

## 「共謀関係の解消が否定された事例」

最高裁平成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、  
判例時報2072号152頁、判例タイムズ1318号108頁)

中京大学法科大学院 准教授

緒方 あゆみ

### 1 事実の概要

本件の事実の概要は以下の通りである。被告人は、本件犯行以前にも、第1審判示第1及び第2の事実を含め数回にわたり共犯者らと共に住居侵入強盗を実行しており、本件は罪となるべき事実の第3の犯行である<sup>(1)</sup>。本件犯行に誘われた被告人は、本件犯行前夜、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への住居侵入・強盗の共謀を遂げた。

本件犯行当日(午前2時頃)、共犯者2名が被害者方の窓から侵入し、内側からドアの施錠を外すなど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、その後(午前2時55分頃)、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被害者2名を負傷(加療約10日間と全治約2週間を要する傷害)させた。

以上の事実について、第1審の東京地裁八王子支部平成19年2月21日判決<sup>(2)</sup>は、被告人は、共犯者らと共に現場の下見をし、強盗等の犯行についての打ち合わせをした上、共犯者らが被害者方に侵入する犯行を開始した後は、後から被害者方に侵入して強盗を実行するつもりで自動車内に待機していたのであるから、被告人は、遅くとも、犯行の開始直前には、共犯者らとの間で、住居侵入・強盗の共謀を遂げていたと優に認めることができること、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、共犯者ら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ないの

であるから、被告人と共犯者らとの共犯関係が解消されたとも認められないとして、被告人について住居侵入罪及び強盗致傷罪の共同正犯が成立するとして、懲役9年の刑を言い渡した（求刑は懲役12年）。

これに対して、弁護人は、被告人が、共犯者らとの間で住居侵入及び強盗致傷の共謀をしていないのに、共謀を認めた原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認があり、また、原判決の量刑は重すぎて不当であるとして控訴した。

第2審の東京高裁平成19年7月19日判決は、<sup>(3)</sup>共謀したことを否認する被告人の原審の供述は、被告人の当時の行動状況や共犯者らの供述に照らし信用することはできず、原判決の認定はその事実認定の補足説明において説示するところを含めて正当として是認することができるから、原判決には判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認は認められないこと、被告人は、他の共犯者と共に住居に侵入して強盗を実行する役割を担い、原判示第1及び第2の各犯行においては、実際に被害者らに暴行を加え、物色行為をするなどしていること、また、原判示第1の犯行の結果、他の共犯者とほぼ同額の600万円の分け前を得ており、他の共犯者に比してその責任が特に軽いということとはできない。以上によれば、被告人の刑事責任はかなり重いというべきである。そうすると、被告人が原判示第1及び第2の各犯行については、事実を認めて反省の態度を示していること、本件犯行については、途中で犯行の発覚を恐れて現場を離れたため、被告人自身は住居侵入及び強盗の実行行為をしていないことなど、被告人のために酌むべき事情を十分考慮するとともに、本件各犯行が原判示の確定裁判の<sup>(4)</sup>余罪に当たるとも併せ考えても、原判決の量刑が重すぎて不当であると認められないとして控訴を棄却した。

これに対して、弁護人は、当初の共謀と被告人の離脱前までの加担行為は、後の強盗行為に何ら物理的ないし心理的因果的影響力を有していないとして、被告人の離脱により共犯関係が解消したと認めるべきである旨主張した。

## 2 決定要旨 < 上告棄却 >

最高裁は、弁護人の上告趣意のうち、判例違反を言う点は、いずれも事案を異にする判例を引用するものであって、本件に適切でなく、その余は、単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらないとして、第1審判示第3の事実（以下、「本件」という。）について、以下のように職権で判示した。

「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<sup>(4)</sup>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。」

### 3 研究

#### (1) 問題の所在

本件は、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であり、実行の着手前における共犯からの離脱について、最高裁で初めて判断が示された事案として注目される。

以下に、従来の下級審判例および学説を踏まえた上で、本決定を検討する。

#### (2) 従来の下級審判例

共謀関係の解消（共犯関係からの離脱）、特に、本件事案のような「実行の着手前の離脱」がどのような場合に認められるかについて、従来の下級審判例は、首謀者以外の者の実行着手前の離脱が問題となる場面では、離脱者による離脱の意思の表明及び残余者である他の共犯者による離脱の了承を要件として、共謀関係の解消を比較的緩やかに認めている（例えば、東京高裁昭和25年9月14日判決<sup>(5)</sup>、大阪高裁昭和41年6月24日判決<sup>(6)</sup>。黙示的な意思表示でも肯定された事例として、福岡高裁昭和28年1月12日判決<sup>(7)</sup>、一方的な離脱の意思表示でも肯定された事例として、大阪地裁平成2年4月24日判決<sup>(8)</sup>等）。しかし、首謀者の離脱が問題となる場面では、離脱意思の表明と他の共犯者の了承に加えて、実行の着手後の離脱の事案で要求される「共謀以前の状態に解消させる措置」、すなわち、他の共犯者の実行行為ないし結果発生の阻止を要求している（松江地裁昭和51年11月2日判決<sup>(9)</sup>、旭川地裁平成15年11月14日判決<sup>(10)</sup>等）。

#### (3) 学説

##### ア．実行の着手前の離脱の要件

実行の着手前の離脱について、学説は、共犯の処罰根拠を正犯による結果ないし犯罪の完成との因果関係に求める因果的共犯論を前提とすると、着手後の離脱と異なり、離脱者が離脱の意思を表明して残余の共犯者がこれを了承すれば足り、積極的な結果防止措置は必要でないとしている<sup>(11)(12)</sup>。

##### イ．離脱の意思表示および他の共犯者の了承

離脱の意思表示は常に明示的であることを要するかについて、学説は、指導的な役割を果たしている等でない場合は、少なくとも他の共犯者に対し、離脱の意思を表示して明示的に了解してもらうか、あるいは、少なくとも他の共犯者が離脱の事実を認識すればよいとして、離脱の意思表示は明示的でも黙示的でもよく、実行継続者が離脱の事実を認識したことで足りるとしている<sup>(13)(14)(15)</sup>。

#### (4) 検討

以上、実行の着手前の離脱による共謀（共犯）関係からの解消について、従来の下級審判例及び学説を検討したが、判例・通説は、実行の着手前の離脱に関しては、離脱者による離脱意思の表明

及び他の共犯者による了承により共謀関係は解消されると理解しているようである。しかし、ここでいう「離脱意思の表明と了承」という要件は、絶対的なものではなく、因果性の遮断を認定するための一つの指針に過ぎないのであるから、実質的にみれば、共犯行為による物理的因果性及び心理的因果性の両者を遮断したかどうかについて具体的に判断する枠組みが重要であって、この枠組み自体は、実行着手前と実行着手後で異なるものではないはずであるとの指摘がある。<sup>(16)</sup>

それでは、本件事案ではどのように判断すればよいのであろうか。本件は、共謀による心理的な影響がさほど強くない平均的な共謀者の離脱が問題となっている事案であるが、共謀に基づき共犯者らが現実被害者方に侵入し、被告人と他の共犯者は、被害者方に強盗に及ぶべく付近で待機していた。被告人は、強盗の実行の着手前に、先に被害者方に侵入した共犯者に犯行を辞めるよう告げた見張り役と共に現場を立ち去ったが、他の共犯者は、当初の共謀どおり強盗等の犯行に及んだのであるから、被告人の当初の共謀に基づく物理的・心理的な効果は強盗行為時になお残存しており、外形的には被告人らと他の共犯者との意思の連絡が途切れたように見えても、強盗の実行行為に及んだ他の共犯者に対する被告人らの物理的・心理的因果性は切断されていなかったと考えられる。<sup>(17)</sup>したがって、既に住居侵入の実行行為に及んでいる共犯者らに対して、格別それ以後の犯行を辞めさせる阻止を講ずることなく現場を立ち去って離脱しただけでは、当初の共謀関係が解消したとはいえないであろう。

評者も、他の共犯者らは被告人が強盗の実行着手前に立ち去ったことを認識した上で強盗を実行しているが、本件の事実関係の下では、被告人は犯行グループの一員として以前からかかわっており、本件の一連の行為に一定の役割を果たしていること、離脱の通告が一方的であったこと、

被告人が立ち去った時点では既に強盗に及ぶための侵入口が確保されており、そのまま強盗が実行される危険が差し迫っていたにもかかわらず何の結果防止措置を講じなかったことなどの事情から、被告人の行為と結果との因果関係は切断されていないとして、共謀関係の解消を否定した本決定の結論を支持するものが多い。<sup>(18)</sup>

だが、本決定が、着手後の離脱の場合に求められる「結果防止措置を講じたか」という要件を、<sup>(19)</sup>着手前の離脱の事案である本件で言及したことに関しては、異論を唱える見解もある。その理由として、被告人は、本件犯行を共謀するに至った過程で首謀者的立場になく、特別な準備行為を行ったという事実も認められないから、自らの行った加功の効果を解消させれば足り、共謀の全体を解消させたり、残余の共犯者による実行を阻止するまでの必要はないとする。<sup>(20)</sup>しかし、本件事案において、被告人が離脱した時期は、強盗については実行着手前であっても、住居侵入・強盗という手段・目的関係にある犯行全体で見れば、その一部について着手した後といえるので、本件事案関係の下では、被告人が積極的な結果防止措置を講じていないことを理由として本決定が共謀関係の解消を否定したのは妥当であると考えられる。

#### 4 本決定の意義

本決定は事例判断であり、着手前の離脱一般に及ぶものではないが、住居侵入強盗の事案について強盗の着手前の共犯からの離脱を否定し、共謀関係の解決について、単に実行の着手前後で区別

するのではなく、事案に応じた具体的な事情を考慮して判断すべきであるとの考え方を最高裁が初めて示した事案として意義がある<sup>(21)</sup>。

最高裁は、本件被告人について、共謀に基づいて予定された役割を果たすべく待機していた現場から単に退去しただけでは共謀関係が解消できないとした。その理由として、共に現場を離脱した別の共犯者が離脱を一方的に伝えただけであること、被告人がそれ以降の犯行を防止する措置を講ずることがなかったことを、解消を否定する事情として挙げている。

しかし、本決定の結論については、被告人が本件犯行現場を離脱したのが強盗の着手前であったことや他の共犯者（＝強盗行為の実行継承者）が被告人の離脱を認識したことは、共謀関係の解消を肯定する方向に働く事情としても考えることもできなくはない。また、もし、被告人が結果防止措置をとっていた場合、本件事案において共謀関係の解消が認められるのか、どの程度の結果防止措置をとることが求められるのかについて、最高裁は明確な基準を示していないとする批判もある<sup>(23)</sup>。

本件被告人は、以前にも共犯者らと同様の行為を繰り返しており、事前の打ち合わせに参加した上で、強盗の実行役という分担された役割を実行するために自ら運転する車で被害者方付近に赴き待機していた。したがって、当初の予定では、他の共犯者らが被害者方へ住居侵入し侵入口を確保した後、被告人らが強盗行為へ向かうことになっていたのであり、一緒に現場から離れた見張り役が電話で犯行を辞めるよう電話で伝えたとしても、被告人本人は他の共犯者に何も告げずに車で立ち去ったのであるから、これを純然たる着手前の離脱とは言い難いであろう。たしかに、本件で問題となる離脱は、強盗については実行着手前であるが、住居侵入・強盗（致傷）という共謀した犯行全体で見れば、その一部（＝侵入口の確保という重要な準備行為）について着手した後となっており、本件事案関係の下では、当初の共謀関係が解消したとはいえないとした本決定の結論は妥当である<sup>(24)</sup>。だが、既述のように、本決定は、着手前の離脱の事案につき、いかなる場合にどのような条件で共謀関係が解消したと認められるのか、特段の基準となる指摘をしていないため、この点に関する今後の最高裁および下級審判例の動向が注目される。

本決定の評釈として、以下のものがある。

- ・金子博「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」立命館法學 332号（2010年）1387頁
- ・金尚均「共犯者数名と住居に侵入して強盗に及ぶことを共謀し、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現場から離脱し、残された共犯者らがそのまま強盗の及んだ場合、当初の共謀関係が解消したということではできないとして、上告を棄却した事例」速報判例解説Vol.6 刑法 3（2010年）179頁
- ・葛原力三「共謀関係の解消が否定された事例」ジュリスト1398号（2010年）179頁
- ・任介辰哉「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」ジュリスト1409号（2010年）179頁
- ・十河太朗「共謀関係の解消が否定された事例」判例セレクト2009（2010年）31頁
- ・豊田兼彦「共犯からの離脱が否定された事例」法学セミナー657号（2009年）127頁、同・「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」 刑事法ジャーナル27号 (2011年) 81頁

- ・ 中川深雪「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被告人について共謀関係の解消を認めなかった事例」 警察学論集62巻11号 (2009年) 183頁
- ・ 野呂裕子「共犯者が実行行為に着手する前に、離脱の意思を表明した他の共犯者と共に現場付近から立ち去った被告人について、共同正犯からの離脱を認めなかった事例」 研修734号 (2009年) 406頁
- ・ 日高義博「共謀関係の解消」 専修ロージャーナル6号 (2011年) 247頁
- ・ 宮崎香織「共犯者が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」 研修735号 (2009年) 23頁
- ・ 山本高子「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」 法學新報117巻3-4号 (2010年) 343頁

(1) 被告人は、本件犯行前に、別の住居侵入・強盗事件(確定裁判の事件)に加担し、多額の分け前を得たことから、自分たちで多額の現金を得るために、本件共犯者らと約半年の間に本件を含めて数回の住居侵入・強盗致傷を敢行している。なお、本件第1の事実は、被告人らが被害者方に侵入して現金約4,173万円等を強取し、被害者1名に対し全治2カ月の傷害を負わせたというものである。第2の事実は、被告人らが被害者方に侵入して現金3万円等を強取し、被害者1名に加療2週間の傷害を負わせたというものである。刑集63巻5号493-494頁。

(2) 刑集63巻5号493頁以下。

(3) 刑集63巻5号500頁以下。

(4) 被告人は、建造物侵入、強盗、出入国管理及び難民認定法違反の各罪により懲役5年6月に処せられている。東京地裁八王子支部平成17年3月19日判決(確定)、刑集63巻5号497頁。

(5) 高刑集3巻3号407頁。

(6) 高刑集19巻4号375頁。

(7) 高刑集6巻1号1頁。本判決に関しては、被告人が現場から離脱しても実行行為への影響が残っていたとして、共謀関係からの離脱を認めた結論に疑問を呈する見解がある。この点に関して、宮崎香織「共犯者が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」 研修735号 (2009年) 28-29頁。

(8) 判例タイムズ764号264頁。

(9) 刑月8巻11-12号495頁。

(10) 公刊集未登載。LEX/DB 文献番号28095059。

(11) この点に関して、因果的共犯論を前提としつつも、共犯の成立根拠は心理的因果性に尽き、物理的因果性は共犯行為の内容にすぎないとして、離脱の意思表示がなされれば心理的因果性が消滅し、直ちに共犯からの離脱が肯定されるとする見解として、町野朔「惹起説の整備・点検」内藤謙先生古稀祝賀『刑事法学の現代的状況』(有斐閣、1994年) 115頁。他方、今井猛嘉「共犯関係からの離脱」新・法律学の争点シリーズ2 刑法の争点 (2007年) 118頁は、一旦、意思の疎通により共犯関係が成立し、犯罪成立に向けた過程が開始されれば、共犯相互の行為により、結果発生に至る客観的な危険が創出されるのであり、離脱しようとする者の従前の行為が、この危険に物理的に寄与している場合は多々考えられるので、この危険が結果惹起へと至った場合、従前

の行為による物理的因果性が切断されていない限り、離脱の意思表示をした者にも結果を帰責させることが、因果的共犯論からの帰結であるとする。

- (12) 自らの行為によって他の共謀者に与えた犯行推進の効果を取り払い、少なくとも教唆犯や幫助犯の場合と同じ程度には、犯罪の実行を阻止するための積極的な行為にでることを期待してもよいのではないかとする見解として、鈴木義男「実行着手前における共謀関係からの離脱」白井滋男他著『刑法判例研究』(大学書房、1966年)126頁。単に因果関係の遮断のみならず、相互利用・補充関係をも切断する必要があるとする見解として、高橋則夫『刑法総論』(成文堂、2010年)466頁。
- (13) この点に関して、離脱の意思表示は黙示的で足り、他の共犯者が右離脱を意識していれば離脱を認めてよく、離脱につき、他の共犯者の了承が必要かについては、共謀に相互教唆的性格が認められない限り、その心理的效果は、他に共同者がいることによる犯意の強化に尽きるから、離脱の意思表示によりそのような効果は消滅すると解してよく、了承を要件とする合理性はないとする見解として、西田典之『刑法総論 [第2版]』(弘文堂、2010年)368 - 369頁。
- (14) 大谷實『刑法講義総論 [新版第3版]』(成文堂、2009年)475頁。今井・前掲註(11)118頁。
- (15) ただし、指導的な役割を果たしていた場合には、他の共犯者への意思表示だけでは足りず、残余者の犯行中止への積極的な説得活動などが要求され、心理的因果性だけでなく物理的因果性も存在する場合には、離脱の意思表示に加えて自己の加功の物理的効果、すなわち他の共犯者による犯行を容易にするという効果を消滅させることが必要である。西田・前掲註(13)369 - 370頁。この点に関して、因果的に考える場合、了承は不要であるとしても、離脱者が教唆者(教唆型共謀共同正犯者)である場合、因果性が遮断されたというためには、本来、他の関与者による犯行を離脱者が阻止したことが必要であり、教唆が少なくとも条件関係の意味において原因となったという事情は、結果が発生した以上、除去できたとはいえないからであるとする批判がなされている。葛原力三「共謀関係の解消が否定された事例」ジュリスト1398号(2010年)180頁。
- (16) 判例タイムズ1318号109 - 110頁(本件解説記事)。
- (17) 本件は7名で共謀しており、被告人が特に重要な地位を占めていないことから、被告人自身の心理的影響の部分はさほど大きくはないとも解しうが、被告人らが過去に何度か侵入強盗を実行したことがあるという事情は、今回の共謀の心理的影響を強める要素であり、被告人の逃走が発覚をおそれたためであったという事情は、強化・促進された心理的因果性を除去するものとして弱いとの評価を免れないとする見解として、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」法曹時報62巻7号(2010年)6 - 7頁。また、葛原・前掲註(15)179 - 180頁は、本決定は、離脱の意思は一方的通告では足りないとして継承者の了承が必要であるかのような口吻を示していることから、本決定は共犯関係からの離脱を因果的観点からのみ考えているわけではないと指摘している。
- (18) 例えば、十河太郎「共謀関係の解消が否定された事例」判例セレクト2009(2010年)31頁。
- (19) 最高裁平成元年6月26日決定刑集43巻6号567頁。
- (20) 中川深雪「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被告人について共謀関係の解消を認めなかった事例」警察学論集62巻11号(2009年)190 - 191頁。ただし、謀議した犯罪の一部に着手したことにより、謀議通りに残りの犯罪に及ぶ危険性が発生している場合には、共謀関係を離脱・解消したというためには、残りの犯罪に及ぶ危険性を消滅させる措置を講じる必要があるとする。同191頁。
- (21) 任介辰哉「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」ジュリスト1409号(2010年)181頁。
- (22) 本決定においては、「離脱」を実際にその場から離れるという事実行為の意味でのみ用いており、共犯関係の解消という法的評価を加えた場合には、「離脱」ではなく「共謀 [犯] 関係の解消」

と区別している。判例タイムズ1318号109頁（本件解説記事）。

(23) この点に関して、葛原・前掲註（15）179 - 180頁。

(24) 判例タイムズ1318号110頁（本件解説記事）は、本件は最高裁平成元年6月26日決定の応用事例ともいえ、実質的には実行着手後に近い類型であるといえるとしている。ただし、本決定はあくまで事例判断であり、被告人の果たした役割等を離れて、実行行為着手前の共謀関係の解消のためには必ず犯行を防止する措置が必要であるとしたものではない。宮崎・前掲註（7）31 - 32頁。