



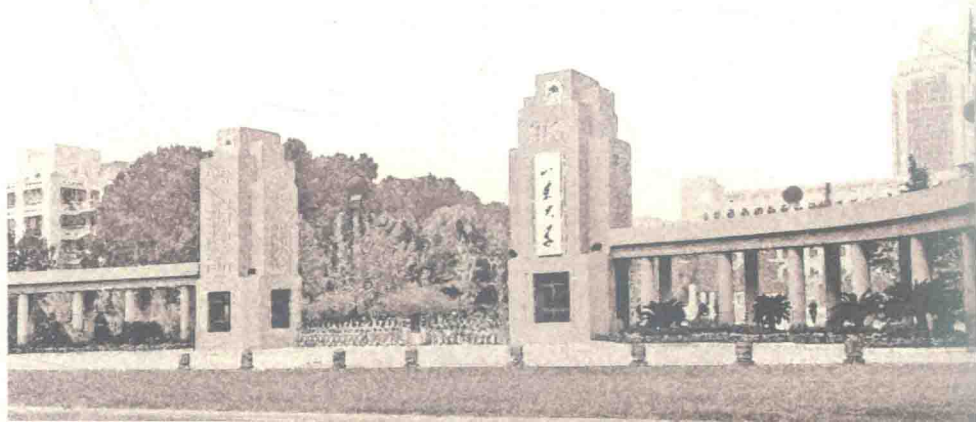
山东大学法律评论(2017)

Shandong University Law Review 2017

田立 主编

- ◎ 将协助执行人变更追加为被执行人的问题研究
- ◎ 宪法私人间效力理论在日本的学说论争和最新发展
- ◎ 中国宪法宣誓制度的完善
- ◎ 非政府组织国际法律地位研究
- ◎ 美国立法授权理论及其演变的本土化思考
- ◎ 人类基因科技的人权议题及其法律应对

山东大学出版社



山东大学法律评论

(2017)

田 立 主编

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

山东大学法律评论. 2017 / 田立主编. —济南:
山东大学出版社, 2018. 7
ISBN 978-7-5607-6099-5

I. ①山… II. ①田… III. ①法学—文集
IV. ①D90—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 166604 号

责任编辑:尹凤桐

封面设计:张 荔

出版发行:山东大学出版社

社 址 山东省济南市山大南路 20 号

邮 编 250100

电 话 市场部(0531)88364466

经 销:山东省新华书店

印 刷:泰安金彩印务有限公司

规 格:720 毫米×1000 毫米 1/16

12.5 印张 208千字

版 次:2018 年 7 月第 1 版

印 次:2018 年 7 月第 1 次印刷

定 价:30.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页、倒页、脱页,由本社营销部负责调换

《山东大学法律评论》(2017)

编委会

主 编 田 立

副主编 连雪晴

编 委 王 统 张家铎

目 录

部门法学

- 论共犯关系脱离 盐见淳著,姚培培译/1
- 一个变化的职业中的律师渎职行为:合同法原则的作用
..... Vincent R. Johnson 著,王永霞译/16
- 将协助执行人变更追加为被执行人的问题研究 朱雪红/45
- 中国宪法宣誓制度的完善 张文芳/61
- 宪法私人间效力理论在日本的学说论争和最新发展 马玉洁/74

国际法学

- 非政府组织国际法律地位研究
——以联合国对非政府组织的制度安排为视角 崔靖梓/93
- 国际法理论建构的文化反思 汤岩/108

域外法学

- 美国《自动驾驶法案》制定及评析 连雪晴/128
- 美国立法授权理论及其演变的本土化思考 林茜/141

理论探讨

- 猫头鹰和小猫咪:法律与发展有未来吗?
..... 大卫·M·楚贝克著,郭晓明译/159
- 人类基因科技的人权议题及其法律应对 郑雯/166

Contents

Law in Different Branches

- On the Departure From the Relationship of Complicity
..... Yan Jianchun, Yao Peipei / 1
- Legal Malpractice in a Changing Profession;
——The Role of Contract Principles
..... Vincent R. Johnson Wang Yongxia / 16
- The Study on the Problem of Changing and Adding
Assisting Executor as Executed Party Zhu Xuehong / 45
- On the Perfection of the Constitutional Oath
System in China Zhang Wenfang / 61
- The Arguments and Recent Development about the
Applicability of Constitutional Rights to Private
Conduct in Japan Ma Yujie / 74

International Law

- Research on International Legal Status of NGOs
——From the Perspective of UN Institutional
Arrangements for NGOs Cui Jingzi / 93
- The Foundation of Theory of International Law; A Cultural
Integration Tang Yan / 108

Extraterritorial Jurisprudence

- Comments on the Formulation of SELF DRIVE ACT in the
United States Lian Xueqing / 128
- On the Localization of the Theory of Authority for Legislation
and its Evolution in the United States Lin Qian / 141

Theoretical Discussion

- The Owl and the Pussy-cat: Is There A Future for “Law and
Development”? David M. Trubek, Guo Xiaoming / 159
- Human Rights Issues of Human Gene Technology:
Based on the Human Dignity of Constitutional
Interpretation Zhen Wen / 166

论共犯关系脱离

盐见淳著* 姚培培译**

与其他人处于共犯关系(共同正犯、教唆犯或者帮助犯)的人,除了对自己的参与行为负责外,也要对其他共犯人所实施的参与行为承担责任。这是共犯责任的原则。那么,在中途加入共犯关系,或者从中退出的人的责任又是怎样的呢?他是否要对自己加入之前或者退出之后其他共犯人实施的参与行为负责呢?其界限又在哪里呢?这些虽然跟非典型的遂行形态相关,但也是与共犯责任的本质相关联的困难问题,在教学上,各自都是在“承继共同正犯、共犯”和“共犯关系(共谋)脱离”这样的标题下加以讨论。本文讨论后者。

一、共犯关系的“脱离”与“消解”

在进入讨论从共犯关系“脱离”之前,首先想确认一下经常与其并列使用的共犯关系的“消解”跟它之间的异同。虽然以前这两个概念并没有被有

* 盐见淳,日本京都大学法学研究科教授,京都大学法科大学院院长。本文最初刊登于《法学教室》第387期,后收录于盐见淳的《刑法的道标》(有斐阁2015年版)中。本文已获原作者授权。

** 姚培培,京都大学法学研究科法政理论专攻博士研究生,本译文获中国国家留学基金管理委员会“国家建设高水平大学公派研究生项目”资助,项目文号为留金发[2016]3100号。

意识地区分开来,但最近,将共犯关系的“消解”理解为“在A、B的共同犯行终了之后,B出于独立于A的新的犯罪决意而实施另外的犯罪的场合”^①,将其理解为与共犯关系仍然存续,从中“脱离”了的场合不同的观点也得到主张。共犯关系是就个别的犯罪成立的,在向犯罪实现过程中转变到“另外的犯罪”的场合,如果认为至迟在转移的时点应当看作在这之前的共犯关系“消解”了的话,最近的这一主张^②可以获得支持。如果肯定了“消解”,即便之前共犯关系中的参与对“另外的犯罪”有事实上的影响(物理性或者心理性因果性仍然残存),也要否定共犯的成立。^③在这一点上,区分“消解”与“脱离”存在实益。

不过,什么时候能够认定成立共犯关系的“消解”和“另外的犯罪”并没有得到充分的阐明。^④一般认为,基于共谋的犯罪经由参与人全体的协商而

① 西田典之:《论共犯的中止》,载西田典之:《共犯理论的展开》,成文堂2010年版,第285页。论文初出为1983年。引用的部分虽然是该书刊行之际的“附记”,但同样的主张在论文中也有(第258页)。另外,原田国男指出:“将被告人放弃共同实行的意思而离开场合称为‘共犯的脱离’,而共同实行终了之后离开场合称为‘共犯的消解’。”(原田国男:《判解》,《最高裁判所判例解说刑事篇·平成元年度(1991年)》,第178页)与此相对,任介辰哉则认为,作为法律概念,只承认共犯关系的消解。他还论述到,用脱离来指从犯罪现场离开这一事实才是合适的用法[参见任介辰哉:《判解》,《法曹时报》第64卷9号(2012年)第296页]。与犯行计划完全独立的新的决意的其他犯罪之时,即便是对首谋者,也要否定对新的犯罪实行的客观归属。

② 参见大塚仁:《刑法概说(总论)》(第4版),有斐阁2008年版,第348页注31;山中敬一:《共谋关系脱离》,《立石二六先生古稀祝贺论文集》,成文堂2010年版,第570页。在实行了基于能性,不仅不成立共谋共同正犯,连教唆、帮助的责任也不用负[参见西田典之、山口厚、佐伯仁志编:《注释刑法(1)》,有斐阁2010年版,第864页(岛田聪一郎执笔)]。

③ 岛田聪一郎认为:“在当初设想的犯罪与实际实行的犯罪属于不同的犯罪的场合,从一开始就欠缺讨论(共犯的)因果性的前提。”[西田典之、山口厚、佐伯仁志编:《注释刑法(1)》,有斐阁2010年版,第865页(岛田聪一郎执笔)]。与此相对,西田典之则将切断了与后面犯行之间的心理因果性的场合视为共犯关系的消解(参见西田典之:《论共犯的中止》,西田典之:《共犯理论的展开》,成文堂2010年版,第285页)。

④ 山中敬一则指出了在判断是否“基于新的决意而实施另外的犯罪”时,犯行是否延期到第二天以后并不重要,重要的是脱离了的人对日后的实行是否知情这两点(参见山中敬一:《共谋关系脱离》,《立石二六先生古稀祝贺论文集》,成文堂2010年版,第570页)。另外,岛田聪一郎认为:“在判断犯罪的同一性的时候,在某种程度上要参考包括一罪和并合罪的区别。不过,在常习犯、营业犯这种特殊的根据构成要件评价作为一罪的场合,应当作为另外的犯罪来对待。”[西田典之、山口厚、佐伯仁志编:《注释刑法(1)》,有斐阁2010年版,第865页(岛田聪一郎执笔)]

一度放弃的场合,由于某种障碍而无法完成的场合^①,以及相反地,犯罪大体終了的场合^②,基本上可以肯定“消解”。另外,在犯罪实行的合意因时间的经过、围绕各参与人的状况的变化而所谓消灭的场合^③,犯行的时日、场所、被害人、行为样态、想要通过犯罪达成的动机、目标等发生了实质性变更的场合^④,也可以认为是基于新的共谋重新组成的共犯人实行犯罪。

二、从战前到战后的状况

战前存在很多有关共犯关系“脱离”的判例。其中之一就是大判大正12・7・2刑集2卷610页。在与共犯人一起实施敲诈勒索的行为人,与被害人“约定了金钱的授受之后,为恐惧的念头所驱动”而没有实施以后的行为,共犯人在接受金钱的现场被逮捕的敲诈勒索未遂的案件中,判决认为“不存在认定被告人……采取了防止共谋者实行的手段的事实”,进而驳回

① 原田国男指出:“实行着手之后,由于警察来了而一齐退散的场合,在日后其中一部分共犯人再次聚集,实行犯行的场合,应当看作基于另外的共谋或者犯意的犯行。”[原田国男:《判解》,《最高裁判所判例解说刑事篇・平成元年度(1991年)》,第183页]

② 参见东京地判平成7・10・13判例时报1579号第146页。案情为5人出于杀意在公园的杂木林内共同施加暴行,在被害人陷入负重伤濒临死亡无法动弹的状态后,5人一度将被害人转移到该公园内100余米以外的公厕附近。根据被告人以外的人的指示,其中2人又回到现场对被害人施加了致命的暴行。在本案中,法院以并不能说“在被告人5人于当初共同暴行終了后从犯行现场离开的时点,之前的5人之间的共犯关系得到了消解”为理由,肯定了杀人既遂罪的成立。这是从时间、场所的关系出发将杂木林内的犯行评价为还未終了。

③ 参见东京地判昭和52・9・12判例时报919号第126页。就5人共谋窃取6瓶甲苯后,卖出5瓶,大约2个月后共谋者中1人将其其中1瓶以3万日元的价格向第三人出卖的行为(违反《毒物及剧毒物取缔法》)。法院指出,各共谋人都已经搬家找到了新的工作,没有实行确认先前共谋的形迹,也没有就贩卖所得的3万日元进行分赃,甚至也没有提出这种要求,就贩卖的事实有人不知情等事实,遂以“处于共谋背景下的诸般情况随着2个多月的经过发生了大幅度的变化……共谋在默然中已经消解”为理由,否定了共同正犯的成立。

④ 参见神户地判昭和41・12・21下刑集8卷12号第1575页。就强奸进行共谋后,2人在凌晨1时左右实施了强奸行为之后,其中一名行为人自己放弃了强奸的意思,并向共谋者表明此意思,然后离开了现场。余下的1人在另外2个完全不同的地方从凌晨2时左右开始到凌晨5时左右为止的时间内进行了超过5个小时的强奸。在本案中,法院以各自的奸淫“虽然可以评价为包括一罪,但作为社会事实,应当看成不同的奸淫”为理由,就无法查明究竟是哪个奸淫行为造成的伤害否定归属,仅认定为强奸罪。另外还有最判平成6・12・6刑集48卷8号509页。共同实施作为防卫行为的暴行,侵害終了后部分行为还继续施加暴行。在本案中,法院认为:“在侵害正在进行时的暴行被认定为正当防卫的场合,就侵害終了后的暴行……应当就是否成立新的暴行进行检讨。”这可以看成侵害正在进行时的暴行的共谋因正当防卫的成立而得以消解。

了请求适用刑法第43条但书的上告。^①另外,还有在其他共犯人实行着手之前参与了的大判昭和9·2·10刑集13卷127页的案子。判决将S在知道用变造的股票实施诈骗的计划后,接受委托而将变造股票的筹划发起人介绍给共犯的行为认定为“帮助了行使变造股票诈骗的犯罪的行为”,共犯人方面在接受介绍后入手变造的股票之前的阶段,虽然有“假装提出中止买入变造股票的旨意而断绝关系”的情况,判决还是认为在“S并没有采取任何阻止实行的手段,而被告人H完成了行使变造股票诈骗的实行的本案”中,对于S帮助犯的成立并无影响。

像判例这种要认定从共犯关系中脱离或者中止犯,要求行为人采取防止(阻止)其他共谋者实行的立场,在战前的学说中^②,甚至战后也在一定的范围内^③获得了支持。其理由在于,“在共同正犯的场所,将由来于自己行为的犯罪事实和由来于其他共同正犯行为的犯罪事实总括起来,共同正犯人应当就这总括起来的全体事实承担刑法上的责任”,“如果只是自己中止

① 同样关于敲诈勒索的案件,大判昭和12·12·24刑集16卷1728页则作出了“2人以上共同实施犯罪的实行行为,在其行为已经完成的场合,如果共犯人中的1人要中止犯罪的话,那么该人应该实施防止因共同犯行而产生的结果的发生的作为,而且能够防止其结果的发生”的判示。不过,就算根据上告理由所述,被告人在向共犯人告知“告诉你我要收手了”时,也是其收取了共犯人敲诈来的300日元勒索金之后的事了。其他还有大判昭和10·6·20刑集14卷722页(就开设赌场牟利行为,自己着手实行行为后,“只有自己后悔了犯意,虽然没有参与剩余的实行行为,只要没有阻止基于共谋者即原审共同被告人的共同犯意的实行行为”,就无法就被告人认定为中止犯),大判昭和17·2·26大审院判决全集9辑20号第19页(就赌博诈骗案,被告人以自己在实行中途后悔了犯意为理由提出上告,对此,法院根据与昭和十年判决同样的判示,以“不应当认定为中止未遂”为理由,驳回了该上告)。

② 虽然并不确定当时是否进行了充分的讨论,但在泉二新熊的书中见到了“通说认为在实行终结前,虽然一人中止了,但如果其他人进而导致结果发生之时,就完全不存在中止的效果”的记述(参见泉二新熊:《日本刑法论·上卷》,有斐阁1930版,第533页),而大场茂马的说明则考虑了因果力的遮断(参见大场茂马:《刑法总论·下卷》,中央大学1917年版,第826页)。

③ 参见木村龟二:《新刑法读本》(改订版),法文社1951年版,260页[不过,存在“共同者的一人任意性地中止了自己分担的行为,但其他共同者通过其他方法完成了犯罪的时候,中止者的行为由于对结果没有因果关系,而应论以中止未遂”这样的论述。在关于从犯的中止未遂问题上也采取同样的观点(前书261页)];吉田常次郎:《共犯与中止犯》,《刑事法判例研究》,学艺书房1956年版,第167页;正田满三郎:《中止的意义及其对共犯的适用》,《刑法中犯罪论的批判性考察》,一粒社1962年版,第142、146页[不过,在物理帮助的场合,例如如果取回了借出的凶器的话,其认为不成立帮助犯(正犯着手前)或者中止未遂(着手后)];植松正:《刑法概论(1)总论》(再订版),劲草书房1974年版,第332页;西村克彦:《共犯与中止犯(1)》,《判例时报》257号(1961年)第6页。

了,而没有中止其他共同者的行为或者由该行为产生的事实,作为共同现象整体而言,无法认定成立中止”^①,或者,一方面“同意”这种说明,另一方面认为“在共犯中,首先必须要承认共同责任的理念(犯罪共同说)”^②,强调了其与犯罪共同说的联系。更有甚者,也有观点指出:“立足于共同意思主体说的立场,既然将共犯理解为一体性的东西……(这样的)结论就是当然的事情。”^③归根到底,是将在共同正犯(共犯)中,将各参与人的行为不是作为个别的行为而是仅仅作为一体来看待的做法视为理所当然。^④

三、判例的动向

即便在以共同正犯(共犯)的形式实行犯罪的场合将各参与人的行为为一体性地把握,在从这样一体性的关系“脱离”的场合,毋宁说个别性地把握才是本来的样态。战后的判例,特别是就在其他共犯人着手实行之前脱离的场合上,基于更加缓和的要件认定了共犯关系的脱离。

在就入户盗窃进行了共谋,在与其他三名共犯人前往被害人家的途中,“想到自己还处于缓刑考验期”,而仅仅放弃自己犯行的案件,东京高判昭和25・9・14高刑集3卷3号407页已经指出,“在着手前向其他共谋者明确表达了中止实行的意思并且其他共谋者对此也表示知晓”,进而撤销了认定盗窃共同正犯成立的原审判决。在这之后也出现了以表明中止的意思与其他共犯人的知悉为理由而肯定脱离(或者,以此要素的欠缺为理由而否定脱

① 牧野英一:《共同正犯的一人的中止》,《刑法研究(3)》,有斐阁1927年版,第235页。

② 小野清一郎:《刑法总则草案与中止犯》,《论刑罚的本质・其他》,有斐阁1955年版,第300页。论文初出为1933年。

③ 下村康正:《共谋共同正犯与共犯理论》,学阳书房1975年版,第176页。在采取共同意思主体说的基础上考虑脱离的最近的论文有萩原滋:《共犯的脱离、消解》,《冈山大学法学会杂志》58卷2号(2008年),第222页。

④ 不过,虽然共同着手犯罪,“在其着手行为并非犯罪完成的原因的行为之时,仅仅……根据……”(大场茂马:《刑法总论・下卷》,中央大学1917年版,第826页)就像先举出向正犯提供用来杀人的凶器的从犯后悔了在正犯着手实行前将该凶器取回这样的设例,然后指出提供凶器这样的“从犯对正犯的影响……由于从犯取回凶器而无形间消失了”,因此不成立杀人罪的帮助犯(泷川幸辰:《从犯与帮助行为的中止》,《刑事法判决批评(1)》,立命馆出版部1937年版,第143页)的那样,存在即便没有阻止犯罪的实现,也有肯定脱离或者中止的余地。但是,关于能够这样处理的根据,也仅仅是“虽说是所谓因果关系论,也无法认定因果关系的成立”这样简单的论述。

离)的裁判例。^①而在福冈高判昭和28·1·12高刑集6卷1号1页中^②,法院指出,“即便没有明确表示脱离犯行的意思,在其他共犯人认识到了前述脱离者脱离的事实并且出于仅由余下的共谋者完成犯行的谋议而实施该犯行时,应当认定为余下的共谋者收到了脱离的默示的意思表示”,进而认定脱离者仅构成“基于当初的共谋而成立的抢劫预备”,即认为默示的意思表示以及对其接收即为足够。^③

不过,虽然存在(包含默示的)中止的意思表示以及对其的了解,也存在否定着手前脱离的判例。其中之一就是首谋者脱离的场合,松江地判昭和51·11·2刑月11、12号495页提出“如果想要脱离的人是共谋者团体的首脑或者其他处于能够统制支配其他共谋人的立场的话,脱离者必须恢复到共犯关系不存在的状态”这样的要求,从而指出暴力团的“年轻首领统领成员”,以自己为中心共谋了杀人的人,仅仅向在现场的成员发出取消行动的指示就成立脱离而言并不充分。^④还有一个是虽然说是着手前但犯罪的开始迫在眉睫的场合,最近最高裁判例最决平成21·6·30刑集63卷5号

① 肯定例有东京地判昭和31·6·30判例体系31-3卷1100第6页(在共同制作了大量具有县知事署名的废车证明书用纸后、着手伪造特定的废车证明书之前,行为人从谋议中退出,其他共犯也了解了此事。在本案中,行为人的责任仅止于不可罚的伪造公文书的预备)。否定例有福冈高判昭和24·9·17判特1号第127页(在盗窃的案件中,要求“表明从通谋关系脱离的意思并且采取消解共谋等措施”),东京高判昭和26·10·29判特25号第11页(到达盗窃现场附近,由于腹痛而由共犯人1人实行犯罪的案件),广岛地三次支判33·4·25一审刑集1卷4号648页(行为人在3月26日左右和4月1日左右实施了搜寻被害人的行为之后,产生了脱离的意思,但其他共犯人在4月7日晚上10时25分左右实施了杀人行为。法院指出“并没有任何表明从通谋关系脱离的意思,进而采取为谋求消解的合适措施的迹象”)。

② 本案案情为:4人共谋抢劫,于凌晨0时左右意图侵入被害人住宅但归于失败,在一度返回的途中,被告人“领悟到抢劫是不对的”,从现场离去,余下3人于凌晨2时40分左右闯入被害人家中实施了抢劫。

③ 基于同样理由的肯定例有大阪地判平成2·4·24判例Times764号第264页。共谋杀害敌对暴力团的成员,法院以被告人“完全丧失报复的意思”,“通过言行、举动也向(其他)的被告人传达了”为理由肯定了脱离。

④ 基于同样理由的否定例有旭川地判平成15·11·14LEX/DB28095059。共谋入户抢劫,被告人与2名负责实行的人于7月24日前往被害人家中,被告人放弃了犯行,7月27日清晨其他2人实行了抢劫(致伤)。在本案中,法院认为“采取恢复到没有共谋关系的状态之类的相当的措施是必要的”。另外,在首谋者“以为自己不去参加的话,其他的共谋者等也不会照常进行犯罪,从而没有前往现场”的案件中,东京高判昭和32·2·21东高刑时报8卷2号第39页认为“至少在没有消解与其他人的共谋关系的场合”,不得免于作为盗窃的共同正犯的刑事责任。

475 页就是如此。^① 与其他 7 人共谋了抢劫并到达了现场的人,在已经先行侵入了被害人家中 2 人确保了入口的时点,因担心犯行被发现,而向在屋内的共犯人打电话单方面地告知了“先回去了”并且跟其他 2 人一起离开了现场,而剩下 5 人在知道此事实的情况下完成了抢劫。在本案中,最高裁支持了否定脱离进而适用抢劫(致伤)罪的原审判决。

要留意的是,即便是在其他共犯人的着手已经迫在眉睫,并且着手之后犯行继续的可能性非常高的场合,就由于外在情况而所谓被“排除”出犯罪因而不能完成的人,也存在认定了脱离的裁判例。A、B、C、D 四人共谋在旅馆客房内进行强奸,A 将被害人带进客房,之后 B、C、D 前往旅馆,但旅馆方面拒绝把他们带到前述客房,在与 A 交谈之后,B 等返回,余下的 A 一个人完成了强奸。在本案中,大阪高判昭和 41·6·24 高刑集 19 卷 4 号 375 页就 B、C、D 否定了强奸罪的成立。在实施基于共谋的第一暴行时,觉得做得有点过分的被告人向被害人询问道“没事吧”,其他共犯人对此感到十分生气,便将被告人打晕,将被害人转移到其他场所接着实施第二暴行,最终使其受伤。在这个案件中,名古屋高判平成 14·8·29 判时 1831 号 158 页指出:“共犯关系因……对被告人施加的暴行以及将晕倒的被告人放置不理……而单方面被消解。”

在其他共犯人已经开始实行的场合,判例的态度较为严格,在结论上认定了脱离的裁判例,仅仅限于有关上述“排除”的情况。特别是在昭和时期,在没有受领被害人交出的现金,从被害人家退出,但余下的共犯人夺取了现金的案件中,最判昭和 24·12·17 刑集 3 卷 12 号 2028 页认为“既然并未阻止而是放任了强取前述现金……认定仅被告人成立中止犯”是不可能的。^② 在有关继续犯的监禁罪的案件中,东京高判昭和 46·4·6 东高刑时报 22 卷 4 号 156 页指出,既然“并没有现实地阻止由其他共犯人所实施的更进一步的监禁行为的继续”,(被告人)就不得免于对一系列的监禁行为全

① 另外还有仙台地判昭和 34·1·22 下刑集 1 卷 1 号第 107 页。基于杀人的共谋,他们从晚上 10 时到凌晨 0 时搜寻被害人但没有找到,此后被告人放弃了犯意并告知了部分共犯人然后回家了,其他的共犯人在凌晨 3 时 40 分左右将被害人杀害的案件中,法院以没有“采取任何阻止实行的措施”为理由否定了脱离。

② 同样的否定例有最判昭和 24·7·12 刑集 3 卷 8 号第 1237 页(强奸致伤)。

体的责任。在被告人与共犯人在第1现场共同实行的强奸未遂与被告入离去之后共犯人在第2现场实施的强奸既遂构成包括一罪の場合,福岡高判63・12・21高刑速(昭和六十三年)187页指出,要对被告人认定脱离,除了表明没有继续实施犯行的意思,“阻止”共犯人的“犯行之外,在这之后还必须做出不存在继续实施基于当初的共谋的犯行的状态”,因而肯定了强奸既遂的成立。^① 诸如此类^②与战前的判例和学说相同,从中可以读出要求行为人阻止犯罪整体。

但是进入平成时期,在A与B持续一个半小时施加激烈暴行后,A说“我回去了”离开现场,稍许B又接着施加暴行,导致被害人死亡(哪个时点的暴行是死亡的原因这一点并不明确)的伤害致死案件中,最决平成元・6・26刑集43卷6号567页指出,“在被告人(即A)回去的时点,B施加进一步制裁的危险尚未消灭,被告人也并未采取特别的防止措施,不过是任由事情发展而离开现场”,进而驳回了脱离的主张。在这里,可以读出虽然没有阻止B的制裁,但如果采取了防止“施加制裁的危险”的现实化就可以了这样的趣旨。^③ 此后的下级审裁判例中^④,在判断脱离成立与否之际,在其

① 同样的否定例有东京高判昭和30・12・21裁特2卷24号第1292页。在仅就达到既遂的第三次放火之前的共谋进行参与的被告人放弃了犯行意思的案件中,将其意思表示于外部之外,法院以“只要没有阻止共犯人实行犯行或者阻止结果的发生,其刑责就不会消灭”为理由,肯定了放火罪的既遂。东京高判昭和32・6・26东高刑时报8卷6号第162页在设立当初就进行欺诈性经营的公司的董事兼营业所长中途辞职的案件中,法院就脱离要求“阻止其他共谋者实行犯罪”。

② 另外,在被认为一开始就没有放弃实施犯罪意思的案件中否定脱离的裁判例有东京高判昭和46・10・5判例Times274号第347页(不退去罪)、东京地判昭和51・12・9判例时报864号第128页[持有剧毒物品罪(违反毒物以及剧毒物取缔法)]。

③ 原田国男指出:“如果采取了防止措施,即使实际上没能防止或者阻止也没关系。”(原田国男:《判解》,载《最高裁判所判例解说刑事篇・平成元年度(1991年)》,第184页)

④ 否定例有东京高判平成8・11・19东高刑时报47卷1~12号第125页(参与了无证生产医药品的人因组织负责人的更换而改为参与生产麻药的案件中,法院作出了“固然没有阻止共犯人继续生产的意思”的判示),还有大阪地判平成14・7・17判例Times1104号第297页(法院就基于共谋的暴行、伤害中途离开现场的人指出,并没有对其他共犯人发出停止暴行的指示),以及神户地判平成18・7・21判例Times1235号第340页(法院作出了“基于当初共谋的实行行为的心理性、物理性效果仍然残存,对此加以利用继续犯行的危险性还很高的情况下”,却没有“采取任何将其除去的行为”的判示)。肯定例有东京地判平成12・7・4判例时报1769号第158页(在参与了监禁以及要求赎金的人在受领赎金之际被警察逮捕的案件中,法院认为,在其后,“接受”警官的“说服,通过协助调查面向将来地消除了自己的加功行为给本案各犯行带来的影响”)。

他共犯人继续实施犯行的可能性较高的状况下,法院会作出重视是否采取了能够消灭其危险性的措施的判示。

四、通说的形成——因果关系的遮断

与重视共犯的一体性关系的战前不同,学说开始讨论各个参与人的“脱离”是战后相当一段时间之后的事了。^①当初,虽然也有主张重视共犯人之间心理性的结合并以其切断为依据而肯定脱离^②,有力化的学说是在各参与人的部分性的因果性贡献的撤回中寻求脱离的实质的思考方法。

对这种思考方法进行详细展开的论者是这样说的。“以因果共犯论为前提的话,即便是共犯也仅对限于与自己的行为有因果关系的结果、正犯行为承担罪责,这种‘因果的纽带……’被切断的场合就不负责任。……从共犯脱离的问题基本上应当以通过该中止行为,在这之前脱离者的加功与在这之后余下的共犯人的行为以及结果之间的因果关系是否被切断这一基准来解决”。^③

具体说来,在其他正犯着手之前的阶段,教唆犯的话,“通过说服等方法使正犯放弃犯意”,从而消除心理因果性;物理帮助的话,通过取回凶器等行为切断物理因果性;技术帮助的话,说服正犯中止犯罪,或者物理性地阻止正犯实行的着手;心理帮助的话,通过取消望风的约定等消除强化正犯犯意的作用,进而肯定脱离。共同正犯的场合,分为教唆形态和帮助形态,前者

① 在其他共犯人着手实行之前的阶段肯定个别参与人脱离的见解有:铃木义男:《实行着手前共谋关系的脱离》,白井滋夫、前田宏、木村荣作、铃木义男:《刑法判例研究(2)》,大学书房1968年版,第135页;庄子邦雄:《刑法总论》(第3版),青林书院1996年版,第439页;藤木英雄:《刑法讲义总论》,弘文堂1975年版,第291页。将着手前的脱离作为欠缺因果关系的案件进行说明的有:香川达夫:《共犯关系脱离》,《共犯的处罚根据》,成文堂1988年版,第173页。

② 井上正治:《共犯与中止犯》,载平野龙一、福田平、大塚仁编:《判例演习刑法总论》(增补再版·改订),有斐阁1973年版,第212页。作者认为,“共同正犯中的行为性,仅仅根据共同加功意思即‘意思联络’而赋予性格”的话,“就算是在犯罪实行的途中,如果欠缺‘意思联络’的话,在此之后,就已经不能将各个人的行为作为整体的行为进行评价”。最近,有论者认为,不应该重视物理性、心理性因果性,“新的共犯关系或者犯意”的成立才是重要的(参见大谷实:《刑法讲义总论》(新版第4版),成文堂2012版,第470页)。

③ 参见西田典之:《论共犯的中止》,西田典之:《共犯理论的展开》,成文堂2010年版,第243页。虽然引用部分是就共犯人着手前的脱离进行的记述,不过就着手后的脱离,作者“就加功的因果性的切断”采取“缓和的思考方法”,采取了与着手前脱离同样的立场(参见第264页)。