

"Knowing facilitation" and complicity

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/12487

アメリカ刑法における「中立的行為による幫助」

永井善之

目次

- 一 はじめに
- 二 アメリカ共犯論の概観
 - 1 類型
 - (1) コモン・ロー
 - (2) 制定法
 - 2 処罰根拠
 - 3 成立要件
 - (1) 客観的要件 (actus reus)
 - (2) 主観的要件 (mens rea)
- 三 「中立的行為による幫助」への対応
 - 1 解釈論
 - 2 立法論
 - (1) 主観的要件の緩和
 - (2) 犯罪促進 (criminal facilitation) 罪
- 四 若干の分析
 - 1 主観的要件
 - 2 客観的要件

一 はじめに

金物屋が、その客はそれを住居侵入の道具として用いる意図であることを未必的に認識しつつ、この者にねじ回しを販売したところ、その後この客が実際にそれを用いて住居侵入を行った場合、あるいは、タクシー運転手が、乗客らの指示する目的地はこれらの者が強盗の実行を意図している場所であることを未必的に認識しつつ、その場所まで運行したところ、降車後これらの客が現にその場所で強盗を行った場合など、それが他人の犯罪を助長ないし促進することとなる可能性を認識しつつ、この他人との間で、自らが日常的に従事している通常の取引的行為に応じた場合、すなわちいわゆる「中立的行為による幫助」と称される事案類型では、幫助犯（刑法六二条一項）の成立要件を極めて形式的に解するならば、客観的要件たる因果関係の具体的内容につき、幫助行為と、正犯によって惹起された結果との間の（条件関係の存在を前提とした）それを必要と解するか、または、正犯による（結果との間の条件関係の存在を前提とせず、単にその）行為もしくは結果を促進しうる程度のもので足りると解するか、との問題（「幫助の因果性」の問題）にかかわらず、その存在は肯定されえ、また、主観的要件たる故意についても、未必的であれその認識がある以上欠けるところがないとして、この者に幫助犯の成立が認められうることとなる。このような、価値中立的ないし日常的な取引的行為・活動と幫助犯の成否の問題は、ドイツにおいて比較的最近に至り意識的に論じられるようになったとされ、わが国においても議論が蓄積されつつあるが、そこでは、それが日常的で通常の取引活動の範囲内にとどまる限り幫助の成立は否定されるべきであるとの共通認識のもと、これを従来の共犯論の枠内で根拠づける見解や、あるいは、近時有力となつてくる客観的帰属論に基づく解決を図る見解などが提示されている。⁽³⁾⁽⁴⁾

ところで、日常的な取引行為として提供した商品やサービスがその受け手によって犯罪行為に利用されうるこ

と、この意味で日常的取引行為が犯罪を支援ないし促進するものとなりうることは社会的事象として普遍的であり、具体的場合においてこれらの提供者がその可能性を認識するに至っていることも必ずしも稀ではないところ、この者が行った取引的行為について犯罪性の如何が問題とされていることはアメリカ合衆国においても同様である。同国でもこの問題は、他人の犯罪への関与行為の可罰性に係る一論点として従来から論じられてきたが、特に近時は、一定の要件のもとで私人にもその所持が合法化されている銃器が人の殺傷等の重大な犯罪に用いられる事件が後を絶たないという同国に特有の社会的事情などその背景となつて、日常的な取引行為についての共犯(complicity)の成否に関する議論が活発となりつつある。

もとより、アメリカでのこれら銃器犯罪に係る事案では、取引行為によつて提供された物のいわば「性質上の兇器」としての特殊性が無視されえず、この場合についての共犯の成否に係る議論が「中立的行為による幫助」の問題一般に普遍性をもつとは必ずしもいえない。さらに、そもそも今日の同国では、連邦および各州ごとの法域の相違はあるが一般に、犯罪に複数の者の関与が認められる場合の各人の罪責に係る法体系およびこれに基づく議論が、実定法上の正犯と共犯との明確な区別（共犯体系）とこれを前提とした共犯理論というドイツやわが国におけるものとは異なつて、拡張的ないし統一的正犯概念に類する関与犯体系とこれを前提とした理論となつて⁽⁵⁾いる。その犯罪論体系自体にも日独におけるほどの高度の論理性は存しないようであることからしても、アメリカでの「中立的行為による幫助」に係る議論は、具体的事案の個別的解決の蓄積を通じた理論構築を本質とするコモン・ロー制度を歴史的背景とした法域ならではあるが、重大犯罪などの具体的事案によつて提起されている現実問題への対応を通じて、立法論も含めた議論が展開されている近時の同国での理論状況は、法の対象とする社会的実情と刑法法規自体およびこれらに基づく刑法理論に係る相違を踏まえたうえでならば、わが国における「中立的行為による幫助」の問題を巡る議論にもなお参考となりうるように思われる。

(1) 松宮孝明『刑法総論講義』(第三版)(成文堂・二〇〇四年)二六九頁におけるを参考とした設例。

(2) 共犯成立要件としての因果関係と故意の具体的内容を厳格に解されることによる島田総一郎「広義の共犯の一般的成立要件—いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして—」立教法学五七号(二〇〇一年)四四頁以下、同「正犯・共犯論の基礎理論」(東京大学出版会・二〇〇二年)三五九頁以下や、危険創出を幫助行為性の厳格な要件とされる照沼亮介「体系的共犯論と刑事不法論」(弘文堂・二〇〇五年)一九二頁以下など。なお、浅田和茂『刑法総論』(補訂版)(成文堂・二〇〇七年)一三九頁は、構成要件の可罰的違法行為類型性を理由に、日常的取引行為は従犯の構成要件に該当しないとされる。

(3) 松生光正「中立的行為による幫助(一)(二・完)姫路法学二七・二八合併号(一九九九年)二〇三頁以下、三一・三二合併号(二〇〇一年)二二七頁以下、安達光治「客観的帰属論の意義について」国学院法学四〇巻四号(二〇〇三年)一一七頁以下、松宮・前掲注(1)二六九頁以下、豊田兼彦「中立的行為による幫助と共犯の処罰根拠」齊藤豊治他編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』(成文堂・二〇〇六年)五五一頁以下など。なお齊藤誠二「共犯の処罰根拠についての管見」西原春夫他編『刑事法学の新動向・下村康正先生古稀祝賀』(成文堂・一九九五年)三八頁以下。

(4) この問題はわが国では、二〇〇四年四月に、ファイル共有ソフトの頒布が著作権侵害を伴うファイル交換を可能にし促進したとしてその作成者が著作権法違反の容疑で検挙されたことで、近時再度注目されるようになっていいる。この事案につき京都地判平成一八年二月一日判タ二二九号一〇五頁は、「価値中立的な技術を……実際に外部へ提供する場合、外部への提供行為自体が幫助行為として違法性を有するかどうかは、その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識、さらに提供する際の主観的態様如何によると解すべきである」(一一二頁)とし、ファイル交換ソフトの著作権法違反態様での使用が音楽映像ファイルにつき八・九割に達していたこと、行為者もこれを認識していたこと、著作権侵害の蔓延自体の積極的企図は存在しなくても著作権侵害態様での新たなビジネスモデルの発生を期待していたこと、を認めて、幫助犯の成立を肯定している。

(5) 英米法における共犯理論に関する主な邦語文献としては、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(一九四九年)一頁以下、中義勝「英米共犯論」関西大学法学論集五巻四号(一九五六年)二四頁以下、西村克彦「イギリスにおける共犯論」植松正他編『齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論』(有斐閣・一九六四年)四四一頁以下、長島敦「アメリカにおける共犯論—模範刑法典を中心に—」植松他編・前掲四六九頁以下、吉田常次郎「英米法における正犯と共犯」比較法五号(一九六七年)一頁以下、武田紀夫「英国判例より観たる共犯者の類型」東北学院大学法学政治学研究紀要一号(一九九三年)三頁以下、木村光江「イギリスにおける共犯の從属性に関する一考察」都立大学法学雑誌三五巻二号(一九九四年)六七頁以下、十河太郎「イギリスにおける『共犯と身分』に関する一考察」同志社法学四七巻六号(一九九六年)二二八頁以下、同「イギリスにおける共犯関係からの離脱」同志社法学五八巻七号(二〇〇七年)九五頁以下、設楽裕

文「イギリスを中心として観た共同正犯と共犯（一）（二）（三・完）——組織犯罪対策の観点から——」日本法学六八卷二号（二〇〇二年）一三九頁以下、同卷三号（同年）四九頁以下、六九卷一号（二〇〇三年）九三頁以下、坂本学史「アメリカ共犯理論の諸相——派生的責任をその視座として——」神戸学院法学三四卷三号（二〇〇五年）三三頁以下、同「アメリカ合衆国における共犯責任の本質（一）——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——」神戸学院法学三五卷二号（二〇〇五年）一〇三頁以下、同「第二次的犯罪関与者のメンズ・レア」神戸学院法学三六卷一号（二〇〇六年）一〇五頁以下などがある。また、アメリカ共犯論に係る文献紹介として、門田成人「アメリカ刑法理論に関する文献紹介（一）——共犯論（二）——」島大法学四三卷二号（一九九九年）一一九頁以下の連載がある。

二 アメリカ共犯論の概観

アメリカにおける「中立的行為と幫助」を巡る議論の分析の前提として、まず、犯罪に複数の者が関与した場合の各行為者の罪責に係る同国の法体系ないしその理論を概観しておく。

1 類型

（一）コモン・ロー

現代アメリカにおいては、連邦および各州のいずれにおいても包括的な成文刑法典が整備されているが、英米法圏に属する同国は、具体的事案の解決において裁判所により示された判例を先例として、これに法的權威を認めるコモン・ロー（common law）体系を法制史的背景にもつ。刑罰法規もまたコモン・ローとして存在していた当時⁽⁷⁾には、犯罪に複数の者が関与する場合に各人の罪責を規律する共犯法の領域においても、これらの関与者に係るコモン・ロー上の類型化が確立されていた⁽⁸⁾。

それによれば、重罪（felony）⁽⁷⁾については古くは、本罪に該当する行為を現実に行う者のみが正犯（principal）

とされ、それ以外の行為をなすことによって罪責を負う他の関与者はすべて共犯 (accessory) とされていた。後者はさらに、その関与行為がなされる時と場所に応じて三者に類型化され、それぞれ、事前共犯 (accessory before the fact)、時宜共犯 (accessory at the fact)、事後共犯 (accessory after the fact) と称されていた。これらのうち、正犯による犯罪の実行中にこれに関与する者をいう時宜共犯については、早くも一六世紀頃には正犯へと範疇化がなされ、その結果、これと、重罪に該当する行為を現に実行する者をいう従来からの正犯との区別の必要性から、後者は第一級正犯 (principal in the first degree)、前者が第二級正犯 (principal in the second degree) と称されることとなった。⁽⁸⁾

このように、コモン・ローにおいては、犯罪への関与者につき、それぞれ二つに細分化される正犯および共犯という四つの類型が存在した。以下に、これらを個別に概観しておく。なお、厳密には重罪の一種である反逆罪 (treason) については、それに関与する行為をなした者はすべて正犯として扱われたため、本罪は正犯・共犯の区別やその相互関係が問題となる重罪には含まれない。また、軽罪 (misdemeanor) についても、不可罰とされていたその事後共犯に該当する関与行為以外をなす関与者が一律に正犯とされており、正犯・共犯の区別等は問題とならない。⁽⁹⁾

①第一級正犯

第一級正犯とは、主観的要件の充足を前提として、重罪に該当する行為を現実に実行する者 (actual perpetrator) をいう。⁽¹⁰⁾

犯罪行為の直接の (immediate) 実行がその要件であるから、例えば、一人の被害者に対し複数の者がそれぞれ殴打、刺突、射撃等のその死の原因となりうる行為をなした場合には、これらの者の全員が第一級共同正犯 (joint

principals in the first degree) となるが、しかし、複数の者の一方が被害者を押さえつけ、他方が刺突してこれを死亡させた場合には、刺突行為者のみが第一級正犯となり、他方は第二級正犯となる。⁽¹¹⁾ また、犯罪の実現のために他人を媒介とする者は、第二級正犯あるいは事前共犯となりうることは格別、通常は第一級正犯とはならないが、しかし、その媒介とされた者が「情を知らない代行者(innocent agent)」または「責任を欠く代行者(irresponsible agent)」である場合、すなわち例えば犯罪成立の主観的要件を欠く者または幼児、心神喪失者などである場合には、これは単に「道具(instrument)」とみなされ、これを利用した者が第一級正犯となる。⁽¹²⁾

②第二級正犯

第二級正犯とは、重罪に該当する行為を自ら直接に行うのではなく、有責的な(culpable)他者がこれを行う現場においてこの第一級正犯に意図的に関与する者をいう。第二級正犯はこのように、重罪に該当する行為を自ら直接に行わないことで第一級正犯と、また、他者が直接行う重罪に該当する行為の現場でこれに関与することで、現場にいないことを要件とする事前共犯と、それぞれ区別される。⁽¹³⁾

第二級正犯の客観的要件は、第一級正犯が実行行為を行う現場で、これを自らも実行する以外の態様でこれに関与することであるが、まず、ここにいう関与とは、援助(help)、勧告(counsel)、命令(command)、激励(encouragement)などの様々な態様について認められる。これらには、すでに犯罪実行の意図をもっている者に対しその実行を物理的または心理的に促進する場合、すなわちわが国における幫助に該当する場合のほか、いまだ犯罪実行の意図を有していない者に対してこれを抱かせる場合、すなわちわが国にいう教唆(刑法六一条一項)に当たる場合も含まれる。これらの関与行為が第一級正犯による結果の惹起に寄与したと認められるためには、原則としてその存在が第一級正犯に認識されることが必要であるとされる。⁽¹⁴⁾

次に、「現場にいること (presence)」との要件は、実際に (actually) その場所にいる場合のみならず、解釈上 (con-structively) そのように理解されうる場合にも充足が認められる。この解釈上の現在の例としては、第一級正犯による犯行を容易にするための遠方からの見張り (sentinel)⁽¹⁵⁾ などが挙げられる。

第二級正犯の主観的要件としては、一般に、他者が重罪に該当する行為を行うことを認識し (know)、かつこれを意図している (intend) ことが必要であるとされる。⁽¹⁶⁾

第二級正犯は正犯と同様に当該重罪により処罰される。⁽¹⁷⁾

③事前共犯

事前共犯とは、第一級正犯に対して、その実行行為の現場においてではなくその行為以前の時点でこれに意図的に関与する者をいう。この事前共犯の第二級正犯との相違は、前者の行為が後者の行為以前の時点に行われ、ゆえに前者が後者による行為の現場にいない点にしか存しない。したがって、この点以外のその客観的要件としての行為ならびに主観的要件は、第二級正犯についてと同様である。⁽¹⁸⁾

事前共犯も正犯と同様に当該重罪により処罰される。⁽¹⁹⁾

④事後共犯

事後共犯とは、すでに重罪の成立した第一級正犯につき、それを認識しつつ、この者を庇護するための関与をなす者をいう。ここにいう関与は、第一級正犯者につき逮捕や裁判、処罰を免れさせるための様々な行為をいい、具体的には、これを建物内に匿うこと、乗物等の逃走手段を提供すること、逃走資金を供与すること、この者の重罪犯人性を否定する偽証をなすこと、その拘禁からの脱走のための器具を提供すること、などがこれに当たる。⁽²⁰⁾

事後共犯は当初、受刑者の逃走を容認した公務員は当該受刑者の罪責と同一の重罪あるいは反逆罪となるとするイギリスのコモン・ロー上の原則に類似したものと解されており、それが関与した正犯の犯罪のゆえに処罰されるものと考えられていた。しかし、事後共犯に該当する関与行為は第一級正犯の行為とは全く異なる時点で行われることなどから、正犯についての犯罪とは別個の、庇護犯罪すなわち刑事手続の適正な執行を妨害する罪であることが次第に承認されるようになった。この点で事後共犯は他の関与犯類型とその性格を異にする。⁽²¹⁾

犯罪に複数の者が関与する場合につき以上のような、コモン・ロー上の分類が実施されていた当時には、共犯の正犯に対する訴訟法的従属性が著しい特色をなしていた。すなわち、正犯の犯罪成立による有罪が共犯の成立・処罰の絶対条件とされていた。これは、実体法的には誇張従属形式あるいは少なくとも極端従属形式を意味するが、このような従属性の由来は理論的なものではなく、重罪についての死刑という嚴罰の回避が裁判官により意図されていたためであるとされる。⁽²²⁾

(2) 制定法

右のようなコモン・ロー上の区別における訴訟法的従属性の弊害もあり、今日ではこれらの正犯・共犯の区別は一般に、制定法上廃止されている。⁽²³⁾ それらには、州法のレベルまで含めると、コモン・ロー上の名称のみは維持したうえで、事前共犯は正犯であると明記するもの、事前共犯は正犯の処罰の有無にかかわらず正犯と同様に処罰されると規定するものなど、いくつかの例が存在するが、以下では、特に連邦刑法典（合衆国法典第一八編第一章（United States Code, Title 18, Part I））および模範刑法典（Model Penal Code）における共犯に関連する規定を概観することで、現代アメリカにおける制定法上の関与犯の類型化を確認しておく。

①連邦刑法典

各州の刑罰権の対象とならない連邦ないし国際・州際レベルでの当罰的事象を犯罪として規制対象とする連邦刑法典は、その現行条文は一九四八年に制定されたものであるが、犯罪に複数の者が関与する場合の各人の罪責を次のように定める。

第二条 正犯

(a) 合衆国に対する罪を実行し、又はその実行を補助し、教唆し、助言し、命令し、勧誘し若しくは斡旋するいかなる者も、正犯として処罰されうる。

(b) 自己又は他人によつて直接に遂行された場合には合衆国に対する罪となりうる行為を故意に惹起するいかなる者も、正犯として処罰されうる。

第三条 事後共犯

合衆国に対する罪が実行されたことを認識しつつ、犯人の逮捕を妨げ又は阻止するためにこの者を確保し、救援し、接待し又は援助するいかなる者も、事後共犯とする。

連邦議会による法律により異なるように明示的に規定されている場合を除き、事後共犯は、正犯に対する刑罰として規定された自由刑の最長期の二分の一以下の自由刑に処し、若しくは……罰金刑の最高額の二分の一以下の罰金に処し、又はこれらを併科する。又は、正犯が終身刑若しくは死刑に処せられる場合には、その共犯は一五年以下の自由刑に処する。

第四条 重罪隠匿

合衆国裁判所による認定の可能な重罪の現実の実行を知りつつ、これを隠匿し、合衆国の裁判官又はその

他の民事若しくは軍事当局者に可及的速やかにこれを通報しない者は、本編のもとでの罰金若しくは三年以下の自由刑に処し、又はこれらを併科する。⁽²⁴⁾

これらの連邦刑法典上の規定からは、正犯に関するその二条(a)項から明らかなように、犯罪行為を自ら直接に実行する者のみならず、他人によるその実行を幫助・教唆等するのみの者も正犯とされている。つまりここでは、コモン・ロー上の第二級正犯のみならず事前共犯もまた正犯として処罰されるのであり、庇護犯罪であるとされたコモン・ロー上の事後共犯以外はすべて正犯として処理されることが明示されている。⁽²⁵⁾

②模範刑法典

各州ごとの刑法典の内容に大幅な相違が存することによる実際上の様々な不都合を解消することを目的として、各州の立法府に対し刑罰法規立法のモデルとして提示すべく、一九六二年にアメリカ法律協会(American Law Institute)によつて策定され、程度の差はあるものの実際に多くの州においてその規定内容が採用されているものが模範刑法典であるが、そこにおける共犯規定は次のようなものとされている。

第二・〇六条 他人の行為に対する責任・共犯

.....

(2) 次の各号の一に該当する者は、他人の行為につき法的責任を負う。

(a) 犯罪の実行に足りる有責任の要素をもつて行為することにより、情を知らず若しくは責任を欠く人に当該犯罪行為を行わしめ、若しくは、

(b) この者が本法典若しくは犯罪を規定する法律により他人の行為につき責任を負うと規定され、又は、

(c) この者が犯罪の実行における他人の共犯である場合。

(3) 次の各号の一に該当する者は、犯罪の実行における他人の共犯とする。

(a) 犯罪の実行を助長し又は促進する目的で、

(i) 他人が犯罪を実行することを教唆し、若しくは、

(ii) 犯罪の計画若しくは実行において他人を幫助し、若しくは幫助することを合意し若しくは試み、若しくは、

(iii) 犯罪の実行を防止する法的義務を有するにもかかわらず、これを行うに適切な努力を怠る場合、

又は、

(b) その者の行為が共犯となることが法律により明規されている場合。⁽²⁶⁾

連邦刑法典と異なり、模範刑法典は特に正犯の定義規定を設けることをしていないが、右のようなその共犯規定はこれに該当すると認められた者が正犯と同じく処理されることを前提としている。

以上のように、アメリカでは現代の制定刑罰法規においても、可罰的な関与行為態様の分類概念としての共犯という類型自体は存在するものの、それは正犯犯罪と同一のものとして処罰される。共犯は独自の犯罪行為主体類型ではなく犯罪実行方法の一類型に過ぎないとの同国内での理解にも示されているように、アメリカにおいては(27)おむね拡張のないし統一的正犯概念を前提とした体系が採られているものということができる。⁽²⁸⁾アメリカにおいてこ

のような正犯体系が採られてきた根拠としては、同国においては伝統的に、犯罪におよそ何らかの影響を与えた者はすべて処罰に値するとの発想が強く、また、私法的な考え方である代位責任 (vicarious liability) 的発想に基づいた、「共犯とは他人を介する正犯である」との思考がなされていることも挙げられている。⁽²⁹⁾ また、英米法圏では一般に、刑事法分野においても功利主義的思想が優勢であり、このような考え方に基づいて承認されている共謀罪の法理やいわゆる重罪謀殺罪化原則 (felony-murder rule)⁽³⁰⁾ により、前者においては共謀者のすべてが本罪および実体犯罪の、後者によって他の関与者も謀殺についての、それぞれ刑責を負うとされることによって、関与者ごとのより実質的な刑責の検討の契機が失われてきたことにもよるとされている。⁽³¹⁾

2 処罰根拠

英米刑法においても、犯罪が処罰される理由に関しては、それは自己の行為によって惹起された害悪についてのみ、その程度に比例した非難に基づいて根拠づけられるという応報原理的思想が基本とされている。その一方で、共犯の処罰根拠については、共犯は正犯の犯罪を因果的に、つまりその原因となって惹起したがゆえではなく、正犯犯罪の実現の危険性を高めたがゆえに処罰されるとされている。⁽³²⁾ このように、共犯の罪責は他者の行為についての責任であるとされ、この意味で派生的 (derivative) なものであるとされる。共犯の成立には正犯の犯罪実行を支援・促進するなどの共犯独自の行為が必要ではあるが、共犯はこの行為により独立に処罰されるのではなく、その行為によって正犯の犯罪につき罪責を分担することになるに過ぎないものと解されている。⁽³³⁾

3 成立要件

アメリカ刑法における共犯の成立要件としては、コモン・ロー上の関与者類型たる第二級正犯および事前共犯と

の類型以来一般に、客観的要件 (actus reus) として、広く他人の犯罪を支援し促進するなどの行為および正犯犯罪との間の因果関係の存在であるとされ、主観的要件 (mens rea) としては、自らの行為によって正犯犯罪を促進する意図を有することであるとされている。

(1) 客観的要件 (actus reus)

共犯の成立に必要な客観的要件としての行為および因果関係のうち、前者についてはこれを一義的に決する基準は存在せず、何らかの態様で正犯犯罪を促進するものであれば足りるとされる。これは、共犯の派生的性質としてその罪責が正犯犯罪に由来するものと捉えられており、この点で共犯行為自体には相対的に低い意義づけしかなされておらず、またそれゆえに、共犯の成否を決する基準が主にその主観的要件との関係での心理状態の如何に求められていることによるとされる。⁽³⁴⁾

共犯成立の客観的要件としての行為はこのように広く他人の犯罪を支援することであるが、これに該当しうるものを具体的に分類するならば、それは一般に、物理的行為 (physical conduct) による支援、⁽³⁵⁾ 心理的影響 (psychological influence) による支援、不作為 (omission) による支援、の三者に類型化しうるとされる。

① 行為の類型

一 物理的行為による支援 一定の作為をなすことにより正犯の犯罪を物理的に援助する場合をいう物理的行為による支援は、共犯行為として想定される最も一般的な類型であって、その具体的態様に特に制限はなく、犯罪実行に際して用いられる道具の提供や犯罪実行中の見張り、犯罪現場からの逃走車両の運転など、様々なものが含まれる。⁽³⁶⁾

二 心理的影響による支援 心理的影響による支援には、犯罪実行の意思を抱いている正犯に対しその実行のた

めの助言や激励をなす場合や、犯罪実行の意思のない者にこれを惹起させる場合など、正犯の心理面に犯罪実行を促進させる影響を与える場合をいう。⁽³⁷⁾ 正犯の心理面に影響を及ぼすことが必要であることから、例えば関与者自身の内心においては正犯の犯罪を支援する意図が存していても、これが正犯に認識されていない状況で単に犯罪現場近辺に現在するだけでは共犯行為として不十分であるが、事前にあるいはその場において支援の意思の表明がなされ正犯がそれを認識した場合には、現実にはそのような支援がなされることがなかった場合にも、心理的影響による支援としての共犯行為が認められうるとされる。⁽³⁸⁾

三 不作為による支援 そのような法的作為義務が存するにもかかわらず、これを怠り他人の犯罪行為を阻止しなかった場合には、不作為による支援としての共犯行為が認められる。例えば、親がその子が他人に殺害されるのを阻止しなかった場合や、警察官が他人の犯罪行為を阻止しない場合などがこれに該当するとされる。⁽³⁹⁾

②因果関係

アメリカ刑法に関しても、行為者につきその結果に係る犯罪成立が認められるためには、その結果の行為への帰属を根拠づける客観的要件として両者間に因果関係が存在していなければならぬことが一般に承認されている。⁽⁴⁰⁾ しかしながらこの点は、正犯についてはこのとおりであるものの、共犯についてはまた別異に解されており、共犯成立が認められるためには一般に、先にみた種々の支援行為が正犯の犯罪実行にとって唯一の (but for) 原因ないし不可欠の (sine qua non) もの、あるいは正犯の犯罪に実際に役立ったものである必要はなく、それを支援しうるのであったと認められれば足る、と解されている。⁽⁴¹⁾

共犯行為の正犯犯罪に対する関係性についてのこのような理解は、共犯行為を始点とする因果性の終点が正犯の

実行行為か結果か、後者と解する場合にその促進で足るか惹起したとの評価を要するかといった共犯の因果性が問題とされるまでもなく、端的にこれが不要と解されていることを示している。すでにみたように(二一)(二)(②)、模範刑法典においても、他人による犯罪実行を支援することを「試み」る(attempts to aid)だけでも、すなわち、他人の犯罪を支援すべく行為したもののがそれが正犯犯罪に何らの影響も与えなかった場合にも、共犯行為として足りるとされており(二・〇六条(3)項(a)号(ii)、本法典においても共犯行為と正犯犯罪との間の因果関係がその要件となる)ことが黙示的に否定されていると指摘されている。⁽⁴²⁾

(2) 主観的要件(mens rea)

アメリカ刑法においては、犯罪への関与者の扱いにつき共犯も正犯と同様に処罰されるがゆえに、両者の区別点では客観的要件の側面での差異に対する評価が相対的に低度の比重しか与えられておらず、主観的側面での相違に對してより重要な意義づけがなされている。⁽⁴³⁾

① 意図(intention)

アメリカ刑法上、犯罪の成立に必要な主観的要件としては、「目的ないし意図(purpose / intention)」、「認識(knowledge)」、「無謀(recklessness)」、「過失(negligence)」の四類型があることが確立されているが、⁽⁴⁴⁾共犯については、⁽⁴⁵⁾厳密には法域によって異なるものの一般に、正犯による犯罪を支援する意図が必要であるとされている。これはコモン・ロー以来の要件であるとされ、その背景には、行為者に対する非難可能性の必要性や、個人主義・自己決定主義の原理、また、日常的行為に対する不当な制約の回避という政策的考慮などがあるとされる。⁽⁴⁶⁾従来は、単なる認識でも足るとの判例もあったが、その後は意図が必要であるとするものが主流となっている。⁽⁴⁷⁾

② 正犯の犯罪の主観的要件

共犯成立の要件となる主観的要素としてはさらに、正犯の犯罪に係る主観的要件、すなわち、故意犯についての既遂の故意や犯罪類型によつては必要とされる個別の主観的要件もまた含まれるとされる。⁽⁴⁸⁾ このように、共犯成立にはこの者が正犯犯罪の要件たる主観的要素をも有していなければならないとされる理由は、このような非難可能性の同質性が共犯も正犯と同一のものとして処罰されることを根拠付けるために要請されるからであるとされる。⁽⁴⁹⁾ この要件のゆえに、例えば他殺の罪において、予謀殺意のある正犯には第一級謀殺罪が、それを欠く共犯には第二級謀殺罪もしくは故殺罪が成立するなど、両者間で成立罪名が異なりうるとされている。⁽⁵⁰⁾

なお、正犯犯罪につき、重罪謀殺罪化原則や軽罪故殺罪化原則 (misdemeanor-manslaughter rule) が適用される場合には、これは共犯にも適用されるとされる。⁽⁵¹⁾

(6) イギリスからの独立というその建国史からして、この当時のアメリカにおけるコモン・ローも基本的には当時のイギリスのそれと同一であったようであり、このことは、アメリカ共犯論に係る今日の文献がほぼ一致して、そのかつてのコモン・ロー上の共犯類型をイギリス法学者たる William Blackstone による COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND (1765-69) に依拠して論じていることにも示されている。なお、イギリス共犯論に係る邦語文献としては前掲注 (5) におけるを参照。

(7) 今日のアメリカにおいては、制定法上、重罪とは死刑または一年以上の自由刑によつて処罰される罪、それ以外が軽罪 (misdemeanor) と定められることが一般的であるが (see WAYNE R. LAFAYE, CRIMINAL LAW 34 (4th ed. 2003))、コモン・ロー上は死刑によつて処罰される罪のみが重罪とされていた。なお、イギリスにおいては、一九六七年刑事法 (Criminal Law 1967) によつてこれら重罪・軽罪の区別は廃止されてい⁵²。

(8) ROLLIN M. PERKINS & RONALD N. BOYCE, CRIMINAL LAW 722 (3d ed. 1982).

(9) See LAFAYE, *supra* note 7, at 664.

(10) See PERKINS & BOYCE, *supra* note 8, at 736-37.

(11) *Id.* at 736. 後の例においても、第二級正犯さらには事前共犯もその処罰の側面では第一級正犯と同一に扱われるから、この点では、この設例について「一部実行による全部責任」をその本質的意義とする共同正犯（刑法六〇条）の成立が認められるわが国におけると相違はない。

(12) *See id.* at 737-38; LaFAVE, *supra* note 7, at 664-65. 同様に、第一級正犯には、わが国において間接正犯が認められる場合も含まれる。

(13) *See PERKINS & BOYCE, supra* note 8, at 738.

(14) *Id.* at 742.

(15) *See e.g., Mitchell v. Commonwealth*, 74 Va. 845 (1880) (*cited in* LaFAVE, *supra* note 7, at 666 n. 33).

(16) PERKINS & BOYCE, *supra* note 8, at 738-43.

(17) *Id.* at 729.

(18) *Id.* at 744.

(19) *Id.* at 729.

(20) *Id.* at 748-50.

(21) *See* JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW 504 (4th ed. 2006).

なお、以上のほかに、英米法においてコモン・ロー体系の当時から複数の関与者の存在を前提とする総則的犯罪類型の一つとして確立されていたものに、共謀罪（共同謀議罪・コンスピラシー（conspiracy））があるが、本罪は、複数者間において犯罪実行の共謀がなされた場合にこれを犯罪とするものであり、未完成犯罪（inchoate crime）の一種として未遂（attempt）にも近接性をもつものと一般に解されている（*See e.g., id.* at 457; ARNOLD H. LOEWY, CRIMINAL LAW 264 (4th ed. 2003). 英米法における共謀罪についての邦語文献としては、江家義男「英米法における共謀罪（conspiracy）」早稲田法学二四巻二・四冊（一九四九年）一〇三頁以下、藤岩睦郎「英米法における共同謀議罪の研究―共同謀議罪の理論と歴史―」法務研究報告書三九集二（一九五一年）一頁以下、内田力蔵「イギリス法とアメリカ法における共同謀議の罪（コンスピラシー）」法律時報二六巻七号（一九五四年）七頁以下、安部治夫「組織を媒介とする順次共謀と共謀共同正犯（一）（二）（三）（三・完）―近代的集団犯罪形態の共犯理論への投影」警察研究三二巻一号（一九六一年）七五頁以下、同巻四号（同年）三三頁以下、同巻五号（同年）九一頁以下、萩原玉味「コンスピラシーの考察―共謀共同正犯との関連において―」大阪市法学雑誌九巻三・四号（一九六三年）二四〇頁以下、石川才顕「コンスピラシー法理の拡張化とその社会的要因―イギリスに於ける、コンスピラシー法理の拡張展開にみえる社会的要因についての検討―」日大法学研究所法学紀要七巻（一九六五年）九頁以下、田島裕「コンスピラシー法理の研究（一）（二）（三・完）」大阪市法学雑誌

二四卷二号（一九七七年）一六一頁以下、二五卷一号（一九七八年）一頁以下、二九卷一号（一九八二年）一頁以下、熊谷蒸佑「共謀罪—そのかし、あおり—」中山研一他編『現代刑法講座三卷』（一九七九年）二二五頁以下、佐藤正滋「英法の共同謀議罪（conspiracy）」金沢法学二九卷一・二号（一九八七年）二〇九頁以下、および本注に後掲の諸文献などがある。

犯罪実行の共謀自体の犯罪化は、わが国においても、二〇〇一年一月一日に国連により採択された、組織的な犯罪集団への参加の犯罪化（五条）などを内容とする「国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約（United Nations Convention against Transnational Organized Crime）」（原文は、国連薬物犯罪事務所ホームページ内 http://www.unodc.org/pdf/crime/a_res_55/res5525e.pdf）より、その邦訳は外務省ホームページ内 http://www.mofa.go.jp/naifaj/gaiko/reaty/pdfs/reaty156_7a.pdf より、それぞれ入手可能）の批准を理由として、二〇〇四年の第一五九回国会に提出された「犯罪の国際化及び組織化並びに情報処理の高度化に対処するための刑法等の一部を改正する法律案」（閣法第四六号・第一六二回国会における衆議院解散により廃案）において以来、数次の修正を伴いつつ現在（二〇〇七年九月一日時点では、同一名称の第一六三回国会閣法第二二二号が衆議院にて閉会中審査にある。その提出時案並びに修正案は、衆議院ホームページ内 http://www.shugiin.go.jp/itdb_gian.nsf/html/gianhon-bun/6305022.htm のリンク先より入手可能）に至るまで「組織的な犯罪の共謀」罪としてその新設が図られている。これら法律案における本罪につき検討した文献として、足立昌勝監修『共謀罪と治安管理社会』（社会評論社・二〇〇五年）一頁以下、「特集・『共謀罪』を多角的・批判的に検討する」法律時報七八巻一〇号（二〇〇六年）四頁以下の諸論稿などがある。

(22) LaFAVE, *supra* note 7, at 667, 668.

(23) 例えばイギリスにおいては、一八六一年の「共犯及び援助者に関する法律（Accessories and Abettors Act）」によつて、正犯の可罰性や実際の処罰の有無にかかわらず、それに関与した事前共犯が重罪正犯として処罰されることが規定されるに至っている。

(24) 18 U.S.C. §82, 3, 4 (2000) その原文は次のとおりである。

Section 2. Principals

(a) Whoever commits an offense against the United States or aids, abets, counsels, commands, induces or procures its commission, is punishable as a principal.

(b) Whoever willfully causes an act to be done which if directly performed by him or another would be an offense against the United States, is punishable as a principal.

Section 3. Accessory after the fact

Whoever, knowing that an offense against the United States has been committed, receives, relieves, comforts or assists the offender in order to hinder or prevent his apprehension, trial or punishment, is an accessory after the fact.

Except as otherwise expressly provided by any Act of Congress, an accessory after the fact shall be imprisoned not more than one-half the maximum term of imprisonment or fined not more than one-half the maximum fine prescribed for the punishment of the principal, or both ; or if the principal is punishable by life imprisonment or death, the accessory shall be imprisoned not more than 15 years.

Section 4. Mispision of felony

Whoever, having knowledge of the actual commission of a felony cognizable by a court of the United States, conceals and does not as soon as possible make known the same to some judge or other person in civil or military authority under the United States, shall be fined under this title or imprisoned not more than three years, or both.

- (25) 実体刑法上の諸論点から量刑制度の在り方に至るまでの諸課題につき現行連邦刑法典を総合的に再検討し、新法典案を策定することを任務として一九六六年に設置された連邦刑法改革国家委員会 (National Commission on Reform of Federal Criminal Laws) により、一九七一年に策定された新連邦刑法典案 (Proposed New Federal Criminal Code) においては、現行法典二条を維持したうえで明確化するため (FINAL REPORT OF THE NATIONAL COMMISSION ON REFORM OF FEDERAL CRIMINAL LAWS : A PROPOSED NEW FEDERAL CRIMINAL CODE 33 (1971)) として、次の規定が設けられている (関連部分のみ引用する)。

第四〇一条 共犯

(1) 罪責の定義 次の各号の一に該当する者は、他人の行為を理由として犯罪につき有罪とされうる。

- (a) 犯罪の要件たる有責性の要素をもって行為することにより、他人に当該犯罪行為を行わしめ、若しくは、
- (b) 犯罪が実行されることを意図しつつ、他人に当該犯罪行為を行うよう命令し、勧誘し、斡旋し若しくは幫助し、若しくは犯罪の実行を防止する法的義務を有するにもかかわらず、これを行うに適切な努力を怠り、又は、

.....

- (26) Model Penal Code §2.06 (Proposed Official Draft 1962) この邦訳部分の原文は次のとおりである (模範刑法典の邦訳として、法務省刑事局「アメリカ法律協会・模範刑法典 (一九六二年)」刑事基本法例改正資料八号 (一九六四年) があるが、本稿ではそれに完全には依拠していない)。

Section 2. 06 Liability for Conduct of Another ; Complicity

.....

(2) A Person is legally accountable for the conduct of another person when :

- (a) acting with the kind of culpability that is sufficient for the commission of the offense, he causes an innocent or irresponsible person to engage in such conduct ; or

- (b) he is made accountable for the conduct of such other person by the Code or by the law defining the offense ; or
- (c) he is an accomplice of such other person in the commission of the offense.
- (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 the law to establish his complicity.
- (27) See Robert Weisberg, *Recapitulating Complicity*, 4 Buff. Crim. L. Rev. 217, 224 (2000).
- (28) ただし、後述(二2・3 (1) ②)のように、その処罰根拠としては正犯を通じて実現された結果ではなく正犯の犯罪実行の促進との点が重視され、正犯に対する関与者の派生的性格が前提とされていること、よってまたその成立には正犯による実行が要件とされていること(ただし、後述注(42)参照)などからして、これらの特徴をもたない徹底した統一的正犯体系(いわゆる形式的統一的正犯体系)が採られているわけではない。同国における体系はむしろ、共犯体系に最も近接するとされるいわゆる限縮的統一的正犯体系に類するものと解される。なお、統一的正犯体系については、デイトヘルム・キーナプフル(浅田和茂訳)「統一的正犯の現象形式」関西大学法学論集二三巻二号(一九七三年)一一頁以下、金子正昭「協働の形式―その序論的考察―オーストリア関与理論を中心として」名城法学三七巻別冊(一九八八年)七二頁以下、高橋則夫「統一的正犯体系と共犯体系」比較法二五号(一九八八年)一一七頁以下等を、また、本体系を採っているとされるオーストリアにおける刑法理論につき、振津隆行「オーストリアにおける現代的犯罪論の展開」金沢法学二八巻一号(一九八五年)一頁以下等を参照。
- (29) GEORGE P. FLETCHER, *BASIC CONCEPTS OF CRIMINAL LAW* 190 (1998).
- (30) 本原則に係る邦語文献として、丸山雅夫「英米刑法における『重罪謀殺化』原則」南山法学二三巻一・二号(一九九九年)一三三頁以下がある。
- (31) *Id.* at 191-93.
- (32) See e.g., Larry Alexander, *Insufficient Concern : A Unified Conception of Criminal Culpability*, 88 CAL. L. REV. 931, 946 (2000).
- (33) See Tyler B. Robinson, Note, *A Question of Intent : Aiding and Abetting Law and the Rule of Accomplice Liability under § 924(c)*, 96 MICH. L. REV. 783, 790 (1997) ; DRESSLER, *supra* note 21, at 498-99. どのような派生的性格のゆえに、共犯は正犯が違法行為に着手しない限り成立せず、ま

た、自身では実行しえない犯罪の共犯たりうる。との帰結が導かれるとされる (Sanford H. Kadish, *Complicity, Cause and Blame: A Study in the*

Interpretation of Doctrine, 73 CAL. L. REV. 323, 338-39 (1985) (邦語による紹介として、門田成人・坂本学史「アメリカ刑法理論に関する文献紹介」(一) 共犯論(五—(一)) S・H・ケーディッシュ『共犯性、因果性、非難—原理解釈の研究』(一) 神戸学院法学三三巻二号(二〇〇三年)一〇〇頁)。なお、この共犯の派生的責任性を視角としてアメリカ共犯理論を詳細に分析・検討する近時の邦語文献として、坂本・前掲注(5)「アメリカ共犯理論の諸相」三三頁以下。

(34) Robinson, *supra* note 33, at 793.

(35) See e.g., Dressler, *supra* note 21, at 506.

(36) *Id.* いわゆる有形的補助はこの類型に該当するが、ドイツやわが国において確立されている正犯の犯罪意思の惹起の有無という従犯と教唆犯との相違はアメリカにおいては存在しない。

(37) ドイツやわが国における教唆およびいわゆる無形的補助がこれに該当する。

(38) *Id.* at 507; LaFare, *supra* note 7, at 671-72. なお、前述の物理的行為による支援が奏功しなかった場合には、支援をなそうとする者の意思が正犯に認識されていれば心理的影響による支援があったと認められるが、これが認識されていなかった場合には正犯に対し心理的影響さえも与えなかったために共犯としての行為を欠くとされる (Dressler, *supra* note 21, at 469; 2 WAYNE R. LAFARE, *SUBSTANTIVE CRIMINAL LAW* 343 (2d ed. 2003). See also Grace E. Mueller, Note, *The Mens Rea of Accomplice Liability*, 61 S. CAL. L. REV. 2169, 2170 (1988)). ただし、支援行為がその試みに止まった場合の模範刑法典における扱いについては、後述の本文(7)(1)(2)を参照。

(39) Dressler, *supra* note 21, at 508.

(40) See e.g., Dressler, *supra* note 21, at 193-94.

(41) Mueller, *supra* note 38, at 2170; LaFare, *supra* note 38, at 342; Weisberg, *supra* note 27, at 228; Robinson, *supra* note 33, at 794; Daniel Yeager, *Helping, Doing and the Grammar of Complicity*, 15 CAL. JUST. ETHICS 25, 31 (1996); see also Dressler, *supra* note 21, at 509.

(42) See Mueller, *supra* note 38, at 2172. なお、この「試み」行為をはじめ同法典一〇六条に規定された行為が共犯行為とされるには正犯の実行を要するが (See AMERICAN LAW INSTITUTE, MODEL PENAL CODE, TENTATIVE DRAFT NO. 1, 27 (1953); MODEL PENAL CODE § 5.01 (3) (Proposed Official Draft 1962))、これは関与行為が共犯という行為主体類型性を認められる要件に過ぎない。つまり、同法典一〇六条に規定された関与行為がなされた場合にも他人(正犯)が未遂にさ至らなかった場合には、それらの関与行為自体が正犯犯罪の未遂となるとされる(五〇一条)項。本項 (MODEL PENAL CODE § 5.01 (3) (Proposed Official Draft 1962)) の原文は次のとおりである。

Section 5.01 Criminal Attempt

....

(3) Conduct Designed to Aid Another in Commission of a Crime. A Person who engages in conduct designed to aid another to commit a crime that would establish his complicity under Section 2.06 if the crime were committed by such other person, is guilty of an attempt to commit the crime, although the crime is not committed or attempted by such other person.)⁴³⁾

(43) Mueller, *supra* note 38, at 2173.

(44) 少数の厳格責任犯罪 (strict liability offenses) はその例外である。

(45) United States v. Peoni, 100 F. 2d 401 (2d Cir. 1938) : LAFWE, *supra* note 38, at 344; DRESSLER, *supra* note 21, at 474-75; Mueller, *supra* note 38, at 2175. 以下「四論」では *supra* note 38, at 2175)° なお「正犯」については認識が足りる。それは「認識があれば意図があるものと同一とみなされるからである」とされる。このように正犯と共犯とで主観的要件が異なるのは「前者は行為(ひいては結果発生)に「支配」(control / hegemony) しているが、後者にはそれがないからである」とされる (see Louis Westerfield, *The Mens Rea Requirement of Accomplice Liability in American Criminal Law—Knowledge or Intent*, 51 Miss. L.J. 155, 176-77 (1980))°

(46) Sanford H. Kadish, *Reckless Complicity*, J. Crim. L. & Criminology 369, 371 (1997) (邦語による紹介として、門田成人「アメリカ刑法理論に関する文献紹介(一)——共犯論(一)——S・H・ケーディッシュ『無謀による共犯』」島大法学四三巻一号(一九九九年)一二三頁; see also Alexander, *supra* note 32, at 944.

(47) See Mueller, *supra* note 38, at 2176-77.

(48) DRESSLER, *supra* note 21, at 511. 例えは窃盗罪については、共犯にも不法領得の意思が必要であるとされる。

(49) See Mueller, *supra* note 38, at 2172, 2190.

(50) LAFWE, *supra* note 38, at 346-47. したがって正犯が故殺罪、共犯が謀殺罪にもなりうることとされる。

(51) *Id.* at 347.

三 「中立的行為による幫助」への対応

前章にて概観したように、アメリカにおける共犯に係る法体系および理論からは、直接に犯罪を実行した者に関与した共犯もまた、拡張的ないし統一的な正犯体系に基づいて正犯と同一に処罰される。そのためここから、その

成立要件として、客観面における正犯の犯罪^{実行}を促進しうる行為とともに、主観面において、正犯の犯罪を實現する「目的ないし意図」とともに正犯自身についての犯罪成立に必要な主観的要素もまた共犯が有していることが求められている。このような共犯成立要件をその形成史的に概括すれば、同一の犯罪につき共犯も正犯と同様のものとして処罰され、両者の相違は単に犯罪實現の行為態様にしか存しないという同国における擴張的ないし統一的正犯概念的発想から、その客観面での行為要件は犯罪行為の直接実行以外の広範な、正犯犯罪を促進しうる関与行為であるとされ、他方で主観的要件については、その正犯との同一処罰が非難可能性の点から根拠づけられることを担保する意味から、正犯犯罪の促進の意図とともに正犯犯罪自体に要する主観的要素をも要件とすることで、その成立範囲の妥当性が図られてきたものといえることができる。

このような共犯理論を前提とするアメリカにおいても近時一つの論点となっているのが、一般に「中立的行為による幫助」と呼称される事案である。自らの日常的な取引行為として提供する物品やサービスがその受け手による犯罪の実行を助長し促進することとなる可能性を認識しつつも、その提供行為を差し控えなかったため、これが結果として他人による犯罪の実行を支援することとなった場合のこの提供者についての共犯成立の可能性の問題である。この論点につき、ドイツやわが国における議論においては、共犯の成立は原則として否定されるところの共通認識のもと、その理論の精緻化が図られているところ、これを「認識ある促進 (knowing facilitation)」事例と称するアメリカにおいても従来から、その共犯の成否が論じられてきた。ただし、先にみたように同国では一般に、共犯の主観的要件として正犯犯罪を促進する意図が存することが必要とされているところ、「認識ある促進」事例では、関与者に正犯による犯罪実行の可能性の認識はあるもののその実現意図までは存しないことから、共犯に要する主観的要件を欠くとしてその成立が否定されることが原則であった。その一方で、(正犯)犯罪成立に要する主観的要素たりうる心理状態として伝統的に確立されてきた「目的ないし意図」、「認識」、「無謀」、「過失」の四類型のう

ち、とりわけ「無謀」概念の実質的意義やその射程を巡る近時の判例・学説の理論的深化や、一定の要件のもとでその所持が適法化されている銃器を使用して他人を殺傷する等の、一向に減少しない重大犯罪への対応などの実際的要請もあり、この「認識ある促進」事例につき従来一般的であった共犯不成立との論調にも若干の変化がみられるようになっていいる。

そこで本章では、このような「認識ある促進」事例につきいかなる対応がなされるべきかについての、近時のアメリカにおける議論状況を、立法論も含め概観する。

1 解釈論

「認識ある促進」事例につき、共犯成立の可能性を含めた適切な可罰範囲を再検討しようとする近時の学説の議論動向は、まずその解釈論としては、犯罪成立の主観的要件の一種たる無謀概念を巡る近年の理論の展開によるところが大きい。無謀の意義については制定法上明記されている場合も少なくなく、多くの州法においても実質的にそれと同一の定義が採られているとされる模範刑法典上の定義規定によれば、「犯罪の基礎的要素が存在しまたはこれらが自己の行為から生じる実質的かつ許されない危険 (unjustifiable risk) を意識的に配慮しない者は、犯罪の基礎的要素につき無謀に行為したものとする」⁽⁵³⁾とされている。

この無謀概念に関連して「認識ある促進」事例につき共犯成立の可否を論じる代表的な論者による見解として、Sanford H. Kadish はまず、共犯の主観的要件として正犯の犯罪を促進する意図が必要であると解されてきた根拠を検討し、それは、共犯に対する正犯と同様の処罰を根拠付ける非難可能性の要件として、また、意図に達しない主観的要件での共犯成立を認める場合に生じる、日常的活動を含む広範な関与行為についての共犯の成立可能性を限定すべきという政策的考慮、さらに、他者の行為や事柄は原則としてその他者自身の答責範囲にあるという伝統的

な自己決定ないし自己答責の原理の存在、などのためである、とする。⁽⁵⁴⁾

そのうえで、アメリカの諸法域において、意図に達しない主観的要件での共犯成立が先例上すでに確立されている例として共通目的 (common-purpose) 原則の事例、すなわち、正犯による犯罪を促進する意図で支援行為をした結果、支援の対象となった正犯の犯罪の自然的かつ合理的帰結としてさらに犯罪が実行された場合、当初の関与者はこの過剰部分についても共犯の罪責を負うとされる事例を検討し、この事例が、過剰部分につき関与者に無謀が存することが要件とされかつ正犯犯罪も無謀を主観的要件とするものに限定される場合には、関与者への非難可能性の観点からは認められるものであることを認め、このように修正された共通目的原則が、すでに正犯犯罪の意図的な支援をなしたことを前提としない、無謀に基づく共犯成立の一般原則たりうることの論証を試みている。

そこでは、正犯と同一の非難可能性の担保との点については無謀を要件とする正犯犯罪の無謀な支援である点で、また、共犯成立範囲の限定の必要性という点については「犯罪の基礎的要素が存在しまたはこれらが自己の行為から生じる実質的かつ許されない危険を意識的に配慮しない」という模範刑法典にも定められた無謀概念の厳密性により、無謀による共犯も是認されうるとされる。⁽⁵⁵⁾

また、Larry Alexander は、犯罪成立要件としての非難可能性を根拠付ける主観的要素についての統一的理論の探究のため、まず法規範を分析することからはじめ、それは法益侵害をしてはならないとの命令であるが、法益侵害自体はより大なる他の利益のために正当化されうるのであって、この点で法規範としては、許されない法益侵害をしてはならないとの命令となるとする。⁽⁵⁷⁾そして、このような命令規範に違反することが行為者の非難可能性を根拠付けるのであり、一般に犯罪成立の主観的要素の類型とされる意図・認識・無謀・過失のうちの前三者は、法益侵害の許されない危険の認識がある点で同一であるとし、これらはそれぞれ、許されない危険を認識しつつもそれによる法益侵害につき配慮をせず他の動機をもってこの規範に違反する場合が無謀、許されない危険による法益侵害

を確実なものと認識しつつもこの規範に違反する場合が認識、危険増加による法益侵害を行為動機とすることでの規範に違反する場合が目的であって、後二者の無謀との相違はそれぞれ、危険性についての把握の程度の差および危険が許される可能性が著しく低い点にあるのみというとする。⁽⁵⁸⁾ この意味で、犯罪の主観的要件としてのこれらの相違は重要ではなく、無謀は意図や認識を包摂した概念と考えることができ、よって、その主観的要件としてこれらのいずれかを要するとする犯罪類型については無謀が認められればその充足が肯定されると考えるべきであり、それゆえに、共犯の主観的要件についても無謀で足りると解するべきである、とする。この点についてはさらに、共犯の処罰根拠が、それが結果を惹起したからではなく結果発生 of 危険を高めた点に求められるべきことからも、共犯には正犯犯罪の実現の意図ないし目的は不要であると解すべきであって、さもないければ、その実現の高度の可能性を認識していたが結果発生のみは意図していなかった関与者につき、共犯の罪責を免れさせることとなり妥当ではない、としている。⁽⁶⁰⁾

Alexander はこのように、無謀を犯罪成立の主観的要件としての統一概念と解することから、共犯の成否については、その関与者が、正犯が特定の法益侵害を生じる許されない危険を創出したか否かのみが問題となるとする。そして、取引的行為をなす者については、たとえ顧客が犯罪を実行する可能性を認識していたとしても、その扱う商品やサービスの市場価格での提供など日常的態様でそれをなす限り、つまりその顧客に対し特に有利となるような非日常取引をする場合（例えば三〇〇ドルの拳銃を一〇セントで販売する場合など）でない限り、共犯としての罪責を負うことはなく、また、取引を業とする者でなくても、極めて日常的であってどこからでも容易に得られる支援を提供するにすぎない場合、すなわち客観的に支援が微少である場合（例えばタクシー乗車を教える場合など）には、この提供者が他者の犯罪行為の可能性を認識していたとしてもそれは無謀に達しない、とする。⁽⁶²⁾

2 立論

右のように、いわゆる「認識ある促進」事例への対処との観点から、一般に正犯犯罪の促進の意図が必要と解されている共犯成立の主観的要件につき、これを正犯犯罪の実現に対する無謀にまで緩和することを検討する見解がある一方で、次に見るように、共犯の主観的要件として意図が必要であるとの原則は維持したうえで、一定の客観的な要素の存在が認められる例外的場合にはそれを認識で足とすることを認め、あるいはさらに、「認識ある促進」類型そのものを通常の共犯とは別個の、より罪責の軽い関与犯類型として設定すべきであるとする立法論上の見解がある。

(1) 主観的要件の緩和

日常的な取引行為に應じる結果その相手方の犯罪行為が助長・促進されることとなる可能性を認識しつつもその提供をなした場合を典型とするいわゆる「認識ある促進」事例についての共犯の成否は、当該提供行為による正犯犯罪の支援が実質的な(substantial)ものとなる場合にのみ、正犯犯罪についての関与者側のその実現の意図を要せず、それが行われることおよび自己の支援の実質性の認識で共犯成立に足りる、とする立場がある。このように、関与者の行為が正犯犯罪を促進する程度が実質的であるか否かという関与行為の属性を指標とし、それが実質的であると認められる場合にのみ、正犯犯罪の実現の意図という共犯の主観的要件を緩和して共犯成立の余地を認めるという考え方は、アメリカ法律協会による模範刑法典の起草作業の段階において採られていた見解である。⁽⁶³⁾このような立場においては、いかなる場合に関与者による支援行為の実質性が認められるかが問題となるが、それは例えば、同様な支援が当該関与者以外からは容易には得がたい場合などがその例として挙げられている。⁽⁶⁴⁾

このような基準の根拠として、模範刑法典起草段階ではアメリカ法律協会は、取引の自由と犯罪抑止との相対立

する利益の調和などの観点から、意図がなくても認識があれば、支援の実質性を要件に共犯を認めることが合理的であることを挙げていた。

この見解は、対象犯罪が軽微である場合も含め一律に適用されるものである点に批判がある。⁽⁶⁵⁾ また、アメリカ法律協会自体も、共犯は行為に定型性がないので主観的要件は（正犯より）厳格にすべきとして、最終的に確定した模範刑法典においてこれを採用することをやめている。

一定の客観的要素が存在する場合に共犯成立の主観的要件の緩和を認めるべきであるとする見解としてはさらに、正犯の犯罪の重大性を基準とし、このような重大な犯罪に係る共犯についてはその主観的要件は認識で足りるとすべきとする立場がある。⁽⁶⁶⁾ これは、そのような重大犯罪にあつてはその認識で共犯の主観的要件は足ると解しても、日常的取引をなす者にその活動の自由を不当に制約することにはならないと考えられるからであるとされる。⁽⁶⁷⁾ ここにいう重大犯罪は謀殺罪に代表されるいわゆる凶悪犯罪（heinous crime）であるとされ、例えば、他人が謀殺を犯すことが推測される状況下でそれを認識しつつこの他人に対して、また、それが政府転覆を企図する武装集団の代理人であると知りつつこの者に対して、それぞれ銃器を販売する場合などにおいては、この販売者はそれらの犯罪の実現を意図していなくても、それぞれ謀殺罪、反逆罪の共犯としての罪責を免れないとされる。これに対し、他人による実行が認識される罪がこれらの凶悪犯罪ではなく比較的軽微な犯罪である場合には、共犯成立の主観的要件の原則どおりに、それへの関与者の共犯性はそれらの罪の認識があるだけでは根拠づけられず、この場合の非重大犯罪の例としては、賭博や売春、行政取締法規違反などが挙げられ、例えば、賭博にて使用される物品の販売、賭博場として使用される家屋への調度の備え付け、売春行為の際に使用される洋服の販売やクリーニング、不法な再販売を意図している者への酒類の販売、などにはいずれも正犯犯罪の認識があるのみでは共犯は成立しないとされる。⁽⁶⁸⁾

(2) 犯罪促進 (criminal facilitation) 罪

右に見た見解におけるごとく、共犯成立の主観的要件として、一定の場合に正犯犯罪の認識があるのみで足りるとするのではなく、自己の行為による正犯犯罪の促進の認識がある場合を共犯とは異なる「犯罪促進」などの名称での別個の関与犯類型として設定することで「認識ある促進」事案を処理すべきであるとの見解がある。これは、犯罪実現を意図的に支援する場合とその可能性を認識しつつもその実現は意図していない場合との間の主観面の相違が非難可能性の観点からやはり無視されがたく、他方で、犯罪促進の可能性を認識しつつもそれが通常の取引的行為であったことをもって関与者の罪責が一律的に不問とされることは、暴力的などの凶悪犯罪の発生が深刻な問題となっている現在の社会状況に照らして妥当ではないなどの政策的理由がその根拠とされている。⁽⁶⁹⁾

このような犯罪促進罪は実際にも、州法レベルでのそのような立法例も少なくなく、アリゾナ、ケンタッキー、ノース・ダコタ、ニュー・ヨーク等の各州法において設けられている。⁽⁷⁰⁾例えばニュー・ヨーク州刑法典でのその規定は次のとおりである。

第一一五・〇〇条 第四級犯罪促進

支援の付与となりうることを想定しつつ (believing)、次の各号の一に該当する者は、第四級犯罪促進の罪責を負う。

1. 犯罪の実行を意図する者に対し、その実行の手段若しくは機会を提供する行為をし、かつその者による重罪の実行を現実支援し、又は、
2. 犯罪を構成する行為をすることを意図する一六歳に満たない者に対し、その実行の手段若しくは機会を提供する行為をし、かつその者による犯罪の実行を現実支援した一八歳以上の者。

第四級犯罪促進はA種軽罪とする。

……

第一一五・〇五条 第二級犯罪促進

A種重罪の実行を意図する者に対し、支援の付与となりうることを想定しつつ、その実行のための手段若しくは機会を提供する行為をし、かつその者によるA種重罪の実行を現実に支援した者は、第二級犯罪促進の罪責を負う。

第二級犯罪促進はC種重罪とする。⁽⁷¹⁾

また、連邦刑法改革国家委員会により一九七一年に策定された新連邦刑法典案 (Proposed New Federal Criminal Code) においても、次のように犯罪促進罪の新設が図られている。

第一〇〇二条 犯罪促進

(1) 罪 重罪の実行を意図する者に対し、認識しつつ実質的な (substantial) 支援を提供した者は、そのように提供された支援によりその他の者が意図していた犯罪若しくはそれに類する又は関連した重罪を現に実行した場合には、犯罪促進の罪責を負う。被告人により提供された物品若しくはサービスが他者から容易に適法に入手可能であることは、被告人による支援が実質的であったか否かを決する際に考慮されるべき要素となる。本条は、支援された重罪を規定する法律若しくは関連する法律により明示的に若しくは默示的に罪責を負わないと規定されている者については適用されない。⁽⁷²⁾

(52) recklessness をはじめとする英米刑法における主観的犯罪成立要件を分析・検討した近時の主要な邦語文献として、木村光江「主観的犯罪要素の研究」(東京大学出版会・一九九二年)一頁以下、鈴木茂嗣「Recklessness と故意・過失」西原春夫他編『鈴木義男先生古稀祝賀・アメリカ刑事法の諸相』(成文堂・一九九六年)四四一頁以下などがある。

(53) Model Penal Code § 2.02(c) (Proposed Official Draft 1962) その原文は次のとおりである。

(c) Recklessly

A person acts recklessly with respect to a material element of offense when he consciously disregards a substantial and unjustifiable risk that the material element exists or will result from his conduct.

(54) Kadish, *supra* note 46, at 371-72 (門田・前掲注 (46) 一二三頁以下)。

(55) *Id.* at 372-79 (門田・前掲注 (46) 一二三頁以下)。

(56) *Id.* at 379-88 (門田・前掲注 (46) 一二七頁以下)。このように、共犯成立の主観的要件として無謀で足りると解すべき場合の存在を肯定しつつも、Kadish は同時に、それに伴う共犯の成立可能範囲の拡大を適切に限定するためのありうる方策として、修正された共通目的原則の適用対象を、正犯犯罪の重大性との観点からこれが重罪である場合に限定することを、また、そもそも正犯犯罪が無謀を越えた主観的要素を要件とする点で本原則の適用を認めるべきではない場合に、他者の犯罪を無謀にも支援する行為を独立の関与犯類型として設定することを、それぞれ指摘している (*id.* at 388-90 (門田・前掲注 (46) 一二五頁以下))。この後者の立法論的前提とする関与犯類型は、後述 (三二 (c)) の見解において設定が提唱される「犯罪促進罪」的なものである。

(57) Alexander, *supra* note 32, at 938-39.

(58) *Id.* at 934, 939-43.

(59) *See id.* at 946.

(60) *Id.* at 945。例えば、自己の雇用者の金庫内にある書類を入手することを欲していた者が、常習窃盗者たる知人にその窃取を依頼したが、この窃盗者がある際同一金庫内にある現金までも窃取することは欲していなかったとしても、その高度の可能性を認識していた以上、この窃盗者による現金の窃取につき共犯の成立が認められるべきであるとされる (*id.* at 945, 946)。このように、ここでは「結果発生の高度的可能性(蓋然性)の認識」が共犯の主観的要件であると解されている。共犯成立に必要とされるべきこの「結果発生の高度的可能性(蓋然性)の認識」の程度は、結果発生の高度的危険(の防止による利益)が、自己の関与行為に存する関与者の利益を凌駕するものであるとされる (Alexander, *supra* note 27, at 945 n. 36, 946)。

(61) *Id.* at 946 (日常的取引者についての「安全策 (safe harbor)」として、この趣旨の明文規定を設けることも提案されている)。

- (62) *Id.* at 947.
- (63) 一九五三年に策定された模範刑法典修正案における、共犯に係る第二・〇四条においては次のような規定が設けられていた。
 - (3) 次の各号の二に該当する者は、犯罪の実行における他人の共犯とする。
 -
 - (b) 他人が犯罪を実行し、若しくは犯罪を実行する目的を有していることの認識をもって行為することにより、その実行を実質的に、認識しつゝ促進し (acting with knowledge that such other person was committing or had the purpose of committing the crime, he knowingly, substantially facilitated its commission) 又は
 -
- (64) *See* AMERICAN LAW INSTITUTE, *supra* note 42, at 30-31.
- (65) *See e.g.*, PERKINS & BOYCE, *supra* note 8, at 748.
- (66) *Id.* at 747.
- (67) *Id.* at 746. *See also* LaFare, *supra* note 38, at 350; Weisberg, *supra* note 27, at 244-45.
- (68) PERKINS & BOYCE, *supra* note 8, at 746-47. このような正犯犯罪の性質により共犯の成立要件を緩和する思考は、後述の、特別の犯罪類型（総則的共犯ではなく幫助犯類型の独立罪化）の創設を志向するに至っている。模範刑法典の起草者も、既存の刑罰法規における自殺幫助罪等、他人の一定の行為（これ自体が犯罪化されているか否かにかかわらず）を支援する行為が犯罪化されていることが望ましいとしている。そこで同法典には二・〇六条(3)項(b)号の規定が設けられている（*see* Weisberg, *supra* note 27, at 245-47）。
- (69) Westerfield, *supra* note 45, at 179-82; Muller, *supra* note 38, at 2187. このような犯罪促進罪の成立要件は法域ごとに異なっている。例えば、後述の本文におけるように「ニュー・ヨーク州法においては「手段や機会の提供」で足りるとされている一方、連邦刑法典改正案では「実質的な支援 (substantial assistance)」が必要であるとされている。なおこの後者の要件に対しては、アメリカ刑法の基本原則たる個人責任の要件は犯罪促進罪では促進者自身の行為に認められ、共犯の場合のごとくその行為と正犯のそれとの関係性から認められうるものではないから、促進行為が実質的であるとの要件は不要であるとの批判もある（Westerfield, *supra* note 45, at 185）。
- (70) ARIZ. REV. STAT. ANN. 13-1004 (1989) ; KY. REV. STAT. ANN. 506.080 (1990) ; N.D. CENT. CODE 12.1-06-02 (1997) ; N.Y. PENAL LAW 115 (1998).
- (71) 原文は次のとおりである。
 - § 115.00 Criminal facilitation in the fourth degree.
 - A person is guilty of criminal facilitation in the fourth degree when, believing it probable that he is rendering aid :

1. to a person who intends to commit a crime, he engages in conduct which provides such person with means or opportunity for the commission thereof and which in fact aids such person to commit a felony ; or
2. to a person under sixteen years of age who intends to engage in conduct which would constitute a crime, he, being over eighteen years of age, engages in conduct which provides such person with means or opportunity for the commission thereof and which in fact aids such person to commit a crime.

Criminal facilitation in the fourth degree is a class A misdemeanor.

.....

§ 115.05 Criminal facilitation in the second degree.

A person is guilty of criminal facilitation in the second degree when, believing it probable that he is rendering aid to a person who intends to commit a class A felony, he engages in conduct which provides such person with means or opportunity for the commission thereof and which in fact aids such person to commit such class A felony.

Criminal facilitation in the second degree is a class C felony.

(2) 通謀坦 (2) 参照。

(2) FINAL REPORT OF THE NATIONAL COMMISSION ON REFORM OF FEDERAL CRIMINAL LAWS : A PROPOSED NEW FEDERAL CRIMINAL CODE § 1002 (1) (1971). 45 S 圖文は次のとおりである。

§ 1002. Criminal Facilitation.

(1) Offense. A person is guilty of criminal facilitation if he knowingly provides substantial assistance to a person intending to commit a crime which is, in fact, a felony, and that person, in fact, commits the crime contemplated, or a like or related felony, employing the assistance so provided. The ready lawful availability from others of the goods or services provided by a defendant is a factor to be considered in determining whether or not his assistance was substantial. This section does not apply to a person who is either expressly or by implication made not accountable by the statute defining the felony facilitated or related statutes.

四 若干の分析

以上、犯罪に複数の者が関与した場合のアメリカにおける法体系ないしその理論の概要と、これを前提とした、いわゆる「認識ある促進」事例を巡る同国での対応状況を概観した。ここでは、拡張的ないし統一的な正犯概念に類する体系が採られ、共犯と称される関与者も正犯と同一のものととして処罰されるが、両者すなわち自らが直接に犯罪を実現した者とそれに関与した者とは客観的な行為態様に差異があり、また後者の行為は相対的に定型性が低く広範に及びうることから、両者の同等の処罰を正当化するとともに後者の可罰範囲の適切な限定性を担保する事情として、関与者の主観的要素につき正犯犯罪を助長・促進等する意図が存していることが要件とされている。したがってこのような体系からは、自己の日常的な行為が他人の犯罪を支援する結果となることを認識しつつもそれを行った「認識ある促進」の場合には、とりわけその主観面において他人の犯罪を支援等する意図が欠けることから、原則として共犯は成立しないということとなる。しかしながら近時は、メンズ・レアと総称される犯罪の主観的成立要件に関する理論的な展開がみられ、また、凶悪犯罪への適切な対処の必要性という実質的な要請などもあり、一定の場合に「認識ある促進」事例に対しても可罰性が肯定される解釈論および立法（論）上の動きが生じている。これら現代アメリカにおける「認識ある促進」事例を巡る動向の分析として、あるいはそこからわが国における「中立的行為による幫助」に係る議論とも関連性をもちうるものとして、次のような点を指摘できるように思われる。

1 主観的要件

まず、同国における共犯の主観的成立要件との関係での無謀概念を巡る議論についてであるが、本概念は一般に、

実質的で許されない危険につき意識的に考慮しないことと定義づけられているところ、これを正犯の犯罪に關与する者についてみると、正犯による犯罪実現の危険についての認識はある場合であるということができ、しかもその危険は実質的で許されないものであることが要件となっているのであるから、正犯行為により違法な結果が発生するある程度具体的な危険の認識の存在が前提となると思われる。そうであるとすると、共犯成立の主観的要件として無謀でも足りると解すること自体は、同国が正犯と共犯とを同一のものと処理しつつ、後者の客観的成立要件において因果關係を重視せず主観的要件としての非難可能性の側面でこれを限定するために必要としてきた意図ないし目的が不要とされるという意味では、確かにその緩和ないし拡張であるものの、実質的で許されない危険の認識が共犯の主観的要件として必要であることは前提とされている。

この点、わが国との比較においては、正犯か共犯かを問わずおよそ故意の内容として目的などの動機的要素自体が通常不要であることに異論はないと思われるが、一般に構成要件該当事実の認識ないし予見とされる故意の共犯の場合においてあるべき具体的内容の如何については、例えば「中立的行為による幫助」の不可罰性を根拠づけるため、幫助の故意に關しては未必的では足りず確定的故意を要するとの考え方もありうる。この場合それは、提供される物品やサービスの活用による結果発生危険性が相当に高度でありこれらを受ける他人による犯罪実現が確実であると認識されていることが必要であることとなるが、そうであるとなると、この場合にはそもそも關与者自身による許されない危険の創出という中立的とはいえない日常的とはいいたい客観的状況が存在するともいいうることから、「中立的行為による幫助」の問題はむしろ關与行為の客観的側面において検討されるべきこととなるう。

2 客観的要件

共犯成立の客観的要件として、正犯犯罪を促進する可能性のある行為がなされれば足り、この行為と正犯行為もしくは結果との間の因果関係の存否は問題とならないとされ、このような行為についての共犯の成否がその主観面における正犯犯罪促進の意図の有無によるとされる従来からのアメリカ共犯理論のもとでは、客観的要件を充足する行為がなされた場合に正犯犯罪促進意図の存在が肯定され共犯として可罰的とされる場合と、その欠如のゆえに共犯成立が否定される場合との間には、客観的な行為につき法的に有意な差異が存在しないと評価されていることになる。しかし現実には、当該関与行為のもつ結果発生の間接的な危険性や他人の犯罪に与え（う）る効果や影響はある程度具体的に評価することが可能であるはずであり、このように客観的な関与行為に対する法的評価上の差異を認めるとすれば、それは当該関与行為のもつ危険性やその正犯行為ないし結果への影響度の程度といった、正犯犯罪の実質的促進の有無という基準となる。

このような基準を用いて、共犯行為たりうるとされる関与行為のうちさらに正犯犯罪の促進の程度の高いものを確定したうえで、このような、正犯結果の実現の危険性を創出しそれを増加させる行為については、これら正犯犯罪および自己の行為の危険性を認識しつつこれをなす者にはその実現の意図ないし目的がなくても共犯としての非難可能性を根拠づけるに足りると解するものが、先にみた立法論的見解の一つである。このような見解において重要な基準とされている正犯犯罪の促進の実質性は、わが国での議論との比較においてみると、客観的帰属論において重要な判断指標とされる許されない危険の創出とその実現に類するものであると思われる。そしてこのような要素を明文化したものが犯罪促進罪、とりわけ、関与行為による正犯犯罪の促進の実質性が要件とされている新連邦刑法典案上のそれであるといえよう。

中立的行為による幫助を巡る近時のわが国における議論では、それに対する幫助犯の成立を否定する理論構成と

して、共犯の成立要件たる因果関係ないし故意の嚴格化によりこれらの欠如を理由とする見解や、客観的帰属論を前提にそれを根拠づける見解が提示されているところ、アメリカにおいては、従来その主観的要件の嚴格性によって緩慢な客観的要件を限定することで成立範囲が画されてきた共犯概念につき、「認識ある促進」事例の問題を契機に、主観的要件の緩和と客観的要件の嚴格化との方向での議論が展開されており、とりわけこの客観的要件に係る議論がわが国での客観的帰属論に基づく見解との共通性をも認めうるものである点が注目される。もとより、アメリカでの議論は「認識ある促進」事例の可罰性の考究がその始点とされており、わが国やドイツにおけるとはその志向性自体正反対であるが、アメリカでの共犯成立要件に係る議論や、拡張のないし統一的正犯体系を前提とするなかでのわが国幫助犯に類した犯罪促進罪の新設などは、わが国での共犯の主観的要件や客観的帰属論を巡る議論の一つの参考ともなりうるように思われる。