慶應義塾大学学術情報リポジトリ

Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	幇助犯の処罰範囲限定理論について : 中立的行為事例を素材として
Sub Title	Zur Beschränkung der Strafbarkeit der Beihilfe durch neutrale
	Handlungen
Author	濱田, 新(Hamada, Arata)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科
Publication	2012
year	
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu :
	Journal of law and political studies). Vol.93, (2012. 6) ,p.233- 264
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koaraid=AN10086101-20120615-0233

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

ドイツの判例の検討

ドイツの判例の動向

幇助犯の処罰範囲限定理論について

中立的行為事例を素材として――

濱

田

(2)

客観的成立要件の枠内で関与者の主観面を考慮す

る見解

(3) 仮定的代替原因考慮説

利益衡量説

2 主観的成立要件における処罰範囲限定理論

□ 「中立的行為」概念のその他の意味について

中立的行為事例における解決方針

的行為」

裁判所による処罰範囲限定理論

中立的行為の意味と中立的行為事例における解決方針

可罰性が欠けるように見える行為という意味での「中立

はじめに

二 小 括

3

違法性阻却事由説

2 対立の原因

見解の一致

幇助の客観的成立要件の再検討 幇助行為性が認められる前提としての正犯の決意 対立の解消

-幇助行為性の具体化

Ŧi.

学説による処罰範囲限定理論

わが国の判例・裁判例の動向

学説による処罰範囲限定理論

客観的成立要件における処罰範囲限定理論

そもそも犯罪的意味が欠ける行為の存在を認める見解

(1)

幇助行為性の量的判断

六 おわりに

新

233

は じめに

為によって、 従来、 助行為性 ついては、 わ が 正犯の実行が容易になったと認められれば足りる。幇助故意は、 国 幇助行為がなければ正犯の実行行為は行われなかったであろうという条件関係は必要ではなく、 因果関係 やドイ ツの学説・ 幇助故意が必要である。 判例は、 幇助犯の成立要件について、 幇助行為とは、 犯罪実行を容易にする行為である。 次のように考えてきた。 未必的故意で足りる。 幇助 幇 犯 莇 の 成立 の 因果 幇 関 助 係 行

b n 行った」。 して処罰されるべきなのだろうか。 れば、 ることを偶然知ったが、 犯が成立することになる。 ごくありふれた日用品である。 の考え方を前提とするならば、 因果関係も、 Xが売ったドライバーは、 故意も欠けるところはない。従来からの幇助の成立要件にあてはめれば、 自分には関係ないと思って、ドライバーを販売した。 しかし、 しかも、 従来からの幇助犯の成立要件は、 次の場合、 実際にAによる住居侵入を容易にしたのであり、 Xはいつも仕事でしているようにドライバーを販売したにすぎず、 XはAの住居侵入を助けようとは思ってもいない。 Xに幇助犯は成立するか。「金物屋Xは、 再検討の余地があるのではないか。 Aはそのドライバーで住居侵 Xがそれを知っていたのであ 客Aが住居侵入を計 Xには住居侵入罪 X は、 常に幇助 販売し 画 た物 入を 犯 して の 幇

助

まず、 に中立的行為の事例と呼ばれている。 よる処罰範囲限定理 右の金物屋 中立 的行為とは何かを明らかにし、 の 事例 論 (従来の幇助犯の成立要件によれば幇助となってしまうが、それで良いのかが問題となる事例) ・学説による処罰範囲限定理論を概観 本稿では、この中立的行為事例を素材に、 中立的行為事例における解決方針を述べる Ĺ 見解の一 致と対立点を明らかにする 幇助犯の処罰範囲の限定を試み (第二章)。 そして、 (第三章 裁判 は、 所に 第四 般

その上で、

処罰範囲限定理論の提示を試みる

(第五章)。

と呼んでい

例

において、

職業上典型的な「中立的行為」

に適用される一

般原則を繰り返し示してきたからである

(例えば、

中立的行為の意味と中立的行為事例における解決方針

(--)

可

罰性が欠けるように見える行為という意味での

「中立的行為」

の上告を棄却したのである。 れ フトであるとした点、 年一二月、 定多数に提供した開発者が、 所が、中立的行為について言及した事例は一つしかな V てい まず、 剛彦裁判官は、 る。 価値中立的なソフトとは、 中立的行為とは何かを明らかにする。 二審は、 被告人の無罪判決が確定した。 寄与を利用する行為者の目的によって、 価値中立的なソフトを提供する行為を 価値中立的なソフトの提供行為につき幇助犯の広範な成立を否定した点は、 著作権法違反幇助に問われたウィニー事件である。 一審、二審、 適法な用途にも違法な用途にも利用可能なソフトのことである、 最高裁で、 開発者に幇助犯の成立を認めた一審の判決を、 裁判所は、 それぞれ理論構成は異なるものの、 () ファイル共有ソフトのウィニー 中立的行為をどのように説明しているの 法益侵害の危険性の有無が異なる行為を、 「価値中立の行為」と呼ぶ。最高裁反対意見におい ウィニー事件については、二〇一一 二審が破棄し、最高裁がそ ウィニーは価値中立的なソ をインターネット上で不 と一貫して説明さ いずれ か。 「価値中立的 わ も が 共通して 玉 ヮ 裁 大 特 判

中立 為と解していると思われる。 K 的行為とは イ ツには、 中立的行為による幇助犯の成否を問題としたとい 何かについ て、 なぜなら、 詳細に定義してはいない。 連邦通常裁判所は、 ただ、 職 連邦通常裁判 業上典型的な行為による幇助犯の成否が争われ われる一 連の判例が存在する。 所は、 職業上典型的な行為を、 中 立 的

行為の内容を、

例もある。 良いであろう。 NJW 2000, 3010)° とすれば、 ドイツの裁判所は、 なお、 連邦通常裁判所は、 連邦通常裁判所が示す一般原則は、「中立的な」日常的行為にも適用可能であると述べ ウィニー事件と同じく中立的行為による幇助犯の成否を問題としながら、 職業上典型的な行為や、日常的行為を、 中立的行為と捉えていると考えて 中立 、る判 的

ウィニー事件における裁判所の説明と同じようには説明していない。

が、 る 案で中立的 通常裁判所が、 中立的行為という概念が存在することを前提としている。 よって、はじめから犯罪行為と無関係な、 そもそも犯罪的意味を持たない行為を意味すると考えられる。 ように見える行為を意味すると考えられる。 の概念を認めながら、 在しないとの見解も、 日常的行為も、 とも外形上は犯罪的な意味を持たないように見える行為といった説明もある。(8) たであろう一切の行為という説明がある。また、日常ごくふつうになされる行為といった説明や、日常的で、(6) 右の様々な説明は、 学説においても、 先述のとおり、 連邦通常裁判所が使用する「中立的行為」の意味が、文脈によって異なると考えれば、 ではない」と述べる際、 「中立的行為」に適用される一般原則を示す際、 職業上典型的な行為も、 中立的行為について、 連邦通常裁判所 中立的行為という概念が存在することを前提としている。一方で、 一方では中立的行為の概念を否定しているため、 有力に主張されている。 この文脈での (BGH NJW 2000, 3010)は、「中立的行為」に適用される一般原則を示しており、 全ての事案で中立的ではない」と述べて、中立的行為の概念を否定してい 法的に否認されていない目的を追求しているために、 定まった説明はない。 連邦通常裁判所が、 連邦通常裁判所 「中立的行為」 とすれば、 この文脈での「中立的行為」とは、 とは、 「日常的行為も、 (BGH NJW 2000, 3010) 例えば、その行為を実際に行う者が、 連邦通常裁判所は同じ判決文中で、中立的行為 可罰的な文脈の中に入れることができない、 矛盾しているように見えるかもしれない。 職業上典型的な行為も、 は、この有力説を支持 中立的行為という概念は存 矛盾はしていない。 誰に対しても行って 可罰性が欠ける その 全ての 行為に 少な

邦

事

が る行為の捉え方が、 かある。 (11) い換えているにすぎないことになる。 般的には、「中立的行為」という概念は、 とすれば、 事案に応じて・論者によって異なるからである。いずれにせよ、 裁判所の説明が、様々に異なっているのは、可罰性が欠けるように見える行為を、 同じく、学説の説明が様々に異なっているのは、 可罰性が欠けるように見える行為という意味で使われているとの指摘 可罰性が欠けるように見える行 可罰性が欠けるように見え 事案に応じて、

為による幇助犯の成否が問題となっている

裁 あ 初めて、従来とは異なる、 ができる。 助犯の事例とは明確に区別される、 典型的な幇助犯の事例でも、 判所が、 つ 中立的行為事例とは、 たというにすぎない。 わが国で初めて、判決文中に「価値中立的行為」という概念が登場したが、そのことは、 可罰性が欠けるように見える行為を、「価値中立的行為」と名づけた初めての事件が、 可罰性が欠けるように見える行為による幇助犯の成否が問題となっている事例のことである。 何か特別な行為類型が問題となったということを意味するものではない。 可罰性が欠けるように見える事案はありうる。 特殊な事例というわけではない。ウィニー事件については、次のようにいうこと つまり、中立的行為事例は、 単に、 ウィニー事件で ウィニー 典型的な幇 わが国 事件 の で

□ 「中立的行為」概念のその他の意味について

て 的に社会的に相当な行為が含まれていると考える。 学説は、 立的行為」概念を否定したことは、 処罰範囲を限定しようとする(その方法として、 邦通常裁判所が、「中立的行為」を、そもそも犯罪的意味を持たない行為という意味で使い、 可罰性が欠けるように見える中立的行為事例の中に、 中立的行為の議論における一部のアプローチを否定したことを意味する。 そして、 幇助の一般的成立要件とは別の特殊な限定理論を構築する方法をとるも そのような行為の具体的内容を明らかにすることを通じ 刑法による分析に抗しうる、 本質的に害のない、 その意味での 類 部 型 0 中

あ

ž

為によって、 可 の 洞的 ٤ 幇助の な文脈の中に入れることができると述べて、そもそも犯罪的意味が欠ける行為の存在を否定した。 犯罪実行を促進することが可能であって、そもそも犯罪的意味が欠ける行為類型などは存在しないので 般的成立要件を再検討する方法をとるものがいる)。 しかし、 連邦通常裁判所は、 およそ、 あらゆる行為を あらゆる行

挙げた二通りの意味とは異なり、 観的成立要件の段階で、処罰範囲限定理論を展開する。ここで連邦通常裁判所のいう、「中立的」な行為とは、 被告人の行為は なお、 中立的行為には、 「中立的な仕事」の範囲を超えていると述べて、 既に述べた二つの意味とは別の意味もある。 幇助の成立要件を充足していないと判断された行為を意味すると解釈できる。 幇助の客観的成立要件の充足を認める。そして、 連邦通常裁判所 (BGH NJW 2000, 3010) 既に は、 主

罰性が欠けるように見える行為」のみを意味すると考えるべきである。 の概念に複数の意味を与えることは、 BGH NJW 2000, 3010では、 文脈によって、「中立的行為」が三通りの意味で使われている。 議論の混乱を招くように思われる。 本稿において、 中立的行為とは、 中立的行為とは、「可罰! 誰しも存在を認める しかし、 中立 的 性が 行為 미

三 中立的行為事例における解決方針

欠けるように見える行為」を指すこととする。

て中立的行為事例を解決しようとする傾向があった。 みに適用可能な、 る初期の では、 議論においては、 中立的行為事 幇助 特別な処罰範囲限定理論を提示するという方法は、 犯 例に 般に適用し得ない 結論の妥当性を確保するため、 おける処罰範囲限定のために、 のならば、 場当たり的な基準であるとの評価を免れない。 しかし、 どのような解決方針がとられるべきか。 幇助の一般的成立要件とは別の、 提示された特別な理論が処罰感情に合った基 既に支持を失っている。(6) 特殊な基準の 最近では、正当にも、 中立的 定の行為類型の 提 行為に関 準であ 示によっ す つ

論

は

帝 な

玉

裁判所だけでなく、

連邦通常裁判所においても採用されていた。

しかし、

近時、

促進意思の理論

に依

間

題は

幇 再検討することによって、 別の行為類型ではなく、 助 犯 の 一 般的成立要件を再検討するという方法で、 可罰性が欠けるように見える行為にすぎないということからも、 処罰範囲を制限するという方針が採用されるべきである。 処罰範囲限定理論が構築される傾向にある。 幇助 の 「中立的行為」 般的 成立要件を は、

認 定理論は、 した。 以上、 中立的行為とは、 次章では、 結論の妥当性を導く基準であることに加えて、 裁判所による処罰範囲限定理論を概観・検討する。 可 罰性が欠けるように見える行為であることを明らかにした。 幇助犯一般に適用される基準でなければならないことを確 また、 幇 助 犯 0 処罰 範 囲 限

裁判所による処罰範囲限定

三

(-)ド イ ÿ 0 判 例 0) 動 向

と誤 同 示され が Ð 存在することが必要であるとした 僚から、 F 関与者の意思が犯罪の促進に向けられていない場合には、 って助言した弁護士の行為は、 イ ている判例としては、 ッ の裁判所は当 いと答えた弁護士の行為は、 自己 0) 行為が訴訟当事者に対する背信行為にあたるのかどうかについて助言を求められ、 初 中 쇼. 被拘禁者の逃走の手助けを計画する被拘禁者の家族に対し、 的行為による幇助犯を肯定するには、 被拘禁者解放罪の幇助にあたるとした原審を破棄し、 (促進意思の理論)。 当事者に対する背信の幇助にあたらないとした判例などがある。(ヒヒ) 促進意思の理論によれば、 幇助故意が否定されることになる。 関与者に特殊な主観的成立要件である促進意思 関与者に犯罪行為の認識 差し戻した判例、 その行為は犯罪にならな 促進意思 誤って、 促進 意思 弁護· の が 理論 法 あ 律上 土 2 が 0 7

0

行為が、 九〇 もっ 年代後半から、 ぱら可罰的行為をなすことを目標とし、 連邦 通常裁判 所は、 中立的行為事例では、 関与者がそれを知っている場合には、 基本的に以下 。 一 般原則を示してい その寄与行為は、 る。 1

た判例

は

見あたらな

的 行為として評価されるべきである。 な幇助行為として評価し得ない。 その行為が犯罪実行に利用されることがありうると思っているにすぎない場合には、 それに対して、 ただし、その者によって認識された可罰的行為の危険性が、 ②関与者が、 その寄与が 正犯にどのように利用されるの その行為は通常、 援助行為によって かを まだ可 知 罰 5

識可能な犯罪化傾向がある正犯の促進をさせたというほどに高かった場合は別である。

顧 玉 為 0) は 境警備の 客の匿名性を確保しつつ、 ために、 1 詐欺 とした判例などが ② の ため の幇 経済状況や先物取引の危険性について記載した、 :助にあたるとした原審を破棄し、差し戻した判例、(空) の地雷の敷設に関する命令の起草に協力した国境警備 般原則が ·ある。 示されている判例としては、 外国へ送金した銀行員の行為は、 企業目的が投資資金を詐欺的に獲得することのみに 顧客獲得のための小冊子を作成し、 脱税の幇助にあたるとした判例、 資本収益を納めたくないと考える顧客の資金 軍の副司令官二名の行為は、 ドイツ民 提供した弁護士 殺人等の幇 主 共 ある会社 莇 和 0) に 玉 行 あ 0

たらない

を承認するため た傾向を示すものとしてマンネスマン事件判決がある。 助 邦通常裁判所 な 犯の 取り決められていなかった、 お 成否を検討するにあたり、 中立的 は 行為事例につき、 の監査役会の決議を準備し、 被告人らの行為は背任の幇助にあたらないとした原審を破棄し、 もっぱら報酬の性質を持ち、 前述の①・ 中立的行為事例に関する近時の判例の処罰範囲限定理論がこれからも指導的 実行に移した取締役代表らの行為が、 ② の 一 般原則を示して処罰範囲を限定する近時 企業に将来的に利益をもたらさない) マンネスマン事件では、 取締役に、 背任の幇助にあたるか 差し 特別 戻した。 の (雇用契約に の支払いを与えること 判例とは、 連 芝邦通 おいてあら 常 が争 ・や異 裁判 ゎ 所 れ 12

幇

正

犯

幇

助

② の

を

幇

幇助

犯

の

般的成立要件を再検討することによって、

解

き背任の幇助の成立が肯定されるとした。(※) を果たすの のままであると述べている。 か、 むしろ伝統的な幇助 その上で、 Ó 一般的成立要件によっても、 本判決は、 近時の判例 1 0) 処罰範囲限定理 ② の — 般原則を示して処罰範囲を限定する、 十分に処罰範囲を限定し得な 論 に依拠したとしても、 被告人らの Ų١ の のか否か 近時 行為 は、 0) 未解 例 0

F イ ÿ 0) 判 例 0 検

何に対

?して疑問を提示したものといえるであろう。

点にある。 促 進意思を要求する判例 すなわち、 従来ならば幇助 の意義は、 関 故意が認められる場面で、 与者が 犯罪実行を確定的に認識していたときにも、 幇助故意を制限的に解釈することで、 幇助 犯の成立を否定した 幇助犯 の 処

範

囲を限定しようとしたのである。

あ₍₃₃₎ を解決しようとする促進意思の理論は、 次に、 L か 結論 前 述の①・ の妥当性を確保するために、 促進意思の要件は、 ② の — 般原則を示して処罰範囲を限定する近時の判例理論について検討する。 幇助犯 幇助 批判の対象になりこそすれ、 般 の の一般的成立要件とは別 ·成立要件ではなく、 定の事例に限って利用可 支持する見解は現在ではほとんど見あたらな の、 特殊な基準の提示によって中立的 能な特殊な成立 近 時 の 判 行為事 例 要件 理 は

原則 1 は、 幇 基 助 準 Ó 主 覾 的成立要件に関する原則なのか、 助の 主観的 成立要件の段階で挙げ、 処罰範囲を限定するものと評価されている。(②) 客観的成立要件に関する原則 幇助故意の有無を検討する判例がある。(3) なのか は、 明確でな さらに、 1 2

ただ、

判

例

0)

般

基準 13 を確認するものにすぎない 関 iż ける基 主 一観的 準とも考えられる。 成立要件に関する基準であると述べる判例が が、 ②の基準 ①の基準は、 は、 処罰範 確定的故意あるときは可 囲限定理論として機能する。 かある。 とすれば、 一罰的であるとして、 判例の①・ 裁判所 は、 ②の基準は、 従来からの幇 未必的 故意の概念を 主 助 戫 故意 的 成 立 0) 要

うな意味で、

最近の判例の傾向に対して、

疑問を提起したものであれば、

理

解できる。

もし、

前述のマンネスマン事件判決が、

立要件である故意の認定を慎重に行うことで対処すべきではないか。

妥当といえるかもしれない。 とすれば、 は、 意を認定することはできず、その行為が犯罪実行に利用される 従来よりも狭く解した。 常に確定的故意を要求するに近い帰結が導かれる恐れがある。 その行為が犯罪実行に利用される蓋然性が非常に高いと思っていた場合にのみ幇助故意を認めることは、 しかし、このように解するのならば、 つまり、その行為が犯罪実行に利用されることがありうると思っていただけでは、 しかし、 典型的な幇助が広く不可罰となってしまう危険性がある。 未必的故意が認められる場合がほとんどなくなり、 「蓋然性が非常に高いと思っていたこと」が 過度に処罰範囲が広がることを避けるべきである 従来からの一 幇助犯 必要であ 未必的 におい 般的成 故 て

した、 て 観的成立要件を制限する基準なのかは明確でないが、 幇助の客観的成立要件を再検討するものと評価できよう。 ると指摘されてい はいないことに留意すべきであろう。 方、 と考えられる判例がある。 判例は、 る29 幇助の客観的成立要件を再検討することによって処罰範囲を限定するロクシ (ロクシンの見解については後述する)。 近時の判例の一般原則は、 少なくとも、 とすれば、 実際に、 従来の幇助の主観的成立要件を制限する基準なのか、 従来の客観的成立要件の制限を行うことを否定し ①の基準によって、 判例 の 一 般原則は、 客観的成立要件該当性を否定 口 クシ ンの見解に依拠してい ンの見解と同じく、

わが国の判例・裁判例の動向

 (Ξ)

例 は、 わ が 玉 に 立 おい 的行為による幇助犯の成否が争われたと、 て、 中立的 行為による幇 助 犯 の (成否が争われたといえる事例は多くはない。 しばしば われるものである。(33) 以下に挙げる判例

わゆるホテトルの経営者の依頼を受けてピンクチラシをまとめた宣伝用小冊子を作成した印刷業者の行為

まず、

Ų١

242

Ļ

裁判所

は は

|来からの幇助の客観的成立要件の制限を行う余地を残しているといえる。

わ

が 玉 で

幇助 従

犯

般に適用される、

客観的。

成立要件を再検

詂

したとい

・える

判

例

裁判例

は見あたらな

しか

が 行為として免責されるとの主張がなされたが、 売春周 旋罪 0 幇助にあたるとされた裁判例 内がある。 (33) 本判決ではいずれの主張も否定され 被告人には幇助故意が認められない、 被告人の行為は 正当業

を否定した。 る処罰範囲限定理論を否定しているわけではないと解釈できる。 方法によっては、 供方法などに照らして、 的成立要件を再検討することについては、 を退けた。 供行為という、 は、 た裁判例がある。 L フトをインターネット上で提供する場合についての、 論 つつ、 また、 また、 に依拠しているといえよう。 本判決は中立的な行為であることを実質的な理由として幇助犯の成立を否定したものと思われると評価してい(3) 冒頭で紹介したウィニー事件がある。 義務者から軽油を通常よりも安く購入していた者の行為が、 地方税法上の軽油 最高裁は、 幇助犯の 行為の特殊性に着目した基準には、 客観的成立要件該当性は認められなかっ 裁判所は、 幇助犯の客観的成立要件該当性は認めた上で、 客観的成立要件該当性を認めている。 般的成立要件に基づいて、 :引取税の特別徴収義務者が軽油引取税不納入罪を犯した際、 「犯行を幇助する意思で取引を開始したわけではな」いと判示しており、 ただ、そもそも犯罪的意味が欠ける行為という意味での 直接態度を示していない。 ウィニー事件の二審判決は、 ウィニー事件を解決したといえよう。 十分な合理的根拠があるとは認めがたいとして、 特別の限定的基準を提示した。 た可能性もある。 それゆえ、 ただ、 軽油引取税不納入罪の幇助にあたらな 未必的故意の認定を厳格に解釈して、 ソ 最高 幇助犯一般に妥当する基準ではなく、 ソフトの性質、 フトの性質、 一裁は、 しかし、 客観的成立要件の 義務者の意図を確定 「中立的行為」 その客観的利用 最高裁は、 その客観的利 最高裁は、 従来か 二審判決の基 促 を認める見解 段階に 進意思 状況、 崩 ソフト 状況、 幇助: 的 らの客観 に 故 認 お 0) 0 意 る 供 準 提 理 識 提 ソ

四 学説 による処罰範囲限定理論

(--)学説による処罰範囲 限定理 論

にしたがって学説を紹介するが、その一般的分類方法では、 段階にまたがる問題と捉える見解も、 めていたことが挙げられよう。 行為による幇助犯の処罰範囲の限定においては、 う見解、 的 nである。 (38) 囲限定理論を検討する。 前章では、 違法性阻却事由の段階で行う見解に、学説は分けられている。 すなわち、 裁判所による処罰範囲限定理論を概観・ 中立的行為事例の処罰の制限を客観的成立要件の段階で行う見解、 ドイツでは、 しかし、 近年有力に主張されている。 中立的行為事例に関する学説を、成立要件の段階に応じて分ける方法が 中立的行為事例は、 幇助犯の一つの成立要件が問題となっているとの考え方が多数を占 検討した。 客観的成立要件・主観的成立要件・違法性阻却事由 特徴を捉えきれない有力説があることは留意すべきで 本章では、 本稿は、 この分類が一般的である理由として、 便宜上、 ドイツ及びわが国の主な学説による処罰 ドイツにおける一般的分類方法 主観的成立要件の段階 中立 [の各 で行 般 的

1 客観的成立要件における処罰範囲限定理

ある。

が、 F 客観的 ツの学説の多くは、 成立要件の再検討を試みている。 客観的成立要件を制限する理論を展開したと指摘されている。(雲) 本稿では、 客観的成立要件における処罰範囲限定理論を四 また、 わが国 つ挙げる。 の学説の多く

(1)そもそも 犯罪的意味が欠ける行為の存在を認める見解

そもそも犯罪的意味が欠ける行為という意味での「中立的行為」

の存在を認める見解からの、

処罰

範

囲 限定

義務)

論を検討する。 よって処罰範囲を限定する立場とに分けることができる この見解は、 特殊な限定理論によって処罰範囲を限定する立場と、 幇助 の 一 般的成立要件の 再 検討

あ(1) 連邦通常裁判所によって否定されていることは、 者の立場としては、 しか そもそも犯罪的意味が欠ける行為の類型が存在するとの考えや、 関与行為が職業上相当な行為である場合には、 第二章で述べたとおりである。 幇助犯 の成立を否定する職業的 特殊な限定理論による解決方針 記相当 性 説

要素を挙げている。 起説 役割分担の逸脱があるか否かによって、 れ自体の中立性 として、構成要件該当結果実現の切迫性 あるか否か 後者の、 の有無。 客観的帰属論を基礎とする豊田兼彦教授は、 幇助 は、 以上の 関与行為が正犯の犯罪計画に適合するように特別に形成されたかどうかによって判断される。 (空) 0) (特別な犯罪適合物ではないこと)。 般的成立要件の再検討によって処罰範囲を限定する立場としては、 一点目として、 、四点が判断要素とされている。 法令から基準行為が導かれる場合には、 不可罰的行為と可罰的行為とを区別する見解がある。 (時間的・場所的近接性)。 三点目として、 四点目として、 右の基準を具体化するために、 関与者の特別な保障義務 その基準行為からの逸脱の有無。 取引の客体となる物 判断 各人の、 の際に考慮されるべき四 (結果発生を防止する特別な 関与者の役割 定められ ・サー た客観 の 二点目 ピ 混合惹 逸 スそ 点 脱 的 が 0

行為は、 物屋は、 意味が欠ける行為という意味での「中立的行為」 そもそも犯罪的 成立要件を再 この見解によれ 幇 役割の範囲内の行為を行っているにすぎないという理由で、 助 犯 意味が欠ける行為という意味での 検討することで処罰範囲を限定するという解決方針をとったことは評価されるべきである。 0 処罰の射程外にあると判断されるのである。(タム) ば、 客が一ヶ月後に住居侵入を行うことを偶然知っていた金物屋が、 は存在しない。 「中立的行為」 この見解が、 の存在を認める点で賛成できない。 絶対的に犯罪的ではない行為は存在しないのであ 不可罰となろう。 職業的相当性説と異なって、 社会的に通常的な日 ドライ バーを売っ た場合、 幇 しか 常・ 助 Ó 業務 般 金

か Ð ある(46) 5 的 な、 害のない、 中立的な援助行為と、 可罰的幇助とを区別しようとする試みは成功していないとの 指

(2) 客観的成立要件の枠内で関与者の主観面を考慮する見解

与者が正犯の犯罪の決意を確定的に認識していた場合である。 たは、 的帰属が否定される。 関与者が正 認識している場合と、 ときに限って可罰的となる。 罪的意味連関が否定されるのは、 なものは、 一観的 関与者の主観面に着目した上で、 直接促進される行為は適法であるが、正犯にとって実行の唯一の目的が犯罪実行の促進であった場合である。 **!帰属論を前提として、その許されない** 犯の犯罪の決意を不確定的に認識しているにすぎない場合には、多くの場合、 口 クシンの見解である。 単に不確定的に認識しているにすぎない場合とに分ける。 信頼の原則の介入が否定されるのは、 犯罪的意味連関が肯定されるのは、 関与行為が、正犯にとって有意味である適法行為に関係する場合である。 危険創出を判断する。 ロクシンは、「行為の性格は、 危険創出判断において、 具体的には、 認識可能な犯行に至る明白な流れ 犯罪的性質を持つ行為を意識的に促進した場合、 行為が奉仕する目的によって規定される」(∜) 関与者の主観面を考慮する見解もある。 まず関与者が正犯の犯罪の決意を確定的 前者の場合、 信頼の原則によって、 犯罪的意味連関を示す が 存在する場合と、 一方、 と考 関

う、 が、 かを判断することは背理であるとの批判が、 にすぎない場合とで区別し、 クシ 故意の一 確定的故意・ ンンは、 幇助犯の成立が認められる範囲が変わってしまう恐れがあると批判されている(s) 般的理解と矛盾するとの批判、 関与者の主観面を、 未必的故意の区別を意味するのであれば、 前者と後者とで、 正 犯の犯罪の決意を確定的に認識している場合と、 また、 まさに妥当する。 許されない危険の創出 故意が存在することを前提に許されない危険の創 確定的故意と未必的故意とで異なった扱いをしないと さらに、 0 関与者に確定的故意ある場合と未必的故意あ 判断基準を分ける。 単に不確定的に認識 しかし、 (近時のドイツの判例 そのような 出 が あ つ た か 別 否 る

摘

説 といえるのではなかろうか。さらに、 「コミュニティに危険性の印象をあたえるという性質」という基準は、 に使用されると知りつつドライバーを提供する行為は、 きるが、 によれば、 主観面を考慮することにより、 つドライバーを売った金物屋の事例につき、多くの学説が、一定範囲で処罰範囲を限定しようとしている。 ュニティに危険性の印象をあたえるという性質」があるかどうかによって、 なお、 般人の観点からいえるかどうか」によって決まるという。 客観的帰属論を基盤とする曲田教授は、 未必的故意に基づく関与行為について、コミュニティは危険性の印象を抱かないという。 (図) 客観的成立要件の段階で関与者の故意を考慮するわが国の見解として、 原則として、確定的故意に基づく関与行為に対しては、市民は大きな脅威を感じるものと考えることが ルール違反性の程度に意を払いつつ、 客観的成立要件の検討段階で幇助故意を考慮し、 ある行為が、許されない危険を生じさせたかどうかは、 幇助にあたるという。(54) つまり、関与者の故意を考慮しつつ、 コミュニティにおける危険性の印象が生じたと 処罰範囲の限定としては、 危険創出の有無を判断する。 しかし、犯罪計画を確定的に認識 曲田統教授の見解がある。 故意の程度によって許され やや不十分である 例えば、 関与行為に 「寄与行為者 曲田 住居侵入 混合惹起 教授 コ で

つ

ロクシンの見解に依拠するものと解釈する場合、これらの批判は、

判例の一般原則に対してもあてはまる)。

0

(3)仮定的代替原因考慮説

い危険の創出の有無を判断する点にも、

賛成することはできない。

す たか否かを判断することによって、 |蓋然性をわずかに高めているに過ぎない場合には、 の要件を精査する見解から、 現実化する可能性が高い仮定的事情を判断要素とした上で、 可能性 が高 い代替原因を考慮した上で、 幇助概念を具体化する見解から、主張されている。 処罰範囲を限定する見解もある。 促進効果を「量的」に判断し、 不可罰とする。 関与行為が正犯行為の具体的結果発生の蓋然性 幇助の構造から、 例えば、 関与行為が、 仮に関与者から入手しなくても、 仮定的代替原因考慮説は、 共犯の因果性ないし客観 正犯行為の具体的結果発生 現 を高 正犯 実化 的 帰

情

は

考慮してはならないとする見解がある。

利 る は V 可 は 違法なビジネスを通じて同種の物を入手する可能性も考慮され、 に働きうる物や、 他からたやすく入手することができる物を提供する行為については、 ?能性も高いとしても、 :第三者の犯罪行為は考慮してはならないとする見解や、 (a) 部の学説は、 仮定的事情を全面的に考慮すると、関与行為時点で現実に行われていない犯罪行為が行われる可能性 規範的判断から、 正犯が特に緊急に必要としている物を提供する行為については、 合法的な生活形成の際には、 一定の代替原因のみを考慮する。 たやすく入手することができないのであれば、 もし、 それによって、 正犯が違法なビジネスを通じて同種の物を入手す 例えば、 促進効果が否定される。 関与行為時に行われていない正 関与者が不可罰となりうる。 促進効果が 認められるとする。 方、 特に犯行 その仮定的 P 扼あ に有 正 3 犯

果の ず考慮に入れるべきではないか。 判断する方法には疑問がある。 効果を否定する。 定的代替原因考慮説は、 できるようにも思われる。 入手の困難な物の提供行為を可罰的とするため、 事 仮定的代替原因考慮説は、 関与行為時に実現していない多様な仮定的事情を考慮する点については、 量 前 正 判 犯がドライバーを買いにきたこと) 断自体は、 しか、 関与行為時に、 正犯が、 しかし、 中立的行為事例における処罰範囲 たやすく手に入る日用品の提供行為を不可罰とし、 金物屋が、 関与行為時の促進効果の判断にあたっては、 関与行為時には実現していない多様な仮定的事情を考慮して、 関与者の店で、 正犯が他所で同様のドライバーを手に入れる可能性が高ければ、 住居侵入を計画する者にドライバーを売ったという事案を想定しよう。 を、 幇助 まず判断要素とすべきである。 現にドライバーの販売を必要としているのだから、 の一般的成立要件を再検討しつつ、 の限定の方法として、 関与行為時に、 賛成することができない。 一方で、 仮定的代替原因考慮説 有益であるように思われ 結論の妥当性を図ることが 特に犯罪に有利に働きうる 実現している事実 促進効果の程度 そのことをま 通常、 る 促 を 進 仮

利益衡量的

(4)

は、 行う見解である。 される法益 ٧V 用性よりも危険性が大きい場合には、 将来正 利益衡量は違法性段階で行われるべきであって、 ような、 益衡量 |犯となる者の利益、 説とは、 0) 多くの取引上の行為においては、 重大性、 対立利益には、 関与行為の時点における行為の危険性と対立利益とを衡量することによって、 規模の大きさ、 国家の 関与者の行動の自由 利(67) 侵害される危険性の程度の高さが考慮される。 幇助犯が成立しうる。 社会にとっての利益なども考慮される。 幇助犯の成立が否定されることになる。 構成要件段階で行われるべきではないとの指摘がある⁽⁸⁾ の保障や関与行為の客観的な有用性(6) 一方、 関与行為時点では危険性が小さく、 例えば、 行為の危険性 しかし、 のほ 関与行為時点に か、 利益衡量説 処罰 の 生 判断 存 の 範 有 に 確 囲 には、 に対 用性 0 ぉ 限定を が V 大 て つ

2 主観的成立要件における処罰範囲限定理論

理 との認識、 きであろう。 職業上の行為が問題となる事例と、 相当な行為による幇助犯の成立には、 限 以上、 0 一論を紹介する。 提供している寄与の危険性を認識していることに加えて、 った特別の判断基準ではなく、 一般的な主観的成立要件を再検討する見解に分かれている。 客観的成立要件における処罰範囲限定理論を概観 ある 後者の立場である島田聡一 は、 主観的成立要件を制限的に解釈する見解として、 正犯の認識可 '能な犯罪に向かう傾向の現実の認識) それ以外の事例とで、 幇助犯一 関与者に未必的故意があることでは足りないとする見解がある。 (泡) 郎教授は、 般に妥当する主観的成立要件を再検討する、 未必的故意の概念の厳格化を主張する。 幇助の成立要件が異なるのか明らかではない。(『) ・検討した。 正犯の決意に関する認識 が必要であるとする。 幇助 前者の例として、 次に、 の 一 般的成立要件とは 主 観的成立要件における処罰 職業上特有な、 後者の見解が支持され 定 具体的には、 犯が犯行を決意しているこ 別の要件を提 あ L る 関与者 か い 定の は職業上 示する見 範 囲 な る 類 が 自 定

||益侵害結果を関与者の故意に帰属しうるかを検討すべきとする見解もある。

ま

た

客

観的

帰

属論によっては幇助

犯

の処罰範囲を適切に制限することができず、

む

正犯によっ

ただし、

同説は、

客観的成立要件

ける処罰 範囲限定理論の構築それ自体を否定するものではない。

3 法性阻却事由説

立. 要件該当性を制限しつつ、違法性阻却段階においても、 れ 的成立要件、 ている。 0 的行為事例においては、 中立的行為事例は、 中立的行為事例 学説の多くの問題意識は、 つまり、 違法性阻却事由の各段階に関係しうる問題であると捉えることは、 この処罰の制限を、 中立的行為事例は一つの幇助の成立要件だけが問題となっているのではないと考えるのである。 幇助犯のどの要件が問題となっているのか、 一つの成立要件のみが問題となっていると考えるのではなく、 構成要件該当性を制限することにあると指摘されてきた。ただ、 違法性阻却事由の段階で行う見解もある。(※) 処罰範囲を限定する余地を認める見解が、 必ずしも明確ではない事例である。それゆえ、 しかし、中立的行為事例におけるドイ 的確な推測によるものといえよう。 幇助の客観的成立要件、 前述のとおり、 近年有力に主張さ 構成 中 主

小 括

見解の一 致

1

を再検討するという方針が、 以上、 判例・学説における処罰範囲限定理論を概観した。 基本的に支持されてい 最近の判例・学説においては、 幇助犯の一 般的成立要件

る。

見解 制 ほとんどが、 0 創出判断を具体化する見解、 限が必要であると考えることに、 そして、 幇助概念を具体化する見解に分けられる。 ドイツ及びわが国の裁判所は、 従来の客観的成立要件の再検討を試みている。 幇助の構造論から説明する見解、 見解の一致があるといえる。その方法としては、 従来の客観的成立要件 それぞれ、 それゆえ、 理論的枠組み自体は異なるものの、 共犯の因果性ないし客観的帰属の要件を具体化する この制限を行う余地を残しているといえるし、 まずは、 従来の客観的成立要件に、 客観的帰属論の許され 関与行為が、 何ら、 ない 学説 共犯と 危険 か 0 0 が多様でありうるため、

論者によって、

不可罰とする根拠となると考える行為の性質がそれぞれ異なる上に、

の九点がそれである。

中立的行為事例の

行

為の性

不 側

可

面

に着目して、

しての危険創出行為と評価されるかどうかを問うことは共通していると思われる。(恋) 帮助行為性」を具体化するアプローチが共有されていると考えられる。 つまり、 従来からの成立要件

対立の

為 解によれば、 すでに、①日常性、 うにも思われる。 わ 客観的 れているとの指摘があるように、中立的行為事例で問題となっている行為の性質は多様でありうる。 用性も、 の性質に加え、 成立要件段階における再検討を試みることには、 行為の性質に加えることができるであろう。さらに、そもそも犯罪的意味が欠ける行為の存在を認める見 その意味での、 ⑤中立性、 その原因は、 ②通常性、 ⑥関与者の行為目的、 ⑨「中立性」も、 ③入手の容易性、 中立行為事例で問題となっている行為の性質が一様でないことにあると考えられ 行為の性質に含めることになろう。 ④職業関連性といった、 ⑦コミュニティに危険性の印象をあたえるという性質、 見解 。 一 致があるが、 行為の性質に鑑みて、 なおも、 議論が収束しそうにな 処罰範囲の限定が行 右に挙げた行 ⑧社会的 ょ

住居侵入に適合する特別な道具を提供するものではない行為、(88) 行₍₈₀ を有する行為を意識的に促進する行為、 して列挙されているものは、 例えば、 ④業務上の行為、 中立的行為事例として挙げられる、 ⑤日常的で、少なくとも外形上は犯罪的な意味を持たないように見える行為、(※) 少なくとも九点ある。 ⑦コミュニティに危険性の印象をあたえる行為、(&) 客の住居侵入の計画を認識しつつドライバーを販売する行為の ①日常的行為、 (78) ②通常的行為、 ③市場で容易に買える物の販 ⑧有用性が大きい行為 ⑥犯罪的性質 性質と 売

²罰とすべき行為の性質と考えるかは論者によって異なっている。 幇助行為の具体的内容を明らかにすることでは、 様々な処罰範囲限定理論が提唱され、 議論が収束していないと考えられる。 学説は共通している。 行為の性質の着目点の違いによって、 しかし、 どの行為の性 行為の性質 対立が生 の 251

3 対立の解消

じているのである。 (87)

原則 観的成立要件段階で考慮することには賛成できない。 5 性 易性については、 ただ、そうではないのならば、 客観的成立要件段階で着目すべきではない性質といえるだろう。まず、 質である。 である。 。 ŧ 意味を持たないという意味での「中立性」を意味するなら、 かし、 の適用の段階で考慮される余地があるように思われる。⑤中立性は、 幇助犯の成否を判断する上で、考慮されるべきではないが、そうではないのならば、 行為の日常性・通常性の場合と同様、そもそも犯罪的意味を持たないという意味での「中立性」を意味するな ことから明らかなように、 ⑦コミュニティに危険性の印象をあたえるという性質も、 関与者の故意の存在・内容を、 右に列挙した行為の性質の大部分は、 実現していない仮定的事情を多様に考慮する基準として用いるのならば、 違法性阻却もしくは信頼の原則の適用の段階で考慮される余地があろう。 幇助犯の成否の判断基準とするには、 客観的成立要件段階で考慮することになるからである。 幇助犯の成否を判断する上で考慮すべきではない性質、 関与者の行為目的は、 幇助犯の成否を判断する上で考慮されるべきではな 客観的成立要件段階で考慮することができな ①行為の日常性、 曖昧にすぎる。 論者によって様々に定義されていた 主観的成立要件の段階で検討されるべ ⑥関与者の行為目 違法性阻却もしくは信頼 ②通常性が、そもそも 疑問がある。 ⑥または⑦を考慮 ④職業関 ③入手の あるい 的を、 (第二 は

⑧社会的

有

用性は、

違法性阻却事 また、

·由が適用される場合の判断要素の一つとなりうるであろう。 (8)

幇助犯の成否を判断する上で考慮されるべきではないと考える。

①日常性・

②通常性・④職業関連

意が存在する事案なのか、

Ų١

する見解は、

定の事例において、

未必的故意による援助行為の不可罰性を主張するが、

かなる場合に未必的故意が存在するといえるのかが、

検討されるべきであろう。

⑩そもそも犯罪的:

それは、

そもそも未必的

故

き 客

0

性

を持たないという意味での中立性は存在しないため、

このように、

中立的行為事例で、

着目すべきか争われている行為の性質のうち、

V

不可罰となる。

兆候なく、

関与行為後に決意した正犯への関与行為を不可罰とする立場として、

性 成立要件段階における処罰範囲限定理論の提示を試みる。 観的成立要件を再検討することによって、 行為事例の多くは、 由 ・⑥関与者の行為目的 あるいは信頼の原則 従来からの議論を精査することによって、 ⑦コミュニティに危険性の印象をあたえるという性質・⑧社会的有用性は、 あるい は故意の認定の際の判断要素として取り上げることができよう。 処罰範囲をさらに限定することが可能と考える。 解決されることになるとも思える。 次章では、 しかし、 とすれば、 幇助 違法性阻 幇助 の客観的 中 却 0) 立 的 事

五. 幇助の客観的成立要件の再検討 幇助行為性の具体化

を具体化することによって、 がりやすい幇助犯の処罰範囲を適切に限定することが可能になると考える。 である。 莇 の客観的成立要件を充足するには、 幇助行為性の判断基準を関与行為時とすることによって、 処罰範囲を限定する方法を提案する。 事後的判断である因果関係とは別に、 行為時の自由保障機能が確保されると同時に、 以下では、 事前的判 事前的判断である幇助行為性 断である幇助行為性が必要 広

幇助行為性が認められる前提としての正犯の決意

(-)

まず、 いることを要する。 例えば、 幇助行為性が認められるには、 関与行為後に、 関与行為時に、 正犯が決意し、関与行為を利用して犯罪を実行したとしても、関与行為は幇助行為とは 正犯が犯罪実行を決意していない場合、 関与行為時に、 正犯が犯罪実行を決意しているか、 その関与行為は、 もしくは決意しようとし 幇助行為とはいえな

島田教授の見解がある。

島田教授

は、 れ 正 れることとなろう。 しよう。 至 解 かは、 犯の犯行に向かう兆候の必要性の要件は、関与行為時点における行為の危険性に着目することによってのみ、 っていない者が存在し、 共犯の客観的成立要件として、 島田教授が、 関与行為時点における行為に着目して、危険性判断を行っているものと解釈できる。 島田教授の見解によれば、 関与行為時点における行為の危険性に着目する点、 いずれも、事後的に見ると、結果発生の蓋然性を高めた行為である。とすれば、 関与行為時に、兆候が現れている事例・兆候が明確に現れているとはいえない 前者の場合には、 関与行為時に、 正犯の犯行に向かう兆候が必要であるとしている。(ヨ) 共犯の客観的成立要件の充足が肯定され、 兆候なく関与行為後に決意した正犯への関 例えば、 後者の場合は否定さ 関与行為時 島田教授 まだ決意 事例を想定 導か の見

幇助行為性の 量 前 丰 断

行為につき幇助犯の成立を否定する点には賛成である。

る。

罪実行に、「いうに値するほど」必要な物・情報を提供したのかによって、(※) ると認められなければならないと考える。 幇助行為性が肯定されるためには、 関与行為時に、 具体的には、 関与行為が正犯行為による具体的結果発生の蓋然性を高めて 関与行為時に実現している事実を基礎として、 判断する。 関与者が、 犯

いう仮定的事情があったとしても、 関与行為時に実現している事実とは、 同じ時刻に正犯は隣の店で買っていたかもしれない、 事情も考慮するべきではない。 それは、 例えば、正犯が、 関与行為時に実現していない事実であるため、 ある時刻に関与者の店で物の販売を要求しているという状 あるいは、 正犯は既に所持していたかもしれな 考慮しない。 また、 関与

た上で、実現する可能性が高い仮定的事情も含めて判断する。 犯罪実行にいうに値するほど必要な物・情報を提供したのか否かは、 仮定的事情を考慮する理由としては、 関与行為時に現実に存在する事情を基 何らかの

行為後の仮定的

の

日 用

品

の

販売行為については、

既に正犯

が同

種の物を所持している場合が多いであろう。

そ

れ

Ø

え、

日

甪

品

0

提 犯

供行為の多くは、

不可罰となろう。

犯

罪

に利用しうる性質を持つ同種の物を既に準備していた場合、

正

犯

が

所持

して

Ų١

な

Ų١

行為につき、

幇

処罰 為時に現 罪 範囲 旋 進効果を有する物 |実に存在する事情を基礎とした上で、実現する可能性が高い仮定的事情を考慮に入れる。 が不当に拡大することになってしまうからである。 情報を提供することをもって、 犯罪実行に必要な物や情報を提供したことになるとす なお、 仮定的事情を広範に考慮するのではなく、 関与行為時点で現 関 ħ

実に存在する事情とは、

例えば、

正犯が関与行為時点までの間に既に行ったことである。

る。 考慮に入れる。 L 断する。この ことである。 結論は、 バ V のナイフを既に所持していた場合、 1 うに値するほど必要な物を提供していないといえる。 具体例で確認しよう。 0 正犯が犯罪実行に、 事 例についていえば、 次のように導かれる。 事例で関与行為時に現実に存在する事情とは、 この事実を基礎として、 犯罪実行に使う可能性の高い物を所持している正犯に、 あらかじめ所持していたナイフを使う可能性が高 つのナイフによって、殺人を行うことを計画する正犯が、 客Aが関与行為時に、 まず、 その者に同種のナイフを販売する行為は、 関与者が、 この事例で、 犯罪実行に、 関与行為時に実現している事実とは、 同種のドライバーを既に所持している場合には、 それゆえ、 正犯が同 いうに値するほど必要な物 幇助行為にあたらない。 種のナイフを既に所持していることである。 同種のナイフを販売する行為は、 いといえるのならば、 幇助行為にあたらないと考える。 関与行為時に、 正犯がナイフを買いにきた 情報を提供したの 第一章で挙げたドライ 仮定的事情とし Xは不可罰とな 利 甪 犯罪実行に 口 能な この 同 そ そ 判 種

助行為性が認められる余地は残る。 場合がほとんどであろうから、 ただし、 H 幇助行為性が肯定される場合が多い 用 方 品 の提供時に、 特に犯罪に利用しうる性質を持つ物の販売につい 正 犯 を激励するような行為があ ・と思わ れ る。 正 n 犯 ば、 が、 7

その正犯に対する物の提供行為につき、

幇助行為性

はない物である。

この場合、通常、

眼鏡屋の行為は幇助行為にあたらない。

とは、 が 認めら 正犯を勇気づける行為とも言える。その場合には、 れない場合もあろう。 しかし、 例えば、 通常では売っていない、 幇助行為性が認められる場合もあると考える。 特に犯罪に利用しうる物を販売してやるこ

慮される事案でなくても)、幇助行為性の量的判断によって、 視力は上がり、 裸眼での視力がいであったが、住居侵入前に、 正犯が関与行為時点に、既に犯罪に役立つ同種の物を所持していなかったとしても(つまり、 物が見えやすくなっているが、 0.7の視力が出る眼鏡を、 わずかに視力をあげる眼鏡は、 幇助犯の成立が否定される場合もある。 眼鏡屋で買ったとする。 犯罪実行に、 いうに値するほど必要で 眼鏡によって、 例えば、 仮定的事情 正犯は やや が考

幇 ŋ 助は、 なお、 一ヶ月後の犯罪実行を計画している客に刃物を売る場合でも、 正 関与行為が犯罪実行と時間的に接近しているか否かは、 犯の実行行為に先行して予備的に行われ、 犯罪実行と時間的に接近していない場合も多いため、 幇助行為性の成否とは無関係であると考える。 幇助行為性が認められる可能性がある。 典型的 右のよう つま な

六 おわりに

13

解するべきであろう。

以上、 中立的行為による幇助犯の処罰範囲を限定する議論を概観し、 若干の提言を試みた。 本稿の要旨は以下の

おりである。

が問題となっている事例のことである。 れ る 中立的行為とは、 特別な事例というわけではない。 可罰性が欠けるように見える行為である。 幇助犯の処罰範囲の限定は、 中立的行為事例とは、 可 中立的行為事例は、 罰性が欠けるように見える行為による幇助犯 一定の行為類型のみに適用可能な、 典型的な幇助事例 と明 特別な処罰 確 に区区 元の成否 別 ざ

観的成立要件、ス残された課題は、

それぞれの適用範囲を明らかにすることである。これらの課題については、

この幇助行為性の判断基準をさらに精査することである。

また、

違法性阻却事

由、信

頼

0)

則

別稿において考察する

して、 囲 最近の判 [限定理 何らか 学説 のほとんどが、 例 論によって行われるべきではなく、 0 制 学説におい 限が必要であると考えることに、 従来の客観的成立要件の再検討を試みている。 ては、 幇助犯の一 般的成立要件を再検討するという方針が、 幇助犯 見解の一 の 一 般的成立要件の再検討によって行われなければ 致があるといえる。そして、 それゆえ、まずは、 基本的に支持され 「幇助行為性」を具体化 従来の客観的成立要件 ならな にする そ

アプロー

チが共有されていると考えられる。

供したのか否かは、 物 る。 立. 検 それぞれ異なる上に、 の議論を精査することによって、多くの中立的行為事例を解決することができると思われる。 る行為の性質の大部分は、 対する。 要件である、 客観的成立要件段階における議論 具体的には、 情報を提供したのかによって、 この処罰範囲限定理論によれば、 事前的判断としての幇助行為性を具体化することで、さらに処罰範囲を限定することができると考え 関与行為時に実現している事実を基礎として、 関与行為時に現実に存在する事情を基礎とした上で、 中立的行為事例の行為の性質が多様でありうるためといえる。 違法性阻却事由、 幇助行為性の有無を判断する。犯罪実行にいうに値するほど必要な物・情報を提 の対立の原因は、 一定の中立的行為事例を不可罰とすることができると考える。 信頼の原則、 論者によって、 故意の段階で検討しうる性質である。 関与者が、犯罪実行に、いうに値するほど必要な 不可罰とする根拠となると考える行為 実現する可能性が高い仮定的事情も含めて しかし、 ただ、幇助の客観 議論で問題となって それゆえ、従来か の性 的 質 成 5 が

 $\widehat{1}$ 京都地判平成一八・一二・一三判タ一二二九号一〇五頁。 審判決以前の論考として、 佐久間修 「Winny 事件にみる著

法学論集一九巻四号(二○○五)一四六頁など。本判決の評釈として、岡村久道 作権侵害と幇助罪」ビジネス法務四巻九号(二〇〇四)六四頁、石井徹哉「Winny 事件における刑法上の論点」千葉大学 (二〇〇九) 三〇七頁など。 一一四頁、十河太朗「判批」平成一九年度重要判例解説(二〇〇八)一七三頁、小島陽介「判批」立命館大学法学三二〇号 豊田兼彦「判批」法学セミナー六二九号(二〇〇七)一二四頁、小野上真也「判批」法律時報八〇巻一号(二〇〇八) 「判批」NBL八四八号(二〇〇七)四一

- 2 岡村久道「判批」NBL九一六号(二○○九)一頁、穴沢大輔「判批」季刊刑事弁護六一号(二○一○)一八二頁、松宮孝 九頁、林幹人「判批」NBL九三〇号(二〇一〇)二六頁、 田兼彦「判批」刑事法ジャーナル二二号(二〇一〇)五一頁、島田聡一郎 大阪高判平成二一・一○・八公刊物未登載(季刊刑事弁護六一号(二○一○)一八三頁に登載)。本判決の評釈として、 「判批」法学セミナー六六三号(二〇一〇)一二三頁、園田寿「判批」刑事法ジャーナル二二号(二〇一〇)四〇頁、豊 上野幸彦「判批」日本法学七六巻三号一〇九九頁など。 小野上真也「判批」早稲田法学八五巻四号(二〇一〇)一三七 「判批」刑事法ジャーナル二二号 (二〇一〇) 五
- (3) 最決平成二三·一二·一九公刊物未登載
- 4 判例・裁判例の動向については、Peter Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 281ff
- (5) BGH NJW 2003, 2996, 2999.
- 路法学二七=二八合併号(一九九九)二〇六頁、山中敬一「中立的行為による幇助の可罰性」関西大学法学論集五六卷一号 (二〇〇六) 三五頁。 Marcus Wohlleben, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, S. 4. 松生光正「中立的行為による幇助(一)」姫
- 7 曲田統「日常的行為と従犯 −ドイツにおける議論を素材にして──」法学新報一一一巻三=四号(二○○四)一四二
- (8) 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂・二〇〇九)一七〇頁。
- Beihilfe, 『西原春夫先生古稀祝賀論文集 Claus Roxin, Was ist Beihilfe?, in Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 515. ## Thomas Weigend, Grenzen strafbarer 第五巻』(成文堂・一九九八)一九八頁も参照。
- 10 般的な不可罰性は問題にならない。日常的行為も、 連邦通常裁判所 (BGH NJW 2000, 3010, 3011) は、「『中立的な』、『職業上典型的な』、あるいは 職業上典型的な行為も、全ての事案で中立的ではない。 『職業上相当な』行為の およそ、

- ゆる行為を、可罰的な文脈の中に入れることができる」と述べる。
- Vgl. Thomas Rotsch, »Neutrale Beihilfe« Zur Fallbearbeitung im Gutachten, Jura 2004, S. 21
- 12 1995, S. 85 Winfried Hassemer, Professionelle Adäquanz - Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, wistra
- 13 Günther Jakobs, Akzessorietät - Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 260
- (14) 豊田·前掲注(8) 一七二頁
- 15 例えば、ドイツの裁判所の促進意思の理論、 ハッセマーの職業的相当性説 (後述)。
- 16 成立要件を検討すべきだという見解が一般的になっていると指摘する。 島田・前掲注 (2) 六五頁は、特定の行為類型につき特別な議論が妥当するという学説は廃れ、最近では、 幇助の一 般的
- 17 て、詳しへは、Monika Wolff-Reske, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995, S. 41ff. RGSt 37, 321. ほかに、促進意思の理論が示されている帝国裁判所の判例としては、RGSt 39, 44. 促進意思の理論につい
- 18 Hans Kudlich, Die Unterstutzung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 138 BGH NStZ 1993, 43. ほかに、促進意思の理論が示されている連邦通常裁判所の判例として、BGH StV 1985, 279. Vgl
- (9) BGH NStZ 2000, 34.
- (2) BGH NJW 2000, 3010.
- 21 BGH NJW 2001, 2409. ただし、判決文中には、②の基準の全ては記載されていない。
- (2) BGH NJW 2006, 522, 528.
- 23 幇助犯の成立を肯定する際、促進意思あることを要求しない判例として、BGH MDR 1989, 305
- $\widehat{24}$ Katharina Beckemper, Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgange, Jura 2001, S. 168
- (25) 島田·前掲注(2) 六五頁脚注(32)。
- (%) BGH NStZ 2000, 34. BGH NJW 2000, 3010.
- (27) BGH NJW 2006, 522, 528
- (%) BGH NJW 2000, 3010, 3011
- Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S. 207. 裁判所は、 ロクシンの見解を引用して、 一般原則を提示

してしる

(3) BGH NJW 2001, 2409

- 31 官は、 ないといわれていることから、「中立的行為あるいは日常的な取引行為をめぐって犯罪の成否が問題となる場合には、 便宜主義 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)五三頁。島田聡一郎教授は、 その理由について指摘するものとして、島田聡一郎 訴追の段階でかなり多くの事案を振り落としているのではないか」と推測する。 (刑事訴訟法二四八条)が採用されていること、検察官は犯罪の成立が相当確実に見込まれる場合でないと起訴し 「広義の共犯の一般的成立要件 いわゆる『中立的行為による幇 わが国では起訴
- (32) わが国の裁判例について、詳しくは、山中・前掲注(6)五四頁以下。
- 33 一九九一)五〇頁など。 東京高判平成二・一二・一〇判タ七五二号二四六頁。 本判決の評釈として、 新庄 郎 「判批」 法律のひろば四四巻四号

本判決の評釈として、

大出良知

判批

季刊刑事弁護五号

(一九九

(35) 豊田・前掲注(8) 一五○、一七八頁。

34

熊本地判平成六・三・一五判時一五一四号一六九頁。

六) 一九四頁。

- (36) 豊田・前掲注(2)五三頁、島田・前掲注(2)六○頁:
- (38) Beckemper, a.a.O. (Anm. 24), S. 165ff.; Rotsch, a.a.O. (Anm. 11), S. 14ff.
- in Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 20ff. 島田・前掲注(31)一一九頁以下、 論』(弘文堂・二○○五)二○九頁以下、小野上真也「従犯における客観的成立要件の具体化」早稲田法学会誌六○巻二号 (二〇一〇) 一九二頁以下。 Knut Amelung, Die »Neutralisierung« geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilfetatbestands, 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法
- (40) 曲田・前掲注(7) 一五二頁。
- (4) Hassemer, a.a.O. (Anm. 12), S. 81ff.
- Jakobs, a.a.O. (Anm. 13), S. 263. なね、)二九三頁、 松宮孝明 「刑法総論講義 [第四版] 松生光正 (成文堂・二〇〇九)二九二頁も参照。特に、豊田兼彦「共犯の一 「中立的行為による幇助(二)完」姫路法学三一・三二合併号

成立要件について」川端博ほか編『理論刑法学の探究③』(成文堂・二〇一〇)二五、二七頁参照

- 43 豊田・前掲注(42)二七、二八頁。
- Lüderssen, 2002, S. 539ff. る見解として、Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs -Bemerkungen zum Strafgrund der Unrechtskonstitution) der Beihilfe- , 1988, S. 295ff.; ders, Beihilfe durch neutrale Handlungen, in Festschrift für Klaus 同じく、そもそも犯罪的意味が欠ける行為の不可罰性を基礎付けるため、危険創出要件が認められる場合を詳細に検討す
- 45 松生·前掲注(42)二九四頁。
- 46 Weigend·前揭注(9)一九八頁。
- 47 Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 210.
- 48 Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 207ff
- 49 Heiko H. Lesch, JR 2001, S. 386. 豊田・前掲注(8)一七六頁脚注 19
- 51 二巻一=二号(二〇〇五)四五八頁 Rackow, a.a.O. (Anm. 4), S. 190. 曲田・前掲注 (7) 一九五頁、同「日常的行為と従犯(二)

主にわが国における議論を素材にして-

—」法学新報

50

- $\widehat{53}$ $\widehat{52}$ ただし、例外として、曲田・前掲注(7)一九七頁、二〇〇頁 曲田・前掲注 (51) 四六〇頁
- 54 曲田・前掲注(7)一九八頁。
- 55 まうと批判するものとして、小野上・前掲注 同説によれば、一般的には未知の手段が関与行為として用いられた場合、 <u>39</u> 一六八頁。 幇助犯の成立が否定されることになって
- 56 Weigend·前掲注(9)二〇一頁。
- 57 島田・前掲注 (2) 六○頁脚注 (7)。
- 58 Urs Kindhäuser, Zum Begriff der Beihilfe, in Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 364
- 59 Weigend·前掲注(9)二〇一頁。
- ヴァイゲントは仮定的事情を全面的に考慮していると評価されている。 島田・前掲注 (31) 八二頁 小野上・ 前掲

注

- 39)一七五頁参照。
- $\widehat{62}$ $\widehat{61}$ 島田·前掲注(31)八二頁。
- Kindhäuser, a.a.O. (Anm. 58), S. 367f.
- 63 照沼・前掲注(3)一九七頁、山中・前掲注(6)九九頁。
- 64 (6)一二九頁(なお、山中敬一教授は、類型化された個々の事例に応じて、利益衡量とは別の基準を提示してもいる。 Amelung, a.a.O. (Anm. 39), S. 20ff. 林幹人「背任罪の共同正犯」判例時報一八五四号(二〇〇四) 同·前掲注(6)一〇九頁)。 七頁、 山中・前掲注
- 65 林・前掲注(2)二九頁、三一頁。
- 66 たらないという。 Amelung, a.a.O. (Anm. 39), S. 21. 将来正犯となる者の生存を確保する、食料の提供行為は、原則として危険の創出にあ
- 67 Amelung, a.a.O. (Anm. 39), S. 22.
- 69 68 山中·前掲注(6) 一二九頁。 小野上・前掲注(39)一七一頁。
- 70 schrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 225. Harro Otto, "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, in Fest-
- $\widehat{71}$ Beckemper, a.a.O. (Anm. 24), S. 169.
- 72 島田·前掲注(31) 一○五頁以下。
- $\widehat{74}$ 73 集三二号(二〇一〇)一一二頁。 Rüdiger Philipowski, Steuerstrafrechtliche Probleme bei Bankgeschäften, in: Kohlmann, Strafverfolgung und Strafverteidi-小島秀夫「共犯論における客観的帰属と故意帰属 いわゆる中立的行為による幇助の事例をめぐって――」法学研究論
- 75 松生・前掲注(6)二一三頁。

gung im Steuerstrafrecht, 1983, S. 142ff.

- 島田・前掲注 (2) 六三頁。なお、島田教授の見解については、 照沼・前掲注 (39) 一九四、一九五、 二〇九頁脚注

- $\widehat{77}$ Rackow, BeckOK StGB Neutrale Handlungen, Stand: 01.12.2011 Edition: 17, Rn 2.
- (78) 松生·前揭注(42)二九三、二九四頁
- (79) 松生・前掲注(42)二九三、二九四頁。
- (8) Weigend・前掲注(9)二〇三頁、島田・前掲注(3)九一頁
- (81) 松生·前掲注(42)二九三、二九四頁。
- (3) Po∷in o po (Arm 20) s 20(82) 豊田・前掲注(8)一七○頁。
- (3) Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 208
- (8) 曲田・前掲注(7)一九八頁。
- (87) なお、中立的行為事例の行為が多様な性格を持つために、論者が実現すべ(86) 豊田・前掲注(8)一七五頁。(85) 林・前掲注(2)三〇頁。ただし、包丁の販売が例に挙げられている。
- 定している。 ことができる。 ブスのいう「どこにでもあるドライバー」が、二つの性質を有するからであろう。すなわち、 が住居侵入窃盗に結びつく印象を受けるかという、 ○頁脚注 しており(Roxin, a.a.O. (Anm. 29), S. 210.)、仮定的代替原因を考慮する説と位置づける。一方、島田・前掲注 の成立にあたって、 der strafrechtlichen Haftung für Begehung, ZStW 89 1977, S. 20.)として、ドライバー販売行為に対する幇助罪の成立を否 誰も予期することができない(Günther Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt -Zugleich eine Untersuchung zum Grund 行為の性質が一様でないことから、 くいことも、 日常生活性の高い物という性質である。 67 は、 ヤコブスのこの主張が、仮定的代替原因の考慮か否かについては、解釈が分かれている。 錯綜した議論を招く原因であるように思われる。ヤコブスの主張の評価をめぐる以下のような違いを挙げる ヤコブスは、どこにでもあるドライバーを自由に利用することができないために、侵入が行われないとは、 ヤコブスは仮定的判断を念頭においているのではなく、ドライバーという言葉を聞いたときに、 ドライバーは他の方法でも入手可能であったという仮定的因果経過を考慮することは許されないと批判 争点が明確になりにくい危険性がある。 ロクシンは前者、 抽象的な行為それ自体に着目しているという。 論者が実現すべきと考える価値がどこにあるのかが明確になり 島田教授は後者と解釈したと思われる。このように、 入手が容易であるという性質 差が生じる原因は、 ロクシンは、 幇助犯
- 88 日常的な取引行為については、 信頼の原則あるいは正当行為 (三五条)として違法性が阻却される余地が残されていると

90

指摘するものとして、照沼・前掲注(39)二〇二、二一一頁。 未必的故意の概念を厳格に解釈しなおす見解(島田・前掲注

89

事例において、そもそも未必的故意がたやすく認められてしまっていると批判する。 かなる場合に未必的故意を肯定することができるかについては、さらに検討される余地があるように思われる(曲田・前掲 ただ、その指摘が正しいとしても、い

(51) 四六九頁脚注(47) 参照)。

の職務行為による従犯の成否」千葉大学法学論集二六巻三号(二〇一一)七四頁以下。 例えば、社会一般に利益を与える弁護士業務においては、違法性が阻却されうるとするものとして、

Weigend·前掲注(9)二〇五頁。 島田・前掲注 31 九二、九三頁。 同・前掲注(2)六三頁。

92 91

濱田 新(はまだ あらた)

所属・現職

慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 日本刑法学会

刑法

専攻領域

(31)一○五頁)は、これらの見解が不可罰とすべきとする

小野上真也

「弁護士