

司法試験

短期集中マスター
～刑法の間接正犯・共犯～

れっく **LEC** 東京リーガルマインド



0 001221 183978

LU18397

矢島の短期集中マスター～刑法の間接正犯・共犯

今回は、刑法の間接正犯と共犯の分野から特に重要な論点を学習していきます。なお、基本知識のインプットに用いる情報は、矢島の速修インプット講座のテキストから抜粋しています。

*テーマ

- ① 共謀共同正犯
- ② 間接正犯
- ③ 承継的共同正犯
- ④ 共犯からの離脱
- ⑤ 共犯と身分

平成30年6月3日

LEC専任講師 矢島 純一

・記憶する事項 重要ランク

論文試験で規範（要件）や法律効果などとして答案に書くことがある事項を重要度の高いものから順番に「●」、「◆」、「▲」と記号を付しました。特に「●」印の事項については繰り返し学習をして理解と記憶を深めてください。

・理解する事項 重要ランク

論文試験で規範として答案に直接書くことは通常はないが、より深い答案を作成するために内容を理解しておくことが必要な知識を重要度の高いものから順番に「○」、「◇」、「△」と記号を付しました。

- ・条文の略記：I = 1項 ① = 1号 本 = 本文 但 = ただし書 前 = 前段 後 = 後段
- ・短答の問題番号の略記： H23-4 = 平成23年度司法試験第4問 プレ = プレ試験
予 H25-7 = 平成25年度予備試験第7問 サ = サンプル問題

テーマ① 共謀共同正犯

(1) 意義

→**共謀共同正犯**とは、共謀者の一部の者が共謀に基づく実行行為にでたときは、実行行為を分担しないが、共謀に加わった者を共同正犯とするものである。共謀共同正犯は、共同正犯の一類型であり、共同正犯には、実行共同正犯と共謀共同正犯があることになる。○

関連問題：司法論文 H18, H20, H24, H25, H27, H28, 予備論文 H24, H25

(2) 共謀共同正犯の成立要件

ア 判例

→練馬事件大法廷判決は「共謀共同正犯が成立するには、〔①〕2人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、〔②〕よって犯罪を実行した事実が認められなければならない」としている。同判決は、このような「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ったという意味において」共謀者と実行行為者との間で「刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない」としている（**最大判昭 33.5.28・練馬事件**）。

関連問題：司法論文 H18, H20, H24, H25, H27, H28, 予備論文 H24, H25

- ・練馬事件大法廷判決は、共謀者各自が相互に利用補充し合って自己の犯罪を実現する意思〔正犯意思〕で特定の犯罪を実行する旨の謀議し、その謀議に基づいて共謀者のうちの一部の者が犯罪を実行した場合、謀議に参加した者は、実行行為の分担の有無を問わず、共謀共同正犯として共同正犯の罪責を負うことを認めたものと解されている。同判決は、共謀共同正犯の成立要件として①特定の犯罪の謀議と、②謀議に基づく実行行為を挙げている。判例は、特定の犯罪の謀議の要件の中で、犯罪の故意、相互の意思連絡、正犯意思の有無を検討しているとの見方がされている。

イ 成立要件の概要

→どのような要件を満たせば共謀共同正犯の成立が認められるかについては見解によって異なる。なお、最近では、実行共同正犯と共謀共同正犯は共同正犯（60）という点で同じであることから、実行共同正犯の成立要件を、共謀共同正犯の成立要件と同様のものを用いるとの見解が主流となってきた。 ○

- ・論文試験で書きやすい要件としては、①犯罪事実の共謀、②共謀者の正犯性、③共謀に基づく共謀者の一部の者による実行の3要件を満たすときに共謀共同正犯が認められるとするものがある。正犯性の要件は共謀共同正犯と教唆犯・幫助犯とを区別する上で重要となる。○
- ・「正犯性」の有無は、客観的な要素（重要な役割・結果に対する重大な寄与）と主観的な要素（正犯意思＝自己の犯罪として実現する意思）を総合して判断する。○

〔論証例〕 共謀共同正犯の成立要件 ショート版 ●

共同正犯が一部実行全部責任とされるのは、共犯者各人に正犯性が認められ、意思連絡のもとにされた各人の関与行為が犯罪結果に対して因果性を有するところに求められる。この根拠は共謀共同正犯にも妥当するし、60条は「二人以上共同して」犯罪の共謀をして、共謀者の一部の者が「犯罪を実行」することを処罰することを認めていると解釈できる。そこで、①犯罪事実の共謀、②正犯意思及び結果に対する重大な寄与〔重要な役割〕に基礎付けられた正犯性、③共謀者のいずれかの者による共謀に基づく実行行為が認められれば、実行行為をしていない者も共謀共同正犯として共同正犯の罪責を負うと考える。

・ **行為支配説** 予備校の教材で比較的多く目にする見解

間接正犯は、利用者が被利用者の行為を一方的に支配利用して自己の犯罪を実現するところに正犯としての処罰根拠が認められる。このことから、①他人を支配して自己の犯罪を実現するという間接正犯の意思をもって、②利用行為によって被利用者の行為を一方的に支配利用して構成要件的结果を発生させる現実的危険性のある行為をしたといえれば間接正犯としての実行行為性が肯定される。

注：行為支配説といっても学者ごとに内容が異なるが、ここでは深入りしない。

・ **犯罪の結果実現過程の支配に着目する見解** (このテキストの見解) ● 今後主流の見解

間接正犯は、利用者が被利用者の行為を一方的に利用して犯罪の結果実現過程を支配して犯罪を実現するところに正犯としての処罰根拠が認められる。そこで、①他人を利用して自己の犯罪を実現する意思(正犯意思)をもって、②他人を一方的に利用して犯罪の結果実現過程を支配したといえれば間接正犯の実行行為性が肯定される。

注：犯罪の結果実現過程を支配しているかは、犯罪結果(未遂の結果を含む)への因果の流れを自ら支配しているといえるか否かという観点から検討していく。

- ・ **判例**は、間接正犯の成否が問題となる事例を処理するにあたり、間接正犯の実行行為性の一般的な判断枠組みを示さずに事例ごとに正犯性を判断している。判例は、その判断の際に、例えば、関税法上の禁製品輸入罪の捜査のためのコントロールド・デリバリーの事案では捜査官が運送契約上の義務を履行する配送業者らを自己の犯罪実現のために道具として利用したといえるかに着目し(最決平 9.10.30)、12歳の養女に賽銭泥棒をさせた窃盗罪の事案では意思の抑圧の点に着目し(最決昭 58.9.21)、ホストが死亡保険金目当てに女性客に自殺するよう命じて実行させた殺人未遂罪の事案では命令に従わざるを得ない精神状態に陥らせた点に着目した(最決平 16.1.20)。○

3 間接正犯の成否が問題となる事例

(1) 事理弁識能力や意思を抑圧されている者の利用

→間接正犯の実行行為性の有無は、他人を一方的に利用して犯罪の結果実現過程を支配したといえるかにより決まるのであり、刑事未成年者や心神喪失者などの責任能力を欠く者を利用したということだけで直ちに間接正犯が成立することはない。も**っとも**、精神状態の健全性に著しい欠陥があるなどして事理弁識能力を欠く者や、意思を抑圧されている者を利用して犯罪を実現した場合は、他人を一方的に利用して犯罪の結果実現過程を支配したものとして間接正犯の実行行為性を肯定できる。判例は間接正犯の実行行為性の一般的な判断枠組みを示していないが、この種の事案の参考になる判例は次のとおりである。○

・被利用者が事理弁識能力を欠く場合（意思無能力者） ○ H25-17, H27-6

加持祈祷で生計を立てていた被告人が、依頼された精神分裂病のVの治療がうまくいかなかったため、その責任逃れのために、Vが自殺したように装って殺害しようと計画した。そこで、被告人は、意思能力を欠き自殺の意味を理解できないVに対して、首を吊っても仮死状態になるだけで必ず生き返るとだまして首を吊らせて殺害の目的を遂げた事例で、最高裁は、「第一審判決は、本件被害者が通常の意味能力もなく、自殺の何たるかを理解しない者であると認定したのであるから、判示事実に対し刑法202条を以て間擬しないで同法199条を適用したのは正当」として、被告人に、自殺関与罪（202）ではなく、殺人罪（199）の成立を認めた（最決昭27.2.21）。

・被利用者の意思が抑圧されている場合 ○ H21-4, H25-17

刑事未成年者を利用したということだけから直ちに間接正犯が成立することはないが、日頃被告人の言動に逆らう素振りを見せる都度顔面にタバコの火を押しつけたりドライバーで顔をこすったりするなどの暴行を加えて自己の意のままに従わせていた12歳の養女に対して、四国巡礼中に賽銭泥棒を命じて実行させた事案につき、最高裁は、「被告人が、自己の日頃の言動に畏怖し意思を抑圧されている同女を利用して右各窃盗を行った」と認められるのであるから、たとえ所論のように同女が是非善悪の判断能力を有する者であったとしても、被告人については本件各窃盗の間接正犯が成立する」として窃盗罪の間接正犯の成立を認めた（最決昭58.9.21）。

4 間接正犯が否定された事例

→刑事未成年者を利用した犯罪で間接正犯の成立が否定されて共同正犯とされた事例を紹介する。

被告人は、生活費に窮したため、被告人が勤務するスナックの経営者C子から金品を強取しようと企て、自宅にいた中学1年生の長男B(当時12歳10か月)に対し、「Cのところに行ってお金をとってきて。映画でやっているように、金だ、とか言っ
て、モデルガンを見せなさい。」などと申し向け、覆面をしエアーガンを突き付けて脅迫するなどの方法によりCから金品を奪い取ってくるよう指示命令した。Bは嫌がっていたが、被告人は、「大丈夫。お前は、体も大きいから子供には見えないよ。」などと言って説得し、犯行に使用するためあらかじめ用意した覆面用のビニール袋、エアガン等を交付した。これを承諾したBは、上記エアガン等を携えて1人でスナックに赴いた上、上記ビニール袋で覆面をして、被告人から指示された方法により同女を脅迫したほか、自己の判断により、同スナック出入口のシャッターを下ろしたり、「トイレに入れ。殺さないから入れ。」などと申し向けて脅迫してトイレに閉じ込めたりするなどしてその反抗を抑圧し、同女所有に係る現金約40万1000円及びショルダーバッグ1個等を強取して強盗を実現した。

最高裁は、間接正犯に関する一般的な判断枠組みを示さずに、本件当時Bには是非弁別の能力があり、被告人の指示命令はBの意思を抑圧するに足る程度のもではなく、Bは自らの意思により本件強盗の実行を決意した上、臨機応変に対処して本件強盗を完遂したなどの事実関係があることから、所論のように被告人につき本件強盗の間接正犯が成立するものとは認められないとした。○ H28-17

同最高裁は、その上で、被告人は、生活費欲しさから本件強盗を計画し、Bに対し犯行方法を教示するとともに犯行道具を与えるなどして本件強盗の実行を指示命令した上、Bが奪ってきた金品をすべて自ら領得したことなどからすると、被告人については本件強盗の教唆犯ではなく、共同正犯が成立するとした原審の判断が正当であるとして上告を棄却した(最決平13.10.25)。○

H30-17(被害者が負傷したため強盗致傷罪の共同正犯となる事案への応用)

テーマ③ 承継的共同正犯

(1) 意義

→**承継的共同正犯**とは、先に犯罪の実行に着手した先行者の実行行為が終了する前に、後行者が、先行者と意思連絡して共謀した上で残りの実行行為に関与する形態の共犯をいう。承継的共同正犯は、途中参加型の共同正犯であり途中参加者にどの範囲で共同正犯が成立するかが問題となる。○

*承継的共同正犯の学習に役立つ参考文献

法学セミナー No. 748, 749 応用刑法I 第20講 第21講 大塚裕史

- ・例えば、先行者が強盗をするために暴行脅迫して被害者の犯行を抑圧していたところ、その後、後行者が、自分も利益を得たいと思い、先行者と意思の連絡をした上で被害者の意思に反して財物の占有を奪った場合において、少なくとも後行者は共謀後の犯罪事実については共同正犯の成立要件（①犯罪の共謀、②正犯性、③共謀に基づく実行行為）を満たすのであれば共謀加担後の犯罪事実（占有者の意思に反して財物を奪った点で窃盗罪）について共同正犯の罪責を負う。ここで**問題**となるのは、後行者は、承継的共同正犯として強盗罪の共同正犯の罪責を負うかということである。○

承継的共同正犯に関する各見解は次頁以降を参照。

関連問題：司法論文 H18, H28

(2) 承継的共同正犯の理論的根拠

・全面肯定説

継続犯，結合犯，結果的加重犯など先行者の犯罪が一罪である犯罪については，単純一罪の犯罪は不可分なので，後行者が先行者と意思を連絡して先行者に加担した場合には，後行者に行為全体について責任を問えるとする見解がある。

この見解は戦後の下級審の裁判例やかつての学説では支持されていたが，何を一罪として扱うかは，後行者の可罰性とは無関係な立法政策により決まることなので，後行者が先行者による一罪の一部に加担したことだけを理由に後行者に共同正犯の罪責を負わせられないとの**批判**が向けられており現在は支持を失っている。

・全面否定説

共同正犯の一部実行全部責任の根拠を、複数の者が共同して犯罪を実行することで物理的、心理的に影響を及ぼし合うことによって犯罪の結果発生の蓋然性を高めたところに求める見解（因果的共犯論）から、後行者は、自己の関与前の先行者の行為によりもたらされた事象について物理的、心理的に影響を及ぼしえないため、後行者は、関与以前の事象について罪責を負わないとする見解がある。○

・中間説（限定肯定説）

承継的共同正犯を一定の範囲で認める中間説がある。中間説の中でも複数の見解がある。

見解の1つとして、共同正犯の処罰根拠につき**相互利用補充関係説**に立った上で、後行者が先行者の行為と結果を自己の犯罪の手段として**積極的に利用した場合**は、自己の関与前の行為と結果についても承継的共同正犯として共同正犯の罪責を負うとの見解がある（積極利用説）。後掲の平成24年最高裁決定が登場する以前は下級審の裁判例（**大阪高判昭62.7.10等**）でよくみられていた見解である。

別の見解の1つとして、共同正犯の処罰根拠について**因果的共犯論**（構成要件該当事実の共同惹起）に立った上で、後行者が、自己の関与以前の先行者の行為に因果性をもつことはありえないが、関与の時点で、**先行者の行為の効果が継続して存在し**、後行者がその効果を利用して先行者と**共同して違法結果を実現した場合**に、当該結果惹起について因果性を及ぼしたものとして承継的共同正犯として共同正犯の罪責を負うとの見解がある（結果共同惹起説）。**平成24年最高裁決定の千葉裁判官の補足意見**はこの見解と整合する。この見解は、積極利用説のように後行者の積極的な利用意思は承継の要件とはなっていない。

ちなみに、H28司法論文の**出題の趣旨**では、中間説のうち積極利用説や、全面否定説からの事例処理方法を紹介しつつ、最後に、近時平成24年最高裁決定があることからこれを意識した論述をするのが望ましいとの指摘がされていた。

・ **因果的共犯論を採用したと解される最高裁平成24年決定** ○

本件は、先行者Aらが被害者に暴行を加えて傷害を負わせたところ、その後、後行者である被告人は、先行者の行為とそれによる結果を認識し、さらに、先行者と共謀の上、被害者に暴行をして先行者が生じさせた傷害の結果をより重くしたという事実関係のもとにおいて、後行者は、自ら被害者に負わせた傷害結果の他に、傷害罪の承継的共同正犯として先行者が生じさせた傷害の結果についても罪責を負うのが問題となった事案である。

最高裁は、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と解するのが相当とした（**最決平 24. 11. 6**）。

・ **平成24年決定の千葉裁判官の補足意見** ○ H29-19（見解問題）

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**〔注：強取、喝取、詐取という犯罪の結果〕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（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。

- ・ **平成24年最高裁決定**は、傷害罪の事案で承継的共同正犯を否定したものであるところ、この決定の法廷意見だけからだと、最高裁は、承継的共同正犯について否定説を採用しているのか、中間説を採用しているのかが不明であった。この決定の千葉裁判官の補足意見をみると中間説を採用していることが推測できた。その後、**平成29年最高裁決定**は、先行者が欺く行為をした後に後行者が財物の受領行為にだけ関わったが未遂に終わったという詐欺未遂罪の承継的共同正犯の成否が問題となった事案で「被告人は、本件詐欺につき、共犯者による本件欺罔行為がされた後、だまされたふり作戦が開始されたことを認識せずに、共犯者らと共謀の上、**本件詐欺を完遂する上で本件欺罔行為と一体のものとして予定されていた本件受領行為に関与**している。そうすると、だまされたふり作戦の開始いかにかわらず、被告人は、その加功前の本件欺罔行為の点も含めた本件詐欺につき、詐欺未遂罪の共同正犯としての責任を負うと解するのが相当」と判示して共同正犯の成立を肯定した（**最決平 29. 12. 11**）。これにより最高裁は、承継的共同正犯につき**中間説**を採用していることが明らかになった。

＊事例で学ぶ承継的共同正犯

財物奪取のために先行者甲が暴行脅迫により被害者Vの反抗を抑圧していたところ、その後、後行者乙が、自分も利益を得たいと思い、甲と意思の連絡をした上で共同して財物を奪った場合に、乙に正犯性が認められ少なくとも共謀後の窃盗罪の共同正犯が成立しうるとして、それを超えて、後行者は、承継的共同正犯として、先行者とともに強盗罪の共同正犯の罪責を負うのかが問題となる。

1 甲の罪責

甲は財物奪取のための暴行脅迫をしてVの反抗を抑圧した上で財物を奪っているため強盗罪が成立する（236条1項）。甲の強盗罪は後述のとおり乙と共同正犯になる（60条、236条1項）。

2 乙の罪責

(1) 乙に強盗罪の共同正犯が成立するかを検討する。共同正犯の処罰根拠は構成要件該当事実の共同惹起に求められ、共同惹起による共同正犯が成立するには、①犯罪の共謀、②正犯性、③共謀に基づく実行行為が必要と考える。本問をみると、乙は、甲と共謀の上で、自らも利益を得たいと思いVから財物の占有を奪っており、正犯意思と重要な役割に基礎付けられた正犯性が認められるため、少なくとも、共謀後の財物奪取行為（窃盗）については、上記①から③の要件を満たし共同正犯の罪責を負うことになる。

(2)ア ここで乙が承継的共同正犯として強盗罪の共同正犯の罪責を負うかが問題となる。

イ 共同正犯の一部実行全部責任の根拠は、共同正犯者各人が相互に意思連絡をして**結果に対して因果性**を及ぼしたところに求められる。この観点から、共同正犯の罪責を負うには犯罪の結果につき因果性をもつ行為をすることが必要であり、先行者の実行行為の途中から加担した後行者は、**自己の行為と因果性がない先行者の行為によりもたされた結果**についてまで**責任を負わない**。もっとも、複数の行為が結合した犯罪である強盗罪については、先行者が既に強盗目的で被害者に暴行脅迫をして反抗抑圧状態にしている状況で、共謀の上、後行者が、財物の奪取に加担すれば、**暴行脅迫により反抗抑圧された状態**の被害者から財物を**強取**するとの強盗の結果に**因果性**をもつに至ると考える。したがって、後行者は、承継的共同正犯として強盗罪の共同正犯の罪責を負うと考える。●

ウ 乙は、甲と共謀の上、甲の暴行脅迫により反抗を抑圧されたVから財物を奪っているので甲による強取の結果に因果性を及ぼしたといえるため、承継的共同正犯として強盗罪の共同正犯の罪責を負う。以上

テーマ④ 共犯からの離脱

(1) 意義

→ **共犯からの離脱**（共同正犯からの離脱）とは、犯罪事実の共謀をしたものの、犯罪が既遂に至る前に、犯意を放棄して共犯関係から離脱し、その後、他の共犯者が実行した犯罪につき責任を負わないことをいう。

関連問題：H28 司法論文，H24 予備論文

- ・ **着手前の離脱**が認められると、離脱者は、離脱後の他の共犯者の行為について責任を負わないことになり、他の共犯者が実行行為をしたとしても、未遂犯の罪責を負わず犯罪不成立（不可罰）となる。ただし、離脱前に殺人予備や強盗予備などの予備罪が成立するときは**予備罪**の罪責を負う。●
- ・ **着手後の離脱**が認められると、離脱者は、離脱後の他の共犯者の行為について責任を負わないことになり、他の共犯者の行為により結果が発生しても既遂犯の罪責を負わず、未遂犯の罪責を負うにとどまる。●

・考え方の概要 ○

今日の通説は、かつての多数説のように着手前の離脱と着手後の離脱を区別せず、共同正犯の処罰根拠につき直接実行行為をした者を介した結果との因果性に求めるとの因果的共犯論に立った上で、共犯から離脱が認められるかは、離脱行為によって、残りの共犯者の行為及び結果との間の心理的・物理的な因果性が切断（因果性の遮断）されたか否かという基準で事案を解決する見解にたっている。

因果性の切断（因果性の遮断）がどのようなときに認められるかについては、共謀関係により作出された心理的因果性や物理的因果性を切断するだけの行為をしたか否かを具体的に判断することになる。

例えば、犯行のための資金や道具や情報などを提供していたときは、それを回収するなど結果発生防止のために必要な措置をすることで物理的因果性が切断される。資金や道具の提供がなく心理的因果性のみを及ぼしていた事案で着手前の時点であれば、離脱の意思表示と他の共犯者の了承があれば心理的因果性が切断されうる。もっとも、因果性が切断されたかは、事案ごとに具体的に判断しなければならず、着手前の離脱の事案でも、共犯者間で強い立場にある者が共謀を主導して強い精神的因果性を及ぼしていたときは、因果性を切断する具体的措置をとらなければその者に共犯からの離脱を認めるべきではないと解されている。そのため、離脱の意思表示をした者が他の共犯者の上位の立場にあるときは、他の共犯者の了承があっただけでは心理的因果性が切断されないこともある。

〔論証例〕 共犯からの離脱 ●

共同正犯の一部実行全部責任の根拠は、共同正犯者各人が相互に意思連絡をして結果に対して物理的・心理的に因果性を及ぼしたところに求められる。そこで、一度及ぼした因果性を完全に切断したと認められるときは、共犯からの離脱が認められ、その後、他の共犯者が実行した犯罪につき責任を負わないと考える。

・おまけ

従来の多数説は、共犯からの離脱の問題について、実行の着手前の離脱と、実行の着手後の離脱とで区別をした上で、実行の着手前の離脱の場合は、離脱の意思表示と、残りの共犯者の了承があるときは、共犯からの離脱が認められ、離脱者は、以後、残りの共犯者が実行した犯罪について責任を負わず、実行の着手後の離脱の場合は、中止犯の成否のみが問題となり、実行の着手後で既遂に至る前に、結果発生の積極的防止措置にでるなどその他の中止犯の成立要件を満たす場合にのみ中止犯として既遂犯の罪責は負わないと解されていた。

(2) 判例

- ・着手後の離脱の肯否が問題となった事案で、AとBで共同してVを暴行していたところ、Aが「おれ帰る。」と言ってその場を立ち去った後、BがVに暴行を続けてVを死亡させたところ、Vの死因がABいずれの行為から生じたのかが不明であったという事実関係のもと、**最高裁**は、Aが帰った時点では、B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、Aにおいて格別これを防止する措置を講ずることなく、なりゆきに任せて現場を立ち去ったに過ぎないのであるから、Bとの間の当初の共犯関係が解消したということはできず、その後のBの暴行もAとBの共謀に基づくものと認めるのが相当であるとして、Aに共犯からの離脱を認めず、Aに傷害致死罪の共同正犯を認めた原審の判断を正当とした（**最決平元.6.26**）。○

テーマ⑤ 共犯と身分（身分犯の共犯）

(1) 65条1項

→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。65条1項は、犯人に一定の身分がなければ成立しない真正身分犯に身分がない者が加功した場合に、身分のない者にも真正身分犯の共犯が成立することを認めるものである。○

関連問題：司法論文 H24, 予備論文 H27

- ・「犯人の身分によって構成すべき犯罪」とは、判例の見解に従うと、行為者が一定の身分を有することにより可罰性が認められて成立する犯罪（真正身分犯）を意味する。真正身分犯の身分を構成的身分ということもある。

例：収賄罪（公務員）、背任罪（他人のための事務処理者） ○

横領罪（他人の物の占有者）、偽証罪（法律により宣誓した証人） ○

- ・65条の身分犯の「身分」の意義につき、判例は、男女の性別、内外国人の別、親族関係、公務員たる資格のような関係のみに限らず、総て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又は状態を指称するものであるとしている（**最判昭 27.9.19**）。△

- ・かつては、真正身分犯については身分のある者しか「正犯」になりえないとして、65条1項は、狭義の共犯のみに適用され、共同正犯には適用されないとする見解があった。**しかし**、現在は、身分のない者であっても身分のある者と共同して「正犯」として法益侵害ができるとして、**65条1項は狭義の共犯のみならず共同正犯にも適用**されることが一般的に承認されている。○

この点については、平成29年6月の刑法改正前の事案に関するものであるが、男性のみを犯行の主体としていた強姦罪（改正前刑法 177）について、身分のない女性であっても65条1項により身分のある男性とともに強姦罪の共同正犯が成立することを認めた判例がある（**最決昭 40.3.30**）。

(2) 65条2項

→65条2項は、「身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する。」と規定する。これにより、身分によって特に刑の軽重がある**不真正身分犯**に身分がない者が加功したときは、身分のない者には、刑法65条2項により通常の刑が科されることになる。○

- ・身分がなくても犯罪が成立するが、身分の有無が刑の軽重に影響する犯罪を不真正身分犯という。不真正身分犯の身分を**加減的身分**ということがある。

例：常習賭博罪（186 I）における常習者という身分が加重身分 ○

例：保護責任者遺棄罪（218 前）における保護責任者という身分が単純遺棄罪の加重身分 ○

- ・判例は、麻薬密輸の罪が、営利目的がある場合とない場合で法定刑に差を設けているのは、営利の目的をもっていたか否かという犯人の特殊な状態の差異に着目したものであるとして、麻薬の営利目的輸入罪の**営利目的**のような**目的の有無で刑に軽重がある目的犯の目的**もここでいう**65条2項の身分**に当たるとしている〔麻薬輸入罪は営利目的の有無で法定刑が異なり、営利目的の方が法定刑が重い。〕（最判昭42.3.7）。△

(3) 65条1項と2項の関係

ア 判例の見解

→条文の文言から、65条1項は、真正身分犯の共犯についての成立と科刑を規定するもので、同2項は不真正身分犯の共犯の成立と科刑を規定するものと解される。判例はこの立場に立つ（大判大2.3.18）。○ H18-4, H20-15

例：公務員Aの収賄罪（真正身分犯）に公務員でない者Bが加功した場合，Bには，65条1項により収賄罪の共犯が成立し，その科刑がされる。○

例：保護責任者遺棄罪（不真正身分犯）に保護者でない非身分者が加功した場合，非身分者には，65条2項により単純遺棄罪の共犯が成立し，その刑が科される（非身分者の成立罪名と科刑が一致）。○

- ・理由～法文の文理に忠実に解釈をする立場

65条は文言からすれば，1項の「犯人の身分によって構成すべき犯罪」とは真正身分犯を意味し，「身分のない者でも，共犯とする」とは身分のない者が真正身分犯に加功したときは，身分のない者にも真正身分犯の共犯の成立と科刑を認めたものとみるのが素直である。また，1項をそのように解釈することとの関係で，2項の「身分のない者には通常の刑を科する」との文言は，不真正身分犯の共犯についての成立と科刑を定めたものとみるのが素直である。 H18-4

〔論証例〕 身分犯の共犯についての65条1項と2項の関係 ●

65条1項と2項の関係をどのように解するかについては，文言を素直に解釈して，65条1項は，真正身分犯の共犯についての成立と科刑を規定するもので，同2項は不真正身分犯の共犯の成立と科刑を規定するものとする。

- ・この見解は，65条1項は真正身分犯（構成的身分）についての成立と科刑の連帯的作用を規定し，2項は不真正身分犯（加減的身分）の成立と科刑の個別的作用を規定したものと説明されることもある。一方，この説明に対しては，真正身分が身分を連帯的に作用させ，不真正身分が身分を個別的作用させることの実質的根拠を明らかにしていないとの批判がなされている。△

イ 有力説

→65条1項は、共犯の従属性を徹底するために、真正身分犯及び不真正身分犯の共犯の成立に関する規定で、同2項は、不真正身分犯の科刑を特に規定したものである。△ H18-4, H20-15

例：公務員Aの収賄罪（真正身分犯）に公務員でない者Bが加功した場合，Bには、65条1項により収賄罪の共犯が成立しその科刑がされる。なお、真正身分犯に身分のない者が加功した場合の65条の適用関係については、有力説と判例とで違いがでない。どちらの見解でも、真正身分犯に身分がない者が加功したときは65条1項しか適用されない点で共通する。△

例：保護責任者遺棄罪（不真正身分犯）に保護者でない非身分者が加功した場合，65条1項により非身分者にも保護責任者遺棄罪の共犯が成立し、2項によって単純遺棄罪の刑が科せられる（非身分者の成立罪名と科刑が不一致）。△

・理由

共犯者間の従属性を徹底するべきであり、65条の解釈については、共犯者間で成立する罪名は一致させるように解釈するべきである（共犯者間の罪名の一致）。△

H18-4

・批判

この見解によると、共犯者間では成立する罪名の不一致がなくなる（共犯者間での罪名は一致）が、前記の例のように、加減的身分をもつ者の成立罪名と科刑が分離（非身分者の成立罪名と科刑罪名との不一致）することになるので妥当ではない。

ウ その他の見解

→「違法の連帯性、責任の個別性」という原則を強調する立場から、65条1項は身分が違法性に関係する場合についての規定であり、同2項は身分が責任に関係する場合についての規定であるとする見解がある。これに対しては、違法身分と責任身分を区別することは困難であり、また、違法身分と責任身分が混合している身分犯もあるという批判がある。 H18-4

(4) 業務上横領罪の特殊性～非占有者と業務上の占有者の共犯の事例

→業務上横領罪は、業務上、自己の占有する他人の物を横領することで成立する犯罪である(253)。業務上横領罪は、単純横領罪(252)との関係では業務者という身分があることによって刑が加重・減輕される加減的身分犯であり、他方、非占有者との関係では占有者という身分があることによって犯罪行為になる構成的身分犯となる。このようなことから業務上横領罪は二重の身分犯といわれている。○

注：横領罪を、業務上横領罪との比較との関係で、単純横領罪ということがある。

参考

業務上横領罪：「業務上」という身分 + 他人の物の「占有者」という身分
横領罪： - 他人の物の「占有者」という身分

法定刑：業務上横領罪＝10年以下の懲役 横領罪＝5年以下の懲役

・65条の解釈につき、判例の立場に従うと、他人の物の単なる占有者が業務上の占有者の業務上横領罪に加功した場合は、業務上の身分がない単なる占有者は、65条2項により単純横領罪の共犯が成立し単純横領罪の刑が科されることになる。○

・問題となるのは、業務者でも占有者でもない非占有者が業務上の占有者の業務上横領罪に加功した場合に、非占有者にどのような共犯が成立するかである。

判例は、このような場合の65条の適用については、非占有者には65条1項により業務上横領罪の共同正犯が成立し、同2項により通常の横領罪の刑を科するとしている(最判昭32.11.19)。○ H23-16, H30-15

・判旨は明確に理由を述べていないが次のように説明できる。

業務上横領罪は非占有者との関係では真正身分犯になるので65条1項が適用され、業務上横領罪の共犯が成立する。もっとも、単なる占有者が業務上横領罪に加功した場合には、同2項により単なる占有者には横領罪の共犯が成立しその科刑がなされることとの刑の均衡を図るために、非占有者には65条2項をさらに適用して単純横領罪の刑を科すべきものと解される。●

関連問題：司法論文 H21, H24

れっく LEC 東京リーガルマインド

著作権者 株式会社東京リーガルマインド

(C) 2018 TOKYO LEGAL MIND K. K. , Printed in Japan

無断複製・無断転載等を禁じます。

LU18397