

## アメリカ刑法理論に関する文献紹介（八）

——共犯論（五—②）——

門 田 成 人  
坂 本 学 史

本稿は、前稿（本誌三三卷二号掲載）に引き続き、S・ケーディッシュ「共犯性、因果性と非難——原理解釈の研究（Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine）」（73 CALIF. L. REV 323（1985））の紹介を行うものである。以下、ケーディッシュ論文を紹介する。

### S・ケーディッシュ「共犯性、因果性と非難——原理解釈の研究」(二)

#### Ⅲ 行為の惹起 (Causing Actions)

ここまで、他者の自由意志に基づく行為 (volitional action) につき関与者に責任を問うことをカバーする理論として共犯理論を展開した。因果関係は、他者の自由意志に基づく行為が物理的因果性 (physical causation) に

において惹起されたものとして理解されないから、責任を課すのに役立ちえない。ところが、非難を支持する根拠は強力であるが、共犯理論がうまく働かない、あるいは少なくともその機能が鈍るような状況がある。そのような状況は、第一次的当事者が非難できず、それゆえ共犯が共有しうる罪責が生じないことにより無罪となる場合や、正犯は有罪であるが、それは第二次的関与者が負うに値する罪よりも軽減されている場合、あるいは第二次的関与者が第一次的関与者の違法な行為に賭けるがこれを意図しない場合がある。各々の状況において因果性理論は共犯理論の隙間を埋めるのに有用となる。その正当性は、その状況の特殊要因が第一次的関与者の行為が第二次的関与者により惹起されたとすることを許すということである。

#### A. 非難しえない行為 (Nonculpable Actions)

共犯責任は正犯責任から派生 (derivative) することから、正犯が法違反行為をしない限り共犯には責任があるとされ得ない。通常、この結論は我々の非難のさまざまな概念と一致する。第一次的関与者の行為が非難に値しないとすれば、その行為に影響や援助を与えることにつき第二次的関与者を非難する根拠はない。ところが、正犯は非難されなくとも正犯の行為が害悪 (criminal harm) となる場合がある。この場合、教唆者は、無辜の行為者の行為を惹き起こしたという観点で、その行為につき責任があるとされることがある。無辜の行為者は、幫助または影響を与えて非難される関与者の、無辜の代理行為者 (innocent-agent) として扱われる。

#### 1. 無辜の代理行為者理論 (Theory of the Innocent-Agent Doctrine)

無辜の代理行為者理論は、第一次的関与者の行為につき第二次的関与者に責任があるとするために因果性理論に依拠することが妥当な場合があるとの前提に根拠づけられる。第一次的関与者が害悪を惹起しても非難に値し

ない場合、その根拠はその行為が任意とは見なされないことである。これは主に二つの場合がある。第一次的関与者がメンズ・レアなしに行為する、法的に無咎責である、その他の理由で免責される場合、あるいは警察官がその職務を執行したり、被害者が正当防衛を行うなど正当化される場合である。因果性理論の目的に照らして、免責あるいは正当化される行為は、完全に自由に選択されたものとされない。

無辜の者が免責されなければ犯罪となるであろうことを実行するように被告人が意図的に無辜の者を操る場合、被告人は物理的事象 (physical event) を惹起するのと同じく他者の行為を惹起するものとされる。第一次的関与者は第二次的関与者の道具にすぎない。第一次的関与者の行為が法で禁止されている場合または法で禁止された結果を惹起する場合、第二次的関与者は派生的ではなく、正犯として直接に責任を問われる。法の観点では、無辜の代理行為者の行為は、まるで扇動者がそこにいて彼自身が行為したかのごとく扇動者の行為と同じく扱われる。したがって、例えば、父親の引き出しからお金を取ってくるよう刑事未成年者を誘引する者は窃盗罪で有罪であり、他者に薬であると信じさせて第三者に致死毒物を与えるよう意図的に誘引する者は謀殺罪で有罪である。

これらの場合に、第一次的関与者の行為を惹起したとして第二次的関与者を捉え、それ故に、第一次的関与者の行為の結果を惹起したとするは自然である。まるで第一次的関与者が文字通り機械的または物理的な道具であったかのように、第二次的関与者自身の行為として第一次的関与者の行為を認識することはさほど自然なことではない。例えば精神病がひどくロボットに似ている人などの行為がその人自身の行為としてよりも行為を扇動した人の行為として考えるのもっともらしい。対照的に、責任年齢にわずかに足りない人や合理的な錯誤のもとにある人の場合、その行為は第二次的関与者の操作の産物と考えられるかもしれないが、第二次的関与者の

行為であつて彼ら自身の行為ではないと考えることはさほど容易ではない。

無辜の代理行為者理論の特徴につきここで言及する。誘引された行為者が犯罪につき無罪であるとの事實は、彼をその誘引者の無辜の代理行為者にするものではない。AがBに、Bが実行する意図のない犯罪を実行するよう援助または助長する場合、Aは共犯とはされない。これは共犯責任の派生性から導かれる。Aに責任があるとされうる正犯の行為は責任がなく有罪ではない。しかし、Aは無辜の代理行為者理論においても正犯と考えられないであろう。その現実的な根拠は、Bがこれらの状況においてその行為によりAに完成犯罪を作り出すのを許容するのは不公平であることにある。理論上の説明も同じく明確である。BはいやしくもAの道具として行為していない。Bは責任があり十分に意識のある行為者で、全く自由意志による選択をしている。したがって、Bの行為はAにより惹起されたとは言えない。

無辜の代理行為者による因果関係理論はさまざまな状況に広く適用されている。因果関係理論は、有罪の正犯がない故に共犯責任がうまく働かない場合に、非難しうる第二次的関与者に責任を問うための有力な理論となっている。ところが、これによつても適切に解決されない、有罪の正犯がない事例があり、理論上の隙間を生み出す可能性が残されている。

## 2. 無辜の代理行為者理論の限界 (The Limits of the Innocent-Agency Doctrine)

特定の行為または身分者により結果が達成されるとの要件がなく結果惹起を禁止する犯罪は因果関係理論により常に処理される。例えば、ある者の行為が他者の死を惹起する場合、その人は他者を殺すのである。自分の手で、道具で、または完全には自由意志ではないので惹起したとはいえない他者の行為により、殺害するかどうかは重要ではない。他方、挙動犯 (action crime) では、時折、無辜の代理行為者理論を用いた因果性理論にかな

りの困難がある。挙動犯は、定義上特定の行為を行うことを要する犯罪である。その行為は身分者によつてのみなされうるという場合もある。

身分者によつてのみ実行が可能であると定義された犯罪に無辜の代理行為者理論を適用することの困難さを見いだすことは容易である。制定法が銀行の頭取または職員に対して取引の不正記録の記載を禁止する場合、頭取でも職員でもない者は当該犯罪を実行し得ない。頭取でも職員でもない者が頭取または職員を援助または助長すれば、共犯とされ得る。つまり、その人の責任は頭取または職員の正犯責任から派生するのである。ところが、その人が頭取または職員をだまして当該行為を行わせる場合、有罪の正犯がいなかったために共犯責任は認められない。それ故に、通常は、教唆者が道具として頭取や職員を用いて禁止行為を行ったとの論理に基づき、無辜の代理行為者理論を適用することが頼みの綱である。しかし、教唆者は、頭取でも職員でもないことから、法を犯し得ない。この場合、無辜の代理行為者理論は教唆者に責任を問うのに役立たないであろう。

第二のさらにつかみどころのない困難さは、身分者に禁止行為を限定する立法上の判断からではなく、禁止行為の性質から生じる。ほとんどの犯罪行為は、他者の助けにより容易に実行され得る。しかし、自分自身の行為によりなしえるのみで他者の行為によつてはなしえない犯罪行為（「代わりの立てられない行為（nonproxiable actions）」と呼ぶ）がある。例えば、素面の者が泥酔者を道具にして彼を公共の場に置いて、素面の者が公衆酩酊罪を実行したとは言い得ない。また、被告人が前の婚姻が法的に無効であることを既婚者に不正に信じさせることにより、既婚者を他者と結婚させたとしても、被告人は、自ら結婚したわけではないので、重婚罪とはならない。

ある行為が他人という代理行為者により実行され得ないことは何らの道徳的考慮も反映しない。むしろその行

為についての我々の理解が反映される。泥酔することや結婚することが意味することは、その者自身によりこれらの行為を行うことである。本人の行為は、それが通常の語法や理解において意味することであるから、必要条件である。

このように、無辜の代理行為者理論の射程の限界は、代わりの立てられない行為と身分者に限定された行為いづれにおいても、まったく技巧的なものである。その限界は、道徳的または政策的な考慮よりも、むしろ定義上の考慮から生じる。被告人が罪責を負う正犯に犯罪を実行するよう援助または助長する場合に（被告人が身分者でない場合または犯罪行為が代わりを立てられない場合でさえも）責任があるとされるならば、被告人が無意識（unwitting）の第一次的関与者による禁止行為を惹起する場合に同じように扱われるべきではないとする道徳的または政策的な理由は何らない。

このような技巧的な困難さは重要である。というのは、その困難さは理論の進展についての自然史の一部だからである。刑法理論は、責任が刑罰政策に合致して問われるが、道徳的な非難の判断により限定される状況を一般化するために機能する。ところが時折、当該理論の論理的意味が変則的な結論を生み出す状況が生じる。理論は我々を裏切ることがある。

代わりを立てられない行為の問題は主に性犯罪事例で生じてきた。ところが、裁判所が性行為が代わりを立てられない行為であることを根拠に責任を否定しなければならぬと考えることは稀である。Dusenbery v. Commonwealth 事件判決では、裁判所は、性交が被告人自身により達せられることを必要とするから、無辜の代理行為者理論を強姦罪には適用しえないとし、被告人の有罪判決を破棄した。

しかしながら、一般に、裁判所は理論の精密さにつきあまり考慮していない。夫が致命的暴力を用いて脅し自

分の妻と他の男性とを強要して性交させる場合に、強姦に対する夫の責任について問題が提起される。さまざまに根拠に基づいて、裁判所は夫の有罪を支持してきた。ある事件では、他の男性の行為が免責されないとし、それにより夫を共犯とすることを許容した。他の事件では、他の男性が罪責を問われない場合、裁判所は、法が道具の行為と教唆者の重罪の意図とを結びつけるとし、（被教唆者は性交に至らなかつたので）強姦の意図をもつ暴行罪での夫の有罪判決を支持した。また別の事件においては、裁判所は何らの理由を示すことなしに有罪判決を支持した。

同様の事例がカリフォルニア州で審理された。それは、同意のない女性と性交するよう自分の夫を強制するために武器を用いて脅迫をした妻についての事例である。控訴裁判所は無辜の導管（innocent conduit）理論により妻に強姦罪での有罪判決を支持した。裁判所は、女性が男性による強姦の教唆または幫助者とされることは十分に確立されており、男性が強制を理由に免責される場合に同じことが妥当しないとす何らの理由もないとした。さもなければ、法は誰も処罰されない犯罪を作り出すであろうと述べた。

被告人が夫で被害者が妻である事件は、被告人が犯罪を實行できる身分者でないという点でより複雑になった。強姦罪の定義では、夫は自分の妻を強姦し得ない。行為の代わりを立てられない性質の問題はほとんど認識されていないが、この問題はこれらの事例においてともに表面化した。ところが、この困難さは、夫の除外につき他の男性に自分の妻と性交するよう強制する夫には適用されない一身専属の特権として、もつともらしく再定義することで克服された。この解決は、妻が自分の夫を道具として他の女性を強姦することにつき有罪とする事例については裁判所に受け入れられていない。結局、制定法が強姦罪を男性に限定することで何が希望されるのか。人が共犯とされ得るならば正犯ともなりうるとの裁判所の不当な推論がここでもまさに役立つた。

イギリスでは、以下二つの判決が注目を浴びた。一つは、*Regina v. Bourne* 事件判決である。それは妻の猥姦行為の共犯として有罪判決を支持した事例である。被告人が妻に服従するよう威嚇し、それ故に妻が強制の抗弁を有するという場合においてでさえである。有罪の正犯がいけないことは、この判決では、共犯として被告人に責任を問うことを排除しなかった。妻の強制の抗弁は、妻が犯罪を實行しなかったということではなく、ただ妻が強制を理由に犯罪結果に対する処罰から免責されるよう願っているということを意味した。裁判所は無辜の代理行為者理論に全く言及しなかったが、無辜の代理行為者理論では、夫が自分の妻に犬と性交するよう強いることでその夫が犬と性交したとの論理に依拠しなければならなかったであろう。

もう一つは、*Regina v. Cogan & Leak* 事件判決である。Leak は、酔っ払って、(真実は逆であるが)妻が望んでいると Cogan を説得することによって自分の妻と性交するよう唆した。実際は、Leak は自分の妻に服従するよう強制していた。強姦罪に対する Cogan の有罪判決は、女性が同意していたと信じる男性が、たとえその確信が不合理なものであっても、強姦罪につき無罪であるとの上院の判決に従い、破棄された。しかし、強姦罪についての Leak の有罪判決は支持されたのである。

裁判所は二つの根拠にこの判決を依拠させている。一つは、実際に犯罪が実行されたが故に、共犯責任があるであろうと示唆するよう思われた。Cogan が Leak の妻が同意していると信じたが故に強姦につき無罪であったという事実は、妻が強姦されたという状況に影響を及ぼさないのである。もう一つは、Leak が、Cogan に被害者である Leak の妻と性交させ、必要な身付的行為の道具として Cogan の身体を用いることにより自分自身が妻を強姦した正犯と見なされうると理由づけた。アメリカの事例のように、裁判所は、自分自身で性的関係を達成する夫にルールを限定することで、夫が自分の妻を強姦できないことを回避した。



裁判所が先例に至った解決も結局は十分なものではない。他の男性を自分の妻に押しつける夫に及ばないものとして夫の除外を解釈することで、強姦の実行可能者からの夫の除外の問題を解決することは、適切で理論上普通である。しかし、この限定は、特定の身分者に制約する犯罪の制定法上の定義に関する一般的な問題を解決しないであろう。一方で、代わりを立てられない行為の観点で定義される犯罪の問題に対する解決法は、一般的な問題を解決するであろうが、疑わしい理由付けを根拠とするのである。

もちろん無辜の代理行為者理論は、代わりを立てられない行為の概念が単純に否定され、それ故にいかなる犯罪行為も他者を道具として実行されうるとするならば、機能するであろう。しかしながら、その代償は、このような行為の常識的理解からの逸脱である。これは男性の教唆者による強姦事例ではさほど奇妙ではないが、女性が教唆者である強姦事例では不快なまでの異常さを示すであろう。

共犯責任を支持する議論もまた問題がある。妻の強制の抗弁が免責されるための訴えにすぎないから、共犯としての夫の責任が妻の責任に依拠しうるとの *Bourne* 事件における主張は明らかに不正確である。妻は処罰され得ない。というのは、妻は当該犯罪につき無罪であるからであり、特別な状況が処罰を猶予するのではないからである。一般人がそう考えるから妻が強姦されたとの *Cogan* 事件での奇妙な主張はもはや説得力がない。

この理論により例外事例において非難に値する被告人を有罪とできない場合に、裁判官がおかれる苦境に注目しなければならない。裁判所は如何に答えるべきか。裁判所は、説得力のある正当化根拠なく、非難しうる行為者に対する有罪判決を支持している。それが答責性のある被告人の有罪判決を破棄することよりも有害でないのかどうかは、全ての者が被告人の非難可能性に賛成するこれらの事件では容易に答えうると思える。実際、反対論の主張も苦心した跡が歴然である。ところが、法理論の一貫した適用よりも、むしろ誰が非難されるのかにつ

いての裁判官の考えにより有罪か否かが判断されるのを許すことに同意しない他の場合にはよりやっかいなものとなる。

一つの解決法は、共犯としての第二次的関与者の責任を、無辜の正犯により実行された犯罪のアクタス・レウス（客観的要件）を教唆または幫助したことに依拠させることである。これは、被告人に共犯として強姦罪の責任があるとした *Cogan & Leak* 事件判決で示された根拠の可能な解釈である。これはこの判決の評釈で指摘されている。すなわち、「原則は、犯罪のメンズ・レアをもってそのアクタス・レウスを惹起する場合に、その事実により正犯としてまたは教唆者や幫助者、命令者、あるいは斡旋者として当該犯罪につき有罪となるということである。事実が無辜の代理行為者理論の射程内にある場合に、困難なく、被告人は正犯である。この理論の射程を超える場合にも実質上違いはない。法により禁止された害悪は、有罪の条件として要求された落ち度 (*fault*) をもって生ぜしめられたからである」と。

これまでの事例で、正犯の行為を第二次的関与者により惹起されたものとして扱うことには何ら問題はない。しかし、これは無辜の代理行為者理論を用いることを正当化しているだけであり、前述の理由から、無辜の代理行為者理論はこれらの事例で責任を問えない。他方、非難しうる教唆者が第一次的関与者の行為を惹起するが故に共犯とされると結論付けるには本質的な困難さがある。というのは、これは因果性の分析を用いることとなり、そして正犯と扱うことにより生み出される困難さを回避するために誘引者を共犯としてレッテルを貼ることになるからである。

たとえ行為者が禁止が向けられた身分者でなくとも、他者により遂行された犯罪の共犯となりうる。そして、ちろん、犯罪が行為者の自らの行為によってのみ遂行されることは共犯責任に対する批判とはならない。しかし、

なぜこれらの結論となるのかを振り返る必要がある。それは、共犯責任は正犯の有罪から派生するとの前提のゆえである。共犯責任の根拠は、共犯者自身が犯罪を實行したということではなく、正犯が犯罪を實行したということである。共犯の犯罪は共犯が正犯にそうするよう援助または説得したことである。

しかし、正犯の単なる行為につき共犯となりうるとの理論に基づく、これらの結論を導く根拠がまったくなく、正犯が犯罪を實行して、(第一次的関与者の行為を通じてであるけれども) 共犯者自身が犯罪を實行しており、第一次的関与者は犯罪を實行しないからである。その理論はその実体なく共犯のレッテルを用い、理論のパッチワークである。それはこれらの特に難しい事例で妥当な結論を生むが、論理というよりむしろ命令である。真剣に考えれば、その理論は、伝統的理論が他の事件で至った適切な結論を壊すであろう。前述の偽りの正犯 (teigning principal) 事例を例にすれば、偽りの正犯は、被告人に、(被告人がそうではないと信じていたが) 実行する意図のない犯罪 (例えば、住居侵入窃盗) のアクタス・レウスを實行するのを援助させる。非難しうる行為者が犯罪のアクタス・レウスを幫助・教唆することによって共犯責任が認められる場合、被告人は第一次的関与者が偽っているにすぎない犯罪の共犯とされるであろう。

フレッチャー教授は新たな選択肢を指摘している。その理論は、ドイツ刑法における違法性阻却と責任阻却との区別に由来する。その行為が違法性を阻却される (または行ったことが禁止されていなかった) が故に罪とはならない場合、いかなる悪行 (wrong) も実行されていない。しかし、責任が阻却される場合、被告人にのみ適用される理由で無罪であるけれども、悪行はなされた。第二次的関与者が共犯とされるのはこの悪行の遂行に対してである。つまり、第二次的関与者の責任は、第一次的関与者により行われた悪行から派生する (無辜の悪行理論と呼ぶ)。

共犯の責任が派生する正犯の行為の特性を特定するさいの困難さはすでに見た。正犯責任は、正犯がすでに無罪とされていた場合には何の根拠も与えない。また正犯が、個人的な免責事由、すなわち外交特権や罫の抗弁を有する場合にも、正犯責任は何の根拠も与えないであろう。したがって、犯罪のメンズ・レアとアクタス・レウスを意味し、正犯の有罪を妨げる手続上もしくは政策上の抗弁を排除するものとして、正犯行為の決定的な特徴を正犯の有罪と考えることが必要であった。無辜の悪行理論により提起された問題は、共犯責任を根拠付ける正犯の行為性のさらなる修正についての容認である。その特徴は、正犯の有罪としてではなく、むしろ行為の不法さとして記されるであろう。

無辜の悪行理論は、犯罪が代わりの立てられない行為を包含する、または被告人の属する身分者をその射程から排除するように規定される場合に、無辜の代理行為者理論の不十分さにより提起された問題を解決するであろう。同時に、それは共犯理論を構成するルールのネット・ワークを壊さない。というのは、共犯責任の派生性の理論を包含するからである。おそらく、無辜の悪行理論は正犯が免責されるあらゆる事例で無辜の行為者理論を冗長なものにする。

無辜の悪行理論に伴う主要な困難さはその概念的な受け入れがたさである。共犯が正犯の責任を共有すると述べることは全く率直である。そして、有罪に関連しない抗弁の故に正犯責任が立証され得ない場合、共犯は正犯の有罪を共有すると述べることは認められうる。たとえ正犯が外交特権や罫の抗弁を有する場合でさえ、正犯が実行した犯罪につき有罪であると容易に見なしうる。しかし、第一次的関与者に免責に役立つ抗弁がある場合、第一次的関与者が悪行を行ったというのはあまり得心のいくものではない。第一次的関与者は害悪を行ったかもしれない。しかしあらゆる害悪は悲しむべきものである一方で、必ずしも悪行の結果ではない。

この批判は、第一次的関与者が強制を根拠に免責される場合には幾分弱まる。強制の抗弁は、第一次的関与者が必要なメンズ・レアをもって禁止行為を行ったということを否定しない。免責させるのはその状況における第一次的関与者の自由意志の欠如である。たぶん同じ主張は、心神喪失により有罪とされない第一次的行為者に、少なくともメンズ・レアが否定されない場合には適用されるであろう。これらの事例では、無辜の悪行の概念はもっともらしい。

他方、被告人の免責事由が犯罪に必要なメンズ・レアの欠落にかかわる場合、無辜の悪行の概念はやっかいなことになる。この場合には、第一次的関与者は何も悪いことを行わなかったとの単純な理由で無罪となるかもしれない。安全ではないのにバスの車掌が運転手に安全であると合図し、結果として誰かが死亡する場合がある。車掌は危険を見過ごしたことに過失があるが、運転手は車掌を合理的に信頼して行為した場合、その車掌は運転手の過失運転により死を惹起したことにつき共犯として責任があるとされうるのか。車掌は運転手の違法であるが免責された行為を助長したが故に責任を見いだし得ると主張されている。運転が慎重で適切になされ車掌に対する正当な信頼によりバックする場合、どのように運転手は悪行を行ったと言われ得るのかは困難である。悪行を行ったところか、運転手は望まれていることを行ったのである。まさに十分に運転手の行為は降車する乗客の集団の中にバスを後退させると評価されうると述べる者もあるかもしれない。たとえそうだとしても、これは違法な行為ではなく、害悪を惹起した行為と表現される。というのは、害悪とは違って、不法は責任 (responsibility) を含意するからである。

同じ分析は *Cogan & Leak* 事件に用いられる。第一次的関与者が夫人と性交した際、実際に夫人は同意しなかったために、彼は害悪を与えた。しかし、彼は不法な行為を行ったのか。第一次的関与者は夫人が同意した

と誠実にしかし不合理に確信して夫人と性交した。しかし、その行為は軽率で不道徳なものであったかもしれないが、イギリス法においてはその行為は刑法上の違法行為ではなかった。この場合、彼は法がその遂行につき是認する以上のことをしたとは言い得ない。なお、彼が行ったことはイギリス刑法により禁止されていない。それ故に、無辜の悪行理論により要求された意味で不法な行為として、第一次的関与者の行為を評価するのを正当化することは困難である。

無辜の悪行概念はコモン・ローに親しむ人にはなじみがなく信じがたいように思えるかもしれない。それはドイツで一般的に受け入れられてきており、免責された正犯の行為を根拠に共犯責任を課してきたいくつかの英米の判決の理由付けはまさにそのような理論を述べる契機と解釈されうる。最終的に、この理論は、欠点を伴うとしても、裁判所が制定法の変更なしになしうる、責任を正当化するための最良な理論上の動きであると思われる。被告人に責任を課することを支持する最後の理論的根拠がある。これらの事例の全ては、免責事由を欠いていたならば犯罪となるであろうことを免責された者に実行させる状況を示唆する。無辜の代理行為者理論は、教唆者が正犯として扱われるのを肯定するために用いられるが、しかし、これらの特別な犯罪が規定される方法のゆえに、教唆者は正犯とはされ得ない。単純な解決法は、免責された者に犯罪のアクタス・レウスを実行させることを犯罪と規定することである（行為惹起の責任論）。無辜の者に禁止されたアクタス・レウスを実行させることは、被告人がこれらの事例において行ったことの正確な叙述である。そして、責任をこの根拠に依拠させることは、既存の理論が直面する困難を回避するであろう。というのは、責任は、被告人自身が禁止された行為を遂行したことまたは正犯の有罪のどちらにも依拠しないからである。しかし、少なくとも技術的には新たな犯罪を作り出すことになるために、裁判所が責任をこの根拠に適切に依拠させうるかはなお疑わしい。これは、なぜそう

なるかにつき明らかにするものも有益であろう。

行為惹起の分析は単純に無辜の代理行為者理論の拡張ではない。行為惹起は責任の区別可能な根拠に依拠する。挙動犯はある一定の行為を禁止する。結果犯のように、挙動犯は何らかの行為により、規定された結果を単に惹起することを禁止するものではない。そして、挙動犯は一定の制定法上の犯罪を除き、他者に禁止された行為を行わせしめることを禁止しない。その場合、無辜の者にそのような行為を実行するよう影響または援助を与え非難しうる者の訴追がいかに首尾よくいくのか。共犯によるのではない。というのは、第一次的関与者が無辜であるならば、非難しうる第二次的関与者が共有する有罪性がないからである。とにかく、第二次的関与者は自身自身でその行為を実行したと判断される必要がある。これは無辜の代理行為者の分析が意図することである。第二次的関与者は、非難しうる目的で禁止された行為を実行するために無辜の者を意図的に利用するのであるから、あたかも道具の使用により行為を遂行したかのように、自分自身の行為としてそれらの行為を描写することは是認されうる。したがって、規定された犯罪の条件は充足される。

行為惹起の分析は顕著に異なる。行為惹起は、他者の無辜の行為を通じた被告人自身の行為遂行に被告人の責任を根拠づけるのではない。これまで検討してきた判例では、行為は代わりの立てられないものであり、また被告人は行為を実行することを禁止された身分者ではないという理由は働かない。被告人の責任は、単純に被告人が無辜の者の行為を惹起したという事実を根拠とする。しかし、これは明細に記された行為という観点で規定された犯罪につき被告人に責任があると十分に十分ではないであろう。他者にそれらの行為を実行させることを包含するようにそれらの犯罪を再定義する必要があるであろう。そうすることで、伝統的な無辜の代理行為者の分析を余計なものにするであろう。というのは、被告人に責任を問うために無辜の者の行為を被告人に帰する必

要はもはやないからである。アメリカ合衆国では、この問題はこのような条文規定を設けて解決している。合衆国法典第一八章第二条(b)項や模範刑法典一・〇六条二項(a)号がその例である。

B. 部分的に非難可能な行為 (Partly Culpable Actions)

部分的に非難可能な正犯は、全くの無辜の正犯と共犯性原理につき同じ問題を提起する。すなわち、共犯の非難可能性は正犯から派生するが故に、共犯の非難可能性の限界は正犯の非難可能性によって決定されるのである。したがって、正犯が有罪でなければ、第二次的関与者は共犯として責任があるとされ得ないし、正犯がある犯罪につき非難できるとしても、共犯はそれより重い犯罪につき非難されえない。

一つの事例として Othello 事例がある。Iago は、Desdemona が不誠実であったということ Othello に誤信させ、またさもなければ嫉妬や復讐を炊きつかせることよって Desdemona を殺害しよう意図的に Othello に影響を与えた。Othello は殺人罪 (homicide)、その状況からするとおそらく故殺罪 (manslaughter) で有罪となるであろう。ところが、Iago はより重大な非難可能性をもって行為した。というのは、Iago は冷血にその殺害を企図したからである。Iago は謀殺罪 (murder) となりうるのか。その答えは、標準的な共犯理論ではそうならないと思われる。ホーキンス教授は、共犯の犯罪が正犯よりも重くはならないと結論づけた。「他者の有罪の相伴者としてのみ処罰される者が、その他者より重い犯罪で有罪とされることは不適切で不合理である」と。

不合理であろうことは、Othello が嫉妬の嵐により我を忘れたから、せいぜい故殺罪で Iago を有罪とすることである。そのディレンマは、コモン・ローのルールにより、第二次的関与者が正犯の犯行時に援助または助長を与えるように現場にいた状況では回避され得る。この状況において第二次的関与者は共犯というより第二級正犯



となるであろうし、第二次的関与者の責任は派生的ではなく直接的なものになる。その区別は、近時のイギリスの判例で再び肯定されつつ、例外と見なされている。というのは、これらの状況における共犯性原理の困難さがどうであれ、どこで幫助が与えられたかによる区別によつて重く処罰するだけであるからである。

これらの理論上の拘束にもかかわらず、後の判例は時折、正犯よりも共犯に重い責任を課してきた。これらの判例は、共犯が正犯よりも重い殺人の罪である点で、Othello事件と類似する。ところが、その主張は共犯性原理に照らしてその結論をほとんど正当化することにならないし、さらには、共犯性原理が守られるかどうかについての課題を我々に残すことになる。

関与者の責任は各人の非難可能性により判断され、正犯のアクタス・レウスが第二次的関与者に帰属されその責任を確定するために第二次的関与者のメンズ・レアとともに考慮されると理由付けたい気になるが、この論理の欠陥は、すでに見てきたように、共犯性原理が正犯行為を第二次的関与者に帰することにつき何の正当性も付与しないということである。とすると当然に、無辜の代理行為者理論へと向かう。

ところが、問題は、Othello事例に無辜の代理行為者理論を適用しうるかということである。Othelloは無辜の行為者ではなく非難しうる行為者である。無辜の代理行為者理論を適用しうるとの主張は、結局OthelloはIagoの道具であり、Othelloは犯罪を実行するように策を弄されたにすぎないということである。演劇における事実に基づくと、虚偽や偽りの陳述により、IagoはOthelloに事実と全く異なる状況を信じさせるように導いたことは容易に明らかとなる。偽りの陳述が彼女の処刑を命ずるようにOthelloを導く「Destemonaは反逆罪を実行した」というものであった場合、Othelloはたぶん無辜であろう。その場合に、Iagoは無辜の代理行為者理論により明らかに謀殺罪とされる。Othelloは虚偽に基づき行為していたが故にOthelloの行為は全く自発的な

ものではなかったし、意図的に誘引するうえで、Iagoは殺害を惹起したとされうる。Iagoの虚偽はOthelloを無罪にするというより、むしろその有罪を酌量するただけに有用であったということは重要ではないであろう。

この結論の常識さは十分に明確である。しかし、Othelloが自分の妻を意図的に殺害する際、非難可能で答責的に行為していたという概念的な困難さはそのままである。確かに、IagoがOthelloに行わせたかったことを行わせるようにし向け、OthelloをIagoの道具として言及することには何らかの修辭的な効果はある。しかし、Othelloは答責性のある行為を遂行したから、無辜の代理行為者理論に基づきOthelloの行為は（もまた）Iagoの行為であると同時に述べるのは合わない。ウィリアムズ教授はその状況を表現するために準無辜の代理行為者という語句を作り出し、第一次的関与者は第二次的関与者の責任の一部につき無辜の代理行為者として見なされるべきであると主張する。ところが、準無辜の代理行為者や部分的な組み合わせとしての責任という考えは概念的な謎を加えているだけに思える。

たぶんこれらの事例において明らかに健全な結論に至るためのよりよい理論的な説明は、第二次的関与者が被害者の死を惹起すると単純に評価することである。ハートとオノレが示したように、介入する行為者の行為が完全に自発的ではない場合に、最終的な結果に介入する行為者を通じて因果性を遡って問うことは因果性原理と合致する。第一次的関与者により惹起された結果につき第二次的関与者に責任があるとするためにこの概念を適用する判例は、通常、第二次的関与者が正犯の行為を意図しなかった場合である。その分析は、正犯の行為が完全に自発的ではない限り、第二次的関与者が正犯の行為を意図していた場合にまさに適切であるように思えるであろう。Othelloの例がまさにこれである。Othelloの行為が免責されないということは、この分析に対する障害ではない。介入行為は、介入する行為者を通じて因果性を辿って問うことを許容するために、完全な自発性に至ら

ないものである必要があるが、完全に免責されるほど自発性がないものである必要はない。もちろん、いったん Iago が Desdemona の死を惹起したと立証されれば、Iago の犯罪性は Iago の行為に伴う非難可能性により判断されるといふことになる。

第二次的関与者のより重い責任は、第二次的関与者が自分の道具として第一次的関与者を利用することにより第二次的関与者が惹起したとすることから、第一次的関与者の行為性は完全な意味で自発的ではない場合にのみ是認されうることになる。この限界は Regina v. Richards 事件判決で示される。Richards 夫人は自分の夫をひどく殴るために二人の男性を雇った。しかし、その男性らは軽微な暴行を加えることを選んだ。陪審員はその男性らを単純傷害罪 (unlawful wounding) で有罪とした。しかし彼女は、重大な身体上の侵害を惹起する意図をもった傷害罪 (wounding with intent to cause grievous bodily harm) で有罪とされた。控訴裁判所は、教唆者としての彼女の罪責は正犯よりも重いとされ得ないとの立場から、彼女を単純傷害罪とした。この判決は批判されてきたし、第二次的行為者が存在したか否かの区別に依拠した限りにおいて、その批判は十分に理解される。しかし本判決は、彼女がその男性らの行為を惹起しなかったとの根拠から支持されうるように思われる。

Richards 事件判決の批判者らは別の見解をとった。スミス教授とホーガン教授は、E に単に不安を取り除く吐剤であると告げ、被害者に施すよう E に毒を与える D の場合との類似性をあげる。「D が E に対しその毒は被害者が必要とする薬であると述べた場合、D は疑いなく謀殺罪で有罪となるであろうし、また D が E にその毒は吐剤であると告げ、そして E の行為は意図的な暴行であったが故に、E を故殺罪で有罪とすることであろうという事は重要ではない。真の原則は、正犯がアクタス・レウスを惹起した場合に第二次的関与者の各々の責任はそれぞれのメンズ・レアで評価されるべきということである」。

Dは謀殺罪で有罪であるとする彼らの結論は正しい。しかし、彼らがその結論を肯定するために示す一般理論は疑わしいものである。第一次的関与者がアクタス・レウスを惹起した場合、第二次的関与者の責任は、自分自身のメンズ・レアで評価されるということは真の原理ではない。これは、第二次的関与者が第一次的関与者の行為を惹き起したと言われ、それ故に派生的責任理論に依拠しない（共犯性原理とは異なる）因果性原理を適用する場合に妥当する。スマス教授とホーガン教授の仮設事例では、DはEを自分の無知の道具として利用したが故に、これが当てはまる。しかし、Richards事件には当てはまらない。彼女は彼女が雇った男性らに事実を曲げて指示をしなかった。彼らは彼女の道具ではなく、自由に行為を選択したのである。したがって、そのような行為は彼女に帰され得ない。彼女は彼らの行為を惹起しなかったことから、無辜の代理行為者理論は不適切である。

Richards夫人は、重大な傷害を行う意図のある暴行につき責任があるとされるべきか否かは、さらなる問題である。確かに、男性らの非難可能性は彼女の非難可能性とは無関係であるとの主張がきわめて有力である。しかしこれは行き過ぎである。男性らが何ら暴行を実行せず代わりに警察に行つた場合、彼女が、加重暴行罪はもちろんのこと、いかなる暴行罪についての責任も問われないことは明らかである。しかしながら、男性らが命じられたように実行するかあるいは警察に行くかどうかまた、彼女の非難可能性とは無関係である。ポイントは、彼女の意図がどんなに非難可能であっても、彼女は生じなかつた暴行について非難され得ないということである。同じ反論は、実際に暴行が生じた（そしてRichards夫人はその暴行につき責任があつた）が、加重暴行は生じなかつた場合にもあてはまる。加重暴行罪を遂行することは重大な身体上の害悪を生じさせることを意図していなかつたが故に生じなかつた。彼女は、加重暴行罪についてではなく、加重暴行罪の教唆につき責任を問われるのが適切である。

この判決の批判者も、偽りの正犯が単にふりをしていた事例においてこの理由付けが適切であると認める。第二次的関与者は、例えば正犯を押しして欄間窓を通らせることにより住居侵入窃盗罪を実行する正犯を援助しようとするにつき非難されうる。しかし、正犯が重罪遂行の意図なく、ただ第二次的関与者をわなにかけるような行為をしているとすれば、第二次的関与者は重罪の共犯とされ得ない。これは、偽りの正犯は住居侵入窃盗罪を実行しなかったし、その全く任意の行為が勘違いしている幫助者に帰属され得ないためである。同じ理由で、Richards 夫人に加重暴行罪の責任を問えない。つまり、雇われた男性らは加重暴行を実行しなかったのである。唯一の違いは、雇われた男性らが彼女を毘にかけるためになされたとの証拠がないということである。しかし、そのような証拠があるならば事案が別のものとなると説得的に主張しうるのか。なぜ第一次的関与者の最終的な動機が異なる結果を要求するべきなのかを理解することは困難である。決定的なのは行為に関する行為者のメンズ・レアである。

最後の課題は、同じ目的に至る別の理論構成があるか否かである。すぐに思いつくのは、何らの犯罪でも有罪とされない「免責された」第一次的関与者により実行された「不法」に共犯責任を根拠づけることもっともらしいのであれば、部分的に非難可能性のある第一次的関与者の不法を共犯責任の根拠とすることも同じくもっともらしいという論理である。したがって、Othello の仮定事例で、謀殺罪についての Iago の責任は、共犯に課されたものは Othello が遂行した法的な不法であるとの見解に基づき正当化されるであろう。Othello は謀殺罪でなく故殺罪を実行した。しかし、共犯責任の根拠は、正犯が有罪とされる罪ではなく、違法な Desdemona 殺害という正犯が実行した法的な不法である。Iago の責任の派生性がこのように尊重されるとしても、彼のメンズ・レアに照らして、その不法を共有することについての実際の法的な責任を評価することが可能なのである。

この分析によれば Richards 事件はどのように処理されるであろうか。 Richards 夫人に加重暴行罪の共犯として責任があると判断できるのであろうか。雇われた男性らは彼女の夫に対し通常の暴行という法的な不法を實行したことは明らかである。これは、夫が過剰に殴られるであろうとの彼女の意図によりその有罪が判断されるのを許容するのに十分であろう。他方、彼らが加重暴行罪の不法を行ったが免責事由により無罪であると言うことを正しくない。むしろ、彼らは規定されたとおりに犯罪を遂行しなかったが故に、特に彼らは重大な傷害を負わせる意図をもって暴行しなかったが故に、加重暴行罪につき無罪であると言うのが通常である。この見解によれば、「無辜の悪行理論」は加重暴行罪につき Richards 夫人の責任を支持しないであろう。