

共犯と錯誤

二八

植田重正

一 共犯と目的（及び打撃）の錯誤

二 共犯とその超過の問題

三 共犯と方法的類型の錯誤

一

一 共犯と目的（又は客體）の錯誤については、正犯の場合と同じく、大別して同一類型内（同一構成要件内）の錯誤と、異種類間の錯誤との二つがある。先ず、前者から考察する。

同一類型内の目的の錯誤については、いわゆる具體的符合説を採る見地からは別であるが、法定的符合説を採る見地からは、正犯の場合と同じく、結果に對し共犯の成立を否定しない。例えばAが甲を殺すようにBに教唆したところ、Bが乙を殺したような場合、Aは乙に對する殺人の教唆犯となる。Aが甲家に侵入盗取することをBに教唆したところ、Bが乙家に侵入盗取した場合も亦同様であつて、Aは窃盜の教唆犯である。尤も、注意を要するのは、かような場合でも、被教唆者たるBがAの教唆と關係なく、全く別の決意からその犯罪に出たと解されるような場合は、

Aは結果に對し因果關係がないから、固より別論であるということである。例えば、Aが甲を殺すべくBに教唆したところ、Bがたまたま平素から仇敵視している乙を殺したような場合とか、或いはAが甲家から盜るべく教唆したところ、Bがより貪欲的動機から全く別の市區に住む乙家に侵入盜取したような場合がこれである。かような場合は、何らか特殊の事情を考慮に入れると別であるが、一般論としては、Aには一應條件關係はあつても、むしろB独自の決意に基いて犯行に出たものと解するのが相當であり、従つてAは結果に對し責任を負わない。だから、この點からみると、いわゆる共犯と目的の錯誤といつても、一般論としては、右の例で示すと、被教唆者Bが甲を殺すべく教唆されたのに乙を甲と錯誤してこれを殺した場合、或いは教唆者たるA自ら甲と乙とを錯誤してこれを殺すべくBに教唆して殺害させた場合を想定することが、より適切であるといわねばならぬ²⁾。

ところで、右のような同一類型内の目的の錯誤は、結果に對する共犯の成立を否定しないが、若しAがCを殺せと教唆したのに、被教唆者たるBがAの親DをCと誤認してこれを殺したような場合は、これを如何に考うべきであるか。BにDに對する殺人罪の成立することは固より言うまでもないが、Aについては問題がある。嚴格な法定的符號説の見地からすると、Aについてはこの場合Cに對する殺人未遂の教唆と、Dに對する過失致死の教唆(又は正犯)とが想像的競合に立つと考えられるが(尤もA自身に過失がないとすれば後者は無罪)、しかしDは現實に殺されているのであるから、かような場合は法定的符合に準じて考え、AにDに對する殺人既遂の教唆犯を認めるのが合理的であると解する(準法定的符合説³⁾)。固よりこの場合DはAにとつて直系尊屬であるが、AにはDを殺す意思はなかつたのであるから、刑法三八條二項によつて單に一九九條の教唆犯が成立するにすぎないのである。

註(1) Maunach, Deutsches Strafrecht, Allg. Teil, S. 554. なお最判昭二五・七・一一刑集四・七・一二六頁以下は、たとえ被

教唆者が教唆された家の隣家に侵入盗取したとしても、それが全く別の動機から行われたときは、その行為につき教唆犯の成立がないとしている。

(2) 嚴格にいうと、固有の意味で共犯の目的の錯誤という場合はこの後者の場合に限定されるであろうが、しかし餘りこの點に拘泥する必要はないとおもう。

(3) 通説である。若しこの場合にもなお法定的符合説を貫くとすると、例えば直系尊屬を他人と錯誤して監禁したり、遺棄したような場合でも無罪となり、又懐胎の婦女の同意がないのに同意があると錯誤して墮胎した場合も、同様墮胎罪としては無罪ということになる。準法定的（又は法益・構成要件）符合説はこの不合理を救うために生じた理論である。

二 ところで、目的の錯誤が右の範圍を超えて、全く異種の類型間の事實につき生じたときは、これを如何に解すべきであろうか。例えばAが他人の犬を殺すべくBに教唆したところ、Bが人を犬と錯誤して傷害したような場合がこれである。この場合、牧野博士の抽象的符合説によるとAは毀棄既遂罪の教唆犯となるが、宮本博士の可罰的符合説によると傷害罪の教唆犯（但し毀棄罪の刑を以て處罰される）となり、草野氏の抽象的符合説によると毀棄未遂罪の教唆犯となる、という結果に導かれる。しかし、別の機會で考察したように、私はこの種の超法定的符合説には賛成し兼ねるので、⁴⁾被教唆者たるBは（毀棄未遂と）過失傷害罪となるが、教唆者たるA自身には特に傷害の點で過失があつたと解されないから、毀棄未遂の教唆となつて無罪となると解する。尤も、A自身が人を犬と錯誤して殴打すべく教唆し、Bは錯誤なしに人を傷害する意思で殴打したような場合は別であつて、この場合はBは固より傷害罪の正犯であるが、Aは過失傷害罪の教唆犯となるであろう。⁵⁾従つて又、教唆者たるA自身右のように人を犬と錯誤して教唆し、被教唆者BもAと同様これを錯誤して人を傷害したとすれば、Bは過失傷害罪の正犯となるが、Aも又過失傷害罪の教唆犯になるといわねばならぬ。

それでは、次に右と逆に、Aが傷害の意思でBを教唆したところ、Bが犬を人と錯誤してこれを殺したような場合は、これを如何に考へべきであろうか。この場合も、右の牧野博士によるとAは毀棄既遂罪の教唆犯となり、宮本博士によつても亦同様毀棄既遂罪の教唆犯となるが、草野氏によると傷害未遂罪の教唆犯(但し毀棄罪の刑を以て處罰される)が成立する、ということになる。しかし、私見によると、この場合のBは傷害未遂と過失毀棄であるから無罪であり、Aも従つて又無罪であると解する。この點は、かかる目的の錯誤がA自身にあつてBに存しなかつた場合でも亦同様であつて、この場合はただBが毀棄既遂罪の正犯となるに過ぎない。従つて又、假りにこの種の錯誤がA、Bの兩者に同時にあつたときは、右と同じ見地から、いずれも共に無罪であると解さねばならぬ。

註(1) 牧野『日本刑法』上卷二二一頁以下。江家『刑法講義』總則篇三九四頁。

(2) 宮本『刑法大綱』一六五頁以下。

(3) 草野『刑法要論』九三頁以下。

(4) 植田『超法定的符合説について』人文科學論集(關西大學研究論集第一六號)一九頁以下參照。なお植田『刑法要説』總論一五八頁以下。

(5) 尤も過失の教唆犯(一般に共犯)を認めない見地からは、この場合Aは過失傷害の正犯となるであろう。

三 共犯と目的の錯誤の關係については、右に見たように法定的符合説(又は準法定的符合説)の限度で、結果に對する共犯の成立を認めてよいことになるが、この考え方はいわゆる打撃の錯誤の場合にも亦妥當すると考へてよいとおもう。尤も、打撃の錯誤については從來から學說の一部に具體的符合説の主張があり、特にドイツにおいては今日でもこの見解が可なり有力である¹⁾。しかし、この種の錯誤と目的の錯誤とは、なるほど前者が因果關係の錯誤たる點で後者とはその存在構造を異にはするが、このことによつてこの兩者を可罰評價上全く別に考へてよいかは

問題である。例えば、この見解によると、甲の犬を殺そうとして毒菓子を投げたところ、たまたまそれが豫見しない乙の犬のそばに轉がつてこれを殺した場合、或いは丙に暴行する積りで投石したところ、手もとが狂つてあらぬ方向に飛び豫期しない丁に命中した場合などは、すべてこれを無罪としなければならぬという結果となる。しかし、前記の超法定的事實の錯誤の場合のように、故意があつても結果がないとか、逆に結果の事實があつても故意のないような場合は已むを得ないが、この場合は行爲者に毀棄、暴行の故意があり、しかも本人の行爲を原因としてその結果が発生しているのであるから、これを特に可罰價值なきものとして刑法外に放逐することは、その理由に乏しいと考える。尤も、他面から考えると、若し甲を狙撃した弾が別人たる乙に中らなければ未遂であるのに、たまたまそれが乙に中つたという偶然によつて既遂（又は無罪のものがある）になるとするのは、行爲者に不當に刑責を認めるものだという見解があるかとおもうが、しかし發射した弾が本來行爲者の目的とした客體に中るかどうかということ自體、既に初めから偶然に屬することであるから、結局既遂か未遂か（従つて又有罪か無罪か）は一般に偶然によつて左右せられるということになる。従つて、行爲者の豫期しない乙に偶然に中つたことで既遂（又は有罪）を認めても、特にこれを不當にとりあつかうことにならないと考える。この意味で、私も亦多數説にしたがいたいとおもうが、その限り共犯と打撃の錯誤の場合も前記の如く共犯と目的の錯誤の場合と、同様に解して妨げないということになる。従つて、例えばAがBにCを射殺すべく教唆又は幫助したところ、BのCに對する狙撃によつてたまたまDが射殺されても、AにはDに對する殺人罪の教唆犯又は從犯が成立するということになる。そして又、この場合、假りに被害者DがAの親であつても（又はBの親であつても）、Aは三八條二項（又は六五條二項）により單に一九九條の教唆犯又は從犯となることも、右の目的の錯誤の場合と同様である。²⁾

註(三) H. Mayer, Strafrecht, S. 248; Kohlrausch-Lange, Strafgesetzbuch, 41 Auf., S. 209; Mezger, Strafrecht, 3 Auf., S. 417; Maurach, a. a. O., S. 255; Schönke-Schröder, StGB, 8 Auf., S. 309.

(2) なお、この外、例えば教唆者が射殺すべく教唆したのに被教唆者が斬殺又は毒殺したというように、具體的手段の點でそこがあつても、被教唆者が教唆によつて殺意をもつたかぎり、固より教唆犯の成立は阻却されない。指示した目的物と異なる物を盗んでも亦同様である。同様にして殺意のある者に七首を貸與して激勵したが、犯人がその七首を使用せず拳銃で殺したような場合でも、幫助者が精神的にこれを助長したかぎり、從犯の成立は阻却されないといわねばならぬ。

二

一 いわゆる共犯超過(又は過剩)の場合も亦共犯の錯誤の一場面と考えてよい。蓋し、共犯超過というのは、例えばAがBと共に窃盜の意思で他家に侵入したが、Bが強盜の意思で家人を脅迫して財物を強取したような場合をいうのであるから、Aにとつては意思と結果との間に一應不一致があり、その意味で錯誤があるといつてよいからである。この點は、例えばCがDに強盜を教唆したところ、Dが強盜殺人を犯した場合とか、又EがFの傷害行爲を幫助すべく七首を貸したところ、Fがそれで相手を殺害した場合などにも見られるのであつて、固より共同正犯の場合にかぎらない。そこで、以下共犯の錯誤の問題の一場面として、この共犯超過の問題を考えてみたいとおもう。

從來、この共犯超過の場合、學説は、そのいわゆる超過行爲については現にその行爲に出た者のみが責任を負い、その點に意思連絡のない他の共同者は原則として超過については責任を負わない、とする點では異なるところがない。つまり、右の最初の例でいうと、Aは窃盜として處罰され、Bは強盜として處罰される、という點では固より異見はないわけである。けれども、一步すすんで、それではこの場合、A Bに共犯關係があるのかどうか、若しあるとすれば¹⁾ どういう意味で共犯關係があるのか、という點になると、學説は必ずしも明確でなく又一致もしていない。尤も、結

論さえ變らなければ、この種の問題はさして重視すべきでないと考えられるかも知れないが、しかし私見ではこの問題はむしろ共犯の根本理論に關連するもので、單に結論の一致だけで片づけられない問題であると考ええる。この意味で以下この點につき、若干私見をのべてみたいとおもう。²⁾

註(1) 少し例は異なるが、Aが傷害の積りでBと共同したがBが殺害意思で相手を殺した場合、ABは共同正犯になるか否かにつき争いがある。ドイツの學説では、原則として身分による刑の加重減輕に準ずるような場合(例えば謀殺と故殺)には共同正犯關係を認めるようであるが、その他の場合はこれを認めないのが通説のようである(vgl. Maurach, a. a. O., S. 521; Schöke-Schröder, a. a. O., S. 236f.; Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., S. 115.)

(2) この點について特に問題となるのは、教唆犯や幫助犯の場合よりもむしろ共同正犯の場合である。従つて以下においても主として共同正犯を對象として、この問題を考えることとする。

二 共同正犯は一個の犯罪についてのみ成立するとする立場(一罪共同説又は犯罪共同説)を貫くと、右の設例の場合、Aは窃盜の故意Bは強盜の故意であるから、ABは共同正犯でなく、Aは窃盜Bは強盜の各單獨正犯が成立するとともに考えられるであろう。しかし、この見解は、現にAB兩者が共同して侵入、財物を盜取したという事實を無視する考え方であつて妥當でないのみならず、若しこの場合Aの物色範圍に適當な盜品がなく、Bが他家で家人を威嚇して強盜を遂げたとしても、Aはなお窃盜既遂でなくその未遂だということになる。しかし、この歸結の不當なことは、改めて説くまでもないであろう。そこで、一罪共同説の立場でも、この場合のABは、右の如く各自の單獨正犯を構成するものではなく、その構成要件が重なり合う限度で共同正犯を認めるべきだ、とする考え方がでてくる。つまり、他人の財物の盜取という點では、この場合のABは共に共通性をそなえているから、この窃盜の限度でABに共同正犯を認める、とする見解がこれである。¹⁾しかし、この見解に對しては、次の點で問題があるとおもう。先ず第

一に、この場合のAはなるほど現實に窃盜を犯したものであるが、しかしBは強盜を犯したもので現實には何ら窃盜を犯したのではない。そうだとすると、何故にかく現實に強盜を犯したBを、わざわざその犯しもしない窃盜の限度でうち切り、その範圍で共同正犯を認めるのか、その理由が問題である。これは言うまでもなく、Aの立場からみてAを共同正犯とするための工夫・操作に出たものであつて、Bにとつては明らかに擬制である。固より、この場合Aを窃盜罪の共同正犯とすることは差支えない。というよりは、むしろそうせざるを得ないのである。けれども、そのためには何らか別の現實の共同關係に著眼すべきであつて、現にありもしないBの窃盜を想定し、それを理由としてこれを肯定するのは、根據のない技巧である。言いかえると、Bの犠牲においてAを救助するA本位の共同正犯論ともいふべきもので、理論上片手落ちの憾みがあるとおもう。のみならず第二に、かりにこれを認めるとすると、ABは窃盜の點で共同正犯ではあつても強盜の點ではそうでないから、結局Bは自己固有の強盜罪自體については單獨犯だということになる。しかし、窃盜の共同正犯を内含した強盜の單獨正犯というような考え方はこれもまた技巧で、すなおに考へて理論上首肯し得ない考へ方だといわねばならぬ。尤も、かく解さなければ、若しこの場合Aが盜取し得ても逆にBが何らかの事情で強取し得なかつた場合、Bに強盜既遂の責任を問うことができないという配意があるかとおもうが、しかしそれならばかような無理な考へ方をするよりもむしろBに、Aについて現實の窃盜罪に共同正犯を認めたように、その現實の強盜罪自體についての共同正犯を認めるのが、はるかに合理的だと考へる。かく觀るとこの見解は一見きわめて尤ものようであるが、理論的にはなお問題があるといわねばならぬであらう。

そこで、次に考へられる一罪共同説の見解は、右と逆に、この場合のABを強盜罪自體の共同正犯とし、但しAは窃盜の故意しかなかつたのであるから、刑法三八條二項によつて窃盜の刑を以て處斷する、とする考へ方である。つ

まり、Aは共犯成立上は強盜罪（の共同正犯）であるが、處罰上は竊盜の刑による見解だといつてよい。²⁾この見解は、明瞭に自覺するか否かは別として、一罪共同説の見地では可なり親しまれ易いものであり、又いわゆる共犯從屬性の立場からも一應その形をととのえたものといつてよいが、しかしもともと強盜の故意のないAに、強盜罪自體の共同正犯を認める點で問題があると考える。蓋し、一定犯罪の成立にはその犯罪の故意を必要とすることは犯罪理論上の根本的原則であつて、この點では單獨犯だと共犯だとにおいて何ら異るところはないからである。だから、竊盜の故意しかないAに、Bの犯した強取の點にまでなお共同正犯關係を認めるということは、理論上問題があるのみならず衡平の見地からみても亦妥當でない。尤も、Aは結局三八條二項により竊盜の刑で處斷されるから、特に不當はないと考えられるかも知れぬが、しかし刑罰はもともと各犯罪につき法定されているのであるから、強盜罪の共同正犯たるべきものを竊盜の刑で處斷するということ自體、理由のない主張だといわねばならぬ。³⁾のみならず、かような一般的疑義は別としても、若しこの場合かりにA・Bの被害者がAの親族であつたとすると、この考え方は問題が生ずるであろう。すなわち、若しAを強盜罪の共同正犯だとすると、強盜罪には二四四條一項の適用がないから、Aは同居・別居の如何にかかわらずすべて無條件で竊盜の刑で處罰されることになる。甲が猥褻の目的で乙が國外移送の目的で、共同したような場合も亦同様である。しかし、かような歸結が二四四條や二二七條の法意に反することは、恐らく異論はないであろう。⁴⁾ そうだとすると、この見解も従つて又妥當でないということになる。

註(1) 少し例は異なるが團藤『刑法綱要』總論二九六頁は殺人罪と傷害罪につき、傷害罪の限度で共同正犯の成立を認めるべきだとされている。

(2) この考え方を最も明確に主張されているのは宮原『共犯における因果關係と故意の問題』（現代刑法學の課題）下巻六四〇頁以下である。なお宮本博士は一罪共同説の見地を否定されておりながら、その特有の可罰的符合説の立場から、これと同じ

見解を示されていることに注意すべきである（宮本『刑法大綱』四〇二頁参照）。

(3) ゆえにこの見地からすると、刑法三八條第二項の趣旨は一般に重い結果の犯罪が成立し刑罰だけを豫見した軽い罪の刑にしたらがうと解すべきではなく、犯罪の成立自体が本人の豫見した範囲に限定されることを規定したものと解すべきである（この點につき植松『刑法總論』二二〇頁参照）。

(4) 刑法二四四條の根據については學說上諸説があるが、しかし一部の學說の如くいわゆる共犯處罰上の連帶性（草野『刑法改正上の重要問題』二二七頁参照）の見地から、單獨犯における身分上の効果も共犯關係では一般に脱落するというような見解をとらないかぎりには、いずれの學說によつてもこの場合のAに二四四條の適用があると解してよいとおもう。

三 右のように考えると、一罪共同説の立場からこの場合の共犯關係を處理することは理論的に無理があるとおもわれるのであるが、この間にあつて中野判事は、從來の犯罪共同説が故意の共同を共同正犯の要件とすることに疑問をもたれながら、なお共同正犯は一個の構成要件を共同することを必要とされ、構成要件共同説とも呼ぶべき見解を主張されている。すなわち、判事は『……共同正犯が成立するかどうかということは、いわば客觀的な構成要件充足の問題であつて、關與者各自の責任性の判断とは一應切り離して別個に考えるべきものだと思ふ。そうして、そういう考を前提として、共同正犯が成立するためには、ある特定の構成要件——犯罪ではない——が二人以上の共同の行爲によつて充足されることをもつて足る、と解したいと思ふ』とされ、いわゆる共同の概念には本質的に各人が相互に行爲を利用し合うという點での合意は含まれるが、必ずしも各人の責任を決定する故意内容の一致までもが含まれるものでないと解されている。そして、この見地から、右のA Bの如き場合は恰もかような意味での共同行爲はあつたのであり、それによつて充足された構成要件は二三六條一項のそれであるから、A Bは共同正犯であり且つ強盜罪の共同正犯といわねばならぬが、しかしAの責任はそれとは別で、Aはもともと窃盜だけの故意であつたのだから

ら、一般の錯誤理論にしたがい單に窃盜罪としての責任を負うに過ぎない、とされている¹⁾。この判事の所説は、いろいろの意味に讀みとれる内容をもち、従つて解釋の仕方でもなりニユアンスがあるかとおもうが、しかし根本的に問題となるのは、共同者の故意と切り離した意味でのそのいわゆる構成要件共同説であると考ええる。若しかような意味での（共同の）構成要件充足が共同正犯になるとすると、例えば甲が傷害故意で乙が殺人故意で共同して被害者を襲いこれを死亡させた場合、甲乙は如何なる罪の共同正犯になるのか不明だということになる。蓋し、甲乙の責任内容たる傷害故意及び殺人故意から切り離された構成要件は、その内容を確定することができないからである。判事の右の見解から忖度すると、おそらくこの場合も殺人罪の構成要件が充足され、従つて共同正犯としては殺人罪のそれが成立すると解されるように考えるが、しかし若しそうだとすると、責任と切り離されたのは甲の方だけであつて、結局前説と異なるところはないということになる。なおまた、例えば丙が過失で丁が傷害故意で、共同して重い木材を屋根から投下し人を傷害した場合にも、同様問題が生ずるであらう。すなわち、この場合も丙丁には木材投下については合意があり、従つてその意味で共同正犯だとすると、如何なる（共同の）構成要件が充足されたかが問題となり、又逆にこの場合には共同正犯が成立しないとすると、行爲者の責任（故意・過失）から切り離された構成要件共同説といつても、その實質は従來の犯罪共同説ととくに擇ぶところがないということになる。かく觀ると、判事のこの見解にも亦問題があるということになるであらう。

以上のように考えると、この種の場合を従來の一罪共同説又は構成要件共同説で説明するのは、いづれにしても無理があるということになる。そこで、これを共同正犯でないとするなら固より別であるが、そうでないかぎりには、結局これを各自の罪の共同正犯——Aは窃盜のBは強盜の共同正犯と解するより外はないと考えねばならぬ。すなわち

數罪共同説がこれであつて、つまりこの場合のA Bは行爲を共同にしながら、しかもAが窃盜Bが強盜を犯したという事實を、その事實のままに肯定して考えるものだといつてよい。甲が暴行故意で乙が同時に強盜故意で共同して暴行を加え、乙がその間に被害者から財物を強取したときも亦同様で、この考え方からは甲は暴行の乙は強盜の共同正犯だということになる。かような考え方は、一罪共同説の立場からは固より了解され得ないところであるが、しかし行爲(又は事實)共同説の立場からは、既に早く主張されているところであつて別に怪しむに足りない。²⁾従つて又例えば、Aが窃盜を教唆したところ乙が強盜を犯したとか、或いはCがDの傷害を幫助すべく七首を貸與したところそれでDが人を殺したような場合も、この見地からは、Aは窃盜の教唆犯でありDは傷害(又は傷害致死)の従犯だということになる。教唆及び幫助犯はいわゆる從屬犯であるから、これらの場合はむしろ結果に對する教唆・幫助犯が成立し、ただ處罰上三八條二項にしたがうという考え方が採られ易いのであるが、しかしその解釋の妥當でないことは右に共同正犯について觀たとおりである。この意味において、最近判例がこの種の事案に關し、必ずしも從來の一罪共同説の見解にしたがわなかつたことは、理論的に正しい途を拓いたものといつてよいと考える。³⁾

註(1) 中野『窃盜の意思で強盜の見張をした者の責任』警察研究二〇卷一〇號四九頁。尤もこの題目が示すように事案は本稿の説例の場合と少しく異なるが、しかし窃盜と強盜との共同正犯關係の法理としては、この判事の所説は又この場合にも妥當するものと解してよいであらう。

(2) 尤も事實共同説といつても、共同正犯が成立するためには各自の實行に因果關係がなければならぬのだから、A Bが共謀してAが甲家にBが乙家に強盜に入つても共同正犯は成立しない。かような場合A Bは各自の強盜の單獨犯が成立し、他者の強盜行爲については相互に教唆關係があると解すべきである。事實共同説については可なり誤解があるとおもうので附記しておきたい。なお、この設例のような場合では、甲乙を暴行罪の限度で共同正犯とする考え方に引かれ易いのであるが、しかし甲は現實に暴行であつても、乙は單に暴行でなく既に強盜の實行を共同したものであることに注意しなければならぬ。

(3) 共同正犯につき最判昭二三・五・一刑集二・五・四三五頁、教唆犯につき最判昭二五・七・一一刑集四・七・二二六一頁、從犯につき最判昭二五・一〇・一〇刑集四・一〇・一九六五頁參照。

四 右に關連して、ここで一應結果的加重犯と共犯の問題につき觸れておきたいとおもう。蓋し、この種の問題は直接にはいわゆる共犯超過と關係がないが、しかし右の判例にも見られるように、傷害故意で幫助(又は教唆)したところ被幫助者(又は被教唆者)が殺人を犯した場合、共犯者は殺人の共犯にはならないとしても、傷害の共犯となるのか傷害致死の共犯となるのかの點で問題があるからである。この問題は、結局結果的加重犯を如何に考えるかによつて決定される。判例のように重い結果と基礎犯罪の實行との間に、單に條件關係があればよいとする立場をとると、この問題は餘り實益がない。蓋し、共犯も正犯に條件を與えたものであるから、正犯の惹起した重い結果に對しては、當然その責に任ぜなければならぬからである。しかし、學說の多くが認めているように、重い結果に對し過失を必要とする立場をとると¹⁾、結果的加重犯の共犯が成立するためには、理論上は正犯と同様共犯者自身にその結果につき過失あることを必要とする¹⁾と解さねばならぬ。さもなければ、共犯者のみに不當に重い結果の責を歸せしめることとなるからである。従つて、この見地からいうと、正犯に致死の結果が豫見可能であつても共犯にそれがなくかぎりは、前者は傷害致死だとしても後者は單に傷害の共犯となるに過ぎないが、逆に、正犯に致死の結果が豫見不可能であつても共犯にそれがあるかぎり、前者は傷害だとしても後者は傷害致死の共犯となる、と考へねばならぬ。かような歸結は(特に後例の場合)、從來の從屬犯說(従つて又犯罪共同說)の立場からは異論を免れないところであるが、しかし例えばAが甲の病後であることを知りながら、それを全く知らないBを教唆して傷害行爲に出でさせ、甲が健康體ならば通常生じない死の結果を生ぜさせたやうなときでも、なおAを傷害のみの共犯だとすることは、不當にAの

刑責を輕からしめるものと考ええる。尤も、結果的加重犯は實行者が結果を豫見し得た場合を定型化したものであり、教唆又は幫助はそれ自體として實行でないから、たとえその結果を豫見し得てもこれに該當しないと考えられるかも知れないが、²⁾しかし教唆又は幫助に因る正犯の實行は同時に又前者の實行でもあるから、この種の實行が重い結果を生ぜしめることにつき共犯者に豫見され得るかぎりには、當該の結果的加重犯自體の共犯を認めて支障はないおもう。かく觀ると、右に判例が、傷害を幫助すべく匕首を貸與したところ正犯が殺人を犯した場合、これを傷害致死の從犯としたことは、理論上十分可能な考え方であるといつてよい。ただ、判例がその傳統の見地から、この場合の幫助者に被幫助者の殺人の事實につき、豫見が可能であつたか否かを全く不問に付したままでこれを肯定した點に、むしろ問題がのこされているといふべきであらう。

註(1) Schönte-Schröder, a. a. O., S. 304; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 6. Aufl., S. 104. 尤もマインツでは若し重き結果につき共犯と認めるとするに、結局過失共犯を肯定することになるといふことを理由としてこの點につき議論があるが (vgl. Maunach, a. a. O., S. 553; Kohlrausch-Lange, a. a. O., S. 104.) わが刑法ではかような點は特に問題にならなう。

(2) 團藤『刑法綱要』總論三三〇頁。

三

一 最後に、方法類型自體に關する錯誤について考えてみたい。

AはBに既に犯意があると思つてそれを助長すべく鼓舞激勵したところ、實はBに犯意がなく、Aの言動によつてはじめて犯意を誘發され、それに因つて一定の犯罪行爲に出た場合は、これを如何に解すべきであらうか。この場合はAの言動は結果的には教唆となつてはいるが、AにはBの犯意を誘發する意思、つまり教唆の故意はなかつたので

あるから、刑法三八條二項によつて當該犯罪の從犯が成立すると解すべきである。尤も、學說によると、この種の方法類型自體の錯誤は、直接故意内容に關係はないから、これに三八條二項を適用することは妥當でないとする見解がなくはないが、¹⁾しかし教唆と幫助との間には明らかに刑責上區別があるのであるから、これを特に同項の適用から排除する理由はないと考える。尤も、犯意を誘發するという事實を認識しながら、なおこれを幫助に過ぎないと誤解したようなときは、いわゆる當嵌の錯誤であるから別論である。なお、本事例のような場合でも、Aの鼓舞激勵と關係なく、Bが別個の立場から犯意をいだいて行爲に出たようなとき——例えばAがBに既にCに對する傷害の意思があると考え七首を貸與して激勵したところ、Bがそれを機縁としてCに對する強盜を決意しその七首を利用して強盜行爲に出たようなとき——は、Aは結果に對し因果關係がないから、固より無罪と解さねばならぬ。

それでは次に、右と逆に、AがBに犯意を誘發すべく教唆したところ、Bは既にそれ以前から犯意をいだいておりただAの誘發的言辭によつてその犯意を助長されて犯罪行爲に出た場合は、どう解すべきであろうか。この場合はBは既にあらかじめ犯意をもつており、Aの教唆に因つて犯意を誘發されて犯行に出たものではないから、Aにたとえ教唆の意思があつてもBの犯行に對する教唆犯は成立しない。従つて、共犯獨立犯説の立場よりは別であるが、從屬犯説の見地からはAは教唆犯としては固より無罪である。しかし、BはAの言辭によつて犯意は誘發されはしなかつたが、既存の犯意を助長されたのであるから、その點でAはBの犯行に對しなお幫助的關係に立つものといわねばならぬ。尤も、この場合でも、右の設例において觸れたような何らか特殊な事例を想定すれば別であるが、さもないかぎり、犯意の誘發的言辭がその助長に役立つことはむしろ一般であるから、Aの責任は解除されないといわねばならぬ。この意味で、この種の錯誤は一般に結果に對し從犯を成立せしめるものと解してよいであろう。²⁾

註(1) 牧野『日本刑法』上巻四六七頁、竹田『間接正犯』立命館學叢五卷二號一〇二頁以下參照。尤も兩家は教唆と間接正犯との錯誤についてこの點を問題とされているが、しかし理論上は本文の如き共犯相互の錯誤の場合にも亦妥當する問題だといつてよいとおもう。おもうに、牧野博士は共犯獨立犯説の主唱者であり、竹田教授は間接正犯の實行著手を被用者に求められているから、教唆といふ間接正犯といつても共に實質上何ら區別はない。従つてこの兩者の間の錯誤に三八條二項を適用すること自體が無意味となる。その意味で兩家の見解は理解されぬことはないが、しかし從犯と間接正犯の錯誤の場合は問題があるといふことになる。現に竹田教授はこの場合の錯誤は三八條二項の精神を類推適用すべきであるとされている。

(2) 團藤『刑法綱要』總論三三一頁は『おもうに教唆・幫助の方法は類型化されていないから、輕い方の共犯形式——この例でいへば幫助犯——が成立すると考えてよい』とされている。

二 AがBを教唆してCを毒殺させるべく、その事情を暗示して毒菓子をBに渡したところ、その意思がBに通ぜず、Bがこれを普通の菓子と誤信してC宅にとどけ、それによつてCが毒殺された場合は、これを如何に解すべきであるか。學説としては間接正犯説、教唆犯説及び教唆未遂説の三つがある¹⁾。この場合、BはAの暗示によつて犯意を誘發されず、實際には單にAの道具の役割を果したに過ぎないのであるから、この點から考えると、Aを(間接)正犯と解することも一應理由がないではない。しかし、Aは教唆の意思で實行の意思ではなかつたのであるから、これを直ちに間接正犯と考へてよいかは問題である。おもうに、この場合のAの暗示の仕方が當該の具體的事情からみて、とくに經驗上教唆方法として一般に不相當なものであれば——言いかえるとBの誤解が一般に無理でなかつたと解されるような暗示の仕方であつたときは——假りにAが自分で教唆だと考へたとしても、客觀的にはその暗示は實行であつて、教唆でないといつてよいと考へる。だから、かような場合はAを間接正犯とみてよいであらう。しかし、右の設例でかような特殊な場合を想定することは無理であつて、むしろ一般論としてはAの暗示の仕方が教唆として一應相當であつたにもかかわらず、たまたまBがこれを誤解したものと解するのがより穩當である。そうだとすると、

Aの暗示行爲は客觀的には教唆であつて、Bがこの暗示を誤解し毒菓子普通の菓子と誤信したこと——つまりBが道具となつたことは、Aには關係がなくむしろB自身が負うべき責任だといわねばならぬ（この意味でBは過失致死の責任はまぬがれないと解する）。言いかえると、實行はAにはなく、B自身の（過失）行爲にあるということになる²⁾。だから、Bが道具であつたからAが正犯だとするのは、ただこの場合を外形から判断しただけの議論で妥當でない。かような議論は、むしろBに歸すべき事實をAに轉嫁して、Aの教唆行爲を正犯行爲（實行）と解するもので、單にAにとつて不當に酷であるのみでなく、理論上も亦その理由がないとおもう。この意味で、この場合はやはりこれを教唆犯と解するのが、より合理的であると解する。尤もウエルツェルは、かかる場合のAは、Bをその目的殺人にまで規定しようとして失敗したものであるから、むしろ殺人の教唆未遂が成立するとしているが、この見解は共犯を正犯の故意行爲にのみ從屬させる立場を前提とすることから生ずる歸結で、かかる立場をとらない見解には何ら妥當しない議論であるといつてよい。

次に右と逆に、AがCを殺すべくその事情を全く知らないBに毒菓子を渡し、これをC宅にとどけるべく依頼したところ、たまたまBが受諾後Aの意圖を看破したが、なおこれをそのままC宅にとどけてCを毒殺しような場合はこれをどう解すべきであろうか。この場合、Aは全く事情を知らないBに委託したのだから、恰も郵便局に毒物の郵送を委託したと同様、すでにその點で殺人の實行に著手したものだと考えてよい。尤も、Bは後でたまたまAの意圖を看破し、その品の毒物たることを知つたのであるから、その點で一應問題はあるが、しかしかような偶然でAの實行性が失われると解するのは妥當でない。だから、Bが看破後これをC宅に持参しなかつたとしても、丁度郵送に託した毒物が偶然の事故で相手に到達しなかつたと同様、Aは殺人未遂になると考えねばならぬ。問題はむしろ、この

Aの實行がこの場合C殺害の結果に關し、果して因果關係があるかどうかの點にあるとおもう。これは刑法上因果關係をどう解するかによつて異つてくると考える。この場合、Bは看破後なおAの依頼に應えてC殺害の故意をもつたのであるから、Aの行爲と結果との間には固より條件關係があるが、しかしこの過程はAにとつて全く豫見し得ない偶然であるから、これを理由として因果關係を否定する考え方もあり得るとおもう。従つて、この見解ではAは未遂、Bは既遂の各單獨犯となつて問題はむしろ簡單である。しかし、かような過程はなるほど具體的にはAの豫見外の偶然だが、AのC殺害の豫見の範圍内での偶然で、その圏外に出るものではないから、これを理由として積極に解する考え方もあり得るであらう。ここでは、この問題に深入りすることはできないが、假りにこの後者の立場をとるとすると、Aは結果に對し單獨犯か共犯かが改めて問題となる。學説は、この場合、單獨犯説としての間接正犯説と、共犯説としての教唆犯説および從犯説に岐れている³⁾。おもうに、右のように、Aを既に殺人の實行に著手したものとすると、これを間接正犯とみることも一理がないではないが、しかし結果はBがAの道具となつて惹起したものでなく、その故意行爲を通じて實現したものであるから、この事實を無視してAを直ちに間接正犯とすることは無理だといわねばならぬ。従つて、この意味ではむしろこれを教唆犯と解するのがより妥當だということになる。尤も、Aは教唆行爲に出たものでなく、右のように實行したものであるから、その點でこれを教唆と解することも一應疑義がないではない。しかし、Bが看破してもなお何らかの事情で、被強制的にAの依頼に従わねばならぬような特殊の場合を想定すれば別であるが(かような場合はAは固より間接正犯である⁴⁾、BがAの仕組んだ畏から自己を離脱し得る餘地が十分あるにかかわらず、なおあえてAの依頼を容れてC殺害の決意をしたということは、とりもなおさずBがAの依頼に因つてその犯意を決定・誘發されたものといつてよい。従つて、その點ではAはC殺害の結果を客觀的

には正犯的でなく、むしろ教唆的に實現しているのであるから、これを間接正犯とみるよりも教唆犯と解する方が、より妥當と考えねばならぬ。尤も、かようにAを教唆とすると、共犯從屬犯説の見地ではAは實行者でないということになるから、その點で理論上矛盾が生ずるといふ非難があるかとおもふが、しかしこの非難は必ずしもこの場合には當嵌らないと考える。蓋しAの依頼を、Bの看破の偶然性という見地からみて實行と解し、Bの看破後の意思決定の原因性という見地からみて教唆と解することは、Aの行爲の相對的觀察として理論上ゆるされてよいからである。

これを反對に、Aが實行者であるならBは道具であり、逆にBが被教唆者（非道具）であるならAは實行者でないとするのは、共にこの場合の事實を歪めるもので却つて妥當でないと考ええる。むしろ、この場合は、事實をそのままにみて、Aは一方では實行者でありながら、しかもC殺害の結果については教唆犯となすとするのが、穩當な考え方であるとおもふ⁵⁾。尤も、かような考え方が教唆犯一般の考え方として異例であることは固より言うまでもないが、しかしこれはもともとこの設例の事實自体が異例に屬する場合なのであるから已むを得ない。なお、從犯説は、その主張者自ら認めているように、この場合のAは間接正犯、教唆犯および共同正犯のいずれにも該當しないから從犯とするというだけで、とくに積極的理由があつてかく主張されているわけではない。のみならず、Bは豫めC殺害の意思があつて、それをAに因つて助長されたわけではないのだから、これを從犯とみることは無理である。かく観ると、結論的にはやはり教唆犯説がより妥當であると考える。

註(1) 間接正犯説は例えは Maurach, a. a. O., S. 541; H. Mayer, a. a. O., S. 323. 竹田『間接正犯』前掲一〇三頁。教唆犯説は例えは Frank, a. a. O., S. 105; Schönke-Schröder, a. a. O., S. 229. 大場『刑法總論』一〇二六頁。泉二『日本刑法論』總論六六七頁、團藤『刑法綱要』總論三三一頁。教唆未遂説は例えは Weizel, a. a. O., S. 105.

(2) この場合のAが實行者でなくBが實行者になるのは、例えは甲が乙を毒殺すべく毒菓子を準備してそれを祕匿していたとこ

ろ、たまたま丙がこれを見つげ普通の菓子だと錯誤してこれを乙（又は他の第三者にでもよい）に與えて殺したような場合と實質上同様に解してよいとおもう。この場合は甲は殺人豫備（場合により過失致死との競合）で殺人の實行者でなく、實行者は過失者としての乙にあると考へべきである。

(3) 間接正犯説は例えば Schönlke-Schröder, a. a. O., S. 229. 大場『刑法總論』一〇二六頁。團藤『刑法綱要』總論三三一頁（教授はAは一面では教唆にもなつてゐるが結局Bと競合的に殺人罪の正犯となるとされている）。教唆犯説は例えば Mezger, Leipziger Kommentar, 8 Aufl., S. 269; Maurach, a. a. O., S. 542. 泉一『日本刑法論』總論六六八頁。竹田『間接正犯』前掲一〇三頁。従犯説は H. Mayer, a. a. O., S. 323.

(4) 大判大一〇・五・七刑録二七・二五七頁は、この場合の一亞型と考えてよい。この事案は妊婦から墮胎の囑託をうけた者が墮胎行爲にでたところ、墮胎の結果の生ずる前に妊婦に生命の危険を發生せしめたので、醫師に頼みその正當業務行爲を利用して胎児を排出せしめた事案で、判決はこれを『墮胎罪の間接正犯を以て論ずべき』ものとした。

(5) 従つて、この種の錯誤の 경우는、例えば甲が丙を毒殺すべく全く事情を知らない乙に丙宅に毒物を持參させるべく一旦手渡しておきながら、後になつて乙がこれを丙宅に持參する前に改めて乙にその事情を明かし、乙に犯意を生ぜしめて丙宅に持參させ、これを毒殺させた場合と同様に觀察してとくに妨げはないということになる。