

早稲田大学大学院法学研究科

2017年2月

博士学位申請論文審査報告書

論文題目 「従犯と犯罪論体系」

申請者氏名 小野上真也

主査	早稲田大学教授	博士（法学）（早稲田大学）	松原芳博
	早稲田大学教授	法学博士（早稲田大学）	高橋則夫
	早稲田大学教授		杉本一敏
	早稲田大学名誉教授	法学博士（早稲田大学）	曾根威彦

小野上真也氏博士学位申請論文審査報告書

清和大学法学部専任講師の小野上真也氏は、早稲田大学学位規則第8条に基づき、2016年10月21日、その論文「従犯と犯罪論体系」を早稲田大学大学院法学研究科に提出し、博士(法学)(早稲田大学)の学位を申請した。後記の委員は、上記研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2017年1月31日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

1 本論文の目的と構成・内容

(1) 本論文の目的

本論文は、従犯(幫助犯)の成否が検討される際に、構成要件該当性、違法性(違法阻却)、責任(特に故意)といった犯罪論体系を構成する各段階において、それぞれどのような判断がなされることになるのかを明らかにし、いわば「従犯」版・犯罪論体系のあるべき全体像を提示するという試みである。本論文の「序章 従犯の成立要件と犯罪論体系の関係を分析する意義」には、そのような試みを指向するに至った研究動機として、特に次の二つの点が現れている。

第一に、現在有力化している「客観的帰属論」に対抗して「因果論的」指向性を持つ理論の意義を再発見するという、理論的・方法論的関心である。著者は、規範的な判断に傾斜した「客観的帰属論」に批判を投げかけ、より事実的な判断基準によるアプローチを追究する。「客観的帰属論」は、その内部に多種多様な判断基準を取り込む点に特徴があるが、著者は、「客観的帰属」というカテゴリーの下で様々な種類の事例に対する解決を一挙にもたらそうとする方法論は疑問であるとし、むしろ、犯罪論体系の各所に配置されている個々の要件論(因果関係、違法阻却、故意)に即して、様々な種類の事例を、それぞれ犯罪論体系のしかるべき場所で解決する、というアプローチの正当性を実証しようとしている。

第二に、「中立的行為による幫助」と呼ばれる諸事例に対して妥当な解決方法を示すという、実践的関心である。このような事例として位置づけられ得る「Winny事件」の事案をめぐっては、裁判所(第一審、控訴審、上告審の示した各判断)および学説において、問題解決を構成要件該当性レベル(幫助行為性)の判断に求めるもの、違法阻却の余地を検討するもの、幫助犯の故意の存否を問題にするものなど、事例処理のための多種多様なアプローチが示され、問題解決の場所が様々な設定された。著者は、「中立的行為による幫助」をめぐると判例・学説のこのような現状こそ、幫助犯の成否判断の焦点となる場を(「客観的帰属」といった単一の土俵に集中させるのではなく)その事例の種類ごとに犯罪論体系上の各要件論にしかるべく配置するという、自らのアプローチを確証するものだと見ており、この「中立的行為による幫助」の諸事例を本論文の検討対象の中心に据えている。

(2) 本論文の構成・内容

本論文は、「序章」に続き、「第1章 刑法における幫助概念の系譜 - ローマ法およびドイツ法を素材に -」で、ローマ法・ドイツ法の系統における幫助の概念史・立法史をたどり、「第2章 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 -」で、わが国の現行刑法における幫助犯規定（刑法62条）の成立過程を、旧刑法制定以降の立法経緯を追いながら確認する。

本論文は、それに続く第3章から幫助犯の解釈論的考察に入っており、この部分が本論文の中核をなしている。「第3章 従犯における因果論的考察の意義」は、第1章、第2章で確認された幫助概念の生成と変遷を踏まえ、幫助という共犯構成要件に該当する行為が持つべき「因果性」の内実を明らかにしている。それに続く「第4章 従犯における違法性の意義」では、中立的行為による幫助の事例を念頭に置いて、これらの事例における違法阻却の余地が検討される。更に「第5章 従犯における故意の認識・予見対象の具体化」では、幫助犯の成立に必要な故意の内実の解明が試みられている。

「第6章 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（最高裁平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁） -」、「第7章 不正融資の相手方における背任罪の共犯」は、第5章までで提示された要件論を、Winny 事件（第6章）、および不正融資の借り手の罪責をめぐる問題（第7章）に当てはめた各論的な事例研究である。最後に「終章 総括と展望」において、各章で示された結論のまとめと、自らの今後の検討課題が示されている。

以下、本論文の各章（「序章」「終章」を除く。）の内容について、その概略を示す。

「第1章 刑法における幫助概念の系譜 - ローマ法およびドイツ法を素材に -」は、ローマ法から、1871年のドイツ・ライヒ刑法典における幫助犯規定に至るまでの、幫助の概念史・立法史を示したものである。第一節では、ローマ法から1794年のプロイセン一般ラント法に至るまでのヨーロッパにおける幫助の概念史（立法）が概観され、第二節では、ドイツにおける19世紀以降の幫助の概念史（立法および学説）が概観されている。ここで歴史の概観を行った意図として、著者は、これらの概念史がわが国の旧刑法109条に対してどのような影響を持っていたか、そして、幫助の因果性を「促進関係」に見出すわが国の現在の通説的見解（いわゆる「促進関係説」）が、これらの過去の概念史・立法史上の何かに由来するものなのか否か、という点を探ることを挙げている。著者は、プロイセン一般ラント法72条が、「援助が必要不可欠でなかった」が、その援助が犯罪を「容易」にし、または「促進した」場合には「幫助」を構成する、と規定していたことに着目し、幫助の成立にとって「条件関係」（犯罪遂行・結果にとって必要不可欠といえる関係）は不要であり「促進関係」で十分である、とする考え方（促進関係説）の淵源の一つが、この点に求められるのではないかと、との推論を行っている。

「第2章 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 -」は、わが国の旧刑法の制定以降、現行刑法の制定に至るまでの立法経緯をたどるとともに、現行刑法62条の「幫助」概念につき、大判大正2・7・9刑録19輯771頁をリーディングケースとして、これを「促進関係」として捉える解釈論が判例・学説において定

着した経緯を追っている。その経緯を踏まえた上で、著者は、現行刑法 62 条の「幫助」の要求する因果性が「促進関係」に尽きる、と考えることに必然性は認められないとし、幫助犯における因果性として、正犯の場合と同じく「条件関係」を要求する、という解釈論の可能性を検討する必要があると結論づける。

「第 3 章 従犯における因果論的考察の意義」では、第 2 章で示された検討課題をうけて、幫助の因果性として条件関係を要求する「条件関係説」の採用可能性が検討されている。著者は、促進関係説に立つ諸学説の主張内容を批判的に検討した上で（第一節）、幫助犯においても条件関係を要求する「条件関係説」の理論的構築に向かう（第二節）。条件関係説を再構成するにあたっては、「正犯者による犯罪遂行および犯罪結果の発生」というような目の粗い「抽象的結果」を問題にするのではなく、当該発生結果を（その発生時期や被害規模も考慮に入れて）具体的な形で捉えることが、その出発点となる（「具体的結果観」）。しかし、結果を無制限に「具体化」してしまうと、そのような究極の具体的結果との間では条件関係が否定される余地がおよそ無くなってしまうため、結果を具体化する「程度」に適切な限定を設けることが必要不可欠である。そこで著者は、問題となっている犯罪結果の「法益侵害性ないし構成要件要素」に関わる事情であり、かつ、問題となっている法益の「不良変更」といえるような事情に限って「具体的結果」の記述に取り込んでよい、とする。著者は、このような形で構成された条件関係説の論理を適用することにより、「物理的幫助」の事例のみならず、「精神的幫助」の事例においても、幫助犯の成立範囲が適切に確保される（同時に、適切に限界づけられる）ことを、具体的事例を挙げながら例証している。

著者は更に、幫助犯の因果性としては、条件関係に加えて「相当因果関係」が必要である、との立場を表明する。そして、「モデルガンを販売したところ、これを購入した正犯者が実弾を装填できるようにこれを改造して殺人を行った」という場合など、中立的行為による幫助の事例を例にして、「異常な介在事情」によって幫助の因果性（相当因果関係）が否定される、という理論構成の可能性を提示する（第三節）。

「第 4 章 従犯における違法性の意義」は、弁護士がその職業上助言や情報提供をしたところ、その助言内容・情報が相手によって犯罪遂行に利用されたという場合（中立的行為による幫助の一事例類型）を念頭に置きながら、そのような助言・情報提供行為が「違法阻却」される理論的な可能性について探っている。著者は、違法阻却の一般原理として「優越的利益衡量」の考え方を支持した上で、弁護士の法的助言については、幫助としての因果性は否定できないが、優越的利益衡量の判断によって違法阻却される余地があるとする（その判断に際しては、その助言行為が「法令上の根拠をもつ職務行為であるか」、「『一般の法律事務』の達成との間にいかなる関係を有するか」の二点の考慮が必要であるという）。また、弁護士の違法阻却が認められた場合、正犯者と関与した弁護士との間でその違法評価が「相対化」することになるが、これは優越的利益衡量において「行為者関係的な」要素が考慮されたことの必然的結果であり、このような「違法阻却効果の人的相対化」は問題なく肯認されるとする。

「第 5 章 従犯における故意の認識・予見対象の具体化」は、正犯の予備段階で幫助が行われた場合を念頭に置いて、その時点では「不特定多数の正犯者による、不特定の結果の惹起」という形でしか予見を持っていなかった幫助行為者に幫助犯の「故意」

を認めることができるか、という問題について検討を加えている。著者は、この問題をめぐる諸学説を批判的に検討した上で、幫助行為者が「現実の正犯者」を特定して予見していたことも、予見において「特定の正犯者」を想定していたことも共に必要ないが、責任主義の観点から、幫助犯においても「故意の構成要件関連性」はあくまで要求されるべきである、と結論づける。その上で、Winny 事件に関しては、幫助行為を行った被告人にはこのような故意の存在は認められ得るとして、最高裁の多数意見の示した結論に疑問を提起している。

「第6章 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（最高裁平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁） -」は、Winny 事件に関する事例研究であり、第5章でも触れられていたように、同事件の最高裁決定における多数意見の結論に疑問を提起し、大谷裁判官の反対意見に賛意を表している。

「第7章 不正融資の相手方における背任罪の共犯」は、不正融資の借り手側当事者に背任罪の共同正犯が成立しうるか、という問題をめぐる各論的研究である。融資の申し込みは、通常は適法ないし許された行為であるが、場合によっては、貸し手側当事者に成立する背任罪に対する共犯として、借り手側当事者もその罪責を問われる余地がある。そのため、この問題は、「中立的行為による幫助」の事例とその問題状況を一部共有しているが、著者は、この問題について、借り手側当事者の罪責を決する判断の場を「違法阻却」の段階に求め、借り手側当事者が背任罪の共同正犯に問われるとされてきた典型的な場合（「利益一体型」及び「強度の働きかけ型」）というのは、借り手側当事者の「経済的利益追求の自由」という利益の「優越性」が優越的利益衡量において否定される場合である、と整理している。

2 本論文の評価

本論文は、学説において現在関心が非常に高まっている「中立的行為による幫助」の事例に関して、その適切な解決方法を提示する、という課題を常に念頭に置きながら、犯罪論体系の全般にわたって幫助犯の成立要件を再検証し、それぞれの要件論のあるべき内実を明らかにしようとする意欲的な論文である。本論文の評価すべき点として、特に以下の諸点を挙げることができる。

第一に、幫助犯について、客観的構成要件該当性（因果関係、幫助行為性）、違法性（違法阻却の判断）、故意といった要件論のあるべき内実を一つずつ詳細に探究し、それを通じていわば幫助犯版・犯罪論体系を構築した本論文は、幫助犯の成立に関わる諸々の判断や要件論の「全体」を見通すことを可能にしており、幫助犯をめぐる個々の論点を犯罪論のどの「場」において（どの要件論の下で）検討に付すのが理論的に妥当か、ということを考える上で、非常に有益な示唆を与えてくれるものとなっている。

第二に、本論文は、現在の学説上有力な「客観的帰属論」に対し、一貫して批判的な態度をとる。客観的帰属論は、「客観的帰属」という判断カテゴリーの下に様々な規範的基準を集めて問題解決を図るものであるが、本論文はこのような方法論を採用せず、むしろ、犯罪論体系上の個々の要件（因果関係、違法阻却、故意）に即して、様々な種類の事例をそれぞれ犯罪論体系のしかるべき場所で解決する、という方法論を指向する。そのため、事例の種類によって、幫助犯の成否を判断する際にクローズアップされるべ

き要件が異なることになる（ある事例では因果関係が、また、別の事例では故意が、それぞれ幫助犯の成否を分ける決定的ポイントとなり得る）。このように、問題解決の「場」をそれぞれの要件論にいわば「分属」させる本論文のアプローチは、「客観的帰属」のような包括的なカテゴリーの下で行われる判断に比べてはるかに高い「透明性」を持つものであり、この利点は本論文においてもその随所で確認されている。

第三に、幫助犯の因果性として、（通説がいうような）「促進関係」ではなく、「条件関係」を要求する、という「条件関係説」の思考法を再構成し、この立場を実際の運用にたえる一つの実践的理論として提示した点も、これを高く評価することができる。幫助犯においては、「当該幫助行為がなかったと仮定しても、どのみち正犯者による犯罪遂行および犯罪結果それ自体が発生していただろう」と考えられる場合に、幫助行為と結果惹起との間の条件関係が否定されることになるため、幫助犯の成立に条件関係を要求する見解では、幫助犯が成立すべき範囲を基礎づけることができない、とするのが通説的な理解であった。これに対して本論文は、いわゆる「具体的結果観」から出発し、結果の「具体化」の程度・範囲に適宜制限を設けることで、幫助犯の成立範囲を有効に画することができるような実効性のある「条件関係説」を提示している。

第四に、「中立的行為による幫助」という一つの問題に対して、その解決・処理に資する可能性のある論理を、一つではなく多数提示している点も（幫助行為・因果関係が否定される可能性、違法阻却が認められる可能性、故意の存否が問題とされる可能性、等々）、注目に値する。本論文によって、中立的行為による幫助の問題につき、多種多様な観点からの検討可能性があることが明らかにされたといえよう。

第五に、第1章・第2章で示された幫助の概念史・立法史は、従来の研究においては必ずしも光が当てられてこなかった領域であり、幫助概念の展開についてその歴史的経緯を検討しようとする際に貴重な手がかりになるものとして、その資料的価値も高いものと認められる。

以上のように、本論文は、「中立的行為による幫助」という現代的な問題の解決を目指しながら、幫助犯の成立要件論を犯罪論体系全般にわたって再検討するという注目すべき研究であるが、なお、いくつかの課題もないわけではない。

第一に、本論文においては、幫助の理論的な処罰根拠が、まとまった形では示されていない。従来の「共犯の処罰根拠」をめぐる学説上の議論と、本論文の分析内容との間にもどのような関係があるかという点も、評者には気になる点である。

第二に、本論文が主張するように、正犯の場合と同じく幫助犯の成立にも「条件関係」を要求するならば、その場合に正犯と幫助犯との「違い」は一体どこに求められることになるのか、という点を示す必要がある。また、本論文が主張するような条件関係説の論理を採用した場合に、幫助犯の成立範囲がどのようなものになるかについても、更に詳しく検証してみる必要があるだろう。

第三に、本論文においては、「中立的行為による幫助」の問題解決を念頭において議論が進められているため、幫助犯と共同正犯の区別、幫助犯と教唆犯の区別など、関与形態間の区別という正犯・共犯論上の基本問題が、その検討の射程外に置かれている。幫助犯の成立要件を全体的に捉え、その「犯罪論体系」を真に構築するためには、この関与形態をめぐる問題についても検討を加えることが必要不可欠であろう。

しかし、本論文における著者の研究は、一貫した問題意識の下で一定の問題設定を前提にして行われたものであり、幫助犯の領域「全体」を解明するためには上で指摘したような課題に応えることがなお期待されとしても、その点は、本論文の内容それ自体の評価を下げる事情とはいえない。

III 結論

以上の審査の結果、後記の審査委員は、全員一致をもって、本論文の執筆者である小野上真也氏が、博士（法学）（早稲田大学）の学位を取得するに値することを認める。

2017年1月31日

主査 早稲田大学教授 博士（法学）（早稲田大学） 松原芳博（刑法）

早稲田大学教授 法学博士（早稲田大学） 高橋則夫（刑法）

早稲田大学教授 杉本一敏（刑法）

早稲田大学名誉教授 法学博士（早稲田大学） 曾根威彦（刑法）

[付記]

本審査委員会は、本学位申請論文の審査にあたり、下表のとおり修正点があると認めたが、いずれも誤字・脱字等軽微なものであり、博士学位の授与に関し何ら影響するものではないことから、執筆者に対しその修正を指示し、今後公表される学位論文は、修正後の全文で差し支えないものとしたので付記する。

博士学位申請論文修正対照表

修正箇所 (頁・行等)	修正内容	
	修正前	修正後
4頁・21行	第一項 具体的法益侵害の人的相対化	(削除)
4頁・22行	第二項 違法阻却効果の人的相対化	(削除)
5頁・9行	第三款 小括	第七項 小括
10頁・脚注16	Roxin, a.a.O., (Anm. <u>13</u>) S. 512ff.	Roxin, a.a.O., (Anm. <u>15</u>) S. 512ff.
19頁・脚注12	原田慶吉「民法 <u>709</u> 条の成立する迄」 『日本民法典の史的素描』（創文社、 1954年） <u>219</u> 頁以下は、……	原田慶吉「民法七〇九條の成立する迄」 『日本民法典の史的素描』（創文社、 1954年） <u>385</u> 頁以下は、……
22頁・脚注41	Conrad, a.a.O., (Anm. <u>36</u>), S. 232f.	Conrad, a.a.O., (Anm. <u>35</u>), S. 232f.
47頁・32行	Als <u>vorsätzlich</u> strafbar	Als <u>vorzüglich</u> strafbar
49頁・18行	auf <u>bestimmte</u> Zeit	auf <u>unbestimmte</u> Zeit
68頁・13行～ 14行	Die Lehre vom Verbrechen 出版 <u>2</u> 年 後	Die Lehre vom Verbrechen 出版 <u>4</u> 年 後
69頁・32行	そこで本稿の最後に、	そこで本章の最後に、
70頁・17行	1532年制定の <u>バンベルゲンシス</u> 148 条は、	1532年制定の <u>カロリナ</u> 148条は、
92頁・14行	幫助が <u>処罰の対象</u> とならなくなる	幫助が <u>処罰の対象</u> とならなくなる
122頁・3行	侵害の時期・場所・ <u>強化</u> ・その他の諸 状況の変更である	侵害の時期・場所・その他の諸状況の 変更・ <u>強化</u> である
123頁・4行	すべての <u>自体</u> に	すべての <u>事態</u> に
138頁・13行	次節以下で検討する。	次款以下で検討する。
149頁・12行	第二款 幫助行為性および因果連関に おける相当性	第四款 幫助行為性および因果連関に おける相当性
154頁・15行	第三款 因果関係判断における諸事情 の考慮範囲	第五款 因果関係判断における諸事情 の考慮範囲
177頁・4行	③弁護を受ける刑事被告人自身が	④弁護を受ける刑事被告人自身が
194頁・11行	と定められており（ <u>圈点—筆者</u> ）、こ のような規定ぶりが、	と定められており、 <u>このような規定ぶ</u> りが、

以上