

共謀の射程と共同正犯関係の解消

十河 太朗

- 一 はじめに
- 二 因果性遮断説の現状
 - 1 因果性遮断説の内容
 - 2 因果性の遮断が問題となる裁判例
- 三 因果性の遮断と共同正犯関係の解消
 - 1 因果性遮断説の限界
 - 2 反対説の判断基準
 - 3 因果性の遮断と共同正犯性
- 四 共同正犯関係の解消の判断方法
 - 1 因果性の遮断
 - 2 共同正犯性

3 具体的帰結

五 結びに代えて

一 はじめに

共犯者の一部（離脱者）が共犯関係から離脱するなどし、その後⁽¹⁾に他の共犯者（残余者）によって生じた結果について責任を問われない場合を共犯関係の解消という。共犯関係の解消の根拠や要件をめぐっては様々な見解が主張されてきたが、現在では、離脱者が従前の行為の物理的・心理的因果性を遮断した点に共犯関係の解消の根拠を求める因果性遮断説が判例・通説の採用するところとなり、共犯関係の解消に関する議論は安定しているようにも見える。

しかし、これまで判例・通説が共犯関係の解消を肯定してきた事例の中には、従前の行為の因果的影響が残存し、因果性が遮断されたとはいいたいがたいものが少なからず存在しており、因果性遮断説が因果性の遮断という基準を貫徹しているかについては疑問が示されている。因果性遮断説においても、因果性の遮断の意義について再検討する見解や、因果的影響が残っているも共犯関係の解消を認めてよいとする見解も現れているところである。

また、従来、共犯関係の解消は、離脱者が離脱の意思をもって犯行から離脱するという事例を中心に議論されてきたが、実際には、明確な離脱行為はないものの時間の経過とともに共犯関係が自然に消滅したともいえる事例や、残余者の方が離脱者を排除して当初の犯行計画を実現する事例などにおいても共犯関係の解消の有無が問題とされており、こうした多様な事例を因果性の遮断という基準だけで適切に解決しうるのかについても検討の余地がある。⁽²⁾

ところで、筆者は、前稿⁽³⁾において、共同正犯の過剰の事例を解決するにあたり共謀の射程という視点が有用であると

主張した。すなわち、共同正犯の過剰については、部分的犯罪共同説と行為共同説の対立や抽象的事実の錯誤を軸に問題解決が図られてきたが、その前提として、実行行為が当初の共謀「に基づいて」行われたといえるか、つまり、実行行為が共謀の射程の範囲にあるかを検討する必要があるというものである。

この共謀の射程という視点は、共犯関係の解消、とりわけ共同正犯関係の解消の場面においても重要になると考えられる。共同正犯の過剰は、共同者の一部が他の共同者の意思に反して当初の共謀の内容と異なる犯罪を実現する場合であるのに対し、共同正犯関係の解消は、共同者の一部が犯行の継続を断念した後、他の共同者が当初の共謀の内容どおりの犯罪を実現する場合であるから、両者は次元を異にしているようにもみえる。しかし、共同正犯の過剰の場合には、過剰結果を惹起する実行行為が当初の共謀に基づいて行われたといえるかが問題となり、共同正犯関係の解消の場合には、離脱後の実行行為が当初の共謀に基づいて行われたといえるかが問われている。つまり、当該実行行為が当初の共謀に基づくものといえるかを問題にしているという点で両者は共通しているのである。⁴⁾

本稿は、このような問題意識から、共犯関係の解消のうち共同正犯関係の解消に焦点を当て、共謀の射程という観点から問題解決を試みるものである。

二 因果性遮断説の現状

1 因果性遮断説の内容

(1) 共犯関係の解消が認められる根拠について、通説⁵⁾は、離脱行為により従前の共犯行為と離脱後に生じた結果との間の物理的因果性と心理的因果性の両者が遮断される点に共犯関係の解消の根拠を求めており(因果性遮断説)、判例も、

基本的にこの立場を支持しているといつてよい。⁶⁾ 因果性遮断説の理論的基礎となつてゐるのは、共犯の処罰根拠に関する因果的共犯論（惹起説）である。因果的共犯論とは、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求める見解であり、これに異論を唱える見解はほぼ存在しないといつてよい。因果的共犯論を前提として、共犯を処罰するためには各人の行為と結果との間に因果関係が存在することが必要となるが、逆に、共犯関係から離脱することによつてそれまでの行為の影響力を除去し、離脱後の結果との間の物理的因果性と心理的因果性を遮断したときには、その結果について責任を負わないこととなる。

(2) 共犯関係の解消が認められるための要件については、従来、実行の着手前の解消と実行の着手後の解消とに分けて論じられてきた。実行の着手前においては、原則として、①他の関与者に対して共犯関係から離脱する旨の意思を表明し（離脱の意思の表明）、②残余者が離脱を了承すれば（残余者による了承）足りるとされる。判例も、着手前の離脱は比較的広く肯定している。これに対し、実行の着手後においては、①離脱の意思の表明と②残余者による了承だけでは足りず、③他の共同者を説得したり凶器を片づけたりするなど残余者の実行行為を阻止するための積極的な措置を講ずること（積極的な結果防止措置）が必要であるとされる。

ただし、これらの要素は、共犯関係の解消を認めるための不可欠の要件ではなく、一つの目安にすぎないといふべきであろう。離脱者が首謀者である場合や、事前に凶器を提供した場合などは、離脱の意思の表明や残余者の了承があつただけでは依然として従前の共犯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、たとえ着手前であつても、他の共犯者に犯行を止めるよう説得したり凶器を回収したりするなどの積極的な結果防止措置を講じて初めて共犯関係の解消が認められるとされている。⁷⁾ 逆に、それまでの行為の寄与度がそれほど高くなければ、着手後、結果防止措置をとらなくても因果性が遮断されたと評価される場合もありうる。そこで、最近では、因果性の遮断という判

断基準自体は着手前と着手後で変わるわけではなく、ただ、事実上、着手前であれば結果発生の危険がそれほど高まっているので離脱前の行為の影響力を除去しやすいのに対し、着手後になると結果発生の危険が切迫しているために離脱前の行為の影響力の消滅が困難になるというにすぎないという理解が一般的になりつつある。

判例も、着手前の解消と着手後の解消とで異なる基準を適用しているわけではないというべきであろう。⁽⁹⁾ 具体的には、①離脱者によってもたらされた心理的・物理的效果が消滅した場合、②残余者がこれを利用して犯行を継続する危険が消滅した場合、③離脱者が①の効果が消滅させるに足りる措置、あるいは②の危険を消滅させるに足りる措置を講じた場合に、共犯関係の解消が認められるとされている。⁽¹⁰⁾

2 因果性の遮断となる裁判例

このように、因果性の遮断とは、従前の共犯行為の影響力や効果を物理的・心理的に消滅させることであると理解されているといつてよい。⁽¹¹⁾ しかし、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。これまで判例・通説が共謀関係の解消を肯定してきた事例の中には、従前の共犯行為の物理的・心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。そこで、従前の共犯行為の物理的・心理的影響力が残存していると考えられるにもかかわらず、共犯関係の解消が肯定された裁判例を取り上げ、検討することにした。

なお、従来、共犯関係の解消は、共犯者の一部が離脱の意思をもって犯行から離脱するという事例を中心に議論されてきたが、実際には、それ以外の事例においても共犯関係の解消の有無が問題とされている。以下では、共犯関係の解消が問題となった裁判例の事案を①離脱型、②自然消滅型、③排除型、④計画変更型の四つの類型に分類し、順次、検討することにする。

(一) 離脱型

(1) 第一の類型は、「離脱型」である。これは、共犯者一部が犯行から離脱する意思を有し、客観的にも何らかの離脱行為を行った後、残りの共犯者が犯行を継続した場合である。従来、共犯関係の解消の有無が議論されてきたのは、主としてこの離脱型である。

(2) 離脱型の事案において共犯関係の解消を肯定した裁判例として、教唆犯の成否が争われたものであるが、^㉞福岡高判昭和二八年一月一二日高刑集六卷一号一頁が挙げられる。事案は、以下のとおりである。被告人Xは、Yら三名と雑談をしていた際、Yから「どこか押し入るのによいところはないか」と尋ねられ、「A方に入るのに都合が良く、相当の金がある」などと述べ、A方を教えた。そこで、Xら四名は、A方において強盗をしようと共謀し、強盗の用に供するため、Xが携帯していた匕首の刀身を雑草等で研磨した後、A方に赴いた。Xらは、A方に侵入しようと試みたが、容易に戸を開けることができず、一旦引き返しているうちに、Xは、強盗することの非を悟り、Yらに対してはあえて犯行を阻止することなく、また、明示的に犯行から離脱する表意もせずに、犯行から離脱するため同所を立ち去った。その約二時間後、Yら三名は、Xが犯行から離脱したことを察知し、さらに三名でA方に押入り強盗をしようと共謀した上、A方において強盗をした。

このような事案につき、福岡高裁は、「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つ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。けだし、一旦強盗を共謀した者と雖も、該強盗に着手前、他の共謀者に対

しこれより離脱すべき旨表意し該共謀関係から離脱した以上、たとい後日他の共謀者において、該犯行を遂行してもそれは、該離脱者の共謀による犯意を遂行したものであるといふことができないし、しかも右離脱の表意は必ずしも明示的に出るの要がなく、黙示的の表意によるも何等妨げとなるものではないからである」と判示して、Xを強盗罪の教唆犯とした原判決を破棄し、強盗予備罪が成立するにすぎないとした。

A方に押し入ることをYらに提案し、A方の状況を教えたのはXであり、Yらは、Xから得られた情報を利用してA方において強盗を実行している。また、Yらは、Xが携帯し、研磨した匕首を使ってA方での強盗を実行している。このように、Xの行為の物理的・心理的な効果は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に共犯関係の解消を肯定したのである。

(3) ④東京地判昭和三十一年六月三〇日判例体系三一―三卷一一〇〇―六も、離脱型の事案において共犯関係の解消を肯定したものである。被告人X、YおよびZが知事を名義人とする廃車証明書の偽造と行使を謀議し、廃車証明書用紙を印刷した後、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決意し、それ以来Yらとの交渉を絶ち、Yらもこれを了承し、自分達だけで廃車証明書を偽造してこれを売却して利得することを謀った上、これらの犯行を実行したという事案である。東京地裁は、Xを含めた三者の共謀は上記犯行の推進力とはならないと評価するのが相当であるとして、Xは公文書偽造罪の共同正犯の責任を負わないとした。

このように、東京地裁は、Xについて共犯関係の解消を肯定した。しかし、この事案では、実行の着手前に離脱の意思表示と了承があったものの、Xが印刷に関与した証明書用紙が偽造に使用されているのであるから、Xの従前の行為の因果的影響は残っているといわざるをえない。¹³⁾

(4) ⑤大阪高判昭和四一年六月二四日高刑集一九卷四号三七五頁の事案も、離脱型に当たる。事案は、被告人X、Y、

ZおよびWの四名が、付近の旅館でAを強姦することを共謀し、当初の計画に基づき、まず、Yが旅館の一室にAを連れ込み、その後、X、Z、Wがその部屋に入ろうとしたところ、旅館の主人に断られ、四名が相談した結果、X、ZおよびWの三名は強姦の実行を断念して引き返すことになり、Yもこれを了承したため、XはZ、Wとともに同旅館から退去し、Yだけが旅館にとどまり、単独でAに対する強姦を遂げたというものである。東京地裁は、「被告人Xが一旦は被告人Yらと強姦の共謀を遂げたとはいえ、Z、Wと共に、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けではない」として、共犯関係の解消を肯定した。

前述したように、従来、実行の着手前の離脱においては、原則として離脱の意思表示と残余者による了承があれば共犯関係の解消が認められてきたところ、本件は、実行の着手前の離脱の事例であり、Xらによる離脱の意思表示とYによる了承が存在する。したがって、従来判例の基準からすると、共犯関係の解消を肯定することは可能であったといえる。しかし、Xらが旅館から退去したのは、Xらの共謀に基づいてYがAを旅館の部屋に連れ込んだ後であり、その時点では強姦の危険が高まっていたといつてよい。その意味では、Xの離脱の時点では、Xらの従前の行為の効果が残存していたともいえる。実際、最決平成二十一年六月三〇日は、強盗の実行の着手直前に現場から立ち去った事案において、結果防止措置をとらなかつたことなどを理由に共犯関係の解消を否定しているのである。

(5) ⑤神戸地判昭和四一年二月二一日下刑集八巻二二号一五七五頁は、強姦罪における実行の着手後の離脱について共犯関係の解消を肯定したものである。

被告人Xは、Y、Z、W、VらとAを強姦することを共謀し、路上に停車中の自動車内において、W、VがAを姦淫

した後、X、Y、Zは、Aを姦淫しようと機会を窺っていたが、さらに他の者に先を越されそうになったので、Aを姦淫することを諦め、Wらにその旨表明し、Wらもこれを了承し、X、Y、Zはその現場を引き上げ、帰路について。その後、W、Vらは、場所を変えて再びAを強姦することを企て、Wの運転する自動車で移動し、約一時間後、N方においてAを姦淫した。

神戸地裁は、「被告人及びY、Zは、Wほか数名と共謀のうえAを強いて姦淫しようと企て、明石通信療養所付近へ同女を自動車で連行し、判示認定のようにW、Vが同女を姦淫したが、ここにおいて被告人及びY、Zは自から同女を姦淫する意思を放棄し、共謀の相手方であるWらに対してその旨を表明し、Wらの了承を得て、現場を離れ帰途についているのであるから、その後においては被告人及びY、ZとWらとの間に生じたAを強姦することに関する当初の共謀関係は崩れ去ってしまったと解するのが相当であり、……被告人及びY、Zを除いたW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、右明石通信療養所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つた前記N方へ連行し、Wらが同所で同女を強い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つて、右N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N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」と判示して、共犯関係の解消を認め、XらはN方における姦淫については責任を負わないとした。

神戸地裁は、Xによる離脱の意思の表明およびWらによる了承があつたこと、路上からN方までかなり場所的に離れていること、N方への移動をXが予想していなかつたことなどを理由に、二つの姦淫は社会的事実としては別個の行為であるとして、共犯関係の解消を肯定している。しかし、Xは、WらとAの強姦を企てて路上にAを連行し、WらがAを姦淫している間も現場にいたのであり、Wらは、こうしたXらの行為の効果が残存した状態でAをN方に連れて行き、

再びAを姦淫したのであるから、Xの従前の行為とN方における姦淫について因果性の遮断を認めることは困難である⁽¹⁴⁾。

(6) 一方、警察に逮捕された後に捜査に協力したことを理由に共犯関係の解消を認めたのが、④東京地判平成一二年七月四日判時一七六九号一五八頁である。被告人Xは、Yらが身の代金目的で略取してきたAをX宅に連れ込み監禁し、Aの弟Bに身の代金を要求した際、Yらと意思を通じてAの見張りをするなどした。その後、Yらは、AをX宅から連れ出して自動車に乗せ、Bに身の代金を要求するなどした。Xは、Yの指示により、Aの親族であるBと会って身の代金を受け取ったが、張り込んでいた警察官に逮捕された。Xは、警察官らに対し、自らの氏名や生年月日のほかAの監禁場所や犯人の数について供述するとともに、警察官から捜査に協力しよう説得されて了承し、Yからの電話に対して、警察官の指示どおりに話すなどした。Yは、Xが警察に逮捕されたことを察知しながらもAの監禁および身の代金の要求を継続したが、その後、Aを解放した。

このような事案につき、東京地裁は、①Xが逮捕後に警察の捜査に協力して、Yらによる被害者の解放や警察官らによるYらの逮捕に資する行動をとっており、逮捕された者となしうる犯行防止措置は尽くしたこと、②XはAを拐取した者ではなく、Yらが自室にAを連れ込むことにより本件各犯行に関与するに至った者であり、監禁の犯行については、Yと共に居住する本件居室を監禁場所として提供したほか、同室で被害者の見張りを担当しただけで、YらがAをX宅から連れ出した後はAを直接支配していないこと、③拐取者身の代金要求の犯行についても、Xの役割は身の代金の受取りのみであるところ、Xが、逮捕後、Yらに「金は受け取った」旨述べ、YらもXが逮捕されたことを察知したことにより、拐取者身の代金要求の犯行において、Xがその役割を果たす余地はなくなったこと、④X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

のであることなどの事実を指摘し、本件各犯行へのXの加功は決して強いものとはいえないし、Xらの逮捕後は、これを察知したYらにおいて、Xとは無関係にAに対する監禁及びBに対する身の代金要求を繰り返したとし、「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、D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」と判示した。

Xが共犯者間で格段に最年少の少年であり、Yに対する恩義などからその指示に従つたにすぎず、逮捕や身の代金要求について重大な寄与をしていないこと、Xが逮捕後、捜査に協力するという危険減少行為を行ったこと、YらもXが逮捕されたことを認識していたことなどから、物理的・心理的因果性は遮断されているとする見解も主張⁽¹⁵⁾されている。しかし、Xは、監禁場所としてX宅を提供した上、見張りをしており、その影響の下で、Xの逮捕後も監禁と身の代金要求がなされたのであるから、Xの従前の行為の因果的影響は残っていたともいえよう。

(二) 自然消滅型

(1) 第二の類型は、「自然消滅型」である。これは、共謀者の一部が離脱の意思を抱き、あるいは犯行への参加に消極的な態度であったものの、明確な離脱行為を行わずに一定の時間が経過した後、残余者が犯行を実行した場合である。

(2) 自然消滅型に属するものとして、⁽¹⁶⁾東京地判昭和五二年九月二二日判時九一九号二二六頁が挙げられる。被告人X、Y、Zら五名は、経済的に困窮し、一、二か月にわたりX宅に寝泊まりしていたところ、Xが務め先の工事現場に放置されているトルエン六缶を売ればもうかると提案し、Yらは、即座にこれに同意し、そのトルエンを窃取した。その際、Xら五名は、「六缶のうち一缶は皆で使用し、他の五缶は売却する。誰がどれだけ売っても金は皆で公平に分ける」

旨の共謀をし、その二か月余り後、Yがそのうちの一缶を販売した事案において、五名全員が中毒物及び劇物取締法違反の共同正犯により起訴されたものである。本件において、Xは、トルエン販売について明確な離脱行為を行ったわけではないが、当初の共謀からYの実行行為までに二か月余りの時間が経過していることから、実行行為の時点では共犯関係を解消していたといえるかどうかが問われたのである。

東京地裁は、①共謀の際には、五名が経済的に困窮し、一、二か月にわたりX宅に寝泊まりしていたが、共謀の二、三日後にXが引越したことやZとWが喧嘩をしたことなどを契機に、五名が分かれて生活することになり、五名の間の一心同体的な結合が弱まったこと、②共謀後、Xらは就職するなどして経済的に安定してきたこと、③Xらは、共謀後、それぞれ残ったトルエンを吸引するなどして使用していたが、「売り物に手をつけるな」などと文句を言う者はいなかったこと、④共謀からYのトルエン販売まで、共謀について確認がなされた形跡がないこと、⑤Yがトルエンを販売した後、XらはYに分け前を要求していないことなどを指摘し、「共謀成立後本件販売行為までの二か月余の期間内に共謀の解消についての話し合いが行われたとか、共謀関係からの離脱の意思表示がなされたとかの形跡はうかがわれない。……しかし、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四月一七日直前までには、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思われる」と判示した。

Yのトルエン販売の契機は、Xがトルエンの販売を提案したことにより、また、Yが販売したトルエンは、Xの提案に基づきXの勤め先において窃取したトルエンであったのであるから、Yのトルエン販売の時点でXの行為の効果は残存していたといわざるをえない¹⁶⁾。それにもかかわらず、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、Yによるトルエン販売の時点では当初の共謀が消滅していたと判じたのである。

(3) ㊦大阪地判平成二年四月二四日判タ七六四号二六四頁も、被告人が明確な離脱の意思表示を行っていない自然消滅型に当たる。事案は、以下のとおりである。暴力団甲組の被告人Xらと暴力団乙組の組員らが乱闘となり、甲組幹部が乙組組員に射殺されたことから、甲組の若頭であるYは、その報復として乙組と同じ系列の暴力団の組員を殺害するようXや配下のZらに指示し、Xは、これを了承し、Yからけん銃と実包を受け取った。しかし、Xは、Zらと相手方の組事務所に向かったものの、妻子への未練や長期の服役に対する嫌気などから、襲撃を実行しなかった。その後、Xは、Yに問い詰められて、翌日襲撃を実行する旨答えたが、すでに襲撃実行の意思を失っていたため、口実を設けてけん銃と実包をZ方に置いて帰り、翌日もZらに対して何の連絡もせず、姿を現さなかった。その翌日、Zが電話でXに問いただしたが、Xは、曖昧な返答に終始したため、Zは、怒って電話を切った。同日、Zが、Xに報復を実行する意思はないとYに伝えると、Yは、Zに報復を実行するよう指示し、Zは、乙組と同系列の暴力団の組員Aらに向けて上記けん銃を発砲したが、死亡させるには至らなかった。

大阪地裁は、Xは遅くとも犯行日の前日には報復の意思を完全に失っており、このことはXの言動や態度からYやZ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、一旦けん銃や実包を受け取り、殺害現場まで赴いた上、犯行に使用されたけん銃をYらに渡しているが、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に行を行ったとはいいがたい。¹⁷⁾

(三) 排除型

(1) 第三の類型は、「排除型」である。これは、共謀者に離脱の意思が生じたわけではなく、共謀者の一部が一方的

に他の者を犯行から排除した上で当初の計画を遂行した場合である。

(2) 排除型に属するのは、②名古屋高判平成一四年八月二十九日判時一八三二号一五八頁である。被告人XがYらと共に同じ公園の駐車場においてAに暴行(第一暴行)を加えて傷害を負わせたところ、これを見ていたXらの仲間がやりすぎではないかと思つて制止したことをきっかけとして暴行が中止され、XがAをベンチに連れて行つて「大丈夫か」などと問いかけたのに対し、勝手なことをしていると考へて腹を立てたYが、Xに文句を言つて口論となり、いきなりXを殴りつけて失神させた上、Xらをその場に放置したまま他の共犯者と一緒にAともども港の岸壁に赴いて第二暴行に及んで傷害を負わせ、さらに逮捕監禁を実行した。

このような事案において、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、残存しているなどとし、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一、第二のいずれの暴行によつて生じたか両者あいまつ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、「Yを中心とし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自身の行動によつて一方的に解消され、その後の第二の暴行は被告人の意思・関与を排除してY、Zらのみによつてなされたものと解するのが相当である」と判示して、共犯関係の解消を肯定した。

しかし、Yらは、Xの関与した第一暴行によつて負傷し、抵抗できない状態となつたAを連行し、第二暴行に及んでいるのであるから、Xの行為の効果が第二暴行の時点でも残存していたことは否定できないであらう。⁽¹⁸⁾

(四) 計画変更型

(1) 第四の類型は、「計画変更型」である。これは、共謀者に離脱の意思が生じたわけではないが、共謀者の一部が他の者の了解なしに当初の計画を変更し、その一部の者だけで変更された内容の犯行を実行した場合である。

なお、計画変更型は、当初の計画と異なる犯行が行われていることから、共犯関係の解消の問題ではなく、共犯と錯誤の問題ではないのかという疑義も生じるかもしれない。しかし、共犯と錯誤は、当初の共謀の内容と異なる客体に行為が向けられる、あるいは、当初の共謀の内容と異なる構成要件に該当する行為が行われるときに問題となるのに対し、ここにいう計画変更型では、後述するように、当初の共謀の内容と同一の客体に行為が向けられ、同一の構成要件に該当する行為が行われている点で相違している。したがって、計画変更型を共犯関係の解消の問題として位置づけることは可能であろう。また、計画変更型は、共謀者の一部が他の者の了解なしに犯行を行うという点で、排除型の変形であるともいえる。

(2) 計画変更型に属する裁判例として、④大阪高判昭和六三年七月二六日判タ六九四号一七三頁が挙げられる。被告人X、Y、Zは、韓国から覚せい剤を密輸入して日本で密売することを共謀し、その約一か月後、覚せい剤購入資金のうちXが二四〇万円、Yが一四〇万円を調達して、韓国の卸元に覚せい剤二キログラムの代金三八〇万円を支払った。ただ、当時の韓国の不穏な治安情勢のため海外封鎖がされていたため覚せい剤の日本への持込みが大幅に遅れていたところ、Xは、このことについてYらに文句を言い、Yらがそれは海上封鎖のためであると何度も説明しても、Xは一向に分かるうとせず、やがてはYらが秘かに覚せい剤を入手して売りさばいているのではないかと疑うようになったので、YらはXに反感を抱くようになった。代金の支払いから約四〇日後、YとZは、覚せい剤の卸元から覚せい剤五キログラムを受け取ったが、Xに対する反感から、相談の上、三キログラム余分に入手したことについてはXに知らせないこ

とにし、Xに隠して保管していた。その約二か月後、YとZが密売のため覚せい剤二・五キログラムを所持していたところを警察官に職務質問され、逮捕された。

原審は、YとZは五キログラムの覚せい剤を全部売却した段階でXに事実を話して売上金を引き渡すつもりであり、YとZには覚せい剤二キログラムを超える分についてXを排除するまでの意思はなかったものといえること、五キログラムの覚せい剤が入手したことはXにおいて全く予想外のことではなく、これを知らされれば歓迎こそすれ拒否するとは考えられないことなどから、Xに三キログラム分についての認識がなかったとしても、この分をも含め仕入れられた五キログラム分全体についてXにも共謀による共同正犯が成立するとした。これに対し、大阪高裁は、YとZが五キログラムの覚せい剤を全部売却した段階でXに事実を話すつもりであったとは考えがたいこと、Xとしては二キログラムを若干上回る程度の覚せい剤ならともかく、二キログラムを三キログラムも上回る覚せい剤を入手するとは予想もしていなかったことから、二キログラムの覚せい剤の所持についてのみ共同正犯の成立を肯定した。

このように、大阪高裁は、Xに内密で輸入された三キログラム分の覚せい剤の所持についてはXにおける共同正犯の成立を否定した。しかし、Xは、覚せい剤の密輸入についてYと計画を立てるとともに、覚せい剤の買付けの際にはYらとともに渡韓しており、さらに、少なくとも二キログラム分の覚せい剤の購入資金の多くはXが調達したものである。したがって、Xの従前の行為の影響力は、三キログラム分の覚せい剤の所持にも及んでいるというべきであろう¹⁹。実際、現金二〇〇万円を盗む計画だったのに実行行為者が現金五〇〇万円を盗んだ場合のように、当初の計画に比べ量的に過剰な内容の行為が実行された場合には、実際に実現した結果全体について共謀者全員が責任を負うのが、原則であると思われる。

- (3) ③最判平成六年二月六日刑集四八卷八号五〇九頁も、計画変更型に属するといつてよい。被告人XがY、Z、

Wらと夜間歩道上で雑談していたところ、通りかかった酩酊状態のAと口論となり、AがXの仲間の女性Bの髪をつかみ、引き回すなどの乱暴を始めたため、X、Y、Z、Wは、これを制止するためAを殴る蹴るなどした。しかし、Aは、Bの髪をつかんだまま道路を横断して向かい側の駐車場入口までBを引っ張っていったため、X、Yらが追いかけてAに殴る蹴るなどし、AはBの髪から手を放した。AがXらに悪態をつき、なおも応戦する氣勢を示しながら後ずさりするように駐車場内を移動したところ、Xらも、ほぼ一団となってAの後を追っていった。応戦の構えを崩さないAに対し、YとZが手拳で殴りかかろうとしたが、いずれもWが制止した。しかし、その直後、YがAの顔を殴打し、Aは加療約七か月半を要する傷害を負った。その間、Xは、自ら暴行を加えることはなかったが、YとZの暴行を制止したわけでもなかった。

一審⁽²⁰⁾および二審⁽²¹⁾は、侵害終了後の追撃行為において被告人は共謀関係から離脱したとはいえないとして、被告人にも過剰防衛の成立を認めたが、最高裁は、「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」との立場を示した。その上で、Xら四名がAを駐車場奥に追い詰める格好で追って行き、XらにAを追撃して暴行を加える意思があったとする原判決の事実認定は是認できないとして、Xらの行為を、AがBの髪を放すに至るまでの「反撃行為」と、その後の「追撃行為」とに分けて考察し、「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、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り、これを破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」として、Xに無罪を言い渡した。

本件は、正当防衛の遂行を共謀したにもかかわらず、共謀者の一部が侵害終了後も反撃行為を継続したという点で、計画変更型の事案である。本判決は、共犯関係からの離脱の問題ではなく、侵害終了後の行為について新たな共謀があったかどうかの問題として本件を解決すべきであるとしたものではあるが、被告人は侵害終了後の追撃行為について責任を負わないとしており、実質的に共犯関係の解消を肯定したのと同じ結論に至っている。また、学説においても、侵害現在におけるXの反撃行為は被害者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こと、Xは当初の共謀において主導的な役割を果たしていないこと、侵害終了後における追撃行為の際にはXは他の者より遅れて移動しており、追撃行為を行ったYやZの犯意を強化するような行為を行っていないこと、当初の共謀の影響力はWの制止行為によって切断されていることなどから、Xの行為は侵害終了後における追撃行為に因果的影響力を有していないとして、共犯関係の解消を肯定する見解²²⁾も有力である。しかし、本件では、侵害終了後の追撃行為は侵害現在時における反撃行為と時間的・場所的に近接して行われ、かつ、両行為は同一の意思に基づいており、YおよびZによる追撃行為は、反撃行為の影響が残存する状況において行われたといえる。また、追撃行為の際、被告人は遅れて移動したとはいえ、Yらの近くにいたことも併せて考慮すると、Xの行為から生じた物理的・心理的効果が追撃行為の時点で消滅していたということはできないように思われる²³⁾。

三 因果性の遮断と共同正犯関係の解消

1 因果性遮断説の限界

(1) このように、従前の共犯行為の物理的・心理的影響力が残存している事案において共犯関係の解消が肯定された裁判例も少なからず存在しており、裁判例において因果性の遮断という基準が貫徹されているのかは疑問である。⁽²⁴⁾そして、これらの裁判例の一部については批判が寄せられているものの、学説は、その結論に対して大きな異議を唱えてこなかったといつてよい。

そこで、因果性遮断説の多くは、因果性の遮断を事実的評価ではなく規範的評価であると捉えることによつて、こうした結論を正当化しようとしている（規範的因果性遮断説）。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、当該結果を行為者に帰属されるべきでない⁽²⁵⁾と評価されるときには、因果性の遮断を認めてよいというのである。

確かに、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、因果性の判断において規範的評価を行うことは、むしろ当然であるともいえる。したがつて、因果性の遮断を規範的評価と捉えること自体は不当ではない。ただ、問題は、因果性の遮断の規範的評価とは具体的にどのようなものである。この点については、因果性遮断説の内部においても、いくつかの見解が唱えられている。

(2) 第一の見解は、共犯関係の解消を認めるためには因果的影響を完全に除去する必要はなく、相当程度除去すれば足りるとする。たとえば、共犯関係の解消を認めるためには、「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』⁽²⁶⁾という規範的評価なのである」とする見解や、「いっ

たんと与えられた事実的な因果的影響を完全に解消することは不可能に近いと思われる……が、その規範的意味の観点から、客観的帰属を否定しうるのであれば、障害未遂にとどまる……。離脱は、まさに、共謀と共同実行の心理的・物理的な因果性からの、少なくとも規範的離脱を意味するべきである⁽²⁶⁾とする見解が、それである⁽²⁷⁾。そして、規範的評価としての因果性の遮断の内容については、①相当因果関係とする見解⁽²⁸⁾、②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こととする見解⁽²⁹⁾、③結果防止措置によつて当初の共謀どおりの犯罪の実現が著しく困難になった場合や共謀段階の影響力が大幅に減殺されて実行分担者の意思決定を支配・誘発していると評価できない場合など、当初の共謀の結果実現といえないこととする見解⁽³⁰⁾などが主張されている。

實際上、従前の行為による物理的・心理的影響力が全く存在しない状態に戻すことは不可能に近いから、共犯関係の解消を認めるにあつて、因果的影響を完全に消滅させることまで要求するのは現実的ではないし、妥当でもない。したがつて、因果性の遮断といつても、文字どおり「影響力を完全に除去すること」という意味に理解する必要はなく、「法的に結果の帰属を否定しうる程度にまで影響力を減少させること」と理解すべきであろう。

しかし、上述したところからも分かるように、共犯関係からの離脱を肯定した裁判例においては、離脱者が提供した情報と計画に基づいて犯行が行われたり、離脱前の暴行による影響が被害者に残っている状況において継続して暴行が行われたりするなど、従前の共犯行為の物理的效果・心理的效果や残余者による犯行継続の危険が相当程度残存している事例が少なくない。このような場合には、相当因果関係や危険の現実化を否定することはできず、「法的に結果の帰属を否定しうる程度にまで影響力を減少させた」とすら言い難いよう思われる。

(3) 第二は、危険を消滅させるに足る措置をとつたときには、たとえ因果的影響を除去できなくても共犯関係の解消を認めてよいとする見解⁽³¹⁾である。たとえば、共犯者に金庫の鍵を渡した後、翻意して共犯者からその鍵を取り返したが、

知らないうちに共犯者が鍵のコピーを作っており、そのコピーを使つて窃盜を行った場合、提供した鍵のコピーが犯行に使用された以上は因果的影響が除去されたとはいえないが、共犯者から鍵を取り返す行為は、通常であれば危険を消滅させるに足る措置であるから、共犯関係の解消が認められるとするのである。

仮に共犯関係の解消を、真剣に中止行為を行った共犯者に対して刑法四三条本文を準用するための法理であると解するのであれば、危険を消滅させる措置をとったことだけで共犯関係の解消を認めることも可能かもしれない。しかし、⁽³²⁾共犯関係の解消は、自己の行為と無関係に惹起された結果について責任を問われないという犯罪の成否の問題であつて、刑の減免の問題ではない。したがつて、危険を消滅させるに足る措置をとつたとしても、従前の行為の因果的影響が残存している以上、因果性遮断説に立つ限りは共犯の成立を否定することはできないはずである。因果的影響が残つていても共犯関係の解消を認めるというのは、因果性遮断説の出発点と相容れない結論であらう。

現に、単独犯の場合も、因果関係は単に事後的評価ではなく規範的評価であると理解されているが、通常であれば危険を消滅させるに足る措置をとつたからといって、それだけで因果関係が否定されているわけではない。たとえば、殺人の実行に着手した後に翻意して救急車を呼んだが、予想外の事故により救急車の到着が遅れ、被害者が死亡した場合にも、因果関係は肯定され、殺人既遂罪の成立が認められるであらう。これとの均衡の点からも、たとえ因果性の遮断を規範的評価と捉えたとしても、通常であれば危険を消滅させるに足る措置をとつたことをもつて因果性の遮断を認めることには無理があるように思われる。⁽³³⁾

また、共犯関係の解消が問題となる事例のうち、自然消滅型、計画変更型、排除型の実例においては、危険を消滅させる行為は行われなし、離脱型の事案においても、通常であれば危険を消滅させるに足る措置をとつていなくても共犯関係の解消は肯定されている。したがつて、通常であれば危険を消滅させる措置をとつたかどうかという観点から共

犯関係の解消の有無をすべて説明できるわけではないのである。

(4) 第三は、規範的な意味での因果性の遮断の内容として、共犯者の一部を排除して犯行が行われたことを重視する見解⁽³⁴⁾である。この見解は、実行正犯が実現したのが新たな行為決意に基づく「別個の犯罪事実」と評価される場合には、当初の行為のみに関与した者は、離脱行為の有無にかかわらず、新たな犯罪事実について罪責を負わないという判断枠組みを採用する。その上で、「別個の犯罪事実」かどうかの判断基準につき、Xが第一行為に加担した後、第二行為時において他の共犯者がXを排除して犯行を行った場合には、第二行為とXの第一行為との関連は切断され、たとえ物の提供などによる因果性が事実としては認められたとしても、第二行為およびそこから生じた結果についてXは罪責を問われるべきではないとし、規範的な因果性の遮断とはこのような意味であるとするのである。

後述するように、新たな行為決意に基づく「別個の犯罪事実」かどうかという判断基準自体は支持される。しかし、新たな行為決意といえるかどうかは、共同正犯に固有の要素である共同犯行の意識の有無と関連を有しているため、「別個の犯罪事実」かどうかは、各関与形式に共通する因果性の遮断の問題ではなく、共同正犯性の問題に位置づける方が妥当であると思われる⁽³⁵⁾。また、共謀者の一部が他の者を犯行から排除する排除型の事実においては、この見解の主張が妥当するかもしれないが、排除型以外の事実を含めたあらゆる事案に当てはまる統一的な基準を何に求めるかという課題が残るであろう⁽³⁶⁾。

2 反対説の判断基準

このように、共謀関係の解消の判断基準として、因果性の遮断は必ずしも有効ではないように思われる。そこで、学説においては、因果性の遮断とは異なる基準によって共犯関係の解消の問題を解決しようとする見解も主張されている。

それらの見解は、説得力のある基準を提示しているのであろうか。

(1) 第一は、合意解消説³⁷⁾である。これは、共犯関係の解消の根拠を共同者間における意思の疎通の欠如に求め、離脱の意思表明と残余者による了承があれば、共犯関係の基礎である合意が解消されたといえるから、それだけで共犯関係の解消を認めてよいとする見解である。この見解は、共犯の因果性として心理的因果性のみを要求し、物理的因果性を重視しないところに特徴がある。

これによると、離脱の意思表示と残余者による了承がなされるなど共犯者間において共同実行の合意が解消されれば、たとえ物理的に従前の行為の影響力が残っていても、共犯関係の解消が認められることになる。しかし、自己の行為と結果との間に因果関係が存在するにもかかわらず、常に共犯の成立が否定されるというのは、実際上の結論として妥当でないであろう。³⁸⁾

(2) 第二は、共同意思主体説の立場から、「共同正犯からの離脱の問題は、実行の着手の前後を問わず、共同正犯関係の解消・消滅の問題であって、必ずしも因果関係の切断・遮断の問題とは直結しない³⁹⁾」とする見解である。共同意思主体説からすれば、共同実行についての犯罪意思を放棄する旨の表明とその了承があれば、共同意思主体が解消・消滅し、それ以後は共同意思主体の活動としての共犯現象を認めることができず、離脱者には共同正犯の中止犯が成立するという。

もつとも、この見解も、「離脱前の共同意思主体における相互的な利用・補充関係が離脱後においても他の共同者にその影響を及ぼすときは（通常の場合、そのような関係がみられるであろう）、うえの要件ではまだ共同意思主体を完全に解消することはできない。これまでの自己の役割・行為を否定すべき積極的な努力がなされたとき、すなわち、他の共同者の実行行為・結果を阻止しようとする真摯な努力を払った場合にはじめて共同意思主体を解消させたものと評

価値できよう⁽⁴⁰⁾」としており、その主張の内容は、実質的には規範的因果性遮断説と大きな違いはないといえる。そうだとすれば、上述した批判がこの見解にも妥当することになる。

(3) 第三は、犯罪遂行を阻止する方向の措置をとったことを共犯関係の解消の根拠とする見解である⁽⁴¹⁾。これによると、それまでに果たしていた犯行促進的な寄与を打ち消すような態度、あるいは自分の作りだした「犯罪エネルギー」を帳消しにするだけの阻止の真摯な努力があれば、たとえ事実的な意味での因果的影響力が残っていても、共犯関係の解消が認められる。

この見解は、因果性の概念を事実的な意味に捉える立場から、犯行促進的な寄与を打ち消すような態度をとったかどうかの判断は因果的思考ではなく規範的・評価的思考であるから、これを「因果性の遮断」と表現することは妥当でないとする⁽⁴²⁾。すでに述べたように、因果性の判断は規範的評価であると理解してよいと思われるが、そのことは措くとしても、この見解の判断基準は、規範的因果性遮断説の第二の見解と実質的に同様であるといえよう⁽⁴³⁾。そうだとすれば、①たとえ共犯関係の解消の判断が規範的評価であるとしても、単独犯の場合との均衡の点からも、犯行促進的な寄与を打ち消すような態度をとったからといって直ちに共犯関係の解消を肯定することはできない、②共犯関係の解消が問題となる事例としては、離脱型だけでなく、自然消滅型、排除型、計画変更型もあり、犯行促進的な寄与を打ち消すような態度をとったかどうかという基準だけですべての事例を解決できるわけではないという批判が、この見解にも当てはまることになる。

学説においては、この見解を基礎としつつ、離脱者側の態度と残余者側の態度の両者に着目する見解も主張されている⁽⁴⁴⁾。前者については、自己の与えた因果的寄与を「帳消しにした」（相殺した）と評価し得る態度をとったこと、後者については、残余者側が離脱者を「排除した」と評価し得る態度をとったことが重要になるといえる。これは、離脱型の

事例だけでなく排除型の事例をも視野に入れたものであり、上記の②の批判は当たらないともいえる。しかし、共犯関係の解消は当該行為者に結果の帰属を認めるべきかどうかの問題であるとの理解を前提とする限り、単に離脱者が結果惹起を阻止する方向の態度をとっただけで共犯関係の解消を認めることはできないのではないかと①の問題点は依然として残るであろう。

3 因果性の遮断と共同正犯性

(1) それでは、共同正犯関係の解消はどのように判断すべきであろうか。

個人責任の原則を前提とする以上、自己の行為と因果関係を有する範囲でのみ責任を問われるのは当然である。したがって、因果性遮断説が、自らの設定した結果惹起に至る因果性を遮断したかどうかを共同正犯関係の解消の判断基準としていることは支持される。現に、因果性遮断説に批判的な見解も、実質的には因果性の遮断の点を考慮しているとみてよいのである。また、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、因果性遮断説の多くの論者のいうように、因果性の遮断を規範的評価と捉えることも許されるであろう。

このようにして、規範的な意味において因果性が遮断されたときとは、共同正犯の成立を認めることはできない。ただ、すでに述べたように、たとえ因果性の遮断を規範的に捉えたとしても、因果性の遮断の観点だけで共犯関係の解消を説明することはできない。確かに、共犯の成立を認めるためには、共犯行為と結果との間に因果関係が存在することが不可欠であるが、そうであるからといって、共犯行為と結果との間に因果関係が存在すれば直ちに共犯が成立するというわけではない。共犯行為と構成要件の結果とが因果関係を有することは共犯成立の最低限の要件にすぎないのであって、共犯の成立を認めるためには、因果関係以外に、各関与形式の成立要件を充足することを要するの

であり、共同正犯の場合には、因果関係と並んで共同正犯性が必要となる。

共同正犯は、二人以上の者が相互に利用し補充し合つて結果を実現する点に本質があるのであるから、共謀と因果関係を有する結果のうち相互利用補充関係に基づいて実現されたといえるものについてのみ共同正犯の成立を認めるべきである。したがつて、たとえ従前の行為の因果的影響が残存していたとしても、離脱行為等によつて相互利用補充関係すなわち共同正犯性が認められないときには、共同正犯関係の解消を肯定してよい。⁽⁴⁵⁾

(2) このような考察を踏まえると、共同正犯関係の解消は、以下のように判断されることになる。

まず、①従前の行為と結果との因果性が遮断されているかどうかを検討し、これが肯定されるときには、共同正犯関係の解消は認められる。⁽⁴⁶⁾ なお、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おいて必要と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。次に、因果性が遮断されたといえないときには、②離脱後の行為が相互利用補充の関係に基づいて行われたといえるかどうかを検討し、これが否定されるときには、共同正犯関係の解消が認められる。ただ、相互利用補充関係は共同正犯に固有の問題であるから、これが否定されたときにも、教唆犯や幫助犯の成立する可能性は残る。⁽⁴⁷⁾ つまり、共同正犯関係の解消が認められるのは、①共謀や離脱前の共犯行為と離脱以降の共犯行為との因果性が遮断されている場合か、②因果性は遮断されていないが、離脱後の行為が相互利用補充関係に基づいて行われていない場合であるということになる。

(3) 学説においては、規範的因果性遮断説における規範的評価としての因果性の遮断は、具体的な共謀・意思疎通の内容を出発点とした種々の事情の総合判断であるから、これを「因果性の遮断」とは区別し、「新たな共犯関係の形成」として考慮すべきであるとする見解も唱えられている。⁽⁴⁸⁾ この見解によると、共犯者が自分の寄与の因果的効果を解消す

れば、他の共犯者による以後の行為および結果について責任を問われないが、自分の寄与の因果的效果を十分に解消できなくても、当初関与した犯罪行為と後に共犯者によって再開された犯罪事実とが別個独立の新たな共犯関係であると評価されるときは、やはり他の共犯者によって新たに始められた犯罪事実について責任を問われない。別個独立の新たな共犯関係が生じたかどうかは、離脱者の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放棄、犯罪計画の変更の程度、離脱前後の時間的・場所的隔たり等をもとに、離脱前後の犯罪事実が連続的ないし継続的なものとして離脱者も責任を負うべきかどうかという観点から判断され、たとえば、共犯者の働きかけによって他の共犯者が一旦範囲を放棄した場合、共犯者の離脱によって犯罪計画を大幅に変更せざるをえなくなった場合、離脱によって当面の犯罪の実行を頓挫させて時間的な延期を強いる場合などに、別個独立の新たな共犯関係が生じたこととされる⁽⁴⁹⁾。

この見解は、共犯関係の解消の判断にあたって、因果性が遮断されたかどうかと並んで、当初の共犯関係と異なる新たな共犯関係が形成されたかどうかを考慮するものであり、基本的に妥当である。ただ、この見解は、新たな共犯関係の形成を共同正犯と狭義の共犯との共通の問題であるとしているが⁽⁵⁰⁾、共同正犯において新たな共犯関係の形成を判断する際には、相互利用補充関係という共同正犯に固有の要素が影響を及ぼす可能性がある。そのため、新たな共犯関係の形成は、共同正犯と狭義の共犯との共通の問題ではなく、共同正犯性の問題に位置づける方が適切であると思われる⁽⁵¹⁾。

(4) 近時、因果性遮断説においても、①因果性の遮断の問題と②共同正犯性の解消の問題とを区別し、因果性が遮断されていなくても離脱行為等によって共同正犯性が失われたときには共同正犯の成立が否定され、教唆犯や幫助犯が成立する余地があるとする見解⁽⁵²⁾が唱えられるに至っている⁽⁵³⁾。その主張は、上述した本稿の理解と同じものであり、妥当であるといえよう。

ただ、問題は、①因果性の遮断と②共同正犯性の解消とをそれぞれ具体的にどのように判断するかである。前述した

ように、因果性遮断説は、因果性の遮断を規範的評価と捉える傾向にあるが、その判断方法は論者によって異なっている。また、因果性遮断説は、その名称のとおり、因果性の遮断の判断方法についてはこれまで詳細な検討を加えてきたものの、共同正犯性の判断基準については必ずしも明確に論じてこなかった。

そこで、章を改めて、共同正犯関係の解消の判断方法について具体的に検討することにした。

四 共同正犯関係の解消の判断方法

1 因果性の遮断

(1) 共同正犯関係の解消の判断においては、まず、因果性が遮断されたといえるかが問題となる。

因果性の遮断が認められるのは、従前の行為によりもたらされた物理的効果および心理的効果を消滅させた場合である。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であるといつてよい。それゆえ、因果性が遮断されたといえるためには、従前の行為の影響力を完全に除去することや、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除去することを要すると解される。たとえば、武器や道具を提供した場合には、それを回収するなどして、使用できない状態にする必要がある。また、他人を唆して犯行を決意させた場合には、犯行の中止を説得して一旦翻意させることが必要であろうし、犯行について助言、激励等した場合には、当初の意思を撤回し、相手方も了承してもらうことが必要であろう。⁵⁴

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つた行為の効果を除去すれば足り、その時点で客観的に存在している危険全体を除去する必要はないといふべきである。⁽⁵⁶⁾したがって、離脱者の行為の効果が犯行全体に及んでいない限りは、犯行が継続される危険は存在していても、当該行為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とか、予備の爆弾を提供した者がその予備の爆弾のみを回収する場合でも、因果性の遮断を認めてよいであろう。

これに対し、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物理的・心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、最決平成二十一年六月三〇日の事案がこれに当たる。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、第三者の行為によつて危険が消滅した場合でもよい。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、共謀者全員が一旦現場から離れ、後日、共謀者の一部が再び集まつて犯行を実行した場合は、原則として因果性の遮断を認めてよいであろう。⁽⁵⁶⁾

また、従前の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の危険を消滅させる必要がある。たとえば、犯罪の実現に不可欠な情報を提供した場合には、その情報に関する記憶を消し去ることはほぼ不可能であるから、共犯者を説得して一旦犯行を中止させるとか、警察に通報するなどしてその情報を使用して犯行を遂行することを困難にすることが求められる。⁽⁵⁷⁾

(2) それでは、通常であれば危険を消滅させるに足る措置をとつたが、何らかの事情により危険が消滅せず、結果が

発生した場合はどうか。たとえば、提供した合鍵を回収したが、知らないうちに共謀者によってコピーがとられており、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。

すでに述べたように、この場合には、従前の行為の効果が残存し、結果に結びついているのである以上、因果性の遮断は認められないであろう。もともと、共謀者の一部が危険を消滅させるに足る措置をとったことを他の共謀者が認識した結果、心理的因果性や共同犯行の意識が消失、減弱することもありうる。したがって、危険を消滅させるに足る措置をとったことは、因果性の遮断や、後述する相互利用補充関係の有無を判断するための一つの事情にはなる。

2 共同正犯性

(1) 因果性が遮断されたといえないときには、次に、当該実行行為が相互利用補充の関係に基づいて行われたといえるかどうかを検討する必要がある。

それでは、実行行為が相互利用補充関係に基づいて行われたかどうかはどのように判断すべきであろうか。この点に關して有益な視点を提供するものが、共謀の射程である。

共謀の射程とは、実行行為が当初の共謀「に基づいて」行われたといえるかどうかという問題である。³⁸⁾ 共同正犯における相互利用補充関係を基礎づけるのは関与者間の共謀にほかならないから、残余者の行為について共同正犯の成立を認めるためには、その実行行為が当初の共謀に基づいて行われたといえることが必要となる。逆に、当初の共謀とは別の共謀ないし犯意が形成され、これに基づいて残余者の実行行為が行われた場合には、もはや当初の共謀による相互利用補充関係に基づいて結果が実現されたといえないから、共同正犯の成立を認めるべきではないだろう。このように考

えてくると、共犯関係の解消の有無は、実行行為が当初の共謀に基づいて行われたといえるか、それとも、当初の共謀とは別の新たな共謀ないし犯意に基づいて実行行為が行われたかという基準により判断するのが、妥当であると思われる。⁽⁵⁹⁾これが、共謀の射程という視点である。⁽⁶⁰⁾

(2) 共同正犯における相互利用補充関係は、物理的および心理的なそれをいうから、新たな共謀ないし犯意に基づいて実行行為がなされたかどうかを確定する際にも、客観的な事情および主観的な事情の両面から総合的に判断する必要がある。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を、②主観的な事情として、^(a)犯意の断絶、共同犯行の意識の消滅・減退、^(b)動機・目的の変更などを、それぞれ考慮することになる。⁽⁶¹⁾

①客観的な事情

①(a)従前の行為の寄与度・影響力とその除去

前述したように、従前の行為の影響力をどの程度除去したかは、因果性の遮断の判断において問題となるが、それは同時に共同正犯性の解消の判断にも関係する。

首謀者として犯行計画の立案等について主導的な役割を果たした場合や、武器・情報を共犯者に提供した場合など、謀議その他の準備行為や従前の実行行為における寄与度が高く、その影響下で残余者の実行行為が行われた場合には、当初の謀議によって形成された相互利用補充関係に基づいて実行行為が行われたといえるので、その実行行為およびそれによって生じた結果は当初の共謀の射程に含まれるといいやすい。他方、そのように従前の行為の寄与度が高かったとしても、その影響力を除去するための措置がとられたときには、たとえ因果性が遮断されたとまではいえなかったとしても、その後に行われた残余者の行為は、当初の共謀とは無関係に行われたと評価される可能性がある。また、従属

的な役割しか果たしていないとか、共謀関係にある群衆の一人にすぎないなど、もともと従前の行為の寄与度がそれほど高くないときは、当初の共謀の影響が少ないので、そのような者が共同正犯関係から離脱すれば、その後は新たな共謀ないし犯意によって犯罪が実現されたといえることが多い。

離脱の時期も重要である。単なる謀議の段階であれば、結果発生の危険が高まつておらず、従前の行為の影響力はあまり大きくないので、離脱行為によってその影響力を除去することが比較的容易であり、共同正犯関係の解消も認められやすい。これに対し、実行の着手の直前や実行の着手後であれば、結果発生の危険が高まっているため、従前の行為の影響力を除去することが困難な場合が多く、共同正犯関係の解消も否定される傾向にある。

⑤ 当初の共謀と実行行為との関連性

共同正犯関係の解消が問題となるのは、共犯の錯誤とは異なり、共謀の内容と実現された結果とが同一の構成要件に属する場合であるが、前述したように、計画変更型の事案など、共謀と異なる内容の実行行為が行われる場合もありうる。そこで、当初の共謀や従前の行為と残余者の実行行為とがどの程度密接な関連を有するのかも考慮すべきである。

その判断においては、法益侵害の量・程度や行為態様・行為状況などに着目する必要がある。当初の共謀や従前の行為と残余者の実行行為とが法益侵害の量・程度や行為態様・行為状況などの点において相違がなければ、当初の共謀に基づいて実行行為が行われたといやすい。逆に、これらの点について大きな相違があれば、当初の共謀とは無関係に新たな共謀や犯意に基づいて実行行為が行われたと評価される可能性が生じる。⁽⁶⁾

時間的・場所的近接性や機会の同一性も、当初の共謀や従前の行為と残余者の実行行為との関連性の程度に影響を及ぼす。たとえば、共謀者の一部が離脱した直後に残余者が実行行為を継続したときには、通常は、当初の共謀の影響力が残った状況で残余者の実行行為が行われたといえるから、当初の共謀と残余者の実行行為との関連性は強い場合が多

いと考えられる。逆に、当初の共謀や従前の行為と残余者の実行行為との間に時間的・場所的離隔があるときには、両者の関連性が弱く、残余者による実行行為は新たな共謀や犯意に基づいて行われたと評価すべき場合がありうる。また、犯行継続の障害となる事情が発生したために共謀者が解散し、その後、一部の者が再び集まって異なる犯罪を實行した場合、当初の共謀に基づく危険はいったん客観的に消滅しているから、仮に時間的・場所的な近接性が認められたとしても、その後の犯行は、別の機会に行われたものであり、原則として新たな犯意や共謀に基づく行為となるといってよい。

②主観的な事情

①犯意の断絶、共同犯行の意識の消滅・減退

共謀の中核は、自分達の犯罪を共同して遂行しようという共同犯行の意識である⁶³。したがって、残余者による実行行為が新たな犯意や共謀に基づいて行われたかどうかを判断する際には、共同犯行の意識が消滅または減退したかどうかを重視する必要がある。離脱の意思表示および残余者の了承によって共同犯行の意識が消滅または減退したときには、その後の実行行為は当初の共謀とは無関係に行われたといえる場合が多いであろう。

もつとも、離脱の意思表示とその了承があったからといって、常に共同正犯関係の解消が肯定されるわけではない。離脱の意思表示と了承によって共同犯行の意識が消滅したとしても、当初の共謀において綿密な犯行計画が立てられ、その計画に従って犯行が遂行された場合や、従前の行為において重要な因果的寄与を果たした場合など、当初の共謀および従前の行為の強い影響下で残余者の実行行為が行われた場合は、その実行行為は当初の共謀に基づいて行われたと評価すべきである。

⑥ 動機・目的の変更

犯行の動機や目的に変化が生じたかどうか、一つの考慮要素となる。共謀者の一部が共謀関係から脱退した後、残余者が当初の動機や目的とは異なる動機や目的で実行行為を行ったときには、その実行行為は新たな犯意や共謀に基づいて行われたといえる場合がありうる。

3 具体的帰結

このような観点から、前述した裁判例の事案がどのように解決されるのかを類型ごとに検討することにした。すでに述べたように、いずれの事案も、因果性の遮断を認めるのは困難であると考えられるから、ここでは、共謀の射程が認められるかを中心に検討する。

(1) 第一は、離脱型の事案である。離脱型の事案においては、通常、共謀者の一部が離脱した後も、残余者は当初の共謀の内容をそのまま実現するから、当初の共謀と実行行為との関連性が弱まったり、離脱後に犯行の動機や目的に変化が生じたりすることはあまりないと考えられる。むしろ、離脱行為が行われたことによって、従前の行為から生じた効果がどの程度除去されたのか(①a)、また、共同犯行の意識が消滅したのか(②a)が、特に重要となる。そして、実行の着手の以前に共同犯行の意識が消滅した場合には、従前の行為の寄与度が高いなどの事情がない限り、その実行行為は当初の共謀の射程外にあるといつてよいであろう。

①東京地判昭和三十一年六月三〇日は、事実関係の詳細が不明であるため断定はできないが、Xが離脱したのはYらが偽造の実行に着手する前であり、離脱の意思表明と了承によって従前の行為の効果を相当程度除去したといえること、離脱の後、残余者が自分たちだけで偽造を実行しようという新たな共同犯行の意識を形成したと考えられることから、

共同正犯関係の解消を認めてよいであろう。

④東京地判平成一二年七月四日も、共同正犯関係の解消を肯定することは可能である。東京地裁の指摘するように、Xは共犯者の中で各段に最年少の少年少の少年であり、逮捕前も従属的な役割しか果たしていない。また、Xが逮捕後に警察の捜査に協力したことは、従前の行為の効果を除去するものとまではいえないが、Yらは、そのことを認識した結果、Xがいれば敵側に寝返ったと考えたであろうから、Xとの共同犯行の意識は消失したといつてよい。こうした事実からすると、Xの逮捕後に行われたYらの犯行は、Xの関与した当初の共謀とは別の新たな共謀に基づいて行われたものであり、共同正犯関係の解消が認められる。

これに対し、⑤大阪高判昭和四一年六月二四日では、Xらは強姦の実行を断念して退去することとし、Yもこれを了承しているが、Xらが退去したのは、Xらの共謀に基づいてYが被害者を旅館の部屋に連れ込んだ後であり、Yの強姦は、そのようなXらの行為の効果を利用して遂行されている。また、Xらは、共犯関係から積極的に脱退したというより、旅館の主人から入室を断られてやむなく退去したのであるから、共同犯行の意識も完全に消失したとはいえない。このような事実を踏まえると、Yの強姦は、Xらの関与していた当初の共謀に基づいて行われたといえ、共同正犯関係の解消を否定すべきであったと思われる。

また、⑥神戸地判昭和四一年二月二日の結論にも疑問がある。神戸地裁は、離脱の意思表示と了承があったこと、その後、予想外の離れた場所的で強姦が行われたことなどを理由に、共犯関係の解消を肯定している。確かに、Xらは、他の者に先を越されたために姦淫を諦めており、その後は共同犯行の意思が消失しているともいえる。しかし、Wらは、Xらが退去した後も、当初の強姦の犯意を維持し、また、被害者を解放することなく反抗抑圧状態を継続したまま場所を移動して強姦に及んでいるのであるから、Xらの退去後の強姦は、Xらの関与した当初の共謀に基づいて行われたも

のであり、共犯関係の解消は肯定できないように思われる。

(2) 第二に、自然消滅型の事案は、明確な離脱行為がなく、一定の時間が経過した後に残余者が犯行を実行するところに特徴がある。そこで、時間的な離隔やそれに伴う状況の変化等によって、従前の行為の効果などの程度減退したか(①a)、当初の共謀や従前の行為と残余者の実行行為との関連性が弱まったか(①b)、共同犯行の意識が消滅したか(②a)、動機や目的に変化が生じたか(②b)が問題となる。自然消滅型においては、明確な離脱行為がないため、共同犯行の意識が消滅したかどうかが判然としない場合も多いが、実行の着手の以前に共同犯行の意識が消滅したと認定できれば、原則として実行行為は当初の共謀に基づくものではないといつてよいであろう。

④東京地判昭和五二年九月一二日では、Yのトルエン販売はXの提案を契機としており、Xの行為が構成要件の実現に寄与したことは否定できない。しかし、共謀から実行行為まで二か月という長期間が経過しており、その間に、共同生活していたXらが喧嘩などにより分かれて生活するようになったり、Xらが経済的に安定してトルエン販売の必要性が乏しくなったりするなど、共謀の背景にあった事情が大きく変化している。また、Xらがトルエン販売について話合った形跡もなく、また、Xらはトルエンの保管や販売に無関心であり、実行の着手以前に共同犯行の意識は消失していたと考えられる。こうした点からすると、Yのトルエン販売は、新たな犯意に基づいて行われたものであり、共謀の射程外の行為であるといえよう。

また、⑤大阪地判平成二年四月二四日でも、実行の着手以前にXは襲撃実行の意思を完全に失っており、YやZらもそのことを認識し、YはXに代えてZを実行行為担当者に指名しているのであるから、Yらは、Xを除く自分達だけで襲撃を実行しようと決意したといつてよい。したがって、Zによる実行行為は、新たな共謀に基づいて行われたものであり、共犯関係の解消が認められる。

(3) 第三に、排除型は、共謀者の一部が一方的に他の者を犯行から排除した後、当初の共謀の内容どおりに犯行を継続するというものであるから、排除行為によって、当初の共謀と実行行為との関連性が弱まったり、犯行の動機や目的に変化が生じたりすることは少ない。むしろ、従前の行為の影響力がどの程度残存しているか(①a)を考慮しつつ、排除行為によって共同犯行の意識が消失したかどうか(②a)が重要となろう。排除型では、離脱型と異なり、犯行を継続する者自身が他の者を排除するため、その後の犯行は、当初の共謀とは関係なく新たな犯意や共謀に基づいて行われるといえる場合が多いであろう。

たとえば、⑦名古屋高判平成一四年八月二九日では、Xの従前の暴行による影響が残った状態でYが暴行を継続したことは否定できない。しかし、犯行の中心的役割を担うYがXに立腹して殴打するという強力な手段を用いてXを失神させている。これは、Xを排除して残余人だけでその後の犯行を継続するという強い意思の表れであり、もはや共同犯行の意識は完全に消滅したといえる。そうであるとすれば、その後の実行行為は、当初の共謀ではなく新たな犯意に基づくものというべきであり、共同正犯関係の解消を肯定してよいであろう。

(4) 第四に、計画変更型は、共謀者の一部が他の者の了解なしに当初の計画を変更し、その一部の者だけで変更された内容の犯行を実行するところに特徴がある。そのため、従前の行為の影響力がどの程度残存しているか(①a)を考慮しつつ、当初の共謀の内容と現実に行われた行為の内容とが法益侵害の量・程度や行為態様においてどの程度相違しているのか(①b)、また、共謀者の一部が他の者の了解なしに当初の計画を変更した結果、共同犯行の意識が消失したか(②a)、動機や目的に変化が生じたか(②b)が問題となる。

⑦大阪高判昭和六三年七月二六日では、ニキログラムの覚せい剤の輸入について謀議を遂げたところ、Yらが五キログラムの覚せい剤を輸入したのであるから、共謀の内容と実行行為との間においては単に法益侵害の量が増加したにす

ぎないともいえる。しかし、余分に輸入した覚せい剤の量は、決して少量ではなく、むしろ、当初予定していた二キログラムをも上回る量であった。また、五キログラムの覚せい剤を輸入するに至った経緯は、まず、当初の共謀に基づき二キログラムの覚せい剤について代金を支払った後、XとYらとの折合いが悪くなり、そのころ、新たに三キログラムの覚せい剤の輸入が可能となったことから、Yらはその三キログラムの覚せい剤についてはXに隠して保管することとし、いわばXを排除して三キログラムの覚せい剤を輸入したというものである。こうした事実を踏まえると、当初の共謀において予定されていた二キログラムの覚せい剤の所持と、その後Xを排除して輸入された三キログラムの覚せい剤の所持とは、異なる共謀に基づいて実行された別個の犯罪であると評価することが可能であり、共謀の射程の範囲外の行為であるといえる。

③最判平成六年一月六日では、侵害現在時におけるXの行為の寄与度はそれほど大きくなく、Xの行為は侵害終了後における追撃行為に因果的影響力を有していないとする理解もありうるが、前述したように、Xの行為から生じた物理的・心理的効果が追撃行為の時点で消滅していたといいたい。ただ、本件のような正当防衛の事案においては、急迫不正の侵害から権利を防衛することが共謀の最大の目的・動機なのであるから、共謀の射程の限界を画する際にも、侵害の事実の存否や侵害の認識の有無を重視すべきであろう⁶⁴。本件においては、当初の共謀の内容や侵害現在時の行為と侵害終了後の行為とは、急迫不正の侵害の有無という点で客観的状況が大きく変化するとともに、侵害の事実を認識した上での攻撃か否かという点で犯意の内容も異にしていることから、侵害終了後の追撃行為は新たな共謀に基づいて行われたといえ、侵害現在時の行為についてのみ共同正犯が成立する。

五 結びに代えて

(1) 本稿は、共謀の射程という視点に着目しつつ、共同正犯関係の解消の判断基準について考察したものである。本稿の考察によって得られた結論は、以下のとおりである。

個人責任の原則を前提とすれば、自己の行為と因果関係を有する範囲でのみ責任を問われるべきである。したがって、従前の行為と結果との間の因果性を遮断したといえるときには、共同正犯関係の解消が肯定される。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、因果性の遮断の判断は規範的評価である。

ただ、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、共同正犯関係の解消が認められる。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、共謀の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を判断する。共同正犯関係の解消が問題となる事例は、離脱型、自然消滅型、排除型、計画変更型の四つに分類され、各事例の特徴に応じて共謀の射程の有無が判断されることになる。

(2) 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、因果性は遮断されずに共同正犯生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。その場合に、教唆犯や幫助犯の成立が肯定される場合と、否定される場合との区別基準が問題となるが、本稿では、その点について検討することができなかった。他日を期したい。

また、学説の中には、共犯関係の解消が認められたとしても、離脱者が残余者の行為を阻止しなかったことから、不作為犯の正犯の成立が認められようとする見解が唱えられている。従前の共犯行為を先行行為と捉え、離脱者に作為義務を認めるのである。確かに、離脱者は自己の行為によって危険を生じたにもかかわらず結果を防止しなかった以上は、先行行為を根拠とする不作為犯が成立する可能性はあるかもしれない。しかし、従前の共犯行為を先行行為と捉えて不作為犯の成立を認めるとすると、教唆犯や幫助犯はすべて不作為犯に問われることになりかねないことから、慎重な検討を要する。この点についても、機会を改めて検討することにした。

(1) 「共犯関係からの離脱」と「共犯関係の解消」は、同じ意味で用いられることも多いが、本稿は、現場等から離れるという事実行為を「共犯関係からの離脱」と呼び、離脱等の行為によってそれ以降の結果について責任を問われまいという法的評価が生じることを「共犯関係の解消」ということにする。任介辰哉「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成二年度)』(法曹会、二〇一三年)一七二―一七三頁注参照。

(2) 塩見淳「共犯関係からの離脱」法教三八七号(二〇一二年)九四―九五頁は、共犯関係から脱退した場合を「共犯関係からの離脱」、明確な脱退行為はないものの共犯関係が一旦終了し、それとは別個の犯罪が行われた場合を「共犯関係の解消」と呼び、両者を区別している。前者は本稿のいう自然消滅型や計画変更型に、後者は離脱型にそれぞれ相当するように思われる。さらに、大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣、第四版、二〇〇八年)三四九―三五〇頁注三一参照。しかし、黙示による離脱の意思表示があった事例などを想起すると、両者の区別は必ずしも明確ではない。むしろ、それらの事例を統一的な基準により解決すべきではないかというのが、本稿の問題意識である。

(3) 拙稿「共謀の射程について」川端博ほか編『理論刑法学の探求3』(成文堂、二〇一〇年)七三頁以下。

(4) 共犯関係の解消と共謀の問題との理論的な関連性に言及するものとして、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、二〇〇二年)三七―一頁、前田雅英『刑法総論講義』(東京大学出版、第五版、二〇一一年)五四―三頁、今井猛嘉「共犯関係からの離脱」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、二〇〇七年)一一九頁、橋爪隆「共犯関係の解消について」法教四一四号(二〇一五年)一〇六一―一〇七頁などがある。

(5) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣、一九七五年)三八四―三八五頁、西田典之『刑法総論』(弘文堂、二〇〇六年)三四六頁以下、山口厚『刑法総論』(有斐閣、第二版、二〇〇七年)三五二頁以下、井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣、二〇〇八年)五〇四頁以下、林幹人『刑法総論』(東京大学出版会、第二版、二〇〇八年)三八五頁、山中敬一『刑法総論』(成文堂、第三版、二〇〇八年)九五八―九五九頁、川端博『刑法総論講義』(成文堂、第三版、二〇一三年)六三三頁、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、二〇一三年)三九〇頁以下、橋本正博『刑法総論』(新世社、二〇一五年)二九八頁など。

(6) 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、一九九一年〕一八二頁参照。

(7) 着手前の離脱の事例において、松江地判昭和五一年一月二日刑月八卷二一―二二号四九五頁は、「離脱しようとするもの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れたとはいえない」とする。また、最決平成二一年六月三〇日刑集六三卷五号四七五頁は、被告人が共犯者数名と同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とも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事例について、共謀関係の解消を否定した。被告人が現場の下見などの準備行為や謀議に参加していること、立ち去った共犯者による離脱の通告が一方的なものにすぎなかったこと、実行者は被害者の住居にすでに侵入して他の共犯者のために侵入口を確保しており、財物奪取の危険が差し迫っていたことなどから、着手前であっても、共謀関係の解消のためには何らかの結果防止措置を講ずることが必要であるとしたものと解される。

(8) 西田典之ほか編『注釈刑法第一卷』(有斐閣、二〇一〇年)八六三―八六四頁(島田聡一郎)。

(9) 任介・前掲注(1)一八〇頁参照。

(10) 坪井祐子ほか「共犯(3)の2」判タ一三八八号(二〇一三年)四八頁。

(11) 共犯関係の解消をめぐるわが国の学説の状況について詳しくは、王昭武「共犯関係からの離脱」同志社法学五八巻一号(二〇〇六年)一八四頁以下参照。

(12) 原田・前掲注(6)一八九頁、西田典之「共犯の中止について——共犯からの離脱と共犯の中止犯——」法協一〇〇巻二号(一九八三年)二四〇―二四一頁、『共犯理論の展開』(成文堂、二〇一〇年)所収、二五二―二五三頁、林・前掲注(5)三八七頁、島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修七四一号(二〇一〇年)一六頁注一五、今井康介「判批」上智法学論集五四巻二号(二〇一〇年)一四八頁。

- (13) 西田・前掲注(12)二四〇頁〔「共犯理論の展開」所収、二五三頁〕、島田・前掲注(12)二六頁注一五、今井・前掲注(12)一四八一―一四九頁。
- (14) 実際、福岡高判昭和六三年二月二日高検速報昭和六三年一八七頁は、類似の事案において共犯関係の解消を否定している。被告人XとYが共謀の上、第一現場でAを強姦しようとしたが、未遂に終わり、Xが立ち去った後、約二〇分後に約七・五キロメートル離れた第二現場でYがAを姦淫した事案において、福岡高裁は、第二現場に至るまでYは強姦の犯意を喪失しておらず、また、XおよびYの暴行・脅迫によって生じた反抗抑圧状態も継続していたことから、第一現場での強姦未遂と第二現場での強姦既遂とは包括一罪であるとし、「被告人が共謀関係から離れないしこれを解消したというるためには、被告人がYにもはや共謀に基づいて犯行を継続する意思がなくなったことを告げ、Yの犯行を止めさせたうえ、その後は当初の共謀に基づく犯行を継続することのないような状態を作出すことが必要であるが、被告人が右のような行為にまで及んだものでない」と述べている。
- (15) 島田聡一郎「判批」判評五三四号（二〇〇三年）四一―四二頁。
- (16) 島田・前掲注(12)六頁、原口伸夫「共犯からの離脱、共犯関係の解消」新報二二二卷一一二二号（二〇一五年）二〇六頁。
- (17) 今井・前掲注(12)一四九頁。
- (18) 島田・前掲注(12)六頁、小林憲太郎「判批」判評五四六号（二〇〇四年）四〇頁、橋爪・前掲注(4)一〇八頁、原口・前掲注(16)二〇九頁。排除型の事案において共犯関係の解消を否定した裁判例として、大判昭和九年二月一日刑集一三卷二二七頁がある。Xが、変造株券を行使して他人から金員を騙取することを計画したYから、変造株券を調達してくれる者を探してくれと依頼されたため、ZとともにYにWを紹介したところ、YがWの調達した変造株券を行使してAから金員を騙取した事案において、Xが変造株券行使罪および詐欺罪の幫助に問われたものである。Yが、変造株券を入手する以前に、「変造株券の買入れを中止する」とXを偽り、関係を絶とうとしたことから、Xにおける幫助犯の成立が否定されるのではないかが争われた。大審院は、「縦令右Xノ所爲後所論ノ如クYカ判示變造株券ヲ入手スル以前ニ於テ被告人Xニ對シ變造株券買入方ヲ中止スル旨許リ申出テ關係ヲ絶チタリトスルモ被告人Xニ於テ自己ノ行爲ニ因リYノ變造株券行使詐欺ノ實行ヲ阻止シ之ヲシテ右犯罪ヲ實行スルニ至ラシメサリシ場合ハ格別被告人Xニ於テ何等實行阻止ノ手段ヲ講スルコトナク被告人Yニ於テ判示變造株券行使詐欺ノ實行ヲ遂行シタル本件ニ於テハ被告人Xハ變造株券行使詐欺罪ノ從犯タル責ニ任スヘキモノニシテ被上兩者關係ノ斷絶ハ被告人Xカ前示幫助行爲遂行後ノ事ニ屬スルヲ以テ正犯タル被告人Yニ於テ任意ニ變造株券行使詐欺ノ犯行ヲ中止セザル限り被告人Xニ對シ中止犯ニ依ル刑ノ減免ヲ爲スヘキモノニアラサルヤ疑ヲ容レズ」と判示し、幫助犯の成立を認めた。

(19) 大阪高判平成二年三月二八日判タ七四二二二〇頁は、被告人XとYがアメリカからのコカインの輸入を共謀した際、輸入したコカインはXの所

有であるとの了解の下に、コカインをXの知人に郵送することとしていたにもかかわらず、Yがこれを独り占めするためXに内密でYの母親の経営する事務所の者に宛先を変更して郵送した事案につき、「共謀共同正犯が成立するためには、二人以上の者が一定の犯罪を実現しようとして謀議したうえで、その全部又は一部の者がその犯罪を実行することをもって必要かつ十分とするものであり、これを本件についてみれば、被告人とYが共謀し、二人が実現しようとした一定の犯罪というのは、本件コカインを米国ロスアンゼルス市内の郵便局から航空郵便に付して本邦内に密輸入するということであり、本件コカインの所有関係や、本邦内での届け先如何は本件共謀共同正犯が成立するために必要な共謀内容とは無関係な動機事情に過ぎず、Yが当初の共謀どおり、本件コカインを米国ロスアンゼルス市内の郵便局から航空郵便に付し、本件犯行を遂行した以上、共謀どおりそれが実行されたものとして被告人が共謀共同正犯者としての責任を負担することは明らかである」として、麻薬輸入罪の共同正犯の成立を肯定している。

- (20) 東京地判平成元年九月二日刑集四八卷八号五六七頁。
- (21) 東京高判平成二年二月二七日刑集四八卷四号五七一頁。
- (22) 佐伯仁志「判批」ジュリー一二五号（一九九七年）一五〇頁、橋爪隆「共謀の限界について——共謀の射程・共謀関係の解消——」刑法雑誌五三卷二号（二〇一四年）一七五頁。
- (23) 只木誠「判批」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論』（有斐閣、第五版、二〇〇三年）一九一頁、東公明「判批」創価法学二六卷二二三号（一九九七年）一八〇頁、山口厚『基本判例に学ぶ刑法総論』（成文堂、二〇一〇年）二七三頁。
- (24) 葛原力三「判批」平成二二年度重要判例解説（二〇一〇年）一八〇頁、今井・前掲注(12)一四八一—四九頁。
- (25) 前田・前掲注(4)五四五頁。なお、同『刑法総論講義』（東京大学出版会、第六版、二〇一五年）三六五頁参照。
- (26) 山中・前掲注(5)九六〇頁。
- (27) さらに、因果性の遮断を規範的評価であるものとして、井田・前掲注(5)五〇五頁。伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、二〇一〇年）三八六頁、沼沼亮介「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、二〇一一年）二八四頁、成瀬幸典「共犯関係からの離脱について—立教法務研究七号（二〇一四年）一四八—一四九頁などがある。
- (28) 井田・前掲注(5)五〇五頁。
- (29) 沼沼・前掲注(27)二八四頁。
- (30) 橋爪・前掲注(4)一〇五—一〇六頁。

- (31) 塩見・前掲注(2) 一〇〇頁、山中敬一「共犯関係からの離脱」『立石六先生古稀祝賀論文集』(成文堂、二〇一〇年) 五六九―五七〇頁、坪井ほか・前掲注(10) 四八頁。嶋矢貴之「共犯の諸問題―共犯と錯誤、共犯の離脱、承継的共同正犯、共謀の射程」法時八五巻一号(二〇一三年) 三〇頁は、實際上、因果性を完全に解消することは困難であることを考慮し、因果性の解消の代替的措置として、犯罪遂行を阻止する方向での影響力を及ぼしたときには、共犯関係の解消を肯定してよいとする。
- (32) 大塚仁・福田平『刑法総論Ⅰ』(有斐閣、一九七五年) 三九八頁、大塚・前掲注(2) 三四七―三四八頁。
- (33) 橋爪・前掲注(4) 一〇九―一一〇頁。
- (34) 島田・前掲注(12) 一一頁。
- (35) 成瀬・前掲注(27) 一三八―一三九頁参照。
- (36) もともと、島田聡一郎「判批」判評六四一号(二〇一二年) 三三頁は、豊田兼彦「判批」刑ジャ二七号(二〇一一年) 八五―八六頁の見解を支持している。
- (37) 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) 一三八頁以下。
- (38) 西田編・前掲注(8) 八六六頁(島田)。
- (39) 岡野光雄「共同正犯からの離脱」研修五〇九号(一九九〇年) 一〇頁。
- (40) 岡野・前掲注(39) 一〇―一一頁。萩原滋「共犯の離脱・解消」岡法五八巻二号(二〇〇八年) 一四頁以下、日高義博「判批」専修ロ一六号(二〇一一年) 二五四頁以下参照。
- (41) 松宮孝明『刑法総論講義』(成文堂、第四版、二〇〇九年) 三二六―三二七頁。
- (42) 松宮・前掲注(41) 三二六―三二七頁。同頁、葛原前掲注(24) 一八〇頁、金子博「判批」立命館法学三三三号(二〇一〇年) 二九二―二九三頁、豊田・前掲注(36) 八五頁。
- (43) 島田・前掲注(36) 三三三頁参照。
- (44) 豊田・前掲注(36) 八五―八六頁。
- (45) その意味では、因果関係の存在は相互利用補充関係の判断の前提となるものであるといえる。これに対し、成瀬・前掲注(27) 一四二頁以下は、共謀関係の解消の後に因果性の遮断を判断している。なお、共謀共同正犯とりわけ支配型においては相互利用補充関係が存在しないとせずし

も相互利用補充関係という概念によって共同正犯の本質を説明できるわけではないとの指摘もなされている。橋爪隆「共謀の意義について(2)」法教四一三号(二〇一五年)一〇二頁。ただ、本稿は、各人が意思連絡のもと相互に協力し合って結果の実現に重大な寄与をしたという意味で相互利用補充関係という語を用いることにする。

(46) 橋爪・前掲注(4) 九九頁。

(47) 葛原・前掲注(24) 一八〇頁。

(48) 原口・前掲注(16) 二二四―二二五頁。

(49) 原口伸夫「共犯からの離脱」東海大学文明研究所紀要二二号(二〇〇一年)九五頁以下、原口・前掲注(16) 二〇四頁以下。

(50) 原口・前掲注(49) 九九頁。

(51) 原口・前掲注(49) 九九頁以下は、自分の寄与を解消できず、新たな共犯関係も形成されなかったときに、共同正犯の成立が否定され、教唆犯や對助犯にとどまる場合があることを認めている。

(52) 原田・前掲注(6) 一九六頁注一四、林幹人『判例刑法』(東京大学出版会、二〇一二年)一四七頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、二〇一三年)三八九―三九〇頁、松原・前掲注(5) 三九二頁、照沼・前掲注(27) 二八六頁、橋本・前掲注(5) 三〇〇―三〇一頁、橋爪・前掲注(4) 一〇六頁。

(53) 島田・前掲注(36) 三三頁は、西田・前掲注(12) 二四三―二四四頁(『共犯理論の展開』所収、二五六頁)のように、因果性の遮断が否定されるときに共同正犯が狭義の共犯かを別途判断するということは、因果性遮断説が主張された当初から前提とされてきたことであると指摘する。ただ、少なくとも、従来の因果性遮断説の多くは、その点を明示的には主張してこなかったし、因果性の遮断を柔軟に判断することによって適切な結論を導き出すとする傾向にあったというべきであろう。なお、佐久間修「共犯の因果性について——承継的共犯と共犯関係の解消——」法学新報二二一卷一一―一二号(二〇一五年)一八五頁以下参照。

(54) 西田・前掲注(12) 三三〇頁以下(『共犯理論の展開』所収、二四三頁以下)、橋爪・前掲注(4) 一〇一頁以下。さらに、齊藤彰子「共犯からの離脱と解消」刑ジャ四四号(二〇一五年)二〇頁以下参照。

(55) 島田・前掲注(15) 四〇頁。

(56) 原田・前掲注(6) 一八三頁。

(57) 西田・前掲注(12) 二三四―二三五頁(『共犯理論の展開』所収、二四九頁)、橋爪・前掲注(4) 一〇二頁。

共謀の射程と共同正犯関係の解消

同志社法学 六七巻四号 四一四（一九九二）

(58) 拙稿・前掲注(3) 九四頁以下。

(59) 大谷實『刑法講義総論』(成文堂、新版第四版、二〇一二年) 四七〇頁、前田・前掲注(25) 三六三頁以下、王・前掲注(11) 二二〇頁以下。

(60) 橋爪・前掲注(4) 一〇七頁は、共謀の射程の観点と共犯関係の解消の観点とを併用することによって共犯関係を否定する余地があるとす。

(61) 拙稿・前掲注(3) 一〇〇頁以下、拙稿「共謀の射程と量的過剰防衛」『川端博先生古稀記念論文集「上巻」』(成文堂、二〇一四年) 七二一―七二二頁。

(62) もっとも、この点は、当初の共謀においてどの程度具体的に行為態様が特定されていたかによって結論が変わりうる。共謀において犯行の日時、場所、方法等が具体的に特定されており、また、その特定に重要性があるときは、特定された日時等の実行行為のみが共謀の射程内であり、それ以外の実行行為は新たな共謀に基づくといえる場合が多いであろう。これに対し、共謀において、犯行の日時、場所、方法等が具体的に特定されていない場合や、具体的に特定されていたとしてもその特定にそれほど大きな意味がない場合は、特定された日時等以外に実行行為が行われたとしても共謀の射程内であるといえよう。

(63) 裁判所職員総合研修所監修『刑法総論講義案』(司法協協会、三訂補訂版、二〇〇七年) 三一九頁。

(64) 拙稿・前掲注(61) 七二四頁。

(65) 島田・前掲注(12) 二二―二三頁。