

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

(最三決平成21年6月30日刑集63巻5号475頁)

刑事判例研究会
金子 博*

【事実の概要】

被告人は、本件犯行以前にも、数回にわたり、共犯者らと共に、民家に侵入して家人に暴行を加え、金品を強奪することを実行したことがあった。

本件犯行に誘われた被告人は、本件犯行に誘われ、本件犯行の前夜遅く、自動車を運転して共犯者らと合流し、同人らと共に、被害者方及びその付近の下見をするなどした後、共犯者7名との間で、被害者方の明かりが消えたら、共犯者2名が屋内に侵入し、内部から入口のかぎを開けて侵入口を確保した上で、被告人を含む他の共犯者らも屋内に侵入して強盗に及ぶという住居侵入・強盗の共謀を遂げた。

本件当日午前2時ころ、共犯者2名は、被害者方の窓から地下1階資材置場に侵入したが、住居等につながるドアが施錠されていたため、いったん戸外に出て、別の共犯者に住居等に通じた窓の施錠を外して他の共犯者らのために侵入口を確保した。

見張り役の共犯者は、屋内にいる共犯者2名が強盗に着手する前の段階

* かねこ・ひろし 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

において、現場付近に人が集まってきたのを見て犯行の発覚をおそれ、屋内にいる共犯者らに電話をかけ、「人が集まっている。早くやめて出てきたほうがいい。」と言ったところ、「もう少し待って。」などと言われたので、「危ないから待てない。先に帰る。」と一方的に伝えただけで電話を切り、付近に止めてあった自動車に乗り込んだ。その車内では、被告人と他の共犯者1名が強盗の実行行為に及ぶべく待機していたが、被告人ら3名は話し合っ一緒に逃げることにし、被告人が運転する自動車現場付近から立ち去った。

屋内にいた共犯者2名は、いったん被害者方を出て、被告人ら3名が立ち去ったことを知ったが、本件当日午前2時55分ころ、現場付近に残っていた共犯者3名と共にそのまま強盗に実行し、その際に加えた暴行によって被害者2名を負傷させた。

第1審は、上記の事案につき、「被告人は、共犯者らが犯行に着手した後、自らは犯行に及ぶことなく現場を離れているが、被告人が犯行をやめることについて」、「共犯者が了承した事実はないし、共犯者らが犯行を実行するのを防止する措置を講じてもいないのであるから」、強盗を実行した共犯者らと共犯関係が解消されたと認められないとして、強盗致傷罪の共同正犯を認めた。これに対し、被告人は、共犯者らと住居侵入および強盗致傷の共謀をしていないという事実誤認を理由に控訴したが、第2審は、被告人が他の共犯者らと共謀したことを否定するような事情はないとして、控訴を棄却した。その後、被告人は、判例違反等を理由に、最高裁に上告した。

【決定要旨】

上告棄却。弁護人の上告趣意は、判例違反の点につき、事案を異にする判例の引用であり、本件に適切ではなく、その他の点については、刑事訴訟法405条の上告理由に当たらないとした上で、強盗致傷罪の共同正犯の成否につき、以下のような職権判断を示した。

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（金子）

「被告人は、共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀したところ、共犯者の一部が家人の在宅する住居に侵入した後、見張り役の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に電話で『犯行をやめたほうがよい、先に帰る』などと一方的に伝えただけで、被告人において格別それ以後の犯行を防止する措置を講ずることなく待機していた場所から見張り役らと共に離脱したにすぎず、残された共犯者らがそのまま強盗に及んだものと認められる。そうすると、被告人が離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということとはできず、その後の共犯者らの強盗も当初の共謀に基づいて行なわれたものと認めるのが相当である。これと同旨の判断に立ち、被告人が住居侵入のみならず強盗致傷についても共同正犯の責任を負うとした原判断は正当である。」

【研究】

・はじめに

本件は、住居に侵入して強盗に及ぶことを共犯者らと共謀した被告人が、強盗に着手する前に、住居内に侵入していた共犯者に電話で「犯行をやめたほうがよい、先に帰る」などと伝えた見張り役の共犯者らとともに、待機場所から自動車で立ち去り、その後、残された共犯者らが、被告人の離脱を知った後にそのまま強盗を実行し、被害者2名を負傷させたという住居侵入・強盗致傷の事案である。このうち、強盗の実行の着手前に現場から立ち去った被告人が強盗致傷の罪責を負うかどうか、すなわち、ここでは強盗致傷罪の共犯関係（本件では、共同正犯関係）からの離脱の有無が争われている。

共犯関係からの離脱の問題は、一般に、実行の着手前の離脱と実行の着

手後の離脱とに分けられて論ぜられているが、前者については、下級審判例にとどまり、最高裁の判例はこれまでなかった。それゆえ、本件は、最高裁が実行の着手前における共同正犯関係からの離脱（共謀関係からの離脱）について判断した初めてのケースである。もっとも、共謀に基づいた強盗の実行を予定して現場で待機していた被告人がその場から立ち去ることは共謀関係の解消にならないと本決定が判断したものの、それは共犯関係からの離脱（共謀関係の解消）が認められうる基準が具体的に示された上での評価ではない。

そこで、本稿では、共犯関係からの離脱が認められる条件につき、従来の裁判例・学説を概観・検討した上で、本件における最高裁判例の位置づけおよび評価について考える¹⁾。

・裁判例の動向

1. 従来の裁判例

共犯関係からの離脱（とりわけ共同正犯関係からの離脱）に関して、従来の裁判例は、どのような場合に離脱を認めうるとしてきたのであろうか²⁾。

当初、判例上、共犯関係からの離脱の問題は中止犯の成否の問題として扱われた。参考となる判例として、従犯の事案につき、大判昭和9年2月10日刑集13巻127頁がある。被告人が共犯者Aから変造株券の入手役を紹介するよう依頼され、共犯者Bを紹介したが、変造株券の入手前に共犯者から犯行を中止したと欺かれ、その後、共犯者らが変造株券行使・詐欺を実行したという事案につき、同裁判所は、自己の行為により「変造株券行使詐欺の実行ヲ阻止シ之ヲシテ右犯罪ヲ実行スルニ至ラシメサリシ場合ハ

1) この離脱の領域では、「共謀からの離脱」、「共犯関係の解消」など様々な概念が用いられているが、本稿では、原則として「共犯関係からの離脱」を用いることにする。

2) 実行の着手前における共同正犯からの離脱の問題は、共謀共同正犯を否定する見解に立てば問題とならないとされているが、狭義の共犯を含めて考えれば、当該結果は帰責させるべきかという問題は残る以上、少なくとも帰責の問題として重要となる。

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（金子）

格別」、被告人において「何等実行阻止ノ手段ヲ講ズルコトナク」犯行が遂行されたとして、中止犯の成立を否定し、変造株券行使・詐欺罪の従犯を認めたのである³⁾。

しかし、戦後、実行の着手前における共犯関係からの離脱という問題は、「共謀関係からの離脱」という標語のもとで、下級審を中心に検討されるに至っている。そこでは、一般に、離脱の要件として、離脱者による離脱の意思表示および他の共犯者による了承が要求されると解されている⁴⁾。というのも、例えば、東京高判昭和25年9月14日高刑集3巻3号407頁は、被告人が他の共犯者3名と窃盗の共謀を行ったが、被害者方へ向かう途中、執行猶予の身であることを理由に犯行を思いとどまり、単身で引き返したという事案につき、「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謀者がこれが諒承し、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つて、他の共犯

3) この判例につき、瀧川幸辰「従犯と幫助行為の中止」『瀧川幸辰刑法著作集第3巻』（1981）91頁参照。なお、瀧川は、殺人犯に凶器を提供したが、その後、正犯の着手前に翻意して取り戻した場合を例に挙げ、「幫助行為の撤回によって従犯の正犯に対する関係が消滅する場合は、たとひ従犯が結果の発生を阻止しなかったとしても、従犯の中止未遂を認めねばならない」（同書98頁）とする。本件においては、共犯者による犯行中止という申出を根拠として、被告人の離脱の可能性は認められえたとと思われる。なお、実行の着手後における離脱の裁判例として、被告人が共犯者とともに被害者を脅迫し、金員を要求したが、ことのほか被害者が貧困だったため、被害者が差し出した900円を受け取らず、被告人は、共犯者に「帰ろう」と言って表へ出たところ、共犯者は3分後に900円を奪ってきたという事案で、最判昭和24年12月17日刑集3巻12号2028頁は、金員を強取することを阻止せず、放置した以上、被告人に中止犯を認めることはできないとしている。さらに同様のものとして、大判大正12年7月2日刑集2巻610頁（被告人は共犯者とともに被害者を恐喝し金員の交付を約束させたが、金員を受領する前に恐怖のため断念し、共犯者のみが受領したという事案）および大判昭和10年6月20日刑集14巻722頁（被告人は共犯者とともに賭博開帳を共謀し、賭博の場所（旅館）を決め、旅館の女中に賭博の器具を用意しよう命じたが、それ以上は関与しなかったという事案）。

4) 鈴木義男「実行着手前における共謀関係からの離脱」白井滋夫ほか『刑法判例研究』（1968）126頁以下および大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第5巻』（第2版・1999）409頁以下〔佐藤文哉〕参照。

者の実行した犯罪の責を分担すべきものではない」として、被告人の離脱を認めており、また、同様の基準に従って離脱の判断を行なった判例がいくつか見られるからである⁵⁾。従来、判例が犯行の意思連絡を共同正犯の根拠と見なしてきたことを踏えると、このような離脱の要件は、共同正犯の成立条件との関係から、共同性の根拠である関与者間の「意思連絡」が途絶えたといえる形態であることを示しているといえよう。それゆえ、「たとえ共犯者中の一人が内心では共謀した犯罪事実を実行する意思がなくなつたにせよ、これを他の共犯者に表明して共謀に係る犯罪の実行から断絶する手段に出ない限り、他の共犯者が共謀に係る犯罪行為を実現した以上は、その実現した結果について共同正犯としての責任を負うべき」⁶⁾とするのは、内心的な離脱意思だけでは、「意思連絡」の存在が解消されたと見なされないからであると解されうる⁷⁾。

-
- 5) 大阪高判昭和41年6月24日高刑集19巻4号375頁(強姦を共謀し他の共謀者が被害者を旅館へ連れ込んだ後、これに合流しようとしたが旅館主に拒否されたので、他の共謀者と相談し退去したが、1人の共謀者が単独で強姦を実行したという事案につき、強姦の共謀を遂げたとはいえ、犯行の着手前に共謀に基づく犯行の実行を断念する意思を表明し、後に実行した共謀者も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消滅したとして、被告人に対する強姦の罪責を否定した)。なお、東京地判昭和31年6月30日判例体系31-3巻1100の6頁(被告人は共犯者らと廃車証明書を偽造し、売却して利得しようとして共謀し、特定の文書を作成する意思がないまま、廃車証明書用紙を印刷作成したところ、特定の廃車証明書の作成に着手する前に、脱退しようとして決意し、以後、共犯者らの交渉を絶つたという事案につき、当該犯行の推進力にはならないとしている、公文書偽造の予備にとどまるとしている)も参照。実行の着手後の判例として、神戸地判昭和41年12月21日下刑集8巻12号1575頁(被告人が共犯者らと強姦の共謀をし、共犯者の後に姦淫する機会を窺っていたが、他の連中に先をこされそうになったので、姦淫するのを諦め、共犯者らにその旨を表明し了承されたが、その後も残りの共犯者らが強姦を遂行したという事案で、共謀の相手方に対し犯意を放棄したことを表明し、了承を得て現場を離れ帰途についているから、その後においては当初の共謀関係は解消されたとして、離脱後の犯行について責任を負わないとしている)参照。
- 6) 東京高判昭和26年10月29日高刑特25巻11頁。事案は、被告人が共犯者と窃盗の共謀を行ない、それに基づき、現場である被害者方に向かっていたところ、腹痛が起きたため、共犯者1人が単独で犯行を実行したというもので、離脱は否定されている。
- 7) さらに、福岡高判昭和24年9月17日高刑特1巻127頁(「実行行為の前に既にその通

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（金子）

もっとも、上記の離脱要件、すなわち「意思連絡」の断絶の形態は、明示的なものに限られておらず、形式的に解されているわけではない。その例証として、例えば、被告人は共犯者から「どこか押し入るのによい所はないか」といわれ、被告人の知っている被害者方を教えたところ、被告人ら4人は強盗を共謀した上、被害者方付近まで赴いて匕首を研磨したり、被害者方の様子を伺ったりしていたが、被告人は、共犯者らと強盗することの非を悟り、共犯者等に対してあえて犯行の阻止をすることなく、明示的に犯行から離脱する表意もせず、同所を立ち去り、その後、残りの共犯者らは2時間後に被告人が離脱したことを察知した上で強盗を遂行したという事案につき、福岡高判昭和28年1月12日高刑集6巻1号1頁は、上記の場合、たとえ離脱者が「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」として、被告人は強盗

謀関係から離脱する意思を包懐していたという一事によっては共同正犯の罪責を免れることはできない」として、共同正犯の罪責を認めている）、東京高判昭和30年12月21日裁特2巻24号1292頁（被告人は、共犯者Aから放火の依頼をされたため、実行を共犯者Bに依頼し、実行方法等を指示したところ、共犯者Bはそれに基づき3回にわたり、犯行に及んだという事案につき、被告人は未遂に終わった2回の犯行の後、自ら犯行を続行するのを放棄したと抗弁したが、中止犯の問題として扱った最判昭和24年12月17日刑集3巻12号2028頁に依拠しながら、放棄の意思を外部に表明しその共犯者の犯行の実行を阻止するか結果の発生を阻止しない限り、刑責は消滅しないとして、共謀共同正犯を認めた）および広島地三次支判昭和33年4月25日一審刑集1巻4号648頁（「実行着手前において、殺害計画の重大性を認識してこれが実行加担に躊躇しはじめ、ひいては前記通謀関係から離脱する意思を包懐するに至ったことは認められるが、それ以上に他の通謀者に右通謀関係から離脱する意思を表意して、これが解消を計るに適切な措置を採った形跡はなんら認められないから、右のような意思を包懐していたという一事によっては」、共犯者が遂行した犯罪の刑責を免れないとして、共犯関係の離脱が否定されている）も参照。なお、東京地判昭和41年7月21日判時462号62頁（被告人が殺害の実行役2人の迎えに共犯者をやらせたところ、その共犯者3人で殺人を実行したという事案につき、被告人の犯意の放棄は認められないとしている）参照。

の予備の責任を負うにとどまり、強盗につき共同正犯の責任を負わないとしているのである。さらには、被告人ら5人は、工事現場に放置されているトルエン6缶を窃取した際、6缶のうち1缶は皆で使用し、他の5缶は売却し、売上金はみなで公平に分けるといふ共謀をしたが、その後、被告人らは離れて生活するようになり、互いに当該共謀について確認し合わないでいたところ、2ヵ月後に、共犯者の1人が劇物の販売業の登録を受けないで、かつ法定の除外事由がないにもかかわらず、トルエン1缶を売却したという毒物及び劇物取締法違反につき、東京地判昭和52年9月12日判時919号126頁は、「共謀の解消は必ずしも明示的になされる場合に限られるものではない」とし、「共謀の背景にあった諸事情が二ヶ月余の時間の経過とともに大幅に変化し」、共謀が暗黙のうちに解消されていたとしている。これらの裁判例が示すように、離脱表明と他の共犯者による了承が必ずしも明示的である必要はなく、むしろ、関与者間の「意思連絡」の断絶は、黙示的な場合も含めて検討されているのである⁸⁾。

もっとも、他方で「離脱の意思表示とその了承」があったとしても、共犯関係からの離脱が認められないとする場合も認められている。「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つた状態に復元しなければ、共謀関係の解消がなされ

8) さらに、大阪地判平成2年4月24日判タ764号264頁。事案は、若頭である共犯者Aらと殺害の共謀した被告人は、自ら拳銃、実包を用いて殺害を実行する予定であったが、実行する気を持って犯行現場まで行きながら全く実行しようせず、共犯者Bに適当な理由を言いつて拳銃を渡して帰宅し、翌日、共犯者Bとの電話で曖昧なことをいい、「もう、よろしいわ。」といわれて以降、共犯者らの犯行が遂行されるまで共犯者らと一切の連絡をとらなかったというもので、同裁判所は、被告人は電話をした時点で犯意を完全に失っており、そのことは、被告人の言動、態度から共犯者らにも伝わっていたとして、共謀関係からの離脱を認めている。

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（金子）

たとはいえない⁹⁾という場合がその一例である¹⁰⁾。

このような傾向は、基本的に、実行の着手前の離脱に限らず、実行の着手後の離脱においても見られる。例えば、最決平成元年6月26日刑集43巻6号567頁は、被告人が共犯者と共謀の上、被害者に暴行を加えた後、「おれ帰る」とだけ行って現場を立ち去ったところ、その後、共犯者が「まだシメ足りないか」と怒鳴ってさらに暴行を加え、被害者は死亡したが、どの時点による暴行に死の起因があったかは不明であったという事案につき、被告人が立ち去った時点では、共犯者において「なお制裁を加えるおそれが消滅していなかつたのに、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つた」にすぎず、被告人が立ち去った時点で共犯者との共犯関係は解消されていないとして、被告人に傷害致死罪の成立を認めている。

さらには、残りの共犯者による一方的解消が認められるケースもある。

9) 松江地判昭和51年11月2日刑月8巻11=12号495頁。事案は、暴力団の若頭である被告人が殺害計画の指導者的立場に立ち、組員らに対し、統一的行動をとるよう指示していたところ、当初の実行担当者が殺害を躊躇して引き返すなど実行できないでいたため、現場付近に多数の組員が彷徨することはまずいと考へ、皆をつれて連れて帰るように組員に指示したが、組員らは現場で協議して殺害を実行したというものである。もっとも、同裁判所が認定するように、被告人は組員による実行行為を密かに期待していたというふしが認められるならば、そもそも共犯関係からの離脱は問題とならないと思われる（浅田和茂「共犯と中止・離脱」中山研一ほか『レヴィジオン刑法1共犯論』(1997)168頁）。

10) さらに、旭川地判平成15年11月14日 LEX/DB 28095059参照。同裁判所は、被告人が共犯者3人に対し侵入強盗の計画を持ちかけ、被告人ら4人で強盗の謀議をした上、その謀議に基づき、共犯者2人が実行する予定で被害者方へ赴いたものの、周囲の目などを理由にその日の犯行を断念したが、その後、共犯者2人が強盗を実行したという事案につき、「積極的に共犯関係を作り出し、犯行実現に大きな原動力を生じさせた首謀者について共犯関係からの離脱が認められるためには、単に共犯者に対し、犯行中止の意思を表明したとか、犯行中止について一部共犯者の了承を得ただけでは足りず、成立した共謀を解消させて共謀関係がなかった状態に復元させるなどの相当な措置をとることが必要である」として、被告人の共犯関係からの離脱を認めなかった。もっとも、判示によればそもそも被告人による犯行計画の中止をうかがわせる事情は存在していなかった以上、共犯関係からの離脱は認められえないのは当然といえよう。さらに、小池健治「判批」研修670号(2004)27頁以下参照。

名古屋高判平成14年8月29日判時1831号158頁は、被告人が共犯者Bとともに被害者に暴行を加えた後(第一暴行)、被告人が被害者に駆け寄ったが、それに腹を立てたBは被告人を暴行し失神させた上、そのまま放置したまま、被害者に暴行・逮捕監禁を実行した(第二暴行)という事案につき、「B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B自身の行動によって一方的に解消され、その後の第二暴行は被告人の意思・関与を排除してB、Cらのみによってなされたものと解するのが相当」として、共犯関係からの離脱を認めている。このように、実行の着手の前後を問わず、離脱者によって作出された犯罪エネルギーの解消¹¹⁾や他の共犯者による一方的解消¹²⁾も共犯関係からの離脱の問題として扱われ、意思連絡とは完全に異なった要素が重視されているのである。それゆえ、共同正犯の成立を否定する「意思連絡の解消」以外の方法による共犯関係からの離脱の可能性が判例によって認められているといつてよい。

これまでの大審院・最高裁判例および下級審判例の動向をみれば、共犯関係からの離脱の問題は、中止犯の成否とは別途検討されるべき問題として論ぜられ、(とりわけ実行の着手前における離脱において)共同正犯における共同性の根拠である関与者間の「意思連絡」の解消が焦点とされてきたように思われる。そして、その解消の基準として、必ずしも評価が一貫しているわけではないが、一般に、共同正犯の成立条件を考慮して、明示・暗黙を問わず、離脱の意思表示および共犯者の了承に求める傾向にある。しかし、必ずしもそのようなやりとりだけが要求されるにとどまらず、そのような「意思連絡」の解消という実態以外に、「共謀関係のなかった状態への復元」の有無といった客観的状态も重視されており、そのような客観的状态が認められて初めて共犯関係からの離脱が認められる場

11) 東京地判平成12年7月4日判時1769号158頁(捜査協力をした場合)も参照。

12) 上記の大判昭和9年2月10日刑集13巻127頁は、実行の着手前の離脱の問題として考えられる。

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（金子）

合も示されている。これらを踏まえると、裁判例上、共犯関係からの離脱が認められる状況は、大きく分けて3つに分けられうる。すなわち、i 離脱者による離脱表明と他の共犯者による了承、ii 作出した犯罪エネルギーに相応した積極的な犯罪阻止行為、およびiiiいわゆる「仲間はずれ」を典型例とした、当該行為者を除いた、他者による新たな犯罪形成である。通常、実行の着手前の離脱の場合、i の形態に該当すれば、共犯関係からの離脱が認められることが多いが、上記の松江地判昭和51年11月2日が示すように、首謀者を例として積極的な犯罪形成を行なった場合については、それに相応する犯罪阻止行為が要求されている。そして他方で、iiiについては、例えば、上記の名古屋高判平成14年8月29日判時1831号158頁のように、当該犯罪がたとえ当初の共謀と同種ではあっても、もはや他者による、新たに形成された犯罪として、つまり別個の犯罪としての意味合いを帯びるものについては、その結果は離脱者に帰責されないと解されているように思われる。

こうした裁判例の動向は、理論上、「因果性の遮断」でもって一元的に説明されている¹³⁾が、裁判例が犯行防止措置といった犯行を離脱する態度や離脱者を排除する他の共犯者の態度に着目する以上、もはや因果的側面だけが問題にされているわけではない。上記の3つの側面を踏えると、むしろ、従来の裁判例は、實際上、共犯関係からの離脱の問題を、従来の共同正犯の根拠である「意思連絡」の解消の有無を含めた、当該離脱者の行為態様の客観的な意味表出に着目した結果帰属という規範的問題（当該結果は誰の管轄であるかという問題）として捉え、具体的状況下における離脱を試みる者の態度および他の共犯者の態度を勘案しながら、共犯関係の解消を検討しているように思われる。

13) 例えば、西田典之「共犯の中止について」法協100巻2号（1983）1頁、林幹人「共犯の因果性 最高裁平成21年6月30日決定を契機として」法時62巻7号（2010）1頁以下など。

2. 本決定の位置づけ

それでは、共犯関係からの離脱につき、本決定はどのように位置づけられるであろうか。類似の事例として、上記の福岡高判昭和28年1月12日が挙げられるが、本決定はこの判決と違った判断を下している。すなわち、本決定は、侵入強盗の共謀に参加し、他の共犯者が既に住居内に侵入していた共犯者に一方的に離脱表明をしたこと、および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じなかったことを理由に、被告人に共犯関係からの離脱を認めなかったのである。ここで、本決定の根拠に着目すると、本決定は実行の着手後における離脱の問題を扱った上記の最決平成元年6月26日の根拠と同様のものを示したと考えられうる。すなわち、被告人が立ち去った時点では、共犯者において「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つた」にすぎず、被告人が立ち去った時点で共犯者との共犯関係は解消されていないとしていることから、本件も同様にして、立ち去った後も共犯関係から生じる結果の危険性が残されていたという理由で、被告人による犯罪エネルギーが残存していたと評価した可能性がある。

もっとも、本件において、第1審の評価を踏まえると、最高裁が、離脱表明が他の共犯者による一方的な伝達にとどまり、被告人自身による客観的な中止的態度がそもそも認められないという理由で、共犯関係の解消には至らなかったと見ているのか、もしくは、被告人の寄与による犯罪エネルギーの解消（ここでは、強盗に至る切迫性の排除）に応じた積極的な阻止行為が要求されるにもかかわらず、それに相応する行動に出なかったという理由で共犯関係からの離脱を認めなかったのかという点を明らかにしたといえず、またどの程度の対応をすれば共犯関係からの離脱が認められるのが判然としない。この限りにおいて、本決定における離脱成否の判断過程について評価しかねる部分がある。

いずれにせよ、「たとえ被告人も見張り役の上記電話内容を認識した上

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（金子）

で離脱し、残された共犯者らが被告人の離脱をその後知るに至ったという事情があったとしても、当初の共謀関係が解消したということができないとしていることから、離脱者は自ら明示的な離脱表明をする必要があるという立場を採ったと見ない限り、最高裁は本件を実行の着手前における共犯関係からの離脱に関する新たな事案として扱ったと見ることができる。すなわち、本件は、上記の福岡高判昭和28年1月12日と異なって、住居侵入の既遂に達し、強盗の実行に差し迫っており、被告人自らも形成した、その差し迫った危険性があった事案であると見るのである。このようにみれば、一方的に立ち去るだけでは足りず、自ら生み出した犯罪的エネルギーを打ち消すべきであったにもかかわらず、被告人が単に立ち去るに留まったという理由から、本決定は共犯関係の解消を認めなかったと理解し得るであろう。

そうすると、従来の下級審判例をも考慮に入れるならば、本決定は、本件につき、上記の基準 ii に照らして、被告人の行為態様は犯罪的意味を否定する態度に該当しないと判断した事例判例として意義があると思われる。

もっとも、第1審のように、被告人が当該犯行からの離脱の了承をえず、犯行を防止する措置もしなかった以上、共犯関係の解消はそもそも認められないと評価するのであれば、客観的脈絡の考慮というよりも、むしろ「犯行発覚の恐れによる一方的な離脱」という事実的な主観的側面を強調した評価といえなくもない¹⁴⁾。しかし、それは、被告人の言動、態度などを踏まえて、当該犯罪の「共犯関係」の断絶が客観的に認められうるかど

14) この点、東京高判昭和26年10月29日前掲註(6)が判示したように、離脱の意思が内心にとどまったと判断したとする評価も考えられるが、本件において、犯行計画の中心的立場ではない者が、予定されていた強盗の実行に移すことなく現場から立ち去ったことは、当初想定された強盗の共謀からの逸脱にほかならず、住居侵入と強盗の間に離脱に伴う一時的な中断があったことも考えれば、その後の犯罪（強盗）との断絶を示唆するものであろう。それにもかかわらず、この場合において、住居侵入への関与（犯行現場での待機）をもって当該強盗責任の推定が働くとするならば、たとえ首謀者でなく、重要な役割をいまだ果たしていなくとも、首謀者らに対し、積極的に介入・阻止しなければならないことになると思われる。

うかを検討してきた従来の裁判例とは異質なものとなる。

また、本件において被告人に積極的な阻止行為が要求されるべきとするならば、それは、各行為者の役割に応じた中止的行為の要求というよりも、全体の犯行の危険性に応じた中止的行為の要求、すなわち、各行為者が形成した1つの犯行に対する一定の阻止行為を一律に要求するという帰結に至りうる。というのも、まず、共犯関係からの離脱の成否を考える際、各行為者の当該犯罪に対する寄与に応じて中止的態度の要求度が異なるを考えるならば、本件の場合、上記の最決平成元年6月26日で問題となった事例のように、被害者に対する暴行という積極的寄与により危険を創出するまでに至っておらず、強盗の実行を予定していた本件被告人は、自動車で待機してただけであるから、さして重要な役割を果たしていない以上、積極的な中止的態度が要求されることにつき疑問が残るからである。そしてさらに、第1審の事実認定によると、本件犯行の数日前ころ、他の共犯者らが被害者の金品を強奪することを計画し、被告人は強盗等の犯行に誘われた。本件前日の夜、共犯者6名は、強盗等の犯行を実行するため、自動車で現場付近に赴き、被害者の所在を確認するなどした。その後、被告人が自動車に乗って、共犯者らと合流し、被告人は、共犯者らとともに、被害者方及びその付近の下見をした上、共犯者が侵入口を確保し、その後、被告人ら他の実行役の者が侵入口から侵入し、強盗を行う」旨の打合わせをした、というのであるから、上記の内容から、確かに、被告人は犯行直前に打ち合わせをしているものの、計画立案の主導的立場にあったとはいえ、それゆえ、被告人の役割(貢献度)についてみれば、当該犯罪(強盗)の遂行につき、すでに着手前に実行役が立ち去った意義は大きいといわざるを得ないのである。

この点、上記の福岡高判昭和28年1月12日では、被告人は、共犯者に対して、強盗の実行場所を教え、共犯者らと共謀し、凶器を持って現場まで赴き、被害者方を下見・侵入の試みをするなどした場合にも、離脱表明をせず立ち去ったことで、黙示的離脱表明とその受領という形態として共

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（金子）

犯関係からの離脱が認められている¹⁵⁾。そうすると、住居侵入が既遂となったか否かという点で相違があるものの、その後の強盗の危険性という点では共通である以上、当該行為者の寄与とを比較すれば、本件の被告人は、犯行への寄与度は低いため、黙示的な離脱表明と共犯者による受領をもって足りるとしなればならなかったと思われる。

それゆえ、上記の最決平成元年6月26日や福岡高判昭和28年1月12日との整合性を保つとするならば、以前にも共犯者と侵入強盗をしたという事情および被告人が関与した、現場の下見を含めた「打ち合わせ」が結果帰責のために重要な役割を果たすことになる。この場合において、上記の裁判例の事案には存在しなかった過去の共犯関係および過去と同様の実行役をするという「打ち合わせ」の存在を強調するならば、その存在が認められる場合のみ限定的に積極的な犯罪阻止行為が要求されると解されうる余地があるかもしれない。もっとも、このように限定的に解したとしても、これまで認められてきた「離脱者による離脱表明」と「他の共犯者による了承」という形態での共犯関係からの離脱が従来の裁判例と比較して制限されうるという結論に至りうることになる。そうすると、本決定は、結果発生の阻止を前提とするかつての通説的見解に依拠するまでには至らないが、従来の判例と比べて、共犯関係からの離脱に必要な態度をより積極的に要求したように思われる。この意味において、共犯関係からの離脱の射程は縮小されたと評価することができよう。

・学説の状況とその検討

1. 従来の学説

従来の学説は「共犯関係からの離脱」の問題をどのように説明してきた

15) なお、林・前掲註(13)4頁は「強盗の実行に必要な情報や武器の提供があり、明らかに共犯の因果性があるにもかかわらず、実行の着手前に離脱の意思・諒承があったことを理由に、離脱を認めた」とするが、むしろ、同裁判所は、当該強盗はもはや他の共犯者らだけの別の犯罪であることを強調しているように思われる。

のであろうか。

共犯関係からの離脱(とりわけ共同正犯関係からの離脱)の問題は、当初、主として、実行の着手後における中止犯との問題として論じられ、判例¹⁶⁾と同様に、共犯にも中止犯規定(43条但書)が適用されうるとされたものの、既遂結果の発生が阻止されることが前提とされていた。このような理解は、理論上も戦前から広く認められ、通説的地位を築いていた¹⁷⁾。例えば、牧野英一は、共同正犯の中止について、共同正犯においては、「共同関係に加入するといふ自己の行為に因って、其の加入者が他人の行為に付いても責に任せねばならぬことになる」以上、「共同正犯者の一人が中止犯たらんが為めには、包括して観察せらるべき事実全部に対して完成を防止するの行為に出でねばならぬ」¹⁸⁾と主張していたのである。このような解釈には、たとえ共同行為といえども、1つの犯行である以上、離脱の可能性は考えられないという前提が根底にあったといえよう¹⁹⁾。

もっとも、このような理解に対しては、例えば、途中で犯行の中止を表明したとき、残りの共同者らが全く応じず、そのまま強硬に犯罪を遂行した場合や、他の共同者らによって暴行、監禁された後に、他の共同者が犯行を遂行した場合に、他の共同者による既遂結果の責任が問われるのは疑問であるとされた。それゆえ、中止犯の成否とは独立した新たな側面が着目され、共犯関係からの離脱が正面から論じられるようになった。

まず、上記の問題状況から中止犯の余地をさらに広げるべく、共犯関係からの離脱を説明したのが、井上正治である。井上は、共同正犯と中止犯

16) 大判大正12年7月2日刑集2巻8号610頁,大判昭和10年6月20日刑集14巻11号722頁および最判昭和24年12月17日刑集3巻12号2028頁。

17) 牧野英一「共同正犯の一人の中止」『刑法研究第三巻』(1927)235頁以下、瀧川幸辰「犯意を翻した共同正犯者と中止犯の成否」『瀧川幸辰刑法著作集第3巻』(1981)334頁以下、団藤重光『刑法綱要総論』(第3版・1990)429頁以下。

18) 牧野・前掲註(17)236頁。

19) 西村克彦「共犯と中止犯(一)(二・完)」判時257号5頁以下,同259号2頁以下参照。

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（金子）

との関係につき、共同正犯における「共同加功の意思」に着目した上で、中止犯の成否が検討されるべきであると主張した²⁰⁾。すなわち、共同正犯の場合、「共同加功の意思は、共犯者各人の行為をその全体の中に位置づけ、各人は相互に手となり足となって全体としての違法行為を実現する。」「そうだとすれば、犯罪遂行の途中においてであれ、『意思の連絡』が欠ければ、それ以後は、各人の行為はもはや全体の行為としては評価できなくなる²¹⁾」と。換言すれば、共同正犯における「共同性」の根拠である「意思の連絡」が欠落した以上、その後の事象における行為は各人の単独行為であり、その各行為につき、中止犯の成否が別途検討されるべきであるというのである。そして、「意思の連絡が中断したか否かの重要な標準は、結果の発生を阻止しようとしたか否かの『真摯性』²²⁾」によるとしている。このようにして、共同正犯の成立条件との表裏の関係から、共犯関係からの離脱を説明しようとしたのである。

これに対し、大塚仁は、「共同正犯関係からの離脱」という独自の観念を作出し、中止犯が成立しない場合でも、共犯関係からの離脱を認めるべきと主張した。具体的には、共犯の中止犯については当初の通説の理解を前提としつつ、共同正犯関係からの離脱の場合、つまり「共同正犯の実行の着手後、既遂に至らない段階で、共同正犯者中の一部の者が、他の共同者との相互的利用・補充の共同関係を断ち切って、その共同正犯関係から

20) 井上正治「判批」刑法2巻1号(1951)234頁以下、同「共犯と中止犯」平野龍一ほか編『判例演習 刑法総論』(増補再版・1973)209頁以下。なお、実行の着手前における離脱については明らかにされていない。もっとも、「通謀のある種の場合、他の共同者の行為を支配すべき『強さ』『はたらき』を有するものとして、共同正犯と認められ得る場合もなくもない。しかし、それもどこまでも、『実行行為に不可欠な行為』として、類型性の客観的要素と考えられなくてはならない」(井上正治『刑法学(総則)』(1951)229頁以下)としていることから、「意思の連絡」の欠如を基準とした実行の着手前における共同正犯関係からの離脱が考えられなくもないように思われる。

21) 井上・前掲註(20)「共犯と中止犯」212頁。なお、共同正犯と狭義の共犯は区別されており、後者の場合、「各自の行為による個人責任にとどまり、ただ他人と行為と相いまって責任を生ずる」(前掲註(20)「判批」239頁)とする。

22) 井上・前掲註(20)「判批」239頁。

離れ去る²³⁾場合、離脱に至るまでの責任は免れないが、その後の犯罪的結果については責任を問われず、共同正犯の障害未遂に準じる責任が問われるべきというのである²⁴⁾。そしてさらに、「共同正犯者中の一部の者が、共同実行中の途中で自己の犯罪行為を放棄するとともに、他の共同者からの離脱についての了承を得、それによって、その者の他の共同者の犯行への影響が消失したと見られる場合」にも共犯関係からの離脱が認められるべきとしている。

上記の見解を簡潔にまとめるならば、前者の試みは、共同正犯の成立条件との関係から、共犯関係からの離脱を説明するのに対し、後者の試みは、従来の「共犯の中止犯」の理解を前提としつつ、結論の妥当性という政策上の目的から「共犯関係からの離脱」というカテゴリーを作り出し、説明するという特徴をもつといえよう。前者の試みは、共同性の根拠である「共同加功の意思」を問題とすることで、共同行為の各行為者の単独行為への解消を容易に説明でき、また共犯関係からの離脱の問題を判例の法理に沿って説明しやすい点で魅力的ではある。確かに、特定の犯罪の意思疎通を根拠とした共同性理論からみれば、共同正犯関係からの離脱の問題をその意思疎通の解消に求めるのは一貫している。しかし、共同性の根拠を特定の犯罪を目指す「共同加功の意思」に求めうるかどうかという問題²⁵⁾に加え、離脱は「意思疎通」と必ずしも関連しないという問題が残されて

23) 大塚仁『刑法概説(総論)』(第4版・2008)347頁。

24) なお、実行の着手前の離脱に関しては、共謀共同正犯を認めない立場から、「共同正犯の成立条件である共同実行の事実の開始される以前の出来事なのであるから、共同正犯関係からの離脱として扱うことはできず、「共同正犯におけるいわゆる予備・陰謀の中止にあたるのであり、離脱者に対しては、当該犯罪の予備・陰謀についての責任、あるいは、事情によっては、離脱しなかった他の共謀者のその後の実行行為に対する教唆犯または従犯の責任が帰せられることはある」としている(大塚仁「共同正犯関係からの離脱」『刑法論集(2)』(1976)32頁)。

25) なお、意思の連絡の中断を結果発生阻止に努めた真摯性に求めることを疑問とし、離脱と中止犯が混同されていると批判するものとして、中村雄一「共同正犯からの離脱」秋田35号(2000)26頁、浅田和茂『刑法総論』(補正版・2007)463頁、王昭武「共犯関係からの離脱」同法58巻1号(2006)186頁。

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（金子）

いる²⁶⁾ように思われる。というのも、例えば、上述の松江地判昭和51年11月2日や最決平成元年6月26日が判示するように、共犯関係からの離脱の成立に際して、関与者間の「意思連絡」の解消だけでなく、共謀関係がなかった状態に復元させるなどの措置をも要求する場合は認められる以上、離脱の問題を関与者間の「意思連絡」の有無でもって説明し尽くすことができないからである。

他方、後者の試みは、共同者全員が中止した場合あるいは結果発生が阻止された場合に中止犯が認められるとする理解を前提とするべきならば、離脱の理論を補完することによって、結論の妥当性を図る点で傾聴に値する。しかし、理論上、完全に影響力がないと認められる場合にまで「共同正犯関係からの離脱」が認められる理由²⁷⁾、さらに、既遂ではなく、未遂ならば、なぜ中止犯が認められないのか²⁸⁾といった問題がすでに提起されている。それゆえ、共同正犯の成立条件（意思連絡）との関連も含めて、そもそも離脱理論が認められる理論的根拠が補強される必要があるように思われる²⁹⁾。

もっとも、いずれの試みも少数説にとどまり、その後、共犯関係からの離脱の問題は、共謀共同正犯の理論およびいわゆる因果的共犯論に依拠した共犯の処罰根拠論が有力化したことに伴い、因果的思考に依拠しながら、実行の着手前の離脱と実行の着手後の離脱とに分けられて論ぜられるようになっていく（因果性遮断説）。すなわち、共犯関係からの離脱の問題と

26) 西田・前掲註(13)30頁（「中止者が教唆犯的性格を有していた場合、技術的幫助の場合などはなお加功の因果性が残りうる」ことを理由とする）、相内信「共犯からの離脱、共犯と中止犯」阿部純二他編『刑法基本講座』（第4巻・1992）253頁。なお、意思連絡と中止犯の関係に関する批判として、西村・前掲註(19)「共犯と中止犯（二・完）」2頁参照。

27) 西田・前掲註(13)31頁。

28) 中山研一『刑法総論』（1982）508頁注（2）。

29) さらに批判として、香川達夫「共犯関係からの離脱」警研54巻8号（1983）3頁以下および同『共犯の処罰根拠』（1988）163頁以下参照。香川は、中止犯の法的根拠を責任減少説に求め、既遂結果との因果関係が認められたとしても、中止犯の余地があるとし、「共犯関係からの離脱」という観念自体を否定する。

中止犯の問題を区別したうえで、共犯の因果性（物理的因果性および心理的因果性）の遮断の有無が共犯関係からの離脱の問題であり、それは共同正犯、教唆犯および従犯いずれにも妥当するというのである³⁰⁾。具体的には、実行の着手前に、他の共犯者に対して離脱を表明し、了承され、その後、他の共犯者によって犯罪が遂行された場合には、心理的因果性が遮断され、罪責は負わず、着手後については、犯罪の中止の説得によって、他の共犯者らが一旦は犯罪の続行を中断したが、他の共犯者が新たな犯意に基づき、既遂結果を生じさせた場合には、中止犯が成立する余地があるとするのである³¹⁾。

2. 因果性遮断説の限界と解決の方向性

それでは、共犯関係からの離脱の問題は、共犯の因果性の遮断という視点から説明されるのであろうか。

まず、負責の根拠となる因果性の内容についてみると、物理的因果性の内容は「犯行に必要な用具などにより、正犯・共同者による犯罪の遂行を物理的に促進すること」であり、心理的因果性の内容は「犯行をそのかして、正犯・共同者の犯罪遂行意思を維持・強化し、正犯・共同者による犯罪の遂行を心理的に惹起・促進すること」³²⁾であり、条件関係である必要はないとするのが、有力に主張されている³³⁾。このような理解を前提とした因果性の遮断とは次のような場合をいうとされている。すなわち、教唆の場合、教唆行為による心理的因果性の遮断については、正犯者の犯意

30) 平野龍一『刑法総論』(1975)383頁以下、西田・前掲註(13)1頁以下、中山・前掲註(28)506頁以下、大越義久『共犯論再考』(1990)138頁、長岡哲次「中止犯と共犯からの離脱」大塚仁・佐藤文哉編『新実例刑法』(2001)389頁以下、浅田・前掲註(25)465頁、山口厚『刑法総論』(第2版・2007)352頁、今井猛嘉「共犯関係からの離脱」刑法の争点(2007)118頁以下、林幹人『刑法総論』(第2版・2008)385頁等。なお、町野朔「惹起説の整備・点検」内藤古稀(1994)136頁以下参照。

31) 西田典之『刑法総論』(第2版・2010)369頁以下。

32) 山口・前掲註(30)305頁。

33) 平野・前掲註(30)381頁、山口・前掲註(30)305頁、西田・前掲註(31)340頁以下。

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（金子）

を放棄させるか、少なくとも一旦思いとどまらせることであり、幫助の場合、物理的因果性の遮断については、たとえば提供した犯行用の道具を取り戻すことで、他方、心理的因果性の遮断については、犯意の強化・促進を消滅させる場合、例えば、離脱の意思表示によって他の共犯者に了承される場合であり、共同正犯については、教唆と幫助の組み合わせによって判断されるというのである。

もっとも、これに対しては、不当に共犯関係からの離脱の範囲を狭めているとして、心理的因果性が欠如すれば、共犯関係からの離脱を肯定すべきとする見解もある。すなわち、「共犯関係は、行為に出ることについて意思の疎通があるときに、その行為に関して認められる『行為についての関係』であり」、「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³⁴⁾」というのである³⁵⁾。

しかし、いずれにせよ、「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³⁶⁾」という問題が生じよう。例えば、すでに他の共犯者に犯行現場の知識を与えた場合、共犯者において犯行現場の知識を無かったことにすることはできない以上、因果性を遮断することはできないのである³⁷⁾。すなわち、因果的思考を純粋に維持すれば、「そもそも、教唆であれ共謀であれ精神的幫助であれ、いったん生じた心理的・精神的な影響を事後的に消去するのはほぼ不可能³⁸⁾」なのである。そ

34) 町野・前掲註(30)138頁。

35) もっとも、この見解は、因果性という手法を用いつつも、「共同の行為決意」を根拠とした共同性理論と本質を同じくする。なお、林・前掲註(13)1頁以下参照。

36) 山中敬一『刑法総論』(第2版・2008)960頁。

37) 松宮孝明『刑法総論講義』(第4版・2009)316頁、葛原力三ほか『テキストブック刑法総論』(2009)305頁以下〔葛原力三〕。なお、団藤・前掲註(17)431頁、大谷實『刑法講義総論』(新版第3版・2009)437頁以下参照。これに対して、西田は、説得による正犯者の犯行中止あるいは物理的に正犯の実行への着手を阻止するしかないとする(西田・前掲註(13)14頁以下)が、離脱の範囲を過度に狭めるものであろう。

38) 葛原ほか・前掲註(37)306頁。

ここで、最近では、「因果性の遮断」理論を維持しつつ、規範的評価を全面的に持ち出す見解が台頭しつつある³⁹⁾。例えば、前田雅英は、次のようにいう。「共犯の場合には、心理的な因果性の解消が主として問題となる。ただ、『解消』といっても、因果性を『ゼロ』にする必要はない。『結果(未遂の結果を含む)を帰責する必要はないという程度に弱いものか否か』という規範的評価なのである」⁴⁰⁾と。また他方で、山中敬一は、客観的帰属の観点から、「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」⁴¹⁾として、規範的観点から因果的寄与を評価すべきと主張するに至っている。

このようにみれば、「共犯の因果性の遮断」は、事実に評価から規範的評価へと移行する傾向にあるといえよう。しかし問題は、帰責問題を上記のような因果性を基準として問題にすべきかどうかである。

そもそも、帰責問題は、いわば当該結果に対して責任があるか否かという問題であり、前田のいうような程度問題、つまり量的問題ではない。したがって、たとえ程度が弱くとも因果性が肯定される以上、当該結果(ここでは、残りの共犯者により遂行された犯罪結果)は離脱者にも帰責されるのであって、共犯関係からの離脱と評価できず、せいぜい量刑上の問題が生じうるにすぎない。その限りで、事実的な因果性を帰責根拠とした規範的評価という手法には問題が残されている。また、山中のいうような手法でも疑問が残る。というのも、「強盗を共謀して他の共同実行者との暴行の共同実行中に、仲間割れして、『邪魔者』扱いされたため、『俺はやめ

39) 島岡まな「共犯からの離脱(2)」刑法判例百選(第6版・2008)195頁参照。

40) 前田雅英『刑法総論講義』(第4版・2006)488頁以下。同様のものとして、井田良『講義刑法学・総論』(2008)505頁以下。井田は、「相当因果関係の公式に即して表現するならば、ひとたび危険が解消された(またはかなり低下した)ときに、それでもさらなる実行が行われたのであれば、(仮に条件関係は肯定されるとしても)そのような因果の流れはもはや『相当ではない』と評価できる」(同書505頁注(24))とする。なお、豊田兼彦「共犯からの離脱」法教359号(2010)26頁以下も参照。

41) 山中・前掲註(36)960頁。

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（金子）

る』といって立ち去ろうとしたところ、他の共謀者から『勝手にしろ』と言われたのでそのまま立ち返った」場合、因果的寄与は完全に解消されていないが、規範的観点からみれば、その後の強盗については共犯関係を離脱したものと評価できるとする⁴²⁾が、因果的寄与と共犯関係との関連が明確となっておらず、ここでも因果的寄与の事実的側面と規範的側面の整合性が問われうるからである⁴³⁾。

むしろ、共犯関係からの離脱の問題は、促進的意味における因果的惹起の問題ではなく、端的に、当該結果がいまだ共同管轄であったかどうかの規範的問題（共同義務の有無の問題）であると思われる。すなわち、各行為者の行為態様そのものが問われるべきであって、まさに「行為の意味」が問題とされなければならないのである。例えば、窃盗の共謀に参加しただけで実行の着手前に立ち去る場合と、窃盗の共謀を企て指導的役割を担ったが実行の着手前に立ち去った場合とでは、その後の犯行について、「犯行を形成する力」という意味では両者の行為態様は異なっているといえ、その限りで、自ら生み出した「犯行を形成する力」を打ち消すだけの行為態様に出たといえるか否かにかかっているといえよう。すなわち、犯行の脈絡を加味しながら、行為者が築き上げた「当該犯罪を形成する徴表的要素」が、その後の行為態様によって打ち消されたか、あるいは他の共犯者による新たな犯罪形成によって当該結果へと結びつけられなかったと評価されうるかどうかであって、その打ち消す行為に積極的阻止が必要かどうかは具体的事象に依拠する⁴⁴⁾。このような理解に拠るならば、裁判例

42) 山中・前掲註(36)960頁。

43) 山中敬一「共謀関係からの離脱」立石古稀（2010）565頁以下は、共謀共同正犯肯定説の前提を仮定した場合という条件のもと、「(共謀)共同正犯否定原理」と「因果性否定原理（客観的帰属否定原理）」から離脱要件（ここでは、共同正犯関係からの離脱）を導き出す。もっとも、共犯関係からの離脱の問題は、当該結果が帰属されるか否かの問題であって、共同正犯性の否定は、正犯・共犯の区別問題であり、結果帰属の問題と正犯性の問題が混同されているように思われる。

44) この点、共同正犯からの離脱について、川口浩一は、「客観的に見て行為者の部分的

で問題となった「共犯関係からの離脱」の事例も説明できる。すなわち、離脱者による離脱表明や他の離脱者の了承という形態や、首謀者の場合ははじめとした、積極的な犯罪阻止行為を必要とする形態は、離脱者の中止的態度という観点から、当該結果がまだ離脱者の管轄であったといえるかどうかによって説明されうるのに対し、例えば、上記の名古屋高判平成14年8月29日が扱ったような、他の共犯者からの「仲間はずれ」といった事例は、当該犯罪がたとえ当初の共謀と同種であったとしても、もはや他者による、新たに形成された犯罪として、つまり、もはや離脱者の管轄ではない犯罪として説明されうるのである。

この理解を前提とすると、共犯成立の関係⁴⁵⁾では、共同正犯の場合、「一部実行の全部責任の法理」の性質が問題となるが⁴⁶⁾、まさに当該結果に対して自他共に協力して阻止すべき共同義務の共同違反に共同性の根拠があり、それを基礎づけるのは共同管轄となる。そしてそれは、狭義の共犯にも同様のことが妥当するのであり、したがって、共犯関係からの離脱の問題は、正犯・共犯問わず、共通する問題となるのである⁴⁷⁾。

行為が全体行為に対していかなる役割を果たすことが予定されているかということに基づき、それが既に果たされているか、その前に行為者が離脱したかを確認し、すでに果たされている場合には、その寄与を撤回・解消させることが必要であるが、果たされる前に離脱した場合には、共同正犯行為は成立しないと提唱する(川口浩一「共犯からの離脱(2)」刑法判例百選(第5版・2003)189頁)。

45) 原田國男「判批」法時42巻6号(1990)273頁以下、川口・前掲註(44)189頁参照。

46) 付言すれば、共同正犯における共同性の根拠につき、「意思連絡」と「因果の共同」の争いがあるが、前者については、刑法における結果帰属が「事実的な意思と作用の関係」に制限されるのかにつき疑問が残る、後者については、強盗罪のような場合に、因果性の共同で共同性が説明されうるのかにつき疑問がのこる。なお、これに関して、福田平のように、意思連絡に依拠した共同正犯論を説き、共犯関係からの離脱については、「共犯関係から離脱する意思を表明するとともに、それまで自分のなした犯罪の結果実現への影響力を取りはらい、自分のそれまでの行為と離脱後の他の共犯者による行為との因果関係を切断了らばあい」(福田平『全訂 刑法総論』(第4版・2004)300頁注(4))に認めるものがあるが、共同正犯の成立要件と共犯関係からの離脱の要件の整合性に疑問が残る。なお、成瀬幸典「演習」法教351号(2009)135頁も参照。

47) このような考え方からすると、離脱の問題を考える際、当該結果が誰の管轄であるの

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（金子）

3. 「共犯関係からの離脱」の成立条件

これまでの検討を踏まえると、共犯関係からの離脱の問題は、当該結果は誰の管轄であるのかという規範的問題と解される。換言すれば、当該結果発生を阻止すべき保障人的地位の範囲が問題とされなければならないのである。したがって、実行の着手の前後を問わず、共犯関係の有無は問題になり得る。そして、共犯関係からの離脱条件としては、従来の裁判例を参考にすれば、a：事前の犯罪形成を否定する中止的態度をとった、あるいはb：当該行為者を除いた、他者による新たな犯罪形成と見なされる場合というかたちに纏められよう。前者については、事前に形成された犯罪の徴表的要素を自ら打ち消す場合であり、もはや当該犯罪は離脱者の管轄ではないといえるだけの中止の行為があったかどうかが重要となる（犯行道具の回収など）。したがって、具体的には、離脱者が共謀者間において、平均的な立場として共謀に関与したにすぎない場合と共謀の際に先導的立場にあり、強い影響を与えていた場合とでは、当該犯罪を形成する態度を打ち消す上で中止の行為の要求度も異なってくることになる。後者については、たとえ離脱者による犯罪の徴表的要素が存在したとしても、それが当該結果に実現しない場合であり、離脱者の態度にかかわらず、他の共犯者による新たな犯罪形成があったかどうか重要となる（他の共犯者による、いわゆる「仲間はずれ」など）。

この点、近時、自己の因果的寄与の撤回がされ、因果性が否定されれば、罪責を負わないという因果的遮断説を基本的に正当としつつも、ドイツの議論を参照しながら、事実的な因果性が肯定されるにもかかわらず、共犯とすべきではない事案については、「Xが当初加担した行為（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」が問題であって、「その点を判断するにあたっては、第2行為においてX以外

かが重要であって、正犯・共犯の評価は二次となる。

の者によって、Xの第1行為にどのような意味づけが与えられたかが問われるべき⁴⁸⁾と主張するものがある⁴⁹⁾。このような方向性は注目に値するものであるが、しかし、このようにいうのであれば、もはや因果的思考と規範的・評価的思考との並立の根拠が問題となる。したがって、ここで提唱されている「共犯からの離脱」論には、因果的遮断説にいう因果力の撤回という発想と管轄の問題としての規範的発想との間に齟齬が生じているように思われる。

以上のことから、共犯関係からの離脱の問題は、当該結果がまだ離脱者の(共同)管轄であったか否かの問題として、すなわち、規範的共同性の問題として2つの側面から捉えられるべきであり、正犯・共犯の評価は、別途検討すべき問題となる。

・ 本件の評価について

最後に、本件はどのように評価されるべきであるかにつき検討を加える。本決定は、すでに述べたように、住居侵入の既遂に達し、強盗の実行に差し迫った状況の中で、自ら生み出した犯罪的態度を否定するような行動に出ず、被告人が単に立ち去るに留まったという理由から、共犯関係の解消を認めなかったと理解し得る。そして、このような本決定の結論を支持する見解も見られる⁵⁰⁾。例えば、被告人の離脱後も、犯行は計画通りに行われ、また強盗に直結する侵入口の確保は離脱以前の既成事実であったということから、被告人による関与行為の心理的、物理的影響力は残存してい

48) 島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修741号(2010)11頁。

49) もっとも、島田は「仮に第1行為と第2行為との関連性が否定されたとしても、直ちに無罪となるわけではない。なぜなら、Xが第2行為を漫然と放置した場合には、第1行為は直接の問責対象行為とはならないとはいえ、それを先行行為とした、犯罪阻止の責任が問われうるからである」(同・前掲註(48)12頁)とし、結果の帰属が否定されても、不作為犯として処罰される可能性が残されているというが、このような「二重の基準」には疑問が残る。

50) 中川深雪「判批」警論62巻11号(2009)191頁以下、西田・前掲註(31)372頁以下、島田・前掲註(48)3頁以下、林・前掲註(13)7頁など。

去ったことを認知し、残っていた共犯者3人と合流し、強盗等の犯行を実行することを確認し合った上で、強盗等の犯行に及んだのであるから、明らかに、残った共犯者のあいだで新たな謀議が行われたと見るべきであろう。そのうえ、このことは、重要な役割を果たす予定であった強盗の実行役である被告人が立ち去ったことで、当初の予定を著しく変更せざるを得なかったことを示すものである。それゆえ、その時点で、被告人の黙示的な離脱表明と共犯者らの受領を前提に、残った共犯者らは、当該強盗について新たな犯罪形成を始めたといえる。そうすると、強盗の実行の着手の時点ではすでに現場におらず、実際に行なわれた強盗という犯罪を形成するような形跡、例えば、あらかじめ強盗に用いられる凶器を提供していたこともない以上、被告人による黙示の離脱表明と他の共犯者らによる受領により、共犯関係からの離脱が認められる余地があると考えることができる。

そうすると、上記の福岡高判昭和28年1月12日の場合と同様に、離脱者の離脱表明と他の共犯者の了承が黙示的な方法で行われたという意味で、共犯関係からの離脱の要件であるa：「事前の犯罪形成を否定する中止的態度をとった」に該当しうるとされる⁵²⁾。

理論的に整理すると、確かに、犯行直前の「打ち合わせ」に参加しただけでなく、住居侵入の段階においても強盗の実行に備えていたという点では、当該結果（強盗致傷）を帰責させる徴表的要素が客観的に存在した⁵³⁾ものの、被告人自身は犯行直前の下見・「打ち合わせ」に参加したにすぎず、犯行計画の主導的役割を果たしたとはいえないこと、強盗の実行役としての役割を果たす前に離脱表明した他の離脱者とともに現場から立ち

52) さらにいえば、離脱の要件として西田が掲げる「自己の関与行為の因果性の解消」については、当該犯行を誘われ、また犯行現場の下見をしたとはいえ、直前の打ち合わせに参加しただけで、実行に備えて外で待機していたにすぎない被告人としては、現場から立ち去ることで離脱表明をしたといえ、他方、「警察や被害者等に通報することにより結果発生を防止する」という要求は、事実上、量刑上考慮されうるにすぎない事情であり、共犯関係からの離脱の不可能性を意味しているように思われる。

53) 島田・前掲註(48)5頁。

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（金子）

去ったこと、現場に残った共犯者もそのことを認識していたこと、および実際に遂行した実行者が残った共犯者と改めて協議した上で強盗に及んだことという事情があった以上、被告人は、犯行への貢献度および離脱後の共犯者の態度に基づき、離脱の黙示的表明とそれに基づく共犯者らの受領により、離脱があったと認められ、強盗既遂結果まで責任を問われないと見るべきである。

それゆえ、共犯関係からの離脱の問題を規範的共同性の射程の問題であると解するならば、本件においては、残った共犯者らによる新たな犯行計画を協議した時点で、被告人の黙示的な離脱表明を認知したとして、その後の当該強盗致傷は他の共犯者による新たな犯罪と解されうる。

以上のことから、このような実行（強盗）の着手前の離脱に関しては、被告人は、当該強盗既遂については責任を負わないが、第1審の事実認定によれば、被告人が離脱する前に、共犯者が被害者方に侵入した際に窃盗を行っていた以上、被告人には、住居侵入罪、窃盗罪および強盗予備罪の限度で責任を問われるべきであったと思われる。

本決定の調査官解説として、任介辰哉「判解」ジュリ1409号（2010）179頁がある。

本決定の評釈として、豊田兼彦「判批」法セ657号（2009）127頁、野呂裕子「判批」研修734号（2009）406頁以下、宮崎香織「判批」研修735号（2009）23頁以下、中川深雪「判批」警論62巻11号（2009）191頁以下、長野辰司「判批」警察公論64巻11号（2009）91頁、十河太朗「判批」判例セレクト2009〔 〕（2010）31頁、金尚均「判批」速報判例解説 vol. 6（2010）179頁以下、葛原力三「判批」重判解（2010）179頁以下がある。

なお、本決定を素材とした論稿として、島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修741号（2010）3頁以下、山中敬一「共謀関係からの離脱」立石古稀（2010）539頁、林幹人「共犯の因果性 最高裁平成21年6月30日決定を契機として」法時62巻7号（2010）1頁、葛原力三「演習」法教

361号(2010)130頁がある。

追記：校正段階で、山本高子「判批」新報117巻3・4号(2010)343頁に接した。