

# 「共謀の射程」について

亀井源太郎

## 目次

- I はじめに
  - II 約二〇年前
  - III 現在
    - 一 相互利用補充関係と「共謀の射程」
    - 二 「厳格に理解された共謀概念」と「共謀の射程」
    - 三 関与者間の相互的義務付けと共謀内容違反
    - 四 心理的因果性の限界としての「共謀の射程」と共謀の危険実現
  - 五 小括
- IV 検討
    - 一 「共謀の射程」論の位置付け
    - 二 「共謀の射程」の測定
  - V おわりに
    - 一 本稿の主張
    - 二 正当防衛の意思連絡と「共謀の射程」

## I はじめに

「共謀の射程」という概念が用いられるようになって久しい。

近年では、この概念につき学説上議論が盛んな上、この文言を用いた下級審裁判例も存する<sup>(1)</sup>。また、具体的な事案における共謀共同正犯の成否を考察する上でこの概念に言及するものも見られる<sup>(2)</sup>。

本稿は、この概念の来し方を概観し、行く末について若干の考察を加えようとするものである。また、筆者は、近年、共謀概念について散発的に論じてきた<sup>(3)</sup>。そこで、本稿では、共謀概念と「共謀の射程」概念との関係についても検討を試みることにする。

## II 約二〇年前

「共謀の射程」という概念は、最判平成六年二月六日刑集四八巻八号五〇九頁や東京地判平成七年一〇月九日判時一五九八号一五五頁をきっかけに、講用上用いられるようになった<sup>(4)</sup>。

最高裁判平成六年判決は、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び侵害終了後になおも一部の者が暴行を続けた場合において侵害終了後に暴行を加えていない者について、「侵害現在時と侵害終了後に分けて考察するのが相当であり、侵害現在時における暴行が正当防衛と認められる場合には、侵害終了後の暴行については、侵害現在時における防衛行為としての暴行の共同意思から離脱したかどうかではなく、新たに共謀が成立したかどうかを

検討すべきであ〔る〕とした。

また、東京地裁平成七年判決<sup>(5)</sup>は、X（被告人）・Y・Zの三名で昏酔強盗を計画し、被害者Aに対し睡眠薬入りのビールを飲ませる等していたが同人が眠り込むに至らなかったため、YがAの顔面を殴打する等し、ZもAに対し罵声を浴びせる等したという事案につき、「被告人とYらとの間には昏酔強盗の共謀が事前に成立し、その実行行為にも着手していたと認められるものの、昏酔強盗とは手段方法が質的に異なっている暴行脅迫を手段とする強盗についての共謀が認められないのであれば、右暴行によって生じた致傷の結果について直ちに被告人に責任を負わせることはできない」とした<sup>(6)</sup>。

前田雅英教授は、これらの事例を以下のように分析されるに際し、早い段階から、「共謀の射程」というキーワードを使用され、このキーワードの下、以下のように論じられた<sup>(7)(8)</sup>。

「〔前掲・東京地裁平成七年判決〕は、……昏酔の共謀が、事後の暴行・財物奪取行為には及んでいないと解している。」

「この『共謀内容と齟齬のある事態が生じた場合に共謀の因果性が及ぶか否か』という問題に関して想起されるのが……〔前掲・最高裁平成六年判決〕である。……共同して反撃行為を行った〔者〕が、追撃行為についても共同正犯の罪責を負うか否かは、反撃時の共同（共謀）により、「追撃行為を自ら行わなかった者」が「追撃行為を自ら行った者」の追撃行為に因果性を有するかの否かという判断である。……〔追撃行為を自ら行わなかった者〕が共同・共謀に関与したことによって惹起された、『被害者』への反撃行為の心理的なものを含む因果力』は、あくまでも、正当防衛である反撃行為の範囲にしか及んでおらず、過剰な追撃行為はそれ

と因果性なく実行されたと考えられる。」

また、筆者も、(やわらかい行為共同説を支持しつつ)<sup>9)</sup>「共謀の内容は無限定ではあり得ず、あくまでも、他者の行為の結果を帰属させるにふさわしい関係が成立していると言えるものでなければならぬ。そして、……たとえば、被害者の名前、属性等を具体的に申し合わせる必要はなく、具体的な構成要件についての意思連絡は必要ないにしても、少なくとも違法行為についての意思連絡がある必要がある<sup>10)</sup>」と論じたことがある。

同様の発想は、最高裁平成六年判決についての調査官解説においてもみられる。川口政明判事は、同判決と(被告人を有罪とした)同事件下級審判決との間には、「①侵害現在時における被告人らの反撃行為の防衛行為としての相当性についての評価の違い、②侵害終了後の追撃行為についての共謀の認定方法の違い(『共謀の成立』か『共犯からの離脱』か)、③侵害終了後の追撃行為についての共謀を認定する際の根拠事実の認定評価の違い<sup>11)</sup>」があるとされ、さらに、②につき、「上告審が『共謀の成立』の問題として捉えているのに対し、一、二番は、『共犯からの離脱』の問題として捉えているように思われる<sup>12)</sup>」と整理されたのである。

### Ⅲ 現在

このような形で誕生した「共謀の射程」という概念を巡っては、近時、様々な議論がある。まずは、この概念を巡る近時の議論を概観し、議論の到達点と対立点を浮き彫りにすることとしよう。

## 一 相互利用補充関係と「共謀の射程」

十河太郎教授は、「二人以上の者が相互に利用し補充し合つて結果を実現する点に〔共同正犯の〕本質があるのであるから、共謀と因果関係を有する結果のうち、相互利用補充関係に基づいて実現されたといえるものについてのみ共同正犯の成立を認めるべきであろう」とされ、ここから、共犯関係解消の有無につき、「共謀の射程」という視点<sup>13)</sup>を提唱される。

このように、十河教授は、共同正犯の本質を相互利用補充関係に求め、「共謀の射程」概念を相互利用補充関係に基づいて実行行為が行われたと言えるか否かの判断のためのものと位置付けられるのである。

また、十河教授は、「共謀の射程」が及んでいるか判断する際の考慮要素として、「①客観的な事情として、(a)離脱前の行為の寄与度・影響力とその除去、(b)当初の共謀と離脱後の行為との関連性、法益侵害の量・程度の変更、行為態様・行為状況の相違、時間的・場所的離隔などを、②主観的な事情として、(a)犯意の断絶、共同犯行の意識の消滅・減退、(b)動機・目的の変更など<sup>14)</sup>」を掲げておられる。また、このような諸事情を掲げる理由は、「共同正犯における相互利用補充関係は、物理的および心理的なそれをいうから……客観的な事情および主観的な事情の両面から総合的に判断する必要がある」こと、「共謀の射程を専ら因果性の問題とする」のではなく、「当該実行行為が相互利用補充関係に基づいて行われたかどうかを問題とする……から、……因果的影響力とは異なる観点の事情も考慮し、相互補充利用関係に基づく結果実現といえるかどうかを総合的に判断すること」に求められている。<sup>15)</sup>

なお、十河教授が、「共同正犯が成立するためには、共謀と実行行為および結果との間に因果関係が存在するこ

とが不可欠である」が、「そうした因果関係の存在だけで共同正犯の成立が肯定されるわけでもない」とされ、「共謀の射程」を心理的因果性の問題へと解消する見解<sup>(16)</sup>に疑問を呈されることは、後の議論との関係で確認しておくべきであろう。<sup>(17)</sup>

## 二 「厳格に理解された共謀概念」と「共謀の射程」

鈴木彰雄教授は、ドイツの議論を参照しつつ、「共同の決意」ないし『共同の計画』とは……ある行為を共同して、すなわち対等な立場にある仲間として (als gleichberechtigter Partner) 分業的に実行する決意である<sup>(18)</sup>、「共同の計画」は共同正犯を基礎づけるとともにこれを限定する<sup>(19)</sup>、「共同の計画」と『共同の实行』の間に齟齬が生じた場合、その同一性をいかなる基準によつて判断すべきかが問題になる。これについて……学説の多くは、共犯の中止未遂に関する規定(ドイツ刑法二四条二項二文)を類推適用して、『行為が……その者の以前の行為への加功とは関係なく遂行された』か否かを問題にする<sup>(20)</sup>、「行為支配説が学説上一般的に支持されているとはいえないわが国においても、この議論を『共謀の射程』の問題に当てはめることができる<sup>(21)</sup>」とされる。

さらに、鈴木教授は、共謀共同正犯の成立要件を「①主観と客観を総合した『共謀』により共同意思主体が形成されること、および、②その活動として現に実行行為が行われることである」とされ、ここでいう共謀が認められるためには、「少なくとも『相互に犯罪の実行に重要な役割を一体になって行おうという、行為者間の対等関係における意思連絡』がなければならぬ……」<sup>(22)</sup>。したがって、単なる意思の連絡ないし他人の犯行の認識・認容では足りず、『自己の犯罪』の意識ともいえるべき、より積極的な意思が必要<sup>(23)</sup>、「このように厳格に理解された共謀概念を

前提にして共謀の射程を測るならば、共謀共同正犯の成立範囲は共謀の具体的な内容によって限定されることになる<sup>(19)</sup>とされる。また、一般論であると留保しつつ、「役割分担についての協議、実行方法についての計画等の内容が具体的であればあるほど共謀の射程は狭まり、それらが——一定の限界内で——抽象的であればあるほどその射程が広がる……。その評価においては、共謀にかかる犯罪と実行された犯罪との罪質の差に留意しつつ、両者の時間的・場所的同一性、侵害客体の同一性、侵害態様の類似性等を総合的に考慮すべきであろう」とされる<sup>(20)</sup>。

なお、鈴木教授は、「共謀の射程が問題となる諸類型」として（また、「共謀と実行の同一性ないし連続性が問題になる類型」として）、①「外形的には共謀が存在するように見えるが、当該犯行に関する意思疎通としては不完全であると評価されるために、当初から共謀があったとは認められない事例」（「共謀の射程は問題にならない」とされる）、②「一旦共謀が成立したと認められるが、時間の経過とともに共謀それ自体がいわば自然消滅したと評価される事例」、③「実行された犯罪が、共謀にかかる犯罪に随伴するものとして通常認識・予見しうる範囲を超えた場合」を掲げ（いずれも、共謀共同正犯の成立が否定される場合である）、さらに、「共謀関与者の故意の成否が問題になる類型」として、「共謀にかかる犯罪事実と実行された犯罪事実が同一の構成要件に属するが、実行行為者が共謀にかかる客体とは別の客体に結果を生じさせた場合」および「共謀にかかる犯罪が実行されることについて、共謀関与者が不確実な認識を抱いていた場合」を掲げられる<sup>(21)</sup>。

### 三 関与者間の相互的義務付けと共謀内容違反

仲道祐樹准教授は、共犯からの離脱の問題を「共謀の射程」概念によって解決することを目指し、「関与者間の

相互的義務付け」が及ぶ範囲に、「共謀の射程」が及ぶとされる<sup>(3)</sup>。

すなわち、①名古屋高判平成一四年八月二九日判時一八三一号一五八頁は「被告人に対する暴行とその結果失神した被告人の放置という〔共犯者〕自身の行動によって一方的に解消され〔た〕」としたが、因果性の観点からのみこのような結論を説明することはできず、②問題解決のツールとして「共謀の射程の概念」が有用であり、③「第一行為と第二行為が異なる人格によるものである」<sup>(34)</sup>（傍点原文）場合には新たな共謀が生じ当初の「共謀の射程」が及ばないとするのである。

仲道准教授は、③につき、大要、以下のように説かれる<sup>(35)</sup>。

共謀の射程の判断方法を明確化することが必要であるところ、ドイツにおける「別個の犯罪事実論」が区別の基準を提供する。「別個の犯罪事実論」は、「①因果性の存在を前提とした上で、②〔当初の共謀に関与していた者〕が排除された〔同人が直接関与していない結果惹起行為〕以前への結果帰属を否定する論理」であり、「いわゆる遡及禁止論の思考に類似している」。

このような整理の下、仲道准教授は、「遡及禁止論との対比において別個の犯罪事実論を理解するならば、別個の犯罪事実として結果帰属を否定するには、第一行為と第二行為が異なる人格によるものであることの論証が必要となる」<sup>(36)</sup>、「第一共謀時点と第二共謀時点を別個の人格とするためには、両共謀時点で何らかの『人格』を想定することが必要となる」<sup>(37)</sup>、「第一共謀と第二共謀の人格の差を測定する際の基準となるのは、共有された意図、すなわち『共謀』の内容である」<sup>(38)</sup>、「離脱者が共謀の射程に含まれていない場合（共謀間の有意差が認められる場合）

とは、残余者が離脱者に対して、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ない場合である」<sup>(39)</sup>  
(傍点原文) とされるのである。

このように、仲道准教授の見解は、「関与者間の相互的義務付け」という考え方から導き出される、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という基準によって、「共謀の射程」の判断を明確化しようとするものである。

#### 四 心理的因果性の限界としての「共謀の射程」と共謀の危険実現

橋爪隆教授は、「『共謀の射程』という概念のもとでは、これまで①故意の存否、②心理的因果性の限界、③正犯性の限界という……三つの問題領域が複合的に取り扱われてきた」ところ、「共謀の射程を『共謀に基づく』結果惹起を把握する概念として理解するのであれば、これを②共謀による心理的因果性の射程を画する概念として位置づけることが適当」とされる<sup>(40)</sup>。

すなわち、橋爪教授は、「共謀の射程」に一義的な定義があるわけではないことを強調して、この概念を②の問題に限定せず、「相互利用補充関係の及ぶ範囲として理解する見解」も「もちろん可能である」としつつ、「②の観点から広義の共犯の成立が否定されて不可罰となる場合と③の観点から正犯性が否定されて狭義の共犯の成立が認められる場合は、全く事情も異なる」ことを理由に、「両者を『共謀の射程』という概念のもとで一括して論ずるよりも、別々の概念として整理した方が適切」とされるのである<sup>(41)</sup>。

このように「共謀の射程」を心理的因果性の限界として把握した場合、この限界をいかなる方法で画するべきか

が問題となるが、この問題につき、橋爪教授は、次のように、共謀の危険実現という概念を用いておられる。<sup>(43)</sup>

「因果関係を実行行為の危険の現実化として理解する立場からは……心理的因果性についても、共謀の危険の現実化として実行担当者の行為が行われ、結果が発生した関係が必要とされることになる。」

「実行担当者の犯行が共謀の影響によつて誘発されうる行為と評価することができれば、共謀の危険実現を肯定することができる。」

「共謀による危険実現が実行担当者の内心に働き掛け、その犯行に向けた動機形成を媒介として結果を惹起するものであることにかんがみれば、より決定的な基準は実行担当者の動機の同一性・連続性に求められるべきであろう。」

## 五 小 括

本章で概観したように、「共謀の射程」を巡る議論は帰一するところがない。対立点は、さしあたり、次の二点に整理できよう。

第一に、「共謀の射程」論がいかなる問題であるのか、という問題が存する。

前掲のように、この「共謀の射程」論を心理的因果性の問題と位置付け広義の共犯と共通する問題と整理する見解<sup>(44)</sup>がある一方、このような整理に反対する見解<sup>(45)</sup>も存する。このため、「共謀の射程」という概念に期待される役割(換言すれば、「共謀の射程」外とされることの効果。より端的に言えば、正犯性のみが否定され狭義の共犯が

成立する場合があるのか否か) についての理解も分かれている。

「共謀の射程」は講学上の概念に過ぎないから、その内実をどのように定めようと直ちに論理的に誤りということとはない。<sup>(46)</sup> もっとも、「共謀の射程」論がいかなる問題かについての理解が統一されなければ、「共謀の射程」論を精緻化し、「共謀の射程」という概念による事案解決を精密化することも難しい。このため、「共謀の射程」はいかなる問題であるのか、すなわち「共謀の射程」論の位置付け(言葉遊び的に言うならば——かえって混乱を招くかもしれないが——「共謀の射程」論の射程)は、検討されるべき問題である。

また、第二に、「共謀の射程」をいかに画すか、すなわち、「共謀の射程」の測定をいかに行うかという問題が存することは言うまでもない。

第二の点は、第一の点にかかる態度決定を前提とする。「共謀の射程」論の位置付けが明らかでなければ、第二の点について用いられるべき基準を支える規範的な根拠も明らかにならないからである。

次章では、これらの問題につき、順次、検討を加える。

## IV 検 討

### 一 「共謀の射程」論の位置付け

#### 1 「共謀の射程」論の位置付けを巡る論争

前述のように、「共謀の射程」論の位置付けについては、見解が一致していない。

橋爪教授は、前掲のように、「共謀の射程」という概念の元では三つの問題が複合的に扱われてきたことを指摘<sup>(47)</sup>し、「共謀の射程」という概念を心理的因果性の射程を画す概念として位置付けられる<sup>(48)</sup>。橋爪教授がこのように主張される理由は前掲の通りであるが、<sup>(49)</sup>要するに、「共謀の射程」という概念の下で複数の異なる問題を取り扱うことは妥当でないということであろう。

このように、「共謀の射程」論を、共同正犯のみならず狭義の共犯にも妥当するものと位置付ける見解がある一方、この議論の位置付けを共同正犯に限定する見解も存する。十河教授は、前掲のように、「共謀の射程」を、相互利用補充関係の有無という問題として把握されるのである<sup>(50)</sup>。

十河教授は、以下のように説かれる<sup>(51)</sup>。

「共同正犯が成立するためには、①共謀が存在すること、②共謀に基づいて共謀者の全部または一部が実行

行為を行うことが必要であるとされているが、共謀の射程とは、当該実行行為が『共謀に基づいて』行われたといえるのかという問題である。」

「共謀の射程が結果にまで及んでいること、言い換えると、共謀に基づく実行行為によって結果が実現されたといえることは、共同正犯成立の基礎となるものである。これは、相互利用補充関係に基づく結果の実現が共同正犯の本質とされていることの当然の帰結である。」

また、十河教授は、「共謀の射程」をもつばら因果性の問題とする見解について、「有力である」とされつつ、<sup>(32)</sup>「その実際上の結論は本稿のそれと大きく異なるものではない」とされる。

鈴木教授、仲道准教授の各見解は、「共謀の射程」論の位置付けを巡る議論に（少なくとも明示的には）コミットしていないが、各論稿においては、「共謀の射程」をもつばら因果性の問題とする見解とは異なった理解を前提とする記述も見られる。

鈴木教授は、「『人』を殺すという抽象的なレヴェルでの心理的因果性は〔共謀にかかる客体とは別の者ら〕の被害にも及んでいるが、ここでも共謀の射程は限定的に理解されるべきである」とされる。<sup>(34)</sup>ここでは、故意の成否の問題も、「共謀の射程」論の範疇であることが前提とされているようにも思われる。<sup>(35)</sup>

また、仲道准教授は「関与者間の相互的義務付け」という考え方を用いて「共謀の射程」の判断を明確化しようとされ、また、共同行為における相互的義務付けを論ずるにあたり、「共謀」、「共同意思主体説」、「共同正犯の帰属原理」といった諸キーワードを用いておられる。<sup>(36)</sup>このような書きぶりからは、「共謀の射程」は共同正犯に固有の問題であるとする理解を前提とされているのではないかとも思われるのである。<sup>(37)</sup>

## 2 共謀概念の多義性と「共謀の射程」概念

このように、「共謀の射程」論の位置付けについては、不分明なところがあり、議論が尽くされているとは言い難い。

個別の見解——とりわけ、「共謀の射程」論の位置付けについて明示的に論ずる十河教授の見解と橋爪教授の見解——を検討する前に、このような対立を生ぜしめるもの的一端（と考えられるもの）を示しておきたい。

本稿冒頭でも記したように、筆者は、共謀概念について散発的に論じてきた。共謀概念について、筆者がこれまで論じてきたことは、端的に言えば、以下のようなものである。<sup>(8)</sup>

練馬事件最高裁判決以後、共謀共同正犯における共謀がいかなるものであるのか、いわゆる客観的謀議説と主観的謀議説の対立という形で争われた。

もつとも、私見によれば、両者の論争は、ややかみ合っていない面があった。このため、共謀という概念によって共同正犯の成立を限界付けようとする試みは、若干の混乱を伴っていた。

また、共謀概念は、複数の役割を担わされてきた。このため、ひとことで「共謀の有無」と言っても、これらの役割のうち、どの部分が問題とされているのか、分かり難い構造になっていた。

ここから、筆者は、共謀概念を、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題の、三つの場面に分解すべきことを

主張した。<sup>(59)</sup>

既に橋爪教授が指摘されたように、本稿が検討の対象とする「共謀の射程」概念も多義的に用いられてきた。このため、共謀概念がその内実を巡る争い等にかかる混乱を生ぜしめたことと同様、<sup>(60)</sup>「共謀の射程」概念には、その射程や内実にかかる混乱が不可避免的に伴うようにも思われる。

このような基本認識を確認した上で、個別の見解の検討に戻ろう。

### 3 小括

十河教授の見解には、以下のような疑問が妥当しよう。

まず、「共謀の射程」が「相互利用補充関係」との関係で位置付けられなければならないことの理由は、必ずしも明らかではない。もちろん、「相互利用補充関係」から「共謀の射程」という概念を説明することは可能であり、説得的でもある。しかし、この説明が可能であり説得的であるということが、直ちに他の説明による「共謀の射程」概念を排斥するわけではない。

また、十河教授ご自身も認められるように、「共謀の射程」を「相互利用補充関係」との関係で理解すると、論理的には、「共謀の射程」外であるとして共同正犯の成立が否定されてもなお狭義の共犯は成立し得る、ということとなる。しかし、このような結論は、少なくとも最高裁判平成六年判決の狙うところではないようにも思われるのである（同判決は無罪を言い渡している）。

さらに、十河教授ご自身の議論においても、この概念の位置付けを巡る迷いがあるように思われる部分が存す

る。それは以下のような部分である。<sup>(62)</sup>

「本稿は、共謀の射程が当該結果にまで及ぶかどうかの判断基準を、共謀と実行行為および結果との因果性の有無ではなく、新たな共謀ないし犯意の成否に求めた。因果性は、広義の共犯に共通の内容であるともいえるが……狭義の共犯の場合にも、本稿が示した解決方法が妥当するかは、未解決である。」

「共謀は、共同正犯に固有の要素である」としつつ、共謀を成立要件としない狭義の共犯に「共謀の射程」論が妥当する余地を留保する点は興味深い。狭義の共犯においても、当該教唆・幫助から結果が生じたと評価できるか否かは問題となる。そして、その限界を画定する際に十河教授による思考枠組（「本稿が示した解決方法」）に拠る余地を残すことは、一方で十河教授の議論の有用性・汎用性を示し、他方で「共謀の射程」概念の位置付けを巡る十河教授の主張を動揺させるようにも思われる。<sup>(63)</sup>そして、「共謀の射程」論（あるいはその応用）によって狭義の共犯における問題を解決しようとするのであれば、「共謀の射程」論を狭義の共犯においても適用可能なものとして構築すべきではないかとも思われるのである。

他方、橋爪教授の見解にも若干の疑問はある。

橋爪教授は、「共謀の射程」を共謀による心理的因果性の射程を画する概念と理解される。その理由は、「共謀の射程」概念の下で複数の問題が取り扱われてきたこと、「共謀の射程」を共謀に基づき結果惹起を把握する概念として理解すること、であった。<sup>(64)</sup>

「共謀の射程」概念の下で複数の問題が扱われてきたとする指摘（橋爪教授は、①故意の存否、②心理的因果性

の限界、③正犯性の限界が複合的に取り扱われてきたとされる)にはもとより異論がない。また、複数の問題を「すべて『共謀の射程』という概念に包摂してしまい、あたかも本質的には同じ問題領域であるかのような説明をすることが適切であるとは思われない」ことについても、一般論としては同意できる<sup>⑥</sup>。

もつとも、心理的因果性の問題に「共謀の射程」という看板を掛けることについては、疑問を持たざるを得ない。

共謀概念は、その内実につき理解が分かれるものの、実務上も講学上も、共謀共同正犯の成立を基礎付けるものとして長く用いられてきた。このような共謀概念については、近時、その多義性を指摘し、この概念を分解して(共謀)共同正犯の成立要件を再構築しようとする様々な試みが見られるところではあるが(筆者もまた、そのような分解・再構築の必要性を唱えるものである<sup>⑦</sup>)、未だ、そのような分解・再構築が必要であるとの認識が、広く共有されているとまでは(筆者の立場からすれば、残念なことではあるが)言い切れない。

このような議論状況を前提とするとき、筆者は、心理的因果性の問題に「共謀の射程」という看板を掲げることにより議論がさらに混乱が生ずるのではないかと恐れる(杞憂であろうか)。このため、「共謀の射程」概念には、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題という次元の異なる問題が含まれることを率直に認めた上で、これらの問題を総称するものとして「共謀の射程」という名称を用いるべきように思われる<sup>⑧</sup>。

前掲の最高裁平成六年判決や東京地裁平成七年判決、および、両事例を素材とした前田教授による論稿を機縁として「共謀の射程」論がしばしば人口に膾炙することとなったのは、「共謀の射程」という問題の切り取り方が幅広く支持されたからであろう。「共謀の射程」という概念は既に、(その内実について争いながらも)一定のイメージを伴った概念として定着しているのである。そのような「共謀の射程」という概念の内実について一定の

立場から新たな理解を提唱するよりも、既に共有されつつあるイメージを前提としながらなお分析的な議論を試みる方が、従来の議論と接合しつつ議論を一步進めることに資するのではないかと、筆者は考えるのである。<sup>(8)</sup>

## 二 「共謀の射程」の測定

### 1 測定方法を巡る論争

前掲のように、「共謀の射程」の測定方法についても議論が分かれる。<sup>(9)</sup>

そこで、前掲の諸見解がこの測定方法について説くところを確認した上で、検討を加えることとしよう。

十河教授は、「共謀の射程」を測定するに際し、「①客観的な事情として、(a)離脱前の行為の寄与度・影響力とその除去、(b)当初の共謀と離脱後の行為との関連性、法益侵害の量・程度の変更、行為態様・行為状況の相違、時間的・場所的離隔などを、②主観的な事情として、(a)犯意の断絶、共同犯行の意識の消滅・減退、(b)動機・目的の変更など」を考慮するとされた。このような要素を掲げる理由は前掲の通りであるが、要するに、「相互利用補充関係に基づく結果実現といえるかどうかを総合的に判断する」ためである。<sup>(10)</sup>

鈴木教授は、「『自己の犯罪』の意識ともいうべき、より積極的な意思」として「厳格に理解された共謀概念を前提にして共謀の射程を測るならば、共謀共同正犯の成立範囲は共謀の具体的な内容によって限定されることとなる」とされ、さらに、「共謀にかかる犯罪と実行された犯罪との罪質の差に留意しつつ、両者の時間的・場所的同一性、侵害客体の同一性、侵害態様の類似性等を総合的に考慮すべき」とされる。<sup>(11)</sup>

仲道准教授は、「関与者間の相互的義務付け」が及ぶ範囲に「共謀の射程」が及ぶとする理解から、「第一行為と第二行為が異なる人格によるものである」か否かを判断基準とされ、「残余者が離脱者に対して、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ない場合」か否かをより具体的な判断基準とされる(傍点原文)。

橋爪教授は、「共謀による危険実現が実行担当者の内心に働き掛け、その犯行に向けた動機形成を媒介として結果を惹起するものであることにかんがみれば、より決定的な基準は実行担当者の動機の同一性・連続性に求められる」とされる。<sup>(23)</sup>

## 2 小括

このように各見解における「共謀の射程」の測定方法を列挙してみると、その背景にある考え方(測定方法の規範的根拠)や表現は異なるものの、十河教授、鈴木教授、橋爪教授による判断要素が類似していることに気付く。

これに対し、仲道准教授はこれらの見解を批判され、「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ない場合」か否かという基準を掲げられる。

仲道准教授によるこれらの見解への批判は、判断基準が不明確である、とするものである。

すなわち、仲道准教授は、十河教授の見解に対し、「十河教授が掲げる各ファクターが」理論的・規範的に、いかなる理由で共謀を否定する要素となるのかは、なお明らかでない」、「新たな共謀か否かは、旧共謀と新共謀との間に、有意な差が存在することが前提となるところ、どのような違いがあれば相互利用補充関係を否定する程度の『有意な差』といえるのかという基準が明らかでない」とされ、また、橋爪教授の見解に対し、「第一共謀と第二共

謀を区別する基準が必要となるように思われる」とされるのである。<sup>(74)</sup>

ここから、仲道准教授は、前掲のような基準（本稿では、便宜的に「共謀内容違反基準」と呼ぶこととする）が採られるべきであるとされる。

もつとも、共謀内容違反基準が他の見解における基準より妥当かつ明確か否かについては、検討を要するように思われる。

まず、「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否か」という問題の立て方自体に若干の疑問を覚える。

第一に、そもそも共謀内容違反を理由とした非難が正当化される場合があるのだろうか、という疑問がある。法は（共謀）共同正犯を処罰することによって犯罪行為に出ないこと（換言すれば、共謀者が共謀内容に違反すること）を期待しているのであるから、少なくとも法から見れば、共謀内容違反を理由とした非難が正当化される余地はない。

また、第一の疑問が揚げ足を取る類いのものだととしても、第二の疑問もある。それは、残余者の立場から見れば、残余者らは離脱者が離脱することをよしとしない場合が多いであろうから非難が正当化されない場合は極めて狭くなり、「共謀の射程」が及ぶ範囲が広くなりすぎるのではないか、というものである。たとえば、最高裁平成六年判決における追撃者が、「仲間を襲撃した者を追撃しているのに、助太刀しないなんて酷いではないか」と考えたとしても、不自然ではあるまい。この場合、助太刀する法的な義務がないことは当然としても（この事案での「助太刀」は法的に禁圧されるべきである）、追撃者が「非難」できないとは、一概には言い切れないように思われるのである。

さらに、第三に、仲道准教授は、当該基準をいくつかの事例に則して敷衍しておられるが、共謀違反が競合した場合の処理等、事案へのあてはめには際に際して新たに導入される他の基準あるいは下位基準の存在がそこでは前提とされているようにも見え、未だ、当該基準が他の見解における基準に比して明確であるとまでは言い切れないようにも思われるのである。

このように考えるとき、十河教授、鈴木教授、橋爪教授が掲げる諸要素を判断材料とすることを前提に、これらの要素の位置付けを整理するという可能性を追求することも、(仲道准教授による批判的分析にもかかわらずなお)許されるのではないかと考える。

前述のように、「共謀の射程」論の位置付けについては理解が分かれた。「共謀の射程」論の位置付けは、この議論にいかなる役割を担わせるべきかにかかるとあるから、この点について理解が分かれることは、「共謀の射程」の測定をいかに行うかという問題(「共謀の射程」の測定方法)にも影響する。

筆者は、前節において、「共謀の射程」論には、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題といった異なる次元の問題が含まれること、また、「共謀の射程」という概念・名称はこれらを総称するものとして理解されるべきことを主張した。

このような理解を前提とすれば、「共謀の射程」の測定方法も、このそれぞれの問題に分解された上で、論じられなければならないであろう。

そして、私見によれば、共同正犯における共犯性の問題(広義の共犯に共通する共犯の「外側の限界」の問題)は当該共謀と実行担当者による行為・結果との因果性有無の判断に、共同正犯における正犯性の問題(共同正犯に固有の「共犯の内側の限界」の問題)は多様な要素による重要な役割を果たしたか否かの判断<sup>(77)</sup>に、それぞれ解消

され、また、故意の問題は各関与者の有していた認識に当該結果を主観的に帰責し得るかの判断に解消されることとなる。

このような発想からは、「共謀の射程」の測定に際し総合的に判断すべきものとされた十河教授、鈴木教授の掲げた諸要素は、個別にいずれかの判断へと位置付けられることとなろう。

詳細な検討をなお要するが、暫定的には、以下のように考えている。

十河教授が掲げられた客観的な要素のうち、共犯性にかかわる要素は、離脱前の行為の寄与度・影響力とその後、当初の共謀と離脱後の行為との関連性、法益侵害の量・程度の変更、行為態様・行為状況の相違、時間的・場所的離隔であり、このうち行為態様・行為状況の相違は（誰が犯行計画全体を主導していたかを示すものとして）正犯性にもかかわるものであろう。また、十河教授が掲げられた主観的な要素のうち、犯意の断絶、共同犯行の意識の消滅・減退、動機・目的の変更などは、主観的帰責の可否を判断する材料となるものとして故意の問題に位置付けられるほか、（誰が犯行計画全体を主導していたかを示すものとして）正犯性にもかかわるものであろう。

また、鈴木教授が掲げられた「共謀にかかる犯罪と実行された犯罪との罪質の差に留意しつつ、両者の時間的・場所的同一性、侵害客体の同一性、侵害態様の類似性等を総合的に考慮すべき」という思考枠組は、因果性の問題に位置付けられるほか、主観的帰責の可否を判断する材料となるものとして故意の問題にも位置付けられることとなろう。<sup>(8)</sup>

橋爪教授が掲げられた要素は、基本的には、共犯性の問題として位置付けられることとなろう。ただし、橋爪教授は「共謀の射程を論ずるに当たっては、犯行の態様、動機、共謀に至る経緯、当事者の態度などの具体的な事情を適切に考慮する必要がある、その判断も微妙なものにならざるを得ない」とされるが、これらの要素のうち、

動機、共謀に至る経緯、当事者の態度等は、正犯性の問題として（あるいは、「正犯性の問題としても」）位置付けられるべきように思われる。

## V おわりに

### 一 本稿の主張

「共謀の射程」を巡る議論は、第一に、この「共謀の射程」がいかなる問題であるのか（「共謀の射程」論の位置付け）についての争いであり、第二に、また、「共謀の射程」をいかに測定するか（「共謀の射程」の測定方法）についての争いである。

まず、第一の点に関する、本稿の主張は、次のようなものである。

「共謀の射程」は、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題を含んだ問題として捉えるべきである。これらの各問題は次元を異にするから、一緒くたに「総合的に」論じられるべきではない。他方、「共謀の射程」論を心理的因果性の問題に解消することも、少なくとも現段階では好ましくない。「共謀の射程」という看板は、これら諸問題の総称として用いられるべきである。

また、第二の点に関する、本稿の主張は、次のようなものである。

「共謀の射程」は、共犯性のレベルでは（心理的）因果性の観点から、正犯性のレベルでは多様な要素による重要な役割を果たしたか否かの観点から、故意のレベルでは、各関与者の有していた認識に当該結果を主観的に帰責

し得るかの観点から、それぞれ、測定されるべきである。

「共謀の射程」論の位置付けに関する本稿のこれらの主張は、議論の實質に影響しない末梢的な問題に関するものとあるいは映るかもしれない。また、本稿の主張に対しては、煮え切らぬ主張であるとの批判も予想される。

しかし、共謀概念の多義性とそのことに由来する議論の混乱に鑑みるとき、「共謀の射程」概念と対峙するに際しても、従来の議論との接合を強く意識しつつ議論を一步進めようと試みることが是非とも必要であると考へてい

## 二 正当防衛の意思連絡と「共謀の射程」

摺筆する前に、正当防衛の意思連絡が共謀を基礎付けるか否かについて、現段階での思考の方向性を示しておくたい。

正当防衛を行おうとする意思連絡は共謀を基礎付けなくとする理解が有力であるが、橋爪教授はこれに反対される。「共同正犯とは修正された構成要件の問題であり、適法行為と違法行為の共同実行を認める可能性が排除されているわけではない」から「共謀によって構成要件該当事実の惹起が促進・強化される関係があれば十分であり、実現された内容それ自身が適法行為か否かは決定的ではない」、「共同正犯の成否が構成要件該当性の問題であり、違法性判断に先行して判断されるべき問題であることも、このような理解の根拠となり得る」とされるのである。<sup>(8)</sup>

もつとも、共謀に一定の類型性を要求することで、典型的に、適法行為についての意思連絡を排除することは可

能かもしれない。すなわち、「共謀によって構成要件該当事実の惹起が促進・強化される関係」のみならず、「共謀によって構成要件該当事実の惹起が促進・強化され得る関係」をも類型的に要求するのである。このように整理すれば、有力説の論理も成り立つのではないかと思われる。幫助犯については、事前的判断である幫助行為性を、その成立要件として要求する見解が存する<sup>(8)</sup>。同様の考え方が共同正犯にも妥当するか否かは、一考に値しよう。

\* \* \*

本稿が議論の手がかりとした最高裁判平成六年判決は、筆者が大学院在学中に演習で報告の対象とした判例である。当該報告は活字として公刊するには至らず、レビュー論文のわずか一部分となったのみであるが、筆者にとっでは思い入れも思い出もある判例である。本稿は、同報告に対する、およそ二〇年遅れの補足である。

本稿執筆に際し、南大沢の法学部棟四階にあった前田雅英先生の研究室においてご指導を賜った場面が、何度も鮮明に思い出された。私はあの頃の先生の年齢を超えつつあるが、先生の背中には未だ遙か遠い。非才の身としては、せめて少しでもその距離を縮められるよう努力を重ねるほかない。

(1) 札幌高判平成二四年六月一九日 LEX/DB5482160 は、弁護人の「故意及び共謀の射程外である」とする主張に対応する形で、「当初における被告人らの故意及び共謀の射程内に入るもの〔である〕」と判示した。

(2) たとえば、事例問題を解説する際にこの概念を用いるものとして、前田雅英「演習」法学教室二八七号（二〇〇四年）一六頁以下、松原芳博「演習」法学教室三二五号（二〇〇七年）二二〇頁以下、松澤伸「演習」法学教室三七二号（二〇一

- 一年)一六〇頁以下、和田俊憲「演習」法学教室三八四号(二〇一二年)一三二頁以下。
- (3) 拙稿「共謀共同正犯における共謀概念」法学研究八四卷九号(二〇一一年)八七頁以下、同「共謀概念と刑事手続」研修七六六号(二〇一二年)三頁以下、同「共謀共同正犯における共謀の概念と刑事手続」刑法雑誌五二卷二号(二〇一三年)一六二頁以下、同「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」慶應法学三一号(二〇一五年)一五三頁以下。
- (4) 十河太郎「共謀の射程と量的過剰防衛」井田良・高橋則夫・只木誠・中空壽雅・山口厚編『川端博先生古稀記念論文集「上巻」』(二〇一四年)七〇五頁は、最決平成六年を契機に「盛んに議論されるようになった」とする。
- (5) 同判決については、前田「判批」東京都立大学法学会雑誌三八卷二号(一九九七年)四七七頁以下も参照。
- (6) ただし、同判決は、YがAに対し暴行を加えて傷害を負わせた後、Yの意図を認識しながらAから財物を奪取したXの行為につき、強盗罪の限度で共同正犯が成立するとした。
- (7) 前田「共謀の射程と承継的共同正犯」警察学論集五一卷一一号(一九九八年)一六一頁以下。
- (8) さらに、前田「共犯からの離脱(三)」松尾浩也・芝原邦爾・西田典之編『刑法判例百選(第四版)』(一九九七年)一九四頁以下(最高裁判平成六年判決において問題なのは共犯からの離脱の成否ではなく、「故意犯の共同」の有無であることを説く)、同『最新重要判例二五〇刑法(九八年版)』(一九九八年)八〇頁参照。
- (9) 拙著『正犯と共犯を区別するということ』(二〇〇五年)五二頁以下。
- なお、近時、最決平成一七年七月四日刑集五九卷六号四〇三頁がやわらかい部分的犯罪共同説を採ったとされるのが少なくない。もともと、共同正犯の「本質」論との関係では、同決定は過大に重視されるべきではない。同決定が、(やわらかい行為共同説に立脚したと見られる)最決昭和五四年四月一三日刑集三三卷三号一七九頁を変更する趣旨を含んでいたとは考え難いからである。拙稿「承継的共犯」松原芳博編『刑法の判例(総論)』(二〇一一年)二六二頁(注8)参照。
- (10) 拙著・前掲(注9)五一頁(初出)。「共犯の『内側の限界』・『外側の限界』(上)」法学会雑誌三七卷二号(一九九六年)二八九頁以下)。
- (11) 川口政明「判解」最判解刑平成六年度二二〇頁。
- (12) 川口・前掲(注11)二二二頁。
- (13) 十河・前掲(注4)七二二頁。「実行行為が当初の共謀に基づいて行われたといえるか、それとも、当初の共謀とは別の新たな共謀ないし犯意に基づいて実行行為が行われたかという基準により判断」とされる。
- (14) 十河・前掲(注4)七二二頁以下。
- これらの諸要素の内容につき詳述する十河「共謀の射程について」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良編『理論刑法学の

探究3』(二〇一〇年)一〇一頁以下は、大要、以下のように述べる(なお、同論文において掲げられている要素は、本文に引用したところとは若干異なる)。

①客観的事情のうち、(a)従前の共犯行為の寄与度、影響力につき、「謀議その他の準備行為や、謀議に基づく実行行為への寄与度が高く、その影響下で、過剰結果を惹起する行為が行われた場合には、当初の謀議によって形成された相互利用補充関係に基づいて過剰結果が実現されたといえる」、(b)当初の共謀と実行行為の内容との共通性につき、「当初の共謀の内容と、過剰結果を惹起した実行行為の内容とがどの程度異なっているかも、新たな共謀に基づく行為かどうかを判断する上で重要になる」(より具体的な考慮要素として、被害者の同一性、行為態様の類似性、侵害法益の同質性、随伴性を掲げる)、(c)当初の共謀による行為と過剰事実を惹起した行為との関連性につき、「当初の共謀に基づいていったん実行行為が行われた場合には、その実行行為と、過剰事実を惹起した行為とがどのような関係にあるかも、重要となる」(より具体的な考慮要素として、(b)で掲げた事情のほか、時間的・場所的近接性、機会の同一性を掲げる)、(d)過剰結果を惹起した行為への関与の程度につき、「過剰結果を惹起した行為そのものについて意思の連絡があり、物理的に寄与するなど、直接の関与がある場合には、共謀に基づく行為によって過剰結果が発生したといえる」。

また、②主観的な事情のうち、(a)犯意の単一性、継続性につき、「共犯者の犯意の内容に変化はなく、一個の犯意が継続している場合には、原則として共同実行の意思が継続しており、その過剰結果は共謀の射程内にある」、(b)動機・目的の共通性につき、「犯行の途中で共犯者の一部の動機や目的に変化が生じ、これにより過剰結果を生じさせたときには、過剰結果は、新たな犯意に基づく行為によって引き起こされたといえる場合が多い」、(c)過剰結果の予測可能性の程度につき、「予測可能性の程度は、共謀の射程の有無を判断する際の一つの資料となるであろう」。

(15) 十河・前掲(注4)七二一頁以下。  
(16) 後掲四一七頁以下。

(17) 十河・前掲(注4)七二一頁以下。

(18) 鈴木彰雄「共謀共同正犯における『共謀の射程』について」川端博・椎橋隆幸・甲斐克則編『立石二六先生古稀祝賀論文集』(二〇一〇年)五二三頁以下。

(19) 鈴木・前掲(注18)五一七頁以下。

(20) 鈴木・前掲(注18)五一七頁。

(21) 鈴木・前掲(注18)五二六頁。

(22) この類型に該当するものとして掲げられているのは、「被告人は〔共犯者ら〕がこれから恐喝か強盗か、あるいは窃盗か、

ともかく何か金をつくるために悪事を働きに行くのだということは大体推察し認識していたものと断じてよいが、前日の朝に貸したナイフをその際も同人が所持しているかどうかということを確認した形跡もなく、犯行の手段や方法などについてとくに相談にあずかつたような事実は何等うかがえないのであるから被告人の右言動から直ちに同人が「共犯者ら」の兩名と共同して強盗しようとする意思があつたものと認めることはいささか無理である」とした東京地判昭和四二年一月二日判タ二〇七号一八七頁である。

(23) この類型に該当するものとして掲げられているのは、「共謀の解消は必ずしも明示的になされる場合に限られるものではない。本件では共謀の背景にあつた諸事情が二か月余の時間の経過とともに大巾に変化し、……右共謀が暗黙のうちに解消していたのではないかとの疑いが濃い」とした東京地判昭和五二年九月一二日判時九一九号一二六頁である。

(24) この類型に該当するものとして掲げられているのは、「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は、右共謀による責任を認めるのは相当でない」とした名古屋高判昭和五九年九月一日判時一一五二号一七八頁（いわゆる戸塚ヨットスクール分離公判組控訴審判決）や、順次共謀の場合につき「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」とした東京高判昭和六〇年九月三〇日判タ六二〇号二一四頁である。

(25) 鈴木・前掲（注18）五二〇頁以下。

(26) 鈴木・前掲（注18）五二九頁。

(27) この類型に該当するものとして掲げられているのは、被告人らが殺意をもってXに向けてけん銃を発射し、XのほかY・Zにも命中させた結果、打撃の錯誤としてY・Zに対する殺人・殺人未遂罪の成立が認められた事案である東京高判平成一四年一月二五日判タ一一六八号三〇六頁である（ただし、同判決において主として論じられているところは、量刑であるようにも思われる。同判決においては、検察官による「XをXとして認識し、さらに『けん銃の弾の射程範囲にあつて、弾が当たつて死ぬ蓋然性が高い場所にいる人』をそのように認識して、X殺害のためにはその周辺者の殺害もやむなしと考えて何ら躊躇することなく周辺者を含めた殺害行為に出たのであるから、甲を甲として、乙を乙として認識し、それぞれの殺害を図つた事案と同一に評価することができ」との主張が斥けられている）。

(28) 鈴木教授は、このケースをさらに「実行行為者による後の実行について、共謀関与者に未必の故意すら認められないという（実際には稀な）ケース」と、「共謀にかかる犯罪が実行されたのち、既遂に至るまでの間に、共謀が一旦解消したと認められる事情が介在する場合」に二分され、このうち前者につき、共犯者が住居に侵入した後強盗に着手する前に現場から

離脱した場合において共謀関係の解消が否定された事例にかかる最決平成二一年六月三〇日刑集六三卷五号四七五頁が、このうち後者につき、最決平成元年六月二六日刑集四三卷六号五六七頁が、それぞれの類型に該当するものとして掲げられている(いずれも、共犯関係の解消を否定したものである)。

(29) 鈴木・前掲(注18)五二六頁以下。

(30) 仲道祐樹「共謀による義務付けと共謀の射程」高橋剛夫・杉本一敏・仲道祐樹『理論刑法学入門』(二〇一四年)二四五頁。

(31) 共犯者による被告人に対する暴行とその結果失神した被告人をその場に放置したという行動によって共犯関係が一方的に解消されたと認定された事例。

(32) 仲道・前掲(注30)二三六頁以下は、島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修七四一号(二〇一〇年)六頁を引用しつつ、同判決の事案においては「因果性を肯定する方が素直」であることを示唆し、「この問題はそもそも、共犯の因果性だけの問題なのであるか」とする。

(33) 仲道・前掲(注30)二二七頁以下。

(34) 仲道・前掲(注30)二四一頁以下。

(35) 仲道・前掲(注30)二三九頁以下。

(36) 仲道・前掲(注30)二四一頁。

(37) 仲道・前掲(注30)二四一頁。

(38) 仲道・前掲(注30)二四五頁。

(39) 仲道・前掲(注30)二四五頁。同論文二四二頁以下は、「共有された意図(Shared intention)」が認められる共同行為の特徴として「両当事者は、お互いに、一定の行動が義務付けられる」ことを指摘する哲学者マーガレット・ギルバートの議論(MARGARET GILBERT, SOCIALITY AND RESPONSIBILITY 16-17 (2000))等に言及している。

(40) 橋爪隆「共謀の意義について(一)」法学教室四二二号(二〇一五年)一二九頁。

(41) なお、橋爪教授の手になるこのテーマにかかるものとして、さらに、橋爪「共謀の射程と共犯の錯誤」法学教室三五九号(二〇一〇年)二〇頁以下、同「共謀の限界について」刑法雑誌五三卷二号(二〇一四年)一六九頁以下があるが、本稿では、最新のものである橋爪・前掲注(40)を主たる検討の対象とする。

(42) 橋爪・前掲(注40)一二九頁以下。

(43) 橋爪・前掲(注40)一三〇頁以下。

- (44) 前掲四一七頁以下。
- (45) 前掲四一三頁以下。
- (46) 橋爪・前掲(注40) 一二九頁以下参照。
- (47) 同様に、嶋矢貴之「共犯の諸問題」法律時報八五卷一号(二〇一三年)三三三頁も、「共謀の射程」という概念を巡って問題となっているのは「通常の犯罪成立要件の問題(因果性や故意)であるのか、新しい問題であるのか」不明確であると指摘し、「前者の複合問題について、『共謀の射程』という表題が付されている」と整理する。同論文は、「①共謀という加功の因果性が結果まで及んでいるか」という共(同正)犯の因果性の問題、②共謀という加功時点における行為者の意思に故意が認められるか(実際に生じた行為・結果をカバーしているか)の問題、③共同正犯の成立要件として意思連絡を不可欠とする場合に、実際に行われた行為・結果を帰責しうるためにはその意思連絡に何が必要かという問題」の「複合問題について『共謀の射程』という表題が付されている」とする。
- (48) 前掲四一七頁。
- (49) 前掲四一七頁。
- (50) 前掲四一三頁以下。
- (51) 十河・前掲(注14) 七六頁。
- (52) 十河・前掲(注4) 七二二頁。
- (53) 十河・前掲(注4) 七二七頁注(36) は、このような評価の理由として、橋爪・前掲(注41)「共謀の限界について」一七頁以下を掲げつつ、「共謀の射程の判断において問題となる因果性の内容を共謀の危険の現実化と解し、その判断基準を実行分担者の動機づけの連続性に求めていること」を指摘している。
- (54) 鈴木・前掲(注18) 五二八頁以下。
- (55) ただし、一方では、「共謀の具体的な内容によってその射程を画すべきこと、共同正犯における方法の錯誤について共謀関与者の故意を限定すべきこと、共犯者の実行行為について認識を欠く共謀関与者の故意を否定すべきこと等を主張しようと試みた」としつつ、後二者の問題が「共謀の射程」とは別の問題と位置付けられているようにも思われる記述も見られる。
- 鈴木・前掲(注18) 五三七頁以下。
- (56) 仲道・前掲(注30) 二四一頁。
- (57) もっとも、現代の共同意思主体説は、共犯性を基礎付ける(共犯の「外側の限界」を画す)ものであって、正犯性を基礎付ける(共犯の「内側の限界」を画す)ものではないことについて、拙著・前掲(注9) 五九頁参照。

(58) 拙稿・前掲(注3)「共謀共同正犯における共謀概念」一〇二頁以下、同・前掲(注3)「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」一六五頁。

(59) 直近のものとして、拙稿・前掲(注3)「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」一六五頁以下。なお、同論文一七一頁以下においては、「共謀概念が多義的に用いられ、その内実を巡る議論も錯綜していたとすれば、分析の道具立てとしてのみならず、すなわち、各裁判例の当否を審査する場面のみならず、共謀共同正犯の要件そのものを、分析的に再構築する必要があるように思われてならない」とした。この点に関しては、同論文一七二頁注(63)も参照されたい。

(60) 前掲四一七頁。

なお、嶋矢「共犯からの離脱(三)」西田典之「山口厚」佐伯仁志編「刑法判例百選(第六版)(二〇〇八年)一九六頁以下は、前掲・最高裁判平成六年判決の判示には、因果性の問題のほか故意の問題が含まれているとしつつ、「そのことが顕在化しないのは……共謀共同正犯においては、『共謀』の認定が、客観的帰責(心理的因果性)、主観的帰責(故意)、共同正犯性という異なる犯罪成立要件を同時に充足するという機能を、『實際上』、営んでいる」からであると指摘する。さらに、同・前掲(注47)三三三頁も参照。

(61) 拙稿・前掲(注3)「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」一六六頁以下参照。

(62) 十河・前掲(注14)一〇九頁以下。

(63) なお、十河教授の議論の有用性こそが重要であるから、「共謀の射程」概念の位置付けを巡って十河教授の主張が仮に動揺したとしても、そのことは十河教授の議論そのものの価値を損なうものではおよそない、と筆者は考える。

(64) 前掲四一七頁参照。

(65) だからこそ、筆者は、近時、繰り返し、共謀概念を共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題の三つの場面に分解すべきことを主張してきた。前掲四二二頁参照。

(66) 前掲四二二頁のほか、拙稿・前掲(注3)「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」一六九頁以下およびそこに引用の諸文献参照。

(67) 前掲(注60)に引用した嶋矢准教授の指摘も参照。

(68) なお、嶋矢・前掲(注47)三三三頁は、「共同正犯の成立要件として意思連絡を不可欠とする場合に、実際に行われた行為・結果を帰責しうるためにはその意思連絡に何が必要かという問題」が「共謀の射程」プロパーの新しい問題といえなくはない」とする。この問題については後述四二九頁以下参照。

(69) 「共謀の射程」の測定については、仲道・前掲(注30)二二七頁以下に詳しい。

- (70) 前掲四一三頁。
- (71) 前掲四一四頁以下。
- (72) 前掲四一六頁。
- (73) 前掲四一八頁。
- (74) 仲道・前掲(注30) 二三八頁以下。
- (75) 仲道・前掲(注30) 二四六頁。
- (76) 拙著・前掲(注9) 三頁。
- (77) 拙著・前掲(注9) 九四頁以下、一三六頁以下、一八四頁以下参照。
- (78) なお、鈴木・前掲(注18) 五二六頁は「共謀と実行の同一性ないし連続性が問題になる類型」とは「別の観点から共謀関与者の故意の成否が問題になる類型がある」とされるから、本文における整理は、筆者の思考枠組に鈴木教授の見解をやや強引にあてはめたものであるかもしれない。
- (79) 橋爪・前掲(注40) 一三二頁。
- (80) 前掲四一一頁以下。
- (81) 橋爪・前掲(注40) 一三三頁以下。
- (82) 濱田新「幫助犯の処罰範囲定理論について」法学政治学論究九三号(二〇一二年) 二五三頁以下参照。
- 〔追記〕 校正の段階で、水落伸介「共謀の射程について」大学院研究年報法学研究科篇四四号(二〇一五年) 一六一頁以下、成瀬幸典「共謀の射程について」刑事法ジャーナル四四号(二〇一五年) 一〇頁以下に接した。これらの論文の検討は他日を期したい。