

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ「V. 学説の検討」p.4L.7において「構成的身分であると加減的身分であるとを問わず、受命者を限定する作用を持つべきである」とあるが、これは具体的にどのような意味か。
2. 検察レジュメ「V. 学説の検討」p.4L.6において「1項の身分と2項の身分とをまったく異質なものと解することは疑問であり」とあるが、検察側のC-1説でも違法身分と責任身分を異質なものとして考えているのではないか。
- 10 3. 検察レジュメ「V. 学説の検討」p.4L.29以下の「すなわち…変わらないはずである。」とはどのような意味か。

II. 学説の検討

15 65条1項の「共犯」に共同正犯は含まれるか

1. 否定説について
検察側と同様の理由で採用しない。
2. 肯定説について
検察側と同様の理由により弁護側も本説を採用する。

20 65条の意義について

1. B説(連帯的作用説)について
本説については弁護側と同様に、成立犯罪と科刑の際の犯罪が分離することを是認する理論的理由が不明確である点で妥当でないとする。
よって弁護側は本説を採用しない。

25 2. C-1説(実質的区別説)について

本説は「違法性は連帯的に、責任は個別的に」という考えに基づいたものである。すなわち、1項は身分が行為の違法性を規制する要素となっている場合について「違法の連帯性」を認めたものであり、2項は身分が行為の責任性を規制する要素となっている場合について「責任の個別性」を明らかにしたものであるという説である。

- 30 このことから、本説においては前提として身分を違法身分と責任身分に区分していると言える。しかし、かかる解釈が刑法65条の解釈として可能なのか否かについては疑問が残る。例えば、暴力行為等処罰ニ関スル法律2条2項は「常習トシテ故ナク面会ヲ強請」する行為を処罰しており、面会強請は常習として行なわない限り犯罪を構成しないのでこの犯罪は構成的身分犯であるといえる。そして、かかる構成要件は常習者としての責任を考慮して特別に設けられたと解すると、「構成的身分犯でありながら責任身分犯である」という場合が生じる。この場合において、非常習者が常習者に関与したというケースを考えて
- 35

みると、責任身分は連帯しないので 65 条 1 項の適用は不可能となる。よって 2 項の適用が問題となるも、構成的身分犯が故に非常習者に科す通常の刑というものは存在せず適用は不可能となり、結局不可罰となってしまう¹。これは、理論面では一貫した解釈をしているといえども結果の妥当性を考慮していないこととなり妥当でない。

- 5 また、例えば同意殺人罪は、同意の存在を要件として刑を 7 年以下の懲役と減軽しているが、その根拠は相手方が同意しているが故に殺人罪の違法性が減少するという違法身分であるとともに、同意をしている相手を殺害するのは責任を減少させるとして責任身分でもあるといえる。このように違法身分と責任身分の区別は容易ではなく、本説が暗黙の前提として「身分は違法身分と責任身分に区分される」という考え自体に疑問が残ると言わざるを得ない²。

さらに、条文の文言から 1 項は違法性、2 項は責任の規定と解するの極めて困難であり、かかる解釈は条文の文言から大きく逸脱したものである。

よって弁護側は C-1 説を採用しない。

3. C-2 説(法益侵害性説)について

- 15 弁護側と同様に、本説は C-1 説から派生した説でありつつも「違法は連带的に、責任は個別的に」という C-1 説の前提となる命題に抵触する点で妥当でないとする。

また、上述した通りそもそも C-1 説の考えは妥当でない以上、その派生である C-2 説をとる余地はない。

よって弁護側は C-2 説を採用しない。

- 20 4. A 説(形式的区別説)について

条文の文言上、65 条 1 項は「非身分者といえども身分者との関係において幫助もしくは教唆が成立する場合は身分者として罰すべき」という考えを明示したものであり、同条 2 項は 1 項の考えを前提にした上で「刑罰量は身分に応じた妥当なものであるべき」という考えを明示したものと解するのが最も自然であり、妥当といえる。

- 25 確かに、本説によると構成的身分犯の場合と加減的身分犯の場合とで刑の均衡を失する場合があります。しかし、立法者はあらゆる状況を想定してそれら全てに対し個別的に加減規定を設けなければならないとするのは不可能である。このことから、構成的身分犯とは、身分によって刑を加重減軽する旨特に規定するまでもないものと、身分のあるもののみが加功し得ると考えた犯罪類型、さらには単独正犯としては身分のあるもののみを処罰すればよいとした犯罪類型からなるといえる。したがって、これらの犯罪類型に非身分者が関与した場合は共犯を成立させざるを得ないとするのが当然の帰結である³。

無論、具体的な結論の妥当性を考慮すると、65 条 1 項が適用される場面においても法律上非身分者の刑を減軽させる余地を設けるべきであるが、これは立法の問題である⁴。

¹ 大谷實『共犯と身分について』(同志社法學 56 卷 5 号,2005 年)499 頁、500 頁。

² 立石二六『刑法総論〔第 3 版〕』(成分堂,2008 年)337 頁参照、大谷・前掲 501 頁。

³ 前田雅英『刑法総論講義〔第 5 版〕』(東京大学出版会,2011 年)526 頁。

⁴ 大谷・前掲 500 頁。

また、かかる問題については、現行刑法においても 66 条や 67 条で酌量減軽が可能な以上、既に解決しているといっても過言ではない。

よって、弁護側は A 説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

5 第 1. 甲の罪責について

1. まず、甲は窃盗目的で A 宅に入っており、「正当な理由」なく「人の住居」に「侵入」したといえ、住居侵入罪(130 条前段)が成立する。

2. (1) 次に、甲が A 宅の財物を窃取し、逃走の際に B に傷害を負わせた行為について、事後強盗致傷罪(238 条、240 条前段)が成立するか。

10 (2) 本問において、甲は A 宅か 150 万円相当の財物を窃取しており窃盗罪(235 条)が成立する。そして鉢合わせた B による逮捕を免れるために B に暴行を加えている。したがって「窃盗」犯人が「逮捕を免れ」るために「暴行」を加え、それにより乙は加療 1 ヶ月の傷害を負っている。よって甲に事後強盗致傷罪(238 条、240 条前段)が成立する。

3. 以上より甲に住居侵入罪(130 条前段)、事後強盗致傷罪(238 条、240 条前段)が成立する。

15 第 2. 乙の罪責について

1. まず、乙も B に暴行を加えるために、A 宅玄関に入っており、「正当な理由」なく「人の住居」に「侵入」したといえ、住居侵入罪(130 条前段)が成立する。

2. (1) 次に乙が甲の窃盗後の B に対する暴行に加功した行為について事後強盗致傷罪(238 条、240 条前段)の共同正犯(60 条)が成立するか。

20 (2) 乙は窃盗行為を行っておらず、窃盗犯人の身分を有していないところ、非身分者の罪責に関し、65 条 1 項 2 項の解釈が問題となる。この点、弁護側は A 説を採用し、65 条 1 項は真正身分犯について身分の連帯作用を、65 条 2 項は不真正身分犯について身分の個別的作用を規定していると解する。よって、事後強盗は窃盗犯人にしか犯せない犯罪類型であるので、真正身分犯と解され、乙には事後強盗致傷罪(238 条、240 条前段)の共犯が成立す

25 (3) では、乙に事後強盗致傷罪の共同正犯(60 条)が成立するか。65 条 1 項における「共犯」の意義が問題となる。この点弁護側は肯定説を採用し 65 条 1 項の「共犯」には共同正犯が含まれると解する。以外共同正犯の成否について検討する。

(4)共同正犯の要件は①共謀の存在②それに基づく実行③正犯意思である。

30 ①について、乙は友人である甲が B ともみ合いになっているのを見て「なんとなく状況を察し」たとあるが、甲の借金について知っていたとしても、友人である甲がまさか窃盗を犯したなどと乙が思ったとは考えられない。また、そうだとすれば、分け前についても逃走の手助けの報酬程度としか認識していないと考えられる。とすれば、乙が察したのは文字通り、「甲が金欠にも拘らず報酬を示し助けを求めるなんとなく異常な状況」なのであり、

35 事後強盗致傷罪の共謀は認められず、暴行罪(208 条)の共謀にとどまる。

以下暴行罪の共同正犯について②③要件を検討する。②について、乙は甲の「こいつを黙

