結果的加重犯の共同正犯

——「行為支配論」の観点から——

はじめに

わたくしは、正犯・共犯を区別し、その構造的基礎を説明する理論として、「行為支配論」に注目し、これに基いて正犯・共犯論を統一的に構成する構想を抱いている。先に過失共同正犯の基礎づけを試みたが、これに関連して、結果的加重犯の共犯の問題は、結果的加重犯の犯罪形態としての複合性とあいまって、「行為支配論」に基く正犯・共犯論にとっても、試金石ともいべき地位を占めるものであると考えられる。この論文は、右の構想の一環として、結果的加重犯の共犯、とりわけ結果的加重犯の共同正犯について、「行為支配論」の観点か

らする若干の考察を提示するものである。

橋 本 正 博

一 結果的加重犯の構造について

本来であれば、まず、論を進める基盤として結果的加重犯の構造自体の検討が先行すべきであるが、何よりそれ自体の主題としての重大性から、ここで論ずることは適当でないだけでなく、とうてい不可能である。したがって、さしあたり一定の結果的加重犯論を詳細な分析なしに前提として採用し、これに基いて論を進めることとしたい。

ここで結果的加重犯の構造を説明する理論として前提とされるのは、結果的加重犯は基本犯の独自の危険性に

基く故意犯と過失犯との特殊な形の複合的犯罪形態であるとする構造認識²⁾である。

このような結果的加重犯の把握のしかたは、今日の刑法典に存在している結果的加重犯を責任主義と整合的に理論上基礎づけるためには、ほとんど唯一といってもよいほどの優れた認識であろう。すなわち、第一に、結果的加重犯は一個の構成要件であること、第二に、それは単なる結果責任を問うものであってはならないこと、第三に、それは単なる故意犯と単なる過失犯との競合から予想されるよりも加重された刑罰を科せられるものであること、これらの問題をこの考え方は整合的に解決するものである。

第二の点からして、結果的加重犯において重い結果に對して(少なくとも)過失を必要とする立場では、その基本犯の故意犯としての性格と重い結果についての過失犯としての性格とをどのような関係にあるものと把握するかが問題である。結果的加重犯においては、基本犯のほかには過失犯としての新たな行為ないし過失犯としての評価を受けるべき独立した外的犯罪実体が併存しているわけではないのであるから、この場合の複合は外形的に

並立する何物かと何物かとの複合ではありえない。これが第一の点、結果的加重犯はあくまで一個の構成要件であるということに関連することはいうまでもない。

そうだとすると、複合は、基本犯の行為が同時に重い結果との関係で過失犯の行為としての評価を受けるといふ表裏一体的な形³⁾で存在している。さらに、これが一個の不可分の構成要件として規定されていること、そして第三の点である法定刑の問題とも考え合わせる必要がある。そこで、同一の行為が故意犯でもあり過失犯でもあるという矛盾を含んだ存在形態は、基本犯がそれ自体の内部に潜在的に有する独自の類型的危険性に基くものとして構成することによってのみ、納得できるものとなりうる。すなわち、重い結果が随伴することが高度の危険性をもって類型的に予測されるような基本犯を行なう者は、同時に、予想される重い結果が発生しないようにする客観的注意義務を課せられていると解されるべきである。

このように理解すれば、結果的加重犯は、重い結果が発生する危険が内在している基本犯を行なうに際し重い結果が発生しないようにする客観的注意義務があるにも

かかわらず、それに違反して重い結果を発生させたこと
に對して、単なる基本犯と過失犯との競合より重大な違
法性を認める犯罪類型であり、この意味においてこそ故
意犯と過失犯との特殊の複合的形態であるということが
できる。そこで、過失犯の部分についても「行為支配」
による正犯概念を構成する場合、このような結果的加重
犯においてはその正犯概念がどのようなものとして構想
されるべきかが問題になるのである。

二 過失犯と「行為支配」

まず、結果的加重犯に含まれる過失犯的契機にかかわ
る正犯概念に關連して、過失と「行為支配」について若
干の検討を加えておく⁽⁴⁾。過失犯は、結果に對する實現意
思を欠いているものであり、その結果を「支配」すると
いうことは考えられない。しかし、過失犯の行なう過失
行為そのものに着目すれば、過失犯において行為者自ら
の惹起力の範囲内にあり、したがってその帰責の範囲内
にある事實は、自ら遂行した過失行為とそこから過失に
よって惹起された因果的帰結としての重い結果にほかな
らないのであり、またそれに尽きている。つまり類型的

違法の評価が与えられる対象はこの行為が客観的注意義
務に反していたことであるはずである。なぜなら、客観
的注意義務に反していなかったとされる限り、違法な結
果が発生してもこれを過失犯として処罰することはでき
ないといふべきだからである。もちろん、結果の発生が
「支配可能性」の範囲内にあることが過失犯の帰責の根
拠になることは事實であるが、それは直ちに正犯・共犯
の区別の根拠となるものではなく、その客観的帰責の根
拠は正犯にも共犯にも必要であるはずのものである。過
失の正犯であるといふことができるためには、当該の過
失構成要件の評価を受けるべき犯罪事實を「支配」して
いることが必要であるといふべきであろう。

そして、過失犯において正犯性を認めるためにはその
ような客観的事實に對しての「支配」に加えて、客観的
注意義務違反という契機を必要とする。すなわち、過失
犯の違法性は、惹起された結果の違法にとどまらず、そ
の結果が客観的注意義務に反した行為によって惹起され
たといふ行為の無価値にも立脚している。そうだとすれ
ば、過失犯の正犯性を基礎づけているものが、〈結果〉
に對する「支配」でなければならぬといふことは必ず

しも必然的要請ではない。犯罪事実として自らの支配力(あるいは潜在的「行為支配」)の内部にあった「過失行為」が違法判断の客体とされる一方、結果の発生に過失行為を結び付けるものは客観的注意義務違反である。これは、過失犯における正犯性の必要十分条件という地位から「行為支配」を後退させるものではあるが、過失犯においても依然として、「行為支配」が、ある者が正犯であるための必要条件であるということは何ら変更するものではない。しかし、過失犯の場合には、「行為支配」が正犯であるための十分条件ではないことになり、行為およびそれによって形成された事象に対する支配に加えて、当該の行為が客観的注意義務に違反して行なわれ、それによって違法の結果が惹起されたことが必要になるのである。

三 結果的加重犯における狭義の共犯

結果的加重犯における共犯現象について、それぞれに考察を加えていくことにする。まず、傷害致死を例にして結果的加重犯における狭義の共犯について考えよう。

(一) 結果的加重犯の教唆

たとえば、甲が乙に対して傷害を教唆し、これによって乙が丙を傷害したところ傷害の程度がひどく、その結果、丙が死亡したとする。もちろん、この際、乙は丙を殺害する意思で行為したのではなく、ただ、乙に関しては重い結果が発生したことにつき過失があったものとする。

さて、甲は、丙を教唆する際に具体的に客体・方法等について指示を与えて教唆することもあるし、ただ漠然と丙を傷害せよという場合もあるだろう。具体的に内容を指示して教唆する場合には、漠然と傷害の決意を生じさせる場合に比して乙の行為に対する統制力が強いように思われる。しかし、注意しなければならぬのは、教唆犯は、現実の丙の傷害―致死に対して因果的な惹起力を直接に及ぼしているのではないことである。そうではなくて、乙の行為を通じて間接的に惹起しているのである。このような場合には、甲は当該の傷害致死という構成要件事実の実現に対して「支配」を有していたということとはできない。「行為支配」は現実の事象経過に対する支配であって、正犯の行為を支配・統制するこ

とではない。(2)

このことから、結果的加重犯における正犯と共犯との区別が根拠づけられる。間接的な惹起力と直接的な惹起力とは、構成要件に該当する事実に対する「支配」という観点からは、相互に本質的に異なったものであると認識される。そうだとすると、犯罪事実に対する原因としての関与に質の差があるにもかかわらず、重い結果発生についての正犯と共犯との客観的注意義務が共同的・連带的であるということは考えられない。すなわち、事象経過に対して「支配」を有していた者は、自らの行為によって事象（ここでは重い結果）の発生を現実に統制可能なものとして把持しているのであるから、結果予見・結果回避に関する義務は現実的・具体的なものである。これに対して、犯罪事実に対する「支配」を有していない共犯者は、その者と同じく重い結果発生について過失があったとしても、当該の過失を基礎づける客観的注意義務は、共犯行為における注意義務であって正犯のそれほどには現実的なものではなく、その限り正犯の注意義務とは独立したものと解するべきではないだろうか。したがって、教唆者の過失の実体を論じることなく直ちに

実現された構成要件につき幫助犯の成立を認めることは妥当でない。

(二) 結果的加重犯の幫助

甲が乙の傷害を幫助する事例において、たとえば武器を供与するような場合、とくに拳銃や爆弾などのように殺害の危険性が非常に高いものを供与するような場合には、傷害幫助行為のうちでも重い結果が発生することについて過失がある場合だということができであろう。しかし、その場合であっても、正犯が現に実行の段階にはいってからはその武器をどのような方法で使用するかというような現実的な「支配」からは離れている。したがって、正犯の行為に従属して過失が認められる以上、乙に課せられる重い結果発生を回避すべき注意義務と甲に課せられる注意義務とは、共同的・連带的に課せられるものとはいえないであろう。まして、幫助行為を行なうに際してこのような過失が認められないのに、正犯の過失に連帯して傷害致死罪の従犯とされるとするのは、責任主義を徹底する立場からは認められないというべきである。幫助犯には正犯が過失を犯さないように注意す

る義務があるというのであれば、幫助犯は、正犯が実現した刑法各則の基本的構成要件に該当する事実に対する過失を、正犯という独立した「行為支配」者が過失を犯さないようにするという義務に違反した過失を介して間接的に負わせられることになるだろうからである。

犯行の現場での幫助においては若干の意味の差が生じる。しかし、幫助犯が幫助犯である限り、現実の構成要件該当事実に対する「支配」を有していないのであるから、結果が発生しないようにする影響力にもおのずと正犯との質の差を認めないわけにはいかない。ここでも結果的加重犯のうちの過失的契機について、幫助犯自身の犯罪事実実現に対する過失の意味を問わずに共犯を論ずることはできない。

以上のところから、結果的加重犯の共犯の場合には、基本犯の範囲の共犯は当然として、重い結果との関連で過失的契機を含む部分については、共犯自身の過失が正犯の過失とは性質を異にしていることを理由として、結果的加重犯の狭義の共犯については、これを否定的に解するほかにないと思われる。この結果、甲が傷害を教唆・幫助して、客観的には乙が傷害致死の結果を実現し

たときでも、傷害罪の範囲で共犯が成立するにとどまることになる。

四 結果的加重犯の共同正犯の諸類型

結果的加重犯の共同正犯は、本来、基本犯を共同して実行したところ、そのうちの一部の者の行為から重い結果が発生したときに基本犯を共同した者すべてが正犯とされる場合であること、あらためて言うまでもない。しかし、これと関連した類型があるので、それもあわせて取り扱うこととしたい。それは、いわゆる共同正犯の錯誤（共同正犯の過剰）の場合である。この場合が錯誤論の領域の問題であることは当然であるが、同時に、一定の犯罪事実が関与者に帰せられる際に共同正犯の成立範囲を論じる場面では、正犯・共犯論の領域の問題としての性格を有している。

(一) 結果的加重犯の共同正犯

甲と乙とが丙の傷害を共同して実行し、乙の行為に起因して丙が死亡したとする。このとき、甲・乙は傷害致死罪の共同正犯であるとするのが一般である。しかし、

その理由づけは明確でないことが多い。どのような思考過程を通じてこの結論が出されるのかをたどりなす作業が要請され⁽¹⁰⁾、第一に、結果的加重犯が結果犯であり、基本犯と結果的加重犯との間には条件的因果関係が存在すれば足りることから、直ちに、基本犯の共同正犯は重い結果が発生したときには無条件に共同正犯として責任を負うとする考え方、第二に、結果的加重犯に関する危険性説の把握に基いて、結果発生について過失のある場合には結果的加重犯の共同正犯となるとする考え方が典型的なものとしてとりあげられる。

前者が判例の立場を基本的に規制しているものと思われる⁽¹¹⁾。また、一般に結果的加重犯の共同正犯を認める立場からは、厳密な理由づけなしにこのような思考が前提とされてきたようである。責任主義の趣旨を徹底して、結果的加重犯が成立するためには重い結果について過失を必要とするという考え方からみて、このような解決が妥当でないことは、右にも述べたように、既に指摘されてきたところである⁽¹²⁾。

後者も、過失の存在を擬制するような考え方、過失が存在すればとくに過失の共働の実質を問わない考え方も

ありうるが、先に過失の共同について述べたように、過失的部分についても共同実行（基本犯の過失犯としての共同実行）が主観・客観面から肯定される必要があると思う。客観的側面は、過失行為を外形的に共同実行することであるが、主観的側面は、基本犯を実行するに際して重い結果発生について共同的に課せられている客観的注意義務に違背していることである。そして、このことは、これらの前提を承認する限り、結果的加重犯の共同正犯として成立する場合を問題なく説明するものであると思う。この意味で、過失共同正犯の問題と結果的加重犯の共同正犯との問題は並行する⁽¹³⁾。

(二) 結果的加重犯と故意犯との共同正犯

次に、故意犯と結果的加重犯との共同正犯⁽¹⁴⁾が理論的に考えうるものであるかどうか、現行法の下でそれが成立するものかどうか、さらに成立するものであれば、どのような場合に成立するものであるかが問題である。

先に本来の結果的加重犯の共同正犯について述べたように、結果的加重犯においても過失的要素を共同していることが共同正犯の成立にとって重要である。そのよう

な結果に關しての過失的契機と故意犯の故意的契機との間に共同というものが考えられるであろうか。いいかえれば、共同正犯が成立するための要件である、共同実行の意思と共同実行の事実、とりわけなかなんなく主観的要件としての共同実行の意思が認められるかという問題である。

たとえば、甲と乙とが共同して丙に対して刃物で切りつけたが、甲が丙を傷害する意思であり乙が丙を殺害する意思であった場合に、丙が乙の行為によって死亡したときは、乙が殺人罪に問われることは当然として、甲の罪責はどうなるかが問題とされる。ここで、刃物で切りつけるという行為に關しては甲乙間に意思の連絡があるが、互いに相手がそれぞれ傷害・殺害の意思であること⁽¹⁵⁾を認識していない場合はどうであろうか。これは、それぞれ自分の認識の範囲において責任を負うということに問題はないであろう⁽¹⁶⁾。

それでは、いわゆる「共同正犯の過剰」の場合、たとえば、甲と乙とが丙を傷害する意思で共同して丙に切りつけたが、丙の応対に激昂した乙が丙を殺す意思をもつに至り、乙が丙を殺害するに至った場合はどうであろう

か。あるいは、甲と乙とが共同して強盜を実行する意思で行為に及び、甲が丙をはがいにし乙がナイフをつきつけたが、やはり乙が丙を殺して金を奪う意思をもつに至り、丙を殺害したときにはどうであろうか。

これも、基本的には各自の認識の範囲内において責任を負うとするとは問題がないであろう。その意味で、先の例と同様の理論的取扱に還元される。

ここで錯誤論においてどのような考え方を採用するかが問題になる。今日、判例および有力な学説によって支持されている、いわゆる部分的犯罪共同説によれば、「構成要件が重なり合う限度において」両者は共同正犯となる。右の例では、甲は傷害罪の限度で、乙は殺人罪の限度においてそれぞれ、責任を負うのであるが、ここで現実に傷害(殺害)の結果がどちらの行為に起因するかを問わないという意味で、甲と乙とは、傷害の限度で共同正犯となるというのである。さらに、甲に丙の死亡という結果について過失があった場合には、甲には傷害致死罪が成立することになる(前述)が、この場合には甲は傷害致死の範囲において乙と共同正犯の關係に立つとするのである。

ここで注意すべきは、乙の罪名が殺人罪であることは当然であるが、共同正犯の成立との関係で、甲は傷害致死罪、乙は殺人罪で両者は共同正犯の関係に立つ、すなわち罪名は一致しない共同正犯が成立するという考え方と、乙の殺人罪が傷害致死罪とその構成要件が重なり合う限度において共同正犯となる、したがってこの場合には故意は過失を含むという価値的評価を背景として、殺人罪は傷害致死罪を包括しているので、乙には傷害致死罪の限度で甲と共同正犯の関係に立つ単独犯としての殺人罪が成立するという考え方が想像できるといふ点である。⁽²⁷⁾

このことは、一方では共同正犯の実体的基礎をどのように理解するかにかかわると同時に、他方では錯誤論で論じられている「構成要件の重なり合い」の実質にかかわるものと思われる。この際に、さらに、結果的加重犯の構造に関する認識を、それらの問題にてらして考察しなければならぬ。私見を基礎にしてやや具体的にいえば、共同正犯において共同実行の意思と事実という主観・客観の両面の要件が必要であるとすれば、傷害致死罪と殺人罪とが共同正犯になるはずはないというこ

とと、さらに、殺人罪と傷害致死罪との「構成要件の重なり合い」は、これもやはり主観的・客観的両面から考えられなければならない。右と同様の意味で、殺人罪と傷害致死罪の構成要件は客観的には重なり合うとしても、主観的には重なり合わない、誤解を恐れずにいえば、「傷害致死の行為」と「殺人の行為」とは客観的にも社会的意味として異なる行為だということである。つまり、故意犯と結果的加重犯との間で共同正犯が成立しないということと同様の意味で、殺人罪と傷害致死罪の構成要件は故意で遂行される傷害の範囲で重なり合うことは当然としても、殺人罪が傷害致死罪の構成要件を含む、ないしは傷害致死の限度で重なり合うことはできないのではないかということである。殺人という行為類型が傷害行為を含むのが一般であることは了解できても、殺人は傷害致死を経て遂行されるか、殺人行為は当然に傷害致死行為を含むとはいえないと思う。

こうして、正犯概念を主観・客観の両面から構成しようとする「行為支配論」の思考を徹底して結果的加重犯における共犯現象を考察すると、とりわけ結果的加重犯の共同正犯について錯誤理論とからみ合った問題が存在

するように思われる。そこで、以下、結果的加重犯の共同正犯に主題を絞って、検討を続けることとする。

五 結果的加重犯の共同正犯の成立範囲

(一) 本来の結果的加重犯の共同正犯

結果的加重犯の共同正犯に関する判例については、本稿の範囲内で十分に検討することはできない。また、既に分析が進んでおり、改めて跡づけるまでもない。ここでは既に述べてきた問題を確認する意味で、いくつかの判例を取り上げて、問題点を明らかにすることとし、それを検討の契機としたい。

よくいわれるように、基本犯の共同正犯は重い結果発生についても共同正犯の形で責任を負うことは当然のこととみなされている。これまでも事例として挙げてきた傷害致死罪についてもそうである。たとえば、喧嘩が始まったら加勢するという暗黙の共謀下に待機していた被告人(複数)が、未だ喧嘩が始まっていないのに始まったと速断し、そのうちの一人が被害者に傷害を加え死に致した事例において、まず、共謀関係は条件つきのようにみえるが、被告人等が被害者のところに押しかけた時

に共同実行の意思決定をしたのだと認めたと上で、「共謀者の一員たる甲が乙に傷害を加え死に致した以上、被告人もまたその結果につき罪責を免れないことはいうまでもない」としている。⁽¹⁹⁾

傷害致死罪の共同正犯が成立することは暴行・傷害を共同実行した以上「いうまでもない」こととして処理されているのである。この事例で、共同実行の意思決定があったことはその通りとして、暴行・傷害の際に用いられたのがあいくちであることから、関与者には死の結果が発生することが予見可能であり、重い結果について共同的な注意義務違反が認められるものといえる。したがって、結論的には私見によっても傷害致死罪の共同正犯が成立する場合である。

傷害罪は少なくとも暴行罪の結果的加重犯としての傷害罪を含むものとされているが、これについても、「苟シクモ暴行ニ付共同加功ノ意思アル以上他ノ共謀者ノ加ヘタル暴行ニ基ク傷害ニ付テモ傷害罪ノ共同正犯トシテ刑責ヲ負担スヘキ」であるとしており、⁽²⁰⁾ここでも、なぜ基本犯の共同実行があれば当然に結果的加重犯の共同正犯となるのかについて、それ以上の説明はない。

強姦致傷罪についての判例には、「Sの負傷は、被告人等の内誰の行為によつて生じたものか不明であるが、仮に被告人等の内の一人の行為によつて生じたものとしても、被告人等は同女を強姦しようとして共謀して判示犯行をとげたのであり、そして強姦致傷罪は結果的加重犯であつて、暴行脅迫により姦淫をする意思があれば、傷害を与えることについて認識がなくとも同罪は成立するのであるから共謀者全員が強姦致傷罪の共同正犯として責を負わなければならない」とするものがある。⁽²¹⁾

また強姦致傷罪については、サッカリンの強取を共同実行した事実で、「およそ強盗の共犯者中の一人の施用した財物奪取の手段としての暴行の結果、被害者に傷害を生ぜしめたときは、その共犯者の全員につき、強盗傷人罪は成立するのであつて、このことは強盗傷人罪が所謂結果犯たるの故に外ならない。…過失犯に共同正犯なしとする理論を援引して、結果的加重犯たる強盗傷人罪にも共同正犯なしと云うが如き所論は、…独自の見解であつて」採用に値しないとされている。⁽²²⁾

これらにおいては、強姦致傷罪・強盗致傷罪が結果犯ないし結果的加重犯であることが、これらの事実が結果

的加重犯の共同正犯である理由として挙げられているわけ、結果的加重犯の成立について判例が重い結果については過失を必要とせず、条件的因果関係があれば足りるとしていることと考え合わせて、基本犯たる強姦・強盗が共同正犯である以上、そこから生じた重い結果についても条件関係を基礎として基本犯の共同正犯すべてが共同正犯としての責任を負うことになるという、暗黙の考慮があることはごく自然に推定される。⁽²³⁾

ところで、これらは本来の結果的加重犯の共同正犯の事例であつて、結果的加重犯の過失的要素の共同を理論的に基礎づけることが可能である限り、比較的問題が少ないが、強盗殺人に関連した判例には、共同正犯の過剰にかかわる問題が含まれるものがある。たとえば、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殺人をした事実について、「強盗殺人罪は、強盗する機会に人を殺すによつて成立する結合的犯罪である。…強盗共謀者中の一人又は数人の分担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」という判断を示している。⁽²⁴⁾

刑法第二四〇条の解釈にかかわるので単に結果的加重犯の共同正犯の問題として論じることではできないが、判旨から読みとれる限りでは、ここにいう「結合的犯罪」の意味は、強盗と、その機会における殺人とを結合した犯罪であり、強盗の部分において共同正犯が成立する場合には、⁽²⁵⁾殺人の部分に共同関係がない場合であっても、強盗の共同正犯全員に殺人の部分が結合されるので、全体としての強盗殺人罪の共同正犯が成立するとしているようである。ただし、強盗殺人・強盗致死罪は同一の条文に規定されているものであるため、強盗殺人罪の共同正犯が成立するものか強盗致死罪の共同正犯が成立するものかは判然としない。

刑法二四〇条の共同正犯については、このような考慮によって、故意犯と結果的加重犯との間の共同正犯が認められているのであるが、刑法三八条二項の解釈にかかわる錯誤の扱いとともに、故意犯と結果的加重犯との間の共同正犯が成立するに至る根拠は依然として明らかではない。

ここまでで明らかのように、刑法二四〇条の共同正犯については、事情を異にする部分がある。各則の解釈と

して故意犯と結果的加重犯とをあわせて規定していると解されるからである。一般に結果的加重犯の共同正犯について正面から論じられることは少ないが、錯誤との関連で論じられる際には、錯誤論の応用の地平が共同正犯の構造の地平かという問題が判然としなくなるおそれがあるだけでなく、結果的加重犯そのものの理解のしかたが一致しない場合には、議論の相違点が見えにくくなる傾向がある。

この問題は判例上も釈然としないまま推移したが、これをはじめてかなりの程度明確にしたものとして注目されたのが、次の最高裁決定⁽²⁶⁾である。

(二) 共同正犯の過剰と結果的加重犯

この判例は、七名の者が暴行ないし障害の意思で共謀したところ、そのうちの一人甲が被害者の言動に激昂して被害者を殺害したという事例に関する。問題点がかなり浮彫りになっていいると思われるので、少し詳しく検討することにする。

「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Sら七名のうちの甲が前記福原派出所前でI巡查に対し未必の故意をもつて殺人罪を犯した本件において、殺意のなかつた被告人S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。すなわち、甲が殺人罪を犯したということは、被告人Sらにとつても暴行・傷害の共謀に起因して客観的には殺人罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことにはなるが、そうであるからといつて、被告人Sら六名に殺人罪の共同正犯が成立するいわれはなく、もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない。

共謀共同正犯の問題は別として、先に述べたように、このような共犯の過剰に類した場合には、もともと一方は殺人の意思で、一方は傷害の意思で共同して行為した場合と、元来は同一の傷害の意思で共同して行為したが

途中で一方が故意の殺害行為に発展した場合、さらに、同一の傷害意図で共同して傷害行為を行なったが意図していなかった重い死の結果が発生した場合（結果的加重犯の共同正犯）という三種類の場合を区別しておく必要がある。

そして、第一の、元来別の意図の者が単に外形的な行為の類似性から共同して行為を行なった場合は、第二の元来同一の意図で共同した者が予想外の重大な犯罪行為を遂行した場合と同様に、意図していた範囲の責任を負うことになる。⁽²⁾これは、いわゆる修正された構成要件としての共同正犯の成立範囲を、故意の帰属を決定する錯誤論によって画定して判断される。まず、異なった構成要件間における錯誤は、構成要件が相互に重なり合う範囲で共同正犯が認められるとする説を前提とする。さらに、その重なり合う範囲で、共同正犯の成立条件、つまり、客観的・主観的共同が存在していなければならないと思われる。

そこで、問題は、暴行・傷害、傷害致死、および殺人の罪の構成要件が、相互に重なり合うものであるのかどうかということと、その重なり合う範囲で共同正犯の成

立要件が満たされているかということである。これらを順に考える。

第一に、暴行罪・傷害罪・傷害致死罪・殺人罪は、それらの構成要件が相互に重なり合うものであるかという問題である。暴行・傷害罪相互については、少なくとも傷害罪に暴行罪の結果的加重犯としての傷害が含まれることには争いがないとしてよからう。そうだとすれば、暴行罪と傷害罪とは構成要件的に重なり合うといえる。いわば、傷害罪が成立する際には暴行罪の評価は当然に包含される。さらに、傷害罪と傷害致死罪との関係についても、同様の結果的加重犯の関係にあるので、相互の構成要件は重なるといつてよい。しかし、傷害致死罪と殺人罪とは、同じ意味で構成要件的に重なり合うものであるとはいえない。傷害致死と殺人とは、重なり合うとすれば、傷害の限度であるはずである。つまり「致死」の部分、殺人の「致死」の要素に包摂されない、別の意味実質をもつものである。

最高裁昭和五四年決定のいうように、傷害致死罪と殺人罪とは殺意のほかの構成要件要素が同一であるということができようか。傷害行為と殺人行為とは、傷

害が人の身体の生理的機能の侵害を意味するという点において、殺人行為は当然に傷害行為に含まれる。傷害行為の外延に殺人行為が含まれるという関係にある。しかし、傷害致死、すなわち傷害しそれによって死亡の結果を惹起するという行為と、殺人行為、すなわちそれ自体が傷害に含まれる行為とが全体として包含関係にあるとはいえないであろう。共通の部分はあくまで傷害というその部分に限られるはずである。²⁸

さらに、もし、傷害致死罪と殺人罪とは殺意以外の構成要件要素を同一にするとしても、その全体について共同の契機を含むとはいえない。われわれは共同正犯は主観的・客観的な共同という契機が存在しなければ成立しないという点を確認する。傷害の結果、過失によって死という重い結果を発生させることと、殺害行為によって意図的に死という結果を発生させることは、相互に主観的共同の契機を含みえない。

このことを「行為支配論」的な思考によっていいかえれば、故意の殺人罪では死の結果を惹起すること、つまり死の結果までを含む全体としての構成要件の犯罪事実を意図的に惹起する、すなわちこの構成要件の評価の対

象となる事象経過を「支配」している。しかし、結果的加重犯の正犯は、たしかに死の結果も「支配可能性」の範囲内にあることが帰責の根拠になるが、その結果自体はこれを支配していない。しかも、故意の正犯の側が結果を支配していることによって、結果的加重犯の正犯は結果に対する支配を排除されていともいえる。このような差異を有する者が同一の結果惹起に向けて共同する意思を有しているとはいえないであろう。

わたくしは、結果的加重犯の共同正犯については過失の共働が必要であるとして、結果的加重犯の重い結果を惹起した部分についても共同の意思にかわる契機を要求した。しかし、重い結果に対する過失と故意による結果惹起との共働は、そもそも両方の意味的含意にてらして不可能であると思われる。したがって、両者が共同して遂行したといえるのは「傷害」の範囲に限られる。死の結果を惹起することについて、よしんば客観的に共同実行の事実が認められても共同実行の意思が存在しないからである。行為の意味の観点からいって、甲は殺人行為を行なったが、甲以外の関与者は殺人行為を行なっていない。共謀に起因して結果的に殺人の行為が実現され

たとしても、そのことはわれわれの日常使用している言語の意味として「殺人行為を共同した」とはいえないはずである。

以上のように、第一・第二の場合には傷害の共同が存在するだけであるから、重い結果が発生することについて過失が存在したとしても、傷害の意思で行った者には傷害の限度で共同正犯が成立するにすぎず、甲には、それを包含するところの単独犯としての殺人罪が成立することになる。結果的加重犯の共同正犯という場合に、このような場合と、本来の結果的加重犯相互の共同正犯という場合があることに注意しておくことは、過失共働の契機が共同正犯の主観的要件としての地位を占める意味を確実にすることにつながると思われる。すなわち、「結果的加重犯の共同正犯」は存在するが、だからといって「結果的加重犯と故意犯との共同正犯」は存在しないということである。

六 結果的加重犯の共同正犯

——「行為支配論」的試案——

これまで述べてきたところを要約し、若干の問題を展

開して結びとしたい。

結果的加重犯の構造として危険性説的な理解を前提とした。それは結果的加重犯の現実の存在構造を分析して妥当なもの認められるだけでなく、結果的加重犯における正犯と共犯との区別の問題を考慮する過程でも、結果的加重犯の共同正犯の要件を適切に説明するものと考えられた。すなわち、基本犯に対する「行為支配」が重い結果についての過失の共働を契機として全体としての結果的加重犯の共同正犯を基礎づけることとなる、という構造認識である。

これは過失犯における「行為支配」と同様である。過失犯において客観的帰責の観点から結果に対する「支配可能性」が問題とされる場合であるとしても、正犯・共犯の区別の標準としては現実の「行為支配」を要請することが妥当である。過失犯も過失行為を行なっている以上、この行為によって形成される事象経過が存在し、過失行為を行なう者はこの事象経過を意図のままにする現実の統制力を及ぼしているのであって、この意味で現実の「行為支配」を有していると解することができるのである。

さらに、共同正犯の過剰との関連で指摘したように、故意の構造と過失の構造との差異を認める以上、共働の現象は故意犯と結果的加重犯との間では、構成要件の重なり合いを論じ、共同を論じることのできる故意犯である基本犯の部分に限られるということを理論的要請として主張した。いいかえれば、一定の行為・事実について「行為支配」を有している者とそうでない者との間の共同正犯の場合では、両者ともに「行為支配」を有している事象経過についてのみ、その限りにおいて共同正犯が成立するのであって、現実の「行為支配」の外にある事象経過について相互に共同するということはできないと考えられるのである。「行為支配」の外にあり、せいぜい「可能的行為支配」の範囲内にあるにとどまる重い結果についての共同は、それ自体についての過失の共働を別に根拠として導入したのであるから、故意と過失との共働を基礎づけられない限り、故意犯と過失犯との共同正犯を承認することはできないように思われる。

共同正犯の過剰に関する先の最高裁決定のような例で私見を採用すると、当初の共謀どおり傷害の故意で行為した者の行為によって死の結果が生じたときには、全員

が「傷害致死罪」の共同正犯となるのに対して、共謀した共同正犯のうちの一人が殺意をもって行為したために死の結果が生じたときには、せいぜい「傷害罪」の共同正犯が成立するにとどまり、これら相互に不均衡が生じるように思われる⁽²⁹⁾。

しかし、傷害の故意で行為した関与者にも重い結果が発生したことにつき過失が認められることが通常であると考えられ、それらの過失は共同的なものと評価されるはずであるから、殺意をもって行為した者以外の関与者には、やはり「傷害致死罪」の共同正犯が成立する。しかし、それは殺意をもって行為した者との間で共同正犯となるわけではない⁽³⁰⁾。

このような議論はあまりにも細部にこだわるものであって実際の意味をもたないという批判があるかもしれない。とくに、「傷害致死罪」の共同正犯が成立するが「殺人罪」との間では「傷害致死」ではなく「傷害」の限度で共同正犯であるという議論は、実益に乏しいように思われる。しかし、これまでの論述の中でも強調したつもりであるが、共同正犯の成立要件とその範囲という原則問題で、実体的な要件として何を要請するかという

ことを反省することは、一般に正犯概念を論じる基礎を確認する上で、まったく意味のないこととはいえない。また、「行為支配論」が共謀共同正犯を安易に承認するものではないことを示す意味からも、正犯要件を厳密に分析しておく必要があると考える。

本稿では、「行為支配論」研究の一環として、わが国の結果的加重犯規定における共同正犯の成立という問題を理論的に基礎づける作業を試みたが、結果的加重犯そのものについての詳細な検討を経ていないために、「支配」の範囲などについて十分に論証されたとはいえない。これについてはさらに考察を深めたい。

(1) 拙稿「過失共同正犯の理論的基礎——過失共働と『行為支配』——」、本誌第九八巻第五号一四四頁以下。なお、「行為支配論」一般については、Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, 4. Aufl. 1984 が必読の文献であるが、拙稿「行為支配論」の構造と展開」、法学研究(一橋大学研究年報)一八(一九八八)六九頁以下、において、その本質的性格を検討した上で、私見についても一定の主張を行なった。

(2) これは、最近とくに丸山雅夫「結果的加重犯の構造」、上智法学論集第二三巻第一号一五五頁以下、同「結果的加

重犯の構造論的検討」刑法雑誌第二七卷四号八〇六頁以下などの一連の研究によって有力に主張された見解である。

本稿は、結果的加重犯に関する多くの知見をこれらの研究に負うている。また、本稿との関連では、同「結果的加重犯への加功と共犯の成否(一)―(四・完)」、警察研究第五八卷第九号二七頁以下、第十号五二頁以下、第一二号一七頁以下、第五九卷第一号三〇頁以下を参照されるべきである。また、香川達夫『結果的加重犯の本質』、慶応通信(一九七八)が包括的な研究である。危険性説についてはとくに、八九頁以下を参照せよ。

(3) 丸山、前掲「結果的加重犯への加功と共犯の成否(三)」警察研究第五八卷第一二号二三頁。

(4) この問題に関しては、前掲拙稿「過失共同正犯の理論的基礎」を参照せよ。過失共働現象一般については、内田文昭『刑法における過失共働の理論』、有斐閣、一九七三年を参照せよ。

(5) 「行為支配論」が目的的行為論との密接な関連の下に説かれる場合、過失犯については拡張的正犯概念を採用して過失共同正犯を否定することが多い(たとえば、Welzel, Das deutsches Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 99; Maurach, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., S. 625 f.)。「行為支配論」についての詳細な研究を発表したこの分野におけるもっとも重要な論者であるロクシンも、過失犯の正犯を客観的帰貨の観点から構成し、「行為支配」の枠の

外にあるものとして扱うようである。Roxin, Täterschaft und Täterschaft, 4. Aufl., S. 623.

(6) Vgl. Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil 2, 6. Aufl., § 49 54, 88. など、客観的帰貨の理論との関連で論じられる場合には、過失共同正犯を理論的・解釈論的に肯定するかどうか別に態度決定される必要がある。

(7) 前掲、拙稿「行為支配論」の構造と展開」を参照せよ。「行為支配」という場合の「支配」の対象たる「行為」は「行為」が、主観的・客観的な犯罪事実である。とくに、間接正犯に関連して、他人の「行為」を支配・統制するものであると誤解されやすい。

(8) 前掲、丸山「結果的加重犯への加功と共犯の成否(一)」警察研究第五八卷第九号二七頁を参照せよ。以下、これを「本来の結果的加重犯の共同正犯」といういかたで表わすことにする。

(9) この理由づけは、以前には結果的加重犯の結果責任的な理由づけに基いていたものと思われる。後述の判例の考え方をはじめ、植松正『再訂刑法概論Ⅰ総論』、勁草書房(一九七四年)一三四頁以下、藤木英雄『刑法講義総論』弘文堂(一九七五年)九三頁などの根底に暗黙の前提となっているように思われる。これについては、丸山、前掲論文、二九頁以下を参照せよ。

(10) 丸山、前掲論文を参照せよ。
 (11) 丸山、前掲二九頁以下。

(12) 大谷実『刑法講義総論』、成文堂(一九八六年)、四二八、四五六頁参照。

(13) 大塚説が、結果的加重犯と過失犯とを軌を一にするものとして、それぞれについて共同正犯の成立を認めるに至ったことは周知のとおりである。大塚仁『刑法概説(総論)改訂版』、有斐閣(一九八六年)二五五頁以下を参照。なお、丸山、前掲論文(三)、警察研究第五八巻第一二号一七頁以下をも参照。

(14) 結果的加重犯に、重い結果についての故意がある場合を含むかどうかは、「ドイツ刑法が結果的加重犯の定義として(少なくとも過失がある)とする方向に進んだことや、わが国の刑法典においても傷害罪・強盗致死傷罪などが、傷害ないし死亡の結果について故意ある場合をも規定している」と解されていることなどに関連して、必ずしも合意ができていないとはいえないのかもしれない。しかし、ここでは犯罪形態の名称としての「結果的加重犯」には重い結果につき故意ある場合は含まないとするのが妥当であろう。よくいわれるように、重い結果につき故意がある場合は故意犯にほかならず、これを結果的加重犯の議論の中に取り入れることは混乱を招くおそれがあるからである。なお、平野竜一「結果的加重犯について」、同『犯罪論の諸問題(上)総論』、有斐閣(一九八一年)、一一〇頁以下を参照せよ。

(15) たとえば、「やってしまえ」などという言葉に同意し

たときにはそうなるであろう。

(16) 錯誤論における議論によるが、とりあえず、有力と思われるいわゆる「部分的犯罪共同説」に基く。

(17) 後述。五を参照せよ。

(18) 内田『総合判例研究叢書刑法200』、有斐閣(一九六五年)、丸山、前掲論文を参照せよ。

(19) 最判昭和二五年六月二七日刑集四巻六号一〇九六頁。

(20) 大判昭和一六年九月一二日法律評論三〇巻刑法一八六頁。

(21) 最判昭和二四年七月一二日刑集三巻八号一二三七頁。

同旨、最判昭和二五年六月六日刑集四巻六号九五〇頁。

(22) 最判昭和二二年一月五日刑集一卷一頁。なお、最判昭和二三年四月一七日刑集二巻四号三八四頁は、本来の結果的加重犯の共同正犯の事例である。

(23) 事案は、私見によっても結果的加重犯の共同正犯が成立するものとみられる場合であるが、そのためには、重い結果についての過失を実質的に認定しなければならないことは既に述べたとおりである。

(24) 最判昭和二三年一月四日刑集二巻一四二五二頁。事情は、事後強盗の場合、あるいは強盗傷害の場合にも異ならない。たとえば、最判昭和二六年三月二七日刑集五巻四号六八六頁、最判昭和三〇年一〇月一八日刑集一卷一〇号二六七五頁。

(25) 共謀共同正犯を共同意思主体の考え方で基礎づければ、

現実に実行され実現された共同意思主体の犯罪については、共同意思主体に過失の有無を問うことは意味をもたないから、その意思主体を形成する各関与者が当然に責任を負うということにならう。丸山、前掲論文(一)三四頁参照。

(26) 最決昭和五四年四月一三日刑集三三卷三号一七九(一八二)頁。

(27) 第三の、結果的加重犯の共同正犯については既に述べた。また、本件は第一・第二の場合に関する事案であるから、これについて検討する。右に述べたように、これら二つの場合は同様の解決に帰着するとみてよい。すなわち、重い結果を含む故意犯を実現した者が故意を有するに至った時点が、当初の共同実行の意思が形成された時点より前でも後でも同様に解される。本判例の解説、宇津呂英雄「共同正犯の行為者間に錯誤がある場合の共同正犯の成立する範囲」、研修三七二号六五頁以下、七二頁を参照せよ。

(28) 同旨、西村克彦「暴行・傷害を共謀した共犯者のうちの一人が殺人罪を犯した場合における他の共犯者の罪責」(判例研究)、青山法学論集第二二巻第二号九六頁以下、および同「共同正犯關係に刑法第三八条第二項を適用することの意味——傷害致死罪と殺人罪との共同正犯を認めたい

事例——」、判例評論第二五〇号四一頁以下。ただし、論理構造が完全に一致するかどうかについては留保する。なお、宇津呂、前掲解説、六九頁参照。

(29) 中野次雄「殺意のある者となし者との共同正犯」警察研究五四卷六号四三頁以下、四六頁参照。

(30) 一般に、行為共同説によると異なる犯罪の共同正犯が成立しうると考えられているが、部分的犯罪共同説といわれている見解が異なる犯罪の「構成要件が重なり合う限度」で共同正犯が成立すると主張しているのは、むしろ、その重なり合う範囲の犯罪が共同正犯として実現されたものとみなされ、「重なり合い」の外に残された部分については、それぞれ共同正犯の部分を含む単独正犯としての犯罪が成立すると解するべきであろう。福田平『全訂刑法総論』、有斐閣(一九八四年)、二七三頁。またこれは、「行為支配論」的構成からも当然の帰結である。なお、「行為支配」が、構成要件ごとに理解されるべきことについて、Rudolph, Hans-Johin, Zur Tatbestandsbezogenheit des Täterschaftsbegriffs bei der Mittäterschaft: in Bockelmann-Festschrift, 1979, S. 369-387を参照せよ。

(一橋大学専任講師)