

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

豊 田 兼 彦

はじめに
因果的共犯論の限界
客観的帰属論の応用可能性と理論的基礎
中立的行為による幫助
必要的共犯
おわりに

はじめに

現在、共犯の処罰根拠に関する学説として、因果的共犯論（因果共犯論）が有力に主張され、多数説となりつつある。それは、共犯も、正犯と同様、結果を因果的に惹起したことを根拠に処罰されるとみる立場であり、結果に対する因果性を共犯の成立にも明確に要求する点に意義がある。しかし、結果に対する因果性は、共犯が処罰されるための必要条件であるとしても、十分条件ではない。このことは、結果に対する因果性があることは否定できないが、共犯として処罰されないと考えられている諸事例、例えば、不可罰の「必要的共犯」が存在することを考えれば明らかである。もちろん、因果性が共犯処罰の十分条件でないことは、これまでも「共犯の限定性」の問題として意識されており、一定の議論の蓄積がある¹⁾。しかし、そこで論じられていない新しい問題があることも事実である。最近、Winny 事件²⁾で世間の注目を集めた、いわゆる「中立的行為による幫助」の問題がそれである³⁾。必要的共犯の問題についても、共犯の一般

理論，とくに共犯の処罰根拠との関係で，なお未解明の部分が残っているといてよいであろう。こうした具体的な問題の解決のための議論を意識的に展開することが，今日の共犯論の重要な課題であるといえよう。

この課題に取り組むための方法としては，中立的行為による幫助や必要的共犯の事例を特殊例外的なものとみて，それ用に特別のルールを立てることを目指すというやり方がありうるだろうし（必要的共犯については従来からその傾向が強い），反対に，共犯の伝統的な一般的成立要件の枠内で，因果性や故意の内容を精査し，具体化することによって，共犯が処罰されるための必要十分条件を明らかにするという方法もありうるだろう（中立的行為による幫助について，このようなアプローチが有力に主張されている）。あるいは，両者を併用することも考えられる。しかし，いずれの方法を採るにしても，共犯の処罰を根拠づけ，限定するための理論が必要になることに変わりはない。

そのような理論として，有益な視座ないし判断枠組みを提供する可能性があると思われるのが，ドイツで優勢な，そして最近では日本でも注目を集めるようになった「客観的帰属論」である。それは，客観的に行為に結果を帰属するための諸要件の集合体というべき理論で，これまで正犯の結果帰属限定理論として発展してきたものといえてよいが，最近，ドイツでは，中立的行為による幫助の問題が論じられるようになったのと並行して，共犯の領域にも応用されるようになってきている⁴⁾。日本では，まだ，そのような試みはあまりみられないが⁵⁾，もっと注目されてよいように思われる。

結論を先に述べれば，筆者は，共犯の処罰根拠については「混合惹起説」を採用し，それを基盤として，客観的帰属論の「許されない危険の創出」の要件を共犯の一般的成立要件とし，この要件を基本的な枠組みとして，中立的行為による幫助や必要的共犯の不可罰性を説明するのが妥当ではないかと考えている⁶⁾。試論の域を出るものではないが，以下では，このように考えるに至った理由と，試論の具体的内容を明らかにして，前記

の課題に対する1つの解答を示すことにしたい。なお、本稿では、狭義の共犯を考察の対象とし、共同正犯は射程に入れないこととする。

因果的共犯論の限界

因果的共犯論は、共犯が処罰される根拠を構成要件該当結果に対する物理的・心理的な因果性（因果関係）に求める。そして、因果性の内容としては、条件関係ないし結果回避可能性までは不要であり、結果発生を促進する、あるいは容易にすることで足りると解している⁷⁾。もっとも、すでに述べたように、そのような意味での因果性が認められる場合のすべてに共犯が成立するとまでは考えられておらず、共犯の成立を限定する試みもなされている。そこでは、正犯の構成要件該当性や共犯の類型性といった概念を用いて、過失による共犯、順次共犯、正犯なき共犯等の問題が、「共犯の限定性」の問題として論じられている⁸⁾。

しかし、「中立的行為による幫助」の事例には、このような議論では解決することのできない問題が含まれているように思われる。中立的行為による幫助の問題とは、日常取引と共犯の問題とも呼ばれていることから推測されるように、日常的で、少なくとも外形上は中立的、つまり犯罪的な意味をもたないようにみえる行為によって犯罪を促進することが、その犯罪の幫助に当たるか、という問題である。例えば、道具屋の店員が、住居侵入に使うつもりでドライバーを買おうとしている人物に、そのことを知りながらドライバーを販売したところ、その人物がそのドライバーを使って住居侵入を行ったという場合、それを売った店員は住居侵入罪の幫助の罪責を負うか、という問題である。この場合、店員の販売行為が住居侵入を促進し、あるいは容易にしたことは明らかであるし、故意もあるから、因果的共犯論によれば、幫助の類型から除外すべき理由はない。また、正犯の構成要件該当性も認められる。そうすると、従来の限定性の議論からは、幫助犯の成立が肯定されそうである。しかし、店員として客にドライ

バーを販売しただけなのに、たまたま客の意図を知っていたというだけで、後に客が行った住居侵入の幫助犯になるという結論は、妥当ではないように思われる。下級審の裁判例に、軽油引取税不納入罪の手助けになることを知りながら軽油を安く購入した行為について、「売買の当事者たる地位を超えるものではない」として、同罪の幫助犯の成立を否定したものがあるが⁹⁾、この結論が妥当であるとすれば（今のところ結論に反対する文献はみあたらない）、同じく売買の当事者たる地位を超えるものではない道具屋の店員についても、幫助犯の成立は否定されるべきである。

問題は、その理論的根拠である。学説の中には、前記裁判例について、「この程度の因果的寄与は『幫助』に当たらないと解すべきであろう」と述べるものや¹⁰⁾、税法違反において税の基礎となる所得の創出のみに関与する場合には「各論的な処罰の限定」が必要であるとし、「買い手が働きかけることにより、売り手の不納入の意思が強化される等の正犯行為への影響」が認められなければならないとする見解がある¹¹⁾。しかし、前者については、軽油販売の相手方となることによって軽油引取税不納入の金額を増大させ、正犯の犯行を実現させる役割を果たしたことが明らかなのに、なぜそのようにいえるのかが必ずしも明確ではないし、後者については、そのような各論的な限定を正当化する理論的根拠が明らかでないように思われる。これらの見解は、いずれも、基本的に因果性の要件によって結論を説明しようとするものであるが、ここには、そうした方法の限界が示されているのではないであろうか。

客観的帰属論の応用可能性と理論的基礎

発想を転換して、いま一度この問題を考え直してみると、ここで幫助犯の成立が否定されるべきと考えられている行為は、端的にいえば、当該社会において一般に犯罪とは考えられていない、まさに中立的な行為、換言すれば、正犯の犯行を促進した以上、法益侵害の危険を創出してはいるが、

類型的に社会相当の「許された」危険を創出したにとどまる行為とみることができ。そうだとすれば、因果性の要件のみによってではなく、それとは別の「許されない危険の創出」という要件も使って中立的行為による幫助の問題を解決するという方法も、十分にありうると思われる。これは、「結果が客観的に帰属されうるのは、その結果を惹起した行為が結果発生 of 法的に許されない（否認された）危険を創出し、この危険が実際に構成要件該当結果の中に実現した場合である」とする「客観的帰属論」を用いた解決策に他ならない。

ここで、注意すべきことが三つある。一つは、ここにいう「許されない／許された」という評価は、一般的・類型的な評価であるから、違法阻却の判断においてではなく、共犯の類型に該当するかどうかの判断（正犯の場合の構成要件該当性の判断）においてなされるべきものであるということである。

もう一つは、客観的帰属論の要件は、因果性（結果発生 of 促進・容易化）が認められることを前提に用いられるということである。因果性が欠ける場合には、その段階で共犯の成立は否定される。

第三に、共犯の従属性の問題、つまり共犯不法と正犯不法との関係である。これは、共犯の処罰根拠にかかわる問題である（なお、ここにいう「不法」とは、単なる違法性ではなく、刑法上の違法性、つまり構成要件に該当する違法性を意味する。以下でも同じである。日本の共犯の処罰根拠論のきっかけとなったドイツのそれにおいては、不法〔Unrecht〕はこのような意味で用いられており、そのように理解しないと、共犯の処罰根拠を論ずる意味、とりわけ純粹惹起説の意義を正しく理解できない¹²⁾）。中立的行為による幫助の事例においては、正犯の成立が前提になっている。それゆえ、ここでは、正犯が創出した危険は許されない危険であるが、中立的な行為については、創出した危険は許されたものであるという事態が生じる。これは、許されるか許されないかという不法評価が正犯と共犯とで異なるということを意味する。つまり、そのかぎりにおいて、共犯不法

は正犯不法から独立しているということである。したがって、共犯の処罰根拠について、共犯不法の正犯不法からの独立(不法の相対性)を認めず、共犯不法はもっぱら正犯不法から引き出されるとする従属性志向惹起説(修正惹起説)を採用すると、客観的帰属論を用いた解決はできないことになる。正犯を罪責又は不法に陥れたことに共犯の処罰根拠を求める責任共犯説又は不法共犯説を採用した場合にも、その定義上、中立的な行為の不可罰性を説明できない。逆にいえば、客観的帰属論を共犯論に応用するためには、共犯不法の正犯不法からの独立を認める純粹惹起説又は混合惹起説を採用する必要があるということである。

では、純粹惹起説と混合惹起説のうち、どちらの見解がより優れているであろうか¹³⁾。純粹惹起説は、共犯の従属性を事実的依存性と解し、共犯不法を正犯不法から完全に独立させて理解する(それゆえ、共犯は、正犯と並ぶ、独立の構成要件〔共犯者構成要件〕をもった独立の犯罪形式〔共犯者犯罪〕であるということになる。純粹惹起説がドイツで「共犯者犯罪説」と呼ばれる理由はここにある)。すなわち、それは、共犯不法を共犯固有の不法のみで構成し、そこから、共犯が成立するためには構成要件上の法益が共犯から保護されていなければならないこと、反対に、正犯からは保護されていなくてもよいということを主張する。これによれば、被害者の関与や犯人自身による犯人蔵匿・証拠隠滅の教唆が不可罰となる一方、自損行為への関与が可罰的となる。他方、共犯不法の独立性から、正犯に既遂の故意が必要なように共犯にも既遂の故意が必要になるから、未遂の教唆は不可罰になる。純粹惹起説は、被害者の関与、犯人による自己蔵匿・証拠隠滅の教唆、未遂の教唆がいずれも不可罰であることを説明できる点で(このような結論を妥当とする立場からは)優れた見解であるといえる。

しかし、純粹惹起説には、次のような問題がある。まず、純粹惹起説は、共犯不法の正犯不法からの完全な独立を主張し、そこから、自損行為への関与等の正犯なき共犯を可罰的とするが、そのような考えは、法律上明ら

かな共犯の従属性に反する。また、純粹惹起説からは、真正身分犯の共犯は不可罰になるが、これも現行法と矛盾する。純粹惹起説の中には、非身分者も身分者の純粹事実的な行為を要件として法益を侵害できるとして、真正身分犯の共犯の可罰性を説明するものがあるが¹⁴⁾、真正身分犯の場合、身分者の不法は、身分者と非身分者の双方の可罰性の中心的・規範的要件であるから（このことは、通常の犯罪なら、正犯が機械に置き換われれば背後者は正犯に変わるのに、真正身分犯の場合には、正犯が機械に置き換われれば構成要件実現自体がなくなってしまうことを考えれば明らかである）、このような説明は説得的ではない。非身分者も真正身分犯の法益を侵害できるが、それは純粹事実的な正犯行為を介するだけでは不可能であって、規範的存在である正犯不法の存在を前提にしてはじめて、それによって規範の名宛人が拡張されるため、可能になる。つまり、真正身分犯の可罰性を肯定するためには、正犯不法は不可欠である。

以上の問題は、混合惹起説を採用すれば回避できる。混合惹起説は、共犯固有の不法（共犯の独立の法益侵害）と正犯不法の両方を共犯の処罰根拠とする見解である。純粹惹起説を基礎にしつつ、正犯不法の存在を共犯処罰の必要条件とみる見解といってもよい。これによれば、正犯不法を欠く自損行為への関与は不可罰となる。また、真正身分犯の共犯については、身分者の不法が存在する場合には非身分者も法益を侵害できるとみることにより、共犯固有の不法（共犯の独立の法益侵害）の必要性と矛盾することなく、真正身分犯の共犯の可罰性を説明することができる。

かくして、共犯の処罰根拠としては、混合惹起説が採用されるべきことが明らかとなった¹⁵⁾。これで、客観的帰属論を共犯論に応用する基盤はできたといえる。そこで、次に、中立的行為による幫助の問題の解決を目指して、客観的帰属論を共犯論に具体的に展開してみよう。

中立的行為による幫助

中立的行為による幫助の問題は、間接的に構成要件該当結果を惹起した行為のうち、不可罰の中立的行為と可罰的な犯罪的行為とをどのように区別するかという問題であり、その中心的な課題は、間接的な結果惹起行為それ自体の社会的意味の確定方法とその理論的根拠とを明らかにすることにある。そして、行為の社会的意味は、客観的帰属論によって確定することができる(もちろん、行為の犯罪的意味は、客観的帰属を前提に、最終的には、故意又は過失の主観的帰属によって確定される)。それによれば、結果が客観的に帰属され、行為が犯罪的な意味をもちうるのは、結果を因果的に惹起した行為が結果発生の法的に許されない危険を創出し、この危険が実際に構成要件該当結果の中に実現した場合である。

混合惹起説を採用すれば、共犯についても、この公式を用いることができる。すなわち、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それ自体が結果発生の法的に許されない危険を創出し、この危険が実際に構成要件該当結果の中に実現したことが必要である。そして、間接的な結果惹起行為それ自体が許されない危険を創出したといえるためには、正犯の犯罪計画・正犯行為との特別な適合(自己の行為を正犯の犯罪計画・正犯行為に具体的に適合するように特別に形成した事)が認められることが必要である¹⁶⁾。このような適合があってはじめて、正犯の犯行は共犯にとっても「自己の出来事」となるからである。適合が認められない場合、それは「もっぱら他人の出来事」である。

例えば、道具屋の店員がどろぼうにドライバーを売る行為は、結果的にそのドライバーが住居侵入に利用されたとしても、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から、許されない危険を創出したとはいえず、住居侵入罪の幫助に該当しない。これに対し、合鍵のセットを販売する行為は、住居侵入に適合する特別な給付といえるから、幫助に該当し

うる。同じように、タクシーの運転手が強盗犯人を乗せて犯行現場まで運転する行為は、それだけでは強盗の幫助に当たらないが、強盗犯人からの予約をこっそり受け付けていたような場合には、強盗の幫助犯が成立する余地がある。パンを使った毒殺を計画している人に、日常的に商品として販売されているパンを売るだけでは幫助には当たらないが、毒を入れるのに適したパンを特別に作って販売する行為は、殺人罪の幫助に該当しうる。

正犯の犯罪計画・正犯行為との特別な適合は、行為の文脈や行為の際の客観的・具体的状況を考慮に入れて判断されるべきである。例えば、同じドライバーの販売であっても、店の前で激しい殴り合いの喧嘩をしている者にドライバーを販売する行為は、ドライバーを用いた殺人等の幫助に該当しうる。

行為者がこの適合を認識したかどうか、どの程度認識したか、あるいは認識しえたかどうかは、結果の客観的帰属にとって重要ではない。高度に複雑化し、情報化が進んだ今日の分業社会においては、行為の社会的意味は、主観的に追求される意味によってではなく、客観的な意味によって決まるからである¹⁷⁾。もちろん、故意の幫助犯が成立するためには、幫助の故意が必要であることはいうまでもない（故意の対象は、本稿によれば、正犯の犯罪計画・正犯行為との特別な適合である）。しかし、故意は、客観的帰属とは別の主観的帰属の問題である¹⁸⁾。

以上の考察を前提に、中立的行為による幫助に関する代表的な裁判例を個別的に検討してみよう。

幫助犯の成立が肯定された例として、ホテル（秘密売春クラブ）を営む者に頼まれてピンクチラシ・小冊子を印刷した業者に売春周旋罪の幫助犯が成立するとされた事例がある¹⁹⁾。ここでは、どのようなピンクチラシ・小冊子を印刷し、提供したかが問題である。裁判所の認定によれば、印刷・提供された小冊子は、時間と料金こそ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一見して明らかなものであった。つまり、業者は、単なるチラシ・小冊

子を印刷したのではなく、売春の宣伝用のチラシ・小冊子を印刷したのであり、それは、ちょうど、パン屋が毒を入れるのに適したパンを特別に作って殺人者に販売したのと同じことである。業者は、売春周旋罪の正犯行為に適合する給付を特別に行ったのであり、同罪の幫助犯が成立するといえる。

他の肯定例として、独立共犯に関するものであるが、個室付浴場業者への金融機関による融資が売春防止法上の資金提供罪に問われた事例がある²⁰⁾。この融資は、銀行業務の一環としてなされたものであったが、売春が行われる個室付浴場の開業資金を提供するものであった。このような融資は、売春営業という正犯行為に適合する特別な行為である。このことについての認識があれば、故意も認められ、資金提供罪が成立する。なお、裁判所は、個室付浴場で売春が行われることについての具体的な認識が必要であるとしているが、正犯行為との特別な適合(この適合は具体的なものでなければならない)を要求する本稿の立場からは、そのような認識が必要であることを容易に説明できる。

幫助犯の成立が否定された例としては、すでに紹介した軽油引取税不納入罪の事例がある²¹⁾。この事例において、被告人は、犯行グループから軽油の購入者に選ばれ、単に客として軽油を購入したにすぎない。つまり、被告人は、単なる購入者の地位を超えて、軽油引取税不納入罪の正犯行為に適合するような、何か特別の行為をしたわけではない。それゆえ、同罪の幫助犯は成立しないと解される。

最後に、Winny 事件²²⁾について検討しておこう。事案は、ファイル共有者の匿名性を保護する機能をもつファイル共有ソフトである Winny の最新版(当時)を自己のウェブサイト上でダウンロードできるようにして提供した行為が、著作権法違反の罪(公衆送信権侵害)の幫助に問われたというものである。これについて、裁判所は、次のように述べて、被告人に幫助犯の成立を認めた。「被告人が開発・公開した Winny の最新版が、正犯の実行行為の手段を提供して犯行を有形的に容易ならしめたほか、機

能として匿名性があることにより精神的にも容易ならしめたという客観的側面が認められる。しかし、Winny は、センターサーバーを必要としない P2P 技術の 1 つとして多くの分野に応用可能な有意義なもので、いかなる目的で開発したかにかかわらず、技術それ自体は価値中立的である。価値中立的な技術の提供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はない。結局、そのような技術の外部への提供行為自体が幫助行為として違法性を有するかどうかは、その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識、提供する際の主観的態様いかんによると解するべきである。被告人は、Winny が一般の人に広がることを重視し、ファイル共有ソフトがインターネット上において著作権を侵害しながら広く利用されている現状をインターネットなどで十分認識しながら認容し、そうした利用が広がることで既存とは異なるビジネスモデルが生まれることも期待しつつ、Winny を開発、公開した。その後も同様の認識をしてこれを認容し、Winny の最新版の開発、公開を行っていた。ただし、著作権侵害がインターネット上にまん延すること自体を積極的に企図したとまでは認められない。Winny の開発、公開は技術的検証等を目指したものであることは、こうした主観的態様と両立しうる。インターネット上において Winny 等のファイル共有ソフトを利用してやりとりがなされるファイルのうち、かなりの部分が著作権の対象となり、Winny 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おり、中でも Winny が、著作権侵害をしても安全なソフトとして取りざたされ、広く利用されているという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し、Winny が上記態様で利用されることを認容しながら、Winny の最新版を自己のホームページ上に公開し、不特定多数の者が入手できるようにしており、これによって、これらを利用して、正犯者が、匿名性に優れたファイル共有ソフトであると認識したことを 1 つの契機として、公衆送信権侵害の各実行行為に及んだのであるから、被告人がソフトを公開して不特定多数の者が入手できるように

提供した行為は、幫助犯を構成する。」

Winny という技術自体は価値中立的であるとされた以上、その開発自体が著作権法違反の幫助に当たらないことはもちろんである。さらに、その提供も、著作権法違反の行為に適合するように特別に形成されたといえないかぎり、許されない危険を創出したことにはならず、著作権法違反の罪の幫助に該当しない。ただし、同じ技術の提供であっても、それを取り巻く客観的状況によっては、著作権法違反の行為に適合するように特別に形成されたとみられる場合があるのであって、その場合には、故意の存在を前提に、著作権法違反の罪の幫助犯が成立すると解される。

本件についてみると、Winny が最初に提供された段階では、その提供が著作権法違反の正犯行為に適合するように特別に形成されたとみるのは困難である。しかし、Winny の最新版が提供された時点では、現実に、Winny をはじめとする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。そのような客観的状況下において、著作権の侵害に適した、ファイル共有者の匿名性を保護する機能をもつ Winny を提供することは、著作権法違反の正犯行為に適合する特別な行為に当たるといべきである（それは、ちょうど、目の前で激しい殴り合いの喧嘩が行われているときに、喧嘩の当事者にドライバーを提供するのと似ている）。それゆえ、Winny の最新版の提供は、著作権法違反の許されない危険を創出した行為として、同罪の幫助犯の客観的要件をみたと解される。そして、本判決の認定によれば、被告人は、そのような客観的諸事情を認識しながら行為に及んでいるのであるから、幫助の故意も認められる。こうして、被告人に著作権法違反の罪の幫助犯が成立すると解されるのである。その意味で、本判決が、Winny の旧版の提供ではなく、その最新版の提供のみを著作権法違反の罪の幫助に当たるとしたことは妥当であり、支持できる。

もっとも、幫助犯の違法性の有無を検討する際に、行為者の認識や意図といった主観的態様を重視している点には疑問がある。たしかに、行為者

の認識の有無と内容は、幫助の可罰性の検討に不可欠の要素であるが、それは主観的帰属要件である故意に位置づけられるべきものであり、幫助行為の違法性とは明確に区別されるべきである。また、行為者が主観的に追求する意図は、幫助の可罰性を左右する意義を有しないと解すべきである。

なお、この事件は、被告人に、正犯が誰であり、いつ、どこで Winny を使って著作権法違反の行為を実行するか等の認識がなかったところにも特徴がある。このような場合に幫助の故意を認めることには異論もありえようが、正犯を特定していない点は、判例を前提にすれば、とくに問題とはならないし²³⁾、正犯行為の日時・場所・方法・被害者等の詳細を知っている必要がないことは、教唆犯の場合にそこまで詳細に特定して教唆する必要はないとされていることとの均衡からも、また、概括的故意が認められていることから、当然と思われる²⁴⁾。本稿の立場からも、そのような詳細な事実の認識は不要である。

必要的共犯

必要的共犯については、これまで、立法者意思説、実質説等が主張されてきた。それらはいずれも、必要的共犯用の特別なルールを立てるアプローチであるといつてよい²⁵⁾。しかし、必要的共犯についても、混合惹起説と、中立的行為による幫助のところを用いた「許されない危険の創出」の要件によって、つまり、共犯の一般理論によって、不処罰の根拠と範囲を説明できると思われる。

必要的共犯は、一般に、集団犯と対向犯に分類され、後者はさらに、対向関係にある必要的関与者の両方に罰則のあるもの（例えば、収賄罪と贈賄罪）と、片方にしか罰則のない片面的対向犯（囑託殺人罪、わいせつ物販売罪等）とに区別される。このうち、共犯の成否が最も問題となるのは、片面的対向犯の類型である。また、それに関連して、犯人が他人に自己の蔵匿・証拠隠滅を教唆する行為が犯人蔵匿・証拠隠滅罪の教唆に当たるか

という問題も盛んに論じられている。そこで、以下では、取り上げる必要的共犯を、便宜上、自己侵害的な関与（囑託殺人罪における被害者の関与等）、犯人による自己蔵匿・証拠隠滅の教唆、他者侵害的な片面的対向犯における罰則のない方の関与（わいせつ物販売罪における購入行為等）の三つに分けて、順に考察する。

まず、自己侵害的な関与（被害者の関与）の類型である。この類型については、関与者が不可罰であることについて異論はみられないが、不可罰の理由は、次のように説明できる。すなわち、ここで重要なことは、生命・身体・財産等の個人的法益は、自己侵害的な関与者の侵害からは刑法上保護されていないということである。例えば、囑託殺人罪の場合、構成要件は「他人の生命」を侵害することであり、「自己の生命」の侵害は刑法上問題とされていない。つまり、自己の法益を侵害する者は、それを物理的な意味において侵害することはできても、刑法的に重要な方法で侵害することはできない。それゆえ、ここでは、法的に許されない危険を創出することは不可能である²⁶⁾。したがって、自己侵害的な関与の類型では、正犯行為との特別な適合の要件を持ち出すまでもなく、許されない危険の創出が欠けるといえることから、関与者は、関与の程度を問わず、不可罰になると解される。これは、共犯固有の不法（共犯の独立の法益侵害）を共犯の処罰根拠とする混合惹起説からの帰結でもある²⁷⁾。

同じことは、犯人による犯人蔵匿・証拠隠滅罪の教唆についても当てはまる²⁸⁾。たしかに、犯人蔵匿・証拠隠滅罪の保護法益は、と異なり、刑事司法作用という国家的法益である。しかし、それは、犯人蔵匿・証拠隠滅罪の構成要件から犯人の自己蔵匿等が除外されていることから明らかのように、犯人の侵害からは刑法上保護されていない（立法者は、期待不可能性等の理由から、犯人蔵匿・証拠隠滅罪については、犯人による侵害から刑事司法作用を保護することを断念した²⁹⁾）。それゆえ、これらの犯罪では、犯人は、刑事司法作用という法益を因果的に侵害することはできても（その意味での違法性はあるとしても）、それを刑法上許されない方

法で侵害することはできない（可罰的違法性は惹起できない）のである。つまり、ここでも、許されない危険の創出が欠ける。したがって、犯人は教唆犯としても不可罰である。

問題は、 の類型である。わいせつ物販売罪を想起すれば明らかのように、ここでは、社会的又は国家的法益や他人の個人的法益の侵害が問題であり、また、特定の関与者が構成要件から除外されているわけでもない。そのため、 で用いた説明は、そのままでは使えない。しかし、 の類型に含まれる犯罪を分析すると、それは、あらゆる法益侵害を処罰の対象とするものではないことがわかる。すなわち、 の類型に特徴的なことは、ほとんどが取引型の犯罪であり、かつ、取引の当事者のうち罰則が置かれているのは不特定又は多数人を相手に取引をする側だけであるということである³⁰⁾。これは、不特定又は多数の者を相手方とする取引行為のみが、刑法上不法とされている（可罰的な違法性があるとされている）ことを意味する。つまり、ここでは、類型的に不特定又は多数人を相手方とする取引活動としてなされる行為だけが、刑法上許されない方法で法益を侵害できるとされているのである³¹⁾。このことは、混合惹起説に立てば、正犯を介した間接的な侵害であっても変わらない。したがって、それ以外の行為は、許されない危険を創出するものではないから、共犯としても処罰されない。例えば、わいせつ物の売買の場合、買主は、買主の地位にとどまるかぎり、たとえ執拗に販売を要求したとしても、わいせつ物販売罪の教唆犯として処罰されることはない。購入する行為は、いかに熱心に販売を働きかけたとしても、類型的に不特定又は多数人を相手方とする取引活動としてなされる行為とはいえないからである。これに対し、任意的な関与で、例えば、単なる買主の地位を超えてわいせつ物の販売を勧める行為は、類型的に不特定又は多数人を相手方とする取引活動としてなされる行為に含まれるから、わいせつ物販売罪の教唆に当たる³²⁾。

おわりに

以上、因果的発想のみでは中立的行為による幫助の問題は解決できないとの問題意識から出発して、混合惹起説を基礎に、客観的帰属論における結果帰属要件の一つである「許されない危険の創出」の要件を共犯の成立要件に取り込み、それを中立的行為による幫助の事例、さらには必要的共犯の領域に適用して、その共犯の一般理論としての可能性を探ってみた。もちろん、客観的帰属論を取り込むこと、あるいはその取り込み方には異論がありうるだろう³³⁾、本稿の考え方が具体的な問題に対する解決策として成功しているかは今後の評価を待つしかない。しかし、本稿で試みた解決方法も理論的にありうるということは示せたように思われる。

本稿では、共同正犯は射程に入れなかったが、客観的帰属論がもともと正犯の結果帰属理論であったことからすると、本稿の理論枠組みは基本的に共同正犯にも当てはまると予想される。そして、その予想が当たっているとすれば、現在盛んに論じられている、不正融資の相手方に背任罪の共同正犯が成立するかという問題も、同じ枠組みで論じることができる³⁴⁾。この点についての検討は、今後の課題としたい。

- 1) 平野龍一『刑法総論』(有斐閣・1975年)380頁以下、大越義久『共犯論再考』(成文堂・1989年)173頁以下。
- 2) 京都地判平成18・12・13 公刊物未登載。本判決の評釈として、岡村久道「Winnie 開発者著作権法違反幫助事件」NBL848号(2007年)41頁。なお、Winnie 事件の刑法上の問題を扱った文献として、石井徹哉「Winnie 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)21頁がある。
- 3) 中立的行為による幫助の問題を扱った文献として、齊藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」下村康正先生古稀祝賀・上巻(成文堂・1995年)38頁以下、松生光正「中立的行為による幫助(一)」姫路法学27・28合併号(1999年)203頁以下、同「中立的行為による幫助(二)完」姫路法学31・32合併号(2001年)237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」立教法学57号(2001年)44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」法学新報111巻3・4号(2004年)141頁以下、同「日常的

- 行為と従犯（2） 主にわが国における議論を素材にして 『法学新報112巻1・2号（2005年）443頁以下、松宮孝明『刑法総論講義〔第3版〕』（成文堂・2004年）269頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂・2005年）202頁以下、西田典之『刑法総論』（弘文堂・2006年）322頁以下、山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」法学論集56巻1号（2006年）34頁以下。本稿の考察は、これらの先行研究に負うところが大きい。
- 4) 中立的行為による幫助の問題を客観的帰属論の立場から解決しようとする論者として、例えば、Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S. 206ff.; Günther Jakobs, Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 253ff.; Wolfgang Frisch, Beihilfe durch neutrale Handlungen, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 539ff.; Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5. Aufl., 2004, S. 310; Andreas Hoyer, in: SK, Bd 1, 7. Aufl., 2000, § 27 Rn. 23f.; Walter Grop, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, S. 395; Peter Cramer/Günter Heine, in: Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 27 Rn. 9a, 10a, 10b.
 - 5) もっとも、中立的行為による幫助の問題に客観的帰属論を用いた文献はいくつかある。例えば、松生・前掲注3)「中立的行為による幫助（二）完」292頁以下、松宮・前掲注3)270頁、山中・前掲注3)109頁以下。客観的帰属論について、詳しくは、安達光治「客観的帰属論の意義について」国学院法学40巻4号（2003年）93頁以下参照。
 - 6) その方向を示唆した、本稿の前提的考察として、拙稿「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・第1巻（成文堂・2006年）551頁以下。
 - 7) 平野・前掲注1)381頁、西田・前掲注3)321頁、山口厚『刑法総論〔補訂版〕』（有斐閣・2005年）263頁。ただし、西田・前掲注3)322頁は、「たとえ幫助の因果性が認められたとしても、それが『幫助』という文言に値する程度に、実際に犯意を強化し、結果の発生を容易にしたことが必要と解すべき」であると述べている。
 - 8) 大越・前掲注1)181頁以下。
 - 9) 熊本地判平成6・3・15 判時1514号169頁。
 - 10) 西田・前掲注3)323頁
 - 11) 島田・前掲注3)101頁以下。
 - 12) ドイツの共犯の処罰根拠論について、詳しくは、拙稿「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166号（2004年）5頁以下参照。
 - 13) 純粹惹起説と混合惹起説について、詳しくは、拙稿・前掲注12)18頁以下参照。
 - 14) Klaus Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S. 135ff.
 - 15) 混合惹起説は、ドイツのみならず、日本でも支持を増やしている。日本の支持者として、例えば、山口・前掲注7)258頁、松宮・前掲注3)284頁、照沼・前掲注3)165頁、井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂・2005年）317頁以下。なお、類似の見解として、浅田和茂『刑法総論』（成文堂・2005年）407頁がある。この見解は、正犯の違法性は必要であるが、構成要件に該当する違法性でなくてよいとする点で（同書411頁。「一般違法従属形式」と称される）、混合惹起説と異なる。
 - 16) 正犯行為ないし正犯の犯罪計画との適合に着目する見解として、Jakobs, aaO (Anm. 4) S.

263ff.

- 17) Jakobs, aaO (Anm. 4) S. 261.
- 18) Roxin, aaO (Anm. 4) 207ff. は、許されない危険の創出があったかどうかを、正犯行為についての認識が確定的な場合と不確定的な場合とに分けて、異なる基準で判断するが、疑問である。第一に、そのような区別が確定的故意(直接的故意)の場合と未必的故意の場合との区別を意味するとすれば(Claus Roxin, Was ist Beihilfe?, in Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S. 513 では、そのように読める)、それは故意の一般的な理解と矛盾する。なぜなら、確定的故意の場合と未必的故意の場合とで異なった扱いをすることは一般に承認されていないからである。第二に、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。というのも、一般的な理解によれば、故意とは構成要件該事実の認識であり、かつ、許されない危険の創出は構成要件該事実の一部である以上、故意があったといえるためには、許されない危険の創出についての認識が必要となるからである。第三に、確定的認識と不確定的認識との区別が確定的故意と未必的故意との区別に対応するものではないとしても、許されない危険の創出という客観的帰属要件の判断を行為者の認識にかからせることは妥当でない。なぜなら、許されない危険の創出は故意の対象となるべき事実であり、それは行為者の認識とは別に客観的に確定されるべきだからである。なお、関連して、曲田・前掲注3)「日常的行為と従犯」194頁以下、同「日常的行為と従犯(2)」458頁以下は、客観的帰属の判断においても行為者の主観は考慮されるべきであるとした上で、確定的故意の場合には市民の精神的平穩を害する性質(コミュニティに危険性の印象を与える性質)があるので原則として幫助犯が成立するが、不確定的故意の場合には原則としてそのような性質は認められないので、幫助犯は成立しないとす。しかし、この見解に対しては、「確定的故意・不確定的故意を犯罪計画の知・不知と同視し、故意の種類によって、客観的帰属基準を区別するのは方法論的に混乱している」との批判(山中・前掲注3)101頁)が妥当するに思われる。
- 19) 東京高判平成2・12・10判夕752号246頁。
- 20) 大阪高判平成7・7・7判時1563号147頁。
- 21) 前掲注9)。
- 22) 前掲注2)。以下に紹介する判決内容については、毎日新聞2006年12月14日朝刊等に掲載された判決骨子、岡村・前掲注2)42頁を参照した。
- 23) 幫助犯が成立するためには、誰が正犯であるかを知っている必要はないとした判例として、大判昭和10・2・13刑集14巻83頁。
- 24) Winny 事件における故意の問題について、石井・前掲注2)28頁以下参照。
- 25) 日本の議論状況について、丸山雅夫「必要的共犯」西田典之・山口厚編『刑法の争点[第3版]』(有斐閣・2000年)112頁以下、生田勝義「必要的共犯」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選 総論[第5版]』(有斐閣・2003年)194頁、拙稿「必要的共犯についての一考察(1)」立命館法学263号(1999年)191頁以下参照。
- 26) Claus Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, in: Festschrift für Stree und Wessels, 1993, S. 381.
- 27) Roxin, aaO (Anm. 4) S. 143.

- 28) Roxin, aaO (Anm. 4) S. 143.
- 29) 犯人による自己蔵匿・証拠隠滅が不可罰とされる実質的な根拠（期待不可能性等）と形式的な根拠（構成要件に該当しないこと）の関係について、詳しくは、拙稿「ドイツ処罰妨害罪に関する一考察（2・完） ドイツ刑法258条5項について」立命館法学273号（2001年）1972頁以下、2024頁参照。
- 30) 例外もある。例えば、2004年に新設された児童ポルノ提供罪（児童買春等処罰法7条1項）である。ここでは、特定かつ少数人を相手方とする児童ポルノの提供が処罰の対象とされており、以下の本文で述べることはそのままでは妥当しない。この点についての検討は、他日に期したい。なお、児童ポルノを含むわせつ物の購入行為の可罰性を論じたものとして、曲田統「わせつ物を購入する行為の可罰性について」現代刑事法6巻2号（2004年）92頁以下がある。この論考は、児童ポルノ提供罪ができる以前のものであるが、児童ポルノの購入は児童ポルノ販売罪の共犯として可罰的であるとしている。
- 31) そして、立法者がそのように判断した、あるいは判断しなければならない理由は、「比例原理」に求めることができる。これらの分析の基礎となった考察として、拙稿「必要的共犯についての一考察（3）」立命館法学265号（1999年）605頁以下。なお、山口厚『刑法各論〔補訂版〕』（有斐閣・2005年）504頁は、「わせつ物を積極的に伝播する行為（頒布・販売）は当罰的な違法性を備えているが、その相手方として伝播を可能にするにとどまる行為については当罰性が低いという考慮も援用されるべきであろう」としているが、これも本稿と同趣旨と思われる。
- 32) 鈴木茂嗣『刑法総論〔犯罪論〕』（成文堂・2001年）193頁以下は、片面的対向犯の問題を「共犯の犯罪類型性」の問題として検討し、囑託殺人罪における囑託行為、犯人による自己蔵匿の教唆、わせつ物の購入のいずれについても本稿と同様の結論を導くが、本稿の考え方は、その実質的理由を説明するものと位置づけることもできよう。
- 33) 山中・前掲注3)は、危険実現連関も必要であるとする。本稿は、危険実現連関を共犯の一般要件として取り込むことを否定するものではないが、現時点では、中立的行為による幫助や必要的共犯の事例は、許されない危険の創出の要件で解決できると考えている。
- 34) この問題を「許されない危険」の要件で解決しようとする見解として、林幹人「背任罪の共同正犯」判時1854号（2004年）7頁。ただし、そこでは、許されるか許されないかは、行為の有用性との衡量によって判断される法益侵害の危険性の程度の問題とされており、法益侵害の危険性の質にも注目する本稿の理解とは異なる（とくに、片面的対向犯の不可罰性の説明に違いが出てこよう）。なお、背任罪の共同正犯の問題は、身分犯、それも義務犯型の身分犯にかかわる問題でもあり、ここにこの問題の特殊性がある。この点を意識した最近の論考として、伊東研祐「特別背任罪における正犯性 非身分者による共犯の成否」板倉宏博士古稀祝賀・現代社会型犯罪の諸問題（勁草書房・2004年）275頁以下がある。義務犯について、詳しくは、平山幹子『不作為犯と正犯原理』（成文堂・2005年）115頁以下参照。