

イギリスにおける共犯と錯誤

十 河 太 朗

- I はじめに
- II 共犯の成立要件と錯誤
 - 1 共犯の成立要件
 - 2 共犯と錯誤
- III 共同犯罪計画の法理
 - 1 意義
 - 2 要件および適用範囲
 - 3 評価
- IV Jogee 事件判決
 - 1 判決の内容
 - 2 評価
- V 結びに代えて

I はじめに

共犯者の認識と現実に発生した事実との間に不一致がある場合を共犯と錯誤という。共犯と錯誤については、①実行行為者自身に具体的事実の錯誤や抽象的事実の錯誤が生じた場合にその錯誤が共犯者の罪責にどのように影響するかという問題のほか、②実行行為者が共犯者との合意の内容と異なる行為を故意に行った場合に共犯者がどのような責任を負うのかという問題もある。特に②の場合は、錯誤論だけでなく、共同正犯の本質論、更には共謀の射程や共犯の因果性なども関連することから、理論的に困難な問題が生じる。窃盗を教唆・幫助したところ正犯者が強盗を実行した場合、V1の殺害を共謀したところ共謀者の一部があえてV1ではなくV2を殺害した場合、被害者の現金の窃取を共謀したところ共謀者の一部が被害者の指輪を窃取し

た場合などが、その具体例である。

こうした問題は、イギリスにおいても古くから議論されてきた。共犯と錯誤の問題は、主として共犯のメンズ・レアを満たすかどうかという観点から伝統的に解決が図られてきたが、1984年の Chan Wing-Siu 事件判決は、上記②の問題の解決にあたって共同犯罪計画 (joint criminal enterprise, joint criminal venture) の法理を採用した。共同犯罪計画の法理とは、犯罪Aを実行する共同計画に参加した者の一部 (P) がその計画の遂行過程において犯罪Bを実現した場合、残りの関与者 (S) は、たとえ犯罪Bについて共犯行為を行っていないなくても、犯罪Bの実行の可能性を予見していたなど一定の要件を満たすときには犯罪Bの共犯として責任を問われるというものである¹⁾。Chan Wing-Siu 事件判決以降、共同犯罪計画の法理は判例に定着したが、この法理は、共犯と錯誤の事例の一部について共犯の一般理論と異なる取扱いをするものであると考えられることから、その正当性や適用範囲の限界をめぐって活発な議論が展開されてきた。そのような中、最高裁は、2016年に Jogee 事件判決において一転して共同犯罪計画の法理を排斥し、共犯と錯誤の事例は共犯の一般理論に従って解決すべきであるという注目すべき判断を示した。ただし、Jogee 事件判決の是非をめぐっても様々な見解が主張され、議論が収束する気配はない。

このように、イギリスにおいて、共犯と錯誤の問題の取扱いは大きく変遷しており、こうした議論の特徴を検討することは有益であると思われる。そこで、本稿では、共犯と錯誤のうち、共犯者の一部が当初の合意の内容と異なる行為を故意に行った事例を中心に、イギリスの議論状況について検討することにした。

1) 以下では、複数の関与者が合意に基づき実現しようとした罪を「犯罪A」、その遂行過程で関与者の一部が合意に反して実行した罪を「犯罪B」という。また、犯罪Bを実行した関与者を「P (principal)」、残余の関与者を「S (secondary party)」という。

II 共犯の成立要件と錯誤

1 共犯の成立要件

a 正犯と共犯

イギリスにおいては、わが国と同様に、複数の者が犯罪に関与した場合、関与者は正犯 (principal) と共犯 (secondary party, accessory) に分けられる²⁾。正犯とは、自ら実行行為を行う (perpetrate) 者をいい、共犯とは、自らは実行行為を行わず、他人の実行行為に加功する者をいう。

関与者の一部が当初の合意の内容と異なる実行行為を行った場合、通常、他の関与者は、その実行行為を自らは行っていない。そのため、そのような場合に他の関与者がその実行行為について責任を負うかどうかは、その罪の共犯が成立するかという形で一般に議論されている³⁾。

b 共犯のアクトゥス・レウス

(1) 1861年共犯および教唆犯法 (Accessories and Abettors Act 1861) 8条、1980年治安判事裁判所法 (Magistrates Court Act 1980) 44条によれば、共犯のアクトゥス・レウスは、正犯の実行行為を幫助し (aid)、教唆し (abet)、助言し (counsel)、または誘致する (procure) ことである。「幫助」とは、正犯者の実行行為を手助けし (help)、援助し (assist)、支援する (support) 行為をいい、「教唆」とは、正犯者を唆し (incite)、扇動し (instigate)、激

2) Cf. M. Dyson, 'Principals without Distinction' [2018] Crim. L.R. 296, 298ff.

3) Cf. D. Ormerod, K. Laird, *Smith and Hogan's Criminal Law* (14th ed., 2015), p. 240; R. Buxton, 'Joint Enterprise' [2009] Crim. L.R. 233, at 237. たとえば、重大な身体の傷害を生じさせる意図を有する者と、単に傷害を負わせる意図しか有していない者が共同して被害者を殴打した場合には、両者は自ら実行行為を行っているから、いずれも正犯であり、共犯の問題は生じないとされている。D. J. Baker, 'Lesser Included Offences, Alternative Offences and Accessorial Liability' (2016) 80 J.C.L. 446, at 453.

励する (encourage) 行為をいう。「助言」は、「教唆」とほぼ同義であり、忠告 (advise)、激励 (encourage)、勧誘 (solicit) などの行為が「助言」に当たる。「誘致」とは、広く正犯者に犯罪行為を行わせるような原因を設定する行為をいう⁴⁾。

こうした共犯行為は、援助 (assist) と奨励 (encourage) という2つの行為態様で表現されることも多い⁵⁾。援助は、道具や情報の提供、見張りなど、わが国の幫助にほぼ相当し、奨励は、激励や助言など、わが国の心理的幫助や教唆を内容とするものである。

(2) 共犯の成立が認められるためには、正犯者が現実に実行行為を行うことが必要である。これは、共犯の「派生的性格 (derivative nature)」と呼ばれ、共犯の罪責は正犯の罪責に由来するのである。もっとも、2008年重大犯罪法 (Serious Crime Act 2007) は、一定の要件のもとで、共犯行為による未完成犯罪を規定している。これによると、正犯の実行行為が行われなくても、奨励行為 (encourage) または援助行為 (assist) が行われただけで、犯罪の成立が認められる⁶⁾。

c 共犯のメンズ・レア

(1) 共犯のメンズ・レアは、実行行為者が行為を実行する際に当該犯罪のメンズ・レアをもって行為するかもしれないと認識しつつ、当該犯罪類型のアクトゥス・レウスを構成する行為を行うよう実行行為者を援助または奨励

4) “aiding”, “abetting”, “counseling”, “procuring” の意義については、R. Card, J. Molloy, *Card, Cross & Jones, Criminal Law* (22nd ed., 2016), para. 17.11; D. Ormerod, K. Laird, *Smith, Hogan and Ormerod’s, Criminal Law* (15th ed., 2018), pp. 186ff.; K.J.M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (1991), pp. 30-34; J.C. Smith, ‘Aid, Abet, Counsel, or Procure’, in P.R. Glazebrook, ed., *Reshaping the Criminal Law: Essays in honour of Glanville Williams* (1978), pp.122-125, 130-131; G. Williams, ‘Complicity, Purpose and the Draft Code - 1’ [1990] *Crim. L.R.* 4, at 6-7などを参照。

5) Cf. The Law Commission, *Assisting and Encouraging Crime* (1993), Law Commission Consultation Paper No. 131, pp. 87ff..

6) 詳細については、木村光江「イギリスにおける共犯処罰と二〇〇七年重大犯罪法」新報121巻11=12号 (2015年) 239頁以下参照。

する意図を有することであるというのが、伝統的な理解である⁷⁾。これは、2つの要素に分けることができる⁸⁾。

(2) 第1は、正犯者の犯罪の実行を援助または奨励する行為を行う意図 (intention) である。これは、共犯者自身の行為を対象とする主観的要素である。自らの行為が正犯者の行為を援助または奨励するに足る性質を有することを知りつつ、意図して援助または奨励することをいう⁹⁾。

ただし、「意図」の意義は、必ずしも明らかではない¹⁰⁾。偶発的ではなく (not accidentally) 故意に (deliberately)¹¹⁾、あるいは任意に (voluntary)¹²⁾ 行うこととされているが、その具体的内容としては、目的という意味に理解する見解¹³⁾ と、原則として自らの行為が援助に当たることの認識で足りるとする見解¹⁴⁾ が主張されている。裁判例においても、援助することを目的としたり意欲したりすることまでは必要でなく、間接的な意図 (oblique intention) すなわち認識があれば足りるとするもの¹⁵⁾ がある¹⁶⁾。

7) R. Buxton, *Jogee: Upheaval in Secondary Liability for Murder*, [2016] Crim. L.R. 324.

8) J. Horder, *Ashworth's Principles of Criminal Law* (8th ed., 2016), pp.444-445; B. Mitchell, 'Participating in Homicide' in: A. Reed, M. Bohlander ed., *Participating in Crime, Domestic and Comparative Perspectives* (2013), p.8. 坂本学史「自らに向けられた殺害行為が無辜の第三者に及んだ場合の犯罪関与者の責任——Gnango 事件を視座としたイギリス共犯責任論に関する一考察——」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂、2016年) 522頁。

9) *R. v. Bryce* [2004] EWCA 1231. R. Card, J. Mollo, *supra* note 4, para. 17.30. Cf. K.J.M. Smith, *supra* note 4, pp.141ff.

10) Intention の意義については、奥村正雄『イギリス刑事法の動向』(成文堂、1996年) 13-14頁、木村光江『主観的犯罪要素の研究 英米法と日本法』(東京大学出版、1992年) 4頁以下、北尾仁宏「英国刑法における故殺罪と Recklessness の理論的概観——特に Unlawful act manslaughter に関して——」早研161号 (2017年) 82頁以下など参照。

11) *R. v. Bryce* [2004] EWCA Crim. 1231. R. Card, J. Mollo, *supra* note 4, para. 17.30.

12) M.J. Allen, *Criminal Law* (14th ed., 2017), p. 252; I.H. Dennis, 'The Mental Element for Accessories' in: P. Smith ed., *Essays in Honour of J C Smith* (1987), p. 40, at p. 51. G. Williams は、奨励行為の場合、意図は目的という意味であるが、援助行為の場合は、認識で足りるとする。G. Williams, *supra* note 4, at 9ff. Cf. J.G. Stewart, Complicity, in: M.D. Dubber, T. Hörnle ed., *The Oxford Handbook of Criminal Law* (2014), pp. 550ff.

13) I. Dennis, 'Intention and Complicity: A Reply' [1988] Crim. L.R. 649, at 650ff.

14) D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, p. 197; G.R. Sullivan, 'Intent, Purpose and Complicity' [1988] Crim. L.R. 641, at 642ff.

15) *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority* [1984] Q.B. 581, at 589.

(3) 第2は、正犯の犯罪を構成する本質的要素 (essential matters) を認識している (know) ことである¹⁷⁾。これは、正犯者の行為を対象とする主観的要素である。

正犯のメンズ・レアも犯罪を構成する本質的要素であるから、共犯者における認識の対象は、正犯のアクトゥス・レウスだけでなくメンズ・レアも含む¹⁸⁾。すなわち、共犯者は、正犯者が犯罪の成立要件であるメンズ・レアをもってアクトゥス・レウスを行うことを認識してなければならない。たとえば、共犯者は、正犯者が過失で被害者を死亡させようとしていると認識していたとしても、謀殺罪とならない¹⁹⁾。

「認識」というためには、事実を認識すべきであったといった「過失 (negligence)」や、事実かどうかを疑っているだけで、確信がないといった「無謀 (recklessness)」では足りず²⁰⁾、当該事実が真実であることを承認し (accept)、想定し (assume)、大きな疑問を有していないことが必要である²¹⁾。ただし、裁判例においては、認識の内容は緩やかに理解されているとの指摘もある²²⁾。

-
- 16) J. Horder は、正犯者が当該犯罪の主観的要素をもって行為することを共犯者が意図することを要求する判例 (*National Coal Board v. Gamble* [1959] 1 Q.B. 11; *R. v. Bryce* [2004] EWCA Crim 1231) があるが、ここでいう「意図」とは目的とともに事実上の確実性の予見を含むという趣旨であるとして、これを支持する。J. Horder, *supra* note 8, pp. 447-448.
- 17) *Johnson v. Youden* [1950] 1 K.B. 544, at 546. J. Horder, *supra* note 8, pp. 444-445.
- 18) *DPP for Northern Ireland v. Maxwell* [1978] 3 All E.R. 1140. D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, p. 208.
- 19) I.H. Dennis, *supra* note 12, pp. 46-47, 55; B. Mitchell, *supra* note 8, p.8; A.P. Simester, J.R. Spencer, F. Stark, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law*, (6th ed., 2016), pp. 241-242.
- 20) *R. v. Webster* [2006] EWCA Crim. 415.
- 21) R. Card, *supra* note 4, para. 17.35; D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, pp. 205-206; A.P. Simester, J.R. Spencer, F. Stark, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 19, pp. 235-236.
- 22) D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, p. 206. たとえば、*R. v. Bryce* [2004] EWCA Crim. 1231 は、正犯者の犯罪の「現実的または実質的な危険 (real or substantial risk)」や「現実的な可能性 (real possibility)」を予見していることで足りるとする。

(4) このように、共犯のメンズ・レアとしては、共犯行為については意図が必要であるが、正犯行為については認識で足りる。そのため、正犯行為による犯罪結果の発生を意欲したり (desire)、目指したり (aim)、目的としたり (purpose) する必要はなく、犯罪結果の発生に無関心 (indifference) であってもよい²³⁾。たとえば、謀殺に使用されることを知りながら、けん銃を正犯者に販売した場合には、けん銃の販売によって得られる利益にしか関心がなく、被害者の生死には関心がなかったとしても、謀殺罪の共犯となりうる²⁴⁾。また、犯罪への関与を望んで (willingness) いなくても、他人の犯罪目的を認識し (know)、任意に (voluntarily) 援助すれば、共犯の成立は認められる²⁵⁾。

(5) なお、上記のメンズ・レアは、厳格犯罪の共犯の場合にも同様に要求される²⁶⁾。また、勧誘 (procure) の場合には、正犯者がメンズ・レアをもって行為することを共犯者が意図している必要はないとされている²⁷⁾。

2 共犯と錯誤

a 正犯の犯罪を構成する本質的要素の認識

(1) 以上のような共犯の成立要件を踏まえて、共犯と錯誤の解決方法を見ていきたい。たとえば、窃盗を教唆・幫助したところ、正犯者が強盗を行った場合、奨励行為や援助行為は行われており、共犯のアクトゥス・レウスは満たしうる。また、共犯のメンズ・レアのうち、第1の要素、すなわち奨励行為や援助行為を行う意図も、通常認められる。問題は、メンズ・レアの第2の要素、すなわち正犯の犯罪を構成する本質的要素の認識である。共犯と

23) *National Coal Board v. Gamble* [1959] 1 Q.B. 11; *R. v. Bryce* [2004] EWCA 1231. 他方、*R. v. Barr* (1986) 88 Cr. App. R. 362や *R. v. Smith* [1988] Crim. L.R. 616は、共犯者は正犯者に要求されるのと同程度のメンズ・レアを有していなければならないとする。

24) *National Coal Board v. Gamble* [1959] 1 Q.B. 11 at 23, per Lord Devlin.

25) *DPP for Northern Ireland v. Lynch* [1975] A.C. 653.

26) J. Horder, *supra* note 8, p.446.

27) R. Card, J. Molloy, *supra* note 4, para. 17.36.

錯誤の事例は、共犯者の認識と実行行為の内容との間に不一致が生じる場合であるため、正犯の犯罪を構成する本質的要素の認識があったといえるかが問題となるのである。

(2) その際に明らかにする必要があるのは、「正犯の犯罪を構成する本質的要素」の認識とは何を意味するのかである。

正犯の犯罪を構成する本質的要素を認識していたというためには、正犯者の行為が犯罪に該当するという認識すなわち違法性の意識は必要でない²⁸⁾が、何らかの違法な行為が行われるという認識では不十分であり、犯罪性を基礎づけるすべての事実を認識していなければならない²⁹⁾。

(3) ただし、正犯の実行行為が行われる時間、場所、被害者等の詳細まで認識している必要はなく、特定の犯罪の種類 (type) を示す事実を認識していれば足りる。この点を明らかにしたのが、Bainbridge 事件判決³⁰⁾である。

被告人が購入した切断機を正犯者に提供したところ、正犯者は窃盗の目的で銀行に侵入する際に窓ガラスの枠の切断にその切断機を使用した。被告人は、正犯者のために切断機を購入し、正犯者が何らかの違法な行為（おそらく盗品の分解）に使用するために切断機の提供を求めたのではないかと思っただが、切断機が銀行への侵入に使われる予定だったとは知らなかったと供述した。刑事控訴院は、共犯の主観的要件としては、何らかの種類の違法な行為が計画されていたことを認識しただけでは不十分であるが、侵入 (breaking) や盗取 (steal) など現実に行われた犯罪の種類を被告人が認識していたことを立証すれば足り、どこに侵入するかといった詳細まで厳密に認識していたことを立証する必要はないと判示した。

これによると、たとえば、盗取の目的でビルに立ち入る際に上着が使用される現実的な可能性があることを認識しながら正犯者に上着を提供し、正犯

28) *Johnson v. Youden* [1950] 1 K.B. 544.

29) *Johnson v. Youden* [1950] 1 K.B. 544; *Thomas v. Lindop* [1950] 1 All E.R. 966; *Ferguson v. Weaving* [1951] 1 K.B. 814; *R. v. Chapman* [2015] EWCA Crim. 539.

30) *R. v. Bainbridge* [1960] 1 Q.B. 129.

者がその上着を着て他人の家に立ち入った場合には、不法目的侵入罪 (burglary) という特定の犯罪類型に該当する事実が実現されることを認識していたといえるから、いつどこで侵入が行われるのかを知らなかったとしても、不法目的侵入罪の幫助が成立する³¹⁾。

(4) Bainbridge 事件判決で示された原則は、Maxwell 事件判決³²⁾ によって拡張された。事案は、被告人がテロリストの計画を認識しつつ、テロリストを自動車に乗せてパブに案内し、到着後、その場を離れたところ、その直後にテロリストの1人がビルに爆弾を投げ込んだというものである。被告人は、テロリストがパブに対して何らかの攻撃の実行を意図していることを明らかに認識していたが、その攻撃がけん銃の発砲か、爆弾の投てきか、その他の方法かは認識していなかった。貴族院は、何らかのテロ行為が行われること、および、爆弾の使用もその可能性の1つであることを被告人は認識していたのであるから、共犯の主観的要件を満たすとして、爆発物所持罪等の共犯となると判示した。

これは、一定の範囲の犯罪のうち1つまたは複数の犯罪が実行されることを予見していた場合には、そのうちのどれが実行されるかは不確定であったとしても、正犯者が犯罪の実行を意図していることを共犯者が認識している限り、共犯のメンズ・レアは認められ、実際に実行された犯罪の共犯が成立するというものである³³⁾。同じ犯罪類型に複数の犯罪が含まれるものとしては、テロ犯罪や性犯罪などが考えられる³⁴⁾。

b 共犯と錯誤の取扱い

(a) 同じ犯罪類型の範囲内の齟齬

(1) 共犯の錯誤の問題は、上記のメンズ・レアの内容を前提として解決が

31) R. Card, J. Molloy, *supra* note 4, para. 17.37.

32) *DPP for Northern Ireland v. Maxwell* [1978] 3 All E.R. 1140.

33) M.J. Allen, *supra* note 12, p. 255; R. Card, J. Molloy, *supra* note 4, para. 17.38; D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, pp. 208-209.

34) D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, pp. 205-206.

図られている。

共犯と錯誤の事例のうち、正犯者自身に錯誤があった場合には、移転犯意の原則 (transferred malice doctrine) によって解決される。移転犯意の原則とは、方法の錯誤において認識していなかった客体について故意が移転するものとしてメンズ・レアを認めるものである³⁵⁾。たとえば、共犯者が正犯者に対しV1を殺害するよう援助または激励したところ、正犯者がV1と間違えてV2を死亡させた場合、移転犯意の原則が共犯者にも適用され、V2に対する謀殺罪の共犯が成立する³⁶⁾。

(2) 問題は、正犯者が合意の内容と異なる行為を故意に行った場合である。この場合には、正犯者が共犯者との合意内容と異なる行為をあえて行っていることから、共犯の成立が否定される余地が生じる。

もっとも、正犯者が合意の内容と異なる行為を故意に行ったとしても、それだけで共犯の成立が否定されるわけではない。前述したように、共犯のメンズ・レアとして、正犯の犯罪を構成する本質的要素の認識が必要であるが、特定の犯罪の種類を示す事実を認識していれば足り、正犯の実行行為が行われる時間、場所、被害者等の詳細まで認識していなくてもよい。これを前提とすると、合意の内容と異なる時間や場所において実行行為が行われたり、異なる客体に対して実行行為が行われたりしたとしても、合意内容と実行行為とが同一の犯罪種類の範囲内にある場合には、原則として共犯の成立は否定されない³⁷⁾。たとえば、PがVの家を放火する計画を立てていることを知ったSがPにVの住所を教えたところ、Pは、Vの家に行った後に計画を変更し、Vの自動車を放火した場合、合意の内容と実行行為は、客体を異にするとはいえ、犯罪としては同じ放火罪であるから、Sには放火罪の共犯が成

35) 木村光江『主観的犯罪要素の研究——英米法と日本法』(東京大学出版会、1992年)127頁以下参照。

36) M.J. Allen, *supra* note 12, p. 262; D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, pp. 210-212; A.P. Simester, J.R. Spencer, F. Stark, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 19, pp. 243-244. Cf. *R. v. Gnango* [2011] UKSC 59. Gnango 事件については、坂本・前掲注8) 511頁以下を参照。

37) A.P. Simester, J.R. Spencer, F. Stark, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 19, pp. 243-244.

立する。

また、故殺罪は、死亡や重大な身体傷害の結果発生の認識がなくても成立する。そのため、正犯者が共犯者との合意の内容と異なる行為を行って被害者を死亡させた結果、正犯者に故殺罪が成立する場合、共犯者は死亡の結果を認識していなくても故殺罪のメンズ・レアを欠くことはないから、正犯者と同じく共犯者にも故殺罪が成立する³⁸⁾。Smith (Wesley) 事件³⁹⁾では、SやPらのグループがパブを襲撃することになり、Sが煉瓦を外からパブの店内に投げ入れている間に、Pが店内でバーテンダーを刺殺した。第1審においてSとPは故殺罪で有罪となったが、Sは、Pがナイフを所持していたことは知っていたものの、ナイフの使用はグループの共同目的の範囲外であり、刺突には関与していないと主張して、上訴した。刑事控訴院は、たとえSがPの刺突を認識していなかったとしても、Pのナイフの所持を認識していた以上、ナイフの使用はSとPの合意の範囲内に属するとして、Sに故殺罪の共犯の成立を認めた。Betty 事件判決⁴⁰⁾も、類似の事案において、人を死亡させることについてSとPの間に合意がなかったとしても、SはPがナイフを所持していることを認識しており、Pの刺突はSとPの合意の範囲内であるとして、Sの故殺罪の共犯の成立を認めた。

(3) 更に、同じ犯罪類型の範囲内であれば、合意の内容と異なる犯罪が実行されたとしても、共犯は成立する。ただし、その際、合意した犯罪が現実に行われた犯罪より軽いときには、その軽い罪の共犯の成立が認められている。たとえば、SがPに対し、Vに強制わいせつを行うよう奨励したが、PがVを強姦した場合、Sには強姦罪 (rape) は成立しないが、強制わいせつ罪 (indecent assault) は成立する。強姦罪は、当然に強制わいせつ罪を含むからである⁴¹⁾。

38) M.J. Allen, *supra* note 12, p. 259.

39) *R. v. Smith (Wesley)* [1963] 3 All E.R. 597.

40) *R. v. Betty* [1964] 48 Cr. App. R. 6, [1963] 3 All E.R.602.

41) M.J. Allen, *supra* note 12, p. 262.

また、謀殺罪は死亡または重大な身体の傷害を生じさせる意図をメンズ・レアとするのに対し、故殺罪はそのような意図を要しない点で成立要件を異にするが、両罪はいずれも人を殺害する罪であり、同じ類型に属する。したがって、正犯者が共犯者との合意に反し、死亡または重大な身体の傷害を意図して被害者を殺害した場合、正犯者には謀殺罪が成立するのに対し、共犯者にはそのような意図がないため、謀殺罪の共犯は成立しない⁴²⁾が、故殺罪の共犯は成立しうる⁴³⁾。PらがVの殺害に参加するようSを誘ったところ、Sは、これを真剣に受け取らず、単にVを威嚇するだけのつもりであると思いい、Pが武器を所持していることも知らなかったが、PはVを射殺したという事案について、Reid 事件判決⁴⁴⁾は、SとPらがある程度の暴行を加える計画に着手しており、また、武器が殺害や重大な傷害に使用される可能性が高かったことから、Sには故殺罪が成立しうると判示した。

(4) これに対し、正犯者が合意の内容と異なる類型に属する犯罪を実行したときには、共犯の成立は否定される。たとえば、SがPに対し、Vの財布を盗むよう指示したところ、PがV宅に侵入して財布を盗んだが、SはPがV宅において財布を盗むとは予期していなかった場合、不法目的侵入罪の共犯は成立しない。建造物への不法侵入は、不法目的侵入罪という犯罪の本質的要素であり、不法目的侵入罪は、単なる窃盗 (theft) と同じ種類の犯罪であるとは考えられないからである⁴⁵⁾。また、前述した Maxwell 事件の事案を修正し、正犯者が何らかの暴行を用いた攻撃の実行を意図していると思いつつ、正犯者を自動車に乗せてパブに案内したところ、正犯者がパブでウィスキーの瓶を盗んだり、被害者を強姦したりしたときには、共犯の成立は否

42) *R. v. Barr* (1989) 88 Cr. App. R. 362や *R. v. Smith* [1988] Crim. L.R. 616は、共犯者は正犯者に要求されるのと同程度のメンズ・レアを有していなければならないから、謀殺罪の共犯の成立を認めるためには、共犯者は少なくとも重大な身体傷害を加えることを意図していなければならないとしている。

43) R.Card, J.Molloy, *supra* note 4, para. 17.50.

44) *R. v. Reid* (1976) 62 Cr. App. R. 109, [1976] Crim. L.R. 570.

45) A.P. Simester, J.R. Spencer, F. Stark, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 19, pp. 240-241.

定される⁴⁶⁾。暴行を用いた攻撃と盗取・強姦とは犯罪の種類を異にするからである。

(5) ただ、どのような場合に同じ犯罪類型といえるのかは必ずしも明確ではない。

窃盗と強盗 (robbery) は、同じ類型に当たるとされている⁴⁷⁾ が、これらの罪と、公開の場所からの物品の持去り (removing an article from a place open to public) や、自動車の無権限使用 (taking a motor without authority)⁴⁸⁾ とは、同じ犯罪類型といえるか、また、強盗と恐喝 (blackmail) が同じ犯罪類型といえるかは、明確ではない⁴⁹⁾。

また、メンズ・レアが異なる場合についても議論されている。1968年セフト法の9条(1)項、(2)項によれば、不法目的侵入罪は、盗取の意図、重大な身体傷害の意図、毀棄の意図をもって建造物に立ち入る罪である。そこで、正犯者が建造物に立ち入ること自体は認識していたが、その立入りの意図について誤信していた場合に問題が生じる。たとえば、Sは、Pが盗取の意図で不法侵入者としてビルに立ち入るために使うと思ってPに上着を貸したが、Pはビルの中にいる女性に重大な傷害を与える意図でビルに立ち入るためにその上着を使った場合が、これに当たる。この場合に、不法目的侵入罪としてのアクトゥス・レウスは同一であることから、同一の犯罪種類の範囲内における誤信にすぎないとして、不法目的侵入罪の共犯の成立を認める見解⁵⁰⁾も存在する。しかし、「犯罪を構成する本質的要素」にはアクトゥス・レウスだけでなくメンズ・レアも含まれるから、意図の相違は後述する「実質的な変更」に当たると考えられるとして、共犯の成立に疑問を示す見解⁵¹⁾

46) *Ibid.*; D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, pp. 208-209.

47) M.J. Allen, *supra* note 12, p. 262; D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, p. 210.

48) Theft Act 1968 s. 11, 12.

49) D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, p. 210.

50) *Ibid.*

51) M.J. Allen, *supra* note 12, pp. 255-256.

も主張されており、この点は未解決である⁵²⁾。

(b) 実質的な変更

(1) もっとも、共犯者の認識と正犯者の実行行為とが同じ犯罪類型の範囲内にあっても、共犯の成立が否定される場合もある。それは、正犯者が当初の合意内容から実質的な変更 (substantial variation) を伴うような実行行為を故意に (deliberately) あるいは意図して (intentionally) 行った場合である⁵³⁾。

前述したように、合意の内容と異なる時間や場所において実行行為が行われたり、異なる客体に対して実行行為が行われたりしても、合意した犯罪と実行された犯罪とが同一の犯罪類型の範囲内にある限り、原則として共犯の成立は否定されない。ただ、それは、そうした変更が些細なものであり、実質的な変更とはいえないからである。逆に、変更の内容が重大であり、実質的な変更といえる場合には、たとえその変更が同じ犯罪類型の範囲内だったとしても、共犯行為と実行行為の間の関連性がなく、共犯の成立が否定されることになる。

その典型は、被害者を特定して共犯行為が行われたにもかかわらず、正犯者が故意にそれとは異なる被害者に対して実行行為を行った場合である。たとえば、共犯者が正犯者に対し特定の人物の殺害を教唆・幫助したところ、正犯者が変心して別の人物の殺害を決意して実行した場合や、正犯者がその前妻を強姦するのに使用するナイフを共犯者が提供したところ、正犯者が別の見知らぬ女性を強姦した場合には、それぞれ謀殺罪の共犯や強姦罪の共犯は成立しないというのが、多数説⁵⁴⁾である。

他方、共犯行為の内容が厳格に被害者や客体を特定するものでないときに

52) R. Card, J. Molloy, *supra* note 4, para. 17.39.

53) W. Hawkins, *Treatise of the Pleas of the Crown 1716-1721*, Vol. 2 (1973) c.29, s.21; M.J. Allen, *supra* note 12, p. 262; D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, pp. 210-212.

54) M.J. Allen, *supra* note 12, p. 262; D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, pp. 210-212; A.P. Simester, J.R. Spencer, F. Stark, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 19, p. 244.

は、合意内容と異なる被害者や客体に対して実行行為が行われたとしても共犯の成立する余地があるとされている⁵⁵⁾。また、Calhaem 事件判決⁵⁶⁾によれば、奨励行為は謀殺の被害者を特定して行われる必要があるから、奨励の場合には、正犯者が奨励の内容と異なる被害者を謀殺すれば共犯の成立は否定されるが、援助の場合には常に移転犯意の原則の適用を受けると指摘する見解⁵⁷⁾も存在する。

(2) 判例においても、正犯者が故意に合意の内容と異なる被害者に対して実行行為を行った場合に共犯の成立を否定するものが存在する。Saunders and Archer 事件⁵⁸⁾は、PがPの妻の殺害を決意していることを知ったSがPに毒物を提供し、Pがその毒物をりんごに混入して妻に渡したところ、妻は、そのりんごを少し食べて残りを娘に与えてしまい、Pはそれを見ていたにもかかわらず止めなかったため、娘が毒物により死亡したという事案である。Pは謀殺罪で有罪となったが、他方、SとPはPの娘の殺害について合意しておらず、娘がりんごを食べるのを止めなかったPの行為はSの関与とは「別個の事実 (distinct thing)」であるとして、Sは無罪とされた⁵⁹⁾。

また、Mark Anthony Leahy 事件⁶⁰⁾は、PがV 1とけんかをして負けたことから、SがパブでPに対し、V 1をグラスで殴って報復するようけしかけたところ、Pが故意にV 2をグラスで殴って傷害を負わせた事案である。裁判所は、Sが被害者を特定して奨励したにもかかわらず、Pが故意に別の者を攻撃したことを理由に、Sにおける傷害罪の共犯の成立を否定した。

(3) 裁判例の中には、正犯者の行為が「重大な併発事実 (overwhelming supervening event)」であることを理由に共犯の成立を否定するものもある。

55) M.J. Allen, *supra* note 12, p. 262.

56) *R. v. Calhaem* [1985] 2 All E.R. 266.

57) A.P. Simester, J.R. Spencer, F. Stark, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 19, pp. 243-244.

58) *R. v. Saunders and Archer* (1573) 2 Plowd 473.

59) 仮に妻が娘にりんごを与えたときにSがその場になければ、移転犯意の原則が適用されていたと考えられる。M.J. Allen, *supra* note 12, p. 263.

60) *R. v. Mark Anthony Leahy* [1985] Crim. L.R. 99.

Anderson and Morris 事件⁶¹⁾ は、S と P が V と口論し、けんかをしていたところ、突然 P がナイフを取り出し、V を刺殺したというものであり、第 1 審は、P に謀殺罪の成立を認めつつ、S は殺害または重大な身体傷害の意図を有していなかったため、S には故殺罪の共犯が成立するとした。これに対し、S は P がナイフを携帯し使用するつもりだったとは知らなかったと主張したところ、刑事控訴院は、第 1 審判決を破棄し、暴行等を共謀した者の一部が突然、殺意を抱いて被害者を殺害した場合、その行為が合意の内容を超える重大な併発事実であるといえるときには、他の者は殺人について責任を問われないとした⁶²⁾。

重大な併発事実とは、当初の合意の内容と大きくかけ離れ、S の立場の者は誰も予期できないような行為によって結果が発生したことを意味するものと考えられる⁶³⁾。Anderson and Morris 事件では、P の刺殺が S の予期を大きく超えるものであった点が考慮されたのであろう。表現は異なるものの、「重大な併発事実」は、上記の「実質的な変更」と同じく、正犯者が合意の内容と異なる行為を行った場合について共犯者への結果帰属を否定する機能を有する要素であるといえる⁶⁴⁾。

(4) こうした「実質的な変更」や「重大な併発事実」によって共犯の成立が否定される根拠は、因果関係の不存在に求められている。K.J.M. Smith によれば、共犯者が正犯者による死亡結果の惹起を予見していなかったとしても、それだけで共犯の成立が否定されるわけではなく、故殺罪のメンズ・レ

61) *R. v. Anderson and Morris* [1966] 2 Q.B. 110.

62) *R. v. Anderson and Morris* [1966] 2 Q.B. 110, at 120, per Lord Parker CJ. このほか、*R. v. Lovesey and Peterson* [1970] 1 Q.B. 352は、正犯者が共犯者との共同計画の範囲を超えて重大な身体傷害を加える意思で暴行を加えて被害者を死亡させたときは、殺害の点は承諾されていない (unauthorised) ことを理由に共犯の成立を否定している。また、*R. v. Dunbar* [1988] Crim. L.R. 693は、単に傷害を加えることに合意したにすぎないのに P が被害者を殺害した場合は、P の行為は合意の範囲を超えるので、謀殺罪と故殺罪の両者とも成立しないとしている。

63) M.J. Allen, *supra* note 12, p. 260; R. Card, J.Molloy, *supra* note 4, para. 17.52.

64) K.J.M. Smith, *supra* note 4, p. 225.

アを充足する限りにおいて故殺罪の共犯は成立しうる。ただ、共犯の成立には、メンズ・レアだけでは足りず、共犯行為と犯罪結果との間の因果関係が必要であるから、故殺罪の共犯の成立を認める前提として、共犯行為と正犯者による死亡結果の惹起との間に因果関係が存在することが必要となる。逆に、正犯者の行為が「実質的な変更」や「重大な併発事実」といえるときには、共犯行為と死亡結果との間の因果関係は否定されるから、共犯者は被害者の死亡について全く責任を負わず、故殺罪の共犯すら成立しないことになる⁶⁵⁾。実際、Anderson and Morris 事件判決において、Parker 裁判官は、思いがけず突然に殺害を決意した関与者の行為によって生じた結果が「重大な併発事実」とされるのは因果関係の観点からの判断であると述べている。また、A. Ashworth は、正犯者が故意に合意の内容と異なる被害者を選ぶことによって、共犯者の寄与と正犯者の行為との間の因果連鎖が切斷されるとい⁶⁶⁾う。

なお、K.J.M. Smith も認めているように⁶⁷⁾、正犯者の行為は、様々な要因が複合的に影響し合って行われるから、共犯行為と犯罪結果との間に条件関係があったかどうかを確定することは必ずしも容易ではない。また、時間的な経過に伴い、共犯行為の効果が実行行為にまで及んでいるといえるかどうか⁶⁸⁾が明確でない場合も少なくない。そこで、因果関係が否定されるかどうかは、共犯行為と実行行為との時間的・場所的な間隔や具体的な状況の変化等の事情から、実行行為が共犯者によって援助または奨励されたもの⁶⁸⁾と考えるのが現実的とはいえないかどうかで判断するほかないとされている。

(5) 他方、学説上は、合意の内容と異なる被害者に対して実行行為が行われた場合にも共犯の成立を肯定すべきであるとする見解も主張されている。K.J.M. Smith の見解がそれである。Bainbridge 事件判決および Maxwell 事件

65) K.J.M. Smith, *supra* note 4, pp.222ff.

66) A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (2nd ed., 1995), p. 429.

67) K.J.M. Smith, *supra* note 4, pp. 82ff.

68) J. Herring, *Criminal Law* (10th ed., 2017), p. 315.

判決を前提とすると、たとえ合意の内容と異なる被害者に実行行為が向けられたとしても、同じ犯罪類型の範囲内の変更である以上はメンズ・レアを充足するといえる。また、共犯者の行為は、実行行為や結果との因果関係も有している。たとえば、SがV1の殺害に使用する武器をPに提供したところ、Pがその武器を使用して故意にV2を殺害した場合、Sの提供した武器がV2の殺害に使用されている以上、Sの行為とV2の殺害との事実的な因果関係は否定できない。このような点から、正犯者が合意の内容と異なる被害者に対して実行行為を行ったとしても実質的な変更には当たらないというのが、K.J.M. Smithの主張である⁶⁹⁾。

C.M.V. Clarksonも、合意の内容と異なる被害者を殺害した場合は実質的な変更ではないとする⁷⁰⁾。たとえば、SとPが不法目的侵入罪を行う際、家人V1に抵抗されたときにはV1を殺害しようと合意していたところ、別のV2の抵抗に遭ったため、PがV2を殺害した場合、すべての者の生命は同価値であり、合意の内容と異なる者を殺害したとしても、違法行為の実質は変化していないというのである。

Ⅲ 共同犯罪計画の法理

1 意義

(1) 以上が、共犯と錯誤に関する一般的な解決方法であるが、判例は、共犯と錯誤の事例の一部を共同犯罪計画の法理によって解決してきた。共同犯罪計画の法理とは、犯罪Aを実行する共同計画に参加した者の一部がその計画の遂行過程において合意の範囲を超えて別の犯罪Bを実現した場合、残りの関与者は、たとえ犯罪Bについて共犯行為を行っていないとしても、犯罪Bの

69) K.J.M. Smith, *supra* note 4, pp. 200ff.

70) C.M.V. Clarkson, "Complicity, *Powell* and Manslaughter" [1998] Crim. L.R. 556, at 558-559.

実現可能性を予見していたときには原則として犯罪Bの共犯の責任を負う⁷¹⁾というものである⁷²⁾。

問題になるのは、以下のような事例である。SとPが盗取のため不法目的侵入罪を実行することに合意し、両名でV宅に侵入したところ、PがVに抵抗されたため、Vに暴行を加えて傷害を負わせた。Sは、Pが暴行を加えていたことを知らず、また、その暴行に物理的にも関与しなかったが、Sは、Pに暴力的な傾向があることを認識しており、Pが家人と出くわせば暴行を加えるかもしれないと思っていた。

この場合、Pには傷害罪が成立するが、Sは、Pに対しVに暴行を加えるよう援助や奨励をしたわけではないし、その意図も有していない。また、Sは、PがVに暴行を加えることを確信していたわけでもない。そして、SとPが合意した不法目的侵入罪と現実にPの実行した傷害罪とは犯罪類型を異にするから、上述した一般原則によれば、Sには傷害罪の共犯は成立しないはずである⁷³⁾。しかし、SとPは、犯罪A（不法目的侵入罪）の共同計画を共有するとともに、Sは、その計画の遂行過程でPが犯罪B（傷害罪）を実行するかもしれないと予見していたことから、共同犯罪計画の法理が適用され、Sは傷害罪の共犯となる。

(2) 共同犯罪計画の法理に関するリーディング・ケースは、1984年のChan Wing-Siu 事件判決⁷⁴⁾である⁷⁵⁾。事案は、S、P 1およびP 2がVから物を盗む意図でナイフを携行してV宅に立ち入ったところ、P 1またはP 2

71) Sは犯罪Bの実行行為を行ったわけではないので、正犯としてではなく共犯として責任を負う。Cf. M. Dyson, *supra* note 2, at 302. これに対し、B. Krebsは、共同犯罪計画の法理は、共犯だけでなく共同正犯についても問題になると指摘する。B. Krebs, 'Joint Criminal Enterprise' M.L.R. (2010) 73 (4) 578, at 592.

72) 「寄生的共犯責任(parasitic accessory liability)」と呼ばれることもある。J. C. Smith, 'Criminal Liability of Accessories: Law and Law Reform' (1997) 113 L.Q.R. 453, at 455. *R. v. Gnanango* [2011] UKSC 59 at [42]-[43].

73) M.J. Allen, *supra* note 12, p. 256.

74) *Chan Wing-Siu v. R.* [1985] A.C. 168, [1984] Crim. L.R. 549.

75) もっとも、後述するように、共同犯罪計画の法理は、Chan Wing-Siu 事件判決の以前から判例上採用されてきたと指摘する見解も有力である。

が台所においてVを刺殺したというものである。3名は謀殺罪で訴追されたが、Sは、P1とP2がVを殺害したときには別の部屋でVの妻を拘束しており、殺害には関与していないと主張した。これに対し、裁判所は、「共犯者が正犯者の行為について刑事上の責任を負うのは、その類型の犯罪を予見していた場合であり、それを意図している必要はない。……（この原則は、）予期（contemplation）、言い換えると、明示的かもしれないし、通常は黙示的な許諾（authorisation）に着目するものである。共同の不法な計画に付随する可能性があるると予見される犯罪であれば足りる。刑事上の非難（culpability）は、そのような予見をもって計画に関与したことにある」と述べた。その上で、SはP1らと盗取の共同計画を形成し、P1らが殺害に及ぶ可能性があることを予見していたことから、Sには謀殺罪の共犯が成立するとした。

その後の判例も、同判決を踏襲し、共同犯罪計画の法理を採用した。たとえば、Hyde 事件判決⁷⁶⁾は、Pが殺害したり重大な傷害を負わせたりするかもしれないと思いながらPとの当初の犯罪計画への関与を継続した以上は、謀殺罪の共犯の主観的要件に欠けることなく、謀殺罪の共犯が成立するとしている。また、Hui Chi-ming 事件判決⁷⁷⁾は、SとPらがV1に対する暴行を共謀したところ、PらがV2に対して鉄パイプ等で暴行を加え、死亡させたという事案について、Chan Wing-Siu 事件判決およびHyde 事件判決を援用し、Sに故殺罪の成立を認めた。Powell and English 事件⁷⁸⁾は、S1とS2がPとともに薬物の売人であるVのところに薬物を買に行ったが、3名のうち誰かが携行していたけん銃でVを射殺したというものである。S1とS2は、Pが武器を持っていることを認識しており、PがVを殺害し、または重大な身体の傷害を加えるかもしれないと思っていた。貴族院は、「2人の関与者が共同計画を作出し、一方の関与者がその計画の過程で他方の関

76) *R. v. Hyde* [1991] 1 Q.B. 134.

77) *Hui Chi-ming v. R.* [1991] UKPC 29.

78) *R. v. Powell; English* [1997] UKHL 57.

与者がメンズ・レアをもって別の犯罪を構成する行為を実行するかもしれないと予見している場合には、その犯罪が計画の過程で後者によって現に実行されれば、前者はその犯罪について責任を負う」と述べ、S 1 と S 2 を謀殺罪で有罪とした。

2 要件および適用範囲

a 要件

共同犯罪計画の法理が適用されるための要件は、① S と P が犯罪 A の共同犯罪計画を形成すること、② 犯罪 A の遂行過程で P が犯罪 B を実行するかもしれないと S が予見していること、③ P が犯罪 B を実行することである⁷⁹⁾。このうち、特に問題となるのは、「共同犯罪計画」とは何か、また、「予見」とは何かである。

(a) 犯罪 A の共同計画

(1) 共同犯罪計画の法理が適用されるためには、まず、犯罪 A についての

79) 法律委員会第305報告書は、共同犯罪計画の法理について以下のような規定を置くことを提案している。

第2条 共同犯罪計画への関与 (Participating in a joint criminal venture)

- (1) 本条は、2人またはそれ以上の者が共同犯罪計画に関与した場合に適用される。
- (2) そのうちの1人(P)がある罪を実行した場合、Pの犯罪行為が計画の範囲内にあるときには、他の関与者(D)も、その罪で有罪となる。
- (3) 共同犯罪計画の存在または範囲は、(明示の合意が存在するか否かを問わず) 関与者の行為から推認することができる。
- (4) Dは、計画に関与した時点でPによって実行された犯罪については、その時点でDに以下のような事情があったとしても、本条のもとでは責任を免れない。
 - (a) 現場にいなかった、
 - (b) 計画の実行に反対していた、または、
 - (c) 計画が実行されるかどうかについて無関心だった。

The Law Commission, *Participating in Crime* (2007), Law Com. No. 305, Participating in Crime Bill cl. 2.

もっとも、その内容はあまり具体的でないとの指摘もある。R. Buxton, *supra* note 3, at 240; G.R. Sullivan, 'Participating in Crime: Law Com No.305 – Joint Criminal Ventures' [2008] *Crim. L.R.* 19, at 20.

共同計画の存在が必要である。これは、共同目的 (common purpose) ともいわれるものであり、SとPが協力して犯罪Aを実現する旨の合意をすることをいう⁸⁰⁾。SとPがそれぞれ特定の行為 (暴行など) を独立に意図しているだけでは足りず、意思の疎通があり、その目的を共有している必要がある。Petters and Parfitt 事件判決⁸¹⁾は、Sが駐車場でVに暴行を加えていたところ、偶然通りかかったPが暴行を加え、Vが死亡した事案について、独立に暴行を加える意図があっただけでは暴行の共同目的が形成されたとはいえないとしている。

合意は、明示的、正式なものである必要はなく、黙示的でもよい⁸²⁾。また、事前に合意が形成される必要はなく、犯行の現場で自然発生的に生じる現場共謀でもよい⁸³⁾。もっとも、犯行現場の付近にただけで合意が認められるわけではない⁸⁴⁾。

(2) また、共同犯罪計画に参加したというためには、犯罪Aの実行行為を担当する必要はないが、協力して犯罪Aを実行する旨の謀議に関与する必要がある⁸⁵⁾。たとえば、屋敷から高価な物を盗む計画を立てたXが、YとZを説得して不法目的侵入罪を実行させたが、その際、Xらは、侵入に役立つ情報をその屋敷で働くWから得ていたとする。この場合、不法目的侵入罪の正犯者は、実行行為を担当したYとZだけであるが、Xを含めた3名が不法目的侵入罪を共同して実行する旨の謀議を行ったといえ、共同犯罪計画の関与者となる。これに対し、Wは、不法目的侵入罪を援助しているが、Xらと共同して不法目的侵入罪の謀議に関与したとはいえないので、共同犯罪計画の構成員ではない。したがって、不法目的侵入罪の遂行過程でYまたはZが

80) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan and G.J. Virgo, *Simester and Sullivan's Criminal Law* (5th ed., 2013), p 234.

81) *R. v. Petters and Parfitt* [1995] Crim. L.R. 501.

82) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan and G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 234.

83) *Mendez v. R.* [2010] EWCA Crim. 516, [2010] Crim. L.R. 874. D. Ormerod, K. Laird, Smith, *supra* note 3, p. 253.

84) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan and G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 235.

85) Cf. C.M.V. Clarkson, *supra* note 70, at 561.

傷害等を実行した場合には、Xには共同犯罪計画の法理が適用されるのに対し、Wには同法理は適用されず、一般の共犯理論により解決される⁸⁶⁾。

(b) 犯罪Bの予見

(1) 共同犯罪計画の法理が適用されるためには、Pが犯罪Bの本質的部分(essential matters)を実行するするかもしれないとSが現実に予見して(foresee)いなければならない⁸⁷⁾。たとえば、SとPが共同してVに手拳で殴打していたところ、Pがナイフを取り出してVを刺殺したが、Sは、Pが武器を携行していることを知らず、Pの刺突に及ぶ可能性があることを予見していなかったとすると⁸⁸⁾、共同犯罪計画の法理は適用されず、Sに謀殺罪の共犯は成立しない⁸⁹⁾。

(2) 他方、犯罪Bが実行される可能性の予見で足り、犯罪Bについて意図や認識を有している必要はない。予見は、意図や認識より緩やかである。Pが犯罪Bを実行するだろうと思っている必要はなく、Pが犯罪Bを実行するかもしれないと思っていれば足りる⁹⁰⁾。無謀(recklessness)と同義とも解されている⁹¹⁾。

86) J. Horder, *supra* note 8, pp.448-449.

87) 法律委員会第305報告書は、SがPによって当該「行為 (conduct)」が行われるかもしれないと思っていることが必要であるとする。The Law Commission, *supra* note 79, para. 3.151. これに対し、R. Buxtonは、それでは特に犯罪Aが身体犯でないときに共同犯罪計画の法理の適用範囲が広くなりすぎるおそれがあることから、SがPによって当該「犯罪 (offence)」が行われるかもしれないと思っている必要があるとしている。R. Buxton, *supra* note 3, at 239ff. また、J.C. Smithは、同じ種類の行為が行われる現実的な危険の予見が必要であるとする。J. C. Smith, *supra* note 72, at 455.

88) Cf. *Davies v. DPP* [1954] A.C. 378.

89) 犯罪Bが謀殺罪の場合に、*R. v. Powell; English* [1997] UKHL 57は、被害者を殺害するかもしれないという予見が必要であるとする。これに対し、*Chan Wing-Siu v. R.* [1985] 1 A.C. 168; *R. v. Hyde* [1991] 1 Q.B. 134; *R. v. Neary* [2002] EWCA Crim. 1736; *R. v. Rahman* [2007] EWCA Crim. 342; *R. v. A, B, C and D* [2010] EWCA Crim. 1622は、重大な身体の傷害を生じさせるかもしれないという予見や、攻撃するかもしれないという予見で足りるとする。

90) D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 3, p. 253.

91) A. Green, C. McGourlay, 'The Wolf Packs in Our Midst and Other Products of Criminal Joint Enterprise Prosecutions' (2015) 79 J.C.L. 280, at 283.

たとえば、SとPがVに対する暴行（犯罪A）を共謀し、Pが謀殺（犯罪B）を行った場合、謀殺罪のメンズ・レアは、本来、死亡または重大な身体の傷害を生じさせる意図であるが、共同犯罪計画の法理を適用するためには、Sがそのような意図を有している必要はない。また、前述したように、共犯のメンズ・レアは、正犯の実行行為を奨励または援助する行為を行うことを意図し、正犯の犯罪を構成する本質的要素を認識していることであるが、これらの要素も不要である。

(3) 犯罪Bが行われるかもしれないという予見がSにあれば足りるのか、それとも、犯罪Bが行われてもかまわないという承認（authorisation）あるいは是認（endorsement）が必要かは、1つの問題である。たとえば、Sは、暴力的な傾向を有するPがナイフを携行していることを認識し、Pに対し、ナイフの使用には反対であると伝えた上で、共同して不法目的侵入を行ったが、Pがその途中に会った被害者を刺突したとする。この場合、Pの刺突は、Sによって予見されていたが、承認されてはいない。したがって、承認や是認を必要とするかどうかによって、この場合には結論が異なることになる。

Chan Wing-Siu 事件判決は、Pの犯罪Bの実行が共同計画の範囲内のものであるとSによって承認されなければならないとした⁹²⁾。また、学説では、B. Krebsも、Sの行為と犯罪Bとの関係をより明確にするとともに、共同犯罪計画の適用範囲を限定する必要があるとの理由で、共同犯罪計画の法理を適用するためには、予見という認識的要素だけでなく、是認という意思的要素がSに存在することが必要であるとしている⁹³⁾。

しかし、Powell 事件判決⁹⁴⁾は、共同犯罪計画の法理を適用するためには犯罪Bの予見が必要であるとしつつも、承認を要求していない。他にも同様の理解に立つ判例⁹⁵⁾は存在する。

92) *Chan Wing-Siu v. R.* [1985] A.C. 168.

93) B. Krebs, 'Mens Rea in Joint Enterprise: A Role for Endorsement?' [2015] C.L.J. 74, 480, at 495ff.

94) *R. v. Powell*; *English* [1997] UKHL 57.

95) *R. v. Hyde* [1991] 1 Q.B. 134; *R. v. Rahman* [2008] UKHL 45.

(4) 予見の対象としては、犯罪Bのアクトゥス・レウスだけでなくメンズ・レアも含むというのが、学説の多数説⁹⁶⁾である。犯罪Bが謀殺罪である場合、Sは、Pが死亡または重大な身体傷害を生じさせるかもしれないと予見するだけでは足りず、Pが殺害または重大な身体の傷害の意図をもってそうするかもしれないと予見しなければならない。

もっとも、この点に関する判例の立場は、必ずしも明らかではない⁹⁷⁾。犯罪Bのアクトゥス・レウスが実現される可能性の予見で足りるとするもの⁹⁸⁾と、犯罪Bのアクトゥス・レウスとメンズ・レアの両方があることの予見が必要であるとするもの⁹⁹⁾とに分かれている。

b 適用範囲

(a) 法理の例外

(1) 以上の要件を満たしたときには、原則として共同犯罪計画の法理が適用され、共同犯罪計画の関与者全員が犯罪Bについて責任を問われる。もっとも、これには例外がある。

第1は、共犯関係からの離脱 (withdrawal from participation) が認められる場合である。SがPによる犯罪Bの実行から離脱したといえる場合には、共同犯罪計画の法理は適用されず、Sは犯罪Bについて責任を負わない¹⁰⁰⁾。

第2は、根本的な相違 (fundamental difference) である。Sの予見の内容と実行行為の内容とが根本的に相違するときには、たとえ上記の要件を満たしていても、共同犯罪計画の法理は適用されず、Sは犯罪Bについて責任

96) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 236.

97) B. Crewe, A. Liebling, N. Padfield, G. Virgo, 'Joint Enterprise: The Implications of an Unfair and Unclear Law', [2015] Crim. L.R. 252, at 253.

98) *R. v. Rahman* [2008] UKHL 45; *R. v. Bristow (Terrence)* [2013] EWCA Crim. 1540, [2014] Crim. L.R. 457.

99) *R. v. Powell; English* [1997] UKHL 57; *R. v. A, B, C and D* [2010] EWCA Crim. 1622.

100) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 234; B. Mitchell, *supra* note 8, p.10; The Law Commission, *supra* note 79, paras. 3.62–3.66.

を問われない¹⁰¹⁾。

このうち、共犯関係からの離脱は、共同犯罪計画の法理に特有の問題ではなく、共犯成立を否定する一般的な事情であるから、ここで詳細を説明する必要はないであろう¹⁰²⁾。これに対し、根本的な相違は、共同犯罪計画の法理に特有の問題である。そこで、以下では、専ら根本的な相違について概要を見ていくことにしたい。

(2) まず、共同犯罪計画の法理の適用範囲に一定の限界があることを示唆したのが、Hui Chi-ming 事件判決¹⁰³⁾である。同判決は、「根本的な相違」という表現は用いていないが、Sが犯罪Bの実行を予見しているだけで直ちに共同犯罪計画の法理が適用されるわけではなく、犯罪Bが共同犯罪計画に付随すると考えられるもの (possible incident) であるときにはじめて共同犯罪計画の法理が適用されると述べた。これは、Pの行為がSの予見したものと同一類型でなければならず、また、共同計画に付随して発生するとSの承認した内容とPの行為とが根本的に相違していないことを要求する趣旨であると理解されている¹⁰⁴⁾。

その後、English 事件判決¹⁰⁵⁾は、根本的な相違という概念を容れて共同犯罪計画の法理の適用を否定した。事案は、SとPが木の棒で共同して警察官を攻撃していたところ、その途中でPがナイフを取り出し、警察官を刺殺したというものである。Sは、Pがナイフを携帯していることを認識しておらず、刺突を予見していなかった。貴族院は、Sの予期していなかった刺突は共同計画の範囲外であり、木の棒の使用とナイフの使用とは根本的に相違し

101) 法律委員会第305報告書は、これを「共同犯罪計画の範囲内 (within the scope of the joint criminal venture)」と表現している。The Law Commission, *supra* note 79, paras. 3.153-3.162.

102) 共犯関係からの離脱をめぐるイギリスの議論状況については、木村光江「共犯と離脱—英米の考え方」研修601号 (1998年) 13頁以下、拙稿「イギリスにおける共犯関係からの離脱」同法58巻7号 (2007年) 99頁以下参照。

103) *Hui Chi-ming v. R.* [1991] UKPC 29.

104) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 237.

105) *R. v. Powell*; *English* [1997] UKHL 57.

ていることを理由に、謀殺罪の成立を否定した。

また、Rafferty 事件判決¹⁰⁶⁾も、根本的な相違を理由に共同犯罪計画の法理の適用を否定している。事案は、以下のとおりである。Sは、P 1およびP 2と浜辺でVを攻撃して強取する計画を立てた。Sは、Vのデビットカードを奪って現場から離れ、浜辺に戻る前に、ATMでそのカードを使って現金を引き出そうとした。その間に、P 1とP 2は、攻撃を続けており、最終的にはVを海に引きずり入れ、溺死させた。Sが戻るまでに、Vは死亡していた。控訴院は、Vを溺死させた行為はSの行為と全く根本的に相違していると判示して、Sに故殺罪の成立を認めた第1審判決を破棄した。

(3) 根本的な相違を理由とした共同犯罪計画の法理の例外は、様々な犯罪類型に適用されるが、主として問題になるのは謀殺罪の場合である。謀殺罪のメンズ・レアには殺害の意図だけでなく重大な身体の傷害を生じさせる意図も含まれるため、Sには謀殺罪の共犯の成立が広く認められる可能性がある上、謀殺罪には必要的な終身刑という厳しい刑が定められているため、謀殺罪において共同犯罪計画の法理を無制限に適用すると、酷な結論に至るおそれがある。そこで、こうした結論を避けるために根本的な相違の観念が用いられてきたとされる¹⁰⁷⁾。

(b) 根本的な相違の意義

それでは、どのような場合に合意の内容とPの行為とが根本的に相違しているといえるのであろうか。判例上、この点について統一的な基準が示されているわけではないが、根本的な相違に当たるとされているのは、以下のような場合である¹⁰⁸⁾。

(1) 第1は、Pが合意の内容と全く異なる種類の犯罪行為を行った場合である。たとえば、強盗を行うことに合意したにもかかわらず、その遂行の途

106) *Rafferty v. The Crown* [2007] EWCA Crim. 1846.

107) J. Horder, *supra* note 8, at p.458. Cf. D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 3, pp. 256-257.

108) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, pp. 238ff.

中でPが強姦の犯意を生じて実行した場合である¹⁰⁹⁾。また、威嚇するという合意しかなかったのに、Pが故意に被害者を射殺した場合¹¹⁰⁾も、これに当たる。Rafferty事件も、この類型に近いとされている¹¹¹⁾。もっとも、SとPが共同して不法目的侵入罪を実行した際にSの知らないうちにPが女性を姦淫した場合、Sがその可能性を予見していた限り、共同犯罪計画の法理によれば、Sに強姦罪の共犯が成立するともいわれており¹¹²⁾、どのような場合に合意の内容と全く異なる種類の犯罪行為を行ったといえるのかは判然としない。

(2) 第2は、Pが共同の目的から逸脱した行為を行った場合、特にPが共同犯罪計画と大きく異なる動機や目的で犯罪Bを実行した場合である。犯罪BにおいてPが当初の共同目的を追求するために行為したのではなく、その場の思いつきで行動した場合には、犯罪Bに対するSの責任は否定される¹¹³⁾。

たとえば、PとSが共謀に基づき店で強盗を実行する際、Sは、Pが武器を携行し、その武器を使用して店主に重大な傷害を加える危険があることを認識していたが、Pの旧来の敵であるVが客として店にいたことから、Pが殺意を生じ、恨みを晴らすためにVを殺害した場合や、Sが酒場でPに棒を渡してV1を殴打するよう指示したところ、偶然、Pが、他人という昔の恋人V2を見かけてその棒で殴打した場合、原則として、Sに共犯は成立しない¹¹⁴⁾。

第1類型および第2類型の限界事例として、しはしば引き合いに出されるのが、北アイルランドのGamble事件¹¹⁵⁾である。事案は、以下のようなも

109) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 238.

110) *A-G's Reference (No. 3 of 2004)* [2005] EWCA Crim. 1882.

111) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 238.

112) J. C. Smith, *supra* note 72, at 455; D.J. Baker, 'Unlawfulness's Doctrinal and Normative Irrelevance to Complicity Liability: A Reply to Simester' (2017) 81 J.C.L. 393ff.

113) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 239.

114) *Ibid.*; The Law Commission, *supra* note 79, paras. 3.154-3.159.

115) *R. v. Gamble* [1989] N.I. 268.

のである。S 1とS 2は、見せしめのためVに暴行を加える旨をP 1ならびにP 2と合意した。S 1とS 2は、Vには重大な殴打が加えられるであろうし、制裁としてひざをけん銃で撃たれるかもしれないと思っていた。しかし、暴行の途中で、P 1らは、故意にけん銃でVのひざ以外の箇所を撃つとともに、Vののどをナイフで切りつけて殺害した。S 1もS 2も、Vがナイフで殺害されることや、ひざ以外の箇所を撃たれることを予見していなかった。裁判所は、P 1らの行為はS 1とS 2によって予期された計画の範囲から逸脱するため、S 1とS 2はVの死亡を惹き起こした行為について責任を負わないとした。P 1らの行為態様や動機が合意の内容から相当に相違していたと判断したものと思われる。ただ、この結論をめぐっては見解が分かれている¹¹⁶⁾。

(3) 第3は、生命身体犯において合意の内容より危険性の高い行為を行った場合である。最も議論となるのが、この類型である。English 事件判決¹¹⁷⁾など多くの裁判例が、根本的な相違の判断にあたって行為の危険性に着目している。

この類型においては、どのような武器が使用されたかが重視される。Uddin 事件判決¹¹⁸⁾も、「当該行為がそのような異なる類型かどうかを判断するにあたっては、関与者によってどのような武器が使用されたかが重要な要素となる。死亡の結果を惹き起こす性質かどうかなど、武器の性質が他の関与者によって使用または予期された武器と異なるとき、また、その武器が殺害の明確な意図で使用されたときには、他の関与者は、そのような武器が使用される蓋然性があることを認識または予見していたことが立証されない限り、死亡について責任を問われない。……他の関与者の一部または全部が、同じく致命的な傷害を生じさせると考えられる武器を使用した場合には、単

116) Powell 事件判決は、Gamble 事件判決の結論を支持しているが、Rahman 事件判決においては裁判官によって見解が異なっている。

117) *R. v. Powell; English* [1997] UKHL 57, per Lord Hutton.

118) *R. v. Uddin* [1998] EWCA Crim. 999, [1999] Crim. L.R. 987.

に異なる武器が使用されたという事実は重要でない」と述べて、ナイフの使用は、木の棒の使用や殴る蹴るの暴行と根本的に相違しうるとした。このほか、根本的な相違と認められた事例、あるいは、その可能性があると考えられた事例としては、殴る蹴るの暴行を加える計画だったのにPらがVを溺死させた事例¹¹⁹⁾、木の棒で殴打する計画だったのにPがVをナイフで刺殺した事例¹²⁰⁾、殴る蹴るの暴行を加える計画だったのにPがVを棒で殴打した事例¹²¹⁾ などがある。

他方、PがSの予見と異なる武器を使用したとしても、危険性の程度が異なるときには、根本的に相違したとはいえない¹²²⁾。たとえば、共犯者は、正犯者がけん銃を使用するかもしれないと予見していたところ、正犯者は殺害するためにナイフを使用した場合や、その逆の場合である。また、Sの予見より危険性の低い武器を用いた場合も、根本的に相違するとはいえない。Webb 事件¹²³⁾ では、Pが強盗の際に重大な傷害を加えるためにドライバーかナイフを用いるかもしれないとSが予見していたところ、PがVの口にハンカチを詰め込んで窒息死させた事案で、Sの有罪は維持された。また、スタンレーナイフ（万能ナイフ）が使用されると思っていたところ、刃渡りの長いナイフが使用された事例¹²⁴⁾ や、手拳や足による攻撃の途中で予想以上に強い殴打が行われた事例¹²⁵⁾ などでも、根本的な相違はないとされている。

もっとも、危険性の評価は、使用された武器の抽象的な性質だけで決まるわけではなく、行為態様も含めて実質的に判断される。Rahman 事件では、SがPらと手拳や足でVに暴行を加えるとともに、野球やクリケットのバット、足場の柱、金属管、テーブルの脚、木片など様々な物を使って攻撃して

119) *R. v. Rafferty* [2007] EWCA Crim. 1846.

120) *R. v. Powell; English* [1997] UKHL 57.

121) *R. v. Greatrex* [1999] 1 Cr. App. R. 126.

122) *R. v. Powell; English* [1997] UKHL 57.

123) *R. v. Webb* [2006] EWCA Crim. 962.

124) *Yemoh v. R.* [2009] EWCA Crim. 930, [2009] Crim. L.R. 888.

125) *R. v. Lewis* [2010] EWCA Crim. 496.

いたところ、PがナイフでVを刺殺したという事案において、貴族院は、ナイフという武器が使用されたことだけでなく、当初の攻撃が非常に残忍であったこと、ナイフが使用されかねない状況で当初の攻撃が行われていたことも考慮して総合的に判断し、刺殺は根本的な相違に当たらないとした¹²⁶⁾。Mendez 事件判決¹²⁷⁾も、同様の判断をしたものと考えられる。SがPらとともに、手拳、木片、金属の棒などを用いてVを攻撃していたところ、共犯者の誰かがVを刺殺した事案について、控訴院は、刺突以外の行為は重大な傷害を生じさせていないという点を考慮して根本的な相違かどうかを判断すべきであるとした。

こうした判断は、Pの意図ではなく、Pが実際に行った行為の性質に着目してなされるものであり、主として客観的な判断である¹²⁸⁾。たとえば、重大な身体の傷害を加える意図がPにあるとSが予期していたのに、その予期に反しPが殺害の意図を有していたというだけでは、根本的な相違があったとはいえない¹²⁹⁾。

(4) 更に、根本的な相違に関しては、以下の点に注意する必要がある。

第1に、SとPの共同犯罪計画の遂行過程においてPがSの予見していなかった武器を使用し、それがSの予見から根本的に相違していたとしても、SがPによる武器の使用を認識した後も共同計画に関与し続けた場合には、根本的な相違を理由に共同犯罪計画の法理の適用が否定されることはない¹³⁰⁾。

第2に、判例は、共同犯罪計画の内容が殺害であった場合には、根本的な相違を理由に共同犯罪計画の法理の適用を否定することはない¹³¹⁾。たとえ

126) *R. v. Rahman* [2008] UKHL 45.

127) *Mendez v. R.* [2010] EWCA Crim. 516.

128) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, pp. 240; B. Mitchell, *supra* note 8, pp. 11-12.

129) *R. v. Rahman* [2008] UKHL 45, per Lord Bingham.

130) *R. v. Uddin* [1998] EWCA Crim. 999. A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, at p. 242.

131) *Yemoh v. R.* [2009] EWCA Crim. 930; *Mendez v. R.* [2010] EWCA Crim. 516.

ば、SとPが殺害の共同目的を有し、その遂行過程においてPがSの予見していなかった武器を用いて謀殺を行った場合である。そもそも根本的な相違を理由に共同犯罪計画の法理の適用を否定するのは、Sに殺意がなく非難性が弱い場合に酷な結論を回避するためである。したがって、Sに殺意があるときには共同犯罪計画の法理の適用を否定する必要がないことになるのである。この場合には、犯罪Bが存在しないと説明されている¹³²⁾。

c 帰 結

(1) このように、共同犯罪計画の法理によれば、SとPが犯罪Aを実行する共同計画に関与し、その遂行過程においてPが合意の範囲を超えて犯罪Bを実行した場合、Sは、犯罪Bについて共犯行為を行ってなくても、犯罪Bの実現可能性を予見していたときには原則として犯罪Bの共犯の責任を負う。

もっとも、Sの予見の内容と実行行為の内容とが根本的に相違するときには、共同犯罪計画の法理は適用されず、Sに犯罪Bの共犯は成立しない。その趣旨は、当該犯罪結果がSに全く帰責されないというところにある。たとえば、犯罪Bが謀殺罪である場合、Sの予見とPの行為との間に根本的な相違があるときには、Sは死亡の結果について全く責任を負わないから、謀殺罪の共犯だけでなく故殺罪の共犯も成立しない¹³³⁾。

(2) 他方、SがPにおいて犯罪Bのアクトウス・レウスまたはメンズ・レアを充足する可能性があるとして予見していなかった場合も、共同犯罪計画の法理は適用されず、Sに犯罪Bの共犯は成立しない。ただし、この場合には、Sの予見の内容と実行行為の内容との間に根本的な相違が存在しない限り、

132) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 242.

133) *R. v. Powell*, *English* [1997] UKHL 57. B. Mitchell, *supra* note 8, at p.11; D. Ormerod, K. Laird, Smith, *supra* note 3, pp. 254-255. J. Horder, *supra* note 8, pp. 453-454. ただし、殺人以外の罪すなわち身体に対する罪や共謀罪などの成立を認めることは可能である。A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 242. 一方、D.J. Baker, *Glanville Williams, Textbook of Criminal Law* (4th ed., 2015), paras. 17-071ff. は、根本的な相違は犯罪の主観的要件の存否に影響を及ぼすとす。

Sに当該犯罪結果に関する軽い罪の成立を認めることは可能である。たとえば、犯罪Bが謀殺罪であるとき、SがPの殺害行為を予見していなかった場合や、謀殺罪に必要なメンズ・レアがPに存在すると予見していなかった場合、Sに謀殺罪の共犯は成立しない。しかし、故殺罪の本質的要素すなわち暴行など他人に身体的な害を加える可能性を伴う不法な行為が実行される可能性をSが予見していれば、Sに故殺罪の共犯が成立しうる。類似の解決方法は、加重暴行罪 (aggravated assault) にも適用される¹³⁴⁾。

この点が問題となったのが、Yemoh 事件¹³⁵⁾ である。事案は、SがP 1、P 2らと共同してVを攻撃していたところ、P 1かP 2のいずれか、または両者がVをナイフで刺殺したというものである。Sは、P 1とP 2がナイフを使って傷害を負わせるかもしれないと認識していたが、P 1とP 2に殺害の意図があるとは認識していなかった。第1審判決は、P 1とP 2を謀殺罪、Sを故殺罪で有罪とした。控訴院は、P 1とP 2の刺突行為がSの予見の内容と根本的に相違しているとはいえないこと、Sが故殺罪の本質的要素を予見していたことを理由に、第1審判決を維持した。その後、同様の判断は、Carpenter 事件判決¹³⁶⁾ においても示されている。また、棒で脅迫を加えて強盗をするという共謀をしたところ、Pが人種的な嫌悪感から被害者を棒で殺害したという事案において、Stewart & Schofield 事件判決¹³⁷⁾ は、Pに謀殺罪が成立するとしても、Sに軽い故殺罪のメンズ・レアしかない以上、Sには故殺罪が成立するにすぎないとしている¹³⁸⁾。

134) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, pp. 243-244. 死亡結果の発生は、故殺罪においては厳格責任要素であって、本質的要素ではないので、Sは、死亡結果が共同計画の遂行過程において死亡結果の発生する可能性を予見している必要はないとされている。C.M.V. Clarkson は、共犯者が死亡や重大な身体の傷害を生じさせる意図を有しておらず、正犯者によって謀殺が行われる可能性を予見していたにすぎない場合には、謀殺罪は成立しないものの、故殺罪の成立を認めてもよいとする。C.M.V. Clarkson, *supra* note 70, 556ff.

135) *Yemoh v. R.* [2009] EWCA Crim. 930, [2009] Crim. L.R. 888.

136) *R. v. Carpenter* [2011] EWCA Crim. 2568, [2012] Crim. L.R. 296.

137) *R. v. Stewart and Schofield* [1994] EWCA Crim 3, [1995] Crim. L.R. 420.

138) C.M.V. Clarkson, *supra* note 70, at 560は、この結論を支持している。

3 評価

a 共同犯罪計画の法理と共犯の一般原則との関係

(1) それでは、共同犯罪計画の法理はどのように評価されているのであろうか。まず、共同犯罪計画の法理が共犯の一般原則と異なる特別な取扱いを内容とするものか、あるいは共犯の一般原則を適用したものにすぎないのかについて理解に違いが見られる。

D. Ormerod¹³⁹⁾ は、共同犯罪計画の法理を共犯の一般原則と異なるものと理解すべきではないと説く。D. Ormerod によると、共同犯罪計画の事例の特殊性は、ひとたび共同目的の存在が立証されれば重ねて共犯行為に関する証拠を求める必要がないという点にあるにすぎない。共同犯罪計画の事例も、幫助、教唆、助言、誘致の一局面にすぎず、結局、共犯の成立を認める以上は共犯の一般原則によって規律されるべきである。同様または類似の理解は、学説¹⁴⁰⁾ や裁判官の見解¹⁴¹⁾ にも見られる。

(2) しかし、共同犯罪計画の法理は共犯の一般原則とは異なるとする見解¹⁴²⁾ が多数であるといってよい。前述したように、共犯の成立には、アクトウス・レウスとして援助行為または奨励行為が必要であり、メンズ・レアとして、実行行為が行われることの認識および援助行為または奨励行為を行

139) D. Ormerod, Smith, Hogan and Ormerod, *Criminal Law*, (12th ed., 2008), pp. 206ff.

140) R. Buxton, *supra* note 3, at 243; G. Virgo, 'Joint Enterprise Liability is Dead: Long Live Accessorial Liability' [2012] *Crim. L.R.* 850, at 856.

141) Gnango 事件判決の Kerr 裁判官 (*R. v. Gnango* [2011] UKSC 59 at [128])、Hyde 事件判決の Lane 裁判官 (*R. v. Hyde* [1991] 1 Q.B. 134, at 139)、Powell 事件判決の Hutton 裁判官 (*R. v. Powell*; *English* [1997] UKHL 57 at [26A])、Mendez 事件判決および Stringer 事件判決の Toulson 裁判官 (*Mendez v. R.* [2010] EWCA Crim. 516 at [17]; *R. v. Stringer and Stringer* [2011] EWCA Crim. 1396 at [57]) など。

142) *R. v. Stewart and Schofield* [1994] EWCA Crim. 3. A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, at p. 245; A.P. Simester, 'The Mental Element in Complicity' (2006) 122 L.Q.R. 578, at 592ff.; B. Mitchell, *supra* note 8, p.10; The Law Commission, *Assisting and Encouraging Crime* (1993), Law Commission Consultation Paper No. 131, paras. 2.108-2.110, 2.119; The Law Commission, *supra* note 5, paras. 1.26, 3.42-3.59, 3.124. Cf. *R. v. Gnango* [2011] UKSC 59 at [42]-[43].

う意図が必要である。しかし、共同犯罪計画の法理が適用されるためには、現実に他人に対し犯罪Bを行うよう援助または奨励する行為を行う必要はないし、主観的にも、犯罪Bが実行されるかもしれないという予見があれば足り、犯罪Bが実行されるであろうという認識はなくてもよい。このように、共同犯罪計画の法理においては、共犯の一般原則に比べて共犯の成立要件自体が緩和されているといわざるをえない。

このような前提に立つと、共同犯罪計画の法理の要件を満たさない場合、たとえば、共同犯罪計画が認められない場合や、犯罪Bの実行を予見していなかった場合などは、Sに犯罪Bの共犯が成立するかどうかは、上述した共犯の一般理論によって解決されることになる¹⁴³⁾

b 共同犯罪計画の法理の妥当性

(a) 政策的根拠

(1) 共同犯罪計画の法理の妥当性についても活発な議論が展開され、共同犯罪計画の法理を支持する見解と、これに批判的な見解が主張されてきた。問題は、共同犯罪計画の法理がどのような根拠に基づいているのか、また、その根拠が支持されるべきものかどうかである。共同犯罪計画の法理の根拠は、政策的根拠と理論的根拠に分けられる。

政策的根拠として挙げられているのは、第1に、集団による犯罪の防止の必要性である。テロリストや暴力団などの集団による犯罪は、イギリスにおいても深刻な問題となっている。集団による犯行は、エスカレートする傾向があることは経験則上明らかであり¹⁴⁴⁾、個人による犯行に比べて重大な結果をもたらす可能性が高く、公衆の安全に対する脅威となる¹⁴⁵⁾。また、共同犯罪計画によって構成される集団は、法や社会秩序全体に敵対する組織で

143) J. Horder, *supra* note 8, pp.448-449.

144) The Law Commission, *supra* note 79, para. 3.141.

145) A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 249; A.P. Simester, *supra* note 142, at 599-600; The Law Commission, *supra* note 79, paras. 3.58, 3.145. *R. v. Powell*, *English* [1997] UKHL 57, per Lord Hutton and Lord Steyn.

あるともいえる¹⁴⁶⁾。そこで、集団による犯行を防止する必要がある、そのためには、集団の犯行から生じた当該犯罪結果について原則として関与者全員に責任を負わせる共同犯罪計画の法理が有効な手段となるというのである。

なお、後述するように、共同犯罪計画の法理に対しては、特に謀殺罪の場合に酷な結論に至るとの批判が向けられているが、共同犯罪計画の法理を支持する立場からは、謀殺罪の共犯については法改正の必要があるとしても、それ以外の領域では妥当な結論に至っており、法改正の必要はないとされている¹⁴⁷⁾。

第2は、立証の容易性である。上記のように、集団による犯罪は防止の必要性が高く、確実な立件が求められるが、各行為者の個別の事情や、共犯のメンズ・レアとして通常要求される「意図」や「認識」の存在を捜査機関が立証することには困難が伴う場合が多い。そこで、複数の関与者の事情を一括して扱い、また、主観的要件についても共犯行為を行う意図や犯罪Bが行われることの認識までは要求せず、犯罪Bが起きるかもしれないという予見で足りることとし、共犯の成立要件を緩和することにより、立証が容易になる¹⁴⁸⁾。

このように、共同犯罪計画の法理の根拠としては政策的根拠が重視されているといえる。判例が共同犯罪計画の法理を採用したのは、厳密な理論的な考慮より政策的な考慮が優先された結果であるとの指摘¹⁴⁹⁾すら存在する。

(2) しかし、こうした政策的根拠に対しては批判も強い。第1は、共同犯罪計画の法理を適用すると、酷な結論に至るという批判である¹⁵⁰⁾。共同犯

146) A.P. Simester, *supra* note 142, at 600.

147) G. Virgo, *supra* note 140, at 869-870. また、J.C. Smith は、共犯の一般原則と共同犯罪計画の法理とは切り離せない関係にあり、内容に改善の余地はあるものの、両者を維持すべきであると主張している。J.C. Smith, *supra* note 72, at 461ff.

148) A.P. Simester, *supra* note 142, at 599. Cf. A. Green, C. McGourlay, *supra* note 91, at 282-283; M. Dyson, *supra* note 2, at 315-316; W. Wilson, D. Ormerod, 'Simply Harsh to Fairly Simple: Joint Enterprise Reform' [2015] Crim. L.R. 3, at 18-19.

149) *R. v. Powell*; *English* [1997] UKHL 57, per Lord Hutton.

150) Cf. House of Commons Justice Committee, *Joint Enterprise: Follow-up: Fourth Report of*

罪計画の法理を適用すると、犯罪Bについて共犯行為を全く行っておらず、単に犯罪Bが実現されるかもしれないと思っていたにすぎない者（S）が、自己の意思で犯罪Bを実行した者（P）と同じ法定刑で処罰されることになる。このように各人の行為の重大性や非難可能性の程度の違いを考慮せずに等しく処罰するのは妥当でないというのである¹⁵¹⁾。また、共同犯罪計画の法理によれば、何ら共犯行為を行っていない者が現実に犯罪Bの共犯行為を行った者と等しく処罰されることになり、不均衡であるという批判¹⁵²⁾もなされている。実際、共同犯罪計画の法理が適用された事案の多くは宣告刑が不適切であるとの指摘¹⁵³⁾も見られる。

特に犯罪Bが謀殺罪である場合には、問題が大きい。謀殺罪には必要的な終身刑という厳しい刑が定められているからである。共同犯罪計画の法理が適用されると、謀殺罪について全く共犯行為を行ってなくても謀殺罪の共犯として終身刑が科せられることになる。しかも、謀殺罪のメンズ・レアは、殺害する意図だけでなく、重大な身体の傷害を生じさせる意図も含むことから、Pが重大な身体の傷害を生じさせる意図を有している可能性をSが予見していれば共同犯罪計画の法理が適用されるどころ、集団による暴行の事例ではそのような予見があったと認められることは多い。また、集団による暴行の事例では、重大な暴行が行われることは予測されるので、根本的な相違を理由として共同犯罪計画の法理の適用が否定されることはそれほど多くない。そのため、比較的容易に謀殺罪の共犯の成立が認められ¹⁵⁴⁾、終身刑が科せられるおそれがある¹⁵⁵⁾。

Session 2014-15 (HC 310, 2014), pp.12ff.

151) B. Crewe, A. Liebling, N. Padfield, G. Virgo, *supra* note 97, at 268.

152) R. Buxton, *supra* note 3, at 239; B. Krebs, *supra* note 71, at 599.

153) B. Crewe, A. Liebling, N. Padfield, G. Virgo, *supra* note 97, at 252ff.

154) これに対し、J.C. Smithは、謀殺罪について共同犯罪計画の法理を適用するためには、単に死亡や重大な身体の傷害が発生する可能性を予見しているだけでは足りず、Pがメンズ・レアをもってそうした結果を生じさせる可能性を予見していることが必要であり、厳格な要件が求められていると反論している。J. C. Smith, *supra* note 72, at 464.

155) B. Mitchell, *supra* note 8, pp.12-13; R. Buxton, *supra* note 7, at 11-12. 共同犯罪計画の法理が適用される事案は少年事件が多く、特に問題視されていると指摘されている。Cf. House

第2に、立証の基準を緩和することにより、たとえば、同じ集団に属していたとか現場にいたといった不明確な証拠によって有罪とされ、無実の者にまで共同犯罪計画の法理が適用されているおそれがあると批判されている¹⁵⁶⁾。また、そもそも「共同犯罪計画」という文言の意味が明確でない上、犯罪Bの予見の内容など、共同犯罪計画の法理の要件についても共通の理解が形成されておらず、裁判官や陪審にとって共同犯罪計画の事案の処理は難しいものになっているとの指摘¹⁵⁷⁾も見られる。

いずれにしても、共同犯罪計画の法理を適用する裁判例や、これを支持する学説においては、集団による犯罪の防止の必要性や立証の容易性といった政策的根拠が強調されているが、前述したように、共同犯罪計画の法理は共犯の一般原則とは大きく異なる取扱いをするものであることから、単に政策的根拠だけで共同犯罪計画の法理を正当化することはできず、理論的根拠も示す必要があると指摘されている¹⁵⁸⁾。

(b) 理論的根拠

(1) もちろん、共同犯罪計画の法理を支持する立場から、その理論的根拠が示されていないわけではない。最も有力に主張されているのは、「規範的地位の変化 (change of normative position)」という考え方である。これは、ひとたび自らの意思で違法行為に手を染め、道徳的な一線を越えたことによってその規範的地位が変化した以上、その違法行為から生じた結果すべてについて責任を負うというものである。その主唱者は、A.P. Simester である。

A.P. Simester は、通常の共犯の事例と共同犯罪計画の事例との構造の違いを強調する。たとえば、ナイフの貸与はもともと違法な行為ではなく中立的

of Commons Justice Committee, *supra* note 150, pp. 12ff.; M.J. Allen, *supra* note 12, pp. 258-259.

156) B. Mitchell, *supra* note 8, p. 12; A. Green, C. McGourlay, *supra* note 91, at 283. Cf. House of Commons Justice Committee, *Joint Enterprise: Eleventh Report of Session 2010-12* (HC 1597, 2012), Ev 27ff.; House of Commons Justice Committee, *supra* note 150, pp. 6ff.

157) B. Crewe, A. Liebling, N. Padfield, G. Virgo, *supra* note 97, at 254-255.

158) B. Krebs, *supra* note 71, at 592, 602-603.

な行為であって、ナイフが犯罪行為に使用されることを知りながらナイフを貸与してはじめて違法となる。このように、共犯行為はメンズ・レアがあることによって違法となるため、通常の共犯の場合には意図や認識といった厳格なメンズ・レアが要求される。これに対し、犯罪共同計画の事例では、Sは、犯罪Bが行われる前に犯罪Aの共同計画に参加し、違法な行為に関与しているため、犯罪Bが行われる時点では既にSの規範的地位は変化しており、犯罪BへのSの関与は最初から違法であるといえるから、Sに犯罪Bの共犯の成立を認めるために意図や認識といった厳格なメンズ・レアは必要でないというのである。

こうした主張を支えているのが、「危険の引受け (assumption of risk)」という観点である。A.P. Simesterによれば、Sは、法に違反しない行為を行うこともできたのに自らの意思で共同犯罪計画に関与し、違法な行為を行った以上、その計画を実現する過程でPが行う選択や行動を受け入れ、そこから生じたすべての結果について責任を負う。共同犯罪計画に関与するということは、そのような危険を引き受けるということを意味しているのである¹⁵⁹⁾。

また、G.R. Sullivanは、共同犯罪計画の法理の理論的根拠を「危険の増加 (enhance of risk)」に求めている¹⁶⁰⁾。Pに暴力的な傾向があることを知りながらSがPとともに不法目的侵入罪を実行した結果、Pがその途中でVに暴行を加えた場合のように、犯罪Aの遂行過程においてPが犯罪Bを実行する可能性が存在し、Sがその可能性を認識しながら犯罪Aの共同計画に関与した場合には、Sが犯罪Aの共同計画に関与することによって犯罪Bの実現される危険が相当程度増加したといえる。特にSの関与によりPの決意が強化された場合には、Sの関与が犯罪Bの実現の要因になっている。このように、G.R. Sullivanは、Sが犯罪Bの共犯として処罰される根拠は犯罪Bが実行される危険を高めた点にあると主張する¹⁶¹⁾。

159) A.P. Simester, *supra* note 142, at 598-599. 法律委員会第305報告書も、これを支持している。The Law Commission, *supra* note 79, paras. 3.45, 3.129-3.130.

160) G.R. Sullivan, *supra* note 79, at 29ff.

161) 法律委員会第305報告書は、Pが犯罪Bを実行することによりSが逮捕されないなど犯罪A

G. Virgo は、S が犯罪Bの実行について連携 (association) した点に共同犯罪計画の法理の根拠を求めている。G. Virgo によると、共同犯罪計画の法理を因果関係 (causation) や関連性 (connection) によって正当化することはできない。正犯者が完全に故意に行為した場合には、共犯行為と当該犯罪との因果関係を認めることは難しいし、また、P がS との合意の内容と異なる行為 (犯罪B) を故意に行った場合、S はP の行為に寄与したとは言い難く、犯罪Bと関連性を有しないからである。そこで、G. Virgo は、共犯の成立には、因果関係や関連性は必要でなく、当該犯罪の実行について連携すれば足りると主張する。因果関係や関連性の場合と異なり、連携したというためには、当該犯罪の実行に寄与することは必要でない。このような前提から、G. Virgo は、S は、犯罪Bの実現可能性を認識しながら犯罪Aの共同計画への関与を継続することによって犯罪Bの実行について連携したといえると主張する¹⁶²⁾。G. Virgo は、共犯の一般原則として共犯の主観的要件を犯罪実現の可能性の予見と解している¹⁶³⁾ ことと併せ、共同犯罪計画の法理の本質を連携に求めることによって、共同犯罪計画の法理を共犯の一般原則の範疇で扱うことが可能になるとしている¹⁶⁴⁾。

(2) しかし、こうした理論的根拠も、強い批判にさらされてきた。

A.P. Simester の「規範的地位の変化」という考え方について、D.J. Baker は、共同犯罪計画が形成された場合に規範的地位の変化があるとしても、それは犯罪Aについてそのようにいえるにすぎず、直ちに犯罪Bについてまで規範的地位の変化が認められるわけではないと述べ、A.P. Simester の見解を批判

の実現可能性も高まると指摘する。The Law Commission, *supra* note 79, para. 3.140.

162) G. Virgo, *supra* note 140, at 857ff.; G. Virgo, 'Guilt by Association: A Reply to Peter Mirfield' [2013] Crim. L.R. 584. これに対し、*Mendez v. R.* [2010] EWCA Crim. 516は、共同犯罪計画の法理は共犯の基礎となっている因果関係の概念と調和すると述べている。

163) G. Virgo, *supra* note 140, at 856.

164) G. Virgo は、このような立場から、①S が犯罪Bの実現を望んでいないとP に伝えたときには、S がP と連携したとはいえないので、犯罪Bは成立しない、②P の犯罪遂行の方法がS の予見と大きく異なるときには、因果関係、関連性、連携、予見といった共犯の一般原則によって解決しうから、根本的な相違という概念は用いる必要はない、といった結論を導き出している。*Ibid.*, at 867ff.

している¹⁶⁵⁾。犯罪Aについては謀議が行われたため規範的地位の変化があったといえるかもしれないが、犯罪Bについては、客観的に援助行為や奨励行為といった共犯行為が行われたわけではなく、主観的にも予見や無謀しかないのであるから、規範的地位が変化したとはいえないというのが、その理由である。

B. Krebs も、犯罪Aの共同計画への関与によって規範的地位が変化したとする A.P. Simester の主張に異論を唱えている。共同犯罪計画の事例における犯罪BはPが単独で行ったものであるから、SとPの間に目的の共有や結びつきは認められず、犯罪Aへの関与と犯罪Bの実行との関連性は弱いというのである¹⁶⁶⁾。B. Krebs は、一般に法は危険の引受けを認めるためには「認識」や「予見」といった認識的要素だけでは足りず、「望んで (willingly)」あるいは「意識して (consciously)」といった意思的要素を要求していること、犯罪Aが不法目的侵入罪、犯罪Bが謀殺罪である場合のように、両者の関連性が低い場合もあることを理由に、「危険の引受け」という説明にも説得力がないとする¹⁶⁷⁾。また、規範的地位の変化という説明は、専ら継続的な集団による犯行を想定しており、自然発生的、一時的な集団による犯行には妥当しないという指摘¹⁶⁸⁾もなされている。

B. Krebs は、共同犯罪計画の法理の理論的根拠を「危険の増加」に求める G.R. Sullivan の見解にも疑問を投げかけている。Sが暴力を振うことに強く反対していた場合のように、共同犯罪計画の事案の中には、Sの関与が犯罪Bの実現の危険を高めたといえない場合もありうるし、仮にSの関与が犯罪Bの実現の危険を高めたとしても、それによって、現実的に犯罪Bを実行したPと同じ程度の責任がSに認められるかは疑問であるという¹⁶⁹⁾。

165) D.J. Baker, *Reinterpreting Criminal Complicity and Inchoate Participation Offences*, (2016), pp. 14ff; D.J. Baker, *supra* note 112, at 393ff.

166) B. Krebs, *supra* note 71, at 599-600.

167) *Ibid.*, at 594-595.

168) A.P. Simester, *supra* note 142, at 600; A. Green, C. McGourlay, *supra* note 91, at 292.

169) B. Krebs, *supra* note 71, at 595-596. B. Krebs は、Sが犯罪Bの実行を阻止しなかったという不作為を根拠に共同犯罪計画の法理を認める見解も考えられるが、これも支持できないとす

更に、G. Virgoの主張に対して、D.J. Bakerは、共犯の派生的性格を前提とする限り、共犯者が現実に援助行為または奨励行為を行うことにより物理的に寄与してはじめて共犯の成立を認めるべきであって、単に正犯者が罪を犯すかもしれないと予見しながら正犯者と連携したというだけで共犯の成立を認めることはできないと反論している¹⁷⁰⁾。そうでなければ、単に犯罪傾向のある者と行動を共にするだけで、ひとたびその者が罪を犯せば共犯の成立が認められかねず、共犯の成立範囲が不当に拡大するおそれがあると指摘する。P. Mirfieldも、連携を内容とする共犯のアクトゥス・レウスおよびメンズ・レアの内容は曖昧であり、G. Virgoの見解によるときには共同犯罪計画の法理の適用範囲も不明確にならざるをえないと批判している¹⁷¹⁾。

(3) こうした問題点を踏まえて、D.J. Bakerは、共同犯罪計画の法理を支持することはできないと主張する。D.J. Bakerによれば、共犯の成立要件は、共同犯罪計画の事案においても何ら異なることはない。したがって、Sに犯罪Bの共犯の成立を認めるためには、客観的には、1861年共犯および教唆犯法8条の定めるとおり、SがPによる犯罪Bの実行行為を幫助し、教唆し、助言し、または誘致すること、すなわち援助または奨励することが必要であるし、主観的には犯罪Bについて意図を有していることが必要である。犯罪Bが行われるかもしれないという予見だけで犯罪Bの共犯の成立を認めるのは、単なる無謀による共犯の成立を認めることになり、妥当でない¹⁷²⁾。

更に、共同犯罪計画の法理によるときには、実行行為を自ら行ったPより、自ら実行行為を行っていないSの方が主観的要件が緩和されることになり、不合理であるという問題点も指摘されている¹⁷³⁾。

る。不作為犯の成立を認めるためには当該犯罪のメンズ・レアが必要であるところ、共同犯罪計画の法理においては単なる犯罪Bの実現可能性の予見で共犯の成立を認めているからである。

170) D.J. Baker, *supra* note 165, pp. 60ff.

171) P. Mirfield, 'Guilt by Association: A Reply to Professor Virgo' [2013] Crim. L.R. 577, at 580ff.

172) D.J. Baker, *supra* note 165, pp. 6ff., 46ff.

173) C. Taylor, *Criminal Law* (5th ed., 2018), para. 4-107.

IV Jogee 事件判決

1 判決の内容

(1) このように、共同犯罪計画の法理の内容や妥当性をめぐっては様々な議論が展開されてきたものの、同法理は、確立された判例となっていた。しかし、最高裁は、2016年に Jogee 事件判決において同法理を否定する判断を示した。

事案は、以下のようなものである。Vと敵対していたSとPは、酒と薬物により酩酊した状態で、Vの女友達であるAの家を訪れたが、Vは不在だった。Sが、Vを刺してやると言いながらナイフを振り回した上、SとPは、Aに対し、Vのことは怖くない、Vをやっつけてやると言い、A宅から立ち去った。その後、Pが再びA宅を訪れたところ、Vがいた。Sも、A宅にやって来て、SとPは、一旦その場を離れたが、すぐにA宅に戻って来た。Vは、A宅の玄関のところにおり、Pは、ナイフを携行してA宅に入った。そのとき、Sは、Aの家の外において瓶で自動車を叩き、Pに対し、何かをするよう求めて叫んでいた。Sは、Vから少し離れたところから、Vの頭部を殴ってやりたいと言った。その後、Pは、Vを刺殺した。

第1審の裁判官は、Chan Wing-Siu 事件判決に従い、SがVへの攻撃に関与し、Pが少なくとも身体の重大な傷害を生じさせる意図でナイフを使用するかもしれないと認識していたときには、Sは謀殺罪の共犯となると陪審に説示した。陪審は、Sを謀殺罪で有罪とした。Sは控訴院に控訴したが、棄却され、最高裁に上告したところ、最高裁は、有罪判決を破棄した。

最高裁は、Chan Wing-Siu 事件判決について、犯罪Aの関与者の一部が犯罪Aの途中で犯罪Bを実行した場合に他の者は犯罪Bを意図しなくても犯罪Bの実行される可能性を予見していれば犯罪Bの共犯となるとした点で、先例と異なる新しい判断を示したものであることは疑いがないとする¹⁷⁴⁾。そ

の上で、最高裁は、①集団による殺人を防止する必要があるとしても、少なくとも故殺罪として処罰することは可能であり、それにもかかわらず意図のない関与者をあえて謀殺罪として処罰すべき必然性があるのかは明らかではないこと、②コモン・ロー上、結果発生の可能性の予見と意図とは区別され、原則として予見は意図の存在を推認する証拠にすぎないとされてきたこと、③特に謀殺罪の場合、共犯の主観的要件をその予見で足りるとすると犯罪の成立範囲が拡大し、基本原則から大きく逸脱すること、④正犯より共犯の方が低い基準の主観的要件で足りるとするのは極めて例外的な取扱いであることなどから、Chan Wing-Siu 事件判決の判断は「誤った方向転換」であり、Chan Wing-Siu 事件判決以前の判例の立場が妥当であったと断じた¹⁷⁵⁾。

こうした前提に立ち、最高裁は、共同犯罪計画の事例においてSに犯罪Bの共犯の成立を認めるためには、客観的要件として、Pに犯罪Bを実行するよう援助または奨励しなければならず、主観的要件として、Pが主観的要素を具備して犯罪Bを実行するよう援助または奨励することを意図すること、ならびに、犯罪Bの成立に必要な事実を認識することが必要であるとした¹⁷⁶⁾。

最高裁は、SがVを攻撃するようPを奨励した際、Pが謀殺罪の主観的要素をもって行為するという意図がSにあったと確信するかどうかを検討するよう陪審に説示すべきであったとの理由で、Sの有罪判決を破棄した¹⁷⁷⁾。

(2) Chan Wing-Siu 事件判決の依拠した共同犯罪計画の法理においては、Sに犯罪Bの共犯成立を認めるためには、Sが現実に関犯行為を行うことは必要でなく、主観的には犯罪Bの実現可能性の予見がSがあれば足りるとされていたが、これに対し、Jogee 事件判決は、Sが現実に関犯行為を行うこと、ならびに、共犯行為を行う意図を有することが必要であるとしたのである。

174) *R. v. Jogee; Ruddock v. The Queen* [2016] UKSC 8; [2016] UKPC 7 at [61]-[73].

175) *Ibid.*, at [74]-[86].

176) *Ibid.*, at [8]-[12], [89], [90].

177) J. Horder, *supra* note 8, p.447.

共同犯罪計画の事例も、共犯の一般原則によって解決されることを示したもののといえる。

Jogee 事件判決は、特に主観的要件として予見では足りず、意図が必要であることを強調している。たとえば、SがPに対し、所有者の許可なく他人の自転車を持ち去って使用後に元の場所に戻すよう指示したが、Pは自転車を持ち去り、そのまま所持し続けた場合、Pには窃盗罪が成立するが、Sには永続的に物を奪取する意図がなかったため軽い無権限使用罪 (unauthorised taking) が成立するにすぎない。また、犯罪Bが謀殺罪の場合には、Pが少なくとも重大な身体の傷害を生じさせる意図で被害者を殺害するよう援助または奨励する意図がなければ、Sに謀殺罪の成立は認められない¹⁷⁸⁾。もっとも、この場合にSに故殺罪の成立する余地があることを肯定している¹⁷⁹⁾。

なお、Jogee 事件判決によれば、意図は、条件付き (conditional) 意図でもよい。たとえば、銀行強盗を共謀した場合に、武器を使わないに越したことはないが、もし被害者の抵抗に遭えば被害者に重大な身体の傷害を負わせるつもりで武器を使用することを意図していたという事例が、これに当たる¹⁸⁰⁾。また、意図があったというためには、意欲 (desire) までは必要でないとされている¹⁸¹⁾。

(3) 前述したように、共同犯罪計画の法理においては、Pの使用した武器の危険性がSの予見を大きく超えるなど、Sの予見とPの行為との間に根本的な相違があるときには同法理は適用されないという取扱いがなされていた。この点について、Jogee 事件判決は、通常は根本的な相違という概念を考慮する必要はないとする。Jogee 事件判決の立場を前提とすると、犯罪Bが謀殺罪の場合、Sに謀殺罪の共犯が成立するかどうかを判断するにあつ

178) *R. v. Jogee; Ruddock v. The Queen* [2016] UKSC 8; [2016] UKPC 7 at [90].

179) *Ibid.*, at [96].

180) *Ibid.*, at [92].

181) *Ibid.*, at [91].

ては、Pが少なくとも重大な身体の傷害を意図して他人を殺害するよう援助または奨励する意図がSにあったかどうかが決定的な基準となるが、Sにそのような意図さえあれば、たとえSの予見していなかったような危険な武器をPが用いたとしても謀殺罪の共犯の成立は認められるため、PがSの予見を超えるような武器を用いたかは重要でないのである。Pの使用する武器についてSがどのような予見をしていたかは、Sの意図を認定するための証拠とはなるが、それ以上のものではないとされている¹⁸²⁾。

その後の裁判例においては、Jogee 事件判決を踏まえた判断がなされている¹⁸³⁾。

2 評 価

a 共犯行為の意図と犯罪事実の認識

(1) それでは、Jogee 事件判決はどのような評価を受けているのであろうか。

共犯の主観的要件として犯罪Bの実現可能性の予見では足りず、共犯行為に関する意図および犯罪事実の認識が必要であるとした点が、Jogee 事件判決の最大の特徴である。まず、この点について見ていきたい。

共同犯罪計画の法理を支持していた A.P. Simester は、Jogee 事件判決に対して否定的な批評をしている。A.P. Simester は、まず、Chan Wing-Siu 事件判決以前の判例や学説も、共同犯罪計画の事例における犯罪Bの成否の判断基準を意図ではなく予見ないし予期に求めていたと解することは可能であると指摘し、Chan Wing-Siu 事件判決が「誤った方向転換」をしたわけではないとする¹⁸⁴⁾。その上で、共同犯罪計画の事例は犯行が次第にエスカレートしていく点に特徴があるところ、共同犯罪計画の法理は、関与者の目的実現

182) *Ibid.*, at [98].

183) *R. v. Anwar* [2016] EWCA Crim. 551; *Tas v. R* [2018] EWCA Crim. 2603.

184) A.P. Simester, 'Accessory Liability and Common Unlawful Purpose' 133 L.Q.R. 73, at 76ff. Cf. J.C. Smith, *supra* note 72, at 456.

の継続的な過程に着目する動的な判断であるため、そのような事例の解決には適切であるが、これに対し、共犯の一般原則は、共犯行為の行われた過去の時点を基準にする静的な判断であるから、Jogee 事件判決の手法では犯行がエスカレートしていく事例を適切に解決することは難しいという¹⁸⁵⁾。

また、A.P. Simester は、共同犯罪計画の法理に対しては、共犯の成立範囲が広くなりすぎるという批判が強いが、共同犯罪計画の法理におけるメンズ・レアの基準は必ずしも共犯の一般原則より低いわけではなく、むしろ、基準がより厳格である場合もあると反論する。Jogee 事件判決は共同犯罪計画の法理を誤りであるとして、排斥したが、共犯の一般原則および共同犯罪計画の法理という異なる 2 つの解決方法があった方が実際の事案に柔軟に対応しようと主張している¹⁸⁶⁾。

F. Stark も、Jogee 事件判決に批判的である。F. Stark は、遅くとも 16 世紀から判例は一貫して共同犯罪計画の法理を採用しており、Chan Wing-Siu 事件判決は共同犯罪計画の法理の適用範囲の限界を明確に述べたものにすぎないと指摘し、Jogee 事件判決が Chan Wing-Siu 事件判決を「誤った方向転換」と評価したことを疑問視している¹⁸⁷⁾。その上で、Chan Wing-Siu 事件判決の示した解決は 30 年間以上にわたって定着してきたこと、法律委員会はあらゆる共犯について援助または奨励の意図を要件とする法改正は提案していないこと、議会も法改正を予期していないことから、Jogee 事件判決が判例の立場を変更したことには問題があるとする¹⁸⁸⁾。

(2) これに対し、前述したように、D.J. Baker は、共同犯罪計画の事案において S に犯罪 B の共犯の成立を認めるためには主観的に犯罪 B について意図を有していることが必要であるとの見解に立っていることから、Jogee 事

185) A.P. Simester, *supra* note 184, at 86-87.

186) *Ibid.*, at 87ff.

187) F. Stark, 'The Demise of "Parasitic Accessorial Liability": Substantive Judicial Law Reform, Not Common Law Housekeeping' [2016] 75 (3) C.L.J. 550, at 550ff.

188) *Ibid.*, at 578-579.

件判決を支持している¹⁸⁹⁾。その上で、共同犯罪計画の法理は代理責任を認めることに等しく、犯罪の成立範囲を過度に広げるものであると述べ、共同犯罪計画の法理を改めて批判するとともに、集団による犯罪を阻止する必要があるとすれば、司法ではなく立法によって解決が図られるべきであると主張する¹⁹⁰⁾。

C. Sjölin も、単なる予見では共犯の主観的要件として基準が低すぎると述べ、Jogee 事件判決を支持している¹⁹¹⁾。R. Buxton も、Jogee 事件判決が共犯の主観的要件として意図を要求したことを歓迎しつつ、これにより、集団闘争の関与者全員が謀殺罪とされる事例は相当に減少するだろうと予測している¹⁹²⁾。

一方、J. Horder は、共同犯罪計画の事例における犯罪Bの共犯の成立要件として単なる予見ではなく条件付き意図を要求したとしても、それによって結論が変わる事例はそれほど多くなく、共犯の成立範囲が大きく限定されるわけではないとする。むしろ Jogee 事件判決の効果は、解決方法が統一されて共犯事例の解決方法が明快になったところにあると J. Horder は指摘し、その点で Jogee 事件判決を肯定的に評価している。Jogee 事件判決以前は、共犯の一般原則によって解決されるべき事例と共同犯罪計画の法理によって解決されるべき事例とが併存し、しかも実際上両者の事例を明確に区別することは必ずしも容易でなかったところ、Jogee 事件判決によって常に共犯の一般原則によって解決すれば足りることになったからである¹⁹³⁾。

なお、J. Horder は、意図と予見の違いについて次のように述べている。

189) D.J. Baker, *supra* note 112, at 393ff.

190) *Ibid.*

191) C. Sjölin, 'Killing the Parasite' (2016) 25 N.L.J. 129, at 136.

192) R. Buxton, *supra* note 7, at 331-332.

193) J. Horder, *supra* note 8, pp.452-453. *R. v. Rook* [1993] EWCA Crim. 3 や *R. v. Reardon* [1999] Crim. L.R. 392では、SはPの犯罪の本質的な事実をすべて認識しており、援助として通常の共犯の成立が認められたにもかかわらず、裁判所は、共同犯罪計画の法理に依拠し、認識を不要としているとの指摘もある。A.P. Simester, J.R. Spencer, G.R. Sullivan, G.J. Virgo, *supra* note 80, p. 246.

一般に意図は、一定の方法で行為することの決意 (decision) を内容とするのに対し、予見は、純粋に認識的な精神状態である。それゆえ、人は、意図は統制しているが、予見は、好むと好まざるとにかかわらず自然に思い浮かぶものであるから必ずしも統制しているわけではない。一般的に言えば、悪いことをするかもしれないという単なる予見より、悪いことをしようという意図を形成する方が、非難の程度が強い¹⁹⁴⁾。

(3) もっとも、Jogee 事件判決の判示のうち、謀殺罪における意図の内容に関する部分については、同判決を支持する立場からも疑問が示されている。Jogee 事件判決は、正犯者が重大な身体の傷害を生じさせるよう奨励または援助する意図があれば、謀殺罪の共犯の成立が認められると述べている¹⁹⁵⁾。この点について、R. Buxton は、確かに謀殺罪のメンズ・レアは重大な身体の傷害を生じさせる意図でも足りるが、謀殺罪のアクトゥス・レウスとしては死亡の結果発生が必要であるから、謀殺罪の共犯の成立には死亡の結果発生についての意図がなければならないはずであると指摘している¹⁹⁶⁾。

(4) また、既述のように、意図とは具体的にどのような心理状態を指すのかをめぐっては以前から争いがあったところ、Jogee 事件判決は、この点について詳細な判断を示さなかった。そのため、Jogee 事件判決が意図の内容をどのように理解しているかに関する学説の評価も一定していない。

R. Buxton によると、Jogee 事件判決においては、共犯が正犯の実行を意図すること、すなわち目的 (purpose) とすることが求められており、正犯の実行を意図するというためには、単に予見しているだけでなく、その犯罪のすべての要素を希望している (wish) 必要がある。このように、R. Buxton は、Jogee 事件判決における意図を目的あるいは希望という意味に捉えている¹⁹⁷⁾。

194) J. Horder, *supra* note 8, pp. 452-453.

195) *R. v. Jogee; Ruddock v. The Queen* [2016] UKSC 8; [2016] UKPC 7 at [92], [95], [98].

196) R Buxton, *supra* note 7, at 332.

197) *Ibid.*, at 328.

これに対し、Jogee 事件判決における意図は間接意図 (oblique intention) すなわち認識を指しているというのが、D. Ormerod = K. Laird である。Jogee 事件判決は、意図と意欲 (desire) の間には違いがあり、陪審はそのことを忘れてはならないと述べているが、その表現は、Lynch 事件判決の判示を繰り返したものであり、その Lynch 事件判決は、まさに意欲や目的がなくても間接意図があれば意図が認められるとした裁判例である。こうした点から、D. Ormerod = K. Laird は、Jogee 事件判決も同様の理解に立っていると推断するのである¹⁹⁸⁾。

また、Jogee 事件判決は、意図と予見を明確に区別しつつ、予見は意図を推認する証拠となると述べているが、どの程度の予見があれば意図があったといえるのかは明確にされていないと指摘されている¹⁹⁹⁾。

(5) D. Ormerod = K. Laird は、Jogee 事件判決における認識の内容にも触れ、以下のように指摘している。前述したように、認識については、その内容を無謀や現実的または実質的な危険の予見にまで緩和する裁判例も見られる。しかし、Jogee 事件判決は、認識の内容には直接言及していないものの、Johnson v. Youden 事件判決の解決方法を明示的に是認している²⁰⁰⁾ ことを踏まえると、認識を無謀と同視する裁判例は Jogee 事件判決によって黙示的に覆されたといってよい。したがって、Jogee 事件判決にいう認識は、無謀より厳格な意味を有する²⁰¹⁾。

また、D. Ormerod = K. Laird は、Jogee 事件判決において最高裁は Maxwell 事件判決を支持したものの、その趣旨を限定したと指摘している。既述のように、Maxwell 事件判決は、一定の範囲の犯罪のうち1つまたは複数の犯罪が実行されることを予見していた場合には、そのうちのどれが実行

198) D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, p. 198.

199) S. Parsons, 'Joint Enterprise Murder: R v Jogee' (2016) 80 (3) J.C.L. 176; D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, at pp. 201ff. 謀殺罪における意図と予見の関係については、*R. v Woollin* [1998] UKHL 28を参照。

200) *R. v Jogee; Ruddock v. The Queen* [2016] UKSC 8; [2016] UKPC 7 at [16].

201) D. Ormerod, K. Laird, *supra* note 4, p. 206.

されるかは不確定であったとしても、共犯のメンズ・レアを認めるというものである。ただ、Jogee 事件判決は、S が P の実行を「意図する」範囲の犯罪の 1 つについて援助または奨励行為を行う必要があると判示している。これは、S が可能性の 1 つとして心に思い浮かべた一定の範囲の犯罪のうちの 1 つを P が実行することを求めたのが Maxwell 事件判決の趣旨であるとしたものであり、その点で、Jogee 事件判決は Maxwell 事件判決の趣旨を限定的に捉えたというのである²⁰²⁾。

(6) なお、Jogee 事件判決は、謀殺罪の場合のみに適用があるとする理解もありうる。当該事案が謀殺罪の成否を争点とするものであった上に、共同犯罪計画の法理によって特に大きな問題が生じるのは謀殺罪の場合であり、Jogee 事件判決もその点に着目した判断であったとも考えられるからである²⁰³⁾。

これに対し、Jogee 事件判決が共犯の成立要件を一般原則の形で述べていること²⁰⁴⁾ や、その判示は謀殺罪のみを対象とするのではなく、窃盗を例に挙げていることから²⁰⁵⁾、Jogee 事件判決の効果は共犯全般に及ぶとの評価も有力である²⁰⁶⁾。

b 根本的な相違

(1) Jogee 事件判決が原則として根本的な相違の有無を考慮する必要はないとした点はどうか。

C. Sjölin は、Jogee 事件判決により、P がどのような武器を使用したかは根本的な相違の問題ではなく、S の意図や認識の立証するための証拠として

202) *Ibid.*, pp. 208-209. ただ、このように解すると、錯誤の取扱いに影響が及ぶように思われる。

203) R. Buxton, *supra* note 7, at 331.

204) *R. v. Jogee; Ruddock v. The Queen* [2016] UKSC 8; [2016] UKPC 7 at [89]-[90].

205) *Ibid.*, at [8]-[12], [88]-[99].

206) S. Parsons, *supra* note 199, at 176. Cf. M. Dyson, 'Letter to the Editor' [2016] Crim. L.R. 638, at 641; R. Buxton, *supra* note 7, at 331; R. Buxton, 'Letter to the Editor' [2016] Crim. L.R. 638, at 642-643.

考慮されることになったと捉え、これを肯定的に評価する²⁰⁷⁾。これに対し、J. Horder は、最高裁が根本的な相違の概念を完全に放棄したかどうかは明確ではないという。最高裁は、「根本的な相違という概念を通常は考慮する必要はない」と述べ、「通常は」という留保を付しているからである。また、前述したように、根本的な相違があったとされるのは、PがSの予見を超える危険のある行為を行った場合だけではない。Pの実行した犯罪の罪質が大きく異なる場合や、Pが異なる動機で犯罪Bを実行した場合にも、根本的な相違は認められてきた。このような場合にも根本的な相違を考慮しないかどうかについて Jogee 事件判決は言及していない²⁰⁸⁾。

(2) D.J. Baker は、以下のように主張し、根本的な相違の観点から共犯の成立を否定する余地を認めている。謀殺罪のメンズ・レアは、殺害の意図とともに重大な身体の傷害を生じさせる意図も含む。そのため、SとPがVに重大な身体の傷害を加えることに合意したところ、Pが合意に反して殺意を抱きVを殺害した場合、Sに重大な身体の傷害を生じさせる意図がある以上、本来、Sにおける謀殺罪の共犯の成立を否定することはできない。しかし、たとえば、Sが棒で殴打して重大な身体の傷害を生じさせることを意図していたのにPがその計画から逸脱してVを射殺した場合のように、SがPに対し、人を死亡させる危険性のない方法で重大な身体の傷害を加えるよう指示したところ、Pがその共同目的から逸脱し、人を死亡させる危険性のある行為を行い、Vを死亡させた場合には、根本的な相違の観点からSはVの死亡について責任を負わない。Pが共同目的から逸脱して故意に残忍な方法で被害者を殺害した場合には、因果の連鎖が切断されるのである。被害者を殺害した行為がSの奨励した内容と根本的に相違するときには、Sには謀殺罪と故殺罪のいずれも成立しない。

これに対し、正犯者が共同計画から逸脱したとしても、その行為の危険性が共犯者の意図した内容とが変わらなければ、両者とも責任を負う。また、

207) C. Sjölin, *supra* note 191, at 135-136.

208) J. Horder, *supra* note 8, p.458

共犯者が死亡の結果を意図していた場合には、たとえ正犯者が異なる方法を用いたとしても、共犯の成立は否定されない。たとえば、強盗の際に、いざというときには警備員をナイフで殺害するよう奨励していたところ、正犯者が警備員を射殺した場合である。この場合、正犯者のけん銃所持を知らなくても、そのことは重要でない²⁰⁹⁾。

c 謀殺罪と故殺罪

第3に、Sにおける謀殺罪の共犯の成立が否定された場合に故殺罪の共犯の成立する余地を認めた点も、Jogee 事件判決の特徴である。学説は、概ねこの点には好意的であるといつてよい²¹⁰⁾。かつては、共犯の派生的性格が厳格に解され、共犯に成立する犯罪は正犯のそれと同一でなければならないとされていたが、現在では、正犯と共犯の罪名が異なってもよいとする理解が一般的になっており²¹¹⁾、その点からも、Jogee 事件判決の見解は受け入れやすいものといえよう。

もっとも、D.J. Bakerは、故殺罪の共犯の成立を認めることに否定的である。D.J. Bakerによると、かつては、謀殺罪と故殺罪は同じ重罪 (felony) に属し、悪意 (malice aforethought) の有無によって区別されており、そのような前提に立てば、正犯に謀殺罪が成立する場合に故殺罪の共犯の成立を認めることも可能かもしれない。しかし、現在では、謀殺罪は、死亡または重大な身体の傷害を生じさせる意図を要件とするのに対し、故殺罪は、現実の身体の傷害について無謀 (recklessness) であれば足りるとされているところ、意図と無謀は全く異なる心理状態であり、意図が無謀を包摂するという関係にはない。したがって、謀殺罪と故殺罪は、大小関係ではなく、むしろ択一関係にある。そうだとすると、共犯の派生的性格を前提とする限り、Pに謀殺罪が成立する場合にも、Sに故殺罪の共犯の成立を認めることはできない。

209) D.J. Baker, *supra* note 3, at 458ff.

210) C. Sjölin, *supra* note 191, at 136; R. Card, J. Molloy, *supra* note 4, paras. 17.50, 17.51, 17.54.

211) この点については、拙著『身分犯の共犯』（成文堂、2009年）143頁以下参照。

2007年重大犯罪法の44条または45条の罪(未完成犯罪)が成立するにすぎない²¹²⁾。

なお、Pに謀殺罪が成立するが、Sに死亡または重大な身体の傷害を生じさせる意図がないときは、故殺罪は成立しうる²¹³⁾。

V 結びに代えて

本稿は、共犯者の一部が当初の合意の内容と異なる行為を故意に行った事例を中心に、イギリスにおける共犯と錯誤をめぐる議論状況について検討した。最後に、わが国の議論と比較しつつ、イギリスの議論の特徴を整理することにした。

(1) 第1の特徴は、共同犯罪計画の法理である。共同犯罪計画の法理と一般の共犯理論との異同については理解に違いがあるが、共同犯罪計画の法理が一般の共犯理論に比べて共犯の成立要件を緩和するものであることは否定できないであろう。そのような法理が長年にわたって判例において採用されてきたことは注目に値する。

共同犯罪計画の法理の背景にあるのが、集団犯罪の抑止という政策的な考慮である。複数人による犯罪が次第にエスカレートして重大な犯罪に至る傾向にあることは事実であり、そのような事態を防止する必要性が高いこともまた事実である。それゆえ、複数人による犯罪が別の犯罪へと発展した場合について最終的な結果の責任を関与者全員に負わせようとする共同犯罪計画の法理がイギリスの判例や学説の支持を受けてきたことは、理解できないわけではない。実際、わが国の判例・通説が結果的加重犯の共同正犯を広く認めているのも、類似の考慮に基づくものといえよう。結果的加重犯は、基本犯が重い結果を生じさせる危険を含むことに着目して単なる過失犯より重い法定刑が規定されている犯罪類型であり、基本犯を共同して実行した以上、たとえ共同者の一部が重い結果を惹き起こしたとしても、全員が重い結果を

212) D. J. Baker, *supra* note 3, at 456-457.

213) M. Dyson, *supra* note 206, at 639-640.

共同して実現したと評価してよいとされている²¹⁴⁾からである。

しかし、わが国の結果的加重犯は、傷害致死罪や強盗致死傷罪など重い結果が発生しやすい特定の犯罪類型に限って規定されている上、その法定刑は故意犯より軽い。また、結果的加重犯の共同正犯の場合に、通常と異なる法理が適用されているわけでもない²¹⁵⁾。これに対し、共同犯罪計画の法理においては、適用される犯罪に限定はなく、また、一般の共犯理論からすると共犯の成立要件を満たさないにもかかわらず、これを満たす場合と同様に処罰するものであるから、共同犯罪計画の法理には、やはり無理があるといえよう。共同犯罪計画の法理を排斥する Jogee 事件判決が現れたことは必然であったともいえる。もっとも、共同犯罪計画の法理を支持する見解も依然として有力に主張されていることから、今後の議論の推移を見守っていく必要がある。

(2) 第2は、正犯者が合意の内容と異なる犯罪を実現した場合につき、共犯の一般理論においてわが国の法定的符合説と類似した解決方法がとられていることである。共犯のメンズ・レアとしては特定の犯罪の種類を示す事実を認識していれば足りるとの立場を前提にして、正犯者が合意の内容と異なる犯罪を実現したとしても、合意内容と実行行為とが同一の犯罪種類の範囲内にあるときには、原則として共犯の成立が認められている。どのような場合に「同じ犯罪類型」といえるかは必ずしも明らかではないものの、それは、わが国の法定的符合説のいう「構成要件の実質的な重なり合い」に近いといえよう。

もっとも、イギリスにおいては、一般的なメンズ・レアそのものについて認識の対象が「犯罪類型」へと拡張され、それがそのまま錯誤の場合にも適用されているのに対し、わが国では、故意の認識対象は当該構成要件に該当する事実限定されつつも、錯誤の場面で「構成要件の実質的な重なり合い」

214) 大谷實『刑法講義総論』(成文堂、新版第5版、2019年)417-418頁。

215) ただし、この点については検討を要する。拙稿「結果的加重犯の共同正犯に関する一考察」同法69巻7号(2018年)952頁以下参照。

という基準で故意犯の成立が広く認められている。両者の理論構成には違いがある。

(3) 第3は、一般の共犯理論においては「実質的な変更」や「重大な併発事実」、また、共同犯罪計画の法理においては「根本的な相違」を理由として、共犯責任を否定する余地が認められていることである。これらの要素は、犯罪類型に該当する事実の認識があるなどのメンズ・レアを満たす場合にも、結果の帰属を完全に否定し、共犯責任を全く認めない点に特徴がある。

わが国においてこれと同様の機能を有するのが、共犯の因果性や共謀の射程である。共犯と錯誤の事例において共犯者の認識した事実と発生した事実とが構成要件的に重なり合うとしても、共犯行為が実行行為に対して因果性を有しない場合や、共謀の射程が実行行為に及ばない場合には、共犯や共同正犯が成立することはないとされている。

イギリスにおいて、実質的な変更、重大な併発事実、根本的な相違が認められているのは、合意の内容と異なる被害者に対して実行行為が行われた場合や、合意と実行行為との間で動機や行為態様に大きな変化が生じた場合などであり、この点でもわが国の共犯の因果性や共謀の射程と類似の判断構造を有するといえる。また、実質的な変更や重大な併発事実がある場合に共犯の成立が否定される根拠は、まさに因果性が切断される点に求められている。

このように、イギリスとわが国において類似の議論が展開されていることは興味深い。もっとも、共同犯罪計画の法理における根本的な相違の有無を判断するにあたり、どのような武器が使用されたかなどに着目して実行行為の危険性が予見の内容に比べて高かったかどうかが重視されている点は、わが国の議論ではあまり見られない特徴である。これは、共同犯罪計画の法理の下では特に謀殺罪の共犯の成立が広く認められ、酷な結論に至るおそれがあるため、その成立範囲を限定する趣旨であると考えられる。

本稿は、JSPS 科研費 JP15K03182の成果の一部である。