

死者の占有及び性的自由

神 元 隆 賢

Ⅰ はじめに

「窃盗及び強盗の罪」に関しては、古くから「死者の占有」という概念を認める余地があるかが争われている。すなわち、人が死亡した後に、その死者が生前に占有していた物を不法に取り去る行為について、死者の占有の侵害とみて窃盗罪や強盗罪の成立を認めるのか、それとも死者の生前の占有から離脱した物の領得とみて占有離脱物横領罪の成立を認めるのが問題とされているのである。

死者の占有が問題となるのは、次の3つの類型である。

第1は、行為者が、はじめから被害者の占有する財物の奪取を目的としてこれを殺害し、死体から財物を領得した場合である。このような行為が強盗殺人罪（第240条）を構成することについては、とくに争いが無い。しかし、強盗殺人罪は強盗罪の故意ある結果的加重犯、あるいは強盗罪と殺人罪の結合犯であると解されているから、強盗罪は強盗殺人罪の基本犯、あるいは結合犯の一部ということになる。さらに通説は、強盗罪を暴行罪・脅迫罪と窃盗罪の結合犯であると解するから、強盗殺人罪が成立するためには窃盗罪の成立も必要となるが、殺人が財物奪取に先行する態様の強盗殺人は、財物奪取時にすでに被害者が死亡している。そのため、この時点での財物を死者の占有下にあるとみ

て、財物奪取を窃盗と評価しなければ、強盗殺人罪の成立を認めることができないのではないかとということが議論されているのである。

第2は、行為者が被害者を殺害した後に、被害者が生前に占有していた財物を領得する意思を生じて、これを領得した場合である。殺害行為が殺人罪を構成することは当然であるが、それとの併合罪となるべき財物領得行為がいかなる犯罪を構成するのかについては、見解が分かれている。判例は、被害者の死亡直後においてもなお継続している占有を侵害したとして、窃盗罪の成立を認める。一方、学説上は、判例と同様に窃盗罪となるとする説のほか、殺害行為による抗拒不能状態を利用した死者の占有の侵害であるから強盗罪となるとする説、死者の占有は認められないから占有離脱物横領罪となるとする説が対立している。

第3は、被害者の死亡とは無関係な第三者が、死者が生前に占有していた財物を領得した場合である¹⁾。判例は占有離脱物横領罪の成立を認めており、通説も死者の占有は基本的に認められるべきではないとして判例を支持しているが、一部の論者は、財物領得者が被害者を殺害したか否かに関わらず、「生々しい死体から財物を抜き取る」行為は窃盗罪とすべきと主張している。

さらに、死者の占有に類似した問題として、「死者の性的自由」の是非がある。すなわち、婦女が死亡した後に、その死体に対する姦淫行為、いわゆる屍姦に出た場合に、死者の性的自由の侵害とみて強姦罪の成立を認めるのか、それとも死者の性的自由の概念を認めず、不可罰あるいは死体損壊罪の成立を認めるにとどめるのかという問題である。死者の性的自由を巡る議論は活発とは言い難いが、理論上は、死者の占有と同様に3つの類型に分けて議論を展開する余地があろう。すなわち、第1は、被害者を姦淫目的で殺害後、死体に対し姦淫を行った場合である。第2は、行為者が被害者を殺害した後に、被害者の死体を姦淫する意思を初めて生じ、これを姦淫した場合である。第3は、被害者の死亡とは無関係な第三者が、死体を姦淫した場合である。

本稿では、以上2つの問題のうち、まず死者の占有について、これを全面的に否定すべきとの立場から、上掲の3類型、とくに第1類型の説明が可能であるかの検討を試みる。この視点から、まず基本となる第2類型、第3類型につ

いて検討し死者の占有の是非を論じたうえで、第1類型について検討する。続いて、死者の占有を巡る議論を前提に、死者の性的自由の問題について検討する。

II 死者の占有

1 判例の動向

(1) 第2類型

行為者が被害者を殺害した後に、被害者が生前に占有していた財物を領得する意思を生じこれを領得した第2類型について、判例は一貫して、被害者の殺害と財物領得行為の時間的近接性を基準に、窃盗罪と占有離脱物横領罪のいずれが成立するかを判断している。さらに下級審では、時間的近接性に加えて、殺害と財物領得行為の場所的近接性を基準として、両罪の成否を判断した判例がある。

まず、被害者の死亡と財物領得の時間的近接性を問題とした判例としては、以下のものが挙げられる。

大判昭和16年11月11日刑録20巻598頁は、被告人が被害者を用水堀に転落させ、心臓マヒにより死に至らしめた直後に、その被害者の懐中から財布を抜き取った事案について、傷害致死罪とともに窃盗罪が成立し両者は併合罪となるとした上で、「右金員ハ、既ニ死亡セル被害者ノ所持ヲ離脱シタル状態ニ在リタルモノト謂フベク、……若シ被告人以外ノ第三者ニシテ斯カル金員ヲ奪取シタルトセバ、ソハ窃盗罪ヲ構成セズシテ、刑法第254条ニ規定セル占有離脱物横領罪ヲ構成スルコト固ヨリ論ヲ待タザル所ナリトス。然レドモ、斯カル第三者ノ横領行為ト本件被告人ノ判示奪取行為トハ、刑法上同一ニ取扱フベキモノニ非ズ。何トナレバ、右第三者ハ、右金員ガ右被告人ノ所持ヲ離レタル事実ニ付主観的ニモ客観的ニモ何等ノ関係ヲ有スルコトナクシテ、率然占有離脱物ニ直面シタルニ反シテ、本件被告人ハ嘗ニ自ラ右占有離脱ノ原因タル被害者ノ死亡ヲ客観的ニ惹起セシメタルノミナラズ、更ニ其ノ事実ヲ客観的ニ認識シ居リタルモノニシテ、両者ノ間ニ犯罪実質上ノ巡庭ヲ存スレバナリ。加之、本件被告人ハ、右ノ如キ実情ニ乗ジ、自己ノ右意識的行為ノ結果ヲ故意ニ利用シ

テ、自己ガ他人ヨリ其ノ占有ヲ離脱セシメタル物ヲ其ノ後直ニ奪取シタルモノナルコトモ亦現判決ニ徴シ明瞭ナルヲ以テ、斯カル場合ト、上述第三者ガ偶々路傍ニ遭遇セル死体ヨリ金員ヲ領得スルガ如キ場合トニ於テ、其ノ刑法上ノ評価ヲ區別スルハ、吾人ノ有スル道義的法律理念ト伝統的正義感情トニ鑑ミ、寔ニ妥当ナリト謂ハザルベカラズ。人ノ財物ニ対スル所持ノ保護ハ、固ヨリ其人ノ死亡ニ因リ原則的ニハ之ヲ終結スベキモノナレドモ、其ノ生存ヨリ死亡ニ推移スル過程ヲ単純ニ外形的ニノミ観察シ、アラユル特殊の事情ニ目ヲ覆ウテ一律ニ決定スルガ如キハ、法律評価上固ヨリ之ヲ慎マザルベカラズ。サレバ、本件ノ如キ場合ニ在リテハ、其ノ具体的事情ヲ斟酌シテ、被害者ガ生前有シタリシ財物ノ所持ヲ其ノ死後直後ニ於テモ尚繼續シテ保護スベキ實質上ノ理由存スルモノト謂ハザルベカラズ。蓋シ、被害者ヨリ其ノ財物ノ所持ヲ離脱セシメタル自己ノ行為ノ結果ヲ利用シ、該財物ヲ奪取シタル一連ノ被告人ノ行為ハ、他人タル被害者ノ死亡ナル外部的行為ニ因リ前後ニ截然區別セラルルコトナク、客觀的ニハ勿論、主觀的ニモ利用意図ノ媒介ニ因リ、前後不可分ニ一体ヲ為セルモノト観ルヲ相当トスルヲ以テ、斯カル行為全体ノ刑法上ノ効果ヲ総合的ニ評価シ、以テ被害者ノ財物ノ所持ヲ其ノ死後直後ニ於テモ尚繼續的ニ保護スルコトガ、本件犯罪ノ具体的事情ニ適合スルヲ以テナリ」と判示した。すなわち、第3類型の場合には占有離脱物横領罪が成立するが、第2類型のように、行為者が客觀的には占有離脱の原因たる被害者の死亡を惹起せしめ、主觀的には行為者が被害者の死亡を利用する意図であった場合には、「道義的法律理念」と「伝統的正義感情」に鑑み通常とは異なる評価をなすべき「特殊の事情」が存在するから、被害者の「死後直後」に限り死者の占有が保護され、この占有を侵害する行為は窃盗罪となるというのである。

さらに最高裁は、最判昭和41年4月8日刑集20巻4号207頁において、大判昭和16年11月11日の理論を大筋において繼承することを明らかにした。すなわち、野外で人を強姦して殺害し、さらに犯行を隠すため死体を穴に埋める際、被害者の腕にはめられていた腕時計を見て領得の意思を生じこれをもぎ取った事案について、「このような場合には、被害者が生前有していた財物の所持はその死亡直後においてもなお繼續して保護するのが法の目的にかなうものとい

うべきである。そうすると、被害者からその財物の占有を離脱させた自己の行為を利用して右財物を奪取した一連の被告人の行為は、これを全体的に考察して、他人の財物に対する所持を侵害したものである」として、この場合には窃盗罪が成立すると判示したのである。

以上のようにして、大審院・最高裁判例は、第2類型において被害者が「死後直後」ないし「死亡直後」、すなわち被害者の死亡と財物領得行為の間の時間的近接性が肯定される場合には窃盗罪が成立し、否定される場合、あるいは第3類型の場合には占有離脱物横領罪が成立すると解している。もっとも、どの程度の時間的経過までであれば「死後直後」ないし「死亡直後」といえるのかは、上掲2判決では明らかにされていない。一方、下級審判例では、第2類型において、この時間的近接性の具体的な限界が問題とされたものが複数ある。

東京地判昭和37年12月3日判時323号33頁は、内縁関係の女性をその居室にて殺害し、9時間後に再び居室に立ち戻り貯金通帳を持ち去った事案について、死者の占有を認めることが相当である場合のあることを認めたとて「これには当然一定の限度が存在することはいうまでもなく、たとえ財物奪取者が被害者の死亡に対し責任を有する場合であっても、死亡後すでに相当の時間を経過し、または死亡と全く別個の機会に財物を奪取したようなときには、最早死者の占有を犯したとはいいい得ないと解する。……すでに9時間位経過した場合には死亡後『直ちに』とはいいい難く、また死亡と全く別個の機会に持ち去っているのであるから」死亡した被害者の占有を認めることはできないので窃盗罪は成立せず、占有離脱物横領罪が成立すると判示した。

東京高判昭和39年6月8日高刑集17巻5号446頁は、被告人が居室内で同棲中の女性を殺し海岸に死体を遺棄した後、財物領得の意思を生じ、殺害から3時間後に居室内の被害者の指輪を、86時間後に同じく腕時計他を持ち去った事案について、「被害者から、その財物の占有を離脱させた自己の行為の結果を利用して、該財物を奪取した一連の被告人の行為は、他人たる被害者の死亡という外部的事実によって区別されることなく、客観的にも主観的にも利用意図の媒介により前後不可分の一体をなしている」とみるのが相当であるから、かか

る行為全体の刑法上の行為を総合的に評価し、もって、被害者の所持を、その死亡後と奪取との間に4日の時間的経過があるにしても、なお、継続的に保護すべきとして、2つの財物領得行為はいずれも窃盗罪となると判示した。

福岡高判昭和50年2月26日刑刑7巻2号84頁は、借金返済のもつれから野外で被害者を殺害して、約5時間半後に死体を埋め、そこから12.7メートル離れた場所に被害者の衣服を隠したが、財物領得の意思を生じてその3時間後(殺害から8時間半後)に衣服から財物を取り去った事案について、端的に「領得行為は死者の所持を侵す」として、窃盗罪が成立すると判示した。

新潟地判昭和60年7月2日判時1160号167頁は、情交関係にあった女性をその居室にて殺害し、死体を解体して搬出した後に領得の意思を生じ、殺害から5日後にその居室から現金を、10日後に整理ダンスなどを持ち去った事案について、領得行為は「いずれも右殺害時からかなりの日時が経過したのちに敢行されており、しかも……死体をばらばらに解体したうえ……隠匿してしまっているのである。このような状況の変化を考慮すると……財物に対する占有は失われたものと解するのが相当で」あるから、占有離脱物横領罪が成立すると判示した。本判決は、殺害の5日ないし10日後では、窃盗罪を認めるべき時間的近接性の限界を超えているものと判断したのであろう²⁾。もっとも、死体が解体・隠匿されている点を、死者の占有の成否を検討するにあたって考慮する必要があったかは、後述する「生々しい」死者の占有の問題との関連で疑問が残る。

東京地判平成10年6月5日判タ1008号277頁は、被告人らが、被害者の経営する店を乗っ取り、店内で財物を奪う目的で、被害者らを殺害して財物を奪った4日後に、これとは別個の新たな犯意に基づいて、被害者から奪った鍵を用いて被害者の居室に入り込み耐火金庫を運び出した事案について、窃盗罪が成立するかが争われた事案について、「弁護人は、人を殺害した後に領得の意思を生じて被害者から財物を取得する場合に窃盗罪が成立するためには、殺害行為と財物取得行為との間に時間的、場所的接着性が認められることが必要である旨主張し、それ自体は正当な主張を含んでいるものと評価できるが、本件のように、殺害の現場とは全く別の、被害者の生前と何ら変わらない平穏な管理

状態が維持され、施錠されている居室において財物を取る場合には、その外形的行為を客観的に観察する限り窃取行為と何ら区別ができないのであり、このような場合には、単に殺害の現場ないしその付近で財物を取得した場合とは異なり、場所的接着性はそれほど問題とならず、また、時間的な接着性についても相当程度緩やかに解するのが相当であり、本件程度の時間的接着性かあるもとは、窃盗罪として保護されるべき被害者の占有はなお存するものと認めるのが相当である。」と判示して、窃盗罪の成立を認めた。

津地判平成21年2月9日（判例集未登載）は、被告人が被害者の所持する財物を強取する目的で殺害していった犯行現場を離れたが、殺害から2日後に、殺害現場に戻り被害者の鞆から硬貨合計約5000円を奪った事案について、「被害者殺害と硬貨の奪取との間には一定の時間的・場所的離隔が認められるところ、被告人が2日後に硬貨を奪った行為は窃盗罪を構成するものと認められる。しかしながら、被告人には当初から被害者を殺害して被害者が所持する金員を奪う目的があったと認められることや、本件強盗殺人と窃盗は保護法益を共通にするものであり、被害者も同一であって、同一法益の侵害といえることなどにかんがみると、本件強盗殺人及び2日後の窃盗の点については、全体を一罪として一回処断すれば足り、強盗殺人罪の包括一罪が成立すると認めるのが相当である。」と判示した。

以上のように、死者の占有における殺害行為と財物領得行為の時間的近接性について、判例は、4日間（東京高判昭和39年6月8日、東京地判平成10年6月5日）、2日間（津地判平成21年2月9日）、8時間半（福岡高判昭和50年2月26日）の事案で肯定する一方、5日間（新潟地判昭和60年7月2日）、9時間（東京地判昭和37年12月3日）の事案では否定している。時間的近接性を9時間の事案で消極、4日間の事案で積極的に解した点は、両者が同じ東京地裁の判決であることに鑑みても、判断の一貫性に疑問を抱かざるを得ない。

ところで、東京高判昭和39年5月8日（4日間、積極）について、本判決は屋内での領得行為について時間的近接性の範囲を拡大的に肯定したもので、この判例の方向に従えば、やはり屋内での領得行為に関する東京地判昭和37年12月3日（9時間、消極）についても時間的近接性を認めるべきであったとの

指摘がある³⁾。やはり居室内での領得行為に関する東京地判平成10年6月5日(4日間、積極)も、居室が「被害者の生前と何ら変わらない平穏な管理状態が維持され、施錠されている」ことを、死者の占有を肯定すべき根拠のひとつとする⁴⁾。以上から、屋外にある財物は排他的支配が弱く占有離脱物となりやすいのに対し、管理状態の維持された屋内にある財物には排他的支配が強く認められ、占有者の死後であっても財物は「死者の占有」下にとどまると解する余地はあるかもしれない。もっとも、東京地判昭和37年12月3日は、「すでに9時間位経過した場合には死亡後『直ちに』とはいいい難く」とするから、これは屋内か屋外かに関係なく、単に9時間では時間的近接性が失われているとの趣旨ではないかとも思われる。屋外であっても、死体とともに土中に埋められた財物のように、屋内と同様の強い排他的支配を認めるべき場合はあり得よう。逆に、屋内であっても施錠されていない玄関口に置かれた財物などについて、強い排他的支配を認めるべきではない⁵⁾。このように、屋内か屋外かは、必ずしも時間的近接性の判断を決定づける要素とはなり得ないのではないかとも思われる。

次に、被害者の死亡と財物領得の場所的近接性を問題とした判例としては、以下のものが挙げられる。

盛岡地判昭和44年4月16日判時582号110頁は、自動車運転者甲が交通事故により重傷を負わせた被害者を遺棄するため車内に乗せて搬送中に被害者を死亡させ、その死体を遺棄した後で、同乗者乙が、被害者の身元を確認するために車内で被害者のポケットから領得の意思なくして取り出しておいた免許証入れ在中の金員を、死亡後4時間ないし8時間経過後、死体遺棄現場より約35キロメートル離れた場所において、乙が甲の了解のもとにガソリン給油の際の支払いにあてて費消した事案について、「たとえ財物奪取者が被害者の死亡に対し責任を有する場合であっても、死亡後既に相当の時間を経過し、あるいは死亡場所とまったく別の場所で、まったく別個の機会に財物を奪取したようなときには、もはや死者の占有を犯したものとはいい得ないと解するのが相当である。……たとえ被告人甲が被害者を死亡させた責任者であるとしても、前記したような状況の認められる本件においては、被告人らが前記のガソリン代を支

払った時点において、もはや死亡した被害者に本件免許証入れの占有を認めることはできない」として、窃盗罪は成立せず、占有離脱物横領罪が成立すると判示した。本判決は、死者の占有を肯定するためには、被害者の死亡と財物領得行為との間に時間的近接性と場所的近接性の両者が必要であり、一方で欠いた場合には窃盗罪ではなく占有離脱物横領罪が成立するとの前提に立ち、本件における死者の占有の侵害を否定したものである。もっとも、本判決が、死亡から4時間ないし8時間後という時間的離隔について時間的近接性を否定したものであるのか、死体遺棄現場から財物領得現場までの約35キロメートルという場所的離隔について場所的近接性を否定したものであるのか、あるいは両方について近接性を否定したものであるのかは判然としない。8時間半の事案について時間的近接性を肯定した福岡高判昭和50年2月26日に鑑みれば、場所的近接性を否定したものと解すべきであろうか。

東京高判昭和50年1月29日刑月7巻1号32頁は、自動車内で被害者を殺害し、1時間20分後に殺害現場から約3キロメートル離れた山中に死体を埋める際、財物領得の意思を生じて被害者の装着していた腕時計を取り去り、さらに2キロメートル離れた自動車の中に遺留されていた被害者のハンドバッグから指輪等を取り去った事案について、「被告人の財物奪取行為が被害者の死亡後1時間余を経過しており、また死亡場所から約3ないし5キロメートル余離れた場所において行なわれた場合であっても、右の1時間余の中には、前記のようなスコップを取りに行った行為に要した時間が含まれ、またハンドバックの遺留状況自体が終始変わっていなかった点をも考慮に入れると、前記のような犯行直後、その現場において奪取行為が行なわれた場合に準じ、被害者が生前有していた財物の所持はなお継続して保護すべきである」として、窃盗罪が成立すると判示した。本判決は、被害者の死亡とその1時間20分後の領得行為との時間的近接性を、「スコップを取りに行った」という死体遺棄行為と密接に結びつく行為に要した時間を考慮して肯定したことから、殺害行為と財物領得行為との間に殺害に関連した中間行為が介在した場合に、中間行為に要した時間は死亡後の経過時間から控除されるという判断を示したものといえよう。見方を変えれば、本判決は、このような中間行為がなければ、死亡から1時間20分後

を「死亡直後」と見ることは困難と判断したと解する余地もあるが、福岡高判昭和50年2月26日に鑑みれば、1時間20分という時間的離隔が近接性を否定する程度とは考えがたい。本判決は、1時間20分という時間的離隔と「死亡場所から約3ないし5キロメートル余離れた場所」という場所的離隔とを総合的に判断し、スコップを取りに行った時間を時間的離隔から控除することで、結局は近接性を肯定したものと解すべきであろう。その意味では、「死亡場所から約3ないし5キロメートル余離れた場所」というのは、場所的接近性の限界にあたると言えるかもしれない。

前掲東京地判平成10年6月5日は、「殺害の現場とは全く別の……居室において財物を取る場合には、その外形的行為を客観的に観察する限り窃取行為と何ら区別ができないのであり、このような場合には、単に殺害の現場ないしその付近で財物を取得した場合は異なり、場所的接近性はそれほど問題とならないとして、窃盗罪の成立を認めた。

以上のように、死者の占有における場所的接近性について、判例は、約5キロメートル余（東京高判昭和50年1月29日）、「殺害の現場とは全く別の……施錠されている居室」（東京地判平成10年6月5日）で積極、約35キロメートル（盛岡地判昭和44年4月16日）で消極的に解している。もっとも、財物領得行為との場所的接近性を判断するにあたって、死体遺棄の場所と、被害者が死亡した場所のいずれを起算地点とするかは問題である。これにつき、盛岡地判昭和44年4月16日は、被害者が自動車内で死亡し、死体遺棄後に自動車内に遺留された財物を領得した事案について、死体遺棄現場を起算地点として場所的接近性を判断して、死者の占有を否定している。これに対し、東京高判昭和50年1月29日は、ほぼ同様の事案について、死亡場所すなわち殺害現場を起算地点として場所的接近性を判断し、死者の占有を肯定しているのである。思うに、人は、死亡後に遺棄されることによってではなく、死者となることによって占有主体たり得なくなる。そうすると、死者の占有の時間的・場所的接近性もまた、東京高判昭和50年1月29日のように、死亡時・死亡した場所から起算して判断すべきであろう。

さらに、被害者が自動車内で死亡した場合に、場所的接近性の起算地点とな

る死亡場所を、死亡時に自動車が行っていた地図上の地点とするか、あるいは自動車内それ自体とするかは問題となりうる。被害者の死体を自動車で長距離運搬した場合に、死者の占有の場所的近接性は、前者の立場によれば失われるが、後者の立場によれば失われないこととなろう。東京高判昭和50年1月29日は、被害者が死亡した地図上の地点を起算地点としつつ、財物が終始自動車内にあったことを考慮して場所的近接性を肯定したようである。しかし、死亡時の地図上の地点を起算地点とする解釈には疑問がある。死亡場所を地図上の地点とすると、飛行機や新幹線のような高速で移動する乗り物の中で被害者を殺害し、その後により物の中で財物を領得した場合には、短時間で死亡場所と財物領得の場所とが離れてしまうことにより、死者の占有の場所的近接性が否定されることになるが、乗り物の速度が高速であったかは、死者の占有の成否を左右すべき決定的な事情とは思われない。むしろ、乗り物の中で被害者が死亡した場合には、その乗り物の中自体を死亡場所として、場所的近接性を判断すべきではなかろうか。

(2) 第3類型

被害者の死亡とは無関係な第三者が、死者が生前に占有していた財物を領得した第3類型について、判例は、第2類型の場合のように時間的・場所的近接性を問題とすることなく、一貫して窃盗罪ではなく占有離脱物横領罪の成立を認める。

大判大正13年3月28日新聞2247号22頁は、関東大震災直後に、被災によって焼死した者が所持していた現金を領得した事案について、死者の占有について直接の言及はしなかったものの、被害者の死亡によって「占有を離れた他人所有の現金」を領得したとして、占有離脱物横領罪の成立を認めた。本判決は、死者の占有を否定したものと解されている⁶⁾。

さらに、第2類型について死者の占有を認めた前掲大判昭和16年11月11日も、傍論ではあるが第3類型について触れ、「若シ被告人以外ノ第三者ニシテスカル金員ヲ奪取シタリトセバ、ソハ窃盗罪ヲ構成セズシテ、刑法第254条ニ規定セル占有離脱物横領罪ヲ構成スルコト固ヨリ論ヲ待タザル所ナリト

ス。」として、死者の占有は認められないとの態度を示している⁷⁾。

(3) 第1類型

行為者がはじめから被害者の占有する財物の奪取を目的としてこれを殺害し、死体から財物を領得した第1類型については、判例の立場に変遷が見られる。

大判明治39年4月16日刑録12輯472頁は、被告人が金品奪取の目的で被害者を殺害し、死体から金品を取得したという事案について、「死者ハ所有権及占有権ノ主体タルコト能ハザルハ勿論死亡ト同時ニS（被害者の推定相続人）ノ相続開始スレトモSハ未タ其相続物権ノ占有ヲ現ニ獲得セサルヲ以テ死者ノ身辺ノ付随セシ金品ハ何人ノ占有ニモ属セサル所謂遺失物ト同一ニ看做サルルヲ得ス矣矣強盗殺人罪ハ財物ヲ強取スルノ目的ヲ以テ人ヲ殺シタルニ因リテ成立シ財物ヲ得ルト否トハ犯罪構成ニ影響ナキノミナラス相続人ナルモノハ相続ノ開始ト同時ニ被相続人ノ有セシ権利義務ヲ承継スルハ勿論假令相続開始ノ事実ヲ知ラサル場合ト雖モ被相続人カ死亡ノ時ニ於テ占有セシ物件ノ占有ハ法律上当然之ヲ承継スルモノトス」として、占有離脱物横領罪ではなく強盗殺人罪が成立すると判示した。第1類型において死者の占有は認められないが、死体に付随する財物は死者の推定相続人Sの占有物であるから、これを奪取する行為は強盗殺人罪における財物奪取行為に相当するといっているのである。民法上の判例・通説は、被相続人の有していた占有権の相続人による承継を、相続人が遺産を直ちに現実的に支配するに至ったか否かを問題とすることなく肯定している⁸⁾。そして、この相続人による占有は、遠方にいる相続人が遺産を現実的に支配するまでの間に、第三者が遺産を持ち去った場合において、相続人の占有訴権の行使を認めるための観念的なものであると説明される⁹⁾。大判明治39年4月16日は、この民法上の判例・通説と同様の理論構成をとるものであり、民法理論との関係においては妥当なものといえるかもしれない。しかし、刑法上は、死体から財物を領得する行為が、死者の占有ではなく相続人の占有を侵害するものであると解すると、第2類型はもちろん、第3類型についても窃盗罪が常に成立することになる。もっとも、前掲大判昭和16年11月11日は、第

2類型の行為が窃盗罪となるとする結論を、相続人の占有を肯定することによってではなく、あえて死者の占有を行為者と被害者との間で相対的に肯定することによって導いている。相続人の占有を認めるのであれば、死者の占有を相対的に解釈したり、時間的・場所的接近性という判断基準を用いる必要はないはずである。従って、相続人の占有という概念は、第1類型において、強盗殺人・強盗致死に含まれるべき財物奪取行為の存在を説明するために、やむを得ず考え出された限定的なものと考えるのが自然であるように思われる。

大判大正2年10月20日刑録19輯982頁は、被告人が被害者の所持金を奪取する目的で被害者を斬殺し、死体から金品を取得した事案について、「刑法240條後段ノ強盗殺人罪ハ強盗カ財物強取ノ行為ニ因リテ人ヲ死ニ致シタル事實アレハ直ニ成立スヘク致死ノ結果カ財物強取ノ前ニ在ルト其後ニ在ルトニ因リテ同罪ノ成立ニ消長ヲ来スコトナシ……又財物ヲ奪取スル意思ヲ以テ暴行ヲ為シ因リテ人ヲ死ニ致シテ財物ヲ奪取セル以上ハ其財物中ニ當初奪取ノ目的ト為ササリシモノヲ包含スルモ該財物ニ付テ強盗罪ノ成立ヲ妨クルモノニ非ス何トナレハ強盗罪ハ暴行脅迫ニ因リテ他人ノ財産権ヲ侵害スルヲ以テ本質ト為スカ故ニ當初ノ目的以外ニ属スル財物ヲ奪取シタルトキト雖モ仍ホ其財物ニ付キ強盗罪ノ成立ヲ認ムヘキハ當然ナレハナリ」と判示し、死者の占有や相続人の占有といった、被害者死亡後の占有移転を肯定するための理論構成を行わず、強盗罪の本質に照らして「強盗罪ノ成立ヲ認ムヘキハ當然」であるとして、強盗殺人罪の成立を認めている。

以上のように、判例は、当初、第1類型における占有移転を「相続人の占有」によって説明していたが、後には、死者の占有や相続人の占有を問題とせずに強盗殺人罪の成立を認める方向に転じたといえよう¹⁰⁾。

ところで、第1類型では、第2・第3類型において問題とされていた時間的・場所的接近性の程度があまり問題とされていないようである。東京高判昭和53年9月13日判時916号104頁は、①被告人が金品を奪う意思で部下と共謀して会社事務所において社長を殺害し、その場で現金等を奪取し、②さらに同居人のいない社長宅から殺害後2ヶ月の間に株券預り証等を2回にわたり領得し、③また、被告人は会社の経営を任されたと称し、殺害後6ヶ月経過した時

点で会社事務員の占有していた株券等を領得したという事案について、「強盗殺人罪の成立には所論のごとく人の殺害と財物奪取との間に必ずしも時間的、場所的接着性を要するものではなく、右のごとく財物奪取の意思でその手段として財物の所有者又は占有者を殺害すれば、財物奪取に着手の有無を問わず同罪は既遂となるものであり、財物奪取の意思は単なる意図もしくは計画では足りないが、殺害の実行行為に着手した時点において個別的財物奪取の意思があれば、足る」として、①の行為を「強盗殺人罪の定型性や被害者の殺害と財産奪取の機会の同一性等（時間的、場所的接着性等）の有無を検討するまでもなく……財産奪取の手段としてその財物の所有者たる被害者を殺害してこれを奪取せんとするの故意、すなわち強盗殺人の犯意に基づきその犯意の具体的な実行行為として……強盗殺人罪に当たることは明らか」であるとし、②③の行為を「被告人のこれら物品の奪取は、いずれも、先に判示した被告人の強盗殺人の犯意に基づき実行されたものであることが認められるから、原判示第一の一（筆者注：①）の強盗殺人罪の実行行為としてこれを認定評価すべきものである」とした。最初から殺害行為を利用して財物を奪取する意思でかかる行為に及んだならば、それ以上の時間的・場所的接近性（接着性）などの事情は論ずる必要がないというのである。

判例・通説によれば、強盗罪が暴行・脅迫と強取のいずれも既遂となつてはじめて成立するのに対して、強盗致死・殺人を含む強盗致死傷罪は、致死傷の結果を生ぜしめることによって既遂に達し、財物の強取の点が未遂か既遂かを問わないものと解されている¹¹⁾。従つて、第1類型においては、被害者が死亡した時点で強盗致死・強盗殺人罪は既遂となり、その後の財物領得行為との時間的・場所的接近性はもちろん、実際に被害者の死亡後に財物領得行為が行われたかさえ論じる必要がないことになるから、東京高判昭和53年9月13日が時間的・場所的接近性の有無を検討しなかった点は正当であったといえよう。しかし、本判決が、③を①の強盗殺人罪の一部として評価した点については若干の疑問がある。すなわち、①②の財物は生前被害者の占有していたものであるから、これを一個の強盗殺人罪と解することは可能であろうが¹²⁾、③の財物は会社事務員の占有下にあったものであり、これを領得した右行為は①

②とは別の占有侵害を惹起しているのである。このように考えれば、③は、奪取罪の保護法益について本権説を採る場合を除けば、強盗殺人罪の成立を否定すべきであったといえる。この場合はむしろ、別罪として窃盗罪の成立を認めるべきであったということになろう¹³⁾。

2 第2・第3類型を巡る学説の状況

判例は、第3類型において死者の占有を原則として否定するものの、第2類型では時間的・場所的接接性がある場合に限り、被害者を殺害した者と相対的な関係において、例外的に死者の占有を肯定している。これに対し、学説上は、死者の占有を第2・第3両類型において肯定する説、両類型において否定する説、第2類型においてのみ殺害行為者との関係で相対的に肯定する説、財物領得行為が殺人行為の「余勢をかって」行われた場合には強盗罪の成立を認める説の4説が対立している。

(1) 肯定説

両類型において死者の占有を肯定する本説は、死者の生前占有していた財物を領得する行為すべてについて、窃盗罪の成立を認めるべきとする。本説の提唱者である小野博士は、被害者が殺害された場合においても、被害者は「少なくとも被告人に対しては、道義的にはなほ生きた行為の相手方なのである」として、前掲大判昭和16年11月11日の結論を支持される。もっとも、本判決が死者の占有を殺害行為者のみに相対的に認めた点については反対し、「死体が腐乱して何処の誰やら分からなくなったり或いは全くの白骨となって了ったりした後は別であるが、生々しい死体から財物を抜き取るが如きは、やはり窃盗ではなかろうか。私は、その財物はなお被害者の占有する財物として観念せられてよいとおもう」として、「生々しい」死体から財物を領得する行為は、行為者が被害者を殺害すると否とにかかわらず窃盗罪を構成すべきと主張される¹⁴⁾。すなわち本説は、死体が「生々しい」場合であれば、死者の占有は第2・第3類型のいずれの場合においても、絶対的に保護すべきというのである。

しかし、刑法上の占有は、占有の実体と占有の意思とが存在して初めて認められると解される¹⁵⁾。これを前提とするならば、占有の意思を持つことのできない死者は、たとえ「生々しい」死体であっても占有の主体とはなり得ないはずであり、本説はこの点に批判が集中した。以上のことから、学説の多くは、原則としては死者の占有を否定すべきで、少なくとも第3類型では窃盗罪ではなく占有離脱物横領罪の成立を認めるべきであるとしたうえで、死者の占有を肯定すべき例外を認めるべきかについて議論を展開させていくのである。

(2) 否定説

両類型において死者の占有を否定する本説は、死者の占有は認める余地がないから、両類型のいずれについても、窃盗罪ではなく占有離脱物横領罪の成立を認めるべきとする。すなわち、死者は、財物に対する占有の意思も、財物に対する客観的かつ排他的な支配も持ち得ないから占有の主体たり得ず、死者の占有は刑法的に保護する余地がないというのである¹⁶⁾。

なお、死者の占有を全面的に否定しつつも、第2類型については判例と同様に窃盗罪の成立を認めるべきとする説がある。すなわち、牧野博士は、「所持ということは、道義的な価値を離れた事実上の関係そのものである。所持者が死亡すれば、現実的な支配関係は消滅しているのである。死者の所持ということ、法律的にいい換えれば、人でない者に所持を認めることになるのであり、又は主体のない所持ということ認めることになるのである。死亡直後の行為であるということが、上に挙げた財物を取り落とした直後の行為ということと比較して考えられるべきであろう。取り落とした直後という関係においては、社会の通念として、その物についての所持が失われていないということ認めることができる。しかし、死亡直後の場合には所持の主体ということ考えることができないのである」として、死者の占有を否定される¹⁷⁾。しかし、第2類型については、「行為者は、自己に関係なくして占有から離脱のあった物(すなわち、この意味において、おのずから占有を離脱した物)を領得したのでなくして、自己が故意に離脱せしめた物を領得したことになるのである。これは刑法第254条の占有離脱物ではない。それで、自己が占有を離脱せしめた

物に対しては、その行為と領得の行為とを結合せしめて考えることに因り、窃盗罪の例に依るものと解釈し得ることになるであろう。これは、『死者の所持』乃至『所持の相対性』を認めるのでない。刑法第254条における占有離脱物の観念を制限して解釈することから、窃盗罪の規定を類推的に拡大して理解することになるのである」とされる¹⁸⁾。つまり、本説は、第2類型において行為者の取得した財物は、占有離脱物横領罪における「占有を離れた物」ではなく、行為者が「占有を離させた物」であるから、占有離脱物横領罪を適用し得ず、従って窃盗罪を類推適用すべきというのである。もっとも、今日では、罪刑法定主義に照らし、窃盗罪の類推適用を認めることは不可能である。

(3) 相対的肯定説

本説は判例の採る立場と解されている。すなわち、死者の占有を原則的には否定し、第3類型では死者の占有は保護されないから、占有離脱物横領罪が成立するにとどまるとする。しかし、死者の占有は、被害者を死亡させた者と被害者との関係において相対的に保護する余地があるとして、第2類型では、被害者の死亡と財物領得の間の時間的・場所的近接性が肯定される限りにおいて、死者の生前の占有を刑法的に保護して、窃盗罪の成立を認めるべきとする。被害者の死亡後だからといって形式的に占有離脱物横領罪の成立を認めるのではなく、むしろ、行為者が被害者を死亡させたことを利用して財物を奪取した、その一連の行為を全体的に評価すべきというのである¹⁹⁾。

第2類型において死者の占有を例外的に肯定する根拠としては、主に次の2つが挙げられている。第1は、本来、死者の占有は否定されるべきであるものの、規範的・社会的要素による修正の必要から、特例的に占有を是認し刑法的保護を与える必要があるとの主張である²⁰⁾。本説の主要な論者である団藤博士は、第2類型の行為につき、「被害者が生前にもっていた占有を侵害するものと考えることができようとおもう。ただ、このばあいは、致死行為を手段としたわけではないから、強盗罪ではなく窃盗罪となる。占有離脱物の横領と考えるべきではない」とされ²¹⁾、さらに前掲最判昭和41年4月8日と自己の見解はほぼ同旨であるとされる。従って、本説が死者の占有を相対的であれ肯定す

べきとする根拠は、究極的には、最判昭和41年4月8日、そしてその判決がその理論を継承した大判昭和16年11月11日の言う「道義的法律理念と伝統的正義感情」に求められることとなる。

第2は、「殴ったところ被害者が気絶して、その後に財物を奪う意思が生じた場合は、窃盗ないしは強盗と解される。それとのバランスからいって、死亡直後の生々しい死体から奪うのは窃盗としてよい」との主張である²²⁾。確かに、客観的に見れば、両者の事例は類似しているといえるかもしれない。しかし、気絶した者について占有の意思を認めることは可能であるが、死者にこれを認めることは困難で、真に両者を同視してよいかは疑問が残る。

(4) 強盗説

本説は、相対的肯定説を前提としつつも、第2類型において、財物領得行為が殺人行為の「余勢をかって」行われたと認められる場合には、「自己の殺害行為によって生じた被害者が抵抗不能になった状態を利用して所持品を奪取したものであるから強盗罪」となるとする²³⁾。本説に従うと、第2類型の時間的範囲について、狭い順から、①財物取得が殺人行為の余勢をかって行われたといえる範囲、②「時間的・場所的に近接した範囲」、③時間的・場所的に近接していない範囲の三段階に区別し、それぞれ、①の場合には強盗罪、②の場合には窃盗罪、③の場合には占有離脱物横領罪の成立を認めることになる。

本説の特徴は、①の基準において「余勢をかった」かどうかの問題とされている点である。この基準は、通常であれば②よりも時間的に近接した、具体的には殺害の直後を意味するものとなるが、必ずしも時間的範囲のみを指すものではなく、それに加えて行為者の主観的要素にも注目した基準として考えられたようである。しかし、そうすると、時間的・場所的に近接した②の場合においても、あるいは③の場合においても、主観的には「余勢をかった」行為であるといえる状況は十分に発生しうるのではないか。このように考えると、本説では、時間的・場所的範囲の考慮以上に、「余勢をかった」か否かという行為者の主観的要素が重要な意義を持つこととなるが、その判断は極めて困難なものとなる。さらに、行為によって発生した法益侵害は基本的に同一であ

るのに、行為者の主観によって占有離脱物横領罪、窃盗罪および強盗罪の三種の構成要件の該当性を検討するというのは、あまりにも主観主義的ではないかとも思われる。

(5) 検討

以上みたように、近時の学説は死者の占有を基本的には否定すべきとする立場が有力である。第2類型については、例外的に死者の占有を保護すべきかを巡って、否定説と相対的肯定説が激しく対立しているが、今日では否定説が有力になりつつあると言ってよい。それでは、否定説と相対的肯定説のいずれが妥当であろうか。

相対的肯定説には、時間的・場所的近接性の限界がどのあたりにあるのかが、明確にされていない点に問題がある。時間的近接性については、上述したように判例の判断の一貫性に疑問があるし、仮に、福岡高判昭和50年2月26日（8時間半、積極）と東京地判昭和37年12月3日（9時間、消極）に基づいて、時間的近接性の限界を8時間半から9時間の間と設定したとしても、一方は8時間半しか経過していないので窃盗罪、他方は9時間経過しているので占有離脱物横領罪というのは形式的に過ぎるのではないか。さらに、行為者が殺害後すぐに財物取得の意思を生じたが、財物を実際に死体から取り去ったのは9時間後という場合には、相対的肯定説の趣旨からは、占有離脱物横領罪よりむしろ窃盗罪の成立を認めるべきではないかとも思われる。場所的近接性についても、時間的近接性と同様の問題があるうえ、上述したように、乗り物の中で殺害した場合の起算地点を地図上の地点とするか、乗り物自体とするかという問題がある。

ところで、相対的肯定説に対しては、死者の占有を、財物領得者が殺害者である場合に相対的に認め保護することから、このような解釈は占有概念の弛緩を招くとの批判もある。もっとも、相対的占有概念は、特に奪取罪の保護法益の議論の展開をも考慮すると、かならずしも否定されるべきものではないようにも思われる。奪取罪の保護法益については、本権であるとする本権説と、事実上の占有そのものであるとする所持説の伝統的な対立に加えて、近時は、盗

人の占有はその正当なる所有者・占有者に対しては保護されないとする平穩占有説や、適法な占有のみが保護されるとする「修正された本権説」が有力となりつつある。刑法上の占有は、占有の意思と実体とを備えてさえいれば成立する。そうであるならば、その占有の保護が「平穩」あるいは「適法」である場合にのみ限られるという主張は、まさに相対的占有概念を肯定するところから出発しているといえるであろう。

思うに、否定説と相対的肯定説のいずれを採るべきかを考えるに当たっては、時間的近接性の議論に加え、科刑上の扱いをも判断の材料とすべきではなからうか。すなわち、相対的肯定説のいう「バランス」とは、第2類型の財物取得行為が占有離脱物横領罪として「1年以下の懲役又は10万円以下の罰金若しくは科料」に処せられるのは軽きに失しないか、窃盗罪として「10年以下の懲役又は50万円以下の罰金」に処すに値する悪質なものののではないかという、科刑上の「バランス」に帰結し、第2類型の財物取得行為の罪責の検討は絶対不可欠であると思われるのである。このように考えると、相対的肯定説については、本来ならば殺人の罪責は殺人罪においてのみ評価されるべきであるにもかかわらず、死亡後の被害者からの行為者の財物領得にまで、殺人の罪責を及ぼそうとしている点に問題があるように思われる。第2類型では、行為者が財物領得の意思を生じたのがあくまで殺人による被害者の死亡の後である以上、その認識は、死体から財物を領得するというものに他ならない。とすれば、財物領得行為について第2類型と第3類型とは何等変わるところはないはずである。否定説に立ち、第2類型の財物領得行為が占有離脱物横領罪を構成すると解したとしても、殺害行為は、財物領得行為に関する占有離脱物横領罪とは別個に殺人罪を構成し、これと占有離脱物横領罪とは併合罪となる。従って、刑の上限は死刑となり、科刑上の不都合は生じない。

結局のところ、第2類型の財物領得行為が第3類型より悪質であると解される決定的な理由は、行為者が自ら被害者を殺害しているという一点につきるであろう。しかし、その悪質性の科刑上の評価については、占有離脱物横領罪あるいは窃盗罪においてではなく、まさに殺人罪のみにおいてこそ行われるべきではなからうか。このことは、殺害行為を暴行になぞらえて強盗罪の成立を考

える強盗説についてはなおさらである。以上のように考えると、第2・第3類型について占有離脱物横領罪の成立を認めるにとどめる否定説が妥当であろう。

もっとも、否定説、相対的肯定説のいずれを採ったとしても、第1類型についてはさらなる検討を要する。

3 第1類型を巡る学説の状況

第1類型について、強盗殺人罪の成立を認めることには、学説上の異論がない。しかし、強盗殺人罪を強盗罪の結果的加重犯と解したならばその基本犯、結合犯と解したならば結合犯の一部であるところの強盗罪の成立は、強盗殺人罪の成立の前提となると解される。そうすると、結合犯である強盗罪の一部であるところの窃盗罪の成立もまた、強盗殺人罪の成立の前提となるから、第1類型においては死者の占有を肯定せざるを得ず、否定説を貫徹することは困難ではないかとの問題を生ずる。

これに対し、肯定説、相対的肯定説あるいは強盗罪説を採るならば、第1類型もまた死者の占有が肯定される場合であるとして、この問題を回避しうるようにも思われる。しかし、上述したように、判例・通説は、生命法益を重視する観点から、強盗殺人罪の既遂時期はすなわち殺人既遂の時点であり、財物領得が既遂か未遂かは強盗殺人罪の既遂・未遂に影響しないと解している。そうすると、強盗・窃盗が未遂であっても強盗殺人既遂罪が成立しうることになるが、結果的加重犯の基本犯、あるいは結合犯の一部が未遂であるのに、結果的加重犯あるいは結合犯全体について既遂罪の成立を認めて良いのかという問題を生ずることとなる²⁴⁾。

このように、否定説と相対的肯定説のいずれを採ったとしても、第1類型について強盗殺人罪の成立を認めるためには、さらなる理論構成が必要となる。これにつき、学説上は以下の3説が主に主張されている。

(1) 相続人の占有説

前掲大判明治39年4月16日は、第1類型を「相続人の占有」の概念によっ

て処理している。被害者が死亡した瞬間に、被害者が生前占有していた財物は相続人の占有物となるから、行為者は相続人の占有を侵害した点で窃盗罪ひいては強盗殺人罪の罪責を負うと解するのである。民法上は、被相続人の事実的支配による占有物は、被相続人の死亡によって相続人の支配の中に承継され、その結果として占有権も相続人に承継されると解されている²⁵⁾。その根拠については、民法第162条第2項は善意占有者による取得時効の完成を10年と規定するところ、他人の物の善意占有者が死亡した場合にその相続人の占有を認めないとすると、善意占有者の死亡時において取得時効が中断してしまうから、善意占有者とその相続人とで計10年の占有による取得時効の完成を認めるために、相続人の占有を認める必要があると説明されている²⁶⁾。従って、死者の携行していた財物の占有が相続人の占有下に移転し、行為者がこれを侵害したとする解釈は、民法上の解釈に沿うものと言えよう。

しかし、学説の多くは、刑法上の事実的支配による占有は、民法上の占有より厳格に解されるものであるから、刑法上は相続人の占有を認めるべきではないとする。例えば、泉二博士は、死亡者の遺留品の領得について、遺留品は、その相続人または第三者が現実に支配する前であれば、何人の所持にも属していないから、従って窃盗罪をもって論ずることができず、占有離脱物横領罪の成立を認めるほかないとしたうえで²⁷⁾、「所持を有する者必しも占有権者にあらず占有権を有する者必しも所持者にあらざることは民法の規定上明白なるが故に右金品か相続人の所持に属することを決せずして単に金品の占有権が相続人に移転すとの理由を以て其金品か奪取の目的物たることを認定したるは不当なりと謂はざる可からず」として、「相続人の占有」の概念を「奇異なる説明」と非難されている²⁸⁾。大谷博士も、判例の「相続人の占有」による処理を、「民法上の占有概念にとらわれすぎて刑法上の占有概念に即さない」ものとされている²⁹⁾。

思うに、刑法と民法とで占有概念に差異があることを措いたとしても、相続人の占有には以下の点で疑問がある。

第1は、被害者に相続人が存在しなかった場合に、「相続人の占有」の侵害を観念できない点である。

第2は、殺害者が被害者の唯一の相続人であった場合に、やはり占有侵害を観念できない点である。唯一の相続人が被相続人を殺害した場合には、被相続人の死亡と同時に財物の占有が殺害者である相続人に移転すると解して、占有侵害の存在を説明する余地はあるかもしれない。被相続人を故意に殺害し「刑に処せられた者」は、相続欠格に関する民法第891条1号が適用され相続人の資格を失うが、殺害者が被害者の財物を奪うのは刑に処せられる前であろうから、殺害が露見し有罪の確定判決を経て刑に処せられる前の段階で、被害者の占有が殺害者に移転したと解するのである。もっとも、大判大正3年12月1日民録20輯1019頁は、相続人の一人が被相続人を殺害後、相続した不動産を第三者に売却したが、後に殺害が露見し刑に処せられたため、他の相続人が第三者に不動産の返還を請求した事案について、相続欠格の規定は「其原因たる事実発生の時より之を欠格者として相続より除斥する旨を定めたる法意なりとす而して……処刑の原因たる犯罪行為其ものを以て欠格の原因と為したる旨趣に外ならず」として、刑に処せられた時点ではなく殺害時での相続欠格を認め、第三者が善意無過失であったとしても売買は無効と解さざるを得ないと判示して、不動産の返還を認めた。本判決に従えば、唯一の相続人が被相続人を殺害した場合には、殺害者は占有移転より前に相続人の資格を喪失するから、占有移転があったと解することは困難となろう。

第3は、被害者を殺害後、警察官が通りかかるなどして財物を領得せず逃走した場合に、判例・通説によれば殺人既遂であるから強盗殺人既遂罪の成立を認めることとなるが、この場合にも強盗は未遂と解さざるを得ない点である。

以上から、少なくとも、窃盗罪や強盗罪といった奪取罪における事実的支配による占有と民法上の占有は区別せざるを得ず、従って相続人の占有も妥当しないと考える。さらに民法の学説上も、占有が事実状態を根拠とする以上、占有権の相続という理論構成が不自然であることは否定し得ないとの指摘があることは考慮すべきであろう³⁰⁾。

(2) 殺害による占有侵害説

本説は、被害者の殺害と占有奪取を同視し、生前の被害者の占有を殺害によ

り侵害したと説明する。例えば、大谷博士は、「殺害を手段として財物を奪取する場合は、殺害によって占有を侵害することになるから、現に生命を奪われようとしている生前の人の占有を侵害するものと解すべきである」と主張される³¹⁾。高橋教授は、「殺害が領得の手段であるから、生者の占有侵害」となるとし、その根拠として「殺人は、暴行の最たるものであり、通常の強盗殺人にすぎない」点を挙げる³²⁾。本説の論者はいずれも、行為者が被害者を死亡させたことを利用して財物を奪取した、その一連の行為を全体的に評価する相対的肯定説を採用することから、これに基づき、被害者の殺害と財物の取得を一連の占有侵害と評価したのと言えよう。

しかし、財物奪取を窃取あるいは強取と解するためには、行為者の行為によって被害者が財物への占有を喪失し、その占有を行為者ないし第三者が取得するという、占有侵害と占有取得の2つのプロセスを経る必要がある。確かに、占有侵害については、殺害によって被害者は占有主体となり得ない死者となるから、被害者が死亡時に財物の占有を喪失したと解する余地はあるかもしれない。だが、占有侵害に続く行為者の占有取得について、本説の論者は格別言及しておらず、この点については疑問が残る。

さらに、被害者を殺害後、財物を領得せず逃走した場合について、本説によっても、強盗未遂であるのに強盗殺人既遂罪の成立を認めることとなる点についての説明は困難である。

(3) 殺害による占有取得説

本説は、殺害者が財物を奪取する意思で被害者を殺害した場合、被害者の死亡と同時に財物の占有が殺害者に移転すると主張する³³⁾。被害者の殺害によって、占有侵害のみならず占有取得も完成するというのである。

本説は、殺害行為と財物領得行為とを全く同一に解釈するものであるが、これに対しては、占有の取得の過程を無視しているのではないかという批判がある³⁴⁾。被害者を殺害後、財物を領得せず逃走した場合について、本説によれば、殺害によって占有が移転するから、殺人・強盗ともに既遂であるとして、強盗殺人既遂罪の成立を認めることができる。しかし、この場合に、被害者の

懷中に置き去りにされた財物の占有がすでに被害者から行為者に移転したと解するのは困難であろう。せいぜい、殺害によって、懷中の財物が占有物から占有離脱物に変化したとするのが限界ではないか。この点において、殺害により占有が移転するとの見解には疑問が残る。

(4) 西村説

西村教授は、殺害者が財物を奪取する意思で被害者を殺害し、その後に財物を奪取した場合について死者の占有を擬制するのは、この場合を、強盗による財物奪取後に被害者を殺害した場合に類推しようとする解釈であって無理があるとし、殺害と財物奪取との時間的近接性をもって強盗殺人罪の成否を論ずるよりはむしろ、被害者の死亡によって成立する強盗殺人既遂罪と、その死後に成立する占有離脱物横領罪との併合罪を認めたほうが問題が少なく、強盗殺人罪は内容的に強取の既遂を含まないから二重処罰の危険をおかすことにもならないと主張する³⁵⁾。

本説は、強盗殺人罪の既遂時期を殺人既遂時とする判例・通説と、死者の占有否定説とを調和的に解釈した点で優れている。もっとも、強盗殺人罪はたしかに強取の既遂を含まないものの、強取の未遂は含んでいるというべきではないか。そうすると、本説は、財物領得について未遂と既遂に相当する各犯罪を併合罪とする点で疑問が残る。

(5) 検討

以上のように、強盗殺人罪を強盗罪の故意ある結果的加重犯、あるいは強盗罪と殺人罪の結合犯と解する以上、殺害による占有取得説を採るのでなければ、第1類型において殺害既遂時に強盗も既遂と説明することは困難である。強盗殺人罪を、強盗未遂も含めた「強盗犯人」による殺人罪の不真正身分犯と解したならば、殺害時に強盗も既遂であると説明する必要はなくなるが、強盗殺人罪を結果的加重犯あるいは結合犯ではなく身分犯として構成する論者は皆無である³⁶⁾。

それでは、通説的理解により、強盗殺人罪を結果的加重犯あるいは結合犯と

解した場合には、第1類型における財物領得はどのように説明されるべきであろうか。思うに、強盗殺人罪を結果的加重犯とするならば、強盗殺人罪は強盗罪または強盗未遂罪の結果的加重犯と解し、結合犯とするならば、強盗殺人罪は強盗罪または強盗未遂罪と殺人罪の結合犯と解すべきではないか。そうすれば、第1類型において強盗が既遂となった、すなわち財物領得が完成したと説明する必要はなくなる。未遂罪を基本犯とする結果的加重犯や結合犯がはたして許されるかという疑問はあるかもしれないが、結果的加重犯であれば、傷害未遂としての暴行罪を基本犯とする傷害罪や同致死罪、強制わいせつ・強姦未遂罪を基本犯とする同致死傷罪などを挙げるができるし、結合犯であれば、傷害未遂としての暴行罪と結合する強盗罪を挙げるができる。このようにして、そもそも強盗未遂罪が強盗殺人罪の基本犯、あるいは結合犯の一部であることを前提とすれば、死者の占有を第1類型において観念する必要はなくなるであろう。

このような解釈を採った場合、殺害後の財物領得をどのように評価するかが、とくに殺害後の財物領得のみに関与した中途介入者との関係で問題となりうる。強盗殺人罪における殺害後の財物領得のみの関与者については、強盗殺人罪の承継的共犯の成立を認めうるかが議論されている。

判例は、この場合に承継的共犯の成立を認めるようである。すなわち、大判昭和13年11月18日刑集17巻839頁は、強盗殺人の正犯Aが被害者を殺害後、犯行現場を訪れたAの妻B女に対し、既に被害者を殺害したことを告げたくえで金品物色行為の協力を求め、B女がAに灯火を送って強取を容易ならしめた事案について、「刑法第240条後段の罪は強盗罪と殺人罪若は傷害致死罪より組成せられ、右各罪種が結合せられて単純一罪を構成するものなるを以て、他人が強盗の目的を以て人を殺害したる事実を知悉し、其の企図する犯行を容易ならしむる意思の下に、該強盗殺人罪の一部たる強取行為に加担し之を幫助したるときは、其の所為に対しては強盗殺人罪の従犯を以て問擬するを相当とし、之を以て単に強盗罪若は窃盗罪の従犯を構成するに止まるものと為すべきにあらず」として、B女は強盗殺人罪の幫助犯の罪責に問われる旨判示している。東京高判昭和57年7月13日判時1082号141頁も、被害者にAが単独で暴行を

加えて金品を奪取した直後に、Aの指示によりBが更に被害者に暴行を加え負傷させた事案について、強盗傷人罪が結合犯であること、Bが介入前のAの行為を認識していたことから、Bの暴行が一個の強盗行為の一部を組成するものとして、Bは強盗傷人罪の承継的共同正犯の罪責に問われる旨判示している。

一方、学説上は、承継的共犯の是非について、肯定説³⁷⁾、否定説³⁸⁾、先行者の行為ないしその効果を後行者が利用した場合に限り承継的共犯の成立を認める中間説³⁹⁾が激しく対立している。もっとも、強盗致死傷罪の中途介入者の罪責については、承継的共犯の概念を肯定する立場からも、致死傷の結果に関与していない財物領得のみの後行関与者に強盗致死傷罪の共犯の罪責を負わせるべきではないことを根拠に、第3類型の事案として処理すべきとの主張がある⁴⁰⁾。

思うに、第1類型における殺害後の財物領得については、個別に占有離脱物横領罪の成立を認めたとうえで、強盗殺人罪と吸収一罪の関係となると解すべきではないか。すなわち、第1類型において被害者を殺害した時点で強盗殺人罪は既遂となり、その後の財物領得は占有離脱物横領罪となるが、重い強盗殺人罪に共罰的事後行為として吸収されると解するのである。このように考えれば、第1類型において死者の占有を否定しつつ、強盗殺人罪の既遂時期について従来の判例・通説と同一の結論を採ることができるし、殺害後の財物領得のみに関与した共犯についても、承継的共犯の議論に左右されずに占有離脱物横領罪の共犯の成立を認めることができよう。

IV 死者の性的自由

以上の死者の占有を巡る議論を踏まえて、死亡した被害者の死体に対して姦淫行為を行った場合に強姦罪の成立を認めうるかという、「死者の性的自由」の問題を検討する。

死者に対する姦淫、いわゆる屍姦は強姦罪を構成しない⁴¹⁾。学説上は、屍姦が場合によっては死体損壊罪の成立を伴うことがあるとの指摘があるものの⁴²⁾、最判昭和23年11月16日刑集2巻12号1535頁は「刑法第190条に規定する死体損壊罪は、死体を物理的に損傷・毀壊する場合を云うのであつて、これ

を姦するが如き行為を包含しないと解すべきものである」と判示しており、少なくとも物理的損壊を伴わない屍姦は不可罰と解される⁴³⁾。もっとも、判例は、行為者が被害者を姦淫目的で殺害後に死体に対し姦淫行為を行った、いわば死者の占有の第1類型に相当する事案について、強姦罪ないし強姦致死罪の成立を認めており、死者の性的自由の相対的保護の是非を巡る、死者の占有と類似した議論を展開する余地がある。

死者の性的自由が問題となりうる事例について、死者の占有と同じ3類型化を行うと、以下のようになる。

1 第2類型類似型

第1は、行為者が被害者を殺害した後に、被害者の死体を姦淫する意思を初めて生じこれを姦淫した、死者の占有の第2類型類似の類型である。理論上は、死者の占有と同様に、相対的肯定説、または強盗説を転じた強姦説を展開する余地があるように思われるが、この問題の検討は十分に行われていない。死者の占有に関する判例の立場である相対的肯定説を採用するならば、殺人罪と強姦罪の併合罪を認めうるようにも思われるが、死者の占有における相対的肯定説が、殺害後の財物奪取を強盗罪ではなく窃盗罪と解していることに照らせば、第177条の適用は妥当とは言い難い。相対的肯定説を前提とするならば、むしろ、人を殺害により抗拒不能にさせて姦淫したものとして、第178条の適用を認めるべきであろう。もっとも、死者の占有と同様に、殺害後の死者を「人」と解してよいかという問題は残る。この点を重視して否定説を採用するのであれば、殺人罪のみの成立を認めることとなる。上述した死者の占有の議論に倣い、否定説を支持すべきであろう。

2 第3類型類似型

第2は、被害者の死亡とは無関係な第三者が、死体を姦淫した、死者の占有の第3類型類似の類型である。死者の占有が第3類型では否定されるのと同様、死者の性的自由をこの類型において保護する余地はない。姦淫行為が物理的損壊を伴う場合には死体損壊罪の成立を認め、そうでなければ不可罰となると解

するほかないであろう。

3 第1類型類似型

第3は、上述したように、被害者を姦淫目的で殺害後、死体に対し姦淫を行った、死者の占有の第1類型類似の類型である。これにつき、判例は、殺人罪と強姦致死罪の観念的競合となると解している。

最判昭和31年10月25日刑集10巻10号1455頁は、被告人がA女を姦淫しようとし、A女を静かにさせるためには死亡しても構わないとの殺意をもってA女を絞殺した後に死体を姦淫した事案について、殺人罪と強姦致死罪の成立を認め、両罪は観念的競合になるとした。

最判昭和36年8月17日刑集15巻7号1244頁は、被告人がナイフでA女を脅して姦淫しようとしたところA女がわめいたので、犯行の発覚を恐れ、A女を殺害後に姦淫しようと決意して、A女を絞殺した後に死体を姦淫した事案について、殺害行為については殺人罪の成立を認め、姦淫行為については「姦淫行為が殺害の直後であったとしてもこれを包括して強姦致死罪と解すべきである」とし、両罪は観念的競合になるとした。

以上の判例に対し、学説上は、本件事案について同一被害者に関する殺人罪と強姦致死罪の成立を認めると、死の結果を二重評価することになるから、むしろこの場合には殺人罪と強姦罪の成立を認めるべきであるとの主張が有力である⁴⁴⁾。

もっとも、強姦致死罪は、強姦のための暴行により死亡したものの姦淫は未遂に終わった強姦未遂型と、姦淫が既遂に至った後に被害者が死亡した強姦既遂型とに分けることができる。そして強姦致死罪は、姦淫の機会に致死の結果が発生すれば既遂となるから、強姦未遂型であっても既遂罪が成立する⁴⁵⁾。従って、死の結果の二重評価の問題を考慮しないのであれば、判例事案について強姦致死罪を認めることは容易である。しかし、殺人罪のほかに強姦既遂罪の成立を認める上述の有力説は、判例事案を強姦既遂型と解することを前提とするから、死者の性的自由を相対的にであっても肯定していることになる。この点で、判例は、上掲事案が強姦既遂型であるかを明らかにしないことにより、

死者の性的自由の是非については明確な立場を示していないと解する余地があるものの、有力説は相対的肯定説に拠っていると結論を導くことができよう。あるいは、死者の性的自由を完全に否定する立場によるならば、判例事案は殺人罪と強姦未遂罪の観念的競合となると解されよう。

ところで、死者の占有の第1類型における、殺害による占有侵害説に類似した解釈を、死者の性的自由について採用しているように思われる下級審判例がある。大阪高判昭和42年5月29日判時500号79頁は、被告人が強姦に着手し、これを遂げない間に、強姦の発覚を妨げると共に金品を奪取しようとして婦女を殺害し、金品を奪取した直後に引き続き姦淫を遂げた事案について、「姦淫当時同女は既に死亡していたにしても、殺害直後に前記当初の強姦未遂の犯行に引続き同じ現場でこれを姦淫したことは前後を包括して強姦（既遂）罪が成立するものというべく、又強盗の身分は最初の強姦未遂の時には生じていなかったが、その後の殺害並に姦淫の目的を遂げた時にはその身分が生じたことが明らかである本件においては強盗強姦既遂罪が成立すると認めるを相当とする」と判示して、強盗殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合を認めた。強姦罪の成否を問題としたうえで、強盗身分の発生の経緯について言及し、強盗強姦既遂罪の成立を認める理論構成に鑑み、本判決は、強盗強姦罪を強姦罪を基本類型とし強盗身分を加重的身分とする不真正身分犯と解しているようである。強盗強姦罪を身分犯と解すべきかについては措くとして、本判決は、姦淫の際婦女が既に死亡していたとしても、姦淫行為が行われたならばその前後を包括して強姦既遂罪が成立するというのであるから、死者の占有の第1類型における、殺害による占有侵害説に倣い、殺害と姦淫を一連の性的自由の侵害と解して、死者の性的自由を相対的に保護したと見る余地がある。上述したように、死者の占有の第1類型については、他に相続人の占有説、殺害による占有取得説が主張されているが、死者の性的自由に関しては、死者に相続人の性的自由を観念することはできないし、殺害と性的自由の侵害を同一視することも妥当とは思われなから、これらの学説は採りがたいと言える。もっとも、大阪高判昭和42年5月29日の罪数処理については疑問がある。本件では、強姦未遂と強盗強姦が「包括」されるかはともかくとしても、少なくとも殺人と強姦が一つ

の行為によって実行されたわけではないし、被告人が屍姦の手段として殺人を実行したという事実も認定されていない。従って、この場合には、強盗殺人罪と強盗強姦罪は、観念的競合ではなくむしろ併合罪となると解すべきではなかろうか。一方、死者の占有全面否定説に倣い、死者の性的自由を全面的に否定する立場を採るならば、本件事案は、強盗殺人罪と強盗強姦罪の併合罪ではなく、強姦未遂罪と強盗殺人罪の併合罪となると解されよう。

なお、判例は、先行者が強姦致傷の結果を発生させた後に関与した後行者について強姦致傷罪の承継的共犯の成立を認める。東京高判昭和34年12月2日東高刑報10巻435頁は、数名の者が共謀のうゑ婦女を強姦し負傷させたが、何人が致傷の結果を生じさせたか明確ではないとの事案について、「後行者において、自己介入前における先行者の行為を認識して介入した場合には、右介入前における先行者の行為をも含む犯罪行為全体についての責任を負うべきものと解する」として、全員について強姦致傷罪の共同正犯の成立を認めた。本判決を前提とすれば、先行者による被害者の姦淫目的での殺害後、中途介入の後行者が死体の姦淫にのみ関与した、致死先行型の強姦致死の中途介入者についても、後行者は死者の性的自由への侵害に加功したとして、強姦致死罪の承継的共犯の成立を認めることとなる⁴⁶⁾、反対説も根強い⁴⁷⁾。仮に承継的共犯の成立を否定するのであれば、死者に対する暴行・脅迫を観念することは困難であるから、中途介入者の姦淫について強姦・強制わいせつ罪の成立を認めることはできない。そうすると、中途介入者の罪責については、正犯の致死行為によって抗拒不能となった被害者に対する、準強姦・準強制わいせつ罪の共犯となるとするのが限界であろう。一方、死者の性的自由を全面的に否定する立場を採るならば、中途介入者の屍姦への関与は不可罰となる。

以上のように、死者の性的自由を死者の占有と同様に否定する立場からは、第1類型について、強姦既遂型の強姦致死罪を認めることは困難である。もっとも、最判昭和23年11月16日刑集2巻12号1535頁は、「およそ、婦女を姦淫する為の手段として用いた暴行の結果その婦女を死亡させたときは、姦淫行為の既遂たと未遂たとを問わず、強姦致死罪が成立し、婦女の死亡後、これを姦するが如き行為は、右強姦致死罪の成立に何等のかかわりはない。……被

告人のこの死姦行為をもって右強姦致死罪の構成事実の一部を判示したものと解するは当らない。」としており、強姦致死罪の成立に姦淫行為の完成を必ずしも要求していない。従って、第1類型について、殺人罪と強姦未遂型の強姦致死罪の観念的競合を認める余地はあるかもしれない⁴⁸⁾。しかし、このように解すると、同一被害者の死を二重評価することになるとの批判を免れないし、死亡に関与していない中途介入の後行者も強姦致死罪の承継的共犯の罪責に問われることになる。むしろ、第1類型については、殺人罪と強姦未遂罪の観念的競合あるいは併合罪と解したうえで、死体への姦淫行為については不可罰とし、屍姦が物理的損壊を伴う場合に限り死体損壊罪との牽連犯を認めるべきではないか。このように考えれば、中途介入の後行者の罪責は、姦淫行為が物理的損壊を伴う場合には死体損壊罪の共犯となり、そうでなければ不可罰となると解されよう。

ところで、上掲の判例事案はすべて、強姦の意思での暴行の途中で被害者の殺害を決意してかかる行為に出て、その後に姦淫行為に及んだものである。それでは、被害者を最初から殺害し、その死体に対しいわゆる屍姦を行う意思で、かかる行為に及んだ場合はどうなるであろうか。従来の判例の立場からは、おそらくは死者の性的自由を死者の占有と同様に保護して、殺人罪と強姦致死罪、あるいは殺人罪と強姦罪の成立を認めることとなろうが、この場合には、生きた「人」に対する強姦の意思での暴行が存在しない。従って、死者の性的自由を否定する立場からは、殺人罪のみの成立を認めるほかないように思われる。このように解すると、さらに強姦関連罪が成立する判例事案と比べて罪責に不均衡が生じるようにも思われるが、判例事案では被害者は強姦の恐怖を体験しつつ生命を奪われるのに対し、屍姦を行う意思での殺人の場合には、被害者は突然生命を奪われるものの強姦の恐怖は体験していない⁴⁹⁾。加えて、科刑に死刑を含む殺人罪が成立することを考えれば、必ずしも不均衡とは言い難いのではなかろうか。

V おわりに

本稿では、まず、死者の占有を巡る諸類型、すなわち、行為者が、はじめから被害者の占有する財物の奪取を目的としてこれを殺害し、死体から財物を領得した第1類型、行為者が被害者を殺害した後に、被害者が生前に占有していた財物を領得する意思を生じて、これを領得した第2類型、被害者の死亡とは無関係な第三者が、死者が生前に占有していた財物を領得した第3類型について、基本となる第2・第3類型を検討したうえで、第1類型の検討を試みた。

判例は、死者の占有を殺害者との関係で、殺害と財物領得との時間的・場所的近接性がある限りにおいて限定的に保護し、第2類型では窃盗罪、第3類型では占有離脱物横領罪の成立を認める。これに対し、本稿では、死者は占有の意思を持ち得ず、従って死者の占有は全面的に否定すべきとの立場から、両類型ともに占有離脱物横領罪と解すべきとした。第1類型については、判例・学説ともに強盗殺人既遂罪が成立することに異論はないが、強盗殺人罪を結果的加重犯ないし結合犯と解すると、その基本犯、あるいは結合犯の一部である強盗罪が既遂となると説明する必要があった。そのため、殺害と同時に占有が被害者の相続人、あるいは殺害者本人に移転するとの主張が展開されているが、必ずしも成功しているとは言い難い。あるいは、強盗殺人罪を強盗未遂も含めた「強盗犯人」による殺人罪の不真正身分犯として構成するならば、占有移転の完成を必ずしも必要としないから、死者の占有否定説を3類型すべてについて貫徹することが可能であり、私はこちらを妥当と考える⁵⁰⁾。しかし、強盗殺人罪を結果的加重犯あるいは結合犯とする立場に拠ったとしても、強盗殺人罪を、強盗既遂罪ではなく強盗未遂罪の結果的加重犯、あるいは強盗未遂罪と殺人罪の結合犯と解するならば、死者の占有否定説を貫徹しうるとした。このように考えるならば、殺害後の財物領得については占有離脱物横領罪の成立を認めることになるものの、これは強盗殺人罪に吸収されると解しうるとした。

さらに本稿では、死者の性的自由の問題について、死者の占有と同様の類型化を試みた。すなわち、被害者を姦淫目的で殺害後に死体に対し姦淫を行った、死者の占有の第1類型類似の類型、行為者が被害者を殺害した後に、被害者の

死体を姦淫する意思を初めて生じこれを姦淫した、死者の占有の第2類型類似の類型、被害者の死亡とは無関係な第三者が死体を姦淫した、死者の占有の第3類型類似の類型である。

この問題については判例・学説の展開が乏しいが、第2・第3類型については、死者の占有と同様に死者の性的自由を否定するならば、姦淫については不可罰と解さざるを得ないとした。第1類型については、判例は殺人罪と強姦致死罪の観念的競合となし、有力説は、死の結果の二重評価を避けるため、殺人罪と強姦罪の観念的競合と解すべきとする。しかし、死者の性的自由を相対的にであっても肯定するという前提に立たねば、強姦既遂罪の成立を認めることはできないはずである。従って、本稿では、殺人罪と強姦未遂罪の観念的競合あるいは併合罪と解したうえで、死体への姦淫行為については不可罰と解すべきであるとした。

死者の占有は、第2・第3類型については十分な検討が行われており、今日では否定説が次第に有力となりつつあるといえる。しかし、両類型に比べ、第1類型についての検討は十分になされていない。今後も、民法上の「相続人の占有」の是非も含めて、議論を重ねていく必要がある。

さらに、死者の性的自由については、死者の占有と同様の議論を展開する余地があるにもかかわらず、死者の占有に比べて議論が尽くされているとは到底言い難い状況にある。この問題についても、死者の占有と並行して議論を進めていく必要がある。

註

- 1) 高橋貞彦「死者の携帯品と占有」藤木英雄＝板倉宏編『刑法の争点』(新版・1987年)250頁は、「死者の占有」を死者の携帯品に限定して問題とする。しかし、行為者が死亡した者の生前一人で住んでいた家屋に忍び込み財物を領得するような行為についても、家屋内の財物に対する「死者の占有」を認めるか否かで、窃盗罪が成立するのかが、あるいは占有離脱物横領罪が成立するのかが変化する。領得される財物が死者の生前占有していたものであるか否かは重要であるが、死者の携帯品であるか否かはさして重要ではないように思われる。ただし、江家義男『刑法各論』(増補・1963年)278頁は、財物の領得が窃盗罪と占有離脱物横領罪のいずれを構成するかは、財物が「社会観念上、他人の支配を排除する状態」にあったか否かによって判断すべきで、占有者

の生死を問題とすべきではないとする。財物を死者の携物品に限定して論ずる立場は、この主張に拠って、死者の携行品を「他人の支配を排除する状態」にある財物と解する限りにおいて、意義があるといえよう。

- 2) 大沼邦弘「死者の占有—窃盗罪・強盗罪と占有離脱物横領罪の関係—」芝原邦爾編『刑法の基本判例』（1988年）131頁。
- 3) 内田文昭「死者の占有」下村康正＝八木國之編『法学演習講座⑨刑法各論』（1971年）368頁。
- 4) 大山弘「死者の占有と窃盗罪の成否」法学セミナー45巻2号（2000年）110頁は、本判決について、犯行現場が「生前と何ら変わらない平穏な管理状態が維持され、施錠されている居室」であることを理由に、死者の占有の保護の必要性を重視した結果、場所的近接性を事実上度外視し、時間的近接性を緩和したものであると指摘する。
- 5) 大沼・基本判例130頁。
- 6) 大沼・基本判例131頁，同「死者の占有」平野龍一他編『刑法判例百選Ⅱ各論』（第3版・1992年）59頁。
- 7) 大沼・基本判例131頁参照。
- 8) 最判昭和44年10月30日民集23巻10号1881頁，我妻榮（有泉亨補訂）『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（1983年）483頁，鈴木禄弥『物権法講義』（5訂版・2007年）104頁，近江幸治『民法講義Ⅱ物権法』（第3版・2006年）188頁，内田貴『民法Ⅰ総則物権総論』（第4版・2008年）415頁。
- 9) 我妻・前掲書484頁，鈴木・物権法104頁，近江・前掲書188頁。
- 10) 大沼・基本判例129頁。
- 11) 大連判大正11年12月22日刑集1巻815頁，団藤・各論596頁，藤木『刑法講義各論』（1976年）301頁，西原春夫『犯罪各論』（第2版・1983年）223頁，大谷實『刑法講義各論』（新版第3版・2009年）241頁，西田典之『刑法各論』（第6版・2012年）187頁，林幹人『刑法各論』（第2版・2007年）221頁，堀内捷三『刑法各論』（2003年）139頁，山口厚『刑法各論』（第2版・2010年）241頁。なお，平野『刑法概説』（1977年）211頁は，財物奪取が未遂である場合には，強盗致死傷罪の基本犯である強盗罪が未遂であるから，強盗致死傷罪も未遂とすべきとする。
- 12) 大沼・基本判例129頁は，「死後の奪取は殺害を手段とする財物奪取として評価できるものでなければならない。右②，とくに③の場合についてまで強盗殺人罪の成立を認めることには疑問がある」とする。
- 13) 町野朔『犯罪各論の現在』（1996年）167頁。
- 14) 小野清一郎『刑法講義各論』（新訂3版・1950年）245頁，同「傷害致死の因果関係—不法行為により得たる財物の保護—既に死亡したる者よりの窃盗—牽連犯における手段と結果」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集4巻（昭和16年度）』255頁。
- 15) 大谷・各論198頁，西田・各論145頁，山口・各論178頁。
- 16) 植松正『刑法概論Ⅱ各論』（再訂・1975年）361頁，大谷・各論202頁，西田・各論146頁，山中・前掲書248頁，山口・各論183頁，伊東研祐『刑法講義各論』（2011年）140頁，高橋則夫『刑法各論』（2011年）235頁，大沼・百選Ⅱ（第3版）59頁，山本輝之「死者の占有」西田他編『刑法判例百選Ⅱ各論』（第6版・2008年）59頁。
- 17) 牧野英一『刑法各論下巻』（1951年）574頁。
- 18) 牧野・前掲書575頁。
- 19) 大塚仁『刑法概説（各論）』（第3版増補版・2005年）187頁，福田平『刑法各論』

- (全訂第3版増補・2002年) 225頁, 香川達夫『刑法講義〔各論〕』(第3版・1996年) 495頁, 川端博『刑法各論講義』(第2版・2010年) 316頁。
- 20) 香川・前掲書495頁。
 - 21) 団藤重光『刑法綱要各論』(第3版・1990年) 571頁。
 - 22) 前田雅英『刑法各論講義』(第5版・2011年) 261頁。
 - 23) 藤木・各論302頁。
 - 24) 拙著「強盜関連罪の身分犯的構成(三・完)」成城法学第77号(2008年) 77(218), 105(190)頁。
 - 25) 前注8) 参照。
 - 26) 佐伯仁志=道垣内弘人『刑法と民法の対話』(2001年) 173頁(道垣内)。
 - 27) 泉二新熊『日本刑法論下巻(各論)』(第42版・1931年) 688頁。
 - 28) 泉二・前掲書689頁。
 - 29) 大谷・各論240頁。
 - 30) 鈴木『相続法講義』(改訂版・1996年) 40頁, 内田貴・前掲書415頁。
 - 31) 大谷・各論239頁。
 - 32) 高橋(貞)・前掲論文250頁。
 - 33) 木村亀二『刑法各論』(1938年) 123頁, 植松・各論404頁。
 - 34) 江家・前掲書303頁。
 - 35) 西村克彦『刑法運用論』(1991年) 238頁。
 - 36) 強盜殺人罪を不真正身分犯と構成するものとして, 拙著・前掲論文127(168)頁。
 - 37) 植松『刑法概説I総論』(再訂・1974年) 344頁, 福田『刑法総論』(全訂第5版・2011年) 271頁。
 - 38) 山口『刑法総論』(第2版・2007年) 350頁, 林『刑法総論』(第2版・2008年) 380頁。
 - 39) 藤木『刑法講義総論』(1975年) 290頁, 大谷『刑法講義総論』(新版第3版・2009年) 422頁, 西田『刑法総論』(第2版・2010年) 366頁。
 - 40) 藤木・総論291頁(強盜説), 大谷・総論425頁(否定説)。
 - 41) 団藤編『注釈刑法(4)』(1965年) 297頁(所一彦)。
 - 42) 西原・前掲書179, 188頁。
 - 43) 大塚・前掲書543頁, 川端・前掲書632頁, 山口・各論524頁, 高橋(則)・前掲書566頁。
 - 44) 大塚・前掲書106頁, 大谷・各論123頁, 西原・前掲書177頁, 西田・各論96頁, 林・各論97頁, 山口・各論116頁, 高橋(則)・前掲書134頁。
 - 45) 山口・各論115頁。
 - 46) 福田・総論275頁参照。
 - 47) 大谷・総論425頁。なお, 平野『刑法総論II』(1975年) 382頁参照。
 - 48) 山口・各論115頁参照。
 - 49) 強盜殺人について同様の言及をするものとして, 西村『強盜罪考述』(1983年) 序文iii頁。
 - 50) 前掲注36) 参照。

(かんもと・たかよし)