

University Academic Repository

幫助行為の主観的側面の諸要素と幫助犯の成否：
最近の裁判例に関する検討を中心に

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2008-12-19 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 漆畑, 貴久, ウルシバタ, タカヒサ, Urushibata, Takahisa メールアドレス: 所属:
URL	https://kaetsu.repo.nii.ac.jp/records/237

幫助行為の主観的側面の諸要素と幫助犯の成否

～ 最近の裁判例に関する検討を中心に ～

The Subjective Elements in the Acts of an Accessory and the Issue of an Aiding and Abetting : Focusing on the Examination of Recent Cases.

漆 畑 貴 久

Takahisa Urushibata

<要 約>

幫助行為の存否について判断する際に、裁判例においては、幫助行為をしたとされる者の主観面の評価が行われる。これは、定型性が穏やかで、その成立範囲が不明確になりがちな幫助犯の処罰範囲を明確化・厳格化することを意図するものであり、幫助犯の成否の判断においては重要な意義を有していると考えられる。本稿は、幫助行為の意味を整理し、幫助行為をしたとされる者の主観面について評価した近時の裁判例を概観し、そのうえで、その主観面が幫助行為の存否の判断にどのような影響を及ぼしているのかを検討することを目的とするものである。

<キーワード>

幫助犯、幫助行為、幫助の故意、中立的行為、日常的行為、客観的帰属論

I. 問題の所在

幫助犯の成否は、通常、幫助者が正犯を幫助すること、及び被幫助者が犯罪を実行したことによって判断されるが、そのうち、正犯を幫助したといえるかどうかの判断に際しては、幫助行為の存否という客観面の検討、並びに幫助の故意の有無という主観面の検討が必要とされている¹⁾。このうち、幫助行為の存否という客観面を判断するに際して、裁判例では、幫助行為をしたとされる者の主観面を検討・評価する場合が見受けられる。これは、定型性が穏やかで、その成立範囲が不明確になりがちであるという幫助犯の性格から、処罰範囲の明確化・限定化のためには、そのような検討・評価をすることが不可欠になることに由来するものと思われる。

そこで本稿では、幫助行為の意味を整理するとともに幫助犯の成立に関する近時の裁判例を概観し、幫助行為をしたとされる者の主観面の諸要素が、幫助行為の存否という客観面の判断にどのような影響を及ぼしているのかについて検討していくこととする。

II. 「正犯を幫助すること」の意味

幫助犯の成立要件の1つである「正犯を幫助する」とは、構成要件に該当する実行行為以外の方法によって正犯の実行行為を容易にすることをいうが、それは正犯の実行行為にとって必要不可欠なものであることは必要ではないとされている²⁾。そして、正犯を幫助したといえるためには、幫助行為と幫助の故意が必要とされている。

1. 幫助行為

幫助行為は、犯罪の実行を容易にするものであれば、有形的な方法（物理的幫助行為）であると、無形的な方法（心理的幫助行為）であるとを問わない。すなわち、幫助者による提供物が正犯行為に用いられた場合や正犯を心理的に勇気づけた場合等には、幫助行為の存在が認められることとなる。

判例は、例えば、賭場開帳者のために住宅等を貸与する行為³⁾、あるいは贈賄者に賄賂としての金銭を貸与する行為⁴⁾等において、有形的な方法による幫助行為の存在を認めている。また、正犯が殺人行為をしようとしているのを聞いてこの者を激励した行為⁵⁾等において、無形的な方法による幫助行為の存在を肯定している。

2. 幫助の故意

幫助の故意とは、正犯の実行行為を表象し、かつ、幫助者自身の行為がそれを容易にするものであることを表象・認容することであるとされている⁶⁾。なお、正犯の実行行為によって正犯結果（法益の侵害）が実現されることをも表象することが必要であるとする見解⁷⁾も主張されている。

判例は、幫助者の認識について、正犯が具体的にどこの誰であるかまでを認識する必要はなく、未必的な認識で足りるとしている⁸⁾。また、正犯と幫助者との間に、相互の意思の連絡は必要ではないとしている⁹⁾。

III. 近時の判例の動向

幫助犯の成立要件の1つである幫助行為の存否は、行為当時の行為者の主観面の評価を通して判断されることがある。すなわち、幫助行為の存否の判断は、その行為をした者が、その行為に際して、どのような主観的態度を有していたのかを検討・評価することによって判断されることになるのである。そこには、その行為を幫助行為と評価することができるのかどうかは、幫助者の意図がいずれに存したのかということによって影響されるとする思考がみてとれる。以下では、幫助行為をしたとされた者の主観面が幫助行為の存否との関係において検討された近時の裁判例を概観して、この者の主観面に対する裁判所の評価がどのよう

なものであるのかを検討することとする。

1. 東京地裁昭和 63 年 4 月 18 日判決¹⁰⁾

〔事実の概要〕

秘密売春クラブ（いわゆる「ホテル」）を営んでいた正犯らが予め公衆電話ボックス等に差し置いていた宣伝用の小冊子を見て電話連絡をしてきた不特定の遊客を、売春婦に対し売春の相手方として紹介して売春の周旋をしたのに先立ち、印刷及び印刷取次業を営んでいた被告人 X 及び同 Y は、前記正犯らから前記秘密売春クラブの宣伝用の小冊子 3 万部の印刷・製本の注文を受けるや、前記正犯らが公衆電話ボックス等に差し置く等して遊客を誘引し、これに応じてくる不特定の遊客を売春婦に紹介して売春の周旋をするために使用することの情を知りながら、前記宣伝用小冊子を自ら作成し、あるいは他の業者にその作成を下請けさせる等して前記正犯らの犯行を容易ならしめた。

〔判 旨〕

裁判所は、被告人 X について、ホテルを経営して売春の周旋を行っていた正犯らからの依頼を受けて、本件に至るまでに、別の宣伝用冊子等を複数回にわたり印刷・製本していたこと、捜査官からこれらの宣伝用のピンクチラシ等を印刷すると売春防止法違反の幫助となるから止めるように勧告等を受けていたこと、本件宣伝用小冊子にも売春を周旋するような広告が掲載されていたこと、前記正犯らから本件宣伝用小冊子の注文を受けた際、互いに証拠を残さないように打ち合わせていたこと等の事実を認定した。そして、被告人 X の本件捜査段階及び公判段階における供述と併せて、被告人 X は、近い将来、前記正犯らがこの小冊子を売春周旋の手段として使用することを認識していたのであり、「この認識は、売春周旋幫助の故意として欠けるところはないといわなければならない」とした。また、被告人 Y について、宣伝用小冊子の印刷・製本を開始した当初からそれらの印刷等を下請けしていたこと、被告人 X がピンクチラシ作成の件で警察に呼ばれたことを X から聞いていたにもかかわらず印刷の依頼を受けたこと、その際に、被告人 X との間で証拠を残さないように打ち合わせていたこと等の事実を認定して、被告人 Y の捜査段階における供述内容と併せて、被告人 Y の売春周旋幫助の故意を認めた。そのうえで、被告人 X 及び同 Y に対して、売春周旋罪の幫助の成立を認めている。

2. 東京高裁平成 2 年 12 月 10 日判決¹¹⁾

〔事実の概要〕

本件は、前掲東京地裁昭和 63 年 4 月 18 日判決の控訴審であるので、事実は上記判決の「事実の概要」を参照されたい。

〔判 旨〕

裁判所は、前記原審が判示した被告人 X に関する客観的事実並びに捜査・公判段階におけ

る供述内容等から、そして被告人 Y に関する客観的事実並びに捜査段階における供述内容等から、「被告人両名につきそれぞれ本件幫助の故意を認めた原判決の認定は優に肯認できる」とした。

3. 神戸地裁平成6年5月12日判決¹²⁾

〔事実の概要〕

信用金庫支店の支店長であった被告人は、同信用金庫の業務に関し、A から融資の申し込みを受けて同人と交渉し、融資金返済の条件を定める等した後、同信用金庫所定の稟議手続を経て同信用金庫営業本部長の決裁を得たうえ、A に対し、同人が個室付浴場「メンズクラブ」で売春婦多数に対し売春の場所を提供することを業とし、その開業資金に充てることの情を知りながら、1,000 万円を貸与し、もって、売春を行う場所を提供する業に要する資金を提供した。

〔判旨〕

裁判所は、「被告人が本件融資当時、A が『メンズクラブ』を売春を行う場所として提供することを業とすることを知っていたか否か、すなわち、売春防止法 13 条 1 項にいう『情を知って』いたか否かが主たる争点である」とした。そして、同法同条「にいう『情を知って』いたとは、行為者に資金等の提供を受ける者が売春を行う場所を提供することを業とすること及び右資金等をその業のために使用することについての認識があったことをいい、右認識はいずれも確定的な認識を有することまでは必要ではなく、未必的な認識で足りると解するのが相当である」とした。その上で、被告人が営業をしていた地区においては「ほとんどの個室付浴場では売春が行われていたのではないかと考えるのが、一般的・常識的な認識であり、被告人がその勤務経験等から、「個室付浴場業者の営業の実態を知り得る立場にあって」、「ほとんどの個室付浴場では売春が行われているとの認識を有していたと認めるのが相当である」とした。

さらに、裁判所は、同法 13 条の趣旨から、その認識は、「単に一般的、抽象的に知っているとか、その可能性がある」と認識しているだけでは足りず、当該資金等の提供を受ける者が、その当時、売春の場所提供を業とすることを認識しているか、または、そのことについて相当程度高い蓋然性で認識・予見可能な具体的事実を知っていたにも関わらず、資金提供等の行為に出たなどの事情が必要である」とした。そして、被告人の認識していた事実は、「A が個室付浴場業者として売春の場所提供を業とし、本件融資金をその開業資金に使用することを、相当程度高い蓋然性で認識・予見することができる具体的事実ということができて、被告人が、右事実を認識しながら本件融資をしている以上、被告人は、未必的にせよ売春防止法 13 条 1 項にいう『情を知って』いたと言わざるを得ない」とした。

4. 熊本地裁平成6年3月15日判決¹³⁾

〔事実の概要〕

地方税法上の軽油取引税の特別徴収義務者であった正犯Aらが、地方税法上の軽油取引税の徴税の仕組みを利用し、その脱税を企てて、地方税法所定の軽油取引税の不納入罪を犯した際に、軽油取引等の事業に従事していた被告人が、正犯らの意図を知りつつ同人から軽油を通常よりも安く購入して、正犯らが脱税するのを助けた。

〔判旨〕

裁判所は、被告人が正犯Aらによる軽油取引税不納入の意思を軽油取引の際に推知していたとしても、被告人が自己にとって有利な取引であったからその取引を続けたという行為は、「売買の当事者たる地位を超えるものではない」と位置づけた。そして、被告人の行為に幫助犯が成立するかについて、被告人が、前記正犯Aらが「軽油取引税を納入する意思がないままに販売していることを確定的に推知するにいたったと考えられる…取引の際にも」、前記の正犯らの「犯行を幫助する意思で取引を開始したわけではなく、自己の取引上の利益を図るため、従来通りAらから軽油を購入し続けることにしたに過ぎない」のであるから、たとえ被告人が、特別徴収義務者であった前記正犯らによる犯行を実現させる役割を果たしたとしても、それはあくまで、「被告人が自己の利益を追求する目的のもとに取引活動をしたことの結果に過ぎない」として、右不納入罪の幫助等の成立を否定した。

5. 大阪地裁平成12年6月30日判決¹⁴⁾

〔事実の概要〕

自動車用品等の製造販売業を営む会社の代表取締役であった被告人は、速度違反自動監視装置により夜間速度違反証拠保全の撮影が行われた際に、自動車登録番号の写真撮影を困難にするナンバープレートカバーを製作・販売して、購入者による速度違反行為（道路交通法違反の実行）を容易にした。

〔判旨〕

裁判所は、「本件…に係るナンバープレートカバー…は…速度違反自動監視装置による速度違反証拠保全の写真撮影を困難にするものであるところ、これにより現実に速度違反行為に及んだ者が複数存在し、速度違反自動監視装置による写真撮影に現に障害が生じて」おり、「被告人は、右ナンバープレートカバー…の開発・改良及び販売の中心人物として積極的に本件に関与しているところ、これらが速度違反自動監視装置による写真撮影を逃れる目的に使用されるとの認識がありながら…その製造販売を続けた」として被告人の主観面を評価した上で、同法違反幫助等の成立を認めている。

6. 京都地裁平成18年12月13日判決¹⁵⁾

〔事実の概要〕

被告人は、送受信プログラム機能を有するファイル共有ソフト「ウイニー」(Winny)を製作し、その改良を重ねながら自己が開設したホームページ上で継続して公開及び提供をしていた。甲及び乙は、それぞれ別個に、同ソフトを用いて、著作権者の許諾を受けることなく、各自の有するゲームソフトや映画のデータが特定のフォルダ内に存在し、アップロード可能な状態にある同ソフトを起動させ、コンピュータ上でアクセスしてきた不特定多数の者に対して当該データを送信し得る状態に置き、上記著作物の著作権者が有する公衆送信権を侵害した。被告人は、甲及び乙の行為に先立ち、本件ソフトが不特定多数の者によって著作権者が有する著作物の公衆送信権を侵害する情報の送受信に広く利用されている状態にあることを認識しながら、その状況を認容し、あえて同ソフト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状態に置き、甲及び乙に同ソフトの最新版をダウンロードさせ、それにより、甲及び乙の著作権侵害行為を容易にした。

【判 旨】

裁判所は、「Winny がセンターサーバを必要としない P2P 技術…として…有意義なものであって、被告人がいかなる目的のもとに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こと、さらに、価値中立的な技術を提供すること一般が犯罪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」ことから、「そのような技術を実際に外部へ提供する場合、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、更に提供する際の主観的態様如何によると解すべき」とした。そして「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たやりとりがなされるファイルのうちのかなりの部分が著作権の対象となるものであること、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いること、Winny が社会においても著作権侵害をしても安全なソフトとしてとりざたされ、効率もよく便利な機能も備わっていたこともあって広く利用されていたという現実の利用状況…を認識し…、Winny が上記のような態様で利用されていることを認容しながら、同ソフト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た」のであり、これによって甲及び乙が Winny の最新版を用いて、「それぞれ Winny 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一つの契機として、公衆送信権侵害の各実行行為に及んだことが認められる…から、被告人がそれらの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」とした。

IV. 検 討

1. 判例の態度

上記神戸地裁平成6年5月12日判決は、売春防止法13条1項に規定する資金等提供罪という独立の犯罪に関する事例であり、狭義の共犯のうち、特に、幫助犯の成否に関する問

題を直接に扱うものではない。他方で、本判決においても、本稿で検討するその他の裁判例、すなわち、東京地裁昭和 63 年 4 月 18 日判決、東京高裁平成 2 年 12 月 10 日判決、熊本地裁平成 6 年 3 月 15 日判決、大阪地裁平成 12 年 6 月 30 日判決、及び京都地裁平成 18 年 12 月 13 日判決と同様に、被告人の主観面をどのように考慮するのかということが、幫助犯の成否をめぐる裁判所の結論を分ける重要な要因となっているようにも見える。以下では、これらの裁判例が、幫助行為の存否において、行為者の主観面をどのように評価して幫助犯の成否を判断したのかを概観していくこととする（なお、便宜上、東京地裁昭和 63 年 4 月 18 日判決及び東京高裁平成 2 年 12 月 10 日判決を 1 つにまとめて検討した）。

1) 東京地裁昭和 63 年 4 月 18 日判決及び東京高裁平成 2 年 12 月 10 日判決(前掲Ⅲ.

—1. 及びⅢ. —2. 判例) の場合

売春周旋罪の幫助の成否が問題となった本件では、地裁の段階において、弁護人から、被告人の行為が印刷という一般的な業務行為であることを根拠として、犯罪の不成立が主張されていた。これに対し、裁判所は、本件ピンクチラシのように違法行為に用いられることが外観上明白でない印刷物を日常の一般営業ベースで注文を受けて印刷することの処罰について、印刷業者が違法な用途に供される印刷物の注文を引き受けてこれを印刷したからといって、その印刷業者は、当然に刑事責任を問われるものではないとしている。そして、刑事責任を負うために満たすべき要件の 1 つとして、それぞれの犯罪構成要件に応じて故意又は過失の存在が要求されることはいうまでもないことであり、本件では、故意責任を問われているのであるから、問題の印刷物が、違法な用途に供されることが一見して明らかなものであろうとなかろうと、被告人らに本件売春周旋幫助の故意が認められ、その他の犯罪成立要件を満たしている以上、その行為が、ただ、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、違法性を阻却され、免責される理由はないとしている。また、高裁の段階においても、弁護人は、印刷等の正当業務行為に刑法上の幫助が認められるのは、正犯らの犯行に深く関与し、相当利益を得ている場合に限られるのであって、右関与の度合いが低く、正犯らの営業による利得にもあずかっていない被告人両名を売春の周旋の幫助罪に問擬することはできない旨主張したが、裁判所は、幫助犯としての要件をすべて満たしている以上、印刷が一般的に正当業務行為であるからといって、売春の周旋に関して特別の利益を得ていないなど、所論指摘のような理由でその責任を問いただすとは考えられないとしている。

こうした弁護人の主張及びそれに対する裁判所の判断に対しては、後述の学説等において、注目すべき点が存するということが指摘されている。というのも、ここには、後に言及する、日常的になされている行為に従犯を成立させるのは不当なのではないかという問題意識・見方が示されているといえるからである¹⁶⁾。

この事例では、被告人の幫助行為当時の状況、被告人の行為、並びに被告人の供述内容等

の客観的事情を通して、その主観の存在が認定され、行為者の行為時におけるその主観的態様に基づいて、当該行為に幫助犯の成立が認められている。例えば東京地裁は、被告人の上述の主観の存在に基づけば、この宣伝用小冊子が日常的な営業の一部である印刷業務として行われたということ、あるいはその小冊子が違法な用途に供されることが一見して明らかであったかどうかということは、幫助犯の成否に影響を及ぼさないとしている。また、東京高裁も、その業務の一般性を根拠としてなされた無罪の主張に対して、「被告人の行為が一般的には正当な業務行為であった上、関与の度合いも低く、なおかつ被告人において特別の利益が得られていなかったとしても、そのことは従犯成立の妨げにはならない」¹⁷⁾としている。これらの裁判所の判断に対しては、なされた行為が客観的に見て普段の場合と変わるところのない通常の営業行為あるいは業務行為であったとしても、行為者の行為時における主観的態様によって、その行為には幫助犯が成立し得る場合があることが示されているとする指摘が存在する¹⁸⁾。

2) 神戸地裁平成6年5月12日判決(前掲Ⅲ. -3. 判例)の場合

本件は、「情を知って、第11条第2項(売春を行う場所を提供することを業とした者、筆者注)の業に要する資金、土地又は建物を提供した者」を処罰する旨を規定する売春防止法13条1項における資金等提供罪に関する事例であり、その行為が、売春を行う場所を提供することを業とする者にとって、それを行うに際して助けとなるものであるとはいえ、上述のように、刑法にいう狭義の共犯のうちの、幫助犯の成否に関する問題を直接に扱うものではない。他方で、ここでは、業として売春を行う者に対する資金提供等の行為を行った者に対して幫助となるような行為をした者を規制するための要件として、その者の主観面が重要な意義を有しているようにも見える。本事例において、裁判所は、売春防止法13条1項にいう「情を知って」の意義を、幫助的な行為を受ける者が売春を行う場所を提供することを業とする者であり、かつそのために融資された資金を使用することについての認識があったことであって、しかもこの認識は、従来の判例の立場¹⁹⁾から、確定的な認識であることまでは必要ではなく、未必的な認識で足りるとしている。そして、当時の客観的状況等やそれに対する認識から、被告人が融資の相手方が売春を行う場所を提供することを業とする者であることの未必的な認識を有していたと認定している。さらに、裁判所は、売春防止法13条1項の独立罪としての性格から、そこにいう認識については、相当程度の高い蓋然性で認識・予見可能な具体的事実を知っていたことが要求されるのであるが、被告人の当時の客観的状況等から判断して、その認識していた事実が上述の相当程度高い蓋然性で認識し得るものであるがゆえに、それを認識していた被告人について売春防止法13条1項にいう「情を知って」いたと認定できると判断している。

3) 熊本地裁平成6年3月15日判決（前掲Ⅲ. -4. 判例）の場合

軽油取引税不納入罪の幫助犯の成否等が問題となった本件においては、被告人に正犯の販売行為が脱税目的のものであることについて確定的な認識があったことを認定し、その上で、被告人の行為があくまでも自己の利益を追求する目的で行われた通常取引活動であることを根拠として、被告人に対する幫助犯の成立が否定されている。ここでは、企業の一般的な目的である利益追求活動として取引活動をするものが、その通常利益追求目的から、普段と変わらない形態で取引活動をした以上、幫助犯が成立する余地はないと判断したものとされている²⁰⁾。この判断は、正犯の脱税という目的を認識していたとしても、その正犯の違法行為に積極的に加功することがなければ幫助犯とはならないとしているのであり、たとえ相手方の犯行の計画を明確に知っていたとしても、普段通りの日常的取引行為の範囲内にあったのであれば無罪という結論を導くということを示しているようにも見える。

4) 大阪地裁平成12年6月30日判決（前記Ⅲ. -5. 判例）の場合

ナンバープレートカバーの製作・販売について速度違反行為の幫助の成否等が問われた本件においては、被告人が製作・販売したナンバープレートカバーが、速度違反監視装置による写真撮影を困難にするという違法目的に利用されることを認識しつつ、当該ナンバープレートカバーの製作・販売を継続していた点に幫助犯の成立を認めたように思われる。

5) 京都地裁平成18年12月13日判決（前記Ⅲ. -6. 判例）の場合

ファイル共有ソフトの提供行為が著作権法違反の幫助とされた本事例においては、被告人の開発・提供したコンピュータソフトである Winny の技術自体は価値中立的であることを前提として、そうした技術を提供する行為が幫助犯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利用状況やそれに対する認識に加えて、提供する際の主観的態様如何によると解すべきであるとされている。そして、被告人の主観面を考慮して、その幫助犯の成立を肯定している。その技術が価値中立的であると位置づけられた Winny を開発することは、直ちに著作権法違反の幫助として違法とされるわけではなく、結果、価値中立的な技術を単に提供・配布するだけの行為であれば、違法になるわけではないという関係が成り立つ。そしてこの行為が違法となるかどうかは、Winny の技術を提供する行為を取り巻く客観的状況及び提供者の主観によって判断されることになる²¹⁾。この判断をなすために、裁判所は、上述のように、Winny の社会における利用状況とその際の行為者の主観的態度を考慮しているといえる。

2. 行為者の主観面に対する評価

これらの判例からは、幫助行為の存否の判断において、行為者の主観面を評価することが、その行為に意味を与える上で重要になっていることが窺われる。そしてこの主観面の評価は、

行為当時における行為者の周囲の状況とその行為に対する周囲の認識、そしてその行為に際しての行為者の主観面を検討すること等を通して行われているようである。

例えば、売春クラブ経営者からの注文に応じてその宣伝用小冊子の印刷・製本を受注した印刷業者等の行為につき売春周旋罪の幫助の成否が問題となった前掲東京地裁昭和 63 年 4 月 18 日判決及び東京高裁平成 2 年 12 月 10 日判決においては、当時の被告人らの周囲に存した客観的状況に基づいて、幫助者の故意を認定したうえで、行為者の行為時における主観的態様によって、当該行為に幫助犯成立を認めている。これらの裁判所の態度に対しては、その認定した故意が内容から見て確定的故意であり、そして、東京地裁が指摘するようにその故意の存在が重要なのであって、本件小冊子が日常の一営業ベースでの印刷業務によって作成されたこと、あるいは小冊子が違法な用途に供されるかどうか一見不明確であったことは幫助犯の成否に影響を及ぼさないとされているのであるから、被告人に幫助の確定的故意が認められる以上、なされた行為が日常的な業務行為であったという事実の客観的意味や被告人の作成した印刷物の用途についての客観的意味は、決定的な意義を持たないことを示しているとも指摘されている²²⁾。

さらに、ファイル共有ソフトの提供行為が著作権法違反の幫助とされた事例である前掲京都地裁平成 18 年 12 月 13 日判決においては、被告人のファイル共有ソフトの提供行為に対する幫助犯の成否は、その当時の社会におけるそのソフトの利用状況等の客観的状況と共に、提供時における被告人の主観面の評価が重要であることが指摘されている。ここで裁判所は、提供された技術そのものの客観的意味（既述のように、裁判所は Winny の技術自体を価値中立的なものとして位置づけている）よりも、それを提供する際の被告人の主観面が幫助犯の成否において重要な意義を有しているということを示しているようにも見える。

3. 学説の動向

1) 「中立的行為」・「日常的行為」と幫助犯の成否

上述した裁判例の中には、いわゆる「中立的行為」あるいは「日常的行為」と幫助犯の成否という問題に関連する事例が含まれているとされており、この点は、我が国の学説も、検討対象としてきたところである²³⁾。そこには、例えば、工具店の店員が、住居侵入に使用するつもりでドライバーを購入しよ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、その人物が実際にそのドライバーを使用して住居侵入を実行した場合に、そのドライバーを販売した店員は、住居侵入罪の幫助の罪責を負うのかというように、日常的で、少なくとも外形上は中立的で犯罪的な意味を持たないように見える行為によって犯罪を促進することが、その犯罪の幫助を構成するのかという問題意識が存する。この場合、このドライバーを販売した店員の行為は、住居侵入を促進し、あるいは容易にしたということができるように思われるし、その故意も存するといえることから、幫助犯が成立するようにもみえる。しかし、この者は、販売店の店員として客にドライバーを販売したのであって、

いわば当然の行為をしたにすぎないと位置づけることもできる。そうであるにもかかわらず、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罪の幫助犯となるとする結論に対しては、疑問が生じるというのである²⁴⁾。

2) 「中立的行為」・「日常的行為」と幫助犯の成否をめぐる学説の展開

こうした問題意識に対して、我が国の学説には、客観的帰属論を用いてその解決を図ろうとする立場のものが多くみられる。これらは、上述の「ドライバーを販売した」等の行為による幫助犯の成否について、幫助犯の成立が否定されるべきなのは、その行為が、当該社会において一般に犯罪とは考えられていない中立的あるいは日常的な行為であって、法益侵害の危険を創出しているが、類型的に把握され、かつ社会的に相当なものとして許容される、「許された危険」を創出したにとどまっている行為であるということを描して、この「許された危険」の創出という判断基準を用いて、中立的行為・日常的行為による幫助犯の成否の問題を解決しようとするものであるといえる。そこでは、結果が客観的に帰属され得るのは、その結果を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とする基本的考えに基づいて、解決のあり方が検討されている²⁵⁾。

客観的帰属論の詳細についてここで言及する余裕はないが、この解決方法においては、ここで用いられる「許されない」・「許された」という評価は、一般的・類型的概念であるから、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においてなされること、結果発生促進・容易化という因果性が認められること、及び共犯の処罰根拠として共犯独自の不法と正犯の不法の存在を要求することを前提とする。そして、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を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とされる。また、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、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ことが認められることが必要であるとされている²⁶⁾。そのうえで、中立的行為・日常的行為と幫助犯の成否について、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みられない限り、幫助犯を構成しないと見る見解²⁷⁾、共犯行為が危険を増加させたといえるかどうかの判断において一定範囲の仮定的代替原因を考慮し、その仮定的状況との関係で、結果発生蓋然性が高まりあるいは犯罪発覚のおそれが低くなったといえる場合に危険増加を肯定する見解²⁸⁾、幫助者の主観面を考慮し、確定的故意の場合には原則として幫助犯の成立を肯定するが、不確定的故意の場合にはそれを否定する見解²⁹⁾、あるいは、犯罪的意味関連の有無を幫助犯の成否を判断する際の基準とし、そのために行為を類型化して、その類型ごとに幫助犯の成否を検討する見解³⁰⁾等が展開されている。

これらの見解は、間接的に構成要件該当結果を惹起した行為のうち、不可罰のいわゆる中立的行為・日常的行為といわれる行為と可罰的な犯罪行為とをどのように区別するかを問題とする。そして、それらの行為の中から可罰的とされる行為を導き出すために、前述のように客観的帰属論を応用して、間接的な結果惹起行為が結果発生 of 法的に許されない危険を創出したこと、及びその危険が構成要件該当結果の中に実現したことが要求され、このうち、間接的な結果惹起行為が許されない危険を創出したといえるためには、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形成したことが要求されるとする³¹⁾。その際には、行為者がこの適合を認識したかどうか、どの程度認識したのか、あるいは認識し得たかどうかという問題は、結果の客観的帰属にとって重要ではないとする。これは、幫助犯が成立するためには幫助の故意すなわち正犯の犯罪計画・正犯行為との特別な適合が必要であるが、この故意は、客観的帰属とは別の主観的帰属の問題として、その幫助行為の有無を判断するに際しての要件としては排除しようとする考え方に基づくものであるといえる³²⁾。

3) 日常的行為・中立的行為における幫助者の主観面

上述のように学説が展開されている一方で、判例は、中立的行為・日常的行為による幫助という問題を直接に取り上げることはほとんどないようである。ただ、上述の東京地裁昭和63年4月18日判決及び東京高裁平成2年12月10日判決においては、弁護人からは、被告人らの行為は通常の営業活動であって、それ自体は日常的・中立的なものであることを根拠として、その違法性の阻却が主張されていた。しかし裁判所は、そうした業務の正当性は、幫助者の主観に影響を及ぼすものとはいえず、違法性を阻却しないとしている。そこでは、外見上は中立的に見える行為をしている行為者であったとしても、正犯に対して積極的な加功の意思を有しているときは、その行為はもはや正当なものとはいえないとしたようにも見える。また、上述の京都地裁平成18年12月13日判決においては、問題となったソフトの開発行為自体は、そのソフトに用いられている技術が「価値中立的なもの」であってその開発が直ちに違法となるわけではないことを承認し、そのうえで、そのソフトの提供・改良行為の際の被告人の主観的態度から幫助犯の成立を認めている。これは、被告人が、本件ソフトが広く著作権法上の公衆送信権の侵害に利用されている状況を認識・認容して、あえて、そのソフトの改良及び提供を継続していたのであるから、その行為はもはや価値中立的であるとはいえず、その被告人の行為は幫助犯としての罪責を負うと判断したものと考えられる³³⁾。被告人によるソフトの提供行為がこうした認識に基づいていた場合、提供された技術が価値中立的なものであったとしても、その行為の価値は中立的であるとはいえないと考えたものとみることができる。他方、軽油取引税不納入罪の幫助の成否が問題となった前掲熊本地裁平成6年3月15日判決では、脱税という正犯の目的を認識していた被告人の行為があくまでも自己の利益を追求するための通常取引活動であったとして、被告人に対する幫助犯の成立が否定されている。

これらの事例が中立的行為・日常的行為を取り扱ったものといえるのかどうかは措くとしても、それぞれにおいて幫助犯の成否を分けたのは、行為者の主観面であったと思われる。そこでは、上述の「間接的な結果惹起行為が許されない危険を創出したといえるかどうかは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形成」³⁴⁾しようとしたのかどうかという幫助者の主観的態度が、幫助犯の成否を分けているといえる。そうである場合、幫助犯の成否を分けた行為者の主観の間にはどのような相違が存するのかということが、幫助犯の成否の判断に際して重要となる。そこには、上述の学説おいてみられるような、行為者の認識を所与の前提とすること³⁵⁾からさらに進んで、どの程度まで認識していた場合にその行為に対して幫助としての評価をすることができるのかということを検討していくことも、今後、重要になってくるようにも思われる³⁶⁾。

行為者の主観面がその責任を左右したといえる場合は、刑事責任を追及する場面に限定されないようである。例えば、危険運転致死傷の加害運転者と共に飲酒をした者に幫助者としての共同不法行為責任を肯定した民事事例³⁷⁾において、裁判所は、長時間にわたり飲酒を共にした行為は飲酒を勧めたことと同視でき、飲酒を勧めた者は道路交通法 65 条 2 項により飲酒後の運転を制止する義務を負うとして、この制止義務を負う者がタクシーや代行運転を呼ぶことなく帰宅した行為は、飲酒運転を幫助したといえるとした。本判決において裁判所は、飲酒運転を認識・容認した、この共に飲酒をした者に対して、その共に飲酒したうえで飲酒運転を放置したという主観的態度を根拠として、不法行為責任を認めているといえることができるであろう³⁸⁾。

この事例は民事上のものであり、これまでに検討してきた刑事の事例とはその性格を全く異にする。また、刑事の事例においては、幫助とされた行為には、積極的な加功あるいはそれを意図する主観的態度による意味づけが要求されているといえる一方で、この民事事例においては、幫助者は積極的に加功したわけではなく、飲酒運転・危険運転という違法な状態を作り出す原因の一部を担ったうえでそれを漫然と放置した点に責任が認められていると考えられるのであって、その意味でも、両者には相違が存する。しかし、両者において問題とされた行為は、それぞれの行為者がその行為の際に有していた主観的態度によって責任を負担すべきものとそうでないものとに区別されているといえるのであり、それぞれの行為の意味を基礎づけているのは、行為者の主観的態度であるということが指摘できると思われる。

V. おわりに

以上の裁判例の分析を中心とする検討から、幫助行為をしたとされた者の主観面の諸要素に対する評価が、幫助犯の成否を大きく左右するものとして作用していることを明らかにし得たと思う。特に、行為そのものだけを切り離してみれば、それ自体は必ずしも違法とはいえないとき、当該行為の性格は、その者の主観面の諸要素によって判断されざるを得ない。学説は、これを客観的帰属論との関係において、行為の客観面から、違法なものとして

いものに分けており、その行為者の主観面は、責任の問題と位置づけられている。しかし、このような解決法においては、責任の問題と位置づけられた行為者の主観面が、行為の客観面の評価に際して所与の前提となっているというほかない。そうである場合、問題となる行為の性格は、行為者が「加功」しようとするその主観にしたがって判断されることになるのではなからうか。この幫助行為をしたとされた者の主観面を犯罪成立のためのいずれの場面において検討するかについては、様々に考えられるとしても、この者の主観面が、その行為の性格を明らかにし、幫助犯の成否に影響を及ぼす重要な要素となっていることは否定できないであろう。

ただ、行為者の主観面がどのようなものであったのかを実際に証明することが困難なことであろうということは、容易に想像がつく。例えば裁判所は、幫助者の周辺の客観的な事実を積み重ねることによって、その主観を推測して幫助行為の存否を判断するという方法を用いているといえる。こうした方法を用いる場合には、行為者の主観面を判断する際にどのような客観的状況が要求されるのかということ、さらには幫助行為の存否を判断するためにはどの程度までその主観を認定することが必要になるのかということが問題となってくるようにも思われる。その意味で、行為者の主観面を判断するに際して、それがどの程度に至ったときに幫助行為の存在を認め得るのかということ考察していくことが重要になると考えられる。

注)

- 1) 例えば、団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社・1990年）373頁、大塚仁『刑法概説総論（第3版増補版）』（有斐閣・2005年）272頁等。
- 2) 大塚・前掲注1）・272頁。
- 3) 大判大2・7・9刑録19輯771頁。
- 4) 大判大10・5・7刑録27輯267頁。
- 5) 大判昭7・6・14刑集11巻797頁。
- 6) 大塚・前掲注1）303頁。
- 7) 例えば、福田平『刑法総論（全訂第4版）』（有斐閣・2004年）285頁等。
- 8) 大判昭10・2・13刑集14巻83頁。
- 9) 大判大14・1・22刑集3巻921頁。
- 10) 東京地判昭63・4・18判時1279号156頁・判タ663号269頁。
- 11) 東京高判平2・12・10裁特平成2年178頁・判タ752号246頁。
- 12) 神戸地判平6・5・12判タ858号277頁。
- 13) 熊本地判平6・3・15判時1514号169頁。
- 14) 大阪地判平12・6・30刊行物未登載。
- 15) 京都地判平18・12・13判タ1229号105頁。
- 16) 松宮孝明『刑法総論講義（第3版）』（成文堂・2004年）269頁、及び曲田統「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）447頁。

- 17) 東京高判平 2・12・10・前掲注 11)。
- 18) なお、曲田・前掲注 16)・448 頁を参照。
- 19) 最決昭 61・10・1 刑集 40 卷 6 号 478 頁。
- 20) 松宮・前掲注 16)・270 頁、及び曲田・前掲注 16)・449 頁、なお、西田典之『法律学講座双書刑法総論』〔弘文堂・2006 年〕323 頁は、本事例に対して、「この場合には、この程度の因果的寄与は『幫助』には当たらないと解すべき」としている。
- 21) なお、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」立命館法学 310 号 (2006 年) 251-269 頁等。
- 22) 曲田・前掲注 16)・447 頁。
- 23) 例えば、斉藤誠二「共犯の処罰の根拠についての管見」西原春夫＝渥美東洋他編『下村康正先生古稀祝賀 上巻』〔成文堂・1995 年〕1-43 頁、松生光正「中立的行為による幫助 (1)」姫路法学 27 号 (1999 年) 203-227 頁、松生「同 (2)」同 31・32 号 (2001 年) 237-295 頁、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) 44-153 頁、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 卷 3・4 号 (2004 年) 141-221 頁、曲田・前掲注 16)・443-470 頁、山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」法学論集 56 卷 1 号 (2006 年) 34-134 頁、豊田・前掲注 21)・251-269 頁、及び松宮・前掲注 16)・269-272 頁等。
- 24) 斉藤・前掲注 23)・39-40 頁、松生・「中立的行為による幫助 (1)」前掲注 23)・205 頁、島田・前掲注 23)・47-48 頁、曲田・前掲注 23)・142-143 頁、曲田・前掲注 16)・444 頁、山中・前掲注 23)・34-36 頁、豊田・前掲注 21)・253-254 頁、松宮・前掲注 16)・269 頁等。
- 25) 斉藤・前掲注 23)・1-43 頁、松生・「中立的行為による幫助 (1)、(2)」前掲注 23)・203-227 頁・237-295 頁、島田・前掲注 23)・44-153 頁、曲田・前掲注 23)・141-221 頁、曲田・前掲注 16)・443-470 頁、山中・前掲注 23)・34-134 頁、豊田・前掲注 21)・251-269 頁、松宮・前掲注 16)・271 頁等。
- 26) 豊田・前掲注 21)・258 頁等を参照。
- 27) 松生・「中立的行為による幫助 (2)」前掲注 23)・293 頁。
- 28) 島田・前掲注 23)・80 頁以下。
- 29) 曲田・前掲注 16)・459-461 頁、なお曲田・前掲注 23)・187 頁以下を参照。
- 30) 山中・前掲注 23)・110 頁。
- 31) 豊田・前掲注 21)・258 頁。
- 32) 松生・「中立的行為による幫助 (2)」前掲注 23)・237-295 頁、島田・前掲注 23)・44-153 頁、山中・前掲注 23)・34-134 頁、豊田・前掲注 21)・251-269 頁、なお、曲田・前掲注 16)・141-221 頁、及び曲田・前掲注 23)・443-470 頁は、主観面を考慮した解決について検討している。
- 33) なお、小野上真也「判批」法律時報 80 卷 1 号 (2008 年) 114-117 頁を参照。
- 34) 豊田・前掲注 21)・258 頁。
- 35) 松生・「中立的行為による幫助 (2)」前掲注 23)・291-295 頁、山中・前掲注 23)・109-134 頁、豊田・前掲注 21)・259 頁。
- 36) 曲田・前掲注 16) 462 頁、なお、設楽裕文・坂井愛「刑法の解釈と自由の保障」法学紀要 49 卷 (2008 年) 127-153 頁を参照。
- 37) 東京地判平 18・7・28 保険毎日新聞 15425 号 3 頁。

- 38) 本事例については、堀切忠和「判批」民事法情報 240号(2006年)103-112頁、及び同「危険運転に対する民事司法的対応の課題——共同飲酒者・飲酒提供者の責任・懲罰的慰謝料など」交通法研究 36号(2008年)38-56頁を参照。

(平成20年9月25日受付、10月20日再受付)