

P190

【19条】 没収

- ・1号, 2号 犯罪行為組成物, 犯罪行為の用に供した物
社会的危険を防止するために没収
1号の例 贈賄における目的物, 賭博の掛金
2号の例 住居侵入に用いられた合い鍵, 殺人の凶器, 通貨偽造に用いられた鋳型
横領用の鞆
cf. 足蹴にしたときにはいていた靴, 盗品の隠匿に使った禁錮, 覆面はあたらぬ
- ・3号, 4号 生成物件・取得物件・報酬物件, 3号に該当する物の対価として得た物
犯罪者に不法行為によって得た利益を保有させないため
3号の例 偽造通貨・文書・有価証券, 窃盗罪における他人の財物, 殺人の報酬
4号の例 盗品の売却代金, 窃取した金銭で買った指輪
- ・対象物は現存しなければならない
- ・犯人以外の者に属しない物である必要 = 第三者所有でないこと
cf. 無主物は没収できる, 法禁物は没収可能
- # 第三者が犯罪の後に情を知って取得したものは没収可能 (19条2項但書)
- ・効果は任意的

【19条の2】 追徴

- ・没収が不可能な場合 その価額を国庫に納付すべきことを命じること
3号, 4号にあたるもののみが対象

【20条】 拘留・科料のみにあたる罪 付加刑は課せない

例 侮辱罪

P76

3 責任

P77 旧派 道義的責任論

新派 社会的責任論

- ・意思決定論 = 意思の自由はない, 人間の行動は素質と環境によって決定されている
- ・刑罰の本質 = 目的刑

責任の本質 = 行為者の危険性に対する社会防衛措置を受けるべき地位
要するに受刑能力, 刑を科して教育改善の効果があるかに求める
責任から非難の要素の欠落

- ・責任非難の可否 (刑罰を科してよいか) 判断の方法
性格責任論 危険な性格を持つ行為者に対し, 危険な性格を持つが故に非難をする

メリット

・常習犯の処罰を説明しやすい

デメリット

・人格の主体的な面を無視するもの 個人主義の理念に反する

cf .人格的責任論

・責任非難の可否 性格責任論と行為責任論の融合

責任非難の基礎

自ら主体的に形成した人格の主体的現実化として犯罪行為が行われたこと

・一次的に行為責任

素質と環境に制約されつつも、主体的に形成されてきた人格がある

二次的に人格形成責任を考えることができる

P80

【41条】刑事未成年 14歳未満の者

P80

・責任能力の体系的位置づけ

責任能力は独立の責任要素である

責任能力は、他の責任要素の前提となる一般的な能力である

責任能力ない者に故意・過失は認められない

P81

四 2 心神喪失・心神耗弱の認定・判断方法

精神医学的な診断にとらわれない、鑑定人の意見に拘束されない(判例)

3-3 責任要素としての故意

P83

一 違法性の意識

違法性の意識不要説

・38条3項但書は違法性の意識がないことに宥恕すべき事由がある場合に刑を減輕しうる趣旨

厳格故意説 (違法性の意識必要説)

・38条3項 「法律」とは刑罰法規のことをいう

但書は法律の規定を知らないために違法性の判断が困難になった場合の規定

制限故意説

・38条3項 「法律」とは刑罰法規のことをいう

違法性の意識の可能性はある ただ違法性の意識を欠く場合に減輕しうる趣旨

×故意とは認識があること 可能性がある場合をこれに含めるのは無理がある

責任説

・厳格責任説 構成要件該当事実に関する錯誤以外はすべて法律の錯誤とするもの

× 故意が構成要件該当事実の認識として形式的に決まるかどうかは疑問

・制限責任説 違法性阻却事由に関する錯誤は事実の錯誤とするもの

× 事実的故意の存在だけでは、故意責任を認定することはできない

・38条3項但書

違法性の意識の可能性がある 違法性の意識を欠く場合に減輕しうる趣旨

自然犯・法定犯区別説

・自然犯においては違法性の意識不要, 法定犯においては違法性の意識必要

・38条3項但書は自然犯において、宥恕すべき事由がある場合に刑を減輕しうる趣旨

P87 違法性の意識の可能性を欠くについて相当の理由がある場合

違法性の意識の可能性がない場合とは？

・最高裁の判例, または確立した判例に従った場合

・所管の官庁または法的責任を持つ担当公務員の公式見解に従った場合

cf . 100円紙幣に紛らわしい外観を持つサービス券 警察官に相談しても相当の理由なし

cf . 私人である専門家(弁護士, 学者)の意見に従っただけでは「相当の理由」があるとはいえない

P89 事実の錯誤と法律の錯誤の区別

2 両者の区別が困難になる場合

規範的構成要件要素の認識 一定の評価的・価値的認識と結びついているから

チャタレー事件(判例) わいせつ文書頒布罪の犯意(前述)

無鑑札犬撲殺事件 財物の「他人性の錯誤」

・飼主証票なき犬は無主犬とみなす 無主犬だから撲殺してよい

法の誤解の結果, 他人の犬との認識を欠く場合 判例は事実の錯誤とした

行政刑罰法規における事実の認識 価値中立的だから

たぬき・むじな事件

・むじなはたぬきと別物であると信じて捕獲した場合 事実の錯誤(判例)

むささび・もま事件 法律の錯誤(判例)

整合性は? むじな・たぬきは別の動物だが, ムササビともまは同じものの別称に過ぎない

P92 誤想過剰防衛 過剰性の認識がある場合

・責任減少説, 違法・責任減少説 36条2項の準用が可能

・違法減少説 36条2項の準用が不可能

3-4 期待可能性

P94 期待可能性の判断基準

行為者標準説

・行為の際における行為者自身の具体的事情を基準とする

期待可能性の理論 行為者の人間性の弱さに着目して法的救済を与えることを目的とする

× 行為者にとってみればすべて理由がある すべてを理解することはすべて許すことになる

× 確信犯の処罰が困難となる

平均人標準説

・行為者の立場に平均人を置く 他の行為を期待しえたかどうかを判断の基準とする

法は平均人に要求される準則に対する違背を非難するもの

× 行為者にとって不可能なことを期待することはできない

× 平均人という観念は不明確である

国家標準説

・国家ないし国法秩序を標準とすべき

× 国法秩序の解釈が問題となる際に、かような基準を持ち出すのは問いをもって問いに答えるものである

× 期待する側の事情をもって判断することは「人間性の弱さ」に法的救済を与えようとする思想に反する

P96

第3章 【過失犯の構造】

1(2)認識ある過失

故意の本質をどう考えるかによって、未必の故意との区別が問題になる

蓋然性説 結果発生 of 蓋然性の高さによって判断

高ければ故意あり、なければ認識ある過失

認容説 認容の有無によって判断

動機説 動機に与える影響を重視、当該結果発生があるという認識があれば故意あり

P97 業務上の過失 加重処罰の根拠

・業務者には特別に高度な注意義務が課せられているとする説

・業務者の注意能力が通常人に比べ高度である点に求める説

2 過失犯の構造

二 許された危険の法理

社会的有用性を根拠に、危険を伴う行為について法益侵害の結果が発生した場合にも一定の範囲で許容する理論

鉱工業、高速度交通、医療

危険を伴うからといって禁止したならば社会生活がなりたない

P98

過失犯の構造

新新過失論

・過失の内容 結果の発生への危惧感を打ち消すだけの結果防止措置を採らなかったこと
未知の危険により結果が生じた場合に対応させるため

× 危惧感という基準が不明確 結果責任を認めることにもなりかねない

× 予見可能性の抽象化 過失の成立範囲が無限定になり、処罰範囲の不当な拡大を招く

P99

二 信頼の原則

1 意義

他者が適切な行動を取ることを信頼するのが相当な場合には、たとえそれらの者の不適切な行動により犯罪結果が生じてもそれに対して刑責を負わなくてよいとする理論

例 右折の合図をしながら右折しようとする原動機付き自転車の運転者

後方から来る他の車両の運転者が安全な速度と方法で進行することを信頼してよい

右折方法が法規に違反している場合でも、注意義務の存否とは関係がない

3 要件

他の者が適切な行動をすることに対する現実の信頼の存在、信頼が社会生活上相当なものであること

他の者が適切な行動をすることを信頼するに足りる具体的状況が存在すること

P101 結果について

事例 運転手の無謀運転 助手席のAが重傷

知らないうちに荷台に乗り込んでいたBCを死亡させた結果

錯誤論をそのまま持ち込むか、そうでないかについて争いがある

P102 因果経過の予見可能性に関する判例の整理

・結果発生の予見 危惧感ないし不安感を抱く程度では足りない

・事故発生に至るまでのプロセスにつきその細目にわたるすべての部分についてまで具体的な形で鮮明に予測することは必要ない 特定の構成要件的结果、および因果関係の基本的部分の予見を意味する

・大腸菌の多い井戸水との認識 O-157 という直接の原因についての予測可能性を欠いても、過失責任あり

P103

3 過失による違法性阻却事由

・急迫不正の侵害を認識していない場合 偶然防衛の問題

・急迫不正の侵害を認識しているが、反撃が犯罪としての認識を欠く場合

過失犯となると防衛の意思を欠くのではないか？

・非難の意思必要説 過失による緊急避難が認めにくくなる

過失による場合法益侵害の故意なし 他人の法益を犠牲にするという認識を欠く

三 過失犯と同意

被害者が事前に一定の危険を認識 あえてその危険に身をさらすこと

例 酩酊している友人の運転する自動車に同乗 事故で重傷を負う

・結果に対する同意が必要とする立場(結果無価値) 被害者の同意の法理の適用はない

・過失犯とは客観的注意義務違反(新過失論 行為無価値)

行為への同意があればたりる (被害者の同意の法理の適用あり)

P104

4 過失の競合

二 単独行為者の過失の競合

過失段階説 (直近過失一個説)

- ・結果に最も近接した最終の過失行為を刑法上の過失とする
 - 違法行為と評価されるのは結果発生の実現的危険がある行為である
 - 過失犯の実行行為は故意犯のそれと同様に考えるべきである
- × 最終行為の時点では責任が問えない場合がありうる
- × 結果発生に相当因果関係がある危険行為が複数ある場合
 - 結果に重大な影響を与えているものを実行行為とみないことには疑問がある

過失併存説

- ・併存する各注意義務違反行為全体を刑法上の過失とする
- × 過失の実行行為が無限定, 不明確になる

P105 ~ P106

2 監督過失

(1) 監督的地位にある者の過失責任

狭義の監督過失

- ・直接に結果を発生させる過失をした行為者に対して, これを指揮・監督すべき地位にある者がその過失を防止すべき義務を怠った場合
 - ・監督者は被監督者の過失を予見し結果を回避しうる立場にある 当然に責任を問いうる
 - ・具体的な予見可能性が必要 結果の予見可能性の有無を判断しにくい場合がある
- 中間項の理論
- ・信賴の原則 事前の安全体制が打倒ならば信賴の原則を肯定してよい
 - cf . 信賴の原則が適用されないとする立場もある (被監督者は一種の手足)

管理過失

- ・物的・人的設備, 機構, 人的体制などの管理の不備自体に対して過失責任が問われる場合
- ・不作為犯としての作為義務が認められるかが問題

P106

監督過失に関する判例

- ・ゆとりのない作業計画 計画を立案実施した過失がガス会社の取締役認められる
- ・火事の際, 当直看護婦や夜警員が当然果たしてくれるものと予想されるような活動がされない場合 これまで考慮して火災発生に備えた対策を定めなければならないわけではない
- ・病院理事長の過失責任を否定
- ・従業員らによる火災の通報, 避難誘導もない 取締役人事部長について, その所管業務ではなく, これが業務を担当する特別な事情もないから, 過失責任は否定

・ホテルから出火 スプリンクラーの設備,防火区画の設置がなされていない,従業員らの適切な消火活動や避難誘導がなく,多数の死傷者が出た

ホテルにおいては火災発生の危険を常にはらんでいる,防火管理体制の不備を解消しない限り,いったん火災が起これば死傷の結果が生じることは容易に予想できた
代表取締役の過失責任を肯定した

P108

第4章 修正された構成要件

1-1 未遂犯

P109 未遂犯の処罰根拠

・主観主義刑法 行為者の意思ないし性格の危険性の外部的表動があるから

未遂も既遂と同様広く処罰すべきことになる

cf. 客観主義刑法 法益侵害の危険発生に求める

43条(減輕できるに過ぎない)は主観主義刑法的,44条(処罰は例外)は客観主義刑法的

中止犯

P112

三 任意性

・限定主観説 広義の後悔がない限り,中止犯は成立しない

・主観説 中止の原因が外部的障害にあるのか,内部的動機にあるのかを基準とする

盗みに入ったが,欲しい物がなかった 中止未遂

恐怖・驚愕による場合 障害未遂

・客観説 外部的事情が一般人にとって通常犯罪の完成を妨げる内容か否か

盗みに入ったが,欲しい物がなかった 中止未遂

恐怖・驚愕による場合 中止未遂

P113

四 実行行為の終了時期

実行行為が終了すれば行為を単にやめるだけではたりなくなう

例 6発撃てる拳銃

1発で殺そうとし,1発撃ってあたらなかったところで後悔してやめた場合

例 2発目で射殺しようと1発撃ち,負傷させたが,後悔して2発目は撃たなかった場合

例 2発目で射殺しようと1発撃ち当たらなかったが,後悔して2発目は撃たなかった場合

実行行為の終了時期

客観説 客観的危険性の有無では判断 上の事例のすべてで中止犯が成立しない

主観説 行為者の意思・計画を基準として判断する 計画通りの行動をしたら中止犯不成立

折衷説 行為者の外部的形態と行為者の意思を総合的に観察して判断する

具体的危険の発生を中心として考えている?

P115

1-2 不能犯

主観説 行為者に犯意があり、かつその犯意を実現しようとする行為があればすべて未遂とする
主観主義刑法

× 迷信犯については不能犯とするが、その理論的根拠が不明確である

抽象的危険説 一般人を基準として判断 基礎事情は行為者の認識を基準とする

× 一般人から見て結果発生の危険性がない行為を処罰することになる

例 台所にある砂糖の瓶に入っている砂糖 青酸カリだと思いこんでいる場合

cf .砂糖で人を殺そうと思っている場合は不能犯

具体的危険説

一般人を基準として判断 基礎事情は一般人の認識を基準とする

ただし、行為者の正確な認識を基礎に取り込み、修正する

× 人によって危険性があったりなかったりすることになる

例 台所にある砂糖の瓶に入っている砂糖をのませて人を殺す

行為者だけが被害者の特異体質を知っている場合

cf .例 台所にある砂糖の瓶に入っている砂糖 行為者が青酸カリだと思いこんでいる場合
行為者の認識は基礎としない

客観的危険説

研究室にある青酸カリとのラベルが貼ってある砂糖 不能犯になる

真実を知っていれば、結果が発生しようがない

・危険性の判断を行為後の事情まで含めて事後的に純科学的に行う

× すべての未遂犯は不能犯である...ということになりかねない

通常未遂犯にする例

警官から盗んだピストル(義務違反で弾を込めてなかった) 不能犯

重傷を負った被害者をピストルで撃つ(被害者は撃たれた時に死んでいた) 不能犯

純粋客観説は一步間違えば結果が発生していたのではないかという場合も不能になる

・行為時に存在した客観的事情を基礎に、行為時を基準として確率的判断を行う(修正客観説)

研究室にある青酸カリとのラベルが貼ってある砂糖 不能犯になる

P121 予備・陰謀

他人予備の可罰性

他人予備の可罰性肯定説

独立予備罪のみ他人予備の可罰性を肯定する説

独立予備罪 内乱予備など、罪を犯す目的を要求していない予備罪

通貨偽造準備のみ他人予備の可罰性を肯定する

通貨偽造準備は独立の構成要件である

他人予備の可罰性否定説

予備の 実行行為性を認め、目的を身分とみて予備の共同正犯を認める

他人のため予備をした者も予備罪にすることができる

cf . を認めなければ共同正犯にはできない。他人予備可罰説なら は不要

P123 共犯

P124

三 必要的共犯

1 意義 二人以上の者の共同の犯行を予定して定められた犯罪

・多衆犯 同一の目標に向けられた多衆の共同行為が必要とされる犯罪

関与者の処罰は、関与の態様、程度に応じて段階づけられている

内乱罪(77条)、騒乱罪(106条)

・対向犯 二人以上の行為者のお互いに対向した行為の存在が要件とされる犯罪

例 重婚罪、贈賄・収賄、わいせつ物販売罪(一方だけ処罰される)

2 共犯規定の適用の可否

原則 総則の共犯規定は適用されないとされている それぞれ正犯として処罰される

一 多衆犯 集団内部への者には共犯規定を適用する余地がない

外部からの関与行為(武器の供給など)はどうか

否定説 多衆犯は集団的行動への関与を一定の態様と限度でのみ処罰しようとするもの

肯定説 特別の処罰類型がない場合は共犯規定の適用に障害となる点はない

二 対向犯 わいせつ物頒布罪では、一方の者が処罰されない

教唆・幫助行為をした場合はどうか

原則として処罰しない 関与の態様が度を越した場合は例外と考える余地あり(判例)

P136 共同正犯に成否に関する問題

一 共謀共同正犯

3 共謀 一堂に会して行うことを要しない。暗黙になされてもよい。犯罪の具体的内容を詳細に知る必要もない

P137 共同正犯と過剰防衛

1 共同正犯が成立する状況 一方の共犯者に過剰防衛が成立する場合、他方の共犯者の罪責は?

・共同正犯者の各人につきそれぞれ要件を満たすかどうかを検討して決すべき(判例)

2 共同正犯と正当防衛

判例同様に個別化して考えられる場合

・最小限従属性説を採った場合

・違法の個別性を肯定した場合(純粹惹起説)

純粹惹起説 自傷行為の教唆、自己の傷害の教唆などで問題となる説

cf .修正惹起説 共犯の従属性を重視する考え方

・主観的違法要素を認め、これは個別的に考える場合

・共犯従属性の理論を共同正犯に妥当しない 独自の理論を組み立てた場合

cf .個別化して考えない場合 上の事情がない場合

例 極端従属性説 ,制限従属性説を採り ,論理的に貫いた場合

P142 207 条との関係

甲が A に暴行を加えた後 ,乙が意思を通じて暴行に加わった

A に生じた傷害が Y が参加した以降に生じたか特定できなかった場合

207 条を適用を肯定する (判例)

cf .因果関係が明白な場合 利用補充関係がない限り ,一部実行全部責任は否定される

P145 教唆

・教唆は黙示的・暗示的なものでたりる

・特定の犯罪を実行する決意を生じさせる必要

人殺しをやれなど漠然と犯罪一般を唆すのえはたりない

P146

三 1(2)共同教唆 AB で犯罪を共謀 ,B が実行担当者 B が C を唆して犯罪を実行させた場合
間接教唆とする立場と共同教唆とする立場がある

一問一答共犯理論～問題

1 各共犯理論間の関係

ア 共犯の本質論について。

- a 共犯処罰に正犯の実行の着手を必要とするかという観点から、この問題を何の問題というか。
- b 共犯は、1人でもよく、正犯と質的相違はないとする説を何というか。
- c 共犯の成立に正犯を必要とするを何というか(共同正犯の成立に2人以上の正犯が必要か)
- d 現在の通説はbcのいずれか。

イ

- a 要素従属性の問題とは何についての争いか。
- b 要素従属性の問題は、共犯独立性説・従属性説のいずれから導かれるか。
- c 要素従属性の問題について、正犯という以上、責任まで必要とする説を何というか。
- d 同じく、違法性さえ備えればたりとする説を何というか。
- e 現在の通説は、cdのいずれか。

ウ 要素従属性と間接正犯の関係について。

- a 間接正犯は、もともと、要素従属性の問題でいかなる説を前提として導かれた概念か。
- b 極端従属性説に立った場合、14歳未満の者を教唆して窃盗をさせた者の罪責をどのように考えるか。

解答

1

ア

- a 実行従属性の問題
- b 共犯独立性説
- c 共犯従属性説
- d c共犯従属性説
共犯の処罰根拠は、間接的に法益侵害の危険性を発生させたことにある。正犯が存在しなければ、処罰に値するような法益侵害の危険性を発生させたとはいえない

イ

- a 共犯に対して正犯というには、いかなる犯罪の成立要素を備えていることが必要か。
- b 従属性説
独立性説なら、そもそも正犯の存在が不要、従属性の問題はない
- c 極端従属性説
- d 制限従属性説
- e d制限従属性説
間接的に法益を侵害したといえるためには、正犯が違法性(法益を侵害したこと)さえ備えていれば十分だから

ウ

- a 制限的正犯概念かつ極端従属性説
- b 窃盗の間接正犯

c abの考え方の問題点を二点指摘せよ。

d 我々は間接正犯と教唆犯の成否をどのように検討すべきか。

e まず間接正犯の成否をどのようにして判断するのか。

工 罪名従属性について。

a 罪名従属性の問題の内容を答えよ。

b 共犯独立性説なら、この点どのような結論を導くか。

c 罪名の一致を要求する立場を何というか。

d 歴史的に、cの立場の前提として、共犯の本質論からは、どんな立場にたつことになるか。

e 共犯従属性説なら、必然的に罪名の従属性を要求するのか。

狭義の共犯の錯誤 罪名の従属性は要求しない

部分的犯罪共同説 罪名の従属性を要求しない

c 問題点1 教唆犯が成立しないから、間接「正犯」の成否を検討するのは、誤りである(あくまで犯罪の成否は正犯の成否から検討し、これにあたらぬときに初めて共犯を検討すべき。共犯が成立しないならば、無罪としなければならない)。

問題点2 刑事未成年に命じて窃盗をさせた場合一つをとっても、教唆というべき場合もあるから、すべて間接正犯とすることは不当である。

d まず間接正犯の成否を検討し、これが成り立たない場合に教唆犯の成否を問題とする。

e 利用者に正犯意思と、被利用者の行為支配性が認められるかを検討。これがあれば間接正犯、なければ教唆犯

工

a 共犯間で、成立する罪名は一致する必要があるかの問題。

b そもそも従属性は不要である以上、罪名もばらばらでよく、行為共同説が導かれる。

c 犯罪共同説

d 共犯従属性説

e 必ずしもそうではない。必然的に犯罪共同説が導かれるわけではな

ただし、共同正犯は同一の罪名で認める

- cf .完全犯罪共同説 重い罪に罪名を一致させる
38条2項で科刑のみ軽い罪にする

オ 処罰根拠論について。

- a 狭義の共犯の処罰根拠として、正犯を通じた法益侵害に求める立場を何というか。
b 同じく、共犯が正犯を墮落させた点に求める立場を何というか。
c 共犯独立性説からは、処罰根拠論のうち、いずれの立場とつながるか。
d かつて、従属性説はいずれの立場につながると言われていたか。
e 共犯従属性説から因果的共犯論を採ることはできないのか。

カ 過失犯と共犯について。

- a かつて、罪名従属性の問題と過失犯の共犯の成否は関係があるとされていた。行為共同説からは、過失犯の共犯の処罰を肯定するか、否定するか。
b aと関連し、行為共同説・共犯独立性説を採ると、片面的共同正犯・教唆・幫助の可罰性をどう考えることになるか。
c 犯罪共同説に立った場合、過失犯の共同正犯・教唆・幫助の可罰性をどう考えることになるか。理由を付して答えよ。
d 過失概念の変容に関し、過失とは結果の予見義務違反、もっぱら
い不注意だったという内心に本質を求める立場を何というか。
e dの問題点を答えよ。

い。

傷害致死と殺人のように、罪名を不一致にしても、共同正犯を認めるべき場合があり得る。

オ

- a 因果的共犯論
b 責任共犯論
c 因果的共犯論
単独犯と構造が変わらない
d 責任共犯論 正犯を墮落させたというためには、正犯が犯罪の実行に着手する必要
e できる

カ

- a 肯定する
単純に行為を共同すれば犯罪は可能だから。前提が共犯独立性説なので、共犯同士意を通じ合う必要もなし
b 肯定説につながることになる
c 当時は過失概念について、旧過失論が採られていたため、否定説につながるとされていた。
d 旧過失論
e 旧過失論は、不注意のため、結果の発生を予見する義務に反することを過失と見ていた。そのため、たとえば、自動車の運転においては、もともと危険を含む行為であ

f 新過失論は、過失の正体をどのように考えるのか。

g fと考えた場合、過失犯独自の実行行為はあることになるか。

h 旧過失論に立った場合、過失犯の共同正犯・教唆・幫助の可罰性を肯定するか否か。理由とともに答えよ。

i 新過失論ならどう考えることになるか。

キ 形式論・実質論の争いについて。

a 構成要件という枠組みを重視し、処罰範囲の確定に条文に書かれた事項を重視する立場がある。この立場を取る理由を答えよ。

b aの立場に立った場合、正犯はいかなる行為をする必要があるか。

c 同じく、共犯処罰についてはどうか。

d 以上の立場に立つと、共謀共同正犯は認めるか。

るから、いかなる場合も結果の発生が予見され、過失が認められかねないと批判をされた。

f 注意義務違反 (= 結果回避措置を取らないという不作為)に求める

g ある

h 可罰性は否定

特に共同正犯・教唆においては無意識状態を通じたり、惹起させたりすることは無理と否定される

i 共同正犯、教唆・幫助は可罰的

過失犯の実行行為 = 「必要な作為をしないこと」が考えられるから、これを共同して実行したり、唆したりすることは可能ということになる。

キ

a 構成要件という枠組みを曖昧にすることは、権力の濫用を招く

b 実行行為として構成要件に該当する行為そのものを行う必要があり、条文に書かれた行為こそがそれである。

c 正犯行為 = 基本的構成要件そのものに該当する行為 = 実行行為に加担した場合のみ処罰の対象になる。(修正は一回しか認めない)

d 認めない 正犯は構成要件該当行為そのものを行うべきだから

e 共犯の共犯，予備の共同正犯は認めるか。

e 認めない

* 形式論に立つと，実行行為・実行の着手の有無は形式的行為説をとる

・間接正犯というためには，利用者自身が実行行為 = 構成要件該当行為を行う必要がある

原因において自由な行為では，責任能力ある者が実行行為 = 構成要件該当行為を行う

f 以上に対して，判例，現代の立場はどう考えるのか。基本的な考え方を説明せよ。

f 法益侵害の防止・自由保障の観点から妥当な結論を考える

g fの立場に立った場合，共謀共同正犯は認めるか。共犯の共犯，予備の共同正犯は認めるか。

g いずれも認める

ク 結果的加重犯と過失の共犯との関係について。

ク

a 過失必要説は結果的加重犯をどのような犯罪と考えるか。

a 故意犯と過失犯の複合形態

b 過失不要説は結果的加重犯をどのような犯罪と考えるか。

b 過失犯の要素はないとみる

c 共犯形態により，基本犯（例 傷害）が犯され，加重結果が生じた場合について，加重結果について，自ら手を下さない者（命令をした者，教唆をした者など）に責任を問えるかについて，責任の肯定に特に問題が生じないのはaかbか。

c b 過失犯の要素はないとみるから

d cについて，問題が生じる説は，いかなる点に問題が生じるのか。

d 過失犯の要素を認めるので，過失犯を共犯形式で行えるかという論点で否定説を採ると，結果的加重犯について，過失犯の部分である重たい結果の責任を問うことが難しくなる。

e 過失の共犯の処罰否定説に立つと，結果的加重犯の加重結果まで，共同正犯，教唆犯としての処罰をすることはできないのか。

e そうとも限らない故意犯の部分があり，この部分の共同が可能だから

ケ 共犯と錯誤について

ケ

- | | |
|---|--|
| <p>a 教唆・幫助犯の意図と正犯が起こした結果に食い違いがある場合、どのように処理するか。</p> <p>b aのように処理する場合、教唆・幫助犯と正犯に成立する罪名が異なることがありうる。罪名は違ってよいのか。</p> <p>c 共同正犯において、共同行為者相互間に成立する罪名が異なることを認めやすいのは、共犯独立性説、従属性説のいずれか。</p> <p>d 従属性説からは、罪名が異なることは一切認められないのか。</p> | <p>a 通常の錯誤の問題と同様に処理する 具体的事実の錯誤があるに過ぎない場合、故意は阻却しない。抽象的事実の錯誤では、重なり合いがある限りで軽い罪が成立</p> <p>b よいとするのが通常</p> <p>c 独立性説</p> <p>d そんなことはない。部分的犯罪共同説や行為共同説を採れば、罪名が異なることは認められる。</p> |
|---|--|

Q 各共犯理論間の関係を教えてください。

A それぞれの理論間に複雑な関係がありますが、とりあえず次のような流れで暗記しておいてください。

1 まず本質論(実行従属性の問題の答えがそのまま導かれる)

・共犯は、1人でもよく、単独犯と質的相違はないか= 共犯独立性説

・共犯の成立に正犯が必要か(共同正犯の成立に2人以上の正犯が必要か)= 共犯従属性説

* 処罰根拠から逆算しても、正犯の存在は必要と思われる

処罰に値する危険性の発生、一部実行全部責任

正犯(または複数の行為者)が存在が必要

2 他の問題は、本質論から派生

要素従属性の問題

独立性説なら、そもそも正犯の存在が不要、従属性の問題はない

従属性説なら、正犯の存在が必要 正犯というには、いかなる犯罪の成立要素が必要か?

(「正犯」という以上、責任まで必要とする説、違法性さえ備えればたりとする説)

* おすすめは、処罰根拠を法益侵害に求めることから逆算して考える

違法性さえそなえれば、法益侵害は可能、制限従属性説がおすすめ

cf .誇張従属性説、極端従属性説、最小限従属性説などもある

罪名従属性の問題

独立性説なら、そもそも従属性は不要 罪名もばらばらでよい = 行為共同説
行為共同説の中に、構成要件の重要部分の共同が必要とする説がある
例 甲は殺人、乙は器物損壊のつもりで行動 共同正犯は成立しない
従属性説なら、罪名の従属も必要 = (特定の構成要件にあたる)犯罪共同説？
必ずしもそうではない

共犯としての処罰根拠 = 間接的な法益侵害・法益侵害の危険性が倍加する関係
この点を満たせば、罪名の従属は必ずしも不要！

Q 過失犯と共犯について教えてください

かつての議論

- ・行為共同説 単純に行為を共同すれば犯罪は可能、意を通じ合う必要もなし
過失犯の共同正犯・教唆・幫助、片面的共同正犯・教唆・幫助などを認めやすい
- ・犯罪共同説
- ・特定の犯罪共同する必要 ?? へ！

- (1)旧過失論 過失とは結果の予見義務違反、もっぱらい不注意だったという内心が本質
- (2)新過失論 注意義務違反 (= 結果回避措置を取らないという不作為)に求める立場

- (1)なら、不可能 (特に共同正犯・教唆は無意識、不注意という意識の共同・惹起は無理)
- (2)なら、共同正犯、教唆・幫助が可能 (ただし教唆・幫助はあえて否定するのがおすすめ)

他の学説

- ・単独の過失犯の問題に解消すればよいとする説
- ・共同正犯 各行為者の正犯性と、行為と結果との間に因果性があればたりる
このような関係がある限り過失の共同正犯は認められる (故意の共同は必要ない)とする

説

Q 予備の共同正犯について否定説・肯定説の背景を教えてください。

- (1)戦中派の立場 = 構成要件という枠組みを大切にすると
枠組みを曖昧にすることは、権力の濫用を招く

よって

- ・正犯処罰のためには、構成要件に該当する行為そのものを行う必要
- ・共犯処罰は、正犯 = 構成要件そのものに該当する行為を行うことに加担した場合のみ (修正は一回だけ)

論点では

- ・実行行為・実行の着手の有無は形式的行為説をとる
- ・間接正犯というためには、利用者自身が実行行為 = 構成要件該当行為を行う必要がある
- * 原因において自由な行為では、責任能力ある者が実行行為 = 構成要件該当行為を行う
実行行為を行う時点で責任能力がなければ、行為を思いとどまれない
- ・共謀共同正犯は認めない
- ・共犯の共犯、予備の共犯を認めない

(2)判例 ,現代の立場

法律の形式的な解釈より,結論から逆算して妥当な結論を出す。

法益侵害の防止から考える

・正犯処罰のためには,構成要件が保護する法益侵害がありうるかという観点から考える
実行行為は構成要件に文字通り書かれた行為とは限らない

・共犯処罰も,犯罪 = 法益を侵害することに加担する限り,処罰の可能性はある
論点では

・実行行為・実行の着手の有無は実質的行為説をとる

・間接正犯というためには,利用者自身が実行行為 = 構成要件該当行為を行う必要はない

*原因において自由な行為でも,責任能力ある者が実行行為を行う必要はない

正犯処罰のためには,もともと自ら実行の着手をする必要がない

・共謀共同正犯は認める

・共犯の共犯,予備の共犯を認める

Q 他人予備の肯否について説明してください。

他人のための予備行為は認められるか(予備をする者 自ら犯罪を実行する意思は必要か)

一般に否定する

未遂の前段階としての性質,条文「199条の罪を犯す目的をもって」の形式的解釈
ならば

目的がない者は,共同正犯にすることもできないのではないか?

目的があることを身分と考えればよい