

### I. 事実の概要

XはAから宝石を預かり保管していたが、この返還を免れようとXを殺害することを決意した。そこでXは、Aを商品取引と称して誘い出し、Aとの待ち合わせ場所に向かうため、Yが運転するタクシーに乗った。その際XはPに殺害の旨を伝え、それを聞いていたYは、Xのポケットから拳銃がみえたことも相まって、XがこれからAを殺害するかもしれないと思うに至った。そしてXから丙山に向かうこと、Xがタクシーを利用したことを黙るように頼まれ、Yはそれが殺人の幫助であることを認識した。そしてAと会い、YはXとAを乗せ、山中まで運送した。その後Xのみが戻ってきた。そこでYはAが戻ってこないこと、Xが異常に興奮していることから、今まさにXはAを殺害したのだと思った。しかし、Yは通常の料金を受け取り、通常の業務通り、Xを甲会社まで移送した。

### II. 問題の所在

1. Xは宝石類等の返還を免れるために、殺意をもってAを殺害している。強盗犯人が殺意をもって志望の結果を生じさせた場合、240条後段の罪が成立するか。殺人の故意ある場合も含むか問題となる。
2. Yは幫助の要件を満たしているが、Yはタクシーの運転手として日常取引に基づいてX及びAを運送している。かかる場合にも幫助犯が成立するか。いわゆる中立的行為による幫助の可罰性が問題となる。

### III. 学説の状況

1. 強盗致死罪(240条)に殺人の故意がある場合も含むのか(強盗殺人罪が成立するか)。

A説 強盗殺人一罪のみ成立。殺意ある場合も含む。

B説 殺意ある場合は含まず、過失による場合に限られる。

B-1説 強盗罪と殺人罪が成立し、観念的競合となる。

B-2説 強盗致死罪と殺人が成立し、観念的競合となる。

2. 中立的行為による幫助の可罰性

甲説 全面可罰説<sup>1</sup>

中立的行為による幫助も、常に可罰的であるとする見解。

---

<sup>1</sup> 外木央晃「中立的行為による幫助」法学研究論集 31号[2009]28頁参照  
山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学論集 56巻1号[2006]69頁参照

## 乙説 主観説(故意帰属論)<sup>2</sup>

故意的に創造された危険そのものが結果の中に実現されているかどうか、すなわち故意帰属を重視し、幫助の故意には正犯構成要件と幫助構成要件に該当する事実の認識が必要であるとする見解。具体的には、正犯を通じて発生する法益侵害結果の認識のみならず、正犯の不法を認識し、更には正犯を幫助する認識が要求される。

## 丙説 客観説

客観的構成要件の検討において、可罰的な幫助と不可罰的な幫助を区別する見解。

### 丙-1 説 社会的相当説<sup>3</sup>・職業的相当性説<sup>4</sup>

歴史的に形成された通常の社会的な生活秩序の枠内でなされた全ての行為は、結果として法益侵害が発生しても、社会的に相当な行為であり、構成要件該当性が否定されるとする見解。

相当性概念をより具体化し、通常で中立で社会的に受け入れられ職業的規律に従った業務行為は、職業上相当な行為にあたり、幫助犯を構成することはないとする職業的相当性説もある。

### 丙-2 説 犯罪的意味連関説<sup>5</sup>

犯罪的意味連関(=客観的な事実であって、行為が他人の犯罪行為の可能化と容易化としてその性質においてのみ意味を与えるときに存在するもの)の有無によって可罰性を判断する見解。

### 丙-3 説 仮定的代替原因考慮説<sup>6</sup>

仮定的代替原因を考慮した上で、共犯行為が正犯行為の結果発生 of 危険(蓋然性)を高めていたかを判断し、これが肯定された場合に幫助犯の成立を認める見解。

## 丁説 違法性阻却事由説<sup>7</sup>

契約上あるいは法律上の義務の履行として行われた関与行為は直ちに正当化されるとする見解。

---

<sup>2</sup> 小島秀夫「中立的行為による幫助—故意帰属の観点から—」刑法雑誌 50 卷 1 号[2010]28 頁以下

<sup>3</sup> 【ヴェルツェル説】

外木・前掲 31 頁参照、松生光正「中立的行為による幫助(1)」姫路法学 27・28 合併号 214 頁参照  
山中・前掲 72 頁参照

<sup>4</sup> 【ハッセマー説】

外木・前掲 32 頁参照、松生・前掲 216 頁参照、山中・前掲 73 頁参照

<sup>5</sup> 【フリッシュ説】

外木・前掲 42 頁参照、松生光正「中立的行為による幫助(2)完」姫路法学 31・32 合併号 251 頁参照、山中・前掲 84 頁参照

<sup>6</sup> 島田総一郎「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]85~102,120 頁以下

山中・前掲 96~100 頁参照

<sup>7</sup> 外木・前掲 45,46 頁参照、松生・前掲 211~214 頁参照、山中・前掲 94 頁参照

#### IV. 判例

##### 1. 強盗殺人の故意ある場合(大審院大正 11 年 12 月 22 日)

###### <事実の概要>

強盗犯人が殺人の故意をもって殺害した事案。

###### <決定要旨>

強盗が殺人の故意をもって人を死に致しても 240 条の後段のみを適用すれば足りる。

##### 2. 中立的行為による幫助の可罰性(京都地判平成 18 年 12 月 13 日)

###### <事実の概要>

被告人が自ら作成したファイル交換ソフトをインターネット上で不特定多数人に提供し、さらにその後も、それを改良して提供した事案で後者の行為について改良ソフトを利用した著作権公衆送信権侵害罪の幫助が成立するか問題となった。

###### <決定要旨>

京都地裁は、「Winny は P2P 型ファイル共有ソフトであり、被告人自身が述べるところや E 供述等からも明らかなように、それ自体はセンターサーバを必要としない P2P 技術の一つとしてさまざまな分野に応用可能で有意義なものであって、被告人がいかなる目的の下に開発したかにかかわらず、技術それ自体は価値中立的であること」を認定した上、「価値中立的な技術を提供すること一般が犯罪行為となりかねないような、無限定な幫助犯の成立範囲の拡大も妥当でない」と述べている。

その上で、「そ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、さらに提供する際の主観的態様如何によると解するべきである」として、「被告人がどのような目的で Winny を開発、公開していたのか、本件における幫助行為とされる時点において被告人がいかなる主観的態様であったかについて検討」し、Winny を開発・提供した行為につき著作権公衆送信権侵害罪の幫助の成立を認めた。

#### V. 学説の検討

##### 1. 強盗殺人の故意ある場合

B 説は「死亡させたとき」という用語は結果的過重犯の規定形式であることを理由にする。そして、B-1 説は結果的過重犯と故意犯とを同一の犯罪中にあわせて規定することは好ましくないことを理由にする。

しかし、殺意のある場合の方が、殺意の無い場合よりも刑が軽くなり、不合理である。これに対し B-2 説は同一法条に情状に差のある故意犯と過失犯を一括して規定したと解するのは妥当ではないことを理由にする。

もっとも、この説は人の死亡という 1 個の事実に対し死亡の結果を二重評価する事にな

って妥当ではない<sup>8</sup>。

A 説は結果的過重犯の慣用的表現である「よって」という言葉がなく<sup>9</sup>、240 条後段が、故意に人を殺害して財物を奪うという強盗の典型的態様を除外しているとみるのは合理的ではないことを理由にする。

思うに、同条の法定刑が極端に重くなっているのは、強盗に際して故意に殺傷する場合こそ 240 条に当たる典型的な事例として立法者が予想していたものであることが考えられる。

よって検察側は A 説を採用する。

## 2、中立的行為による幫助

(1) まず、甲説(全面可罰説)は、論理的帰結としての可罰性を主張するのみならず、刑事政策的にも可罰性を肯定するのが妥当であると判断する。しかし、そもそも中立的行為による幫助を処罰すること自体への疑問や不合理性が当該議論の出発点であり、その不処罰の根拠が検討対象となっている以上、一律に可罰であるとし、刑事政策的に妥当な結論を導く根拠の理論化を放棄するのは、解釈学の怠慢であると言わざるを得ない。また、A 説には、量刑や手続の打ち切りにおいて妥当な解決を図ろうとする立場もあるが、前述の通り中立的行為による幫助を処罰すること自体への疑問や、打ち切りの根拠の不明確性の観点から、なお支持しえない。

したがって、甲説は妥当ではない。

(2) 次に、丙-1 説は、中立的行為による幫助は社会的ないし職業的相当な行為であるから構成要件該当性が否定されることから可罰性を否定する。しかし、社会的相当性の概念自体が不明確であり、基準としての妥当性を欠くものといえる。そして、職業的相当性説に対しては、職業上相当であるというだけの理由をもって、なぜ法益侵害をも生じさせた中立的行為の刑法上の可罰性まで否定されることになるのかについて、十分な論理を提示していないとの批判が向けられる。加えて、職業的規律に服さない素人として職業的に類型的な幫助行為を実行する者が不利に取り扱われ、“当該職業に就いていない”という刑法典に規定されていない特別の「消極的身分」を作り出してしまうことから、職業的相当性説の妥当性については大いに疑問が残る。

したがって、丙-1 説は採用できない。

(3) 丙-2 説は、犯罪的意味連関の有無を可罰性の基準とする。しかし、犯罪的意味連関という基準自体の不明確性を指摘することができる。また、当該関与行為が犯罪的意味連関、すなわち犯罪的にのみ説明可能な特別な意味を有しているかは、関与者の認識や目的といった主観的な事情を考慮せずには解明することが不可能であることから、かかる見解はもはや客観的なアプローチではなく、自己矛盾をきたしている。

<sup>8</sup> 西田典之『刑法各論〔第 5 版〕』弘文堂[2010]181 頁

<sup>9</sup> 大谷實『刑法講義各論〔新版第 2 版〕』成文堂[2007]235 頁

したがって、丙-2 説は採用できない。

- (4) 丙-3 説は、仮定的代替原因を考慮した上で、当該関与行為が正犯行為の具体的結果発生危険を増加させたか否かを基準とする。しかし、かかる見解は、中立的行為による幫助の成立要件の問題が、当該行為を除去した状況と現実の事象とを比較検討するという一般的な因果関係の問題に還元されている点が問題である。なぜなら、因果関係の判断においては、現実化していない仮定的条件は考慮しないのが原則だからである。より具体的にいえば、殺人を企図しているのを知りながらナイフを正犯者に提供した者は、他の店でもナイフが販売されており正犯者が容易にそれを購入できた(仮定的代替原因)場合、かかる見解においては、当該関与行為は危険を高めておらず、構成要件該当性が否定されるとして不可罰となるが、結論としての合理性に疑問が残る。

したがって、丙-3 説は採用できない。

- (5) 丁説は、中立的行為による幫助の違法性を一律に阻却し常に不可罰とする。しかし、かかる見解は、法秩序は同じ行為をある領域では禁じ、別の領域では許すということがありえないという、今日では当然妥当するとはいえない違法一元論を論拠としている点から批判される。
- (6) 思うに、中立的行為による幫助の事例では、発生した結果を当該関与行為へ客観的に帰属することが可能か、という意味における客観的帰属の観点から可罰性を限定するよりも、故意的に創造された危険そのものが結果の中に実現されているかどうか、すなわち故意帰属という主観的な観点から可罰性を限定すべきである。

とすると、中立的行為による幫助の可罰性の検討にあたっては、故意帰属の中心をなす関与者の故意内容の吟味が重要となる。

そして、関与者に要求される故意内容は、共犯の処罰根拠及び正犯と共犯の構成モデルの捉え方と密接に関連するため、この二つの観点からの吟味が欠かせないものとなる。

第 1 に、共犯の処罰根拠の観点からは、惹起説に立脚し、関与者の故意内容として正犯を通じて発生する法益侵害結果の認識まで必要となる。

第 2 に、共犯の処罰根拠及び正犯と共犯の構成モデルの捉え方の観点からは、制限的正犯者概念をベースとすれば、共犯構成要件は正犯構成要件の存在が前提となる以上、関与者の故意内容として幫助構成要件該当事実のみならず正犯構成要件該当事実の認識まで必要となる。

したがって、関与者の故意内容として、正犯を通じて発生する法益侵害結果の認識、正犯の不法の認識、更には正犯を幫助する認識を要求し、関与者の主観面から中立的行為による幫助の可罰性を限定する乙説が妥当であると解する。

## VI. 本問の検討

### 1. X の罪責について

X は A に高額な宝石類(時価 7600 万円相当)を持参させ保管し、預かった宝石類の返還

を免れるために A を殺害、宝石類の返還債務を免れようと考えた。

その後、A を丙山付近の山道に連れ出し、けん銃で A の頭部を撃ち、X の A を脳挫傷により死亡させて宝石類の返還を免れているので「財産上不法の利益を得」たといえる。

そして、強盗犯人が故意に被害者を殺した場合に、検察側は強盗致傷罪において殺人の故意がある場合も含む A 説を採用するので、X が殺意を持って A を殺害した当該行為につき強盗殺人罪(240 条後段)成立する。

## 2. Y の罪責について

Y が、X が A を殺害することを認識していながら X と A を丙山付近の山道につれていき、その後 A が戻ってこないにもかかわらず甲会社に戻った行為につき、X の強盗殺人を幫助したとして強盗殺人罪の幫助(240 条後段、62 条 1 項)が成立しないか。

もっとも、Y の行為は客観的に見ればタクシーの運転手としての通常の業務を行ったに過ぎないので罪が成立しないのではないか。

この点、検察側は故意帰属論(乙 説)を採用する、そして Y は、「タクシーを利用したことを黙っててくれ」という言動などからタクシーの運転中に、X が殺人をすることを認識し、当該行為が殺人の幫助であることを認識しているので、X が A を殺害する法益侵害の認識があり、正犯の不法を認識し、正犯の幫助する認識があるといえる。

よって以上より、Y には殺人罪の幫助の故意がある。

もっとも、Y は殺人の幫助の故意で、実際には強盗殺人の幫助を行っているので、法定的符合説により構成要件の重なりあう範囲で犯罪の成立を認め、本問では殺人罪の幫助が成立する。

## VII. 結論

X の行為に強盗殺人罪(240 条後段)が成立する。

Y の行為に殺人罪の幫助(199 条、62 条)が成立する。

以上