

〔判例研究〕

皇陵盗掘事件再論

大二刑判大 8・3・6 法律新聞1547号19頁

原 田 保

I 序言

本稿筆者は過日に刑法190条・191条の棺内蔵置物に関する検討を行った¹が、その中心的素材とした大二刑判大 8・3・6 法律新聞1547号19頁に関する包括的検討が本稿の趣旨である。再論の契機は、前稿執筆時に奈良地方検察庁で閲覧させて頂いた同事件記録²である。

記録閲覧申請は、主に判例集不登載の第一審・控訴審に関する情報を得るためであり、上告審については出典判例集伏字部分確認のためであった。閲覧によってその目的は概ね達成されたが、同時に当初目的を超える情報が得られ、前稿論題の棺内蔵置物性は本件論点の一部でしかない³ことが判明した。そこで、前稿論題以外の問題について、裁判書から得られた情報に依拠して⁴、本稿で論じることとした。

1 原田保「違法に領得された棺内蔵置物の刑法的性質」愛知学院大学論叢法学研究 57巻3・4号（平28）83頁。

2 奈良地方検察庁関係各位の御高配・御手数に改めて感謝申し上げるところである。閲覧させて頂いたのは、盗掘事件および付随する偽証事件の第一審・控訴審・上告審の各裁判書である。両事件の審理は控訴審で併合されたが、控訴審裁判書は第一審裁判書と同様に事件別に作成されている。上告審裁判書は両事件を併合した単一のものである。各事件については後述する。

3 上告審裁判書の枚数は119丁であるが、出典判例集登載はそのうち約19丁分に留まる。出典判例集は盗掘事件について判示事項として記載した「墳墓と所有権」および「棺内蔵置物と不法領得罪及窃盗罪、贓物罪」に関係する部分だけの抄録であり、偽証事件については被告人表示も主文も割愛している。

更に、出典判例集は弁護人10名の氏名を列挙しているが、これは出典判例集登載

の上告趣意に係る弁護人だけである。出典判例集不登載の上告趣意を鵜澤聰明、田中千代松、赤井幸夫、花本福郎の 4 名が提出しており、上告審弁護人は 14 名である。大多数は被告人⑱および B の弁護人である。被告人表記については後述する。

- 4 裁判書はカタカナ・濁点なしであるが、本稿での裁判書引用は出典判例集と同じくひらがな・濁点付きとする。漢字は略字体とする。出典判例集に記載された事項については出典註記を略す。

II 事実および裁判

本件では、皇族陵墓の他に被葬者不明古墳も盗掘されて領得物の転得・仲介も行われており、第一審で併合された。これを「盗掘事件」と表記し、その公判での偽証につき別途起訴された事件を「偽証事件」と表記する。併合・単一の上告審については事件区別を表記しない。

盗掘事件で起訴された被告人は19名（うち1名は公判中死亡）に上り、殆どが京都府下住民である。前稿では一部の被告人だけを表記したが、本稿では被告人全員を第一審裁判書冒頭被告人表記の順に番号で表記する⁵。前稿との対応を示すと、盗掘品故買者Xは被告人⑮、同牙保者Yは被告人⑰であり、盗掘実行者Zは被告人①～④であって1名に特定されない。

偽証事件の被告人は、実行者1名・教唆者1名の2名である。前稿では実行者をAと表記したところ、本稿で変更する理由はないので、同じくAと表記する。教唆者は、前稿ではXの弟と表記したが、Bと表記する。

両事件の裁判経緯は次の通りである。以下、各事件について述べる。

第一審---盗掘事件奈良地判大6・2・28⁶、偽証事件同大6・3・14⁷

控訴審---盗掘事件大阪控判大6・11・10⁸、偽証事件同左⁹

上告審---大二刑判大8・3・6

1 盗掘事件

盗掘事件の公訴事実は盗掘対象により大別され、

第一---被葬者不明古墳

第二---皇后陵

第三---皇子墓

である。公訴事実第一は一～十に区分され、七は（イ）～（ニ）に細分されている¹⁰。公訴事実第二は（一）～（三）に区分されている。公訴事実第三は2度に亘る盗掘の一括記載である。以上合計18件の盗掘という大事件である¹¹。

公訴事実第一の実行は大正 3 年 8 月～大正 5 年 5 月であり、一～六・八は京都府で、七は大阪府で、九・十は奈良県で、盗掘により勾玉や鏡等の蔵置物を領得した。公訴事実第二のうち、(一)は大正 4 年 9 月に京都府宇治郡宇治村(現在は宇治市)所在の宇治陵¹²で墳墓 1 基を盗掘したが蔵置物発見に至らなかった事案、(二)は大正 5 年 5 月に奈良県生駒郡平城村(現在は奈良市)所在の垂仁天皇皇后日葉酢媛命狭木寺間陵を盗掘して鏡等の蔵置物を領得した事案、(三)は大正 5 年 6 月に同陵での再度の盗掘が着手直後に阻止された事案¹³である。公訴事実第三は大正 5 年 5 月に実行された奈良県添上郡佐保村(現在は奈良市)所在の応神天皇皇子大山守命那羅山墓に対する 2 度の盗掘であるが、蔵置物領得の判示はない。

事件の全体像を示すために、被告人・公訴事実を縦軸・横軸として関与態様を表にする。表中の記号は、各犯罪につき、

●一盗掘実行者

○一盗掘品牙保者

◎一盗掘品故買者

である。以上の事件に対する第一審の判示は次の通りである¹⁴。

まず、盗掘実行に係る罪名は

公訴事実第一―占有離脱物横領罪のみ

公訴事実第二―皇陵不敬罪・皇陵侵入罪・窃盗罪((一)(三)は未遂)

公訴事実第三―墓所不敬罪・墳墓発掘罪

であり、全て複数人の共同正犯である。そのうち公訴事実第二(二)および第三については、被告人⑬～⑮が教唆犯とされている。これは、被告人⑬～⑮が大正 5 年 2 月に発掘品売買交渉を行った際に、御陵からの取得が期待される貴重な古代遺物の入手希望を被告人⑮が表明し、これが被告人⑮→⑬の順次伝達を経て盗掘実行者に到達し、同年 5 月の盗掘実行の後、発掘された鏡等を同月中に被告人⑮が購入したので、その間に実行された皇族陵墓盗掘はこの希望表明および伝達に基づくという判断によると理解できる。

盗掘品の転得・仲介は、盗掘の教唆犯とされた被告人⑬～⑮を含めて、贓物故買罪・贓物牙保罪とされている。これは、盗掘による蔵置物領得が占有離脱物横領罪・窃盗罪とされたことから当然に導かれる結論である。

同一罪名複数行為は当時の刑法55条により連続犯として科刑上1罪であるが、今日なら併合罪である。皇陵不敬罪・皇陵侵入罪および墓所不敬罪・墳墓発掘罪は、各々観念的競合である。また、皇陵侵入罪と同陵からの窃盗罪・窃盗未遂罪とは牽連犯であり、それ故に皇陵不敬罪・皇陵侵入罪・窃盗罪（既遂または未遂）の3罪が科刑上1罪になる。その余は併合罪である。

公訴事実 被告人	第一										第二			第三
	一	二	三	四	五	六	七	八	九	十	(一)	(二)	(三)	
①				●			●			●		●		● ●
②		●		●	●	●	●			● ●	●	●		● ●
③				●	●	●	●			● ●	●	●		● ●
④	●							●		●		●	●	● ●
⑤					●	●	●	●			●		●	
⑥	●		●										●	
⑦	●		●					●					●	
⑧	●		●					●					●	
⑨		●												
⑩		●												
⑪		●												
⑫							●							
⑬							○							
⑭							◎							
⑮	◎	◎	◎	◎	◎									
⑯									●			○		●
⑰ Y														
⑱ X														

○-単一行為-○
◎-単一行為-◎

表から看取されるように、被告人①～⑧は多数回に亘って古墳¹⁵盗掘を
実行しており、常習者と評価し得る。判示件数の少ない被告人⑨～⑭に常
習的故買者である被告人⑮を加えた 7 名は被葬者不明古墳盗掘のみの関与
者であって皇族陵墓盗掘と無関係である。内容としても皇族陵墓盗掘と被
葬者不明古墳盗掘とは別々の事件である¹⁶が、盗掘実行者の大半が双方に
関与しており、共犯者の分離は適切と認め難い、という事情から併合され
たと判断される。

第一審は、以上の認定犯罪につき、

被告人①～④―懲役13年

被告人⑤～⑧―懲役11年

被告人⑨～⑪―懲役10月

被告人⑫――懲役 8 月

被告人⑬～⑮―懲役 6 月および罰金各20円、200円、300円

被告人⑯～⑰―懲役13年

を宣告した¹⁷。控訴審は、被告人⑱⑲につき¹⁸、盗掘の教唆犯を否定して無
罪を宣告すると共に、贓物罪の認定を維持して懲役10年および罰金各1000
円、100円を宣告した¹⁹。上告審は、同被告人につき、贓物罪を否定して棺
内蔵置物領得罪・同幫助罪を認定し、懲役各 3 年、1 年 6 月を宣告した。

2 偽証事件

偽証実行者 A は、巡査部長の階級にある京都府木津警察署警察官であり、
書画骨董の趣味があって、その売買を通じて茶商・古物商を営む被告人⑳²⁰
との間に面識があった。偽証教唆者 B は、他家の養子となって氏を異にす
るが、被告人㉑の実弟であり²¹、やはり A と面識があった。A も B も盗掘
事件自体には全く関与していなかったが、偽証の教唆・実行に至る経緯は
次の通りである²²。

B は、被告人㉒が盗掘事件で逮捕されたことを知って驚愕し、実家の家
業衰退も危惧して、病院での治療を要するほど憂慮していた。B は、被告

人⑮が鏡の出所を知らなかったのに首謀者とされた冤罪だと確信して雪冤方法に腐心し、同被告人が鏡を躊躇なく他人に見せたことがある旨の証拠が得られれば同被告人に盗掘品の認識がなく盗掘に関与していないとの立証になり得ると考えた。Bは、そのような証人を探したが遭遇できず、遂に、Aが同被告人から鏡を見せられたことがないことを知りながら、Aに対して、当該趣旨の証言があれば兄に有利になる旨の相談をするに至った。Aは、Bと同じく本件を冤罪であると判断していたところ、被告人⑮に有利な偽証を行えば金銭借入等の便宜が期待できると考えた上で、「自分は警察官であり、偽証を依頼されたら拒絶する他ないので、そのような依頼を口にしないでくれ」とBに言った。Bは、Aの意思を付度し、「頼まない」と応じた。被告人⑮はBとの通謀に基づいて「鏡をAに見せたかもしれない」と供述し、これを契機としてAに対する証人訊問が行われることになった。Aは、大正6年1月の盗掘事件公判で、「被告人⑮から鏡を見せられたことがあり、それは本件鏡であったと思われる」との偽証を行った。

偽証発覚の経緯については情報が見当たらず不明であるが、偽証直後の大正6年2月にAは検察官により拘引され、Bの関与も判明した²³。ABは偽証罪・同教唆罪で起訴され、第一審は各罪の成立を肯定して、Aに懲役3年、Bに懲役1年を宣告した²⁴。ABは上訴したが、控訴審も上告審も原判決を支持して各上訴を棄却した²⁵。

5 奈良新聞大6・3・9朝3面によれば公判中に死亡して刑宣告に至らなかった被告人が1名いるが、同人の関与犯罪・関与態様は不明であって表記できない。尤も、上告審裁判書69丁表等によれば皇族陵墓関係被告人は起訴から第一審判決宣告まで変化なく11名であるから、同人の関与が公訴事実第一の範囲に留まることは判る。

6 奈良新聞大6・3・9朝3面、法律新聞1233号20頁。

7 奈良新聞大6・3・15朝3面、法律新聞1235号13頁。

8 法律新聞1330号15頁。

9 法律新聞1330号15頁。

10 この細分は煩瑣に過ぎるので後記表では略す。被告人⑫の関与は（イ）（ロ）だけである。被告人⑬は（イ）（ハ）（ニ）の領得物を2回に分けて故買し、被告人⑭の牙保は初回だけである。（ロ）の蔵置物については発見後の取扱に関する判示がない。

- 11 被葬者不明古墳盗掘は未遂罰則のない占有離脱物横領罪であり、侵入・発掘は構成要件に該当しないから、蔵置物領得に至らなければ罪にならない。被葬者不明古墳盗掘が悉く蔵置物領得に至ったとは到底考えられないから、犯罪未成立の故に判示されなかった盗掘事件や起訴されなかった盗掘者の存在が推測される。
- 12 これは同所にある多数墳墓の総称である。被葬者は判明して三后17基・他の皇族3基・臣下180基とされるが、墳墓毎の特定には至らず、宮内庁（当時は宮内省）は37ヶ所に区分して全体を管理している。本件盗掘対象は最大規模の23号区域にある55号塚である。盗掘事件第一審裁判書51丁裏～52丁表、65丁裏。
- 13 これが多数事件発覚の契機となった。同陵を管理する宮内省職員が、最初の盗掘の痕跡に気付いて監視を強化していたところ、再度の盗掘着手を現認して直ちに警察に連絡した。地元住民多数も宮内省職員・警察官に協力し、大規模な逮捕活動が行われた。犯人達も逃走のために激しく抵抗し、地元住民1名に鎌で斬り付けて重傷を負わせた。この時に逮捕されたのは2名だけで3名は逃走したが、被逮捕者の供述により他の関与者や余罪が判明して次々に逮捕された。奈良新聞大5・6・8朝3面、同大6・3・9朝3面、盗掘事件第一審裁判書53丁裏～54丁表。
- 14 盗掘事件第一審裁判書中、犯罪事実認定は11丁表～23丁表、法令適用・量刑は68丁表～71丁表。
- 15 歴史学上「古墳」と呼ばれるのは西暦7世紀末頃までの盛土墳墓であるが、公訴事実第二（一）の宇治陵は平安時代のものが多い。しかし、盗掘事件第一審裁判書52丁表では同陵が「古墳」と表現されており、この呼称の定着が窺われるので、便宜的に本件盗掘対象を一括して「古墳」と表記する。
- 16 起訴がまず皇族陵墓関係について行われたことから、事件自体として皇族陵墓関係と被葬者不明古墳関係とは別々に扱われていたと認められる。また、奈良新聞大6・3・9朝3面は、第一審判決報道に際して「逆賊の判決」と題して被告人全員の氏名等を記載しているところ、皇族陵墓関係11名の氏名は大文字であり、皇族陵墓盗掘が被葬者不明古墳盗掘よりも遥かに重大であるという評価が示されている。
- 17 盗掘事件第一審裁判書6丁裏～7丁裏、奈良新聞大6・3・9朝3面、法律新聞1233号20頁。未決算入・労役場留置については、省略する。
- 18 被告人③⑥⑭⑮⑯も控訴したが、後に取り下げた。法律新聞1133号20頁、盗掘事件第一審裁判書1丁裏、2丁裏、4丁裏、5丁表。
- 19 盗掘事件控訴審裁判書1丁裏～2丁表、法律新聞1330号19頁。
- 20 法律新聞1217号15頁。
- 21 閲覧用に貸与された裁判書コピーでは被告人⑯とBとの親族関係記述と推測される部分にマスキングが施されていたが、実の兄弟であることは法律新聞1235号13頁に明記されている。
- 22 偽証事件第一審裁判書2丁表～4丁裏。
- 23 法律新聞1217号15頁、奈良新聞大6・3・9朝3面。Aの拘引を報じる前者には「某々有力者二三名」も拘引されたとの記載があり、A以外の者の実名はない。この中にBが含まれていると推測されるが、他の者については不明である。
- 24 偽証事件第一審裁判書1丁裏、奈良新聞大6・3・15朝3面、法律新聞1235号13頁。
- 25 偽証事件控訴審裁判書2丁表、上告審裁判書3丁表。

Ⅲ 刑事宗教法関係問題

以上の盗掘事件・偽証事件に現れた諸問題を検討するに当たり、問題を内容別に区分して、まず刑事宗教法に関する皇陵・墓所・墳墓に対する罪から検討を試みる。

1 客体の範囲

（1）皇陵

「皇陵」という文言を規定していた刑法72条・131条は昭22法124改正によって削除されており、既になくなった規定の趣旨如何を検討することは「現行」刑法解釈論と認め難い。しかし、本件では皇陵に対する罪の成否が他の罪の成否と関係し、かつての法の内容を確認することも今日および将来の法を論じる際の素材となり得るので、敢えて論じる。

不敬行為・侵入の対象として刑法に規定されていた「皇陵」の概念如何は、旧刑法当時から117条2項・173条の解釈として論じられて現行刑法旧72条2項・131条2項の解釈に引き継がれた問題である²⁶。議論の内容は被葬者の範囲如何であり、番号を付して列挙すると、

第1説―天皇・皇族全般²⁷

第2説―天皇・三后・皇太子²⁸

第3説―天皇・三后²⁹

第4説―天皇のみ³⁰

の諸説があった。学説状況としては旧刑法当時から第4説が多数説であり、帝国議会で現行刑法審議中に政府委員は同説を提示している³¹。

盗掘事件第一審判決をこの学説分類に照らしてみると、皇后陵につき皇陵不敬罪（旧72条2項）・皇陵侵入罪（旧131条2項）の成立を認めているので第4説ではなく、皇子墓につき同罪の成立を認めていないので第1説ではない。尤も、第1説を採用して皇子墓を皇陵に含めても、行為者の認識が墓所・墳墓という事実に残っていて皇子墓であるという事実の認識

がなければ刑法38条2項に基づいて軽い墓所・墳墓に対する罪の限度で処断されることになるので、本判決と同一の結論になり得る。しかし、本判決は、皇子墓に対する犯罪の認定に際して錯誤を判示しておらず、適用法条でも刑法38条2項を摘示していない。そうすると、皇陵に対する罪を認定しなかったのは、客観的要件として皇子墓が同罪の皇陵に該当しないとの解釈によると認める他ない。故に、本判決の見解は第2説または第3説であることになるが、本件は皇太子墳墓の事案ではないので、どちらであるかを特定することはできない。いずれにせよ、学説の大勢に反して³² 皇陵に皇后陵を含める解釈を採用したことは明白である。以下、かかる本判決の当否を論じるために、各説の内容を検討する。

第1説は、皇族墳墓を一般人民墳墓と区別して天皇墳墓と同格に扱うものである。皇室全体への尊重を示す見解であるが、皇陵不敬罪が皇族全般を対象とする「皇室に対する罪」の一類型であることに鑑みれば、天皇墳墓だけでなく皇室墳墓全般を一般人民墳墓と区別して尊重するべきであるという命題は、十分に成立可能である。

第2説は、旧刑法117条1項の不敬罪が「天皇・三后・皇太子」という客体を規定していたことから、同条2項の客体をこれに揃えるものである。旧刑法は危害罪でも不敬罪でも116条・117条の「天皇・三后・皇太子」と118条・119条の「その他の皇族」という区別を設定しており、皇陵不敬罪は前者の法条であるから、同一基準の採用は区別の一貫性を維持するものである。尤も、現行刑法はこの区別を継受しながら旧72条1項の不敬罪において客体に「皇太孫」も規定していたので、現行刑法下で本説を主張する場合には皇太孫の追加を要することになる。³³

第3説は、結論的には第2説から皇太子（および皇太孫）を外すものであるが、「陵」が天皇ならびに皇后・皇太后・太皇太后（即ち三后）を葬る所であり「墓」がその他の皇族を葬る所であるという概念定義³⁴ から導き得る見解である。「陛下」「殿下」という敬称の区別も同じ基準によるものであり、この説は皇室内に設定された格付けの区別が墳墓尊重の程度差

に反映すると理解していることになる。皇室関係法令に規定された区別という点で一貫性を有する見解であると認め得る。

第4説は、天皇だけを別格に位置付けるものであり、その趣旨は明白である。文言上は、日本語の語義として「みささぎ（陵）」は天皇墳墓を意味する言葉であり「皇」は専ら「おおきみ」「すめらぎ」を指す言葉であるから、「皇陵」は天皇墳墓である、と説明されている³⁵。

以上の通り、各説はいずれも合理的根拠を以て説明することができる。しかし、それは必ずしも刑罰法令解釈としての合理性ではない。

第1説が基準とする皇室と一般人民との区別は、刑法の章編成に合致するものではあるが、各犯罪構成要件の分析にはならない。旧刑法も現行刑法旧規定も、危害・不敬行為の処罰に関して「天皇・三后・皇太子（・皇太孫）」と「その他の皇族」とを区別していたが、皇陵不敬罪は前者を客体とする不敬罪の同条2項であるから、その規定に後者を含めることは刑法が皇室内に設定した区別の趣旨に反する。この齟齬は、薨去した皇族への不敬行為が存命中の皇族への不敬行為（旧刑法118条、現行刑法旧75条）よりも重い法定刑の罪になるという刑の不均衡として発現する³⁶。また、明治時代の法令による皇族の概念定義を以て古墳を区別することはできないとの指摘もある³⁷。このような欠点の故に、第1説は採用不可能と解する他ない。

第2説は、刑法の同一法条中で1項・2項間の一貫性を有するものであるから、刑罰法令解釈としての合理性を肯定することができる。しかし、1項は存命中の天皇・三后・皇太子（・皇太孫）に関する規定であり、2項は薨去後の墳墓に関する規定であるから、両者間の一貫性が必須となる訳ではない。そして、この説は、皇室関係法令上は勿論その前から「墓」であって「陵」と呼ばれたことのない皇太子墳墓³⁸を「皇陵」に含めるものであるから、この点で語義逸脱による罪刑法定主義違反の批判を回避し難い。故に、第2説は採用できない。

よって、残る問題は第3説か第4説かの選択であり、内容的には三后を

含むか否かである。これを肯定する第 3 説は、「陵」の語義の点で問題がない。前述の通り、第 4 説は他説批判・自説論拠として陵の語が天皇墳墓の意味で使用されてきた旨を指摘するが、現に皇后墳墓も陵と呼ばれているのであるから、これは語義逸脱ではなく語義変遷と理解するべきところである。

問題は「皇」の語義にある。「皇」が専ら天皇を意味する文字であるなら「皇陵」も当然に天皇墳墓であるという解釈が導かれる。三后陵を天皇陵と同じく不敬罪・侵入罪の対象にするなら改正刑法仮案162条のように単に「陵」と規定するべきであって敢えて「皇」の文字を付加する理由はない。

尊重の程度という実質面でも、天皇と皇后とは決して同格ではない。かつての主権者という地位からも現在の象徴という地位からも、天皇だけが特別に尊重されるという判断には十分な合理性がある。

このように、三后陵を含むか否かは、語義的には「皇」「陵」のどちらの文字に依拠するか、実質面では天皇と皇后との差を墳墓尊重の程度に反映させるか否か、という判断によって決することになる。論理的にはどちらも十分に成立可能な解釈であるから、本判決の当否を俄かに断定することはできない。但し、起案当局者見解や学説の大勢に反する解釈を採用した理由が重い刑を目指す³⁹との政治的配慮にあるなら、その姿勢は当然に批判されなければならない。

また、法解釈だけでなく、事実認定にも批判すべき点がある。皇陵に対する罪とされた公訴事実第二のうち、(二)(三)の日葉酢媛命陵は間違いなく皇后陵であるが、(一)の宇治陵23号区域55号塚が三后陵であるという確実な証明はない。公知の事実として宇治陵は藤原氏墓所であり、大多数は皇族に該当しない臣下の墳墓である。三后に該当する藤原氏女性17名が同所に埋葬されたとの記録から17基が三后陵であるとされているものの、どの墳墓が三后陵であるかが特定されている訳ではないので、全体が宇治陵として宮内省の管轄下に置かれたものである。しかし、全体として

「陵」と呼ばれて宮内省の管轄下に置かれているからといって、同所の墳墓全部が刑法に規定された「皇陵」に該当することにはならない。このように、当該墳墓が三后以外の皇族や臣下の墳墓である可能性が排除できないので、IDPR原則に基づき三后陵ではないと認定して皇陵に対する罪の成立を否定し、一般の墓所・墳墓に対する罪の成立を認めるに留めるべきであった。これも政治的配慮の嫌疑を生じるものであり、この点でも批判を回避し難い。

（２） 墓所・墳墓

墓所不敬罪（188条1項）・墳墓発掘罪（189条）は、現行刑法でなお維持されている犯罪類型であり、墓所も墳墓も死体や遺骨等を葬る場所であって、概念的に大差はない。語義的には、墳墓は個別の葬祭施設であり、墓所は複数墳墓が集合する場合を含めて墳墓のある場所全体を指すから墳墓の存在を前提とするものである。

盗掘事件は全て古墳盗掘であるが、公訴事実第三の皇子墓では墓所不敬罪・墳墓発掘罪の2罪成立・観念的競合が認定されているのに、公訴事実第一の被葬者不明古墳および公訴事実第二の皇后陵では墓所不敬罪も墳墓発掘罪も認定されていない。そこで、かかる法適用の相違について論じるべきところ、皇后陵については墓所・墳墓であることに疑問の余地がないから専ら行為に対する評価の問題であり、被葬者不明古墳については客体たる墓所・墳墓の概念に関する問題である。

盗掘事件第一審は、公訴事実第一認定の冒頭で「往古の墳墓」との表記に続けて「已に廃滅に帰し只僅に円形の丘陵状を為す」と表記し⁴⁰、同公訴事実中一～十の盗掘対象を悉く「円形の丘陵」と表記しており⁴¹、「墳墓」を発掘した旨の認定を行っていない。「往古の墳墓」という表記に鑑みれば、盗掘対象は「かつて墳墓であった」のであって「現在は墳墓ではない」との趣旨が看取できる。墳墓でなければ当然に墓所でもない。

礼拝対象でなくなった古墳は刑法189条の墳墓に該当しない、という解

判が判例⁴²であり、学説上も通説と認められる⁴³。本件で同罪不成立の判断は上訴の内容になっていないので、この判示は「判例」として扱われてはいないが、前記判例に先立ってかかる古墳を墳墓発掘罪の対象にしないという法適用の例が既にあったのである。

しかし、私見としては、この解釈に賛同できない。墓所不敬罪・墳墓発掘罪の客体を現に礼拝対象であるものに限定することの妥当性には疑念を抱かざるを得ず、それは同罪の法益から生じる疑念である。

墓所・墳墓は人の死体を葬る場所であるところ、人の死体は遺族等の追悼者・礼拝者がいてもいなくても等しく死体としての尊重を受ける筈である。それが、社会法益を担うことから当然に導かれる評価である。数十年前、数百年前の死体であっても、直ちに葬祭対象から排除される訳ではない。勿論、古い時代の死体が学術研究の対象とされることは珍しくないが、その場合でも人の死体としての尊重が要求されることは当然であり⁴⁴、法律上も死体解剖保存法等の制約があって、人の死体が葬祭対象から排除されるのはかなり稀な例外である。礼拝対象でなくなった古墳でも、その中に被葬者の死体が残存することはあり得る。人体の外見を留めていることは滅多にないが、人骨であることの明白な状態が千数百年後も維持されている例はままある。当該古墳を礼拝する人が現存しないとしても、その中にある被葬者の残骸が死体・遺骨としての尊重に値しないという見解には到底賛同できない。

このように、人の死体が社会法益を担うものとして礼拝者がいてもいなくても同等の尊重を受けるなら、死体を葬る場所として死体への尊重を具現化する施設である墳墓も同等の尊重を受けなければならない筈である。古墳を学術研究の対象とすることは是認されとしても、死体と同じく、礼拝者の存否と無関係に墳墓としての尊重に値すると解さなければ一貫性を欠く。

判例・通説のように墓所不敬罪・墳墓発掘罪の解釈として礼拝者の現存を要件とすることは、死体の取扱に関する解釈と齟齬し、同罪を事実上遺

族の個人法益に対する犯罪に変質させることになる。同罪を社会法益犯罪と理解する限り、礼拝者の現存を要件とするべきではない。

2 行為に対する評価

盗掘事件はいずれも古墳敷地内に侵入して古墳を発掘したものであり、侵入も発掘も不敬行為の語義に含まれ得る。故に、皇陵不敬罪・皇陵侵入罪・墓所不敬罪・墳墓発掘罪の各成否を論じるべきところ、盗掘事件第一審判決の法適用は公訴事実毎に異なる。公訴事実第一の被葬者不明古墳では、侵入の判示がなく、発掘は判示されながら犯罪認定がない⁴⁵。公訴事実第二の皇后陵では、侵入が皇陵不敬罪・皇陵侵入罪の2罪成立・観念的競合とされているが、発掘は判示されながら犯罪認定がない⁴⁶。公訴事実第三の皇子墓では、侵入の判示がなく、発掘は墓所不敬罪・墳墓発掘罪の2罪成立・観念的競合とされている⁴⁷。

客体の範囲に関する本判例の解釈を前提とすれば、被葬者不明古墳は墓所・墳墓に該当せず、皇子墓は皇陵に該当しない。故に、前者にこれらの犯罪は成立せず、後者については皇陵に対する罪ではなく専ら墓所・墳墓に対する罪のみが論じられることになる。これに対して、皇后陵は皇陵であると同時に墓所・墳墓でもあるから、皇陵に対する罪および墓所・墳墓に対する罪の双方の文言に該当する。

そこで、皇后陵・皇子墓については、行為への評価方法を問題としなければならない。即ち、構成要件の語義に含まれ得る行為に関する犯罪不認定は構成要件文言の縮小解釈か他罪への吸収か、2罪成立の認定は法益の内容および構成要件の構造に適合するか、という問題である。以下、皇后陵・皇子墓に対する侵入・発掘の評価につき、不敬行為との関係を含めて検討する。

(1) 侵入

① 皇后陵

皇后陵を皇陵に含める限り、皇后陵への侵入が皇陵侵入罪の文言に該当することに異論の余地はない。しかし、本件の侵入が皇陵侵入罪に該当すると同時に皇陵不敬罪にも該当するという理解には、法益の内容および構成要件の構造の点で議論の余地がある。

単一行為による 2 罪成立は 2 個の違法評価を意味するから、各罪の法益が包含関係のない別個の内容であることを前提とする。皇陵侵入罪は、住居を侵す罪の一類型であるから、一般の住居侵入罪と同じく当該場所の平穩や管理権を侵害する行為であり、その加重類型である。加重の趣旨に関する教科書的説明は、皇居や皇陵が特に尊重を要する場所であるというものであった⁴⁸。当該場所に係る平穩・管理権の要保護性が一般住居より大きいことを意味するのか、皇室の尊厳という別の法益を付加するものであるのか、必ずしも明白ではないが、刑法が皇居・皇陵への侵入罪を皇室に対する罪から分離して住居を侵す罪に配置したことに鑑みれば、別の章に属する異質の法益を付加することは章編成の趣旨に反する⁴⁹。故に、加重の趣旨は専ら程度の問題であり、皇室の尊厳は皇陵侵入罪の法益ではないと解されるので、この点については皇陵不敬罪により別の評価を要することになる。

しかし、構成要件の構造としては、なお問題がある。侵入が常に不敬行為であるなら皇陵侵入罪は皇陵不敬罪に包含される特別関係の構造になり、それを 2 罪とすると皇陵侵入罪は常に皇陵不敬罪と共に成立して皇陵侵入罪の単独成立はあり得ないという不合理な結論になる。この不合理を回避するためには、両罪の構成要件が包含関係にない旨の論証を要する。つまり、侵入を不敬行為に該当するものとししないものと分類するということであるが、本稿筆者にはその能力がなく、分類基準の提示も不敬行為に該当しない侵入の例示もできない。包含関係を否定することができなければ、解釈論としては不合理性を甘受して常時 2 罪成立という結論をやむ

を得ず受け入れる他ない。⁵⁰

② 皇子墓

本判決において、皇子墓への侵入が墓所不敬罪構成要件該当行為から外されている点も、検討を要する。皇后陵侵入は皇陵不敬罪に該当するが皇子墓侵入は墓所不敬罪に該当しないという区別を合理的に説明するためには、皇陵不敬罪と墓所不敬罪とで不敬行為の範囲が異なると解するか、本件では墓所不敬罪の構成要件要素たる公然性を欠いていたと認めるか、どちらかの方法しかない。

不敬行為については、同一態様行為でも客体の要保護性に差異があれば当罰性の有無という結論の相違を生じることがあり得る。皇陵と一般墓所との間にそのような差異を認めることは、当時の法解釈として些かも不合理ではない。故に、皇后陵に対しては侵入だけで不敬行為に該当し、一般人民墓所と同格に扱われる皇子墓に対しては侵入だけでは不敬行為に該当しない、という区別は論理的に肯定可能である。

公然性については、一般的に不特定または多数の人に認識される可能性と理解される。例えば密室空間は非公然の典型であるが、本件の大山守命墓は人気のない山中であり、これも公然性否定の一例たり得る。樹木で覆われた山上の同墓に向かう山道は山腹の遙拝所で行き止まりになり、不特定多数人の通行が想定される場所ではない。参道以外の場所から墓所敷地内に侵入することも不可能ではないが、その経路は人家も道もない山林である。どのような経路でも、墓所敷地外から墓所敷地内に侵入する行為が不特定多数人に認識される可能性は、絶無ではないとしても、極めて低い⁵¹。かかる場所への侵入が公然性を有しないと解する余地を認めることは可能である。

以上により、皇子墓侵入につき墓所不敬罪が認定されていない点は、不敬行為・公然性のどちらの点からも説明可能である。本判決はこの点に言及していないので、同罪不認定がどちらの理由によるものか、あるいは双

方か、ここで断定することはできない。尤も、同墓の発掘については墓所不敬罪成立が認定されており、この判示との関係から、公然性ではなく不敬行為の解釈によると解する余地もあるが、この点については後述する。

(2) 発掘

① 皇后陵

皇后陵発掘に対する評価については、皇陵不敬罪構成要件該当行為から外したと解される点および墳墓発掘罪を認定していない点に疑問がある。

皇陵不敬罪該当行為の範囲については、本件予審終結決定が皇后陵に対する行為を「御陵に侵入し御陵を発掘して不敬行為をなし」と記述していたことと対比すると、第一審の「御陵内に其守部の隙を窺ひて侵入し以て皇陵に対し不敬の行為を為し且つ御陵を発掘して」⁵²という判示は意図的に発掘を不敬行為から排除する趣旨に理解できる。

しかし、本件のような発掘が不敬行為ではないという判断はあり得ず⁵⁴、皇子墓に対する発掘が不敬行為であるのに皇后陵に対する発掘は不敬行為に該当しないという法適用は均衡を失することも甚だしい。加えて、皇后陵は当然に墓所・墳墓であるのに、墓所不敬罪・墳墓発掘罪の成立を認定していない。弁護士上告趣意では蔵置物領得が皇陵への不敬行為に包含されて別罪を構成しないと主張されている⁵⁵が、そうであるなら領得に先立つ発掘も不敬行為に包含されとの解釈も可能であり、皇后陵発掘に係る墳墓発掘罪の不成立はこの理由を以て説明する他ない。即ち、皇陵不敬罪は皇室の尊厳を法益とするところ、陵という墓所・墳墓であるから墓所不敬罪・墳墓発掘罪の法益も包含されている。法定刑も皇陵不敬罪の方が墓所不敬罪・墳墓発掘罪より重いから、前者の優先適用による后者の適用排除は当然の法適用である。そして、そのように解することは、発掘が不敬行為に該当するという評価を必然的に意味する。故に、発掘を不敬行為から外すことと墳墓発掘罪の成立を認めないこととは、論理的に両立し得ない。

このように、皇后陵発掘に対する構成要件的評価は合理的に理解し得ず、多大な疑問を提起せざるを得ない。

② 皇子墓

皇子墓発掘に係る墓所不敬罪・墳墓発掘罪の2罪成立・観念的競合の判示については、侵入を外して発掘だけを墓所不敬罪該当行為と認定した理由および2罪成立の前提となるべき法益の相違に関する検討を要する。以下、各々について論じる。

a 墓所不敬罪の成立範囲

墓所不敬罪該当行為の範囲につき、侵入・発掘に対する法適用の相違を導く理由としては、不敬行為としての当罰性の有無による区別または公然性の有無による区別が考えられる。

不敬の程度については、侵入よりも発掘の方が高いという評価が一般的に肯定可能であると認められるので、不敬行為に該当する行為を発掘だけに留める解釈は合理的に成立可能である。このように解するなら、侵入に公然性を認めても不敬行為には該当しないと解して本判決の結論を導くことが可能になる。

いずれにせよ、本判決は本件発掘を公然の不敬行為であると認めているところ、公然性について侵入と発掘とを区別する解釈もあり得る。それは、行為自体が不特定多数人に即時認識可能でなくても、行為の結果が後に不特定多数人に認識可能となるなら、当該行為の遂行は公然性を有する、という解釈である。即ち、侵入が不特定多数人に認識不可能であるなら発掘もその時点では認識不可能であるが、発掘の痕跡は後日まで残るので、発掘が行われたという事実は不特定多数人に認識可能になる。行為の公然性をこのように爾後認識可能になる行為にまで拡張することの当否については議論の余地があるが、現に提起されている説明方法であり、このような解釈も論理的には成立可能である。⁵⁶

かようにして、墓所不敬罪該當行為を発掘だけに留めた理由は、不敬行為・公然性のどちらも可能性が認められ、本判決がそのどちらに基づくかを特定することはできない。

b 墓所不敬罪と墳墓発掘罪との関係

墓所不敬罪・墳墓発掘罪の 2 罪成立・観念的競合という法適用は、学説上も当然視されている解釈である⁵⁷。また、発掘が常に不敬行為であるとしても、皇陵不敬罪と異なり、墓所不敬罪は公然性を要件とするので、墳墓発掘罪との間に構成要件上の包含関係はない。しかし、この法適用の根拠となる法益の内容に関する理解の点で問題がある。

一般論として、単一行為による 2 罪成立は 2 個の違法評価を前提とするものである。故に、墓所不敬罪と墳墓発掘罪との競合的成立を肯定する解釈は、両罪が法益を異にするものであって各々の侵害につき別々の評価を要するという理解に基づいている筈である。ところが、今日の通説的見解によれば、刑法各則 24 章所定犯罪の法益は、192 条の変死者密葬罪を除き、国民の宗教感情であると説明される⁵⁸。188 条～191 条の法益が同一であるなら構成要件の区別は同一法益に対する侵害態様の相違を示すものでしかないから、単一行為による 2 罪成立はあり得ないことになる。即ち、単一行為による墓所不敬罪と墳墓発掘罪との 2 罪成立という法適用と、188 条～191 条の法益を単一の社会法益とする理解とは、論理的に両立し得ない。そこで、これらの規定が保護する法益の内容が如何なるものであるかを明らかにしなければならない。

188 条が宗教活動や宗教活動の場を要件としていることから同条では宗教活動の自由が法益に加えられているとしても、同条の法益の中に宗教感情が含まれていると解する限り、同条の罪が成立すれば宗教感情に対する侵害も評価されていることになる。そのように解しながら 188 条の罪に加えて宗教感情を法益とする別罪の競合的成立を認めることは、宗教感情侵害に対する二重評価になる。故に、この場合には 188 条の罪のみの成立に

留めて別罪は吸収されて不成立であると解さなければならない。しかし、188条所定の法定刑は189条～191条所定の法定刑よりも遥かに軽いから、188条のみの適用という結論が刑法の予定するところであるとは到底認められない。逆に、188条の罪が吸収されると解するなら、同条が189条～191条にない法益を担っている点が無視されることになるので、この解釈も採用できない。結局、刑の権衡に鑑みれば、2罪成立を肯定する他ない。

そうすると、2罪成立の前提として、188条と189条～191条とは相互に他方を包含し得ない別々の法益を担っていると解さなければならない筈である。法定刑についても、軽重だけでなく刑種を看過するべきではない。188条だけが選択刑として禁錮を規定しているという事実は、189条～191条との重大な相違点である。禁錮の趣旨からすれば188条だけが宗教的確信犯を想定していると理解せざるを得ず、かかる罪質の相違が法益と無関係である筈はない。即ち、188条は宗教的確信に基づく宗教施設への攻撃行為を想定している⁵⁹のであり、それは当然に或る特定宗教に対する否定的価値観に基づく行為であって、特定宗教との関係の有無を問うことなく普遍的に保護されるべき死者への感情に対する侵害とは異なる内容のものである。

夙に指摘されているように、死者に対する人々の感情・行動は、宗教的形態を採ることが多いとしても、宗教を必然的要素とする訳ではない。⁶⁰本稿筆者もこの見解に賛同するものであり⁶¹、188条は宗教感情・宗教活動という個人法益、189条～191条は死者への敬虔感情という社会法益、として両者を区別するべきであると解する。

尤も、このような理解は、188条が1項で「神祠・仏堂・墓所」を例示して「礼拝所」という概念で纏めると共に2項で「説教・礼拝・葬式」を並列規定していることと齟齬する。神祠・仏堂ならびに説教・礼拝は明白に宗教を内容とするが、墓所・葬式が概念的に宗教と区別されるなら、188条は異質なものを同一法条で同一に扱う不合理な規定であることになる。

この点については、日本において葬送が仏教を中心とする宗教活動として遂行されてきたという歴史的事実を以て説明する他ない。即ち、宗教活動の形式を採る葬送が広範に定着していたため、死者への感情が宗教的感情と同一視されるという現象が生じ、かかる同一視を前提とする立法が行われた、ということである。墓地、埋葬等に関する法律が1条で「国民の宗教的感情」を規定していることも、同じ現象である。

今日では、無宗教あるいは宗教拒絶を内容とする死者追悼がかなり広範に遂行されるようになったと認められる。明治時代には葬送と宗教との同一視を特に問題視する必要がなかったとしても、今後は「葬送＝宗教」という前提を放棄して本来の概念的区別を前提とする立法が必要になると推測される。現行刑法解釈としては、概念的齟齬の問題を遺しつつ、墓所不敬罪と墳墓発掘罪との競合的成立を肯定する他ない。本判決および通説の結論は支持されるべきであるが、通説はその前提たるべき法益の相違を看過してきたと評さなければならず、それは葬送と宗教との同一視が立法の前提となるほどまで日本社会に浸透していたことの結果でもある。

26 倉富勇三郎ほか監修・高橋治俊ほか編『刑法沿革綜覧』（清水書店、大12）松尾浩也・増補解題（信山社出版、平2）1669頁参照。

27 旧刑法につき、森作太郎『増補刑法治罪法註解大成』（柳原喜兵衛ほか、明15）70頁。

現行刑法旧規定につき、樋山広業『新刑法註釈』（帝国地方行政学会出版部、明40）165頁、大橋誠一・嶋村次男『新刑法注釈書』（広英舎、明40）138頁、245頁、法典研究会『新刑法新刑法施行法新監獄法正解』（弘道館、明41）79頁、樋口善太郎『新刑法注釈書』（盛文社、明42）245頁。

28 旧刑法につき、高木豊三『刑法義解』（時習社・博聞社、明14）326頁～327頁、那須純一郎『通俗刑法註釈大全二』（積玉圃、明15）54丁表、堀田知三『刑法註解治罪法註解』（高橋脩助、明16）42頁、三阪繁人『日本刑法詳説19号』（万字堂、明16）1747頁、木村敏『刑法治罪法捷解』（静雲堂、明17）34頁、土居徹『刑法治罪法適用問答』（岡島宝玉堂、明18）88頁、千阪彦四郎『日本刑法実用』（博聞本社、明21）106頁、福井淳『刑法治罪法註釈』（田中榮榮堂、明22）167頁、柳沢武運三『日本刑法並附則刑事訴訟法改正監獄則註解』（大塚宇三郎、明26）27頁、宮城浩蔵『刑法正義下巻』（明治法律学校講法会、明26）15頁、磯部四郎『増補改訂刑法講義下巻』（八尾書店、明26）50頁～51頁、鼓鍊之助『刑法通解』（警眼社、明28）109頁。

29 旧刑法につき、小川徳『刑法註釈』（荒川藤兵衛、明13）130頁、185頁。

現行刑法旧規定につき、宍戸深蔵『新刑法実用』（日本法令審査会、明40）166頁、奥村政雄『新刑法正義』（明治大学出版部、明40）206頁、吉田九一郎『最新刑法問答』

（巖松堂、明44）92頁。

- 30 旧刑法につき、立野胤政『刑法註釈』改訂増補再版（山中市兵衛ほか、明13）137頁、長井正海『刑法註釈』（東京法学社・博文社、明13）70頁、大野堯運『刑法要覧巻下』（報告社、明14）4頁、馬場文英『刑法訳解治罪法傍訓』（双盛館、明14）48丁表、小笠原美治『刑法註釈』（弘令社、明15）347頁、富岡政矩『刑法註釈・治罪法註釈』（小笠原書房、明15）刑法35頁、橋爪貫一『刑法治罪法略解』（同、明15）49頁、越石齊『日本刑法・治罪法講解大全』（北村孝二郎、明16）23丁表、山本秀雄『追加大成刑法治罪法註釈』（小笠原書房、明17）35頁、沢山清太郎『通俗刑法治罪法』（前川善兵衛ほか、明18）95丁表～裏、寺沢松之助『刑法治罪法字引』（魁眞樓、明19）5丁表、勝本勘三郎『刑法折義各論之部卷之一』（明治法律学校講法会・有斐閣、明32）26頁～27頁、松原一雄『新刑法論』（清水書店、明37）260頁、斎藤与七郎『刑法法理図解』（東華堂、明37）87頁、石原磊三『新撰刑法問答』（博文館、明38）136頁、小崎傳『日本刑法論（各論）』（日本大学・清水書店、明38）21頁、岡田朝太郎『刑法講義各論』（明治大学出版部、明39）8頁。

現行刑法旧規定につき、前田抱陽『改正新刑法講義』（積善館、明40）296頁、法律研究会『改正新刑法問答講義』（駁々堂、明40）69頁、糸数昌興『改正新刑法大要』（同、明40）58頁、磯部四郎『改正刑法正解』（六合館、明40）169頁、牧野英一『刑法通義』（警眼社、明40）132頁、宮本帰一『新刑法註釈』（石塚書舗、明40）165頁、泉二新熊『改正日本刑法論』（有斐閣本店、明41）530頁、彦阪秀『新刑法要説』（金港堂、明41）290頁、法律専攻会編『改正新刑法註釈』（柏原文奎堂、明42）121頁、杉田欽吾『新刑法講義』（矢島誠進堂、明42）189頁、榎本松之助『傍訓註解新刑法』（法令館本館、明42）16頁、西村勘之助『新刑法義解』（清水書店、明42）371頁、岸本篤次『刑法通解』（同、明42）73頁、大場茂馬『刑法各論下巻』（日本大学、明43）555頁、原田清『刑法通解』（法令研究会、明44）152頁、森悟一・木村増太郎『新刑法逐条義解』（帝国法制学会、明44）220頁、尾中勝也『刑法要覧』（清水書店、明44）176頁、柳本信俊『新刑法論』（有斐閣、明44）29頁、梶康郎『刑法精理』（国民法制学会、大元）205頁、神谷健夫・神原甚造『刑法詳論』（講法会・清水書店、大2）434頁、森田司楼『刑法提要』（日進堂、大2）197頁、山岡萬之助『刑法原理』（日本大学、大2）618頁、杉生紘『刑法綱要』（清水書店、大3）180頁、岡田庄作『刑法原論各論』（明治大学出版部、大3）17頁、江木衷監修『日本刑法通義』（日本法学会、大5）537頁、石田正七『刑法各論』（同、大6）7頁、富田山壽『日本刑法』（講法会・清水書店、大7）408頁、田村浩『改正日本刑法註釈』（集栄館、大9）85頁、吉田常次郎『日本刑法』（自治館、大13）264頁、安積伊二郎『刑法解釈』（教文社出版、大14）165頁、尾山万次郎『刑法及刑事訴訟法精義』（内外出版協会、大14）128頁、藤井虎雄『刑法各論』（法制時報社、大15）6頁、新保勘解人『日本刑法要論各論』（敬文堂書店、昭2）7頁、竹内長正『刑法提要』（国民法制学会、昭3）120頁、坂東米八『刑法・陪審法読本』（宝文館、昭3）60頁、久礼田益喜『刑法学概説』（巖松堂書店、昭5）426頁、草野豹一郎『最新日本刑法各論』（高等試験連盟本部、昭5）11頁、島田武夫『刑法概論各論』（有斐閣書房、昭9）5頁、平井彦三郎『刑法論綱各論』（松華堂書店、昭和9）11頁、大竹武七郎『刑法綱要各論』（松華堂書店、昭9）268頁、小泉英一『日本刑法各論』（南郊社、昭9）5頁、徳岡一男『刑法各論』大衆法律講座6巻（非凡閣、昭10）15頁、土井十二『刑法提要各論』（三菱学需品、昭11）4頁、江家義男『刑法各論』（東山堂書房、昭12）16頁、

- 林頼三郎『刑法各論講義案』（中央大学教務課、昭12）56頁、黒田渉『刑法各論（上）』警察講習講義録11巻（日本警務学会、昭12）2頁、沼義雄『刑法大要各論』（良栄堂、昭13）284頁、坂本英雄『刑法基本論各論』（巖松堂、昭14）4頁、齋藤金作『刑法各論講義』（巖松堂書店、昭15）16頁、梅沢富三九『最新日本刑法通義』（日本法学会、昭16）547頁、安平政吉『刑法』（ダイヤモンド社、昭17）238頁。
- 31 倉富ほか監修・前掲註26書同頁。
- 32 弁護人守屋孝蔵上告趣意第2点に「右御陵が刑法の所謂皇陵に該るや否やの法律論は暫く之を措き」との留保があるのは、この点を意識してのことであると推測できる。また、江家・前掲註30書17頁註3は、第4説が「通説である」との記述に続けて、「然るに」との文言を付して本件盗掘事件第一審が皇后陵侵入に皇陵侵入罪成立を肯定して控訴審がこれを是認したことを紹介しており、批判的趣旨が窺える。
- 33 現行刑法施行後に同説を主張する文献は見当たらない。
- 34 皇室典範27条。これは皇室陵墓令（大15皇室令12、官報号外（同年10・21）皇室令32頁）1条・2条を継受したものであるが、同旨文言は同令前から各所で使用されている。どちらの法令も従前の陵墓への適用を規定しており、伝統的概念の維持が認められる。
- 35 勝本・前掲註30書26～27頁、小疇・前掲註30書同頁。
- 36 磯部・前掲註30書同頁、勝本・前掲註30書26頁。
- 37 岡田朝太郎・前掲註30書同頁。
- 38 立太子後・天皇即位前の薨去は頻発する事態ではないから、「皇太子」としての墳墓は少ないが、墓と表示されている。例えば、宮内省諸陵寮編『陵墓要覧』（宮内省、昭9）6頁で、応神天皇皇子「皇太子菟道稚郎子尊」の墳墓が「宇治墓」と表記されており、本件で盗掘された兄・大山守命の墳墓と同格である。
- 39 本件では、第2説・第3説を採用すると処断刑が最も重くなる。第4説では、皇后陵も皇子墓も皇陵ではなく一般の墓所墳墓に対する罪に留まる。第1説なら、どちらも重い皇陵に対する罪になるが、当時の刑法55条により連続犯として科刑上1罪になる。第2説・第3説によると、皇后陵は皇陵に対する罪であり皇子墓は一般の墓所墳墓に対する罪であるから、併合罪加重される。
- 40 盗掘事件第一審裁判書11丁裏。
- 41 盗掘事件第一審裁判書12丁表、同裏、13丁表、14丁表、同裏、15丁表、同裏、16丁表、同裏、17丁裏、18丁表、同裏。
- 42 大三刑判昭9・6・13刑集13巻9号747頁。史跡仮指定古墳を無許可で発掘して埴輪を領得した行為につき当時の史跡名勝天然記念物保護法違反罪・占有離脱物横領罪で処罰した判例である。弁護人は埴輪を葬祀供用物件として棺内蔵置物と同視すべき旨の主張により財産犯罪成立を批判したが、本判例はこのような古墳は刑法189条～191条の客体になり得ないと判示してこの主張を斥けた。
- 43 団藤重光編『注釈刑法（4）各則（2）』（有斐閣、昭40）357頁（板倉宏）、大塚仁ほか編『大コメンタール刑法第二版』9巻（青林書院、平12）224頁（岩村修二）。
- 44 東京都台東区所在の国立科学博物館には、近年に発見された江戸時代の女性の死体が展示されており、明らかに学術資料として扱われている。しかし、他の展示物と異なり写真撮影禁止の指示があり、その理由として死者の尊厳が明記されている。
- 45 前掲註41盗掘事件第一審裁判書各丁。
- 46 犯罪認定につき盗掘事件第一審裁判書19丁表、20丁裏、22丁表、法適用につき同

69丁裏～70丁表。

- 47 犯罪認定につき盗掘事件第一審裁判書23丁表、法適用につき同69丁表。
- 48 立野・前掲註30書197頁、高木・前掲註28書482頁等。
- 49 瀧川幸辰『刑法講義』（弘文堂書店、昭4）282頁は、皇室に対する罪の説明に際して、皇陵侵入罪を含む刑法（旧）131条を130条から分離して不敬罪と並べている。章編成に反するものであるが、小野清一郎『刑法講義各論』（有斐閣、昭3）205頁は、同罪を皇室に対する罪の章に規定するべき旨を主張している。かかる理解によれば、皇陵不敬罪と皇陵侵入罪とは同一法益を担うと解する他ない。そうすると、2罪成立は同一法益侵害の二重評価であるから、皇陵不敬罪は皇陵侵入罪不該当の場合にのみ成立するべきことになる。
- 50 死体損壊罪と無許可解剖罪（死体解剖保存法違反）との関係にも同様の問題がある。原田保「死体損壊・遺棄罪の成立範囲」愛知学院大学論叢法学研究46巻2号（平17）1頁、22頁～23頁註27。
- 51 大山守命墓周辺で不特定多数人の存在が想定可能な場所を探すと、山麓に寺院および神社があるが、どちらも山上の同墓から直線距離で約700m離れている。山道以外の公道で同墓に最も近いのは約950m南方の一条街道（現在は一条通り）である。大日本帝国陸地測量部『奈良』（大5）参照。
- 52 予審裁判書は保存されていないが、この記述が盗掘事件訴控訴審裁判書28丁裏～29丁表に引用されている。
- 53 盗掘事件第一審裁判書19丁表、20丁裏、22丁表。
- 54 煩瑣回避のため個別引用は省略するが、前掲註27～30書の相当数が皇陵に対する不敬行為の説明に際して発掘を例示している。
- 55 弁護士花井卓蔵上告趣意第5点。
- 56 附近に誰もいない状況で深夜に墓石を押し倒した行為に墓所不敬罪成立を肯定した判例につき、夜明け後に墓石の倒れた状態が当然に不特定多数人の認識するところとなることを指摘して賛同する見解がある。このような説明方法は、本件皇子墓発掘にも妥当する。
- 57 団藤編・前掲註43書355頁（板倉）、357頁（同）、大塚ほか編・前掲註43書220頁（岩村）、225頁（同）。
- 58 団藤編・前掲註43書352頁（板倉）、大塚ほか編・前掲註43書206頁（岩村）。
- 59 明治維新の際に発せられた神仏分離令から廃仏毀釈が派生して仏教寺院攻撃が頻発したという公知の歴史的事実を看過してはならない。神社神道の国教化を前提とすれば、宗教的確信犯としての仏教寺院攻撃は非破廉恥罪と評価し得る。
- 60 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、昭52）266頁。
- 61 原田保「人骨素材記念品の刑法的意義」高橋則夫ほか編『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕』（成文堂、平26）233頁、240頁～241頁。

IV 財産犯罪関係問題

盗掘による蔵置物領得は、棺内からの領得なら棺内蔵置物領得罪であって窃盗罪ではない、というのが上告審の解釈である。第一審の窃盗罪認定が上訴されずに確定した点に本件裁判としての問題が遺るが、この点は前稿で論題としたので、本稿では論及しない。ここでは、犯罪認定の欠落を中心として検討する。

1 領得罪本犯

(1) 窃盗未遂罪

既に指摘したように、本件第一審で認定された盗掘に係る財産犯罪本犯は、公訴事実第一の被葬者不明古墳について占有離脱物横領罪、公訴事実第二の宇治陵および日葉酢媛命陵について窃盗罪・同未遂罪であり⁶²、公訴事実第三の大山守命墓については財産犯罪の認定が全くない⁶³。法令適用においても、窃盗未遂罪として235条・243条の適用が説示されているのは、公訴事実第二（一）（三）の一方または双方を実行した被告人②～⑧の7名である⁶⁴。公訴事実第三を実行したのは被告人①～④および⑩の5名であるところ、そのうち公訴事実第二（一）（三）の実行に関与していない被告人①⑩には窃盗未遂罪の法令適用が行われていない。このように、同じく古墳盗掘でありながら財産犯罪の認定に相違があるので、その理由について検討しなければならない。

窃盗未遂罪不認定の理由として論理的にあり得るのは、成立するべき窃盗罪の実行着手が認められない場合、および、成立するべき財産犯罪が客観的にまたは錯誤により窃盗罪ではない場合である。然るに、公訴事実第二（一）（三）も第三も、蔵置物領得のための発掘が行われたのであり、窃盗罪実行着手の有無という区別を導く事情は認められない。故に、公訴事実第三で成立するべき財産犯罪は窃盗罪ではない、というのが本判決の見解であると解する他ない。加えて、被告人の意図に関する本判決判示が、

公訴事実第二で「窃取」⁶⁵、公訴事実第三で「領得」⁶⁶、という使い分けになっていることに鑑みれば、公訴事実第三で成立すべき財産犯罪は占有離脱物横領罪であるとの趣旨が看取される。

このように解するなら、同罪に未遂罰則はないから、蔵置物領得に至らなかった同公訴事実で財産犯罪が認定されないのは当然であることになる。また、この点について無罪の説示はないから、検察官も窃盗未遂罪を主張していなかったと認められる。そこで、同公訴事実の盗掘について成立すべき財産犯罪が窃盗罪ではなく占有離脱物横領罪であるとの判断が、客観的な占有の不存在によるものか行為者の錯誤によるものか、検討を要する。

前提として被葬者不明古墳と皇后陵とを対比すると、前者が占有離脱物横領罪であり後者が窃盗罪であるという判断は、十分に是認可能である。被葬者不明古墳には、柵も表示もなく、誰かが警戒するという事実もない⁶⁷。事実上は誰でも容易に接近して発掘することが可能である。このような古墳内の蔵置物について、蔵置物所有者や土地所有者の支配意思が客観化していると認め得る状況は存在しない。故に、当該蔵置物は占有離脱物であると認定する他ない。これに対して、皇后陵は、宇治陵も日葉酢媛命陵も、宮内省の管轄の下で、柵で囲まれ、施錠された門扉や宮内省名義立入禁止表示・陵墓名表示があり、同省職員が2～3日毎に巡回して警戒や清掃に従事する、という体制が執られていた⁶⁸。かかる状況に鑑みれば、皇后陵蔵置物は宮内省責任者の占有下にあると判断するのが当然である。

然るに、皇子墓については、被葬者不明古墳のように占有を直ちに否定することは困難である。陵墓の状況について本判決で説示されたところによれば、大山守命墓も柵・施錠門扉・宮内省名義立入禁止表示・陵墓名表示・宮内省職員による警戒といった諸点は宇治陵や日葉酢媛命陵と同様であり、その限りでは占有の有無を区別しなければならないような相違を見出し難い。⁶⁹成立すべき犯罪につき本判決で採用された区別は「陵」「墓」の区別に対応するが、被葬者の身分如何は盗掘時点での占有の有無に結び

付く事柄ではない。排他性表示の一態様として堀を掲げることもできるが、本件盗掘対象のうち堀があるのは日葉酢媛命陵だけであり、宇治陵にも大山守命墓にも堀はないので、これも占有の有無に関する基準になり得ない。

強いて相違を指摘するなら、周辺の状況である。宇治陵は奈良街道・官営鉄道奈良線東方の山中を中心とする古墳群であり、⁷⁰ 本件で盗掘された 23号区域55号塚もその中にある。日葉酢媛命陵は平城京跡地北方の平地で成務天皇陵・孝謙＝称徳天皇陵・瓢箪山古墳に隣接し、周辺平地に皇族陵墓や同参考地等の古墳が多数あって、古墳群と認め得る。⁷¹ これに対して、大山守命墓は、他の古墳から離れた山上にあって孤立しており、同墓附近は古墳群と呼べるような状況にない。⁷² これを、例えば誰もいない広大な駐車場に多数の鞆が纏まって存在する場合と 1 個の鞆だけが存在する場合とで鞆に対する占有の有無が区別され得ることと同様に解するなら、近傍に同様の陵墓があって古墳群と認めることができるか否かの相違が蔵置物に対する排他的支配意思の客観化を認定できるか否かの相違に結び付くと論じることが一応は可能になる。しかし、古墳群は当該領域を墓所とする古代人の意思を推認できるものであるが、鞆の多数集積により一時的にその場に置く所有者の当該時点の意思が推認できる状況とは異なる。墳墓と鞆とを同列に扱うことは牽強附会の論理でしかない。

そうすると、大山守命墓も客観的に宮内省職員の占有下にあったことを前提として、錯誤により占有の事実認識がなかったことから、窃盗罪の故意が認定できず占有離脱物横領罪の限度に留まるとの判断しか考えられない。公訴事実第三において盗掘実行者の歩行経路は判示されていないが、宮内省名義立入禁止表示や陵墓名表示のある遥拝所を経由せず道のない山中を歩いて山頂の墳墓本体部分に到達することも可能である。そうであるなら、墳墓本体部分の玉垣を見て現在なお礼拝対象であることが判明するとしても、前記表示を見ることはないから、皇族陵墓として宮内省責任者の占有下にあるという事実の認識が欠落することはあり得る。単に古墳としか認識していなかった可能性を窺わせる被告人供述もある。⁷⁴ このよ

うに解するなら、蔵置物領得に至れば客観的に窃盗罪に該当する行為につき刑法38条2項により占有離脱物横領罪として処断すべきところ、本件では蔵置物領得に至らず客観的に窃盗未遂罪に該当する行為であるが、認識事実に基けば不可罰の占有離脱物横領未遂であるから故意阻却により無罪となり、この点に関する罪責は全く認定できないこととなつて、本判決の結論が導かれる。

このような説明は一応可能であるが、唯一絶対の法適用であると断言できる訳ではない。本稿筆者の判断で宇治陵・日葉酢媛命陵と大山守命墓とを対比したところ、窃盗罪か占有離脱物横領罪かという区別の理由として合理的に成立する可能性が比較的高い論理として思い至ったのはこの点だけであるので、本判決の趣旨に関する仮説として提示する次第である。

（２）横領行為

前節で述べたように公訴事実第一の被葬者不明古墳蔵置物領得を占有離脱物横領罪と認定することは肯定できるが、同公訴事実の中には、横領の認定について疑問を抱かざるを得ない判示もある。

公訴事実第一のうち十において、盗掘実行者は古墳中に古刀2本を発見して土中から取り出した後に価格が高くないと判断して投棄しているところ、この行為に対する犯罪認定は「之を附近の草叢中に投棄して横領し」⁷⁵というものである。「売却し以て之を横領し」「持帰り以て之を横領し」という一～九の判示⁷⁶は疑問なく理解できるが、投棄を横領と認定することは異様である。

占有離脱物横領罪も財物領得罪の一種であり、不法領得意思を以てする行為が犯罪実行行為である。そして、不法領得意思は毀棄隠匿罪との区別に使用される概念である。かかる一般的理解による限り、草叢への投棄は毀棄であつて領得ではない。投棄を以て横領と認定することは判例・通説に反する異様な判示であり、その趣旨は理解不可能である。

2 事後強盗致傷罪

公訴事実第二（三）の盗掘が現認されて犯人逮捕のための活動が行われた際に、犯人は激しく抵抗し、逮捕活動に参加していた地元住民 1 名に鎌で重傷を負わせた⁷⁷が、この行為に関する犯罪成立の認定はない。

当該盗掘は窃盗未遂罪に該当するから、犯人の抵抗は窃盗未遂犯人による逮捕免脱目的暴行であり、刃物を振り回すという行為態様は明らかに反抗抑圧程度である。これは事後強盗未遂罪に他ならず、地元住民に傷害を負わせたから事後強盗致傷罪に至っており、窃盗未遂罪に留まるものではない。宮内省職員や警察官に対する抵抗は公務執行妨害罪にも該当する。

かようにして、公訴事実第二（三）の盗掘を実行した被告人④～⑧には、無期懲役も可能であり、有期懲役でも当時の規定により下限 7 年～併合罪加重上限 20 年が可能である。事後強盗致傷罪・公務執行妨害罪に関する無罪の説示はないから起訴されなかったと判断されるが、逮捕への抵抗につき犯罪成立を否定する合理的理由は見当たらない。本件で可能な限り重く処罰したいとの意向があったなら、欠落はこれに反する措置でもある。

強いて理由を考えるなら、被告人⑱の処断刑上限 15 年との均衡しかない。被告人⑱は首謀者と目されており、末端と評価される筈の被告人④～⑧の処断刑を被告人⑱より重いものにする、被告人⑱の首謀者性が稀薄化する。被告人⑱が最も重大な責任を負うべき首謀者であるとの評価を明示するという目的からすれば、指示されて行動しただけの末端関与者が首謀者より重い刑となるような犯罪の認定を回避することは、その限りで合理的である。

しかし、それは刑事裁判の本旨に反する。被告人⑱が首謀者であって被告人①～⑧は指示通りに行動した末端関与者であるとの評価を前提としても、犯人逮捕に協力しようとした地元住民を負傷させた行為を処罰対象としないことは不当である。当初計画から外れる事後強盗を認識していなかった首謀者が当該行為について責任を負わないことは当然であり、そもそも公訴事実第二（三）は被告人⑱の共犯帰責に属さない。事後強盗致傷

罪および公務執行妨害罪の欠落に合理的理由は見出せず、到底納得できる結論ではない。

3 贓物罪

本件では、被告人⑮が贓物罪で起訴されたのに対して、贓物罪に関与したにも拘らず起訴されていない者が存在する。それは、盗掘品の売買に際して仲介した者および場所を提供した者ならびに盗掘品を自ら購入した者である⁷⁸ いずれも氏名等は不明であり、如何なる人物であるのか、これらが同一人物か別人物かも判然としないが、本件被告人以外の者であることは確実であって⁷⁹ 犯罪認定もないから、起訴されていないと判断する他ない。

不起訴の合理的理由としては、盗掘品の認識がなかったことに基づく故意阻却・無罪しか考えられないが、被告人⑮も皇陵からの盗掘品であることを知らなかったと供述している。供述の真偽を検討するに足る情報は見当たらないが、被告人⑮は起訴され、裁判所も同被告人に皇陵からの盗掘品である旨の認識があったと認定している。故に、同被告人の供述は信用できないと判断されたことが明白であるが、これと異なり氏名不詳関与者の故意否認供述は信用されたのであれば、その相違は如何なる点にあったのか、情報が全くないので検討不可能であるが、疑問を払拭できないところである。⁸⁰

62 盗掘事件第一審裁判書19丁表～同裏、22丁表～同裏。

63 盗掘事件第一審裁判書22丁裏～23丁表。

64 盗掘事件第一審裁判書69丁裏～70丁表。

65 盗掘事件第一審裁判書19丁表、22丁表。

66 盗掘事件第一審裁判書22丁裏。

67 本判決中に、被葬者不明古墳の管理に関する説示は全くない。

68 宇治陵につき、盗掘事件第一審裁判書52丁表、65丁表～同裏。日葉酢媛命陵につき、同裁判書53丁裏、66丁表～同裏。

69 大山守命墓につき、盗掘事件第一審判決裁判書52丁裏、63丁表～64丁表。

70 大日本帝国陸地測量部『淀』、同『宇治』（明45）参照。

71 前掲註51地図参照。

72 前掲註51地図参照。

-
- 73 盗掘事件第一審裁判書64丁表～同裏に墳墓本体部分（御所在）の状況が記載されているところ、白砂・玉垣・鉄扉の存在は記載されているが宮内省名義立入禁止表示や陵墓名表記の記載はない。
- 74 盗掘事件第一審裁判書31丁表～32丁表。
- 75 盗掘事件第一審裁判書18丁裏。
- 76 盗掘事件第一審裁判書12丁表、同裏、13丁裏、14丁表、同裏、15丁表、16丁裏、17丁裏、18丁表。
- 77 盗掘事件第一審裁判書54丁表は、「賊は死者狂いで逃出し鎌等を振り回し」という宮内省職員の子審調書記載を引用している。奈良新聞大6・3・9朝3面は、犯人逮捕に至る状況をより詳細に報じると共に地元住民負傷を報じている。
- 78 盗掘事件第一審裁判書12丁表、14丁表～同裏（以上、仲介）、16丁裏、17丁表～同裏（以上、場所提供）、17丁裏（購入）。
- 79 閲覧用に貸与された裁判書コピーでは被告人全員の氏名が開示されながら本文で指摘した関与者の氏名等記載と推測される部分にマスキングが施されていたので、本件被告人ではないと判断できるが、如何なる人物であるかは不明である。
- 80 盗掘事件第一審裁判書51丁表によれば被告人⑮の無罪を意図した購入品隠匿者もいるが、これも起訴されていない。故買後の行為であるから贓物罪の共犯ではないが、証拠隠滅行為であることは否定し難い。この者は予審において証人ではなく参考人として供述しており、当時の明治刑事訴訟法123条2号が被告人の親族に証人適格を否定していたことから、被告人の親族である可能性が推測できる。当時の刑法105条により親族庇護目的の犯人隠避・証拠隠滅は不可罰であったので、親族なら不起訴は当然であるが、断言し得る情報はない。

V 共犯関係問題

1 盗掘事件

（1）第一審の教唆犯認定

本件では、公訴事実第二（二）および第三の皇族陵墓盗掘について、被告人⑱が首謀者と目されていた⁸¹にも拘らず、共謀共同正犯ではなく教唆犯とされている。これは、共犯帰責の方法として、多大な疑問がある。被告人⑱⑲についても同様である。

実務において一般的に首謀者は共謀共同正犯であり、むしろ首謀者を教唆犯ではなく正犯とすることに共謀共同正犯という概念の存在価値があると評することもできる。実行同等関与行為や正犯意思がなければ共謀共同正犯は認定できないが、被告人⑱自身が皇族陵墓からの蔵置物領得を目的として盗掘実行者達を使喚したとの嫌疑を前提とする限り、共謀共同正犯を否定する理由はない。それにも拘らず、本件では、検察官が当初から共謀共同正犯ではなく教唆犯として起訴して⁸²第一審がこれを是認しており、実務の通例とかなり異なる法適用が行われたと認めざるを得ない。故に、その理由を検討しなければならない。

私見としては、重い量刑を目指した可能性を推測せざるを得ない。皇后陵盗掘実行に係る罪責は、前述の通り、皇陵不敬罪・皇陵侵入罪・窃盗罪の3罪が科刑上1罪である。この範囲での処断刑は、窃盗罪の法定刑上限懲役10年～他2罪の法定刑下限懲役3月になる。然るに、皇族陵墓盗掘実行者は全員が被葬者不明古墳盗掘も行っていて占有離脱物横領罪連続犯も成立するので、併合罪加重により同罪法定刑上限1年が付加されて上限懲役11年になり、そのうち4名は更に皇子墓盗掘も行っているので墳墓発掘罪・墓所不敬罪の観念的競合に係る上限懲役2年も併合罪に付加されて上限懲役13年になる。これに対して、被告人⑱～⑲の罪責として盗掘につき共謀共同正犯の成立を認めると、転得・仲介を行っていても別罪にならず、罪責は前記犯罪に係る1個の共謀行為に留まるから、上限懲役10年を超え

ることがあり得ない。そうすると、首謀者の方が末端実行者より軽い刑になる。

しかし、盗掘実行への被告人⑬～⑮の関与を教唆犯にすれば、盗掘品の転得・仲介につき贓物罪の成立が認められることになる。この贓物罪は当然に盗掘実行者の前記犯罪に対する教唆犯との併合罪であるから、併合罪加重により処断刑上限は懲役15年になる。現に検察官は本件で懲役15年を求刑しており、⁸³このような刑を導くための手段として、敢えて共謀共同正犯を回避して教唆犯としたと推測することができる。

共謀共同正犯を理論的に否定する見解や成立要件を極度に厳格化する見解からすれば教唆犯は当然の結論であることになる。しかし、それは当時でも今日でも実務の通例ではない。被告人⑮の発言と盗掘実行との因果関係存在を前提とする限り、今日論じられている共謀共同正犯成立要件に則して検討しても、共謀共同正犯は当然の結論となる筈である。故に、検察官および第一審の教唆犯認定は実務として異常であると評する他なく、その理由としては前述した重い量刑しか考えられない。政治的配慮を疑うべき裏技的措置であり、その意味で批判を免れ得ない。

（２） 控訴審の教唆犯否定

控訴審は、第一審が肯定した盗掘実行に係る被告人⑬⑮の共犯帰責を否定し、教唆罪について無罪を宣告した。この点では逆転判決であるが、その理由については「犯罪の証拠十分ならざるにより」⁸⁴との一言に留まり、具体的な判断根拠の説示はない。本件事実関係に則して教唆罪不認定の理由を推測すると、被告人⑮の発言と盗掘実行との因果関係が否定されたと考えられる。それは、当該盗掘実行者達が従前から古墳盗掘を幾度も反復していたことから導かれる結論である。

即ち、皇陵盗掘実行者は従前からの古墳盗掘常習者であるから、被告人⑮の発言がなくても自らの決意で当該皇族陵墓盗掘を実行した可能性が排除できない。出典判例集にも記載されているように、被告人⑮の発言は、「勾

玉のような物は御陵以外の普通の墳墓からは出ない」「良品が出たら高額に買い取るから、他のところではなく私に持ってきてくれ」という趣旨のものである。盗掘品売却先を従前の被告人⑮にせずより高額に買い取る筈の被告人⑯にするという売却先選択との因果関係は十分に肯定できるが、それは従前から反復している盗掘を次回実行した後の行為に関する判断であって、盗掘の決意・実行自体との因果関係には疑義の余地がある。

これは一義的結論を導き難い問題であり、裁判所間で判断が分かれたことも理解できる。理論的には、既に犯罪実行を決意している者に対する教唆犯はあり得ず、教唆罪被疑者・被告人の行為がなくても実行者は当該犯罪を決意・実行した筈であると認められれば教唆の因果関係が否定される。故に、如何なる事情を以て犯罪決意済と認めるか、本件盗掘実行者は如何なる契機により皇族陵墓盗掘を決意したか、という検討を要する。

決意・実行された犯罪の内容としては、古墳盗掘という概括的な同一性を肯定することも不可能ではないが、被葬者不明古墳と皇族陵墓との間に多大な相違を認めることもできる。立入防止手段が全く講じられていない前者と柵や立入禁止表示がある後者とでは、事実上も心理的にも犯行の難易が明白に異なる。法的にも、両者間には重大な相違がある。被葬者不明古墳盗掘で成立する犯罪が占有離脱物横領罪のみであって立ち入りも発掘も罪にならないのに対して、皇陵盗掘では蔵置物領得が窃盗罪となり、立ち入り・発掘だけで犯罪になる。法益の内容に鑑みれば、皇室の尊厳を害する「大罪」である。皇陵不敬罪・皇陵侵入罪の法定刑上限は懲役5年であるが、天皇主権国家の帝国臣民にとっては窃盗罪より遥かに重大視されても不思議ではない。当時の新聞も「逆賊」「不敬漢」「兇徒」「暴逆不敬の賊」といった激烈な非難の語を使用しており、法定刑で示される量的な大小よりも侵害される法益の質が重視されていたことが窺われる。

そこで、盗掘実行者達の従前犯罪が被葬者不明古墳に対するものだけであって被告人⑯の発言が伝達されて初めて皇族陵墓に対する犯罪が実行されたのであれば、従前反復されていた犯罪にない重大な法益侵害を内容と

する当該犯罪の決意は被告人⑬の発言によって初めて惹起されたものであると認定することが十分に可能である。しかし、実際はそうではなく、被告人⑬の発言が行われる前に盗掘実行者達は既に公訴事実第二（一）の皇族陵墓盗掘を実行している。この事実は、盗掘実行者達による公訴事実第二（二）および第三の決意に至る経緯の分析に際して検討を要するものであり、この点に関する判断の相違が教唆罪成否に関する第一審・控訴審の結論の相違を導いたと理解できる。

即ち、公訴事実第二のうち、（一）の宇治陵盗掘が皇族陵墓である点を特に意識することなく従前から反復していた古墳盗掘の一環として実行されたものであり、同（二）の日葉酢媛命陵盗掘および第三の大山守命墓盗掘が被告人⑬の発言を知って皇族陵墓なら高価な蔵置物の領得が期待できるとの意識を以て実行されたものであるなら、後者の決意・実行は被告人⑬の発言によって初めて惹起されたと認めることができる。第一審判決の結論は、このような理解によって導き得る。

しかし、宇治陵盗掘も皇陵に対する罪で処罰されており、それは盗掘実行者において当該古墳が皇陵である旨の事実認識を有していたと認定されたことを意味する。そうすると、被葬者不明古墳盗掘とは異なる重大な法益侵害・規範違反は被告人⑬の発言に先立って既に決意済であったと認め得るので、被告人⑬の発言を知った後の皇陵盗掘も既に決意・実行された重大犯罪の反復でしかないと評価する余地がある。このように考えれば、日葉酢媛命陵盗掘および大山守命墓盗掘が被告人⑬の発言を俟たずに実行された可能性を否定することができない。

盗掘実行者の犯行決意経緯を一義的に断言することは困難であるが、被告人⑬の発言と盗掘実行者の決意・実行との間の因果関係に疑義の余地があるなら、IDPR原則に基づいて因果関係を否定する他ない。控訴審判決はこのように判断したと推測することができる。

被告人⑬について教唆犯を否定することは、同被告人が皇族陵墓盗掘の首謀者であるという嫌疑の否定を意味し、本件起訴が部分的に冤罪であっ

たことを認めるものである。このような判断は本件の全体的評価に多大な影響を与えることになるが、盗掘事件控訴審判決は、この点において政治的配慮を行うことなく、刑事裁判の鉄則に忠実な判断を示したと評価することができる。

2 偽証事件

（1）教唆行為の存否

Aの偽証罪に関して、Bの弁護人はBがAに対して「頼まない」と言った等の事情から教唆罪成否を上告審まで争ったが、全審級が教唆罪成立を肯定した⁸⁶。本判例の結論に疑念はないが、教唆の認定について一言しておく。

事実関係に則して偽証の決意・実行に至る経緯を分析すると、BがAに対して偽証の期待を内容とする発言を行い、Aがその結果として偽証を決意・実行したことは明白であるから、教唆罪成立は当然の結論である。外形的に「依頼を口にするな」「頼まない」との発言があっても、それは既に偽証決意に向けた発言が行われて偽証の決意が形成された後のことであり、この会話は「偽証依頼に応じた訳ではない」というA自身の内心的弁明でしかないと解し得る。教唆ではないかのような外形による教唆の判別は他にもある⁸⁷が、「黙示の教唆」の一例として指摘するに値すると認められる。

（2）身分犯の共犯

弁護人上告趣意中には、偽証教唆罪認定に際して刑法65条1項の摘示がない点を批判する主張⁸⁸と共に、同条項を以てしてもBを教唆犯として処罰することはできないとの主張⁸⁹もある。上告審はどちらの主張も排斥したが、どちらについても論じるべき問題がある。

① 65条適用の要否

上告審は、Bに偽証教唆罪成立を肯定するに当たり、65条1項の趣旨として共同正犯の特例であって教唆には適用されず、身分犯の教唆につき同条項によることなく教唆罪成立を肯定することが大審院判例である旨を明言している⁹⁰。身分犯の実行と異なり、身分犯の教唆は誰にでも遂行できるから身分犯ではない、という解釈である。この解釈が同条項に関するかつての判例であったことは夙に指摘されており⁹¹、本判例も同旨判例の1件として掲げられるべきことになる。

尤も、解釈の当否自体とは別に、判例の相互関係について論じる必要がある。即ち、前記65条適用不要説判例の後に、共犯全体への65条2項適用可能性を判示した判例⁹²があり、更に共犯全体への65条1項適用可能性を判示した判例⁹³があるので、その後に第二刑事部で宣告された本判例がこのような65条の適用範囲を拡張した判例と抵触しないかどうかを検討しなければならない。

これは適用法条・事案の相違を以て説明できるか否かという問題であるところ、本件は教唆に関する事案について65条1項を論じるものである。そこで、65条2項に関する判例は異なる法条に関するものであり、65条1項に関する判例は共同正犯の事案であって教唆犯については傍論でしかないので、どちらも本判例に対して拘束的効果を有する先例ではないと解することができる。判例の相互関係について議論の余地はあり得るが、本判例はこのように解したと認められる。

② 偽証罪の身分

65条1項を以てしてもBに偽証教唆罪成立を認めることはできないという主張は、偽証罪が身分犯であることを根拠としているが、「宣誓した証人」という身分の点ではなく、親族関係に基づく主張である。

当時の明治刑事訴訟法123条2号により被告人の親族は証人となり得ず、当時の刑法105条により親族庇護目的の犯人隠避・証拠隠滅は不可罰であつ

た。当時も今日と同じく偽証罪に親族特例規定はなかったが、証人適格のない者による偽証罪は想定不要である。前記上告趣意は、親族に対する証人適格否定が犯人隠避罪・証人隠滅罪における親族無罪と同様に親族庇護目的の偽証に責任非難が困難であることに基づくとの理解を示し、かかる理由から偽証罪の主体となり得ない親族は教唆犯としても処罰し得ない、という論理である。65条の文言解釈としては、「身分」とは積極的資格であって被告人の親族ではないという消極的資格を含まないと主張されている。親族の証人適格を否定しない現行刑事訴訟法の下で同一の問題が生じることはないが、証人の偽証に対する被告人による教唆・幫助についても同様の問題は提起可能である。この点については、共犯の処罰根拠に則して65条の趣旨を検討しなければならない。

教唆・幫助の共犯帰責が実行行為による法益侵害への因果的関与に基づくなら、身分者によって惹起された身分犯に係る法益侵害が教唆・幫助を行った非身分者にも帰責されることは当然である。しかし、有責性についてはかかる連帯効果を認めないことが通説の合意事項である。そこで、被告人の親族たる身分を親族庇護目的による偽証に対する責任非難を困難にする消極的責任身分と位置付ければ、偽証に対する教唆・幫助の当罰性如何は連帯効果のない行為者毎の判断によるべきことになる。このようにして、親族か否かという責任身分は連帯的作用を有しないので65条1項に該当せず、被告人⑬の親族であるBは非親族であるAの偽証に関する共犯となり得ない、という論理は成立可能である。

しかし、これは偽証罪の構成要件に則した論理ではない。同罪の身分は「宣誓した証人」であって「被告人の親族でない者」ではない。証人という身分は偽証により司法作用を害し得る身分であり、その内容に鑑みれば違法身分と解する他ないから、連帯作用を否定することはできない。親族庇護目的の偽証は当然に想定可能な行為であるところ、それ故に信用性が典型的に乏しいという判断が被告人の親族に証人適格を認めていなかった理由であると解され、これは偽証に対する責任非難可能性とは別の問題で

ある。よって、責任非難困難に基づく親族庇護目的の犯人隠避・証拠隠滅に関する不可罰を証人という違法身分者の偽証罪に持ち込むことや実行に関する責任非難困難を教唆にまで拡張することは論理飛躍である。本判例の当該上告趣意排斥は証拠偽造が偽証を含まず証人宣誓能力がなくても教唆犯として処罰可能であるとの説示に留まるが、65条1項の趣旨に照らして肯定すべき判示であると認められる。

-
- 81 第一審判決を報じた奈良新聞大6・3・9朝3面および法律新聞1233号20頁は、盗掘事件第一審裁判書の被告人表示で末尾に記載された被告人⑮を冒頭に記載している。この順序は、被告人⑮が首謀者であるという評価を明示するものである。
- 82 鶴澤聰明弁護士上告趣意第2点で検察官の予審請求書記載犯罪事実が引用されている。上告審裁判書42丁裏～43丁表。その内容は盗掘事件第一審裁判書19丁裏～20丁裏の認定と同旨であり、被告人⑮が共謀に基づき被告人⑮に教唆行為を教唆した後被告人⑮が盗掘実行者への教唆を行ったとされている。
- 83 奈良新聞大6・3・9朝3面および法律新聞1233号20頁には検察官が18名の被告人全員に懲役15年を求刑したとの記載がある。しかし、第一審認定犯罪に基づく処断刑上限は、被告人①～④が懲役13年、被告人⑤～⑧が懲役11年、被告人⑨～⑫が懲役1年、被告人⑬～⑮が懲役10年および罰金であり、懲役15年を求刑し得るのは被告人⑮～⑮だけである。被告人①～⑮に関する検察官主張犯罪がより重いものであって第一審により否定されたか、新聞の誤報であったか、どちらかであると考えられる他ないが、被告人全員に関する検察官起訴や予審終結決定の罪名を明示する資料がないので、断定できない。
- 84 盗掘事件控訴審裁判書29丁表。
- 85 奈良新聞大6・3・9朝3面、同大6・3・10朝3面、同大6・3・11朝3面、同大6・3・15朝3面。
- 86 上告審裁判書34丁表、52丁裏、87丁表～同裏、92丁裏～93丁表。
- 87 典型例として、「勧めるのではないからお前の考えにせよ」(原文カタカナ)と前置きして放火の方法を説明した行為を放火教唆罪と認めた大三判昭9・9・29刑集13巻16号1245頁。
- 88 勝本勘三郎上告趣意。上告審裁判書72丁表～裏。
- 89 守屋孝蔵上告趣意第1点。上告審裁判書69丁裏～71丁裏。
- 90 上告審裁判書72丁裏。
- 91 団藤重光編『注釈刑法(2)の総則(3)』(有斐閣、昭44)833頁(内藤謙)、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第二版』5巻(青林書院、平11)660頁(川端博)等において、被告人の偽証教唆に関する大二判明44・10・9刑録17輯1652頁が65条適用不要説判例として紹介されている。
- 92 大連判大3・5・18刑録20輯932頁は、賭博罪に関して共犯全般への65条2項適用可能性を肯定した。
- 93 大一判大4・3・2刑録21輯194頁は、非占有者による業務上横領罪共同正犯の事案で共犯全般への65条1項適用の可能性を肯定した。

VI 結語

以上、本判例について前稿論題以外の諸問題を検討したが、事実認定についても法適用についても、合理的に納得し得ない点が多々ある。その幾つかについては、被告人⑱を本件首謀者として重く処罰するという政治的配慮の可能性を推測せざるを得ない。

常習的古墳盗掘が悪質な犯罪であることを否定する理由はなく、天皇主権国家における帝国臣民の皇族陵墓盗掘となれば強烈な非難を免れ得ない。このような犯罪の首謀者は可能な限り重い刑に処せられて当然であるが、被告人⑱が首謀者であるという嫌疑は冤罪であった。控訴審は教唆犯不成立判示によりこの点の冤罪を是正したと評価し得るが、前稿で指摘した上告審における政治的配慮の嫌疑は同被告人が当初に首謀者として扱われたことの残滓であったと推測することができる。

このような冤罪が如何なる予断・偏見から生じたのかを断言するに足る情報はない。いずれにせよ、大正デモクラシーの中核を担った著名な弁護士達が弁護を担当することとなった理由について、本件裁判に不当な政治的配慮が認められたからであったと推測することも不可能ではない。本件では、出典判例集不登載部分にも、論じるべき重大問題があったのである。

（平28・10・25稿）

