



Title	共犯からの離脱の判断基準について：規範的因果性遮断説の立場から
Author(s)	王, 銀河
Citation	北海道大学. 博士(法学) 甲第13846号
Issue Date	2020-03-25
DOI	10.14943/doctoral.k13846
Doc URL	<a href="http://hdl.handle.net/2115/77884">http://hdl.handle.net/2115/77884</a>
Type	theses (doctoral)
File Information	Wang_Yinhe.pdf



[Instructions for use](#)

博士（法学）学位申請論文

共犯からの離脱の判断基準について  
——規範的因果性遮断説の立場から——

北海道大学法学研究科

王 銀河

共犯からの離脱の判断基準について  
——規範的因果性遮断説の立場から——

王 銀河

目 次

序 章

第1章 共犯からの離脱をめぐる判例の概観

第1節 実行の着手前の離脱

第1項 離脱を肯定した判例

第2項 離脱を否定した判例

第2節 実行の着手後の離脱

第1項 離脱を肯定した判例

第2項 離脱を否定した判例

第3節 共犯関係の解消

第4節 小 括

第2章 共犯からの離脱をめぐる理論的考察

第1節 共犯処罰の根拠について

第1項 責任共犯論と違法共犯論

第2項 因果的共犯論（惹起説）

第2節 共犯からの離脱をめぐる諸学説の検討

第1項 共犯からの離脱に関する学説の発端

第2項 共犯からの離脱をめぐる理論的展開

第3項 因果性遮断説という帰着

第3節 因果性遮断説の限界について

第1項 問題とされた事例の分析について

第2項 離脱の規範的理解について

第4節 小 括

### 第3章 共犯からの離脱をめぐる比較法的考察

#### 第1節 イギリスにおける議論の状況

第1項 共犯処罰の体系について

第2項 共犯からの離脱について

#### 第2節 中国における議論の状況

第1項 共犯処罰の体系について

第2項 共犯からの離脱について

### 第4章 共犯からの離脱の判断基準に関する一試論

#### 第1節 規範的因果性遮断説の立場について

第1項 因果的寄与度について

第2項 時間的・場所的關係について

#### 第2節 共同正犯の離脱について

第1項 共同正犯性の解消

第2項 共謀の射程との関係

#### 第3節 狭義の共犯の離脱について

第1項 教唆犯の離脱について

第2項 幫助犯の離脱について

### 終章

## 序 章

共犯からの離脱とは、共犯関係が成立してから、犯罪が実現する過程の途中で、共犯関係にある一部の者が犯罪をやめようと思ひ、そこから離脱することをいう。ここでは、離脱者が他の共犯者が実現した犯罪的結果について、どの範囲まで刑事責任を負うべきかが問題となり、多くの議論がある。周知のように、複数の者が一つの犯罪に関与する現象、すなわち共犯現象は、時代を問わず世界のどの国においても普遍的なものであり、かつ重要な課題である。共犯からの離脱をめぐる考察は、ある側面で共犯に関する解釈論上の諸問題を解決するには十分な意義があると思われる。

かつては、日本の刑法理論では、共犯からの離脱という問題は共犯における中止犯規定の適用の問題として論じられてきた。しかし、例えば結果的加重犯において、重い結果を発生させた傷害行為以前に共犯者が離脱した場合には、傷害致死罪が成立するのか傷害罪にとどまるのかが問題となり、中止犯の前提としている未遂が問題となる余地はない<sup>1</sup>。なお、任意性の有無も離脱の要件となるわけではない。このようにして共犯からの離脱は共犯における中止犯の成否以前の、共犯そのものの成否の問題として論じられるようになった。

共犯に関する解釈論上の諸問題を解決するにあたっての重要な指針を与えるのが、共犯の処罰根拠である。狭義の共犯である教唆・幫助については正犯の行為に対する従属性の存在が認められているが、そもそも共犯はどのような根拠に基づいて違法とされ、処罰の対象とされるのか、という点が問題となる。この議論を通じて、共犯成立の範囲を理論的な根拠から明確化することが期待されるのである。因果的共犯論（惹起説）が支配的である現在では、共犯においても正犯と同様に結果に対する因果関係が必要とされている。しかし、共犯者の行為と結果との間には正犯行為が介在しているという事情があるため、いかなる程度の因果性が存在していれば足りるのかをめぐっては議論がある。

因果的共犯論という立場に立つと、共犯の処罰根拠は、直接実行者を介した結果との因果性である。したがって、離脱行為によって、離脱しようとした者の当初の行為と結果との因果性が遮断された場合には、その後の事象は離脱者に帰属されない。そして、離脱の可否と中止犯の成否の問題とは区別されるべきであり、i 離脱者が当初与えた因果性が遮断されれば、離脱者は、残余者がその後生じさせた結果について責任を負わない。このことは、離脱者が因果性遮断行為を任意に行ったか否かにかかわらない。ii その結果、離脱者の罪責が

---

<sup>1</sup> 前田雅英「共犯の中止と共犯からの離脱」法学セミナー424号（1990年）107頁以下。

未遂にとどまれば、任意性などの中止犯の他の要件が満たされている限り、中止犯も認められる（予備にとどまる場合は予備の中止が問題となる）<sup>2</sup>。ただ、近時の議論によれば、因果性遮断説の限界、具体的には、たとえ離脱者が当初の与えた因果的影響力が残存していたとしても、なお共犯からの離脱を認めるべき場合が一定数、存在するのではないかが問題とされている<sup>3</sup>。この問題に対して、因果性の遮断を規範的に理解し、離脱の基準においてどのような要素を考慮すべきなのかについて、検討する必要があると思われる。

イギリスでは、複数の者が犯罪に関与した場合、正犯 (principal) と共犯 (secondary party, accessory) の二つに区別するとされている。二人以上の者が実行行為を分担した場合には、共同正犯 (joint principals) という。共犯とは、正犯による犯罪の実行を幫助、教唆、助言または誘致する者である。共犯からの離脱 (withdrawal from participation) という概念は、イギリスにおいても特別な抗弁事由 (special defence) として認められている。2008年に施行されたイギリス2007年重大犯罪法 (Serious Crime Act 2007) は、共犯に関する重大な変更を含むものであった。すなわち、コモン・ロー上の独立教唆 (incitement) を廃止し、それにかえて激励行為 (encouragement) および援助行為 (assistance) を未完成犯罪として規定された提案が、ついに現実のものとなったのである。それと共に、理論上では、共犯からの離脱という問題を重要視しつつある。

また、中国刑法25条1項は、「共同犯罪とは、2人以上共同して故意による犯罪を犯すことをいう。」と規定し、共同犯罪の概念を明文で規定している。刑法26条1項は、「犯罪集団を結成し、若しくは指導して犯罪活動を行った者、又は共同犯罪において主要な役割を果たした者は、主犯である。」とし、27条1項は、「共同犯罪において副次的又は補助的な役割を果たした者は、従犯である。」と規定し、役割分担基準によって、共犯者を主犯・従犯に分けている。ドイツと日本の刑法理論の影響を受け、中国の共犯理論において、共犯からの離脱という問題は中止犯の問題の一つとして位置づけられたが、近年、一部の学者は、中国刑法に固有の事情を踏まえつつも、諸外国、特に日本の離脱理論を参考にして、従来の中止犯と違う視点から、共犯からの離脱として論じる動きが見られる。

そこで、イギリスでは、共犯からの離脱を認める根拠はどこに求められているのか。それに、判例は実際に離脱の要件をどのように運用しているのか。また、「中国刑法では、明文で『共同犯罪において果たした役割に応じて処罰』する旨を規定している点は、日本の刑法典には『役割』という文言がないにもかかわらず正犯と共犯の区別をめぐる解釈論で『役割』

---

<sup>2</sup> 西田典之ほか編『注釈刑法（第1巻）』（有斐閣・2010年）861頁。

<sup>3</sup> 川端博ほか編『理論刑法学の探究⑨』（成文堂・2016年）196頁以下参照。

が重視されてきた点と照らし合わせると、実に興味深いものがある」<sup>4</sup>という指摘もあるように、中国では日本の離脱理論を継受し、検討する際にどのような問題が存在するのか、それぞれについて比較法的視点から、共犯からの離脱理論、とりわけその具体的な判断基準を明らかにする必要があると考えられる。イギリスと中国における共犯からの離脱をめぐる議論を検討したうえで、「規範的」因果関係遮断説についてさらに検討を加えてみたい。

以上のような問題意識に基づき、本稿は、まず、第1章で、共犯からの離脱をめぐる日本判例の系譜を概観し、共犯からの離脱に関する基本的な理論構成に従い、判例における実行の着手前の離脱、実行の着手後の離脱、共犯関係の解消につき、それぞれ検討を加えたい。つぎに、第2章では、共犯処罰根拠の検討を踏まえて、日本の学説における共犯からの離脱に関する議論について、従来の議論された学説および通説になった因果性遮断説を検討する。そして、近時に議論され始めた因果性遮断説の限界やそれに対する規範的な理解について考察していきたい。さらに、第3章では、比較法的視点から、主に異なる共犯の処罰体系であるイギリスと中国において、どのような議論が展開されてきたのか、また、そこから生じた問題が日本の議論にどのような関係しているのかという課題を設定し、若干の考察を加えたいことにする。第4章では、以上の検討に基づき、共同正犯と狭義の共犯（教唆犯、幫助犯）の区別を再考したうえで、共犯類型別の離脱をめぐる具体的な判断基準の検討を試みる。教唆犯・幫助犯の離脱の問題については、実務上では、実際に問題とされた例が見当たらないが、理論的には重要であり、検討する余地があると思われる。そして、終章では、以上の議論を総括するとともに、今後の課題と展望に言及する。

---

<sup>4</sup> 甲斐克則「正犯と共犯の区別——『因果的区別モデル』と『役割分担モデル』の相克」山口厚＝甲斐克則編『21世紀日中刑事法の重要課題』（成文堂・2014年）8頁。

## 第1章 共犯からの離脱をめぐる判例の概観

共犯の場合、離脱しようとする共犯関係にある一部の者は、他の共犯者が実現した犯罪的結果について、どの範囲まで刑事責任を負うべきかが問題となる。判例上で、一般的には、共犯者の一部が実行に着手する以前の離脱（着手前の離脱）と、実行に着手した後の離脱（着手後の離脱）に分かれ、判断基準が異なっている。着手前の離脱の場合を特に共謀関係からの離脱という。通説によれば、実行の着手前であれば物理的・心理的影響力を遮断できるから、離脱を認めることは相対的に容易である。それに対して、実行着手後に、以前の行為の因果性を遮断することは困難な場合が多い<sup>5</sup>。共犯からの離脱に関する判断基準を検討する際には、着手という要素を重要視するかどうかについて判例の発展を考察する必要がある。以下では、日本判例の系譜を概観し、実行の着手前の離脱と実行の着手後の離脱に関する判例それぞれについて、検討を加えることにする。

### 第1節 実行の着手前の離脱

共同正犯者（共犯者）として犯罪を遂行する場合に共犯関係を一体的に捉えられるとしても離脱する場面では、各関与者の行為を個別的に把握するという考え方が主張されていた。下級裁判所の裁判例では、とりわけ他の共犯者が実行に着手する前の離脱に関して、より緩やかな要件のもとで共犯からの離脱を認めるようになる。ここでは実行の着手前の場合について先に共犯からの離脱を認めたものを取り上げて検討する。

#### 第1項 離脱を肯定した判例

共犯からの離脱を認めるため、実行の着手後における離脱の要件と比べて、他の共犯者による実行の着手する前に離脱した場合はより緩やかである。下級裁判所の裁判例では離脱を認めたものが少なくないが、その中でも主に共謀共同正犯の関係からの離脱として挙げられていた。以下のように代表的なものを考察する。

---

<sup>5</sup> 大谷實『刑法講義総論（新版第5版）』（成文堂・2019年）472-473頁参照。なお、前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（東京大学出版会・2019年）365頁以下。



①東京高判昭和 25 年 9 月 14 日高刑集 3 卷 3 号 407 頁

【事実の概要】

被告人は、他の共犯者 3 名と地下足袋を窃盗することを共謀し、被害者宅に向かう途中に、執行猶予中の身であることを思い出し、犯行を思い止まり、他の共犯者に告げて引き返した。被告人は窃盗現場に到る前、自発的に本件窃盗の意思を放棄し、これを他の共謀者にも明示した上引き返したのであるが、他の共犯者 3 名は被告人の脱退を諒承し窃盗を遂行した。

【判 旨】

東京高裁は、「いったん他の者と犯罪の遂行を共謀した者でもその着手前、他の共謀者にもこれが実行を中止する旨を明示して他の共謀者がこれを諒承し、同人等だけの共謀に基づき犯罪を実行した場合には、前の共謀は全くこれなかりしと同一に評価すべきものであって、他の共犯者の実行した犯罪の責を分担すべきものでない」と判示し、被告人に窃盗の共同正犯を認めた原判決を破棄した。

【分 析】

本判決は、共犯からの離脱の要件として、離脱者が離脱の意思を有しただけでは足りず、他の共謀者に対して離脱の意思を表明し、他の共謀者がこれを了承することにより離脱を肯定する。この後に同旨の裁判例も原則として、実行の着手前の離脱においては、離脱する旨の意思表示や他の共謀者の了承により当初の共謀関係が解消されたと認められている。離脱者は他の共謀者による実行した犯行について責任を負わないとされる。

②福岡高判昭和 28 年 1 月 12 日刑集 6 卷 1 号 1 頁

【事実の概要】

被告人 X は、Y らと雑談をした後共に外出するに際し、Y から「どこか押し入るのによい所はないか」と話しかけられ、「この先の峠で二人の子供を抱えた後家さんが店をしている、入るには都合がよい、その上今日は炭鉱の勘定日だから掛金が集まり相当の金があるだろう」とかねて知っている被害者宅を教え、X、Y らで強盗をしようと共謀した上、同家屋内に侵入しようと試みたが、容易に戸を開くことができなかったので、いったん引き返しているうち、X は Y らと共に強盗することの非を悟り、Y らに対して犯行を阻止することなく、また明示的に離脱すべき表意もせず、被害者宅を立ち去った。その後約 2 時間を経過したころ、Y らは、それぞれ、X が離脱したものであることを察知し、同じ被害者宅に押し入って強盗を行った。

【判 旨】

福岡高裁は、「数人が強盗を共謀し、…など強盗の予備をなした後、そのうちの一人がその非を悟り該犯行から離脱するため現場を立ち去った場合、たとい、その者が他の共謀者に対し、犯行を阻止せず、又該犯行から離脱すべき旨明示的に表意しなくても、他の共謀者において、右離脱者の離脱の事実を意識して残余の共謀者のみで犯行を遂行せんことを謀った上該犯行に出でたときは、残余の共謀者は離脱者の離脱すべき黙示の表意を受領したものと認めるのが相当であるから、かかる場合、右離脱者は当初の共謀による強盗の予備の責任を負うに止まり、その後の強盗につき共同正犯の責任を負うべきものではない」と判示し、被告人が強盗予備罪の責任を負わせるにとどまった。

#### 【分 析】

本判決は、離脱を肯定する理由として、強盗を共謀した者においても、強盗の実行に着手前、他の共謀者に対しこれより離脱することを表明し、当該共謀関係から離脱した以上、他の共謀者によって続けて犯行を実行してもそれは離脱者の共謀による犯意を遂行したものであるということとはできない。さらに、離脱の意思表示は必ずしも明示的にする必要もなく、黙示的な意思表示によっても離脱が認められるとされていた。

③東京地判昭和 31 年 6 月 30 日判例体系 31-3 卷 1100 の 6 頁<sup>6</sup>

#### 【事実の概要】

X、Y、Z の共犯者が県知事の署名のある廃車証明書用紙を共同して多数印刷後、特定の廃車証明書の偽造に着手する前に、被告人 X が謀議から脱退しようと決意し、他の共犯者 Y、Z もこれを了承して、その後は残った Y、Z だけで廃車証明書を偽造した。

#### 【判 旨】

東京地裁は、「この段階においては、X、Y、Z にはいまだ特定の文書を作成する意思はなく、将来特定の文書作成に際し使用する材料を作ったにすぎないと認めるのが相当であり、最初に行われた三人の共謀は Y、Z の犯行の推進力とはならないと評価するのが相当であるから、三人の共謀に参加したにすぎない X には、公文書偽造の共同正犯の責任を負わすべきではない」と判示し、被告人 X が不可罰の公文書偽造の予備にとどまるとした。

#### 【分 析】

本判決における注目すべきことは、被告人が参加した共謀は他の共犯者による実行された犯罪に「犯行推進力」とはならないことである。当初の共謀関係が存在しても、被告人に離脱が認められる理由として、これから学説上で主張された共犯の処罰根拠における因果

---

<sup>6</sup> 本件を掲載したその他の文献として、週刊法律新聞 19 号 13 頁参照。

関係的な視点からの解釈だと思われる。

④大阪高判昭和 41 年 6 月 24 日高刑集 19 卷 4 号 375 頁

【事実の概要】

被告人 X ほか 2 名が、Y と共に A 女を強姦することを共謀の上、Y が X の運転する自動車に A 女を乗せて旅館に連れ込み、続いてほか 2 名も X が折り返し迎えに来た自動車に乗り同旅館に着き、旅館の主人に対し、Y のはいった客室に案内せよと求めたところ、同女から断わられて押問答をしているうち、この騒ぎを聞いて Y も客室から出て来たので、X ほか 2 名は Y を交えて相談した結果、X らは強姦の実行を断念して引き返すことになり、被告人 Y もこれを了承したため、X らは旅館から退去し、Y だけがなお旅館にとどまり、単独で A 女に対する強姦を遂げた。

【判 旨】

大阪高裁は、「右犯行の着手前右共謀に基づく犯罪の実行を断念する意思を表明し、共謀者被告人 Y もこれを了承したことにより、一旦成立した共謀関係は犯行の着手前にすでに消滅したと解するのが相当であるから、その後における被告人 Y の強姦行為について、被告人 X が共謀共同正犯としての刑責を負うべきいわれはない」と判示し、本件公訴事実中 A に対する強姦の点について、X ほか 2 名は共同正犯の責任を負わないとされた。

【分 析】<sup>7</sup>

本判決は、犯罪の実行着手前、共犯関係から離脱を表明し、他の者もこれを了承した場合は、他の者の実行について共同正犯としての責任を負わないと解している。そして、共犯者の離脱時期をどこに求めるべきか、という点に関するものであり、共同正犯の中止犯の問題と別として、共謀者の中の一人が現実に行に着手した時点に求めれば、それ以前の離脱は、全く別個の問題を提起することになるという意味で重要である。

⑤神戸地判昭和 41 年 12 月 21 日下刑集 8 卷 12 号 1575 頁

【事実の概要】

被告人 X は、Y 等数名と A 女を強姦しようと共謀し、まず Y らが同女を強姦したが、ここで X は同女を強姦する意思を放棄し、Y 等共謀の相手方に対してその旨を表明して了承を得て現場から離れ、Y らは別の現場で A 女を二度に姦淫した。

---

<sup>7</sup> 本判決の評釈として、田村達美「判批」捜査研究 192 号（1968 年）86 頁、鈴木義男「判批」研修 230 号（1967 年）47 頁など。

### 【判 旨】

神戸地裁は、X に対する強姦致傷罪の公訴事実中、強姦罪だけを認めるに止めた理由として、「Y ほか数名の者が、その後なおも引続いて同女を強姦しようと企て、…付近から場所的にかなり離れ、しかも被告人が予想もしなかった長井方へ連行し、Y らが同所で同女を強姦して姦淫したとしても、その姦淫は法律的には判示認定の姦淫と包括一罪として評価し得るも、社会的事実としては別個の姦淫と見るのが相当であって、右長井方における姦淫の共謀について被告人は何ら関知していないのであるから、右長井方における強姦の罪責を被告人に負わせることはできない」と判示し、X が現場から離れた時点で共謀関係は崩れたと解し、その後における Y 等数名の A 女に対する強姦の行為について、共同正犯者としての責任はないとされた。

### 【分 析】

本判決の特徴は、共謀して犯した同一被害者に対する二つの強姦行為が包括一罪として認められる場合について、共謀者の一部が途中から離脱することの意思を表明し、右共謀関係を脱落したとして、その二度目の姦淫に対する刑事責任を否定したことである。

⑥東京地判昭和 52 年 9 月 12 日判時 919 号 126 頁

### 【事実の概要】

被告人 X と Y らは、共謀のうえ、建築工事現場においてトルエン六缶（一缶約一八リットル入り、時価合計約一万二千元相当）を窃取し、劇物の販売業の登録を受けずに、かつ法定の除外事由がないのに、トルエンの販売を共謀したが、その二か月余の期間後に、Y が興奮、幻覚又は麻酔の作用を有する劇物であって政令で定めるトルエン一缶（約一八リットル入り）を代金三万円で販売した。

### 【判 旨】

東京地裁は、「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っ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、遅くとも本件販売行為が行われた直前までには、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」と判示し、被告人 X らに対する毒物及び劇物取締法違反の点については共謀の事実を認めることができず、無罪の言渡をした。

### 【分 析】

本判決において、販売行為に至るまでの二か月余の期間中、被告人らの間で共謀についての確認ないしは相互のチェックが行われた形跡は全くうかがわれない点から、すなわち販

売犯行への参加に消極的であるが、明確な離脱行為を行わなくても時間が経過する場合、共犯からの離脱と言えることになる。

⑦大阪地判平成2年4月24日判タ764号264頁

**【事案の概要】**

被告人の暴力団若頭補佐 X は、組長 Y に乱闘の相手方 A らに対する報復を指示され、共謀の上 Y から拳銃と拳銃用実包を受け取り、A らを殺害しようと企て、所在を探させたが判明しなかったため、代わりに同一系の暴力団員に対して報復しようと決め、B 事務所を襲撃することとし、Z らと現場付近に赴いたが、X が襲撃実行の気を失って B 事務所に入ろうとしなかったため同日の襲撃が失敗に終わった。Y は X に対し本当にやる気があるのかと問い詰めたので、X は明日もう一度 B 事務所に行って襲撃を実行すると答えた。しかし、すでにやる気を失っていた X は、Z に「さぶいからこれ預かっていてくれ。」と、警察官に職務質問でもされて見つかる困るので拳銃を預かってほしい旨口実をもうけて、拳銃、実包を Z 方に置いて帰り、その後 Z らに対し何の連絡もせず、姿を現さなかった。

Z が Y に電話でその旨報告すると、Y は「もうほっとけ。お前ひよっとしたら考えとけ。」と X に替えて Z に報復のため襲撃を実行させることになるかもしれないと告げた。翌日の夕方、X から Z に電話がかかり、「おまえが音ならしたら、わしはわしで格好つけたるがなあ。」とあいまいなことを言ったので、Z が怒ってしまい、Y に対し X には報復を実行する気がない旨伝え、Y から襲撃を実行するように指示を受けてこれを了承し、B 事務所に行って実行した。X は、上記電話以後、Y らとの連絡を一切絶っていたが、後に本件犯行を新聞で知った。

**【判 旨】**

大阪地裁は、「X は遅くとも右電話の日には殺害の報復の意思を完全に失っており、そのころ、X の言動や態度から Y らにも伝わっていたものと認められるから、被告人 X は、遅くとも右時点ころには、右犯行の報復の共謀から離脱し、判示第二および第三の犯行には加担していないとみるべきである」として、被告人 X に各公訴事実（殺人未遂、銃砲刀剣類所持等取締法違反、火薬類取締法違反）について無罪と判示した。

**【分 析】<sup>8</sup>**

本判決の特徴は、離脱の要件を X が共謀関係から一方的に離脱することの意思を有して

---

<sup>8</sup> 本判決の評釈として、山中敬一「共謀関係からの離脱」法学セミナー445号（1992年）参照。

いたことをその言動や態度から認定して、離脱について他の共犯者等の了解があったとの明確な認定をしなくてもその離脱を認めたことである。被告人が他の者らと殺人の共謀をしたが、その実行着手前に殺害の意思を完全に失い、他の共謀者らにも離脱の事実が伝わっていたことから、被告人は殺人の共謀から離脱したものが認められた。

実行の着手前の離脱に関して、他の共謀者に対して共謀関係から離脱する旨の意思表示があり、残余の共謀者が離脱を了承すれば当初の共謀関係は解消されたといつてよいから、このような場合には原則として共犯からの離脱を認めるとされる<sup>9</sup>。下級裁判所の裁判例では、離脱意思の表明および他の共犯者による了承があれば、共犯からの離脱について比較的緩やかに認められる。

## 第2項 離脱を否定した判例

実行の着手前においても、相互に利用・補充し合って犯罪を実現し関与時に情報や道具を提供した等、実行の着手後まで関与した場合に比して与えた影響力は相対的に小さいが、単に離脱意思の了承を得ただけで、共犯からの離脱とはいえない場合がある。以下では、それらの裁判例をみていくことにする。

⑧福岡高判昭和24年9月17日高刑判特1号127頁の被告人X、YとZらがA宅に侵入し窃盗することを共謀したが、A宅付近まで行ったところで、Xは犯意を放棄して別行動をとり、他の共犯者の行動を阻止することがなく、Yの見張りのもとで、ZらがA宅に侵入して窃盗をしたという事案につき、「二人以上の者がある犯罪を行うことを通謀しそのうち一部の者がその犯罪行為を実行した場合にはその実行行為に携はらなかった他の一部の者もこれを実行した者と同様に共同正犯の罪責を免れないとすることは大審院並びに最高裁判所の判例の趣旨とするところである。」と述べ、離脱の条件として「通謀関係から離脱すべき旨の表意をしてこれを解消する等の措置」を要求した。すなわち、通謀者の中の一部の者が犯罪行為を実行した場合には、その実行に加担しなかった他の者が、実行をする以前においてすでにその通謀関係から離脱する意思を包懐していたとしても、その実行行為の前に他の通謀者に表意してその措置をとらない限り、共同正犯の責を免れない。

同旨の否定例として、⑨東京高判昭和26年10月29日高刑判特25号11頁は、被告人X

---

<sup>9</sup> 大谷・前出注(5)『刑法講義総論(新版第5版)』471-472頁。

が窃盗の現場近くになって盗む気がなくなり、その内腹痛がして来たので、盗むことができず他の共犯者が一人で窃盗を実行した事案につき、「窃盗行為前に共謀が行われ、この共謀に基づいて現場である被害者方に行ったものであること、同人の内心の心理過程をあらわしたに過ぎず、その旨を共犯者に話して自己の犯行を中止する旨を明言した事実はなく、偶々腹痛が起きたので、共犯者一人が実行行為を担当し、兩名共謀に基づく窃取行為を完成したものであることが認められ、たとえ共犯者中の一人が内心では共謀した犯罪事実を実行する意思がなくなったにせよ、これを他の共犯者に表明して共謀に係る犯罪の実行から断絶する手段に出ない限り、他の共犯者が共謀に係る犯罪行為を実現した以上は、その実現した結果について共同正犯者としての責任を負うべきものと解する」と判示し、要するに、犯罪行為の実現を阻止する措置も求められた。

⑩東京高判昭和 30 年 12 月 21 日東高刑 6 卷 12 号 456 頁<sup>10</sup>

**【事実の概要】**

被告人 X は Z から放火を依頼されたが自らこれを実行するまでの意思なく、Y に対し更に情を告げその実行方を依頼しその実行方法等について詳細に指示を与え、これを承諾して Y による二回の実行がいずれも未遂に終わったため、被告人 X はその二回目の犯行が終わってから恐ろしくなり自ら犯行を続行する意思を放棄したが、Y が所期の放火行為継続の意思を有し実行の機を窺い且つ Z もこれを督促している事情を知らながらこれが実行を阻止する手段をまったくとっていない。

**【判 旨】**

東京高裁は、「ある犯行を共謀した者が、たとえ、自らはその後においてその犯行の遂行の意思を抛棄したとしても、その実行担当の共犯者が他に存する場合においてはその企図した犯行は実現の過程を進行するものであるから、その抛棄の意思を外部に表明しその共犯者の犯行の実行を阻止するか結果の発生を阻止しないかぎり、その刑責は消滅しないものであつて、その共犯者において実行に及んだ謀議に基づく犯罪の刑責を分担しなければならぬことは極めて当然の事理であるからである」と判示し、被告人 X に放火の共同正犯の成立を認めた。

**【分 析】**

本事案において、被告人 X が放火の実行方法等について詳細の指示をしたことから、共

---

<sup>10</sup> 本事案を掲載したその他の文献として、高等裁判所刑事裁判特報 2 卷 24 号 1292 頁、判例タイムズ 55 号 47 頁。

謀の中で与えた影響力が大きいともいえる。指示を受けた Y が二回の実行も行ったが、X は単に自ら犯行を続行する意思を放棄し、継続して三回目の犯行の実行を阻止するか結果の発生を阻止しないかぎり、及んだ謀議に基づく共犯からの離脱と認められず、犯行の実行担当の共犯者ではないが犯行を共謀した共同正犯と認定させた。

また、⑪東京高判昭和 32 年 2 月 21 日東高刑 8 卷 2 号 39 頁は、被告人 X が犯行につき一旦首謀者と為つたが、後悔悟し、自己が参加しなかったならば、他の共謀者等も犯罪を執行しないだろうと考え、現場に赴かつたのであるから、他の共謀者等により窃盗行為を実行したという事案で、「他の者と共謀して犯罪を為そうと企てた者が、著手前之が決行を思い止ったとしても、他の共謀者の犯行を阻止し、又は少なくとも其の者との共謀関係を解消せざる限り他の共謀者が自己との共同犯意に基き実行したる行為につき共同正犯としての刑事責任を免れ得ざるものと解すべき」と判示した。

⑫広島地判昭和 33 年 4 月 25 日一審刑集 1 卷 4 号 648 頁

**【事実の概要】**

被告人 X、Y らが A を殺害することを共謀し、それぞれの役割分担を決め、A の殺害の機会をうかがっていたが、X においてようやく事の重大さに気づき始めて殺害計画の加担に躊躇し、積極的な手だてをしなかったために目的を果たすことができず、被害者 A を捜す行為を 3 月 26 日頃および 4 月 1 日頃に自ら行った後、離脱の意思を抱いたが、他の共犯者 Y らが 4 月 7 日午後 10 時 25 分頃に A を発見して殺人目的を遂げた。

**【判 旨】**

広島地裁は、「被告人 X が相被告人等の実行着手前において、殺害計画の重大性を認識してこれが実行加担に躊躇しはじめ、ひいては前記通謀関係から離脱する意思を包懐するに至ったことは認められるが、それ以上に他の通謀者に右通謀関係から離脱する意思を表意して、これが解消を計るに適切な措置を採った形跡はなんら認められないから、右のような意思を包懐していたという一事によっては、相被告人において実行に及んだ前記謀議に基づく犯罪の刑責を免れることはできない」、と判示した。

**【分 析】**

本判決は共犯からの離脱が否定されたものであるが、それは、離脱意思が他の共犯者に表明されなかったからであろう。すなわち、他の共犯者に対して離脱する意思表示があり、他の共犯者が離脱の事実を了承するような場合には原則であるが、離脱者が指導的な地位に



立つ場合には離脱判断の基準が一層きびしくなるように考えられる。

⑬仙台地判昭和 34 年 1 月 22 日下刑集 1 卷 1 号 107 頁

**【事実の概要】**

殺人の共謀に基づき、被告人 X が実砲の装填された拳銃一丁を、他の共犯者らが各日本刀、匕首、出刃庖丁をそれぞれ携帯の上、午後 10 時ごろより翌日午前 0 時ごろまでの間、数組に分れ、再三に亘り被害者 A の所在を探し求めたが、遂に発見するに至らず、休所に逐次引揚げ、一時休息したが、X は、いかにしても同夜中に A に対する殺害の目的を達成すべく、一部の共犯者に対し、その旨を申向けたので、これを担当させることになり、帰宅したところ、残りの共犯者らが午前 3 時 40 分ごろ、逃れようとした A を追い、所携の日本刀を振ってそれぞれ同人の頭部又は上肢等に斬付け、よって同人の頭部に脳質にも及ぶ割創、並びに左上膊に上膊動脈の内側三分の二を切る切創等を負わせ、そのため、間もなく失血死させて殺害の目的を遂げた。

**【判 旨】**

仙台地裁は、「被告人 X が判示の A に対する殺害の実行にあたらなかったことは明らかであるが、同被告人と共謀関係にある他の相被告人等が右の共謀に基き、これを実行してその目的を遂げた以上、たとえ同被告人が犯意を抛棄して帰宅し、その際共犯者の一部の者に帰宅する旨を告げたとしても、右実行を阻止する何等の措置を講ずることなく、これを阻止し得なかったものであってみれば、同被告人は失張り共同正犯として殺人既遂の刑責を免れるものでなく、従って中止未遂をもって問擬する限りでない」として、被告人 X に共犯からの離脱（中止未遂をもって論ずる主張）を否定した。

**【分 析】**

本判決は、殺人の謀議に加えた者が中途において殺意を放棄したが他の共謀者において実行行為を完成したときと中止未遂の成否について、改めて共犯者の一部が犯罪の着手後に任意中止しても、他の共犯者が犯行を遂行した場合は、中止犯とする余地がないと強調した。ただし、本事案のように謀議に基づく集团的犯行の場合において、中止未遂についての結果発生の防止義務を重視しようとしていることが伺える。

さらに、⑭東京地判昭和 41 年 7 月 21 日判時 462 号 62 頁は、殺人の共謀後、暴力団の兄貴分である被告人 X が舎弟 Y を使って殺人を実行するため、待機していた Z らと現場で共謀して殺人を実行したという事案につき、Y を使って Z らを迎えにやった被告人 X の行為

は「Z および Y の両名の犯意を確定的に放棄させるだけの影響力を持つ言動をしたものとは認められず」、むしろ被告人の真意は「相手方の様子を見にやらせる程度で、せいぜい相手が早急に帰宅する様子がなければ一応食事にでも戻って来いと伝えさせたにすぎないと解するのが自然である」のであるから、被告人 X の行為を実行着手前の犯意の放棄と解することはできない、と判示した。これら 3 名の者が現場において実行した行為についても、順次の共謀者として、共謀共同正犯者としての刑事責任を負うべきである。本判決も、共謀共同正犯の責任を免れるための要件として、他の共犯者の犯意を確定的に放棄させることを要求しているのである。

⑮松江地判昭和 51 年 11 月 2 日刑月 8 卷 11=12 号 495 頁<sup>11</sup>

#### 【事案の概要】

被告人 X は、暴力団の若頭であり、報復計画の指導的立場にあった。配下の組合員 Y、Z1、Z2 等とともに対立抗争するグループの A を殺害することを共謀し、実行行為を Z1 が担当することとなった。Z1 がいったん A の殺害に赴いたが、現場で躊躇して引き返したので、このような事情について報告を受けた Y は、自分が現場に行けば殺害を実行することになるかもしれないが、やむをえないと決意し、出発前に Y が X に出かける旨を告げた。しかし、X は A を殺害しない以上現場付近に多数の組員が彷徨することはまずいと考え、Y に対し皆をとにかく連れて帰るよう指示した。

現場近くに行った Y は、Z2 らと X 殺害の方法などにつき協議がなされ、一時は X を生け捕る案なども出たが、結局殺害することとし、その実行行為は Y、Z2 が担当することに決まり、まもなく現場に到着した Z1 らから刺身庖丁を受け取った Y は、その後 Z2 とともに現場に赴き、その場において庖丁で A を刺殺した。

#### 【判 旨】

松江地裁は、「一般的には犯罪の実行を一旦共謀したものでも、その着手前に他の共謀者に対して自己が共謀関係から離脱する旨を表明し、他の共謀者もまたこれを了承して残余のものだけで犯罪を実行した場合、もはや離脱者に対しては他の共謀者の実行した犯罪について責任を問うことができないが、ここで留意すべきことは、共謀関係の離脱といいうるためには、自己と他の共謀者との共謀関係を完全に解消することが必要であって、殊に離脱しようとする者が共謀者団体の頭にして他の共謀者を統制支配しうる立場にあるものであれば、離脱者において共謀関係がなかった状態に復元させなければ、共謀関係の解消がなさ

---

<sup>11</sup> 本事案を掲載したその他の文献として、判例時報 845 号 127 頁。

れたとはいえないというべきである」と判示し、被告人 X において、「共謀関係の離脱があったと認めることはできないから、X を除いたその余の被告人らにおいて、本件犯行の実行担当者や実行方法につき新たな共謀がなされ、これに基づいて右犯行が実行されたものであるにしても X はこれが刑事責任を免れることはできない」とされた。

**【分析】**<sup>12</sup>

本判決は、前述したような対等型の共犯者の離脱が問題となっている事案と異なり、なかでも支配型の共犯者の離脱が問題となった事案である。本件における被告人 X は、「共謀者団体の頭にして他の共謀者を統制支配しうる立場」にあったのであり、まさしく「被告人の関与さえなければ」本件犯罪が行われなかったとという場合に該当するから<sup>13</sup>、そのことが離脱要件を厳格に解する理由となっている。

すなわち、対等的な共犯者について、離脱意思の表明と他の共犯者による了承によって共犯からの離脱が認められるが、他の共謀者を統制支配しうる指導的な立場にある場合は、共謀以前の状態への回復が必要とされている。

⑩旭川地判平成 15 年 11 月 14 日 (LEX/DB28095059)

**【事実の概要】**

被告人 X は、実行担当者である Y、Z と金品強取の目的で共謀し、7 月 24 日に被害者宅に赴いたが犯行を断念し、同月 27 日の早朝に Y らが無施錠の玄関から侵入し、同所において、Z が B に対し所携のサバイバルナイフをその胸元に突き付けるなどの暴行を加えた上、「金を出せ。金庫はどこにあるんだ。」などと申し向けて脅迫し、Y が A に対しその胸倉をつかみ所携のサバイバルナイフをその腹部付近に突き付けるなどの暴行を加えた上、「金を出せ。金はどこにある。」などと申し向けて脅迫し、両名の反抗を抑圧した上、B に金庫を開けさせ、同金庫内から A 所有にかかる現金 80 万円を奪い取ってこれを強取し、その際、A に対する暴行等により、同人に対し加療約 10 日間を要する傷害を負わせた。

**【判旨】**

旭川地裁は、「積極的に共犯関係を作り出し、犯行実現に大きな原動力を生じさせた首謀

---

<sup>12</sup> 本判決の評釈として、竹内正「判批」別冊ジュリスト 82 号 (1984 年) 184 頁、長井圓「判批」別冊ジュリスト 111 号 (1991 年) 192 頁、園田寿「判批」別冊ジュリスト 166 号 (2003 年) 186 頁など。

<sup>13</sup> 西村秀二「共犯からの離脱 (1)」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選 I 総論 (第 6 版)』(有斐閣・2008 年) 193 頁参照。

者について共犯関係からの離脱が認められるためには、単に共犯者に対し、犯行中止の意思を表明したとか、犯行中止について一部共犯者の了承を得たというだけでは足りず、成立した共謀を解消させて共謀関係がなかった状態に復元させるなどの相当な措置を取ることが必要であるというべき…計画の中止についての確約が得られないのであれば、捜査機関に対して計画の存在を打ち明けるなど、計画実行の防止に向けた積極的な措置を執ることが必要である」と判示し、被告人 X の共犯からの離脱が認められなかった。

### 【分 析】

本判決の特徴は、共謀関係において首謀者としての地位にあった場合、共犯からの離脱が認められるためには、単に共犯者に対し、犯行中止の意思を表明したとか、犯行中止について一部共犯者の了承を得たというだけでは足りず、共謀関係がなかった状態に復元させるなどの相当な措置をとることが必要ということである。この判決に対し、被告人 X が捜査機関に事実を打ち明けるだけでは不十分で、その結果として警察が現場に来たことによって他の共犯者が離散するなどして犯行が実際に阻止されることを要求されている<sup>14</sup>。被告人が少なくとも共謀関係がなかった状態に復元させたものとはいえないから、共犯関係から離脱したとは認められないとして、懲役 10 年に処するとした事例であった。

実行の着手前の場合においても、離脱者が共謀者団体の頭であり他の共謀者を支配しうるなど、処罰する当該犯行の共謀関係に関して首謀者的地位にあるものであれば、さらに離脱の基準が厳格に要求され、離脱者において共謀関係がなかった状態に復元させなければ、共犯からの離脱は認められないとする。

## 第 2 節 実行の着手後の離脱

実務上で、実行の着手後の離脱を認めるのがきわめて困難である。着手前の離脱を肯定する要件として、他の共犯者に対し離脱意思の表明と残余の共犯者がそれを了承したことが必要となる。それに加えて、着手後の離脱の場合、さらに積極的な結果防止行為によって他の共犯者の犯行を阻止し、当初の共謀に基づく犯罪の結果を発生しないことを要求するのが一般的である。以下では、実行の着手後の離脱とした判例を検討しながら、それらの判断基準を考察することにした。

---

<sup>14</sup> 小池健治「判批」研修 670 号（2004 年）27 頁。

## 第1項 離脱を肯定した判例

以下のように、実行の着手後における共犯からの離脱を認める珍しい事例が挙げられる。着手後の離脱の要件を検討するには、参考になると思われる。

⑰東京地判平成12年7月4日判時1769号158頁

### 【事実の概要】

Y、Zらが共謀の上、被害者Aをカラオケ店から連れ出してタクシーに無理やり乗せ、車内で刃物を突き付けるなどして脅迫しつつタクシーを順次乗り換えながら、被告人Xの居室に至った。XはYらが人を誘拐してくることを察知したが、近くまで来た旨のYからの電話を受けて居室を案内し、YらによりAを居室内に連れ込まれた。Xの居室において、Yらが略取してきた被害者Aに対し、目と口に粘着テープを巻き付け、両手両足をネクタイで縛った上、殴るなどの暴行を加えたが、Xは手出しをしていなかった。

Aの安否を憂慮する近親者らからその憂慮に乗じて金員を交付させようと企て、Yが多数回にわたり、Aの弟に電話をかけ身の代金を要求した。Xが徹夜でAを監視するなどした。その後、YらがAを居室から連れ出し自動車に乗せ、Aの弟に電話で現金を要求したり現金を受け渡す方法を指示したりした。XおよびZがYの指示により身の代金を受け取りに行った際、張り込んでいた警察官によって現行犯逮捕された。

Xは逮捕後、警察官らに対し「Zらが昨晚私のマンションに誘拐したAを連れてきて監禁した。今はボスに言われて金を取りに来た。」と自供し、氏名、生年月日および住所を明らかにしたほか、監禁場所や犯人の数についても供述した。さらに、Xは警察官から、Yら共犯者の逮捕およびAの解放のために捜査に協力するよう説得されて了承し、その指示に従って、Yからの電話に応答したなど、捜査に協力した。

一方、Yは一時Xらとの電話連絡がとれなくなったため、Xらが逮捕されたことを察知したが、それとは無関係に監禁行為を継続し、身代金要求を繰り返した。Aから必死に説得され、自己の銀行口座に金振り込むことを約束させた上、YがAを解放した。その後、逃走を続けたYが通常逮捕されていた。

### 【判 旨】

東京地裁は、「被告人は、逮捕後…他の共犯者らによる被害者の解放や警察官らによる他の共犯者らの逮捕に資する行動をとっており、逮捕された者としてなし得る犯行防止措置は尽くしたといえることができる」とし、「しかも、被告人は、被害者を拐取した者ではなく、

各犯行に関与するに至った者であり…右犯行において、被告人がその役割を果たす余地はなくなったものと認められる。加えて、被告人は、共犯者の間で格段に最年少の少年であり、本件各犯行への加担も、主犯格である Y に対する恩義もあって同人の指示に従ったものであることを考慮すると、本件各犯行への被告人の加功は決して強いものとはいえない」し、「以上からすると、本件各犯行において、被告人は、警察官らに逮捕された後、その説得に応じて捜査協力をしたことにより、自らの加功により本件各犯行に与えた影響を将来に向けて消去したものと評価できるから、その時点において、Y らとの間の当初の共犯関係から離脱したものと認めるのが相当である」と判示し、被告人に逮捕される以前の監禁、拐取者身代金要求罪の共同正犯の罪責のみを認めた。

### 【分 析】

本判決において、まず、被告人が犯行を中止したのは、自らの意思に基づくものではなく、警察官に現行犯逮捕されたことにより継続して犯罪不能の状態になり、任意性の要件を欠ける。次に、被告人が逮捕された後、他の共犯者が被害者を監禁する犯行を続け、身の代金要件を繰り返しており、すなわち、被告人が他の共犯者による犯行の目的を遂げたことを現実的に阻止しなかったというべきである。にもかかわらず、共犯からの離脱を認めた理由は、その判例理論を支えている学説における離脱と中止を区別していた点にあると思われる。そして、離脱を肯定する要件として「自らの加功により本件各犯行に与えた影響を将来に向けて消去したものと評価できる」ということが示された。

なお、本判決のような場合、離脱の肯否に関わらず、被告人の罪名が変わらないが、即成犯が一度だけ行われたような場合はともかく、複数あるいは一連の行為が問題となっている場合には、被告人の関与した行為を厳密に特定し、その犯情を明らかにし、量刑判断の対象を画するためには、離脱の肯否を検討することが必要であることは指摘されていた<sup>15</sup>。

## 第 2 項 離脱を否定した判例

かつては、日本の刑法理論では、共犯からの離脱という問題は共犯における中止犯規定の適用の問題として論じられてきた。すなわち、共同正犯者（共犯者）の一部の中止行為により結果の発生が防止された場合、中止した者に中止犯の規定が適用され、他の共犯者には障害未遂が成立することになる。要するに、共同正犯者（共犯者）の一部が任意に中止しかつ、

---

<sup>15</sup> 島田聡一郎「監禁、拐取者身の代金要求等被告事件について共犯関係からの離脱が認められた事例」判例評論 534 号（2003 年）37 頁。

結果発生を防止した場合に、中止の効果は本人のみに及ぶとされてきた<sup>16</sup>。それに対して、他の共犯者によって既遂の結果が生じた場合についても、他の共犯者による結果発生を防止することは決して容易ではなく、離脱しようとする者の責任に関わる中止未遂規定の適用の可否という形で論じられてきた。実務上、共犯からの離脱に関わる大審院時代の判例で知られているもの、そして、最高裁判所が引き続き最初のどんな立場をとるのかについて、実行の着手後の離脱に関する主な判例を概観しながら整理していくことにする。

⑱大判大正 12 年 7 月 2 日刑集 2 卷 610 頁

**【事実の概要】**

共犯者とともに恐喝を行った被告人が、被害者と金銭授受を約したるといふ恐喝行為に及んだ後に、恐怖の念に駆られて以降の行為に出なかったものの、他の共犯者が金銭を受領した現場で逮捕された。

**【判 旨】**

大審院は、「甲者乙者ト共謀シテ恐喝罪ノ実行ニ著手シタル後自ラ危懼ノ念ヲ起シ之ヲ遂行スルコトヲ思ヒ止リタルモ乙者ノ実行ヲ防止セサル限り乙者ノ為シタル行為ニ付責任ヲ免ルルヲ得サルモノトス」とし、被告人に中止犯の主張を斥けた。

**【分 析】**

本判決は、大審院として犯罪の実行に着手してから刑法 43 条但し書の適用を否認する立場を示した初期の代表的なものであった。その理由づけについて、主に被告人が他の共犯者の実行を防止すべき手段を講じていない点に依拠し、中止犯の主張を排斥していた。すなわち、犯罪者が共謀して犯行に着手した後、中止犯となるためには、他の共謀者の実行を防止したことを必要とし、それを防止しなかった場合は、結果について責を免れないとする。

⑲大判昭和 10 年 6 月 20 日刑集 14 卷 722 頁

**【事実の概要】**

被告人が賭博場開帳図利行為に関し、自ら実行行為に着手した後、賭場をあらかじめ定めて器具を設備することには関与したものの、その後に博徒を誘引し寺銭を定め賭事を成すことには関与しなかった。

**【判 旨】**

大審院は、「他人ト共謀ノ上犯罪行為ノ一部ニ著手シタル者其ノ犯意ヲ翻シテ爾後ノ実行

---

<sup>16</sup> 前田・前出注 (5)『刑法総論講義 (第 7 版)』364-365 頁。

行為ニ関与セザリシトスルモ他ノ共謀者ノ共同犯意ニ基ク実行行為ヲ阻止セサル限り中止犯ト為ルモノニ非ス」とし、上告を棄却した。

【分 析】<sup>17</sup>

大審院は、他人と共謀の上犯罪行為の一部に着手した者が、故意を翻して、爾余の実行行為に関与しなかったとしても、他の共謀者の実行行為を阻止しない限り、被告人につき中止犯を論じることができないと判示した。共謀者の共同犯意に基づく実行行為を阻止せざる限り中止犯の成立の有無を論じることができないという立場が明確に示されていた。

その後の大審院判例でも、実行の着手後における中止犯の成立について、同じく判断をしていた。<sup>⑳</sup>大判昭和 12 年 12 月 24 日刑集 16 卷 1728 頁<sup>18</sup>は、被告人が恐喝を共謀し警告と題する脅迫文書を作成して、他の共犯者が実行後、翻意し、自分は一切の手を引くから承知してくれと告げた事案につき、実行未遂にあつては、行為者が結果の発生を防止するための作為に出て、行為者が結果の発生を防止するための作為に出て、しかも現実に結果発生を防止することが中止犯の成立するための要件であるとしていた。すなわち、中止犯の成立を認めるためには、犯罪者において、共同犯行による結果の発生を防止することができたことを必要とし、防止する実効がなかった場合は、中止犯とはならない。また、<sup>㉑</sup>大判昭和 17 年 2 月 27 日大審院判決全集 9 輯 20 号 19 頁という詐欺被告事件で、被告人は他人と共謀して詐欺賭博の実行に着手したが、犯意を翻して事後の実行行為に関与しなかったとする上告を昭和 10 年判決と同様の判示により「中止未遂となるものに非ず」として排斥した。

<sup>㉒</sup>最判昭和 24 年 12 月 17 日刑集 3 卷 12 号 2028 頁

【事実の概要】

被告人 X は、Y と強盗することを共謀したうえ、A 宅に侵入し、Y は所持の庖丁を A に突き付けて「あり金を皆出せ、1 万や 2 万はあるだろう」と金品を要求し、X は A に「大きな声を出すな」と申し向け脅迫した。A の妻は金がないからと言って 900 円出してきたのに対し、X は「自分はそんな金はいらん、俺も困って入ったのだからお前の家も金がないのならばそのような金はいらん、お前はこの金がとられたと思ふて子供の着物か何か買って

---

<sup>17</sup> 本判決の評釈として、「犯意を翻したる共謀者の一人と中止犯の成否（判例要旨 大審院刑事判例）」法律時報 7 卷 12 号（1935 年）70 頁。

<sup>18</sup> 本判決の評釈として、「共犯と中止犯（判例要旨 大審院刑事判例）」法律時報 10 卷 7 号（1938 年）113 頁。



やれ」などと言って、Yに「帰ろう」と言って立ち去るよう勧告し何も受け取らずに一人で表へ出た。Yはその勧告を受けていったん手にした900円を置いたものの、その後再び手に取りポケットにいれ、Xが表に出てから約3分後に出てきて、その後二人で帰った。

#### 【判 旨】

最高裁は、「被告人がAの妻の差し出した現金900円を受取ることを断念して同人方を立ち去った事情が所論の通りであるとしても、被告人において、その共謀者たる一審相被告人Yが判示のごとく右金員を強取することを阻止せず放任した以上、所論のように、被告人のみを中止犯として論ずることはできないのであって、被告人としてもYによって遂行せられた本件強盗既遂の罪責を免れることを得ないのである。してみればこれと同一の見解に立って、原審弁護人の中止犯の主張を排斥し被告人に対し本件強盗罪の責任を認めた原判決は相当であって所論の違法はない。」とし、上告を棄却した。

#### 【分 析】

本判決は、最高裁判所として大審院判例の立場を踏襲し、共犯者の中一人が自己の意思に因り犯行を中止しても他の者が犯行の目的を遂げた場合に中止未遂の規定を適用することができないと判示した。その理由は、今までの判例がいずれも既遂に至った事案であり、単独犯の中止犯が成立するための必要な要件として結果不発生の事実を、そのまま共犯の中止犯成立に適用しており、結果帰属に際して各関与者の行為が個別的ではなく一体としてのみ取り扱われた。他の共謀者による実行継続を防止し、結果を防いだ場合に限って中止犯を肯定するという判例の趣旨は、戦前の学説および戦後においても一定の範囲で支持されていたと指摘される<sup>19</sup>。そこで、中止犯否定の理由を既遂の結果のみに求める読み方が行き過ぎだ<sup>20</sup>という見解もあったが、本事案において、被告人Xが共謀者の犯行を「放任」したという事実を指摘している点から見れば、結果の発生を防止する実効を強調していたと考えられる。

前述の事例⑱から㉑における被告人が犯行をやめ立ち去ったのみであった事実と異なり、本事案において、被告人Xが自ら犯行を止めただけでなく、Yに中止を勧告しその手にした900円をいったん置くことまでさせ、すなわち、共謀者による実行継続の可能性を大幅

---

<sup>19</sup> たとえば、泉二新熊『日本刑法論上巻総論』（有斐閣・1939年）533頁や、大場茂馬『刑法総論下巻』（中央大学・1917年）826頁には、「実行終結前に於て一人か中止するも他の者か進んで結果を生せしめたる時は全然中止の効果なきものとするを通説」という記述が見られる。塩見淳「共犯関係からの離脱」法学教室387号（2012年）96頁参照。

<sup>20</sup> 原田保「共犯と中止犯」別冊ジュリスト111号（1991年）196頁。

に低下させたと評価できる。その事実を効果的な中止行為があったという見解も主張されていたが、本判例の趣旨に照らせば、被害者を解放したり共謀者をおの場から離れさせたりといった作為がなされ、共謀者による実行継続の可能性がなくなったという状況ではない限り、中止犯の成立が認められることはないものと理解される<sup>21</sup>。

共犯者による犯罪既遂の結果が生じた後、被告人が離脱を試み、その後、残余者によって引き続き同種犯罪が行われ、加重結果が生じた場合も実行の着手後の判例として離脱を否定していた。挙げられる<sup>22</sup>最判昭和 24 年 7 月 12 日刑集 3 卷 8 号 1237 頁は、共犯者が A 女を強姦した後に被告人 X は、A の哀願により姦淫行為を中止したという事案につき、「他の共犯者と同女を強姦することを共謀し、他の共犯者が強姦をなし且つ強姦に際して同女に傷害の結果をあたえた以上、他の共犯者と同様共同正犯の責をまねかれることはできないから中止未遂の問題のおきるわけではない」と判示して被告人 X に強姦致傷の成立を認めていた。この事案において、不法監禁罪と強姦致傷罪とは牽連犯となるかどうかについて議論されたが<sup>22</sup>、本稿の検討対象とはならない。もう一つの要旨として、共犯者数名が共謀して強姦し、うちいずれの者の行為により傷害を与えたか不明な場合、自己の意思により姦淫することを中止したとしても、中止未遂とはならず、他の共犯者と同様に強姦致傷罪の責任を負うとされた。

また、犯罪が既遂となった後も違法の状態が継続する場合の離脱に関する裁判例には次のものが挙げられる。<sup>23</sup>東京高判昭和 46 年 4 月 6 日東高時報 22 卷 4 号 156 頁<sup>23</sup>は、被告人が他の三名の共犯者とともに A 女を自動車内に監禁して走行し、途中で自車のナンバーを警察に通報されるのではないかとすることを恐れて自分だけ「おれは先に帰る。」といて立ち去ったという事案につき、「ただ単身右犯行から離脱する旨の意思を表明し、これに対して他の共犯者らが特段の異議をとらなえなかったというだけでは、やはり被告人としては、自己の離脱後における他の共犯者らの実行部分をもふくめて、…A 女に対する一連の監禁行為全体に対する責任を免れることはできない」と判示した。本判決は、被告人において、いったん他の共犯者らと共謀の上、その実行行為に参与した後、離脱後の監禁行為の継続を現実に阻止していないことから、離脱後の他の共犯者による監禁行為をも含めて行為全体

---

<sup>21</sup> 曲田統「共犯と中止犯」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選 I 総論（第 7 版）』（有斐閣・2014 年）197 頁参照。

<sup>22</sup> 所一彦「牽連犯か併合罪か」ジュリスト 82 号（1955 年）194 頁以下参照。

<sup>23</sup> 本事案を掲載したその他の文献として、判例タイムズ 265 号 280 頁。

についても責任を負うことになったのであろう。

なお、そもそも犯罪遂行の意思が放棄されていないと見られる事案のもとで離脱を否定した裁判例として次のものがある。②⑤東京高判昭和 46 年 10 月 5 日東高時報 22 卷 10 号 273 頁<sup>24</sup>は、建造物不退去の犯行を共謀した後、管理者の退去要求前に建造物を退去した者につき、共謀関係からの離脱が認められず、共謀共同正犯の成立が認められた（いわゆる上智大学全学共闘事件控訴審判決）。判決の理由において、離脱の要件を説明するとき、「いわゆる『共謀関係からの離脱』と断言するためには、その者が、たとえその理由のいかんはこれを問わないとしても、ともかく自己の犯意をもふくめて他の者との間に存するいっさいの共謀関係のすべてを解消することを要するものと解すべきであって、共謀による犯意は依然として抱懐しながら、ただその実行分担の面だけを他の共謀者に一任する意思を表明したに止まるときは、たとえ自己が実際その実行にたずさわらなかったとしても、それはただ、実行共同正犯の形態として行われる予定であったものがいわゆる共謀共同正犯の態様に移行したに過ぎないのであって、右にいわゆる『共謀関係からの離脱』には該当しない」ということを強調した。

同旨の否定例として所持継続中の共謀関係からの離脱が認められなかった②⑥東京地判昭和 51 年 12 月 9 日判時 864 号 128 頁は、被告人 X、Y が判示薬品を返還するかまたは直ちに廃棄するよう強く要求したにもかかわらず、判示組織から資格停止処分を受ける共謀者 Z が爆発性のある劇物所持の実行行為を継続していたという事実につき、「被告人両名が右所持の共謀関係から離脱したと断言するためには、被告人らにおいて、Z から判示薬品を一たん取り戻すなどして同人の占有を失わせるか、或は、そのための真摯な努力をなしたにもかかわらず、同人においてこれが返還等をなさず、以後の判示薬品の所持が当初の共謀とは全く別個な同人独自の新たな意思に基づいてなされたものと認めるべき特段の事情がなければならぬ」と判示し、そのような事情が存しないのであるから、被告人 X、Y が所持の共謀関係から離脱したことは認められなかった。

### 第 3 節 共犯関係の解消

平成期に入り、判例の中には、離脱後の実態がまったく別個の新たな意思に基づくものと認められる特別の事情が必要であるとか、当初の共謀に基づく事態を継続することのない

---

<sup>24</sup> 本事案を掲載したその他の文献として、刑事裁判月報 3 卷 10 号 1293 頁、判例タイムズ 274 号 347 頁など。

状態を作り出している場合に限られるとする事例も見られる。そして、実行の着手前後にかかわらず、共犯関係の解消（共謀関係の解消）という視点から、より一般的な共犯からの離脱の要件を示した判例の立場として見ることもできるように思われ、その意味で重要な意義を有し、以下では検討を加えたいことにする。

②7 最決平成元年 6 月 26 日刑集 43 卷 6 号 567 頁<sup>25</sup>

#### 【事案の概要】

被告人 X は、Y の舎弟分であるが、二人は深夜スナックで一緒に飲んでいた被害者 A の酒癖が悪く、再三たしなめたのに、逆に反抗的な態度を示したことに憤慨し、A に謝らせるべく、車で Y 宅に連行した。X は Y とともに、A の態度などを難詰し、謝ることを強く促したが、A が頑としてこれに応じないで反抗的な態度をとり続けたことに激昂し、その身体に対して暴行を加える意思を Y と相通じた上、約 1 時間ないし 1 時間半にわたり、竹刀や木刀でこもごも A の顔面、背部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた。

X は、その後 Y 宅を立ち去ったが、その際「おれ帰る」と言っただけで、自分としては A に対しこれ以上制裁を加えることを止めるという趣旨のことを告げず、Y に対しても、以後は A に暴行を加えることを止めるよう求めたり、あるいは A を寝かせてやってほしいとか、病院に連れて行ってほしいなどと頼んだりせず、現場をそのままにして立ち去った。その後 Y は、「まだシメ足りないか」と怒鳴って A の顔を木刀で突くなどの暴行を加えた。A は甲状軟骨左上角骨折に基づく頸部圧迫等により窒息死したが、その死の結果が X が帰る前に X と Y がこもごも加えた暴行によって生じたものか、その後の Y による単独の暴行により生じたものかは断定できない。

#### 【決定の要旨】

最高裁判所は、「右事実関係に照らすと、X が帰った時点では、Y においてなお制裁を加えるおそれが消滅していなかったのに、X において格別これを防止する措置を講ずることなく、成り行きに任せて現場を去ったに過ぎないのであるから、Y との間の当初の共犯関係が右の時点で解消したということとはできず、その後の Y の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。そうすると、原判決がこれと同旨の判断に立ち、かりに A の死の結果が X が帰った後に Y が加えた暴行によって生じていたとしても、X は傷害致死の責を負うとしたのは、正当である」とし、上告を棄却した。

---

<sup>25</sup> 本事案を掲載したその他の文献として、最高裁判所裁判集刑事 252 号 157 頁。

## 【分析】<sup>26</sup>

本決定の特徴としては、まず共犯からの離脱という事案に中止犯規定適用の可否を問題として捉えるのではなく、共犯関係の解消を正面から問題にしている点であり、次に他の共犯者により最終結果が発生したのにもかかわらず、途中から離脱した者に対する刑事責任の限定の余地を論理的に認めた点が注目される。すなわち、「あげる共犯解消の判断基準は、①共犯者においてなお制裁を加えるおそれが消滅しているかどうか、②右のおそれが消滅していないときには、被告人においてこれを防止する措置を講じたかどうかの二点である…①のおそれが消滅していれば、共犯の解消が認められる。そこで、共犯者のその後の犯行の継続を阻止することは必要でない。もちろん、阻止すれば、右の恐れが消滅したといえる。しかし、阻止に到らなくとも、右のおそれが消滅すれば足りるとする点に本決定の意義の一つがある。消滅すれば、その後の犯行は、別個独立の犯行と評価される」<sup>27</sup>のである。本決定は、共犯者の一部が、実行の着手後犯行途中で立ち去った後、他の共犯者による生じた加重結果についても責任を負うことを示した事例判断ではあるが、共犯からの離脱について、前述した事例②と異なり、最高裁判所として初めて明確な判断を示したものとして、重要な意味を持つといえよう<sup>28</sup>。

②⑧最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁<sup>29</sup>

### 【事案の概要】

被告人Xが友人Yらと夜間の歩道上で雑談をするなどしていたところ、酩酊して通りかかったAと口論となり、AがXの女友達Bの髪をつかみ、付近を引き回すなどの乱暴を始めた。X、Yらはこれを制止するため、Aの顔面や身体を殴る蹴るなどした。しかし、AはBの髪を放そうとせず、つかんだまま通りを横断して向かい側の駐車場入口の内側付近ま

---

<sup>26</sup> 本判決の評釈として、吉田宣之「共犯関係が解消していないとされた事例」警察研究63巻11号、園田寿「共犯関係離脱の要件」法学教室111号、前田雅英「共同正犯からの離脱」判例時報1333号、横井康信「共同正犯関係からの離脱ないしその解消」立教大学大学院法学研究10号、川端博「共犯関係からの離脱」法学セミナー419号など。

<sup>27</sup> 原田國男「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成元年度）』（法曹会・1991年）182頁。

<sup>28</sup> 島岡まな「共犯関係の解消（2）」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選I総論（第7版）』（有斐閣・2014年）192頁参照。

<sup>29</sup> 本事案を掲載したその他の文献として、裁判所時報1138号8頁、判例時報1534号135頁、判例タイムズ888号145頁、最高裁判所裁判集刑事264号311頁。

でBを引っ張って行った。X、Yらは追いかけて行き、Aに殴る蹴るなどし、Aもこれに応戦した。その後、ようやく、AはBの髪から手を放した。

Aは、近くにいたXらに向かって、「馬鹿野郎」などと悪態をつき、なおも応戦する氣勢を示しながら、後ずさりするようにして駐車場の奥の方に移動し、Xらもほぼ一団となって、Aを追い詰める格好で追って行った。応戦の態度を崩さないAに対し、Yらが手拳で殴打し、そのためAは転倒してコンクリート床に頭部を打ちつけ、加療約7か月半を要する傷害を負うに至った。その間、Xは自ら暴行を加えることはなかったが、Yらの暴行を制止したわけでもなかった。

### 【判 旨】

最高裁判所は、「本件のように、相手方の侵害に対し、複数人が共同して防衛行為としての暴行に及び、相手方からの侵害が終了した後に、なおも一部の者が暴行を続けた場合において、後の暴行を加えていない者について正当防衛の成否を検討するに当たっては、侵害現在時と侵害終了後と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って、共謀の成立が認められるときに初めて、侵害現在時及び侵害終了後の一連の行為を全体として考察し、防衛行為としての相当性を検討すべきである」と判示した。被告人らの本件行為を、AがBの髪を放すに至るまでの行為（以下、これを「反撃行為」という。）と、その後の行為（以下、これを「追撃行為」という。）とに分けて考察すれば、以上に検討したところによれば、「被告人に関しては、反撃行為については正当防衛が成立し、追撃行為については新たに暴行の共謀が成立したとは認められないのであるから、反撃行為と追撃行為とを一連一体のものとして総合評価する余地はなく、被告人に関して、これらを一連一体のものとして認め、共謀による傷害罪の成立を認め、これが過剰防衛に当たるとした第一審判決を維持した原判決には判決に影響を及ぼすべき重大な事実誤認があ」とし、原判決を破棄し、Xに無罪を言い渡した。

### 【分 析】<sup>30</sup>

従来の裁判例における基準に照らせば、犯行が実際に阻止される措置を講じていない本

---

<sup>30</sup> 本判決の評釈として、佐伯仁志「正当防衛と共犯からの離脱」ジュリスト1125号、野村稔「共同正犯と正当防衛の成否の判断方法」法学教室177号、川崎友巳「共犯者による量的過剰を伴う場合における正当防衛の判断」同志社法学48巻4号、東公明「過剰防衛と共同正犯」創価法学26巻2=3号など。

件被告人 X については、共犯からの離脱を認めることは困難であり、実際、1、2 審判決もこのような理解に立ち、X に過剰防衛の成立を認めていた。ただ、本判決の特徴として、侵害現時の反撃行為と侵害修了時以後の追撃行為とを分けたうえで、前者における「共犯からの離脱」ではなく、「新たな共謀の成立」という枠組みによるべきとしたことである<sup>31</sup>。すなわち、「憤激ということに移行させて攻撃意思を持続する者もいるが、他方、救助の目的を達したとしてその段階で攻撃意思を放棄する者の存在も十分に考えられるのである。そして、このような者の存在が考えられる以上、その者が自己又は第三者の権利の防衛という違法行為に関与したことで不当にも追撃行為にも関与したとされてしまうことのないよう、追撃行為についてはあらためて攻撃意思、さらには共同遂行意思の存在を厳格に再確認する必要がある」<sup>32</sup>のである。実行行為が当初の共謀に基づいて行われたか、それとも当初の共謀とは異なり新たな共謀に基づいて行われたのかという観点に、本判決の意義があるように思われる。

⑳名古屋高判平成 14 年 8 月 29 日判時 1831 号 158 頁

**【事案の概要】**

被告人 X は、友人の Y らから、被害者 A に無理やり陰毛や眉毛を剃られて山中に置き去りにされた旨の虚実の混じった話を聞き、これを真に受けて A に腹を立て、制裁を加えることになった際、Y らからその旨の事情を打ち明けられて協力を求められるや、これに同調した。そして、被告人 X は、A に制裁を加えることなどを意図して、Y らと共謀の上、駐車中の普通乗用自動車運転席にいた A に対し、Y が顔面を手拳で数回殴打し、同人を車外に引きずり出した上、X 及び Y が、こもごも、A の顔面、頭部等を足蹴にし、その頭部を手拳で殴打するなどの暴行を加えた。

X は、Y の暴行が予想以上に激しかったので、これを制止し、近くの公園内のベンチの方へ A を連れて行き、「大丈夫か」などと同人に声をかけていたところ、これを見咎めた Y から、「何をこそこそ話しているんだ。」と怒鳴りつけられ、これに反抗すると、X は Y から顔面を殴られて転倒し気を失った。X が気を失っている間に、Y が、A を自動車に乗せて別の場所まで連行し、引き続き、A の顔面を手拳で殴打するなどの暴行を加え、よって、上記一

---

<sup>31</sup> 只木誠「共犯からの離脱（3）」芝原邦爾＝西田典之＝山口厚『刑法判例百選 I 総論（第 5 版）』（有斐閣・2003 年）190 頁参照。

<sup>32</sup> 川口政明「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成 6 年度）』（法曹会・1996 年）223 頁。

連の暴行により、同人に加療約二週間を要する上顎左右中切歯亜脱臼、顔面挫傷、左頭頂部切傷等の傷害を負わせた。

#### 【判 旨】

名古屋高裁は、「被告人を含めて形成された共犯関係は、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 Y 自身の行動によって一方的に解消され、その後の第 2 の暴行は被告人の意思・関与を排除して Y らのみによってなされたものと解するのが相当である」と判示したが、被害者 A の負傷が共犯関係の解消前の X の暴行によって生じたか、解消後の Y らの暴行によって生じたか、あるいは、両暴行があいまって生じたか知ることができないので、被告人 X に刑法 207 条の同時傷害の規定により責任を負わせた。

#### 【分 析】<sup>33</sup>

従来の裁判例において、離脱の意思表示とその了承が離脱の必要条件であるかのように捉えられてきたが、離脱者以外の者によって離脱が肯定される場合、つまり、離脱者が離脱をしようとして当初の共謀関係を解消することによって離脱が認められる場合ではなく、他の共犯者が離脱者を排除して新たな共謀関係を作り出すことによって離脱が認められる場合がありうるということが明らかにされた。離脱者以外の者により離脱者を排除した新たな共謀関係が作られ、それに基づいて後の犯行が行なわれたとということから、共犯からの離脱を認めたことは本判決の特徴であると考えられる。

③〇最決平成 21 年 6 月 30 日刑集 63 卷 5 号 475 頁<sup>34</sup>

#### 【事案の概要】

被告人 X は以前にも数回にわたり、共犯者らと共に強盗することを実行したことがあった。本件犯行に誘われた X は、本件犯行の前夜遅く、自動車を運転して行って共犯者らと合流し、同人らと共に、被害者 A 宅およびその付近の下見をするなどした後、共犯者 7 名との間で、被害者 A 宅の明かりが消えたら、共犯者 2 名が屋内に侵入し、内部から入口の鍵を開けて侵入口を確保した上で、X を含む他の共犯者らも屋内に侵入して強盗に及ぶと

---

<sup>33</sup> 本判決の評釈として、小林憲太郎「共犯の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」判例時報 1858 号、照沼亮介「共犯者の行為により共犯関係が一方的に解消されたと認定された事例」法学教室 294 号別冊付録（判例セレクト 2004）など。

<sup>34</sup> 本事案を掲載したその他の文献として、裁判所時報 1486 号 1 頁、最高裁判所裁判集刑事 296 号 929 頁、判例タイムズ 1318 号 108 頁、判例時報 2072 号 152 頁。



いう住居侵入・強盗の共謀を遂げた。

本件当日午前2時ころ、共犯者2名は被害者A宅に侵入しドアの施錠を外して他の共犯者らのための侵入口を確保した。見張り役の共犯者は、屋内にいる共犯者2名が強盗に着手する前の段階において、現場付近に人が集まってきたのを見て犯行の発覚をおそれ、屋内の共犯者らに電話をかけ、「人が集まっている。早くやめて出てきた方がいい。」と言ったところ、「もう少し待って。」などと言われたので、「危ないから待てない。先に帰る。」と一方的に伝えただけで電話を切り、付近に止めてあった自動車に乗り込んだ。その車内では、Xと他の共犯者1名が強盗の実行行為に及ぶべく待機していたが、Xら3名は話し合っ一緒に逃げることにし、Xが運転する自動車現場付近から立ち去った。屋内にいた共犯者2名は、いったん被害者A宅を出て、Xら3名が立ち去ったことを知ったが、本件当日午前2時55分ころ、現場付近に残っていた共犯者3名と共にそのまま強盗を実行し、その際に加えた暴行によって被害者2名を負傷させた。

#### 【決定の要旨】

最高裁判所は、「上記事実関係によれば、被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で『犯行をやめた方がよい、先に帰る』などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということとはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行われたものと認めるのが相当である」とし、上告を棄却した。

#### 【分析】<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> 本判決の評釈として、豊田兼彦「共犯からの離脱が否定された事例」法学セミナー657号、野呂裕子「共犯者が実行行為に着手する前に、離脱の意思を表明した他の共犯者と共に現場付近から立ち去った被告人について、共同正犯からの離脱を認めなかった事例」研修734号、十河太郎「共謀関係の解消が否定された事例」判例セレクト353号、金子博「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」立命館法学332号、今井康介「実行の着手前離脱の場合に共謀関係からの離脱が否定された事例」上智法学論集54巻2号、佐々木一夫「共謀関係の解消の認定について」警察学論集67巻11号など。

本決定の特徴として、実行の着手前の離脱が問題となった事例において、被告人 X は離脱の意思を明示的に表示したわけではないが、自動車現場付近から立ち去ることによって離脱の意思を黙示的に表示していたといえるから、他の共犯者は X が立ち去ったことを知った上で、犯行を継続していること自体によって X の離脱を了承すると理解しても可能であるが、「格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく」として、共犯からの離脱を否定していたことである。すなわち、「実質的には実行着手後の離脱に近い状況であるともいえる…当初の共謀に基づく住居侵入の実行行為による物理的・心理的な効果はなお残存しており、これを利用してなお犯行が継続され、強盗に至る危険性が十分あったにもかかわらず、既に住居侵入の実行行為に及んでいる共犯者に格別それ以後の犯行を止めさせる措置を講ずることなく、現場を立ち去って離脱したというだけである。したがって、当初の共謀関係が解消したということまではいえないもの」<sup>36</sup>である。このように実行の着手前の離脱であっても、犯行継続の防止に向けた措置を要求される点において、本決定には重要な意義があるといえよう<sup>37</sup>。本決定の立場では、従来の実行の着手前後を区別しないことに見え、あくまでも離脱者の具体的な関与状況に即して、離脱するための措置の内容を検討すべきであろう。

#### 第4節 小括

以上、共犯からの離脱に関する判例を概観してきたが、従来では実行の着手前と実行の着手後とに分けて異なる条件が要求されているように見え、ここから得られた結論をまとめると、以下を指摘することができる。

実行の着手前の離脱については、離脱意思の表明および他の共犯者による了承によって共犯からの離脱が比較的緩やかに認められる。その典型例が事例①、③、④、⑤であり、また、事例②、⑥では離脱の意思表示は必ずしも明示的にする必要もなく、黙示的な意思表示によっても離脱が認められるとされ、さらに事例⑦のような離脱について他の共犯者等の了解があったとの明確な認定をしなくてもその離脱を認めた場合もある。ところが、事例⑮、⑯では離脱の条件を厳格に要求し、離脱しようとする者が首謀者であり他の共犯者を統制

---

<sup>36</sup> 任介辰哉「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（平成21年度）』（法曹会・2013年）181頁。

<sup>37</sup> 橋爪隆「共犯関係の解消（1）」山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論（第7版）』（有斐閣・2014年）191頁参照。

支配しうる立場にあるものであれば、離脱者において共謀関係がなかった状態に復元させなければ共犯からの離脱は認められないとされた。

実行の着手後の離脱について、初期の判例は共犯における中止犯規定の適用の問題として捉えている。事例⑱、⑲、⑳、㉑、㉒は、まさに中止犯の成否についてのものである。また、実行の着手後で、通常犯意の一部が客観化されているから離脱意思の表明と他の共犯者の了承だけでは不十分であり、より積極的な犯行防止措置を講ずることが必要であるとしてきた。一方、事例⑰のように、身代金目的誘拐罪における身代金受け取り役の被告人が、身代金を受け取った後現行犯逮捕され、警察に被害者の監禁場所を教えるなどして共犯者の逮捕に協力した事案で、逮捕後になしうる犯行防止措置は尽くしたとして共犯からの離脱が認められた裁判例もある。

平成期に入り、最高裁判所は初めて共犯関係の解消を正面から問題にしている点が注目されている。そこで、事例㉗において、用語として、被告人が共同遂行の意思を放棄して離れる行為自体を「共犯の離脱」と呼び、共同遂行が終了したと判断される状況を「共犯の解消」と呼ぶこととし<sup>38</sup>、事例⑳において、「離脱」を事実行為の意味でのみ用いており、法的評価を加えた場合には「離脱」ではなく「共犯関係の解消」という表現を用いている。用語の意味を明確にするという観点からすると、本決定のような用法が適切であるように思われる<sup>39</sup>。また、実行の着手前後で共犯からの離脱の要件が形式的に区別されないことがより明確になったことも指摘できる。一方、事例㉘では、他の共犯者により強制的に共犯関係から排除されたような場合も、共犯関係の解消が認められてきた裁判例もある。

ところが、共犯からの離脱の時期が実行の着手前か着手後かで離脱の効果が異なってくるので、このこととの関連では、離脱の時期が着手前か着手後かは重要である。すなわち、共犯からの離脱が実行の着手前であれば、未遂犯は成立しない（ただし、犯罪によっては予備罪が成立する余地はある）が、着手後の離脱の場合には、未遂犯が成立し、さらに中止犯が成立する余地もある<sup>40</sup>。着手の前後に分けて検討する意味を看過できないと思われる。

---

<sup>38</sup> 原田・前出注（27）178頁。

<sup>39</sup> 任介・前出注（36）172-173頁。

<sup>40</sup> 豊田兼彦「共犯からの離脱」法学教室 359号（2010年）26頁以下参照。

## 第2章 共犯からの離脱をめぐる理論的考察

前章では、実行の着手前と実行の着手後に分けて共犯からの離脱をめぐる一般的な判例理論の展開、そして共犯関係の解消に注目する判例の展開から、判例の立場における共犯からの離脱について検討を加えた。そこから、共犯からの離脱に求められる要件として、実行の着手前においては、離脱の意思表示と残余者の了承（黙示的なものであってもよい）があれば足りるが、実行の着手後においては、原則として共犯からの離脱を認めるのが困難であり、離脱の意思表示と残余者の了承に加えて結果防止行為によって残余者の犯行阻止が必要であるという点が明らかとなった。

それでは、学説は判例の立場に対して、どのように考えているのであろうか。このような問題意識に基づき、本章では、共犯がなぜ処罰されるかという共犯処罰の根拠を検討したうえで、学説における共犯からの離脱をめぐる、離脱者が離脱後の他の共犯者による犯行または発生した結果についてどの範囲まで罪責を負うかが問題となり、それに関する議論の具体的な内容を概観した上で検討を加えることにしたい。

### 第1節 共犯処罰の根拠について

共犯に関する解釈論上の諸問題を解決するにあたっての重要な指針を与えるのが、共犯の処罰根拠ということである。すなわち、狭義の共犯である教唆・幫助については正犯の行為に対する従属性の存在が認められているが、そもそも共犯はどのような根拠に基づいて処罰の対象になるのか、という問題が提出されている。この問題に関する議論を通じて、共犯成立の範囲を理論的な根拠から明確化することが期待される。

共犯がなぜ処罰されるかをめぐっては、これまで様々な見解が提唱されてきた<sup>41</sup>。広義の共犯として、共同正犯（刑法60条）、教唆（刑法61条）、幫助（刑法62条）が規定されているが、共犯の処罰根拠論はこれらすべてについて妥当するのかわりに見解の対立があ

---

<sup>41</sup> 共犯の処罰根拠論については、大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院新社・1981年）、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂・1988年）93頁以下、香川達夫『共犯処罰の根拠』（成文堂・1988年）、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂・2005年）157頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂・2009年）など参照。

る<sup>42</sup>。また、共犯処罰の根拠についての学説の分類についても、これまで様々な方法が採られてきたが、ここでは、主に共犯論の枠組みの中で捉えることによって、責任共犯論、違法共犯論、因果的共犯論に分類して論じていくことにする。

## 第1項 責任共犯論と違法共犯論

責任共犯論は、共犯の処罰根拠を、共犯者が正犯者を墮落させ罪責と刑罰に陥れた点に求める見解である。すなわち、「犯罪の本質を人倫の秩序違反にもとめて、外部的損害の惹起を重視しないとすれば、誘惑して犯罪を行わせることの方が客観的な法益侵害よりも重大であると考えうる。したがって、誘惑という面を強調すれば、正犯とおなじ程度に犯罪性をそなえたものとみなしなければならない。教唆犯が殺人したとはいえないとしても、殺人犯を誘惑して殺人をおこなわせたということから、教唆犯は殺人犯と同様な評価を与えられる」<sup>43</sup>というわけである。これは、犯罪行為への決意のない者に犯罪への決意を成さしめることを内容とする教唆犯を説明するに適した理論である。すなわち、教唆犯は、教唆によって犯罪者を創造したから処罰されるとするのである。しかし、すでに犯罪決意をしているものに援助を与える幫助犯や、共同で犯罪を行う共同正犯を説明するには十分ではないと思われる。また、共犯も犯罪なのであるから、法益侵害・危険といった違法性の側面も考慮すべきであり、単に墮落性のみを処罰の根拠とすることは妥当ではないと思われる。

違法共犯論は、「共犯者は正犯者の故意を惹起して違法な犯罪行為にいたらせ、またはその援助行為によって違法な正犯行為を促進した」<sup>44</sup>と解する。共犯者は、正犯者に構成要件に該当する違法な行為を行わせ、自己の犯罪を実現したから処罰されるとするのである。なお、正犯者は、構成要件に該当する違法な行為を行えば足り、有責性までは必要としない。この見解は、行為の違法性を強調し、正犯の行為無価値を惹起したことを共犯の処罰根拠とするので、共犯行為と正犯行為との間の因果性を要求するものである。しかし、正犯が処罰

---

<sup>42</sup> 広義の共犯すべてに、犯罪構成要件が修正拡張される根拠について、共犯の処罰根拠論はこれに対する解答を与えるものであるとする立場と、共同正犯はあくまでも「正犯」であり、「共犯」である教唆・幫助とは構成原理が違うということを理由に、共犯の処罰根拠論は狭義の共犯にしか妥当しないとする立場がある。齊藤誠二「共犯の処罰根拠をめぐって」法律時報 57 卷 6 号（1980 年）95 頁以下。

<sup>43</sup> 莊子邦雄『刑法総論』（青林書院新社・1969 年）717 頁。

<sup>44</sup> 大塚仁『刑法概説（総論）』（有斐閣・2008 年）289 頁。

される根拠はその違法性の実質である法益侵害・危険を惹起したことであるから、正犯に関する共犯の処罰も法益侵害を不可欠の要素と解さなければならず、結果無価値の側面を無視すべきではないと思われる。

以上のように両説とも問題があり、学説においても「①責任共犯論、②違法共犯論は、いずれも、明白な弱点をもっている…他人を犯罪に陥れたから、あるいは、他人にとって違法な行為を行わせた場合には共犯が成立するという論理は、このような類型において破綻することは明らか」である。たとえば、自分の指を切る行為が不可罰であるが、自分で切るのが痛いので、ヤクザが外科医に頼んで麻酔をかけて切ってもらったという場合、判例は切った外科医が傷害罪になるとする。「自分の指の切断を依頼したヤクザも傷害罪の教唆犯として可罰的であろうか。①責任共犯論、②違法共犯論からは教唆犯の成立を肯定せざるを得ない。しかし、自傷行為が不可罰なのに、自分の指を切ってくれと頼むと傷害罪の教唆犯になるというのは到底妥当とはいえない」という指摘がある<sup>45</sup>。責任共犯論と違法共犯論は、共犯の処罰根拠を基礎づけるものとしては適切ではないと思われる。

## 第2項 因果的共犯論（惹起説）

責任共犯論と違法共犯論に対して、共犯も単独正犯と同様に、法益侵害・危険の惹起を理由として処罰されるべきである。すなわち、「共犯は、他人によって引き起こされた法益侵害と因果性を有するがゆえに処罰される」という考え方は、現在では支配的であるといえよう。共犯と単独正犯との違いは、単独正犯が法益侵害の単独惹起であるのに対して、共犯が法益侵害の共同惹起（共同正犯の場合）または間接惹起（教唆・幫助の場合）である点に存する。このような見解が、因果的共犯論（惹起説とも呼ばれる）である。

因果的共犯論の内部では、共犯そのものに独自の違法性を認めるか否かをめぐって、さらに議論は対立している。惹起説本来の考え方を徹底し、共犯者はあくまで自身が法益侵害・危険を惹起したことについてのみ罪責を問われるのであり、正犯が違法でなくても共犯が違法であるという違法の個別性が肯定される。この見解によると、正犯の実行行為を介した共犯成立、すなわち実行従属性は必ずしも要求されないことになり、「正犯はいないが共犯がいる」という状況が生じ、共犯の処罰が拡張されてしまうことにつながり妥当でないとと思われる。したがって、「従属性原理を根底に置いたうえで、共犯は自らの違法性に基づいて処罰されるのではなく、もっぱら正犯の構成要件に該当する法益侵害結果を惹起したこと

---

<sup>45</sup> 西田典之・橋爪隆補訂『刑法総論（第3版）』（弘文堂・2019年）360-361頁参照。

を理由に処罰されるとする見解（修正惹起説＝従属性志向惹起説<sup>46</sup>）と、共犯は自らに固有の不法と正犯の構成要件該当行為を通じて惹起した不法とに基づいて処罰されるとする見解（混合惹起説＝従属的法益侵害説<sup>47</sup>）との対立が焦点となる」<sup>48</sup>のである。

このように、共犯の処罰根拠に関する学説としての因果的共犯論は、共犯も正犯と同様に、結果を惹起したことを根拠に処罰されるとみられ、その惹起した結果に対する因果関係を共犯の成立にも明確に要求する点に意義があるといえる<sup>49</sup>。結果を惹起したという共犯の因果関係には、心理的因果関係と物理的因果関係がある。

共同正犯においては、一般的に、共同実行の事実と共同実行の意思の連絡が要件とされているが、共同実行の意思の連絡は犯意を相互に拘束し強化するという心理的因果関係を、共同実行の事実は物理的因果関係（および、その認識を通じた、心理的因果関係）を、基礎づけるものである。教唆犯においては、正犯に犯意を生じさせて犯罪の結果を惹起した、という心理的因果関係が問題となる。幫助犯においては、正犯の犯意を心理的に維持・強化して犯罪の実行と結果の発生を容易にしたという心理的因果関係と、犯罪の実行に必要な道具の提供などによって正犯の犯罪の実行と結果の発生を物理的に容易にしたという物理的因果関係の、双方が問題となる<sup>50</sup>。

一方、共犯の因果関係のうちで、幫助の因果関係については、単独正犯と異なり、結果との間の条件関係（結果回避可能性）は不要であり、何らかの形で、正犯の実行行為を通じて結果発生を促進していれば足りる（促進的因果関係）、と一般的に解されている<sup>51</sup>。なお、幫助犯が成立するためには、正犯行為を通じた結果惹起が存在すればよく、正犯における実行行為のように手段が限定されているわけではない。したがって、幫助は犯行の手段や場所を

---

<sup>46</sup> 共犯の不法は正犯の不法と完全に一致することを前提とし、違法の相対化を認めず、共犯者は正犯者とともに違法な結果を惹起するので処罰されるとする立場である。

<sup>47</sup> 違法性の本質が法益侵害のみに尽きず、それ以外の要素の有無によって行為者ごとに相対化し得ることを前提とし、共犯の不法は正犯の不法に対して一部従属・一部独立しているとする立場である。

<sup>48</sup> 照沼・前出注（41）164頁。

<sup>49</sup> 豊田・前出注（41）167頁以下参照。

<sup>50</sup> 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013年）370頁以下。なお、共犯の因果性について、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（東京大学出版会・2002年）362頁以下参照。

<sup>51</sup> 大越・前出注（41）159頁以下、西田典之「幫助の因果関係」法学セミナー322号（1981年）22頁以下参照。

提供するような有形的方法の場合（物理的幫助）に限定されず、たとえば、犯行に関する情報を提供したり、助言を与えたりするような無形的方法によって、正犯者の心理過程を介して実行を促進する場合（心理的幫助<sup>52</sup>）であってもよいとされる。

## 第2節 共犯からの離脱をめぐる諸学説の検討

共犯者のうちのある一部の者が、途中で犯意を放棄して以後の関与行為をやめた場合、どのような要件を満たせば、残余の他の共犯者が継続した犯行または発生した結果について責任を負わないかという問題は、今日まで数多くの議論がなされている。

かつて、日本の刑法理論では、共犯からの離脱という問題は中止未遂規定の適用の可否という形で論じられてきた。しかし、他の共犯者によって結果を発生した場合には、中止犯は適用されないので、それから別の救済策として共犯からの離脱を認めるために様々な理論が提唱されたのである。以下では代表的なものを挙げて検討を加えることにする。

### 第1項 共犯からの離脱に関する学説の発端

共犯の事例において、中止未遂規定の適用があるためには離脱者の犯行中止だけでは不十分で、他の共犯者の実行を阻止するか、あるいは結果発生を阻止することを要する。それに対して、学説上では、離脱者を救済しようとする試みがなされ、たとえ結果が発生しても、一定の要件を備えれば共犯からの離脱として論じることができ、離脱後の行為ないし結果に対する罪責を否定しようとするのが一般的傾向であるといえよう。それを体系的に初めて論じた者は大塚仁博士であったと思われる。

大塚博士は、中止犯の適用があるためには他の共同者の実行を阻止するか、あるいは結果発生を阻止することを要すると述べながら、「共同正犯の実行着手後、既遂にいたらない段階で共同正犯者中の一部の者が、他の共同者との相互的利用・補充の関係を断ち切って、その共同正犯関係からの離れ去ること」という共同正犯関係からの離脱を提唱した。すなわち、他の共同者の実行を阻止できず、結果が発生した場合には、離脱者がいくら中止の努力を払

---

<sup>52</sup> 犯罪の遂行に必要な情報（例えば、被害者宅への侵入経路、財産の隠し場所、ドアや金庫の暗証番号など）正犯に提供する行為は、心理的幫助に分類されるが、因果性の点では、物理的幫助とまったく変わりがない。例えば、ドアの合鍵を提供する行為と、暗証番号を教える行為との間に、実質的な違いがない。佐伯・前出注（50）371頁。



っても、発生した結果について、「中止犯が成立すれば中止者は刑の必要的減免をうけうるのに、中止犯が成立しない場合には、中止をめざして真剣に努力した者も当然に共犯の既遂の罪責を帰せられ、その中止行為は単に酌量減輕事由としかなりえないのは、実際上の処遇についての均衡を失し」と言い、常に犯罪既遂の責任を負わせるのは離脱者に酷に過ぎると主張される<sup>53</sup>。

この見解は、共同正犯関係からの離脱について、「共同正犯者中の一部の者が、共同実行の途中で自己の犯罪行為を放棄するとともに、他の共同者から離脱についての了承を得、それによって、その者の他の共同者の犯行への影響が消失したとみられる場合」には、離脱時までの行為の責任（障害未遂の責任）にとどまり、教唆犯関係からの離脱について、「教唆者の真剣な正犯阻止行為の意味を考慮して、離脱した教唆者には、離脱時までの正犯の未遂の状態に対して、教唆犯の障害未遂に準ずる罪責を問われるべき」、また、従犯関係からの離脱について、「従犯者が、正犯者の実行行為前または実行行為中に、従犯の故意を放棄し、自己の幫助行為によって正犯者の実行を有利にしていた状態を完全に払拭しえた場合に考えられ…従犯の障害未遂に準じた取扱いがなされるべきである」と解するのである<sup>54</sup>。

もっとも、中止犯が未遂犯の一種とされていることから、真剣な中止行為がなされても犯罪が既遂に達すれば中止犯は認められない。障害未遂に準ずる責任にとどめる理由として、「その真剣な中止行為者は、中止犯とすることはできないが、その中止行為によって当該共同正犯関係から離脱したものとして取り扱い、中止行為までの共同実行については、むしろ他の共同者との共同責任を負担させるが、中止行為の後に他の共同者の実行したところや、それによって生じた犯罪的結果に対しては刑事責任を問われたいとするならば、犯情に即した合理的な解釈論といえるのではなかろうか」<sup>55</sup>、と論じられる。

大塚博士が提唱した共犯からの離脱論は、真剣な努力を払っても結果が発生した場合、離脱者に対する救済策として評価されるべきである。しかし、発生した結果と離脱者の関与行為との間には因果関係が認められる場合に、なぜ未遂の処罰で足りるのかという点で、根拠が不明であると思われる。また、この見解は中止犯の責任との比較を基礎にしていたので、離脱の時期を実行の着手後、既遂前に限定することにおいても疑問がある。さらに、共犯からの離脱について障害未遂を認めるのであれば、任意性の要件を満たす場合には中止犯を

---

<sup>53</sup> 大塚仁「共犯の中止と共犯関係からの離脱」福田平＝大塚仁『刑法総論 1 現代社会と犯罪』（有斐閣・1979年）398頁以下。

<sup>54</sup> 大塚・前出注（44）348-350頁参照。

<sup>55</sup> 大塚仁『刑法論集（2）犯罪類型と解釈学』（有斐閣・1976年）35頁。

認めるべきであるが、なぜ中止犯とならないのかという批判は免れない。

## 第2項 共犯からの離脱をめぐる理論的展開

大塚博士は、当時の通説的な共犯と中止論を一応採用され、現に結果が生じてしまっている事案について、中止犯の成否をまったく問題とされない。そこで、刑の減免を導くため中止とは無関係の「離脱」という概念を導入されたのである<sup>56</sup>。一方、結果が発生した場合には、どのような要件を満たせば、他の共犯者による犯行または発生した結果について責任を負わないという視点から、共犯からの離脱を認めるために様々な理論が提唱された。以下のように代表的なものを挙げて検討する。

### 1. 井上正治博士の見解

井上博士は、事例②をきっかけにして、共同正犯の認められる根拠を「意思の連絡」に求め、中止犯成否の観点から意思の連絡が欠けた以上、(任意に意思の連絡を断ったことを前提に)中止犯が認められるべきであると論じられた。この見解は共同正犯関係から離脱した者を単独正犯と同様に扱うことによって、中止犯規定を適用しようとするものである。

すなわち、共同正犯における行為性は、共同加功の意思によってのみ性格づけられるから、「犯罪遂行の途中においてであれ、『意思の連絡』が欠ければ、それ以後は、各人の行為はもはや全体の行為としては評価できなくなるのではないか」という見地から、一部の共犯者に中止犯の成立を認めるか否かは「相手方の行為を阻止したとか、あるいは結果の発生を抑制したかにかかわるのではなく、『意思の連絡』が真実たれたか否かによるのではないか」と主張した<sup>57</sup>。こうして、共犯者の一部が途中で犯行をやめた場合には、意思の連絡が断れたか否かを判断する重要な基準になるとされる。

たしかに、井上博士が共同正犯を基礎づける要素に着目し、意思の連絡が欠けてからの段階で共同正犯として責任が問われないということを指摘したのは、評価されるべきである。しかし、意思の連絡が欠けたことにより共同正犯としての責任を否定したとしても、必ずしも教唆犯・従犯の責任までも否定されるわけではない。また、発生した既遂結果に対する影響力が存続している場合、意思の連絡を断れたのみで共犯からの離脱を認めるのは、免責の

---

<sup>56</sup> 前田・前出注(1)110頁。

<sup>57</sup> 井上正治「共犯と中止犯」平野龍一ほか編『判例演習刑法総論(増補版)』(有斐閣・1969年)209頁。

範囲を広げすぎる点で批判を免れないと思われる。

## 2. 齋藤信治教授の見解

齋藤教授は、離脱後の他の共犯者による行為および結果に対する教唆犯・従犯の責任とは別に、実行の着手の前後を通じて、共同正犯としての責任の限定に関して分析的に考察し、前述のような井上説の問題点を克服している。すなわち、「共同正犯そのものに関しては、①共謀後、誰かが実行に着手する前に、真に（他の共謀者にわかる形で）離脱すれば、他の共謀者が了承（承諾）しようとしまいと…共同意思主体への参加状態、間接正犯類似の利用関係ないし共同実行の意思（意思の連絡）は失われ、彼の共同犯罪実行はありえなくなるし（共同正犯は不成立〔ただ、予備罪の共同正犯は別論〕。教唆犯・従犯の成否についても別論）、②誰か、あるいは自らの実行着手後であれ、同じく、真に（他の者にわかる形で）離脱すれば、それ以降は、やはり彼の共同犯罪実行—共同正犯の関係—は存しない（共同正犯の未遂）、とみるべきであろう」。そして、既遂罪についての教唆犯・従犯の罪責と、共同正犯としての未遂罪の罪責とは、法条競合の関係になるとする<sup>58</sup>。

たしかに、共同正犯が成立するためには意思の連絡が不可欠の要件であり、意思の連絡がなければ共同正犯の関係が認められないとされる。しかし、着手後の離脱の場合には、共同犯意の一部がすでに客観化されており、離脱者の意思とは無関係に既遂結果に対する影響力が存続している以上、意思の連絡が断れたのみで未遂罪の罪責を認めることはできないというべきであろう。また、犯行道具の提供など物理的な影響力を考慮せず、「意思の連絡」の欠如という理由だけで共犯からの離脱を認めるのは妥当ではないと思われる。

## 3. 平野龍一博士の見解

これまでの他の共犯者による結果が発生した場合に、途中で犯行をやめようとした者の責任を軽くするという試みが論じてきたが、その後、共犯者も自らの実行行為と因果関係のない結果には責任を負わないという因果的共犯論が有力に主張されることを契機として、共犯からの離脱を中止犯の成否の問題と別の視点から論じるものが展開され、その初期の代表的な論者は平野龍一博士である。

平野博士は因果的共犯論の視点から、「正犯の行為は、教唆者・幫助者からみれば、因果関係の進行過程であるから、積極的にその進行を防止しない限り、中止犯にはならない」と、共犯についても中止犯の規定を「正犯に準じて」適用すべきであると主張しながら、共犯者

---

<sup>58</sup> 齋藤信治『刑法総論（第六版）』（有斐閣・2008年）296-297頁。

の一部が共同正犯関係から離脱する意思を表明するとともに、それまで自己のなした犯罪実現への影響を除去し、自己のそれまでの因果関係を切断したような場合には、それ以後の行為について責任を負わないとされる<sup>59</sup>。こうして、共犯からの離脱という問題は、因果関係が切断されたかどうかによって解決できるといえよう。

この見解の特徴は、中止犯の成否という問題より共犯の因果性が切断される離脱に重点を置くもので、結果との因果関係が否定されれば、たとえ結果が発生した場合でも未遂として、共犯からの離脱が認められるというものである。また、この見解は従来の学説と違って、実行の着手前の離脱と実行の着手後の離脱を統一的に解決することができ、共犯類型の相違を問わず共犯処罰の限界を明らかにすることも可能であると思われる。

一方で、発生した結果との因果関係が完全に切断されたら、離脱者は自己の行為と無関係の他の共犯者による犯行についてまで責任を負わないはずであり、「因果関係を欠けば刑責をまぬがれうるのは当然のことであり、それをとくに共犯関係からの離脱とする枠づけ内に設定する必要はなんら存在しない。加えて、この時点における共犯関係からの離脱を対象とするかぎり、障害未遂に予定されている任意的減軽の効果を、ここに準用してもらう実益もでてこない。減軽より前に、犯罪そのものの成立を欠いているからである」<sup>60</sup>、そもそも共犯からの離脱論を適用する必要がなくなるという批判も免れない。

#### 4. 町野朔教授の見解

町野教授は「一旦関与者が『心理的・物理的影響力』をもたらした以上、それを除去しなければ離脱後の結果の発生に関しても処罰を免れない、という以上のような判例、学説はやはり不当であり、そしてこれは、共犯の消滅の問題に中止犯における中止行為の存否の問題を持ち込むことにより、共犯の離脱の範囲を狭めてしまったものである…因果関係の切断は未遂・既遂の限界付けの問題であり、従って未遂犯について問題とされる中止犯の成否の前提問題である。これと中止犯成否の問題とを混同すべきではない」と指摘し、従来の因果関係切断説による「離脱者が結果発生危険を消滅させたと同時に中止犯の客観的要件も充足されている、離脱は常に中止犯であるという奇妙な理論になってしまう」ことを批判した。そして、同じ因果的共犯論に立ちながらも共犯を帰責する根拠を「他の共犯者が行為に出ることに関して、共犯者が彼と意思を疎通させることは、彼の行為と他の共犯者の行為によって発生した結果との間の因果関係を与える」という「心理的因果性」だけに求め、「物

---

<sup>59</sup> 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣・1975年）384-385頁参照。

<sup>60</sup> 香川・前出注（41）166頁。

理的因果性」「物理的・心理的影響力」という概念がその共犯行為の内容をなすものであると主張する<sup>61</sup>。

この見解は心理的因果性が欠如すれば直ちに共犯からの離脱が肯定し、すなわち、関与者の離脱を実行者が認識した以上、離脱以後の実行者による犯行と関与者の行為との間の心理的因果性は存在しないのであれば、その犯行から発生した結果について離脱者が責任を負わないと解するのである。また、共犯からの離脱という問題を中止犯の成否の前段階に置くことは、新たな解決策を提出しようとする試みとして評価すべきだと思われる。

しかし、そのような共犯の因果関係についての理解には疑問があり、「犯行に必要な道具を供与し、正犯の犯行がそれを用いて行われた場合のように、物理的因果性の存在が明白であるにもかかわらず、道具を供与した後に、『意思の疎通』や心理的促進作用がとくに認められないというだけで、すなわち心理的因果性の存在に疑問があるというだけで共犯の成立を否定するのでは、共犯の成立を不安定にし、共犯の成立範囲を狭くしすぎて妥当でない」<sup>62</sup>、と批判されている。

## 5. 大谷實博士の見解

大谷博士は、一部の関与者が共犯関係から離脱した場合、離脱者と犯罪的結果との間の因果関係が遮断されていれば、共犯関係が解消されるとしながらも、因果関係の遮断だけで共犯関係が解消すると考えてよいかという問題意識から、「離脱は、すでに成立している共犯関係の解消をもたらすものでなければならない…離脱者の影響力が消滅し、新たな共犯関係ないし犯意が成立することを要する」と主張する。すなわち、着手前の離脱においては、相互に利用・補充し合って犯罪を実現し共犯関係がなお残存している場合以外、「他の共謀者に対して共謀関係から離脱する旨の意思表示があり、残余の共謀者が離脱を了承すれば当初の共謀関係は解消されたといってよい」、このような場合には原則として離脱を認める。着手後の離脱は、原則として認めるのが困難であるが、「①実行行為の途中において共謀者の一人が他の共謀者に対し離脱の意思を表明したこと、②残余の共謀者の了承を得たこと、③積極的な結果防止行為によって残余者の実行行為を阻止して、当初の共謀に基づく実行行為が行われることのないようにした場合には、その時点で共犯関係は解消し、新たな共犯

---

<sup>61</sup> 町野朔「惹起説の整備・点検」松尾浩也＝芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況—内藤謙先生古稀祝賀』（有斐閣・1994年）140-143頁参照。

<sup>62</sup> 山口厚『刑法総論（第3版）』（有斐閣・2016年）377頁。

関係が成立している」といえる<sup>63</sup>。

この見解の特徴としては、因果関係の遮断という理論をベースにしているが、単にその補充策にとどまるものではなく、離脱者の離脱前の行為が結果の発生に因果的影響力があったかどうかということより、離脱後の犯行ないし結果が離脱者を除いたまったく別個の共犯関係によって惹起されたものであるかどうかという視点から考察すべきことに注目している。前章に挙げられた事例①、②、④、⑤、⑳のように、共犯関係の解消を要件とする判例は数多くみられる。なお、離脱者と残余者との心理的・物理的関係が残存しているにもかかわらず、離脱者以外の者により共犯関係が一方的に解消されたとして、共犯からの離脱を認めた事例㉑もある。また、同説は離脱の範囲を既遂前に限定せず、既遂後にも離脱がありうると明言しており、事例㉒のような離脱の実態にも相応しいと思われる<sup>64</sup>。

たしかに、当初の共犯関係が解消されたことにより、離脱者の離脱前の行為と新たな共犯関係に基づく犯行との間の因果関係が遮断されることは当然であると考えられる。ただし、一律に共犯関係の解消まで要求すれば、共犯からの離脱を認めることは困難であり、後述する共謀の射程に関連しているように、重要な役割を果たす首謀者等の場合、共犯関係の解消という視点から考察すれば、共犯からの離脱が認められる結論を導くことが可能であろう。一方、首謀者以外の共犯者について、その果たした役割に応じて具体的に離脱の要件を検討したほうが共犯からの離脱をめぐる理論的な帰着であるといえよう。

### 第3項 因果性遮断説という帰着

共犯からの離脱をめぐる学説の論争によって、従来からの共犯の中止は、刑法43条但し書の中止未遂の効果を与えるか否かの問題であったのに対して、共犯からの離脱は離脱者が他の共犯者の犯行による結果に対し責任を負うか否かの問題であり、両者は区別されるべきことが明らかになった。このように考えると、共犯の処罰根拠に立ち返って離脱の問題を考えることが必要であると思われる。前述したように、正犯者の実行行為ないし法益侵害・危険の惹起との因果関係を共犯処罰の根拠とする因果的共犯論が妥当であり、通説とされている。「因果共犯論を前提とすれば、共犯といえども自己の行為と因果関係を有する限りの結果、正犯行為についてのみ罪責を負うべきものであり、この『因果の紐帯 (Band der Kausalität)』が切れる場合には責任をおわないということになる。すなわち、共犯からの離

---

<sup>63</sup> 大谷・前出注(5)470頁以下参照。

<sup>64</sup> 王昭武「共犯関係からの離脱」同志社法学58巻1号(2006年)195-196頁。

脱の問題も基本的には、当該中止行為によって、それ以前の離脱者の加功とそれ以後の残余の共犯者による行為および結果との因果関係が切断されたか否かという基準によって解決されるべきこと」になるのである<sup>65</sup>。因果性遮断説とも呼ばれるこのような見解は、平野龍一博士によって提唱され、西田典之教授、山口厚教授等によって発展を遂げた理論であり、多数の支持を集め通説を形成している。そして、共犯からの離脱に関する因果性遮断説の浸透を決定的なものとしたのは、事例⑳の平成元年決定とそれに関する原田調査官の解説であり、その後の学説の判例分析や実務に大きな影響を与えたと思われる<sup>66</sup>。

西田教授は、因果性遮断説を次のように展開された<sup>67</sup>。

着手前の離脱の要件は、因果性の切断のみであって、そのほかに中止犯の要件とくに任意性の要件を備える必要はない。「離脱が離脱者の自発的意思に基づかない場合であっても、因果性が切断されていればやはり共犯としての罪責を負わない」ことになる。

教唆犯の離脱では、心理的因果性が問題となることから、「一方的な教唆の撤回では足りず、説得等の方法によって正犯に犯意を放棄させることが必要というべきである。もっとも、正犯における犯意の継続性はあっても、動機の同一性がない場合には心理的因果性の切断を認めうる」ことである。教唆者の中止の説得により正犯が一旦は中止したが、後に思い直して実行に移った場合、「教唆者が十分な中止の説得をなし、正犯も一旦は翻意したとみられる場合には反証のない限り因果性の切断を認めるべき」である。また、正犯の着手前、教唆者が正犯の翻意に失敗した場合は、「それ以上に正犯の犯行を物理的に阻止しない限り離脱を認めることは」できず、その手段として、被害者、警察への通報等が考えられる。

幫助犯の離脱では、物理的幫助を行った者が正犯の着手前に離脱するためには、「自己の加功の物理的因果性を切断することが必要となる」。例えば、凶器、合鍵等犯罪の実行に必要な道具を提供していた場合にはその取戻しが必要である。心理的幫助は「正犯結果と必須条件関係に立つ必要はなく、その可罰性にとっては、正犯の犯意を強化することによって正犯行為を心理的に促進したことで足りる」と解すべきである。したがって、心理的幫助の離脱の要件も「自己の加功が有した正犯の犯意の強化という作用を消滅させれば」よく、心理的幫助の内容が、「単なる加功の約束、逃走援助や見張りの約束である場合には、その取り消しで足りるし、単なる激励のような場合には中止の説得で足り、実際に正犯が犯行を断念したことまでは必要でない」と解されるのである。

---

<sup>65</sup> 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂・2010年）243-244頁。

<sup>66</sup> 成瀬幸典「共犯関係からの離脱について」立教法務研究7号（2014年）128-130頁。

<sup>67</sup> 西田・前出注（65）245頁以下参照。

共同正犯の着手前の離脱については、教唆犯、幫助犯についての離脱の要件を推及すれば足りる。「着手前に中止した者は、残余の正犯者に対し実質的には教唆犯または幫助犯として加功したことになり、従って、その離脱の要件としての加功の撤回、因果性の切断についても既に教唆幫助の離脱について述べたところが妥当することになる」わけである。ただ、共謀共同正犯の場合で、着手前の離脱に失敗した者（中止したが、自己の加功の因果性を切断しえなかった者）の罪責の問題が残される。「同じく共謀共同正犯を肯定する立場でも、『実行行為』の概念を実質的、規範的に理解することにより、あくまでも実行共同正犯の一種としてこれを肯定する立場からは、判例のごとき一律の結論を導くべきではなく、離脱者のそれまでの加功が全体の犯罪実現に果たした役割に応じてその罪責が決定されねばならない」。したがって、共謀の関与者が着手前に中止したが、それまでの自己の加功の物理的・心理的因果性を切断しえなかった場合には、離脱者が犯行全体の立案計画をなし、離脱後の犯行がその実現であるような場合を除けば、原則として教唆犯または幫助犯の罪責を負うことになる。

着手後の離脱については、「正犯または共同正犯の一人が実行に着手すれば、その時点以後全ての共犯者は少なくとも未遂の共犯としての罪責を負うことになる。従って、これ以後の共犯の中止行為は 43 条但書の問題となる」。つまり、他の共犯者が実行に着手し既に結果を発生させている場合には共犯の中止犯を認める余地はない。実行着手後、結果発生前において、単純な中止はもとより、明確な中止の意思表示を行い、以後加功しなかったという場合でも、それだけでは中止犯が成立するとはいえない。中止意思を表明すると同時に、それまでの自己の加功のもつ因果的影響力を消滅させたとみられる場合に、中止者の罪責は未遂にとどまり、任意性の要件を充足する場合は中止犯の成立を認めうるとされる。

山口教授は、共犯の因果関係の遮断について、「共犯の処罰根拠として因果共犯論・惹起説を採るといふことの実質上の意味は、共犯は自己の共犯行為（教唆行為、幫助行為又は共同正犯行為）との間の因果関係を欠く構成要件該当事実について共犯責任を問われることはないということである。したがって、共犯行為が行われても、その犯罪惹起・促進効果が除去されたために、構成要件該当事実との間に因果関係が存在しなくなれば、離脱による共犯関係の解消が認められ、その後、正犯又は他の共同者により構成要件該当事実が惹起されても、それについて共犯としての罪責を負うことはないことになる」<sup>68</sup>と述べた。

以上、共犯からの離脱をめぐる学説に言及してきたが、離脱後の犯行または発生した結果についての責任を問われないことについて、関与行為と結果との因果関係が切断されたか

---

<sup>68</sup> 山口・前出注（62）376頁。



らであると解したほうが理論的な説明になる。共犯の処罰においても各行為ごとにもつ因果的影響力が慎重に判断されなければならない。特に共犯の場合には単独犯の場合と異なり心理的影響が重要な要素を占めるからである。

通説的見解である因果的共犯論は共犯からの離脱の判断基準について、心理的因果関係と物理的因果関係の上に共犯関係が成立するとの前提に立ち、これらの因果関係ないし因果的影響力が切断されたかどうかという点から判断されることになる。したがって、他の共犯者によって結果が発生しても、離脱者の行為と結果との間に因果関係が切断されると、離脱者は、他の共犯者の犯行による結果について責任を負わず、離脱して未遂になった者も、離脱前の行為につき任意性の要件さえ具備すれば、中止犯の規定を適用できることになる。そこで、心理的因果性および物理的因果性を同列に考察するが、共犯からの離脱に求められる要件としての因果性の遮断について、さらに検討する必要があると思われる。

### 第3節 因果性遮断説の限界について

前述したように、かつては、共犯からの離脱に求められる要件として、実行の着手前においては離脱の意思表示と残余者の了承、実行の着手後においてはそれに加えて結果防止行為によって残余者の犯行阻止が必要であるとされていた。その後、いわゆる因果性遮断説が通説化し、このような着手前後に分ける要件の説明には十分な根拠のないことが明らかにされてきた。すなわち、実行の着手前においては、離脱者が犯行全体の立案計画をするなど支配的な心理的因果性を及ぼしていたり、犯行に不可欠な道具を提供するなど重大な物理的因果性を与えていたりすれば、単に離脱の意思を表明して了承を得るだけでは従前の関与行為の影響力が残っており、因果性が遮断されたとはいえないから、共犯からの離脱を肯定することはできない。逆に、実行の着手後においては、離脱者のそれまで及ぼしてきた因果性がそれほど重要でなければ、結果防止の措置を講じなくても共犯からの離脱を肯定すべき場合がありうる。

因果的共犯論、そして、共犯からの離脱の問題へのその適用である因果性遮断説が通説になったといえるが、近時において、その限界も議論され始めている。具体的には、離脱者が自己の加功のもつ因果的影響力を消滅できず、なお残存していたとしても、他の共犯者が残存するその影響力を利用して犯罪を行った場合、離脱者が離脱後の他の共犯者による犯行または発生した結果について常に罪責を問われるべきなのかが問題とされているのである。以下では、その議論に関して検討を加えることにする。

## 第1項 問題とされる事例の分析について

因果性の遮断は離脱者がそれまでの自己の加功のもつ因果的影響力を心理的・物理的に消滅させることであると理解されているが、因果性遮断説がこうした基準を貫徹しているのかについては、疑問がある。判例が共犯からの離脱を肯定した事例の中には、従前の関与行為の心理的・物理的影響力が残存していると考えられるものも存在しているからである。そのような場合、いくつかの事例を挙げて考察してみたい。

事例②について、被告人 X は被害者宅に押し入ることを提案し、またその宅の状況を Y らに教えた。同家屋内に侵入しようと試みたが、容易に戸を開くことができなかったので、いったん引き返しているうち、X は共同強盗の犯意をやめ、Y らに対して犯行を阻止することなく、また明示的に離脱意思の表明もせず、被害者宅を立ち去った。その後約2時間を経過したころ、Y らは、X から得られた情報を利用して同じ被害者宅に押し入って強盗を行った。このように、X の関与行為の心理的な影響力が Y らの強盗行為の時点でも残存していることは否定できないが、それにもかかわらず、福岡高裁は、黙示による離脱の意思表示とその受領を理由として X に共犯からの離脱を肯定したのである。

事例③について、被告人 X、Y、Z の共犯者が県知事の署名のある廃車証明書の偽造と行使を謀議し、廃車証明書用紙を共同して印刷した後、特定の証明書を作成する前に、X が謀議から脱退しようとして決意し、Y、Z もこれを了承した。その後は残った Y、Z だけで X が印刷に関与した証明書用紙を使用して廃車証明書を偽造した。この事案では、東京地裁は X に共犯からの離脱を肯定し、実行の着手前に離脱の意思表示と残余者の了承があったものの、X の関与行為の物理的因果関係が残存していると言わざるをえない。

事例④について、被告人 X ほか2名が、Y と共に A 女を強姦することを共謀し、Y が X の運転する自動車に A 女を乗せて旅館に連れ込み、続いてほか2名も X が折り返し迎えに来た自動車に乗り同旅館に着き、Y がいった客室に入ろうとしたところ、旅館の主人に断られた。X ほか2名は Y を交えて相談した結果、X らは強姦の実行を断念して引き返すことになり、Y だけがなお旅館にとどまり、単独で A 女に対する強姦を遂げた。大阪高裁は、共謀に基づく犯罪の実行を断念する意思の表明と共謀者の了承により X の離脱を肯定した。しかし、X らが旅館から退去したのは、共謀に基づいて A 女を旅館の客室に連れ込まれた後であり、その時点では強姦の危険がすでに高くなり、X の関与行為の影響力がまた残存しているともいえる。

事例⑥について、被告人 X と Y らは、建築工事現場に放置されているトルエン六缶を窃取し、劇物の販売業の登録を受けないで、かつ法定の除外事由がないのに、トルエンの販売を共謀したが、その二か月余の期間後に、Y がそのうちの一缶を販売した。この事案において、Y が販売したトルエンは、X の提案に基づき窃取したものであったのであるから、Y のトルエン販売の時点で X の関与行為の因果的影響力が消滅されていないといえるが、東京地裁は、当初の共謀の後、時間の経過とともに様々な事情が変化したことに伴い、共謀が暗黙のうちに解消していたと判じたのである。

事例⑦について、被告人 X が乱闘の暴力団組長 Y に相手方 A らに対する報復を指示され、共謀の上 Y から拳銃と拳銃用実包を受け取り、A らを殺害しようと企て、現場付近に赴いたが、襲撃実行の気を失った。その後、X が拳銃と実包を Z 方に置いて帰り、Z らに対し何の連絡をせず、姿を現さなかった。大阪地裁は、X は遅くとも犯行日の前日には殺害の報復の意思を完全に失っており、X の言動や態度から Y らにも伝わっていたものと認められるから、X は報復の共謀から離脱し、A らに対する殺人未遂には加担していないとした。しかし、X は殺人の共謀に関与し、いったん拳銃や実包を受け取り現場付近まで赴いた、犯行に使用された拳銃を Z に渡したが、Y らに対して離脱の意思を表明したわけではない。その意味では、X は因果性を遮断するための措置を講じたとはいえない。

以上の事例に関して、「別個の犯罪事実」論と呼ばれる考え方が主張されている。すなわち、たとえば、離脱者が提供した犯行に不可欠な道具が用いられているなど、最終的な犯行に対する物理的因果性を否定することは困難であるが、残余者がいったん犯意を確定的に消滅し、新たに別個の犯意を形成したものと評価しうる場合には、その後、離脱者が新たに因果的影響力を与える行為に出ない限り、共犯からの離脱を認め、残余者による犯行または発生した結果について罪責を問われないということである<sup>69</sup>。そして、この見解を認めるのであれば、事例③、⑥、⑦のように、犯行自体は継続しているが、残余者により犯行計画がもはや同一性を失うほど変更された場合にも、離脱後の犯行を「別個の犯罪事実」と評価できるとされる。そのような場合には、当初の犯行をいったん放棄して、新たに別の犯行を計画したものと捉える点において、実質的には前述した大谷博士の共犯関係解消説と同じものだと思われる。

事例⑧について、無罪という結論自体には争いが存しないものの、その読み方に関しては、大きく分けて 2 つの読み方が主張されている。まず、共犯関係の解消に関し、当初の共謀が正当防衛にかかる場合の特例を認めたというものである。すなわち、因果性の遮断は認めら

---

<sup>69</sup> 島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修 741 号（2010 年）3 頁以下参照。

れないものの、共同正犯の本質は共謀に基づき相互に違法な行為を帰属させ合うところに求められることから、正当防衛の共同正犯などという法形象は存在しないことになり、それゆえ、その後の追撃行為に関して新たな共謀の成立を認定しなければならないという読み方である。次に、それは因果性の遮断に関する事例判断にすぎないというものである。物理的因果性の面では、反撃行為時の被告人 X の行為は、被害者 A を六分の力で数回蹴ったにとどまり、後の行為に全く影響力を持っていない。心理的因果性の面でも、X が当初の共謀の形成に主導的な役割を果たしたわけではないこと、他の者より常に遅れて移動しており、Y らの犯意を強化するような行為を行っていないこと、などを考慮すれば、当初の共謀は追撃行為に因果的影響力を有しておらず、Y らによる追撃行為は、当初の共謀に基づく反撃行為とは別個独立の行為と見ることができるとされる<sup>70</sup>。しかし、本事案において、追撃行為と反撃行為は時間的・場所的に近接し、同一の意思に基づいており、Y らによる追撃行為は、反撃行為の影響が残存している状況で行われたといえる。また、追撃行為の際、X は Y らの近くにいたことも考慮すれば、X の関与行為がもつ心理的・物理的因果性が追撃行為の時点で消滅していたということではできないように思われる。

事例⑳について、原判決は、X の失神という事態が生じた後も、X と Y らとの間には心理的・物理的な相互利用補充関係が継続しているとし、当初の共犯関係が解消され、あるいは共犯関係からの離脱があったと解することはできないとして第 1、第 2 のいずれの暴行によって生じたか両者あいまって生じたかが明らかでない傷害の結果を含めて、X と Y らに傷害罪の共同正犯の成立を肯定した。これに対し、名古屋高裁は、共犯関係が Y 自身の行動によって一方的に解消され、その後の第 2 の暴行が被告人の意思・関与を排除して Y らのみによってなされたものと解した。しかし、Y らは、X の関与した第 1 の暴行によって抵抗できない状態となった A を別の場所まで連行し、第 2 の暴行を加えたのであるから、X の関与行為の影響力が第 2 の暴行の時点でも残存しているともいえる。この事例をきっかけとして、離脱者が欺罔や強制をとおり、残余者から一方的に排除された場合が議論されている（当初の因果的影響力は残存していることが前提である）。欺罔による場合としては、たとえば、離脱者が犯行に不可欠な道具を提供した後に、翻意して道具の返還を要求したが、道具を返せとうるさいので、残余者が犯意を放棄した旨の嘘をついて返還を免れたようなものが挙げられる。これに対し、強制による場合としては、たとえば、離脱者が実力で道具を取り返そうとするため、残余者に殴られ気絶して返還を免れたというものが挙げられる。

---

<sup>70</sup> 小林憲太郎「共犯関係の解消について」川端博ほか編『理論刑法学の探求⑨』（成文堂・2016年）205-207頁。

たしかに、一方的排除がそれ以降の心理的促進効果の喪失を同時に含意している場合において、心理的因果性の遮断を肯定することは可能であるが、道具の提供による物理的因果性のほうがなお残存していると否定できないと思われる<sup>71</sup>。

## 第2項 離脱の規範的理解について

従前の関与行為の心理的・物理的影響力が残存している事例において共犯からの離脱が肯定された裁判例からみれば、因果性の遮断といっても、事実的なものではないということがわかる。もっとも、因果的共犯論に基礎づけられている以上、因果性の遮断により離脱を肯定するためには、心理的因果性・物理的因果性の両者をともに消滅させることが必要となる。たとえば、犯行に不可欠な道具を提供することによって、実行担当者を支援し、その犯意を強化した者については、道具が返還されることによって物理的因果性が消滅されるとともに、もはや自分が犯行を支援していない旨を示して犯意の促進効果を解消することによって、心理的因果性を消滅することが要求されるのである。また、心理的因果性を消滅したとしても、物理的因果性の消滅に失敗した場合は、因果的影響力を完全に消滅していない以上、共犯としての処罰を免れ得ないことになる<sup>72</sup>。離脱者の関与行為が離脱後の犯行または発生した結果に対する影響力が事実面でなお残存しているかどうかについて、実際の判断は容易ではないといえよう。

それに対して、因果性の遮断を厳格に要求した場合、いったん与えた因果的影響を事後的に消滅することはきわめて困難であり、その結果、共犯からの離脱を認める範囲がきわめて限られるという批判がある。そこで、因果性の遮断を事実的なものではなく規範的評価として捉えるべき、すなわち、事実的な意味での因果的影響が残存していたとしても、規範的な観点から判断して、他の共犯者による犯行または発生した結果を離脱者に帰属されるべきでないという評価されるときは、因果性の遮断を認めてよいという見解が有力に主張されている。代表的なものが以下のように挙げられる。「離脱以降の行為と結果について刑事責任を負わない理由は、その者の行為との相当因果関係が否定されるところに求められる…自己の行為から生じる危険ないし因果的影響（それが物理的因果関係か心理的因果関係かは本質的なことではない）を解消・消滅させ（少なくとも、かなりの程度に低下させ）、それ以降の行為と結果について、他の実行者のみが担うべきものと評価できるような事態が認め

---

<sup>71</sup> 小林憲・前出注（70）199-201頁。

<sup>72</sup> 橋爪隆「判例講座・刑法総論（15）」警察学論集70巻8号（2017年）150-151頁。

られなければならない…ここにおいて明らかなことは相当因果関係の規範的性格<sup>73</sup>である。また、「共犯関与によって生じた因果性が実質的に解消され、新たに犯行に及んだか否かである…このように共犯の場合には、心理的な因果性の解消が主として問題となる。ただ、『解消』といっても、因果性を『ゼロ』にする必要はない。『結果（未遂の結果を含む）を帰責する必要はないという程度に弱いものか否か』という規範的評価<sup>74</sup>なのである。そして、「因果性遮断説の立場からも、規範的な評価を取り入れることは十分に可能である。共犯の因果性とは事実的因果関係に尽きるわけではなく、危険の実現という観点から一定の規範的な内容を含むものである。したがって、被告人の関与と（他の共犯者による）結果惹起との間に事実的な関連性は否定できないとしても、①被告人の結果防止に向けた措置が新たな阻害要因として介入することによって、当初の共謀通りに犯罪が実現されることが著しく困難になるような場合、②被告人の翻意などによって、共謀段階の影響力が大幅に減殺されており、それが実行分担者の意思決定を支配・誘発しているとは評価できないような場合については、実行分担者のそれ以降の犯行は（当初の）共謀の危険実現とはいえないと評価する余地がある<sup>75</sup>」のである。

このように、遮断の規範化といえる以上の理解からみれば、従前の関与行為は離脱後の他の共犯者による犯行または発生した結果に対する影響力が完全に消滅されなくても、規範的に共犯からの離脱と評価することができると考えられる。もっとも、「規範的評価という旗印の下に事実を正確に認定するという作業（さらには、共犯の離脱・解消の客観的な基準を設定するという作業）をおろそかにすることはむろん許されない。ただ、加功の効果がどれほどであったのか、あるいは自らの加功による寄与が解消されたのかどうかは、数学的・科学的な精密さをもって測定することは困難であり、因果性が切断されたかどうかの判断が規範的な性格を有することは否定できない<sup>76</sup>」という指摘もあるように、したがって、共犯からの離脱の判断基準を検討する際に、その規範的理解が必要であると思われる。

---

<sup>73</sup> 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂・2005年）416頁。

<sup>74</sup> 前田雅英『刑法総論講義（第5版）』（東京大学出版会・2011年）545頁。前田教授の新版の講義において、こういう表現が削除され、「共謀とは無関係に新たに犯行に及んだといえれば離脱は認められる。ただここで重要なのは、共謀の射程が及んでいるか否かという規範的評価であり、『因果性の有無』という観点に加え、離脱の動機や、結果発生を防ぐ真摯な努力の有無なども考慮される」と述べられている。前田・前出注（5）366頁。

<sup>75</sup> 橋爪・前出注（72）163頁。

<sup>76</sup> 萩原滋「共犯の離脱・解消」岡山大学法学会雑誌58巻2号（2008年）220頁。

## 第4節 小 括

本章では、共犯の処罰根拠および共犯からの離脱をめぐり、従来の学説を検討してきた。共犯処罰の根拠としての因果的共犯論すでに通説化になったのである。それに基づいて、共犯からの離脱の根拠を因果性の遮断の観点から説明している。この見解によれば、共犯から離脱したことにより、それ以後の犯行に対する因果的影響力が消滅された場合、その犯行については共犯の責任を問われないことになり、共犯の処罰根拠を欠くからである。また、因果的影響力が完全には消滅されなくても、離脱により、それ以後の犯行に対する因果性がかなりの程度低下し、その犯行を離脱者に帰属させるべきでない（他の実行者のみが刑事責任を負うべきである）と評価できる場合にも、共犯からの離脱が肯定されている。つまり、因果性を消滅し、あるいは、離脱した後の犯行または発生した結果を離脱者に帰属させるべきではないと評価できる程度に因果性を弱めたことが、共犯からの離脱の根拠であると考えられている<sup>77</sup>。

以上のように、共犯からの離脱をめぐる様々な議論が展開されていた。共犯関係解消説の影響を受け、因果性遮断説の立場を堅持しながら、規範的理解からその基準を若干緩やかにしようとする動きが見られる<sup>78</sup>。現在、因果的共犯論に立脚し、因果性遮断説においても、因果性の遮断の判断を緩和しようとする試みが注目されている。本稿も規範的因果性遮断説に賛成し、この立場に立ち、因果性の遮断を具体的にどのように規範的な判断するのかについて考察を加えることにしたい。

そこで、日本のような共犯処罰の根拠に関する問題を含め、共犯からの離脱に関する問題をめぐって、いかなる議論が展開されているかという比較法的視点から、共犯からの離脱の判断基準を分析することも必要であるとする。そこで、次章では、以上のような問題意識に従い、イギリスと中国の共犯からの離脱理論を検討しておくことにする。

---

<sup>77</sup> 豊田・前出注（40）26頁以下。

<sup>78</sup> 主観的側面からの緩和の試みとしては、たとえば、前述した町野教授の見解が挙げられ、主に「意思の疎通」による心理的因果性を共犯の本質的要件と解する立場から、それが失われた場合に離脱を肯定すべきであるとする。客観的側面からの緩和の試みとしては、たとえば、前述した前田教授の見解が挙げられ、因果性を「ゼロ」にする必要はないという規範的評価なのである。

### 第3章 共犯からの離脱をめぐる比較法的考察

共犯からの離脱を検討するに際して、ドイツにおける議論を広範囲に参照し、ドイツの刑法理論から比較法的な示唆を得たことおよびその意義を否定することはできないと思われる。しかし、ドイツでは、着手後の離脱を複数の者が行為に関与した場合の中止犯規定（ドイツ刑法 24 条 2 項）の適用の問題である<sup>79</sup>と解する理解が有力であり、日本とは議論状況が大きく異なるため、「因果性遮断説」を展開した以降の研究においては、ドイツの議論があまり検討されていない<sup>80</sup>。ドイツの判例分析<sup>81</sup>を試みるものが存在しないわけではないが、多くの論者は日本の学説、判例の分析を中心として議論を行ってきたと見られる。

もともと、責任なき者に対する共犯の問題に関して、共犯論は体系論の試金石といわれ、共犯からの離脱をめぐる問題を取り扱うことにも大きく関わるといえよう。そこで、異なる共犯論を取っているイギリス、中国では、共犯からの離脱をめぐる問題をいかに議論しているかという問題意識から、離脱者に対する処罰政策を明らかにすることも必要であると思われる。本章では、比較法的視点から、二階層体系論のイギリス刑法と四要件体系論の中国刑法において、どのような議論が展開されているか、さらに、その議論にはどのような問題が生じているかについて、具体的な検討を行うことにしたい。

#### 第1節 イギリスにおける議論の状況

イギリス（イングランドおよびウェールズ法を指し、以下で同じ）においては、コモン・ロー（Common law）ないし判例法を中心に各論的考察が重視されてきた。ドイツ・日本における三段階の犯罪体系論と違って、構成要件、違法性、責任という順番で論じるわけでは

---

<sup>79</sup> ドイツ刑法典には、共犯の中止に関する特別規定がある（同法 24 条 2 項）。「複数の者が行為に関与した」場合にも、離脱者が行った以前の行為と無関係にその後の犯行が行われたとき、「行為が既遂に達するのを妨げる任意かつ真摯な努力があれば、その者の不処罰には十分である」とされる。これは、共犯関係の解消を明文化したものと見えよう。

<sup>80</sup> 今井康介「共同正犯の着手前離脱をめぐるドイツの議論について」早稲田法学会誌 66 巻 2 号（2016 年）45 頁。

<sup>81</sup> 共謀関係からの離脱の問題を取り扱っているドイツにおける判例の検討について、山中敬一「共謀関係からの離脱」川端博ほか編『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂・2010 年）550-564 頁参照。



なく、客観的要件であるアクトゥス・レウス (actus reus) と主観的要件であるメンズ・レア (mens rea) を二分する体系が採られている。犯罪成立の立証にメンズ・レアを不要とする厳格責任 (strict liability) 犯罪を除いて、両者の同時存在が必要とされる。

これに対して、イギリス刑法においては、多くの抗弁事由 (defence) が存在する。犯罪が成立するとしても、正当化事由 (justification) や免責事由 (excuse) の存在が立証されれば、無罪判決という効果が導かれる<sup>82</sup>。むしろ訴訟法上の犯罪となるべき事実が重要視されている。すなわち、実体法では、犯罪の成立要件を確立し、国家の意思を表し、刑法の秩序維持および社会保護の機能を表現する。訴訟法では、弁護により刑事責任の要件を充足し、国民の権利を表し、国家権限を制約できる刑法の人権保護の機能を表現する。それで、訴追側と弁護側の対抗モデルや裁判官によるバランスの維持が保障されると考えられている。

犯罪への関与形態についての刑法理論は、コモン・ローにおいても独自の発展を遂げてきた。イギリスにおける共犯離脱の議論状況を検討する前に、一般的な共犯処罰の体系を少し具体的に概観してみたい。

## 第1項 共犯処罰の体系について

### (1) 従来のイギリス共犯法

イギリス刑法では、1967年以前は、叛逆罪 (treason)、重罪 (felony) や軽罪 (misdemeanor) という三つの犯罪類型に分けられていた。伝統的に、重罪への関与形態として、第一級正犯 (principals in the first degree)、第二級正犯 (principals in the second degree)、事前共犯 (accessories before the fact) および事後共犯 (accessories after the fact) の四つの態様が認められていた<sup>83</sup>。これらの関与形態を総括する呼び名として、parties concerned in the commission of crime が用いられる。また、イメージ的には、前二者は正犯 (principal) の概念に属し、後二者は共犯 (secondary party, accessory) の概念に属する。ただ、第二級正犯と事前共犯との実質的な区別は、関与者が犯罪の実行の際に現在するか否かにあるとされ、実務運用の解釈によって不明確にされていたといえる。

---

<sup>82</sup> William Wilson, *Criminal Law: Doctrine and Theory* (Longman, 4th ed, 2011), at Part II.

<sup>83</sup> K.J.M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (Clarendon Press, 1991), at pp.20, 22. 早期のイギリス共犯体系を紹介する日本の論文として、中義勝「英米共犯論」関西大学法学論集5巻4号(1956年)、吉田常次郎「英米法における正犯と共犯」比較法5号(1967年)が挙げられる。

これに対して、軽罪への関与については、重罪におけるような第一級正犯、第二級正犯や事前共犯に該当する行為を区別せず、1861年共犯および教唆犯法 (Accessories and Abettors 1861) の8条により、すべての関与者が正犯として処罰されていた。そして、事後共犯は重罪についてのみ成立し、軽罪に対しての処罰はなされていなかった。犯罪が実際に行われるか否かによって、重罪に対する共犯と軽罪に対する共犯との処罰の扱いは異なっていた。なお、叛逆罪について、これらの区別が認められていなかった。

1967年刑事法 (Criminal Law Act 1967) による修正では、重罪と軽罪との区別が廃止された。また、共犯および教唆犯法の文言として、軽罪は正式起訴犯罪 (indictable offences) に変更された<sup>84</sup>。その結果、1967年以前の重罪に該当していた殺人罪や強盗罪等に対する共犯も、共犯および教唆犯法の8条を根拠に処罰されることになった。訴訟法的に、犯罪の関与者ないし共犯は正犯と同等に処罰されることになった。コモン・ローの第一級正犯、第二級正犯、事前共犯や事後共犯といった枠組みの意義は薄くなったが、実体法において、その区別によって共犯の刑事責任を限定しようとする考え方は、なお存続していると思われる。そこで、イギリス刑法の共犯処罰における顕著な特徴である派生的性格 (derivative nature of complicity) に対して、注目しなければならない。

## (2) 派生的責任の理論 (The Theory of Derivative Liability) について

現在のイギリス刑法理論において、正犯というのは、その行為がアクトゥス・レウスをもっとも直接に惹起した者 (the most immediate cause) である。そして、無実の代行者 (innocent agent) と呼ばれる他人を道具のように利用することによって犯罪を実現した場合に、正犯は、その行為により無実の代行者の行為をもっとも直接に惹起した者ということになる。また、アクトゥス・レウスを惹起した原因が複数あり、同一の犯罪について二人以上の正犯が存在する場合は、共同正犯 (joint principals) が問題となる。例えば、D、P がともに実行して V を殺害するといった場合はもちろん、M が暴行を行っている間に N が他人の財産を奪取する場合には、M および N も強盗罪の共同正犯となる。すなわち、関与者がそれぞれ実行行為の一部ずつを分担し合って犯罪を実現する場合にも、共同正犯が成立する。これに対して、共犯ないし二次的関与者 (secondary participation) は、正犯による犯

---

<sup>84</sup> 修正を加えた 1861 年共犯および教唆犯法の 8 条によれば、正式起訴犯罪の実行を幫助 (aid)、教唆 (abet)、助言 (counsel)、誘致 (procure) する者は、その犯罪がコモン・ロー上の犯罪あるいは制定法上の犯罪であることを問わず、正式の事実審理に付され、正犯者として処罰される。

罪の実行を幫助、教唆、助言または誘致する者である<sup>85</sup>。犯罪が実行された場合、すべての共犯者が正犯と同等に処罰される。例えば、DがPとVの殺害に合意した場合、PがDとの共謀どおりにVを殺害したとすれば、Pが謀殺罪に該当することはもちろん、Dも教唆の行為により同様に謀殺罪の正犯と同等に処罰される。なお、実行犯であるPに対し、AがV殺害のためのナイフを提供したり、Bが実行の現場で見張りをしたりする場合、A、BとともにVに対する謀殺罪で有罪とされる。しかし、Vが死んでいない場合またはPがDの依頼に応じていない場合、D等の処罰がどうなるかについて、また別の問題として未完成犯罪 (inchoate crime) が検討されることになる。ここでは、共犯の関与責任と未完成犯罪の責任を分ける必要があるとされている。前者に関する議論は、基本的に、正犯からの派生的なものとして把握されている。

共犯の派生的性格は、すべての関与者に対する同等処罰の可能性と並んで、コモン・ロー共犯法のもっとも重要かつ長年にわたって持続された特徴である。「派生的 (derivative)」とは、正犯の犯罪が実行されない限り共犯が処罰されることはないという意味で、正犯行為が少なくとも未遂に達する必要があると理解されている。正犯行為が既遂になってない場合は、共犯に対しても未遂罪 (attempt) の関与責任を負わせることになる<sup>86</sup>。このようなイギリスの考え方を日本の共犯論に沿って表現すれば、実行従属性が重視されてきたといえるであろう。また、正犯に免責抗弁が認められる場合でも共犯の成立は否定されず、正犯に主観的要件が欠けた場合でも共犯の成立を認めた判例が存在し、未成年者に犯罪行為を命じるような場合に間接正犯が成立するというさまざまな具体的な解釈の場面が挙げられるが、日本のように要素従属性としての極端従属性説あるいは制限従属性説が妥当であるのかを厳密に議論する意味は少ない<sup>87</sup>。後述のように、共犯関係からの離脱に関する検討においては、共犯の処罰根拠などの基礎理論がさほど重視されておらず、政策的配慮が強く働いており、結論の妥当性を中心として議論が展開されている。

### (3) 2007年重大犯罪法 (Serious Crime Act 2007) による共犯処罰の変更

かつては、イギリス刑法における未完成犯罪は、未遂罪 (attempt)、共謀罪 (conspiracy)

---

<sup>85</sup> David Ormerod, Smith and Hogan's Criminal Law (Oxford University Press, 13th ed, 2011), at pp.187-189, 191.

<sup>86</sup> K.J.M. Smith, op.cit. n.83, at p.73, Chap 4.

<sup>87</sup> 木村光江「イギリスにおける共犯の従属性に関する一考察」東京都立大学法学会雑誌 35巻2号 (1994年) 80頁以下参照。

や独立教唆罪 (incitement) に分類された。正犯による犯罪の実行がされた後、共犯の関与責任として、少なくとも未遂罪ないし既遂罪の責任を負わなければならない。これに対し、正犯行為がまた実行されていない段階で、関与者は未完成犯罪の責任を負う可能性がある。例えば、D が P と V の殺害を計画した場合、合意した時点で D と P は謀殺罪の共謀罪に該当する。合意の直後に D が翻意して計画を断念したとしても、共謀罪はすでに成立している。仮に P が D の依頼に応じてない場合であれば、D には教唆行為と同時に謀殺罪の独立教唆罪が成立する。

2008年10月に施行された重大犯罪法により、共犯の関与形態が大きく変更された。すなわち、イギリス法律委員会の第300号報告書 (Law Commission's Report No 300) を踏まえて、コモン・ロー上の独立教唆を廃止し、それにかえて激励行為 (encouragement) および援助行為 (assistance) を未完成犯罪として規定されたのである。同法の第二編である共犯に関する規定において、三つの犯罪類型が新設された<sup>88</sup>。具体的に、第一類型としては、Dが正犯者Pの犯罪行為が実行されることを意図して、激励または援助の行為を行うことである (同法44条)。第二類型は、Dが正犯者Pの犯罪行為が実行されることを信じ、且つ自己の行為がPの犯罪行為を激励または援助することを信じて、激励または援助の行為を行うことである (同法45条)。また、第三類型は、Dが正犯者Pによる一つないし複数の犯罪が実行されることを信じ、且つ自己の行為がそれらのPの犯罪行為 (すべての犯罪を特定する必要がない) を激励または援助することを信じて、激励または援助の行為を行うことである (同法46条)<sup>89</sup>。第一類型と第二類型の最大の相違は、前者の場合、DはPが犯罪を

---

<sup>88</sup> David Ormerod, *op.cit.* n.85, at pp.460-461.

<sup>89</sup> 重大犯罪法における関連した条文の具体的な規定内容は、以下のとおりである。

第44条 犯罪の意図的な激励または援助

(1) 以下の者は犯罪となる。

(a) 犯罪の実行を激励または援助するに足りる行為を行い、且つ

(b) その犯罪を激励または援助する意図がある者

(2) ただし、その激励または援助が、その者の行為の予見しうる結果であるということのみによって、その者が犯罪の激励または援助を意図していたとみなされることはない。

第45条 犯罪が実行されると信じた激励または援助

以下の者は犯罪となる。

(a) 犯罪の実行を激励または援助するに足りる行為を行い、且つ

(b) 以下のことを信じていた者 (i) その犯罪が実行されること

(ii) 自己の行為がその実行を激励または援助するものであること

第46条 一つないし複数の犯罪が実行されると信じた激励または援助

実行することを「意図 (intend)」しているのに対し、後者の場合、D は P が犯罪を実行することを「信じる (believe)」にとどまるという点である。

このような関与形態の変更に関する一つの理由として、コモン・ローにおける独立教唆と共犯の処罰との間隙を埋めるということであった。すなわち、かつての共犯の領域における未完成犯罪は、独立教唆の処罰に限定され、独立幫助の処罰がないのは不当であると主張された<sup>90</sup>。現在の実務では、正犯者 P による犯罪が実行された場合、関与者 D らが一八六一年共犯および教唆犯法により起訴され、P と同じく処罰される。一方では、正犯者 P が犯罪を実行していない場合、関与者 D に対しても、二〇〇七年重大犯罪法によりその激励または援助の行為を処罰するとされている。

#### (4) 小 括

コモン・ロー上、共犯関与責任の法理は正犯者による犯罪に関与していたことであって、共犯の刑事責任が正犯者の刑事責任から派生するものである。共犯に対する起訴、裁判や刑罰は正犯者と同様であった。イギリス刑法は、従来の共犯関与の派生的責任を維持しながら、重大犯罪法などの立法により未完成犯罪を広く認めつつある。それによって、現在の共犯処罰について、「広い未完成犯罪責任 (the wide offences of inchoate liability)」と従来どおりの「広い二次的関与責任 (the wide offences of secondary liability)」が併存していることに

---

(1) 以下の者は犯罪となる。

(a) 一つないし複数の犯罪の実行を激励または援助するに足りる行為を行い、且つ

(b) 以下のことを信じていた者 (i) それらのうち一つないし複数の犯罪 (ただし、いずれの犯罪かは不明) が実行されること、および (ii) 自己の行為がそれらのうちの一つないし複数の実行を激励または援助するものであること

(2) (1) 項 (b) (ii) において、いずれの犯罪が激励または援助されると信じていたか否かは重要ではない。

(3) (1) 項で訴追された場合、(a) 起訴状では、「複数の犯罪」を特定することが必要である。ただし、(b) 含まれうるすべての犯罪を特定することは必要ではない。

(4) 本条において、起訴状において特定された犯罪とは、(3) 項 (a) において特定された犯罪を意味するものとする。

なお、2007年重大犯罪法の立法経緯、運用状況とその批判については、木村光江「イギリスにおける共犯処罰と二〇〇七年重大犯罪法」法学新報 121 巻 11 号 (2015 年) 245 頁以下参照。

<sup>90</sup> J.R. Spencer, trying to help another person to commit a crime, at p.148 in Criminal Law: essays in honour of J.C. Smith (Butterworths, 1987).

なる<sup>91</sup>。広い共犯処罰がなされている状況において、共犯関係からの離脱という問題を検討することは、罪刑均衡の実現および責任主義の貫徹という観点から、重要な意義を有すると思われる。

## 第2項 共犯からの離脱について

共犯からの離脱 (withdrawal from participation) という概念は、イギリスにおいて特別な抗弁事由 (special defence) として認められている<sup>92</sup>。すなわち、共犯者は正犯者による犯罪が遂行される前に、明確に離脱の意思を表示していれば、犯罪的結果が発生したとしても、その結果について刑事責任を問われないとされている<sup>93</sup>。コモン・ローにおける共犯の特有の抗弁事由として、離脱の責任という問題は共犯の派生的性格に関わっている。共犯者が離脱した場合、その時点から正犯者による犯罪に関与しなくなるので、正犯者による結果の刑事責任を問われる根拠もなくなる。しかし、前述のように、共犯関与責任と未完成犯罪の責任が同時に認められる場合、離脱が認められたとしても、離脱以前にすでに成立していた未完成犯罪まで否定されるわけではない。たとえば、DがPとVの殺害に合意した後、実行する前にDが離脱した場合、謀殺罪に該当しないとしても、なお共謀罪の刑事責任を負わなければならない。また、AがV殺害のためのナイフを提供した後、実行する前にそのナイフを返させる場合、重大犯罪法によりそのナイフの提供という行為が激励または援助として処罰される。つまり、DとAが離脱しても未完成犯罪の責任が残されている。

---

<sup>91</sup> David Ormerod, *op.cit.* n.85, at p.464.

<sup>92</sup> イギリス刑法理論においては、すべての犯罪ないし行為者に適用できる一般的な抗弁 (general defence) と特別の場合にしか主張できない特別な抗弁 (special defence) とが区別される。前者としては、正当防衛 (self-defense)、緊急避難 (necessity)、錯誤 (mistake)、同意 (consent) などが挙げられる。後者としては、例えば、謀殺罪においてのみ主張し得る挑発 (provocation) や自制心の喪失 (loss of control) が挙げられる。一般的な抗弁は無罪判決を導くことができる。これに対して、例の謀殺罪の場合、特別な抗弁により犯罪者の刑事責任が否定されるわけではなく、謀殺 (murder) から故殺 (voluntary manslaughter) の責任に減輕される。See K.J.M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (Clarendon Press, 1991), at Chap 10.

<sup>93</sup> R v O'Flaherty [2004] EWCA Crim. 526, R v Mitchell [2008] EWCA Crim. 2552, R v Campbell [2009] EWCA Crim. 50. See also, David Ormerod, *op.cit.* n.85, at pp.236-240.

### (1) 離脱の法理と根拠について

コモン・ローでは、共犯からの離脱が特別な抗弁として発展してきたが、その根拠は示されていなかった。判例上、共犯者は、犯罪遂行の前にその離脱が認められれば、犯罪的結果について責任を負わないという法理が判示されたが、その理由は述べられていない。イギリス刑法理論では、その離脱による刑事責任を免除する根拠について論じられてきた。

離脱の抗弁を認める根拠 (justifying rationale of a withdrawal defence) はどのように説明されるのであろうか。主に二つの考え方が主張されていた<sup>94</sup>。その一は、刑事政策的観点から、犯罪的結果を防止するため、すでに関与を開始していた犯罪者が自分の犯行を思いとどまるチャンスを提供する考え方である。すなわち、離脱が認められれば、その責任は無罪あるいは軽い犯罪にとどまるので、関与者に犯行の継続をやめる動機を与える奨励の制度を創設するというものである。こうした考え方は、法律的奨励論の根拠 (incentive rationale) といわれる。その二は、離脱の事実によって関与者が犯意の放棄 (change of heart) を示しているため、その有責性 (culpability) や危険性 (dangerousness) が減少もしくは消滅したと考えられるという考え方である。これは責任・危険性減少論の根拠 (reduced culpability or dangerousness rationale) といわれる<sup>95</sup>。前者の場合、離脱を認めることにより犯罪が阻止されれば社会の利益となることから、正当化事由に準じ、日本における中止犯の刑の減免根拠に関する刑事政策説とりわけ一般予防説と共通するといえよう。それに対し後者の場合は、関与者に対する報奨的性質を有しており、免責事由に準じ、日本における中止犯の刑の減免根拠に関する特別予防説ないし責任減少説に近い考え方であろう<sup>96</sup>。離脱の抗弁がいずれに基づくのかはいまだ明確にされていない。

法律的奨励の立場からみれば、共犯からの離脱を抗弁事由として、犯罪をやめようとしている共犯者に改心する機会を提供し、正犯による犯罪の結果が発生するまでリスクを下げるように期待できる。離脱を奨励するのは実際に犯罪の遂行を減少させ得ることから、正当化抗弁にされるべきである。正当化事由が行為の違法性を否定する性質があり、それで離脱者の行為が社会により認可されるはずである。しかし、共犯からの離脱という抗弁は離脱し

---

<sup>94</sup> K.J.M. Smith, 'Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles' (2001) *Criminal Law Review* 772.

<sup>95</sup> William Wilson, *Central Issues in Criminal Theory* (Hart Publishing, 2002), at pp.214-215.

<sup>96</sup> 十河太郎「イギリスにおける共犯関係からの離脱」同志社法学 58 卷 7 号 (2007 年) 99-100 頁参照。

た前の行為の違法性を否定するわけではない。離脱により進行していた違法行為が単に止められるだけで、実行された行為の違法性はなお残される<sup>97</sup>。また、法律的奨励論が注目しているのは、刑事責任の免除という政策 (policy) により共犯者が自分で犯行をやめることを促すということである。すなわち、正犯者と同様の刑事責任あるいは犯罪的結果の免責のいずれかを選択するものになる。理性ある者は後者を選ぶはずであるが、離脱により刑事責任が免除されること知っているとは限らない。知らない場合、法律的奨励が離脱の根拠にはならないとされている。一方で、犯罪傾向の進んでいる共犯者はこういう政策を知っているとしても、必ず犯行をとどまらせるわけではない。有効な離脱が認められれば、共犯関与の責任を免除できるが、未完成犯罪の刑事責任を負う場合もあり、理性がある者が必ず離脱を選ぶわけではない<sup>98</sup>。そこで、離脱の根拠としては、法律的奨励は充分でない。

それに対して、責任・危険性減少論によれば、共犯からの離脱という事実は共犯者の責任もしくは危険性が消滅 (少なくとも減少) した有力の証左とし、免責抗弁の理由になる。すなわち、離脱者の行為にたしかに違法性があったとしても、それを処罰するのは合理的ではなく、刑事責任が免除されるべきである。免責抗弁事由において、離脱者の行為自体がその犯罪を継続する意欲がなくなったということを示しており、この状況では法律により寛大な対応がなされるべきだと主張されている。そこで、離脱者の犯罪傾向もそんなに強くなく、非難性が著しく減少され、または離脱者自身がそれほど危険ではなくなるので、刑法による処罰する必要がなくなる<sup>99</sup>。一方で、責任・危険性減少論はなぜ離脱者がなおも未完成犯罪の責任を負うのかということに問題点が残される。なお、責任性ないし非難性が離脱により消滅されることは、必ず離脱者の任意性 (voluntariness) に基づく必要があり、警察に発覚されたり病気になったりやむを得ずに犯行の継続を断念した場合、それが消滅されたとは考えられない。しかし、イギリス刑法では、離脱の動機 (motivation for withdrawal) について任意性の条件が要求されていないとされる<sup>100</sup>。そこで、危険性減少も離脱の根拠に関する充分の理由とは言えない。

---

<sup>97</sup> Andrew Ashworth and Jeremy Horder, *Principles of Criminal Law* (Oxford University Press, 7th ed, 2013), at pp.448-449.

<sup>98</sup> K.J.M. Smith, 'Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles' (2001) *Criminal Law Review* 773.

<sup>99</sup> K.J.M. Smith, 'Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles' (2001) *Criminal Law Review* 783-784.

<sup>100</sup> K.J.M. Smith, *op.cit.* n.83, at pp.261-262.



二つの考え方のいずれにも解釈上の問題点が存在しているが、改めて共犯からの離脱という特別な抗弁が共犯の派生的責任に基づくという観点から検討してみよう。共犯の関与責任は派生的責任の理論に基づき、正犯者の実行行為から派生してきたものである。これに対し未完成犯罪の責任は独立性の理論（The Theory of Individual Liability）に基づき、正犯者の実行行為と分離して共犯者の行為そのものを処罰するものである。派生的責任の立場からいえば、共犯者の行為が単独として可罰性がなく、共犯は、正犯者の実行行為への加功があってはじめて刑事責任を負うことになる。それゆえ、共犯者が離脱した場合、離脱以後の正犯者の犯行に加功もなくなり、当然に犯罪的結果の責任を負わないとされる。ただ、未完成犯罪の責任は共犯の関与責任と並んで独立に発生するので、同時に存在する場合、離脱という抗弁はそれを免除することをできず、関与責任の場合しか主張できないと理解されている。

## （２）離脱の成立要件について

共犯からの離脱を認める根拠は明確にされていないが、その成立要件についてはかなり詳細に検討され、すでに共通の認識になってきた。

### （a）犯意の放棄という要件

離脱の主観的な要件として、犯意の放棄（change of heart）が挙げられている。共犯者は必ず任意性<sup>101</sup>に基づいて改心し、犯行を続けようとする意図を放棄しなければならない。犯行の途中で逮捕されたり身柄を拘束されたりするなどの客観的な原因によりそれ以後の犯行に関与することができなくなった場合には、有効な離脱が認められない。このような犯意の放棄がなければ、たとえ客観的に犯行への関与を続けられない場合としても、他の共犯者による犯罪的結果について責任を負わなければならない。

犯意の放棄は離脱者の任意性を前提としているが、離脱の動機について本心で後悔するまで要求していないと指摘された。すなわち、本心で後悔の念から離脱した場合と、犯行が発覚されないし処罰されることをこわがった場合と、いずれも客観的に犯行を継続できなかったというわけではなく、自分の意思で犯意を放棄するから、有効な離脱は成立し得る

---

<sup>101</sup> イギリスにおいて離脱の要件とされる任意性（voluntariness）は、日本において中止犯の要件とされる任意性とは意味が異なっており、「犯行を続けようと思えば続けられたが、あえて止めた」という意味ではなく、物理的な障害ないし純粋な意味で自己の意思に基づいて犯行を止めたことを指している。See David Ormerod, op.cit. n.85, at p.208.

と思われる<sup>102</sup>。たとえば、警察に包囲される (close in) ことをこわがった場合は離脱が認められ、これに対しすでに警察に包囲された場合は、犯行をやめたとしても犯意の放棄という要件を満たしていない。

前述したように、離脱の根拠について責任、危険性減少論をとれば、本心で後悔や反省する必要があって、この場合しか非難性が減少せず、犯行が発覚されるのにこわがる動機から責任、危険性の消滅に導かれないと理解されている。一方で、法律的奨励の立場からみれば、後悔や反省を要求しなくてもよいとされ、離脱者が犯行をやめたことにより正犯者による犯罪的結果の発生リスクが確実に低くなれば、相応的に責任を免れるべきである。公共政策的観点から考えれば、被告人が実施した犯行を有効に撤回した場合、その動機を問わず、社会には利益があると思われる<sup>103</sup>。また、派生的責任の理論によって改めて考えてみると、共犯からの離脱について注目すべきものは犯行をやめてから、共犯の関与がなくなり犯罪的結果の責任を負わないという点であり、離脱者が犯意を放棄して犯行を継続しない場合、その動機を問われる必要がないとされるはずである。

#### (b) 明確な告知という要件

明確な告知 (unequivocal notice) という要件は、R v Whitehouse 事件判決において確立され、R v Becerra and Copper 事件判決により発展されてきた。前者の事案は、P が関与者 D らの激励を受けた上で商人 V に対する強盗を決意し、犯行の実施中に P が鉄棒をもって V を殺害した、D らはその前にすでに現場から逃げたというものであった。控訴院によれば、単に翻意して現場から逃げるという行為には有効な離脱が認められず、離脱者は自分が犯行をやめる意思を他の共犯者に対して明確に告知しなければならない。適切な告知は事案によって違い、口頭の表示であれ他の方法であれ、他の共犯者にこれ以上は犯行に関与しないという意思の表示を明確に伝えればよいとされる<sup>104</sup>。この判旨は以後の判例も援用されてきた。後者の有名な判決は、以下のようなものである。B、C と第三者がある家に侵入して窃盗を実施することを共謀して、B がナイフを持っていた。C は家の電話線を切るためにそのナイフを借りた。家の一階に住んでいた V が犯行に気付いて現れたため、B は「逃げよう」と言って第三者とともに窓から飛び出した。C は逃げ出すことができず、B から借りたナイフをもって V を殺害した。控訴院によれば、B と C が現金を窃盗する共同の目的

---

<sup>102</sup> K.J.M. Smith, op.cit. n.83, at p.261.

<sup>103</sup> William Wilson, op.cit. n.82, at p.217.

<sup>104</sup> R v Whitehouse (1941) 1 W.W.R.112.

で、実施中の他の犯行について予見しうる限りで、離脱が認められなければ、Cによる謀殺罪の責任も負わなければならない。「逃げよう」と言って窓から逃げ出すという行為は明確な告知という要件に該当せず、共犯からの離脱という特別な抗弁事由にはならない。Bに対して有効な離脱が認められるためには、それ以上に意思の表示という行動の必要があったとする<sup>105</sup>。この事案で、BがCらと窃盗の共謀をただけではなく、Cにナイフという道具も提供したので、少なくともCの道具を回収することあるいは現場でCの殺人行為を阻止するなどの行動をとらなければ<sup>106</sup>、有効な離脱が認められない。

同様の基準は、R v Whitfield 事件判決においても用いられていた。事案は、XがYに対して隣の部屋に人がいないとの情報を伝え、バルコニーを通過して行う侵入窃盗を共謀した後、Yが実行する前にXが翻意し、犯行に関与しないとYに言ったが、Yの窃盗の実行を阻止するまでの行動がとらなかったということであった。原審はXを窃盗罪で有罪としたが、控訴院は、Becerra 事件における他の共犯者に明確な告知という基準を示したうえで、Xはすでに関与しない意思を明確に伝えたとして、離脱を認めた<sup>107</sup>。

また、犯行の現場に現在していないという理由だけでは有効な離脱にはならず、共犯の関与責任を免れることができない。R v Rook 事件において、被告人Rと他の共犯者が依頼人に妻を殺す (contract killing) ことを頼まれて、Rは約束の犯行現場に行かなかったが、他の共犯者が依頼人の妻を殺した。被告人Rは自分も犯罪から離脱と主張したが、認められなかった。控訴院によれば、被告人は一度も他の共犯者に離脱の意思を表示しなかったので、単に他の共犯者が犯罪を実行しないことを期待して犯行現場に行かないだけで、明確な告知という要件には足りない<sup>108</sup>とされていた。

一方で、明確な告知という要件は通常で合理的な場合 (where practicable and reasonable) に適用され、適用されない場合も存在するとされたが、具体的な基準は示されていない。R v Mitchell and King 事件判決において、現場で突発の暴行事件の場合は明確な告知を不要という判旨を示し、この要件の例外を挙げていた。事案は、被告人がある突然の乱闘の事件に関与してから、途中で攻撃をやめて現場から離れた。その後に被害者が他の共犯者の暴行を受けて死亡した。裁判所によれば、離脱が認められるために明確な告知が必要であるとの原則は、事前に共謀がなされていた場合にのみ妥当するものであり、現場で突発の暴行事件の

---

<sup>105</sup> R v Becerra and Copper (1976) 62 Cr.App.R.212.

<sup>106</sup> Dennis J. Baker, Textbook of Criminal Law (Sweet & Maxwell, 3rd ed, 2012), at p.507.

<sup>107</sup> R v Whitfield (1984) 79 Cr.App.R.36.

<sup>108</sup> R v Rook (1993) 1 W.L.R.1005.

ような場合には、明確な告知がなくても離脱が認められ、被告人について謀殺罪の成立を否定した<sup>109</sup>。この事件判決がただ個別の事案にしか適用できないものであるか、あるいは同様の場合にすべて拘束力があるものであるかについて議論がされていた。

この後の R v O'Flaherty 事案において、被告人 X、Y、Z と被害者らとの間である突発の乱闘になり、喧嘩は A 通りから B 通りまで続けられた。Y、Z は X と共に A 通りでの暴行を実行したが、B 通りに行かず現場から離れた。X と他の共犯者は B 通りに行ったが、続けて攻撃の行動を行わず、ただ現場で喧嘩用の道具を持って待機していた。B 通りでの暴行により、被害者は死亡した。裁判所は、Mitchell 事件の判決を援用し、現場で突発の暴行事件を認定し、Y と Z が A 通りから離れた行為について共犯からの離脱を認めていた。X は暴行をやめたが、B 通りでの待機行為について、いつでも他の共犯者に援助を提供でき、少なくとも激励の行為があったとして、離脱が認められなかった<sup>110</sup>。このことから、突発の事件であるので、関与者が犯意を放棄して現場から離れただけで、他の共犯者に離脱の意思を伝えなくても離脱の要件に満たすと理解されている。明確な告知は離脱の不可欠の要件なのであろうか。犯行の中止を説得して受け入れない場合や、他の共犯者に離脱の意思を伝えることが困難な場合のように、明確な告知をするより、警察に通報したり被害者に連絡したりするなどの方法のほうが犯罪的結果の発生を阻止するためには有効な場合がある<sup>111</sup>。離脱の意思を伝えなくても離脱が認められる場合が存在するはずである。現在では、事前の共謀に基づく犯罪の場合、明確な告知は不可欠の要件とされ、例外的な適用として現場で突発の暴行事件において必要ではないという理解は一般的である。

### (c) 離脱の行為という要件

明確な告知が原則として離脱の要件とされる一方で、さらに有効の離脱が認められるために何らかの行為をする必要があるかどうかに関して検討されていた。判例は、有効な離脱が成立するためには、多くの場合、単なる明確な告知で足りないとし、それ以上の行動をとることを要求していた。どのような離脱の行為が必要なのかについて、事案によって基準が異なり、具体的には、提供した道具を取り戻すこと、正犯者を説得し犯行をやめさせること、警察に通報したり被害者に連絡したりすることなどが挙げられる。例えば、R v Grundy 事

---

<sup>109</sup> R v Mitchell and King (1999) Crim.L.R.496.

<sup>110</sup> R v O'Flaherty (2004) EWCA Crim.526.

<sup>111</sup> K.J.M. Smith, 'Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles' (2001) Criminal Law Review 775-776.

案において、被告人は侵入窃盗を計画している正犯者に対し、目標とする被害者の家と家からの出入りの状況など重要な情報を提供したが、実行予定の二週間前に自分は関与したくなく、犯行をやめようと正犯者を説得していた。裁判所は、被告人の離脱意思の表明と説得の行動により離脱を認めた<sup>112</sup>。仮に被告人がただやめたい意思を明確に告知したが、正犯者を説得する行動をとらなければ、離脱にはならなかったと思われる。また、R v Gallant 事案は次のような事案であった。被告人がバーから出た被害者に催涙弾を発射して追いついた際、他の共犯者らは車で現場に到着し、被害者に対して暴行を加えて、死亡の結果を招いた。被告人は事前の共謀を否認し、他の共犯者による暴行を加えた前にすでに現場から離れたと主張した。控訴院によれば、被告人が復讐のために犯罪を計画したので、犯行がなされた前に離れたとしても、離脱の意思を告知する以上の行動をとらなければならないとされる<sup>113</sup>。一方で、共犯者による正犯行為に対する加功がそれほど大きくない場合は、現場から離れたことだけでも離脱が認められる。有効な離脱が成立するためには、共犯者が関与した犯罪の性質、それに対する加功行為の内容や正犯者による実行の状況などについても考慮しなければならない。共犯関与の程度が低い場合は離脱が認められやすく、逆に、共犯関与の程度が大きい場合には、明確な告知以上にそうした離脱の行為をとる必要がある<sup>114</sup>とされている。

学説上、無形的方法と有形的方法によって離脱行為の基準を区別すると主張された<sup>115</sup>。すなわち、助言、誘致といった無形的方法による加功の場合には、それを撤回する意思を他の共犯者に伝えれば離脱は認められるが、道具の提供、幫助のように有形的方法による加功した場合は、それだけでは足りず、犯行を阻止するための積極的な行動をとることが必要である。この見解によると、Grundy 事案には情報の提供という無形的方法を用いたことから、離脱の意思を明確に告知すれば離脱が認められたが、Gallant 事案において武器の使用という有形的方法による幫助の場合、明確な告知だけで足りないし、他の共犯者の暴行を阻止したり警察に通報するなど、より積極的な行為が要求されると思われる。

現在では、共犯者による加功の内容は激励行為と援助行為によって区別されている。犯罪の実行を激励した場合は、正犯者による犯行が実行される前に、離脱の意思を伝えるだけで

---

<sup>112</sup> R v Grundy (1977) Crim.L.R.543.

<sup>113</sup> R v Gallant (2008) EWCA Crim.1111.

<sup>114</sup> William Wilson, op.cit. n.82, at pp.589-590.

<sup>115</sup> D. Lanham, 'Accomplice and Withdrawal' (1981) 97 L.Q.R.575, at p.582.

共犯者として有罪にならないとされていた<sup>116</sup>。これに対し、単なる激励を超えて、例えば犯罪の道具を貸与したり重要な情報を提供するといった援助行為をした場合、離脱が認められるためには、犯罪に対する加功を撤回する行為が要求される。例えば、前述した Becerra 事件では、犯行がばれた際、B が貸したナイフを取り戻すか C の殺人の行為を阻止するかなどの行動をとらないと、現場から逃げただけで有効の離脱にはならない。犯罪的結果の発生を阻止できないとしても、あらゆる合理的な措置を講ずる必要があると指摘されている<sup>117</sup>。そして、何が合理的な措置かは、共犯者による加功行為の性質を含む具体的な事情を総合的に考慮して判断されている。正犯者に離脱の意思を伝えるだけでそれまでの加功行為の影響力が消滅されれば、それ以上の行動をとらなくても離脱が認められるが、足りない場合には具体的な状況に対応的な措置を講じて加功行為の影響力を消滅させなければならぬとされている。なお、犯罪を阻止することは有効な離脱が成立するのに必要条件ではなく、ただある事案において加功行為の撤回ないし影響力の消滅に間に合わない場合、離脱者にこうした阻止の努力を行わせる必要があると思われる<sup>118</sup>。共犯関与の派生的責任という立場から考えれば、共犯からの離脱の基準を加功行為の影響力との関係において、具体的な事情によって関与が消滅と判断される場合に責任を負わないという妥当な結論が期待される。

### (3) 離脱の時点について

有効な離脱が成立するために、離脱の意思をいつか告知するのか、または離脱の行為をいつか措置するのかについて、判例上必ずしも明確ではないが、正犯者による犯罪が実行された後、どんな原因であっても既遂にならない場合、基本的に離脱者も未遂罪の刑事責任を負わなければならないとされる<sup>119</sup>。共犯者は犯行が実施されてから離脱しようとする場合、犯罪的結果が発生しなくても正犯者と同様に未遂罪の責任を負うからである。犯罪が実行された後、既遂または未遂の関与責任を免除するための離脱という抗弁が認められるかについて疑問が残されている。

もっとも、前述した Whitfield 事案や Grundy 事案のように、正犯者へ情報の提供という

---

<sup>116</sup> The Law Commission, A Criminal Code for England and Wales (1989), Law Commission Report No.177.

<sup>117</sup> The Law Commission, Participating in Crime (2007), Law Commission Report No.305.

<sup>118</sup> A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan and G.J. Virgo, Criminal Law: Theory and Doctrine (Hart Publishing, 5th ed, 2013), at p.261.

<sup>119</sup> David Ormerod, op.cit. n.85, at p.423.

援助行為をしたとしても、犯行を実行する前に犯意を放棄し、離脱の意思を明確に告知した場合、実行前の時点に関与がなくなると表明したので、正犯者がこの情報を利用して犯罪的結果を発生させても離脱者の加功がすでに消滅されたと評価でき、共犯からの離脱という抗弁が成立し得ると思われる。これに対して、犯行が実行された後の離脱の場合、少なくとも正犯者の実行行為にある程度の加功が継続していたので、こうした加功の影響力を消滅させなければ、有効な離脱が認められない。言い換えれば、離脱の行為が必須の要件になると考えられる。また、実行前の離脱はそもそも正犯者の犯行を激励、援助するとしても共犯の成立要件におけるアクトゥス・レウスまたはメンズ・レアが欠けるために共犯の成立が否定され、実行後の離脱は共犯の成立要件であるアクトゥス・レウスおよびメンズ・レアを満たすためには抗弁として離脱の成立要件を検討しなければならないという見解が主張された<sup>120</sup>。離脱の時点は、それ単体では、有効な離脱の要件とは言えないが、共犯者による加功行為の影響力が消滅されたかどうかに関する総合的な考慮において重要な意義を有するようと思われる。

また、犯行が実行された後、他の共犯者が共謀した犯罪から逸脱 (deviation) する場合、すなわち他の共犯者による別の犯罪 (separate offence) が行われた際、その犯罪の実行を激励または援助していないとしても共犯の関与責任を負うとされ、よく挙げられるケースとして殺害を計画しなかった強盗の実施中に人を殺したことがこの場合に該当する<sup>121</sup>。コモン・ローにおいて、joint criminal enterprise という共犯関与の場合には、共犯者はある犯罪 X に関与したが、正犯者による犯罪 Y の犯行を予見しうる限りで、犯罪 X のみに関与し続けることも正犯者に対する犯罪 Y 実行の激励または幫助とみなされ、結局犯罪 Y についても責任を負わなければならない<sup>122</sup>。実務上、逸脱した犯罪の実行が予見の範囲を超え、且つそれには関与していないという理由で、その犯罪の関与責任を免除するという離脱の抗弁として主張されている。例えば、R v Rafferty 事案において、被告人が他の共犯者と海辺で強盗することを共謀し、共同で被害者に暴行を加えた後、現金を引き出すために被害者のキ

---

<sup>120</sup> K.J.M. Smith, 'Withdrawal in Complicity: A Restatement of Principles' (2001) *Criminal Law Review* 770-771.

<sup>121</sup> Catherine Elliott and Frances Quinn, *Criminal Law* (Longman, 8th ed, 2010), at p.291.

<sup>122</sup> 一般的な関与形態と違って、共犯者が本来の犯罪を超える犯行に実際の激励または幫助をしていないため、共犯の一般成立要件であるアクトゥス・レウスおよびメンズ・レアとも異なって、関与責任とは別の責任形式という見解もある。See Beatrice Krebs, 'Joint Criminal Enterprise' (2010) *Modern Law Review* 578.

キャッシュカードをもって現場から離れた。他の共犯者が暴行を続けて、さらに被害者を海に投げ入れてから殺害した。控訴院によれば、被害者の死亡という犯罪的結果を予見していなかったため、他の共犯者の行為がすでに共謀した犯罪から逸脱し、被告人は強盗罪の責任だけを負い、謀殺罪の責任を負わないとされた<sup>123</sup>。学説上で検討される実行後の離脱には、このような共犯関与の場合も含まれると考えられる。

#### (4) 小 括

イギリス刑法では、共犯からの離脱という抗弁により共犯の関与責任を免除するという点からみれば、それは派生的責任の理論にも関わって理解されてきた。正犯者による犯行に関与していなければ、正犯者による犯罪的結果の責任を派生的に負うことはないとされる。離脱の成立要件について、一般的に、主観的な要件として犯意の放棄が常に要求され、現場での突発的な暴行事件の場合以外には、明確な告知も必要な要件である。そして、さらに有効な離脱が認められるために、単なる明確な告知だけで足りず、それ以上に離脱の行為をとる必要がある。どのような離脱の行為が必要なのかについて、事案によって基準が異なる。また、離脱の時点それ自体は、有効な離脱の要件とは言えないが、共犯者による加功行為の影響力が消滅されたかどうかに関する総合的な考慮において重要な意義を有する。実務上、他の共犯者が共謀した犯罪から逸脱する場合、逸脱した犯罪の実行が予見の範囲を超え、離脱者が関与していないという理由で、離脱の抗弁という主張が認められている。一方で、共犯の関与責任を免除したとしても、未完成犯罪の責任を負う場合も存在する。そのため、関与責任のみを免除する離脱の根拠が解明されなければ、離脱要件の適用においても問題点が残されていると思われる。

## 第2節 中国における議論の状況

中国の刑法理論では、旧ソ連から輸入した「犯罪構成」という概念が使用されて、通説の地位を占めていた。これはドイツ・日本における犯罪の構成要件とは別の概念として、犯罪が成立するための総合的な法定要件を検討している。具体的に、犯罪構成あるいは犯罪の成立は犯罪の客体、犯罪の客観的方面、犯罪の主体、犯罪の主観的方面によって構成されてい

---

<sup>123</sup> R v Rafferty (2007) EWCA Crim.1846.



る<sup>124</sup>。これらの要件は、そろえば全部あり一つ欠けば全部なしという共同存在の関係で、犯罪が成立するため、四つの要件をすべて検討しなければならない。

四要件体系の理論によれば、犯罪の実質は客観的危害と主観的悪性から基礎づけられる社会危害性にあつて、ある行為がすべての要件を満たした場合しか社会危害性が認められない。この前提に立てば、刑事責任能力がない者による殺人行為や窃盗行為には社会危害性がないという客観的事実に反する結論になる。すなわち、各要件の判断がほかの三つの要件の判断に依存するため、独自の存在意義が薄れているという批判がされた<sup>125</sup>。そして、共同犯罪の主体要件を満たさない場合、そのうちに責任年齢に達した犯罪者による侵入窃盗の見張り行為が単独犯としても窃盗罪の成立が肯定することができなくなるという実践的な問題が生じる<sup>126</sup>。

一方で、四要件体系において積極的に犯罪の成立要件を論じ、犯罪阻却の方面が軽視されていた。現在では、ドイツ・日本から輸入した三段階の犯罪論体系により改良または再構築の見解が主張されている。この背景には、理論上で共犯からの離脱という問題も提起された。それを検討する前に、中国における共同犯罪の理論を簡単に紹介したい。

## 第1項 共犯処罰の体系について

### (1) 現行刑法における共同犯罪規定

1949年に中華人民共和国建国してから、中華民国の六法を全面廃止し、第1部の刑法典が公布されるまでに、三十年の時間が経った。その間に各条例における共同犯罪規定は、反革命罪、汚職罪などの特別犯罪に関する規定であり、共同犯罪の一般原則を示していなかった

---

<sup>124</sup> 高銘暄＝馬克昌編『刑法学（第三版）』（北京大学出版社・2007年）56-57頁。四つの要件の具体的な概念について、以下のように述べる。犯罪の客体とは、刑法によって保護され、犯罪行為によって侵害される社会関係である。犯罪の客観的方面は、犯罪活動の客観的かつ外在的表現であり、危害行為、危害結果および因果関係などを含めている。犯罪の主体とは、法定の刑事責任年齢に達し、かつ刑事責任能力があり、危害行為を実行した自然人（特別の規定による組織体）である。犯罪の主観的方面について、行為者は罪過（故意または過失）があることを指し、ある場合に特定の犯罪目的、動機も要求される。

<sup>125</sup> また、犯罪の客体が独立の要件として意義をもたないことや、正当防衛および緊急避難などの正当化事由が四つの要件に含まれてないため、犯罪の成立要件をそろえてから改めて検討していることも批判を免れない。

<sup>126</sup> 張明楷『犯罪構成体系と構成要件要素』（北京大学出版社・2010年）38頁以下。

たが、「首要分子」<sup>127</sup>を強調した点について、旧刑法や現行刑法の共同犯罪規定に大きな影響を与えていた。1979年旧刑法は、いくつの刑法草案を経て、役割分担と関与形態とともに考慮したうえで、共同犯罪の関与者を主犯、従犯、脅従犯<sup>128</sup>および教唆犯という四つの類型に定着させた。1997年現行刑法は、主犯に関する規定を若干に変更したが、基本的には、旧刑法の共同犯罪規定をそのまま承継した<sup>129</sup>。

現行刑法25条、「共同犯罪とは、二人以上共同して故意による犯罪である」と規定する。すなわち、二人以上の者が共同の故意に基づいて犯行を実施したら、共同犯罪を構成し、共同犯罪人となる。その中で、犯罪に関与したりあるいは条件を創造したりのすべての者は、共同犯罪になる成立要件がまったく同じである。具体的に、共同犯罪の主体要件が二人以上の刑事責任年齢に達し、刑事責任能力がある者となり、主観的要件が共同の犯罪故意である。客観的要件として共同の犯罪行為が必要であり、つまり同一の犯罪事実に向けられ、互いに協力し合い、且つ各共同犯罪人の行為と危害結果との間にいずれも因果関係が存在することである<sup>130</sup>。例えば、AとBが共謀のうえ、Aが現場での見張りをやり、Bが部屋に侵入し財物を窃盗したという共同して侵入窃盗を行った事例では、AとBの分担は同一ではないが、Aの見張り行為とBの窃盗行為とは、すべて侵入窃盗という目標に向けられて行われたものであり、統一的な犯罪行為として評価される。そして、A、Bの行為は共同犯罪の一部と見なされ、発生した危害結果との間に因果関係も認められる。

共同犯罪人の分類について、通説によれば、一方では、各人が共同犯罪における役割に応じて、主犯、従犯、脅従犯に分けられ（役割分類法）、他方では、共同犯罪の分業形態も考慮し、教唆犯が共同犯罪人の一つの類型である（分業分類法）と主張する。これは役割分類法と分業分類法が結合したものだといわれている<sup>131</sup>。刑法26条は主犯につき、「犯罪集団を組織し、もしくは指導して犯罪活動を行った者、または共同犯罪において主要な役割を果たした者は、主犯である。」と規定し、犯罪集団の首要分子とそれ以外の主犯に対して、それぞれの処罰原則を定めている。刑法27条は従犯を「共同犯罪において副次的または補助

---

<sup>127</sup> 現行刑法における首要分子というのは、犯罪集団または多衆による犯罪において、組織、計画または指揮の役割を果たした犯罪者である（刑法97条）。

<sup>128</sup> 強要犯、被脅迫犯などの訳語があり、脅迫されて犯罪に参加した者のことをいう。

<sup>129</sup> 中華人民共和国建国してからの共同犯罪の沿革について、謝佳君『共同正犯と従犯の区別に関する研究』（早稲田大学出版部・2013年）104頁以下参照。

<sup>130</sup> 高銘暄＝馬克昌・前出注（124）178-180頁。

<sup>131</sup> 高銘暄＝馬克昌・前出注（124）187-188頁。

的な役割を果たした者」と定義し、それに対し「刑を軽くし、減軽しまたは免除しなければならない」という必減主義の処罰原則を採用した。刑法 28 条に脅迫されて犯罪に参加した者（脅従犯）、そして、刑法 29 条に人を教唆して罪を犯させた者（教唆犯）とそれらの処罰原則をそれぞれ規定している。

## （２）主従犯の処罰と区別について

現行刑法 26 条 1 項の規定によれば、主犯については二つの類型に分けられる。26 条 2 項で「犯罪集団」の定義を「三人以上の者が共同して罪を犯すために結成したより固定的な犯罪組織」とつけ、それを組織しまたは指導（計画や指揮を含む）した者は主犯であり、犯罪集団の首要分子とも呼ばれる。実務上で、組織または指導の活動が分担されることもあり、いずれもの活動に関与すれば、首要分子となり、一人でもいい数人の場合でもある。また、ほかの「共同犯罪において主要な役割を果たした」主犯は、犯罪集団の組織者、指導者以外に、共同犯罪の形成、実施や完成に決定的あるいは重要な役割を果たした犯罪者である。

「主要な役割」を判断する際に、犯罪者が具体的に関与した行為や結果に対する寄与度を考慮すると同時に、他の共犯者に対する支配力も考えなければならない<sup>132</sup>。旧刑法は主犯に対して刑を重く処するという原則をとったが、現行刑法はこの原則を大きく修正し、二つの類型の主犯に対して、それぞれの処罰原則を定めた。刑法 26 条 3 項は、犯罪集団の首要分子に対して、その「犯罪集団が行ったすべての犯行に応じて処罰する」とされ、すなわち、自分が直接に実施した具体的な犯罪行為とその結果だけではなく、集団における他の成員が犯罪計画どおりに行った全部の犯行についても責任を負わなければならない。そこで注意すべきなのは、「集団」が行ったすべての犯行による処罰は「全体の成員」が行ったすべての犯行による処罰ではなく、すなわち、集団の成員が集団の犯罪計画を超え、独自に実施した犯行について責任を負わないとされる。例えば、窃盗集団の首要分子は集団の成員にチャンスがあれば窃盗行為を実施すると指示し、その中で成員による強姦の犯行について責任を負わない。26 条 4 項は、犯罪集団の首要分子以外の主犯に対して、「参加した、または組織し、指揮したすべての犯罪に応じて処罰しなければならない」とされる。すなわち、共同犯罪を組織し、指揮した者（例えば、多衆による共同犯罪における首要分子）はその組織し、指揮したすべての犯行により処罰され、ただ主要な役割を果たした者はその参加したすべての犯行により処罰される<sup>133</sup>。なお、共同犯罪において二人以上の主犯がいる場合は、共に

---

<sup>132</sup> 張明楷『刑法学（第五版）』（法律出版社・2016 年）450-451 頁。

<sup>133</sup> 張明楷・前出注（132）451-453 頁。

主要な役割を果たした前提で、それらの非難可能性の差が存在し、同じ主犯にされても区別しなければならない。

刑法 27 条 1 項の規定によれば、従犯についても二つの類型がある。「共同犯罪において副次的な役割を果たした」従犯は、共同犯罪の形成、実施や完成に主犯より小さい役割を果たした者であり、「副次的実行犯」ともいう。すなわち、犯罪集団において主犯の指示に応じて犯罪を行い、一般的な共同犯罪において直接に重大な危害結果を惹起しなかったことまたは情状がより軽微なことはそれである<sup>134</sup>。「共同犯罪において補助的な役割を果たした」従犯については、共同犯罪に便利のため、犯罪の道具を提供したり犯罪の条件を創造したりの者で、主に幫助犯のことを指している。そして、従犯は主犯と相対的關係があり、それを判断した場合、行為者が共同犯罪における地位、共同故意の形成に果たした役割、実際に参与の寄与度、具体的な行為の態様、結果に果たした役割を考慮しなければならない<sup>135</sup>。現行刑法は、旧刑法における「主犯に照らして」のことを削除し、従犯に対しても参与したすべての犯罪に応じて、各則が規定した刑を直接に「軽くし、減輕しまたは免除しなければならない」とされている。

以上で述べるように、中国の刑法理論では共同犯罪人の処罰について、主犯と従犯を区別に対応する政策を採用している。すなわち、主犯は各則に規定されている基準刑を適用して処罰され、従犯はより軽く処罰され、または免除される。しかし、主犯における「主要な役割」や従犯における「副次的な役割」は一体何か、判断基準が明らかにしていない。司法実務では、それは裁判官に委任することとなっている。客観的な基準がないため、主観的な恣意性が免れがたく、判断のミスまたは司法不公平が現れる可能性も十分にある。ドイツ、日本が採用した正犯と共犯を区別する参与体系と比べると、これは中国刑法が採用している主犯と従犯を区別する共犯処罰体系の明らかな欠陥である<sup>136</sup>。具体的な共同犯罪の事案を処理する際、刑法 26 条の規定によれば、犯罪集団の主要人物はもちろん主犯である。犯罪集団の認定基準によって、犯罪集団を正確に認定し、犯罪者が集団犯罪において組織、指導、計画、指揮の役割を果たしたかどうかを主に考察すれば、通常に正確な判断を下すことは難しくない。また、教唆犯は犯意を誘発した者であり、一般的に主な役目を担っているので、主犯の処罰原則に適用しているが、少なくとも副次的な役割を果たした場合もある。例えば、

---

<sup>134</sup> 王俊平「犯罪集団における従犯を論じる」昆明理工大学学报（社会科学版）2009 年 1 号 70 頁以下。

<sup>135</sup> 張明楷・前出注（132）453 頁。

<sup>136</sup> 劉明祥「中国特色的犯罪参与体系を論じる」中国法学 2013 年 6 号 128 頁。

他人を教唆して実行犯の犯罪活動を手伝わせ、または脅迫されて他人を教唆する場合である。このような教唆犯に対して、従犯の処罰原則で適用すべきである。幫助犯については、個別の共同犯罪で決定的な役割を果たした者を除き、多数の場合で従犯として認定されている。一般的な考え方では、犯罪を実行する前後の行動について、自発的に他人を誘って犯罪活動に関与させたか、積極的に犯罪活動に関与したか、その行為が危害結果を惹起した主な原因であるか、実行した後に犯罪の所得を支配したか、逃げ隠れを組織、指導したかなどの事情を総合的に考察しなければならない<sup>137</sup>。

### (3) 小 括

中国刑法において、犯罪関与体系が単一制に属するのかという論争がまた明らかにしていない状態が続いている。刑法 29 条「人を教唆して罪を犯させた者」という教唆犯の規定は正犯と共犯を区別する法律上の根拠を提供した<sup>138</sup>との主張があったが、有力な見解が以下のように指摘している。中国刑法における共犯体系は解釈論では区分制に帰し、そして、関与者の類型と関与程度という二重操作を実行する「二重区分制」である。まず、分業分類法によって、構成要件の面から共犯人を正犯、組織犯、教唆犯、幫助犯に分け、共犯人分業の定性および相互関係の問題を解決するためのものである。次に、役割分類法によって、さらに共犯人を主犯と従犯に分け、共同犯罪人の量刑の問題を解決するためのものである<sup>139</sup>。したがって、共同犯罪における具体的な刑罰を決定するとき、各共同犯罪人の関与の程度、性質によって、役割の大きさを確定し、それぞれ主犯、従犯（または脅従犯）と認定し、軽重の異なる刑罰を下し、区別対応の刑事政策の思想を表わすと考えられる。

## 第 2 項 共犯からの離脱について

### (1) 理論上で離脱する要件の検討について

中国の刑法理論において、最初は共犯からの離脱という問題も中止犯として取り扱われていた。刑法 24 条は「犯罪の過程において、自ら犯罪を中止し、または犯罪結果を有効に防止したときは、犯罪の中止とする」と規定し、日本刑法と違って、実行の着手前の段階に

---

<sup>137</sup> 高銘暄＝馬克昌・前出注（124）191 頁。

<sup>138</sup> 陳興良「共犯論：二元制と一元制の比較」中国人民大学刑事法律科学研究中心編『刑事法注目問題の国際視野』（北京大学出版社・2010 年版）154-155 頁参照。

<sup>139</sup> 錢葉六「二重区分制における主犯と共犯の区別」法学研究 2012 年 1 号 126 頁。

においても中止犯が成立できるが、中止の自動性と有効性に対する要求が極めて厳しく<sup>140</sup>、実務上で刑法 24 条の適用が困難であると思われる。近年、中国刑法に固有の事情を踏まえつつも、諸外国、特に日本の離脱理論を参考として、従来の中止犯と異なる視点から、共犯からの離脱という問題として主張されることが見られる<sup>141</sup>。以下では、有力説の見解について検討を加えることにする。

まず、離脱の主観的要件として、離脱者が離脱の意思を表明し、且つ他の共犯者がそれを了承したことである。離脱者がある方式で意思を表明する必要があり、積極的な意思の表明と異なり、受動的な意思の表明という場合は、情勢の変更により離脱の意思を認定するため、他の要件も総合的に考察しなければならないとされる。離脱の意思が必ずしも任意性に基づくものとは言えない。また、離脱の意思が他の共犯者による了承したことは必要であると指摘されている。次に、離脱の客観的要件として、離脱者が自己の犯行をやめ、そして他の共犯者との共犯関係を解消することである。さらに、離脱者が自己の離脱前の関与行為と残余者のその後の行為ないし結果との因果関係を切断するのかを、考察しなければならないことが提示されている。

共犯人を主犯、従犯（または脅従犯）、教唆犯に分けた上で、それぞれの要件を論じる見解によれば、共犯人が共犯関係において受動的な立場にある場合には、一方的に犯意を放棄しまたは犯行をやめれば共犯からの離脱を認めてよい。これに対し、共犯人が主導的な立場にある場合には、それだけでは足りず、積極的で真剣な離脱行為を行わなければならない。また、他の共犯者への支配しうる影響を解消させるために、離脱者が積極的に離脱の意思を表明し、他の共犯者からの了承は必要としている。教唆犯の場合には、離脱者は積極的に離脱の意思を表明し、しかも、実行犯の犯行およびその結果の発生を防止するために真剣な防止行為を行わなければならない。従犯の場合には、離脱者は離脱の意思を表明すれば足り、主犯である共犯人からの了承を得る必要がなく、明示の意思表示が必要かどうかについても従犯行為の態様によって決められる。

---

<sup>140</sup> 中国刑法の通説は一般に、中止犯が成立するためには、「時期性」、「自動性」および「有効性」という三つの要件が不可欠であるといわれる。時期性とは、犯罪進行中において犯罪を中止することをいう。自動性とは、自らの意思に基づき中止行為を行うことをいう。有効性とは、完全に犯罪意思を放棄しまたは犯罪結果の発生を有効的に防止することをいう。馬克昌編『犯罪通論』（武漢大学出版社・1999年版）464-474頁。

<sup>141</sup> 代表的な論文として、姚万勤「日本刑法における共同正犯関係離脱についての研究とその示唆」政治と法律 2014 年 11 号、陸凌「共犯関係離脱の行為性質とその効果—独、日、米、英に関連する進路の展開に基づいて」当代法学 2016 年 5 号が挙げられる。

それから、離脱の効果について主犯と従犯の場合が大きく異なっていると見られる。従犯の場合には、共犯関係が解消されていないとしても、離脱を認めた上で離脱前の犯行についての罪責を免除できない（従犯の処罰原則に即して免除する場合もある）が、離脱後の他の共犯者による犯行ないし発生した結果について責任を負わないとしている。これに対し主犯は、犯罪の結果が発生した場合に、原則として共犯からの離脱と認められることができなく、参加したすべての犯行について責任を負うことにされる。ただし、積極的な意思の表明および他の共犯者の犯行を阻止するために真摯な努力をした等の離脱行為により、量刑上の酌量事由として考慮され、その刑が減輕されることもあると思われる。

## （２）実務上で離脱に対する処断について

共同犯罪の事案に対し、司法実務では、共同犯罪人を共同犯罪における役割の大きさによって、主犯、従犯に分けた上で、それぞれの異なる刑罰を下すことが一般的である。ただし、同一の事案において、主要な役割や副次的な役割を果たしたかどうかは確定できないという問題に対して、通常に主犯と従犯を区別しないやり方をとっており、実際はすべて主犯として処断する結果と同じである。刑法の規定によれば、共同犯罪人に対して主犯と従犯に分けて軽重の異なる処罰を与えるが、同一の事案では、仮に主犯と従犯が区別できなければ、区別しなくてもかまわず、すべて主犯と認定するのが合理的である<sup>142</sup>。果たした役割が同じである場合に、共同犯罪人が皆従犯として処罰される見解<sup>143</sup>も主張されたが、「主犯なき従犯」という事情が現れてしまい、基準刑で事案を処断できず、または量刑のバランスが取れない問題が発生するため、実務上で採用していないと考えられる。

共犯からの離脱の問題を取り扱うと見られる事案において、犯罪の結果が発生した場合、実務の立場は依然として共同犯罪の「一人が既遂になれば、全体が既遂として処断し」という原則に従い、共犯関係が解消されていない限り、離脱することを認めるのが極めて困難であり、少なくとも従犯として処罰するのが現状である。もっとも、共同犯罪における果たした役割の大きさにより従犯と認定された場合に、刑法 27 条「その刑を軽くし、減輕しまたは免除しなければならない」という規定を適用し、離脱することに対して、この条文をもって評価できると考えられる。一方、認定された主犯の離脱事実についてどのように処断するのか、以下では検討することにした。

---

<sup>142</sup> 劉明祥・前出注（136）130 頁。

<sup>143</sup> 王志遠「わが国における関与犯の処罰原則とその実践的な苦境」国家検察官学院学報 2012 年 1 号 79 頁以下。

(a) 離脱者が従犯とされた事例<sup>144</sup>

2006年1月初め、Yは、被告人Xに対し、蘭州市のA（Xがアルバイトをしている自動車部品会社のマネージャー）に対して強盗を実行することを提案した。数日にわたって、XはYと共に同部品会社やAの住所付近へ行き、Yに対しAの日常的な外出行動について教えた。その後、YはAを尾行し、Aの住所の状況を観察した。XはAと知り合いであったため、Aの住所での強盗を遂行したくなかった。XとYの間に協議が成立しないまま、Xは蘭州市を出て、実家に帰った。同月23日、YとZはAがいないうちに、Aの住居に侵入して強盗を実行した。現金、現物など合計約1万3千元相当を得た。犯行後、YはZと現金を分け合い、費消した。蘭州市城関区人民法院は、被告人Xを共同強盗犯罪<sup>145</sup>の従犯と認定し、有期懲役5年に処し、罰金2000元を併科した。

被告人XはYと共に犯行の現場へ行き、Aの日常的な外出活動等の情報を提供したことにより、共同犯罪における果たした役割がそれほど重要ではないとは言い難く、実行犯であるYと同じように主犯として処罰を与えることも可能であると考えられる。事例における事情を総合的に考察してみれば、Xは強盗を共謀する提案者ではなく、犯行の実行する前に犯意を放棄し、蘭州市を出たということが離脱意思の表明と見られ、且つYがそれを知った上でZと強盗を実行したため、他の共犯者からの了承も得たといえるであろう。ただし、Xは結果の発生を防止するために真剣な防止行為を行わず、提供した情報も犯行の結果との因果関係が切断されていないことから見れば、離脱を認めることが困難である。

もっとも、仮にXに共犯からの離脱を認めたとしても、離脱前の犯行について責任を負わせる必要があり、すなわち、刑法22条「予備犯に対しては、既遂犯に照らしてその刑を軽くし、減輕または免除することができる」という規定により強盗罪の予備が成立することを認め、予備犯の処罰とする見解も可能である。しかし、刑罰を決める際に、それは任意的な減輕事由として、必ず認められるわけではない。この事案で、離脱事実を総合的に考察すれば、実務上の判断する方法として、Xに共同犯罪において副次的な役割分担を考慮し、必要的減輕を受ける従犯と認定されたほうが合理的であると思われる。

---

<sup>144</sup> 『検察日報』2007年7月15日第3版。

<sup>145</sup> 中国刑法263条強盗罪の規定において、「住居に侵入して強盗したこと」の事情があるときは、10年以上の有期懲役、無期懲役または死刑に処し、罰金または財産の没収を併科するとされ、共同犯罪の主犯に認定されると、この基準刑で刑罰を決定する。



(b) 離脱者が主犯とされた事例<sup>146</sup>

被告人 X は他の共犯者 3 人に窃盗を提案してこれらの者と共謀し、物色した上で、2011 年 7 月 26 日未明、前後 2 回にわたって、無錫市にある会社の倉庫内の携帯カメラ計 73750 個を窃取した。盗品の価値は合計 250 万元に相当する。その際、まず 4 名全員で 2 万余個の携帯カメラを窃取した（一回目の窃盗行為）。そこから車で戻るとき、X が途中から離れて、その後、X を除く 3 名は協議して倉庫に残る 5 万余個の携帯カメラを窃取した（二回目の窃盗行為）。犯行後、X は贓品の販売を担当して、それにより得た計 18 万元あまりを、4 人で分け合った。無錫市中級人民法院は、被告人 X を共同窃盗犯罪の主犯と認定し、有期懲役 15 年に処し、罰金 10 万元を併科した。

本事案の判決理由によれば、被告人 X は主観上で窃盗犯罪に対し概括的故意があり、犯行後の販売を担当することによって、全部の窃盗行為を承認したことが見られる。X は窃盗を共謀する提案者で、一回目の窃盗行為に重要な役割を分担し、二回目の窃盗行為に対しても事後から追認でき、全体的に主要な役割を果たしたため、主犯と認定される。犯行の現場から離れる途中で、X が離脱意思の表明もせず、他の共犯者による犯行を防止する措置も講じていないため、組織者または指導者どころか、対等型の主犯の場合でも共犯からの離脱を認められないことが当然であると思われる。

ある論者は二回目の窃盗行為が共謀の射程に属するののかという疑問を提起した。すなわち、主観上で、X が離れ去った時点で、すでに共謀した窃盗を成し遂げた、且つ当時に X は他の共犯者による二回目の窃盗行為を知らず、共同で犯罪を遂行する意思がなくなったといえる。客観上で、遂行した後に、全員が犯行の現場から離れ、二つの犯行の間に時間的・場所的な隔たりがあるため、且つ他の共犯者は X が離れたことを知った上で協議し遂行したということで、当初の共謀関係が解消されるのを承認すべきである。したがって、被告人 X に一回目の窃盗犯行について窃盗罪が成立するが、二回目の窃盗犯行で得た贓品の販売として、犯罪収益仮装隠匿罪のみ成立するという見解が主張された<sup>147</sup>。実務上で主犯と認定された場合に、共犯からの離脱を認める方向で意義を有すると考えられる。

---

<sup>146</sup> 江蘇省無錫市中級人民法院（2012）錫刑二初字第 6 号、『人民法院報』2015 年 2 月 11 日第 6 版。

<sup>147</sup> 王昭武「共謀射程理論と共犯関係離脱の認定」法律科学 2016 年 1 号 70 頁参照。

### (3) 小 括

中国刑法が採用した犯罪関与体系は、共同犯罪における関与者の分業があまり重視されておらず、すべての共同犯罪人をその果たした役割に応じて主犯と従犯を区別し、それぞれ軽重の異なる処罰を与えると見られる。共犯からの離脱をめぐる事案において、主犯と従犯の認定が裁判官に委任することとなり、主観的な恣意性という問題を回避できないと思われる。ただし、刑罰の減免という方向限りでは、果たした役割という要素を考慮し離脱の要件をきつくしたり緩くしたり変動させることにより、ある程度で離脱の事実に対する処断も肯定しうるであろう。すなわち、共犯からの離脱という事実の認定について、量刑の際に離脱者のすべての関与事情を考慮し、より軽い処罰を与えることが可能であると思われる。また、主犯と認定された場合の離脱事実に対して、共謀の射程に逸脱した共犯関係の解消に帰属する考え方は、離脱に対する処断の実態にも相応しいものだと評価できる。

## 第4章 共犯からの離脱の判断基準に関する一試論

前章まで、共犯からの離脱をめぐって日本の判例・学説の理論、イギリス刑法および中国刑法における議論の状況について考察してきた。判例上、共犯からの離脱に求められる要件として、実行の着手前においては、離脱の意思表示と残余者の了承があれば足りるが、実行の着手後においては、それに加えて結果防止行為によって残余者の犯行阻止が必要であるという判断基準は一般的に示されている。学説上、残余者によって結果を発生した場合には、中止犯は適用されないので、それから別の救済策として共犯からの離脱を認めるために様々な理論が提唱されてきたが、現在は因果的共犯論に基づく因果性遮断説が通説になったといえる。近時において、因果性遮断説の限界も議論され始め、因果性を規範的に評価することが有力に主張されている。

そして、比較法的考察をつうじて、イギリス刑法において、共犯関与の派生的責任という立場から考えれば、共犯からの離脱の基準が加功行為の影響力との関係にあり、具体的な事情によって関与が消滅させたと判断される場合に責任を負わないということ、また、中国刑法において、各共同犯罪人の関与の程度、性質によって、役割の大きさを主犯、従犯と認定し、共犯からの離脱における区別した処罰のあり方ということ、離脱の判断基準の内実を究明することに役に立つと考えられる。

それでは、「①因果性遮断説において、因果性の遮断を具体的にどのように判断するのか、②因果性が遮断されなくても『共犯関係の解消』（共犯からの離脱）を認めるべき場合があるのではないかと、③共同正犯と狭義の共犯で『共犯関係の解消』（共犯からの離脱）の判断は異なりうるのではないかと」<sup>148</sup>という指摘もあるように、因果性の遮断に対し規範的に評価することを捉える見解も主張されているが、その具体的な判断方法は論者によって異なっていると見られる。本章では、これらの問題について検討を試み、そのうえで、共犯からの離脱の判断基準を見いだすことにする。

### 第1節 規範的因果性遮断説の立場について

因果性遮断説の理論的基礎となっているのは、共犯の処罰根拠に関する因果的共犯論（惹起説）であり、共犯者の行為を通じて法益侵害・危険を惹起するところに共犯の処罰根拠を

---

<sup>148</sup> 橋爪隆「共犯関係の解消について」法学教室 414号（2015年）98頁以下。

求めることになる。他の共犯者によって結果が発生しても、離脱者の行為と結果との間に因果関係が切断されると、離脱者は他の共犯者の犯行による結果について責任を負わないとされる。この見解により、共犯からの離脱の基準について、心理的因果性および物理的因果性の両者がともに遮断されたか否かという点から判断されることになる。しかし、前述したように、従前の関与行為の心理的・物理的影響力が残存している事例において共犯からの離脱が肯定された裁判例も存在しており、厳格に要求している因果性の遮断という基準が貫徹されているのに疑問があると思われる。

そこで、因果性の遮断を規範的に理解するのは、具体的な内容として、自己の行為から生じる危険ないし因果的影響を解消・消滅させ、相当因果関係を規範的見地とする見解<sup>149</sup>、当初の共犯関係とは異なった意思決定に基づいて「異なった危険」が創出され、それが結果の中に実現されたものとする見解<sup>150</sup>、結果との因果性というよりも、その者がとった行動や態度の離脱としての適格性にこそ意味があるとする見解<sup>151</sup>、「被告人の関与と（他の共犯者による）結果惹起との間に事実的な関連性は否定できないとしても、①被告人の結果防止に向けた措置が新たな阻害要因として介入することによって、当初の共謀通りに犯罪が実現されることが著しく困難になるような場合、②被告人の翻意、撤回などによって、そもそも共謀段階の影響力が大幅に減殺されており、それが実行分担者の意思決定を支配・誘発しているとは評価できないような場合については、実行分担者のそれ以降の犯行は共謀の危険実現とはいえないと評価する余地がある」<sup>152</sup>とする見解などが主張されている。

もっとも、従前の関与行為による心理的・物理的影響力がまったく存在しない状態に戻すことは現実的ではないから、共犯からの離脱を認めるためには、因果性を完全に遮断させるまで要求するのは妥当ではないと考えられる。したがって、因果性の遮断を規範的に理解する立場からは、従前の関与行為による生じた心理的・物理的影響力を事実に消滅させたことではなく、規範的に消滅させると評価できる場合、共犯からの離脱を認めるともいえる。すなわち、離脱後の他の共犯者による犯行を離脱者に帰責させるべきではないと評価できる程度に因果性を弱めたことが、共犯からの離脱の根拠であると考えられている。以下では、共犯類型別の離脱の判断基準について検討するにあたって、離脱者が果たした役割（因果的

---

<sup>149</sup> 井田・前出注（73）415頁以下。

<sup>150</sup> 照沼亮介「共犯からの離脱－おれ帰る事件－」松原芳博編『刑法の判例（総論）』（成文堂・2011年）284頁。

<sup>151</sup> 塩見淳「共犯関係からの離脱」法学教室 387号（2012年）100頁。

<sup>152</sup> 橋爪・前出注（148）105-106頁。

寄与度) および離脱者が離脱した時点(時間的流れ)という2つの要素を取り上げ、考察しておくことにしたい。

### 第1項 因果的寄与度について

共犯からの離脱を認めるか否かの判断において、離脱者が果たした役割は重要な事情として考察しなければならない。判例は、実行の着手前の離脱について、原則的には、比較的緩やかに共犯からの離脱を認めている。たとえば、事例①について、他の共犯者と窃盗を共謀した被告人が、被害者宅に向かう途中に、執行猶予中の身であることを思い出し、犯行を思い止まり、単身で引き返した。東京高裁は、他の共謀者に実行を中止する旨を明示して他の共謀者がこれを諒承したことを理由に共犯からの離脱を肯定し、窃盗について無罪としている。さらに、事例②について、福岡高裁は、犯行から離脱すべき旨明示的に表意しなくても、残余の共謀者は離脱者の離脱すべき黙示の表意を受領したことを理由に、共犯からの離脱を肯定した。これらの事例では、離脱者が果たした役割はもともと大きくなかったため、因果性の弱화가緩やかに肯定されたと理解することができる。一方、着手前の離脱であっても、離脱者が果たした役割が大きい場合には、共犯からの離脱の要件は厳しく設定されることになる。たとえば、事例⑮、⑯のように、離脱者が犯行の首謀者であった場合、共謀関係がなかった状態に還元させなければ、共犯からの離脱は認められないとされている。

前章で検討されたイギリス刑法の議論の状況において、犯行がなされた前に離れたとしても、離脱の意思を告知する以上の行動をとらなければならないとされるが、共犯者による正犯行為に対する加功がそれほど大きくない場合、現場から離れたことだけでも離脱が認められる事例が存在する。すなわち、有効な離脱が成立するためには、共犯者が関与した犯罪の性質、それに対する加功行為の内容や正犯者による実行の状況などについても考慮する。したがって、共犯関与の程度が低い場合は離脱が認められやすく、逆に、共犯関与の程度が大きい場合には、明確な告知したうえで離脱の行為をとる必要もある。そういう点からみれば、因果的寄与度と共通している考え方ともいえる。

さらに、前章の中国刑法における議論の状況について、「役割」という要素を重点に考察したが、ここで、日本刑法における正犯と共犯の区別に関して、改めて検討を加えることにしたい。日本の刑法では、原則的に予備行為を処罰せず、未遂行為に対しても法律に明文規定がある場合のみ処罰しており、それゆえ、刑法各則が規定する基本犯罪は既遂をモデルにし、構成要件に該当する行為は正犯行為だと考えられるからである。中国刑法は原則的にす

すべての故意犯罪の予備行為、未遂行為を処罰する。刑法各則の条文で規定している具体的な故意犯罪およびその法定刑は、予備犯にも、未遂犯、実行犯、教唆犯、幫助犯にも適用される。中国刑法各則第 232 条を例にすると、その規定では、「故意に人を殺した者は、死刑、無期懲役または十年以上の有期懲役に処する。」この規定は日本刑法第 199 条と極めて似ているが、中国の刑法には日本刑法第 201 条（殺人予備罪）と第 203 条（殺人未遂罪）のような規定がないので、中国刑法における「殺人」は殺人予備、殺人実行、殺人教唆、殺人幫助など多様な行為を含み、「殺人実行」という一つの状態を指しているのではない。この点から見れば、日中刑法の違いの根本的な理由は、中国の共同犯罪の概念には実行行為の概念がない点にあると考えられる<sup>153</sup>。

日本の刑法典には「役割」という文言がないにもかかわらず正犯と共犯の区別をめぐる解釈論で「役割」が重視されてきた。実質的客観説の中で、構成要件実現に対して行為者を為した役割を基準する「役割分担モデル」をとる見解が、理論的に大きな関心を引くことが見られる<sup>154</sup>。重要な役割説とは、実行者すなわち実行行為を行った者が正犯であるが、実行行為という概念は規範的・実質的に理解されなければならないとされている。その結果、犯罪の実現において実行の分担に匹敵し、または、これに準するほどの重要な役割を果たしたと認められる場合に正犯が肯定されることになる。したがって、日本の正犯の判断基準は、中国における「主犯」の判断基準に接近することになる。この点について、西田典之教授が以下のように、「中国刑法 25 条から 29 条は、共同犯罪について、主犯、従犯、強要犯、教唆犯という区別を採用しており、日本刑法とは異なるようにも見える。しかし、日本の判例は、60 条（共同正犯）の解釈において、たとえ犯罪の実行行為を行わない者でも犯罪実現にとって重要な役割を果たした者や他人を命令支配した者は共謀共同正犯あるいは間接正犯として重く処罰しているし、反対に、実行行為を行った者でも、その役割や情状が軽い者は従犯としているから、実際には、さほど異ならない」<sup>155</sup>と指摘した。

前述したように、中国刑法の明文規定における「主要な役割を果たした」、あるいは「副次的な役割を果たした」とは一体何か、それは明らかではない。司法実務では、司法人員に委任することとなっており、主観的な随意性が免れないと思われる。日本においても、主観説や形式的客観説という明確な区別基準を提示する学説は、正犯と共犯を真正に区別する

---

<sup>153</sup> 大谷實「日本刑法における正犯と共犯の区別——中国刑法における『共同犯罪』と対比して——」同志社法学 54 卷 2 号（2002 年）310 頁以下参照。

<sup>154</sup> 亀井源太郎『正犯と共犯を区別するという事』（弘文堂・2005 年）114 頁以下参照。

<sup>155</sup> 西田・前出注（65）22-23 頁。

ことができないため、正犯の判断基準の実質化は免れないことになる。判例では、従犯として処罰すれば足りる場合でも、『役割』の過大視により正犯で処罰されている例も散見されるなど、特に共謀共同正犯をめぐる問題で、このことは顕著に現れ、過度な正犯の拡大は、処罰欲求が『重要な役割』に置き換えられる懸念がある<sup>156</sup>。

日本の判例は正犯の範囲を拡張する傾向にあるが、非因果的要因から「重要な役割」が認定されているように思われる。本稿は、処罰の拡張という方向で、「重要な役割」を認定する根拠を因果的共犯論の立場から「因果的寄与度」を中心に論じるべきであり、そこから共犯からの離脱の判断基準を検討すべきであると主張する。すなわち、共犯からの離脱を認める刑罰の減免という方向で、「因果的寄与度」という要素を考慮して共犯類型・態様のそれぞれに対し、離脱の要件を設定することが妥当であると思われる。

「因果的寄与度」は、心理的因果性と物理的因果性の両者を含むことを意味すると解すべきである。「その際、各行為者の行為の危険性またはリスクが因果の流れの中でどの程度の強弱を有しているかを十分に考慮すべき」<sup>157</sup>という指摘もあるように、共犯からの離脱の判断基準を検討する際に、因果的共犯論の見地から、結果の実現に重大な寄与をしたか否か、または、規範的に理解すれば、犯罪の因果の流れを支配したか否かについて総合して考察しなければならない。したがって、共犯からの離脱が認められるためには、必要な対応・措置をとることは、離脱者が及ぼした因果的寄与の程度や内容に応じて、当然に異なってくることになると思われる。

## 第2項 時間的・場所的關係について

規範的な因果性遮断説の立場からは、自らの与えた因果的寄与の消滅・弱化が唯一の判断基準ということになるから、実行の着手の前後によって共犯からの離脱の判断が異なってくるわけではない。重要なことは、因果的寄与の程度や内容に応じて、因果性の遮断・弱化が肯定されるのはどのような場合であるかを、具体的に考えることである。

たしかに、因果性の遮断という判断基準自体は実行の着手前と実行の着手後で変わるわけではない。しかし、実行の着手前であれば結果発生危険がそれほど高まっていないので離脱前の関与行為の影響力を消滅しやすいのに対し、実行の着手後になると結果発生危険が切迫しているため、離脱前の関与行為の影響力の消滅が困難になるという理解が一般

---

<sup>156</sup> 甲斐・前出注(4)13頁参照。

<sup>157</sup> 甲斐・前出注(4)29頁。

的である。すなわち、実行の着手の段階に至った場合、共謀に基づいて結果発生具体的な危険性がすでに現実化・客観化している場合が多く、このような客観的状況それ自体を解消する必要がある<sup>158</sup>。

前章のイギリス刑法における議論の状況を検討したように、離脱の時点それ自体は、有効な離脱の要件とは言えないが、共犯者による加功行為の影響力が消滅されたかどうかに関する総合的な考慮において重要な意義を有するという考え方と共通し、離脱時期が実行の着手前か着手後かということは、共犯からの離脱の成否を左右する決定的な事情にはならないが、因果性の遮断が肯定されるのはどのような場合であるかを、時間的關係（離脱の時点）にそくして個別的に考えること必要である。

また、「別個の犯罪事実」論の検討において、時間的・場所的な隔たりという要素もそういう關係に属するものだと考えられる。たとえば、「共犯者が離脱したが、自分の寄与を十分には解消しえなかった場合でも、たとえば、提供された凶器・情報が後になって利用され、あるいは教唆者によって与えられた犯行の動機づけが正犯者においてなお残存していた場合でも、因果性の観点の他に、離脱者のとった阻止的行動の種類および程度、それに基づく正犯者の決意や共謀の（差当り真意の）放棄、（実行の方法・行為客体等にかかわる）犯罪計画の変更の程度、離脱前後の犯行の時間的・場所的な隔たり等の観点も考慮することによって、共犯者の離脱によって、とりわけ他の共犯者への説得や阻止的行動等の働きかけによって、当初関与した犯罪事象と後に他の共犯者によって再開された犯罪事象とが別個独立の新たな共犯關係であると評価されうるならば、その離脱者は離脱により当初関与した具体的犯行を『阻止した』と解することができ、その『阻止』後に他の共犯者によって新たに始められた犯罪事象について責任は問われない<sup>159</sup>という指摘もあるように、共犯からの離脱が認められるためには、「時間的・場所的關係」などの諸事情の要素も考慮にいれ、因果性の遮断を規範的に検討しなければならないと思われる。

## 第2節 共同正犯の離脱について

共同正犯關係からの離脱とは、離脱以後の残余共犯者の行為が離脱者に対し共同正犯としては帰責されないことを意味する。共同正犯としての帰責が否定されるのであるから、共

---

<sup>158</sup> 橋爪・前出注（148）102頁参照。

<sup>159</sup> 原口伸夫「共犯からの離脱」東海大学文明研究所紀要21号（2001年）95頁。



同正犯関係からの離脱を認めるためには、離脱者と残余共犯者の間の共同正犯としての関係（共同正犯性）が解消されることが必要である。共同正犯性の解消の有無は、離脱行為以前に存在していた共謀関係の解消の有無によって判断される。当初の共謀関係が解消された場合、共同正犯として帰責されることはないのである。

もっとも、各行為者の行為と結果との間の因果関係の存在は、すべての関与形式に共通して要求されるものであるから、因果性が遮断されたといえるときには、共同正犯だけでなく、教唆犯や幫助犯の成立する余地もない。他方、相互利用補充関係は共同正犯に固有の問題であるから、因果性が遮断されずに共同正犯性が否定されたときには、教唆犯や幫助犯の成立する可能性は残る。日本では、離脱の問題はおおむね共同正犯のみを念頭に置いて議論されてきたが、理論上で狭義の共犯の離脱も視野にいれ、次節で検討してみる。

## 第1項 共同正犯性の解消

共同正犯の離脱の判断においては、まず、因果性が遮断されたといえるかが問題となる。前述したように、因果性は行為者に当該結果について法的に責任を負わせるべきかという問題であるから、因果性の遮断は規範的評価が必要である。それゆえ、因果性が遮断されたといえるためには、従前の関与行為の影響力を完全に消滅することや、残余者による犯行を阻止することまでは必要でないが、従前の行為の影響力や犯行継続・結果発生の危険性を相当程度の消滅することを要すると解される。

共同正犯関係の解消において因果性の遮断が要求される根拠は、自己の行為と因果関係のない責任を問われないという個人責任の原則にあるから、因果性を遮断したというためには、当該行為者がそれまでに行った関与行為の効果を消滅すれば足り、その時点で客観的に存在している危険全体を消滅する必要はないというべきである。

因果的寄与度が少ない場合、すなわち、離脱者の行為の効果が犯行全体におよんでいない限りは、犯行が継続される危険は存在していても、離脱者の行為の効果を除去すれば足りる。たとえば、条例違反の集団デモにおいて大群衆の末端の参加者が列を離れるなど、因果性の遮断を認めてよいであろう。

これに対し、因果的寄与度が大きく離脱者の行為の効果が犯行全体に及んでいる場合には、従前の行為によりもたらされた心理的・物理的效果を消滅させるためには、残余者がその効果を利用して犯行を継続する危険または結果発生の危険を消滅させる必要がある。実行の着手後や実行の着手の直前の離脱は、そのような事例が多いであろう。たとえば、事例

③⑩がこれに当たる。この場合には、警察に通報して犯行の継続を阻止するとか、被害者を逃がすなどの措置が必要となる。犯行継続の危険が消滅すれば足り、その原因を問わないから、当該行為者の自由意思に基づく行為による必要はないし、第三者の行為によって危険が消滅した場合でもよいとされる。たとえば、実行に着手したところ、警察官に発見されたため、共謀者全員がいったん現場から離れ、後日、共謀者の一部が再び集まって犯行を実行した場合は、時間的・場所的關係という要素を考慮し、原則として因果性の遮断を認める。

また、従前の関与行為の効果そのものを除去することができないときにも、残余者がその効果を利用して犯行を継続する危険または結果発生危険を消滅させる必要がある。通常であれば危険を消滅させるに足りる措置をとったが、何らかの事情により危険が消滅せず、結果が発生した場合、たとえば、提供した鍵を回収したが、知らないうちに共謀者によって合鍵がとられており、それが犯行に使用された場合や、犯行を阻止するため警察に通報したが、予想外の事故により警察の到着が遅れ、犯行が完成した場合である。因果性を解消できなくても、正犯としての関与の実質を解消した場合については、共同正犯の成立を否定して、行為者を幫助犯の限度にとどめることも可能であると思われる。

## 第2項 共謀の射程との関係

因果性の遮断が認められないとしても、残余者の行為が当初の共謀ではなく新たな犯意や共謀に基づいて行われたときには、その行為は共謀者全員の相互利用補充の關係に基づいて行われたとはいえないから、共犯からの離脱が認められる。当初の共謀に基づいて実行行為が行われたといえるかどうかを判断する際に重要となるのが、共謀射程という視点である。具体的には、「①客観的な事情として、a 従前の行為の寄与度・影響力とその除去、b 当初の共謀と実行行為との関連性など、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・目的の変更などから、残余者の行為が共謀の射程の範囲内といえるかどうか」<sup>160</sup>のような判断基準について検討される。

事例⑮、⑯のように、離脱者が首謀者であった場合には、着手前の離脱であっても、成立した共謀を解消させて共謀關係がなかった状態に復元させるなどの相当な措置を取ることが必要であるとするものがあり、学説上も、因果性遮断説の立場から、首謀者は他の共犯者に支配的な心理的影響力を及ぼしているので、離脱の意思表示と了承では足りないなどと

---

<sup>160</sup> 詳しく、十河太郎「共謀の射程と共同正犯關係の解消」同志社法学 67 卷 4 号（2015 年）396 頁以下参照。

してそれを支持する見解が有力である。しかし、離脱者が首謀者であったとしても、共謀関係が解消されている以上、共謀関係がなかった状態に復元させるなどの相当な措置を取らなくても、残余共犯者の行為を離脱者に対して共同正犯として帰責することはできない。首謀者が離脱意思を表明し、残余共犯者がそれを了承したにもかかわらず、犯行を継続したという場合、当初は首謀者の計画に残余共犯者が「加担する」という意味合いが強かったが、計画の進展により、当該犯罪を自らの犯罪として遂行するという残余共犯者の意思が強くなったために、首謀者抜きでも実行に及ぶことが決意されるに至ったとみることができるのであり、離脱時点においては、首謀者の残余共犯者に対する心理的影響力は大きくはなくなっていたというべきではなかろうか。

前章において、検討したイギリス刑法における議論の状況について、犯行が実行された後、他の共犯者が共謀した犯罪から逸脱 (deviation) する場合、すなわち他の共犯者による別の犯罪が行われた際、実務上、逸脱した犯罪の実行が予見の範囲を超え、且つそれには関与していないという理由で、その犯罪の関与責任を免除するという離脱の抗弁として主張されることに、上述の説明と共通する面があると思われる。

### 第3節 狭義の共犯の離脱について

狭義の共犯関係からの離脱を認めるためには、共犯行為（教唆行為・幫助行為）が存在することを前提に、離脱行為によって、当該共犯行為と残余共犯者の実行行為との間の因果性を遮断することが必要である。実行の着手前に共謀関係が解消された場合、その後の残余共犯者の実行行為は、共謀関係に基づくものではないので、離脱者に対して共同正犯としては帰責されないが、解消以前の離脱者の加功の影響が残余共犯者の実行行為に及んでいる場合、因果的共犯論を前提にすると、共犯の処罰根拠は充足されており、狭義の共犯は成立するので、離脱者が処罰を完全に免れるためには、自己の加功と残余共犯者の実行行為との間の因果性を遮断することが必要になる。これらの場合においては、残余共犯者の実行行為を離脱者の行った共犯行為に帰責することの可否が問われ、因果性の遮断がその判断基準となるのである。問題はどのような場合に「遮断」があったといえるかであるが、この点については、共犯行為の残余共犯者に対する因果的寄与度の除去という観点から判断すべきであると思われる。以下では、教唆犯と幫助犯を区別して検討する。

## 第1項 教唆犯の離脱について

教唆犯は、正犯者に犯罪の実行を決意させることを本質とするので、心理的因果性の遮断を認めるためには、教唆行為に基づいて生じた犯罪実行の決意を正犯者に放棄させることが必要である。また、正犯者が実行した後の場合、結果発生具体的な危険性がすでに現実化・客観化しているから、正犯者の実行行為の継続の阻止および実行行為によって創出された法益侵害・危険の消滅が必要である。

問題は、正犯者が、離脱者の説得によっていったんは犯意を放棄したが、その後、最初の犯意を惹起した離脱者の言動を思い出し、それによって再び犯行を決意し、実行した場合である。この場合、事実的な因果の結びつき・事象の展開として、離脱前の加功行為が他の共犯者の犯意を再度生じさせ、当該犯意に基づいて犯罪が実行されたという因果関係の存在は否定できない。しかし、因果的寄与度と時間的・場所的關係という規範的理解からみれば、共犯の成立に必要な因果関係が認められるためには、①このような、離脱前の加功行為が、他の共犯者の行為や結果に対して、事実として影響を与えているという関係が存在するだけでは不十分なのであって、それが肯定されることを前提に、②加功行為が創出した危険が他の共犯者によって実現された犯行・結果の中に現実化したといえることが必要である。

そこで、この場合、②が肯定できるかを検討するに、離脱前の加功行為は、何らかの犯意も有していなかった者に犯意を生じさせる危険性を有する行為であったのであるから、それ自体としては、いったん犯意を放棄した者に対してもまた、同様に犯意を有していない状態から再び犯意をもつ状況に至らせる危険性を有する行為であることは否定できないように思われる。それゆえ、②の關係が認められないようにするためには、離脱前の加功行為により創出された、正犯者の犯意を惹起し、当該犯意に基づいて犯行が行われる危険を消滅させることが必要であり、そのためには、離脱前の加功行為の有する、正犯者の犯意を、ない状態からある状態へ変更する影響力を減殺すること、すなわち、もし再び同じ加功行為がなされたとしてもそれだけでは正犯者の犯意が惹起される、具体的、現実的危険性はもはや認められないといえる心理状態を作り出すことが必要であろう。

他方、離脱者がいくら説得しても正犯者の犯意が維持され、犯罪が実行された場合、①も②も否定できないので、共犯としての刑責を免れない。離脱前の加功行為によって強力な犯意が形成され、いくら説得してもそれを放棄させることができなかつた場合には、そのような犯意に基づいて実現された犯罪事実は、まさに離脱前の加功行為が創出した危険の現実化といわざるをえないのである。もっとも、犯意の惹起は、犯行の動機、目的を与えること

によってなされるのであるから、一定の動機、目的を与えて犯行を決意させた場合には、それによって創出された危険は、あくまでも、当該動機、目的に基づいて犯行が行われる危険であって、別の動機、目的から行われる犯行の危険を創出する者ではないから、与えられたのとは別の動機、目的から犯意を維持し、犯罪を実行したという場合には、②が否定され、共犯からの離脱が肯定されることとなる<sup>161</sup>。正犯者の実行行為が新たな決意に基づく別個の犯罪事実と評価される場合に、積極的な離脱行為の有無にかかわらず、教唆犯が成立しないのは、当然のことであると思われる。

## 第2項 幫助犯の離脱について

幫助犯は、正犯者の実行行為を心理的・物理的に促進することを本質とするので、離脱の要件である因果性の遮断を認めるためには、幫助行為が正犯者の実行行為に対して与えた心理的・物理的促進効果を除去することが必要である。

まず、すでに犯意を有する者に対して、心理的に促進する加功行為を行った場合、自己の加功行為による心理的促進効果をどうすれば除去させることができるか、すなわち共犯からの離脱を肯定するために、いかなる措置を講じることが必要であるかについて、離脱前の幫助行為によって心理的促進の寄与度に応じて決まることになる。たとえば、犯行の協力を約束する場合、仲間がいるという認識から生じる心理的促進効果があり、法益侵害・危険の惹起がまだ客観化されていない段階では、離脱者が離脱の意思を残余の共犯者に認識させ、いわゆる残余の共犯者が以後の行為について支持を受けていないことを認識することだけでその協力の約束を撤回すれば、自己の加功行為による心理的促進効果は除去したといえる。それに対して、法益侵害・危険の惹起がすでに一部が客観化されている段階では、単に離脱者が協力の約束を撤回するだけで心理的促進効果が除去されず、残余の共犯者による離脱の意思を了承することまで必要となる。

次に、物理的促進効果の除去を認めるためには、離脱前の幫助行為によって犯罪の遂行を物理的に促進し、容易にする効果の除去が必要である。たとえば、犯罪の遂行に必要な道具や情報を提供し、あるいは、犯行の途中まで関与して、その後の犯行の継続する状況が発生した場合には、当該加功行為によって物理的寄与度に応じてその効果を除去する措置を講じることが必要である。たとえば、侵入窃盗を行う正犯者のために鍵を提供した場合、離脱

---

<sup>161</sup> 齊藤彰子「共犯からの離脱と解消」刑事法ジャーナル 44号（2015年）20頁以下参照。

者がドアを解錠する前であれば、自己が提供した鍵を返還させれば、離脱前の幫助行為による侵入窃盗を物理的に促進する効果は除去したと見てよい。これに対して、正犯者が鍵を用いてドアを開けた後、犯意をやめてその鍵を返還させたとしても、離脱は認められない。正犯者による犯罪遂行を容易にする形で客観化しているのであるから、共犯からの離脱が認められるためには、当該犯罪の遂行を防止する措置を講じる必要がある。

なお、正犯者の実行行為が新たな決意に基づく別個の犯罪事実と評価される場合、心理的幫助については、積極的な離脱行為がなくとも、正犯者の新たな決意の介在によって、促進効果の除去が認められることもありうる。これに対し、物理的幫助の場合、正犯者の新たな決意が介在したとしても、犯行道具の取り返しなどの積極的な離脱行為によって、継続している物理的促進効果を除去しなければ、因果性が遮断されず、共犯からの離脱は認められないと考えられる<sup>162</sup>。

---

<sup>162</sup> 成瀬幸典「共犯関係からの離脱について」立教法務研究7号（2014年）147-148頁。

## 終章

以上、共犯からの離脱の判断基準について、規範的因果性遮断説の立場から考察してきた。そこで、これまでの議論を要約することにした。最決平成元年6月26日(事例⑳)、最判平成6年12月6日(事例㉑)、最決平成21年6月30日(事例㉒)を契機として、共犯の中止と別の問題として、共犯からの離脱について、再び活発に議論となった。そこで、本稿は、「共犯からの離脱の判断基準」を明らかにすることを課題し、日本の判例・学説とイギリス、中国刑法における議論の状況を分析することで、共犯類型別の共犯からの離脱を判断するための具体的な基準の呈示を試みた。

このような問題意識に基づき、まず、第1章第1節では、日本の判例における事例①―事例⑥を検討することによって、実行の着手前の離脱については、離脱意思の表明および他の共犯者による了承によって共犯からの離脱が比較的緩やかに認められるようになった。離脱の意思表示は必ずしも明示的にする必要もなく、黙示的な意思表示によっても離脱が認められるとされ、さらに事例⑦のような離脱について他の共犯者等の了解があったとの明確な認定をしなくてもその離脱を認めた場合もある。ところが、事例⑮、⑯では離脱の条件を厳格に要求し、離脱しようとする者が首謀者であり他の共犯者を統制支配しうる立場にあるものであれば、離脱者において共謀関係がなかった状態に還元させなければ共犯からの離脱は認められないとされた。つぎに、第1章第2節では、実行の着手後の離脱について、初期の判例は共犯における中止犯規定の適用の問題として捉えている。事例⑱、㉑、㉒、㉓は、まさに中止犯の成否についてのものである。また、実行の着手後で、通常犯意の一部が客観化されているから離脱意思の表明と他の共犯者の了承だけでは不十分であり、より積極的な犯行防止措置を講ずることが必要であるとしてきた。そして、平成期に入り、最高裁判所は初めて共犯関係の解消を正面から問題にしている点が注目されている。そこで、実行の着手前後で共犯からの離脱の要件が形式的に区別されないことがより明確になったことも指摘できる。一方、事例㉔のように、他の共犯者により強制的に共犯関係から排除されたような場合も共犯関係の解消が認められ、ということが明らかになった。

次いで、第2章では、共犯の処罰根拠および共犯からの離脱をめぐり、従来の学説を検討してきた。共犯処罰の根拠としての因果的共犯論すでに通説化になったのである。それに基づいて、共犯からの離脱の根拠を因果性の遮断の観点から説明している。この見解によれば、共犯から離脱したことにより、それ以後の犯行に対する因果的影響力が消滅された場合、その犯行については共犯の責任を問われないことになり、共犯の処罰根拠を欠くからである。

また、因果的影響力が完全には消滅されなくても、離脱により、それ以後の犯行に対する因果性がかなりの程度低下し、その犯行を離脱者に帰属させるべきでない（他の実行者のみが刑事責任を負うべきである）と評価できる場合にも、共犯からの離脱が肯定されている。因果的共犯論に立脚し、因果性遮断説においても、因果性の遮断の判断を緩和しようとする必要があることを確認した。

そして、第3章第1節では、イギリス刑法における議論の状況について検討した。正犯者による犯行に関与していなければ、正犯者による犯罪的結果の責任を派生的に負うことはないとされるがゆえに、実行する前か後かによって正犯者への加功行為の影響力を消滅させ有効な離脱が認められる基準が異なっていると思われる。いわゆる時間的流れという要素を考察しなければならない。第3章第2節では、中国刑法における議論の状況について検討した。共犯からの離脱をめぐる事案において、主犯と従犯の認定が裁判官に委任することとなり、主観的な恣意性という問題を回避できないと思われるが、刑罰の減免という方向限りでは、果たした役割という要素を考慮し離脱の要件をきつくしたり緩くしたり変動させることにより、ある程度で離脱の事実に対する処断も肯定しうるであろう。いわゆる因果的寄与度という要素を考察しなければならない。

そこで、第4章第1節では、共犯からの離脱の判断基準について検討するにあたって、離脱者が果たした役割（因果的寄与度）および時間的・場所的關係などの要素を総合的に考察しなければならないことを示した。以上のことを踏まえ、第4章第2節では、共同正犯の離脱の判断基準を検討してみた。共同正犯關係の解消において因果性が遮断されたといえるためには、従前の関与行為の影響力を完全に消滅することや、残余者による犯行を阻止することまでは必要でないが、従前の行為の影響力や犯行継続・結果発生の危険性を相当程度の消滅することを要すると解される。共謀の射程との關係においては、因果性の遮断が認められないとしても、残余者の行為が当初の共謀ではなく新たな犯意や共謀に基づいて行われたときには、その行為は共謀者全員の相互利用補充の關係に基づいて行われたとはいえないから、共犯からの離脱が認められる。特に首謀者の場合では、共謀の射程により因果性の遮断と同様の効果で共犯からの離脱を認めることが可能である。第4章第3節では、狭義の共犯の離脱の判断基準を検討してみた。教唆犯は、正犯者に犯罪の実行を決意させることを本質とするので、心理的因果性の遮断を認めるためには、教唆行為に基づいて生じた犯罪実行の決意を正犯者に放棄させることが必要である。また、正犯者が実行した後の場合、結果発生具体的な危険性がすでに現実化・客観化しているから、正犯者の実行行為の継続の阻止および実行行為によって創出された法益侵害・危険の消滅が必要である。幫助犯は、正



犯者の実行行為を心理的・物理的に促進することを本質とするので、離脱の要件である因果性の遮断を認めるためには、幫助行為が正犯者の実行行為に対して与えた心理的・物理的促進効果を除去することが必要である。

以上、本稿は、日本刑法における判例・学説を分析し、イギリス刑法と中国刑法の共犯からの離脱論と比較して考察したことで、共犯からの離脱の判断基準を検討する際に、規範的理解としての内容を解明にしてきた。すなわち、「因果的寄与度」および「時間的・場所的關係」という2つの要素を基礎として、因果性遮断説を規範的に理解しなければならないということである。規範的な判断は主観恣意性が免れないので、共同正犯の離脱と狭義の共犯の離脱について、より客観的な判断基準が必要になる。これらの問題は今後の課題として、検討を加えていく必要がある。