

不特定者に対する幫助犯の成否

豊田兼彦*

目次
はじめに
日本の判例
日本の学説
ドイツの判例・学説
検討

はじめに

本稿は、幫助犯が成立するためには、被幫助者（正犯）が（正犯の実行行為の開始前に）特定されていることが必要か、また、幫助の故意として特定された被幫助者についての認識が必要か、という問題を扱うものである。

一般に、教唆犯においては、被教唆者は特定者でなければならないと解されている。これに対し、幫助犯に関しては、被幫助者の特定性について言及されることはほとんどなかった。しかし、最近、ウィニー（Winnie）事件において、不特定者に対する幫助犯の成否が争点となった。ウィニー事件とは、ファイル共有ソフトであるウィニーを開発した被告人が、その最新版を自己のホームページ上に公開して不特定多数者が入手できる状態にした上、著作権侵害の正犯にこれをダウンロードさせて提供した行為について、著作権法違反の罪の幫助犯が成立するかが争われた事件である。

* とよた・かねひこ 近畿大学教授

この事件で、被告人は、ウィニーを特定の者に提供したのではなく、また、正犯が誰であるかを認識していなかった。そこで、弁護人は、幫助行為の相手方は特定されていなければならない、幫助の故意としても、正犯が誰であるかを認識していることが必要であるとして、不特定(多数)の正犯に対する幫助犯は成立しないと主張した。これに対し、1審、控訴審判決は、いずれも、この弁護人の主張を斥け、不特定(多数)者に対する幫助犯も成立し得るとしたのである(詳しくは、後で紹介する)。

ウィニー事件の両判決のように、不特定者に対しても幫助犯が成立し得ると解することは妥当であろうか。また、そのように解とした場合、その理論的根拠はどこに求められるべきであろうか。これが、本稿の検討課題である。

現在は、インターネットの時代である。ウィニー事件のように、不特定多数の者に対して、その者の犯行を促進するモノや情報がインターネット上に提供されるという事態は、今後も十分に予想される。不特定者に対する幫助犯の成否について検討する必要性は、これまで以上に高まっているように思われる。

手がかりとなる文献は多くないが、以下では、日本及びドイツのいくつかの判例と学説を紹介した上で、この問題について若干の考察を試みることにしたい。

日本の判例

1 まず、日本の判例から見てみよう。不特定者に対する幫助犯の成否の問題を正面から取り上げ、検討した最高裁判例はない。しかし、この問題に対する一定の見解を前提にしていると理解し得る判例はある。間接幫助の可罰性が争われた最高裁昭和44年7月17日決定(刑集23巻8号1061頁)である。

事案は、金具の製造販売業者である被告人が、得意先のAに対し、必要

なら自分の持っているエロフィルムを何時でも貸すと言ったところ、後日 A から得意先に貸してやりたいから貸してくれとの申出があったので、自己所有の男女性交の情景などを露骨に撮影した 8 ミリ映画フィルム 10 巻を A に貸与し、A は、それを得意先である B に渡し、B が、これを多数人に観覧させたというもので、被告人は、わいせつ図画公然陳列幫助で起訴された。本件では、被告人が A にフィルムを渡した時点で、客観的には、被幫助者である「(A の) 得意先 B」が特定されていた。しかし、A は、被告人に対し、B の名を出さず、単に得意先に貸してやりたいとしか伝えていなかった。そのため、被告人の認識においては、被幫助者は「A の得意先」という限度では特定されていたが、それ以上に誰が被幫助者であるかまでは特定されていなかった。

このような事案について、最高裁は、被告人にわいせつ図画公然陳列罪の幫助犯が成立するとした。

この決定は、無限定な不特定者に対する幫助犯の成立をも肯定するものかは明らかでないが、少なくとも、被幫助者である正犯は個別的に特定された人物でなくてもよいとする見解を前提にしていると理解することができる。正犯による実行行為の前に正犯が個別的に特定されていることが幫助犯の成立要件であるとするれば、幫助の故意としても、個別的に特定された正犯についての認識が必要になると解すべきであるが（客観的に正犯の特定性が必要であるとしながら、それを故意の対象から除くことは、理論的に一貫しないと思われる）、最高裁は、そのような認識を欠いた被告人に対し、幫助犯の成立を認めているからである。

2 ところで、本決定の事案は、一般に間接幫助の事案とされているが、間接幫助の事案の中には、間接幫助者の行為時には被幫助者である正犯が個別的に特定されていない、あるいは（客観的には特定されていたとしても）間接幫助者がその者を具体的に認識していない事案が少なからず存在すると予想される。そこで、間接幫助に関する判例を見てみると、実際に、そのようなケースがいくつか存在する。大審院大正 14 年 2 月 20 日判決（刑

集4巻73頁),大審院昭和10年2月13日判決(刑集14巻83頁),大審院昭和11年11月12日判決(刑集15巻1431頁)などである。これらの判例は,いずれも,正犯を個別的に認識していない者について幫助犯の成立を肯定しており,前記最高裁決定と同様,間接幫助者の行為の時点で正犯が個別的に特定されていることは不要であるとの見解を前提にしたものと理解し得る。

このうち,とくに注目されるのは,大審院昭和10年2月13日判決である。特定の正犯を認識することの要否について明示的な判断を示した大審院・最高裁の先例としては,本判決が唯一のものようだからである。事案は,被告人が,金地金を,密輸出されることを推知しながら,Aに売り渡し,AがこれをBに売り渡し,Bが密輸出を実行したというもので,外国為替管理法違反の罪の幫助犯の成否が争われた。弁護人は,幫助犯の成立には特定の正犯を認識することが必要であると主張した。これに対し,本判決は,幫助犯が成立するためには正犯が誰であるかを確知する必要はないと述べるとともに,その理由として,正犯が誰かを確知するか否かは正犯の実行を容易にする点で何らの差異も生じないことを挙げて,弁護人の主張を斥け,幫助犯の成立を肯定した。

3 以上の判例は,すべて間接幫助の事案に関するものであった。間接幫助の事案では,幫助行為の直接の相手方(中間的な幫助者)は特定されているが,間接幫助者の行為時に正犯が特定されていない場合がある。そうした場合に幫助犯の成立を肯定するためには,正犯の事前の特定性は不要であると解さざるをえない。反対に,正犯の特定性を要求すると,間接幫助の事案のうちの少なからぬケースで,幫助犯の成立が否定されることになる。その意味で,正犯の特定性の問題は,間接幫助の可罰性の問題にも関係する。被幫助者である正犯の特定性の要否を検討する際には,この点に留意する必要がある¹⁾。

1) 判例は,間接教唆の事案で,被教唆者(この場合は正犯でなく,中間的な教唆者)が特定されていれば,間接教唆者の教唆行為の時に実行者(正犯)までが特定していることを要しないとしている(大判大正6・5・23刑録23巻494頁)。

では、直接幫助の事案はどうか。直接幫助の事案について、不特定者に対する幫助犯の成否を検討した大審院・最高裁の判例は見当たらない。下級審を見ても、ウィニー事件の1審・控訴審判決が出るまで、そのような先例は見当たらない。

こうした状況の中、ウィニー事件の1審、控訴審の各判決は、直接幫助の事案で、被幫助者である正犯の特定性が不要であることを明示した。それは、直接幫助の事案で初めて、正犯の特定性に言及し、かつ、これを不要としたものであり、下級審の判例ではあるが、重要な意味をもつものといえよう。そこで、次に、ウィニー事件を見てみることにしよう。

4 ウィニー事件には、不特定者に対する幫助犯の成否の他にも争点がある。ここでは、それらの争点も含めて紹介しておく。

事案は、次のとおりである。被告人は、P2P技術（不特定多数のコンピュータが相互に接続され、直接ファイルなどの情報を送受信する通信形式）を用いたファイル共有ソフトであるウィニー（Winny）を開発し、その改良を重ねながら、自己の開設したホームページ上で公開し、不特定多数者に配布していたものであるが、ウィニーの最新版を自己のウェブサイト上に公開して不特定多数者が入手できる状態にしたところ、A及びBが、このソフトをそれぞれダウンロードし、これを用いて、著作権者の許諾を受けなく、著作物であるテレビゲームのプログラムや映画コンテンツを、インターネット上でアクセスしてきた不特定多数の利用者に対し自動公衆送信し得るようにし、上記著作物の公衆送信権を侵害して著作権法違反の犯行（著作権法119条1項）を行った。被告人は、A及びBを正犯とする著作権法違反の罪の幫助犯として起訴された。

弁護人らは、著作権法120条の2に関する法改正の経緯等からすると、著作権法は同法120条の2で処罰される場合を除いては、技術の提供による間接的な関与行為に止まる場合を処罰の対象とはしておらず、著作権法は刑法総則の幫助犯による処罰を予定していないものと解すべきである、

刑法62条は、特定の相手方に対して行うことが必要であり、不特定多数

の者に対する技術の提供は刑法62条の幫助犯にあたらぬ、被告人の行為は各正犯の客観的な助長行為となっておらず、ウィニーのような価値中立的な技術を提供すること一般が犯罪行為となりかねないような、無限定な幫助犯の成立範囲の拡大も妥当でない、などと主張した。

第1審判決(京都地判平成18・12・13判タ1229号105頁)は、 について、「刑法62条1項の幫助犯に関する規定は、刑法以外の法令の罪についても、その法令に特別の規定がある場合を除いて適用されるのであり(刑法8条)、かつ、著作権法には、刑法総則ないし刑法62条1項の適用を除外する旨の規定も存しない」とし、 についても、「刑法62条に、弁護人らが主張するような制限が一般的に存するとは解されない」として、弁護人の主張を斥けた。 については、ウィニー自体は価値中立的な技術であることを認め、詳細な検討を加えたが、ウィニーを含むファイル共有ソフトが著作権を侵害する態様で広く利用されていた等の現実の利用状況の下、被告人は、そうした現実の利用状況を認識・認容して最新版を公開したとして、著作権法違反の罪の幫助犯の成立を認め、罰金150万円を言い渡した。

弁護人は、控訴審でも、論点 ~ について、1審と同趣旨の主張を行った。このうち、本稿と関係する論点 についての主張は、次のとおりである。「ある技術が開発され、その技術が不特定多数者に提供されたが、その技術が著作権侵害に利用された場合、不特定多数者に向けられた幫助を一般的に認めることは許されない。すなわち、幫助犯が成立するためには、幫助の行為、幫助の故意、幫助の因果性が必要であるが、働きかけを行う相手方が特定していない場合、自分の言動がどのように受け取られ、どのように犯罪行為に結びつくのかさえ不明であり、当事者間に人的な信頼関係も存在しない。幫助の行為としては、『社会通念上正犯の行為を容易にすることが通常である行為を特定の相手方に対して行うこと』が必要であり、幫助の故意としても、『特定された正犯者の認識・予見』が必要になるのであるから、被告人が Winny を開発して公開し、不特定多数者

に提供した行為は、幫助行為に該当せず、被告人に幫助の故意も認められない。本件のように、正犯者に対する個別の働きかけがない事案では、幫助犯の成立は認められない。」

以上に対し、控訴審判決（大阪高判平成 21・10・8 公刊物未登載）²⁾は、「著作権法には幫助犯の適用を排除する特別の規定はなく、そして、幫助とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形・無形の方法によりその他人の犯罪を容易にする行為をいうのであり、一義的に構成要件が定まっているものではなく、幫助犯の成立を限定的に解すべきものではない」と述べた上で、 について、「著作権法120条の2第1号で規定されている以外の間接的な著作権侵害行為については、その幫助行為が不可罰である」と解することはできないとし、 についても、「不特定多数者に対する幫助行為はそれ自体が不可罰であると解することはできない」として、弁護人の主張を斥けた。しかし、 については、「ソフトの提供者が不特定多数の者のうちには違法行為をする者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勤めてソフトを提供する場合に幫助犯が成立すると解すべきである」との基準を示した上で、本件被告人は「本件 Winny をインターネット上で公開、提供した際、著作権侵害をする者が出る可能性・蓋然性があることを認識し、それを認容していたことは認められるが、それ以上に、著作権侵害の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勤めて本件 Winny を提供していたとは認められないから、被告人に幫助犯の成立を認めることはできない」と判示し、無罪を言い渡した。

以上が、ウィニー事件の内容である。この事件では、 の論点について、1審と控訴審の判断が分かれた。この論点は、近時注目を集めている「中

2) 本稿執筆時点（2010年1月）では、判例雑誌等への掲載はないが、壇俊光「Winny 事件高裁判決の解説」知財ぶりずむ 8 巻88号（2010年）30頁の最後（38頁以下）に判決の全文が掲載されている。

立的行為による幫助」の問題と関係するもので、本件の最重要論点といってよいであろう³⁾。現在、検察官から上告がなされており、に対する最高裁の判断が注目されるところである。

これに対し、本稿で取り上げるべきの論点について見ると、1審、控訴審判決のいずれにおいても、弁護人の主張が排斥され、不特定(多数)者に対する幫助犯の成立が肯定された。もっとも、その理由については、控訴審判決が「幫助とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形・無形の方法によりその他人の犯罪を容易にする行為をいうのであり、一義的に構成要件が定まっているものではなく、幫助犯の成立を限定的に解すべきものではない」と述べるのみで、それ以上は不明である。

日本の学説

1 不特定者に対する幫助犯の成否の問題に言及した文献は、ウィニー事件以前の日本では、大谷實の体系書が唯一のものようである。そこには、「幫助の相手方すなわち被幫助者は、特定した者であることを要する」との記述が見られる⁴⁾。「被幫助者」という言葉は、通常、正犯の意味で用いられるから、この見解は、不特定の正犯に対する幫助犯の成立を否定する見解であると思われる⁵⁾。もっとも、そこでは、結論が示されるのみで、そのように解すべき理由は明らかにされていない。

しかし、最近、ウィニー事件をきっかけに、一部の文献においてであるが、この問題が取り上げられるようになった。また、結論だけでなく、理

3) 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(2009年)167頁以下、及び同書167頁注3に掲げた文献を参照。

4) 大谷實『刑法講義総論〔第4版補訂版〕』(1996年)459頁。この記述は、同書の最新版でも維持されている(同『刑法講義総論〔新版第3版〕』[2009年]447頁参照)。

5) ただし、間接幫助の事案では、正犯との間に立つ中間的な幫助者も被幫助者と呼び得るので、この見解によっても、間接幫助の事案については、中間的な幫助者は特定されている必要があるが、正犯は特定されていなくてもよいと解することはできる。

由についての記述も見られるようになった。以下、不特定者に対する幫助犯の成立を肯定する見解（肯定説）と否定する見解（否定説）とに分けて、文献を紹介していこう。

2 佐久間修は、ウィニー事件を扱った論文において、「幫助の故意は、従犯者が正犯者の行為を認識しつつ、これを幫助する意思で足りる以上、両者の間に相互的な意思の連絡はなくてもよい（大判大 14・1・22 刑集 3 巻921頁）。その意味では、具体的な正犯者がどこの誰であるか、送受信の日時や内容に関する詳細な認識は、従犯が成立するための必要条件ではない（大判昭 10・2・13 刑集14巻83頁）。したがって、漠然とした認識にとどまる場合はもちろん、匿名の相手方に対しても、従犯は成立しうる」と述べた⁶⁾。佐久間は、先に紹介した大審院昭和10年2月13日判決を引用して「具体的な正犯者がどこの誰であるか」の認識は不要であるとしており、不特定者に対する幫助犯の成立を肯定する立場に立っていると思われる。問題は、その理由であるが、これについては、正犯と幫助者との間に相互的な意思連絡がなくてもよいことが挙げられている。

佐久間とは異なる理由づけを試みる肯定説として、石井徹哉の見解がある。石井は、ウィニー事件に関する論考において、概括的故意に着目する見解を示した。すなわち、「正犯および正犯行為の特定性を必要としない根拠はどのようなものであろうか。この場合、おそらくその根拠として考えることができるのは、Winny の事件では、従犯に概括的故意を認めることができるというものである。……この場合は、行為者に生じた結果について故意を認めることができるのは、行為者が自己の行為の有する危険の射程範囲を認識していたことにありと解される。この考えを、従犯における正犯者の特定性の問題へ応用すると、Winny の開発者が Winny の提供行為による著作権侵害を幫助するという危険をどの程度認識していたのか、またその認識していた危険の射程範囲に正犯者の著作権侵害行為が存

6) 佐久間修「Winny 事件にみる著作権侵害と幫助罪」ビジネス法務2004年9月号（2004年）68頁。

在していたかどうかにより、従犯の故意の存否を決することができるかもしれない⁷⁾。

肯定説に立つものかは必ずしも明らかでないが、その根拠を示した文献として、小野上真也によるウィニー事件の判例評釈がある。小野上は、「正犯の存在が、幫助者と結果の間の因果経過であると捉えれば、その具体的認識が欠けていたこと自体では、故意を否定する決定的な理由とはなり得ない」とする⁸⁾。これは、故意の成立には因果経過についての詳細な認識は不要であるとする一般的な理解を前提にしたものと思われる。

3 否定説の論者としては、先に挙げた大谷以外では、園田寿がいる。園田は、ウィニー事件に関する論考の中で、佐久間と石井の見解について、「そのような考えは、すでに明確な輪郭を失っている幫助犯の成立範囲をいっそう無限定にするおそれがある」と批判する。それらの見解によれば、「コンピュータ技術の開発に携わる者は常に悪用される危険性を意識しているだろうから、画期的な技術を開発すればするほど、結果的にそれが犯罪目的に利用された場合、とくに容易に幫助の故意が認定されることにもなりかねない」というのである⁹⁾。また、そうなる「ソフトウェア産業全体に強烈な萎縮効果を及ぼすことにもなる」として、結論の妥当性にも疑問を向ける¹⁰⁾。

さらに、園田は、不特定多数者に著作権法違反を勧める行為を著作権法違反の罪の幫助としてしまうと、特別法に見られる幫助型の「せん動」、
「あおり」と幫助との区別ができなくなると主張する。すなわち、「『扇動』

7) 石井徹哉「Winny 事件における刑法上の論点」千葉大学法学論集19巻4号(2005年)138頁。

8) 小野上真也「ファイル共有ソフトの提供につき公衆送信権侵害罪の幫助が認められた事例」法律時報80巻1号(2008年)116頁。ただし、小野上は、続けて「正犯の存在の認識の有無が、結果発生の認識に重大な影響を及ぼす場合には、故意が否定される余地はあろう」との留保を付けている。

9) 園田寿「Winny の開発・提供に関する刑法的考察」刑事法ジャーナル8号(2007年)60頁。

10) 園田・前掲注9)60頁。

ないし『あおり』は、……教唆や幫助と内容的に重なる部分があるものの、その行為対象がより広くかつ一般的である点で教唆・幫助と區別され、実務的には、その行為が不特定またはかなりの多数人に対してなされる場合に『扇動』ないし『あおり』を認定し、特定の少数人に対して行なわれる場合に『教唆』（幫助も同様と解される）を認定する傾向が見られ、これによれば、不特定多数の者に著作権法違反を勧める行為は、「『幫助』としての心理的態度よりも、まさに不特定多数の者に対する著作権法違反の『扇動』ないし『あおり』と呼ぶにふさわしい心理的態度であるように思う」とする¹¹⁾。この見解は、幫助とせん動（ないしあおり）とは排他的関係にあり、かつ、教唆とせん動（ないしあおり）との間においてだけでなく、幫助とせん動との間にも、特定少数者に対する働きかけか、不特定または多数の者に対する働きかけかという區別が妥当するとの理解を前提にしていると考えられる。

ドイツの判例・学説

1 ドイツにおいては、不特定者に対する幫助犯の成否が正面から争われた事例は見当たらない。もっとも、関連する判例がないわけではない。

連邦通常裁判所1952年6月10日判決（BGHSt 3,65）は、被害少女に対し（第三者との）性交を甘受するよう勧めた行為について強制わいせつ及び強姦の幫助犯の成否が争われた事案において、傍論ではあるが、行為者の知らない正犯者に対しても幫助犯の成立があり得るとしている。また、被告人の偽造した小切手が詐欺の実行犯の手に渡り、その偽造小切手を用いた詐欺が実行されたが、詐欺は未遂に終わったという事案で、連邦通常裁判所2001年11月7日決定（BGH NStZ 2002,145）は、被告人に対し同罪の幫助犯の成立を肯定した。同決定は、決定理由において、「幫助者は正

11) 園田・前掲注9)61頁。

犯が誰であるか (Person der Haupttäters) を知っている必要はない」と述べている。

以上の判例は、正犯が誰かを知っている必要はないとしたものであり、個別的に特定されていない者に対しても幫助犯が成立するとしたものかは明らかでない。

2 ドイツにおいても、幫助犯における被幫助者の特定性の問題を詳論した文献は見当たらないが、一部の概説書やコンメンタールには簡単な記述が見られる。そして、それらは一致して、幫助犯の故意としては、正犯が具体的に誰であるかを知っていることは必要でないとする¹²⁾。ここでは、正犯が(正犯の実行行為の開始前に)個別的に特定されていることは客観的にも必要でないことが前提とされていると見てよいであろう¹³⁾。

注目すべきは、教唆犯の場合との比較である。ドイツの文献を見ると、教唆犯については、正犯は個別的に特定された者 (individuell bestimmte Person) である必要はないが、個別的に特定された人間集団 (Personenkreis) の中の特定又は不特定の者であることは必要であるとされている¹⁴⁾。これに対し、幫助犯に関しては、このような限定すら付されていない。

では、このように解されている理由は何か。それは、教唆犯と幫助犯の構造の違い(教唆犯は、犯行の決意のない者に犯行を決意させ、いわば犯行を作り出すものであるのに対し、幫助犯は、すでに犯行の決意を有する者に対して犯行の援助を与えるものであるという違い)に求められているようである。すなわち、ロクシンの言葉を借りれば、「教唆者は、犯行を

12) Vgl. etwa Karl Lackner/Kristian Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 27 Rn. 7; Peter Cramer/Günter Heine, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 27 Rn. 19.

13) Vgl. Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 695.

14) Vgl. etwa Lackner/Kühl, aaO (Anm. 12) § 26 Rn. 5; Cramer/Heine, aaO (Anm. 12) § 26 Rn. 18.

描いてみせる。それゆえ、少なくとも大まかな輪郭を知っていることが必要である」が、幫助犯の場合には、「正犯者の犯行の決意、及び計画された犯行の構想がすでに存在しており、それ以上に犯行の輪郭を与える必要がない」のである¹⁵⁾。

検 討

1 結論から述べると、本稿は、ウィニー事件の1審、控訴審判決と同様、不特定者（不特定の正犯）に対しても幫助犯が成立し得ると解すべきであると考え。すなわち、幫助犯が成立するためには、幫助されるべき正犯が（正犯の実行行為の開始前に）特定されていることは必要でなく、したがって、幫助の故意としても、特定された正犯についての認識は不要であると考え。

2 否定説に立つ園田は、先に紹介したように、不特定（多数）者に対する幫助犯の成立を認めると、すでに明確な輪郭を失っている幫助犯の成立範囲をいっそう無限定にするおそれがあるとする。たしかに、不明確で不当に広くなりかねない幫助犯の成立範囲を一定の範囲に限定する必要がある。しかし、この限定は、被幫助者（正犯）の特定性によって果たされるべきだとは思われない。正犯の特定性による限定のネックは、間接幫助の事案において、間接幫助者の行為の時点で正犯が特定されていない場合に、間接幫助の可罰性を肯定できなくなることである。もちろん、間接幫助を不可罰とする見解にとっては何の障害でもない。また、正犯を特定しない間接幫助の中には、当罰性の低いものも含まれよう。しかし、正犯を特定しない間接幫助であっても、当罰性の低くない場合はあり得るし（例

15) Claus Roxin, Zur Bestimmtheit des Teilnehmersvorsatzes, in: Festschrift für Hanns Karl Salger, 1995, S. 136. なお、幫助の故意に関するドイツの判例・学説を詳しく紹介した文献として、小島秀夫「幫助の故意における認識的要素」法学研究論集28号（2008年）59頁がある。

えば、AがBに「人殺しをしたい者がいれば、これを使わせてやってくれ」といってけん銃を手渡し、BがCにこのけん銃を交付し、Cがこれを使って殺人を実行した場合)、判例も、このような場合の間接幫助の可罰性をとくに否定しているわけではない。間接幫助の問題への影響を考慮に入れるならば、幫助犯の成立範囲を限定する方法として正犯の特定性を要求することには慎重であるべきだと思われる。幫助犯の成立範囲の限定は、これとは別の方法によってなされるべきである¹⁶⁾。

また、園田は、不特定(多数)者に対する幫助犯を認めると、幫助型の「せん動」(ないし「あおり」と幫助との区別ができなくなるとするが、これも否定説の論拠としては必ずしも強固でないと思われる。たしかに、教唆犯においては、一般に、被教唆者は特定の人でなければならないとされているから、教唆は特定者に対する働きかけ、せん動は不特定(又は多数)者に対する働きかけというように両者を区別し、これを排他的関係にあると解することができよう。実際、そのように解するのが一般的なようである。また、せん動を処罰する特別法を見ると、破壊活動防止法38条や爆発物取締罰則4条のように、教唆とせん動が同一条文内で別個に規定されている場合があり、このことから、現行の刑罰法規も、教唆とせん動を、正犯が特定者か不特定者かにより区別していると見てよいであろう。しかし、このような区別が幫助犯にも当てはまるかは疑問である。教唆とせん動を同一条文に規定する破壊活動防止法38条などにおいては、せん動と別に幫助が規定されているわけではない。したがって、現行法がせん動と幫助とを相互排他的に区別しているかは不明である。不特定者に対する幫助犯の成立を認めた場合、同じ行為がせん動にも該当する場合がありますが、

16) 例えば、「許されない危険の創出・実現」を共犯の一般的成立要件とし、これにより幫助犯の成立範囲を限定することが考えられる。豊田・前掲注3)174頁以下参照。なお、間接幫助の場合、正犯は不特定だとしても、幫助行為の直接の相手方(中間的な幫助者)は特定されており、この点で、直接の相手方も特定されていないウィニー事件と間接幫助の事案とは異なる。しかし、後に述べるように、幫助犯においては、教唆犯と異なり、この点の相違は重要でない。

このような場合には、法条競合により、刑の重い方が成立すると解すれば足りると思われる¹⁷⁾。

3 では、肯定説の積極的な根拠としては、どのようなものが考えられるか。すでに紹介したように、佐久間は、肯定説の根拠として、正犯と幫助者との間に相互的な意思連絡がなくてもよいことを挙げる。たしかに、判例・多数説は、片面的従犯を認めており、これによれば、正犯の側に特定の幫助者により幫助されていることの認識は不要である。しかし、そうだからといって、当然に、幫助者の側においても、特定の者を幫助していることの認識が不要であるということにはならないと思われる。そのようにいえるためには、さらなる理由づけが必要であろう。また、幫助の故意の問題以前に、客観的に正犯が特定されていなければならないかを検討する必要があると思われる。概括的故意に着目する石井の見解についても、故意以前に、客観的な正犯の特定性の要否が論じられるべきではないかとの疑問がある。

正犯の存在を幫助者と結果との間の因果経過と捉えてみてはどうか。なるほど、正犯の存在をこのように位置づければ、正犯が特定されていることは必要でないと思えることができよう。そして、正犯をもっぱら事実的な存在として理解する純粹惹起説に立てば、正犯の存在を因果経過の一部と捉えることも可能である。しかし、純粹惹起説以外の見解（責任共犯説、不法共犯説、修正惹起説、混合惹起説）においては、正犯は規範的存在として理解されており、正犯を単なる因果経過として捉えることはできない。正犯の存在を因果経過と捉えるアプローチは、純粹惹起説に立たない限り、採用することはできないように思われる。

4 肯定説の根拠は、幫助犯の構造に求められるべきであろう。教唆とは、犯行の決意を有しない者に具体的な犯行の決意を生じさせることであるから、教唆犯においては、通常、特定の者への働きかけが必要になる。

17) 豊田・前掲注3)180頁注24。

これに対し、幫助とは、すでに犯行の決意を固めた者に対する援助行為であり、かつ、一般に、それは正犯の犯行を容易にするもので足りると考えられている。このような行為は、働きかけの直接の相手方ないし正犯が特定されていなくても（あるいは正犯が誰かを知らなくても）十分に行なわれ得る。間接幫助の事例やウィニー事件が、その例である。このような、教唆犯とは異なる幫助犯の構造から、肯定説を根拠づけることができるように思われる。

幫助犯については刑が必要的に減輕されることも、肯定説の根拠となり得る。肯定説を採用した場合、否定説よりも幫助犯の成立範囲が広くなり、その中には、特定者に対する教唆犯ないし幫助犯に比べ、正犯との関連性が弱いなどの理由により、当罰性の低いものが含まれ得る。しかし、幫助犯については、正犯と同一の刑が科される教唆犯と異なり、刑の必要的減輕が定められている。これは、不特定者に対する（当罰性の比較的低い）幫助犯が成立し得ることを想定した規定であると（も）解することができるように思われる。

5 不特定者に対する幫助犯が成立し得るとすれば、不特定多数者に対する幫助犯の成立可能性を認めて差し支えない。幫助行為の相手方が少数者か多数者かによって、幫助犯の可罰性が左右されるとは考えられないからである。

もっとも、例えば、不特定多数者に対して犯罪の道具を提供した場合に、不特定多数者に対する幫助犯が成立し得るとすると、幫助犯の公訴時効は正犯行為の終了時から進行することから、その道具が存在し、それをを用いて犯罪を実行する正犯が出てくる限り、道具の提供者は、刑事責任を時期を問わず無限に問われることになるのではないかという疑問が生じ得る¹⁸⁾。しかし、刑事責任の範囲については、共犯からの離脱（共犯関係の解消）

18) ウィニー事件控訴審判決は、先の紹介したように、不特定多数者に対する幫助犯の成立を否定するものではないが、価値中立のソフトをインターネット上で提供する行為については、この問題を指摘して、幫助犯の罪責を問うことに慎重な姿勢をとる。

の理論により、適切に限定できると思われる¹⁹⁾。また、正犯が複数成立する場合には、たしかに、幫助犯もそれに従って複数成立するが（判例・多数説）、幫助行為が1個の行為であれば、幫助犯は観念的競合として科刑上一罪となり（最決昭和57・2・17刑集36巻2号206頁）、その全体について一事不再理効が及ぶ。道具を提供した行為が1個の行為と見られる限り（インターネット上に犯罪の道具や情報を提供する行為についても、これを1個の行為と見ることができる限り）、幫助犯として重ねて罪責を問われることはないのである。

19) 不特定多数者の手に渡った道具をすべて回収することは困難であるが、回収のための一定の措置をとった場合には、現実にすべてを回収できなくても、共犯からの離脱を認めるべきである。