

違法に領得された棺内蔵置物の刑法的性質

—— 皇陵盗掘事件（大二刑判大8・3・6

法律新聞1547号19頁）を中心として ——

原 田 保

- I 序 言
- II 判 例
- III 棺外取り出し後の性質
- IV 客体所在場所不明不知の処理
- V 結 語

I 序 言

刑法（以下同）190条・191条は、行為客体として死体・遺骨・遺髪・棺内蔵置物を規定し、実行行為として損壊・遺棄・領得を規定している。同条は、このように4種類の客体に対する3種類の行為、即ち $4 \times 3 = 12$ 通

(1) この表現は制定当初の「棺内ニ蔵置シタル物」という旧規定に基づくものであり、平7法91改正による「棺に納めてある物」という現行規定上は「納棺物」という表現が通例であると認められる。しかし、本稿では、同改正前の判例を含めて検討するので、現行規定適用場面に限定する場合を除いて旧規定当時の表現を使用する。

(2) 190条・191条の「領得」は「不法領得の意思」で論じられる「領得」と異なる。原田保「死体等に対する財産犯罪の成否」福田雅章ほか編『刑事法学の総合的検討（下）』（福田平・大塚仁博士古稀祝賀、有斐閣、平5）511頁、513頁註2参照。

りの犯罪類型を規定しているところ、本稿の主題は棺内蔵置物に対する領得⁽³⁾である。当該物の違法な領得に係る罪責に関しては、検討すべき法解釈問題として次の 2 点を指摘しなければならない。

第 1 に、棺内からの領得に係る棺内蔵置物領得罪⁽⁴⁾実行者の罪責に関して、棺内にある時点における当該物の刑法的性質が問題となり、その解釈如何により同罪の法益が問題となる。即ち、第 1—①として当該物は棺内蔵置物であると共に財物でもあるのか否かが問題となり、財物性を肯定するなら同罪該当行為による財産権侵害の発生を認め得ることになるので、第 1—②としてその財産権侵害が同罪の評価に含まれるのか否かという同罪の法益如何が問題となる。同罪の財産犯罪性を肯定するなら財産犯罪たる同罪のみの成立となり、同罪を純粋な社会法益犯罪と解して財産犯罪性を否定するなら同罪に加えて財産権侵害につき窃盗罪等の競合的⁽⁵⁾成立を認めるべきこととなる。これに対して、第 1—①の問題につき財物性を否定するなら棺内蔵置物領得罪該当行為に財産権侵害の性質は存在しないことになるので、財産犯罪を論じる余地もなく同罪は純粋な社会法益犯罪でしかあり得ず、第 1—②の問題は生じない。この点は、死体・遺骨・遺髪に

(3) 葬祭権者が棺内蔵置物を再び生者の使用・収益・処分に供することとする意思を以て改葬手続を経て棺外に取り出すことが棺内蔵置物領得罪になるか適法行為であるかは議論の余地があり得るところ、これは棺内蔵置意思の放棄が許容されるか否かという問題である。私見としては、死者に関する社会法益が棺内蔵置意思の放棄を禁止するという解釈は葬祭への過干渉であると考えるので、葬祭権者による手続を経た棺外取り出しを適法と評価して、当該物はもはや棺内蔵置物ではなく財物に戻ったと解するが、本稿では詳論の余裕がないので、煩瑣回避のため棺外取り出しが異論の余地なく違法である場合を前提として論じる。

(4) この表記は、191条の墳墓発掘棺内蔵置物領得罪を排除して190条に限定する趣旨ではなく、両罪併記の煩瑣を回避するためのものである。以下の記述でも同様である。

(5) 棺内からの領得でも当該行為により棺外に取り出された後の第三者による領得でも、行為態様の如何によっては窃盗罪以外の財産犯罪を論じるべきこともあり得るが、可能性のある犯罪を全部列挙することは煩瑣であるから、双方の場合を含めて、このように表記する。

についても同様に問題となり、棺内蔵置物との異同を含めて検討を要する。

第2に、棺内蔵置物領得罪実行者が当該物を棺外に取り出した後に同罪実行者から当該物を領得する第三者の罪責に関して、同罪該当行為によって棺外に取り出された後の時点における当該物の刑法的性質が問題となる。棺内蔵置物は「棺内」という所在場所を要件とするので、棺内での刑法的性質が棺外取り出しによって変化するか否かを論じなければならず、これは所在場所と無関係な死体・遺骨・遺髪には存在しない棺内蔵置物固有の問題である。

即ち、第2—①として当該物は棺外に取り出された後も棺内蔵置物であるのか否かが問題となり、現行刑法制定当初の「棺内ニ蔵置シタル物」および平7法91改正による「棺に納めてある物」という190条・191条所定文言の解釈として両規定の異同を含めて検討を要する。これと共に第1—①で論じた財物性存否の変化如何も問題となり、棺内での財物性を肯定するなら棺外での財物性も当然に肯定されることになるが、棺内での財物性を否定するなら第2—②として棺内蔵置によって失われた財物性が棺外取り出しによって復活するか否かの検討を要する。

財物性を肯定する場合には⁽⁶⁾贓物性存否も問題となり得るが、独立の問題ではない。即ち、第1—①の問題につき財物性を肯定するなら、第1—②の問題につき棺内蔵置物領得罪の財産犯罪性を肯定するにせよこれを否定して窃盗罪等の競合的成立を認めるにせよ、いずれにしてもその領得は財産犯罪により財産権を侵害する領得であるから、当該物は当然に贓物であることになる。第1—①の問題につき財物性を否定するなら、財産犯罪成立があり得ず領得物が贓物でないことは当然の結論である。このように、棺内にある時点における財物性の肯定・否定が棺外に取り出された後の時点における贓物性の肯定・否定に直結するので、贓物性存否は第1—①の

(6) 制定当初の刑法256条に規定されていたこの文言は、平7法91改正により刑法では廃止されたが、刑事訴訟法9条2項ではなお使用されている。簡潔・有用な表現と認められるので、本稿ではこの文言を使用する。

解釈から導かれる論理必然的帰結であって別途の検討を要しない。

本稿筆者はかつて刑事宗教法研究の一環として死体・遺骨・遺髪を含めて第 1 の問題について若干の検討を行い、客体の財物性を否定することによって190条・191条の財産犯罪性および窃盗罪等の競合的成立をも否定する⁽⁷⁾との結論が得られたので、本稿では第 2 の問題を中心として検討する。

II 判 例

1 臓器売買事件（大 4 判例）

190条・191条の罪によって領得された物の刑法的性質が問題とされた判例としては、まず死体から取り出された臓器に関する大二刑判大 4・6・24刑録21輯15巻886頁がある。⁽⁸⁾これは、数年来の心臓病を患う X が Y に対して人膽がよく効くらしいが入手方法がない旨を語り、Y が人膽を入手して X に売却することによる利得の意図で Z を誘って共に墓地で他人の墳墓を発掘して棺内から取り出した死体を持ち帰って領得した上で当該死体から臓器の一部を取り出して X 宅に持参し、X が事情を知りながらこれを10円で購入した事案である。

(7) 原田・前掲註 2 論文。通説と同じ結論であるが、その理由は、生者の使用・収益・処分が、死体・遺骨・遺髪については原則的に予定されていないことから、棺内蔵置物については物理的に不可能または困難な状態になって通常の財産的価値が封鎖されていることから、いずれも通常の財産権を担っていないので、財物ではなく、領得しても通常の財産権に対する侵害にならない、と解することにある。また、旧刑法下で窃盗罪等の客体とされていた物の領得につき現行刑法が罰則を別途新設したことは、これを窃盗罪等から排除する趣旨でしかあり得ない。

(8) 小野清一郎ほか編『寺社をめぐる刑事判例』愛知学院大学宗教法制研究所紀要 6 号（昭42）59頁に再録。本判例評釈として、宮野彬「死者の肝臓の買受と贓物故買罪の成否」小野清一郎編『宗教判例百選』初版（別冊ジュリスト37号、有斐閣、昭47）174頁。なお、泉二新熊『日本刑法論下巻（各論）』42版（有斐閣、昭9）702頁～705頁、716頁～717頁は事実関係および控訴審判決につき出典判例集よりも詳細に記述して評釈している。

検察官は、X を贓物故買罪、Y・Z を墳墓発掘死体領得罪⁽⁹⁾で起訴した。第一審・盛岡区判の内容を明記する資料はないが、爾後の経緯に鑑みれば起訴された犯罪の成立を認めたと推測される。X・Z は控訴したが、控訴審・盛岡地判大4・3・12は前記犯罪の成立を認めた。

本件における検察官および控訴審の解釈は、本件臓器は死体（の一部）であると共に財物でもあり、Y・Z に成立する墳墓発掘死体領得罪は財産犯罪の特別法であるから X が購入した当該臓器は贓物である、というものであった。これに対して X は上告した。弁護士上告趣意は、墳墓発掘死体領得罪は社会法益犯罪であって個人の財産権を保護する趣旨ではないから同罪によって領得された本件臓器は贓物に該当せず、故に X がこれを購入した行為につき贓物故買罪は成立しない、という主張であった。

この論争については、旧刑法と現行刑法との相違に言及する必要がある。本件に先立って旧刑法当時に遺骨の領得に関する判例があり、大二刑判明29・11・9 刑録2 輯10巻15頁で窃盗罪、大二刑判明39・7・5 刑録12 輯838頁で詐欺罪、という財産犯罪の成立が認められていた。現行刑法190 条・191条の前身たる旧刑法264条・265条2 項は「死屍」に対する「毀棄」を規定するに留まり、遺骨の「領得」に適用可能な罰則は財産犯罪しかなかった。故に、処罰のためには遺骨を財物に含めざるを得ず、当時の判例はそのような解釈を採用していたのである。これに対して、現行刑法は死体等に対する犯罪行為として「領得」を追加した。死体等の「領得罪」を

(9) この罪名では臓器摘出に係る「損壊」の点が欠落することになるが、本稿では論及しない。原田保「墳墓発掘後の死体に対する領得および損壊が牽連犯とされた事例」愛知学院大学論叢法学研究53巻3・4号（平24）105頁、116頁～117頁参照。

(10) 小野ほか編・前掲註8 宗研紀要1 頁に再録。これも薬理効果期待の事案である。本判例評釈として、下村康正「死者の遺骸と窃盗罪の成否」小野編・前掲註8 百選164頁。

(11) 小野ほか編・前掲註8 宗研紀要32頁に再録。埋葬料が主目的であって遺骨は付随的領得であった可能性があり、関係者が同一氏であることから親族間紛争の可能性も推測される。本判例評釈として、庭山英雄「軍人遺骨の騙取」小野編・前掲註8 百選166頁。

明示的に規定する現行刑法の適用として Y・Z に同罪成立を認めるべきことは当然であり、それは同罪に規定された文言から直ちに導かれる結論であって客体の財物性や同罪の法益の如何と関係ない。

客体や法益の問題は、X の転得に対する評価に影響する。死体の転得に関する旧刑法判例は見当たらないが、当初領得を「財物の窃取・騙取」と認めるなら転得は当然に贓物罪となる。故に、本件の争点は、かかる旧刑法下での解釈が現行刑法下でも維持されるか否かであった。即ち、死体は現行刑法下でも財物であるのか否か、現行刑法で新設された死体等の「領得罪」は財産犯罪であるのか否か、という問題である。本件の検察官および控訴審は、現行刑法下でも旧刑法判例と同様に死体を財物に含めると共に旧刑法判例で成立の認められていた財産犯罪の性質が現行刑法の死体領得罪に継受されると解したと認め得る。これは判例に従う法適用と評価できるものであった。

ところが、上告審・大二刑判大 4・6・24 は、弁護人主張を認容して控訴審判決を破毀し、自判により X に死体領得罪成立を認めて懲役 3 月を宣告した。この大 4 判例は、現行刑法解釈として死体の財物性および死体領得罪の財産犯罪性を否定し、財物概念および財産犯罪成立範囲を旧刑法判例より狭める解釈を採用したのである。しかし、これは死体に関する判示であり、遺骨・遺髪に関して異なる解釈を採用する余地はないとしても、棺内蔵置物に関する解釈の如何はこの時点で未定であった。

(12) 2 皇陵盗掘事件（大 8 判例）

棺内蔵置物に関する判例は、その後の大二刑判大 8・3・6 法律新聞

(12) 本判例は盗掘場所を「皇陵」と表記しているところ、当時の刑法が規定していた不敬行為や不法侵入の対象について、「皇陵」に天皇陵以外の皇族陵墓が含まれるか否か、「神宮」に伊勢神宮以外の各地神宮が含まれるか否か、という問題がある。泉二・前掲註 8 書 17 頁のように「皇陵」を天皇陵に限定する見解もあるが、この問題は本稿論題から外れるので、本稿ではこの解釈論争に立ち入ることなく本判例の表記に従う。

⁽¹³⁾ 1547号19頁（刑録不登載）である。これは、京都府下在住茶商兼古物商 X の古代遺物入手希望を京都府下在住旅人宿業 Y が仲介して Z が大正 5 年 5 月上旬～中旬に奈良県生駒郡平城村（現在は奈良市の一部）所在の垂仁天皇皇后日葉酢媛命狭木寺間御陵および同県添上郡佐保村（現在は奈良市の一部）所在の応神天皇皇子大山守命那羅山御墓を盗掘して前者から銅鏡等の副葬品を領得した後に再び Y の仲介を経て X がその一部を550円で購入した事案であるが、購入客体の盗掘時所在場所が棺内か棺外か不明であって X・Y も皇陵内という認識を有していただけで棺の内外如何を認識していなかったというものである。⁽¹⁴⁾

Z は翌 6 月上旬に日葉酸媛命御陵で再度の盗掘中に逮捕され、その供述から X・Y の関与や Z 等が従前から京阪奈各地で多数回に亘り古墳盗掘を行っていたことが判明した。⁽¹⁵⁾ これらの犯罪につき検察官の起訴を経て公

(13) 出典判例集は大 8・5・18 発行。本判例評釈として、内藤謙「陵内蔵置物の買受行為と刑法二五六条二項」小野編・前掲註 8 百選 130 頁、林幹人「領得された棺内蔵置物の贓物性」若原茂編『宗教判例百選』2 版（別冊ジュリスト 109 号、有斐閣、平 3）218 頁。

法律新聞には本件上告審判決の他に「雑報」として本件関係記事がある。一般の新聞では奈良新聞に本件関係記事があり、奈良県立図書館情報館所蔵マイクロフィルムにより参照できた。また、奈良地方検察庁で保存されている本件裁判書の閲覧を御許可頂いた。この場を借りて関係各位の御高配・御手数に感謝申し上げる。

本文記述は裁判書にも依拠するが、引用註記は法律新聞雑報および奈良新聞に留め、関係者実名は全て伏せる。

(14) 奈良新聞大 6・3・9 朝 3 面によれば X は転売により巨額の利益を得た由である。仲介は複数人経由の順次伝達であり、盗掘は京都府下在住者多数の参加を以て実行されたが、全員の記述は煩瑣に過ぎるので略記する。

また、出典判例集では盗掘場所・領得客体が概ね伏字であるが、奈良新聞大 5・6・8 朝 3 面、同大 6・3・9 朝 3 面、法律新聞 1233 号 20 頁、同 1285 号 14 頁は盗掘場所を明記している。なお、原田・前掲註 2 論文 514 頁では盗掘場所を調査することなく天皇陵との推測を記載したが、皇后陵・皇子墓と確認できたので訂正する。領得客体も本誌奈良新聞が明記しているところ、出典判例集は伏字にしているが、「〇〇三面」という記載から古墳副葬品として通例の銅鏡であることは一見明白であり、同 21 頁 2 段には伏字漏れ看過と推測される「御鏡三面」の文字もある。

(15) 奈良新聞大 5・6・8 朝 3 面、同大 6・3・9 朝 3 面。

判に付された被告人は19名に上り、検察官は公判中に死亡した1名を除く18名の被告人に懲役15年を求刑した⁽¹⁶⁾。また、本件起訴後、Xの弟は警察官Aに依頼して本件公判でXから本件銅鏡を見せられたことがある旨の虚偽供述を以てXが盗掘に関与しておらず贓物の認識がなかったかのような偽証を行わせており、検察官はこれを偽証教唆罪・偽証罪として別途起訴して各懲役4年を求刑した⁽¹⁷⁾。

盗掘事件の第一審・奈良地判大6・2・28は、皇后陵盗掘につき皇陵侵入罪、皇陵不敬罪、窃盗罪、窃盗未遂罪、皇子墓盗掘につき墳墓発掘罪、墓所不敬罪、X・Yにこれらの教唆罪、他の古墳盗掘につき占有離脱物横領罪、各盗掘物の転得・仲介につき贓物罪の成立を認め、皇后陵・皇子墓関係の11名中、X・Yを含めて7名に懲役13年（X・Yに未決算入120日、他の5名に同80日）、4名に懲役11年（未決算入80日）、他の古墳関係のみに留まる7名中、3名に懲役10月（未決算入60日）、1名に懲役8月（未決算入60日）、贓物罪を認定した3名に懲役6月（未決算入40日、40日、60日）および罰金300円、200円、20円（労役場留置150日、100日、20日）、という刑を宣告した⁽¹⁸⁾。偽証事件の第一審・奈良地判大6・3・14は、教唆者に懲役1年、実行者に懲役3年、という宣告であった⁽¹⁹⁾。

これらの罪名のうち、窃盗罪については棺内蔵置物領得罪との関係で検討を要する。棺外からの領得は当然に窃盗罪であるとの解釈を前提としても、「棺中及び棺外を探り」という盗掘行為態様に鑑みれば、領得客体は棺内物・棺外物の混在状態であって各物の領得時所在場所を完璧に識別することは不可能であったと推測される。故に、領得時所在場所に関しては

(16) 奈良新聞大6・3・9朝3面、法律新聞1233号20頁。尤も、後記第一審認定罪名では懲役15年になり得ない被告人もあり、公訴事実一部不認定の可能性も推測されるが、起訴罪名を明記する資料はないのでこの点は判然としない。

(17) 奈良新聞大6・3・9朝3面、法律新聞1217号15頁、同1233号20頁。

(18) 奈良新聞大6・3・9朝3面、法律新聞1233号20頁。

(19) 奈良新聞大6・3・15朝3面、法律新聞1235号13頁、同1285号14頁。

(20) 奈良新聞大6・3・9朝3面。

棺の内外を問わず、棺内からの領得でも窃盗罪であるとの解釈であると判断する他なく、そうすると、大4判例の射程範囲を「死体」に限定して「棺内蔵置物」は財物であって贓物になり得るとの解釈を採用したと認められる⁽²¹⁾。

第一審判決に対して、懲役13年の7名中X・Yを含めて4名、懲役11年の4名中1名および懲役罰金併科の3名中2名が控訴し、偽証事件の2名も控訴した⁽²²⁾。控訴審・大阪控判大6・11・10は、X・YにつきZの盗掘に対する教唆を証拠不十分との理由で否定して第一審判決を取消し、自判により、Xに贓物故買罪で懲役10年（未決算入200日）および罰金1000円（労役場留置200日）、Yに贓物牙保罪で懲役10年（未決算入200日）および罰金100円（労役場留置100日）、という刑を宣告し、偽証事件の2名については控訴を棄却した⁽²³⁾。

控訴審判決に対して、X・Yおよび偽証事件の2名は多数の弁護人を選任して上告した。各弁護人上告趣意は多岐に亘るものであり、上告審判決の一部のみを登載するに留まる出典判例集で全貌を知ることにはできないが、引用された盗掘事件上告趣意論旨の中心は、X・Yの罪責を論じる前提としてZに窃盗罪は成立しない旨を論じ、故に本件客体は贓物ではないのでX・Yに贓物罪は成立しない、という主張であった⁽²⁴⁾。

(21) 明治時代の墳墓・棺を前提とする190条・191条は構造の異なる千数百年前の古墳に適用し得ないという解釈もあり得るが、本件で墳墓・棺の構造は論じられていないので、そのような解釈が提示されたとは考え難い。

(22) 法律新聞1233号20頁、同1285号14頁。

(23) 法律新聞1330号19頁。控訴審判決は控訴した9名中4名に対するものであり、5名は控訴を取り下げた。

(24) 花井卓蔵、勝本勘三郎、高木益太郎、といった錚々たる著名人も名を連ねており、実に強力な弁護団であったと認められる。

(25) Zの罪責に関する各弁護人の主張は必ずしも同一ではない。守屋孝蔵上告趣意第五点および勝本勘三郎上告趣意第四点は棺内蔵置物領得罪を主張しているが、花井卓蔵上告趣意は第一点で墳墓発掘棺内蔵置物領得罪の文言該当を認めつつ第五点で同罪は皇陵不敬罪に吸収される旨を主張している。高木益太郎上告趣意第二十点は占有否定による窃盗罪否定という主張であるが、占有離脱物横領罪に関する言及

上告審・大ニ刑判大 8・3・6 は、この上告趣意を認容して控訴審判決を破毀し、自判により、X に棺内蔵置物領得罪で懲役 3 年（未決算入 400 日）、Y に同幫助罪で懲役 1 年 6 月（未決算入 400 日）、という刑を宣告し、偽証事件の 2 名については上告を棄却した⁽²⁶⁾。以下、X・Y の罪責に関する理由説示を要約する。

まず、墳墓に民法上の所有権が認められることを確認し、刑法上は 190 条・191 条の特別規定があるから墳墓発掘による同条所定客体の領得は 191 条に該当するが、間接に買取收受する行為が 190 条に該当するものであって当該物が贓物でないことについて既に大審院判例があると説示した。判例を特定する文言はないが、大 4 判例援用の趣旨は明白である。次に、墳墓内埋蔵物でも前示法条の特別規定に該当しないものは墳墓の碑石植物土壌墳垣と法的性質を異にしないから領得意思を以て墳墓から分離して自己の支配内に移す行為は窃盗罪を構成し、領得物は贓物であるから、事情を知って購入する行為は贓物故買罪、その周旋は贓物牙保罪を構成する、との解釈を示した。

このように盗掘時の客体所在場所如何による成立罪名の相違を示した上で、控訴審認定事実に基づき、盗掘時の客体所在場所が棺内か棺外か不明であって被告人も皇陵蔵置品という認識を有するに留まって棺内か棺外かを認識していなかったことから、真実がどちらであっても被告人の認識を標準として法律を適用するべきものとし、被告人は皇陵蔵置品との単純な認識を有していたと指摘し、重い贓物故買罪・贓物牙保罪として処断することはできず軽い棺内蔵置物領得罪・同幫助罪として処断するべきである、と説示した。

はない。

更に、花井卓蔵上告趣意第二点は、棺から取り出す「当面行為」だけが棺内蔵置物領得罪に該当する行為であってその後に転得する「間接行為」は同罪に該当しないとの解釈に基づき、無罪を主張している。他の弁護人上告趣意には贓物罪否定後の法適用に関する言及がない。

(26) 出典判例集では偽証事件に関する判示が全部割愛されている。

3 判例の趣旨

旧刑法下では、死体等の「領得罪」がなかったため、死体を財物に含めて財産犯罪で処罰していた。死体等の「領得罪」を新設した現行刑法の解釈としては、大4判例が死体の財物性および死体領得罪の財産犯罪性を否定することによって贓物性も否定して転得に190条を適用し、大8判例が棺内蔵置物につき大4判例を援用して当初領得および転得の双方に死体と同一の法適用を認めたことにより、190条・191条全般に亘る財物性および財産犯罪性の否定が上告審判例として確定すると共に、棺内での性質が棺外取り出し後も存続するとの解釈が提示された。即ち、大8判例は、棺内での刑法的性質に関する第1の問題についても、棺外取り出し後の刑法的性質に関する第2の問題についても、死体と副葬品とを事案の相違として区別することなく、大4判例と同一の法適用を行ったのである。

そして、当該解釈に対する賛否はともかく、当該物の棺内・棺外での各刑法的性質に関する判示の趣旨は明確であるが、客体所在場所不明不知に関する判示の趣旨は一義的に断定し難い⁽²⁷⁾。また、前者は重要であるが後者は重要でないという出典判例集編者の評価が、「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」の2点だけを判示事項として記載したことから窺われる。

以下、棺外取り出し後の刑法的性質に関する第2の問題をまず検討し、その後に客体所在場所不明不知の処理について論じる。棺内での刑法的性質に関する第1の問題については、必要に応じて言及するに留める。

(27) この説示の趣旨につき、本稿筆者は前掲註2論文516頁で38条2項による軽重比較との理解を記述したが、決して一見明白ではなく、相当の議論を要する。

Ⅲ 棺外取り出し後の性質

1 棺内蔵置物性

第 2—①の棺内蔵置物性に関して、大 8 判例が棺外取り出し後も当該物を棺内蔵置物と認めたことは明白である。その際に大 4 判例を援用しているので、死体に関する同判例の法適用が棺内蔵置物にも妥当するとの理解から棺内蔵置物の転得に死体の転得と同じく 190 条を適用したと認められる。

かかる大 8 判例の解釈によれば、棺内蔵置物は、棺内からの領得によって棺外に取り出された後も、爾後更に転々流通しても、棺外にありながら何時までも棺内蔵置物であり続けることになる。即ち、死体が何処にあっても永久に死体であることと同じく、いったん棺内蔵置物になった物は爾後所在場所が変更されても永久に棺内蔵置物であるという解釈である。これは、190 条・191 条所定客体に対する当初の領得および爾後の第三者による領得の各々につき死体と棺内蔵置物とを区別することなく同等に取り扱うものであり、その意味で同条全般に亘る一貫性を有する解釈である。

しかし、前述の通り、棺内蔵置物は所在場所を要件とする点で死体・遺骨・遺髪と異なる。故に、大 4 判例で判示された死体に対する法適用がそのまま棺内蔵置物に妥当するという解釈は両者の相違を無視する論理飛躍であり、棺外取り出し後の転得は棺内蔵置物領得罪に該当しないとの弁護人主張⁽²⁸⁾に対して大 8 判例は明示的の回答を示していない。同判例は大 4 判例を援用するに留まって当該結論を採用すべき理由を説示しておらず、そ

(28) 前掲註 25 花井卓蔵上告趣意第二点。同註引用の通り論旨は専ら行為の範囲を論じるものであるが、構成要件解釈としては客体の範囲も議論を要する。なお、行為を限定するなら客体が死体であっても転得は死体領得罪に該当しないことになり、大 4 判例の解釈も採用できないことになるが、同上告趣意がそのような趣旨であるのか否かは判別できない。

の解釈の正当性が論証されているとは認められない。即ち、190条・191条の解釈に関して、現に棺外にある物を棺内蔵置物と認め得るか、棺内にあった時点と同一の取扱を棺外に取り出された後にもなお継続するべきであるか、という問題があり、どの時点の棺内存在が棺内蔵置物性の要件であるか、それを同条の文言および法益に則して如何に説明するか、という検討⁽²⁹⁾を要する筈である。

死体・遺骨・遺髪は何処にあっても死体・遺骨・遺髪であるが、棺内蔵置物は棺内にあってこそ棺内蔵置物である。故に、大8判例のように棺外取り出し後も棺内蔵置物であると認めるためには、「棺内ニ蔵置シタル」という文言を「かつて棺内に蔵置した」という過去の事実の意味に解して当該物の領得時所在場所と無関係にする他ない。このように解すれば、棺外取り出し後も「かつて棺内に蔵置した」という過去の事実を以て当該物を「棺内ニ蔵置シタル物」という文言の語義内に留め、棺内蔵置物性を永久不変にすることが可能になる。大8判例にその旨の説示はないが、同判例の結論を導き得る方法は他にないから、これが同判例の解釈であると理解せざるを得ない。

しかし、この解釈には、まず語義の点で批判を提起しなければならない。「棺内ニ蔵置シタル」という文言は、「かつて棺内に蔵置した」という

(29) 大8判例は本件銅鏡等が棺外に取り出された後も棺内蔵置物であることを理由説示もなく当然視していると認められ、前掲註13評釈もこの点に全く言及していない。故に、棺外取り出し後の棺内蔵置物性存続は議論の余地もない当然の事柄であって本稿の問題提起は極度の愚劣であるのかもしれないという危惧を覚えざるを得ない。しかし、かつて1度も問題視されていなかったとしても、本稿筆者としては疑念を解消することができないので、敢えて論題とする次第である。

また、本稿で論じるのは棺内蔵置物性の「終期」であるが、「始期」も問題となり得る。即ち、①副葬品を棺内に入れる→②棺に蓋をする→③蓋を釘付けする、という一般的な手順の中で、副葬品が棺内蔵置物となるのはどの時点かという問題である。本稿では論及しないが、この点の解釈如何により、①の後・③の前の間に副葬品を違法に棺から取り出して領得する行為が棺内蔵置物領得罪か窃盗罪かという結論の相違を生じる。

過去の事実だけでなく「現に棺内にある」という現状も含めた完了形の意味に解する方が自然である。現状と関係なく純粹に過去だけを意味する趣旨なら「蔵置シタリシ」という文言を採用するべきところである。平7法91改正が「納めてある」という現状を意味する文言を採用したことも、旧規定の「蔵置シタル」という文言に現状を含む意味を認めたことを示している。このように、棺外取り出し後も「棺内ニ蔵置シタル物」に該当するという解釈は、語義的に不可能ではないとしても不自然・不適切である。

更に、この解釈は、実質的処罰根拠に関わる法益の内容という観点からも批判を免れ得ない。棺内蔵置物も棺内蔵置前は財物であったところ、元々財物であった物が棺内蔵置後に通常の財物と異なる取扱を受ける根拠は、棺内蔵置によって生者の使用・収益・処分が物理的に不可能または困難な状態になった点にある。⁽³⁰⁾ 棺内蔵置物は、かかる客観的な財産的価値の封鎖によって当該物を生者の世界から切除して専ら死者の記念・追悼に供することとする葬祭権者の意思が客観化された状態になっているからこそ、通常の財物と区別されて専ら死者に関わる社会法益を担う物として死体等と同等の取扱を受けるのである。故に、いったんそのような状態になった物でも、後に棺外に取り出されて再び生者の使用・収益・処分が可能な状態になれば、それは封鎖解除であって葬祭権者の前記意思が客観化された状態の解消に他ならず、専ら死者に関わる社会法益を担う物という客観的性質が失われているから、通常の財物と区別して死体等と同等に取り扱う根拠が消滅している。領得時に存在する法益であってこそ領得によって侵害されるのであるから、棺内蔵置物性も財物性も領得時の現状に基づいて判断されるべきものであって過去の事実に基づいて永久不変の性質となるものではない。故に、当該物はもはや棺内蔵置物ではなくなって財物に戻ったと解するべきである。財物性如何は次節で詳論するが、棺外取り出し後も棺内蔵置物性が存続するという大8判例の解釈は、実質的にも

(30) 原田・前掲註2論文522頁～523頁参照。

⁽³¹⁾
不合理・不当である。

以上の通り、棺外取り出し後の棺内蔵置物性如何という第2—①の問題に関する大8判例の解釈は賛同不可能なものである。当初領得に係る第1の問題に関して「死体」「棺内の副葬品」の相違が事案の相違ではないと解して等しく190条・191条を適用することを前提としても、それが直ちに転得に係る第2の問題に妥当する訳ではない。両者間には「棺内」「棺外」という相違が存在し、それは文言の点でも法益の点でも同一取扱を不可能にする相違である。大8判例はかかる事案の相違を看過して文言の語義も法益の内容も検討しないまま「棺外に取り出された副葬品」の転得に「死体」の転得に関する大4判例と同一の法適用を行うという誤謬を犯したものである。

そして、今日では大8判例の当該解釈にとって致命的障碍となる事情が付加されている。棺外にある客体の棺内蔵置物性を肯定する前記解釈は制定当初の「棺内ニ蔵置シタル物」という文言を前提とするが、平7法91改正はこれを「棺に納めてある物」に変更した。この現行規定の文言は現状を排除し得ないから、客体は領得時点で棺内にあることが絶対に必要であり、領得時点で棺外にある物が「棺に納めてある物」に該当するという解釈は文言上あり得ない。故に、棺外取り出しによって当該物は190条・191条所定客体から完全に排除され、爾後の転得に現行規定下で納棺物領得罪成立を認めることは明らかに法文逸脱の罪刑法定主義違反とならざるを得ないので、転得に対する190条の適用は絶対に不可能である。

かようにして、大8判例のように棺外取り出し後の転得に190条を適用することは、旧規定下では疑義を無視して強弁する余地があり得たとしても、現行規定下では文言上不可能となった。故に、大8判例判示事項のうち、墳墓に所有権を肯定して棺内蔵置物の財物性および棺内蔵置物領得

(31) 更に、純粹に過去の事実だけを意味するなら、前掲註3で指摘した適法な棺外取り出しの場合でも過去の棺内蔵置という事実自体は同一であるから、棺内蔵置物性を否定することが文言上不可能になる。

罪の財産犯罪性を否定する点是不変であるが、棺外での棺内蔵置物性存続という解釈は平 7 法91による文言変更のため今後の同種転得事案での援用が不可能となって判例としての意義を喪失したと認めるべきである。

その結果、190条・191条の罪によって領得された物の転得につき、旧規定下では死体でも棺内蔵置物でも等しく190条が適用されると解されていたが、現行規定下ではこのような同等取扱が不可能になって死体・遺骨・遺髪なら同条適用可能であるが納棺物（であった物）なら同条適用不可能である、という相違が生じるに至った。同一法条列举客体について転得に対する適用法条の区別を設定することは一貫性欠如であると評価する余地もあり得るが、「蔵置シタル物」から「納めてある物」への文言変更がこれとは別の概念である「死体・遺骨・遺髪」の意義を変更し得る筈もなく、故に死体に関する大 4 判例の拘束力は今日なお存続しているから、平 7 法91改正はこのような結果をもたらしたと認めざるを得ない。

平 7 法91改正は、一部規定削除の点を除き、内容を変更せず表現だけを現代文に変更する意図を以て行われた筈であるにも拘らず、処罰範囲に影響する内容変更が行われたと理解せざるを得ない点が幾つか存在する⁽³²⁾ので

(32) 109条 1 項の「又ハ」を「かつ」に変更したことも内容変更であるが、旧規定下で108条との法条競合により109条の適用が排除されていた部分を109条の文言自体から外したものであるから、同一結論を導く論理過程の単純化に留まり、実質的変更ではないと評価し得る。

しかし、61条 1 項（実行に対する教唆）の「正犯ニ準ス」および62条 2 項（従犯に対する教唆）の「従犯ニ準ス」を各々「正犯の刑を科する」「従犯の刑を科する」に変更したことは、「準正犯」「準従犯」という概念の廃止であり、処罰範囲変更を生じさせたと解し得る。即ち、旧規定下では、「教唆犯に対する幫助」は「準正犯に対する幫助」であるから「正犯に対する幫助」に準じて62条 1 項で処罰され、同様にして、『従犯に対する教唆犯』に対する教唆は「準従犯に対する教唆」であるから「従犯に対する教唆」に準じて62条 2 項で処罰される、という解釈が可能であったが、平 7 法91改正によってこのような解釈は文言上不可能になった。栗本茂樹「不作為と幫助」愛知学院大学大学院法研会論集17巻 1・2 号（平14）63頁、71頁註 1 参照。更に付言すれば、62条 1 項は「教唆犯に対する幫助」を予定していたからこそ「実行」という文言を取って避けたと解されるのであって、平 7 法91改正は60条・61条 1 項と62条 1 項との間にある「実行」という文言の有無という使い

あって、190条・191条もその一例である。同条の旧規定を過去形に解した大8判例が現に存在するのであるから、内容を変更しない改正なら当該規定は「棺に納めた物」という過去形の文言でなければならなかった。現行規定の文言は法益の内容に則して適切であると評価できるものであるが、内容を変更しないという意図であったなら、この改正は現状を要件とする文言が現状を要件から排除した大8判例と衝突することを看過していたと認めざるを得ない。

2 財物性

棺内での財物性を肯定するなら当該物は棺外取り出し後も当然に財物であることになるが、棺内での財物性を否定するなら棺外取り出し後の財物性存否という第2—②の問題を検討しなければならない。大8判例は棺内での財物性を否定しつつ棺外での棺内蔵置物性存続を肯定したので財物性否定も維持したと認められるが、棺内蔵置物性存続を否定すべきことは既に述べたところである。

然るに、棺外での棺内蔵置物性を否定した上で財物性否定を維持すると、棺内蔵置物でも財物でもない当該物の領得に適用可能な罰則は存在しないことになる。⁽³³⁾しかし、無罪という結論の不当性は明白であるから、棺内蔵置物性を否定するなら当該物の領得について財産犯罪を論じる他なく、結論の妥当性という観点からは棺外取り出し後の財物性を肯定せざるを得ない。

分けの趣旨を看過していたと認めざるを得ない。旧規定解釈として本註指摘の事案を不可罰と解する見解によれば処罰範囲変更はないと理解されることになるが、大三刑判昭12・3・10刑集16巻5号299頁は「『教唆犯に対する教唆犯』に対する幫助」につき61条2項・61条1項・62条1項という適用法条を摘示して処罰していたのであるから、平7法91による処罰範囲変更を否定することはできない。

(33) 前掲註25で引用したように花井卓蔵上告趣意第二点は罰則不存在による無罪を主張しているが、弁護戦術としてはともかく、客観的に正当な法解釈としては是認し難い。

実質的観点からも、元々財物である物の棺内蔵置によって当該物の財産的価値が封鎖されて財物性が失われると理解するなら、当該物の棺外取り出しはその封鎖の解除であり、当該物は再び生者の使用・収益・処分が可能な状態になって財産的価値を担うと認め得る。故に、棺内蔵置によって失われた財物性が棺外取り出しによって復活すると解釈し得る。⁽³⁴⁾

この解釈に対しては、封鎖解除が葬祭権者の意思に基づかないことから、疑義の提起が想定され得る。即ち、財物から棺内蔵置物への変化が葬祭権者の意思に基づくものであるなら、葬祭権者が棺内蔵置の意思を維持している限り棺内蔵置物性が消滅することはないという解釈があり得ることになる。⁽³⁵⁾

しかし、前述したように、棺内蔵置物は生者の使用・収益・処分が不可能または困難になって爾後専ら死者の記念・追悼に供することとする葬祭権者の「意思が客観化された状態」となっており、財物性否定の根拠はかかる客観的状況であって葬祭権者の「意思自体」ではない。棺内蔵置物も棺内蔵置前は財物であったところ、例えば葬祭権者が死者の遺品を棺内に蔵置せず住居内で保管している場合には、生者の使用・収益・処分が依然として可能であり、葬祭権者が当該物を生者の使用・収益・処分に供することを止めて爾後死者の記念・追悼のみに供することとする意思を有していてもその意思の客観化と認め得る状態は存在せず、文言上も190条・191条に該当しない。故に、当該物は依然として財物であると認める他ない。逆に、例えば葬祭権者が棺内に蔵置する意思のない財物を誤って棺内に蔵置した場合には、真実の蔵置意思がなくても蔵置意思の客観化と認められ

(34) 原田・前掲註2 論文529頁参照。

(35) 前掲註3で指摘した葬祭権者による棺内蔵置物取り出しは棺内蔵置意思の放棄であり、棺内蔵置物性が純粋に葬祭権者の意思自体に基づくなら棺内蔵置意思の放棄によって棺内蔵置物性は消滅することになる筈である。しかし、棺内蔵置物性は永久不変であるとの命題を貫徹するならそのような意思の放棄は許容されないとの解釈も可能であり、そのように解するなら前掲註31で指摘した問題も生じないことになる。

る状態が作出されており、当該物は現に棺内に蔵置されているのであるから「棺内ニ蔵置シタル物」であると認める他ない。過誤に気付いて取り出す行為に違法性阻却を論じる余地があるとしても、棺内蔵置物領得罪の構成要件該当性は否定できない。

このように、財物から棺内蔵置物への変化は財産的価値の封鎖という客観的状况に基づくものであるから、財産的価値の復活による財物への復帰も封鎖解除という客観的状况に基づくものであって葬祭権者の意思に基づくことを要しないと解するべきである。故に、財産的価値に関する状況の変化が葬祭権者の意思に基づかないものであっても、棺外取り出しの結果として生者の使用・収益・処分が客観的に可能な状態になれば、当該物は財物性の要件たる客観的価値を現に担っているのであるから、当然に財物であると認めなければならない。

3 棺外取り出し後の領得に係る罪責

以上の通り、第1—①につき棺内蔵置物は財物ではないと解して当初領得後の贓物性も否定するべきであり、第2—①②につき棺外取り出し後は棺内蔵置物ではなくなって財物に戻ると解するべきであるから、財物に戻った後に当初領得者から領得する第三者の行為については、贓物罪ではなく本犯としての財産犯罪を論じるべきことになる。そして、棺内蔵置物領得罪犯人が当該物を平穩に占有していても、それは本権者からの委託もない無権限の占有であるから、当該物は本権者との関係において占有離脱物である。犯罪者が本権者の財物を無権限に占有している状態は贓物罪が成立する場合でも同様であるから贓物罪実行行為は占有離脱物横領罪の文言にも該当するが、贓物罪が成立する場合には法条競合によって占有離脱物横領罪の規定は適用排除されると解され、贓物罪不該当の場合には文言上該当する占有離脱物横領罪の規定が排除されずに適用されると解される。大8判例の事案では、この結論を採用するべきであった。

かようにして、棺内蔵置物領得罪犯人から当該物を領得する第三者の罪

責は、占有者の真意に基づく転得なら占有離脱物横領罪、占有者の真意に基づかない領得なら窃盗罪等、⁽³⁶⁾ という結論になる。

IV 客体所在場所不明不知の処理

次に、大8判例においてYが仲介してXが購入した銅鏡等につきZによる盗掘時の客体所在場所が棺内であったか棺外であったかが不明であってもX・Yも不知であった点に関する同判例の説示を分析し、この点に錯誤があった場合の法適用について論じる。

1 大8判例の趣旨

一般的な罪責論証方法は、客観的事実を認定した上で認定事実に法を適用するというものである。故に、客観的事実の問題を最初に解決するべく、この点が不明である場合には被告人に有利な事実を択一的に認定する他ない筈であり、訴因制度のない当時の明治刑事訴訟法下で他の結論はあり得ない。

ところが、大8判例は「前示御鏡が実際は棺内品とするも将た棺外品とするも其如何に拘はらず」と説示して客観的事実を認定しないまま被告人の罪責を論じている。更に、これに続けて「本件の罪を断ずるには總て被告等の有する認識を標準として法律を適用すべきものとす」と説示して客観的事実の択一的認定には無用の主観的認識に言及している。かかる説示を犯罪事実の択一的認定と理解することはできない。⁽³⁷⁾

(36) 窃盗罪等の保護法益に関する見解の如何により窃盗罪等の被害者は当初所有者か棺内蔵置物領得罪犯人かという相違を生じるが、窃盗罪等成立という結論自体には合意があると認められる。

(37) 出典判例集では2文字伏字。

(38) 内藤・前掲註13論文131頁には「本判例は、本件目的物を棺内蔵置物と認定したうえで、贓物罪の成立を否定したわけではない」との記述があり、犯罪事実の択一的認定ではないとの理解が窺われる。

被告人の認識を標準として法律を適用するというのは一般的に故意に関する論理である。故に、当該説示を38条2項による故意責任限定の趣旨と理解する可能性が認められる。

しかし、大8判例中に38条2項の摘示はないから、同判例が38条2項を「適用した」との理解には疑問の余地があつて断言し難い。⁽³⁹⁾ また、38条2項を適用するなら、真実の実現事実が「重い棺外」であつて被告人の認識事実が「軽い棺内」であるという要件の認定が必要であるが、大8判例において真実の実現事実⁽⁴⁰⁾は認定されておらず、被告人の認識事実についても「御陵の蔵置品なることの単純な認識」が直ちに「軽い棺内の認識」を意味する訳ではない。故に、本件において38条2項適用の前提は論証されていない。

被告人の認識が構成要件的評価を異にする別々の事実に跨る漠然としたものである場合の故意認定方法は、真実の実現事実が証明されている場合でも問題となる。大8判例は「軽い棺内の認識」に基づく罪責を認定したが、被告人の認識する「皇陵内」という場所が「棺内・棺外」の双方を包含することから「重い棺外の認識」を認定することも、論理的に不可能ではない筈である。

「軽い棺内の認識」を認定するためには、被告人の認識状況について、客体所在場所が棺内か棺外かを「全く認識していなかった」のであつて棺内・棺外の「双方があり得る」と認識していた訳ではない、と論じる他ない。即ち、「双方があり得る」と認識していたなら択一的故意を認定することができるが、被告人は双方を表象して「どちらでもよい」と認容していた訳では決していない。

別の例を挙げれば、投石者が人の存否を「全く認識していなかった」場合に「人がいる・人がいない」の双方の事実を認識していたと認定するこ

(39) 内藤・前掲註13論文131頁の「刑法三十八条二項の趣旨をそこに生かした」という評価には、同条項を「適用した」とまでは認められないとの趣旨が窺われる。

(40) 出典判例集では2文字伏字。

とはできない。「人がいない」との確定的認識がなかったからといって直ちに「人がいる」との未必的認識があったと認定することはできず、この場合には「人に対する投石の認識がなかった」と認定しなければならない筈である。

客体所在場所の認識も同様である。被告人が「皇陵内の認識」を有するに留まって棺の内外について「特段の認識」を有していなかったことは、重い棺外という事実の表象が証明されないことを意味し、そのような認識状況では「重い棺外の認識がなかった」と認定しなければならない。そして、皇陵内という場所は必然的に棺内・棺外のどちらかであるから、皇陵内の認識があつて重い棺外の認識が否定されるなら、軽い棺内という事実の現実的表象がなくても「軽い棺内の認識があつた」と認定する他ない。これは、38条2項の適用ではなく、構成要件を特定できない漠然たる事実認識の場合に38条1項に規定された故意の存否を IDPR 原則の下で如何に認定するかという問題である。⁽⁴¹⁾

かようにして、事実としては、真実は棺内・棺外のどちらも可能性があり、かつ、重い棺外の認識が認定できないので軽い棺内の認識を認定する他ない、という前提の下で、法適用としては、真実が棺内なら38条2項と関係なく当然に棺内蔵置物領得罪・同幫助罪が成立し、真実が棺外なら客観的には贓物罪であるが38条2項により軽い棺内蔵置物領得罪・同幫助罪の限度で故意犯が成立するところ、本件の真実がどちらであるかは不明で

(41) 軽い罪の認定につき、内藤・前掲註13論文131頁の「三八条二項の趣旨をそこに生かした」という評価は実に含蓄に富む表現であるが、これを理解する上では、本文提示の投石設例が38条1項の問題であることと同様に、客体所在場所の認識もまず38条1項の問題であつて、実現事実特定不可能の場合に38条2項を適用する訳ではないことに留意しなければならない。

なお、転得者が「何等かの違法行為による領得」との認識に留まって墳墓からの領得という認識も有しなかった場合には、賭博罪や賄賂罪のように転得に対する罰則のない行為も包含され得るので、「軽い事実」に徹すると犯罪の故意は全く認定不可能になる。如何なる事実の表象が認定可能であるかを事案毎に検討するべきところであるが、詳論は避ける。

ある、ということになる。このように真実がどちらであってもX・Yの罪責は棺内蔵置物領得罪・同幫助罪であるから、大8判例はその結論に必要な事項だけを判示したと理解することができる。

本件全体への法適用としては、盗掘時の客体所在場所如何により当初領得の罪責を区別する解釈による限り、Zの罪責を正しく判示するためにはこの点の事実認定を要する。しかし、領得客体の中に棺外物が存在することは確実であるから窃盗罪成立自体は不動の結論であり、棺内物・棺外物の各数の如何が量刑に影響する可能性を一般論的に認め得るに留まる。然るに、前述した盗掘行為態様に鑑みれば、棺内物と棺外物との完璧な識別は客観的に不可能であると共にZも認識・記憶していたとは認め難い。故に、Zに改めて供述を求めても各物の所在場所を特定し得る十分な証拠が得られるとは期待できない。そして、本件で量刑破毀を論じる余地は乏しく、そもそも上告していないZに関する成立罪名や量刑は本件上告審の任務に属さない。加えて、上告したX・Yの罪責についても、X・Yの領得した客体が棺内物・棺外物のどちらであるかによって客観的構成要件の相違が生じるものの、棺内物の認識を認定する他ない状況では、この点の事実関係如何は同一結論に至る論理過程で38条2項の適用があるか否かの相違を生じるだけで成立罪名と無関係である。そうすると、棺の内外如何は本件上告審にとって結論に影響しない無用の事柄である。故に、この点について事実審理も択一的認定も行うことなく不明のままにしても審理不尽ではなく、38条2項は適用の可能性があるだけで確定的に適用される訳ではないから適用法条としての摘示を要しないことになる。以上により、大8判例はX・Yの罪責について必要な論証を尽くしたと認め得る。

2 符合判断

大8判例は、前節で述べたように当該事案における38条2項の適用可能性を肯定したと認められるので、その前提として棺内蔵置物領得罪と贓物罪との間に故意認定に足る符合を肯定している筈である。この両罪の間

に符合を肯定するなら、窃取等の場合でも客体が190条・191条所定客体であるか通常の財物であるかの点に錯誤がある場合には、やはり符合を肯定して38条2項により軽い罪の限度で故意犯成立を認めるという結論が導かれるべきことになる。

しかし、このような符合肯定も直ちに支持し得るものではない。判例・通説の依拠する法定的符合説によれば、符合肯定のためには侵害する法益の共通性が必要であるというのが一般的理解である。故に、棺内蔵置物領得罪の財産犯罪性を否定しつつ符合の基準を法益の共通性に求めるなら、社会法益犯罪たる棺内蔵置物領得罪と財産犯罪たる贓物罪との間に法益の共通性は認められない。そうすると、社会法益犯罪たる死体損壊罪と人身犯罪たる殺人罪・傷害罪との関係や同じく社会法益犯罪たる死体遺棄罪と人身犯罪たる要扶助者遺棄罪との関係と同様に、符合を肯定することはできず、故意犯は成立し得ないこととなる筈である。⁽⁴²⁾

これらの犯罪間に符合を肯定するためには、法益の異同を論じることなく、「物を領得した」「人体を遺棄した」という外形的共通性を根拠とする他ない。これは抽象的符合説に近い判断であるが、構成要件の文言としての共通性は一応肯定できるので、これを構成要件の符合と表現して法定的符合説の範囲で論じることと不可能ではない。これが大8判例の解釈であつたと認められる。⁽⁴³⁾

(42) 林・前掲註13論文219頁参照。なお、死期不明のため要扶助者遺棄（致死）罪か死体遺棄罪かが問題となった札幌高判昭61・3・24高刑集39巻1号8頁の第一審・旭川地判昭60・8・23は両罪間の符合を肯定しているが、これは前者に社会法益を認める解釈に基づいている。法益論の可否はともかく、符合判断の基準自体は判例・通説に沿っている。

(43) 原田・前掲註2論文516頁参照。これに対して、林・前掲註13論文219頁の「本判決は一九〇条を財産罪の特別規定だとしている」という評価は、190条・191条に関する大8判例の「特別（の）規定」との表記および符合肯定のためには法益の共通性を要するとの理解に依拠すると推測される。しかし、大8判例は、「財産罪の」特別規定と表記してはおらず、法益関係の説示を行っていない。また、大8判例は連合部判例ではないから大4判例と両立可能でなければならない筈のどこ

なお、法益が異なっても外形的共通性を根拠として符合を肯定する解釈は、故意責任の実質たるべき規範違反決意の論証に欠ける虞がある点で支持し難いものの、結論の妥当性からは無視し得ないところがある。法益を基準とすれば認識と異なる法益への侵害・危険に故意は認定できず、過失罰則がなければ無罪となる。然るに、現に侵害・危険が生じたのに無罪という結論は大多数の人々の法感情に反する虞があり、そうであるなら法益を基準とする符合判断はその意味で結論の妥当性を欠くものであって外形的共通性を基準とする方が故意犯成立を導き得る点で適切であることとなる。⁽⁴⁴⁾ 大8判例がこのような点を考慮したのか否かは定かでなく、符合判断の基準に関する一般論として検討を要すると認められるが、問題提起に留めておく。

V 結 語

以上の通り、主として大8判例を分析しつつ、表題記載の解釈問題を検討した。完璧とは評し難いものであるが、得られた結論を要約すると次のようになる。

ろ、190条・191条の罪に財産犯罪性を認めることは大4判例と矛盾し、大8判例が大4判例を援用して贓物性を否定した趣旨に反するという自己矛盾に陥る。故に、大8判例は190条・191条の罪を財産犯罪と解した訳ではなく法益の相違にも拘らず外形的共通性に基づく抽象的符合説近似の基準によって符合を肯定したのであり、同判例に所謂「特別規定」は墳墓・死体等を含めた「所有物」に関するものであって「財物」「財産犯罪」に関するものではないと解するべきである。

- (44) 遺骨が入っている容器を通常の財物が入っていると誤信して窃取した場合には容器に対する窃盗罪の成立が肯定可能であり、そのような場合が多いと推測できるが、遺骨の領得に関する無罪の可否という問題の解決にはならない。なお、本稿筆者は原田保「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）243頁、245頁～249頁において人骨収納装飾品・実用品および人骨成型オブジェの領得につき遺骨領得罪と通常の財産犯罪との観念的競合という解釈を提示したが、これは客観的構成要件に関するものであり、遺骨の認識がなければ通常の財産犯罪のみの成立となる。

大 8 判例は、死体に関する大 4 判例を援用して、第 1 の問題につき棺内蔵置物の財物性および棺内蔵置物領得罪の財産犯罪性を否定すると共に第 2 の問題につき棺外取り出し後も当該物が棺内蔵置物であって財物ではないと認めた。前者は大 4 判例および立法趣旨に沿う適切な判断であると評価できるが、後者については当時の法解釈としても多大な疑義があり、転得に係る罪責としては棺内蔵置物領得罪ではなく占有離脱物横領罪を論じるべきであった。そして、平 7 法 91 改正による文言変更の結果として棺外取り出し後も納棺物性が存続するという解釈は絶対的に採用不可能となったので、第 2 の問題に関する大 8 判例の解釈は同改正により判例としての意義を失った。同判例が法益の相違にも拘らず棺内蔵置物領得罪と贓物罪との符合を肯定した点も支持し難いが、同改正の結果として棺外取り出し後の転得に係る成立犯罪は占有離脱物横領罪しかあり得ないこととなったので、当初から棺外にあった場合の贓物罪との符合肯定に関する法益異同問題は消滅した。かようにして、大 8 判例の刑法解釈は大 4 判例と共に第 1 の問題に関して同条全般に亘る財物性・財産犯罪性の否定だけを遺すものとなった。

併せて、大 8 判例の周辺事情に言及しておく。棺外取り出し後の棺内蔵置物性存続という解釈はそれ自体としても符合問題を惹起した点でも重大な問題を有するが、大 8 判例はこの法適用に際して大 4 判例を援用するだけで棺外取り出しによる変化を否定する理由の説示を全く行っていない。問題の存在を看過したかのような外見であるが、問題の存在を認識しながら敢えて無視した可能性も否定し難く、これは本件の重大性から生じる疑惑である。

本件は天皇主権国家における皇陵盗掘という言葉に絶する重大犯罪である。検察官が処断刑上限を求刑したこと、控訴審が「公安を害する虞」を理由に傍聴を禁止した⁽⁴⁵⁾こと、出典判例集が多数の文字を伏字にしたこと、

(45) 法律新聞1285号14頁。

といった事実は、国家の根幹に関わる「⁽⁴⁶⁾ 惧るべき犯行」という司法界の評価を明示している。一般の新聞も、被告人等に「暴逆不軌の賊」「逆賊」「稀代の不敬漢」「兇徒」といった激しい非難の語を使用している。⁽⁴⁷⁾ かかる状況に鑑みれば、実行者等に懲役13年・11年が既に確定しているとはいえ、首謀者と目された者に対して無罪あるいは著しく軽い刑を宣告することには強い躊躇があっても不思議ではない。

ところが、控訴審はZによる盗掘自体に関するX・Yの共犯帰責を否定して銅鏡等の転得・仲介に係る贓物罪のみの成立を認め、起訴状に記載した重大犯罪の成立が控訴審で否定されたにも拘らず検察官は上告しなかった。それは懲役10年という控訴審宣告刑が懲役13年という第一審宣告刑と比較しても認容可能であるという判断に基づくものと推測されるが、検察官が上告しなかったためX・Yに問い得る罪責は銅鏡等の転得・仲介に係るものだけとなった。

唯一の争点たる転得に係る罪責につき、棺内蔵置物の財物性・贓物性を否定する解釈に基づく贓物罪成立否定・控訴審判決破毀により死体に関する大4判例との整合性を維持した上告審において、自判に際して真実が棺内でも棺外でも棺内の認識を前提として占有離脱物横領罪成立を認定することは符合判断に関する疑義もなく可能であった筈である。しかし、法定刑上限懲役1年の同罪では他の古墳のみの盗掘者と同等になる。本件審理経緯の中でより重い刑を求めるなら、棺内蔵置物領得罪しかない。そして、同罪該当事実の認識を前提としつつ真実が棺外である場合に法益の共通性に基づく符合判断を行うと、故意阻却により無罪となる。

かかる事情に鑑みれば、真実が棺内である場合の転得に係る成立罪名を占有離脱物横領罪ではなく棺内蔵置物領得罪であるとしたのは単純に大4判例に従ったのではなく同判例に藉口して可能な限り重い刑を目指したからであり、棺内蔵置物領得罪と贓物罪との符合を肯定したのは真実が棺外

(46) 法律新聞1285号14頁。

(47) 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。

である場合に無罪となることを避けるためであった、と推測する余地がある。断言は困難であるが、本件首謀者に対する無罪あるいは本件末端関与者と大差ない著しく軽い刑の宣告という耐え難い結論を避けようとする政治的配慮を含む強引な解釈という疑惑を完全に払拭することはできない。当該解釈に際してもしも政治的配慮があったなら、解釈自体が不適切である点だけでなく、その姿勢も厳しく批判されなければならない。

最後に、立法論にも関わる問題を指摘しておく。墓石損壊を189条の墳墓発掘に含めた判例⁽⁴⁸⁾に関して従来から指摘されているように、土葬原則思想に基づく現行刑法各則24章の規定は火葬を通例とする社会の現状と甚だしく乖離している⁽⁴⁹⁾。以下、本稿で主題とした190条・191条に関してこの問題を論じる。

副葬品を蔵置した棺は、土葬ならそのまま墳墓内に埋蔵されるが、火葬なら通夜・告別式の後に死体と共に焼却され、棺内蔵置物も火葬前の短時間だけ存在するに留まる。多くの火葬場では、不燃物の棺内蔵置が禁止されている。故に、副葬品を生者の世界から切除して遺骨と共に永久に死者の追悼・記念に供するためには、当該物を棺ではなく墓石内カロートや骨壺の中に蔵置する他ない。かようにして、現行刑法がかつて棺内蔵置物に認めた性質を担う物は概して墓石内カロートや骨壺の中に蔵置される、というのが社会の現状であると認められる。

そこで、今日の法解釈問題として墓石内カロートや骨壺の中に蔵置され

(48) 最二小決昭39・3・11刑集18巻3号99頁、福岡高判昭59・6・19刑月16巻5・6号420頁。最決評釈として、石丸俊彦「刑法第一八九条の「発掘」の意義」法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和39年度）』（法曹会、昭40）37頁、阿部純二「刑法第一八九条の「発掘」の意義」警察研究36巻12号（昭40）96頁、中谷謹子「刑法一八九条における発掘」小野編・前掲註8百選186頁。福岡高判評釈として、夏目文雄「墳墓発掘罪における発掘」若原編・前掲註14百選208頁。

(49) 阿部・前掲註48論文100頁、中谷・前掲註48論文187頁、夏目・前掲註48論文同頁、原田保「宗教犯罪の特質」阿部純二ほか編『刑法基本講座第6巻各論の諸問題』（法学書院、平5）308頁、323頁、同・前掲註2論文529頁、同「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、6頁参照。

た副葬品の刑法的性質を論じなければならない。当該物の領得が行われた場合、「棺」という文言の一般的語義に従えば墓石内カロートや骨壺の中に蔵置された物は190条・191条の対象外であり、同条に該当しない物は依然として財物であると解する限り窃盗罪等の成立を認める他ない⁽⁵⁰⁾。しかし、当該物が現に担っている法益の内容に鑑みれば、骨壺内蔵置物は、少なくとも墓石内カロートに蔵置される場合に、棺内蔵置物と同一の性質を担っていることが明白であり、通常の財産犯罪としての処罰に値する実質的根拠は存在しない。

ならば、190条・191条の改正を要する筈である。今日通例の火葬を前提とすれば、棺内蔵置物領得罪が実行可能な時期は納棺後・火葬前の短時間だけに限られ、墳墓発掘棺内蔵置物領得罪に至っては絶滅危惧状態の犯罪類型となっている。実行稀有の犯罪類型を存置しながら、墓石内カロートや骨壺の中に蔵置された物という棺内蔵置物より多い筈の客体を規定していないことは、葬法の変遷・現状への対応を怠る不合理な立法遅滞であると評さざるを得ない⁽⁵²⁾。

(50) 産経ニュース web 版平27・11・26によれば、千葉県において墳墓内の骨壺から貴金属・時計を領得した事件があり、191条で立件された後に窃盗罪で起訴された由である。窃盗罪という判断は現行刑法の文言からすれば当然と認め得るところ、被告人側主張に関する情報は現時点で得られていないが、私見としては本文記述のように異論を提起せざるを得ない。

(51) 所謂「手元供養」の一種として住居内保管を予定する骨壺や人骨収納装飾品・実用品があり、これらの中に遺骨以外の副葬品を蔵置した場合の取扱については更に議論の余地がある。私見としては、容易に取り出すことができる状態であれば財産的価値の封鎖と認められないので実質的財物性に疑義の余地はないと解するが、詳論は避ける。

(52) 現行刑法制定に際して「棺内」に限定せず「墳墓内」を含めて規定していれば本文指摘の問題は生じなかった。「棺内」と規定したのは、棺の土葬に際して副葬品を取って棺外に置いて墳墓内に埋蔵することは想定不要の稀有であると判断された故であると推測され、それは当時の状況を前提とする限り合理性を有する。しかし、かつて棺内に蔵置されていた物が今日では概して墓石内カロートや骨壺に蔵置されるようになったという状況変化を無視して土葬原則思想に基づく規定を維持することに合理性は認められない。棺内蔵置物を削除する必要はないとしても、現行

このような立法遅滞は他の規定にもあり、いずれも本来は社会の現状に対応する改正が必要であるが、適切な改正が行われていないままの現状下⁽⁵³⁾において副葬品に関する適切な結論を導くためには、墓石内カロートや骨壺の中に蔵置された物について棺内蔵置物との共通性に基づく190条・191条の類推適用を論じる他ない。窃盗罪等を否定して同罪より軽い罪を導く類推適用であるから罪刑法定主義に違反するものではなく、火葬における骨壺が土葬における棺に相当することは明白であるから、墓石損壊を墳墓発掘に含める判例の下において骨壺内蔵置物を棺内蔵置物に含めることを拒絶する理由はない筈である。

(平成28年3月31日稿)

刑法の意図する処罰基準を維持するなら墓石内カロートや骨壺の中に蔵置された物を対象とし得る規定に改正するべきである。

- (53) 放火罪や往来危険罪の行為客体として航空機・バス等が規定されていないことも、現行刑法制定後に実用化された公共交通機関への対応を怠る立法遅滞である。この点については、昭和時代の改正刑法草案が既に航空機・バス等の追加を提案していたにも拘らず依然として放置されており、昭29法57改正が1条2項の日本刑法適用場所に日本航空機を追加したこととの一貫性にも疑問がある。墓・棺については、改正刑法草案でも明治時代の土葬原則思想に基づく規定が継受されているが、改正の必要性は同草案審議中に刊行された中谷・前掲註48論文187頁で既に指摘されている。