

I. 事案の概要

- 5 ギャンブル癖のあった甲はいくつかの金融会社から借金をしていたが、定職にはついていなかったため返済期日が目前に迫ってもなお返済のめどが立たず、どこかの家から財物を窃取してそれを売ったお金で借金の返済をしようと考えた。それからしばらくして、甲の自宅から数km離れた場所にあるA宅は家族が海外旅行中であるため数日の間は誰もいないとの情報を聞きつけた甲は、A宅に侵入して財物を窃取しようとの決意をした。
- 10 平成27年8月8日午前2時頃、A宅に誰もいないことを確認した甲はあらかじめ用意していた合鍵にて玄関から侵入し、A宅の内部の物色を始めた。そして現金や宝石、ブランド物のバッグなど計150万円相当の財物を、用意していたリュックの中に入れて逃走しようとしたが、A宅から物音がしているのを不審に思い様子を見に来た隣人のBと鉢合わせしてしまい、A宅の玄関にてBと揉みあいになった。その時甲の友人であり現場の近くに住んでいた乙がたまたま近くを通りがかり、このままでは逮捕されてしまうと思った甲は、「こいつを黙らせてくれ。分け前はやるから。」などと乙にいった。甲が借金をしていたことを知っていた乙は何となくその場の状況を察し、「このまま見過ごすよりも、甲から分け前をもらったほうがいいかな」と思い、甲の逃亡の手助けをすることに決めた。そして乙は甲とともにBに対して殴る蹴るなどの暴行を加えた。乙は以前空手をやっていたこともありかなりがっしりとした体つきをしており、Bはその影響もあって「このまま殺されてしまうのではないか」と思うほどの恐怖を感じ、抵抗も声を出すことすらもできなくなってしまった。Bがうずくまって動かなくなったのを確認した甲と乙は、今がチャンスだと思いその場から走って逃走した。
- 20 Bは甲と乙からの暴行が原因で、加療1か月の傷害を負った。
甲と乙の罪責を論ぜよ。

参考判例:大阪高裁昭和62年7月17日判決

25

II. 問題の所在

- (1) 刑法65条1項および2項において、身分犯における共犯の成立について定められている。本問において、AおよびBの行為に対して、身分犯である事後強盗罪(刑法238条)の成立に関し、65条1項と2項の関連性をどのように解釈するか、65条の意義が問題となる。
- 30 (2) 刑法65条1項は「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功した」者がたとえ「身分のない者」であったとしても、「共犯」として罰すると規定されており、身分者と非身分者の間に共犯が成立するとある。本件において、Aの行為に対してBとの関係で共同正犯が成立するのか、刑法65条1項の「共犯」に共同正犯(刑法60条)が含まれるのかが問題となる。

III. 学説の状況

65条の意義

- ・A説(形式的区別説¹)

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂,2012年)451頁。

65 条 1 項は真正身分犯について身分の連帯的作用を、また、同条 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たものと解する説。

・ B 説(連帯的作用説²)

5 65 条 1 項は、真正身分犯、不真正身分犯を通じて、身分犯における共犯の成立の問題を定めたものであり、2 項は、不真正身分犯について科刑の問題を規定したものと解する説。

・ C-1 説(実質的区別説³)

65 条 1 項は違法身分⁴の連帯性を規定したものであり、2 項は責任身分⁵の個別性を規定したものと解する説。

・ C-2 説(法益侵害性説⁶)

10 C-1 説を行為無価値論の立場から修正し、65 条 1 項は身分者に対する特別な義務付けについて独立の保護法益を觀念しうる身分、つまり連帯可能(一身専属でない)違法身分に関する規定であり、2 項は身分による刑の加重に関し独立の保護法益を觀念できない身分、つまり身分者のみに一身的な特別義務が課されている場合の規定であるとする説。

15 65 条 1 項の「共犯」

65 条 1 項の「共犯」は加担犯のみであるのか、それとも共同正犯まで成立するのか条文上明らかでなく問題となる。

・ 肯定説⁷

非身分者が、身分者と共同して犯罪を実行した場合、真正身分犯の共同正犯が成立するとする説。

20 ・ 否定説⁸

非身分者が、身分者と共同して犯罪を実行した場合、真正身分犯の幫助犯または教唆犯のみが成立するとする説。

IV. 判例

25 最高裁判所第三小法廷昭和 31 年 11 月 19 日判決。刑集 11 卷 12 号 3073 頁。

[事案の概要]

30 被告人 A は元稲敷郡 a 村々長及び同村新制中学校建設工事委員会の工事委員長、同 B は元同村助役及び同工事委員会の工事副委員長として右 A を補佐していたものであるが、当時同村収入役として出納その他の会計事務を掌り、傍ら前示中学校建設委員会の委託を受け同校建設資金の寄附金の受領、保管その他の会計事務を管掌していた E と共謀の上、同人が昭和 24 年 4 月 10 日頃から同年 10 月 11 日頃までの元稲敷郡 a 村 F 外 190 余名から学校建設資金として前記工事委員会又は a 村に対する寄附金として合計金 231,550 円目を受け取りこれを業務上保管中、該当金員中から合計金 81,647 円を別表記載の如く昭和 24 年 7 月 23 日頃から同年 12 月頃までの間ほしいままに稲敷郡 a 村 G 方外一個所において、同人外

² 大塚仁『刑法講義総論〔第 4 版〕』(有斐閣,2008 年)331 頁。

³ 西田典之『刑法総論〔第 2 版〕』(弘文堂,2010 年)402 頁。

⁴ 法益侵害を惹起しうる地位。

⁵ 責任を加重・減輕する地位。

⁶ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008 年)512 頁。

⁷ 井田・前掲 514 頁。

⁸ 大塚・前掲 322 頁以下。

一名から酒食等を買ってこれを代金として支払い、もってこれを費消横領した。

[判旨]

破棄自判。「右 E のみが…右中学校建設委員会の委託を受け同委員会のため、…a 村の収入役として同村のため右中学校建設資金の寄附金の受領、保管その他の会計事務に従事していたものであつて、被告人
5 両名はかかる業務に従事していたことは認められないから、刑法 65 条 1 項により同法 253 条に該当する業務上横領罪の共同正犯として論ずべきものである。しかし、同法 253 条は横領罪の犯人が業務上物を占有する場合において、とくに重い刑を科することを規定したものであるから、業務上物の占有者たる身分のない被告人両名に対しては同法 65 条 2 項により同法 252 条 1 項の通常の横領罪の刑を科すべきものである。しかるに、第一審判決は被告人両名の判示第一の所為を単に同法 253 条に問擬しただけで、
10 何等同法 60 条、65 条 1 項、2 項、252 条 1 項を適用しなかつたのは違法であり、この違法は原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」。

[引用の趣旨]

以上の判例は、刑法 65 条の意義について、65 条 1 項を真正身分犯として連带的に作用し、2 項を不真正身分犯として個別的に作用するとし、条文を素直に解釈する形を取っている。理論的根拠が不明確であり、
15 条文の文言だけでは解決できない事が多いといわざるを得ない問題点を抱えてはいるものの、検察側の主張および本問における 65 条の意義を考える上で評価できるため採用をした。

最高裁判所第三小法廷昭和 40 年 3 月 30 日決定。刑集 19 卷 2 号 125 頁。

[事案の概要]

被告人 X 女は、かねて夫と情を通じていた A 女に対して嫉妬のあまり、A 女を呼び出して夫との関係を
20 糾問するとともに、自己の眼前で男に A 女を強姦させて恥辱を与えようと考え、被告人 Y 男とともに A 女を喫茶店に連行し、同店 2 階において、夫との行動を種々詰問した上、Y とその場に来合わせた被告人 Z 男の両名に対して A 女を姦淫することを慫慂し、両名がこれに応じたので、ここに X・Y・Z の 3 名は、共謀の上、A 女を姦淫することを決意し、まず X が A 女をその場に押し倒し、Y とともにその体
25 を押さえつけて犯行を抑圧し、Z が A 女を姦淫しようとしたがその目的を遂げず、ついで Y が A 女を強いて姦淫した。

[判旨]

上告棄却。「なお、強姦罪は、その行為の主体が男性に限られるから、刑法 65 条 1 項にいわゆる犯人の身分に因り構成すべき犯罪であるが、身分のない者も、身分のある者の行為を利用する事によって、強
30 姦罪の保護法益を侵害することができるから、身分のない者が、身分のある者と共謀して、その犯罪行為に加功すれば、同法 65 条 1 項により、強姦罪の共同正犯が成立すると解すべきである」。

[引用の趣旨]

以上の判例は、65 条 1 項の「共犯」の解釈について、身分のない者であっても、身分のある者の行為を利用する事によって強姦罪の保護法益を侵害する事できるとし、共同正犯の成立を肯定しており、
35 本問における検察側の主張に参考になると考え引用した。

V. 学説の検討

65 条の意義

・A 説(形式的作用説)

1 項を構成的身分犯、2 項を加減的身分犯に対する規定と解するのは、たしかに 65 条の文言に忠実な解釈であるといえるが、それがいかなる原理に基づくのかを理論的に解明していない。1 項と 2 項の間で取り扱いが異なる理由を問われて、65 条がそう規定しているからと答えるだけでは問題の解決にならないであろう⁹。

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、刑法上の身分は、いわゆる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¹⁰。

よって、検察側は A 説を採用しない。

・B 説(連帯的作用説)

この説によれば、犯罪の成立とそれに科される刑とが分離されることになる。例えば非身分者が業務上墮胎罪を教唆した場合が挙げられる。この場合、1 項によって業務上墮胎罪(214 条)の教唆犯が成立することになるが、刑は同意墮胎罪(213 条)によることになり、214 条の犯罪が成立するのに 213 条の刑が適用されるとするのは、いかにも不当な解釈である¹¹。不真正身分犯について、なぜ重い身分犯の犯罪が「成立」としながら、刑については軽い通常の法定刑が処断刑となるのかを理論的に説明できないという点で妥当ではない¹²。

よって、検察側は B 説を採用しない。

・C-1 説(実質的区別説)

この説は共犯における違法と責任の基礎理論を身分についても同様に適用するという説である。

たとえば、ある犯罪の結果以外の要素をすべて備える正犯とそれに対する共犯があるとき、そこに結果の発生という要素が加わると、正犯が既遂に達すると同時に共犯も既遂の共犯となる。また正犯の違法性が阻却されると、それに従属して共犯の構成要件該当性は否定される。結果や違法性阻却事由のような正犯の違法性の構成・加重・減軽・否定要素は、共犯にも連帯して作用する。正犯が実現した不法内容の間接惹起が共犯の処罰根拠だからである。

これに対し、正犯の責任を構成・加重・減軽・否定する要素は、共犯がその作用を受けるためには個別にその要素を備えなければならない。責任はその者自身の個別的な非難可能性ないし特別予防の問題だからである¹³。

このような犯罪行為の関与者相互における違法の連帯性、責任の個別性がこのように自明の理であるとすれば、共犯と身分の場合、犯罪関与者の一人に備わる身分が他の者にいかなる影響を及ぼすかの問題もまた、この自明の原理によって規律されなければならない。すなわち、正犯行為以外の関与行為はその違法を正犯行為の違法から導出するものであるから、その論理的帰結として、正犯行為の違法性を基礎づけ、加重または減軽するすべての事情は、他の関与者の可罰性に対しても同様の影響を与えることになる。この事理は、当該事情が正犯者における身分や目的であっても変わらないはずである¹⁴。

よって、検察側は C-1 説を採用する。

・C-2 説(法益侵害性説)

⁹ 十河太郎「共犯と身分の一考察(一)」『愛媛法学会雑誌 27(2)』(愛媛大学法学会,2000 年)50 頁。

¹⁰ 大塚・前掲 331 頁。

¹¹ 大谷・前掲 452 頁。

¹² 井田良「共犯と身分」『法学教室 2001 年 1 月号(No.244)』(有斐閣,2001 年)27 頁。

¹³ 和田俊憲「共犯と身分」『刑法の争点』(西田典之ほか編)(有斐閣,2007 年)104 頁。

¹⁴ 西田典之『共犯と身分〔新版〕』(成文堂,2003 年)156 頁。

- C-2 説は、C-1 説の示した違法身分と責任身分による身分犯の区分につき、違法身分をさらに「一身的違法身分」と「それ以外の違法身分」に区別したうえで、「一身的違法身分」の取扱いを「責任身分」と同じく 65 条 2 項に委ねようとするものである。すると、たとえ「一身的」との制限がついているとはいえ、「違法身分」犯が個別的作用を定める 65 条 2 項により処理されるべき問題となるのであり、「違法は連带的に作用し、責任は個別的に作用する」という命題との抵触が避けられない。
- よって、検察側は C-2 説を採用しない。

65 条 1 項の「共犯」

・肯定説

- 10 非身分者であっても、身分者を介してともに保護法益を侵害し、または危険にすることができるのであり、非身分者がそのことを認識している限りでは、共犯の正犯性を肯定することができる¹⁵。また、加担犯については、身分者の実行行為に従属するものとして明文の規定がなくても当然に共犯になるため、65 条 1 項の共犯は共同正犯を意味すると解する説もあるが、そのような解釈は意義のないように思われる。
- 15 よって、検察側は肯定説を採用する。

・否定説

- 非身分者は、犯罪の主体になりえない者であり、「共同して犯罪を実行」することができないため、真正身分犯について、非身分者は共同正犯にはなりえないとする¹⁶。しかし、身分がなくとも保護法益を侵害または危険にすること、もしくは自己の犯罪として実行することは可能であり、そこに共同正犯たりうる強い正犯性を肯定することができる。
- 20 よって、検察側は否定説を採用しない。

VI. 本問の検討

第 1 甲の罪責について

- 25 1. 本件甲は、「正当な理由」なく「人の住居」たる A 宅に侵入しており、甲の行為について住居侵入罪(130 条前段)が成立する。
- 2.(1) 次に、甲が A 所有の財物を窃取し、逃走のため B に暴行を加え、傷害を負わせた行為について、(事後)強盗致傷罪(235 条、238 条、240 条前段)が成立するか。
- (2) まず甲は A 所有の計 150 万円相当の財物を窃取していることから、窃盗罪(235 条)が成立し、「窃盗」犯人にあたる。その上で、甲の逃走を阻止しようとする A の隣人 B に殴る蹴るなどの暴行を加え、加療 1 か月の傷害を負わせた行為について、「窃盗」犯人が「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ、逮捕を免れ」るために「暴行」した行為にあたり、「人を負傷」させていることから、(事後)強盗致傷罪(235 条、238 条、240 条前段)が成立する。
- 30

第 2 乙の罪責について

- 35 1. 乙は B に対する暴行に及ぶにあたって A 宅の玄関へと侵入しており、「正当な理由」なく「人の住居」に侵入していることから、乙についても住居侵入罪(130 条前段)が成立する。

¹⁵ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008年)528頁。

¹⁶ 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社,1990年)418頁。

2.(1)甲の(事後)強盗致傷罪(235 条、238 条、240 条前段)に加功した乙について、(事後)強盗致傷罪(235 条、238 条、240 条前段)の共同正犯(60 条、65 条 1 項)が成立するか。

事後強盗罪(238 条)は行為者が「窃盗」犯人であることを構成要件とする身分犯であるが、乙はかかる身分を有していない。そこで、非身分者による身分者との共同正犯の肯否が、共犯と身分に関する 65 条の意義と関連して問題となる。

(2)検察側は 65 条の意義について C-1 説(実質的区別説)を採用するところ、同条 1 項は「違法身分の連帯性」を規定したもの、同条 2 項は「責任身分の個別性」を規定したものと解する。

事後強盗罪(238 条)が構成要件として規定する「窃盗」犯人の身分は、行為の法益侵害性という意味での違法性を基礎づけるものであり、C-1 説によれば、身分のない共犯者には 65 条 1 項が適用され、違法身分が連帯的に作用すると解するのが妥当である。

非身分者による身分者との共同正犯の肯否については肯定説を採用し、65 条 1 項にいう「共犯」は共同正犯を含むものと解する。具体的な共同正犯の成立には、①共謀、②共謀に基づく実行、③正犯意思の三点を要すると考える。

(3) 本件乙は、元々甲の友人であり、甲が借金に苦しんでいたことを知った上で、甲の「こいつを黙らせてくれ。分け前はやるから。」との言葉に応じ、B に対する暴行に及んでいる。この点、甲と乙との共謀の存在が認められ(要件①充足)、共謀に基づく実行も認められる(要件②充足)。

さらに、乙は、単に甲の逃亡を助けるためというよりもむしろ「このまま見過ごすよりも、甲から分け前をもらったほうがいいかな」という自己の利益のために実行行為に及んでおり、自己の犯罪を実現する意思を有していたといえる。加えて、空手経験者であり屈強な肉体の持ち主である乙は、自身の一般人に対する優位性を自覚していたと思われ、自身が暴行に参加すれば甲の逃亡が容易になることを知って暴行に及んだものといえる。

したがって、正犯意思が認められる(要件③充足)。

以上より、乙の行為について(事後)強盗致傷罪(235 条、238 条、240 条前段)の共同正犯(60 条、65 条 1 項)が成立する。

Ⅶ. 結論

甲の行為について住居侵入罪(130 条前段)、(事後)強盗致傷罪(235 条、238 条、240 条前段)が成立し、両者は牽連犯(54 条 1 項後段)の関係に立つ。

乙の行為について住居侵入罪(130 条前段)、(事後)強盗致傷罪(235 条、238 条、240 条前段)の共同正犯(60 条、65 条 1 項)が成立し、両者は牽連犯(54 条 1 項後段)の関係に立つ。

以上