

日常行為と可罰的幫助

上野 幸彦

- 一、問題提起―因果的共犯論と日常行為問題の取扱
- 二、ロクシンの見解
- 三、日本での議論
 - (1) 正犯結果との関連を問題とするアプローチ
 - 〔i〕蓋然性判断の援用―仮定的代替原因の考慮
 - 〔ii〕客観的帰属論―危険創出・実現連関
 - (2) 共犯の処罰根拠論によるアプローチ
 - 〔i〕コミュニティに対する危険感
 - 〔ii〕混合惹起説
- 四、検討
- 五、日本の裁判例

一、問題提起—因果的共犯論と日常行為問題の取扱

日本において主流となつている因果的共犯論は、いわゆる結果無価値論に依拠し、法益に対する侵害ないし危険にもとづいて処罰されるとする立場から、共犯の場合においても、共犯行為は正犯によつて惹起された法益侵害結果（危険）と因果的であるがゆえに処罰されると理解し、共同正犯を含むすべての共犯形式にこの考え方を採つて^①。旧来の共犯従属性の考え方の中には、正犯の実行が存在する限り、当該正犯の犯罪に從属して共犯が成立し、正犯の罪名に共犯も從属するという極端な従属性を肯定する見解が見られ、たとえば、承継的共犯の成立においても、中途関与前の犯罪結果に対してまで正犯者の罪名に從つて共犯の責任を問うものも認められた^②。因果的共犯論は、このよ^③うな過度な共犯従属性の考えを批判して、共犯行為と正犯結果との間の因果性を強調することにより、正犯犯罪に対する行き過ぎた共犯の從属を排除し、共犯の成立範囲を合理的に限定するという意味を有していた。今日では、正犯結果との因果性が、当該結果に対する共犯責任を追及するために必要な成立要件であると一般に解されるに至つてお^④り、共犯責任を合理的な範囲に限定する試みとして、理論的な根拠を提供した因果的共犯論が果たした役割は大きい。

しかしながら、因果的共犯論によると、因果性が認められる限り、共犯としての責任を免れないという方向で、逆に共犯責任が拡大されるという危険も内包しているのである。こうした弊害は、日常行為に対する幫助犯の成立範囲に関して顕著に認められる。日常的に取引されて提供された商品が、犯行に利用された場合、販売者の商品提供行為と購入者によるその犯行への利用を通じた犯罪結果とは、因果的である。そうすると、当該商品販売行為は客観的な

幫助構成要件を充たすことになるからである。もつとも、販売者は、被提供者においてその商品を犯行に利用するという認識をもっていないのが通常であろうから、一般的に主観的要件を欠き、幫助犯の成立は認められないといえよう。だが、提供した商品によつて被提供者が犯行に出る可能性を認識し、認容していたとすると、提供者に幫助犯が成立するという帰結がもたされる。果たして、日常取引活動において、商品を販売し、その商品によつて犯罪が行われた場合、販売者が、購入者による犯行への利用可能性を予期し、それでも構わないという意思態度の存在によつて、すべて幫助として可罰的であると評価すべきであろうか。

ハンマーやナイフの販売は、人の身体・生命を侵害する凶器ともなり得るし、依頼された合鍵の製作・提供が他人の住居への侵入に利用される可能性もある。またホテルにおける客室の提供が、管理売春の役に立っているかもしれない。このように日常的な業務や取引であっても、犯罪と結びつく可能性は十分に認められる。ふつう合法的に回復・継続して行われている日常的な取引活動であっても、犯罪行為との関連性を生じる場面がしばしば見られるのである。

さらに、今日インターネットの登場によつて、匿名性をもつて非常に多くの不特定の人々が交わるサイバー空間が形成され、現実の世界と繋がっている。これを利用して、見ず知らずの者に殺人の依頼を呼びかけたり、法禁物の売買取引を誘引したりする等、負の側面として犯罪に巧みに利用されるケースも生じている。その一端に、匿名性に優れたファイル共有ソフトをネット上で提供した開発者が、そのソフトを意思連絡なくダウンロードして著作権法違反行為（公衆送信権侵害罪）を行つた正犯者の幫助犯として起訴された事案（いわゆる「Winny」事件）も位置づけられるかもしれない。ネット上で提供した自己のファイル共有ソフトが著作権侵害の手段として利用された以上、侵害結果とソ

フトの提供は因果的である。したがって、因果的共犯論によれば、提供者にダウンロードした不特定多数人の中に著作権侵害に利用する者もあり得るといふ認識・認容が存在する限り、可罰的な幫助が成立するという帰結も容易に導かれ得る。実際に、西田教授は、未必の故意による概括的幫助犯が成立すると主張されている^④。そうだとすると、インターネット事業者、プロバイダー、通信回線事業者、さらにパソコン製造メーカー、種々のソフト提供者等において、利用者の中に、著作権侵害をはじめ、サイトへの名誉棄損、侮辱といった犯罪を構成する書き込みを行ったり、麻薬等の法禁物の売買宣伝、詐欺等の犯罪行為に関与する者を巧みに誘引する書き込み等を行う者がいる、あるいは実際にそのように利用されているという認識を有している場合には、幫助として処罰することも理論上可能であるといふ結論に至るのではないだろうか。

加えて、判例の採る共謀共同正犯理論によれば、共謀は犯罪事実であるから、飲食店で客が殺人の謀議を行っているのを耳にした店主や従業員が、共同謀議が行われていることを認識しながら食事や酒その他の飲料を提供したとすると、謀議の機会ないし場所を提供したとして、殺人罪の幫助として刑事責任が問われるかもしれない。

このように、日常行為は、至る所で犯罪と接する可能性があり、かつ実際に正犯者の行為を媒介として犯罪と繋がっている。こうした状況の下で、犯罪結果と因果的である限り、故意の要件が満たされさえすれば、共犯として可罰的であるとする考え方に依るときは、その処罰の射程はかなり広汎に亘ることにならざるを得ないであろう。寄与が正犯結果と因果的であれば客観的幫助構成要件を充たすと考える因果的共犯論に依拠するだけでは、主観的要件が付け加わることにより常に幫助犯として処罰可能であるという帰結が導かれ、日常行為の問題について、可罰的幫助の成立を合理的な範囲内に限定することが困難であり、妥当な結論を得るに十分でない^⑤とすれば、寄与者の行為と犯

罪（正犯）結果との間における因果性ないし客観的な帰属関係の次元で一定の限定を試みる見解が登場することにも合理的な理由があるというべきであろう。

そこで、日常行為に対する刑事責任の存否について、刑法第六二条が規定する可罰的である「幫助」の概念を明らかにすることを通じて、幫助犯の成否という観点から、日常行為に対する可罰性の範囲を明確に提示することが、本稿の課題である。

二、ロクシンの見解

中立的行為ないし日常行為と幫助犯の成否に関する問題について、ドイツでは、RGにおいても取り扱われていたもつとも、そこでは、断片的な判断が行われていたに止まり、理論的に首尾一貫した解釈が採られていたわけではない。この問題が、「流行のテーマ」となったのは、近時のスイスにおける判決や、ドイツでも注目すべき一連の判決が出るに及んで以降のことである。この間、数多くの文献が著され、学説上の議論も大きな変貌を遂げたのである。このような近時におけるドイツでの盛んな議論について、日本でも、既に本格的な研究が行われているので、それらの紹介は、先行する優れた研究に委ねることとし、ここでは、そうしたドイツでの様々な議論の下で、独自の見解を展開し、スイスの判例に採用され、近時におけるドイツの判例にも理論的な統一の基盤を形成するうえで影響を与えたともいわれるロクシンの見解を取り上げ、本稿のテーマに対する取り組みの出発点としたい。そこで示される数多くの見解との議論は、日本における諸学説を検討するうえでも、多いに参考となり、有益であると思われるからである。^①

(1) ロクシンは、故意による因果的な危険の増加がつねに可罰的な幫助となるわけではないとして、日常ほとんどふつうの職業の遂行の枠内において行われている中立的な行為の問題を取り上げている。すなわち、小売商人が、何者かにハンマーやねじ回しを販売する場合には、この者がそれで他人の頭を殴ったり、侵入を行うであろう、と知っていたり、察していたり、心配していたとすれば、可罰的幫助であるのか、銀行員が顧客の金をその求めに応じて匿名の資金移動という方法でルクセンブルクへ振り替え、その際に客がその移転を脱税の目的で行っていることを知っている場合、幫助として責を負うのか、工場主に原料を納入している者が、その加工の過程で環境刑法の構成要件に違反していると知っている場合、幫助として可罰的となるのか、さらに、職人に仕事を依頼し代金を支払った者が、この職人がその収入の税を払っていないと聞き知っている場合、脱税の幫助を行っているのかという具体的な事例を挙げて問題を提起し、⁽⁸⁾ 寄与者が正犯者の犯行決意を知っている場合とそうでない場合とを区別して、検討を進めている。

ロクシン説の骨子は、「中立的行為」とか「日常的行為」という概念が存在するわけではないとして、第三者が正犯者の犯行決意を確実に認識している場合と単に正犯の犯行を予期している場合とに二分化して、前者の場合には正犯行為との「犯罪的意味連関」を基準にして可罰的幫助の成否を判断し、後者の場合には「信頼の原則」の適用問題として処理するというものである。

(2) ロクシンは、多くの場合には、第三者が正犯者の犯行決意に関する認識をもっておらず、その寄与の犯罪的な利用の可能性を考慮しているに過ぎないであろうとし、たとえば、ねじ回しの販売者が、購入者が侵入目的のためにその道具を利用するつもりであることは知らないが、その怪しい様子からそうかもしれないと思いつながら販売に応じ

た場合、未必の故意をもった幫助であるか否かを考えてみなければならぬとして、そのような場合は、通常信賴の原則によつて否定することができると主張する。他人の「認識可能な犯行傾向」によつて信賴の原則が覆されるのではない限り、誰でも、他人が故意の犯罪行為を行うものではない、ということを経験してもよいのである。信賴の原則は、過失犯と同様に故意犯にも妥当するものであり、信賴の原則によつて根拠づけられた許された危険により、客観的な構成要件の帰属が排除されているのであれば、もはや故意の問題は成立しない。そして、認識可能な犯行傾向とは、犯罪的な利用目的の蓋然性を抱かせる具体的な手掛りが必要とするという見地から、「怪しい様子」という主観的な印象では、認識可能な犯行傾向の根拠としては十分といえず、先の事例では幫助を否定すべきであると説く。しかし、腹を立てて通りで喧嘩を行っている共犯者が、視界内にあつた店で武器を購入するような場合には、販売者はその武器が身体傷害の実行に利用されるであろうことを考慮しているのであるから、未必の故意をもつて行つた幫助としてその犯罪に対する責任と関係づけられ得る、といふのである⁹⁾。

このように、ロクシンによれば、ほとんどの日常生活上の取引活動において、提供した物が計画された犯罪に利用されることを確実に認識していることは稀で、未必の故意で行われた幫助の承認も、たいてい信賴の原則によつて頓挫するから、日常行為はしばしば可罰性を帯びない。未必の故意の事例において、第三者の故意が許されない危険に及んでいないのであるから、法益の攻撃に欠ける。ロクシンは、ここで展開した可罰性の限界が共犯の処罰根拠および一般的な帰属原理に因るものである、といふ¹⁰⁾。

(3) 日常的な取引活動について、通常は信賴の原則の射程に入り、許された危険の範囲に属するので、正犯によつて犯罪実行に利用される寄与であつたとしても、犯罪結果との客観的な帰属が認められないため、不可罰な幫助に過

ぎない。しかし、正犯者の犯行ないしその決意を確実に認識していたり、認識可能な犯行傾向が存在するときは、もはや取引相手の合法的な行為を信頼することが許されず、許された危険の圏外となる。そこで、ロクシンは、この場合、すなわち正犯者の犯罪決意を知っている場合について検討を行う。

ロクシンは、第三者が正犯者の犯罪決意を知っており、その寄与が「犯罪的な意味連関」を有する場合に可罰的な幫助が認められると説く。¹¹⁾

それは、第三者がそのような犯罪的性質としてのある行為を促進すると意識している事例である。自己の家事用品店でハンマーを販売し、購入者の申告や第三者の情報によって、取得者が他人をそれで殺すつもりであるということを知っているのであれば、殺人の幫助として可罰的であるし、ねじ回しや類似の道具を、窃盗団の頭であること知りながらその男に売却し、それによって彼が侵入のための工具に利用するであろうことを知っている場合も、同様に侵入窃盗の幫助を行うものである。¹²⁾そして、直接に促進される行為が適法であるとしても、第三者が認識しているように、正犯者にとつてその実行の唯一の目的が犯罪行為の可能性や容易化にあるのであれば、犯罪の意味連関は存在すると説明し、脱税の手段として行われたルクセンブルグの匿名口座への資金移動に関与した銀行員の事例について、計画された脱税なしには意味がないのであるから、犯罪の意味連関があり、可罰的幫助を肯定する。¹³⁾

しかし、促進的寄与が、正犯者にとつてのみ意味があり、有用であるとみなされている適法な行為に関連しており、それに依存せず、独立した決意にもとづく犯罪実行の前提となつている場合には、犯罪の意味連関が欠ける、ということ例えば、工場主に原料を納入している者につき、その処理の際あるいはその後、納入者が知つていように、この工場主が環境保護規定に違反している場合に、それ自体として工場主にとって意味のある合法的な行為（工業製品の

製造を促進しているのであって、犯罪的意味連関をもたない。環境規定の違反は、もっぱら工場主の答責性に帰るのである。同様に、職人の仕事に対する注文や支払いについても、それ自体に意味のある完全に合法的な事象である。したがって、注文主が、職人がその収入から生じる税をごまかすつもりであることを知っている場合に、職人への注文が犯罪実行の前提であるとしても、犯罪的意味連関は成立し得ない。なぜなら、注文の客観的な意味は、非犯罪的な性質の仕事を行うことに限定しているからである。¹⁴⁾

ロクシンは、以上のように、正犯者の犯行決意を知らながら、寄与を行った者について、その寄与が犯罪的意味連関の性質を有する場合に、可罰的な幫助を認めるのである。

(4) そのうえで、自己の以上の見解と比較して制限的であったり、拡大的な諸見解に対する批判を展開する。

まず、ねじ回しの販売の事例で、販売者が購入者においてそれを侵入窃盗の遂行のために利用することを知らず、不可罰とする見解が取り上げられる。こうした結論は、ヤコブスやシューマンによって導かれている。ヤコブスは、一般に「日常生活上の交換業務」を刑罰から免除しているのである。¹⁵⁾これに対して、ロクシンは、正犯者によって取得された物が彼にとつて犯罪実行の手段として有用であり、犯罪的意味連関があるのであって、販売者がこのことを知っているのであれば、「中立的な」日常取引という性格を失い、法益への攻撃となると。そして、さらに次のようにいう。購入者が販売者に、買った品物を侵入に利用するつもりであると打ち明けていたとすれば、「普通の」販売活動であったとしても、幫助を否定することは困難であろう。そうだとすると、販売者がその情報を他の方法で（盗み聞きや正犯者の友人から）得た場合に、なぜ異なるのであろうか、と。¹⁶⁾

ヤコブスはさらに侵入がねじ回しなしでも失敗しないであろうということを指摘するが、ロクシンは、この道具を

作用した犯罪の促進の不可罰性に関してまったく理由にはならないと批判する。なぜなら、この場合に、仮定的な因果経路（他にもねじ回しの可能な調達）が不当な方法で、幫助の否認のために用いられているからである。¹⁷⁾

(5) また、シューマンは、彼によって共犯の前提として要求されている正犯者との「連帯化」を欠くとして、ねじ回し事例を不可罰とする。¹⁸⁾ 販売者は、正犯の犯行と「一緒に」行っているわけではないからである。販売者は、「未だ合法的な予備の段階で」その寄与を行ったもので、正犯の犯行と連帯していない。そうすると、実行の段階で売買が行われたときは、異なることになる。この場合に、「連帯化の印象」が「犯行の近接さ」によって成立するというのである。しかし、シューマンの「犯行の近接さ」という基準は、はつきりしていない。ねじ回しの手交が前か後かというような事情は、その犯罪促進的な作用に何の影響もないのに、なぜ販売の時点が幫助の成立を決定するのか、分らないからである。¹⁹⁾

(6) そして、ロクシンは、日常的行為自体というものは存在せず、ある行為の性格は、その行為が利用される目的によって規定されるのであると説き、その例として、銃器の使用における指導について、射撃協会の訓練の際に行われる場合には、中立的な日常行為であるが、被害者に命中させるために正犯者を支援するつもりで行われる場合には、殺人の幫助であると説明する。ゆえに、「日常行為」という概念は、区別づけることができず、「日常生活上の通常の取引業務」によって制限できるものではないし、可罰的幫助を許された行為と区別することに不適當である、²⁰⁾ というのである。

この観点から、ロクシンは、「日常行為を「社会的相当性」にもとづいて可罰性を一律に制限する見解や、社会的相当性という不明確な概念を「職業的な相当性」として精確化しようとするハッセマーの見解²¹⁾に対して、批判を加え

る。すなわち、社会的あるいは職業的な通常性というのは、規範的な正当性の基準を提供するものではない、というのである。そこで、この結論を支持する BGHSt46, 113 の判決文を引用する。「中立的な」、「職業典型的な」または「職業的に相当な」行為に関する一般的な不可罰性は、考慮に値しない。日常行為も職業典型的な行為もあらゆる場合に中立的であるわけではなく、それぞれの行為は、可罰的なコンテクストの中に置かれ得るのである。それゆえ、それらの概念は、可罰的な幫助を許される行為と区別するうえで、まったく適したものではない。」²²⁾

さらに、一定の場合に相当性の領域を限度を超えて認めるとすれば、職業的な相当性の観点は、幫助の可罰性を限定するために利用可能な基準でもないという。その例として、脱税を容易にするカムフラージュされた資金の振り替えないし具体的な助言 (LG Wuppertal 1999, 474)、あるいは他人の犯罪計画に関する規制への対応の場合を挙げて、ある銀行によって促進された行為の唯一の目的が脱税の容易化にあるという認識は、幫助の可罰性を根拠づける、と主張する。²³⁾

(7) また、その危険性のゆえに自由に販売できない品物の場合には、犯罪利用意図を知らながら提供することはつねに幫助の可罰性を導き、一般に利用可能な商品の提供については、犯行への近接さによるとするブツペの見解²⁴⁾に対して、ロクシンは、自由に販売できる犯行手段かそうではないのかという区別にも犯行の近接さにもとづくことにも異論を唱える。「計画的な毒殺の場合に悪意のある販売者の可罰性が、正犯者が記載義務のある毒薬を購入したのか、それとも自分で調合するために自由に手に入る成分を購入したのか、ということに依存し得るのであろうか」というニードマイアーの批判²⁵⁾を引用しながら、それは、当罰性の観点から理解できないばかりでなく、自由な販売の禁止は、事故や過失による法益侵害の防止に比べて、—ありとあらゆる自由に利用できる品物で遂行する—故意犯の防止

にはあまり働かない、という点を見過ぎすものであろう、と論難する。²⁶⁾

また、犯行の近接さという基準について、ブッペは、予備の段階では、正犯者が実際に犯行を行うかどうか知り得ないが、犯行直前の場合にはもはや他の方法によって行うことはほとんどないという点を根拠とするが、正犯者は、犯行の前でもまたその開始後であつてもなお、中止したり手を引くかどうか、手中にしているのである。幫助は、たいいてい予備の段階で行われるのであるから、なぜその事情が不可罰をもたらずのか、明らかではない、と。²⁷⁾

(8) ヴォーラースは、日常行為の可罰性を三つの客観的に定められた状況に制限している。一定の詳細な規範の侵害の場合、保護ないし援助義務違反、それにある行為が犯罪的な目標の利用として解釈される場合である。²⁸⁾ ロクシンは、第三のケースは、犯罪的意味連関の現象形式であるが、前二者は、既述したようにあまりに制限的であるといふ。²⁹⁾

(9) ロクシンによってここで展開された正犯者の犯罪決意の確実な認識のある場合と事後に生じる様々な可能性を予期した場合との区別に対する異論もある。たとえば、ヴァイゲントは、信頼の原則が、その結果を考慮に入れた場合にはあてはまるが、その発生を確実に認識した場合にはあてはまらないといふのは、しっかりと支えられた根拠を欠くと考えている。³⁰⁾ これに対して、ロクシンは、次のように反論する。この場合に、信頼の原則が、一般的に承認されている客観的な帰属の原理である、ということが見過ごされている、と。何かを確かに知っている者は、論理的にその反対のことを信用することはできないし、信用するわけがない。状況から見て被幫助者の認識可能な犯行傾向が知覚できるのでない限り、一般的な懸念を抱いているだけの者は、彼に頼まれた援助を行わなければならないのであり、彼の合法的な行為を信頼して良いのである。なぜなら、もしそうでなければ、機能的に作用する社会生活は不可

能となるだろう。日常行為は、許された危険の中にあり、その現象形式に信頼の原則も属しているのである。つまりここで行った区分化は、決してこのためだけの構成ではなく、一般的に妥当する帰属原則の一適用なのである。³¹⁾

(10) また、ベケンパーは、「誰でも、通常、他人が故意の犯罪行為を行うものではないということに信頼しうる。しかし、未必の故意がある場合には、幫助者は、正犯者が犯罪行為を行わないだろうと信頼してはいない。」³²⁾と、これに対して、たとえば、ねじ回しの販売者が、怪しげに見える購入者がそれによって侵入を行うつもりであるか否か気をもんだとしても、犯罪行為は起こらないと信頼しているのであれば、彼は認識のある過失で行為を行っているだけで不可罰であろう。つまり、その命題は、「疑いを持つている」寄与者の可罰性について、一般的な未必の故意と認識のある過失との区別の問題であり、信頼の原則はそれに何も付け加えるものではないということである。ロクシンは、これは誤っているという。信頼の原則は、許された危険の明確な表れとして客観的な構成要件の帰属に該当する。信頼の原則が介入する場合、ねじ回しの販売者が怪しげに見える購入者による計画された利用について知らないのであるから、既に幫助の客観的な構成要件に当たらないので、もはや主観的な構成要件や未必の故意と認識のある過失との区別も問題とはならない。販売者が購入者による犯罪遂行を真剣に心配したのかそれとも最終的にその法への忠実を信頼したのかということとは、まったくどうでもよいことである。³³⁾

(11) 上述のような議論を通じて形成された自己の見解にもとづいて、ロクシンはドイツの判例について論評する。この問題を取り扱ったRGの判例のうち、売春宿の所有者に対するパン屋や肉屋の提供を売春斡旋の幫助として処罰することを否定する判断(RGS39, 41, 48)を正当であるとするとする。その理由は、食品の摂取は合法であり、決して犯罪の促進とはならないからである。つまり、犯罪的意味連関を欠くという。これに対して、売春宿にワインを提供し

た場合について特別な方法で売春行為を促進したとするRGの判断³⁴については、一般に、売春の客だけではなくふつうの嗜好品であるから、その限りで犯罪的意味連関が欠けるといえる³⁵。

また、売り上げについて納税義務者によるそれから生じる売上税の脱税の際に――従業員などの――あらゆる協働が納税違反の幫助として認められるという見解を退けたBGH判決（BGHR StGB § 27 Abs. 1 Hilfeleistung）を、犯罪的意味連関を欠く事例として、妥当とする³⁶。

以上に対して、薬物の売人を犯行地まで車で送った者（BGH GA1981, 133）や侵入者をそこにタクシード出迎えた者（BGHSt 4, 107）は、窃盗幫助者あるいは犯人疵護者として正当に処罰されるという。なぜなら、タクシードの走行は、窃盗犯にとつてもっぱら犯罪促進的な機能をもっているからである、と³⁷。

日常行為に関する最近の議論でまず最初に問題となった一九九三年のスイス連邦裁判所の判決（Schweiz. BGE 119 (1993), 289, Nr. 55）について、ロクシンはここで支持した見解に従うものであると評価する。事案は、アフリカ産の羚羊の肉を売却していた者が、買い手がその肉をヨーロッパ産の野生の肉と偽って、詐欺行為で販売することを知っており、詐欺の幫助に問われたものである。裁判所は、納入者がヨーロッパ産の野生の肉と見せかけた場合にのみ儲けになる販売となりうることを知っており、「その納入は、可罰的な行為なしには意味がないのであり、犯罪的意味連関を肯定することができる。」として、可罰的な幫助を採用した³⁸。ロクシンは、これになにも付け加えることはないとする³⁹。

そして、BGH第五部の原則的な判例として、一九九八、一九九九、二〇〇〇年の判決が取り上げられる。

第一の判決は、背任の幫助で起訴された公証人に関する事件である (BGH NSZ RR1999, 184)。この公証人は、次のような根拠で彼の行為を不可罰であると説明した。「職業上相当な枠内で行われたものであり、委任により公証人の仕事にふさわしい任務を守ったに過ぎず、それは中立的であると考えられ可罰的な行為を示すものではない。少なくともそのような行為の場合に、条件付きの故意だけでは、…幫助を認めるのに足りないであろう。」BGHは、それに異論を唱え、被告人は「職業類型的な許された危険」の限度を超え、「認識可能である犯行傾向のある正犯者を促進させた」。「その前提の下では、単なる条件付きの故意の承認は背任の幫助にとつて十分である。」この判決は、正犯者の犯行決意に関する確実とはいえない認識の場合に、ここで支持された見解によつて信頼の原則を顧慮して、その前提に利用される認識可能な犯行傾向の基準にもとづいて、正当にもその適用を拒否したものであるという⁴⁰。

第二の判決は、詐欺の幫助として起訴された弁護士⁴¹の事案である (BGH NSZ2000, 34)。

BGHは次のように述べている。「正犯者の行為がもつばら可罰的な行為を行うことを目指し、このことを幫助を行う者が知っているのであれば、その行為寄与は幫助行為と評価することができる。この場合には、彼の作為はいつでも『日常的な性質』を失うのである。他方、幫助を行う者が、彼によつてなされた寄与がどのように正犯行為者によつて利用されるのか知らなかったり、単に彼の作為が犯罪行為の遂行に役立ちうると考えた場合には、彼の行為は通常、彼によつて認識された被幫助者の可罰的な行為の危険が、幫助を行うことによつて、認識可能な犯行傾向のある正犯者の促進を図つたものであるという程度に達し、可罰的な幫助行為として未だ評価することはできない。」ロクシンによれば、この場合に、確実とはいえない認識に関して、前の背任判決の原則に結び付けられて、さらに確実な認識と単に可能であると思うこととの区別が受け継がれており、犯罪的な意味連関の必要性は明示的には語られて

いないが、「正犯行為者の行為がもつばらある可罰的な行為を行うことを目指している」という文言によって暗に指している、と分析する。こうして、ロクシンは、新しい判例において、ここで展開された解決が普及するに至ったということができると主張している。⁽⁴¹⁾

第三の判決（BGHSt46, 107）では、BGHは、既にパンフレット事件で示された一般的に妥当すると説明された原則を脱税に利用された外国への資金移動の際の銀行職員の協力の問題に転用している。BGHは文言的にそこでの判断の原則を繰り返して、数多くの文献上の反対の意見を否定する。その際、BGHは、次のことを前提としている。被告の銀行職員が匿名の金銭の振り替えが顧客の脱税意図の一部であると確実に認識しているのか、確実には知らないうちとしても、そのような意図を考えに入れたのであれば、顧客の認識可能な犯行傾向が幫助の可罰性を生む、ということ。ロクシンは、それにまったく賛成している。⁽⁴²⁾

以上に見たように、ロクシンは、「中立的行為」とか「職業的行為」という範疇化による特別な処理には反対し、一般的な幫助犯の成立の問題として取り扱う。そして、寄与と正犯結果との間における因果的な危険増加が認められることを前提として、⁽⁴³⁾ 日常行為について、一般に「信頼の原則」の適用によって許された危険として不可罰とする結論を導き、その射程外にある行為について、「犯罪的意味連関」の有無を検討することによって、可罰的幫助の限界づけを図るのである。⁽⁴⁴⁾

三、日本での議論

日常行為ないし中立的行為をめぐるドイツでの盛んな議論の影響を受けて、近時、日本でも—それらの議論を参考

としながら、興味深い独自の見解が示されるに至っている。この問題に対する基本的なアプローチには、大別して二つのタイプを見出すことができる。その一つは、正犯結果との関連性という観点から、この問題を取り扱う見解であり、他の一つは、共犯の処罰根拠論と関連させてこの問題の解決を目指す見解である。

(1) 正犯結果との関連を問題とするアプローチ

〔i〕 蓋然性判断の援用―仮定的代替原因の考慮

さて、日本では、前述した因果的共犯論の問題を意識して⁽⁴⁵⁾、近時、島田教授は、仮定的代替原因を考慮することによって蓋然性の判断を行い、これにより共犯の成立範囲の限定を試みる見解を示されている⁽⁴⁶⁾。島田教授によれば、共犯成立に必要な因果性（結果帰属基準）は「正犯者の自律的決定が共犯者の影響下にあること、つまり共犯行為によって、当該具体的結果との関係で正犯行為が、結果発生⁽⁴⁷⁾の蓋然性を高められ、かつその作用が当該結果発生に至る正犯者の最終的行為の時点までおよんでいる」場合に認められる⁽⁴⁸⁾。そこで、蓋然性が高められたか否かの判断において、一定の仮定的代替原因を考慮することが必要不可欠であり⁽⁴⁹⁾、「その存在によって結果が同様に実現されていたであろう仮定的代替原因の介入が、共犯行為の時点において、かなり高度の蓋然性を持って見込まれる場合⁽⁵⁰⁾」は、因果性が否定されると説かれ、具体的な事例群を挙げて、それについて詳細な分析と検討が行われている⁽⁵¹⁾。

この考えは、いわゆる結果無価値論を前提として、共犯行為と正犯（犯罪）結果との間に―コンディチオ・シネ・クヴァ・ノンの公式の意味での条件関係（必須条件に限らない）のほかに―、結果帰属にとつて蓋然性（換言すると、結果発生に対する相当な危険の発生ともいえようか）を必要とする立場から、共犯の成立範囲に一定の限定を試みる見解で、

その蓋然性判断において、相当因果関係論で用いられる相当性の判断枠組みを活用して、—いわば共犯の場合についても相当因果関係における相当性の判断を行うことによつて—、相当とはいえない、つまり結果発生蓋然性の低い寄与行為を排除しようとするものであるように思われる。相当因果関係論の折衷説によると、相当性を判断する際に基礎とする事情は、行為時の事情および予見可能な将来の事情である。共犯の場合には、正犯者による行為という（他）人の任意な行為が介在するので、この正犯者の行為の予測が不可欠であるが、この見解は、おそらくこの点において仮定的代替原因を考慮することが不可避であると考えるのであろう。

そこで、関与行為と結果との因果性の判断（正犯行為に対する相当因果関係の起点となる危険）について、考慮されるべき代替原因を整理して、次のような基準が示されている。⁽⁵¹⁾ まず、現実に行われた関与行為が存在しなかったとしたら、その行為と同様の効果がある行為を、正犯者あるいは第三者が代わつて行つていた高度の蓋然性があるか否かを検討し、「i」そのような高度の蓋然性が認められない場合には、当該関与行為のある状態とない状態とを単純に比較して正犯の犯行実現の蓋然性が高められたか否かを検討する。「ii」現実に行われた関与行為と同様の効果のある行為が高度の蓋然性を持つて見込まれる場合（但し、それが犯罪行為に当たる場合を除く。）には、その行為によつて危険性の観点から見て、同様の効果が生じていたか否かを検討する、というものである。

以上の基準にもとづいて、提供した物が利用された場合の物理的因果性につき、侵入窃盗に利用されると知りながら、ねじ回しを販売するという具体的事例に関して、「明らかに同性能のねじ回しが側の他の店で簡単に買える場合」⁽⁵²⁾には、因果性を欠き、不可罰となると説かれる。すなわち、この場合には、その者がねじ回しを販売提供しないとしても、正犯者は付近にある店からも容易に調達できるため、犯行実現の蓋然性を高めたとは判断することができず、

因果性を認めることができないというのである。

これに対して、正犯者が居住し、その犯行圏内に、ねじ回しを販売している店が一軒しかない場合や、ねじ回しを販売する店はいくつが存在するものの、他店で販売されていたねじ回しはいずれも性能が劣っていたとすると、物理的因果性が肯定されることになり、提供者は可罰的ともなり得る。それでは、近所に親戚や知り合いがおり、そこから調達できたといえる事情が存在した場合や、正犯者もしねじ回しが手に入らなければ、ハンマーやペンチを使って侵入しようと計画していたら、どうなるのであろうか。このように考慮する諸事情は、個別の事件においてかなり多様で、しかも、一おそらく、いかに個別具體の事情を積み上げてもなお―実はその範囲について必ずしも明確とはならない（つまり不確定な）場合もあり得るように思われる。同一の寄与行為でありながら、何故、販売店舗の寡やそこで販売されている商品の性能次第で、犯罪が成立したり、しなかったりするのであろうか。この結論と、法益保護という観点―被害者の侵害利益に異なるところはない―は、どのように結合しているのであろうか。目の前の客が犯行に利用することを承知しながら商品を提供し、購入者が実際にそれを用いて住居侵入窃盗を行ったという、現実に生じた事実は、どうなったのであろうか。犯行に役立ち得る品物を提供し、それを犯行手段として用いて犯罪が遂行された場合、提供から犯罪結果に至る一連のプロセスに、特段の不当な事情が存在するわけではないにもかかわらず、犯罪結果との（物理的）因果性が認められたり、認められなかつたりするという帰結には、理解しにくい面のあることも否定できないであろう。⁵³

そもそも、いま問題としているのは、寄与行為と正犯者によって遂行された犯罪結果との関係である。幫助をその作用に着目して機能的に観察すると、犯行手段の提供、犯行機会の提供、利益の提供や情報の提供それに直接の犯行

への現場関与が主要なものである。構成要件は、それを充たす結果との客観的な事実として、犯行のために提供された物やサーヴィスが、実際に正犯の犯行にその作用を及ぼし、結果に影響を与えたことを要求しているのであって、これ以上でも以下でもない。もしそうだとすると、侵入に役立ち得る性質を備える物品を販売提供し、購入者が実際にこれを利用して犯行を行い、侵入を果たしたのであれば、その提供行為と侵入結果とは疑いもなく因果的である。なぜなら、販売した物品が侵入の犯行に役立つているからである。犯罪の実現にとって役立ち得る性質を有する限り、いつでも法益を攻撃するのに利用でき、この意味において、法益を侵害したり危険にする可能性が認められよう。そして、—実際に起きた出来事以外の事情を考慮したり、それと比較したりすることなく—現実に正犯者によって実現された具体的な犯罪結果との関係における寄与行為自体の危険性を判断することも十分可能である。正犯者や第三者の選択的な行為の確率は、現実に生じた事実を変更するものではない。刑事責任は、過去の行為事実に対して生じるもので、その事実の発生可能性によって左右されるというわけではないであろう。実際に起きた出来事は一つであって、他の起こり得た事情を想定して、それとの比較を通じて蓋然性ないし危険性を判断するという方法は、現実にはそうではなかった仮想事情を基準に判断を行っているが、それはあくまで非現実の仮想に過ぎない。しかも真に確たる仮定といえるのかどうかも、—論者の詳細な分析にもかかわらず、様々なあり得る事情は際限なく（自由に）想定できる余地もあり—、必ずしも定かではないように思われる。そうすると、そのような不確かで曖昧な基準によって、刑事責任の有無に直結する判断を行うことに、疑問も生じよう。単独（正）犯の場合にも、しばしば仮定的条件の設定に関して問題となっており、これを共犯の場合に持ち込むものである。やはり、仮定的代替原因を考慮するという方法の採用には、疑問を覚えざるを得ない⁵⁵。ロクシンも、一貫して仮定的代替条件を考慮することは妥当で

ないと述べている。⁵⁶

また、島田教授は、日常行わないし中立的行為と幫助犯の成立の問題を、蓋然性の問題として位置つけて、その解決を図っておられる。しかし、ロクシンの議論からも明らかなように、このテーマは、寄与行為の不法性に（も）関連しており、その問題の性質上、因果関係論によつて解消できるというわけではないように思われる。山中教授が指摘されているように、「中立的行為の幫助の成立要件の問題が、仮定的代替原因の考慮という一般的な因果関係の問題に還元されている点」に問題がある。⁵⁷

島田教授とほぼ同様の手法で、事例を細分化したうえで、仮定的代替原因を考慮しつつ可罰的幫助が成立する要件について詳細に検討を行い、その精緻化を試みられる西貝氏は、―あたかも幫助犯処罰のための要件事実のマニユアルとも呼ぶべき―その詳細な要件の検討において、先に例示した物の提供のケースについて、他の店で当該物と同種の物を買えたことまで考慮するのは妥当でないとして、島田説の結論に反対しておられる。⁵⁸ このことは、仮定する代替原因の設定や範囲が、論者によつて必ずしも定かではなく、可變的であるという実情を示している。その結果として、可罰的幫助となるか否かの結論も分れることになる。同一の寄与行為であったとしても、想定する代替原因によつて結論が左右されるだけでなく、考慮する代替原因の選択やその範囲についても明確ではないとすると、いったい市民は、何を頼りに幫助として処罰される範囲や限界を判断すればよいのであるか。刑法が刑罰法規を明確な形で公示することによつて、一般市民に対して犯罪行為として処罰される範囲を明らかにし、犯罪から遠ざける一般予防的機能を果たすと同時に、可罰範囲をはつきりと限界づけることによつて、その範囲外の行為の自由を絶対的に保障するという役割を担っているとすると、分厚いマニユアルを読まなければ可罰範囲が理解できず、しかもそのマ

ニュアールには内容の異なる複数の版が流通しているという状況は、好ましいものではないであろう。

刑法解釈学が、刑法の一般予防的機能ならびに自由保障機能の促進にも奉仕すべきであると考えるのであれば、「幫助」という多義的な概念について、刑法が内在させている基本原理や認識できる刑法体系にもとづいて合理的に可罰性を導く明確な指針ないし基準を示すことが重要なのではないだろうか。このような刑法解釈学の目的ないし課題に照らして、一般市民が信頼し得る行為規範を明確に提示する必要も重要であるとすれば、詳細な個別事案における様々な事情——假定事情も含めて——を勘案しなければ、可罰的となるか否か、有罪か無罪か判断できないとする解釈の提案だけでは、残念ながら、その目的を十分に達成しているとは評価できないように思われる。わたくしとしては、この観点からも、仮定的代替原因を考慮する判断方法には疑問を抱かざるを得ない。

〔ii〕 客観的帰属論——危険創出・実現連関

客観的帰属論の立場から、実行行為に対する特殊な危険の創出および正犯の実行の着手への危険の実現を、正犯結果を援助行為に帰属させる要件とし、それらの判断を通じて解決を試みておられるのが、山中教授である。⁶⁰ 山中教授によれば、片面的幫助のケースにおいて、犯罪に使用されると知りながら法禁物を提供する場合は、原則として法的に否認された危険創出行為に該当し可罰的幫助となるのに対して、日常使用危険物を提供する場合には、犯罪に使用されることが明白である場合を除き、犯罪計画を知っているときは許されざる危険創出は肯定されるものの、——取引関係が非個人的・画一的で——犯行を知らない場合にも間違いなく販売しているのであるから、正犯行為が行われる危険を増加させているわけではなく、危険実現連関が否定され、不可罰となる。⁶¹ また、日常的業務行為の範囲内の役割

の提供については、通常の業務の範囲内で行為したかどうかを基準にして、可罰的幫助の成否が判断される。⁽⁶²⁾

この見解の特徴は、寄与行為が結果に対して客観的な責任を生じる要件として、(事前判断としての)危険創出および(事後判断としての)結果への危険実現を必要とする⁽⁶³⁾と解する客観的帰属論の立場から、中立的行為の問題について、危険創出および危険実現の有無の判断を通じて、幫助犯の成立を限界づけようと試みる点に認められる。

しかしながら、日常取引活動において、犯行にも役立ち得る品物を、購入者が犯罪に利用することを知りながら販売した場合に、犯罪の実現を促進する有効な手段の提供として危険創出を認めながら、現実はその購入者がその商品を利用して犯罪を實行しているにもかかわらず、結果の中に危険の実現は認められないと判断する理由が、必ずしも明らかではないように思われる。犯行に役立つ物を提供し、それが実際に利用されて犯行の役に立ったとすれば、危険を創出し、それが現実化したと評価・判断することも、客観的帰属論の見地において理論上まったく支障がないように考えられるからである。にもかかわらず、山中教授が、危険実現連関を否定されているのは、実は、取引関係が非個人的で画一的であり、このような日常的業務の範囲に属する行為であるという理由によるものと推察される。もし、そうであるとすれば、なぜそのような事情が危険実現連関を否定する根拠になるのかを説明しなければならぬはずであるが、この点について詳しい説明は行われていないように思われる。

山中教授の見解によると、注文依頼にもとづく職人への支払についてその職人が収入として計上せず脱税を行っている場合などについて、危険実現を否定しているが、ロクシンが指摘するように、幫助には犯行を容易にしたり確実にする場合のほか、可能にする場合も含まれるのである。収入がなければ、およそ脱税は実現できないのであり、容易にしたり確実にする寄与以上に可罰性が高い場合もあり得る。⁽⁶³⁾したがって、このような寄与について、正犯結果に

対する危険増加そのものを否定し、結果帰属を否認するという方法が、一般的な客観的帰属の考え方と一致するかどうかも疑問が残る。

山中教授は、一般の物の提供の場合でもサービスの提供の場合であっても、業務として行われているときは、危険創出を肯定できるとしても、危険実現を否定し、不可罰としているのであって、結局のところ、職業的相当性を基準として判断を行っているのではないかと疑いがある。そして、なぜ画一的で没個人的な取引として行われている場合とそうでない場合とで、客観的帰属における危険実現連関の判断に違いをもたらすのであろうか。業務として提供されたのか、それとも知り合いによつて提供されたのかという、提供者と正犯者との社会的人間関係が、客観的帰属のレベルにおいて結果帰属を左右する要素となる根拠について、必ずしも明らかではないといわざるを得ない。また、法禁物とそうでない物を区別して取り扱うことに対しても、既に見たロクシンの批判（本稿二⑦参照）を想起することができるであろう。

以上に指摘した疑念は、根本的には、規範的な合法性に関わる価値中立性の判断と危険性の判断とが、明確に区別されず、整理されないまま、混在する形で規範的な価値判断が行われている点に根差しているように思われる。このような方法的な欠陥を、事案の類型化によつて克服することは困難であろう。この見解の基準によつては、日常行為に対して、事前判断としての危険創出が認められない行為、それが認められる行為、許された危険の範囲内の危険実現行為、そしてはや許されない危険の可罰的である実現行為を、明確に区別することは難しいのではないだろうか。⁶⁴

松宮教授は、客観的帰属論の下で、「日常的な取引は所与の前提として、その犯行惹起力は無視されるという帰属

ルールがあると解すべき」であると主張される⁽⁶⁵⁾。しかし、これ以上の詳しい説明を欠いており、その根拠が審らかにされていない。

(2) 共犯の処罰根拠論によるアプローチ

〔i〕 コミュニティに対する危険感

曲田教授は、――因果的共犯論に依拠することなく――、共犯の処罰根拠として、シューマンが説いているような正犯不法との連帯化に求める見解に示唆されつつ、コミュニティに危険性の印象をあたえる点にあると理解し、幫助の不法の本質を行為のルール（ないし義務）違反性（行為無価値）に求め、これを基準として日常行為に対する可罰性の成否を判断する見解を提示されている⁽⁶⁶⁾。

曲田教授は、基本的に確定的故意をもってなされた寄与行為の場合は高いレベルのルール違反性が認められ従犯となるが、不確定故意の場合には確定的故意の場合と比較して格段に低いレベルのルール違反性しか認められず、従犯は否定されると説かれる⁽⁶⁷⁾。しかし、犯罪行為に利用される可能性を認識している場合は、「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とめることになる状況」に至る程度の可罰的なルール違反性が認められるのであるか。それでも構わないと認容した場合にだけ、高いルール違反性が存在するのであるか。犯行利用への可能性を認識していたが、まずそういうことはないだろうと安易に判断した場合は、どうなのであるか。このような一連の問いに、明確に答え得る程度に十分使用可能な基準といえるのかという点で、やはり問題を残しているといわざるを得ない。あまりに抽象的基準に過ぎ、どのような結論でも導き得るのではないだろうか。山中教授が指摘されてい

るように、確定的故意と不確定的故意との区別によって危険判断を行うことは、方法論として不当であるといえよう。⁶⁸

曲田教授が、共犯の処罰根拠について、正犯結果のみならず、共犯者自身の不法にも着眼されている点は、――日本の結果無価値論にもとづく因果共犯論に見られるような、結果と行為とを対立する概念と捉えて、もっぱら結果の側面から一面的に考察する方法を排し――、結果とともに行為を不法要素として適切に位置づけて理解されておられることを示すものであって、この限りでは妥当であると思われる。しかしながら、共犯者における行為無価値性について、具体的な正犯によって惹起された法益侵害とは無関係に、共同体に与える危険感という反価値性にまで拡張して、これによって判断を行われている点には、賛成し難い。⁶⁹ 行為刑法のもと、可罰的な幫助は法益の侵害や危険に寄与する場合に限定されると解すべきだからである。⁷⁰

もっとも、曲田教授自身、こうした批判は十分に自覚されている。それでもなお、共同体への危険の印象を重視する根拠は、「刑法は、市民がそれぞれ属する社会・コミュニティにおいて、他者とともに自由・平穩に暮らしていけるよう、共生維持のために必要なインフラを保護するという目的を有し」、「脅威を抱かずに生活していける環境は、それ自体として、刑法が保護すべきインフラである。」⁷¹ という基本的な考えに依っている。

確かに、自由で安全な秩序の維持を図ることは、刑法の重要な任務の一つである。しかしながら、他方で、近代法は、一次的社会統制をコントロールする二次的統制を行う点に特色があり、まさに刑法はその最も典型的な法であるといえることができる。つまり、近代刑法は、国家による刑罰権力の濫用から市民の自由を守るという重要な役割を担っているのである。構成要件が保護する個別の法益を離れて、共同体自体の安全感といった漠然とした抽象的利益ないし価値を、直接刑法によって保護しようとする姿勢は、一方で市民の行動の自由を犠牲にしかねない危険を招く

恐れもあるのではないだろうか。正犯の構成要件を厳格に記述しても、幫助概念において曖昧で広汎な行為を包含し得る解釈が採られるならば、やはり刑法の自由保障機能に支障を来す恐れがあり、憲法第三一条のデュー・プロセスの趣旨に照らしても、強い懸念が生じるように思われる。論者による刑法の根本的目的に対する理解そのものを否定するつもりはないが、これをストレートに刑法第六二条の幫助概念の解釈に反映させることの可否については、なお慎重な検討を要すると考えられる。

(ii) 混合惹起説

罪刑法定主義の見地から行動基準の告知が重要であるとする立場から、照沼准教授は、共犯の処罰根拠について、正犯者の不法とともに共犯者の不法にもとづくと考ええる混合惹起説（從属的法益侵害説）が、共犯成立の前提として正犯の規範違反と共犯の規範違反の双方を要求し、実行從属性を体系的に説明し得る見解として妥当と評価されたうえで、この観点から、『幫助犯固有の行為不法を担い、正犯の実行行為を通じて不法の実現を促進する』という指標は重大な意義を持つ⁷⁴とされて、中立的行為の問題を考察されている。そこで、①売春宿へのワインの納入や侵入窃盗を計画している者に対するドライバーの販売、さらに軽油取引税不納付の手助けになると知りながら、その業者から軽油を安く購入する行為等につき、原則として幫助を成立させるに十分な行為不法を基礎づけるものではないと説明される。これに対して、②暗殺現場へ赴こうとしていることを知りながら、その者をタクシーで運送する行為や脱税を計画している者の依頼にもとづいて銀行員が隠し預金用の銀行口座の開設に応じる行為については、行為者がそのような行動に出るよう特に義務づけられていたような事情が認められる場合には、正当行為による行為不法の阻却

可能性を肯定されている。⁽⁷⁵⁾

日常的な取引ないし職業的活動を通じて提供される犯罪実現に寄与する行為について、幫助犯の成立を検討するにあたって、共犯成立の必要条件を理論的に基礎づける共犯の処罰根拠の観点からのアプローチを採用しておられる点は、適切で正当な側面をもつものと評価できるように思われる。そして、共犯の処罰根拠を、正犯の不法および共犯の不法に求める混合惹起説を妥当とされている点についても、わたくし自身異論はない。⁽⁷⁶⁾ しかしながら、ドライバーの提供は可罰的な行為不法そのものが欠けるとされるのに対して、殺人者の犯行現場への運送や隠し預金口座の開設については一応行為不法は認められるものの正当行為として違法性が阻却される余地があると結論には、疑問を覚えざるを得ない。その客が犯行に利用することを知りながらドライバーを販売したのであれば、まさに正犯の犯行を促進するために提供したのであって、混合惹起説の立場に依つたとしても、共犯者の固有の不法を認めることも可能なのではないだろうか。他方で、ドライバーの提供は購作者との契約にもとづいて商品の提供を義務づけられていると考えるのであれば、タクシーでの輸送や銀行口座の開設と同様に、正当行為として違法性の阻却可能性が認められるケースとも考えられよう。つまり、①と②との区別基準が必ずしも明確ではないように思われるのである。

照沼准教授は、「正犯行為を可能にする、あるいは容易にする行為の実施の有無が行為者の自由委ねられておらず、基本的にその実施を法秩序が義務付けているような場合には、幫助としての危険創出は欠如することになる。例えば、貸主や所有者が、それらの物資や資金を犯罪目的のために用いようと考えていることを確信できる具体的な手がかりを有していた場合であっても、借りている側の人間がこれらを返還する行為について幫助犯の成立は認められないし、顧客が脱税や贈賄を計画していることを知りつつ預金の払い戻しを行った銀行員も、それらの幫助として罪

責を問われることはない。さらに、工場主が環境刑法の規定に違反する形で加工を行うことを知りつつ、自由に加工しうる原材料を納入した者にも、許されない危険創出の存在は認められない。」とフリッシュの見解を紹介しておられるので、おそらくこれにしたがっての結論であろうと推測される。

しかし、店舗内に商品を陳列し、客の申し込みの誘引を図っている店主は、客の求めに応じて、一般的にそれに応諾して売買契約を成立させ、商品を引き渡さなければならぬのであるから、その客が犯行に利用することを知って販売した場合であっても、「法秩序の義務付け」にもとづいて提供するケースに該当し、正当行為として違法阻却の可能性を検討すべき場合に属するとも考えることができる。したがって、可罰的な行為不法の認定について、なおその基準に曖昧さが残されているように思われる。また、顧客が計画する犯行に利用する目的でそれに役立つ物やサービス、情報等を手に入れようとしているときに、それを十分に承知したうえで提供した場合であっても、法秩序がなおその客に提供しようとする義務づけていると評価し得るのか、あるいは評価すべきであるのかという点については、慎重な検討を必要とするであろう。さらに、可罰的な不法を認定しながら、正当行為として違法性が阻却されるとする論理に、理解しにくい面がある。もし、正当（業務）行為としてそもそも一般的正当化事由に該当し、違法でない判断できる場合であるならば、幫助構成要件該当性の段階において、共犯者自身の行為不法を判断する際に行われても良いのではないだろうか。行為不法の判断と違法性の判断が、どのように関連し、どのように異なっているのかという点について必ずしも明らかにされていないので、なお一層の説明を要するように思われる。

四、検討

(1) 日常行為の問題の座標

中立的行為と呼ばれる日常的な取引や職業上の行為の遂行が、正犯者の犯罪を促進し、故意が付加される場合に、一律に幫助犯として可罰性を認める見解や、「中立的行為」「日常行為」「職業相当行為」の概念の下で、社会的相当性や職業的相当性を根拠として全面的に不可罰とする見解は、いづれも適切ではない。前者の見解は、可罰範囲が著しく拡大されてしまい、社会生活上の円滑な取引活動や職業遂行活動を阻害し、自由な活動を不当に制限することになる。日常的に反復継続して行われている物やサービス、さらに情報の必要な供給という社会的有意義性が全く考慮されていないのである。他方で、職業的相当性によって一律に幫助犯の成立を否定する見解は、職業遂行者に「特権」を与える結果となる。なぜ職業従事者だけが、職業遂行に属する範囲の行為を行っている場合であれば常に免責されるのか、法的に明確な根拠は示されていない。職業の遂行と法的な正当性はまったく別の問題である。職業の遂行であっても、それは法的な規範的判断の対象となるのである。社会的相当性⁷⁸⁾という基準も、しばしば指摘されているように、明確なものではない。⁷⁹⁾

そもそも中立的行為という概念が存在するわけではない。したがって、「中立的行為」「日常行為」「職業相当行為」というカテゴリーを設定して、その下で特別な取り扱いを図る試みは、誤っている。そうすると、日常行為と幫助犯の成否をめぐる問題は、もっぱら幫助犯の成立という一般的な共犯の成立に関連づけて議論されるべきであり、考察されなければならない。この問題に対するアプローチとして掲げた、正犯結果との寄与行為との関係性および共犯の

処罰根拠の視点は、決して互いに排斥し合う関係ではない。⁽⁸⁰⁾ 構成要件的结果の発生にもとづいてその点について共犯としての刑事責任を問おうとする限り、寄与行為と結果との関係について考察することは不可欠であるし、また、共犯責任ないしその可罰性の根拠を探ることは、共犯処罰の正当性およびその妥当範囲を明らかにするうえで必要かつ有効な作業である。結果に対する客観的な法的責任を成立させる法原理や共犯の処罰根拠論は、いずれも刑法第六二条が内在させている基礎的な法原理とすべきであり、「幫助」概念の解釈にあたつて常に参照されなければならない。日常的な活動に随伴して生じる違法な犯罪行為に関連して、その日常行為に対する可罰性を、一般的な共犯成立の問題として位置づけるということは、まさに結果との関係や共犯の処罰根拠との関連について必要な検討を加えるということにはほかならない。

(2) 正犯結果との関係

〔i〕 結果との蓋然性を問題とするに見解について

幫助犯も—刑法が法益を保護するために存在している以上—、構成要件によつて保護されている法益の侵害ないし危険の招来と因果的であるがゆえに処罰されると考える限り、まず幫助犯の成立を認めるために、当該寄与と正犯結果との間における因果性を確認することが必要である。直接結果を惹起する正犯の場合とは異なり、「AなければBなし」という必須の条件関係は必要ではないが、少なくとも、その寄与を取り除いて考えてみて、そのような具体的な結果は発生しなかつたであろうという程度にコンディチオ・シネ・クヴァ・ノンの条件関係の公式を満たす必要はあろう。幫助犯も結果犯であると理解する限り、結果との間にこのような意味での条件関係の存在が必要であると考

るべきである。⁸¹

もつとも、このような条件関係の存在は、結果に対する責任を成立させるための最低限の必要条件に過ぎない。「正犯を幫助した」といえるためには、単になんらかの形で因果的である以上に、可罰性を基礎づけ得る要素が備わっていないければならない。

島田教授は、結果発生 of 蓋然性を幫助犯成立 of 一般的要件に付加することによって、日常行為 of 可罰性に限界を画そうと試みられた。しかし、その際に採用された仮定的代替原因を考慮するという方法では、仮定の設定に不確かさがつきまとい、考慮すべき代替条件の範囲やその内容 of 安定性を欠き、一定した結論を得ることに難点が認められた。また、日常行為 of 問題をもつばら因果性 of 次元で解決を目指す点にも、方法論的に問題があろう。さらに、蓋然性判断自体に対する根本的な批判も看過し得ないように思われる。⁸²

〔ii〕 客観的帰属論

結果に対する客観的な法的な責任の成立が問題なのであるから、仮定的代替条件を考慮した事実的な結果発生 of 確率を計算するのではなく、むしろ結果を客観的に帰属すべき要件を規範的に探る必要があつたのである。この要請に応えるのが、客観的帰属論である。⁸³ 客観的帰属 of 理論には、論者によつてかなり異なつた内容をもっているが、おそらくもつとも異論の少ない一般的に概ね認められている共通項を示すとすれば、結果を客観的に帰属させるためには、危険の増加をもたらしそれが結果に実現していることが必要であるという理解⁸⁴であろう。

そこで、こうした客観的帰属論 of 立場から、山中教授は、日常行為について、寄与行為による危険 of 発生 of 有無 of

判断や、危険創出後における結果への実現を否認することによって、可罰的幫助を限界づけようとされた。しかし、正犯者は、提供された寄与を実際に犯罪実現に利用し、役立たせているのである。つまり、その寄与は、結果に対して有効に作用しているのである。したがって、寄与によって発生した危険について、結果への実現を切断して幫助犯の成立を否認することは、実態に則したものではないし、客観的帰属の一般的な思考とも合致しない。したがって、日常行為の問題について結果との関係自体を否定しようとする試みは、適切とはいえない。さらに、危険創出、許される危険、許されない危険を区別する基準が必ずしも明確ではなく、理論的に合法性に関する判断と危険判断とが混同されている疑いも強い。

〔iii〕 日常取引と「信頼の原則」の適用

日常的に反復継続して行われている職業的な行為は、社会生活上の需要を満たすために、不特定多数の人々に対する供給を予定してなされている点に、特色がある。客の必要に応じて、その求めにしたがって提供することが、職業に従事する者に社会的に要請されているのである。その際、客がその犯行に利用するために入手する可能性も否定できない。しかしながら、職業的な提供者は、交換取引のプロセスにおいて不特定多数の人々に（ふつう有償で）提供するように社会システムに組み込まれているのである。このような交換取引を円滑に、過重な負担を負うことなく進めるためには、相互の信頼を前提とし、予定することが必要不可欠である。つまり、職業的な提供者は、客自身の犯罪への利用を懸念する必要なしに、提供しても良いことを、—すなわち、適法に利用されることを信頼し、安心して取引しても構わな—ということをして、法によって保証されていると解すべきである。相互過程における予期の安定化を

重視する法のシステム論的な理解⁸⁵は、この考えを十分に根拠づけている。もし、こうした保証をまったく欠くとすれば、到底、不特定多数を相手にする自由交換経済は成り立たないであろう。

松生教授も、システム論の観点から、「業務的に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、社会的拘束を受けており、いわばそのような行為の遂行に対し規範的な行為予期が存在する」一方、幫助犯は正犯行為の規範違反を促進してはならないという補充的な行為規範であるから、「他者の行為と遮断された行為予期が存在する場合には犯罪行為促進の意義は背後に退く」と述べられたうえで、「業務的行為のような社会的に通常的で行為予期の存する行為については、行為が行われた具体的状況の中でそのような通常業務行為を逸脱していると見られない限り、幫助犯は存在しない⁸⁶」と結論づけられている⁸⁷。

ここでは、日常的に反復継続して行われる業務的な活動に対して、システム論にもとづいた機能分析に着眼され、その社会的意義と役割について適切な説明が行われている。しかし、そのような行為予期の保証を高めて相互過程の安定化を図ることが、法システムの重要な機能であるとすれば、行為予期を法的に保護すべきではないだろうか。だとするならば、通常の業務の範囲にある行為について一律に幫助犯を否定してしまうという結論は、早計であるといわなければならぬ。システム論の見地からは、犯罪に利用することなく、適法に利用することについての行為予期つまり信頼を保護するという方法によることの方が適切であると考えられる。ゆえに、ロクシンが説くように、信頼の原則⁸⁸の適用による解決を正当と解する。

上述したように、ロクシンが、日常行為に随伴する犯罪利用の危険について——正犯結果との関係自体を否認するのではなく——、信頼の原則によってその問題を取り扱い、許された危険として客観的帰属を否定しているのは、まった

く適切であると考える。島田教授は、「正犯者の犯行決意を知らない場合に―信頼の原則にもとづく許された危険の問題として、日常行為の不可罰性を論じている点について、「行為が結果を相当な過程を通じて実現しており、特別な違法阻却事由もなく、責任も肯定される」としておきながら、なぜ特別な処罰の制約原理が認められるのか理論的に明らかでない、という批判が妥当する」と述べられる。⁽⁸⁹⁾

しかし、第一に、ロクシンは、特別の処罰の制約原理を設定しているわけではなく、結果に対する客観的帰属の次元において、そこで一般に承認されている許された危険の問題として処理しているに過ぎない（本稿二(9)参照）。また、法の機能を社会システムに関連させて分析すると、相互過程において他者の行動に対する予期、予測、期待の保証を高め、その安定や円滑化を図る点に見い出すことができる。一定の法ルールの存在によって、当事者は互いに相手方の行為を予測することが可能となり、それに自己の行為を適合させるという安定した相互過程を実現し得るのである。これによって、人々は余計な心配を削減でき、際限のない不信を取り払って、取引することができる。商店主が、販売する度に毎回客に「犯罪には利用しません。」という誓約書を求める代わりに、法律にその注意を書き込んでいるのである。したがって、取引において、誰でも相手が適法・合法的な行動を採ることを信頼し、これを前提とした行動を採れば足りるのである。法に適合しない、犯罪行為に出ることまで予測して行動する義務を課すとすれば、社会生活においておよそスムーズな取引を実現することはできないであろう。このような信頼の保護は、私法上も、善意者を保護する諸規定ないし取引の安全を図る諸規定に現れているところであり、法システムないし法ルールに求められかつそれが実際に果している重要な機能である。購入者が買った商品を合法的に利用し、犯行に利用しないということを、販売者は正当に信頼して良く、こうした信頼にもとづいて商品を提供した場合に、―その商品がある犯罪の役

に立つ性能を持つており、使われ方によつては犯行の手段ともなり、犯罪結果に有効に働くものであった(この意味で、危険ではある)としても—買主が犯罪のために利用したとしても、もはやその犯罪結果を売主に帰属させることはできないと考えることは、システムとしての法の機能という観点から見ても、むしろ極めて適合理的な思考であるといえよう。島田教授自身、仮定的代替原因の設定に当たつて、正犯者あるいは第三者のそれ自体として処罰される犯罪行為が行われるという事情を別扱いしており、その理由を犯罪行為が行われないことの期待が遵守されることが前提となつている点に求めておられるが、これはまさに信賴の原則の思想に発するものとも理解できるのではないだろうか。システム論的考察方法も、そしてまた—日本では、懸念する意見も根強い「許された危険」の法理にもとづく—信賴の原則も、おそらくナチの危険な思想とは無関係に取り扱うことができるように思われる。

しばしば、ロクシンの見解に対して、主観的要素を重視し過ぎているとか、未必の故意と認識のある過失との区別に対応しないなどの批判が向けられているが、いづれも、誤解にもとづいて(本稿二(9)00参照)。ロクシンは、信賴の原則の適用上、行為者自身の認識や主観的態様を問題としていたのである。「信賴」は、行為者の心理的事実に依存するのであるから、行為者自身の主観的な側面を考慮することは、信賴の原則の適用するにあつて、当然のことである。行為者の認識内容を検討せずに、信賴の原則を適用することはできない⁹¹⁾。そして、客が犯行決意にもとづく計画実現のために利用することを知っているのであれば、もはやその者の合法的な利用を信賴することができないのである。また、客観的に「認識可能な犯罪傾向」が認められる場合であるならば、もはや合法的な利用について信賴してはならないのである。したがつて、犯行決意を知っている場合や認識可能な犯罪傾向が認められる場合には、—信賴を裏づける事情が欠落しており—、信賴の原則の適用が排除されることになる。このために、行為者の認識を

問題としていっているのであって、故意の問題とはまったく関係がない。したがって、未必の故意と認識のある過失との区別の議論とも関連するものではないのである（本稿二(9)参照）。

(3) 可罰的幫助と「犯罪的意味連関」

〔i〕 一方的寄与における正犯結果に対する連带的な共犯責任成立の契機としての「犯罪的意味連関」

信賴の原則の適用が排除されるとしても、—換言すれば、正犯結果との客観的帰属が認められることになったとしても—、ただちに正犯行為への促進的な寄与が、可罰的幫助となるかは問題である。共犯者間に意思連絡のある場合であれば、共犯者間に目指す犯罪目的が共有されており、幫助者は通常、その目的に沿って犯罪に役立つ寄与を行うであろう。しかし、日常行為の場合には、寄与（提供者）者の側で正犯（被提供者）の犯行との接続を認識しているものの、正犯者はそのことを認識していない。相互的に犯罪目的が共有されているのであれば、その目的実現に向けた共犯者間の行動調整が図られて、犯罪の実現が目指されることになるので、共犯者各人の犯罪性も明白であるが、寄与者の一方的な認識しか存在しない場合には、犯行への利用についてもつばら正犯者に委ねられているために、寄与行為と正犯によって実現された犯罪との関連性（寄与行為の犯罪関連性）を確認することが必要となろう。共犯の処罰根拠を、正犯の不法とともに共犯自身の不法にも見出し出す見解（混合惹起説）によれば、可罰的幫助が成立するためには、寄与者の不法を確認することが必要不可欠である。

ここでは、正犯による犯罪の実現に客観的な促進作用を有するすべての寄与ではなく、結果発生ないし法益侵害と結合した危険性のある寄与であることが前提である。このような危険を生じさせた寄与をもって、ただちに可罰的不可罰的

法が成立し、幫助犯が認められるのであろうか。このような見解は、共犯行為と正犯結果との因果性＋共犯行為者の不法Ⅱ可罰的幫助という定式にもとづいており、犯罪関与者を切り離して各々個別に考察する方法を採っているのであるから、理論的には共犯独立性論に傾く見方といえよう。正犯不法と共犯不法との複合形態という構造を前提とする混合惹起説とは相容れない。

寄与者（正犯者と共犯関係を有しないという意味では、第三者）と正犯者との犯罪に関する意思連絡を欠く場合に、もつぱら正犯者の自律的領域で遂行された犯罪について、片面的（二方的）寄与者に―正犯と連帯した―共犯関係を帯びさせる契機は何かということが問題となる。正犯者によって独自に―寄与者の決意とは無関係に―行われた犯罪であるにもかかわらず、正犯と共犯関係のない片面的な第三者の立場に立つ者が、正犯結果に対して連帯して共犯責任を問われる契機ないし根拠の問題であるともいえよう。

この問いに対する一つの答えが「犯罪的意味連関」―松生教授の説かれる「表現的意味」⁹²も、この延長線上で理解できようか―ということなのではないだろうか。正犯結果に対する共犯としての可罰性は、―片面的・一方的な場合に―単に正犯結果に対する危険性に依存するだけではなく、正犯による犯罪実現との「合流」を要すると考えるべきであろう。「犯罪的意味連関」とは、まさに正犯犯罪に合流する契機であると位置づけることが可能であり、これによって正犯行為とそれによる犯罪結果に対して、片面的寄与者であっても、正犯と連帯的な共犯責任を生じ、可罰的幫助が認められると理解することが可能である。連続して押し寄せる波に、ただ物を投げ入れたとしても、波間に漂うだけが、波の動きと速度に物の運動を合わせることによって、物は波とともに砂浜に到達する。このような―正犯の犯罪目的に沿って―力動的で機能的な作用を果たす促進行為として、寄与者によって正犯者に提供された場合に

は、犯罪結果に対する正犯と連帯した不法が形成され、共犯としての責任を免れないと考えることができよう。犯罪の意味連関を媒介として、はじめて正犯の犯罪実現に対する共犯責任が成立するのである。

〔ii〕 具体的事例における「犯罪の意味連関」の有無

したがって、犯罪の意味連関は、「犯行の近接さ」や寄与の時点―実行着手以後か予備段階かというよう―に依存しない。それは、正犯の規範違反的な構成要件実現プロセスとの「犯罪的な」不法関連性の有無を問うもので、正犯（明確に犯罪性を帯びる）行為との連結の「意味」が問題となる。この意味は、客観的な事情によるだけでは、解明され得ない。正犯の犯罪決意とその犯行実現のためであるという目的を承知し、その犯罪目的に適った提供であるという寄与者の認識が、当該寄与行為に犯罪の意味を帶有させる重要な要素である。それと同時に、正犯者による犯罪実現に対して促進的に―換言すれば、犯罪結果に対する危険を増加させる―作用する寄与を、そのプロセスに効果的に投入することが必要である。

犯罪実現の手段となる方法の提供に該当する場合には、犯罪の意味連関は、容易に認められるであろう。犯行手段の提供は、正犯者が実際にそれを利用して犯罪を遂行した場合に、犯罪結果に対する有用で効果的な寄与であり、犯罪目的との不法関連性が明らかであるから、犯罪の意味を肯定することができる。したがって、犯行に利用されることを知りながら、求められるままにねじ回しや、ハンマーを販売したのであれば、犯罪の意味連関に欠けるところはなく、幫助犯が成立する。

これに対して、一般的に犯行の機会を提供するに過ぎない場合には、問題がある。職人が収入を申告することなく

脱税することを知らながら支払を行う場合や、工場主が環境刑法に違反して処理を行っていることを知らながら原料を納入する業者の場合である。いずれの場合も、請負契約にもとづく支払や、生産工程に必要な原材料の納入取引に止まる。単なる支払や納入は、確かにその収入がなければそもそも脱税を行うことはできず、その納入がなければ環境刑法に違反した生産処理も行われなかったという意味において、犯行を可能にするものではあるが、それらの意義は、適法な契約の履行であつて、その後正犯者によつて着手された規範に違反する構成要件実現のプロセスには関係していないのである。つまり、支払や原材料の納入は、適法な射程内で有意義に効果をもつもので、そこで独立し完結した行為という意味を認めることができる。引き続き行われた脱税や環境刑法違反は、寄与者の行為とは別個に独立して、正犯者によつて遂行され、寄与者はその正犯による構成要件実現プロセスには関与するものではないという評価が可能である。この意味において、犯罪的意味連関に欠けるということである。同様に、売春宿へのパンやその他の食品、それにワインの納入も、一般に犯罪的意味連関は存在しないであろう。

しかし、アフリカ産の安価な肉をヨーロッパ産の貴重な肉として偽って販売している業者に対し、そのことを知りながら安い肉を納入する場合には、正犯によつて詐欺の手段としてその安価な肉が利用されており、その犯罪目的を知りながら、それを可能にしかつ適つたことであることを承知している限り、詐欺との犯罪関連性を否定できないのであつて、犯罪的意味連関を帯びる。

ロクシンは、強盗と知りながら犯行現場へ向かうタクシートの運転手についても、可罰的幫助を認めているが、これは疑問である。なぜなら、犯行場所は強盗罪の構成要件には含まれない。どこで行うかが問題なのではなく、もつぱら他人の財物を暴行や脅迫を手段として強取する行為が、規範違反的な構成要件実現行為である。一定区間の運送は、

強盗の犯行とは独立した、適法で有意義な行為である。引き続き行われた―乗客の降車後の―犯行は、タクシーの運転とはまったく独立して、完全に強盗達によって遂行されたものである。運送行為はそれ自体、独立した完結的行為であり、強盗の構成要件実現プロセスとは関係がない。したがって、運送行為は強盗犯罪との犯罪的意味連関を欠くと評価すべきである。この点は、ロクシンの結論には従うことができない。

(4) 総括

日常行為に対する幫助犯としての刑事責任をめぐって、共犯の一般的な成立問題として検討する場合、寄与行為と正犯結果との蓋然的な因果性ではなく、結果に対する法的な責任を規範的に判断し得る客観的帰属論の観点から捉えられるべきであるし、共犯の処罰根拠としては、正犯の不法とともに共犯者自身の不法にもとづく把握する混合惹起説がもつとも適切な見解であり、この見地から妥当な共犯の成立範囲が導かれるべきである。このような二つの基礎的視点にもとづいて、正当にもこの問題に取り組んでいるのが、ロクシンである。そして、日常的に反復継続される取引や職業行為について、まず一般的に取引の相手が犯罪に利用することはないといい正当な信頼に法的な保護を与え、刑法上も信頼の原則の適用を認めて、その不可罰性を保障しているのである。しかし、悪意者であれば、相手を信頼してはいないのであり、また「認識可能な犯罪傾向」が存在する場合には、それを信頼することが許されないのであるから、信頼の原則の射程外である。この場合に、たとえ一方的な寄与であつたとしても、寄与行為と正犯行為とが独立した各別の行為ではなく、正犯による犯罪実現に対し自己の寄与がその犯罪目的に沿って危険増加的に作用し、犯罪結果が正犯との共働によつて生じたと評価できる関係性が認められるのであれば、―意思の相互疎通を欠い

ている——正犯によって惹起された結果であっても、当該結果に対する連帯した共犯責任を免れないというべきである。この結論は、混合惹起説の考えとも完全に一致する。そうした正犯行為との連帯的な関係性——換言すれば、正犯行為との懸け橋の役割を果たす契機——を成す要素が「犯罪の意味連関」である。

ロクシンの見解によれば、日常活動に従事する善良な人々の自由な活動が、信頼の原則の下で保障されることになるとともに、片面的・一方的寄与における共犯の可罰性も、「犯罪の意味連関」を問うことにより、混合惹起説と適合的する形で、合理的に限定することが可能になる。また、信頼の原則の適用による不可罰と犯罪の意味連関を基準とする可罰性の判断の方が、正犯結果との蓋然性判断や中立的行為に対する危険創出実現判断と比較して、——完全に一致する結論を導くわけではないけれども——なお明確性に優れている。この意味において、ロクシンの見解を適切と考える。もつとも、「犯罪の意味連関」の内容については、——わたくしもその意義の一端については明らかにし得たとは考えているものの——、確かにさらに明確化する必要のあることは率直に認めなければならない。今後の検討課題としたい。

五、日本の裁判例

共謀共同正犯論によって、実務上は共同正犯として処理されるケースが圧倒的に多数を占め、幫助犯の事案は、ドイツに比べて極めて少数であるが、日常行為ないし中立的行為に関連する裁判例も少数ながら見られる⁹³。

古く、闘鶏賭博に際し、鶏販売業者が軍鶏を売却した事案につき、「鶏ノ販売ヲ業トスル者ト雖、賭場開帳凶利者ガ闘鶏賭博用ニ供スルコトヲ知りナガラ之ニ軍鶏ヲ売却交付シテ賭場開帳凶利ノ犯行ヲ容易ナラシメタルトキハ同罪

ノ従犯ヲ論ズベキモノトス」と判示した大審院の判決がある。あとは、最近の下級審の裁判例で、①広告代理店の経営者が、売春クラブの経営者からの注文を受けて、情を知りながら、客寄せ用チラシを販売し、客寄せ広告を新聞紙上に掲載した事案で、売春防止法六条二項三号の売春周旋目的誘引罪の幫助犯を認めた大阪高裁昭和六一年一〇月二二日判決、②ホテルの経営者の注文で、宣伝用小冊子を印刷、製本した印刷業者につき、売春周旋罪の幫助犯を認めた東京高裁平成二年一二月一〇日判決、③売春営業を行っている業者に対して、個室付き浴場の開業資金の融資を行った信用金庫の支店長につき、売春防止法一三条一項の資金提供罪の成立を認めた大阪高裁平成七年七月七日判決、④自動車用品等の製造販売業を営む会社の代表取締役につき、速度違反自動監視装置（オービス）による写真撮影を困難にする「ウイザード」と呼ばれるナンバープレートカバー製作し、販売交付する行為を、道路交通法上の速度超過違反の幫助犯とした大阪地裁平成一二年六月三〇日判決、⑤地方税法上の軽油引取税の特別徴収義務者が脱税を目的とする軽油取引を行っていることを知りながら、軽油を通常よりも安く購入した者につき、不納入罪の幫助犯を否定した熊本地裁平成六年三月一五日判決などを挙げる⁹⁶ことができる。

①および④のケースは、相手が犯行を行うことを認識しており、もはや信頼の原則は適用されず、正犯の犯行との犯罪の意味連関も明らかであるから、幫助犯の成立は免れない。②のケースでは、チラシの印刷内容から、売春の周旋に利用されることは容易に理解できるところであるから、依頼主の犯行について確たる認識を欠いていたとしても、少なくとも認識可能な犯罪傾向を認めることができ、やはり信頼の原則を適用することはできない。チラシが犯行に役立つものであることは明白であるから、犯罪的意味連関も肯定でき、可罰的幫助が成立する。③に関しては、判決認定のように、被告人に融資先において違法な個室付き浴場を開業するという認識を有しているとすれば、その資金

提供行為について犯罪的意味連関が認められるので、幫助犯が成立するであろう。⑤は、脱税目的をもった販売行為であることを認識していたとしても、軽油の売買という取引は独立した有意義の行為であり、脱税は、もっぱら取引後に販売者が独立して行うものであるから、犯罪的意味連関は否定されよう。したがって、幫助犯の成立を否定した熊本地裁の判断は正当である。

中立的行為に関する裁判例として、最近、もつとも話題となり、関心を集めているのが、Winyy 事件である。映像やゲームソフトを著作権法の法定除外事由なしに、権利者の許諾を得ないまま、インターネット上で公衆送信可能な状態に置いたとして著作権法の公衆送信権侵害罪（著作権法旧第一一九条第一号）の犯行を行った正犯者に対して、彼（ら）が犯行手段として利用した「Winyy」と呼ばれるファイル共有ソフトを開発し、これをインターネット上で公開・提供していたとして、著作権法違反の幫助犯の責任が問われた事件である。第一審が幫助犯の成立を認めたのに対して、控訴審では無罪判決が出され、社会的にも、さらに理論的にも非常に興味を惹く事案である。

わたくしも、既に控訴審の判決を取り上げて批評を行っている¹⁰⁰ので、事案の詳細や原審および控訴審の判断等について、詳しくはそれに譲り、ここでは、本稿の立場から、若干の結論を述べておきたい。この事案では、被告人はインターネット上にファイル共有ソフト Winyy を公開し、不特定多数の人がそのソフトを利用し得る状態にしたものであって、正犯者との犯行に関する意思疎通は存在しない。もつとも、被告人は、このソフト利用者において著作権侵害の犯行に利用されている事情は認識していた。

従来¹⁰¹の学説は、正犯者に対して直接提供された事例を前提に議論してきたので、このように不特定多数の人々に対して一般的に利用可能な状態に置いた場合について、どのような考慮を行うべきか、慎重に考察すべき課題である。

まず、信頼の原則の適用の有無について検討しなければならぬが、被告人において、自己がネット上で提供配布したソフトが、著作権侵害の犯行に利用されているという実情に關する認識は有していたようである。信頼の原則の適用にあたって、ソフトの利用者が実際にどの程度違法な利用を行っていたのか、さらにどの程度の違法利用に達すると、信頼が許されなくなるのか等、検討を要すべき点が多い。しかし、一応この問題を棚上げし、違法利用の実情に關する認識に欠けるところがないと仮定し、信頼の原則が排除されるとして、もつとも問題となるのは、犯罪的意味連関の存否についてであると考ええる。とりわけ、このケースでは、不特定多数人に対するネット上での一般的な提供に止まり、そのソフトのダウンロード、利用の仕方について、すべて利用者の答責的領域で行われている点に留意すべきである。つまり、このソフトは合法的にも違法にも利用し得る汎用的な技術的手段であつて、これを一般的に利用可能な状態に置く行為と、それを利用して犯罪を行う正犯者の行為との間に境界ないし隔絶があるということである。この点に着目すれば、一般的な提供行為と正犯行為とは各々独立した行為であるという評価が可能で、提供者において、自らの自律的な決定にもとづいてそれを入手し、犯行に及んだ利用者自身の責任についてまで、原則として特段の事情のない限り、共犯としての責任を連帶的に負担すべき理由はないといふべきであろう。ただし、そのソフト自体がもつばら違法利用に供されるものである場合や、具体的に正犯者との間で意思疎通の上で、このケースでいえば、犯行の発覚のリスクを低減させ著作権侵害の犯行を行い易くするというような一犯行を促進する手段として提供された場合であれば、犯罪的意味連関は明確に認められるので、幫助犯の成立を認めることができる¹⁰⁾。可罰的幫助を認める見解が多数のようであるが、犯罪的意味連関を認めることが困難なケースとして、幫助犯は成立しないと解するのが妥当であると考ええる。

- (1) 西田典之『刑法総論 二版』(二〇一〇年)三三六頁以下、山口厚『刑法総論 二版』(二〇〇九年)二九六頁など。共同正犯を含むすべての共犯形式を、因果的・二元論によって把握しようとする見解の問題について、上野幸彦「関与体系の諸相と日本法の位相」日本大学法学会・日本法学五七巻四号(一九九八年)九〇―九一頁。
- (2) これにつき、上野幸彦「承継的共同正犯論の批判的検討」日本大学大学院法学研究科・法学研究年報第一四号(一九八四年)一二頁以下参照。
- (3) 前掲註(1)に掲げたもののほか、内田文昭『刑法概要中巻(犯罪論②)』(一九八九年)四三六頁以下、大谷実『刑法講義 総論 新版三版』(二〇〇九年)四〇四頁、川端博『刑法総論講義 一版』(二〇〇六年)五〇八頁、山中敬一『刑法総論 二版』(二〇〇八年)九二二頁、曾根威彦『刑法総論 四版』(二〇〇八年)一四三―一四四頁、林幹人『刑法総論 二版』(二〇〇八年)三三三頁、伊東研祐『刑法総論』(二〇〇八年)三三八頁、井田良『講義刑法学・総論』(二〇〇八年)四九四頁、松宮孝明『刑法総論講義 四版』(二〇〇九年)二五二頁、船山泰範『刑法学講話(総論)』(二〇一〇年)、高橋則夫『刑法総論』(二〇一〇年)四一三頁など。
- (4) 西田・前掲註(1)三四四頁。
- (5) 豊田兼彦「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―」立命館大学法学会・立命館法学二〇〇六年六月二五―二五四頁、同「共犯の処罰根拠と客観的帰属―中立的行為による幫助―と『必要的共犯』を素材として―」刑法雑誌四七巻三号(二〇〇八年)三四五―三四七頁。
- (6) もっとも代表的なものだけを挙げておくと、松生光正「中立的行為による幫助(一)―姫路法学会・姫路法学二七・二八合併号(一九九九年)二〇七頁以下、同「中立的行為による幫助(二)」同誌三一・三三合併号(二〇〇一年)一三九頁以下、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―」立命館大学法学会・立命館法学五七号(二〇〇一年)五七頁以下、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―」中央大学法学会・法学新報一一巻三・四号(二〇〇四年)一四三頁以下、山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学会・法学論集五六巻一号(二〇〇六年)三九頁以下など。

(7) 本稿では、ロクシンの体系書でもある刑法総論 (Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* Band II, 2003) に拠つて、ロクシンの見解は、彼自身が執筆したライプチガーコンメンタールの刑法典第二七条の説明 (StGB Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1985, § 27) や彼が宮澤浩一先生の七〇歳の祝賀記念論文集 (一九九五年) (Festschrift für Koichi Miyazawa: dem Wegereiter des japanisch-deutschen Strafrechtstkurses, 1995) に寄せた「幫助とは何か」(Was ist Beihilfe?) というタイトルの論文において展開してきたものである。日本では、断片的ないし一面的にしか紹介されていないくらいも見受けられるので、以下ではある程度原文の叙述にしたがつて、やや忠実にその見解の全容を示すことに努めた。

- (8) Roxin, aa.O., § 26Rn.218.
- (9) Roxin, aa.O., § 26Rn.241.
- (10) Roxin, aa.O., § 26Rn.242.
- (11) Roxin, aa.O., § 26Rn.221.
- (12) Roxin, aa.O., § 26Rn.222.
- (13) Roxin, aa.O., § 26Rn.223.
- (14) Roxin, aa.O., § 26Rn.224.
- (15) Günter Jakobs, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2.Aufl., 1991, 24/17. ヤコブスの見解については、松生・前掲註(6)姫路法学三二・三三二合併号二五九頁以下、山中・前掲註(6)八一頁以下に詳しい。
- (16) Roxin, aa.O., § 26Rn.228.
- (17) Roxin, aa.O., § 26Rn.229.
- (18) Herbert Schumann, *Strafrechtliches Handlungsrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen*, 1986, S.57. シューマンの見解につき、松生・前掲(6)姫路法学三二・三三二合併号二五九頁以下、曲田・前掲註(6)一六九頁以下参照。
- (19) Roxin, aa.O., § 26Rn.230.
- (20) Roxin, aa.O., § 26Rn.231.

- (21) Winfried Hassemer, Professionelle Adäquanz, 1995, S.85. ハッセマーによる職業的相当性説につき、松生・前掲註(6)姫路法学二七・二八合併号二二六頁以下、曲田・前掲註(6)一五八頁以下参照。
- (22) Roxin, aa.O., § 26Rn.233.
- (23) Roxin, aa.O., § 26Rn.234.
- (24) Ingeborg Puppe, Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1995, vor § 13, Rn.155ff. プップの見解につき、松生・前掲(9)姫路法学三二・三三合併号二七〇頁以下参照。
- (25) Niedermair, ZStW107 (1995), S.536.
- (26) Roxin, aa.O., § 26Rn.237.
- (27) Roxin, aa.O., § 26Rn.238.
- (28) Wohlers, SchwZStR117 (1999), S.425; ders., NStZ2000, S.169.
- (29) Roxin, aa.O., § 26Rn.239.
- (30) Weigend, Grenzen strafbarer Beihilfe, Festschrift für Haruo Nishihara, 1998, S.199f. ヴァイゲントの見解につき、曲田・前掲註(9)二六〇頁以下参照。
- (31) Roxin, aa.O., § 26Rn.244.
- (32) Beckemper, Jura2001, S168.
- (33) Roxin, aa.O., § 26Rn.246.
- (34) 今のRGの判例について、曲田・前掲註(6)一四七―一四八頁、山中・前掲註(6)四八頁に紹介されている。
- (35) Roxin, aa.O., § 26Rn.247.
- (36) Roxin, aa.O., § 26Rn.248.
- (37) Roxin, aa.O., § 26Rn.249.
- (38) このスイスの判例につき、アンチロープの肉の販売事件として、山中・前掲註(6)五三―五四頁に紹介されている。

- (39) Roxin, aa.O., § 26Rn.250.
- (40) Roxin, aa.O., § 26Rn.251.
- (41) Roxin, aa.O., § 26Rn.253.
- (42) Roxin, aa.O., § 26Rn.254.
- (43) Roxin, aa.O., § 26Rn.210. これについて、上野幸彦「幫助犯における因果連関と客観的帰責」日本大学法学会・日本法学七〇巻三号(二〇〇四年)一〇〇—一〇二頁参照。
- (44) この結果、ロクシンによれば、可罰的幫助とは、構成要件該当結果と因果的で法的に許されない危険増加と定義づけられる (Iers, aa.O., § 26Rn.183)。許されない危険の実現は、客観的構成要件に対する帰属の基本要件なのである (なお、ロクシン「佐藤拓磨訳」『ドイツの理論刑法学の最近の状況について』刑法雑誌四九巻二・三合併号(二〇一〇年)一九七頁、二〇六頁参照)。本文に説明したところから明らかなように、ロクシンの見解を、主観的な構成要件を問題とする見解と捉えたり (たとえば、Thomas Rotsch, *Neutrale Beihilfe zur Fallbearbeitung im Gutachten*, JURA2004, S.18)、折衷説として位置づけるのは (たとえば、松生・前掲註(6)姫路法学三一・三二合併号二七六頁、曲田・前掲註(6)一七二頁)、必ずしも的確な理解であるとは思われない。
- (45) 島田・前掲註(6)四七頁。
- (46) 島田・前掲註(6)七七頁以下。
- (47) 島田聡一郎「他人の行為の介入と正犯成立の限界」法学協会雑誌一一七巻三号(二〇〇〇年)四二六頁。
- (48) 島田・前掲註(6)八二—八三頁、八五—八六頁、八八頁。
- (49) 島田・前掲註(6)八一頁。
- (50) 島田・前掲註(6)七八頁。
- (51) 島田・前掲註(6)八八頁。
- (52) 島田・前掲註(6)九一頁。

- (53) 山中・前掲註(6)九八頁。
- (54) 照沼准教授も、代替原因の設定基準について、その不透明さを批判されている(照沼亮介「共犯の処罰根拠論と中立的行為による幫助」『神山敏雄先生古希祝賀論文集 第一卷 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(二〇〇六年) 五八五頁)。
- (55) 山中・前掲註(6)九八頁。
- (56) Roxin, aa.O., § 26Rn.213. 上野・前掲註(43)一二二―一二三頁。
- (57) 山中・前掲註(6)九八頁。さらに、曲田・前掲註(6)四五二頁以下。
- (58) 西貝吉晃「中立的行為による幫助における現代的課題」東京大学法科大学院ローレビュー五号(二〇一〇年) 九九頁、一〇七頁。
- (59) 最近、ベルリン自由大学のハーホラント(Klaus Hoffmann-Holland)教授は、刑法上の概念について、明確性原則の下で、日常用語例によつて限界付けられるばかりでなく、刑法体系によつても形成され、制限されるといふ興味深い見解を示しておられる。これについて、上野幸彦訳「団体概念の事例に関する解釈の限界としての刑法および概念を形成する体系の中心的な構成原理としての明確性原則」本誌本号(日本法学七七卷一号・二〇一一年) 一一九頁以下。
- (60) 山中・前掲註(6)一一一頁以下、同・前掲註(3)九二―一九三頁。
- (61) 山中・前掲註(6)一二二―一二五頁。
- (62) 山中・前掲註(6)二六―二七頁。
- (63) Vgl. Roxin, aa.O., § 26Rn.243.
- (64) たとえば、山中教授は、後述するWimpy事件について、日常使用危険物提供類型に分類されたうえで、なお「可罰的幫助かどうかは微妙である。」(山中・前掲註(3)九一五頁)と述べられていることから窺えるように、こうした危険判断の曖昧さと難しさが露呈されているといえるのではないだろうか。
- (65) 松宮・前掲註(3)二九二頁。
- (66) 曲田・前掲註(6)一八七頁。

- (67) 曲田・前掲註(6)一九五—一九六頁。
- (68) 山中・前掲註(6)一〇一頁。
- (69) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(二〇〇五年)一五八—一五九頁。
- (70) Roxin, aa.O., § 26Rn.195. 上野・前掲註43九七頁、松生・前掲註(6)姫路法学三二・三二合併号二四二頁。
- (71) 曲田・前掲註(6)一〇四頁。
- (72) 法の支配のもとでの、法の重層的な社会統制について論じるものとして、碧海純一『新版法哲学概論 全訂二版補正版』(一九九八年)九四—九六頁。
- (73) 照沼・前掲註(54)五七三頁。
- (74) 照沼・前掲註(54)五七六頁。
- (75) 照沼・前掲註(54)五八二頁。
- (76) 船山泰範ほか編『スタッフ刑法総論』(一九九七年)三〇六—三〇七頁〔上野幸彦〕。混合惹起説という見解は、ロクシンによって主張されているものである(Roxin, aa.O., § 25Rn.102)。この見解の詳細については、斉藤誠二『共犯の処罰の根拠についての管見』『刑事法学の新動向 下村康正先生古稀祝賀 上巻』(一九九五年)一八一—一九頁、三〇頁以下、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属(1)』愛知大学法学部・法経論集一六六号二頁以下参照。現在では、日本でもこの見解を支持する見解が多数となっている。たとえば、西田・前掲註(1)三三八頁、山口・前掲註(1)三〇〇頁、井田・前掲註(3)四八一—四八二頁、松宮・前掲註(3)二五二頁、伊東・前掲註(3)三六〇頁、高橋・前掲註(3)四一三頁など。
- (77) 照沼・前掲註(54)五七八—五七九頁。
- (78) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 55ff.
- (79) 松生・前掲註(6)姫路法学二七・二八合併号二一五頁、島田・前掲註(6)六二頁、山中・前掲註(6)七三頁、曲田・前掲註(6)一七八頁など。もっとも、可罰的違法性という観点から、日常行為の幫助構成要件該当性を論じる余地は、なお理論的に残されている。このような見解に示唆を与えるものとして、藤木英雄『可罰的違法性』(一九七五年)八八—八九頁参照。

- (80) 豊田教授は、客観的帰属論と混合惹起説との必然的な結合を強調される(豊田・前掲註(5)立命館法学二〇〇六年六号二五五―二五七頁、刑法雑誌四七卷三三―三四九頁、同「客観的帰属論と共犯の処罰根拠論の關係」刑法雑誌五〇卷一(二〇一〇年)六頁以下、さらに、許されない危険の創出およびそれと共犯の処罰根拠論につき、同「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』(二〇一〇年)一〇―一八頁。
- (81) Roxin, aa.O., § 26Rn.193. 上野・前掲註(43)一―三頁。
- (82) 松生「客観的帰属論と過失共犯」刑法雑誌五〇卷一(二〇一〇年)三三―三四頁参照。
- (83) 結果に対する行為者の責任を問題とする場合における客観的帰属論の基本的な妥当性につき、松生・前掲註(79)三二―三三頁。
- (84) 松生・前掲註(79)三二頁参照。
- (85) 村上淳一・六本佳平訳『N・ルーマン 法社会学』(一九七七年)三九―四四頁、一〇八頁参照。ルーマンによる分析について、松生・前掲註(79)五三頁以下に説明されている。
- (86) 松生・前掲註(6)姫路法学三二・三三(合併号二九四頁)。
- (87) なお、松生教授の見解に対しては、購買者がその犯行に利用することを知っている場合であっても、「他者の行為と完全に遮断された行為寄与」が存在すると評価し得るのか、あるいは評価すべきであるのかという点について、なお議論の余地が残されているといわざるを得ない。結果的に、日常的な通常業務性に重点が置かれた解決策となっており、客観的帰属という一般的な帰属原理との理論的な関連性についても、十分な説明が行われているとはいえないように思われる。さらに、このような基準を適用することによって、実際にどのような結論が導かれるのかという説明に乏しいため、残念ながら、具体的に利用可能で有効な基準として機能するか否かという検証を十分行い得る程度に至っておらず、現時点においては客観的に分析できる材料にやや不足が認められる。具体的な適用可能性に関する議論のさらなる展開を待たなければならないように思われる。
- (88) Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 4. Aufl., 2006, § 24Rn.11, Rn.21ff. 信頼の原則につき、板倉宏『刑法総論 補訂版』(二〇〇七年)二八一―二八二頁参照。

- (89) 島田・前掲註(6)一〇五頁。
- (90) 島田・前掲註(6)八五―八六頁。
- (91) したがって、ロクシンの見解を「故意によって解決しようとしている」とする見方は(小島秀夫「中立的行為による幫助」刑法雜誌五〇巻一号(二〇一〇年)二八頁)、適切ではない。
- (92) 松生・前掲註(6)姫路法学三二・三三合併号二九三頁。
- (93) 中立的行為に關連する日本の判例につき、曲田統「日常行為と從犯(二)―主にわが国における議論を素材として―」中央大学法学会・法学新報一一二巻一・二号(二〇〇五年)四四五頁以下、山中・前掲註(6)五四頁以下参照。
- (94) 大審院昭和七年九月二六日判決(刑集一一巻一三六七頁)。
- (95) 判例タイムズ六三〇号三三〇頁。
- (96) 判例タイムズ七五二号二四六頁。
- (97) 判例時報一五六三号一四七頁。
- (98) 高等裁判所刑事判例集五二巻二号一〇三頁。
- (99) 判例時報一五一四号一六九頁。
- (100) 上野幸彦「ファイル共有ソフトを開発し、インターネット上で公開・提供した者につき、著作権法上の公衆送信権侵害罪の幫助犯の成立が否認された事例―Winyy 事件控訴審判決―」日本大学法学会・日本法学七六巻三号(二〇一〇年)一九一頁以下。さらに、控訴審判決について、刑事法ジャーナル誌上で特集(二三号(二〇一〇年))が組まれ、不可罰説の立場から、園田寿「Winyy の開発・提供に関する刑法的考察(再論)―ウイニー控訴審無罪判決の意義と課題―」(同誌四〇頁以下)、可罰説の立場から、豊田兼彦「Winyy 事件と中立的行為」(同誌五一頁以下)、さらに島田聡一郎「Winyy 事件二審判決と、いわゆる『中立的行為による幫助論』」(同誌五九頁以下)の論稿が掲載されている。
- (101) 上野・前掲註(100)二〇七―二〇八頁。

(二〇一一年二月八日脱稿)

