同志社法学　四七巻六号　二二八（一八二四）

イギリスにおける「共犯と身分」に関する一考察

十河太朗

一　はじめに
二　身分と正犯性の関係
　一　正犯と共犯の区別
　二　身分と正犯性
三　身分の連帯的作用と個別的作用の限界
　一　共犯従属性の原則
　二　身分の連帯的作用と個別的作用
四　まとめ

一　はじめに

(1)　構成要件上、行為の主体が一定の身分のある者に限定されている犯罪を身分犯という。それでは、身分犯における身分者の行為に非身分者が加功した場合はどのように取り扱われるのであろうか。この「共犯と身分」の問題の取扱いについて、わが国の刑法六五条一項は、「犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分の

ない者であっても、共犯とする」、同条二項は、「身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する」と規定し、問題の解決を図っている。そして、この刑法六五条の解釈をめぐっては、周知のように、古くから活発な議論が展開されてきた。

ところで、わが国の刑法学は、従来、様々な領域にわたってドイツ刑法学の大きな影響を受けてきたが、「共犯と身分」の問題もその例外ではなかった。わが国の刑法六五条と同様の規定がドイツ刑法に存在することもあって[1]、「共犯と身分」の問題に関する比較法的研究の中心は、従来、ドイツの議論状況を参照することにあったのである[2]。これに対し、英米法、特にイギリス法において「共犯と身分」の問題がどのように取り扱われているのかについては、これまであまり論じられてこなかったといってよい。確かに、イギリスにおいては、わが国やドイツと異なり、必ずしも「共犯と身分」の問題が議論の対象として正面から取り上げられているわけではない。しかし、イギリスにおいても、断片的にではあるが、「共犯と身分」の問題が判例・学説を通じて議論されており、そのような議論の内容を検討することは、わが国の問題解決に少なからず寄与するものと思われる。このような認識から本稿は、イギリスにおいて「共犯と身分」の問題がどのように取り扱われているのかについて考察するものである。

(2)　それでは、「共犯と身分」の問題をめぐるイギリスの議論状況の検討は、どのような観点からなされるべきであろうか。わが国の問題状況を前提とするとき、次の二つの点に着目することが必要になると思われる。

第一は、身分犯において非身分者はおよそ正犯となりえないかという問題である。わが国では、刑法六五条一項にいう「共犯」の意義について、①「共犯」の中に共同正犯は含まれず、狭義の共犯すなわち教唆犯と幇助犯に限られ

るとする説[3]、②共同正犯、教唆犯及び幇助犯を含むとする説[4]が対立している。①の立場は、身分犯、特に真正身分犯において非身分者による実行行為を観念することはできないから、非身分者はおよそ正犯にはなりえないとするのに対して、②の立場は、非身分者であっても身分者の行為に加功することにより法益を侵害することは可能であるから、非身分者も正犯となりうると説く。つまり、ここで問題となっているのは、身分を有していることが身分犯における正犯性の要件となるのかということである。このような点を踏まえると、「身分と正犯性の関係」の問題についてイギリスの判例・学説がどのように解しているのかを検討することは、わが国の問題解決にとって重要な作業になると思われる。

第二は、身分が非身分者に連帯的に作用する場合と、非身分者には及ばず個別的に作用する場合とはいかなる基準により区別されているのかという点である。わが国の刑法六五条の法文を素直に読むと、一項は真正身分犯について身分の連帯的作用を、二項は不真正身分犯について身分の個別的作用を規定したものと解されるところから、一項と二項との間に矛盾があるのではないかが問題となり、刑法六五条を統一的に解釈するために様々な見解が主張されるに至ったのである。学説としては、①一項は、真正身分犯について身分の連帯的作用を、二項は、不真正身分犯について身分の個別的作用を規定したものとする見解[5]、②一項は、違法身分についての違法性の連帯性を、二項は、責任身分についての責任の個別性を規定したものであるとする見解[6]、③一項は、真正身分犯及び不真正身分犯を通じて身分犯における共犯の成立について規定したものであり、二項は、特に不真正身分犯について科刑の個別的作用を規定したものとする見解[7]などが主張されており、現在でも対立は続いている。そこで、「非身分者に対する身分の連帯的

作用と個別的作用の限界」の問題について、イギリスの判例・学説がどのように対応しているのかについて考察することは、わが国の問題を解決する上で参考になるものと思われるのである。

このようにして、「共犯と身分」の問題をめぐるイギリスの議論を検討するにあたっては、右に示した二つの点に着目することが必須の課題になるといえよう。そこで、以下では、まず二において、「身分と正犯性の関係」の問題を検討し、次に三において、「非身分者に対する身分の連帯的作用と個別的作用の限界」の問題について論ずることとする。

(1) ドイツ刑法二八条一項は、「正犯の可罰性を基礎づける特別な一身上の要素（第一四条第一項）が、共犯（教唆犯又は幇助犯）にないときは、その刑は第四九条第一項によって軽減する」とし、同条二項は、「特別な一身上の要素が刑を加重し、軽減し、又は阻却する旨を法律が規定しているときは、この法規は、その要素の存在している関与者（正犯者又は共犯者）にのみ適用される」と規定している。邦訳は、法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法典』法務資料四三九号（宮澤浩一訳）（昭和五七年）一三頁に従った。

(2) 「共犯と身分」の問題に関するドイツの議論状況については、特に、西田典之『共犯と身分』（昭和五七年）一七頁以下が詳しい。

(3) 中山研一『刑法総論』（昭和五七年）四八九頁、香川達夫『刑法講義（総論）第三版』（平成七年）四〇六頁など。なお、団藤重光『刑法綱要総論第三版』（平成三年）四二〇頁、福田平『全訂刑法総論〔第三版〕』（平成八年）二八五―二八六頁、大塚仁『刑法概説（総論）〔改訂増補版〕』（平成四年）二八七頁は、刑法六五条一項には、真正身分犯及び不真正身分犯の両者が含まれるとの立場から、真正身分犯に関しては、「共犯」とは教唆犯及び幇助犯のみを指し、不真正身分犯に関しては、共同正犯、教唆犯及び幇助犯を意味するとしている。

(4) 最決昭和四〇年三月三〇日刑集一九巻二号一二五頁。大谷實『刑法講義総論第四版』（平成六年）四七〇頁、前田雅英

『刑法総論講義〔第2版〕』（平成六年）五一一頁、西原春夫『刑法総論』（昭和五二年）三五八頁、曽根威彦『刑法総論〔新版補正版〕』（平成八年）二八四頁、藤木英雄『刑法講義総論』（昭和五〇年）三〇三頁、荘子邦雄『刑法総論〔新版〕』（昭和五七年）四五八頁、西田・前掲注(2)一九〇頁、一九四頁など。

(5)　大谷・前掲注(4)四六九頁、前田・前掲注(4)五〇九頁、香川・前掲注(3)四〇四—四〇七頁、曽根・前掲注(4)二八五頁など。なお、藤木・前掲注（4）三〇三頁、三〇五頁参照。

(6)　西田・前掲注(2)一七一頁以下。さらに、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（昭和五〇年）三六六頁以下参照。

(7)　団藤・前掲注(3)四一八頁、福田・前掲注(3)二八四頁、大塚・前掲注(3)二八五頁など。

二　身分と正犯性の関係

一　正犯と共犯の区別

第一に検討しなければならないのは、身分を有していることが果たして身分犯における正犯性の要件となるのかという問題である。本節では、この問題について検討する前提として、そもそもイギリスにおいて正犯性の本質はいかなる点に求められているのか、また、正犯はいかなる基準により共犯から区別されているのかについて確認しておくことにする。

(1)　伝統的なコモン・ロー上の原則においては、複数の者が犯罪に関与した場合、当該犯罪が重罪か軽罪かによってその取扱いが異なるとされてきた[(1)]。まず、重罪に対する関与形式としては、①当該犯罪の成立要件とされているメンズ・レアをもちながら犯罪の実行行為を行う「第一級正犯（principal in the first degree）」、②犯行の現場またはそ

の付近において他人の犯罪の実行を幇助し、あるいは教唆する「第二級正犯（principal in the second degree）」、③現場またはその付近に現存せずに他人の犯罪の実行を誘致し、助言し、命令し、あるいは教唆する「事前共犯（accessory before the fact）」、④重罪が行われたことを知りながら重罪犯人の逮捕、裁判、処罰を妨害する「事後共犯（accessory after the fact）」に分類されていた。(2) これに対して軽罪の場合には、犯罪の実行に関与した者はすべて正犯として扱われるものとされ、(3) その意味では、軽罪については統一的正犯概念が妥当していたといえる。また、軽罪においては、重罪の場合と異なり事後共犯は処罰されなかった。(4)

しかし、一九六七年刑事法律法（Criminal Law Act 1967）によって重罪と軽罪の区別が廃止されたことに伴い、右のような正犯及び共犯に関する取扱いも改められた。すなわち、重罪か軽罪かを問わずおよそ犯罪に対する関与者は、正犯（principal）と共犯（secondary party, accessory）の二つに区別されることとなったのである。(5) これを従来の区別の仕方と比較すると、第一級正犯とされていたものが現行法における正犯に対応し、第二級正犯及び事前共犯を併せたものが共犯に相当すると説明されている。(6) また、従来事後共犯とされていた行為は、一九六七年以後、共犯の範疇から除外され、犯人援助罪などの独立の犯罪類型として処罰されるようになった。(7)

なお、一八六一年共犯及び教唆犯法（Accessories and Abettors Act 1861）八条及び一九八〇年治安判事裁判所法（Magistrates' Courts Act 1980）四四条により、共犯は、起訴や事実審理の方法など手続法的な側面において正犯と同様に扱われるばかりでなく、共犯に対して適用される法定刑は、正犯のそれと同じとされている。(8) このような点を捉えて、イギリスにおいては統一的正犯概念が採用されていると指摘する向きもある。(9) しかし、現行法において正

犯と共犯を区別する実益は、決して小さなものではない。たとえば、一般に厳格責任犯罪においては、原則としてメンズ・レアを欠いていても犯罪は成立するとされているが、実はそのような原則が妥当するのは正犯についてのみであって、共犯についてはその成立のためにメンズ・レアが必要であるとされているのである。(10) また、本稿が主題としている身分犯の領域においても、後述するように正犯と共犯とでは異なる取扱いがなされている。(11) このように、起訴・事実審理の方式及び法定刑の点において正犯と共犯は同じ取扱いを受けるとはいえ、犯罪の成否の判断にあたっては、正犯と共犯の区別が重要な意義を有する場面も多いのである。(12)

(2) それでは、現行法において正犯と共犯はどのように区別されているのであろうか。まず、正犯概念の内容について見ていくことにする。正犯を定義するにあたっては論者により多少の表現の違いは見られるが、自ら犯罪の実行行為を行う（perpetrate）点に正犯性の本質を求めることに異論はないといってよい。(13) ここで、実行行為とは、犯罪の客観的成立要件すなわちアクトゥス・レウスに該当する行為をいう。(14) たとえば、謀殺罪でいえばピストルを発射するなどして他人を殺害する行為、強姦罪でいえば同意のない女性を姦淫する行為、窃盗罪でいえば他人の財産を自己の占有のもとに置く行為などが実行行為に当たり、これらの行為を自ら行った者が正犯となるのである。(15)

もちろん、正犯となるのは一人だけには限られない。二人以上の者が実行行為を分担した場合には、当然その各人が正犯となるのであり、このような場合を共同正犯（joint principals, joint perpetrators）という。(16) X及びYが共同してAを殴打し殺害する場合(17)が、その典型例である。しかし、そのように共同行為者各人が同じ行為を共同して行う場合ばかりでなく、共同行為者の各人がそれぞれ実行行為の異なる部分を分担し合って犯罪を実現する場合にも、共同

正犯は成立する。[18] たとえば、Mが暴行を行っている間にNが他人の財産を奪取する場合には、M及びNは強盗罪の共同正犯となり、[19] また、Pがハンドル、Qが足のペダルとギアを操作して運転を行った場合にも、P及びQは危険運転罪の共同正犯となる。[20]

さらに、自らの手で実行行為を行わず、「無実の代理人（innocent agent）」と呼ばれる他人を道具のように利用することによって犯罪を実現した者も、正犯と見なされる。これは、わが国の間接正犯に相当するものである。具体的には、事情を知らずメンズ・レアを欠く者、刑事未成年者、精神障害者、犯罪を行うよう脅迫され畏怖している者、酩酊状態にある者などが「無実の代理人」に当たり、これらの者を利用して犯罪を実現した場合に、間接正犯の成立が認められる。[21] Aを殺そうと思い、事情を知らない第三者に対して毒物の入った食べ物をAに届けるよう依頼する場合や、刑事責任年齢に達していない子供に他人の財物を窃取させる場合などがこれに当たる。[22]

一方、共犯とは、自らは犯罪の実行行為を行わず他人の実行行為に加功する者をいう。[23] 一八六一年共犯及び教唆犯法八条及び一九八〇年治安判事裁判所法四四条は、共犯の具体的な行為態様として、幇助（aid）、教唆（abet）、助言（counsel）、誘致（procure）を挙げており、これらのうちの少なくとも一つに該当する行為を行うことが共犯の成立要件となる。一般に、幇助及び教唆は、コモン・ロー上の第二級正犯に該当する行為を指すのに対し、助言及び誘致は、コモン・ロー上の事前共犯に該当する行為を意味すると説明されている。[24]

「幇助」とは、正犯者の実行行為を手助けし（help）、援助し（assist）、支援する（support）行為を指し、「教唆」とは、正犯者を唆し（incite）、扇動し（instigate）、激励する（encourage）行為をいう。一方、「助言」は、教唆とほ

ぼ同義であり、忠告（advise）、激励（encourage）、勧誘（solicit）といった行為が「助言」に当たる。また、「誘致」とは、広く正犯者に犯罪行為を行わせるような原因を設定する行為を意味する。(25) これらの四つの行為態様の内容は、わが国の刑法六一条、六二条にいう「教唆」及び「幇助」にほぼ相当するものと見てよいであろう。

(3)　現行法における正犯概念及び共犯概念の内容は、以上のようなものである。ところで、一九八九年に法律委員会は、統一的な刑法典の編纂を目指し、総則と各則を併せて二二〇条から成る包括的な刑法典草案を発表した。(26) この一九八九年刑法典草案は、基本的に従来の制定法と判例法の立場を条文化するという目的のもとに作られたものであり、(27) その中の正犯及び共犯に関する規定も、右に見たような現行法における正犯及び共犯の取扱いと内容をほぼ同じくするものといってよい。(28) 一九八九年刑法典草案二六条(1)項、二七条(1)項は、正犯及び共犯の内容を次のように定義している。

二六条　正犯者（principals）

(1)　当該犯罪の成立要件とされる主観的要素を充足し、かつ次に掲げる場合に該当する者は、その犯罪の正犯者として有罪となる。

(a)　当該犯罪に規定された一つもしくはそれ以上の行為を行う者、または、

(b)　当該犯罪に規定された行為の少なくとも一つを行い、かつ他人を誘致（procure）、援助（assist）、もしくは激励（encourage）し、当該犯罪に規定されたその他の行為を行わせる者、または、

(c)　次に掲げる理由によりその者自身は当該犯罪について有罪とならない者を誘致、援助、もしくは激励し、

当該犯罪に規定された一つもしくはそれ以上の行為を行わせる者

(i) 一〇歳に満たないこと、もしくは、

(ii) 当該犯罪の成立要件とされる主観的要素を欠いて行為すること、もしくは、

(iii) 抗弁が認められること

二七条　共犯者 (accessories)

(1) 次に掲げる要件を充たす者は、犯罪の共犯者として有罪となる。

(a) 正犯者による犯罪の遂行を構成する、または惹起する行為を意図的に誘致、援助、または激励し、かつ、

(b) 当該犯罪の要件とされる状況を認識しているか、または（正犯者であれば無謀で足りるときには）そのような状況に関して無謀であり、かつ、

(c) 当該犯罪の成立要件とされている主観的要素をもって（主観的要素が要件である場合）正犯者が行為することを意図しているか、またはそのような主観的要素をもって正犯者が現に行為していること、あるいは現に行為しているかもしれないこと、もしくは行為するかもしれないことを認識している者

二六条(1)項は正犯の定義規定であり、このうち(a)は単独の直接正犯を、(b)は実行共同正犯を、(c)は間接正犯をそれぞれ規定したものである。つまり、同項は、現行法上の正犯概念を明文化したものといえる。[29] また、二七条(1)項は、共犯を定義づける規定であり、共犯の行為態様として、誘致、援助、及び激励を挙げているが、その内容は、現行法上の共犯概念を何ら変更するものではないとされている。[30] このように、一九八九年刑法典草案においても、実行行為

を自ら行った者が正犯であり、自ら実行行為を行わず他人の実行行為に加功する者が共犯であるという立場が採られているのである。

(4)　以上検討してきたように、イギリスにおいては、犯罪のアクトゥス・レウスに該当する行為すなわち実行行為を自ら行ったか否かが正犯と共犯の区別基準とされており(31)、この点からすると、イギリスにおける正犯概念及び共犯概念は、わが国のそれと大きく異なるものではないといってよい。ただ、ここで注意しなければならないのは、イギリスにおいては実行行為の概念がわが国に比べて厳格に捉えられているということである。わが国では、共謀共同正犯の理論に代表されるように、犯罪の実現に関して重要な役割を演じたかどうかといった実質的な観点が、正犯と共犯の区別にあたって考慮される傾向が強いといえる。これに対しイギリスにおいては、単なる謀議をも実行行為と捉えると実行行為の概念が曖昧になってしまうとの理由により、謀議に参加したにすぎず実行行為を分担しなかった者は、正犯ではなく共犯として扱われている(32)。また、たとえ実行行為の一部を分担したとしても、アクトゥス・レウスの本質的な部分を自らの手で行うのでなければ実行行為を行ったとは評価されない。たとえば、他人が姦淫している間に被害者の足を押さえつける場合は、確かに、強姦罪の実行行為の一部を分担しているといえるけれども、自らは姦淫行為をしていない以上、強姦罪のアクトゥス・レウスの本質的部分を自らの手で行っておらず正犯ではないとされるのである(33)。

このようにイギリスにおいては、当該行為が犯罪のアクトゥス・レウスを充足するかどうかという基準を厳格に適用することにより、正犯と共犯の区別を形式的に判断する傾向にあるといえる。そして、このような傾向は、「身分

と正犯性の関係」をめぐる議論にも影響を及ぼしているのである。

（1） Cf. J. C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* (7th ed., 1992), at p. 123 ; K. J. M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (1991), at pp. 7-8, 20-24. なお、コモン・ロー上の共犯の体系について言及する邦語文献として、草野豹一郎「英米法に於ける共犯に就いて」早稲田法学二五巻一冊（昭和二四年）一頁以下、西村克彦「イギリスにおける共犯論」『齊藤金作博士還暦祝賀　現代の共犯理論』（昭和三九年）四四三頁以下、吉田常次郎「英米法における正犯と共犯」比較法五号（昭和四二年）六頁以下、S・W・スチュアート（大谷實＝熊谷烝佑訳）『現代イギリス刑法――その基本原理と改革の動向――』（昭和四九年）一〇八頁以下などがある。

（2） J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 123.

（3） *Du Cros v. Lambourne* [1907] 1 K. B. 40, D. C. ; *Gould & Co. Ltd. v. Houghton* [1921] 1 K. B. 509, D. C. Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, vol. 2 (1994), para. 18.2 ; The Law Commission, *Assisting and Encouraging Crime* (1993), Law Commission Consultation Paper No. 131, para. 2.7.

（4） S・W・スチュアート（大谷＝熊谷訳）・前掲注（1）一〇八頁。

（5） J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 123 ; R. J. Buxton, 'Complicity in the Criminal Code' (1969) 85 L. Q. R. 252, at p. 252. Cf. Archbold, *op. cit.* n. 3, paras. 18.1-18.2.

（6） The Law Commission, *op. cit.* n. 3, para. 2.7 ; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 123.

（7） R. J. Buxton, *op. cit.* n. 5, at p. 265.

（8） 一八六一年共犯及び教唆犯法八条は、「正式起訴犯罪の実行を幇助し、教唆し、助言し、または誘致する者は、その犯罪がコモン・ロー上の犯罪であると、立法された、または今後立法される制定法上の犯罪であるとを問わず、事実審理に付され、正式起訴され、正犯者と同様に処罰されるものとする」と規定する。また、一九八〇年治安判事裁判所法四四条は、「(1) 他人の略式起訴犯罪の実行を幇助し、教唆し、助言し、または誘致する者は、当該犯罪として有罪であり、（正犯者として訴追されるか否かを問わず）その他人を審理する管轄権を有する裁判所か、またはその者自身の犯罪につき審理する

管轄権を有する裁判所のいずれかにおいて、事実審理を受けるものとする。(2)　正式起訴及び略式起訴の両方が可能な犯罪に関する幇助・教唆・助言・誘致に該当する犯罪は、本条に関しては、正式起訴及び略式起訴のいずれもが可能な犯罪となるものとする」と規定している。

(9)　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巻一号（平成六年）七〇頁。

(10)　*Johnson v. Youden and Others* [1950] 1 K. B. 544, [1950] 1 All E. R. 300, D. C.; *Thomas v. Lindop* [1950] 1 All E. R. 966, D. C.

(11)　本稿二の二参照。

(12)　M. J. Allen, *Textbook on Criminal Law* (3rd ed., 1995), at p. 178; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 124; J. C. Smith, 'Aid, Abet, Counsel, or Procure', in P. R. Glazebrook, ed., *Reshaping the Criminal Law: Essays in honour of Glanville Williams* (1978), 120, at p. 121.

(13)　正犯の定義としては、「メンズ・レアをもって実行行為を行う者」(R. Card, *Card, Cross & Jones, Criminal Law* (13th ed., 1995), para. 24.1)、「自らの行為により直接的にアクトゥス・レウスを実現する者」(P. Seago, *Criminal Law* (4th ed., 1994), at p. 125)、「犯罪の法律上の定義に該当する行為を行う者」(A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (2nd ed., 1995), at p. 410)、「アクトゥス・レウスのもっとも直接的な原因となる行為を行う者」(J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 124; M. J. Allen, *op. cit.* n. 12, at p. 177) などがある。なお、G. Williams, 'Complicity, Purpose and the Draft Code-1' [1990] Crim. L. R. 4, at pp. 5-6 は、「正犯」を表す用語としては "principal" より "perpetrator" の方が適切であるとする。Cf. K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at pp. 27-30.

(14)　M. J. Allen, *op. cit.* n. 12, at p. 177.

(15)　R. Card, *op. cit.* n. 13, para. 24.1; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 124.

(16)　R. Card, *op. cit.* n. 13, para. 24.1; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 125.

(17)　*Macklin, Murphy and Others'* Case (1838) 2 Lew. C. C. 225, 168 E. R. 1136.

(18) The Law Commission, *op. cit.* n. 3, para. 2.6.

(19) R. Card, *op. cit.* n. 13, para. 24.1.

(20) *Tyler v. Whatmore* [1976] Crim. L. R. 315 D. C. R. Card, *op. cit.* n. 13, para. 24.1. また、三人の者がそれぞれ異なる部分を担当して銀行券を偽造した事例として、*R. v. Bingley, Dutton and Batkin* (1821) Russ. & Ry. 446, 168 E. R. 890.

(21) M. J. Allen, *op. cit.* n. 12, at p. 177 ; R. Card, *op. cit.* n. 13, para. 24.2 ; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at pp. 124-125. Cf. J. K. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at pp. 95-110.

(22) 間接正犯の成否が問題となった事例としては、*R. v. Giles* (1827) 1 Mood 166, 168 E. R. 1227 ; *R. v. Catherine Michael* (1840) 9 C. & P. 356, 173 E. R. 867 ; *R. v. Clifford* (1845) 2 Car. & K. 202, 175 E. R. 84 ; *R. v. Curr* [1968] 2 Q. B. 944, [1967] 1 All E. R. 478, C. A. ; *R. v. Stringer and Banks* [1991] Crim. L. R. 639, C. A. などがある。

(23) R. Card, *op. cit.* n. 13, para. 24.6.

(24) *Bowker v. Premier Drug Co. Ltd.* [1928] 1 K. B. 217, D. C. ; *Ferguson v. Weaving* [1951] 1 K. B. 814, [1951] 1 All E. R. 412, D. C. これに対し、J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 127 は、"aiding and abetting" が事前共犯を示すのに用いられる場合もあると指摘する。

(25) "aiding, abetting, counselling, or procuring" の意義については、R. Card, *op. cit.* n. 13, para. 24.6 ; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at pp. 126-127 ; K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at pp. 30-34 ; J. C. Smith, *op. cit.* n. 12, at pp. 122-125, 130-131 ; G. Williams, *op. cit.* n. 13, at pp. 6-7 参照。さらに、木村・前掲注(9)七六頁参照。なお、誘致の場合には幇助・教唆・助言の場合と異なり、正犯者と共犯者の間に意思の疎通がなくてもよいとされていることに注意を要する。たとえば、AがXの知らないうちにXの飲み物にアルコールを入れてこれを飲ませ、その結果Xが飲酒運転をした場合にも、Aの行為は飲酒運転の「誘致」に当たり、共犯として処罰される。*Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* [1975] 1 Q. B. 773, [1975] 2 All E. R. 684, C. A.

(26) The Law Commission, *A Criminal Code for England and Wales* (1989), Law Commission No. 177, vol. 1, 2. この草案につい

ては、奥村正雄「イギリスにおける統一刑法典立法化の動き」刑法雑誌三一巻二号（平成二年）二五六頁以下、同「イギリス刑法の動向——刑法典立法化の動きを中心に——」刑法雑誌三三巻三号（平成六年）四五八頁以下、村井敏邦監修「一九八九年イギリス刑法典草案——条文訳出と解説——」法学志林八九巻二号（平成四年）三五頁以下参照。

(27) The Law Commission, *op. cit.* n. 26, vol. 1, paras. 3.28-3.35.

(28) 木村・前掲注(9)八七頁以下参照。

(29) The Law Commission, *op. cit.* n. 26, vol. 2, paras. 9.3, 9.9.

(30) *Ibid.*, para. 9.18.

(31) J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 126 は、犯罪の客観的成立要件を自らの行為によって直接実現したかどうかを基準に、共同正犯と教唆犯を区別すべきだとしている。Cf. A. Ashworth, *op. cit.* n. 13, at pp. 410-413.

(32) The Law Commission, *op. cit.* n. 26, para. 9. 9.

(33) R. Card, *op. cit.* n. 13, para. 24.8 ; P. Seago, *op. cit.* n. 13, at p. 124. Cf. *R. v. Clarkson and Others* [1971] 3 All E. R. 344, Courts-Martial Appeal Court.

二　身分と正犯性

(1)　身分犯とは、行為の主体が一定の身分を有する者に限られる犯罪をいうから、身分を欠く者は、少なくとも単独で身分犯の正犯となることはできない。それでは、身分犯、特に真正身分犯において非身分者はおよそ正犯とはなりえないのであろうか。非身分者が身分者の行為を通じて身分犯を実現した場合に、その非身分者を身分犯の正犯として扱う余地は全くないのであろうか。本節では、こうした点の検討を通じて、「身分と正犯性の関係」の問題に関するイギリスの議論状況について考察することとしたい。

ところで、身分犯において非身分者も正犯となりうるかという問題は、わが国では、非身分者と身分者による共同正犯が可能かという形で論じられることが多い。しかし、イギリスでは、非身分者が身分者を道具のように利用して身分犯を実現した場合にその非身分者を間接正犯と評価しうるかが、主として議論の対象とされている。その理由は、次のような点にある。身分者と非身分者が共同して犯罪を実現した場合は、仮に共同正犯の成立を認めることができなくても、身分者の正犯行為に対する共犯として非身分者を処罰することが可能である。それゆえ、正犯と共犯の法定刑が同じとされているイギリスにおいては、この場合にそれほどの不都合は生じない。[(1)] これに対し、非身分者が身分者を道具のように利用して犯罪を実現する場合には、被利用者である身分者の行為は原則として犯罪を構成しないため、伝統的なコモン・ロー上の原則からすると、それに加功した非身分者の行為についても共犯の成立は認められないことになる。後述するように、[(2)] コモン・ローにおいては、従来、正犯者の行為が犯罪の成立要件をすべて充たさない限り共犯も成立しないと考えられてきたのである。そうすると、仮に非身分者による間接正犯の成立を否定する立場を採った場合、非身分者を正犯としても共犯としても処罰できないという帰結に至るが、そのような帰結は、社会一般の法感情に反する。そこで、非身分者は他人を道具のように利用している以上これを間接正犯として扱い、処罰の間隙を埋めるべきではないかが問題とされるようになったのである。[(3)]

(2) それでは、非身分者が間接正犯の形態により身分犯を実現することは可能であろうか。この問題が特に議論されるのは、強姦罪の事例においてである。強姦罪の主体に関しては、これまで制定法及びコモン・ローにおいて様々な制限が加えられてきた。[(4)] 一九七六年性犯罪(修正)法 (sexual Offences (Amendment) Act 1976) 一条(1)項は、強姦

罪を「男性が同意のない女性を姦淫する罪」と定義し、明文をもって強姦罪の主体を男性に限定している。しかし、すべての男性が強姦罪の主体となりうるわけではない。コモン・ローにおいて一四歳に満たない少年は、性交を行う能力がないと見なされ強姦罪の主体から除かれていたし[5]、また、妻は夫との性交について同意があるものと見なされていたため、夫は妻に対する強姦罪の主体となりえないとされてきたのである[6]。

そうすると、非身分者による強姦罪の間接正犯の成否が問題となる事例としては、たとえば、女性が精神障害者である成人男性に指示して他の女性を姦淫させる場合、一四歳未満の少年が成人男性を強制して女性を姦淫させる場合、夫が他人に対して「私の妻はあなたとの性交に同意している」と偽り、妻を姦淫させる場合などが考えられる。結論から述べると、このような場合における間接正犯の成立は、一般に否定的に解されている。その背景には、イギリスにおける正犯概念がある。前述したように[7]、イギリスにおいては、当該行為が犯罪のアクトゥス・レウスに該当するか否かという基準を厳格に適用することにより正犯と共犯を形式的に区別するという考え方が採られている。そして、行為の主体は、犯罪のアクトゥス・レウスを構成する一つの要素であるところ、女性、一四歳未満の少年及び夫は、強姦罪の主体から除かれているのであるから、これらの者の行為は、強姦罪のアクトゥス・レウスを充足しない。そうすると、女性、一四歳未満の少年及び夫の行為は強姦罪のアクトゥス・レウスに該当しない以上、右のような正犯概念からは、到底その正犯性を認めることはできないのである[8]。

(3)　以上のような原則は、強姦罪以外の身分犯にも当然に妥当する。たとえば重婚罪とは、すでに婚姻している者が配偶者以外の者と婚姻する罪をいうから[9]、重婚罪は、その主体が既婚者に限られる身分犯である。そうすると、右

に述べた原則により、重婚罪の正犯となりうるのは既婚者に限られることになり、未婚者は、「既婚者」という身分を欠く以上間接正犯の形態により重婚罪を実現することはできない。(10) したがって、未婚者が既婚者を「あなたの配偶者はすでに死亡した」と欺罔し、その配偶者以外の者と婚姻させた場合にも、重婚罪の間接正犯の成立は認められないことになる。

また、宣誓した証人が真実でないと思っている事実もしくは虚偽であると思っている事実を証言する場合には、偽証罪が成立するが、(11) 偽証罪も、宣誓した証人のみが実行行為を行うことのできる身分犯である。そうすると、「宣誓した証人」でない者の行為は、身分が欠如している以上偽証罪の実行行為とは評価できないから、「宣誓した証人」でない者による偽証罪の間接正犯の成立は認められないこととなる。たとえば、証人でない者が虚偽の事実を証人に吹き込み、それを真実だと誤信した証人が宣誓の上虚偽の事実を証言した場合、背後者には「宣誓した証人」という身分が欠けるため間接正犯は成立せず、せいぜい偽証罪の共犯の成否が問題となるにすぎない。(12)

危険運転 (dangerous driving)、不注意運転 (careless driving) など自動車の運転を実行行為とする犯罪も、その主体が「自ら自動車の運転を行う者」に限られるから身分犯だとされている。(13) そして、自動車の運転に直接携わっていなかった者は、身分が欠けているため運転犯罪のアクトゥス・レウスを自らの手により実現することはできず、したがって、単なる同乗者などは、いかなる場合にも不注意運転・危険運転などの犯罪の正犯としては扱われないとされる。(14) たとえば、XがAの知らないうちにAの飲み物にアルコールを入れてこれを飲ませ、その結果Aが飲酒運転をした場合、Xは、飲酒運転の間接正犯ではなくAの飲酒運転に対する共犯にすぎないと解されている。(15) また、バスの

車掌が運転手に指示を出し過失による不注意運転を行わせたとしても、車掌自身は直接運転をしていない以上不注意運転の間接正犯となるものではない。(16)

さらに、一定の免許をもつ者がその免許の内容に違反する行為を行う罪も、免許をもつ者のみが実行しうる身分犯である。(17)たとえば、酒類販売の免許をもつ者が免許の内容に違反する販売行為を行った場合には、酒類販売法違反の罪となるが、(18)その行為の主体は、酒類販売の免許をもつ者に限られる。そうすると、酒類販売の免許をもつ者の行為のみが酒類販売法違反の罪の実行行為であるということになり、酒類販売の免許をもたない者は、酒類販売に関する罪を間接正犯の形態により実現することはできない。たとえば、酒類販売の免許をもつ者が職務中の警察官と知りながらこれに酒を販売する行為は、酒類販売法違反の罪となるが、仮に、酒類販売の免許をもたない者が知人である職務中の警察官に酒を飲ませようと思い、酒場の主人に知人の身分を偽り、職務中の警察官に酒を販売させた場合にも、酒類販売法違反の罪の間接正犯は成立しないのである。(19)

(4)　このようにして、身分者を利用した非身分者による間接正犯の成立が否定される根拠は、利用者に身分が欠けている点に求められているといってよいのであるが、それに加えて、右に挙げた各犯罪においてはその行為の性質上他人を介した実行行為は想定できないという点も、間接正犯の成立が否定される根拠とされていることに注意を要する。つまり、窃盗罪や殺人罪などの犯罪類型においては、他人を道具のように利用する場合は、自らの手で実行行為を行ったのと同一視することができ、これを正犯として扱うことは可能であるが、これに対し、たとえば強姦罪の場合には、姦淫という行為の性質上、自ら姦淫を行わなければ強姦罪の実行行為を行ったとはいいがたく、したがって、

強姦罪の間接正犯というものは、そもそも観念できないというのである。[20] 同様に、重婚罪の実行行為を行ったといえるためには、重婚という行為の性質上、自己の配偶者の生存中にその配偶者以外の者と自ら婚姻することが必要なのであって、他人に重婚をさせる行為は、たとえその他人を一方的に利用していたとしても、自らは重ねて婚姻をしていない以上重婚罪の実行行為とはいえないとされる。[21] そして、このことは、右に挙げた偽証罪や運転犯罪にも当てはまるというのである。[22] このような考え方は、強姦罪などの犯罪を身分犯であると同時に、自手犯として捉えるものといえる。[23]

このような考え方によると、右に挙げた各犯罪においては、非身分者による間接正犯の成立が否定されるだけでなく、そもそも身分者による間接正犯もありえないということになる。[24] そうすると、強姦罪などの犯罪において非身分者による間接正犯の成立が認められていない理由は、利用者に身分が欠けている点にあるのではなく、むしろその自手犯性にあるのではないかという疑問も生ずるであろう。

しかし、右に述べたところからも明らかなように、強姦罪などの犯罪において非身分者による間接正犯の成立が否定される最大の根拠が、身分を欠く者の行為は実行行為と評価できないという点にあることは疑いのないところである。そして、このことは、身分者と非身分者による不法目的侵入罪（burglary）の共同実行の事例に対する取扱いを見れば、より明らかとなるであろう。

不法目的侵入罪とは、一定の犯罪を行う目的をもちながら「不法侵入者として（as a trespasser）」他人の住居に侵入する罪をいう。[25] ここで「不法侵入者」とは、住居に立ち入る法的権利のない者または住居に立ち入ることについ

て承諾を受けていない者を指す。(26)つまり、不法目的侵入罪は、その主体が「不法侵入者」に限られる身分犯である。ただし、不法目的侵入罪は強姦罪などの身分犯と異なり、間接正犯の形態により実行しうる犯罪であるとされている。(27)したがって、不法目的侵入罪は、身分犯であるが、自手犯ではないといえる。そうして、他人の住居に不法な目的により侵入した複数の者のうち一部の者に「不法侵入者」という身分が欠ける場合には、その者は、不法目的侵入罪の正犯とはなりえないとされている。たとえば、住居に立ち入ることについての包括的な承諾を居住者から与えられているなどの理由により「不法侵入者」とならないXが「不法侵入者」であるYとともに一定の犯罪を行う目的をもって他人の住居に侵入した場合、Xは、不法目的侵入罪の正犯ではなく共犯となるにすぎない。つまり、この場合にXは、現実に他人の住居に侵入しているにもかかわらず「不法侵入者」という身分が欠けるために、Xの行為は、不法目的侵入罪の実行行為ではないと解されているのである。(28)

以上のことからすると、身分を有していることは身分犯における正犯性の要件であり、非身分者は、単独正犯としてはもちろん、間接正犯や共同正犯の形態によっても身分犯を実行できないという考え方が、イギリスにおいては採られているといえる。

(5)　しかし、そのような状況の中で、身分者を利用した非身分者による間接正犯の成立を肯定する判例が、一九七五年に出された。コーガン事件判決(29)である。事案は、夫Xが妻Aに対して自分の友人Yと性交するよう強要し、その一方でXはYに「妻は性交に同意している」と偽り、YにAと性交させたというものである。判決は、被害者に同意があると誤信するに足る相当な理由がYにはあったとして、Yに対して無罪を言い渡した。そうすると、Yは「無実

の代理人」に当たり、これを利用したXは、通常であれば間接正犯となる。しかし、当時、夫は妻に対する強姦罪の主体とはなりえないとされていたため[30]、果たしてXについて間接正犯が成立するのかが問題となったのである。この点に関してロートン裁判官は、Xを強姦罪の正犯として処罰することは可能であるとの判断を示した[31]。その根拠は必ずしも明らかではないが、XがYを欺罔し道具のように利用することにより結果として強姦罪を実現した点を捉えて、間接正犯の成立を肯定したものといえよう。

また、一九八九年刑法典草案[32]も、非身分者による間接正犯の成立を全面的に認める明文の規定を置いている。一九八四年に法律委員会が発表した草案においては、従来の判例及び通説と同様に、身分者を一方的に利用して身分犯を実現した非身分者を間接正犯ではなく共犯として扱う旨の規定が置かれていた[33]。これに対し、一九八九年刑法典草案は、二六条(1)項(c)において、他人を一方的に利用して犯罪を実現した場合を正犯として扱うとした上で、同条(3)項において次のように規定している。

二六条(3)項　第(1)項(c)は、犯罪の定義が次に掲げるようなものである場合にも適用される。

(a)　犯罪に規定された行為を行為者自身で行わなければならないとされている場合、または、

(b)　第(1)項(c)における第三者に特別の要件が課されており、その要件を行為者は充たさなければならないと規定している場合

ここで、(a)は自手犯の場合、(b)は身分犯の場合を指している[34]。つまり、二六条(3)項は、自手犯及び身分犯の場合について、それぞれ第三者及び非身分者による間接正犯を可能とした規定といえる。草案の解説書はこのような規定を

置いた理由として、第一に、自手犯や身分犯の場合にだけ間接正犯の成立する余地を否定すると、取扱いが複雑になること、第二に、自手犯や身分犯の場合であっても、他人を道具のように利用して犯罪を実現した者を単なる共犯として扱うのは一般の法感情に反することを挙げている。(35) 一九八九年刑法典草案自体は、基本的に現行法の立場を踏襲した草案だとされているが、非身分者による間接正犯の問題に関して、一九八九年刑法典草案は現行法と相反する立場を選んだことになる。

さらに、学説においても、A・アシュワースが、非身分者による間接正犯の成立する余地を肯定している。非身分者が身分者を一方的に利用して身分犯を実現した場合、その非身分者は、結果発生の原因を積極的に設定しているのであるから、道徳的・社会的に見て、これを間接正犯とするのは当然だというのである。(36)

確かに、コーガン事件判決や一九八九年刑法典草案のような立場に対し、学説の多くは依然として批判的である。(37) しかし、右に見たように、身分者を利用した非身分者による間接正犯の成立を正面から肯定する立場も一部において有力に主張されていることから、「身分と正犯性の関係」の問題をめぐるイギリスの議論状況には、なお流動的な部分が残されているように思われる。(38)

（1）本稿二の一参照。
（2）本稿三の一参照。
（3）K. J. M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (1991), at p. 109.　もっとも、非身分者が身分者を介して身分犯を実現しようとした場合に、独立教唆罪の成立は可能である。
（4）Cf. Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, vol. 2 (1994), para. 20.18; P. Rook & R. Ward, *Sexual Offences*, The

Criminal Law Library No. 8 (1990), paras. 2.14-2.15.

(5) *R. v. Eldershaw* (1828) 3 C. & P. 396, 172 E. R. 472; *R. v. William Groombridge* (1836) 7 C. & P. 582, 173 E. R. 256; *R. v. Henry Philips* (1839) 8 C. & P. 736, 173 E. R. 695; *R. v. Jordan and Cowmeadow* (1839) 9 C. & P. 118, 173 E. R. 765; *R. v. Brimilow* (1839) 9 C. & P. 366, 173 E. R. 871; *R. v. Waite* [1892] 2 Q. B. 600. ただし、一四歳未満の少年を強姦罪の主体から除外するというコモン・ロー上の原則は、一九九三年性犯罪法（Sexual Offences Act 1993）により廃止された。

(6) P. Rook & R. Ward, *op. cit.* n. 4, para. 2.14. しかし、最近、夫も妻に対する強姦罪の主体となりうるとする判例が現れるに至っている。*R. v. R.* [1991] 2 All E. R. 257, [1991] Crim L. R. 475, C. A.; *R. v. R.* [1991] 4 All E. R. 481, [1992] Crim. L. R. 207, H. L. 佐藤雅美「夫婦間レイプの成否と比較法(2)――英米における夫婦間の強姦」法律時報六〇巻三号（昭和六三年）一〇四頁以下、今井雅子「夫婦間レイプにおける夫の免責原則の廃棄――イギリスの貴族院判決とロー・コミッション報告書を中心に――」比較法三一号（平成六年）二一頁以下参照。

(7) 本稿二の1参照。

(8) M. J. Allen, *Textbook on Criminal Law* (3rd ed., 1995), at pp. 184-185; D. Bloy, *Criminal Law* (1993), at p. 62; K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 3, at p. 106.

(9) Offences against the Person Act 1861, s. 57.

(10) R. Card, *Card, Cross & Jones, Criminal Law* (13th ed., 1995), para. 24.14; K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 3, at p. 106.

(11) Perjury Act 1911, s. 1 (1).

(12) G. Williams, 'The Theory of Excuses' [1982] Crim. L. R. 732, at p. 737; R. D. Taylor, 'Complicity and Excuses' [1983] Crim. L. R. 656, at pp. 660-662.

(13) J. C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* (7th ed., 1992), at p. 152; The Law Commission, *Assisting and Encouraging Crime* (1993), Law Commission Consultation Paper No. 131, para. 2.42.

(14) J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 13, at p. 152.

(15) *Attorney-General's Reference (No. 1 of 1975)* [1975] 1 Q. B. 773, at p. 780, [1975] 2 All E. R. 684, C. A.　なお、本稿二の一注(25)参照。

(16) *Thornton v. Mitchell* [1940] 1 All E. R. 339, D. C.　また、一九七二年道路交通法（Road Traffic Act 1972）一四三条(1)項（現在では、一九八八年道路交通法一四三条(1)項）は、保険をかけていない自動車の使用を禁止しているが、その主体となるのは、現実に自動車を運転する者に限られるとされている。E. g. *Cooper v. Motor Insurers' Bureau* [1985] Q. B. 575, [1985] 1 All E. R. 449, C. A.

(17) J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 13, at p. 152.

(18) Licencing Act 1872, s. 16 (2).　また、一九二〇年道路法（Roads Act 1920）八条(3)項は、許可された以外の目的に自動車を使用する行為を禁止しているが、その主体となるのは、当該自動車の使用に関する免許を有している者に限られる。E. g. *Morris v. Tolman* [1923] 1 K. B. 166, D. C.; *Griffiths v. Studebakers Ltd.* [1924] 1 K. B. 102, D. C.　Cf. *R. v. Oliphant* [1905] 2 K. B. 67, D. C.

(19) Cf. *Sherras v. De Rutzen* [1895] 1 Q. B. 918, D. C.

(20) M. J. Allen, *op. cit.* n. 8, at pp. 184-185; M. Jefferson, *Criminal Law* (1992), at p. 147; P. Seago, *Criminal Law* (4th ed., 1994), at p. 145; R. Buxton, 'Vicarious Rape' (1975) 125 N. L. J. 1133, at p. 1134; J. C. Smith, 'Aid, Abet, Counsel, or Procure', in P. R. Glazebrook, ed., *Reshaping the Criminal Law: Essays in honour of Glanville Williams* (1978), 120, at p. 135; G. Williams, 'Case and Comment, The Extension of Complicity' [1975] C. L. J. 182, at p. 184.

(21) J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 13, at pp. 125, 152.

(22) M. Jefferson, *op. cit.* n. 20, at p. 146; The Law Commission, *A Criminal Code for England and Wales* (1989), Law Commision No. 177, vol. 2, para. 9.11; G. Williams, *op. cit.* n. 12, at p. 737.　これに対してK・J・M・スミスは、このような通説の考え方に疑問を示し、次のように主張している。通説は、強姦罪や運転犯罪の場合には、その行為の性質上、他人を介した実行行為は観念できないから間接正犯の成立は認められないとしているが、窃盗罪の場合、たとえば子供に命じて他人の財物

を窃取させる場合も、やはり厳密には「自ら財物を窃取した」といえないにもかかわらず、通説は間接正犯の成立を肯定している。つまり、自らの手により実行行為を行ったか否かを基準に間接正犯の成否を判断することには無理があるのであって、むしろ、間接正犯の本質は、結果発生の原因を設定した点に求めるべきである。女性が男性を強制して強姦させる場合に間接正犯の成立が否定されるのは、強姦罪が自手犯だからではなく、制定法上強姦罪の主体が男性に限られているからにすぎない。K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 3, at pp. 107-110.

(23) 西村克彦「イギリスにおける共犯論」『齊藤金作博士還暦祝賀　現代の共犯理論』（昭和三九年）四六一頁以下参照。

(24) Cf. *R. v. Bourne* (1952) 36 Cr. App. Rep. 125, C. C. A.

(25) Theft Act 1968, s. 9.　Cf. R. Card, *op. cit.* n. 10, para. 14.9; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 13, at pp. 616-621.

(26) 川本哲郎「住居侵入罪の保護法益と『侵入』の意義(2)・完」京都学園法学二＝三号（平成五年）三五頁参照。

(27) *R. v. Wheelhouse* [1994] Crim. L. R. 756.　K. J. M. Smith, *op. cit* n. 3, at pp. 107-108.

(28) J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 13, at p. 619, n. 11.

(29) *R. v. Cogan and Leak* [1976] 1 Q. B. 217, [1975] 2 All E. R. 1059, [1975] Crim. L. R. 584, C. A.

(30) 本節注(6)参照。

(31) *R. v. Cogan and Leak* [1976] 1 Q. B. at p. 223.

(32) The Law Commission, *op. cit.* n. 22, vol. 1, 2.

(33) The Law Commission, *Codification of the Criminal Law, A Report to the Law Commission* (1985), Law Commission No. 143, s. 30 (3), para. 10.9.

(34) The Law Commission, *op. cit.* n. 22, vol. 2, para. 9.11.

(35) *Ibid.*, paras. 9.11-9.12.

(36) A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (2nd ed., 1995), at pp. 435-436.

(37) M. J. Allen, *op. cit.* n. 8, at pp. 184-185; D. Bloy, *op. cit.* n. 8, at p. 62; R. Card, *op. cit.* n. 10, para. 24.14; M. Jefferson, *op.*

cit. n. 20, at p. 147 ; P. Seago, *op. cit.* n. 20, at p. 145 ; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 13, at p. 125.

(38)　なお、The Law Commission, *op. cit.* n. 13, paras. 4.202-4.210 は、非身分者が身分者を介して身分犯を実現した場合には、非身分者の関与の態様が積極的かつ主体的なものであったときに限り非身分者を処罰する旨の特別の規定を置くべきだと提案している。

三　身分の連帯的作用と個別的作用の限界

一　共犯従属性の原則

本稿が検討すべき第二の課題は、イギリスにおいて、身分が非身分者に連帯的に作用する場合と個別的に作用する場合との限界がどこに求められているのかという点である。ところで、身分の連帯的作用と個別的作用の問題は、共犯従属性の原則と理論的に密接な関連を有している。そこで、本節では、共犯従属性の問題がイギリスにおいてどのように論じられているのかをまず見ておくことにしたい。

(1)　コモン・ローにおいては、正犯行為が実行されない限り共犯が処罰されることはないという原則が、一貫して共犯の基本原理とされてきた[1]。つまり、イギリスにおいてもわが国と同様、共犯従属性説が採られているといってよい。かつては、正犯が実際に有罪判決を受け処罰された後でなければ共犯も処罰されないという手続法上の原則が支配していた[2]。しかし、そのような過度に共犯従属性を強調する考え方は、次第に否定されるようになり[3]、現在、イギリスにおいて採られている共犯従属性の原則は、正犯行為が少なくとも未遂に達しない限り共犯が処罰されることは

ないという実行従属性を中核とするものである。(4)

それでは、共犯が成立するために正犯行為はいかなる要素を具備している必要があるのであろうか。「身分の連帯的作用と個別的作用の限界」の問題をめぐる議論との関連において特に重要なのは、この要素従属性の問題である。J・C・スミスは、要素従属性に関する諸説の考え方を次の三つの立場に分類している。(5) 第一説は、共犯が成立するためには、有罪となるのに必要な要件を正犯行為がすべて備えていなければならないとする立場、第二説は、正犯行為がメンズ・レア及びアクトゥス・レウスを具備している必要があるが、抗弁の適用により正犯者が有罪とならない場合であってもよいとする立場、第三説は、正犯行為がアクトゥス・レウスを充足していれば足り、正犯行為にメンズ・レアが欠けていてもよいとする立場である。

ところで、こうした要素従属性をめぐる諸説の具体的な内容を見ていく前に確認しておかなければならないのは、アクトゥス・レウス、メンズ・レア及び抗弁の体系的地位という問題である。周知のように、アクトゥス・レウスとは、行為の主体、行為（作為及び不作為）、結果、行為と結果の因果関係、行為の状況など犯罪の客観的成立要件をいい、メンズ・レアとは、意図、無謀、過失といった犯罪の主観的成立要件を意味する。(6) これに対し「抗弁」(defence) とは、広い意味では犯罪の成立を阻却する事由すべてを指すが、(7) 他方、この広義の抗弁を、正当防衛・緊急避難・被害者の同意などの正当化事由 (justification) と、精神障害・酩酊・未成年・錯誤・強迫などの免責事由 (excuse) に分け、免責事由のみを狭義の抗弁と呼ぶ場合も見受けられる。(8) 問題は、抗弁とアクトゥス・レウス及びメンズ・レアとがいかなる関係に立つのかである。まず、アクトゥス・レウスとは違法な行為を意味するとの理解

から、正当化事由の有無をアクトゥス・レウスの問題とすることは、ほぼ共通の認識となっている。(9)これに対し、免責事由すなわち狭義の抗弁の体系的地位をどう捉えるかについては争いがあり、①免責事由の不存在をアクトゥス・レウス及びメンズ・レアの一要件とする立場、(10)②免責事由をアクトゥス・レウス及びメンズ・レアとは別個の犯罪成立阻却事由として理解する立場が対立している。(11)しかし、第一に、免責事由の有無についての判断は、アクトゥス・レウス及びメンズ・レアの存在を前提としていること、第二に、免責事由の不存在という要素をアクトゥス・レウス及びメンズ・レアの中に含めると、個々の犯罪の定義の内容が著しく複雑になることなどから、②の立場が有力になりつつある。(12)そして、右のJ・C・スミスの分類も、②の立場を前提としたものといえる。

(2)　さて、要素従属性の内容をいかに理解するかについて、従来は、J・C・スミスの分類にいう第一説の立場が支配的であった。(13)この立場を採用する代表的な判例として挙げられるのが、ソーントン事件判決(14)である。事案は、バスの運転手が車掌の合図に従ってバスをバックさせていたところ、二人の歩行者がバスの後ろにいたにもかかわらず車掌が運転手に合図を送ったために、二人を死傷させたというものであった。運転手は不注意運転罪、車掌はその幇助及び教唆として訴追されたが、判決は、運転手には過失がなかったとしてこれを無罪とした上で、正犯行為が犯罪とならない以上それに対する共犯も成立しないとして、車掌に対しても無罪を言い渡したのである。また、タイラー事件(15)においては、精神障害者であるXの殺害行為にY及びZが加功したという事案について、Xが謀殺罪の正犯、Y及びZがその共犯として訴追されたが、判決は、直接行為者であるXが精神障害者であるために有罪とならない場合には、共犯成立の基礎となるべき正犯行為が存在しないから、Xの行為に加功したY及びZも共犯として処罰されな

いと判示している。

このように従来は、共犯が成立するためには、正犯行為がアクトゥス・レウス及びメンズ・レアを充足するだけでなく、免責事由が正犯行為に存在しないことも必要であると考えられてきた。しかし、一九五二年のボーン事件判決(16)を契機として、こうした要素従属性の考え方を緩和すべきではないかが論じられることとなる。ボーン事件とは、夫Xが妻Yに犬と性交するよう強制したという事案について、Xが獣姦罪(buggery)に問われたものである。Yは訴追されなかったが、もし訴追されていたとしても、強迫の抗弁が適用されて無罪になっていたであろうと考えられた(17)。前述したところからも明らかなように、獣姦罪は自らの手により実行行為を行うことが必要とされる犯罪類型であるから、Xを獣姦罪の間接正犯として処罰することはできない(18)。一方、J・C・スミスの分類上の第一説に立つと、Yの行為について犯罪が成立しない以上Xも共犯として処罰されないことになる。しかし、そうすると、Xの行為は正犯にも共犯にも当たらないこととなるが、そのような結論は、社会一般の法感情に反する。そこで、正犯行為にメンズ・レアが欠如している場合や、抗弁を適用しうる事情が存在する場合にもそれに対する共犯の成立を認め、処罰の間隙を埋めるべきではないかという問題が提起されることとなったのである。

結局、ボーン事件判決は、獣姦罪の共犯としてXに有罪を言い渡した。その根拠は、確かにYの行為は強迫され畏怖した状態でなされたものであるからメンズ・レアは欠けるが、Yは現実に獣姦行為を行っている以上アクトゥス・レウスは存在するのであり、そのアクトゥス・レウスにXが加功した点を捉えて共犯の成立を認めることは可能であるという点にある(19)。このようなボーン事件判決の立場は、共犯の成立要件として正犯行為にアクトゥス・レウスがあ

れば足りるとするものであり、これは、J・C・スミスの分類によると第三説に当たることになる。

これに対して学説の中には、第二説の立場を前提としつつボーン事件判決と同じ結論を導き出そうとする見解(20)もある。この見解は、まず、強迫の抗弁の存否とメンズ・レアとは別個の問題であり、ボーン事件においてYが自らの行為の意味を認識していた以上Yの行為はアクトゥス・レウス及びメンズ・レアの両者を充足するとの前提に立つ。その上で、共犯が成立するためには正犯行為がアクトゥス・レウスとメンズ・レアに該当する必要があるとする第二説に立脚して、ボーン事件における共犯の成立を肯定すべきだというのである。

右の学説とボーン事件判決との差異は、強迫の抗弁をメンズ・レアとは独立の要素と解するか否かについての理解の違いにもとづくものといえるが、ボーン事件判決の後に起きたコーガン事件(21)のような事案において、第二説は説明に窮することとなる。事案は、夫Xが妻Aに対して自分の友人Yと性交するよう強要し、その一方でXは「Aは性交に同意している」とYを偽り、Aと性交させたというものであった。Yは強姦罪の正犯、Xはその共犯として起訴されたが、裁判所は、Yとの性交についてAが同意していると誤信するに足る相当な理由がYにはあったとして、Yには無罪を言い渡した。このようにYにはメンズ・レアが欠けていたとすると、第二説の立場からXについて共犯の成立を認めることは許されない。また、前述したように、Xは自ら姦淫を行っているわけではないので、Xを正犯とすることもできない。そうすると、このような不都合な結論を回避するためには、共犯成立の条件として正犯行為のアクトゥス・レウスのみを要求する第三説に立脚した上で、Yの行為が強姦罪のアクトゥス・レウスを充足している点を捉え、Xの行為について共犯の成立を認めるほかはないのである。このような理由により、学説においては第三説

の立場が支配的になりつつある。[22] 前述したように、アクトゥス・レウスとは、犯罪の客観的成立要件と正当化事由の不存在とを併せたものとされていることからすると、要素従属性の問題に関する第三説の立場は、わが国における制限従属性説にほぼ相当するものといってよいであろう。[23]

このような状況の中で、要素従属性の問題について第三説に立つことを明言する判例が最近現れた。一九九四年のミルウォード事件判決[24]がそれである。事案は、雇用者Xが被用者Yにトラックでトレーラーを運搬するよう指示したところ、Xがトラックの連結部を十分に手入れしていなかったために、Yがトラックを運転している際にトレーラーがトラックから外れて他の自動車に衝突し、その自動車に乗っていた者を死亡させたというものであった。Xは、Yの無謀による危険運転致死罪に対する共犯として訴追された。裁判所は、Yには無謀は認められないとした上で、Yの行為はメンズ・レアを欠くもののアクトゥス・レウスは充足しているから、共犯成立の基礎となるべき正犯行為は存在し、XをYに対する共犯として処罰することは可能であると判示して、Xに対し無謀による危険運転致死罪の共犯の成立を認めたのである。[25]

(3) 一方、こうした要素従属性の問題をめぐる議論の動きに歩調を合わせるように、イギリスでは、罪名従属性についても、次第に緩やかに解されるようになっている。従来、コモン・ローにおいては、正犯と共犯は一つの同じ犯罪を実現するものであるから、常に共犯は罪名の点において正犯に従属するとされてきた。[26] 特に、正犯より重い犯罪について共犯の成立を認めることは、共犯成立の基礎となるべき正犯行為が存在しないところに共犯を成立させることになり、共犯従属性の原則に反するという理解が一般的であったのである。[27] このような立場を採用した比較的最近

の判例として、一九七四年のリチャーズ事件判決[28]がある。
リチャーズ事件とは、妻Xが自分の夫Aに傷害を負わせるよう二人の男性Y及びZに対して依頼したという事案について、Y及びZが不法傷害罪（unlawful wounding）の正犯として、Xが意図傷害罪（wounding with intent）の共犯として訴追されたものである。不法傷害罪と意図傷害罪[29]は、いずれも他人に傷害を負わせることをアクトゥス・レウスとする点で共通しているが、後者は、メンズ・レアとして重大な傷害を負わせる意図等を要するのに対し、前者は、何らかの傷害を負わせることについての意図または無謀があれば足りる。そして法定刑の上限は、不法傷害罪が五年の拘禁刑、意図傷害罪が無期の拘禁刑となっている。つまり両者は、メンズ・レアの内容の違いにより刑に軽重の差異が設けられている犯罪類型であるといえる[30]。原判決は、共犯者であるXには重大な傷害を負わせる意図があったが、実行行為者であるY及びZにそのような意図はなかったとの理由により、Y及びZを不法傷害罪の正犯、Xを意図傷害罪の共犯として有罪を言い渡した。これに対してXが控訴したところ、控訴審はXの控訴を支持した。その根拠は、共犯が正犯より重い犯罪について有罪となることは許されず、本件において正犯者であるY及びZの行為については軽い不法傷害罪しか成立しない以上、共犯者であるXについても不法傷害罪の限度で罪を問うべきだという点にある[31]。このリチャーズ事件判決は、正犯と共犯の罪名の完全な一致を要求する伝統的な共犯従属性の原則に立脚したものといえる。
しかし、リチャーズ事件判決の判断は、一九八七年のハウ事件判決[32]により覆されることになる。ハウ事件判決は、様々な論点を提供する判例であるが、その論点の一つとして、直接行為者が故殺罪の正犯として有罪となった場合に、

それに関与した者をより重い謀殺罪の共犯として処罰することは許されるかが問題とされた。(33) 謀殺罪と故殺罪は、人を死に至らしめることをアクトゥス・レウスの本質的部分とする点で共通しているが、メンズ・レアの内容を異にしている。つまり、謀殺罪は、予謀的悪意（malice aforethought）すなわち他人を不法に殺害する意図もしくは他人に重大な身体的傷害を負わせる意図がメンズ・レアとして必要であるのに対し、故殺罪は、予謀的悪意をもたずに人を死に至らしめる犯罪である。(34) ハウ事件においては、直接行為者Xと教唆者Yが謀殺罪により起訴されたが、Xは、自分には行為当時に予謀的悪意はなく故殺罪が成立するにすぎないと主張した。そこで、第一審の裁判官は、リチャーズ事件判決に従い、Xについて故殺罪しか成立しないときには共犯者であるYも故殺罪の限度で処罰されるにすぎないと陪審に説示した。これに対し控訴審は、リチャーズ事件判決の判断は誤りであるとし、(35) さらに、貴族院も、予謀的悪意は「行為者に固有の事情」に関する要素であり、そのような「行為者に固有の事情」のために正犯者が故殺罪の限度でのみ有罪となる場合には、その関与者を謀殺罪の共犯として処罰することは可能であるとの判断を示した。(36) このようにして、ハウ事件判決は、正犯より重い犯罪について共犯が成立可能であることを認め、リチャーズ事件判決の判断を否定したのである。

学説も概ね、ハウ事件判決の立場を支持している。その根拠は、二つの犯罪の間における刑の軽重を決める要素が予謀的悪意のように「行為者に固有の事情」に関する要素である以上、それが行為者ごとに個別的に作用するのは当然であるという点にある。(37) それに加えて、ハウ事件判決の判断が一般に支持されるに至った背景として、要素従属性の内容が近時緩やかに解されるようになった点を指摘することができる。既述のように、要素従属性の内容に関して

は、正犯行為がアクトゥス・レウスさえ充足していれば共犯は成立しうると解されている。そうだとすると、たとえば正犯者は予謀的悪意をもたずに他人を殺害したが共犯者には予謀的悪意があった場合、正犯者は現実に他人を殺害している以上、正犯行為は故殺罪と謀殺罪に共通のアクトゥス・レウスを充足しており、したがって謀殺罪の共犯が成立するための基礎となるべき正犯行為は存在するといえるのである。(38)

逆に、正犯より軽い犯罪について共犯が成立する場合もありうる。すなわち、「行為者に固有の事情」に関する要素により刑に軽重の差異が設けられている犯罪類型において、刑を軽くする要素が共犯者にのみ存在するときには、共犯は正犯より軽い犯罪について有罪となるのである。(39)たとえば、正犯者は予謀的悪意をもって他人を殺害したが、共犯者には予謀的悪意がなかった場合には、正犯者には謀殺罪が成立するのに対し、共犯者は故殺罪の限度で処罰されることになる。

このようにして、「行為者に固有の事情」に関する要素が刑の軽重に影響を及ぼしている場合には、正犯と共犯の罪名は必ずしも一致しなくてもよいとされるようになった。問題は、「行為者に固有の事情」とは具体的にいかなる要素を指すのかであるが、一般に「行為者に固有の事情」に関する要素とは、メンズ・レア及び免責事由に関する要素を意味し、アクトゥス・レウスはこれに含まれないとされている。(40)それゆえ、正犯と共犯について異なる犯罪の成立が認められるのは、意図傷害罪と不法傷害罪、謀殺罪と故殺罪のように、共通のアクトゥス・レウスをもちながらメンズ・レア及び抗弁の内容を異にする犯罪の間に限られることになる。(41)そして、このような解決方法は、正犯行為がアクトゥス・レウスさえ充足していれば共犯の成立を肯定してよいとする要素従属性の考え方と符合するものとい

えるのである。
　以上見てきたように、従来非常に厳格に捉えられてきた共犯従属性の原則は、次第に緩和される傾向にあるといえる。こうした点を踏まえた上で、次節では、「身分の連帯的作用と個別的作用の限界」の問題について検討していくことにしたい。

(1) 共犯の罪責は正犯の罪責に由来するものであり、その意味で、共犯は「派生的性格（derivative nature）」を有するといわれる。K. J. M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (1991), at pp. 94-95; J. C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* (7th ed., 1992), at p. 123.

(2) *Vaux's Case* (1591) 4 Co. Rep. 44a, 76 E. R. 992. Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, vol. 2 (1883), at pp. 235-236. Cf. K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at pp. 20-24, 110-114; M. Jefferson, *Criminal Law* (1992), at p. 135. さらに、吉田常次郎「英米法における正犯と共犯」比較法五号（昭和四二年）一二八―一二九頁参照。

(3) たとえば、正犯者が捜査機関から逃走している場合であっても、共犯者を有罪とすることは可能である。また、共犯者について採用された証拠が正犯者については証拠能力が認められなかった場合に、正犯者は無罪となり、共犯者は有罪となるということもありうる。*R. v. Humphreys and Turner* [1965] 3 All E. R. 689. R. Card, *Card, Cross & Jones, Criminal Law* (13th ed., 1995), para. 24.15; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at pp. 147-148.

(4) *Vaux's Case* (1591) 4 Co. Rep. 44a, 76 E. R. 992; *Surujpaul v. R.* [1958] 3 All E. R. 300, P. C. R. Card, *op. cit.* n. 3, para. 24.4; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at pp. 146-147. もっとも、一九九三年に法律委員会は、共犯行為を未完成犯罪とし、共犯の実行従属性を放棄する立法提案を行った。The Law Commission, *Assisting and Encouraging Crime* (1993), Law Commission Consultation Paper No. 131. この点については、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巻二号（平成六年）九五頁以下参照。

(5) J. C. Smith, 'Aid, Abet, Counsel, or Procure', in P. R. Glazebrook, ed., *Reshaping the Criminal Law : Essays in honour of Glanville Williams* (1978), 120, at p. 134. 吉田・前掲注(2)二七—二八頁参照。

(6) R. Card, *op. cit.* n. 3, para. 6.1 ; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 28.

(7) J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at pp. 187-188.

(8) R. Card, *op. cit.* n. 3, para. 6.19. 英米刑法における正当化事由と免責事由の区別については、G. P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (1978), at pp. 759 ff. ; J. C. Smith, *Justification and Excuse in the Criminal Law* (1989), at pp. 1 ff. ; P. H. Robinson, 'Criminal Law Defenses : A Systematic Analysis' (1982) 82 Col. L. R. 199 ; G. Williams, 'The Theory of Excuses' [1982] Crim. L. R. 732 などが参考になる。さらに、木村光江『主観的犯罪要素の研究　英米法と日本法』(平成四年) 一七三—一七四頁参照。

(9) R. Card, *op. cit.* n. 3, para. 6.19. *R. v. Wheeler* [1967] 3 All E. R. 829, C. A. ; *R. v. Abraham* [1973] 3 All E. R. 694, C. A. ; *Beckford v. R.* [1988] 1 A. C. 130, [1987] 3 All E. R. 425, P. C. ; *R. v. Kimber* [1983] 3 All. E. R. 316, C. A. ; *R. v. May* [1912] 3 K. B. 572, C. C. A. ; *Attorney General's Reference (No. 6 of 1980)* [1981] 2 All E. R. 1057, C. A. ; *R. v. Brown and Others* [1994] 1 A. C. 212, [1993] 2 All E. R. 75, H. L. 奥村正雄「イギリス刑法の動向——刑法典立法化の動きを中心に——」刑法雑誌三三巻三号 (平成六年) 四六一頁。

(10) G. Williams, *Criminal Law : The General Part* (2nd ed., 1961), at p. 20.

(11) D. Lanham, 'Larsonneur Revisited' [1976] Crim. L. R. 276, at p. 276.

(12) J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 33.

(13) J. C. Smith, *op. cit.* n. 5, at p. 134.

(14) *Thornton v. Mitchell* [1940] 1 All E. R. 339, D. C. 「他人が行っていない犯罪を援助することはできない」とする。Cf. P. Seago, *Criminal Law* (4th ed., 1994), at p. 144.

(15) *R. v. Tyler and Price* (1838) 8 C. & P. 616, 173 E. R. 643.

(16) *R. v. Bourne* (1952) 36 Cr. App. Rep. 125, C. C. A.

(17) R. Card, *op. cit.* n. 3, para. 24.14.

(18) 本稿二の二参照。

(19) *R. v. Bourne* (1952) 36 Cr. App. Rep. 125, at pp. 128-129, per Lord Goddard. 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（平成五年）七頁以下参照。Cf. *Walters v. Lunt and Another* [1951] 2 All E. R. 645, D. C. ; *McGregor v. Benyon* [1957] Crim. L. R. 608, D. C.

(20) R. Cross, 'Duress and Aiding and Abetting' (1953) 69 L. Q. R. 354, at p. 357 ; I. H. Dennis, 'Duress, Murder and Criminal Responsibility' (1980) 96 L. Q. R. 208, at p. 222 ; *D. P. P. for Northern Ireland v. Lynch* [1975] A. C. 653, at pp. 710-711, [1975] 1 All E. R. 913, at p. 952, H. L., per Lord Edmund-Davies. Cf. J. Edwards, 'Duress and Aiding and Abetting' (1953) 69 L. Q. R. 226.

(21) *R. v. Cogan and Leak* [1976] 1 Q. B. 217, [1975] 2 All E. R. 1059, [1975] Crim. L. R. 584, C. A. 武田・前掲注(19)一〇頁以下参照。

(22) M. J. Allen, *Textbook on Criminal Law* (3rd ed., 1995), at p. 185 ; A. Ashworth, *Principles of Criminal Law* (2nd ed., 1995), at pp. 433-434 ; D. Bloy, *Criminal Law* (1993), at p. 62 ; R. Card, *op. cit.* n. 3, para. 24.14 ; M. Jefferson, *op. cit.* n. 2, at p. 146 ; G. Scanlan & C. Ryan, *An Introduction to Criminal Law* (1985), at pp. 111-112 ; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 153 ; R. D. Tylor, 'Complicity and Excuses' [1983] Crim. L. R. 656, at p. 656. Cf. The Law Commission, *op. cit.* n. 4, para. 2.44 ; R. J. Buxton, 'Complicity in the Criminal Code' (1969) 85 L. Q. R. 252, at p. 272. また、コーガン事件判決も、本件事案において共犯の成立は可能であるとの判断を示している。このように要素従属性の原則が緩和されてきた結果、前述したソーントン事件判決も、J・C・スミスの分類上の第三説と必ずしも矛盾するものではないとの指摘もなされている。すなわち、ボーン事件における妻の行為はアクトゥス・レウスを充たしていたので、そのアクトゥス・レウスに対する共犯の成立を認めることは可能であるが、これに対し、ソーントン事件におけるアクトゥス・レウスは「不注意な運転をすること」である

ところ、運転手は不注意な運転をしていないのであるから、その行為はアクトゥス・レウスを充足せず、その結果、共犯の成立も否定されたというのである。*R. v. Millward* [1994] Crim. L. R. 527, C. A.　A. Ashworth, *op. cit.* n. 22, at p. 434 ; M. Jefferson, *op. cit.* n. 2, at p. 146 ; K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at p. 123 ; R. D. Taylor, *op. cit.* n. 22, at p. 658. 他方、学説においては、第一説を支持する見解も依然として有力に主張されている。G. Williams, 'Case and Comment, The Extension of Complicity' [1975] C. L. J. 182, at pp. 184-185 ; G. Williams, *op. cit.* n. 8, at pp. 736-738. 正犯者に抗弁が適用される場合、あるいは正犯者にメンズ・レアが欠ける場合には、正犯行為が犯罪として成立しないのであるから、このような場合にまで共犯の成立を認めることは「正犯なき共犯」を承認することになり妥当でないというのである。もっとも、この見解も、ボーン事件やコーガン事件のような事案において夫を無罪とするという結論が望ましいものでないということは認めており、このような事例において共犯の成立を認める旨を定める制定法を作ることが必要であると説いている。

(23) K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at pp. 121-122 は、共犯成立の基礎となるべき正犯行為は違法であることが必要であるが、主観的成立要件を欠いていてもよく、また、免責事由を有していてもよいとする。Cf. G. P. Fletcher, *op. cit.* n. 8, at pp. 641-644.　木村・前掲注(4)八一一―八一二頁参照。

(24) *R. v. Millward* [1994] Crim. L. R. 527, C. A.

(25) *Ibid.*, at p. 528.　もっとも、ボーン事件判決以後において、第一説に立ったと思われる判例も存在する。*R. v. Kemp and Else* [1964] 2 Q. B. 341, [1964] 1 All E. R. 649, C. C. A.　一九四九年婚姻法七五条(1)項(d)により、聖職者でない者が聖職者であるかのように偽りイングランド教会の儀式に則って認識をもって意識的に結婚式を執り行うことは禁止されているにもかかわらず、Aが聖職者でないBに「教会の許可を得たので結婚式を執り行ってほしい」と偽り、Bは、それを信じて結婚式を執り行ったという事案について、ケンプ事件判決は、直接行為者であるBがメンズ・レアの欠如により有罪とならない以上それに加功したAも共犯として有罪とならないのは当然のことであると説示したのである。Cf. R. D. Taylor, *op. cit.* n. 22, at p. 664, n. 48 ; G. Williams, *op. cit.* n. 22, at pp. 184-185.

(26) Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, vol. 2 (1994), para. 18.1 ; The Law Commission, *op. cit.* n. 4, para. 2.38.

Cf. K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at pp. 117-118.

(27) Cf. J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 145.

(28) *R. v. Richards* [1974] 1 Q. B. 776, [1973] 3 All E. R. 1088, C. A.

(29) 一八六一年人身に対する犯罪法（Offences against the Person Act 1861）一八条は意図傷害罪、同二〇条は不法傷害罪に関する規定である。

(30) R. Card, *op. cit.* n. 3, paras. 10.14-10.20; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at pp. 424-428.

(31) *R. v. Richards* [1974] 1 Q. B. at p. 780.

(32) *R. v. Howe and Others* [1987] 1 A. C. 417, [1987] 1 All E. R. 771, [1987] Crim. L. R. 480, H. L. Cf. S. H. Kadish, 'Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine' (1985) 73 Cal. L. R. 324.

(33) そのほかに、ハウ事件においては、強制の抗弁が謀殺罪の正犯者及び共犯者に適用されるかが重要な論点となった。

(34) R. Card, *op. cit.* n. 3, paras. 11.1, 11.21, 11.50; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at pp. 346, 350.

(35) *R. v. Howe and Others* [1986] Q. B. 626, [1986] 1 All E. R. 833, [1986] Crim. L. R. 331, C. A. Cf. K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at p. 131.

(36) *R. v. Howe and Others* [1987] 1 A. C. at p. 458.

(37) A. Ashworth, *op. cit.* n. 22, at p. 432; P. Seago, *Criminal Law* (4th ed., 1994), at pp. 145-146; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 151.

(38) The Law Commission, *op. cit.* n. 4, para. 2.38; K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at pp. 127-133.

(39) M. J. Allen, *op. cit.* n. 22, at p. 185; R. Card, *op. cit.* n. 3, paras. 24.25-24.26. *R. v. Murtagh and Kennedy* [1955] Crim. R. L. 315, C. C. A.

(40) The Law Commission, *op. cit.* n. 4, para. 2.38.

(41) M. J. Allen, *op. cit.* n. 22, at p. 185; R. Card, *op. cit.* n. 3, para. 24.26.

二　身分の連帯的作用と個別的作用

本節で検討の対象とするのは、身分が非身分者に対して連帯的に作用する場合と個別的に作用する場合とをイギリスの判例及び学説がどのように区別しているのかという点である。前述したところからも明らかなように、イギリスでは、身分犯において非身分者はおよそ正犯とはなりえないと解されている。したがって、ここで問題となるのは、身分者の正犯行為に非身分者が共犯として加功した場合に、正犯者の身分が共犯者である非身分者に対して連帯的に作用するのかどうかということである。

(1)　非身分者は、およそ身分犯の正犯とはなりえないけれども身分者の正犯行為に対する共犯としては処罰されうるというのが、コモン・ロー上の原則である。(1) たとえば、先述のごとく、女性、一四歳未満の少年及び夫は強姦罪の正犯とはなりえないとされてきたが、これらの者も、強姦罪の共犯としての責任は問われうる。(2) したがって、女性が他人の強姦を幇助・教唆した場合には、その女性は強姦罪の共犯となり、正犯と同じ法定刑により処罰されることになる。また、重婚罪の正犯となりうるのは既婚者に限られるが、未婚者が他人の重婚に関与した場合には、重婚罪の共犯として有罪となる。(3) つまり、身分のない者も、身分者の行為に加功した以上は身分犯の共犯としての責任を負うのであり、換言すると、身分は基本的に非身分者である共犯者にも連帯的に作用するというのが、コモン・ロー上の原則であるといってよい。

一方、身分の非身分者に対する連帯的作用が制定法上規定されている場合も存在する。偽証罪は、その主体が「宣誓した証人」に限られる身分犯であるが、一九一一年偽証法（Perjury Act 1911）七条(1)項は、証人に対して偽証を

行うよう幇助、教唆、助言、誘致、買収した者は、正犯と同様に処罰されると規定している。すなわち、「宣誓した証人」という身分を有しない者であっても、宣誓した証人の偽証に関与した場合には偽証罪の共犯としての責任を問われるのである。したがって、この規定は、偽証罪において「宣誓した証人」という身分が非身分者に対しても連帯的に作用することを規定したものといえる。もっとも、仮にこのような規定がなくても、右に述べたコモン・ロー上の原則によって同じ結論を得ることは可能であり、その意味においてこの規定は、コモン・ロー上の原則に制定法上の根拠を与えたものにすぎないとされている。(4)

逆に、非身分者の行為に身分者が加功した場合には、直接行為者に身分が欠ける以上正犯行為は犯罪を構成しないから、それに加功した身分者についても共犯は成立しない。たとえば、一九二〇年道路法八条(3)項は、許可された以外の目的に自動車を使用する行為を禁止しているが、その主体は、当該自動車の使用に関し免許をもつ者に限られている。免許をもつXが許可された以外の目的に自己の自動車を使用するよう他人Yに命じた事例について、トルマン事件判決(5)は、Yの行為は身分を欠く以上実行行為ではなく、したがってYに加功した身分者Xの行為についても共犯は成立しないと判示した。

(2) このように、正犯者の身分は、原則として共犯者に連帯的に作用すると解されている。しかし、身分が非身分者には及ばず個別的に作用する場合も、例外的に存在する。

第一に、身分を有することにより訴追を免れる場合に、その身分は個別的に作用する。この原則を示したのが、オースティン事件判決(6)である。本件は、別居している母親の監督下にいる娘を父親が略奪し、その略奪を第三者が手

助けしたという事案について、父親が児童略奪罪（child stealing）の正犯、第三者はその共犯に問われたものであったが、一八六一年人身に対する犯罪法五六条但書は、児童の親など「保護者」に当たる者は児童略奪罪の実行行為を行ったとしても訴追を免れると規定していた。(7)裁判所は、この規定により本件における父親は児童の「保護者」に当たるから処罰されることはないが、父親の児童略奪行為に関与した他人は、児童の「保護者」ではない以上児童略奪罪の共犯として有罪となるとの判断を示した。(8)オースティン事件判決の判断において、「保護者」という身分は父親のみに作用しており、身分の個別的作用が肯定されているといえる。

第二に、謀殺罪及び故殺罪における「限定責任能力」及び「挑発」という身分は、非身分者には及ばず個別的に作用するとされている。予謀的悪意をもって他人を殺害する行為は、原則として謀殺罪を構成するが、例外的に、行為者が限定責任能力（diminished responsibility）であったとき、あるいは行為者が興奮状態に陥り異常な精神状態で行為したために挑発（provocation）の抗弁が適用されるときには、たとえ予謀的悪意をもって他人を殺害したとしても故殺罪の限度でのみ処罰されることになる。(9)これは、「限定責任能力」または「挑発」という身分により特に刑の軽重が設けられている場合であるといえる。そして、一九五七年殺人法（Homicide Act 1957）二条(4)項は、複数の関与者のうち一部の関与者が限定責任能力のゆえに謀殺罪から故殺罪に減軽される場合にも、そのことが他の関与者の謀殺罪の成否に影響を及ぼすものではないと規定している。この規定によると、たとえば正犯者と共犯者が予謀的悪意をもって他人を殺害したところ、正犯者は行為時に限定責任能力であったのに対し、共犯者は完全な責任能力を有していたという場合には、正犯者について故殺罪が成立するにすぎないとしても、共犯者を謀殺罪として処罰する

ことは可能である。また逆に、正犯者は完全な責任能力を有していたが、共犯者は限定責任能力であった場合においては、正犯者には謀殺罪、共犯者には故殺罪の成立が認められることになる。[10] つまり、右の規定は、「限定責任能力」という身分の個別的作用を規定したものといってよいのである。

一方、挑発の場合に関してその個別的作用を定めた制定法上の規定は存在せず、また、この点について言及した判例も見当たらないが、学説上は、挑発の場合にも限定責任能力の場合と同じ原則が適用されるものと一般に解されている。[11] たとえば、XとYがXの家に着いたところ、Xの妻が男性Aとベッドに入っているのを発見したので、Yは、Xが興奮状態になっているのを見てXに兇器を渡し「これでAを殴り殺せ」といった場合には、正犯者であるXには挑発の抗弁が適用され故殺罪として処罰されるが、共犯者であるYは、興奮状態にはなかったのであるから謀殺罪として処罰されることになる。[12] したがって、謀殺罪及び故殺罪における「挑発」という身分も、行為者ごとに個別的に作用するものと解されているのである。

(3) そうすると問題となるのは、以上のような身分の個別的作用が共犯従属性の原則とりわけ要素従属性及び罪名従属性の原則と調和するのかということである。前述したように、共犯は当該犯罪の正犯行為が行われてはじめて成立するという原則がコモン・ロー上妥当してきたが、この共犯従属性の原則によると、「正犯なき共犯」は認められないこととなる。しかし、オースティン事件判決においては、児童略奪罪における「保護者」という身分が行為者により個別的に作用すると解された結果、直接行為者は児童略奪罪の正犯として処罰されないにもかかわらず、これに関与した者は共犯として処罰されることとなった。そこで、このような帰結は、「正犯なき共犯」を承認することに

なり共犯従属性の原則に反するのではないかという疑問が生ずるのである。

しかし、オースティン事件判決の判断は、共犯従属性の原則に矛盾しないと解されている。そもそも児童略奪罪において「保護者」という身分は、犯罪の成否自体に影響を及ぼすものではなく、訴追を免れさせるものにすぎない。それゆえ、オースティン事件における父親の行為は児童略奪罪の実行行為にほかならず、共犯者は、児童略奪罪の実行行為に加功した以上当然に共犯として処罰されることになる。そして、このような解決は、正犯のアクトゥス・レウスの存在を条件として共犯の成立を認める共犯従属性の原則に何ら反するものではないというのである。(13)

それでは、謀殺罪における「限定責任能力」及び「挑発」という身分が行為者ごとに個別的に作用することは、共犯従属性の原則に反しないのであろうか。共犯従属性の原則を徹底すれば、共犯の罪名は正犯の罪名と同じでなければならないはずである。そうだとすると、複数の関与者のうち一部の者について謀殺罪、他の者について故殺罪の成立を認めるという結論は、共犯従属性の原則と矛盾するともいえる。特に、正犯より重い犯罪について共犯の成立を認めることは、共犯成立の基礎となるべき正犯行為が存在しないところに共犯を成立させることになるのではないかとの疑問も生じうるであろう。

しかし、「限定責任能力」及び「挑発」という身分の個別的作用も、共犯従属性の原則に反しないとされている。たとえば、正犯者と共犯者が予謀的悪意をもって他人を殺害したところ、正犯者は限定責任能力の状態で行為していたが、共犯者は完全な責任能力を有していた場合について考えてみると、確かに、正犯者は、「限定責任能力」の抗弁が適用されるために故殺罪の限度において処罰されるにすぎない。しかし、正犯者は他人の生命を現実に侵害して

いるのであるから、故殺罪と謀殺罪に共通するアクトゥス・レウスを正犯行為が充足していることに疑いはない。一方、先述のごとく、(14) 要素従属性の内容としては、正犯行為が当該犯罪のアクトゥス・レウスさえ充たしていれば共犯は成立しうると解されている。こうした要素従属性の考え方からすると、右の事例において、共犯者は謀殺罪のアクトゥス・レウスを充足する正犯行為に加功している以上、これを謀殺罪の共犯として処罰することは可能となるのである。(15)

また、前述したように、(16) 罪名従属性の内容に関しては、共通のアクトゥス・レウスをもちながらメンズ・レアまたは狭義の抗弁を異にする二つの犯罪の間であれば、正犯と共犯の罪名は異なっていてもよいとされている。そして謀殺罪と故殺罪は、いずれも「他人の生命の侵害」をアクトゥス・レウスの本質的部分とする点で共通しており、「限定責任能力」及び「挑発」という責任減軽事由によって両者の刑の間に軽重の差異が設けられているのである。そうだとすると、他人の生命侵害に関与した複数の者のうち一部の者について謀殺罪、他の者について故殺罪の成立を認めるという結論は、右のような罪名従属性の考え方とも調和するものといえる。(17)

(4) 以上見てきたように、原則として正犯者の身分は共犯者にも連帯的に作用するが、例外的に、身分が非身分者には及ばず個別的に作用する場合も存在する。それでは、身分が連帯的に作用する場合と個別的に作用する場合との限界は、どのような点に求められているのであろうか。この点について直接言及する記述は見当たらないが、右に述べてきたところから次のように推論することは許されるであろう。

すでに明らかになったように、「身分の連帯的作用と個別的作用の限界」の問題は、共犯従属性の原則、特に要素

従属性及び罪名従属性の問題と理論的に密接な関連を有している。まず、要素従属性の内容に関しては、正犯行為が当該犯罪のアクトゥス・レウスさえ充足すれば共犯の成立は認められると一般に解されている。また、罪名従属性の内容に関しては、アクトゥス・レウスを共通にしながらメンズ・レア及び狭義の抗弁を異にしている犯罪の間であれば、正犯と共犯の罪名は異なってもよいとされる。メンズ・レア及び狭義の抗弁すなわち免責事由・責任減軽事由は、「行為者に固有の事情」に関する要素であるがゆえに個別的に作用するのである。このような共犯従属性の原則が基礎としているのは、共犯は正犯行為のアクトゥス・レウスに従属するが、正犯行為のメンズ・レア及び免責事由・責任減軽事由からは独立しているという考え方であるといえる。(18)

このような原則は、身分犯における身分の要素にも当然に妥当する。まず、アクトゥス・レウスに関する身分は、非身分者にも連帯的に作用する。この場合には、身分のない者も、身分者の行為を通じて身分犯のアクトゥス・レウスを実現した以上、身分犯の共犯としての責任を負うとされるのである。たとえば、強姦罪における「男性」や重婚罪における「既婚者」という身分は、アクトゥス・レウスに属する要素であるから、男性による強姦に加功した女性、既婚者の重婚に関与した未婚者は、それぞれ強姦罪の共犯、重婚罪の共犯として処罰されることになる。これに対して、メンズ・レア及び免責事由・責任減軽事由に関する身分は、非身分者には及ばず個別的に作用する。このような身分は、「行為者に固有の事情」に関する要素であるため、行為者ごとに個別的に作用するとされるのである。(19) 謀殺罪における「限定責任能力」及び「挑発」という身分が個別的に作用するのは、それが責任減軽事由に関する身分であることによる。(20) さらに、処罰阻却事由に関する身分も、非身分者には及ばず個別的に作用する。前記のオースティ

ン事件における児童略奪罪の「保護者」という身分は、わが国でいう処罰阻却事由に関する身分に当たるものといえる。処罰阻却事由に関する身分は、本来一身専属的な要素であるから、これが個別的に作用するのは当然といえよう。(21)

（1） M. J. Allen, *Textbook on Criminal Law* (3rd ed., 1995), at p. 184 ; Archbold, *Criminal Pleading, Evidence and Practice*, vol. 2 (1994), para. 18.13 ; R. Card, *Card, Cross & Jones, Criminal Law* (13th ed., 1995), para. 24.14 ; M. Jefferson, *Criminal Law* (1992), at p. 144 ; J. C. Smith & B. Hogan, *Criminal Law* (7th ed., 1992), at p. 152. Cf. K. J. M. Smith, *A Modern Treatise on the Law of Criminal Complicity* (1991), at p. 95.

（2） *R. v. Lord Baltimore* (1768) 1 Black W. 648, 96 E. R. 376 ; *R. v. Eldershaw* (1828) 3 C. & P. 396, 172 E. R. 472. Cf. Archbold, *op. cit.* n. 1, para. 20.18 ; P. Rook & R. Ward, *Sexual Offences*, The Criminal Law Library No. 8 (1990), paras. 2.14-2.15.

（3） J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 152. また、不真正不作為犯において、作為義務のある者の不行為に作為義務のない第三者が関与した場合にも、第三者は、不真正不作為犯の共犯としての責任を問われるとされる。つまり、この場合には、作為義務者という身分は、非身分者にも連帯的に作用していることになる。G. Williams, *Criminal Law : The General Part* (2nd ed., 1961), at p. 387.

（4） R. Card, *op. cit.* n. 1, para. 16.10.

（5） *Morris v. Tolman* [1923] 1 K. B. 166, D. C. また、一八歳未満の少年が成人に頼んで酒屋にアルコールを買いに行かせた行為について無罪を言い渡した判例として、*Woby v. B. and O.* [1986] Crim. L. R. 183, D. C. 一方、G. Williams, *Textbook of Criminal Law* (1978), at p. 315 は、非身分者の行為に加功した身分者を処罰するためには、その旨を規定する特別の立法により対処するほかはないとする。

（6） *R. v. Austin and Others* [1981] 1 All E. R. 374, C. A.

（7） この規定は、現在では廃止されている。

（8）*R. v. Austin and Others* [1981] 1 All E. R. at p. 378.

（9）Homicide Act 1957, s. 3.　なお、J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 32 は、何らかの要素により刑の軽重のある二つの犯罪は全く別の犯罪であることを強調する。

（10）R. Card, *op. cit.* n. 1, para. 24.26.

（11）*Ibid.*; P. Seago, *Criminal Law* (4th ed., 1994), at pp. 145-146; J. C. Smith & B. Hogan, *op. cit.* n. 1, at p. 151.　また、M. J. Allen, *op. cit.* n. 1,at p. 186 は、ハウ事件判決の趣旨からもこのような結論が支持されるとする。

（12）P. Seago, *op. cit.* n. 11, at pp. 145-146.　このような原則は、嬰児殺（infanticide）にも妥当する。嬰児殺とは、母親がその精神的不安定さのために一歳未満の自らの子供を殺害した場合をいい、一九三八年嬰児殺法（Infanticide Act 1938）により、この場合は、謀殺罪の要件を充たしていても故殺罪の限度でのみ責任を問われることになる。つまり、これは、「精神の不安定な母親」という身分により特に刑の軽重のある場合といえる。そこで、母親の嬰児殺に第三者が関与した場合に、その身分が第三者にも連帯的に作用するか否かが問題となるのである。この点に関する明文の規定は存在しないが、夫婦が嬰児を殺害した事案について、コンロイ事件判決のグリン・ジョーンズ裁判官は、妻が精神の安定を欠いていた場合には、妻については嬰児殺、夫については謀殺罪が成立すると陪審に対して説示した。*R. v. Conroy and Conroy* [1954] Crim. L. R. 141.　Cf. K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at pp. 131-132.

（13）M. J. Allen, *op. cit.* n. 1, at p. 183; R. Card, *op. cit.* n. 1, para. 24.13.

（14）本稿三の1参照。

（15）K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at pp.127-133.

（16）本稿三の1参照。

（17）R. Card, *op. cit.* n. 1, paras. 24.25-24.26.

（18）The Law Commission, *Assisting and Encouraging Crime* (1993), Law Commission Consultation Paper No. 131, para. 2.38; K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at pp. 121-122.

(19) The Law Commission, *op. cit.* n. 18, para. 2.38; K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at p. 132.

(20) なお、K・J・M・スミスは、挑発が正当化事由か免責事由かは必ずしも明確ではないとして、仮に挑発が正当化事由だとすれば、その身分は連帯的に作用するが、逆に免責事由だとすれば、個別的に作用するとしている。K. J. M. Smith, *op. cit.* n. 1, at p. 132.

(21) 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巻二号（平成六年）八一頁、九一頁注(6)。

四　まとめ

本稿は、イギリスにおいて、「共犯と身分」の問題がどのように取り扱われているのかについて検討したものである。最後に、以上の考察から明らかになった点を振り返りながら、わが国の問題状況との比較を通じてイギリスにおける議論の特徴を整理することにしたい。

(1)　「共犯と身分」の問題をめぐるイギリスの議論を検討するにあたって、本稿は、次の二つの点に着目することにした。第一は、「身分と正犯性の関係」の問題であり、第二は、「身分の連帯的作用と個別的作用の限界」の問題である。

第一の問題は、身分を有していることは身分犯における正犯性の要件であるのか、つまり、身分犯において非身分者はおよそ正犯となりえないのかという問題である。イギリスにおいてこの問題は、非身分者が身分者を道具のように利用して身分犯を実現した場合にその非身分者を間接正犯と評価しうるかという点を通じて議論されており、結論

としては、非身分者は間接正犯の形態により身分犯を実現することはできないとされている。すなわち、身分犯において正犯となりうるのは身分者に限られ、非身分者はおよそ正犯とはなりえないというのが、イギリスの判例・通説の立場であるといってよい。

このような取扱いがなされている基礎には、イギリスの正犯概念がある。イギリスにおいては、当該行為が犯罪のアクトゥス・レウスに該当するか否かという基準を厳格に適用することにより正犯と共犯を形式的に区別するという考え方が採られている。そして、行為の主体は、犯罪のアクトゥス・レウスを構成する一つの要素であるところ、非身分者の行為は、行為の主体という要件を欠くから身分犯のアクトゥス・レウスを充足しえない。そうすると、非身分者の行為は、身分犯のアクトゥス・レウスを充足しない以上、右のような正犯概念からは、到底その正犯性を認めることはできないのである。

わが国においては定型説が、身分犯特に真正身分犯において非身分者が正犯となる可能性を否定する立場を採っている(1)。非身分者の行為は、身分を欠く以上身分犯の構成要件には該当せず、したがって、非身分者による実行行為を観念することはできないというのである(2)。このような定型説の立場は、実行行為を構成要件の枠に当てはまる行為として形式的に捉える考え方にもとづくものであり、その意味において定型説は、イギリスの判例及び通説と共通の基盤に立脚するものといえよう。

しかし、このような立場によると、非身分者が法益侵害に関して重大な役割を果たした場合であっても、身分を欠くというだけで、非身分者は正犯ではなく単なる共犯として処罰されることになるが、こうした結論は一般の法感情

に反するのではないかという疑問が、わが国においては提起されている。(3) イギリスにおいてはこれまで、通説に反対する立場がほとんど主張されてこなかったため、こうした点について議論されることはなかった。しかし、最近イギリスにおいても、他人を道具のように利用して犯罪を実現した非身分者を単なる共犯として扱うのは不合理であるとの観点から、非身分者による身分犯の間接正犯を正面から肯定する立場が有力に主張されている。現在のところ、このような動きに対してイギリスの学説の多くは批判的であるものの、「身分と正犯性の関係」の問題をめぐる今後の議論の動向が注目される。

(2) 本稿が考察の対象とした第二の点は、非身分者に対して身分が連帯的に作用する場合と個別的に作用する場合との違いがどこに求められているのかということである。この問題は、共犯従属性の原則、とりわけ要素従属性及び罪名従属性の問題と理論的に密接な関連を有している。現在、イギリスでは、共犯が成立するためには正犯行為がアクトゥス・レウスを充たしていれば足りると解されている。罪名従属性に関しては、共通のアクトゥス・レウスをもちながらメンズ・レアを異にする二つの犯罪の間であれば、正犯と共犯の罪名は異なっていてもよいとされている。こうした共犯従属性原則の内容は、共犯は正犯のアクトゥス・レウスに従属するが、正犯のメンズ・レア及び免責事由からは独立しているという考え方を基礎とするものといえる。そしてこのような原則は、身分犯における身分の要素にも当然に妥当する。すなわち、アクトゥス・レウスに関する身分は、非身分者にも連帯的に作用するが、メンズ・レア及び免責事由に関する身分は、非身分者には及ばず個別的に作用するのである。また、処罰阻却事由に関する身分も、一身専属的要素であるから個別的に作用することになる。

イギリスにおいて、アクトゥス・レウスは、わが国の客観的構成要件要素と違法性阻却事由の不存在とを併せたものに相当し、メンズ・レア及び免責事由は、それぞれ主観的構成要件要素及び責任阻却事由を指すことからすると、右のような「身分の連帯的作用と個別的作用の限界」に関するイギリスの取扱いは、わが国の西田教授の見解とほぼ同じものといえよう。西田教授は、「違法は連帯的に、責任は個別的に」という制限従属性説の原則を「共犯と身分」の問題にも徹底され、刑法六五条一項は違法身分の連帯的作用を、二項は責任身分の個別的作用をそれぞれ規定したものであると主張される。(4)この見解は、身分の実質的な性質に着目することにより「共犯と身分」の問題を解決しようとするものであり、それ自体は、正しい問題提起を含んでいるといえる。(5)それにもかかわらず、この見解は、現在のところ少数説にとどまっている。その理由は、①刑法六五条の文言の解釈として、一項の身分を違法身分、二項の身分を責任身分とすることには無理があること、(6)②身分を違法身分と責任身分に明確に区別するのは、実際上非常に困難であること、(7)③この説が前提としている「違法は連帯的に、責任は個別的に」という原則の妥当性自体に疑問があることに存するといってよい。(8)

そこで、これらの批判をイギリスの議論に照らし合わせて考えてみると、まず①の点は、わが国の刑法の条文解釈に固有の問題であるから、この批判はイギリスの議論とは無関係である。またイギリスにおいて、アクトゥス・レウスとメンズ・レア及び免責事由との区別は、ほぼ定着しており、②の批判も、イギリスの判例・通説には当たらない。そこで、イギリスの議論との関連で特に重要となるのは、③の批判である。先述のごとく、共犯は正犯のアクトゥス・レウスに従属するけれども正犯のメンズ・レア及び免責事由からは独立しているという理解が、「身分の連帯的

作用と個別的作用の限界」に関するイギリスの取扱いの基礎となっている。しかし、前述したように、そのような共犯従属性の考え方は、処罰の間隙を埋めるという政策的な考慮を主たる根拠としたものであり、[9]なぜ共犯従属性の内容をそのように理解すべきなのかについての理論的な説明は、ほとんどなされていない。

これまで繰り返し述べてきたように、「身分の連帯的作用と個別的作用の限界」の問題は、共犯従属性の原則がいかなる内容を有しているかということと理論的に密接な関係を有している。そして、近時わが国においては、これまでの「違法性は連帯的に、責任は個別的に」という原則そのものに対して疑問が寄せられ、いわゆる「違法の連帯性」の問題が盛んに議論されるようになっている。[10]このような動きは、そもそも共犯は正犯のいかなる要素に従属するのかという点について見解の一致が得られていないことを示している。このように見てくると、共犯従属性原則の意義[11]を改めて問い直すことが、「共犯と身分」の問題解決にとって極めて重要な課題になるといえよう。

(1) 団藤重光『刑法綱要総論第三版』(平成三年)四二〇頁。
(2) 福田平『全訂刑法総論〔第三版〕』(平成八年)二八五頁、大塚仁『刑法概説(総論)〔改訂増補版〕』(平成四年)二八六—二八七頁。
(3) 西原春夫『刑法総論』(昭和五二年)三五八頁、前田雅英『刑法総論講義〔第2版〕』(平成六年)五一一頁。
(4) 西田典之『共犯と身分』(昭和五七年)一七一頁以下。
(5) 大谷實『刑法講義総論第四版』(平成六年)四六八頁。
(6) 大谷・前掲注(5)四六八頁、前田雅英「共犯と身分」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開　総論Ⅱ』(平成二年)二五四頁。
(7) 大谷・前掲注(5)四六八頁、大塚・前掲注(2)二八四頁、前田・前掲注(6)二五四頁。

(8) 松宮孝明「西田典之「『共犯と身分』再論」」法律時報六七巻七号（平成七年）一〇四頁。

(9) 本稿三の一参照。

(10) 「違法の連帯性」の問題について論ずる最近の文献として、大越義久『共犯の処罰根拠』（昭和五六年）二三六頁以下、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（昭和六三年）二二四頁以下、林幹人「適法行為を利用する違法行為」同『刑法の現代的課題』（平成三年）一〇二頁以下、町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」『内藤謙先生古稀祝賀　刑事法学の現代的状況』（平成六年）一一三頁以下、前田雅英「正当防衛と共同正犯」『内藤謙先生古稀祝賀　刑事法学の現代的状況』（平成六年）一四七頁以下、同「共犯論の新展開(上)」受験新報四六巻一号（平成八年）一一頁以下、同「共犯論の新展開(下)」受験新報四六巻二号（平成八年）一〇頁以下、斉藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」『刑事法学の新動向　上巻　下村康正先生古稀祝賀』（平成七年）三〇頁以下など参照。

(11) 「共犯従属性」という用語の多義性を指摘するものとして、松宮・前掲注(8)一〇四頁。