



Title	中立的行為による幫助犯の成立と可罰性（一）
Author(s)	金, ジャンディ
Citation	阪大法学. 2017, 66(5), p. 25-47
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/79197
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

中立的行為による幫助犯の成立と可罰性（二）

金 ジャン デイ

はじめに

第一章 幫助犯概説

第二章 中立的行為による幫助に関する学説・判例の動向（以上 本号）

第三章 アメリカ合衆国との比較考察

第四章 中立的行為による幫助の刑事責任

おわりに

はじめに

刑法の目的は法益を保護することにあるが、その手段として使われる刑罰は、最も重い法的制裁として犯罪者の生命、自由、財産などを侵害することもある。したがって、刑罰権の濫用から国民の自由や権利を守るため、刑罰法規の解釈・適用をする際には慎重な態度が求められる。日本の刑法は、抽象的かつ一般的に規定されており、個別・具体的な事案に法律を適用するために解釈が不可欠であるが、このような解釈は予測可能な範囲内に限定されなければならない。

従来、幫助犯は犯罪を容易にすれば成立すると考えられてきた。ところが、犯罪を幫助する行為は、その方法と態様が非常に多様であり、およそあらゆる行為が幫助行為となりうることから、処罰範囲が拡大される恐れがある。さらに、刑法において幫助の定義や内容などが明記されていないため、解釈によりその範囲が過度に広がる危険性がある。したがって、幫助犯の概念、成立要件を明確化し、その処罰範囲を制限しなければならない。幫助犯の成立範囲に関する諸問題のうち、近年最も問題になっているのがいわゆる「中立的行為による幫助」である。中立的行為による幫助は、日常的な取引・業務行為などにより犯罪の実行行為を助けることを意味し、このような行為が幫助犯としての要件を満たす場合、可罰性を持つことになる。一方、このような領域において処罰範囲を拡大すれば経済活動の自由が制限される恐れがある。

中立的行為による幫助の問題は、正犯の実行行為を容易にした行為、すなわち、間接的に構成要件の結果を惹起した行為のうち可罰性をもつ行為と、そうではない行為をどのような基準により区別するものである。その基準は、当該行為の社会的な意味を考慮し、明確な理論的根拠に基づいて定めなければならない。現在日本では当該行為の可罰性について様々な議論がなされているが、かかる議論においては主としてドイツの理論が参照されている。しかし、本稿では、アメリカ合衆国の理論・判例を中心に考察したい。アメリカ合衆国は、幫助者の主観的要件を中心に中立的行為による幫助の処罰範囲を限定しており、さらに、同見解は目的説と認識説に分かれる。また、ニューヨーク州などの多数の州は、同問題を解決するために犯罪援助罪を新設している。同国は、日本と異なる法体系をもっているが、多様な観点から検討することは、問題の根本的な解決策を講じる際、より納得できる妥当な結論にたどり着くことを可能にするため有益だと考えられる。

以下では、まず、日本の幫助犯・中立的行為による幫助について概説した後、アメリカ合衆国の理論および判例

について検討する。最後に、中立的行為による幫助の刑事責任について考究する。

第一章 幫助犯概説

一 幫助犯の意義

刑法の自由保障機能を実現する近代刑法の原理の一つである罪刑法定主義によれば、犯罪と刑罰は、法律においてあらかじめ明示されなければならない。すなわち、犯罪になりうる行為を事前に明確に規定することにより、国民は自由な意思に基づいて行動することが可能になる。刑法により国民の法益を保護し、社会の秩序を維持するために手段として使われる刑罰は、人の生命、身体、自由、財産を侵害する最も重い制裁であり、それゆえに慎重に適用する必要がある。他人の法益を侵害したり、侵害する恐れがあるすべての行為が犯罪として評価されることなく、刑罰は他の制裁により規制できない場合に限り、補充的に発動されなければならない。したがって、刑法の法益保護機能と自由保障機能の間でどのように折り合いをつけるかは、刑法の最も重要な課題であろう。

前述のように、刑法各論上の構成要件は原則的に一人だけで犯罪行為を実行する単独犯が想定されており、複数人が犯行に加担した場合、処罰根拠および範囲などが問題となる。日本の刑法の第一編総則第一章において共犯が規定されている。共犯に関する諸規定のうち、幫助犯の成立について検討する際、上述した課題に直面する。⁽¹⁾ 刑法第六十二条第一項では、「正犯を幫助した者は従犯とする」と規定されているが、その方法や態様については明記されていない。幫助の方法と態様は非常に多種多様で不明確であるが、その判断は学説と判例に任されている。このような抽象的な規定は刑罰権の濫用につながる恐れがあり、自由を保障するためにその処罰範囲を限定する必要がある。

幫助（英語では aid, assistance, help）は一般的に助けることであり、すでに実行に出る決意をした正犯の構成要件の実行を容易にする行為⁽³⁾または構成要件該当事実の惹起を促進することを意味する⁽⁴⁾。したがって、まだ犯行の決意をしていない者に対して、犯意を生じさせる教唆犯と異なる。幫助犯は犯罪を自ら実行するのではなく、正犯の実行行為に加担するだけであるため、教唆犯とともに狭義の共犯に属する。

二 幫助犯の成立要件

（一）幫助者に関する要件

1 客観的要件

幫助犯が成立するためには、まず、幫助者の幫助行為が必要である。正犯を幫助する行為とは、その方法と態様が非常に多様であるが、一般的に正犯者の実行行為を容易にする行為である⁽⁵⁾。判例は、正犯者の犯罪遂行の便宜を与え、容易にすれば足り、犯罪実現にとって不可欠の要件である必要はないものとする⁽⁶⁾。また、学説も、幫助行為が正犯の行為に対するものか、結果に対するものかについては争いがあるものの、正犯の実行を容易にするものであると解している⁽⁸⁾。

幫助行為の手段・方法は限定されておらず、幫助行為が正犯の実行に対して直接的に行われたのかまたは間接的に行われたかを問わない⁽⁹⁾。幫助は、有形的・物質的方法によっても、無形的・精神的方法によっても行うことができる⁽¹⁰⁾。判例上、前者には、正犯者への凶器貸与⁽¹¹⁾、賭博者への賭博用金銭提供などがみられる⁽¹²⁾。他方、後者は、助言・激励などであり、例えば、正犯に対する情報の提供、犯罪方法の教示⁽¹³⁾、殺害に対する謝礼の保障⁽¹⁴⁾などの方法を用いて正犯者を励ますことにより犯意を強固にする場合などがみられる。

幫助態様に関して問題となるのが不作為による幫助と中立的行為による幫助である。不作為による幫助犯を否定する見解もあるが、不作為による教唆犯と同様に肯定すべきである。すなわち、幫助は作為によって行われる場合が多いが、不作為によっても行われうる⁽¹⁵⁾。例えば、居眠り運転をしている者の自動車の助手席に同乗している者が、運転上の危険を感じながら何の措置もとらなかったところ、通行人を跳ね飛ばして負傷させた場合には、運転者に対して自動車運転過失傷害罪が成立し、同乗者は、事故を予見しながら注意を与えずに放置したため、少なくとも未必的故意による幫助犯が成立するのである⁽¹⁶⁾。同問題について通説・判例においても広く認められてきた。ただし、不作為による幫助が認められるには、通常の不作為の成立要件と同様に、幫助者（主体）に保障人的地位が必要とされる。後者、すなわち、中立的行為による幫助については次章で検討することにする。

幫助行為は、一定の要件が満たされる限り、正犯の実行行為の着手前後に可能であると思われる。すでに正犯者が犯罪実行を決意した場合、実行着手前であっても幫助犯成立が可能である⁽¹⁹⁾。すなわち、着手前の予備行為に対する幫助⁽²⁰⁾、正犯の決意を強化させることも可能である。例えば、殺人を決意している者にナイフを提供する行為、墮胎を決意している者に医者を紹介する行為、放火を決意している者にガソリンを提供する行為などが考えられる。韓国の大法院によると「従犯は正犯の実行行為の際にそれを幫助する場合はもちろん、実効の着手前に将来の実行行為を予測し、これを容易にして幫助した場合も正犯行為が実行されれば成立する」と判示しており⁽²¹⁾、通説も同様である⁽²²⁾。ただし、正犯の行為が予備に留まり、さらに、当該行為に対して予備罪処罰規定がないとき、幫助行為が刑事処罰の対象にならないと解釈すべきであろう⁽²³⁾。なぜならば、未遂以前の犯行の予備は、極めて重い犯罪について例外的に処罰の対象になっているにすぎないため、違法行為の定型まで至らなかった犯罪形態であり、さらにはそのような行為は様々な手段・方法により行われ、幫助行為も様々な手段・方法によって起こりうる。したがって、

予備罪の幫助犯を認めると刑事処罰の限界を確定することが難しくなり法的安定性が害されるためである。

次に、正犯の実行行為が終了した後幫助犯が成立するか否かの問題がある（事後従犯の問題）。同問題は、実行行為が終了し結果が発生した場合と結果が発生しなかった場合に分けて考えられるが、前者に対する幫助は可罰性をもたないと解すべきである。後者の場合、すなわち、実行行為が終了したが、まだ結果が発生しなかったとき、その間に幫助が行われたらその成立を認めうるのかの問題がある。同問題について法益侵害結果がまだ確実に発生しなければ、幫助は成立するだろうが、これは現行刑法において独立の犯罪として規定されていない場合に限られる。⁽²⁵⁾韓国においても正犯の行為が終了した後行われた幫助行為も犯罪を構成するという見解が多数説である。⁽²⁶⁾同見解によると、例えば、正犯が放火して建物が燃えているところ、ある者がガソリンをまいて建物が全焼するように援助した場合、同行者は幫助に該当するとした。さらに、韓国の大法院は「カルテは患者の継続的な診療のために参考になり、したがって、看護補助人の無免許診療行為が行われた後、医師がこれをカルテに記載する行為は、正犯の既遂後の単純な事後行為であると解釈することが難しいため、無免許医療行為の幫助に該当する」と判示し、実行行為終了後に加担した医師の行為を幫助として評価し、同者を処罰した。⁽²⁷⁾

2 主観的要件

幫助犯が成立するためには、幫助者が正犯者の犯罪行為実現を予見した上で、自分の行為が正犯の犯罪行為を容易にすることについて認識・認容しなければならぬ。幫助の故意について、幫助行為により正犯の実行行為が容易となることを認識・認容すれば足りうると解する見解と、⁽²⁸⁾正犯者の実行行為によって構成要件が実現されることまでの認識・認容が求められると解する見解が対立している。前者によると、幫助行為と正犯の実行行為との間に

因果関係が不要であるが、後者によると、幫助行為と正犯の結果との間に因果関係が必要となる。幫助犯の故意において、正犯により実現される犯罪の本質的な要素を認識しなければならないが（構成要件該当事実実現の認識）、正犯者による既遂結果が発生することまでは求められないことからすれば、幫助行為によつて構成要件の結果が発生するという因果関係の認識は必ずしも要求されないと考えるべきだろう。⁽³⁰⁾したがって、正犯の犯罪実行が容易になることの認識・認容があれば足りるであろう。なぜならば、正犯者による既遂結果の認識まで要求すれば、幫助者が正犯者の犯罪行為が未遂に留まると考えたうえで幫助した場合、幫助者を処罰することができないという不合理な結果が生み出されることになるためである。⁽³¹⁾

その他、幫助者が認識した正犯の行為と現に発生した事実が一致しない場合が問題になる。例えば、正犯が人に傷害を加えるに至るかもしれないと認識しながら、匕首を貸与したところ、正犯が殺人の意思を持って匕首により人を刺殺した事案においては、錯誤理論に基づいて、傷害致死罪の幫助犯が成立する。⁽³²⁾

（二）被幫助者（正犯）に関する要件

1 客観的要件

狭義の共犯である教唆・幫助をめぐって、共犯従属性説と共犯独立性説が対立してきた。前者は古典学派の見地から主張され、共犯を処罰するためには正犯者による犯罪の実行を要求する見解であり、後者は、行為者の危険性を重視する近代学派の見地から、正犯者の実行行為がなくても、共犯を処罰することができる。後者によると、幫助行為者の反社会的性格に重視し、犯罪実現の危険性がある限り共犯として処罰することが可能になるのである。⁽³³⁾しかし、刑法典上、「正犯を幫助した」と規定したのは、幫助犯は正犯の存在を前提として、これに従属する形で

成立する趣旨として把握できる。したがって、幫助犯が成立するには正犯である被幫助者の実行行為が必要である。また、従属性の程度をめぐって最小従属形式、制限従属形式、極端従属形式、誇張従属形式が対立している。刑法の大原則である責任主義によると、責任とは、行為者個人に加えられる法的非難であるため、正犯者の責任の量に応じて、幫助犯の責任が左右されるのは不合理である。むしろ、犯罪行為に関わった者に対して個別的に責任評価をすべきである。⁽³⁴⁾それゆえ、制限的従属形式に基づいて、正犯の実行行為は、構成要件に該当する違法な行為でなければならず、有責である必要はないと解すべきであろう。真正身分犯の場合、正犯に身分が要求されるため、身分のないものを幫助した場合は幫助犯が成立しない。一方、正犯の行為が構成要件に該当する違法な行為であれば、正犯が責任無能力者であっても幫助犯が成立しうると思われる。

2 主観的要件

幫助犯は故意のある正犯の実行行為を容易にすることであり、正犯は故意犯に限定されるという見解もあるが、⁽³⁵⁾正犯に故意がない場合であっても成立しうる。通説・判例は片面的幫助犯を認めており、幫助者と被幫助者（正犯者）の間に相互的な意思連絡は不要である。したがって、過失犯に対する幫助であっても、一方的な援助行為により正犯の実行行為を容易にすれば幫助犯は成立する。例えば、XとYがマンションの廊下で喫煙した後、職場に戻っていたが、煙草の火を消さなかったことに気付いた、Yがマンションに戻って煙草の火を消そうとしたが、Xが煙草の火によって火事は発生しないと説得したうえに、あえて急いで会社に戻るようにした。その結果、煙草の火によって火事が発生した場合、Yの失火罪に対する幫助犯を認めるべきである。⁽³⁶⁾同事例において、Yに対して幫助犯ではなく、間接正犯の成立を認める見解があろう。しかし、間接正犯として処理する場合、注意義務違反によつ

て法益侵害結果を発生させたにもかかわらずYを無罪として、正犯の実行を容易にしたことに留まる者を正犯として処理されるのは不合理であろう。

三 幫助犯の刑事責任

刑法第六三条によると幫助犯の処罰については、「正犯の刑を減輕する」とされている。すなわち、正犯の行為に適用される法定刑に減輕を加えて処罰される⁽³⁷⁾。幫助犯は必要的な減輕事由であり、正犯が拘留または料料に処せられるべき犯罪を行い、それを幫助した場合は、特別の規定がないければ処罰されない⁽³⁸⁾。正犯が可罰的な未遂に留まった場合、幫助犯の刑は二重に減輕される⁽³⁹⁾。また、刑法第六五条の規定により、真正身分犯の幫助について身分のない者であっても幫助犯は成立しうる。

第二章 中立的行為による幫助に関する学説・判例の動向

一 中立的行為による幫助の意義

以上で検討したように、幫助犯が成立するためには、①主観的な幫助の故意、②客観的な幫助行為、③正犯者（被幫助者）の実行行為の開始が要件である。幫助行為の手段・方法について、直接的な方法だけでなく間接的な方法も認められており、有形的・無形的方法を問わず、さらに、作為によっても不作為によっても成立しうる。幫助犯の成立要件について、学説・判例は幅広く認めているが、このように幫助の成立について広く認めても、その成立には「幫助の故意」が不可欠であり、主観的要件を求めることによって、幫助犯の成立にある程度の絞りをはけることができるだろう。

しかし、故意により正犯の実行行為を容易にしても、幫助行為自体の特徴を考慮し、幫助であると認めがたい場合があるのではないかとこの疑問が生じる。⁽⁴⁰⁾このような議論の中心にあるのが「中立的行為による幫助」の問題である。例えば、店で物を販売すること、薬剤師が薬局で薬を販売すること、銀行の職員がお金を貸し出すことや送金することなどの業務上の行為などが考えられる。すなわち、日常的な生活上の取引のように外見上無害な行為であるが、同行為が個別具体的な事件において、正犯の実行行為を容易にした場合、幫助犯として評価され、刑事制裁が科されるべきか否かが課題になる。日本では、同課題についてすでに多数の検討が行われており、近年判例もみられる。以下では、中立的行為による幫助に関する日本の学説と判例を中心に検討する。

二 判例の検討

以下では、中立行為による幫助に関する体系的な判例を個別に検討することにしよう。

まず、幫助犯の成立が肯定した例として次のものがある。①広告代理店経営者である被告人が、いわゆる売春クラブ経営者らの注文を受け、事情を知らながら、売春の客寄せ用チラシを販売し、客寄せ広告を新聞紙上に掲載させたことが、売春クラブの経営者らの売春周旋目的誘引罪の幫助犯にあたるとして起訴された事案である。この事案において、大阪高裁は構成要件に該当する正犯の実行行為が行われた場合に、その犯行を容易にした幫助犯の成立を否定する理由はないといふべきであるとして、幫助犯の成立を肯定した。⁽⁴¹⁾②被告人が、売春周旋組織の客寄せ用の宣伝ビラを公衆電話ボックスに貼付したところ、同ビラを見た遊客がこれに記載された電話番号に電話をかけて売春婦の派遣を依頼し、これによって同周旋組織の経営者らによって売春周旋の犯行が行われたという事案においては、被告人が同経営者らのデートクラブ形式の売春クラブの実態および宣伝ビラがもつ効用について知ってい

た上で、自分の行為が売春周旋を容易にすることを認識しており、同行為により正犯の犯行が容易になったため、被告人のビラ貼付行為が周旋の幫助に該当すると認めた。⁽⁴²⁾ ③印刷業者の被告人が、ホテル経営者から依頼を受け、名称や内容に若干の変更はあったものの同種の小冊子の印刷・製本を続けた事案については、被告人がすでに警察の担当者から何度も事情聴取を受けており、ホテル経営者が売春の周旋を業としていること、および宣伝用のチラシが公衆電話ボックスなどに置かれて遊客を誘引するものであることを知らされ、その印刷が売春防止法違反の幫助に当たると警告されたほか、正犯者から幫助を隠蔽すると約束していた事実などが認められたことから、印刷が一般的に正当業務行為であり、売春の周旋に関して特別の利益を得ていなくても幫助犯が成立するとした。⁽⁴³⁾

①、②の判例においては、幫助犯が成立するために、幫助の故意が求められると示した上に、正犯の犯行が容易になることが必要であるとした。また、③においては、同事例で提供した小冊子がどのようなものだったのが問題になったが、裁判所によれば、印刷・提供された小冊子は、時間と料金については記載していないものの内容自体からホテル業者が客寄せに使用する広告をまとめたものであることが明らかであり、業者は単なる小冊子を印刷したのでなく、売春の宣伝用の小冊子を印刷したものであるとした。したがって、印刷業者が一般営業ベースで注文を受けて行った印刷行為であるというだけの理由で、その行為の違法性が阻却され、免責されることはないとした。

これに対して、幫助犯の成立を否定した判例もある。地方税法における軽油引取税の徴税の仕組みを利用して軽油の脱税取引を敢行した犯行グループから軽油を購入した業者（買主）が不納入罪の共同正犯として起訴された事案について、買主が単なる取引当事者に留まり、それ以上に売主たる特別徴収義務者と共同し一体となって元売りからの脱税犯行計画の実現に関与しているのでない限りは、たとえ買主において売主の脱税の意思を推知していた

としても自己の犯罪を実現したとはいえず、共同正犯の關係は立たないと解すべきであるとした。さらに、同行為に必要な共犯類の關係にあり、現行法において事情を知る取引相手を処罰する規定がない限り、共同正犯はもちろん、原則として教唆犯および幫助犯としても処罰すべきではないと述べている。⁽⁴⁴⁾

さて、日本には中立的技術提供が幫助犯として評価できるのかに關する代表的な判例が二つあり、以下では、両者を比較してみたい。まずは、ウィニー事件について検討しておこう。被告人は、送受信プログラムの機能を有するファイル共有ソフト「Winny（ウィニー）」を製作し、その改良を重ねたうえで、自己のウェブサイトに最新版を公表及び發布することで、インターネットを利用する不特定多数人に同ソフトを提供した。正犯者らは、個別的に同ソフトをダウンロードして、著作権者の許諾を受けないで、テレビゲームや映画のコンテンツを不特定多数のインターネット利用者に上記各情報を自動公衆送信し得るようにし、著作権者が有する著作物の公衆送信権を侵害したため、被告人が同ソフトを提供した行為が、著作権法違反の幫助に問われた。この事案において問題になっているのが、提供したソフトが適法な用途にも犯罪にも利用できるものである点と、提供行為が不特定多数者に対する者であったという点である。同事件は、第一審では有罪、⁽⁴⁵⁾控訴審、上告審とともに無罪とされた。最高裁は、⁽⁴⁶⁾原審が、インターネット上で不特定多数人に対して価値中立的なソフトを提供した事案を過大視して、積極的に犯行を進めるなどの限定を付したのは十分な根拠があるとは認めがたく、刑法第六二条の解釈を誤ったものとした。そのうえで、ウィニーが適法なファイル交換用途だけでなく、著作権侵害という違法な用途にも利用できる価値中立的ソフトで、その判断はあくまで個々の利用者に委ねられていたことから、これを提供した行為が幫助に当たるかどうかは、一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要であり、またそのことを提供者も認識、認容していることを要するとした。

二つ目のFLMASK（エフエルマスク）リンク事件の事実関係は以下で通りである。エフエルマスクを開発した被告人が①正犯者らに電子メールを送信して、エフエルマスクの使用とアダルトサイトからエフエルマスクサポートへのリンク設定と誘引し、②自身もエフエルマスクサポートからそれらのアダルトサイトへのリンクを設定して、より多くのインターネット利用者がわいせつな画像を閲覧できるようにし、正犯者らの犯行を幫助した。⁽⁴⁷⁾大阪地裁は、同事件において正犯者の行為をわいせつ物公然陳列罪に該当すると認めた上で、被告人の行為についても幫助犯成立を肯定すると判示した。すなわち、被告人は、自ら開発したエフエルマスクがもつばらアダルトサイト上の卑猥な画像のマスクを除去するために利用され、またそれによって、正犯者らの犯罪行為に便宜を与えることを予測しつつ、あえて、電子メールを送信して正犯者らの接触を求め、エフエルマスクサポートのアドレスを知らせるとともに、同ソフトの使用を推奨した。さらに、被告人のホームページから正犯のホームページへのリンクをし、より多くのインターネット利用者がわいせつな画像を閲覧できるようにしたため、正犯者らのわいせつ物陳列行為を助長促進したと評価でき、被告人の各行為は幫助行為として評価できるとした。②の行為について、被告人（幫助犯）のホームページに正犯のホームページをリンクした行為は、物理的幫助行為として評価できるのかという問題がある。自分のホームページに正犯のホームページへアクセスできるようにリンクを設定した行為は、ホームページとホームページを簡単に繋ぐために、文字列を書き込んだにすぎず、有形的正犯を援助したといえるので、⁽⁴⁸⁾無形的幫助だけが問題になる。①の行為については、二人の正犯のうち、一人は既にマスクの外し方を知っており、他方は被告人がメールで情報を提供することにより、マスクの外し方を知っていた。この場合、前者に対する物理的促進は肯定されず、後者の場合は、マスクの外し方に対する情報が簡単に手にいれることができるのであれば、物理的促進は肯定できないと思われる。ただし、物理的促進（無形的方法による幫助）が否定されても、正犯者ら

に対して、犯行に対する心理的・精神的促進があるべきである。

三 従来の学説

中立的行為による幫助の処罰基準については、ドイツにおいてさまざまな議論がなされ、関連研究の蓄積も豊富である。同問題に関する日本の学説は、ドイツの学説に触発されて大きな影響を受けており、日本においても、中立的行為による幫助について一定範囲において不可罰の領域を確保しようとする見解が示されている。⁽⁴⁹⁾①松生説は、中立的行為による幫助における業務行為者を優遇すれば、行為自由のために法益を後退させるものであり、解釈論にも刑事政策的にも支持され得ないため、同領域に関する処罰の限定は、共犯の基本原則あるいは帰属の一般原則により説明されなければならないとした。このように法益侵害に基礎を置く伝統的な見解では、法益侵害に関与する中立的行為による幫助を通常の幫助事例と本質的に区別できず、業務行為のように特殊な領域で行われる幫助行為を特に取り出して可罰性を論じるためには、そのような行為の文脈を法的に評価することのできる客観的帰属論が最も適している。そして、中立的行為による幫助の範囲を画するためには、客観的帰属の観点に基づいて、ヤコブスやヴォルフ・レスケの指摘のように、行為の表面的意味に着目する必要があるとした。さらに、こうした判断のためには、具体的な行為状況の中で正犯行為を促進する意味を有するか否かが判断されなければならないとしている。そして、業務としてルーティン化された行為や組織の中に組み込まれた行為は、そのような行為を遂行すること自体に対し規範的な行為予見が存在するとして、援助が与えられた者と遮断された世界が存在しうると主張し、その行為予期が存在する場合には、当該行為が具体的状況の中で通常の業務行為を逸脱しているとみられないかぎり、幫助犯は存在しないという。幫助犯が違反している行為規範は、正犯の規範違反を促進してはいけな

という補充的なものであり、正犯行為の促進を内容としているため、他者の行為と遮断された行為予見が存在する場合、犯罪行為促進の意義が後退し不可罰になるとした。しかし、この見解は業務の通常性の範囲が不明確であり、その具体的要件が展開されていないと批判されている⁽⁵²⁾。さらに、社会的に許容された中立的な業務上の行為であっても、個別具体的な状況下においては、他人の法益を侵害する恐れがある行為が含まれており、法益侵害行為は刑法上禁止されている。同行行為が業務上の規則に基づいて行われたとき、結果の帰属性が否定されることは不当な結果をもたらすと思われる。

②豊田説⁽⁵³⁾は、混合惹起説を採用し、可罰的な共犯が成立するためには、間接的な結果惹起行為が法的に許されない危険を創出（客観的帰属論）し、この危険が実際に構成要件の結果の中に実現したことが必要であると主張する。同説によると、「許されない危険の創出」について評価するためには、正犯の犯罪計画・正犯行為との特別な適合が認められなければならない、特別な適合は、行為の文脈や行為の際の客観的・具体的状況に基づいて判断すべきだと述べた。しかし、同説は特別な適合の範囲や要件が明確でなく、明確な基準を提示できないという問題がある。

③曲田説によると、共犯不法および処罰根拠の本質は、共同で結果を惹起させたことと、コミュニティにとって耐え難い悪しき手本として市民が受け止めることになる状況を生じさせたことであり、後者は行為規範の基準として重視した⁽⁵⁵⁾。構成要件の結果を惹起させた寄与行為の法的評価は、それが確定的故意でなされたか、不確定的故意でなされたのかの違いによって左右されると理解して、前者は相手の犯罪計画を知っていた場合であり、後者は相手の犯罪計画を知らない場合であると定義した⁽⁵⁶⁾。そして、幫助について、確定的故意を有する場合には可罰性が認められるが、不確定的故意（未必的の故意）しか有しない場合は可罰性が否定されるとした。中立的行為による幫助の成立基準に関する日本の議論が、関与行為の客観面のみに着目して問題解決を図るとする既存の見解に対する

批判から出発した同説は、⁽⁵⁷⁾ 確定的故意・不確定的故意を犯罪計画の知・不知と同視するという問題があり、内心の事情だけで処罰範囲を左右するのは、主観主義に陥る恐れがあるだろう。⁽⁵⁹⁾

④ 島田説は、仮定的代替原因を考慮に入れて、高度の蓋然性をもって他の代替手段が考えられるならば危険の増加（共犯の因果性）が否定されると説明する。具体的には、強盗を計画しているのを知っていたタクシー運転手が被害者の家まで送った場合において、正犯者がタクシーに乗った場所が他の移動手段が全くないことであれば幫助犯が成立するが、タクシー乗場のように当該タクシーを利用しなくても、他のタクシー（移動手段）に乗って被害者の家まで行くことができるのであれば、仮定的代替原因を考慮に入れて、タクシー運転手の行為は犯行の危険性を高めていないため幫助犯は成立しない。しかし、同見解は高度の蓋然性に対する明確な基準がないという問題がある。

⑤ 照沼説は、⁽⁶¹⁾ 混合惹起説に基づいて、幫助寄与には正犯の実行行為への従属が必要であり、同時に共犯自身も固有の不法を具備することが必要であるとした上で、既遂結果に対する幫助の因果性は、幫助行為としての危険創出（幫助行為の不法性が）が肯定された後に、事後の危険性判断によって、構成要件に該当し、違法性である現実になされた正犯行為を通じて創出された危険が、正犯結果の中に実現されたといえる場合に認められるとした。一方、未遂結果に対する因果性は、行為時の判断において正犯行為による結果発生 of 危険性を客観的に増加させた場合に認められるとした。また、日常取引の範疇に属する行為により正犯行為が促進された場合、一律に不可罰とされるわけではないとし、例えば、①当該行為者においてその法益侵害を生じさせないようにする法的な義務が存在したか、あるいは逆に②そのような寄与を行うことが義務付けられていたか、③正犯による犯罪実行が切迫した状況にあったかどうか、かつ、④その実行がなされていないであろうことを信頼すべき特段の事情が存在したかどうか、

という点の検討を通じて幫助行為において具備されなければならない危険創出の有無が確認され、個別的に当該関与者の正当化の有無が判断されることになる⁶²⁾。

⑥山中説は、中立的行為による幫助の可罰性を決定するためには、正犯の実行行為の容易化・促進を通じて正犯結果を惹起したか否かに関する客観的要件を充足する必要があるとした上に、その基準は正犯行為に対する客観的帰属の有無であるとした。

四 検討

中立的行為による幫助に対する可罰性を制限しようとする様々な試みは、中立的な幫助行為の正常性や日常性を考慮し、通常の幫助と比して可罰性がある程度制限すべきであるという考え方から出発する。すなわち、中立的行為は外形上、犯罪と関係ない行為のようにみえるため、可罰性のある通常の幫助行為と区別し、その成立を制限する必要がある。この問題を解決するためにドイツでは多数の研究が行われてきたが、同問題に関する研究が増加することにより、解決策が明確にならず、むしろ、複雑になっていると評価する者もある。日本も同様の状況にあり、一般的に納得できる見解があるとは言いがたい。

中立的行為による幫助に関する日本の学説・判例を検討した結果、幫助犯の一般的成立要件を修正する方法で同問題の解決を試みることが分かった。すなわち、客観的要素として正犯の行為が可罰性をもつ構成要件に該当する行為の実現を目標としており、幫助犯がこの旨について知っている場合に限り、その寄与行為を幫助行為として評価している。また、主観的には幫助犯が正犯の犯罪実現に寄与している部分を正犯がどのように利用しているか分からなかった場合、または、その行為が犯罪行為として利用される恐れがあると認識しているに過ぎなかった

場合、当該行為は可罰性のある幫助行為として評価できないとしている。中立的行為による幫助犯の成立の可否について検討する際、最も重要なことは幫助行為が外形上犯罪と関係のあるようにみえるか否かではなく、規範的に正犯の犯行を容易にした行為または促進した行為として評価できるかであろう。

これらの議論を進めるために、第三章で紹介するアメリカ合衆国の判例・学説が参考になり、続きは、そこで議論することとしたい。

- (1) 小島秀雄『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂、二〇一五年）二頁。
- (2) 尾崎哲夫『法律英語用語辞典』（自由国民社、二〇一五年）六三一頁。
- (3) 大谷實『刑法講義総論新版第四版』（成文堂、二〇一三年）四四一頁、佐久間修『刑法総論』（成文堂、二〇一四年）三九〇頁、川端博『刑法』（成文堂、二〇一四年）一七〇頁、山中敬一『刑法総論第三版』（成文堂、二〇一五年）九六〇頁、日高義博『刑法総論』（成文堂、二〇一五年）五〇一頁、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、二〇一五年）四九〇頁。
- (4) 山口厚『刑法第三版』（有斐閣、二〇一五年）一六〇頁。
- (5) 最判昭和二十四年一〇月一日刑集三卷一〇号一六二九頁は「従犯は他人の犯罪に加功する意思をもつて、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるものであつて、自ら、当該犯罪行為、それ自体を実行するものでない点においては、教唆と異るところはないのである」とした。同様な趣旨の最近の判例は、最決平成二五年四月一五日刑集第六七卷四号四三七頁、最決平成三三年二月一九日刑集第六五卷九号二三八〇頁などがある。
- (6) 大判大正二年七月九日刑録一九輯七七頁、大判大正一一年一〇月六日刑集一卷五三〇頁、大判昭和四年二月一九日刑集八卷八四頁。
- (7) これに対して不当であると主張している学者もいる。山中・前掲注(3)・九八三頁以下参照。
- (8) 大塚仁『刑法概説（総論・第四版）』（有斐閣、二〇〇八年）三三二頁、大谷・前掲注(3)・四四一頁以下、濱田新「不作為による幫助の因果関係について」法学政治学論究第一〇四卷（二〇一五年）一九八頁以下、井田・前掲注(3)・

四九〇頁、日高・前掲注（３）・五〇一頁。

（９） 佐久間・前掲注（３）・三九〇頁。

（１０） 韓国の裁判所も同様の立場である。大法院判決二〇〇七年四月二七日二〇〇七ド一三〇三によると「刑法上幫助行為は、正犯の実行行為を容易にする間接的・直接的なすべての行為をいい、その幫助は有形的、物質的な幫助だけでなく、正犯に犯行の決意を強化するような無形的、精神的幫助行為も含むと解釈すべきである」とした。同様の趣旨の判例は、大法院判決一九九五年九月二九日九五ド四五六、大法院判決一九九七年一月二四日九六ド二四二七、大法院判決二〇〇八年三月十三日二〇〇六ド三六一五、大法院判決二〇〇九年六月一日二〇〇九ド一五一八などがある。

（１１） 大判昭和十五年五月九日刑集一九卷二九七頁。

（１２） 大判大正一〇年五月七日刑録二七輯二六七頁。

（１３） 大判大正一二年三月三日刑集二卷二七七頁。

（１４） 最大判昭和五年七月一九日刑集四卷八号一四六三頁。

（１５） 韓国の裁判所も同様な意見を示している。例えば、大法院判決一九八五年一月二六日八五ド一九〇六において「従犯の幫助行為は作為による場合だけでなく不作为による場合も含まれ、法律上正犯の犯行を防止する義務がある者がその犯行について知っていたにもかかわらず防止せず犯行を容易にした場合は不作为による従犯が成立する」と判示した。その他、同趣旨の判例は、大法院判決一九九六年九月六日九五ド二五五一、大法院判決一九九七年三月十四日九六ド一六三九などがある。

（１６） 大塚仁『犯罪論の基本問題』（有斐閣、一九八二年）三四九頁、大塚・前掲注（８）・三三三頁で再引用。

（１７） 大塚・前掲注（８）・三三二頁、佐久間修『刑法総論の基礎と応用 条文・学説・判例をつなぐ』（成文堂、二〇一五年）三三二頁以下、山中・前掲注（３）・九六二頁以下、日高・前掲注（３）・五〇四頁。

（１８） 札幌高判平成一二年三月一六日（判時一一七一号一七〇頁・判例タイムズ一〇四四号二六三頁）は、同居中の内縁の夫が親権者である三歳の次男に対して、顔面、頭部を多数回殴打するなどの暴行を加え同子を死亡させた際、その暴行を制止しなかったことについて「不作为による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのにそのことを認識しながら、一定の行為をせず、これによって正犯

者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される」と判示し、内縁の夫の暴行を阻止しなかった母親に対して傷害致死幫助罪の成立を認めた。同趣旨の判例は、大阪高判昭和六二年一月二日判例タイムズ六七五号二四六頁、最判昭和二十九年三月二日裁判集刑九三号五九頁などがある。

(19) これが教唆犯と区別するための基準になる。井田・前掲注(3)・四九〇頁。

(20) 大判昭和十年三月二〇日刑集一四卷三一五頁。

(21) 韓国大法院判決一九九七年四月十七日、九六ド三三七七、同旨の判例は、韓国大法院判決一九九六年九月六日、九五ド二五五一、韓国大法院判決二〇〇四年六月二四日、二〇〇二ド九九五。

(22) シンドンウン『刑法総論第六版』(法文社、二〇一一年)六三六頁、ソンドングオン／キムジェユン『刑法総論』(栗告出版社、二〇一一年)五九八頁、キムイルス／ソボハク『刑法総論』(博英社、二〇一四年)四九二頁以下。

(23) 同様の見解として、山中・前掲注(3)・九六二頁、井田・前掲注(3)・四九〇頁以下。

(24) 大谷・前掲注(3)・四四五頁以下、山中・前掲注(3)・九六三頁、井田・前掲注(3)・四九二頁。

(25) 例えば、犯人隠匿罪および窃品等に関する罪などは現行刑法において独立の犯罪として処罰している。

(26) ソンドングオン／キムジェユン・前掲注(22)・五九八頁、キムイルス／ソボハク・前掲注(22)・四九二頁以下など。

(27) 韓国大法院判決一九八二年四月二七日八二ド一二二。

(28) 大塚・前掲注(8)・三一九頁、佐久間・前掲注(3)・三八九頁、大谷・前掲注(3)・四四一頁以下、

(29) 福田平『全訂刑法総論』(有斐閣、二〇〇四年)二八六頁以下、山中・前掲注(3)・九七九頁。

(30) 韓国では幫助者に「二重の故意」がある場合、幫助犯が成立すると評価できる。二重の故意は、正犯の犯罪実行を幫助する認識である「幫助の故意」と正犯が犯罪を実行し、既遂になって結果が発生することを認識する程度の「正犯の故意」である。したがって、幫助犯が成立するためには幫助者に故意が求められるので、過失による幫助は成立できず、場合によって過失犯として処罰することができる。ソンドングオン／キムジェユン・前掲注(22)・六〇二頁、キムイルス／ソボハク・前掲注(22)・四九四頁。

(31) 佐久間・前掲注(3)・三八九頁。

(32) 最判昭和二十五年一〇月一〇日刑集四卷一〇号一九六五頁。

- (33) 佐久間・前掲注（3）・三五三頁。
- (34) 佐久間・前掲注（3）・三五六頁以下。
- (35) 同説によると故意を超える主観的要素である目的が必要である目的犯の場合、正犯にその目的がある場合に限って幫助犯が成立するが、このような場合、正犯に目的があり、幫助犯には目的が欠けていても幫助の要件を満たしたら幫助犯成立が可能であるとする。ソンドングォン／キムジェユン・前掲注（22）・六〇四頁。
- (36) 犯罪共同説によれば過失犯に対する幫助は否定されるが、行動共同説によれば肯定されるであろう。
- (37) 刑法第六八条以下参照。
- (38) 刑法第六四条参照。
- (39) 韓国では、特別な規定が設けられており、例えば、間諜幫助（刑法第九八条第一項敵国のために間諜し、又は敵国の間諜を幫助した者は、死刑、無期又は7年以上の懲役に処する）や関税法違反（関税法第二七一条第一項）などの罪に対しては、正犯と同様な刑として処罰される。このような場合は幫助犯に対する必要的減輕の例外事由となる。
- (40) 同議論はドイツを中心に行われ、日本においてもドイツの見解を中心に議論されてきた。
- (41) 大阪高判昭和六一年一〇月二一日判例タイムズ六三〇号二三〇頁以下。
- (42) 広島地判昭和六二年一〇月九日判例タイムズ六六〇号二四六頁以下。
- (43) 東京高判平成二年十二月一〇日判例タイムズ七五二号二四六頁以下。
- (44) 熊本地判平成六年三月一五日判例タイムズ八六三号二八一頁以下。
- (45) 第一審は、幫助犯の成立範囲を無限定に拡大することが妥当ではないとしながら、価値中立的な技術を外部に提供する行為の違法性について判断する時その技術の現実的利用状況やそれに対する認識、提供の際の主観的態様が基準となり、ウィニーの利用状況などに照らし著作権違反罪の幫助犯の成立を認めた。
- (46) 最決平成二三年一二月一九日刑集六五卷九号一三八〇頁。同決定の評釈および論考として、門田成人「中立的ソフト提供者の刑事処罰」法学セミナー第六八六号（二〇一二年）一二頁、小島陽介「ファイル共有ソフトWinnyの提供につき、開発者に著作権法違反ほう助の故意がないとされた事例」判例セレクト二〇一二「I」（二〇一三年）三二頁、前田雅英「インターネット犯罪の法益侵害性とその認識」警察学論集第六五卷三三号（二〇一二年）一四〇頁、島田聡一郎「Winny

開発・提供者の罪責に関する最高裁決定」刑事法ジャーナル第三二卷（二〇二二年）一四二頁以下。

- (47) 大阪地判平成十二年三月三十日第二刑事部判決（判例集未登載）（平成九年（わ）一六一九号）、園田寿「FLMASK（エフエルマスク）リンク事件」捜査研究第五八三号（二〇〇〇年）一〇頁、藤本孝之「ファイル共有ソフトの開発提供と著作権侵害罪の幫助犯の成否—Winny事件—」知的財産法政策学研究第二六号（二〇一〇年）一九六頁以下、小向太郎『情報法入門—デジタル・ネットワークの法律』（NTT出版、二〇一一年）一一一頁。

- (48) 園田・前掲注（47）・一四頁

- (49) ドイツの学説は、全面可罰説（または拡張説）、客観説、主観説、折衷説、違法性阻却説にわかれる。そのうち、客観説が通説であり、社会的相当説、職業的相当説、客観的帰属理論で細分化される。

- (50) 照沼亮介「共犯の処罰根拠論と中立的行為による幫助」齊藤豊治他『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇〇六年）五八三頁。

- (51) 松生光正「中立的行為による幫助（一）（二）完」姫路法学第二七・二八合併号（一九九九年）二〇一頁以下、第三一・三二合併号（二〇〇一年）一三七頁以下。

- (52) 山中・前掲注（3）・九七二頁。

- (53) 豊田兼彦、「中立的行為による幫助と共犯の処罰根拠—共犯論と客観的帰属論の交錯領域に関する一考察—」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集』（成文堂、二〇〇六年）五五一頁以下、同「狭義の共犯の成立要件について—「中立的行為による幫助」および「必要的共犯」の問題を素材として—」立命館法学第三一〇号（二〇〇六年）二五一頁以下。

- (54) 曲田統「日常的行為と従犯—ドイツにおける議論を素材として」法学新報第一一一卷第三・四号（二〇〇四年）一四一頁以下、同「日常的行為と従犯—ドイツにおける議論を素材として（二・完）」法学新報第一一二卷第一・二号（二〇〇五年）四四三頁以下。

- (55) 「コミュニティにとって耐え難い悪しき手本として市民が受け止めることになる状況を生じさせたこと」が、幫助犯の成立範囲を合理的に根拠づける実質的な基準としても機能するとした。曲田・前掲注（54）・二〇二頁以下。

- (56) 曲田・前掲注（54）・一九五頁以下。

- (57) 曲田・前掲注（54）・四六二頁。

- (58) 山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学論集第五六卷第一号（二〇〇六年）一〇〇頁以下。
- (59) 佐久間修「共犯と未遂・離脱（その1）——承継的共犯と共犯関係の解消」警察学論集第六七卷第一〇号（二〇一四年）一六〇頁。
- (60) 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」立教法学第五七号（二〇〇一年）四四頁以下。
- (61) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事共犯論』（弘文堂、二〇〇五年）二二一頁以下、照沼・前掲注（50）・五六九頁以下。
- (62) 同説によると、幫助犯は正犯の構成要件該当行為を通じて実現した範囲内の結果についてのみ帰責される。照沼・前掲注（61）・二二二頁。
- (63) 山中・前掲注（58）・三四頁以下。