

◆同志社大学刑事判例研究会◆

被害者を殺害後に姦淫する意思であった場合 における（旧）強盗強姦未遂罪の成否

（東京高判平成29年12月1日（LEX/DB No. 25449111））
平成29年（う）第1261号

山 田 慧

I 事実の概要と訴訟の経過

1. 事実の概要

被告人は、自分の将来を悲観して自暴自棄になっていたところ、死ぬ前に、首を絞められて苦しむ女性の姿を見て性的興奮を得たいと思い、かつてのアルバイト先の同僚であった被害者（当時17歳）を殺害した後に現金を強奪するとともに強姦しようと考え、被害者を言葉巧みに誘い出し、当時の被告人方で、殺意をもって、被害者の背後から頸部を右腕で絞め上げ、さらに、頸部を両手で絞め付けるなどして、被害者を頸部圧迫による窒息により殺害した。その後、被告人は被害者を姦淫しようとしたものの、その目的は遂げられず、被害者の財布から現金約7500円および生徒証1枚を抜き取り強奪した。

2. 訴訟の経過

第1審である東京地裁判決¹⁾では、詳細は不明であるが、強盗殺人罪および強盗強姦未遂罪の成立を認め、被告人を有罪とし、無期懲役を言い渡した。

これに対し、弁護側が、強姦罪の保護法益は「人」の性的自由であり、「人」が死亡すればその保護法益はなくなる以上、被害者の生存中にこれを姦淫しようとしたがその前に死亡させてしまったので死体を姦淫したという場合は別として、当初より、被害者を殺害した後に死体を姦淫する意思であった場合は、死体損壊罪が問題になるに過ぎず、強盗強姦未遂罪は成立しないと主張し、法令適用の誤りを理由として控訴した。

控訴を受けた東京高裁は、以下のように判示して控訴を棄却した。

II 判 旨

確かに、被告人が、被害者の首を両手で絞め付け、心臓の鼓動音を聞くなどしてその死亡を確認した後、姦淫行為に着手していることからすると、被告人は、当初から、被害者を殺害した後に姦淫行為に及ぶ意思であったと認められるが、被害者の死亡と時間的場所的に接着した段階においては、被害者の性的自由はいまだ保護されていると解されるから、当初から、被害者の死亡直後に姦淫する意思であった場合でも、強盗強姦未遂罪が成立すると解すべきである。なぜなら、殺害後に姦淫する意思であったとはいえ、被害者を姦淫するために暴行を加えているのであるから、生存中に姦淫する意思で暴行を加えた場合と別異に解する理由がない上、所論のように「人」が死亡した以上はその保護法益はなくなると解すると、強姦目的で暴行を加えて姦淫しても、死亡したと誤解していた場合は、生存中に姦淫されても強姦既遂罪が成立しないこととなり、不合理だからである（最判昭和36年8月17日・

1) 東京地方裁判所平成27年（合わ）第307号〔判決年月日不詳〕。

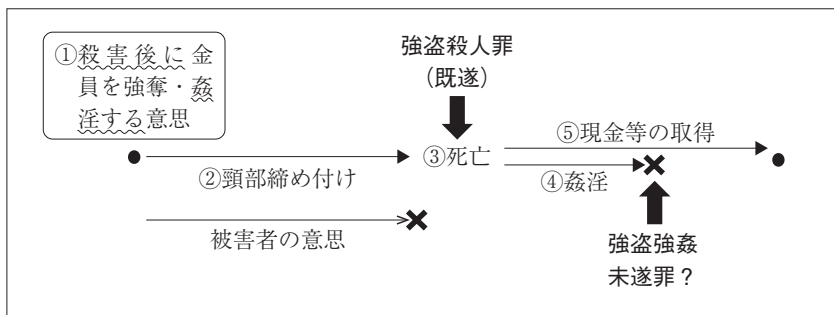
刑集15巻7号1244頁参照)。

Ⅲ 研 究

1. 問題の所在

本件における被告人の犯行の経緯は、①被害者を殺害したうえで金員を強奪し、かつ姦淫する意思を有し、②被害者の背後から頸部を絞め付ける行為に及び、③その結果、被害者を窒息死させ、④そのうえで姦淫行為に及ぶも、その目的は達することができず、⑤現金等を奪って逃走したというものである(【図1】参照)。

【図1：本件犯行の経緯】



このうち、①の金員を強奪する意思で②の行為に及び、③の死亡結果を惹起した時点で、強盗殺人罪(240条後段)の既遂が成立することに争いの余地はない。また、本件の犯行は、2017年の性犯罪処罰規定の改正前のものであるが、被告人は、強盗殺人に加えて、姦淫行為に及ぼうとしたことについて、旧強盗強姦致死罪には問われていない。というのも、従来、判例・通説では、旧強盗強姦致死罪は結果的加重犯であるから、死亡結果について故意がある場合、同罪は成立せず、強盗殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合になる

と解されてきたからである²⁾。そして、本件で問題となったのは、強盗殺人罪と観念的競合の関係にあるとされる強盗強姦罪の成否である。すなわち、旧強盗強姦罪は、強盗犯人が被害女性を姦淫した場合に成立する犯罪であり、強盗が既遂であれ未遂であれ、姦淫行為に至れば既遂になるが、本件被告人のように、①のうち、被害者を殺害後に姦淫する意思を有していた場合であっても、強姦罪（本件の場合は、姦淫行為は完遂していないので未遂）が成立しうるのかが争点となった。現在、性犯罪の保護法益は、一般に性的自由ないし性的自己決定権（誰といつ性的行為を行うかを決定する自由）と理解され³⁾、さらに、いわゆる「屍姦」は強姦罪を構成しないと考えられてきた⁴⁾。つまり、強姦罪あるいは強姦未遂罪が成立するためには、姦淫時において、性的自由ないし性的自己決定権の前提となる意思を有した（＝生存している）被害者が存在してなければならないとされてきたと理解しうる。しかし、本判決は、本件被告人に（強盗）強姦未遂罪の成立を認めており、こうした判断が、従来の性犯罪の理解と整合するのかが検討されなければならないであろう⁵⁾。

なお、2017年の改正後の性犯罪処罰規定のもとでも問題状況は変わらない⁶⁾。本件でその成否が問われた強盗強姦罪は、改正後は、強盗・強制性交

2) 大判昭和10年5月13日刑集14巻514頁。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法・第12巻』（青林書院、第2版、2003）425-426頁〔日野正晴〕。

3) 最判昭和24年8月18日集刑13号307頁（「強盗強姦罪は強盗たる身分を有するものが、強姦をする犯罪であり、個人の専属的法益（婦女の性的自由）を侵害する罪である」）。

4) 団藤重光編『注釈刑法（4）各則（2）』（有斐閣、1965）297頁〔所一彦〕。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法・第9巻』（青林書院、第3版、2013）74頁〔亀山継夫＝河村博〕。

5) なお、本判決に対しては上告がなされ、上告を受けた最高裁は上告を棄却している（最決平成30年3月27日 LEX/DB No. 25560466）。もっとも、そこでは上告趣意が上告理由にあたらないことのみが判示されたにとどまっている。そこで、以下では、高裁の判断を「本判決」と称し、検討を加える。

6) 性犯罪処罰規定の改正については、松田哲也＝今井将人「刑法の一部を改正する法律について」法曹時報69巻11号（2017）211頁、「特集・性犯罪改正の検討」刑事法ジャーナル55号（2018）4頁以下、「特集・性犯罪対策の歩みと展望」法律のひろば70巻11号（2017）4頁以下、「小特集・性犯罪に関する刑法の一部改正」法律時報90巻4号（2018）54頁以下、深町晋也「性犯罪〔刑事政策の新動向〕」法学教室457号（2018）107頁などを参照。

等罪となり、強盗と強制性交等の先後関係は問われず⁷⁾、また、いずれの行為が未遂であっても同罪は既遂になるとされた(241条1項)⁸⁾。さらには、強盗・強制性交等致死罪において、死亡結果の原因は、前後関係を問わず、強制性交行為でも、強盗行為でもよいとされ、また、死亡結果について故意がある場合も含むとされた⁹⁾。したがって、仮に本件行為を改正法のもとで評価すると、①の姦淫意思での②の行為が強制性交等罪の着手だとすれば、②の時点で、強盗・強制性交等罪の既遂となり、③の段階で、強盗・強制性交等致死罪が成立することになる。いずれにしても、殺害後に姦淫する意思のもとでの殺害行為が、強制性交等罪の実行行為を基礎づけるのかが問題になるのである。

こうした問題は、量刑判断において重要な意義があろう。確かに、当初から、殺害後に財物を奪取しかつ姦淫する意思であった場合、強盗殺人罪(死刑または無期懲役)は成立するのであるから、それに加えて旧強盗強姦罪(無期または7年以上の懲役)を認め、観念的競合としても(あるいは、強盗・強制性交等致死罪〔死刑または無期懲役〕の成立を認めるとしても)、結局は、

-
- 7) これまで、強姦の後に強盗の犯意を生じて、財物を強取した場合は、強盗強姦罪ではなく、強姦罪と強盗罪の併合罪とされてきた(最判昭和24年12月24日刑集3巻12号2114頁)。しかし、両者の先後関係は、同罪の悪質性にとって重要な意味をもたないとの問題意識から、こうした改正が施された。
- 8) 旧法では、強盗が既遂となった後に強姦しようとし、その目的を遂げなかったときは強盗強姦未遂となり、刑が任意的に減輕されれば、処断刑の下限が懲役3年6月になる一方で、強盗罪そのものの法定刑の下限が懲役5年であるという不均衡が問題視されてきた。本改正はこうした問題を是正するものである。もっとも、強盗も強制性交等も未遂の場合は、人を死傷させた場合を除き、刑の減免の余地がある(241条2項前段)。
- 9) 条文中、「よって」という言葉は用いられていない(241条3項)。西田典之(橋爪隆・補訂)『刑法各論』(弘文堂、第7版、2018)203頁も参照。また、旧強盗強姦致死罪は、殺害の故意がある場合は含まず、強盗殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合となるとの従来の理解には、「強盗の二重評価」という問題もあった。もっとも、その問題を回避すべく、殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合とすれば、処断刑は7年以上の懲役～死刑となる一方で、殺意がない場合に成立する強盗強姦致死罪の法定刑が死刑または無期懲役であり、殺意がない方が処断刑が重くなるというジレンマがあった(松原芳博『刑法各論』(日本評論社、2016)259頁)。さらに、致死結果に故意がある場合も強姦致死罪が成立するとの判例・通説の立場との矛盾も指摘されていた(木村栄作『判批』研修244号(1968)71頁)。今般の刑法改正により、こうした問題は払拭されたと言える。

強盗殺人罪の法定刑と同じ、死刑または無期懲役が処断刑となる。しかし、強姦（強制性交等）も併せて評価されるかどうかは、犯情等、量刑段階においては大きく影響してくるものと思われる¹⁰⁾。加えて、やや議論を一般化して、現行法のもとでの、強盗を伴わない強制性交等致死罪の場合を考えると、被害者を殺害後に姦淫する意思であっても強制性交等罪が成立しうるかどうかは、処断刑に影響を与えることになる。つまり、後に姦淫する意思で殺害する行為が強制性交等罪の着手と評価できるか否かで、殺人罪（5年以上の懲役～死刑）のみが成立するか、強制性交等致死罪（6年～無期懲役）も成立し、殺人罪との観念的競合（6年以上の懲役～死刑）となるか¹¹⁾が左右され、処断刑における刑の下限に差が出てくるのである。

2. 従来の裁判例

次に、本判決の検討に先立ち、本件と関連する裁判例を概観したい。

(1) 強姦致死罪に関する判例　まず、強姦致死罪に関して示された最判昭和23年11月16日¹²⁾では、被告人が、被害者を雑木林に連れ込んで、姦淫しようと脅迫を加えたところ、人の声がしたので、被害者に声をあげられては困ると思い、両手で被害者の頸部を絞め、力余って同女を窒息死させてしまったので、やむなくその場で死体を姦淫したという事案につき、原審¹³⁾において、死亡後の姦淫行為も含めて事実認定および法令適用がなされたことが争点となった。この点につき最高裁は、「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

10) 本判決でも、量刑判断において、殺害後に姦淫に及ぼうとしたことが、量刑上、刑を加重するファクターとして考慮されている。

11) 強姦致死罪における致死の結果に関して故意があった場合、判例・通説では、殺人罪と強姦致死罪の観念的競合になると解されてきた（大判大正4年12月11日刑録21輯2088頁、最判昭和31年10月25日刑集10巻10号1455頁）。性犯罪処罰規定の改正は、この点に変更を加えるものではない。注72)、73)も参照。

12) 刑集2巻12号1535頁。

13) 刑集2巻12号1538頁〔判決年月日不詳〕。

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く、原審で適示された死亡後の姦淫行為は「強姦致死行為後」の事情であって、「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たらない」と判示した。強姦の既遂・未遂を問わず、殺害時点で強姦致死罪が成立する点は自明であるものの、最高裁は、原審が指摘した死亡後の姦淫行為を「強姦致死行為後」の事情として叙述したに過ぎないとし、強姦致死罪の構成事実には当たらないと述べたのである。ここから、被害者死亡後の姦淫により基本犯である強姦罪が既遂となることが明確に否定されたとの評価も見られる¹⁴⁾。しかし、原審が法令の適用において、177条前段(強姦)と181条(強姦致死)をあげるだけで、179条(強姦未遂)をあげていないことから、原審は、死亡後の姦淫行為により強姦は既遂に至っているとの評価をしていたのではないかとの指摘もあった¹⁵⁾。

こうした点につき、本判決も引用する最判昭和36年8月17日¹⁶⁾は、被告人が、被害者を姦淫する意思で脅迫したところ、被害者が大声で叫んだので、犯行が発覚すると思い、また、同女に自分の顔を憶えられたままにしておけば犯行が発覚すると思い、同女を殺害したうえで情欲を遂げようと決意し、同女を絞殺したうえで姦淫したという事案につき、弁護側が、姦淫行為時には被害者は死亡していた以上、強姦致死罪は成立しないと主張したのに対し、次のように述べて、殺人罪と強姦致死罪の観念的競合として被告人を有罪とした。すなわち、「〔原審が支持した第1審判決は〕姦淫の目的のため、その手段として判示のごとき暴行脅迫を用い結局被害者を窒息死に至らしめ、姦淫の目的を遂げたという趣旨を認定しているのであつて、本件の場合、姦淫行為が殺害の直後であつ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。所論引用の昭和23年11月16日の当裁判所の判例は、本件に適切でない」。こうした判示からは、先の昭和23年最高裁判決とは異な

14) 安田拓人「判批」法学教室459号(2018)154頁。

15) 米澤慶治「判批」別冊ジュリスト109号〔宗教判例百選(第2版)〕(1991)211頁。

16) 刑集15巻7号1244頁(小松川女子高生殺人事件判決)。

り¹⁷⁾、殺害後の姦淫行為を包括したうえで強姦致死罪の成立が認められている点で、被害者の性的自由はその死後もなお一定程度保護に値し、その侵害が、後の姦淫行為によって惹起される（既遂に至る）との理解が窺われる¹⁸⁾。実際に、昭和36年最高裁判決の調査官解説でも、「婦女の死亡の時点」を区切りとして、その時点以後の婦女の貞操とか性的自由とかの存否を云為してその直後の死姦行為は強姦でないというのは事理に合わない論であろう¹⁹⁾」と述べられている。

もっとも、既に指摘されているように、昭和36年最高裁判決の事案は、被告人が、まず生きている被害者を姦淫するつもりで脅迫を加えていることから、この点で問題なく強姦罪の実行の着手が認められ、その機会と言える段階で殺意を生じ、被害者を殺害したというものであったことには注意を要する。というのも、強姦致死罪は、強姦が未遂であっても死亡結果が生じれば既遂に至ると解されてきたことから、こうした事案においては、後の死体の姦淫行為の有無にかかわらず、強姦の着手に基づく強姦致死罪が問題なく成立すると言えるからである²⁰⁾。さらに、殺意を伴う場合に、殺人罪と強姦致死罪の成立を認める判例には、「死の二重評価」という観点からの批判も加えられ、殺人罪と強姦罪の観念的競合にすべきとの主張も示されてきたが、むしろそうした主張の方が「強姦罪」という強姦既遂の成立を前提とするものであって、いわゆる「死者の性的自由」を相対的にであっても肯定することになるのではないかと指摘も見られる。つまり、昭和36年最高裁判決は、

17) もっとも、田原義衛「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和36年度207-208頁は、昭和23年最高裁判決も、屍姦行為を、その前提となる、被害者を強姦する目的でその手段として暴行を加えてこれを死に至らしめた行為と切り離して論じているのではないとして、昭和36年最高裁判決と矛盾するものではないと述べている。木村・前掲注(9) 70頁も参照。これに対し、森本和明「判批」研修599号(1998) 19-20頁〔注3〕も参照。

18) 安田・前掲注(14) 154頁。

19) 田原・前掲注(17) 208頁。米澤・前掲注(15) 211頁も参照。

20) 安田・前掲注(14) 154頁。団藤重光編『注釈刑法(4) 各則(2)』(有斐閣、1965) 318頁〔香川達夫〕は、昭和36年最高裁判決の事案は、「包括して強姦致死罪」と解する必要がなかったものであり、同判決が昭和23年判決を「本件に適切でない」と判示したことは不当であると述べる。

「強姦既遂」に至ったと評価するものとまでは言えず、死者の性的自由の是非について明確な立場を示すものではないというのである²¹⁾。

(2) 強盗強姦罪に関する下級審裁判例 しかし、その後の下級審裁判例では、強盗強姦罪の成否が問題となった事案において、殺害後の姦淫行為により強盗強姦「既遂」に至るとの評価を下しているものが複数存在する。

たとえば、徳島地判平成2年5月22日²²⁾がその例としてあげられる。事案は、被告人が、被害者宅で金員を物色中、帰宅した女子を認め、同女を姦淫したうえで所持金を強取しようと決意し暴行を加えたが、同女が抵抗するものと思って激昂し、同女を殺害して姦淫したうえで金員を強取しようと決意し、同女を絞殺のうえ姦淫した後、現金を強取したというものであった。これに対し徳島地裁は、「本件における被告人の強盗強姦の実行の着手、その発展としての殺害行為から被害者の死亡、姦淫に至る一連の行為を、強盗強姦の犯意の継続という主観面および時間的、場所的にみた行為の連続性という客観面の双方から全体的に観察するならば、本件のように、姦淫時における生存が認定されない場合をたまたま姦淫が死亡に先行した場合と別異に解すべき理由に乏しいというべきであるから、その全体を包括して強盗強姦(既遂)罪が成立すると解するのが相当である」と判示した²³⁾。

さらに、大阪高判昭和42年5月29日²⁴⁾でも同様の判断が示されている。事案は、被告人が、婦女の居室で同女を強姦しようとし、悲鳴を防ぐため頸部を絞めたところ失神状態に陥ったので、意外の結果発生に驚き、犯行の露見を防ぐため同女を殺害し、同時に逃走資金を奪って逃げようと考え、自己の革バンドをはずしてこれで同女の頸部をしめつけ窒息死させ、そのうえで室内を物色して現金を奪い、さらに、逃走しようとした際に右バンドを同女の頸部にまきつけたままであることに気づき、これを取り戻そうと同女に接

21) 神元隆賢「死者の占有及び性的自由」成城法学81号(2012)195-196頁。

22) 公刊物未登載。森本・前掲注(17)14頁を参照。

23) 結論として、強盗殺人罪と強盗強姦罪の観念的競合とされている。なお、控訴・上告いずれも棄却されているという(森本・前掲注(17)20頁[注5])。

24) 高刑20巻3号330頁。

近したところ、同女の姿態を見て再び同女を姦淫する意思が生じ、これを姦淫したというものであった。これに対し大阪高裁は、「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」と判示した²⁵⁾。

このように下級審裁判例では、既遂と見るには、強姦も既遂に至ったと考える必要がある強盗強姦罪の成否を判断するうえで、当初から強姦の意思を有し、少なくとも、被害者を殺害後、同じ現場で姦淫行為にまで及んだ場合には、被害者の死亡前後で強姦の既遂・未遂を分かち合理的な理由はなく、行為を全体的に考察して、姦淫時点で強姦は既遂に至るとの判断が示されている²⁶⁾。こうした裁判例に対しては、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ものであるとの評価も付されている²⁷⁾。もっとも、これらの裁判例も、あくまで行為者が、いったんは、「生存している」被害者を姦淫する意思で暴行・脅迫に及んでいる事案に対するものである。現に、生存している被害者を姦淫する意思と、被害者死亡後の姦淫意思との間に関連性（連続性）があることが、全体的考察の前提であるとの指摘も見られる²⁸⁾。強姦の客体はあくまで生存している人であるものの、客観的には同じ姦淫行為が、被害者の死亡時期を基準にして、死亡前であれ

25) さらに、被告人からの上告が棄却され（森本・前掲注（17）20頁（注4））、加えて、大阪地判支判平成10年2月19日（公刊物未登載）においても同様の判断が示されているという（同・11頁以下）。

26) さらに、大阪高判昭和42年5月29日・前掲注（24）は、当初の強姦の意思がいったん失われ、被害者を殺害後に、再度、姦淫の意思が生じた場合（殺害を姦淫のための手段として見るができない場合）にも、こうした全体的考察を及ぼしている点に特徴がある。

27) 神元・前掲注（21）196頁。もっとも、同・196-197頁では、大阪高判昭和42年5月29日の事案において、殺人と強姦は一つの行為によって実行されておらず、また、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ので、強盗殺人罪と強盗強姦罪は観念的競合ではなく併合罪とされるべきであるとしている。

28) 森本・前掲注（17）16頁以下。

ば強姦となり、死亡後であれば強姦にならないというのではあまりにも不合理と見られる場合が存在するというのが、下級審裁判例で示されている全体的考察が許容される根拠だからである²⁹⁾。

(3) 本判決のポイント 以上の裁判例の動向に照らすと、本判決は、性的自由の保護の範囲を、従来の裁判例よりもさらに拡張したものとも言える。というのも、本件被告人は、当初から被害者を殺害した後に姦淫行為に及ぶつもりであったからである³⁰⁾。すなわち、従来の裁判例で示されてきた行為の全体的考察の前提と言える、「生きている被害者に対する姦淫意思」とそれに基づく暴行等の開始がなかったとしても、強姦既遂罪が成立しうることが認められたのである。

そして、本判決では、その理由として、①殺害後に姦淫する意思であったとはいえ、被害者を姦淫するために暴行を加えているのであるから、生存中に姦淫する意思で暴行を加えた場合と別異に解する理由はない点、②「人」が死亡した以上その保護法益はなくなると解すると、強姦目的で暴行を加えて姦淫しても、死亡したと誤解していた場合は、生存中に姦淫されても強姦既遂罪が成立しないこととなり不合理である点を指摘している。もっとも、②の点は、人の死後には、強姦罪の保護法益は消失すると解した場合の当然の帰結であって、それが「不合理」であるとする積極的な理由は示されていない。また、①のように言える実質的な根拠も不明確である。「被害者を姦淫するために暴行を加えているのであるから」と判示されているが、ここでの「姦淫」が、当初から意図された死体に対するものも含まれるのが検討されなければならない。本判決における、「被害者の死亡と時間的場所的に接着した段階においては、被害者の性的自由はいまだ保護されている」との判示からは、財産犯罪における死者の生前の占有意思に着目する判例と同様

29) したがって、いったん、強姦の意思が放棄されたとも言える大阪高判昭和42年5月29日・前掲注(24)のケースも、当初は存在していた、生きている被害者に対する姦淫意思が、被害者殺害後に再び意識下に戻ってきたものであり、その限りで全体的考察を許容するものであるとの評価が示されている(森本・前掲注(17)17頁以下参照)。

30) 安田・前掲注(14)154頁。

の思考がうかがわれ、いわゆる「死者の占有」の議論状況も参考に、本判決の妥当性を検討するべきだと思われる。

3. 本判決の妥当性

(1) 強盗殺人罪との異同? 一般に、行為者が、被害者を殺害した後に財物を奪取する意思を有している場合であっても、殺害行為を生前の占有侵害行為と評価できる以上、強盗殺人罪の成立が認められると解されている³¹⁾。しかし、本件のような性的自由を保護法益とする犯罪については、殺害と性的自由の侵害を同一視することはできず、強盗殺人罪と同様の理論構成をとることは不可能であるとの指摘がなされている³²⁾。したがって、被害者を殺害後に姦淫する意思の場合に強姦罪の成立を認めるためには、性的自由の保護が死後にも及ぶことを正面から認めざるを得ないが、性的自由という法益は、生存している人間しか保持することはできないはずであるとして、本判決に否定的な評価も加えられている³³⁾。

しかし、財物に対する占有の意思も、死と同時に失われているはずであり、性的自由と区別するためには、なお説明を要するようにも思われる³⁴⁾。被害

31) 大判大正2年10月21日刑録19輯982頁、大判昭和4年5月16日刑集8巻251頁、大判昭和8年12月4日刑集12巻2184頁。

32) 神元・前掲注(21)196頁、安田・前掲注(14)154頁。山口厚『刑法各論』(有斐閣、第2版、2010)243頁も参照。

33) 安田・前掲注(14)154頁。

34) この点について、当初は、生きている被害者を姦淫する意思で暴行を加えた事案では、当該被害者は、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という差がある、との指摘も見られる(神元・前掲注(21)198頁)。しかし、そもそも、一般論として、被害者の恐怖感の有無が犯罪の成否を左右するというのは不当であろう(性犯罪においては、気絶している被害者に対して、自らがその状態を惹起していなくとも、それに乗じて姦淫行為に及べば準強姦罪が成立するが、この場合も、行為時に被害者は強姦の恐怖を体験していないと言えよう)。また、殺人が先行する強盗殺人の事例においても、被害者は金銭を奪取される不安を感じずに生命を奪われる場合も十分に考えられる。「金を出さないのなら殺すぞ」と言ってから殺害し、財物を奪った場合にしか強盗殺人にはならないとは考えられないであろう。この点につき、西村克彦『「死者の占有」という擬制について一再論」警察研究55巻3号(1984)9頁も参照。

者を殺害してから財物を取得する意思で殺害に及ぶ場合と、本件のように被害者を殺害してから姦淫する意思で殺害に及ぶ場合をパラレルに捉えることは本当にできないのであろうか。

(2) 強盗殺人罪の理論構造 前述のように、強盗殺人罪については、殺害について故意があり、殺害が先行する場合であっても、すなわち、強盗が未遂の段階であっても、殺害時点で同罪は既遂となるというのが判例・通説である³⁵⁾。これは、強盗犯人が、その機会に被害者を殺傷する場合が典型的に多いことに鑑み、人身保護の観点から、財物等を強取する目的で被害者を殺害したという事実を重罰の根拠として構成要件上重視するものと言える。とはいえ、当初から被害者を殺害後に金員を領得する意思であった場合、厳密に言えば、行為者の意思は、「死者から財物を領得する」というものである。にもかかわらず、殺害の時点で「強盗」殺人の既遂が認められるのである。

こうした殺人が先行する強盗殺人罪の理論構造については、強盗殺人罪は行為者が財物を取得しようがしまいが成立する以上、あえて「死者の占有」を論ずる必要がないと論じられることもあった³⁶⁾。しかし、強盗殺人罪において、財物奪取の成否が既遂・未遂の判断に影響しないのは、財物の取得が強盗行為の実行と認められる範囲においてのみであるという点もこれまで指摘されてきた³⁷⁾。つまり、確かに、強盗殺人罪の成立にとって、財物を実際に取得することまでは不要であるが、少なくとも強盗未遂は成立している(強

35) なお、強盗殺人罪においては、別途殺人罪は成立せず、強盗殺人罪の一罪が成立すると理解されている(大連判大正11年12月22日刑集1巻815頁、最判昭和32年8月1日刑集11巻8号2065頁)。さらに、山口・前掲注(32)241頁は、財物奪取時点で既遂とすると、被害者を殺害後、財物奪取を任意に中止した場合に中止未遂が成立し、刑の「免除」の可能性のある限りで通常の殺人罪と均衡を失する点を指摘する。

36) 平野龍一「刑法各論の諸問題 第6章・財産犯」法学セミナー212号(1973)98頁、木村静子「占有の意義」西原春夫ほか編『判例刑法研究・第6巻』(有斐閣、1983)41頁。神元・前掲注(21)192頁も参照。

37) 町野朔「判批」判例評論249号(1979)189頁、山本輝之「判批」法学セミナー351号(1984)66頁。西村・前掲注(34)8頁も参照。日野・前掲注(2)406頁も、「現実の刑事裁判の立証の場面では、財物奪取が被害者死亡の前であったか後であったかを不問にすることはできない」としている。

盗に着手している) ことが必要なのであって、そのためには、殺害時点で強盗の故意を有している必要がある。そして、仮に、死者から財物を取得する行為が強盗罪の構成要件に該当しないのだとすれば、それに対応する意思も強盗罪の故意とは言えず、強盗罪の未遂も成立しないことになる。したがって、殺人が先行する強盗殺人罪においても、「死者から財物を取得する」という意思に基づく行為を「強盗の着手」とみなすために、「死者の占有」を論ずる必要があるのである。

そこで、現在では、一般に、殺害行為は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であるとの説明や³⁸⁾、「被害者が死亡によってその占有を失い財物取得行為によって行為者が占有を取得する一連の行為が一体となって一個の強盗殺人行為をな³⁹⁾」すとの説明が展開されている⁴⁰⁾。両説明は、後の財物取得行為の位置づけについて、若干ニュアンスを異にする。もっとも、前者において、殺害行為の時点で財物移転が完了した(強盗も既遂に至った)とは評価しがたいことから⁴¹⁾、理論上は、後の死体

38) 大谷實『刑法講義各論』(成文堂、新版第4判補訂版、2015) 246-247頁。町野・前掲注(37) 190頁も参照。

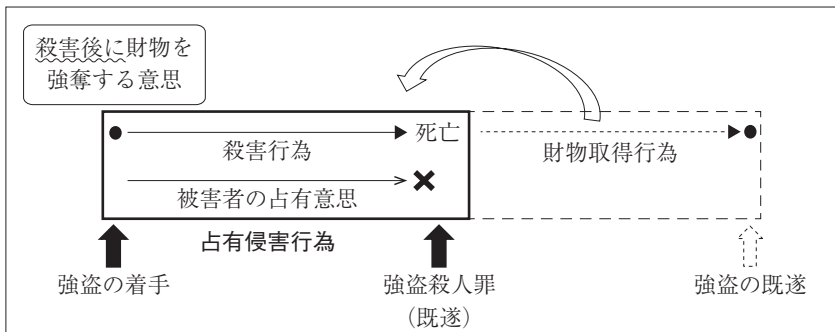
39) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法・第12巻』(青林書院、第2版、2003) 217頁〔佐藤道夫=麻生光洋〕。団藤重光編『注釈刑法(6)各則(4)』(有斐閣、1966) 35頁〔団藤重光〕、正田満三郎「死者の占有について—人格主義刑法観への一道標—」ジュリスト329号(1965) 75頁、曾根威彦『刑法各論』(弘文堂、第5版、2012) 119頁、山中敬一『刑法各論』(成文堂、第3版、2015) 272頁、松原・前掲注(9) 196頁、橋爪隆「窃盗罪における占有の意義について」法学教室427号(2016) 90頁。

40) かつての判例では、殺人が先行する強盗殺人においては、後の財物取得行為は、被害者の相続人の占有を害するものであって、したがって、殺害行為が強盗の着手と言えとの構成が取られることもあった(大判明治39年4月16日刑録12輯472頁)。民法上の占有概念と足並みをそろえるこうした考え方からすれば、性的自由については相続が観念できないことから、強盗殺人と本件事案を別異に解する余地が生じることになろう。しかし、強盗殺人罪において、相続人の占有侵害を観念すること自体、民法と占有概念を統一させるべき合理的根拠の不存在などから、現在は支持されていない(大谷・前掲注(38) 247頁、正田・前掲注(39) 74頁、日野・前掲注(2) 405頁など)。また、相続人の占有侵害を根拠とすると、被害者の死亡とは関係のない第三者が当該死者から財物を領得する場合も窃盗罪が成立することになり、判例・通説の理解に反することにもなる(神元・前掲注(21) 179頁も参照)。他方、「死者の占有」を直接的に肯定する見解として、小野清一郎『新訂刑法講義各論』(有斐閣、1949) 245頁。

41) 江家義男『刑法各論』(青林書院新社、増補版、1963) 303頁〔注8〕、町野・前掲注(37)

からの財物取得行為をもって強盗は既遂に至るとされている⁴²⁾。また、後者の説明も、殺害行為の時点で「強盗が既遂に至る」とは言い難いという点を意識したものと思われるが、殺害の時点で強盗殺人の既遂を認める以上、後の財物取得行為は観念的なものとして位置づけられていると言える。したがって、いずれの説明においても、①殺害行為は、後に財物取得行為が予定されていることから占有侵害行為と評価でき、その開始が生者の占有侵害行為の開始として強盗罪の実行の着手を基礎づけ、②未遂と既遂は連動するはずであるから、理論的には、後の財物取得行為の完成をもって強盗罪自体は既遂に至る、と考えられているということができよう(【図2】参照)。

【図2：強盗殺人罪の理論構造】



(3) 「強姦殺人罪」としての理解 では、以上のような「強盗殺人」の理解を「強姦殺人」に置き換えることはできないのであろうか。つまり、①'殺害行為は、後に姦淫行為が予定されされていることから性的自由を侵害する行為と評価でき、その開始が生者の性的自由を侵害する行為としての強姦罪の実行の着手を基礎づけ、②'後の姦淫行為をもって強姦罪自体は既遂に

190頁、山中・前掲注(39) 272頁。これに対して、殺害時点で財物の占有も(その場に相続人がいるなどといった特異な場合は除いて)行為者に移転すると論じるものとして、植松正『刑法概論Ⅱ各論』(勁草書房、再訂版、1975) 403-404頁、日野・前掲注(2) 406頁。なお、木村亀二『刑法各論』(法文社、1957) 123頁〔注21〕。

42) 大谷・前掲注(38) 247頁。

至るとの理解である⁴³⁾。

本件で問題となった強盗強姦罪の既遂を認めるためには、⑥'において、実際に姦淫行為に及ぶことが同罪の既遂を認めるためには必要であり、死体を姦淫する行為をもって強姦の既遂を認めることには、若干違和感があるかもしれない。しかし、強盗殺人罪の場合でも、理論的には、財物取得行為をもって強盗自体は既遂になると考えざるを得ないことと問題状況は変わらないと言える。

もっとも、⑨'の点に、より問題があるとされるのかもしれない。つまり、強盗殺人の場合には、先行する殺害行為を、「被害者と財物との関係を断ち切るもの（財物を被害者の占有意思の及ばないものにするもの）」と理解することができる一方で、強姦の場合には、先行する殺害行為は、同罪が保護しようとしている性的自由を支える被害者の意思そのものを毀滅させてしまうものだからである⁴⁴⁾。「殺人は強姦の手段ではない⁴⁵⁾」、「すでに死した者に対する姦淫行為は生者に対するそれとは全く趣を異にする⁴⁶⁾」と言われてきたのはそのためかと思われる。しかし、こうした区別にも疑問の余地がある。強盗殺人罪においても、被害者死亡後、それ自体価値のある「財物」はなお存在するとはいえ、それを取得する行為が、占有離脱物横領罪に留まるのか、強盗罪（事後的奪取意思の場合は窃盗罪）になるのかが問われているのであって、その問題の本質は、被害者が死亡すれば「占有意思」は失われることから、奪取罪の保護法益である占有は認められないのではないかということである⁴⁷⁾。こうした問題状況は、被害者死亡後は、性的自由を基礎づ

43) 山口・前掲注(32) 115頁は、殺害後に姦淫する意思の場合、死体の姦淫は強姦とはいえないから、強姦未遂致死罪が成立しうるととどまると解するべきとするが、殺害後に姦淫する意思で殺害する行為が強姦罪の未遂を基礎づけるのかは理論上問題となるのではないだろうか。

44) 金澤真理「強盗・強制性交等及び同致死の罪」法律時報90巻4号(2018) 71-72頁(注30)も参照。

45) 平野龍一「刑法各論の諸問題 第6章・財産犯」法学セミナー213号(1973) 52頁。

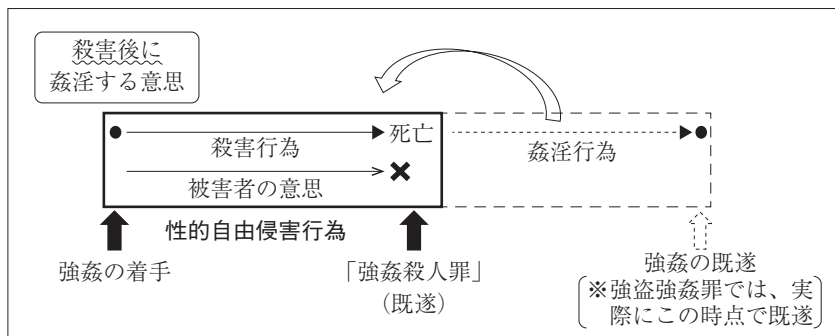
46) 中野次雄「判批」『刑事判例評釈集 第10巻・昭和23年度(下)』(有斐閣、1953) 137頁。

47) 客観的な財物の存在は、財産犯一般の成立にとっての必要条件に過ぎず、ここで問題なのは、その財物の取得行為が、被害者の意思に反していると言えるかどうかということであろう。

ける被害者の「意思」が失われていることから、性犯罪の保護法益である性的自由は認められないのではないかという問題状況と変わらないのではないだろうか。

そうだとすれば、殺人が先行する強盗殺人罪における理解は、殺人が先行する「強姦殺人罪」にもそのまま妥当すると言ふべきである（【図3】参照）。

【図3：「強姦殺人罪」の理論構造】



そして、先の強盗殺人罪の理論構造の基礎にあるのは、殺人は強盗罪の手段である「暴行」の最たるものであるとの理解⁴⁸⁾であるように思われるが、同様に、殺人は強姦罪の手段である「暴行」の最たるものであると言えるであろう。本判決では、強姦目的で暴行を加え、被害者が死亡したと誤信しつつも姦淫行為に及んだ場合に、強姦既遂罪に問えないのは不合理であると判示されたが、これは、強盗目的で暴行を加え、被害者が死亡したと誤信しつつ金銭を領得した場合でも、当然に強盗既遂罪に問われることとの均衡を指摘するものと理解できる。

さらに（通説とは大きく乖離するが）、仮に被害者死亡後は占有意思が認められない以上、強盗罪等の奪取罪は成立しないと解しても、（被害者に相続人がいることを前提に）占有離脱物横領罪として財物取得行為を捕捉する

48) 藤木英雄『刑法講義 各論』（弘文堂、1976）302頁、植松・前掲注（41）402頁、高橋貞彦「死者の携帯品と占有」藤木英雄ほか編『刑法の争点』（有斐閣、新版、1987）250頁。

ことが可能であるが、被害者死亡後は性的自由が認められない以上、強姦罪は成立しないと解すると、後の姦淫行為は捕捉されず、殺人罪のみで処罰されることになる。姦淫行為に死体損壊罪を認める余地はあると思われるが、判例では、死体を物理的に損壊するものではない屍姦行為は、死体損壊罪を構成しないとされているのである⁴⁹⁾。しかし、殺害後に姦淫する意思で被害者を殺害する行為を、殺人罪のみで評価し尽くすことができているとは言えないように思われる⁵⁰⁾。したがって、「生存中に姦淫する意思で暴行を加えた場合と別異に解する理由はない」として、本件事案につき強姦罪の成立を

49) 最判昭和23年11月16日・前掲注(12)。もともと、屍姦行為は、損壊と同様に死体を辱めるものであり、死者に対する崇敬の念や宗教感情を害するといえることから、改正刑法草案においては、死体の「凌辱」を損壊と同様に処罰する旨が規定されている。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法・第9巻』(青林書院、第3版、2013) 244-245頁〔岩村修二〕を参照。

50) 安田拓人「要保護性ある法益の有責的毀損とその刑法的保護の時間的拡張の可能性について——いわゆる『生前の占有の継続的保護』を中心として——」研修821号(2016) 11頁では、「死者の占有」を論じる文脈において、「法益を有責的に毀損したことゆえに、当該状態を自らの罪責評価に際して有利に援用することはできないという解釈」が検討されており、こうした解釈では、あまりにも射程範囲が広すぎると指摘されている。確かに、こうした解釈を一般化すれば、例えば、被害者を殺害後、死体を運搬・遺棄するために、死体を緊縛した場合、自らの殺害行為を援用できない行為者には逮捕・監禁罪も成立するということになりかねない。しかし、強盗罪や強姦罪においては、そもそも「暴行」が構成要件上、法益侵害の手段として明記されており、暴行の最たるものが殺害であるとすれば、死亡結果を、その後の強盗罪・強姦罪の成立にとって、自己の有利に援用できないのは当然であろう。

また、同11頁以下は、被害者死亡後の財物取得行為の評価について、「占有は、行為者側からみれば奪取にあたっての障壁、とりわけ心理的障壁であり、それが多かれ少なかれ奪取罪の重さ(重い利欲犯性)を基礎づけている」のであって、「社会的尊重心を前提に排他力を発揮している客観的状态があれば奪取罪の重さを基礎づける心理的障壁は確保されている」以上、「こうした心理的障壁が確保されている状態が意識的に把持する等していた状態における支配意思・態度に帰属される限りで、奪取罪による保護を認めることは決して不可能ではない」と論じている。また、こうした解釈は、占有離脱物横領罪における「占有を離れた物」には、自ら占有を離れさせた物は含まないと解釈から導かれると説く(大判大正2年10月21日・前掲注(31)も参照)。同様のことは、性犯罪においても妥当しうのではなからうか。社会は、少なくとも被害者を死亡させた者との関係では、その後の姦淫行為を、単なる死体損壊になりうるものとしかみなさないとは言えないように思われ、被害者を殺害し、その後姦淫に及ぼうとしている行為者は、被害者が死亡後もなお強姦罪における「心理的障壁」に直面している(直面すべきである)と見るべきであろう。そして、こうした解釈は、準強姦罪における「抗拒不能」には、自ら暴行・脅迫により惹起した状態を含まないと解釈から導かれるものとも理解できる。

認め、強盗強姦罪の既遂とした本判決の結論は妥当なものであったと言えよう⁵¹⁾。

(4) 殺害行為と姦淫行為の時間的・場所的接着性 なお、本判決では、「被害者の死亡と時間的場所的に接着した段階においては、被害者の性的自由はいまだ保護されている」として、強姦既遂と評価するためには、殺害行為と姦淫行為の時間的・場所的接着性が必要であるとしている。はたして、こうした要件は不可欠のものであろうか。

この点に関連して、被害者を殺害後、相当期間が経過した後に財物を取得する意思のもとで殺害に及ぶ行為が強盗殺人罪を構成するかについて、これまで示されてきた強盗殺人罪の理論構成のいずれにおいても、そのメルクマールは提供されていないとの指摘が見られる⁵²⁾。これに対し、あくまで強盗罪は、暴行・脅迫をもって被害者の占有を奪取する犯罪である以上、殺害行為は、単に財物取得を容易にするものであるだけでは足りず、奪取行為の一部と評価できなければならないとして、殺害と(意図された)財物取得との間に時間的・場所的接着性が必要であると説く見解も見られる⁵³⁾。とはいえ、時間的・場所的接着性が必要であると解していると思われる裁判例においても、その要件を、比較的緩やかに認定しているものが散見される。そこでは、他のメルクマールとして、当初からの行為者の意思・計画、客観的な被害者の占有状態の継続(被害者殺害に伴う行為者による財物の実質的支配)といった要素に照らし、求められる時間的・場所的接着性の程度は相対化されて

51) なお、大判大正6年4月13日刑録23輯312頁は、居住者全員を殺害した後に放火する行為は、非現住建造物等放火罪となるとの判断を下しているが、これは、殺害の犯跡を隠滅するために放火に及んだ事案に対するものであって、先行する殺人罪で、被害者の生命侵害は評価されており、後の放火行為は、建造物内部の居住者の生命に対する危険(108条の重罰を基礎づける危険)を惹起せず、加えて考慮すべき居住者の法益侵害が認められない場合であると言える。安田・前掲注(50)9-10頁も参照。したがって、本判決の理解およびその妥当性を妨げるものではない。

52) 古江頼隆「判批」研修454号(1986)64頁。

53) 町野・前掲注(37)190頁は、被害者の死亡が行為者の占有取得に直接結び付いたことが必要であると説く。横溝秀樹「判批」西南学院大学法学論集20巻1号(1987)180-181頁、木村・前掲注(36)41頁も参照。

いるように思われる⁵⁴⁾。

こうした時間的・場所的接着性の要件の相対化は、財産犯罪に特有のものとも思える。というのも、財産犯罪における「占有侵害」は、①被害者の財物に対する占有を喪失させ、②実際に占有（財物）を取得するというプロセスに分断されうるからこそ、被害者の客観的な占有状態の継続（行為者による財産の実質的支配）が、時間的・場所的接着性を相対化するメルクマールとなりうると考えられるからである。つまり、殺害により①の段階にまで至った後、外部的には被害者の占有状態が継続しているように見え、かつ、被害者宅の鍵を行為者が有しているなど、実質的にその客観的な占有下にある財物を行為者が支配していると言える限りで、ほぼ確実に②の段階に移行しうるのであるから、①と②の間の時間的・場所的接着性を厳格に要求する必要はなくなるということである。他方で、性犯罪においてはどうかであろうか。強姦（未遂）罪の成立には、生存している被害者（を姦淫する意思）が必要であるとの理解からは、性的自由の侵害のプロセスを、占有侵害と同様に分断することはできない。殺害行為により、性的自由の前提となる意思が毀滅

54) 仙台高判昭和31年6月13日高刑裁特3巻24号1149頁(被害者の現金10万円を強奪する意図で、被告人方で被害者を殺害し、その場にあった10万円を奪取した2日後、被害者の死体を埋める際に同人の手提げ鞆から現金2万円を抜き取った事案につき、現金2万円を奪った行為には窃盗罪が成立すると判示)、札幌高判昭和32年7月11日高刑裁特4巻14・15号345頁(銅板窃取の目的で工場現場詰め所に侵入した窃盗犯人が、見回りをしていた被害者に発見されたため逮捕を免れるために同人を殺害し、その1時間後に同場所から銅板とともに被害者の腕から腕時計を持ち去った行為につき、当初の目的である銅板奪取と同一機会、同一場所で行われた腕時計の取得も含め、強盗殺人罪の一罪を肯定)、東京高判昭和57年1月21日刑月14巻1・2号1頁(東京在住の被害女性を松山市に誘い出して殺害し、計画通り、その所持する金員や居室の鍵を奪い、その25時間後に東京の被害者宅に侵入し、同所で、鍵・契約書等を取得した行為につき、犯意の単一性、行為の連続性、取得されるまでの当該財物の占有状況は被害者の生前より特段の変化なく継続していたこと等を根拠に、強盗殺人罪を肯定)、東京高判昭和60年4月24日高検速報(昭60)号131頁(被害者から拳銃等を奪取するため同人を死亡させ、その3日ないし8日後にかけて、同人方の家探しを繰り返し、拳銃、預金通帳等を持ち出した行為につき、拳銃等の持ち出しは、当初の共謀の範囲内のものであること、被害者は単身で自宅に居住しており、殺害および右自宅の鍵を手に入れていた被告人らは、当該自宅を事実上支配していたと言えることなどから、強盗殺人罪を肯定)などを参照。古江・前掲注(52)64頁以下も参照。事後の奪取意思の場合の裁判例については、佐藤＝麻生・前掲注(39)220頁以下を参照。

され、その後は何も残らないからである。しかし、前述のように、強盗殺人罪と「強姦殺人罪」がパラレルに理解されるべきだとすれば、この区別に合理性はないように思われる。すなわち、被害者殺害後も、行為者が性的欲望を満足させるための被害者の身体は存在するのであるから、「性的自由の侵害」も、①被害者の性的な自由を支える意思を失わせ、②実際に被害者の性的な自由に反する形で性的欲望を充足するというプロセスに分断されうであろう。とすれば、財産犯罪において時間的・場所的接着性を相対化する契機は、性犯罪においても存在しうのではないだろうか⁵⁵⁾。

さらに、殺害は強盗・強姦の手段である「暴行」の最たるものである点を重視すれば、当初から連続した意思のもとで後に財物取得行為・姦淫行為を行うことを計画・意図していた限りで、それが殺害行為からどれほど隔たっていようとも、強盗殺人罪・「強姦殺人罪」の成立を否定する理由はないようにも思われる。殺害とは、被害者の永続的な抵抗不能状態の惹起であり、それを手段として利用することは、理論上は永続的に可能であると言いうるからである。また、殺害と姦淫行為の時間的・場所的接着性を前提に「全体的考察」から強姦既遂を認めてきた従来の裁判例は、当初は生きている被害者を姦淫する意思に照らせば、被害者が先に死亡したことは行為者にとって

55) もっとも、財物とは異なり、人の死後、その身体は腐乱し、その形が失われていくものである。したがって、死体に対する行為を「姦淫(強制性交)」と理解するのはいつの時点までなのかについては、自ずと、財産犯罪よりも限定的に理解されざるを得ないのかもしれない。かつて、死者の占有を認める根拠として、「健全なる国民的道義観念」に照らして、「生々しい死体から財物を抜き取る如きはやはり窃盗ではないであろうか」(小野清一郎「判批」『刑事判例評釈集 第4巻・昭和16年度』(有斐閣、1949) 255頁)と指摘されたように、当初は生存している被害者を姦淫する意思を有していた事案に対するものではあるが、「未だ死後硬直は生じておらず、体温が残っていて、まさに人事不省におちいつている婦女子と何らかわりはないのに、絶命の瞬間に刑法上保護されるべきその者の貞操権ないし性的自由が失われてしまうというのでは、余りにも拘子定規的な考え方にすぎ、犯人自身の犯行時の認識とも大きく食い違う法的評価をすることになってしまう」との指摘が見られる(米澤・前掲注(15) 211頁)。罪刑法定主義による制約から、被害者死亡後の財物奪取あるいは姦淫が、それぞれ強盗行為あるいは強姦行為であると評価できるためには、それぞれの構成要件が本来予定しているものと言える必要があり、したがって、殺害行為との近接性が要求されると説くものとして、木村・前掲注(9) 69頁。

予想外の出来事であったといえるケースである。その一方で、被害者を死亡させてから姦淫する意思をはじめから有していた場合は、当初の暴行と後の姦淫行為の結びつきは必然的に強くなるとも言えよう。強盗殺人罪の成立にとって、殺害行為と財物取得行為の間に時間的・場所的接着性は不要であると明言する下級審裁判例も存在し⁵⁶⁾、学説上、これを肯定するものも見られる⁵⁷⁾。

本件は、被害者を殺害後に直ちにその場で姦淫する意思を有しており、殺害行為と姦淫行為の時間的・場所的接着性は認められる事案であった。もともと、強姦罪が認められるための独立の必要条件として、時間的・場所的接着性を要するか否かは、なお検討の余地があるように思われる⁵⁸⁾。

56) 東京高判昭和53年9月13日判時916号104頁（被害者を殺害後、①その場で奪取した現金等、②殺害から約10日後に、被害者が単身で居住していたマンションにおいて取得した被害者宛ての株券預り証等、③殺害から約2か月後に、被害者宅から持ち出したビデオレコーダー等、④殺害から約6か月後に領得した、会社事務所で事務員の保管する株券を含めて、強盗殺人罪の一罪を肯定）。

57) 神元・前掲注(21) 180頁は、強盗殺人罪は被害者の死亡をもって既遂となると解されていることから、東京高判昭和53年9月13日・前掲注(56)は当然の判断であると評している。平野・前掲注(36) 98-99頁も参照。大谷・前掲注(38) 232頁は、「強盗の意思で殺害して、財物を奪取すれば原則として強盗殺人罪となり、財物取得の時間的・場所的接着性は必要でない」とする。古江・前掲注(52) 68頁は、いわゆる事後的奪取意思の場合には、当初から財物取得の意思を有していた場合とは違い、時間的・場所的接着性がより厳格に要求されることはやむを得ないと指摘しているが、これは、当初から財物取得の意思を有していた場合は、少なくとも、時間的・場所的接着性の要件は相対化されるとの趣旨と理解できる。横溝・前掲注(53) 177-178頁、飛田清弘「判批」警察学論集35巻6号(1982) 152頁も参照。

58) 時間的・場所的接着性については、事後的奪取意思の場合に窃盗罪の成立を否定する立場から、時間的・場所的接着性の判断の困難性があげられることがある（曾根・前掲注(39) 118頁、神元・前掲注(21) 185頁）。こうした指摘は、強盗殺人罪における強盗の着手（故意）があるかを確定する際にも問題となろう。山口・前掲注(32) 239頁を参照。この点に関して、同・183-184頁は、時間的・場所的接着性の判断の困難性から、事後的奪取意思の場合に窃盗罪の成立を否定しつつ、同・239-240頁は、強盗殺人罪において、時間的・場所的接着性を要しないとする裁判例の理解では、同罪の成立範囲が広きに失するとして、「行為の連続性とともに、意思の単一性を肯定しうる範囲で強取を肯定することが妥当であろう」とする。高橋則夫『刑法各論』（成文堂、第3版、2018）303頁も、時間的・場所的接着性の要件を不要とすることには否定的である一方で、「基本となるのは、死亡後の財物奪取が被害者の殺害による財物奪取という一個の意思に基づいて実行されたか否かという視点であろう」と説く。横溝・前掲注(53) 186頁は、「時間的接着性とは前犯行との接着性、前犯行と後の犯行との非中断性・連続性」を

(5) 性犯罪の保護法益との関係 以上のような問題は、これまで「自由」が保護法益とされてきた犯罪、とりわけ「性的自由」を保護するものと位置づけられてきた性犯罪の保護法益をとらえ直すべきだとする近時の議論にも関連しうる。周知の通り、性犯罪処罰規定の改正に向けた検討会の取りまとめ報告書⁵⁹⁾においても、「強姦罪は、性的自由に対する罪だと考えられてきたが、仮に、単なる被害者の意思に反する行為をする罪であると捉えたと、それほど重い犯罪であるとは理解されず、コミュニケーションの問題であるというような議論になってしまう⁶⁰⁾」点が議論の出発点に据えられた。また、学説でも、被害の実態に即した性犯罪の理解および適切な解釈のためにも、性犯罪は、「人間の尊厳」「性的人格権」を侵害する罪として位置づけられるべきであると主張されるに至っている⁶¹⁾。もっとも、「人間の尊厳」というのは非常に抽象的な概念であり、そこから具体的な結論を導き出すことも困難であることが同時に意識され⁶²⁾、一部学説では、ここでいう「人間の尊厳」とは、単なる意思の自由にとどまらない「自己の身体を性的に利用されない自由」を意味するとの指摘も見られる⁶³⁾。性犯罪の保護法益については、他の解釈問題も含めて、慎重に議論を重ねる必要があるが、本件事案のように、自らの欲望を満たすために、被害者を殺害したうえで姦淫に及ぶ行為は、ま

意味し、「『時間』とは必ずしも単純な時刻の進行、経過のみを意味しない」と指摘している。

59) 性犯罪の罰則に関する検討会『性犯罪の罰則に関する検討会』取りまとめ報告書(2015) <http://www.moj.go.jp/content/001154850.pdf> (最終アクセス: 2019年3月7日)

60) 性犯罪の罰則に関する検討会・前掲注(59)2頁。

61) 辰井聡子『「自由に対する罪」の保護法益—人格に対する罪としての再構成』岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開(上巻)』(信山社、2014)413頁以下、川崎友巳『性犯罪に関する刑法改正』被害者学研究27号(2017)107頁。西田典之ほか編『注釈刑法 第2巻・各論(1)』(有斐閣、2016)623頁〔和田俊憲〕は、性犯罪の保護法益を捉え直すべき根拠として、従来の理解では、13歳未満の者が客体の場合に、同意能力なきところに意思侵害を擬制せざるをえなくなる点を指摘する。齊藤豊治『性暴力犯罪の保護法益』齊藤豊治＝青井秀夫編『セクシュアリティと法』(東北大学出版会、2006)224頁以下も参照。

62) 井田良『性犯罪の保護法益をめぐって』研修806号(2015)7頁。

63) 佐伯仁志『刑法における自由の保護』法曹時報67巻9号(2015)37頁。井田・前掲注(62)7-8頁は、性犯罪の保護法益を、根本的な個人の人生観・価値観に左右される身体的内密領域を侵す性的行為からの防御権という意味での性的自己決定権と捉える。

さに被害者の身体を自己の性欲を満たすための道具として扱う行為であって、「自己の身体を（死後も）性的に利用されない自由（期待）」を害するものと言え、生命侵害に加えて、強姦罪（強制性交等罪）としての評価を付加する余地および必要性はあるように思われる。先の「殺人は強姦の手段ではない」という指摘は、「財産とは異なり、性犯罪が守ろうとしているものは、被害者が死亡すれば行為者にとっても意味がなくなる」という思考に基づくものとも理解できるが、「生きている被害者に対する姦淫行為でしか行為者は性的欲望が満たされないはずだ」というのは一定の価値観に基づく先入観に過ぎず、犯罪の成否を分けるメルクマールとなりうるものではないであろう⁶⁴⁾。

また、罪名を異にする事案であるが、東京高判昭和57年1月21日⁶⁵⁾は、被害女性を松山で殺害後、計画通り、その25時間後に東京の被害者の住居に侵入した行為につき、「住居の平穏は、被告人らの侵入の時点においても、同女の生前と同様に保護されるべき」であるとして住居侵入罪を肯定しており⁶⁶⁾、本判決と同様の思考がうかがわれる。この東京高裁の判決に対しては、被害者の死後は、守るべき法益が存在しない（死者は「人」には含まれない）

64) 確かに、金銭を領得するための手段として被害者を殺害することは刑事学上顕著であり、刑法240条後段には、故意による殺害が先行する場合も当然含まれると言える（大谷・前掲注（38）246頁、大塚裕史「窃盗罪における『占有』の意義（2）—死者の占有」法学セミナー763号（2018）102頁）。他方で、性的欲望を満たすための手段として被害者を殺害ということが刑事学上顕著であるとはまでは言えないかもしれない（前田雅英『刑法各論講義』（東京大学出版会、第6版、2015）108頁も参照）。しかし、当罰性は強盗殺人とそれほど変わらず（強盗罪をはじめとした財産犯罪とのギャップを埋めることが性犯罪処罰規定の改正の趣旨であろう）、性犯罪の罰則に関する検討会・前掲注（59）33頁においても、「被害者の首を絞扼しながら性交を行うような例は、加害者の性的満足感を増すという意味で1つの刑事学的な類型として十分あり得る」との意見が示されている。

65) 前掲注（54）。

66) ここでも、①被害者宅への侵入を殺害前から企図していたこと、②航空路線の発達からすれば殺害現場と被害者宅との距離や時間的経過はそれほど大きなものではないと考えられること、③被害者死亡の事実は被告人だけが知っていたこと、④被害者宅は施錠され、被害者の生前と同じ状況下にあったことがその結論を支える根拠として認定されている。強盗殺人罪の理解に照らし、住居侵入罪に関する当該判断を肯定するものとして飛田・前掲注（57）153頁。

として否定的な評価が多数加えられている⁶⁷⁾。他方で、一部学説では、住居侵入罪は、人間が人格的統合を保つために不可欠な、私生活の領域に介入されない利益を守る「人格に対する罪」として理解されるべきであるとし、住居権者の死亡後は、住居権者自身の人格権保護の要請は失われるとしても、「生前の私的領域が保護されることに対する人々の期待を保護するという意味で、死亡後の住居への侵入を犯罪とすることは、一定程度肯定されてよい」との見解も示されている⁶⁸⁾。こうした見解は、前述のような性犯罪の保護法益の見直しに照らした本判決の結論の妥当性に対応するであろう。また、こうした「人格権」や「死後における自己の身体等に対する期待」の侵害という点を強調すれば、殺害行為とその後の姦淫行為等との時間的・場所的接着性が要求される根拠は、なお一層相対化しうるものと思われる⁶⁹⁾。

性犯罪に関する下級審裁判例でも、量刑判断のなかで、「人間の尊厳」という言葉を用いるものが見られるようになっており⁷⁰⁾、こうした性犯罪に対

67) 大谷・前掲注(38)132頁、山口・前掲注(32)121頁、西田(橋爪)・前掲注(9)111頁、井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016)146頁、松原・前掲注(9)112頁、山本・前掲注(37)66頁。なお、現在、判例・通説では、住居権者の意思を保護法益と解するようになっている(最判昭和58年4月8日刑集37巻3号215頁)ことから、それ以前の、『住居の平穩』を保護法益としている東京高裁の判決の意義は失われているとも言える(高橋・前掲注(58)153頁は、この判決は平穩説の問題点が現れたものとする)。もっとも、住居権説でも同様の理解は可能との指摘も見られる(大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法・第7巻』(青林書院、第3版、2014)289頁〔毛利晴光〕)。

68) 辰井・前掲注(61)429頁、431頁〔注42〕。「死者の占有」の文脈において、人および死者の「人格」という点に言及するものとして、正田・前掲注(39)74-75頁。

69) もっとも、辰井・前掲注(61)431頁〔注42〕でも、被害者の死亡後に住居侵入罪を認めることに対して、「被害者の死亡後さほど時間が経っておらず、被害者の生前の生活状態がそのまま残されているような場合には、保護の必要性が高い」と述べられている。他方で、佐伯仁志「住居侵入罪」法学教室362号(2010)100頁は、「住居侵入罪の保護法益は第1次的には住居権であるが、副次的には社会の平穩ないし住居への立入りがコントロールされていることに対する社会の信頼も保護法益である」との理解を前提に、「住居侵入罪においては、住居への立入りがコントロールされている状態が外形的に生前と同じように存続している間は、同罪による保護も継続すると考えることができるのではないか」として、時間的・場所的接着性の要件を相対化している。なお、このように住居侵入罪を社会法益の罪と理解することに対する批判として、小林憲太郎『「法益」について』立教法学85号(2012)31頁以下を参照。

70) 大阪地判平成18年3月22日判タ1209号313頁、京都地判平成26年6月2日LEX/DB No.

する理解の近時の動向に照らしても、本判決の結論は妥当なものであったと評することが可能であろう。

4. 本判決の意義および残された課題

(1) **本判決の意義** 従来の裁判例では、当初は生きている被害者を姦淫する意思で暴行を加え、同人を死亡させた後に姦淫行為に及んだ場合には、姦淫行為を含めて強姦致死罪が肯定され、あるいは、姦淫行為をもって強姦罪が既遂に至ると理解されてきた。そうしたなかで、本判決は、当初から被害者を殺害後に姦淫する意思を有していた場合にも、強姦罪の着手が認められ、姦淫時点で強姦は既遂に至る旨の判断を下した。これまで、刑法上の「死者」の扱いについては、強盗罪などの財産犯罪や名誉毀損罪を中心に論じられ⁷¹⁾、性犯罪においてはあまり意識されてこなかったが、本判決は、本件事案のような場合にも、強盗殺人罪の理論構成とパラレルに解することができる旨を判示したことに意義が認められ、またその限りで妥当なものであったと評価できよう。さらに、本判決は、性犯罪の保護法益をめぐる近時の動向に対応しうる点にも重要な意義を見出しうる。

(2) **残された課題** 本判決の理解を前提にすれば、現行法のもとでは、被害者を殺害後に財物を奪取し、かつ姦淫する意思で被害者を殺害すれば、その時点で強盗・強姦性交等致死罪の既遂が認められることになる。他方で、強盗を伴わない強姦性交等致死罪の場合であっても、被害者を殺害後に姦淫する意思の場合、本判決の理解からは、殺害時点で強姦性交等致死罪が認められ、従来の判例に従えば、殺人罪との観念的競合（6年以上の懲役～死刑）として処断されることになる。こうした処理については、従来、「死の二重評価」という問題が指摘されてきた。しかし、強姦性交等罪と殺人罪の観念的競合とすると、処断刑は5年以上の懲役～死刑となり、殺意がない場合

25504182。佐伯・前掲注（63）34頁も参照。

71) 死者の名誉毀損については、米山哲夫「刑法における死者の地位」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第3巻』（成文堂、1998）89頁以下、佐藤結美「名誉毀損罪の再構成（2・完）」北大法学論集62巻6号（2012）209頁を参照。

に成立する強制性交等致死罪の法定刑が6年～無期懲役であることに照らして、刑の下限について不均衡が生じてしまうことになる⁷²⁾。また、こうした罪数処理の問題に関連して、本判決が強盗殺人罪と同様の理論構成を採用するものだとすれば、強制性交等致死罪には、当然、殺意のある場合(「強制性交等殺人罪」)を含むのであり、同罪の一罪を認めれば足りる(認めるべき)とも言えよう。しかし、同罪の法定刑の上限が無期懲役であるのに対し、殺人罪の法定刑の上限は死刑であって、殺人に加えて性的自由を害した者の方が、むしろ死刑を適用できなくなるとの不均衡が生じる。この点が、従来の判例において、殺意のある場合に強姦致死罪に加えて殺人罪の成立が認められ、観念的競合として処理されてきた根拠であろう⁷³⁾。もっとも、これは、強制性交等致死罪一般にあてはまる(強制性交等が殺人に先行する場合にも妥当する)問題であり、本判決の妥当性自体を否定するものとは言えないであろう。したがって、判例に従い、死の二重評価の問題には目を瞑るか⁷⁴⁾、強盗殺人罪と同じく、強制性交等致死罪の一罪として処理するために、端的に同罪の法定刑に死刑を含めるよう法改正をすべきように思われる⁷⁵⁾。

最後に、本判決の射程外の問題であるが、被害者を殺害後に、被害者を姦

72) 改正前は、強姦致死傷罪の法定刑が5年～無期懲役であったことから、殺意がある場合を同罪には含めず、強姦罪と殺人罪の観念的競合(5年以上の懲役～死刑)としても、刑の不均衡は生じなかった。ここから、致傷の場合は別として、致死の場合には、死の二重評価を回避するためにも、殺意がある場合を含まないと解するべきとの見解が多数を占めていた(大谷・前掲注(38)127頁、西田(橋爪)・前掲注(9)108頁、井田・前掲注(67)117頁。札幌地判昭和47年7月19日判時691号104頁)。しかし、改正に伴い、強制性交等致死傷罪の法定刑が引き上げられたことから、致死の場合にも、刑の下限について不均衡が生じるようになったのである。

73) 最判昭和31年10月25日・前掲注(11)の原審〔東京高判昭和31年3月24日刑集10巻10号1487頁〕参照。亀山＝河村・前掲注(4)106頁も、強姦致死傷罪は、「結果の発生……について認識ない予見があることを排除するものではない」としつつ、殺人罪との観念的競合を認める判例の立場を支持している。

74) 井田・前掲注(67)251頁〔注59〕は、「観念的競合自体、二重評価を前提とし、これを科刑において解消するためのもの」であると指摘する。

75) 性犯罪の罰則に関する検討会においても、「強姦殺人罪」を設けるべきかが議論されたが、殺意がある場合には殺人罪が適用され死刑まで科すことができる以上それで足りるとの意見や、法定刑として死刑を含む犯罪類型を新たに設けることには消極であるとの意見が示され(性

淫する意思が生じ、実際に姦淫行為に及んだ場合（いわゆる事後的姦淫意思の場合）にいかに関与されるべきかが議論になりうるであろう。財産犯罪と性犯罪が同等に位置づけられるべきだとすれば、従来議論されてきた「事後的奪取意思」の場合と同様の処理がなされるべきとも言えよう。すなわち、「自己の殺害行為を利用して財物を奪取した一連の行為は、被害者の生前の占有を侵害する」との理解⁷⁶⁾に照らし、「自己の殺害行為を利用して強制性交等に及んだ一連の行為は、被害者の生前の性的自由あるいは『自己の身体を性的に利用されない自由（期待）』を侵害する」と評価するわけである。もっとも、事後的奪取意思の場合でも、判例は強盗罪ではなく窃盗罪にとどめていることから⁷⁷⁾、同様に、強制性交等罪は成立せず、準強制性交等罪が成立するにとどまるとの指摘が見られる⁷⁸⁾。しかし、そもそも事後的奪取意思の場合は、当初は領得意思がない点で、行為を全体的に考察する前提を欠くとの問題意識から、奪取罪の成立を否定する立場も有力であり⁷⁹⁾、さらに、性犯罪においても同様の議論が妥当するのかは、今後の検討課題として残されているように。

加えて、被害者の死亡とは無関係な第三者が、その死体を姦淫した場合は

犯罪の罰則に関する検討会・前掲注（59）33頁）、こうした改正は実現しなかった。しかし、殺害後の姦淫行為が強姦と評価できず犯罪にならないとすれば、それを量刑に反映させること（死刑の選択の材料にすること）ができなくなり、問題は残ることになる。また、金銭を奪う目的で被害者を殺害すれば死刑になりうるのに、被害者の性的自由（人格権）を侵す目的で被害者を殺害しても死刑になり得ないというのは、一般国民の心情にそぐわないであろうし、財産犯罪と性犯罪との不均衡を是正するという今般の刑法改正の趣旨にも適合しないように思われる。

76) 最判昭和41年4月8日刑集20巻4号207頁、前田・前掲注（64）169-170頁。また、米山・前掲注（71）86頁、佐々木善三「死者の占有」研修614号（1999）119頁も参照。

77) なお、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は、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財物を奪取したと言える以上、強盗罪の成立を認めるべきとする見解として、団藤重光編『注釈刑法（6）各則（4）』（有斐閣、1966）96頁〔藤木英雄〕。

78) 神元・前掲注（21）194頁。

79) 大谷・前掲注（38）208頁、西田（橋爪）・前掲注（9）159頁、山中・前掲注（39）273頁、山口・前掲注（32）183-184頁、松原・前掲注（9）199頁、曾根・前掲注（39）118頁、高橋・前掲注（58）251頁、橋爪・前掲注（39）90頁、神元・前掲注（21）184頁以下。

どうであろうか。被害者の死亡とは無関係な第三者が、その死体から財物を領得する場合、判例・通説によれば、占有離脱物横領罪が成立するにとどまる⁸⁰⁾。他方で、前述のように、強姦罪等については、一般に「屍姦は強姦にはならない」とされてきた。しかし、被害者の抗拒不能状態を自ら惹起していない場合でも、それに乗じて姦淫行為を行えば準強姦罪（準強制性交等罪）として処罰されるのであって、抗拒不能状態の最たるものが死亡状態であるとするれば、自ら殺害行為を行っていない場合でも、それに乗じて姦淫行為を行えば準強姦罪（準強制性交等罪）の成立が認められてしかるべきであるとも言えよう⁸¹⁾。「屍姦は強姦にはならない」との叙述には、前掲の最判昭和23年11月16日がしばしば引用されるが、既に見たように、右判決は、当初は生きている被害者を姦淫するつもりで暴行を加え、被害者を死に至らしめた事案に対するものであって、強姦致死罪の成立を前提にしつつ、事実認定と法令適用の関係で争点とされた点につき、後の屍姦行為は強姦致死罪の構成要件に含まれるものではないと判示したに過ぎない。しかも、この判決が、屍姦行為を事実認定した原審の理解を正しく反映するものか疑問も示されており、後の裁判例では、屍姦行為を含めて強姦致死罪あるいは強姦罪の成立が認められていることも前述の通りである。したがって、本判決は、翻って、「屍姦は強姦にはならない」という叙述の意義と根拠を問い直す契機ともなるのではないかと思われる。

80) 大判大正13年3月28日新聞2247号22頁。事後的奪取意思の場合に窃盗罪の成立を肯定する論者においても、第三者が死者から財物を領得する場合にも窃盗罪の成立を認める者はほとんどいない。もっとも、社会的・事実的意味での「占有」自体を保護法益とする理解や、それを前提にした行為者の心理的抵抗感という観点からは、殺害者以外の第三者による領得行為を、「議論するまでもなく占有離脱物横領罪」とする学説が相当数を占めている状況は、きわめて理解しにくいとするものとして、米山・前掲注(71) 87-88頁。さらに、前田雅英「死者の占有と強取の意思」法学セミナー431号(1990) 105-106頁も、死亡直後の生々しい死体から財物を奪うのは(第三者も含めて)窃盗としてよいと論ずる。坂本武志「判批」判例タイムズ190号(1966) 98頁以下も参照。

81) 他方で、和田・前掲注(61) 624頁は、一般に屍姦は準強姦にもならないと述べる。