

Title	幫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 year	2012
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	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20120615-0233">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20120615-0233</a>

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.

# 幫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 新

- 一 はじめに
- 二 中立的行為の意味と中立的行為事例における解決方針
  - (一) 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」
    - (2) 「中立的行為」概念のその他の意味について
  - (二) 中立的行為事例における解決方針
- 三 裁判所による処罰範囲限定理論
  - (一) ドイツの判例の動向
  - (二) ドイツの判例の検討
  - (三) わが国の判例・裁判例の動向
- 四 学説による処罰範囲限定理論
  - (一) 学説による処罰範囲限定理論
    - 1 客観的成立要件における処罰範囲限定理論
      - (1) そもそも犯罪の意味が欠ける行為の存在を認める見解
- 五 幫助の客観的成立要件の再検討——幫助行為性の具体化
  - (一) 幫助行為性が認められる前提としての正犯の決意
  - (二) 幫助行為性の量的判断
- 六 おわりに

## 一 はじめに

従来、わが国やドイツの学説・判例は、幫助犯の成立要件について、次のように考えてきた。幫助犯の成立には、幫助行為性・因果関係・幫助故意が必要である。幫助行為とは、犯罪実行を容易にする行為である。幫助の因果関係については、幫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、幫助行為によって、正犯の実行が容易になったと認められれば足りる。幫助故意は、未必的故意で足りる。

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

右の金物屋の事例（従来の幫助犯の成立要件によれば幫助となつてしまふが、それで良いのが問題となる事例）は、一般に中立的行為の事例と呼ばれている。本稿では、この中立的行為事例を素材に、幫助犯の処罰範囲の限定を試みる。まず、中立的行為とは何かを明らかにし、中立的行為事例における解決方針を述べる（第二章）。そして、裁判所による処罰範囲限定理論・学説による処罰範囲限定理論を概観し、見解の一致と対立点を明らかにする（第三章・第四章）。その上で、処罰範囲限定理論の提示を試みる（第五章）。

## 二 中立的行為の意味と中立的行為事例における解決方針

### (一) 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」

まず、中立的行為とは何かを明らかにする。裁判所は、中立的行為をどのように説明しているのか。わが国の裁判所が、中立的行為について言及した事例は一つしかない。ファイル共有ソフトのウィニーをインターネット上で不特定多数に提供した開発者が、著作権法違反幫助に問われたウィニー事件である。ウィニー事件については、二〇一一年一二月、被告人の無罪判決が確定した。開発者に幫助犯の成立を認めた一審の判決を、二審が破棄し、最高裁がその上告を棄却したのである。<sup>(3)</sup> 一審、二審、最高裁で、それぞれ理論構成は異なるものの、ウィニーは価値中立的なソフトであるとした点、価値中立的なソフトの提供行為につき幫助犯の広範な成立を否定した点は、いずれも共通している。価値中立的なソフトとは、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、と一貫して説明されている。二審は、価値中立的なソフトを提供する行為を「価値中立の行為」と呼ぶ。最高裁反対意見において、大谷剛彦裁判官は、寄与を利用する行為者の目的によって、法益侵害の危険性の有無が異なる行為を、「価値中立的行為」と呼んでいる。

ドイツには、中立的行為による幫助犯の成否を問題としたといわれる一連の判例が存在する。<sup>(4)</sup> 連邦通常裁判所は、中立的行為とは何かについて、詳細に定義してはいない。ただ、連邦通常裁判所は、職業上典型的な行為を、中立的行為と解していると思われる。なぜなら、連邦通常裁判所は、職業上典型的な行為による幫助犯の成否が争われた事例において、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て示してきたからである(例えば、BGH

NJW 2000, 3010)。なお、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る判例もある<sup>(5)</sup>。とすれば、連邦通常裁判所は、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良いであろう。ドイツの裁判所は、ウイニー事件と同じく中立的行為による幫助犯の成否を問題としながら、中立的行為の内容を、ウイ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。

学説においても、中立的行為について、定まった説明はない。例えば、その行為を実際に行う者が、その行為によって、はじめから犯罪行為と無関係な、法的に否認されていない目的を追求しているために、誰に対しても行っていたであろう一切の行為という説明がある<sup>(6)</sup>。また、日常ごくふつうになされる行為といった説明<sup>(7)</sup>や、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といった説明<sup>(8)</sup>もある。

右の様々な説明は、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、中立的行為という概念は存在しないとの見解も、有力に主張されている<sup>(9)</sup>。連邦通常裁判所 (BGH NJW 2000, 3010) は、この有力説を支持し、「日常的行为も、職業上典型的な行為も、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る。先述のとおり、連邦通常裁判所 (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、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。とすれば、連邦通常裁判所は同じ判決文中で、中立的行為の概念を認めながら、一方では中立的行為の概念を否定しているため、矛盾しているように見えるかもしれない。だが、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、矛盾はしていない。連邦通常裁判所が、「中立的行為」に適用される一般原則を示す際、この文脈での「中立的行為」とは、可罰性が欠けるように見える行為を意味すると考えられる。連邦通常裁判所が、「日常的行为も、職業上典型的な行為も、全ての事案で中立的ではない」と述べる際、この文脈での「中立的行為」とは、可罰的な文脈の中に入れることができない、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。

一般的には、「中立的行為」という概念は、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がある。<sup>(11)</sup>とすれば、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、事案に応じて、いい換えているにすぎないことになる。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の捉え方が、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、可罰性が欠けるように見える行為による幫助犯の成否が問題となっている。

中立的行為事例とは、可罰性が欠けるように見える行為による幫助犯の成否が問題となっている事例のことである。典型的な幫助犯の事例でも、可罰性が欠けるように見える事案はありうる。つまり、中立的行為事例は、典型的な幫助犯の事例とは明確に区別される、特殊な事例というわけではない。ウイニー事件については、次のようにいうことができる。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、ウイニー事件で初めて、従来とは異なる、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。単に、わが国の裁判所が、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、ウイニー事件であったというにすぎない。

## (二) 「中立的行為」概念のその他の意味について

連邦通常裁判所が、「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、その意味での「中立的行為」概念を否定したことは、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。一部の学説は、可罰性が欠けるように見える中立的行為事例の中に、刑法による分析に抗しうる、本質的に害のない、<sup>(12)</sup>類型に社会的に相当な行為が含まれていると考える。そして、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て、<sup>(13)</sup>処罰範囲を限定しようとする（その方法として、幫助の一般的成立要件とは別の特種な限定理論を構築する方法をとるも

のと、幫助の一般的成立要件を再検討する方法をとるものがある。しかし、連邦通常裁判所は、およそ、あらゆる行為が可罰的な文脈の中に入れることができる<sup>15)</sup>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。あらゆる行為によって、犯罪実行を促進することが可能であつて、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ある。

なお、中立的行為には、既に述べた二つの意味とは別の意味もある。連邦通常裁判所 (BGH NJW 2000, 3010) は、被告人の行為は「中立的な仕事」の範囲を超えていると述べて、幫助の客観的成立要件の充足を認める。そして、主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、既に挙げた二通りの意味とは異なり、幫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。

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。しかし、中立的行為の概念に複数の意味を与えることは、議論の混乱を招くように思われる。中立的行為とは、誰しも存在を認める「可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。本稿において、中立的行為とは、「可罰性が欠けるように見える行為」を指すこととする。

### (三) 中立的行為事例における解決方針

では、中立的行為事例における処罰範囲限定のために、どのような解決方針がとられるべきか。中立的行為に関する初期の議論においては、結論の妥当性を確保するため、幫助の一般的成立要件とは別の、特殊な基準の提示によって中立的行為事例を解決しようとする傾向があつた。<sup>15)</sup>しかし、提示された特別な理論が処罰感情に合った基準であつたとしても、幫助犯一般に適用し得ないのならば、場当たりのな基準であるとの評価を免れない。一定の行為類型のみに適用可能な、特別な処罰範囲限定理論を提示するという方法は、既に支持を失っている。<sup>16)</sup>最近では、正当にも、

幫助犯の一般的成立要件を再検討するという方法で、処罰範囲限定理論が構築される傾向にある。「中立的行為」は、特別の行為類型ではなく、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、幫助の一般的成立要件を再検討することによって、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。

以上、中立的行為とは、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。また、幫助犯の処罰範囲限定理論は、結論の妥当性を導く基準であることに加えて、幫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認した。次章では、裁判所による処罰範囲限定理論を概観・検討する。

### 三 裁判所による処罰範囲限定理論

#### (一) ドイツの判例の動向

ドイツの裁判所は当初、中立的行為による幫助犯を肯定するには、関与者に特殊な主観的成立要件である促進意思が存在することが必要であった(促進意思の理論)。促進意思の理論によれば、関与者に犯罪行為の認識があつても、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、幫助故意が否定されることになる。促進意思の理論が示されている判例としては、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、その行為は犯罪にならないと誤って助言した弁護士(17)の行為は、被拘禁者解放罪の幫助にあたるとした原審を破棄し、差し戻した判例、弁護士と同僚から、自己の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、誤って、法律上問題はないと答えた弁護士(18)の行為は、当事者に対する背信の幫助にあたらなかった判例などがある。促進意思の理論は、帝国裁判所だけでなく、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拠し



た判例は見あたらない。

一九九〇年代後半から、連邦通常裁判所は、中立的行為事例では、基本的に以下の一般原則を示している。①正犯の行為が、もっぱら可罰的行為をなすことを目標とし、関与者がそれを知っている場合には、その寄与行為は、幫助行為として評価されるべきである。それに対して、②関与者が、その寄与が正犯にどのように利用されるのかを知らず、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、その行為は通常、まだ可罰的な幫助行為として評価し得ない。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、援助行為によって、認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。

この①・②の一般原則が示されている判例としては、企業目的が投資資金を詐欺的に獲得することのみにある会社のために、経済状況や先物取引の危険性について記載した、顧客獲得のための小冊子を作成し、提供した弁護士<sup>19</sup>の行為は、詐欺の幫助にあたるとした原審を破棄し、差し戻した判例、<sup>20</sup>資本収益を納めたくないと考える顧客の資金を、顧客の匿名性を確保しつつ、外国へ送金した銀行員の行為は、脱税の幫助にあたるとした判例、ドイツ民主共和国の国境警備のための地雷の敷設に関する命令の起草に協力した国境警備軍の副司令官二名の行為は、殺人等の幫助にあたらぬとした判例<sup>21</sup>がある。

なお、中立的行為事例につき、前述の①・②の一般原則を示して処罰範囲を限定する近時の判例とは、やや異なった傾向を示すものとしてマンネスマン事件判決がある。マンネスマン事件では、取締役<sup>22</sup>に、(雇用契約においてあらかじめ取り決められていなかった、もっぱら報酬の性質を持ち、企業に将来的に利益をもたらさない) 特別の支払いを与えることを承認するための監査役会の決議を準備し、実行に移した取締役代表らの行為が、背任の幫助にあたるかが争われた。連邦通常裁判所は、被告人らの行為は背任の幫助にあたらないとした原審を破棄し、差し戻した。連邦通常裁判所は、幫助犯の成否を検討するにあたり、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役割

を果たすのか、むしろ伝統的な幫助の一般的成立要件によっても、十分に処罰範囲を限定し得ないのか否かは、未解決のままであると述べている。その上で、近時の判例の処罰範囲限定理論に依拠したとしても、被告人らの行為につき背任の幫助の成立が肯定されるとした。<sup>(22)</sup> 本判決は、①・②の一般原則を示して処罰範囲を限定する、近時の判例の傾向に対して疑問を提示したものと見えるであろう。

## (二) ドイツの判例の検討

促進意思を要求する判例の意義は、関与者が犯罪実行を確定的に認識していたときにも、幫助犯の成立を否定した点にある。すなわち、従来ならば幫助故意が認められる場面で、幫助故意を制限的に解釈することで、幫助犯の処罰範囲を限定しようとしたのである。

しかし、促進意思の要件は、幫助犯一般の成立要件ではなく、一定の事例に限って利用可能な特殊な成立要件である。<sup>(23)</sup> 結論の妥当性を確保するために、幫助の一般的成立要件とは別の、特殊な基準の提示によって中立的行為事例を解決しようとする促進意思の理論は、批判の対象になりこそすれ、<sup>(24)</sup> 支持する見解は現在ではほとんど見あたらない。次に、前述の①・②の一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。近時の判例理論は、幫助犯の一般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ものと評価されている。<sup>(25)</sup> ただ、判例の一般原則は、幫助の主観的成立要件に関する原則なのか、客観的成立要件に関する原則なのかは、明確でない。

①・②の基準を、幫助の主観的成立要件の段階で挙げ、幫助故意の有無を検討する判例がある。<sup>(26)</sup> さらに、①・②の基準は、主観的成立要件に関する基準であると述べる判例がある。<sup>(27)</sup> とすれば、判例の①・②の基準は、主観的成立要件に関する基準とも考えられる。①の基準は、確定的故意あるときは可罰的であるとして、従来からの幫助故意の理解を確認するものにすぎないが、②の基準は、処罰範囲限定理論として機能する。裁判所は、未必的故意の概念を、

従来よりも狭く解した。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ただけでは、未必的故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「蓋然性が非常に高いと思っただけ」<sup>(28)</sup>が必要であるとした。しかし、このように解するのならば、未必的故意が認められる場合がほとんどなくなり、幫助犯においては、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。過度に処罰範囲が広がることを避けるべきであるとするれば、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ただけの場合にのみ幫助故意を認めることは、妥当といえるかもしれない。しかし、典型的な幫助が広く不可罰となってしまう危険性がある。従来からの一般的成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。もし、前述のマンネスマン事件判決が、このような意味で、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。

一方、判例は、幫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ンの見解に依拠していると指摘されている(ロクシンの見解については後述する)。とすれば、判例の一般原則は、ロクシンの見解と同じく、幫助の客観的成立要件を再検討するものと評価できよう。実際に、①の基準によって、客観的成立要件該当性を否定した、と考えられる判例がある。<sup>(30)</sup>近時の判例の一般原則は、従来の幫助の主観的成立要件を制限する基準なのか、客観的成立要件を制限する基準なのかは明確でないが、少なくとも、従来の客観的成立要件の制限を行うことを否定してはいないことに留意すべきであろう。

### (三) わが国の判例・裁判例の動向

わが国において、中立的行為による幫助犯の成否が争われたといえる事例は多くはない。<sup>(31)</sup>以下に挙げる判例・裁判例は、中立的行為による幫助犯の成否が争われたと、しばしばいわれるものである。<sup>(32)</sup>

まず、いわゆるホテ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

が、売春周旋罪の幫助にあたるとされた裁判例がある<sup>(35)</sup>。被告人には幫助故意が認められない、被告人の行為は正当業務行為として免責されるとの主張がなされたが、本判決ではいずれの主張も否定された。

また、地方税法上の軽油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、義務者の意図を確定的に認識しつつ、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、軽油引取税不納入罪の幫助にあたらなないとされた裁判例<sup>(36)</sup>がある。裁判所は、「犯行を幫助する意思で取引を開始したわけではな」と判示しており、促進意思の理論に依拠しているといえよう。ただ、そもそも犯罪の意味が欠ける行為という意味での「中立的行為」を認める見解は、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幫助犯の成立を否定したものとと思われる<sup>(35)</sup>と評価している。

また、冒頭で紹介したウィニー事件がある。ウィニー事件の二審判決は、幫助犯一般に妥当する基準ではなく、ソフトをインターネット上で提供する場合についての、特別の限定的基準を提示した<sup>(36)</sup>。しかし、最高裁は、ソフトの提供行為という、行為の特殊性に着目した基準には、十分な合理的根拠があるとは認めがたいとして、二審判決の基準を退けた。最高裁は、幫助犯の客観的成立要件該当性は認められた上で、未必的故意の認定を厳格に解釈して、幫助故意を否定した<sup>(37)</sup>。幫助犯の一般的成立要件に基づいて、ウィニー事件を解決したといえよう。最高裁は、従来からの客観的成立要件を再検討することについては、直接態度を示していない。ただ、ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法などに照らして、客観的成立要件該当性を認めている。それゆえ、ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法によっては、客観的成立要件該当性は認められなかった可能性もある。最高裁は、客観的成立要件の段階におけ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。

わが国では、幫助犯一般に適用される、客観的成立要件を再検討したといえる判例・裁判例は見あたらない。しかし、裁判所は、従来からの幫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。

## 四 学説による処罰範囲限定理論

### (一) 学説による処罰範囲限定理論

前章では、裁判所による処罰範囲限定理論を概観・検討した。本章では、ドイツ及びわが国の主な学説による処罰範囲限定理論を検討する。ドイツでは、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一般的である<sup>(38)</sup>。すなわち、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、主観的成立要件の段階で行う見解、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。この分類が一般的である理由として、中立的行為による幫助犯の処罰範囲の限定においては、幫助犯の一つの成立要件が問題となっておりとの考え方が多数を占めていたことが挙げられよう。しかし、中立的行為事例は、客観的成立要件・主観的成立要件・違法性阻却事由の各段階にまたがる問題と捉える見解も、近年有力に主張されている<sup>(39)</sup>。本稿は、便宜上、ドイツにおける一般的分類方法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、特徴を捉えきれない有力説があることは留意すべきである。

#### 1 客観的成立要件における処罰範囲限定理論

ドイツの学説の多くは、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<sup>(40)</sup>。また、わが国の学説の多くが、客観的成立要件の再検討を試みている。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つ挙げる。

##### (1) そもそも犯罪の意味が欠ける行為の存在を認める見解

まず、そもそも犯罪の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

理論を検討する。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、幫助の一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に分けることができる。

前者の立場としては、関与行為が職業上相当な行為である場合には、幫助犯の成立を否定する職業的相当性説がある。<sup>(43)</sup>しかし、そもそも犯罪の意味が欠ける行為の類型が存在するとの考えや、特殊な限定理論による解決方針は、連邦通常裁判所によって否定されていることは、第二章で述べたとおりである。

後者の、幫助の一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、各人の、定められた客観的な役割分担の逸脱があるか否かによって、不可罰的行為と可罰的行為とを区別する見解がある。関与者の役割の逸脱があるか否かは、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。<sup>(44)</sup>混合惹起説・客観的帰属論を基礎とする豊田兼彦教授は、右の基準を具体化するために、判断の際に考慮されるべき四点の要素を挙げている。<sup>(45)</sup>一点目として、法令から基準行為が導かれる場合には、その基準行為からの逸脱の有無。二点目として、構成要件該当結果実現の切迫性(時間的・場所的近接性)。三点目として、取引の客体となる物・サービスそれ自体の中立性(特別な犯罪適合物ではないこと)。四点目として、関与者の特別な保障義務(結果発生を防止する特別な義務)の有無。以上の四点が判断要素とされている。<sup>(46)</sup>

この見解によれば、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、ドライバーを売った場合、金物屋は、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、不可罰となる。社会的に通常の日常・業務行為は、幫助犯の処罰の射程外にあると判断されるのである。<sup>(47)</sup>この見解が、職業的相当性説と異なって、幫助の一般的成立要件を再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。しかし、そもそも犯罪の意味が欠ける行為という意味での「中立的行為」の存在を認める点で賛成できない。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」は存在しない。絶対的に犯罪的ではない行為は存在しないのである

から、日常的な、害のない、中立的な援助行為と、可罰的幫助とを区別しようとする試みは成功していないとの指摘もある<sup>(46)</sup>。

(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

客観的帰属論を前提として、その許されない危険創出判断において、関与者の主観面を考慮する見解もある。代表的なものは、ロクシンの見解である。ロクシンは、「行為の性格は、行為が奉仕する目的によって規定される<sup>(47)</sup>」と考え、関与者の主観面に着目した上で、危険創出を判断する。具体的には、まず関与者が正犯の犯罪の決意を確定的に認識している場合と、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。前者の場合、犯罪の意味連関を示すときに限って可罰的となる。犯罪の意味連関が肯定されるのは、犯罪の性質を持つ行為を意識的に促進した場合、または、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。犯罪の意味連関が否定されるのは、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。一方、関与者が正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、信頼の原則によって、客観的帰属が否定される。信頼の原則の介入が否定されるのは、認識可能な犯行に至る明白な流れが存在する場合と、関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<sup>(48)</sup>。

ロクシンは、関与者の主観面を、正犯の犯罪の決意を確定的に認識している場合と、単に不確定的に認識しているにすぎない場合とで区別し、前者と後者とで、許されない危険の創出の判断基準を分ける。しかし、そのような区別が、確定的故意・未必的故意の区別を意味するのであれば、確定的故意と未必的故意とで異なった扱いをしないという、故意の一般的理解と矛盾するとの批判、また、故意が存在することを前提に許されない危険の創出があったか否かを判断することは背理であるとの批判<sup>(49)</sup>が、まさに妥当する。さらに、関与者に確定的故意ある場合と未必的故意ある場合とで、幫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<sup>(50)</sup>（近時のドイツの判例の一

般原則は、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。

なお、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、曲田統教授の見解がある。混合惹起説・客観的帰属論を基盤とする曲田教授は、ある行為が、許されない危険を生じさせたかどうかは、「寄与行為の主観面を考慮することにより、ルール違反性の程度に意を払いつつ、コミュニティにおける危険性の印象が生じた一般人の観点からいえるかどうか」<sup>(51)</sup>によって決まるといふ。つまり、関与者の故意を考慮しつつ、関与行為に「コミュニティに危険性の印象をあたえるという性質」<sup>(52)</sup>があるかどうかによって、危険創出の有無を判断する。曲田教授によれば、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できるが、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。<sup>(53)</sup>例えば、住居侵入に使用されると知りつつドライバーを提供する行為は、幫助にあたるという。<sup>(54)</sup>しかし、犯罪計画を確定的に認識しつ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。とすれば、「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、処罰範囲の限定としては、やや不十分であるといえるのではなからうか。<sup>(55)</sup>さらに、客観的成立要件の検討段階で幫助故意を考慮し、故意の程度によって許されな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。

### (3) 仮定的代替原因考慮説

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、関与行為が正犯行為の具体的結果発生蓋然性を高めたか否かを判断することによって、処罰範囲を限定する見解もある。幫助の構造から、共犯の因果性ないし客観的帰属の要件を精査する見解から、幫助概念を具体化する見解から、主張されている。仮定的代替原因考慮説は、現実化する可能性が高い代替原因を考慮した上で、促進効果を「量的」に判断し、関与行為が、正犯行為の具体的結果発生蓋然性をわずかに高めているに過ぎない場合には、不可罰とする。<sup>(56)</sup>例えば、仮に関与者から入手しなくても、正犯



は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、促進効果が否定される。一方、特に犯行に有利に働きうる物や、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、促進効果が認められるとする。ただ、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や、正犯が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、それによって、関与者が不可罰となりうる。そこで一部の学説は、規範的判断から、一定の代替原因のみを考慮する。例えば、関与行為時に行われていない正犯あるいは第三者の犯罪行為は考慮してはならないとする見解<sup>(61)</sup>や、もし、正犯が違法なビジネスを通じて同種の物を入手する可能性も高いとしても、合法的な生活形成の際には、たやすく入手することができないのであれば、その仮定的事情は考慮してはならないとする見解<sup>(62)</sup>がある。

仮定的代替原因考慮説は、たやすく手に入る日用品の提供行為を不可罰とし、一方で、特に犯罪に有利に働きうる、入手の困難な物の提供行為を可罰的とするため、幫助の一般的成立要件を再検討しつつ、結論の妥当性を図ることができるように思われる。しかし、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、促進効果の程度を判断する方法には疑問がある。<sup>(63)</sup>金物屋が、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。仮定的代替原因考慮説は、関与行為時に、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、通常、促進効果を否定する。しかし、正犯が、関与者の店で、現にドライバーの販売を必要としているのだから、そのことをまづ考慮に入れるべきではないか。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、実現している事実（この事例では、正犯がドライバーを買いにきたこと）を、まず判断要素とすべきである。仮定的代替原因考慮説の、促進効果の「量的」判断自体は、中立的行為事例における処罰範囲の限定の方法として、有益であるように思われる。しかし、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、賛成することができない。

(4) 利益衡量説

利益衡量説とは、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、処罰範囲の限定を行う見解である<sup>(64)</sup>。対立利益には、関与者の行動の自由の保障や関与行為の客観的な有用性のほか、生存の確保といった、将来正犯となる者の利益<sup>(66)</sup>、国家の利益<sup>(67)</sup>、社会にとつての利益<sup>(68)</sup>なども考慮される。行為の危険性の判断には、侵害される法益の重大性、規模の大きさ、侵害される危険性の程度の高さが考慮される。例えば、関与行為時点において、有用性よりも危険性が大きい場合には、幫助犯が成立しうる。一方、関与行為時点では危険性が小さく、有用性が大きいような、多くの取引上の行為においては、幫助犯の成立が否定されることになる。しかし、利益衡量説に対しては、利益衡量は違法性段階で行われるべきであつて、構成要件段階で行われるべきではないとの指摘がある<sup>(69)</sup>。

## 2 主観的成立要件における処罰範囲限定理論

以上、客観的成立要件における処罰範囲限定理論を概観・検討した。次に、主観的成立要件における処罰範囲限定理論を紹介する。主観的成立要件を制限的に解釈する見解として、幫助の一般的成立要件とは別の要件を提示する見解と、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。前者の例として、職業上特有な、あるいは職業上相当な行為による幫助犯の成立には、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<sup>(70)</sup>。しかし、なぜ職業上の行為が問題となる事例と、それ以外の事例とで、幫助の成立要件が異なるのか明らかではない。一定の類型に限った特別の判断基準ではなく、幫助犯一般に妥当する主観的成立要件を再検討する、後者の見解が支持されるべきであろう。後者の立場である島田聡一郎教授は、未必的故意の概念の厳格化を主張する。具体的には、関与者が自己の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、正犯の決意に関する認識（正犯が犯行を決意していることとの認識、あるいは、正犯の認識可能な犯罪に向かう傾向の現実の認識）が必要であると<sup>(72)</sup>する。

また、客観的帰属論によつては幫助犯の処罰範囲を適切に制限することができず、むしろ、正犯によつて発生した法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<sup>(73)</sup>。ただし、同説は、客観的成立要件にお

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 違法性阻却事由説

中立的行為事例の処罰の制限を、違法性阻却事由の段階で行う見解もある<sup>(74)</sup>。しかし、中立的行為事例におけるドイツの学説の多くの問題意識は、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<sup>(75)</sup>。ただ、前述のとおり、構成要件該当性を制限しつつ、違法性阻却段階においても、処罰範囲を限定する余地を認める見解が、近年有力に主張されている。つまり、中立的行為事例は一つの幫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。

中立的行為事例は、幫助犯のどの要件が問題となっているのか、必ずしも明確ではない事例である。それゆえ、中立的行為事例においては、一つの成立要件のみが問題となつていないと考えるのではなく、幫助の客観的成立要件、主観的成立要件、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、的確な推測によるものといえよう。

## (二) 小括

### 1 見解の一致

以上、判例・学説における処罰範囲限定理論を概観した。最近の判例・学説においては、幫助犯の一般的成立要件を再検討するという方針が、基本的に支持されている。

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

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。つまり、従来からの成立要件でいう、「幫助行為性」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。<sup>(76)</sup>

## 2 対立の原因

客観的成立要件段階における再検討を試みることには、見解の一致があるが、なおも、議論が収束しそうにないようにも思われる。その原因は、中立行為事例で問題となっている行為の性質が一樣でないことにあると考えられる。すでに、①日常性、②通常性、③入手の容易性、④職業関連性といった、行為の性質に鑑みて、処罰範囲の限定が行われているとの指摘<sup>(77)</sup>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。右に挙げた行為の性質に加え、⑤中立性、⑥関与者の行為目的、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社会的有用性も、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解によれば、その意味での、⑨「中立性」も、行為の性質に含めることになろう。

例えば、中立的行為事例として挙げられる、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性質として列挙されているものは、少なくとも九点ある。①日常的行為<sup>(78)</sup>、②通常的行為<sup>(79)</sup>、③市場で容易に買える物の販売行為<sup>(80)</sup>、④業務上の行為<sup>(81)</sup>、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<sup>(82)</sup>、⑥犯罪的性質を有する行為を意識的に促進する行為<sup>(83)</sup>、⑦コミュニティに危険性の印象をあたえる行為<sup>(84)</sup>、⑧有用性が大きい行為<sup>(85)</sup>、⑨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<sup>(86)</sup>、の九点がそれである。

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、中立的行為事例の行為の性質が多様でありうるため、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。行為の性質の一面に着目して、幫助行為の具体的内容を明らかにすることでは、学説は共通している。しかし、どの行為の性質が、不可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。行為の性質の着目点の違いによって、対立が生

じているのである<sup>(87)</sup>。

### 3 対立の解消

しかし、右に列挙した行為の性質の大部分は、幫助犯の成否を判断する上で考慮すべきではない性質、あるいは、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、①行為の日常性、②通常性が、そもそも犯罪の意味を持たないという意味での「中立性」を意味するならば、幫助犯の成否を判断する上で考慮されるべきではない。ただ、そうではないのならば、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る<sup>(88)</sup>。③入手の容易性については、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、疑問がある。④職業関連性も、行為の日常性・通常性の場合と同様、そもそも犯罪の意味を持たないという意味での「中立性」を意味するならば、幫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、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るように思われる。⑤中立性は、論者によって様々に定義されていた(第二章参照)ことから明らかなように、幫助犯の成否の判断基準とするには、曖昧にすぎる。⑥関与者の行為目的を、客観的成立要件段階で考慮することには賛成できない。関与者の行為目的は、主観的成立要件の段階で検討されるべきである。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、客観的成立要件段階で考慮することができない性質である。関与者の故意の存在・内容を、客観的成立要件段階で考慮することになるからである。⑥または⑦を考慮する見解は、一定の事例において、未必的故意による援助行為の不可罰性を主張するが、それは、そもそも未必的故意が存在する事案なのか、また、いかなる場合に未必的故意が存在するといえるのか、検討されるべきであろう<sup>(89)</sup>。⑧社会的有用性は、違法性阻却事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<sup>(90)</sup>。⑩そもそも犯罪の意味を持たないという意味での中立性は存在しないため、幫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。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、①日常性・②通常性・④職業関連

性・⑥関与者の行為目的・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、違法性阻却事由、あるいは信頼の原則、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。とすれば、中立的行為事例の多くは、従来からの議論を精査することによって、解決されることになるとも思える。しかし、幫助の客観的成立要件を再検討することによって、処罰範囲をさらに限定することが可能と考える。次章では、幫助の客観的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。

## 五 幫助の客観的成立要件の再検討——幫助行為性の具体化

幫助の客観的成立要件を充足するには、事後的判断である因果関係とは別に、事前的判断である幫助行為性が必要である。幫助行為性の判断基準を関与行為時とすることによって、行為時の自由保障機能が確保されると同時に、広がりやすい幫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。以下では、事前的判断である幫助行為性を具体化することによって、処罰範囲を限定する方法を提案する。

### (一) 幫助行為性が認められる前提としての正犯の決意

まず、幫助行為性が認められるには、関与行為時に、正犯が犯罪実行を決意しているか、もしくは決意しようとしていることを要する。関与行為時に、正犯が犯罪実行を決意していない場合、その関与行為は、幫助行為とはいえない。例えば、関与行為後に、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、関与行為は幫助行為とはいえず、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、島田教授の見解がある。島田教授

は、共犯の客觀的成立要件として、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<sup>(91)</sup>いる。島田教授の見解は、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。例えば、いまだ決意には至っていない者が存在し、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事例を想定しよう。島田教授の見解によれば、前者の場合には、共犯の客觀的成立要件の充足が肯定され、後者の場合は否定されることとなる。いずれも、事後的に見ると、結果発生<sup>(92)</sup>の蓋然性を高めた行為である。とすれば、関与行為時の、正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、導かれる。島田教授が、関与行為時点における行為の危険性に着目する点、兆候なく関与行為後に決意した正犯への関与行為につき幫助犯の成立を否定する点には賛成である。

## (二) 幫助行為性の量的判断

幫助行為性が肯定されるためには、関与行為時に、関与行為が正犯行為による具体的結果発生<sup>(93)</sup>の蓋然性を高めていると認められなければならないと考える。具体的には、関与行為時に実現している事実を基礎として、関与者が、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によって、判断する。

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

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、関与行為時に現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も含めて判断する。仮定的事情を考慮する理由としては、もし、何らかの

犯罪促進効果を有する物・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れば、処罰範囲が不当に拡大することになってしまうからである。なお、仮定的事情を広範に考慮するのではなく、関与行為時に現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。関与行為時点で現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。

具体例で確認しよう。一つのナイフによって、殺人を行うことを計画する正犯が、関与行為時に、利用可能な同種のナイフを既に所持していた場合、その者に同種のナイフを販売する行為は、幫助行為にあたりないと考える。この結論は、次のように導かれる。まず、この事例で、関与行為時に実現している事実とは、正犯がナイフを買ってきたことである。この事実を基礎として、関与者が、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、判断する。この事例で関与行為時に現実に存在する事情とは、正犯が同種のナイフを既に所持していることである。そして、正犯が犯罪実行に、あらかじめ所持していたナイフを使う可能性が高いといえるのならば、仮定的事情として考慮に入れる。犯罪実行に使う可能性の高い物を所持している正犯に、同種のナイフを販売する行為は、犯罪実行にいうに値するほど必要な物を提供していないといえる。それゆえ、幫助行為にあたりない。第一章で挙げたドライバーの事例についていえば、客Aが関与行為時に、同種のドライバーを既に所持している場合には、Xは不可罰となる。

正犯へ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。それゆえ、日用品の提供行為の多くは、不可罰となろう。ただし、日用品の提供時に、正犯を激励するような行為があれば、その激励行為につき、幫助行為性が認められる余地は残る。一方、特に犯罪に利用しうる性質を持つ物の販売については、正犯が所持していない場合がほとんどであろうから、幫助行為性が肯定される場合が多いと思われる。正犯が、特に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、その正犯に対する物の提供行為につき、幫助行為性



が認めら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、特に犯罪に利用しうる物を販売してやることは、正犯を勇気づける行為とも言える。その場合には、幫助行為性が認められる場合もあると考える。

また、正犯が関与行為時点で、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、仮定的事情が考慮される事案でなくても）、幫助行為性の量的判断によつて、幫助犯の成立が否定される場合もある。例えば、正犯は裸眼での視力が0.5であったが、住居侵入前に、0.7の視力が出る眼鏡を、眼鏡屋で買ったとする。眼鏡によつて、やや視力は上がり、物が見えやすくなっているが、わずかに視力をあげる眼鏡は、犯罪実行に、いうに値するほど必要ではない物である。この場合、通常、眼鏡屋の行為は幫助行為にあたらぬ。

なお、関与行為が犯罪実行と時間的に接近しているか否かは、幫助行為性の成否とは無関係であると考ええる。つまり、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、幫助行為性が認められる可能性がある。典型的な幫助は、正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、右のように解するべきであらう。

## 六 おわりに

以上、中立的行為による幫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とおりである。

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

範囲限定理論によって行われるべきではなく、幫助犯の一般的成立要件の再検討によって行われなければならない。

最近の判例・学説においては、幫助犯の一般的成立要件を再検討するという方針が、基本的に支持されている。そして、学説のほとんどが、従来の客観的成立要件の再検討を試みている。それゆえ、まずは、従来の客観的成立要件に、何らかの制限が必要であると考えすることに、見解の一致があるといえる。そして、「幫助行為性」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。

客観的成立要件段階における議論の対立の原因は、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、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。しかし、議論で問題となっている行為の性質の大部分は、違法性阻却事由、信賴の原則、故意の段階で検討しうる性質である。それゆえ、従来から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。ただ、幫助の客観的成立要件である、事前的判断としての幫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。具体的には、関与行為時に実現している事実を基礎として、関与者が、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によって、幫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・情報を提供したのか否かは、関与行為時に現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も含めて検討する。この処罰範囲限定理論によれば、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。

残された課題は、この幫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、信賴の原則、主観的成立要件、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、別稿において考察することとする。

(1) 京都地判平成一八・一二・一三判タ二二九号一〇五頁。一審判決以前の論考として、佐久間修「Winky事件にみる著

- 作権侵害と幫助罪」ビジネス法務四卷九号(二〇〇四)六四頁、石井徹哉「Windy 事件における刑法上の論点」千葉大学法学論集一九卷四号(二〇〇五)一四六頁など。本判決の評釈として、岡村久道「判批」NB L八四八号(二〇〇七)四一頁、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」法律時報八〇卷一号(二〇〇八)一四四頁、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(二〇〇九)三〇七頁など。
- (2) 大阪高判平成二一・一〇・八公刊物未登載(季刊刑事弁護六一号(二〇一〇)一八三頁に登載)。本判決の評釈として、岡村久道「判批」NB L九一六号(二〇〇九)一頁、穴沢大輔「判批」季刊刑事弁護六一号(二〇一〇)一八二頁、松宮孝明「判批」法学セミナー六六三号(二〇一〇)一三三頁、園田寿「判批」刑事法ジャーナル二二二号(二〇一〇)四〇頁、豊田兼彦「判批」刑事法ジャーナル二二二号(二〇一〇)五一頁、島田聡一郎「判批」刑事法ジャーナル二二二号(二〇一〇)五九頁、林幹人「判批」NB L九三〇号(二〇一〇)二六頁、小野上真也「判批」早稲田法学八五卷四号(二〇一〇)一三七頁、上野幸彦「判批」日本法学七六卷三号一〇九九頁など。
- (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「こつぱは」Peter Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 281ff.
- (5) BGH NJW 2003, 2996, 2999.
- (6) Marcus Wohlleben, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, S. 4. 松生光正「中立的行為による幫助(一)」姫路法学二七＝二八合併号(一九九九)二〇六頁、山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学論集五六卷一号(二〇〇六)三五頁。
- (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——」法学新報一一卷三＝四号(二〇〇四)一四二頁。
- (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。
- (9) Claus Roxin, Was ist Beihilfe?, in Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 515. また Thomas Weigend, Grenzen strafbarer Beihilfe, 『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第五卷』(成文堂・一九九八)一九八頁も参照。
- (10) 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『職業上相当な』行為の一般的な不可罰性は問題にならない。日常的行為も、職業上典型的な行為も、全ての事実で中立的ではない。およそ、あら

- ゆる行為を「可罰的な文脈の中に入れること」を「ゆる」<sup>28</sup>と述べる。
- (11) Vgl. Thomas Rotsch, »Neutrale Beihilfe«, Zur Fallbearbeitung im Gutachten, Jura 2004, S. 21.
  - (12) Winfried Hassemer, Professionelle Adäquanz - Bankentypisches Verhalten und Beihilfe zur Steuerhinterziehung, wistra 1995, S. 85.
  - (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) 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かどうかの学説は廃れ、最近では、幫助の一般的成立要件を検証すべきだという見解が一般的になっていると指摘する。
  - (17) RGSf. 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、RGSf. 39, 44, 促進意思の理論として「<sup>29</sup> 誰かには「Monika Wolff-Reske, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995, S. 41ff.
  - (18) BGH NSZ 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. Hans Kudlich, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 138.
  - (19) BGH NSZ 2000, 34.
  - (20) 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。
  - (22) BGH NJW 2006, 522, 528.
  - (23) 幫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う判例として、BGH MDR 1989, 305.
  - (24) Katharina Beckemper, Strafbare Beihilfe durch alltägliche Geschäftsvorgänge, Jura 2001, S. 168.
  - (25) 島田・前掲注(2) 六五頁脚注(32)。
  - (26) BGH NSZ 2000, 34, BGH NJW 2000, 3010.
  - (27) BGH NJW 2006, 522, 528.
  - (28) BGH NJW 2000, 3010, 3011.
  - (29) 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

しつゝ。

- (30) BGH NJW 2001, 2409.
- (31) その理由について指摘するものとして、島田聡一郎「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)五三頁。島田聡一郎教授は、わが国では起訴便宜主義(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き訴し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、検察官は、訴追の段階でかなり多くの事案を振り落とししているのではないか」と推測する。
- (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) 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、新庄一郎「判批」法律のひろば四四卷四号(一九九一)五〇頁なす。
- (34) 熊本地判平成六・三・一五判時一五一四号一六九頁。本判決の評釈として、大出良知「判批」季刊刑事弁護五号(一九九六)一九四頁。
- (35) 豊田・前掲注(8)一五〇、一七八頁。
- (36) 豊田・前掲注(2)五三頁、島田・前掲注(2)六〇頁。
- (37) 最高裁の未必的故意に関する基準の検討は、別稿にゆだねることとしたい。
- (38) Beckenper, a.a.O. (Anm. 24), S. 165ff.; Rotsch, a.a.O. (Anm. 11), S. 14ff.
- (39) Knut Amelung, Die »Neutralisierung« geschäftsmäßiger Beiträge zu fremden Straftaten im Rahmen des Beihilferbestands, in: Festschrift für Gerald Grünwald, 1999, S. 20ff. 島田・前掲注(31)一一九頁以下、照沼亮介「体系的共犯論と刑事不法論」(弘文堂・二〇〇五)二〇九頁以下、小野上真也「従犯における客観的成立要件の具体化」早稲田法学会誌六〇巻二号(二〇一〇)一九二頁以下。
- (40) 曲田・前掲注(7)一五二頁。
- (41) Hassener, a.a.O. (Anm. 12), S. 81ff.
- (42) Jakobs, a.a.O. (Anm. 13), S. 263. なお、松生光正「中立的行為による幫助(二)完」姫路法学三一・三二合併号(二〇〇一)二九三頁、松宮孝明「刑法総論講義【第四版】」(成文堂・二〇〇九)二九二頁も参照。特に、豊田兼彦「共犯の一般的

- 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。
- (44) 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 Lüderssen, 2002, S. 539ff.
- (45) 松生・前掲注(42)二九四頁。
- (46) Weigend・前掲注(6)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)。
- (50) Rackow, a.a.O. (Anm. 4), S. 190.
- (51) 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——」法学新報一二卷一―二号(二〇〇五)四五八頁。
- (52) 曲田・前掲注(51)四六〇頁。
- (53) ただし、例外として、曲田・前掲注(7)一九七頁、二〇〇頁。
- (54) 曲田・前掲注(7)一九八頁。
- (55) なお、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、幫助犯の成立が否定されることになってしまふと批判するものとして、小野上・前掲注(39)一六八頁。
- (56) Weigend・前掲注(9)二〇一頁。
- (57) 島田・前掲注(2)六〇頁脚注(7)。
- (58) Urs Kindhäuser, 'Zum Begriff der Beihilfe', in Festschrift für Harro Otto, 2007, S. 364.
- (59) Weigend・前掲注(6)二〇一頁。
- (60) 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。
- (61) 島田・前掲注(31) 八二頁。
- (62) Kindhäuser, aa.O. (Anm. 58), S. 367f.
- (63) 照沼・前掲注(39) 一九七頁、山中・前掲注(6) 九九頁。
- (64) Amelung, aa.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)七頁、山中・前掲注(9) 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いる。詳しくは、同・前掲注(6) 一〇九頁)。
- (65) 林・前掲注(2) 二九頁、三一頁。
- (66) Amelung, aa.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たらなからず。
- (67) Amelung, aa.O. (Anm. 39), S. 22.
- (68) 山中・前掲注(6) 一二九頁。
- (69) 小野上・前掲注(39) 一七一頁。
- (70) Harro Otto, "Vorgelagerte Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, in: Festschrift für Theodor Lencker, 1998, S. 225.
- (71) Beckemper, aa.O. (Anm. 24), S. 169.
- (72) 島田・前掲注(31) 一〇五頁以下。
- (73) 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幫助の事例をめぐって——」法学研究論集三三三号(二〇一〇) 一一二頁。
- (74) Rüdiger Philipowski, Steuerrechtliche Probleme bei Bankgeschäften, in: Kohmann, Strafverfolgung und Straervereidigung im Steuerstrafrecht, 1983, S. 142ff.
- (75) 松生・前掲注(6) 二二三頁。
- (76) 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(160) 参照。

- (77) Radkow, BeckOK StGB Neutrale Handlungen, Stand: 01.12.2011 Edition: 17, Rn. 2.
- (78) 松生・前掲注(42) 二九三、二九四頁。
- (79) 松生・前掲注(42) 二九三、二九四頁。
- (80) Weigend・前掲注(9) 二〇三頁、島田・前掲注(31) 九一頁。
- (81) 松生・前掲注(42) 二九三、二九四頁。
- (82) 豊田・前掲注(8) 一七〇頁。
- (83) Roxin, aa.O. (Ann. 29), S. 208.
- (84) 曲田・前掲注(7) 一九八頁。
- (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。
- (86) 豊田・前掲注(8) 一七五頁。
- (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、論者が実現すべきと考える価値がどこにあるのかが明確になりにくいことも、錯綜した議論を招く原因であるように思われる。ヤコプスの主張の評価をめぐる以下のような違いを挙げることができる。ヤコプスは、どこにも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、侵入が行われなことは、誰も予期することがない (Günther Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt – Zugleich eine Untersuchung zum Grund 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幫助犯の成立を否定している。ヤコプスのこの主張が、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。ロクシンは、幫助犯の成立にあたって、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しており (Roxin, aa.O. (Ann. 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(31) 一三〇頁脚注(67) は、ヤコプ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聞いたときに、一般人が住居侵入窃盗に結びつく印象を受けるかという、抽象的な行為をそれ自体に着目しているという。差が生じる原因は、ヤコプスのいう「どこにも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、入手が容易であるという性質と、日常生活性の高い物という性質である。ロクシンは前者、島田教授は後者と解釈したと思われる。このように、中立的行為の性質が一樣でないことから、争点が明確になりにくい危険性がある。
- (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



指摘するものとして、照沼・前掲注(39)二〇二、二一一頁。

(89) 未必的故意の概念を嚴格に解釈しなおす見解(島田・前掲注(31)一〇五頁)は、これらの見解が不可罰とすべきとする事例において、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。ただ、その指摘が正しいとしても、い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・前掲注(51)四六九頁脚注(47)参照)。

(90) 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、小野上真也「弁護士の職務行為による従犯の成否」千葉大学法学論集二六卷三号(二〇一一)七四頁以下。

(91) 島田・前掲注(31)九二、九三頁。同・前掲注(2)六三頁。

(92) Weigend・前掲注(9)二〇五頁。

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

専攻領域

刑法