

# 人を殺害した後領得の意思を生じてその生前の財物を 奪取した場合の窃盗罪の成否

—いわゆる死者の占有について—

村 上 朝 満

(文理学部 法学研究室)

## “Der Gewahrsam eines Verstorbenen”

Asamitsu MURAKAMI

(Kochi Universitat)

### も く じ

- 一. は し が き
- 二. 判 決 例
- 三. 学 説
- 四. われわれの理解
- 五. あ と が き

#### 一. は し が き

刑法上いわゆる“死者の占有”が問題になるのは、団藤教授が指摘されるように三種の場合がある。第一に人の殺害を手段として物を取る場合、第二に人を死亡させたのち、はじめて領得の意思を生じて、相手が所持（占有）<sup>(1)</sup>していた物を領得した場合、第三に人の死亡が行為者と無関係であった場合に死体の帯びている物を領得するばあいである。第一は強盗殺人罪になるかどうか、第二は窃盗罪を構成するか、第三は占有離脱物横領罪にしかならないかどうかという問題に関連してである<sup>(2)</sup>。

本稿では第二の場合をとりあげ、窃盗罪になることを論じ<sup>(3)</sup>、その理由としていわゆる刑法上の占有はもともと「自己の為めにする意思」（したがって一般に支配意思）を必要とせず、客観的に誰かが管理している状態にあることを認められれば足りることを主張する。またそれが第一の場合、第三の場合にも同一の関係で問題が解決できることは後日にゆずることとする<sup>(4)</sup>。

(1) 占有とは、財物に対する事実上支配を意味すると一般に解されている。

(2) 団藤・刑法綱要各論462頁、同法解釈刑法(6)各則(4)35頁

もっとも団藤教授の場合“死者の占有”を考察する場合、死体そのものが身につけていた財物の奪取を念頭においておられると思われるが、問題は死体からでなく死体をはなれた場所、例えば死体が存在する室内はもとより死体が運び出された後の室内の財物も、さらに人が室外で殺害された場合の室内の財物の奪取等もこれに関連させて考えなければならないであろう。

(3) 殺害された被害者が白骨になっていても窃盗罪になると主張するものではないことを後述する。

(4) 窃盗罪の法益が占有そのものか、それとも本権ないし原権であるかは本稿のタッチするところではないが、少なくとも行為との関連で占有を分析しなければならないことにはふれられるであろう。しかし占有そのものの分析は本稿の目的外である。

## 二. 判 決 例

判例はどうなっているか以下6判決例を概観してみよう。

(一) まず“死者の占有”で最も基本的な判例は、昭和16年11月11日の大審院の判例である<sup>(1)</sup>。事案は、賭博仲間たる被告人と被害者は茶屋で飲酒した後、被害者宅方面に向う途中、被告人は賭博に負け所持金が僅少であったので被害者に「小遣を呉れ」と申し向けたが、素気なく拒絶された。被告人は酔余していて執拗に再三繰返し要求していたところ、被害者より突飛ばされたので激昂し、手で頭を殴り、逃げるところを追跡して、顛倒させたり、外套を捉えたり、また互に掴み合っただけで被害者の顔面を引掻く等の暴行を続けたが、用水堀の暗渠上にさしかかった際、被告人が手を差出して被害者を捕えようとしたので、被害者はその手を払い除けながら後退し、足を踏み外し、同用水堀に墮落し、被告人の前述のごとき暴行により、生前血液循環系統の疾患をもっていた被害者を心臓麻痺で死亡させた。その後同用水堀内に於て被害者が所持していた現金在中の財布一個を窃取したものである。

これに対し、大審院は道義的法律理念と伝統的正義感情をもとにして、「……本件被害者ガ本件犯罪当時右金員ヲ所持シ居リタリヤ否ヲ按ズルニ、被告人ガ判示金員奪取行為ニ出デタル当時ニ於テハ被害者ハ既ニ被告人ノ傷害致死行為ニ因リテ死亡シ居リタルコトハ原判決ガ証拠ニ拠リ認定スルコトニ徴シ明白ナリ。從テ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、且本件犯罪ノ現場ガ野外ニシテ被害者ノ相続人其ノ他右金員ヲ現実ニ支配セル者ガ一人モ存在セザリシコト記録ニ徴シ明瞭ナル本件ノ場合ニアリテハ、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、開ハ窃盜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俟タザルトコロナリス。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之ヲ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害者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連ヲ有スルコトナクシテ卒然占有離脱物ニ直面セルニ反シテ、本件被告人ハ、原判決ニ徴シ明白ナルガ如ク、嘗ニ自ら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主観的ニ認識シ居リタルモノニシテ、兩者ノ間ニ犯罪実質上ノ逕庭ヲ存スレバナリ。加之、本件被告人ハ、右ノ如キ実情ニ乗ジ自己ノ右意識の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原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路傍ニテ遭遇セシ屍体ヨリ金員ヲ領得スルガ如キ場合トニ於テハ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適切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ノ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、其ノ生存ヨリ死亡ヘ推移スル過程ヲ單純ニ外形的ニノミ觀察シ、アラユル特殊事情ニ眼ヲ覆フテ之ヲ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アリテハ其ノ具体的事情ヲ參酌シテ被害者ガ生前有シタリシ財物ノ所持ヲ其ノ死亡直後ニ於テモ尚繼續シテ保護スベキ実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聯ノ被告人ノ行為ハ、他人タル被害者ノ死亡ナル外部的行為ニ因リテ前後ニ截然區別セラルルコトナク、客観的ニハ勿論、主観ニモ利用意図ノ媒介ニ依リ前後不可分のニ一体ヲナ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結果ヲ綜合的ニ評価シ、以テ被害者ノ財物ノ所持ヲ其ノ死亡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実情ニ適合スルヲ以テナリ。斯クシテ本件ノ場合ニアリテハ被告人ノ前述特殊ノ状態ニ於ケル窃取ノ方法ニ依リテ他人ノ財物ニ対スル所持ヲ侵スノ意思アリタルモノト謂フベク、被告人ノ原判示金員奪取ノ行為ハ結局窃盜罪ヲ構成スル」と判決した。

すなわち財物は被害者の死亡により、その占有を離れたことを認めつつ、野外で、しかも相続

人、その他財物を現実に支配する者が存在しないので、窃盗罪でなく占有離脱物横領罪を構成するところ（特に第三者の場合にはそうであると例示しつつ）だが、本件の場合には被告人が自ら占有離脱の原因である被害者の死亡を客観的に惹起し、主観的には自らその事実を認識しているし、しかも野外で被告人以外だれもいないことに乗じて自己の意識的行為の結果を故意に利用して占有を離脱させた財物を被害者の死亡直後に奪取した。このような場合にはその具体的事情を参酌して被害者の生前もっていた財物の所持をその死亡直後に於ても尚継続して保護すべき実質上の理由が存在する。すなわち被告人の財物奪取の一連の行為は、前後不可分の一体のものと観るのが相当であり、また特殊の状態に於ける窃取の方法で他人の財物に対する所持を侵す意思があったと謂うべきで、結局窃盗罪を構成するとしたのであった。以下の判決例のリーディング・ケースになったものである。

(二) 次に東京高裁昭和26年7月17日<sup>(2)</sup>は、被告人は、懇ろになった人妻である被害者から、その家庭の不満や被告人と夫婦になれないこと等から世を悲観して、死の逃避行を求められたので、相携えて箱根の温泉等を廻り歩いていたが、所持金を使い果した。そして或る山林内において被害者から「先に自分を殺してくれ」と頼まれてこれを承認し、所持していた拳銃で被害者を射殺した。その直後、俄かに帰郷旅費に充てるため被害者が身につけていた指輪と腕時計を取った事案に対し、「一般には財物の占有者が死亡した場合においてそれが人里離れた場所であった場合には、その占有権を承継取得すべき被害者の相続人、その他右財物を現実に支配する者がその場に存在しないから、右被害者の占有していた財物は占有離脱物となるとも考えられるが、……被告人は……自ら右財物の占有離脱の原因たるつた（被害者＝筆者註）の死を客観的に惹起したのみならず更にその事実を主観的に認識した」のであるし、また「被告人がその所持品の所有権乃至は事実上の支配権を取得するものとすべき何等の根拠」もない、「むしろ、社会通念に照らし被害者たるつたが生前所持した財物はその死亡直後においてもなお継続して所持しているものと解し、これを保護するのが法の目的に叶うものと謂わなければならない。蓋し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に一体をなしていると見るのが相当であるから、かゝる行為全体の刑法上の効果を総合的に評価し、以て被害者の所持をその死亡直後においてもなお継続的に保護することが犯罪の具体的実情に適合し、惹いては社会通念に合致するものと謂うべきである。」として窃盗罪を構成するとした。これは上記昭和16年大審院と全く同一の理論づけである。

(三) 昭和37年12月3日東京地裁<sup>(3)</sup>は上の二つの判例とはやゝ異っている。被告人は被害者と別居中であったが、被害者は被告人が将来真面目に生活するならば復縁が可能であるかの如き言質も与え、かつ被告人の要求に応じ情交関係を結ぶこともあつたところ、昭和37年5月28日午後9時すぎ頃、被告人はアパート内の被害者の居室へ赴き、「午後10時すぎ頃、情交関係を結ぶべく同床したが、その際過って同女の唇を強く咬んだところ、同女はその態度を一変し、情交を拒絶すると同時に今後被告人がたとえ真面目な生活に戻ったとしても復縁に應ずる意思はないことを告げ、即刻この部屋より退去するよう強い語調で迫ったので、その態度の急変ぶりと、これにより将来復縁の希望は断たれるに至ったものと考えたこと、並びに先刻写真のことではげしい嫉妬を感じたこと等が相俟って同女に対する憤満が一時に嵩じ、突嗟に同女を殺害しようと思ひ、仰臥していた同女に馬乗りとなって両手でその頸部を強く締めつけ、途中で一旦手を放すや、同女が再び呼吸を始める気配が見えたため、さらに引き続き傍にあった日本手拭で頸部を締め、……殺害した後、間もない同日午後11時頃、右翠山アパート内の同女の居室において、同女が生前所持したままの状態にあつ

た現金7,000円を窃取し」、……その後「知人と都内のバー等を廻って飲酒したり旅館で宿泊したうえ、翌5月29日午前8時頃、前記翠山荘アパート内の洋子の居室へ赴き、同女が死亡した結果その相続人……の共有に帰したが、まだ何人の占有にも属さない状態にあった同女名義の郵便貯金通帳1冊(預金高11,000円)を、自己において預金を引き出し使用する目的で、ほしいままに取得し、同所より持ち去って横領した」。すなわち、殺害直後の場合は窃盗罪を認定し、約9時間経過した後、立ち戻って貯金通帳を持ち去った点は占有離脱物横領罪としたものである。そしてその判決理由を、前記大審院判決の存在を認識したうえ、「人の死亡により原則としてその者の占有を離脱するものではあるが、刑法上財物に対する占有の有無を論ずるに当っては、ただ右の一事のみを捉えて画一的に決定することは適当でなく、その際における具体的事情、例えば、財物奪取者の被害者の死亡に対する責任の有無、財物奪取と死亡との時間的接着並びに機会の同一性の有無等の諸点を考慮のうえ財物の占有を保護する刑法の理念に鑑み、なお死者において財物を占有しているものとの評価を与えることが相当な場合も存在する」、したがって直後の場合は窃盗罪に間擬されるが、「しかし、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ものと解」し、本件の場合の立戻って郵便貯金通帳一冊を取った点は「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、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、最早死亡した洋子に右通帳の占有を認めることはできないものといわなければならない」として占有離脱物横領とした。一定の時間的限界を認めたのである。もっとも、「直ちに」という点を強調しているところからしてみると昭和16年の大審院の判決理由にあまりにも形式的にとらわれすぎた判決理由ではあったと思うが、一定の制限を“死者の占有”に認めなければならなかったのであろうか。この点さらに次の東京高裁の判決が出た。

四 東京高裁昭和39年6月8日判決<sup>(4)</sup>において、被告人はその情婦である被害者と家屋を借りて同棲しているうち、昭和38年3月30日午後6時過頃、同家屋内で被害者を背後から頸部に寝巻の紐をかけて絞め死した後、同日午後8時過頃、被害者の死体を車ではこび、海岸に投げ棄てて、遺棄し、同日の午後9時過頃、同棲先に戻り、被害者の指輪一個を窃取し、またその約86時間後の4月3日午前8時過頃、同所において同被害者所有の腕時計一個、ネックレス一個、シリコンクロス一枚および現金200円を窃取した事案に対し、「人の財物に対する所持の保護は、もとよりその人の死亡により原則的には、これを終結すべきものであるけれどもその生存から死亡への推移する過程を単純に外形的のみ観察し、あらゆる特殊な事情に眼を覆って、これを一律に決定するようなことは、法律評価上これを慎まなければならない。本件において、被告人は、塚本久代を殺害し、みずから久代の死を客観的に惹起したのみならず、さらに、その事実を主観的に認識していたのであるから、刑法254条の占有離脱物横領とは、その法律上の評価を異にし、かつ、被告人の奪取した本件財物は、右久代が生前起居していた前記家屋の部屋に、同女の占有をあらゆる状態のままにおかれていて、被告人以外の者が外部的にみて、一般的に同女の占有にあるものとみられる状況の下にあったのであるから、社会通念にてらし、被害者たる久代が生前所持した財物は、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、継続して所持しているものと解し、これを保護することが、法の目的にかなうものといわなければならない。けだし、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、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、本件犯罪の特殊な具体的実情に適合し、ひいては、社会通念に合致するものというべきである。」として窃盗罪を構成するとした。

この判決は前記三判決例とは相当趣を異にする、まず事実にて死体を室内から野外へ棄てにを行った後、室内の財物を取った点、これは、「直後死体から」取ったものでない点昭和16年大審院と昭和26年東京高裁との差があるだけでなく、さらに昭和37年東京地裁とは、殺害後窃取までの時間的な融りにおいては、この判決例の方がより遠いのであった。特にそれぞれの後者の財物奪取の点を比較すれば、昭和37年東京地裁は9時間後、本件は86時間後であって、前者は占有離脱物横領罪で本件の場合は窃盗罪である。前者は「直ちに」という要件を重視し、本件は被害者の生前の室内における占有の態様ないし状態を重視したものであろうか。いずれにしても正反対の結論が判決になっている<sup>(5)</sup>。

ではその後の判決の流れはどうなっているかを観てみよう。

(四) 昭和41年4月8日最高裁第2小法廷判決<sup>(6)</sup>はいわゆるかっこ判決ではあったが、次のごとくである。

被告人は左官業に従事していたが、以前にも何回か女性を強姦したことがあったが、今回も仕事の帰途、自動車を運転しながら飲み廻っているうち、路上で、被害者が歩いているのを見て、劣情を催し、家まで送ってやると欺き、自動車に乗せ、しばらくして、嫌がることを無理に降車させた上、周囲に全く人家の眺められない草地に引張り込んで強姦したが、自己の身許が知られ、犯行が発覚するのをおそれて、被害者を殺害した。その後被害者の死体を穴を掘って埋没し、その際同女の所有であった腕時計一個をもぎ取ったものである。1,2審とも、この点窃盗罪にあたるとしたが、被告人側から上告して、遺失物横領罪にしかならないと主張したが、最高裁は「(被告人は、当初から財物を領得する意思は有していなかったが、野外において、人を殺害した後、領得の意思を生じ、右犯行直後、その現場において、被害者が身につけていた時計を奪取したのであって、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継続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から、右奪取行為は、占有離脱物横領ではなく窃盗罪を構成するものと解するのが相当である)。」とした。

これは昭和16年の大審院の判決そのままである。野外でしかも殺害直後の事例とそれに対する窃盗罪の認定である。従って昭和16年の大審院判決は現在もおお生きていられる。室内の事実についての最高裁の判例は未だ判例集に登載されたものはないのであるが、福岡高裁がそれについての判断を示した判決をその後で出している。

(六) 昭和43年6月14日福岡高裁<sup>(7)</sup>は、被告人は、自己と同性愛の関係にあった被害者を同人のアパートの居室内で殺害した後、窃盗の犯意を生じ、殺害の直後に現金等を持ち出したのをはじめとして、その16時間後、とさらに49時間後の2回にわたり、第3者と共謀して、財物を窃取したものである。

第一審の福岡地裁は殺害直後の物品持出しは勿論のこと、16時間後と49時間後の各2個の所為にも占有離脱物横領でなく窃盗罪を認定した。その理由として、奪取行為はそれぞれ殺害後時間を経過しているが、被告人自身が被害者を殺害した者であること、犯行当時、被害者の住居は、同人が生前起居していた状態のままに置かれてあったので、被害者の生前の占有状態が継続していたものとみるべきであるから窃盗に該るとしている。

しかし、以上の2点は殺害死亡とも隔絶した別個の機会に、あらたに生じた財物取得の意思に基

づいて行われたものであるから、死者に依然として該財物の占有を認めることはできず占有離脱物の横領であるとして控訴されたが、福岡高裁は、被害者は殺害後アパート内にそのまま遺体を残され、しかも被告人は施錠し、その鍵を自ら保管していた。各財物は被害者の死後も従前通りの状態において室内に存置されたままになっていて、被告人は自由に財物を搬出したとの事実を認め、「かように被告人は自から該財物に対する占有離脱の原因となった大森孝（被害者＝筆者註）の死を惹起したのみならず、これを判然認識しつつ、これを利用して本件所為に出たのであるから、かかる被告人に対する関係においては、その具体的状況にてらし、死にいたらしめた行為との場所的同一性はもとより、その時間的近接性をも肯定し、被告人の利用意図の介在を加え、かくて全行為の一連不可分性を容認して、該財物に対する大森孝の占有は、その死により忽然としてその保護を絶止せらるべきではなく、その保護を継続的に本件搬出当時まで、その死後に及ぼし、本件所為を奪取と認定しても、あなたがち社会通念に反し、刑法的評価に抵触し、所論のような非難に耐ええないものとは考えられない」として窃盗罪にあたるものとした。

場所的同一性はもとより、たとえ死後16時間乃至49時間経過していても、時間的近接性が肯定されるところとして、昭和16和の大審院の判決理由をそのまま演用したものとおもわれる。この事案は室内という点では、相対立する37年の東京地裁と39年の東京高裁と同一であるが、時間の経過からすれば東京高裁により近似性があるが、被害者の遺体が室内にあるという点からすれば、むしろ東京地裁の事例と同一である。しかしながら、その判決理由は37年東京地裁とは違っているのは明らかだが、39年東京高裁とは同一のようであるが時間的近接性をも責極的に認定しているところは若干相異があるようである<sup>(8)</sup>。時間的近接性は責極的理由づけにとって必要性があるかは問題であるからである。

以上判決例を概観してきたが、野外でしかも殺害後「直ちに」死体からその財物を奪った場合はすべて窃盗罪とされている。室内での財物を取った場合も、昭和37年東京地裁の9時間後の場合以外は、相当時間が経過しているにもかかわらず、やはり窃盗罪とされている。窃盗罪を肯定した判決例は、いずれも「生前有シタリシ財物ノ所持ヲ其ノ死亡直後ニ於テモ尚継続シテ保護」するとするか、「その所持を死亡後においても継続して保護する」のが、社会通念にあうとしているものである。

(1) 大判昭16. 11. 11刑集20巻598頁。

(2) 高刑特報21巻147頁。

(3) 判時323号33頁。

(4) 高裁判例集17巻5号446頁。

(5) 昭和37年東京地裁と昭和39年東京高裁の判決が出た後で、莊子教授、正田判事の2論文があいついで出たが、本稿がそれらに多大の御教示を得たことに申すまでもないところである。

(6) 最高刑集20巻4号207頁。

(7) 判時535号89頁、尚下刑集10巻2号131頁。

(8) つまり39年はあえて時間の近接性はいっていない。たゞ「4日の時間的経過があるにしても」といっているだけであるから、相当の時間的経過があってもよい、としたと積極的にいっているとはいえないが、近接性をさほど意識はしていないとみてよいであろう。

### 三. 学 説

判決例の概観の中で、窃盗罪か占有離脱物横領罪かの成否の判断にとって最も重要なメルクマールは占有そのものの分析であるが、加害者にとって被害者の占有を窺る場合、特殊な形態を認めなければならないであろうか。例えば、時間性や、占有の態様として野外の場合と室内での場合、また被害者は加害者にとって道義的に生きているとか、死者の一般的な主体性など。以下学説を観て

みる必要がある。

(一) 小野博士は、前述の昭和16年の大審院判例の評釈<sup>(1)</sup>の中で、まず刑法における概念の自主性を前提とされ、刑法では端的に具体的事態を全体として観ること、道義観念によってこれを評価することが最も大切であるとされ、殺害後その死者の財物を奪取したような場合は、被害者は、少くとも被告人に対しては、道義的になお生きた行為の相手方であり、「被害者の死亡にもかかわらず、其の所有及び占有はなお存在して居り、継続して保護せらるべきである。……具体的事態そのものの道義的評価上」、窃盗罪の構成要件に該当するとされる。道義的評価を重んじられて“死者の占有”を肯定されるのであった<sup>(2)</sup>。小野博士の学説を発展的に理解されたのが、次の正田判事である。

(二) 正田判事は「人格主義刑法観への一道標」として死者の占有を抽象的・一般的に承認される<sup>(3)</sup>。この点から小野博士が「死体が腐爛して何処の誰やら分らなくなったり或は全くの白骨となって了ったりした後は別であるが……」<sup>(4)</sup>と述べておられるところも、もちろん死者の占有が認められることになる。従って「具体的に財物が如何なる状態にあるとき、窃盗罪の構成要件上、それが人の占有にあるといえるか」ということだけに問題はしばられてくるわけであって、この場合、二つの態様に区別されるのであった。財物取得が屋外で行われた場合と被害者の生前の生活支配圏内で行われた場合であり、前者は「死体と財物の所存位置の関係から、生前の事実支配が推認できるか否かが基準となる」(死体と物との関係)し、後者はその基準の他、「財物のあった当該場所に対する被害者の事実的支配がそのまま継続し、当該財物がその支配圏内にあったと認められるか否か」(住居と物との関係)とを併せて窃盗罪成否の判定基準とされる。

この説によれば、結果的には死者が存在する以上(加害者のみならず第三者との関係においても)およそ全ての事例が窃盗罪を構成することになりはしないだろうか。実務家としての卓見ではあると思うが、(またこの見解が必ずしも「一種の靈魂信仰に基く」ものとはいえない<sup>(5)</sup>としても)、窃盗罪との関係で、死者の占有を抽象的・一般的に前提とすることに時代的な錯誤があるように思われる。財物がはっきりと“死者の占有”であることが確認でき、加害者の方がよくそれを認識していればむしろ逆に窃盗罪の構成を否定するのが科学的ではないだろうか。小野博士の理論を発展させられたものであろうが、必ずしも一概にそうとはいえないのではなかろうか。

では“死者の占有”は全く否定的に解しなければならぬであろうか。そういう学説もある。

(三) 木村博士、植松教授はともに“死者の占有”を否定される。「死者の懐にある物は、所持を離れた物すなはち占有離脱物であって、窃盗罪の客体とはならない」<sup>(6)</sup>。「死者に占有のあろうはずはないのであるから、その占有を犯す犯罪というものは、理論上、考える余地がない」<sup>(7)</sup>。きわめて明確であるが、だからといって判例の理論を全く認めないというのは実際にあわないのではないだろうか。例えば室内にある財物等は、やはり一定の場合には窃盗罪となると思われるが、両先生の理論では窃盗罪を認めるには占有をその客体とすれば説明が出来ないだろう<sup>(8)</sup>。

(四) したがって、形式的ないし概念的には、殺害後領得の意思を生じたばあいには占有離脱物と解するほかはないとする学説もある。中教授や香川教授の理論である<sup>(9)</sup>。ただ香川教授は、死亡した者は「自己の意思にもとづかず自由支配する状態を放棄している」から、その財物は占有離脱物と解されるけれども、やはり断定するには遲疑を感じられる<sup>(10)</sup>。

(五) 次に団藤教授の場合は、死者の占有の概念の不必要をとかれるが、「被害者が生前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」<sup>(11)</sup>とされ、窃盗罪を構成すると解さ

れているのであるが、これは“死者の占有”を認める学説との差がどこにあるのか不明確である。また大塚教授も同様に、「被害者の生前に有した占有が、被害者を死に致した犯人に対する関係では、被害者の死亡と時間的、場所的に近接した範囲にあるかぎり、なお刑法的保護に値するものとみるべきである」<sup>(12)</sup>とされる。しかしその近接した範囲がやはり問題になるのでは、上記判例の流れに逆行することになる。近接した範囲でなくて、もっと他に基準を求めてさしつかえないであろう。

(六) 牧野博士は、所持は道義的な立場からでなく、事実上の関係そのものであるから、「所持者が死亡すれば、現実的な支配関係は消滅する」のであるが、行為者が、自己に関係なく占有からの離脱のあった物を領得したのでなく、故意に占有を離脱せしめた物を領得した場合は、刑法 254 条のいう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うることになろう」とされるのであった<sup>(13)</sup>。

牧野博士の場合は罪刑法定主義が厳格につらぬかれる必要はないのであるから説明としては明解であるけれども、構成要件があいまいになるので賛成しかねる。

(七) 江家教授は「物の占有者が死亡し他に占有者が存在しない場合に、死者が生前に占有していた物を不法に持ち去るのは、窃盗罪か占有離脱物横領罪かということが問題となる。死亡後相当の日時を経過し、死体が白骨化しているとか人物を識しがたいほど腐らんしているならば、その所持品は占有離脱物とみるべきであるが、死亡後間もない状態の場合には、その懐中物に対する占有は継続しているものとせねばなるまい。……死者の占有と解するとき、死体からその所持品を持ち去った場合には妥当するであろうが、その者の死亡後、他に居住者のいないその住居から物を持ち去った場合に、これを窃盗罪とすることが困難である。死者が生前その住居に保管していた物は、たとえ死亡後相当の日時を経過し、死体が白骨化しようとも、あるいは住居地以外の土地で埋葬されようとも、依然として他人の占有する物であり、これを不法に持ち去るのは窃盗罪であるとすべきである。それで、……『占有する物』とは、社会観念上、他人の支配を排除する状態に置かれている物のことで、物の占有者が死亡した場合においても、その物が、社会観念上、他人の支配を排除する状態にあると認められる以上は、その物を不法に持ち去るのは、窃盗罪であると解すべきである」とされている<sup>(14)</sup>。これは侵害する行為者の行為を客観的に観て、全体として侵害の客体になる占有を具体的事例に適するように概念づけようとするものである<sup>(15)</sup>。その点をもっと詳細に見当されたのは荘子教授である。

(八) 荘子教授は「刑法における死者の占有」<sup>(16)</sup>の中で、まず「窃盗罪の本質は所持の侵害にある。事実上の支配内にある物を奪いとるとするのが窃盗罪の本質である。このことによって占有離脱物横領と区別される。占有離脱物横領のばあいには、うばわれたという感覚がない。」したがって「およそ事実上の支配内に在る物と考えられるかぎり、窃盗行為の客体」となる。また逆に「窃盗行為の客体としては、事実上の支配の存否がさだまればよい」ことになる。而して事実上の支配の存否は『何人も首肯する』ような限度でさだめる。つまり社会通念によってきめることになる。そしてそのメルクマールは支配意思であり、その客観化の様態は「握持」の場合とその他の場合に区別することが出来て、その他の場合は具体的に支配意思の客観化の程度をはからなければならない。例えば、住居内に在る物については支配意思の強弱が認められるけれども、住居をかまえることじたいが、端的な排他的支配の表現に他ならず、その中に在れば、「その物の存在をまったく忘れ去ったものであっても事実上の支配はおよぶ」ことになる。また『置き忘れ物』についても一概に占有離脱物としてしまうことはできず、「本人がその物の存在を忘れてしまったとしても、その物



が置かれている客観的状況から判断すればなお事実上の支配をみとめなければならないというばあい」には事実上の支配が存在するといえ、したがってその物の取得は窃盗罪になる。要するところ「道義的法律理念と伝統的正義感情に照らして判断しなければならない」と主張されている。そして死者については「現実の支配意思をもとめることはできない。だからといって、死後に所持が継続することを否定することはできないのである。すでにのべたように、事実上の支配の存在は社会通念によってさだまる。このばあいに支配意思が重要なメルクマールとなることはたしかである。しかし、現実の支配意思をみとめることができなくとも事実上の支配はみとめられている。……一般には、死後なお所持が継続することは否定されよう。しかし、野外で置き忘れたばあいとおなじように、客観的な状況から判断して死後になお所持の継続をみとめてならないという根拠はない」とされる。さらに強盗殺人罪との関連から、「窃盗罪でも、程度はちがうが、死亡という事実を絶対的な条件とすることはできない。死亡という事実が存在したばあいでも、客観的な状況から判断して所持の継続をみとめるべきだというのであれば、窃盗罪の観念にてらして事実上の支配をみとめてさしつかえない」と論じられる。要するに「ぬすむ」という感覚からその客体になると社会通念上認められれば、刑法上の占有が認められるということになる。莊子教授の場合、「事実上の支配」も極めて規範的な判断が先きだっているようである。なるほど「占有」したがって「事実上の支配」といっても評価の点では規範的要素が入り込まざるをえないと思われるけれども、それ以前にもっと単的な事実としてとらえる必要があるのではなかろうか。そうしてこそ、中野判事が「所持には一時的にはその主体を欠く状態があってもよいと考えられないか」<sup>(17)</sup>と述べておられることも首肯できるのではないだろうか。さもなければ、論理が堂々めぐりするだけのようと思われる。

- (1) 小野・刑事判例評釈集第4巻247頁以下、新訂刑法講義各論245頁。
- (2) 戦前の判例に対する評釈であるから「健全なる国民的道義観念」がその解釈・評釈の根拠をなしたのであろう。尚、小野博士は仏教学者であられることを知れば博士の学説の理解も容易であらう。
- (3) 正田「死者の占有について」ジュリスト329号69頁以下。とくに75頁は「法的人格の具体的顕現として、死者にも刑法上保護さるべき占有はあるのである(あたかも、胎児が出生前、肉体的侵害に対し刑法的保護を受ける限度でその人格が承認されていると同様に)。ただ、この場合の占有は、生きた権利主体に属する占有ではなく、刑法上的人格(抽象的な)に帰属する法益としての占有であることに注意しなければならない。そしてこのような死者の人格を認めうる根拠は、人の死亡後も生前の人格の余栄が残存し、前後を通じ一貫した人格(私法上、権利主体の消滅後における人格を、いわば、権利承継の方便として仮に認めるのと異なり、人倫社会の本質的な構成主体として承認するする立場から)を認めることが、外部的侵害からの法益保護という刑法の目的と道義的实践を意図する刑法の本質に適合するからである」と。さらに刑法はかような意味における人格を承認するものだとして死者の名譽に関する230条、死体遺棄に関する190条等に極めて顕著にあらわされているとされるのであった。しかし、判事が掲げておられる例は全て他の観念から充分説明がつくのであって“死者の人格的主体”を認める必要はないと思われる。
- (4) 小野・前掲255頁。この点は第三者との関係での論述の部分ではあるが。
- (5) 正田・前掲・76頁。
- (6) 木村・全訂新刑法読本90・97頁。
- (7) 植松・全訂刑法概論Ⅱ各論358頁。尚、教授は昭和16年の判例の判旨を批判されて「判旨が本件行為を窃盗と解する方が法の目的にかなうと言っているのは、どういう目的にかなうのであろうか。それは死亡直後の死体をなんとなく生きているもののように扱いたいという漠然たる感情に合うということだけのことである。しかし、死体は死体である。死の瞬間から、人は死体損壊や死者に対する名譽毀損の客体にはなりえても、殺人や生存者に対する名譽毀損の客体にはなりえない。判旨はただ「目的にかなう。」とだけ言っていて、さすがに死者の占有を認めるとは言いかねている。実質的には死者占有説によっていながら、その表現を避けている点に大いに曖昧なところがある。

判旨は全体の考察を唱道しているが、真にいわゆる全体的考察によるならば、むしろ財物獲得の意志発生の時期にかかわらず、全体を強盗殺人罪と見ることにならなければ不徹底である」とされている。論旨

- として極めて明解であるが、窃盗罪は必ずしも占有それ自体（従って占有主体の有無）が全てではなく、行為者の行為も、社会的観点から全体的に眺めて窃盗罪の認定にあたらなければならない、また占有離脱物はやはりその社会的定型をそなえているはずでもある。窃盗の客体にならぬのは占有離脱物だと理論構成すると占有離脱物には該当せず、窃盗の客体になるのではないかと理論構成するのは同等の重みがあるのではないだろうか。
- (8) 前記註(7)の理論からすれば占有離脱物横領となるであろうが、家の中にしのびこんで物を取る場合は、例えば家族全員が死亡していても窃盗罪になるのではあるまいか。
- (9) 中・総合判例研究叢書刑法(4)「死者の占有」142, 143頁。  
香川・刑法講座6。「刑法における占有の意義」31頁。
- (10) 香川・前掲31, 32頁。教授の占有概念は本権にもとずくところの自由に支配しうる状態である事実的支配であるから、当然支配意思がその中心になり、死者にはもちろん支配意思はあろうはずはない。したがって、殺害後領得の意思を生じたばあいは概念的には占有離脱物と解するほかはないけれども、規範的・社会的要素による修正をして、それを契機として特例的に占有を是認される。しかしこれは占有概念そのものに由来するものではないにしても、占有を二重の意味に解するのは論理矛盾であるばかりでなく、全く構成要件そのものをあいまいにするのではないだろうか。占有は事実でなればならないと思う。
- (11) 団藤・刑法綱要各論462頁、註釈刑法(6)各則(4)35頁。
- (12) 大塚・刑法各論上巻322頁。
- (13) 牧野・刑法各論下巻575, 576頁、博士も“死者の占有”は全く否定される(575, 654頁)のであるが、「窃盗の規定を直接に適用することはできないであろうが、被害者をして所持を失わしめたことを利用した点において窃盗罪の規定を類推し得る基礎があると考えられるのである。すなわち、単純な占有離脱物横領を以て論ずべきものを超えている行為である、ということになるのである。」(576頁)とされる。本文で述べたように類推することには賛意を表しえないが、博士が、占有は道義的というような立場からでなく、「道義的な価値を離れた事実上の関係のもの」(574頁)とされる点は全くその通りである。
- (14) 江家・増補刑法各論, 278, 279頁。同旨、態倉・日本刑法各論上巻388, 389頁。同旨、龍川・竹内・刑法各論講義156頁。
- (15) 教授の「占有する物」とは、社会観念上、他人の支配を排除する状態に置かれている物とされるのは一応の卓見であると思う。しかし一歩すすめて、「誰かが支配している状態にある物」というべきではないだろうか。言葉の違いで同一であるならば賛成である。自殺者が、海に飛び込む前に所持物を岸壁の上にとろえておくのは「占有する物」ではないであろうか。
- (16) 莊子・「刑法における死者の占有」判例時報401号, 143頁以下。
- (17) 中野・総合判例研究叢書刑法(10)176頁。

#### 四. われわれの理解

以上判例の流れと主要な学説を概観してきた中で、われわれがここで言えることは、占有（事実上の支配）はたとえ「ある程度観念化されている」<sup>(1)</sup>とはいっても規範的なものではなく事実そのものとして観念する必要があるということである。そして「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に一体をなしている」と見る判例の行為概念事実が存在するということであり、その行為の客体として死亡直後の被害者が身につけている財物は「他人ノ財物」であり、被害者が生前起居していた室内に存在する財物は「他人ノ財物」であるということである。「直ちに」の場合もあり、相当時間が経過した場合でもそうであるということである。したがって“死者の占有”である必要もないわけであり、存在論的には財物が「客観的に誰かが管理している状態にあると認められれば足りる」<sup>(2)</sup>のである。判例が一貫して言っている「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継続して保護する」ということもそのような観点からみて始めて占有の一態様の中に入ることができ、そのような財物が「他人ノ財物」である。“死者の占有”という概念の肯定・否定の問題ではなく、また理論上の争いでもなく、判例の流れの中に存在する社会通念が是認する占有と

いう事実の一形態であったわけであり、将来一定普遍のものではないということである。

判決例の中で一つの例外である昭和37年東京地裁の「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」占有を認めることはできないとしているのは「直ちに」という時間的概念にこだわり過ぎたものとは思いますが、しかしこれも社会通念の一部であることは事実である。しかしながら「直ちに」という要件は不要であった。

(1) 大塚・前掲 320頁。

(2) 井上(正治)・刑法学〔各則〕95頁。

## 五. あ と が き

財産罪が個人法益の保護だとして刑法体系上位置づけられている所以は憲法29条により私有財産制度が認められているからであって、「他人ノ財物」も行為者以外の個人の事実上の支配内にある財物ということになるのであるが、「他人」とはもと行為者以外の全ての人をさし、「社会」を意味してもよいわけである。したがって「他人の財物」の中に「社会の財物」という概念が含まれ、個人法益といえども、社会的側面がその裏に潜在すると観念してさしつかえないのではないだろうか。

(昭和44年9月30日受理)

