

共犯関係からの離脱について

中 島 望
(公法専攻・司法専修コース)

はじめに

共犯の処罰根拠について

1. 責任共犯論
2. 違法共犯論
3. 因果共犯論（惹起説）
4. 私 見

共犯関係からの離脱について

1. かつての議論
2. 因果関係の遮断を理由とする説
3. 私 見
4. 共同正犯からの離脱
5. 教唆犯からの離脱
6. 幫助犯からの離脱

おわりに

はじめに

「共犯関係からの離脱」の問題は、かつては、中止未遂の単なる応用として処理されていたが、今日では、中止犯の規定の適用以前の、共犯処罰の限界の問題として、共犯の因果性の観点から論じられている。離脱という概念は、法文に明記されているものではないため、各事案において離脱が認められるか否かの判断基準を明確にしておくことが必要であると思われる。離脱の問題は因果関係の切断として主に論じられるものであり、そのような基準を明確に立てるためには、共犯の処罰根拠に立ちかえて考え、共犯は結果に対しどのような因果関係を持っているのか考察した上で、その切断について論じることが必要であると考えられる。

本稿では、共犯の処罰根拠論について考察し、それを踏まえて、共犯関係からの離脱について論じ、私見として明確な基準を立てたいと思う。

共犯の処罰根拠について

共犯がなぜ処罰されるかを巡っては、これまで様々な見解が提唱されてきた。広義の共犯としては、共同正犯(刑法60条)、教唆(同61条)、幫助(同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という点において見解の対立がある。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¹⁾。確かに、共同正犯については教唆・幫助と同様の「従属性」は要求されておらず、この意味では、共同正犯の場合と教唆・幫助の場合とは確かに議論は同じではない²⁾。しかし、後に詳述するように、私見は因果共犯論(惹起説)に立っており、その立場からは、共同正犯においても、意思の連絡によってそれぞれの行為に相互利用・補充関係が認められ、他者の実現した結果について因果関係が認められる以上³⁾、共犯の処罰根拠論は共同正犯についても妥当すると解する。

また、共犯の処罰根拠論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とられてきたが、ここでは、主にどの点に処罰根拠を置くかによって、責任共犯論、違法共犯論、因果的共犯論の3つに分類して論じていくことにする。

1. 責任共犯論

この説は、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⁴⁾である。いわば、「正犯者が殺人を行い、教唆者

が殺人者を作る」ということになる⁵⁾。これは、犯罪行為への決意のない者に犯罪への決意をな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⁶⁾。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⁷⁾とするのである。犯罪の本質を人倫の秩序違反に求めると、誘惑して犯罪を行わせることのほうが客観的な法益侵害よりも重大である⁸⁾とされる。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根拠とすることは妥当ではない。

因果関係は、共犯行為と正犯結果との間には要求されないが、正犯意思との間に必要となる。

2. 違法共犯論

この説は、「共犯者は正犯の故意を惹起して違法な犯罪行為に至らせ、又はその援助行為によって違法な正犯行為を促進した⁹⁾」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、責任を有することは必要とならない¹⁰⁾。

この説は、行為無価値を徹底する立場から行為の違法性を強調し、正犯の行為無価値を惹起した点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、そもそも、正犯が処罰される根拠はその違法性の実質である社会倫理規範に反する法益侵害・危険を惹起したことであるから、正犯に關与する共犯の処罰も法益侵害性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。

3. 因果共犯論(惹起説)

この説は、「共犯は正犯の実現した結果を共に惹起したがゆえに処罰される」¹¹⁾とする。ここでは、共犯行為と正犯結果との間の因果性が明確に要求される。これは、結果無価値を重視する考え方である。

そして、因果的共犯論(惹起説)の内部で、共犯そのものに独自の違法性を認めるか否かを巡ってさらに争いがある。それぞれの説について考察していく。

(1) 純粹惹起説

これは、正犯結果、すなわち正犯の構成要件の実現は正犯によってのみならず共犯によっても行われ、共犯行為の違法性は、正犯行為の違法性に従属して決定されるのではない¹²⁾という見解である。この立場によれば、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。刑法上の違法性は、刑法各則の構成要件からのみ明らかになるのであるから、共犯も正犯と同じく構成要件を自ら充足するものだということになる¹³⁾。

この説によると、自傷行為を教唆したような場合、傷害罪の教唆犯が成立し、「正犯のない共犯」は肯定される。また、被害者が重大な傷害を加えるよう頼んだ場合、被害者には傷害罪の教唆犯は成立せず、「共犯なき正犯」も肯定されることになる。しかし前者のような帰結は、処罰の拡張を招くことにつながり妥当でないと思われる。

一方、正犯の行為および結果が適法であればそれを惹起した共犯も適法な結果を惹起したことになるのであって、純粹惹起説からも「結果的には」正犯の違法は共犯が違法であるための必要条件とする見解もある。これは、正犯の違法に連帯して共犯も違法になるというのではなく、正犯が適法であれば結果的に共犯も適法になるということであり、この意味で「違法の相対性」は否定されるとする¹⁴⁾。しかしこれでは違法の連帯性を肯定するのと同じことのように思われる。

また、原則的に、正犯行為は、構成要件該当行為であることを要しない、

すなわち最小従属性さえも否定するというのが多数説である。共犯は、正犯の「可罰的不法」に従属すると解するのである¹⁵⁾。

しかし、共犯は正犯を介して間接的に法益侵害を惹起するものであると考えるから、共犯処罰のためには正犯者が構成要件に該当し違法であることは必要と思われる。また、正犯とは全く別に共犯行為独自の違法性を認めることは、共犯の従属性に反し妥当でないと考える。

（2）修正惹起説

純粹惹起説は、共犯独立性説に近づくものであり、それは否定されるべきであるから、従属性の観点からこれに修正を加えたのが修正惹起説である。

これは、違法の相対性を否定し、共犯者は正犯者と共に違法な結果を惹起するので処罰されるとする見解である¹⁶⁾。共犯の違法性は正犯行為を介しての法益侵害につきるので、それとは別に共犯行為独自の違法性を想定することは困難であるとする¹⁷⁾。この見解は違法の相対性を否定し、違法の連帯性を貫徹させようとするものであり、構成要件上の法益の侵害が正犯者の側にあれば足り、その法益侵害が共犯者にとって構成要件に該当するものでなくてよいとする¹⁸⁾。

この説によると、「正犯なき共犯」は否定される。「共犯なき正犯」については、理論的には正犯が違法である以上、共犯も違法であり、共犯が処罰されうるが、これでは不都合なため、被害者自身にとって法益は不存在であるとか自己決定権の尊重ということから共犯を不可罰とする見解¹⁹⁾が主張されている。

（3）混合惹起説

この説は、「共犯の不法は、法益侵害という独立・固有な要素と正犯行為の不法から導かれる従属的な要素との混合から構成される²⁰⁾」と主張するものであり、「共犯者は、構成要件上の保護法益を間接的に、すなわち、正犯者が構成要件を実現する行為に加わることによって、侵害するものなので処罰される²¹⁾」と解するものである。これは、構成要件上の保護法益

への従属的な侵害の点に処罰根拠を求め、共犯不法は正犯不法に対して一部従属・一部独立しているとする見解である²²⁾。

刑法は、あらゆる違法行為に対して干渉するのではなく、一定の政策的見地から構成要件を設けてその範囲で処罰するものであるから、共犯の処罰根拠も、単に共犯行為が結果発生に因果関係を持っていたという点のみを求めることは許されず、まさに法が保護すべき利益を通常侵害するような定型的な加担行為だけが共犯として処罰されるべき²³⁾、と主張する見解もある。

また、この説によれば、共犯行為の違法性の半分は正犯行為に基礎付けられるが、残り半分は共犯行為自体の違法性に基づくことになる。すなわち、正犯の違法性は共犯の違法性の外枠を構成するが、この外枠を構成する正犯不法の内容は正犯の実現した法益侵害だけであり、その意味で、法益侵害の点では違法は連帯する。しかし、共犯固有の違法性が共犯の違法性の前提的根拠であって正犯固有の違法性と共犯固有の違法性とは独立した関係にあり、その行為無価値的要素によって違法は相対化するのである。共犯における行為規範性は共犯固有の違法性に存し、共犯における制裁規範性は正犯の法益侵害性に存することになる²⁴⁾。

このように、違法の相対性を一部肯定・一部否定する結果として、「正犯なき共犯」は否定され、「共犯なき正犯」は肯定されることになる。

この説では、共犯者と、正犯者の実行行為ないし法益侵害・危険の惹起との間には因果関係があることが求められるが、正犯者の行為は構成要件に該当する違法な行為であれば足り、有責な行為であることまでは要しない²⁵⁾。よって、共犯の成立要件として、正犯の構成要件該当・違法行為が存在することが、共犯による法益侵害の間接的惹起に付加して要求される²⁶⁾。

5. 私 見

刑法の法益保護機能を考えると、やはり、法益侵害やその危険とは無関係

係なところに共犯の処罰根拠を求めることは妥当ではないと思われる。ゆえに正犯と同様に共犯も法益侵害・危険の惹起に処罰根拠が認められるというべきである。しかし、刑法の人権保障機能より、犯罪は構成要件を基調とすべきであるから、単なる法益侵害・危険の惹起のみでは足りず、正犯の構成要件該当行為を通じての法益侵害・危険が必要と考える。

よって、共犯の従属性も否定することはできない。しかし、従属性を緩和して共犯の成立範囲を拡大すると、「正犯なき共犯」を肯定したり「共犯なき正犯」を否定することになり、処罰範囲が不当に拡大され妥当でない。

したがって、共犯に独自の違法性を認め、かつ正犯の違法性に基礎付けられる部分もあるとする混合惹起説が妥当であると考えられる。共犯の処罰根拠は、正犯の実行行為を介して間接的に法益を侵害したことに求められると考える。

共犯関係からの離脱について

以上のように考えられてきた共犯の処罰根拠論をふまえた上で、共犯関係からの離脱について、どのような場合にこれを認めるべきなのか、考察していくことにする。

1. かつての議論

共犯関係からの離脱について、かつての議論は、これを中止犯（刑法43条但書）の適用の問題として処理してきた。判例でも、A・Bが共謀してC宅に押し入りCを脅迫したが、AはCが差し出した現金を受け取することを断念して表に出たところ、Bがその金を強取し、その金を二人で遊興に使ったという事案²⁷⁾について、被告人Aについて中止犯が認められるかどうかという点が争われた。43条但書は結果が発生していないことが前提であるから、これを共犯にも適用するにあたって、あたかも共犯関係に

ある複数の関与者を一体と考え、それに単独犯の中止犯成立要件をあてはめたように、中止者は単に自分が翻意し実行を中止しただけではたりず、正犯または他の共同正犯者の実行を阻止することにより、全体としての犯罪完成を阻止することが必要と解されていた²⁸⁾。正犯または共同正犯者のうち少なくとも1人が犯罪の実行に着手すれば、その時点以後すべ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ので、それ以後の共犯の中止行為は43条但書の問題になるとされたのである。中止犯も未遂犯の一種であるから犯罪の不完成が前提とされ、そのため、共犯における中止犯が成立するためには、他の共犯者の実行を阻止するか、結果の発生を防止することが必要とされたのである。

このように、かつては着手後の離脱については結果の発生を阻止しないかぎり、実行行為の途中で翻意し行為を中断した者であっても結果に対しすべて責任を負うとされており、これでは途中で翻意した者にとってあまりにも酷であるということから、共犯からの離脱という論点が生まれてきたのである。

この問題につき、まずはじめに、共同正犯における行為性は共同加功の意思すなわち「意思の連絡」によってのみ性格付けられるのだから、犯罪遂行途中に「意思の連絡」が欠ければ、それ以後は単独犯と解すべきだという学説²⁹⁾が現れた。しかし、「意思の連絡」が欠けた場合というのはあいまいな基準であるし、また、この説は中止犯の成否に関するものであり、離脱の問題と混同されていると思われる。また、発生した結果に対する因果関係の存在を否定することによって、中止未遂(中止犯)の適用を認めるという説もあった³⁰⁾。この説もまた、中止の問題と離脱の問題を混同しているといえる。

そこで、中止犯は未遂に関する規定である以上、「犯罪が既遂に達すれば中止犯は成立しない」という原則を徹底しながら、共犯者のうち一部の者が任意かつ真剣に中止行為を行った場合、共犯が既遂に達した以上中止犯とすることはできないが、その中止行為によって共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ない³¹⁾、とする説が現れた。「共同正犯からの離脱が認められる場合には、……未遂の範囲で共同正犯の罪責が問われるべきであり、結局、障害未遂と同様に扱われるのであるから、刑法43条本文の規定を準用して刑の任意的減輕をなしうる³²⁾」としたのである。そして、共犯関係からの離脱が認められるのは、

自身の実行行為を中止し、他の共同者の実行をも阻止しようと真剣な努力をしたとき、 実行行為の終了後、それに基づく犯罪的結果の発生を防止するため真剣な努力をしたが結果が発生したときであるとされた。

この説は、真剣な中止行為を行ったが、結果発生を阻止し得ず既遂に至ってしまった者を救済するため唱えられたものであるが、真剣な中止努力をただけで、中止行為前の関与行為と既遂結果との間に因果性が認められる場合にもなぜ未遂の処罰で足りるのかという点に疑問が残る。また、既遂結果が発生しても因果関係が遮断されていれば未遂であって、未遂であればさらに中止犯が問題となりうると解すべきである。

2. 因果関係の遮断を理由とする説

以前の学説にいう共犯の中止の問題は、犯罪行為への関与を中断したものに、刑法43条但書の中止未遂の効果を与えるか否かの問題で、共犯関係からの離脱の問題とは、それ以前の、関与を中断した者がそれ以降に生じた結果に対し責任を負うのか否かという問題であり、両者は区別されるべきだと考える。共犯関係からの離脱という現象は、犯罪成立前の前段階において生じうるものなのである。そこで、中止と離脱を区別して考え、共犯者の行為と結果との間の因果関係が切断された場合に離脱を認めるとする説³³⁾が現れた。

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。共犯の処罰根拠について、私見は因果共犯

論に立っている。この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結果のみについて責任を負うということになる。すなわち、「共犯からの離脱の問題も、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³⁴⁾」なのである。したがって、共犯関係から離脱したといえるためには、共犯行為と結果との間の因果性の切断が必要であり、実行の着手前に離脱が認められた場合は離脱者は予備の限度で、着手後の離脱が認められた場合は未遂の限度で、それぞれ責任を負うことになる³⁵⁾。43条但書の中止犯の規定を離脱者に適用するか否かはその後問題となるのである。

これに対して、既遂に至った場合でも中止犯は成立するという立場から、共犯者の行為と結果との間に因果関係がなければ、当然に共犯者は結果について責任を負わないが、因果関係があったとしても、共犯者が結果発生阻止のための真剣な努力をした場合は中止犯が認められるべきとする主張がある³⁶⁾。真剣な努力の存在は中止行為の代替たとするのである。しかし、やはり43条の「実行に着手してこれを遂げなかった」という文言からすると、結果の不発生が前提であり、真剣な努力だけで中止を認めるというのは条文の拡大解釈につながり妥当ではないと思われる。また、「真剣な努力」といっても、その「真剣さ」は行為者の主観であり、それを画一的に判断することはきわめて困難といえ、裁判官の裁量によるところが大きくなりすぎてしまう。やはり、自己の行為と結果との間の因果関係の切断があれば、自己の犯罪を「遂げなかった」といえるため、離脱を認めることができるものとする。因果関係の切断の有無という客観的な基準で判断することで、画一的な処理をすることが可能となるはずである。したがって、因果性が切断されていれば、その原因が離脱者の自発的な意思によるものではなかったとしても、離脱は成立すると考える。その後、それが離脱者の意思によるものであり、積極的に中止したことが認められたならば、そこではじめて43条但書の適用が検討されるのである。

因果性が切断されたと認められた場合、離脱が認められるとするわけだが、そこで、「因果性の切断」とはどのような場合なのかが問題となる。共犯における「因果性」の内容はどのようなものか。

この点、因果性の内容として、犯罪を行う上での意思の強化・維持などの心理的因果性のみとする説と、凶器の貸与などの物理的な因果性も含むとする説に分かれる。

前者は、「当該の行為に出ることが支持されていることを実行者が認識することによって、支持を与える関与者の行為に因果関係を認めるのが心理的因果性であり、共犯³⁷⁾」なのだとする。よって、離脱者が離脱以後の実行者の行為に支持を与えていないことを実行者が認識することによって心理的因果関係は切断され、離脱が認められることになる。

これに対し、後者からは、例えば X が犯行に使用する道具を供与し、それにより Y による犯行が行われたが、X・Y 間において「意思の疎通」が道具の供与後特別続いていると認められないような場合において、X について共犯の責任を問うことはできなくなるのであり、このような「意思の疎通」というあやふやともいいうる関係がはっきりしなくなっただけで共犯関係の解消を認めるのでは、免責を簡単に肯定しすぎる³⁸⁾という批判がなされている。また、「心理的な関係を因果性として捉えることには原理的疑問があるし、主観的な意思の連絡だけで共同正犯を基礎付けることはできない³⁹⁾」という批判もある。やはり、心理的因果性の有無のみで判断すると、客観的に見て共犯者の加功が結果に対し物理的な因果関係を有するのが明白である場合にも離脱を認めることになってしまうため、免責を簡単にしすぎるという批判は当たっていると思われる。しかし、その程度としては、わずかでも因果性が存在すれば離脱を認めないとすると、離脱が認められる範囲が極めて狭くなり、ほとんど認められなくなってしまうことが考えられる。そこで、因果関係が切断されると認められるのはどのような場合か、明確な基準が必要となる。

この基準として、因果性を「ゼロ」にする必要はなく、「結果を帰責す

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⁴⁰⁾であると
する説がある。しかし、「結果を帰責する必要はない」というだけで、基
準としては内容空疎であいまいなものであるといわざるを得ない。また、
先に述べたように、心理的因果性の切断があればすぐに離脱を認めるとい
う説も、基準としては明確ではあるが、すでに述べたような理由によつて
とりえない。そして、「いったん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⁴¹⁾」ことであり、「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と考えるべき」
とし、「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」として、因果的寄与を規範的
観点から評価するとする見解⁴²⁾もある。しかし、その規範的評価の内容は
明確でなく、どのような場合に離脱を認めるかといった基準もあいまいな
ままである。

確かに、因果関係を切断するということは、現実的には限りなく不可能
に近く、すべて因果関係を切断しなければ離脱は認められないとすると、
ほとんどの場合認められなくなると思われる。しかし、だからこそ、因果
関係の切断について、法的に妥当と思われる場合に離脱を認めさせるため
の基準を明確にすることが必要なのである。

3. 私 見

そこで、私見としては、離脱における因果関係の切断の判断も、基本的
には、相当因果関係を前提として判断すべきと考える。因果関係は発生し
た結果について個別具体的に違法性・責任を論ずる前提となるものであり、
社会通念上、当該行為からその結果が生じることが一般的にあり得るか
という一般的・類型的な構成要件該当性の問題である。構成要件は社会通念
を類型化したものと解するから、因果関係も社会通念上の相当性で判断す
べきであり⁴³⁾、共犯の離脱についてもそのように考えるのが妥当と思われ
る。すなわち、一般の経験則上その共犯行為と、正犯の実行行為を通じて

の結果との間に相当な関係があるかを基準とすべきである。では、どのような場合に相当な因果関係があるとはいえず離脱が認められるのか。

共犯者の行為と条件関係が認められる結果であっても、共犯者にその結果を帰属せしめるのが社会通念上相当とみられる場合についてのみ共犯者に帰属せしめ責任を問うのが妥当であるから、共犯者に結果を帰属せしめるのが相当でないとい認められる場合には因果関係を否定し離脱を認めるべきである。

共犯の処罰根拠について、私見は、共犯の違法性は、共犯独自の違法性と、正犯の違法性に基づくものがあるとする、混合惹起説をとる。

これを狭義の共犯において考えると、正犯が結果を発生させたにもかかわらず、正犯でない背後の共犯者が処罰されるのは、共犯が独自に違法性を持ち、結果との間に因果性を持つからだといえることができる。すなわち、「共犯規定を適用して処罰を拡張する必要が生じるのは、通常、結果へと至る因果経過に自己答責的な正犯行為が介入し、(単独)正犯性が否定される場合である。それにもかかわらず構成要件の結果をなお背後者に帰属させるためには、そうした自己答責的行為といういわば正犯者の領域内の出来事が、なお背後の共犯者の「仕業」でもであると評価されるような状態になくはない⁴⁴⁾。(遡及禁止論)」と考えるものである。そのためには、正犯行為が共犯行為の影響下にあること、つまり共犯行為によって正犯行為の当該構成要件の結果発生の蓋然性が高められたことが必要となる⁴⁵⁾。そして、この結果発生の蓋然性の高まりが、相当性の内容ということになる。

共同正犯の場合は、それぞれが「自己の犯罪」としてそれを実現するものであるところに正犯性が認められ(独自の違法性)、また、相互利用補充関係に基づく共犯としての違法性(他の正犯違法性に基づく違法性)が認められる。それぞれの行為が、他の行為と互いに補充・利用し合うことによって一つの結果発生の蓋然性を高めていることが必要であると考えられる。そして、共同正犯は「自己の犯罪」を実現するものであるから、自己

の犯罪を実現する意思を放棄し実行行為を中断した時点でその正犯性は失われると考える。それにもかかわらず、残余者が発生させた結果を中断者に帰属させるためには、中断者の行為が結果発生の蓋然性を高めたといえる関係が残存することが必要である。

では、共犯の相当因果関係はどのような場合に認められるのか。物理的因果性と心理的因果性に分けて検討する。

まず、前述したように、共犯の処罰根拠が正犯行為を通じての結果惹起にあると考えると、物理的因果性を肯定するためには、最低限、共犯者が提供した物が正犯者によって現実に犯行のために用いられたことが必要と考えられる。よって、共犯者が何らかの物を提供したとしても、それが現実に用いられなかった場合には、物理的因果性が否定されることになる。そのような場合は、共犯行為が正犯行為を促進したとはいえず、結果発生の蓋然性の高まりが見られないからである。判例にも、共犯者の幫助行為が正犯者の犯行の役に全く立たなかった場合に幫助の成立を否定したものが⁴⁶⁾。そして、結果発生の蓋然性を高めたといえるためには、共犯者の行為がある状態と、ない状態とを比較して、前者のほうが正犯行為による結果発生の蓋然性が高まっていたことが必要である。それは、共犯者の行為がなければ結果が回避できたであろうとまでいえる必要はなく、結果に実現した危険に対応する危険創出が肯定できれば足りると考えられる。

続いて、心理的因果性の場合について検討する。この場合もまた、共犯の処罰根拠の観点から、結果発生の蓋然性を高めたといえることが必要となる。心理的因果性について、正犯に対し技術的な助言をした場合や、情報提供をしたような場合は、前述した物理的因果性の場合と同様に、考えればよいと思われる。問題は、正犯者を言葉で勇気付ける等して、正犯の犯行決意を強化したような場合である。この場合も正犯行為を促進したといえることが必要と考えられるが、具体的には、援助者は正犯者を激励する等して正犯者に対して支援の意思を表明することにより、正犯が「行為に出る理由」、動機付けを提供する⁴⁷⁾。従って、因果性が肯定されるため

には、正犯者が提供された理由、動機付けを受け入れて、犯行を行なったことが必要となる。よって、正犯者が、激励されたことを認識していないような場合は、因果性は認められない。また、支援意思の表明という共犯行為によって、正犯行為による結果発生の蓋然性が高められたといえるか否かも判断されなければならない。これについては、正犯者と共犯者の間に人的な結びつきがある場合、共犯者によって正犯者の心理に強い印象が与えられた場合、支援意思の表明に加え、正犯者の心理に影響する特別な行為がなされたような場合、には結果発生の蓋然性が高められたといえ因果性が認められるが、正犯者と特に関わりの無い人が単に「がんばれ」等声をかけただけのような場合は、因果性を否定してよいと考える。

以上のようなことから、共犯関係からの離脱の要件は、前述したような物理的・心理的相当因果性が両方否定された場合と考えられる。

よって、一般人を基準として、行為者のなした具体的な加功のうち取り除くことが可能な範囲にあるものを取り除いたとしても、行為者が過去に行った行為が、特に結果発生の蓋然性を高める役割を担っていると認められる場合は相当性が肯定されるが、結果発生の蓋然性を高めることにほとんど寄与していないと認められる場合は相当性が否定され、相当因果関係は否定されると考える。また、離脱の問題は結果が発生した後、裁判時において問題となるものであるから、相当性判断の基礎事情としては、裁判時に存在するすべての事情を基礎とすべきである。

したがって、共犯関係からの離脱を認めるための基準としては、心理的な加功のみの場合は、心理的因果性の切断、すなわち 離脱の意思の表明（明示または黙示）とそれを残余の者が認識（明示または黙示）したことで足り、心理的なものをこえて物理的な因果性も設定されている場合は、

に加えて、 取り除くことが可能な物理的加功を取り除くこと（ただし、加功が結果発生の蓋然性を全く高めていないものであれば取り除く必要なし）、 取り除くことが不可能な加功は、それが結果発生の蓋然性を高めていないといえること、が必要と解する。

では、さらに、離脱の要件について、実行着手前・着手後、教唆・幫助・共同正犯の場合に分けて、具体的に検討していくことにする。

4. 共同正犯からの離脱

(1) 実行着手前の離脱

この点について、共謀共同正犯を認めるか認めないかによって、考え方が異なってくる。

共謀共同正犯を認めない見解によれば、犯罪を共謀した者のうちの一部が実行の着手前に離脱した場合、実行行為を共同して行っていないので、共謀の段階では共同正犯とはいえず、共同正犯の罪責を負わないのは当然ということになる。予備罪・陰謀罪が処罰されるときに、それらについて共同正犯の成否を問題にすれば足りるのである⁴⁸⁾。

これに対し、共謀共同正犯を認める立場からは、実行行為以前の早い段階から共同正犯関係が成立するため、実行以前に翻意して共犯関係から離脱した者に対して、他の共同正犯者が実行した犯罪を帰属させるべきかが問題となる⁴⁹⁾。着手前の離脱について論じる必要が出てくる。共同正犯と結果との因果性が断ち切られる場合というのはどのような場合なのか、因果性の内容はどのようなものなのか、問題となる。

共謀共同正犯とは、共同して犯罪を実行する意思を有する者の集合体であり、相互に他人の行為を利用して各自の意思を実行に移すものである。とすれば、共謀共同正犯者は、互いに共通の意思を有することにより、結果に対し心理的な因果性を有し、道具を用意するなど、物理的な加功があれば、結果に対し物理的な因果性を有するということがいえよう。よって、実行に着手する前、共謀の段階での離脱を認めるための要件としては、心理的因果性が切断されておればよいから、離脱者が他の共謀者に対し、離脱する旨を明示ないし黙示に表明し、残余の共謀者がそれを認識したことを要すると考えられる。これらの要件を満たせば、心理的因果性が切断されたと認めてよいと考える。判例も、「一旦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犯者がこれを諒承し、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、他の共謀者の実行した犯罪の責を分担すべきものでない⁵⁰⁾。」と判示して、離脱者により離脱の意思表示がなされ、他の共犯者により諒承される場合に、実行着手前における共犯関係からの離脱を認めた⁵¹⁾。

この点、離脱の表明は明示になされるべきではないか、残余の共犯者は離脱の了承を明示することが必要ではないか、という見解も考えられる。しかし、例えば、共謀には参加していた者が犯行予定時刻になっても現れなかったというような場合、明示の意思表示はなくても、いわば行動によって離脱意思を表示したものと見てよく、他の共犯者が当該離脱を認識さえしていれば離脱を認めてよいと考える⁵²⁾。判例にも、共謀共同正犯のうちの一人がやる気を失って姿を消し、他の共謀者にもそれが伝わっていたような場合に離脱を認めたものがある⁵³⁾。このように、離脱の意思表示とその明示の了承がなくとも、客観的に、実行行為に対するそれ以上の寄与をなさないことが、他の共謀者にも明らかな場合に、共謀関係からの離脱を認めることは妥当と思われる⁵⁴⁾。

ただし、共謀の段階で、強盗に入る予定の場所の鍵を用意したなど、心理的な要素を超えて物理的な加功をすでにしている場合は、離脱の意思の表明と了承だけでは足りず、鍵を取り戻すなどして物理的因果性を切断することが必要と思われる。また、犯行を行う上での有力な情報を提供したというような場合は、一度与えた情報を取り戻すことは不可能であるから、その情報が一般に結果発生の蓋然性を高めたと認められる場合は、その共謀に基づく実行行為が行われないうち阻止することが必要と考えられる。他方、その道具や情報が実際の犯行において全く役立たなかった場合が問題となるが、そのような場合は、結果発生の蓋然性を高めたとはいえないため、物理的因果性は存在しないといえる。しかし、そのような場合であっても、その道具や情報によって正犯の犯意が強化されているというこ

とが考えられるが、それは心理的因果性の問題であって、離脱意思の表明とその認識によって切断されると考えてよいと思われる。

ここで、過去の判例を検討する。

・福岡高裁昭和28年1月12日高刑集6巻1号1頁

Xは、Yに「どこか押し入るのによい所はないか」と尋ねられ、自己と商取引関係から面識があり家庭状況もよく知るA方を教え、Y他2人と強盗の共謀をした上、共にA方付近に赴いたが、実行着手前に、明示に離脱の意思表示もせず立ち去った。その2時間あまり後、YらはXが犯行から離脱したものであることを察知し、さらに同人等3名でA方へ強盗しようと共謀した上、実行した。

この事案につき判例は、「一旦強盗を共謀した者といえども、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行を遂行したものであるということができない」として、Xの離脱を認め、強盗予備の責任を負うに止まるとした。

しかし、この事案でXは、共謀の段階において、犯行場所としてA女宅を提案しその場所までYらを案内し、その情報も提供しており、Yらはこれに基づいて実行した。このXの行為が無ければ「A女宅への強盗」という結果は避けられたといえ、Xの行為は結果発生の蓋然性を高めたと認められるため、Xの行為と結果との間の因果関係は切断されたとはいえない。よって、Xに離脱を認めるには、離脱意思の表明とその了承だけでは足りず、物理的因果性を切断することも必要である。この場合、情報の提供という加功を取り除くことは不可能であるから、一般にその加功が特に結果発生の蓋然性を高めたといえるかで判断する。この事案では、Xは犯罪を実行するうえでかなり重要な情報を与えており、Yらはそれに基づいて実行している。よってXの行為によって「A女宅への強盗」という結果発生の蓋然性を特に高めたと認められるため、相当因果関係は

切断されず、離脱は認められないと解する。X に離脱が認められるためには、強盗自体をやめさせることまでは要しないとしても、X 自身が詳細な情報を提供した「A 女宅への強盗」という結果を阻止することは必要であったと思われる。

・ 松江地判昭和51年11月2日判時845号127頁

A は、輩下の B, C, D とともに対立する暴力団員の殺害を共謀し、D が拳銃を使用して実行することとされたが、D が実行行為に出なかったため、A は、現場付近に輩下のものが多数彷徨するのはまずいと考え、B に対し、D らをとにかく連れて帰ってくるよう指示した。B は現場に赴いた後、C・D らと共に、再び殺害方法について協議し、その結果 B・C が刺身包丁で相手を殺害した。これについて判例は、「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」として、A に殺人罪の共謀共同正犯としての罪責を認めた。

確かに、共謀者の中で首謀者的な立場にあったものであっても、心理的因果性のみを問題とすればよいといえる。しかし、離脱の意思の表明とその認識があったとしても、なお、首謀者的な立場にあった者が他の共謀者を集め、犯罪の実行という目的を与えたという過去の行為は、結果発生の蓋然性を特に高める役割を果たしているといえるため、相当因果関係は切断されず、離脱は認められないと考える。よって、首謀者的な立場にあった者が共謀から離脱するためには、離脱の意思の表明と了承のみではなく、共謀関係を解消し、自らが与えた目的である当該犯罪が実行されることを阻止することが必要と解する。

この点、指導的立場にある共謀者が犯意を放棄すればそれだけ強力に作用するともいえ、実行者の間で新たな犯意の形成があったとすれば当初の

指令との間の心理的因果関係は欠けるといえる⁵⁵⁾、とする見解もある。確かに、首謀的共謀者の犯意放棄の影響が残余の共謀者に強力に働くということは考えられる。しかし、結果が発生した場合、首謀的共謀者が共謀関係を作り出しその集団に犯罪実行という目的を与えたという行為は、その他の共謀者に犯罪実行の決意を生じさせたものということができ、教唆犯と同様、結果に対し条件関係を持つとともに、強い心理的因果性を持つと考えられる。その他の共謀者に「犯罪実行の決意を生じさせた」という加功は取り除くことが不可能かつ当該結果発生の蓋然性を特に高めたといえる。従って、首謀者がその他の共謀者の犯意を放棄させない限り、首謀者が犯意放棄したとしても、首謀者の行為と、首謀者が目的を与え召集した集団による犯罪結果との間には、なお相当因果関係が存続しているといえることができる。よって、その因果関係を切断するには、共謀者全員の犯意を放棄させるか、実行を一旦阻止し、当初の共謀に基づく結果が発生しないようにすることが必要と解される。その後、残余の者が新たな共謀に基づいて犯罪を完成させても、離脱者はその責任を負わない。

当該事案においては、Aは、首謀者的立場にある者であるが、離脱意思の表明においてDらを連れ帰るよう指示したのみで、現場付近にDが残っており、犯罪実行の危険があったにもかかわらず、自ら犯罪実行を阻止させるといこともなかった。Aは、共謀関係の中心として他の者を支配する立場にあったのであるから、離脱意思の表明とその認識があったとしても、Aが中心となって共謀関係を作り出したという行為は、結果発生蓋然性を特に高めたものといえることができる。よって因果関係の切断を認めることはできず、離脱を認めることはできないと思われる。

(2) 実行着手後の離脱

共謀からの離脱とは異なり、実行着手後の場合は、実行者の行為によって、離脱者の行為とは独立して結果惹起に至る因果の流れが設定されることが多いため、その因果性を断ち切るための離脱の要件は厳格に解する必要がある。この点、心理的因果性と物理的因果性両方の切断が必要と

考えられる。しかし、因果性の切断を厳格に解すると、ほとんどの場合に離脱を認めることは困難となる。よってこの場合、前述したように、社会通念上、相当と認められる範囲で因果関係が存在しているか否かで判断する。よって、相当性が認められない場合は、当初の共謀に基づく結果が発生していたとしても、離脱を認めてよいと考える。具体的な離脱の要件としては、離脱の意思の表明と残余の者がそれを認識したこと、自己がなした（取り除くことが可能な）物理的加功を取り除いたこと、さらに（取り除くことができない、過去に行った）加功が結果発生の蓋然性を高めるものではなかったこと、が必要と解する。

これに対し、着手後の離脱であっても、着手前と同様、離脱者が離脱の意思を表明し、他の共犯者がこれを了承すれば離脱は認められるとする見解もある。犯行を「容易にした」「促進した」というような「物理的因果性」によって結果に対する責任を肯定することはできず、心理的因果性が切断されれば、それだけで離脱を肯定すべきだとする⁵⁶⁾のである。「条件関係があれば単独正犯としての責任を肯定しうるが、条件関係とはいえない、『容易にした』『促進した』というような『物理的因果性』によって結果に対する責任を肯定することはできない。犯意の惹起・強化、犯行の促進は共犯行為の内容とはなるが、共犯行為と結果との間に要求される因果性に代わりうるものではない⁵⁷⁾」とされる。しかし、それではあまりにも広範に離脱を認めることになってしまう。単独正犯は、自己の行為が無ければ犯罪結果は発生しなかったという条件関係があるのが通常である。しかし、今日、共犯の加功の形態は様々なものが考えられ、共同正犯として自己の犯罪を実現する意思がある者であっても、その者の加功が無かったならば犯罪結果は発生しなかったとはいえない場合も多々ありうると思われる。条件関係が必要だとすると、例えば A が X 宅で侵入窃盗を行った際、B が見張りを務めたが特に何の障害もなく犯罪が成功した場合、B の関与が A の犯罪的意思決定およびその遂行の必須条件でない限り、B の関与がなくても同じ結果が生じたのだから、B は不可罰ということにな

る⁵⁸⁾。私見は、共犯の処罰根拠を、正犯行為を通じての間接的な結果惹起であるとする。よって、直接的に「共犯行為が無ければ結果は発生しなかった」といえるほどの関係は必要ではなく、共犯行為によって正犯による結果発生の蓋然性が高められたといえるような関係があれば相当因果性ありとしてよいと考える。例えば共謀共同正犯において A が強盗の計画を練り、それに基づいた実行行為着手後に離脱の意思を表明し了承され、その後結果が発生したといった場合、心理的因果性は切断されたといえるが、強盗という結果と、A が練った計画に基づいて実行したという行為の間には相当因果関係が残存しているというべきで、犯行を「容易にした」「促進した」というものであったとしても、結果との間に相当因果関係がある以上、それを切断しなければ離脱は認められないと思われる。

ここで、過去の判例を検討する。

・最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁

A は、B と共謀の上、B 方において X に対し約一時間半にわたって X に暴行を加えた。その後、A は「おれ帰る」とだけ言って、現場をそのままにして立ち去った。B はその後も X に対し暴行を加え、結局死亡させるに至った。この事案につき、判例は「被告人 A が帰った時点では、B 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、被告人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、B 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ではできず、その後の B の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当」として、A に傷害致死罪を認めた。本件の原判決は離脱の要件について、離脱しようとした者が「共犯関係から離脱する意思のあることを他の共犯者等に知らせるとともに、他の共犯者等に対してもこれ以上暴行を加えないことを求めて、現に加えている暴行を止めさせたうえ、以後は自分を含め共犯者の誰もが当初の共謀に基づく暴行を継続することのない状態を作り出している場合」に限られると判示した⁵⁹⁾。

本決定もこれと同旨であり、Bがさらに暴行を加える可能性があったのだから、それを除去すべき積極的行為に出る必要があるとしたものである⁶⁰⁾。

しかし、離脱を認めるためには、単に当初の共謀に基づく結果を阻止することが必要なのではなく、離脱者の行為と結果との間の相当因果性が否定されることが必要と考える。

この事案においては、Aが「おれ帰る」といった時点で、離脱の意思の表明が行われており、Bが黙示の了承をしていたと解されるので、心理的因果性は切断されたといえる。しかし、AはBと共に車でXをB方に連行し、Xに対し暴行を加えており、それらの行為は結果発生蓋然性を高めたといえると考えられる。また、AはBとともにXの犯行抑圧状態を作り出しており、その状態を解消させない限りは自己の加功を取り除いたとはいえないと解する。よって、Aの行為と、X死亡という結果の間には因果関係が残存しているというべきであり、この結果は、当初の共謀に基づいたものであるといえる。よって、決定は妥当であり、Aに離脱を認めるためには、Xをその場から立ち去らせる等して、当初の共謀に基づく暴行がなされない状態にするべきだったと解される。

・最判昭和24年12月17日刑集3巻12号2028頁

AはBと強盗を共謀してX宅に夜間侵入した。ところが、Xの妻が900円出したのに対して、Aは「金がないのなら金は取らん」と言い、Bに「置いて行ってやれ」と言って、何も取らずに一人で屋外に出た。しかし、Bは手にした900円を一旦布団の上に置いたが再び取り、帰路、そのまま二人でこの金銭を遊興に使った。この事案につき、判例は「被告人Aにおいて、その共謀者たるBが金員を強取することを阻止せず放任した以上、被告人Aのみを中止犯として論ずることはできない」として、Aに強盗既遂を認めた。

この判決では、共謀者が結果を発生させることを阻止せず放任したことに基づいて中止犯の成立を否定している。しかし、この場合、結果は発生

しているのだから既遂であり、未遂ではないから43条但書の適用について論じる必要はないと考える。ここでは、Aが「金は取らん」「置いていってやれ」と言って屋外に出た行為について、共同正犯からの離脱が認められるかが問題となるのである。この点、「金は取らん」「置いていってやれ」等と言って出て行く行為は離脱意思の表明であり、Bも黙示に了承していたと考えられる。BはAの言葉を聞き、一旦手にした金を布団の上においているが、ここでAの行為と結果との間の因果関係は切断されたといえるのが問題である。この場合、ここで因果関係は途切れ、以前の共謀・協力の効果は消滅し、Bは新たに自己の意思で財物を取ったと認めうるから、Aは既遂の責任は負わず、未遂の部分についても中止犯を認めるべき⁶¹⁾とする見解もある。しかし、反対に、この事案のように、共同行為による実行着手後に共犯者の一部が犯意を放棄して犯行を中断した場合、共同行為によって生じた危険が存続して結果を発生させたならば、当該共同行為と結果発生との間に因果関係があると認めざるを得ない⁶²⁾とする見解もある。

本件では、はじめに二人で反抗抑圧状態をつくりだしており、Aが離脱意思を表明し屋外に出たとしても、Bが現場に残っている限り当初の共謀に基づく反抗抑圧状態は続いていると考えられ、Bが一旦金を手放した行為もそのような状態の中でなされたものであるといえる。よって、反抗抑圧状態を作り出したというAの加功は取り除くことが不可能なものであり、かつ、一般に結果発生の蓋然性を高めるものであったということができるから、ここで因果関係が切断されたとはいえず、Aに離脱は認められない。Aに離脱を認めるには、自ら作り出したこの反抗抑圧状態を解消することが必要であり、それには、一人で屋外に出るだけでなく、Bも一緒に連れ出す等の行為が必要であったと思われる。

・ 最判平成6年12月6日刑集48巻8号509頁

被告人Aは、友人B・C・D・E等と歩道上で雑談していたところ、通

りかかった X と言い争いになり、X が E の髪を引っ張る等の乱暴を始めたため制止したが、X は向かいの駐車場入り口まで E を引っ張っていった。A が追いかけていき暴行を加えると X は E の髪から手を離れたが、なお応戦する氣勢を示しながら駐車場奥へ移動した。A が 4 人も追っていったが、駐車場中央付近で B が X に殴りかかったが D に制止され、さらに駐車場奥で C は制止を振り切って X の顔面を殴打し、そのため X は転倒して頭部をぶつけ、傷害を負った。これについて、「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、相手側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ものについて正当防衛の成否を検討するにあたっては、侵害現時と侵害終了後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」だとして、新たな共謀が認められない以上、追撃行為に及ばなかった共犯者 A には正当防衛が成立するとした。

この事案において、A について離脱の成否を考えると、まず、結果は「過剰防衛」であり、A の行為とこの結果に対する因果関係があったかどうかを検討しなければならない。

この点、「防衛しよう」という合意には、「犯罪行為」を犯すことに関する合意は含まれていない⁶³⁾として、本件反撃行為についてはそもそも共同正犯が成立していないとする見解がある。しかし、共同正犯の成否の判断は違法性阻却の判断に先行すべきであり、本件においては、A 等が反撃した際には暴行罪の共同正犯が成立していたと解される⁶⁴⁾。そこで、「過剰防衛」という結果が当初の共謀に基づくものであったのかが問題となる。物理的因果性の面では、反撃行為時の A の行為は、被害者を六分の力で数回蹴ったというに止まり、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、A は当初の共謀の形成に主導的な役割は果たしてお

らず、BやCの犯意を強化するような行為も行っていないこと、当初の共謀の心理的影響力はDの制止行為によって切断されていると見えること、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、BやC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みることができる⁶⁵⁾。

したがって、本判決は妥当と考える。また、反対に、過剰防衛を行うものに対して「もっとやれ」と声をかけたり、武器を貸す等の積極的な行為があれば、新たにXへの攻撃に関する因果性が設定されたといえると解する。

5. 教唆犯からの離脱

教唆とは他人に犯罪実行の決意を生じさせるように働きかける行為であり、これに基づいて正犯者が犯罪を実行する点に心理的因果性が認められるものである。よって、この心理的因果性が切断されたと認められる場合に、教唆犯からの離脱が認められるものと解される。

(1) 実行着手前の離脱

教唆の心理的因果性とは、正犯者に犯罪実行の決意を生じさせた点にある。よって、離脱の意思の表明と了承だけでは、「犯罪実行の決意を生じさせた」という加功は取り除くことができず、かつ、その行為は結果発生の蓋然性を特に高めたといえるため、当初の教唆に基づく正犯者の犯意を放棄させることが必要と考えられる。よって、実行着手前において教唆からの離脱を認めるための要件は、離脱の意思の表明とそれに対する了承と、積極的に働きかけて教唆に基づく正犯者の犯意を放棄させることである。正犯者が、実行行為に出ることを教唆者が支持していないと認識している以上、心理的因果性が欠けるという見解もあるが、一旦生じた犯意が教唆者の一方的な教唆の撤回によって確実に消滅するとはいえない。教唆 正犯の犯意 正犯による実行の間に因果関係が認定される場合には、教唆の撤回があっても教唆犯としての罪責が残るといふべきである⁶⁶⁾。よって、

教唆による動機付けの効果を消滅させるためには、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であると思われる。

次に、このようにして実行着手前に、教唆者が正犯者を説得する等して当初の教唆に基づく犯罪の実行を一旦は思い止まらせたが、その後に思い直して正犯者が実行した場合、教唆者に離脱は認められるのか問題となる。この点、教唆者がはじめに教唆していなければ犯罪は実行されることがなかったという点で因果性が認められるともいえるが、実行着手前の時点で一旦は真に思い止まらせており、その時点で教唆者の創出した危険は消滅し、その後の新たな決意に基づく正犯の実行は新たな因果の流れと考え、因果性の切断を認めるのが相当というべきである。

また、実行着手前に、教唆者が正犯者を説得しても翻意させることができなかつた場合は、因果性が切断されたとはいえないため、被害者や警察に連絡するなどして犯罪の実行を物理的に阻止しないかぎり、離脱を認めることはできないと考えられる。

（2）実行着手後の離脱

正犯者がすでに実行に着手している場合は、もはや結果の発生を阻止しないかぎり教唆の因果性を切断することは不可能と思われる。教唆者は、正犯者を説得して実行を中止させるか、物理的に実行を阻止する等して、結果の発生を防ぐことができた場合に因果性が切断され、離脱が認められると解する。

6．幫助犯からの離脱

（1）幫助犯の因果性と離脱

幫助の因果関係は、共犯の処罰根拠に関連して争いがあるところである。この点、幫助の因果関係も、幫助行為と結果との間に必要であるとする説⁶⁷⁾、幫助行為が正犯の法益侵害の危険を増加させることを要するとする説⁶⁸⁾、幫助行為と正犯の実行行為との間に因果関係があれば足りるとする説⁶⁹⁾などがある。幫助の因果性について、判例は、結果にとって必要不可

欠であることは要せず、行為の遂行を容易にすれば足りるとし⁷⁰⁾、基本的に、実行行為を促進・容易にすれば因果性を肯定する傾向にある⁷¹⁾。この点、私見は、共犯の処罰根拠論において、共犯は正犯の実行行為を通じて間接的に結果を惹起したから処罰されるとするから、幫助の因果関係についても、前述したものと同様に、結果発生の蓋然性が高められたかどうかで判断する。

実行行為との間に因果関係があれば足りるとする考えからは、現行法は「幫助した」と規定しているにすぎない点に鑑み、幫助行為は正犯を援助しその実行行為を容易にすることにその本質があると考えられるから、幫助の因果関係は実行行為を物理的・心理的に容易にすることをもって足り⁷²⁾とするべきとされる。

しかし、私見は、結果との間に因果関係が必要であると考えから、因果関係の内容とは、幫助行為によって心理的・物理的方法で正犯による結果惹起を現実に容易にし、または促進したことであるとする。従って、物理的方法による幫助の場合には、それが犯行に役立ったことが必要であり、そうでない場合には、心理的に犯行を促進したことが必要である⁷³⁾とするため、幫助犯からの離脱が認められるためには、そのような効果が消去された場合ということになる。

(2) 具体的な離脱の要件

幫助の加功の仕方には、犯罪行為自体を物理的に容易にする「物理的幫助」と、正犯者の主観に働きかけ犯罪意思を促進する「心理的幫助」の二つの態様がある。まず、物理的幫助のみの場合、正犯が実行に着手する前であれば、例えば、犯罪に使用するために貸与した凶器などを取り戻すことによって自己の加功の物理的因果性を切断することが必要と思われる。また、進入先に関する情報を提供した場合や、道具の使用方法的の教示など技術的な幫助の場合は、加功を取り除くことが不可能であり、正犯の記憶を通じてなお結果に対して因果性を有するので、正犯を説得して実行を中止させたり、物理的に阻止することが必要となる。ただし、一般にその行

為が結果発生の蓋然性を高めるのに役立つかどうかの判断は必要である。

正犯が実行に着手した後は、単なる道具の貸与等の場合であっても、その実行行為が貸与された道具によって行われたことが考えられるため、道具を取り戻すだけでは離脱を認めることはできず、実行を阻止することが必要と考えられる。ただし、その道具等が犯行に全く利用されず、役に立っていなかったような場合は、物理的因果性が否定されるため、心理的因果性の切断のみで離脱を認めてよいと思われる。

次に、心理的幫助の場合は、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ることが必要である。例えば、見張りの約束など単なる加功の約束であればその取り消しで足り、単なる激励のような場合には中止の説得で足りると解する。心理的幫助の場合、何も無い状態から犯意を起こさせる教唆とは違い、もともと存在した犯意を強化するにすぎないものであるから、正犯の実行を阻止することまでは必要なく、心理的幫助の取り消しで足りると考えられる。

お わ り に

以上、述べてきたように、私見は、共犯の処罰根拠は正犯行為を介しての間接的結果惹起ととらえ、共犯行為と正犯結果との間の因果関係は相当因果関係であるとする。条件関係についてはこれを必ず要するものとは考えず、相当因果性の内容は、共犯行為が正犯行為を促進し結果発生の蓋然性を高めたこととする。離脱は、この相当因果性が否定された場合と考える。具体的には、心理的因果性については離脱意思の明示ないしは黙示の表明とその認識、物理的因果性については加功を取り除くこと、または加功が結果発生の蓋然性を高めるものではないことが因果性否定の要件である。そして、この両方が否定された場合に離脱は認められるものと解する。ただし、共謀共同正犯の首謀的立場にある者と教唆犯については、強度の心理的因果性が認められることから、他の共謀者または正犯の犯意を

放棄させることが必要と考える。

このように考えることにより、離脱を認める基準が明確となり、共犯者のうちあまり犯罪に寄与しなかった者については離脱が認められやすくなるものと思われる。

- 1) 齊藤誠二「共犯の処罰根拠をめぐって」法律時報57巻6号(1980年)95頁以下参照。
- 2) 山口 厚「共犯の処罰根拠と従属性」法学教室195号(1996年)60頁参照。
- 3) 園田 寿「共犯関係離脱の要件」法学教室111号(1989年)80頁参照。
- 4) 大越義久『共犯の処罰根拠』(青林書院新社,1981年)255頁。
- 5) 堀内捷三「共犯の処罰根拠1」法学教室124号(1991年)52頁以下。
- 6) 山中敬一「因果共犯論と責任共犯論」『刑法基本講座 第4巻 未遂/共犯/罪数論』(法学書院,1992年)96,97頁参照。
- 7) 江家義男『刑法(総論)』(千倉書房,1952年)190頁参照。
- 8) 莊子邦雄『刑法総論』(青林書院新社,1969年)717頁参照。
- 9) 大塚 仁『刑法概説(総論)改訂増補版』(有斐閣,1992年)252頁。
- 10) 大塚・前掲注9)251頁参照。
- 11) 高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(成文堂,1998年)138頁。
- 12) 山中・前掲注6)99頁参照。
- 13) 豊田兼彦「共犯の処罰根拠と客観的帰属(1)」愛知大学法経論集166号18頁参照。
- 14) 浅田和茂「共犯論覚書」『中山研一先生古希祝賀論文集第三巻刑法の理論』(成文堂,1997年)275頁参照。
- 15) 山中敬一『刑法総論』(成文堂,1999年)746頁参照。
- 16) 大越・前掲注4)257頁参照。
- 17) 曾根威彦『刑法総論 第三版』(弘文堂,2000年)272頁参照。
- 18) 豊田・前掲注14)14頁参照。
- 19) 曾根・前掲注18)294頁参照。
- 20) 高橋・前掲注12)153頁。
- 21) 高橋則夫「共犯論と共犯体系論」刑法雑誌39巻第2号(2000年)283頁。
- 22) 高橋則夫「共犯の処罰根拠の新様相」現代刑事法5巻9号(2003年)33,34頁参照。
- 23) 大谷 寛「共犯に関する諸問題」受験新報92年1月号25頁参照。
- 24) 高橋・前掲注22)284頁参照。
- 25) 大谷 寛『刑法講義総論第四版』(成文堂,1994年)411頁参照。
- 26) 山口 厚「共犯の処罰根拠論」法学教室255号(2001年)10頁参照。
- 27) 最判昭和24年12月17日刑集3巻12号2028頁
- 28) 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」法学協会雑誌第100巻第3号(1983年)222,223頁参照。
- 29) 井上正治「共犯と中止犯」平野,福田,大塚編『判例演習刑法総論』(有斐閣,1960年)209頁以下参照。

共犯関係からの離脱について（中島）

- 30) 川端 博『事例式演習教室刑法』(勁草書房, 1987年) 178頁参照。
- 31) 大塚 仁『刑法論集(2)』(有斐閣, 1976年) 35頁参照。
- 32) 大塚・前掲注33)36, 37頁。
- 33) 平野龍一『刑法; 総論』(有斐閣, 1975年) 383頁以下参照。
- 34) 西田・前掲注30)226頁。
- 35) 相内 信「共犯からの離脱, 共犯と中止犯」安部・板倉・内田・香川・川端・曾根編『刑法基本講座第4巻』(法学書院) 254頁参照。
- 36) 香川達夫『共犯の処罰根拠』(成文堂, 1988年) 163頁以下参照。
- 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」内藤謙先生古希祝賀 刑事法学の現代的状況(有斐閣, 1994年) 139頁。
- 38) 山口 厚『問題探求 刑法総論』(有斐閣, 1998年) 259頁参照。
- 39) 川口浩一「共犯からの離脱(2)」刑法判例百選 総論[第五版](2003) 189頁。
- 40) 前田雅英『刑法総論講義第三版』(東京大学出版会, 1998年) 463頁。
- 41) 山中・前掲注16)897頁。
- 42) 山中・前掲注16)896頁。
- 43) 大谷・前掲注26)176頁参照。
- 44) 島田総一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会, 2002年) 362頁。
- 45) 以下, 島田・前掲注46)362頁以下参照。
- 46) 東京高判平成2年2月21日判タ733号232頁
- 47) 林 幹人「共犯の因果性」『刑法の基礎理論』(東京大学出版会, 1995年) 186頁参照。
- 48) 大塚 仁「共同正犯と中止犯・共同正犯からの離脱」福田=大塚編『演習刑法総論』286頁参照。
- 49) 白取祐司「共犯からの離脱・中止」受験新報(1998年) 16頁参照。
- 50) 東京高判昭和25年9月14日判決高刑集三巻三号407頁
- 51) 山口 厚「共犯関係からの離脱」法学教室137号(1992年) 31頁参照。
- 52) 西田・前掲注30)242頁参照。
- 53) 大阪地判平成2年4月24日判タ764号264頁
- 54) 山中敬一「共謀関係からの離脱」法学セミナー445号(1992年) 138頁参照。
- 55) 浅田和茂「レヴィジョン刑法1」(成文堂) 168頁参照。
- 56) 町野・前掲注39)138頁参照。
- 57) 町野・前掲注39)139頁。
- 58) 西田典之「共犯の処罰根拠と共犯理論」刑法雑誌27巻1号145頁参照。
- 59) 原判決につき, 法セミ増刊・最新判例演習室1989年版164頁〔大谷〕参照。
- 60) 川端 博「共犯関係からの離脱」法学セミナー419号(1989年) 124頁参照。
- 61) 平野・前掲注36)386頁参照。
- 62) 原田 保「共犯と中止犯」別冊ジュリスト刑法判例百選 総論第4版(1997年) 197頁参照。
- 63) 前田雅英「共犯からの離脱(3)」別冊ジュリスト刑法判例百選 総論第4版(1997年) 195頁参照。

- 64) 今井猛嘉「共犯関係からの離脱」刑法の争点 第三版 116頁参照。
- 65) 佐伯仁志「正当防衛と共犯からの離脱」ジュリスト1125号(1997年)148頁参照。
- 66) 西田・前掲注30)230, 231頁参照。
- 67) 大越・前掲注4)172頁参照。
- 68) 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(成文堂, 1984年)236頁参照。
- 69) 大谷・前掲注26)462頁参照。
- 70) 大判大正2年7月9日刑録一九輯771頁
- 71) 高橋則夫「共犯の因果性」刑法の争点 第三版 94頁参照。
- 72) 大谷・前掲注26)462頁参照。
- 73) 山口・前掲注40)254頁参照。