

I. 反対尋問

- 5 1. 検察レジュメ3頁36行目、D説は「行為無価値説との関係で矛盾がない」という具体的な根拠は何か。
2. 検察側は、行為無価値論から「違法身分」である犯罪を「一身的な特別義務を課す犯罪」として、65条2項の問題として扱うことについて、その正当化根拠をどのように考えているか。
3. 検察側は、「違法は連带的に、責任は個別的に」の命題をどのように考えているか。
- 10 4. 検察レジュメ5頁11～12行目、事後強盗致傷罪について、「身分とは…特殊の地位または状態であるところ、本罪の犯人が「窃盗」でなければならない」と断言するなら、「窃盗」であると解される余地が微塵もない非身分者は、法益侵害を惹起した「共犯」にはなりえても、本罪の「正犯」になりえないのではないか。

15 II. 学説の検討

(1) 65条1項・2項の解釈について

A説：連帯的作用説

この説は身分のある実行者と身分の無い関与者との間で罪名の一致を図ることを目的とし、65条1項においては真正身分犯と不真正身分犯とを通じて当該犯罪の関与者に対して共犯の成立を肯定する。また、同条2項を不真正身分犯の関与者に科される刑についての規定であると解釈する。これは、同条2項の定めた身分の個別性を単に科刑の問題とすることによって、不真正身分犯についても身分の連帯性を貫こうとするものである<sup>1</sup>。

20

しかし、なぜ非身分者に身分犯の成立を認めることができるのか、なぜ不真正身分犯の関与者については通常の刑により科刑されるのか、その実質的な根拠をこの説は説明していない。

25 このようにこの説は「罪名の一致」というある特定の結論の擁立のみに固執し、65条各項の適用基準やその根拠を曖昧にしたままであり、これらについての理論的な説明が一切なされていない。よって弁護側はA説を採用しない。

なお、弁護側の採用するB説においては条文に即した厳格な解釈を行うためこのような問題は生じない。

30

C説：実質的区別説

この説は、構成要件要素である身分を違法性に関わるもの(違法身分)と責任に関わるもの(責任身分)に分類し、違法身分者に65条1項を責任身分犯の加功者に同条2項を適用する説である<sup>2</sup>。

35 ここで言う違法身分とは当該犯罪の処罰根拠となる法益侵害を惹起しうる地位を意味する。例えば、197条以下における「公務員」という身分はそれがあることにより初めて職務の公正さと保護法益の侵害を可能とする。つまり、違法身分とは法益侵害性に関わる身分であり、法が回避しようとしている結果の

<sup>1</sup> 林幹人『刑法総論[第2版]』(東京大学出版会,2008年)431頁参照。

<sup>2</sup> 山口厚『刑法総論[第2版]』(有斐閣,2007年)327頁。

5 いわば構成部分ともいべき身分であると言えるのである。先にも例示した 197 条以下の収賄罪においては、「公務員が職務に関して賄賂を收受する」という結果の回避が目的とされており、その加功者は非身分者であっても身分を構成要素とする結果の因果的惹起に参与したのであるから、当該結果犯の共犯としての犯罪類型性を満たすといつてよい<sup>3</sup>。より細かく説明すると、違法身分犯はその主体こそ当該犯罪の身分者に限定されるが、その犯罪結果についてはその全てが身分者の身分ありきで引き起こされた部分であり身分者の帰責部分と非身分者の帰責部分を分けることができない。したがって、非身分者である加功者であっても犯罪結果の発生に寄与した場合には、その犯罪結果全てについて責任を負わせるという方法をとる。つまり、非身分者にも身分犯の共犯の罪責を負わせる。

10 対して、責任身分とは法益惹起についての責任を加重減輕する地位を意味する。例えば、235 条の業務上横領罪における「業務」者という身分は、横領罪の侵害法益である委託関係及び所有権の侵害に対する重い責任非難を基礎づけるものである<sup>4</sup>。身分者に対する責任非難というのは、その者が身分者であるがゆえの非難なのである。つまり、このような責任身分においては、責任身分の個別性からそれが存在するものについてのみ責任の加重減輕を基礎づけられ、非身分者については身分犯の犯罪結果に参与していても基礎的犯罪の罪責を負うにとどまる。

15 このように、この説は、なぜ違法身分犯の加功者には共犯の成立が許され、なぜ責任身分犯の加功者は通常の刑の成立にとどまるのか、つまり、同条各項の適用基準とその理論的根拠を実質的に明らかにしている点では一定の評価を与えることができる。

20 しかし、違法身分犯のすべてが必ずしも真正身分犯でないため、65 条 1 項の規定と矛盾すること、身分を違法身分と責任身分とに明確に区別するのは困難であり、両者が混然とする場合もあること、構成身分犯にも責任身分犯があるため 65 条の解釈として限界がある。

このように構成的身分が違法身分に、加減的身分が責任身分に必ずしも対応しないにも関わらず、機械的に違法身分を一項で責任身分を二項で処理しようとするれば、構成的身分の個別化、加減的身分の連帯という条文の文言との乖離が起こる。

25 例えば、構成的身分犯に加功した非身分者について、加功した犯罪の実質が責任身分であった場合には二項の適用が問題となるが、構成的身分犯には通常の刑は存在しないため、結局不可罰となってしまう。更に、特に問題となるのは、加減的身分犯に加功した非身分者に違法身分であることを理由に身分の連帯を認める場合である。この場合は 65 条 2 項の明文に反して被告人を不利益に扱うものであり罪刑法定主義に反する<sup>5</sup>。

30 以上より、この説は、理論面では一貫した解釈をしているものの、結果の妥当性に欠いているため妥当でない。

よって弁護側は C 説を採用しない。

#### D 説：法益侵害性説

35 この説は、C 説と同様に、違法身分と責任身分とで区分し、違法身分を 65 条 1 項で、責任身分を 65 条 2 項で扱うことを基本とするが、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」を責任身分と修正し、65 条 2 項の問題とする説である。しかし、結果

<sup>3</sup> 鈴木茂嗣『刑法総論[第 2 版]』(成文堂,2011 年)229 頁参照。

<sup>4</sup> 前掲・山口 328 頁参照。

<sup>5</sup> 浅田和茂『刑法総論[補正版]』(成文堂,2007 年)449 頁参照。

無価値論ではなく行為無価値論の立場を前提とすると、C説によれば、保護責任者遺棄罪(218条)における「保護責任者」なども違法身分となるように、ほとんどの身分犯が違法身分と解されることになる。D説は、その不都合性の修正を目的とし、違法身分を連帯可能な、すなわち「一身的でない違法身分」と解釈し、違法身分を限定することで、はじき出された身分を65条2項の問題に転化させる立場をとる。つまり、D説は、理論上においてC説と同様のものであるが、理論を追求した結果としてもたらされるC説の弊害を、独自の解釈によって、回避しようとする説である<sup>6</sup>。

この説によって、「非常習者Xが、常習者Yの賭博を幫助した」という具体的事案を処理してみる。常習賭博罪(186条1項)の条文は、「常習として、賭博をした者は…」というものであるが、まず、行為無価値の立場からD説の前提たるC説で処理をしようとする、「常習」は「違法身分」となり、常習賭博罪については65条1項で処理されることとなる。D説は、このように行為無価値の観点から「違法身分」が拡大することを嫌い、修正を加える過程を踏む。つまり、「常習」は「一身的違法身分」との独自の解釈を加え、65条2項で処理する考えをとる<sup>7</sup>。この具体的事案からも明らかのように、D説は、行為無価値論からは「違法」身分である「常習性」に「修正」を加えることで、65条2項の問題として扱っているが、本来、「連带的」に扱われるべき違法性を、犯罪関与者間で、「個別的」に扱ってしまっている。すなわち、理論的には一貫しているともいえるC説から、妥当性を模索するために修正を加えてしまった弊害として、「違法は連带的に、責任は個別的に」の前提を崩壊させてしまっているものと捉えられる。

さらに、前述のC説及び、上記説明過程でも確認できる通り、「身分は違法身分と責任身分で区別される」という点について、その区別は明らかに容易ではないことから、D説の暗黙の前提について、そもそも疑問が残る。

そして、65条1項2項の問題は、そもそも、条文をいかに明快に解釈するかという点にあるものの、この説は、理論に拘泥した結果、C説と同様に65条1項2項の文言との乖離が生じており、目的を見失っている。さらに、ただでさえ文言上から、「1項は違法性、2項は責任の規定」と解釈することが困難であるのにもかかわらず、文言上にD説独自の解釈が加えられていることは、国民の「何が犯罪であるか」という予測可能性が害され、自由が著しくされることは避けられない。すなわち、C説の修正という複雑な解釈を組み込むことで結論の妥当性を図ろうとしても、刑法の大前提である罪刑法定主義を棚上げにした説として、そもそもの大原則を失念しているものであるといえる。

したがって、弁護側は、D説を採用しない。

### 30 B説：形式的区別説

身分犯は、その性質が真正身分犯であるか不真正身分犯であるかを問わず、非身分者の関与によっても実現しうるから、65条1項は、非身分者が身分者に加功して犯罪を実現した以上は、真正身分犯、不真正身分犯を通じて、「身分のない者であっても、共犯とする」ことを明らかにした規定と解すべきといえる。しかし、身分の有無によって法定刑に軽重がある不真正身分犯の場合は、身分のない者の犯罪と身分犯の犯罪とは、行為そのものは同じであっても構成要件は異なる。例えば、賭博罪と常習賭博罪とは、185条と186条とにおいて異なる構成要件として規定されているため、賭博罪の共犯については賭博罪

<sup>6</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2012年)512頁以下参照。

<sup>7</sup> 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2012年)512頁以下参照。



第1. Xの、本件美術館に立ち入った行為及び本件絵画を盗み出した行為について

1. Xの、本件美術館に立ち入った行為につき、建造物侵入罪(130条前段)が成立しないか。

5 (1)「侵入」とは管理権者の意思に反した立ち入りのことをいうところ、Xは、作品の窃盗目的という「正当な理由」なく、警備員の目を盗んで当美術館に立ち入っていることから、管理権者の意思に反した立ち入りといえ、本罪の実行行為が認められる。そして、当該構成要件該当事実の認識・認容の下、実行行為に及んでいることから、故意(38条1項本文)が認められ、本罪の構成要件該当性が認められる。

(2)したがって、Xの当該行為に建造物侵入罪が成立する。

2. Xの、本件絵画を盗み出した行為につき、窃盗罪(235条)が成立しないか。

10 (1)「窃取」とは、他人の占有する財物を、占有者の意思に反して、その占有を侵害し、自己または第三者の占有下に移転させることをいうところ、Xは、「他人の財物」である本件絵画を、本件美術館の管理権者の意思に反して、自己の占有下に移転させている。また、本件絵画につき、権利者を排除し、自己の所有物として高値で売るといふ、経済的用法に従い利用・処分する意思を有していたことから、不法領得の意思も認められる。そして、本罪の故意も認められることから、本罪の構成要件該当性は認められる。

(2)したがって、Xの当該行為に窃盗罪が成立する。

15 第2 Xの窃盗後、Yが警備員に暴行した行為及びXがそれを了承した行為について

1. Xは、当該絵画を窃取した後の逃走中に、自らの逮捕の免脱に助勢すると言うYに「よろしく頼む」と伝え、Yが追跡中の警備員に暴行を加えることを認識しながら立ち去った。その結果、Yが警備員に暴行し、加療2週間の傷害を負わせたが、X・Yのかかる一連の行為につき、事後強盗致傷罪(238条・240条)の共同正犯(60条)が成立しないか。

20 (1)本件では、Xが窃盗を行なった後、たまたま通りがかったYが、Xの逮捕を免れさせる目的で暴行を行なっている。暴行のみしか行なっていない者に、事後強盗致傷罪の共同正犯が成立するか。「窃盗」が身分犯であるかも含めて問題となる。

25 ア「窃盗」は、一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係における特殊の地位に当たるため、238条の事後強盗罪は、「窃盗」という身分を構成要件的要素とする身分犯であると考え。そして、本罪は、財産犯であるため、暴行罪の加重類型と考えるべきではなく、窃盗犯人でなければ犯し得ないという意味で真正身分犯であると考え。そして、弁護側は、B説を採用するところ、1項の「身分によって構成すべき犯罪行為」及び2項の「身分によって特に刑の軽重があるとき」との文言から素直に、65条1項は真正身分犯について身分の連帯的作用を定め、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であると考える。

30 したがって、真正身分犯である事後強盗罪につき、Yは非身分犯であったとしても、「窃盗」の身分を有するXの逮捕免脱に加勢していることから、本罪の「共犯」に当たる。

35 イもっとも、弁護側は、β説(否定説)を採用するところ、65条1項は、身分犯において、単独では行為者となりえない非身分者も、身分者の犯罪行為に加功するときは共犯とするという主旨のものであると解し、非身分者と身分者との間でも身分犯の共同正犯の成立を認めることまでも規定したものであると考へ、65条1項の云う「共犯」には、共同正犯を含まないとする。

ウ本件において、Yは、前述の通り、事後強盗罪における「窃盗」の身分を有さない。そして、身分を有さない以上、身分犯である事後強盗致傷罪の構成要件を充足する余地はなく、正犯たりえない。

(2)したがって、X・Yに事後強盗致傷罪の共同正犯は成立しない。そして、Yによる窃盗は、すでに既

遂に達している以上、幫助(62条1項)も成立しない。

2. もっとも、X・Y間に、Yの警備員に暴行し、傷害結果を負わせた行為につき、傷害罪の共同正犯(204条・60条)の成立が認められないか。

5 (1) 「傷害」したとは、人の生理的機能に障害を加えることをいうところ、本件において、Yは、警備員  
10 に対して殴る蹴るの暴行を加え、加療2週間を要する傷害を負わせている。したがって、本罪の実行行為及び結果が認められる。また、因果関係とは、行為における結果発生の実現的危険性が現実化したことをいうところ、本件暴行によって、傷害結果が発生しているため、因果関係が認められる。そして、Yは、  
15 本罪の基本犯たる暴行罪の構成要件該当事実の認識・認容の上で当該行為を行い、暴行罪の結果的加重犯たる傷害罪の結果を発生させていることから、故意も認められる。したがって、Yの行為に本罪の構成要件該当性が認められる。

(2) そして、共同正犯の処罰根拠は、自己及び共犯者の行為を介して、結果を惹起し、結果との因果性を有する点にあるところ、共同正犯の成立には、①共謀、②共謀に基づく実行が必要であると考えられる。

15 (3) 本件では、Xは、旧知の仲であったYが、「X、お前は逃げろ。俺が何とかしてやる。」と言って警備員の前に出たことにつき、Yが警備員に対して暴行を加えることを予想しながら、「よろしく頼む。」と伝えていることから、両者に、警備員に対する暴行を行うことにつき、黙示の意思連絡があったと考えられる。さらに、Xは、当該暴行について、Yにその実行の全てを託して自己の犯罪として実現する意思があり、Yも実行者として、当然に犯罪実現の意思を有していることから、正犯意思も認められ、共謀が認められる(充足①)。そして、Yは共謀に基づき、実際に警備員に暴行を働いている(充足②)。

したがって、X・Yに傷害罪の共同正犯(204条・60条)が成立する。

20 3. 以上より、警備員に傷害結果を負わせた行為につき、X・Yに傷害罪の共同正犯(204条・60条)が成立する。

#### IV. 結論

25 Xは、建造物侵入罪(130条前段)、窃盗罪(235条)、傷害罪(204条)の罪責を負い、建造物侵入罪(130条前段)と窃盗罪(235条)は手段と結果の関係にあるため牽連犯(54条1項後段)として、その他の関係においては、観念的競合(54条1項前段)として処理される。

Yは、傷害罪(204条)の罪責を負う。

以上

30