

アメリカ共犯理論の諸相

——派生的責任をその視座として——

坂 本 学 史

- 一 はじめに
- 二 共犯法の歴史的変遷
- 三 アメリカ模範刑法典一・〇六条の解釈
- 四 共犯理論の展開
- 五 現代共犯理論の諸相
- 六 むすびにかえて

一 はじめに

本稿の目的はアメリカにおける共犯理論⁽¹⁾に関する議論の整理にある。⁽²⁾わが国では従来、アメリカ共犯理論はもとより、アメリカ刑法理論についてほとんど議論されてこなかったと言っても過言ではない。もちろん、わが国

では刑事手続上の制度などを中心に、基本的な問題や刑事規制のあり方などをアメリカから導入することで、多大な影響を受けてきたのは事実である。しかし、体系論においてはアメリカ刑法の影響は受けてこなかったのもまた事実である。その理由は、言うまでもなく、わが国の刑法学がドイツの影響を受け、今日まで至っていることから明らかであろう。その洗練されたドイツ刑法理論を吸収してきたわが国にとって、なお発展途上段階にあるアメリカ刑法理論からは学ぶべきものがないということなのかもしれない。⁽³⁾

たとえば、アメリカ模範刑法典の法典化作業が開始されたのは一九五三年のことである。⁽⁴⁾この点から見ても、確かにアメリカ刑法はわが国よりも数段の遅れをとっていると言わざるをえない。しかしながら、そうではないことは容易に理解しうる。わが国では近代化の要請の一環として、十分な事実研究がなされなまま大陸法モデルに法典化され、その理論が吸収されてきた。いわば、いいとこ取りであったとも言えるであろう。しかしながら、アメリカは、大陸法と同様に、コモン・ロー時代からの膨大な事実研究を基礎にその法典化作業が行われた。この点が、わが国とアメリカにおける大きな違いであろうし、その意味では、わが国よりも数段先を行っているとも言えるのである。

その一方で、このアメリカにおける法典化作業は、わが国と同様に、大陸法の影響を多大に受け進められた。⁽⁵⁾つまり、コモン・ローより蓄積されてきた事実研究が、アメリカへの亡命者らの手によって、より高度に進展したのである。その意味では、この模範刑法典の編纂作業は（部分的にせよ）ドイツ刑法の「実験場」であったのかもしれない。

このような歴史観は別にしたとしても、アメリカもまた、わが国と同様に大陸刑法学の影響を受けていたのである。したがって、伝統的なコモン・ローと大陸法とが融合し、現在に至るアメリカ刑法理論を対象とすること

は、わが国の刑法学の今後を占う意味でも重要となるであろうし、また分析的な観点からも、事実研究が十分になされていないわが国にとって、アメリカ刑法は検討に値するものであると思われる。

そこで本稿は、その足がかりとして、「体系論の縮図」として位置づけられるであろう共犯理論に焦点を当てることにした。⁽⁶⁾ わが国において、アメリカ共犯理論に関する記述は「その中には、行為の態様に限定はあるが、いずれも同じく正犯として処罰するものである。アメリカの模範刑法典も、ほぼこれと同じである」とか「教唆犯と帮助犯とあわせて規定する立法例、さらに、すべての共犯形式の間に区別を認めずこれをあわせて規定する立法例もある。ちなみに、英米法ではまったく別の見地から考えられている」、⁽⁸⁾あるいは「アメリカにおける共犯論も、もともと、コモン・ローのうゑに築かれたものであることからいってイギリスにおける共犯論とそれ程の本質的差異のあるわけではない」⁽⁹⁾にとどまるものであり、これまで十分に研究されてきたとは言えないであろう。したがって、アメリカ共犯理論を詳細に分析する前に、その体系上のアウトラインを構築することが必要である。この構築こそが本稿の目指すところであり、またそれにより、アメリカ共犯理論を正確に理解することで、わが国との違いを明確にすることもその射程にある。

本稿では、まず次章および第三章において、アメリカにおける共犯法の歴史と模範刑法典における共犯法を扱っている、アメリカにおいて歴史的にあるいは条文中、共犯がどのように扱われ定義されてきたか検討する。ここでは、コモン・ローと模範刑法典における共犯法の違いを示すことで、アメリカ共犯法（模範刑法典）における共犯の定義を確認する。また、第四章からは、このような共犯法を受けて、実際に共犯理論はどのような変化を辿ってきたかを示すために、模範刑法典成立以前の共犯理論の歴史を概観した後、模範刑法典成立以後の代表的な共犯理論を年代順に紹介することにする。そして、第五章では、前章で紹介した共犯理論を「派生的責任」を用い

て整理することで、アメリカにおける共犯理論の全容を把握することにする。

- (1) 本稿で用いる「共犯」とは、わが国で言う「狭義の共犯」のことである。
- (2) アングロ・アメリカン法域における刑法理論を分析・検討する論文は枚挙の暇がないが、共犯理論に関する代表的な文献として、草野豹一郎「刑事法学の諸問題(1)」(一九五二)二二四頁以下、中義勝「英米共犯論」関西大学法学論集五卷四号(一九五六)二四頁以下、長島敦「アメリカにおける共犯論——模範刑法典を中心にして——」(斉藤選集「現代の共犯理論」)(一九六四)四六九頁、西村克彦「イギリスにおける共犯論」(同上)四四一頁、吉田常次郎「英米法における正犯と共犯」比較法五号(一九六七)一頁以下、武田紀夫「英国判例より観たる共犯者の類型」東北学院大学法学政治学研究所紀要創刊号(一九九三)三頁以下、木村光江「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三五卷二号(一九九四)六七頁以下、十河太郎「イギリスにおける『共犯と身分』に関する一考察」同志社法学二四六号(一九九六)二二八頁以下、設楽裕文「イギリスを中心として観た共同正犯と正犯——組織犯罪対策の観点から——」(一)、(二)、(三)「日本法学六八巻二号、三号・六九巻一号(二〇〇三、二〇〇四)一三九頁以下などが挙げられる。
- (3) 西村・前掲注(2)四四三頁・冒頭から「イギリスにおける共犯論を考察するのに何らかの理論体系を手がかりとするのは、はじめから無理なようである。元来コモン・ローの伝統そのものがプラクティカルなものであり、そのもとの犯罪関与形式が、たえず実際上の必要性から改訂されている。そこには共犯学説もなければ、特筆すべき論争も見あたらず、ただ、おびただしい判例のうえに、包括的でない制定法が堆積していると言ってよかろう」としていることから、アングロ・アメリカン法域における共犯法に対する関心の低さを伺うことができる。
- (4) American Law Institute, Comment to MPC, FOREWORD
- (5) G. O. Winchur (村井敏邦・斉藤豊治訳)「アメリカ刑法学史——犯罪、法および学者たち」(一九九二)一七

(6) もっとも、本来的な問題関心は別のところにある。いわゆる、「過失による狭義の共犯」の問題である。この「過失による共犯」につき、わが国では一般的に、行為共同説と犯罪共同説との対立軸によって展開されてきた。しかしながら、行為共同説の側からも過失による共犯の成立を否定する立場が出てきたことから、現在においてその対立軸は、共犯の故意の内容へと移行してきたと評価されるであろう。この点からも明らかのように、この「過失による共犯」を扱うことの第一義的な意味は、共犯の主観的要件を分析的な観点から検討することにあると考える。そこでは、従来、わが国ではあまり意識されてこなかった「共犯の二段階的故意」が問題となろう。すなわち、分析的な観点からすれば、共犯は基本犯罪に対する故意をもつと同時に、自己の共犯行為に対する故意ももつはずである。どのような犯罪を幫助または教唆するのかわかると同時に、どのようにしてその犯罪を幫助または教唆するのかわかるといふ問題は別の問題であろう。共犯も犯罪である以上、原則として「構成要件に該当し、違法で有責である」との定義に合致する必要があるし、そうであるならば、その判断において基本犯罪に対する故意と同時に、共犯者自身の行為（幫助・教唆行為）に対する故意についても評価されるべきである。

また、その意味では、この「過失による共犯」を扱うことは派生的に体系論にも影響することになる。わが国の刑法三八条一項では「故意」を原則とするが故に、「過失」はその例外として位置づけられる。また、正犯概念において直接実行を原則とする限縮的正犯概念を基底とするならば、「正犯」が原則となるのであるから、「共犯」はその例外となる。したがって、体系的に見れば、「過失による共犯」は「例外的例外」として位置づけられることになる。たしかに、このような「例外的例外」を扱うことの意義はそれほどないかもしれない。あくまでも「例外的例外」としての存在でしかないからである。しかしながら、統一的な理論体系を目指すのであるならば、このような「例外的例外」においても妥当する体系的説明が要求されるべきである。通常、過失に惹起した結果に対し責任が問われることは正しいとするのに、過失に幫助・教唆することで正犯を通じて同じ結果を惹起した場合、その責任を問

われないことになるのはなぜなのであろうか。

(7) 平野龍一「刑法(総論) II」(一九七五)三四一頁

(8) 団藤重光「刑法綱要総論(第三版)」(一九九〇)三七二頁

(9) 長島・前掲注(2) 四七一頁・確かに、コモン・ローという共通基盤からすればその根本原理は同じであるかもしれないが、アメリカは制定法の国である。したがって、今日において両国を対等に扱うことには問題があると考えられる。もともと、アメリカにおいては各州によりその規定が異なるため、そのすべてを見ることが困難であるということは、今日においてもさほど変わりはないであろう。だからと言って、各州制定法解釈ならびにそこから派生的に生じる膨大な数の判例を精査することを放棄する必要もないであろうし、わが国の刑法理論の進展にとつては重要なことであると思われる。

二 共犯法の歴史の変遷

模範刑法典を含めた現在の共犯法の歴史的背景として、はじめにコモン・ローにおいて共犯者がどのように扱われていたのか示す必要がある。本来的に、コモン・ローでは重罪犯につき正犯(principals)と共犯(accessories)に類型化することであらゆるその関与者らを区別していた。ここでは、実際の実行行為者が正犯であり、他の有責な関与者を共犯としていたのである。もともと、初期コモン・ローでは、この共犯につき(1)事前共犯(accessory before the fact)(2)現場共犯(accessories at the fact)(3)事後共犯(accessory after the fact)の三類型に区分していたが、近代コモン・ローは(2)現場共犯を正犯に組み入れ、実際の実行行為者と区別するために第二級正犯(principal in the second degree)として位置づけた。⁽¹⁾したがって、近代コモン

・ローにおいては、重罪事例で二種類の正犯と二種類の共犯が存在していたことになる。いわゆる(1)第一級正犯 (principal in the first degree) (2) 第二級正犯 (3) 事前共犯 (4) 事後共犯がそれぞれである。⁽²⁾

1 第一級正犯

まず、第一級正犯とは、単純に、犯罪行為者 (perpetrator)、すなわち、要求された内心状態をもって、犯罪結果を惹起する内心状態とともに作為または不作為に取り組む者である。⁽³⁾

したがって、犯罪を遂行するために介入者を利用する者は、原則、第一級正犯として位置づけられないはずである。しかしながら、コモン・ローでは、介入者が子供や精神障害者である場合、または、被告人が騙したあるいは事実を知らせなかったが故に犯罪意図のない介入者に犯罪を行わせる場合のように「無辜の代行者 (innocent-agent)」または「責任なき代行者 (irresponsible-agent)」を利用することで犯罪が完遂される場合には、介入者を単なる「道具 (instrument)」と見なし、その犯罪をまさに企図した関与者を第一級正犯としてきた。⁽⁴⁾つまり、正犯は「無辜の者」または「責任のない者」の作為または不作為に対しても責任があり、正犯の責任はこれらの者の行為や正犯自身の内心状態を根拠に判断されることになる。たとえば、Bの死を生じさせる意図があるAが、子供であるCに対しBを殺すように仕向ける場合、AはBを殺害する意図のある謀殺罪で有罪となるし、逆に、欺罔による財産領得は実際に詐欺をする意図を要求するのであるから、Aは、Cに対しBに虚偽の告知をするよう不注意に仕向けさせることでは詐欺罪を遂行しえないことになる。⁽⁵⁾

また、複数の関与者が実際の犯罪遂行に関与する場合には、第一級正犯が複数存在することになる。たとえば、ある者が被害者を殴り、もう一方が被害者に向けて拳銃を発砲する場合、両者は謀殺罪の第一級正犯となりうる

し、二人の者が同一の証明書の別々の部分を偽造する場合、両者はその証明書の偽造において第一級正犯となりうる。⁽⁶⁾

他方で、第一級正犯は、犯罪遂行の際の現場での存在をその要件としている。しかし、これは文字通りに存在することを要求しない。たとえば、残されたまたは導いた何らかの手段が犯罪結果を惹起したとすれば、正犯は、擬制的 (constructive) な存在であれば足りるとされている。したがって、ある者が殺害する目的で、後に毒を飲むことになる者のそばにその毒を置く場合や不在の間に自分の代わりに「無辜の代行者」に行為させる者は、第一級正犯となるということになる。⁽⁷⁾

2 第二級正犯

次に、第二級正犯は、第一級正犯を犯罪遂行において援助 (aid)・助言 (counsel)・命令 (command) または促進 (encourage) する者であり、かつ、正犯である以上、犯罪遂行の際にその現場に存在する者であると定義される。もちろん、この存在要件は第一級正犯と同様に、擬制的な存在によっても足りる。たとえば、物理的にはその犯罪現場にはいないが、その犯罪遂行時に離れた場所から第一級正犯を援助する場合には、擬制的な存在とされる。⁽⁸⁾したがって、正犯を見守り、離れたところから第一級正犯に対し、対象者(被害者)が向かっている⁽⁸⁾と合図し、必要があれば正犯を援助するために準備するとすれば、その者は擬制的な存在であると判断される。以上のことから、第二級正犯の存在要件は、犯罪現場への物理的な近接性は必要ではない一方で、必要があれば援助するような存在であることを要求するもの⁽⁹⁾と言える。

また、第二級正犯の行為は「共犯行為 (aiding and abetting)」⁽¹⁰⁾として記述されてきた。ハンプトンの「abet」とい

う言葉は、「aid」という言葉が行為（アクタス・レウス）のみを意味するのに対し、メンズ・レアを兼ね備えた援助行為をも含意することになる。したがって、この言葉は、刑法一般で妥当するのと同様に、要求された「行為（アクタス・レウス）」とそれに付随する「メンズ・レア」が両方ある場合にのみ、第二級正犯として有罪宣告されうるということの意味することになる。⁽¹¹⁾

3 事前共犯

その一方で、事前共犯は他者に重罪を遂行するよう命令、助言、促進などの共犯行為をする者であり、かつ、その犯罪遂行の際に現場にいない者であると定義される。⁽¹²⁾したがって、事前共犯と第二級正犯との第一義的な區別はその存在要件にあることが分かるであろう。自己の関与のために、実際にまたは擬制的に犯罪現場に存在すれば第二級正犯となり、擬制的にも存在しなければ事前共犯と判断されるのである。それ故に、正犯を援助するために犯罪現場に現れることで、事前の助言行為を通じて生じた結果につき、事前共犯になる可能性があるのはもちろんのこと、第二級正犯にもなる可能性が残されていることになる。⁽¹³⁾

また、援助行為や助言行為には、その犯罪の惹起行為、促進行為または援助行為によってその犯罪と何らかの関係があったとしても、犯罪遂行から時間的にかなり隔たる場合がある。しかし、特定の実質的な援助で寄与する場合、その犯罪で利用されなくとも、なお共犯として判断されてきた。⁽¹⁴⁾換言すれば、犯罪遂行の日時も重要ではなくなるということであろう。ここでは、何らかの犯罪結果がある日時に生じることになるが、実際にはその後には生じる犯罪を援助しようと意図する可能性もあることから、そのような者はなお事前共犯と判断されたのである。したがって、援助「性」は重要ではなく、介入者を通じて犯罪結果が実際に生じることが必要となる。⁽¹⁵⁾

さらに、事前共犯は本来的な犯罪の計画者である場合もあろう。しかし、その事実はその要件ではないとされていた。したがって、他者による犯罪遂行に対し援助を与えるために協力を受け、実際にその援助が与えられれば、援助者は事前共犯となるのであって、本来的な計画者であったとしても、実際に援助行為しなければ、事前共犯にはなりえないのである。⁽¹⁶⁾

4 刑事手続上のルール

最後に、刑事手続上のルールとして、コモン・ローには、共犯が審理される前に正犯がはじめに（もしくは少なくとも同時に）有罪宣告される必要があるとのルールがあった。⁽¹⁷⁾ ここでは、第二級正犯ではなく、共犯に適用されるこのルールは、正犯に対する有罪宣告を要求するのである。これは、ある犯罪が数人の者らによって遂行されたものであったとの証明を要求するのではなく、ただ、共犯は正犯が特定され逮捕されない限り、あるいは正犯が逃走または死亡していたとすれば、審理されないことを意味する。したがって、いかに共犯の有罪性が高度であったとしても、正犯が無罪となり、そうならなくとも正犯の有罪性の証明が不十分であれば、このルールが適用され、共犯は審理されないことになる。⁽¹⁸⁾

(1) Rollin M. Parkins, *Parties to Crime*, 89 U. Pa. L. Rev. 581-582. (1941)

(2) Wayne R. LaFare, 2 SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW, § 13:1(a)-(c), 327-331. (2d ed. 2003); の四類型による区別は「重罪」事例で用いられるが、「軽罪」事例では「事後共犯」を除く三類型を用いた。また「反逆罪」でもこの区別は用いられなかった。「反逆罪」においてはすべての関与者が正犯として扱われていたからである (See Blackstone, *infra* note 7, at 35-36)。なお「事後共犯」は「コモン・ローにおいて犯罪後の共犯行為 (aiding and

- abetting)として定義され、正犯や事前共犯と同様に扱われていたが、現行法においては「犯人隠匿罪」や「逃走援助罪」あるいは「証拠隠滅罪」などの別個独立犯罪として扱われていることからその射程を越えるため、本稿では特に取り上げないこととする。
- (3) Parkins, *supra* note 1, at 594.
- (4) LaFave, *supra* note 2, at 327-328.
- (5) *Id.*: MPC § 2.06 (2) (a)
- (6) *Id.* at 328-329.; ただし、複数の第一級正犯が存在しう一方、少なくとも生じた罪につき一人の第一級正犯が常に存在する必要がある。
- (7) *Id.* at 329.
- (8) Blackstone, 4 COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 34 (1765): 第二級正犯も「正犯」に類型化される以上、当然にその要件は第一級正犯と同じになる。ただその量刑が異なっていただけである (See, Parkins, *supra* note 1, at 596.)。
- (9) LaFave, *supra* note 2, at 329.
- (10) Parkins, *supra* note 1, at 583-584.: この「aiding and abetting」には特別な意味はない。あくまでも、共犯行為を表す形式的な意味しかないのである。もちろん個別にはここで記したように意味はある。しかし、あくまでも形式的な意味しか持たないことに注意を払う必要がある。その意味では、わが国の刑法典で用いられている「幫助・教唆」に当てはまるのかもしれない。わが国の「幫助・教唆」にもさまざまな態様があるはずである。つまり、どのように幫助・教唆したのかという態様は限りなくあるはずである。そのより具体的な態様を示すのが、アメリカ刑法典で言うところの「aiding」や「abetting」や「counseling」あるいは「commanding」ということになる。したがって、わが国の刑法典に比べ、アメリカ各州における制定法の方がその態様につきより詳細に規定されているということになる

し、その意味では、わが国の「教唆・幫助」と完全に一致するというわけでもないのである。

(11) LaFave, *supra* note 2, at 330.

(12) Parkins, *supra* note 1, at 602.; 共犯行為を要求することは第二級正犯と同じである。

(13) LaFave, *supra* note 2, at 330.

(14) Blackstone, *supra* note 7, at 37.

(15) LaFave, *supra* note 2, at 330-331.

(16) *Id.* at 331.

(17) ここまで見てきたように、コモン・ローでは、実体法上では厳格に正犯と共犯を区別していたが、手続法では、

共犯を正犯として扱っていた。この点は現行刑事手続法と異ならない。(See, Joshua Dressler, UNDERSTANDING

CRIMINAL LAW, 465-467 (3d ed. 2001))

(18) したがって、正犯が逮捕されない限り、あるいは正犯が逃走または死亡した場合には、結果として共犯は審理されえないということになる。

三 アメリカ模範刑法典二・〇六条の解釈

このように、コモン・ローは、重罪の全関与者を第一級・第二級正犯あるいは事前・事後共犯のいずれかに区別し、そしてそこでは、訴訟法上のルールに基づき、共犯は正犯が有罪宣告されない限り有罪宣告を受けることがなかった。したがって、問題は特に、現場共犯として位置づけられる第二級正犯と事前共犯との間で生じることになる。というのは、実質的に同じものとして理解しうる「第二級正犯」と「事前共犯」は、現場に存在したか否かで、その扱いが大きく異なる可能性があるからである。⁽¹⁾繰り返すが、事前共犯に対する制限は第二級正

犯には適用されなかったのである。したがって、コモン・ローのルールに従えば、たとえ実際に犯罪を遂行した者がなお審理されなかったとしても、第二級正犯は審理され有罪宣告されうるのであり、第一級正犯が無罪となつても有罪宣告されうるということになる。⁽²⁾

そこで各州は、1940年代を中心にコモン・ローにおける正犯と共犯との区別を排除する立法によって解決をはかった。⁽³⁾ 当時、ほとんどの州は、そのような犯罪者全てを正犯として扱うことで、またそれとは別に、従来、事前共犯とされてきた人々を正犯として訴追・審理・処罰しようと規定することで正犯と共犯との区別を排除した。⁽⁴⁾ また、六つの州は、正犯または正犯の有罪宣告後のどちらかで、あるいはイギリス・モデルに従い、⁽⁵⁾ 正犯が有罪宣告されたまたは司法に服するべきかどうかにかかわらず、正犯の犯罪として処罰される実質的な重罪犯に対する訴追をもつて事前共犯に対する訴追を許容することを立法した。⁽⁶⁾ その一方で、コモン・ローの区別またはコモン・ローに近い区別は、正犯の先の有罪宣告は事前従犯に対する訴追の前提条件ではないと明確に規定しない州でのみ維持されていたようである。⁽⁷⁾

以上のことから、多くの州が用いた正犯と共犯の区別に関する問題へのアプローチは、コモン・ローの区別を排除し、単純に、犯罪遂行において共犯と見なされれば、正犯の行為に対し法律上責任があるとしていたと評価してもかまわないであろう。結果的に、このアプローチは模範刑法典が用いたアプローチと合致することにもなるのである。⁽⁸⁾

1 模範刑法典原案二・〇四条と模範刑法典二・〇六条⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾

アメリカ法律家協会がはじめて模範刑法典起草会議を行ったのは一九五三年五月のことである。その中で共犯

規定はその第一回会議から議題に上り、そこでは形式的に二・〇四条を共犯規定として議論された。そして二年後の一九五五年五月の第四回起草会議でその共犯規定は二・〇六条とされ、第一回会議から九年後の一九六二年五月の会議で承認され、正式に起草された。⁽¹¹⁾一九五三年模範刑法典原案二・〇四条と模範刑法典二・〇六条は以下のようなものである。

(1) 一九五三年模範刑法典原案二・〇四条⁽¹²⁾

(3) 以下に掲げる者は、犯罪の遂行に関し、行為した他人の共犯者とする。

(a) 犯罪の遂行を促進しまたは容易にすることを目的として、以下の各号に掲げる行為をした者。

(i) 他者に犯罪を遂行するよう命令し、要求し、助長しまたは扇動すること。

(ii) 犯罪計画またはその遂行の際に、他者を援助する、援助することに同意する、または援助することを試みることに。

(iii) 犯罪を阻止する法律上の義務があるのに、そのための適切な努力を怠ること。

(b) 他者が犯罪を遂行していたまたは犯罪を遂行するとの目的があったとの認識をしつつ行為し、実質的にその遂行を認識しつつ容易にした者。

△代替案…(b)他者が犯罪を遂行していたまたは犯罪を遂行するとの目的があったとの認識をしつつ行為し、

犯罪の遂行の方法または機会を認識しつつ提供し実質的にその遂行を容易にする者。▽

(c) 法律によって共犯になると明示された行為をした者

(2) 模範刑法典二・〇六条⁽¹³⁾

(3)次に掲げる者は、犯罪の遂行に関し、行為した他人の共犯者とする。

(a)その罪の遂行を促進しまたは助成することを目的として、以下の各号に掲げる行為をした者。

(i) その罪を犯すように他人を教唆すること。

(ii) 他人が犯罪を遂行し、またはその計画をするに当たり、これを援助し、援助することに同意し、または援助を試みること。

(iii) その罪の遂行を阻止する法律上の義務があるのに、そのための適切な努力を怠ること。

(b)法律により共犯になると明示された行為をした者。

このようにいくつかの点で原案との相違が見られる。特に、代替案として原案に規定されていた三項(b)号は模範刑法典成立時に削除された。では、アメリカ法律家協会が想定していた共犯とはいかなる者であったのだろうか。

2 共犯の定義⁽¹⁴⁾

まず、模範刑法典では、共犯の「行為(アクタス・レウス)」につき、その三項(a)号において「共犯行為をする者」だけではなく、「犯罪計画またはその遂行を援助することに同意するまたは援助しようと試みる者」も包含し、さらに「その犯罪を阻止する義務があるのにそうすることの適切な努力を怠る者」までも包含する⁽¹⁵⁾。これは、正犯の犯罪遂行という結果発生⁽¹⁶⁾の蓋然性を容易にする方法についての網羅的な記述と言えるであろう。

一方で、その主観的要件（メンズ・レア）につき、三項(a)号は、行為者には犯罪を助長するまたは容易にする「目的 (purpose)」があることを必要とする。もちろん、上述した「援助することを試みた行為」すなわち「共犯の未遂」の包含は、完全な共犯行為が行われたわけではないために、部分的にコモン・ローの範疇から飛び出すことになるけれども、その主観的要件たる「目的」を根拠とするならば、「共犯の未遂」は犯罪となるべき行為となり、犯罪が遂行された際に「不必要であった共犯行為」とは区別されるべき行為ということになる。¹⁷⁾つまり、このメンズ・レアを共犯行為の根拠とする限りにおいて、共犯行為が正犯に対し心理的に作用したかどうかは問題とならず、共犯者自身のメンズ・レアが問題となるのである。したがって、共犯の未遂行為と共犯行為とにその違いはないということになろう。

もつとも、この「目的」が共犯者に要求されるべきかどうかについての対立があった。すなわち、三項の原案では、三項自体を「犯罪を助長するまたは容易にする目的」¹⁸⁾がある場合に制限せず、他者が犯罪を遂行していたまたは他者には犯罪を遂行する目的があったことに対する「認識 (knowledge)」¹⁹⁾をもってその遂行を容易にした者にまで共犯を拡張したのである。

そこで問題となるのは、犯罪を進展させる「目的」には足りない「認識」ある容易化行為が、共犯責任を基礎付けるために十分であるかどうかという点である。もちろん、責任を問われる「認識」ある共犯行為はそれ以外に動機がないために、目的をも含意するとの見解もありうるが、²⁰⁾いずれにせよ、共犯責任を判断する場合には、メンズ・レアがまさにその判断基準となるはずである。たとえば、その建物が売春宿を経営するために利用されるとの認識をしつつそれを貸す家主や、商品が犯罪の遂行に用いられるとの認識をしつつそれを売る売主などの場合、まさしくメンズ・レアがその判断基準となるのである。²¹⁾したがって、仮に共犯に要求されるメンズ・レア

が「目的」であるならば、これらの者はすべて共犯にはなりえないということになる。

このメンズ・レアについての問題は、とりわけ連邦裁判所で生じ、ここでは共犯責任の基準について対立があった。たとえば、第二巡回区裁判所では伝統的に以下のような立場を採ってきた。すなわち、援助行為 (aiding) ・唆し行為 (abetting) ・助言行為 (counseling) ・助長行為 (procuring) などの共犯行為 (complicity) の伝統的な定義は、禁止された行為が共犯行為の後に続いて生じたであろうという蓋然性とは無関係であるとの立場や、⁽²²⁾ある種その犯罪企図に共犯者自身が参加している、または共犯者が生じるよう望む何らかの事実としてその犯罪企図に関与する、あるいは自己の行為により犯罪企図が成功するよう求めるといふことをその定義が満たすとの立場である。⁽²³⁾ 単純に言えば、このような立場は、共犯に対して用いられるあらゆる言葉に、その犯罪企図に対する目的的態度 (purposive attitude) という含意を持たせるものであったと言える。⁽²⁴⁾

その一方で、第四巡回区裁判所あるいは同じ第二巡回区裁判所においてさえも別の立場を採るものもあった。たとえば、提供者自身は何もしないが、その購入者がその商品を非合法なことに用いるよう意図するあるいはまさに用いると認識しつつ、その商品をその購入者に販売する場合に、目的的態度をその認識へと緩和する立場⁽²⁵⁾や、商品の禁制品という性質やその要求に応えるために法的に義務付けられた販売報告を怠ることのように、その要因をもって判断すること⁽²⁶⁾で、実質的に Peoni 事件判決で用いられた目的的態度基準を緩和する立場である。

この点につき、上述のように「目的的態度」を「認識」へと緩和する「認識ある容易化行為」を包含するような責任公式を支持する者もいた。⁽²⁷⁾ しかし、アメリカ法律家協会はこの基準では考慮されうる援助の程度が無限に存在し、責任が妥当しない状況を包含することになることを理由に、責任公式を「目的」に限定した。⁽²⁸⁾ ここでは、

日常行為との関連性から、単なる認識ある容易化行為だけでは足りないと考えたのである。⁽²⁹⁾

ただし、このような緩和された責任公式は特定の脈略において用いられる可能性は残されており、実際に、模範刑法典二・〇六条二項(b)号によるのと同じように、模範刑法典一・〇六条三項(b)号により未解決のままとなった状況につき、実体犯罪それ自体を起草することで対応した州もあった。⁽³⁰⁾ そうであるならば、アメリカ法律家協会が考えたように、共犯領域が拡大する恐れもあることになる。もつとも、行為者は認識してその目的の達成を実質的な方法で容易にするけれども、彼の関心が他者の犯罪を防ぎたいという希望であるとすれば、彼の関心は犯罪を防ぐという関心に依拠すると判断する余地もなお残されていることに注意する必要がある。⁽³¹⁾

3 コモン・ローと模範刑法典の相違

ではコモン・ローの共犯法はどのように進化したのであるか。換言すれば、コモン・ローと模範刑法典との違いはどこにあるのであろうか。そこで、ここからは、それぞれの共犯法を客観的要件と主観的要件という二つの視点から分析を試みる。

(1) 客観的要件

まず、その客観的要件につき、コモン・ローでは犯行現場に存在していたか否かで正犯と共犯を区別し、共犯については行為者が「実際に援助行為」をすることを要求した。そして、ここでは、援助行為は犯罪の成功を必要としなかったし実質的である必要もなかった。⁽³²⁾ 一方で、模範刑法典では、行為者が単純に「援助することに同意」するまたは「援助することを試みる」場合にまで共犯責任を拡張しており、コモン・ローで要求された「実

際の援助」は要求されていない。

この客観的要件の違いは概念的な違いにあると思われる。繰り返すが、コモン・ローで言う共犯とは、犯罪を遂行せずかつ現場に存在しない者である。その一方で、模範刑法典という共犯とはまさに共犯行為を行った者のことである。それ故に、コモン・ローでは、正犯に対し実際に共犯行為をした共犯者は、正犯の責任を根拠に責任を問われることになる。つまり、犯罪全体として評価される点から、正犯の責任が共犯者に派生するのである。その意味では、共犯は正犯の従物となる。したがって、たとえどんなに些細な援助であったとしても、実際の共犯行為という要件は共犯者と正犯者とを因果的に結びつけ、正犯が有罪であればその些細な行為をした者は共犯として処罰可能となるのであり、⁽³⁴⁾そこでは共犯の実際の援助行為が必要条件となるのである。ところが、模範刑法典では各々の行為を根拠に責任を問うことになる。⁽³⁵⁾換言すれば、共犯者自身の援助行為それ自体に対し責任を問うということになる。したがって、援助行為を試みたこと、すなわち共犯の未遂でも足りることになるのである。その意味では、模範刑法典における主要な課題は、コモン・ローにおける要件、すなわち実際に援助行為をしたかどうか、あるいは現場に存在していたかどうかという客観的なものから、共犯が援助行為をすることを意図していたかどうか、あるいは、共犯がその意図に基づき援助行為する意欲を示していたかどうかという主観的なものへ移行してきたと評価できるであろう。

(2) 主観的要件

では、その主観的要件についてはどうであろうか。まず、共犯行為を「意図的である」として記述することはどの時代においても共通する。⁽³⁶⁾それでは、コモン・ローの「意図」要件は、模範刑法典で言う「目的」あるいは

「認識」のどちらの意味で用いられていたのであろうか。すなわち、コモン・ローにおいて「目的」あるいは「認識」というメンズ・レアは、共に「意図」類型に分類されており、どちらのメンズ・レアを意味していたのが問題となってくる。ただし、このメンズ・レアの問題は単純なものではない。というのは、共犯は正犯に対し共犯行為する意図をもつことはもちろんのこと、基本犯罪に対する意図をもつからである。つまり、共犯者には二つのメンズ・レアがあるということになるのである。そこで、共犯行為それ自体に対するメンズ・レアの問題からはじめることにする。

この点につき、一九三八年の *Peoni* 事件判決⁽³⁷⁾において、*L. Hand* 判事は「共犯はある種その企図に自分自身をもって参加し、生じさせようと意欲する何らかの企図としてその企図に関与し、自己の行為によってその犯罪企図が成功するよう求める必要がある⁽³⁸⁾」と述べ、共犯は犯罪に向けた目的的態度を持つ必要があると結論付けた(目的アプローチ)。その一方で、一九四〇年の *Backun* 事件判決⁽³⁹⁾において、*Parker* 判事は「共犯としての有罪性は、犯罪結果に利害関係があることではなく、実行行為者への共犯行為に依拠するのであり、したがって共犯者は実行行為者の目的を無視しうる⁽⁴⁰⁾」と述べ、認識ある援助が共犯責任に妥当すると結論付けた(認識アプローチ)。

さらに、すでに見てきたように、この二つのアプローチは模範刑法典の成立過程の中にも見ることもできる。すなわち、模範刑法典原案では認識アプローチをも採った一方で、模範刑法典は最終的に目的アプローチを採ったのである⁽⁴¹⁾。したがって、模範刑法典は最終的に目的アプローチを選択したことから、仮にコモン・ローが目的アプローチを採っていたとすれば、その違いはないことになるし、認識アプローチを採っていたとすれば、違いはあることになる。しかしながら、いずれにせよ目的または認識のどちらにも意図類型に属することはいずれの時

代においても共通する事実であるから、そのアプローチが異なっただとしても、模範刑法典とコモン・ローは共犯行為それぞれ自体に対するメンズ・レアは「意図」を要求していたとしても問題はなであろう。むしろ、このアプローチの違いによる問題は、基本犯罪に対するメンズ・レアの問題で生じることになる。

コモン・ローでは、共犯について一つの非難可能性しかないと言われていた⁽⁴²⁾。すなわち、正犯を援助することについての共犯の非難可能性と犯罪結果に関する共犯の非難可能性を一体化していたのである。したがって、仮にコモン・ローが目的アプローチを採っていたとすれば、コモン・ローでは、共犯者に自己の援助行為と基本犯罪の両方に「目的」があることを要求することになる。そうであるならば、共犯者には基本犯罪につき「過失」しかない場合、たとえその援助行為につき「目的」があつたとしても、その者はその共犯行為につき責任を問われないことになろう。このことは、通常は過失でも足りるとされている犯罪においても、共犯においては、共犯行為に対するメンズ・レア要件（目的）に付随する形で、基本犯罪に対するメンズ・レア要件も「過失」から「目的」に引き上げられることになることを意味する。

一方で、模範刑法典ではこの「目的」要件が犯罪結果に対し適用されないと規定する⁽⁴³⁾。したがって、たとえば共犯者が過失致死罪で起訴されたとすれば、その援助行為を行った際に被害者の死に対し「過失」があつたと証明するだけで足り、その死に対し「目的」があつたと証明する必要はないことになる⁽⁴⁴⁾。すなわち、個人責任原則に基づき、共犯責任の程度は共犯者自身の非難可能性のレベルで機能するということになるのである。

したがって、模範刑法典ではコモン・ローと異なり、共犯における「目的」要件は共犯が目的をもって実行行為者の行為を援助することのみを要求するのであって、すべての犯罪要素が「目的」に引き上げられるということを必要としないということになる⁽⁴⁵⁾。つまり、基本犯罪のメンズ・レアはその罪で要求されたメンズ・レアとな

り、それは共犯にも当てはまるということを意味するのである。

- (1) Wayne R. LaFave, 2 SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW, §13.1(a)-(c), at 331 (2d ed. 2003)
- (2) Id.
- (3) MPC §2.04 Comment, T. D. 1 at 40. (1953): もともと、この正犯と共犯の区別は訴訟上の問題、特に公判に集約されている。つまり、その扱いが大きく変わる可能性を鑑み、その審理では専らそれらの定義の問題にのみ多大な時間を割くことになったのである。(LaFave, *supra* note 1, at 335-336.)
- (4) Id. at 40-41; 後掲・注(6)および(7)で挙げた州を除くほとんどの州では、この二つの規定形式を採用していた。
- (5) Id. at 40: このイギリス・モデルとは一八六一年のイギリス共犯法 (*The Accessories and Abettor Act*) である。メリーランド州を除くすべての州でもこの点につき立法されたが、この立法は形式においてもその中身においても重大な変化を及ぼした(前掲・注(4)・後掲・注(6)・(7))。一八六一年法の規定は次のようなものであった。・事前従犯は「重罪の正犯と同じように説示され、審理され、有罪宣告され、そして処罰される者」であり、「重罪の主犯が先に有罪宣告されるべきであったかどうかにかかわらず、または司法に服するべきであったかどうかにかかわらず、共犯は実体的な重罪で説示され、有罪宣告される」(*The Accessories and Abettors Act*, 24 & 25 Vict. c. 94 (1861))。
- (6) Id. at 41: 一九五三年当時、このような立法形体をとっていたのはフロリダ州・メイン州・マサチューセッツ州・ノースカロライナ州・サウスカロライナ州・テネシー州の六州であった。現在、フロリダ州では「共犯も正犯である」(Fla. Stat. Ann. §777.011)と規定しその区別を排除しているし、ノースカロライナ州でも同様にその区別を制定法上で明確に排除している(N. C. Gen. Stat. §14-5.2, 1981)。またテネシー州やメイン州では「共犯は有責な正犯によって遂行された犯罪で有罪となる」(Tenn. Code Ann. §39-11-401; Me. Rev. Stat. Tit 17-A. §57-1, 1975)と

規定し、コモン・ローにおける手続き上の抗弁を排除した (Tenn. Code. Ann. § 39-11-407; Me. Rev. Stat. Tit 17-A § 57-6, 1975)。その一方で、マサチューセッツ州やサウスカロライナ州では「共犯は主たる重罪犯の処罰につき規定された方法で処罰される」(Mass. Gen. Laws Ann. ch. 266, § 274-2; S. C. Code. Tit 16, ch1. § 16-1-40, 2004)とし、なおイギリス・モデルに依拠している (Mass. Gen. Laws Ann. ch. 266, § 274-3; S. C. Code. Tit 16, ch1. § 16-1-50, 2004)。また、このイギリス・モデルに依拠している他の州には、ミシシッピ州 (Miss. Code Ann. § 97-1-3) およびウェストバージニア州 (W. Va. Code § 61-11-7) がある。

(7) *Id.*: 一九五三年当時、「遂行された犯罪性で正犯または共犯として訴追され、主たる犯罪者 (正犯) と同様に処される」と規定していたロードアイランド州を除く、テラウエア州・ジョージア州・ケンタッキー州・ニューハンプシャー州・テキサス州・ウェストバージニア州でコモン・ローあるいはそれに近い区別をとっていたが、現在ではこれらの内、ウェストバージニア州を除くいずれの州も、コモン・ローの区別を採っていない (Del. Code. Ann. Tit 11, § 272, 1953; Ga. Code. Ann. § 16-2-21; Ky. Rev. Stat. Ann. § 502.030, 1975; N. H. Rev. Stat. Ann. § 626: 8, 2002; Tex. Penal Code. Ann. § 7.03, 1994)。ウェストバージニア州はコモン・ローの区別を用いるが、事後従犯についてはその刑を減刑する (W. Va. Code § 61-11-7)。さらに、ネバダ州も「正犯の有罪宣告は共犯の有罪宣告の前提条件ではない」と規定を置き (Nev. Rev. Stat. Ann. § 195.040)、ウェストバージニア州と同様にコモン・ローの区別を採っていない (Nev. Rev. Stat. Ann. § 195.010, 195.020, 195.030)。なお、ロードアイランド州についてはその規定は変わっていない (R. I. Gen. Tit 11-1-3)。

(8) P. D. MPC. § 2.06 (2) (c)

(9) T. D. MPC, *supra* note 3, at 11-12.

(10) P. D. MPC. § 2.06 (1962)

(11) American Law Institute, Comment to MPC § 2.06 at 295.

(12) T. D. MPC §2.04 (3), *supra* note 3, at 11-12.: 以下に原文を付しておぐ。

§2.04 (3)

(3) A person is an accomplice of another person in commission of a crime if:

(a) with the purpose of promoting or facilitating the commission of the crime, he

(1) commanded, requested, encouraged or provoked such other person to commit it; or

(2) aided, agreed to aid or attempted to aid such other person in planning or committing it; or

(3) having a legal duty to prevent the crime, failed to make proper effort so to do; or

(b) acting with knowledge that such other person was committing or had the purpose of committing the crime, he knowingly, substantially facilitated its commission; or

[Alternate: (b) acting with knowledge that such other person was committing or had the purpose of committing the crime, he knowingly provided means or opportunity for the commission of the crime, substantially facilitating its commission; or]

(c) his behavior is expressly declared by law to establish his complicity.

(13) P. D. MPC §2.06 (3): なお日本語訳については、法務省刑事局作成の「刑事基本法令改正資料 第八号『アメリカ法律協会 模範刑法典』(一九六四)によつた。以下に原文を付しておぐ。

(3) A person is an accomplice of such other person in the commission of an offense if:

(a) with the purpose of promoting or facilitating the commission of the offense if:

(i) solicits such other person to commit it; or

(ii) aids or agrees or attempts to aid such other person in planning or committing it; or

(iii) having a legal duty to prevent the commission of the offense, fails to make proper effort so to do; or

- (b) his conduct is expressly declared by law to establish his complicity.
- (14) ALI, Comment to MPC § 2.06, *supra* note 11, at 313-319: 「共犯の定義」とは模範刑法典の定義である。
- (15) MPC § 2.06 (3) (a) (ii)
- (16) ALI Comment to MPC § 2.06, *supra* note 11, at 314.
- (17) *Id.*: 上述のように、「コモン・ローでは、たとえ当該援助が成功するために必ずしも必要なものでなかったとしても、実際の援助行為で明示された「擬制的な存在」を根拠に責任が問われるからである。しかし、模範刑法典では § 2.06 (3) から、正犯が実際に犯罪遂行した場合にのみ共犯は責任を問われることになる。したがって、正犯が犯罪を完遂したとすれば、正犯と共犯の両方に対して実体犯罪についての訴追がなされるが、正犯が未遂にとどまったとすれば、両者は未遂につき訴追されることになる。一方で、当該援助が不要であった場合に、共犯は正犯の犯罪遂行において援助をしなかったが故に、§ 2.06 (3) よっては責任を問われないことになる。ただし、模範刑法典においても § 5.01 の未遂や § 5.03 の共謀罪によって「不必要な援助」をした共犯も責任を問われることになろう。
- (18) この基準は第二巡回裁判所の *L. Hand* 判事が採った基準である。(後掲・注 (37))
- (19) T. D. MPC, *supra* note 3, at 11-12: § 2.04 (3) [Alternater: (b)]: 模範刑法典原案の代替案のように、その行為要件においてこの容易化行為を規定するニューヨーク州は一般条項で容易化規定を包含するけれども、(後掲・注 (31)) わずかな州でこの原案アプローチをそのまま用いている。
- たとえば、ワシントン州では次のように規定する。:
- Wash. § 9A.08.020 (3) (a)
- (3) 以下に掲げる者は、犯罪遂行において行為した他者の共犯者とする。
- (a) その罪の遂行を助長または容易にする認識を持って、以下の各号に掲げる行為をした者。

」の形式ではないが、ワイオミング州やインディアナ州も「認識」をその要件とする。(Ind. Code Ann. § 35-41-2-4; Wyo. Stat. § 6-1-201)

(20) ALI Comment to MPC § 2.06, *supra* note 11, at 316.

(21) *Id.*

(22) *Id.*: § 2.06 (3)

(23) United States v. Peoni, 100 F.2d 401, (1938) (後掲・注(37))

(24) *Id.* at 402.

(25) Backun v. United States, 112 F. 2d 635, (1940) (後掲・注(39))

(26) United States v. Tramagino, 197 F.2d 928, (2d Cir.): しかしながら、そのような要因は、あるどの要因が実際に犯罪遂行を容易にするのかとの程度で、その行為者の態様への影響よりも、より行為者の目的とは関係がなくなるようになるべき。(ALI Comment to MPC § 2.06, *supra* note 11, at 318.)

(27) ALI Comment to MPC § 2.06, *supra* note 11, at 318.

(28) *Id.*: 最近の修正や立法案も共犯責任に関しアメリカ法律家協会と同じ立場を示している。(See, MPC § 2.06

(3) (a))

(29) *Id.*: つまり、メンズ・レアという「認識」とは、その場の状況を含む「ただ単に知っている」というレベルで足りるのであるから、共犯の成立範囲がかなり広がるということになる。

(30) *Id.* at 319.: 模範刑法典二・〇六条(2)項(b)号は次のように規定する。

「この法典またはその罪を定めた法律により他人の行為につき責に帰すべきものとされている場合、自己の責に帰すべき他人の行為がある」

(31) *Id.*: ニューヨーク州はさらに進み「一般容易化法 (CRIMINAL FACILITATION)」を立法した。それは次のよう

なものである。

N. Y. § 115.00 to 115.08:

「犯罪を遂行しようとする者に援助を与えるとの蓋然性を確知 (believing) して、そのような者にその遂行のための道具や機会を提供するあるいは、重罪を遂行するそのような者を実際に援助する行為に取り組む場合、その者は容易化罪で有罪となる」。 (なおこの容易化罪には四つの等級があり、それに応じた処罰が与えられる。)

このような立法によって予防的効果を与えることは可能である。しかしながら、この規定は共犯責任をそれが他者に重大犯罪を遂行するよう援助するとの認識を持つてその行為に取り組む者にまで拡張するけれども、基本犯罪よりも重大ではない犯罪として容易化行為を扱うことに注意する必要がある。(See, N. Y. § 115.00 to 115.08, 115.15) なお、ニューヨーク州以外ではアリゾナ州・ケンタッキー州・テネシー州・ノースダコタ州に同様のまたはそれに類似する「一般容易化犯罪法」が規定されている。(Ariz. Rev. Stat. Ann. § 13-1004; Ky. Rev. Stat. Ann. § 506.080; Tenn. Code. Ann. § 39-11-403; N. D. Cent. Code § 12.1-06-02)

(32) LaFare, *supra* note 1, at 329-330.

(33) MPC § 2.06 (3) (a) (ii)

(34) LaFare, *supra* note 1, at 329-330.

(35) MPC § 2.06 (3) (a)

(36) MPC § 2.06 (3) (a)

(37) 100 F.2d 401.: この事件は、被告人である Peoni がブロンクス地区で Regno に偽札を売り、Regno は Dorsey に転売し、Dorsey がブルックリンで当該偽札を受け取るうとした際に逮捕されたという事件である。三人とも偽札であることを十分に認識していた。この Peoni 事件判決は他の巡回区裁判所にも多大な影響をもたらし、連邦法 (18

U. S. C. § 2) の改正の契機となった。

(38) *Id.* at 402.

(39) 112 F.2d 635, 637.: この事件は、被告人である Backun が買主の Zucker が州を越えて運搬することを認識しつつ、盗品を売却したという事件である。そこでの問題は、他者が州を越えて盗品を運搬し売ることを意図しているとの合理的な確信を認識しつつ、盗品をその者に売却する場合に、この意図に対する認識が共犯責任を立証するのに十分であるのかということであった。

(40) また、Peoni 事件を判断した第二巡回区裁判所においてさえも、この Backun 事件判決のように「認識アプローチ」を採るものもあった。(See, United States v. Campisi 306 F.2d 308, 1962.)

(41) T. D. MPC, *supra* note 3, at 11-12.: § 2.04 (3) [Alternate: (b)] 及び MPC § 2.06 (3) (a)

(42) Paul H. Robinson, CRIMINAL LAW (1997), at 327-329.

(43) MPC § 2.06 (4): その語句は次のように規定する

MPC § 2.06 (4):

「特定の結果を発生させることが犯罪の成立要件とされている罪に関しては、その結果を発生させることになった行為について共犯者とされる者は、その結果との関係で、その罪の成立に必要なとされる種類の責任条件をそなえていたときは、その罪の遂行についての共犯者とする。」

つまり、模範刑法典は、共犯に非難可能性があることのみを要求しているのである。

(44) Robinson, *supra* note 43, at 331.

(45) *Id.* at 330-331.: たとえば、コモン・ローが「目的アプローチ」を採っていたとすれば、実体犯罪が「認識」をその非難可能性の要件としていた場合に、共犯に対してはその結果に対する「認識」を「目的」に引き上げることにな

るからである。

四 共犯理論の展開

このようにして生まれてきたのが模範刑法典二・〇六条であるが、アメリカ共犯理論は、これにつきどのような解釈を与えてきたのであろうか。はじめに、この模範刑法典が起草される以前、すなわちコモン・ロー時代におけるその理論状況を示す必要がある。そこで、Sayreの研究の助けを借り、アメリカにおける伝統的な共犯理論とはどのようなものであったかを示すことにする。

1 コモン・ローにおける共犯性理論

Sayreによれば、アングロ・アメリカ法域における共犯に関する議論は、一八世紀から一九世紀の間、主に民事不法行為法における使用者・代理人の無権代理行為に対する雇用者または本人の責任の問題、いわゆる上級者責任 (respondet superior) の問題で検討されてきたようである。⁽²⁾

その一方で、刑法においてはそのような進展は見られず、民事不法行為法とは別の形で発展してきたとする。⁽³⁾

すなわち、初期犯罪法は、犯罪現場に存在せず有責性のある行為者による重罪の実行を助言・斡旋・命令する者を処罰可能としており、これを根拠に、正犯あるいは共犯の概念は一九世紀に至るまでのコモン・ロー構造を作ってきたのである。⁽⁴⁾ また Blackstone は、ゴート法において、ある者が死に対し責任があれば、残りの者らにも

また責任があるとして共犯は正犯と同じ刑罰を科せられたし、また古代ギリシャ法では不法行為者とその援助者は同じ刑罰に服するべきであるとしており、コモン・ロー原則はこれらと合致する、とする。⁽⁵⁾ つまり、その初期

段階から、共犯はあらゆる側面で正犯と同等に扱われていたのである。

この正犯と共犯とを対等に扱うとの原則に関し、*Sayre* は、他者に犯罪を遂行するよう命令・助言・斡旋する者はその犯罪で責任があるとすることにその初期段階から問題がなかったとする⁽⁶⁾。たとえば、*Pollock* と *Maitland* は、アングロ・サクソン法は、まさにその実行行為を行う殺人者と助言行為による殺人者は同じであるとし、さらに *Bracton* 時代にはそれに合致するような「謀殺を命令または助言する者は実際に謀殺行為が生じるまで何ら行為していなかったが、謀殺が遂行されれば、彼はその謀殺で有罪となる。生命侵害の罪は致命的な暴行を与えた者のみならず、重罪を斡旋・助言・命令・援助した者をも包含する」との法格言があったようである⁽⁷⁾。しかしながら、一九世紀以降、*Stephen* は重罪のすべての当事者に死刑を適用すべきではないとして、特に共犯は死刑に値しないと考えていた⁽⁸⁾。*Blackstone* もまた、正犯と共犯が同じ処罰を受けることになるならば、なぜ精密な区別が必要であるのかとの問題提起をすることで、正犯と共犯の区別につき功利的な説明が必要であるとした⁽⁹⁾。このような状況から、特に *Blackstone* 時代以降の理論的な課題は、犯罪関与者を区別する根拠と同時、その区別された共犯者をなぜ処罰しうるのかという問題へと移行したと言えるであろう。

したがって、たとえば、実行行為者の行為が共犯者の命令を越える場合には問題が生じることになる⁽¹⁰⁾。というのは、主と従の関係が逆転するからである。*Sayre* によれば、この問題はすでにその初期段階から生じており⁽¹¹⁾、一五七五年の *Regina v. Saunders* 事件判決⁽¹²⁾の中にこの問題が見出されるとする。自分の妻を殺したい *Saunders* は友達の *Archer* に打ち明け、*Archer* は妻を毒殺するよう *Saunders* に助言し、毒を *Saunders* に渡した。*Saunders* はリングに毒を混入し妻に与えたが、妻はそのリングを三歳の娘に与え、娘は *Saunders* の目の前でそのリングを食べた。*Saunders* は疑われないようにするために、娘が食べるのを止めることができず、彼の娘は

それにより死亡した。この娘の死につき Saunders は謀殺罪の正犯として、Archer はその共犯として起訴され、Saunders が有罪宣告された。

当時のコモン・ローの前提に従えば、Archer について問題が生じることになる⁽¹³⁾。というのは、Archer が遂行した犯罪行為は Saunders の妻の殺害行為に対する援助行為と助言行為であり、Archer は Saunders の娘の死を扇動または殺すよう助言しなかったからである。したがって、Saunders の妻に毒を与えるという行為から生じた娘に対する謀殺について Archer を共犯とすべきか否かは疑わしいことになる。そこで、裁判所は Archer の合意 (assent) は毒を与えた以上のことを引き受けえないが故に、有罪宣告はありえないと結論付けた⁽¹⁴⁾。つまり、Saunders の娘に対する毒殺行為と Archer が「合意」していた行為とは区別される行為であり、謀殺の共犯として評価されるべきではないとしたのである。

この判決につき、Sayre は Plowden がその評釈の中で犯罪法に対する包括的な注釈を示し、そして何世紀もの間繰り返し引用されたこの評釈は刑法に何ら変化を与えてこなかったと分析する⁽¹⁵⁾。Stauford と Plowden は次のように述べた。「A が B に犯罪を実行するよう命令または斡旋し、B が別の方法や別の時間あるいは別の場所とはいえ企図された犯罪を遂行したとすれば、あるいは、B が指示された犯罪とは異なるがそれを越えて生じる自然かつ蓋然的な結果の犯罪を遂行したとすれば、A には責任があるとする。対照的に、たとえ B の仕事上の範囲内で、あるいは A の仕事の過程で遂行されたとしても、命令されなかったあるいは命令されたことの蓋然的な結果ではないような B の犯罪については A には責任がない」⁽¹⁶⁾。

この評釈を受け、一七世紀前半に謀殺に関する犯罪法を議論した Coke も Plowden 説とほとんど変わら⁽¹⁷⁾ず、Hale も単純に Stauford と Plowden の主張を繰り返した。また Hawkins も Plowden の言葉を言い換えた⁽¹⁸⁾だけで

あるとする⁽²⁰⁾。さらに Blackstone もまた、Hale や Hawkins の主張を繰り返し、どんな方法でも他者に不法な行為を遂行するよう命令または助言する者は後に生じる全ての出来事につき共犯となるが、残りの行為については共犯とはならないとしていたのである⁽²¹⁾。

では、刑事共犯理論は、民事領域との区別をどのようにしてきたのであろうか。この点つき Sayre は、刑法の中に深く植え付けられ、何世紀もの間に定着してきた原則の中に、刑法は民事不法行為法において経済上の必要性から一八世紀初頭に展開された Holt 理論⁽²²⁾を採り入れなかったとする⁽²³⁾。実際に、裁判所もまた、代理人の行為に関する民事責任と刑事責任とを区別し、Holt 自身も、商人は刑事被告人ではなく民事被告人として問屋の詐欺につき責任があるとしていた⁽²⁵⁾。

Sayre は、この民事領域における Holt 理論が刑法に適用されるべきかどうかの問題は、一七三〇年の *Rex v. Huggins* 事件に見出されるとする。この事件では、刑務所の所長である Huggins が収監者の一人に対する謀殺罪で起訴された。その公判で、副所長であり収監者の世話人である Barnes が、被害者を不衛生な部屋に移し、病気に罹り死ぬまで必要な生活用品なしにそこに収容したと証明された。つまり、Barnes は所長の命令や認識なしに行為したことが立証された。そこで裁判所は、Barnes は謀殺罪につき有罪であるが Huggins は無罪であると判断したのである⁽²⁷⁾。

ここでのポイントは、刑事事件において、民事事件の上級者責任理論に基づき、共犯が必然的に正犯の行為につき責任を問われない点にある⁽²⁸⁾。すなわち、刑事事件においては、各人は自己の行為につき責任があり、自己の態様に従うということになる。したがって、Saunders 事件判決の評釈に従えば、共犯たる Huggins を有罪とするためには、彼の命令があったということが要求されることになるが、陪審員らは、Huggins がその部屋に収監

するよう指示したあるいは被害者が長期間その部屋に収監されていたと認識していたとは認定しなかった。⁽²⁹⁾ このように Huggins 事件判決以降、コモン・ローでは、民事法における上級者責任理論を刑法においてその根拠とせず、明確に刑事法と民事法を区別した。ここでは民事法とは対照的に、刑事法は正犯と共犯との区別を確立したのである。

以上のことから、コモン・ローはすでに犯罪を全体として評価した際の「正犯の行為性（正犯性）」を基礎に、換言すれば因果性判断を基底とした個人責任の原則を根拠に、正犯と共犯とを区別し責任を科していたと評価しえる。ところが、客観的要件に基づく正犯と共犯との厳格な区別によって実務上の弊害が生じたために、模範刑法典起草以後、この正犯と共犯の区別を排除し、Blackstone 時代以前のように、共犯を正犯と同等に扱う制定法が多く州で起草されてきたことはすでに見てきた。このような状況を受けて、アメリカ共犯理論はどのような進展をみてきたのであろうか。そこで、状況が一変した模範刑法典起草後、すなわち一九六二年から現在に至るまでのアメリカ共犯理論の状況を見ることにする。⁽³¹⁾

2 George P. Fletcher の見解⁽³²⁾

Fletcher は、通常の実行行為の例外として二種類の刑事責任があることを前提とする。すなわち、共犯と不作為である。ここでは、犯罪遂行における他者への共犯行為 (aiding and abetting) が、不作為との共通点を生み出すことになる。⁽³³⁾ つまり、共犯および不作為においては、危害を創出する第一義的な経過が存在し、行為者はその経過に対応する立場によって責任を問われるのである。たとえば、自然的な経過を防ぐために介入しそこなう者や他者の犯罪計画に援助を与える者がそうである。⁽³⁴⁾ そこで Fletcher は、この二つの領域で派生性概念を用い

ること、不作為においては法違反に対する直接責任とは関連性がないと理解する上で有用となり、また共犯において責任という最低限の出発点を置くことで、不作為の問題と共通することになると理解する上で有用となる。⁽³⁵⁾

したがって、不作為において直接の法違反との区別があるように、共犯責任においても同様の区別という問題に直面することになる。⁽³⁶⁾つまり、正犯は法違反に対し直接的に責任がある者である一方で、共犯は派生的（間接的）に責任があるはずである。換言すれば、共犯責任は、他者が正犯であるということ前提とする必要があるということになる。ただし、Fletcherはこの分析は共犯においてより困難であるとする。⁽³⁷⁾というのは、アメリカでは正犯と共犯の区別が排除されてきたからである。したがって、この前提は無意味になるかもしれないが、Fletcherは、共犯は軽減された処罰を補償するアメリカの法制度が、その区別を共犯責任の領域に帰することは明らかであるとする。⁽³⁸⁾故に、正犯と共犯のそれぞれの定義が重要となり、これらの定義が明らかとなれば、正犯責任と共犯責任を区別する根拠をそこに求めることになる。そこでFletcherは正犯および共犯の範疇の定義付けを行う。

(1) 実行行為者（正犯）の範疇

まず、Fletcherは、実行行為者とは自分自身で犯罪を実行する単独の行為者であるということ⁽³⁹⁾を原則とする。すなわち、直接の実行行為者が正犯であるとするのである。ただし、この原則は二つの概念をも包含することになる。一つは共同正犯（co-perpetrators）であり、もう一つは間接正犯（perpetration-by-means）である。まず、ここでの共同正犯はコンスピラシーとは区別される。というのは、何人かの共謀者は特定の犯罪行為の実際上の

実行において受動的であるからである。そこでは、当該関与者らがその共通の計画において共同して実際に行為する必要がある。⁽⁴⁰⁾ また、ここでの間接正犯とはコモン・ローと同様に無辜の代行者を利用することである。⁽⁴¹⁾ このようにFletcherは直接実行、共同実行、間接実行という三種類の実行行為があるとした上で、これらに属する者が正犯であると位置づける。⁽⁴²⁾

(2) 共犯の範疇

では、共犯とはいかなる者であるのか。はじめにFletcherは、正犯の犯罪につき共犯責任が生じうる二つの方向性があるとする。一つは、行為者が犯罪計画において副次的な地位にあつて犯罪を援助する場合(幫助)であり、もう一つは、行為者が自分の地位をすべての共犯者の地位に与え、犯罪を唆す場合(教唆)である。⁽⁴³⁾ ただし、アメリカではこの区別はなされておらず、教唆・幫助を含意するものとして扱うことになる。⁽⁴⁴⁾

その上で、Fletcherはこのような共犯の範疇は二つの問題に直面するとする。⁽⁴⁵⁾ 一つは、共犯行為と免責される行為との区別である。⁽⁴⁶⁾ これは、特に、正犯の犯罪計画に対する共犯の寄与性を精査にすることによって問題が生じることになる。当然に、援助行為は正犯の犯罪を容易にする目的で行われる必要があるけれども、多くの制定法は単純に、共犯者とするに必要な最低限の寄与を特定する「援助 (aid)」概念に依拠する。⁽⁴⁷⁾ 確かに、ほとんどの場合には問題はないけれども、Fletcherは「相手が犯罪を遂行するために計画していると認識して、通常の商業取引に従事する場合や物を提供する場合」に問題が生じるとする。⁽⁴⁸⁾

もう一つは、共犯行為と実行行為との区別である。⁽⁴⁹⁾ この点につき、Fletcherは共犯責任の訴訟法上の問題から分析する。⁽⁵⁰⁾ 従来の定義によれば、共犯の責任は正犯の責任から派生することになる。したがって、正犯が実際に

その罪で有責 (guilty) である必要があるのかどうかという点と、それに加え、訴訟法上、共犯が起訴されうる前に、正犯が有罪宣告される必要があるかどうかという二つの点が問題となる。⁽⁵¹⁾

もっとも、Fletcher は、後者のルールすなわち訴訟上のルールが、ブラックスストーン時代以降排除されたことで、前者の問題、すなわち、その原則において、たとえ正犯がその罪で有責でなかったとしても共犯には責任があるのかどうかという問題のみが生じることになったとする。⁽⁵²⁾ そこで Fletcher はその理論上の解決策として、広義の共犯責任理論と狭義の共犯責任理論という二つのアプローチを提示する。⁽⁵³⁾ まず、広義の共犯責任理論とは、実行行為者が不法に法に反するということを単純に要件とするものである。それによれば、たとえ正犯の不法な行為が免責されうるとしても、その共犯はその不法な行為を有責に進展させることに對して責任がありうることになる。たとえば、心神喪失者である A が B に X を暴行するよう強制し、C が B に棒を手渡すことで A と B を援助するとすれば、A と B の両者は心神喪失あるいは強制の抗弁を根拠に免責される。この場合に、広義の共犯責任理論によれば、C は共犯となり、自分自身の不法な暴行への免責されない関与を根拠に責任を問われることになる。

一方で、狭義の共犯責任理論とは、正犯が不法な行為につき責任があることを要件とするものである。これは、ある者の責任を他者に問うことを根拠として共犯を位置づける理論である。したがって、正犯に責任がなければ、共犯にも責任がないことになる。極論すれば、共犯は代位責任理論によって責任を問われうるとの説へ至る可能性もありうる。その意味では、責任のあらゆる要因は正犯の犯罪行為に見出されることになり、その行為が共犯者に帰され、共犯は無形の影となるかもしれない。

Fletcher は、原理の問題として、広義の共犯責任理論を支持する。⁽⁵⁴⁾ 不法性は抽象的に考慮される行為の特徴で

ある一方で、有責性は常に個々人の問題である。すなわち、共犯自身が正犯の犯罪につき有責でないならば、共犯に責任を問われるべきではないと考えるのである。したがって、まさに正犯の責任に左右され、共犯責任と代位責任の区別を無にする可能性のある狭義の共犯責任論は、Fletcherの立場からは採りえないことになろう。「(共犯者に) 正犯の有責性を偽って帰すことに正当性はない」⁽⁵⁵⁾のである。また、そうであるならば、共犯に対する訴追において、正犯の有責性はまさに無関係なものとなる。つまり、実行為者の責任は付随的なものとして考慮することになるのである。したがって、広義の共犯責任論によれば、正犯が有責であるとの条件を省くことにもなるのである。

広義の共犯責任論を前提としたその次の段階で、Fletcherは、正犯が不法に行為することを要求することに別の問題があるとす⁽⁵⁶⁾。というのは、共犯に責任があるならば、正犯の行為が客観的に法違反を構成する必要があるからである。つまり、正犯の行為が正当化されるならば、共犯には適切に責任があると判断される主たる行為がないことになるはずである。しかし、ここでのポイント⁽⁵⁷⁾は、正犯の免責には違反という不法性を排除するとの効果はないが、正当化には効果があるという点である。すなわち、正当化される違反は法規範と矛盾せず、それ故に、共犯責任の妥当な根拠とはなりえないのであり、逆に免責される行為は不法性を排除しないのであるから、共犯責任にとって妥当な根拠となるのである。

Fletcherは、この広義の共犯責任論の理論上の根拠につき、一九〇〇年のドイツ民事法に着目⁽⁵⁸⁾する。ドイツでは、狭義の共犯責任論が採られていたアメリカ民事不法行為法とは異なり、広義の共犯責任論が採られていた。その後、刑事法領域においても、一九四三年の改正によって広義の共犯責任論(制限従属性説)が採用され、今日まで受け継がれていることは周知の通りである。もちろん、アメリカにおいても、心神喪失やわなの

抗弁または強制あるいは錯誤抗弁により免責された正犯の行為につき共犯となるとしたコモン・ロー判例で、広義の共犯責任理論を明確に支持するものもある。⁽⁵⁹⁾ ところでFletcherは、⁽⁶⁰⁾「この曖昧さ、すなわち、どちらの共犯責任理論を採るかどうかの曖昧さは、行為者が共犯責任理論に基づき責任があるとされうるか、または間接正犯者であることで責任があるとされるかどうかに還元されるとする。つまり、まさに正犯であるのかあるいは共犯であるのかという、いわゆる正犯概念の問題こそが共犯責任理論のポイントであると位置づけるのである。したがって、Fletcherの共犯責任における問題関心は、共犯領域においてではなく、むしろ正犯の実行為性に還元されることになろう。「法システムが（正犯の行為性をも包含する）広義の実行為理論と間接正犯理論の両方を認めることが原理において十分な根拠となるのである」。⁽⁶¹⁾」

3 Snaford H. Kadish の見解⁽⁶²⁾

Kadishは「共犯において、コモン・ロー理論を構成する多種多様な原理原則が概念的統一性を明らかにする⁽⁶³⁾」とし、コンスピラシーやフェロニー・マダー・ルール（重罪―謀殺ルール）などにより無限定な広がりを見せる共犯の例外領域を共犯性という原則の中に閉じ込めることで限定をかけることを試みる。

はじめにKadishは、社会的慣習や言語あるいは直感的認識に反映するような我々の経験の中に、自然と意志との間に二分法が存在することを前提とする。⁽⁶⁴⁾ まず、神の仕業としてあるいは地球の物理法則として説明されるかどうかいづれにせよ、人間の力を越えて存在することと同じ意味で、自然的な出来事間のつながりは無常の力に従うことになる。その意味では、人間は自然界に住むのであるから、自然界の法則に従うことになろう。しかしそれと同時に、人間は自然界の外にも存在するはずである。つまり、個性を持つ人間として、人間は自身の内

面における自然界にも直面するのである。したがって、自然界で起こる出来事と同時に、その選択において人間は自由で自律的な行為者となるとの二分法が存在することになる。⁽⁶⁵⁾

そこで Kadish は、この前提には行為の結果として起こる偶然的な結果への非難という役割を包含する答責性に対する決定的な影響があるとし、ここでは、結果に対する答責性を判断するための二つの区別された体系原理を進展させてきたとする。⁽⁶⁶⁾ 一つは、自然界における因果性原理であり、もう一つは、意志領域における共犯性原理である。因果性は、物理的世界で起こる人間の行為の結果を扱い、他方で共犯性は、他者の自発的行為の結果を扱う。したがって、Kadish は非難概念には二つの原則、すなわち因果性と共犯性が並存することを前提とすることになる。

では、なぜ共犯性が責任の別の根拠から生じるのかということが問題となる。Kadish によれば、因果性が一般的に、他者の自発的行為の結果を十分に扱いえないからであるとする。⁽⁶⁷⁾ というのは、(原因の物理的な意味で) 正犯の自発的な行為は適切に、共犯の行為によって引き起こされたとは言えないからである。ここでは、自発的な行為は、因果性が通常扱う範囲を越えた部分に存在することを前提とすることになる。そうであるならば、正犯の自発的行為は正犯自身の行為であって、誰もあるいは何事もまさに正犯が行ったのと同じように行為するよう正犯を惹起しないはずである。つまり、正犯は自由な行為を選択するが故に、他者の意志が因果経過に介在する場合には、因果性は十分に機能しないことになるのである。⁽⁶⁸⁾ したがって、答責性概念の基本的な前提それ自体が、因果性と共犯性との区別の究極的な根拠となるということになる。

繰り返すが、Kadish は、非難には二つの原則、すなわち、因果性と共犯性の並存を前提とするが故に、共犯性は因果性と類似した機能を持つことになるはずである。そこで Kadish は因果性と同様に、その共犯性の機能

につき以下四つの特徴を挙げて説明する。すなわち、(1) 非難概念 (2) 派生的責任 (3) 意図要件 (4) 非難の程度、である。

(1) 非難概念

Katish の言う非難とは、いかなる行為も条件関係あるいは直接的な原因要件を満たすことを根拠とする因果性により責任が判断されるという、広義の因果性に基づく非難のことである。したがって、実行行為者は条件関係あるいは近接的原因 (proximate cause) 要件を満たす行為を基礎に、因果性によりその結果につき責任を問われることになる。そうであるならば、共犯においては、正犯者に犯罪を遂行するように影響を与える行為、または正犯者に犯罪を遂行するよう援助する行為という二つの行為に対してのみ、他者の不法な行為につき責任を問うことが可能となるはずである。というのは、これら二つの形式のみが、まさに正犯が行った通りの行為をするよう自由を選択した正犯と合致するからである。⁶⁹⁾ 逆に言えば、これら二つの形式以外の行為は、正犯の選択に何ら影響を与えてないが故に、共犯者の行為は原因とはなりえないのである。したがって、この場合には、共犯は他者の不法な行為につき関与していたとしても責任は問われないことになるであろう。

(2) 派生性

このような非難概念に依拠すれば、正犯が自己の自発的行為によって犯罪を遂行した場合、共犯の行為は影響または援助を与えたかもしれないが、正犯の行為の原因とはならなかったが故に、共犯の行為には帰されえないはずである。そうであるならば、共犯は実体犯罪を遂行していたと見なされえないことになる。逆に言えば、正

犯は犯罪を遂行し、共犯は法的にその共犯性によってその犯罪につき責任を問われうることになる。したがって、正犯がどの法違反も遂行しなかったとすれば、共犯に責任を問う根拠がないことになる。この意味で、共犯責任は因果的責任が通常そうであるような直接的責任というよりはむしろ、派生的または従属的責任であると考へるのである。⁽⁷⁰⁾

Katish は、()の従属性という意味での共犯責任の派生性が共犯法における様々な結論を説明することになるとする。⁽⁷¹⁾ たとえば、その規定により共犯がその犯罪を遂行しえない場合に、正犯により遂行されたその犯罪に対する共犯の責任や、正犯がその関与を偽る場合の共犯の非責任性、あるいは、正犯よりもより重大な犯罪で共犯に責任を問う際に裁判所が直面した困難さをこの派生性(従属性)が説明することになるのである。⁽⁷²⁾

ただし、Katish は、派生的責任において最も問題となるのは、正犯に援助または影響を与える共犯に責任を問うために要求された正犯行為の法的地位を判断することにあるとする。⁽⁷³⁾ たとえば初期コモン・ローの要件は、正犯行為は有罪宣告される必要があるというものであったが、その要件は法違反につき責任を問われない正犯が有責な法違反を遂行したとの要件で足りるとするために緩和された。したがって、このような緩和は、正犯が不法な行為を遂行した限りで、有責な正犯という要件を省くことにもなるかもしれない。しかし、Katish は、これらのどの修正も派生的責任の前提を否定することにはならないとする。⁽⁷⁴⁾ つまり、法的結果に至る因果経過の中に、犯罪を遂行する者(法違反者)が介在すればそれで足りるのである。

(3) 意図要件

意図的な行為と同じように、不注意なあるいは偶然的な行為に対する責任を許容する因果性とは対照的に、共

犯性（派生性）は共犯が正犯の非難可能な行為を意図することを要求する。しかし、この要件が、共犯性の必要条件であるかどうかは定かではないはずである。そして Kadish は、共犯性の意図は民事における合意（consent）の類似形態であるとの仮説を立てる。⁽⁷⁵⁾ 民事代理法における合意は、正犯（刑法では共犯）がその代理人（刑法では正犯）により受けた義務につき責任が問われうることを意味する。Kadish はこの合意こそが因果性における意図要件の欠落を説明すると思えるのである。その意味では、合意（または意図）の基本的な要件は、人間の行為の自律性概念においてもその起源を持つことにもなるかもしれない。⁽⁷⁶⁾ 他者が自由に行為を選択することは彼自身の行為であって、それ以外の人の行為ではないはずである。それ故に、自己の行為の一部として、自然な物理的結果が存在するであろう状況を考慮されえないことになる。すなわち、自分が他者の行為に関係するよう選択する場合のみ、その行為が創出する責任を問われうるのである。したがって、この意図要件に従えば、そこで合意がその責任の上限を画することになるのである。

（4）非難の程度

もっとも、Kadish は、共犯性と因果性は、ある人の行為がある結果につき非難されうる場合を左右するとの意味で同種の概念であるとする。⁽⁷⁷⁾ すなわち、共犯性と因果性は共に、人の行為が結果へ寄与することに成功することを最低限要求するはずである。このことは、因果性において、行為が結果の条件関係にあるべきとの要件において示される。ところが、共犯性においてはそれが立証される必要はない。というのは、たとえその行為が重要なものでなかったとしても、共犯は他者の行為につき責任があるからではなくむしろ、共犯においては、その条件関係がその要素であった「可能性」要件に緩和されることになったからである。⁽⁷⁸⁾

そうであるならば、物理的出来事や自発的な行為という異なった側面に従うことになるであろう。物理的世界における出来事は、必要十分条件の存在を含蓄する自然法則によって左右される一方で、自発的な行為判断はそうではない。自発的な行為は行為者の選択によって支配されている。というのは、どの条件も十分ではなく、かつどの条件も必要ではない行為は、自由な意志行為の条件を省くことになるからである。故に、「正犯が共犯の影響なしに行為するよう選択しなかったであろう場合もありうるけれども、正犯は他の方法を選択しえたが故に必要条件として考慮されえないことになるが、その影響がその目的に届きそこなう場合、それはおそらく重要なものにはなりえなかったものであり、それ故に条件関係の要件として除外されうるとの意味でのみ必要条件が用いられる」のである。⁽⁷⁹⁾

加えて、Kadish はその違いが意志性の区別に拠らなければ、共犯性と因果性は類似の過程を辿ることになるとする。⁽⁸⁰⁾ 因果的な非難を行為者に帰するためには、行為と結果との間の仮定的消去法以上のことが要求される。つまり、結果が偶然的または通常から逸脱するものである必要がないとの意味で、その行為は「法的な」または「近接的な」原因である必要がある。同様の制限は、たとえ仮定的消去法関係の可能性が存在するとしても、共犯責任を排除する。したがって、このことは、正犯の行為が、共犯が意図した行為から自発的に離れる場合にもっとも明らかとなるが、さらに、共犯の寄与が通常から逸脱するまたは偶然的な方法で行われた場合にも妥当することにもなるはずである。⁽⁸¹⁾

4 Joshua Dressler の見解⁽⁸²⁾

Dressler は、「アメリカの「共犯を正犯と対等に扱う」との原則に対し、実際に犯罪を遂行したかのごとく共犯

を扱うことは、責任原則から逸脱しており、たとえそれが妥当するとしてもなお説明を要するとして、伝統的な共犯理論につき再考を促す⁽⁸³⁾。さらに、なぜ法は犯罪に寄与するレベルが異なるにもかかわらず、すべての共犯を同等に扱うのか、あるいは、なぜ軽微な容易化や些細な援助をする者が、犯罪の背後の首謀者と同等に扱われるのかとの問題提起をし、他の刑事責任とは異なり、共犯責任は因果性と結び付けられていないが故に、不公平あるいは反功利的であると証明すると同時に、たとえ共犯が処罰されるべきであるとしても、共犯者の犯罪と処罰の程度は、共犯行為と最終的に生じた結果との因果関係の存在または不在に依拠するべきであるとする⁽⁸⁵⁾。

このような立場から、Dresslerは伝統的に用いられてきた代理ルールもしくは人的固有喪失ルールに基づき、正犯と共犯を区別しないあるいは寄与の程度で区別しない共犯法に対し功利主義的観点からは有用ではなく、また道徳的観点からもそれが通常の道徳的直感から乖離しているとし⁽⁸⁶⁾、それに代わる三つの代替アプローチ、すなわち(1)実体的関与テスト(2)支配または主導権テスト(3)因果関係テストを提示する。そして、最終的にDresslerは(3)因果関係テストを支持することになる。

(1) 実体的関与テスト

このテストは、共犯を実体的関与者と非実体的関与者という二類型に区別するものである。この実体的関与者とは、犯罪の遂行において、主要なまたは積極的な役割を果たす者として定義される。逆に、最も周縁部に属する関与者、たとえば、心理的な助長をしたにすぎない者を非実体的関与者として位置づけうることになる⁽⁸⁷⁾。ここで、Dresslerは道徳的な直感に照らして、処罰が妥当しない者を刑罰から取り除く点で、確かに現行共犯法よりは望ましいとしつつ、以下二つの批判があるとする⁽⁸⁸⁾。

まず、このテストは主観的すぎるといふ批判がある。そこには、陪審員がその関与者を実体的であるかどうかを判断する基準がないのである。しかし、Desslerは、実体的関与者と非実体的関与者とを分ける明確な境界線はないけれども、陪審員の常識によつてその区別が可能であるとす⁽⁸⁹⁾る。

次に、このテストは周縁的とは言えない関与者に適切な道徳的あるいは功利的な区別をしえないといふ批判がある。共犯としての関与が因果性から定義されえないならば、現行共犯法が不公平であるのと同じように、道徳的に妥当しない結論を生むことになろう。この批判に従えば、人的固有喪失ルール、すなわち共犯者が個人として扱われる権利を失うことと同じ問題が生じることになる。したがつて、関与者の寄与が因果的意味を持つように理解しなければ、実体的関与テストは道徳的直感に反する結果を生み出すことにも⁽⁹⁰⁾ならない。たとえば、Aが違法薬物の製造に不可欠な化学物質を提供し、かつAがいなければその製造が成功しなかつた場合、このテストによれば、Aは薬物製造者に比べると犯罪現場への関与時間が短いが故に、非実体的関与者として扱われることになろう。しかし、因果的な意味においては、Aの関与は、Aなしには起こりえなかつた結果に対して責任があるとの判断が正当化されるのと同じように、共犯者が犯罪を唆した後にその犯罪計画から離脱するとすれば、その教唆者を非実体的関与者として扱うことになる可能性もあろう。しかしこの場合、教唆者の関与といふ実体性は犯罪結果からではなく、唆し行為によつて犯罪を惹起させたといふ事実から認定されるべきである⁽⁹¹⁾。したがつて、これらのような共犯の関与が危害との因果的つながりとほとんど無関係の場合、共犯の処罰根拠はその因果的関与であることを前提とするのであるから、この実体的関与テストはうまく機能しない。

(2) 支配または主導権テスト

このテストは、他の行為者を現実に支配する者もしくは主導権を持つ者のみが、実行行為者と同様に扱われるというものである。したがって、このテストは代理ルールとより合致することになる。⁹²⁾

ただし、Dresslerはこのテストは現状よりはましであるとしつつも、道徳的直感に従えば処罰可能な関与者その有責性と処罰から排除することになるが故に、行き過ぎであるとする。⁹³⁾たとえば、銀行強盗の背後者（支配者）が警報装置を切る熟練した電機工を雇い銀行強盗を成功させる場合、道徳的直感に従えば、電機工は当該危害につき責任があると判断されるべきであるが、このテストによれば支配者ではないことになる。しかしながら、犯罪遂行に特殊技術を用いる者は特に処罰に値すると評価されるべきであろう。したがって、この支配または主導権テストもまたうまく機能しない。

(3) 因果性テスト

このテストは、共犯を因果的共犯と非因果的共犯という二類型に区別するものである。ここでの因果的共犯とは、その共犯行為がなければ社会的危害が生じなかったであろう行為を行った者であり、因果的共犯は自己の犯罪につき責任を問われることになる。⁹⁴⁾一方で、非因果的共犯とは、不必要な共犯行為を行い、その寄与がなくとも結果が現実に生じた通りに起こったであろう行為を行った者であり、非因果的共犯は伝統的な代理ルールまたは喪失ルールによって根拠付けられるものではないが故に、実行行為者の犯罪行為につき責任を問われず、現に生じさせた危害についてのみ責任を問われる。⁹⁵⁾

Dresslerは、⁹⁶⁾この因果性テストに対しいくつかの批判があるとす。まず、因果性は共犯において存在しない

との批判がある。そこで Dressler は、共犯において因果性は役立たないとした Kadish⁽⁹⁷⁾ の見解をその対象とする。Dressler は「因果性は先行条件に対する人間および自然界の反応の違いを考慮に入れなければならない」⁽⁹⁸⁾との Kadish の指摘は重要であるとしつつも、この点は因果性テストの弱点には必ずしもならないとする。⁽⁹⁹⁾ というのは、Kadish は因果性を人間の反応を包含するために広義に理解し、共犯の援助が重大となった機会提供が疎遠であった場合に、伝統的な共犯責任は過剰であるとするからである。⁽¹⁰⁰⁾ つまり、因果性を広義に理解するために、ほとんどの場合に因果性が認められることになるであろうし、共犯者の共犯行為が疎遠的な危害であったならば、因果性テストにおける非因果的共犯のように、正犯に比べその処罰を軽減することになるのである。

また、Kadish は因果性の証明が自然よりむしろ人間が介入する場合に困難であるとするが、Dressler は「無生物ではなく人間が介入する場合に、因果性の証明が常に困難であるというわけではない」とし、「たとえば、喫煙が癌患者を殺害したというよりも、V を殺害するために A が一〇〇万ドルを P に払うことは、後に生じた殺人の原因であったと結論を下すほうが簡単である」とする。⁽¹⁰¹⁾ 先行事象がなければ後行事象が生じなかったであろうと述べることは、喫煙の場合より、殺人依頼の場合のほうが容易であろう。喫煙の場合には、専門家の意見に依拠する必要があるが、殺人依頼の場合には、専門家に頼らず、個々人の経験則に依拠するだけで因果性からの結論を得ることは可能である。「最終的には（因果性は行為に対する個人の道徳上または法律上の責任についての判断へ到達するために用いられる『常識』の問題となる」⁽¹⁰²⁾。したがって、科学的な確実性を要求することなく、因果的な責任につき常識的な結論へ至ることを許容する限りで、共犯責任に対する因果性の重要性が再認識されることになろう。

次に、因果的つながりは通常、偶然にすぎず、それを根拠に有責性と刑罰を比例させることは道徳的に無意味

であり、社会的に逆効果を招くとの批判がある。これに対し、Dresslerは「因果性公式に基づいて区別することの道徳上の重要性は、実行行為者に対するコモン・ロー上の扱いにおいて一貫して認められており、それ故に共犯だからといって共犯から因果性を排除することは一般的な刑罰感と矛盾する」とする⁽¹⁰⁴⁾。また、功利主義的立場から、因果性テストは寛大でありすぎるとの批判もあるが、このテストにおける非因果的共犯は免責されるのではなく、刑罰が実行行為者に比べ軽減されるにすぎないことに注意するべきであるとする⁽¹⁰⁵⁾。さらに、一般予防的観点から、あらゆる共犯に処罰を求めべきとの批判もある。その点では、因果性テストは不十分であるかもしれないが、「因果性テストのように」犯罪の首謀者や犯罪遂行にとって不可欠な専門技術を持つ者に最大の刑罰を科すことを合理的に確保しようとする法システムほど、現行共犯法は功利主義的ではない⁽¹⁰⁶⁾。

最後に、因果性テストは哲学的には意味があるかもしれないが、陪審員はどのように共犯者の行為の寄与度を判断するべきなのかとの批判がある。これ対してDresslerは、確かに因果性は共犯において証明するのが必ずしも容易ではないとする一方で、ほとんどの場合にはその「事実」が、それ以外の場合には「常識」が答えをかなり予測可能とするであろうとする⁽¹⁰⁷⁾。さらに、証明が現実にかかなり困難であるならば、州は共犯者にその因果性に関する証明責任を転嫁する可能性もあり、そうであるならば、共犯者による因果性の証明が抗弁となるのであるから、問題は生じないのである⁽¹⁰⁸⁾。

5 Leo Katzの見解⁽¹⁰⁹⁾

Katzは、犯罪の多くが共同作業であり、共犯法および共謀法はその事実に対処するために企図されたということを前提とした上で、共犯法の実体性に着目する。「共犯法は犯行を援助する全ての者を処罰し、共謀法は犯

罪を遂行することに単に同意する全ての者を処罰する。これらの法は共に、歴史家とは異なり裁判所が真に信頼する事実、すなわち単にそのリーダーだけではなくその仲間にも妥当する事実を目を向けるのである⁽¹⁰⁾。

まず、Katzは「真にこのことを達成するために共犯法を必要とするのか」と問題提起することで共犯法の実体性に注目し、なぜ刑法が共犯法なしにうまく機能し得ないのかは真に明らかではないとする⁽¹¹⁾。たとえば、AがBにCを殺すよう説得すれば、共犯法により、Aは実際にBを唆すことで、つまりBがCを殺害するのを援助することで、実行行為者たるBの共犯として責任を問われる。このことは、Aが実行行為者たるBとまさに同等に処罰されうることを意味する。しかし、たとえ共犯法がなくとも、Aを無罪放免にしないはずである。というの⁽¹²⁾は、Aは単純にCの死を惹起したことで、端的に謀殺につき責任を問える可能性があるからである。したがって、これに従えば、なぜ共犯法を必要とするのかという課題はなお克服されていないことになる⁽¹³⁾。

そこでKatzは「一般的には、全ての犯罪が謀殺罪に類似するというわけではなく、またあらゆる犯罪が何らかの危害を惹起することで成立することにはならないが故に、共犯法を必要とすると答えるであろう⁽¹³⁾」とする。たとえば、AがBにCの家で住居侵入窃盗するよう説得する場合、共犯法がなければAは処罰されないことになるともされない。しかし、A自身が住居侵入窃盗罪を遂行したとは言えないことは当然のことであるが、Aは他人を利用して、損壊し侵入したと言うことももちろん可能である。すなわち、「窓を割るために棒を使用し、実際に侵入することなく室内から絵画を取った場合に、窓を壊し侵入した」と言うことと同じなのである⁽¹⁴⁾。「人の利用」を「棒の利用」へと類推することは「こじつけ」であるかもしれないが、その代替アプローチによれば、刑法はなお共犯法なしに十分機能しうるはずである⁽¹⁵⁾。したがって、損壊し侵入するという行為だけでなく、他の誰かに損壊し侵入するよう惹起するという行為を包含する住居侵入窃盗罪のように、まさに犯罪を再定義するア

プローチが考えられるであろう。「なぜ刑法はこのより単純な方法を探らなかったのか」⁽¹¹⁶⁾

Katzはこの問いに対する答えを民事不法行為法に求める。⁽¹¹⁷⁾この不法行為法には民事共犯法がある。そこで、Katzはこの刑事共犯法に類似する民事共犯法に関する事例を挙げ、民事共犯法がどのように機能するかをはじめに説明する。⁽¹¹⁸⁾「A・B・CおよびDが共同で商品を流通させる際に、買主に見せるためにその商品を記した書類を準備する。それを見た多くの人がその商品を購入したが、その際、その書類には商品価値を高めるために意図的に入れられた四つの誤表示と『うそ』が含まれていたことが発覚し、価格が下落する。そこで被害者らがA・B・CおよびDを訴える」という場合、公判では、四人の被告人の各々が誤表示の一つに寄与していたということが明らかとなり、ある損害算出方法から損害総額が一、一一一ドルと算出される。さらに、その方法の一つの誤表示だけならば損害総額は一、〇〇〇ドルであり、二つの誤表示があれば損害総額は一、一〇〇ドルとなり、そして三つであれば損害総額が一、一一〇ドルとなったと算出する。⁽¹¹⁹⁾

したがって、民事共犯法がなければ、各々の被告人は「自己の関与がなければ生じなかったであろう損害」に對してのみ責任を問われることになるが、どの被告人も自分は関与していないと主張するとすれば、その損害は一ドルしかないことになる。⁽¹²⁰⁾この点、民事共犯法に依拠することで、被告人らに共同で全損害につき責任を問うことが可能となり、被告人らの間で（その金額は）配分して負担することになる。⁽¹²¹⁾

そこで、Katzは、刑法においても同じ魔法を使うとする。⁽¹²²⁾四人の被告人を詐欺事件で起訴した場合、共犯法がなければ、各々の被告人は「自己の誤表示は損害総額に對してわずかにしか寄与しなかったが故に、処罰されるべきではなく、あるいは軽減して処罰されるべきである」と主張するかもしれない。⁽¹²³⁾しかし、共犯法に依拠すれば、全関与者は少なくとも詐欺罪の共犯として責任があり、全体損害は彼らに値した処罰を評価する際に考慮

されることになるのである。⁽¹²⁴⁾

さらに、Katzは、この説明は共犯法の特徴を理解するのに有用となるとする。⁽¹²⁵⁾ それに従えば、共犯とするためには、ある者が実際に犯罪遂行を引き起こすことは必要ではなく、犯罪遂行に関係すればそれで足りることになる。⁽¹²⁶⁾ たとえば、五人の被告人と五つの誤表示につき、その五つ目の誤表示がその全体損害に対し何ら損害を与えなかった場合、各々の被告人はどの誤表示についても責任がないと主張するかもしれない。というのは、五つ目の誤表示が何ら損害を与えていなかったたのであれば、自己の誤表示がなかったとしても全く損害を与えていないと考えるからである。しかしながら、共犯法があれば、その主張では不十分となる。というのは、共犯法は、彼が犯罪を惹起したということではなく、彼が犯罪に関与したということだけを要求するからである。⁽¹²⁷⁾

以上のような共犯法の特徴から、Katzは、共犯法の必要性は経済学でおなじみの「限界効用通減の法則 (the principle of diminishing marginal return)」から導かれるとする。⁽¹²⁸⁾ その法則によれば、最後の誤表示は、その前の誤表示よりも損害を通減して与え、その前の誤表示は、その前の前の誤表示よりも通減して損害を与え、そしてその前の前の誤表示は、初めの誤表示よりも通減して損害を与えるものとして分析される。Katzはまさに集団犯罪のほとんどの事例がこの分析に類似すると考えるのである。⁽¹²⁹⁾ 一般的に、人々がグループとして何らかのことを一緒に行えば、「限界効用通減の法則」に従うはずである。すなわち、最後の者はその前の者よりも通減して寄与し、その前の者はその前の前の者よりも通減して寄与することになる。したがって、その全関与者には「自分なして生じなかったであろう危害」⁽¹³⁰⁾ に対してのみ責任があるとすれば、責任のない危害が多数存在することになる。故に、Katzは、この「限界効用通減の法則」に従う集団犯罪においては、共犯法の助けを借りなければ各人に責任を問えないとするのである。

9 Andrew Ashworth の見解⁽¹³¹⁾

Ashworth は、共犯責任につき、正犯がメンズ・レアの欠落または抗弁の故に責任を問われないならば、共犯もまた免責されるのかとの問題提起をする⁽¹³²⁾。伝統的な派生的責任に依拠すれば、責任を問われないはずである。

というのは、犯罪が生じなかったのであればその犯罪の共犯行為をしたとは言われえないし、そもそも、共犯責任が派生しうる犯罪が何ら存在しないからである。したがって、「共犯には正犯が有罪であると認定された場合と同等の有責性がある場合があると考えられてきたし、それ故に、イギリスの裁判所は共犯原則を拡張するアプローチを採ってきたのはもっともなことであろう⁽¹³³⁾」。たとえば、Bourne 事件判決⁽¹³⁴⁾において、D は自分の妻を大と性交するよう脅迫・強制し、獣姦を幫助したことでの彼の有罪宣告は、彼の妻には正犯として訴追された場合に強制抗弁があったとの事実にもかかわらず、肯定された。また、Cogan 事件⁽¹³⁵⁾では、Cogan は Leak が自分の妻が同意していたと述べたことを信じて Leak の妻と性交した。しかし実際にはその同意はなく、また Leak も自分の妻が同意していなかったと認識していた。裁判所は、強姦罪に対する Cogan の有罪宣告を破棄したが、強姦を援助したことに対する Leak の有罪宣告は肯定したのである。

Ashworth は⁽¹³⁶⁾、これらの判断は綿密な理論的根拠を包含していないけれども、派生性理論の拡張として定義されうとする。というのは、正犯の無罪根拠が「メンズ・レアの欠落」または「抗弁の存在」ということであるならば、残りの犯罪成立要件たる「アクタス・レウス」または「不法な行為」の遂行に対する共犯として責任を問われることになるはずであるからである。

このような拡張に対し、Ashworth は理論上あるいは実体上の限界があると⁽¹³⁷⁾する。たとえば、共犯責任の要件は共犯の（正犯のメンズ・レアを含む）犯罪要素の認識を要求する。したがって、共犯が正犯には有罪宣告に必

要な要素がないと認識している場合には、共犯責任を問えない。⁽¹³⁸⁾このような場合に、派生性をアクタス・レウスにまで緩和することで共犯責任を問うことが可能となるかもしれない。しかし、アクタス・レウスも遂行されなかった場合には、この拡張アプローチは同じ問題で悩むことになろう。「不注意な運転行為というアクタス・レウスは遂行されなかったために、この派生性理論の拡張は同じ結論を生むことになるのである」⁽¹³⁹⁾。

したがって、これらの拡張アプローチが妥当なアプローチになりえないとするならば、一般的な正義感に反する場合、換言すれば、共犯の行為と非難可能性が「重大さ」という基準において正犯の行為や非難可能性と同等の「重大さ」がある場合に、如何にしてそのような共犯を処罰するかが問題となってくる。

そこで、Ashworth はこの拡張アプローチの代替アプローチとして無辜の代理アプローチを提示する。⁽¹⁴⁰⁾ 大人が刑事責任年齢未満の子供に犯罪を遂行するよう強制するまたは命令する場合、無辜の代理アプローチに依拠すれば、その子供は法律上無辜と見なされ、まさにその大人が、子供という無辜の代行者を通じて犯罪を遂行するということになる。⁽¹⁴¹⁾ しかし、原則、大人は自発的に行為する自律した行為者であるから、大人が介在する場合、無辜の代理アプローチは機能しえない。⁽¹⁴²⁾ しかしながら Ashworth は、大人が介在する場合にもこのアプローチが用いることが妥当な場合があると考える。それは、大人が精神的に混乱している場合や大人が強制によって行爲している場合のような例外的な状況である。したがって、自分の妻を犬と性交するよう脅し強制するとすれば、強制という妻の抗弁は、その妻の行為がその出来事の原因として見なされるに不十分な自発的な行為であったと立証するために主張されるだけであって、強制者の抗弁としては機能しないし、さらに因果性においても、妻は単なる無辜の代行者としてその計画から離脱することになろう。

たとえば、DがVの看護者に実際には毒が入っているビンを処方薬が入っていると伝えて渡す場合、その看護

者がそのビンの中身をVに施しVが死亡したとすれば、Dには正犯として責任があるとすることは妥当である。「その看護者は精神的に混乱しているまたは脅迫によって抑圧されているとの意味で刑事責任能力を欠いてはいなかったけれども、その行為につき責任を排除することになる錯誤によって行為していたのであるから、看護者は無辜の代行者として見なされる⁽¹⁴⁾」のである。そうであるならば、Dが彼の妻は同意していると信じるようPを誘引することでPに自分の妻と性交するよう説得すれば、Pの錯誤はPが無辜の代行者としてその計画から離脱し、Dがその強姦につき責任があるとすることも同じことであろう。

ただし、このアプローチには批判があることをAshworthは認める⁽¹⁵⁾。すなわち、無辜の代理アプローチは言語上妥当しない場合に用いられるべきではないとの批判である。たとえば、(看護者の事例で) Vに対する殺害行為(または少なくともVの死の原因)としてDを記述することは適切であるが故に、無辜の代理アプローチは妥当することになるが、車を運転する者の飲み物にアルコールを混ぜる行為である場合に、飲酒運転行為の行為者としてその者を記述することやDが他の男性をだまして性交させる場合にその女性に対する強姦行為の行為者としてDを記述すること、あるいは結婚は法的にすでに終了していたと(誤って)他者に信じさせこの確信のもとに再婚するよう誘引する場合に重婚を遂行したとして記述することは明らかに不適切であろう⁽¹⁶⁾。この批判つき、Ashworthは⁽¹⁷⁾での矛盾は明らかであると上で、「法は言葉で示されるべきであり、いくつかの言葉上の公式は答責性における道徳上または社会上の区別と合致しない言語上の慣習をもって制限される」とする。Dは死の原因であったが故に、無意識に施す看護者に毒を渡すDは、その謀殺の正犯として有罪宣告されるべきであるということは正当である。このような因果性要素は、アルコールの混入や同意のない性交の助長などの場合にも重要な要素となるはずである。もちろん、道徳上または社会上の根拠ももつともなことではあるが、言葉は当然

に壁を作るのである。したがって、いくつかの犯罪は身分者のみを規定するが、Ashworthはこの言葉の壁に束縛されるべき理由はないとするのである。「裁判所はその壁を単純に無視し言葉を拡張しうるし、議会はそのような者を『人が不法な行為を引き起こした』ことを根拠に正犯として、あるいはたとえどの人も正犯として有罪宣告されえなかつたとしても、共犯として処罰しうるような特別規定を作ることも可能だからである⁽¹⁴⁸⁾」。Ashworthはこの違いを正犯または共犯として烙印を押すことの妥当性にあるとする。⁽¹⁴⁹⁾Dはまさに動機者でありその出来事の原因であつたために、正犯という烙印を割り当てることは妥当なことである。このことは、ある男性を騙して(別の)女性と性交させた女性を、強姦罪の正犯として有罪とすることを可能とするはずである。「妥当ではないと考える者もいるけれども」どの不合理さも道徳上または社会上というよりむしろ言語上のものであり、どの出来事においても強姦罪または性的暴行罪の定義に依拠するのである⁽¹⁵⁰⁾。

- (1) Francis Bowes Sayre, *Criminal Responsibility for the Acts of Another*, 43 Harv. L. Rev. 689-694. (1930)
- (2) *Id.* at 694-701.: この上級者責任とは、代位責任 (vicarious liability) と同じ意味である。それによれば、本人はその過失の有無を問わず、その本人と代理人との関係に基づき、代理人の行為につき責任を負うことになるのである。(後掲・注 (22))
- (3) *Id.* at 694-695.
- (4) William Blackstone, 4 COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 38. (1765)
- (5) Sayre, *supra* note 1, at 695.: 共犯事例において因果性または過失 (fault) なき責任に対する困難さはなかつたからである。(後掲・注 (6))
- (6) *Id.* at 696.: また、代理者の行為が他者の明示的な命令などで生じる場合、その他者の責任は、民法におけるの

と同様に、刑法においても問われうるとしていた。

- (7) Pollock and Maitland, 2 HISTORY OF ENGLISH LAW, 509: (citing Sayre, *supra* note 1, at 696.)
- (8) J. Stephen, 2 HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND 234. (1883)
- (9) Blackstone, *supra* note 4, at 39-40.
- (10) Sayre, *supra* note 1, at 696.
- (11) Id.: たゞ^に、Stauford は正犯と共犯につき次のように述べる。「私がある者に被害者を捕まえるよう命令し、その者が被害者を捕まえるのと同時に強盗するとすれば、これは私にとっての重罪ではない。(Fitzherbert が示すように) 彼が強盗する際に私が(現場に)いないとすれば、強盗行為がなくても行いえた(捕まえるとの)私の命令を越えていたということになる。(一方で) 私が彼に他者を殴るよう命令し、それにより彼が他者を殺すまで殴るとすれば、これは命令した私の重罪となるであろう。というのは、彼は殴打では死なないであろうとの確信がありうる方法で被害者を殴ることは困難であるからである。したがって、私は他者を殺した者の共犯となるのである」。
- (12) Staunford, PLEAS OF THE CROWN, c.44, at 41. (1557): (citing Sayre, *supra* note 1, at 696.)
- (13) Regina v. Saunders, 2 Plowd. 473. (1575): (citing Sayre, *supra* note 1, at 696.)
- (14) Id. at 475: (citing Sayre, *supra* note 1, at 696.)
- (15) Sayre, *supra* note 1, at 697.
- (16) Id. at 697-698: Sayre によれば、Plowden はその中で次のように述べた。「不法なことをさせるよう助言または命令した者は、別の出来事ではなく、その助言や命令内容から生じたあらゆることにつき従犯とされるべきである」。そこで Plowden はいくつかの事例を挙げる。たとえば、「他者を殴れと命令した場合に、その被命令者が殴りそれが原因でその被害者が死亡したとすれば、その命令者は当該謀殺の従犯になるであろう。というのは、その死は命令の結果であったし、その命令はその原因でありかつ他者の生命を危険にさらすものであったからである。しかし、馬を

- 盗むよう命令したのに牛を盗んできた場合には、命令と異なっており、そこでの同意は持ち込み得ない。というのは、
 「少なくとも、その窃盗行為と命令との間に密接なつながりがないからである」と。(citing Sayre, *supra* note 1, at 698.)
- (16) *Id.* at 699.
- (17) Coke, *THIRD INSTITUTE* (1817) c.7 at 51: (citing Sayre, *supra* note 1, at 699.)
- (18) Hale, *PLEAS OF THE CROWN* 616-617. (1678): (citing Sayre, *supra* note 1, at 699.)
- (19) Hawkins, *PLEAS OF THE CROWN*, c.29, § 22, at 444. (1824, 8th ed.): (citing Sayre, *supra* note 1, at 699.) なお、Sayre は Hawkins の唯一のオリジナルな貢献は、限りなく拡大する共犯責任に対する警告であるとする。「おそらく、不法行為法における Holt の理論が刑法に採り入れられるとの恐れにより誘発されたものである」。(Id.)
- (20) Sayre, *supra* note 1, at 699.
- (21) Blackstone, *supra* note 4, at 38.
- (22) 経済的な必要性から、民事事件である Stamp 事件では「いかなる場合においても、見知らぬ者の行為に対し責任はないが、自己の使用者が他人に何らかの損害を与える場合、およそ自己の仕事の過程で当該使用者がその権限で行為したと想定されれば責任を負うべきである」とした。それは「他者を通じて行う者は、自己を通じて行う者である」との格言に依拠するものである。そしてここでは、上級者責任において要件とされてきた「使用者による明確な命令・斡旋」要件は排除され、「仕事の過程」や「使用者の範囲」という要件に取って代わったのである。たとえば、不法行為が自己の明確な命令に反して行われたと証明したとしても、それが仕事の過程や命令の範囲内であれば当該使用人の行為に対して責任を負うことになるのである。これが Holt の「ほのめかされた命令 (implied command)」理論である。(Sayre, *supra* note 1, at 689-694.) しかし、この民事理論は刑法領域には持ち込まれなかった。すでにこの時代から、上級者責任(代位責任)と共犯性理論(派生的責任)とは区別されていたのである。
- (23) Sayre, *supra* note 1, at 700.

- (24) *Hern v. Nichols*, 1 Salk. 289. (1708): 詳細は明らかではないが、示された以外のシルクであると認識しつつ売却した詐欺事件であったとされている。(citing Sayre, *supra* note 1, at 700.)
- (25) Sayre, *supra* note 1, at 700.
- (26) 2 Strange 882.: (citing Sayre, *supra* note 1, at 700.)
- (27) Sayre, *supra* note 1, at 700.
- (28) *Id.* at 701.
- (29) *Id.*
- (30) Wayne R. LaFare, 2 SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW, §13.1 (a)-(c), 331-333. (2d ed. 2003)
- (31) George P. Fletcher, RETHINKING CRIMINAL LAW (1978): Sanford H. Kadish, *Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine*, 73 CAL. L. REV. 323. (1985) なお日本語訳は、門田成人「アメリカ刑法理論に関する文献紹介(八)(九)——共犯論(五一(1)(2)(3))——」神戸学院法学三三巻一・四号、三四巻二号(二〇〇三・二〇〇四)八七頁、一〇五頁、七九頁以下にある。: Joshua Dressler, *Reassessing the Theoretical Underpinnings of Accomplice Liability: New Solutions to an Old Problem*, 37 HASTINGS L. J. 91. (1985) なお日本語訳は、門田成人「アメリカ刑法理論に関する文献紹介(5)——共犯論(4)——」島大法学四四巻二号(二〇〇〇)九五頁以下にある。: Leo Katz, BAD ACTS AND GUILTY MINDS: CONUNDRUMS OF THE CRIMINAL LAW (1987): Andrew Ashworth, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (4th ed, 2003) なお、Ashworth はイギリスにおける共犯理論を展開するが、共犯法の歴史からすれば模範刑法典成立時までは同じ道を通ってきたことは明らかであり、それ以降、イギリスにおいて共犯理論がどのように進展してきたかを見ることはアメリカ共犯理論を理解する上でも重要であることから、これらとあわせて紹介することとした。
- (32) Fletcher, *supra* note 31, at 634-644.

- (33) *Id.* at 634-635.: Fletcher がここで共犯と類似するものとして取り上げる不作為は一般的な不作為であって、共犯における不作為のことではない。ここでは、不作為も共犯と同じく「例外」として位置づけるだけであって、それ以上の意味はない。
- (34) *Id.* at 635.
- (35) *Id.*
- (36) *Id.* at 636.
- (37) *Id.*:たとえば模範刑法典では §206 (3) で共犯 (accomplice) を「犯罪遂行における他者の」とし、正犯として扱われることを規定する。ここでは、コモン・ローにおける正犯と事前共犯のような区別はなされていない。
- (38) *Id.*: アメリカにおいては、条文中、共犯は必要的減刑とはされていない。したがって、訴訟またはその説示において共犯と正犯を同等に扱うことになる。しかしながら、實際上、その処罰は軽減されている。
- (39) *Id.* at 637.
- (40) *Id.* at 638-639.: もともと、Fletcher は後にドイツ刑法理論における行為支配論に依拠することで、正犯の実行行為概念を拡張することも示唆する。(*Id.* at 656-657.)
- (41) *Id.* at 639.
- (42) *Id.*
- (43) *Id.* at 640.
- (44) この「広義の共犯」という言葉は、わが国の言葉で言い換えると「狭義の共犯」を意味するものである。つまり、アメリカにおいては条文中、幫助と教唆を区別していないためその二つを包含するとの意味で「広義」なのである。
- (45) Fletcher, *supra* note 31, at 640.
- (46) *Id.*

- (47) Id.: たとえば、助言 (advice) や指示 (instruction)、または道具を提供すること、あるいは障害を排除することなどが、その援助概念に当たることになる。模範刑法典では「援助行為 (aiding)」または「援助することを試みる行為 (attempting to aid)」と規定する。(MPC §2.06 (3) (a) (ii))
- (48) Id. at 640-641.: ここで提供者は認識しつつ犯罪に寄与するが、ここでの問題は、その提供者が、顧客の犯罪計画を阻止するために通常の商業取引から逸脱する必要があるかどうかということである。Fletcher はこの点につき未遂の問題と類似すると考える。(Id. at 677-682.) その意味では、この問題は主観的要件 (メンズ・レア) の問題に還元されることになる。というのは、模範刑法典においては共犯の未遂もその処罰対象としているからである。もともと、共犯は未完成犯罪ではないことに注意する必要がある。
- (49) Id. at 641.
- (50) Id.
- (51) Blackstone, *supra* note 4, at 323-324.: このルールは、共犯成立要件として正犯の有罪宣告を包含するものであった。ただしこの訴訟法上のルールはブラックストーン時代に排除された。
- (52) Fletcher, *supra* note 31 at 641.
- (53) Id. at 641-642.: それ故に、ここで Fletcher が提示した「広義の共犯責任」と「狭義の共犯責任」という二つのアプローチは、わが国の言葉で言い換えれば、それぞれ「制限従属性説」と「極端従属性説」に対応することになる。
- (54) Id. at 642.
- (55) Id.
- (56) Id.
- (57) Id. at 642-643.

- (58) *Id.* at 643.
- (59) *Id.* at 644.: Fletcher がそうで挙げる判例は、わなの抗弁を根拠に正犯は無罪とされたが、共犯は有罪であるとされた。United States v. Azadina 事件判決 (436 F.2d 81 (9th Cir. 1971)) や共犯が正犯を強制した場合に、共犯は自分の妻に対する強姦につき責任があるとの格言に基づいた、State v. Haines 事件判決 (51. La. Ann. 731, 25 So. 372 (1899))、あるいは錯誤抗弁に基づき正犯は無罪とされたが、共犯は有罪であると判断された、Regina v. Cogran 事件判決 ([1976] 1 Q. B. 217.) である。
- (60) *Id.*
- (61) *Id.*
- (62) Kadish, *supra* note 31, at 324-368.
- (62) *Id.* at 324-325, 404.
- (63) *Id.* at 404.
- (64) *Id.*
- (65) *Id.* at 405.
- (66) *Id.*
- (67) *Id.*
- (68) *Id.*: この立場に依拠すれば、第二行為者 (正犯) の行為は因果的な問いが第一行為者 (共犯) に責任を問うためには突き抜けない「バリアー」として機能する。いわゆる、遡及禁止と類似の機能が働くことになろう。したがって、Kadish は、第一行為者に責任を問うためには人の行為概念と合致する因果性に代わる代替理論が必要であり、まさに共犯性が理論上のギャップを埋めると考えるのである。
- (69) *Id.*: Kadish が述べるように、人の行為につき自律的であるとするとすれば、因果性は他者の行為が完全に自由意志

に基づく場合、他者の行為に対する影響を扱う場合に妥当しないことになるが、必ずしもそうではない。一般的に、他者の行為を惹起する、または他者が言うまたは行うことの結果であるとすることは妥当である。というのは、それらの現象に出来事もしくはハプニングあるいは他者の自由意志に基づく行為としての特徴があるがなかるうが、広義の因果関係は継続する現象相互の関連性を考慮するからである。ポイントは、他者の行為に対するある者の影響を扱う場合には、物理的な因果性におけるのは別の因果性概念につき言及することである。法においては、人の行為が物理的な世界において結果を生み出す方法は、ある者が他者の自由意志に基づく行為という形態をなす結果を生み出す方法とは明らかに異なるのである。

(70) *Id.* at 337-338.: 共犯が寄与した正犯の法違反により責任を負わせる。因果性分析が適用されれば直接的とされるであろうが、そのような意味では共犯責任は直接的ではない。つまり、自由意志に基づく行為は正犯の選択である。したがって、自由意志に基づく行為は正犯の行為であり、彼のものである。行為をするよう正犯に対し共犯行為(aids and abets)する者は、その行為につき責任があるとされうるが、(責任があるとされるのは)共犯がその行為によつて正犯の行為を惹起するからでもなく、まして正犯の行為が共犯の行為であるからでもない。したがって、共犯の責任は正犯の法違反に依拠するとの意味で派生的(従属的)であり、共犯自身の行為であるが故に生じるのである。以上の観点からすれば、明らかに代位責任と区別されることは明らかである。

(71) *Id.* at 405-406.

(72) *Id.* at 338-339.: 例えば、未婚の男性は自分自身では重婚罪を實行し得ないが、未婚者は、既婚者に重婚罪を實行するよう援助を与えまたは援助することに対し共犯として重婚罪で有罪宣告されうるし、また夫は自分の妻を強姦し得ないが、夫が他者に自分の妻を強姦するよう援助または助長するとしたら、その夫は他者による強姦につき責任があるとされうる。これらの責任は、論理的に「共犯の責任は、正犯の責任に依拠する」との前提から判断されるはずである。したがって、共犯は自分自身で法違反しえないが故に、共犯責任は派生的となる必要がある。

- (73) *Id.* at 406.: この問題には「要素従属性」の問題として理解され、Kadishはこの点を共犯の成立要件として理解しているのである。
- (74) *Id.*: 共犯成立要件としての要素を要求するとしても、犯罪を遂行する正犯が存在する限り、従属的な意味を持つ派生性の前提は崩されないことになる。この視点は、わが国の言葉で言い換えれば「実行従属性」のレベルとして理解されるであろう。つまり、Kadishは派生性の中身の問題として二つの異なったレベルから分析しているのである。
- (75) *Id.*
- (76) *Id.* at 354.: 民事代理法における合意概念に基づく責任は、本人（刑法でいう共犯）がその目的で権限を与えた代理人（刑法でいう正犯）の行為に拘束されるとの「合意」に本質的に基づくことになる。したがって、他者の犯罪行為を促進するように意図的に行動することで、共犯は正犯と同一化すると仮定も成り立つことになるのである。共犯は正犯の行為に権限を与え、共犯者自身の行為として承諾する。それ故に、当然の結果として、不法の行為が為されることを助言もしくは命令した共犯は、まさにその共犯行為から生じるすべての結果について「共犯」として評価されることになる。
- (77) *Id.*: 共犯性はその性質上、因果性と同様に結果を要求するが故に、未完成責任の理論一つではない。正犯が法定反行為をしないとすれば、共犯に責任を問うための違法性が存在しない。この特徴に加え、結果要件にはもう一つの特徴がある。それは正犯による違法行為が存在しなければならぬということだけでなく、共犯の行為がそれに寄与することに成功していなければならないということである。(*Id.* at 355-356.)
- (78) *Id.* at 406-407.: そこでは、成功した寄与を正犯の犯行に寄与し得たであろう寄与と理解する。「寄与し得たであろう」とすることで、影響や援助がなければ正犯は現に行った通りに行えなかったであろうという「可能性」が意味されることになる。したがって、因果性とは異なり、共犯では、仮定的消去法による条件関係 (but-for relationship)

の証明は必要ないことになるが、それは、共犯が正犯に影響を与えることまたは援助するのに失敗しても、共犯責任が問われるということではない。つまり、どのようにしても共犯行為が成功しえなかったとしたら、いかなる責任もないけれども、事実が成功の可能性を立証すればそれで十分なのである。(Id. at 359.)

(79) Id. at 407.: あらゆる自由意志に基づく行為者は予測不可能な要因である。自由意志のある行為者は好きなように影響や訴えに反応する。したがって、正犯は共犯の影響の影響がなければその行為を選択しなかったであろうということがあるかもしれないが、必然的にそうなるわけではない。各人は、影響がなくともその行為を選択することを常に選べるから、そうしたかもしれないという「可能性」が常に存在することになる。それ故に、どの自然法則もこの問題を解決し得ないことになるから、物理的な因果性の意味での条件関係は人の行為を何ら説明するものではない。その意味では、人の行為を別に見る立場において意志行為 (acts of will) の十分条件はないし、認識や非拘束などを除けば、それがなければ自由な意志行為がありえないとの必要条件もないことになる。(Id. at 360-361.)

(80) Id.

(81) Id.: 近接性 (proximate) または疎遠性 (remote) という問題は因果性における問題だけでなく、共犯性における問題でもあると考えるのである。つまり、共犯においてはより疎遠的な可能性のレベルで足りるが、共犯性と因果性は行為者の寄与との条件関係によって特徴付けられた結果に対する非難を確定する同種の機能を持つ。したがって、その関係性が疎遠的でありすぎるために因果関係を立証するに足りない場合のようなことが、共犯性にも存在すると仮定が成り立つのである。つまり、共犯の寄与が予見しえないような方法で、あるいは偶然的な方法成功する場合、それらの方法が共犯の責任を否定するかどうかを検討する必要がある。(Id. at 366-368.)

(82) Dressler, *supra* note 31 at 120-130.

(83) Id. at 92.

(84) Id.

- (85) Id. at 93.
- (86) Id. at 108-120.
- (87) Id. at 121.
- (88) Id. at 122-123.
- (89) Id. at 122.: 犯罪を行う前に、犯罪を賞賛することやご飯を作ったり、あるいは服を提供するような関与者が非実体的関与者であるということには問題がないとするのである。
- (90) Id. at 123.
- (91) Id.
- (92) Id. at 124.: つまり、他者を支配する関与者は、民事上の本人概念に妥当するだけでなく、犯罪にとって必要な原因となる。換言すれば、その支配がなければ、犯罪は起こらなかったであろうということになる。
- (93) Id.: Dressler は、支配を欠く者が危害と因果的に結びつき、高度に危険な場合があると考えるのである。
- (94) Id.: したがって、犯罪の本質的要素のすべてが証明された場合、因果的共犯は共同実行者（共同正犯）にもなりうる者をも包含することになる。
- (95) Id.: Dressler はこの「非因果的共犯の危害」を、未遂罪あるいは共謀罪という未遂性犯罪の危害と同じように定義するのが難しいとする。特定の危害が生じているいは生じなくても、実行行為者がその危害を惹起させようとする行為に関与する点で不法な危険性が存在する。それ故に、犯罪を遂行しようとした実行行為者が未遂につき処罰されるように、非因果的共犯も、実行行為者がその共犯行為がなくとも生じたであろう危害を惹起することに對し共犯行為しようとしたが故に処罰されることになるが、そのような共犯行為は現実に危害を惹起するほどの有害さはない。したがって、この非因果的共犯については、未完成犯罪における定義に類似するものとなる。
- (96) Id.

- (97) Kadish, *supra* note 31, at 355-361.
- (98) Id.
- (99) Dressler, *supra* note 31, at 127.
- (100) Id.
- (101) Kadish, *supra* note 31, at 359.
- (102) Dressler, *supra* note 31, at 127-128.
- (103) Id. at 128.
- (104) Id. at 128-129.
- (105) Id. at 129.
- (106) Id.
- (107) Id. at 129-130.
- (108) Id. at 130.
- (109) Katz, *supra* note 31, at 252-254.
- (110) Id. at 252.
- (111) Id.
- (112) Id. at 252-253.
- (113) Id. at 253.
- (114) Id.
- (115) Id.
- (116) Id.

- (117) *Id.*:ほとんどの犯罪はまた民事上の違法または不法である。犯罪者は州から刑罰を与えられるだけでなく、被害者側からも損害賠償が求められる。その意味では不法行為法はまさに刑法と類似することになる。
- (118) *Id.*
- (119) *Id.*:すなわち、一誤表示はまさに一、〇〇〇ドルの損害があり、二つになると全体で一〇〇〇ドルしか加わらず、三つになればたった一〇ドルだけであり、四つでは一ドルしかないことになる。
- (120) それ故に、各被告人は一ドルに対してのみ責任が問われ、その被害者らは四ドルだけを回収し、差し引き一、一〇七ドルの損害が償われなймаまとなる。
- (121) *Id.* at 254.
- (122) *Id.*
- (123) *Id.*
- (124) *Id.*
- (125) *Id.*
- (126) *Id.*
- (127) *Id.*
- (128) *Id.*:限界効用逓減の法則とは、「消費量の増加に伴って限界効用は次第に減少していくという、効用関数の形状についての仮定」とされている。(金森久雄・荒憲治郎・森口親司「経済辞典(第四版)」(二〇〇二)三一七頁)単純に言えば、一回目の消費では満足するが、何回か繰り返すうちにその満足度が低くなるということである。
- (129) *Id.*
- (130) *Id.*
- (131) Ashworth, *supra* note 31, at 435-438.

(132) Id. at 435.

(133) Id. at 435-436.: 以下で挙げた事例の他にも Ashworth は DDP v. K and B 事件 ([1997] 1 Cr App R 36) を取り上げる。その事件は一四歳と一一歳の二人の少女が、他の少女(一四歳)に服を脱ぎ、少年と性交するよう脅迫・強要した事件であった。しかしその少年は誰か分からなかったし、年齢も分からなかった。そこで、弁護士は「少年が仮に一四歳以下であったならば、(その際一〇歳から一四歳の少年に適用される刑事責任無能力 (toih incapax) の推定の故に) 強姦罪の正犯としての有罪宣告に対し責任がないかもしれない」と主張した。しかし裁判所は「少年が正犯として有罪宣告されえなかったならば、その二人の少女は強姦を助長したことにつき有罪宣告されえないのか」という問題につき有罪宣告しうると判断した。

(134) [1952] 36 Cr. App R. 125.

(135) [1976] 1 Q. B. 217.: もっともこの Cogan 事件についてはさらに説明を要するものである。詳しくは次章・注(20)を参照された。

(136) Ashworth, *supra* note 31, at 436.

(137) Id.: たとえば、「バスの車掌が、後ろが見えない運転手に対し安全であると不注意に指示したために、何人かがバスに轢かれた」という事例でイギリスの裁判所は、車掌に対する信頼が過失とされなかったことから運転手を無罪とし、それ故に共犯として車掌も有罪とされえないとした。(Thornton v. Mitchell, [1940] 1 All E. R. 339) したがって、たとえ不法からの派生に緩和したとしても、この判決を覆すものにはならないことになるのである。

(138) Id.: ひきり、Bourne は自己の脅迫に基づき自分の妻が行っていたと認識していたし、Leak は自己のうそに基づき Cogan が行っていたと認識していたということになる。

(139) Id. at 437.

(140) Id.

- (141) Id.
- (142) Id.
- (143) Id.
- (144) Id.
- (145) Id.
- (146) Id. at 437-438.
- (147) Id. at 438.
- (148) Id.
- (149) Id.
- (150) Id.

五 現代共犯理論の諸相

アメリカ共犯理論の諸相

前章において、模範刑法典成立以降における主要なアメリカ共犯理論をいくつか見てきた。もちろん、これらの理論を個別に精査することも必要ではあるが、わが国においてアメリカ共犯理論につき注目されてこなかった事実からすれば、精査する前に、その相互の位置関係を示す作業が必要となるであろう。そこで本章では、前章で紹介した共犯理論の体系的な整理を試みる。すなわち、「アメリカ共犯理論体系のアウトライン」である。では、整理するための「ものさし」はどのようなものであろうか。その整理の基準が問題となる。このように位置関係を測るための「ものさし」は、できる限り主観的な基準ではなく客観的な基準である必要があるであろう。

というのは、主観的な「ものさし」であればあるほど、その整理は偶然的なものあるいは限定的なものとなり、その位置関係を正確に把握することにはならないからである。では、客観的な「ものさし」となりうるものは何であるかということが問題となるが、客観的な基準であるとする以上、何らかの事実である必要がある。故に、アメリカ共犯理論においてどの理論も認める共通の事実であり、かつ、アメリカ共犯理論の整理を目的とする以上、アメリカ共犯理論にとって普遍的で本質的な事実である必要がある。ではこの事実は何であったのか。この二つの基準を包含する事実に値するキーワードは「派生的責任」であったと思われる。⁽¹⁾というのは、この派生的責任がアメリカ共犯理論の核であったことは歴史的にも明らかであるし、たとえば「正犯が存在しなければ共犯も存在しえない」との意味で、一般的に共有しうる価値判断としても本質的な事実であると言えるからである。

1 「ものさし」たる派生的責任とその定義

そこで、この派生的責任を「ものさし」としてその整理を試みるが、ではどの派生的責任をその「ものさし」とすればよいのか⁽²⁾が問題となる。もつとも、ここでの目的からすれば、前章で紹介した共犯理論の内の一つの派生的責任を「ものさし」としても問題はな⁽²⁾いであろう。こ⁽²⁾こでは便宜上、最も年代が古い Fletcher の派生的責任をその「ものさし」として設定することに⁽²⁾する。では、Fletcher の派生的責任とは一体どのようなものであったのか。

Fletcher は「刑事責任の生じる基本的なケースは通常、正当化事由または免責事由のいずれも伴わないで禁止規範に違反する場合に生じる。しかしながら、これに正確には当てはまらないケースがある。すなわち不作為と共犯である」とし、⁽³⁾不作為と共犯のその例外たる地位に基づく共通性に着目していた。⁽⁴⁾

この共通性から、不作為と共犯責任は直接責任と区別される派生責任に類型化され、ここでは直接責任との対比により、必然的に形式的意味と実質的意味という二つの意味が包含されることになる。⁽⁵⁾ まず、責任は、不作為や共犯のいずれにおいても、その行為自体では「処罰されうる規範違反を構成するに足りない」との形式的意味で派生的となる必要がある。⁽⁶⁾ すなわち、派生的責任は因果性の補足原理として責任を拡張することを許容するということになる。もう一つは、責任は行為者と行為者が責任を問われうる独自の因果経過との間の「因果的つながり」との実質的意味で派生的となる必要がある。⁽⁷⁾

したがって、ここでの派生性とは、形式的意味において、責任を拡張するための因果性補足原理としての派生性であり、実質的意味において、正犯の犯罪遂行を必要とするという意味で派生性ということになる。端的に言えば、これらは、共犯の処罰条件たる従属性を意味していることが分かる。つまり、共犯行為それ自体は犯罪ではないことから、共犯に責任を問うために「正犯の犯罪遂行」を必要とするのである。

その一方で、Fletcher は前章で見てきたように「広義の共犯責任」理論を展開する。ここでは「正犯の不法行為からの派生」という意味で派生性を用いていた。では、この「正犯の不法行為からの派生」と「正犯の犯罪遂行からの派生」とは同じ意味で用いていたのであろうか。そこで、Fletcher が何を議論するために「広義の共犯責任理論」を必要としたのか振り返る必要がある。

Fletcher の問題意識はアメリカ法域（アングロ・アメリカン法域）における法システムにあった。たとえば、ドイツでは共犯は正犯よりも軽減して処罰する一方で、アメリカ法域では共犯も正犯と同様に扱う。そこでFletcher は、アメリカ法域においても、この派生性を用いることで裁判官が裁量を持つ根拠となり、結果的に共犯を軽減した形で処罰することになるとした。⁽⁸⁾ つまり、因果性において補足原理を用いなければ責任を問えない

いような者を共犯者と位置づけ、そしてその共犯者独自の因果的なつながりを考慮することで、共犯の責任を正犯の責任よりも軽減して問うとするのであろう。

ではその軽減のための論理的根拠はどこにあるのか。Fletcherはここで①共犯行為の不法性の軽減②共犯行為の有責性の軽減、という二つのアプローチがあるとする⁽⁹⁾。換言すれば、共犯の寄与度という客観面と共犯の主観的な態度という主観面の問題である。まず、①の側面からは、その行為が犯罪の定義を満たさないあらゆる行為者は共犯者ということになる。その意味では、実際に犯罪を遂行しない共同実行者をも包含するために共犯の範疇を拡張することにもなるし、犯罪の要素を満たすよう自分自身では行為しない間接正犯を正犯の範疇から排除し共犯として扱うことにもなる。また、これに従えば、共犯者の犯罪に対する因果的な寄与度を重視することにもなる。たとえば、拳銃を提供する者は、実際に拳銃の引き金を引く者よりも寄与度が低いはずである。しかしながら、実際には因果的な寄与度を測ることは困難な場合がある。たとえば、見張りや、共犯者なのか共同実行者なのかを因果的な寄与度で計ることは困難であろう。したがって、この側面はその軽減のための理論的根拠としては乏しい⁽¹⁰⁾。

では、②の側面についてはどうなのであろうか。この側面からは、行為者がその行為は「自己の行為」であると考えれば「正犯者」となり、他方「他者の行為」であると考えるのであれば「共犯者」となる。Fletcherは主観的過ぎるとしてこの側面は機能しえないとする一方で⁽¹¹⁾、ドイツの「行為支配論 (Tatherrschaftslehre)」からの説明に注目する⁽¹²⁾。つまり、ドイツ共犯理論において主観説が否定されてきた一方で、上位概念としての行為支配論が通説となってきた状況に着目するのである。

ドイツ行為支配論によれば、実行行為の基準を犯罪行為の実行への支配 (hegemony) あるいは統制 (control)

として理解することで、共犯行為を「支配または統制を欠く行為」と消極的に定義することになる。Fletcherはこの行為支配論が処罰条件としての派生性、すなわち「共犯責任は共犯の行為と正犯の行為との因果的なつながりを根拠とする」との派生性に合致するとする。¹³つまり、正犯は犯罪遂行を支配するが故に（犯罪結果との）因果的なつながりが問題となるのに対し、共犯は支配していない犯罪遂行を惹起しえないが故に（正犯の行為との）独自の因果的なつながりが問題となると理解するのである。

Fletcherは、アメリカにおけるこの行為支配論の論理的根拠をコモン・ローの正犯概念に求める。ここでは「Fが実際に実行する行為者であり、Rはその背後者である」場合に、民法法領域で考慮される正犯概念をその根拠として論証する。¹⁴このような場合に、刑法においては、Fが正犯となりRは共犯となるが、民法法においては、Rが常に正犯でありFはその代行者となる。この逆転現象は、刑法上、犯罪において正犯は現場での行為者であり、別の犯罪行為を遂行するかどうかの最終的な判断をするが、その一方で、正犯とその代行者という民事上の関係においては、正犯はその背後に残り、代行者の行為を指示するということから説明されることになる。¹⁵したがって、民事代理法において、Fが自律しているとすれば、その限りで代行者ではなく独立の契約者となり、それ故に独立の契約者(F)の不法行為責任はその背後者のRには問われないことになる。というのは、もはやFは正犯であるRの意思の延長として行為していないからである。Fletcherはまさにこの主観的な「意思」が行為支配論と合致するとするのである。その意味では、正犯（代行者）と共犯（背後者）の役割の逆転現象がポイントとなる。「刑法と民法法における正犯概念の比較が、ドイツ行為支配論とコモン・ローにおける正犯概念との類似性を根拠付ける」のである。¹⁶しかし、Fletcherは、行為支配論やこの民事上の理論、すなわち、代行者の行為の故に正犯の責任を問うということは、民事の世界では意味があるかもしれないが、刑法の領域に取り

込んだ場合に、犯罪を実行する行為者による自律的行為という事実を無視することとなる⁽¹⁷⁾。したがって、Fletcher に従えば、その限界に位置づけられる共犯と間接正犯 (perpetrator-by-means) との区別が問題となるであろう。

そこで Fletcher は、犯罪計画の実行の支配者に関するこの曖昧さは、共犯と間接正犯が交錯する事例において最も顕著に表れるとして、先に挙げた正犯と背後者の関係性をもとに、正犯の行為が不法であるが免責される場合、正犯の行為が正当化されるが故に不法ではない場合、そして正犯の行為が形式上適法である場合という三つの事例を挙げ、背後者が共犯としてあるいは正犯として責任を問われるかどうかにつき検討する⁽¹⁸⁾。その中の一つ「正犯の行為は不法であるが免責される場合」における Fletcher の解決法を検討することにする。Fletcher の見解を明らかにする。

この場合に、まず犯罪行為を援助した背後者を「共犯」として責任を問うためには、Fletcher の言う、広義の共犯責任理論が妥当することになる。正犯が免責されるからである⁽¹⁹⁾。たとえば、Cogan は Leak が自分の妻が同意していたと述べたことを信じて Leak の妻と性交したが、実際にはその同意はなく、また Leak も自分の妻が同意していなかったと認識していた Cogan 事件⁽²⁰⁾において、Cogan は強姦罪で有罪宣告され、Leak はその共犯としてされたが、その控訴審で Cogan の有罪宣告は錯誤抗弁に基づき破棄された。そこでの問題は、まさに共犯としての Leak の有罪宣告がなお維持されるかどうかということになる。したがって、Fletcher の広義の共犯責任理論に依拠すれば、Cogan の行為が不法であったかどうかということがまさに問題となるはずである。実際、イギリス裁判所は、たとえ Cogan が強姦行為につき責任がなかったとしても、被害者は実際に強姦されたのは事実であるから、不法な行為であったと判断した⁽²¹⁾。その意味では、Fletcher の広義の共犯責任理論を用いようとし

たのかもしれない。

ところが、イギリス裁判所は、Leakは実行行為者でありCoganは単なる「犯罪目的を助長するための道具」であるとすることも可能であるとした。⁽²²⁾つまり、伝統的な派生的責任によれば、正犯が免責されているためにその派生の根拠がないことになるから、無辜の代理理論を用いることで、正犯として処罰可能であることを示したのである。その意味では、イギリス裁判所の前提には「共犯でないならば正犯で」という暗黙の前提があったということが伺える。たとえLeakの寄与が共犯として評価されるだけの寄与に満たなかったとしても、実際の正犯(Cogan)が免責されたことで、その寄与行為という事実がLeakを正犯として扱うに十分となると考えたのであろう。

もちろん、行為支配論に依拠すれば、このような場合に間接正犯であると結論付けることも可能である。もっとも、そこでの必要条件は、Leakが問題となった性交において支配的な関与者であったというである。それ故に、その行為のそばに居るあるいは見ているだけでは足りない。したがって、行為支配論に依拠してLeakを間接正犯として評価するためには、CoganはLeakの意志に支配された道具として機能することが要求されるはずである。⁽²³⁾この点につき、間接正犯として位置づけるために、実際にその行為をしない関与者は「道具」を支配する必要があるとの前提を支持するアングロ・アメリカンの先例もあった。ここでは、支配や統制が正犯概念、特に代理人法において用いられるような正犯概念において必然的に含まれていると理由付けていた。⁽²⁴⁾模範刑法典もまた間接正犯が「無辜または答責性なき者に『禁止された』行為に取り組むように惹起する」ということを要求する。⁽²⁵⁾

さらに、間接正犯の条件として因果性を必要とすることは、派生性にも合致する。⁽²⁶⁾すなわち、共犯責任を正犯

責任と区別するものは、不作為と同様に疎遠な因果性の連鎖である。行為支配論によれば、共犯は結果に寄与するが、犯罪の完遂を導く過程の支配を欠く者である。つまり、共犯は犯罪遂行に寄与する一方で、犯罪を遂行しないし、何ら決断しないのである。その意味では、共犯に責任を問う場合には派生的である必要がある。以上の観点からすれば、このような場合に、共犯としてではなく、正犯（間接正犯）として責任を問うことも可能である。

しかしながら、Fletcher は、Leak を間接正犯と判断することは単なる選択肢の内の一に過ぎないとする。⁽²⁷⁾ 上記事例において、被害者が Cogan によって強姦されたのであれば、Cogan は強姦罪を遂行したことは事実である。この事実は、Cogan の行為は強姦行為という不法な行為ではあったが、免責されただけということを意味することになる。そうであるならば、やはり正犯は Cogan であって、Leak ではない。したがって、Fletcher の言う広義の共犯責任理論を用いれば、このような場合に、副次的関与者を正犯としてではなく、共犯として適切に判断することが可能となるのである。Fletcher は、このように、理論上共犯責任を問うことが可能である場合に、論理的な一貫性を崩してまでも例外的に正犯として評価する必要はないとするのである。逆に言えば、Fletcher は、背後者が無辜または答責性なき代行者を支配する場合に、間接正犯概念を用いるための「担保」としての役割を広義の共犯責任理論を与えていとも言えよう。

多少長きに渡ったが、Fletcher が広義の共犯責任理論をなぜ必要としたかということが示せたであろう。端的に言えば、Fletcher は正犯と共犯の区別を前提として、間接正犯を共犯の例外としての正犯ではなく、原則的に正犯として扱うが、それに当てはまらない場合には広義の共犯責任理論を用いることで共犯として処理する、つまり、広義の共犯責任理論を補充的に用いるのである。したがって、Fletcher の広義の共犯責任理論とは、間接

正犯と共犯との関係性を議論するために用いられたものであり、この意味での派生性とは「正犯に有責性がなくともその不法性から共犯責任を問うことが可能である」という意味、すなわち、共犯成立条件的な派生性であったと言えよう。以上のことから、「正犯の不法行為からの派生」は、「正犯の犯罪遂行」をその要件とする処罰条件的な派生性とは別の意味で用いられていたということになる。

2 アメリカ共犯理論の位置関係

Fletcher の共犯理論がどのように位置づけられるにせよ、とにかく Fletcher の派生性には「正犯の犯罪遂行からの派生性」と「正犯の不法な行為からの派生性」という二つの意味があることが分かった。では、Fletcher が共犯と正犯の限界として位置づけた事件を実際に判断したイギリスにおける共犯理論の状況はどうであろうか。そこで Ashworth⁽²⁸⁾ の派生性との比較から始める。

まず、「正犯の犯罪行為からの派生性」につき違いはあるのであろうか。この点、Ashworth は「派生的責任に依拠すれば、責任を排除することになる。というのは、犯罪が生じなかったのであればその犯罪につき援助行為したとは言われえないし、そもそも、共犯者の責任が派生しうる犯罪が何ら存在しないからである」として⁽²⁹⁾いた。これはまさに Ashworth の派生性が「正犯の犯罪遂行からの派生性」との意味を示唆するものであると言える。したがって、この意味においては Fletcher と同じである。

次に、「不法行為からの派生性」との差はあるのか。この点、Ashworth は、正犯行為の有罪性をその要件としていたのであるから、結論から見れば、Ashworth の基礎にある派生的責任は Fletcher の派生的責任とは差があることは明らかである。もちろん、その方向性についてはその差はないであろう。とこうなのは、Ashworth は

正犯の有責性を共犯の成立要件として捉え、かつ不法な行為（アクタス・レウス）への派生的責任の緩和という方法もその選択肢の一つであることも認めるからである⁽³⁰⁾。もともと Ashworth は、アクタス・レウスへの緩和には理論上の限界があるとしていた⁽³¹⁾。そもそも、共犯の責任要件は正犯の内心状態を包含する犯罪要素、すなわち正犯の有責性を認識することをもその要件とする。ところが、Cogan 事件⁽³²⁾では、Leak は自己の欺罔に基づいて Cogan が行為していることを認識しているのであるから、当然に Cogan の行為が免責されることを認識していることになる。したがって、Leak には共犯責任を問えないことになろう⁽³³⁾。そこで、アクタス・レウスからの派生性を認めれば、このような場合にも共犯責任を問うことは可能となるが、アクタス・レウスがない場合には、同じ問題が生じることになる。したがって、Ashworth は、派生性の緩和によっても理論的解決を望めないのであるから、原則に戻り、正犯の有責性からの派生をその要件とするのである⁽³⁴⁾。以上のことから、「不法行為からの派生性」という基準においてはその差があり、Ashworth の派生性はその修正形式として位置づけられることになる。では、先に述べたような、正犯の行為は免責されるが不法な行為であった場合、Ashworth はどのようにして解決していたのであろうか。

この点につき Ashworth は、無辜の代理理論を用いて免責される介在者を用いる関与者を正犯と評価することで解決した⁽³⁵⁾。そこではコモン・ローの解決法と同様に、Ashworth は、介在者が自律的な大人であったとしても、大人が精神的に錯乱している場合と強制されている場合には大人は道具として見なされるが故に、無辜の代理理論が妥当とする。つまり、無辜の代理理論を拡張するのである。そこで、どの程度まで無辜の代理理論が拡張されるのが問題となるが、Ashworth はいわゆる「故意なき道具の利用」の事例を挙げ、この場合に故意なき道具は因果性から離脱し、その利用者が正犯として評価されうるとした⁽³⁶⁾。したがって、同様に錯誤に基づいて

行為したCoganについても無辜の道具としてその因果性から離脱し、Leakが正犯として評価されることになる。

このことからAshworthの共犯理論は、Fletcherの正犯性を基準としたアプローチと一定の距離があることが分かる。つまりFletcherはドイツ行為支配論に依拠し、補充的に広義の共犯責任理論を用いることで、そのような関与者を共犯として扱うが、Ashworthは、共犯としての評価基準が機能しない場合に、そのような関与者を正犯として評価するために無辜の代理理論を用いるのである。³⁷⁾単純に言えば、Fletcherは正犯の側から考慮するのに対し、Ashworthは共犯の側から考慮するということになる。

以上の検討から、FletcherとAshworthとの共犯理論における一定の距離感は明らかとなった。では、同じアメリカにおいて、Fletcher以降どのように共犯理論は展開されてきたのであろうか。ここからは年代順にその比較を行うことにする。そこでKadishの派生性との比較から始めることにする。

まず、「正犯の犯罪行為からの派生性」についてはどうであろうか。Kadishは、はじめに、共犯理論を展開する前に非難概念を定義し、「(行為と結果との間の関係についてのこれら一般的な認識に答え)刑法は二つの別個の非難確定理論を発展させた」³⁹⁾ことを前提とした。それは、自然の出来事につき非難を確定するために用いられる因果性と他者の犯行につき非難を確定するために用いられる共犯性である。その前提に従えば、非難原則には、因果性と共犯性という二つの原則が並存することになる。そこでKadishは、因果性を広く捉えた上で、⁴⁰⁾自由な意思選択を持つ自律的行為者たる人間が介在する共犯事例においては、そもそも因果性はその処罰根拠に何ら役立たないとする。すなわち、人間をその「バリアー(防壁)」と捉え、人間が因果経過に介在する場合には、因果性経過が遮断されるとするのである。⁴¹⁾したがって、共犯事例においては、因果性に類似する機能を持つ新た

な非難概念が要求されることになる。それが Kadish の考える派生性である。そこでは因果性が結果の存在をその前提とするように、この派生性も正犯による犯罪遂行が存在することを前提とすることになるから、「正犯の犯罪行為からの派生性」という意味では、Kadish も Ashworth と同様に Fletcher と異なることになる。

では、「正犯の不法行為からの派生性」についてはどうであろうか。Kadish は、共犯責任を関与者相互の関係だけを理由に、ある関与者に別の関与者の悪行につき責任を問うものではないとして厳格責任犯罪における代位責任 (vicarious liability) と区別した上で、(共犯責任は) 正犯が行ったことにつき共犯を非難することを適切とする、その行為を要求するとする。⁽⁴²⁾ すなわち、Kadish が用いる派生性とは、正犯の責任のすべてを共犯が引き受けるという意味での派生性ではなく、共犯の責任が正犯の有罪性に従属するということを意味する派生性である。端的に述べれば、共犯責任を問う場合には、正犯の有責な行為を要件とするのである。したがって、Kadish の派生性は、正犯の有責性に従属するという意味での派生性を意味しており、Fletcher のように正犯の不法な行為に従属するとの意味での派生性ではない。Ashworth の派生性の理解と共通するところであろう。以上のことから、Kadish の派生性は「ものごと」たる Fletcher の派生性から見れば Ashworth の派生性と同一距離に位置することになる。もちろん、Kadish の派生性は、Ashworth と同様に Fletcher の派生性とはその要件の点では異なるが、その方向性は変わらないと評価しうるものである。では、Kadish と Ashworth との違いはどこにあるのであるか。そこで、派生的責任が機能しない場合を例に挙げて、両者の処理の違いについて分析を試みる。

Kadish は、正犯の行為に対し共犯に責任があるために派生性にはなく、むしろ因果性に依拠するところが妥当な場合があるとする。⁽⁴³⁾ たとえば、介入者が自律的な自由意志に基づく行為者ではない場合、介入者がいかなる者であれ問題なく因果性が妥当することになるとする。⁽⁴⁴⁾ そのような介入者の行為は人の行為とは見なされ

ないからである。しかし、問題はむしろ自律的な自由意志に基づく介在者が抗弁によって免責される場合の他の
関与者の責任である。介在者は人であるからである。ところが、この場合にも Kadish は、介在者には有責任が
ないが故に、共犯者に派生せず、因果性を用いて責任を問うことが可能であるとする。⁽⁴⁵⁾つまり、この場合には、
自然界の非難原則たる因果性を、共犯責任の原則たる派生性の補助原理として用いるのである。この点につき、
正犯の有責任判断を基底とし正犯に答責任がない場合に、共犯にまで遡及し、共犯を正犯と判断すると考えるな
らば、Fletcher の正犯性の議論との違いはなくなるのかもしれない。つまり、そのように考えるのであれば、
「正犯を原則、共犯を例外」と捉え、その正犯性を第一義的なものとして位置づけるからである。しかしながら、
Kadish は非難概念として、因果性と派生性という二種類の原則があると定義した。したがって、そのような考
え方は Kadish の理解するものとは異なるものであろう。やはり、介在者がいかなる形式であれ、因果経過に介
在するのであれば、そこでの原則は派生性（共犯）と見ているはずである。⁽⁴⁶⁾以上のことから、Kadish と
Ashworth はその限界事例においても、共犯側からの考慮をその原則とするという点で違いがないことになる。

では、Kadish と Ashworth との差はどこにあるのか。上述したように、Ashworth はこのような場合に無辜の
代理理論を用いて解決した。他方、Kadish は無辜の代理理論の限界を示すことで、別の代替理論を模索する。⁽⁴⁷⁾
Kadish によれば、無辜の代理理論の限界は身分犯と自主犯にあるとする。すなわち、身分犯においてはその共
犯者もその身分者でなければ責任を問えないし、また自主犯では、共犯者は自ら犯罪を遂行していないが故に、
責任を問われえないのである。⁽⁴⁸⁾したがって、Ashworth とは対照的に、Kadish は犯罪の定義に合致しないような
場合に、無辜の代理理論を用いて責任を問うことは技巧的なものとなると考えるのである。この点が Ashworth
との差である。そこで、ここでもその試金石となりうる Cogan 事件⁽⁴⁹⁾に対する Kadish の分析から、Ashworth と

の差をより具体的に明らかにすることにする。

Kadish は、Cogan 事件におけるイギリスの裁判所の立場は二つの前提に依拠すると分析する。⁽⁵⁰⁾ それは、「実際に犯罪が遂行されたが故に、共犯責任を問いうる」との前提と、「Leak が Cogan に自分の妻と性交させ、その必要な道具として Cogan の身体を用いることで、Leak 自身が妻を強姦した正犯と見なしよう」との前提である。これら前提に対し、Kadish は、確かに二つ目の前提からは、この事件に限って言えば解決されうるであろうが、なお一般的な問題の解決には至らないとする。⁽⁵¹⁾ すなわち、その共犯者が仮に女性であったとするならば、その女性性は擬制的な男性として扱われることで、そもそも共犯者の性別自体を無意味なものとなるが故に、人の行為の一般的語法あるいは理解とは矛盾することになるし、また一つ目の前提についても、介在者は錯誤抗弁により無罪となるのであるから、派生的責任によって共犯責任は問われないと考えるのである。

そこで、Kadish は派生的責任の要件を緩和する二つのアプローチを提示する。⁽⁵²⁾ 一つは、正犯の「単なる行為」から派生させるアプローチである。しかしながら、Kadish はこのアプローチは妥当ではないとする。⁽⁵³⁾ つまり、共犯が正犯の「単なる行為」を惹起したとして扱うその前提には因果性の適用があり、無辜の代理理論により正犯として扱うことの困難さを回避するためだけに共犯として扱うだけであるとす。⁽⁵⁴⁾ 共犯責任には、正犯の有責性から派生するとの前提があるはずである。共犯責任の根拠は、共犯者自身が犯罪を実行したということではなく、正犯がその犯罪を実行したということであり、共犯の犯罪とは、共犯が正犯にそのように行為するよう共犯行為したことなのである。したがって、正犯の「単なる行為」から派生するとするならば、根本的にその前提を無にすることになるう。

もう一つは、正犯の「単なる行為」からではなく、Fletcher の理解する派生、すなわち正犯の「不法行為から

の派生」というアプローチである。⁽⁵⁵⁾しかし、KadishはAshworthと同じようにこの拡張も役立たないと考える。第一に、ドイツ刑法の区別に依拠したこのアプローチは、アメリカ刑法にとってなじみの薄いものであって受け入れ難い概念であろうし、他方、正犯は危害を行ったのかもしれないが、あらゆる危害は悲しむべきものである一方で、必ずしも（正犯の）不法な行為からの結果ではないとする。⁽⁵⁷⁾危害とは異なり、不法は有責性を包含するはずである。Cogan事件⁽⁵⁸⁾についても、確かにこの「正犯の不法行為」を派生性の要件とすることで、共犯責任を問うことも可能であるかもしれないが、正犯の行為は被害者にとっては危害であった一方で、実際は「不法」ではなかった。つまり、Coganの行為は不道德な行為であったかもしれないが、イギリスにおいては、そもそも刑法上の違法な行為ではなかったのである。⁽⁵⁹⁾したがって、ここではこの緩和もうまく機能しないことになる。もっとも、Kadishはこの派生性の不法への拡張につき「欠点を伴うとしても、裁判所が共犯法の修正なしに行いうる、共犯責任を正当化するための最良の理論上の到達点」として一定の評価を与えている。⁽⁶⁰⁾その意味では、Kadishは共犯性、Fletcherは正犯性という違いはあるものの、共犯性の側から見た両者の差もなくなることになるかもしれない。逆に言えば、Ashworthとはその差が表面化してきたと言えるであろう。

そこで、このような派生性の緩和はうまく機能しないが故に、KadishはAshworthが採らなかつた共犯法の修正を前提とする「惹起行為（causing）」アプローチを提示し、結果的にこれを支持する。⁽⁶¹⁾そこでは、免責される者に犯罪のアクタス・レウスを遂行させる者を正犯として規定することになるであろう。これは、実際に模範刑法典でも採られたアプローチでもあり、⁽⁶²⁾これに従えば、Kadishは、Fletcherとより近接するものとなる。⁽⁶³⁾

以上の検討から、Fletcherから見て同じところに位置していたKadishとAshworthもその限界事例における

処理においては離れ、むしろ共犯性と正犯性という異なる方向性を持つ Kadish と Fletcher が近接するという結果が導かれた。では残りの、Dressler と Katz⁽⁶⁴⁾ についてはどうなのであろうか。

この点、Dressler と Katz の共犯理論は、Fletcher や Ashworth として Kadish のものとは大きな違いがある。というのは、両者は伝統的な派生性の存在を認めつつも、派生性を共犯責任の根拠として位置づけないからである。

まず Dressler は、派生的責任を基礎とする共犯理論が不公平でかつ反功利的であると⁽⁶⁶⁾、共犯の処罰根拠たる派生的責任を再考するだけでなく、従来からの共犯理論そのものを根本から再構築することを目指した。そこでの前提として、Dressler は派生性を共犯の責任は正犯の「不法な行為」あるいは「有罪性」からの派生として理解しているはずである。⁽⁶⁷⁾ いずれにせよ、Dressler の目的からすれば、正犯の「法違反」からの派生という程度で理解すればそれで十分であろう。

Dressler の共犯理論の特徴は、むしろ派生性を排除し、因果性のみで判断可能であるとした点にある。そこでは、なぜ共犯にも正犯と同様の峻厳な処罰が適用されるのかという問題意識から、原則論と同様に、因果性判断を唯一の基礎として関与者ごとの寄与度を測り、その寄与度に比例する刑罰を与えるべきであるとする。⁽⁶⁸⁾ つまり、個人責任と因果性の相関的価値を重視するものであると言えよう。そこで、Dressler は因果的共犯と非因果的共犯という二類型から共犯としての評価を行う。⁽⁶⁹⁾ したがって、そのアプローチによれば、従来正犯と考えられてきた者であっても、その寄与度からすれば共犯として評価されることにもなるであろうし、またその逆の場合もありうる。というのは、このアプローチでは、他者の犯罪行為からではなく、自己が惹起した危害につき責任を問われることになるからである。まさに、共犯を正犯と同等に扱うのである。たとえば、派生的責任が機能しない

Cogan 事件⁽⁷⁰⁾につき、Dressler の因果性テストによると、共犯 (Leak) の「正犯を錯誤に陥れた欺罔行為」がなければ、自分の妻が強姦されることは生じなかったであろうから、Leak は因果的共犯に分類され、正犯と対等に強姦罪につき責任が問われうることになる。この点は、正犯と共犯を対等に扱うアメリカの法システムに依拠しているとも言えるし、また、非因果性共犯に分類される者は必要的減刑によって処罰されることになるから、一般的な道徳的直感にも合致することにもなる。⁽⁷¹⁾

ここまでの検討から、Dressler の共犯理論は派生性ではなく因果性のみを根拠とすることから、一見すると Fletcher の共犯理論とかけ離れているように見えるが、そうではない。というのは、Fletcher は正犯の不法性から派生を根拠に共犯責任を問うが、その一方で行為支配論に依拠し正犯性を重視することで、その因果性判断を基礎として正犯としての責任を問う可能性も認めるからである。その限りで、Fletcher の正犯性は、Dressler の因果性判断を基礎とした寄与度の測定と刑罰の比例性に重点を置く因果性アプローチと親和することになる。次に、Katz は功利主義的な立場から、共犯の処罰根拠を説明する。Katz は、共犯性を派生性からではなく「限界効用通減の法則」から説明し、正犯のすべての責任から共犯の責任が得られるとする。⁽⁷²⁾つまり、刑事共犯法は、民事不法行為法のように機能し、すべての関与者はその犯罪の共犯として責任があり、惹起された全体の危害は、関与者に値する刑罰が評価される際に還元されることになる。その意味では、Dressler と同様に、因果性判断による寄与度を基準に、その関与者すべてに責任を問うことになる。ただし、その寄与度によって異なる有罪性や異なる刑罰を与えるという点で、Dressler とは異なる。つまり、Katz によれば、その非難の程度は異なるけれども、共犯に属する者はすべて必要的減刑を受けることになるはずである。故に、Katz の共犯理論からは、共犯となるためには、たとえどんなに些細な寄与であったとしても、何らかの形でその犯罪遂行に関与

すればそれで足りることになる。いずれにせよ、Dresslerと同様に、Katzも共犯責任の根拠を因果性に見るのであるから、Fletcherとは根本的に異なるものと言えるであろう。

その一方で、Katzの共犯理論は、コモン・ローの正犯と共犯との区別を想起させるものでもあるとも言える。Katzの共犯理論は、どんな些細な関与者であっても共犯として責任を問うけれども、その寄与度によって有罪性あるいはその刑罰の程度が異なることを認める。それ故に、コモン・ローの共犯責任判断のように、全体評価としての寄与度を、因果性を用いて測ることになるはずである。

この点につきKatzは「確かにこの正犯と共犯の区別が有用であり、実際に量刑の際にはこの区別にしたがって判断するのであるから、区別しないことは不安定なものであるが、それは必ずしも悪いことではない」とする⁽⁷³⁾。誰が共犯で、誰が正犯であるかという不安定さは、「第一級正犯としての明確な実行行為と明確な何ら関連のない行為との間にある暗い無人地帯へ入り込む者は誰でも、自分が安全であるかそうでないか知らないであろう⁽⁷⁴⁾」ということを意味するだけなのである。その意味では、正犯の不安定さは、その行為の不道徳さに対する我々の判断の不安定さにも反映するものであって、すべての人が公平になるのであるから問題はないと考えるのである。しかし、これは単にKatzが正犯と共犯を区別しないことの正当性を述べているだけであり、裏返せば、Katzの基礎には正犯と共犯の区別があるということになる。したがって、KatzはFletcherの派生性とは異なり、Dresslerと同様に因果性を基準に判断することになるが、その理論的基礎にはコモン・ローのような客観的区別基準があり、故に因果性に基づく全体評価から見た寄与度に比例する責任判断があるということが推測されるのである。

もともと、DresslerとKatzは確かに派生性を排除するが、そこで排除する派生性とは、「正犯の不法行為あ

るいは有責性からの派生」という意味での派生性であって、「正犯の犯罪遂行からの派生」という意味での派生性を排除するものではないと言いうる。というのは、正犯の犯罪遂行がなければ、当然に共犯につき因果性を基底とした寄与度を測ることはできないからである。したがって、「正犯の犯罪遂行からの派生」はいずれの見解においても共通するものであり、その差はないのである。

3 伝統的な派生性と Fletcher の派生性との差

このまじ、Fletcher の派生的責任を「ものさし」として前章で紹介した共犯理論の位置関係を把握してきた。もともと、Ashworth の共犯理論はイギリス刑法理論に属するものであるから別にしたとしても、アメリカ共犯理論につき、Fletcher の派生性を基準とした「体系の概要」は示せたと考える。そこで、最後に、ここまで「ものさし」として用いてきた Fletcher の派生的責任につき触れておく必要がある。というのは、コモン・ローにおける派生的責任と Fletcher の派生的責任との差があるならば、その差を示すことで真の位置関係が把握されることになるし、また差がないのであれば、ここまで示してきた距離感がそのままアメリカ共犯理論の位置関係として捉えることが可能になるからである。

そもそも、アングロ・アメリカン法域において、共犯は主犯の従物として捉えられてきた。⁽⁷⁵⁾ 古典的に、共犯責任は正犯責任により完全に左右されてきたのである。たとえば、初期コモン・ローでは、共犯の公判開始以前に、正犯の有罪宣告を必要とするルールがあった。もともと、ブラックストーン時代にこのルールは排除され、たとえ正犯が無罪であったとしても共犯に有罪宣告することを可能にした。⁽⁷⁶⁾ しかしながら、このような進展は、正犯の無罪は（正犯が）処罰されないとの意味しかないであろう。というのは、共犯が無罪となるか否かは、正犯の

無罪により影響を受けないからである。⁽⁷⁷⁾したがって、このことは、派生性の源であった正犯の有罪宣告が、後の共犯の公判の開始条件たる「共犯の処罰条件」であったということの意味するに過ぎないということになる。故に、たとえ正犯の有罪宣告要件を排除したとしても、なお正犯の有罪性の存在、言い換えれば、正犯の犯罪遂行がその要件としてなお残ることになる。

その一方で、コモン・ローにおける共犯責任で言う派生性とは、正犯の有責性からの派生も意味していた。このことは、先の *Cogan* 事件⁽⁷⁸⁾において、正犯が免責された場合に共犯責任が問題となったことから裏付けられる。そこでは「共犯責任を問えない場合に正犯責任を問う」ことを前提として「正犯の有責性がなければ、共犯責任を問えない」としていたことから、正犯の有責性は共犯成立条件であったことが伺える。以上のことから、コモン・ローの派生性においても、Fletcherと同様に、共犯処罰条件としての派生性という意味と共犯成立条件としての派生性という二つの意味があったということになる。

しかし、共犯成立条件としての派生性につき、正犯の有責性をその要件とするならば、コモン・ローの派生性からは処罰の隙間が生まれることになる。そこで、コモン・ローは上述のように、無辜の行為者理論を用い、そのような関与者を第一級正犯として評価することで例外的に解決してきた。この点は「共犯でないならば正犯で」との前提が存在していたことを裏付けるものでもある。これとは対照的に、Fletcherはこの派生性の根拠を有責性から不法な行為へと緩和することで、共犯責任の範囲を拡張し理論的一貫性を図る。⁽⁷⁹⁾したがって、正犯が何らかの抗弁によって免責されたとしても、その行為自体は不法であることから、その共犯にはなお責任を問えることになる。もちろん、ドイツ行為支配論に依拠するFletcherの正犯性(実行行為性)により、はじめにそのような関与者は正犯として扱われることになるかもしれない。というのは、Fletcherは無辜の者を利用する者を原

則、正犯として扱うからである。したがって、Fletcher は、そのような関与者が正犯として評価されない場合にはじめて、共犯として扱うことになるのである。いずれにせよ、これまで無辜の代理理論を用いて、そのような関与者を例外的に正犯として処理してきたコモン・ローのアプローチに対し、Fletcher は「正犯でないならば共犯で」との前提に従い、共犯の側から「正犯の不法行為からの派生」という共犯責任原則に合致する一貫したアプローチをも提示しただけでなく、新たな正犯性を提示したと評価できるであろう。⁸⁰

以上のことから、「正犯の犯罪遂行からの派生」という意味では、コモン・ローと Fletcher は同じであるが、「正犯の不法行為からの派生」という意味では、コモン・ローの派生性を基準とした場合、Fletcher の派生性は、責任から不法へと緩和した修正形式として位置づけられることになる。

(1) 本稿では「ものさし」として「派生的責任」を選択したが、アメリカ共犯理論にはもう一つ共通する事実があると思われる。すなわち「道徳的判断」である。それは、一般人共通の直感的判断を意味する。一般的に、個々人のこの直感的な道徳的判断に基づき、この人は実行行為者であるとか、あるいは共犯であるとの区別が理論上の区別に必然的に伴われるはずである。それ故に、この直感に反する場合、たとえば、限縮的正犯概念を基底とした場合に生じるこの直感に反する不快さを回避するために、正犯の実行行為をその「性質」にまで拡張したとの分析も可能となる。この点につき、Kadish は、「責任を問うための判断は社会上の目的だけでは左右されない。それは『行為』と『行為の結果』の両方で、人々を処罰するという道徳的正当性によっても左右され」、「結局、答責性は道徳的正当性の考慮に対し、第一義的に答えるものとして理解される」とする。(Kadish, *infra* note 39, at 323.) つまり、「社会的目的」の対象は、ほとんどの場合において、被告人が正当に非難されうる行為に対する処罰のみに焦点をあてるのである。したがって、Kadish の説明には「何らかの状況において刑事責任を許容しうることになる浸透

した直感的判断の本質を確認する試みが必然的に伴う」ことになるのである。(Id.) また、Dresslerは、共犯責任への新たなアプローチを展開させるには明確な目的が必要であるとした上で、「共犯法のルールは道徳的に正しい結果に帰着すべきである」(Dressler, *infra* note 64, at 37.)とする。つまり、有責性や刑罰は、コモン・ローの基本的概念および憲法上の残酷で異常な刑罰の禁止と合致するよう、行為者の道徳的非難の程度に関連付けられるべきと考えるのである。

このような視点は、アメリカの法システムに関係するものであろう。というのは、陪審員制を採っているアメリカにおいては、まさにこのような一般人の直感的判断がポイントとなるからである。したがって、ここで言う「道徳的判断」とは、(もちろん間接的にはそうなるかもしれないが)ドイツにおける主観説のような正犯自身の道徳的判断という意味ではなく、判断者側に共通する「道徳的判断」を意味するのである。もともと、この「道徳的判断」による共犯理論の整理から興味深い結果が得られるかもしれないが、一般的に共通する基準であるが故にそのメモリが小さすぎることになり、ここで期待するほどの明確な位置づけはできないであろう。この点は、今後の課題として残しておく。

(2) George P. Fletcher, *RETHINKING CRIMINAL LAW* (1978)

(3) Id. at 582: つまり、基本となる禁止規範は、不作為あるいは共犯責任を網羅する特別な原理によって補完されるということになる。

(4) Id.: それは不作為と共犯において、「その関与者は、一般的な場合と同じ禁止規範で処罰されることになる一方で、『誰かを死なせる』とか『共犯である』ということ自体は犯罪ではない」という共通性と不作為と共犯は、「行為と責任が問われる危害との間の因果的つながりがない」という共通性、そして「意図的な犯罪遂行」という概念は、直ちには両範疇と合致しない」という共通性である。なお Fletcher は不作為と共犯には上記のような三つの共通性があることを踏まえた上で、特に「因果性と意図という二つの特徴には明らかに議論の余地がある」とする。(Id. at

583.) したがって、不作為と共犯の場合には、危害の「惹起」あるいは「意図的な」犯罪遂行に対する直感的に偏った言及に依拠することになる。

(5) Id.

(6) Id.: 不作為において、たとえば、両親が病気に罹っている自分の子供を助けるために医者と呼ばなかったとしても、結果的にその子供が生存していれば責任はない。同様に共犯責任も、正犯が犯罪を遂行するかどうかに依拠することになる。たとえば、共犯者が正犯者に犯罪で用いる道具を提供する場合、正犯者がその犯罪を実行しなければ共犯責任はないのである。

(7) Id. at 583-584.: なお、Fletcher は、このような意味を持つ派生的責任を用いる価値は次のような点にあるとする。すなわち「派生的責任は我々がそうでなければ不明澄なままであるいくつかの命題を公式化することを可能にする」点である。その上で、Fletcher は不作為および共犯の領域は二つの構造上の考慮を共有していることを見出す。一つは、特定の事実上の状況が直接的責任の事例として扱われるか、あるいは派生的責任の事例として扱われるかどうかという考慮である。すなわち、意図的に死を惹起することは外見上不法でかつ処罰可能である一方で、不作為によって他者を死亡させることは、介入する特別な義務がない限り、処罰されえないのである。このような考慮は、たとえば患者の死を予期して人工呼吸器の電源を切るとは直接的責任というよりむしろ派生的責任であるとの主張において利点がある。というのは、特定の事実によればその患者を助け続ける義務がないかもしれないからである。

もう一つは、派生的責任に対する最小限基準 (minimum criteria) の設定である。不作為において、その責任判断の出発点は、特定の危害介入義務あるいは防止義務の負荷によって定義される。また共犯においては、ある者がまさに犯罪を遂行しようとしていると認識する人と互いに影響しあうことを思いとどまるべきである場合に問題となる。たとえば、放火をしに行くとして認識しつつもガソリンを売る者がある。したがって、不作為と共犯の両方において、これらの最小限基準の解釈は、自由と予防という対立構造における微妙な課題を提起することになるのである。

(8) *Id.*: 共犯においては、直接的責任よりもむしろ派生的責任であるとして扱われる利点は、特定の法システムに依拠する。すなわち、アングロ・アメリカン法域以外の多くの法域で、共犯は実行為者よりも軽減して処罰されるけれども、アングロ・アメリカン法域でも、裁判官の裁量によって同様の結論に至りうるのである。

(9) *Id.* at 654.

(10) *Id.* at 654-655.

(11) *Id.* at 655.

(12) *Id.*

(13) *Id.* at 656-657.: その意味では、この処罰条件としての派生性(従属性)は、あらゆる側面で前提的な条件として機能することになるのかもしれない。

(14) *Id.* at 664-671.

(15) *Id.* at 656.

(16) *Id.*

(17) *Id.* at 656-657.

(18) *Id.* at 644-671.

(19) しかしながら、当時のアングロ・アメリカン法域において、このように派生性を正犯の不法行為へと緩和する理論を用いた判例はなかったようである。(*Id.* at 664-665.)

(20) *Regina v. Cogan and Leak*, [1976] 1 Q. B. 217.: *もつとめ* の事実につき、さらに加える必要がある部分がある。すなわち、「共犯者たる Leak が Cogan が性交している『現場』にいた」という事実である。この事実からすれば、ロモン・ローの区分においては、本事件で共犯 (*aider and abetter*) として訴追された Leak は、正犯 (正確には、第一級正犯) に当てはまることになる。それ故に、当該裁判所が正犯としての処理に固執したことにもうなずける。も

ことも、たとえ無辜の代理理論を用いて、正犯として判断することが可能であったとしても、当時の制定法によれば、法的不能 (legal impossibility) の問題が残されていたのである。つまり、夫たる Leak は妻を強姦しても罪に問われなかったのである。(Id. at 223.; 後掲・注 (59)) したがって、結果的に Leak が共犯として訴追された点につき、裁判所にとっては「幸運」であったのかもしれない。

(21) Id. at 222-223.

(22) Id.

(23) Fletcher, *supra* note 2, at 666.: イギリス裁判所は、行為支配があったとするが、Leak が強姦の実行において Cogan を支配していたと証明するための事実を引用しそこなったのである。

(24) Id. at 667.: 裁判所は、リーディング・ケースの中で、夫は介在者を通じて自分自身の妻を「強姦」しうるが、それは夫が自己の意思あるいは同意に反し妻と性交するために脅迫や暴力による「意志なき」道具を強制する場合のみであるとした。(See, State v. Haines, 51 La. Ann. 731, 732, 25 So. 372, 373. (1899))

(25) Id. at 666.: 「惹起行為」というのの要件を「援助行為」以上のことを意味すると理解すれば、行為支配と合致するようになるであろう。(See, MPC §2.06 (2) (a))

(26) Id. at 667.

(27) Id.

(28) Andrew Ashworth, PRINCIPLES OF CRIMINAL LAW (4th ed. 2003)

(29) Id. at 435.

(30) Id. at 437.: この派生性の緩和と共に、このような場合のアプローチとして、無辜の代理アプローチと立法論を提起する。

(31) Id.: See, Thornton v. Mitchell, [1940] 1 All E. R. 339.

- (32) [1976] 1 Q. B. 217.
- (33) Ashworth, *supra* note 28, at 436.
- (34) Id. at 436-437.
- (35) Id. at 437: マジドの Ashworth が想定する代理理論は、いわゆる「道具理論」と言い換えてもかまわない。とうのは、Ashworth は、その原則を「大人が刑事責任年齢未満の子供に犯罪を遂行するよう強制または命令する場合」と位置づけるからである。
- (36) Id.: そこでは「DがVの看護者に実際には毒が入っているビンを処方薬が入っていると伝えて渡す」という事例を挙げる。
- (37) Id. at 435: もちろん、Fletcher も Cogan 事件においては共犯側から問題解決をしているのであるから、その方向性については同じであろう。
- (38) Sanford H. Kadish, *Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine*, 73 CAL. L. REV. 323. (1985)
- (39) Id. at 332-333.
- (40) Id. at 359: いわゆる等価説に近いものである。ここでは、因果性を先行条件に対する人および自然界の反応の違いを考慮に入れなければならないとし、因果性が人の反応を包含するほど広いものであることを認めている。
- (41) Id. at 333-336.: その意味では、この介在者というバリアーは、遡及禁止論のような機能を持つことになるであろう。
- (42) Id. at 337.
- (43) Id. at 341-342, 368-369.: マジドの代理理論も、Ashworth と同じ「道具理論」の一例である。
- (44) Id. at 369.
- (45) Id. at 370-372.

- (46) この点においても、Fletcher と Kadish との派生性に対する方向性は合致する。
- (47) Id. at 372-385.
- (48) Id. at 372-374.: 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、(通常の語法や理解が) 必要条件となるはずである。
- (49) [1976] 1 Q. B. 217.
- (50) Kadish, *supra* note 38, at 377.
- (51) Id.
- (52) Id. at 378.
- (53) Id. at 379.
- (54) Id. at 378-379.
- (55) Id. at 380.
- (56) 違法阻却事由と責任阻却事由の区別のことである。
- (57) Id. at 380.
- (58) [1976] 1 Q. B. 217
- (59) Kadish, *supra* note 38, at 381-382.: それ故に、法的不能の問題が残されたのである。(See, [1976] 1 Q. B. 223.)
- (60) Id. at 380-382.
- (61) Id. at 382.
- (62) Id.: See, MPC § 2.06 (2) (a)
- (63) 両者とも「惹起行為」に注目することで、無辜の者を利用した者を間接正犯として解消する方向へ向かうからである。

- (64) Joshua Dressler, *Reassessing the Theoretical Underpinnings of Accomplice Liability: New Solutions to an Old Problem*, 37 HASTINGS L. J. 91 (1985)
- (65) Leo Katz, *BAD ACTS AND GUILTY MINDS: CONUNDRUMS OF THE CRIMINAL LAW* (1987)
- (66) Dressler, *supra* note 64, at 91-95.
- (67) Id.
- (68) Id. at 108-120.
- (69) Id. at 124-125.
- (70) [1976] 1 Q. B. 217
- (71) Dressler, *supra* note 64, at 128-130.
- (72) Katz, *supra* note 65, at 255-256.
- (73) Id. at 260.
- (74) Id.
- (75) William Blackstone, 4 COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (1765) at 323-324.
- (76) Id.
- (77) ロビン・ローにおいて「正犯が有罪であっても、共犯が無罪である」事例があったらとは、前章で示した Sayre の研究からも明らかである。(Francis Bowes Sayre, *Criminal Responsibility for the Acts of Another*, 43 Harv. L. Rev. 696. (1930); Regina v. Saunders, 2 Plowd. 473.)
- (78) [1976] 1 Q. B. 217
- (79) Fletcher, *supra* note 2, at 664-667.
- (80) Id.: したがって、Fletcher は正犯を原則としつつも、Cogan 事件のように、その処罰の隙間が生じる場合、補充

的に広義の共犯責任理論を用いてその処罰の隙間を埋めていたということになる。その関係性から、ここでの派生性は共犯の成立条件であったということになるのである。

六 　むすびにかえて

以上の検討をまとめると次のようなことになる。本稿で紹介した共犯理論について、「正犯の犯罪遂行からの派生」という意味での派生性を基準とした場合、いずれの見解においても違いはない。一方で、「正犯の有責性からの派生」という意味での派生性を基準として整理した場合にはその差が生まれることになる。その場合に、コモン・ローの派生性を基準とすれば、コモン・ローと同じ位置に Kadish と Ashworth が位置し、また Fletcher はその修正形式として位置づけられることになる。もともと、その限界事例において、コモン・ローと Ashworth は無辜の代理ルールを用いて因果性を根拠に「共犯の例外たる正犯」として扱うことで解決する一方で、Fletcher と Kadish は無辜の代理ルールをさらに進化させた（模範刑法典と合致する）惹起行為ルールに依拠することで解決する。したがって、この限りにおいて、正犯性を原則とする Fletcher と共犯性（派生性）を原則とする Kadish が重なり合うことになる。他方で、Dressler と Katz はこの派生性基準とは一線を画し、独立形式として位置づけられ、因果性という部分で重なり合うことになる。ただし、Dressler は正犯の実行行為性という部分では Fletcher および Kadish と重なり合い、Katz は正犯と共犯の区別という部分ではコモン・ローと重なりあうことになる。

これで本稿の目的を達成したことになるが、ここでのアメリカ共犯理論の整理は、ある副産物をもたらした。すなわち、整理で用いた「ものさし」たる「派生性」の内実についてである。

まず、「derivative」という言葉は「派生的な」あるいは「独創性のない」ということを意味する用語である。では「派生的」とは用語法上どのような意味を持つのか。ここでは「同じ源から分かれ生じること」であると考えられる。⁽²⁾したがって、語彙的な意味からすれば、共犯責任の「派生性」は、正犯の責任に共犯の責任の源を見出すことになる。このことは、まさにアメリカにおける派生的責任の古典形式に合致する。すなわち、共犯は正犯に責任が生ぜしめる行為に関与したが故に、正犯の責任を共有するのである。

とするならば、共犯責任の派生性は、共犯を正犯と同一化するとの意味を持つのであろうか。しかしそうではなかった。伝統的に共犯責任が上級者責任（代位責任）と区別されてきたことから明らかであるように、共犯責任は、共犯が自身の共犯行為によって正犯の犯罪を惹起するからでも、正犯の行為が共犯の行為であるからでもなく、あくまでも、共犯の責任は正犯の「有罪性（violation of law）」に依拠した上で、その法的結果が共犯自身（行為の故に問われるのである）の責任に換言すれば、共犯責任は正犯が行ったことにつき共犯を非難するに妥当な共犯行為を必要とするはずである。したがって、ここでの「派生性」という言葉は、共犯の責任が正犯の有罪性に従う、すなわち「従属する」ということを意味するにすぎないのである。

そこで、この「派生性」が「従属する」という意味で理解されるとするならば、この「従属」の中身が問題となる。初期コモン・ローにおいては、「従は主に従う」との法格言に依拠し、共犯は正犯の「従物」まさに「アクセサリー」として捉えられてきた。それ故に、初期コモン・ローでは、訴訟法上、共犯の公判が開始される前に正犯が有罪宣告されているという事実をその要件としていたのである。もともと、この事実が、共犯責任が正犯の有罪に完全に依拠しているというわけではない。すなわち、単に共犯の「処罰条件」として正犯の有罪宣告が必要とされていただけあって、正犯が有罪であるから共犯も有罪であるということにはならないのである。

つまり、正犯の有罪は共犯の公判開始にとつて必要な条件なのであって、ここでは共犯に責任を問うという「可能性」が存在していただけなのである。この点は、*Same* の研究から明らかであるし、またこの訴訟法上のルールが排除された際、正犯が無罪とされた場合にも共犯に責任を問うことが可能になったことから、初期コモン・ローにおいては正犯の有罪宣告が共犯の処罰条件であったことが裏付けられるであろう。

さらに、共犯責任が正犯の有罪に完全に左右されることを前提とした場合、正犯が無罪であるならば、共犯として責任を問えないはずである。しかし、そうではないであろう。正犯の無罪の理由がなんであれ、その免責事由がなければ、正犯は有罪となりその共犯行為は犯罪となるはずである。逆に言えば、共犯に対する非難は、正犯の免責事由からは何ら影響を受けないということになるのである。

したがって、ここでの古典的な意味での派生性は、共犯の処罰条件を意味するものであるということが分かった。もともと、正犯の有罪宣告をその要件とする処罰条件は排除され、すでに述べたように、正犯が無罪であったとしても共犯に責任を問いうる。もちろん、このことは、派生性が従属性を意味するとの前提にも合致する。

というのは、ここでは、正犯の有罪性が要求され、正犯が法違反行為を行ったという事実自体に共犯は従属するからである。正犯の法違反行為なしには共犯は責任を問われえないのである。したがって、この意味での派生性とは、共犯の処罰条件を意味し、それは正犯の法違反行為の存在をその要件とするものであると言える。

その一方で、この派生性には処罰条件以外の意味もあった。共犯責任が正犯責任から派生するとするならば、共犯責任は正犯責任を越え得ないのであるか。この点、*Kadish* の説明が分かりやすいかもしれない。⁽⁴⁾ 共犯は正犯に与えた「合意」の範囲内でのみ正犯の責任を共有するのである。換言すれば、正犯の犯罪遂行を援助する共犯は、その目的で権限を与えた「合意」に依拠して共犯と判断されるということになる。したがって、たし

かに、共犯責任は正犯の責任から派生することになるが、それは共犯が正犯に与えた「合意」という一部から派生するのであって、そのすべてからではないということになる。⁽⁵⁾

ところが、そうであるならば、共犯責任はその非難の重大性という程度で、正犯責任を越ええないということになるはずである。しかし、必ずしもそうなるとは限らない。共犯の責任が正犯の責任よりも重大である場合もある。無辜の代行者事例が分かりやすい。無辜の者を介して犯罪目的を達成する共犯は、正犯たる無辜の者よりも非難の程度は重大であるはずである。この点につき、コモン・ローは、無辜の代理理論を用いて共犯を正犯として扱い解決していた。ここで注目すべき点は、コモン・ローでは無辜の者が介在する場合には、共犯責任を問えないとした点である。ここでの無辜の者とは道具として見なされる者であり、コモン・ローではこのような者を犯罪に利用した場合、第一級正犯としたのである。すなわち、このような利用者たる共犯を無条件に正犯としていたのである。繰り返し返すが、このような者が介在する場合には、共犯ではなくるのである。つまり、正犯の有罪性がなければ共犯責任を問うことができない、端的に言えば、正犯の有罪性が共犯にとつての成立条件となるということになる。したがって、この意味での派生性とは共犯の成立条件を意味し、それは「正犯の有罪性」をその条件とするものとなる。そして、それは共犯が与えた合意の範囲内で正犯の有罪性から派生することになるのである。

以上のことから、アメリカ共犯理論における派生性には、正犯の法違反行為（有罪性）の存在をその要件とする「共犯処罰条件」と、正犯の有罪性をその要件とする「共犯成立条件」という二つの意味があることが分かった。もっとも、共犯の成立条件としての正犯の有罪性は、共犯の合意の範囲内に限られることになるから、その合意がその犯罪での責任の上限を画するものであると言えるであろう。したがって、共犯は、合意に基づき正犯

に犯罪を実行させたという範囲内で正犯とその責任を共有することにより、かつその共犯行為を行ったということにより非難されることになる。その意味では、派生性には、三つ目の意味、すなわち、正犯が遂行した犯罪の有罪性を前提とすることで、共犯の合意に依拠する共犯行為に対する責任の「根拠」という意味があることになる。

このような、アメリカにおける共犯理論の核たる「派生的責任」の視点は、わが国の共犯に関する議論、特に、要素従属性に関わる議論にとつて有益であると思われる。ここでは、通説において四つの従属形式として捉えられてきた要素従属性につき、誇張従属形式⁽⁷⁾とその他の従属形式のレベルの違いや、要素従属性と間接正犯との関係性⁽⁷⁾、さらには身分の連帯性⁽⁸⁾にまで波及するものであろうと推測されうる。もつとも、わが国における共犯をめぐる問題はこれだけにとどまるものではない。ただ、従来、それほど注目されてこなかったアメリカ共犯理論を整理することでこのような視点を得られたことは、わが国の共犯理論にとつて何らかの意味を持つものであろうし、またその意味では、わが国の共犯理論の進展にとつて、アメリカ共犯理論は検討に値するものでもあるように思われるのである。

(1) たしかに、本稿の目的は達成されたが、それだけでは不十分である。本稿はアメリカ共犯理論の概要を示したにすぎないのである。つまり、本稿で紹介した理論が、実際にどのように機能するか分析・検討することで、ようやくわが国における共犯理論との違いが示されることになるであろう。ここでは、さらに精密な分析が要求されるのである。したがって、今後の課題としては、判例分析を中心に、アメリカ共犯理論相互の分析が残されていることになる。さらに言えば、わが国の刑法理論の母国はドイツ刑法理論であることから、アメリカとわが国を比較検討する以前に、ドイツとアメリカとの比較検討をする必要があるであろう。

- (2) 松村明・山口明穂・和田利政編 旺文社「国語辞典(第八版)」(一九九五)一〇三五頁
- (3) Francis Bowes Sayre, *Criminal Responsibility for the Acts of Another*, 43 Harv. L. Rev. 689-694. (1930)
- (4) Sanford H. Kadish, *Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine*, 73 Cal. L. Rev. 354 (1985); Kadish は「民事代理法における本人(共犯)が代理人(正犯)の行為について責任を負う典型として合意概念がある。そこでの責任は、本人がその目的で権限を与えた代理人の行為に拘束されることに本質的に基づく。したがって、刑法においても、正犯による犯罪遂行を容易にするよう意図的に行動することによって、共犯は正犯と同一化する」と述べる。つまり、實際上、共犯は正犯の行為に権限を与え、共犯者自身の行為として承諾しているのだから、当然に、違法が為されることを容易にした共犯は、その権限の範囲内で共犯と判断されることになるのである。
- (5) また、このように「合意」の内容に共犯が依拠することになるとすれば、アメリカ共犯理論の主要な課題は、共犯の主観的要件(メンズ・レア)に集約されることになろう。
- (6) 松宮孝明「刑事立法と犯罪体系」(二〇〇三)二四七頁以下:この派生性の議論をわが国の従属性の議論に当てはめた場合、共犯の処罰条件としての派生性は、『犯罪』は実行されなければならない」という「実行従属性」に、共犯の成立条件としての派生性は、『犯罪』であるためには、それは構成要件に該当する違法で有責な行為でならなければならない」という「要素従属性」にそれぞれ当てはまることが推測される。たとえば、アメリカの派生性の議論は、わが国で言うところの誇張従属形式、あるいは可罰性借用説として位置づけることが可能であるかもしれないとするならば、わが国で展開されている誇張従属形式は、実行従属性と要素従属性を混同したものであると言えるであろう。この点につき、犯罪性借用説を採るフランス共犯理論からも同様に説明がなされる。(井上宜裕「犯罪性借用説と責任主義」清和法学研究第一〇巻第二号(二〇〇四)四九頁以下を参照)
- (7) 中山研一・浅田和茂・松宮孝明「レヴィジオン刑法一——共犯論——」(一九九七)一〇五—一〇七頁:アメリカにおいては「直接実行者が正犯である」との原則が明確に維持されており、それ故に、間接正犯事例においても、

間接的に実行する者は共犯であるとの原則から共犯側からのアプローチに固執するのである。一方、わが国においては、実行行為「性」に着目することで、間接的に実行する者であっても正犯として評価されることになるものもある。しかし、そこには「そのような者を正犯として扱う」との前提があるように思える。限縮的正犯概念を基底とするのであれば、やはり直接実行が原則とする必要があるろう。

(8) 松宮・前掲書注(6)二九一頁以下・アメリカにおける派生性は、共犯と正犯の責任の一部共有を前提とする。この論理を用いて身分犯の問題につき解決可能ではないかと推測するのである。共犯の違法は基本犯罪に対してだけではなく、共犯者自身の行為、すなわち教唆・幫助行為に対しても判断されるはずである。それ故に正犯と共犯が「共有」するのは基本犯罪部分についてだけであろう。そうであるならば、違法についても部分的には個別化されるはずである。したがって、違法身分も必ずしも連帯するわけではないのである。この点については、更なる分析が必要となろう。