

イギリスにおける共犯関係からの離脱

十 河 太 朗

- 一 はじめに
- 二 正犯と共犯
- 三 共犯関係からの離脱
 - 1 離脱の意義と根拠
 - 2 離脱の要件
- 四 議論の特徴
 - 1 わが国との比較
 - 2 離脱の体系的地位
 - 3 イギリスにおける離脱の判断構造とわが国への示唆

一 はじめに

共犯関係が成立してから犯罪が完成するまでの間に、共犯関係にある一部の者が共犯関係を断ち切ってその共犯関係から離れたが、他の共犯者が共犯関係に基づく実行行為を行い、犯罪的結果を実現した場合を、共犯関係からの離脱という。共犯関係から離脱したと認められるときには、それ以後に残りの関与者が実現した結果について離脱者は責任を負わない。この共犯関係からの離脱については、離脱の根拠、離脱の要件、共犯の中止犯との関係などをめぐり争いが生じている。

ところで、共犯関係からの離脱 (withdrawal from participation) の概念は、イギリスにおいても認められている。すなわち、犯罪が完成する前に共犯者の一部が離脱したときは、他の共犯者が犯罪的結果を惹起したとしても、離脱者はその結果について刑事責任を問われないとされているのである。^① イギリスでは、共犯関係からの離脱の意義や要件をめぐって興味深い議論が展開されており、わが国の問題解決を図る上で、イギリスにおける議論の内容を検討することの意義は決して少なくない。

そこで、本稿では、共犯関係からの離脱をめぐるイギリスの議論状況について検討し、その特徴を探ることにした。

二 正犯と共犯

(1) 最初に、イギリスにおける共犯論の体系を確認しておくことにする。

イギリスでは、わが国と同様に、複数の者が犯罪に関与した場合、正犯 (principal) と共犯 (secondary party,

accessory) の二つに区別することとされている。正犯と共犯は、実行行為を自ら行うか否かによって区別される。

(2) 正犯とは、自ら犯罪の実行行為を行う (perpetrate) 者である。⁽³⁾ ここで、実行行為とは、犯罪の客観的要件すなわちアクトゥス・レウスに該当する行為をいう。⁽⁴⁾ たとえば、殺人罪でいえばピストルを発射するなどして他人を殺害する行為、強姦罪でいえば同意のない女性を姦淫する行為、窃盗罪でいえば他人の財産を自己の占有のもとに置く行為などが実行行為に当たり、これらの行為を自ら行った者が正犯となる。⁽⁵⁾

正犯者となるのは一人だけには限られない。二人以上の者が実行行為を分担した場合には、当然その各人が正犯となる。このような場合を共同正犯 (joint principals, joint perpetrators) という。⁽⁶⁾ X、Y が共同して A を殴打し殺害するといった場合が、その典型例である。また、そのように共同行為者各人が同じ行為を共同して行う場合ばかりでなく、共同行為者の各人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、共同正犯は成立する。たとえば、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 は強盗罪の共同正犯となり、また、P がハンドル、Q が足のペダルとギアを操作して運転を行った場合にも、P および Q は危険運転罪の共同正犯となる。⁽⁸⁾⁽⁹⁾

さらに、自らの手で実行行為を行わず、「無実の代理人 (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者も、正犯と見なされる。これは、わが国の間接正犯に相当するものである。具体的には、事情を知らずメンズ・レアを欠く者、刑事未成年者、精神障害者、犯罪を行うよう脅迫され畏怖している者、酩酊状態にある者などが「無実の代理人」に当たり、これらの者を利用して犯罪を実現した場合に、間接正犯の成立が認められる。⁽¹⁰⁾ A を殺そうと思ひ、事情を知らない第三者に対して毒物の入った食べ物や A に届けるよう依頼する場合や、刑事責任年齢に達していない子供に他人の財物を窃取させる場合などがこれに当たる。

(3) 一方、共犯とは、自らは犯罪の実行行為を行わず他人の実行行為に加功する者をいう。⁽¹¹⁾

共犯のアクトウス・レウス(客観的成立要件)は、正犯の実行行為を幫助し(aid)、教唆し(abet)、助言し(counsel)、または誘致すること(procure)である。一八六一年共犯および教唆犯法八条および一九八〇年治安判事裁判所法四四條は、共犯の具体的な行為態様として、幫助、教唆、助言、誘致を挙げており、これらのうちの少なくとも一つに該当する行為を行うことが共犯の成立要件となる。

「幫助」とは、正犯者の実行行為を手助けし(help)、援助し(assist)、支援する(support)行為を指し、「教唆」とは、正犯者を唆し(incite)、扇動し(instigate)、激励する(encourage)行為をいう。「助言」は、教唆とほぼ同義であり、忠告(advise)、激励(encourage)、勧誘(solicit)といった行為が「助言」に当たるとされる。「誘致」とは、広く正犯者に犯罪行為を行わせるような原因を設定する行為を意味する¹²⁾。これらの四つの行為態様の内容は、わが国の刑法六一条および六二条にいう「教唆」および「幫助」にほぼ相当するものと見てよいであろう。

なお、共犯が成立するためには、正犯者が現実に実行行為を行うことが必要である¹³⁾。一般に、共犯の罪責は正犯の罪責に由来するものであり、その意味で、共犯は「派生的性格(derivative nature)」を有するとされる¹⁴⁾。この共犯の派生的性格から、正犯行為が少なくとも未遂に達しない限り共犯が処罰されることはない¹⁵⁾とされ、実行従属性が肯定されているのである。ただし、正犯行為が未遂犯を構成する場合は、未遂犯に対する共犯が成立する¹⁶⁾。

共犯のメンズ・レア(主観的成立要件)は、正犯の実行行為を援助し、激励し、誘致する意図を有していること、正犯者が犯罪に当たる行為を行うということを認識していることである¹⁷⁾。なお、厳格責任犯罪においては、原則としてメンズ・レアを欠いていても犯罪は成立するとされているが、そのような原則が妥当するのは正犯だけであって、共犯についてはその成立のためにメンズ・レアが必要であるとされている¹⁸⁾。

三 共犯関係からの離脱

こうした共犯の体系を踏まえて、次に、イギリスにおける共犯関係からの離脱はどのような内容を有しているのか、共犯関係からの離脱が認められる根拠は何か、どのような要件のもとに共犯関係からの離脱が認められているのかを検討することにする。

1 離脱の意義と根拠

(1) 犯罪が完成する前に共犯者の一部が共犯関係から離脱した場合、その離脱が有効である (effective) と認められるときには、たとえ残余者が犯罪的結果を惹起したとしても、離脱者はその結果について責任を負わない。これが、イギリスにおける共犯関係からの離脱の法理である。

もつとも、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る犯罪の成立まで否定されるわけではない。したがって、離脱以前の行為が独立教唆罪 (incitement)、共謀罪 (conspiracy)、未遂罪 (attempt) といった未完成犯罪に該当するときは、それらの罪が成立する。¹⁹⁾

(2) それでは、共犯関係からの離脱を認める根拠はどこに求められているのであろうか。従来、この点はあまり論じられてこなかったが、最近、K・J・M・スミスは、離脱の根拠について二つの考え方を対置させている。²⁰⁾

第一は、離脱の根拠を犯罪的結果の防止に求める考え方である。離脱した者を無罪とし、あるいは軽い罪を認めることにより、犯罪者に犯行の継続を思いとどまる動機を与え、犯罪の完成を未然に防止しようというものである。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、K・J・M・スミスは、この根拠を正当化事由に準

ずるものであると位置づけているが、この根拠は、わが国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考え方に基づくものであるといえよう。

第二は、離脱の事実をもって、行為者の犯罪性や危険性が消滅もしくは著しく減少したことの証左とする考え方である。K・J・M・スミスによると、この根拠は、行為者に対する贖罪的な性質もしくは報償的な性質を有しており、免責事由に準ずるものと位置づけられる。わが国でいえば、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。

(3) K・J・M・スミス自身は、①犯罪者が離脱により免責されることを知っているとは限らない、②離脱が認められても完全に処罰を免れるとは限らず、独立教唆罪や共謀罪で処罰される可能性は残る、③離脱による免責を認めたとしても、犯罪傾向の進んでいる者に対して犯行を思いとどまらせる効果があるかは不明である、といった点から、第一の考え方のように離脱が犯罪の完成を防止する契機になるとする理解には懐疑的である²¹⁾。むしろ、K・J・M・スミスは、第二の根拠を重視しているものと思われる²²⁾。

もつとも、M・ワーシックのいうように、²³⁾ 既遂の責任を負うより単に未完成犯罪の責任を問われる方が行為者にとって有利な取扱いであり、そのことが犯行を中止する契機となりうることは否定できず、第一の根拠の意義も決して小さなものではない。実際、法律委員会も、この点を是認しているところである²⁴⁾。

結局、共犯関係からの離脱が認められる根拠は必ずしも明確にされていないというのが、現状である²⁵⁾。

2 離脱の要件

(一) 離脱の意思表示

(a) 離脱の意思表示の内容

(1) 離脱が認められるためには、当然のことながら、離脱をするための何らかの行動をとる必要がある⁽²⁶⁾。したがって、犯行を謀議した後、単に翻意し、内心において後悔する⁽²⁷⁾とか、他の共犯者が犯罪を實行しないことを期待して犯行現場に行かない⁽²⁸⁾というだけでは足りない。

(2) そこで、一般に離脱の要件として挙げられているのが、離脱の意思表示である。原則として、犯行計画を放棄し共犯関係から離脱する意思を残余者に伝えることにより、それ以降の残余者による犯行は離脱者とは無関係であるという⁽²⁹⁾ことを示した場合に離脱が認められるとされている。

この点についてリーディングケースとされているのが、一九七五年のベセラークーパー事件判決⁽³⁰⁾である。事案は、X、Y、Zが現金を奪取する目的で老女Aの家に侵入してAに暴行を加え、Xが携行してきたナイフで電話線を切断した後、Zにナイフを渡したところ、Aの家の一室を間借りしているBが現れたため、Xは、「さあ逃げよう」と言ってYとともに窓から逃走したが、Zは、近くのドアが施錠されていて逃げ出すことができず、Xから受け取ったナイフでBを刺殺したというものであった。原審がXらを謀殺罪で有罪としたため、Xが控訴した。争点となったのは、Xが現場から離れた後にZが惹起したBの死の結果についてXも責任を問われるのかである。

控訴院は、「さあ逃げよう」と言って窓から逃げるだけでは離脱は認められず、それ以上に撤回あるいは後悔を示す言動を行う必要があったとして、Xの控訴を棄却した。こうした結論を導き出す前提として、控訴院は、「実際に可能であり、無理でない限りは、犯行を放棄する意思を適切な時期に他の共犯者に対して明確に伝えなければならない」と

いう離脱の要件を示した。これは、カナダのブリティッシュ・コロンビア州のホワイトハウス事件判決³⁰⁾の基準を踏襲したものである。

(3) 同様の基準は、一九八四年のホワイトフィールド事件判決³¹⁾や一九九三年のルック事件判決³²⁾においても用いられている。ホワイトフィールド事件は、XがYに対し、マンションでXの隣の部屋に住むAが不在であるとの情報を伝え、Xの部屋とバルコニーを通じてAの部屋に侵入することに同意したが、Yがこれを実行する前にXは翻意し、犯行に関与しないとYに述べたものの、Yの犯行を阻止する行動までとはならず、YはA宅への侵入窃盗を実行したというものがある。原審は、離脱の意思疎通があったというだけでは離脱は認められないと説示して、Xを侵入窃盗罪で有罪としたが、控訴院は、ベセラーカーパー事件判決を踏襲し、いったん犯罪計画に関与した者が翻意した場合、その犯行行為について責任を免れるためには少なくとも他の共犯者に対し離脱の意思を明確に伝えなければならないとの基準を示した上で、XはYに対し離脱の意思を明確に伝えたとして、離脱を肯定した。

また、ルック事件では、Xが他の三名の共犯者とA殺害を共謀したが、Xは、A殺害が実行されないことを期待して約束の犯行現場に行かず、結局、他の共犯者がA殺害を実行したという事案につき、裁判所は、ホワイトフィールド事件判決と同様の基準を前提として、Xは犯行現場に行かなかったにすぎず、他の共犯者に対し明確に離脱の意思を伝えただけではないので、離脱は認められず、Xには謀殺罪が成立すると結論づけた。

(4) ベセラーカーパー事件判決の示した基準によると、第一に、離脱の意思表示は明確なものでなければならない³³⁾。明確な意思表示であるというためには、以後の犯罪行為には関与せず、仮に他の共犯者が犯行を継続したとしても自分とは無関係である旨を示すことを要する³⁴⁾。ベセラーカーパー事件判決は、「さあ逃げよう」と言うだけでは明確な離脱の意思表示といえないとしたのであろう。また、ベイカー事件³⁵⁾では、XとYがA殺害を共謀し、実際にナイフでAに攻

撃を開始した後、XがYにナイフを渡し、「自分はやらない」と言ってその場から少し離れたという事案において、明確な離脱の意思表示には当たらないとされた。「自分はやらない」という発言は、「自分は殺害の実行を担当しない」という意味であるとも考えられ、「共犯関係を解消したい」という意思表示であるとは限らないからである。³⁶⁾

第二に、離脱の意思表示は適切な時期になされる必要がある。もつとも、何をもつて適切な時期というのかは必ずしも明確ではない。ベセラークーパー事件判決は、どのような場合に適切な時期といえるかは具体的な状況によって異なるとするにすぎず、明確な基準を示していない。共犯行為の内容が激励であるときには、離脱の意思表示は犯罪の実行の前になされなければならないとする学説もあるが、少なくとも理論上は実行行為開始後であっても離脱を認めることは可能なはずである。K・J・M・スミスは、離脱の意思表示が適切な時期に行われたかどうかは、結局のところ、その時点で離脱するための行為として何が必要か、あるいは離脱行為が実際に自己の意思によつてなされたかどうかという問題に帰着するから、適切な時期という要件は、独立の意義を有するものではなく、後述する離脱行為や任意性の要件に解消されるとしている。³⁸⁾

(5) 離脱の意思表示は、残余者に認識されることが必要であると解されている。³⁹⁾ 離脱の意思を伝えようとしたが、それが残余者に到達せず、離脱の意思が認識されなかった場合、離脱は認められない。もつとも、離脱の意思表示の結果、残余者によつて離脱が了承されることまで必要かどうかは明らかではない。

なお、離脱者以外の共犯者が複数存在する場合には、その全員に対して離脱の意思表示がなされなければならないとされている。⁴⁰⁾ ただし、この点は議論の余地があり、未解決であるとする学説も存在する。⁴¹⁾

(b) 離脱の意思表示の要否

(1) それでは、離脱の意思表示は離脱の不可欠の要件なのであるか。換言すると、離脱の意思表示がない場合には離脱を肯定する余地はないのであろうか。この点についての判例や学説の態度は、必ずしも明確ではない。

ホワイトフィールド事件判決やルック事件判決は、離脱が認められるためには「少なくとも」離脱の意思を他の共犯者に伝えなければならぬと判示しており、離脱の意思表示を不可欠の要件と解しているように見える。また、いかなる場合についても離脱の意思表示を離脱の要件として要求していると見られる学説も存在する⁽⁴²⁾。

しかし、古い裁判例には、離脱を示す行動があれば共犯の成立が否定される可能性があることを示唆したものが⁽⁴³⁾あり、これは、離脱の意思表示以外の方法による離脱を肯定する趣旨であるとも考えられる。また、ベセラークーパー事件判決は、離脱の意思表示を要件として挙げながらも、「実際に可能であり、無理でない限りは」との留保を付しており、離脱の意思表示がなくても離脱が肯定される場合もありうることを示唆している。

実際、犯行の中止を説得しても共犯者がこれを聞き入れない場合や、共犯者と連絡がとれないために離脱の意思を伝えることができない場合のように、離脱の意思表示をするより、警察に通報したり被害者に連絡したりするなどの手段をとった方が、犯罪の実現を阻止するためには有効である場合も存在する。こうした点から、離脱の意思表示は離脱を認めるための不可欠の要件ではないとする学説が⁽⁴⁴⁾有力である。

(2) 法律委員会による立法提案においても、離脱の意思表示は離脱の不可欠の要件ではなく、離脱の意思表示以外の方法であっても結果を防止するための行為がなされれば離脱を認めてよいとの立場がとられている⁽⁴⁵⁾。

一九八五年刑法草案は、離脱の要件について次のように規定している⁽⁴⁵⁾。

三一条(九) 犯罪の実行を誘致し、援助し、または、激励した者は、その行為後かつ犯罪の実行前において、犯罪の実行を阻止するためのあらゆる合理的な手段を講じたときには、共犯者として有罪とならない。

このように、一九八五年刑法草案は、離脱の意思表示を離脱の要件として特に挙げず、単に犯罪の実行を阻止するためのあらゆる合理的な手段があれば離脱が認められるとすることから、離脱の意思表示を不可欠の要件とはしていないと解される。

また、一九八九年刑法草案は、離脱の要件について次のように規定している。^④

二七条(八) 犯罪の実行を激励した者は、犯罪の実行前において次に掲げる行為をしたときは、共犯者として有罪とならない。

- (a) 犯罪の実行を阻止するために、自己の行った激励を撤回すること、または、
- (b) 犯罪を阻止するためのあらゆる合理的な手段を講じること

一九八九年刑法草案二七条(八)は、共犯行為のうち激励のみを対象とするものであるが、(a)において激励の撤回という離脱の意思表示とともに、(b)において犯罪阻止行為が行われた場合についても離脱を認めるとしており、やはり離脱の意思表示がなくても離脱が肯定される場合がありうることを認めている。

(3) さらに、判例上、離脱の意思表示を要せず、犯行を継続しないというだけで離脱を認めてよいとされている場合も存在する。それは、現場で自然発生的に生じた暴行事件の場合である。

レストランの客であるX、Y、Zと従業員らとの間で乱闘が起きた際、XとYが攻撃を止めてその場から少し離れた後にZが被害者に暴行を加え、それが致命傷になったという事案について、ミツチエル事件判決⁽⁴⁷⁾は、離脱が認められるために明確な離脱の意思表示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、本件のように事前の共謀はなく現場において自然発生的に生じた暴行事件の場合には、離脱の意思表示がなくても離脱が認められるとして、XおよびYについて謀殺罪の成立を否定した。

オフレアティー事件判決⁽⁴⁸⁾も、事前の共謀に基づく暴行事件と、現場での自然発生的な暴行事件とを区別している。X、Y、Zと被害者らとの間で偶発的に闘争となった際、Zは、第一の現場から第二の現場に移動して暴行を続けたが、XとYは第二の現場には行かず、途中で暴行を止めた。その後、被害者は死亡したが、いずれの暴行が致命傷になったかは不明であった。Xら三名は謀殺罪の共同正犯として起訴されたが、裁判所は、自然発生的に生じた暴行事件の場合には、各人の行為をもとに共同正犯の成否を決定すべきであり、XとYは第二の現場において暴行を行っていない以上、謀殺罪には問われないとした。

これらの判決の基礎にあるのは、現場での自然発生的な暴行事件の場合には、各人の関係がそれほど密ではないため、離脱の意思を伝えなくても犯行を途中で止めるだけでその後の犯罪行為とは無関係であると評価しうるとの理解⁽⁴⁹⁾、あるいは、事前の謀議がないために各人がお互いの意思連絡なしに現場を移動し離れた場所にいるため、離脱の意思を伝えることができない状況にあるとの理解⁽⁵⁰⁾であろう。

しかし、このような解決は過度に広く離脱を認めるものであり、妥当でないとの批判⁽⁵¹⁾が強い。現場において自然発生的に起きた暴行事件の場合も、単なる犯行の中止だけでそれまでの共犯行為の影響力が消失するわけではないという点では事前の共謀に基づく暴行事件の場合と同じであり、自然発生的な暴行事件の場合にのみ離脱の意思表示がなくても

離脱を認める合理的根拠が見当たらないというのである。

いずれにしても、ミッチェル事件判決のような解決は自然発生的な暴行事件の場合にのみ適用される例外的なものにすぎないとの理解が一般的である。

(二) 離脱の意思表示以上の行為

(a) 離脱の意思表示以上の行為の要件

(1) いずれにしても、離脱の意思表示が原則として離脱の要件とされているのであるが、次に問題となるのは、離脱が認められるために離脱の意思表示以上の行為が必要なのかである。

この点に関し、判例は、多くの場合、単なる離脱の意思表示では足りないとし、それ以上の行為を要求している。⁽³³⁾一九八五年刑法草案も、離脱の意思表示だけで離脱による免責を認めるのは寛大にすぎるとの考慮から、単に離脱の意思表示ではなく「犯罪の実行を阻止するためのあらゆる合理的な措置」を離脱の要件とした。⁽³⁴⁾

もっとも、常に離脱の意思表示以上の行為が必要であるというわけではなく、離脱の意思表示のみで離脱が認められる場合と、そうでない場合とがあるというのが、一般的な理解である。そして、離脱の意思表示以上の行為が必要か否かは、共犯行為の内容や離脱の時期などを考慮して決められるとされている。⁽³⁵⁾

学説上は、共犯行為の内容が激励 (encourage)・助言 (advise) か、援助 (assist) かによって区別するものが多い。共犯行為が激励や助言にすぎない場合には、正犯の実行行為がなされる前に激励や助言の内容を撤回し、離脱の意思を他の共犯者に伝えるだけで足りる。⁽³⁶⁾一九八九年の刑法草案も、激励の場合につき離脱の意思表示によって離脱が認められるとしている。これに対し、単なる激励や助言を超えて、たとえば武器を貸与する、重要な情報を提供する、被害

者を引き渡すといった援助を行った場合には、離脱の意思表示以上の行為が要求される。共同正犯として実行行為を担当する場合も同様である。⁽⁵⁶⁾

激励や助言のように正犯行為に対する寄与の程度がそれほど大きくない場合は、離脱の意思表示を表明すれば、たとえその後正犯行為が実行されたとしても、それは当初の共犯行為とは無関係に実行されたと評価しうるが、他方、援助のように共犯行為の寄与度が大きい場合には、その影響力を消失させるために離脱の意思表示以上の行為が必要となる。学説が激励・助言の場合と援助の場合とを区別して論ずる理由は、そうした点にあるのであろう。これによると、前述したベセラークーパー事件では、殺害に使用された凶器を他の共犯者に渡しており、これは単なる激励や助言ではなく援助に当たる行為であることから、離脱の意思表示だけでは離脱による免責は認められない事案であるということになる。

(2) もっとも、前述したように、ホワイトフィールド事件判決は、正犯者への重要な情報の提供という援助の事例において離脱の意思表示だけで離脱を肯定している。また、これと同様の判断を示したものとして、グランデーイ事件判決⁽⁵⁹⁾がある。これは、侵入窃盗を企てている正犯者に対し、被害者宅の状況や被害者の普段の行動など重要な情報を犯行の六週間前に伝えたが、犯行の二週間前になって正犯者に犯行を止めるよう言ったという事案において離脱を認めたものである。

ホワイトフィールド事件やグランデーイ事件は援助の事例であったにもかかわらず、なぜ離脱の意思を告げただけで離脱が肯定されたのであるのか。この点に関しては、共犯行為の形式が援助である場合、正犯行為が行われるかなり前の時点であれば、離脱の意思表示だけで離脱を認めることは可能であるが、正犯行為の直前になると、意思表示以上の離脱行為が必要となるとの指摘⁽⁶⁰⁾もなされている。そうだとすれば、ホワイトフィールド事件やグランデーイ事件におい

て、離脱の意思表示以上の行為はなされなかったにもかかわらず離脱が認められたのは、正犯の実行行為のかなり前に離脱の意思表示がなされたことによるのかもしれない。⁽⁶¹⁾

また、D・ランハムは、激励・助言か援助かという区別ではなく、むしろ無形的方法か有形的方法かという区別を重視している。助言、説得、命令、合意といった無形的方法による共犯の場合には、それを撤回する旨を他の共犯者に伝えれば離脱は認められるが、武器の提供のように有形的方法を用いた場合は、それだけでは足りず、犯行を阻止するための積極的な行為を行うことが必要であるというのである。⁽⁶²⁾ これによると、グランデー事件は情報の提供という無形的方法の事例であったことから、離脱の意思表示だけで離脱が肯定されたが、ベセラークーパー事件は凶器の提供という有形的方法の事例であったために、離脱の意思表示だけでは足りないことになる。⁽⁶³⁾

これに対し、A・アシユワースは、ホワイトフィールド事件判決の結論に批判的である。正犯者への情報提供をした後、離脱の意思を伝えたにすぎない場合には、それまでの行為の影響を除去していない以上、離脱を認めることはできないとし、警察へ通報するなど、より厳格な要件が要求されると主張している。⁽⁶⁴⁾

(b) 離脱行為の内容

(1) それでは、離脱の意思表示以上の行為が必要である場合に、どのような行為があれば離脱が認められるのであるか。この点、必要とされる離脱行為の内容は、共犯行為の内容や離脱の時期に応じて異なると一般に理解されている。⁽⁶⁵⁾ すなわち、それまでの共犯行為の寄与度が大きければ大きいほど、また、離脱の時期が遅ければ遅いほど、離脱の要件は厳しくなるのである。

ただ、具体的にどのような離脱行為が必要かは、判例上、必ずしも明らかにされていない。リーディングケースとさ

れるベセラークーパー事件判決も、この点については基準を示さなかった。ベセラークーパー事件は、共犯者にナイフを提供し、そのナイフが殺害に使用されていること、「逃げよう」と言ったのが実行の着手後であったことなどからすれば、単に離脱の意思表示だけで離脱が認められる事案ではなかったといえよう。しかし、裁判所は、当該事案における離脱を否定するにすぎず、いかなる行為をしていれば離脱が認められたのか、たとえば共犯者と被害者との間に割ってはいるなどの行為が必要だったのかどうかについては明言を避けた。⁶⁶⁾

また、他の判決例においても、どのような場合にどのような離脱行為が必要となるのかについての基準は示されていない。たとえば、ルック事件判決は、離脱する旨を他の共犯者に伝えていない以上、そのことだけで離脱が否定されるのであるから、離脱の意思表示で足りるのか、共犯行為の効果を消し去ることが必要かといった点については検討する必要はないとしている。⁶⁷⁾

(2) この点に関して学説上は、離脱行為として、犯罪結果の発生を防止することが必要か、それとも、それまでの共犯行為の影響力を消失させることで足りるのかが議論されている。

もつとも、いずれの理解に立っても結論に違いはあまりないといえる。多くの場合、それまでの共犯行為の影響力を消失させれば、それが結果発生の防止につながるからである。たとえば、侵入窃盗を計画している正犯者に対して被害者宅の合鍵を渡したが、後にその合鍵を取り戻したため、正犯者が侵入窃盗を実行できなかった場合、合鍵を取り戻した行為は、当初の共犯行為の影響力を消失させると同時に、結果発生を防止するものであったといえよう。

しかし、そうでない場合もありうる。たとえば、被害者を殺害するためすでに爆弾を準備している正犯者に対し、予備の爆薬を提供したが、その後、予備の爆薬を取り戻した場合、共犯行為の影響力は消失させたといえるが、結果を防止するための措置をとったわけではない。この場合、結果発生を防止するためには、警察に通報するか、身を挺して

正犯者の行為を妨害するなどの行為が必要となるであろう。⁽⁶⁸⁾ そうした行為は行わなくても、予備の爆弾を取り戻したただけで離脱は認められるのが問題となる。

(3) この点、学説の中には、犯罪を阻止することは離脱の十分条件ではあるけれども必要条件ではないとして、離脱を認めるためにはそれまでの共犯行為の影響力を消し去れば足りると解するものも存在する。⁽⁶⁹⁾

しかし、学説の多くは、離脱行為として結果防止行為を要求している。たとえば、R・カードは、共犯行為が物品の提供や被害者の連行といった援助を内容とするときには、単に離脱の意思を表明するだけでは足りず、警察や被害者に通報したり身を挺して他の共犯者の行為を妨害したりするなど犯行を阻止することが必要であるとする。⁽⁷⁰⁾ また、K・J・M・スミスは、離脱の根拠を犯罪者の犯罪性や危険性の消滅・減少に求める立場から、共犯行為の影響力を消すにとどまらず他の共犯者の犯行を阻止する行為があつてこそ離脱者の犯罪性や危険性が消滅・減少したといえるとして、離脱を認めるためには結果を防止するための行為を行うことが必要であるとしている。⁽⁷¹⁾

もつとも、これらの見解の多くは、現実には犯罪の結果を防止することが必要であるとしていくわけではなく、⁽⁷²⁾ 残余者の犯罪の実行を防止するためのあらゆる合理的な措置を講ずることと足りると解している。⁽⁷³⁾ 何が合理的な措置かは、形式的に決まるものではなく、共犯行為の性質を含むあらゆる事情を考慮して実質的に判断される。たとえば、侵入窃盗を企てている正犯者に被害者の金庫の番号を教えた者は、単に懐中電灯の予備の電池を渡した者に比べて、高度な離脱行為をすることが要求される。⁽⁷⁴⁾ また、犯罪の実行を防止するための可能な限りの努力がなされれば足りるのであつて、⁽⁷⁵⁾ 重大な危険を伴う離脱行為や新たな犯罪を構成する離脱行為が要求されるわけではない。

法律委員会による立法提案も、同様の理解に立つものと思われる。一九八五年の刑法草案は、離脱行為の内容を、犯罪の実行を「阻止するためのあらゆる合理的な措置」と規定し、一九八九年の刑法草案も、激励の事例に関してである

が、同様の文言を用いているのである。

(三) 主観的要素

(1) 学説においては、離脱の主観的な要件として任意性 (voluntariness) を挙げるものが多い⁽²⁶⁾。離脱が認められるためには、離脱者が任意に離脱行為を行わなければならないというのである。

ただ、ここでいう任意性は、わが国において中止犯の要件とされている任意性とは意味が異なることに注意を要する。任意性を欠く例として、犯行の途中で警察に身柄を拘束されたり病気になったりしたためにそれ以後の犯行に関与することができなかつたという事例が挙げられていることから分かるように、離脱の要件としての任意性は、「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、物理的な障害なしに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のである。

このような意味での任意性がないときには、たとえ途中から犯行に関与しなかつたとしても、それ以降に他の共犯者が生じさせた結果について責任を負うことになる。

(2) 他方、犯行を企てたことを後悔して離脱したかどうかなど離脱の動機の点は、これまであまり重視されてこなかつた⁽²⁷⁾。判例上、犯行を止めた動機が離脱を認めるために適切なものだったかどうかという点に言及したものは見当たらないし⁽²⁸⁾、また、法律委員会の立法提案においても、離脱の動機については言及されていない。

これに対し、K・J・M・スマスは、共犯関係からの離脱を認めるか否かを判断する際にはその動機にも着目すべきであると主張する。たとえば、後悔や反省の念から離脱した場合と、警察に犯行が発覚しそうになったためにやむなく犯行の継続を断念した場合とは、いずれも物理的な障害のために犯行を継続できなかったというわけではなく、自己の

意思に基づいて犯行を止めているから、既述した任意性の要件は満たしている。しかし、K・J・M・スミスによると、後者の場合は、離脱による免責もしくは刑の減輕を認めるに値するものではない。前述したように、K・J・M・スミスは、共犯関係からの離脱を認める根拠として犯罪者の犯罪性や危険性の消滅・減少を重視しており、この点からすると、前者の場合のように道徳的に賞賛される動機に基づいて離脱した場合に初めて犯罪者の犯罪性や危険性が消滅し、減少したといえるからである。こうした主張の内容は、わが国の中止犯の任意性に関する限定主観説とほぼ同じであるといえよう。

四 議論の特徴

1 わが国との比較

(1) 前章で検討してきたところからすると、イギリスにおける共犯関係からの離脱の要件は次のように要約されるであらう。

共犯関係からの離脱を認めるためには、第一に、原則として離脱の意思表示が必要である。離脱の意思表示は、明確かつ適切な時期になされなければならない。また、離脱の意思表示は、残余者によつて認識されることを要する。ただし、結果を防止する上で離脱の意思表示以外の手段の方がより効果的であるときには、離脱の意思表示がなくても離脱が認められる余地がある。

第二に、多くの場合、離脱の意思表示以上に、それまでの行為による因果的影響の除去もしくは結果防止のための行為を行う必要がある。離脱の意思表示以上の行為が必要かどうか、必要だとした場合にどのような行為が必要かは、

共犯行為の内容や離脱の時期に応じて異なる。それまでの共犯行為の寄与度が大きければ大きいほど、また、離脱の時期が遅ければ遅いほど、離脱の要件は厳しくなるのである。

第三に、離脱の主観的な要件として任意性が要求される。すなわち、離脱行為は、自己の意思に基づいてなされなければならず、物理的な障害によって犯行の継続が不可能となった場合には、離脱は認められない。これに対し、どのような動機から離脱行為をしたかは問わないというのが、一般的な理解である。

(2) ところで、共犯関係からの離脱の要件に関し、わが国の多数説は、着手前の離脱と着手後の離脱とに分け、着手前においては①離脱の意思表示および②残余者による了承が、着手後においては①離脱の意思表示、②残余者による了承のみならず、③積極的な結果防止行為が、原則として必要であると解している⁽⁸²⁾。また、着手前であっても、離脱者が首謀者である場合には共同者の実行行為を防止するための積極的な措置を講じなければならぬ⁽⁸³⁾とか、凶器を提供した場合にはそれを取り戻さなければならぬ⁽⁸⁴⁾とされている。

その根底にあるのは、共犯関係からの離脱の本質を因果関係の切断に求める考え方である。すなわち、実行の着手前においては、結果発生の現実的危険が生じていないことから、離脱の意思を表明し、残余者がこれを了承すれば、それまでの行為の因果的影響を除去したといえ、離脱が認められるのに対し、実行の着手後においては、すでに結果発生の現実的危険が生じているため、それまでの行為による因果的影響を除去したといえるためには、離脱の意思表示をするだけでは足りず、残余者に犯行を止めるよう説得するなど犯罪が継続される危険を消滅させる必要がある。着手前であっても、首謀者や凶器を提供した者は結果防止のための積極的な措置をとらなければならぬとされているのも、そうでなければ共謀前の状態に還元されず、因果関係が切断されたとはいえないからである。

これに対し、学説の中には、着手前の離脱か着手後の離脱かを問わず、離脱の意思表示と他の共犯者による了承があ

れば離脱を認めてもよいとする見解も、少数ながら有力に主張されている。共犯とりわけ共同正犯の基本は共同者相互の意思の疎通にあるから、離脱を認めるためには、共謀前の状態に回復させることまでは必要でなく、意思の疎通が欠如すれば足りるというのである。これは、共犯関係からの離脱の根拠を意思疎通の欠如に求める見解であるといつてよい。

(3) それでは、この点についてイギリスの判例・学説はどのような理解に立っているのだろうか。

イギリスの判例・学説は、共犯行為の内容が激励や助言である場合を除き、離脱の意思表示さえあれば離脱が認められるのではなく、原則として結果防止のための手段を講じることが必要であると解している。したがって、わが国の少数説のように共犯者間の意思疎通が欠ければ離脱を認めるという見解に立っているわけではない。

むしろ、イギリスの判例・学説の立場は、わが国の多数説の解決方法と類似している。前述したように、わが国の多数説は、離脱の時期や共犯行為の内容・性質を考慮しつつ、それまでの行為による因果的影響の除去や結果防止のための行為が必要であると解しており、この点において、イギリスの取扱いは、わが国の多数説による解決方法と共通しているのである。

2 離脱の体系的地位

(1) もっとも、そうしたイギリスの議論の基礎にどのような理論的根拠が存在しているのかは明らかではない。特に、判例の立場を統一的な基準によって説明することは困難である。わが国の多数説がそれまでの行為による因果的影響の除去や結果防止のための行為を要求しているのは、離脱の根拠を因果関係の切断に求めたからであった。それでは、イギリスの判例はどうか。確かに、イギリスの判例は、多くの場合、離脱の意思表示のみでは離脱による免責を認めてい

ない。しかし、ベセラークーパー事件判決をはじめ離脱の成立を否定した裁判例は、いずれも具体的にどのような行為をすれば離脱が認められたのかについて言及しておらず、判例が因果関係の切断の有無という基準によって離脱の成否を決しているとは断定できないのである。

実際、ホワイトフィールド事件判決やグランデー事件判決のように、結果の防止や、それまでの行為の影響力の除去を行っていない事例について離脱を肯定した裁判例も存在している。⁸⁵⁾ ホワイトフィールド事件判決やグランデー事件判決は、侵入窃盗の正犯者に対して被害者宅の状況など重要な情報を提供した後、離脱したい旨を正犯者に伝えた事例について離脱を肯定したが、正犯者は提供された情報を用いて侵入窃盗を実行しており、それまでの行為の因果的影響力が消失したとはいえないのである。この点、これらの事例では、正犯者の実行行為のかなり前に離脱の意思表示がなされたことから離脱の意思表示だけで離脱が認められたとの見方もありうるが、離脱の意思表示の時期が早かったとしても、情報提供という共犯行為の影響力が正犯の実行行為の時期まで残存していることは否定できないであろう。⁸⁶⁾

また、事前の共謀に基づかない自然発生的な暴行事件の場合に、判例は、離脱の意思表示がなくても、暴行を継続しないというだけで離脱を認めている。⁸⁷⁾ しかし、自然発生的な暴行事件の場合も、単に犯行を継続しなかったというだけであれば、結果防止のための措置を講じていないばかりでなく、それまでの行為の影響力も消失していない。それにもかかわらず離脱を認める根拠は明確にされていないのである。

(2) 一方、イギリスの学説がこの点についてどのように解しているのかも明確ではない。

学説は、原則として共犯行為による因果的影響の除去や結果防止のための行為が必要であるとしており、この点からすると、学説は離脱の理論的根拠を因果関係の切断に求めているともいえる。しかし、学説の多くは、離脱行為の内容を「結果防止のためのあらゆる合理的な措置」と解している。⁸⁸⁾ これは、現実に因果関係を切断することまで要求するの

ではなく、当該状況において可能な限りの努力を払えば足りるとする趣旨であると思われる。一九九三年に出された法律委員会の諮問書も、「あらゆる合理的な措置」とは現実に犯行を阻止することを意味するのではなく、当該行為者にとつて可能な限りの努力を払うことで足り、重大な危険を冒すなどの無理を強いるものではないとしている⁹²。

また、学説は、ホワイトフィールド事件判決やグランディー事件判決の結論を一般に承認している。前述したように、両判決は、共犯行為の影響が消失していないと考えられる事例において離脱を肯定したものであり、学説がそうした結論を支持するのであれば、やはり因果関係の切断という基準を徹底していないということになる⁹³。

さらに、学説の多くは、離脱の主観的な要件として任意性を要求しており、また、学説の中には、反省や後悔の念が動機であった場合に離脱の成立を限定しようとするものも存在する⁹⁴。しかし、中止犯としての刑の減免ならばともかく、少なくとも因果関係の切断という点からすれば、自己の意思に基づいて離脱したか否か、あるいは、どのような動機で離脱したかは重要でないはずであろう。わが国の学説も、任意性や動機を離脱の要件とはしていない。

こうした点からすると、イギリスの学説は、因果関係の切断という離脱本来の性格だけでなく、結果防止のために努力したことを評価して免責を認める中止犯的性格をも離脱に担わせているようにも思える。事実、学説は、離脱の根拠として因果関係の切断を挙げるのではなく、犯罪の事前の防止という刑事政策的意義や、結果防止行為に現れる行為者の責任減少を挙げており⁹⁵、これは、まさにわが国において中止犯の刑の減免根拠とされているものである。

(3) このように見てくると、イギリスの判例・学説が因果関係の切断といった統一的な基準によって離脱の成否を決しているかどうかは不明であるといわざるをえない。この点に関して注目されるのが、K・J・M・スミスの指摘である。すなわち、K・J・M・スミスは、共犯関係からの離脱として扱われてきた事例には、①そもそも共犯のアクトゥス・レウスを満たさない場合と、②アクトゥス・レウスやメンズ・レアといった共犯の一般的成立要件は満たすものの

抗弁により責任を問われない場合という、異なる二つの類型が存在するにもかかわらず、両者が混同されてきたところに議論の混乱の原因があると指摘している。⁽⁸⁶⁾

K・J・M・スミスによると、たとえば、正犯者にピストルを渡したが、その後、取り戻し、正犯者が別のピストルで被害者を殺害した場合は、そもそも正犯の犯行を幫助、教唆、助言、誘致したとはいえず、共犯のアクトウス・レウスを満たさないために共犯の成立が否定される。ピストルを取り戻したことにより、正犯の実行行為時には共犯行為の影響力がすでに消失しているからである。また、正犯者に強盗を実行するよう勧めたものの、その後撤回し、「発覚する危険性が高いので、止めた方がいい」と言って正犯者の犯意をいったん消滅させた場合も、たとえ正犯者が再び犯意を抱いて強盗を実行したとしても、実行行為時においてはもともととの激励の効果は消失しているので、共犯のアクトウス・レウスを満たさない。⁽⁸⁷⁾

これに対し、共犯の一般的成立要件であるアクトウス・レウスおよびメンズ・レアを満たす場合に初めて離脱の抗弁の有無が問題となる。⁽⁸⁸⁾ 正犯者に強盗を実行するよう勧めた後、これを撤回したが、正犯者の犯意を消滅させることができず、正犯者が強盗に及んだため、警察に通報するなどして犯罪の完成を防止しようとした場合などがこれに当たる。離脱の意思表示、それ以上の離脱行為、任意性といった上述の離脱の要件は、基本的にこの抗弁としての離脱の有無を決定する要素であるということになる。

(4) こうしたK・J・M・スミスの指摘を前提とする限り、①離脱行為により共犯のアクトウス・レウス自体が否定される場合と、②共犯のアクトウス・レウスおよびメンズ・レアは満たしているけれども抗弁としての離脱が認められる場合との区別は、わが国における共犯関係からの離脱と共犯における中止犯との違いにほぼ相当するよう思われる。①共犯のアクトウス・レウスを欠くとされているのは、離脱により当初の共犯行為の影響力が消失した場合であり、

これは、わが国における離脱と同じく、因果関係が切断されたといえる場合である。これに対し、②抗弁としての離脱は、結果を防止するために真摯に努力したことが評価されて免責されるものであり、その主観的な要件として任意性及び道徳的な動機が要求される。これは、わが国における中止犯の取扱いと類似している。

このことは、D・ランハムの主張を見ると、より鮮明になる。D・ランハムは、離脱行為により共犯行為と結果との因果関係が切断される場合には、共犯のアクトゥス・レウスを欠き、共犯の成立が否定されるのであり、この場合、任意性は必要でないとする^⑨。他方、離脱行為はあったものの因果関係が切断されるには至らなかつた場合には、共犯のアクトゥス・レウスを否定することはできないが、犯罪阻止のための措置や任意性といった要件を満たすときに離脱の抗弁として免責されるといっているのである^⑩。

3 イギリスにおける離脱の判断構造とわが国への示唆

(一) イギリスにおける離脱の判断構造

そうだとすると、問題は、どのような場合に離脱行為によって共犯のアクトゥス・レウスが否定され、どのような場合に抗弁としての離脱が認められるのかである。この点は必ずしも明らかではないが、従来のイギリスの議論を前提とする限り、次のように整理することが可能であろう。

(a) 離脱行為により共犯のアクトゥス・レウスが否定される場合

(1) 共犯のアクトゥス・レウスは、正犯の犯行を幫助、教唆、助言、誘致することを内容とするから、離脱行為によつて共犯のアクトゥス・レウスが否定される場合とは、離脱行為があつたために正犯者の犯行を幫助、教唆、助言、誘

致したとは評価できない場合をいうことになる。より具体的にいうと、離脱行為により正犯の実行行為の時点では当初の共犯行為の影響力が消失し、共犯行為と結果との間の因果関係が切断されたといえる場合、その共犯者は正犯者の犯行を幫助、教唆、助言、誘致したとは評価できず、共犯のアクトウス・レウスを欠く。この場合、離脱前の行為と離脱後に生じた結果との間に因果関係が存在しない以上、離脱者はその結果について責任を負わない^⑩。

(2) このような意味での離脱は、共犯者が正犯者の実行行為を幫助、教唆等したと評価しうるかどうかを問題とするものであるから、その離脱行為は、正犯者に向けられることが必要となるであろう。すなわち、正犯者に対して離脱の意思を伝え、以後の行為は離脱者とは無関係であることを明確にすることによって共犯関係を解消するところに本質があるということになる。そうだとすると、離脱を理由にアクトウス・レウスを否定するためには、少なくとも離脱の意思表示を行うことが必要となるであろう。離脱の意思表示を離脱の不可欠の要件と解していると見られる裁判例や学説は、離脱によりアクトウス・レウスが欠ける場合を想定しているのかもしれない。

また、共犯行為と結果との間の物理的・心理的因果関係を切断するためには、共犯行為の影響力を消失させる行為を行うことが必要となろう。一度提供した凶器を取り戻した場合や、教唆した後にこれを撤回して正犯者の犯罪意思をいったん消滅させた場合が、その例である。

(b) 抗弁としての離脱が認められる場合

(1) 一方、抗弁としての離脱とは、共犯行為と結果との因果関係は否定できないが、結果防止のために可能な限りの努力を払ったことを評価して、結果との間の因果関係が存在しない場合と同様に扱うものである。犯行を途中で止めたことを理由に刑を減免するという点においてわが国の中止犯と類似した性質を有している。ただ、抗弁としての離脱は、

共犯行為と結果との間の因果関係が切斷されていない場合に認められるものであるから、その抗弁は、わが国の中止犯とは異なり、既遂犯の成立要件の充足を前提とするものである。

なお、イギリスでは、単独犯の場合は、未遂に達した段階において中止行為を行っても抗弁は認められず、量刑事由にすぎないとされている。⁽¹⁰⁾したがって、単独犯の場合と共犯の場合との間で取扱いに違いがあるということになり、その根拠はどこにあるのかが問われるように思われる。

(2) 抗弁としての離脱は、結果防止措置を行ったことを評価して免責を認めるものであるから、抗弁としての離脱を認めるためには、結果を防止するために可能な限りの措置を講ずれば足り、必ずしも離脱の意思表示を行うことは要しないということになる。多くの学説が、結果を防止する上で離脱の意思表示以外の手段の方がより効果的であるときには離脱の意思表示がなくても離脱を認めてよいとしているのは、そのような趣旨であると解される。

また、離脱行為は、任意になされることが必要となる。抗弁としての離脱の根拠が犯罪の未然の防止という刑事政策的意義や、離脱行為に対する報償にあるとすれば、自己の意思に基づいて犯行を止めて初めて、刑事政策的な効果が発揮され、また、その離脱行為は賞賛に値するといえるからである。

(3) このような理解を前提とすると、抗弁としての離脱には二つの類型が含まれることになる。⁽¹¹⁾一つは、他の関与者に対し離脱の意思表示などの働きかけがなされたものの、それが因果関係を切斷するに足るものではないために共犯のアクトウス・レウスは否定できないが、そうした離脱行為を行った点に着目して抗弁が認められる場合である。たとえば、グランデー事件やホワイトフィールド事件のように、正犯者に重要な情報を提供したものの離脱の意思を表明し、その後、正犯者が犯行を行った場合は、離脱者が提供した情報を利用して正犯者が犯罪を実現した以上、因果関係は切斷されていないが、正犯者の実行行為のかなり以前に離脱の意思表示をしていたことから、離脱による免責が肯定

されるのであろう。

もう一つは、離脱行為が他の関与者に向けられるのではなく、直接に結果防止に向けられる場合である。犯罪の実現を阻止するために警察や被害者に連絡する場合などが、これに当たる。この場合は、残余者に対して何ら働きかけは行われていないので、共犯関係が解消されたとはいえず、共犯のアクトウス・レウス自体は否定されないが、結果防止のために可能な限りの措置を講じた点が評価され、抗弁が認められるのである。

(二) わが国への示唆

こうしたイギリスの議論がわが国の議論に示唆を与えるとすれば、次のような点であろう。

(1) 第一は、共犯関係からの離脱と共犯における中止犯との区別である。

イギリスでは、これまで離脱に当たるとされてきた事例の中には、①離脱行為により因果関係が切断されるために共犯のアクトウス・レウスを欠く場合と、②共犯行為と結果との因果関係は否定できないが、結果防止のために可能な限りの努力を払ったことを評価して免責が認められる場合とが含まれているとの指摘がなされている。わが国において、これと共通の理解に立たれているのが、大塚仁博士である。大塚博士は、共犯関係からの離脱には、**①**自己の犯罪行為を放棄して他の共犯者に了承を得ることにより他の共犯者への影響が消失した場合（影響力の消失）と、**②**他の関与者の実行行為を阻止しようと真剣な努力払ったのに既遂に至った場合（中止犯の不奏功）とがあるとされる。¹⁰⁷前者はイギリスにおける離脱の類型の**①**に、後者は**②**に相当するといつてよいであろう。

しかし、大塚博士の見解のように、二つの類型を同じ離脱の問題として扱うことには疑問がある。大塚博士のいわれる影響力の消失の場合は、共犯行為と結果との間の因果関係が切断される場合であり、これは、まさにわが国の通説が

共犯関係から離脱の問題として扱ってきたものである。これに反して、中止犯の不奏功の場合は、共犯行為と結果との因果関係は切断されず、単に結果防止のために努力を払ったにすぎないのであるから、もはや共犯関係からの離脱ではなく中止犯の成否の問題と理解すべきであろう。したがって、両者は明確に区別しなければならない。実際、イギリスにおいても、①は共犯の一般的成立要件を欠く場合であるのに対して、②は抗弁として免責される場合であるというように、両者は次元の異なる問題であると理解されているのである。

わが国では、現在、共犯関係からの離脱と共犯における中止犯とは次元の異なる問題であるとの理解が一般的である。¹⁰⁸⁾ 共犯関係からの離脱は、離脱前の行為と結果との間の因果関係の有無もしくは共犯関係の継続の有無を判断し、既遂犯か未遂犯かといった離脱者の罪責を確定するものに対して、共犯における中止犯は、未遂犯の成立を前提とした上で、任意性などの要件を満たして刑法四三条但書による刑の減免が認められるかという問題であるから、現在の通説の理解は妥当であろう。イギリスにおいても、離脱行為により共犯のアクトウス・レウス自体が否定される場合と、単に抗弁として免責される場合とを区別しなければ議論が混乱するとの指摘がなされている。両者の違いは、共犯関係からの離脱と共犯における中止犯との区別に近いと考えられる。イギリスの議論を見ると、共犯関係からの離脱と共犯における中止犯とを区別することの重要性が改めて明確になるのである。

(2) 第二は、共犯行為と結果との間の因果関係が切断された否かの判断方法である。

イギリスの判例・学説は、離脱の意思表示をした上でそれまでの行為の影響を消失させたときに共犯のアクトウス・レウスが否定されると解している。その点では、わが国の一般的な理解と共通しているといえる。ただ、具体的にどのような場合にそれまでの行為の影響力を消失させたといえるかの判断は容易ではない。提供した凶器を取り戻したり、教唆した後に正犯者の犯罪意思を消滅させたりする場合には、通常、それまでの行為の影響を消失させたといえるであ

ろうが、イギリスでは、予備の爆薬を提供した後にこれを取り戻した場合はどうかといった問題が提起されており、興味深い。

また、このほかに問題となるのは、離脱の意思表示および残余者による了承が常に必要かである。わが国の判例・通説は、着手前の離脱か着手後の離脱かを問わず、離脱の意思表示とともに残余者による了承を共犯関係からの離脱の要件としている。これに対し、イギリスの判例・学説は、離脱の意思表示がなされ、それが残余者に認識されることが原則として必要であるとするものの、残余者による了承については少なくとも明示的には要件として挙げていない。離脱の意思表示を残余者が了承したという事実がなくても実質的に見て共犯関係が解消したと評価しうる場合もありえよう。実際、わが国の裁判例においても、離脱の意思表示や残余者による了承がなかった事案について離脱を肯定したものが^⑩見られる。イギリスの判例・学説が残余者による了承を不要とする趣旨かどうかは判然としないが、果たして残余者による了承が不可欠の要件なのかについては再考してみることがあろう。

(3) 第三は、中止犯における中止行為の意義である。

わが国では、一般に、中止犯における中止行為というためには結果防止にとって必要かつ相当な行為でなければなら^⑪ないとか、既遂結果発生の具体的危険を消滅させることを要するなど説明されている。これに対し、イギリスでは、抗弁としての離脱を認めるには、当該行為者の置かれた具体的状況の下で結果防止のための可能な限りの手段を尽くせば^⑫足り、重大な危険を冒してまで結果防止措置をとることは要求されないとされている。これによると、現実に結果発生の危険を消滅させなくても離脱による免責が可能であるということになる。その背景には、結果防止のために可能な限りの努力を払ったという事実さえあれば、抗弁を認めることによって犯罪の未然の防止および離脱行為に対する報償という離脱の目的を達成しうるとの理解が存在するように思われる。この点は、中止犯の刑の減免根拠を何に求める

かとも関連する問題であり、中止行為の本質を検討する上でイギリスの議論は参考になるであろう。

- (1) R.Card, *Card, Cross & Jones, Criminal Law* (17th ed., 2006), para.20.35; D.Ormerod, *Smith & Hogan, Criminal Law* (11th ed., 2005), at p.208; D.Lanham, 'Accomplice and Withdrawal' (1981) 97 L.Q.R.575; M.Wasik, 'Abandoning Criminal Intent' [1980] *Crim.L.R.*785, at p.788; K.J.M.Smith, 'Withdrawal in Complicity: Restatement of Principles' [2001] *Crim.L.R.*769.
- (2) 共犯関係からの離脱をめぐるイギリスの議論を紹介したものととして、木村光江「共犯と離脱——英米の考え方」研修六〇一号（一九九八年）一三頁以下がある。
- (3) 正犯の定義としては、「メンズ・レアをもつてアクトゥス・レウスに当たる行為を実行する者」(R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.2)、「自らの行為により直接的にアクトゥス・レウスを実現する者」(A.Reed & B.Fitzpatrick, *Criminal Law* (3rd ed., 2006), at p.110)、「犯罪の法律上の定義に該当する行為を行う者」(A.Ashworth, *Principles of Criminal Law* (5th ed., 2006), at p.411)、「トクニマス・レウスの最も直接的な原因となる行為を行う者」(D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.166; M.J.Allen, *Textbook on Criminal Law* (8th ed., 2005), at p.198) などがある。
- (4) M.J.Allen, *op.cit.* n.3, at p.198.
- (5) R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.2; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.166.
- (6) R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.2; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.168.
- (7) *Macklin, Murphy and Others' Case* (1838) 2 Lew.C.C.225, 168 E.R.1136.
- (8) R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.2.
- (9) *Tyler v. Whammore* [1976] *Crim.L.R.*315; D.C. R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.2. 本条「三人の者がそれぞれ異なる部分を担当して銀行券を偽造した事例」を『R. v. Bingley, Dutton and Baitin (1821) Russ. & Ry.446, 168 E.R.890.
- (10) M.J.Allen, *op.cit.* n.3, at p.198; R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.3; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at pp.167-168.
- (11) R.Card, *op.cit.* n.1, paras.20.1, 20.4.
- (12) "aiding, abetting, counseling or procuring" の意義については R.Card, *op.cit.* n.1, paras.20.6-20.9; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at pp.170-174; K.J.M.Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (1991), at pp.30-34; J.C.Smith, 'Aid, Abet, Counsel, or Procure', in P.R.Glazebrook, ed., *Reshaping the Criminal Law: Essays in honour of Glanville Williams* (1978), at pp.122-125, 130-131; G.Williams,

‘Complexity, Purpose and the Death Code — I’ [1990] *Crim.L.R.* 4, at pp.6-7参照。なお、誘致の場合には幫助・教唆・助言の場合と異なり、正犯者と共犯者の間に意思の疎通がなくてはならずとされている。たゞえば、AがXの知らないうちにXの飲み物にアルコールを入れてこれを飲ませ、その結果Xが飲酒運転をした場合にも、Aの行為は飲酒運転の「誘致」に当たり、共犯として処罰される。Attorney General’s Reference No.1 of 1975 [1975] 1 Q.B.773, [1975] 2 All E.R.684, C.A.

- (13) R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.5.
- (14) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.12, at pp.94-95; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.165.
- (15) *Vaux’s Case* (1591) 4 Co.Rep.44a, 76 E.R.992; *Surrupaul v. R.* [1958] 3 All E.R.300, P.C. R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.5; M.Jefferson, *op.cit.* n.3, at pp.157, 159; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.200. 『イギリス』一九九三年に法律委員会は、共犯行為を未完成犯罪とし、共犯従属性を放棄する立法提案を行った。The Law Commission, *Assisting and Encouraging Crime* (1993), Law Commission Consultation Paper No.131.』の点にこつとは、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三五巻二号（一九九四年）九五頁以下参照。
- (16) *R. v. Dunnington* [1984] Q.B.472, [1984] 1 All E.R. 676, C.A. R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.4; R.Heaton, *Criminal Law Textbook* (2nd ed., 2006), at p.423.
- (17) R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.16ff.; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at pp.179ff.
- (18) *Johnson v. Youden and Others* [1950] 1 K.B.544, [1950] 1 All E.R.300, D.C.; *Thomas v. Lindop* [1950] 1 All E.R.966, D.C.
- (19) M.J.Allen, *op.cit.* n.3, at p.217; R.Heaton, *op.cit.* n.16, at p.452; M.Jefferson, *Criminal Law* (7th ed., 2006), at p.184; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.208; The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.2.100.
- (20) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at p.772.
- (21) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at p.773.
- (22) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at pp.783-784.
- (23) M.Mask, *op.cit.* n.1, at p.793.
- (24) The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.4.133.
- (25) 『イギリス』一九九三年に法律委員会は、共犯行為を未完成犯罪とし、共犯従属性を放棄する立法提案を行った。The Law Commission, *Assisting and Encouraging Crime* (1993), Law Commission Consultation Paper No.131.』の点にこつとは、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三五巻二号（一九九四年）九五頁以下参照。

脱の根拠として挙げている。

- (26) R. Card, *op. cit.* n.1, para.20.35; D. Ormerod, *op. cit.* n.1, at p.209; The Law Commission, *op. cit.* n.15, para.2.297. シロフト事件判決は、XとYが一緒に自殺することをし、別荘の中でYがXに渡されたピストルで自分の左胸を撃ったが、苦しんでXに助けを求めたため、Xが助けを呼ぼうと窓から出た直後、Yが自分の頭を撃ち、死亡したという事案について、Xが自殺の意思を撤回するなどの行為を行っていない以上、Xの謀殺罪成立は否定されるべきである。R. v. Croft [1944] 2 All E.R.483,C.C.A.
- (27) R. v. Whitefield (1984) 79 Cr.App.Rep.36, [1984] Crim.L.R.294,C.A. M.J.Allen, *op. cit.* n.3, at p.217; A.P.Simester & G.R.Sullivan, *Criminal Law* (2nd ed., 2003), at p.235.
- (28) R. v. Rook [1993] 2 All E.R.955,C.A.
- (29) R. v. Beccerra and Cooper (1975) 62 Cr.App.Rep.212,C.A.
- (30) R. v. Whitehouse [1941] 1 W.W.R.112.
- (31) R. v. Whitefield (1984) 79 Cr.App.Rep.36, [1984] Crim.L.R.294,C.A.
- (32) R. v. Rook [1993] 2 All E.R.955,C.A.
- (33) ベレニョウバー事件判決に於て、離脱の意思表示は、言葉によるものでもその他の方法によるものでもよい。
- (34) R. v. Whitefield (1984) 79 Cr.App.Rep.36, [1984] Crim.L.R.294,C.A.
- (35) R. v. Baker [1994] Crim.L.R.444,C.A.
- (36) フレッチャー事件判決を、放火殺人の事例において共犯者に「ばかなことをするな」と言っただけでは離脱を認めない。R. v. Fletcher, Fletcher and Zimnowolski [1962] Crim.L.R.551,C.C.A.
- (37) R. Card, *op. cit.* n.1, para.20.35.
- (38) K.J.M.Smith, *op. cit.* n.1, at p. 779.
- (39) D.Lanham, *op. cit.* n.1, at p.590.
- (40) R.Heaton, *op. cit.* n.16, at p.452; D.Lanham, *op. cit.* n.1, at p.591; D.Ormerod, *op. cit.* n.1, at p.210. The Law Commission, *op. cit.* n.15, para.2.100.
- (41) R.Card, *op. cit.* n.1, para.20.35; M.Jefferson, *op. cit.* n.19, at p.186.
- (42) D.Ormerod, *op. cit.* n.1, at p.208.
- (43) R. v. Edmunds and Others (1828) 3 Car. & P. 390, 172 E.R.469; R. v. Young and Webber (1838) 8 Car. & P. 644, 173 E.R.655.

- (44) D.Lanham, *op.cit.* n.1, at pp.580-581; A.P.Simester & G.R.Sullivan, *op.cit.* n.27, at p.236; K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at pp.775-776.
- (45) The Law Commission, *Codification of Criminal Law, A Report to the Law Commission* (1985), Law Commission No.143.
- (46) The Law Commission, *A Criminal Code for England and Wales* (1989), Law Commission No.177, vol.1.2. 一九八九年草案に至る立法化作業の経緯および回草案の内容については、奥村正雄『イギリス刑事法の動向』(成文堂、一九九六年)二三頁以下、四六頁以下参照。
- (47) *R. v. Micallef and another* [1999] Crim.L.R.496,Q.B.
- (48) *R. v. O'Flaherty* [2004] Crim.L.R.751,C.A.
- (49) *R. v. O'Flaherty* [2004] Crim.L.R.751, Commentary.
- (50) R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.36.
- (51) M.J.Allen, *op.cit.* n.3, at p.218; R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.36; M.Jefferson, *op.cit.* n.19, at p.185; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.211; A.Reed & B.Fitzpatrick, *op.cit.* n.3, at pp.150-151.
- (52) R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.36; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.211.
- (53) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at p.776.
- (54) The Law Commission, *op.cit.* n.45, para.10.20.
- (55) The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.2.99.
- (56) *The Queen v. Saunders & Archer* (1573) 2 Plowden 473, 75 E.R.706. M.J.Allen, *op.cit.* n.3, at p.217; R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.35; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.210; A.P.Simester & G.R.Sullivan, *op.cit.* n.27, at p.236; The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.4.137.
- (57) R.Card, *op.cit.* n.1, para.20.35; D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at pp.209-210; A.P.Simester & G.R.Sullivan, *op.cit.* n.27, at p.236.
- (58) R.Heaton, *op.cit.* n.16, at p.452.
- (59) *R. v. Grundy* [1977] Crim.L.R.543,C.A.
- (60) R.Card, *Card, Cross & Jones, Criminal Law* (16th ed., 2004), para.20.35; A.Reed & B.Fitzpatrick, *op.cit.* n.3, at p.148.
- (61) A.Ashworth, *op.cit.* n.3, at pp.438; R.Heaton, *op.cit.* n.16, at p.452; The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.2.99.
- (62) D.Lanham, *op.cit.* n.1, at p.582.
- (63) D.Lanham, *op.cit.* n.1, at pp.582, 584-585.

- (64) A.Ashworth, *op.cit.* n.3, at p.438.
- (65) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at p.780; The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.2.99.
- (66) *R. v. Beccerra and Cooper* (1975) 62 Cr.App.Rep.212, at p.219,C.A.
- (67) *R. v. Rook* [1993] 2 All E.R.955, at pp.962-963,C.A.
- (68) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at pp.780.
- (69) D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.209; A.P.Simester & G.R.Sullivan, *op.cit.* n.27, at p.236.
- (70) R.Gard, *op.cit.* n.1, para.20.35.
- (71) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at pp.779ff.
- (72) Cf. The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.2.101.
- (73) M.J.Allen, *op.cit.* n.3, at p.220; K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at p.782; The Law Commission, *op.cit.* n.15, paras.4.135-4.136.
- (74) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at p.782.
- (75) The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.2.136.
- (76) D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.208; K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at pp.782-783; The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.2.97.
- (77) D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.208; K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at pp.782-783.
- (78) M.Jefferson, *op.cit.* n.19, at p.186+⁹ 実際の後悔する必要は否らむべし⁹。
- (79) D.Ormerod, *op.cit.* n.1, at p.209; The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.2.298.
- (80) 本稿三一参照。
- (81) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at pp.783-784.
- (82) 大谷實『新版刑法講義総論』成文堂、追補版、二〇〇四年) 四九七-四九八頁。
- (83) 松江地判昭和五一年二月二日刑月八卷一一〇二号四九五頁。
- (84) 大谷・前掲注(82) 四九七頁。
- (85) 町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」『内藤謙先生古稀祝賀刑事法学の現代的状況』(有斐閣、一九九四年) 一三八頁。

- (86) 本稿三二〇(a)参照。
- (87) 本稿三二〇(b)参照。
- (88) 本稿三二〇(a)参照。
- (89) M.J.Allen, *op.cit.* n.3, at p.220.
- (90) 本稿三二〇(b)参照。
- (91) 本稿三二〇(b)参照。
- (92) The Law Commission, *op.cit.* n.15, para.4.136.
- (93) A.Ashworth, *op.cit.* n.3, at p.440.
- (94) 本稿三二〇参照。
- (95) 本稿三一参照。
- (96) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at p.770.
- (97) さらに、K・J・M・スミスは、共犯関係からの離脱の事例とされているものの中には共犯のメンズ・レアを満たさない場合も存在すると指摘している。たとえば、共犯者の一部が途中から共謀の内容と異なる犯罪を実現しようとしたため、他の者はそれ以降の犯行に関与しなかった場合は、離脱の抗弁が問題となるのではなく、そもそも共犯のメンズ・レアが欠けるといふ。K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at pp.770-772, 778.
- (98) K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at p.772.
- (99) D.Lanham, *op.cit.* n.1, at pp.577-578.
- (100) D.Lanham, *op.cit.* n.1, at pp.578-579. D・ランナムによると、たとえば、薬物の密輸入を企てて薬物を本国へ輸送したものの翻意し、事情を航空会社に伝えたが、航空会社の社員がこれを無視し、自分が領得するためにそのまま薬物を輸入させた場合は、離脱行為により因果関係が切断されるのに対し、薬物の密輸入を企てた者が同様に事情を航空会社に知らせたが、航空会社の手違いにより別の荷物が取り除かれ、薬物がそのまま輸入されてしまった場合は、因果関係が切断されず離脱の抗弁が問題となる。
- (101) エディ対ニーマン事件判決は、商品を窃取するために共犯者とともにセルフサービス方式のスーパーマーケットに侵入したが、翻意し、共犯者にその意思を伝え、商品を渡して立ち去った事例につき、スーパーマーケットがセルフサービス方式であったことから商品を領得した

- とはいえないとして、無罪を言い渡した。Eddy v. Niman [1981] 111 Ch.1, R.502, C.A. 共犯のアクトウス・レウスが否定されたものといえる。
- (102) もっとも、幫助、教唆、助言、誘致という四つの共犯形式のうち、誘致の場合には、正犯者と共犯者との間の意思疎通は不要であると考えられているので、離脱の意思表示がなくても結果防止行為さえあれば、因果関係が切断され、共犯のアクトウス・レウスを満たさないとはいえるかもしれない。
- (103) 本稿三二(一)(b)参照。
- (104) Ashworth, *op.cit.* n.3, at p.439.
- (105) 本稿三二(一)(b)参照。
- (106) Cf. K.J.M.Smith, *op.cit.* n.1, at p.771.
- (107) 大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣、第三版増補版、二〇〇五年) 三三〇頁以下。
- (108) 大谷・前掲注(82) 四九四頁以下。
- (109) 東京地判平成二二年七月四日判時一七六九号一五八頁、名古屋高判平成一四年八月二九日判時一八三二号一五八頁。
- (110) 大谷・前掲注(82) 四一三―四一四頁。
- (111) 山口厚『刑法総論』(有斐閣、補訂版、二〇〇五年) 二四二頁以下。