

論 説

従犯における故意の認識・予見対象の具体化

小野上 真 也

はじめに

第一章 特定の正犯による結果発生の不特定表象

第一節 ドイツ判例

第一款 ライヒ裁判所判例

第二款 「本質的メルクマール」基準

第三款 「決定的な所為手段の提供」基準およびその後の展開

第四款 小括

第二節 ドイツおよび我が国の学説

第一款 「超法規的根本構成要件」の理論

第二款 構成要件の形式的特定を行う見解

第三款 「本質的メルクマール」基準の援用

第四款 「抽象的・直観的表象内容」基準

第五款 構成要件の特定と外在的制約基準の併用——択一認定思考の援用——

第六款 正犯行為の詳細の具体的予見を要求する見解

第七款 小括

第二章 不特定多数の正犯による結果発生の不特定表象

第一節 我が国の判例

第一款 間接補助にみる故意の認識・予見対象

第二款 Winny提供事件最高裁決定における「例外的でない範囲」基準

第二節 我が国における近時の議論展開

第一款 確定的故意限定説

第二款 正犯特定性必要説

第三款 正犯特定性不要説

第四款 保全利益の認識を要求する見解

第三節 分析

第一款 故意の単一構成要件関連性

第二款 正犯の存在の不特定表象

第三款 正犯の遂行方法の不特定表象

おわりに

はじめに

従犯の故意を認めるには、幫助行為者がいかなる対象を認識・予見する必要があるか。とくに、正犯の予備段階での幫助の場合⁽¹⁾、幫助行為者の故意は、「予見」としてのそれである。このような「予見」の対象が将来的事情に亘るものであるだけに、幫助行為者のいかなる表象(Vorstellung)をもって、従犯の故意を認め得るかがいっそう問題となる。

たとえば、〔事例1〕会計監査人Xが、その利用目的を秘したクライアントYの依頼に応じて、内容虚偽の監査意見を付した監査報告書を作成したが、その際Xは、後にYがこれを第三者に提示して詐欺に使用するのか、あるいは、金融機関に当期の有価証券報告書として提出するために使用するのか、その両者を確定的に表象していなかった、という場合、Xは、自己が関与する正犯(Y)を具体的に表象しているものの、発生結果(刑法上の「詐欺罪」および金融商品取引法上の「虚偽記載有価証券報告書提出罪」)の表象は不特定である。この点でXは、①「特定の正犯による結果発生」を不特定の表象している。

また、他方、〔事例2〕コンピュータプログラマーXがファイル共有ソフトを開発し、自己のHP上にアップロードのうえ提供したところ、当該HPの利用者らはその当該ファイル共有ソフトをダウンロードのうえ利用し、利用者らが有する映像・音楽データを著作者に無断で交換し合ったが、その際Xは、利用者らが当該ソフトを違法用途に利用するか、あるいは、適法用途に利用するかを、確定的に表象していなかった、という場合、Xは、自己が関与する正犯の表象が不特定であることにくわえて、結果発生(著作権法上の「公衆送信権侵害罪」)の有無の表象内容も不確定である。この点でXは、②「不特定多数の正犯による結果発生」を不特定の表象している。

(1) なお、我が国の立法者は、旧刑法においても現行刑法においても、従犯の類型には、①正犯の予備段階の関与と、②正犯の実行中の関与があると解していた。小野上真也「刑法62条の法意—旧刑法109条および現行刑法62条の制定過程と解釈—」清和法学研究20巻1号(2015年近刊)参照。

犯罪事実について不特定の表象しかない上記事例において、Xに従犯の故意は認められるのだろうか。従犯の故意の具体化問題について、これまでドイツ判例・学説は、上記①「特定の正犯による結果発生の不特定表象」事案につき、「故意」の認識・予見対象確定の問題と共に、それを前提とする「錯誤論」における符合(を認め得る重なり合い)の論理をも争点としてきたように思われる。これに対してわが国では、上記②「不特定多数の正犯による結果発生の不特定表象」事案につき、「Winny提供事件」を契機に初めて議論されるようになった。もっとも、我が国の判例・学説は「故意」の認識・予見対象確定の問題を中心に論じているといえる。この点において、両国の判例・学説の問題意識は一致していない。そこで本稿では、このうち、「故意」の認識・予見対象には何が設定されるのか、そして、従犯の場合に正犯に比して特殊な認識・予見対象が想定されるのか、という点を中心に分析する。

第一章 特定の正犯による結果発生の不特定表象

第一節 ドイツ判例

ドイツにおける従犯の故意の特定性ないし具体化の問題は、判例を起源とし、また、判例と共に発展してきたといって良い。そして現在、「本質的メルクマール」の認識を要すると解する判例が主流をなしている。その起源はかなり古く、ライヒ裁判所判例にまで遡る。そこで、本節においては、ライヒ裁判所の時代から現在に至るまでの主要判例を分析することで、そこで提示されている基準の内実・射程を抽出することとしたい。

第一款 ライヒ裁判所判例

第一に、RGSt 1, 110.(Urt. v. 29. 9. 1879)は、XがWに対して、「チャンスを利用せず、裏金を作らないなんて馬鹿げている」と発言したことからWが意を決し、わずかの金額ながら横領行為を行ったという教唆事例において、教唆の特定性を欠き無罪としたが、その際、従犯にもその要件が適用され得ることを次のように示した。すなわち、教唆が否定され

るのは、「教唆犯はただ特定の行為と関連して認められ得るだけであり、しかし、かの〔Xの〕発言は、Wが賢く、かつ、その立場から利益を引き出す場合には、ただWが将来的になしたであろうことを一般的に指示するだけであったからである。発言がこのように不特定なものであるならば、幫助の成立も否定される。」と。

ここでは、極めて抽象的な言い回しながら、特定性の欠如を、教唆犯(従犯)の否定根拠としている。もっとも、本判決は特定性を客観的要件として述べたものか、あるいは、主観的要件にも関連するものと考えていたかは明らかでない。また、本判決は、被告人に本質的構成要件や本質的メルクマールの認識が必要であるか、には明示的に言及していない⁽²⁾。ただ、教唆行為にせよ幫助行為にせよ、その対象が客観的に特定されている必要があることを示した点では、後年、故意の認識・予見対象として一定の特定性が要求されることになる萌芽となったとはいえよう。

その後、明示的に従犯の故意の特定性・具体化を要求する判例が登場する。RGSt 4, 95(Urt. v. 9. 4. 1881)は、幫助行為者である被告人Hが正犯Bの求めに応じて粗悪品である時計を提供したところ、Bはこれを高価な時計であると偽って複数回に亘り販売したことによって、Bが複数回の詐欺行為につきそれぞれ詐欺罪(既遂および未遂)で有罪とされた事案である。その際Hは、自己の寄与がBのいかなる詐欺において用いられるかの具体的認識を欠いていたものの、ライヒ裁判所は、次のように述べて、詐欺幫助の故意を肯定した。すなわち、「被告人は、そのメルクマールにしたがって意図された所為を認識しており、また、そのような認識は、所為に先立って幫助した者に対して従犯を認めるに当たって、十分なものである。実行行為の態様、場所、時間、被害者(等)は本質的ではなく、共犯者が、犯罪行為が一定の方法で遂行されることを認識していたことが認定されるや、同時に〔正犯の〕そのような所為に対する意識的な幫助が認められる。共犯者は、さらに、正犯が犯罪行為を限定しようとせず、特定方法での複数の犯罪行為の遂行について、正犯に対し共犯者によって与えられる幫助でもって決心させられたのであれ

(2) Hans Theile, Tatkonkretisierung und Gehilfenvorsatz, 1999, S. 110.

ば、後者は、すべての間もなくなされるその幫助によって行われた犯罪行為についての幫助をなしたことになる。」と。さらに裁判所は、「Hの犯意は、初めから、不特定多数の犯罪行為の一般的方向を確実な方法で示している。それゆえ、このような事実認定からは、事実審裁判官が正当にもHに対して〔認めたように〕、問題のBの3つの詐欺行為についての従犯を認めることができるのである。」と述べた。

ここでは、幫助故意の認識・予見対象として不要な要素が明示された。すなわち、①実行行為の態様、場所、時間、被害者が本質的な故意の認識対象ではないこと、がこれである。また、他方、②幫助行為者が、当初から正犯が遂行する不特定結果を表象しているのであれば、結果が不特定であることゆえに故意が否定されることは無いことが示された点では、従犯の概括的故意が肯定されることを示したといえるであろう。後出のBGH判例も、このようなスタンスを是とするが、すでにこの判例において、その萌芽が示されていたといえる。

その後、RGSt 31, 35(Urt. v. 15. 2. 1898)では、Hの富籤販売に関連して、Hに対して、Fが(富籤の販売が違法とされていない)メクレンブルクから(富籤の販売が違法とされる)プロイセンへの富籤販売を行った事案について、「従犯の概念は、もっぱら、具体的に特定された重罪ないし軽罪に関して促進された正犯性との関係を前提としているが……、このような関係は、促進しようとする者が所為の遂行の様式を認識しない場合も、なおそのメルクマールにしたがって認識し、かつ、このように特定された方法の所為を従犯の側で促進しようとする限り、認められるものである。被告人Fのそのような認識および意思を原審裁判官は、まさにその被告人が、1885年7月29日法2条に対する軽罪の遂行に向けて決意した共同被告人Hの『主たる行為』の完遂を、このような決意の範囲で助言および所為によって促進しようとしたことを認定したことによって証明した。その遂行に対して幫助がなされたところの軽罪は、それゆえ、具体的に特定されていた。」として、従犯の故意を認めた。

そして、RGSt 59, 245(Urt. v. 25. 5. 1925)に至って、従犯の故意の認識対象が、「本質的構成要件」において具体化されていることが必要であるとの判例が登場する。ここで問題となったのは、Yと共にA宅に侵入

して加重強盗を共働遂行していたXが、Aから追跡を受ける結果となったため逃走したところ、逃走の際にYがAに対して拳銃を発砲した、Aはその銃弾で死亡したが、その際に使用した拳銃は、上記強盗のための侵入に先立ってXがYに対して手交したものであった、という事案である。ここでは、共同正犯の故意が直接に検討の対象とされているが、その判示中、従犯の故意の要件が示されている。すなわち、「もちろん、共同正犯の故意については、従犯の故意についてと同じくらいわずかの、不特定の認識および認容で足りる。〔しかし〕個別の行為によって他者との共働作用において可罰的結果が惹起され、それに関してただ、完全に一般的な表象があっただけでは不十分である。刑法49条によれば、重罪または軽罪『の』遂行について認識して幫助がなされなければならないように、それが——少なくともその本質的構成要件において——幫助者が幫助寄与に際して予期し、かつ、表象したほどのことが実現したのでなければならず……、かくして、共同正犯に関してもこのような故意の特定性が要求される。共同正犯においても、所為の実行についての自己の寄与の提供の際に、共同正犯者がその他の正犯と共に合意して一体化した力によって実現しようとするところの十分に特定された可罰的構成要件を目指していなければならない。」と。

本判例は、故意の有無につき、犯罪の一般的表象を超える「本質的構成要件」の表象が必要である旨判示した。本件が同一構成要件内部の事実(加重強盗ないしその幫助)の表象の有無を争うものであったことからすると、表象対象とされた「十分に特定された可罰的構成要件」とは特定の単一構成要件を意味する、と解する余地があろう。これに対して次のライヒ裁判所判例では、異なる構成要件にまたがる事実についての表象の有無が問題となった。

すなわち、RGSt 67, 343(Urt. v. 9. 11. 1933)では、幫助行為者の正犯に対する武器提供時には加重強盗の認識・予見があったものの、実際には強盗の恐喝が行われた、という事案で、「幫助者はたしかに他者によって実現されようとし、かつ、重罪あるいは軽罪として現れる特定構成要件を、その本質的メルクマールにおいて目論むものでなければならない……。主たる行為がその法的判断に従ったものか否かは重要ではない。

このことはただ、その外的経過において本質的に、幫助者が主たる行為の遂行を幫助しようとしている、ということでカバーされていれば良い。また、このことは、その本質に従っていれば良い、ということにはほかならない。幫助者が、どれだけ主たる行為が、いつ、どこで、誰に対して、いかなる諸状況の下で、遂行されようとしているかを詳細に認識するということは、必要ではない。さらに、幫助者が、いかなる範囲で主たる行為の経過について表象しなければならないかは、一般的な法的ルールとして設定され得ない。幫助者の故意が十分に特定されたかは、単にケースバイケースで判断されてきたに過ぎない。」と判断し、強盜的恐喝の故意が認められた。

本判例は、「特定構成要件」の「本質的メルクマール」を認識・予見の対象とするが、この基準のあてはめによって、幫助行為者の特定構成要件(加重強盜)の表象と異なる実際に生じた犯罪事実(強盜的恐喝)の故意を認めている。しかし、このような故意の認定が、以上の「本質的メルクマール」基準によって、①異なる構成要件該事実を包括し、「故意」の認識・予見対象自体を抽象化して捉える趣旨によるものか、あるいは、②「錯誤論」の問題として重なり合いから符合を認めるものか、判決文からは明らかでない。

第二款 「本質的メルクマール」基準

連邦通常裁判所の時代に入ると、このような「本質的メルクマール」の認識という基準が一般化するようになる。

その初期のもの第一は、BGHの「本質的メルクマール」基準のリーディングケースとなった、BGHSt 11, 66(Urt. v. 12. 11. 1957)である。事案は、次の通りである。YおよびZは、Aに対して、Aに関する訴訟が継続しているとの虚偽の事実を申し向け、AがYおよびZに対して金銭を支払うのであればそのような「面倒な事態」を自分たちが取り除いてやるなどかたり、最終的にYおよびZはAから相当金額を喝取した。Y・Zらの実行に先立って、Xは実際にY・Zによって実現される恐喝については認識しておらず、Y・ZがAを「欺罔」することによってAから金員を得る計画であると認識しつつ関与していた、という事案で

ある。

これに対して裁判所は、以下の理由付けで、Xの詐欺幫助を認めた。すなわち、「幫助者はたしかに、他者によって実現されようとし、かつ、そして重罪ないし軽罪として認められるところの特定の構成要件をその本質的メルクマールにおいて目論むものでなければならない。しかし、主たる行為が、その法的判断について幫助行為者が表象したところに従っているか否かは問題とならない。すなわち、このことは、幫助者が容易にしようとしたことを本質的にカバーしていれば良い、ということである。たとえば、他者に武器を貸与する者は、それによってその他者が武器を窃盗の際に携帯し、そして、正犯がその幫助によって強盜的恐喝（〔旧〕刑法255条、253条、249条、250条1文）を遂行した場合、加重窃盜の幫助で処罰される（〔旧〕刑法243条1項5文、49条）。というのも、実際に行われた重大な所為は、幫助者が表象したその軽いものと基本的に何ら異なるのであって、その所為によって他者の財産に対する侵害を一般的に有しているからである（RGSt 67, 343）」と³⁾。

このように本判決も、上記RGSt 67, 343と同様、異なる構成要件にまたがる事実を不特定の表象した事案に「本質的メルクマール」基準を適用している。本件では、Xが詐欺幫助の認識を有しつつも、実際には恐喝罪の結果が発生したにもかかわらず、Xに両罪に通底する「本質的メルクマール」の認識があったとして「詐欺」幫助の成立が認められた。そこでは、強盜的恐喝と加重窃盜の「他者財産侵害」としての「本質的メルクマール」の類比から、恐喝と詐欺の「本質的メルクマール」の共通性が導かれているが、以上の類比が果して可能かつ妥当であったのかには、疑義が生じ得る。

「本質的メルクマール」基準は、ここでも、①「故意」の認識・予見対象の抽象化を意味するものか、あるいは、②錯誤論における符合を認めるものであるか、いずれも解釈の余地がある。この点、裁判所は、「詐欺および恐喝における関係が、完全に一般的に同じものとして認められるか否かは、本刑事部は決断する必要は無い。というのも、ここで行われた恐喝は、その脅迫が詐欺に依拠しているという特色を有するからである。」として、本件事案では、問題の脅迫行為が詐欺行為と関連

していることを指摘して、両者の共通性の積極的な意義付けを避けた。このことからすれば、裁判所は、詐欺の表象中に脅迫の表象が存したと解したとも考えられる。このことから、本件では、とくに「符合」の可否の問題に触れずとも故意を認定し得た、という事案の特殊性があったことにも留意する必要がある。

この「本質的メルクマール」基準は、当初、異なる構成要件にまたがる事実を不特定の表象した事案に適用されたが、その後、幫助行為者が同一構成要件内部の事実を不特定の表象した事案にも適用されるに至る。

-
- (3) 当時のドイツ刑法における関連諸規定は、次の通りである。なお、法務大臣官房調査課『ドイツ刑法定』法務資料329号(1954年)を参考にした。

255条(強盜的恐喝)

「恐喝が人身に対する暴力により、又は生命若しくは身体にとつての現在の危険をもつてする脅迫を用いて、犯されるときは、犯人は強盜と同等に処罰される。」

253条1項(恐喝)

「自己又は第三者に不法に利益を得させるため、暴力を用い又は著しい害悪をもつてする脅迫によつて、違法に他人に対して行為・忍容又は不作為を強要し、それによつて強要された者又は他人の財産に不利益を被らしめる者は、恐喝のかどで2か月を下らない軽懲役をもつて、特に重い場合には重懲役をもつて、罰する。」

249条1項(単純強盜)

「人に対する暴力をもつて、又は身体若しくは生命にとつての現在の危険をもつてする脅迫を用いて、不法に領得する目的をもつて、他人の財産を奪う者は、強盜のかどで重懲役をもつて罰する。」

250条1項1文(加重強盜及び累犯としての強盜)

「次の場合には、5年を下らない重懲役が宣告される。……

- 1 強盜又は強盜の共犯の一人が行為を犯すに当り、兇器を携えているとき、」

243条1項5文(加重窃盜)

「次の場合には、10年以下の重懲役が宣告される。

- 5 窃盜犯人又は窃盜の共犯の一人が行為を犯すに当つて、兇器を携えているとき、」

たとえば、BGH GA 1959, 155(Urt. v. 29. 1. 1959)は、Xが、事前にY所有自動車内の「くぼみ」部分にコーヒーの隠匿場所を作成していたところ、その後Y自身が作成したさらなる隠匿場所2か所に、Yが関税対象物品であるコーヒーをさらに隠匿したうえ、30回ほどにわたる密輸行為で、それぞれ45kgずつのコーヒーを密輸した事案であり、Xに毎回におけるコーヒーの密輸の表象が欠けており、従犯の成立が否定されるのではないかが争われた。

BGHは、「少なくとも」「コーヒーについても」関税対象物品が密輸される表象があったとの事実認定を前提に、次のように述べ、脱税幫助を認めた。すなわち、第一に、従犯の故意の具体化要件については、「幫助者はいかなる態様で関税対象物品が主たる行為によって密輸されたがを知る必要があるか否かという問題、すなわち、いかなる範囲で主たる行為の諸状況が幫助者の表象と一致しなければならないかという問題が生じる。これに関しては、一般的な法的ルールは立てられ得ない。むしろ、幫助者の故意が十分であったか否かということについて、単にケースバイケースに決められ得る(RGSt 67, 344)。完全に一般的な表象は十分なものとはなり得ない(RGSt 59, 246)。故意の要件(条件付故意で足りる; RGSt 72 24; BGHSt 2, 281)からはむしろ、幫助者の表象は、主たる行為者によって実現されようとしている、特定の犯罪構成要件の本質的メルクマールに亘るものであれば良い(BGH NJW 58, 69/70)。それゆえ、主たる行為はその外的な経過において本質的に幫助者によって表象した所為でカバーするものでなければならず、その際には、幫助者が『いつ、どこで、誰に対して、いかなる特定の諸状況の下で』主たる行為が遂行されたかを認識することは必要ではない(RGSt 67, 344)。』とした。

そのうえで、以上の基準によれば、被告人による主たる行為の本質的メルクマールの認識は特定して認められるものであり、主たる行為は脱税が関税対象物品の密輸によって行われたという点から認められるのであって、その「犯罪的な侵害は、密輸入者の違法な利得の下で侵害される、税金の帰属する国庫〔税収〕に向けられていた。主たる行為が具体化するすべてのこのような諸状況を、被告人はその表象において認容していた(aufnehmen)。』とし、これにより「被告人の促進故意は、主たる

行為に関する認識に関しても十分に特定されていた。被告人の促進故意は、まさにコーヒーが密輸の対象であるというところまで認識される必要は無い。隠し場所がその交換をいずれにせよ許容したところの密輸物品に関する態様が、主たる行為の特定の状況、本質、性格、侵害方向を特定するのではない。」との判断から、被告人の上告を棄却して、脱税幫助を認めたのであった。

また、BGH GA 1967(Urt. v. 20. 10. 1966)は、自宅内外にて行われる妻 Y の墮胎行為を、被告人である夫 X が黙認したという事案である。ここでは、「被告人は、自己の妻が自宅内外で墮胎を行うこと、および、それゆえに妻によって行われる所為の本質的メルクマールを認識していた(BGHSt 11, 66)。被告人は、所為事象の詳細を認識する必要は無い。とくに、被告人は、いつ、どこで、誰に対して、いかなる特定の諸状況で、墮胎が個別に遂行されるであろうかを認識する必要は無い(RGSt 67, 343; RG JW 1938, 2198 Nr. 8)。それゆえ、幫助者の故意は十分に証明された。」とした。

その後、BGH GA 1981, 133(Urt. v. 15. 7. 1980)では、X が E を自家用車に乗せてアムステルダムまで送った際、X は「このドライブは例えば麻薬取引に関するものかもしれない」との結果発生の不特定な推測を有していたものの、その後実際に E がアムステルダムで行った麻薬取引の詳細については認識していなかった、という事案が問題となった。BGH は、「被告人はたしかに、E が単に麻薬購入の準備をする、あるいは、麻薬購入をすることのコネをつけただけであるかを認識していなかった。この認識もまた不要であるが、それは、この種の働きのあらゆるものは、この取引に十分なものだからである……。被告人は、主たる行為の本質的メルクマールを認識していれば十分である。被告人は、いかなる方法で E が麻薬取引を開拓し、完結し、または展開させるであろうかについて特定の表象を有する必要は無い。それゆえ、幫助者の故意は、被告人が、E がアムステルダムで専念するであろう麻薬取引を『いかなる方法で』為したかについて認識していなかったこと一事をもって否定され得ないのである。」とした。

これらの判例においては、「本質的メルクマール」基準が、RGSt 59,

245と同様、認識・予見すべき構成要件上重要な事実を示す役割を担っていると考えられる。

もっともその後、「本質的メルクマール」という基準を用いずに、「本質的不法内容および侵害方法」の認識を要求することで、故意の有無を判断する判例も現れた。すなわち、BGH NStZ 1990, Heft 10, S. 501 (Beschl. v. 8. 5. 1990)では、Xが、時計を提供する際、それがテロ結社の「革命家の細胞」によって時限信管の遅延装置として用いられる可能性を予見していたという事案で、「被告人の表象形成は被告人によって幫助された所為の本質的不法内容および侵害方向を包含していた。このような具体化で幫助の故意については十分である(……)。」との理由から、「爆薬による爆発の惹起」(ドイツ刑法308条)の従犯の成立を肯定した。

このような「本質的不法内容および侵害方向」という基準は、これに先立つ1986年に教唆犯に関する基準としてBGHSt 34, 63 (Urt. v. 21. 4. 1986)が打ち立てた「不法の本質的規模」基準⁽⁴⁾と類似のものではないか、との指摘がある⁽⁵⁾。他方で、同判決が示す(教唆犯に要求される)特定性までを本判決が要求していない点では、なおも同判決に依拠しない従犯固有の基準を立てているとの評価もある⁽⁶⁾。この点、分析してみると、教唆犯に関する「不法の本質的規模」基準は、教唆行為のもたらす正犯結果のおおまかな程度(ないし被害量)をも故意の認識・予見対象とするものと解されているが、本判決にいう「本質的不法内容および侵害

(4) Yより貧窮状態にあると聞いたXが、Yに対して「それならば、銀行かガソリンスタンドをやらなければだめだ(Dann müßtet Du eine Bank oder Tankstelle machen)」と述べたところ、Yが銀行強盗を実行した事案で、BGHは強盜的恐喝の教唆につき、「不法の本質的規模」の表象が必要であるとの要件を示したうえ、教唆犯の成立を消極に解した。本判決も含め、教唆犯の特定性問題に関するドイツ判例については、小島陽介「教唆行為における正犯の所為の特定性に関する考察(1)」商学討究61巻2・3号(2010年)186頁以下参照。

(5) 小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』(成文堂、2015年)191頁。

(6) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003, S. 226f. 邦訳として、山中敬一監訳『ロクシン刑法総論 第2巻 [犯罪の特別現象形態]』(信山社、2011年)287頁以下。

方向」基準はそのように被害の大まかな程度までは要求していないと解する余地があろう。というのも、本判決における「本質的不法内容」とは構成要件が示す法益侵害内容を、また、「侵害方向」とは故意の認識対象が構成要件該当事実であることを意味する可能性も排除できず、被害のおおまかな「程度」や「数量」とは独立に判断される余地もあるからである⁽⁷⁾。とすれば、このような「本質的不法内容および侵害方向」基準も、「本質的メルクマール」基準の内実をやや踏み込んで表現したものととも考えられる。そうすると、本判決の依拠する基準も、従来の判例によって示された「本質的メルクマール」基準の一表現とみる余地はあるのではないだろうか。

この点、後年のBGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 9(Urt. v. 26. 4. 1995)も、「共犯行為は、主たる行為を促進することの明白な意思(Willen)および意識(Bewußtsein)をもって幫助したのでなければならず、その際には、幫助者の故意が主たる行為をただその本質的不法内容およびその侵害の方向性において、包含しているものでなければならない……。」としているが、その際、BGHSt 11, 66をBGH NStZ 1990, Heft 10, 501.などと共に引用していることに鑑みると、BGH自身も、この「その本質的不法内容およびその侵害の方向性」基準を、「本質的メルクマール」基準の一表現と捉えているように考えられる。

このようにして、BGH NStZ 1990, Heft 10, 501.以降も、「本質的メルクマール」基準が重視されているとあって良い。その後、下級審ながら、バイエルン上級ラント裁判所は、XがYに対して現金ゲーム機からお金を抜き取るための特殊な針金を販売し、Yは現金ゲーム機から21回の窃

(7) なお、Claus Roxinは、本判決が、①BGHSt 34, 63と同様に「違法性の本質的な大きさ」を基準とする考え方への方向性をもつものともいえる一方、②爆薬による爆発の惹起とそれによってもたらされる他人への危険はドイツ刑法308条の構成要件要素であって、幫助者の故意の特定性について正犯者によって実現される構成要件の認識だけを求めるもの(その結果、従来の判例と調和するもの)ともいえるものであり、本判決はこれらのいずれを志向するか、未解決のままとしていると指摘する(Roxin, a. a. O., (Anm. 6), S. 227f. 山中監訳・前掲注(6)288頁以下)。

盗を行った事案であるBayObLG, NJW 1991, Heft 40, 2582(Urt. v. 27. 3. 1991)において、「幫助者は、自己が特定の他者の所為を幫助したこと、および、自己の寄与によって犯罪の完成に至ったことの認識が必要である。しかし幫助者は、正犯によって実現されようとしている可罰的行動の本質的メルクマールのみを認識していれば良い。所為の詳細、すなわち、いつ、どこで、誰に対して、いかなる特定の諸状況の下で、所為が遂行されたかについて、幫助者は認識している必要は無い。」と述べている。

第三款 「決定的な所為手段の提供」基準およびその後の展開

このような状況下、従犯の故意の特定性・具体化に関する重要な判例が登場した。BGHSt 42, 135(Urt. v. 18. 4. 1996)は、宝石鑑定人Xが、依頼人Yの求めに応じて粗悪なダイヤモンドについて、本来の価格よりも高い鑑定を記載した虚偽鑑定を行ったが、その際XにはYが当該虚偽鑑定を用いて後日、詐欺(ドイツ刑法263条)、信用詐欺(265条b)、違法な前段階税額の償還の惹起(租税規則370条)に用いるかの表象は不特定であったという事案である。

BGHは、「共犯者は——正犯者とは異なって——たいていの場合、犯罪行為の有無・時期・方法について掌握していないのであるから、その所為寄与の客観的適性にもかかわらず、それによって主たる行為者により具体的に計画された可罰的行為を準備ないし促進し、かつ、それに因って実際に主たる行為が行われるというリスクを増加させることの認識がない諸事例を可罰的共犯の諸事例から除外することは、さしあたり、判例の目的ではない……。 (原文改行)結局のところ、共犯者の故意の特定性の要件には、すでに所為計画の本質的な詳細を認識している共犯者のみが主たる行為の遂行を真剣に考慮に入れているということを承認することが基本となる。主たる行為の遂行が、その認識にとって十分に蓋然的とされる所為状況が共犯者にとって本質的なものと判断される。」と述べた。

そのうえで、従犯と教唆犯とは、共犯構造や正犯との距離、法定刑の点で異なることから、従犯の故意は、教唆犯の故意よりもわずかな内容

で足りるとの前提を下に、BGHSt 34, 63で教唆犯について下された「不法の本質的規模」基準とは異なる見地から「本質的メルクマール」を探索した。もっともBGHは、さらに、「正犯に決定的な手段を意識的に利用させ、それにより、まさにそのような手段の投入によって類型的な方法で促進された主たる行為が行われるリスクを意識的に増加させた者は、すでにそのことによって作為による幫助を行い得るのである。」とし、「決定的な手段を意識的に利用させ」ことまでを要求するに至った。

そして具体的には、BGHは、「このような諸基準を基礎にするならば、被告人の故意は十分に特定されていた。被告人は、債権者ないし購買者の不利益についての欺罔行為が生じること、および、自己の証明がそのために決定的な所為手段であり得ることを認識していた。」とのあてはめを行った。

その後、BGH, NJW 6/2007, 384ff.; BGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 10(Urt. v. 16. 11. 2006)では、従犯の故意の内容に「不法の本質的規模」が必要ではないことが明示的に確認された。つまり、幫助行為者はたしかに主たる行為の詳細に関する特定の表象を何ら有していないが、本質的メルクマール、その不法および侵害の方向性、実現されようとしている構成要件ならびに不法の本質的規模を認識している、として故意を認めた原審のOLGの判断を、以下のように述べ、明確に斥けたのである。

すなわち、「従犯の主観面に関する原則は、もはやOLGの見解を前提としていない。とくに、実際に遂行されたテロの『不法の本質的規模』の認識は、何ら要求されない。というのも、法益侵害の強度、あるいは、所為寄与によって幫助者の表象を超えて促進されたさらなる法益侵害の数量という意味での、実際に実現した不法の規模は、法定構成要件に属し、かつ、それにより(刑法16条1項1文参照)——幫助に関する有罪判決の理由付けについて——幫助者の故意によって包摂されねばならない所為事情とは何らならないからである。自己の行動(Tun)によって、刑罰規範の構成要件を充たすところの、主たる行為者の行為を促進することを認識していた者、あるいは、少なくともそれを考慮に入れた者、あるいは、それゆえ、以下の場合もこのような犯罪行為の幫助として有責である。すなわち、幫助者が表象したようなかたちで、主たる

行為者が——幫助者の寄与によって促進された——違法な所為の大規模な数量を遂行し、あるいは、構成要件の結果を有罪判決に相当な方法で多数の諸事案で実現した場合がこれである。」と。

本判決は、「不法の本質的規模」基準が法益侵害の「強度」や被害の「数量」の認識までを共犯者に要求するものであることを前提にしつつ、従犯の場合にはこのような基準は妥当しないことを示している。

第四款 小括

このようにして、ライヒ裁判所から連邦通常裁判所に至るまで、従犯の故意の成否につき、構成要件該当事実の実質的認識・予見を要求しつつ、他方、その詳細は具体的に認識・予見する必要はない、とするのがドイツ判例の基本的なスタンスといえる。ここではとくに「本質的構成要件」と「本質的メルクマール」の各基準に関してまとめておこう。

RGSt 1, 110、RGSt 4, 95、RGSt 31, 35、RGSt 59, 245は、幫助行為者の具体的表象と発生結果・危険との間に同一構成要件内部で齟齬が生じた場合が問題とされた事案であった。そこでは、幫助行為者は結果を特定している必要があり(RGSt 1, 110)、他方で、事態の全詳細の認識・予見は不要とされた(RGSt 4, 95)。そのうえで、RGSt 59, 245は一方で、構成要件該当事実の一般的表象では足りないとしたうえで、幫助行為者が重罪ないし軽罪の「本質的構成要件」を表象したことを要求し、「十分に特定された可罰的構成要件」の実質的な認識・予見が必要であるとした。このように、同一構成要件内部での認識・予見対象の確定が問題とされたRGSt 59, 245では、単一構成要件レベルで本質的な範囲まで具体化した対象を認識・予見することが要求されたものと解することができる。

他方、RGSt 67, 343やBGHSt 11, 66は、幫助行為者の認識・予見事実(加重強盗)と発生結果(強盜的恐喝)とに関し、幫助行為者の具体的表象と発生結果・危険との間に異なる構成要件にまたがって齟齬が生じた場合について、「本質的メルクマール」基準により実質的な重なり合いを認め、これを発生事実の故意を認める根拠としていると解する余地もあった⁽⁸⁾。このようにみると、「本質的メルクマール」基準は、一面では、共犯の抽象的事実の錯誤における「符合」の可否を決する論理で

あると解することができる。このことから、その前提である「故意」の認識・予見対象自体をなおも、単一構成要件該当事実に求めている、との解釈も可能なのである。

そして、この「本質的メルクマール」基準は、幫助行為者の具体的対象と発生結果・危険との間に同一構成要件内部で齟齬が生じた場合にも適用されるに至った(BGH GA 1959, 155, BGH GA 1967, BGH GA 1981, 133)。そこでは、単一構成要件該当事実が具体的にいかなる経過を辿って結果に実現するかの詳細な認識・予見を欠く場合も、当該構成要件該当事実の「本質的メルクマール」を認識・予見していた、として当該幫助の故意が認められている。この場合、「本質的メルクマール」基準は、構成要件上重要な事実に還元され得ない事実を本質的メルクマールの範疇から除外することに依って、構成要件上の重要性を欠く事実の詳細な認識を不要とする基準としても用いられている、といえるのではないだろうか。

ドイツ判例は、以上のような変遷を辿った。それでは、このような判例の変遷とともに、ドイツ学説は、いかなる変遷を遂げているのであろうか。以下、分析しよう。

第二節 ドイツおよび我が国の学説

第一款 「超法規的根本構成要件」の理論

これまで、ドイツ学説における従犯の故意の具体化論は、単一構成要件関連性を堅持するものと、それを緩和するものとの対立によって展開されてきた。ドイツ刑法16条1項1文が、故意の認識・予見対象として

-
- (8) なお、このような時期と相前後して、ドイツ判例においては未遂犯の主観的要件との関連で、構成要件関連性を有しない「意味の認識」があったことで未遂犯の故意を肯定するものが散見される。「本質的メルクマール」基準を、符合の論理と解する諸判例は、もしかすると、「意味の認識」に関する諸判例を意識したものかもしれないが、その関係性の分析については、今後の課題としたい。「意味の認識」に関するドイツ諸判例と構成要件関連性の問題については、高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣、1999年)206頁以下も参照。

法定構成要件に属する事情を明示的に要求していることから、ドイツでは主として、何らかの構成要件関連性を要求しながら従犯の故意の成立範囲を画している。このうちでもっとも構成要件関連性を広く解するのが、Axel Montenbruckが1972年の論文において示した構想である。

Montenbruckは、共犯者の故意の認識・予見対象に「超法規的根本構成要件(außergesetzliche Grundtatbestand)」を据える構想を示した。超法規的根本構成要件は、「本質的に統一の不法内容(im wesentlichen einheitlichen Unrechtsinhalt)」が認められる場合に設定されるものであって⁽⁹⁾、対象となる複数構成要件間の各法益同士が、価値類型として同質と判断される場合がこれに当たる⁽¹⁰⁾、とする。

この構想は、第一に、当時のドイツ刑法244条1項および2項のような、基本一加重類型に当たる段階的關係にある諸構成要件間で、共犯者が一方の表象を有しつつも、正犯によって他方の結果が実現された際の故意の有無について示された構想である。Montenbruckは、これら両構成要件間での表象と発生結果の齟齬が「非本質的」であることを前提に発生結果の故意を認める従来理解は責任主義に反するものであるから、端的に両構成要件を包括する「超法規的根本構成要件」を想定し、その表象があることで説明すべき、としたのであった⁽¹¹⁾。このような構想の趣旨に鑑みれば、Montenbruckは、錯誤論における符合の根拠を提供するというよりもむしろ、故意の認識・予見対象自体を抽象化して拡張的に理解するものと解する余地がある。

さて、Montenbruckはこの構想を、共犯者が一般的な表象しか有しておらず、それゆえに、犯罪事実の大まかな輪郭しか把握していない場合、すなわち、①複数の類似犯罪を表象するか、あるいは、②複数の異なるグループの犯罪行為を表象している場合にも推及する⁽¹²⁾。そしてたとえば、上記①について、幫助行為者の表象は正犯の窃盗であるにもか

(9) Axel Montenbruck, Abweichung der Teilnahmervorstellung von der verwirklichten Tat, ZStW Band 84, Heft 2, 1972, S. 335f.

(10) Montenbruck, a.a.O., (Anm. 9), S. 344f.

(11) Montenbruck, a.a.O., (Anm. 9), S. 334.

(12) Montenbruck, a.a.O., (Anm. 9), S. 339.

かわらず、正犯が盗品関与罪を行った場合、両犯罪事実を包括する「財産移転罪 (Vermögensverschiebungsdelikt)」という超法規的根本構成要件が設定され、幫助行為者にはその範囲で「調達する (Besorgen)」という表象を認めることができるから、発生結果について故意従犯が成立する、とするのである⁽¹³⁾。これに対して上記②については、そこに「統一の不法内容」を見出すことができず、超法規的根本構成要件を設定し得ないとして、発生結果についての幫助行為者の故意は否定される⁽¹⁴⁾。事例1は、法益の同質性を欠くことから、超法規的根本構成要件を設定し得ないと解されることになろう。

しかし、[事例3] Xが、Yが占有離脱物横領を行うものと誤信して、発覚しにくい服装を提供したところ、Yはその服装を用いて窃盗を行った場合、この理論によれば、窃盗と占有離脱物横領を包括する「財産移転罪」が「故意」の認識対象となる。そうすると、Xが占有離脱物横領の範囲で表象しても、「財産移転罪」の範囲で、Xの認識・予見が「窃盗」にまで及び得ることを否定する根拠がない。かくして、窃盗罪の従犯が成立する可能性を排除できない。そうすると、この理論は、我が国の抽象的事実の錯誤に関して、占有離脱物横領の範囲で符合を認める判例・通説よりも、広い範囲で故意犯の成立を認めることになる。そして、このような事態が生じるのは、Montenbruckが「法益」の同質性の範囲を広くとらえる一方、その他犯罪事実の構成要素を重視しないことが原因ではないか⁽¹⁵⁾。

また、ドイツ刑法16条1項は、故意を認めるにあたり、法定構成要件に属する事情の認識を求める。そこでいう「法定構成要件」とは特定の単一構成要件を指すものと解される⁽¹⁶⁾。この点に鑑みると、超法規的根

(13) Montenbruck, a.a.O., (Anm. 9), S. 341.

(14) Montenbruck, a.a.O., (Anm. 9), S. 342f.

(15) そこで、教唆犯の故意の認識・予見対象の特定性の内容としてではあるが、小島陽介「教唆行為における正犯の所為の特定性に関する考察(2・完)」商学討究61巻4号(2011年)103頁は、複数構成要件間の法益および侵害行為の態様において共通する「同質構成要件」の認識・予見が必要であるとするとする。

本構成要件の理論は、ドイツ刑法16条1項の解釈について、類推禁止に反する疑いがある、との指摘もある⁽¹⁷⁾。他方、たしかに、「罪を犯す意思」を要求するにとどまる我が国の刑法38条1項の解釈には、以上のような条文上の制約はない。しかし、事例3の処理に関して、単一構成要件関連的な事実予測を欠く幫助行為者に、実際の表象よりも重い罪の故意犯を成立させるのであれば、自己の表象した事実より重い犯罪事実について責任を問われないことを担保する責任主義に反するおそれがある⁽¹⁸⁾。

第二款 構成要件の形式的特定を行う見解

かくして、基本的にドイツ学説では、幫助者の故意の認識・予見対象となるのは、特定の単一構成要件該当事実であると解するのが通説といえる。

このような理解の代表的な論者はClaus Roxinである。Roxinは、従犯は、幫助者が損害のおよその程度や企図された攻撃の方法について詳細に知らなくても、単に実現される構成要件について認識・予見しているに過ぎない場合にも肯定される必要があるとして⁽¹⁹⁾、認識・予見対象範囲に特段の具体化を予定していない。これに対して教唆犯の故意の特定性に関しては、教唆者が「不法の本質的規模」を認識・予見していることを要求している⁽²⁰⁾。

このように、教唆犯と従犯で、後者につき故意の特定性を要求しない

(16) ドイツ刑法16条1項の原文は「法定の構成要件(gesetzlichen Tatbestand)」を単数形で表記している。

(17) Vgl. Nikolai Warneke, Die Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatz, 2007, S. 122.

(18) Vgl. Claus Roxin, Zur bestimmtheit des Teilnehmersvorsatzes, in Festschrift für Hannskarl Sagler, 1995, S. 130.

(19) Roxin, a.a.O., (Anm. 6), S. 225., 山中監訳・前掲注(6)286頁。

(20) Roxin, a.a.O., (Anm. 18), S. 131f. は、この「不法の本質的規模」が認められるには、侵害のおよその程度の認識と、侵害の方向性の認識が必要であるとしている。

理由を、Roxinは、以下の点に求める。すなわち、①教唆犯は事象を開始させた責めを負わせられるべき犯罪類型であって、教唆者は、予め行為者を指図し、それゆえ事象の大まかな成り行きを認識している必要がある一方、幫助者は、その関与時における正犯の行為決意を知ると共に、正犯によって企図された行為の構想を目の当たりにするため、それ以上に計画の輪郭を知らされる必要が無い、②「事後従犯」においては行為者が加担ないし認識・予見すべきは先行の正犯者の(構成要件の限定のない)「違法行為」であることの類比から正犯行為の具体的特定は不要である、もっとも、従犯の法定刑が正犯のそれから導かれることとの関係で、幫助者は、正犯によって実現される構成要件を認識していることは必要である、と⁽²¹⁾。

Eric Wolfも、「従犯については、共犯者の固有の態様を特定するだけではなく、主たる行為者のそれも共犯者の故意の内容において、『本質的に(im wesentlich)』特定されていなければならない」と述べたうえで、「共犯者は、(個別の特定された)個々の態様によって他者の故意による違法な所為、すなわち、(一般的なメルクマールにしたがって特定された)刑罰法規の構成要件を充たす所為(刑法11条1項5文)に寄与する、という認識が必要である。」そして共犯者は「主たる行為者の(一般的に特定された)態様が個々の犯罪の(一般的な)法的メルクマールを充たしたことのみに認識していれば良い。個別の認識は、個々の態様に関してのみ、すなわち、幫助行為ないし教唆行為のみ必要なのである。」としている⁽²²⁾。また、Uwe Schefflerも、同様の見地から、他者の所為に関する詳細な認識は、それゆえ、必要ではないとし、構成要件の形式的認識を超える認識は、刑法16条1項1文は明らかに要求していない、としている⁽²³⁾。これらの見解も、単一構成要件該当事実の形式的認識・予見で足りるとするものと解して差し支えないであろう⁽²⁴⁾。

(21) Roxin, a.a.O., (Anm. 6), S. 226., 山中監訳・前掲注(6)286頁以下。

(22) Eric Wolf, Anmerkung-Urteil des BayObLG v. 27. 3. 1991-RReg. 4 St 198 /90, JR 1992, Heft 10, S. 429.

(23) Uwe Scheffler, Zur Konkretisierung des Gehilfenvorsatzes, JuS 1997, Heft 7, S. 599.

第三款 「本質的メルクマール」基準の援用

これに対して、構成要件該事実の形式的特定にくわえて、BGH判例のように、当該事実の「本質的メルクマール」の認識という基準を採用する見解がある。

Kristian Kühlは、「幫助者は、主たる行為をその本質的メルクマールにおいて包含していなければならない。」とし、たとえば、詐欺(ドイツ刑法263条)と背任(同266条)のように、「基本的に異なる所為」が問題とならない場合には、故意を否定しない、としている⁽²⁵⁾。またKühlはさらに、実現されようとしている構成要件に向けて具体化された「不法の規模」の認識、たとえばテロ計画の認識は必要ではない、として詳細な具体化を要求していない。くわえて、所為の詳細(「いつ、どこで、誰に対して、いかなる諸状況で」)について、幫助者が認識している必要も無い、と述べる⁽²⁶⁾。

他方で、正犯に関する認識・予見の具体化については、教唆犯の場合とは異なって、従犯の場合にはより緩和されたものであっても良いかが問題となるとの前提を示しつつ、幫助者の「表象形成が」幫助された所為の「本質的な不法内容と侵害方向を」含むものであれば十分としている。このことから、BGHSt 42, 135の虚偽鑑定事案については、虚偽鑑定の提供者は、それが依頼者によって、詐欺の場合の欺罔手段として、債権者の損害について、あるいは、宝石の購買者の損害について用いられたことを認識していれば十分であるとするのである⁽²⁷⁾。また、BGH

(24) なお、構成要件該事実の形式的認識・予見がなぜ故意責任を基礎づけるのかについて、上記BGHSt 42, 135の判例評釈であるUrs Kindhäuser, Bestimmtheit des Gehilfenvorsatzes, NStZ 1997, Heft 6, S. 275. は、同事案は客観的帰属論の下で、許されないリスク創出・実現が認められるか否かで検証されるべきとしたうえで、構成要件の形式的認識・予見から自己の行為が規範に違反するという意識に到達する点にその実質的根拠を見出している。

(25) Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 7. Aufl., 2012, S. 860.

(26) Kühl, a.a.O., (Anm. 25), S. 860.

(27) Kühl, a.a.O., (Anm. 25), S. 860f.

が同事案に関して採った「決定的な所為手段」の提供に関する認識という基準についても好意的である。また、教唆犯の場合と同様に、幫助者の故意も主たる行為者による主たる行為の完成に向けられていれば良いとの理解を併せて示しつつ、このことから、幫助者が、主たる行為を未遂に至るまで放置しようとし、かつ、それゆえに主たる行為の完成に無用の主たる所為手段を提供した場合、幫助者の故意は否定される、との処理を導いている⁽²⁸⁾。

また、Thomas Fischerも基本的に、Kühlと同様の理解を示す。すなわち、「幫助者は少なくとも、主たる行為の実現にとってその都度必要とされる主たる行為者の故意を考慮に入れていなければならない……。幫助者は、正犯の行為を促進し……。かつ、それによって構成要件実現に至ることを意図していなければならない。すなわち、そこでは幫助者は、主たる行為の本質的メルクマール(不法および侵害の方向性……)……を認識していなければならない。しかし、幫助者は、その詳細について特定の表象を有する必要は無い……。とくに、幫助者の故意は、構成要件を超えて具体的な『不法の規模』を包含している必要は無い……。」との理解がこれである⁽²⁹⁾。

そして、幫助者の故意の特定性については、幫助者が主たる行為とは独立に寄与を提供するものであることから、教唆犯の故意とは異なる諸要件が妥当するとの前提に立つ。そして、幫助行為者が、状況に応じてあらゆる可能なバリエーションを考慮していた場合には、正犯に決定的な手段を意図的に入手可能な状態にし、それによってその投入により典型的に促進された主たる行為が行われるリスクを意識的に高めた者は、すでに幫助を成したとい得る、と述べるのである。ここで、従犯の成否につき、「決定的な所為手段」の提供も含めたリスク増加を「意識的に」増加させたことを要件とすることから、Fischerもまた、「決定的な所為手段」の提供を、従犯の故意の認識・予見対象に含めているといえる。

⁽²⁸⁾ Kühl, a.a.O., (Anm. 25), S. 861.

⁽²⁹⁾ Thomas Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetz, 62 Aufl., 2015, S. 278.

KühlはBGHSt 11, 33と同様、「本質的メルクマール」基準によって、異なる構成要件にまたがる事実について故意を肯定している。もっともこの理解は、(上述のRG判例やBGH判例において示したことと同様に)錯誤論における符合の実質的論拠を述べたものであるとの解釈も可能である。そのため、Kühlが故意の認識・予見対象を抽象化・拡大化したとの即断はできない。

それと同時に、KühlやFischerは、「不法の内容と侵害の方向性」——これは、BGH NStZ 1990, Heft 10, S. 501やBGHR StGB § 27 Abs. 1 Vorsatz 7の示すものと同旨であろう——にも言及しているが、Fischerは、「不法の内容と侵害の方向性」を「本質的メルクマール」と同趣旨のものとして解している。

さらに、KühlやFischerは、③「決定的な所為手段」の提供をも認識・予見対象に含めている。これは、BGHSt 42, 135が提供する基準である。両者は、この基準を無批判に受容している。しかし、そもそもこの基準に対しては、Roxinが(正当にも)「決定的な所為手段」に至らない程度の幫助でも、従犯として可罰的であるべきであるから、この基準の援用は従犯の成立範囲を不当に狭くすると刑事政策的憂慮を前面に押し出した批判をしている⁽³⁰⁾。他方、Hans Theileが、「決定的な所為手段」には解消され得ないものの、正犯の貫徹能力や、所為遂行の蓋然性に関する計画実現可能性は少なくとも従犯の成否に重要であるがこの点が上記基準では十分に考慮されておらず、「決定的な所為手段」の提供基準は、幫助とは無関係の基準(behilfefremdes Kriterium)であると喝破するが⁽³¹⁾、これは、幫助構成要件に解消されないものを要件としている、との批判と解して良いであろう。

この点に鑑みると、③「決定的な所為手段」の提供基準の援用は、その根拠を欠くといわざるを得ないのではないだろうか。Fritz Loosは、構成要件該当事実の形式的認識で足りるとする見解を「ラジカルな解決策」と批判し、「決定的な所為手段」の提供の認識まで必要であるとす

(30) Roxin, a.a.O., (Anm. 6), S. 227f., 山中監訳・前掲注(6)288頁以下。

(31) Theile, a.a.O., (Anm. 2), S. 138.

るが、「決定的な所為手段」の認識の内実を、結果の具体的法益侵害の認識としてとらえている⁽³²⁾。「決定的な所為手段」の提供基準を、構成要件該当性の類型性から離れて意義付けようとするれば、Roxinらの上述のような批判が妥当するであろうことから、Loosのように「決定的な所為手段」を構成要件関連的に法益侵害性の観点に引き付ける理解には納得がいく。

第四款 「抽象的・直観的表象内容」基準

他方、単一構成要件該当事実を認識・予見対象とすることを前提しつつも、その認識・予見の実態に鑑みて、その内実は構成要件の「あてはめ」を不要とする、前法律的な表象である、との構想を示すものがある。

Hans Theileも、出発点としては、単一構成要件該当事実が故意の認識・予見対象であることは認める。しかしTheileは、構成要件を、端的に直接の認識・予見対象とすることに懐疑的である⁽³³⁾。そしてTheileは、幫助行為者の表象形成の実態が、幫助行為時の将来的予測であることに鑑みれば、幫助者にとって正犯行為(Haupttat)は、ある一定の段階に至るまで単に「直観的なもの(anschaulich)」であるとする⁽³⁴⁾。たしかに、故意の内実それ自体は、行為者に、裁判官と同様の思考で表象内容を構成要件に当てはめることを要求しないものではある⁽³⁵⁾。Theileは、そこからさらに、そのような「専門家的あてはめ」の前提として得られた「素人的表象」のみを、幫助故意の内容に直結させているという特徴があるといって良いであろう。こうしてTheileは、幫助行為者の故意を基礎づける表象内容は、構成要件のメルクマールへの包摂素材としての「抽象的・直観的表象内容(Der abstract-anschauliche Vorstellungsinhalt)」であれば良いとする。

(32) Fritz Loos, Anmerkung-Urteil des BGH v. 18. 4. 1996-1 StR 14/96 (BGHSt 42, 135.), JR 1997 Heft 7, S. 297f.

(33) Theile, a.a.O., (Anm. 2), S. 144, 145.

(34) Theile, a.a.O., (Anm. 2), S. 145.

(35) 石井徹哉「故意の認識内容とその認定——薬物事犯における対象物の認識を例に——」早稲田法学会誌42巻(1992年)15頁以下も参照。

この観点からTheileは、将来的予測として、直観的に表象し得た正犯行為を通じて、「あり得る所為被害者」が「自己の幫助行為によって成就するところの損害を被ったであろう」という限りで、抽象的・類型的な生活実態を特定して表象している、とするのである⁽³⁶⁾。

たしかに、故意の実態が「素人的表象」であるとの出発点は、正当であろう。しかし、Theileは、この理解を故意の内容に直結させることで、その構成要件的制約を取り払う結果となってしまった。したがって、(Theileはその出発点として構成要件概念による制約を認めていたはずであるにもかかわらず)この概念中には、論理的に、故意の内容がいかなる範囲まで抽象的・類型的に把握されるのか、内在的な制約が無い。Theileは実際に、このような抽象的・類型的な生活実態の表象によれば、完全に異なる生活具象概念(Lebenskonkreta)の惹起および、完全に異なる具体的法益客体の侵害が生じた場合にも、幫助者の故意に包摂されて良い、としている⁽³⁷⁾。しかし、故意の内容が、構成要件的制約を取り払った「裸の素人的表象」で足りるとすれば、結局、上記「超法規的根本構成要件」の理論と同一の帰結に至るか、あるいは、法益の同質性という制約も有しないことから、同理論で要求される表象よりも緩やかな基準で広く故意を認めることになるであろう。ここにTheileのいわゆる「抽象的・直観的表象内容」の曖昧さ、そしてそれによる結論の不当さがあるように思われる。

第五款 構成要件の特定と外在的制約基準の併用——択一認定思考の援用——

他方で、故意は構成要件該当事実の形式的認識・予見で認められるとしつつも、そこに外在的制約の余地を見出そうとする見解がある。Nikolai Warnekeは、「択一認定」思考の援用という外在的制約の方向性を打ち出している。まずは、これに至る、Warnekeの従犯の故意理解一般からみていこう。

⁽³⁶⁾ Theile, a.a.O., (Anm. 2), S. 145f.

⁽³⁷⁾ Theile, a.a.O., (Anm. 2), S. 146.

Warnekeも、従犯の故意とは構成要件に関連付けられたものでなければならぬ、との前提に立つ⁽³⁸⁾。そして、Warnekeは、従犯の故意の特定性一般の問題としては、主たる行為に関する共犯者の表象は特定の構成要件に関連していれば足りると解している⁽³⁹⁾。というのも、共犯処罰は、構成要件実現回避を内容とする(正犯に向けられた)「第一次的義務」侵害の誘発・促進の回避を内容とする「第二次的義務」の違反によって基礎づけられるところ、これは構成要件該当行為の意識的遂行で基礎づけられるからである、というのである⁽⁴⁰⁾。ここでは、幫助行為者の表象内容として、自己の行為によって構成要件上の法益に関する具体的危険を創出することを意識していることだけが必要であるとし、所為の特定性に関するより具体的な詳細は不要であるとする。というのも、犯行現場、犯行時刻、被害者の同一性のような主たる行為のさらに広範な個別的メルクマールは、何ら行為規範のメルクマールたり得るものではなく、その意識的決断は、行為規範違反の意識的決断を内容とする故意の指標にはならないからである、とするためである。Warnekeは、故意にとって根本的な行為規範(違反)の意識的決断の指標は、すでに構成要件該当行為の遂行のうちに存在している、とする⁽⁴¹⁾。

もっとも、Warnekeは、問題となるのは共犯者の表象が一義的に特定構成要件に整序され得ない場合であり、この場合に共犯者は、複数の構成要件を包括して表象しているために、構成要件的に不明確な表象となっている、と指摘する⁽⁴²⁾。ここでWarnekeは、不確定の故意を、①なおも構成要件関連性のある「構成要件上不明確な故意」と、②主たる行為の構成要件に関する輪郭を欠いた「不特定表象」とに区別する⁽⁴³⁾。

そうして①の場合には、択一認定の手法が援用される。すなわち、択一認定が、問題の行為が全て犯罪として成立し得るものであることを前

(38) Warneke, a.a.O., (Anm. 17), S. 118.

(39) Warneke, a.a.O., (Anm. 17), S. 140f.

(40) Warneke, a.a.O., (Anm. 17), S. 138f.

(41) Warneke, a.a.O., (Anm. 17), S. 138f.

(42) Warneke, a.a.O., (Anm. 17), S. 119f.

(43) Warneke, a.a.O., (Anm. 17), S. 120, S. 129f.

提とする訴訟法上の方策であることから、このような理解を、従犯の故意の認定に援用可能なものと解し、関与行為者が複数構成要件該当事実を(不明確ながら)選択肢として認識・予見しながら幫助する場合、その選択肢のうち、1つでも無罪であると表象していたのであれば、「疑わしきは被告人の利益に」の観点から故意が否定され、無罪とすべきである、とするのである⁽⁴⁴⁾。もっとも、複数犯罪をいずれもあり得るものとして不確定的に表象していた場合は、共犯者の故意はそのいずれにも向けられたものであるとして、共犯の故意を認める⁽⁴⁵⁾。

これに対して、②の場合は、すでに故意の指標が欠けているのであるから、従犯の故意は認められない、との結論に至る⁽⁴⁶⁾。

このようなWarnekeの理解を検討してみると、行為規範性に重点を置くか否かは措くとしても、故意の認識・予見対象を単一構成要件該当事実にのみ求め、そしてその実質的根拠を探るという姿勢は、基本的に正当であると考えられる。ただ、他方で、択一認定基準の援用という構想には疑問がある。幫助行為者が、複数の犯罪実現の表象上の選択肢を多く持っていればいるほど、そのうちの1つが無罪であろうとの表象に至る可能性が高まるであろう。この際、そのような無罪表象が幫助行為者の軽率さによって導出された場合にも、故意を肯定する内在的基準を有しないことから、この理解からは、故意が否定される範囲が広くなりすぎるおそれが生じるであろう。これは妥当でないと思われる。

また他方、Winny提供事件のように、単一犯罪事実の成否につき、有罪・無罪の不特定表象が問題となる事案では、上記択一認定基準の援用の条件を欠くことから、Warnekeの基準によれば、そのような表象について、構成要件該当事実の輪郭を表象し得ていたかが故意の成否にとって決定的であろう。Warnekeは、構成要件該当事実の輪郭を表象していれば、結果発生の表象が不確定であるとしても、犯罪事実については特定された表象として故意が認められるとするから、公衆送信権侵

(44) Warneke, a.a.O., (Anm. 17), S. 126.

(45) Warneke, a.a.O., (Anm. 17), S. 127.

(46) Warneke, a.a.O., (Anm. 17), S. 130.

害についての輪郭を捉えた表象が認められるWinny提供事件の事案では、故意が認められることになろう。当該事件について従犯の故意(および従犯の成立)を認める結論に私見からは異論はないが、択一認定思考の援用が認められる事案の場合には、複数犯罪事実選択肢のうち1つでも無罪表象があれば直ちに無罪となることと比して、より厳しい運用になってしまうのではないだろうか。

たとえば、XがWinnyを提供した際、正犯のWinny利用を通じて、①公衆送信権侵害結果が発生するか否かは不明であった事案と、②公衆送信権侵害結果が発生するか、器物損壊結果が発生するかがわからなかった場合で、器物損壊についてはコンピュータのハードディスク自体の効用喪失に至らず、無罪になると解していた事案とを比較した場合、①については、構成要件該当事実の輪郭があることから直ちに故意が認められ、他方②の表象について択一的認定思考を援用し、器物損壊の無罪性表象によって、直ちに故意が否定される、というのが、妥当な結論であるかは疑わしい。

第六款 正犯行為の詳細の具体的予見を要求する見解

そこで我が国では小島秀夫が、Warneke同様に行為規範論から従犯の故意の具体化を試みるも、Warnekeのように択一認定思考を採らない。小島は、従犯の故意の認識・予見対象を単一構成要件に求めつつ、故意の認識・予見対象の問題が行為規範論に属する問題であるとの前提から出発し、従犯の故意の具体化の問題は幫助行為者にとって結果に至るまでの因果経過中に存在する正犯行為の態様をいかに詳細に予測すべきか、が重要であるとする。そして、行為規範が構成要件に機能的に内在していることに鑑みて、故意の認識・予見対象には、①構成要件に該当する諸事情と、②結果に至る事前的な因果性(危険性)が含まれる、という⁽⁴⁷⁾。他方、実際に生じた事後的に確定する因果経過は、制裁規範論に属する問題であって故意の認識・予見対象たり得ない⁽⁴⁸⁾。こうして、

(47) 小島(秀)・前掲注(5)187頁。

(48) 小島(秀)・前掲注(5)189頁。

結果発生に至る因果経過に含まれる正犯行為も、事前的予測としての因果性(危険性)として把握されるが、「幫助者の故意が認められるためには、幫助者は何らかの方法で結果が発生することを認識しなければならず、その方法を認識しうる程度に具体化された正犯行為を認識しなければならない」とする⁽⁴⁹⁾。そして、具体的には、暗殺を計画している正犯に拳銃を提供する者であれば「射殺行為」の認識が、また、紐を提供する者であれば「絞殺行為」の認識が要求されるのだという。

もっとも、認識・予見対象となる正犯行為は、事前的に認識可能なものであるにすぎないため、択一的、概括的であり得るとし、幫助行為者が幫助行為時に択一的であれ概括的であれ、未必的にすら認識していない正犯行為から結果が発生した場合には、因果経過の齟齬の問題になるとする⁽⁵⁰⁾。そのうえで、従犯の故意の問題は(構成要件的)「故意帰属」の問題であるとの前提から、因果経過の齟齬(錯誤)の場合には、①事後的に確定された事実上の因果経過について、行為者に予見可能性(客観的帰属性)が認められない場合には、発生結果の故意既遂犯は成立せず、過失犯も成立しないが、予見可能性(客観的帰属性)が認められた場合、②未必的、択一的、概括的故意も認められない場合には、過失犯の成否が問題となる⁽⁵¹⁾。

行為規範性を重視すると否とに依らず、故意形成の実態に即して考えれば、たしかに行為者の事前予測が故意の内実となる。また、その対象を構成要件に該当する諸事情に求めることに加えて、正犯を介した間接的な法益侵害を共犯の処罰根拠とすると、②結果に至る事前的な因果性(危険性)をも認識・予見対象とすることは妥当であると思われる。②について「事前的な因果性(危険性)」の認識・予見を要求することも、故意形成時点があくまで幫助行為時であることからすれば、妥当であろう。

しかし、正犯行為態様をかように具体的に認識・予見することを要求する点については疑問がある。というのも、第一に、結果発生に至る因

(49) 小島(秀)・前掲注(5)198頁。

(50) 小島(秀)・前掲注(5)198頁。

(51) 小島(秀)・前掲注(5)229頁。

果プロセスには数多のバリエーションがあり、たとえば「拳銃」の提供によって予測される使用方法がなぜ「射殺」に限定されるのか、具体化される行為態様の抽出基準が不明であるように思われるからである。

第二に、XがYに拳銃を提供後、〔事例4〕YがAの面前で拳銃を空中に発砲し、その銃声に驚いたAがショック死した場合、当初予想された射殺の危険とショック死の危険とは、同一のものとはいえない。「射殺」と「ショック死」との間の因果経過の齟齬が故意を阻却する余地がある。これに対し、〔事例5〕Yが当該拳銃をAの頭部に打ち付け、それによりAが「撲殺」された場合、拳銃が直接にAの生命の枢要部分の侵害に利用されている。この場合、当初Xが表象した「射殺」＝「Aに対する発砲によるAの生命の枢要部分への攻撃に基づく死亡結果発生」の危険が、「撲殺」＝「Aに対する殴打によるAの生命の枢要部分への攻撃に基づく死亡結果発生」の危険に実現したと解し得るのではないか。

両事例の上記取扱いの差異が正当であるならば、正犯の射殺行為の予測の有無は、従犯の故意の有無を決定的に基礎づけてはいない。この場合、従犯の故意の有無にとって、以上の予測から客観的に同種の結果に至ったか否かが決定的である。このようにして、正犯による典型的な利用方法の予測それ自体は、従犯の故意の要件ではないと解される。むしろ、従犯(故意)成立の有無は、表象結果が実際の発生結果と符合し得るか否かによって基礎づけられるのではないか。正犯による典型的な利用方法とは、従犯の故意を判断する際の間接的事情に過ぎないように思われる。

第七款 小括

従犯の故意の特定性・具体化をめぐることは、以上さまざまな見解があった。それら諸学説をここでまとめておこう。

Montenbruckの「超法規的根本構成要件」の理論は、従来、錯誤論における符合の可否を判断する論理に用いられてきたものを、「故意」の認識・予見対象確定の基準に転換させ、認識・予見対象を抽象化する論理として用いられたと考えられる。その結果、幫助行為者が軽い犯罪事実の認識で関与したが、正犯がそれよりも重い犯罪事実を実現した場

合、両犯罪類型を包括する「超法規的根本構成要件」の認識によって、前者の認識が後者にも及ぶことを否定し得ず、重い犯罪事実の従犯が成立する可能性が残る。

これに対して、RoxinやWolf、Schefflerは、従犯の故意を、単一構成要件の形式的認識・予見と解する立場を堅持してきたといえよう。従犯の故意の特定性・具体化問題は、あくまで「故意」の認識・予見対象確定の問題であって符合の論理に関するものではない、との意識があるように思われる。そこで、符合の論理をも提供するものとも解釈可能な「本質的メルクマール」基準を積極的には援用していないように考えられるのである。

他方、KühlやFischerは、RGないしBGH判例の基準（「本質的メルクマール」基準や「決定的な所為手段の提供」基準）を積極的に採用した。このことから、ドイツ判例でもそうであったように、それら基準を、①「故意」の認識・予見対象確定基準として用いるものか、あるいは、②錯誤論において符合の可否を判断する基準として用いるものか、いずれの可能性も排除し得ないといえる。もっとも、KühlやFischerが①②いずれの意味で判例の諸基準を援用するものかは、直ちに明らかではない。

Theileは、「故意」の認識・予見対象を単一構成要件に求めつつも、その内実は「抽象的・直観的表象内容」で良いとした。しかし、その結果、事実上、故意の構成要件関連性を不可能とする結論に陥ってしまった。このことから、Theileの見解からは、従来、錯誤論からも符合が認められないであろう範囲の諸犯罪事実間でも、「故意」を認めることとなってしまうように考えられる。

他方、Warnekeは、不確定の故意を、①なおも構成要件関連性のある「構成要件上不明確な故意」と、②主たる行為の構成要件に関する輪郭を欠いた「不特定表象」とに区別するが、①の場合にのみ択一認定思考という外在的制約を行うことで、①②の実際の帰結において、結論の妥当性を欠くものとなるように考えられる。

最後に、小島も故意の単一構成要件関連性を堅持しつつ、さらに、予測される正犯行為の態様を具体的に認識・予見する必要があるとしたが、そのような特定の行為態様を抽出する基準は、必ずしも明確なもの

ではなかった。また、このように具体化された正犯行為の態様は、それ自体が故意の要件となるのではなく、結果発生 of 危険認識の有無を判断する上での、間接的な事情に過ぎないと考えられる。

他方、我が国のいわゆる「Winny提供事件」では、Winnyを利用する正犯の公衆送信権侵害行為態様を、いかなる範囲で認識・予見する必要があるか、が争点となった。そこで次章においては、「不特定多数の正犯による結果発生 of 不特定表象」事案を念頭に、従犯の故意の認識・予見対象の具体化問題を検討しよう。

第二章 不特定多数の正犯による結果発生 of 不特定表象

第一節 我が国の判例

第一款 間接幫助にみる故意の認識・予見対象

我が国の判例には、ドイツのように「特定の正犯による結果発生 of 不特定表象」事案を詳細に検討したものは存在しないと思われる。これに対して、幫助行為者の関与対象である正犯の存在が不特定であった事案については、わずかながら、事実上従犯の故意の具体化の要否をも争点とし得る諸判例が存在する。それらは、いわゆる「間接幫助」に関する諸判例である。

たとえば、①Bらが、大蔵大臣の許可を得ていない金地金を国外に密輸出するにあたって、被告人XがAを介してBらの正犯行為を容易にしたものの、XはBらを特定して認識してはいなかったという事案において、弁護人は、Xに幫助の故意は認められないことをも争った。これに対して、大判昭和10年2月13日(刑集14巻83頁=判例1)は「間接ニ正犯ヲ幫助スル場合幫助者ニ於テ正犯カ何人ニ依リ實行セラルルカヲ確知スルノ要ナキモノト解セサルヘカラス蓋之ヲ確知スルト否トハ正犯ノ實行ヲ容易ナラシムル點ニ於テ毫末ノ差異ヲモ生スヘキニ非サルヲ以テナリ」と述べ、外国為替管理法違反の間接幫助の成立を認めた。

間接幫助は、幫助行為者が他の幫助者を介して、正犯を容易にしたという特徴を有する点で、たしかに、幫助行為者が直接に不特定多数人に加功し得る場合とは、厳密にはその構造を異にする。しかし、発生結果

の認識・予見の対象が不特定多数の正犯によって実現された結果に求められる点で、この間接幫助の事例も、不特定多数の正犯による結果発生の不特定表象事案として扱ってよいのではないだろうか。そのようななか、判例1では、Xによる、不特定者に対する幫助の故意が認められている⁽⁵²⁾。

この後、最高裁に至っても、②最決昭和44年7月17日(刑集23巻8号1061頁=判例2)が、被告人Xが、Aの求めに応じてわいせつな映画フィルムを貸与し、AはBらをして当該わいせつ映画フィルムを不特定多数人に対して観覧せしめたという事案において、「(なお、被告人が、Aまたはその得意先の者において不特定の多数人に観覧せしめるであろうことを知りながら、本件の猥せつ映画フィルムを右Aに貸与し、Aからその得意先であるBに右フィルムが貸与され、Bにおいてこれを映写し十数名の者に観覧させて公然陳列するに至つたという本件事案につき、被告人は正犯たるBの犯行を間接に幫助したものと、従犯の成立を認めた原判決の判断は相当である。)」とした。Bによる結果発生は不特定ではあるが、その後、従犯の故意の特段の別要件を立てていないことに鑑みれば、判例2も、幫助行為者に正犯を特定している認識が無くとも、幫助の故意を認める趣旨と解し得るであろう。

このように、従来から判例は、正犯を具体的に特定して表象することは不要であるとの立場に立ってきたと考えられる。ところが、近時、不特定の正犯によってもたらされる法益侵害の蓋然性を高度のものに限定し、これを表象する必要がある、と解することのできる判例が登場した。いわゆるWinny提供事件最高裁決定である。款をあらためて考察しよう。

第二款 Winny提供事件最高裁決定における「例外的でない範囲」基準

Winny提供事件は、以下のような事案が問題となったものである。すなわち、被告人は、P2P(Peer to Peer)方式を用いたファイル共有ソフト

(52) なお、豊田兼彦「不特定者に対する幫助犯の成否」立命館法学327・328号(2010年)570頁以下も参照。

Winnyを開発し、その改良を重ねながら、自己のホームページ上に継続的に公開していた。正犯である甲および乙は、それぞれ個別に、Winny最新版を当該ホームページ上よりダウンロードして利用し、著作者の許諾を得ることなく、各自の有するゲームソフトや映画のデータを不特定多数人に対して送信し得る状態に置き、上記著作物の著作権者が有する公衆送信権を侵害する行為を行った。被告人は、甲および乙の犯行に先立ち、Winny最新版をダウンロードさせて提供することにより、甲および乙の著作権法違反行為を容易にした、というものがこれである。

これについて最高裁(法廷意見)は、控訴審判決の「幫助行為性」を否定した論旨ないし基準を明確に否定したうえで、まず、「係るソフトの提供行為について、幫助犯が成立するためには、一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要であり、また、そのことを提供者においても認識、認容していることを要するというべきである。」とする。そして、「ソフトの提供者において、〔①〕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、〔②〕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り、当該ソフトの公開、提供行為がそれらの著作権侵害の幫助行為に当たると解するのが相当である。」とした(番号引用者)。

そして、Winnyは適法利用にも適したものであるが、他方、違法利用においても摘発されにくく便利なソフトであり、また、「原判決が引用する関係証拠によっても、Winnyのネットワーク上を流通するファイルの4割程度が著作物で、かつ、著作権者の許諾が得られていないと推測されるものであったというのである。そして、被告人の本件Winnyの提供方法をみると、違法なファイルのやり取りをしないようにとの注意書きを付記するなどの措置を採りつつ、ダウンロードをすることができる者について何ら限定をかけることなく、無償で、継続的に、本件Winny

をウェブサイト上で公開するという方法によっている。これらの事情からすると、被告人による本件Winnyの公開、提供行為は、客観的に見て、例外的とはいえ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状況の下での公開、提供行為であったことは否定できない。」

「他方、この点に関する被告人の主観面をみると、被告人は、本件Winnyを公開、提供するに際し、本件Winnyを著作権侵害のために利用するであろう者がいることや、そのような者の人数が増えてきたことについては認識していたと認められるものの、いまだ、被告人において、Winnyを著作権侵害のために利用する者が例外的とはいええない範囲の者にまで広がっており、本件Winnyを公開、提供した場合に、例外的とはいえ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に足りる証拠はない。」と述べ、被告人を無罪とした。本決定には、被告人に幫助の故意を認める、大谷剛彦裁判官の反対意見が付されている⁽⁵³⁾。

この点、本決定の法廷意見は、「例外的でない範囲の者がWinnyを違法利用する蓋然性」を問題とすることで、故意の認識対象の特定を結果発生の統計的確率に純化した立場から考察するものといえる⁽⁵⁴⁾。本決定は、公衆送信権侵害幫助罪の認識対象を、同罪の法益侵害に還元し得る要素に絞るという理解を前提に、認識態様を、「結果発生の端的な認識」から「結果発生の高度の蓋然性の認識」に限定することで対処したといえる⁽⁵⁵⁾。

しかし本決定多数意見の、このような限定の根拠は必ずしも明確では

(53) 最高裁決定に関する論文・評釈等として、小野上真也「ファイル共有ソフトの開発・提供と従犯の成立要件——Winny提供事件最高裁決定——」高橋則夫＝松原芳博編『判例特別刑法 第2集』(日本評論社、2015年)107頁以下に掲げる諸文献を参照。

(54) 矢野直邦「判解」曹時66巻10号(2014年)259頁も参照。

(55) 小島(秀)・前掲注(5)73頁は、本決定以前に、法益侵害結果の認識や、結果発生を志向する正犯行為をある程度具体的に認識していることに加え、「正犯行為による法益侵害結果発生の蓋然性」の認識が必要である旨述べていた。

ない。大谷反対意見は、認識対象の具体化の程度については、多数意見に賛意を示しつつ、被告人にはその認識があるのであるから、従犯の故意を認めることができるとして、有罪の結論を支持している。

第二節 我が国における近時の議論展開

第一款 確定的故意限定説

このようなWinny提供事件について、最高裁決定が登場する以前から、従犯の故意との関係で議論がなされるようになった。

そのうちで園田寿は、我が国で唯一、故意の認識「態様」の観点から限定を試みる。すなわち、新規技術の開発・提供事案において萎縮効果を生じさせないためには、未必の故意では従犯の故意として不十分であり、確定的故意がある場合に限って、有罪とすべきであるとする⁽⁵⁶⁾。もっとも、この見解は、従犯一般について確定的故意のある場合と、未必の故意があるに過ぎない場合とで法的効果を異にすることを主張しているのではない。コンピュータ技術開発の場面に限って、とくにコンピュータ技術には、常に悪用され得る危険性があることが否定できず、かつ、技術開発に携わる者は常にその危険性を意識しているであろうことから、不確定的故意によって従犯の故意を認めることは、「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」ことを、故意の態様による法的効果の区別の理由としている⁽⁵⁷⁾。

しかし、従犯の一般論としては未必の故意によって従犯の故意を認める理論的余地を残しつつ、なぜコンピュータ技術開発の場面にもみ、以上のような方策を適用し得るのか、その根拠は不明である。Warnekeは、なおも構成要件的には特定された不特定表象という認識態様があるとする⁽⁵⁸⁾。未必の故意を、複数の選択肢のうち、自らの関与が犯罪結果

56) 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8号(2007年)62頁。なお、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——」刑事法ジャーナル22号(2010年)48頁以下(以下、「控訴審論文」として引用)も参照。

57) 園田・前掲注56)「控訴審論文」49頁。

58) Warneke, a.a.O., (Anm. 17), S. 120, S. 129f.

につながるとの認識・認容があり、ただ専らそれを認識しているのではないという意味での「不確定的な認識」と解し得るとすれば、Warnekeのというような意味で、なおも故意責任を認めることができるのではないだろうか。この理解からは、未必の故意に、犯罪不成立に向けた特別の効果をも認めるべきではない⁽⁵⁹⁾。

ドイツにおいては、Harro Ottoが、(Winny提供事件もその範疇に含まれ得る)「中立的行為による幫助」の場合に、確定的故意と未必の故意とで、扱いを異にし、確定的故意に限って処罰の対象とすべきと主張する⁽⁶⁰⁾。もっともこのような理解に対しては、Kai Müllerの、ドイツ刑法16条および同27条によれば幫助の主観的構成要件として主たる行為に関する故意を要求するが、それは基本的に未必の故意で十分であることを示しており、また、たとえば刑を無効にする行為の場合のように、構成要件実現について特定の故意形式を必要とする場合には、立法者は各則において明示的に規定しているのであるから、従犯を「未必の故意の場合に不可罰とする」ということにはならないとの指摘が妥当しよう⁽⁶¹⁾。

第二款 正犯特定性必要説

そこで、従犯の因果連関の一部をなす正犯を特定して予見することを求めることで、従犯の故意の内容の具体化を図る見解がある。すなわち、大谷實は、幫助行為者が正犯を特定して予見している場合に限り、従犯の故意を認めるものであり、従犯とはそもそも特定の正犯に対する関与を予定したものである、とする⁽⁶²⁾。この見解によれば、Winny提供

(59) 小野上真也「弁護士の職務行為による従犯の成否」千葉大学法学論集26巻3号(2011年)13頁以下参照。

(60) Harro Otto, Das Strafbarkeitsrisikoberufstypischen, geschäftsmäßigen Verhaltens, JZ 9/2001, 438 f.; ders., "Vorgeleistete Strafvereitelung" durch berufstypische oder alltägliche Verhaltensweisen als Beihilfe, in Festschrift für Theodor Lenckner, 1998, S. 214.

(61) Kai Müller, Beihilfe durch wirtschaftliches Handeln, in Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag am 10. Mai 2003, S. 346.

(62) 大谷實『刑法講義総論』(新版第4版)(成文堂、2012年)441頁。

事件の事案では、被告人はHP上にWinnyをアップロードすることで不特定多数人に提供したのであるから、正犯を特定しておらず、したがって、従犯の故意が認められず、不可罰となる⁽⁶³⁾。

大谷の論旨から解するに、ここでの「正犯の特定」とは「実際の正犯の特定」を意味するものであろう。しかしながら、Winny提供事件を含めた正犯の予備段階における幫助事案では、関与の対象となる正犯の表象は「予測」でしかありえない。とすると、「正犯の特定」が問題になるにしても、それは、幫助行為者が「○○を想定して関与する」というように、その表象において観念した主体の特定を指すはずである⁽⁶⁴⁾。大谷のように、実際上の事後的に裁判時に確定された特定の正犯の認識を従犯成立上の必要条件とすれば、従犯の「概括的故意」を全面的に否定する結論に至るのであって、妥当でない⁽⁶⁵⁾。

63) 大谷實「Winny・ケース」『続・明日への挑戦』(成文堂、2008年)70頁以下。ここでは「故意」について言及していないが、大谷・前掲注62)の主張と併せて読めば、故意を否定する文脈であると解される。なお、同(「Winny・ケース」)71頁は、①ホテルの宣伝用小冊子を印刷した印刷業者について売春周旋幫助罪を認めた東京高判平成2・12・10判タ752号246頁、②売春クラブ経営者の注文を受け、売春の客寄せチラシを販売し、客寄せ広告を新聞紙上に掲載させた行為について、売春周旋目的引誘罪の従犯の成立を認めた大阪高判昭和61・10・21判タ630号230頁は、いずれも不特定の相手方に対するものであり、妥当でないとしている。

64) このような観念的な主体特定の構造については、専田泰孝「具体的事実の錯誤における攻撃客体の特定と故意の範囲」早稲田法学74巻4号(第二分冊)(1999年)506頁以下も参照。

65) たとえば、関与行為者が正犯者5人に対して、「そのうちの誰が実行に出でても構わない」との認識の下、正犯者5人に対して犯罪遂行上を容易にする道具を貸与したような場合も、提供時に正犯者を特定していないことから、不可罰となるはずである。ところが、これでは事実上「概括的共犯」のすべてが不可罰となってしまうのではないか。これに対して、「正犯が5人」というかたちで特定しているから可罰的である、との反論もあり得る。しかし、それは、実際に生じた正犯行為を特定していない場合にも、従犯が成立することを認めることになるから、故意の有無を実際に生じた正犯行為の特定性に関係させる試みは成功していない。

また、共犯の処罰根拠を、正犯を介した間接的な結果惹起に求めたとしても、特定される内容を「表象上の正犯」と解することの支障はないし、「実際に生じた正犯行為」の特定を必然とするものではないであろう⁽⁶⁶⁾。このように実際に生じた正犯行為を特定しているか否かと、幫助行為者に非難の実態が認められるか否かとは直接に関連しないのであるから、正犯の特定性は過度の要求ではないだろうか⁽⁶⁷⁾。

第三款 正犯特定性不要説

そこで、学説の多くも、「実際に生じた正犯行為」の特定性を要求しない。佐久間修は、前出判例1をも基に、不特定多数人に対する従犯も成立し得るとしている⁽⁶⁸⁾。また、Winny提供事件最高裁決定の法定意見によっても、仮に、「例外的とはいえない範囲の者がそれ〔Winny—引用者注—〕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」といえる場合には、幫助の故意が認められるであろう。その点で、幫助行為者に、「加功対象は不特定である」との概括的故意がある場合には、幫助の故意を肯定する余地はある。

この点、Winny提供事件最高裁決定における大谷剛彦裁判官の反対意見が、多数意見は「侵害の利用についての具体的でより高度の蓋然性が客観的に認められる状況下で提供されることを要件としたが、この点は幫助行為の可罰性の違法要素であり、構成要件要素とも考えられるのであり、そうすると犯罪成立の主観的要素(幫助の故意)として、この高度の蓋然性について認識・認容も求められることになる(なお、具体的な正犯の特定性については、いわゆる概括的な故意としての認識・認容で足りよ

(66) なお、矢野直邦「判批」Law & Technology55号(2012年)74頁も参照。

(67) なお、佐久間修「Winny事件における共犯論と著作権侵害——最三決平成23・12・19裁時1546号9頁」NBL979号(2012年)36頁は、「常に正犯者の具体的特定を要求するならば、闇サイトを通じて見知らぬ他人に殺人を教唆した場合や、インターネットを介して毒薬を配布するなどの自殺幫助も不可罰となってしまふ。」と指摘する。

(68) 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4巻9号(2004年)64頁以下。

う。）」とし、「私は、本件において、被告人に侵害的利用の高度の蓋然性についての認識と認容も認められると判断するものであり、多数意見に反対する理由もここに尽きるといえよう。」としているのは、本件で問題とされる幫助の故意は、概括的故意のそれであって、そのような概括的故意が認められる場合には、幫助の故意が認められることを述べたものと考えられる。多数意見と反対意見の結論の差異は、認定の差異に依るものと考えられる結果、多数意見も、概括的故意を認める余地を残しているといえる。

石井徹哉は、Winny提供事件で問題とされる故意の態様は、概括的故意であって、Winny開発者には概括的故意が認められ有罪となる余地があることを、本件事案の起訴前の段階より主張していた⁽⁶⁹⁾。石井は、概括的故意について、「行為者に生じた結果について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解される」とし、そのうえで、「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のかどうかにより、従犯の故意の存否を決することができるかもしれない。」とする⁽⁷⁰⁾。また、西田典之が「未必の故意による概括的幫助犯の成立を認めても良いと思われる。」としているのも⁽⁷¹⁾、概括的故意で被告人の従犯の故意を認める趣旨のものと解される。

もっとも、いかなる概括性の範囲までが幫助の故意として包含されるか。その根拠について、不特定多数性は結果発生蓋然性を判断する一資料に過ぎず、不特定の正犯は因果経過の一コマであると理解し、そのような実際の因果経過の詳細な予測は不要(かつ不可能)であるとして従

(69) 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19巻4号(2005年)28頁以下。

(70) 石井・前掲注(69)29頁。ただし、その後、石井徹哉「いわゆる『デュアル・ユース・ツール』の刑事的規制について(下)」千葉大学法学論集27巻2号(2012年)76頁以下において、Winny提供事件のような事案では、正犯との心理的因果性を欠くことによって不可罰となる、との理解が示された。

(71) 西田典之『刑法総論』(第2版)(弘文堂、2010年)344頁。

犯の故意を肯定するものと解することもできる(因果経過の錯誤説)⁽⁷²⁾。

もっとも、このような理解に対して、豊田兼彦が、「共犯の処罰根拠論」における混合惹起説の立場から、自律的な決定をなしている正犯を「因果経過の一コマ」と解するのは(混合惹起説もその一部に取り込むところの)純粋惹起説に依ってのみ理解可能である、と指摘する。そのうえで、従犯は、教唆犯と異なり、①すでに犯行の決意を固めた者に対する援助を処罰の対象としている点で、加功対象の特定性が無くとも十分に行われ得るものであって、また、②正犯の刑を必要的に減輕するものであるから、正犯を特定していない当罰性の低い行為態様をも含むものであるから、正犯への不特定性は不要であると主張している⁽⁷³⁾。

第四款 保全利益の認識を要求する見解

近時、林幹人は、さらに異なる視点をもたらした。すなわち、正犯特定性不要説の観点を必ずしも排除しない立場に立ったうえで、行為時の蓋然性の有無と、正犯行為後の違反状態・有用性状態をも含めた、考え得るあらゆる範囲の「有用性」(＝保全利益)との比較衡量を通じ、「許されない危険」としての構成要件該当性の有無を判断する見解に基づく従犯の故意論を主張する⁽⁷⁴⁾。その見解は、上記構成要件該当性判断の主観的反映として、従犯の故意の認識対象に、結果発生に優越・相当する保全利益の欠如という評価的要素をも包含する⁽⁷⁵⁾。このことから、行為者が結果に優越・相当する保全利益があると信じた場合には、故意が否定される余地を認める⁽⁷⁶⁾。この見解は、「有用性」判断につき、事後の事情や、必ずしも法益侵害事実に戻元し得ない評価的要素を含め、考え得るあらゆる範囲の事情を考慮に入れて「客観的帰属」(構成要件該当性)の有無を決する。このことから、端的な構成要件該当「事実」の認識・予

(72) 小野上真也「判批」法律時報80巻1号(2008年)114頁。

(73) 豊田・前掲注52583頁以下。

(74) 林幹人「共犯行為と故意」『川端博先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(2014年)786頁。

(75) 林・前掲注74790頁以下。

(76) 林・前掲注74795頁。

見を超えて、以上の考え得るあらゆる範囲の事情・評価的要素が故意の認識対象となる点で、この見解は、認識・予見対象範囲を広くとらえるものと解して良いであろう。

林の客観的帰属論、保全利益理解によれば、法益に関係性のない利益までも保全利益判断対象になる。たしかに、違法阻却事由(の不存在)も「犯罪事実」の認識・予見の一部を構成し、それゆえに違法阻却事由の錯誤によって、故意が否定される余地はあるといえる。興味深い構想だが、このような「評価」認識を構成要件該当「事実」認識と構成し得るかには、若干の疑問も残る。

第三節 分析

以上概観したように、従犯の故意の具体化・特定性について、正犯の故意認定に関する通説、すなわち、「認識・予見対象の単一構成要件関連性」を修正する諸学説もみられた。しかし、このような修正が必要であるのか、日独の判例・学説動向を踏まえて分析しよう。

第一款 故意の単一構成要件関連性

刑法の法益保護任務からは、法益侵害・危険の惹起が違法性を基礎づける。構成要件を違法類型と解すると、各構成要件は法益侵害・危険を類型化している。このことから、行為者は、構成要件該当事実の認識・予見により、その遂行が禁止される可罰的な法益侵害・危険の認識・予見に到達する。こうして行為者は、法益侵害・危険を自らの行為の所産として主観的にも引き受け得る⁽⁷⁷⁾。かくして、構成要件該当事実の認識・予見は、行為者の故意責任非難を基礎づける要素の1つと捉えられる。このように解すると、故意の構成要件関連性が必要であるように思われる。一方、共犯の処罰根拠論における惹起説は、従犯の処罰根拠を、正犯を介した間接的な法益侵害・危険の惹起に求める。間接的法益侵害・危険の惹起が従犯構成要件要素となるのだから、以上の理解の下では、従犯構成要件該当性の認識・予見が幫助行為者の責任非難を基礎

(77) 松原芳博『刑法総論』(日本評論社、2013年)209頁参照。

づけ得る。こうして、正犯の場合と同様、従犯の故意にも、構成要件関連性が要求されると解される⁽⁷⁸⁾。

もっとも、幫助行為者は、(a)単一の構成要件該当事実を認識すべきか、あるいは、(b)複数の諸構成要件該当事実を包括して認識すれば足りるのか。この点、Montenbruckは、法益の同質性が認められる範囲で複数の諸構成要件を包含した「超法規的根本構成要件」を、従犯の故意の認識・予見対象とする(上記(b))。Montenbruckは法益の同質性を広くとらえ、たとえば「財産移転罪」として、正犯の実行態様が異なる諸犯罪(窃盗罪と盗品関与罪)について、幫助行為者の具体的表象外事実の故意犯(従犯)の成立を認める。そして、たとえば、Xが占有離脱物横領の故意で関与し、正犯Yが窃盗の結果を実現した場合、両罪を包括する「財産移転罪」の認識・予見があれば従犯の故意を認め得る。このことから、Xの占有離脱物横領の表象が、「同罪」全体に及び、その結果、同罪の構成要素である窃盗の事実にも及んでいることを否定することができない⁽⁷⁹⁾。かくして、窃盗罪の従犯が成立する余地がある。この構想に反して、「財産移転罪」の内部で占有離脱物横領に対応させた犯罪を成立させるならば、「超法規的根本構成要件」基準の破綻を意味する。それは、認識・予見対象の拡張の意義を放棄することに他ならないからである。

Montenbruckは、「故意」の認識・予見対象を拡張することで、①実際に発生した構成要件(窃盗罪)を基礎にし、②実際の表象(占有離脱物横領)を超える犯罪事実(窃盗罪)の故意を認める可能性を残す。これに対して、正犯の抽象的事実の錯誤に関する我が国の判例・通説は、「重なり合い」の範囲で符合を認め、①実際に発生したものと異なる構成要件(占有離脱物横領)を基礎づけ、②実際の表象(占有離脱物横領)を内容とする故意を認める。

このようにして、「故意」の認識・予見対象の拡張の構想(上記(b))は、

(78) なお、小島(陽)・前掲注(15)103頁も参照。

(79) なお、町野朔「法定的符合説について(上)」警察研究54巻5号6頁以下(とくに8頁)も参照。

行為者の実際の表象事実を超えて故意の拡張を導く。これに対して、「錯誤」に関する「符合」の処理は、——共通構成要件を設定して符合を認めるとしても⁽⁸⁰⁾——実際の表象事実に対応する故意を上限とし、その表象事実の範囲内で重なり合う構成要件を設定するにとどまる⁽⁸¹⁾。責任主義が、自己の表象した事実より重い犯罪についての責任を科されないことを意味するのであれば、故意の認識・予見対象を「複数構成要件」ないし「複数構成要件を包括して得られる構成要件」に置く構想は、事実上、責任主義に反するであろう。こうして、責任主義の観点からは、錯誤論の前提としての「故意」の認識・予見対象は、単一構成要件該当事実に求められるべきである(上記(a))。「故意論」として共通構成要件を構想することと、「錯誤論」として共通構成要件を構想することとは、その意味合いと結論との両者において異なるものと解される⁽⁸²⁾。

第二款 正犯の存在の不特定表象

我が国の判例・学説では、同一構成要件内部において、幫助行為者の具体的表象事実と結果に至る因果性との齟齬が生じている事案が問題となっている。この意味では、加功対象が特定されているか不特定かという違いはあれ、ドイツ判例における上記①(幫助行為者の具体的表象と発生結果・危険との間に同一構成要件内部で齟齬が生じた場合)の諸事案と同様、「本質的構成要件」ないし「本質的メルクマール」の認識・予見があったか否かという論点に服する、と考えられる。そして、正犯もま

(80) たとえば、山口厚『刑法総論』〔第2版〕(有斐閣、2007年)222頁、松原・前掲注(7)228頁等。

(81) 専田泰孝「構成要件の事実の錯誤について」刑法雑誌49巻2 = 3号(2009年)170頁以下も参照。なお、このような実際の構成要件と完全に一致しない構成要件の設定であっても、行為者の実際の表象を上限とする限り、責任主義違反とはならないであろう。

(82) 小島(陽)・前掲注(5)103頁が構想する「同質構成要件」が、「故意」の認識・予見対象として設定されるのか、これに対して、錯誤事例における「符合」の論理として設定されるのかは定かではない。後者の意味であれば、了解可能である。

た、幫助行為から結果に至る因果関係の一要素と解されることから、この正犯行為を具体的に予見すべきかが問題となるのである。この争点は、①「実際に生じた特定正犯の存在」の認識が必要か、という問題と、②「表象上の特定正犯の存在」の予見が必要か、という問題とに大別され得る。

まず、①について。故意形成の構造上、とくに正犯の予備段階の幫助事例において、幫助行為者にとって、幫助行為から結果に至る因果連関および正犯結果は幫助行為時の「予測」として現れる⁽⁸³⁾。その時点において事後に生じる実際の因果連関および結果を完全に予測することは不可能である。かくして、「実際に生じた特定正犯の存在」の認識は不要であると解される。

次いで、②について。たしかに、実際に、幫助行為者が「表象上の正犯」を特定個人として表象しているという場合はあり得るが、それは、行為者がそのように表象したというだけのことであって、特定個人の表象を従犯の故意を認めるにあたっての「必要条件」と解することは異なる。

この点、検討してみよう。我が国の刑法62条は、「正犯を幫助した」と規定している。そうすると、正犯行為は、幫助行為から正犯結果発生に至るまでの因果関係の一要素であると解される。犯罪事実ないし構成要件該当事実の認識・予見として、当該事実の要素である因果関係の認識・予見も要求されるであろう。かくして、従犯の故意を認めるには、「正犯」の表象は必要と解される。もっとも、「特定の正犯」を認識し得ていない場合も、「正犯を幫助した」という認識に欠けるところは無いのではないだろうか。たとえば、Winny提供事件における幫助行為者も、自己のHP上にWinnyをアップロードして提供する段階では、特定の正犯を認識していない。しかし、そのような場合も、幫助行為者には「(いずれにせよ存在する)正犯」を通じて間接的に結果を惹起することの認識はある。こうして、幫助行為者は、「(いずれにせよ存在する)正犯」を介して、特定正犯の存在の認識なしにも、具体的に想定された可

83) 小島(秀)・前掲注(5)187頁。

罰的な間接的法益侵害の認識に到達し得る。このことから、幫助行為者の責任非難を基礎づけ得るのではないか。かくして、「表象上の特定正犯の存在」の認識は不要と解される。ただ、著作物の送信され得る「公衆」が法廷意見のように「例外的でない範囲の者」にまで至っていないとも、幫助行為者は、公衆送信権侵害罪の間接的法益侵害の認識に到達し得るように思われる。

第三款 正犯の遂行方法の不特定表象

次に問題となるのは、正犯による幫助行為の利用方法が、幫助行為者の期待と一致しなかったが、発生結果は当該予想と構成要件的には同一であったと解し得る場合であろう。

これについて、小島秀夫は、結果に至る因果性(危険性)の事前予測として、正犯行為の態様の具体的認識・予見が必要であるとした。しかし、「結果に至る因果性(危険性)の事前予測」として、正犯行為の態様を、たとえば、拳銃提供の場合には「射殺行為」にまで具体化して認識・予見する必要性があるとするものの根拠は、必ずしも明らかではない。すなわち、数多ある利用方法のうち、なぜ「射殺行為」に限定されるかの、正犯行為態様の抽出基準が定かではない。

また、Xが「射殺」を念頭に置いてYに拳銃を提供した後、Yが拳銃を、①Aの面前で空中に発砲したことによってAがショック死した場合と、②Aの頭部に打ち付けてAを撲殺した場合とにおいては、いずれもYの具体的利用方法に関し因果経過の錯誤が認められる。①の場合、「射殺」＝「(Aに対する発砲による)Aの生命の枢要部分への攻撃に基づく死亡結果発生」の認識・予見と、「ショック死」＝「(空中に対する発砲による)Aの生命の枢要部分への偶発的影響に基づく死亡結果発生」の危険とは、構成要件上重要な範囲で符合するものとは解され得ず故意が阻却され得るであろう。これに対して、②の場合、「射殺」＝「(Aに対する当該拳銃を用いた発砲による)Aの生命の枢要部分への攻撃に基づく死亡結果発生」の認識・予見と、「撲殺」＝「(Aに対する殴打による)Aの生命の枢要部分への攻撃に基づく死亡結果発生」の危険とは、構成要件上重要な範囲で符合し、その結果、故意を阻却しないと解されよう。

かくして、〔事例6〕XがYに対してA射殺のための拳銃を提供したものの、実際にYは、当該拳銃のグリップ部分をAの頭部に勢いをつけて叩きつけ、その結果、Aを撲殺した場合、以上の理解から、従犯の故意が認められると考えられる。小島(秀)は、「撲殺利用」につき、未必の故意が認められる場合に限り従犯の故意あり、と解するものと思われる。しかし私見は、幫助行為者が「射殺利用」のみを想定し、「撲殺利用」の可能性を排除していた場合も、前者と後者との間に「符合」が認められ、従犯の故意を認めることができると考える点で、小島(秀)説の処理と異なるといえよう。

おわりに

本稿では、ドイツおよび我が国の判例・学説を分析することで、次のような結論に達した。すなわち、①従犯の「故意」の認識・対象は、単一構成要件関連的に決せられねばならない。そして、②幫助行為者の実際の表象と現実の発生結果・危険との間で、異なる構成要件にまたがって齟齬が生じた場合、共犯の「抽象的事実の錯誤」が問題となる。従犯の故意の単一構成要件関連性は、「符合」の前提となるべきものである。幫助行為者が軽い犯罪事実の認識で関与し、正犯が重い犯罪事実を実現した場合、「符合」の結果、前者の範囲で従犯が成立するにとどめることができるのは、従犯の「故意」の単一構成要件関連性を基本とするからである。また、③正犯は、幫助行為と正犯結果の間に存在する因果関係の一要素である。かくして、従犯の故意の内容に「正犯」も含まれる。もっとも、従犯の故意は、事前予測として形成されるものである以上、「実際の正犯」を特定して認識する必要は無い。構成要件的に重要な「事実」として不特定の表象しているのでも足りる。

さらに、④幫助行為者の具体的表象と現実の発生結果・危険とに関し、同一構成要件内部で齟齬が生じた場合、共犯の「因果関係の錯誤」が問題となる。もっとも、正犯行為の態様の具体的認識は、故意の「要件」ではなく、結果発生認識・予見の有無を判断するにあたっての間接的な事情に過ぎない。そうして、⑤具体的表象と現実の発生結果・危

険とが、構成要件的に重要な範囲で符合するのであれば、具体的表象に基づく故意犯(従犯)が成立し得る。

もっとも、構成要件該当事実以外に、何が故意の認識・予見対象となるか、という論点には全く触れることができなかった。その意味で、違法阻却事由(の不存在)がいかなる意味合いで「故意」の有無を決し得るかという問題が残る。また、共犯における「未必の故意」をいかなる範囲で認めるかにも、全く触れることはできなかった。これら分析については、今後の課題としたい。