

# 中立的行為による幫助における現代的課題

2006年4月入学

西貝吉晃

## I. はじめに

## II. 従来の学説

### 1 2段階アプローチ

#### (1) 主観説

#### (2) 客観説

- ・相当性説
  - (ア) 社会的相当性説
  - (イ) 職業的相当性説
- ・利益衡量説
- ・ヤコブス説
- ・松生説
- ・豊田説
- ・義務違反説
- ・シューマン説、曲田説
- ・正犯者にとっての一義的犯罪意味（犯罪的意味連関）（主にロクシン説）

#### (3) 小括

### 2 幫助犯一般の成立要件の問題として考えるアプローチ

- (1) 危険増加に着目する説
- (2) 仮定的代替原因考慮説（島田説）
- (3) 照沼説
- (4) 山中説

### 3 従来の学説についてのまとめ

## III. 私見

### 1 総説

### 2 IIで紹介した他の学説との関係

### 3 客観的構成要件要素としての促進

- (1) 物理的促進・総説
  - ・法益の弱体化可能性
    - (ア) 物の提供
    - (イ) 方法の提供（技術的助言を含む）
    - (ウ) 機会の提供
    - (エ) 既遂到達の早期化と法益保護の問題

(オ) 若干の事例についての検討

(カ) 小括

### (2) 心理的促進

- ・総説
- ・心理的促進の要件の具体化
- ・正犯にとっての幫助者の特定は要件か
- ・物理的促進との関係
- ・心理的促進の認定について一試論として一

### (3) まとめ

## 3 幫助の故意

### (1) はじめに

### (2) 具体的事実の認識

### (3) 促進を基礎づける事実の認識

### (4) 今までの諸事例について故意として何が要求されるか

### (5) 幫助犯の故意についてのまとめ

## IV. 幫助犯における現代的課題

### 1 はじめに

### 2 FLMASK 開発者事件の検討

### 3 Winny 開発者事件等の検討

#### (1) 京都地裁判決の検討

#### (2) 大阪高裁判決の検討

#### (3) 技術の周辺に位置する者についての検討

①第三者によるソフトウェアのアップロード行為

②雑誌やHP等での当該ソフトの情報提供行為

### 4 インターネット上の掲示板の管理者の刑事責任についての検討

### 5 現代的課題についてのまとめ

## V. 終わりに

謝辞

## I. はじめに

本稿は、近年様々な学説が登場している幫助犯の成立要件の限定の試みについて、一考を加えんとするものである。特に、外形的には刑法的観点からみて中立的とみられる行為が幫助犯を構成する場合があるのか、という問題提起に基づく、中立的行為による幫助の成立要件という観点自体の妥当性と、幫助犯の成立要件について一般的に考察したい。

幫助犯の成立要件自体については、検察官に起訴裁量があることもあり、裁判所において大きく争われることは多くはなかったという。しかし、情報氾濫時代の到来により、情報通信や物流がきわめて簡易化、高速化したことで正犯による法益侵害が質・量ともに拡大する傾向にあることを考慮すると、そのような便利な手段を提供した者こそ法益侵害の原因を提供したということになり、そのような者が幫助犯として起訴される者が増える可能性がある。そのようなときに、実体法からのアプローチとして幫助犯の成立要件を具体化しておくことが恣意的処罰の禁止<sup>1)</sup>、国民の行動の自由の確保の要請からも必要である。

このような問題意識にたって本稿は構成されるものである。本稿の構成を先に述べると、IIにおいて従来の学説<sup>2)</sup>について紹介・検討し、IIIにおいて、私見を述べ、IVにおいて、若干の現代的問題をほらむ具体例についてIIIで述べた私見を適用して考察を行っている。

先に述べるが、私見は、幫助犯の一般的な成立要件についての分析を精緻化することで、多くの事例を適切に解決できるのではないかと、という立場からの立論である。したがって、幫助犯の成立要件を限定していこう

とするのではなく、そもそも成立要件はこう確定されるべきであった、という議論となる。そして、扱う事例群としては、対向的取引(正犯共犯間での利害対立があり得る場合)を除いた事例を中心に扱っていきたい。上述した背景を踏まえ、物や役務を提供する業者、技術者等が、どのような要件の下で、幫助犯として処罰されるかという観点を重視した考察を行っていきたいと考える。

## II. 従来の学説

まず、私見についても、従来の学説においても争いのない幫助犯の構成要件は、幫助者による幫助意思に基づく幫助行為の存在、および、それが正犯の実行行為、結果惹起を容易にしたこと(これを「促進」の要件と呼ぶ。)が必要である。

ただ、容易にしたといっても、その評価には争いがある。例えば、脱税することを知りながら脱税の原因となる取引を行う行為や、環境刑法違反の工場に対して煤煙の材料を提供する行為等を全て可罰的とすることには結論として妥当でないとの批判がなされてきた。仮にこれらの行為が「促進」の要件を満たすと解し、かつ、結論が適当でないとするのであれば、解決としては、何らかの形で幫助犯の成立要件を限定する試みが必要である。

一般に中立的行為による幫助の例として掲げられるのは、金物屋による、購入客が殺人や窃盗を犯すことを知りながらナイフやドライバーを売る行為が、殺人幫助や窃盗幫助になるか否かという観点から論ぜられる。

この問題の解決にあたっては、2通りのアプローチが考えられる。1つ目のアプローチは、ある行為を刑法的観点から見て特別な行為だとして類型化し、当該行為による幫助の

1) 事実上、我が国においては、中立的行為による幫助が立件されることは少ないともいえるが、立件時には各々の事件が重大な社会問題になっていることを考えると、実体法上の要件論は重要な課題である。

2) 従来の我が国の論文については、それぞれの学説の紹介の項で引用することにする。ドイツの学説については、必要な限りで、我が国の先行研究を引用する形で紹介したい。

なお、永井善之「アメリカ刑法における「中立的行為による幫助」」金沢法学 50 卷 1 号 1 頁 (2007) もあるが、本稿では、アメリカ刑法については論じない。

ための専用の規範を、幫助犯の特別行為類型として規定し、それに沿って判断を下すアプローチである（2段階アプローチ）。もう1つのアプローチは、そのような特別行為類型なる概念を無意味であるとし、仮に特別に処罰が限定されるべき行為、すなわち、幫助犯不成立の帰結をもたらす行為が存在するのならば、それは幫助犯一般の成立要件を満たさないだけであるとして、幫助犯一般の成立要件を精緻化しようというアプローチである。

以下において、この分類に沿って学説を紹介していくことにしたい。基本的には、我が国の学説を紹介することを目指す、必要に応じて必要な限りでドイツの学説についても紹介したい。我が国の学説がこれらの学説の影響を受けているからである。

また、今日では、因果関係判断において客観的帰属論を採用する論者は数多くおり、彼または彼女の客観的帰属論の内容が異なる場合もある。重要なことは、論者が客観的帰属論を採用しているか否か、というよりはむしろ、いかなる要素をいかに考慮すべきだとしているのか、という問題であるから、実質面の紹介を重点的にやりたいと考える。

## 1 2段階アプローチ

2段階アプローチは、幫助犯の成立限定根拠として幫助者の主観的要素を重視する主観説と、幫助者の客観的要素を重視する客観説とに分かれる。

### (1) 主観説

主観説としては、関与行為が日常的取引行為や中立的行為である場合には、①不確定的故意では足りず、意欲ないし確定的故意が必要であるとするものと、②犯罪促進の意図が主観的要件として必要になるもの、に分ける

ことができるとされる<sup>3)</sup>。

この表れとして、独帝国裁判所<sup>4)</sup>は、弁護士による誤った助言によって正犯が犯罪を行い、これについて弁護士において認識があったとしても、義務に基づく助言を与える場合以上に正犯の（関与者の助言を受けてする）行為に影響を与えることを目指すものでない限り、幫助犯は成立しないという。また、独帝国裁判所<sup>5)</sup>は、売春宿にワインを提供する行為は売春業を促進する売春仲介業と密接な関係を有しており、促進的意思もあったとして幫助犯を成立させるとともに、傍論において、売春宿に対するパン屋によるパンの提供や肉屋による肉の提供は、促進する効果を持たないだけでなく、売春仲介行為を促進する意図もないのが通常であって、原則的に幫助が成立しないとした。独帝国裁判所の理論は、中立的行為ならば、原則として幫助の意思が存在しないという反証可能な推定をしているともされる<sup>6)</sup>。

売春宿にパンを提供するパン屋の認識として、促進という目的がある場合に幫助が成立する趣旨というのであれば、客観的促進ではなく、主観的意図（意欲や確定的故意）のみで処罰することになってしまうため、妥当ではない。日本法に照らして考えるに、仮に主観的要件のみで処罰する趣旨でないとしても、パン提供時のパン屋の認識についても、①確定的故意がないから不可罰とするのか、②促進する意図がないから不可罰とするのかについても、①について法律は処罰要件としての故意に段階を設けていないし（刑法第38条第1項）、②についてはそのような主観的要件が必要な理由が不明確なことから、疑問が提起されている<sup>7)</sup>。

もともと、②のいう促進的意思という概念を、目的や動機という観点ではなく、事実認識という観点からとらえなおせば、幫助犯の

3) 山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学論集 56 卷 1 号 34 頁, 70 頁 (2006)。

4) 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— (一)」法学新報 111 卷 3・4 号 141 頁, 146 頁 (2004)。RGSt 37, 321.

5) 曲田・前掲注 4) 147 頁。RGSt 39, 44.

6) 山中・前掲注 3) 71 頁。

7) 山中・前掲注 3) 72 頁。

客観的要素に促進があるのであるから、これについての認識こそ促進的意思ということになり、それ自体は正当だといえる<sup>8)</sup>。そうになると、客観的要件である促進性の判断こそが重要であって、故意の認識対象はこれに準じて確定されると考えるべきことになる。

次項からは、このような客観的要件の評価を重視する説について紹介したい。

## (2) 客観説

客観説は、客観的構成要件の判断において処罰範囲の限定を図るものであり、当該行為が中立的行為か否かという客観的判断とは親和性が高い。ゆえに多くの学説がある。

### ・相当性説

#### (ア) 社会的相当性説

社会的相当性説(ヴェルツェル)<sup>9)</sup>は、通常の中立的行為は、日常の生活的秩序に属するから社会的に相当であって、構成要件該当性ないし違法性が阻却されるというものであるが、基準が曖昧に過ぎ、恣意的な処罰を防ぐためにも十分な具体化を経る必要がある。

#### (イ) 職業的相当性説

社会的相当性説の中にも、職業的規範を重視して、幫助犯成立を限定する見解がある(ハッセマー説)<sup>10)</sup>。職業的に見て当該関与行為を行うことが、業法や業界の規範によって定められている場合には、それを理由に刑法的見地からも幫助犯の成立が限定されるはずだという。

職業的相当性説は、ナイフを売る者の職業により処罰可能性を分けるが、これに対して

は、「売り手が金物屋であれば不可罰とし主婦であれば可罰とするのは、いかにも不均衡である」という適確な批判<sup>11)</sup>がなされている。

職業的相当性説による、職業人の行動の自由を確保すべきだという立論自体に対しては、刑事政策的にみて不相当な職業的規範自体が変わるべきなのだ、という反論もあり得るのであり、さらには、職業的相当性を有する行為の構成要件該当性を阻却するとしても、職業的規範の確定自体に困難が伴い、基準としての意義自体に疑問がある。職業的規範といえども、公序良俗に反するものは許されないだろうし、職業的規範と刑法の目的とする法益侵害防止との間の優先劣後関係の判断は困難だから<sup>12)</sup>である。

職業的相当性説の中にも、より規範違反行為の基準をはっきりさせようとして、職業的規範が、ある構成要件の結果発生防止を目的としていけば、当該規範の違反は危険創出となり、幫助犯性を認めてもよいとする説(ヴォルフ・レスケ説<sup>13)</sup>)もある<sup>14)</sup>。例えば、銃刀法は人の死亡等からの保護を目的としているとして、銃刀法違反行為は殺人の幫助になるなどとする。行政法規の中にも特定個人の法益保護を行政法規の目的として考慮するものもあるだろうが、拳銃の所持や発射等の行為そのものを規制する規定は刑法的にみれば抽象的危険の処罰にすぎず、幫助犯が問題にしている侵害犯の法益侵害とは性質が異なる。例えば、銃砲の発射行為についてみ

8) 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——」立憲法学 57 巻 44 頁, 107 頁 (2001), 曲田・前掲注 4)149 頁。

9) 山中・前掲注 3)72 頁注 26)。

10) 山中・前掲注 3)73 頁注 68)。

11) 島田・前掲注 8)63 頁。

12) 職業的相当性説を憲法規範から考えると、憲法第 22 条の職業の自由により、取引行為の自由が保障されるべきことになるが、それも公共の福祉の制限を受けることは同条の予定しているところである。

13) 島田・前掲注 8)67 頁注 95)等。

14) もっとも、ヴォルフ・レスケ説は、行政取締法規が存在しない限り危険創出が肯定されないという意味で不可罰の範囲を確定しようという趣旨である(島田・前掲注 8)68 頁)。そして、行政取締法規が断片的にしか存在しない場合に、処罰範囲が不当に狭くなるという問題の解決として、行政取締法規が存在しなくても、社会が当該職業に期待する役割の範囲を解釈すべきだとして、(不文のバスケット条項的な)判断基準を補充する(結局この補充により一般的な職業的相当性説に回帰しているともいえる)が、その点を不明確だと批判される(島田・前掲注 8)69 頁)。行政取締法規の立法の前後で結論が変わることは、刑法典も当該行政取締法規も考えていないように思われる。

ると、銃口を被害者に向けている状況が殺人罪の未遂になりうるのであって、威嚇のために地面に向けて発射しても、人の死亡の危険はないゆえに殺人未遂罪は成立しないが、無断発射罪（銃砲刀剣類所持等取締法第31条第1項、第3条の13）は成立するのであり、殺人罪との当然の関連性を認めるべきではない。

行政刑罰として刑法上の罰則の犯罪結果を惹起する行為そのものを規制する行政刑罰があっても、当該規定に違反したこと（言い換えれば、当該行政法規が念頭におく規範に違反したこと）により、危険の創出が擬制されることに疑問がある。つまり、問題となる行為が同一の行為であっても、判断対象たる構成要件が異なる場合には、違法は相対的に考えることを原則にすべきであり<sup>15)</sup>、行政法規違反であることを理由付けに用いて幫助犯の具体的事実関係における因果経過を軽視すべきではないと考える。

#### ・利益衡量説

一般的行為自由と法益保護の衡量により、中立的行為による幫助の処罰範囲の限定を行おうとするものがあるが、その判断基準があいまいであるので具体化が必要である。

この見地から基準の具体化を行うものとして、「比例性の原則」による制限的解釈を唱える見解も存在する（レーヴェ・クラール説）<sup>16)</sup>。しかし、行為自由と法益の価値を比較すること自体が性質の異なる価値を比較する点で困難であり、かつ、恣意的な運用を可能にするものであるとの批判が可能である。行為自由から出発してしまうと、恣意的な基準になる恐れが強いと思われる。

また、犯罪行為の重大性（反価値性）と行為制約の強度とを相関関係的にとらえようとするものもある（ローランド・ヘーフェン

ダール説）<sup>17)</sup>。これによれば、関与行為だけみると無害であっても、これを犯罪に利用している正犯がいるのであるから、正犯との共謀、特別な注意義務違反、侵害される法益が特別な法益ゆえに定立される（あらゆる行為自由を奪う）規範に違反した場合にのみ、幫助犯は処罰されるとする。最後のあらゆる行為自由を奪う場合は、（ドイツ刑法において）犯罪の不通告や救助の不履行等の一定の特に重い犯罪行為の場合の通告義務が規定されていることを根拠とする。

しかし、ヴォルフ・レスケにより、この基準をもつても、判断基準が不明確であり、一般的な利益衡量では具体的事案の解決には使えず、恣意的な処罰が可能であると批判されている<sup>18)</sup>。また、一般的な行動の自由が背後者にのみ強調されていることの論証が必要であり、これができない以上、背後者と正犯とを別異に取り扱うべきではないという指摘もある<sup>19)</sup>。

#### ・ヤコブス説<sup>20)</sup>

ヤコブス説は、人々が他の人の行為を予測してふるまわないといけなければ、他者の行動の予測の無限連鎖を万人に要求することになり、委縮効果が強すぎるから、一定の準則を要求するべきである、という見地から、結果的に、「日常的な慣習的行為」を不可罰であるとするものである。

毒入りパンに使えるパンを売る行為も、侵入窃盗を計画する者にドライバーを売る行為も、誰しものが、そのような行為がなかったら当該犯罪はなかったであろうと予期しえないから不可罰とする。ただし、毒を特に入れやすいパンを売った場合には、処罰可能だとする。

この考え方は、定型的な不処罰という結論を導くところを批判される。つまり、切迫し

15) 反対説はあるが、刑法内部でも構成要件が異なる場合には相対性を認めてよいと考える。山口厚『刑法総論（第2版）』174-177頁（有斐閣、2007）。

16) 山中・前掲注3)74頁注79)。

17) 松生光正「中立的行為による幫助（一）」姫路法学第27・28合併号203頁、225頁（1999）。

18) 松生・前掲注17)226頁。

19) 島田・前掲注8)71頁。

20) 山中・前掲注3)81頁注108)等。



ている犯罪行為を知りつつ促進した場合には、仮に、ドライバーを売ることによって提供者にとって契約に基づく給付を受けられたとしても、不処罰にするところが問題だとされる。そもそも、ヤコブスは、日常の慣例的交換取引において、物が提供される場合は、関与者が関与者の都合で設定した目的の実現が関与者自分自身の問題にとどまっているような事例として不可罰とするが、問題は、「自分自身の問題にとどまっている」という評価の是非であり、その点が結論の言い換えにはならないといえる。

ヤコブス説は、後掲注 21)の松生説や、後掲注 24)の豊田説に影響を与えているのでここで紹介した。

・松生説<sup>21)</sup>

松生説は客観的帰属の考え方を採用し、行為の表現的意味に着目する必要があるとしたうえで、具体的な行為状況の中で正犯行為を促進する意味を有するか否かの判断を行うべきだとする。抽象的な評価として、例えばタクシーの運転行為は幫助にならないとしてしまうと、正犯は常にそのような援助手段を手に入れられることになり不都合であるともいう。

そして、ルーティン化された行為については、そうした行為をすること自体に規範的行為予期（社会的期待のようなもの）が存するとし、援助が与えられる者とは遮断された世界が存在することを前提として、その行為予期の存する行為の場合には、行為が行われた具体的な状況の中で通常業務行為を逸脱しているとみられない限り、幫助犯は存在しない、という<sup>22)</sup>。

この見解は、後述する仮定的代替原因考慮

説の基調とする、法益侵害の発生を防げなかった場合における処罰は無意味であるという前提自体を法益侵害説的であるとして批判し、このような考え方を採らずに、当該関与行為者のおかれた状況と当該関与行為の性質をとらえて、幫助犯を不成立とする場合を見出している。

しかし、たとえてみれば、外界に影響を与える物を提供することが、外界と遮断された行為であるとなぜ評価できる（場合がある）のか、外界に影響を与える物を提供する者が、なぜ、外界と遮断された行為をしていけば一律に処罰されない帰結をもたらすのか<sup>23)</sup>、処罰されるとすれば、松生教授の言葉を借りれば通常業務行為の逸脱となるが、それがどんな場合なのか曖昧である、と思われる。

また、ルーティン化した当該業務に慣れているからこそ、法益侵害に加担してはいけないというプロ意識が要求されるような場合もあり得るように思われる。

ただし、具体的な行為状況を考えるという視点には、法益侵害を促進したか否かという観点も加えれば、その指摘は正当なように思われる。銃刀法違反と殺人幫助との関係を抽象的に考えるような、具体的な状況から離れた判断が正当ではないことは、すでに指摘した通りである。

・豊田説<sup>24)</sup>

豊田准教授は、混合惹起説の立場から、共犯の一般的成立要件として、客観的帰属論の「許されない危険の創出」を掲げられる。正犯の「許されない」危険を、共犯が「許された」危険の範囲内の行為で惹起（促進）することがある、ということ前提に<sup>25)</sup>、共犯

21) 松生・前掲注 17), 松生光正「中立的行為による幫助(二)」姫路法学第 31・32 合併号 237 頁(2001) 参照。

22) 松生・前掲注 21)294 頁。

23) 松生・前掲注 21)295 頁注 3)参照。松生教授によれば、行為予期は社会学的概念であり、法解釈に用いることには批判もあり得るとはされている。しかし、重要な考慮要素になりうるとは思われる。

24) 豊田兼彦「中立的行為による幫助と共犯の処罰根拠——共犯論と客観的帰属論の交錯領域に関する一考察——」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』551 頁(成文堂, 2006), 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 251(2007), 豊田兼彦「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 47 巻 3 号 27 頁(2008), 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』150-184 頁(成文社, 2009) 参照。

25) 豊田・前掲書注 24)172-173 頁。また、林幹人『刑法総論(第 2 版)』380 頁(東京大学出版会, 2008) は、

の創出する「許されない」危険判断において、少なくとも、「自己の行為を、正犯の犯罪計画ないし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（特別な適合）<sup>26)</sup>」を要件とする。そして、特別な適合は行為の文脈や行為の際の具体的状況を考慮に入れて規範的に判断せざるを得ない場合があるとす

る。豊田説によると、例えば、タクシーの運転手が強盗犯人をの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密かに受け付けていた場合には強盗の幫助が成立する余地があるとす。特別な適合の要件があいまいなので、このような帰結に至る道筋がはっきりしていないが、「予約」を重視していると仮定すれば、正犯の行動計画にタクシーの運転手があわせたことを重視することになり、予約申入れの受諾により予約受諾時において正犯の行動計画を認識していれば故意があるとすることを前提として<sup>27)</sup>、原則的に強盗の幫助が成立すると解すべきことになるのだろうか。しかしそうすると、タクシーの予約自体も常々行われることだから、予約受諾も特別な適合とはいえないのではないか、という反論を許してしまうようにも思われる。見方を変えて、「予約」することにより、タイミングよく正犯を運送してくれることを重視する（特別な適合と評価する）のならば、そのタイミングの（幫助犯規定の解釈論としての）刑法的評価が必要になってくるようにも思われる。

タクシー事例においても以上のように、適合の特別性については、さまざまな事実評価の問題がある<sup>28)</sup>。

#### ・義務違反説

法的に否認される行為促進と呼べるためには、故意犯にも妥当する、刑法上課せられている義務に違反することが必要であるという考え方がある（ランジエク説）<sup>29)</sup>。判断基準としては、正犯行為の現実性の有無、基本的な生活需要の満足の目的か否か、適法利用用途の可能性、物の所有権の所在があげられる。判断基準が多次元にわたっておりこのような義務を認める根拠や不明確であるとか、違法に利用されたことを不処罰にする理由として適法利用可能性を上げることが妥当でないとかといった批判がある。

また、別の観点の義務違反説（プッペ説）もある<sup>30)</sup>。プッペは、法は犯罪に対しても事故に対しても一定の注意を命じているとし、この注意義務を故意犯の場合に拡張する。そして、注意義務違反行為と評価されれば因果性は肯定されることになるが、その基準は、犯罪の危険や犯罪行為の動機付けに適しているかを一般的に考察するものであり、一般的な危険性に着目した禁止を具体的な結果の発生に関する幫助の可罰性に持ち込むものであると批判されている<sup>31)</sup>。さらに、プッペの基準によると、「一般的に」提供が可能な物役務等については常に義務違反がない状況（不可罰）になりかねず、そうだとすると、可罰的幫助行為が狭くなりすぎるとも批判されている<sup>32)</sup>。

---

共犯構成要件の判断においても「許されない危険の実現」という単独犯の因果関係の枠組みを採用すべきだとす。危険の実現の段階を要件化するか否かには違いがありうるが、許されない危険という枠組み自体は、林説と豊田説は方向性として同種である。ただ、林教授は、タクシーの運転手による強盗団を運送する行為が許されるか否かは「微妙」だとす。微妙でよいのかはともかくとして、豊田説は、林教授のいう、許されない危険か否かという枠組みによって生じた微妙な限界に対して「特別な適合」を提案したという見方も可能であろう。

26) 豊田・前掲注 24)33 頁注 14) 参照。

27) 豊田准教授は、正犯意図の認識により故意ありとするようである。しかし、その考え方には後述の故意の部分で述べるように疑問がある。豊田・前掲注 24)29-30 頁。

28) 豊田・前掲書注 24)によっても、その具体化にはなお、課題があるように思われる。

29) 山中・前掲注 3)79 頁注 98)。

30) 松生・前掲注 21)270 頁。

31) 松生・前掲注 21)272 頁注 48)。

32) 松生・前掲注 21)272 頁注 49)。

他方、ブッペは、犯罪行為に対する有利な機会に関する情報を提供することについて、許される場合と許されない場合があるとし、情報が受け手にとってどのくらい接近しやすいか、受取人の行為傾向があるか、情報を利用する決意があるか、等の事情を考慮しつつ、場合分けをする。具体的には、居酒屋において資産家の上司がしばらく豪華な邸宅を留守にすることを口にしてよいが、職業的侵入犯に対してはすでに彼が当該邸宅に侵入する気があるのを知りながら口にしてはいけない、とする。この点については、提供された情報を利用し、被害者の留守中の機会を狙って職業的侵入犯が窃盗を犯したのであれば、情報提供者に幫助犯が成立するという結論は妥当だと思われ、問題は何を根拠に幫助（促進）とするのがよいかという問題に帰するといえる。

・シューマン説、曲田説

(ア) シューマン説

シューマン説は、正犯による法益侵害以外に幫助犯固有の違法を認める考え方である。それは、行為無価値論に依拠し、構成要件が厳格に規定する法益以外の社会的利益をも、処罰の限定、拡張双方に反映させようという試みである。シューマンによれば、「幫助の不法は、幫助者が故意に他人の犯罪によって促進的に因果的寄与をなすという点のみにあるのではなく、さらに、それによって、他人の犯罪と連帯すること、すなわち明白に不法の側に足を踏み入れることを前提と」して存在するものとなる<sup>33)</sup>。このような考え方からすると、幫助行為の時、場所、方法等の観点からの不法への接近性があれば連帯を認めるということになるのだが、抽象的基準を出ていないように思われる。

適用例としては、侵入窃盗犯へのドライバーの販売は、適法な予備段階での行為であるから危険な連帯の印象を生じさせないが、銃器は、銃刀法（武器法）違反だから、暗殺という計画された不法への共同を生じるということになる。また、パン職人が、注文主の犯罪計画を知りながら、他では販売できないような毒を隠しうるクッキーを作った場合には、幫助犯は、職業的行為を他人の計画に合わせることにより、違法になる<sup>34)</sup>。ただ、実行の段階に至っても、正犯行為との接近性を理由に必ずしも可罰的になるわけではなく、不法の中核の点で促進されたことが必要だとする点に不法への接近性という基準自体の曖昧さが残る<sup>35)</sup>。

(イ) 曲田説<sup>36)</sup>

上記シューマン説に触発され、我が国においても曲田准教授による説が提示されている。曲田准教授は、「従来かならずしも法益概念に組み込まれてこなかった利益にも着目し、かつ関与行為者の主観面を考慮しつつ、その関与行為の性格について検討し、従犯の成否について論じていくという姿勢<sup>37)</sup>」が重要であるとしている。曲田准教授は、どの程度まで認識していれば、刑法規範が関与者の関与行為を踏みとどまらせるとの警告を発するのが相当だろうか、という認識レベルからの行為規範設定の観点を重視する。

曲田説が行為規範の基準として重視するのは、「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止めることになる状況」を生じさせたか否かであり、これにより、曲田説によって主観の一部を判断基底に置いて捉えなおされた客観的帰属<sup>38)</sup>の成否が決まる。

具体的には、曲田准教授は、まず、故意を

33) 山中・前掲注 3)76 頁。

34) 松生・前掲注 21)241 頁。

35) 本文のような考慮に対しては、因果性の判断の緻密さを要求するのに等しいとの批判があるが（島田・前掲注 8)76 頁）、妥当である。

36) 曲田・前掲注 4)、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—（二・完）」法学新報 112 巻 1・2 号 443 頁（2005）参照。

37) 曲田・前掲注 36)458 頁。

38) 曲田・前掲注 4)202 頁。



再定義する。確定的故意を相手の犯罪計画を知っている場合と定義し、不確定的故意を相手の犯罪計画を知らない場合と定義する。そして、前者の確定的故意を有する場合には、直接犯罪に役立つという印象を抱かせないものでない限り、幫助犯が成立するが、後者の不確定的故意しか有しない場合には、関与行為が客観的に観察して犯罪に利用される蓋然性の高い行為でない限り幫助犯は成立しない、とする。

しかし、曲田説に対しては、山中教授も指摘しているように<sup>39)</sup>、(関与行為時に正犯の心理にあるにすぎない) 犯罪計画の認識は、故意とは別であるという指摘が可能である。

#### (ウ) シューマン説や曲田説への批判

もっとも、曲田説への故意に関するこのような批判以前の問題として、新たな(社会的)法益を設定してしまうこと自体に疑問がある。

確かに、社会が是認するかというアプローチを念頭に置きながら、犯罪を減少させる社会を目指すこと自体は誰も争わないところであろう。しかし、正犯共犯間の連帯性について社会が是認するかのアプローチは、(恣意的に) 想定される社会モデルにより恣意的な処罰を許すことになりうるだろう。

さらに、共犯の従属性の見地からも独立の法益侵害を認めることには疑問があるように思われる。正犯が可罰的になる以前に人的結合によりコミュニティが危険の印象を抱けば、正犯、共犯問わず当該不法な人的結合をもって実質的には可罰的になるとしてしまうと、正犯行為や正犯結果の存在が客観的処罰条件化されることになって妥当ではない。同時に、援助を受け、これを利用した正犯も、共犯と特別な人的結合があることには変わらないから、正犯にも違法が加重されるべきなのではないか、また、それは妥当か、という

疑問もある。

#### ・正犯者にとっての一義的犯罪意味(犯罪的意味連関)(主にロクシン説)

##### (ア) 客観的要素での一義的犯罪意味

幫助行為性が問題となる行為の持つ規範的意味を考察するとき、「正犯者の適法な行為に関与する余地のある行為を行う自由」を根拠にして、当該行為が、一義的に犯罪的な意味を有するか、という規範的判断を行う考え方がある(メイヤー・アルント説)<sup>40)</sup>。この考え方自体は、他の説に分類される論者の中にも抽象論として採用する見解もあるが、ここでは、2段階アプローチの色を濃く出している考え方の紹介をしたい。

確かにこのアプローチは、ある行為が中立的か否かというアプローチではない<sup>41)</sup>ものの、具体的事実関係の下における関与行為の犯罪的意味を探求する点では、当該行為を特別な類型と解している点ではさほど変わらない。

この考え方によると、当該関与行為が、正犯にとって、犯罪行為の用に供する以外の目的で社会的、個人的、経済的に重要な意味がある場合には、提供した物には犯罪的意味はなく、これを正犯が犯罪に用いても、提供者とはかかわりのないことになる。こうして、売春宿へのパン、肉の提供は不可罰となるが、窃盗を計画する者にねじまわしを売る行為は可罰的になるという。

犯罪的意味を帯びるか否かのアプローチについても、複数のものがあり得る。ただし、犯罪的意味のある行為ならば幫助行為といえるという命題自体は、抽象的には正しいといえるから<sup>42)</sup>、より特別な規範としてどのようなものが考えられているかを以下、①②③として紹介したい。

##### ①幫助行為によって提供された物や役務

39) 山中・前掲注3)100頁。

40) 島田・前掲注8)72頁。

41) ロクシンは、本来的に日常的な行為は存在せず、行為の目的いかんによって決まるとし、銃の使用法の教授についても、射撃クラブにおいてなされる場合と、人を撃とうとしてなされる場合とでは、異なるとする(曲田・前掲注4)171-172頁参照。)が、この指摘は妥当である。

42) これは一種の循環論法である。

が犯罪以外の利用可能性があるものであれば不可罰とする見解（例えば、強盗団をタクシーに乗せる行為は当該事案の下でタクシーに強盗団しかいないから可罰的となるが、殺人の道具としてハンマーを売る行為は、正犯は殺人以外にもハンマーを使った場合には不可罰となる）。

- ②幫助行為の持つ犯罪的意味を利益衡量によって決する見解<sup>43)</sup>（犯罪的意味を、提供された物の性質、利用可能性、正犯の知識、意図、状況等を考慮して考える）。
- ③正犯者が犯罪遂行のために幫助行為を利用しても、同時に適法行為にも利用された場合（例えば、強盗団を乗せたバスの運転手は別の客の適法運送行為を同時に行っている）。

①については、①の場合に処罰する結論は正当だとしても、①以外の場合に不処罰とするのならば、処罰範囲が狭すぎないかということが問題である。確かに、ハンマーを購入したのちに一回も適法に利用しない間に殺人行為に供した場合には殺人の「ために」ハンマーを手に入れたとは言いうるだろう。だが、殺人を計画する者にハンマーを売る行為について、釘を打っても当該ハンマーの効用

は変わらないことは明らかであるから、「釘を打ったか打たなかったかにより殺人幫助の成否が決められるというのは、到底納得できる基準ではない」という島田准教授の指摘<sup>44)</sup>が妥当する。

次に、③は、なぜ他の者に利益になることならば、そのような規定がないのに、法益侵害を是認して不可罰にできるのか、疑問がある。許された危険を過失犯だけではなく、故意犯にも拡張した上で共犯にも拡張する考え方<sup>45)</sup>からすれば、このような考え方はありえなくはないのかもしれないが、当該法理は基準があいまい過ぎて、濫用の危険がある<sup>46)</sup>。

そして、②は基準として曖昧と言わざるを得ないだろうが、上記の基準の中では適切のように思われる。しかし、新たな要件である「一義的犯罪意味」も結論の言い換えになってしまっているように思われなくもない。立法政策で犯罪的意味連関を考慮するような場合<sup>47)</sup>は考えられるが、解釈論に影響を与えることにはならないと考えられる。

#### (イ) ロクシン説

一義的犯罪意味を考える（ドイツの）学説のうち、ロクシンは、(ア)で紹介した①の立場（「その援助行為が正犯の計画した犯罪の条件としての意味しか持たない場合」にそれを知りながら物を提供すれば幫助となる立

43) これは利益衡量説とも親和的であるといえよう。

44) 島田・前掲注 8)73 頁。

45) 例えば、林幹人「背任罪の共同正犯—共犯構成要件について」判時 1854 号 3 頁、6 頁（2004）。同論文において林教授は、「ある程度の危険性はあっても正当な利益の実現可能性がある場合には、その行為は許されなければならぬ。」とするが、下位基準の提示が総論的にせよ各論的にせよ不可欠である。

46) 山口・前掲注 15)231 頁が述べるように許された危険の法理は「慎重かつ限定的に肯定される必要がある」。

47) 一義的犯罪意味を考える上で参考になる規定として、特許権侵害罪のうちの間接侵害罪（特許法第 196 条の 2（平成 18 年改正により新設）、同法第 101 条各号）がある。間接侵害罪は、直接の侵害行為に利用される物の提供行為を構成要件とするもので、予備的幫助的寄与であるから直接侵害罪（特許法 196 条）と比較して法定刑が軽い。（従前の間接侵害の可罰性の議論については、中山信弘編著『注解特許法（第三版）下巻』2013 頁〔青木康〕（青林書院、2000）参照。）間接侵害の類型としては、侵害に「のみ」使われる物の提供（特許法第 101 条第 1 号）や、侵害に「不可欠」な物で侵害に使われることを「知りながら」これを提供した場合（特許法第 101 条第 2 号）が規定されている。しかも、第 2 号では、「日本国内において広く一般に流通しているもの」は除かれるのである。これは侵害との関係での意味連関を特許法的観点から考察するものであって、犯罪的意味連関を考える説に親和的なことは否めない。しかし、新規な技術の実施に使われる物は特殊な仕様のことが多いから、このような規定（「のみ」や「不可欠」）も明確性を失わないといえるのであって、幫助犯一般に安易に拡張すべきでないと考えられる。もっとも、特許法学では専ら差止め可否という議論が先行しており、罰則規定の解釈についてはあまり詳しく論じられてはいない。

場<sup>48)</sup>。ただし、「知りながら」という要件は極めて緩やかに肯定される。)にたち、緩やかに肯定された故意についてさらに絞りをかける<sup>49)</sup>。すなわち、正犯行為が行われる可能性を意識している(この場合にも「未必の故意」があるとされる点で故意はかなり広い概念となっている。)場合であっても、それだけでは、当該物が犯罪以外の正当な用途に利用される場合がほとんどなのであるから、信頼の原則<sup>50)</sup>により不可罰となるが、犯行が確実に予期できる場合、すなわち、「犯罪利用目的の蓋然性を否定することができない程度の具体的な手がかり」がある場合には、信頼の原則は妥当せず、可罰的になるというものである。例えば、ナイフを売る場合においても、外で喧嘩中の者であることの認識があれば、信頼の原則が適用されない。

これについては、正犯行為が行われる可能性の意識があるだけで、未必的であるにせよ(事実の)故意がある、とするロクシンのよって立つ前提自体に疑問が提起されている<sup>51)</sup>。正犯行為が行われる可能性の意識レベルでは、故意を認めることはできない、というものである。

なお、連邦通常裁判所(BGH)も、「正犯者の行為が、もっぱら可罰的行為の遂行のみを目指すものであり、かつ、そのことを寄与行為者が知っているばあいは、その寄与行為は、可罰的幫助行為として位置づけられる」という客観面と主観面を双方考慮する基準に従うべきだとしており<sup>52)</sup>、ロクシンもこれを支持しているという<sup>53)</sup>。これもロクシン説と同様、(ア)で述べた①に近い立場というべきであり、この場合にしか可罰性を帯びないとするのであれば、結果的に処罰範囲は著しく狭くなって不当な場合があるだろう。

### (3) 小括

以上、紹介してきた学説は、問題となっている行為に、職業的とか、犯罪的とか、といった属性付け(色付け)をすることで、幫助犯の客観的要件を、場合によっては主観的要素をも加味して判断しようという方向性のものとして整理できる。しかし、中立的であるとか中立的でないとか、このようなレッテルを張ることが重要なのだろうか。一般に、どんな物も、悪用されればそれは犯罪に供されたことになるのであり、悪用されるか否かは最終的には正犯の一存にかかっている。犯罪に供されたことだけをもって、幫助(促進)とする解釈論自体を前提とすれば、何らかの外在的な限定解釈を施す必要性が生まれることは致し方ないと思われるが、その態度自体に疑問を呈したい。以下では、そのような批判について紹介したい。

## 2 幫助犯一般の成立要件の問題として考えるアプローチ

1で紹介した学説と異なり、幫助犯を考えるにあたって、中立的行為性から特別の規範を導くのではなく、これを幫助犯の成立要件の分析の契機として、一般的な成立要件をより詳細に検討しようという試みがある。これは、幫助犯の構成要件をそれぞれの論者の立場から適切に解釈しなおそうという試みである。

### (1) 危険増加に着目する説

ニーダーマイヤーらにより主張されるのは、幫助者の寄与が促進の対象である構成要件の実現に対して量的な意味での危険増加をもたらしたか否か、という基準である<sup>54)</sup>。当然、これだけでは、基準としては抽象的

48) 曲田・前掲注4)174頁。

49) 山中・前掲注3)88頁注141)。

50) 「誰でも他人が故意の犯罪行為に出ないということを信頼してよい」という内容の原則(曲田・前掲注4)175頁)。

51) 島田・前掲注8)104頁、山中・前掲注3)89頁。

52) 曲田・前掲注4)151頁。BGH NStZ 2001, 364.

53) 曲田・前掲注4)152頁。

54) 山中・前掲注3)90頁。

あり、この考え方に依拠した様々な類型化、規範具体化がおこなわれている。法的に否認された危険の創出という客観的帰属の考え方を採用する考え方も、一般にはこの類型に属するといえることができる。

この説によれば、まず、法益との関係でとるに足らない行為であれば、危険増加がないとして不可罰にされる。例えば、正犯の脱税行為をどんなに確実に予期していたとしても、その前提となる注文行為は、過少申告等の脱税の構成要件的行為を容易にするわけではないし、税収の完全な徴収という国家の関心に対する危険増加をもたらしていない。したがって、危険増加も否定される。提供物が犯罪に供されたか否かの観点だけでなく、提供物が、犯罪遂行に役に立つか否かという観点をもって判断することになる。

このアプローチは、正犯の惹起する法益侵害の発生をどれだけ容易にしたか、という問題を素直にとらえるものであるし、法益侵害抑止の観点からしても妥当であるように思われる。後述する私見においても、危険の増加を判断すること自体は妥当であることを前提として議論をしたいと考える。

次に、危険の増加を検討するにあたり、私見においても十分参考となった仮定的代替原因を考慮する説について紹介しておきたい。

## (2) 仮定的代替原因考慮説（島田説）

島田准教授の見解<sup>55)</sup>は、危険増加判断を行う上で、仮定的代替原因を考慮し、因果性（促進関係）を厳格に解する。法益保護の観点からは、問題となっている行為と同様の寄与行為（仮定的代替原因）が高度な蓋然性をもって行われたといえる場合には、仮に関与行為がなくても、法益侵害は高度な蓋然性を持って生じていたといえるから、その場合には、問題となっている行為を処罰しても意味がない、ということが論拠となる。

島田准教授は、仮定的代替原因を考慮する

説を唱えるフリッシュの見解<sup>56)</sup>を、「①刑罰の均衡性という観点から、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て、そうした仮定的状況との関係、結果発生蓋然性が高まっていた、あるいは犯罪発覚の恐れが低くなった、と言える場合に、危険増加を肯定する。②考慮してはいけない仮定的代替原因は、それ自体として違法な行為である。それ以外の行為は付け加えて判断する。③行為自体の性質については、その性質上、あるいは、そのような状況の下では、犯罪的事象の一部としてしか説明のつかない行為かあるいは正犯にとって一義的に犯罪的意味しかなない行為を正犯の依頼を受けて促進する行為、のいずれかでなければならない。（ドイツ刑法の部分省略して引用した）」と整理し、その後、①、②に触発されて仮定的代替原因考慮説を日本法に即した形で提示する。

島田説の特徴は仮定的代替原因がある場合には因果性を否定する点にあるが、付け加えてよい仮定的代替原因について、規範的な類型化を行う。そして、物理的促進事例と心理的促進事例においてそれぞれ、自説の検討をする。

類型化のコンセプトは、刑法的見地からみて生じたとしても許される（無罪）という結論を導かざるを得ないような行為については付け加えてよい、とするところにある。それ以外は、法秩序が是認しない行為であるから付け加えてはならない。ただし、「正犯の最終的結果惹起行為」は付け加えないと、促進性の判断ができないから付け加えてよい、とする。

この見解に対しては、因果関係判断において事実的な観点を基礎とせず、規範的な観点を重視すること自体に批判がある<sup>57)</sup>。規範違反行為の介入の蓋然性を考えてはならない

55) 島田・前掲注 8)85 頁。

56) これに対し、本稿では紹介を省略するが、ヴァイグントの見解（曲田・前掲注 4)160 頁等参照。）があり、これは、それぞれの事案における四圍の状況を残さず考慮する。

57) 山中・前掲注 3)99 頁。



こと自体は刑事政策的な意味合いや、当該行為の犯罪的意味を探る方法論としては説得力があるとは思ふ。しかし、蓋然性の問題として考えると、「規範的な期待と事実上の生起とは異なることは当然」であり、なぜ事実上の生起の蓋然性が高い規範違反行為を仮定してはいけないのかの理由が明らかではない、と批判される<sup>58)</sup>。付け加えてよい行為とそうでない行為を規範的に分けることで、結果的に、外在的な基準を立てているのに等しいことになっている、とも言えよう。

しかし、事実的な因果関係の判断枠組については、幫助犯が提供された物等を利用するか否かは正犯の一存にかかっているし、正犯の意思を介さずして自動的に利用されたと評価されうることになる寄与<sup>59)</sup>ならばともかく、そうではない、正犯の選択肢に入り正犯の選択肢にゆだねられるタイプの関与者による提供行為があった場合において、正犯の他の選択肢との比較をもって物理的促進を判断するのは正当なように思われる。ただ、後述する私見の中で述べるが、他者の自律的意思決定が前提となる関与行為、例えば、他の店で当該物と同種の物を買えたこと、まで考慮する（仮定する）のは妥当でないように思われる。他者による任意の物等の提供の場合の促進を考えると、他者による任意の物等の提供を考慮して促進を否定してはならないように思われる。この点については、付け加えてはいけない「法秩序が是認しない行為」という行為も、結局、幫助行為の危険創出性を判断しなければ結論できないものではないか、という疑問が提起されている<sup>60)</sup>。山中教授は同時に同性能の物が提供された場合（択一的競合的事例）をもって批判を行う。これ自体は、提供行為と物の利用（これは物理的促進の要件である）との間の因果関係（条件関係）をどう考えるか、ということに

帰着されてよい問題だと思われるが、疑問の出発点は同様といえそうである。

また、島田准教授は心理的促進についても検討され、仮定的代替原因を考慮することは妥当としながらも、心理的促進該当行為に代替性が存在することが事実上少ないので、心理的促進と認定されやすいことを指摘している。この点の評価はその通りだと思われる。

そして、島田説は、随所において、物理的促進が肯定されなくても、心理的促進は肯定されうることを強調する。曲田准教授は、仮定的代替原因考慮説の立場（ヴァイグントの立場であるが）を批判し、「正犯者にとっては、なによりも、援助の要求をしたまさにその幫助者から現実の手助けをうることが重要なので<sup>61)</sup>」とするが、物理的促進と心理的促進を峻別すべきとの立場からすれば、促進の類型を混同するものでであると再反論できるだろう。

後述する私見においては、島田説の仮定的代替原因考慮説を参考にしつつ、自己物利用可能性、他者からの取得可能性については議論を分けて論じたい。

また、フリッシュのいう「結果発生の蓋然性が高まっていた、あるいは犯罪発覚の恐れが低くなった」か否かの評価をすべきだという態度に対し、前者の「結果発生の蓋然性が高まっていた」か否かは、より詳細な吟味を必要とし、また、後者の「犯罪発覚の恐れが低くなった」場合には、それをもって常に物理的促進と言いうるのか、という問題提起ができるように思われる。特に後者については、どのようなタイミングにおいて、犯罪発覚の恐れが低くなれば促進といえるのかについて法益保護との犯罪発覚のおそれとの関係について詳細な検討を要するに思われる。この点については、後述の私見において述べることにする。

58) 山中・前掲注3)99頁。

59) 自動的に利用される寄与（正犯の意思を介さず利用されうる寄与）は見張りなどの随伴的従犯に多いが、1つしかない道具を交換する場合もこれに含まれる場合が多いだろう。

60) 照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』177頁、197頁（弘文堂、2005）。

61) 曲田・前掲注4)183頁はヴァイグントの見解を、本文紹介のように批判する。

(3) 照沼説<sup>62)</sup>

照沼説は、行為無価値論、混合惹起説によってたち、客観的帰属の見地から、「既遂結果に対する幫助の因果性は、幫助行為としての危険創出（幫助行為の不法性）が肯定された後に、「事後の」危険性判断によって、構成要件に該当し違法である「現実には為された」正犯行為を通じて、創出された危険が正犯結果の中に実現されたといえる場合に認められる。」とする。他の者の行為の介入による仮定的代替原因の考慮を認めない。そして、未遂結果に対する因果性は、行為時の判断において正犯行為による結果発生の危険性を客観的に増加させた場合に認められる。

この基準は、物理的促進、心理的促進のいずれにも妥当する。ただ、心理的因果性の局面では、内心を強化するだけの正犯との連帯だけでは、既遂結果に対する因果性は肯定されず、行為の客観的な危険性の増大もないので未遂犯に対する因果性も否定される。

寄与行為が日常取引の範疇に属する場合にも①当該行為者においてその法益侵害を生じさせないようにする法的な義務が存在したか、あるいは逆に②そのような寄与を行うことが義務付けられていたか、③正犯による犯罪実行が切迫した状況にあったかどうか、かつ、④その実行がなされないことであろうことを信頼すべき特段の事情が存在したかどうか、といった点の検討を通じて、危険創出の有無が確認され、個別的に関与者の正当化が判断されるとする。

照沼説は、窃盗を計画する者へのドライバーの販売、パンに毒を入れて暗殺を計画し

ている者へのパンの販売や売春宿へのワインの納入の問題を、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ず、切迫性が認められる場合や、物資入手困難の場合には、法的に有意な危険創出があり得るとする。

しかし、まず、切迫性の具体的限界こそ行為者に示されるべき行為規範なのではないかと思われる。次に、物資入手可能性については、実質的に代替原因を考慮しているようにも思われ<sup>63)</sup>、いわば因果関係の判断を実行行為の判断に置き換えているだけのようにも思われるし<sup>64)</sup>、ワインの法益侵害に与える影響とドライバーの法益侵害に与える影響を促進力の観点から同列に扱うことにも疑問がある。厳密な吟味はできなくとも、促進力に差異は見出せる<sup>65)</sup>ように思われる。

また、照沼説は、強盗団をタクシーで運送する場合のタクシーの運転手の強盗の幫助犯性についても、運送を差し控える法的要請がない限り、正当行為の余地があるとする。しかし、その法的要請の内容が明らかでないように思われる。また、強盗行為の実行地が運送目的地である場合に運送するのであれば、目的地に近付くにつれて強盗行為の切迫性が上昇するのではないだろうか。仮に切迫性はそのようなものではなく、随伴的関与かこれに類する場合にのみ認められるものである、運送行為の決定は運送開始時である平穏な状況に行われたのであるからその時点を基準に考えるべきであるなどとするのであれば、その理由が明らかにされる必要があるように思われる。また、他の法律を援用して構成要件

62) 照沼・前掲注 60)210-212 頁。

63) 仮定的代替原因考慮説においては具体的事実関係において代替原因の介入が高度な蓋然性をもって肯定されることが因果性否定のためには必要であるが、照沼説の行為不法性判断における物資入手可能性の局面においては、入手可能性は文字通りの可能性でよいのかもしれない。いずれにしても、物資入手可能性についての蓋然性判断の事実分析は仮定的代替原因考慮説よりは抽象的なものである。確かに刑法も法律であるから行為者に適切な行為規範を示せばその使命は足りると考えてもよいが、実際に争いになる裁判の場においては、仮定的代替原因考慮説が提示するレベルでの、かなり具体的な規範設定が要求されることが多いように思われる。

64) この違いの原因たる考えの違いが、何らかの規範的判断を行う際の基準時の問題や未遂犯等の成立時期等について差が生じうることはひとまず置いておく。

65) もっとも、照沼准教授はこのような量的解決を、「およそ判定不可能な物理的・自然的定量化」として批判しているので、あえて分けていないのであろうが（照沼・前掲注 60)193 頁。）。

段階での刑法上の法的義務を考えるのであれば、そう考える理由付けが必要だろうし<sup>66)</sup>、法益保護義務を根拠にするのならば、義務違反説に対する批判がここでも当てはまるように思われる。

#### (4) 山中説<sup>67) 68)</sup>

山中説は、幫助犯の客観的要件のうち、正犯の実行行為の容易化・促進の基準として、危険創出連関と危険実現連関を要件とする客観的帰属論の立場をとる。そして、山中説は、以上で検討した様々な観点からの分析を組み合わせた形での判断枠組みとなっている。

私見の検討の際にも非常に参考になるので、以下に簡単に紹介したい。ただし、山中説は、一部において二段階アプローチ（ロクシン説等）に依拠している部分があることに注意を要する。

まず、正犯共犯間の相互の意思連絡がある場合には、原則的に心理的因果性ゆえに幫助犯が可罰的となる。ただし、犯罪計画者の食事のためにパンを販売する等の正犯行為に対する直接の促進とはいえない周延的な援助行為には心理的促進としての危険創出が否定され、不可罰となる。

正犯共犯間の相互の意思連絡がない場合には、心理的促進の程度は極めて低いが、幫助者の経験と勘により片面的な認識が生まれても高い蓋然性のない危険の認識にすぎず客観的帰属は肯定されないし、正犯者の知らないうちに正犯者から得られる情報についても、

信頼の原則により、危険創出の意味における帰属が否定される。

幫助は、（幫助行為と正犯行為の前後を問題にすれば）予備的従犯と随伴的従犯（幫助者の目前での犯行）に分けられる。随伴的従犯は、幫助者は犯罪計画について知っているか否かにかかわらず可罰的であり、予備的従犯であっても正犯の実行行為が切迫していれば可罰的である<sup>69)</sup>。

予備的従犯においては、物・情報の提供の種類と事前の役務の提供の種類に分類でき、前者については、犯罪の手段となる場合（犯罪組成物提供類型）、法禁物であって犯罪との客観的手がかりがある場合（法禁物提供類型）<sup>70)</sup>には可罰性に疑いはないとする。

犯罪の実行に使用されることの多い危険な物・情報の提供及び役務の提供は、一義的に犯罪目的に使用されるものであれば、原則として危険創出が肯定されるが、社会的に見て他の有効利用と併存していれば危険創出は否定される<sup>71)</sup>。

一義的犯罪促進行為（正犯の指示通りに行われ正犯の犯罪の実現のみに役に立つ類型）は、危険創出は肯定されても危険実現が否定されうる。犯罪計画を知っていることよって肯定された危険創出は、犯罪計画を知らない日常的業務行為として行われた許された危険行為よりも、正犯行為の促進に対する危険を高めていないからである。実質的な理由として、取引関係は非個人的で画一的であっ

66) もっとも、法律上の義務を履行する場合に、（違法の相対性をも考慮しつつ）処罰しないことが明定されている場合は別論である。

67) 山中・前掲注 3)132 頁。

68) 山中説は、中立的行為による幫助を扱った山中・前掲注 3)と、体系書である山中敬一『刑法総論（第2版）』（成文堂、2008）とでは若干整理の仕方が異なるが、中立的行為による幫助というテーマを専門に扱った論文の方の整理を基本として体系書において追加された記述を適宜付記して紹介することにしたい。

69) 山中・前掲注 68)914 頁には、放火が報道されている場合において、ガソリンの購入依頼に対してガソリンを持って行ったところ、覆面した男たちがライターを持って待ち構えていた場合におけるガソリンの提供の事例が挙げられている。

70) ヴォルフ・レスケ説に近い。山中・前掲注 68)915 頁は、法禁物所持規制は犯罪防止のためであるからとして、法規制の存在を重視する。なお、山中教授は法秩序の統一性の要請から違法の統一性を原則として考える立場ではある（山中・前掲注 68)428 頁）。

71) ロクシン説に近い。山中・前掲注 68)914 頁は、Winnie 事件は微妙だとする。ただ、注 104)で紹介する、写真撮影を困難にするナンバープレートカバーの販売が速度制限違反罪の幫助に問われた事例において、山中教授は、このような事例において中立的行為による幫助が問題とし、一義的犯罪意味があるから可罰的だとする（山中・前掲注 68)914 頁、山中・前掲注 3)61-62 頁、山中・同 134 頁。）。

て、法的作為義務が課されていない限り道義的な根拠のみでその行為をやめる必要はないからであるとする。

山中説は、その枠組みとして様々な次元の切り口を提示しており参考になる。しかし、事実をベースにした枠組み設定は、規範衝突を招きうるように思われるので、その点に注意して私見を整理してみたいと考える。山中説との関係は、私見を提示する中で示していきたいと考えるが、物理的促進と心理的促進は独立にその有無が決まると考えるので、分けて考えていきたい。

### 3 従来の学説についてのまとめ

本章(Ⅱ)では、従来の学説を紹介した。これらとは別に、構成要件レベルではない法的構成によって問題を解決しようとする説もある。行為自由と法益保護の比較衡量について違法性阻却の問題として考えることや、刑法第35条の正当業務行為の問題として考えるものである。しかし、前者は基準が抽象的すぎるという批判ができるし、正当業務行為については適用を考えなければならない場合はあろうが、これだけで解決できる問題なのか否かには疑問がある。

結局、幫助犯の成立要件を厳格にして、適切な結論を導く努力は、幫助犯の構成要件レベルで考えていくのが出発点であるといえるだろう。次章からは、この立場を是認しつつ、幫助犯の構成要件、幫助犯の故意について、中立的行為による幫助という限界事例を通して考えていきたい。

## Ⅲ. 私見

### 1 総説

刑法第62条第1項は、「正犯を幫助した者

は、従犯とする。」と述べるだけであるので、その解釈が必要となる。二次的責任類型たる幫助犯も、法益保護の観点から、正犯の構成要件の結果発生の危険の増加をきたすからこそ、当罰性が生まれると考えられる。

念のため述べれば、正犯にとっての違法が幫助犯の構成要件該当のための必要十分条件(修正惹起説)なのではなく、より一般的な処罰範囲の限定を論拠として、正犯の惹起した法益侵害は、共犯にとっても違法と評価されるものであることも要件である(混合惹起説<sup>72)</sup>)。ただ、本稿では、正犯惹起の法益侵害が共犯との関係で不法か(共犯の構成要件該当性判断)という行為者レベルの考察ではなく、因果性の観点からの考察を行うことに重点を置くのでこの点は重要ではない。

そして、客観的要件としての危険増加判断については、一般論としては、前章で紹介した多くの学説が採用しているのと同様に、客観的帰属論の考え方を本稿でも採用したいと考える。つまり、幫助行為に存する危険性が正犯結果の中に実現することが必要である<sup>73)</sup>。実現しなかった危険のみで処罰するのは、幫助犯を危険犯的に考えるものであり、不可罰な幫助未遂との境界が曖昧になってしまう恐れがあって妥当ではない。物の提供事例を例にとれば、物の内包する危険が正犯に移転したこと、正犯の行為によって当該物が有する危険が実現したことで足りるが、その物は、正犯所持の物よりも犯罪に役に立ちうるものであることが必要である(危険増加の観点)。さらに、幫助犯の間接惹起的性格を考えると、正犯結果発生の蓋然性を高めたところに当罰性を見いだせるので、正犯の自律的行為によっては、結果発生の蓋然性が高まっても正犯結果の変更がなかったといえる場合があるから、幫助犯の成立要件に結果の変更は必要ないとする<sup>74)</sup>。「幫助という文言に値する程度に、実際に犯意を強化し、

72) 山口厚『問題探究刑法総論』243頁(有斐閣,1998)、井田良『刑法総論の理論構造』316頁(成文堂,2005)等。惹起説内部の対立については詳論を避けたい。なお、照沼・前掲注60)176頁注50)において、錯綜する議論に対する照沼准教授の一定の見解が示されている。

73) 照沼・前掲注60)193頁。

74) この点は、争いはあるが、幫助を、正犯の犯罪遂行を容易ならしめた行為とすれば、結果の変更を要件と



結果の発生を容易にしたことが必要<sup>75)</sup>」かつ十分であろう。ただ、問題は、その程度なのであって、それこそが本稿の考察対象なのである。

このようにして、本稿は、幫助の因果性について、条件関係必要説（幫助行為がなかったら正犯結果自体、ないし、正犯結果の変更がない場合に因果性を否定する説）は採用せず、促進的因果関係説を採用する<sup>76)</sup>。そして、具体的な下位基準の提唱を目的とするものである。

前章で述べた2段階アプローチの中にも、客観的帰属論を採用するものはあるが、促進関係については、提供された物・情報の利用だけで足りるとするのを前提としていたがゆえに、様々な外在的制約を施して妥当な結論を導こうとしていたように思われる。最終的には客観的帰属論の幫助犯における具体化が問題となる<sup>77)</sup>。

本稿では、上記特殊理論に頼らず、危険の増加判断を規範的に行うことで促進性を判断すべきである、と考える。そのほうが客観的かつ統一的な基準を立てることができるからである。「役に立ちうる」ことをしたことのみ、又は、「物が利用されたこと」のみを「促進」や「容易化」として捉えれば、「役に立った」ことのみを処罰することは、幫助犯の処罰範囲の限定といえようが、「促進」＝「役に立った」と本稿では解するので、本稿では、幫助犯の要件を整理しているに過ぎな

いともいえる。

私見では、構成要件的行為の促進という評価方法として、法益保護の観点と促進関係説の観点から、法益の弱体化可能性（便宜的な呼び名である<sup>78)</sup>）を招いたか否かという観点を重視し、法益の弱体化として、直接的な法益の弱体化、迅速な犯行を可能にしたか、犯行の機会を提供したか、等の下位事情を考慮していきたいと考える。特に、正犯の惹起する法益侵害防止が問題であるから、幫助者の周辺の状況のみの考慮では足りず、被害法益周辺の事情の考慮が必要である<sup>79)</sup>。

幫助犯の幫助形態としては、物理的促進と心理的促進があり、どちらかが満たされれば促進関係が認められる。心理的促進とは正犯者の主観にのみ関係する幫助行為のことであり、物理的促進とは正犯の犯罪行為自体を容易ならしめる効果を有する幫助行為のことだとされる<sup>80)</sup>。物理的促進、心理的促進と分けるのは、共犯関係からの離脱の観点からも有用な類型化であり、本稿でもこれを基礎にして、具体的な基準を提示したい。

そして、物理的促進にしても、心理的促進にしても、その促進の対象は異なるけれども、これらは条文上区別がないのであるから、その基準たるもの（必要とされる促進の程度）は同一であるべきである。

---

することは「容易」を狭く解しすぎているように思えるし、後述する可罰的な機会の提供事例においては、結果の変更がない場合もあるが、十分に正犯の犯罪を容易にしていると考えられる。島田説において、最終結果惹起行為を付け加えて判断するというのも、幫助犯の要件として（結果変更のテストではなく）促進関係のテストを行えば足りるという観点から正当化されるように思われる。

75) 西田典之『刑法総論』322頁（弘文堂、2006年）。

76) 大枠としては、山中・前掲注68)921頁の整理における、「促進的因果関係説」を採る、ということである。その意味での私見における「危険増加」とは結果の変更のことではなく、正犯によって利用が決定された時の状況を客観的に評価して決せられる。なお、島田・前掲注8)77頁も参照。

77) 「幫助行為の客観的要件も、広い意味での帰属論の一部だとする見解もありうる」し、結局は、理論構成の相違といっても「客観的帰属論内部の説明の相違」にすぎない（山中・前掲注3)69頁）。最終的には、有用な具体的基準の提示が目下の課題になっていることになる。

78) 便宜的にというのは、構成要件的行為の促進といっても結果発生蓋然性の増加といっても本質的には同じことであるのだが、より、法益の方から見た方が問題点を整理しやすいと考えた、という趣旨と、従来の言葉と同じ言葉をつかうことによる概念の混同を避けるため、という意味に過ぎない。

79) その点松生・前掲注21)が関与行為者の置かれた状況に重点的に着目することには賛同できない。

80) 西田典之「共犯の中止について——共犯からの離脱と共犯の中止犯——」法協100巻2号1頁、14頁（1983）。

## 2 IIで紹介した他の学説との関係

これから紹介する私見と、IIで紹介した他の学説との関係について述べる。

まず、実質的に見て行為の相当性の吟味を行う説は、恣意的処罰を可能にする点で妥当ではない。また、具体的事実関係を捨象する説も、個別の法益侵害との関係を論じていないので妥当ではない。さらに、幫助犯特有の法益（シューマン説、曲田説のいう「正犯との悪しき人間関係」）を肯定することは、当該法益を創設することにより恣意的処罰の可能性が生まれるので疑問である。

そして、仮定的代替原因考慮説は、促進概念の精緻化の方向で考えようという向きには賛同でき、かつ、自己物の調達に関する限りにおいては賛同できる。

ただ、他者からの物等の提供についても仮定的代替原因を考慮する本説は、全体として行動の自由が適切に確保されているかと考えてみると、類似の行為を行いうる者の存否という無関係の者の状況により処罰の可否を分ける点では行動の自由に対する無関心がある<sup>81)</sup>ともいえる。また、仮定的代替原因考慮説は、故意の問題領域においても問題がある。仮定的代替原因該当事実の認識・予見

は（因果関係阻却事由該当事実の認識であるから）故意を阻却するだろうが、その結論は無責任な者の放任を許す判断となって妥当ではないと思われるからである<sup>82)</sup>。

## 3 客観的構成要件要素としての促進

### (1) 物理的促進・総説

正犯の行為は、時系列的に整理すると、予備的行為前の犯罪計画着想、予備的行為、実行の着手、既遂到達、犯罪の終了、その後の行動、という経過をたどる。

まず、どの段階のどのような関与行為であるにしても、法益侵害（正犯結果発生）の抑止の観点から、法益侵害の弱体化可能性をもたらしたか否かは、具体的事実関係の下で、被害法益の周辺状況を考えるべきである<sup>83)</sup>。

また、促進の有無は、予備的行為時における物、方法、機会（以下「物等」と略す）の提供であろうと、実行の着手後における物等の提供であろうと、具体的事実関係における法益の弱体化可能性如何によって決まる。ただし、関与行為の時点（予備的従犯か随伴的従犯かという場合分け<sup>84)</sup>）は、正犯結果の発生を防止したいわけであるから、提供された物等の正犯による利用の時点（予備的に関与しても予備的に利用されるか（窃盗犯に対

81) 効果論ではあるが、①関与者において、自己の行為が犯罪行為を促進しているか心配になったときに仮定的代替原因の存否の確認をしなければならないよう要請されるがその努力に意味があるのか、②関与者において認識していなかった仮定的代替原因により、関与者が無罪となっても、関与者は「棚ぼた」的な無罪としか感じないことが多いのではなからうか、といった点を指摘しうる。

82) より詳しく考えると、（結果論的になることを恐れずに言えば、）本文のような思考の背景には、構成要件該当事実をすべてに認識している場合には（違法と評価される事実の認識があることを前提として）故意が認められるにもかかわらず、なお構成要件該当性を阻却する事実（以下、「阻却事由」とする）を探索するインセンティブを与えてしまうと、法益保全の観点から好ましくないという思考がある。そして、関与者において阻却事由を探すのではなく、関与者に対する行為規範としては（念のため）関与行為をするべきではないというものを想定してよい場合があってもよい、と考えている。

というのは、関与行為の構成要件該当性を阻却する事情を探しているうちに継続的に行われる行為が問題となっているときは、つい問題のある行為に踏み切ってしまうがちな場合もあるから、インセンティブを与えた結果、法益侵害が促進される可能性があり、そのような解釈は、法益保護の観点からも不都合といえるからである。ただし、現時点では、このような論証がどの程度正当化できるかについて、さらなる考察を要するとも考えている。

83) 正犯の行為と幫助行為との「接近性（仲間）」を規範的に評価する見解とは異なる。接近性という言葉をあえて用いるとすれば、構成要件の結果との接近性（正犯との接近ではなく法益侵害への接近）が重要である。

84) 実行行為に先行するか（予備的）、実行行為と同時にされるか（随伴的）の分類。山中・前掲注(68)902頁参照。

する合鍵の提供)、着手以後に利用されるか(強盗犯に対するナイフの提供)は様々な場合があり得る)に比べると理論的価値は小さいと考える<sup>85)</sup>。

#### ・法益の弱体化可能性

まず、物理的促進性の要件としては、正犯の惹起する結果発生に対し、当該事案の下で正犯の犯罪遂行に「より役に立つ」物等が提供されたこと(危険の創出)とこれが現実に利用されること(危険の実現)が必要である。ただし、後述するように、「より役に立つ」ことの判断基準時は、正犯の最終的意思決定時であると解する。

「より役に立つ」要件の根拠は、正犯の所持している物と同じ性能の物ないし性能の悪い物を与えても、危険の「増加」を肯定できない<sup>86)</sup>ことを根拠とする。

また、「利用」は、関与者の提供した物等が結果に現実化するために必要な要件である。例えば、強盗に役に立つナイフを提供したが、正犯は、殴打によって犯行抑圧を達成した場合には、利用要件が欠け、物理的促進

を肯定できない。つまり、ナイフを手にしていないことにより、気持ちが大きくなっていても、ナイフを利用せずに殴打したのであれば、ナイフの有する人の身体に対する危険は犯行抑圧に現実化していないことになる。ナイフを犯行現場に持参すれば因果関係(物理的促進)があるという説もあるが<sup>87)</sup>、これは、利用がないゆえに物理的促進がなく、後述の心理的促進のみが問題になる局面である。犯罪の手段(選択肢)を増やしたから促進(危険増加)があるという考え方<sup>88)</sup>も、「物理的」促進の問題ではないといえる<sup>89)</sup>。ただ、犯罪行為に利用したが、既遂到達(犯罪の実現)に至らず、いわば犯行目的の達成に失敗したという場合には、正犯に未遂犯が成立するときに、未遂結果との間に促進性があれば未遂犯を物理的に促進したといえるが、そののちに、他の手段が利用されて既遂が成立しても、既遂結果には現実化していないので、錯誤の問題に立ち入るまでもなく、関与者は未遂犯の幫助<sup>90)</sup>が成立しうるととどまると解する。

85) もっとも、随伴的従犯のほうが、予備的従犯よりも、故意の認定が容易ではあるが、それも具体的事実関係におけるもので、理論的に導ける問題ではないと考える。

86) 佐伯仁志「共犯論(1)」法教305号46頁(2006)(幫助行為の要件での危険の増加の考慮であるが、危険の増加を考慮する点においては同じである。)

87) 島田・前掲注8)137頁注141)参照。

88) 曲田・前掲注36)456頁は、「選択肢の増加は、それ自体として危険の増加そのものとして理解される要素である」と結論のみ述べる。これでは「役に立ったのか」否かの判断をしていないように思われる。選択肢の増加は正犯の心理面への影響にすぎない。それがどう物理的に寄与するかが「物理的」促進の問題である。また、井田・前掲注72)387頁も提供された物を使用可能な状態においたことが、それが無い状態よりも容易に既遂到達できるとし、ピストルを与えたがナイフを利用した場合においても「構成要件の予定する因果関係(条件関係および相当因果関係)」を肯定できるとしているが、「予定」の内容が明らかではないことはともかくとしても、そもそも曲田説と似た思想に立つと思われ、妥当ではない。

89) 本文の私見を前提としても、選択肢増加行為が、提供物の利用のされ方如何によって、物理的促進を肯定できる場合があることには注意を要する。たとえば、1本のナイフを持っている者に対して、同性能のナイフを提供したのち、2本のナイフを所持するにいたった正犯において、一方のナイフを投げる行為に利用し、他方を刺す行為に利用した場合には、両方のナイフの利用と、そして、「1本のナイフの有する危険」よりも「2本のナイフの有する危険」のほうが大きいことを前提として、結果発生に対してより役に立つ物の提供をしたと評価することができる。

ただし、選択肢増加行為は、増加分についても(選択され、)利用されて初めて当該増加行為の危険が現実化したといえることには注意を要する。

90) 既遂犯は未遂犯+既遂結果ではなく、既遂結果に対する因果関係が必要であり、これは共犯でも同じである。住居侵入窃盗を計画する正犯に合鍵を渡して、正犯がこれを利用してこの合鍵を使って住居侵入しようとしたときに、鍵自体には開錠能力があったが、正犯の鍵の使い方が悪くて開錠に失敗し、別の方法で窃盗を達成した場合、Xに故意がある場合でも、心理的促進が肯定されない限り、住居侵入未遂についての幫助犯が成立するにすぎないと考える。住居侵入既遂、窃盗は共に合鍵の利用により現実化していない。合鍵利用による住居侵入未遂が成立し、正犯の住居侵入窃盗の既遂に吸収されているだけ(包括一罪)である。このような場合に住居侵入

幫助行為の態様としては、法益を保護している物理的障害を取り除けばよい。武器や金銭<sup>91)</sup>を提供してもよいが、法益保護の状況を破る能力がない場合には促進は否定される。例えば、鳥打ち帽子や足袋を強盗行為時に身につけていても、強盗を容易ならしめる場合は例外的であるから、これらを提供しても物理的促進は否定される<sup>92)</sup>。また、見張りも他者の介入という物理的障害の可能性があり、他者の介入が現実起きた時にそれが利用されたと評価され、そのような場合には促進といえる<sup>93)</sup>。見張りは、正犯の選択行為が介入せずに効果の生じうる行為類型だからである。法益を保護している物理的障害を取り除けば良いのであるから、機会の提供といった有意な状況を役務等により提供する場合（後述するタクシー事例）もこれに含まれる。取り除くべき物理的障害には、物的なもの（例えば開けるのにバーナーが必要な金庫）と、他人による妨害の可能性がある。発砲による殺人行為が行われる部屋に目張りをする行為<sup>94)</sup>も、正犯が目張りに気付かなくても、目張りされた部屋の中で殺害行為に至るまでの間を含めて他者の介入を抑制させたといえる場合には物理的促進を肯定できる。他方、他者の介入を抑制させたといえない場

合では、正犯が目張りに気付いたとしても、（他者の介入の抑制の可能性が与えられたにすぎず、）心理的促進を肯定しうるに過ぎない。

ここからは、提供される要素を分類し、それぞれの関係を考えながら考察していきたい。幫助行為の態様は極めて広範にわたっており、分類方法は理論的にも重要な課題である。

ここで、幫助行為を簡単に類型化すれば、物の提供、情報の提供、役務の提供に分けられるが（関与者による提供と、正犯による利用により、幫助行為の危険が現実化したといえる）、これは、事実的な分類である。法益との関係を考えるうえで、規範的な観点からの類型化がよいので、法益を弱体化させる手段としての物の提供、（犯罪の実行）方法の提供と、機会の提供（情報の提供の場合もあるし、物や役務を含む場合もある）とに分けて考えたい。

方法の提供とは、機会の提供とは異なり、法益を弱体化させる手段に関する情報の提供（毒薬の作り方等）である。排他的にしか占有できない物と異なり、方法というのは情報の一種であるから、重疊的占有が可能である。方法は、情報ゆえに共犯関係からの離脱

---

窃盗の幫助犯を成立させたい場合は、心理的促進を肯定する必要がある。

91) 墮胎手術を受けようとしているが、貧困に窮していて手術料が必要であった者に対して30円の金銭を提供し、手術料として25円支払った事例（大判昭和15年10月14日刑集19巻20号685頁）においては、物理的促進を認めてよい。ただし、大審院は物理的促進と心理的促進の区別をしていないし、岸盛一「墮胎罪の幫助と其の手段」法協59巻8号133頁、134頁（1941）は、「被告人の金銭供与行為に依り甲女の既存の決意が愈々固められたという関係の存する限り」幫助を認めてよいという。つまり、犯意強化という心理的促進の側面が重視されているのである。30円の交付と墮胎の手術費用として25円の支払いがあり、その間に、他の手術費用として足る金銭供与がなかったのであれば、物理的促進といえる場合だろう。一般には正犯が貧困に窮している場合にはよいが、そうでない場合には、提供された金銭が利用されたか否かの評価については困難な問題があり得る。

92) 大判大正4年8月25日刑録21輯1249頁。

93) 堀内捷三『刑法総論（第二版）』269頁（有斐閣、2004年）の見張り事例等。井田教授は、正犯が正犯行為時において見張りを認識していれば、その後見張りの存在を忘れていても、正犯の負担を軽減するとしている（井田良『講義刑法学・総論』495頁注46（有斐閣、2008））。（過去に見張りの存在を認識していた時点があったことを前提とすれば、それ以降についても無意識的な負担の軽減〔その瞬間では見張りを意識していなくても、誰か来ないかと気になったときにすぐ「見張り」の存在を思い出すというような意味での負担の軽減。〕があるともいえるので、）その結論自体は是認しうる。しかし、（最初から最後まで）正犯共犯者間に意思連絡のない場合、いわゆる片面的幫助形態における見張りにおいては、正犯は見張りの効用についての認識すらないわけであり、正犯の負担を軽減することはないから、井田教授のように「片面的幫助の事例でも同じ」、つまり、正犯の負担軽減がある、とはいえないように思われる。

94) 東京高判平成2年2月21日判タ733号232頁は、実際に目張りされた部屋が使われずに物理的促進がないとされた事例。



の側面から見ても分離して考える必要もあり得る。このように、後に詳細に分析するけれども、方法の提供を、物の提供とも機会の提供とも区別して類型化する意義はあると考える。さらに、機会の提供は、物や方法そのものではなく、それが提供される時点、場所等を、周辺の事情も含めて規範的に評価したときに、独立に可罰性を帯びると評価できる場合であり、これも類型化する意義があると考ええる。また、後述する、既遂到達の早期化<sup>95)</sup>については詳細に検討をすることにする。

### (ア) 物の提供

#### (i) 物の提供・総論

物の提供において法益の弱体化可能性を惹起するためには、正犯の所持物よりも正犯にとって「より役に立つ」物の提供が必要である。ただし、比較対象は正犯の所持物に限る。他者の自律的意思決定が前提となる関与行為、例えば、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、II 2(2)において、島田説の検討の部分で述べたとおり妥当でない。しかし、自己物の利用については、他者の行為が関与していないので、前述の批判があてはまらないといえるから考慮できる。正犯にとって、ということから、正犯の知識、技能、身体能力等も併せて考慮される。正犯の所持している物よりも性能の悪い物であっても、それが利用されれば物理的促進がある、すなわち、危険増加の要件は、提供物の利用で足りる、と考えることになる。しかし、かかる場合にはそもそも危険の増加を肯定できないと解される以上、広すぎて不当である。しかし、島田説も含め、「より役に立つ」物を提供しないと物理的促進にならないという見解に対しては、次のような反論がなされている。それは、当初正犯により利用される予定であった物より役に立たない物を提供した場合であっても、正犯心理として

は、自己の計画した方法をまず捨ててから、提供された物の利用を行っている（新しい因果経過を設定している）から、比較すべきは、より役に立たない物の利用の場合と何の道具も利用しない場合を比較しなければならないとする批判<sup>96)</sup>である。しかし、これには賛同できない。なぜなら、正犯が所持し、正犯の使用対象として選択肢に入っていた物を比較対象としないことはもはや促進とか容易とかの判断ではなく、利用されたか否かの判断に終始しているだけのように思われるからである。

また、「より役に立つ」わけではない物を提供しても利用されれば幫助になるという見解は、実質面においても問題が生じうる。例えば、偶然侵入窃盗を見つけた第三者（関与者）が、窃盗犯の犯行に協力するふりをしながら、警察を密かに呼び、警察による確保を容易にしようとして、実際には窃盗犯所持の物よりも役に立つとはいえない物を渡した場合（もちろん、正犯が何も持っていないときと比較すれば役に立つ物を渡した場合）に、物理的促進が認められ、その故意もあるとして幫助犯が成立してしまい、疑問が残る。このような、犯罪を失敗に終わらせようとして提供を行った場合には、促進ではなく妨害と評価すべきである<sup>97)</sup>。このときに、正犯との間に、悪しき連帯ではなく、正義の留め置きがあるなどとして幫助犯の成立を（違法性の阻却によって）否定するのだとすれば、その境界線もあいまいのように思われる。こうして、正犯の所持している物よりも役に立つ物の提供が要件である、と考えるが、「より役に立つ」ということについて、既遂到達の時期との関係についても述べておく。

「より役に立つ」物というのは、既遂到達を早期化する場合が多かるうが、それに限られるわけではなく、電子的に施錠されたドア

95) 既遂到達の早期化は法益の弱体化に対応する。したがって、既遂到達の早期化が法益の弱体化といえるのであれば（これが常に肯定されないことについては後述）、既遂到達の早期化の可能性を与える行為が利用されることで促進を満たすことになる。

96) 曲田・前掲注36)454-455頁。

97) 利用されなくても促進される場合があるとか、利用されれば促進があるなどと評価すると、利用を介した妨害の成立の余地を封じることになってしまい、私見によればそれは妥当でないと考えられることになる。

が出入り口となっている部屋にある物を窃取する目的の場合に、ドアを壊す物（ハンマー等）を与えるよりも、多少なりとも時間はかかるが、施錠の原因である電子機器をクラック（電子的に破壊）する機器を提供したほうが、ドアを物理的に破壊する音を聞いた警備員が駆け付けることによる、窃盗行為に対する妨害排除をしなければいけないリスクをなくす点でよい場合もある。結局、早期化の問題と、物の本来の性能とでは、独立に幫助を論じる意味があると考えるので（有意な早期化またはより役に立つ物の提供のどちらかが満たされれば物理的促進が肯定される）、本稿では、犯罪の早期実現の問題は別項にて論じることにした。

次に、「より役に立つ」の比較対象たる、正犯の「所持」とはいかなる場合に肯定されるか。現実的所持のみを基準とする考え方もあるだろうが、幫助行為と同時に正犯行為が行われるわけではない（特に予備的幫助）のであるから、幫助行為と正犯行為との間の時間的間隔を考慮して、ある程度の「広がり」をもたせて所持を考えるべきである。幫助行為と正犯行為との間の時間的間隔を無視するのは結局幫助行為時の事情のみしか考慮せず、幫助行為の結果への影響を法益侵害に至るまでの過程から切り離して考えている点で妥当ではない。

また、幫助行為時の正犯心理における犯罪計画を考慮する見解も、正犯の内心に存する犯罪計画の（正犯にとって自由な）変更可能性を考えると、幫助行為により結果発生にいたる経過が分断されてしまっているように思われる。例えば、関与者が、正犯に対し、殺人行為に使ってもらおうつもりで、より役に立つナイフを提供したとして、提供時には正犯は撲殺にこだわっており、「そんなもの使わない」といっていたが、いざ実行時には、当該ナイフを持参し、撲殺が面倒になったので提供されたナイフを利用して刺殺した場合には、幫助行為当時の犯罪計画を考慮する要なく、正犯の犯罪を物理的に促進したといえ

る。より役に立つ物が有する危険が（相当因果関係の範囲内で<sup>98)</sup>）現実化したといえるからである。この説明のために、正犯の犯罪計画を変更する契機を与えたなどと、正犯の有していた犯罪計画を介して説明する必要はなく、正犯に対し有用な物を与えこれが利用されたから促進を肯定できる、といえよ。

したがって、「より役に立つ」基準で比較対象となる他に所持していた物の範囲確定も正犯行為に至るまでの事情にまで「広げて」考慮すべきであり、次に、その判断基準が問題となる、と解する。比較対象となる所持している物は、以下のように、①客観的要素（正犯の周囲の状況）、②主観的要素（正犯の認識、選択肢）、③判断基準時として整理してみたい。

#### ①所持の客観的要素

まず、客観的判断について述べる。これは客観的評価としての利用可能性である。正犯に利用能力があり、正犯に客観的に見てどの程度の余裕（場所的余裕（移動可能性等）、時間的余裕）があるか、という判断である。

ここでは、時間的余裕（緊急性）の問題について考えてみたい。日中に深夜強盗のためにナイフを買いに来る行為と、日中喧嘩の最中にナイフを買いに来る行為とでは、家にあるナイフを所持しているか否かに差が生じる。正犯の犯罪実行にとっては、短時間で自宅に帰るなどして所持状態を作ることができるようなものであっても、その短時間をも惜しむべき時、すなわち、法益保護が弱体化している機会と呼べる状況や既遂到達の早期化自体が法益侵害に結びつく状況下における提供の結果として犯罪実行が容易になったといえる場合もある。このような緊急性のある場合には、余裕がある場合には所持を肯定できる物であっても、遠いところにある物の所持を肯定すべきではない。緊急性という言葉はこのような所持を否定する要素として考えられるべきである。

逆に、深夜強盗のための日中のナイフ購入

98) 相当性は、狭い意味でのそれとして使っている。

は、自宅での所持を肯定しうる場合であり、提供されたナイフと自宅のナイフの性能を比較する必要がある。

### ②所持の主観的要素

ただし、客観的に見て、正犯にとって容易に利用できる物であっても、正犯に利用意思がないものまで選択肢に含めてはならない。正犯の意識にある法益侵害手段の選択肢にない物が秘めている危険はもともと現実化する可能生がないものだからである。ただ、その基準も具体化する必要がある。

まず、正犯の犯罪準備期間から構成要件的行為に至るまで正犯の認識になかった物は、利用されることはないのであるから、比較対象とならない。次に、正犯が占有しているとはいえるが、利用すると犯罪遂行に確実に支障が生じるなどと考えており、その結果正犯において確定的に利用意思がなくなっている物についても、正犯の選択肢自体を幫助犯は物の提供のみで左右することはできないから、比較対象から外れると考えざるを得ない。最終的には利用される物は正犯によって自律的に決められるからである。もっとも、幫助犯の行為によって、既存の占有物について選択肢が追加される場合には主観的要素（利用意思）が生じたものと考えてよい。その結果、既存の占有物に対する利用意思が生じたことで、幫助犯が提供した物が「より役に立つ」要件を満たさなくなる場合が生じうるが、利用意思を生じさせたこと自体が、後述の方法の提供に当たると解されるから、物理的促進は否定されないことになるだろう。

次のような場合を考えてみる。正犯は、関与者による提供物（Aとする）の提供がなければ、物Bを利用せざるを得ないと考えているとする。この場合は、物Bの利用は一応検討されているのだから、利用の意思はある。仮に、正犯の所持する物Bのほうが物Aよりも客観的に正犯の役に立つにも拘わらず、正犯が、提供された物Aのほうが性能がよいと誤解している場合であっても、物Bについての利用の意思が否定されるわけではない。物Aと物Bの双方が手元にある場合には、正犯は必ず物Aを選択するだろうから、物Bについては利用の意思が欠けると

して、正犯の欲している物に合致する物である物Aを提供する行為は促進と解すべきだ、ということにはならない。この場合も、物Aが提供されなければ物Bが利用された可能性があるもので、物Bの利用は正犯によって検討されており、物Bは比較対象となっている。物Bとの比較においてより役に立つとはいえない物Aの提供行為は、結局物理的促進であるとは評価されず、心理的促進と認定されやすい事情になるにすぎない。

もっとも、実際は、正犯は特定の物を購入しに来ている以上、正犯の選択肢自体そもそも絞られている、ないし、実際に提供された物が「より役に立つ」物であることが多い、といえるだろう。その意味では、以上の検討は特殊な事例について検討であるともいえる。

### ③判断基準時

「より役に立つ」か否かの判断基準時は、幫助行為時ではなく、正犯の最終的手段選択の意思決定時と解する。

ここで、観念的ではあるが、別々の関与者によって性能が、 $\alpha$ 、 $\beta$ 、 $\gamma$ （ $\alpha < \beta < \gamma$ とし、以下、性能が $\alpha$ の物を「物 $\alpha$ 」などとする。）の物が順次提供され、物 $\beta$ が利用されたとする。物 $\gamma$ の物が渡されたのち、3つの物（物 $\alpha$ 、物 $\beta$ 、物 $\gamma$ ）のどれを使おうか、正犯が迷った結果、物 $\beta$ が採用されたとする。

まず、この場合、物 $\gamma$ は利用されていないから、物 $\gamma$ を渡した関与者には物理的促進はない。ここで、正犯が物を選ぶ時期は、物 $\gamma$ の提供の後であり、性能は $\beta < \gamma$ であるから、物 $\beta$ は「より役に立つ」とはいえないことになるかが問題となる。このようなことは、問題となる物が相当程度簡単に手に入るものであり、かつ、正犯にじっくり道具を吟味する余裕がある場合など、相当限られてくるものではある。正犯が実際に利用した物以外であっても、法益侵害との間での促進を考えるうえでは、実際に利用されたときの、他の手段との関係での危険の増加を考えるのが妥当である。物理的促進のうちの、特に物の提供について幫助行為時を基準として考えると、心理的促進と比べて、利用可能性がある

間中ずっと促進可能性を秘めていると解されるが、正犯の意思決定に基づく構成要件的行為により個別の法益侵害が発生するという過程を無視した帰結であって不合理だと考える。

この見解に対しては、①結局、物 $\gamma$ は利用されなかったのであるから、それを除いて考えるべきだとか、②正犯がいつ判断するかにより危険増加の有無が分かれるのではないかと、さらに、③上記の様な帰結では関与行為時において関与者に対し行為規範を十分に示せない、との批判があり得る。①に対しては、物 $\gamma$ も利用可能で、選択肢に入っていた以上、考慮せざるを得ないと考える。また、②に対しては、物 $\beta$ の提供時に、一旦物 $\beta$ を選択しても、物 $\gamma$ が選択肢に入ったのちは再度の選択行為が行われているのであるから、結局結論は変わらないといえる。③の行為規範に関する警告機能についても、物 $\gamma$ のほうが性能は良いことを知っていながらも、物 $\beta$ をせっかくだいたからそれを利用しようと正犯が考えた時には、心理的促進として評価可能な場合もあるかもしれないが、物理的促進の判断においては物 $\gamma$ との比較をせざるを得ないと考える。むしろ、物が提供される順番により危険増加の判断が変わることこそ最終的な法益侵害との関係では不当だと考える。

したがって、危険増加の判断は幫助行為時ではなく、正犯の最終的手段選択の意思決定時（それは実行の着手直前かもしれないし、実行の着手後かもしれない）を判断の基準時と解すべきである。

#### ④基準の適用例

以上のように解すると、どのような結論になるだろうか。①、②について検討してみる。

正犯が深夜に殺人をするために、自宅に持っている包丁の切れ味が悪いと思い、より高性能の包丁を日中に買いに来たところ、殺人の計画を知っている店主が、正犯の自宅にある物よりも切れ味の悪い包丁を売ってこれが殺人に利用された場合に、結果的に見て、性能の悪い包丁が使われたことにより、①の客観的基準により所持が肯定されるから、物理的促進どころか物理的妨害と評価すべきことになる（物理的促進はない）。ただし、心理的促進はあり得る<sup>99)</sup>。しかし、正犯が自宅に高性能の包丁を持っていることを忘れていた場合には、②の主観的基準により正犯の選択肢から外れ、促進が肯定されることになる。

#### ⑤まとめ

以上より、物の提供においては、その性能を比較すべきであると解するがその判断基準は、次のように整理される。

ある物の提供にあたっては、まず、当該物がなければ構成要件的行為をなさない場合には、促進関係を肯定せざるを得ない。例えば、運転手たる正犯が酒酔い状態にもかかわらず、正犯の所持していない駐車場料金を正犯に手渡して、駐車場から出ることを促す行為は、駐車場の外に出られなくする障害を取り除くことが、道交法違反行為（酒酔い運転）等に不可欠であるから、物理的促進を肯定しうる<sup>100)</sup>。

99) 妨害目的にも関わらず、心理的促進について（未必の）故意がある場合に幫助を肯定すると、不合理な結論になるという批判が考えられる。これについては、物理的促進と心理的促進の関係の項で触れることにする。

100) 正犯の危険運転行為を促し危険運転致死傷罪の結果を生じさせたが、関与者には酒酔い運転幫助の故意しかなかったとされた事例である仙台地判平成20年9月19日判例集未登載（平成20（わ）268号）において、仙台地裁は、「被告人が助手席に乗り込むことにより、A（筆者注：正犯）は車を運転して帰ることを決めて車を走らせ事故現場に至っていること、事故現場は被告人の自宅に向かう途中の道路であり、Aは被告人を自宅に送ろうと車を走らせていたこと、駐車場を出る際、被告人が駐車料金の一部を支払っていることからすれば、被告人は、Aの運転行為を助けたと評価することができる」としている。金を払ったからこそ駐車場から出られ、公道を危険運転で来たと考えた場合、物理的促進は肯定される。しかし、Aにおいてその場で十分支払い能力があった場合には、金の提供もより役には立たなかったといえ、金の提供を理由に物理的促進を肯定できない。裁判所は、助手席に乗り込んだ被告人が、Aが飲酒していたことを被告人も知っていたこと、仮眠や代行運転について勧めていないこと、その後にはAは被告人の家に被告人を送りに行こうとしたこと、から、被告人の一連の行為を、Aに対し



次に、高性能の物等の提供・利用事例の場合（例えば、器物損壊事案において正犯の傍らにあるガスバーナーよりも火力の強いガスバーナーを提供する）には物理的促進が肯定されるが、同等性能以下の物の提供は、物の提供としての物理的促進は否定される。ただ、後述するが、その提供のタイミングが重要であるなどして独立の法益の弱体化可能性を惹起する場合であった場合には機会の提供等という形での物理的促進が肯定されることになる。

#### (ii) 物の提供・各論

以下、各論的に考察する。特に「特別な基準」を要しないので、それ自体法益を侵害しうる物（ナイフや銃）の提供と、それ自体法益を侵害する効果を有するとはいえない物（パンや水）の提供とに分けて論じるものの、これは、事実の評価方法の考察となる。

##### ①それ自体法益を侵害しうる物の提供

それ自体法益を侵害しうる物を提供した場合（傷害のための果物ナイフ提供等）には、より役に立つ物であれば、利用を前提に物理的促進が肯定される。より役に立つか否かについては正犯の選択肢にある物と比較することについてはすでにのべた。

ところで、提供される物が法禁物か否か、ということは重要だろうか<sup>101)</sup>。法禁物の提供か否かで分類するのは直感的にはわかりやすい。しかし、法禁物の提供の場合には、当

該法禁物が直接法益侵害力を高めることが多く、かつ、当該法禁物を正犯がすでに持っていることが例外的で、それゆえに多くの場合に物理的促進が肯定されるように見えるだけのように思われる。幫助の成否を論ずるにあたっては基準として意味を持たない。

##### ②それ自体法益を侵害する効果を有するとはいえない物の提供

そもそも単純に法益侵害力が軽微であるため、原則的に危険増加を肯定できない場合がある。まず、窃盗に着手した正犯に気分をリフレッシュさせるためにコーラを渡す行為<sup>102)</sup>は、原則的に物理的促進にならない。また、縁起をかついで賭博場開帳に際して塩まきをしたとしても<sup>103)</sup>、物理的促進とはならない。

大審院判決である鳥打ち帽子事件について検討しておく。島田准教授は促進関係が否定された前出鳥打ち帽子事件において、「鳥打ち帽子によって顔を隠し、足袋によって足音を消すことで、正犯者の犯行発覚の可能性を低くし、その実現の可能性を高めた」という事情があれば物理的促進になるとする。しかし、被害者にのみ犯行発覚する可能性しかない場合は訴追可能性の減少の可能性が少なく、それは当該構成要件の保護法益とは一義的に一致するとは言えないので<sup>104)</sup>、物理的促進の観点からとらえるべきではなく、心理的促進の観点からとらえるべきものであるよ

---

て自宅に送るよう依頼した行為であると判断し、飲酒状態での運転についての犯意を強化させたとして心理的促進を認めているが慎重な認定で妥当だと思われる。もっとも、本判決については、故意のレベルで、異論もあり得る（例えば、坂本学史「危険運転致死傷罪と幫助犯の故意」神戸学院法学 38 卷 2 号 519 頁（2008））が、それは、危険運転致死傷罪の罪質の理解如何によるから、ここでは詳論しない。

101) 山中・前掲注 3)122 頁は、物の提供類型として (a) 犯罪構成物、(b) 法禁物、(c) 日常生活危険物、(d) 日常生活物、とに分けるが、すべての類型において、幫助が成立する場合も成立しない場合もあるとの結論に達しているようである。日常生活か否かという観点よりも（確かに、本稿では詳説しないけれども一般的生活危険の刑法的評価という観点は存在するが）、正犯に狙われている者の法益を侵害する可能性（危険性）を具体的に考察することのほうが、山中教授も依拠する因果的共犯論（山中・前掲注 69)807 頁）の見地からは重要であると考える。

102) 島田・前掲注 8)89-90 頁も参照。

103) 名古屋地判昭和 33 年 8 月 27 日第 1 審刑事裁判例集 1 卷 8 号 1288 頁。同地判は「右塩まきはたんに縁起のものであってその行為が直ちに賭博開帳図利行為を容易ならしめるもの…とは到底認めがたい」とする。

104) これをも幫助犯の法益に取り込むことには疑問がある。心理的促進の側面でこれが取り込まれるのは、訴追可能性の減少が正犯の犯意を強化しうるからであり（したがって、犯意が強化されなければ心理的促進もない）、訴追可能性を減少されない利益を法益として考えているわけではない。

うに思われる<sup>105)</sup>。物理的促進は、強盗罪の結果（法益侵害）である財物の移転の効果が高められたかという観点（多くの場合、結果発生までの過程の事情である、犯行抑圧の効果が高められたかの判断となろう。）から分析すべきである。例えば、他の有効な道具がないことを前提として、鳥打ち帽子を正犯者が着用するのではなく、被害者に押し付けるなどして被害者の視界を奪った場合とか（手で目隠しするよりは効果的だろう）、正犯者が被害者の旧友であり顔がわれると被害者の犯行抑圧効果に消極的な効力が生じうるので、顔を隠すために鳥打ち帽子を利用した場合等に物理的促進は限られるように思われる。

次に、それ自体では法益を侵害できないけれども（例えばパン）、正犯の犯罪計画（例えばパンに毒を入れて毒殺する）に必要な物の提供、つまり、利用の方法によっては危険増加がある場合について検討する。例えば、パンに毒を入れて毒殺を計画する正犯にパンを提供する行為である。これは正犯の心理（選択肢）との関係で考察する必要がある。この事例では、法益の弱体化可能性について次のように判断される。まず、関与者の提供したパンと、正犯の有する毒を入れる選択肢となる物とを比較し、関与者の提供したパンの方がより毒を入れやすいか否か、それによ

り被害者が毒入りの物を摂取しやすくなったか否か、の観点からとの吟味を行う。すなわち、通常は、パンを自宅に持ち帰り、パンに毒を入れ、これを殺害対象に食べさせるわけであるから、正犯の選択肢にあった自宅にある他の食べ物等と比較して「より役に立つ」か否かを判断する<sup>106)</sup>。ただし、正犯の選択肢が問題であるから、実際には他の選択肢はすでに捨てられており、パンのみが考慮されることも多いだろう。そのような場合には、たとえ被害者がパン嫌いであっても、パンに毒が入っているか否かについてわかりにくくなっていれば、パンは、より役に立つ物であると評価される。そして、これが提供されて毒が入れられ、これがパン嫌いの被害者に差し出され、食べられることで、提供されたパンが利用されたといえ、促進の要件が満たされることになる<sup>107)</sup>。パンを作ったのが正犯の訪れる前か後か、パンを正犯の言われたとおりで作ったのか否かの基準は妥当ではない。

また、物は正犯に利用される以上、正犯の能力、主観的事情が「より役に立つ」か否かの判断に影響を与える。それはもっぱら犯罪類型が保護する法益との関係による。詐欺幫助の事案において、正犯所持の正犯の選択肢に入れている物よりも、正犯にとってより騙

105) 独帝国裁判所の判例(青い作業服事件, RGSt.8,267.)は妥当なように思われる(島田・前掲注 8)92 頁注 190)。この判例では、関与者が正犯に対し自分の青い作業服を貸して、正犯がこれを着ることで被害者に正犯を見分けられなくしたのちに、正犯が被害者を傷害したものであり、物理的促進を認めず、決意強化としての心理的促進のみを認めたものである。

この見地から、道交法上の問題についても考えてみる。まず、道交法違反幫助が問題になる局面において道交法で規律している行為そのものを可能にする場合は物理的促進である。例えば、ナンバープレート（標識）の表示義務違反（道路運送車両法第 19 条、第 109 条第 1 号。なお、公安委員会の規則によっては道路交通法違反（道路交通法第 71 条第 6 号、第 120 条第 1 項第 9 号）にもなりうる。）が問題となる事例において、ナンバープレートを跳ね上げて視認させにくくする金具を提供（販売）することは、物理的促進となる。

しかし、オービスの写真撮影を困難にさせるナンバープレートカバーを販売したことは、道交法上の速度制限違反罪（道路交通法第 22 条、第 118 条第 1 項第 1 号）を物理的には促進しない。（妨害可能性の観点からは）犯行現場での取り締まりを特段に困難にもしていないうえに、（行為自体の強化力の観点からも）アクセルを踏めば容易に速度超過運転をすることができるからである。ただ、強い安心を与える点で、心理的促進を肯定できる場合であると思われる。類似の事例において、大阪地判平成 12 年 6 月 30 日高刑集 53 巻 2 号 103 頁（事実関係については争われていない）がある。

106) 他のパン屋において容易に調達できるということは、当該パン屋の意思決定を要する事項であり考慮してはならない。ただし、正犯の選択肢にある限りで自動販売機のパンは考慮してよい。買い手の属性を問わずに（金を払えば）物を提供する装置であることを知りながら、パン業者はパンを自動販売機に入れているからである。

107) 毒入りパンを食べさせる因果過程には、パンに毒が入っていることの認識可能性の問題と被害者にとってパンの食べやすさ（嗜好）の 2 つの課題があり、その 1 つの障害を取り除いている。

しやすいと考えられる物を与えた場合には「より役に立つ」といえる<sup>108)</sup>。したがって、安価な日本刀を、高価な物であると偽って金員を詐取しようと計画している正犯に対して、高価な日本刀と似ている別の刀を提供した場合にも、正犯にとってより騙しやすい物を与えたといえる場合には、物理的促進となる<sup>109)</sup>。しかし、正犯にとっては騙しにくい物であったのだが、関与者が強く勧めるのでそれを使って欺こうとしたら失敗した場合には、欺罔行為の欺罔力（これは正犯自身の弁舌能力や、欺罔に利用する物との相性にも依存する）を増加させていないので、心理的促進はともかく物理的促進はないことになる。

ここで、場所の提供の一例として、部屋を貸す行為についても検討する。屋内は屋外と異なり密行性が高く、多くの犯罪、犯罪の準備行為を障害なく遂行できるので、危険の増加を肯定しうが、「より役に立つ」部屋を貸す必要はある。スペース、犯罪を行う部屋としての利用可能性等を考慮することになるだろう。逆から見れば、物理的促進の成否の段階では、当該部屋を貸すときの合意内容が、有償（賃貸借）か無償（使用貸借）かは、それによって、部屋の質が変化しない以上考慮すべきではない<sup>110)</sup>。ここでは、前述の見

張り事例とは（事実上の）相違点があり、正犯から見て、正犯の負担が軽減することに対する認識は明らかに肯定しうるので、容易に物理的促進を肯定することに注意されたい（前述の目張り事例の説明と比較されたい）。結局、多くの場合には、物理的促進は肯定されるだろうが、例えば、麻薬パーティーに参加していない第三者が、麻薬パーティーの参加者から、ある特定の麻薬パーティーにつき、参加者の家で吸引しても（密行性の観点から）なんら差し支えないのに、あえて「部屋を貸してくれ」といわれて、1回だけ部屋を提供した場合には、「より役に立つ」を満たさず、物理的促進にはならないと思われる<sup>111)</sup>。

### ③法益が社会的法益である場合

法益が社会的法益であっても、提供された物の性質を法益との関係で吟味すればよく、基準が変わるわけではない。そして、提供された物の利用も要件である。

ホテルの宣伝用小冊子を作成した印刷業者に売春防止法第6条1項の売春周旋罪の幫助犯性が肯定された裁判例がある<sup>112)</sup>。本件で問題になっている売春周旋罪の保護法益は、売春行為の助長を防止することにある。そして、この宣伝用小冊子を「公衆に見せる

108) そして、「より役に立つ」物が欺罔行為に「利用」された以上、たまたま、相手が当該物の利用に対して専門的知識を有している等して、正犯において犯罪目的の遂行に失敗しても、未遂犯を促進（未遂結果の発生を促進）していることにはなる、と解する。

109) 類似の事例として東京高判昭和57年12月21日判時1085号150頁があるが、こちらは、関与者（刀提供者）において、正犯に対し、重要美術品である刀に仕立ててはどうか、といており、後述の方法の提供にもあたる事例であると思われる。山中教授は意思の相互連絡があった事案であるとする（山中・前掲注3）57頁）。詐欺罪の欺罔手段の提供については、「より役に立つ」の認定が困難な場合が多いように思われるので、具体的アドバイスをもととして心理的促進を肯定したほうがよい場合もあるだろう。もっとも、有名絵画の贋作を取り扱っている闇ブローカーが、詐欺師と知りながら有名絵画の贋作を売る行為は、物理的促進として捕捉しやすい点で物理的促進の構成に意味がないわけではない。

110) 貸与行為（関与行為）当時の文脈において、心理的促進を満たすことはあり得る。

111) もっとも、例えば麻薬を既に現実に所持しているの、職務質問を受けたくない等の理由から、「近く」の閉鎖空間に行き、当該麻薬を使用したい場合はあるだろう。だが、その場合には「近く」の部屋の近接性は物の提供としては考慮されない。それは、部屋その物の性能の問題とは言えないからである。ただし、幫助の成立にあたって全く考慮されないわけではなく、本稿の立場からは、正犯が既に所持しているがゆえに、「近く」であることは、機会になっている場合は大いにあるだろう。ただこれは、後述の機会の提供で論じるべき場合である。

112) 東京高判平成2年12月10日判タ752号246頁。本判決は、多くの印刷業者が無罪を訴えた有名な事件だったようである。ただ、多くの印刷業者が無罪を訴えたという事実は遵法的な職業人ならば販売を差し控えるか、という職業的相当性の基準の曖昧さを露呈する結果になってしまったように思われる。結局裁判所が自由に職業的相当性を判断するのであれば、職業人に対する行為自由確保の要請の裏面としての行為規範の警告機能は失われるからである。

行為」が正犯の構成要件的行為であるところ、本件では見せられた人をして、売春行為に対する魅力を訴える性質のものであるか否かの検討をし、これが肯定されると思われるから、宣伝用小冊子は法益をそのまま侵害する行為の直接の手段である。物理的促進は肯定されよう。

また、製紙業者による偽造紙幣の製造に使われる用紙を販売する行為も、当該用紙が偽造に供されたならば、通貨偽造罪との関係において、基本的に物理的促進は肯定できる<sup>113)</sup>。偽造紙幣に使う紙を手に入れたところで、通貨の社会的信用を害する効果があるわけではないが、紙の提供は、偽造過程における一つの物理的障害を回避しているのであり、法益の弱体化可能性を増しているといえる。店頭での売買と、紙幣偽造現場での提供を因果性の判断で分ける意味はない。店頭か現場かという分類は、故意において意味があるにすぎない。同様に、アメリカでは適法に所持、譲渡可能な拳銃を日本への密輸入を計画する者（不許可輸入罪の正犯）に対して代わりに調達し、提供する行為<sup>114)</sup>も物理的促進と評価できる。

ただし、物の提供による物理的促進においては、実際に提供された物が現実に利用されなければならないところ、材料の提供に代表されるような、複数の不特定物の提供の場合には、利用された、との要件につき判断の慎重を要する。つまり、すでに500枚の偽造紙幣を偽造するために、500枚の上質紙を購入したところ、偽造行為開始の直前で偽造の計

画が変更になり、800枚の偽造を目標にしたので、追加の300枚（追加分）の上質紙を購入したが、結局、300枚しか偽造紙幣は使われなかったという場合である。このような場合には、追加分については利用されなかったとの判断をすべきように思われる。

売春宿事例についてはどうか。売春宿に、パンやワインを提供することは、性風俗を保護法益とする犯罪の幫助になるのだろうか。パンやワインがなくても管理売春行為自体は可能である。その点において、物理的障害はない。この問題は、パンやワインがなかったのでこれを注文した、ということと、これらが利用されたということは前提にするとしても、これによって売春行為に対する魅力が増大するのか否かの観点から検討すれば足りる問題のように思われる<sup>115)</sup>。社会的法益を保護する規定については事実の評価が社会通念的評価となって論理的に行うことが困難ゆえに曖昧になることが避けられないけれども、判断基準は同じであり、売春宿におけるワインのサービスが魅力的か否かを、利用者の感覚から論じるという観点からの検討は正当であると考える<sup>116)</sup>。

なお、売春宿に電気、水道、ガス等を継続的に提供する場合についても論じられているが、これらの場合には、売春宿の魅力以前に、経営に不可欠な要素であることは否定しがたく、これらが提供されなければ、管理売春行為自体困難となるから、物理的促進は肯定せざるを得ない場合と考えられる。しかし、これらの類型的に代替性を欠く生活必需物資の

113) 山中・前掲注3)114頁は、「正犯者が明らかに通貨を偽造している現場で、製紙業者が、偽造紙幣に使用する用紙を販売すれば、通貨偽造罪の幫助になることは疑いがない。」とする。「正犯者が明らかに通貨を偽造している現場で」とあるので、心理的促進の問題にしているように思われる。現に山中・同115頁は、「意思の連絡」がある場合には可罰的になる、とする。

114) 東京地判昭和57年7月28日判タ486号177頁。もっとも、物理的促進を肯定するためには、日本人（正犯）が何の資格もなしにアメリカにおいて銃器を購入することができないことを前提とする必要がある。

115) 島田・前掲注8)93頁は、この事例を（心理的促進もなければ）不可罰としたうえで、その理由として、仮定的代替原因考慮説にたつて、「パンや肉はどこからでも容易に手に入れられることが明らかである」ことを第一の理由に、さらに、「それが存在することが、管理売春行為が実現される蓋然性を高めているとも言えない」ことを第二の理由とする。私見では、第二の理由だけを問題にすればよいように思われる。

116) 島田・前掲注8)94頁の、同種のワインの高度な調達可能性の基準における「同種」性は、仮定的代替原因考慮説をとるとしても、ワインの銘柄などではなく、（法益との関係で）宿の魅力の増大の程度が同種（同程度）と解すべきである。



継続的提供行為については、行政法規で提供が義務付けられているため、関与者にとっては刑法第35条の正当業務行為として、違法性阻却事由で論じることができる。このような給水契約の締結に伴う給水行為は法令が給水契約の申込みに対する承諾を要請しており（水道法第15条1項参照）、そのような事情のない、のどが渇いて動けなくなっている強盗にコップで水をやる行為とは同列には論じられない。

#### （イ）方法の提供（技術的助言を含む）

方法の提供においては、原則的に、正犯が知らないことにつき、法益を弱体化させる手段を教授することで、法益の弱体化可能性が肯定されるから、多くの場合に物理的促進性が満たされる。その理由は法益との関係性ゆえである。正犯の犯罪行為に対する選択肢を増やすことを根拠とするものではない。

方法の提供においても、そもそも法益侵害に役に立たない方法（売春宿にワインを提供することに相当する類型）を提供しても促進とはいえない。

ただし、法益侵害に役に立たないとはいえない情報であって、正犯が提供された方法（知識）を現実には知得していなくても、自力での習得が容易である場合には<sup>117)</sup>、正犯所持物の提供類型と同様に、「より役に立つ」方法の提供がないとして、促進は否定される。物の提供における所持と同様、方法についての知得可能性はある程度の広がりをもって肯定すべきである。例えば、ある機械を操作する時のマニュアル掲載の情報、社会的常識といえる情報等については、知得していると評価してよい。その意味で純粋に事実的判

断ではなく、規範的判断といえる。促進の判断は物の提供と同様、客観的要素、主観的要素を考慮し、正犯の最終的判断時を基準として決まる。

社会的常識ともいえる場合としては、例えばバーナーの使い方があげられる。窃盗犯に、金庫破り用のバーナーを提供する場合には、物の提供だけでなく、方法の提供（バーナーによる破壊方法）の要素もあるとはいえる。しかし、バーナーの使い方については、バーナーの形状、機構にもよるが、たとえ、提供されたバーナーの使用方法を知らなくとも、容易に習得できるありふれたものとして促進がないと判断されることがあり得る。

機器の操作のための情報であっても、方法の提供としての促進が肯定される場合がある。例えば、通貨偽造を計画する正犯に、コピー機の使い方について、マニュアルに載っていない“通貨偽造のコツ”を提供したのならば、それは物理的促進といえるが、コピー機の使い方一般を教えただけでは、正犯においてマニュアルを理解できるならば、マニュアルを絶対に利用するつもりがないと認定できない限り<sup>118)</sup>、マニュアルを見ればわかる事項に過ぎず、物理的促進がないと思われる。マニュアルに載っている情報は、誰の意思的行為の介在なく、コピー機の利用者の知識になりうるものだからである。もっとも、具体的事実関係において、既遂到達の早期化が法益との関係で重要である場合（後述(4)参照）は、それを理由として物理的促進が肯定されることになる。

また、法益の弱点を教えることも方法の提供である。窃盗を計画する者に対して不動産

117) 他者からの方法の取得可能性は考慮しない。ただし、他者の自律的決定が排除されて手に入る状態におかれている方法については考慮してよい。例えば、インターネットにおいて自動的に公衆に送信されている情報（マニュアルは電子媒体（例えばPDF）でも配布されていることが多い。）については考慮してよい。

「物の提供」と基準が異なるわけではない。方法は有体物ではなく、重量的な占有（所持）を観念できるので（複数人が同じ物を所持することはできないが、複数人が同じ方法を知ることはあり得る）、物の提供時においては考慮できない事由を考慮しているようにみえ、基準自体が異なるようにみえるだけである。

118) 物の提供と同様で、正犯の選択肢が考慮される。すなわち、方法を教えてもらえなかつたらマニュアルを読むのは仕方ない、という程度では、選択肢からは排除されないで、物理的促進が否定されうる。逆にいえば、そうでなければ、物理的促進は肯定されうると考える。また、インターネット上にしかマニュアルの情報がない場合に、インターネットの利用能力が正犯にない場合には、当該情報が正犯の選択肢から排除されるのは当然である。これも利用する意思が欠けている場合といえる。

屋が家の間取り等の図を教えること<sup>119)</sup>も方法の提供の一類型である。したがって、単なる個人情報であっても、ヤミ金業者や振込め詐欺が欲すると客観的に認められる、正犯にとって法益の弱点と評価しうる情報(通販履歴、財産状況)を集めた名簿を売れば、方法の提供として<sup>120)</sup> 出資法違反や詐欺罪の幫助として可罰的になると思われる。

方法の提供といっても、犯罪計画を有する者に、法益侵害の方法として利用されたと評価できる情報を提供すれば常に物理的促進が肯定されるわけではなく、提供後の因果経過にも相当性が必要である。うまい刺身の切り方を教えられて、刃物を使う角度等について学習し、殺人に応用するなどという場合には、応用の仕方が、通常(相当)ではない<sup>121)</sup>という理由により因果性が否定される。「うまい刺身の切り方」が犯罪的でないから<sup>122)</sup>、とか、故意がないから、ということに求めるべきではないように思われる。したがって、犯罪目的に利用するためには正犯による異常な解釈ないし応用を差し挟まなければいけないと評価できる情報の場合には、当該情報の提供は結果発生との間に因果性がないことに

なる。

#### (ウ) 機会の提供

機会の提供というのは、①犯罪の実行を容易化する機会といえる情報(以下、「機会情報」とする。)の提供、つまり、法益が弱体化しうる日時、場所等の情報提供や、②当該機会をまさに利用しようとしている正犯に対する物や役務の提供である。犯罪の実行をしやすい日時、場所というのは、具体的事実関係の下で把握される必要がある。これが物理的促進といいうるためには、①については、機会情報の提供により正犯の犯罪計画を有意に変更する可能性が与えられること<sup>123)</sup>と当該情報に適合する利用行為が行われること、が必要であり、②については、正犯が与えられた機会を自覚的に利用する過程を促進すること<sup>124)</sup>が必要であると解する。

その論拠について述べる。

機会の提供は、正犯の数ある選択肢を犯罪目的達成のために有意に限定させる点で当罰性が高い行為であると解する。これにより、客観的に、正犯の犯罪計画等の成功可能性は上昇し、この部分は、心理的促進ではなく、物理的促進の問題としてとらえられる。

119) 山中・前掲注3)126頁。

120) 厳密には被害者になりうる者の属性を知ることによってターゲットを選別でき、それにより犯罪成功率が高くなるから促進があるといえる。機会性は原則肯定できないし、より早くよいターゲットを見つけられるからでもない。関与者においてターゲットを一件見つけたただけであっても、この情報を正犯に提供して、正犯が実行すれば、方法の提供として促進を認めることができる。面倒な作業をする手間がなくなったことをもって直ちに促進と評価されるわけでもないと考ええる。

121) 関与者において、そのような応用を誘導していた等の事情があれば別であり、そのような場合には、因果過程は通常、相当と評価されることになる。

122) 犯罪的か否かの評価は極めてあいまいにならざるを得ない。例えば、犯罪Aの幫助のつもりで説明文が書かれており、それが別種の法益を保護する犯罪Bの実行に応用された場合において(結果的に当該情報は犯罪Bの遂行に「役に立つ」といったとしても)、その応用方法が異常ならば因果関係は切断される。以上の議論は、犯罪的か否かの基準だけでは、上記の事例も、犯罪Aに関係すると言う点で犯罪的とすら言い得るが、それは妥当でない、ということが前提である。

123) 入念に準備できる、犯罪計画を具体化、効率化できる、他の日時の検討が不必要になること等である。これは、第三者による犯行の発覚可能性を低下させる等、犯罪の容易化と評価できる事情につながる。

124) 本文のような場合、機会の利用過程における役務等の「提供行為」が危険創出と危険実現の双方を満たすと評価できると考えている。機会情報の提供が危険創出だからといって、機会の利用過程における物や役務の提供が危険創出でなくなるわけではない。なお、提供された機会情報に沿って犯行を実現する過程について考えると、直接法益の侵害をもたらさない輸送手段の提供においては、事前に機会自体を提供したのは第三者であるから、むしろ機会の提供を根拠にした処罰はその第三者にこそ帰責されるべきであり、例外的に当該手段が当該機会を利用するために「不可欠」な場合にのみ要求されるべきである、という限定的な考え方もあり得る。しかし、複数の行為が全て物理的促進になることがあり得る以上(Aが物を提供し、Bがその物の利用方法を教えた場合等)、そのような切り分けを常に肯定すべきことには理由がないように思われる。また、実行の着手前の問題であるから、承継的共犯論の場面でもない。

そして、最低限、事前に機会性について正犯が認識し、現に機会情報と合致する客観的状況があったことが、物理的促進の要件である。上記②の類型においても、機会性（機会を基礎づける情報）の認識は必要である。このことは、提供された物や情報が正犯の犯罪に利用されることが要件となることから導かれる。物や方法と同じで、正犯が提供行為の効用を受け、提供物の危険が現実化しない限り促進はないことと同じである。これにより、正犯には自己の犯罪計画を有意に変更する可能性が与えられ、可能性の付与と機会に対応する状況下での行為をあったことにより、物理的促進と評価できる。逆にいえば、機会性についての認識が、正犯の犯罪計画の具体化、効率化の可能性すら与えないタイミングで生じて、寄与可能性がなく、機会の提供に基づく物理的促進を肯定できない。もっとも、心理的促進は生じうる。

犯罪計画の具体化、効率化の可能性は、当該機会の性質に依存する。例えば、法益主体が少々隙を見せたことを偶然見つけた場合もあれば、社会通念上プライバシーとも思われる法益主体の生活習慣情報ともいえる情報を取得した場合もあり<sup>125)</sup>、法益の弱体化の可能性の問題から個別具体的に検討を要する。

さらに、提供以前には、正犯において、提供される機会に関する情報を知らなかったことが因果性（危険増加）の観点からは要件となる。したがって、一般論的な経験則（夜は

犯罪が容易である等）は機会と呼ぶに足りないが、かといって情報ならば何でもよいものではなく、当該犯罪が保護している法益の弱体化との関係での有益性が必要である。その有益性の程度は、法益の保護状況を見て社会通念によって判断される。

#### （エ）既遂到達の早期化と法益保護の問題

しばしば既遂到達の早期化が重要なメルクマールのように語られる。一種の「時間の提供」ともいえる局面である<sup>126)</sup>が、これが促進を基礎づける場合も保護法益との関係で把握されることになる。ここでは、今までのべた各種の「提供」との関係もふまえ、この既遂到達の早期化の問題について分析する。

物理的促進というためには具体的事実関係の下で適切な時期に物等の提供が行われなければならない。ここでは、一般論として既遂到達の早期化という事実があったときに、それは判断過程においてどのように考慮されるべきかにつき、次のように整理したい。

既遂到達の早期化という場合、①実行の着手が可能な時点から既遂結果を発生させるまでの時間を早める場合、②実行に着手可能な時点を早めた場合、③①、②の両方を満たす場合、があり得る。③については、①及び②における議論を参照すれば十分足り、独自の議論を要さない。結論からいえば、①についても②についても、それが法益の弱体化可能性を招いている場合にのみ物理的促進が肯定される<sup>127)</sup>。したがって、概念区分に実益が

125) プライバシー情報も民法上は不法だろうが、そのような違法たる法的評価を基準として、幫助性を考えるのではなく、あくまで法益との関係性が重要である。

126) 法益主体からみれば違法状態が早く訪れるので、早く訪れた分「量的な違法」が多くなるとも捉えられる。この考え方は、単独犯においては極めて強いが（井田・前掲注72)50頁等）、だからといって、幫助犯においてもそれを借用してよいか問題になる。なお、辰井聡子『因果関係論』188頁（有斐閣、2006）は、主に生命侵害の早期化について論述する中で、生命侵害以外の法益侵害についても、侵害の早期化はあり得るとして、辰井・同書189頁の中で「Xが徒歩でA工場の機会を打ち壊しに行こうとしているところにでくわした友人が、事情を知らずにXを自分の車に乗せて、工場まで連れて行ってやる行為」は、Xの行為は侵害を早めるのでA工場の占有の利益を、侵害を早めた分だけ奪っているが、「物を壊すのを早める行為」は器物損壊行為ではない、としている。ただし、損壊の早期化の程度が著しい場合等には、「物を壊す」と評価されることもあるとしている。

このような予備的な関与形態を、「正犯的」に考えているとしたら、正犯と共犯とで因果性の考え方に差があるかもしれないので事例設定の適切性に疑問があるが、損壊の早期化の程度が著しい場合等というのはどう把握されるのか、が本稿の問題意識（幫助犯の成立における客観的帰属）からは重要である。

127) 結果の発生が早められていれば常に物理的促進が肯定されるとは解すべきではないという立場が本稿である。照沼・前掲注60)180頁の紹介するザムゾンの見解は、「結果の発生を早めてはならない」という規範要請（強化原理）を前提としているようであるが、単独犯については妥当するだろうが、幫助犯にそのような規範要請が

あるわけではないと解する。

なぜそうなるのか。まず、①の場合について考える。

犯罪行為に供される機器の操作について、正犯の自宅においてマニュアルを読めばわかるような機器の操作方法について正犯に教授する例を考える。この場合、確かに、マニュアルを自力で読むときと比較して、実行に着手してから結果発生までの時間を短縮できるだろうが、これだけをもって、直ちに物理的促進があるとは言い難い（もともと、障害がなかった、ともいいうる）ように思われる。このような時間短縮をもって物理的促進を肯定するためには、何時にも自宅に警官が踏み込んで来うる、といった状況を想定せざるを得ないが、憲法35条（令状主義）との関係からはそのようなことを想定することは許されないことになり、このような法益弱体化の状況を肯定できないと思われるからである。例えば、自宅での通貨偽造におけるコピー機の一般的利用方法の教授がこれにあたる。

しかし、法益保護との関係上、具体的事実関係のもとで時間に制約がある場合、例えば、ライバル会社に忍び込んで営業秘密を当該会社に備付けのコピー機でコピーして持ち出そう（窃盗罪）としている場合には、仮に正犯の知りたい情報がコピー機の一般的な使用方法であっても、マニュアルを読んでいたのではその会得に時間がかかると認められる場合にこれを教授することは迅速な犯罪実行を可能にする点で促進となる。その理由は、迅速な犯罪実行はこれを妨害する警備員に短時間しか犯罪の妨害を許さず、その分法益（コピーされない利益）が弱体化しているといえるからである。具体的事案において迅

速な既遂到達が要請される場合であり、マニュアルの搜索に時間がかかる場合はもちろん、マニュアルが手元にあつて、方法の提供としての促進が否定される場合であっても、一般的利用方法の会得に「それなりの時間」がかかる場合には<sup>128)</sup>、時間の提供として、正犯の知識を迅速に補充しうること自体に法益の弱体化可能性を認めることができると思われる<sup>129)</sup>。

次に、②の場合について述べる。

②の場合としては、もっぱら予備的幫助の場合を考えればよいことになる。すなわち、2時に実行に着手する予定を1時に着手可能にする行為等が問題となる。確かに、提供された手段を利用することで、関与者は正犯に対し早期実行の契機を与えたことになるし、正犯によって早期実行が現実に行われる場合もあり、このような場合には、物理的促進を肯定せざるを得ないかが問題となる。現実には早期実行されるか否かは正犯の一存にかかっている<sup>130)</sup>といえるが、現実には早期実行されても、早期実行の契機を与えた関与者において物理的促進を肯定できるかが問題である。

この点について、私見においては着手時点の早期化だけでは原則的には物理的促進を肯定できず、それが前述した機会の提供と呼べるような場合に限り、物理的促進が肯定されるべきであると考えられる。

なぜなら、被害法益周辺の状況（事実関係が分析の対象である）を規範的に分析すれば、実行の着手のみを早めても法益の周囲の状況には原則的に変化がないと評価すべきで、そうであれば、幫助行為による危険増加はないと考えられるからである。

常に妥当するかはより詳細な分析が必要のように思われる。

128) 事案によっては、方法の提供の態様により、切り分けが難しい場合もありうる。例えば、①コピー機の使い方がわからない侵入者に通常の用法の要点を説明する場合には、時間の提供はあり得る。ただ、②携帯電話を持って侵入した正犯に対して電話で手取り足取り具体的操作を指示し、正犯がそれに従った場合には、正犯は方法を理解せずにボタンを押しているだけかもしれない、そのような場合には関与者が実行行為を（一部）実行したといえるのであって、時間の提供を論じるまでもなく物理的促進が認められうる。

129) 曲田・前掲注4)164頁の紹介するフリッシュの見解は、一般的に手に入る物を正犯者に提供する等の行為は原則的に禁止されないが、進行中の犯罪を強化する場合には禁止される、とする。原則例外の関係ではなく、具体的事案の下で手に入りやすいか否か（他人の家に侵入する行為の前後の比較等）を考えるべきである。

130) 正犯行為が正犯の一存（任意）にかかっていることは、背後者の正犯性が失われるにとどまる。



この点についてより具体的に述べる。法益保護状況に変化がない場合には促進が否定されることを前提に考察する。犯罪が常に禁止されるべきことは疑いようもない。それゆえに、常に社会の目によりその防止が図られているといえる。したがって、早期に当罰性を帯びる段階に至った犯罪Aは、Aよりも後に当罰性を帯びるにいたった犯罪Bよりも、早期の時点において、遂行に対する障害が社会的にも存在しているといえる。社会の目による犯罪遂行に対する障害の問題は常にあるのであり、いつ犯罪の実行に着手するかということで原則的に差が出るわけではない。むしろ、原則的には、常に犯罪の遂行に対する困難性は不変であると考えべきである。夜は犯罪がしやすいから、などという理由で夜と昼を分けて容易性を判断する、等の考え方は理由がないように思われる。例外的に、ある時点、場所等における犯罪遂行が容易であるとの事情（機会）が提供されれば、正犯がこれを利用することにより、犯罪の遂行を容易にしたと評価できるから、物理的促進を肯定できることになるにすぎない。

結論的に、既遂到達を早期化させることは、それのみによって幫助犯の成否が決まる問題ではなく、あくまで法益保護状況との関係で考えるべきものである。

#### (オ) 若干の事例についての検討

##### (a) 幫助行為と同様の準備行為が正犯に可能な場合

まず、窃盗を計画している正犯にはしごを調達、運搬、設置してやったという事例<sup>131)</sup>

について分析してみる。

この事例については多くの学説は、促進関係を原則的に肯定し、その後、何らかの成立の制限を考えている。その制限原理として、はしごの調達可能性について問題が提起されているのでこれについて検討したい。まず、ロクシンは、すでに正犯がその場に同等性能のはしごをもってきていた場合に物理的促進を否定するが、正当であると考え。当該関与者にはしごを提供されることが重要なのであるとすれば、それは心理的促進の問題で論じられるべき事柄である。

ロクシンは、仮定的代替原因を考慮すると正犯者が代わりのはしごを持ってきた場合にも因果性が否定されてしまうとして因果性を肯定する。これに対し、島田准教授は、仮定的代替原因を考慮しても原則的に因果性は肯定され、「正犯者がほぼ確実に同時刻にはしごをもってきたに違いないであろう<sup>132)</sup>」といった場合に限り、因果性を否定すべきであるとする。

島田准教授は、物理的促進の判断枠組内においても、はしご事例を処罰すべきだとする結論には好意的であると読み取れるが、はしご事例では法益の弱体化を直接招いている以上、同時刻に持ってこられたか否かという厳格な基準を考慮して不当な結論を回避している。つまり、犯行が遅れたことは間違いないから、因果性を肯定できるという論法である<sup>133)</sup>。島田准教授は、ねじ回し事例において、隣の店<sup>134)</sup>でいつでもねじまわしを買える状態は考慮すべきである（所持と同視すべ

131) 島田・前掲注8)80頁。島田説は、結論として、はしご事例の判断として、正犯によるはしごの立てかけ行為が、住居侵入未遂に該当する行為だから、付け加えずに判断しなければならないとして、結論として、関与者の行為の物理的因果性を肯定する（島田・前掲注8)91頁）。ただ、島田・前掲注8)80頁から、仮定的代替原因の存否を決するにあたり、島田准教授の考え方が記されており、これを、仮定的代替原因に対する島田准教授の考え方として、本文では紹介しておきたい。

132) 島田・前掲注8)81頁。島田説は、ドライバー事例等においては高度な蓋然性の基準にもかかわらず、はしご事例では、同時刻性を考慮して、促進を否定する場合を限定する。この点が不均衡ではないかと批判されており、曲田准教授は、島田説ならば、はしご事例でも、因果性を否定すべきことになるのではないかと指摘する。曲田・前掲注36)453-454頁参照。曲田准教授の指摘は、もっともな点がある。これを踏まえて本稿を位置づけるとすれば、本稿は、島田説で考慮されていなかった機会の提供等の枠組みを新設して曲田准教授の批判に応えようとしている、ともいえる。

133) 同様の見解を述べるものとして林総論・前掲注25)379頁。

134) 「隣」であることは、所持の客観的要素の例示である。島田説も同様の趣旨だろう。正犯が高速移動手段を

きだということだろう)とする<sup>135)</sup>。はしご事例においてもこれを適用すべきものと考え、そうすると、窃盗の対象たる家の隣にはしごを売る店があるか否かで結論が変化することになる。この結論の変化は、近所にはしご屋がある場合、はしご屋において正犯行為の認識がある場合にも刑法ははしご屋のはしご提供を抑止しないから、はしご屋の近所に住んでいる者は自衛策として塀を高くする等の行為が要請されるようにも思え、社会的効果としてはやや奇異に思われる。その理由は、島田説が、第三者の意思的行為が介在する場合をも同様の提供行為の物理的促進を問題にしているのにもかかわらず、自身の手元に物があるのと同視してしまう点にあるからだと思われる<sup>136)</sup>。

私見からすれば、正犯者が同性能のはしごを現場に持ってきていた場合には、物理促進を否定できることについてはロクシンにも島田説にも賛同する。

しかし、この事例は、そもそも、はしごでない住居に侵入できない場合には物理的促進が肯定されるが、そのような事情がなく、はしごの提供によって侵入時刻が早期化されただけでは物理的促進を原則肯定できない場合である。

ただし、機会の提供があり得る。例えば、家人がたまたま外出したのが見えて家に無人状態が作られた場合には、そのタイミングではしごを提供することにより、家人の監視を免れている状態(機会)で窃盗をすることを可能にするから、促進を肯定できる。他方、

機会性が肯定されない場合はもちろん、機会があったとしても、正犯において自己のはしごを取ってこられるのであれば、正犯ははしごを所持していたといえ、はしごを提供しても物理的促進とは言えないように思われる。

(b) 正犯に使用される者の役務提供の問題(運送事例)

タクシーの運転手が、強盗を計画している者をそれと知りながら強盗の目的地まで連れていく行為が問題になっている。この点について、端的に可罰性を肯定する見解もある<sup>137)</sup>が、指定された目的地にまでただ連れていく行為を全て物理的促進としてよいか、という問題がある<sup>138)</sup>。

タクシーに乗らない時に比べ、タクシーの利用がより早く目的地に着く行為であるからといって、原則として、これをもって物理的に促進されたということができないこと<sup>139)</sup>は前述したとおりである。

ただし、機会の提供としての促進はあり得る。タクシーが目的地に着いた時点において、①普段は存在するガードマンが休暇中であつた等の法益の保護が弱体化しているといった機会があり、②正犯において①を認識している場合には、機会の利用過程においてタクシーが利用されているわけであり、明らかに徒歩で行くことが可能で道順も正犯に明らかであった場合等の機会の利用過程にそもそも何の障害もなかったと評価される例外的事例を除き、物理的促進を肯定できると思われる<sup>140)</sup>。

他方、詐欺行為や贈収賄行為を行うために

有している場合には、「隣」であるか否かは問わない。

135) 島田・前掲注 8)81 頁。

136) この点を指摘するものとして山中・前掲注 3)99 頁参照。

137) 井田・前掲注 93)496 頁。

138) タクシーの運転手ではなく、犯罪の役割分担として、運び役を引き受けた、というような場合には、心理的促進を肯定できるので、この問題は、前面には出てこないことになる。心理的促進を肯定できるので、物理的促進の問題にならなかった事例と言いうるものとして、東京地判平成 19 年 6 月 20 日判例集未登載(平成 18 年(合) 618 号)[知り合いの実行犯を犯行現場に自動車で送り届けたことを幫助行為とすることを前提として故意の有無が争われた事例]がある。

139) 早く着いた分、下見や準備をすることができたと評価できるから物理的促進があるという反論は、ある一定時期に実行しなければいけない事情があること(機会の提供)を前提としている。機会の提供事例を除き、遅く着いても下見や準備はできるし、法益保護状況に変化はないといえる。

140) 他のタクシーで運んでもらえたから、という仮定的代替原因を付け加えない。

目的地に運送する行為については、類型的に見て法益の弱体化可能性を与える機会性がないことが多いだろう<sup>141)</sup>から、最終的には個別判断ではあるが、物理的促進は消極に評価されることが多いだろう。逆に、麻薬の密輸を行うために目的地に運送する行為は、麻薬授受に関する約束の時間というのが決まっていれば、機会の提供を肯定でき、物理的促進になることが多いと思われる。

このことは、乗合バスにおける強盗団の乗車においても、同様に妥当すると思われる。つまり、物理的促進を常に否定する理由はない。例えば、強盗団がある邸宅の留守を狙って強盗に入る計画について練っていたところ、これを察知した警察が、バスの運転手に機会情報を含めて告知し、当該バスの運転手に対して注意を喚起していたにもかかわらず、バスの運転手において強盗の計画について話す怪しい者が乗車してきたと知りながら、これを漫然と送り届ける場合には、強盗団において機会中に容易に犯罪実行できる状況があった場合（つまり目的地が近い等のバスの利用自体があまり意味がない場合）を除

き、機会の提供としての物理的促進が肯定されるように思われる<sup>142)</sup>。

この設例においては、以上のように、原則として促進はないが、機会の提供がある場合に促進を肯定しうるにとどまる<sup>143)</sup>。

また、山中教授の指摘されるとおり、バスの運行予定は、タクシーと異なり、強盗団の乗車の有無によって変わるところはない<sup>144)</sup>。タクシーは、いわば正犯の言う通りに行動してくれるが、バスはそうではないと考えても、既遂到達の早期化を促進と評価すべきでない以上、バス事例でも考慮すべき事項は変わるところはない。他の乗客を運ぶ義務により、強盗を運ぶことが緩やかに正当化されるとなれば<sup>145)</sup>、適法と違法の併存によりなぜ違法性が減少するのかが問われなければならない。山中教授のように、バスの運行を「許された危険」として一律に不処罰とする結論<sup>146)</sup>は妥当ではないように思われる。正犯の計画通りにバスが動くのを前提として、正犯がバスを利用していることにも目を配りたいのである。

以上より、バスかタクシーかを問わず、刑

141) 機会というのは法益との関係での機会である。例えば、一般に、贈収賄の対象がたまたま目的地に来ているということだけで、職務の公正（に対する社会の信頼）を害しやすくなるとはいえないだろう。つまり、待ち合わせの予定があるからといって、ただちに、あらゆる法益との関係で本稿でいう「機会がある」ということにはならない。また、賄賂を渡すという行為を容易にするということも一般には言えないだろう。したがって、贈収賄罪の幫助犯を物理的促進を簡単には肯定できない。麻薬の事例と異なり、タイミングの相違により、直ちに妨害が入る可能性の高低が生じる等の事情があるとは思われないからである。このように考えると、法益の類型に応じて事実の評価としての機会性の判断は異なりうることになるが、これは当然であろう。

142) 警察に対する通報義務の問題とは別個独立に本文のような状況における幫助犯が問題になるだろう。

143) バス事例を、島田説から捉えるとどのような帰結になるだろうか。バスは同時刻に同じ目的地に向かう組み合わせがない場合が多いので、島田説にたっても同時刻に同種の移動手段がないとして、因果性が多くの場合に肯定されることになるのだろうか。ただ、島田説の趣旨からいってたしてそれでよいのかが問題とならざるを得ない。島田准教授は、島田・前掲注 8)94 頁におけるタクシー事例の検討において、「タクシー乗り場であるとか、あるいは電話で容易にほかの車が呼べるような状況」であれば因果性が否定されるとされるので、仮定的代替原因を「関与行為当時利用可能だったといえる移動手段」として抽象化して考えている。これ自体は妥当だと考える。ただし、利用可能性を細かく見ていくと、正犯は、バスには乗れたが、タクシーに乗れる金を持っていなかった等にどうなるのか。仮にこのような事情をも考慮しなければならないとすれば、問題の本質とは別のところでの争いになりやすい（山中・前掲注 3)99-100 頁）という指摘ができるだろう。

144) 山中・前掲注 3)129 頁。

145) バスの運行を許された危険内にあるとする考え方は、公共的運送機関を重要な社会的インフラだと位置づけ、その運行には人為は介在しない（すべきでない）ものと擬制するもののように思える。その点では、外部との関係を遮断すべきだという松生説とも通じるところがある。運送機関を例にとっても考えても、機械的制御の面が強くとも、ほとんどの場合、人為の介入の余地はあり、それは無人電車においてもそうである。人為によるインフラのコントロール権の濫用はあり得るのであって、違法視する理由はある。

146) 山中・前掲注 3)129 頁。

法上の問題として乗車拒否すべき場合はある<sup>147)</sup>と思われる。これは電車でも同様である。幫助犯において機会を提供していることに気づきようがないというのは故意の問題に過ぎない。

また、物の提供（レンタカーの提供）の場合かどうか。レンタカーの場合、運送役務の提供は失われるが、同様である。ある目的地までレンタカーを借りて自分で乗っていき、そこで殺人を実行しようとしている者に対し、レンタカーを貸す行為も、タクシーの事例と同様に考えるべき様に思われる。まず、レンタカー自体を道具にして殺人をする場合には当然物理的促進が肯定される。次に、目的地に移動するためだけにレンタカーが使われる場合はどうか。目的地までの移動経路において、犯罪計画を妨害される可能性がある場合には物理的促進があるが、目的地に移動して目的地到達が早期化したことだけをもっては、物理的促進性を原則肯定できないが、機会の提供に当たれば肯定できる。

以上の議論は物理的促進についてのものであり、人的関係の特殊性には依存しない問題である。特殊な人的関係や意思連絡がある場合には、後述の心理的促進の問題が生じることになる。

(c) 取引行為と共犯についての簡易な考察

本稿では検討しきれない要素（背任罪の共犯等）を含むが、取引行為と共犯について一つ検討しておく。地方税法上の不納入罪の共同正犯、幫助犯が問題となった事例<sup>148)</sup>において、裁判所は、必要的共犯論の類推から「も」（予備的行為が対向的取引である場合）不可罰としているが、まず、共同正犯につい

て、「実質的理由として、買主が単なる取引当事者にとどまり、それ以上に売主たる特別徴収義務者と共同し一体となって元売りからの仕入れや虚偽の納税申告など一連の脱税犯行計画の実現に関与しているのではない限りは、たとえ買主において売主の脱税の意思を推知していたとしても、売主と共同正犯の関係には立たない」とし、幫助犯についても必要的共犯論については触れているが、「被告人は、軽油販売の相手方となることによって、Aらの犯行を実現せしめる役割を果たしたわけではあるが、それはあくまで、被告人が自己の利益を迫及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」としている。本稿の理解に照らすと、本判決は、「実現せしめる役割を果たすだけでは（物理的）促進というには足りないといったように読める。そもそも、実益のある物や方法、機会の提供がなされていないのである。虚偽の申告に使う領収書等の提供だけでは足りないだろう。また、自己の利益を図ることが相互に認識されていることが前提の取引活動には心理的な促進力（犯意強化力）もあまりない、と読めるだろう。

#### (カ) 小括

以上の物理的促進における議論をまとめると次のようになる。

物理的促進の要件は、法益侵害の点でより役に立つと評価できる物、役務、情報等の提供と、これの正犯による利用である。「より役に立つ」とは、それ自体の結果惹起に対する危険性（売春宿へのパンの提供で問題となる）と、正犯が既に有していると評価される物等と比較しての有益性の判断（「より役に

147) 山中・前掲注3)127頁が、運送契約において乗車拒否できない（道路運送法第13条）、という特殊性を理由に、刑法上、タクシーの運転手は乗客の犯罪目的を「知らないかのようにふるまうことがむしろ要請されている」と解することには疑問なしとしない。道路運送法は、犯罪の助長を想定していないことは確かであるが、これを逆にとって、「知らないかのようにふるまう」という刑法的規範要請まで含んでいると解することはできないだろう。道路運送法を考慮するならば同法第13条第4号は、「当該運送が法令の規定又は公の秩序若しくは善良の風俗に反するものであるとき。」には運送の引き受けの拒絶を認めていることから、ただちに、刑法上の行為規範を見出すことはできないように見える。私見は、道路運送法と刑法規範は独立で、乗せても刑法上の幫助犯を構成しない場合が多い、というだけである。まして、タクシーの運転手による運送か、ヒッチハイクにおける運送契約を業としない、乗客とは顔見知りでもない第三者の運転による運送であるかは、物理的促進性を考えるにあたり関係がないと思われる。

148) 熊本地判平成6年3月15日判タ863号281頁。



立つ」という基準)からなる。

どの範囲の物等を、正犯が既に有している物等と評価すべきか(正犯の所持と同視してよい範囲)については、正犯の認識内にある選択肢のうち、具体的状況との関係で決められる。そして、その判断基準時は、正犯の最後の選択時である。

法益との関係で迅速な既遂到達が要求される場合ならば、手元にある物等のみを考慮し、そうでない場合には、自宅に所持している物等をも考慮に入れても許される場合がある(はしご事例等で検討した)。

機会の提供については、①法益が弱体化しうる日時、場所等の情報提供と、②当該機会をまさに利用しようとしている正犯に対する物や役務の提供に分かれる。ある情報が機会に関する情報か否かについては、社会通念によって決められる。①②を問わず、正犯において機会情報の認識が要件である。既遂到達の早期化と異なり、時間軸のみを問題にしているわけではない。

## (2) 心理的促進

### ・総説

心理的促進の処罰根拠は、正犯の構成要件的行為の促進であることは物理的促進と同様である。その要件も、促進関係説の立場からは同じである。物理的促進とパラレルに記述すれば、「関与者による『より役に立つ』支持(便宜的に「支持」という表現を使う)<sup>149)</sup>」が「正犯に利用されること」である。ただし、正犯に利用というのは、「正犯において、関与者に支持を受けていることを認識し、犯意が強化し、この犯意強化が構成要件的行為時まで継続した」ことである。

重要なことは、物理的促進と心理的促進とでは法益侵害に対する危険の増加といったときには、正犯による共犯行為の解釈が行われている点において異種の考慮がなされうることである。例えば、犯罪行為をする気

のない者に役に立つ武器を与えても意味がないことは明らかであるし、どんなに鼓舞をして犯罪行為をする気を上昇させても、身体的に実行不可能なことが可能になるわけではない。その点において、物理的促進と心理的促進は、犯罪結果発生に至るまでの関与としては共通であるが、その働きかけの対象は異なるといえる。鼓舞行為が、その法益侵害の質や量を高めうることもないではない(殴打の回数が増える等)が、そこが重要なのではなく、正犯の犯意を強化して、その心理を犯罪遂行の方向に固定化して、法益侵害が発生する「確率、蓋然性」を高めるところに当罰性を見出せると考える。したがって、元々被害者を殴打しようとしていた正犯が関与者に鼓舞されて意気揚揚と被害者を1回殴打したところ、相手の懇願を容れて殴打をやめた時も、殴打回数は1回であるが心理的促進にはなりうるのである。殴打を止める契機を奪ったからである。

心理的促進とは具体的には次のようなものである。正犯が行おうとしている、構成要件に該当し違法な行為は、正犯の自由な意思によって踏み切るか否かを決定できると同時に、他者の非難を招くのが一般である。にもかかわらず、幫助者による、有形無形の正犯にとって犯罪行為の支持ととれる言動があった場合には、正犯心理としては、犯罪行為をより積極的に行おうと考えたり、犯罪実行に対する翻意が減少したりして、正犯の結果惹起への確率、蓋然性が高まるといえ、当罰性を肯定できる。そして、物理的促進行為による犯意強化は、構成要件的行為時にまでに発現すればよいが、構成要件的行為時まで継続している必要がある<sup>150)</sup>。継続を要件にしないと、継続が中断し、翻意可能性が十分ある状況下においての犯罪の遂行があった場合にも幫助を肯定することになり、幫助犯を危険犯化するものであって妥当でないからであ

149) 島田・前掲注8)96頁。心理的促進における「役に立つ」とは、結果発生の危険(蓋然性)を増加させるという意味にすぎない。概念の定義付けは困難であるが、「正犯行為の理由」(林・前掲注25)378頁)という表現もあり得るだろう。林幹人『刑法の基礎理論』188頁(東京大学出版会、1995)も参照。

150) 高橋則夫「共犯の因果性」西田典之ほか編『刑法の争点』ジュリ増刊96-97頁(2007)。

る。

・心理的促進の要件の具体化

心理的促進行為というためには、「より役に立つ」支持でなければならない。そこで、行為の有する促進力（犯意強化力）が心理的促進においても問題となる<sup>151)</sup>。心理的促進と評価される行為は多種多様であるので、犯意強化されない場合を考えてみると、①役に立たない行為（物理的促進における、売春宿にパンを提供する行為に対応するもの）と、②一般的にみると役に立つのであるが正犯の心理に追加的な影響を与えることのない行為（「より役に立つ」わけではない。物理的促進における、同性能のナイフを提供する行為に対応するもの）がある。

以下では、心理的促進行為は、様々な行為によってなされるので、除外される類型について裏から考えてみたい。

まず、①役に立たない行為について検討する。犯意強化における犯意は構成要件的に捉えられるべきものであるから、正犯の有している犯罪目的の達成に幫助行為時点の被幫助者の認識をもとにして、それに寄与するものでなくてはならない。ただ、人はどのような行為によって鼓舞されるかわからないところがあるので、原則的には事案ごとの個別判断にならざるを得ない。構成要件関連性の観点からは、犯罪が具体的に特定されていることが必要であるから、「がんばれ」と言って送り出す行為についても、心理的促進性を認めるためには、正犯において、自己のこれから行おうとする具体的犯罪行為について「がんばれ」と言った者がいることの認識と、それが犯意強化するに足るものであることが必要である。

正犯において犯意の強化、翻意の減少を発生させるものであれば、支持行為の内容の

当否を問う実益はない。実際に物理的促進力のない物や利用されなかった物の提供<sup>152)</sup>、犯行発覚の蓋然性を低下させる行為、差し入れの約束<sup>153)</sup>等はすべて心理的促進になりうる。例えば、ある言葉による心理的促進があるか否か考えるとき、その内容についての表面的な構成要件関連性の分析では足りない。なぜなら、その言葉を正犯が受けとって、それを解釈し、犯罪支持のメッセージを読み取ることで犯意が強化されるのであり、解釈過程の存在こそが重要だからである。したがって、物理的促進の部分において、自己の顔を被害者に見られる蓋然性の減少を物理的促進とは呼べないと述べたが、自己の顔を被害者に見られないようにしたほうがよい、という助言自体は、その発言の前提に正犯の犯罪行為への支持がメッセージとして組み込まれていれば心理的促進にはなり得る。正犯の犯罪行為への支持があるか否かという観点からは、盗聴器販売業者による盗聴器提供行為もそれだけでは正犯の犯罪行為（住居侵入行為）の支持にはならず、住居侵入罪を心理的に促進するとはいえない<sup>154)</sup>し、脱税に寄与する取引行為についても、取引においてはお互い自己の利益を図ることが前提とされている点を考えると、心理的な促進力があるという場合はより限定されることになるだろう。

次に、②一般的にみると役に立つのであるが正犯の心理に追加的な影響を与えることのない行為について検討する。

①すでに十分に強化された犯意を鼓舞する等してさらに積極方向に推移させることはできないし、②翻意可能性の乏しい犯意が存在する場合にはさらに翻意を減少させることができないので、この場合には促進の効果は生まれない。例えば、①の例として、すでに十

151) 物理的促進においては、売春宿にワインを提供する行為等において問題とした。

152) 例えば、包丁を持つ者に包丁を提供したところ、提供された包丁を予備として犯行現場まで持っていったが使わなかった場合である。

153) 大判昭和7年6月14日刑集11巻797頁は、殺意を有する正犯に「男と言うものは遣るときには遣らねばならぬ、もし甲を殺害することあれば、自分が差入はして遣る」といった場合に、幫助を肯定した。

154) 盗聴器の携帯だけでは住居への侵入も物理的に容易になっていないので物理的促進も否定される。したがって、盗聴行為そのものを、免許制等と組み合わせつつ行政刑罰で禁圧する必要がある。

分に強化された犯意が存在する凶悪犯や常習犯に対する積極的支持表明は、関与者がどんなに犯罪の成功を意欲していても、そもそも心理的促進がないとされうるし、<sup>152</sup>の例として、すでに実行に着手してしまった以上、引くに引けないと思いついでいる正犯に対する激励は、翻意可能性がほとんどない場合もあり、そのような場合には積極方向の勇気づけでない限り、心理的促進を肯定できないことになる。心理的促進も物理的促進と同じく、結果惹起に対する危険増加の問題として扱われるべきであるから、この結論でよいと思われる。<sup>151</sup>と<sup>152</sup>は、正犯心理としても独立に働きうるから、一応分けて論じるべきである。

ここで、複数人の支持行為については、心理的促進においても、「より役に立つ」基準を採用すると、最初の一人の支持のみにしか、心理的促進を認められないのではないか、という疑問はあるが、この点こそ、曲田准教授も指摘するように<sup>155</sup>、誰の援助か、が重要な場合なのであり、心理的促進では関与者と正犯の間の人的関係も考慮して「より役に立つ」か否かが考慮される。この点については、正犯にとっては、1人の支持者よりも2人の支持者のほうが支持者増加とも相まって犯意強化の度合いが大きくなる場合(相乗効果)もあり得るのであり、その意味において、心理的促進には重疊的作用が生じ、「より役に立つ」基準を満たすこともあり得る。ここで重要視していることは、「より役に立つ」基準を採用することが、一人の鼓舞行為の後の他者の鼓舞行為が直ちに無意味とするものではない、ということである。

#### ・正犯にとっての幫助者の特定は要件か

心理的促進を本稿のように犯意の強化、翻意の減少と考えると、正犯が誰に支持されていると感じるか、という問題は、犯意が強化される度合いに事実上の影響を与えるだけであって<sup>156</sup>、心理的促進の要件とはならない。

間接的な心理的促進もあり得るが、それは現実には起こりにくいだろう。

したがって、例えば、XがYを心理的に促進する行為をしたところ<sup>157</sup>、YはZが自己を応援してくれていると誤解した場合であっても、心理的促進行為は、人と人との心理的結びつきの犯罪促進作用を重要な因果と解するものであるから、Yは、「人」が自己を応援してくれていると考えたことに誤りはないといえ、XはYを心理的に幫助したといえる。ZはXと別人の特定された人物であってもよいし、特定されていなくてもよい。

意思連絡があるだけでは心理的促進があるわけではないが、現実には、意思の連絡が無い場合には、心理的促進の契機すらなく、幫助犯にならないことが多いと思われる<sup>158</sup>。

このように考えると、心理的促進特有の問題として、悪しき連帯等のアイディアを追加する必要はないことになる。幫助犯の刑は、正犯の刑を減輕するにすぎない(刑法第63条)のであり、幫助犯であるがゆえに独立に加重すべき違法はないとするのが現行法であると考えられる。

#### ・物理的促進との関係

最後に、物理的促進と評価されうる行為がなされたときに、同時に生じうる心理的促進について考えてみたい。

155) 曲田・前掲注4)参照。

156) 島田・前掲注8)99頁も「正犯者の心理に仲間がいるという安心感を与える」ことを述べる。

157) 犯行の役には立たないが、激励のメッセージを含む物をさりげなく置いておく場合等。

158) 広島高判平成19年4月10日判例集未登載(平成18年(う)241号)は、暴力行為等処罰に関する法律違反、証人等威迫の幫助犯の事案である。控訴審である広島高裁は、被告人が「凝視行為」によって前記犯罪の片面的幫助をなしたとした原審広島地裁の判断を覆し、凝視行為は他の脅迫威迫の効果を促進させ正犯の犯行を容易にすると評価できるが、凝視行為によって容易になったというためには、「凝視行為が、相手に認識できるような形でなされ、または、相手が凝視行為を認識していなくても、正犯者が、その凝視行為を認識して犯意を強化するなど、その犯行を容易にしたと評価できることが必要である」として、結局凝視行為は被害者にも正犯らにも認識されたといえないとして幫助犯を否定して無罪としている。これは、被害者に認識されたことの証明がないので、物理的な促進性を肯定できないし(被害者に認識されれば法益をそのまま弱体化させる)、さらに、正犯らにも認識されたことの証明がないので、心理的促進性もないということができ、妥当な判断のように思われる。

特に、物等が提供されている場合であるが、物理的促進が否定された場合に心理的促進はどう機能するのか、という点が問題である。

関与者の行為が、正犯を支持することで犯意が強化され、これによって結果が惹起されたことを理由に心理的促進を肯定するのであるから、結論において物理的促進と同様になる必要がないし、物理的促進とは独立の判断をすべきものである。

以下、具体的に検討する。

まず、提供された物等が現実利用されたか否かは、心理的促進の判断に直接の影響を与えるものではない。

たとえば、提供されたナイフを予備として正犯が犯行現場に持参した場合であっても、持参したことを理由に直ちに心理的促進を肯定すべきではない。ナイフの提供行為を含めた関与者の行為が、正犯にとって正犯行為を支持するものとして正犯が受け取ることで心理的促進が肯定されるのだから、正犯が「せっかくくれたのだから、犯罪を成功させるために予備として持っていこう」と考えたというような事情の存否が重要である。もちろん、ナイフを持参したという事実から、正犯がそのように思ったであろう、という推認が可能なことは別論である。また、ナイフを持参したことについて、犯意強化の「継続」の間接事実にもなるだろう。

次に、提供された物の有用性について正犯がどう認識したのか、ということは、心理的促進にあたって重要な事実といえ、それは本稿の理解に従えば、次のように類型化される。

①提供された物等の有用性として、(a) より役に立つ、(b) より役に立つわけではないが役に立つ、(c) 役に立たない、②正犯の解釈として、(a) (b) (c) に対応する意識である。

心理的促進の観点からは、①よりも、②、正犯の認識のほうが重要である。

関与者によって提供された物等が正犯に犯罪遂行に「役に立つ物」と解釈され(②(a)(b))、利用された場合には、犯罪の支持が肯定されやすいから、心理的促進も肯定されやすい。結果的に正犯が提供物と同一性能の物を所持して「より役に立つ」わけでないとして評価された場合(①(b))であっても、少なくとも関与者の心理において、(a) や (b) と思っている限り、関与者の認識を通して、犯罪支持と受け取る可能性は大いにある。その意味で、(a) と (b) の差は心理的促進の観点からは重要ではない。

ただし、物理的には役に立たない物と解釈されても(②(c))、正犯は関与者による犯罪支持の意思を受け取ることで、犯意を強化しうる。金庫を開けるのに手間取っている正犯に気分をリフレッシュさせるためにコーラを与える行為は心理的促進になりうるといえる。

以上のように考えていくのが原則である。それでも、物理的妨害といえる事例において、心理的促進を形式的に満たすように見える場合があり、これを無条件に心理的促進あり、としてよいか問題となる。ここでは、物理的妨害において物理的促進を否定する本稿の考え方における、物理的促進のみ限定的に解している外観に対する結論の不均衡(言いかえれば、心理的促進が受皿の要件になっていること)が疑問の出発点として生じているといえる<sup>159)</sup>。

結論的には、物理的妨害事例においては、心理的促進とも呼べないと解する。ただし、そのときの、心理的促進を阻却する物理的妨害とは何かということを確定する必要がある。

ここで、物理的妨害と評価すべきは、正犯の因果が、物理的妨害行為がなかったならば生じていたであろう因果よりも正犯にとって既遂到達の失敗(法益侵害がゼロ)に向かっている、法益侵害との関係では、その危険の増加は見られないと考えられる場合のことだ

159) このような批判は、島田説に対しても言いうる。



といえる<sup>160</sup>。心理的促進においても、物理的促進と同じく、究極的には、正犯の意思の固定化が犯罪結果発生の一蓋然性を高めるところにその可罰性を見出しているのであり、犯罪結果発生が遅れるだけでは結果発生は起きてしまうのであるから法益保護の観点からはこれだけでは阻却事由としては足りず、心理的促進が阻却されるためには既遂到達が失敗に終わるような関与行為であることが必要であると考える。このような要件が満たされている場合には、物理的にも心理的にも促進がないことになるから、結果が回避されたが正犯に未遂犯が成立するという場合であっても、関与者には（物理的促進も心理的促進もないことを理由として）未遂犯の幫助犯は成立しないことになる。他方、結果が発生した場合には、結局、正犯の意思が固定化されたゆえに結果が発生したという因果性の議論においては、因果性肯定の評価を免れないと思われる。ただし、結果が発生した場合でも、結果不発生的事实認識がある場合には、後述するように故意が阻却されることになる。

以上に対し、構成要件段階において、心理的促進が認められても、違法性阻却を検討すべき場合もあると思われる。

例えば、殺人幫助が問題になる事例で死亡を容認しながら犯人の逮捕を確実にしても、心理的促進性が阻却されることはないと考えるのが一般的であって、それは妥当である。だが、窃盗事犯において、既遂到達後、逃亡の機会を得る前に警官が来て逮捕することを可能にする場合であり、窃取された物の取り返しも可能にしたときには、関与者自身の身の危険の問題もあって他に採り得る手段がなかった場合だと、端的に処罰を肯定すること

に違和感はありえよう。ただし、問題は、保護法益と関与行為者の行為の性質等を総合的に判断すべき場合であって、例えば、犯人逮捕による利益、問題となる法益侵害を考慮しつつ、一人では犯人の逮捕ができない場合等の補充性が満たされること等を要件とした（どの類型かは措くとしても）違法性阻却事由の問題として処理されるべき問題である<sup>161</sup>。

まとめると、そもそも既遂到達を失敗させる（より役に立つわけではない）物等の提供により正犯の犯意が強化されたとしても、心理的促進はない。しかし、既遂到達を失敗させる方向に向かない物等の提供の場合には、正犯の犯意が強化されたのであれば、心理的促進を肯定すべきであり、その余の事情は、違法性阻却事由の問題として考慮されるということになる。

以上の見解に対し、既遂到達を妨害する「目的」だから処罰すべきでないというような、行為の目的や動機を考慮して問題解決する見解もあり得る。しかし、この見解は、客観的構成要件の判断において主観的因果性阻却要素ないし主観的違法性阻却要素というものを認める点で妥当でないし、さらに、實際上、妨害目的という心理の外延が不明確になって恣意的な処罰を許してしまうのではないか、という点が大きな問題として残り、妥当でない。

#### ・心理的促進の認定について

##### —試論として—

心理的促進は、共犯行為を正犯者が「解釈」することによってなされる。「解釈」自体は、方法の提供、機会情報の提供においても、経なければならぬプロセスではある。ただ

160) これは定義なので、論証を要しない。つまり、何らかの物が提供されている場合に、これを犯罪支持と受け取った正犯がいたとしても、心理的促進が否定される類型として本文のような場合が考えられ、これを物理的妨害と呼ぶ（と定義する）、ということである。

161) そのように考慮することで、殺人結果発生をたとえ遅らせたとしても、心理的促進はなお残存する場合はあり、違法性阻却の判断の段階において、犯人逮捕の利益よりも、人の生命のほうが重要であるがゆえに、これが阻却されない、と解すべきことになる。他方で、侵入窃盗の事例においては、既遂後であっても、被害者宅周辺を警官に取り囲ませて逮捕を確実にした場合には、一見、心理的促進に当たる場合があっても、違法性阻却の可能性はなおあると考える。このように、既遂に至らない場合には、構成要件段階で考慮し、既遂に至った事案の場合には、心理的促進が認められることを前提に、違法性段階で考えるのが妥当だと現時点では考えている。

し、方法の提供において当該方法が利用されたことは外部に表出されることが多いのに対し、本稿で述べた犯意強化等の意味で使う狭い意味での心理的促進においては、本稿のように利用概念を観念しても、心理的促進の効果外部に表出されない点が事実認定の上から課題となって残る。

心理的促進における事実認定の準則の問題は、共謀共同正犯の正犯性の認定で実務の採用する正犯意思(自己の犯罪としてする意思)を基準とする説と同様の問題をはらむと評価しうる。この点、共謀共同正犯においては、客観的にみた重要な因果的寄与の基準を採用する説に代表されるように、正犯意思を要件とする実務に懐疑的な論者は多いが、実務的には「客観的事実からの推認」という点ではさほど結論に変わりがないともされる<sup>162)</sup>。

そうすると、心理的促進の認定においても、客観的事実からの推認は許されることになろう。関与行為自体は客観的に認定でき、それを正犯が解釈することになるが、正犯によりなされた解釈により犯意強化、翻意減少があったか否かの認定は、正犯が関与者の行為が正犯行為の是認であると正しく解釈していたことの立証がなされた後に、他の客観的要素も踏まえて推認していく問題と考えるべきであろう。

他の客観的要素とは、正犯者において犯罪行為の是認であることを理解していることを前提として、①関与行為としていかなる物や役務等が提供されたか、②関与行為としていかなる内容のことを言われたか、③関与者と正犯者との人的関係、④正犯者が犯罪行為の是認とともにどのような認識を抱いたか<sup>163)</sup>等によって判断されるものと思われる。

まず、役に立つ資金、物の提供の場合(①の視点)には、物理的促進だけではなく、(犯罪行為の是認と解釈されることも多いだろうから)心理的促進も認めてよい場合が多いだ

ろう。物の性能自体は心理的促進においては要件ではないから、物理的に役に立つわけではないが役に立つ物であっても心理的促進を認めてよい場合が多いだろう。逆に、正犯において自分には役に立たない物であるとの認識が生じた場合(④の視点)<sup>164)</sup>には特段の事情のない限り当該物の提供による心理的促進はありえないというべきであろう。

次に、分け前、差入れの約束においては、その時点においては何らの提供もなされていないが、正犯にとっての関与者の信用性等の人的関係も踏まえれば(③の視点)、心理的促進はあり得る。ここでは、客観的に約束を履行できる状況があったか否かは問題とはならず、正犯の認識において、約束を履行してくれるという期待が生じたかが問題となる。

そのほかの単なる鼓舞行為等については、心理的促進をもたらした否かについては、相当強度の人的関係がない限り、認定が困難なことが多いだろう。

最後に、心理的促進においては正犯行為までの心理的促進効果の継続が必要であるが、随伴的幫助ならば、この検討を要しないものの、予備的幫助においては、時間的近接性、正犯の性格、介入事情の心理面への影響から、一旦生じた心理的促進をどの程度減殺する効果があるかの観点から認定していかざるを得ないだろう。

以上、浅学ながら、心理的促進の認定について試論を述べてみた。

### (3) まとめ

以上、物理的促進と心理的促進に分けて論じた。物理的促進も心理的促進も、特定の因果を経て正犯惹起の結果にいたるのであるから、物理的促進にならない要素をすべて心理的促進がカバーするわけではない。心理的促進が、処罰範囲を補充するわけではなく、働きかける対象が異なるものである。確かに心理的促進においては、人間の心理のメカニズ

162) 菊池則明「16 共謀(2) 対等型共謀」小林充=植村立郎編『刑事事実認定重要判決 50 選(補訂版)』212 頁, 220 頁(立花書房, 2007)。

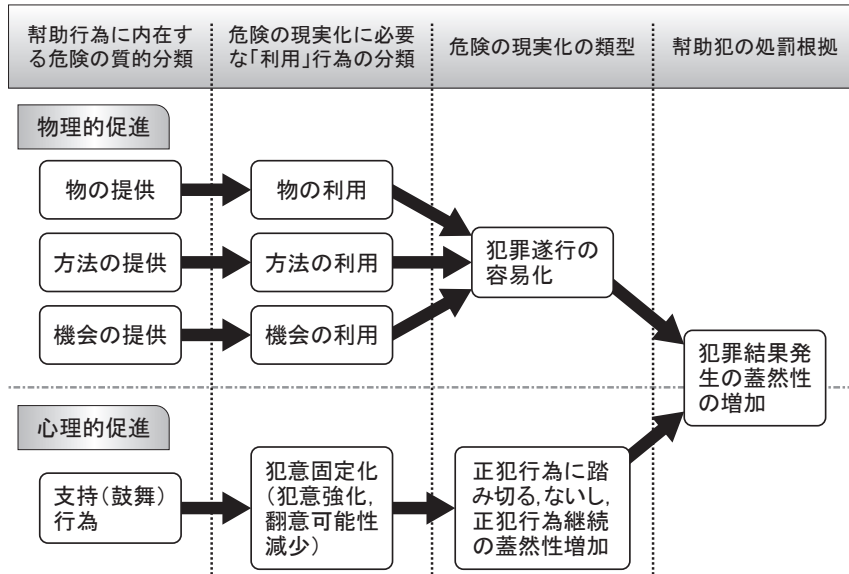
163) 関与行為前後の行動の変化等から推認可能であろう。

164) 大判大正 4 年 8 月 25 日前掲注 92) における、鳥打帽子と足袋の提供では、正犯においても役に立つという認識は生じにくいらう。

ムが十分に解明されていないので、証明困難な部分はあるかもしれないが、それを理由として物理的促進の要件を緩和したり（利用だけで足りる、利用の機会を与えれば足りる、

などとする）こと、幫助犯を危険犯と捉えたりしてよいという帰結をもたらすことにはならないと思われる。

以上をまとめた図を以下で示す。



### 3 幫助の故意

#### (1) はじめに

幫助犯の故意としては、幫助行為によって正犯の構成要件的行為が促進されることの認識（幫助行為性、因果性）と、正犯による構成要件該当事実実現の認識が、幫助行為時において必要である。裁判所によって違法と評価される具体的事実の認識があり、そのような状況下であれば反対動機が形成されて行為に踏み切ることが躊躇されるはずにもかかわらず、当該行為に踏み切ったということが刑事非難の対象となるのであるから、抽象的な認識では足りない。

#### (2) 具体的事実の認識

つまり、ナイフを売る者にとっては、ナイ

フで殺人を計画する客に対し、その客をなんとなく怪しいと思って、「①人を殺すために使うのではないか。②しかし、それでもよい。③この客が誰かを殺すつもりか否かなどわかるはずはないのだから。」と考えての包丁を売る行為は、原則として故意がないことになる。①は単に疑いに過ぎないが、②をもって、未必の故意を認めるのではなく、③をもって、具体的事実の認識がないことを理由に故意がないとするのが妥当である。このような考え方だと通常包丁を売る者にとっては、幫助犯の構成要件該当性、違法性が肯定されることが前提で、故意が阻却されるだけという帰結になるが、正当行為ともいえないのに違法性を阻却する理由はなく、これが正しいように思われる<sup>165)</sup>。

したがって、喧嘩をしてきたとみられる者

165) 例えば、劇薬の譲渡には条件がある。劇薬は有用であるものの、その用途は日常的ではないことが多いか

が血のついたTシャツを着て刃物の購入を申し込んできた場合には、申込者において殺人に踏み切る客観的兆候の認識（具体的事実の認識という意味で使っている）があり、（幫助の）故意ありといえる。逆に、客の意図を知っているだけで、確実に故意が認められるわけではない。つまり、客の意図も含めた、客観的兆候の認識<sup>166)</sup>が必要である。正犯が自己の犯罪計画に拘束される必然性はないから、犯罪計画の認識をメルクマールとするのではなく、正犯の犯罪傾向をも含めた客観的な兆候の認識の有無基準によって判断しなければならない。

その理由は次のとおりである。幫助犯の故意として最低限要求されるのは、正犯による構成要件該当事実実現の認識である。単独犯においては自己の行為を自己が支配するのは前提としてよいが、共犯においては、正犯が構成要件的行為に踏み切ることの蓋然性が問題となる。正犯が構成要件的行為に踏み切ることの蓋然性に対する認識こそ客観的兆候の認識といえる。正犯といえども一般的には反対動機によって犯罪行為に出ることが抑制されていることからすれば、反対動機による抑制がきかなくなる事実を具体的に認識していることが共犯には必要であると解されるが、仮に正犯が規範意識に乏しい場合<sup>167)</sup>に、このことを熟知している関与者においては、正

犯の犯罪実行計画が漠としていることを知っていたとしても、正犯が規範意識に乏しいことについての認識と併せて、関与者の故意を肯定することは可能であると思われる。

例えば、「人の効果的な殺し方」という表題で、本当に人を効果的に殺すことのできるナイフの刺し方を解説するHPを見て、当該方法を実践して人を殺した者がいる場合、上記のような意味での客観的兆候を肯定するのは相当困難である。ただし、HPの性質、掲示板での事前のやり取り等の証拠から、HPの閲覧者は不特定多数であることを前提としても、当該HPの製作者において、当該HPを見た者、ないし、見た者から当該方法を教えられた者が、当該方法を利用して人を殺すことの概括的認識（被害者の概括性と、正犯の存在についての概括性の2つが存在する）があれば、概括的故意は限定的に解されるべきであるとしても、故意ありとすべき場合がないとはいえない。ここで、念のため述べておきたいのは、概括的故意の問題は、当該提供された方法の高性能、または希少性とは関係がないということである。当該方法の高性能性や希少性は、物理的促進の証明について寄与する事実である。これに対して、故意とはあくまで、当該方法を使って誰が何をするか、の認識であり、提供された方法の性質とは関係がない<sup>168)</sup>。

ら、薬事法第47条は、「毒薬又は劇薬は、14歳未満の者その他安全な取扱いをすることについて不安があると認められる者には、交付してはならない」と定める（違反は罰則（同法第85条第2号））。刑法的観点からは、構成要件の結果惹起可能性のある物を問題にするから、例えば殺人罪との関係で売却制限をかけるべき物の範囲は、薬事法の定義する毒薬または劇薬に限られない。包丁と劇薬とで殺人罪との関係で双方に売却制限をかけることには理由がある。行動の自由が過度に阻害されるとまではいえないだろう。売買の申し込みを受けたらどんなときでも売るのが当たり前、という社会通念があるとすれば、凶器に代わる物相手の場合にはその通念自体に疑問を抱く。

また、例えば、強い卵アレルギーの人に卵製品を摂取させて死亡させようとしている正犯に卵製品を譲渡する行為も幫助犯における物理的促進といえる。卵であることが、個別に保護される生命というその人の法益を侵害する力を増すからである。卵は危険ではないという立論はおかしく、殺人罪は個人的法益を保護していることかすれば卵アレルギーの人にとっては危険である、と考えるべきである。現実には譲渡人に故意がない（少なくとも幫助者において接取者が卵アレルギーであることの認識を要するがこれがない）ことが多いだけの話である。

166) 島田・前掲注8)106-107頁。

167) 犯罪傾向とも呼べるものであるが、これは、客観的兆候の認識の一考慮要素であって、要件ではないといえる。

168) もっとも、本文のような方法の提供事例においては次のような問題がある。同じ情報を扱うHPがあつて正犯に閲覧された場合や当該HPが正犯の閲覧対象としての選択肢にある場合には促進が否定されうるので、このような状態の認識によって故意が否定されうることになる。



また、認識の具体性をどこから獲得するか、という問題もある。例えば、運送配達人が配達物の内容について、具体的に認識していることは稀であろう。一般的には、運送配達人には、運送品として記載されている物が入っていることの具体的認識ができるとしてよい場合もあろうが、それ以外の場合には、認識の具体性を肯定することは困難である。中身を見てもいないのに、送り主から「この宅配物の中身は実は拳銃なのです。」といわれたからといって、直ちに運送人に運送品が銃であることの具体的な認識を肯定することは困難だろう。冗談かもしれないし、運送人にわざわざ言うべきことでもないからである。しかし、運送人が、「銃を今来た宅配便で送った」という電話を偶然聞くなどしたときには、実際に当該銃を見なかったとしても、発言の真摯性から、事実認識の具体性を認められる場合もある。このような場合には、現実の占有の移転(譲渡)を処罰する類型の犯罪の故意が認められることになる<sup>169)</sup>。

ただし、拳銃の存在についての具体的認識が肯定された場合において、その拳銃が強盗に使われる予定であることを聞いたとしても、運送自体が強盗罪の幫助になるか否かについては、別問題である。自力で拳銃の譲渡は可能であるとすれば、拳銃の到達時点の問題に帰着されるため、原則的にはいつ拳銃が届くかという問題と、強盗罪の容易性とは関係がないことであるから、物理的促進を肯定するためには、機会の提供として機会を基礎づける事実の認識も要求されるというべきであるため、強盗罪の幫助の故意を肯定しづらいと思われる。

### (3) 促進を基礎づける事実の認識

幫助犯の故意としては、物理的促進ないし心理的促進いずれかの因果を辿って、最終的に構成要件の結果が発生することまでの認識だけでなく、促進の認識も必要である。従来の見解は、故意レベルの問題についても、信

頼の原則や、確定的故意のみの場合を処罰する等、何らかの加重要件を見出して処罰範囲を限定しようとしてきたが、「促進」について厳密に考えることにより、「促進を基礎づける事実」の認識の有無について判断することで、問題を適切に解決できる場合が多いと思われる。もっとも、取引的行為については課題が残る。

私見では、物理的促進について、より役に立つ、物、方法、役務又は機会の提供(例外的に時間の提供)を必要としている。したがって、これについての認識と、これらが利用される、又は、利用されていることの認識が必要である。

物や方法の提供については、正犯の提供された物等への利用の意思は当然に肯定される場合が多いと考えられるが、機会の提供については、当該機会を利用している認識が必要である(そうでなければ、その機会の情報は正犯の犯罪遂行に役に立っていない)。

「より役に立つ物・情報等を提供していること」の認識については、緩やかに認めてよいだろう。正犯が、関与者の物の提供を欲しているということは、客観的状況として関与者に認識されている以上、当該物と同性能の物が正犯の認識にないことにつき、客観的兆候を見出せるからである。したがって、包丁を買いにきた客に対しては、一般に当該包丁と同性能の包丁を有していないからこそ、購入を希望していると、物の提供者が認識したといえる<sup>170)</sup>。

機会の提供も同様である。正犯が、関与者に対して、「Aはいつ外出するか？」と聞いてくれば、関与者は、正犯の不知を解消するという認識の下に、情報を提供することになるだろう。ただし、機会の提供は、物や方法・役務と同時に提供される場合もあり、そのような場合は、正犯が機会の提供を欲しているのか否かについて、関与者において物や方法、役務の提供依頼を通して窺い知ること

169) 正犯になる可能性があるが、それはひとまず置いておく。

170) これは構成要件該当性阻却事由であり、刑事訴訟においては、争点形成責任、証拠提出責任等が被告人側にあるものと考えられる。

ができないので、機会の提供については、物や方法といった他の要素の提供依頼をもって、機会の提供の認識ありとしてはならない。例えば、窃盗をたくらんでいる（徒歩の）者にそうと知りながら自転車を貸す場合には、当該自転車の貸与者において、正犯は犯行現場までの移動のみに自転車をを使うという認識があるにすぎない場合には、たとえそれが客観的には機会の提供であったとしても、機会性の認識がないので故意は否定される<sup>171)</sup>。この結論は、正犯が自転車の貸与依頼をしたとしても、変わるところはない。正犯は、表面的には機会の提供を申し込んできたわけではなく、物の提供の依頼をしたにすぎないからである。機会の提供の故意が認められる例としては、正犯Yが、Aに対して、機会を基礎づける事実について述べ、自転車を貸してくれといったところ、Aはこの依頼を断ったが、これをたまたま立ち聞きしていた、Yとは面識もない関与者Xが、面白半分にYに自転車を貸したという事例があり得る。正犯からの情報取得のみで、関与者における機会の提供を基礎づける事実についての認識を容易に認めてよいか、という問題はあり得るものの、正犯の真摯な発言からは客観的兆候の認識として故意を認めてもよい場合はあり得る。情報源の属性は法的な要件にはならないと解する。いずれにしても、機会の提供の事実の認識を含む物理的促進の認識がなく、さらに心理的促進の認識もない場合には故意がないことになる。

ただし、結果発生に至る経緯のうちのひとつの経過について具体的に認識していれば故意を肯定できる（因果関係の錯誤は故意を阻却しない）。例えば、自宅に包丁を持っている者が、殺人の道具として包丁を買いに来た場合において、店主が、客の購入意思の表示という客観的事情から、自宅に包丁がないのだろう、と思い、包丁を提供した場合はどうか。この場合は、店主の認識とは差異がある

けれども、自宅の包丁を使うと犯罪計画が未然に発覚して妨害が入る可能性があるのではという事情があった場合には（主観的要素による所持の否定）、客観的な意味での物理的促進は肯定され、店主の「包丁を持っていない者に持たせた」という認識自体も相当因果関係内にあるから、正犯の殺人行為の予定について客観的兆候の認識があることを前提として、故意を肯定することができる。

幫助犯は、二次的責任類型であり、幫助犯の幫助行為時における認識と、正犯の惹起する実際の犯罪事実が異なることは日常茶飯事であると思われるが、因果関係の認識は必要であるが、因果関係の錯誤が故意を阻却しないことを念頭に考えればよいといえる。

#### (4) 今までの諸事例について故意として何が要求されるか

ここでは、故意について問題にしてきたが、前項で述べてきた、種々の提供事例において、故意として必要な認識を具体化して提示しておきたい。

まず、物の提供について述べる。それ自体法益を侵害しうる物の提供については、それが、正犯にとってより役に立つ物であることの認識（物の危険性の認識）、それを利用した侵害行為が行われること認識（物の利用の認識）があれば足りる。次に、それ自体法益を侵害する効果を有するとはいえない物の提供の提供については、その具体的な利用方法についての認識が、必要である。パンならば、正犯がパンに毒を入れて食べさせる、ということについての認識である。売春周旋幫助罪の事例については、印刷業者としては、当該印刷物の内容が売春行為に対する魅力を訴える（促進する）性質のものであるという認識をしていれば、故意もあるといえる。売春宿にワインを納入する事例（管理売春幫助の問題）では、売春宿の繁栄をどんなに意欲していたとしても、客観的促進を肯定できな

171) 多くの物を一気に運べるトラックを貸与した場合は、多くの物の占有を一気に移転することが事実上可能になるので、物理的促進を肯定でき、その認識もあることが多いだろうが、自転車では、そのような事情がないだろう。

いことが多く、故意の検討に至らず、不可罰となる。

方法の提供についても、物の提供と同様の基準であるといつてよい。

機会の提供については、①機会の情報の提供(窃盗計画者に対し、特定の家の家人が旅行にでかけていなくなることを教える行為)については、当該機会が犯罪に役に立つことを前提に(機会の危険性の認識)、その機会に合致する態様で犯罪が行われる認識(機会の利用の認識)が必要である。そして、運送事例に代表される、②機会を自覚的に利用しようとしている者に対する利用過程の促進については、正犯が自覚的に利用しようとしている機会の情報についての認識(機会の危険性の認識)と、正犯が機会性について認識していることの認識が要求される。例えば、正犯が目的地について麻薬を授受すること、そして、機会の提供として、約束の時間に間に合うように正犯が動いていることに対する認識があれば<sup>172)</sup>、幫助犯の故意を肯定できるように思われる。この認識は正犯から取得する可能性もあり、正犯の言の真摯性によっては、客観的兆候の認識を肯定しうるだろう。ただし、運送事例等で、機会性の認識が肯定されることはまれであろう。

最後に、自己物の調達可能性の問題として述べたはしご事例についてみる。関与者には、正犯が自己物としてはしごを持っていないことについて認識を緩やかに肯定してよい。ただし、①正犯が自己のはしご(同性能)をとってこられるという認識は、これだけをみると同性能のはしごを所持する正犯にはしごを渡すことになるから、関与行為による促進性を否定する事実の認識となる。ただし、この場合においても、②家人がちょうど不在である事実を正犯、関与者双方において知っていれば、①と②の事実をあわせると、機会性が肯定されるので、関与者の認識において正犯にはしごの所持を肯定できない事実を認

識していることになり、なお故意はある。結局、①だけの認識では故意はなく、①②の双方の認識があると故意がある、ということになる。

既遂到達の早期化も法益との関係で考えなければならず、実行の着手を早めることは、原則的に促進とはいえないことはすでに述べた。よって、実行の着手を早めることを認識しただけでは、促進の認識を肯定できないことに注意を要する。

最後に、より役に立つわけではない物を提供し犯罪を失敗させることを企図した行為である、物理的妨害事例における故意について検討したい。この場合、より役に立つわけではない物の提供の認識は、関与行為による促進性を否定する事実の認識であって故意を阻却する。ただ、これと同時に、心理的促進についての認識ある場合に故意が肯定されるか否かも問題となる。この場合は、心理的促進の場合には、犯罪結果発生蓋然性をゼロにする、つまり、犯罪の失敗の事実の認識があれば、心理的促進がなくなるのだから、犯罪の失敗の事実の認識(例えば、すでに警察に通報したことにより既遂前に犯罪遂行が停止するという事実の認識がある場合等)があれば、故意が阻却されることになる。

#### (5) 幫助犯の故意についてのまとめ

以上、幫助犯の故意について述べた。ここまでで一通り幫助犯の成立要件についての検討を行ったので、本稿のタイトルの一部でもある「現代的課題」として、法益侵害の拡散的増加をきたしやすいインターネット上における様々な犯罪行為と幫助犯の成立可能性の問題について、最後に検討を行っておきたい。

## IV. 幫助犯における現代的課題

### 1 はじめに

ここではⅢで述べた私見につき、その理論

172) 事実認識の具体性にどこまでのものが要求されるかには、問題がありそうであるが、約束の時間というのを、細かく何時何分とまで特定して認識している必要はないと思われる。自己の行為により、待ち合わせの時間に間に合って到着することが、機会の提供として問題であるにすぎないからである。

的妥当性を実際にあった事例を含めた事例に対してあてはめてみることで検証してみたい。特に、インターネット上における情報発信行為を取り上げ、分析してみたい。インターネット上における情報発信行為には、プログラム提供行為、サービス提供行為、インターネットそのものではなく実生活に影響を与える情報提供行為などがある。

プログラムの提供行為は、提供者が WWW 上に対象プログラムをアップロードすることである。ユーザーにおいて、提供者がアップロードしたプログラムの存在するサイトにアクセスすれば、当該ユーザーの使用しているローカルコンピュータにプログラムファイルのコピーを作って利用することができるようになる。

当該プログラムが、犯罪に供されうる性質を有する場合、当該プログラム自体が当該犯罪の実行にあたり、物理的促進の可能性をばらむものだということになる。この問題につき、「2 FLMASK 開発者事件の検討」において FLMASK 開発者事件（大阪地判平成 12 年 3 月 30 日判例集未登載（平成 9 年（わ）1619 号）<sup>173)</sup>）、「3 Winny 事件（開発者事件）の検討」において Winny 開発者事件（京都地判平成 18 年 12 月 13 日判タ 1229 号 105 頁

（有罪）<sup>174)</sup>、大阪高判平成 21 年 10 月 8 日判例集未登載（平成 19 年（う）461 号）[無罪]）における Winny というプログラムを開発した者の刑事責任、開発者以外のプログラム頒布者の刑事責任等について、そして、「4 インターネット上の掲示板の管理者の刑事責任についての検討」においてインターネット上の掲示板の管理者の刑事責任について検討してみたいと考える。

原則的に、インターネット上におけるこのようなプログラム開発者等の責任を論じるにあたっては、機会の提供ということはないといつてよいように、既遂到達の早期化についてもほとんど物理的促進を肯定できないと考えられる。

これを前提に以下検討したい。

## 2 FLMASK 開発者事件の検討

本件は、FLMASK を開発した者による、① FLMASK を利用してマスク<sup>175)</sup> をかけた画像を HP 上に提示しているアダルトサイトとの間に相互にリンクを張る行為、② マスクはずしができることを示唆する情報（「FLMASK サポート」というサイトにこのような情報がある）が掲載されている URL

173) 資料および判決文は、園田教授のホームページ上にある ([http://sonoda.e-jurist.net/data/fl\\_link02.html](http://sonoda.e-jurist.net/data/fl_link02.html), 2010 年 8 月 8 日最終検索。)

本判決の評釈がメインではないが、解説として参照すべきものとして、前田雅英「インターネットとわいせつ犯罪」ジュリ 1112 号 77 頁（1997）（特に「七わいせつ画像とマスク」（前田・同 83 頁））、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリ 1117 号 73 頁（1997）（特に「三三リンク」（山口・同 76 頁）と「三 4 修正した画像と公然陳列」（山口・同 76 頁））がある。

174) 社会的には、Winny 事件を技術発展の見地（特許法の領域）からとらえると処罰すべきでないという議論が、著作権の見地（著作権法の領域）からとらえると処罰すべきとの議論が出てきうるが、最終的には、幫助犯規定の適用を前提とすれば、刑法上の幫助犯の成立範囲の問題であると考えられる。様々な見地から以下に紹介するような評釈が執筆されている。

大友信秀「著作権侵害行為の幫助的行為と刑罰規定（その 1）～（その 2・完）——いわゆる Winny 事件を契機として——」知財管理 56 巻 7 号 971 頁（2006）、56 巻 .8 号 1119 頁（2006）、石井徹哉「Winny 事件における刑法上の論点」千葉法学 19 巻 4 号 146 頁（2005）、岡村久道「Winny 開発者著作権法違反幫助事件」NBL848 号 41 頁（2007）、豊田兼彦「科学技術の開発・提供と幫助犯の成否」法セミ 629 号 124 頁（2007）、渡辺卓也「ファイル共有ソフトの提供と従犯の成否——Winny 提供事件第一審判決」法教判例セレクト 2007、29 頁（2008）、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」法時 991 号 114 頁（2008）、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 Vol.8,54 頁（2007）、小島陽介「ファイル交換ソフト Winny の開発・提供を行った者が著作権法違反幫助罪に問われた事例」立命館法学 320 号 307 頁（2008）。

また、本稿脱稿後に、Winny 事件控訴審判決に対する数多くの評釈が発表されているが、これらについての検討は、他日を期したいと思う。

175) モザイクと言っても良い。



情報を提供する行為、③当該アダルトサイト運営者（画像にマスクをかけていた者）に本来登録料を支払わないと円滑に利用できないFLMASKのライセンスコードを付与して無償使用させた行為、がアダルトサイト運営者である正犯によるFLMASKによるマスクが付された画像の公然陳列行為の幫助になるか否かが争われた事案である。

FLMASKというのは、画像処理ソフトであり、可逆的なマスクを付加できるソフトである。FLMASK自体は、画像処理ソフトであるから、多くの適法な利用形態がある。中立的行為による幫助という観点からみると、ソフトの開発だけでなく、ソフトの提供ですら、可逆的なマスクを悪用する場合は例外的であるともいえるのである<sup>176)</sup>。しかし、FLMASK事件において裁判所はソフトの有する犯罪的意味を考慮することはなかった。このような論点自体が認識されていなかった可能性もあるが、前章で検討した通り、促進を厳しく見るという態度で足りるのであり、結果的に裁判所が、幫助犯一般の成立要件の問題としてとらえ、「他の有効な利用方法」を構成要件該当性阻却事由としてとらえていないこと自体は妥当であるといえる。

判決においては、まず、たとえ一見するとわいせつ性を失わせるのに十分なマスクが施されていても、それが可逆的なものであり、かつ、一般人を基準として容易にマスクを外し、わいせつ性を顕現させることができる場合には、外観上わいせつ性を有する物と同視できるとしている。このことから、アダルトサイトからFLMASKの使い方を書いたHPにリンクを張ることをもって同視としていることになり、プログラム開発者において、同視可能性を作出すること自体にかかわっているとみられる場合には、物理的促進を肯定し

てよいと思われる<sup>177)</sup>。なぜなら、FLMASKによる加工によって取締機関の追及を逃れやすくすることで、より長い間のわいせつ図画の公然陳列を可能にする（不特定多数の者の認識可能性の時間的増大がある）<sup>178)</sup>からである。

本件は、正犯のHPからFLMASKのHPへのリンクがなされていない、つまり、FLMASKを利用したわいせつ物公然陳列が行われているとは評価できない状況下における、幫助犯からの正犯者へのメールの中にマスクを外せる機能についての情報も含まれていた事案である。正犯はこれにより、取締機関に発覚しにくく、かつ、わいせつ図画の公然陳列を可能にする方法を取得したのであって、これは物理的促進のうちの方法の提供に当たりうる。

まず、②（マスク外しが可能であると示唆する行為）について検討してみる。大阪地裁は、1人の正犯Aについては、幫助者からのメールによってマスクはずしの方法を知ったと認定し、もう1人の正犯Bについては、すでに他のサイトで公開されている情報によってマスクはずし可能なツールであることを認識していたと認定している。したがって、Aについては、当該方法の使用方法について、通常配布されているマニュアルと比較によって明らかに簡単に手に入るものでない限りは、方法の提供による促進が肯定され、Bについては方法の提供自体については物理的促進が肯定されないことになるとされる。大阪地裁もほぼ同様の判示であり正当である。

次に、①について検討する。大阪地裁は上記のようなBについても、①の行為である相互リンクを促したことにより、因果性を肯定する。しかし、FLMASKのサイトに対す

176) 悪用する者がいたとしても、悪用者自身も、適法利用している可能性は十分にある。

177) FLMASKでマスキングした画像を提示しても、リンクがなければ同視できない。勝手にリンクを張られていても、他のサイト上のあるリンクを削除させることは不可能であるから、プログラム開発者にはリンクの削除義務は認められにくい。他の義務については、本稿では触れない。

178) インターネットにおけるデータのアップロードによるわいせつ物公然陳列罪については、刻一刻と陳列行為が行われており、これが、包括評価されると解する。この問題については、後述の名誉毀損罪において簡単に説明しているが、本稿の考察対象からは若干外れることになる。

るリンクがフリーであれば、正犯がリンクを張ること（わいせつ性作出行為）自体に何らの障害もなかったものであり、その点についての認定がないことには疑問がある。もっとも、プログラム開発者からの直接のメールにより心理的促進があったという可能性はある。また、FLMASK 側からのリンクは、わいせつ性作出とは関係ないが、公然陳列されているわいせつ画像への到達可能性を高めているので、リンクの仕方にもよるが<sup>179)</sup>、これ自体も物理的促進と評価されうる行為である。

最後に、③についてみると、大阪地裁は、シェアウェアである FLMASK 登録コードの正犯に対する無償進呈をもって因果性あり、としている。大阪地裁によると、FLMASK は、試用期間後には通常の使用はできるものの、無償で使用し続ける場合にはたびたび警告メッセージが出る仕様だったという。シェアウェアにも様々なものがある<sup>180)</sup>が、既遂到達の早期化を直ちに物理的促進と認めることができないような本件<sup>181)</sup>において、このような、機能制限を伴わないシェアウェアの無償登録コードの提供はその効果において微

弱にすぎ、物理的促進になるとは考えられない。マスクはずしを示唆するようなメールのやり取りにおける、幫助犯自身からの登録コードの無償進呈の申出をもって、わいせつ物の充実化等を促していると評価し、これは犯罪行為の是認のメッセージを与えるものとして、心理的促進があるとすべきであったと考える。

### 3 Winny 開発者事件等の検討

次に、物理的促進性の判断基準について、Winny 事件で問題になった、著作権侵害罪のうちの公衆送信権侵害罪の幫助について検討する。本件は、京都地裁と大阪高裁とで結論が分かれており、判断の難しさが感じられる事件である。

ここでは、間接侵害規定を欠く著作権法において間接侵害に類似する類型の行為について著作権侵害罪の幫助犯をそもそも認めるべきか<sup>182)</sup>、という知的財産法学的な考慮を要する論点には触れず<sup>183)</sup>、幫助犯規定の適用があることは前提として、理論的な観点から

179) 画像ファイルに直接リンクするのと（いわゆる「直リン」）、HP の上位階層にリンクするのでは、到達可能性の評価に差異が生じうる。直リン行為によるわいせつ物陳列罪について、片面的共同正犯ならばともかく、単独正犯とするのは、リンク先のファイルに対する編集権がないことを考えると、リンクは正犯行為を何ら支配することができない状況における単なるフリーライドにすぎないともいえ、行き過ぎの感があるが、本稿では解答を留保しておきたい。なお、高橋和之＝松井茂記編『インターネットと法（第3版）』104頁〔山中敬一〕（有斐閣、2004）も参照。

180) シェアウェアには、料金を払わないと、①機能が制限される、②起動に時間がかかる、③宣伝広告が定期的ないし継続的に画面に表示される等のプログラム上のアレンジがなされる。これは、多少不便があっても無償使用したいユーザーと有償でもよいユーザーとの差別化を図るものである。したがって、シェアウェアのライセンスを提供する行為の促進性は、シェアウェアの性質の吟味が必要な場合がある。

181) 早めに公然陳列したからといって、多くの時間、公然陳列できるとは限らない。

182) Winny については、著作権者においてその提供行為の差止めを民事で訴求したらどうなるか、という議論も可能である。ただ、Winny においていわゆる管理支配と利益帰属を差止め客体（侵害主体）の要件とする、いわゆる「カラオケ法理」の適用を考えると、本件では被告人に利益帰属がなく、管理支配についても Winny においては分散処理が行われている以上これを肯定できず、差止めを認めることはできないということになる。刑事処罰と差止めは目的が異なるから結論がわかれうることはあり得るとしても、差止め請求権の趣旨からして、この結論を妥当と考えるかという議論もある。反対に、知的財産法におけるカラオケ法理は、関与者（場の提供者等）を侵害行為を行っている者とみなしてしまう法理（規範的同視）であるが、事実の評価としては擬制に過ぎていて（「店が歌う」などと構成されてしまう。）、私見によれば、詳しい考察は別稿で行いたい、刑事法分野においては許されない類推解釈であるという余地もあるだろう（反対、大阪地判平成6年4月12日判時1496号38頁は正犯として処罰。）。これは、店が主体となって上映することは可能であり、上映権侵害罪（著作権法第22条の2、第119条第1項）は成立しうるけれども、「客が歌う」のを「店（の管理者）が歌う」とみなすこと（擬制）はできないのではないかと、ということである。この問題については大友・前掲注173）が知的財産法からの検討を行っていて示唆に富む（特に、大友・前掲注173）1132-1133頁）。

183) ただし、小島・前掲注173)310頁-311頁に詳しい。

の幫助犯の成否の検討を行う。

### (1) 京都地裁判決の検討

まず京都地裁は判決で次のように結論付ける。

「本件では、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るもので、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、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取りざたされ、効率もよく便利な機能が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の下、被告人は、そのようなファイル共有ソフト、とりわけ Winny の現実の利用状況等を認識し、新しいビジネスモデルが生まれることも期待して、Winny が上記のような態様で利用されることを認容しながら、Winny2.0 β 6.47 及び Winny2.0 β 6.6 を自己の開設した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ことが認められ、これによって Winny2.0 β 6.47 を用いて甲が、Winny2.0 β 6.6 を用いて乙が、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つつ、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のであるから、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評価することができる。」

既に前章で述べたとおり、物理的促進として Winny の提供を考える場合、公衆送信権侵害罪の保護法益である、個別の著作物の著作権との関係を考える必要がある。Winny には様々な機能が付いており、① Winny の肝ともいえる分散型ファイル共有システム部分（誰もが送信者兼受信者になりうるという事）、②ファイル転送時の匿名性を確保す

る部分、③ Winny2 になって新設された掲示板システム、を挙げることができる。

順に検討すると、①は、ファイル共有（当然随時データの転送が行われる）を効率よく行うものであり、公衆送信権侵害を直接惹起するものである。しかし、前章で述べた私見からすれば、Winny が、他の著作権侵害可能なツールよりも役に立つソフトウェアであることが必要である。ここで、同様の結果を惹起する他のツールを現実にインストールしていないユーザーについても、ユーザーが選択肢とした他のツールが、インターネット上において送信可能化状態にあれば、そのツールを利用した場合と比較して Winny の促進性を吟味すべきである。そして、Winny が不特定多数ユーザーによる積極的な著作権侵害行為（ユーザーによって指定されたフォルダにユーザーが著作物をコピーして送信可能化状態に置くこと）を待ち、その上で著作権侵害行為を助長するツールであることを考えると、Winny が初めて配布された時点だけを取り出して考えるのは正当ではなく、しばらくしたのちの結果をも踏まえ、その著作権侵害に役に立つか否かを判断すべきである。この判断基準によれば、Winny が爆発的に利用されたこと、ユーザーの入力負担がほとんどないこと（利用しやすいこと）等からすれば、Winny は他のツールよりも役に立つ物であった<sup>184)</sup>と評価しうるだろう。しかし、Winny 自体の著作権侵害行為への強い誘引力を考慮しても、頒布開始時点において、その客観的兆候を肯定はできない<sup>185)</sup>から、その時点において故意を認めるのは困難である。この点、京都地裁の判示についてみると、開発行為自体、初回頒布行為時点において著作権侵害幫助罪を認めたわけではなく、それは正当である。

しかし、京都地裁は、Winny2 へのバージョンアップ(③)とこれの頒布という、著作権

184) 物理的促進としての「役に立つ」か否かの基準は、「正犯にとって」の基準であるから、正犯の負担（「使いやすい」の裏返し）や正犯の推定数等からの統計的データをも踏まえて認定してよいように思われる。

185) Winny は、Winny 利用者のネットワーク内におけるファイル共有システムを構築するソフトウェアであるから、複数の者が利用して初めて、公衆送信権侵害行為が可能になるものであり、開発、提供だけで、利用者が1人しかいない場合には、絶対に公衆送信権侵害は成立しない。

侵害との関係では、何らの機能的促進を伴わない行為をもって、著作権侵害幫助としていようである。以上の議論からするとバージョンアップ(③)自体は、掲示板機能の付加しかないのであるから、公衆送信権侵害との関係では物理的促進に欠ける<sup>186)</sup>のであり、裁判所の認定には賛成できない。また、過失による頒布行為等を先行行為として、被告人において著作権侵害の蔓延の事実気づいてからのWinnyやWinny2の頒布停止義務(不作為による著作権侵害幫助罪の検討)について考えてみても、被告人以外の者によるWinnyやWinny2互換のソフトウェアの頒布自体を抑制することはできないと考えられるから、結果の抑制の可能性がほとんどない場合であるともいえる。

②については、Winny事件では、法益主体やこれに準ずる者は、著作権者ないしACCS、JASRACなどの団体であって、転送されるファイルを匿名化暗号化すること、ファイルを分割伝送させる仕組み<sup>187)</sup>は、インターネット上における著作権侵害がないか随時監視したい彼らの監視能力を低下させる効力を有しており、現にそれは奏功していると思われる以上、①とあいまって物理的促進性を肯定しうるように思われる。京都地裁はこれに触れず、心理的促進の問題としている<sup>188)</sup>。しかしながら、匿名性は一般的に犯意強化力があるだろうが、心理的促進(犯意の強化、翻意の減少)を具体的に認定するのは困難であるように思われる。Winny以前の暗号化機能がないP2Pソフトも、広汎に

頒布、利用されていたことは明らかであり、そのようなユーザー相手にどの程度の心理的促進効果があるのかが明らかではないからである。物理的促進と構成したほうがよいように思われる。

本件においては、通信の暗号化技術自体は技術的に新規性のないものであったが、この機能は、法益主体の監視能力を低下させる効果を有し、これは被害の拡大を招きうるものであるから、この点で物理的促進を肯定できるようにも思われる。しかし、ファイルの転送をおこなうツールを提供するときに、ファイル送信者のプライバシーの保護を図るための措置を講ずることも、ツール開発者には当然、かつ、一般的に要請されるといえる。したがって、これを当該転送ツールに付加したこと自体による、ファイルの匿名化、暗号化による法益主体の監視能力の低下は受忍すべきであった(実質的違法性がない)と構成する余地もおおいにある。

結局は、①の性能、ソフトウェアのインタフェース面からの使いやすさ、法益の弱体化可能性を肯定しうることもあるが、その時点における被告人の認識を、WinMX等の既存のソフトウェアの利用状況に対する認識、電子掲示板や被告人のHPにおけるメッセージを参酌して、自己の開発するソフトウェアを提供した日にはそれがどのように利用されるか、ということについての、Winny1提供時のユーザーの客観的兆候に対する認識を丁寧に検討しなければならなかった事案であり<sup>189)</sup>、客観的兆候に対する認識に欠ける場

186) 確かにWinnyとWinny2の間には互換性がない。つまり、WinnyとWinny2のユーザーはお互いのファイルを交換(送受信)できない。ここは一応問題となる。例えば、Winny2でしか出回っていない著作物がある場合である。しかし、著作権侵害との関係でその性能は何ら変わらないと考えるべきだろう。性能評価の抽象化がどこまで許されるかは、当然に課題になるものだが、この点の検討は他日を期したい。

187) Winnyネットワークからダウンロードされて得られた著作物ファイルは、複数の者が有している目的のファイルの一部のデータを結合させて得られたものである可能性がある。当該複数の者においても、ファイルの全部のデータを有しているとは限らない。

188) 石井・前掲注173)143頁も、Winnyが掲示板におけるファイルの暗号化匿名化についての要望にこたえるように作られたことから、官憲の追及を免れうるとの安心感を与えたことで心理的促進になりうるとしているようである。しかし、掲示板に現にそのような要望を書いたものならばともかく、不特定多数の者が心理的に促進されたということまでは言いにくいように思われる。

189) 後述の大阪高裁判決は、この点について厳しい基準を提供したとも評しうるが、大阪高裁判決にも内在的な問題はありうると思われる。詳細は後述。



合には、概括的故意すら欠けるといえる。また、被告人が既存の著作権のモデルに対して否定的な考えを示していたという事実をもって心理的促進の故意（これは行為時点を選ばない）を認めうるのかについても問題がある。「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」<sup>190)</sup>」に過ぎない可能性があるからである。

以上からすると、Winny2を提供したから罰するというのは妥当ではないと考える<sup>191)</sup>。

## (2) 大阪高裁判決の検討

次に、大阪高裁判決を検討する。

大阪高裁の判決要旨は次のとおりである。幫助犯の理論的な考え方の部分について、紹介したい。

まず、「インターネット上のソフト提供で成立する幫助犯はこれまでにない新しい類型で、刑事罰を科するには慎重な検討を要する。」としたうえで、次の客観面、主観面の2点において、原判決を批判する。

すなわち、客観面として、「「Winnyの現実の利用状況等を認識し、認容しながら」といっても、Winnyは平成14年5月6日に最初にインターネット上で公開・提供されてから、何度も改良（ヴァージョンアップ）を重ねて、その都度公開・提供をしてきて、平成15年9月に本件に至るのであるが、最初の公開・提供の時から幫助犯が成立するということではないとして、その約1年4か月の間、どの時点から、どのヴァージョンのWinnyの提供から幫助犯が成立するに至ることになるのが原判決の基準では判然としない。」

次に、主観面として、「違法性を有するか否かは、「提供する際の主観的態様如何による」といって、その認定に、被告人と姉との間で送受信された私的なメール内容や本件Winnyを提供した行為の後のWinnyホームページでの「Winnyの将来展望について」の被告人の発言をも根拠としているが、技術それ自体が価値中立のものであるWinnyの

提供はインターネット上の行為として行われるのであるから、いかなる主観的意図の下に開発されたとしても、主観的意図がインターネット上において明らかにされることが必要か否か、またその時期について、原判決の基準では判然としない。」

そして、Winnyを価値中立的なソフトと認定した上で、本稿の論点に関するものとして、次のように述べる。

「一般に中立行為による幫助犯の成立につき、正犯の行為について、客観的に、正犯が犯罪行為に従事しようとしていることが示され、助力提供者もそれを知っている場合に、助力提供の行為は刑法に規定される幫助行為であると評価することができるが、これとは逆に、助力提供者が、正犯がいかにもその助力行為を運用するのかわからない場合、又はその助力行為が犯罪に利用される可能性があると認識しているだけの場合には、その助力行為は、なお刑法に規定する幫助犯であると評価することはできないというべきである。しかも、開発したソフトをインターネット上で公開して提供するということは、不特定多数の者に提供することであり、提供者はソフトをダウンロードした者を把握することができず、その者がソフトを用いて違法行為をしようとしているか否かを把握することもできないのに、提供者は、インターネット上で不特定多数の者との共犯の責任を問われることになり、価値中立のソフトを提供した行為について、幫助犯の成立を認めることとなれば、幫助犯の公訴時効は正犯の行為が終わった時から進行することから、そのソフトが存在する限り、そのソフトを用いて違法行為をする正犯者が出てくる限り、ソフトの提供者は、刑事上の責任を時期を問わず無限に問われることとなる。これらの点にかんがみると、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対して幫助犯として刑事責任を問うことは慎重でなければならない。したがって、価値中立のソフトをインターネット

190) 園田・前掲注173)61頁。

191) もっとも、Winny2からWinnyの世界に入った正犯を見つけてくるという手法は考えられる。

上で提供することが、正犯の実行行為を容易ならしめたといえるためには、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音が出る可能性・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勧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。そして、被告人には「誰がウィニーをダウンロードしたか把握できず、その人が著作権法違反の行為をしようとしているかどうかも分からない。価値中立のソフトをネット上で提供することが正犯の実行行為を容易にさせるためにはソフトの提供者が違法行為をする人が出ることを認識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みに使用させるように勧めて提供する場合には幫助犯が成立する。」(この段落で紹介した部分を、「大阪高裁判理」とする。)

最後に、当てはめとして、次のように言う。

「被告人は Winny をネットで公開した際、著作権侵害をする者が出る可能性を認識し、「これらのソフトにより違法なファイルをやりとりしないようお願いいたします」と著作権侵害をしないよう注意喚起している。」

「また、被告は02年10月14日には「コンテンツに課金可能なシステムに持ってゆく」などと著作権の課金システムについても発言しており、ウィニーを著作権侵害の用途のみに使用させるよう提供したとは認められない。」

「被告人は価値中立のソフトであるウィニーをネットで公開した際、著作権侵害をする者が出る可能性は認識していたが、著作権侵害のみに提供したとは認められず、幫助犯の成立は認められない。」

ここでは理論的な検討を行いたいが、ま

ず、大阪高裁は、中立的行為による幫助の解釈における、中立的行為に特別の基準を適用して解決しようという、2段階アプローチを採用しているものと思われる。処罰範囲の限定自体に賛同はできるが、2段階アプローチそれ自体には賛同できないということはすでに述べた。

次に、インターネット上の幫助犯に関する解釈基準が通常の幫助犯に関するそれと異なる理由が明らかでない。確かに、インターネットにおけるファイルの提供の特質は、ダウンロード者による、ダウンロード依頼ともいえる信号をファイルがアップロードされているサーバに送信する必要がある、それはアップロード者のアップロードの時点とは大いに異なる可能性が高い。その意味では、(有体物の売買等の)合意による占有の移転とは異なり、一見して、プログラムに対する「占有」移転自体は、むしろ直接的にはアップロード者ではなく、ダウンロード者が主体的に行っているとすら言いうる。しかし、これは、「好きなだけ持って行ってくれ」といって、公共の場所にたくさんの道具を置いておくこと<sup>192)</sup><sup>193)</sup>と同じことであり、成立要件に特別な修正をきたすようなものではないように思われる。要するに、誰がいつダウンロードするかわからないインターネットの構造上の問題は、故意を肯定しにくくなるだけの問題のように思われる。

したがって、インターネット上か否か、という事実概念に関する問題が、なぜ基準を変えるべき問題なのかについて論証を要するといえる。

次に、本判決は、バージョンの問題について、Winnyの特性<sup>194)</sup>を十分に把握しないでWinny2の頒布をもって幫助行為と特定した原判決の弱点を突いており、その点は、結論において正当である。ただ、より詳細に検

192) 情報と異なり、有体物は、重疊的占有がかなわないために、コストがかかる。ゆえに、本文のような状況が生まれにくいといえるが、これは解釈論を変容させるものではなく、事実的な問題に過ぎないと解される。

193) さらに、このような場合には、提供行為自体が継続しているといえ、アップロード行為のみを提供と考えるべきではない。

194) どういう機能がいつのバージョンで付加されたか、初回公開バージョンでどのレベルの機能が付いていたか、ということ。

討したい。

大阪高裁法理は、Winnyの利用者による犯罪行為開始についての把握不能を前提に、「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勧めてソフトを提供する場合に」と処罰範囲を限定するものであるが<sup>195)</sup>、上記把握不能性について、インターネット上の幫助犯ゆえにこれが基礎づけられているとするならば、把握可能性とソフトの利用法に内在する違法性とを相関的に理解した幫助犯の限界の基準を採用している可能性がある。すなわち、誰が何をするか関与行為者において把握できる状態では、物をただ提供するだけで足りるが、典型的に誰が何をするかがわからないと認められる状況においては、違法な利用法のみを促す形での提供を処罰すべきである、とするものである。

しかし、被提供物を利用して誰が何をするか関与行為者からみてわかるか否かの問題は本来幫助犯の故意の問題のはずである。これを理由づけにして、幫助犯の客観的要件を修正するには、さらなる理由づけが必要なように思われる。

また、大阪高裁法理によると可罰的になりうる「違法な利用法のみ(または「主として」)提供」することは、本稿の立場からすると、物理的促進のうちの方法の提供の問題のようにも考えられる<sup>196)</sup>。ただし、Winnyの利用法の重要な部分は、ファイル共有の方法に尽

き、共有対象が著作物か否か、とは別の問題としても捉えることもできる<sup>197)</sup>。つまり、著作物である特定のソフトウェアのプログラムファイルを共有する方法を書けば、違法な利用法といいうるが、単純なファイルの共有方法に過ぎない場合には、大阪高裁法理を前提とすると、違法と断言しづらいものである<sup>198)</sup>。結局、Winnyというソフトウェア自体の提供(物の提供)として考えることと、Winnyを利用して、〇〇ということができる、というような方法の提供として考えても、「のみ」や「主要な」の問題は共通して存在するものといえる。正犯になりうる者を正犯へ誘導する効果のある要素(因果関係の相当性が肯定されやすくなる要素)として考えたほうがよいものと思われる<sup>199)</sup>。

問題は、違法な利用と適法な利用が考えられる物を提供する場合において、適法な利用法を教示しただけでは、正犯が違法に利用することを知っていれば、幫助犯の成立を否定しないと思われるのに、なぜ、Winnyだとこの法理が許されるのか、であるが、(事実上、故意を認めにくくなること以上の<sup>200)</sup>201) 答えは得られていないように思われる。

結局、大阪高裁法理では、違法行為と適法行為をあわせて教示している場合には、実際に具体的に著作権侵害行為を行う者が存在し、これを関与行為者において認識していたとしても<sup>202)</sup>、「のみ」や「主要な」の要件を満たさずに、処罰されなくなるのが問題

195) もちろん、実際にWinnyの利用により著作権侵害行為がなされたことが必要である(実行従属性)。

196) 物の提供と方法の提供は独立の基準と考えたいが、大阪高判は、これを混合した基準を考えている可能性がある。それは、物、方法を個別にみると、単体では「より役に立つ」をかりうじて満たさないが、総合的にみると、みたく場合があるのではないか、という可能性である。法律上、物と方法が分けて規定されているわけではないので、そのような考え方も当然あり得るが、なお考えたいと思う。

197) 独自のノウハウと関係なく、何を共有しようと、何ら困難性が変わらないからである。この点については、方法の提供、特に、コピー機の事例を参照。

198) そもそも、Winnyは、方法の提供を要するほどの複雑な操作を要するソフトとは言い難い。

199) その結果、相当因果関係を有する事実経過の認識も容易になり、故意が肯定されやすくなる。

200) ロクシン説からみれば「信頼の原則」だろうが、島田説や本稿からみれば、「客観的兆候がないことが多い」ということになる。

201) 本稿では事実認定の問題に強く踏み込む気はないが、「〇〇という違法な利用をするな」というソフトウェア提供者による警告メッセージが、警告された行為の具体性、実現容易性によっては、〇〇という違法な利用法を(事実上)教示していることにもなり得ることに注意を要すると思われる。この点については、大阪高裁は、他の事実も摘示し、故意を否定する要素として評価したものと思われる。

202) それが、関与者と正犯の間で面識のない者であったとしても、インターネットのフリーメールや掲示板等

とならざるを得ない<sup>203</sup>。この問題については、ロクシン説への疑問と同種の疑問を持つ。

ただし、処罰範囲の限定の方向性自体は、賛同でき<sup>204</sup>、これを、如何に綿密にしていくなかは今後の課題とも言え、それに対する一定の見解は本稿ですでに示したとおりである。

### (3) 技術の周辺に位置する者についての検討

Winnyの開発者については以上である。

ここからは、補足的にWinnyの技術を知らしめることに貢献する者（第三者によるWinnyの頒布、Winnyの利用方法の提供等、Winny技術の普及、流通に一役買っていると評価される者）の刑事責任についても触れておきたい。このような考察は、Winny以外の場面でも参考になるだろう。

#### ① 第三者によるソフトウェアのアップロード行為

開発者ではない第三者（Winnyのユーザー）が、Winnyのユーザーを新たに開拓しようとして<sup>205</sup>、開発者の許諾を得ずにWinnyを自己のHPにアップロードして頒布（提供）していた場合はどうなるか。

京都地裁の判示によれば、促進は肯定されることのできるソフトで現に著作権侵害が広く行われていることの認識、認容があれば、故

意も肯定されるように読める。京都地裁の理解からはこれで正しいのかも知れない（Winnyをアップロードした者は皆、幫助犯の客観的要件を満たす）。

また、大阪高裁の判示によれば、幫助が肯定される場合もある、ということになるか。ただ、開発者でない者に関しては、射程外の問題ともいえるので、注意を要する。

本稿の考え方からは、開発者がプログラムを提供している状態があることを前提とすると、第三者がプログラムをアップロードしているだけでは当該第三者は実質的に見てミラーサーバ<sup>206</sup>の機能しか果たしておらず、開発者の提供行為以上に「より役に立つ」ことを何らしていないので、促進が否定されるようにも思われる<sup>207</sup>。当該第三者が著作権侵害を蔓延させてやろうという目的を持っていたとしてもこれを促進関係の成否で考慮してはならないと考えるほかないと思われる。

#### ② 雑誌やHP等での当該ソフトの情報提供行為

では、Winnyを利用した著作権侵害の方法を雑誌やHP等で伝達する行為について、Winnyを利用した著作権侵害幫助を構成するのか。Winny開発者事件においては、被告人のHPにはWinnyの使い方についてのガイドはほとんどなかったといってよい。したがって、標準のマニュアルのないソフトウェアであって、パソコン初心者にとって

---

でやりとりがあった場合にどうか、という問題もある。つまり、インターネットにおける特殊性が妥当しないから、通常の法理が妥当する、とは言えず、すべてインターネット上で完結している場合の法律による対処法が問題になっている場合である。

203) その意味では、違法な利用と適法な利用の相対的な観念で考えるべきではなく、違法な利用の可能性が無視できない程度に達しているか否かの基準を採用し、その下位基準を考察したほうがよい。

204) 本件事案においては、大阪高裁法理のような限定により、無罪という結論が出たと評価しうる。ただ、限定のしすぎではないか、ともいえるのである。

205) ユーザーが増えると、共有されるファイルは増えるという相関関係はあり、他のユーザーを誘引するインセンティブは強い。

206) メインサーバのダウンに備えて、同じ内容のファイルをアップロードしておくサーバのこと。

207) さらにもう一つ条件として、開発者のサイトにアクセスが集中して開発者のサイトからのダウンロードが「困難」であったとしても、その困難さは、早期ダウンロードが困難であるにすぎず、ダウンロード自体の不可能を意味するものではないから、開発者以外の他者によるプログラムファイルの公開はダウンロードを早期化させるだけにすぎないことになり、本稿の理解からは促進とはいえない。他方、開発者が、特定少数の者にしかダウンロードさせない形態でサーバにファイルをアップロードしていた場合に、開発者がダウンロードを認めていない者にダウンロード可能な状態を設定する行為は、それがなくと犯罪行為をできない以上、促進というべきである。



は、Winnyの使い方を手取り足取り教えるサイトを作って公開し情報提供することも物理的促進のうちの方法の提供にあたりうる行為ではある。ただし、Winnyの性質上、客観的に見て、ユーザーがなすべきことはほとんどないことも考えると、提供された方法に促進力があるとするには躊躇を覚える。しかし、正犯を逮捕するなどして、取調べているときに、正犯において最初にこの手のツールを知った雑誌を覚えていて、その雑誌を読んだことでWinny等のツールに魅力を感じ著作権侵害の道に引きずり込まれたことが立証された場合には、当該雑誌のライターやHP製作者には、記事の内容にもよるが、概括的故意による教唆犯や幫助犯の罪責を問うこともありえないことではないように思われる<sup>208)</sup>。さらに、著作権侵害の方法の書いてある雑誌を販売する書店の従業員についても考えてみると、著作権侵害への誘引力の強い雑誌を販売する書店の従業員は、販売義務、本の販売というルーチンワークゆえに構成要件該当性ないし違法性がない<sup>209)</sup>というのではなく、わいせつ物と異なり本の内容を十分に理解できないがゆえに正犯の具体的事実や促進の故意を肯定できないことが多いだけのようと思われる<sup>210)</sup>。

#### 4 インターネット上の掲示板の管理者の刑事責任についての検討

電子掲示板は、迅速なコミュニケーションを行うための不可欠なインフラと化しつつあるが、提示される情報の性質、内容によっては法的問題になることがあり、刑法の観点からすると、掲示板設置者、管理者の刑法上の責任も問題になる。

一時期は、プロバイダの責任が問題になっていたが、昨今は、電子掲示板の内容をよく把握しうる電子掲示板の管理者（以下、「管理者」と略記することがある。）の責任が問題になってきている。プロバイダやサーバ管理者<sup>211)</sup>には、保障人的地位を肯定しにくく、そうであれば、原則的には不可罰となるだろう。しかし、積極的な協力意思の表明ととれる行為を管理者側が行えば幫助犯が成立することはある<sup>212)</sup>。

一方、電子掲示板管理者の刑事責任が問題になるのは、書き込みの内容を把握しやすい立場にあることが影響していると思われる。

掲示板管理者が、アップロード者とともに共同正犯になるならともかく、（不作為の）単独正犯になるというのであれば、結論の正当性からも、正犯性の議論からしても重大な問題をはらんでいるが、本稿ではこの点につ

208) ただし、概括的故意といえども何らかの形で限定された範囲の者に対する認識であるから、ほとんど認められないだろう。

209) これではわいせつ物販売罪（刑法第175条）の処罰範囲が著しく狭くなって不当である。

210) 本屋の店員がWinnyに詳しく、自分の店にきた友達に本を紹介してやった場合には、本の紹介程度は本屋の業務の一貫であると考えれば、職業的行為の枠を出ていないが、物理的促進（方法が記載された物の提供）になりうる場合はあるように思われる。

211) サーバ管理者が掲示板も管理していることはあろうが、分けて書いておく。

212) ただし、その成立範囲は本稿の枠組みからは限定されよう。サーバ管理会社の役員が、日本音楽著作権協会（JASRAC）などの許諾がない楽曲の配信を行うサイトの開設者に対してHPスペースを提供する行為は公衆送信権侵害幫助になるか。スペース提供時に故意があれば、アップロードスペースという不可欠なインフラを提供したことにより物理的促進による幫助が肯定される。しかし、提供時には故意がなく、その後、犯罪行為をしやすいうようにサーバの仕様を変更したのであれば、変更内容に応じて物理的促進が肯定されることがあるにすぎない。例えば、転送速度を向上させたとしても、それは早期化の問題に帰着され、サーバ管理者には物理的促進としては帰責できない。他方、容量の増加は、アップロード可能楽曲数を増加させ、単位楽曲あたりのアップロード時間を相対的に増加させるから、物理的促進になるが、容量の増加時に故意が必要である。もっとも、正犯のアップロード行為（送信可能化行為）を正当視する行為があったとして、正犯を心理的に促進したという構成も可能である。人的関係が遠くても、正犯に割り当てられているサーバ容量を何の理由もなく増加させてやるなどすれば、心理的促進になりうる。

いては割愛する。

幫助犯性を考えるにしても、どのような考え方が妥当だろうか。掲示板管理者は、原則的に、掲示板設置時には、掲示板を利用した正犯の犯罪行為の具体的な認識がないといえるから、正犯による犯罪行為が行われたことを知ったのちに、どう行動することで刑事責任を問われてしまうのか、という観点からの検討となる。

最初の問題は、掲示板を利用した犯罪の継続性である。ここでは、争いはあるけれども、名誉棄損の書き込みをした本人、わいせつ画像をアップロードした本人には、それ自体犯罪行為である先行行為の存在、容易に削除が可能であるということをもって、削除義務（作為義務）が認められることを前提として考えたい<sup>213)</sup>。そうすると、書き込みやアップロードを行った正犯には、不作為犯的な構成で削除義務違反を理由とした、先行行為と同一の犯罪が継続して成立しているとみる余地があることになる。

幫助犯の成立を検討するにあたっては、このような削除義務違反を促進したか否かという観点（不作為犯に対する共犯）から、その解決が図られることになる。管理者権限を行使して既にアップロードされたデータに関する編集権限を剥奪した場合に、不作為犯に対

する作為による物理的促進を認めることができるが、実際に問題になるのは、書き込み内容を認識しての放置行為（不作為犯に対する不作為による共犯）である。

この問題は、放置行為を促進したか検討する以前の問題として、掲示板設置行為が、正犯の書き込み自体（作為）を促進していないか考えるべきであろう。まず、匿名性の高い掲示板の設置行為は、掲示板自体が情報発信に不可欠であるから、物理的促進自体はある<sup>214)</sup>。また、匿名機能<sup>215)</sup>から、掲示板管理者による、犯罪行為である名誉毀損的内容を有する書き込みを是認するものである、というメッセージを正犯が受け取れば、心理的促進もあり得る。その意味で、掲示板設置行為は、客観的に見れば幫助行為としての危険を孕む行為ではある。ただ、設置行為が問題になる場合には、その時点での正犯の具体的な犯罪事実についての故意が必要であるから<sup>216)</sup>、事前の通謀等がない限り、設置行為自体をもって共犯の罪責を問うことは難しい。

次に、違法な書き込みやアップロードがなされた掲示板を放置する行為について考える。

掲示板設置行為という促進効果を有する先行行為から直ちに保障人的地位を認めるのは困難であるし<sup>217)</sup>、作為義務の内容確定も極

213) 当該犯罪を継続犯と捉えればこのような解釈は不要だろうが、継続犯か状態犯かは犯罪名によって典型的に決まるものでもないし、名誉毀損罪を常に継続犯とすると名誉を毀損する本が発行された場合には本が店頭にある間中犯罪が継続することになり不当であること（山口厚「判批」重判平成17年度（ジュリ臨増1313号）158頁、159頁（2006））は確かである。ただ、具体的事案に応じた実行行為の継続を考えることは可能だと思われる（佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修556号15頁、18頁（1994））。上述の本屋の事例については、本媒体での頒布に対する支配可能性を欠き、作為可能性を要件とする作為義務がないので、犯罪も終了したといえるだろう。したがって、キャッシュについても同様に支配可能性がないと考えられるだろう。投稿した記事が投稿した場所に残っていたことを問題視して犯罪の継続を肯定しようとする見解（岡田好史「インターネット上における名誉毀損について」専修法学論集創刊100号記念号143頁、153頁（2007））もあり、具体的事案に応じて危険を消滅させる義務の履行が可能か否かの観点からも、この問題意識は重要だと思われる。

214) 他の掲示板に書き込むことが可能だったということは考えない。

215) 書き込み者が誰であるかわかりにくくということ自体は、訴追可能性、損害賠償責任追及の可能性等の問題であって、当該犯罪の法益との関係からいって、物理的促進の問題とは異なる。先述したが、本稿の立場は、鳥打帽子で顔を隠しても強盗の物理的促進とは呼べない、というものである。

216) 設置と管理とは別の意味を持つ言葉だから設置行為が続いているとは考えづらい。作為義務の問題が生じないので犯行の継続の問題とは異なる。

217) 先行行為（危険な行為であれば足り違法適法を問わない）を要件とする学説はとりにくいだろう。保障人的地位の問題は作為義務を検討する時点における法益に対する影響力がどの程度あるかの問題であり（言い換えれば因果過程に対する支配である）、先行行為は判断要素（間接事実）にすぎないように思われる。

めて難しい。

それでも、削除義務について簡単に検討する。この問題は、2つの側面からの考察となる。1つは、自宅の塀に落書きされたときと異なり、掲示板の発言を削除可能な者は書き込み者である正犯と管理者しかいない場合が多いこと、もう1つは、管理者の削除権行使による管理者自身の法的リスクの問題である。

確かに掲示板管理者には一定の管理権の行使としての編集権はあるだろう。ただ、皆が書き込めるようにスペースを開けている以上、私的な場所であっても表現の場として使われる場（パブリックフォーラム）の管理としての削除権の行使は慎重にならざるを得ない。その上、名誉毀損発言か否かの判断は困難な場合も多いし（特にインターネット上においては、相手との非対面性、相手の言論の非可聴性ゆえに双方が冷静さを失いやすく直ちに名誉毀損とは評価されない可能性もある<sup>218)</sup>）、当該書き込みには著作権も発生しうるので、無断削除自体が逆に違法と評価されかねない。このように考えると、刑法上、削除義務を認められる場合というのはないかもしれないが、相当に限定する解釈が必要であり、民事事件の例のように<sup>219)</sup>、安易に「条理上の削除義務」を認めるべきではないと考える。現状においては、管理者に対する人格権等に基づく特定の書き込みの削除請求が通ることで、管理者の義務は十分果たされたという場合が多いように思われる。

そこで私見としては、刑事事件を考えるうえで、管理者が削除により負うことになる法的リスクに配慮することで<sup>220)</sup>、直ちに削除義務を肯定すべきではなく、問題のある書き込みを行った、削除義務が直接肯定される正犯に対する警告義務をまず肯定し、正犯が警告内容に従うことに同意したにもかかわらず相当期間以内に削除されない場合<sup>221)</sup>には、無断で削除されない利益が放棄され管理者が法的リスクを負わなくなったことの反射的效果として管理者に削除義務を肯定できると考えたい。しかし、このような義務を演繹的に導けるのかにはかなり問題がある（つまり、単なる事実の評価に過ぎないのかもしれない）ので、これ以上本稿では詳論しないことにする。

本稿では、主にある一定の義務を仮定した上での、促進関係の判断を行いたい。この問題は、事案に応じて次のような義務を観念できるだろう。それは、①正犯（書き込み者）への警告義務（その内容も、書き込み者に対して直接警告するか、当該掲示板における広告でよいとするか、も問題となる）、②①のプロセスを通すかとは別に当該問題のある書き込みを削除する義務、である。すでに述べたとおり、刑法上削除義務（②）は直ちには認めにくい（ただし、削除義務が認められれば削除しないこと自体は促進といつてよい）と考えるので、基本的には警告義務（①）の不履行による促進関係について考えてみたい<sup>222)</sup>。

218) 園田寿「サイバー刑事法の動向の課題」刑法雑誌 45 巻 1 号 105 頁, 109-110 頁参照 (2005)。

219) 民事事件として、東京地判平成 14 年 6 月 26 日判時 1810 号 78 頁（控訴審（東京高判平成 14 年 12 月 25 日判時 1816 号 52 頁）も控訴棄却）、東京地判平成 16 年 3 月 16 日判例集未掲載（平成 15 年（ワ）6370 号）の 2 件がある。これらはいずれも掲示板管理者に対する損害賠償請求だけでなく、掲示板管理者に対する削除請求も肯定したものである。

220) 不作為犯の要件には作為の容易性も必要である。したがって、ある特定の行為をするにはリスクが伴う場合には当該行為については作為義務を負わない（林・前掲注 25150 頁参照）。リスクの性質については、事実上のものであるか、法律上のものであるかを問わないだろう。

221) 正犯からの応答がない場合、正犯に帰責する事由により連絡が取れない場合には黙示の同意と構成する。

222) このような議論自体は、今後法律やガイドライン等によって作為義務の根拠となるようなものが規定されることになれば、意味がないわけではないと考える。ただし、本稿の立場からすると（違法の相対性について前述の職業的相当性説の項参照）、その規定から直ちに作為義務肯定の判断をするためには、（拘束力をどこまで認めうるかの問題は別として、）問題になる犯罪の規定と密接な関連性（例えば、刑法〇条違反が問題になる局面における△△者の行動指針に関するガイドライン等）が必要と解される。

まず、物理的促進について考える。物理的促進というためには、正犯の作為義務の履行を困難にすればよい、つまり、削除を困難にすればよいが、基本的には掲示板の仕様を変えなければ、放置により削除が困難になることはなく、物理的促進にもならないといわざるを得ない<sup>223)</sup>。これは、警告するか否かで変わるところはない。ただし、問題の記事が過去ログ等に流れてしまい、正犯にも削除が不可能になり、それが公開されている場合には、管理者による公開と評価されることになるだろう。この問題は、促進というよりは、このような書き込んだ本人でも削除できない過去ログを公開する、という仕様（排他的支配を与える仕様）を自ら採用したことにより、正犯としての作為義務が生じると解する。

この問題は、次のような問題とパラレルに考えてもよいかもしれない<sup>224)</sup>。

(ア) ホールを貸して講演をするとき、ホール管理者において、講演内容が名誉毀損になると知って、ホールでの講演により多くの人に講演内容を聞いてもらうようにすれば、「より役に立つ」物の提供（場所の提供）としての物理的促進は肯定される（掲示板設置行為に対応）。

(イ) 管理者は、ホールを貸したときには、講演内容に名誉毀損部分があることを知らなかったが、管理者には、講演中に名誉毀損的発言に気付いたとしても、講演者の講演を制止しなくてよい。なぜなら、他者の言論を強制的に差し止めることまで私人間で簡単に肯定すべきではないからである。強制的に差し止めることは正当防衛等の理由で適法かも知れないが、だからといって差し止めないことが違法になるわけではない（掲示板管理懈怠，幫助犯の問題）。

(ウ) ホールでの名誉毀損発言を含む講演が終了したのちに、そのホールにおけるサービスとして、ホールの利用状況や宣伝のために、自動的に利用状況を録画し、インターネット上において再放送するようなシステムを組んでいた場合には、この再放送については、インターネット上の再放送はホール管理者が行っている（名誉毀損行為の主体が変更された、掲示板管理懈怠，不作為正犯の問題）、と評価される。

物理的促進においては以上であるが、心理的促進についても検討する。

警告義務（①）の履行によって、削除が促される可能性はある。しかし、警告が、現実には到達しなければ削除が促される可能性すらないのであり、その点の考慮が不可欠だろう。また、掲示板管理者の広範な管理権限（自由な削除，自由な編集等）を考慮すると、管理権限の不行使と、管理者の他の行為を総合的に評価して心理的促進と評価される場合はある。ただ、管理者の態度が正犯の不削除行為（構成要件的行為）を支持していると正犯において認識しなければならないから、管理権限の不行使の事実だけでは足りない。管理者の他の言動をも考慮して具体的に考えるしかない問題だと考える。

## 5 現代的課題についてのまとめ

以上、現代的課題として、インターネット上における幫助の問題について各論的に考察した。インターネット上における犯罪は、被害が大きいうえに、一旦発生した被害を治癒することが困難な点で当罰性が高いと考えられがちであり、それ自体は正当である。ただし、正犯による、便利な技術の悪用により、当該技術の提供を行った者が直ちに幫助犯と

223) 不作為による物理的促進を認められるのは、もともと正犯にとって削除しにくい仕様であった場合に（削除ボタンがない場合とか、削除したいときに書き込み時に自己が入力したパスワードを再入力しないとけない仕様になっている場合とか）があり得る〔掲示板に書き込むときのパスワードは経験則的に忘れやすい〕、これを改善する義務（容易に削除できるような仕様に変更する義務）を認めた場合に限られるだろう。

224) もちろん、現実の物理的な状態のアナロジーで捉えること自体の正当性には疑問はある。



して処罰されるか否かは、その技術の性質を保護法益との関係において分析したうえで慎重に考えなければならない。

## V. 終わりに

本稿では、主に直線的な幫助形態について、その成立要件について考察した。他方、取引行為の正当性（取引自由の原則等）が問題になる場合についての考察は不十分である。この点については将来の課題としたい。

本稿のアプローチは、つまるところ、従来の因果性判断の精緻化である。その点で、先行研究として同様のアプローチを採られた島田准教授の研究成果に負うところは大きい。

本稿では、最終的には、具体的な事例における当てはめ段階において、考慮されるべき要素とそうでない要素を峻別したのちに、考慮されるべき要素をどのように考慮するかがポイントとなってくるが、その指針を示したものと考えている。

本稿でも採用した客観的帰属論の見地からすれば、因果性判断の要件としては危険創出と危険実現なのであるが、その点を、幫助犯の成立要件のレベルで、より役に立つ物等の提供と提供された物等の利用として、アレンジ、展開したものが私見である。

客観的帰属の判断の具体化としても、提供と利用の間には様々な社会的事実が介入してくる可能性があるが、これをどう考えるかも問題であった。これについては、幫助的寄与は様々なタイミングで行われるものであること自体を認めただうで、その過程を精緻に分析していくアプローチをとった。つまり、幫助行為がその性質上正犯結果に結びつきうるということと、正犯結果が発生したことのみを対象とする、断片的な事実分析により因果性を肯定するのではなく、客観的な因果過程の連続的な分析に重きを置いて考察をすべきだと考え、様々な事例についてこれを行った。その具体的な帰結については、各章においてまとめている。

最後に、現代的課題としてインターネットにおける幫助犯のありかたについて論じてみたが、不作為犯や正犯性の問題が絡む局面も

大いにあり、本稿の目的の範囲を超える部分もある。その意味で未解決の課題は残されているといえる。

とはいえ、幫助の因果性の観点からの議論として、一定の帰結を提示できたのではないかと考えている。

## 謝辞

本稿は、筆者が、法科大学院3年次において、佐伯仁志教授に指導をお願いして執筆したりサーチペーパーに、適宜加筆修正を施したものである。

佐伯教授からは、適確、かつ、考えさせられる貴重なご指摘をたくさん賜うことができ、それをもとに再考察した部分も加えて本稿となっている。

もちろん、本稿についての責任がすべて筆者にあるのは当然であり、いまだ未熟ともいえる論稿ではあるが、佐伯教授のご指摘がなければ、現在の完成度にも至らなかつたという意味で、ここで感謝の意を表したいと思う。

(にしがい・よしあき)