

従犯の本質

清水 晴 生

- 1 従犯関与の具体性
- 2 積極に解した判例
- 3 消極に解した判例
- 4 従犯不法と不法従属

1 従犯関与の具体性

従犯が成立するためには正犯結果に作用し、寄与したことが必要である。即ち、従犯の行為の中でも、従犯の因果関係が特に論じられるゆえんである。

しかし正犯との関係性・関わりが何らかの意味において認められるとき、作用・寄与があったかなかったか即ち因果関係があったかなかったかを論じるのは、因果関係一般を論じるときと同様に困難を伴う。

あくまで正犯実行を幫助するにとどまる行為である以上、最終的な構成要件該当結果発生の有無との関係において、正犯行為に関するのと同じ意味で因果関係が論じられるわけではない。正犯結果への寄与・促進が強く認められるときに従犯の成立が肯定されるというとき、その寄与・促進といった関わりをどの程度必要とするかについては明確な基準がない。幫助の因果性ないし因果関係にどの程度の内容を要求すべきかが広く論じられてきたのにはここに理由がある。

幫助の因果関係に要求される内容ないしその促進性の程度については、単に「容易にした」という程度で足りるかどうかといったその規範的な基準如何を論じる向きもあるが、むしろそこで必要とされるべき基準は促進した・容易にしたといえるだけの幫助における行為事実の具体化の程度で

あろう。幫助の処罰根拠が正犯結果惹起への因果的寄与の点にあり、単なる正犯実行との結びつきで足りるとするものではない以上、「容易にした」とか促進したということが事実具体的に認定されることができて初めて幫助の違法・不法もこれを肯定することができるというべきである。従犯による関与行為の不法の実体が具体的に基礎づけられなければならない。

そして同時にこのとき、この従犯による関与行為の不法実体に対する具体的認定は、判例上ではむしろ一般的に、従犯の具体的な正犯結果発生への寄与の具体的認識の有無として評価されることに注意すべきである。これは先にも述べた通り、とりわけ幫助の因果関係の認定が困難であることに由来するものであろう。正犯との関与が皆無ではない従犯の因果関係は抽象的に論ずれば否定しがたく、具体的に見て初めて必ずしも肯定もしがたいということになり、いわば水掛け論ともなりやすい性格のものである。このとき、促進的因果関係ないし促進的・結果寄与的な従犯不法の実体が欠ける客観面を反映する形で、従犯の具体的な故意もその不法を基礎づける事実に対する認識を例外なく欠くことになる。具体的な故意・認識の存在・不存在を具体的事実を基礎として認定することに困難はない。

つまり理論的に見れば、そもそも「容易にした」とはいえないから従犯構成要件に該当する行為が認められないと結論づけられる場合であっても、むしろ従犯としての具体的な故意が欠けるから幫助犯は成立しないとされる場合も当然にありうるのである。

幫助の行為があったとはいえないとするか、幫助の故意があったとはいえないと結論づけるかの違いは、以上のような意味において実践的には必ずしも重要な違いではないといっておかろう。

ここまで述べたような問題関心を踏まえて、従犯関与の具体性に関連する判断を示した判例のうちの若干のものを取り上げて、その論じようについてささやかな検討を以下で加えたいと思う。そしてそこでの検討は、従犯の成否を判断するに際しても、当然にやはり従犯ないし従犯関与の本質

を踏まえこれに裏打ちされたものとなるということを再確認すべくなされるものである。

2 積極的に解した判例

(1) 大阪高裁昭和61年10月21日判決⁽¹⁾

本件は、「売春クラブ3店の経営者らが、3か所の公衆電話ボックス内に売春の客寄せ宣伝用散らしを合計27枚貼付して売春客を誘引した際に、被告人はこれに先立ちその情を知りながら、右経営者らに対し、右3店の宣伝用散らし合計15000枚を販売して引渡し、あるいは、右経営者らが、約2か月間41回にわたり大阪日日新聞紙上に売春クラブ2店の売春の客寄せ広告を掲載して売春客を誘引した際に、被告人はこれに先立ちその情を知りながら、右経営者らから注文を受けて右広告を同新聞紙上に掲載させ、もって右経営者らの各犯行を容易ならしめて幫助した」というものであった。

売春防止法6条は売春周旋につき1項で、売春周旋目的誘因につき同2項で処罰している。

売春防止法6条1項 売春の周旋をした者は、2年以下の懲役又は5万円以下の罰金に処する。

同2項 売春の周旋をする目的で、次の各号の一に該当する行為をした者の処罰も、前項と同様とする。

1号 人を売春の相手方となるように勧誘すること。

2号 売春の相手方となるように勧誘するため、道路その他公共の場所で、人の身边に立ちふさがり、又はつきまとうこと。

3号 広告その他これに類似する方法により人を売春の相手方となるように誘引すること。

(1) 判例タイムズ630号230頁。

本件で問題となったのは同法6条2項3号に該当する行為に対する幫助の成否である。

弁護側の控訴趣意中まず、同様の広告を手がける大手の広告代理店や出版社等ではなく、小さな本件広告代理店を狙い撃ちにし、差別的な不平等起訴だと主張したことに対して本判決は、記録に表れた諸般の事情に照らせば理由なく差別して起訴したものとはいえないとして、具体的な事情を踏まえて従犯の罪に問われるものであることを述べている。

その上でとりわけ幫助の故意について詳しく判示している⁽²⁾。

控訴趣意が、被告人には当該散らしや新聞広告掲載につき売春周旋目的誘因幫助の故意がなかったとしたのに対して、「直ちに被告人に前記幫助の故意があると認定したものではなく、本件宣伝用散らし及び新聞広告の内容(特に、時間と料金額の点)、体裁等のほか、被告人が本件正犯者の甲野太郎らから右宣伝用散らし等の注文を受けた際に、同人らに対し警察の取締りに注意するように忠告したりしたこと、あるいは、被告人が他のホテル業者が検挙されたことを認識していたことなどの諸点を総合して、被告人に右幫助の故意がある旨認定したものである」として、具体的な幫助の故意を認定している。

また、幫助故意認定の根拠となる具体的事実の指摘としても、散らしや新聞広告に実際に記載された接客の時間や料金額を挙げて、根拠となる客観的事実に基づいて具体的な幫助故意延いては幫助行為を認定している。

(2) 東京地裁昭和63年4月18日判決⁽³⁾

本件は、正犯者らが電話ボックス等に売春周旋用の冊子を置くなどした行為に先立って、被告人らが情を知りつつ当該冊子の印刷・製本を請け負いました作成した上正犯者らにこれを引き渡し、もって正犯者の犯行を容易

(2) 本件では、幫助行為の内容が正犯行為の直接的な手段であったこともあり、ほぼ専ら故意の成否が争われたものと思われる。

(3) 判例時報1279号156頁、判例タイムズ663号269頁。

ならしめたというものであった。

被告人らの売春周旋幫助の故意について裁判所は、①電話ボックスに貼ってあるピンクチラシを小冊子にするという依頼を受けて、一年半足らずのうちに31回にわたり「90分25000円」など時間・料金入りの広告を掲載させて印刷・製本を行ってきたこと、②その間2度にわたり、警察から事情聴取を受けた際に売春周旋幫助に該る旨勧告を受けていたこと、③証拠が残らないように帳簿に記載せず領収書も出さないなどし、また事情聴取直後には受注を断るなどしたこと、④捜査段階から公判当初まで繰り返し「判っていた」旨供述していたことなど、やはり故意の認定という形で正犯行為に物理的に寄与した具体的な幫助行為の存在を認定していた⁽⁴⁾。

また、日常の営業活動の一環であり正当業務行為である旨の弁護人の主張に対して、裁判所はここでも故意が認められることを前提に、その余の犯罪成立要件は全て満たしているから、日常の業務の一環であるというだけでは違法阻却されないと答えた。

正当業務行為だとの主張に対して故意があったと答えている点に、実質的違法存否の判断の不十分さと、これを容易に故意に置き換えて評価してしまうことの問題性が現れていよう。むしろ、本件印刷・製本行為が日常の営業活動と比較して、どのような態様においてどの程度正犯による法益侵害を増大させる結果となったのかという、本件幫助行為の実質的違法性の程度如何について具体的に吟味し認定する必要があったと

(4) 弁護人はほかに、被告人らの幫助は間接幫助だとの主張をしていた。これに対して裁判所は直接幫助だとした。弁護人の主張の真意ははっきりとはわからないが、売春周旋罪自体が売春行為そのものに対する幫助形態であるから、本件売春周旋幫助をその間接幫助と主張したものではないかとも思われる。売春防止法1条は売春防止を図るために「売春を助長する行為等を処罰する」としているから、このような理解自体には理由がある。売春周旋罪はいわば独立従犯にあたるから、その実質的違法性の存否や程度の判断については厳密な認定を要しよう（ただし管理売春における背後者はむしろ教唆として理解すべきともいえる）。

いうべきである⁽⁵⁾。

そして控訴審である東京高裁平成2年12月10日判決⁽⁶⁾でも、一転して本件小冊子には時間も料金も記載されないと認定しているほかは、控訴の理由とされた主張を全て排斥した。

しかしその主張の中には見るべき点がある。第一に、ピンクチラシの印刷は売春誘因(法6条2項3号)の幫助であり、売春誘因が売春周旋(法6条1項)の予備である以上、予備の幫助を処罰することになり罪刑法定主義に反するなどという。これに対して裁判所は売春周旋自体に対する幫助とした。

売春周旋(法6条1項)と売春誘因(法6条2項3号)とは同じ法定刑で処断されており、両行為がいわば包括的・一体的になされうるともいえるものであることからすると、誘因を周旋の予備と構成するのは必ずしも説得力がないように思われる。ただし、漫然と「容易ならしめた」という

(5) この点の主張において弁護人は2つの判例を引用している。その内、最高裁第三小法廷昭和24年4月19日判決(刑集3巻5号575頁)は、洗濯業者が進駐軍物資を所持したとして政令違反に問われた事案について、「洗濯業者が客から洗濯を依頼されて洗濯物を所持することは、正当の業務に因り為した行為であること言うまでもないのであるから、かゝる行為は、刑法第35条によつて処罰し得ないものと言わねばならない。」として破棄差戻しとした。

また仙台高裁昭和29年10月26日判決(高裁刑裁特報1巻9号404頁)は、刀剣の研磨を業とする被告人が客から刀剣を預かり所持した事案に関して、「刀剣の研磨を業とする者が客から研磨を依頼され、その刀剣を研磨に必要と認められる相当期間所持することは、刑法第35条の正当の業務に因り為した行為として乃至は銃砲刀剣類等所持取締令第二条第七号の趣旨からして、違法性がないものといえる。」とした。ただし同時に文化財登録申請代行のための所持という側面に関しては、むしろ法の趣旨からその範囲にないとし、しかも依頼されてから登録申請手続きをしないで経た期間が、同手続に必要な相当期間を徒過しているとも述べて、控訴に理由はないとした。

ここでは形式的に法の趣旨を勘案するのみならず、漫然と所持した期間の長さなど具体的事情をも踏まえて、所持による法益侵害と正当業務行為としての正当化とを対照させて実質的違法性を評価しているものと見ることができる。

(6) 判例タイムズ752号246頁。

ような認定に対して、予備的であるとか間接的であるという主張を内包したここでの指摘は、正犯結果の法益侵害に対して具体的にどのような・どの程度の実質的寄与を果たしたのかを問うものでありうる。この意味で重要な指摘といえる。

第二に、印刷といった正当業務行為に類する行為については、「幫助が認められるのは、正犯の犯行に深く関与し、相当利益を得ている場合に限られるのであって、右関与の度合いが低く、正犯の営業による利得にもあずかっていない被告人兩名を売春の周旋の幫助罪に問擬することはできない」とも主張している。

これは一見いわゆる中立的行為⁽⁷⁾のごとき主張のようにも見えるが、その実、正犯結果により派生する利益に与っていないなど具体的な関与の実質や程度を質す主張であり、その意味で実質的違法阻却の本質に即した主張といえよう。

3 消極に解した判例

(1) 熊本地裁平成6年3月15日判決⁽⁸⁾

本件事案は関係者が多く複雑な様相を呈しているが、つまるところ軽油取引の買い手となった者について、その売り手らと共に軽油引取税の不納入罪の（実行）共同正犯が成立するかが問われた事案であった⁽⁹⁾。しかし

(7) 中立的行為について例えば、塩見淳「中立的行為と幫助」山口厚・佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論〔第7版〕』（別冊ジュリスト220号）176頁以下参照。

(8) 判例タイムズ863号281頁、判例時報1514号169頁。

(9) まず地裁も触れているように、いわゆる通脱罪ではない真正不作為犯たる単なる不納入罪について、納入（の作為）義務を負わない者が共同実行できるかには疑問が残る。単に不納入の事実のみで成立する不納入罪はいわば自手犯であるし、また少なくとも真正不作為犯であるところ、作為義務を65条にいう身分と解すべきでもないから、消極に解すべきである。不納入のための前後の工作までを含めて共同実行者が共同すべき実行行為と解することは、「偽りその他不正の行為」を必要とする行為との比較においては、いわば構成要件該当行為の不当な拡張であり、不納入以外の行為にまで法を類推適用しているとの批判を免れない。

その共同正犯否定の論理は同じく幫助についても該当するものとして敷衍して述べられていることからここで扱う。

熊本地裁の主な検討対象は、買い手であるにとどまる被告人がいわば自己の犯罪を行うという正犯としての態様において加功したといえるかという点にある。たとえ情を知っていた場合でさえ、このような意味での加功が認められなければ正犯として実行したものとはいえないというのである。その上で本件被告人は正犯者らと一体となって正犯実行に加功したのではないとした。そして更には、幫助する意思の実現として取引に応じていたものでもないとして幫助の成立さえも否定したのである。

この論理はいつてみれば、被告人は単に情を知っていたというだけであり、いわば「容易にした」というのではなく単に「容易になった」ととどまるのだと認定したのだと考えられる。ごく形式的に見れば正犯実行は被告人の関与を経て結果の発生・実現に至っているわけではあるが、それは日常的な取引の継続以上のもではなく、いわば正犯結果に実現した法益侵害において違法の増大を見ていないというのであろう。

例えば、橋を渡った先に住む人を殺しに行ったという場合、橋を造った人間が幫助に問われないのは故意がないからだろうか。そうではなく、具体的な特定の正犯実行への加功を通して、法益に対する危険や侵害の度合を増大させていないからであろう。こうした違法の増大を見ない単なる「事実上の加功」はいわゆる中立的行為の議論にもあるように、あらゆるものが考えられる。

理論的に整理すれば、幫助は拡張された構成要件であり、実行行為によるしぼりに乏しいから、形式的に幫助構成要件に該当するように思われる「事実上の加功」行為は広く認められてしまうのである。しかしこれをもって未だ実質的違法性を認めうる幫助行為があったということはできない。単に正犯実行や正犯結果との間に因果関係が認められたに過ぎないとさえいえる。構成要件該当性のしぼりに乏しい従犯においては、因果関係の認

定のみで形式的な構成要件該当性を認めることさえ非難されなければならない。従って、正犯結果の法益侵害における違法性の実質的な増大が具体的に認定されなければならないのである。

ところで、熊本地裁は本判示において、繰り返し必要的共犯の論理の類推を展開している。必要的共犯はいわば対向関係や集団関係を実行の必須の前提とする構成要件においてその一部のみの処罰規定が用意され、その余の関与については処罰が予定されていないことから、総論規定による任意的共犯の成立が否定されるとするものだが、これはいわばその余の関与に該る行為については処罰に足りる実質的違法性ないし実質的有責性その他を認めることができないからだといえる。

このとき、いわゆる中立的行為と呼ばれるものについて、必要的共犯の思考を敷衍して捉えることができるように思われる。即ち、凶器を用いて人を殺害しようとする場合、業として刃物を取り扱っている店の者がたまたまあるいはうすうす情を知っていながら刃物を売り渡したとしても、その行為は正犯実行との間に一応の因果関係が認められることによって形式的には幫助構成要件に該当するよう見えるというだけであって、未だ正犯実行や正犯結果における違法を実質的な意味において増大させたとはいえないというべきである。拡張された構成要件たる幫助構成要件は実行行為の明確性に乏しく、形式的に構成要件に該当しうる行為は広く認められてしまうから、いわば処罰に値する実質的違法性を備える関与行為のみに幫助犯の成立が認められるべきである。一定の処罰に足りる実質的違法性を備えたといえる関与行為であって初めて幫助犯の成立が認められるというのはつまり、正犯実行や正犯結果の関係において単に形式的に前提となったに過ぎない行為については、これは具体的態様において実質的違法性を備えたものではないから幫助犯の成立を見ないということである⁽¹⁰⁾。

(10) これは評価のあり方としては、実質的違法性が認められない行為であるがゆえにそもそも「容易にした」という幫助構成要件該当行為に該らないという表現も用いられうる。

形式的には必須の前提とされるところ、実質的違法性を欠くがゆえに任意的共犯の成立を見ないという意味において中立的行為と必要的共犯とは共通する要素を持ち、ただ必要的共犯はそのことが特に構成要件規定の記述の内にすでに読み取れるという点に違いがある。

ただし、必要的共犯であっても通常以上の働きかけによって任意的共犯の成立を認めるべき場合があると説かれるように、必要的共犯にしても中立的行為にしてもその議論の要点は実質的違法性の減少ないし欠如にあるのであるから、とりわけ構成要件上の根拠を持たない中立的行為については実質的違法減少ないし阻却が具体的に認められる必要がある。

(2) 神戸地裁平成6年5月12日判決⁽¹¹⁾

本件は信用金庫の支店長が売春防止法13条1項上の、知情売春場所提供者に対する知情資金提供の罪に問われ、知情性を認定された上で有罪となった事案である。有罪とされた事案をここで扱うのは、その中で資金を貸し付けた相手方への営業許可を与えた官公庁等には知情場所提供の補助は成立しないとされたからである。

その理由は「単なる一般的、抽象的な認識では足りない」からというのであった。しかし、営業許可を与えるには施設や経営内容について相当に具体的に確認を行うはずであって、融資を検討する金融機関と変わるところはないはずである。「単なる一般的、抽象的な認識では足りない」という一般論は間違っていないが、官公庁等の補助を否定する理由とはなっていない。

むしろ営業許可を受けた業者への融資について「単なる法律の錯誤に過ぎず」といえるかには疑問が残る。具体的な融資を行う金融業者が情を知っていると判断されるのと同様に、具体的な営業許可を管掌する官公庁の担当者らが売春営業の実態に関して「単なる一般的、抽象的な認識」し

(11) 判例タイムズ858号277頁。

か持っていないとはおよそ考えられない。情を知る官公庁が営業を許しているという事実を踏まえるときには、特に悪質な事案でもない限り一般的・社会的に許容される範囲内の営業活動だという認識を持ち合わせたとしても不思議ではない。このような意味においては、違法阻却事由に関する事実の錯誤により故意が阻却される余地がありうると考えられる。

ところで、ここで神戸地裁判決は、官公庁に幫助が成立しない理由について「単なる一般的、抽象的な認識では足りない」と説明したのだが、では官公庁の許可を与えた行為自体については幫助の客観的構成要件に該当する余地があると考えてよいのだろうか。

実のところ神戸地裁判決は、「単なる一般的、抽象的な認識では足りない」ということによって、官公庁が少なくとも売春営業が行われることについて「一般的、抽象的な認識」は持っていたであろうことを認めてしまっている。このような認識は実は容易に未必的認識とも評価されえよう。当該地域における売春営業がもはや常識・常態と化していて、検挙者まで出ている状況にあって、「単なる一般的、抽象的な認識」しか持っていなかったとはとてもいえない。具体的に業者から書類等の提出を受けて確認・許可業務を行っているのである。少なくとも「単なる一般的、抽象的な認識」以上の認識を持っていたものといわざるをえないだろう。

そして少なくとも営業許可を受けるという意味で正規の営業をしようとする限り、官公庁の許可がなければそのような営業は行えないのであるから、この意味では官公庁の許可が売春営業行為を「促進」した、あるいは「容易にした」ことは明らかであり、「容易にした」どころか決定的に作用したというほかない。無論だからこそ、客観的幫助行為該当性を否定できないからこそ、故意を否定するほかなかったと考えることもできないではない。

しかしこのとき、むしろ官公庁の許可行為は、正犯者による法益侵害を実質的に増大させてはいないというべきである。官公庁による許可行為は

いわば正犯者による実行の障壁を取り去ったものであり、その意味で形式的には因果経過上の介入事情とはなっている。そのことで許可行為があって初めて正犯実行が起りえたという意味での因果関係は認められる。なかったはずの法益侵害が発生したという意味では法益侵害を増大させたどころか生み出したとさえいえる。しかし、(レトリックともいえることは認めた上であえていうならば) 実現された法益侵害は元々正犯実行が胚胎していた危険の実現にとどまり、許可行為はそれに何かを付け加えたものではない。もちろん付け加えるよりも生み出したことの方がよっぽど違法増大の程度は大きいのだが、生み出された違法はいわば正犯者によって「自己の犯罪として」実現されたところのものであると考えるならば、これを正犯と共同実行したのではない関与者にとっても同じように「自己の犯罪として」行ったものとはいえない以上、これをもって関与者の違法とみなすことはできないだろう。この違法が正犯実行の違法であると解するときには、正犯ではない関与者の行為が違法となるためには、その正犯の違法とは異なった、それに更なる違法を付け加えて増大させるところの従犯独自の違法が認定されなければならない。実質的な違法の増大が必要であり、形式的な関与では足りないというのは、このような意味である。

(3) 東京高裁平成2年2月21日判決⁽¹²⁾(板橋宝石商殺害事件)

幫助の因果性について注目すべき判断を示した比較的著名な事件である。被告人は正犯者が殺害を予定していた地下室で銃声が外に漏れないようにドアにガムテープで目張りしたり、換気口に毛布を詰めるなどしたが、正犯者は予定を変え自動車内で殺害に及び、被告人らの地下室での工作を了知していなかったという事案であった。

本判決で注目すべきは、被告人の強盗殺人幫助の故意をまず明確に認めている点である。本件の処理としては、目張り行為からその後の正犯

(12) 判例タイムズ733号232頁。

車両の追従行為に至るまでを包括的に同一目的による行為として捉え、目張り行為時点の具体的な幫助の認識はその後の正犯実行とは齟齬しておりこれに及ぶものではなかったものの、追従行為時点での心理的幫助の認識をもって幫助の成立に足りるという認定もありえたかと思われる。確かに原判決⁽¹³⁾もこれに類似して、「地下室における目張り行為等は、Aが現実には地下室で犯行に及ばず、車中でこれを実行したのであるから、現実のAの強盗殺人の実行行為との関係では、役に立たなかったものであるが、前記のように、Aとしては、Bばかりでなく、Cにも地下室における準備を期待し、Cも、右地下室でのAとの会話などを踏まえ、その意図を理解し、目張り行為等をしたものと推認できるのであって、Aがその後たまたま地下室においての実行計画を発展的に変更し、車中でこれを実行したものであるが、結局は、当初の意図どおり、Aが強盗目的によりけん銃で被害者を射殺するという、被侵害利益や侵害態様など、構成要件上重要な点を共通にする行為が、前の計画と同一性を保って、時間的にも連続する過程において遂行されたものであるから、Cの右目張り行為等は、Aの同日の一連の計画に基づく被害者の生命等の侵害を現実化する危険性を高めたものと評価できるのであって、幫助犯の成立に必要な因果関係において欠けるところはないというべきである」と判示していた。無論高裁判決によっても否定されたこのような判断は、いってみれば単に目的の同一性を促進性にいい換えたに過ぎないものであって是認することはできない。つまり少なくとも目張り行為から追従行為までを（あたかも量的過剰防衛を論じる場合のように）包括的・一体的な行為として捉えるという構成を前提とすることが必要であり、これを分けて捉えた上で「被侵害利益や侵害態様など、構成要件上重要な点を共通にする行為が、前の計画と同一性を保って、時間的にも連続する過程において遂行された」として、単に計

(13) 東京地裁平成1年3月27日判決判例時報1310号39頁、判例タイムズ708号270頁。
内田文昭「幫助の因果性」判例タイムズ717号37頁以下参照。

画・目的の同一性や行為態様の類似性を根拠に因果関係を認めることは暴論というほかない。

そのような破綻した論理によってではなく、同じく追従行為については幫助の成立を認めるとしても、目張り行為についても追従行為と一体のものとして因果性は是認した上で、その時点での故意の成立を否定するという構成もありえたように思われる。

もちろんそのように自然的な行為の捉え方から恣意的に逸脱することは行為事実を歪曲するものであり、決して望ましいものではなくむしろ基本的には許されないというべきである。だからこそ、高裁判決が故意によってではなく因果性そのものを論じてこれを否定したことは支持に値する。

では高裁判決はどのように述べてこれを否定したのか。原判決が明確に「地下室における目張り行為等は、Aが現実には地下室で犯行に及ばず、車中でこれを実行したのであるから、現実のAの強盗殺人の実行行為との関係では、役に立たなかった」と認めている以上、因果性を認めるためには「被告人の目張り等の行為が、それ自体、Aを精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立つことを要すると解さなければならぬ」とした上で、しかしこれを認めるに足りる証拠はない。従って当初の目的が維持され、計画の同一性が保たれ、時間的に連続していたとしても、「被告人の地下室における目張り等の行為が、それ自体、Aの同日の一連の計画に基づく被害者の生命等の侵害を現実化する危険性を高めたものと評価することはできないものというべきであり、結局、被告人の右目張り等の行為が、それ自体、Aを精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立つことを認めるに足りる証拠はないのである。したがって、被告人の右目張り等の行為がAの本件強盗殺人の行為に対する幫助行為に該当するものということではできず、これに当たるとした原判決は、その前提となる事実関係を誤認し、ひいて法令の適用を誤ったものというほかはなく」としたのである。

まさに因果性という客観的構成要件要素を否定することによって、本件目張り「行為」が「幫助行為に該当するものということはできず」として幫助構成要件該当性自体が否定された。それはいわば被告人の本件行為が正犯実行を何ら「容易にした」ところがないという判断であった。それを本判決は「被告人の地下室における目張り等の行為が、それ自体、Aの同日の一連の計画に基づく被害者の生命等の侵害を現実化する危険性を高めたものと評価することはできないものというべき」と判示していた。つまり明確に、幫助の因果性の評価を法益侵害に対する危険の増大如何として捉えているのである。こうした観点とそれに基づく判断手法とが、弛緩しがちな幫助の成否判断を厳密なものとし、具体的事実を精密に捉えこれに即した判断が示された好例といえよう。

（4）最高裁第三小法廷平成23年12月19日決定⁽¹⁴⁾

本件Winny事件は、著作権侵害行為に利用可能なファイル共有ソフトを開発・提供した被告人の行為が著作権法違反の幫助に問われたものであるが、最高裁第三小法廷による本決定は価値中立的行為が「他人の犯罪を容易ならしむるもの」として幫助に該するのは、単に侵害の「一般的可能性があり」それを認識・認容しているだけでは足りず、「一般的可能性を超える具体的な侵害」が前提とされなければならない、つまり「現に行われようとしている具体的な」侵害を認容しながら幫助が行われた場合、あるいは侵害発生「蓋然性が高い」のを認容しながら幫助が行われた場合だとした。その上で蓋然性の高さの認識・認容を欠いていたと判断されたのである。

本決定のこのような判示内容もまた、本稿がここまで論じ至った幫助の成立に具体的・実質的な違法増大を要するということと一致していよう。この点については、結論を異にする反対意見も同様であり、「Winnyの提

(14) 刑集65巻9号1380頁。

供行為それ自体は、適法目的に沿って利用される以上何ら法益侵害の危険性を有しないが、その有用性がいわば濫用され侵害的に利用される場合に、提供行為が法益侵害の現実的な危険性、違法性を持つことになる(その意味で価値中立的行為ともいえよう)。提供行為の法益侵害の危険性は、ソフトの利用者がどのような目的で、どのような対象にこれを利用するかという具体的な利用目的、態様にかかっており、侵害的利用の単なる可能性という程度では足りず、利用者の適法利用ではない侵害的利用についての具体的でより高度の蓋然性がある場合に、提供行為自体が現実的な法益侵害の危険性を持ち、その違法性、可罰性が肯定されるといえよう。」という。しかし反対意見が認めている危険の具体性や現実性は、せいぜい著作権法違反の正犯者たちが実現したところの法益侵害の危険とほとんど変わるところがなく、その侵害態様を悪化させることで違法を増大させたことの認定に欠けている。いわばそこでは被告人の行為と正犯結果との間の単なる因果関係が見出されているにとどまる。正犯不法を促進・強化した事実が認定され、その認識・認容が認定されなければならない。法廷意見はこの認識・認容を否定したが、認識・認容の有無もまた幫助による違法増大的な法益侵害に対する評価におけるのと同様に、積極・消極の双方に関わる具体的事実に対する厳密かつ公平な評価によって実質的に判断されなければならない。この判断の厳密さ・具体性の差が多数意見と反対意見とを分ける理由となったように思われる。

(5) 東京高裁令和1年7月12日判決⁽¹⁵⁾

原判決⁽¹⁶⁾は、被告人がその内縁の夫の在留期限が到来し在留期間が経過した後も同居を継続したことで不法な「滞在」という正犯行為の実行を容易にしたとして幫助を認めた。このような認定はまさに正犯の実行を積

(15) LEX/DB25563568、裁判所ホームページ。倉地智広「内縁関係の実態を剔抉した逆転無罪判決」季刊刑事弁護101号91頁以下参照。

(16) 東京地裁平成30年10月19日判決LEX/DB25563567。

極的に止めなかったことをいい方を変えて罪とするものであり、同居人に対して法に基づかずに刑法上の義務を課している点でそれ自体失当である。

これに対して東京高裁判決は、転居や飲食店経営といった事情は従来からの生計を共にする同居の継続に過ぎず、これ以外に同居の隠蔽や発覚防止の工作をしたことも認められないときには、在留期間の更新等を「受けなかった」という正犯の「不作為」を促進する危険性を備えたものではなかったとした。更には原判決に対して「幫助行為の要件を形式的に捉え」たことにより不合理な判断をしたとまで判示した。

いわば原判決は正犯者の「滞在」を正犯と幫助の共通する不法事実として評価しているのに対して、高裁判決は正犯の不法事実を更新を「受けなかった」こととして捉え、幫助の不法事実をそれを促進する特段の工作等の行為として捉え、正犯の不法事実が認められるとしても、幫助によって特に付加された不法事実は認められなかったとしたのである。原判決の理解に対してはまさに「幫助行為の要件を形式的に捉え」たとの非難が妥当するといわなければならない。

幫助が問題となる前提においてすでに正犯結果が生じているために、正犯結果の不法と従犯の参加・関与とをもって直ちに幫助の不法・違法までが認定されてしまうことには十分な注意が必要である。幫助が正犯不法を前提とするものであるとき、単にそれに与ったというだけでは実質的違法性を備えた幫助行為が行われたとはいえない。正犯不法たる法益侵害に、具体的な従犯不法が付け加わることによって、実質的な違法増大が認められたというのであれば、従犯の成立を認めることはできない⁽¹⁷⁾。

(17) このとき端的に、幫助者の行為には実質的違法性が認められないと評価しうることはもちろん、あるいはまた、「容易にした」とはいえず幫助構成要件に該当しないとすることもできる。

4 従犯不法と不法従属

従犯の本質に対する従来の理解は、正犯実行を「容易にした」という促進・強化的因果関係が認められるならば、正犯行為の違法に従属することによる間接的な法益侵害惹起を観念できるということにあったといえる。

しかし、まず第一点として、従犯による幫助・関与がなかった場合に比べてどの程度具体的に違法性が増大したのか、つまり法益に対する侵害の度合がどれほど増大したのかについての具体的な認定までを、あまり意識的に要求してこなかったのではないかという疑念がある。

それは幫助の促進的因果関係は心理的な因果関係でも足りるという言説・理解とも相俟って、心理的に支えたという程度のものであっても良いという形で、あまりに抽象的・形式的な認定で十分としてきたのではなからうか。心理的因果関係であったとしても、それは従犯関与がなかった場合と比較して具体的にこのように法益に対する危険・侵害の度合が増したという認定が必要とされなければなるまい。

そして、第二点として、そのような抽象的な促進・強化的因果関係で十分と認識されてきたことを側面で理論的に支えてきたのが、共犯の処罰根拠の議論における従属惹起という一般的となった理解ではなかったか。

従属惹起という理解は、正犯実行の不法・違法即ち正犯実行による法益侵害に共犯の不法・違法は従属・連帯し、正犯と共犯との間では原則違法は従属・連帯の関係にあるとするものである。

しかし実のところ、違法従属という言葉の意味は必ずしも精密化されて来なかったのではなからうか。

つまり、先に見たように、幫助の因果関係が抽象的な促進的因果関係で足りると解されていることに表れているように、これまで語られてきた違法従属という共犯の本質・本性論が意味しているのは、せいぜい正犯実行の違法・不法即ち正犯の実行行為による法益侵害への接続・連続といった程度のことでしかなかったのではないか。

しかしこれも先に見たように、従犯の促進的因果関係はそのような抽象的なものでは足りず、従犯関与がなかった場合と比べてどの程度具体的に法益に対する危険・侵害の程度が増大したかを認定しなければならないと解するときには、違法従属という性格についての意味理解もまた、単なる正犯実行による法益侵害への接続・連続といった程度のものでは不十分に過ぎることになる。

そして、具体的な違法の増大を認定しなければならないとする理解を前提にするときには、正犯実行を通じての最終的な法益侵害惹起の違法が幫助の違法行為処罰の前提条件であることは従来と変わりなく疑いないものだとしても、ただこれだけでは正犯実行の不法・違法を評価したにとどまるものであって、従犯行為の実行自体の不法は等閑視されているといわざるをえない。これはまさに、心理的因果関係として抽象的に「容易にした」「促進した」ことで足りるとしていることと平仄が合っている。

まさにこのことが、従犯行為の不法を安易に認める態度を招き、またそのような態度に対する批判を無力化し、そのような認定を放置する原因となってきたのではなかろうか。

そうであるとすれば、正犯実行による不法・法益侵害を前提としつつ、更に正犯実行を通じてこれを利用することによって従犯独自の間接的な不法・違法増大の実現に達したことを合わせて従犯不法として評価しなければならない。

つまり、正犯の実現した違法行為に積極的・肯定的な参加・接続があったというだけではおよそ足りず、従犯が独自に付加したところの、自らの主体的な間接的「行為利用」の不法が、従犯の違法評価において付加されなければならない。いい方を変えれば、正犯行為を利用して自己の幫助行為による違法増大結果を正犯結果のうちに具体的に実現させるというのでなければならない。

従って、幫助の因果関係も単なる促進的因果関係というのではなく、増

大不法實現的因果關係でなければならない。

抽象的な促進的因果關係で足りるとすることは、いってみれば従犯を抽象的危険犯・危殆犯と見るようなものである。では従犯は抽象的危険犯・危殆犯なのだろうか。

公共の危険・不特定または多数の危険を個人的法益に対する罪について観念することは不可能である。従って公共危険犯ということはできない。やはり抽象的な促進的因果關係では不十分だということになる。

従ってやはり「不法従属」という本質的理解の意味を捉え直さなければならない。即ち、正犯の違法を前提とするというだけでは、従犯の不法は抽象化を余儀なくされてしまう。単に正犯不法に接続・連続するというのでなく、従犯行為自体によって増大された不法・違法を正犯実行を通じて実現させ、これが正犯不法に付加されることであるいは結合・連帯することで初めて、従犯による間接的関与でもなお可罰的な不法・違法に達する。従犯における違法従属・違法連帯とは、このような意味において理解されなければならない。

(本学法学部教授)