

# 中立的行為による幫助の可罰性と故意帰属論

## —客観的帰属論の問題性を契機として—

小島 秀夫

### 1. はじめに

刑法の目的は、一部において異論が見られるものの、一般的には法益の保護、すなわち人間の共同生活において必要不可欠な利益を守ることにあるとされている。そのため刑法では、法益を侵害したり危険にさらしたりする行為を犯罪として処罰の対象としている。もっとも、法治国家的原理の尊重から、処罰の対象となる行為はあらかじめ明示されていなければならない。というのも、犯罪となる行為が事前に明示されることによって、市民の行動の自由が保障されるからである。また、法益を侵害したり危険にさらしたりする行為すべてが犯罪として当罰性を有するものではない。刑罰が最も峻厳な制裁であることに鑑みれば刑法の謙抑性が導かれることは言うまでもなく、それに基づいて、刑罰は、法益保護が他の手段において不十分な場合にのみ発動されるべきである（補充性の原則）。したがって、法益保護と行動の自由および謙抑性に基づく刑罰権の補充性との間でどのように折り合いをつけるかは、刑法の最も重要な課題であると言えよう。

ところで、犯罪の行為形態は、1人だけで行う単独形態が原則的に想定されているが、複数の行為者が関与する共犯形態も考えられ、とりわけ幫助犯については、その成否を検討する際、上述した刑法の課題に直面する。

幫助犯は、63条に「正犯の刑を減輕する」と規定されていることから、刑の必要的減輕事由である。そのため、共犯形態内部において、いかなる場合に幫助犯が成立するのか、とりわけ共同正犯と幫助犯の区別基準をめぐって古くから論争が繰り広げられてきた。具体的な事例を挙げるならば、銀行強盗を計画している者から依頼されて犯行場所まで運転する関与者の罪責は、共同正犯なのだろうか、それとも、幫助犯なのだろうか。判例は、行為者の主観面を重視して共同正犯と幫助犯を区別しているようであるが<sup>(1)</sup>、そのような判例理論に対しては、学説から批判が向けられている。学説を概観すると、客観説が多数を占めているが、近年は行為支配説が支持を広げつつある。もっとも、今もなお学説の分類に見解の一致が見られない状況であり、共同正犯と幫助犯を区別する基準は混迷してい

る<sup>(2)</sup>。この論争においては、刑法の謙抑性に基づく刑罰権の補充性が関係していると考えられる。

一方、幫助犯の成否をめぐる近時の議論は、法益保護と行動の自由との折り合いに関係している。それは、1990年代、ドイツの学説がわが国に紹介されたことに端を発する、いわゆる中立的行為による幫助の可罰性をめぐる問題である。この問題では、関与行為それ自体が日常生活を送る中で一般的に行われている行為である場合、幫助犯等の罪責を関与者に問うことは可能か、ということがテーマとなっている。実際の刑事事件を例に挙げると、ウィニー提供事件において、この問題が最大の争点として俎上に載せられている<sup>(3)</sup>。日常生活における行為が関与行為として容易に処罰されるとすると、法治国家的原理に基づく行動の自由の保障は、単なる仮面に過ぎないものともなりかねない。

このように、幫助犯の成否については、共同正犯と幫助犯の区別とともに幫助犯と不可罰的関与行為との区別が問題となっており、これらは刑法の課題と密接に関係していることが指摘されよう。そこで、幫助犯に軸足を置いて、いかなる場合に幫助犯が成立するかを深く検討することは、刑法の課題に取り組む上で大きな意義を有すると思われる。

本論文では、紙幅の制約上、幫助犯の成否をめぐる近時の議論、いわゆる「中立的行為による幫助論」に的を絞って、幫助犯の限界事例における故意帰属性判断の重要性について論究することとしたい。

## 2. 「中立的行為」とウィニー提供事件

従来、幫助犯に関しては、幫助の因果性をどのようにして認めるべきか、議論されてきた。しかし、幫助の因果性を議論するだけでは解決できない問題が、いわゆる中立的行為による幫助の可罰性をめぐる問題である。「中立的行為」(neutrale Handlung)という名称については異議を唱える論者も見られるが<sup>(4)</sup>、そこで議論される内容については争いが無いと言ってよいだろう。すなわち、関与者による関与行為と正犯による法益侵害結果との間に条件関係が認められるとしても、関与行為それ自体は日常生活を送る中で一般的に行われている行為であるがゆえに、法益侵害結果をそのような関与行為または関与者に帰属させるべきではないのではないか、問題になっている。典型的な事例としては、窃盗犯にねじ回しを販売した店主の事例や正犯を乗車させて行為場所まで運転したタクシー運転手の事例等が挙げられよう<sup>(5)</sup>。わが国では、ウィニー提供事件が、この問題の射程に入られている。

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データを交換し合うソフト

の1つで、今日、音楽 CD や DVD 映画のコピー情報の交換に使われている。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ることとされている<sup>(6)</sup>。そこで、先のような性質を持つウィニーをインターネット上に提供した行為について、公衆送信権侵害罪の幫助に該当するのか、ウィニー提供事件では争われた。

有罪とした京都地裁は、判断基準として次のように述べている。ウィニーのような「技術を実際に外部へ提供する場合、外部への提供行為自体が幫助行為として違法性を有するかどうかは、その技術の社会における現実の利用状況やそれに対する認識、さらに提供の際の主観的態様如何による」<sup>(7)</sup>。当該判決において注目すべき点は、違法性を判断するに当たって主観面を重視している点である。

これに対して、大阪高裁は原判決を破棄し、被告人を無罪とした。その判断基準については、次のように述べている。すなわち、「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、正犯がいかにその助力行為を運用するのかを知らない場合、又はその助力行為が犯罪に利用される可能性があること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。……価値中立のソフトをインターネット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者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で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」<sup>(8)</sup>。控訴審判決の意義は、中立的行為に対する幫助犯の成否を正面から論じ、第1審判決で示された「提供の際の主観的態様」の基準をより具体化した点に見出すことができるのではないだろうか。

ウィニー提供事件において、第1審判決と控訴審判決は、事実認定において、著作権の対象となり、かつ著作権者の許諾が得られていないコンテンツの割合が異なっている点に注意する必要があるが、いずれにせよ、関与者の主観に着目して中立的行為が幫助犯としての可罰性を有するか否かを判断している、と指摘することができよう。

### 3. 客観的帰属論から見る中立的行為の可罰性判断

学説に目を向けると、客観的な基準、とりわけ客観的帰属論によって、可罰性を有する幫助の領域から中立的行為を排除しようとする見解が、わが国で有力に主張されている。こうした状況は、ドイツ刑法学の影響によるものと思われる。客観的帰属論の概念については、ドイツにおいても論者によって相違が見られ、正確に理解するのが困難な状況ではあるが、「客観的帰属」とは法益侵害結果を許されない危険な行為に客観的に帰属することであるとするならば<sup>(9)</sup>、客観的帰属論を用いて判断する場合、いわゆる中立的行為への結果の客観的な帰属をどのように制限するのが、問題となるだろう。この点、客観的帰属論を唱える論者は、いわゆる中立的行為が、そもそも許された危険な行為かそれとも許されない危険な行為であるかを客観的に判断し、前者である場合には結果の客観的帰属を認めない、とする理解で一致しているようである。もっとも、その具体的な判断基準については、論者によって相違が見られる。

その1つとして、行為の意味、ないしはコミュニケーションの社会的意味を客観的に捉えることによって許されるか否かを判断する見解が挙げられよう<sup>(10)</sup>。その代表的な論者であるヤコブスは、次のような例を提示している。それは、ある者が、義務にしたがって債権者に債務を返済するものの、返済された金銭で債権者が犯罪の道具を調達することを知っている場合である。この場合、当該関与者は、確かに正犯による構成要件実現の継続を可能にしているものの、関与者自身からはまさに構成要件を実現する意味が与えられておらず、構成要件が実現されたとしても遡及されえない状況を作り出しているため、当該関与者の行為は許された危険創出行為である、とヤコブスは述べている。もっとも、こうした立場においても幫助犯としての可罰性が認められる余地は残されており、パン職人が、毒を隠す目的にしか役立たず、その目的以外には販売しえないパンを製作した場合は、パン職人の責任が問われることになる、としている<sup>(11)</sup>。

また、職業的相当性 (professionelle Adäquanz) の有無を基準とする立場も見られる。この立場によれば、当該行為が社会において是認されている責務を果たし、職業上の行為規則など規範的要素を兼ね備えた規則を遵守している場合<sup>(12)</sup> や職業的役割 (Berufsrolle) を超越していない場合<sup>(13)</sup>、幫助の可罰性は否定されることになる。

さらに、仮定的代替原因を考慮して、関与行為がなかった場合に比べ、相当因果関係が肯定される程度に正犯行為による結果発生蓋然性が高まっていた場合には、現実生じた結果についての危険増加が肯定されて結果帰属も認められる、と主張する論者も見られる<sup>(14)</sup>。例えば、レーヴェ-クラールは、危険増加の有無を判断するに当たって、法益を保護する利益と関与者の行為遂行による利益との衡量を基準とし、正犯が別の状況で同様の方法によって得ることのできるような関与行為は、対立する法益にとって相対的に危険

ではない、と述べている<sup>(15)</sup>。

このように、いわゆる中立的行為が許される行為であるのかをめぐっては、論者によって異なる説明がなされているものの、帰結は変わらないのが現状である。そこで、判例理論のように関与者の主観を重視する見解と、客観的帰属論に依拠する見解では、実際、結論にどのような相違が見られるのかを示す必要があるだろう。

事例：Aは商店街でYと喧嘩をしていたが、その喧嘩の最中、Aは目の前にあった金物店で包丁を購入した。Aは、包丁をYとの喧嘩に用いるため慌てて購入したのだが、金物店の店主Xは、Aが包丁を購入する目的を知りながら、包丁を販売した。その後Aは、購入した包丁でYを刺殺した。

この場合、関与者の主観を重視する立場によれば、店主Xは販売した包丁がほぼ確実に喧嘩の際に使われることを認識しているので、Xの販売行為は、日常的な性格を失い、可罰性を有する幫助行為とみなされることになるだろう。もっとも、ウィニー提供事件において大阪高裁が示した基準のように、違法行為の用途として勤める行為が幫助犯一般の成立要件として必要であるとするならば、そのように勤める行為をしていないXの販売行為が不可罰的な関与行為として捉えられうる可能性も残されているように思われる。

これに対して、客観的帰属論から判断するならば、Xは不可罰となるだろう。包丁は、殺害目的以外には販売しえないわけではない。また、販売行為それ自体は、職業的相当性を有していると思われる。さらに、金物店で包丁を購入できなかったとしても、商店街にある他の店で包丁を購入することができるならば、当該販売行為が現実には発生する結果についての危険を増加させるとは言い難いだろう<sup>(16)</sup>。したがって、Xの販売行為は許された危険創出行為であるとされ、結果の客観的帰属性は否定されよう。

#### 4. 客観的帰属論の意義と限界

因果関係が、行為と構成要件に該当する結果との間の事実的な関係を認定するのに資するものであるとすると、客観的帰属論は、事実的な関係が認められる因果経過の中から、許されない危険な因果経過を通じて結果が惹き起こされる対象を規範的に認定する理論であると考えられる<sup>(17)</sup>。すなわち、ある行為が客観的に見て危険な行為であるとしても、当該行為が許された危険な行為か許されない危険な行為であるのかを判断し、前者である場合は、刑法上の答責領域から排除される。その意味で、客観的帰属は、故意犯の場合で

あれ過失犯の場合であれ、共通して用いられうる結果帰属排除原理である。

こうした客観的帰属論の意義は、客観的に見て危険な行為の中から、許された行為であると判断された場合、結果の客観的帰属性を否定する点に見出すことができよう。したがって、いわゆる中立的行為の幫助犯としての可罰性を判断するに当たって客観的な基準、とりわけ客観的帰属論を展開する見解は、当該関与行為が客観的に見て危険な行為であるとしても、中立的行為であるがゆえに許された行為なのか、それとも許されない行為であるのか、という点に着目する限り、適切であると思われる。

しかし、客観的帰属論に基づいて中立的行為が許された行為であるか否かを判断する従来の基準については、次のような疑念が生じよう。行為の意味を客観的に捉える見解に対しては、そもそも行為の意味を客観的に捉えることができるのだろうか。故意が何を表現するのかという問題について、一定の社会的文脈を背景とする外部的行為と一体のものとして捉えるのであるならば<sup>(18)</sup>、行為の意味づけには関与者の故意を考慮しなければならないからである。また、職業的相当性という判断基準に対しては、基準の不明確性がつきまとう。さらに、仮定的因果経過を考慮する見解は、いわば確率論であり、職業的相当性による判断基準と同様に明確ではないだろう<sup>(19)</sup>。危険な行為が許された行為であるか否かを見極める客観的帰属性判断は、中立的行為の可罰性を検討する際に見られるように、特別な下位基準を場当たりの持ち出して行われるべきではなく、客観的帰属が過失犯の成否を検討する際にも共通して用いられうる一般的な結果帰属排除原理であることを念頭に置いて、行われるべきである。

そのように考えるとしても、客観的帰属論によって幫助犯としての可罰性を判断する見解は、なお不十分であると言わざるをえない。というのも、この見解は、問題となる中立的行為が許されない行為であるとして結果の客観的帰属性を肯定することによって、故意幫助犯としての結果帰属を認め、その可罰性を認めてしまうからである。すなわち、客観的帰属論に依拠すると、故意犯における結果帰属の要件を過失犯における結果帰属の要件にまで緩和する事態を招いてしまうことになる。客観的帰属が故意犯の場合にも過失犯の場合にも共通する結果帰属排除原理であるとするならば、客観的帰属性が肯定された次の段階において、当該行為が過失的に設定された行為であるのか、それとも故意的に設定された行為であるのかを検討しなければならないだろう。そして、故意的に設定された危険な行為であると認められ、故意が結果の中に実現したと判断された場合に初めて、結果を故意行為へ帰属することができるのではないだろうか。実際、ドイツでは、犯罪的意味連関の有無によって客観的帰属性を判断する学説が有力に主張されているが、この立場を表明する論者も、結局のところ、客観的な判断の限界を認め、最終的には故意が重要である

ことを示唆している<sup>(20)</sup>。

## 5. 故意帰属と幫助犯における故意の認識対象

このように、結果を故意行為へ帰属しうるか否か、すなわち「故意帰属」を検討することが、いわゆる中立的行為の幫助犯としての可罰性を判断する上で、最も重要であると考ええる。そこで、問題となる行為が許されない危険な行為であるとして客観的帰属性が肯定された次の段階において、当該行為が、過失的に設定された危険創出行為であるのか、それとも故意的に設定された危険創出行為であるのかを判断するに当たっては、幫助者に要求される故意の内容とはいかなるものか、その認識対象と幫助者に要求される認識の程度を明らかにしなければならないだろう。

幫助犯における故意の認識対象は、まず第1に、共犯の処罰根拠論と深い関係を有する。墮落説に属する責任共犯説や墮落説的不法共犯説は、正犯を罪責や刑罰、あるいは不法に巻き込むことを共犯の処罰根拠とするものである。このような考えに従うと、共犯の故意は法益侵害結果まで向けられる必要はなく、不法や罪責、刑罰に巻き込むという認識があれば足りることになる。一方、惹起説に立つ場合、共犯の処罰根拠が正犯の処罰根拠と同様に法益侵害結果の惹起を志向する行為であることに鑑みると、共犯の故意は正犯を通じて発生する法益侵害結果の認識まで要求されることになる。ここでは、責任共犯説や墮落説的不法共犯説が必要的共犯の帰結において問題を孕んでいること、そして共犯を危険犯と捉えることにつながることなどを理由に、惹起説を支持したい<sup>(21)</sup>。

したがって、幫助犯における故意の認識対象として、正犯によって惹起される法益侵害結果が含まれることになる。では、さらに正犯行為も、幫助犯における故意の認識対象として要求されるだろうか。これは必ずしも明白ではない。幫助者にとって、現実に行われた正犯行為は広義の結果であると同時に最終的な法益侵害結果に至る因果経過の一部分でもあると理解するならば、故意の対象としての因果経過の要否をめぐる問題につながるからである。この問題の真の所在を明確化するためには、規範論的アプローチが有効であると考えられる。

行動規範は、ある一定の行動が適法か違法かを示す評価規範であると同時に、違法であると評価される行動を控えるよう要求する決定規範でもある。その限りで、行動規範は人間の行動を制御する機能を有している、と言えるだろう<sup>(22)</sup>。刑法の目的を法益保護に置く通説に従うならば、行動規範の正統性は、保護法益を有する者の観点から、法益が危殆化されたり侵害されたりする行動、あるいは法益の保護や維持に資する行動に見出されな

なければならない<sup>(23)</sup>。それゆえ、行動規範の内容は、法益保護の観点から確定されよう。

行動規範の内容から、その名宛人の領域が必然的に決定づけられる。というのも、行動規範が命令や禁止を通じて人間の行動を制御し、法益の保護を目的とするのであるならば、行動規範は、法益を侵害ないし危殆化する行為を行うかどうかについて判断をなすべき立場にある者に、事前的に向けられなければならないからである<sup>(24)</sup>。例えば、XがAを川に突き落とす際、Aが見知らぬ子供であること、川の水深が子供の背丈以上に達していること等をXが認識している場合、Xには199条の前段に対応する「人を殺してはならない」という行動規範が向けられる。しかし、Aは友人であること、泳ぎに自信を持っている者であること、浅瀬の川であること等の事情をXが認識している場合、「人を殺してはならない」という行動規範は、決してXに向けられないように思われる。

そうであるとする、行為者の故意行為、ならびに故意の対象は、行動規範論のレベルでの問題である、と考えられよう。行動規範が構成要件に機能的に内在していることに鑑みれば、故意の対象は、構成要件に該当する諸事情の認識にとどまらず、結果に至る因果性（危険性）の認識についても含まれることになる。XがAを川に突き落とす先の事例において、後者の場合は、Aの死という結果に至る因果性、換言すれば死に至る危険性を認識していないので、Xには故意が認められず、したがって「人を殺してはならない」という行動規範も向けられないのである。

このように考えると、幫助犯の側から見ると結果に至る因果性の一部である正犯行為は、幫助犯における故意の認識対象であると言えるだろう。したがって、幫助犯における故意の認識対象には、正犯行為や正犯によって惹起される法益侵害結果が含まれる。もっとも、故意行為は、故意（行為）一般があれば直ちに認められるものではなく、傷害を故意的に志向する行為、殺人を故意的に志向する行為等がある。そして、殺人を志向する行為には、銃で射殺する故意行為、紐で絞殺する故意行為、毒で中毒死させる故意行為等がある。そうであるならば、幫助者の故意が認められるためには、幫助者は何らかの仕方で結果が発生することを認識しなければならず、そのことを認識しうる程度に正犯行為を認識しなければならない。暗殺を計画している正犯に、拳銃を提供する者であれば正犯行為に関する認識として射殺行為の認識が、紐を提供する者であれば絞殺行為の認識が、幫助者に要求されよう。

幫助の故意内容としての正犯行為については、事前的に認識可能な正犯行為であるため、決して一義的ではなく、択一的、概括的でありうる<sup>(25)</sup>。例えば、テロ行為を計画している正犯に金銭を提供する者は、正犯がその金銭を武器の購入に用いたり、逃走資金として用いたりすることを択一的に、あるいは概括的に認識しているのが通常であろう。それゆ



え、択一的であれ、概括的であれ、いわゆる中立的行為を行った者が行為当時に正犯行為を未必的すら認識していない場合は、当該中立的行為を行った者が危険行為を故意的に設定していないため、そのような者への結果の故意帰属性が否定されることになる。

## 6. おわりに

本論文は、幫助犯の限界事例としていわゆる中立的行為の幫助犯としての可罰性をめぐり問題を取り上げ、故意帰属性が肯定されるか否かによって幫助犯としての可罰性を判断すべきであることを提唱するものである。すなわち、問題となる危険な中立的行為が、そもそも許された行為であるのか否かを検討し、それが認められた場合、許されない危険な中立的行為が過失的に設定されたのか、それとも故意的に設定されたのかを、まず検討すべきである。その際、幫助犯としての故意が認められるためには、行為者が、正犯によって発生する法益侵害結果や正犯行為を、未必的であることはもちろん、択一的に、あるいは概括的に認識していることが要求される。こうして、故意的に設定されたと認められた場合、そのような危険創出行為が結果の中に実現しているか否かをさらに検討すべきであると考えられる。

本論文で示した立場からウィニー提供事件を考察すると、判例理論が関与者の主観を重視している点は、基本的に賛同すべきではないと思われる。大阪高裁が中立的行為による幫助犯の成立に関する一般的な基準を述べた部分は、まさに幫助犯としての故意の成立要件を示したものと評価することができよう。

もっとも、大阪高裁が特別の限定的基準を立てたと思われる「勧める」行為については、なぜ、そのような行為が特別に要求されるのか、問われることになるだろう。危険な行為が故意的に設定されたか否かを基準とするのであるならば、京都地裁が示したように、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も、故意の内容として要求されることになるだろう。そのような観点から、大阪高裁の認定した事実に基づいて故意を否定することも可能であったように思われる。

- (1) 例えば、最判昭和24年10月1日刑集3巻10号（1949年）1629頁、千葉地松戸支判昭和55年11月20日判時1015号（1981年）143頁等。
- (2) 詳細については、拙稿「共同正犯と幫助犯の区別基準—故意の再評価—」法学研究論集第33号（2010年）47頁以下参照。
- (3) 大阪高判平成21年10月8日季刊刑事弁護61号（2010年）183頁。本判決に対する評釈について、園田寿「Winny の開発・提供に関する刑法的考察 [再論] —ウィニー控訴審無罪判決の意義と課題」刑ジャ22号（2010年）40頁以下、豊田兼彦「Winny 事件と中立的行為」刑ジャ22号（2010年）51頁以下、穴沢大輔「判批」季刊刑事弁護61号（2010年）182頁以下、小野上真也「判批」早稲田法学第85巻第4号（2010年）137頁以下等参照。
- (4) 「中立的行為」という名称については、他に「日常的行為」(Alltagshandlung)とも呼ばれているが、これに対して、ラッコーによれば、「日常性」は可罰的でない行動態様をあらかじめ包摂する定義であり、「中立性」という定義はある一定の行為に対する刑法上の評価を指しているのか特定の行為に対する一定の性質を指しているのか不明確であるとして、嫌疑なき行為 (unverdächtige Handlung) と名づけている。Peter Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, S. 29ff. また、松宮孝明は、「中立的な行為・態度」と直訳すると意味がわかりづらいとして、ありふれた行為であって、しかも大抵仕事として行われるという意味を込めて、「日常取引」と訳している。中山研一＝浅田和茂＝松宮孝明『レヴィジオン刑法3 構成要件・違法性・責任』（成文堂、2009年）112頁。しかし本稿では、多くの論者が採用している「中立的行為による幫助」という名称を用いることとする。
- (5) Vgl. Joachim Kretschmer, Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?, Jura 2008, S. 268.
- (6) 著作権法23条、96条の2参照。
- (7) 京都地判平成18年12月13日判タ1229号（2007年）105頁。
- (8) 大阪高判平成21年10月8日季刊刑事弁護61号（2010年）190頁。
- (9) Vgl. Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S.570.
- (10) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl, 1991, S. 699, José Antonio Caro John, Das erlaubte Kausieren verbotener Taten — Regressverbot, 2007, S. 125ff.
- (11) Günther Jakobs, Regreßverbot beim Erfolgsdelikt Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung für Begehung, ZStW 89, 1977, S. 27, Fn. 83.

- (12) *Winfried Hassemer*, Professionelle Adäquanz, *wistra* 1995, S. 82.
- (13) *Monika Wolff-Reske*, Berufsbedingtes Verhalten als Problem mittelbarer Erfolgsverursachung, 1995, S. 139.
- (14) *Oliver Löwe-Krahl*, Beteiligung von Bankangestellten an Steuerhinterziehungen ihrer Kunden — die Tatbestandmäßigkeit berufstypischer Handlungen, *wistra* 1995, S. 205.; 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件—いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして—」*立教法学*57号(2001年)76頁。もっとも、ウィニー著作権法違反幫助事件については、法秩序の統一性の観点から、民事法理論に基づく限り損害賠償責任が認められにくいのであれば、その限りにおいて刑法35条によって正当化を認めることは可能である、として違法性を阻却するアプローチを提唱している。島田聡一郎「Winny 事件2審判決と、いわゆる『中立的行為による幫助論』」*刑ジャ*第22号(2010年)65頁以下。違法性阻却や責任阻却を試みる見解は、すでにドイツで主張されている。Vgl. *Rackow*, a. a. O. (Anm. 4), S. 271ff.
- (15) *Oliver Löwe-Krahl*, Steuerhinterziehung bei Bankgeschäften, 2000, S. 39.
- (16) もっとも、購入できなかった場合と比較して、危険増加の時期が早まっている点に着目すれば、必ずしも直ちに客観的帰属性が否定されることにはならないように思われる。
- (17) Vgl. *Urs Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4. Aufl., 2009, S. 88.
- (18) 増田豊『規範論による責任刑法の再構築—認識論的自由意志論と批判的責任論—』(勁草書房、2009年)268頁。
- (19) 仮定的因果経過を用いる見解を批判している論者として、*Kai Müller*, *Beihilfe durch wirtschaftliches Handeln*, in *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, 2003, S. 352f.; *Rackow*, a. a. O. (Anm. 4), S. 159.; 曲田統「日常的行為と従犯(2)—主にわが国における議論を素材にして—」*法学新報*第112巻第1・2号(2005年)452頁以下、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*第56巻第1号(2006年)98頁等参照。
- (20) *Frisch*, a. a. O. (Anm. 9), S. 285., *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, 2003, S. 215ff.
- (21) 拙稿「幫助者の故意に関する—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)69頁以下。もっとも、私見は惹起志向説を支持する。この点については、拙稿「共犯の処罰根拠—共犯従属性の観点から—」*明治大学社会科学研究所紀要*第48巻第2号(2010年)222頁以下参照。

- (22) Vgl. *Ulrich Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, S. 66f.
- (23) Vgl. *Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 17), S. 36.
- (24) Vgl. *Nikolai Warneke*, Die Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, 2007, S. 92f.
- (25) 増田・前掲註 (18) 239頁以下参照。

[付記 1]

本論文は、2011年5月25日に行われた大東文化大学法学研究所研究会報告に加筆したものである。

[付記 2]

脱稿後、ウィニー提供事件最高裁決定（最決平成23年12月19日 LEX/DB25444057）が出された。当該決定において、最高裁は、価値中立ソフトと称される Winny の提供行為が著作権侵害の幫助行為に当たると解される場合について、「ソフトの提供者において、当該ソフトを利用して現に行われようとしている具体的な著作権侵害を認識、認容しながら、その公開、提供を行い、実際に当該著作権侵害が行われた場合や、当該ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法などに照らし、同ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合で、提供者もそのことを認識、認容しながら同ソフトの公開、提供を行い、実際にそれを用いて著作権侵害（正犯行為）が行われたとき」に限ると述べた。その上で、被告人による Winny の公開、提供行為が著作権侵害に利用する蓋然性の高い状況下において公開、提供されたものであったことは否定できないとしつつも、「例外的とはいえない範囲の者がそれを著作権侵害に利用する蓋然性が高いことを認識、認容していたとまで認めることは困難である」として、著作権法違反罪の幫助犯の故意を否定し、被告人を無罪とした。本決定については反対意見も出されており、詳細な検討については、別稿で論じることとしたいが、当該決定における理論の方向性は、幫助者の故意ないしは幫助者の故意への帰属が決定的に重要な問題であると主張する本論文の意義と一致していると言えよう。なお、校正段階で、当該決定に対する評釈として、門田成人「判批」法セ686号（2012年）127頁に接した。