

# 共犯の因果性について

——承継的共犯と共犯関係の解消——

佐久間 修

- 一 はじめに——最近の最高裁判例について
- 二 共犯関係の承継をめぐる諸見解
- 三 共犯関係からの離脱をめぐる諸見解
- 四 因果関係遮断説と共犯関係の解消
- 五 おわりに——客観的因果関係と共犯の帰属原理

## 一 はじめに——最近の最高裁判例について

近年、共犯の成否をめぐる重要判例が相次いだこともあり、承継的共同正犯や共犯関係からの離脱に関する議論が盛んになった。例えば、傷害罪の承継的共犯については、下級審判例の見解が分かれていたところ、最高裁の新判例を契機として、<sup>(1)</sup>全面否定説と限定肯定説の対立が再燃した。また、共犯関係からの離脱では、実行の着手前に離脱を

共犯の因果性について（佐久間）

表明したにもかかわらず、共犯関係の解消を否定する最高裁判例があらわれた。<sup>(2)</sup> いずれも、共犯の一般理論と密接に関連しており、いわゆる不法共犯論は、因果関係の不遡及と遮断を唱える因果(的)共犯論と対峙せざるをえない。<sup>(3)</sup> すなわち、承継的共同正犯の場合、およそ因果性が過去には遡及しない以上、常に全面否定説が採用されるべきか、また、共犯関係から離脱した場合にも、過去の因果的寄与を抹消できない以上、「因果関係の遮断」にもかかわらず、なお離脱前後の共犯関係が継続するのであろうか。ここでは、「共犯の因果性」は何かという問題に直面することになる。<sup>(4)</sup> 以下、冒頭に掲げた諸判例を素材としつつ、そこにあらわれた「共犯の因果性」を検討したい。

## 二 共犯関係の承継をめぐる諸見解

一 まず、傷害罪の承継的共同正犯を否定した最高裁判例がみられる。具体的事案は、AとBが、第一の犯行現場で、被害者らの顔を殴打したり腹部を蹴ったりしたほか、旗の支柱やドライバーで突くなどしたが、被害者らを自動車に押し込んで移動する途中、知人のXに被害者を連行することを伝えた。また、Aらは、第二の犯行現場で金属製はしごなどを用いて暴行を加えたが、その後、現場に到着したXは、AとBの度重なる暴行により負傷した被害者らが逃走・抵抗できないのを認識しつつ、Aらと共謀した上で、角材や金属製はしごなどにより、介入前よりも激しい暴行を加えたものである。原審は、Xが共謀に加担する以前の暴行・傷害を含めて、承継的共同正犯にあたるとしたが、最高裁は、途中から共謀に加担したXの暴行と、それ以前にAとBが惹起した傷害結果の間には因果関係がない以上、Xの暴行によりそれ以前の暴行および傷害が相当程度に重篤化した場合にも、共謀に加担する前の暴行およ

が傷害について、承継的共同正犯にならないとした。<sup>(6)</sup>

因果論上は、共犯関係のない先行者が惹起した事実について、その後に関与した後行者が負担することはありえない。<sup>(6)</sup>したがって、共犯の成立範囲も、介入後の共同実行にもとづく部分に限られる。<sup>(7)</sup>しかし、かつての多数説は、後行者も相互的了解（意思連絡）のもとに、積極的に先行行為を利用する意思で加担した以上、後行者が介入する以前の事実も含めて、犯行全体の共同正犯を認めてきた。<sup>(8)</sup>すなわち、「因果性」と「共犯性」は同義でないこともあり、監禁罪の継続中に第三者が参加したとき、犯行全体の共同正犯が成立するほか、先行者が強盗目的で暴行を開始した後、たまたま現場を通りかかった友人と協力して金品を奪ったならば、強盗罪の共同正犯が成立するのである。

実際、先行者が惹起した被害者の恐怖状態を利用しつつ、後行者も共同して客体を「強取した」<sup>(10)</sup>以上、先行者による暴行・脅迫の効果を引き継いだ点で、まさしく「承継」があったといえよう。同様にして、詐欺罪や恐喝罪などの複数行為が犯でも、先行者が欺罔や脅迫をおこなった時点で後行者が介入するとき、詐欺罪や恐喝罪の共同正犯が認められる。<sup>(11)</sup>こうした事理は、前述した最高裁判例も是認しており、強盗、詐欺、恐喝などでは、「共謀加担前の先行者の行為の効果を利用することによって犯罪の結果について因果関係を持ち、犯罪が成立する場合がありますので、承継的共同正犯の成立を認めうる」というのである（同決定の補足意見）。

二 これに対して、完全否定説は、かつて行為共同説から提唱された。<sup>(12)</sup>近年では、因果的共犯論から主張されることが多い。特に後者の完全否定説では、すべての犯罪事実に対して因果性を要求するため、後行者が加担する以前の状態を斟酌することはありえない。<sup>(13)</sup>したがって、暴行・脅迫後の奪取にのみ協力した後行者については、窃盗罪が成立するのである。<sup>(14)</sup>そこでは、被害者の恐怖状態を利用した点は考慮されず、強盗罪の構成要件が暴行・脅迫と財物奪

取（窃盗）に分断されている<sup>(15)</sup>。他方、学説の多数は、強盗罪や詐欺罪の類型が複数の行為を含むとはいえ、一個の構成要件の枠内にとどまる限り、その全体について（承継的）共同正犯の成立を認めてきた<sup>(16)</sup>。

もっとも、強盗致死傷罪などの結果的加重犯では、故意の基本犯と（過失による）加重結果の惹起に区分できるため、後行者は、直接に加功した故意基本犯（強盗）の限度で罪責を問われることになる<sup>(17)</sup>。すなわち、もっぱら先行者の暴行で被害者が負傷した場合、財物の奪取にのみ協力した後行者は、致傷結果を除いた強盗罪の共同正犯にとどまるのである。冒頭の最高裁判例で問題となった傷害罪の規定も、故意の傷害だけでなく、暴行から発展した結果的加重犯の類型を包含している。

そこで、過去の下級審判例は、傷害罪の共犯については慎重な態度を採ってきた。すなわち、加担前の暴行・傷害も含めて承継的共同正犯とするものがある一方、<sup>(18)</sup>傷害を積極的な利用意思がある場合に限定しつつ、暴行罪の共同正犯にとどめた判例もある<sup>(19)</sup>。そうした中で、前述した最高裁判平成二四年一月六日決定は、犯行途中で暴行に加担した事案について、傷害結果の一部を除外しつつ、被害者の傷害を「相当程度重篤化させた」限度でのみ、承継的共同正犯になるとした。それによれば、先行者の暴行を認識・認容しただけでは犯罪全体に対する因果連関がなく、後行者の介入の前後で傷害結果を区分できるため、介入後の事実だけが共同正犯となるのである（同決定の補足意見参照）。

三 なるほど、過去の下級審判例が言及した「先行行為を積極的に利用した（ことにより、当該結果について因果関係をもつ）」かどうかは、共同正犯の成否を決定するための一般的基準にとどまる<sup>(20)</sup>。その意味で、特に承継的共同正犯に特化した理由づけではない。したがって、後行者が既発の事実を明確に認識（認容）したとしても、それだけでは、過去に遡って発生結果を帰属させることはできない。すなわち、当該（共犯）行為と「因果関係を有することはない

から、傷害罪の共同正犯としての責任を負うことはな<sup>い</sup>のであって（同決定の多数意見）、実務上も、加担後の傷害といえるかが不明の場合、結果的加重犯（傷害罪）の成立を否定したものが少なくない<sup>(21)</sup>。

ところが、学説の一部には、最高裁判平成二四年決定が「因果関係を有しない結果であれば共同正犯とならない」と述べたことから、あたかも因果的共犯論に依拠したとみる向きがある<sup>(22)</sup>。しかし、前述したように、（共犯）行為と発生結果の間の因果関係が欠如するとき、これを当該共犯者に帰属させないのは、刑事責任の一般原則である<sup>(23)</sup>。むしろ、最高裁判平成二四年決定も、殺人罪、詐欺罪、恐喝罪については、承継的共同正犯の成立を認めており、全面否定説を主張する因果的共犯論に与したわけではない。

### 三 共犯関係からの離脱をめぐる諸見解

一 さて、承継的共同正犯の場合には、実行途中から介入することで、先行者の引き起こした犯罪事実を承継するか否かが問題となった。これに対して、共犯関係からの離脱は、犯行の途中で一部の共犯者が「共犯でなくなった」場合である<sup>(24)</sup>。その際、因果的共犯論によれば、離脱前の因果的影響力を過去に遡って消去できない以上、当初の共犯関係にもとづく罪責を免れないはずである。その意味で、一部の共犯者が当該犯行を中断しても、残った仲間が当初の犯罪を完遂すれば、全体として共同正犯が成立することになる。共犯事例においても、「犯罪の実行に着手してこれを遂げなかつた」ことが未遂犯の成立要件とされるからである（傍点は筆者による。四三条）。

しかも、共犯の場合には、単独犯の場合と異なり、共犯者全員が中止しなければならない。一部の共犯者が任意に

犯行を中止しても、他の共犯者が続行するおそれが残っている限り、仲間による犯罪実現を完全に阻止しなければ、共犯としての罪責を問われるのである。まさしく共同正犯では、「一部実行・全部責任の原則」が働くとともに、教唆・幫助では、正犯者の行為（結果）に従属することになる。例えば、強姦を共謀した仲間が被害者を姦淫して傷害を与えた以上、途中で強姦を止めた当該共犯者も、他の共犯者と同じく強姦致傷罪の共同正犯とされる<sup>(25)</sup>。また、強盗に着手した後、任意に犯行を中止した場合であっても、仲間の強取を阻止せずに放任した以上、中止犯にはならない<sup>(26)</sup>。

ただし、共犯の（中止）未遂には、およそ正犯が完成しなかった場合だけでなく、正犯行為と当該結果の因果関係が欠けるため、最終的に未遂となった場合も含まれる。これと同じく、共犯行為と正犯行為（共犯の結果にあたる）の間で因果関係がない場合にも、共犯の中止が考えられる<sup>(27)</sup>。その際、当該犯人が中止努力を尽くしたならば、最終的な結果発生にもかかわらず、他の共犯者から切り離して、刑事責任の一部を免除すべきであろうか。これが、従来、「共犯関係からの離脱」または「共犯関係の解消」と呼ばれた事案である<sup>(28)</sup>。ここでは、当該離脱者が結果防止措置を講じたにもかかわらず、他の共犯者が強いて犯罪を完成したとき、なお全員を既遂犯とみるのは過酷とする量刑上の配慮もあった。しかし、過去に遡って因果的寄与を取り消しうるのか（不可罰）、それとも、新たな共犯関係が構築されたとして、それ以前の事実にかかる共犯にとどめるか（障害未遂）、さらに、こうした離脱者に刑の減免を認めるべきか（中止犯規定の準用）という問題が生じる<sup>(29)</sup>。

二 すでに着手後の離脱については、最高裁判平成元年六月二六日決定により、共同して暴行に及んだ一方が、仲間に離脱を表明して現場から立ち去った場合の処理が争われた。すなわち、現場に残った共犯者が「（なお）制裁を加えるおそれが消滅していなかった」にもかかわらず、「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」以上、「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、その後の暴行も当初の共謀にもとづいたため、最終的に被害者が死亡した点も含めて、共犯者全員が傷害致死の罪責を負うとしたのである。<sup>(30)</sup>

この事件では、重大な傷害を負った被害者が死亡しており、およそ中止未遂を論じる余地がない。また、共犯者と一緒に暴行を始めた以上、当該犯罪を実現する現実的危険性が生じており、単に離脱意思を伝えて仲間の了承を得ただけでは足りない。例えば、共犯者を説得して犯意を放棄させるなど、積極的に犯行の継続を阻止する努力が必要とされる。こうした努力により既存の危険を除去したとき、初めて共犯関係の解消が認められるのである。これに対して、着手前の離脱では、まだ現実的危険が生じておらず、原則として離脱意思の表明と仲間の了承があればよいとされる。<sup>(31)</sup> もちろん、およそ離脱意思の表明がなかったり、他の共犯者が離脱の事実を認識しなかった場合には、因果論上も、その後の犯罪続行に伴う共犯の成立を免れない。<sup>(32)</sup> さらに、途中で離脱した共犯者が、犯行全体を主導した中心的人物である場合には、たとえ着手前であっても、積極的な結果防止措置が求められるのである。<sup>(33)</sup>

かようにして、単純な共謀参加者については、犯罪遂行に向けた実質的支配が欠けるため、着手前に共謀から離脱したならば、過去の寄与分を共犯として評価できない場合がある。すなわち、着手前に共謀から離脱したとき、それ以降の因果経過に対する責任は問われず、離脱者には、せいぜい予備罪が成立することになる。<sup>(34)</sup> 他方、単純共謀者であっても、すでに仲間が実行に着手したならば、離脱意思の表明だけでは不十分であって、一部にせよ実行を分担している上、離脱意思を表明する（または仲間が承する）以前の事実については、（少なくとも）未遂犯として処罰されるのである。その意味で、因果的共犯論が主張するように、実行の着手前後で取り扱いを異にする意義が失われたわけではない。それとも、彼らは、着手後の離脱であっても、過去に遡って因果性を否定することで、およそ未遂犯の

成立も認めない趣旨であろうか、さらに、着手前の離脱については、前述した予備罪の成立可能性も排除するのであろうか。

三 さて、最高裁判平成元年六月二六日決定は、一部の共犯者が離脱した後の暴行についても、共犯関係の解消を認めなかった点で、因果的共犯論を採用したものと説明される。<sup>(36)</sup>しかし、こうした見解に立つ調査官解説は、本件事案を（暴行罪が）既遂になった後の離脱とみており、<sup>(37)</sup>実際には傷害（致死）罪の成否が問われたこと、また、実行為が継続中である事実を看過している。<sup>(38)</sup>さらに、本決定が結果防止措置の懈怠に言及した点を捉えて、「因果関係の切斷の有無を実質的な判断基準として採用し」と明言されるが、それだけで因果的共犯論を採用したとはいえないであろう。むしろ、仲間の行為が当初の共謀の延長線にあるならば、因果論上も条件関係を否定する理由がなく、何をもって「因果性が遮断された」とみるかは不明である。<sup>(39)</sup>

そもそも、共犯者間の合意の解消という事実は、主観的かつ心理的側面であって、それらが客観的な因果性と結び付くかは、はなはだ疑わしい。しかも、前述した調査官解説では、実行の着手前後で物理的效果や心理的效果が異なるため、実行の着手如何に応じて法益侵害の危険が変化するとして、離脱の判断において着手時期を重視されている。<sup>(40)</sup>かような実質的かつ規範的評価は、従来の因果関係判断とは別物であり、いったんは生起した因果の流れを遡及的に抹消できない以上、いかなる理由で遮断を認めるかに際しては、新たな基準を設定せざるをえない。<sup>(41)</sup>

私見によれば、共犯の因果性は、広義の共犯である共同正犯や教唆・幫助に共通する修正された構成要件の要素であって、共犯者の行為とその結果の因果関係如何を問うものである。その意味で、共犯関係からの離脱は、相当因果関係説はもちろん、客観的帰属論によっても説明することができよう。しかし、共同正犯の「一部実行・全部責任」

や教唆・幫助の従属性は、条件公式を前提とした「(本来の)因果性」を超えて、相互の意思連絡や関与形態の違いを考慮した規範的評価(支配的ないし従属的關係の有無)にほかならない。したがって、伝統的な因果關係論とは異質の要素である。<sup>(42)</sup>

#### 四 因果關係遮断説と共犯關係の解消

一 共犯(広義)の犯罪構成要件では、共同正犯について「共同実行」が必要であり、教唆犯や従犯では「教唆・幫助」の結果として、「正犯者の実行(行為)」がなければならぬ。他方、因果的共犯論にあつては、共犯行為と正犯者が惹起した侵害結果の因果連関が重視されてきた。こうした共犯行為と正犯行為(または最終結果)の結びつきをめぐって、各要素の間に(相当)因果關係が存在することは、各人の犯行にもとづく(修正された)構成要件の要素として、刑法上の共犯性を問うための前提条件である。<sup>(43)</sup>

因果的共犯論は、物理的(または心理的)因果性の遮断をもつて共犯關係の解消を認めるため、実行の着手前後を通じて同じ基準で処理できるとした。実際、着手前の離脱であるにもかかわらず、共謀者の離脱表明による解消を認めなかったのは、最高裁平成二一年六月三〇日決定である。具体的には、Xと共犯者Yらは、住居侵入強盜を共謀して、共犯者の一部が被害者宅に侵入したものの、現場付近が騒がしくなったため、見張り役のZが、すでに住居内にいるYらに電話で「犯行をやめた方がよい、先に帰る」などと一方的に伝えて現場から離れた。その際、Zは、犯行の継続を防止する措置を講じないまま、屋外で待機していたXの自動車に乗り込んで走り去っている。他方、Yらは、いっ

たん被害者宅を出た時点でXらの逃走を知ったが、現場付近に残っていた他の共犯者と強盗を始めた後、強盗時の暴行により被害者二名を負傷させた。

最高裁は、「Xが離脱したのは強盗行為に着手する前であり、たとえXも見張り役の上記電話内容を認識した上で「離脱し」たとはいえ、「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」も含めて、「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われたもの」であり、Xは「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。<sup>(44)</sup>なるほど、見張り役のZは、Yらが強盗に着手する前に「先に帰る」と伝えており、見かけ上は、格別の結果防止措置が不要であったとも考えられる。<sup>(45)</sup>ただし、すでに住居内に侵入して強盗を始める直前の仲間に対して、一方的に離脱意思を伝えただけであり、特に自動車内で待機していたXほか一名は、他の共犯者に対して何ら離脱意思を表明していない。そのため、いずれについても、強盗致傷罪（の共同正犯）の成立を認めたのは、これまでの判断枠組みからしても予想されたことであった。<sup>(46)</sup>

二 ところが、最高裁平成二一年決定は、着手前に共謀関係から離脱した事例にもかかわらず、着手後の離脱で問題とされた結果防止措置に言及したため、実行の着手前後を区別しない因果性遮断説を採用したものとされる。<sup>(47)</sup>もちろん、離脱以前の犯行態様とその後の因果経過を無視することはできないが、かりに見かけ上の「中断」をもって「一部実行・全部責任」の原則を否定するならば、共犯者として寄与した事実を、その後の離脱表明により遡及的に消滅させることにはかならない。そこでは、「因果性」とは別の「共犯性」が問題とされている。

なるほど、結果防止措置の有無に着目することは、最終結果の発生に向けた因果の流れを遮断する一資料として、共犯の因果性判断と結び付きやすい。また、新たな共謀が成立したことで、それ以降の因果関係が欠けるといえなく

もない。しかし、どの事実に着目するかに応じて、離脱事例の因果性は異なってくる。実際、因果的共犯論を採用する立場にあっても、最高裁判成二一年決定の事案について、「心理的因果性は切断され、新たな共謀によって強盗は実行された」とみる見解がある一方、これらの場合にも「因果性を肯定する方が素直な結論」として、「別個の犯罪事実論」を主張するものがある。<sup>(49)</sup>

特に最高裁判成二一年決定の事案では、他の共犯者が一部の者の離脱を知った上で、なお犯罪続行を決意しており、その時点で新たな共犯関係が構築されたといえよう。過去の下級審判例でも、いったん侵入しようとして果たせず、引き返す途中で離脱意思を表明することなく立ち去ったところ、その後に離脱を知った残余者が犯罪を実行したとき、黙示の意思表示を受領(了承)したとみていた。<sup>(50)</sup> 他方、共犯者が離脱者の意向に従わず、そのまま当初の犯行計画を実現した場合について、物理的(ないし心理的)因果性の遮断を肯定する見解と否定する見解がみられるなど、因果的共犯論の中でも「遮断」をめぐる判断は分かれている。

三 近年、因果的共犯論の中でも、共犯の因果性を、条件公式を前提とした物理的因果関係でなく、むしろ心理的側面から説明するものが多くなった。<sup>(53)</sup> 例えば、正犯者の心理に影響を及ぼした点で「心理的連関性ないし心理的媒介性(『心理的因果性』)が強調されるが、「共犯行為の結果として、正犯が何らかの心理的影響を受け、その状態の下で行為した場合」をめぐる、何が自然的因果法則と異なるかが明らかにされていない。せいぜい、行為者の内心にかわるため「因果法則の支配を受けない」とか、「意思の自由」が介在した点を指摘するにとどまっている。<sup>(54)</sup>

これに対して、行為者の心理には因果性を観念できないとしつつ、心理的因果性の概念自体に疑問が提起されてきた。<sup>(55)</sup> また、因果的共犯論の支持者は、かつて折衷的相当因果関係説をめぐる、客観的な因果関係の中に主観的要素

を入れるべきでないと主張していたのである。さらに、見かけ上は「心理的因果性」で表現できるとしても、むしろ、新たな共犯関係が構築された点に着目するならば、それらは客観的な共犯関係の消長にかかわるのではなからうか。その意味で、前述した諸判例が「犯行を防止する格別の措置」に着目したのも、過去の因果的影響力を払拭する要素として、新たな共犯関係の形成を裏面から説明したものと考えられる<sup>(56)</sup>。なるほど、たとえ結果防止措置を講じなくても、共謀成立から長期間が経過することで、共犯関係が消滅する場合も考えられよう。しかし、時間の経過による影響力の消失がありうるとしても、そのことが結果防止措置に伴う共犯関係の解消を否定する理由になるわけではない。

## 五 おわりに——客観的因果関係と共犯の帰属原理

一 最高裁判平成元年六月二六日決定は、「因果関係の切断の有無を実質的な判断基準とし」たとされる<sup>(57)</sup>。また、最高裁判平成六年一月二六日判決では、新たな共謀が成立した事実を重視していた。しかし、承継的共犯や共犯関係の解消（ないし消滅）で問題となる因果性は、単独犯おける客観的因果関係とは似て非なるものである<sup>(58)</sup>。むしろ、因果的共犯論のいう「因果関係の内容は、十分に明確であるとはいえない」のであり、これを補うべく心理的因果性の概念が提唱されたといえよう<sup>(60)</sup>。

ところが、心理的因果性の概念を用いる場合にも、教唆行為と正犯行為の因果関係はともかく、共犯行為と正犯（者による侵害）結果の間には、第三者（正犯者）の故意行為が介在する。したがって、かりに共犯行為を除外しても、正犯者自身が法益侵害（正犯結果）を実現したであろうから、その間には客観的な因果関係（条件関係）が認められない。

そこで、危険増加理論などの客観的帰属論を援用しつつ、特定の因果連鎖を抽出することで、便宜的に「結果発生の危険が高まった」と説明してきた。なるほど、教唆犯の場合、共犯行為から正犯行為を通じて侵害結果に到達する程度で、条件関係が存在するとはいえ、その間に第三者（正犯）の故意行為がある点に着目すれば、教唆行為から最終結果に至る相当因果関係は否定されることになる。

さらに、幫助犯の場合には、すでに正犯者が犯意を固めており、たとえ幫助行為がなくても犯罪を実現したのであるから、「A（幫助行為）がなければ、B（正犯行為）は生じなかった」という条件関係さえ存在しない<sup>(61)</sup>。反対説の論者は、単独犯の因果関係と異なり、従犯では促進的な因果関係で足りるというが、その内容や限界は明らかにされていない<sup>(62)</sup>。一部の見解は、正犯者の「価値観」も含めて共犯性を認定しており、そこでいう因果性の内容は、実質的かつ規範的評価にほかならない。その意味で、「ほとんど無内容な因果概念が帰責の根拠とされている」のである<sup>(63)</sup>。

二 なるほど、正犯者の具体的な犯行態様に影響を及ぼした限度で、何らかの因果性があつたといえなくもない<sup>(64)</sup>。しかし、それらは、正犯「行為」に対する因果性であつて、正犯「結果」に向けた因果性ではない。また、正犯者にとつて軽微な付随事情の変更が、それだけで共犯性を根拠づけるならば、刑罰拡張事由である（従属的）共犯の性格と相容れないであろう。かりに共犯者の提供した道具が使用されなかつたときも、「使われる可能性があつた以上、当該犯行に影響を与えた」とか、「幫助により僅かでも結果発生の危険が高まれば足りる」というとき<sup>(65)</sup>、それらは自らの結論を言い換えたにすぎず、およそ説得力がない。

同様にして、共同正犯の場合にも、単純な共謀参加者が、他の共犯者の犯行に客観的影響を与えなかつたとき、その因果性には疑問が生じる。通常、共同正犯の因果性は、実行行為の一部分担に求められるが、他の共犯者が単独で

も犯罪を実現できた場合、それだけでは共犯（正犯）性を肯定できない。そのため、因果的共犯論にあっても、共犯者が相互に教唆・幫助し合うことで心理的影響を与えたとき、結果発生の蓋然性が高まったと説明される<sup>(66)</sup>。しかし、こうした基準は、もはや（共謀）共同正犯と教唆・幫助を因果性で区別するものではない。すなわち、共犯の因果性は、共同正犯を含む広義の共犯に共通する要素であって、正犯と共犯を区別する基準たりえないのである<sup>(67)</sup>。

もちろん、共同正犯でも、「相寄り相助けて犯罪をおこなう」という心理的な因果性を考慮しなければならぬ。しかし、この点は、共同実行の意思である相互的な意思連絡の中で評価される。また、因果的共犯論の一部は、客観的な因果性に解消できない主観的な諸事情を自由に取り込んで、共謀共同正犯における「重要な役割（＝正犯性）」を基礎づけようとする<sup>(68)</sup>。これらの主観的要素は、自然主義的な因果関係とは別物である以上、むしろ、共犯性をめぐる新たな判断基準を設定しているのである。

三 従属的共犯の場合にも、教唆・幫助行為と因果関係のない事実について、共犯としての罪責を問えないのは、前述したとおりである。他方、広義の正犯と狭義の共犯の区別をめぐって、「共犯の因果性」だけで承継の有無や共犯関係の解消を決定することもできない。なるほど、一部の学説は、共犯の因果性を合法則的条件説で説明しようとするが、そもそも何が「合法則的」であるかは不明であり、結局、日常生活上の経験則や社会通念などを用いた規範的评价を導入することとなる。かりに「因果関係の遮断」が、実質的に共犯関係の消失を意味するとしても、「遮断」という言葉だけで過去の事実を消去できない以上、創出した危険の促進・実現をめぐる判断は、各論者によって千々に分かれるのである。

それに加えて、因果的共犯論の支持者は、すでに先行行為が終了した結果、まったく先行者と後行者の共同実行が

ない場合にも、先行事実に対する承継的共犯の成否を論じている。具体的には、先行者の暴行により抵抗不能状態になった被害者に対し、先行者が犯行現場を立ち去った後、その行為状況を利用しつつ財物を奪取した後行者も、承継的共同正犯の事例に含めるからである。<sup>(69)</sup>なるほど、因果論上は、先行者の実行終了後であっても、まだ正犯結果が発生する以前であれば、なお承継的共犯を認める余地があるかもしれない。<sup>(70)</sup>しかし、承継的共同正犯も共同正犯の一種である以上、一部にせよ「共同実行」が必要であつて、もつぱら当事者の主観的意図や引き受けによつて「共犯関係の承継」を論じるのであれば、いわば事後的共犯を認める点で、およそ従来の議論から逸脱している。<sup>(71)</sup>さらに、先行者の逃亡を援助したり、窃盗犯人から盗品を買い取る場合とさへ列挙するに至つては、犯人隠避罪（一〇三条）や盗品等有償譲受け罪（二五六条二項）と混同しているといわざるをえない。<sup>(72)</sup>

かようにして、共犯の因果性は処罰根拠を示したにとどまり、正犯と共犯の区別や成立範囲を左右するものではないからう。<sup>(73)</sup>むしろ、客観的には同じ因果経過を辿つたとしても、着手前の共謀に参加した単純参加者と積極的に共謀を主導した背後の黒幕のほか、着手後の実行に加担した共犯者では、刑法的評価が異なるのは当然である。<sup>(74)</sup>その意味で、「因果性」と「共犯性」は別種の概念であつて、「共犯を因果性という基準ですべて説明すれば事足りると解するのは悪しきドクマである」<sup>(75)</sup>。私見によれば、共同正犯では、相互的な意思連絡による共同体として、教唆・幫助では、正犯者の犯罪遂行に従属する中で、主観・客観両面の人的な結合から発して最終的な法益侵害に至る結びつきが重視されねばならない。刑法上は、個人責任の原則が前提になるとはいえ、共犯における人的な結びつきを無視して因果性だけを問題にするのは、誤つた客観主義的思考の一つにほかならない。<sup>(76)</sup>

- (1) 最決平成二四・一一・六刑集六六卷一號一二八一頁。なお、同決定の評釈として、高橋則夫「傷害の事案について承継的共同正犯の成立を否定した事例」刑事法ジャーナル三九号(平二六)八五頁以下など参照。
- (2) 最決平成二一・六・三〇刑集六三卷五号四七五頁。
- (3) 従来、「因果共犯論」と「因果的共犯論」の名称が混在してきた。かりに共犯の処罰根拠を間接的な法益侵害に求める見解を指すならば、その中には不法共犯論も含まれるであろう。しかし、不法共犯論は、共犯行為と正犯行為(行為無価値)の因果性を論じるのに対して、いわゆる純粹惹起説は、共犯行為と正犯の結果(法益侵害)の因果連関を重視するため、結果無価値論と結び付いている。本稿では、後者の意味で「因果的共犯論」の名称を用いることにしたい。
- (4) 共犯の因果性をめぐっては、林幹人・刑法の基礎理論(平七)一五九頁以下を始めとして、町野朔「惹起説の整備・点検」刑事法学の現代的状況(内藤古稀祝賀・平六)一一八、一二八頁以下など参照。
- (5) ただし、その余の量刑事情にも照らすならば、原判決の量刑は不当でないとし、上告を棄却している。
- (6) 従来の多数説は、刑事責任が遡及することを否定していた。大塚仁・刑法概説総論(第四版・平二〇)二九四頁、大谷實・刑法講義総論(新版第四版・平二四)四一八頁以下など。
- (7) 広義の否定説である。判例としては、広島高判昭和三四・二・二七高刑集一二卷一號三六頁などがある。
- (8) 全部肯定説である。木村亀二・刑法総論(増補版・昭五三)四〇八頁、植松正・刑法概論I総論(再訂版・昭四九)三五四頁、福田平・全訂刑法総論(第五版・平二三)二七二頁。なお、藤木英雄・刑法講義総論(昭五〇)二九〇、二九一頁参照。
- (9) 東京高判昭和三四・一二・七高刑集一二卷一〇号九八〇頁、東京高判平成一四・三・一三東高判時報五三卷一、一二号三一頁など。
- (10) 東京高判昭和五七・七・一三判時一〇八二号一四一頁など。
- (11) 例えば、名古屋高判昭和五八・一・一三判時一〇八四号一四四頁、大阪高判昭和六二・七・一〇高刑集四〇卷三号七二〇頁など。具体的には、強盜傷人罪(札幌高判昭和二八・六・三〇高刑集六卷七号八五九頁)、強姦致傷罪(東京高判昭和三四・一二・二東高判時報一〇卷一二号四三三五頁)の承継的共同正犯が肯定された。そのほか、判例の詳細については、大塚仁ほか・大コンメンタール刑法(5)(第二版・平一一)二三四頁以下(村上光鶏)参照。
- (12) 牧野英一・日本刑法上巻(重訂版・昭一六)四四六頁。

- (13) 例えば、山口厚・刑法総論(第二版・平一九)三五〇頁は、構成要件該当事実全体について、共犯行為との間で因果性を要求しておられる(また、同・クローズアップ刑法総論〔平一五〕二四二頁以下参照)。また、井田良・講義刑法学・総論(平二〇)四七三頁も、承継的共同正犯の場合、「正犯性を肯定するためには、すべての構成要件要素の実現(実現された違法事実の全体)について因果関係をもつ行為を行わなければならない」とされる。
- (14) 全部否定説である。例えば、曾根威彦・刑法総論(第四版・平二〇)二五八頁、山口・前掲総論三五〇〜三五二頁、同「共犯の因果性」の一断面」神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻(平一八)三五八頁、浅田和茂・刑法総論(補正版・平一九)四二二頁など。
- (15) 例えば、前田雅英「承継的共同正犯」警論六六巻一号(平二五)一五〇頁は、強盗罪や強姦罪も暴行・脅迫と強取・姦淫に分割可能とされる。また、松原芳博「共犯の処罰根拠・その2」法セ六七七号(平二三)一〇八〜一〇九、一一一頁は、すべての複数行為が分割可能と考えているが、本来的数罪である科刑上一罪と詐欺罪や恐喝罪などの本来的一罪を区別しておられない。
- (16) 因果的共犯論にあっても、強盗罪や詐欺罪の場合、承継的共同正犯が肯定されている。例えば、西田典之・刑法総論(第二版・平二二)三六六〜三六七頁など。また、佐伯仁志・刑法総論の考え方・楽しみ方(平二五)三八六〜三八七頁参照。
- (17) こうした一部肯定説として、大塚・前掲書二九四〜二九五頁、大谷・前掲書四一八頁、前田雅英・刑法総論講義(第五版・平二三)四九八〜五〇一頁、佐久間修・刑法総論(平二二)三六八〜三七〇頁など。
- (18) 大阪地判昭和六三・七・二八判タ七〇二号二六九頁、東京高判平成八・八・七東高刑時報四七巻一〜二二号一〇三頁など。また、先行者と後行者のいずれの暴行によるかが不明であっても、同時傷害の特例があることに鑑みて、傷害罪の共同正犯が認められてきた(名古屋高判昭和五〇・七・一判時八〇六号一〇八頁)。
- (19) 例えば、大阪高判昭和六二・七・一〇高刑集四〇巻三三七二〇頁。なお、学説上は、十河太朗「承継的共犯の一考察」同社法学六四巻三号(平二四)三六八〜三六九頁など参照。
- (20) なお、嶋矢貴之「共犯の諸問題」法時八五巻一号(平二五)三一〜三二頁参照。他方、かりに負傷した被害者の逃亡・抵抗困難な状態を利用したとしても、それは加担後の暴行における動機ないし契機にすぎないとされる(本件最高裁決定を参照)。

- (21) 例えば、広島高判昭和三四・二・二七高刑集二二卷一号三六頁、東京高判平成一七・一一・一東高刑時報五六卷一〇一二号七五頁など。
- (22) 豊田兼彦「傷害罪の共同正犯の成立範囲」法七六九七号(平二五)一三三頁など。
- (23) 山口・前掲神山古稀祝賀三四九頁。また、林・前掲刑法の基礎理論二〇一頁によれば、「共犯も、単独犯と基本的には同じく、自己の行為との間に因果性のない結果については責任を負わない」のである。
- (24) 坪井祐子「増田啓祐」杉原崇夫「共犯(3)の1」判タ一三八七号(平二五)六九頁によれば、承継的共同正犯と共犯関係の解消は、「時系列的に裏返しの関係にある」とされる。
- (25) 最判昭和二四・七・一二刑集三卷八号一二三七頁。
- (26) 最判昭和二四・一二・一七刑集三卷一二号二〇二八頁。
- (27) 例えば、教唆・補助行為は存在したが、いったんその気になった正犯者が、まったく別の理由から犯意を生じたり、別の理由で犯意が強化されたならば、それらの間の因果関係は否定される。
- (28) その嚆矢となったのが、大塚仁・刑法論集(2)(昭五一)三二頁以下である。
- (29) なお、原田國男「共犯関係が解消していないとされた事例」平成元年度最高裁判例解説(平三)一七九頁は、離脱事例を障害未遂と同視するのは「理論的でない」と批判されるが、中止未遂が(広義の)未遂の一種である以上、任意性などの要件を充足しないとき、障害未遂として取り扱ふことは可能であろう(また、そうした批判があるというが、何ら文献の引用がない)。しかも、着手後の離脱について中止犯を否定しつつ、離脱前の事実については(障害)未遂を認めておられる。
- (30) 最決平成元・六・二六刑集四三卷六号五六七頁。
- (31) 学説上は、共謀関係からの離脱と呼ばれる。例えば、東京高判昭和二五・九・一四高刑集三卷三号四〇七頁、大阪高判昭和四一・六・二四高刑集一九卷四号三七五頁など。
- (32) 福岡高判昭和二四・九・一七高刑特報一号一二七頁、東京高判昭和二六・一〇・二九高刑特報二五号一一頁。
- (33) 松江地判昭和五一・一一・二刑月八卷一一〇二号四九五頁など。
- (34) 例えば、福岡高判昭和二八・一・一二高刑集六卷一号一頁は、強盗予備を認めている。
- (35) 東京高判昭和四六・四・六東高刑時報二二卷四号一五六頁、同昭和六三・七・一三高刑集四一巻二号二五九頁。

- (36) 原田・前掲平成元年度最判解一八二頁。また、学説の中には、この解説に依拠しつつ、因果的共犯論を採用したと説明する論者が少なくない。
- (37) 原田・前掲平成元年度最判解一七八頁。なお、ここでは、共同遂行の意思を放棄した場合を「共犯の離脱」と呼び、共同実行終了後の離脱を「共犯の解消」と命名するが、前者は主観的意思に着目しており、後者は客観的な事実にもとづくため、対となる概念として疑問がある。
- (38) なお、原田・前掲平成元年度最判解一九〇頁以下は、犯行が既遂に達した後に離脱した例を引用しているが、取締役の辞任により詐欺罪の実行が終了するわけでなく(東京高判昭和三三・六・二六東高刑時報八巻六号一六二頁)、むしろ、別の場所での同一の犯行がなされたほか(神戸地判昭和四一・一二・二二下刑集八巻二二号一五七五頁)、継続犯である監禁罪の実行が続いているなど(東京高判昭和四六・四・六東高刑時報二二巻四号一五六頁)、いずれも適切な例示とは言いがたい。
- (39) これに関連して、原田・前掲平成元年度最判解一八三頁は、過去に殺人計画を指示したものの、二〇年後になって実行に及んだならば、心理的因果性が欠けるとされるが、共謀や教唆からどの程度の時間が経過すれば、因果性が消失したといえるのか、かりに「創出された危険が消滅した」とみる場合にも、一定の結論を後付けているにすぎない。
- (40) 原田・前掲平成元年度最判解一八四、一八六、一八七頁。
- (41) なお、一部の論者は、「いったん生じた因果的影響を後から完全に除去することは不可能なし不可能に近い」というが(豊田兼彦「刑事裁判例批評(170)」刑事法ジャーナル二七号(平二三三)八五頁、山中敬一「刑法総論(第二版・平二〇)」九六〇頁)、およそ過去の事実は(完全・不完全を問わず)消去できないため、将来に向かって因果性を遮断しうるかが問題となる。
- (42) なお、松宮孝明「刑法総論講義(第四版・平二二)三一六〜三二七頁も、同趣旨であろうか。また、林幹人「判例刑法(平二三)一五〇〜一五二頁も、正当防衛の途中で離脱した場合をめぐって、共犯の因果性や違法阻却事由から区別して、その共同正犯性を論じておられる。
- (43) 平野龍一「刑法総論Ⅱ(昭五〇)三八〇〜三八一頁。
- (44) 最決平成二一・六・三〇刑集六三巻五号四七五頁。また、犯罪実現の危険性が著しく高まった状況下では、過去の影響力が低下していても、なお共犯として罪責を問うべき場合があるといえよう(ただし、東京地判平成一二・七・四判時一七六九号一五八頁参照)。

- (45) これに対して、中川深雪「刑事判例研究(412)」警論六二卷一一号(平二二)一九一頁は、すでに住居侵入時に強盜の着手があったとする。
- (46) また、島田聡一郎「共犯からの離脱・再考」研修七四一号(平成二二)五頁は、被告人の加功が、すでに侵入強盜を容易にする形で「客観化」されていた以上、それを解消しなかったならば、およそ離脱が否定されるという。
- (47) 例えば、西田典之・共犯理論の展開(平二二)二八四頁以下、前田・前掲総論五四三～五四五頁、佐伯・前掲書三九一～三九二頁など。
- (48) 林・前掲判例刑法一四八頁。
- (49) 島田・前掲研修七四一号六、一一頁。
- (50) 前出福岡高判昭和二八・一・一一。
- (51) 前出最判昭和二四・一二・一七、前出最決平成二一・六・三〇。
- (52) 平野・前掲書三八六頁(否定)、西田・前掲総論三七一頁以下(肯定)、同・共犯理論の展開二六六～二六七頁(否定)など。
- (53) 町野・前掲内藤古稀祝賀一七八頁以下。
- (54) 林・前掲刑法の基礎理論一六三頁以下。
- (55) Vgl. H. Mayer, 'Täterschaft, Teilnahme, Urheberschaft', *Ritter-Festschrift*, 1957, S. 256f.
- (56) そのほか、共犯の離脱事例に関して、共犯の因果性だけでなく、共謀の射程の問題とみるのは、高橋則夫「杉本一敏」仲道祐樹・理論刑法学入門(平二六)二二七頁である。
- (57) 原田・前掲平成元年度最判解一八二頁。
- (58) 伊東研祐「共犯論―その2」法七六二八号(平一九)九四頁。
- (59) 林・前掲刑法の基礎理論一六〇頁。
- (60) さらに、西田典之「幫助の因果関係」法七三三二二号(昭五六)二五頁は、「心理的因果性による補充を認めざるをえない」と明言されていた。他方、橋爪隆「共謀の射程と共犯の錯誤」法教三五九号(平二二)二二頁は、共犯関係の離脱・解消について、共謀の因果性が消滅するような別個の意思決定があったとして、むしろ、共謀の射程外であることを強調される。
- (61) もっとも、物理的幫助では、それが正犯行為に利用された限度で因果性を認めうるであろう。

- (62) 山口・前掲神山古稀祝賀三四九頁は、「因果共犯論の射程については、はっきりしないものが残されている」と評される。
- (63) 林・前掲刑法の基礎理論一九五頁。
- (64) なお、西田・前掲法七三二二号二五頁など参照。
- (65) また、当該幫助がなかったとき、正犯者が少しでも犯行を思いとどまった可能性があればよいとする見解もある(林幹人「幫助の因果性」刑法判例百選①〔第七版・平二六〕一七五頁)。
- (66) 前田・前掲総論四六〇頁。
- (67) また、松原芳博・刑法総論(平二五)三五一、三五九頁は、これを意思に対する共同支配として説明される。
- (68) 島田聡一郎「共謀共同正犯論の現状と課題」川端博ほか編・理論刑法学の探究③(平二二)五四頁以下。こうした見解を批判するものとして、照沼亮介「共同正犯の理論的基礎と成立要件」刑事法・医事法の新たな展開上巻(町野古稀記念・平二六)二四四～二四五頁参照。
- (69) 山口・前掲神山古稀祝賀三五六頁。また、照沼亮介「共同正犯と幫助犯」刑雑四八巻三号(平二二)二二頁も、最終結果が発生する(既遂)までは、なお共犯が成立可能とみるようである。
- (70) 井田・前掲書四七三頁は、強盜罪の承継的共同正犯を否定するにあたり、強盜罪が「人身犯罪であり、各共同者は、被害者に対し暴行・脅迫を加えたという事実を含めて刑事責任を問われる」ので、「暴行・脅迫を加えたことについて問責しえない者を共犯とすることができない」とされるが(同旨、照沼・前掲刑雑四八巻三号二一～二二頁)、強盜罪が暴行・脅迫を手段にするとはいえず、その基本は財産犯であつて、畏怖された状態の被害者から強取することが中核というべきである。なお、山口・神山古稀祝賀三五七頁も同趣旨であろうか。
- (71) 通説によれば、強盜犯人Aの暴行により気絶した被害者から、Aの立ち去った後で通りかかったBが、そのバッグを持ち去るような場合、およそ共同実行の意思と事実が欠けるため、Bには窃盜罪が成立するだけである(大塚・前掲書二九三頁注(七))。また、山口・前掲総論四七頁も、すでに正犯者の実行行為が終了した以上、教唆犯や従犯の成立する余地はないとされる。ただし、前田・前掲警論六六巻一号一五一頁参照。
- (72) 松尾誠紀「事後的な関与と傷害結果の帰責」法と政治六四巻一号(平二五)一九頁注(一)。また、高橋則夫・刑法総論(第二版・平二五)四四六頁、松原芳博「共犯の処罰根拠」法七六七号(平二三)一〇八頁以下も、犯罪の「終了前」であ

れば、「承継(的共犯)」の可能性を肯定するようである。なるほど、因果的共犯論にあつては、最終的な結果発生に至る因果経過だけが重視されるため、実行行為が終了した後の承継的共同正犯も考えうるであろう。また、先行者の窃盗が終了した後で、たまたま犯行現場にやつて来た知人が盗品の運搬を手伝った場合にも、窃盗罪の共犯を論じる向きさえある。なお、拙稿「共犯と未遂・離脱(その一)」警論六七卷一〇号(平二二六)一六四頁以下参照。

(73) その意味で、幫助の因果性は、正犯結果の発生にとつて必要不可欠でなく、不作為の幫助では、「ほぼ確実に阻止し得た」ことまで要求されないのである(札幌高判平成一二・三・一六判時一七一―一七〇頁)。

(74) かりに共犯関係の解消を心理的因果性で説明するとしても、共謀段階で離脱を認識したかどうか、また、その後の結果防止措置も考慮されるなど、自然的因果法則だけでは説明できないのである。なお、照沼・前掲町野古稀記念二五二頁も同趣旨であろうか。

(75) 高橋ほか・前掲理論刑法学入門二三―四頁。

(76) なお、前田・前掲総論四五九―四六〇頁によれば、共犯の処罰根拠論は、「わが国の現実の共犯論とは乖離したものであつて、各種の概念操作により共犯の処罰範囲を論じた見解のいずれが妥当であるかは、実際上も適切な解決を導きうるかで判断するしかない」とされる。

(大阪大学大学院法学研究科教授)