

共謀の射程の意義

十 河 太 朗

- I はじめに
- II 共同正犯の成立要件と共謀の射程
 - 1 共同正犯の成立要件
 - 2 共謀の射程の位置づけ
- III 共謀の射程の位置づけをめぐる学説の状況
 - 1 共犯の因果性と捉える見解
 - 2 共同正犯における因果性とする見解
 - 3 共犯性と正犯性を内容とする見解
 - 4 故意の問題とする見解
 - 5 共犯性、正犯性、故意の各問題の総称とする見解
- IV 共謀の射程が問題となる場面
- V 結 語

I はじめに

共謀の射程は、比較的新しい概念である¹⁾。そのため、共謀の射程という概念が何を意味するのか、どのような場面を想定した議論なのかについて必ずしも共通の理解が形成されているとはいえない。

共謀の射程が論じられる契機となったのは、最高裁平成6年12月6日判決（刑集48巻8号509頁）および東京地裁平成7年10月9日判決（判時1598号155頁）である。最高裁平成6年判決は、複数人が意思を通じて防衛行為としての暴行を行ったところ、一部の者が侵害終了後も暴行を継続し、その行為が量的過剰防衛に当たる場合に、他の者もその点について共同正犯が成立

1) 前田雅英「共謀の射程と承継的共同正犯」警察学論集51巻11号（1998年）157頁以下参照。

するかが問題となったものである。また、東京地裁平成7年判決では、昏酔強盗を共謀したところ、共謀者の一部が暴行を用いて財物を奪取し、通常の強盗を実行した事案において、他の者がその点について共同正犯としての責任を負うかが争われた。このように、共謀の射程は、共同正犯者の一部が当初の合意の内容を超える行為を行った事例を対象に論じられるようになったものである。そのため、①共同正犯者の一部については認識した事実と異なる事実が実現されたことになるが、故意は認められるのかという「故意の存否」、②合意の内容と異なる行為が行われた場合にも、共同正犯者の行為が実行行為および結果に対して因果性を有するのかという「共犯の因果性（特に心理的因果性）の限界」、③そのような場合にも共同正犯としての実体が備わっているといえるのかという「正犯性の限界」といった次元の異なる問題が、共謀の射程という概念の下で論じられてきた²⁾と指摘されている。

このような議論状況を反映し、共謀の射程の意義をどのように理解するかについて理解に違いが見られる。学説上は、共謀の射程を、上記②の共犯の因果性と捉える見解、上記③の共同正犯における正犯性と解する見解、上記②および③の両者とする見解、上記①から③のすべてを含める見解などが主張されており、そのために議論に混乱が生じている。

これに関連して、共謀の射程が共同正犯の成立要件のうちのいずれに関係するのかが明確でないとの指摘³⁾もなされている。特に共同正犯の成立要件自体について様々な見解が存在し、また、共謀の概念自体が多義的であることから、それに伴って、共謀の射程と共同正犯の成立要件との関係についても論者によって理解が異なっており、そのことが一層議論を複雑にしている。

また、上述したように、共謀の射程は、当初、量的過剰防衛と共同正犯や、共同正犯の過剰のように、共謀者の一部が合意の内容を超える行為を行った

2) 嶋矢貴之「共犯の諸問題—共犯と錯誤、共犯の離脱、承継的共同正犯、共謀の射程」法律時報85巻1号(2013年)33頁、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、第2版、2017年)438頁注1、橋爪隆『刑法の悩みどころ』(有斐閣、2020年)311頁。

3) 照沼亮介『「共謀の射程」と「教唆の射程」について』『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)199頁以下参照。

場合について議論されていた。しかし、近時は、共同正犯関係の解消の問題についても共謀の射程の観点から解決がはかろうとする見解が見られるようになってきた。更に、それを一歩進めて、共同正犯の過剰の問題と共同正犯関係の解消の問題とを厳密に区別して論じる必要はなく、いずれも共謀の射程の観点から解決しようとの指摘も現れており、共謀の射程がどのような場面を想定した議論なのかは必ずしも明瞭ではない。

このように、共謀の射程をめぐる議論状況は、複雑な様相を呈しており、混乱が生じている。学説においては、こうした状況を問題視し、議論の混乱を避けるために「共謀の射程」という用語を使用すべきでないとの指摘⁴⁾すらなされている。

それでは、共謀の射程の概念は何を意味し、共同正犯の成立要件とどのような関係に立つのであろうか。また、共謀の射程は、どのような問題を解決するための議論なのであろうか。この点について共通の理解のないまま共謀の射程の判断基準について議論しても、生産的な議論にはならないであろう。そこで、本稿は、共謀の射程の意義や位置づけをめぐる従来の議論を整理し、その望ましい姿について検討を加えることにしたい。

II 共同正犯の成立要件と共謀の射程

1 共同正犯の成立要件

最初に、共同正犯の成立要件および共謀の射程に関する私見の概要を示しておきたい。

(1) 共同正犯の成立要件については様々な見解が主張されているが、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を共同正犯の成立要件の中核とするのが、伝統的な理解であるとい

4) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（判例時報社、2018年）655頁。

ってよい⁵⁾。

学説上は、こうした伝統的な整理に代えて、因果性および共同性ないし正犯性(重大な寄与)を軸に共同正犯の成立要件を再構成する見解⁶⁾が有力に主張されている。その根底には、他人の行為・結果の帰属および正犯性という共同正犯の法的効果に対応した成立要件の構築が必要であるとの理解に加えて、共謀の概念やその中で考慮される正犯意思の概念が不明確であるという問題意識が存在する。

本稿では、共同正犯の成立要件について詳述する余裕はないが、実務において「共謀」の概念が定着していること、共同正犯の事例の実態から見ても、まず行為者間に犯罪遂行について合意が形成され、次にその合意に基づいて実行行為が行われるという経過をたどることなどから、本稿は、上記の伝統的な理解に依拠することにした。

(2) 共謀とは、犯罪の共同遂行の合意をいう⁷⁾。犯罪の共同遂行の合意があったというためには、まず、犯行の本質的部分についての意思の連絡が存在することが必要である。意思の連絡が存在することによって、他の関与者が行った行為から生じた結果についても因果関係を認めることが可能になる。

次に、犯罪の共同遂行の合意があったというためには、単に意思の連絡があっただけでは足りず、各関与者が他の関与者と協力して自分たちの犯罪を遂行しようという共同犯行の意識(正犯意思)が必要である。単なる意思の連絡は教唆犯や幫助犯においても存在しうるが、それを超えて各関与者が共

5) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第5巻』(青林書院、第3版、2019年)143頁以下〔村上光瑠〕参照。

6) 鳥田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか編『理論刑法学の探究③』(成文堂、2010年)51頁以下、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」『町野朔先生古稀祝賀 刑事法・医事法の新たな展開 上巻』(信山社、2014年)249頁以下、小林・前掲注4)623頁以下、亀井源太郎「共謀共同正犯を巡る議論の在り方について」慶應法学31号(2015年)169頁以下、橋爪・前掲注2)328頁以下。更に、杉田宗久ほか「共犯(1)―共謀共同正犯の成立要件(上)」判タ1355号(2011年)75頁以下、同ほか「共犯(1)―共謀共同正犯の成立要件(下)」判タ1356号(2011年)50頁以下参照。

7) 司法研修所編『難解な法律概念と裁判員裁判』(法曹会、2009年)56頁、裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案』(司法協会、4訂版、2016年)352頁以下。

同犯行の意識を有することが、共同正犯の正犯性を基礎づける要素の1つとなる⁸⁾。共同正犯においては、各人の行為を合わせて構成要件該当性が判断されるが、その基礎になるのは共同犯行の意識である。

(3) 共同正犯は、少なくとも共謀者の1人が実行行為を行ってはじめて成立する。ただ、その実行行為は、「共謀に基づいて」行われたといえなければならず、実行行為が「共謀とは無関係に」行われたのであれば、共同正犯の成立は認められない。共謀に基づいて実行行為が行われたといえるためには、第1に、共謀が実行行為に対して因果性を有していること、第2に、共謀の射程が実行行為に及んでいることが必要である。

第1に、各人の関与した共謀と実行行為との間には因果関係がなければならぬ。この因果関係は、単独犯の場合と同様に、事実的因果関係と法的因果関係を内容とする。事実的因果関係については、条件関係までは不要であり、実行行為を遂行しやすくし、あるいは結果発生の確率を高めたというように、実行行為の強化および結果の促進を内容とする促進的因果関係があれば足りる。また、法的因果関係については、共謀の危険が現実化したことが必要であろう。共謀が当該実行行為の行われる直接の原因を形成し、あるいは共謀が当該実行行為を誘発したといえることを要する。

第2に、相互利用補充関係⁹⁾ないし共同性が必要である。共同正犯は、教唆犯や幫助犯と異なり正犯として扱われるのであるから、単に因果性を有しているだけではなく、正犯性を基礎づける実体を備えていることが必要となる。正犯性を基礎づけているのは、各関与者が他の関与者と協力して自分た

8) 曲田統『共犯の本質と可罰性』(成文堂、2019年)20頁以下は、関与者における目的・計画への主観的適合傾向および関与者相互の主観的結束性を内容とする(狭義の)共同意思主体が共同正犯の成立を基礎づける主観的要素であるとする。

9) 近時、共謀共同正犯における支配型においては相互利用補充関係が存在しないから、相互利用補充関係という概念によって共同正犯の本質を説明することはできないとの理解が多数を占めている。橋爪・前掲注2)340頁、豊田兼彦「共犯の因果性—承継的共犯の問題を中心に—」*刑事法ジャーナル*44号(2015年)6頁注15、照沼・前掲注3)208頁。筆者は、各人が意思連絡のもと相互に協力し合って構成要件の実現に重大な寄与をしたことという意味で「相互利用補充関係」という語を用いており、支配型においてもそのような関係は認められると解している。大谷實『刑法講義総論』(成文堂、新版第5版、2019年)410頁参照。

ちの犯罪を遂行しようという意識の連絡のもと、実際にも重大な寄与をして構成要件を実現するという相互利用補充関係ないし共同性である。そうだとすれば、「共謀に基づいて」実行行為が行われたというためには、単に共謀が実行行為に対して因果性を有しているだけでなく、共謀によって形成された相互利用補充関係ないし共同性が保たれた状態で実行行為が行われることを要する。

(4) 故意犯の場合には、上記の共同正犯の成立要件とは別に、故意が必要となる。故意と共謀とは、事実上、重なる部分も多いが、異なる要件である。先述したように、共謀は、犯罪の共同遂行の合意であるのに対し、故意は、犯罪事実の認識、認容であるから、共同正犯における故意は、共謀を含む共同正犯の成立要件に該当する事実の認識、認容である。

(5) なお、こうした成立要件は、共謀共同正犯の場合と実行共同正犯の場合とで違いはない。学説上は、共謀共同正犯と実行共同正犯の違いを重視し、両者の成立要件を異なるものとする見解¹⁰⁾も有力に主張されている。しかし、共謀共同正犯と実行共同正犯の区別は連続的であり、必ずしも両者を明確に区別することはできないであろう。共謀共同正犯か実行共同正犯かは、共謀に基づいて行われた実行行為を一部の者が担当したか、全員が担当したかの違いにすぎず、いずれも、共謀に基づいて構成要件が実現されたことに変わりはなく、両者の間に質的な違いがあるとは解されない¹¹⁾。

2 共謀の射程の位置づけ

(1) 上述したように、共同正犯が成立するためには、実行行為が「共謀に基づいて」行われる必要があるところ、その内容は、共謀が実行行為に対して因果性を有していること、および、共謀によって形成された相互利用補充関係ないし共同性が保たれた状態で実行行為が行われることにある。

前者すなわち共犯の因果性は、広義の共犯に共通する要件である。個人責

10) 樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）142頁以下。

11) 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016年）338-339頁。

任の原則を前提とする限り、自己の行為と因果性を有する結果についてのみ責任を問われるべきであり、このことは、いずれの関与形式にも同様に妥当するはずだからである。したがって、共犯の因果性が認められないときは、共同正犯だけでなく、教唆犯や幫助犯も成立しない。

これに対し、後者は、共同正犯の正犯性を基礎づける要素であり、共同正犯に固有の要素である。したがって、この点が欠けるときには、共同正犯の成立は否定されるが、教唆犯や幫助犯の成立可能性は残る¹²⁾。

(2) 私見によれば、共謀の射程は、後者の問題である。共同正犯の過剰の問題は、従来、主として錯誤論の観点から論じられてきたが、錯誤の問題を論ずる前提として、そもそも実行行為が「共謀に基づいて」行われたかどうかを検討することが必要であるにもかかわらず、この点についてあまり意識的に論じられてこなかったのではないか。また、共謀に基づいて実行行為が行われたかどうか論じられるとしても、それは一括りに「共犯の因果性」の問題であるとされ、広義の共犯に共通する因果性の問題と、共同正犯に固有の正犯性の問題とが判然と区別されてこなかったのではないか。このような問題意識から、筆者は、前稿¹³⁾で共謀の射程を共同正犯の正犯性の問題と位置づけ、その判断基準について検討を加えたのである。

相互利用補充関係ないし共同性は、物理的にも心理的にも各人が協力し合って構成要件を実現することを内容とするから、共謀の射程が実行行為に及んでいるかどうか、客観的な事情および主観的な事情の両面から判断されることになる。具体的には、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・場所的接性など）、④過剰結果への関与の程度、⑤犯意の単一性、継続性、⑥動機・目的の共通性、⑦

12) 内海朋子「共謀の射程論における行為計画に関する一考察」『山中敬一先生古稀祝賀論文集[上巻]』(2017年) 657頁。

13) 拙稿「共謀の射程について」川端博ほか編『理論刑法学の探求③』(成文堂、2010年) 74頁以下参照。

過剰結果の予測の有無、予測可能性の程度といった事情が考慮される¹⁴⁾。

(3) 私見に対しては、広義の共犯に共通の要素である「因果性」と、共同正犯に固有の要素である「正犯性」との両者を共謀の射程の概念に取り込んでおり、妥当でないとの批判¹⁵⁾がある。確かに、両者は、いずれも「共謀に基づいて」実行行為が行われたかどうかの問題ではある。しかし、上述したように、筆者は、共謀の射程を専ら共同正犯における正犯性の問題と捉え、共犯の因果性は共謀の射程とは別の問題であると考えており¹⁶⁾、上記の批判は妥当しない。

また、「共謀の射程」という表現を用いなくても、伝統的な「共犯の因果性」という用語を使えば足りるのであるから、「共謀の射程」という概念を使用すべきでないとの指摘¹⁷⁾もなされている。しかし、繰り返し主張しているように、共謀の射程は、共同正犯における正犯性を基礎づけるという点で共同正犯に固有の要素であって、広義の共犯に共通する「共犯の因果性」とは異なる。むしろ、「共犯の因果性」という概念だけでは共同正犯の正犯としての性質を包摂することができないことから、筆者は、あえて「共犯の因果性」ではなく「共謀の射程」という表現を用いたのである。

相互利用補充関係は共同正犯に固有の要素であるから、本稿のように、共謀の射程を相互利用補充関係の問題と捉えると、共謀の射程が否定された場合に共同正犯の成立が否定されても、狭義の共犯は成立しうるということになるが、そのような結論は、少なくとも前掲最高裁平成6年判決の狙うところではないとの批判¹⁸⁾もある。しかし、共謀者の一部が量的過剰防衛を行った場合には、常に他の共謀者について共同正犯の成立が否定されるわけではなく、共謀の射程が否定されずに共同正犯が成立したり、狭義の共犯が成

14) 拙稿・前掲注13) 98頁以下参照。

15) 橋爪・前掲注2) 312頁。

16) 共犯の因果性と共同正犯性とを区別し、共謀の射程が後者の問題であることは、拙稿「共謀の射程と共同正犯関係の解消」同志社法学67巻4号(2015年)393頁以下で示した。

17) 小林・前掲注4) 655頁。

18) 亀井源太郎『「共謀の射程」について』法学会雑誌56巻1号(2015年)435頁。

立したりする余地はあるといえる¹⁹⁾。

Ⅲ 共謀の射程の位置づけをめぐる学説の状況

1 共犯の因果性と捉える見解

(1) こうした私見とは異なり、学説においては、共謀の射程を共犯の因果性とりわけ心理的因果性の意味に理解する見解（第1説）が有力である。共謀の射程が「共謀に基づく」結果惹起を意味するのであれば、共謀による心理的因果性として位置づけるのが適当であるというのである²⁰⁾。

この見解によると、因果関係は行為の危険の現実化であるとされているところ、これを前提に、共謀の射程とは、共謀の危険の現実化として実行担当者の行為が行われ、結果が発生したことをいう。共犯の因果性は広義の共犯に共通の要素であるから、共謀の射程が結果に及ばない場合は、共同正犯だけでなく教唆犯や幫助犯も成立することはなく、共謀者はおよそ罪責を負わないこととなる²¹⁾。共謀の射程の有無を判断するにあたっては、実行担当者の動機の同一性・連続性が重視される²²⁾。

(2) 一般に、共犯の因果性は、単独犯の場合に比べて広く認められている。そのため、第1説に対しては、共謀の射程を共犯の因果性と捉えると、共謀の射程が否定される場合はあまり多くないのではないかという疑問が生じる²³⁾。これに対し、第1説は、共犯の因果性といっても、促進的因果関係と

19) 拙稿「共謀の射程と量的過剰防衛」『川端博先生古稀記念論文集 [上巻]』（成文堂、2014年）724頁以下参照。

20) 橋爪・前掲注2）311頁。

21) 水落伸介「共謀の射程について」中央大学大学院研究年報44号（2014年）165頁以下も、共謀の射程を因果性の問題とし、広義の共犯に共通する問題であるとする。ただし、過剰な結果を他の共犯者が認識・予見していない場合、または、過剰な結果を惹起した行為者において共謀に従って犯罪を実行した認識がない場合に、共謀の射程を否定する。

22) 橋爪・前掲注2）313頁以下。

23) 拙稿・前掲注13）93-94頁参照。

いう事實的因果關係に尽きるわけではなく、共謀の危険實現という法的因果關係をも内容とするので、実行担当者が共謀の内容から大幅に逸脱した犯行を實現した場合には、促進的因果關係は否定されないとしても、実行担当者の意思決定は類型的に共謀内容から誘発されうる内容ではなく、独自の意思決定と評価すべきであるとして、共謀の危険實現を否定することは可能であると主張する²⁴⁾。たとえば、暴力団員の組長であるXが、当初はAらとの抗争を避けようとしていたものの、構成員から突き上げられてようやくAの拉致を許し、Aに対する監禁や暴行・傷害をYらと共に謀したところ、YらがAの拉致に失敗したが、Xが消極的な対応に終始していたことから、これに苛立ったYらがXを除いて自分たちの面子、意地のためにA殺害を計画し、これを実行したという東京高判昭和60年9月30日(判タ620号214頁)の事案では、XとYらの共謀の射程はAの殺害には及ばない²⁵⁾。

しかし、危険の現実化説における「誘発」とは、介在事情の介入が「十分にあり得る事態」であることをいい、高度の蓋然性が要求されるわけではなく、例外的な事態が生じた場合に限り因果關係が否定されるとされている²⁶⁾。そうだとすると、共謀の危険の現実化も、共謀から当該実行行為が行われることが十分にありうるといえば、共謀の危険が現実化したといえることになり、共謀の射程が否定されるのは例外的な事例に限られることになろう。たとえば、上記の東京高裁昭和60年判決の事案のように、共謀者が犯行を行っているうちに次第にエスカレートしたり状況が変化したりして、当初の予定とは異なる動機や異なる行為態様で犯行が行われることは決して稀ではない。このような場合、共謀の危険の現実化は肯定せざるをえないのではないだろうか。そのような場合に共同正犯の成立を否定するのであれば、因果性の存否だけでなく正犯性の存否の観点から解決する必要がある。

(3) 先述したように、筆者は、共謀の射程を共同正犯における正犯性に係

24) 橋爪隆「共同正犯をめぐる諸問題(4)―共謀の射程について」警察学論集70巻10号(2017年)165頁。

25) 橋爪・前掲注2)316-317頁。

26) 橋爪・前掲注2)19頁。

る要素と捉え、共謀の射程が否定された場合にも狭義の共犯が成立する余地は残ると考えている。これに対し、第1説は、共謀の射程の有無が論じられる場面では、「共謀と無関係な犯行」として関与者がおよそ罪責を負わない場合か否かが問題とされているのであるから、正犯性の存否ではなく、広義の共犯に共通する因果性の存否を問題にした方が適切であるとする²⁷⁾。

確かに、共同正犯の過剰においては、共謀の射程が否定されて共同正犯が成立しないときには、教唆犯および幫助犯も成立せず、関与者がおよそ罪責を負わない場合が通常であろう。しかし、それは、犯行決意の喚起という教唆犯の成立要件、および、犯行の促進という幫助犯の成立要件を満たさないからであると考えられる。また、後述するように、共同正犯関係の解消についても共謀の射程は問題となるが、この場合には、共同正犯の成立が否定されながら幫助犯が成立する事例は少なくないであろう。

第1説も、共同正犯の成立要件として、共謀の射程すなわち共謀の因果性とは別に正犯性も要求しており、正犯性が否定されたときには狭義の共犯の成立可能性が残るとしている²⁸⁾ため、結論において私見と異ならず、単に用語法の違いにすぎないともいえる。ただ、「共謀」という用語は、伝統的に共同正犯に固有の概念として用いられてきたのであるから、「共謀の射程」も共同正犯に固有の要素と解する方が自然であると思われる。

2 共同正犯における因果性とする見解

(1) 共謀の射程を共同正犯における因果性と捉える見解（第2説）も唱えられている。

第2説は、第1説と同じく、共謀の射程を共同正犯における因果性（結果帰属）と理解し、その内容を、当初の意思連絡による実行行為の「誘発」とする。しかし、それは、広義の共犯に共通するものではなく、共同正犯に固有の因果性であるとする点で、第1説と異なっている。

27) 橋爪・前掲注24) 165頁。

28) 橋爪・前掲注2) 312頁。

第2説によると、共同正犯は、教唆犯と異なり共犯者間相互における「双方向的な意思の連絡」を成立要件とするため、共同正犯における因果性の判断においては、動機の同一性・連続性を考慮するだけでなく、当初の意思連絡と実行行為との比較対照をする必要がある。したがって、動機の同一性・連続性が肯定されるとしても、実際に行われた行為が当初の合意内容から大きくかけ離れており、もはや「誘発」したとも評価しえない極めて異質なものになったときには、共同正犯における因果性が否定され、共謀の射程外となる。ただ、その場合でも、教唆犯としては因果性が肯定される余地はある。共同正犯は、双方向的な意思の連絡を成立要件とすることから、因果関係を判断する際には、意思連絡の範囲内という制約が要求されるのに対し、教唆犯の場合には、双方向的な意思の連絡は成立要件でないから、実現された事実が背後者の側における当初の認識と厳密に一致している必然性はないのである²⁹⁾。

(2) 第2説は、共謀の射程を共同正犯に固有の要素と位置づけ、共謀の射程が否定されたときに狭義の共犯の成立する余地を認めており、その点では本稿の理解と一致している。ただ、第2説が共謀の射程を共同正犯における因果性と解し、その内容を意思連絡による行為の「誘発」としていることから、第1説について述べた疑問が第2説においても生じる。

この点について、第2説は、双方向的な意思連絡を成立要件としない教唆犯に比べ、双方向的な意思連絡を成立要件とする共同正犯においては因果性の範囲が限定されるとする。確かに、双方向的な意思連絡の有無は、因果性の判断において重要な事情となる。しかし、實際上、教唆犯においても双方向的な意思連絡が存在する場合が多く、その場合には双方向的な意思連絡の存在やその内容を考慮して因果性の有無を判断せざるをえないのではないだろうか。そうだとすれば、因果性は、関与形式の違いではなく個別の事実関係の違いに応じて判断されるべきであり、因果性の判断基準自体は共同正犯

29) 照沼・前掲注3) 203頁以下。同旨、尾棹司「『共謀の射程』論の意義について」明治大学大学院法学研究科法学研究論集50号(2019年)91-92頁。

と狭義の共犯とで変わらないということになる。

むしろ、共同正犯と狭義の共犯という関与形式によって違いがあるとすれば、それは正犯性の有無である。前述したように、共同正犯の正犯性の根拠は、相互利用補充関係ないし共同性にあり、これを共謀の射程の内容とすべきであると解される。もっとも、第2説も、因果性とは別に正犯性（重大な寄与）を共同正犯の成立要件としている³⁰⁾ことから、共同正犯における因果性が肯定されても正犯性が欠ければ共同正犯の成立は否定されると考えられ、そうだとすれば、結論としては本稿と大きく変わらないともいえる³¹⁾。

(3) 学説の中には、共謀の射程は、共謀と共同実行行為および結果の間における行為計画連関性によって判断されるとする見解も唱えられている。この見解は、共犯理論を因果性の概念だけでは説明することはできないとの問題意識から、共同正犯、教唆犯、幫助犯という各共犯類型を異なる規範違反行為、異なる危険創出形態と捉え³²⁾、そのうち共同正犯は、合意の拘束力を通じて共同行為計画の実現に向けて動機統制と行為統制がなされるところに本質があり、共同行為計画の実行による危険創出およびその客観的な実現を根拠に共同正犯の客観的帰責が認められると主張する³³⁾。このような理解からは、共謀の射程は、共謀を通じて成立した共同行為計画の範囲内に結果が収まっているかどうかという行為計画連関性によって判断されることになる³⁴⁾。

この見解は、第2説と同じく各関与形式の構造の違いに着目し、共同正犯に固有の結果帰属原理を提示するものであるが、共謀の射程を因果性の観点だけで説明することはできないとしている点は支持しうる。ただ、この見解

30) 照沼・前掲注6) 258頁以下、同・前掲注3) 207-208頁。

31) 第2説が、因果性とともに正犯性も共謀の射程の内容に含めているのであれば、後述する第3説に対する批判が第2説にも妥当することになる。

32) 内海朋子「共同正犯における行為計画に関する一考察」慶應法学37号（2017年）174頁以下。

33) 内海朋子「共犯における危険創出と危険実現について」『日高義博先生古稀祝賀論文集 上巻』（成文堂、2018年）436頁以下、同・前掲注32) 175頁以下。

34) 内海・前掲注33) 435頁以下、同・前掲注12) 656-657頁。

は、本稿の見解のように広義の共犯に共通する因果性と共謀の射程とを分けて検討する必要はなく、上述した共同正犯としての帰責判断を一括して行えば足りるとする³⁵⁾。いずれにしても結論自体は大きく異ならないともいえるが、既に述べたように、共犯の因果性と共謀の射程とは内容および法的効果の点で異質であるから、両者を区別して判断するのが適切であろう。

3 共犯性と正犯性を内容とする見解

(1) 更に、広義の共犯に共通する因果性と共同正犯の正犯性との両者を共謀の射程の概念に含める見解（第3説）も存在する。

この見解によると、共犯者が逸脱行為・過剰行為を行った場合、逸脱行為・過剰行為が共謀の影響によって誘発されうるものと評価されるのは、共同正犯の「共犯性」を基礎づける「共謀と逸脱行為・過剰行為との心理的因果関係」、「逸脱行為・過剰行為の共謀への『共犯』としての帰属」にすぎない。しかし、共謀の射程の議論においては、逸脱行為・過剰行為を他の共犯者に「共同『正犯』として帰属する」ことの可否も問われているから、共謀と逸脱行為・過剰行為との心理的因果性だけでなく、それが「正犯性」を基礎づける実質を備えているか否かも検討されなくてはならない。この意味で、共謀の射程には、共犯性と正犯性の2つの問題が含まれる。正犯としての帰属は、相互利用補充関係によって基礎づけられる³⁶⁾。

(2) 第3説が、広義の共犯に共通する因果性と共同正犯に固有の正犯性とを区別し、共同正犯の成立には両者が必要であるとしている点は妥当である。また、両者は、いずれも「共謀に基づいて」実行行為が行われたかどうかの問題であるとしている点も支持しうる。しかし、因果性は、それが欠ければ

35) 内海・前掲注33) 441頁以下注8。

36) 成瀬幸典「共謀の射程について」刑事法ジャーナル44号（2015年）12-13頁。高橋則夫『刑法総論』（成文堂、第4版、2018年）465頁は、因果性の欠如か相互利用・補充関係の欠如のどちらかが認められれば共謀の射程外であるとする。更に、仲道祐樹「共謀による義務付けと共謀の射程」高橋則夫ほか『理論刑法学入門—刑法理論の味わい方』（日本評論社、2014年）237頁以下参照。

共同正犯だけでなく教唆犯および幫助犯の成立も否定されるのに対し、正犯性は、それが欠けたときに共同正犯の成立は否定されても、教唆犯および幫助犯の成立する余地は残る。このように、両者は法的効果を異にする以上、共謀の射程の概念に両者を盛り込むことは議論の混乱を招くおそれがあり、適切とはいいがたい。

4 故意の問題とする見解

(1) 共謀の射程を構成要件の故意の問題と位置づける見解（第4説）も存在する。この見解は、共同正犯の過剰について、まず因果性（物理的因果性または心理的因果性）の有無を検討し、因果性が存在すれば、次に構成要件の故意の存否を判断すると解決方法を示した上で、構成要件の故意の中で共謀を論じるべきであるとする。この見解によると、構成要件の故意とは、行為計画に基づいた故意をいい、具体的には、過剰行為に動機・目的の同一性（連続性）が認められるか、行為者が過剰行為を予見可能であったか（随伴性があったか）、過剰行為が当初の行為と質的に同一のものであるかといった点から、過剰な行為が行為計画に基づいた故意の範囲にあったか否かを判断し、この点が肯定されるときに共謀の射程が認められることになる³⁷⁾。

(2) しかし、共謀の射程を故意の問題に位置づけることには疑問がある。故意とは構成要件に該当する事実の認識、認容であり、また、共同正犯の客観的要件は共謀の存在および共謀に基づく実行行為であるとする、共同正犯における故意は、共謀の存在および共謀に基づく実行行為を認識し、認容していることをいうことになる。先述したように、共謀の射程は、共同正犯の成立要件のうち、「共謀に基づいて」実行行為が行われたか否かの問題であるから、共謀の射程と共同正犯における故意とは次元が異なるというべき

37) 樋笠堯士「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号（2016年）214頁以下。鈴木彰雄「共謀共同正犯における『共謀の射程』について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010年）517頁以下も、関与者が認識していた範囲あるいは意思疎通のあった範囲を共謀の射程としていると考えられる。

である³⁸⁾。

たとえば、甲と乙が生活費欲しさから窃盗を共謀したところ、乙が同じ動機でとっさに暴行・脅迫を用いて金品を強取した場合、通常、動機の同一性や予見可能性などの点から、共謀の射程は乙による金品の強取にまで及ぶといえよう³⁹⁾。しかし、この場合、甲と乙の合意の内容および甲の認識事實は窃盗にすぎないから、乙の強盗は、共謀および甲の故意の範囲外だったといわざるをえない。仮に甲と乙が「暴行・脅迫を用いない」と約束していたとしても、共謀の射程が強盗に及ぶ場合もありうるが、この場合に、強盗が共謀や行為計画に基づいた故意の範囲内であったということには無理があろう。

5 共犯性、正犯性、故意の各問題の総称とする見解

(1) 共謀の射程の概念に、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題をすべて含める見解（第5説）も唱えられている。

この見解は、共謀概念が複数の役割を担わされたために議論が混乱してきたとの理解から、共謀概念を、共犯性の問題、正犯性の問題、故意の問題という3つの場面に分解すべきであると主張する⁴⁰⁾。学説上、こうした共謀概念の多義性を踏まえ、共謀概念を分解して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、論者も含めてなされているが、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言い切れず、そのような現状を踏まえると、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更に混乱するおそれがあるとの見方を示す。そこで、共謀の射程の概念には、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であると主張する。

38) 松原・前掲注2) 89頁、橋爪・前掲注2) 315-316頁、橋爪・前掲注24) 166-167頁参照。

39) ただし、甲には窃盗の認識しかないため、窃盗罪の限度で共同正犯が成立する。

40) 亀井源太郎「共謀共同正犯における共謀概念」法学研究84巻9号(2011年)115-116頁、亀井・前掲注6) 165頁以下。

「共謀の射程」という概念は、既に一定のイメージを伴った概念として定着しており、そのような状況においては、一定の立場から新たな理解を提唱するより、既に共有されつつあるイメージを前提としながらお分析的な議論を試みる方が⁴¹⁾、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というのである⁴¹⁾。

(2) 共謀の概念が多義的であり、論者によってその意味するところが異なっていることが混乱を招いており、それに伴い、共謀の射程をめぐる議論も混沌としていることは、この見解の指摘するとおりであろう。また、従来、共謀の射程をめぐる議論は、共犯性（因果性）の問題、正犯性の問題、故意の問題に整理されることも、的確な指摘である。

しかし、そのような状況だからこそ、共謀の射程の概念が何を意味するのか、どのような意味で用いられるべきかを明確にすることが必要なのではないだろうか。確かに、共謀の射程をめぐる現在の議論状況を見ると、学説においてすぐに共通の理解が形成されるとは考えづらいが、だからといって、共謀の射程の意義を特定する努力を放棄し、次元の異なる複数の問題の総称としたのでは、共謀の射程をめぐる議論は一層複雑になるおそれがあるように思われる。

IV 共謀の射程が問題となる場面

以上の理解を踏まえて、共謀の射程がどのような問題を解決するための議論かを確認しておくことにしたい。

(1) 共謀の射程が特に問題となるのは、共謀者の一部が合意の内容と異なる実行行為をあえて行った場合である。

当初、共謀の射程は、量的過剰防衛と共同正犯の事例や共同正犯の過剰の事例を想定して論じられてきた。正当防衛の遂行に合意した者の一部が侵害

41) 亀井・前掲注18) 437-438頁。

終了後も反撃行為を継続して量的過剰防衛を行った場合や、共謀者の一部が合意の内容より重い構成要件を実現した場合に、合意の内容と異なる行為が果たして「共謀に基づいて」行われたといえるのかが問われたのである。

これらは、いずれも共謀者の一部が合意の内容を超える実行行為を行った場合である。こうした見地からは、結果的加重犯の共同正犯においても共謀の射程の視点が重要になるであろう。従来、基本犯の共同正犯者の一部が加重結果を惹起したときには、全員に結果的加重犯の共同正犯の成立が広く認められてきた。しかし、重い結果を生じさせた行為が基本犯の共謀に基づいて行われたといえるかという観点から、結果的加重犯の共同正犯の成立範囲を合理的に限定する必要がある⁴²⁾。

(2) 共同正犯関係の解消においても、共謀の射程の観点から解決が必要となる⁴³⁾。共同正犯関係の解消が問題となるのは、共同正犯の過剰と異なり、当初の共謀の内容と同じ構成要件の行為が実行される場合である。しかし、共同正犯関係の解消は、共謀成立後に状況に変化が生じ、当初の共謀の内容とは異なる形で犯罪事実が実現されたという点では、共同正犯の過剰の問題と共通している⁴⁴⁾。

実際、共同正犯の過剰と共同正犯関係の解消とが交錯する事例もありうる。たとえば、特殊詐欺事件では、共謀者の一部が利益を独占するため他の共謀者に隠れて犯行を行う事案が存在し、「抜き」と呼ばれている⁴⁵⁾。この場合は、合意の内容と同じ構成要件が実行される過程で共同者の一部が排除されるものであることから、共犯関係の解消の問題として解決されてきたが、共謀者の一部が当初の合意の内容を超えて実行行為を行ったという点では共犯と過

42) 拙稿「結果的加重犯の共同正犯に関する一考察」同志社法学69巻7号(2018年)963頁以下参照。

43) 前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版会、第7版、2020年)366頁、小池信太郎「共犯関係の解消」法学教室469号(2019年)118頁、橋爪・前掲注2)368頁以下。

44) 拙稿・前掲注16)393頁以下参照。

45) 伊藤嘉亮「特殊詐欺における承継的共同正犯と共謀の射程」法時91巻11号(2019年)73頁参照。

剰の場面とも共通する。また、窃盗を共謀したところ、他の共謀者が強盗を開始したため、これを止めようとした場合のように、合意の内容と異なる構成要件に該当する行為が行われたという点では共同正犯の過剰に当たるが、他方、他の共同者の犯行を止めようとしたという点では共同正犯関係の解消の観点からの解決も必要となる場合も考えられる。

(3) このように考えると、量的過剰防衛と共同正犯、共同正犯の過剰、結果的加重犯の共同正犯、共同正犯関係の解消は、いずれも合意の内容と異なる形で実行行為が行われたために当初の「共謀に基づいて」実行行為が行われたといえるかが問題となる点では共通している。これらの問題は、共謀の射程という観点から統一的な解決を図ることが望ましいように思われる。

V 結 語

共謀の射程を共同正犯の成立要件のどこに位置づけるかについては、様々な理解が存在する。ただ、これまで諸説の主張の内容を検討してきたところによると、以下の点については、ほぼ共通の理解が形成されているとよい。すなわち、①広義の共犯に共通する要件として共犯の因果性が必要であること、②共同正犯が成立するためには、広義の共犯に共通する因果性とは別に、共同正犯に固有の結果帰属または正犯性が必要であること、③広義の共犯に共通する因果性は認められ、共同正犯に固有の結果帰属または正犯性を欠くときには、共同正犯の成立は否定されても、教唆犯や幫助犯の成立する可能性は残ることなどである。各説の違いは、共謀の射程を①の問題と捉える（第1説）か、②に位置づける（第2説）か、①と②の両者を含む（第3説、第5説）かという用語法の問題にすぎないともいえる。

その意味では、いずれの理解に立ったとしても結論に大きな違いはないのかもしれない。ただ、共謀の射程を共同正犯の成立要件のどこに位置づけるかは、その判断基準に影響を及ぼす可能性がある。現在の議論状況を見ると、共謀の射程の概念に関する理解がにわか統一されるとは考えづらいが、少

なくとも共謀の射程の概念がどのような意味で用いられているかを確認しつつ議論する必要があるだろう。

本稿は、JSPS 科研費 JP15K03182の成果の一部である。