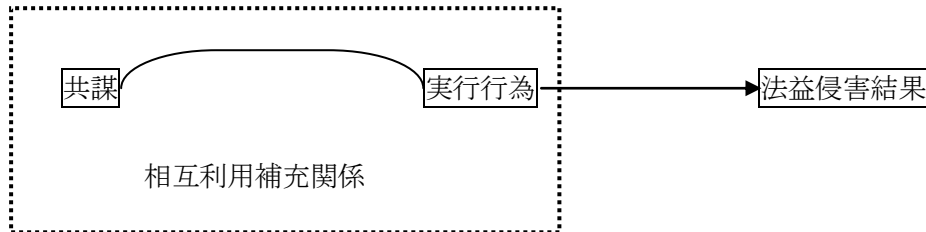


1 共犯（共同正犯）の処罰根拠

→ 一般に、相互利用補充関係（物理的・心理的に影響を及ぼしあったこと）により、法益侵害結果を惹起したことに求められる

→ （共謀）共同正犯の成立要件についても、この観点から考えるべき



2 共同正犯の成立要件

(1) 練馬事件（最大判昭 33. 5. 28）

「共謀共同正犯が成立するには、二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議をなし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない。したがつて右のような関係において共謀に参加した事実が認められる以上、直接実行行為に関与しない者でも、他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つたという意味において、その間刑責の成立に差異を生ずると解すべき理由はない。さればこの関係において実行行為に直接関与したかどうか、その分担または役割のいかんは右共犯の刑責じたいの成立を左右するものではないと解するを相当とする。」

(2) 学説、実務における一般的な整理

① 共謀関係が存すること（共謀）

（練馬事件判例における「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となつて互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」との表現）

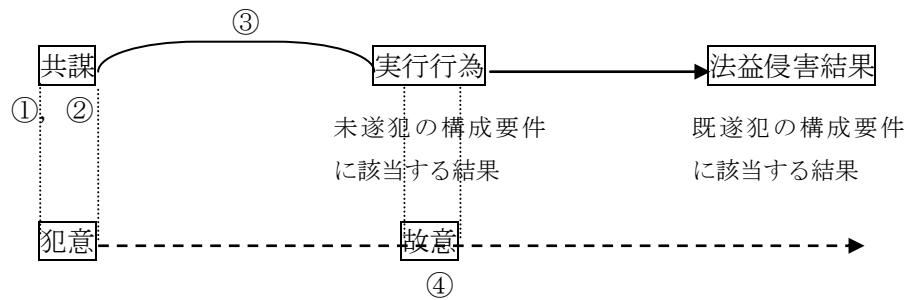
② 共謀者が正犯意思を有すること（正犯意思・共同意思）

（練馬事件判例における「共同意思の下」、「各自の意思を実行に移す」「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行つた」等の表現）

③ その共謀に基づき共謀参加者の誰かが犯罪を実行すること（実行行為の存在及びその共謀との結びつき）

（練馬事件判例「謀議をなし、よつて犯罪を実行した」）

④故意



3 ①共謀及び②正犯意思について

(1) ①共謀について

共謀とは、判例・実務上、謀議「行為」自体ではなく共謀者の実行行為時における「犯罪の共同遂行の合意」と解されている

(2) ②正犯意思（共同意思）について

一般に、正犯意思とは、自己の犯罪として行う意思をいい、その有無により共謀共同正犯と狭義の共犯（従犯、教唆犯）とが区別されるとされている。

(3) ①及び②の関係

両者の分類は必ずしも明確なものではなく、論者によって異なる。理解の仕方によっては、両者は重複する部分がある。

①（共謀）に関し、

- 「犯罪の共同遂行の合意とは、純然たる意思連絡ではなく、各共謀者が他の共犯者と協力してみずから犯罪を遂行する意思をそれぞれもって結合することを要すると解される（藤木英雄・『共謀共同正犯の根拠と要件』・法学協会雑誌 79・1・13）」（村瀬均・50 選 P 203）

②（正犯意思）に関し、

- 「共謀の主観的部分として把握されて必ずしも独立の要件とは扱われていない場合もある」（菊池則明・50 選 P 214～215）
- 「もとより共謀は単なる意思連絡ではないし、他人（実行者）の犯行の認識・認容では足りない。これらを前提とはするが、共謀というためには、これに加え更に積極的な意思を必要とするであろう。これを共謀者について一語でいえば『自己の犯罪』の意識ということになるのか」（石井和正＝片岡博・『刑事事実認定（上）』 P 343）

⇒ いずれにしても、①及び②は、以下のような要素から成り立っているといえることができる。

- (a) 共犯者相互の意思連絡（相互利用補充関係の前提）
- (b) 正犯性（自らの犯罪として行ったといえるかどうか）
 - ① 重要な役割を果たしていること（客観面）
 - ② 正犯意思（主観面）

4 共謀の射程と共犯関係の解消（離脱）

(1) 共謀の射程と共犯関係の解消（離脱）の関係

共同正犯が成立するための要件である③その共謀に基づき共謀参加者の誰かが犯罪を実行すること（実行行為）

→ 共謀と実際に行われた犯罪行為との結びつきを意味する

→ 共謀の射程及び共犯関係の解消（離脱）は表裏の問題であると考えられている

● 橋爪隆教授（共謀の射程を因果性の問題として捉える通説的な考え方）

「共謀の射程が及ばない場合というのは、共謀行為と無関係に結果が生じたと評価できる場合であり、共謀行為と結果惹起との間の因果性が欠如する状況と理解することができよう。すなわち、共謀の射程とは、共犯の離脱・解消とは基本的に共通の問題なのである。

後者においては、他の関与者に与えた因果的影響力がなお持続しているため、それを積極的に遮断する行為が必要とされるのに対して、前者とは、他の関与者による別個の意思決定によって、当初の共謀の因果性が自動的に消滅してしまう状況ということができる。」

（「共謀の射程と共犯の錯誤」法学教室No.359 P 21～22）

● 十河太朗教授

「共犯の過剰は、共犯者の一部が他の共犯者の意思に反して当初の共謀の内容と異なる犯罪を実現する場合であるのに対し、共犯関係からの離脱は、共犯者の一部が犯行の継続を断念した後、他の共犯者が当初の共謀の内容どおりの犯罪を実現する場合であるから、両者は次元を異にしているようにも見える。

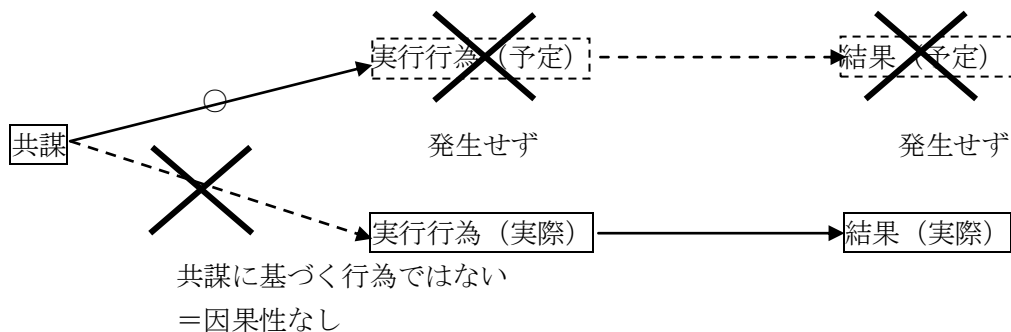
しかし、共犯の過剰の場合には、過剰結果を惹起する実行行為が当初の共謀に基づいて行われたといえるかが問題となっているし、共犯関係からの離脱の場合には、離脱後の実行行為が当初の共謀に基づいて行われたといえるかが問われているのであるから、両者は、当該実行行為が当初の共謀に基づくものといえるかを問題にしている点で共通している。

そうだとすれば、当初の共謀の射程がどこまで及ぶのかという観点から両者の問題は統一的に解決されるべきではないだろうか。」（「共謀の射程について」理論刑法学の探求③ P 95）

<コメント>

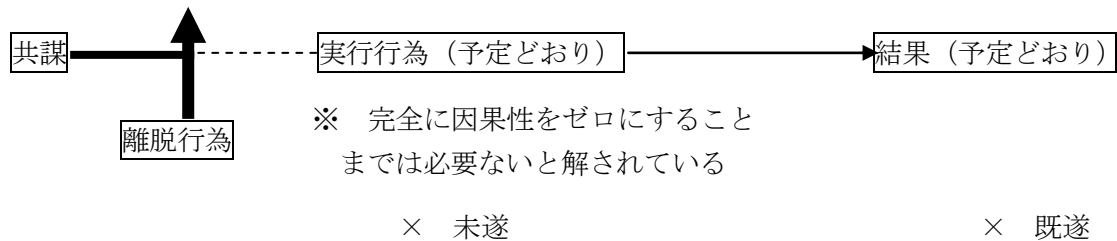
もっとも、後述するように、十河教授は共謀の射程が及ぶかどうかの判断基準について、因果性の観点のみならず、相互利用補充関係との結びつきという観点から、新たな（別個の）共謀の成否により区別する点で、通説的な考え方とは異なる。

ア 共謀の射程

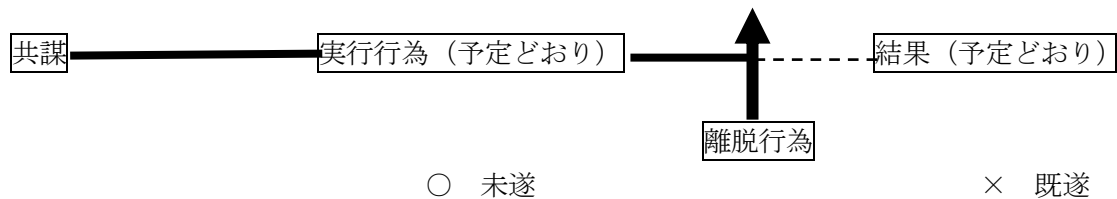


イ 共犯関係の解消（離脱）

(着手前の離脱) … 未遂犯としての罪責も負わない



(着手後の離脱) … 未遂犯としての罪責は負うが、既遂犯としての罪責は負わない
→ 中止犯 (刑法 § 43 ただし書) が成立すると解する余地がある



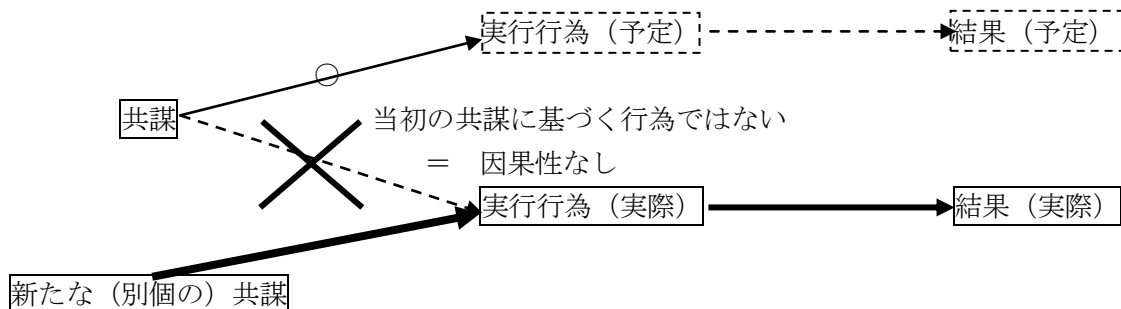
(2) 共謀の射程

上記共同正犯の成立要件②「その共謀に基づき共謀参加者の誰かが犯罪を実行すること」とは、共謀に基づく実行行為（実行行為と共謀の結びつき）を意味するところ、これはすなわち共謀の射程の問題であるということができる。

ア 共謀の射程の問題とは

一般に、共謀と無関係に法益侵害結果が生じた場合には、当初の共謀により法益侵害結果が惹起されたとはいえない（当初の共謀との因果性を欠く）ので、共同正犯として処罰することはできないとされている。

※ 共謀に含まれていなかった実行行為が行われ、それによる結果が発生しなかったからといって、共謀の射程に含まれない（＝共謀との因果性がない）というわけではない。『共謀者が予見していた内容＝共謀の射程』というわけではないのである。」（橋爪隆・法学教室No.359 P 21）



イ 共謀の射程の有無の判断枠組み

(ア) 浦和地方裁判所平成3年3月22日判決（後掲）

本判決は、共謀した犯罪と現実に行われた犯罪とが一罪の関係に立つ場合には、実行された犯罪について共同正犯が成立するが、両罪が一罪の関係に立たない場合には、実行された犯罪は共謀に基づく行為とはいえ共同正犯は成立しないとの基準を示した。

※ 複数の行為が行われた場合に包括一罪となるかどうかは、一般に、①被害者・被害法益の同一性、②行為の時間的・場所的近接性、③構成要件の同一性、④行為態様の共通性、類似性、⑤機会の同一性、⑥犯意の単一性などから総合的に判断するとされており、本判決も、このような観点から一罪の関係にあるといえるかどうかを判断していると思われる。

(イ) 橋爪隆教授

橋爪教授は、「共謀の内容と全く無関係な『別個の犯罪事実』については、共謀の射程が及ばないと解することが可能である」とし、共謀の射程が及ぶかどうかは、当初の共謀による物理的・心理的因果性が現実に行われた犯罪行為に及んでいるかどうかによって判断すべきであるとされる。その際の考慮要素としては、次のようなものを挙げておられる（前掲P22～23）。

- ① 当初の共謀内容と現実の犯行内容の異同（犯行の日時、場所、被害者、行為態様など）
- ② 時間的場所的な連続性
- ③ 実行分担者がいかなる目的で行為に出たか
- ④ 実行分担者の行動を限定するような制約が施されているかどうか
- ⑤ 行為者の（他の共犯者に対する）影響力の程度

(ウ) 十河太朗教授

十河教授は、「共謀の射程は、過剰結果を惹起した実行行為が当初の共謀とは別の新たな共謀ないし犯意に基づいて行われたといえるかどうかによって決まる」、「共謀の射程がどこまで及ぶかは、当初の共謀とは別の新たな共謀ないし犯意に基づいて実行行為が行われたといえるかという問題と表裏一体の関係にあるといつてよい」（前掲P98）とされる。

十河教授は、「真に因果関係が否定される場合に限って共犯関係からの離脱を認めるとすると、離脱が認められる範囲が極めて限定されることになる」（前掲P97）との懸念を示しておられ、そのような事態を防止するためには、共謀の射程の問題を因果性の観点（共犯の処罰根拠の観点）からではなく、「相互利用補充関係」に基づく犯罪行為といえるかどうかという観点（共同正犯の本質の観点）から検討すべきである、との考慮があるものと思われる。共謀の射程の判断に当たっての考慮要素としては、次のようなものを挙げておられる。

① 客観的な事情

- ① 従前の共犯行為の寄与度、影響力
- ② 当初の共謀と実行行為の内容との共通性（被害者の同一性、行為態様の類似性、侵害法益の同質性、随伴性など）
- ③ 当初の共謀による行為と過剰結果を惹起した行為との関連性（機会の同一性、時

間的・場所的近接性など)

④ 過剰結果を惹起した行為への関与度

など

② 主観的な事情

① 犯意の単一性、継続性

② 動機・目的の共通性

③ 過剰結果の予測可能性の程度

など

ウ 共謀の射程が問題となった裁判例

(ア) 浦和地方裁判所平成3年3月22日判決

【事案】

暴力団の組長である甲は、舎弟分のVに面目を潰されたことに激高し、Vを痛めつけた上事務所に連行させて制裁を加える意図で、乙に対して、「Vをぶっちめて縛って連れて来い」と命じた。これを受けて、乙はV方玄関前（第1現場）でVを特殊警棒や木刀等で殴打し、さらに第1現場から約700メートル離れた駐車場内（第2現場）で同様の暴行を加えた。暴行後、死亡したと思ったVが「死なねえよ」などと発言したことから、乙らはAのたくましい生命力に驚愕するとともにVによる後日の報復を恐れ、殺害の決意を固め、車でVを第2現場から約4キロメートル離れた川岸土手（第3現場）まで運んだ上、Vを川内に突き落とし、身体を数分間水中に沈めて溺死させた。

【判旨】

本判決は、実行行為者による第1現場及び第2現場での犯行につき、両者を一連の行為に基づく一個の犯罪であると評価した。これに対し、第3現場での暴行については、次のように述べて、別個の犯罪であると評価した。

「第一現場の行為と第二現場での行為は、……犯意継続の上引き続いて行われた一連の同種暴行行為であって、これを包括して一個の暴行と解することに何らの妨げはないと認められる。しかし、第二現場での暴行終了後の行為は、その後発生した同人の殺害という新たな目的に向けて行われたものである上、その動機・目的は、同人の『報復を怖れて』というもので、それまでの『制裁ないし復讐のため』とは明らかに異質である。

また、現実の殺害行為は、第二現場から場所的にも約四キロメートル離れた場所で、しかも、それまでの暴行とは全く異質な手段・方法により行われたものであって、これらの点からすると、右は、第一、第二現場での犯行（傷害罪）から発展して行われた、同一被害者に対する有形力行使を内容とするものではあっても、主観・客観の両面からみて、これとは異質な別個独立の犯罪（殺人罪）として、併合罪を構成すると解すべく、両者を包括一罪の関係に立つと解することはできない」、「本件の第三現場における犯行は、第二現場までの犯行とは別個の動機に基づくものである上、殺意ないし殺害目的の存否、時間的・場所的懸隔、手段・方法の異質性等重要な点で第二現場までの犯行とは質を異にするものというべきであり、右に指摘したような設例の場合とは、明らかに事案を異にしているのである。」

その上で、実行行為者に指示して犯罪を実行させた首謀者が、第3の暴行につき当初の共謀に基づき責任を負うのかどうかという点に関し、次のように判示した上で、その責任を否定した。

「第三者（乙）にある犯罪を指示して実行させた者（甲）に対する刑責は、原則として、（1）右乙が甲の指示に基づいて実行した犯罪と一罪の関係に立つものに限られる

と解すべく、(2) これと一罪関係に立たない別個の犯罪につき甲の刑責を問い得るためには、当初の指示・命令の中に、既に実行された犯罪以外に、右別個の犯罪の実行をも指示・容認する趣旨が含まれており、従ってまた、右犯罪が、甲乙両名の合致した意思（共謀）に基づいて実行されたと認め得る特別な事情の存することが必要であると解すべきである。」

(イ) 東京地方裁判所平成 7 年 10 月 9 日判決

【事案】

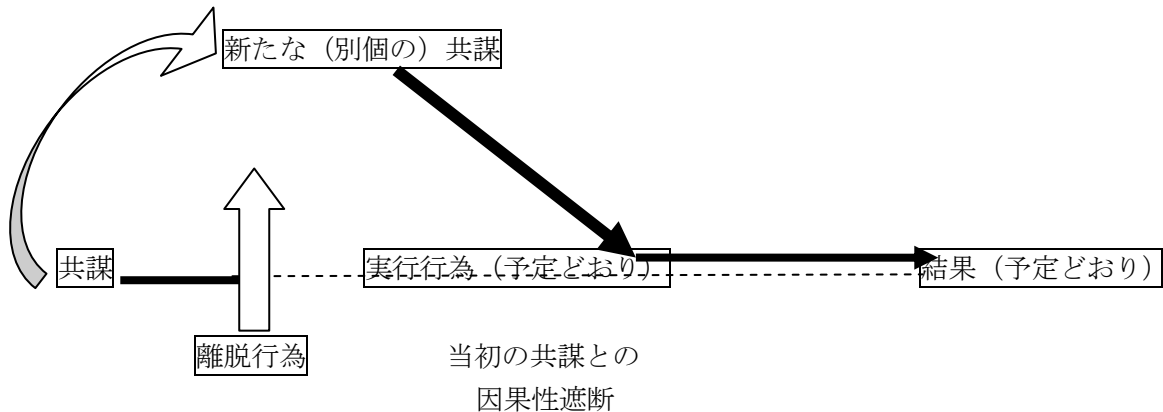
A 及びその同棲相手である B は、以前からスナックの経営者に睡眠薬を飲ませて眠らせ、その間に金品を窃取するという昏睡強盗を行っていた。B は、遊び友達である甲を誘い、V の経営するスナックにおいて、同様の手口の昏睡強盗を行うことを計画した（なお、A と甲とはこの時が初対面であった）。B は V のすきをうかがって V のグラスに睡眠薬を入れて飲ませたが、V は意識がもうろうとし始めたものの、なかなか眠り込まず、しびれを切らせた A は、V に暴行を加えて気絶させた上で金品を奪取しようと考え、V の顔面を手拳で数回殴打するなどして V を負傷させた上、気絶させた。甲はこれを傍らで見ていたが、A 及び B にうながされ、V のコンパクトディスク等を奪った。

【判旨】

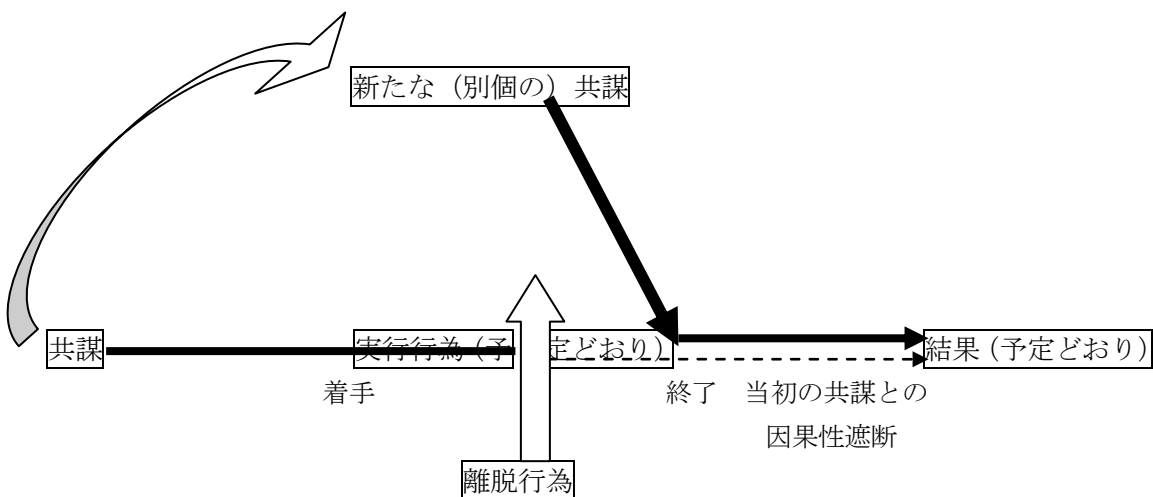
「被告人（甲）は、A が V に対して暴行を加え始めるまでの時点において、昏睡強盗の計画が暴行脅迫を手段とする強盗へと発展する可能性を認識していたとは認められず、また、A が暴行を加えている時点においても、右暴行を認容してそれを自己の強盗の手段として利用しようとしたとまでは認められないので、被告人と A らとの間に暴行脅迫を手段とする強盗についての意思連絡があったと認定することはできない。……被告人には A 男らとの間で暴行脅迫を手段とする強盗の共謀が成立したとは認められないので、右共謀の存在を前提として強盗致傷罪の責任を負わせることはできない。」

(3) 共犯関係の解消

(着手前の離脱) … 未遂犯としての罪責も負わない



(着手後の離脱) … 未遂犯としての罪責は負うが、既遂犯としての罪責は負わない
→ 中止犯 (刑法 § 43 ただし書) が成立すると解する余地がある



ア 上述したように、橋爪教授や十河教授は、共犯関係の解消 (離脱) の問題についても、共謀の射程の問題として捉えることができると考えておられる。

イ 共犯関係の解消 (離脱) が問題となった判例

(ア) 最高裁判所平成元年6月26日決定

【事案】

被告人甲は、乙の舎弟分である。両名は、事件当日、一緒に飲んでいたVの酒癖が悪いことに憤激し、Vを謝らせるべく、車で乙方に連行した。甲は、乙とともにVの態度などを難詰し、謝罪を促したが、Vは反抗的な態度を取り続けたためこれに激昂した。そこで、甲及び乙は意思を通じて、約1時間ないし1時間半にわたり、こもごも竹刀や木刀でVの顔面や背部等を多数回殴打するなどの暴行を加えた。

甲はその後、乙に対して「おれ帰る」と言っただけで、自分としてはVに対しこ

れ以上制裁を加えることを止めるという趣旨のことを告げず、乙に対しても、以後は暴行を加えることを止めるよう求めたり、Vの介抱等を求めたりすることなく現場を立ち去った。その後、乙は再びVの言動に激昂し、さらにVに対し木刀で顔を突くなどの暴行を加えた。丙は、乙方において頸部圧迫等により窒息死したが、その死亡結果は、甲の帰宅前の甲乙両名の共謀に基づく暴行により生じたものか、それともその後の甲の単独の暴行により生じたものかは断定できなかった。

【判旨】

「右事実関係に照らすと、被告人（甲）が帰った時点では、乙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過ぎないのであるから、乙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はできず、その後の乙の暴行も右の共謀に基づくものと認めるのが相当である。そうすると、原判決がこれと同旨の判断に立ち、かりにVの死の結果が被告人が帰った後に乙が加えた暴行によつて生じていたとしても、被告人は傷害致死の責を負うとしたのは、正当である。」

<コメント>

本判決については、共犯の解消の根拠は、共犯成立の根拠と裏腹の関係にあり、因果的共犯論では、物理的・心理的因果性が切断されたときに、共犯の解消が認められることになることを前提として、本決定が、「被告人が格別の防止する措置をとらなかったことを理由に挙げている点、……とるべきであった具体的措置の内容を取り上げている点、合意等の解消があったかどうかということは判断していない点などを総合すると、因果関係の切断の有無を実質的な判断基準として採用しているように窺われる。少なくとも、この意味で本決定は因果共犯論をベースにしているといえるであろう。」との調査官解説がある（原田國男・平成元年度最高裁判例解説刑事篇P182）。

また、上記解説によれば、本決定があげる共犯解消の判断基準は、

- ① 共犯者においてなお制裁を加えるおそれが消滅しているかどうか
- ② そのおそれが消滅していないときには、被告人においてこれを防止する措置を講じたかどうか

の2点であるとされる。さらに、①の「おそれ」の実質的な内容につき、「因果関係切断説をベースにして考えれば、(イ)被告人によりもたらされた物理的・心理的効果が残され、(ロ)共犯者がこれを利用して犯行を継続する危険であると考えることができよう。」とされている。

(イ) 最高裁判所平成21年6月30日決定

【事案】

被告人甲は、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暴行を加え、金品を奪取することを実行したことがあった。本件犯行に誘われた甲は、本件犯行の前夜遅く、自動車を運転して行って共犯者らと合流し、同人らと共に、V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、V方の明かりが消えたら、共犯者2名が屋内に侵入し、内部から入口の鍵を開けて侵入口を確保した上で、甲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、V方の窓から地下1回資材置き場に侵入したが、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入り、付近に止めてあった自動車に乗り込んだ。その車内では、甲と他の共犯者1名が強盗の実行行為に及ぶべく待機していたが、甲ら3名は話し合っただけで一緒に逃げることにし、甲が運転する自動車に乗り込んで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V方を出て、甲ら3名が立ち去ったことを知ったが、本件当日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実行し、その際に加えた暴行によってVら2名を負傷させた。

【判旨】

「上記事実関係によれば、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。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。」

<コメント>

本判決は、(強盗罪との関係において)着手前の共犯からの離脱について最高裁として初めて判断を示した点に意義があるとされている。特に、上記平成元年決定で示された犯行防止措置を講じたかどうかという基準を着手前の離脱の事例である本件に適用した点が重要である。

本判決について、豊田兼彦教授は、具体的な事案との関係では、「住居侵入・強盗という一体の犯行全体で見れば『犯行着手後』の離脱の事案であり、具体的に見ても、被告人らの離脱以前に、共犯者の一部が家人の在宅する被害者方へ現実に入居していただけでなく、残りの共犯者が侵入するための侵入口も確保されており、しかも、被告人がいなくても既に強盗の実行が可能な状態となっていた、などの事実があったことに求められよう」と述べておられる。

さらに、理論的な説明としては、本件の場合、「離脱直前には、その後の強盗に至る危険が既に生じていたといえ、その点で、本件は、実質的に見れば、着手後の離脱に近い事例であったという説明が可能である」こと、被告人の従前からの関与態様から、「被告人が他の共犯者に与えた寄与・因果性は決して小さくなかったと思われる」ことなどが、「犯行防止措置」を要求する理由に加えることができる、とされる(刑事法ジャーナルNo.27 P84)。

(ウ) 名古屋高等裁判所平成 14 年 8 月 29 日判決

【事案】

被告人甲は共犯者 A, B, C らとともに、やき入れなどと称して V に暴行を加えることを謀議した。甲は、共犯者 A とともに駐車場で V に暴行（第 1 の暴行）を加えたところ、これを見ていた B がやりすぎではないかと思って制止したことをきっかけとして同所における暴行が中止され、被告人が V をベンチに連れて行って「大丈夫か」などと問いかけたのに対し、勝手なことをしていると考えて腹を立てた A が、甲に文句を言って口論となり、いきなり甲を殴りつけて失神させた上、甲（及び C）をその場に放置したまま他の共犯者と一緒に V とともに上記岸壁に赴いて同所で第 2 の暴行に及び、さらに V の逮捕監禁を実行した。

これにより、V は(1)通院加療約 2 週間を要する上顎左右中切歯亜脱臼、(2)通院加療約 1 週間を要する顔面挫傷、左頭頂部切傷、(3)安静加療約 1 週間を要した頸部、左大腿挫傷、右大腿挫傷挫創、(4)安静加療約 1 週間を要した両手関節、両足関節挫傷挫創等の傷害を負ったが、(1)は第 1 の暴行によって生じ、(4)は第 2 の暴行後の逮捕監禁行為によって生じたものと認められるが、(2)及び(3)は、第 1, 第 2 のいずれの暴行によって生じたのか、それとも両者があいまって生じたのかが判明しなかった。

【判旨】

「このような事実関係を前提にすると、A を中心とし被告人（甲）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解消され、その後の第二の暴行は被告人の意思・関与を排除して A, B らのみによってなされたものと解するのが相当である。したがって、原判決が、被告人の失神という事態が生じた後も、被告人と A らとの間には心理的、物理的な相互利用補充関係が継続、残存しているなどとし、当初の共犯関係が解消されたり、共犯関係からの離脱があったと解することはできないとした上、(2)及び(3)の傷害についても被告人の共同正犯者としての刑責を肯定したのは、事実を誤認したものというほかない。」

もっとも、本判決は、次のように述べて、被告人甲は同時傷害の特例（刑法 § 207）の適用により、共犯解消後の(2)及び(3)の傷害結果についても責任を負うとした。

「しかしながら、叙上の事実関係によれば、被告人は第一の暴行の結果である(1)の傷害について共同正犯者として刑責を負うだけでなく、(2)及び(3)の各傷害についても同時傷害の規定によって刑責を負うべきものであって、被害者の被った最も重い傷が(1)の傷害である本件においては、(2)及び(3)の各傷害について訴因変更の手続をとることなく上記規定による刑責を認定することが許されると解されるから、結局、原判決が(2)及び(3)の各傷害についての被告人の責任を肯認したことに誤りはなく、原判決はその根拠ないしは理由について誤りを犯したにすぎないことになる。」

<コメント>

本判決は、着手後の離脱ではあるものの、犯行防止措置を講ずることが要求されていない。この点につき、豊田教授は、「仲間割れによって因果性が弱まり、犯行を離脱者に帰属させるべきではないと評価する程度にまで弱化した事案であると理解することができるであろう。」とされる。また、被告人がもはや実行継続者のサイドに立っていない、との評価（葛原力三・平成 21 年度重要判例解説 P 180 等）も重要である、とされる（「共犯からの離脱」法学教室 No.359 P 28）。

豊田教授は、共犯関係の解消が認められるかどうかの判断基準につき、「因果性を完全

に除去することは必要ではなく、離脱により因果性が弱まるなどして、残余者の犯行を離脱者に帰属させるべきではないと評価できる場合にも、共犯関係の解消が認められる」との立場を前提として、「残余者の犯行を離脱者に帰属させるべきではない」という評価の基準に関し、①離脱者側の態度と、②残余者側の態度の両方に着目して考えるべきであるとされる（刑事法ジャーナルNo.27 P86）。

① 離脱者側の態度

自己の与えた因果的寄与を「帳消しにした」（相殺した）と評価し得る態度をとった場合には、共犯関係の解消が肯定されるべきである。

② 残余者側の態度

残余者側が離脱者を「排除した」と評価し得る態度をとったかどうかが重要である。

「具体的には、離脱者の寄与を用いないという積極的な意思表示や離脱者の寄与の否定・破棄と評価し得る態度が認められる場合には、たとえ①が不十分であったり、物理的または心理的影響が残存していたりしても、共犯関係の解消が肯定されるべきである。このような場合には、もはや離脱者は犯行グループの一員とはいえず、残余者の犯行は離脱者の管轄（答責領域）に属しないと見るべきだからである。」

5 共犯間の錯誤（共犯の過剰）

最高裁判所昭和 54 年 4 月 13 日決定

【事案】

甲、Aら7名は、Vに暴行ないし傷害を加えることを共謀し、こもごもVに挑戦的な罵声、怒声を浴びせていた。これにVが応答すると、Aはその態度に激昂し、未必の故意をもって所携の刃物でVの腹部を突き刺し死亡させた。

【判旨】

「殺人罪と傷害致死罪とは、殺意の有無という主観的な面に差異があるだけで、その余の犯罪構成要件要素はいずれも同一であるから、暴行・傷害を共謀した被告人甲ら七名のうちのAが前記F派出所前でVに対し未必の故意をもって殺人罪を犯した本件において、殺意のなかつた被告人甲ら六名については、殺人罪の共同正犯と傷害致死罪の共同正犯の構成要件が重なり合う限度で軽い傷害致死罪の共同正犯が成立するものと解すべきである。すなわち、Aが殺人罪を犯したということは、被告人甲ら六名にとつても暴行・傷害の共謀に起因して客観的には殺人罪の共同正犯にあたる事実が実現されたことにはなるが、そうであるからといって、被告人甲ら六名には殺人罪という重い罪の共同正犯の意思はなかつたのであるから、被告人甲ら六名に殺人罪の共同正犯が成立するいわれはなく、もし犯罪としては重い殺人罪の共同正犯が成立し刑のみを暴行罪ないし傷害罪の結果的加重犯である傷害致死罪の共同正犯の刑で処断するにとどめるとするならば、それは誤りといわなければならない。」