

共謀の射程の判断

——行為計画に基づいた故意——

樋 笠 堯 士*

要 旨

本稿は、共犯の錯誤・過剰に関し、行為計画に基づいた故意に鑑みて共謀の射程を判断するよう試みるものである。東京高判昭和60・9・30、東京地判平成7・10・9、東京高判平成21・7・9、福井地判平成25・7・19などの下級審においては、客観的には行為態様自体が共謀の内容に含まれているように見えてもその目的が当初のものと全く異なる場合や、被害客体および犯罪が同一ではあっても共犯者が共謀とは異なった行為態様をとった場合には、共謀の射程が否定されているように思われる。それゆえ、共謀の射程を検討するに際しては、因果性の問題だけでなく、行為計画に基づいた故意の考慮が必要であると考えられる。かかる考慮につきドイツの議論を参照し、共同の行為計画から共謀の射程が判断されていることを導き出す。そして、共謀について、動機・目的の同一性（連続性）、過剰行為の予見可能性（随伴性）、行為の質的同一性を考慮して、過剰な行為が行為計画に基づいた故意の範囲にあったか否かを判断すべきであると考え、その上で本稿は、行為計画に基づいた故意の検討がなされる場合には、法定的符合説の適用領域は限られたものになり得るという結論を得るものである。

目 次

- I はじめに
- II 我が国における共犯の過剰および共犯の錯誤
- III ドイツにおける共犯の過剰および共犯の錯誤
- IV 検 討
- V おわりに

I はじめに

実行行為者が事前の謀議に基づいて犯罪に及んだ場合には、謀議のみに関与した者も共同正犯としてその刑責が肯定されることになる。¹⁾しかし、

実行行為者が事前の謀議の範囲を超えるような行為に出た場合や、実行行為者の行為が事前の謀議に基づいたとはいえない場合（全く異なった犯罪を惹起した場合）には、謀議関与者について共同正犯としての刑責が否定されることになる。共犯の錯誤とは、共犯（共同者）が認識・予見した事実と、正犯（他の共同者）が実現した構成要件該当事実とが異なる（＝食い違う）場合のことである。²⁾一般に、共犯者の一人が共謀の範囲を超えて重い犯罪を実現した場合（いわゆる共犯の過剰）に関し、軽い犯罪を共謀した者には両罪の構成要件が重なり合う限度で共同正犯の成立が認められるというのが判例・通説である。後述の最決昭和54・4・13（刑集33巻3号179頁）は、暴行傷害を共謀した共犯者の一人が殺人に及んだ場合、殺意のなかった者には殺人罪の共同正犯と傷害致死罪

* ひかさ たかし 法学研究科刑事法専攻博士
課程後期課程
2015年10月2日 推薦査読審査終了
第1推薦査読者 只木 誠
第2推薦査読者 鈴木 彰雄

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と判示している。しかしながら、共犯の錯誤・過剰の取り扱い、共謀内容の概括性、謀議・因果性の有無、構成要件的重なり合いなどの諸論点が錯綜しており、混乱を極めたまま共謀の射程が判断されているように思われる。³⁾とりわけ因果性の問題は、共同正犯だけでなく、幫助犯・教唆犯においても同様に存するのである。⁴⁾実務においては、東京高判昭和60・9・30は、被告人が対立組織との交渉を有利に進めるといふ目的の下で暴行を加えてでも被害者を拉致するよう指示し、実行担当者らは自分達の体面を守るという目的で被害者を殺害した事案について、被告人に殺人も傷害致死の責任も認められないとした。また、東京地判平成7・10・9においては、実際に行われた犯罪は同一ではあるものの、共犯者が共謀とは異なった行為態様をとった場合に、行為者には結果が帰属されないとされた。東京高判平成21・7・9では、「被害者への組の制裁」という共謀内容の目的・動機が、第2暴行においても維持されているかが判断され、福井地判平成25・7・19も、第2暴行の動機や目的は、第1暴行とは大きく相違すると判示している。このように、下級審においては、客観的に行為態様自体が共謀の内容に含まれているように見えてもその目的が当初のものと全く異なる場合や、被害客体および犯罪が同一ではあっても共犯者が共謀とは異なった行為態様をとった場合には、共謀の射程が否定されているように思われるのである。

II 我が国における共犯の過剰および共犯の錯誤

数人が暴行・傷害を共謀し、実行段階で共犯者の一部が重い殺人罪の故意をもって実行行為に及び未遂に終わった場合に共同正犯が成立する範囲については、大きく三説に分類される。第一に、完全犯罪共同説である。重い犯罪である殺人未遂の共同正犯の成立を認め、共犯者の中で殺意を有しなかった者については刑法三八条二項を適用し

て傷害罪の限度で処断する見解、あるいは、共同意思主体説の共同正犯一体性の原理から、重い犯罪につき共同意思主体の活動とみて、共同正犯は一体として重い罪につき成立し、ただ処罰については個別的に考察すべきであるとする見解である。⁵⁾第二に、部分的犯罪共同説である。同説は、軽い犯罪である傷害罪の限度で共同正犯の成立を認めるものである。⁶⁾第三に、行為共同説である。同説は、重い犯罪である殺人未遂罪と軽い犯罪である傷害罪との共同正犯の成立、すなわち異なる罪名の共同正犯を認めるものである。⁷⁾これらの学説の対立は罪名と科刑に関するものであり、いずれも行為者に故意がなければ重い結果を問うことはないといえる。

共犯の過剰・錯誤を論じるには、まず、「因果性」に関する検討が必要である。そもそも、共犯は正犯を介して間接的に犯罪を惹起するものであるから正犯行為を援助促進して結果を惹起していると考えられる。⁸⁾そして、刑法の目的は法益保護にある以上、共犯も法益侵害結果に対して因果性を有するから処罰されるのである。したがって、共犯における因果性は心理的・物理的方法で正犯による結果惹起を促進援助したことを指すとされる。⁹⁾実務においても、例えば共犯の離脱の問題は因果性の有無により判断されている。¹⁰⁾それゆえ、共犯に「因果性」が存しない限り、共犯の過剰・錯誤を論じることができないのである。¹¹⁾この因果性については、物理的因果性と心理的因果性の2つ、あるいは少なくとも1つが必要であるとされている。¹²⁾因果性と故意との関連および検討は、IV章に譲るとし、以下では共犯の過剰・錯誤に関する判例及び裁判例を概観し、裁判所の判断方法を考察する。

1. 判例及び裁判例

(1) 結果的加重犯に関するもの

古いものでは、①最判昭和23・11・4(刑集2巻12号1452頁)がある。これは、強盗共謀者の一人

が実行行為の途中から強盗の手段として殺意を生じて人を殺害したときは、殺意のなかった他の共謀者も、強盗致死の罪責を免れないとされた事例である。「しかし、強盗殺人罪は、強盗する機会に人を殺すによって成立する結合的犯罪である。数人が強盗の罪を犯すことを共謀して各自がその実行行為の一部を分擔した場合においては、その各自の分擔した実行行為は、それぞれ共謀者全員の犯行意思を遂行したものであり、又各共謀者は他の者により自己の犯行意思を遂行したものであるから、共謀者全員は何れも強盗の実行正犯としてその責任を負うべきものである。そして、強盗共謀者中の一人又は数人の分擔した暴行行為により殺人の結果を生じたときは、他の共謀者もまた殺人の結果につきその責任を負うべきものである。」と判示されている。同種のものとして、②最判昭和26・3・27（刑集5巻4号686頁）がある。これは、強盗の共犯の一人が、強盗に着手した後家人に騒がれて逃走し追跡されているうち、巡査に発見され追いつかれて逮捕されようとした際、逮捕を免れるため同巡査に切りつけ死に至らしめたときは、その強盗殺人の行為につき他の共犯も責任を負うべきであるとされた事案である。「原審の認定した事実によれば相被告人岩本幸信は被告人と共謀の上原判示の如く強盗に着手した後、家人に騒がれて逃走し、なお泥棒、泥棒と連呼追跡されて逃走中、警視庁巡査に発見され追付かれて将に逮捕されようとした際、逮捕を免れるため同巡査に数回切りつけ遂に死に至らしめたものである。されば右岩本の傷害致死行為は強盗の機会において為されたものといわなければならないのであって、強盗について共謀した共犯者等はその一人が強盗の機会において為した行為については他の共犯者も責任を負うべきものであること当裁判所の判例とする処である（昭和24年（れ）第112号同年7月2日第二小法廷判決）それ故相被告人岩本の行為について被告人も責任を負わなければならない」と判示されている。次に、③鹿児島地判

昭和52・7・7（判時872号128頁，判タ352号337頁）であるが、これは、被告人A、同B、同C及びEが、甲に対する傷害の故意をもって共謀のうえ、判示のD方居室において、交々手拳で甲の顔面身体等を殴打足蹴する等の暴行行為に出て、その際、被告人Aが突嗟に殺意をもって、D方台所より万能包丁を持ち出して、同包丁で甲の背部を二回突き刺したが同人を殺害するまでには至らず、被告人A、同B、同C及びEの右一連の暴行により判示の傷害を負わせた事案である。裁判所は「被告人B、同C及びEは右犯行当時傷害の故意をもっていたにすぎず、被告人Aの殺人未遂行為は、その余の右三名の予期しないところであった。……共同正犯は二人以上の行為者が特定の犯罪に関して故意を共同にして、これを実行することが必要であり、共同行為者の認識している構成要件の故意が共同行為者相互の間においてくいちがっている場合に、それが異なった構成要件間のくいちがいであるときには、原則として共同正犯の成立は否定され、ただ例外的にそれが同質で重なり合う構成要件間のものであるときには、その重なり合う限度で故意犯の共同正犯の成立を認めることができ、その過剰部分についてはその認識を有していた者のみの単独の故意犯が成立することになると解せられる……しこうして、傷害と殺人との間には、その行為の態様、被害法益において構成要件的に重なり合うものがあり、罪質的にも同質性を認め得るし、殺人の意思の中には、暴行・傷害の意思も包含されているものと解されるから、本件において、被告人A、同B、同C及びE間においては、傷害の範囲で共同正犯の成立を認容し得るにすぎない。」と判示している。

次に、リーディングケースとされる④最決昭和54・4・13（刑集33巻3号179頁）がある。最高裁は「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柴田ら七名のうちの井上が前

記福原派出所前で石原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、殺意のなかった被告人柴田ら六名については、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。」と判示した。¹³⁾ これら③・④の判例によれば、共同正犯も、各共犯者の個人の責任を問うものである以上、共謀段階における故意の内容を越えて処罰することはできないということが看取されよう。

同様に、殺人と強盗致死の関係については、⑤大阪地判平成8・2・6(判タ921号300頁)がある。

これは、強盗を共謀した者の一人が強盗の機会に人を殺害した場合に、他の共謀者も強盗致死罪の責任を負うとした事例である。裁判所は「およそ強盗の共謀をした者はその強盗の機会に他の共犯者が強盗殺人の所為に出た場合に強盗致死の限度で責任を負うべきであり、かつ、このように解することは個人責任の原理に立脚して、共同正犯の処罰根拠をいわゆる相互利用に求めることと何ら矛盾するものではないところ、本件においては、甲がけん銃を発砲した時期及びその状況からして、D殺害の行為が強盗の機会になされたことは明白であり、したがって、被告人は本件致死の結果に対する責任を免れない。また、関係証拠によれば、被告人は、本件強盗の態様や甲の性格等からして、甲がけん銃をDに向けて発砲することを十分予見できたものと認められるから、これを回避しようとしなかった被告人に過失があることも明らかである。」と判示した。強盗を共謀した者の一人が強盗の機会に殺意をもって人を殺害した場合、殺意を有しない他の共謀者も強盗の機会に暴行が行われることの認識はあり、殺人行為も暴行である以上、結果的加重犯たる強盗致死罪の限度では責任を負うべきであると解される。¹⁴⁾

刑法240条の強盗致死罪における致死の結果は、判例の依拠する機会説によれば、①強盗の手段である暴行・脅迫から生じる場合、②強盗の機会に

生じる場合が考えられる。①の場合は、強盗の実行行為の一部である暴行・脅迫から致死の結果が生じてしまう事案で、基本犯と重い結果を生ぜしめた行為とが同一であり、結果的加重犯の規定がなければ、強盗罪と傷害致死罪の観念的競合になるような場合である。これに対して、②の場合においては、強盗の実行行為としての暴行・脅迫(及び財物奪取行為)が行われた上で、さらにこれとは別に、例えば逮捕を免れるために他者に対する傷害行為が行われ、そこから死の結果を生じさせるような場合が典型例であり、240条の規定がなければ強盗罪と傷害致死罪の併合罪となるべき行為が強盗致死罪を構成している。②のように、強盗の機会において行われた暴行が原因となって致死の結果が生じた場合には、暴行・脅迫を用いて財物の占有を奪うという当初の共謀(合意内容)に含まれているかどうか不明確な行為によって結果が生じているため、他の共同正犯者に致死の結果が帰責されるか、という問題が生じる。基本犯が重い結果を発生させることについて固有の類型的な危険を有していることに、結果的加重犯における法定刑の加重の理由を求める危険性説に立つ場合、重い結果発生について類型的な危険を有している基本犯の行為を共同実行する以上、結果的加重犯の共同正犯を認めることができる。¹⁵⁾ さらに危険性説を前提としながら、結果的加重犯の成立には基本犯としての行為と、生じた重い結果との間に単なる過失犯以上の密接な関連性があることを要求し(直接性説と呼ばれる)、行為者が重い結果を実現した基本行為の危険性を基礎づける事情を認識しているという主観的要件を要求する見解もある。¹⁶⁾ この立場によれば、結果的加重犯の共同正犯を認めるには、基本行為の危険性を基礎づける事情(凶器の存在や共同者の普段からの粗暴性、憤激の程度など)について、共同正犯者において認識されていなければならない。上述④の判例の事案において、当初鰻包丁を携帯していた者ではない別の者が巡査を刺殺した

という事情があるものの、鰻包丁を携帯していくこと自体については全員の合意があったと考えられるのである。逮捕を免れるために凶器を用いることについて黙示の意思連絡があったと認めることは一応可能ではあるものの、例えば当初から凶器の用途が財物奪取のための暴行・脅迫に限定されていたのに、その目的外に使用された場合には、結果的加重犯の成立を否定することが考えられよう。縄で被害者を縛り上げて暴行するという計画であり、縄の携行に内在する強盗の凶悪性は、被害者を抵抗できないようにしたうえで暴行を加える点に示されるところ、縄を渡された共犯者が、逃亡の途中、縄をふり回して追っ手を追い払おうとしたが、縄をよけようとした追っ手が転倒して負傷したような場合などが例としてあげられる。¹⁷⁾ しかしながら、通常の事案（上述の判例①）は、強盗の実行中の殺害が問題となり、しかも、殺害行為をした者以外の共謀者も現場に居合わせているのに対し、本件（及び判例②）は、共謀した強盗が既に終了した後他の共謀者が居合わせないところでなされた殺害が問題となっている点に特徴がある。¹⁸⁾

過剰な行為はあったものの、その事実が量刑において考慮されたものとして、⑥函館地判平成20・4・10（裁判所ウェブサイト）がある。これは、被告人兩名が、他の共犯者2名と共謀の上、被害者から所持品を強取するとともに、その際の暴行によって被害者を死亡させ、その死体を遺棄した強盗致死、死体遺棄の事案である。「被告人ら4名の暴行は、財物奪取を目的としたものではあるものの、被害者に対する制裁という意味合いもあり、典型的な強盗致死罪とはやや異なるものである。また、被告人兩名による暴行が致命傷となったとは認めがたく、被告人兩名にとって、共犯者であるCが被害者を頭部から落下させるという危険な暴行を加えたことは予想外であったことが認められる。」共犯者であるCが被害者に数回柔道技をかけ、背負い投げにより頭部から畳に落下

させるなどの危険な暴行を加えたことは予想外であったことなどの事情を考慮して、裁判所は被告人Aに懲役22年、被告人Bに懲役16年を言い渡した。共犯者Cが勝手に被害者を頭部から落下させるという過剰な行為をし、それによって被害者は死亡したのであるが、被告人A・B兩名に強盗致死罪が成立していることから、共謀は認定されると考えられる。もっとも、結果的加重犯であることから、上述判例①をはじめとする判例においても認められているように、強盗の機会に共犯者が行った暴行により被害者が死亡した場合にはその結果は他の者にも帰責されるだろう。しかしながら、「共犯者であるCが被害者を頭部から落下させるという危険な暴行を加えたことは予想外であったことが認められる。」という認定がなされ、そしてかかる認定は量刑事情において考慮されているのである。「予想外であったこと」は、通例、共謀の範囲外であることを意味しうるところ、本件においては強盗における結果的加重犯類型の検討が先行し、これによって共同正犯が認められているのである。これは、東京高判平成14・12・25が、法定的符合説に依拠し、意図していなかった客体について故意を認めるならば、量刑上、刑を重くする方向でその故意を考慮してはならないとしたことと同様の形式を用いていると思われる。つまり、同判決においては、本来ないはずの故意が法定的符合説により擬制されており、その分、量刑では軽くなるという形式である。本判決においても、本来ないはずの共謀（危険な暴行を加えること）が認められ、量刑においてその点が加味されて酌量減輕されていると考えられる。

過剰な行為につき具体的に「予想外であったか否か」を判断しているものとして、⑦大阪地判平成24・4・25（LEX/DB 25481186）がある。これは、被告人が、Aと共謀の上、被告人の子であるBに対し、代わる代わるその身体を多数回殴りつけ、さらに、被告人が、Bを突き飛ばして後方に転倒させ、その後頭部付近を布団又は畳に打ち付

け、Aが、Bの身体を持ち上げた上、布団の上に放り投げてBの頭部等を布団に打ち付けるなどした暴行により、翌日、上記傷害による脳幹部出血等により死亡させた事案である。裁判所は、「Aの放り投げ行為は、被告人らによる一連の暴行の中で、同じ動機に基づいて行われたものであり、被告人にとって予想外のものであったということとはできず、被告人とAの間で通じあった意思内容と全く異なる暴行であったということもできず、Aの放り投げ行為は被告人との間の共謀に基づいたものであり、被告人は傷害致死の責任を負う」と判示した。その際、弁護士は、「死因となった傷害を引き起こしたBの放り投げ行為は、被告人にとって全く予想外の出来事であり、被告人とBの間の暴行の共謀の範囲外のものである」と主張したが、裁判所は、「Bの放り投げ行為は、被告人らによる一連の暴行の中で、同じ動機に基づいて行われたものである。また、放り投げ行為に気付いた被告人はBに対して何ら注意せず、さらに暴行を加えている。これらの事情からすれば、Bの放り投げが被告人にとって予想外のものであったということとはできず、被告人とBの間で通じ合った意思内容と全く異なる暴行であったということもできない。よって、Bの放り投げ行為は被告人との間の共謀に基づいたものであると認められ、被告人は傷害致死の責任を負う。」と述べている。まず第一に、「同じ動機に基づいて行われた」ことが認定されている。第二に、「予想外のものであった」ということはできず、通じ合った意思内容と全く異なる暴行であったということもできない」という一文からは、接続詞が使われていないこと、及び、「も」という助詞が用いられていることから、2つの認定がなされていると思われる。すなわち、「予想外ではなかった」こと、そして「通じ合った意思内容と全く異なる暴行でなかった」ことである。動機が同一であり、過剰な行為が予想でき、暴行が質的に当初のものと同じである場合に、共謀に基づいたとされているのである。

(2) 共犯者が別の犯罪を行ったもの

⑧最判昭和25・7・11（刑集4巻7号1261頁）は、教唆犯の事案につき、「被告人是友徳恵は光延久次に対して判示山本章三方に侵入して金品を盗取することを使囑し、以て窃盗を教唆したものであって、判示日備電気商會に侵入して窃盗をすることを教唆したものでないことは正に所論の通りであり、しかも、右光延久次は、判示植田博等三名と共謀して判示日備電気商會に侵入して強盗をしたものである。しかし、犯罪の故意ありとなすには、必ずしも犯人が認識した事実と、現に発生した事実とが、具体的に一致（符合）することを要するものではなく、右両者が犯罪の種類（定型）として規定している範囲において一致（符合）することを以て足るものと解すべきものであるから、いやしくも右光延久次の判示住居侵入強盗の所為が、被告人是友徳恵の教唆に基いてなされたものと認められる限り、被告人是友徳恵は住居侵入窃盗の範囲において、右光延久次の強盗の所為について教唆犯としての責任を負うべきは当然であって、被告人是友徳恵の教唆行為において指示した犯罪の被害者と、本犯たる光延久次のなした犯罪の被害者とが異なる一事を以て、直ちに被告人是友徳恵に判示光延久次の犯罪について何等の責任なきものと速断することを得ないものと言わなければならない。」と判示しつつも、「原判決の趣旨が果して明確に被告人是友徳恵の判示教唆行為と、光延久次の判示所為との間に、因果関係があるものと認定したものであるか否かは頗る疑問であると言わなければならないから」とし、差し戻した上で教唆行為と結果との間の因果関係の存在に疑問を呈している。ここでは、共犯の錯誤（ないし過剰）が生じているものの、法定的符合説によって、「他人の家に侵入して窃盗をする」という認識はあったことから、同一構成要件内の具体的事実の錯誤において法定内で符合があるとして故意を認めている。¹⁹⁾ しかしながら、故意以前に因果性（因果関係）の問題があると述べているので

ある。

実行行為者の行為が事前の謀議に基づいたとはいえないとされたものとして、⑨東京高判昭和58・7・13（高刑36巻2号86頁）がある。高裁は「群馬部隊参加者の一部に機動隊員殺害の意思があったにせよ、前記のとおり、A5、A15に殺意があったとは言えず、A6、A2についても、殺意があったとするには躊躇を覚えざるを得ないところである。また群馬部隊以外の本件集団に属する者についても、前示からすれば、同集団が被告人Y1のアジ演説に呼応したことをとらえて、直ちに、全体として、事前に機動隊員殺害の共謀があったと推認するのは困難である。以上述べて来たところを総合すれば、事前における共謀が、共謀者間における合意を必要とする以上、被告人Y1、同Y2及び本件集団の一部の者に機動隊員を殺害する故意があったにせよ、同集団に属する者全体の合意としては、機動隊員に対する傷害の範囲に止まり、到底、事前に、これに対する殺害の共謀があったとまで言うことはできない。すなわち、本件集団に、機動隊の阻止線を突破することを予測しての殺意があったとは考え難いところであり、またゲリラ活動の際に、機動隊員を殺害し得る状況の現出すべきことは、可能性としても稀有の事態であるから、本件集団の合意として、これを予測しての殺意があったとも言い難い。」と判示した。「すなわち」以下では、①殺意がなかったという事実、②動隊員を殺害し得る状況が現出する可能性について検討され、これらが「合意」という枠組みで判断されている。この「合意」とは共謀のことであろうと思われる。

実行行為者が事前の謀議の範囲を超えるような行為に出た事案として、⑩名古屋高判昭和59・9・11（判時1152号178頁）がある。高裁は「被告人と右加藤、小杉及び天野等との共謀の内容をなす被告人の犯意は、右鳥澤を逮捕連行して相当期間右合宿所に監禁することはもとより、監禁行為を遂行継続するために通常予想される有形力の行

使をも含むものと認めるのが相当であるとはいえず、それ以上に、被告人が、右監禁行為に随伴するものとして通常認識予見し得ないような暴行及びこれに起因する傷害についてまで右共謀による責任を認めるのは相当でない。……被告人にとって、同月七日の右鳥澤に対する前記暴行及びこれに起因する傷害は本件監禁行為に当然随伴するものとして認識予見し得る範囲を逸脱したものであったと認めるのが相当であるから、右鳥澤に対する右傷害の点につき被告人の犯意及び共謀に基づいた犯行と認定した原判決にはこの点において事実誤認の違法がある」と判示した。「監禁行為に随伴するものとして通常認識予見し得ないような暴行及びこれに起因する傷害についてまで右共謀による責任を認めるのは相当でない」という部分からは、共謀した犯罪に随伴する行為および結果であるかどうか、という点で共謀の射程が判断されていることが看取できよう。

共謀の射程に関する重要な判断が読み取れるものとして、⑪東京高判昭和60・9・30（刑月17巻9号804頁、判タ620号214頁）がある。これは、輩下の者と被害者拉致の謀議をした暴力団組長について、拉致に失敗した輩下の者らが被害者の殺害を謀議して実行した場合、両謀議の間に同一性・連続性が認められないとして、殺人の共謀共同正犯が成立せず、傷害致死の責任も認められないとした事例である。被告人は、本件当時Zらとは全く接触しておらず、本件犯行現場に赴くことすらなかったため、共謀共同正犯が成立しない場合には刑責を問えないことから、実行者と被告人との共謀の成否が争点となった。本判決は、被告人と直接接触した関係者はBCだけであるから、「被告人を含む共同謀議があったとすれば、少なくとも、イ 被告人とBCとの間の謀議、ロ BCとA以下との間の謀議の二段階あるいはそれ以上の段階に分かれた順次共謀の形態を取るほかはなく、この場合、各段階に分かれた謀議を併せて全体として一個の共同謀議が成立するためには、当然のこと

ながら、各段階における謀議内容の間に同一性・連続性が保たれていることが必要である」とした上、本件証拠を詳細に検討して、①被告人とBCとの間で種々の意見交換があったが、その段階では謀議は成立しておらず、その後被告人とBとの間で、Zを拉致して監禁すること、及びその際暴行を加えて傷害・傷害致死に至ることもあることについての謀議はあったが、それを超えてZ及びその警護者を殺害するまでの謀議はなかったこと、②Zの拉致に関するBとA以下の者との謀議は、被告人とBとの間の合意を超えるものではなく、超える部分があったとしても、それは被告人との間の順次共謀には含まれない別個の新たな共謀であること、③Zの拉致に失敗した後、BとA以下がZ殺害の謀議をしているが、これはBが独自にA以下と謀議に及んだものであって、①の謀議とは同一性・連続性を有せず、新たな共謀であること、④被告人はZ拉致についての共謀関係解消の明確な指示をしておらず、なおZ拉致の共謀関係は存続しているから、傷害致死の限度で刑責が肯認されるのではないかと疑問については、AらによるZ殺害は、客観的にも拉致の謀議に基づいた実行行為中の殺害という類型にあてはまらず、主観的にも、①の謀議に基づいた拉致の実行という意識はなかったこと等を理由として、共謀共同正犯の成立を否定した。²⁰⁾

客観的に行為態様自体が共謀の内容に含まれているように見えても、その目的が当初のものと全く異なる場合には、共謀の射程が否定される。²¹⁾ 当該事件において、被告人は、対立組織との交渉を有利に進めるといった目的の下で暴行を加えてでもZを拉致する旨を指示したのに対し、実行担当者らは、自分達の体面を守るという目的でZを殺害しており、事前の共謀と実際の犯行とでは目的（ないしは動機）が異なっているといえる。²²⁾ かかる目的の相違は、共謀の射程を否定する材料となろう。

この点、加えて重要なのは⑫東京地判平成7・

10・9（判時1598号155頁，判タ922号292頁）である。これは、被告人（女性）が共犯者A男・B子から誘われ、飲食店経営者に睡眠薬を飲ませて金品を取るという昏酔強盗の計画に加わり、三名でスナックに入って経営者Vにビールを勧め、B子が睡眠薬をVのグラスに入れて飲ませたものの、Vが眠り込むには至らなかったため、A男が待ち切れずにVに暴行を加えて傷害を負わせた後、A男、B子がV所有の金品を奪い、被告人もB子に促されて金品を奪ったという事案である。裁判所は「確かに、被告人は、前記のとおり、A男がVに暴行を加えた際、それが財物奪取の手段であることを認識しながら、これを制止せず、同人が気絶した後、A男らと共にVから財物を奪った事実が認められる。しかし、被告人は、当初の段階では、飲食店経営者に睡眠薬を飲ませて眠らせた上で金品を取るという昏酔強盗の計画を持ち掛けられてそれに加わっただけであって、被害者が昏酔しない場合に暴行脅迫を加えてでも財物を強取するかどうかにあつての謀議まではなされておらず、また、その点を予測してもいなかった。しかも、A男は、被告人らに謀ることなく、いきなりVに暴行を加えているほか、被告人自身は、Vに対して何ら暴行脅迫を加えていない。その当時の心境について、被告人は、『まさか相手に怪我をさせるとは思わなかった。A男が暴行を加えるのを見てびっくりした。』などと供述しているが、被告人がその日に初めてA男らから昏酔強盗の計画を持ち掛けられてそれに加わった経緯や、A男が被告人に謀ることなくいきなりVに暴行を加えるに至った状況等に鑑みると、被告人の右供述もあながち虚偽とはいえない。これらの事実からすれば、被告人は、A男がVに対して暴行を加え始めるまでの時点において、昏酔強盗の計画が暴行脅迫を手段とする強盗へと発展する可能性を認識していたとは認められず、また、A男が暴行を加えている時点においても、右暴行を認容してそれを自己の強盗の手段として利用しようとしたとまでは認められな

いので、被告人とA男らとの間に暴行脅迫を手段とする強盗についての意思連絡があったと認定することはできない。以上のように、被告人にはA男らとの間で暴行脅迫を手段とする強盗の共謀が成立したとは認められないので、右共謀の存在を前提として強盗致傷罪の責任を負わせることはできない。」と判示した。本判決は、傷害の結果を昏酔強盗の機会における傷害と解することもできないと述べており、その背景には、本件において昏酔強盗の具体的な方法まで事前に話し合われていたことや、昏酔強盗と狭義の強盗との手段方法の質的な差異への考慮があったものと推察される。²³⁾そして、本判決は、後行行為者が先行行為者の行為と結果を自己の犯罪遂行の手段として積極的に利用したといえるか否かを問題としており、反抗抑圧状態は積極的に利用されているから、後行行為者は強盗の共同正犯としての責任を負うが、傷害の結果まで積極的に利用したとはいえないから、致傷の責任を負わせるのは個人責任の原則に反するとしている。このことから、本件を承継的共同正犯の問題と捉えていると解される。昏酔強盗の計画が暴行脅迫を手段とする強盗へと発展する可能性を認識していなかったという事実も重要であるが、本件は目的とする客体は同一であるものの、行為態様が異なった事案であることも注目すべきである。このように客体が同一であったとしても、当初の共謀（すなわち行為者の故意の内容）である「昏酔を手段とする強盗の計画」に鑑みれば、実際の「暴行脅迫を手段とする強盗」は故意から逸脱していると考えられる。つまり、このように強盗罪においても、「昏酔を手段とする強盗」と「暴行脅迫を手段とする強盗」とは異なる評価を受けるのである。この限りでは、「およそ強盗する目的」という抽象的な故意は観念し得ないだろう。したがって、法定的符合説は本件のような錯誤（過剰）の場面では登場して来ないのである。

暴行の手段に関し判示するものとして、^⑬千葉

地判平成19・5・21（裁判所ウェブサイト）がある。これは、被告人Bが、D、E、F、G、H及びIと共謀の上、被害者Oの顔面、胸部及び背部等を多数回手拳で殴打し、足蹴にする暴行を加え、その後、被告人A、同C及びJとも共謀を遂げ、ここに被告人3名は、Dらと共謀の上、Oに対し、その顔面を手拳で殴打し、J及びEが、Oの背部に熱湯を掛け、Eらが覚せい剤水溶液をOの身体に注射するなどの暴行を加え、よって、同人に背部熱傷等の傷害を負わせ、同人を熱傷性ショック等により死亡させたという事案である。被告人Cは、Oに対する熱傷行為は暴行の共謀の範囲に含まれず、さらに、Oの死亡結果は熱傷行為のみによって生じたものであるから、Oの死亡について、責任を負わない旨主張したのに対し、裁判所は「しかしながら、被告人らは、被告人Cも含めて、襲撃計画の内容を聞き出すとともに私的制裁を加えるため、監禁中のOに対し、こもごも、殴る蹴るなどのほか金属バットで胸部を殴打するなどの一方的かつ執拗な暴行を加えていたところ、J及びEの熱湯を掛ける行為もこの目的に沿ってされたものと解される一方、共謀の範囲が一部の暴行態様に限定されていたとも認められないから、熱傷行為についても共謀の範囲に含まれる。」とした。

「この目的に沿って」と判示していることから、仮に行為態様が実際に予想されていないものであったとしても、共謀の範囲が一部の暴行態様に限定されていなかったならば、目的が同一である以上、その行為についても共謀の範囲に含まれるとしたものと思われる。

動機・目的に鑑みて共謀を判断しているものとして、^⑭東京高版平成21・7・9（LEX/DB25505075）がある。これは、被告人が、第1現場において、C、Dと共謀の上、被害者Bに暴行を加え、その後、第2現場および第3現場においてC、DがBに暴行を加え、Bを死亡させたことにつき、原判決が、第2現場および第3現場におけるC、Dの暴行について被告人に共謀共同正犯が成立するとしうえ

で、第1現場における暴行について同時傷害の規定を適用したため、控訴した事案において、原判決に、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認ないし法令の解釈適用の誤りは認められないとして、控訴を棄却した事例である。高裁は「上記の事実によれば、C、D及び被告人は、第1現場に到着した時点で、それぞれ、被害者のE会への移籍という不義理や、Cへの借金の理由を偽っていたことについて共通の認識を有し、被害者に対し強い憤りの気持ちを抱いていたことが認められ、遅くとも、第1現場で被告人及びDが被害者に暴行を加え始めCがこれを黙認した時点において、被告人、C及びDの間で、被害者の不始末に憤り、これに対する組の制裁などとして、被害者に暴行を加える旨の共謀が成立したことが認められる。そして、被告人は、第1現場での被害者への暴行を終え、第2現場に移動するに際し日本刀を取りに自宅に戻った時点においては、むしろFとの関係に関心の中心が移行し、被害者に対し継続して暴力を加える積極的な意図までは有していなかったものと認められるが、Cらが第2現場に移動することになったのは第1現場周辺に人が集まってきたため、被害者への制裁が完了したためではなかったこと、被告人以外の者らは全員第2現場に移動していること、被害者への最終的な処分は未だ決していなかったこと、Fとの話は被害者のE会への移籍という不義理と表裏一体の関係にあり、その点の決着がまだついていなかったことなどからすれば、被告人が第1現場から立ち去った時点において、CやDがなおも被害者に対し組の制裁として暴行を継続するおそれは消滅していなかったものと認められる。そして、被告人は格別これを防止するなどの措置を講じていないのであって、被告人とC及びD間で第1現場において形成された共犯関係が上記時点において解消したということとはできない。そして、第2現場への移動の上記経緯や、第2現場でのDの被害者への暴行が被害者への組の制裁として行われていること

にも照らせば、同暴行は当初の共謀の範囲内にあるものといってよく、第2現場におけるDの暴行について、被告人に共同正犯の成立を認めることができる。」と判示している。高裁は「被告人らの間に成立した共謀によって、被告人がどの範囲の暴行につき責任を負うことになるのか、という点が検討の対象となっている」と明言している。そして、共謀の内容につき、「被告人、C及びDの間で、被害者の不始末に憤り、これに対する組の制裁などとして、被害者に暴行を加える旨の共謀が成立した」と認定され、その上で問題となった第2暴行について、「第2現場でのDの被害者への暴行が被害者への組の制裁」であったと認定されていることに鑑みれば、「被害者への組の制裁」という共謀内容の目的・動機が、第2暴行においても維持されているか、という点で共謀の範囲か否かが判断されていることが看取される。

同様に、動機・目的により共謀が判断されたものとして、⑮福井地判平成25・7・19 (LEX/DB 25482369)がある。これは、共犯者2名とともに以前より常習的に暴力的制裁を加えていた被害者に対して被告人が第1暴行を加えた後、共犯者らにおいて被害者に対して第2暴行を加え、被害者を死亡させた上でその遺体を遺棄したとして起訴された事案において、終了した第1暴行の後に行われた第2暴行については共犯者らとの共謀はないとされた事例である。裁判所は「上記認定事実によれば、C及びDは、Eが本件駐車場に到着しても車から降車しようとしなかったことに腹を立てて第2暴行に及んだものと認められるが、D宅を出発した時点のEの言動に照らすと、そのような事態が本件駐車場において発生することは、第1暴行終了時において被告人らには全く予期していなかったことである。その意味でも、第2暴行の動機や目的は、第1暴行とは大きく相違するといえる。」と判示しており、共犯者と被告人それぞれ個別に行為時における動機を検討している。「第1暴行終了時において被告人らには全く予期して

いなかったことである。その意味でも、第2暴行の動機や目的は、第1暴行とは大きく相違するといえる。」という文言からは、「第2暴行を予期していなかった」という事実を根拠に、第2暴行は、第1暴行とは、動機や目的が異なることを認定していると読み取れる。

2. 小 括

裁判例③の「構成要件の故意は、本来行為者が認識した構成要件の枠内でのみ認められ、行為者の認識していた構成要件の故意の枠を越えた故意犯の成立は認められないのが原則であり、例外として同質で重なり合う構成要件間の錯誤においては、その重なり合う限度で軽い罪の構成要件の故意を認めることができるにすぎない」という部分から、第一に、共犯の過剰が、構成要件の故意の問題であることが看取される。第二に、このことを基礎に共謀の有無を論じていることから、裁判所は構成要件の故意＝共謀であると考えているように思われる。第三に、これに先行して、客観的構成要件要素として、共犯の実行行為と結果との間に因果性が存する必要があることが看取される。判例⑧のように、因果性が存しないような事案は、共謀（すなわち構成要件の故意）の認定に移るまでもなく、過剰な行為はその者に帰責されないのである。

しかしながら、裁判例⑥において、他の共犯者が勝手に行った危険な暴力行為についての故意は、本来存しないはずであるところ、かかる故意が認められ、量刑においてその点が加味されて酌量減輕されているのである。このことから、上述判例①をはじめとする判例においても認められているように、重い結果発生について類型的な危険を有している基本犯の行為を共同実行する以上、結果的加重犯の共同正犯が認定されるのである。したがって、結果的加重犯である強盗罪において、強盗の機会に共犯者が行った暴行により被害者が死亡した場合にはその結果は他の者にも帰責

されるという規範が、故意に優先し、構成要件の故意（＝共謀）を擬制するものであると考えられるのである。また、結果的加重犯における構成要件の故意は基本犯のもので足りるという結果的加重犯の特殊性も、かかる故意の擬制の一因であろうとも考えられる。つまり、これら（結果的加重犯の規範および特殊性）において、原則的に基本犯の行為をなす者は、結果的加重犯たる結果が予見できるであろうと判断されているのである。

次に、裁判例⑩について、客体が同一であったとしても、当初の故意である「昏酔を手段とする強盗の計画」に鑑みれば、実際の「暴行脅迫を手段とする強盗」は故意から逸脱していると考えられる。つまり、このように強盗罪においても、「昏酔を手段とする強盗」と「暴行脅迫を手段とする強盗」とは異なる評価を受けるのである。この限りでは、「およそ強盗する目的」という抽象的な故意は観念し得ないだろう。行為態様の質的な差異は罪名によって判断されるべきである。つまり、昏酔と暴行脅迫は行為態様が質的に異なると判断できるが、それは罪名（罪質）を異にしているからである。

そして、裁判例⑪については、行為者が対立組織との交渉を有利に進めるといった目的の下で暴行を加えてでもZを拉致する旨を指示したのに対し、実行担当者らは、自分達の体面を守るという目的でZを殺害しており、事前の共謀と実際の犯行とは目的（ないしは動機）が異なっていることから、故意が否定されるのである。このように、下級審においては、客観的に行為態様自体が共謀の内容に含まれているように見えてもその目的が当初のものと全く異なる場合や、被害客体が同一ではあっても共犯者が共謀とは異なった行為態様をとった場合には、共謀の射程が否定されている。したがって、法定的符合説はこれらの錯誤（過剰）の場面では登場して来ないのである。動機・目的は行為者の行為計画によって判断される。行為計画は、一部では「共謀」内容となり、一部で

は自分の内心に留まる「動機」となるのである。

実務においても、第1暴行と第2暴行とが全く異質の暴行であれば、共犯関係の解消という議論以前に、第2暴行が共謀に基づかないものであると判断されている。²⁴⁾ その上で、暴行が全体として一続きの暴行であったか否かで、過剰な行為が当初の共謀に基づいたものであるかどうかを判断するとされる。その際には、①時間・場所、②状況・態様・動機、という事実を考慮するとされる。²⁵⁾

以上の考察を基に上述した判例及び裁判例を分類すると、以下のようになる。

第一に、動機・目的の同一性（連続性）を判断しているもの、これは、裁判例⑦、裁判例⑪、裁判例⑫、裁判例⑬、裁判例⑭、裁判例⑮である。第二に、過剰行為の予見可能性（随伴性）を判断しているもの、これは裁判例⑨、裁判例⑩、明示的ではないが、潜在的には、判例①、判例②、裁判例⑤である。第三に、行為の質的同一性（すなわち、罪名・罪質の同質性）を判断しているもの、これは裁判例⑦、裁判例⑫である。

これらの3分類のうち、一つをとって、共謀を否定するもの（例えば、裁判例⑪）、2つを判断しているもの（例えば、裁判例⑮）なども散見される。したがって、これら3類型の内容は、いずれも共謀の範囲を画定する一要素に過ぎず、どれかの要素に比重が置かれているわけではないと考えられる。また、これら3類型の内容は、全て行為者の「行為計画」によって画定され得るものである。このように、共謀については、動機・目的の同一性（連続性）、過剰行為の予見可能性（随伴性）、行為の質的同一性を考慮して、過剰な行為が共謀の故意の範囲にあったか否かが判断されるべきであり、これらは行為者の行為計画であるので、故意とは、行為者の行為計画により判断されるものなのである。

したがって、共犯の射程を論じる際には、行為計画に基づいた故意の考慮が必要であると考えられる。かかる考慮の手がかりとするため、次章で

は、「共通の行為計画」を共同正犯の基礎に置いてあるドイツの議論を参照することとした。

Ⅲ ドイツにおける共犯の過剰および共犯の錯誤

ドイツでは、刑法16条において「構成要件に属する行為事情」を認識することが故意であるとされている。²⁶⁾ また、故意においては、現実が発生した具体的な因果経過を認識する必要があるとされている。²⁷⁾ しかしながら、日本では、刑法38条1項で「罪を犯す意思」と表現され、ドイツのそれとは異なっている。²⁸⁾ したがって、基盤となる刑法における故意の概念が異なっているため、ドイツにおける故意・錯誤の議論を直ちに日本に援用することには抵抗がある。しかしながら、ドイツでも日本と同じような錯誤の議論、すなわち法定的符合説と具体的符合説の対立がある。日本とは異なり、ドイツにおいては具体化説（Konkretisierungstheorie）が通説である。²⁹⁾ そして、近年多く主張されている有力説としては等価値説（Gleichwertigkeitstheorie）が存在する。³⁰⁾ 具体化説は日本の具体的符合説と見なすことができ、等価値説は日本の法定的符合説にあたるといえるが、日本の状況とは逆に、ドイツでは具体化説（具体的符合説）が判例・通説となっている。また、共犯に関しては等価値説を採用していることが重要である。³¹⁾ このように、同じ図式であるドイツの錯誤と故意についての議論と研究を参照することは日本にとって価値があるといえよう。共同正犯の過剰（Mittäterexzess）については、古くはMaurachが、質的過剰（Qualitativer Exzess）と量的過剰（Quantitativer Exzess）に二分して解釈しており、日本の議論と同様の発展が見られる。³²⁾ 以下では、共犯の過剰・錯誤のリーディングケースとされるBGHの1954年判決をはじめとし、判例を概観し、共犯の過剰・錯誤がどのように取り扱われているかを検討する。

1. 判例および裁判例（①～⑥）

①1954年判決（BGH, 28.09.1954-1 StR 445/54）³³⁾ 事実は以下の通りである。被告人BとM及びSは、Crailsheimにおいてキオスク店への強盗（ki-oskraub）を共謀したものの、Bは実行に参加せず、Mに犯行に必要な衣服やナイフを調達した。その後、MとSは、通りが明るかったのでキオスク店への襲撃を断念し、Nürnbergへ帰ることにした。そして彼らは、夜間の急行の列車内で強盗を行うことにし、当該ナイフ等を用いて暴行を伴った強盗をなし、Rを殺害した。BGHは被告人Bに対し、特に重い強盗（besonders schwerer Raub）の幫助罪を言い渡した。被告人Bにとっては、いつ、どこで自身の目的である強盗が実行されるかについてどうでもよかったと認定されたのである。³⁴⁾ また、致死罪にならないのは、Bが、強盗において被害者の生命が失われることまでを考慮に入れていたかどうかの認定が不十分であるとされた。³⁵⁾

「Crailsheimにおけるキオスクへの強盗」を共謀の内容とすると、「Nürnbergへ向かう夜間急行列車における強盗」は共謀の内容を超える（ないしは逸脱する）と考えられるところ、被告人Bは、キオスク強盗を共謀する際に、具体的な強盗場所について何ら意見を持たず、専ら結果のみを志向していたことから、被告人Bには、強盗についての概括的故意が認定されたと思われる。本判決については、共同の行為決意および行為計画には概括的かつ不確定な性質が存すると批判されている。³⁶⁾

②1986年判決（BGHSt 34, 63）は、共犯の過剰について判例の立場を変更した。³⁷⁾ これは、行為者が現金を欲しがっている者Wに対して「それならば銀行かガソリンスタンドをやるしかないだろう」と返答したところ、その者が銀行強盗を行った事案である。被告人が知人Wと会った際、Wは父親とけんかをした後であり、リボルバー銃を携帯し、自動車に乗って家出をしていた。外国に行こうと思っているとWから告げられた被告人は、

金を持っているかと尋ねたところ、Wは持っていないと答えた。被告人はWに対し、持っている自動車かりボルバー銃を売却するよう提案したが、Wは、リボルバー銃を売りたいくない、自動車は売ることができないと答えた。そこで被告人は、Wに「それならば、君は銀行かガソリンスタンドをやらなければならない」と述べた。

BGHは、「教唆は正犯行為の有する本質的なメルクマールを認識してそれを促進する者に限られる」とし、「所為の客体の種類（Gattung）によってのみ限定されているような特定では足りないとして強盜的恐喝に対する教唆の成立を否定した。従来の判例が、ライヒ裁判所時代から通じて、教唆の特定性を必要としながら、その程度をかなり緩やかに解してきたのに対して明確に限定が試みられたといえる。かかる限定をどのように説明するかにつき、学説上の議論が盛んになった。Herzbergは、教唆行為が許されない危険を創出した場合に、教唆者が責任を負うと主張する。³⁸⁾ その上で、本件につき「銀行またはガソリンスタンドをやらなければならない」と言うだけでは、Wが金員を手に入れる機会や、その機会にWが金を手に入れようと試みる危険を増大させていない、被告人の発言は動機付けの力としては小さく、その危険は法的に無視し得ると述べている。Jakobsも、正犯行為の特定という観点にも言及しつつ、被害者の質問に対し、それなら自動車を売るか、銀行もしくはガソリンスタンドの襲撃を計画するようにと答える者は、許されない危険を創り出していないと述べている。³⁹⁾ Dreherは、「教唆者の教唆行為もその故意と同様に具体的な所為へと向けられていなければならない」と指摘し、共犯は具体的な正犯行為への関与をその本質とするのであるから、そのような具体的な正犯行為の認識を教唆者が有していることが必要であるとし、具体化されていない所為への決定付けを教唆とみるならば、共犯過剰の限界を確定できず、共犯の従属性を維持できないと述べる。⁴⁰⁾ 正犯行為についての認識が不

特定でもよいとすると、結果として正犯がどのような犯罪を犯すことになっても、広く教唆者に共犯としての責任が認められることになり、「共犯の過剰」という問題は生じないことになる。したがって、Dreherは教唆者の故意において、正犯行為について最低限度の具体化が不可欠であると主張するのである。これに対してRoxinは、所為の対象となる客体にどの程度の被害をもたらしたかが「不法の本質的な次元（wesentliche Dimensionen des Unrechts）」として確定される必要があるとし、教唆者もその点につき表象していなければならないとする。彼は、損害の程度や侵害の手段・方法を「不法の本質的な次元」の中に取り入れる一方、客体、場所、時間による具体化は不要であると述べる。⁴¹⁾

これらの種々の学説（主観的共犯論ないし行為支配論等）においても、基本的に、共同正犯において「共同の行為計画（gemeinsamer Tatplan）」ないし「共同の行為決意（gemeinsamer Tatentschluss）」が必要と解されている。⁴²⁾ また、故意についても、必ずしも全ての関与者が相互に認識している必要はなく、他の者が共同している事を認識すれば足りるとされている。⁴³⁾ また、共犯者の一人が過剰な行為を行い、故意の範囲（ないし相互理解）を超えた場合には、原則的にその者のみが過剰部分についての責任を負うとされる。⁴⁴⁾

狭義の共犯に関しては、「共同の行為計画」とは異なり、犯罪に関する行為計画を教唆者が正犯者に伝えることが必要とされ、たとえ同一構成要件内において、犯行の日時や場所、犯行の行為態様について錯誤があっても、それは重要でない（因果経過の）逸脱として当該行為者の責任は否定されないとされている。⁴⁵⁾

③ローゼロザール事件（GA Bd. 7, 332）⁴⁶⁾ は教唆犯が問題になった事案である。これは、材木商であるRosahlが自身の使用人であるRoseに対して、金銭供与の約束の上「一定の時間に森の中を通る大工職人Schliebeを殺すように」と教唆した

が、Roseは、実際にたまたま森の中をその時間に通るかかったHarnischをSchliebeだと思って射殺してしまったという事案である。ここで、プロイセン最高法院は、「教唆者の可罰性は……依頼した被教唆者の行為に左右される。ただし、被教唆者が教唆された以上のことないしは別のことをなした場合、これらの過剰は教唆者には帰属されないのである。しかしながら、本件のように、雇われた被教唆者である金儲けを目論む殺し屋が教唆者の委託を満足させるために行為した際に錯誤によって人違いをした場合には、かかる過剰は存しないのである。……謀殺の教唆と現実になされた質的に同一である行為との間には因果的な連鎖が存在する。教唆者は被教唆者（正犯者）の人違いによって目的を達してはいないものの、この錯誤は法的に重要ではないのである。」と判示し、教唆は正犯行為に従属するから、正犯者にとって留意されない客体の錯誤については、教唆者の可罰性に影響せず、教唆者の教唆行為の結果として被教唆者が行為の決意をしたときにすでに教唆行為は終了しているので、教唆者の故意は、後の実行行為に及ぶ必要はないとして、Rosahlに謀殺既遂罪の教唆犯を言い渡したのである。この事案については、通説である具体化説に立つと、Roseは客体を取り間違えているので、客体の錯誤によりRoseの故意は阻却されず謀殺既遂に、Rosahlにとっては、意図した客体とは違う客体に結果が生じているので、方法の錯誤として故意は阻却されることになると考えられる。しかし、判決において故意が認められたのである。元来、プロイセン最高法院は、正犯者の客体の錯誤の場合、教唆者も客体の錯誤として扱うという論理をとっており、⁴⁷⁾ 新規性は乏しいものの、等価値説の可能性を見いだせる判例としてなお批判や引用は多い。⁴⁸⁾ 等価値説からの基礎づけとは別に、⁴⁹⁾ 独自のアプローチで判決を支持する者も見受けられた。例えば、Bernierは、行為者が機械的な道具（ピストルなど）を用いて犯罪を犯す場合、仮にその道具に欠陥が

あって本来意図された結果とは別の結果が生じたとしても、行為者は当該結果に対する責任を負うのと同様に、背後者（教唆者）が他人を自分の道具と同様に用いて犯罪を犯す際にも、この道具となった者が陥った予期できない不運から生じた結果に対する責任を負うのであるという。⁵⁰⁾ また、Loewenheimは、被教唆者の錯誤は教唆者にとって方法の錯誤であるとしつつも、かかる錯誤は新たな決意によって生じたものではなく、したがって、共犯の過剰は存在せず、この方法の錯誤は重要ではなくなるのであるという。⁵¹⁾ このように、ドイツにおいては、共犯は等価値説、それ以外は具体化説という区分けが通説化しつつある。ドイツは、日本と共犯の概念が大きく異なることもあり、また我が国では教唆の未遂の処罰に関して問題があり、統一的な錯誤の処理は難しいといえるだろう。⁵²⁾ この問題につき、さらなる議論を呼んだのは、判例④である。

④第二次ローゼンザール事件（BGH, 25.10.1990-4 StR 371/90）.⁵³⁾ 事案は以下の通りである。被告人は、農場の使用権の委譲に関する争いなどによって、自分の息子Mを殺害しようと決心した。しかし、諸般の事情で自分では実行できないため、共同被告人Stに対し、息子Mの殺害を達成したあかつきには金銭を与える旨の約束をし、息子Mの殺害を依頼した。息子Mは既舎を通過して帰宅することから、被告人は、そこで同人を殺すよう命じ、殺害の詳細な方法（das nähere Vorgehen）についてはStに一任した。そして、人違いが起らないように被告人は、Stに対し、Mの特徴・外見を伝え、さらには写真まで見せ、後日二人で息子を直接見る機会も設けた。そして犯行当日、暗闇の中、既舎に入ってきたMに似た外見の隣人SchをStは撃ち殺した。失敗したStは後日、Mを正当防衛に見せかけて襲ったが、重傷を与えるに留まった。

BGHは、「共同被告人Stは隣人Schを息子Mだと思ってSchを殺害した。このような被害者が誰で

あるか（客体の錯誤）についての正犯者の錯誤は教唆者である被告人にとって法的に重要ではない。（BGHSt 11, 268, 270）……確かに共同被告人Stの錯誤は、被告人にとって、計画された犯行事実からの逸脱（eine Abweichung von dem geplanten Tatgeschehen）を意味する。しかしながら、それは一般的な生活経験に鑑みて予測可能な範囲に留まり、犯罪に対して別の評価を正当化しうるほどのものではない場合には、法的に重要ではなくなるのである。……方法の錯誤に関する理論は本事案には適用されないのである。……仮に正犯者が誤って別人を殺害したことに気づき、本来の被害者をさらに殺害した場合は、教唆者には原則として二人の殺害の結果が帰属されなければならないが、二つの殺害行為に対する一つの教唆の責任が問われるに留まるのである……よって、被告人は既遂の教唆を負う。」と判示した。⁵⁴⁾ 本判決の結論には反対する論者もいるものの、⁵⁵⁾ かかる結論を基礎づける根拠については論者によって様々な主張がなされている。⁵⁶⁾ まず、Cramerは、正犯者が人違いのリスクを負って、客体の錯誤において故意が阻却されないのと同様に、正犯者を動機付けることによって構成要件結果を生ぜしめる教唆者も、人違いのリスクを負うべきであるとする。⁵⁷⁾ また、Wolterは「計画された犯行事実からの逸脱」により錯誤の重要性を判断する。⁵⁸⁾ Puppeは、具体化説のいう方法の錯誤の理論は、因果関係の錯誤の特殊事例として行為者が客体を目の前にした場合のみしか適用されないと述べる。⁵⁹⁾ また、Strengは、具体化説のいう方法の錯誤の理論を異なる類型の事案に適用すると困難が生じると述べる。⁶⁰⁾

このように、正犯者について同一構成要件内での客体の錯誤が存する際には、教唆者にとってこの錯誤が客体の錯誤なのか方法の錯誤なのかによって、結論が変わりうる場合がある。日本において通説である等価値説（法定的符合説）によれば、いずれにせよ教唆者には故意既遂犯が成立す

るが、日本において有力説である具体化説（具体的符合説）によれば、客体の錯誤であると考えた場合には教唆者に故意既遂の教唆犯が成立し、方法の錯誤であると考えた場合には、およそ過失致死が成立するにすぎないのである。この点に関し、狭義の共犯を正犯者を媒介として自らの犯罪を実行するものと考えれば（＝純粹惹起説）、教唆者にとって正犯者は犯罪結果惹起の手段であり、その手段がうまく機能しなかったのであるから、弾丸が意図しない方向へ飛んでいく方法の錯誤と同様の事案である見なし得る。⁶¹⁾ これに対して、狭義の共犯を正犯者が実行する特定の犯罪に従属的に関与をなす者と考える（＝不法・責任共犯論）、あるいは、狭義の共犯の不法は正犯者の構成要件的不法に従属すると考えれば（＝混合惹起説）、正犯者に故意の殺人既遂が認められる以上、教唆者にとっても客体の錯誤が認められ得る。⁶²⁾ しかしながら、両結論の対立は共犯論の立場以前に、法定的符合説と具体的符合説の見解の相違に起因する。⁶³⁾ これらの見解とは別に、複数の教唆未遂を認定した上で罪数論ないしは量刑論で調整すれば足りるとする主張も存在するのである。⁶⁴⁾ このようなローゼンザール事案とは異なり、通常の共犯過剰についての判例として判例⑤を挙げたい。

⑤BGH 5 StR 360/11 - Urteil vom 1. 12 2011 (LG Hamburg) (NStZ 2012, 207; NStZ-RR 2012, 77) が挙げられる。共犯者の一人が当初の暴行の行為計画に反して、死に至るまで被害者の頭を激しく足蹴にした事案に対し、BGHは、「間接正犯行為にとって構成的な共通の行為計画 (gemeinsamer Tatplan) は、分業による所為実行によって結論においては包括される。⁶⁵⁾ しかしながら、当該認定は入念な証拠評価を必要とする。可能性のある共犯者の一人が、他の可能性のある共犯者の観点から見て『思いがけない (überraschend)』と事実審裁判官が判断するような行為を実行するならば、それにもかかわらず認定された共通の行為計画は少なくとも、事実審裁判官の結論の基礎に置

かれている関連事実が言及し、反論を封じるところの判決事由を考慮することが要請されるのである。」と判示している。⁶⁶⁾ ここから、行為者が共犯者の過剰な行為を「思いがけない」と評価するような場合、共通の行為計画から逸脱していると判断され、結果が行為者に帰属されないということが読み取れる。

⑥BGH 3 StR 210/10 - Urteil vom 5. 8 2010 (LG Wuppertal)⁶⁷⁾において、脅迫のために共犯者の一人が銃を持参し、強盗の最中に共通する行為計画に反して被害者に向けて発砲したという事案に対し、BGHは「ある共犯者の行為につき、共通する行為計画に基づいて他の共犯者が責任を負わされ得るか否か、そして共犯者の過剰が存するか否かを検討する際には、結果の帰属は、個人に及んでいる他の所為関与者の行為の表象をまったく必要としないということが顧慮されるべきである。当該事案の事情によれば予測されるに違いないところの、他の所為関与者の行為は、たとえ、共犯者が当該行為を格別 (nicht besonders) 表象していなかったとしても、原則的に、共犯者の意思によって包括されているのである。」と判示されており、他の行為者がどのように思っていようが (表象していようが)、過剰な行為が予測されるような場合は、共犯者の意思によって包括されると判断されている。したがって、判例⑤と判例⑥を併せて検討すれば、共通の行為計画において、他の共犯者の過剰な行為が (客観的に) 予測される場合は、特にその行為を認識していなくても、故意が認められ、過剰な行為が「思いがけない」と評価される場合には、共通の行為計画から逸脱していると判断され、結果が行為者に帰属されないのである。

2. 小 括

Puppeは、「行為計画は、単に何らかの共同目標を内容とするのみであってはならない、むしろ、行為計画は、所為を成す仲間の共同作業を調整す

る犯罪的な目標であるべきである」とする。⁶⁸⁾つまり、この「調整」とは、動機・目的・犯行手段などを共に定めることをいうのである。原則的に、共同正犯において「共同の行為計画 (gemeinsamer Tatplan)」ないし「共同の行為決意 (gemeinsamer Tatentschluss)」が必要と解されている。そして、行為者にとって、共犯者の行為が「思いがけない (überraschend)」ものであった場合、その行為は共同の行為計画を逸脱し、原則的にその共犯者一人が過剰部分についての責任を負うことになるのである。

ドイツにおいては、まず、共謀の内容として、共同の行為決意と行為計画が要求される。この決意ないし計画が概括的なものである場合や、動機が具体化されていない結果自体を欲するものであるような場合には、過剰な結果を是認していたという未必の故意が認定される。また、具体的な過剰な行為を他の共犯者が表象していなくてもよい。当該事案の事情によれば予測されるに違いないところの、他の所為関与者の行為は、たとえ、共犯者が当該行為を格別 (nicht besonders) 表象していなかったとしても、原則的に、共犯者の意思によって包括されているからである。ただし、判例によれば、所為の客体の種類 (Gattung) によってのみ限定されているような特定では足りないが、狭義の共犯に関しては、同一構成要件内においては、犯行の日時や場所、犯行の行為態様について錯誤があっても、それは重要でない (因果経過の) 逸脱として当該行為者の責任は否定されないことになる。そして、BGHは共犯の錯誤においてのみ等価値説を採用しており、ローゼロザール事案のような共犯の錯誤を例外と位置づけている。また、狭義の共犯においても、犯罪の行為計画を教唆者が正犯者に伝えることが必要とされている。かかる行為計画から正犯者が逸脱しているか否かによって、教唆者の罪責が変わるといふ点においては、狭義の共犯における錯誤・過剰も共同正犯において共通の行為計画からその逸脱

を判断する検討方式と類似しているといえる。

私見によれば、共犯の錯誤は、客体の錯誤であるか・方法の錯誤であるかを問わずに、共犯論からのアプローチで解決できると思われる。すなわち、共謀故意を超えた過剰な行為であったか否かを検討すればよいのである。教唆者XはAを殺すようYに命じ、YがBをAだと勘違いし、Bを射殺した場合、教唆者Xの責任を考えるにつき、仮定的な例であるが、「正犯者が誤って別人を殺害したことに気づき、本来の被害者をさらに殺害した場合」ならば、A・B両名が殺害されており、AについてはXの当初の意図通りなので問題なく殺人既遂の教唆となる。そして、教唆者にとって、B殺害は過剰な行為 (結果) である。したがって、過剰な行為であるB殺害が行為計画に基づいた故意の範囲内にあったかが検討される。このことと並列的に考えれば、ローゼロザール事案の検討において、「Aを殺せなかったこと」は考慮の外に置くべきである。まずは、意図しないB殺害という行為は、教唆者にとって過剰な行為であると認定されるべきである。Aの殺害が果たされたか否かということは、「意図しないB殺害」の評価に何ら影響を与えないのである。したがって、「意図しないB殺害」は、Aの殺害が果たされたか否かとは関係なく、教唆者にとって、過剰な行為 (結果) なのである。したがって、かかる行為が行為計画に基づいた故意の範囲内にあったか否かのみを検討すべきなのである。⁶⁹⁾ドイツにおいて、方法の錯誤の理論として具体化説が通説であるにもかかわらず、共犯の錯誤について具体化説が採られないのは、ローゼロザール事案のように、方法の錯誤と客体の錯誤が併存している事案に妥当な解決を与えられないからである。過剰な行為が共通の行為計画 (= 故意) の範囲内にあったか否かを検討することにより、この不都合は回避されうるのであると思われる。このように、ドイツにおいては、共謀の内容を共同の行為計画とし、共犯者の過剰な行為がかかる計画から逸脱している場合、その

他の行為者には故意がないと判断されているのである。次章では、行為計画に基づいた故意とはいかなる事情を含むのかという問題について詳細に論じることとする。

IV 検 討

本章では、Ⅱ章及びⅢ章で得られた考察を基礎とし、共謀の射程と故意の関係について論じる。Ⅱ章で行なった考察によれば、共謀について、動機・目的の同一性（連続性）、過剰行為の予見可能性（随伴性）、行為の質的同一性を考慮して、過剰な行為が行為計画に基づいた故意の範囲にあったか否かを判断すべきである。そして、Ⅲ章では、ドイツにおいても、共謀の内容は共同の行為計画とされ、共犯者の過剰な行為がかかる計画から逸脱している場合、その他の行為者には故意がないと判断されていることを考察した。また、Ⅱ章で挙げた鹿児島地判昭和52・7・7によれば、共謀とは、共犯において共通する構成要件の故意のうちのものである。したがって、構成要件の故意の中において共謀を論じるべきである。これまでの検討を体系的に示すと以下ようになる（表1参照）。ただし、これはあくまで試論であることを述べておく。

共犯の過剰においては、因果関係における「物理的因果性」は原則的に存しないはずである。これらの6項目（表1参照）全てが「共謀の射程」というカテゴリーで論じられ、共謀の射程という新しい要件論のように扱われているようであった

が、体系論（構成要件）の内部で正確に議論すべきである。橋爪教授も、「結果惹起が『共謀の射程』に含まれるかという問題と関与者に故意が認められるかという問題は、理論的には全くの別の次元に属する」とされ、単独正犯の場合に因果関係と故意を分けて考えるのと同様だと述べている。⁷⁰⁾ 共犯の過剰においては、物理的因果性が存せず、心理的因果性のみが論じられる。そして、心理的因果性には、主観的な判断が付随する。これが、議論が錯綜する原因であると思われる。⁷¹⁾ また、心理的因果性は、過剰な行為をした者（以下、過剰者という）と共犯者の間においてその有無が判断されるが、かかる因果性には、共犯者から過剰者が受け取る心理的因果性と、共犯者が過剰者に向けて発する心理的因果性の2つが存すると思われる。共犯者が「窃盗の意思」のみを有し見張りをし、過剰者が「強盗の意思」を有して、強盗を行う場合、過剰者は、共犯者が側にいてくれること・見張りをしてくれていることに安心しており、心理的に犯行が促進されている。⁷²⁾ 過剰者が心理的にどのように受け取るかという心理的因果性と、共犯者が過剰者に向けて発する心理的因果性は別のものだと考えられる。⁷³⁾ そして、過剰者が心理的にどのように受け取るかという心理的因果性（物理的因果性も同様であるが）は、客観的に判断されるべきであり、たいていの犯罪においてかかる因果性は存するはずである。その上で、共犯者が過剰者に向けて発する心理的因果性を、行為計画に基づいた故意により判断すべきで

表 1

因果関係	構成要件の故意 = 行為計画に基づいた故意*
・心理的因果性 (過剰者が受け取るもの)	・動機・目的の同一性（連続性）
	・過剰行為の予見可能性（随伴性）
・物理的因果性	・行為の質的同一性
	・（自身の関与の重要性を基礎づける事実の認識）

* 故意は、幫助犯・教唆犯の場合、「共通の行為計画の認識」となる。共通の行為計画を共同して実行する意思が故意であり、この計画を幫助し、教唆するに留まる場合は、当該行為者は共通の行為計画の認識を有しているのである。

あろうと思われる。ただし、本稿の見解によれば、共犯者が過剰者に向けて発する心理的因果性は、あえて「心理的因果性」と称する必要はなく、客観的な因果性が認められた上で、共犯者にその故意が存するか、という点を行為計画に基づいた故意として判断すれば足りるとする。以上の私見について、以下の例を挙げて検討したい。

強盗を共謀したA・Bの2人が、現場において、Aが被害者を後ろから羽交い締めにし、その間にBが被害者のポケットを探り、財布を強奪するという計画であったところ、実際には、Aが被害者を後ろから羽交い締めにした際に、Bは内心において、被害者を殺そうと思い、羽交い締めにされている被害者の首をいきなり折って殺した。この場合、殺人という過剰な結果と、Aの羽交い締め行為との間には客観的な物理的因果性が存する。また、Bは「Aが押さえてくれるから、殺害行為もできる」と内心で思っていることから、AとBの間には「Bが受け取る心理的因果性」が存するといえる。このような場合、因果性で共犯の過剰を判断する見解によれば、「AがBに対して心理的因果性を与えていない」という理由で因果性がないとすると思われる。しかしながら、因果性について、物理的因果性・心理的因果性少なくとも一方があればよいとする考えによるならば、客観的に物理的因果性が存する以上、「因果性がない」という結論は導けないはずである。また、私見によれば、心理的因果性は「Bが受け取るもの」のことを指すのであるから、「AがBに対して心理的因果性を与えていない」とはいえないのである。A自身が内心でどう思っていたか、いかなる犯罪を促進しようとしていたか、という点は、因果性ではなく、故意の問題であると考えられるのである。

橋爪教授は、心理的因果性が検討される場面について、「発生した結果について故意を否定しがたい事例」などを挙げられ、また、「故意が欠けるから、心理的因果性の存否を問題とするまでもない」と述べていることから、体系的に故意の後に心

理的因果性を置いているとも解され得る。⁷⁴⁾ しながら、このように解するのならば、共犯の全ての事案において心理的因果性が要求されることになり兼ねない。したがって、妥当ではないと思われる。佐久間教授も「いったん共同意思（共犯の故意）が認められた以上、改めて因果連関を問うことは、すでに認定した共同性および連帯性を無視するものにほかならない。」とも述べている。⁷⁵⁾ 原則である「一部実行全部責任」においては、実行行為が見張りであったとしても、共謀を成しただけで、自身の実行行為と実際の犯罪結果との直接的な因果関係がなくとも、共同正犯として処罰されるのである。直接的な実行行為をなす者と結果との間に因果関係が存在し、その者との間で共謀（行為計画に基づいた故意）があれば、行為者が処罰されるのである。この限りでは、心理的因果性ではなく相互利用補充関係の及ぶ範囲を共犯の射程と解する見解も妥当であろうと思われる。⁷⁶⁾ また、橋爪教授は「たとえばXがYに対して窃盗を教唆したところ、Yが強盗罪を犯した場合、Yが強盗行為に出る可能性が十分あり得る状況であれば、Xは客観的にはYの強盗行為に因果性を有することになるが、Xの故意のある限度で教唆犯としての罪責を負うことになるため、Xには窃盗罪の教唆犯が成立する。このことは共同正犯の場合であっても同様である。」と述べている。⁷⁷⁾ この場合は、「心理的因果性があるが、故意が欠ける場合」であると考えられる。客観的には因果性があるが、主観的には故意がないことを理由に窃盗罪の限度で教唆犯を認めていることから、上述の「故意が欠けるから、心理的因果性の存否を問題とするまでもない」という説明には体系的にそぐわないと思われる。⁷⁸⁾ そして、この部分で述べられてように、因果性は客観的に（条件関係的に）判断されるべきであって、ここに動機・目的・行為態様などの議論が含まれるべきではないと思われる。

順序としては、第一に因果性の有無が争われ、

因果性（少なくとも心理的・物理的のどちらか一方）が存する場合にのみ、構成要件の故意（すなわち、行為計画に基づいた故意）の段階に移り、過剰行為に動機・目的の同一性（連続性）が認められるか、行為者が過剰行為を予見可能であったか、過剰行為が当初の行為と質的に同一のものであるか、が判断されなければならない。共同正犯か幫助犯かの区別の際には「自身の関与の重要性を基礎づける事実の認識」の有無が問題となり、同認識が存しない場合には、幫助犯の限度で故意責任が問われることになる。⁷⁹⁾ かかる認識には、自身が因果的に結果ないし共犯者に対し重要な寄与をなすことの認識（例えば、自身が暴力団の頭領であるという事実の認識）のみならず、自身の犯罪として行う認識（例えば、借金を返済するためにどうしても強盗をする必要があるという動機）も含まれると思われる。「共謀の射程」という用語を正しく用いるならば、構成要件の故意の段階を指すと思われるが、従来の意味での「共謀の射程」には、因果性の有無で判断される場合と、行為計画に基づいた故意により画定される場合の2種類があると思われる。そして、この枠組みは、狭義の共犯においても、同様に維持されるべきであろうと思われる。

これらの理解を基に具体的な事案を検討する。そのために、別宅侵入窃盗事例（上述最判昭25.7.11の事案を改変したもの）を設例として提示したい。首謀者Xが実行者Yに対し、「対抗組織の幹部の住居であるA宅に向かい、その警備が嚴重でない場合に同宅に侵入し、財物を窃取してくるように」と命じた。その際、Xは「仮に同宅の警備が嚴重である場合には、発覚や暴力沙汰を避けるため、すぐさま帰投するように」とYに対し念を押した。実行者Yは、A宅に赴き、その警備を確かめたところ、嚴重すぎて侵入できる隙が見当たらなかった。しかしながら、Yは、手ぶらで帰ると示しがつかないと考え、自身の面目を保つため、A宅とは何ら関係のない、近所のB宅に侵入

し、財物を窃取した、という事案である。

法定的符合説（抽象的法定符合説）は、認識事実と実現事実が構成要件の範囲内において符合している場合には故意を認めるというものである。つまり、A宅に対する住居侵入窃盗のつもりでB宅にそれを行なってしまった場合に、A宅に対する住居侵入そしてAの物の窃盗の意思を「およそ住居に入り、他人の物の窃盗をする意思」というようにとらえ、住居侵入・窃盗罪という同一構成要件内で符合することを根拠に故意を認めることになる。なぜなら、構成要件的に特定された故意から構成要件の結果が発生していて、行為者は「住居に侵入してはならない、他人の物を盗んではならない。」という規範に直面しているのであるから、これらの犯罪に対する反対動機の形成が可能なのであるからである。このように、通説・判例とされる法定的符合説によれば、上述の設例において、Xには住居侵入・窃盗罪の故意が認められることになる。⁸⁰⁾ このような事例に対し、橋爪教授は、抽象的法定符合説を前提とした場合には故意が認められるが、心理的因果性の欠如により共同正犯の成立が否定される余地があるという。⁸¹⁾ しかしながら、抽象的法定符合説によって故意を認めたということは、「およそ家であるものに入り、いわゆる窃盗をする」という抽象的な認識が認定されたわけであるから、「心理的因果性が具体的結果に及ばない」とはいいい難いと思われる。このことは、通常の方法の錯誤の事案において、行為者が意欲していない客体に弾が当たる場合に同説によって故意が認められるのと同様の結論となる。弾が勝手に逸れてしまうと、共犯者が勝手に別の家で窃盗するのは同様のものと考えられよう。したがって、同説に依拠する以上は、共同正犯の成立を否定し得ないように思われる。また、橋爪教授は、「むしろ具体的法定符合説を採用して故意犯の成立を限定するのが筋であると思われるが」と述べているが、そのように解した場合、過剰な結果について故意がないとされる場合にも

心理的因果性があると判断される場合が存することになり、故意がないのに故意犯が成立し得ることになると思われる。⁸²⁾

しかしながら、設例において、同説によれば故意が認められるのに対し、行為計画説によって共謀の射程を検討すれば、共謀がないと判断される場合が存する。行為計画、すなわち、動機・目的の同一性（連続性）、過剰行為の予見可能性（随伴性）、行為の質的同一性を考慮して、（この場合は主に動機が異なるという点であるが）、行為計画に基づいた故意がないとされたのちに、法定的符合説により故意が擬制されることはないと思われる。このように考えるならば、抽象化した認識を要請する法定的符合説は、共犯の錯誤においては機能し得ないことになる。そうであるならば、法定的符合説（とりわけ数故意犯説）の存在価値はますます薄れていくことになる。⁸³⁾

V おわりに

本稿では、共犯の錯誤・過剰に関し、行為計画に基づいた故意に鑑みて共謀の射程を判断するよう試みた。東京高判昭和60・9・30は、被告人が対立組織との交渉を有利に進めるとい目的の下で暴行を加えてでも被害者を拉致する旨を指示し、実行担当者らは自分達の体面を守るとい目的で被害者を殺害した事案について、被告人に殺人も傷害致死の責任も認められないとした。また、東京地判平成7・10・9においては、実際に行われた犯罪は同一ではあるものの、共犯者が共謀とは異なった行為態様をとった場合に、行為者には結果が帰属されないとされた。東京高判平成21・7・9では、「被害者への組の制裁」とい共謀内容の目的・動機が、第2暴行においても維持されているかが判断され、福井地判平成25・7・19も、第2暴行の動機や目的は、第1暴行とは大きく相違すると判示している。このように、下級審においては、客観的には行為態様自体が共謀の内容に含まれているように見えてもその目的が当初のも

のと全く異なる場合や、被害客体および犯罪が同一ではあっても共犯者が共謀とは異なった行為態様をとった場合には、共謀の射程が否定されるように思われるのである。それゆえ、共謀の射程を検討するに際しては、構成要件的重なり合いおよび因果性の問題だけでなく、行為計画に基づいた故意の考慮が必要であると考えられる。過剰者が心理的にどのように受け取るかという心理的因果性と、共犯者が過剰者に向けて発する心理的因果性は別のものだと考えられる。そして、過剰者が心理的にどのように受け取るかという心理的因果性（物理的因果性も同様であるが）は、客観的に判断されるべきである。共犯者が過剰者に向けて発する心理的因果性は、「心理的因果性」と称する必要はなく、客観的な因果性が認められた上で、共犯者にその故意が存するか、という点を行為計画に基づいた故意として判断されるべきである。かかる故意の考慮につきドイツの議論を参照し、共同の行為計画から共謀の射程が判断されていることを導き出した。そして、共謀について、動機・目的の同一性（連続性）、過剰行為の予見可能性（随伴性）、行為の質的同一性を考慮して、過剰な行為が行為計画に基づいた故意の範囲にあったか否かを判断すべきであると考えられる。その上で本稿は、行為計画に基づいた故意の検討がなされる場合には、法定的符合説の適用領域は限られたものになり得るとい結論を得たものである。本稿では触れなかった共犯の離脱の問題については、別稿に期したいと思うところである。

- 1) 最大判昭33・5・28（刑集12巻8号1718頁）、練馬事件において「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、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、よって犯罪を実行したことが認められなければならない」と判示されている。
- 2) 長井長信「共犯の過剰について（一）」南山法学

- 20巻2号(1996年)131頁。本稿では、共犯の「過剰」について検討する。
- 3) 嶋矢貴之「共犯の諸問題：共犯と錯誤，共犯の離脱，承継的共同正犯，共謀の射程(特集 裁判員裁判時代の「難解概念」の解釈と適用)」法律時報85巻1号(2013年)33頁。
 - 4) 林幹人『刑法の基礎理論』161頁以下(東京大学出版会，1995年)。林教授は、共犯の因果性は、幫助犯・共同正犯・教唆犯それぞれの関与形式を通じて統一的なものと解すべきであるという。及び、林幹人「共犯の因果性—心理的因果性を中心として—」警察研究62巻3号17頁(1991年)以下，4号3頁(1991年)，5号16頁以下(1991年)，7号23頁(1991年)以下を参照。
 - 5) 斎藤金作『共犯判例と共犯立法』(1959年，有斐閣)117頁，中野次雄「判批」刑事判例評釈集第8巻23年度(上)(1970年，有斐閣)265頁，小室孝夫「錯誤について」『司法研修所創立20周年記念論文集第3巻(刑事編)』(司法研修所，1967年)266頁，正田満三郎「刑法における犯罪論の批判的考察」(一粒社，1962年)103頁，判例，実務の基調もこの説に立つものと理解されている。東京高判昭35・4・21(東高刑時報11巻4号86頁)，長野地諏訪支判昭37・6・2(下刑集4巻5・6合併号503頁)など。
 - 6) 団藤重光『刑法要綱総論第3版』(創文社，1990年)296頁，福田平「共犯と錯誤」『現代の共犯理論』(有斐閣，1964年)74頁，団藤重光編『注釈刑法』第2巻(有斐閣，1969年)343頁及び同741頁，大塚仁『刑法概説総論第4版』(有斐閣，2008年)217頁，福岡地飯塚支判昭45・3・25(月報2巻3号292頁)等。
 - 7) 牧野英一『日本刑法』(有斐閣，1918年)，木村亀二『刑法総論』(有斐閣，1978年)404頁，平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣，1975年)364頁，木村榮作『刑法犯例研究Ⅱ』(大学書房，1968年)138頁，東京高判昭27・9・11(特報37号1頁)。なお，平野龍一教授は，犯罪構成要件の重要部分において互に共通する犯罪相互間では，異なる罪名間の共同正犯を認めても，犯罪共同説と正面から矛盾することにはならないであろう，とされる(前掲書365頁)。藤木英雄教授もまた，犯罪共同説に立ちつつ，「犯罪共同説による場合であっても，共犯の罪名は常に共犯すべてにわたり同一でなければならない，というわけではない。同性質の犯罪で，構成要件上重なり合う部分のある罪相互間では，異なる罪名の共同正犯を認めることに理論上支障はない。」とされる(刑法講義総論283頁)。
 - 8) 山中敬一「幫助の因果関係」関西大学法学論集25巻4・5・6号(1975年)109頁以下，西田典之「幫助の因果関係」法学セミナー312号(昭56)22頁以下。
 - 9) 山口厚『問題探求刑法総論』(有斐閣，1998年)234頁，西田典之『刑法総論』(弘文堂，2006年)315頁。
 - 10) 原田國男『最判解刑事篇平成元年度』182頁は，「因果関係の切断の有無を実質的な判断基準として採用しているように窺われる。」と述べている。
 - 11) 山中敬一「共謀関係からの離脱」『立石二六先生古稀祝賀論文集』(2010年)539頁以下。
 - 12) この点，学説には，因果的共犯論における因果性を心理的因果性に限定し，共犯関係からの離脱の可否も，専ら心理的因果性の遮断の有無という観点から判断すべきであるとするものとして，町野朔「惹起説の整備・点検」『内藤謙先生古稀祝賀』(1994年)130頁以下。
 - 13) 松本光雄・最高裁判所判例解説 刑事篇(1979年)67頁，西村克彦・判評250号41頁(判時941号187頁)。
 - 14) 注釈刑法(6)126頁，大コメ刑法9巻390頁。
 - 15) 山口厚＝川端博「〈対談〉結果的加重犯の現状と課題」現刑5巻4号27頁。
 - 16) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂，2005年)426頁以下。
 - 17) 内海朋子・ジュリ別冊220号160頁(刑法判例百選Ⅰ第7版)(2014年)。
 - 18) 藤木英雄・別冊ジュリ百選57号176頁。
 - 19) 同様のものとして，大阪高判昭和28・11・18(高刑6巻11号1603頁，判時25号25頁)がある。これは，行為者が別居の親族の所有物であると誤信して実際には親族でない者の所有物を窃取した事案である。高裁は，「財物の所有者たる他人が別居の親族であるとの錯誤は窃盗罪の故意の成立を阻却するものではなく……罪となるべき事実に関する具体的の錯誤が存するけれども，他人の物を他人の物と信じたことは相違がなく，その認識とその発生せしめた事実との間には法定的事実の範囲内において符合が存するから，右の錯誤を以て窃盗の故意を阻却するものということができず」と判示している。
 - 20) 水落伸介「共謀の射程について」中央大学大学院研究年報第44号法学研究科篇161頁(2015年)を参

- 照。
- 21) 橋爪隆・「共謀の射程と共犯の錯誤（特集つまずきのもと 刑法）」法学教室 359巻（2010年）23頁。
 - 22) 同様の指摘をするものとして、中森喜彦「判批」判評400号（1992年）62頁。
 - 23) 本判決に詳細な検討を加えるものとして、水落・前掲注20), および齊藤誠二「判批」法学新報105巻4・5号（1999年）321頁を参照。
 - 24) 渡辺裕也「実例捜査セミナー Since 1988 共犯者の行為についてどこまで罪責を負うのか：傷害致死罪の実行共同正犯において、共犯関係の解消の有無が問題になった事例」捜査研究 64巻5号（2015年）51頁を参照。
 - 25) 渡辺裕也・前掲注24) 52頁。
 - 26) StGB § 16(1)「行為遂行時に法定構成要件に属する事情を認識していなかった者は、故意に行為したのではない。過失による遂行を理由とする処罰の可能性はなお残る。」。
 - 27) Kindhäuser, Nomos Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 2013, § 16 Rn33. 通説は、「実際に当たった行為が客体の侵害が、行為者の故意によって包括されていない場合」を因果経過の錯誤として扱う。客体の錯誤との違いは、行為者は、具体的な行為客体に関して、なんら個別性の錯誤の影響下になく、他の行為客体をもって、他の因果経過を予測しているということである。
 - 28) ドイツにおける共犯の過剰について詳細に検討を加えるものとして、長井長信「共犯の過剰について（二）（法学部創設20周年記念号）」南山法学 20巻3/4号（1997年）157頁以下および「共犯の過剰について（三）完」南山法学 21巻2号（1997年）、1頁以下。
 - 29) 主な主張者としてBackmann, Baumann, Weber, Bemann, Beulke, Blei, Bockelmann, Bottke, Dürre, Ebert, Fischer, Frisch, Gropp, Heinrich, Duttge, Jakobs, Kindhäuser, Schroeder, Schmidhäuser, Schreiber, Toepelが挙げられる。
 - 30) 主な主張者としてWelzel, Zielinski, Geppert, Mitsch, Puppe, Schroth, Rudolphi, Stein, Frankが挙げられる。
 - 31) Rose-Rosahl-Fall.
 - 32) Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, AT 2, § 51 Rdn. 44ff.
 - 33) bei Dallinger MDR 1955, 143; BGHSt 11, 66.
 - 34) Busch in LK 9. Aufl. § 49 Rdn. 14.
 - 35) Cramer in Schönke/Schröder, 21. Aufl. § 27 Rdn. 19, 27.
 - 36) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, AT, 10. Aufl. § 29 Rdn. 108.
 - 37) 当該判例に詳しいものとして、中村雄一「西ドイツ刑事判例研究（31教唆における行為の特定）」比較法雑誌22巻3号（1988年）95頁。
 - 38) Herzberg, Anstiftung zur unbestimmten Haupttat-BGHSt 34, 63, JuS 1987, S. 61.
 - 39) Günther Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 24. Abschn. Rdn. 17.
 - 40) Eduard, Dreher, der Paragraph mit dem Januskopf, FS für Gallas, 1973, S. 318.
 - 41) Claus Roxin, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 21. 4. 1986 (BGHSt 34, 63), JZ 1 1986, S. 908.
 - 42) Georg Küpper, der gemeinsame Tatentschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW105, 1993, S. 295ff.
 - 43) RGSt 58, 279.
 - 44) Samson, SK StGB, § 25 Rdn, 127ff. このように述べた判例としては、RGSt 44, 321が初めてのものと思われる。
 - 45) Karsten Altenhein, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzess, 1994, S. 40. 判例では、RGSt 70, 295.
 - 46) Toepel, Aspekte der Rose-Rosahl-Problematik: Die Perspektive des Hintermannes, das Blutbadargument und die versuchte Anstiftung, JA 1997, S. 344ff.
 - 47) 近年における解説として、Jan Dehne-Niemann/Yannic Weber, „Über den Einfluss des Irrthums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung zu diesem Verbrechen“ – Zum 150-jährigen des Falls Rose-Rosahl. In: J A 2009, 373.
 - 48) Günter Bemann, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR, 1958, S. 817ff.
 - 49) Rosahlは一人の人を殺すよう命じ、Roseは人違いではあるものの、一人の人を殺しており、その結果はRosahlの意思と合致するという、等価値説的な主張をなすものとして、Mezger, Lehrbuch, 1931, S. 437; Frank, Kommentar, 1931, Bem. III, 4d nach § 48 StGB. など。
 - 50) Berner, Grundsätze des Preussischen Strafrechts, 1861, S. 31.
 - 51) Loewenheim, Error in objecto und aberratio ictus,

- JuS1966, Heft8, S. 312.
- 52) 中義勝「ローゼ・ロザール事件—被教唆者の客体の錯誤は教唆者にとっても客体の錯誤か」関西大学法学論集35巻3/5号(1985年)1071頁以下。
- 53) BGHSt 37, 214; MDR 1991, 169; StV 1991, 155 LS.
- 54) 平良木登規男・刑法アトランダム(31)共犯(その7—共犯と錯誤)警察公論53巻3号(1998年)88頁は、当該判例を法定的符合説を採用する一つの根拠となると述べる。
- 55) Roxin in LK 10. Aufl. § 26 Rdn. 26.
- 56) 我が国で本判例に詳しいものとして、井田良「被教唆者の客体の錯誤と教唆者の故意—ドイツ連邦裁判所1990年10月25日判決をめぐって」法学研究65巻12号(1992年)43頁。
- 57) Cramer in Schönke/Schröder, StGB 23. Aufl. Vorbem. § § 25 ff. Rdn. 47.
- 58) Wolter in Schünemann, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 103, 123 f.
- 59) Puppe GA 1984, 101, 121.
- 60) Streng JR 1987, 431, 433. 具体的にはBGHSt9, 240を挙げている。
- 61) 中義勝『刑法上の諸問題』(1991年)152頁、浅田和茂「教唆犯と具体的事実の錯誤」『西原春夫先生古稀祝賀論文集(2)』(1998年)428頁以下。
- 62) 平野龍一・警察研修57巻6号7頁。
- 63) 拙稿「同一構成要件間における方法の錯誤の取り扱い—修正された行為計画説の立場から—」中央大学大学院研究年報第43号法学研究科篇238頁以下(2014年)を参照。
- 64) 井田良『刑法総論の理論構造』(2005年)408頁。
- 65) BGH, Urteil vom 15. Januar 1991 - 5 StR 492/90, BGHSt 37, 289.
- 66) これに詳しいものとしてFischer, StGB, 58. Aufl., § 25 Rn. 17.
- 67) openJur 2010, 10888, lexetius.com/2010, 3281.
- 68) Puupe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, ZIS, 2007, S. 234.
- 69) もちろん、かかる考慮とは別に、Aが近くにいたなどの事情によっては、Aに対する殺人未遂罪が問題となろう。
- 70) 橋爪隆「共謀の限界について：共謀の射程・共謀関係の解消(特集 共同正犯論の現在)」刑法雑誌53巻2号(2014年)296頁。および水落・前掲注20)を参照。
- 71) これを指摘するものとして、橋爪隆「刑法総論の悩みどころ(第10回)共謀の意義について(1)」法学教室412巻(2015年)129頁。
- 72) 井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2008年)495頁注46。井田教授は、実行行為時点における見張りの行為について、実行者が見張りのことをすっかり忘れていても、正犯の負担を軽減しているとする。
- 73) 水落・前掲注20)も、「意思の連絡」を要求しつつ、同様の指摘をする。
- 74) 橋爪隆・前掲注71)128頁。
- 75) 佐久間修「実践講座・刑法総論(第16講)共犯の錯誤と身分犯の意義(その1)主観的要件をめぐる諸問題」警察学論集68巻2号(2015年)164頁。
- 76) 十河太朗「共謀の射程について」川端博ほか編『理論刑法学の探究③』(2010年)98頁以下。
- 77) 橋爪隆・前掲注71)124頁。
- 78) ただし、橋爪教授の考える心理的因果性の存否に関する判断要素については全て賛同する。また、結論にも賛同しうる。体系的に、上述の考慮要素を故意に入れるか、心理的因果性の問題とするか、という点につき本稿と差異があるのである。
- 79) 橋爪隆・前掲注71)124頁。
- 80) 大判大正15・7・3(刑集5巻395頁)に始まり、最判昭和53・7・28(刑集32巻5号1068頁)が有名である。
- 81) 橋爪隆・前掲注71)128頁。
- 82) 橋爪隆・前掲注70)300頁。共謀の射程を用いて故意犯成立を制限するという視点には筆者も賛同する。
- 83) 平成14年に出た2つの裁判例は、結論として(量刑として)具体的符合説によって導かれるものと同様の判決(量刑)になっていると思われる。大阪高判平成14・9・14(判タ1114号293頁)では、人に対する故意の具体化が必要だとされ、東京高判平成14・12・25(判タ1168号306頁)では、法定的符合説に依拠して意図していない客体に対する故意を認めるのならば、量刑上その故意を考慮してはならないとされた。したがって、下級審において法定的符合説と距離を置く判断が見受けられるのである。詳しい検討については、拙稿・前掲注63)を参照。