

I. 事実の概要

- 5 金に困っていたXは黒田清輝の作品を某美術館から盗んで高値で売ろうと考えた。警備員の隙を突いて美術館の中に侵入したものの、目当ての絵画を壁からははずす際、警報器が作動し、館内から持ち出すところで発見された。Xが急いで逃げていると、近所に住んでおり騒ぎを聞きつけたYが、Xと旧知の仲だったこともあり、一目で状況を把握して「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。Xはこれ幸いと思い、Yが警備員に対して暴行を加えることを予想しながら、「ありがとう。よろしく頼む。」と言って逃げたが、Yは警備員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た。
- 10 X及びY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

15

II. 問題の所在

- (1)65条1項及び2項は、共犯の身分犯について規定したものである。身分犯である事後強盗罪に、65条1項・2項のどちらを適用するか考えるにあたり、互いに相反した内容を持つ1項と2項をどのように解釈するか問題となる。
- 20 (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ときは、身分のない者であっても、共犯とする。」と規定しているが、ここにおける「共犯」に共同正犯(60条)は含まれるか問題となる。

III. 学説の状況

- 25 (1)65条1項・2項の解釈について

A説(連帯的作用説¹)

真正身分犯(行為者に身分がなければ、何らの犯罪を構成しないもの)と、不真正身分犯(身分の有無によって、ただ法定刑が加重・減刑されるに過ぎないもの)の両方に、65条1項が適用され、65条2項は刑の重さを調整する役割を持つ規定だと解する説。

30

B説(形式的区別説²)

65条1項を真正身分犯に、65条2項を不真正身分犯に適用すると解する説。

C説(実質的区別説³)

- 35 65条1項における身分は違法身分、65条2項における身分は責任身分だと解する説。

¹ 大谷實『刑法講義総論〔新版第3版〕』(成文堂,2009年)455頁以下参照。

² 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』(東京大学出版会,2011年)524頁以下参照。

³ 西田典之『刑法総論〔第2版〕』(弘文堂,2010年)402頁以下参照。

D 説(法益侵害性説⁴)

65 条 1 項は、身分者に対して生じる特別な義務づけについて、それについて独立の保護法益を
観念しうる場合、すなわち連帯可能な(一身的でない) 違法身分に関する規定だと解し、一方で 65
条 2 項は、身分による刑の加重に関して独立の保護法益を観念し得ない場合、すなわち身分者の
みに一身的な特別義務を課す犯罪に関する規定だと解する説。

65 条 1 項に当てはまる例として、収賄罪(197 条)が挙げられる。収賄罪の保護法益は、「公務
員の職務の公正とそれに対する社会一般の信頼」である。これは、公務員であることにより生ず
る特別な義務づけについて、独立の保護法益を観念したものであり、身分者本人がこの法益を直
接侵害することができることに加えて、非身分者が身分者を通して、この法益を間接的に侵害す
ることもできる。すなわち、当該法益は身分者にしか侵害し得ない一身的なものではなく、非身分
者も間接的にこれをすべて侵害することができる、いわば連帯可能なものであるから、65 条 1 項
を適用することができる。

(2)65 条 1 項の「共犯」に共同正犯も含まれるか

α 説(肯定説⁵)

「共犯」について共同正犯も含むとする説。

β 説(否定説⁶)

「共犯」について共同正犯を含まないとする説。

IV. 判例

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
とその場に來合わせた被告人 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 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 25 強いて姦淫した。

[判旨]

上告棄却。「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に該当するものであるが、身分のない者も、身分のある者の行為を利用
することによって、強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」。

⁴ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008 年)512 頁以下参照。

⁵ 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣,2008 年)514,515 頁。

⁶ 大塚仁『刑法概説(総論)〔第 3 版増補〕』(有斐閣,2005 年)315,316 頁。

V. 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、65条1項に中心的意味を与え「重く」読み、65条2項は、刑の加重の調整をするための規定と「軽く」読むことにより、互いに相反しあう1項と2項の矛盾を解決しようとしている。1項には、真正身分犯のみならず、不真正身分犯も含まれるとしており、この規定が身分犯の全体を通じ、非身分者についても身分犯の共犯が成立するという大原則を規定したものだとして解釈していることがうかがえる。対して2項は、1項において共犯が成立した不真正身分犯につき、処罰が重くなりすぎないように調整するための規定だと解釈している。これにより、1項の適用により共犯が「成立」しても、2項により、刑を科すうえでは、軽い本来の刑により処断することになる。しかし、この点について、なぜ不真正身分犯につき、共犯が「成立」するとしながら、科刑の上では軽い通常の犯罪の法定刑が適用されるかについて、理論的に説明できないという問題点がある。したがって、検察側はこの説を採用しない。

15 B説(形式的区分説)

この説は、65条1項は真正身分犯について、65条2項は不真正身分犯について規定したものと解し、非常に明快な法適用を可能とするものである。もっとも、同じ種類の身分について、ある犯罪については、1項の身分だと解し、ある犯罪については2項の身分だとされることがあるが、どうしてそのような異なった扱いがなされてよいのかが明らかにされていない。同じ身分が、ある時は構成的に働き、ある時は加減的に働くとき、それぞれ別個の扱いを認めるのであれば、その区別の実質的根拠が示されていない点が問題となるのである。したがって、検察側はこの説を採用しない。

C説(実質的区分説)

65条の1項と2項の異なった取り扱いの区別の根拠を、違法評価の連帯性、責任評価の個別性とするこの説は、65条1項の身分は違法身分とし、65条2項の身分は責任身分だと解する。もっとも、行為無価値説の立場からは、この説をとることができない。行為無価値の立場からは、責任身分はほとんど認められず、違法身分として、大多数の身分犯が65条1項の適用となり、実質的に妥当ではない。したがって、検察側はこの説を採用しない。

30

D説(法益侵害性説)

この説は、65条1項は、身分者に対する特別な義務づけについて独立の保護法益を觀念しうる場合の身分、すなわち、連帯可能(一身的でない)違法身分に関する規定だと解し、一方65条2項については、身分者に対してのみに一身的な特別義務を課す犯罪について適用するものと解している。65条1項が適用される身分犯において、共犯不法と正犯不法がともに惹起されており、この説の根本にある共犯処罰根拠である混合惹起説の立場からも矛盾なく共犯の成立が認められる。また、行為無価値説との関係でも矛盾がなく、説として論理の一貫性がみられる。したがって、検察側は、この説を採用する。

40 (2)65条1項の「共犯」に共同正犯は含まれるか

α 説（否定説）

- 真正身分犯において、そもそも非身分者は、犯罪の主体（正犯）になりえないのであり、共同正犯になりえないと考えられる。しかし、65条1項の身分は、連帯可能な身分であり、身分者を介してともに保護法益を侵害し危険にすることができる。したがって、非身分者がそのことを認識している以上、共同の正犯性を認めることができる。したがって、検察側はこの説を採用しない。

β 説（肯定説）

上述（否定説における検討）の理由から、この説を採用する。

10 VI. 本問の検討

第1. Xの罪責について

1. Xの、当該美術館に侵入した行為につき、住居侵入罪(130条前段)が成立しないか。

- (1)まず、侵入とは管理権者の意思に反した立ち入りのことを言う。そして、Xには展示品の絵画を盗み出すという「正当な理由」なく、当該美術館の管理者の意思に反して「侵入」を行った上、同条該当事実の認識・認容のもとにその行為に及んだことは容易に認められるから構成要件的故意(38条1項本文)があったと言え、本罪の構成要件該当性を満たす。

(2)違法性・責任を阻却する特段の事情はない。

よってXの当該行為に住居侵入罪が成立する。

2. Xの、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。

- (1)「他人の財物」たる絵画を、その占有者の意図に反して、自己の占有下に移転したから「窃取した」と言え、不法領得の意思も認められ、構成要件的故意もあるから、本条の構成要件に該当する。

(2)違法性・責任ともに阻却する特段の事情はない。

よってXの当該行為に窃盗罪が成立するよう思える。

3. しかし、Xは当該絵画を窃取した後、警備員に発見され、その追跡を免れるべく、居合わせたYに「よろしく頼む」と言い、YがXの逮捕を回避する目的で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。

- (1)ア. Xは先述の通り、窃盗罪に該当する行為をしたのであるから「窃盗」に当たり、「財物を得てこれを取り返されることを防ぎ」「逮捕を免れ」「罪跡を隠滅するため」に、自らは直接その暴行に及ばなかったものの、Yとの黙示の共謀のもと、Yが警備員を「暴行」した。共同正犯の処罰根拠が共犯者の行為を介して法益侵害を共同惹起したことにある点、XもYの行為を介して本罪の法益侵害を惹起したと言え、かかる処罰根拠が妥当する。このため同条の実行行為性が認められる。

イ. そして、当該暴行により同警備員は加療2週間を要する生理機能障害が生じたのであるから「負傷させた」と言え、構成要件的结果が発生している。

ウ. 行為と結果との間の因果関係は問題なく認められる。

エ. また、その構成要件的故意も認められるため、事後強盗罪の共同正犯の構成要件に該当する。

- (2)違法性・責任ともに阻却する特段の事情はない。

したがって X の当該行為に事後強盗罪が成立する。

4. 以上より X は住居侵入罪と事後強盗致傷罪の罪責を負い、両者は手段と結果の関係にあるため牽連犯(54 条 1 項後段)として処理される。

5 第 2. Y の罪責について

1. Y の美術館警備員を暴行した行為につき、事後強盗致傷罪(238 条・240 条)の共同正犯が成立しないか。

Y は当該警備員を暴行し、生理機能障害を負わせている点、致傷部分についての実行行為性は認められる。

10 2. しかし Y は本件絵画の窃取行為には一切関与しておらず、かかる場合にも本罪の共同正犯が成立するか、暴行脅迫のみに関与した者の処理が問題となる。

(1)そもそも身分とは、一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である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点でそれが妥当するから、「窃盗」とは身分であって本罪が財産犯であるから、本罪は真正身分犯である。

15 この点検察側は法益侵害性説を採用するところ、本罪には 65 条 1 項が適用され、同条の「共犯」には共同正犯が含まれると解する。

(2)ア. そして共同正犯の処罰根拠が自己及び共犯者の行為を介して法益侵害を共同惹起したことにある点、共同正犯の成立には、①共謀、②共謀に基づく実行、③正犯意思が必要である。

イ. 本件では、逃走中の X と旧知の仲だった Y が一目で X の状況を把握して「お前は逃げろ。俺が何とかする。」と言ひ、X が「ありがとう。よろしく頼む。」と返答したことにつき、窃盗 X の追跡、逮捕を免れるための警備員に対する暴行に関して黙示の共謀があったと解するのが自然である(①充足)。

また、実際に Y はその共謀に基づき当該警備員を暴行している(②充足)。

25 そして、X と合同で暴行を加えるのではなく、その場の対処をすべて一身に引き受けて単独で暴行に及んでいる点、自己の犯罪として共謀を実現する意思が認められる(③充足)。

(3)よって Y の当該行為に本罪の共同正犯が成立する。

3. したがって、Y は事後強盗致傷罪の罪責を負う。

VII. 結論

30 X は住居侵入罪と事後強盗致傷罪が成立し、牽連犯(54 条 1 項後段)になり、Y は事後強盗致傷罪の罪責を負う。

以上