

## 「概括的故意事例群」と共犯の成否(2)

本 間 一 也

- I. はじめに
- II. 問題となりうる主要共犯類型
- III 概括的故意事例群の処理に関する判例・学説の現状
  - 1. 判 例
  - 2. 学 説
  - 3. 小 括 (以上、45巻4号)
- IV. 概括的故意事例群と第三者の加功
  - 1. 主要共犯類型の検討
    - 事例 I ① ~ 事例 I ③ (以上、本号)

### IV. 概括的故意事例群と第三者の加功

#### 1. 主要共犯類型の検討

概括的故意事例群の処理に関する上記判例および学説の現状を踏まえ、従来ほとんど論じられていない、概括的故意事例群に第三者が加功した場合の共犯(主に共同正犯)の成否について、上記事例をもとにさしあたり問題点の抽出を中心として検討することにしよう。

**事例Ⅰ**①<sup>1</sup> 本事例は、第一行為時点から第三者が（実行）共同正犯形態で加功した場合である。この場合、行為者すべてが同一内容の同種の錯誤に陥り、同錯誤に基づきいわゆる「実行行為」<sup>2</sup>を共同実行して被害者の死亡結果を惹起している。本事例は、従来の議論の対象であった単独正犯の処理に準じて処理されることになることから、概括的故意事例群の処理に関する上記通説的見解によれば、共同正犯の成立要件<sup>3</sup>を満たす限り甲と乙には殺人既遂罪の共同正犯が成立することになろう<sup>4</sup>。

これに対して、概括的故意事例群の処理にあたり、異なる意思に基づく複数の行為を単なる因果的なプロセスの一部として規範的に統合するという方法論に反対し、特に第二行為の法的意味に着目しつつ厳格な分析的考察を志向する立場（以下、「二分説」という。）からは、まず、共同正犯の成立要件を満たす限り、甲と乙には第一行為について殺人未遂罪の共同正犯が成立することになる。さらに、いわゆる「過失犯の共同正犯」を肯定する立場<sup>5</sup>からは、両行為者に過失が認められる限り、第二行為につき過

- 
- 1 甲と乙がAの殺害を共謀し、共同してAの首を絞めたところ、Aがぐったりして動かなくなったことから、Aがすでに死亡したものと誤認し、犯跡を隠滅する目的でAを共同で川に投棄した結果、Aが溺死した。
  - 2 「実行行為」概念の問題性をめぐる議論に関しては、仲道『行為概念の再定位』（2013年）19頁以下参照。
  - 3 一般的には共同実行の意思に基づく共同実行の事実が必要とされているが、その内容について、さらに錯誤論との関係については、後述するように争いがある。
  - 4 類似の事案について故意既遂犯の共同正犯を認めたドイツの判例として、RGSt 67, 258がある。被告人らは被害者の殺害という目的を達成したものと誤認して、犯跡隠蔽のため被害者を共同で川に投げ込んだところ被害者が溺死した可能性が存在したという事案につき、RGは、被害者の故意による殺害行為、その後に行われた川への投棄行為と被害者の死亡との間に条件関係が存在することを理由に殺人罪の（共同正犯の）成立を認めている。
  - 5 過失犯の共同正犯の成否に関しては、後にあらためて検討することを予定している。

失致死罪の共同正犯も成立しうることになり、過失犯の共同正犯を否定する立場からは、過失致死罪の同事犯が成立するということになろう。

**事例Ⅰ②**<sup>6</sup> 本事例も、第一行為時点から第三者が(共謀)共同正犯形態で加功した場合である。本事例と上記**事例Ⅰ①**との主要相違点は、加功者乙が実行行為を直接担当していないことに加えて、実行行為を直接担当した甲が、共謀対象犯罪実行(着手)後に、共謀内容には含まれていなかった別罪(死体遺棄罪)の実行を(錯誤に基づき)試みたということである。しかし、実行共同正犯と共謀共同正犯との間に法的差異を認めない判例・通説からすれば、また、実行行為を直接担当した者が共謀内容に含まれていなかった別罪を客観的には実現していないことからすれば、本事例と上記**事例Ⅰ①**との間に構造上、法的に重要な差異は存在しないことになろう。したがって、概括的故意事例群の処理に関する通説によれば、甲の錯誤は因果関係の錯誤として評価され、しかも甲と乙との共謀内容が最終結果に実現していることから、甲における因果経過の錯誤は甲の罪責のみならず乙の罪責にも影響を与えず、(共謀)共同正犯の成立要件<sup>7</sup>を満たす限り、甲と乙には殺人既遂罪の共同正犯が成立することになるように思われる<sup>8</sup>。

これに対して、二分説によれば、共謀共同正犯形態で加功した乙の罪責

---

6 甲と乙がAの殺害を共謀し、実行犯の甲が殺意をもってAの首を絞めたところ、Aがぐったりして動かなくなったことから、甲はAがすでに死亡したものと誤認し、乙との事前の共謀の内容には含まれていなかったが、犯跡を隠滅する目的でAを川に投棄した結果、Aが溺死した。

7 共謀共同正犯の成立要件に関する最近の詳細な分析として、杉田ほか「共犯(1) - 共謀共同正犯の成立要件(上)(下)」判例タイムズ1355号(2011年)75頁以下、同1356号(同)50頁以下がある。さらに、松原「共謀共同正犯論の現在」法曹時報63巻7号(2011年)1頁以下参照。

8 因果経過の錯誤の問題を客観的帰属論により処理する見解についても同一の結論が妥当しよう。

についても同様に二つの行為に分けて検討されることになるようにも思われる。しかし、二分説の前提は、行為者の（錯誤に基づくものであるとはいえ）新たな意思決定に基づく第二行為が、因果的にも法的にも独立した意義を有するということにある<sup>9</sup>。ところが、本事例における甲の第二行為は、甲自身の新たな意思決定に基づくものではあるが、当初の共謀内容には含まれていなかった意思決定であるとする、乙にとっては新たな意思決定に基づく行為ではない<sup>10</sup>。したがって、本事例においては、甲の行為に対する評価と対応させて二分した各行為につき乙の罪責を検討する前提が欠けることになろう。むしろ乙からすれば、実行行為を直接担当した甲の行為を通じて最終的結果に当初の共謀内容が、因果経過に錯誤が存在するものの、そのまま実現したことになる<sup>11</sup>。したがって、二分説によれば、本事例における甲については、単独正犯の場合と同様に、殺人未遂罪と（過失が認められる限りで）過失致死罪が成立することになるのに対して、実行行為を直接担当していない乙については、甲の行為を通じて殺人罪を実現したことから殺人既遂罪が成立することになり、兩行為者の評価にズレが生ずることになろう<sup>12</sup>。

---

9 本間『『概括的故意事例群』と共犯の成否(1)』法政理論45巻4号(2013年)266頁参照。

10 最終的に発生した結果が共謀に基づくものといえるかという問題をめぐり、最近「共謀の射程」ということが論じられるようになってきているが、この問題については後に検討を予定している。

11 もっとも、本事例のヴァリエーションとして、当初の共謀内容には直接的に含まれてはいなかったものの、甲が上記のような意味での第二行為に出ることを乙が認識・予見していたか、少なくとも認識・予見可能であった場合が考えられる。こうした事例も乙の罪責に関する限り、同様に処理されることになるように思われる。

12 そうなると、二分説では、甲と乙との共犯関係はどのように判断されることになるのだろうか。ここでは、さしあたり疑問を提示するにとどめ、先に進むことにする。

**事例Ⅰ③**<sup>13</sup> 本事例も第一行為時点から第三者が(実行)共同正犯形態で加功した場合である。本事例と上記**事例Ⅰ①**との主要相違点は、被害者Aが第一行為により死亡したものと誤認して行った別罪(死体遺棄罪)実行の共謀に基づき、その実行を直接担当した共同行為者乙が実行途中で誤認に気づき共謀内容とは異なる犯罪(殺人罪)を実行したことにあつた。被害者Aを川に投棄するという第二行為の実行に際して、乙が共謀内容とは異なる犯罪行為を自らの判断で行ったという点では、本事例は、上記**事例Ⅰ②**と共通する。

本事例において、Aの死が乙に帰属し、(第一行為の殺人未遂罪と包括して)殺人既遂罪が乙に成立することは明らかである。しかし、問題となるのは甲の罪責である。概括的故意事例群の処理に関する通説によれば、Aの死を直接的に惹起した乙による第二行為は、殺意をもって被害者Aの首を絞めるという、殺人罪の共同実行の意思(合意)に基づいて共同実行された第一行為に由来する因果経過の一コマにすぎないものと評価される<sup>14</sup>余地がある。すなわち、乙が、第一行為後に行われた共謀内容とは異なり殺害行為を行いAの死を惹起したということも、甲にとっては、実質的に観ると、第一行為に由来する因果経過の錯誤にすぎず、甲の罪責に影響を与えるものではないと評価される余地がある。また、因果経過の錯誤を客観的帰属の問題として処理する見解によっても、第一行為によって創出された既遂結果発生危険性が最終的に発生したAの死という結果に実現したかという観点から客観的帰属の可否が判断され、帰属が肯定さ

---

13 甲と乙が、Aの殺害を共謀し、共同してAの首を絞めたところAがぐったりして動かなくなったことから、Aがすでに死亡したものと誤認し、犯跡を隠滅する目的でAを川に投棄することを共謀した。ところが、その実行を直接担当した乙は、実行途中で、Aが一時的に失神していたにすぎなかったことに気づいたものの、殺意をもってAを川に投棄したことからAが溺死した。

14 本問・前掲論文(註9)257頁参照。

れる可能性がある<sup>15</sup>。したがって、以上のような観点からは、結局のところ本事例でも、概括的故意事例群の処理に関する通説によれば、共同実行の意思に基づき殺人罪の構成要件該当行為の共同実行を開始した後、両者の錯誤に基づく死体遺棄罪の共同実行に関する共謀および乙による共謀内容とは異なる内容の第二行為が因果経過に介在したものの、それ自体が法的に重要ではない因果経過の錯誤でありAの死は当初の共同実行の合意に基づき共同実行されたものとされることから、あるいは第一行為により創出された既遂結果発生の危険性の実現を妨げるものではないことから、共同正犯の成立要件を満たす限りにおいて、甲と乙には殺人既遂罪の共同正犯が成立することになろう<sup>16</sup>。

---

15 共同正犯における帰属判断の詳細については、後に検討を予定している。

16 類似の事案に対して、結論的に殺人既遂罪の共同正犯の成立を認めたドイツの判例としてBGHSt 9, 180がある。事案は次のようなものである。すなわち、被告人は私生児を出産した娘の将来を考えてその嬰兒を殺害しようと決意し両手で嬰兒の首を絞めたが、被告人の夫(相被告人)が帰宅したことから一時的に殺害行為を中断した。何事かという夫の問いかけに、妻は「娘が出産した」とだけ告げて首のあたりが充血した嬰兒を夫に指し示した。妻は夫に、「この子をこのままにしておくことはできない。この子は殺さなきゃならない。私はもうできない。あなた手伝って」と告げた。夫は妻の求めに応じて嬰兒の殺害を決意した。夫は嬰兒を隣室に連れて行くとその首を締めつけ、ベッドの支柱に複数回その頭部を打ちつけた。やがて夫は嬰兒が死亡したと考え、嬰兒を抱えて隣室にいる妻のもとに戻ると、嬰兒をベッドの上に寝かせて、「もうできない」と妻に告げた。そして、恐ろしさと嫌悪感に苛まれ、その後の経過は妻に任せるべく部屋を出て行ってしまった。やがて妻はベッドの上の嬰兒が呼吸しているのを確認し、その足を掴むと殺意をもってその頭部を部屋の壁に複数回打ちつけたところ、嬰兒が死亡した。

原審は、夫につき嬰兒殺の部分については共同正犯を認めなかった。BGHは、次のように判示して原判決を破棄した。すなわち、「原審の判断によれば、夫は嬰兒を殺害しようとして、その目標を達成したと考えたのである。まさに彼の行為に引き続き妻の行為が行われたのであり、その限りでは、夫の行為は、妻による嬰兒の殺害行為にやはり寄与している。したがって、夫の行為は、妻による嬰兒の最終的な殺害にとって原因でもあったのである。

もつとも、この場合、乙により自らの判断で実行された、第一行為後の共謀内容とは異なる第二行為が、第一行為後の共同実行の意思(共謀)に基づくものではないとして、殺人既遂罪に関する限り乙の単独正犯を認め、甲については共同正犯の成立を否定する見解もありえよう<sup>17</sup>。しかし、少なくとも被害者の殺害自体は当初の犯行計画の中に含まれていた以上、概括的故意事例群の処理に関する通説によれば、甲に対しても被害者の死

---

こうした理由から、夫は、この時点で仮に殺意を放棄していたとしても嬰兒殺につき妻と共同正犯である」。

17 たとえば、上記判例(註16)につき、Roxinは、共同行為者の一人(夫)が共同実行を終了したとみなした後で、共同行為者のもう一人(妻)がさらに行為を行った場合、この行為については両者による共同計画が(そして共同実行も)存在しないし、夫が嬰兒の生存を知ったならば殺害を意欲していたであろうといえたとしても、そうした仮定された意思是事実上の共同実行意思の欠如に代わるものではないとしている(Roxin, Strafrecht, A.T. II, 2003, Rn.193 zu § 25; ders., in: LK 11.Aufl, 1993, Rn.177 zu § 25; ders., Täterschaft und Tatherrschaft, 8.Aufl., 2006, S.288. vgl. Schünemann, in: LK, 12.Aufl., 2007, Rn.178 zu § 25; Joecks, in: MK, Bd.1 (2003), Rn.205 zu § 25. また、鈴木「共謀共同正犯における『共謀の射程』について」川端ほか編『立石二六先生古希祝賀論文集』(2010年)534頁以下も、「共謀者らが未遂にとどまった犯罪行為をすでに既遂に達したものと誤信して一旦犯意を放棄した場合には、その後の一部の者による実行に共謀の因果的影響力が及んでいたとしても、当初の共謀は解消したものである」として、Roxinの上記見解に与している。さらに、山中『刑法総論〔第2版〕』(2008年)836頁も、「意思の連絡によって合意した犯行計画の範囲を逸脱し、共同実行が終了した後に、一人の共同行為者が単独でさらに行為を継続した場合、たとえば、AとBが共謀してCの殺害を計画し、実行し、殺害の目的を遂げたとあって、Aが現場を立ち去った後、残っていたBが、被害者がいまだ死亡していなかったことに気づき、単独でCを殺害したとき、Aは殺人未遂の共同正犯であるが、Bは殺人既遂の共同正犯の責任を負う。」としている。しかし、その論拠、さらに、上記のように概括的故意事例群の処理に関して客観的帰属の問題として処理する山中の立場との整合性は必ずしも明らかではない。

事例I③の殺人既遂罪につき甲に共同正犯が成立するか否かは、後述の共同正犯の成立要件、帰属構造をどのように解するかにかかっている。

を帰属させることになるのではなかろうか<sup>18</sup>。

これに対して、二分説によれば、本事例の処理は若干複雑なものとなるように思われる。甲の主観内容に着目する限り、その内容は概括的故意事例群の単独正犯の場合と同様であり、上記「事例Ⅰ②」とは異なり、加功した乙との間に共謀（ないし共同実行の合意）<sup>19</sup>という形で、二分説の前提である別罪（死体遺棄罪）実行の「新たな」意思決定が（いったんは）存在している。したがって、第一行為と第二行為に分けて甲と乙との共犯関係の成否を論じることができるよう思われる。しかしながら、その場合、第一行為については、未遂犯および共同正犯の成立要件を満たす限り、甲と乙には殺人未遂罪の共同正犯が成立することになるが、第二行為の共犯関係の有無が問題となる。本事例における第二行為は、上記のように、確かに、いったんは別罪を甲と共同して実行する旨の共謀に基づき同行為を自ら（実行正犯として）開始した乙が、途中から共謀内容とは異なり殺意をもって実行したものである。これを一般化すると、いったんは同一の犯罪の実行について共謀した後の一部の共同行為者が共謀の内容と異なる種類の犯罪を実現した場合であるとして、（共謀）共同正犯におけるいわゆる「抽象的事実の錯誤」<sup>20</sup>が問題となるといえようか。もっとも、抽象的事実の錯誤を論ずる以前に甲と乙との間で共謀それ自体が成立している

---

18 Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, A.T., Teilband 2, 7.Aufl., 1989, Rn.59 zu § 49 II は、最終的に殺害することが共同の実行計画に含まれていた以上、Roxinの上記見解（註17）は妥当ではないとしている。当初の殺害の共同実行意思が、第二行為を単独で実行した者の行為に心理的な影響力を及ぼしていることは否定できないであろう。

19 厳密には、後述のように、共謀と共同実行の合意との関係あるいは共謀共同正犯と実行共同正犯との関係が問題となるが、便宜上、さしあたり両者を区別せずに論じることとする。

20 この問題についての最近の詳細な研究として、十河「共同正犯における抽象的事実の錯誤」瀬川編『大谷實先生喜寿記念論文集』（2011年）291頁以下がある。

のか、成立しているとして、乙の行為は共謀に基づく行為といえるのか、すなわち、甲と共同して実行する意思に基づき共同実行した(共同正犯が成立している)のかどうか問題となろう。二分説により本事例を処理する場合、このように共同正犯における抽象的事実の錯誤論と共同正犯の成立要件論とが交錯する問題領域が生ずることになるように思われる。そこで、本稿の問題関心から上記事案の処理に必要な限度でこの交錯する両者の論理的および機能的関係という問題を検討しておくことにしよう。

従来、共犯の錯誤の問題は、一般的に、単独正犯に関する錯誤理論の適用により解決されるべき問題であるとされ<sup>21</sup>、「共犯(広義の)独自の理論から出発しこれとの関係において錯誤の問題を考えようとする傾向は少なかつた」<sup>22</sup>とされている。こうした思考傾向が具体的にいかなる主張の展開へと至るのか、その方向性は必ずしも明らかではない。しかし、上記主張の基礎にあるのは、少なくとも、共犯の錯誤、とりわけ共同正犯における抽象的事実の錯誤の問題領域は、錯誤論と共同正犯の「本質」論とが交錯する<sup>23</sup>領域であることから、両者の論理的および機能的関係を意識しなければならないという思考であろう<sup>24</sup>。

従来の議論では、いわゆる「罪名従属性」<sup>25</sup>ないし共同正犯の本質をめ

---

21 たとえば、平野『刑法総論Ⅱ』(1975年)387頁参照。

22 正田『刑法における犯罪論の批判的考察』(1962年)103頁。

23 酒井「共犯過剰」阿部ほか編『刑法基本講座第4巻未遂/共犯/罪数論』(1992年)233頁以下、西田ほか編『注釈刑法第1巻』(2011年)872頁(島田執筆)、高橋『刑法総論第2版』(2013年)197頁、松原『刑法総論』(2013年)417頁参照。

24 日高『刑法における錯誤論の新展開』(1991年)75頁以下、118頁以下、251頁以下参照。

25 平野・前掲書(註21)364頁以下参照。もっとも、共同正犯に対しても狭義の共犯に対する従属性の議論が妥当するかについては争いがある。この点については、齊藤「共同正犯の性格をめぐる管見—いわゆる機能的な行為支配説からのアプローチ—」齊藤ほか編『神山敏雄先生古希祝賀論文集第一巻過失犯論・不作為犯論・共犯論』(2006年)361頁以下参照。ここで詳述

ぐる議論<sup>26</sup>と共同正犯における抽象的事実の錯誤論は独自の発展を遂げ、両者の論理的および機能的関係が明確に意識されるようになったのは最近のことである<sup>27</sup>。学説においては、両者の論理的（前後）関係について、大別すると三つの立場が主張されている。すなわち、第一に、抽象的事実の錯誤論に基づき各共同行為者に成立する罪名が決まらなると、共同正犯の本質をめぐる議論を前提に異なる罪名間での共同正犯の成否を明らかにすることができないという意味で、錯誤論が論理的に先行するとする見解<sup>28</sup>である。第二に、錯誤論が、行為者の認識した事実が該当しうる構成

---

することはできないが、結論だけを述べれば、共同正犯の場合には、共同行為者の共同実行の意思に基づくあらゆる行為が法的には等価とみなされ、全体的に共同行為者全員に帰属されることから（Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. Teil. 5. Aufl., 1996, § 63 I 2.）この問題は否定されるべきである（vgl. Puppe, Der gemeinsame Tatplan der Mittäter in: ZIS 2007, S. 241; Haas, in: Matto/Renzikowski (hrsg.), Strafgestzbuch, Kommentar, 2013, Rn.61 zu § 25.）。この問題が否定される場合、共同正犯において罪名従属性は妥当しないことになり、異なる犯罪間で共同正犯が成立するかという問題は、従属性という観点からではなく「共同実行」の意義から解答されることになる。以上の点については、山口「共犯の従属性をめぐって」井上ほか編『三井誠先生古希祝賀論文集』（2012年）284頁、295頁参照。なお、一般的に、狭義の共犯においては罪名従属性が妥当するものとされているが、刑法38条2項が存在する以上、また、犯罪の成否と科刑とを分離しないという原則を維持する以上、いわゆる「共犯過剰」の事案では狭義の共犯においても罪名従属性は妥当せず、その逆の場合（狭義の共犯者の認識する犯罪が正犯者の実現した犯罪よりも重い場合）にのみ狭義の共犯における罪名従属性が肯定されることになる。以上の点については、山口『刑法総論 [第2版]』（2007年）314頁以下参照。なお、中山ほか『レヴィジョン刑法Ⅰ共犯論』（1997年）28頁（松宮執筆）参照。

26 亀井『正犯と共犯を区別するという事』(2005年) 14頁以下参照。

27 もっとも、すでに宮原「共犯における因果関係と故意の問題」平場編『現代刑法學の課題（下）瀧川先生還暦記念下巻』（1955年）639頁以下が両者の関係について言及している。

28 島田ほか『事例から刑法を考える第2版』（2011年）122頁（島田執筆）。なお、前田『刑法総論講義 [第5版]』（2011年）465-466頁参照。

要件と現実に発生した事実が該当しうる(客観的)構成要件を比較の対象とする以上、特定の犯罪の構成要件を確定する作業を前提としており、共同正犯の場合、「共同正犯関係の成否を判断しなければ各人の罪名も確定できない」<sup>29</sup>という見解である。第三に、共同正犯の本質論は発生した法益侵害の客観的帰属にかかわるものであり、「主観的帰責の問題である錯誤論は、右の問題が検討された後に、責任の問題としてさらにとりあげるべきもの」とする見解である<sup>30</sup>。

しかしながら、結論から言えば、こうした見解はいずれも妥当ではない。確かに、第一の見解が指摘しているように、共同正犯の成否を論ずるうえでは、共同実行の事実に加えて、共同実行の意思の存否<sup>31</sup>、その内容など、各共同行為者の主観内容が明らかにされる必要がある。あらゆる正犯は特

---

29 十河・前掲論文(註20)313頁。

30 内藤『刑法講義総論(下)Ⅱ』(2002年)1360頁。

31 「共同実行の意思」は一般的に共同正犯の主観的要件とされているが、厳密には、共同実行の合意という意味で間主観的なものである。また、「共同実行の意思」は黙示的なものであっても足りるが、少なくともコミュニケーション活動を前提とする。vgl. Puppe, aa.O. (Fn. 25), S.238. その限りでは、共同正犯の「客観的要件」として位置づけることができる。vgl. Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S.21.Fn.43, S.149ff.; Hoyer, in: SK,32.Lfg. 7.Aufl. Stand, März 2000, Rn.130; Rotsch, “Einheitstäterschaft” statt Tatherrschaft. Zur Abkehr von einem differenzierenden Beteiligungsformensystem in einer normative-funktionalen Straftatlehre, 2009, S.358. Fn.869, S.362; Kühl, Strafrecht, A. T. 7. Aufl., 2012, Rn.104 zu § 20; Haas, aa.O. (Fn. 25), Rn.65 zu § 25. また、前田・前掲書(註28)478頁以下も、共同実行の意思を「結果との因果性が問題となる外部的要素」としている。さらに、西原『刑法総論改訂準備版(下巻)』(1993年)390頁、高橋『規範論と刑法解釈論』(2007年)190頁、松原・前掲論文(註7)36頁註(49)参照。しかし、「共同実行」という共同正犯の「客観的」要件についても共同行為者の故意が及んでいなければならない、その限りでは「共同実行の意思」も純粋に客観的な要件とすることはできない。このことに関しては、vgl. Rotsch, “Gemeinsames Versagen” Zur Legitimität und Legalität der fahrlässigen Mittäterschaft, in: Puppe-FS, 2011, S. 890ff.

定の犯罪構成要件との関連でしか存在しえない<sup>32</sup>ことから、共同正犯においても、(共同実行という要件と並んで)その成立要件<sup>33</sup>であり、しかも各共同行為者の行為および結果(以下、「広義の行為」という。)を共同行為者間で相互的に帰属して「共同正犯の一体性」の基礎を形成するとともに、その限界を画するとされている共同実行の合意<sup>34</sup>も特定の構成要件該

---

32 Vgl. Frisch, in: Ergänzbares Lexikon des Rechts, 8/1620, 2004, S. 2f. 小野『犯罪構成要件の理論』(1953年)269-270頁参照。

33 共同正犯の成立要件という場合、厳密には、①広義の共犯に共通の要件、②共同正犯と狭義の共犯とを区別する要件の二つが必要となる(西田ほか編・前掲書(註23)811頁(島田執筆)参照)。従来、共同正犯の要件とされてきた「意思の連絡」が前者の意味なのか、後者の意味なのかは必ずしも明確ではなかったように思われる。それが共同正犯に固有の要件であるとすれば、狭義の共犯の要件とは異なる内容でなければならない(vgl. Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht, A.T., 6.Aufl., 2011, Rn.83f. zu § 12.)。共同正犯が、同等の参加者として相互に利用・補充、協力しながら結果発生に対して意識的・意欲的な共働を行うものであり、「他人の行為の結果について責任を問われる根拠は、単に他人の犯行の認識を有しただけでなく、その他人と協力し、相互に相補い相利用して共通の目標の実現を図る意思をもつところに存する」のが原則であるとすれば、「自己の行為だけでなく、他の者の行為を相互に利用しあって共同実行すること」が「共同正犯の本質的成立要件」であることになろう(藤木『可罰的違法性の理論』(1967年)365頁以下参照)。なお、共同正犯の帰属構造については、後にあらためて検討を予定している。

34 Vgl. Küpper, Der gemeinsames Tatentschluß als unverzichtbares Moment der Mittäterschaft, in: ZStW 105 (1993), S.302; Stratenwerth/Kuhlen, aa.O. (Fn. 33), Rn.80 zu § 12; Murmann, Grundkurs Strafrecht, 2. Aufl., 2013, Rn.57 zu § 27. 高橋・前掲書(註31)189頁以下。もっとも、ドイツでは、こうした要件が共同正犯概念を自然科学的・心理学的に解釈するという誤った方法論の結果であるという理解からその意味および機能を否定し、いわゆる「適合意思(Einpassungsentschluss)」で足りるとして共同正犯の帰属原理を客観的帰属に求めるJakobs学派の見解がある。その詳細については、vgl. Kamm, Die fahrlässige Mittäterschaft, 1999, S. 38ff.; 阿部「共同正犯の主観的成立要件について」法律論叢70巻1号(1997年)71頁以下参照。共同正犯における共同実行の意思の必要性を否定するわが国の見解として、大越『共犯論再考』(1989年)55頁以下、嶋矢「過失犯の共同正犯(2・

当行為の実行に関する合意を意味することになる。したがって、共同正犯の成否を明らかにする際に共同実行の合意の存否とその内容を検討するうえで、厳密には、その論理的前提として各共同行為者の故意の内容も明らかにされる必要があるように思われる<sup>35</sup>。また、その機能、内容および体

---

完) 法学協会雑誌121巻10号(2004年)1699頁以下参照。なお、判例(大判大正11・2・25刑集1巻79頁)・通説とは異なり、「片面的共同正犯」の成立を肯定する見解も本文中で述べたような意味での合意の存在を否定することになるが、後にあらためて検討するように、こうした見解は適切ではない。

- 35 Vgl. Seher, Vorsatz und Mittäterschaft – Zu einem verschwiegenen Problem der strafrechtlichen Beteiligungslehre, in: JuS 2009, S. 2, 4. 故意の存否は、原則として実行行為時点において問題となることから、共同実行の合意が形成された後に初めて故意の成否が論じられるという印象のゆえに、こうした点は従来問題とされてこなかったように思われる(もともと、刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第八巻昭和二十三年度(上)』(1950年)265頁(中野執筆)は、構成要件の問題と責任の問題との混同を避けるという観点から、「合意の要素たる心理的事実」と「故意の内容をなす心理的事実」とは観念として区別すべきであるとする)。共同実行の意思に関して、判例の定義も曖昧である(最判昭和23・12・14刑集2巻13号1751頁、最判昭和24・2・8刑集3巻2号113頁等)。

確かに、わが国では近年、共同実行の意思(・共謀)内容に関して分析がなされるようになった。たとえば、内海「共同正犯における『意思連絡』の意義について(一)」亜細亜法学39巻2号(2005年)91頁以下、出田「共謀共同正犯の意義と認定」小林充先生佐藤文哉先生古希祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生佐藤文哉先生古希祝賀刑事裁判論集上巻』(2006年)198頁以下、朝山「共謀の認定と判例理論」木谷編『刑事事実認定の基本問題〔第2版〕』(2010年)151頁以下、島田「共謀共同正犯論の現状と課題」川端ほか編『理論刑法学の探究3』(2010年)54頁以下、松澤「教唆犯と共謀共同正犯の一考察—いわゆる『間接正犯と教唆犯の錯誤』を切り口として—」Law&Practice4号(2010年)111頁以下、田川「共謀共同正犯における共謀について」早稲田大学法研論集135号(2010年)173頁以下、亀井「共謀共同正犯における共謀概念」法学研究84巻9号(2011年)87頁以下、杉本=高橋「意思連絡について」法学セミナー706号(2013年)96頁以下参照。

しかし、(共謀、)共同実行の意思、故意という要件の論理的および機能的関係は未だ十分に分析されていない。たとえば、「故意の共同」を肯定す

系的位置づけに関しては争いがあるものの、領得罪において主観的構成要件・違法（責任）要素としての不法領得の意思を要求するのが判例・通説である<sup>36</sup>が、こうした主観的要素が、少なくとも主観的構成要件要素である以上、共同行為者間で共有できていない場合には、構成要件該当性のレベルで問題となる共同正犯の成立を認めることができないことになるように思われる<sup>37</sup>。したがって、上記のように、広義の行為の各共同行為者

---

るいわゆる「（部分的）犯罪共同説」の立場からは、意思の連絡を故意の連絡と解する見解（香川『刑法講義総論〔第三版〕』（1995年）341頁）があるように、いわゆる「行為共同説」の立場からも、共同実行の意思の内容として、「実行行為を共同にする意思」（木村『犯罪論の新構造（下）』（1968年）252頁）を想定する場合、上記のように、実行行為という概念が特定の犯罪との関連でしか意味をもたない以上、共同行為者間で同一の犯罪を実現する故意がその意思内容に含まれない（故意の共同が認められない）としても、特定の犯罪の構成要件該当事実の認識、すなわち故意が共同実行の意思内容として認められることになるはずである。

また、わが国では、共同正犯を因果的な観点から理論的に基礎づけようとする見解が有力であるが、こうした立場からすると、共同実行の意思は重要性をもたず、実質的には故意の要件に解消されるはずであるように思われる。なお、松原・前掲論文（註7）20頁は、共謀と故意との機能的関係につき、「故意は、各人の責任を基礎づける要件として、各関与者の心理上に独立に存在する静的な認識を内容とするのに対して、共謀の内容としての意思連絡および心理的拘束は、心理的因果性および（修正された）行為支配性を基礎づけるものとして、他の共同行為者に影響を及ぼすという動的な働きかけを内容とする。」としている。しかし、論理的には、共同実行の合意が形成される場合には、共同実行の対象となる犯罪の故意がすでに存在することになる。結局のところ、従来、共同実行の意思と故意との論理的および機能的関係についての分析を避けてきたのは、共同実行の意思の内容に故意を「混在」させることが過失の共同正犯を肯定するうえで障害となるという思考であろう。しかし、後述するように、故意犯における共同正犯の成立要件を過失犯にそのまま「移行」させること自体が誤りである。

36 詳細に関しては、佐伯「不法領得の意思」法学教室366号（2011年）74頁以下参照。

37 Vgl. BGH NStZ 1994, S. 29; Seher, aa.O. (Fn. 35), S. 2; Dehne-Niemann,

の行為への客観的帰属可能性が問題となりうるとしても、共同行為者の故意を含めて主観内容を明らかにすることなく共同正犯の成否ないし成立範囲を確定することはできない。もっとも、上記第一の見解のように、共同正犯の成否を判断するために「各共同行為者に成立する罪名」まで明らかにする必要はない。その限りでは、錯誤論は、共同正犯の本質をめぐる議論の論理的前提となるわけではない。むしろ、共犯関係の存在が(暗黙の)前提となるからこそ錯誤の問題が生ずるのである。なぜなら、共同行為者の一部が現実に惹起した事実に対して他の共同行為者の主観内容の一致可能性が錯誤の問題として論じられるためには、当該事実を直接的に惹起した一部の共同行為者の行為が、錯誤の主体として問題となりうる他の共同行為者の行為として帰属され<sup>38</sup>、そうした事実を共同で惹起したことが前提となるからである。したがって、論理的には、共同正犯の本質論が錯誤論に先行することになる<sup>39</sup>。

次いで、上記第二の見解は、こうした結論を肯定する点で適切ではある。しかし、この見解が特定の犯罪の構成要件を確定する作業につき、「まず、共同正犯の本質論によって当該行為が客観的にいかなる構成要件に該当す

Tatbestandslosigkeit der Drittbesitzerhaltungsabsicht und Beteiligungsdogmatik, in: JuS 2008, S.589f; Heine, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., 2010, Rn.81ff. zu § 25; Geppert, Die Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB), in: Jura 2011, S.32; Haas, aa.O. (Fn. 25), Rn.97 zu § 25. さらに、井田ほか『刑法事例演習教材』(2009年) 33頁参照。これに対して、Rengier, Die Zurechnung von einzelnen objektiven Tatbeiträgen gemäß § 25 Abs. 2 StGB, in: Puppe-FS, 2011, S.851は、共同正犯における相互帰属の対象となるのは客観的な行為(結果)であるとして、こうした主観的要素が欠けている者との間でも共同正犯の成立が認められるとしている。

38 こうした帰属がいかなる構造を有し、いかなる判断基準を用いて基礎づけるのが問われることになるが、この問題については後に検討を予定している。

39 井田『刑法総論の理論構造』(2005年) 410頁、十河・前掲論文(註20) 312頁以下、高橋・前掲書(註23) 205頁註51参照。

るのかを確定するとともに、各行為者が主観的にいかなる構成要件に該当する事実を認識していたかを明らかにし、次いで、客観的に発生した事実と主観的に認識していた事実との不一致が異なる構成要件にまたがる場合には、錯誤論により各行為者における故意犯の成否を検討する」<sup>40</sup>として  
いるのは妥当ではない。なぜなら、こうした作業では、共同実行の合意と故意との間に存在する上記のような意味での論理的関連性が分断されてしまっているからである。

最後に、上記第三の見解は、確かに上記第二の見解と同様、結論としては正しいし、客観的帰属の問題と主観的帰属の問題とを区別して前者が後者に論理的に先行するとする結論も一般論としては正しいように思われる。しかし、問題となるのは、客観的帰属判断と各共同行為者の共同実行の合意および故意との関係なのである。上記見解がこうした問題をどのように解するか明らかではない。

さて、論理的には、以上のように共同正犯の本質論が抽象的事実の錯誤論に先行するとしても、両者の問題領域が交錯することから、次の問題としては、両者の機能的な関係を明らかにする必要がある。確かに、形式的には、両者の機能の異同は明らかである。すなわち、共同正犯の本質論として従来から議論の対象となっているのは、実質的には共同正犯の成立要件論であることから、共同正犯の本質論はその成立範囲を明らかにすることを目的としているのに対して、抽象的事実の錯誤論は、現実に発生した客観的事実に対して行為者の故意の符合を認めることができるかを明らかにすることを目的としている。しかし、現在の共同正犯の本質論では、上記のように、共同正犯の成立範囲を明らかにする際に、その成立要件としての共同実行の合意、故意、さらに特別な主観的要素の存否が検討の対象となることから、あらためて上記の機能的な関係が問われることになるの

---

40 十河・前掲論文（註20）314頁。

である。機能的に全く重なる<sup>41</sup>のであれば、犯罪論体系の過度の複雑化を防ぐとともに、思考経済的には重複部分を解消する必要がある。そこで、両者の機能の異同を確認しておくことにしよう。

共同正犯の本質論は、現在では、本事例のような異なる構成要件間における共同正犯の成否をめぐる、部分的犯罪共同説と、構成要件ないし実行行為の共通性に着目する行為共同説<sup>42</sup>との対立に集約されている。もっとも、両者の対立は、いずれも構成要件ないし実行行為を基準にする限り罪名従属性の問題に関する対立に帰着し、処罰範囲に大きな相違をもたらすものではないとされており<sup>43</sup>、共同正犯は何を共同にするかという分析の

---

41 共同正犯の本質論を共同正犯の抽象的錯誤をめぐる議論であるかのような理解を前提にしていると思われるものとして、東條ほか編『刑事新判例解説(1) 刑法総論』(1992年)270頁(宇津呂執筆)がある。

42 以下、とくに断わらない限り、このような意味で「行為共同説」を用いる。もっとも、こうした限定を加える理論的根拠は、行為共同説では、「共犯も犯罪である以上、構成要件と因果関係の制約を離れて『行為共同』を考へることができない」(内藤・前掲書(註30)1363頁)、「構成要件論を重視する立場から」(大谷『刑法講義総論新版第4版』(2012年)402頁)、「因果的共犯論と…制限従属性説の帰結」(西田『刑法総論第二版』(2010年)397頁)、「他人の行為との共働関係が、成立する犯罪類型の重要部分を占めていなければ、一部行為の全部責任の効力は認められない。やはり共同実行という以上、構成要件の重要部分を共同する必要がある。」(前田「行為共同説について」小林充先生佐藤文哉先生古希祝賀刑事裁判論集刊行会編・前掲書(註35)194-195頁)とするだけで、明らかではない。

43 佐伯『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)381頁以下参照。なお、橋本「共同正犯における共同と事実的寄与—共同正犯の成立範囲に関する覚書—」一橋大学研究年報法学研究32(1999年)178-179頁は、「共同正犯のあり方の実質から考えれば、犯罪共同・行為共同は、法的概念としての実行行為を媒介として共存しうるものであり、それらは考察の次元の相違にすぎないと位置づけることができる。すなわち、規範の次元では犯罪共同であり、事実の次元では行為共同である。事実としての行為共同を規範としての犯罪共同に結びつけるのが構成要件該当性評価としての実行行為概念である。」としている。

視角自体の有用性に対する疑問も提示されるようになって<sup>44</sup>。

本稿の問題関心から重要なことは、こうした議論におけるいずれの立場が妥当かを明らかにすることではなく、むしろ、上記のように、共同正犯の本質論と錯誤論との機能的な関係を明らかにすることに加えて、共同正犯成立の具体的な限界およびその判断基準は何かという問題を明らかにすることである。ところがこの問題に関する学説の対応は明確ではない。従来、部分的犯罪共同説の立場からは、「構成要件的に重なり合うものであるときは(殺人罪と傷害罪など)、その重なり合う限度で実行行為の共同、したがって共同正犯の成立をみとめるべき」<sup>45</sup>であるとか、「構成要件が同質的で重なり合うものであるときは、その重なり合う範囲内で共同正犯が成立しうる」とされ<sup>46</sup>、共同正犯が成立する典型的な類型を挙げるだけの

---

44 松生「共同正犯の構造について」法政研究76巻4号(2010年)712頁参照。

45 団藤『刑法綱要総論第三版』(1990年)390頁。さらに、福田『全訂刑法総論〔第五版〕』(2011年)269頁参照。

46 大塚『刑法概説(総論)〔第四版〕』(2008年)282-283頁、300頁。なお、ドイツにおいても、共同行為者の一部の者が、共同正犯の要件である「共同して行為を実行する決意〔ein gemeinsamer Tatentschluss〕」ないし「共同実行計画〔ein gemeinsamer Tatplan〕」の内容を超えた「過剰な事実」を発生させた場合、こうした事実は他の共同行為者には原則として帰属されないものの、正犯が具体的な構成要件と関連づけて理解される必要があることから、当初の意思内容に対応する構成要件を基準に「部分的共同正犯〔teilweise Mittäterschaft〕」が成立しうることは判例・通説上認められている(vgl. RGSt 44, 323; 59, 79; 72, 373; BGHSt 36, 233; BGH GA 1968, 121; Roxin, A.T. II, a.a.O. (Fn. 17), Rn.235f. zu § 25; Schönemann, a.a.O. (Fn. 17), Rn.169 zu § 25; Rengier, a.a.O. (Fn. 37), S.854; ders., Strafrecht, Allgemeiner Teil., 5. Aufl., 2013, Rn.29f. zu § 44; Kühl, a.a.O. (Fn.31), Rn.102 zu § 20. しかし、こうした要件の内容および機能について必ずしも明らかでない(vgl. Joecks, a.a.O. (Fn. 17), Rn.198ff. zu § 25; 内田「部分的共同正犯について(一)」警察研究62巻7号(1991年)17頁参照)だけでなく、部分的共同正犯の成立の限界も後記のように曖昧である。(vgl. Altenhain, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzeß, 1994, S. 72ff.; Geppert, a.a.O. (Fn. 37), S. 32.)。

説明がなされてきたにすぎない。その結果、同説の支持者からも「部分的犯罪共同説は、いかなるばあいに異なった構成要件相互のかさなりあい認め、逆にいかなるばあいにそれを拒否するのか。その選択の基準が明らかでない弱点がある」<sup>47</sup>と自覚されているのである。

これに対して、構成要件ないし実行行為を基準として共犯成立の範囲を限定しようとする行為共同説の側からも、たとえば、「構成要件の重要部分を共同する必要はある」<sup>48</sup>、「実行行為の共同」<sup>49</sup>、「自らの行為が、もう一方の者の犯罪に因果的に影響を与えているだけではなく、相手方の犯罪の実行行為の一部を事実上実行している必要がある」<sup>50</sup>などという考え方が示されるにすぎない。

また、共同正犯の本質論と抽象的事実の錯誤論との機能的な関係に関しても、従来の判例・学説は曖昧な態度を取り続けている。共同正犯の本質論において、罪名従属性に固執して同一の犯罪間でしか共同正犯の成立を認めないかつて主張されていた判例・学説の立場では、たとえば共同行為者間で故意の共同が存在しなかった場合には実現された重い犯罪につき共同正犯の成立を肯定したうえで、軽い犯罪の故意しか認められなかった共同行為者については、刑法38条2項に基づき軽い犯罪の刑罰で処断するという論理が展開されていた<sup>51</sup>。こうした立場では、共同正犯の本質論と抽象的事実の錯誤論との機能的な関係が、理論的には問題のある形ではあるにせよ、いわば無意識的に確立されていたといえる<sup>52</sup>。ところが、犯罪の

---

47 香川・前掲書(註35)343頁。

48 前田・前掲書(註28)481頁。さらに、同・前掲論文(註42)194頁参照。

49 中野『刑法総論概要第三版補正版』(1997年)140頁。

50 山中「共同正犯論の現在—行為共同説と犯罪共同説—」現代刑事法28号(2001年)50頁。

51 その詳細については、亀井・前掲書(註26)21頁以下、39頁以下参照。

52 もっとも、宮原・前掲論文(註27)640頁は、こうした処理をしないと「刑法三十八条二項の意味がない」としていた。

成立と科刑とを分離するこうした思考方法が判例・学説上批判の対象となり、いずれも構成要件を基準とする部分的犯罪共同説と行為共同説とが主張されるに及んで、共同正犯の本質論と抽象的事実の錯誤論との機能的な関係が曖昧となってしまったように思われる。すなわち、共同行為者の認識内容の範囲内でしか共同正犯の成立を認めない部分的犯罪共同説では、共同正犯の成立範囲を確定するための基準として、本来、抽象的事実の錯誤論において故意の符合の判断基準とされてきた「法定的符合説(構成要件の符合説)」を用いている。他方、行為共同説もその成立範囲を確定するうえで構成要件ないし実行行為の重なり合いを前提とすることから、必ずしも明らかではないものの、その判断基準としてやはり法定的符合説(に類似した基準)を採用しているように思われる<sup>53</sup>。しかしながら、部分的犯罪共同説と行為共同説のいずれの立場においても、一般的に抽象的事実の錯誤を論じる場合のように、共同行為者の錯誤の問題が論じられているわけではなく<sup>54</sup>、錯誤論の基準を用いて実質的には共同正犯の成立範囲の問題が論じられているにすぎないのである。

---

53 前田・前掲書(註28)466頁は、「法定的符合説と部分的犯罪共同説・行為共同説の問題とする構成要件間の『重なり合いの範囲』はほぼ一致している」としている。また、酒井・前掲論文(註23)238頁は、部分的犯罪共同説で重視されているのは、「錯誤論における法定的符合説の貫徹であり…責任主義に忠実な解釈の維持である…共犯学説は、錯誤論と符節を合わせるためにその内容が決定・修正されるということになる。」としている。さらに、高橋・前掲書(註23)484頁註162は、「部分的犯罪共同説の背後に38条2項の趣旨があることから、錯誤論が根底にあることは確かであり、ただ、錯誤論による処理が部分的犯罪共同説によって既に処理されている」としている。

54 たとえば、部分的犯罪共同説の立場から、香川「犯罪共同説か事実共同説か」中編『論争刑法』(1976年)159-160頁、日高・前掲書(註24)75頁以下、88頁、111頁、高橋・前掲書(註23)422頁、行為共同説の立場から、川端『刑法総論講義第3版』(2013年)618-619頁参照。なお、佐久間『刑法総論』(2009年)399頁参照。

共同行為者間で故意の内容が異なり、共同実行の合意内容に齟齬が存在する場合は、従来から共同正犯の錯誤が問題となる一類型として理解されている<sup>55</sup>が、その実質的な内容に鑑み、むしろ共同正犯の成立範囲の確定が問題となる類型として処理されるべきである<sup>56</sup>。しかも、その判断基準は、抽象的錯誤論の基準ではなく、「一部行為（実行）の全部責任」原則が妥当する共同正犯の成立範囲を判断するうえで（共同実行の事実と並んで）重要な基準、すなわち、上記のように、各共同行為者の広義の行為を共同行為者間に相互的に帰属して、共同正犯の一体性の基礎を形成しその限界を画するとされている、共同実行の合意の有無により判断されなければならない。

確かに、共同実行の合意の内容としては一定の犯罪の構成要件該当行為の実行を問題とせざるを得ない以上、共同正犯の成立範囲を画する基準として、構成要件ないし実行行為という概念を用いることは容易に理解できる。また、上記のように、共同実行の合意の論理的前提として故意を問題とせざるを得ない。したがって、従来の判例・学説が法定的符合説の基準を用いて共同正犯の成立範囲を画そうとしてきたことには理由がないわけではない。しかし、共同行為者間で共同実行の合意形成に齟齬がある場合

---

55 たとえば、札幌地判平成2・1・17判タ736号244頁、大塚ほか編『大コンメンタール刑法第5巻〔第二版〕』（1999年）422頁（佐藤執筆）、井田・前掲書（註38）409頁、西田ほか編・前掲書（註23）874頁（鳥田執筆）など参照。

56 井田・前掲書（註39）409-410頁も「錯誤以前の共犯の成立じたい（または共犯行為と正犯行為との間の相当因果関係ないし結果帰属関係）が疑問とされるであろう。」としている。これに対して、十河・前掲論文（註20）315頁は、行為共同説からは錯誤論による解決が必要となるとしているが、共同正犯における抽象的事実の錯誤は単独正犯における場合と同じであるとする、その前提に理解しがたい部分がある。なお、上記のように、共同実行の合意が客観的な意味合いをもつことから、共同行為者がその存在自体について錯誤に陥った場合、たとえば共同行為者が、共同実行の合意が形成されていないにもかかわらず合意が存在すると誤信して行動に出た場合も、同様に考えることができよう。

には、上記のように、錯誤の問題が論じられているのではなく、実質的には共同正犯の成立範囲が問題とされていることから、従来の判例・学説の採用する基準はそのままの形で用いられるべきではなく、共同実行の合意の有無を判断する基準として再構成されなければならない。ところが、従来の判例・学説、とりわけ部分的犯罪共同説が用いてきた基準は、上記のように曖昧である。こうした基準は、（錯誤論の判断基準としても）すでに構成要件という概念からは乖離してしまっている。従来の判例・学説では、実質的には「罪質の符合ないし法的同価値性」という基準が採用されているにすぎず<sup>57</sup>、そこではわずかに保護法益、行為態様の共通性が最低限の基準として機能しているように思われる<sup>58</sup>。また、実行行為の共同を共同正犯成立範囲の基準とする行為共同説でも、その「重要部分」をどのように判断するかは明らかでない<sup>59</sup>という点を別としても、すでに保護法益の共通性すら放棄されているのである<sup>60</sup>。

部分的犯罪共同説の立場から故意の共同を前提として、共同実行の合意の内容を「同一犯罪の共同実行に関する合意」として理解する場合、あるいは行為共同説の立場から「（各共同行為者が目的としている）実行行為を共同実行する合意」として理解する場合にも、その認識内容は、故意が

---

57 井田・前掲書（註39）107頁参照。

58 たとえば、判例は、甲と乙が虚偽公文書作成罪の教唆を共謀し、乙が計画を変更して第三者に公文書偽造を教唆してこれを実行させたという事案につき、甲に公文書偽造教唆罪の成立を認めている（最判昭和23・10・23刑集2巻11号1386頁）。もっとも、この事案は、共同実行の合意形成に齟齬があった事案ではなく、共同実行の合意が形成された後で共同行為者の一部が合意内容と異なる犯罪を実行した事案である。なお、部分的犯罪共同説の立場から判例の結論を支持するものとして、大塚・前掲書（註46）340頁参照。

59 前田・前掲書（註28）482頁が指摘するように、「規範的評価」である以上、基準における一定の不明確性は避けられない。

60 たとえば、山中・前掲論文（註50）50頁、十河・前掲論文（註20）316頁以下参照。

いわゆる「意味の認識」で足りるように、共同実行の合意の有無を判断するうえで、構成要件の重なり合いという基準は必要ではない。したがって、いずれの立場からも、共同行為者間に意味の認識レベルで共同実行についての合意が存在すると判断できる限りにおいて、後にあらためて検討するように、共同正犯の成立要件である「共同実行の合意」を認めることができよう<sup>61</sup>。こうした見解を基礎とする場合、たとえば、本稿が問題としている事例にも関連する死体遺棄罪と単純(ないし保護責任者)遺棄罪については、構成要件、保護法益が異なるとしても意味の認識レベルでは共同実行の合意の存在を肯定することができることになる<sup>62</sup>。

---

61 井田・前掲書(註39)109頁、410-411頁、同『講義刑法学・総論』(2008年)194-195頁参照。vgl. Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O. (Fn.18), Rn.53 zu § 49 II. 錯誤論との関係ではすでに、西原『刑法総論改訂版(上巻)』(1998年)226頁以下、町野『刑法総論講義案I [第二版]』(1995年)229頁以下参照。なお、内田「部分的共同正犯について(二・完)」警察研究62巻8号(1991年)13頁以下参照。

62 錯誤論の文脈で、西原・前掲書(註61)227頁、井田・前掲書(註39)110頁、同・前掲書(註61)195頁註59参照。なお、判例の中には、死体遺棄罪の故意で保護責任者遺棄罪の客観的構成要件を実現したという事案につき、遺棄罪の保護法益は「直接的には個人の生命・身体の安全にあるものの、現代の社会生活においては、いかなる理由によるにもせよ、人を遺棄してその生命・身体に危険を与えることは社会的風俗を害するものとして許されないというべきであり、その意味において死体遺棄罪の保護法益である健全な社会的風俗と法益の面において重なり合う面があるばかりでなく、社会生活上、本件のような生死の分明でない者を発見した者に対しては、まずその救助のための適切な行為が要求されているものと考えられるところ、これをなさずに遺棄した場合には、少なくとも生きていたのか死んでいるのか明らかでない状態で人を遺棄する意思があつたものと評価できるうえ、その行為は死体と生体の違いがあっても遺棄という態様は同一であることからすれば、右の両罪の間には罪質の面においても同一性があるものと言え、したがって、本件のような場合には、死体遺棄罪と遺棄罪との間に実質的な構成要件上の重なり合いを認めるのが相当であり、結局、被告人については、軽い死体遺棄罪の故意が成立し、同罪が成立するものと解する。」としたものがある(旭川地判昭和60・8・23判タ607号108頁)。

以上のように、従来から共同正犯の成立範囲の問題と抽象的事実の錯誤の問題との交錯領域とされてきた、共同行為者間で共同実行の合意内容に齟齬がある場合は、錯誤の問題としてではなく共同正犯の成立範囲の問題、正確には共同実行の合意の有無の問題として処理されなければならない<sup>63</sup>。こうした意味での機能分化を図ることにより、犯罪論体系の過度の複雑化を防ぐとともに思考経済的な観点から議論の混乱を回避することができよう。

それでは、当初から合意ないし共謀内容に齟齬がある上記の場合とは異なり、共同実行の合意（ないし共謀）が成立した後に、一部の共同行為者が合意内容とは異なる事実を実現した場合はどのように処理されるのであろうか。こうした問題領域についても従来の判例・学説の犯罪論体系上の位置づけおよび処理方法は曖昧である。この問題領域には、大別すると、①共同実行の合意（ないし共謀）の対象となる犯罪事実よりも重い犯罪事実が一部の共同行為者によって実現された、いわゆる「共犯過剰」（「共同正犯過剰」〔Mittäterexzess〕）の場合と、②最終的に実現された犯罪事実が当初の共同実行の合意ないし共謀に基づいていないと思われる場合が含まれていると指摘されている<sup>64</sup>。

まず、①の問題領域についても、従来の判例・学説では、共同行為者間で共同実行の合意形成に齟齬がある上記の場合と同様、共同正犯の成立範囲論と抽象的事実の錯誤論とを明確に区別することなく論じる傾向があ

---

63 日高・前掲書（註24）87頁以下、大塚『刑法総論の思考方法〈第4版〉』（2012年）613頁参照。なお、下村「共犯の過剰と共同意思主体説」研修388号（1980年）8頁以下もこうした場合に共同意思主体の活動が存在しないことから、共犯の成立が否定されるとしている。さらに、齊藤『刑法における錯誤論の研究』（1989年）244頁以下参照。

64 橋爪「共謀の射程と共犯の錯誤」法学教室359号（2010年）20頁、大塚・前掲書（註63）613-614頁参照。

る<sup>65</sup>。しかしながら、結論から述べれば、この問題領域も共同実行の合意内容の解釈を前提とした、各共同行為者への広義の行為の帰属問題として位置づけるべきである。したがって、共同正犯過剰は、共同実行の合意内容を超える事実が結果として生じた場合として理解すべきである<sup>66</sup>。こうした事案では、大別すると、共同実行の合意内容を超える事実が故意に実現された場合と過失で実現された場合が問題となりえよう。そこで、事案を分析する視角を、さしあたり「故意の過剰」と「過失の過剰」との区別に求めることにする<sup>67</sup>。

65 たとえば、最決昭和54・4・13刑集33巻3号179頁、法曹会編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和54年度』67頁以下(松本執筆)、西田ほか編『判例百選I総論[第6版]』(2008年)184頁以下(荒川執筆)参照。少なくとも従来の判例は、むしろ、共同正犯の成立範囲論と錯誤論による処理方法との相違を明確に意識することなく、「過剰事実」を直接的に惹起しなかった者の罪責を錯誤論(刑法38条2項)により処理してきたように思われる。判例に関しては、大塚編・前掲書(註55)428頁以下(佐藤執筆)参照。

66 わが国では、「過剰」という意味を本文で記載したような意味で用いるのが一般的であるように思われる(内田・前掲論文(註61)19頁註(1)、酒井・前掲論文(註23)231頁参照)が、むしろ共同実行の合意を超過した事実が共同行為者によって惹起された場合を意味する用語として用いるべきであろう。vgl. Seher, aa.O. (Fn.35), S.305f.; Kühl, aa.O. (Fn.31), Rn.117 (Fn.180) zu § 20. なお、山本「結果的加重犯の共同正犯」川端ほか編・前掲書(註17)494-495頁は、共犯の過剰と共犯の錯誤とを区別して、「窃盗を共謀して実行したところ一部の者が強盗を犯した場合のように、共犯者中の一部の者が他の故意で行為した場合」と定義したうえで、「この場合は、もはや、それは共同目的による行為といえるものではなく、共同意思主体の活動とはいえないと解されるからである」とするとともに、こうした意味での共犯の過剰事案は、「共犯成立の主観的要件の問題に還元して考察すべきである」としている。さらに、下村・前掲論文(註63)8頁参照。

67 わが国では特定の事案につき議論がなされているが、ドイツではこうした視角を用いて「共同正犯過剰」の事案分析が行われている。vgl. Roxin, A.T. II, aa.O. (Fn.17), Rn.194f. zu § 25; Hoyer, aa.O. (Fn.31), Rn.142 zu § 25; Puppe, aa.O. (Fn.25), S.242ff.; Seher, Grundfälle zur Mittäterschaft, in: JuS 2009, S.306; Kühl, aa.O. (Fn.31), Rn.117ff. zu § 20. なお、この他に、「質的過

「故意の過剰」の事案では、一部の共同行為者が共同実行の合意内容を超える事実を惹起した場合だけが問題となる。この場合、「過剰な事実」に対して、他の共同行為者は、原則として責任を負うことはない。共同実行の合意内容を超える事実かどうかは、基本的に当該合意の解釈により決定されなければならない<sup>68</sup>。もっとも、共同実行の合意に基づく実行といっても、必ずしも綿密かつ詳細な計画が立案されてそれが実行に移されるわけではなく、個々の具体的な行為態様は実行行為担当者の裁量に委ねられているという場合も少なくない<sup>69</sup>。また、実行行為担当者が事前の合意内容とは異なる手段を用いたり、取得した財物の種類・個数等が事前の合意内容とは異なることも希ではない<sup>70</sup>。その限りでは、共同実行の合意内容と異なる事実が生じたからといってそのすべてが「過剰」ないし法的に重要な超過事実となってしまうわけではなく、合意内容との比較において法的に同価値の範囲内での事実の差異は重要ではない<sup>71</sup>。そして、法的に重要な差異が認められる事実に対しては、同事実を直接的に惹起しなかった共同行為者は責任を負うことはない。ここまでは一般的に争いなく認められるとよい。

問題は、法的に重要な差異が認められる超過、換言すれば、そうした事実を直接惹起した者だけが責任を負うべき超過の有無を判断する基準であ

---

剰」と「量的過剰」に分けて分析する見解（Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O. (Fn. 18), Rn.45ff. zu § 51; Altenhain, a.a.O. (Fn. 46), S. 18ff., 24ff.）、「内面的（主観的）過剰」と「外部的（客観的）過剰」に区別して分析する見解（Heinrich, in: NStZ 2005, S.94f.）がある。

68 Haas, a.a.O. (Fn. 25), Rn.72 zu § 25; Murmann, a.a.O. (Fn. 34), Rn.57 zu § 20.

69 Vgl. Roxin, A.T. II, a.a.O. (Fn. 17), Rn.196 zu § 25; Joecks, a.a.O. (Fn. 17), Rn.205 zu § 25; Frisch, a.a.O. (Fn. 32), S.12; Schünemann, a.a.O. (Fn. 17), Rn.176 zu § 25; Murmann, a.a.O. (Fn. 34), Rn.57 zu § 20.

70 裁判例に関しては、大塚編・前掲書（註55）423-424頁（佐藤執筆）参照。

71 Vgl. Joecks, a.a.O. (Fn. 17), Rn.205 zu § 25; Schünemann, a.a.O. (Fn. 17), Rn.176 zu § 25; Kühl, a.a.O. (Fn. 31), Rn.117f. zu § 20.

る。上記のように、わが国では、こうした基準を単独正犯における錯誤論と同様の基準に求めているのが現在の判例・通説である<sup>72</sup>。しかし、この問題も、錯誤論ではなく、次に検討する②の問題と同様、発生した結果が共同実行の合意に基づくものかどうかという、共同正犯における広義の行為の帰属の問題として処理されるべきである。なぜなら、この問題も、共同行為者の一部が直接惹起した事実に対して、形式的に刑法38条2項を根拠に他の共同行為者の故意の存否を（共同実行の合意形成において問題にした後であらためて）問うのではなく、その前提として、現に少なくとも従来の学説が実質的に錯誤論としてではなく共同正犯の成立範囲の問題として扱っているように、当該事実が、共同行為者全体により「共同して」惹起されたものかどうか問われなければならないからである。

次いで、「過失の過剰」の事案としては、厳密には、共同実行の合意内容を超える事実が共同行為者の一部の者によって実現された場合と共同行為者全員の「共同実行」により実現された場合とがありうることになる。具体的には、主として実行行為担当者に攻撃客体に対するいわゆる「客体

---

72 ドイツにおいても、上記①の問題領域を錯誤論、とりわけ因果関係の錯誤の事案における法的重要性の判断と同様に、合意内容からの本質的な逸脱の有無によって判断しようとするのが判例・通説の立場である。vgl. Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn. 25), § 63 I 3C; Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 11. Aufl., 2003, Rn.108 zu § 29; Rengier, a.a.O. (Fn. 46), Rn.23ff. zu § 44.

の錯誤」が存在した事案<sup>73</sup>について問題となりうる<sup>74</sup>。こうした事案でも上記の故意の過剰の事案と同様、実行行為担当者の過失に基づく超過事実を他の共同行為者に帰属させることはできないとする見解もありえよう<sup>75</sup>。しかし、共同実行の合意内容（計画）を実現するうえで通常付随する危険の範囲内に属する過失行為は、いわば合意内容に「あらかじめプログラミ

73 西田『共犯理論の展開』（2010年）310頁以下、同・前掲書（註42）229頁以下、齊藤・前掲書（註63）235頁以下参照。もっとも、こうした議論では共同正犯の事案が議論の対象から除外されているが、このことは、共同正犯の場合、問題の所在地が錯誤論の領域ではないことを物語っているのではなからうか。なお、判例の中には、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、対応した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爲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実行行爲又ハ之ト密接且必要ナル行爲ヲ爲スニ於テハ被害者ヲ誤認セルト否トニ拘ラス行爲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。さらに、vgl. Puppe, aa.O. (Fn.25), S.243ff.; Kühl, aa.O. (Fn.31), Rn.119ff. zu § 20.

74 ドイツでは、共同実行の合意内容とは異なる事実が過失で実現されたことから、こうした事案は「過失の過剰」という類型に位置づけられている（その限りでは、実行行為担当者がいわゆる「打撃の錯誤（方法の錯誤）」に基づき結果を惹起した場合の処理も問題となりえよう）。しかし、単独犯の場合の客体の錯誤は、周知のように、発生した事実について故意が認められていることから、過失の過剰という位置づけ自体が不当であろう（vgl. Puppe, aa.O. (Fn. 25), S. 243ff.; Kühl, aa.O. (Fn. 31), Rn.119ff. zu § 20. なお、実行行為担当者がいわゆる「打撃の錯誤（方法の錯誤）」に基づき結果を惹起した場合についても、基本的に同じことがあてはまるが、単独犯における打撃の錯誤につき、いわゆる「具体的（法定）符合説」によれば、予想外の客体に対する過失犯の成否が問題となることから、「過失の過剰」の類型に属することになる）。

75 たとえば、vgl. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, aa.O. (Fn. 17), S. 286f., 736, Fn. 737, Fn. 738; ders., A.T. II. aa.O. (Fn. 17), Rn.195 zu § 25.

ングされたもの」として法的に重要な過剰とはいえない<sup>76</sup>ことから、実行行為担当者が直接発生させた事實は、共同実行の合意に基づくものとして他の共同行為者にも帰属されることになるように思われる<sup>77</sup>。また、過失の過剰の事案としては、共同行為者の共同実行により当該事実が実現された場合もありうるが、この問題は、後にあらためて検討する「結果的加重犯の共同正犯」および「過失犯の共同正犯」の問題に還元される。したがって、以上のことから、「過失の過剰」類型は特別な問題領域として論じる必要はないことになろう<sup>78</sup>。

次いで、上記②の問題領域は、最近「共謀の射程」というタイトルで論じられている問題<sup>79</sup>と関連する。確かに、共同実行の合意(ないし共謀)が、上記のように、各共同行為者の広義の行為を共同行為者間で相互的に帰属して、共同正犯の一体性の基礎と限界を画する機能を有する要件であるとすれば、最終的に発生した結果について共同正犯の成立が認められる前提として、当該結果は共同実行の合意に基づく共同実行行為に由来する

---

76 Vgl. Frisch, a.a.O. (Fn. 32), S.12; Kühl, a.a.O. (Fn. 31), Rn.121 zu § 20; Murmann, a.a.O. (Fn. 34), Rn.58 zu § 20. なお, Hoyer, a.a.O. (Fn. 31), Rn.143 zu § 25は、合意内容を超える事実が生じた原因が、実行計画の誤りに由来するのか、実行行為自体に由来するのか、それとも両者に基づくのか、によって区別し、実行計画に由来する場合には同様の理由で他の共同行為者にも帰属可能であるが、その他の場合には帰属できないとしている。

77 したがって、この場合には、最終的に発生した事実に対する共同行為者の過失犯の成否が共同正犯形態で問題となることから、後にあらためて検討する。なお、共同実行の合意内容(計画)を実現するうえで通常付随する危険の範囲内に属さない「過失行為」に基づく結果の発生があり得るとすれば、共同実行の合意に基づくものではないことから、他の共同行為者が責任を負うことはないということになろう。

78 Vgl. Puppe, a.a.O. (Fn. 25), S. 246.

79 鈴木・前掲論文(註17) 509頁以下、十河「共謀の射程について」川端ほか編『理論刑法学の探究3』(2010年) 73頁以下、橋爪・前掲論文(註64) 20頁以下、高橋=仲道「共謀による義務付けと共謀の射程」法学セミナー707号(2013年) 100頁以下など参照。

ものでなければならない。したがって、共同正犯が成立するためには、厳密には、最終的に発生した結果がこうした共同で行われた行為および共同実行の合意(を通じて各共同行為者)に帰属可能なものでなければならない。しかし、共謀の射程をめぐる最近の議論では、その意義、すなわち結果の客観的帰属の問題なのか、主観的帰属の問題なのか、両者に関わる問題なのか、それとも結果の帰属以外の問題なのか、明らかではない<sup>80</sup>だけ

---

80 たとえば、最終的に発生した結果惹起と共謀行為とのいわゆる「心理的因果性」の問題として論じる見解として、島田『正犯・共犯論の基礎理論』(2002年)378頁註(38)、橋爪・前掲論文(註64)21-22頁、西田・前掲書(註73)321頁、松原・前掲書(註23)413頁などがある。また、大塚・前掲書(註63)614頁は、「客観的帰責を判断するために」この問題を検討するとしている。これに対して、十河・前掲論文(註79)87頁は、「共同正犯は、共同実行の意思に基づいて実行行為が行われるところに本質があるのであるから、当該結果が共同実行の意思の範囲外の行為によって生じたと考えられる場合には、たとえ各人の行為と結果との間に因果関係が認められたとしても共同正犯の成立は否定されるべきではないか。これが、共謀の射程が議論される所以なのである」とするが、この見解が「共謀の射程」の問題を結果の客観的帰属の問題としてではなく、共謀に基づく相互利用・補充による行為の帰属の問題として論じているのかは必ずしも明らかではない。さらに、高橋・前掲書(註23)438-439頁は、因果性の問題と、共謀に基づく相互利用・補充による行為帰属の問題の両面から論じるべきものとしている。

ではなく、その判断基準・方法<sup>81</sup>、他の問題領域との関連性<sup>82</sup>なども定まっているわけではない。

しかし、結論からいえば、この問題は、単独正犯の結果帰属構造とは異なり<sup>83</sup>、共同実行の合意に基づく(共同実行による)結果の発生を前提とした共同正犯の結果帰属構造に由来することから、まさに共同実行の合意に基づく結果発生という、広義の行為の帰属の問題<sup>84</sup>として位置づけるべ

81 橋爪・前掲論文(註64)22-23頁は、当初の共謀内容と現実の犯行内容が、日時、場所、被害者、行為態様などから判断して一致するか、実行分担者の目的、共謀段階における行為者の(他の共謀者に対する)影響力の程度などを判断の基礎として、「共謀に内在する危険が結果に実現された」と言えるかを判断基準とする。これに対して、十河・前掲論文(註20)320頁は、「①客観的な事情として、①従前の共犯行為の寄与度、影響力、②当初の共謀と実行行為の内容との共通性(被害者の同一性、行為態様の類似性、侵害法益の同質性、随伴性など)、③当初の共謀による行為と過剰結果を惹起した行為との関連性(機会の同一性、時間的・場所的近接性など)、④過剰結果への関与の程度、⑤主観的な事情として、⑥犯意の単一性、継続性、⑦動機・目的の共通性、⑧過剰結果の予測の有無、予測可能性の程度といった事情から、総合的に判断される」としている。また、高橋=仲道・前掲論文(註78)104頁は、共犯からの離脱の事案を念頭に、「関与者間の相互義務付け」という観点から、「共謀内容違反を理由とした非難を差し向けることが正当化されるか」を基準として提示している。適用上は必ずしも明確な基準とは言えないように思われるものの、いずれも有益な指摘であり、後にあらためて検討を予定している。

82 この問題が、従来から議論されてきた「共犯関係の離脱・解消」の問題と基本的に共通の問題であることについてコンセンサスがあるように思われる。たとえば、鈴木・前掲論文(註17)531頁以下、十河・前掲論文(註68)94頁以下、橋爪・前掲論文(註64)22頁、高橋=仲道・前掲論文(註78)100頁以下参照。しかし、その他の問題領域との関係は明らかではない。

83 石井「共同正犯における一考察—共同意思主体説の検討とともに—」西原春夫先生古希祝賀論文集編集委員会編『西原春夫先生古希祝賀論文集第二巻』(1998年)379頁参照。

84 この問題に関しては、後にあらためて検討を予定しているが、さしあたり高橋『共犯体系と共犯理論』(1988年)325頁以下、松生・前掲論文(註44)

きである。しかも、共同正犯におけるこうした意味での帰属は、単なる因果性の問題ではなく<sup>85</sup>、上記のような共同実行の合意という要件の性格<sup>86</sup>に基づき、「客観的」帰属の問題としても、単なる「主観的」帰属の問題としても位置づけることはできない<sup>87</sup>。いずれにせよ、「共謀の射程」として論じられている上記②の場合、すなわち最終的に実現された犯罪事実が当初の共同実行の合意（ないし共謀）に基づいていないと思われる場合も、上記①の故意の過剰の場合と同様、上記のような意味での帰属を基礎づける共同実行の合意<sup>88</sup>と結果との関係が、たとえば一部の共同行為者により意識的に切断されたことにより他の共同行為者への帰属が妨げられることになる場合であるように思われる<sup>89</sup>。こうした観点からの解決が必要となるのは、後にあらためて検討するように、たとえば、共同実行の合意が形成された後、一部の共同行為者が、日時、場所、役割分担、構成員、対象犯罪を（質的に）変更して実行した場合、被害法益主体の意識的変更ないし増加が行なわれた場合、さらに（結果的加重犯の場合のように）こうし

---

727頁以下参照。

85 共同正犯の因果論的構成の限界と問題点についても後にあらためて検討を予定している。

86 前掲註31参照。

87 従来から行われている「客観的なもの」と「主観的なもの」との概念的区別、たとえば「客観的構成要件」と「主観的構成要件」という区別に対して批判的な見解として、vgl. Frisch, Straftat und Straftatsystem in: Wolter/Freund (Hrsg.), Straftat, Strafzumessung und Strafprozeß im gesamten Strafrechtssystem, 1996, S.186ff.; ders., Fazinierendes, berechtigtes und Problematisches der Lehre von der objektiven Zurechnung des Erfolgs, in: Roxin-FS, 2001, S.231; Puppe, Der Aufbau des Verbrechens, in: Otto-FS, 2007, S. 401f.; Seher, a.a.O. (Fn.35), S. 7. なお、この問題は後にあらためて論じる予定である。

88 厳密に言えば、共同実行の合意は、帰属の根拠であり、合意内容の実行が帰属の対象である。vgl. Renzikowski, Zurechnungsprobleme bei Scheinmittäterschaft und verwandten Konstellationen, in: JuS 2013, S. 486.

89 Vgl. Puppe, a.a.O. (Fn. 25), S. 243.

た変更または変更に伴う超過事実の発生が他の共同行為者に予見できた場合などの事案であろう<sup>90</sup>。

以上のように、従来から、共同正犯の成立範囲の問題と錯誤の問題との交錯領域とされてきた問題、すなわち共同行為者間で共同実行の合意内容に齟齬がある場合、さらに共同実行の合意(ないし共謀)が成立した後に一部の共同行為者が合意(ないし共謀)内容とは異なる事実を実現した場合の処理という問題は、いずれも広義の行為の帰属問題として処理されるべきである。したがって、共同正犯に関する限り、錯誤に固有の問題領域は残されてはいないことになる<sup>91</sup>。上記のような意味での交錯領域が存在し、両者の論理的ならびに機能的関係が問われることになった原因は、従来の判例・学説が第一に、共同正犯における共同実行の意思(ないし共謀)と故意との関係につき、曖昧なままにしてきたか、または(故意は共同実行の合意の論理的前提であるにもかかわらず)両者の関連性を否定し、共同実行の意思(ないし共謀)内容を単なる意思の連絡といういわば内容希薄なものとして理解してきたこと<sup>92</sup>にあると思われる。第二の原因は、共同正犯が、単独正犯における帰属原理と異なるだけでなく、狭義の共犯における帰属原理とも異なる固有の帰属原理に基づくものであることについて従来の判例・学説に十分な理解が不足していたことにあるといえよう。

さて、以上のことを確認したうえで上記事例に戻ることにしよう。

**事例 I ③** を二分説によって処理する場合に生ずる問題点は、上記のように、いったんは同一の犯罪(死体遺棄罪)の実行について共謀した後に実行行為担当者乙が共謀の内容と異なる種類の犯罪(殺人罪)を実現した場合をいかに処理するということである。この場合、乙が(少なくとも単独

---

90 Vgl. Haas, aa.O. (Fn.25), Rn.70 zu § 25.

91 Vgl. Haas, aa.O. (Fn.25), Rn.69 zu § 25.

92 従来の学説が、共同正犯の成立範囲の問題を錯誤論の基準(ないし類似的基準)を用いて判断してきたのは、共同実行の合意と故意とが論理的な関連性を有していることを物語っているのではなからうか。

正犯として）殺人既遂罪の罪責を負うことは明らかであるが、甲が乙によるA殺害に対して共同正犯としての罪責を負うかどうかは、Aの殺害が、上記のように、甲と乙との共同実行の合意に基づくかどうかによって判断されることになる。乙は、合意内容（死体遺棄罪の共同実行）を超過する事実（Aの殺害）を故意に惹起しており、その限りでは、本事例は故意の過剰の事例である。この場合、乙の行為および結果は上記合意に基づくものではないことから、たとえAが生存している事実を知ったならば甲もAの殺害に同意したであろうという推定が働くとしても甲には帰属できないことになる<sup>93</sup>。ここでは、結論の提示だけにとどめ、残りの事案の分析を通じて問題点をさらに発見することにしよう。

（未完）

---

93 Puppe, a.a.O. (Fn.25), S.243は、その理由を、「帰属の可否は共同行為者の現実的または推定的な利益によって制限されるわけではなく、あくまで共同実行の計画によって制限されるからである」と説明している。さらに、vgl. Haas, a.a.O. (Fn.25), Rn.72 zu § 25.