

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ3頁23行目において、「罪の成否は住居権者個人の意思もしくは承諾の有無によって決せられるべき」とあるが、複数人が同住居に住んでいる場合、誰の意思もしくは承諾の有無をもって罪の成否を判断するのか。
2. 証拠隠滅罪と犯人蔵匿罪の両罪の法定刑が同一である根拠を検察側は何だと考えているのか。
- 10 3. 検察側は、共犯者間における共通の犯罪における証拠隠滅行為が不可罰とされている理由をどのように捉えているのか。また、なぜ証拠隠滅罪には被告人の防御権が認められていると言えるのか。

II. 学説の検討

15 1. 住居侵入罪の保護法益について

A説:旧住居権説について

検察側と同様の理由により、弁護側はA説を採用しない。

C説:新住居権説

- 20 本説は、立入りを認めるか否かを決定する自由、ないし住居の自由な管理・支配権を保護法益とし、管理権者の意思に反する立入りを処罰すべきとする。しかし、管理権者の意思のみで立入りを認めるのは、過度な処罰を招く恐れがあり妥当でない。特に多くの人が出入りすることが予定される場所の場合不当に処罰を拡大させる恐れがある。また、居住者が何人いても侵害された住居の数が1つであれば1個の住居侵入罪が成立することから
- 25 分かるように、住居の数が罪数判断の基準となることは、住居の事実上の平穏を保護法益と考えることによって導くことができる²。したがって、この点、住居の平穏の侵害について考慮しない新住居権説は、妥当ではない。
- したがって、弁護側はC説を採用しない。

30 B説:平穏説

- この説は、住居内で共同生活を営む者全員に平等に帰属する利益としての「事実上の住居の平穏」をもって住居侵入罪の保護法益とする説である。ちなみにこの説は、居住者・看守者の意思に反するかかどうかという意思侵害を考慮しないわけではなく、こちらも重要な判断要素としながらも、事実上の住居等の平穏を害したかどうかという平穏侵害に決定
- 35 的な意味を与えるというものである³。

¹ 山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（成文堂,2015年）179頁。

² 井田良『講義刑法学・各論〔初版〕』（有斐閣,2016年）145頁参照。

³ 井田・前掲144-145頁参照。

この説によれば、C説に既述の罪数判断について説明することができる。また、犯罪の成否について、C説は具体的な侵入の目的の内容を考慮した上で、平穩を害する態様での立ち入りであったかを判断し処罰するか否かを判断するため、不当に処罰範囲が拡大されることはない。

5 したがって、弁護側はB説を採用する。

2. 共犯者による犯人蔵匿罪の成否について

イ説:肯定説

10 この説は、犯人蔵匿罪と証拠隠滅罪ではそれらの罪質が相違していると捉え、共犯関係において、その期待可能性の低さから、行為者を不可罰として処理する証拠隠滅罪の理論を、犯人蔵匿罪にも同様に適用することはできないとして、共犯者による犯人蔵匿罪の成立を肯定する説である。

15 この説によると、犯人蔵匿罪は犯人を庇護して当該犯人に対する刑事事件の捜査、審判及び刑の執行を直接阻害する罪であるのに対し、証拠隠滅罪は他人の刑事被告事件に関する証拠の完全な利用を妨げる罪であって、法益保護の具体的な態様の相違が存在する⁴としている。このことから、一見すると、共犯者に対する犯人蔵匿・隠避が、行為者である被告人自身の刑事被告事件に関する証拠隠滅としての側面をも併有しているからといって、そのことから直ちにこれを不可罰とすることは出来ないと解すべきであるように考えられる。

20 しかし、そもそも犯人蔵匿罪と証拠隠滅罪とでは、いくら具体的な態様の相違を見出そうとも、「国家の刑事司法作用」を保護するという点で共通しており、両罪の保護法益は同質であると評価することができる⁵。加えて、両罪の法定刑は同一である。更に、犯人が共犯者を蔵匿・隠避する行為は、共犯者をかばうばかりでなく、同時に自己の刑事被告事件の証拠隠滅という側面を持つ。そのため、証拠隠滅罪が「他人の刑事事件に関する証拠」の隠滅等のみを処罰している趣旨に鑑みて、自己の刑事事件の証拠隠滅という動機・目的で犯された共犯者の蔵匿・隠避については、証拠隠滅罪ばかりでなく、犯人蔵匿罪に
25 関しても期待可能性を欠くと考えるべきであり⁶、共犯者による犯人蔵匿罪の成立は肯定され得ないと解するほかない。

したがって、弁護側は肯定説を採用しない。

30

ア説:否定について

この説は、犯人蔵匿罪の保護法益と、証拠隠滅罪の保護法益は同一のものであり、また、本罪は証拠隠滅罪と同様に期待可能性がないと解し得ることから、共犯者間による犯人蔵匿罪も証拠隠滅罪と同様に成立しないと解する説である。

35 犯人蔵匿罪(103条)と証拠隠滅罪(104条)の保護法益は、国の刑事司法作用という同一の

⁴ 前田雅英『刑法各論講義〔第6版〕』(一般財団法人・東京大学出版会,2015年)462・464頁参照。

⁵ 松原芳博『刑法各論』(株式会社日本評論社,2016年)362頁参照。

⁶ 西田典之『刑法各論〔第6版〕』(弘文堂,2012年)462頁参照。

ものである。そして共犯事件において、共犯者は相互に犯罪の不発覚について共通の利益を有していること、また、両罪は、法定刑も同一であって、保護法益も同一であるとすれば、証拠隠滅として期待可能性がないことは犯人蔵匿についても期待可能性がないと解し得ることから、共犯者蔵匿は、自己蔵匿と同様に類型的に期待可能性がなく、不処罰とすべきである⁷。

したがって、弁護側は否定説を採用する。

Ⅲ. 本問の検討

第1 Mの罪責について

- 10 1. Mが万引きをする目的でコンビニの店内に侵入した行為について建造物侵入罪(130条)が成立するか。
2. (1) 建造物等侵入罪の実行行為は①「正当な理由がないのに」②「人の看守する…建造物…に侵入」する事である。
- ア. ①について、「正当な理由がない」立入とは管理権者の意思に反する立入であると解する。本問において、万引きをするという目的は、コンビニの管理権者がもしそれを知ったとき立入を拒むのが通常であるから、管理権者の意思に反する立入であるといえ、「正当な理由がない」といえる。
- 15 イ. ②について、営業中のコンビニは、店員が必ず一人以上常駐し管理しているところから、そこへの侵入は「人の看守する…建造物…に侵入」したといえる。
- 20 (2) しかし、構成要件的结果に関して、弁護側は建造物侵入罪の保護法益につきB説を採用するところ、本件では実際には何らの万引き行為に至っていないMは当該コンビニの平穩を害したとはいえず、構成要件的结果は発生していないと解する。
3. よって、当該行為に建造物侵入罪は成立しない。
4. また、Mは万引きの目的でコンビニの店内に入っているところ、窃盗未遂罪(235条、25 243条)が成立しないか問題となるが、結局商品の物色等を何らす事なく退店しているので、法益侵害の具体的な危険が発生しているとは言えず窃盗罪の実行の着手は認められない。
- よって窃盗未遂罪も成立しない。
5. したがってMの行為には何らの罪も成立しない。

30 第2 Sの罪責について

1. Sが万引きをする目的でコンビニの店内に侵入し、万引きした行為について建造物侵入罪(130条)成立するか。
2. 第1同様の要件を検討するに、Mの行為と同様、当該行為は当罪の実行行為性を充足し、実際に万引きしている点において平穩を害しているから構成要件的结果も発生している。また、両者の因果関係、そして構成要件該当事実の認識・認容たる構成要件の故意(38 35 条1項本文)も問題なく認められる。

⁷ 高橋則夫『刑法各論〔第2版〕』(成文堂,2011年)646-647頁参照。

3. 違法性、責任ともに阻却する特段の事情はないから、当該行為に建造物侵入罪が成立する。

4. では、窃盗罪(235条)が成立しないか。

5. Sはコンビニの商品という「他人の財物」を、数点万引きしており自己の占有下に移転して「窃取した」といえ、故意(38条1項本文)も問題なく認められる。

6. また特段の違法性、責任阻却事由もないから、当該行為に窃盗罪が成立する。

7. したがって当該行為には建造物侵入罪、窃盗罪が成立し両罪は牽連犯(54条1項後段)となる。

第三 Tの罪責について

10 1. TがMとSに対してコンビニでの万引きを唆した行為について建造物侵入罪(130条)、窃盗罪(235条)の教唆犯(61条1項)が成立するか。

2. (1) 教唆犯の成立要件は①他人を「教唆して」②被教唆者に「犯罪を実行させた」事である。

15 ア. ①について「教唆し」たとは罪を犯す意思の無い者を唆し犯罪の実行を決意させることであるところ、本間においてTは「コンビニで万引き出来たやつには今晚おごってやるよ」とM、Sに言い、両者に万引きの実行を決意させているところからTはMとSを「教唆し」たといえる。

20 イ. ②について、先述の通りMは何ら犯罪を実行していないため、Mへの教唆犯は成立しないが、Sの行為には建造物侵入罪が成立しているから、前記教唆によってSに建造物侵入罪という「犯罪を実行させた」といえ、また、同様の理由からSに窃盗罪という「犯罪を実行させた」といえる。

(2) 本間においてTには故意(38条1項本文)があり、また特段の違法性・責任阻却事由もない。

25 3. よって当該行為に建造物侵入罪および窃盗罪の教唆犯が成立し、両者は牽連犯(54条1項後段)となる。

4. では、Sを匿った行為につき、犯人蔵匿罪(103条)が成立しないか。

5. 犯人蔵匿罪の主体について弁護側はア説を採用するところ、共犯者は犯人蔵匿罪の主体にならないと解する。

30 6. よって、Sの共犯者たるTは当罪の主体にはなり得ず、当該行為に犯人蔵匿罪は成立しない。

IV. 結論

Mは何ら罪責を負わず、Sは建造物等侵入罪、窃盗罪(235条)、Tは建造物等侵入罪および窃盗罪の教唆犯が成立する。

35 罪数について、Sの建造物等侵入罪、窃盗罪は牽連犯(54条1項後段)となり、Tの建造物等侵入罪および窃盗罪の教唆犯は牽連犯(54条1項後段)となる。

以上