。これは、どちらが妥当かという問題ではなく、財物の移転可能性が犯罪定型の前提となつている犯罪類型の場合には、「力」を客体として考へることが論理的にいつてできないという意味である。したがって、この限りでは機械によつて発生した「力」であっても、動物が物を牽引する「力」であっても同様である。力の移転というものを考えない犯罪類型でも、たとえば、「力」という無形的なものを棄損するということも無意味だといふべきであろう。

さて、その他エネルギーのあり方には、位置エネルギー、原子力などというものも考えられる。位置エネルギーは地球の重力を前提とするもので、高度差を利用する水力発電などが考えられる。しかし、高度差によつて生じるエネルギーである以上は、地球の重力を奪うか高度差をなくすこと以外には、エネルギーを失わせることはできないように思われる。確かに、高いところから落下させる水路の途中に別のタービンを置けば、エネルギー

を領得できるように思われる。位置エネルギーに仕事をさせたということになる。しかし、これもエネルギーを「利用した」というのが自然であり、エネルギーを、物質と同様の意味で継続的に取得しようものというとはできないのではないか<sup>(25)</sup>。また、原子力エネルギーが管理可能であることはいえても、原子力エネルギー自体を領得するということが具体的にはどういふ事態を意味するものであるのか、判然としない。実際には、原子力利用は、原子の核分裂に伴う「熱」を利用するものではないかと思われるし、こうなると、ますます想像することが困難になる。

以上のところから、エネルギー一般を「物」として捉えることは、従来の「物」を前提としている犯罪類型からみて非常に困難であるということを明らかにしえたと思う。「管理可能性説」がエネルギーを財産罪の保護の客体とする主張それ自体は可能であっても、少なくともこれまでに述べた範囲では、わたくしはエネルギーに関する財産罪の具体例として、適当なものを考えることはできなかった。

## 四 「有体性説」

「有体性説」といわれる考え方は、有体物とは「固体・液体・気体」であるという。物質の三態などというように、物質のあり方に固体・液体・気体というあり方があるとする、これは物とは物質のことであるといっているのにはかならない。そして、これがごく自然な解釈であることはいうまでもない。右にみたように、実際には冷気・暖気、圧縮空気、水力など、多くの場合が有体物の窃取等で解決しうるので、電気以外に「管理可能性説」に従うべき理由は認められなかった。

ただし、二四五条が準用されない犯罪の場合の問題がある。たとえば、「有体性説」を採用すると電気が横領罪の客体になりえない。電気を自己の支配範囲内で管理している場合、それをほしのままに利用しても、横領罪が成立しないということになる。窃盗と同様に横領罪による保護の客体と解する必要性があるというべきではないか。

しかし、立法的に二四五条で電気を財物とするか否かを解決する際に横領罪にも準用することはできたのにな

うしなかったということを考え、刑法の厳格解釈という観点からは「電気横領」を認めないという趣旨であると解するべきではないだろうか。実質的に考えても、他人の所有に属する電気エネルギーを管理しているときは、所有者自身が管理している場合にその管理を破る場合とは異なり、横領罪の成立を認めないということにも十分理由があるように思われる。それは、電気が本来占有概念に対応するような事実上の支配とは相容れない観念であることを暗黙のうちに前提しているのではないだろうか。右の例のような場合でも、管理者は機関として管理しているにとどまり、むしろ窃盗が問題となる場合が多いであろうし、電力料金等の支払いを免れるなど、電気エネルギーの利用が財産上の利益にかかわるときは、別罪を考慮することも可能であろう。

以上の考察は、いまだ十分に吟味されたものとはいえない。御教示をいただければ幸いである。

\*本稿は、学部学生向きの記事を増やすという編集方針に従い、初学者にも考えてもらう手がかりを提供するつもりで書かれた。しかし、単なる解説というわけではなく、教科書では詳しく触れられていない点を、わたくし自身が納得のいく

ように考えてみようという意図をもっている。

(1) 「財物」と「物」との間に実質的な差異を認める見解があるが、ここではこの問題に立ち入ることはせず、いずれにせよ「物」という基本概念をどのように考えるべきかを考察の対象とする。

(2) 小暮得雄ほか編『刑法講義各論有斐閣大学叢書』(一九八八)一六四頁(大谷実執筆)。

(3) 前田雅英『刑法各論講義』(一九八九)東京大学出版会一八二—一八三頁。

(4) 団藤重光『刑法綱要各論第三版』(一九九〇)創文社五四八頁。

(5) 大塚仁『刑法概説各論(改訂版)』(一九八七)(有斐閣)一六七—一六八頁。なお、電気が一定の物質性を備えているということはどういう意味であろうか。管理可能性をもって「物」の範囲を画することから考えると、管理可能性・可動性が物質性の根拠とされているのかもしれない。しかし、電気の管理可能性・可動性それ自体について留保が必要なことは、「電気窃盗判例」の検討で示すとおりである。

(6) 「財物」と「物」とに実質的な差異を認める見解もあるが、ここではそれには立ち入らない(注(1)参照)。両者を区別しないのが通説である。

(7) 大判明治三六年五月二一日刑録九輯八七四頁。

(8) もちろん、電気のバルス信号が神経繊維の中を伝わっ

ているから、電極を脳なり何なり身体の然るべき部位に差し込んで電気刺激を与えれば、一定の感覚を引き起こしたりすることができるであろうが、これは電気そのものの存在認識とは別問題である。

(9) 世界大百科辞典(平凡社・一九七四年版)によると、エネルギーとは「ある系が別の系に対してなしうる仕事の量によって定まる状態量である」。

(10) 平野龍一編『刑法判例百選I総論第二版』八頁。

(11) もちろん、「管理可能性」という基準に従うときは、「情報」も「財物」の中に含まれてしまうことこそが、平野論文の批判の主眼点である。ただ、わたくしは、ここでは「管理可能性説」が主張されていることの意味を問わないおすために、論者の主張そのもののあり方を前提とするだけである。

なお、平野論文で「温度」とされているのは、厳密な表現ではなく、電気との対比でいえば「熱」というべきであろうが、日常用語では、「熱」は、常温よりも温度が高いものについてのみ使われるので、冷たいものにも通用するように「温度」という表現が採用されたのであろう。

(12) 熱を、その熱を蓄えている物質を移転させることなく領得するということは、熱の移動を前提とする場合のほかはありえないと思う。

(13) 団藤『綱要』でもビールを冷やす例などは窃盗罪の犯罪定型からして窃盗罪の成立が認められない場合であると

されている。同書、五五〇頁(注八)。

(14) 西尾実・岩淵悦太郎・水谷静夫編『岩波国語辞典第三版』(第九刷・一九八五)

(15) 「彼は力もちだ」というのは、力を出す能力があるという意味であるから、ここにいる所持とは違ふ。

(16) 水を導く別のルートを作って自己の支配内に水を引い

た場合にはやはり有体物の窃取である。圧縮空気の場合でも、空気の圧力だけを利用することができるとすれば問題は同じであるが、圧縮空気そのものを窃取すれば有体物の窃取である。

(一橋大学専任講師)