

# 共犯の射程と組織的犯罪

木村光江

## 1. 問題の所在

共犯者の一部が、当初の共謀を超えた犯罪を実行した場合、伝統的には「共犯の過剰」として論じられてきた。<sup>(1)</sup>例えば、強盗を共謀したところ、一部の者が被害者を殺害し、強盗致死結果を生じさせた場合、その場にいなかった共犯者も強盗致死罪の罪責を負うかといった結果的加重犯に関連して論じられることが多い。<sup>(2)</sup>

もっとも、当初の共謀と異なる結果が生じた場合、当初の共謀関与者の罪責をどのように判断するかは、共犯の過剰に限らず、共犯の錯誤、共犯からの離脱、共謀の射程といった様々な角度から検討が加えられている。窃盗を共謀したところ一部の者が強盗を実行した場合であれば「共犯の錯誤」という論点となるし、傷害を共謀したところ、仲間割れにより途中から関与をやめた場合であれば「共犯からの離脱」という問題となる。さらに、近年は、より一般的に「共犯の射程」<sup>(3)</sup>といった文言が使われることも多い。<sup>(4)</sup>

このうち、「共犯の錯誤」という場合は、共犯者の故意と生じた結果との主観的な齟齬を問題とすることが多く、また共犯からの離脱という場合には、

より客観的な因果性も考慮に入れるようにみえる。さらに「共犯の射程」という場合には、錯誤、離脱を含めた主観・客観の総合判断がなされていると考えられるであろう。どのような呼び方をするかはともかく、重要なのは、具体的にどのような「共謀内容」であったのか、そしてその共謀内容と実際に生じた結果との「関係」である。近年は物理的・心理的な「因果性」が重要であると指摘されることが多いが、「因果性」の中身は必ずしも明らかではない。

さらに、共犯の射程が及ぶとされた限界事例においては、当初の「共謀内容」に特色がある場合が多い。具体的には、暴力団の幹部と構成員との共謀が認められたスワット事件（最決平成15年5月1日、刑集57巻5号507頁）では、共謀が同じ暴力団組員間でなされていることは無視できない。また、強盗の共犯者が、他の共犯者の実行着手前に離脱しても強盗致傷罪の罪責を負うとされた判決（最決平成21年6月30日、刑集63巻5号475頁）の事案でも、共犯者間にはいわば「強盗仲間」といってよい関係があった。<sup>(5)</sup>そもそも、共謀共同正犯が学説にも広く認められる契機となった練馬事件判決（最大昭和33年5月28日、刑集12巻8号1718頁）も、企業の労働組合員間で共謀がなされた事案であった。このよう

(1) 佐久間修『刑法総論』（成文堂、2009年）395頁参照。

(2) 例えば、最判昭和26年3月27日（刑集5巻4号686頁）。強盗の共謀をしたところ、そのうちの1人が警察官に発見されて殺害した事案につき、他の共犯者も強盗致死罪の罪責を負うとした。

(3) 前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（東京大学出版会、2019年）335頁。

(4) 共犯の射程という文言については、「射程」といった単一の議論ではなく、①故意の存否、②心理的因果性の限界、すなわち共犯の因果性の影響範囲、③正犯性の限界といった内容に分解して考察すべきであるという指摘もある（橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020年）311頁参照）。

(5) 共犯者らは強盗を繰り返していた（後掲5(3)参照）。

な、共犯者間の結び付き、いわば組織としての犯罪の側面は、判例においても共謀の「存否」の認定の重要な判断要素となっていると考えられる<sup>(6)</sup>。また、共謀の存否だけでなく、共犯の「射程」の議論においても、組織性はより重視されるべき観点のように思われる<sup>(7)</sup>。

共犯の射程に関しては、共謀罪として組織的犯罪を重く処罰する伝統のあるイギリスにおいて、共謀の射程を限定的に解そうと試みた最高裁判例が登場し（Jogee判決。R v Jogee [2016] UKSC 8）、実務のみならず学界へも大きな波紋を投げかけている<sup>(9)</sup>。共謀内容と異なる結果について、共犯者の「主観」により限界を画そうと試みたものだが、このようなイギリス法の動向も検討しつつ、本稿では、共犯者間の結び付きの強弱がどのように結論に影響するかという観点から、共犯処罰の限界を検討したい。

## 2. イギリスにおける共犯論と Jogee 判決

### (1) Jogee 事件判決

同判決は、Vに対する暴行の共謀をしたHとJのうち、HがJの予想に反してナイフで被害者を殺害した事案について、Jも謀殺罪で有罪とすることができるかが争われ、第1審、控訴審が謀殺罪で有罪としたのに対し<sup>(10)</sup>、最高裁はこれを否定した。

具体的な事案は次の通りである。JとHは、敵対するVの女友達の家いき、Jは家の中でナイフを振り回し、「おれとHとで、Vを刺してやる。」と怒鳴ったが、Vが不在だったので一旦は引き上げた。その数分後にHとJは再びその家に戻り、Hは台所からナイフを持ちだし、帰宅したVと共に玄関ホールにいた。Jは家の外にいたが、瓶で車を叩きながら、Hに対し「Vをやってしまえ。」と怒鳴っていた。その後、Jは玄関に入り、Hのそばを通る時に、「俺は、（持っていた）瓶でVを殴ってやりたい。」と言った。その後、Hは持っていたナイフでVを刺殺したという事案であった。

第1審（事実審）は、Jが、Hが殺意をもってナイフを用いることを「認識ないし予見しつつ」Vに対する攻撃を奨励（encourage）したのであれば、Hの実行した謀殺罪の共犯となると説示し、陪審は、Jを謀殺罪の共犯で有罪とした。このように、共犯者による過剰な結果については、「予見」していれば足りるとするのが当時の判例の考え方であった。そのリーディングケースとされるのが、強盗の共謀をした者の一部が殺害に及んだ場合、全員について強盗罪に加えて謀殺罪が成立するとしたChan Wing-Siu判決（Chan Wing-Siu v R (1985) 50 Cr App R117<sup>(11)</sup>）であった。

これに対し最高裁は、この判断を覆し謀殺罪での

(6) 「『自分たちの犯罪』を一緒にやる意思」が重要だとされる（大阪刑事実務研究会「裁判員裁判における法律概念に関する諸問題6・共犯(1)」判タ1356号（2011年）68頁参照）。「グループとしての一体感、帰属意識」と表現されることもある（菊池則明「対等型共謀の共同正犯」植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（上）（第3版）』（立花書房、2020年）397頁参照）。なお、共謀共同正犯は、支配型（教唆型）と対等型（相互幫助型）の類型があるが、実際にはその中間形態が多数であるとされる（前田・前掲注(3)349頁）。

(7) 昏酔強盗の共謀の射程が問題となった東京地判平成7年10月9日（判時1598号155頁）参照（後述5(2)）。

(8) 共謀罪（conspiracy）は、現在では1977年刑事法（Criminal Law Act 1977）による制定法上の犯罪となっている。共謀罪については、佐藤正滋「英法の共同謀議罪」金沢法学29巻1=2号（1987年）209頁、アシュワース=ホーダー、同志社大学イギリス刑事法研究会訳『イギリス刑法の原理』（成文堂、2021年）402頁以下参照。

(9) 同判決について詳しく検討したものとして、十河太郎「イギリスにおける共犯と錯誤」同志社法学71巻3号（2019年）1頁以下、特に43頁以下。

(10) 事件は、香港の九龍地区で起こったもので、香港の第1審、控訴審で有罪とされたJが、イギリスの最高裁に上訴したものである。

(11) 同判決は、ナイフを持った3人が侵入強盗の共謀をし、侵入後2人が家人を殺害した事案について、控訴審は、殺害現場となった部屋にいなかった1人についても、強盗の計画に殺人行為が付随する可能性があるとして「予見」していれば謀殺罪の共犯が成立するとした。

有罪を破棄した。最高裁は、Jを謀殺罪の共犯とするためには、Hが故意をもって謀殺罪を実行することをJが「意図 (intent)」していなければならない、Hに謀殺罪の故意があるかもしれないと「予見 (foresee)」しただけでは足りないとしたのである。本判決が、判例、学界に与えた影響は極めて大きく、この判例は事実上従来の共犯に関する判例を書き換えたものであるとまで認識されている。

## (2) イギリスにおける共犯概念と派生的責任

Jogee判決を検討する前提として、イギリスの共犯処罰について概観しておく<sup>(12)</sup>。英米法における共犯法では、実体法上「共犯 (accomplices)」という概念は存在するが、訴訟法上は共犯的関与はすべて「実行正犯」と同様に扱われる。また、共犯のほか<sup>(13)</sup>に共謀罪 (conspiracy)<sup>(14)</sup>、及び2007年重大犯罪法 (the Serious Crime Act 2007) の独立教唆、独立幫助罪 (encourage, assist. コモン・ロー上の独立教唆罪 (incitement) を廃止し、独立幫助罪も含めて拡大したもの) が存在する。これらは、狭い意味での「共犯 (accomplices)」的な関与とは区別され、未遂罪、共謀罪とともに未完成犯罪 (inchoate crimes) として分類され、歴史的にも独自の発展をしてきた<sup>(15)</sup>。

具体的には、教唆、幫助した者は、その時点で独立教唆、独立幫助罪が成立し、相手はそれを認識する必要もない。また、相手との合意がなされれば、その時点で共謀罪が成立する。これらの罪は、実行行為が行われる必要のない未完成犯罪である。その後、実行行為がなされれば、教唆、幫助した者も実行行為者と同じ罪で処罰される。関与者全てが正犯として処罰されるからである (共犯及び教唆犯法8条、治安判事裁判所法44条参照)<sup>(16)</sup>。BがAの依頼通りにPを殺害したとすると、Bが謀殺罪に該当することはもちろん、Aも同様に謀殺罪で有罪とされる。もし正犯者が未遂に終われば、教唆、幫助者も未遂罪の限度で責任を負うことになる。例えば、実行犯であるBに対し、CがP殺害のための銃を貸したり、DがBの家の外で見張りをした場合、C、DともにPに対する謀殺罪の「正犯」となり、A、B、C、Dはすべて同じ謀殺罪として有罪となり同じ処罰 (上限は終身刑) が科される<sup>(17)</sup>。

独立教唆、独立幫助罪は2007年重大犯罪法により制定法で規定されたが、一般的な共犯処罰は、現在でもコモン・ロー上の共犯とそれに関する訴訟法的な規定である1861年法が根拠となっている。ただし、実体的には、実行犯であれば正犯 (principal)<sup>(18)</sup>

(12) 2017年に同判決の意義について研究者、実務家によるシンポジウムが開催され、その内容が『Jogee後の共犯責任』として出版されている (B.KREBS ed., ACCESSORIAL LIABILITY AFTER JOGEE, (2019))。

(13) 伝統的なイギリス共犯論については、拙稿「イギリスにおける共犯の従属性に関する一考察」東京都立大学法学会雑誌35巻2号 (1994年) 67頁以下参照。

(14) 共謀罪 (conspiracy) につき、前掲注(8)参照。

(15) 当該教唆・幫助ないし共謀に関する実体的犯罪が行われなくとも、教唆・幫助、共謀等の行為がありさえすれば成立するので「未完成」の犯罪と呼ばれる。R.CARD=J.MOLLY, CROSS & JONES, INTRODUCTION TO CRIMINAL LAW, at 521 (22th ed., 2016)。

(16) 拙稿・前掲注(13)71頁参照。

(17) 1 RUSSELL ON CRIME 129 (12th ed. J.W.C.Turner 1964)。拙稿「イギリスにおける共犯処罰と2007年重大犯罪法」斎藤信治先生古稀記念論文集 (法学新報121巻11=12号) (成文堂、2015年) 242頁参照。

(18) J.C.SMITH & B.HOGAN, CRIMINAL LAW, CASES AND MATERIALS 193 (6th ed. 1996)。我が国の共犯の感覚からすると、特に単純な見張りのような幫助犯についても正犯と同じ重さで処罰することには違和感があるが、諸外国では幫助も含めた共犯的関与が正犯と同等に処罰されることは珍しくないとする指摘として、島田聡一郎「共謀共同正犯否定説とその背景にあるもの」川端博他編『理論刑法学の探究③』(成文堂、2010年) 38頁以下参照。

(19) 1861年共犯及び教唆犯法8条は、以下のように規定する。「正式起訴犯罪の実行を幫助 (aid)、教唆 (abet)、助言 (counsel)、誘致 (procure) する者は、その犯罪が、コモン・ロー上の犯罪であると、立法された、あるいは立法されることになっている制定法であるとを問わず、正式事実審理 (trial) に付され、正式起訴され、正犯者として処罰される。」

と呼ばれ、それ以外の関与者は共犯 (secondary partiesあるいはaccessories) と呼ばれる。

共犯に関するすべての関与者を同等に処罰する原則と並んで、イギリス共犯論の重要な特色として挙げられるのが、「共犯の派生的責任 (parasitic accessory liability, PALと略される)<sup>(20)</sup>」である。ここで「派生的」とは、正犯の犯罪が行われ<sup>(21)</sup>ない限り共犯が処罰されることはないことを意味する<sup>(21)</sup>。ただし、派生的責任の原則は、実行犯の犯罪について、共犯も同様に処罰されることをも意味する。従って、暴行の共謀をしたところ、他の共犯者が殺害行為に及べば、殺害を意図していなかった者も謀殺罪の共犯として処罰されることになる。これを確認的に認めたのがChan Wing-Siu判決 (前掲注(11))であった。そしてJogee判決は、このような意味でのPALの原則を変更するものと理解されているのである。

### 3. 法律委員会第300報告書と第305報告書

#### (1) 未完成犯罪としての独立教唆、独立幫助罪

イギリスでは、20世紀末から犯罪が急激に増加し、さらにロンドン地下鉄同時爆破テロ事件 (2005年)<sup>(22)</sup>の発生もあり、ロンドンオリンピック (2012年)に向けたテロ対策の強化の必要性に迫られた。イギリスでは、元々IRA (アイルランド共和軍)のテロ活動に対抗するために多くの力を割いてきたが、9.11米国同時多発テロ (2001年)や、地下鉄爆破事件を受けて、さらにテロ対策の強化が求められたのである<sup>(23)</sup>。そこで、組織的な犯罪に対する対策として、共犯論を抜本的に改正する必要に迫られ、

2006年と2007年に法律委員会 (Law Commission) は2つの報告書を提案した。

その1つが法律委員会第300報告書 (THE LAW COMMISSION, INCHOATE LIABILITY FOR ASSISTING AND ENCOURAGING CRIME (LAW COM No.300) (2006)。以下、「第300報告書」ないし“LC300”とする)に基づく未完成犯罪としての共犯規定の制定であり、それが2007年重大犯罪法として立法化された。それに対し、もう一方の伝統的なコモン・ロー上の共犯 (現在では、前述の1861年法で規定された「幫助 (aid)」、「教唆 (abet)」、「助言 (counsel)」、「誘致 (procure)」) についての改正案として第305報告書 (THE LAW COMMISSION, PARTICIPATING IN CRIME (LAW COM No.305) (2007)。以下、「第305報告書」ないし“LC305”とする)が提案されたが、それは未だ立法に至っていない。

この両報告書はパッケージとして作成されたもので、全体として、組織犯罪を未然に防止することを目的とし、独立教唆・幫助罪という未完成犯罪を広く認める構想 (第300報告書)と、派生的責任を前提とする共犯について成立範囲を限定しようとする試み (第305報告書)が組み合わされていた<sup>(24)</sup>。しかし、未完成犯罪としての独立教唆・独立幫助罪 (2007年重大犯罪法44条以下)が成立したにもかかわらず、(実行犯が存在する)共犯法の限定が実現していないため、現状では、「拡大した未完成犯罪」と「限定されていない共犯処罰」が共存し、結果的に「広い共犯処罰」の状態が継続している。

#### (2) 独立教唆・幫助罪の主観的要件

2007年法の狙いは、コモン・ロー上では処罰対象とされなかった「独立幫助」を独立教唆と同様に処

(20) K.J.M.SMITH, A MODERN TREATISE OF THE LAW OF THE CRIMINAL COMPLICITY, at 73 (1991).

(21) 1 RUSSELL ON CRIME, *supra* note (17), at 128; D.ORMEROD & K.LAIRD, SMITH, HOGAN, & ORMEROD'S CRIMINAL LAW, at 223-225 (16th ed. 2021)。我が国でいえば実行従属性が重視されていることになる。

(22) 2005年7月7日にロンドン市内の地下鉄3か所、バス1台に対する自爆テロ事件が起こった。

(23) 岡久慶「イギリスの対国際テロリズム戦略: CONTEST」外国の立法241号 (2009年) 198頁以下、横山歩「英国のテロ対策に関する一考察」SJRM リスクレビュー 2号 (2009年) 1頁以下参照。

(24) D.ORMEROD, *supra* note (21), at 494-495.



罰することであった。その上で、次の3つの犯罪類型を規定した。①正犯者の行為を「意図して (intentionally)」奨励、幫助する行為に関する第44条、②正犯者の行為を奨励ないし幫助することになると「信じて (believes)」行った場合に関する第45条、さらに③複数の犯罪行為を奨励ないし幫助する場合についての第46条である。<sup>(25)</sup>

第44条が基本形で、意図的に奨励ないし幫助する行為について以下のように規定する。

第44条 犯罪の意図的な奨励 (encourage) ないし幫助 (assist)

- (1) 以下の者は犯罪となる。(a)犯罪の実行を奨励ないし幫助するに足りる行為を行い、かつ(b)その犯罪を奨励ないし幫助する意図がある者。
- (2) ただし、その奨励ないし幫助が、その者の行為の予見しうる結果であるということのみで、その者が犯罪の実行の奨励ないし幫助を意図していたとみなされない。

第45条は、「意図」まではないが、犯罪が実行されることを「信じて」奨励ないし幫助する場合、第46条は複数の犯罪のうちいずれかが実行されると信じて奨励ないし幫助する行為を規定する。これらの罪の法定刑は、実行犯の罪と同等となる (58条(1)(2))。

いずれの犯罪でも奨励 (encourage) ないし幫助 (assist) する行為が重要であるが、2007年法はいずれの文言についても定義を設けていない。奨励は、煽動や促進する行為だけでなく、既に犯行を決意している者を勇気づける行為も含むこと、正犯者との

意思疎通が不要であることなど、コモン・ロー上の独立教唆罪より処罰範囲は拡大している。また、独立幫助については、そもそもコモン・ローでは処罰対象となっていなかった行為であり、しかも不作為でも成立すると考えられており、その成立範囲は広い。<sup>(26)</sup>

もっとも、主観面では、教唆・幫助行為の認識に加え、実行犯がその犯罪行為を行うかも知れないという「予見」では足りず、「意図」していることが必要とされる。その理由は、未完成犯罪の過度の処罰化を防ぐことにあると考えられている。<sup>(27)</sup>

### (3) 第305報告書の共犯改正案

これに対し第305報告書では、従来のコモン・ロー上の共犯を維持し、正犯行為についての「予見」があれば足りるとした。<sup>(28)</sup> もっとも、第305報告書が「予見」で足りるとしたのは共謀がある場合であり、共謀がない場合（教唆、幫助）については「意図」を必要とする。305報告書は2007年法の未完成犯罪と一体のものとして構想されたものであるから、共謀がなく、独立教唆・独立幫助により処罰されうる部分については、共犯の処罰範囲を狭めようとしたのである。

#### (i) 狭義の共犯

第305報告書は、共謀がない場合の共犯処罰について、まず客観面として1861年共犯および教唆犯法8条及び治安判事裁判所法44条を廃止し、それに代わり幫助 (assisting) 及び奨励 (encouraging) を採用すべきだとした。<sup>(30)</sup> encourageとは、他人に犯罪行為を行うよう決意させる、あるいはそのように

(25) R. FORTSON, BLACKSTONE'S GUIDE TO THE SERIOUS CRIME ACT 2007, para.6.25 (2008).

(26) 履行義務のある者がその義務を怠れば犯罪が成立するとされるため (同法65条(2)(b))、例えば侵入犯人を助ける意図で、警報装置を作動させない警備員も独立幫助罪に当たる。LC300, para.5.62. 同法の奨励、幫助の意義については、拙稿・前掲注(17)齊藤古稀253頁以下。

(27) D.ORMEROD, *supra* note (21), at500.

(28) 同報告書では、共犯 (secondary liability) のほか、間接正犯、無過失責任と共犯に関する処罰規定についても提案された (LAW COM No.305 (以下"LC305"とする) paras1.52-1.54)。拙稿・前掲注(17)259頁参照。

(29) LC305, para.3.126.

(30) *Id.*, para.3.10.

脅迫するあるいは圧力をかけることをいう。<sup>(31)</sup> また assisting とは、犯罪行為を容易にすることをいう。<sup>(32)</sup>

さらに主観面も、単に正犯行為を「予見」しただけでは足りず、「意図」していることが必要だとする。第305報告書が繰り返し指摘するように、共謀がない者の刑事責任は単に「予見」していただければ処罰が広すぎると考えるのである。「意図」の意義は陪審が判断することとなるが、一定の確実性を持って正犯者が実行するであろうことを予見すれば、「意図」があることの証拠<sup>(33)</sup>となるとされる。

(ii) 共謀がある場合

それに対し、犯罪の合意がある場合には、広く共犯の成立を認め、合意の範囲は、付随的に生じた犯罪についても及ぶ。例えば、侵入窃盗を共謀し、DがPらを被害者宅まで車で連れて行った場合、DがPらが強盗をする危険性を認識し、「もし被害者に邪魔されても強盗はするな。」と強く言っていたとしても、現にPらが強盗を実行すれば、Dは強盗罪<sup>(34)</sup>で有罪となるとする。

報告書によれば、単独犯と異なり、共犯は公共の安全に対して脅威となるものであり、その結果、その共謀から生じたあらゆる犯罪について共犯責任を負うべきであるとするのである。<sup>(35)</sup> 殺害の共謀をしたが、殺害の現場に行かなかった場合や、強盗の共謀をしたが強盗を諦めて現場に行かなかった場合<sup>(36)</sup>でも、謀殺罪や強盗罪の共犯が成立するとされる。<sup>(37)</sup> なぜなら、Dはなお黙示的な支援をし続けており、積極的な共謀の効果を失わせる行為をしていないからである。<sup>(38)</sup>

共謀がある場合の主観面については、報告書が公表された2007年当時のリーディングケースであった Chan Wing-Siu 判決を踏襲し、共謀者は犯罪結果について「予見」していれば共犯責任を負うとされ、その結果、共謀した犯罪だけでなく、共謀した犯罪に付随した（同報告書によれば「共謀内容の範囲 (scope) 内にある」）犯罪結果についても共犯責任を負うことを認める (LC305, para3.126)。

第305報告書も、Chan Wing-Siu 判決に対して学

(31) *Id.*, para3.15.

(32) *Id.*, para3.18. 補助には不作為も含む (*Id.*, para3.24)。暴行や強姦をしている現場に居合わせた者が、被害者が助けてくれと言っているにもかかわらず通り過ぎたとしても共犯とはならないが、両親の一方が、自分の子供を殺そうとしているのに、それを見ながら全く何もしないもう1人の親は共犯となり得る (*Id.*, paras 3.28-3.30)。

(33) *Id.*, para3.84. 例えば、客にナイフを売った店主は、単に「その客がナイフを強盗で使用するかも知れない」と信じていただけでは足りず、「確実に使用するであろう」ことを信じている必要があるとされている。

(34) *Id.*, para3.49.

(35) *Id.*, para3.57.

(36) R v Rook (1993) 97CrAppR327. 夫とPを含む3人とで妻の殺害の共謀をしたが、Pは金銭のみが目的であってVを殺害する意図はなく、殺害現場にも行かなかったとしても、共謀によるPの影響はなお残っていると、謀殺罪の共犯として処罰された。もしJogee 判決後であれば、Pは「殺害の意図がなかった」という抗弁が可能であったであろうとされる。Cf. C.Sjölin, A Step Away from Liability-Withdrawal and Fundamental Diggence Post-Jogee, in B.KREBS (ed.), *supra* note (12), at86.

(37) Cf. R v Jones [2006] SAS157.at189. それに対し、例えば、Dが、夜中にVに暴行を加えようとしているPに、Pがそれを使えばよいと思って、PにDだと分からないように野球のバットを渡したが、Dが後悔してそのバットをPが使う前に取り戻した場合、共犯責任を免れるべきである (LC305, para3.62)。なお、イギリスにおける共犯からの離脱については、拙稿「共犯と離脱—英米の考え方」研修601号 (1998年7月) 1頁以下参照。

(38) LC305, para3.63.

界からの強い批判<sup>(39)</sup>があることは意識していたが、それでもなお同判決は維持されるべきだと主張した。Chan Wing-Siu判決の事案のように共謀のある場合（同判決の事案では強盗罪の共謀があった）は、共謀のない場合とは明らかに異なるからだとする。そして、共謀がある場合に「予見」があれば足りるとする理由として、第1に派生的に発生した犯罪は、共謀した犯罪を成功させるために有益である場合が多く、派生的犯罪は共謀者全員にとってメリットがあることが多いとする（LC305, para3.140）。第2に、ある犯罪に合意した場合、それがエスカレートし、より重大な犯罪に発展することは希ではなく、実行犯が共謀した犯罪に加えて、あるいはその代わりに付随的な犯罪を行うことを、共謀した者が予想していることも多いとする（LC305, para3.141-143）。

そして、犯罪集団のメンバーが犯罪を犯す頻度はそれ以外の者の5倍に上り、集団の中にいる者は、単独でいる者と非常に異なる行動をとるという社会調査結果や、心理学的観点から、集団の場合、その集団の利益や忠誠心に対する攻撃への反撃行動を促進し、その集団外の者に対し侵害を加える危険性を高める<sup>(40)</sup>とする報告を引用し、組織的な犯罪の危険性を強調する（LC305, paras3.144-3.146）。

その上で、共謀者に対し、付随的な犯罪について

も広く共犯責任を負わせることは、以下の3つの理由から「過酷」ではないとする。すなわち、①少なくとも付随的な犯罪が起こり得ることを「予見」しているという主観的要件が必要であること、②実行犯の犯行が、共謀の範囲（scope）から外れているという抗弁が可能であること<sup>(42)</sup>、そして③実行犯が犯行をする前に、いつでも共謀の影響をなくすことにより離脱<sup>(43)</sup>する可能性を持っていることである（3.146）。第305報告書は、このような組織的犯罪の危険性を重視していた。

第305報告書の特色は、共謀の有無を明確に区別し、共謀のあった場合には広く処罰し、それがいない場合（我が国の幫助、教唆）には結果発生について明確な意図を要求するものであった。もっとも、狭義の共犯の場合に厳格な主観的要件を提案した前提としては、既に第300報告書で教唆、幫助に関する未完成犯罪を提案しており、そちらで処罰すれば足りるという思惑もあったものと解される。

### (iii) 独立教唆・幫助罪と共犯の競合

前述のように公表から15年経過した現時点でも、305報告書で示された草案は立法化されていない。法律委員会の年次報告書でも「保留（pending）」とされており、立法の可能性は小さいと理解されている<sup>(44)</sup>。その結果、未完成犯罪としての重大犯罪法

(39) 例えば、J.C.スミス教授は「予見」で足りるとする見解は余りにも過酷であると批判し、予見ではなく実行犯の行為を意図した（あるいは目的としていた）ことが必要であると指摘した（J.C.smith, *Criminal Liability of Accessories: Law and Law Reform*, (1997) 113LQR453, at465.）。また、サリバン教授も、単にその犯罪が行われる可能性を予見するだけでは足りず、その犯罪が高度の蓋然性をもって行われることの予見が必要であると主張した（G.R.Sullivan, *The Law Commission Consultation Paper on Complicity* (2), [1994] CrimLR 252,at261-263.）。

(40) B.MARSHALL, B.WEBB & N.TILLY, *RATIONALISATION OF CURRENT RESEARCH ON GUNS, GANG AND OTHER WEAPONS: PHASE 1* (2005).

(41) N.K.Katyal, *Conspiracy theory*, 112 Yale LJ 101 (2003).

(42) ただし、DとPとが侵入窃盗を共謀し、障害となる者がいた場合には、Dとしては望まないものの、Pが障害となる者を殺害する可能性もあるだろうと予想していたところ、現場にたまたまライバルのギャングのリーダーが通りかかったのを見かけたPが、その者を射殺した場合、客体となる者がDの予想とは異なっても、Dに共犯責任は及ぶ（LC305, para3.15.）。

(43) *Id.*, para3.160.

(44) Law Commission, *Annul Report 2020-2021*. 同年報の2010-11年版では、「了承されたが、優先順位が高くないという理由で議会での立法に至っていない」とされていたが、同年報の2013-14年版以降は単に「保留」とのみ記され、現在に至っている。第300報告書、第305報告書の当時と比べ、共犯論が大きく変更されている現在、第305報告書の提案がそのまま立法化される可能性は小さいと指摘される（D.ORMEROD, *supra* note (21), at244-246.）。

44条の独立教唆、独立幫助と、伝統的な狭義の共犯とが競合する事態が生じている。<sup>(45)</sup>

検察庁のガイドラインによれば、教唆、幫助に当たる行為さえあれば成立する未完成犯罪の方が立証は容易である。例えば、実行犯が侵入盗を行うことを信じて「かなてこ」を貸したが、正犯が侵入盗を実行しなかった場合や、強盗の共謀が立証できなかった場合、さらにはDがPにメールである犯罪を唆したが、Pはそのメールを読まずに、なおその犯罪を実行した場合にも、2007年法の未完成犯罪としての立件は可能である。<sup>(46)</sup> また、両罪が競合した場合（幫助や奨励行為が行われ、なおかつ実行犯が実行した場合）は、いずれの立件も可能である。<sup>(47)</sup>

現実には、実行犯の犯罪が行われる前に、未完成犯罪が発覚することは少ないと考えられる。そこで、未完成犯罪が実際に機能するのは、実行されたが失敗した場合に、独立教唆・幫助罪として処罰する場合である。しかも、不能犯が抗弁とならないので、奨励・幫助した内容に危険性がなくても処罰が可能となる。<sup>(48)</sup>

## 4. Jogee判決とその影響

### (1) Jogee判決の意義

Jogee判決と、第305報告書に示された共犯規定（基本的にはコモン・ロー上を踏襲している）の違いは、正犯者により付随的に発生した結果について意図を要求するか否かであるが、両者の違いは、そ

れに留まらない。さらに重要な相違点は、Jogee判決が、共謀のある場合とない場合とを同列に扱った点にある。すなわち、第305報告書は共謀のある共犯（我が国の共謀共同正犯に近いと考えられる）<sup>(49)</sup> については、派生的結果について「予見」があれば共犯の成立を認め、共謀のない場合には重い結果に「意図」が必要としたのに対し、Jogee判決は、共謀がある場合でも「意図」を要求したのである。事前共謀がある場合にも派生的犯罪に「意図」を要求する結論は、明らかにそれまでの判例とは異なる立場であった。<sup>(50)</sup>

日本では、事前共謀と現場共謀とで大きな差はないと理解されていると思われるが、共謀の有無を重視し、事前共謀があればその時点で共謀罪を認め、さらに事前共謀があれば「派生的責任」（前掲2(2))の原則により、その後の共同正犯の成立を広く認めてきたイギリスの共犯論の伝統とは大きく異なる判断である。Jogee判決によれば、事前に暴行の共謀がある場合であって、それが殺人に発展したとしても、殺人が行われることを意図しない限り、謀殺罪ではなく故殺罪に留まることになる。

もっとも、日本法との比較で考えれば、故意がない以上、殺人罪ではなく傷害致死罪となるのは当然である。しかし、イギリスでは、Jogee判決が登場するまでは、暴行の共謀をした共犯者の一部や、強盗の共謀をした共犯者の一部が「殺害行為」に及んだ場合、少なくとも「殺害行為に至る可能性があ

(45) D.ORMEROD, *supra* note (21), at495.

(46) Crown Prosecution Service (CPS), *Secondary Liability: Charging decisions on Principals and accessories* (2019).

(47) ただし、未完成犯罪の方が厳格なメンズレアが要求されている (*Ibid.*)。例えば、Dが、Pがバブで何か犯罪を犯すであろうと認識しつつ、Pをバブまで送った場合、Jogee判決における共犯の考え方によれば、実行犯の犯罪が、Dが意図的に幫助ないし奨励した犯罪から生ずる可能性のあるものであれば共犯処罰には十分であるとされるのに対し、2007年法46条では、いくつかの犯罪のうちの1つあるいはいくつかを実行するであろうと確信していなければならない。

(48) アシュワース他・前掲注(8)405頁。

(49) イギリスにおける共謀共同正犯の考え方について、設楽裕文「イギリスを中心として観た共同正犯と共犯(2)」日本法学66巻6号(2002年)61頁参照。

(50) J.HORDER, *ASHWORTH'S PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW*, at493 (10th ed., 2019).

(51) 「裁判官の頭の中では、実行共同正犯、共謀共同正犯の区別は、ない。」とされる。山口裕之「共謀の認定(第1回)」捜査研究858号(2002年)45頁参照。



る」ことを予見していた関与者全員が謀殺罪の共犯とされてきたのである（Chan Wing-Siu判決<sup>(52)</sup>の考え方）。我が国では、強盗の共犯者の一部が殺害に及べば、結果的加重犯として強盗致死に当たることが多い。Jogee判決以前のイギリス共犯論では、これが強盗殺人に当たるとされていたことになる。

よって、Jogee判決が共犯の成立を限定したといっても、共謀と過剰結果との「関連性」が遮断されるわけではなく、重い結果に故意がなければ、故意犯としては処罰されないとしたに過ぎない。したがって、Jogee判決が「意図」を重視するのは、日本法から見ればいわば当然である。しかし、これまで全ての関与者について、事実上、ほとんどその認識の有無を問わずに重い犯罪の成立を認めて来たイギリス共犯法にとって、その「派生的責任」を放棄することは、まさに大きな変更だったのである。

## (2) Jogee判決の影響

2016年のJogee判決は、2007年法による未完成犯罪としての独立教唆・幫助と、判例上広く認められてきた共犯処罰が共存し、広い共犯処罰が継続していた状況において登場した。第305報告書は、コモン・ロー上の共犯を整理し、共謀のない狭義の共犯の成立を狭めようとしたものであるが、Jogee判決はさらに進んで、事前の共謀の有無にかかわらず、共犯処罰を「意図」により限定しようとした。

Jogee判決を受けて、検察庁では共犯の訴追に関する新たなガイドラインを示し、Chan Wing-Siu判決により認められてきた派生的な共犯処罰（PALの原則）はもはや刑事責任の根拠として用いることはできないとする。共謀した犯罪に付随して行われた過剰な犯罪結果は、Jogee判決の基準により判断

されることになるから、例えば、DとPが強盗を共謀し、2人で強取したが、その過程でPが家人を殺害した場合、従来はDが殺害を「予見」していれば謀殺罪の共犯で訴追できたが、DにPの殺害行為に関する意図（条件付きの場合も含む）があることを立証できない限り、（謀殺罪ではなく）故殺罪で訴追するしかないとしている。<sup>(53)</sup>

Jogee判決は、学界からも歓迎する意見が強いと指摘されている。<sup>(54)</sup>ただし、Jogee判決によって、控訴審で原審の有罪が覆ったのは1件のみである（R v Crilly [2018] EWCA Crim168<sup>(55)</sup>）。Crilly判決の事案は、Dが、他の2名の共犯者と共謀の上、空き家だと誤信して建物に侵入したところ、中に耳の不自由なVが居て、共犯者の1人がVを殴打して死亡させたというもので、Dは、Vに気づいた後、他の共犯者に「外に出よう」と何度か叫び、被害者を助け起こそうとしたという事情があった。第1審では、Dも他の共犯者とともに強盗罪と謀殺罪で有罪とされたが、控訴審はJogee判決の判断基準を用いて謀殺罪の有罪を破棄した。

控訴審は、①そもそも空き家だと思って侵入していること、②被害者が耳が不自由でドアベルが聞こえなかったために、Dらが侵入し、突発的に強盗に移行したことなどを根拠として、Dには、他の共犯者が「殺意（重傷害の故意も含む）」を持って被害者を殺害することにつき「意図」がなかったと判断した（ただし、共犯者の強盗着手後もその場に居続けたことから、強盗罪の共犯は成立するとした）。

現時点で、Jogee判決を根拠に謀殺罪の有罪が破棄された事例はこの1件しかないと紹介されているが、実質的には、共謀内容が「空き家」であること

(52) 前掲注(11)参照。

(53) CPS, *supra* note (46)。ただし、「予見」していることは「意図」があることの間接証拠にはなり得るとする。

(54) 十河・前掲注(9)46頁以下参照。

(55) E.Grigg, Joint enterprise liability: recent developments and judicial response, *J.Crim.L.* 2019, at128, F.Gerry, Jogee-How Did it Happen?, in B.KREBS (ed.), *supra* note (12), at248, D.ORMEROD, *supra* note (21), at229 n328.

や、被害者が耳が不自由であったことなど、行為者の内心とは別の事情が結論に大きく影響していると理解される。Jogee判決では、「予見ではなく意図が必要である」とされるが、そもそもその両者の区別は必ずしも容易ではないと思われる。<sup>(56)</sup>

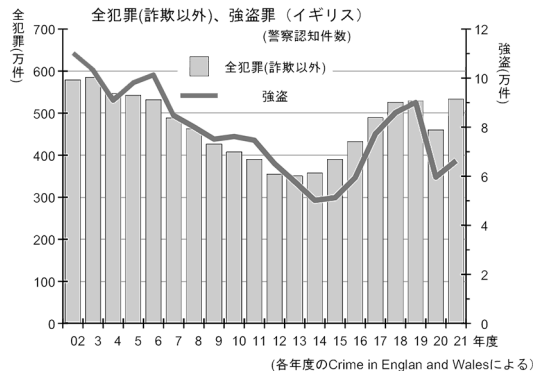
### (3) Jogee判決の評価

Jogee判決によっても、共犯関係そのものの射程が狭められたわけではない。たとえば、喧嘩闘争で、一部の者が殺人に及んだ場合、そのことを認識していなかった者は謀殺罪とはならないものの、故殺罪での共犯となる。主観面で重い結果の認識がない以上、軽い罪の範囲ではあるが、共犯の射程は切れないことになる。<sup>(57)</sup>

この結論に対しては、共同謀殺罪が否定されても、「共同故殺罪」の成立が認められるのであれば不当であるとの批判もある。また、Jogee判決後も、結果的にそれ以前と同じ証拠を用いて「意図」を判断することになるため、予見と意図とで大きな変化をもたらすものではないとの指摘もある。<sup>(58)</sup>

しかし、イギリスの共犯論において、共犯者の1人が謀殺罪を行ったにもかかわらず、他の共犯者たちが謀殺罪で処罰されないという結論は画期的なことであった。これを支持する立場からは、特に、共犯者間の誰が殺害行為を行ったかが不明である場

合、Jogee判決によれば全員が故殺罪になるが、それ以前の「全員が謀殺罪」になる結論よりは、より「不公正の程度が小さい」と指摘されている。<sup>(60)</sup>



このような判断の背景には、犯罪状況の変化があるように思われる。英米法では、「合意自体が社会秩序を害する」という考え方があるが、Jogee判決が出された2016年前後は、イギリスの犯罪全体の傾向が減少していた時期に当たる(図参照)。犯罪の成立を謙抑的に解すべきであるとする考え方が、社会的に受け入れやすかった時期であったことも影響していると理解しうる。もっとも、Jogee判決の判断基準がそのまま維持されるかは不透明である。Jogee判決後も、英連邦の他の法領域の判例では、明示的にJogee判決に従わない旨の判断が示されて

(56) Jogee判決も、「予見」は、「意図」を認める論拠になりうるとしている。なお、2016年のJogee判決以降の5年余りの間で、同判決による判例変更が影響を及ぼした判決が1件であることは、そもそも検察がJogee判決に沿った訴追を行っている可能性が高いことの表れともいえよう。

(57) R v Tas [2019] EWCA Crim 2603 参照。Tは共犯者Pと共に被害者Vを車で探していたところ、Vを発見し、Pが車から出てVを刺殺した事案で、TはPが刺殺する現場にはいなかったし、Pがナイフを持っていたことも認識していなかった主張した。判決では、謀殺罪での有罪が否定され、故殺罪の限度で共犯が成立するとされた。

(58) 十河・前掲注(9)53頁参照。さらに、B.Krebs, Joint Enterprise Manslaughter, in B.KREBS (ed.), *supra* note (12), at131. Krebsは、より客観的な基準で共犯の成立を限定すべきであるとする。

(59) G.R.Sullivan, Law Reform in the Supreme Court: The Abolition of Joint Enterprise Liability?, in B.KREBS (ed.), *supra* note (12), at16.

(60) D.ORMEROD, *supra* note (21), at227. Jogee判決では「不当に1人が軽い罪」となるが、それ以前の「それ以外の全員が不当に重い罪」になるよりは「不公正」の度合いが小さいとする。単純な比較はできないが、傷害致死が問題となるような場合、日本では事実上207条の適用で不当な結論を避けることができている可能性はあろう。

(61) LC305, para3.58.

(62) 参考として、治安状況が最も反映されやすい強盗罪の動向も示した。2020、21年度の減少はコロナ禍の影響による。なお、近年のイギリスの詐欺罪認知件数は、警察統計と異なる集計方法により算定されているため除いた(詐欺の統計については、拙稿「特殊詐欺と準備罪」法務研究19号(2022年)10頁参照)。

<sup>(63)</sup>  
いる。

Jogee判決は、関与者の主観的な「意図」で共犯処罰を限定しようとした。日本では「共謀の射程」として議論される論点に関わる問題であるが、その射程の範囲を「主観」で切ろうとした点に、Jogee判決の特色がある。もっとも、Jogee判決に従って処罰を限定したCrille判決では、主観のみならず、客観的な事情が謀殺罪を否定する根拠とされている。

イギリスでは、あまりにも広い「共謀」処罰のために、最高裁はJogee判決で「意図」による処罰の限定を試み、謀殺罪の成立を否定したが、故殺罪の成立まで否定したわけではない。共謀の「殺害」への影響は否定されていないことになる。

2007年重大犯罪法では、共謀した以上、誰も実行に着手しなくとも独立教唆、独立幫助として処罰する規定が制定されたが、これは従来実行従属性を堅持していたイギリス共犯論からみれば処罰を拡大する動きであった。また、同じく実行行為に至らない段階で、共謀罪（conspiracy）により立件することも可能である<sup>(64)</sup>。さらに、2015年に制定された2015年重大犯罪法45条では、組織犯罪への関与を5年以下の拘禁刑に処する立法もなされている<sup>(65)</sup>。

このように、Jogee判決後も「共謀」すること自体を重視するイギリス法の伝統的な傾向は継続している。そのような傾向に一石を投じたのがJogee判決であるが、それが今後も支持されるかは必ずしも明らかではない。コロナ禍で一時的に減少した犯罪

発生率も、2022年には20年前と同程度の水準に達するおそれがあるからである（前掲図参照）。共謀罪、そして未完成犯罪としての独立教唆罪、幫助罪が認められているイギリス法は、なお「組織犯罪」に厳しい態度をとっているといえよう。

そして、組織的な犯罪として重く処罰すべきであるとする傾向は、日本法でも見られるように思われる。そこで、次に日本における共謀の認定において、組織性がどのように評価されているか検討する。

## 5. 我が国の共謀共同正犯の認定

### (1) 共謀に関する裁判員への説示

判例における共謀の認定をめぐることは、裁判員裁判における共謀共同正犯の成立要件に関する大阪刑事事実務研究会による詳細な検討がある。共謀共同正犯の成立要件に関する裁判例、学説を詳細に検討した上で、(1)当該犯罪の骨格・重要部分について意思疎通があること、及び(2)「自己の犯罪」を共同実行したと評価するにふさわしい犯行への寄与・役割等を、共謀の成立要件として挙げる<sup>(67)</sup>。判例は、伝統的に意思疎通や正犯意思で共謀共同正犯の成否を判断してきたが、近年は、少なくとも認定の基礎となる間接事実として、犯行への寄与、役割等の客観的<sup>(68)</sup>事情を重要していると指摘される。

客観的事情としては、支配的な立場にあったか、不可欠な資金や準備行為を行ったか、犯罪現場での役割などが、考慮すべき典型的な事情として挙げら

(63) 香港の控訴審裁判所、オーストラリアの控訴審裁判所の判決では、Jogee判決の判断基準は採用できないとされている。そこでは、組織的犯罪の危険性は重大であり、過剰な処罰とはいえないとの考え方が示されている。D.ORMEROD, *supra* note (21), at228.

(64) CPS, *supra* note (46) 参照。

(65) 2015年重大犯罪法45条は、犯罪組織の犯行に、(a)組織犯罪の犯罪活動、あるいは(b)犯罪組織の犯罪活動の支援に当たったことを、認識ないし合理的な疑いを持ちつつ関与する行為について、5年以下の拘禁刑に処するとする。本条の「犯罪活動」とは、7年以上の拘禁刑に当たる罪をいう（45条(4)）。Cf. HOME OFFICE, EXPLANATORY NOTES, SERIOUS CRIME ACT 2015 (2015), at37-38.

(66) CPS, *supra* note (46) 参照。

(67) 大阪刑事事実務研究会・前掲注(6)64頁以下参照。

(68) 同65頁。共同正犯と幫助犯の区別についても、従来の判例は主観面で判断されてきたとされるが、その認定では客観面も重視されると指摘されている。菊池・前掲注(6)395-397頁参照。

れている。その上で、裁判員に対しては、「共同正犯の場合は、共犯全員がそれぞれ『自分たちの犯罪』としてその犯罪を一緒にやっている点」が成立の根拠となると説明することが示されている。できる限り平易な文言で説明するよう工夫されているが、改めて考えると、ここで示された「自分たちの犯罪として一緒にやっている」ことは、共謀共同正犯の本質を表していると考えられる。<sup>(69)</sup>

## (2) 団体性と共謀の存否

共謀の限界に関し重要とされるスワット事件判決（最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁）は、「黙示の共謀」を認めた判例として論じられるが、そもそも「暴力団」という強固な組織における犯罪であることが重要な要素といえる。同事案では、組幹部に、拳銃所持罪の共同正犯が認められたが、自己のボディガードに当たる組員（スワット）の拳銃所持を確定的に認識していたと認定された。「黙示の共謀」が認められる根拠の中には、「警護体制」や「被告人自身の過去におけるボディガードとしての経験」が含まれており、暴力団としての組織的な体制が、共謀の認定にとって重要な要素となっている。

同様に、拳銃所持に関する共謀が認められた最判平成21年10月19日（判タ1311号82頁）は、第1審、原審が共謀を否定したのに対し、最高裁は「原判決の認定評価等が著しく合理性を欠く」として差し戻した。「そもそも、暴力団のような組織においては、明示的な指示連絡によるまでもなく、暗黙のうちに意思を相通ずるということは多く、そのような場合には「客観的に認められる間接事実を総合して」<sup>(70)</sup>判断することが求められる。その間接事実として

は、暴力団の組織としての犯行であることが重要で、「団体性」は、組織的犯罪処罰法の認定だけでなく、共謀の判断にとっても重要である。

暴力団員間の共謀に関しては、福岡地判令和3年8月24日（判時2517号84頁）も参考となる。暴力団員が、同組と距離を置こうとする被害者らを殺傷した事案について、組長及び組の幹部に実行犯との共謀共同正犯の成立を認め、組長に死刑、幹部に無期懲役を科す判断を示した。<sup>(71)</sup>各犯行は、実行犯らが、組長らの指揮命令系統に従って、「組織的に準備・遂行された」犯行であると認定した。

暴力団のように「組織的犯罪」であることが明確な場合には、組織性の認定がより容易であろうが、それほど明確でない場合や、そもそも犯罪集団とはおよそいえない場合であっても、「仲間であること」や「常習性」といった日常的な人間関係に関する事情は、共謀の認定に影響すると考えられる。危険運転致死傷罪に関し、赤色信号の「殊更な無視」の共謀があるとされた最決平成30年10月23日（刑集72巻5号471頁）は、別々の自動車を運転し併走している2名の間の共謀を認めたが、被告人らは運転前に共に飲食し、その後さらに2台の車に分乗し、別の飲食店に移動する途中で危険運転を犯したものである。黙示の意思連絡といっても、「仲間内」の犯行であった。<sup>(72)</sup>

さらに、最判令和4年5月20日（刑集76巻4号452頁）は、海外で発電所建設プロジェクトを実施する企業の取締役に対し、部下の行った外国公務員に対する賄賂罪（不正競争防止法18条1項）について共同正犯の成立を認めた。原判決が、会議の場での被告人の「仕方ないな。」との発言について、賄賂の

(69) 元高裁部総括裁判官が、「当該犯罪を一緒にやった、といえる場合は、これら共同者全員がした所が、犯罪全体を構成する。・・・恰も、それを一人で行ったかのように見て、犯罪の成立を考える。」と指摘されるのも同様の趣旨と理解される（山口・前掲注(51)42頁）。

(70) 前田雅英『刑事法最新判例分析』（弘文堂、2014年）87頁。

(71) 組織的犯罪処罰法を適用し、2000万円の罰金も併科されている。

(72) いわゆる練馬事件判決（最大判昭和33年5月28日、刑集12巻8号1718頁）は、順次共謀を認め、共謀の成立に同一場所に介するの必要はないとした。もちろん具体的な意思連絡の態様が重要であるが、本事件の共犯者らが同一企業の組員とその支援者という関係にあったことも、結論に影響していると解される。



供与について積極的に容認するものではないとして、幫助犯に過ぎないとした判断を破棄し、被告人の地位及び立場を前提として共同正犯を認めた第1審判決が妥当であるとした。この事案でも、同一の企業内の取締役と従業員の関係であることが重要な判断要素の1つであるといえる。<sup>(73)</sup>

### (3) 共犯者相互の関係性と共犯の射程

また、「組織としての犯罪」は、共謀の「存否」だけでなく、共謀の「限界」（共犯の射程）についても意味を持つ。また、組織性、団体がそれほど明確でなくとも、同じ共犯者間で同様の犯罪を繰り返しているといった事情は、共犯の射程の広狭に影響する。

強盗着手前であっても共犯からの離脱が認められないとした最決平成21年6月30日（刑集63巻5号475頁）では、被告人を含めた仲間が、問題となった事件以前に複数回にわたり同種の住居侵入、強盗を繰り返していた。さらに、犯行前夜も被告人を含む複数人で被害者宅に下見に行き、被害者宅の状況を確認し、侵入方法等を具体的に計画していた。これらの事情から、常習的な犯罪集団による犯行であると理解すれば、離脱が認められないとする結論に結び付きやすい。

逆に、犯罪集団とはいえない場合や常習性が低いと考えられる場合には、共犯関係の解消が認められやすい。昏酔強盗の共謀をしたものの、その後実行された強盗傷人行為に関しては共犯の解消が認められるとした東京地判平成7年10月9日（判時1598号155頁）は、それまでも同様の昏酔強盗の犯行を繰り返していた共犯者らと、犯行当日に誘われた被告人との間で、共謀内容に相違があるとした。<sup>(74)</sup>

ただし、組織的であるか否かは、あくまでも共謀を認める方向に働く一要素に過ぎず、それがなければ共謀が認められないという基準ではない。団体が強ければ強いほど、共謀の存在が認められやすく、共犯関係の解消も認められにくいという過ぎない。

現在でも、共同意思主体説の理論を再評価すべきであるとする議論は有力に主張されており、<sup>(75)</sup>そこで指摘されるように、集団としての心理的凝集性は共謀共同正犯にとって重要な要素である。ただ、そのような集団性は、必ずしも心理的な意味での「一体性」と理解する必要はなく、客観的な観点から、継続的な「組織としての団体性」として捉えることも十分に可能である。

また、そのような団体が共謀共同正犯の必要条件であるとする必要はないから、組織性・団体が強固であることは、共謀を認める方向で働く間接事実の1つであると理解すれば足りる。<sup>(76)</sup>

## 6. まとめにかえて

(1) イギリスの2016年Jogee判決は、暴行や強盗の共謀から、一部の者が殺害行為に及んだ場合、そのことを認識していなかった者は謀殺罪ではなく故殺罪の共犯に留まるという見解を示した。これは、共犯の成立範囲を狭めるものとして、イギリスでは重要な変更であると理解されている。イギリスには結果的加重犯としての強盗致死傷罪の類型が定められていないため、謀殺罪か故殺罪かという大きな違いとなって現れるが、日本の議論に置き換えて考えると、殺意がない共犯者には殺人罪ではなく傷害致死罪、強盗殺人罪ではなく強盗致死罪の限度で犯罪

(73) 前田雅英「共謀共同正犯を成立させる『共謀』には、意思的要素が必要か」WLJコラム264号（2022年）参照。積極的に認容したか否かといった意思的要素ではなく、計画の中心にいたか、他の共謀参加者に影響力を有するかといった事情が重要であるとする。

(74) もっとも、強盗罪の限度では承継的共同正犯を認めた。

(75) 曲田統「共同意思主体説の修正と、共謀共同正犯の限定」研修852号（2019年）3頁以下。

(76) 必要条件とすると、団体が認められない事案（例えば、廃棄物処理法違反に関する最決平成19年11月14日、刑集61巻8号757頁参照）などは、共謀共同正犯を否定すべきであるとの結論に達するが、それは妥当ではない（曲田・同12頁参照）。

が成立することになるとするものであるから、当然の結論ともいえる。

イギリスの共犯論を俯瞰すると、日本も含めた先進諸国と同様、2000年前後に犯罪増加がピークを迎える中で、共犯処罰の拡大を主張する法律委員会の1993年提案<sup>(77)</sup>がなされ、2006年の第300報告書として再提案された法案が、2007年重大犯罪法として立法化された。その結果、未完成犯罪の新立法（独立教唆、独立幫助罪）が規定された（前述3(1)）。ただ、独立教唆・幫助による共犯の範囲拡大の歯止めとして想定されていた「狭い共犯」概念は、積み残されたままであった。

そして、日本同様、イギリスにおいても2000年代に入り犯罪の減少が見られ、Jogee判決が出された頃は、最も減少した時期であったように思われる。その意味で、Jogee判決は、治安状況やそれを反映したイギリス国民の規範意識を投影しつつ、2007年法の補正を行うものであったともみることができよう。

(2) このようなイギリスの議論は、かなり異なる基本構造を有する日本の共犯論においても参考となる。日本の共犯理論は、広く事前共謀を処罰しようとするイギリスの「主観的共犯論」とは距離があるようにも見える。しかし、共謀共同正犯論の全面否定説が消えた現代の日本において、Jogee判決に見られた「意図」のような強い主観的事情を共謀時に要求することに違和感は少ない。

日本の共犯論で問題となっている「共犯の錯誤・共謀の射程」の議論は、Jogee判決と深く結びつ

く。「共謀の錯誤・射程」の議論には、①共謀時に立って、共謀内容（主観）と客観的に生じた事象（結果）に齟齬が生じた場合に、「錯誤」の理論により共犯の帰責範囲を絞り込む「共犯の錯誤論」と、②事後的に考察して、（あたかも因果関係の判例の事後的判断のように）共謀の後に生じた事態を何処まで共謀に帰責させるべきかを論じる「射程・離脱」論という2つのアプローチに整理しうる。その中で、「共謀成立時に積極的意図を要求する」というJogee判決は、日本の（共謀）共同正犯解釈における第3の道を提示しているように思われる。

かつて共謀共同正犯への否定的評価が圧倒的であったこと日本の学説においては、「共謀共同正犯を認めるにせよ、実行に関与しない以上共同正犯性を取得しうるだけの『強度の共謀』が必要だ」とする議論が見られた。<sup>(78)</sup>しかし、判例は、共謀共同正犯の成立要件として、常に「意思の連絡を超えた『共謀』」が必要だとは考えていない。<sup>(79)</sup>たしかに、過度の主観的共犯論は避けるべきで、共謀の内容に関し、客観的事情も含めた総合評価が必要である。<sup>(80)</sup>ただ、「故意論」でも「因果的帰責論」でもなく、「処罰に値する共謀の類型性」の視点も必要であるように思われる。「自己の犯罪」という場合にも、ある程度の類型性、特に共犯者間の関係性に着目した「意思連絡の濃淡」といった視点も重要であると思われる。

日本の幫助の解釈においても、処罰範囲が拡散しすぎないように、「重要な幫助行為」に絞って立件・起訴している可能性はあり、その絞りとして、

(77) Law Commission, Consultation Paper No.131 (1993)。共犯の従属性を放棄することを骨子とした共犯法の改正案を提案したもので、第300報告書の前身に当たる。拙稿・前掲注(13)参照。

(78) 刑法改正草案の共同正犯の規定に関して、幫助的関与を排除するために、謀議に関する客観的な行為が必要であるとの指摘がなされていた。内藤謙「正犯及び共犯」平場安治他編『刑法改正の研究（上）』（東京大学出版会、1972年）228-230頁。

(79) 菊池・前掲注(6)397頁参照。

(80) 出田孝一「共謀共同正犯の意義と認定」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上）』（判例タイムズ社、2016年）206頁参照。判例は、共謀の認定に当たり、意思や意欲などの主観面だけでなく、被告人の役割や行動も重視しているとする。

「幫助を明確に意図していた」という事情も含まれている可能性は高い。<sup>(81)</sup>

(3) 今後、国外からのものも含む組織的犯罪行為に対する対策の必要性は、一層増すと予想される。少なくとも、現在の刑事司法の直面する最大の課題である「特殊詐欺」は、その中核部分が「組織犯罪」として位置づけられ、警察の主管が「刑事」から「組織犯罪対策」に移行した。<sup>(82)</sup> その際の中核的論点が、組織実態の把握による「共謀」の立証である。

日本で戦前から主張されている「共同意思主体説」は、現在、必ずしも一般的に受け入れられているとはいえない状況にあるが、犯罪意思主体といえるような「団体性」を重視する考え方は、改めて検討されてもよいと思われる。我が国でも、組織の中核を独立に処罰する「あおり罪処罰」は最高裁判例でも定着し、<sup>(83)</sup> 共謀共同正犯は学説上も異論のない状況にある。

もっとも、「意思主体」という場合に、主観面での意思連絡を重視し過ぎる考え方には限界がある。裁判員裁判を前提とすれば、意思内容よりも、より客観的な基準を示すことが合理的だからである。暴力団犯罪に典型的に見られるように、共犯者間の組織の態様、団体性は、共謀の存否、共謀の射程を検討する際の「意思の連絡」を認定する上で、重要な要素の1つとして、より注目すべきであると考え

---

(81) 『主観説』を基準として、正犯意思がなく他人の犯罪に加担したに過ぎないと判断されて従犯とされる判例は少なくない」とされる（菊池・前掲注(6)398頁）。

(82) 警察庁『警察白書（令和3年版）』52頁参照。令和3年4月から知能犯捜査部門から組織犯罪対策部門へと移管された。

(83) 最決平成元年12月18日（刑集43巻13号1223頁）、最決平成2年4月17日（刑集44巻3号1頁）参照。

