

第二次的犯罪関与者のメンズ・レア

坂 本 学 史

- 一. は じ め に
- 二. アメリカ共犯法の変遷
- 三. 派生的責任の本質と共犯の主観的要件
- 四. お わ り に

一. は じ め に

本報告は、アメリカにおける共犯の主観的要件に関する議論を分析するものである。アメリカでは一般的に、共犯の意図 (intention) (わが国では故意ということになるが) を二元的に、すなわち、「共犯行為それ自体に対する意図」と「正犯の犯罪（以下では単に、基本犯罪とする）に対する主観的要件（メンズ・レア）」と捉える。ここでは、共犯の基本犯罪に対するメンズ・レアを、正犯に要求されるのと同じメンズ・レアで足りるとすることで、共犯者が基本犯罪をまさに「間接的に」実行すると理解されることになるのである。このように、共犯者側から共犯者自身の責任を問うことになるアメリカ共犯理論は、共犯は故意がある場合にのみ成立するとするわが国の多数説の前提にとつて⁽¹⁾、とりわけ、故意であれば共犯となる行為が、過失の場合には正犯として責任を問わ

(1) 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（1990）383頁、大塚仁『刑法概説（総論・第3版）』（1997）294、311頁、福田平『全訂刑法総論（第4版）』（2004）281、285頁、前田雅英『刑法総論講義（第4版）』（2006）456、461頁、大谷實『新版刑法講義総論』（2000）459、468頁など。

れることにもなるわが国の理論状況において、共犯者側から共犯の責任を問う可能性を理論的に探る上で参考になると思われる。⁽²⁾

そこで、以下では、はじめにアメリカ共犯法の変遷を概観した後に、二元的に共犯の意図を捉えることになったアメリカ共犯理論を分析し、そして、共犯の意図とは何を対象とする意図であるべきなのかを探ることにする。

二. アメリカ共犯法の変遷

まずアメリカ合衆国建国当時、アメリカでは、イギリス・コモンローを自国の法としていたことから、共犯法あるいは共犯理論の源流もまたイギリス・コモンローにあることになる。そこで、古典的なイギリス・コモンローにおける共犯法あるいは共犯責任の本質が問題となるが、ここでは「従は主に従う (accessorius sequitur naturam sui principalis)」との法格言のもと、共犯はまさに正犯の「アクセサリー」として、正犯が死刑判決を受ければ、たとえ軽微な共犯行為を行ったにすぎない共犯であったとしても、正犯と同じ死刑判決を科されていた。⁽³⁾しかし、これ

(2) 故意犯と過失犯とで構成要件が異ならないとの立場を前提にすると、そもそも、過失で惹起した結果に対し責任を問うことが「正しい」とする一方で、過失により教唆・幫助することでそれと同じ結果を惹起した場合に、その責任を問うことは「正しくない」とする根拠はないであろう。共犯者も、他者の何らかの法違反行為を利用して犯罪を実現する犯罪関与者なのである(拙稿「アメリカ共犯理論の諸相——派生的責任をその視座として——」神戸学院法学34巻3号(2005)33頁以下)。また、共犯の従属性の問題から、故意への従属性を否定するものとして、佐伯千仞『共犯理論の源流』(1987)66頁以下、松宮孝明「非故意行為に対する共犯——故意への従属性について——」『刑事立法と犯罪体系』(2003)223頁以下がある。

(3) J. Stephen, 2 HISTORY OF THE CRIMINAL LAW OF ENGLAND (1883) 231.: 拙稿「アメリカ合衆国における共犯責任の本質——カリフォルニア州共犯判例を比較対象とした派生的責任の分析——(1)」神戸学院法学35巻2号(2005)107-108頁

は個人責任原則と調和しない。そこで、18世紀以降の代表的なコモンロー（以下では近代コモンローとする）では、個人責任との調和を図るために全犯罪関与者を四類型に分類し、各犯罪関与者に値する責任を問おうとしたのである。それが、第一級正犯（principal）、第二級正犯、事前共犯（accessory）、事後共犯の区別である。その中で、今日の意味での「共犯（accomplice）」にかかわる類型は、第二級正犯と事前共犯である。一般的に、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）し、かつ、当該犯罪遂行の際、その現場に現に存在あるいは擬制的に（constructive）存在する者」と定義され、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し、かつ、その犯罪遂行の際、その現場に存在しない者」と定義されていた⁽⁴⁾。しかし、元々、第二級正犯は現場共犯（at the fact）とされていたのであるから、第二級正犯と事前共犯はともに第一級正犯に対し共犯行為をする者ということになる⁽⁵⁾。したがって、第二級正犯と事前共犯は「犯行現場での存在あるいは擬制的な存在」という共犯行為とは関係のない現場存在要件によって区別されていたのである⁽⁶⁾。いずれにせよ、この犯罪関与者の類型化により共犯は正犯と区別され、特に共犯は死刑には馴染まないとして寛大に扱われることになった。しかし、このような共犯者の不利益を回避するための類型化により、たとえば事前共犯にある様々な抗弁も、正犯たる第

(4) Wayne R. LaFare, 2 SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW, § 13.1 (a)-(c), 327-331. (2d ed. 2003): この四類型による区別は「重罪」事例でのみ用いられていた。「軽罪」事例では「事後共犯」を除く三類型による区別を用いた。(See, Blackstone, *infra* note 7, at 35-36.): 拙稿・前掲注(2)・39-42頁

(5) Stephen, *supra* note 3, at 234.

(6) この「擬制的な存在」要件からすれば、コモンローにおける共犯とは、原則、第二級正犯のことであったと言いうるのであろうし、また、この「第二級正犯」とは、現在の意味で言う「accomplice」と同義になると思われる。(拙稿・前掲注(3)・103頁)

二級正犯には認められず、実質的に同じ共犯行為をするにもかかわらず、あらゆる側面で第二級正犯は不利に扱われることになったのである。そこでアメリカ法律家協会は、模範刑法典起草時にこの類型化を排除した。それが模範刑法典共犯法§2.06条である。このように模範刑法典が、第

(7) William 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。たとえば、コモンローにおいて、「共犯の審理は、正犯が有罪とならなければ、開始されない」という「正犯の有罪」抗弁が共犯にはあったが、正犯たる第二級正犯にはなかった。もっとも、この抗弁はBlackstone時代に廃止された。(拙稿・前掲注(2)・61-65頁; 拙稿・前掲注(3)・113-114頁)

(8) 以下に、模範刑法典§2.06(3)項および(4)項の原文と日本語訳を付しておく。なお、日本語訳は、法務省刑事局作成の「刑事基本法令改正資料第8号『アメリカ法律協会 模範刑法典』(1964)によった。

*Model Penal Code・2.06 (Proposed Official Draft 1962) provides in pertinent part;

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

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

(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

(4) When causing a particular result is an element of an offense, an accomplice in the conduct causing such result is an accomplice in the commission of that offense, if he acts with the kind of culpability, if any, with respect to that result that is sufficient for the commission of the offense.

(日本語訳)

(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。

二級正犯であるか事前共犯であるのかという訴追以前の「ラベル付け」の問題を生み出した犯罪関与者の類型化を排除したことで、模範刑法典共犯法起草以後のアメリカ共犯理論の中心は、実体的な問題へと移行していったのである。

三．派生的責任の本質と共犯の主観的要件

ところで、アメリカにおいて犯罪者は、行為要件（アクタス・レウス）を充足し、その犯罪を遂行するのに条文上要求される特定の主観的要件を有している必要がある。しかし、共犯の場合にはアクタス・レウスを緩和し、何らかの共犯行為をすれば責任を問われることになる。このことは、模範刑法典§2.06条の行為要件が共犯行為の未遂までも包含することからも明らかである。⁽⁹⁾したがって、正犯の行為を共犯に帰す場合、その共犯行為は軽微なものであっても足りるがゆえに、もう一つの要件、すなわち共犯の主観的要件に関するルールが共犯責任の範囲を画する、換言すれば、共犯責任を正当化する根拠として考慮されることになるのである。

この共犯の主観的要件につき、アメリカ共犯法は、いつの時代におい

(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。

(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。

(9) 前掲注(8)：正犯の犯行を促進する「何らか」の行為が行われればそれらはすべて共犯行為となるし、それに加えて、共犯行為の未遂もアクタス・レウスを満たすことになるのであるから、現実には共犯成立条件たるアクタス・レウスはかなり緩和されているのである。(拙稿・前掲注(3)・122-123頁)

でも、共犯者が「意図的」に行為することを要求してきた⁽¹⁰⁾。この共犯の意図につき、アメリカでは、伝統的に二つの意味があるとされてきた。すなわち、「第一次的犯罪関与者を援助する意図」と「第一次的犯罪関与者が犯罪を遂行するとの意図」⁽¹¹⁾である。しかし、コモンローは、この二つの意図を重ね合わせ、共犯の意図は一つだけである、つまり、正犯が遂行した基本犯罪で共犯に責任を問うためには、共犯が正犯の犯罪意図を認識することで足りるとしていた。というのも、近代コモンローにおいて、実行行為者に共犯行為をすることを要求する第二級正犯や事前共犯の主観的要件は、犯罪目的をもつ正犯に意図的に共犯行為をすればそれで足りたからである。したがって、コモンローで言う共犯の意図とは、犯罪関与者の類型化をその根拠とした、意図的に共犯行為をするという意味でしかなかったということになる。

一方で、模範刑法典起草以後、ほとんどの州で犯罪関与者の類型化を排除したことから、共犯責任の正当化根拠となる共犯者の主観的要件に

(10) 一般的にこの intention は目的 (purpose) と同義に扱われる。しかし、コモンローではこの intention はもう一つ概念、認識 (knowledge) を含意していた (拙稿・前掲注(2)・51-52頁)。したがって、intention をもって行為をとした場合、正確には、目的をもって行為する場合と認識をもって行為する場合とに分かれることになる。そこで、模範刑法典共犯法の起草の際、この intention が目的を意味するのか、あるいは認識を意味するかで争いとなり、最終的に起草者らは単に気づいていれば足りるとする認識では、いわゆる中立的行為といった日常の経済活動に暗い影を落とすことになるが故に、intention を目的として理解し、目的要件を採用したのである (See, ALI, Comment to MPC § 2.06, *infra* note 23, at 313-319. : 拙稿・前掲注(2)・52-54頁)。ただし、一般的に、意図 (intention) 類型とした場合には、目的に加え認識も包含されることになる。逆に、非意図 (unintention) 類型には無謀と過失が包含されることになる。

ちなみに、模範刑法典の定義によれば、その主観的要件 (culpability) には目的・認識・無謀・過失の四つの種類があり、これらは目的から順に、ヒエラルキーの構造を形成している (See, MPC § 2.02 (2) (Proposed Official Draft 1962))。

(11) Joshua Dressler, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW, 465-467 (3d ed. 2001)

つき、個人責任の観点から再構築する必要に迫られた。そこで、学説は、人的固有性喪失 (the forfeited personal identity) 説と民事代理 (agency) 説という二つのアプローチから説明しようとした。⁽¹²⁾ まず、人的固有性喪失説によれば、共犯行為を選択する者は共犯としての個性を喪失し、正犯に取り込まれるとする。しかし、共犯が正犯の無形の影にすぎないというのであれば、犯罪関与者の個人責任や様々な関与形態の程度を無視することになり、極論すれば、共犯が意図しなかったあるいは惹き起さなかった危害に対しても責任を問われることになってしまい、個人責任の観点からすれば、妥当ではない。

これに対し、民事代理説は、同意 (consent) により、本人 (刑法でいう共犯) は代理人 (刑法でいう正犯) の行為によって拘束され、その代理人の行為につき責任を負うとの民事代理理論に依拠し、刑法においても、共犯は正犯の行為を権限付けることで、自己の行為として他者の行為を受け入れるとする。これは、アングロ・アメリカン法域における共犯理論が民事不法行為法を基礎に進展を見てきたという歴史的側面からすれば、一定の説得性を持つようにも思える。しかし、刑事共犯法で「同意」は要求されていないのであるから、これに依拠することにも限界がある。もっとも、たしかに、刑法で「同意」はその成立要件ではないけれども、正犯の犯行を容易にするよう意図的に行為することで、共犯者と正犯者が客観的に重なりと評価されることになるのである。その意味で、民事代理説は、単に正犯と共犯が重なりと評価されるだけであるから、人的固有性喪失説とは異なり、個人責任の問題もクリアすることになる。もちろん、一般的に、個人的な主観的事実と客観的な価値は一致しないかもしれない。というのも、それぞれ主観によって、事実の価値が変わるからである。しかしながら、そのような主観的な事実に基づいたとしても、犯罪関与者間でのみ価値をもつことになる客観的な、

(12) *Id.*

共通する一定の価値が存在することになる。つまり、犯罪関与者間において、事実レベルに対応した主観があるのであれば、その主観には犯罪関与者間で共通する客観的な価値があることになり、各犯罪関与者はそれぞれの主観的な事実に基づき、客観的な価値を共有すると評価されるのである⁽¹³⁾。このような意味で同意を理解した場合、「正犯の犯行を容易にするとの意図」は、民事代理理論における、責任に対する「同意の明示 (manifestation of consent)」⁽¹⁴⁾（権限の付与）と等しいものとして理解されることになる。つまり、そこでは、正犯の責任を負うとの意味での

(13) Sanford H. Kadish, *Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine*, 73 CAL. L.REV. 353-55. (1985) なお日本語訳は、門田成人＝坂本学史「アメリカ刑法理論に関する文献紹介(8)(9)——共犯論5-(1)(2)(3)——」神戸学院法学33巻2・4号, 34巻2号(2003, 2004) 87頁, 105頁, 79頁以下にある。

(14) ここでは権限付与行為を表す言葉として「明示」という言葉を用いたが、民事代理法によればそこには「黙示 (implicit)」も含意されている。もっとも、民事代理法によれば、このような明示または黙示の権限付与行為だけでなく、外見上の権限または続いて生じる裁可によっても民事責任が根拠付けられるとする (Joshua Dressler, *Reassessing the Theoretical Underpinnings of Accomplice Liability: New Solutions to an Old Problem*, 37 HASTINGS L.J. 91. (1985) at 110-111.; 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44巻2号95頁以下にある。)。その意味では、この民事代理法に依拠する場合に、アクタス・レウスを欠く場合でも責任を問うことを可能とする代位責任 (vicarious liability) と刑事共犯責任 (派生的責任) との違いを明確にすることが肝要である。もっとも、共犯理論の歴史的側面からすれば、代位責任と刑事共犯責任は区別されてきたのであるから問題はないように思えるし (Kadish, *supra* note 13, at 337.; 拙稿・前掲注(2)・61-65頁), 民事代理理論を刑法領域に持ち込むことを全面的に否定する必要も無いように思える。もちろん、責任主義の観点からすれば、アクタス・レウスなしに、他人の行為につき本人に責任を問うことを可能にする民事代理法を刑法領域に持ち込むことは否定されるべきであるが、「自律性」あるいは「自由意思」といった側面から刑事共犯責任を説明しやすくする民事代理理論の「同意」概念は、刑事共犯理論にとっても魅力ある概念であるように思えるのである。(Kadish, *supra* note 13, at 355.)

同意が要求されるのではなく、他者の犯行を容易にするよう意図的に行為することで、共犯者が作り出した外形的な行為につき、その行為に依拠することになった正犯の行為と事実に重なり合う意図の範囲内で、共犯者は正犯の責任を自己の責任として負うということになるのである⁽¹⁵⁾。

この意味で「同意の明示」を理解するのであれば、共犯の責任は正犯の責任からまさに「派生 (derivative)」することになる。もっとも、事実に意図が重なり合う範囲で共犯が共有することになった正犯の責任は、正犯の法違反行為の存在をその前提とするのであるから、「派生」よりも「従属 (dependent)」という言葉のほうが適切であるかもしれない。このような言葉の問題は別にしても、ここで確実に言えることは、共犯は、法違反を行った正犯が存在することを前提に、重なり合う意図を根拠として正犯責任が共犯に派生⁽¹⁶⁾することで、正犯が遂行した犯罪につき責任を問われるということである。

では、この共犯の「重なり合う意図」はどこから得られるのであろうか。原則からすれば、正犯が実行した犯罪で共犯に責任を問うためには、正犯者と同様に、共犯者は正犯が遂行した基本犯罪で要求される主観的要件をもって共犯行為する必要があるはずである。とすれば、共犯の重なり合う意図は、基本犯罪に対する意図を意味し、それは基本犯罪を遂行した正犯者のメンズ・レアから得られるということになるのかもしれない。しかし、このことは、基本犯罪の主観的要件が意図を要求する場合には問題はないけれども、それが、意図とは異なる無謀 (recklessness) あるいは過失 (negligence) を要求する場合には妥当しないことになる。というのも、共犯者は意図的でなければならないがゆえに、正犯者のメンズ・レア (無謀や過失) からは共犯者の意図を得られないからである。したがって、共犯の重なり合う意図は正犯者の基本犯罪のメンズ・レア

(15) Kadish, *supra* note 13, at 355.

(16) *Id.* at 337-42.

から得られるものではなく、それゆえに、共犯者の基本犯罪に対するメンズ・レアは正犯者のメンズ・レアと区別し、独自に判断する必要があることになる。そうでなければ、意図による場合とは異なり、意図によらない犯罪の共犯において、共犯者のメンズ・レアを正確に指し示すことができないことになってしまうのである。その意味では、基本犯罪に対するメンズ・レアの射程も犯罪関与者ごとに相対化するということにもなるであろう。

もっとも、ここで明らかとなったことは、基本犯罪に対する共犯者の主観的要件が正犯者のもつメンズ・レアからではなく、共犯者自身のもつメンズ・レアから得られるということだけである。結局、共犯の意図はどこから得られることになるのであろうか。すでに述べたように、共犯責任はその本質において派生的である。つまり、共犯者はその共犯行為のみで共犯責任を問われるのではなく、二次的犯罪関与者として、第一次的犯罪関与者から共犯責任が得られることになる。換言すれば、第一次的犯罪関与者の行為は自己の行為となるのに対し、共犯者は意図的に共犯行為をしたことをもって、正犯が実行した犯罪で責任を問われることになるのである。したがって、共犯の重なり合う意図とは、同意の明示行為（権限付与行為）たる共犯行為構造そのものに対する意図として理解される必要があることになる。犯罪結果に対し意図があったかどうかではなく、その結果に至る行為を助ける意図があったかどうか重要となるのである。

以上のことから、共犯者のメンズ・レアは、二つの異なったレベルで理解されることになる。すなわち、「基本犯罪で要求される主観的要件」と「共犯行為それ自体に対する意図」である。このような、共犯者のメンズ・レアに対する二元的な理解は、Etzweiler 事件判決⁽¹⁷⁾で明らかとなる。この事件では、Etzweiler は Bailey が酩酊状態であることを認識し

(17) 125 N.H.57, 480 A.2d 870 (1984)

つつ自分の車を貸しその後 Bailey が事故を起こし、それにより二人が死亡した。そこで、Etzweiler が過失致死 (negligent homicide) の共犯として起訴された事件である。

ニューハンプシャー州最高裁判所は、州刑法典が共犯に目的 (purpose) を要求していることを理由にそもそも過失致死罪の共犯が存在しえないとして、Etzweiler の有罪宣告を破棄した。⁽¹⁸⁾ ニューハンプシャー州共犯法は、模範刑法典に倣い、共犯者が「犯罪遂行を助長または容易にする目的をもって」⁽¹⁹⁾ 実行行為者を援助することを要求する。この点につき、

(18) *Id.* at 870-871.

(19) 以下に、ニューハンプシャー州共犯法 § 626:8 の原文と日本語訳を付けておく。なお、日本語訳については筆者による試訳である。

* § 626:8 Criminal Liability for Conduct of Another (West 2001)

- I. A person is guilty of an offense if it is committed by his own conduct or by the conduct of another person for which he is legally accountable,
- II. A person is legally accountable for the conduct of another person when:
 - (c) He is an accomplice of such other person in the commission of the offense.
- III. A person is an accomplice of another person in the commission of an offense if:
 - (a) With the purpose of promoting or facilitating the commission of the offense, he solicits such other person in committing it, or aids or agrees or attempts to aid such other person in planning or committing it
- IV. Notwithstanding the requirement of a purpose as set forth in paragraph III (a), when causing a result is an element of an offense, an accomplice in the conduct causing such result is an accomplice in the commission of that offense, if he acts with the kind of culpability, if any, with respect to that result that is sufficient for the commission of the offense. In other words, to establish accomplice liability under this section, it shall not be necessary that the accomplice act with a purpose to promote or facilitate the offense. An accomplice in conduct can be found criminally liable for causing a prohibited result, provided the result was a reasonably foreseeable consequence of the conduct and the accomplice acted purposely, knowingly, recklessly, or negligently with respect to that result, as required for the commission of the offense.

多数意見は、コモンローのアプローチに合致する立場から、共犯として責任を問うためには、当該関与者が実行行為者の行為を援助することのみならず、対象となった犯罪のあらゆる要素に関しても目的的である必要があるとする。⁽²⁰⁾したがって、実行行為者たる Bailey は無謀に死を惹起したことで責任を問われうる一方で、共犯者たる Etzweiler は、その死の惹起につき目的がない限り、責任を問われえないということになる。つまり、多数意見は、自分の車のカギを渡す際に Bailey が他人を死亡させるということが Etzweiler の意識の対象となる必要があるとするのである。

一方で、本事件判決の少数意見は、Etzweiler を有罪とすることが可能であるとし、⁽²¹⁾その論理は模範刑法典コメンタリーと合致していた。模

(試訳)

- I. 犯罪が自己の行為によってまたは法的責任がある他人の行為によって遂行される場合、その罪につき責任を負う。
- II. 以下に掲げる者は他人の行為につき責任がある。(c)その犯罪の遂行において他人の共犯である場合。
- III. 以下に掲げる者は犯罪の遂行における他人の共犯者とする。(a)その犯罪の遂行を促進または容易にする目的で、他人にその犯罪を遂行するよう唆す、または他人にその犯罪を計画あるいは遂行するよう援助し、援助することに同意し、または援助を試みる場合。
- IV. Ⅲ項(a)号の目的要件にかかわらず、特定の結果を惹起することが犯罪の成立要件となる場合、その結果を惹起する行為における共犯とされる者は、その結果との関係で、その犯罪の成立に必要とされる種類の責任条件を備えていれば、その犯罪の遂行における共犯者とする。言い換えれば、本項によって共犯責任を立証するために、共犯者がその犯罪を促進または容易にする目的で行為するということは必要とすべきではない。行為に関係する共犯者は、その結果がその行為の合理的に予見可能な出来事となり、共犯者が、その結果との関係で、その犯罪の遂行で要求されるような目的、認識、無謀、または過失をもって行為したならば、禁止された結果を惹起することにつき刑事責任があると認定されうる。(下線部は2001年改正により追加された部分。2002年より施行。)

(20) State v. Etzweiler, at 872-875.

第二次的犯罪関与者のメンズ・レア

模範刑法典コメンタリーによれば、模範刑法典共犯法 § 2.06 条Ⅳ項は、特定の犯罪結果を惹起する行為における共犯者には、共犯者自身がその犯罪で要求された程度で、結果に対し非難可能な主観的要件がある限りで、その結果につき責任があるということ⁽²²⁾を明らかにする、とする。たとえば、共犯が他者に援助を提供することで、無謀に被害者の生命を危殆化するのであれば、たとえ正犯者のメンズ・レアが異なったレベルのものであったとしても、死という結果が生じれば、無謀という主観的要件に見合った故殺罪の共犯として責任を問われるのである⁽²³⁾。したがって、生命を危殆化する行為は、その結果に対する各人のメンズ・レアの程度に比例する、各人に見合った非難によって各犯罪関与者に帰属することになる。それゆえに、模範刑法典同条(3)項(a)号の目的要件はその犯罪の結果に関し適用されないことになる。換言すれば、共犯理論に基づき過失致死罪で訴追された場合、Etzweiler には、Bailey に自分の車のカギを貸した際に、死を惹起することに関し過失があったと証明すればそれで足りることになるのである⁽²⁴⁾。これが、少数意見の立場である。

ここにコモンローと模範刑法典の、共犯の意図に対するアプローチの相違が顕在化することになる。すなわち、Etzweiler 事件判決の多数意見によれば、過失致死罪や法定強姦罪といったその主観的要件で目的を要求しない犯罪であったとしても、共犯の場合に限って、ニューハンプシャー州共犯法 § 626:8 条Ⅲ項により、正犯では過失や無謀で足りるところが、共犯につき目的が一律に要求される一方で、少数意見によれば、その主観的要件は同条Ⅳ項により目的とされることなく、同条Ⅲ項の目的要件は、基本犯罪の主観的要件とは無関係に、共犯行為それ自体に対する主観的要件としてのみ要求されることになる。もともと、ニューハ

(21) *Id.* at 877.

(22) American Law Institute, Comment to MPC § 2.06 at 321.

(23) *Id.*

(24) State v. Etzweiler, at 877-883.

ンプシャー州共犯法は、模範刑法典共犯法に倣っているのであるから、その解釈においても模範刑法典に従うはずであり、したがって、模範刑法典コメンタリーの立場に立つ少数意見の方が、模範刑法典に倣う制定法をもつ州においては一般的ということになり、また、このように主観的要件を引き上げないということは、制定法をより正確に解釈するだけでなく、より合理的な手段である。というのも、共犯の場合に限って、その犯罪で要求されている主観的要件を目的に引き上げる理由はないからである。以上のことから、アメリカでは一般的に、この少数意見のアプローチが妥当することになるのである。⁽²⁵⁾

もちろん、この違いは、模範刑法典共犯法 §2.06条Ⅲ項(a)号と同条Ⅳ項の関係性の問題に直結する。模範刑法典コメンタリーは、この関係性につき明確にはしなかった。⁽²⁶⁾ また、同条Ⅳ項の「行為における共犯」を定義しないままであったため、模範刑法典に倣った制定法をもつ州において、そのコメンタリーを根拠に、共犯の意図を実行行為者の犯行を容易にするという意味での「共犯行為それ自体に対する意図」として理解する州とそうでない州とに分かれることになり、事実 *Etzweiler* 事件判決では、模範刑法典の起草者らの思惑に反し、意図によらない犯罪の共犯の成立を否定したのである。さらに別のニューハンプシャー州最高裁の判決の中には、同条Ⅳ項につき明確な告知がないという点で憲法上問題があるとするものまであった。⁽²⁷⁾ しかし、ニューハンプシャー州では、

(25) もちろん、コモンローに倣う制定法をもつ州（たとえば、ウエストバージニア州やロードアイランド州など）ではこの一般性は妥当しないことになる。

(26) ALI, Comment to MPC § 2.06, *supra* note 22, at 321-322.

(27) *State v. Horne*, 480 A. 2d 121, 122 (1984); この事件判決では、*Etzweiler* 事件判決の特別意見で「ニューハンプシャー州共犯法のⅢ項とⅣ項の関係が不明確である」(*State v. Etzweiler*, at 876-877.) と述べ、多数意見の立場に立つ *Souter* 判事が、再度、*Etzweiler* 事件判決と同じ意見を述べた上で、さらに憲法上問題があるとの特別意見を述べた。なお、*Horne* 事件判決では「州による被告人に対する不適切な説示が、被告人の有罪宣告の破

Etzweiler 事件判決から約20年後、同州共犯法 § 626:8 条Ⅳ項が改正され、「Ⅲ項(a)号の目的要件にかかわらず」という文言と「共犯者がその犯罪を促進または容易にする目的で行為するという必要とすべきではない」との一文を加えることで、同条Ⅳ項が同条Ⅲ項に凌駕することを明確にし、模範刑法典コメンタリーに合致する Etzweiler 事件判決の少数意見のアプローチが法文上採られることになったのである。⁽²⁸⁾

この Etzweiler 事件判決の少数意見と同じアプローチは、模範刑法典と異なる制定法をもつ州でも採られている。たとえば、連邦共犯法に近い共犯法をもつニューヨーク州では、Abbott 事件判決で Etzweiler 事件と類似の問題に直面した。これは、Moon と Abbott が交通量の多い公道上でドラッグレースを行い、Moon が Abbott を追い越そうとした際に、Abbott が他の車に衝突し全乗員を死亡させた事件である。そこで、Moon が、被害者の死に至った過失行為を意図的に援助したことで共犯責任を問うるとして過失致死罪 (negligent homicide) で起訴された。

ここで問題となったのは、ニューヨーク州共犯法 § 20.00 条の解釈である。同条は、他者が犯罪となる行為に取り組む場合に、その犯罪の遂行で要求される主観的要件をもって、意図的にそのような行為に取り組むよう他者を援助する者はその行為につき責任がある、と規定する。こ

棄を正当化した」とし、被告人を無罪とした。

(28) State v. Etzweiler, at 872-875. : 模範刑法典 § 2.06 条(4)項には、他の問題も残されている。そもそも、模範刑法典の起草者らはこの(4)項により二つの領域を説明しようとしたのである。一つは、後述する「自然かつ蓋然的な結果原則」に制限を加えるためであり、もう一つは、ここで述べた、非意図的な犯罪への共犯責任を肯定するためである。(See, ALI, Comment to MPC § 2.06, *supra* note 22, at 312-322.)

(29) 84 A.D. 2d 11, 445 N.Y.S. 2d 344 (1981)

(30) 以下に、ニューヨーク州共犯法 § 20.00 の原文と日本語訳を付しておく。なお、日本語訳については筆者による試訳である。

* § 20.00 Criminal liability for conduct of another (McKinney 2006)

When one person engages in conduct which constitutes an offense, another

の点につき、ニューヨーク州最高裁判所は、Moon を過失致死罪の共犯として責任を問うためには、その犯罪（過失致死罪）で要求されるメンズレア（過失）を共有し、かつ、意図的にその犯行を援助したことを証明する必要があるとした上で、Moon を過失致死罪で有罪である⁽³¹⁾、とした。

では、Moon は Abbott と共有する過失をもって、意図的に Abbott の過失行為を援助したと言っているのであろうか。まず、基本犯罪に必要なメンズレア（過失）を Moon がもっていたかどうかという点についてであるが、そもそもドラッグレースとは、車を用いてそのスピードを競う二人以上のレーサーを必要とする。そして、このレースが公道で行われるとすれば、そこには、車による潜在的な死の創出という生来的な危険が存在するはずである。その意味で、Moon に被害者の死につき過失があったとするためには、そのような状況に置かれた法を遵守する者（一般人）の注意基準からの重大な逸脱を構成する、実質的で正当化されない危険の知覚をしそこなったことを証明する必要がある。この点、Moon は現に、競争相手である Abbott と二人でドラッグレースを公道で行っており、そこでの被害者の死に対する潜在的な危険につき、一般人の立場からすれば、知覚しそこなっていた⁽³²⁾と言いうることから、Moon には過失があったということになる。

それでは、Moon は意図的に Abbott の過失行為を援助したと言えるの

person is criminally liable for such conduct when, acting with the mental culpability required for the commission thereof, he solicits, requests, commands, importunes, or intentionally aids such person to engage in such conduct.

(試訳)

他者が犯罪となる行為に従事するにあたり、その行為の遂行に必要なとされる非難可能な主観的要件をもって、その者にその行為に従事するよう教唆し、要求し、命令し、せがみ、または意図的に援助する者は、他者の行為につき刑事責任を負う。

(31) *People v. Abbott*, at 344.

(32) *Id.* at 346-347.

第二次的犯罪関与者のメンズ・レア

であろうか。たしかに、Moon は Abbott と一緒にドラッグレースをしていただけであり、Moon は事故を起こした Abbott の車を運転あるいは制御することはしていなかった。しかしながら、Moon は交通量の多い公道でのレースに自分自身を関連付け、そのレースに参加していたのである。また、Moon が Abbott の挑戦を受け、その企図を共有していた事実からすれば、そもそも Moon の行為がそのレースを実現させたということになる。したがって、Moon の援助、すなわち Abbott の挑戦に対する引き受けがなければ、Abbott はその事故に至ったレースをすることもなかったのである。つまり、この事故は、Moon と Abbott の両者が関与した連続的な出来事の総和であったということになるであろう。以上のことからすれば、Moon は、他の車の間をぬうレースに関与することで、違法な車の使用において Abbott を意図的に援助したと言いうるし、それゆえに、Moon は Abbott の過失というメンズ・レアを共有していたと言いうるのである。⁽³³⁾

もちろん、ここでも、コモンローあるいは *Etzweiler* 事件判決の多数意見のように、Moon が Abbott にその死を惹起したまさにその行為をするよう助長したと言いうるのか、つまり、Moon は Abbott が被害者の車に向かって運転するよう意図したのかということが問題となるが、*Etzweiler* 事件判決の多数意見によれば、共犯に基本犯罪に対する意図と共犯行為それ自体に対する意図の両方を要求するがゆえに、「実行行為者自身がその犯行をすることを意図しなかった場合にも、共犯者がその犯行を意図し、その犯行を容易にするよう意図することを要求する」という結論に至ることになり、妥当であるとは言えないであろう。⁽³⁴⁾

(33) *Id.* at 347.

(34) もちろん、共犯の意図の射程をどこまでとするか、つまり犯罪（犯行）の意味をどのように解するかによってこの結論の妥当性も変わってはくるが、ここでは単純に「正犯が意図しなかった犯罪を、なぜ共犯が意図しえるのか」という意味で、その結論は論理的に妥当しないということである。もっとも、「共犯行為それ自体に対する意図」要件が満たされているかど

もっとも、問題はこの先にある。というのも、仮に Etzweiler 事件判決の少数意見のアプローチや Abbott 事件判決のアプローチがアメリカの現状において妥当であるとしても、「コンスピラシー」や「フェロニーマーダールール（重罪－謀殺ルール）」あるいは「自然かつ蓋然的な結果ルール（natural and probable consequences rule）」といった正犯に対する例外的な処罰拡張ルールに伴い、共犯の処罰範囲も広がる可能性があり、⁽³⁵⁾ 実際、このような例外ルールによる共犯の成立を認める州もあ

うかについては、なお問題が残されている。（後掲注(35)）

(35) 一般的にこのような共犯を肯定する際、裁判所は、助ける意図の「なかった」犯罪が、助ける意図の「あった」犯罪の「自然かつ蓋然性のある結果」であれば、共犯が助ける意図の「なかった」犯罪につき責任を問いうる、と説明する。つまり、共犯はある犯罪の遂行を助ける意図をもつが故に、正犯がわざと共犯が意図しなかった犯罪を行っても、共犯は正犯と一体となり、正犯の行為の予見可能な危害につき責任を問われるのである。その意味では、共犯行為それ自体に対する意図要件は、現実にはこのような例外ルールによって崩壊しているとも言えるであろう。

もっとも、アメリカにおけるこのような問題は、裁判所が「共犯が助ける意図のある行為」と「その予見可能な結果にすぎない行為」とを明確に区別していないことにあると思われる。換言すれば、共犯行為それ自体に対する意図要件に対する各裁判所の理解に「ぶれ」があるとも言えよう。つまり、そこでは、意図による場合の共犯と意図によらない場合の共犯の区別が明確にはなされていないのである。したがって、本稿で用いた Abbott 事件でも、本来的な共犯行為それ自体に対する意図要件からすれば、Abbott に共犯責任を問うことは妥当ではないことになる。というのも、Abbott は Bailey のハイ・スピードでの運転行為を促進する意図しかもっておらず、たしかに、そのレースの際 Bailey が他の車をかわし、危険な運転をすることは少なくとも予見可能であったかもしれないが、Abbott は Bailey の特定の行為、つまり被害者の車にぶつかるという行為を意図していたとは言えないからである。それ故に、本来的な共犯行為それ自体に対する意図要件に依拠するのであれば、この意図要件がなかったことを根拠に、Abbott 事件裁判所は、Abbott の共犯責任を否定すべきであったのかもしれない。しかしながら、共犯行為それ自体に対する意図要件の妥当性を確保するためには、単に予見可能なあるいは認識している行為に共犯責任の根拠を求めるだけであってはならないし、かといって、

第二次的犯罪関与者のメンズ・レア

るからである。⁽³⁶⁾したがって、このような例外ルールと共犯の共犯行為それ自体に対する意図要件との調和が問題となる。この点は、本報告の射程を越えるため割愛するが、模範刑法典コメンタリーの§2.06条IV項の解釈に従い、共犯行為それ自体に対する意図要件を厳格に維持するのであれば、共犯行為時に基本犯罪のメンズ・レアを共犯者がもっていない限り、例外ルールの共犯は否定されることになり、⁽³⁷⁾また、それに従わなくとも、模範刑法典の起草者らが懸念した日常の経済活動への影響を最小限度に抑えることに成功するのであれば、共犯の共犯行為それ自体に対する意図要件を緩和することで、その処罰範囲の拡張につき一定の制限を加えることは可能であると思われる。⁽³⁹⁾

意図要件によって共犯責任を不当に限定することになっても、共犯処罰の妥当性という側面からすれば問題が残るように思われる。(後掲注(39))

(36) ここでは限定的な表現をしたが、実際には、アメリカのほとんどの州でこのような例外原則の共犯の成立が肯定されているし、厳格に共犯行為それ自体に対する意図要件を維持してきたカリフォルニア州においても、肯定されるに至ったのである。(拙稿・前掲注(3)・141-145頁)

(37) ALI, Comment to MPC §2.06, *supra* note 22, at 321.: 模範刑法典§2.06条(4)項は、共犯の結果的に生じた犯罪に対するメンズ・レアを緩和する。コメンタリーによれば、正犯により遂行された犯罪に要求される結果につき、共犯者がそこで要求されるメンズ・レアをもっていれば足りるとする共犯のメンズ・レアの修正は「自然かつ蓋然性のある結果」の共犯に対する処罰の峻厳さ、すなわち、過失で足りるとする主観的要件を解決するとする。したがって、たとえば暴行を行って被害者を死亡させた正犯が、「自然かつ蓋然性のある結果」ルールにより、謀殺罪で責任を問われることになったとしても、その暴行に共犯行為した共犯は、その共犯行為時に被害者の死につき予見可能性あるいは過失があった場合にだけ、謀殺罪の共犯ではなく、過失致死罪の共犯として責任を問われることになるのである。

(38) *Id.* at 313-319.: 前掲注(10)

(39) Sanford H. Kadish, *Reckless Complicity*, 87 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 372-373 (1997) 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(1)——共犯論(1)——」島大法学43巻1号119頁以下にある。:S. Kadishは、共犯行為それ自体に対する意図要件を無謀に緩和することで、

四. お わ り に

以上のことから、アメリカ合衆国における第二次的犯罪関与者の主観的要件につき、次のようにまとめることができる。まず、共犯責任の本質たる派生的責任原理における派生という意味は、法違反行為をした正犯が存在しなければ、共犯は存在しえないことを意味し、正犯責任を全面的に共犯が引き受けるという意味ではない。もちろん、共犯は、正犯が法違反行為をしたことを前提として正犯が遂行した犯罪で責任を問われることになるが、その正犯責任を引き受ける範囲が問題となる。この点につき、アメリカでは民事代理法における「同意の明示」に依拠し、共犯の意図が正犯の行為と事実的に重なり合う範囲で、共犯が正犯の責任を負うとしてきた。つまり、その主観が個人的で限定的なものであったとしても、その主観に対応する、犯罪関与者らの間で妥当する事実というものが存在するのであり、そこで共有する客観的な事実を根拠に共

例外ルールによって実質的に拡張することになる共犯の処罰範囲を「(共犯理論という)原則論」にとどめることで、その拡張を防ごうと試みる。通常、無謀は「法を遵守する人が従う行為基準からの重大な逸脱となる『実質的で正当化されえない危険』の意識的な無視」と定義されている。そこで S. Kadish は、例外ルールの共犯についても、結果発生の可能性のある行為から現に生じた重大な結果を予見しえたが故に共犯責任を問うのではなく、共犯が現にある危険の実現を予防することを意識的に無視したことで生じた結果に対し、共犯責任を問うというように、意図要件を無謀要件に修正するのである。もっとも S. Kadish は「無謀による共犯」の可罰性を積極的に肯定するのではなく、少なくとも「アメリカでは刑事司法の現実に照らして、刑法の射程のどんな急進的な拡張も賢明ではない」とした上で、このような例外ルールは、正犯が遂行した軽微な犯罪の共犯であることを根拠に、正犯が惹起した重大な結果に対し共犯責任を問うものであるから、無謀要件への修正は、無謀な危険を惹起するという重罪がある場合と正犯の犯罪それ自体が無謀犯罪である場合に限定されるべきである、とする (Kadish, *supra* at 390-394.)。その意味では、S. Kadish は無謀による共犯の理論的成立の可能性とその有効性を区別していると言えよう。(後掲注(42))

犯に正犯の責任を問うとするのである。そこで、共犯のもつ重なり合う意図が何を意味するのが問題となるが、従来、第一次的関与者に犯罪を遂行するよう意図的に援助する場合、その者はその犯罪遂行における共犯であると言われてきた。この意図的という意味は、「二元的な意図」に分類されることになる。すなわち、「第一次的関与者を援助する意図」と「第一次的関与者が犯罪を遂行するとの意図」である。ところが、この分類は、意図による犯罪の共犯者の場合には問題はないが、意図によらない犯罪の共犯者であった場合にそのメンズ・レアを正確に指し示すことが困難になるため、共犯者のメンズ・レアをより分析的に指摘する必要があると言われるようになったのである。それが、「基本犯罪の基礎を形成する行為に第一次的関与者が取り組むよう援助する意図」と「基本犯罪の定義で規定されているような、その犯罪の遂行において要求された主観的要件」である。さて、このアメリカにおける共犯の主観的要件の二元性から何を導くことができるのであろうか。

わが国では、この共犯の故意につき、行為共同説と犯罪共同説との対立から共犯の処罰根拠論に至るまで、様々な角度から議論がなされてきた⁽⁴⁰⁾。その中で多数説は、はじめにもふれたように、正犯に故意がある場合のみ共犯の成立を限定してきた。つまり、正犯の故意の存在を共犯の成立条件としてきたのである。しかしながら、共犯が正犯の犯罪を問

(40) 従来、わが国においてこの「共犯の故意」につき、特に「未遂の教唆」を巡る問題から「教唆の故意」の問題として議論されてきた。つまり、犯罪共同説と行為共同説との対立を軸として、教唆の故意は、正犯を構成要件該当行為の着手に至らせることの見込みで足りるのか、それとも既遂結果の発生についての見込みも必要であるのか、という問題である。換言すれば、この教唆の故意の問題は、そもそも、教唆とは正犯を構成要件該当行為の着手に至らせることを意味するのか、あるいは正犯を通じて結果を惹起させることを意味するのか、という共犯の処罰根拠論にかかわる問題であるとも言えよう（中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジョン刑法1共犯論』（1997）83頁以下）。

接的に実行したと考えるのであれば、共犯の成立条件として正犯の故意の存在を前提とする以前に、共犯の成立条件それ自体として、まずは共犯者の側から、共犯の故意を正確に指し示す必要があると思われる。もっとも、共犯は「共犯の犯罪」ではなく、「正犯の犯罪」で責任を問われることになるから、ここで言う共犯の故意は一つではなく、「共犯行為それ自体に対する故意」と「正犯の犯罪に対する故意」を区別し、共犯の故意を二つの部分に分けると捉えるほうが素直であろう。このように、共犯者側から共犯責任を問うことを前提として、二元的に共犯の故意を理解するのであれば、そもそも、正犯の故意を共犯の成立条件の前提とすること自体に疑問が生じるし、また、共犯に「正犯の犯罪」に対する故意を要求することで、正犯の故意への従属性は、共犯に要求されないということにもなると思われる。さらに、本稿で用いた Abbott 事件は、実質的に見れば、「過失致死罪の共犯」の事例ではなく、「過失による共犯」⁽⁴¹⁾の事例であり、ここでの「共犯行為それ自体に対する意図」をわが国で言う「加担意思」と見るならば、わが国においても「過失による共犯」⁽⁴²⁾の成立の可能性もあることになるのかもしれない。

(41) より正確に言えば「無謀による共犯」の事例ということになる。

(42) この過失による共犯につき、たしかに「共犯行為それ自体に対する故意」を単純にわが国の「加担意思」として理解しなすならば、刑法38条1項は、共犯規定に影響しないことになるかもしれないし、そうであるならば、故意に共犯行為する規定がないわが国においては、「過失による共犯」の成立の可能性があるとと思われる。(佐伯・前掲注(2)・116頁以下) もっとも、真に共犯行為それ自体に対する故意(意図)を「加担意思」と同等のものとして評価しうるかどうかについてはなお疑問がある。というのも、共犯行為それ自体は犯罪ではない、換言すれば、教唆・補助行為が犯罪ではないと言い切ることに躊躇を覚えるからである。また、この点に関連して、わが国のいずれの学説も故意の対象となるとする「構成要件該当事実の認識」でいう「構成要件」とは、共犯の場合にどのように解すべきなのか、再考する必要があるように思える。

その意味では、アメリカにおいて、そもそも「なぜ共犯は『意図的』に共犯行為する必要があったのか」につき、歴史的な側面を含め、慎重に検

第二次的犯罪関与者のメンズ・レア

もちろん、このように共犯の故意を二つの部分に分けることで、そこから波及する問題も多岐にわたることになり、残された課題も山積しているけれども、アメリカにおけるような共犯者側からの共犯責任を問うために共犯の故意を二元的に理解する方向性は、わが国の共犯理論の進展にとって何らかの意味があるように思われるのである。

〔付記〕本稿は、2006年7月23日の日本刑法学会関西部会（於龍谷大学）における個人研究報告に注記を加えたものである。当日、司会の労をお執りいただいた松宮孝明先生ならびに貴重なご指摘を頂いた先生方に、感謝申し上げます。

討する必要があると考える。もちろん、この「意図的」という意味が単純に「加担意思」を意味する「意図」であるならば、ここでのアメリカ共犯理論も、わが国の過失による共犯の理論的成立の可能性を探る上で参考にもなるように思えるが、アメリカでの主観的要件に関する議論ならびに純粹な意味での「negligence（過失）による共犯」の成立は否定し、「無謀による共犯」の限度でその共犯成立は肯定する際のアメリカ共犯理論に関する議論の現状から鑑みれば、「共犯行為それ自体の意図」が単純にわが国で言う「加担意思」に置き換えられるとは思えないところもあるのである。