

共犯

共犯を処理する場合、①そもそも問疑すべきは正犯なのか従犯なのか(答案の書き出し)、②その要件は何か(検討すべき内容)、③成立したとして、その射程はどの範囲か(答案の結論その1)、④共犯は終了していないか(答案の結論その2)が段階的に問題となる。したがって、それぞれの処理を整理しておく必要がある。そこでまず共犯の答案の型を示し、それに必要な①②③④各要素の整理を行う。

1 共犯の答案の型

最近の司法試験の傾向として、複雑な共犯関係を問う問題が多いことが挙げられる。予備試験でも、共犯は頻出論点である。したがって、共犯の複雑な事例に耐えうる答案の型を予め準備しておくべきである。

共犯の問題で問われるのは、上述のとおり、①そもそも問疑すべきは正犯なのか従犯なのか(答案の書き出し)、②その要件は何か(検討すべき内容)、③成立したとして、その射程はどの範囲か(答案の結論その1)、④共犯は終了していないか(答案の結論その2)であるから、これらをそれぞれ意識した答案の型が大事である。共犯の処理は、大きく二つの類型に分けられる。

①共犯関係の中で実行行為など、犯罪の構成要件を論じていくやり方

②実行行為を論じて構成要件に該当させた上で共犯関係を書いていくやり方

①は、実行共同正犯の場合である。一体の行為として客観的に行為に共犯者全体が及んでしまっている以上、共犯者毎に分けてそれぞれにおいて実行共同正犯を検討することは非常に困難である。したがって、この場合は「甲・乙の共犯関係」といった項目で、一体的に甲乙両方に成立する犯罪を検討することになるだろう。

②は、共謀共同正犯及び狭義の共犯の場合である。正犯者(実行行為者)から書いて、共犯者は正犯者の罪責を確定した上で論じていくといったものである。いずれの場合でも、成立に実行行為者の存在が不可欠であるから、この場合はまず実行行為者の検討が必須である。

(1) 単純な共同正犯の答案の型(実行共同正犯)

実行共同正犯の場合、両者を一体として検討することになるから、答案は以下ようになる。実行共同正犯の場合、一体的に成立する犯罪を検討しているため、共謀の射程の議論や65条の問題は基本的に出さずに済む。

第1 甲の罪責について

1 ~行為について、~罪が成立しないか。

第2 乙の罪責について

1 ~行為について、~罪が成立しないか。

第3 共犯関係

1 (甲・乙の罪責として) ~罪の共同正犯が成立しないか。

(1) 実行共同正犯の成立要件(共同実行・意思連絡)

(2) 共同実行の事実にあたることについての検討(実行行為・共同実行)

(3) 共同実行の意思に当たることについての検討(故意・意思連絡)

(4) 違法性阻却事由の検討

(5) 責任阻却事由の検討

(2) 単純な共謀共同正犯の答案の型

この場合、先に実行行為者につき罪責を検討し、その後共謀共同正犯を検討すればよい。このように検討する場合、第1と第2で成立する罪名が、異なる可能性がある。異なる場合は、65条の処理をして、きちんと成立する共犯の範囲を明示すること。

第1 甲の罪責について

- 1 ~行為について、~罪が成立しないか。←先に実行行為者から検討
 - ア 構成要件の検討
 - イ 違法性阻却事由の検討
 - ウ 責任阻却事由の検討

第2 乙の罪責について

- 1 ~行為について、~罪の共謀共同正犯が成立しないか。
 - (1) 共謀共同正犯の成立要件 ※(1)~(3)までは修正された共同正犯の構成要件の問題である。
 - (2) 共謀の射程の検討
 - (3) 共犯の離脱・解消の検討
 - (4) 錯誤の検討
 - (5) 違法性阻却事由の検討
 - (6) 責任阻却事由の検討
 - (7) 成立する共犯が異なる場合—65条1項・2項による処理

(3) 共犯の答案の型(共謀共同正犯が複数成立する事案)

共謀共同正犯では要件として「基づく実行行為」が存在する以上、まえもって実行行為の存在を認定しておかなければ処理が非常に面倒である。そのため、先に実行行為者から犯罪を検討したい訳だが、複数共謀共同正犯が成立する事案で、各共同正犯における実行行為者が異なる場合、通常の「第1 甲の罪責、第2 乙の罪責」といった人間単位の整理ではどうしてもきれいに処理ができない(必ずどちらかの犯罪の検討で、実行行為者より先に共謀共同正犯を検討する羽目になり、「後述のとおり～」と誤魔化すことになる)。

したがって、共犯関係の事案で一見して複雑な事案の場合、以下のように、「第1 ～した行為、第2～した行為」という形で、人単位ではなく行為単位で犯罪を検討していくことを推奨する。こうすれば、検討する行為の中で、ナンバリングを振って各人との関係を論じていくことになる。この構造ならば、検討する順番は行為毎に都合よく入れ替えて問題ないから、通常的答案の型での問題点を解消できるのである。

第1 犯罪の検討

1 甲が～した行為

(1) 甲について、～罪が成立しないか。 ←先に実行行為者から検討

ア 構成要件の検討

イ 違法性阻却事由の検討

ウ 責任阻却事由の検討

(2) 乙について、～罪の共謀共同正犯が成立しないか。

ア 共謀共同正犯の成立要件 ※(1)～(3)までは修正された共同正犯の構成要件の問題である。

イ 共謀の射程の検討

ウ 共犯の離脱・解消の検討

エ 錯誤の検討

オ 違法性阻却事由の検討

カ 責任阻却事由の検討

キ 成立する共犯が異なる場合—65条1項・2項による処理

2 乙が～した行為

(1) 乙について、～罪が成立しないか

←先に実行行為者から検討・1と検討する人の順番を入れ替えても問題なし=この型のメリット

(2) 甲について、～罪の共謀共同正犯が成立しないか。

(第1の1(2)と同様の検討を繰り返し)