

【前提 この講義で用いる犯罪論体系】

この講義で用いる犯罪論体系は、以下の順序で論じます。

※ 大塚裕史教授 刑法総論の思考方法より抜粋

- ①構成要件該当性の検討 ⇒ 形式的・原則的・一般的
- ②違法性の検討 ⇒ 客観的・実質的・例外的
- ③責任の検討 ⇒ 主観的・実質的・例外的 判断

☆ 結果無価値論と行為無価値論

- 法益侵害と判断される結果たる事実を重視すべきか、
社会倫理規範違反＝行為態様にも着目した判断をすべきか

☆ 構成要件該当性の判断

- 違法有責類型と捉えると、行為無価値論と親和性がある
 - ※ ただし、違法有責類型と捉えても、責任推定機能まで推定するかは別論
 - ∴ 責任要素中、故意・過失だけが類型化されているものである
- ※ 構成要件を違法行為類型と捉えると、結果無価値に親和性がある

※ 本講義では、構成要件を違法、有責行為類型として理解する。

↓

類型的な心理状態として構成要件の故意を、構成要件要素として理解する

↓

非類型的な心理状態である違法性意識の可能性、違法性阻却事由の認識を、責任故意として責任要素とする。

※ 犯罪個別化機能とは別の議論！

共犯論 CHAPTER 9～

【共犯論の意義と考え方】

※ 共犯論の意義

二人以上の行為者が、共同して犯罪を実現する場合（＝最広義の共犯）

↓そもそも

単独犯（正犯）として処罰できるなら、共犯論を検討する必要性にとぼしい

↓とすれば

単独犯として、処罰すべき範囲を確定する必要＝**第1次的に責任を負う者**

⇒ 直接正犯 + 間接正犯（他人の行為を支配する類型なので、共犯論で

はない）

↓要件充足性が認められないものとして確定
共犯論を検討する余地

※ 共犯は、直接正犯・間接正犯ともに成立しない場合に処罰を拡張する

処罰拡張事由

である（このような議論を、限縮的正犯論という）。

※ 厳格な正犯概念（＝正犯は自ら手を下して犯罪を実現した者だけが正犯たりうるとする考え方）に加え、極端従属性説（正犯に構成要件該当性・違法性・責任を具備することを要求する立場）を採用することにより、たとえば、後述する14歳未満の者を利用する行為類型などを処罰するため、間接正犯としての理論が理解されていた。

↓しかし

正犯は、**第1次的に責任を負う者**であると理解すれば、
共犯（第2次的に責任を負う者）の犯罪の成否に先行させるべき

↓そこで

積極的に、間接正犯として、他人の行為を支配したうえで、直接正犯と同視できるのか、という観点を重視

間接正犯（省略）

共同正犯

【共同正犯の意義と考え方】

一部実行全部責任：「二人以上共同して犯罪を実行」することをいう（60条）

⇒ 共同者各自が、実行行為の一部を分担すると評価できる

⇒ 分担していない部分について補充関係がある

＝ 他人の分担部分についても罪責を負う

同時犯との違い

※ 2人以上の者が、意思の連絡なしに、同一客体に対して殺意をもって、ピストルを撃つ行為を想起

⇒ 各自の行為について、各自の因果関係がある範囲のみにおいて、罪責を負う

＝ ピストルを命中させた者のみに因果関係があるので、1人の者にしか殺人既遂罪の罪責を問うことができない

☆ さらにいえば、どちらが命中させたか不明な場合には、いずれも殺人未遂にとどまってしまうことになる

↓しかし

二人以上のものが、意思の連絡を図っていればどうか？

⇒ 意思の連絡が、(共謀)共同正犯の要件である、意思の連絡(共同犯行の認識)と評価できるのであれば、強い心理的因果性を及ぼしっていると評価できる。

※ 正犯性の根拠を、相互利用補充関係に求める見解

※ 共同正犯の成立にはいかなる要件が必要か？

(「共謀の成立」との見出しの中での書き出しとして)

共同正犯(60条)が正犯として罰せられる根拠は、共犯者が相互に利用補充し合っ
て犯行を実現するからであって、共犯者間に「共謀」が成立し、共謀に「基づいて実
行行為」が行われれば共同正犯が成立する。そして、「共謀」の成立のためには、①
共犯者間における犯意の相互認識②共犯者の正犯意思が必要であると解する。

☆ 「共同正犯」「共謀」の認定方法

共同正犯の成立要件＝共謀の成立、「共謀に基づく」実行行為

「共謀」の成立のためには①共犯者間における範囲の相互認識②共犯者の正犯意思が
必要

※①では、「事前」「現場」共謀(意思の合致)があったか論じる

→ 犯罪の「内容」についての相互認識が必要

※②は、共同正犯と狭義の共犯を分けるメルクマール

→ 認定要素：犯行の際の行為の内容・重要性、他の行為者との主従等の関係、犯
罪の準備段階及び犯行後の犯跡隠蔽・利益の分配において果たした
役割、実行行為者の行為の効果の関与者への帰属の程度、犯行の動
機、犯行への積極性など・・・

※特に①との関わりで、共同正犯者間で「いつ、どこで、どのような犯罪について
の共謀が、誰と誰との間で成立したのか」を意識しながら

≪ 論述の一例 ≫

※ 意思を通じた二人のうち、甲は殺人の故意で、乙は傷害の故意で、共同して被害者Aに暴
行を加え、これを死亡させた事例を想起

部分的犯罪共同説

1 甲と乙の共謀内容

甲乙はAをこもごも殴りつける「傷害」について共謀が成立。

⇒ ただ、Aを殺害することまでは共謀していない。

2 上記共謀に「基づく」傷害行為+結果としてA死亡

⇒ 重なり合いの認められる傷害致死の限度で、甲乙に共同正犯成立

∴ 甲、乙に傷害致死の共同正犯成立(205条, 60条)

3 なお、甲は上記行為を殺人の故意で行ったので、殺人罪の単独正犯成立(199条)

→ 傷害致死罪とは観念的競合

「甲と乙の上記共謀の内容は、暴行により被害者を死亡させた点で、構成要件の重要部分が重なっており、その重なるの限度で犯罪が共同実行されたものと認められるから、甲は殺人罪の、乙には傷害致死罪の、異なる構成要件間の共同正犯が成立し、それぞれがその成立した罪責の範囲で刑事責任を負う。」

承継的共同正犯（後述）

←行為者ごとに論述したほうがよいと思われる

本件のように、実行行為の途中から犯行に加わった者に、関与以前の他人の行為についても因果性を肯定し、共同正犯として責任が認められるためには、その他人の行為またはその効果を積極的に利用したと認められる必要がある。
そこで～

過剰防衛・正当防衛と共同正犯

※共同正犯との関係

- ⇒ 「侵害予期＋加害意思」という主観的事情を考慮して急迫性を判断しているため、**急迫性の判断は個別的に行われる。**
- 過剰防衛であっても、過剰防衛の法的性質（責任減少説）から個別的に判断する前に、まずは急迫性について個別的に検討する必要。
- 一方が正当防衛であっても、他方が侵害を予期して積極的加害意思を有していればその者との関係では急迫性が否定される。
- ⇒ 正当防衛にも客観的要件と主観的要件があり、客観的要件（防衛行為の相当性・時間的切迫性）は連带的に判断するが、主観的要件（積極的加害意思・防衛の意思）は個別的に判断する。

【共犯の具体的検討方法】

① 共同正犯者ごとに記述

例) 第1 甲の罪責

1 甲の～した行為について

≪メリット≫犯罪論体系に沿った書き方

≪デメリット≫記載の重複

【①がおすすめる場合】

- ・ 共謀に基づく行為がほとんどない場合
- ・ 共同正犯にしない場合（教唆・幫助）
- ・ 問題のメインが違法性段階の場合 その他別々に書いても書きにくい場合

② 共犯関係が成立する範囲で共犯者を論じる

(1) 行為ごとに成立する犯罪を論証し、後で「共謀の成立」について論じる

例) 1 甲の～した行為について

(1) 共犯者のうち実行行為に出た者の行為について構成要件該当性検討

※それが「後述する共謀に基づいて」行われたことの指摘は必須

(2) また、甲のかかる行為は後述する乙丙との共謀に基づき行われたものである。したがって、乙・丙にも〇〇罪(〇〇条)の共同正犯が成立する(60条)

(2) 行為ごとに「共謀の成立」と記述して、共犯者全員を検討していく

例) 甲の～した行為について

1 甲乙丙による共謀の有無・程度の認定

2 実行行為者甲の行為の構成要件該当性

3 甲の行為が「共謀に基づく行為」であることの認定

4 甲乙丙に成立する犯罪の指摘(60条)

↓

1 V方に立ち入った行為について

(1) 甲乙丙による「共謀」の有無

→住居侵入窃盗についての共謀の成立の認定 ←具体的な罪名を出して認定

(2) 実行行為者甲の行為の構成要件該当性(「上記した共謀に基づく」との文言必須)

→甲に住居侵入罪の共同正犯が成立(130条前段, 60条)

(3) また、甲のかかる行為は、上記した共謀に基づき行われたものである。したがって乙丙も、住居侵入罪(130条前段)の共同正犯が成立する(60条)

☆ 「共同正犯」「共謀」の認定方法

共同正犯の成立要件＝共謀の成立、「共謀に基づく」実行行為

「共謀」の成立のためには①共犯者間における範囲の相互認識②共犯者の正犯意思が必要

※①では、「事前」「現場」共謀(意思の合致)があったか論じる

→犯罪の「内容」についての相互認識が必要

※②は、共同正犯と狭義の共犯を分けるメルクマール

→認定要素：犯行の際の行為の内容・重要性、他の行為者との主従等の関係、犯罪の準備段階及び犯行後の犯跡隠蔽・利益の分配において果たした役割、実行行為者の行為の効果の関与者への帰属の程度、犯行の動機、犯行への積極性など・・・

※特に①との関わりで、共同正犯者間で「いつ、どこで、どのような犯罪についての共謀が、誰と誰との間で成立したのか」を意識しながら書くこと

【共同正犯の成立要件】

「共同して犯罪を実行した」(60条)とは、①共同犯行の認識(意思連絡)があり、

②その共謀

に基づき、共謀者の全部又は一部の者が実行行為を行った場合を言う。そして、意思の疎通があり、正犯意思が認められる場合に、「共謀」があったものと認められる。

※ 共謀

① 意思の疎通

事前共謀、明示的共謀（例：謀議行為）だけでなく、現場共謀、黙示的共謀（例：アイコンタクト、あうんの呼吸）も認められる。

② 正犯意思

正犯意思を推認させる間接事実が重視される、
 関与した動機、
 利害関係（例：分け前や報酬）、
 積極性、
 組織内での地位の高さ・影響力、
 予定された／実際に担った具体的役割（例：実行行為を分担していればほぼ決定的〔→実行共同正犯〕、
 そうでなくとも〔→共謀共同正犯〕、
 謀議での重要な発言、
 重要な準備行為、
 実行を支える周辺行為などはかなり重視)

☆ 共犯の処罰根拠 = 心理的因果性

↓基礎づける事実として、

「意思の疎通」が要求される = 右因果性を肯定できれば足りるので、黙示的でもよく、また現場共謀でも良い、という流れ

※ 共謀は、犯罪の中核的部分についてさえ意思連絡が認められれば、各共謀者間で実行の具体的

方法についてまで逐一意思連絡がなされていなくても成立する。（=犯罪計画の重要部分を知らさ

れないまま当該犯罪に協力した場合は、意思連絡があったとは認められない。）

※②の認定

実務では、

①当該関与者は犯罪事実の実現を希望する理由を持っていたか、特に犯罪事実実現に関し利害関係を有していたか、

②領得罪などのように財産的利益の取得を内容とする犯罪では、取得した利益の分配

を受けたか、分配を受けた場合には、どの程度の割合であったか、

③謀議の際に、その関与者の意見が合意成立にどの程度の影響力を有していたか、

④謀議に際し、関与者が自ら実行担当者になりうる可能性を有していたか、

⑤実行行為そのものは担当しないが、実行行為に必要かつ密接な行為(例えば見張り)をしたか、⑥組織による犯罪の場合には、その組織の拘束性の強さ、当該関与者の組織における地位はどのようなものか、などを重視している。

※ 順次共謀

数人の共謀共同正犯が成立するためには、その数人が同一場所に会し、かつその数人間に一個の共謀の成立することを必要とするものではなく、同一の犯罪について順次共謀が行われた場合には、これらのものすべての間に当該犯行の共謀が行われたと解する。

※ 場合により、共謀者の一部の者において、実行担当者が誰であるか知らないというような事態も生じ得る