
種 別： 判例研究

タイトル： 実行の着手前離脱の場合に共謀関係からの離脱が否定された事例

著 者： 今井 康介

所 収： 『上智法学論集』第 54 卷 2 号（平成 22 年 12 月）139-151 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

判例研究

実行の着手前離脱の場合に共謀関係からの 離脱が否定された事例

今井 康介

最高裁判所平成 21 年 6 月 30 日第 3 小法廷決定（平成 19 年（あ）第 1580 号、住居侵入・強盗致傷被告事件）刑集 63 巻 5 号 475 頁——上告棄却

【事実】

被告人は、窃盗団に属しており、以前にも共犯者らと共に強盗におよんだことがあった。共犯者の一人に本件犯行を誘われた被告人は、本件犯行の前夜遅く、共犯者らと共に、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させ、その窓から侵入し、内側から上記ドアの施錠を外して他の共犯者らのための侵入口を確保した。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方がいい。」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 名は話し合って一緒に逃げることとし、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を執行し、その際に加えた暴行によって被害者2名を負傷させた。

【判旨】

以上のような事案において、最高裁は、次のように述べて、被告人に強盗致傷罪の共同正犯の罪責を認めた。

「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われたものと認めるのが相当である。」

【研究】

(1) はじめに

本件では、被告人が、共犯者による強盗の実行の着手前に、現場から立ち去っていることから、被告人に、強盗(致傷)罪の実行の着手前の離脱が認められるかが争点となった。本決定は、実行の着手前の離脱(以下では着手前離脱と呼ぶ。)について、最高裁として初めて判断した点が重要である。そして、その判断に際し、「それ以後の犯行を防止する措置」(以下では犯行防止措置と呼ぶ。)が被告人によって講じられたか否かを問題としている点が注目される。

本稿では、最高裁決定の意義を明らかとするため、まず従来の裁判例において、着手前離脱がどのように扱われてきたかを明らかとし、次いで学説において、着手前離脱がどのように考えられてきたのかを明らかとし、最後に、本件で判示された犯行防止措置の内容について若干の検討を行うことにする。

なお、検討に先立って、用語を整理する。近時、共犯からの「離脱」と「解消」という2つの用語法を使い分けようとする見解が主張されている⁽¹⁾。すなわち、離脱者が、共同遂行の意思を放棄して離れる場合を「共犯の離脱」と

し、共同遂行が終了したとして離れる場合を「共犯の解消」と呼ぶのである。また、本決定の調査官コメントにおいても、本決定は「離脱」を事実行為の意味でのみ用いており、法的評価を加えた場合には「離脱」ではなく「共謀関係の解消」と語を用いているとし、用語の意味を明確にするという観点から適切であるとする⁽²⁾。しかし、現時点では、両者を区別することが、一般的であるとまではいえず、区別の意義も、なお乏しいように思われる。そこで、本稿では「離脱」も「解消」も区別せず、全て「離脱」と表現する。離脱が認められれば、それ以後の結果について罪責を負わないという趣旨である。

(2) 従来裁判例

従来、共犯関係からの離脱に関する下級審判例は、着手前離脱に関していかなる判断を示してきたのであろうか⁽³⁾。

まず、以下で参照する着手前離脱の裁判例を見てみると、離脱の意思表示だけで、離脱を認めた裁判例は、全く存在しないということがわかる。つまり、裁判所は、離脱を認めるのに、離脱の意思表示に加えて、さらなる付加的要件を要求しているのである。

それでは、離脱者の離脱の意思表示に「何」が付け加われば、離脱が認められているのだろうか。従来裁判例は、付加的要件に関して、大きく2つのグループに分けられる。それは、残余共犯者の認識や了解で足りるとするグループと、(共犯者の認識や了解を超え)離脱者に共犯者の実行や犯行の阻止をも要求するグループの2つである。

① 共犯者の認識や了解で足りるとする判例群

まず、離脱の意思表示に加えて共犯者の認識や了解で足りるとする判例群から紹介しよう。

-
- (1) 原田國男「共犯関係が解消していないとされた事例」最判解刑事事篇平成元年178頁。
 - (2) 判時2072号153頁、判タ1318号109頁。
 - (3) なお、大審院昭和9年2月10日刑集13巻127頁は、共犯者Xらは、変造株券を行使して詐欺をしようとするにあたり、変造株券の入手方を被告人に依頼したところ、被告人はその入手先をXに紹介して補助行為をしたが、その後、共犯者Xらは、入手を中止したと言って被告人を欺き、仲間から外した上で、Xら自ら変造株券を買い入れ、これを利用して金員をだまし取った事案につき、Xらの変造株券行使詐欺の実行を阻止していない以上、被告人は、従犯たる責任を免れないとし、また、共犯者Xにおいて任意の変造株券行使詐欺を中止させざる限り被告人に中止犯成立の余地はないとしている。本件は、幫助犯からの離脱が問題となりそうな事案につき、中止犯の問題として、その適用を否定しているものと解される(瀧川幸辰「刑事法判決批評第1巻」『瀧川幸辰判例法著作集第3巻』(世界思想社・1981年)91頁)。

東京高判昭和25年9月14日高集3巻3号407頁は、被告人が共犯者と窃盗を共謀し途中まで行ったが、自らが執行猶予の身であることを思い出し、共犯者に告げて引き返した事案につき、一旦他の者と犯罪を共謀した者でも、その着手前、他の共謀者に実行を中止する旨を明示して他の共謀者がこれを諒承し、同人らだけの共謀に基づいて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として、被告人に離脱を認めた。

次に、福岡高判昭和28年1月12日高刑集6巻1号1頁は、被告人は共犯者らと強盗を共謀の上、被害者宅に赴いたが、侵入できず、近くに一旦引き返しているうちに、被告人は非を悟り、共犯者の犯行を阻止することもなく、明示的に離脱の意思表示もせず立ち去ったところ、2時間後に共犯者らは被告人の離脱を察知し、被害者宅への強盗を新たに共謀して、強盗に及んだという事案につき、一旦強盗の共謀をした者でも、その着手前、他の共謀者に対し離脱すべき旨表意し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犯行を遂行しても、それは離脱者との共謀による犯意を遂行したものということではできないし、しかも離脱の表意は必ずしも明示的に出る要はなく、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、他の共謀者に対し、犯行を阻止せず、また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犯行に出たときは、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として離脱を認めた。

さらに、東京地判昭和31年6月30日判例体系31の3巻1100の6頁は、被告人は共犯者らと廃車証明書を偽造・売却して利益を得ようとして謀議し、知事の署名入りの廃車証明書を多数印刷したが、未だ注文依頼がないため特定の自動車の廃車証明書の作成に着手する以前の段階において、被告人は共謀から脱退しようとして決意し、共犯者らとの交渉を絶ち、共犯者らもこれを諒承して、以後は共犯者らだけで偽造・売却することを謀った上に実行におよんだという事案につき、最初に行われた被告人と共犯者らの共謀は、その後の共犯者らによる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離脱を認めた。

大阪高判昭和41年6月24日高集19巻4号375頁は、被告人らは被害者女性を強姦することを共謀し、女性を旅館に連れ込んだが、旅館主から入室を拒否され、被告人らは強姦を断念する意思を表明して退去し、共犯者もこれを了承し、その後、共犯者は旅館に留まり女性を強姦したという事案につき、被告人らは強姦を共謀したとはいえ、犯行の着手前に犯罪の実行を断念する意思を表明しそれを共犯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

手前すでに消滅したとして、被告人らに離脱を認めた。

大阪地判平成2年4月24日判タ764号264頁は、暴力団若頭補佐の被告人が、組長から、喧嘩相手の組事務所を襲撃することとなり共犯者らと現場に赴いたが、実行の意思を喪失し、実行には至らず、組長から問い詰められ、再度実行する旨を返事したが、被告人は拳銃を他の共犯者に預け、その後、他の共犯者らによって組長に被告人には襲撃の意思がないことが伝わり、組長は被告人抜きで実行することを指示し、襲撃を執行した事案につき、被告人の言動態度から共犯者全員に報復の意思のないことが伝わっていたとして離脱を認めた。

以上のような判例群は、表現は若干異なるものの、基本的には、離脱の意思表示と共犯者の認識や了解で足りるとするものである。これに対し、以下の判例群は、共犯者の認識や了解ではならず、離脱者に共犯者の実行や犯行の阻止が必要であるとす。

② 離脱者に共犯者の犯行阻止をも要求する判例群

まず福岡高判昭和24年9月17日特報1号127頁は、被告人と共犯者らが、窃盗を相謀った上、被害者方付近に至ったが、被告人は一人駅付近にいて共犯者らの行為を阻止することなく、その間に共犯者らが被害者宅に侵入し窃盗をしたという事案につき、通謀者中の一部の者が犯罪行為を実行した場合にはその実行行為にかかわらなかった他の一部の者において、たとえその犯罪行為を実行する以前にすでにその通謀関係から離脱する意思を懐抱していたとしても、その実行行為の前に通謀者に対し通謀関係から離脱すべき旨の表意をしてこれを解消する等の措置を講じない限り、共同正犯の罪責を免れることはできないとして、離脱を否定した。

次に東京高判昭和26年10月29日特報25号11頁は、被告人は共犯者と窃盗を共謀したが、窃盗に行く途中、盗む気がなくなり、そのうちに腹痛がしてきたために盗みに行くことができず、共犯者一人で窃盗に行ったという事案につき、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ったにせよ、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ものとして、離脱を否定した。

さらに東京高判昭和32年2月21日東時8巻2号39頁は、被告人と共犯者らが窃盗を共謀し、被告人以外の者が実行におよんだ事案につき、被告人は一旦首謀者となったが、のちに後悔し、自分が参加しなければ共犯者らも決行を

思いとどまらざろうと考え現場に赴かなかったのだから、犯行を中止したものである旨を主張したが、他の者と共謀して犯罪をなそうとした者が着手前にこれを思い止まったとしても、他の共謀者の犯行を阻止し、または少なくともその者との共謀関係の解消をせざる限り、他の共謀者が自己との共同犯意に基づき実行したる行為につき共同正犯としての刑事責任を免れないとして、離脱を否定した。

東京地判昭和41年7月21日判時462号62頁は、暴力団組長の被告人が、敵対する組の暴力団員Aを拉致し、抵抗するなら殺傷すること決め、舎弟XYに行かせたところ、XYは、敵対する組の暴力団員Aを見つけることはできず、待機していたところ、その後、被告人は、ZにXYを呼ぶように命令し、ZはA方に赴いたが、ZはBを捕獲し、Bを問答するうちに、その態度に立腹し、Bを殺害するに至った、という事案で、被告人は、Zを使いによらせた時点で犯意を中止し、共犯関係から離脱した旨を主張したが、被告人はZをして、XYの犯意を確定的に放棄させるだけの影響力を持つ言動をしたとはいえないとして、離脱を否定した。

松江地判昭和51年11月2日刑裁月報8巻11=12号495頁は、暴力団組長の被告人が、若頭補佐のX、組員Yと殺人の共謀を遂げ、Yが実行者となって、出発したが、実行を躊躇して引き返した。この引き返しを聞いたXが、被告人に出かける旨を伝えたところ、被告人は皆をとにかく連れ帰るように指示をしたが、Xは他の組員とともに出向き、被害者を殺害したという事案につき、一般的には犯罪の実行を一旦共謀した者でも、その着手前に他の共謀者に対して自己が共謀関係から離脱する旨を表明し、他の共謀者もまたこれを了承して残余の者だけで実行した場合もはや離脱者に対しては他の共謀者の実行した犯罪について責任を問うことができないが、ここで留意すべき事は、共謀関係の離脱というためには、自己と他の共謀者の共謀関係を完全に解消することが必要であって、さらに離脱しようとした者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者であれば、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、被告人の離脱の主張を否定した。

旭川地判平成15年11月14日LEX/DB文献番号28095059は、被告人は共犯者らと強盗を共謀し、決行に移したが、その家には入ることができず、違う家に強盗に押し入り強盗に成功した。しかし、強盗後、利益配分でもめ、被告人は共犯者の一部であるXYと最初に失敗した家の強盗を再度共謀した。そして、後日XYが強盗(強盗致傷罪)に成功した事案で、共犯者XYが強盗にお

よんだだけで、被告人自身はすでに共犯関係から離脱していたとの主張に対し、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解を得たというだけでは足りず、成立した共謀を解消させて共謀のなかった状態に復元させるなどの相当の措置をとることが必要であると判示して、離脱を否定した。

一見、離脱の要件として全く異なるものを要求し、相反するように見える①と②の判例群はいかなる関係に立つのであろうか。また、なぜ①では、②より緩やかな要件で離脱を認めているのであろうか。

これについては、次のように解することができる。①で要求される「離脱の意思表示+了解」は、離脱者の意思表示が共犯者側に伝わることによって認められる。ただし、共謀共同正犯のように、実行に赴かないものが離脱しようとする場合には、実行者に離脱の意思を伝えることが難しいことが多々ある。そこで、離脱者側に重点を置いて判断するのではなく、むしろ残余の共犯者側に重点を置いて判断をしていると考えられる。ここでは「残余共犯者側から見て離脱者がどのような存在なのか」という点が重要なのである。

こう解した場合、共犯者側から見て、離脱者が離脱時以前に、極めて強い関与をした者であれば、残余の共犯者としては、離脱者は重要な存在であるから、離脱を容易には肯定できない。一方で、離脱時以前に、さほど重要な関与をして来なかった者は、残余共犯者にとっては重要ではないから、比較的容易に離脱を肯定できる。そうだとすると、共犯からの離脱の要件についても、前者については、後者の場合よりも、離脱の要件を加重すべきである。このような離脱の加重要件が必要な類型が②である。その具体的内容がどのようなものであるかについては、事例ごとに異なるが、例えば前掲松江地判昭和51年11月2日や前掲旭川地判平成15年11月14日のように、暴力団の組長が指図していたような場合には、犯罪から離脱するためには共謀がなかった状態まで要求されたり、前掲東京地判昭和41年7月21日のように共犯者の犯意を確定的に放棄させるだけの影響力を持つ言動をすることが要求される。また、前掲東京高判昭和32年2月21日のように、犯罪の首謀者という強い関与をした場合には、他の共謀者の犯行を阻止し、または少なくともその者との共謀関係の解消しない限り離脱が認められない。

これに対し、離脱時以前に強い関与をしてきたとはいええない場合、つまり①の種類の内部では、②に比して、離脱の要件が緩やかに解されている。そこで問題とされてきたのは、主に離脱の意思表示の方法であった。先に、「共犯者

側から見て離脱者がどのような存在なのか」が重要であると述べたが、このことは離脱の意思表示方法の局面でも妥当する。すなわち、離脱の意思表示は、共犯者が明示的であって初めて理解できる場合、黙示的でも理解できる場合、態度による意思表示でも理解できる場合がある。離脱の意思表示という概念は、このような実態をふまえ、その内容が緩和されてきた。具体的には、前掲東京高判昭和25年9月14日は明示的な離脱の意思表示を要求していたが、前掲福岡高判昭和28年1月12日は離脱の意思表示は黙示的なもので足りるとし、さらに前掲大阪地判平成2年4月24日は被告人の言動・態度から離脱の意思を認めている。

③ 従来の裁判例のまとめ

以上のような分析に基づき、裁判例をまとめると次のようになる。まず、離脱者は離脱の意思表示だけで離脱をすることはできない。次に、離脱の意思表示に加えて、①残余共犯者の認識や了解で足りるとする判例群と、それを超えて②離脱者に残余共犯者の実行や犯行の阻止をも要求する判例群があったが、いずれにおいても、共犯者から見た離脱者の関与のあり方が重視されている。この意味で2つの判例群の間に質的隔絶があるわけではない。両者の違いは、離脱者が残余共犯者にとってどのような存在であったかということを反映し、②の方が、離脱者が残余共犯者にとって重要な意味を持っていたというにすぎない。このような、残余共犯者にとっての離脱者のあり方が問題である以上、①において、離脱の意思表示方法は明示でなく黙示や態度による意思表示も可能である。また、②で要求されている何らかの措置の内容も、離脱者の共犯者間において有する存在意義によって異なっている。

(3) 従来の判例理論から見た本件の検討

それでは、本件事案に目を移してみよう。本件事案では、離脱者の一人が共犯者に電話をし、(少なくとも)共犯者も離脱者が現場を去ることを認識している。そうすると、①のような離脱の意思表示とその了解は存在する可能性がある事案ということができよう。にもかかわらず最高裁は、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ていないことを理由に離脱を否定している。おそらく最高裁は、被告人らが中国人窃盗団であり、以前に同様のことを何度も行い、本件犯行でも下見等、綿密な計画をともに行った点を鑑み、それを重視して②のように犯行防止阻止まで要求したと考えるのが素直であろう。しかしながら、最高裁は、犯行防止措置の内容について何も明らかとしていない。はたして、これは何を指すのであろうか。

この点で参考となるのは、着手後離脱の事案であると考えられている、最決

平成元年6月26日刑集43巻6号567頁である。この決定は、被告人が共犯者と、被害者に暴行を加えた後、現場から立ち去るに際し、共犯者において被害者に対しなお暴行を加えるおそれが消滅していなかったのに、格別これを防止する措置を講じず立ち去った際には、共犯関係は解消したものとすることは出来ないとしている。では、ここでいう防止措置が、本件犯行防止措置とどのような関係に立つのか。この平成元年6月26日の決定は、しばしば、次にみる因果性遮断説に基づくものと評価されているので、いったん、学説に目を転じることとする。

(4) 学説

かつての有力学説は、着手前離脱を、もっぱら中止犯規定の問題であるとして、行為者に刑の減免という効果を与えようとした⁽⁴⁾。しかし、共犯独立性説を採用するのでなければ、実行の着手は正犯の実行をもって初めて生じるのであるから、未遂を前提とする中止犯も、当然に正犯の実行以降でしか問題とならない⁽⁵⁾。したがって、正犯の実行以前の場合である着手前離脱に中止犯規定を適用することはできない。

これに対し、「共同正犯からの離脱」という新たなカテゴリーを作ることを主張する見解も存在する。すなわち、着手後に離脱を試みる者が、真摯な努力をしたにもかかわらず、結果発生を避けなかった場合に、結果が発生している以上中止犯規定を使えないとするのは不都合であるとの観点から、離脱を試み、真摯な努力をした者は、既遂結果が発生しても、共同正犯の障害未遂に準ずる責任が問われるべきとの見解である⁽⁶⁾。もっとも、論者によれば、共同正犯は、共同実行をもって初めて共同正犯となるのであるから、共同正犯からの離脱は、共同実行すなわち実行の着手以降問題になるに過ぎず、着手前離脱は、教唆・幫助の場合に観念されるに過ぎないという。しかし、この見解のように、共犯でも正犯の場合と同様に、結果不発生が中止犯の要件と考えなければいけない理由はなく、そうだとすると、この見解は不当な前提から出発しており妥当でない。

以上のような中止犯やそれに準ずる効果から考える見解とは異なり、近時の通説の見解は、この問題を、共犯の処罰根拠の観点に基づいて検討する⁽⁷⁾。

(4) 瀧川・前掲注(3)91頁参照。ただし、同書98頁にて、因果関係論による解決をも示唆している。

(5) 予備の中止の問題を除く。

(6) 大塚仁「共犯関係からの離脱」『刑法論集(2)』(有斐閣・1976年)31頁。

(7) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(有斐閣・1975年)383頁、西田典之「共犯と中止」西原春

共犯は、なぜ処罰されるのかといえ、それは、その共犯者が、他の共犯者を介して結果を引き起こしたからである。そしてそうだとすると、離脱行為によって、離脱しようとした者の当初の行為と、結果との間の因果性が遮断された場合には、後の事象は離脱者に帰責されない。そして、この見解からは、着手前離脱も、着手後離脱も、既遂後離脱も、基本的に離脱の要件は、結果との因果性を遮断することである、との理解が導かれる(以下では因果性遮断説と呼ぶ)。

このような理解は、現在では通説化し、さらに判例理論もこれにあわせて説明されることが多くなってきている⁽⁸⁾。すなわち、着手前離脱において言及されることの多い、離脱者の離脱の意思表示と共犯者の了解も、これは離脱の為に絶対に必要というわけではなく、離脱の意思表示と共犯者の了解がある場合は、往々にして、心理的因果性の切断も認められるとするのである。近時、この見解で問題とされているのは、この先にある問題である。因果性遮断説に従った場合の、因果性の遮断に必要な内容は何か、そしてそれをどのように具体化するかである。

現在では、共犯の因果性には、物理的因果性と心理的因果性という2種類の双方が含まれるとし、遮断に必要な内容をこの2つから分析する見解が多い。例えば、離脱者が、当初与えた心理的な影響を遮断したとしても、物理的な因果性が残っている場合、例えば、犯行に道具などを残していた場合には、離脱が否定されるべきとするのである。しかしながら、——物理的因果性を、因果関係判断の前提に必須な法則が、物理現象のそれである因果性と解するのでなく、道具が犯行に使われたことと理解する点の当否は置くとしても——、このように物理的因果性があれば、常に処罰を肯定すべきということはできないように思われる。なぜなら、因果性遮断説の基礎となった共犯の処罰根拠論は、共犯としての処罰には因果関係が必要であると述べるに過ぎず、因果関係があれば——離脱を否定して——処罰をしてもかまわないと述べるものではないからである。具体的には、前掲福岡高判昭和28年1月12日のように、強盗に使う武器を離脱者が持っていき、離脱後、犯行にその武器が使われたことが明らかであるにもかかわらず離脱が認められた事案、前掲東京地判昭和31年6月30

夫他編『刑法学3』(有斐閣・1978年)169頁、同「共犯の中止について」法協100巻2号(1983年)221頁、大越義久「共犯からの離脱」『共犯論再考』(成文堂・1989年)139頁、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)159頁。同「共犯の因果性」曹時62巻7号(2010年)1頁。

(8) 原田・前掲注(1)186頁。

日のように、離脱者が偽造した廃車証明書が、離脱後、犯行に利用されたにもかかわらず離脱が認められた事案、前掲大阪地判平成2年4月24日のように、自らの武器を他の者に渡し、それが犯行に使われたが離脱が認められた事案のように、物理的因果性は明らかであるにもかかわらず離脱を認めるべき場合は多々存在するのである。

学説には、このような離脱後も因果性はなお残存するにもかかわらず、離脱を認めるべき場合を認め、因果性の「ゼロ」にする必要はないが、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があれば、離脱を認めてよいと表現するものもある⁽⁹⁾。しかし、離脱が認められるかを検討するに当たっては、因果関係の「存否」が問題であったのに、突然、因果関係の存在を前提にしつつ、「程度」を問題としだすのは、奇妙である。

このようにしてみると、近時の学説は、因果性が存在しても、なお、離脱を認めるべき場合の取り扱いにつき、問題を残しているといえよう。

(5) 犯行防止措置

さて、以上のような因果性遮断説を前提としていると評価されている、前掲最決平成元年6月26日を考えてみよう。そこでは、共犯者において、なお制裁を加えるおそれが消滅していたかどうか、このおそれが消滅していない場合には、これを防止する措置を講じたか、という2点が問題とされた。そして本件との関連では、後者の犯行防止措置の点が、いかなる内容を指していたのか問題となる。

この内容を具体化するにつき、2つの方法が主張されている。それは、純粹に因果性遮断説の観点からその内容を具体化しようとする方法と、——因果性遮断説を前提に——それを超える観点から具体化する方法である。

前者の方法を主張するのは、前掲最決平成元年6月26日の調査官解説である。そこでは、犯行防止措置の内容は、基本的には物理的・心理的な効果を失わせることであるとされ、これが失われれば、犯行継続のおそれも消滅させたことになる⁽¹⁰⁾とされている。つまり、先の因果性遮断説を基礎にして離脱を検討しているといえる。しかしながら、因果性遮断説の観点から論理的に導き出せる犯行防止措置の内容とは、共犯者に対する物理的・心理的な影響を除去することであり、その結果、かかる措置をしなければ離脱は認められないということにすぎない。共犯者による犯行継続のおそれは、むしろ因果性遮断説と

(9) 前田雅英『刑法の基礎』(有斐閣・1993年)388頁。

(10) 原田・前掲注(1)183頁。

は異なる観点を含んでしまっているように思われる。そうだとすると、因果性遮断説をとっても、犯行防止措置の内容は、直ちに明らかとなるわけではなく、実際には、他の考慮に基づいて決せられていると考えられるのである。

これに対し、後者の方法を主張する見解は⁽¹¹⁾、——前述の因果性遮断説で問題となっていた——因果性は存在しても、なお、離脱を認めるべき場合の問題を、離脱者が当初加担した行為(第1行為)に、その後の離脱者が関わっていない、残余共犯者による結果惹起行為(第2行為)およびそこから生じた結果まで帰責させるべきかという問題であると整理し、第2行為を行った残余共犯者によって、離脱者の加担した第1行為がいかなる意味づけが与えられたかが決定的であるとする。そして、第2行為時において残余共犯者により離脱者を排除して犯行がなされた場合には、第2行為およびそこから生じた結果と離脱者の第1行為との因果性が遮断されるとし、その上で、第2行為の不阻止、すなわち第1行為を先行行為とする不作為犯の成否が問題とされるべきとする。おそらく、この見解によれば、離脱者に要求される犯行防止措置の内容は、第1行為による危険創出に基づく不作為犯の作為義務を指すことになろう。しかしながら、自ら創出した危険を解消しなかったという観点に基づいて作為義務の内容が決せられるのだとすると、第1行為は、いわば共犯者全員で作り出した危険であり、共犯者全員で作り出した危険の解消までを離脱者に要求することができるのかは疑問が残る。

以上の点からすると、犯行防止措置の内容の判断にあたっては、必ずしも因果性遮断説的な観点から検討される必要はなく、むしろそれを超える観点が重要となってくるといえよう。本稿でその内容を詳論することは出来ないが、先の下級審の分析で判明した、離脱者と共犯者との関係という点に着目して検討される必要があると思われる。そして、その手がかりは共犯者間の一体性にあるように思われる。共犯者らが強く結びつき、犯行へ向かう場合は、犯行継続の恐れが高く、離脱者がそこから抜けようとする場合には、その一体の関係から抜けたというための積極的な行為が必要とされ、これがまさに犯行防止措置の内容として具体化されるべきであるように思われる。

(6) 終わりに

本決定は、最高裁として初めて着手前離脱の事案に判断を加えたものであり、離脱の要件を明言するものではないが、着手前離脱の場合においても、着手後離脱の場合と同様に、犯行防止措置まで要求される場合があることを示し

(11) 鳥田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修741号(2010年)3頁。

ている重要な事例判断である。

本件の評釈として、豊田兼彦・法セミ 657号（2009年）127頁、野呂裕子・研修 734号（2009年）141頁、宮崎香織・研修 735号（2009年）23頁、中川深雪・警察学論集 62巻 11号（2009年）183頁、十河太郎・セレクト 09 I号（2010年）31頁、葛原力三・ジュリ 1319号（2010年）179頁が、公刊されている。

[追記]

校正段階で、山中敬一「共謀関係からの離脱」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成分堂・2010年）539頁に接したが、その検討は別稿に譲らざるを得ない。

（本学大学院博士後期課程）