

## 幫助の故意における認識的要素

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2013-05-21 キーワード: 作成者: 小島, 秀夫 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="http://hdl.handle.net/10291/14192">http://hdl.handle.net/10291/14192</a>

## 幫助の故意における認識的要素

### Die Vorstellungsmerkmale im Gehilfenvorsatz

博士後期課程 公法学専攻 2007年度入学

小 島 秀 夫

KOJIMA Hideo

#### 【論文要旨】

幫助の故意成立要件として、第1に法益侵害結果の認識が挙げられるが、それだけでは不十分である。それは、ナイフ職人が、ナイフの使い方によっては人を殺害しうることを単に認識しつつナイフを製造した後、見知らぬ正犯による殺人事件にそのナイフが用いられたとしても、その職人に殺人罪の幫助の罪責が問われないことを考えれば明らかである。そのため、第2の要件として、正犯行為が該当する構成要件の客観的要素の認識が要求される。そこで、構成要件の客観的要素を幫助者はどの程度認識する必要があるのか、問題となる。ドイツでは、幫助者に正犯行為の本質的要素の認識を要求する見解、不法の本質的規模の認識を要求する見解、正犯にとって決定的な行為手段の提供に関する認識を求める見解などが主張されている。このような、幫助の故意における認識的要素、とりわけ認識の程度に関する議論は、ウィニー著作権法違反幫助事件のような中立的行為による幫助の可罰性を判断するにあたって極めて有益である。議論の方向性を述べるならば、幫助者による構成要件の客観的要素の具体的な認識の有無、そして、認識の程度における抽象化の度合いが検討されるべきであろう。

【キーワード】 故意，明確性，認識の程度，中立的行為，ウィニー

#### 【目次】

はじめに

1. 正犯行為の本質的要素の認識を求める見解
2. 不法の本質的規模の認識を求める見解
3. 決定的な行為手段の提供に関する認識を求める見解
4. ドイツにおけるその他の見解

5. わが国の学説状況

6. 諸説の批判的検討

おわりに

## はじめに

共犯の処罰根拠論において惹起説を出発点とすると、幫助者に故意を認めるためには、まず第1に、幫助者が正犯を介して発生する法益侵害結果を認識していなければならない<sup>(1)</sup>。しかし、幫助者が単に法益侵害結果のみを認識しているだけでは、幫助者に故意を認めることはできない。それは、ナイフ職人が、自ら製造するナイフの使い方によっては人を殺害しうることを単に認識しつつナイフを製造した場合、実際にそのナイフを用いて見知らぬ正犯が被害者を殺害しても、その職人に殺人罪の幫助の罪責が問われないことから明らかである。そのため、幫助者に故意が認められるためには、正犯行為から生じる法益侵害結果以外にも、法益侵害行為の主体、客体、行為態様、行為状況などといった構成要件の客観的要素を認識することも必要となる。では、そのような構成要件の客観的要素を、幫助者はどの程度認識する必要があるのだろうか。単独犯の場合、この問題はそれほど重要ではないであろう。というのも、単独犯の場合是一般的に、行為者自身が自らの意思に基づいて実行行為を完遂し、法益侵害結果を発生させるため、構成要件の客観的要素は特定されていることが多いからである。しかし、幫助犯の場合は正犯を通じて法益侵害結果を発生させるため、幫助者は、法益侵害結果を惹起する行為の主体や客体、行為態様など構成要件の客観的要素を漠然と認識するにとどまる場合が多く考えられる。そのため、幫助の故意における認識的要素、とりわけ事実認識の程度が問題となる。

近時わが国でも、ウィニー著作権法違反幫助事件<sup>(2)</sup>において、幫助の故意における認識の程度が問題となった。ウィニーとは、インターネットにつながったパソコンの間で音楽や映像等のデータを交換し合うソフトの1つで、音楽CDやDVD映画のコピー情報の交換に使われるものである。そのようなコピーのやり取りには著作権者の許可が必要だが、実際には許可を取らずにデータを交換し合っている者が多く、そのような行為は著作権法に基づく公衆送信権の侵害にあたりとされている<sup>(3)</sup>。こうしたことから、ウィニーの利用をさかのぼって、その開発行為が公衆送信権侵害の幫助に該当するのかが争点となった。

ウィニー著作権法違反幫助事件において京都地裁は、違法性の有無を判断するにあたって、「その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識、さらに提供する際の主観的態様如何に

<sup>(1)</sup> ただし、これは侵害犯に対する幫助の場合であり、具体的危険犯に対する幫助の場合は、幫助者が正犯を介して発生する法益侵害の危険性を認識することで足りる。

<sup>(2)</sup> 京都地判平成18年12月13日判タ1229号（判例タイムズ社、2007年）105頁。

<sup>(3)</sup> 著作権法23条、96条の2参照。

よる」として、幫助の故意における認識の程度を問題にした。そして、次のように判断した。「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 が社会においても著作権侵害をしても安全なソフトだ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 β6.47 及び Winny2.0 β6.6 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 β6.47 を用いて甲が、Winny2.0 β6.6 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」。当該判例は、著作権法違反幫助の故意における認識の程度について、ウィニーが不特定多数者によって著作物の公衆送信権を侵害する情報の送受信に広く利用されることの認識、認容を求めている。だが、こうした判例の基準に対しては異論も出されている<sup>(4)</sup>。

そこで本稿では、幫助の故意における認識の程度について検討する。まず始めに、この問題に関してすでに活発な議論がなされているドイツにおいて提唱されている主な見解を紹介し、次に、わが国の学説状況を概観して、検討を進めたい。

## 1. 正犯行為の本質的要素の認識に求める見解

ドイツでは、1996年に下された詐欺幫助判決<sup>(5)</sup>に至るまで、幫助者に正犯行為の本質的要素の認識を要求する見解が、主に判例を中心に多数を占めていた。この見解は、幫助の故意における認識の程度として、幫助者は、正犯行為の本質的要素について認識していればよいとし、その際、正犯行為の時期や場所、客体、行為事情などを認識する必要はないと主張するものである。

例えば、正犯が欺罔を用いて脅迫した際、脅迫について認識せず、単に欺罔についてのみ援助しようとした幫助者に詐欺幫助の罪責が認められた事例<sup>(6)</sup>において、連邦通常裁判所は次のように述べている。「なるほど幫助者は、他者によって実現され、そしてそれが重罪もしくは軽罪に該当するある特定の構成要件を、幫助者の本質的諸要素において目論まなければならない。しかし、法的判断において、正犯行為が幫助者の認識しているものと同一であるかどうかは問題ではない。正犯行為は、幫助者が援助しようとしているものと本質的にのみ一致していればよい」。

また、バイエルン州最高裁判所は、幫助の故意における認識の程度について以下のように説明

<sup>(4)</sup> 園田寿「Winny の開発・提供に関する刑法的考察」刑事法ジャーナル第 8 号（成文堂，2007年）54頁。

<sup>(5)</sup> BGH, Urt. v. 18. 4. 1996; BGHSt 42, S. 135ff.; NStZ 1997, S. 272ff.

<sup>(6)</sup> BGH, Urt. v. 12. 11. 1957; BGHSt 11, S. 66f.

し、窃盗に対する幫助を認定した。「幫助者は、自らがある特定の他人の行為を支援し、それを用いて犯行の終了へと至るということを、知っていなければならない。しかし幫助者は、正犯によって実現されうる可罰的行為の本質的要素さえ認識していればよい。いつ、どこで、誰に対して、どのような特別事情の下で行為が実行されるのかという行為の詳細について、幫助者は知っている必要がないのである。……当該事例において、確かに、いつ、どこで、誰の不利益に向けて、Gがその銅線を用いて金銭を盗んだかということは、今なお決定付けることができない。しかし被告人は、Gが、被告人によって示された方法に基づいて、被告人から売り渡された銅線を用いて、室内遊技場に設置してあった商標Mの機械から金銭を盗もうとしていたことを認識していた。それゆえ、正犯行為は、被告人の認識において十分に特定されていたのである」<sup>(7)</sup>。

クラマーもこうした見解に賛同している。クラマーは、幫助を処罰する要件として、幫助者の意思が正犯行為の結果に向けられていることを第1に挙げ、そのうえで、幫助者は正犯によって実現されうる可罰的行為の本質的要素を認識しなければならない、と主張している。しかし、幫助者は行為の詳細、すなわち、いつ、どこで、誰に対して、どのような特別事情の下で行為がなされるだろうかを認識する必要はない、と述べている。さらに、幫助者は正犯という人物について精確に認識する必要はなく、正犯の意思傾向についての認識を抱かなければならない限りにおいて、幫助者は、正犯自身の意思が及ぶ以上に認識する必要はない、としている<sup>(8)</sup>。

またフィッシャーは、幫助の故意について、幫助者は、正犯行為の実現に対する正犯の故意を、その都度、少なくとも認容しなければならない、と述べている。そして幫助者は、正犯行為を促進し、それによって構成要件の実現に関与することを意欲しなければならず、その際、正犯行為の本質的要素を認識しなければならない、と主張している<sup>(9)</sup>。

さらにクリスティアン・キュールも、幫助者は、本質的な不法内容の認識と侵害志向によって正犯行為を輪郭づけなければならないが、正犯行為の具体的な詳細を認識する必要はない、と主張している<sup>(10)</sup>。

しかし、こうした見解に対しては異論が出されている。ヴォルフは、この基準を用いて個別的に事例を解決しようとするならば、即座にこの基準の無用性が明らかになる、と指摘している<sup>(11)</sup>。すなわち、「本質的要素」とは何か、行為の「詳細」あるいは「特別事情」とは何を意味するのか明らかではない、と指摘している。また、幫助者が認識すべき正犯行為の本質的要素は、正犯行為がいつ、どこで、誰に対してどのような特別事情の下でなされるのか、あるいは、具体的な行為がなされないだろうということを幫助者が認識していなければ決定付けられないのである、と主張している。

<sup>(7)</sup> BGH, Urt. v. 27. 3. 1991; NJW 1991, S. 2582.

<sup>(8)</sup> Schönke/Schröder/Cramer, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25., neubearbeitete Aufl., 2003, S. 452.

<sup>(9)</sup> Tröndle/Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 54. Aufl., 2007, S. 251.

<sup>(10)</sup> Kristian Kühl, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 25., neubearbeitete Aufl., 2004, S. 195.

<sup>(11)</sup> Gerhard Wolf, Anmerkung zu BayObLG, Urt. v. 27. 3. 1991, JR 1992, S. 428.

またヴィルトも、幫助の故意における認識の程度として、幫助者が正犯行為を本質的に認識していればよいとする見解に反対している。ヴィルトは、正犯行為が幫助者の認識に特定されていなければならないのは、ドイツ刑法典16条1項により、正犯がある犯罪または複数の犯罪を行い、それが法律上の構成要件に属するという事情を幫助者が認識していなければならないことから導かれる、と考えている。それゆえ、幫助者が犯行日時、場所、正犯などの事情を認識することができない場合、他者の行為はいったいどのような方法で実際に特定されるのであろうか、と疑問を呈している。さらに、「幫助者はある一定の行為を支援することを認識しなければならない」という表現は冗長であるとし、幫助者が最低限認識する必要があるのは構成要件の認識に他ならない、と主張している<sup>12)</sup>。

## 2. 不法の本質的規模の認識に求める見解

この見解は、ロクシンが教唆の故意における認識の程度として主張した見解<sup>13)</sup>を、幫助の故意における認識の程度に対しても適用するものである。すなわち、幫助者は不法の本質的規模を認識しなければならない、とする見解である。

ロクシンによれば、教唆者が構成要件の実現方法やその実現の可能性をどの程度認識しているのかわからない場合、教唆者に下す刑罰の根拠は欠けている、と理解される。というのも、責任や可罰性は、故意によって実現される不法の程度に左右されるからである。つまり、教唆者の責任や可罰性は、数マルクを強取するのか1万マルクを強取するのか、ハンドバッグをひったくるのか銀行を襲撃するのかによって異なるのだという。こうした根拠からロクシンは、教唆の故意を認めるにあたって、教唆者による構成要件の認識の他に、目論まれた行為の不法に関する本質的な規模を教唆者が認識していなければならない、とする基準を提唱した<sup>14)</sup>。ロクシンによれば、ここでいう「本質的な規模」とは、第1に侵害の程度であり、第2に侵害の方法を指している。したがってこの見解からは、幫助者に故意が認められるためには、幫助者は、正犯行為が客体に及ぼす侵害の程度とその侵害方法を認識していなければならない、と結論づけられる<sup>15)</sup>。

<sup>12)</sup> Peter Wild, *Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes und Teilanfechtung von Strafurteilen—BayObLG*, NJW 1991, 2582, JuS 1992, S. 911ff.

<sup>13)</sup> Claus Roxin, *Zu den Anforderungen an die Bestimmtheit der Tat in der Vorstellung des Anstifters*, JZ 1986, S. 908f.

<sup>14)</sup> Claus Roxin, a.a.O., S. 908.

<sup>15)</sup> しかしロクシン自身は、幫助の故意の明確性、すなわち幫助の故意における認識の程度を検討するにあたってこの基準を用いていない。その理由として、ある強奪のためにピストルを貸したが行為者の計画についてさらに詳細な情報を持ち得なかった者も、当該行為の遂行に対する幫助として処罰されなければならないことを挙げている。Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, 2003, S. 225. ロクシンは、幫助の故意を認める際に要求する認識内容を導くに当たって客観的帰属論を考慮に入れている。すなわち、幫助者は、法的に容認されない方法で、ある一定の構成要件実現の許されない危険を高めることを認識し、意欲しなければならない、と述べている。Claus Roxin, Anmerkung zu BGHSt 42, 135, JZ 1997, S. 211.

ロクシンは、不法の本質的規模の認識に求める見解を具体的な事案<sup>66)</sup>に当てはめて検討しているので参照したい。

被告人は、父との喧嘩を理由に外国へ行こうとしている W に会った。被告人に会った時、W は、家の乗用車とリボルバーを所持して両親の家を出たところだった。被告人は W に金を持っているか尋ねたところ、W は持っていないと答えたので、車またはリボルバーを売却するよう W に提案した。しかし W はそれを拒否したので、被告人は、金がなければ外国には行けない、と異議を伝え、「それならおまえは銀行かガソリンスタンドをやらなければならない」と述べた。これに対して W は何も返答しなかった。さらに被告人は、もし W にそれ相応の金があるならば、南米に行って偽造旅券を作ることができ、その旅券を作るにはおよそ10000ドイツマルクが必要であろうことを告げた。被告人は、2日後の正午に W と会う約束をしたが、約束した当日の午前中、W は銀行強盗を行い、持っていたリボルバーで銀行員を脅し、39775ドイツマルクを強取した。

このような事案の場合、ロクシンによれば、被告人は不法の本質的規模を認識しているとみなされる<sup>67)</sup>。その理由として、被告人は正犯 W が強取する金額をある程度認識しており、問題となっている不法の規模、すなわち行為の具体的な輪郭を示したことによって W による法益侵害方法も確定されたことが挙げられている。そのうえで、被告人が正犯行為を1つに特定せず、銀行あるいはガソリンスタンドのどちらかの襲撃というような曖昧な認識を持っていることから被告人を処罰することができないと結論づけるのは妥当ではない、とロクシンは述べている。

このような見解を主張する学説として代表的なのが、オッターである。オッターは幫助の故意について、幫助者は、第1に正犯が故意に行為に及ぶという事実、すなわち正犯によって実現される行為不法と当該不法の本質的規模を認識しなければならず、第2に、幫助者が、自らの行為によって正犯行為を促進することを知っていなければならない（いわゆる幫助の二重の故意<sup>68)</sup>）、とする2つの要件を求めている<sup>69)</sup>。

ドイツの判例においても、こうした見解を採用するものが見られる。例えば、幫助者が、爆弾テロの際に时限信管として用いられた目覚まし時計を購入した事案<sup>70)</sup>に対して、デュッセルドルフ高等裁判所は、幫助者が、援助される行為の本質的な不法内容と侵害志向を認識していれば、幫助者の故意における認識の程度として十分である、と論じている。

だが、不法の本質的規模の認識に求める見解に対しても反論がなされている。インゲルフィンガーは、ロクシンが主張した「本質的な規模」、すなわち侵害の程度と侵害方法の認識を要求することに対して疑問を投げかけている。まず第1に、侵害の程度について、教唆者は侵害をどの程度

<sup>66)</sup> BGH, Urt. v. 21. 4. 1986; JZ 1986, S. 906ff.

<sup>67)</sup> Claus Roxin, a.a.O. (Anm 13), S. 908.

<sup>68)</sup> 二重の故意については、香川達夫「二重の故意」研修437号（1984年）3頁、同「幫助犯をめぐる諸問題」学習院大学法学部研究年報20号（1985年）64頁以下参照。

<sup>69)</sup> Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre*, 2000, S. 320.

<sup>70)</sup> BGH, Beschl. v. 8. 5. 1990; NStZ 1990, S. 501.

認識しなければならないのか不明確であると指摘している。ロクシン自身は、数マルクを強取するのか1万マルクを強取するのか、ハンドバッグをひったくるのか銀行を襲撃するのか、というように極端な事例を用いて自己の見解を説明しているが、侵害をどの程度認識していれば幫助者に故意が認められるのか、その限界が不明確なままである、とインゲルフィンガーは述べている<sup>80)</sup>。また、第2の問題として侵害方法の認識を挙げ、この要件も、先に述べた侵害の程度の認識と並んで不法の規模を精確に示すことができない、と指摘している。インゲルフィンガーは、教唆者がどの程度侵害方法を認識しなければならないのか、ロクシンは詳細な説明をしていない、と述べている<sup>81)</sup>。

このような指摘に加えて、タイレは、量刑の観点からも批判している<sup>82)</sup>。例えば、正犯が、幫助者によって認識された程度を超えて他人に対して傷害を負わせた場合、幫助者には、幫助者の認識した程度を超えた傷害に対する責任を負わせることができない、と反論している<sup>83)</sup>。また、疑わしきは被告人の利益に (in dubio pro reo) の原則は、幫助者が、自ら認識した不法実現の程度を超えた事情について責任を負わなくてよいことを保証するものであるがゆえに、不法の本質的規模の認識を要求しなくても正しい量刑を科すことが可能である、とタイレは主張している<sup>84)</sup>。

さらに、ヴァルネケは、不法の本質的規模の認識を通じて具体化された故意は、認識の程度としていまだ不明確であり、故意処罰の処罰根拠として十分通用するものではない、と述べ、この基準は故意犯を処罰する決定的な要素にならない、と批判している<sup>85)</sup>。そして、「本質的規模」が意味する侵害の程度の認識は、構成要件の実現や規範違反を判断するにあたって取るに足りない要素であるとして、共犯者の故意の認定は侵害の程度に左右されるものではない、と論じている<sup>86)</sup>。

### 3. 決定的な行為手段の提供に関する認識に求める見解

先に言及したように、これまでドイツでは、幫助の故意における認識の程度について、幫助者が正犯行為の本質的要素を認識していたかどうかに着目する見解が多数を占めていた。しかし近年、連邦通常裁判所によって、この問題に関する新たな見解が提唱された。その見解とは、幫助者が、正犯にとって決定的な行為手段を提供するとの認識をもって幫助行為に及んだかどうかを求める見解である。この基準が示された事案の概要と判旨<sup>87)</sup>は、あらまし以下の通りである。

---

<sup>80)</sup> Ralph Ingelfinger, *Anstiftersvorsatz und Tatbestimmtheit*, 1992, S. 50.

<sup>81)</sup> Ralph Ingelfinger, a.a.O., S. 51.

<sup>82)</sup> Hans Theile, *Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz*, 1999, S. 124ff.

<sup>83)</sup> Hans Theile, a.a.O., S. 132.

<sup>84)</sup> Hans Theile, a.a.O., S. 133.

<sup>85)</sup> Nikolai Warneke, *Die Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes*, 2007, S. 113.

<sup>86)</sup> Nikolai Warneke, a.a.O., S. 114.

<sup>87)</sup> BGH, Urt. v. 18. 4. 1996; BGHSt 42, S. 135ff.; NStZ 1997, S. 272ff. なお、当該判決につき、拙稿「幫助者の故意に関する一考察—ドイツの判例を素材にして—」法学研究論集第27号(2007年)64頁以下参照。

宝石やダイヤモンド、真珠の鑑定人だった被告人は、数百もの宝石の価値について鑑定するよう正犯から委託された。その際、被告人と正犯との間には、鑑定結果が正犯によって行われる欺罔行為に利用されることについて暗黙の合意があった。被告人は、虚偽の鑑定を行うことによって、委託された宝石が実際よりも非常に高い価格で売られるか、担保に供されて金銭を貸し付けられるだろうことを認識し同意した。その宝石は実際に売却することができないほど粗悪なものであったにもかかわらず、その宝石を被告人は、虚偽であると知りつつ高価な宝石であると証明した。その後、正犯は、その鑑定結果を銀行に提示した。銀行は、被告人によって事実と反して証明された価格表記を信用し、正犯へ金銭を貸すことを決定した。正犯は、金銭を借りたものの、その借金を返済することができなかった。したがって当該銀行は、担保として入れた宝石を売却することが不可能となった。

このような事案に対して、連邦通常裁判所は次のように述べて、幫助の故意を認めるにあたって要求される幫助者の認識の程度を打ち出した。

「共犯者の故意の明確性要件には、行為計画の本質的な詳細をすでに知っている共犯者だけが正犯行為の犯行を本気で予想するという認識を基礎におく。正犯行為の犯行を十分推定しうるような行為事情の認識が、共犯者の故意に対して本質的なものとみなされうる。

異なった共犯構造、行為への密接さ、法定刑（教唆者に対しては正犯と同様であるが、幫助者は必然的に刑が減輕される）は幫助の故意に、教唆の故意とは別の基準を置くことを要求する。教唆者は、ある一定の行為、とりわけある一定の行為結果を認識する。これに対して幫助者は、正犯行為から切り離された関与をもたらす。幫助者は、正犯行為を必ず達成させようと努力しているわけではないが、幫助者の行為が幫助者の更なる関与なくしても、犯罪行為を援助する構成部分として示されることを知っており、少なくともこれに同意しているのである。以上から、行動による幫助は、正犯に決定的な行為手段を故意に提供し、それによって意図的に、まさにその手段を用いることによって典型的な方法で援助された正犯行為が行われる危険を高めた者のみが、犯しうるのである」<sup>69</sup>。

当該判決では、正犯に決定的な行為手段を故意に提供し、それによって意図的に、まさにその手段を用いることによって典型的な方法で援助された正犯行為が行われる危険を高めた者が幫助犯になりうる、と論じている。この基準が、幫助の故意における認識の程度について、決定的な行為手段を提供するとの認識に求める見解の核心である。

このような見解を支持する者として、ファールが挙げられる。上述の判例に対する評釈の中で、ファールは、幫助者が法律上認められない結果を発生させる機会を高めたこと（危険増加）が重要である、としている。そして、幫助者によってなされた関与を用いて、その手段を使うことによって典型的な方法で援助された正犯行為が行われるであろうという危険が高まれば高まるほど、主観

<sup>69</sup> BGHSt 42, S. 138.

的側面への要求は少なくなる、と主張している<sup>60)</sup>。

決定的な行為手段を提供することの認識に求める見解は、幫助者による法益侵害の危険増加を問題にしているものと思われる。確かにこの見解は、幫助者の主観面において、自らの行為が、正犯にとって決定的な行為手段を提供することになるとの認識を要求しているが、一方で、決定的な行為手段を提供することになるかどうかは、客観的に見て法益侵害の危険が高まったかどうかを判断しなければ、行為手段の提供が決定的であるとはいえないであろう。したがってこの見解は、ファールの主張からも明らかなように、幫助の故意の認定をより客観的に判断するものであると思われる。

しかし、連邦通常裁判所のこうした見解は、必ずしも賛同を得られているわけではない。中でもタイレは、さまざまな観点から、決定的な行為手段を提供することの認識に求める見解を批判している<sup>61)</sup>。例えば、決定的な行為手段を提供することの認識を幫助者に要求する場合、正犯行為の蓋然性もあわせて考慮しなければならない、とタイレは述べている。明らかに優柔不断な者に殺傷能力のある道具を提供することは、偶発犯人に複雑な金庫の鍵を開けることと同程度しか正犯行為の犯行の危険が高まらない。つまり、自ら提供する行為手段が法益侵害にとって決定的であるとの認識を持っていても、正犯の実行力や計画の実現可能性を考慮しなければならない。したがって、決定的な行為手段を提供することの認識を要求すべきとの基準は説得力を持たない、と主張している<sup>62)</sup>。

また、タイレによれば、この基準を用いた場合、幫助者が正犯の行為事象を詳細に認識していることを要件としなければならない、とされる。というのも、正犯の行為事象に関して具体的に輪郭がはっきりした認識を持っている場合にのみ、幫助者は、自らの行為関与が正犯行為の犯行に対して実際に決定的となるかどうかを判断できるからである。しかし、幫助事例は、幫助者が、正犯行為の詳細を知らず、そのような状況であることを自覚したうえで正犯に行為関与を提供する場合が典型的である。それゆえ、連邦通常裁判所によって提唱された当該基準は、幫助にそぐわない基準である、と批判している<sup>63)</sup>。

そして、実際に突き詰めなければならないのは、決定的な行為関与とは何か、すなわち、決定的な行為手段と決定的でない行為手段との分水嶺の問題である、とタイレは指摘している。決定的な行為手段を提供することの認識を幫助者に求める見解によれば、正犯行為が幫助者の関与なしには遂行されえなかったという場合にのみ「決定的な行為関与」である、と判断されることになる。しかしこうした考え方は、幫助禁止の基本思想、すなわち法益侵害に対して、実際に構成要件外にいる者との協力を禁止する目的を追求する考え方と相容れない。この目的は、幫助なくして行為が全く遂行されえない場合だけでなく、場合によっては幫助者の関与だけでは不十分であるとしても犯

---

<sup>60)</sup> Christian Fahl, *Anforderungen an den objektiven und subjektiven Tatbestand der Beihilfe*, JA 1997, S. 14.

<sup>61)</sup> Hans Theile, a.a.O., S. 134.

<sup>62)</sup> Hans Theile, a.a.O., S. 136f.

<sup>63)</sup> Hans Theile, a.a.O., S. 137.

罪事象において少なくとも協力した幫助者にも向けられなければならない。このように、決定的な行為関与を要求することによって幫助の処罰範囲が狭まることを、タイレは危惧している<sup>64)</sup>。

ヴァルネケも、連邦通常裁判所が提唱した基準に疑念を表明している。それは、幫助の故意の明確性、すなわち幫助の故意における認識の程度について、正犯に決定的な行為手段を提供するとの認識を幫助者に要求する見解では、どの構成要件が幫助者に該当するのか明らかにならない、とするものである。例えば、幫助者が「おまえの問題を解決するために」と言って正犯に武器を提供する際、その問題が金銭に関するものか、夫婦喧嘩によるものか、武器がないことによる単なる自尊心の欠如なのかを幫助者が認識していない場合は、構成要件を決定付けることができない。すなわち、強盗に対する幫助か、殺人に対する幫助か、武器法違反の犯罪に対する幫助なのかを認識していない者は、刑法上重要な法益侵害の危険を認識しておらず、構成要件との関連性が欠如しているので故意が認められない。したがって、連邦通常裁判所の基準では、幫助時に正犯行為の構成要件の規模が明らかにならず、幫助の故意の明確性を解決することができない、とヴァルネケは論じている<sup>65)</sup>。

#### 4. ドイツにおけるその他の見解

以上3つの見解を見てみると、幫助の故意の明確性、すなわち幫助の故意における認識の程度をめぐる問題は、判例を中心に議論が行われてきたといえよう。しかし、近年ドイツでは、この問題に焦点を当てたモノグラフィーがいくつか提出されている。その中でも注目すべき見解として、タイレとヴァルネケの見解をここで紹介したい。

##### 4.1. タイレの見解

これまで紹介した3つの見解は、いずれも、幫助の故意における認識の程度について、幫助者が正犯行為をどの程度具体的に認識する必要があるか、という観点から提唱されたものである。しかしタイレは、そのような議論の方向性を再検討して、私見へと展開している<sup>66)</sup>。

タイレは、まず始めに、幫助者に故意を認めるにあたって要求される正犯行為の具体化に対して、そのような具体化の要件を放棄することが可能かどうか検討している。そして、基準となる幫助者の故意内容は、抽象的なレベルで述べられる、故意かつ違法な正犯行為が該当する構成要件要素で足りると述べている。例えば、窃盗に対する幫助者に求められるのは、正犯が「他者から意図的に」「他者の動産を」「奪う」、あるいは正犯が「他者の動産を違法に着服する」との認識である。これに鑑みれば、ドイツ刑法典16条1項第1文において故意犯に要求される、「自らの行為が構成要件に属する事情」の意味する「事情」というのは、刑法各則の構成要件において抽象的レベルで

<sup>64)</sup> Hans Theile, a.a.O., S. 137f.

<sup>65)</sup> Nikolai Warneke, a.a.O., S. 110f.

<sup>66)</sup> Hans Theile, a.a.O., S. 144ff.

述べられる、個々の構成要件要素ということになる<sup>67)</sup>。

このように考えれば、幫助者は正犯行為を具体的に認識する必要はなく、抽象的に認識することで足りるであろう。しかし、ドイツ刑法典27条1項において幫助の特徴づけとして用いられている「故意かつ違法な正犯行為」と「援助」の概念は、無関係に並存されているのではなく、「援助」は「故意かつ違法な正犯行為」に向けられた関連的概念である。そこでタイレは、実際の法益客体への侵害が幫助者の認識と全く異なっていたとしても、幫助者によってなされた行為関与の影響下に入ると判断される法益客体に属する限り、幫助者が抽象的直観的に正犯行為を認識すれば、幫助者に故意が認められる、と主張している<sup>68)</sup>。

#### 4.2. ヴァルネケの見解

ヴァルネケによれば、幫助者に故意が認められるためには、幫助者の行為が構成要件上保護される法益に反することを幫助者が認識している必要がある、とされる<sup>69)</sup>。その理由は、以下の通りである。

ヴァルネケは、共犯者に要求される故意内容の明確性が正犯に要求される故意内容の明確性よりも厳格であることを指摘して、故意の明確性という問題を、単に共犯者の故意の問題としてだけ捉えるのではなく、一般的な故意論の問題とも捉えて扱うべきである、と理解している<sup>70)</sup>。まず、故意犯処罰の基本思想によれば、故意内容は構成要件を通じて確定されなければならない。そして、法益保護や一般予防、特別予防の観点からも論究されなければならない<sup>71)</sup>。また、行動規範から出される共犯者への要求、すなわち、他者の（一時的な）義務違反を唆したり促進したりしてはならない、という要求も考慮しなければならない<sup>72)</sup>。こうした事情に鑑みると、故意内容として最低限求められるのは、構成要件的法益の侵害に対する具体的な危険を創造することによって、自らの行為が、構成要件上保護される法益に反するとの認識である、と述べている<sup>73)</sup>。したがって、行動規範の対象とならず、故意処罰の理由付けによって根拠づけられない要素、例えば、行為場所や行為日時、被害者の同一性などに関して幫助者が明確な認識を持っていない場合でも幫助者に故意は認められる、とヴァルネケは主張している<sup>74)</sup>。

---

<sup>67)</sup> Hans Theile, a.a.O., S. 144.

<sup>68)</sup> Hans Theile, a.a.O., S. 145f.

<sup>69)</sup> Nikolai Warneke, a.a.O., S. 140. もっとも、ヴァルネケは幫助の故意を共犯故意（関与の故意）の問題と捉えており、幫助固有の問題とは捉えていない。

<sup>70)</sup> Nikolai Warneke, a.a.O., S. 176.

<sup>71)</sup> Nikolai Warneke, a.a.O., S. 177.

<sup>72)</sup> Nikolai Warneke, a.a.O., S. 140, 177.

<sup>73)</sup> Nikolai Warneke, a.a.O., S. 178.

<sup>74)</sup> Nikolai Warneke, a.a.O., S. 141.

## 5. わが国の学説状況

わが国では、幫助の故意成立要件、すなわち、幫助者に故意が認められるためには、幫助者が正犯の実行行為を認識しつつ、自らの行為によって正犯の実行行為が容易になるとの認識をもたなければならないことについては、見解が一致している。しかし、幫助の故意における認識の程度については、ドイツと異なり、いまだ論点として取りあげられていないのが現状である。もっとも、ウィニー著作権法違反幫助事件以降、中立的行為（日常的行為）による幫助を検討するにあたって、幫助の故意における認識の程度を問題とする兆候が見られるようになった。

例えば、佐久間修は、ウィニー著作権法違反幫助事件について、幫助者であるウィニー開発者が当該ソフトの提供先を具体的に認識していたかが問題となる、と指摘した上で、次のように述べている。「幫助の故意は、従犯者が正犯者の行為を認識しつつ、これを幫助する意思で足りる以上、両者の間に相互的な意思の連絡はなくてもよい（大判大14.1.22刑集3巻921頁）。その意味では、具体的な正犯者がどこの誰であるか、送受信の日時や内容に関する詳細な認識は、従犯が成立するための必要条件ではない（大判昭10.2.13刑集14巻83頁）。したがって、漠然とした認識にとどまる場合はもちろん、匿名の相手方に対して、従犯は成立しうるのである」<sup>69</sup>。これは、幫助者に故意を認める際に要求される認識の程度として、正犯行為を具体的に認識する必要はなく、抽象的な認識で足りるとする趣旨であろう。この見解の背景には、幫助の故意も正犯における故意と同様に解し、正犯故意として概括的故意や未必の故意が認められる以上、幫助の故意においてもそのような故意が認められるべきである、との考えがあるものと思われる<sup>69</sup>。

石井徹哉も、幫助者に故意を認める際、幫助者による正犯行為の特定性や具体的な認識を必要としない根拠に、概括的故意を挙げている。石井によれば、概括的故意を認めることができるのは、行為者が自己の行為の有する危険の射程範囲を認識していたことにあるとされる。そして、このような考えを幫助の故意における正犯行為の特定性の問題へ応用し、ウィニー著作権法違反幫助事件について次のように述べている。「Winnyの開発者がWinnyの提供行為による著作権侵害を幫助するという危険をどの程度認識していたのか、またその認識していた危険の射程範囲に正犯者の著作権侵害行為が存在していたかどうかにより、従犯の故意の存否を決することができるかもしれない」<sup>69</sup>。こうしてみると石井は、幫助の故意における認識の程度について、幫助者は自己の行為によって発生する法益侵害結果の危険を認識すると共に、正犯行為を抽象的に認識していればよい、との基準を提唱しているように思われる。

同様の結論に至るアプローチを、豊田兼彦は客観的帰属論を用いて説明している。豊田によれ

<sup>69</sup> 佐久間修「Winny事件にみる著作権侵害と幫助罪」ビジネス法務2004年9月号（中央経済社、2004年）68頁。

<sup>69</sup> 同様の指摘として、園田・前掲註(4)60頁がある。

<sup>69</sup> 石井徹哉「Winny事件における刑法上の論点」千葉大学法学論集第19巻第4号（2005年）138頁。

ば、中立的行為による幫助の事例であるウィニー著作権法違反幫助事件において、幫助者によるウィニーの最新版の提供は、著作権法違反の許されない危険を創出した行為として、同罪の幫助犯の客観的要件を満たす、と解される。そして、そのような客観的諸事情を認識しながら幫助者は自己の行為に及んでいるので、幫助者に故意が認められる、と述べている<sup>64)</sup>。一方、著作権法違反という許されない危険創出における認識の程度、すなわち正犯の犯罪計画や正犯行為の認識の程度など客観的諸事情の認識が故意の対象であるとし、故意は客観的帰属とは別の主観的帰属の問題である、と論じている<sup>65)</sup>。そのうえで、正犯行為の日時・場所・方法・被害者等の詳細を知っている必要がないことは、教唆犯の場合にそこまで詳細に特定して教唆する必要はないとされていることとの均衡からも、また、概括的故意が認められていることから当然である、として、幫助者による正犯行為の詳細な事実の認識は不要である、と豊田は結論付けている<sup>66)</sup>。

このように、わが国では、幫助の故意における認識の程度について、幫助者は正犯行為を具体的に認識しなくてよい、とする見解が優勢となっている。しかし、そのような見解に対しては、少なからず異論も出されている。その代表的な見解として、園田寿が挙げられる。園田は、ウィニー著作権法違反幫助事件判決に対して、日常的な業務活動の成果が犯罪にも利用されうるとの未必的な認識で幫助犯の故意が認められるとなると、ソフトウェアの開発に従事する者は常に処罰の危険性を意識せざるをえず、ソフトウェア産業全体に強烈な萎縮効果を及ぼすことになる、と警告している<sup>67)</sup>。それゆえ、幫助犯の成立範囲を拡大させないためにも、被告人に特定の個々具体的な著作権法違反を幫助しているとの確定的な認識がない以上、正犯行為との事後的な因果性にとらわれて幫助犯を肯定すべきではない、として、違法コピーに利用されることを未必的に予想しながらそのようなソフトなどを製作し、不特定者の利用に供するためにネットワークにアップロードし、あるいは販売し、そして結果的に利用者がそれらを利用して違法コピーを行ったとしても、開発者や執筆者、出版社は何ら刑事責任を問われるべきではない、と主張している<sup>68)</sup>。

また、松宮孝明も、次のように述べて、園田と同様の結論を主張している。「商品の販売やタクシーの運転などの日常的な取引行為は、それが外形上平穏な取引である限り、犯行に利用される未必的な認識がある場合でも、幫助にならないと解されるべきである」<sup>69)</sup>。これは、中立的行為による幫助の事例では、幫助者が正犯行為を未必的に認識するにとどまった場合、幫助の故意における認識の程度として不十分であることを示唆しているものと思われる。

---

<sup>64)</sup> 豊田兼彦「狭義の共犯の成立要件について—『中立的行為による幫助』および『必要的共犯』の問題を素材として—」立命館法学310号（2006年6号）262頁。

<sup>65)</sup> 豊田・前掲註(4)259頁。

<sup>66)</sup> 豊田・前掲註(4)263頁。

<sup>67)</sup> 園田・前掲註(4)60頁。

<sup>68)</sup> 園田・前掲註(4)62頁。

<sup>69)</sup> 松宮孝明『刑法総論講義 [第3版]』（成文堂，2004年）269頁。

## 6. 諸説の批判的検討

ここまで、幫助の故意における認識の程度について、ドイツにおいて主張されている主な見解を紹介し、わが国の学説状況を概観した。こうしてみると、わが国では、幫助の故意における認識的要素についてほとんど議論されていない一方、ドイツではこれを論点として位置付けて、深く議論されていることが容易にわかるであろう。思うに、この問題が1つの論点として検討されるのは、幫助行為と不可罰的関与行為との区別が非常に曖昧であることが、理由として挙げられよう。そのため、幫助行為と不可罰的関与行為とを区別するためには、もはや客観面では解決することができず、行為者の主観面が重要となり、幫助の故意、とりわけ故意における認識の程度が論究されなければならないのである。

幫助の故意における認識の程度を検討するに当たっては、正犯故意において要求される認識の程度を考慮しなければならないであろう。なぜなら、幫助は共犯の一形態であるが、共犯は、制限的正犯者概念を採用している現行刑法において刑罰拡張事由であるため、正犯故意に要求される認識の程度より緩やかな基準で、幫助者に故意が認められてはならないからである。ただし、幫助形態は、正犯を介して法益侵害結果を発生させる点に特殊性がある。それゆえ、幫助者は、正犯行為が該当する構成要件の客観的要素を、必然的にある程度抽象化して認識することになるであろう。しかし、幫助における故意の成立範囲を不当に拡大させないためにも、その抽象化の程度に絞りをかける必要がある。

そこで、ドイツにおいて主張されている主な見解を検討してみると、まず、幫助者に正犯行為の本質的要素の認識を要求する見解は、ヴォルフが指摘しているように、行為の本質的要素について積極的な説明がなされていない点に問題がある。仮に、行為の本質的要素の認識が、法益侵害結果発生の予見や危険発生の予見のみを指すのであるならば、幫助者が認識すべき構成要件の客観的要素は、極度に抽象化したもので足りることになってしまうであろう。その点、幫助の故意における認識的要素を抽象的なレベルで捉えつつ、故意かつ違法な正犯行為が該当する構成要件要素の認識を要求するタイレの見解や、故意の認識的要素を構成要件によって確定しようとするヴァルネケの見解は注目に値する。

次に、幫助者は不法の本質的規模を認識しなければならないとする見解は、不法の本質的規模の内容として侵害の程度を要求している点が賛同できない。侵害をどの程度認識していれば幫助者に故意が認められるのか、その限界が不明確なままである、とインゲルフィンガーが述べているのは正鵠を射た指摘であろう。例えば、窃盗犯に合鍵を渡す幫助の事例において、この見解によれば、幫助者は侵害の程度を認識しなければならないので、正犯が窃取する金額を幫助者が認識していなければ幫助者に故意が認められないことになるが、これはあまりにも不当な結論である。

正犯にとって決定的な行為手段を提供するとの認識を幫助者に要求する見解は、構成要件的に有意な幫助のみを処罰する基準として、明確なものであろう。また、そのような認識を持つために

は、法益侵害結果はもちろん、結果発生を志向する正犯行為をもある程度具体的に認識していなければ、自らの関与行為が正犯にとって決定的な行為手段の提供になるとの認識を持つことができない点で、幫助の故意における認識の抽象化に程よい制限を設けている。しかし、そのような認識を幫助の故意に要求したとしても、その認識をもって直ちに幫助者に故意を認めることはできず、タイレが指摘したように、幫助者はさらに、正犯行為による法益侵害結果発生<sup>1</sup>の蓋然性についても認識しなければならないと思われる。

## おわりに

このように、幫助の故意の認識的要素、とりわけ認識の程度については、どの見解にもそれぞれ一長一短があることが判明した。この問題については更なる研究が必要であるため、ここでは私自身の最終的な結論については留保したい。だが、ここまでの検討から、幫助の故意における認識の程度に関する議論の方向性が明らかになったと思われる。すなわちそれは、まず、幫助者は構成要件の客観的要素を具体的に認識する必要があるか否か、もし抽象的に認識すれば足りるとするならば、認識の程度はいかなる程度まで抽象化することが許されるのか、という順序で論究すべきではないか、ということである。

最後に、ドイツで主張されている主な見解を、現在わが国で問題となっているウィニー著作権法違反幫助事件に当てはめてみると、どの見解からも、幫助者には故意が認められることになるであろう。正犯行為の本質的要素の認識に求める見解による場合、本質的要素の認識を法益侵害結果発生<sup>2</sup>の予見と理解するならば、被告人はウィニーを用いた公衆送信権侵害という結果発生を予見している<sup>3</sup>ので、被告人に故意が認められる。また、不法の本質的規模の認識に求める見解に依拠すれば、被告人は正犯行為による侵害の程度と侵害方法を認識していたのであるから、被告人に故意を認めることができる。さらに、決定的な行為手段の認識に求める見解を採るならば、公衆送信権侵害という法益侵害結果を志向する正犯にとって、ウィニーの利用は決定的なものであり、被告人もそれを十分認識していたことが認められるので、被告人に故意を認めることができる。このように考えると、当該事件に関して、被告人に幫助者としての故意を認めた京都地裁の判決は、結論において妥当なものであったと思われる。

〔付記〕脱稿後、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—Winny 提供事件第一審判決」法律時報80巻1号（日本評論社、2008年）114頁に接した。