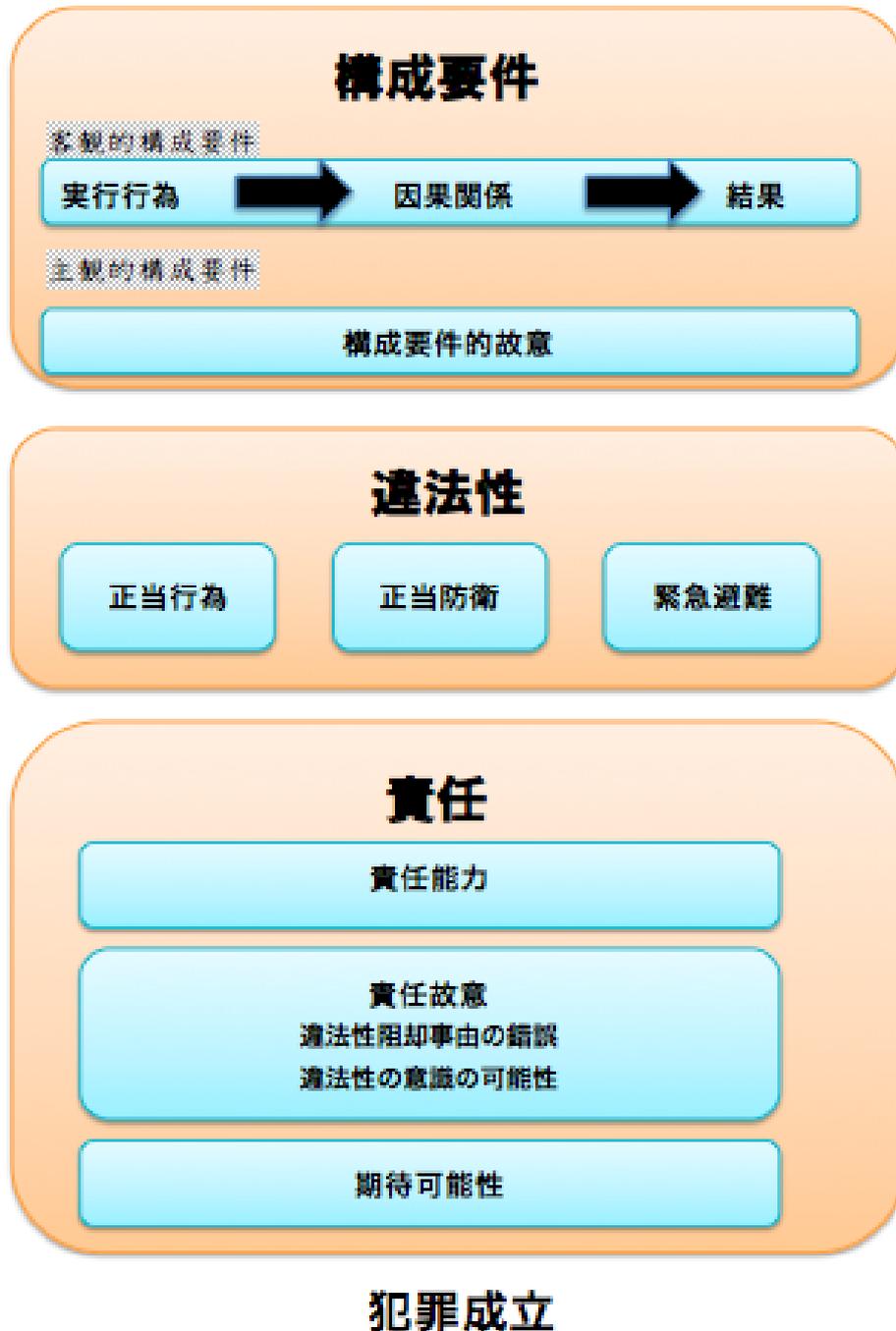


論点別「刑法」弱点克服講義
第1回 刑法体系論・共犯論

樋笠堯士

故意犯の成立要件「検討順」



構成要件該当性→違法性→責任の順で検討する。

全てが満たされれば「犯罪」が成立する。

構	犯罪の構成要件に該当する事実があるかどうかの類型的な判断
成	例: 刑法 199 条殺人罪「人を殺した者は…」
要	行為者が「人」を「殺した」のかを判断する。
件	→あてはまる場合は、構成要件該当性が認められる。
該	
当	例: 牛を殺していた場合は、「人」ではないので、199 条の殺人罪の構成
性	要件該当性が阻却される。

	行為が違法かどうかの客観的な判断
違	一般的に、「構成要件該当性」が充足されれば、違法性は推定される。
法	人を殺した場合、199 条殺人罪の構成要件に該当し、ふつうは違法性も
性	認められる。正当防衛が認められて、違法性が阻却されることもある。 (=違法性阻却事由)

責	行為について行為者を道義的に非難できるかの主観的な判断
任	行為者が人を殺したが、行為者は 6 歳の少年だった。 刑事未成年により責任能力がなく、責任が阻却される。

共犯①「共犯の基礎」

I. 共犯総論

1. 共犯の種類

必要的共犯… 2人以上の者が共同して犯行することが予定されているもの

◆**対向犯**… 2人以上の行為者の、相互に対向した行為が必要となるもの。

Ex. 収賄罪と贈賄罪、重婚罪

◆**多衆犯**… 同一の方向に向けた多数の者の犯罪の行為が必要となるもの。

Ex. 騒乱罪、内乱罪

任意的共犯… 単独犯が予定されている犯罪を2人以上の行為者が共同して実行するもの

◆ **共同正犯**

◆ **教唆犯**

◆ **従犯**

→ **正犯**とは基本的構成要件該当行為を行う者であり、**共犯**とは修正された構成要件該当行為（教唆・幫助）を行う者のことである。

2. 共犯の処罰根拠

Q. 正犯ではない共犯が、なぜ処罰されるのか？

責任共犯論	正犯を墮落させ有責に追い込んだこと
違法共犯論	正犯を違法行為に陥れたこと
因果的共犯論(純粹惹起説)	共犯者が自ら法益を侵害したこと
因果的共犯論(修正惹起説)	共犯が正犯と共に法益侵害を惹起したこと(違法連带的)
因果的共犯論(混合惹起説)	正犯を通じて間接的に法益を侵害したこと(違法相対的)

3. 共犯の従属性

(1) 実行従属性

狭義の共犯(教唆・幫助)が成立するためには、正犯の行為(実行行為)が必要か。

→ 教唆や幫助をしても、正犯者が実行の着手を行わない場合には狭義の共犯者は未遂罪で処罰されるのか。

共犯従属性説	共犯成立には正犯者が実行行為を行ったことが必要
共犯独立性説	共犯成立には共犯行為で足り、正犯者が犯罪実行したか否かを問わない

(2) 要素従属性

共犯従属性説に立って、共犯成立のためには正犯者の行為が必要である。

Q. 正犯者の行為はどんな要素を具備しなければならないのか？

最小従属性説	正犯に構成要件該当性が必要
制限従属性説	正犯に 構成要件該当性・違法性 が必要
極端従属性説	正犯に構成要件該当性・違法性・責任が必要
誇張従属性説	正犯に構成要件該当性・違法性・責任・処罰条件が必要

➡ 最決平 13・10・25

「A子が生活費欲しさから強盗を計画し、12歳10か月の長男Bに指示命令して強盗を実行させた場合においても、当時Bには是非弁別の能力があり、A子の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のものでなく、Bは自らの意思によりその実行を決意した上、臨機応変に対処して強盗を完遂し、Bが奪ってきた金品をすべてA子が領得したなど判示の事実関係の下では、A子につき強盗の間接正犯又は教唆犯ではなく共同正犯が成立する。」
→母親が12歳の長男に強盗を指示した。(刑事未成年を利用した)→(共謀)共同正犯が成立

(3) 罪名従属性

正犯と共犯に成立する犯罪の罪名は一致しなければならないのか。

行為共同説(罪名独立性)と犯罪共同説(罪名従属性がある)。

前構成要件的行為共同説	構成要件を離れた事実的行為を共同する
構成要件的行為共同説	構成要件に該当する行為の一部又は重要な部分を共同する
完全犯罪共同説	同一の故意犯を共同して行う
部分的犯罪共同説	行為を共同し、構成要件が重なり合う範囲で共犯成立

Aが窃盗をして、一緒にBは強盗をした場合、(つまり、「窃盗」の部分で共同した時)

構成要件的行為共同説→Aには窃盗罪の共同正犯、Bには強盗罪の共同正犯が成立。

部分的犯罪共同説→Aは窃盗罪、Bは強盗罪、二人は窃盗罪の限度で共同正犯となる。

➡ 最決昭和 54・4・13

「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人Aら七名のうちのBが前記派出所前でX巡査に対し未必の故意をもって殺人罪を犯した本件において、殺意のなかつた被告人Aら六名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである。」

→殺人の故意を有する者と傷害の故意を有する者との間では、構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死の共同正犯が成立する。

 最決平 17・7・4【シャクティパット事件】☆不作為犯と保護責任者遺棄罪☆

「被告人は、自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた上、患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあったものと認められる。その際、被告人は、患者の重篤な状態を認識し、これを自らが救命できるとする根拠はなかったのであるから、直ちに患者の生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたものというべきである。それにもかかわらず、未必的な殺意をもって、上記医療措置を受けさせないまま放置して患者を死亡させた被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となると解するのが相当である。」→被告人には、不作為による殺人罪が成立し、殺意のない患者の両親との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となる。

Ⅱ. 共犯

1. 共同正犯

(1) 共同正犯とは

刑法 60 条は「2人以上共同して犯罪を実行した者は、すべて**正犯**とする。」と規定する。

① 2人以上の者が共同して犯罪を実行する意思（＝共同実行の意思）のもとで

② 共同して実行行為を行うこと、が必要とされる。

犯罪実行の行為の一部を行えば、発生した犯罪結果の全部について責任を負わなければならない。

これを「**一部実行(の)全部責任の原則**」という。相互利用補充関係があるからである。

 最判昭 37・11・8 予備罪にも共同正犯を肯定。

(2) 結果的加重犯の共同正犯

Q. 2人以上の者が基本的行為を共同実行の意思のもとに共同し、その一部の行為によって重い結果が生じた場合、共同者全員が重い結果について共同正犯とすべきか？

例：AとBが強盗を共謀し、Aが被害者に暴行を加えたところ、傷害を負わせたとする。

→A・Bに強盗致傷罪の共同正犯が成立するのか。

肯定説	条件関係説	加重結果との間に条件関係があれば足りる
	相当因果関係説	加重結果との間に相当因果関係があれば足りる
	過失必要説	重い結果の予見可能性があり、主観的注意義務違反があれば足りる
否定説	否定説	共同犯行の意識が加重結果にまで及んでいない為

➡ 最判昭和 26・3・27 強盗を共謀した共犯者のうち一人が強盗の機会に発生させた傷害致死の結果にき、傷害行為の場にいなかった共謀者にも、強盗致死罪の共同正犯が成立する。

(3) 過失の共同正犯

過失の共同正犯とは、2人以上の者が共同して一定の行為を行い、全員の不注意により過失犯の構成要件に該当する結果をひきおこすことをいう。共同義務に共同違反することで過失の共同正犯が認められる。※過失の共同正犯を否定する見解も有力である。

【過失の共同正犯を認める要件】

- ① 2人以上の者がある犯罪結果を発生させやすい**高度の危険を含んだ共同行為**を行い、
- ② 社会観念上、行為者相互に、結果の防止に向け**共同の注意が要求される**ような事態で、
- ③ 共同者が同一の地位にいる場合に、共同者が**共同義務に共同して違反**すること。

⇒結果回避義務が共同して課され、一体的な行動として結果回避義務違反がなされた場合に過失の共同正犯を認める。

➡ 最判昭和 28・1・23 [メタノール事件]

飲食店を経営する A と B が、メタノールを含有する液体をなんら検査せずに客に販売した事件。有毒飲食物取締令の過失犯の共同正犯が認められた。

➡ 東京地判平成 4・1・23 [世田谷ケーブル火災事件]

地下で作業していた二人が、洞外に退出する際に、トーチランプを確実に消火したことを相互に確認せずに立ち去って、火災が発生した事件。業務上失火罪の共同正犯を認めた。

(4) 片面的共同正犯

共同者間において客観的な実行行為は存在するが、共同実行の意思が一方にしか存在しない場合のことを**片面的共犯**という。

➡ 最判昭和 23・12・14 共同正犯における共同実行の意思は、実行行為時に存在すればよい。

➡ 最判昭和 23・11・30 判例は、「暗黙の意思の連絡」を認めている。

したがって、意思の連絡を共同正犯の要件とする以上、通説は、片面的共同正犯を認めない。(→同時犯ないし片面的従犯の問題になる)

(5) 承継的共同正犯

ある者が犯罪の実行に着手し、まだ実行行為を全部終了していない間に、他の者がその事情を知らながらこれに関与し、先行者と意思を通じて残りの実行行為を単独あるいは先行者と共に行うことである。これを承継的共同正犯という。

例: Aが強盗の目的で被害者に暴行を加え、反抗抑圧状態に陥れた後、通りかかったBが、Aと意思を通じ、財物の奪取についてのみ加担したとする。

この場合、Aには強盗罪、Bには窃盗罪が成立するのであるが、ここで承継的共同正犯を肯定すれば、AとB、双方を強盗罪の共同正犯とすることができる。

肯定説	全面肯定説	共同実行の意思と行為の共同があれば承継的共犯を認めてよい
	利用補充関係説	相互利用補充関係が肯定できる場合に承継的共犯を認めてよい
	結合犯説	結合犯の場合に限り、承継的共犯を認めてよい
	因果性説	先行者の行為が、なお効果を持ち続けている場合にのみ肯定
否定説	全面否定説	すでに生じた事象には因果性を及ぼす事はできないので否定

大阪高判昭和 62・7・10

「いわゆる承継的共同正犯が成立するのは、後行者において、先行者の行為及びこれによって生じた結果を認識・認容するに止まらず、これを自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用する意思のもとに、実体法上の一罪（狭義の単純一罪に限らない。）を構成する先行者の犯罪に途中から共謀加担し、右行為等を現にそのような手段として利用した場合に限られる」→承継的共同正犯を肯定（高裁）

しかし、近年最高裁決定が登場！

最決平成 24・11・6「被告人は、共謀加担前にAらが既に生じさせていた傷害結果については、被告人の共謀及びそれに基づく行為がこれと因果関係を有することはないから、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはなく、共謀加担後の傷害を引き起こすに足りる暴行によってCらの傷害の発生に寄与したことについてのみ、傷害罪の共同正犯としての責任を負う」→承継的共同正犯を否定 補足意見（千葉勝美）は「いわゆる承継的共同正犯において後行者が共同正犯としての責任を負うかどうかについては、強盗、恐喝、詐欺等の罪責を負わせる場合には、共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合があります。得るので、承継的共同正犯の成立を認め得るであろうが、少なくとも傷害罪については、このような因果関係は認め難いので（法廷意見が指摘するように、先行者による暴行・傷害が、単に、後行者の暴行の動機や契機になることがあるに過ぎない。）、承継的共同正犯の成立を認め得る場合は、容易には想定し難いところである。」と述べている。

(6) 共謀共同正犯

2人以上の者が犯罪を実行することを共謀し、そのうちの一部の者が共謀した犯罪の実行に出た場合に、共謀に参加したすべての者について共同正犯を認めるものを**共謀共同正犯**という。(Ex.見張り役)

共同正犯の処罰根拠は、他人の行為を自己の行為として利用・補充しながら犯罪結果を実現した点にある。同様の関係は、必ずしも実行行為の分担がなくとも認められる。そのため、共同正犯の成立には必ずしも実行行為の分担は要しない。

そこで、①**正犯意思**、②**共謀の存在**、③**共謀者による犯罪全部または一部の実行**があれば、共謀に加担したのみの者であっても共同正犯の成立は認められると解すべきである。

共謀共同正犯否定説	共同正犯も正犯であって、実行行為を分担する必要があるから
間接正犯類似説	相互に相手を自分の道具のように利用することで正犯性が認められる
行為支配説	共同正犯は正犯すなわち行為支配をする者ということから、正犯性を認める
共同意思主体説	共同意思主体の活動として、実行があれば実行しなかった者の行為にもなる
包括的正犯説	共謀し相互の行為を利用し補充し、犯罪をした以上、共同正犯が成立する

▶ 最大判昭 33・5・28【練馬事件】

「従って右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行なったという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。」

▶ 最決平 15・5・1【スワット事件】

「被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき**黙示的に意思の連絡**があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるといふ被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである。したがって、被告人には本件けん銃等の所持について、B、A、D及びCらスワット5名等との間に共謀共同正犯が成立する」

(7) 共犯からの離脱

共犯関係にある2人以上の者の一部が、犯罪完成前に犯意を放棄し、自己の行為を中止し、その後の犯行に関与しないことを**共犯からの離脱**という。

I. 共謀関係からの離脱（着手前の離脱）

相互利用補充関係の切断が必要で、物理的・心理的因果性の切断を要する。

離脱者が他の共謀者に対して共謀関係から離脱する旨を表明し①【離脱の表明】

残りの共謀者がそれを了承したこと②【了承】を必要とする。

※例外的に離脱者が首謀者的立場にあり強い心理的因果を及ぼしていた場合や、武器の供与のような物理的因果を及ぼしていたような場合には、これらの影響力まで解消しない限り離脱は認められない。

➡ 福岡高判昭和 28・1・12 「俺は降りさせてもらう」と電話した事案。

→共同正犯否定（予備は肯定）

➡ 松江地判昭和 51・11・2 共謀関係の離脱というには、自己と他の共謀者との共謀関係を完全に解消することが必要であり、殊に離脱しようとする者が共謀者団体の頭にして他の共謀者を統制支配しうる立場にある者であれば、離脱者において共謀関係がなかった状態に還元させる必要がある。

II. 共同正犯関係からの離脱（着手後の離脱）

①【離脱の表明】、②【了承】だけでなく、③他の共犯者の実行行為を阻止して、当初の共謀に基づく実行行為が行なわれないようにする必要がある。そうすれば、仮に残りの者が実行行為を継続して結果を惹起してもその実行行為は当初の共謀に基づくものではなく、離脱が認められ、未遂となる。

物理的・心理的因果性遮断説→物理的にも心理的にも因果性を遮断してはじめて離脱

➡ 最決平成元・6・26【おれ帰る事件】「被告人が帰った時点では、A においてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、被告人において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、A との間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということはできず、その後の A の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。そうすると、原判決がこれと同旨の判断に立ち、かりに B の死の結果が被告人が帰った後に A が加えた暴行によって生じていたとしても、被告人は傷害致死の責を負うとしたのは、正当である。」

→暴行中に「おれ帰る」と言い、帰った場合、離脱は認められない。

2. 従犯(幫助犯)

(1) 総説

刑法 62 条では、

「1 項 正犯を幫助した者は、従犯とする。

2 項 従犯を教唆した者には、従犯の刑を科する。」と規定されている。

刑法 63 条では、

「従犯の刑は、正犯の刑を減軽する。」と規定されている。(短答暗記=必要的減軽)

(2) 従犯(幫助犯)の要件

① 幫助者が正犯を幫助すること

② それに基づいて正犯が実行行為を行うこと

の 2 つが必要とされる。

幫助とは、構成要件該当行為以外の方法で正犯の実行行為を容易にすることである。

有形的(物理的)幫助 = 凶器を渡す、犯罪資金の用意 無形的(心理的)幫助 = 方法を教える、激励

(3) 従犯(幫助犯)の因果関係

Q. 幫助行為と正犯の実行行為との間に因果関係は必要か？それとも幫助行為と結果との間に必要か？

通説は、幫助行為と正犯の実行行為との間に因果関係が必要とする。62 条で「幫助した」とあり、実行行為を容易にすれば足りるとする。

実行行為を物理的あるいは心理的に容易にすれば幫助を認める。

→ 物理的因果性と心理的因果性のどちらかがあれば幫助が成立する。

➡ 東京高判平成 2・2・21(正犯の認識なく、倉庫の目張りをした→従犯不成立)

(4) 間接従犯(幫助犯)

従犯を幫助することを間接従犯という。

間接的に正犯の実行行為を容易にしているならば、処罰できる。

※否定説→62 条 1 項で「正犯を幫助した者」とあり、従犯を幫助する場合は規定されていないから。

➡ 大判大正 14・2・20(正犯の実行を容易にしていれば幫助の幫助も処罰可能)

➡ 最決昭和 44・7・17(正犯を間接的に幫助したものであるとして間接従犯を処罰)

(5) 従犯(幫助犯)と共同正犯の区別

Q. 強盗の実行中に、外で見張りをしている者は強盗の幫助なのか共同正犯なのか?

重要な役割説(実質的客観説)・・・重要な役割(寄与)を演じたか、あるいは自己の犯罪であるか

実行行為説(形式的客観説)・・・実行行為の一部を行ったか

➡ 最判昭和 23・3・16 (共謀者が見張りをした場合は共同正犯となる)

➡ 最決昭和 57・7・16

➡ 福島地判昭和 59・8・30 (実行行為の一部を行っても従犯が成立する)

➡ 大阪高判平成 8・9・17 (恐喝の受領行為にのみ加担した者には共同正犯が成立する)

3. 不作為の幫助

➡ 大阪高判昭和 62・10・2 (正犯が殺害行為をするのを知りながらその場を離れた→殺害行為を阻止すべき義務を有していたとして、殺人幫助を認めた)

➡ 東京高判平成 11・1・29 (強盗計画を知ったのに通報しなかった→防止義務なしで従犯不成立)

➡ 札幌高判平成 12・3・16 (幼児への暴行を放置した母に傷害致死罪の幫助犯が成立)

4. 片面的教唆・幫助

窃盗犯人が友人であることを知り、あえて店から立ち去った警備員は?

(意思連絡のない幫助)

意思連絡がなくても、客観的に正犯の実行行為を容易にすれば幫助は可能である。

(物理的に)

➡ 東京地判昭和 63・7・27 (密輸に気づいた運送者が手伝った→片面的幫助成立)

【補足資料】

6. 共犯と身分

◆Step Up【身分と共犯】◆

構 成 的 身 分	背任罪(247条)の「他人のためにその事務を処理する者」
	横領罪(252条)の他人の物の占有者
	虚偽公文書作成罪(156条)の「公務員」・収賄罪(197条)
	偽証罪の(169条)「法律により宣誓した証人」
加 減 的 身 分	業務上墮胎罪の「医師、助産婦、薬剤師又は医薬品販売業者」
	保護責任者遺棄罪の「老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のあるもの」
	業務上横領罪の業務上他人の物の占有者
	常習賭博罪の「常習として賭博をした者」
	看守者等による逃走援助罪の「法令により拘禁された者を看守し又は護送する者」
	特別公務員職権濫用罪の「裁判、検察若しくは警察の職務を行なう者又はこれらの職務を補助する者」
	特別公務員暴行陵虐罪の「裁判、検察若しくは警察の職務を行なう者又はこれらの職務を補助する者」

構成的身分・・・行為者の身分が犯罪の成立要素となるもの。→真正身分犯

加減的身分・・・行為者の身分が刑の加重・減軽の要素となるもの。→不真正身分犯

通説判例⇒65条1項＝「真正身分犯（構成的身分犯）」

65条2項＝「不真正身分犯（加減的身分犯）」

■2017年刑法改正の監護者わいせつ・監護者性交等罪（179条）にも注意！■

⇒179条の「現に監護する者」とは、法律上の監護権に基づく者（民法820条参照）に限られず、事実上、現に監督・保護する者であればよい。

2017年改正について詳しくは、[第9回](#)をご覧ください。



208-1900-1029-17