

〈紹介〉

正当で合理的な根拠のある
実体刑法体系のために：
S. ケーディシュ教授記念
シンポジウムの紹介（4）

——共犯法の修正：被軽減犯罪としての些細な援助？

（Joshua Dressler, Reforming Complicity Law：
Trivial Assistance as a Lesser Offense?）⁽¹⁾——

坂 本 学 史

前号に引き続き、本稿では2008年の「*Ohio State Journal of Criminal Law*」におけるケーディシュ教授記念シンポジウムの紹介の第4弾として、Joshua Dressler の「共犯法の修正：被軽減犯罪としての些細な援助？（Reforming Complicity Law: Trivial Assistance as a Lesser Offense?）」の概要を紹介する。

そこで、これまで同様、本論文の概要紹介に入る前に、あらかじめ執筆者の紹介および、執筆者の言葉を借りつつ、本論文の骨子を簡単に示すことにする。Dressler は現在オハイオ州立大学 the Moritz College of Law で教鞭をとっており、アメリカ合衆国において、刑法および刑事訴訟法の分野でもっとも敬意を払われる研究者のうちの1人である。また、

(1) 5 Ohio St. J. Crim. L. 427 (2008).: なお、本論文は、2007年8月にボランダのクラフクで行われた第23回法と社会哲学国際学会で報告されたものを元にしたものである。(See, footnote 1 at 427.)

我が国においても、彼の代表的な著作の一つである「UNDERSTANDING CRIMINAL LAW」の翻訳書が出版されたことは、周知の通りである。⁽²⁾

ところで、本論文で、Dressler は、アメリカ共犯法は名折れであるとする。というのも、たとえ、非難が実行行為者よりも軽かったとしても、あるいは、犯罪への関与がわずかなものだったとしても、有罪や潜在的な処罰の点でまるで実行行為者であったかのように、共犯者を扱うからである。⁽³⁾

Dressler によると、本来的に、共犯責任というテーマは、1980年代中頃の知的活動の突風を除き、アメリカ合衆国においてほとんど学問的な注目を受けてこなかったけれども、その80年代中頃の共犯責任に関する論文の内の1つである自分自身の論文は、「因果性アプローチ」として特徴づけられる形式で、共犯法の改正を提示するものであったとする。そこでのテーマは、刑法は、犯罪において決定的な当事者である共犯者と些細な関与者との適切な区別をしそこなうというものであった。この問題を解消するために、Dressler は、「因果的」共犯と「非因果的」共犯との制定法上の区別を促した。すなわち、因果的共犯は正犯により遂行された犯罪で、従来通り、有罪となるが、非因果的共犯は、それに応じて、軽減された犯罪で有罪とされ、処罰されることになる。⁽⁵⁾

そこで、本論文において、Dressler は、因果性アプローチを再考する。特に、共犯において因果性は何ら役立たないと理解する S. Kadish の共犯へのアプローチ⁽⁶⁾の評価を行いつつ、共犯原則の完全な廃止の主張を含

(2) ヨシユア・ドレスラー(著)＝星周一朗(訳)『アメリカ刑法』(2008)

(3) Dressler, *supra* note1. at 428-429.

(4) Joshua Dressler, *Reassessing the Theoretical Underpinnings of Accomplice Liability: New Solutions to an Old Problem*, 37 HASTINGS L. J. 91. (1985) : なお日本語訳として、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)——」*鳥大法学*44巻2号(2000)95頁以下がある。

(5) Dressler, *supra* note1. at 429.

(6) Sanford H. Kadish, *Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpre-*

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

む、共犯への因果性アプローチに示された他の批判を検討することにな⁽⁷⁾
る。しかしながら、Dressler は、その批判にかかわらず、共犯責任に対
する因果性アプローチは概念的に正当化されうるし、なお最良の法的改
正をすることになるともする。もつとも、因果性アプローチは欠点がない⁽⁸⁾
というわけではない。したがって、現在のものよりもより公正な制度
にもなるよう、因果性アプローチのバリエーションを提示することにも
なるのである。⁽⁹⁾

以下、Dressler 論文の概要を紹介する。

—Joshua Dressler 「共犯法の修正：被軽減犯罪としての些細な援助？
(Reforming Complicity Law: Trivial Assistance as a Lesser Offense?)」

1. はじめに

私は（本論文において）、哲学者らは共犯の脈略で因果性の難問を解
決するかもしれないけれども、共犯法への因果性アプローチは道徳的に
擁護可能なものであり、現行法に対する明確な改正となるのであると結
論づける。しかしながら、「因果的共犯」の範疇は潜在的に過剰に包括
的である。つまり、場合によって、因果的共犯として合理的に特徴づけ
られる者はおも、因果性アプローチが保証する以上に、より寛大な扱い
に値する犯罪で、十分に些細な加担者となる可能性があるのである。し
たがって、私は因果性アプローチに関するバリエーションを提示する。

tation of Doctrine, 73 CAL. L. REV. 323. (1985) : なお日本語訳として、門田
成人=坂本学史「アメリカ刑法理論に関する文献紹介（八）（九）——共
犯論（五—（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頁以下がある。

(7) Dressler, *supra* note1. at 430.

(8) *Id.*, at

(9) *Id.*, at

その方法によって、私はまた、共犯原則が未完成責任のリスクを基礎とする形式を支持することで廃止されるべきとの、潜在的により急進的な立場を検討する。

S. Kadish は、法改正に関心がある偉大な研究者であり、本稿での私の目的も事実上改正にある。私は、どんな立法者も、すべての共犯者と正犯者を同様に扱うことは不公正であると（現在においてさえ）結論づけるということを確認するし、そして、非実行行為者間での何らかの法的な区別がなされるべきであると確信するのである。

II. 問 題

共犯者は、必要なメンズ・レアをもって、犯罪の遂行において正犯者に共犯行為する者である。共犯者は、強制することなく、他者に犯罪を遂行するよう命令することで犯罪を唆し、他者に犯罪の遂行する動機を提供することで犯罪を煽動し、過剰な心理的な励ましを必要とする（または必要としない）すでに犯罪を遂行することを計画している正犯者に心理的な助長を与え、犯罪で利用される本質的な（または本質的ではない）道具を与え、犯罪遂行において重要な（または重要ではない）助けを与え、または、法的義務があるのに、まったく何もせず、それゆえに犯罪を妨げる努力を怠る者である。端的に、（不作為は別にして）共犯者は犯罪遂行において相当な（または、些細な）援助を与える者である。そして、模範刑法典の共犯規定を起草した州において、共犯責任は、たとえ些細なものであっても、援助だけでなく、それを試みた者にまでも拡張された。

このように寄与にはかなり多くの形態があるけれども、共犯法は二元的である。すなわち、共犯であるかないかである。法的に言えば、主要な共犯とそうでない共犯というようなことではない。したがって、その二元性のポイントが、主要かそうでない行為者が共犯者となるということにあるのであれば、共犯者と実行行為者は有罪や刑罰という観点で同

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

様に扱われる。共犯は正犯からその責任が派生するが故に、そうなるのである。正犯がどの犯罪も遂行しなければ、コンスピラシーや独立教唆罪のような、共犯者自身の何らかの未完成犯罪で有罪となりうるけれども、共犯者には派生する責任はない。犯罪が正犯により遂行されれば、共犯は、共犯行為という区別あるいは軽減された犯罪ではなく、その（正犯により遂行された）犯罪で有罪となる。Weisberg が言うように、共犯は独立の犯罪ではなく、犯罪遂行の一つの方法である。

直近の目的にとって、派生的責任にある2つの問題点を示すことが重要である。はじめに、共犯は正犯により遂行された犯罪で有罪となるために、その有罪において文法的な不正確さがある。つまり、謀殺罪の共犯として、実際に被害者を殺さなかった場合に、他者を「殺すこと」という犯罪で有罪とされるであろうし、また強姦罪の共犯として、性的関係を持たなかった（あるいは、おそらく持ちえなかった）者と性交したことで有罪とされるであろうし、そして住居侵入窃盗罪の共犯として、見てもいかなかった、まして壊したり侵入しなかった建物に、損壊して侵入したことで有罪とされるであろう。次に、共犯と正犯はまるで1つのものであるかのように扱われる。つまり、法は個々の個性を無視するのである。この理由は、正犯と共犯は有罪あるいは処罰の点で同様に扱われるということである。結局、法が関係する限りで、共犯と正犯は1つとなり、同じ人間ということになる。

まるで実行行為者であったかのように共犯者を扱う伝統的な説明は、共犯理論が民事代理原則によって基礎づけられるというものである。したがって、代理者としての正犯の行為は、共犯に帰せられる。民事代理法との類似性という不適切さを、ここで聞き直す必要はない。Francis Sayre は、かつて「共犯理論と民事代理という2つの法領域の間に、その思考につき絶対的な相違があり、そして、ある領域での進展は別領域には浸透しない」としたし、Smith は「せいぜい、代理原則は共犯理論の一部のみを説明する可能性があるだけである」とする。私見によると、

共犯理論の派生的責任原理を真の意味で説明するものは、「人的固有性喪失 (forfeited personal identity)」としてより率直に特徴づけられうる。

人的固有性喪失は、次のような答えを導きうる。すなわち、「それがどうしたというのか?たとえ代理という用語が共犯法を説明するのに不完全なものであるとしても、民事代理原理あるいは刑事共犯法の特徴は、まるで1人であるかのように2人(またはそれ以上の者)を扱うことではないのか?」。これは、何ら新しいものではないし、例外的なことでもない。

実際、共犯理論は新しいものではない。派生的な特徴を包含するアングロ・アメリカの共犯法は何世紀も昔のものである。しかし、人的固有性の喪失を認める原則は、その根幹で、刑法が通常、個人責任を判断しようとし、個人の道徳的な報いに関連して有罪や刑罰を調整しようとしているとの意味で、また、功利主義によれば、刑法は場合によって、個人の危険性に関連して刑罰を判断するとの意味で、例外的なものとなる。人的固有性喪失は、共犯者が常にあるいは一般的に、相棒の正犯と同等の有罪や刑罰に値する、または同等の危険性があるというわけではないと理解するような考慮をしない。同様に、すべての共犯者が同等に刑罰に値する(または必要である)わけではないということは明らかである。民事代理として知られている人的固有性喪失原理は、まさに概念的に、多数当事者の犯罪行為へのより妥当な有罪あるいは刑罰の割当を妨げる。

III. 因果性アプローチ

1985年の論文のテーマは、共犯責任論の失敗は、共犯者の助力と正犯により実行された最終的な社会的な危害との間の因果的なつながりを、法が必要としていないことに集約されるというものであった。伝統的な共犯原則によると、共犯者は実際に、自己の援助が結果に(わずかであっても)寄与する必要があるとの意味で、犯罪を援助する必要がある。しかし、そのような援助がない場合に、当該犯罪が生じなかったとの合

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

理的な疑いを越える程度の証明をする必要はない。

この因果性要件の欠落は重大である。因果性はまさに刑法体系において主要な役割を担っている。はじめに、因果性は、有罪あるいは処罰が問題となる人と、生じた危害とを結びつける。極論すれば、因果性要件は、法が、大勢の中から誰かを選び出し、危害ある出来事につき責任があると判断しないようにする。例えば、森の中の別々の場所で迷った2人の猟師が、各自のライフルを無謀に発砲したとする。そのうちの一方のライフルから発射された弾丸が第三者に命中し、死亡させた場合、生命侵害罪 (homicide) で訴追するために、どちらの猟師の弾丸が被害者を撃ち殺したのか立証する必要はない。しかし、なぜそのような判断を要するのか？ 結局、両猟師は無謀であり、それぞれの危険の程度は同じであった。にもかかわらず、法は、猟師のうちの1人が生命侵害罪で有罪となり、一方はそうならないとする。もちろん、決定的な区別は、一方が危害を惹起し、もう一方が惹起しなかったということである。因果性は、刑事司法体系がこれらの状況で処罰される者を判断するために使用する道具である。すなわち、人は手当たり次第に生じた危害につき非難されないということを保障するのである。もちろん、共犯法はそんなに極端なものではない。共犯と正犯は共に役割を果たし、法は、危害のある出来事とつながりのない者を法廷に引きずり込むことはない。

ところが、猟師の例は、我々が刑法における因果性の第二の重要な役割に目を向けさせる。因果性は、行為者の道徳的な報いと結果に対して妥当な刑罰の正確な測定において、(唯一のものではないけれども) 本質的な道具として有用である。猟師事例につき、彼らのうちの1人は謀殺罪または故殺罪で有罪とされるべきであり、その刑罰は惹起した危害やその危害を惹起することに対する非難と均衡がとれるものとなるべきである。もう一方の猟師は、議論の余地があるにせよ、何らかの犯罪、おそらく無謀な危殆化罪 (reckless endangerment) で有罪となるべきであり、惹起したより軽減された危害と均衡をとって処罰されるべきであ

る。法はこれら2人の者を同様には扱わない。つまり、彼らの有罪と刑罰は異なることになろう。しかし、刑法のこの相当な報いの特徴は共犯法により無視される。因果性要件がないために、共犯はその正犯が惹起した犯罪でのみ有罪とされうるし、仲間と同等の峻厳さで処罰されうる。共犯法のこの特徴はまさに、正犯者の不法に賛成することで些細な助力を提供する者や、友人がいくらかのお金を盗むことができるよう、友人の赤ちゃんを抱いている者、犯罪を遂行すると他者が述べた意思を「すてき」と返事する者、あるいは、他者が銀行強盗に入ることができるように、銀行のドアを開ける者の有罪を検察官が得ることを許容する。そして、この共犯法の特徴は、そのような些細な共犯者が、犯罪の首謀者や実行行為者と同等の刑罰に服するようにさせるのである。

ところが、因果性によると、決定的な限界は因果的な共犯と非因果的な共犯との間に引かれることになろう。因果的な共犯は適切に、実行行為者により遂行された犯罪の責任を得ることになり、したがって、同じ犯罪で有罪とされ、主たる行為者と同等の刑罰を受けることになる。対照的に、非因果的な関与者は、実行行為者の犯罪の責任を得ることにはならないが、その代わりに、軽減された犯罪で有罪とされ、軽減された峻厳さで処罰されることになる。

IV. Kadish と因果性アプローチ

Kadish によると、共犯の援助と実行行為者により遂行された犯罪との間の因果的なつながりは決して存在しない。したがって、因果と非因果の区別は意味がない。Kadish は、自発的な「万能」な人間の介入行為と、非自発的な人間の介入行為とを区別する。彼が理解するように、アリスが（車が常に落ちそうな）急な丘に停めた車のブレーキを離すことと、カーラを殺したいと言うが心変わりしそうなボブに、アリスが拳銃を手渡すことには違いがある。アリスは丘の底で結果として起こる危害を「惹起し」たが、哲学者のハートとオノレに影響を受けた Kadish

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

はおそらく、我々が、自己の計画をやり通すとのボブの判断が自発的であった限りで、アリスがボブに、カーラを殺すよう惹起したとは適切に言いえないとするであろう。共犯者の援助は常に正犯者の自発的な犯罪行為にしたがうために、共犯法において単純に因果性の出番はない。つまり、自発的な人間の行為は「因果的な間が貫きえない壁として役立つ」のである。因果性は共犯を説明するための根拠として有用ではないために、刑法は正犯の行為につき共犯に責任があるとするための別の説明、すなわち、代理原則を必要とするのである。

Weisberg は、Kadish が因果性につき「形而上学によって魅了されている」ように思えるとする。私はそこまでは言わないが、Kadish が基礎とする「万能さ」の理由づけは不十分である。第一に、(アメリカの法律家が仮定的因果関係というよりもむしろ「近接的な因果性」と呼ぶものを判断する際に考慮される要因である) ハートとオノレの「自発的な人間の介入」の程度は、規範的というよりも、むしろ記述的であることを意味する。第二に、自発的な人間の行為が、いわゆる万有引力の法則 (law of gravity) よりも劣る叙述であるということは正しいけれども、自発的な人間の行為が何らかの自然の出来事、たとえば竜巻が取る方向よりも、むしろ常に劣る叙述となるとの前提は、誤りである。実際、Kadish はこの後者の考慮に賛成する。最近、彼は次のように述べることで、因果性についての自分の立場を明らかにした。すなわち、「介入するのが自発的な人間の行為である場合に、我々の反応における違いは、確率における既知の違いの産物ではなく、因果経過が他者を介しているかどうかを単純に問題とする、法において広く明示された浸透する有罪 (pervasive conviction) の産物である。というのも、我々は、人間の行為を、世の中のあらゆる他の自然の出来事と区別するものとして理解するからである」。

規範的な問題として、自発的な人間の行為は他の行為形式とその根本でまさに異なる。しかし、なぜ我々は、共犯法の脈略で、強固な道徳原

理として Kadish の因果性を受け入れることになるのか？ 共犯者の援助が実行行為者を通じた結果を（事実的かつ法的に）惹起するとの規範的な結論に至ることを、人間の自発的な行為が常に排除しないと、我々はまさに説得的に主張しうる。確かに、因果性の一般的な理解を基礎とすると、大金を使って他者に自分の妻を殺すよう頼み、彼（他者）がそれを受け取り、実際に殺害を実行した場合、私は妻の死を「惹起した」と述べることは賢明である。哲学者の John Gardner は「責任ある行為者たる者らには自由意志があり、因果性を無視すると多くの人々は述べようとする。したがって、因果連鎖は彼らの行為に向きえないし辿りえない。実行行為者らの行為を因果的な説明に当てることや因果的な説明を実行行為者らの行為を通じて行うことを強調するならば、実行行為者らを責任がある行為者としての物語の外に追いやるし、しばしばそう言われる。しかしこれは誤りだと印象づける。私が殺し屋に敵を殺すためにお金を支払う場合、私がしたことの結果（straightforward consequence）は、殺し屋が私の敵を殺し、それにより私の敵が死んだということである。私は殺すことを煽動し、殺し屋を通じて死をも惹起した。行為とその反応、先立つことと続いて生じることというすべてのことを明らかにする方法として直接の因果性がある。このどれも、責任ある行為者としてその物語における殺し屋を外に追いやらない」とする。

もちろん、契約した殺し屋が（そして彼のみが）私の妻を殺した。しかし、その結果につき因果的に責任があるとして、実行行為者と共に、教唆者を扱うことは少しも矛盾しない。援助がなくても、結果が自己の（または誰かの別の）専門知識や能力を十分に越えるものであったとしても、目的的に私にロサンジェルス爆弾を爆発させる道具を与える科学者にその結果を帰責することもまた、道理にかなうものである。反対に、Kadish の規範的な立場はまったく融通の利かないものである。つまり、因果的な責任についての規範的な立場はより一層（あるいは通常）陪審員に判断を委ねるのである。そして、（私が示すであろう）ほとんどの

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

人々に「浸透する有罪」は、共犯者の行為が因果性原理を満たしうるといものである。ハートとオノレの基準を用いると、「通常の考慮に浸透する因果的な概念」はこの性質をおそらく支持するであろう。

V. 因果性アプローチに対する別の批判

Kadish の「形而上的」な立場を否定したとしても、「あらゆる共犯責任が因果関係についての解決できない問題を生じさせるといけないので」、因果性アプローチは「必ずしも正しい」わけではないとしうる。認識論にしない限り、因果性が陪審員の事実認定能力を越えると信じる根拠はない。いくつかの事例で、事実的な因果性を立証することは困難ではあるが、そのような立証の困難さは刑事裁判独自のものではなく、そのような道徳的な重要性の区別を十分に否定する理由としても乏しい。悪くても、犯罪の要素（ここでは、因果関係）が合理的な疑いを越えて立証される必要がある状況で、因果的な従犯者（accessories）は、主犯の犯罪での有罪を回避しうるとし、軽減されて処罰されうるとし、これは法的な地殻変動ではない。

別の批判は、「何が一番大事か」という反論として特徴づけられる。Weisberg は、「Dressler の矛盾は、第二の範疇の中身をそのままにしておく彼の不本意さから明らかである」とする。Yeager は、「因果的な共犯」の範疇が「過剰に包括的である」との「希薄さ」をもって私の因果性概念を特徴づける際に、わずかに異なる点を作り出す。違いは別にして、その批判は、すべてではないが、ほとんどの些細な共犯が因果性要件を満たし、それゆえに、因果性を修正するとの立場が意味のないものである、またはより一層悪いものであるとのどちらも、因果的な助力の過剰に包括的な範疇であるために、誤りであるというものである。

「因果的な共犯」の範疇が「非因果的」の範疇からわずかに離れるとの主張は、誇張である。心理的な助長を根拠に共犯として訴追された者はおそらく、場合によって非因果的と考慮されるであろう。同じことは、

例えば実行行為者が入れるように銀行のドアを単に空けておくような者のように、まさに取るに足りない援助を与える者にも言えるであろう。どのくらい非因果的事例があるかを理解することは不可能であるが、絶対数がおそらく重要となるであろう。たとえ因果性アプローチが法的な結果に対しわずかな衝撃しか与えなかったとしても、因果性原理が、ここで示したのと同じくらい重要な、公平性を高める特徴がある場合に、これはその主張を信用しないことにはならないし、したがって、因果性アプローチの効果は共犯法を少しだけ公平にするものとなる。

そうすると、事実的な因果性の厳格な基準を適用する場合、提案された修正が相対的に、ほとんど実体的な衝撃を与えないということは正しい。実際、「そうした場合あるいはそうしたかのように」結果が起きたかどうかという点で、因果性テストを定義するとすれば、因果性と非因果性の区別は完全に崩壊することになる。アリスの援助が、ボブを強盗に入らせるよう銀行の正面のドアを開けることのみで構成される場合、彼女はこの定義によると因果的な共犯者となる。というのも、彼女がドアを開けなかったならば（ボブが自分自身でドアを開けたならば）、アリスの援助がなければ、銀行強盗はそうしたように（すなわち、ボブが単独で行為することというよりもむしろ、アリスの援助をもって）生じなかったであろうと言われうるからである。また、ドナルドがヴィクターを殺すために拳銃を求め、アビガイルの他10人の者がドナルドに拳銃を投げ、そしてドナルドがアビガイルの拳銃を選ぶということがまさに生じたとすれば、アビガイルは、この仮定的消去法の因果関係によると、死の原因となる。というのも、援助がなければ、その謀殺は別の方法で（他の誰かの拳銃で）生じたからである。ところが、因果性説の目的によると、法はこの因果性の厳格な基準を用いるべきではない。事実認定者としての陪審員は、共犯者の援助なくそうした場合に、犯罪結果が起こったかどうかを判断するべきであって、そうした正確な方法で起こったかどうかを判断するべきではない。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

どのタイミングか？銀行でボブのためにドアを開けるアリスの事例で、アリスがいなければ、ボブは（意思を変えることなく）自分自身でドアを開けるが、関節炎だったために少しだけゆっくりドアを開けたと仮定してみる。これらの状況で、アリスの援助がなければ、強盗は「そうしたように」起こらなかったのではなく、むしろ1秒後に起こったであろうと認めるべきである。仮定的消去法の厳格な適用は実際に、アリスを因果的な共犯者として扱うことになる。つまり、アリスは1秒結果を早め、したがって、起きた強盗は、アリスなしで生じたものと異なる強盗である。そこで、再び、因果性と非因果性の区別は消えることになる。しかし、ここでもまた、法は、ほぼ確実にアリスを非因果的な援助者として扱う陪審員の感覚を信じるべきである。

しかし、別の歩み寄りが適切である。すなわち、因果性アプローチは場合によって、分けにくい時間的な区別を要求することになる。Smithによる以下の事例を検討してみよう。

Pが帰宅中に住居侵入窃盗をすると計画していたことを知りつつ、お人好しのAが、わずかに窃盗者を楽にさせるためだけに、自分の自転車をPに貸す。Aの行為は、そうでなければ徒歩で到着し行った時間の数分前に、Pが犯罪を実行されることを可能にする。

ある点で、危害の促進は明らかに多すぎて、無視しえない。1時間後、またはおそらく1日後に起きた犯罪が同じ犯罪であるとの前提を定義することは難しいが、ここでの「数分」とはどういうことか？応報的な公正性の問題として、この事例は、1秒犯罪を早めた（または、関節炎のために1秒犯罪を遅らせた）アリスのドアを開ける行為となぜ異なるのかを説明することは難しい。もちろん、Smithの事例で、数分を争点とすることは可能である。Aの援助は、強壮な居住者が帰宅し窃盗者の努力を水の泡にさせる前に、Pが住居侵入窃盗を完遂するのを許容しうる

し、また、その自転車がPに、仕事を完遂するために必要な備えを与えたことになりうる。おそらく、ここで言われるあらゆることは、事実の問題として、因果性テストは、因果的な共犯としてある者を訴追し有罪とすることを望む場合に、検察官がより一所懸命に働くことを要求し、そして、これらの事実的な区別を、与えられた証拠や因果性に基づく複雑ではない説示を根拠に、陪審員に委ねることが許容されうる。

この後者の例や、ある点で陪審員がする区別が怪しげに恣意的に見えるとの譲与は、「因果的な共犯者」の範疇が、ある因果的な共犯者（または、少なくとも、もっともらしくそのように特徴づけられうる者）が非因果的な共犯と同じくらい処罰に値しないとの意味で、過剰に包括的となりうるとの主張を、私にもたらず。これは特に因果関係説に対する重大な反論である。

共犯に対する因果性アプローチは、2人の者らがそれぞれ結果を惹起し、それぞれが同じ程度の道徳的な非難（例えば、犯罪が遂行されるとの意図）をもって結果を惹起した場合に、彼らは同じ刑罰に値し、非因果的にかかわった者よりもより重大な責任と刑罰に値するとの立場を前提とする。ところが、よく考えてみると、因果関係は、多数当事者の犯罪において、賢明に道徳的な区別をする必要がある仕事のすべてをするわけではない。いくつかの事例で、因果的な共犯者は、（十分な非難を保障する場合でさえ）実行行為者と同等の厳格さで扱われることに値しない。G. William はかつて、「まさに些細な援助を与えた者は従犯者として責任があるとされるべきではないということは一般常識の問題である」とした。おそらく、William の「主たる加担者 (major participant)」と「些細な加担者 (minor participant)」の区別は、因果的と非因果的の区別とかなり重複する部分があるけれども、一定の場合に、陪審員はもっともらしく、共犯者は因果性テスト（おそらく、このテストは、一定の事実をもとに、自転車を窃盗犯に提供したお人好しの共犯者を含みうる）を満たしたと結論付けうるが、やはり実行行為者よりもより寛大に

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

扱われるべき些細な加担者にも当てはまる。端的に、広くそして深く根付いた社会感情が考慮される（そして、その感情が多大な犠牲を払ってのみ司法制度において無視される）場合、「因果的な共犯者」の範疇は、場合によって、過剰に包括的であると証明されうる。

VI. リスクを基礎とする行為としての共犯——共犯原則の廃止

因果性の修正という主張は、有罪を測る際や刑罰を科す際に、行為者がどの程度の危害を惹起したのかを判断することが肝要であるとの前提を根拠とする。ところが、この立場は、アメリカ法や一般的な制度とは対照的に、現実に惹起した危害という点ではなく、惹起しようとして意図した危害や惹起したリスクによって処罰されるべきであると信じる者らを説得しない。また、共犯原則やその派生的責任を支える因果性の主張は、共犯原則をすぐに廃止する者らを満足させない。

Yeager は「因果性やそれに似たもの」を「無意味なものでないにせよ、不十分なもの」と特徴づける。彼は、共犯行為を未遂や他の未完成犯罪のような危険の引き受けという形式として考慮し、「共犯の未完成性の可能性を認めるはじめての者ではないが、重要と考える者の1人である」とする。彼は「危害原理はほとんど共犯法と関係がない」と理由づけ、共犯が言語上または文法上の観点から危害よりもむしろリスクに関するものであるとの結論に至った。彼は次のように説明する。すなわち、「私があなたに、マイケルジョーダンから点を取ってみるように頼んだとすると、私が『私はジョーダンから点を取ろうとする』と言うことは文法的ではない。私は、あなたがジョーダンから点を取ろうとするように助長したのである。ところが、我々は、すべての共犯的な行為は、成功しようがしまいが、正犯により介在されすぎて、未遂または完成犯罪のように扱われえないと言っているのである」。

換言すれば、どの二次的当事者も謀殺者である、強盗者である、あるいは強姦者であると述べることは誤りである。代わりに、二次的当

事者はそれらの援助者 (helper) であり、援助者として有罪とされ処罰されるべきである。したがって、第二次的当事者は正犯から責任を得るとは見なされず (因果の観点で話すことが無意味であることは、そういう理由であり)、むしろ、援助により、正犯による危害のリスクを増加させたことというような、第二次的当事者がしたことで処罰されるべきである。結果として、Yeager は我々が理解するような共犯原則を止めることになろう。

Yeager はこの立場の唯一の者ではない。G. R. Sullivan もまた共犯原則の廃止を勧める。正犯や共犯という観点で多数当事者の犯罪を分析するというよりもむしろ、Sullivan は正犯性 (principalship) というより強固な定義を作り出す。それによると、ある犯罪につき「結果に対する答責性 (outcome responsibility)」がある者は正犯と推定され、(結果に対する答責性のない) 別の関与者は何らかの軽減された犯罪で有罪とされる。

そうすると、Sullivan の「結果に対する答責性」という議論は、因果性アプローチや (Ⅶで議論する)「実質的な加担者」に似かよることになる。ところが、少なくともある点で、かなり先に進んでしまう。Sullivan は次のような筋書きを仮定する。すなわち「BがVを誘拐しようとして強固に意図する。AはBに、Vは誘拐されるべきであるとの同意を表明する。Aの同意には因果的な影響がない」。Bは強固な者であったし、その助長があってもなくても進めたであろう。にもかかわらず、Aによるそれだけのかかわりを根拠にした場合、Sullivan は、Aの同意は実際に変化するものであり、例えばAにはその犯罪につき結果に対する答責性があるというように、次に起こる殺害行為につきAを正犯にすることに十分となると考える。しかし、因果性アプローチや「実質的な加担者」の立場はそのような結論を正当化しないであろう。

共犯原則を廃止するより急進的な立場は Alexander/Ferzan/Morse の立場である。Kadish を支持する彼らは、ある犯罪で援助する者は、そ

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

の犯罪を遂行するかしないか選択しうる自発的な行為者たる実行行為者の手にその犯罪を残したままにしているが故に、結果を決して引き起こせないと理由づける。それ故に、援助者がするすべてのことは、例えば、「共犯者」が実際に未完成行為で有罪となるというような、危害が生じることになる非難あるリスクを創出することである。したがって、Alexander/Ferzan/Morse は共犯原則をやめ、非実行行為者らがしたこと、すなわち不法な危険の引き受けをしたことで彼らを処罰することになる。

この主張の影響に注意しなさい。たとえば、ベンが「100万ドル払えば、あるいは払うだけで、いつでもどこでもどんな人でも殺します。完全保証です。失敗した場合には2倍にして返金します」とのサービスを宣伝したとする。アネットがベンのところに来て、カール殺害のために100万ドルを支払う。アネットは、自分の敵がすぐに死ぬとわかって幸せに帰宅する。あるシナリオでは、ベンが数分後に心臓発作により死亡し、それによりカールは助かった。別のシナリオでは、ベンがカールを殺害する。Alexander/Ferzan/Morse の世界によると、アネットの刑事責任が考慮される限りで、どのシナリオが演じられるかは問題とならない。その世界では共犯原則がないために、アネットは彼女がしたこと、すなわち、おそらく重大な未完成犯罪たる、カールの死を惹起するという実質的な危険を引き受けることで有罪となるだけである。しかし、彼女は、たとえベンが報酬を得たとしても、カールの死について有罪とはならない。

このアプローチは以下2点で誤りであると思わせる。まず、カールが謀殺されるとしても、私はすでに、アネットはカールの死につき因果的な責任を共有しえないとの立場を無理やり正当化しないとしてきた。したがって、共犯者は他の自発的な行為者が犯罪を遂行するよう惹起しえないとの彼らの象徴的な前提は、誤りである。

次に、アネットはカールの死につき責任があると判断されるべきでは

ないとの考慮は、アネットの妥当な責任を考慮する一般的な道徳的直感とは反対に作用する。ベンがカールを決して殺さないとすれば、アネットは何らかの未完成犯罪（例えば、独立教唆罪や謀殺未遂罪）で有罪とされるべきである。しかしながら、ベンがお金を稼げば、アネットはカールの死につき責任があると判断されるべきである。アネットは、結果に対し答責性があるがゆえに正犯であると結論づける私や Sullivan のアプローチを共犯原則に用いるかどうかいずれにせよ、ほとんどの人々は、100万ドルを支払わなければ、生じなかったであろう謀殺につき、アネットに責任があると判断しない司法制度を受け入れないであろう。

こう述べたとしても、私は、非実行行為者の犯罪行為は本来的に、惹起された危害というよりもむしろ、リスクを基礎とするものとして見なされうことを認める。もちろん、このアプローチは、多数当事者犯罪に対する因果性アプローチや実質上、共犯原則を認める他の主張よりも、より思い切った修正を示唆する。実際、危害が問題となる、あるいは危険の引き受けが、危害が惹起された犯罪よりも軽減された重大な犯罪として位置づけられると信じる者らによると、リスクを基礎とする観点からすると、すべての共犯者らは、援助した犯罪を完成させた者よりも軽減された峻厳さで処罰されるということになる。それは問題に取りかかるために取りうる方法である。しかしながら、私の最近の関心は、修正アプローチを立法上の関心を適度に取り入れて進展させることにある。その目的をもって、私はここで、因果性アプローチを越える、2つの新たな修正アプローチに取りかかる。

VII. 新たな修正提案

A. 「因果性プラス」基準

共犯者は自発的な実行行為者を通じて結果を惹起しうるとの前提をいったん認めると、共犯法に対する因果性アプローチへのより顕著な反論は、ほとんどの「因果的な共犯」の範疇が過剰な包括性を証明してしま

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

うことにある。上述したように、この懸念は一般的な意味で因果関係を理解した場合に少なくなるが、犯罪において表面上、些細な役割しかない共犯者が仮定的消去法テストを満たすとの可能性が残されている。問題は、仮定的消去法の因果関係は刑事責任や道徳的な報いを判断するために必要な道具であるべきであるけれども、事実上おそらく十分な道具ではないということである。道徳的な報いの測定もまた、行為者の内心状態や、犯罪の計画または遂行の関与した（または、望んで、自分自身をはめ込んだ）程度の判断を必要とする。後者の要素を欠く場合に、つまり、因果的な関与は些細であるけれども、重大な犯罪につき責任があると判断される場合に、共犯法はなお「驚くべき」結論を場合によって導くことになる。

したがって、代替的な修正提案は次のようなものとなる。すなわち、自己の援助が因果性要件を満たすだけでなく、共犯者が多数当事者の犯罪で些細な関与者ではなく、実質的な加担者であったとの証明がない限り、実行行為者の行為につき責任を問われないというものである。概念的に、因果関係と実質的な加担者基準の両方を満たす共犯者は、第一次的当事者の行為につき責任が問われるであろうし、同じ刑罰に服することになる。因果的であるが些細な共犯者もまた（仮定的消去法基準を満たすために）正犯から有罪を得ることになり、したがって、正犯と同じ犯罪で有罪となるが、些細な援助の故に、減じた量刑を受ける権利たる資格が付与されることになる。非因果的な関与者は完成犯罪から責任を得ることはないが、その代わりに軽減された犯罪で有罪となり、したがって、それだけで軽減された峻厳さで処罰されることになる。

この提案は問題の種になりやすい。連邦最高裁は、憲法問題として、先立つ有罪宣告の事実以外の、関連する制定法上の限界という過剰部分で被告人に量刑を判断するいかなる事実も、裁判官ではなく陪審員によって認定される必要があり、合理的な疑いを越えて立証される必要があると判断した。しかしながら、軽減された量刑の場合につき、憲法は現

在、沈黙している。陪審員というよりも、むしろ裁判官が量刑判断をするのであり、ともかくどんな証明の程度でも司法が選択するものを根拠にそうするのである。したがって、司法が、証拠の優越により共犯者の些細な関与を証明する審理で量刑を判断する際に、有罪となった因果的ではあるが些細な共犯者を要求することは、違憲ではないことになろう。量刑ガイドラインを用いる連邦制度やいくつかの州において、犯罪への些細な関与は明らかな軽減要因ではあるが、(些細な関与の認定後でさえ) 量刑の軽減を裁判官が選択することは必ずしも、破棄可能な誤りを構成しない。さらに、因果性プラスによると、些細な(しかし因果的な)共犯者は、権利として軽減された刑罰を受けることになる。

これは、適切に機能する因果性プラスアプローチにとって、司法が些細な(しかし因果的な)共犯者の量刑における軽減を命じる量刑規定を考案する必要がある、または州が単純に非因果的な加担者も、因果的ではあるが実質的ではない加担者たる共犯者も同様に扱いうること(すなわち、主たる当事者により遂行された犯罪よりも軽減された罪で有罪となる、それ故に軽減された処罰を保証すること)のいずれかを意味する。

B. 「実質的な加担者」基準

因果性プラスアプローチは、立法者が修正に取りかかるのを思いとどまらせる複雑な制定法犯罪や(または)量刑の区別を必要とする。これらの状況で、「最善は善の敵である」との言葉がここに響く。共犯法の最善の修正は、因果性の直接的な考慮なしに、行為者の犯罪への加担の実質性を根拠に、排他的に区別することである。事実認定者が判断する者は(もちろん、要求されたメンズ・レアのある)実質的な加担者であるし、正犯と同じ犯罪で有罪とされる(そして同じ刑罰に服する)者のみが、伝統的な派生的責任原理を基礎づける。これらの共犯者のほとんどが仮定的消去法テストを満たすが、いくつかはおそらく満たさないであろう。

正当で合理的な根拠のある実体刑法体系のために……

「実質的な加担者」は不明確な言葉ではあるが、事実認定者が責任につき公正性を基礎とした区別を促す近接的な因果性原則により、それ以上明確にはならない。結局、ここでの問題は、犯罪の計画や遂行における共犯者の役割が、正犯により遂行された犯罪につきまさに責任があると判断される（責任を派生する）のに十分であったかどうかである。

ある犯罪への非実質的な加担者の点で、そのような者が刑事責任を免れることを許容する貧弱な政策を構成することになろう。些細な援助は、主たる当事者により遂行された犯罪とは別のあるいはそれよりも軽減された罪を構成するべきである。

VIII. お わ り に

今日の共犯法は、実行行為者や実質的な加担者あるいはそこから脱線した共犯者が刑事裁判の有罪宣告において同様に扱われるという少なからぬ事実につき、不公正である。共犯法に対する因果性または因果性プラスアプローチは、より公正な結果を導くであろう。

たとえ因果性を基礎としなかったとしても、その種の修正は共犯法を進展させることになろう。立法者もまた、共犯の「実質的な加担者」基準をより真摯に検討するべきである。このアプローチは、刑事責任に関する道徳的な直感と合致する区別を許容するという、現在よりもより公正な結果をもたらすであろうし、単純な方法でそうするのである。