

I. 事実の概要

5 2003年10月12日の夜20時頃、甲は自動車を運転中に帰宅途中のA女を見かけ、同女を姦淫する目的で、家まで乗せてやると欺き自動車に乗せて人通りの少ない地域に赴き、嫌がる同女を無理やり降車させた上、近くの草地内に引っ張り込み同女を姦淫した。その後、甲は犯行が発覚することを防止するため、同女の殺害を決意し、その首を絞めて窒息死させ、その死体を特に草が生い茂った場所に隠したが、その際同女の腕から同女所有の腕時計1個(価格約2万円)をもぎ取ってその場から離れた。

10 甲が離れて2時間ほどしてからたまたま通りかかった乙は、草むらの中にキラリと光るものを見つけ草をかき分けるところA女の死体を発見した。乙はAの会社の同僚でありかつ元恋人であったが、自分を振って結婚したA女とその夫Bのことを快く思っていなかった。そこで、乙はAの左手薬指で光を放つ指輪(価格約10万円)を外して持ち帰り、売り払

15 った。

II. 問題の所在

甲はA女の殺害後、腕時計窃取の意思を発生させている。このとき、甲にどのような罪が成立するか。死者に財物の占有が認められるかが問題となる。

20

III. 学説の状況

A説：強盗罪の成立を認める説¹

行為者の暴行・脅迫によって生じた被害者の意思の抑圧状態を利用して財物を奪取したときにも強盗罪が認められるのであるから、自己の殺害行為という暴行によって生じた被害者の完璧な抗拒状態を利用して財物を奪取した以上、強盗罪が認められるとする説

25

B説：窃盗罪の成立を認める説

B-1説：死者の占有を保護する説²

死者の占有という観念を肯定し、被害者自身が死後にもその財物の占有を継続して有するとする説。

30

B-2説：死者の生前の占有を保護する説³

死者の占有は否定するが、被害者の生前に有していた占有が、被害者を死亡させた犯人に対する関係では窃盗罪の成立を認め、その死亡の原因と全く無関係な第三者が、死体の

¹ 藤木英雄『刑法講義・各論』(弘文堂,1974年)302頁。

² 小野清一郎『新訂刑法講義各論〔第三版〕』(有斐閣,1950年)245頁。

³ 大塚仁『刑法概説(各論)〔第三版増補版〕』(有斐閣,2005年)187頁。

帯びていた財物を窃取した場合には占有離脱物横領罪が成立するに過ぎないとする説

C説：占有離脱物横領罪の成立を認める説⁴

- 占有の主体が死亡して存在しなくなった以上は、財物の占有は消滅したのであるから、
5 占有の侵害はないと解すべきであり、占有離脱物横領罪が成立するにとどまるとする説

IV. 判例

東京高判昭和 39 年 6 月 8 日

<事実の概要>

- 10 被告人は、自身と同棲する情婦の殺害から約 3 時間ないし 3 日半経過した後、室内に遺留された同女の財物を持ち去った。

<判旨>

- 「……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、当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
15 と見るのが相当であるから、かかる行為全体の刑法上の効果を総合的に評価し、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、継続的に保護することが、……社会通念に合致するもの……」

<見解>

- 20 室内に遺留されている場合の事例とはいえ、3 日半の経過についても、当該被告人との間で死者の占有を肯定している、そのため、本問の甲のような事例については、死者の占有の継続性を肯定することにつながりうると考える。

福岡高判昭和 50 年 2 月 26 日

- 25 <事実の概要>

被告人は、被害者を殺害後、財布ごと背広などを隠して、いったん帰宅した。その後、8 時間半後に戻って財布を持ち去った。

<判旨>

- B（被害者）の死体から背広上衣等を脱がせたのも、これら背広上衣等を殺害の現場から死
30 体埋没の場所まで死体と共に運んだのも、また死体を埋めた地点から一二・七メートル離れた柳の木の根元に背広上衣類を隠したのも、皆ほかならぬ被告人本人の行為であって、かかる状況の推移は被告人の意図的行動の結果にほかならないところである。……死体埋没の地点と背広上衣等の隠匿地点とが僅かに一二・七メートルの至近の場所でビニールを覆っていたため他人の発見し難い状態であった等の諸状況に徴すると、殺害後約八時間半
35 を経過していてもなおBの死後の占有は、これら背広上衣やそのポケット内の在中品に継

⁴ 大谷實『刑法講義各論〔新版第四版〕』（成文堂,2013年）202頁以下。

続して及んでいたものといわねばならない。

<見解>

財物に対する排他的支配が認められる場合について、屋外であっても 8 時間半の経過後に死後の占有を肯定している。そのため、本問のような事例においても十分に肯定しうると考えられる。

5

V. 学説の検討

A 説について

10 窃盗罪の構成要件は暴行・脅迫によって財物を強取したと規定されているのであるから、同罪が成立するためには、暴行・脅迫行為を行う時点での強盗の故意、すなわち、暴行・脅迫を手段として財物を奪うという意思が必要である。よって、殺害後にはじめて財物奪取の意思を生じ死体から財物を奪った場合に強盗罪の成立を認める A 説は妥当ではない。したがって、検察側は A 説を採用しない。

B 説について

15 B-1 説について

死者は権利の主体として存在しないのだから、「死者の占有」はフィクション以外の何ものでもなく、死体がいかに生々しくみえようとも、死者を法益主体として認めることはできない。よって、B-1 説は妥当ではない。したがって、検察側は B-1 説を採用しない。

B-2 説について

20 まず、死者には占有の意思も、財物に対する現実的な支配の事実も認めがたいから、死者を占有の主体と解することは妥当ではない⁵。しかし、そうかといって、殺害犯人が被害者の財物を領得しても占有離脱物横領罪にすぎないというのは形式的すぎる。このようなばあいには、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るのが法の目的にかなうものである。被害者を死亡させた犯人に対する関係では、被害者の死亡と時間的、
25 場所的に接近した範囲にある限り、刑法的保護に値するのであり、犯人が被害者を死亡させたことを利用してその財物を奪取したという一連の行為を全体的に評価して、その奪取行為は窃盗罪を構成するもの⁶と解すべきである。

30 殺害犯人の占有侵害行為と占有取得行為は、客観的に見る限り、ともに被害者の財物に対する占有ないし財物に対する所有権という共通の保護法益の侵害に向けられた行為である。また、占有侵害行為と占有取得行為は、同一の場所でしかも時間的にも相前後しており、因果的関連性が認められる。さらに、占有取得行為の段階で、既に自己の行った殺害行為によって惹起された占有権侵害状態を積極的に利用しようとする意思をもってその占有を取得した以上、両行為の間に主観的なつながりも認められる。よって、一連の行為と

⁵ 福田平『全訂刑法各論〔第三版増補版〕』（有斐閣,2002年）224頁以下。

⁶ 川端博『刑法各論講義〔第二版〕』（成文堂,2010年）153頁。

評価するのが妥当である⁷。

次に、この B-2 説では被害者の死亡と全く無関係の第三者が死体からその財物を領得した場合には、占有離脱物横領罪が成立すると考える。これに対しては、同じ占有の存否が行為者いかん(殺害者か第三者か)によって異なる、という批判があるが、殺害者本人が奪う場合は、自分で殺してさらに被害者から奪っているという意味で当罰性が高い⁸ ので、殺害者と第三者で差があるのは妥当な結論であるといえる。よって、B-2 説は妥当である。したがって、検察側は B-2 説を採用する。

C 説について

この説は、被害者の死亡によって占有の主体が存在しなくなった以上は、財物の占有は消滅したのであるから、殺害直後に生前の財物を取り去る場合であると、時間を経過した後はその財物を取り去る場合であるかを問わず、占有の侵害はないので占有離脱物横領罪しか成立しない⁹ と主張する。

しかし、殺害犯人が被害者を殺害して財物の占有を失わせておきながらその財物を取得する行為が法定刑の軽い占有離脱物横領罪にしかならないのは刑のバランスを欠くといえ、いかにも現実的ではなく形式的思考にすぎない¹⁰ といえる。また、殺害犯人が被害者の殺害後に領得意思を生じて被害者の財物を奪取する場合について、占有離脱物横領罪が成立すると考えると、殺人行為の持つ生命侵害行為の側面は殺人罪で評価できても占有侵害行為の側面は殺人罪ではカバーされない¹¹ ので、占有侵害行為の部分が刑法的に評価されなくなってしまい不当である¹¹。よって C 説は妥当ではない。したがって、検察側は C 説を採用しない。

VI. 本問の検討

第 1. 甲の罪責

1. 甲は A に対し姦淫しているが、かかる行為に強姦罪(177 条)が成立しないか。

「暴行」(177 条)とは反抗を著しく困難にするものである。本問では、甲の A を姦淫目的で車に乗せ人気のない地域まで連れて行き、近くの草地内に引っ張った行為は、女性である A にとっては反抗を著しく困難にする行為といえ、「暴行」にあたる。そして、甲は姦淫におよんでいる。甲の暴行を手段とし A を姦淫しているため、因果関係も認められる。

また、強姦罪の故意も認められるから、甲のかかる行為に強姦罪(177 条)は成立する。

2. 甲は A 女を姦淫した事実を隠蔽するため、A の首を絞めているが、かかる行為に殺人罪(199 条)が成立しないか。

首を絞める行為は、息を吸うことができなくなり、人間の生理的機能を侵害するものと

⁷ 大塚裕史『刑法各論の思考方法〔第三版〕』(早稲田経営出版,2010 年)64 頁参照。

⁸ 大塚裕史・前掲 63 頁参照。

⁹ 大谷・前掲 202 頁。

¹⁰ 大塚・前掲 187 頁。

¹¹ 大塚裕史・前掲 63 頁以下参照。

いえる。ゆえに、甲がA女の首を絞めた行為は殺人罪の実行行為性を有する。
結果的にAは窒息死しており、甲の行為と結果に社会通念上因果関係は認められる。
さらに、甲は殺害を決意して犯行におよんでいるから、故意(38条1項)も認められる。
従って、殺人罪は成立する。

5 3. 甲はAの死体を草の生い茂った場所に隠しており、かかる行為に死体遺棄罪(190条)が成立する。

10 4. 甲がA女殺害後、A女の腕から同女所有の腕時計1個をもぎとって離れた行為に、窃盗罪(235条)が成立しないか。A女がすでに死亡していて、占有の意思がない以上「他人の物」(235条)とは言えないため、窃盗罪が成立しないようにも思える。そこで死者の生前の占有が認められるか問題となる。検察側はB2説を採用する。

15 死者の占有は占有の意思はない以上「他人の物」にはあらず、窃盗罪が成立しないのが原則である。もっとも、被害者が生前に有した占有は、被害者を死に至らしめた犯人に対する関係で、被害者の死亡と時間的場所的に近接した範囲内にある限り、刑法上の保護に値するのであり、一連の行為を全体的・規範的に評価して窃盗罪の成立を認めうると考

本問では、A女を殺害した犯人は甲であり、さらに当該甲がA女の死体を遺棄した直後に同女の腕から時計を奪っている。これは時間的に近接し、かつ死体を遺棄した場所で窃盗を行っているから場所的近接も認められる。以上から、A女の生前の占有を保護する刑法上の必要性があり、死後のA女の時計は「他人の物」として保護される。

20 そして、甲は「他人の物」であるA女の時計を奪っており、A女的意思に反し占有を甲に移転させたといえ「窃取する」と言える。さらに権利者排除意思、利用処分意思も見られ不法領得の意思も有している。

以上より、甲のかかる行為に窃盗罪が成立する。

第2. 乙の罪責

25 1. 乙がA女のもつ指輪をはずして持ち帰った行為に窃盗罪(235条)が成立しないか。

まず、乙は現場にたまたま通りかかったものであり、A女の殺害とはなんら関係のない第三者であり、さらに甲が離れ2時間ほどたち乙は現れている。このことから、時間的場所的接着性は認められない。したがって、乙との関係では「A女の占有」を刑法上保護しえないから、乙に窃盗罪は成立しない。

30 では、占有離脱物横領罪(254条)が成立しないか。

死者であるA女の時計は「占有を離れた他人の物」である。そして、乙はA女の指輪を奪い売り払っている。これは、所有者でなければできない処分であり不法領得の意思の発現といえ「横領した」(254条)にあたる。

よって、乙は占有を離れた他人の物を横領したといえ、占有離脱物横領罪が成立する。

35

VII. 結論

甲の本件行為には強姦罪(177 条)、殺人罪(199 条)、死体遺棄罪(190 条)、窃盗罪(235 条)が成立し、これらは手段・結果の関係にない別個の行為によるので、併合罪(45 条前段)となる。

乙の本件行為には占有離脱物横領罪(254 条)が成立する。

5

以上