

共犯からの離脱と幫助犯の成否

豊田 兼彦*

目 次

- I はじめに
- II 因果性遮断説からの説明
- III 裁判例の分析
- IV おわりに

I はじめに

共犯からの離脱¹⁾の問題については、現在、離脱により因果性を遮断したと評価できる場合に共犯関係の解消を認める因果性遮断説が通説となっており²⁾、判例も、これを採用しているとされる³⁾。そして、因果性遮断説においては、共同正犯からの離脱の問題と広義の共犯からの離脱の問題とを区別し、共同正犯関係の解消が認められても幫助犯の成立する余地はあるとする見解が増えている⁴⁾。その多くは、離脱により共同正犯の正犯

* とよた・かねひこ 関西学院大学大学院司法研究科教授

- 1) 本稿では、事実的な行為を「離脱」、共犯関係がなくなったという法的評価を「解消」と呼ぶことにする。これは、最決平成21・6・30刑集63巻5号475頁の用語法に従ったものである。この点につき、任介辰哉「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」最判解刑事篇平成21年度(2013年)172頁以下参照。
- 2) 本稿が献呈されるべき浅田和茂教授も、因果性遮断説に立っている。浅田和茂『刑法総論(補正版)』(2007年)465頁参照。
- 3) 任介・前掲注1)177頁,180頁参照。実務に大きな影響を与えたのは、最決平成元・6・26刑集43巻6号567頁(「おれ帰る」事件)の調査官解説である原田國男「共犯関係が解消していないとされた事例」最判解刑事篇平成元年度(1991年)182頁である。
- 4) 原田・前掲注3)187頁,小林憲太郎「共犯関係の解消について」川端博ほか編『理

性がなくなれば共同正犯関係の解消は認められるが、物理的因果性が残っている場合には、その点が幫助として評価されうると説明する。

しかし、実務を見ると、「実際に幫助に落とした判例は見当たらない」といわれているように⁵⁾、共同正犯関係の解消が認められた事案で幫助犯の成立を肯定した裁判例は、物理的因果性の残存を否定しがたい事案についてのもを含めても、ほとんど見当たらない。筆者が調べた限りでは、1件しかない⁶⁾。

つまり、学説上の説明によれば幫助犯の成立が認められてもおかしくない場合であっても、実務上は必ずしもそうになっていない(共同正犯だけでなく幫助犯の成立も認められていない)ということである。この学説と実務のギャップ、それも実務の方がより謙抑的な態度を示しているように見える現状は、もっと注目されてよいように思われる。それにもかかわらず、この現状について論じられることは、これまでなかったように思われる。

そこで、本稿では、この現状についての議論の素材を提供するために、因果性遮断説からの説明を確認した上で、関連する裁判例を分析することとしたい。

ㄨ 論刑法学の探究⑨(2016年)195頁注4、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年)390頁、十河太郎「共謀の射程と共同正犯関係の解消」同志社法学67巻4号(2015年)395頁、照沼亮介「共犯からの離脱」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』(2011年)286頁、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)143頁、西田典之『共犯理論の展開』(2010年)256頁、橋爪隆「共犯関係の解消について」法学教室414号(2015年)106頁、橋本正博『刑法総論』(2015年)301頁、林幹人『判例刑法』(2011年)147頁、松原芳博『刑法総論(第2版)』(2017年)417頁以下など。中野次雄『刑法総論概要(第3版補訂版)』(1997年)150頁、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』(2010年)569頁以下も、共同正犯性の否定と因果性の遮断とを区別し、共同正犯性が否定されても狭義の共犯の成立はありうるとする点で、ここに加えてよいであろう。

5) 原田・前掲注3)196頁注14参照。

6) 共謀に関する判例を収集しているときに偶然発見した。詳しくは後で紹介する。

II 因果性遮断説からの説明

1 因果性遮断説の概要

因果性遮断説は、因果的共犯論（因果共犯論）を基礎とする。因果的共犯論とは、共同正犯を含む広義の共犯の処罰根拠は結果に対する因果性にあるとする見解である⁷⁾。これによれば、共犯から離脱して、その後の犯行に対する因果性を遮断すれば、共犯関係が解消され、共犯の責任を問えなくなる。共犯の処罰根拠を欠くからである。そして、ここにいう因果性とは、心理的因果性と物理的因果性を意味するので、因果性の遮断が認められるためには、心理的因果性と物理的因果性の両方を遮断する必要があるとされる⁸⁾。

もともと、しばしば指摘されるように、事実的な因果性を後から完全に遮断することは実際上きわめて困難であり、因果性の内容を事実的なものに限定すると、共犯関係の解消が認められる範囲が狭くなりすぎるおそれがある。

そこで、因果性遮断説は、共犯の因果性の内容や遮断の理解に規範的な観点を取り込むことにより、このおそれを解消しようとする⁹⁾。例えば、橋爪隆教授は、「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

7) 結果に対する因果性は個人責任の原則からくる当然の前提であって、これを共犯の処罰根拠として論ずることには疑問があるが（豊田兼彦「共犯の因果性」刑事法ジャーナル44号〔2015年〕5頁以下参照）、この点は取り上げない。

8) 心理的因果性のみが共犯の処罰根拠であり、これを遮断すれば共犯関係の解消を認めてよいとする見解もあるが（町野朔「惹起説の整備・点検」松尾浩也ほか編『刑事法学の現代的状況・内藤謙先生古稀祝賀』〔1994年〕113頁以下参照）、少数説にとどまっている。

9) 塩見淳『刑法の道しるべ』（2015年）135頁は、「確認されるべきは、因果性の遮断といっても、事実的なものではない点である」とする。

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」と説明する¹⁰⁾。照沼亮介教授も、危険の実現に注目し、「因果関係の判断が『行為の創出した危険性が結果の中に実現したといえるか』という、その意味において規範的な判断であることからすれば」、[「事実的な関連性が認められるとしても、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といえる場合には、当初の因果的影響は否定されると考えられよう」と説明する¹¹⁾。さらに、前田雅英教授は、共犯性の遮断とは「『因果性が結果(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』という規範的評価なのである」と述べている¹²⁾。

このように、因果性遮断説は、因果性の遮断を規範的なものとして理解している。そして、そこでの議論の焦点は、どのような場合に因果性の遮断を認めるべきかという判断基準ないし判断方法の精緻化に移りつつあるといえよう¹³⁾。

2 共同正犯性の否定と幫助犯の成立可能性

このような流れの中で、共同正犯関係の解消と因果性の遮断(広義の共

10) 橋爪・前掲注 4) 105頁以下。

11) 照沼・前掲注 4) 284頁。

12) 前田雅英『刑法総論講義(第6版)』(2015年)365頁。成瀬・前掲注 4) 148頁以下、井田良『講義刑法学・総論』(2008年)505頁も、同旨と思われる。

13) このような試みとして、例えば、十河・前掲注 4) 396頁以下、成瀬・前掲注 4) 141頁以下、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頁以下がある。

犯関係の解消）とを区別し、共同正犯関係の解消には因果性の遮断までは必要ではなく、共同正犯の正犯性の解消で足りるとする理解も広まってきた。注目されるのは、この理解からは、共同正犯関係が解消されても、物理的因果性が残っている場合には、幫助犯が成立する余地も残される点である¹⁴⁾。

例えば、佐伯仁志教授は、次のように述べる。「問題は、心理的因果性は消えたが物理的因果性が残っている場合である。例えば、侵入窃盗を共謀したAは、侵入に使う道具を用意した後、共犯からの離脱を表明して了承されたが、道具を回収しなかったので、他の共犯者がこれを用いて住居侵入窃盗を行った、という場合はどうだろうか。因果性が解消できていない以上、Aは住居侵入窃盗の共同正犯の責任を負うというのが、一般的な考えかもしれない。しかし、最初から侵入道具を貸しただけの場合に幫助しか成立しないのであれば、用意した道具が使われたという物理的因果性だけが残っている場合にも、共同正犯は成立せず、幫助の責任だけを負うと解するのが、バランスの取れた結論である¹⁵⁾。この見解の主眼は、物理的因果性が残っていても共同正犯とすべきでない場合があることを確認する点にあると思われるが、そこでは「幫助に落とす」ことも視野に入っている。このような見解は、他の因果性遮断説の論者からも示されている。例えば、橋爪教授は、「共同正犯の正犯性を認めるためには、共謀による心理的因果性が不可欠の要素である。したがって、物理的因果性が残存しているとしても、心理的因果性が解消されていれば、それ以降の犯行について共同正犯としての帰責を正当化することは困難であろう。物理的因果性のみが残存している事例については、関与者は共犯としての処罰を免れないとしても、幫助犯の限度で罪責を問われると解すべきであろう」とする¹⁶⁾。たしかに、因果性遮断説の立場からは、物理的因果性を遮断し

14) 注4)に掲げた文献を参照。

15) 佐伯・前掲注4)389頁以下。

16) 橋爪隆「共同正犯をめぐる問題(2)」警察学論集70巻8号(2017年)155頁。

たといえない限り、幫助犯の成立を否定することは困難であろう。幫助犯の成立には物理的因果性があれば足りるとされているからである。

Ⅲ 裁判例の分析

1 裁判例の概観

しかし、本稿の冒頭で述べたように、判例は、共同正犯の成立を否定した事案について幫助犯の成立を認めることに消極的である。物理的因果性が残っていると考えられる事案についても、である。

共同正犯の成立を否定した戦後の裁判例のうち、物理的因果性の残存を否定しがたいものは、少なくとも7件ある。古い順に、①福岡高裁昭和28年1月12日判決(高刑集6巻1号1頁)、②東京地裁昭和31年6月30日判決(判例体系31-3巻1100-6頁)、③静岡地裁沼津支部昭和46年7月16日判決(刑月3巻7号1017頁)、④東京地裁昭和52年9月12日判決(判時919号126頁)、⑤大阪地裁平成2年4月24日判決(判タ764号264頁)、⑥名古屋高裁平成14年8月29日判決(判時1831号158頁)、⑦大阪地裁平成23年12月20日判決(LLI/DB判例番号L06651100)である。

これらのうち、最後の⑦は、離脱者の「加担の程度は小さくはない」としながらも、幫助犯の成否を検討することなく無罪を言い渡しており、とくに注目される。他方、幫助犯の成立が認められたのは、③の1件だけである。

2 幫助犯の成立を認めていない裁判例

①福岡高裁昭和28年1月12日判決の事案は、強盗の共謀に加わった被告人が、強盗の着手前に離脱したというものである。被告人は、離脱前に、被害者宅についての情報や強盗に使用された道具(匕首)を強盗の実行犯に提供していたが、本判決は、「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盜の予備の責任を負うに止まり、その後の強盜につき共同正犯の責任を負うべきものではない。ただし、一旦強盜を共謀した者と雖も、該強盜に着手前、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、たとえ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うことができないし、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、被告人を強盜罪の教唆犯とした原判決を破棄し、強盜予備罪が成立するにすぎないとした。

この事案では、被告人が提供した強盜先の情報と匕首が強盜の犯行に使用されたことから、離脱により物理的因果性が遮断されたとはいいがたい¹⁷⁾。本判決については、共同正犯関係の解消を認めたこと自体に疑問が示されており¹⁸⁾、本件は、それだけ心理的・物理的因果性が強く残っていた事案であったと評価することができる。それにもかかわらず、本判決では、共同正犯の成立のみならず教唆犯や幫助犯の成立も認められなかったものであり、この点が重要である。

②東京地裁昭和31年6月30日判決は、被告人ら3名が公文書である廃車証明書の偽造・売却を共謀し、知事の署名のある証明書用紙を多数印刷・準備したが、被告人は、廃車証明書の作成に着手する前に他の共謀者の了解を得て離脱したという事案について、被告人を含めた3名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、被告人は公

17) 十河・前掲注4)375頁、松原・前掲注4)418頁、林幹人『刑法総論（第2版）』（2008年）387頁参照。

18) 西田・前掲注4)253頁、原田・前掲注3)189頁、島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修741号（2010年）16頁注15参照。

文書偽造罪の共同正犯の責任を負わないとした。

被告人は、偽造に使用された証明書用紙を印刷・準備しており、離脱後も偽造の犯行に対して物理的因果性を残していたことは否定しがたい¹⁹⁾。このため、西田典之教授は、被告人が「準備行為において果たした役割の重要性を吟味することなく、単なる共謀からの脱退で不可罰性を認めることには疑問があろう」として、幫助犯の成立を示唆している²⁰⁾。この他、被告人は「共犯としての罪責を負う」と明言する文献もある²¹⁾。このような事案であったにもかかわらず、本判決は、幫助犯の成立も認めていないのである。

この点については、①判決を含め、「これらは古い裁判例である」として裁判例としての価値を認めない見解もありうる²²⁾。たしかに、これらの裁判例が出たのは因果性遮断説が通説化する前のことであり、幫助犯が成立する余地のあることが意識されていなかった可能性がある。しかしながら、幫助犯の成立を認めない傾向は、後に紹介する裁判例が示すように、近時まで続いている。したがって、①②判決も、先例として参照されるべき価値は失われていないと思われる。

④東京地裁昭和52年9月12日判決の事案は、一緒に暮らしていたAないしEの5名が、トルエン6缶を窃取した際、1缶は皆で使用し、残り5缶は売って金は公平に分けることを共謀したが、その後5名は4か所に分かれて生活するようになり、トルエンもめいめい勝手に使用していたところ、共謀から2か月余りたった日に、Bが残っていた1缶を売却し、代金を独り占めしたというものである。これについて、本判決は、「共謀成立後本件販売行為までの2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

19) 十河・前掲注4) 375頁参照。

20) 西田・前掲注4) 252頁。

21) 島田・前掲注18) 16頁注15。

22) 島田・前掲注18) 16頁注15参照。

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2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4月17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、トルエンの販売をBの単独犯行とした。

ここでも、幫助犯の成立は認められていない。しかし、Bが販売したトルエンは、Aらが窃取して手に入れたトルエンである。このことからすれば、Bが販売した時点においても、これに対するAらの物理的因果性は残っていたといわざるをえない²³⁾。したがって、因果性遮断説の立場からは、本件でも、幫助犯の成立する余地がある。例えば、十河太朗教授は、本件は「自然消滅型」（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）の事案であるところ²⁴⁾、B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」として共同正犯性を否定するが²⁵⁾、他方で、因果性の遮断を認めるのは困難な事案であるとしており²⁶⁾、幫助犯の成立までは否定していない。

もっとも、因果性遮断説に立場から、本判決の結論を支持する見解もある。例えば、島田聡一郎教授は、「別個の犯罪事実」については寄与撤回の有無にかかわらず罪責を問えないというドイツの枠組みを採用し、Bによるトルエンの販売は「別個の犯罪事実」であるとして客観的帰属（幫助としての帰属を含む）を否定する²⁷⁾。「別個の犯罪」の枠組みは、山中敬一

23) 島田・前掲注18) 6頁、十河・前掲注4) 380頁、原口伸夫「共犯からの離脱、共犯関係の解消」法学新報121巻11=12号（2015年）206頁参照。

24) 十河・前掲注4) 379頁。

25) 十河・前掲注4) 404頁。

26) 十河・前掲注4) 402頁。

27) 島田・前掲注18) 11頁以下。

教授からも提案されており、それによれば、当初の犯行計画とはまったく独立の新たな決意に基づく別の犯罪が実行されたときは、条件関係が肯定されても、規範的観点から客観的帰属が否定され、共同正犯のみならず、幫助としての責任も負わない²⁸⁾。山中教授の本件に対する評価は明らかではないが、教授の見解からも、幫助犯の成立を否定する余地はあると考えられる²⁹⁾。

いずれにせよ、ここで確認されるべきは、本件についても物理的因果性の残存は否定しがたく、因果性遮断説によれば幫助犯の成立が認められてもよさそうなのに、実際にはそうになっていないということである。

⑤大阪地裁平成2年4月24日判決は、殺人未遂の犯行に使用された拳銃を提供したが、これを回収しなかった被告人に共謀関係の解消を認め、無罪とした。事案は、次のとおりである。被告人(暴力団K組若頭補佐)は、A(K組若頭でR組組長)から、喧嘩の相手方甲(暴力団員)に対する報復を指示され、Aらと共謀の上、Aから拳銃と実包を受け取り、甲を殺害することとし、次いで、甲の所在が不明のため、代わりにこれと同じ系列の暴力団員乙を銃撃し場合によっては殺害するのやむを得ないとしたが、乙の所在も判明しなかったため、丙組を襲撃することとし、B(R組組員)らと現場付近に赴いたものの、被告人が襲撃実行の意欲を失ったため実行の着手に至らないで終わった。そのため、被告人は、Aから本当にやる気があるのかと問い詰められ、その際もう1度実行すると答えたが、既に犯行の意欲を失っていたため、口実をもうけてBに拳銃を預けたままBらに何の連絡もしなかった。BがそのことをAに伝えると、Aは「もうほっとけ」などと言ってBに実行を示唆した。その翌日、被告人はBに電話をして、「おまえが音ならしたら、わしはわしで格好つける」と言ったため、

28) 山中・前掲注4)570頁。

29) 「別個犯罪」の枠組みに対しては、「別個犯罪事実とされる場合に、残余共犯者の行為について責任を負わないこととなる根拠が示されておらず、……不十分である」とする評価もあるが(成瀬・前掲注4)138頁参照)、幫助犯の成立をも否定する説明としては、検討に値するものではないかと思われる。

Bは怒って「もうよろしいわ」と答えた。そこで、BがAに対し、被告人には報復実行の気持ちがないことを伝えると、AはBにその実行を指示し、Bは、Aら3名と共謀して丙組襲撃のため犯行現場に行ったところ、たまたま乙が現場に居合わせたため、銃撃したが、死亡させるに至らなかった。このような事案に対し、本判決は、被告人は遅くとも犯行の前日に「殺害の報復の意思を完全に失っており」、このことは被告人の言動、態度から他の共犯者にも「伝わっていたものと認められるから」、被告人は「報復の共謀から離脱し」、Aらの殺人未遂の犯行には加担していないとして、共謀からの離脱を認め、無罪とした。

本件でも、被告人が預けた拳銃が犯行に使用されており、物理的因果性が遮断されたとはいいいがたい。したがって、因果性遮断説によれば、幫助犯の成立が認められてもよさそうである。現に、例えば、十河教授は、本件も（④判決の事案と同じく）「自然消滅型」の事例であり、Aらは被告人を除く自分達だけで犯行を決意したとよく、それは「新たな共謀に基づいて行われたもの」であるから、共犯関係の解消が認められるとする一方³⁰⁾、本件は「因果性の遮断を認めるのは困難」な事案であるとして、幫助犯の成立を示唆している³¹⁾。それにもかかわらず、本件でも、幫助犯の成立が認められていないのである。

⑥名古屋高裁平成14年8月29日判決は、被告人が共犯者Aらと共に被害者に暴行を加え傷害を負わせ（第1暴行）、被害者を抵抗できない状態にしたが、被告人が被害者の様子を気遣うなどしたことにAが腹を立て、被告人に文句を言って口論となり、Aがいきなり被告人の顔面を殴りつけたため被告人が失神し、その後、Aらは、被告人を放置したまま、被害者を別のところに連れて行き、傷害を負わせた（第2暴行）という事案について、「A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A自身の行動によって一方的に

30) 十河・前掲注4) 404頁。

31) 十河・前掲注4) 381頁、402頁。

解消され」たとして、第2暴行についての共犯関係を否定した(ただし、本判決は、同時傷害の特例〔刑法207条〕を適用し、結論としては、第2暴行から生じた傷害についても共同正犯としての責任を負うとした)。

本件では、第1暴行により作出された被害者の反抗抑圧状態は、第2暴行の時点まで続いていたのであるから、被告人の行為の第2暴行に対する物理的因果性は否定できない³²⁾。しかも、被害者の反抗抑圧状態は、第2暴行を可能にする点で本質的な影響を有するともいえるのであり³³⁾、この点を重視する立場からは、「教唆犯または幫助犯に落ちる」ということもない、つまり共同正犯関係の解消も肯定すべきではなかったとされている³⁴⁾。このような事案であったにもかかわらず、本件では、第2暴行について、共同正犯だけでなく幫助犯の成立も認められなかった。

島田教授は、この結論を、前述した「別個の犯罪事実」の枠組みから説明する。それによれば、「Xが当初加担していた行為(以下、第1行為と呼ぶ)に、その後のXが直接関わっていない結果惹起行為(以下、第2行為と呼ぶ)およびそこから生じた結果まで帰属させるべきか、ということ」が問題である。そして、「第2行為時において、『Xを排除して』犯行がなされた場合には、第2行為と、排除されてしまったXの第1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2行為およびそこから生じた結果について、Xは第1行為による関与を理由とした罪責を問われるべきではない」のであり、全員の合意による犯意の放棄がなかったとしても、本件のような事案であれば、第2暴行は「別個の犯罪事実」と評価でき、客観的帰属は否定される³⁵⁾。

32) 島田・前掲注18)6頁、十河・前掲注4)382頁、橋爪・前掲注4)108頁、原口・前掲注23)209頁、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時的に解消された」と認定された事例」判例評論546号(2004年)40頁参照。

33) 小林・前掲注32)40頁参照。

34) 小林・前掲注32)40頁参照。同旨、橋爪・前掲注4)108頁。

35) ただし、島田教授の見解には続きがあって、それによれば、第1暴行を先行行為とす

しかし、このように幫助犯の成立まで否定する見解³⁶⁾は、多数ではない。むしろ、共同正犯関係の解消を肯定する立場においても、幫助犯の成立可能性は否定されていない。例えば、十河教授は、本件は「排除型」（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）の事案であり、一方的な排除により「もはや共同犯行の意識は完全に消滅したといえる」ため、「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」としつつ³⁷⁾、本件を因果性の遮断（広義の共犯関係の解消）が認められない事例に位置づけている³⁸⁾。山口厚最高裁判事も、「実行の着手後、他の共同者の暴行により失神し、後の犯行から排除された場合（名古屋高判平成14・8・29……参照）には、物理的因果性が残っているなどにより共犯関係の解消は認められないとしても、共謀関係からの一方的な排除を認め、共同正犯の責任は負わず、幫助の責任が問われるにすぎないと解することができよう」とする³⁹⁾。

それにもかかわらず、本件でも、幫助犯の成立が認められていないことが重要である。

⑦大阪地裁平成23年12月20日判決の事案は、組織的な融資詐欺の事案である。融資詐欺の主犯格はAとBの2名であり、従前から、他の者らと共に、内容虚偽の確定申告書等を準備するなどして架空の事業をねつ造し、事業資金の融資名下に金融機関から金銭を詐取る犯行を繰り返している

ゝる第2暴行不阻止（不作為）の責任が問われうる。しかし、本件の場合、自らがすべき義務を一部履行した後、義務履行の可能性を失っていることから、それ以上の作為義務違反を認めることができず、不阻止の責任もないとされている。島田・前掲注18）11頁以下参照。

36) 照沼・前掲注4) 284頁、豊田兼彦「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」刑事法ジャーナル27号（2011年）86頁も、これに加えることができる。

37) 十河・前掲注4) 405頁。

38) 十河・前掲注4) 402頁。同旨、原口・前掲注23) 209頁。

39) 山口厚『刑法総論（第3版）』（2016年）380頁以下。

た。AとB以外の共犯者には融資申込者役の者を含めて入れ替わりがあり、Aに指示された役割を指示の範囲で果たしていた。融資詐欺の手口は、融資申込者役の者が見つかり、Bが中心となって融資申込みの際の必要書類（内容虚偽の確定申告書や注文書、事業による取引を装った入出金履歴のある口座通帳等）を準備の上、融資申込者役の者に事業に必要な知識や面接の対応法を教え込み、その上で融資を申し込ませるというものであった。被告人は、融資申込者役としてAを中心とする融資詐欺に加担し、その後も、Aの指示に従い、新たな融資申込者を勧誘・指導したり、融資申込みに必要な内容虚偽の領収書等を準備したりするなどして、V信金等を被害者とする2件の融資詐欺に共謀加担した。しかし、被告人は、V信金に対する追加融資詐欺が実行される前にAらの集団から排除されたことから、その後に行われた追加融資詐欺について共犯関係の解消が認められるかが問題となった。これについて、本判決は、被告人が集団から排除されたこと等を理由に共犯関係の解消を認め、被告人は何ら刑事責任を負わないとした。

本判決の認定によれば、本件は、組織の中核であるAが従属的な立場にある被告人を詐欺集団から排除するとともに、被告人も排除されることを望んで離脱したという事案である。被告人が排除されたという点で、本件は、⑥判決の事案と似ている。一方的な排除にとどまる⑥判決の事案で共犯関係の解消が肯定されるのであれば、双方が排除に合意し、しかも被告人が従属的な地位にとどまる本件については、なおさら共犯関係の解消が認められてよいということになろう。

しかし、被告人は、従属的な立場にあったとはいえ、離脱前に融資申込者を勧誘・指導したり、融資申込みに必要な内容虚偽の領収書等を準備したりするなど、準備行為に相当程度関与している。しかも、これらの書類を回収したり、他の共犯者に詐欺を止めるよう説得したりするなど、犯行の実行を防止する措置をとっていない。したがって、本判決が述べるように、「被告人の先にした準備行為やその後の態度が本件追加融資詐欺の結

果発生にも寄与していることは否定でき」ず、被告人の「加担の程度は小さくない」。こうした事実には照らせば、追加融資詐欺に対する物理的因果性は相当残っていたというべきであり、因果性遮断説からすれば、少なくとも幫助犯の成立は肯定されてよさそうである。

それにもかかわらず、本件でも、追加融資詐欺については、共同正犯のみならず幫助犯の成立も認められなかった。たしかに、本件の被告人は、⑥判決の被告人と異なり、従属的な地位あり、交換可能な組織の歯車にすぎないと評価することができる。しかし、追加融資詐欺について相当程度の物理的因果性を有していたことが否定できない以上、因果性遮断説の立場から幫助犯の成立を否定するのは容易ではない。

では、どうすれば幫助犯の不成立を説明できるであろうか。1つは、前述の「別個の犯罪」の枠組みを使った説明である。⑥判決の事案について「別個の犯罪」の枠組みから幫助犯の成立を否定できるのであれば、本件も同様に解することができる。

もう1つは、物理的な因果性が残っていたとしても、それが実質的に重要でないと評価できる場合には、幫助犯も成立しないとする方法である。これについては、橋爪教授の次のような説明が注目される。「物理的因果性といっても、関与行為の具体的内容によって、物理的に犯行を容易にする程度について相当の相違があるだろう。たとえば犯行に不可欠な道具や情報を提供する行為については、犯行の遂行に対して重要な因果性を与えていることは明らかであるから、物理的因果性が残存している場合に共犯関係の解消を認めることは困難だろう。もっとも、ナイフや包丁を提供する程度の行為であれば、実行担当者自らが同じものを調達することも十分に可能である。このような事例については、物理的因果性が残存しているとしても、代替的な入手可能性等を考慮した場合、その影響は実質的には重要性が認められないことから、幫助犯としての処罰も否定する余地がある」⁴⁰⁾。

40) 橋爪・前掲注16) 155頁以下。

本件では、被告人が融資申込みに必要な書類を準備し、それが追加融資詐欺に使用されたほか、被告人が勧誘・指導した融資申込者が追加融資詐欺の申込みを行っている。それにもかかわらず、離脱前の被告人の関与が実質的に重要ではないと評価できるかが問題となる。本件融資詐欺の集団においては、その成員は、主犯格の2名を除けば固定的なものではなく、入れ替わりが予定されていた。この事実から、被告人の関与の代替可能性は高いと見て、その重要性を否定する余地があるかもしれない。

いずれにせよ、本件についても、幫助犯の成立する余地があるにもかかわらず、実際には幫助犯の成立が認められなかったのであり、この点が確認されるべきである。

3 幫助犯の成立を認めた裁判例

冒頭に述べたように、共犯からの離脱の事案について、共同正犯から幫助に格下げした裁判例は、筆者が調べた限りでは、1件しかない。その1件が、③静岡地裁沼津支部昭和46年7月16日判決である。本判決は、強盗殺人と死体遺棄の着手前に離脱した被告人について、共同正犯関係の解消を肯定した後、これらの罪の幫助犯の成立を肯定したものである。

事案は、被告人とA、Bの3名が強盗殺人を共謀し、あらかじめ被害者の死体を遺棄する穴を山林中に掘ったが、被告人は、犯行の前日に犯行の恐ろしさに駆られ、A、Bに対し風邪のため犯行から離脱することを表明し、Aらもやむを得ないこととしてこれを了承した後、AとBにより強盗殺人が実行され、他の共犯者も加わって死体遺棄が実行されたというものである。

これについて、本判決は、強盗殺人等の犯行が実現したのは共謀関係が消滅した後のことであり、強盗殺人・死体遺棄が実行された時点で被告人は共謀関係から離脱し共同実行の意思を有しなかったから、AとBによる本件犯行は被告人をも加えた共謀に基づく犯罪の実行ということではできず、被告人には強盗殺人・死体遺棄の共謀共同正犯は成立しないとした。

そして、本判決は、続けて幫助犯の成否を問題とし、その成立を肯定した。すなわち、「本件において当初……A、B、被告人の3名が共謀した強盗殺人・死体遺棄の犯罪内容と、AとBとによって実行された強盗殺人・死体遺棄の行為の内容とは全く別異の無関係なものであろうか。若し、被告人等3名の共謀による犯罪の内容と離脱者……を除いて実行された犯罪の内容とが全く異なるときは、離脱者を除いて実行された犯罪は離脱者を含む当初の共謀による犯罪の実行がなされたものということができず、離脱者に対しては共謀自体又は予備行為としての罪責を問いただる場合であれば格別、そうでなければ離脱者に対しては何等の罪責をも問いただるものといわざるを得ない。これに対し、実行前離脱した者を含む共謀の内容が離脱者を除いてなされた犯罪の内容と同一であり、右共謀が時間的に発展して実行に至ったと認められる場合、離脱者は共謀共同正犯としての罪責を負担しないが、その離脱前なしたる加担行為の質及び程度の範囲において他の共謀者による犯罪の実行につき罪責を問わらるべきものといわなければならない。しからずとすれば、当初から共同して犯罪を遂行する意思なくして他人の犯罪の実行に助力した者が教唆犯又は幫助犯として処罰されるのに対し、共同して犯罪を遂行する旨の合意をした共謀者が幫助と同一若しくはそれ以上の行為をしながら、他の共謀者の実行前共謀から離脱したことのゆえに全く罪責を負担しないか、幫助犯よりも遙かに軽く原則として処罰されない共謀又は予備犯としての罪責を負担するに過ぎない、と解することは著しく事理に合致しない」。「AとBとによって実行された強盗殺人・死体遺棄の行為は、被害者……に睡眠薬を飲ませ同人を殺害して金員を強取し、その死体をあらかじめ掘った穴に埋めて遺棄する、という内容のものであって、その着手前共謀関係から離脱した被告人……を加え被告人等3名が共謀した犯罪の内容と全く同一内容の行為であり、右共謀が時間的に発展したに過ぎない」。そして、被告人は「Aから本件強盗殺人の相談を受けてより右のごとく実行着手前共謀関係から離脱するまでの間A及びBとによる右強盗殺人の犯行を認識しながら、これを認容

して共謀共同正犯者たるBを……呼び寄せ、謀議に積極的に与り、あらかじめ山中に死体を遺棄すべき穴を掘ったものであって、被告人……の右のような行為は共謀共同正犯者としての自己の犯行の実現であるとともに他方共謀共同正犯者たるA及びBの強盗殺人・死体遺棄の犯行を容易ならしめ、そのための強力な助力となったことは疑う余地のないところである。従って、被告人……はたとえAとBとによる犯罪の実行前共謀関係から離脱していたにしても、AとBの強盗殺人・死体遺棄の実行行為に対する幫助犯としての罪責を負担するものというべきである。

本件の被告人は、当初は積極的に関与しており、従属的な存在ではない。しかも、死体遺棄のための穴を掘っていた。この行為は、被害者の死体を遺棄する準備を整える行為であり、死体遺棄についてのみならず、強盗殺人の実行についても、それを心理的に促進する効果があったといえる。また、死体遺棄に関しては、物理的因果性を有していたことは明らかである。本判決は、通常の幫助の場合との均衡を理由に幫助犯の成立を肯定しているようであるが、因果性遮断説の立場からも、本件は、因果性の残存を理由に幫助犯の成立を肯定することが可能な事案であったといえる。

ただし、本件は、法定刑が死刑または無期懲役と格段に重い強盗殺人の事案であった点に注意を要する。本件の事実関係からすれば、被告人を強盗殺人の共同正犯として処罰するのは重過ぎる一方、無罪としたり強盗予備として軽く処罰したりするのも妥当でないことから、落としどころとして強盗殺人等の幫助犯の成立が肯定された可能性がある。本件は、この点で特殊な事案であったといえるのであり、本判決は、このような事案についての判断であることに留意すべきである。

IV おわりに

以上の分析から、因果性遮断説の立場からは幫助犯の成立が肯定されて

よい事案について、裁判例のほとんどは、実際には幫助犯の成立を認めていないことが確認された。

このような裁判例の態度に対し、理論的に間違っていると一蹴するのではなく、幫助犯の不成立を理論的に説明することが、学説に求められているように思われる。本稿では、裁判例の分析の中で、「別個の犯罪」の枠組みなど、幫助犯の不成立を説明しうるものに言及したが、これを含め、理論的な検討については、今後の課題としたい。