

共同正犯と方法の錯誤

——自身に対する殺人未遂罪——

樋笠 堯士

1. はじめに
2. 追跡者事例 (Verfolgerfall)
 - 2.1 【BGH,Urteil v. 23.01.1958 - 4 StR 613/57】
 - 2.2 小括
 - 2.3 関連判例 (ローゼロザール事例)
 - 2.4 関連判例 (第二次ローゼロザール事例)
 - 2.5 日本の判例
3. 検 討
4. おわりに

1. はじめに

本稿は、ある共犯者が行った殺人罪の構成要件的行為の結果が、仲間である他の共犯者に生じた場合に、被害者となった共犯者は、被害者である自身に対する行為の責任を共同正犯者として負うのかという問題提起を端緒に、いわゆる追跡者事例について共犯論と錯誤論(故意論)の両面から考察を加えるものである。

[設例] Xは、Yと、①敵対するグループ員に傷害を加えること、②銃を持参し敵対グループ員に追跡された場合には、彼らを殺傷するのめやむを得ないこと、の2点につき合意し共謀を行った。その後、実際に、傷害の

現場で追跡されたXは、追っ手である敵対グループ員Vに対し発砲したものの、追っ手の方角ではなく、少し後ろを併走していたYに弾が当たり、Yは、傷を負った。なお、実際には追っ手のVからは近くにおらず、かかる発砲についてVらには何ら危険は生じなかった。

本設例について、判例が採用する法定的符合説の数故意犯説によれば¹⁾、Xには、仲間であるYに対する殺人未遂罪が成立することになる。というのも、Xは、Vとの関係で、199条の「人を殺してはならない」という規範に直面しており²⁾、同一構成要件内で法定的に客体(人)が符合している以上、共犯者Yに対する殺人の故意も認められることになるからである【論理①】³⁾。では、ここで、共犯者Yの罪責を検討するに、Yは、Xに撃たれて負傷しているものの、「②銃を持参し敵対グループ員に追跡された場合には、彼らを殺傷するのやむを得ない」という点につきXとの間で、殺人罪の共謀をなしているから、Yには、一部実行全部責任の原則により⁴⁾、Yに対する殺人未遂罪の共同正犯が成立することになる【論理②】。

換言すれば、Yは、自分に対する殺人未遂罪で処罰されることになる⁵⁾。

-
- 1) 最判昭和53・7・28(刑集32巻5号1068頁)。最高裁の立場については、新矢悦二「判解」最高裁判所判例解説刑事篇昭和53年度329頁。
 - 2) 山口厚『問題探究刑法総論』(有斐閣, 2005年)117頁。
 - 3) 同説に対する批判として、拙稿「因果関係の錯誤について—行為計画に鑑みた規範直面時期の検討—」嘉悦大学研究論集58巻2号(2016年)23頁以下、および只木誠「併発事実と錯誤について—いわゆる数故意犯説と罪数論及び量刑論—」法学新報113巻9・10号(2007年)337頁は「(数故意犯の主張について)……『二個』の死についての『規範の問題』は与えられていないのではないか……一身専属的法益が問題となる犯罪については、故意の量的増加は、複数の反対動機形成可能性の存在を前提とするのではないかと数故意犯説に対して疑問を呈している。
 - 4) 高橋則夫『刑法総論[第4版]』(成文堂, 2018年)452頁。
 - 5) もっとも、金澤文雄「打撃の錯誤について」広島法学5巻3・4合併号(1982年)45頁以下は、「判例のこの立場は法定的符合説の適用を誤っていると思う。……殺人罪の構成要件の解釈を誤ったといえるのではないかと……刑法199条の

果たしてこの結論は妥当であろうか⁶⁾。とりわけ、自傷行為が不可罰とされていることと整合するのであろうか。もっとも、実務上、Yについては、同罪について起訴されない可能性もある。しかしながら、実務で「不起訴」の可能性が存するとしても、実体法上、理論的な問題は残る。したがって、本稿では、かかる問題につき、故意論（【論理①】）と共犯論（【論理②】）のアプローチの両面から検討することとする。まずは、設例と類似するドイツの判例（追跡者事例）を概観し、検討する。

2. 追跡者事例（Verfolgerfall）

まず、ドイツにおいても、ドイツ刑法25条2項が「複数の者が共同して犯罪行為を行ったときは、各人が正犯として罰せられる。」と規定されており、正犯性については異同も存するものの⁷⁾、一部実行全部責任の原則が存するのは我が国と同様である⁸⁾。

そして、共同正犯において基本的に共同の行為計画（gemeinsamer Tatplan）ないし共同の行為決意（gemeinsamer Tatentschluss）が必要と解されている⁹⁾。また、共同正犯における故意についても、必ずしも全ての

『人ヲ殺シタル者』の『人』は単数であるが、数については全く不特定であるかという問題である。ドイツ語、フランス語、英語などでは殺人罪の規定は『一人の（他）人を殺す者』となっており……『人』が甲であれ乙であれ、『誰か一人の人』という意味がはっきりしている。そうであれば……構成要件的に一致するのは『一人の殺人』だけであり、もう一人については過失犯を認めるほかにはない……それが法定的符合説からの全く単純な結論である。」とする。

- 6) 松原芳博「演習」法学教室323号（2007年）177頁は、同意殺人未遂罪の教唆犯の事案ではあるが、「被害者であるX自身をXに対する罪で罰するというのは妥当でない」とする。
- 7) Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4.Aufl.,2019, § 22 Rn.2.
- 8) Joecks/Scheinfeld, in Münchener Kommentar StGB, 4.Aufl.,2020, § 25 Rn.186.

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¹⁰⁾。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ている¹¹⁾。この点について、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¹²⁾。つまり、かかる「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。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¹³⁾。

以上、ドイツにおける共同正犯の概念を踏まえ、ここで本稿の検討対象である追跡者事例を紹介する。ドイツにおいては、実際に、共同正犯が成立することを理由に自身に対する殺人未遂罪を認めた判例(いわゆる追跡者事例: Verfolgerfall)が存するのである¹⁴⁾。同事例は講学事例としても有名であり、後述(2.3)のローゼロザール事例(Rose-Rosahl-Fall)と並んで、

9) Küpper, der gemeinsame Tatentschluss als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, ZStW105, 1993, S.295ff.

10) RGSt 58, 279.

11) Samson, in: Rudolphi/Horn/Günther, SK -StGB, Bd I, 9.Aufl., 2015, § 25 Rdn.127ff. このように述べた判例としては、RGSt 44, 321が初めてのもと思われる。

12) Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter, ZIS, 2007, S.234.

13) BGH 5 StR 360/11 - Urteil vom 1. 12 2011 (LG Hamburg) (NSTz 2012, 207; NSTz-RR 2012, 77)では、「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した場合」には、共同の行為計画を逸脱したか否かを厳密に検討すべきであるとしている。

14) 共犯の過剰(Exzeß des Mittäters)の文脈でも追跡者事例が論じられている。Stuckenberg, Zur Erfolgsszurechnung in den „Verfolgerfällen“, Puppe-FS, 2011, S.1039.

客体の錯誤（error in obiecto）のリーディングケースとされている¹⁵⁾。

2.1 【BGH,Urteil v. 23.01.1958 - 4 StR 613/57】

【事案】

被告人Pは、他の被告人M及びTと3名で食料品店へ夜間に侵入し窃盗する計画を立て、逮捕されそうになった場合には、拳銃を使用することを示し合わせ、各々実弾が装てんされた拳銃を所持して同店に侵入しようとした。しかし、店の主人がこれに気づき、騒ぎ出したため、被告人ら3名は店から出て道路の方へ逃走した。Mは、自身の後方2・3mの所を走っていた被告人Pを追跡者だと誤認し、逮捕を免れるため、殺人の故意をもってこれに向かって発砲したが、被告人Pのシャツの袖に弾が命中したにとどまった。以下、判旨の要約である¹⁶⁾。

【判旨】

被告人Pを本犯罪の未遂の共同正犯とした原審の認定には、異論の余地はない。

ドイツ刑法は、「他人」の生命の毀損のみを処罰しているにもかかわらず、本件において、共犯者の発砲がP「自身」に向けられたものであるということは、原審の認定の妨げとはならない。Mは「追跡者」だと思った者を殺害するという決意を、自身の拳銃を発砲することにより、実行に移しているのである。

Mのかかる行為が、彼が認識・是認していた殺人の結果を惹起せず未遂にとどまったという事実によって、さらに被告人Pの関与行為についてのみ該当する「不能」未遂という法律上の論点が隠蔽されているのである。

たとえば、窃盗の行為者が追跡者を殺害するのではなく、それが被侵害

15) Roxin/Greco, Strafrecht AT Band I, 5.Aufl.2020, § 12 Rn.193.

16) BGHSt 11, 268; NJW 1958, 836.

者の健康を害するのに適した物質であることを知りつつ、幻惑させる目的で毒物等のある物質を追跡者の目に対して噴射することで、その者の攻撃力を排除することを共謀し、Mがその謀議に基づいてPを追跡者であると思ひ、Pを攻撃したとするならば、Pの行為は法律上、刑法229条¹⁷⁾の「未遂」犯となり、これに対して、Mは同規定の「既遂」犯で有罪となる。というのも、Mは刑法229条に規定されている物質を故意に他人に使用しているからである。この「他人」が共犯者の一人であるということは、Mが法定構成要件を完全に実現したということは何ら変更するものではない。その限りでは、謀殺の共謀の場合と全く同様に、Mには、一被侵害法益が非等価値 (Ungleichwertigkeit) である場合にのみ意義を有する—いわゆる客体の錯誤が存するのである。しかしながら、Pに関しては、P自身が負傷者であり、つまり、上述の規定の意味における「他人に (inem anderen)」ではないという事実は、構成要件の欠缺であるが、これは行為を不能未遂として評価することと矛盾しない。なぜなら、Pは、自身の行為 (行為の取り決め、及び、現場に赴いて精神的幫助をしたこと) により、その時点では未知であるが、人間に毒物を使用するというMの所為決意、及び、かかる決意の実現を共同惹起し、これらを自身の、同価値である行為分担を補充するものとして最初から意欲していたからである。

これに対して、法律は、自身の健康を行為者自身からは保護しないのであるから、Pの不能未遂は、刑法上保護されている法益を何ら危殆化していないとの異義を唱えることもできない。というのも、不能未遂において、法的に保護される秩序に対する一般的な反抗それ自体がすでにして危険なのであり、特定の現存する法益に対する危険は問題とならないからである。

17) ドイツ第6次刑法改正以前の旧229条「毒害罪 (Vergiftung)」である。現在は223条「傷害罪」の1項1号に移動し、「毒物若しくは健康を害するその他の物質を投与すること」により、「傷害を行った者は、6月以上10年以下の自由刑に、犯情があまり重くない事案では、3月以上5年以下の自由刑に処する。」と規定されている。

本件においては、Mにより未必的に意欲された人の死という結果は生じていないのであるから、Mは謀殺既遂では処罰され得ない。Pに関しては、旧43条（不能未遂）の適用において、さらに、P自身が負傷者であるという一身上の事情が加わる¹⁸⁾。

追跡者であると思った者に対するMの謀殺未遂を、Pは自身の行為としていたのであり、これについて共同正犯者として処罰されなければならない。

Pは問題となった行為時に、行為支配（Tatherrschaft）にも関与している。彼は、二人の共犯者と空間的に近接した位置にいたことによって、常に彼らの行為を支配し、また、合意に反して今回は追跡者を撃たないように要求することもできたのであった。Pがこのことを、銃の発砲までの間になさなかったということは、Pになされた発砲についても、Pの共同責任（Mitverantwortung）を基礎づける。かかる発砲は、追跡者と想定される者に向けられていたのであり、全ての関与者の合意と一致しており、それゆえ、被告人の故意の範囲を越えてはいないのであるから、Pは完全な責任を負わなくてはならない（voll zugerechnet werden）。

2.2 小括

本判決では、共犯者である被告人Pに、自身（P）に対する殺人未遂罪が認められた。そして、不能未遂による減軽の要素として、殺人という結果不発生に加え、一身上の事情（＝自身が負傷者であるという事情）が加わるとされた。上述の通り、ドイツは不能未遂が可罰的であるが、日本では、不能未遂（不能犯）は未遂として処罰できず、不可罰となる¹⁹⁾。

18) ドイツでは、未遂のうちおよそ既遂に至り得ないものを「不能未遂」（untauglicher Versuch）といい、23条3項が、著しい無知に基づく不能未遂の場合について刑を免除し又は裁量により減軽する余地を認めている。それゆえ、日本とは異なり、不能未遂は可罰的である。Hirsch, Untauglicher Versuch und Tatstrafrecht, Festschrift für Roxin, 2001, S. 711ff.

それゆえ、日本では不能未遂が不可罰である以上、不能未遂となる者（以下、追跡者事例に合わせて「P」と記す）は、他の共犯者とその実行行為を共同することはできないと思われる（この点は、3. 検討にて詳述する）。もっとも、不能未遂だとしても、我が国の判例が、不能犯と未遂犯の区別において具体的危険説を採用しているとすれば、一般人による判断基底に被害者の事情の認識を含むかという問題が、また、修正された客観的危険説を採用していると解しても²⁰⁾、「仮定的に考慮されうる被害者を基準とした」殺人未遂の危険性を判断することが問題となり得よう。ただし、不能未遂につき条文上の根拠を欠く我が国では、現実的な危険性が存しない不能未遂（行為）を共犯者と共同するという理解はおおむね一致を見ないであろう。これに対して、ドイツでは、不能未遂が可罰的であるがゆえに²¹⁾、共犯者と共に構成要件的行為を共同できる²²⁾。

しかしながら、ドイツにおいて、Spendelは本判決に対し、「Pの決意が謀殺の予備段階に存するという点で、共同正犯による謀殺未遂という措置は失敗に帰する。共同正犯たるには、Pは少なくとも所為の実行に着手しなければならないであろう。すなわち、直接的な法益の危殆化という意味における自身による未遂行為が必要である。」と批判する²³⁾。

また、共同の所為決意と個人の故意が交錯した議論となるが、故意論に

19) 高橋則夫「不能犯における『行為規範と制裁規範の結合』」伊東研祐・小島秀夫・中空壽雅・松原芳博（編）『市民的自由のための市民的熟議と刑事法 [増田豊先生古稀祝賀論文集]』（勁草書房、2018年）185頁。

20) 高橋・前掲書注4) 415頁。

21) 不能未遂が認定されることで、（未遂の）自殺という不可罰性が導かれるのではないかとする見解もある Schreiber, Grundfälle zu “error in objecto” und “aberratio ictus” im Strafrecht, JuS 1985, S.876.

22) Rainer Zaczyk, in Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5.Aufl.,2017, § 22 Rn.34.

23) Spendel, Zur Kritik der subjektiven Versuchs- und Teilnahmetheorie – BGHSt 11, 268, JuS 1969, S.314f.

における具体化説（Konkretisierungstheorie）からも、「共同の所為決意は、『追跡者を撃つことであり、共犯者を撃つことは同決意に含まれていない。』との批判がある²⁴⁾。

これに関して、具体的符合説が有力説であり、法定的符合説が判例・通説である日本とは異なり、ドイツでは、具体化説が通説である²⁵⁾。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²⁶⁾。具体化説は日本の具体的符合説に対応すると考えることができ、等価値説は日本の法定的符合説に類するといえるが²⁷⁾、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。このような状況の下、本判例は、結論として、等価値説の立場を採ったと評価できるとの考察がなされ²⁸⁾、かかる理解は、共犯という犯罪形態の特殊性が原因だと解されている²⁹⁾。

もっとも、本判決が具体化説に立脚したうえで、錯誤論によってかかる帰結を導いたと考えることもできる。本判決によれば、共犯者にとって、行為者における客体の錯誤は重要ではないとされる³⁰⁾。そして、具体化説

24) 具体化説からの批判、(当時の)Roxinによる批判、等価値説からの論証等に詳しいものとして、Scheffler, Der Verfolger-Fall (BGHSt 11, 268) und die Strafbarkeit der „versuchten fahrlässigen Selbsttötung“, JuS 1992, Heft 11, S.920ff.

25) Kühl, in Lackner/Kühl Strafrecht, Kommentar StGB, 29. Aufl., 2018, § 15 Rn.12.

26) Sternberg-Lieben/Schuster, in Schönke/Schröder, Kommentar StGB, 30. Aufl., 2019, § 15 Rn.57.

27) 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（2014年）238頁以下。

28) Niemann, Zum fünfzigjährigen Jubiläum des „Verfolgerfalls“ (BGHSt 11, 268) Beteiligung des Tatopfers an einem gegen das Tatopfer gerichteten Mordversuch?, ZJS 2008, S.355.

29) Mitsch, Überindividuelle Rechtsgüter und aberratio ictus, FS - Puppe, 2010, S.733f.

によっても、客体の錯誤においては故意が阻却されるからである。これに関しては、そもそも本事例を客体の錯誤として捕捉できるか、という問題提起もできよう。

客体の錯誤の多くの場合³¹⁾、行為者の五官による感覚的知覚で具体化した客体に対して結果が発生しているものの³²⁾、結果が発生したその客体は行為者の精神的表象が目的としているものではない³³⁾。それゆえ、Prittwitzは、被害者の人に関する精神的な表象のみのあらゆる誤りは、単なる客体の錯誤として重要でないままなのであるという³⁴⁾。Erbも、客体の錯誤は感覚的知覚による客体の個別化は達成されており、内心において重要でない動機の錯誤 (unbeachtlicher Motivirrtum) が存する場合であるという³⁵⁾。

かかる理解に基づけば、本事例は、共犯の特殊性を前提とした客体の錯誤の一種であると考えられよう。しかしながら、弾丸が外れたという事実を捉え、「行為者の五官による感覚的知覚で具体化した客体に対して結果が発生して」いないと評価することもまた、可能であろう。この場合、本事例は方法の錯誤として分類されることになる。方法の錯誤であるとすれ

30) Fischer, StGB, 67.Aufl.,2020, § 16 Rn.5.

31) 客体の錯誤の事案の分類と分析に関して, Grotendiek, Strafbarkeit des Täters in Fällen der aberratio ictus und des error in personas, 2000, S.106f

32) 感覚的知覚と精神的表象による方法の錯誤と客体の錯誤の区別については, Andreas Hoyer, Die aberration ictus als Sonder- und Extremfall der Kausalabweichung, FS für Jurgen Wolter zum 70, 2013, S.423.

33) 客体の錯誤における客体の特定方法と故意の認識対象については, 拙稿「離隔犯における客体の錯誤と方法の錯誤の区別—最後に特定された客体との齟齬—」比較法雑誌50巻1号(2016年)229頁以下を参照。

34) Prittwitz, Zur Diskrepanz zwischen Tatgeschehen und Tätervorstellung, GA 1983, S. 110, 128.

35) Erb, Zur Unterscheidung der aberratio ictus vom error in persona, 2013, Frisch-FS, S.396.

ば、具体化説か等価値説かという議論に立ち戻ることになるだろうが、そうだと
しても、「共犯の特殊性」が錯誤論（故意論）を上書きすることも有り得
よう。後述するBGHSt 37,214（第二次ローゼロザール事例）も³⁶⁾、本判例を
引用しつつ、「ある共犯者にとって、共犯者の客体の錯誤は、重要とはな
らない。したがって、正犯者が人の取り違いに陥っている場合には、教唆
者と正犯者の間の関係においても、かかる帰属が妥当する。」と判示して
いる。よって、かかる理解は判例法理として確立されているように思われ
る。次項では、同じくリーディングケースであり、共犯の特殊性を前提に
等価値説が採用されたと考えられているローゼロザール事例および第二次
ローゼロザール事例も参照し、追跡者事例との異同、及び本章で生じた疑
問を検討する。

2.3 関連判例（ローゼロザール事例）

ローゼロザール事例³⁷⁾、教唆犯が問題になった事案である。判例その
ものが基礎となる事例であるので、この検討に先立ち、実際の事件、そし
て第二次ローゼロザール事件と呼ばれる判例も併せて事案の概要及び判例
の評価を概観する。

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
りかかったHarnischをSchliebeだと思って射殺したという事案である。プロ

36) BGHSt 37,214に関して詳細なのはWeber, Die Strafbarkeit des Anstifters bei einem error in persona des Angestifteten - Zum Hoferbenfall, StudZR 2005, S.403.

37) GA Bd. 7,332. 同事件に詳しいものとして、Toepel, Die Perspektive des Hintermannes, das Blutbadargument und die versuchte Anstiftung, JA 1997, S.344ff. および、拙稿「共謀の射程の判断—行為計画に基づいた故意—」中央大学大学院研究年報法学研究科篇45巻（2016年）203頁を参照。

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。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。……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、かかる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。

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ため、客体の錯誤によってRoseの故意は阻却されず謀殺既遂罪に、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ところ、判決においては故意が認められた。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³⁸⁾、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³⁹⁾。等価値説からの基礎づけとは別に、独自のアプローチで判決を支持する者も見受けられた。たとえば、Berner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は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

38) 近年における解説として、Jan Dehne-Niemann/Yannic Weber, Über den Einfluß des Irrtums im Objekte beim Morde und bei der Anstiftung zu diesem Verbrechen, JA 2009, S.373.

39) Bemmann, Zum Fall Rose-Rosahl, MDR, 1958, S. 817ff.

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⁴⁰⁾。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、それゆえ、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という⁴¹⁾。また、類似する事案である第二次ローゼンザール事件（後述2.4）も同様に議論を呼んだ。同事件の結論には反対する論者もいるものの⁴²⁾、かかる結論を基礎づける根拠については多様に主張されている⁴³⁾。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、正犯者を動機づ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⁴⁴⁾。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⁴⁵⁾。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⁴⁶⁾。これらの評価・学説からは、その大多数がローゼンザール事件を方法の錯誤の例外、あるいは例外的である共犯の錯誤と位置づけていることが看取される⁴⁷⁾。

40) Berner, Grundsätze des Preussischen Strafrechts, 1861, S. 31.

41) Loewenheim, Error in objecto und aberratio ictus, JuS1966, Heft8, S. 312.

42) Roxin, in LK-Kommentar StGB 12 Bd1, 2019, § 26 Rdn. 26.

43) 本判例に詳細なものとして、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。

44) Cramer, in Schönke/Schröder, StGB 30. Aufl., 2019, Vorbem. §§ 25 ff. Rdn. 47.

45) Wolter, in Schünemann, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1984, S. 103, 123 f.

46) Streng, Anmerkung zu BayObLG, JR 1987, S. 431, 433. 具体的にはBGHSt9, 240を挙げている。BGHSt9, 240については、拙稿・前掲注27)を参照のこと。

47) Kühl, (o.Fn.25), § 26 Rn. 6f.

2.4 関連判例 (第二次ローゼロザール事例)

第二次ローゼロザール事件 (BGH, 25.10.1990 - 4 StR 371/90) の事案は以下の通りである⁴⁸⁾。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の殺害を達成した際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は厩舎を通過して帰宅していることから、被告人は、そこで同人を殺すよう命じ、殺害の詳細な方法についてはStに一任した。そして、人違いが起こ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、厩舎に入ってきた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、改めてMを正当防衛に見せかけて襲ったが、重傷を与えるにとどまった。

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⁴⁹⁾。本判決の結論

48) BGHSt 37, 214; MDR 1991, 169.

49) 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

には反対する論者もいるものの⁵⁰⁾、Puppeは、(等価値説を基礎においた「故意危険」という立場から) 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⁵¹⁾。

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であるか、または、方法の錯誤であるかによって、結論が変わり得る。日本において通説である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、有力説である具体的符合説によれば、客体の錯誤であるとした場合には教唆者に殺人既遂罪の教唆犯が成立し、方法の錯誤であるとした場合には、およそ過失致死罪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者と考えれば(=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法へ飛んでいく方法の錯誤と同様の事案であると見なし得る⁵²⁾。これに対して、狭義の共犯を正犯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の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。

以上、2つの判例の考察を基礎に、前述の追跡者事例との異同を検討す

論53巻3号(1998年)88頁は、同判例が法定的符合説を採用する1つの根拠となると述べる。

50) Roxin, (o.Fn.42), Rn26.

51) Puppe, Der objektive Tatbestand der Anstiftung, GA 1984, S.101,121.

52) 中義勝『刑法上の諸問題』(関西大学出版部, 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)』(成文堂, 1998年)428頁以下。

る。追跡者事例も、ローゼロザール事例、第二次ローゼロザール事例も、直接結果を惹起した共犯者において、被害客体の「取り違え」が生じている。しかしながら、追跡者事例においては、他の2事例と異なり、共犯者は感覚的知覚による被害客体の具体化をなしていないと思われる。少なくとも他2事例のような、自身の実行行為を向ける因果経過の終着地として、被害客体を相当程度具体化したとは評価し得ない。かかる不十分な客体の具体化は、感覚的知覚により具体化された客体に結果が生じなかったと言いうるため、客体の錯誤ではなく、追跡者事例においては、方法の錯誤が存すとも考えられる。

以上の考察から得られた3事例へのアプローチ法および帰結を段階的に(分岐して)記せば以下ようになる。

[段階 1] 共犯者における「取り違い」は客体の錯誤(2Aへ)か、方法の錯誤(2Bへ)か。

[段階 2A] 共犯者の客体の錯誤は、正犯者にとって重要ではない(共犯の特殊性を根拠)。

[段階 2B] 方法の錯誤において、妥当なのは具体化説(3Aへ)か、等価値説(3Bへ)か。

[段階 3A] 等価値説によれば、正犯者に対し、方法の錯誤において、客体に対する故意を認める。

[段階 3B] 具体化説によれば、正犯者に対し、方法の錯誤において、客体に対する故意を認めない。

これらに鑑みれば、各帰結の差異は、違法段階における共犯論の立場はもちろん、体系論的にはそれ以前の段階である故意における法定的符合説と具体的符合説の見解の相違に起因するように思われる⁵³⁾。もっとも、こ

53) 拙稿・前掲注37)を参照。もっとも、故意の体系的地位には争いがあるため、違法段階の共犯論よりも前とは限らないという理解もあり得よう。しかしながら、故意の体系的地位に関して、いずれの立場によっても、3事例を「故意において論じる」ことになる点が重要である。

れらの見解とは別に、複数の教唆未遂を認定したうえ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⁵⁴⁾。しかしながら、本事例（群）は、刑法の体系論上、違法論に先立ち、構成要件の段階における実行行為に対する故意（錯誤）の問題として把握されるべきである。というのも、正犯者において、客体を認識していないことから、当該構成要件の規範に直面していないような共犯者の行為を、共同（ないし共謀、共同の所為計画）したとは評価できないからである。

2.5 日本の判例

では、ここで、我が国の判例に目を向ける。なぜなら、ドイツの追跡者事例と異なり、日本では不能未遂が罰されておらず、不能未遂とされる行為を共同できないとすれば、ドイツにおける立論と日本のそれとは異なる可能性があるからである。

判例では、Aの殺害を共謀して全員が犯行現場に臨んだ際、共同行為者の一人が、応対したBをAと誤認して拳銃を発射したが重傷を負わせたにとどまったという事案につき、「數人カ殺人罪ノ遂行ヲ共謀シタル場合ニ於テ共謀者ノ或者カ被害者ヲ誤認シ暴行ヲ爲シタルトキト雖行為者及ヒ他ノ共謀者ノ認識シタル犯罪事實ト現ニ發生シタル事實トハ法定ノ範圍ニ於テ符合スルヲ以テ共謀者全部ハ現ニ發生シタル事實ニ付認識ヲ缺クコトナク若シ他ノ共謀者カ殺人罪ノ實行行為又ハ之ト密接且必要ナル行為ヲ爲スニ於テハ被害者ヲ誤認セルト否トニ拘ラス行為者ト共ニ殺人罪ノ刑責ヲ免カルコトヲ得サルモノトス」として、他の共同行為者にも殺人未遂罪の共同正犯の成立を肯定した大判昭和6・7・8（刑集10巻312頁）がある。同判例では、「行為者及び他の共謀者の認識したる犯罪事実と現に発生したる事実とは法定の範囲において符合するをもって」と判示されていることから、同判例も法定的符合説を採用していると思われる。そして、BをAと

54) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂、2005年）408頁。

誤認しても他の共同正犯者にその発砲行為の結果が帰属しており、少なくとも、客体の錯誤の場合には、共犯者における客体の誤認という事実は、正犯者の故意の認定を妨げないことが看取される。

追跡者事例も、追っ手を「誤認」と評せるならば、本判例の見解が追跡者事例にも妥当すると思われる。もっとも、発砲行為の対象とは別の客体に弾が逸れて当たる「誤認」と、発砲により弾自体はその狙った客体に命中しているが、人違いであるような「誤認」の場合は、前述(2.4)に加えて、「実行行為が行為者の意図した因果経過を辿ったか」という点で状況が異なるのであるから、同じ「誤認」とは評価し得ないように思われる⁵⁵⁾。

加えて、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、「被告人甲は乙に対して判示丙方に侵入して金品を盗取することを使喚し、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、右乙は、判示丁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、いやしくも右乙の判示住居侵入強盗の所為が、被告人甲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、右乙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、被告人甲の教唆行為において指示した犯罪の被害者と、本犯たる乙のなした犯罪の被害者とが異なる一事を以て、直ちに被告人甲に判示乙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。」と判示している。

55) この点は、客体の錯誤と方法の錯誤の区別である。詳しくは、拙稿・前掲注33)を参照。

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見て故意を認めている。このように我が国では、教唆犯の事案においても、法定的符合説が採られていることは明白であり、ドイツの「追跡者事例」・「ローゼロザール事例（第二次も）」に鑑みれば、共同正犯および狭義の共犯（教唆犯）において両国の判例（及びこれに付随する学説状況）には、問題状況（共犯者による客体の錯誤の効果が他の共犯者に帰属する）と解決策の共通性（法定的符合説ないし等価値説という錯誤論（故意論）と、共犯論による解決の方向性に収斂される点）が見いだせよう。

3. 検 討

前章までの考察を手がかりに、本章では、「追跡者事例」におけるP（自身に対する殺人未遂を問われる者、以下、Pとする）の罪責を考察する。

まず、刑法199条「人を殺した者は、死刑又は無期若しくは五年以上の懲役に処する。」の「人」は、行為者以外である「他の者」を指すのであるから、当然、「人」に自分は含まれない。それゆえ、自身に対する殺人未遂行為は、刑法199条の構成要件に該当しないことになる。このことは、前述（2.1）の追跡者事例の判例においても、「『他人に（*einem anderen*）』ではないという事実は、構成要件の欠缺」と判示されており、構成要件該当性を欠くことは明らかである。

さらに、日本において、自傷行為及び自殺は違法ではないことから、自殺を試みる行為（殺人未遂には当たらないと評価されるとしても、本稿ではかかる行為を以下で「自身に対する殺人未遂行為」と呼ぶ）は殺人罪に該当しないことが容易に想定される⁵⁶⁾。

56) もっとも、自傷行為を他人に依頼した場合、すなわち、甲が乙に甲自身を傷

以上、「自身に対する殺人未遂行為」は、刑法199条の構成要件に該当しない〔論理①〕ことが明白となった。ここで、Pは、共犯者による自身への発砲行為も共同正犯として帰責されることになるが、Pにとっては、自身に対する殺人未遂行為を行うことは不可能である。この場合、P自身の個人的属性（共同正犯として実行する行為が自身にとっては不能であること）が、共同正犯として行為を共同することを阻害するのではないだろうかと。

換言すれば、共犯者P自身の個人的属性が、共同正犯の実行行為に影響するかという問題が生じよう。

たしかに、共同正犯においても、違法は連帯、責任は個別とする原則や⁵⁷⁾、違法性阻却事由は行為者ごとに検討し、阻却の効果は連帯しないという⁵⁸⁾、一種の一部実行全部責任の例外は存在する。しかし、要素従属性において制限従属性説を通説・判例とする日本では⁵⁹⁾、共犯たるには、各行為者につき少なくとも違法性までが充足されなければならない。

だが、前述の通り、共犯者P自身の個人的属性（＝論理①のため、自身に対する殺人未遂行為は不能犯である）により、構成要件段階の実行行為（殺人未遂行為）が欠けると解するならば、そもそも、Pは、他の共犯者と違法性の段階において行為を共同することはない以前に、構成要件段階におけ

害するよう教唆した場合には、修正惹起説によれば、共犯不法の根拠は正犯不法により決定されるのであるから、正犯の違法性が、教唆者である共犯者にも及び、教唆行為も違法となる余地はある。しかしながら、狭義の共犯の処罰根拠と共同正犯の処罰根拠が区別されなければならないとすれば、修正惹起説による帰結が、直ちに本章において検討する共同正犯に及ぶとは限らないと思われる。ただし、追跡者事例を超えて、ローゼロザール事例のような狭義の共犯を併せて統一的に修正惹起説による理論構成が可能かは別途検討が必要であろう。

57) 井田良『講義刑法学・総論〔第2版〕』（有斐閣、2018年）514頁。

58) 最決平成4・6・5（刑集46巻4号245頁）では、「共同正犯者の1人について過剰防衛が成立したとしても、その結果当然に他の共同正犯者についても過剰防衛が成立することになるものではない。」とする。

59) 松宮孝明『ハイブリッド刑法総論』（法律文化社、2009年）244頁。

る行為も共同しないことになる。このような理解によれば、要素従属性の点で、Pと他の共犯者との間に共同正犯が成立しないことになる（＝「帰結1」）。

Pと他の共犯者との間で共同正犯が成立しないとの「帰結1」は、実際に共犯者Pが他の共犯者と（実際に共に行動したという意味で）事実的な共同実行をなしたと相容れないように思われ、結論の妥当性を欠くと考えられる。

かかる帰結が妥当でないならば、「帰結1」を導く論理のいずれかに誤りが存することになる。

「帰結1」を導出した論理の過程を刑法の体系論に鑑みて辿れば、前述(2.4)のドイツにおける判例の分析を踏まえ、以下の4つとなる。

[論理①] 自身に対する殺人未遂行為は、刑法199条の構成要件に該当しない。

[論理②] 共犯者P自身の個人的属性が、実行行為に影響する⁶⁰⁾。

[論理③] 一部実行全部責任の原則により、共犯者の行為が行為者に帰責される。

[論理④] 法定的符合説によって共犯者MにPに対する殺人の故意が認められる。

これら4つの論理のいずれかが妥当でないことになろう。以下、それぞれ考察する。

[論理①] に関しては、前述の通り、条文理解及び自傷行為の不可罰性という理由により正当であると結論づけられる。[論理①]を前提とした

60) 要素従属性において、制限従属性説ではない他説（最小従属性説等）を採るべきとの検討の方向性もあり得るが、いずれにせよ、構成要件に該当する共同実行行為が欠けるため、要素従属性が充足されないのである。

共犯者P自身の個人的属性により、共犯者Pは、他の共犯者と「自身に対する殺人未遂行為」を共同できず、構成要件該当性における実行行為を分担できない⁶¹⁾。したがって、このような意味では、共犯者P自身の個人的属性が、実行行為に影響しているといえ、[論理②]も適切であると思われる。そして、一部実行全部責任の原則も、これが共同正犯の処罰根拠であるうえ、畢竟、「一部実行」の「実行」も[論理①]と[論理②]により不能であると解するのであれば、同原則の存在及び正当性はそもそも問題とはならない。よって、いずれにせよ[論理③]も妥当である。

では、[論理④]はどうであろうか。そもそもPは、他の共犯者（とりわけ、発砲行為を行ったM）にとって「味方」であり、その限りで「意図しない」客体に対する故意が法定的符合説によってMに認められている。そもそも、「およそ人」の範囲で符合を認めることがはたして妥当であろうか。刑法の規範は行為者に個別具体的な法益主体であるAやBを殺すなどという命令をしているのであって、「およそ人」という段階まで抽象化するのには許されないはずである。たとえば、行為者がAを殺害する際には、行為者にとってAを殺害することにこそ意味があるのであって⁶²⁾、それがBであった場合には、殺害計画を中断することも十分に考えられよう。

61) 実行共同正犯ではなく、共謀共同正犯として寄与する可能性も想定され得るが、自身に対する殺人未遂行為が論理①により行為として不可能である以上、かかる行為を共謀するというのも同様に可能とはいえないであろう。

62) 井田良「故意における客体の特定および『個数』の特定に関する一考察（一）」法学研究58巻9号（1985年）37頁で井田良は「実行の着手時期に関する実質的客観説や折衷説を採る限り、主観的違法要素としての……「行為者の計画」が判断の一要素として考慮されることは当然であり……仇敵Aを殺そうと考えた行為者がライフルのファインダーを覗いて通行人の中からAを探している場合に、その行為者が、客体を特定できたかどうかは、重要な区別として考慮されなくてはならない。……たとえその犯罪を行う確定的な意思があっても、対象が全く特定されない場合には、故意があることにはならないし……客体の特定も、故意の内容に含まれるとした方が素直なのである。」と述べる。

つまり、行為者が客体をBと認識すれば、反対動機を形成することができ、殺害行為には出ないのである。その限りで、行為者の認識（A）と現実（B）との間に齟齬がある以上、行為者には依然として反対動機が形成されていないと考えられる。それゆえ、ここで行為者に故意犯を肯定することは、責任主義の原則に抵触しうるように思われる。

これに関して、傍論ながら、被告人甲が、相手方グループ員から危害を加えられている実兄（乙）を助け出して一緒に逃げるために、正当防衛として暴行の故意をもって、相手方グループ員付近に普通乗用自動車を急後退させて同人らを追い払おうとした際、誤って実兄に車両を衝突、轢過し、同人を死亡させた事案に対して、大阪高判平成14・9・4は⁶³⁾、「錯誤論の観点から考察しても、乙に対する傷害致死の刑責を問うことはできないと解するのが相当である。すなわち、一般に、人（A）に対して暴行行為を行ったが、予期せぬ別人（B）に傷害ないし死亡の結果が発生した場合は、いわゆる方法の錯誤の場面であるとして法定的符合説を適用し、Aに対する暴行の（構成要件的）故意が、同じ『人』であるBにも及ぶとされている。これは、犯人にとって、AとBは同じ『人』であり、構成要件的評価の観点からみて法的に同価値であることを根拠にしていると解される。しかしこれを本件についてみると、被告人にとって乙は兄であり、共に相手方の襲撃から逃げようとしていた味方同士であって、暴行の故意を向けた相手方グループ員とは構成要件的評価の観点からみて法的に人として同価値であるとはいえず、暴行の故意を向ける相手方グループ員とは正反対の、むしろ相手方グループから救助すべき『人』であるから、自分がこの場合の『人』に含まれないのと同様に、およそ故意の符合を認める根拠に欠けると解するのが相当である。この観点からみても、本件の場合、たとえXに対する暴行の故意が認められても、乙に対する故意犯の成立を認める

63) 判タ1114号293頁。同裁判例の分析は、拙稿「正当防衛における方法の錯誤—侵害結果が第三者に生じた場合について—」嘉悦大学研究論集60巻1号(2017年)72頁参照。

ことはできないというべきである。」と判示している。

同判決の帰結および、客体である「人」に対して「味方」と「相手方グループ員」という具体化がなされている点に着目すれば、具体的符合説に立ったと評価し得る。もっとも、同判決では、味方と相手方グループ員が「構成要件の評価の観点からみて法的に人として同価値であるとはいえず」と判示されており、「法的に」「これを本件についてみると」との文言に鑑みれば、法定的符合説（及び、ドイツの等価値説）を前提とし、同説の規範を本件にあてはめた場合でも、味方と相手グループ員は法的に人として「同価値」でないと判断しているようにも読める。

これに加えて、同判決は「自分がこの場合の『人』に含まれないのと同様に」としており、かかる部分は本稿の〔論理①〕と合致する。本判決の文言と本稿が導出した論理に鑑みれば、〔論理①〕と同様、「(一緒に逃走している)味方」と「(本来撃つべき対象の)追跡者」は、法的に見たとしても、構成要件的评价が異なるので、「およそ故意の符合を認める根拠に欠ける」ことになると推論し得る。

そもそも、刑法は法益を保護するために構成要件として類型化された違法行為の実行を阻止するために存在し、構成要件の行為を行為者に放棄させるために規範として行為者に作用するのである⁶⁴⁾。行為に出ないという反対動機が行為者において形成し得るに足りる程度の構成要件の認識が必要である⁶⁵⁾。行為者の結果発生（及びその危険性）に対する認識が、規範意識として作用し、行為者に結果を回避するよう働きかけるのであり、それにもかかわらず行為した場合に故意犯としての重い責任非難を問うことができるのである⁶⁶⁾。かかる理解によれば、「味方」との認識では、結果回

64) 井田・前掲書57) 168頁。

65) 千葉地判平成17年7月19日(判タ1206号280頁)は、薬物事犯における未必の故意に関して、「反対動機を作出することのできる具体的な根拠となりうる、蓋然性を基礎付ける事実の認識」が必要だとする。

66) 拙稿「実行行為と故意～忘却事例を手がかりに～」嘉悦大学研究論集61巻2

避のための規範意識が喚起されず、客体に対する故意が認められないことになる。「味方」と「追跡者」は、前者の認識では行為者は規範に直面できず反対動機を形成し得ず、後者の認識によれば、行為者の規範意識が喚起され、そこには反対動機形成可能性が存する。それゆえ、「味方」と「追跡者」は、法定的符合説に依ったとしても、構成要件の評価が異なり、「同価値」であるとはいえない。

つまり、〔論理④〕法定的符合説により、 $\dot{\text{味}}\dot{\text{方}}\dot{\text{で}}\dot{\text{あ}}\dot{\text{る}}\dot{\text{P}}$ に対する故意を認めることは、いずれにせよ妥当ではないと思われる⁶⁷⁾。

以上の検討により、4つの論理のうち、妥当でないと考えられるのは〔論理④〕である⁶⁸⁾。したがって、追跡者事例におけるPの責任を論じるには、共犯論以前に、錯誤論（故意論）における法定的符合説の妥当性、とりわけ「同（等）価値とは何を意味するのか」を吟味する必要があると思われる。

そして、具体的符合説による「具体的な」客体の認識か、法定的符合説による「抽象的な」認識か、いずれが妥当かという立論よりも、故意責任の本質に鑑みて、行為者が規範に直面できたか否かを行為者の行為計画を勘案して故意の有無を判断することが重要であろう（以下、行為計画説と呼ぶ）と思われる⁶⁹⁾。

行為計画説によれば、行為者の行為計画に応じて、行為者における客体に対する認識の程度（規範意識の喚起に十分な客体の認識は具体的か抽象的であるか）を決定し、かかる程度の認識の存否により、故意の有無が判断される。

号（2019年）1頁以下。

67) 橋爪隆「故意と事実の錯誤(2)構成要件該当事実の錯誤」警察学論集第69巻第10号（2016年）130頁は、「被害者の認識を要求する具体的符合説の方が理論的には正しい方向にあるようにみえる。」とする。

68) もっとも、〔論理②〕の前提である「不能犯」については、前述（2.2）のように、実行行為性が認められる可能性もあることには留意する必要がある。

69) 行為計画説については、拙稿「領得の対象に関する錯誤—客体の具体化の程度—」嘉悦大学研究論集59巻2号（2017年）39頁以下など。

様々な動機・目的・行為計画を有する行為者の主観面について、一元的に具体的符合説・法定的符合説、いずれかに振り分けて故意が判断されるべきではない。行為計画により行為者が具体的に客体を予定していたならば、要求される客体の認識は具体的なものであり、かかる認識が行為者に存しないならば、故意が阻却され得る。これに対して、行為者の行為計画が抽象的な客体を予定していたならば、具体的な客体の認識は要求されないのであるから、たとえ具体的な認識がなくとも、行為者に故意が認められ得る。行為者の行為計画が故意に要求される認識対象の具体化の程度をそのつど変更すると捉えるほうが、そもそもの故意の本質により適うものであろうと思われる。

4. おわりに

本稿は、ある共犯者が行った殺人罪の構成要件的行為の結果が、仲間である他の共犯者 (P) に生じた場合に、被害者となった共犯者は、被害者である自身に対する行為の責任を共同正犯者として負うのかという問題提起を端緒に、いわゆる追跡者事例について共犯論と錯誤論 (故意論) の両面から考察を加えた。ドイツにおける追跡者事例について、共犯者による自身への発砲行為も共同正犯として帰責される者 (P) について検討を行った。ドイツの「追跡者事例」・「ローゼロザール事例」に鑑みれば、共同正犯および狭義の共犯 (教唆犯) において両国の判例 (及びこれに付随する学説状況) には、問題状況 (共犯者による客体の錯誤の効果が他の共犯者に帰属する) と解決策の共通性 (法定的符合説ないし等価値説という故意論と、共犯論による解決の方向性に収斂される点) が見いだされた。そのうえで、共犯者P自身の個人的属性 (=自身に対する殺人未遂行為は不能犯である) により、構成要件段階の実行行為 (殺人未遂行為) が欠けると解するならば、そもそも、Pは、他の共犯者と違法性の段階において行為を共同することは以前に、構成要件段階における行為も共同しないことになる。このような理解によれ

ば、要素従属性の点で、Pと他の共犯者との間に共同正犯が成立しないことになる。結論づけた「帰結1」。そして、同帰結は、実際に共犯者Pが他の共犯者と事実的な共同実行をなしたという事実と相容れないように思われ、結論の妥当性を欠くと考えられる。本稿は、かかる帰結が妥当でないならば、「帰結1」を導く論理のいずれかに誤りが存することになると問題提起した。そして、「帰結1」を導出した論理の過程を刑法の体系論に鑑みて辿り、自身に対する殺人未遂行為は、刑法199条の構成要件に該当しない〔論理①〕、共犯者P自身の個人的属性が、実行行為に影響する〔論理②〕、一部実行全部責任の原則による共犯者の行為の帰責〔論理③〕、法定的符合説によって共犯者MにPに対する殺人の故意が認められる〔論理④〕という4つの論理の妥当性をそれぞれ検討した。

〔論理①〕は、条文理解及び自傷行為の不可罰性という理由から妥当である。〔論理①〕を前提とすれば、共犯者P自身の個人的属性により、Pは他の共犯者と「自身に対する殺人未遂行為」を共同できず、構成要件該当性における実行行為を分担できず、〔論理②〕も妥当である。そして、「一部実行」の「実行」も〔論理①〕と〔論理②〕により不能であると解するのであれば、同原則の存在及び正当性はそもそも問題とはならない。よって、〔論理③〕も妥当であると論じた。

最後に、〔論理④〕については、Pは、他の共犯者にとって「味方」であり、殺人罪の規範に直面できず反対動機が形成できない点を前提として指摘し、これに加えて、「味方」と「追跡者」は、前者の認識では行為者は規範に直面できず反対動機を形成し得ず、後者の認識によれば、行為者の規範意識が喚起され、そこには反対動機形成可能性が存する。それゆえ、「味方」と「追跡者」は、法定的符合説によったとしても、構成要件の評価が異なり、法的に人として「同価値」とはいえない。したがって、大阪高判の文言を借りれば、「およそ故意の符合を認める根拠に欠ける」ことになると推論した。

それゆえ、本稿は、追跡者事例におけるPの責任を論じるには、共犯論

以前に、錯誤論(故意論)における法定的符合説の妥当性、とりわけ「同(等)価値とは何を意味するのか」を吟味する必要があると結論づけた。そして、具体的符合説による「具体的な」客体の認識か、法定的符合説による「抽象的な」認識か、いずれが妥当かという立論よりも、故意責任の本質に鑑みて、行為者が規範に直面できたか否かを行為者の行為計画を勘案して故意の有無を判断する(行為計画説)ことが重要であろうと思われる。行為計画説によれば、行為者の行為計画が、行為者における客体に対する認識の程度(規範意識の喚起に十分な客体の認識は具体的か抽象的であるか)を決定し、かかる程度の認識の存否により、故意の有無が判断されるのである。

もっとも、本稿の検討対象である追跡者事例は、共犯論と錯誤論(故意論)が交錯する領域であるから、他の視点及び方向性もあり得るので⁷⁰⁾、ここでは、法定的符合説による「同価値」評価の妥当性への問題提起、および行為計画説の呈示をするにとどめることとする。

(多摩大学経営情報学部専任講師・本学法学部兼任講師)

70) たとえば、共犯論において、責任共犯論あるいは修正惹起説を採用するならば、とくに狭義の共犯であった場合には、Pに責任を問う余地も存すると思われる。