

「中立的行為」による幫助について

——日本・中国の比較法的研究——

高 姍 姍*

要 旨

本稿は、日本・中国の刑法理論に基づき、「中立的行為」による幫助の問題を比較法的に検討したものである。日本においては、「三段階体系」を基礎に犯罪体系を構築し、その上で因果的共犯論を論じるのが有力になっている。このような理論背景のもと、現在では、因果的共犯論に基づき共犯の処罰根拠を検討しつつ、中立的行為による幫助の問題を取り上げ、解決に導く妥当なプロセスを考案しようとしている。一方、日本とは異なり、中国の伝統的な共犯論においては、「四要素体系」の影響のもと、①行為者が二人以上であり、かつ刑事責任年齢と刑事責任能力を具備していること、②共同で犯罪を行うこと、③共同の犯罪故意があること、という3つの要件を満たした上で、共同犯罪の成立が認められる。中国では、このような背景のもとで、「中立的行為」の問題を検討している学者もいる一方、伝統的な共犯理論の欠点を批判しつつ、新たな視点で検討を深化させようとする議論も試みられている。本稿では、刑法総論における犯罪体系と共犯の成立要件が異なる日本と中国において、「中立的行為」による幫助の問題がどのように議論されてきたのかを比較して検討する。また、先行研究を踏まえ、「中立的行為」による幫助の処罰根拠と客観的帰属論を検討した後、中国における「中立的行為」による幫助の問題の解決方法について考察する。

目 次

- I はじめに
- II 日本における「中立的行為」による幫助の理論状況
- III 中国における「中立的行為」による幫助の理論状況
- IV 幫助の処罰根拠と客観的帰属
- V おわりに

I はじめに

中立的行為による幫助の問題については、1994年のドイツ連邦憲法裁判所のいわゆる「ドレスド

ナー銀行事件」以降大きく注目されており、その後、これに関してドイツで多くの学者が議論に参加している¹⁾。これに対して、日本では、平成18年12月13日に京都地裁で有罪判決が下されたWinnie事件では、中立的行為が幫助犯に当たるかが争点になった。このWinnie事件において「例外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が困難であり²⁾、著作権法違反罪の幫助犯の故意が欠けるため、幫助犯の成立は否定されたとした控訴審判決を是認した。また、東京高判平成27年11月11日（東高時報66巻1-12号112頁）では、被告人は、自分が提供する郵便物受取サービスが詐欺によって利用される可能性を認識していたが、その可能性を認容していたことが推

* コウ サンサン 法学研究科刑事法専攻博士
課程後期課程

2023年9月29日 推薦査読審査終了

第1推薦査読者 只木 誠

第2推薦査読者 曲田 統

認められないとして無罪が言い渡された。すなわち、「被告人の本人確認の方法は関係法令に厳密にしたがったものではないと認定しつつ、経済的合理性のある方法とみる余地もあることを指摘して、幫助犯の成立を否定してい」る³⁾のである。他方、中国の実務では、幫助行為が客観的に犯罪行為を容易ならしめ、かつ、幫助者が犯罪行為を主観的に認識、認容しているといえる場合に幫助犯が成立すると考えられている。情報通信技術や宅配便が急速に発展する中で、中立的行為による幫助が法益侵害行為として、処罰されるかどうかという問題について、幫助犯の処罰範囲を拡大する傾向にあると考えられる。

中国における伝統的な犯罪論、すなわち旧犯罪論においては、① 犯罪客体、② 犯罪の客観面、③ 犯罪の主体、④ 犯罪の主観面という4つの構成要件が満たされることによって、「犯罪成立」が認められる⁴⁾とされている。このような犯罪論のもとで、中国の伝統的な共犯論は構築されている。中国の伝統的な共犯理論において、共犯の成立要件は、① 行為者が二人以上であり、かつ刑事責任年齢と刑事責任能力を具備していること、② 共同で犯罪を行うこと、③ 共同の犯罪故意があること、である⁵⁾。3つの要件を満たした上で、共同犯罪が成立する。このような共犯の成立を判断する方法については、次の3点が指摘されている。すなわち、① 不法と責任が区別されていないこと⁶⁾、② 事案ごとに正犯行為と狭義の共犯行為が別々に検討されていないこと、③ 共同行為者の行為と結果の因果性を個々に検討せず、共犯行為者が共同犯罪行為を行うことのみを判断すること、である⁷⁾。このような状況の中、特にインターネット上の犯罪において、中国は、日本とは異なり、裁判において、中立的行為の可罰性についてその処罰範囲を限定するという検討方法を採用するのではなく、幫助行為について犯罪の可罰的可能性を検討するという傾向に至っている。それゆえ、中立的行為による幫助の可罰範囲が日本より拡張されて

いるのである。

現在は、伝統的な共犯理論のもとで「中立的行為」の問題を検討している学者もいる一方、伝統的な共犯理論の欠点を批判しつつ、新たな視点で検討を深化させようとする議論も試みられている。

日本の共犯理論は、共犯の処罰根拠に関するドイツ学説の分類を援用して、因果的共犯論を採用している。因果的共犯論は共犯の従属性をどこまで認めるかにより、純粹惹起説、修正惹起説、混合惹起説に分かれている。現在、ドイツでは Claus Roxin を代表的論者とする「混合惹起説」(gemischte Verursachungstheorie) が多数説の地位を得ており、日本でも「混合惹起説」の優位性がいわれている⁸⁾。これによれば、「共犯の不法は、その不法が従属的である限り、正犯の不法から導き出されるものである。すなわち、正犯者が行った故意の不法は、関与している共犯にも(幫助の場合、刑を減輕される；27条2項参照) 帰属される。しかしながら、そのような帰属は、正犯行為に対する関与が同時に共犯独自の法益侵害であることが明らかになる場合にのみ肯定される点においては、共犯の不法は独自のである。……いずれにせよ、ここで主張されている『従属的な法益侵害』としての共犯概念というのは、共犯不法について、一部、正犯不法の帰属(従属性)から根拠づけ、一部、独自の要素(法益侵害)から根拠づける混合理論であることが明確である⁹⁾。また、従来、幫助犯における論点として、幫助の因果性が議論されているが、幫助の因果性から、いわゆる中立的行為による幫助の問題は解決できないとされている¹⁰⁾。ある行為者の行為について犯罪結果との客観的な因果性が認められる以上、当該行為の構成要件該当性を肯定することが可能となる。なぜなら、間接惹起類型の幫助において、幫助行為と構成要件該当事実との間には因果関係が認められなければならない¹¹⁾、「中立的行為による幫助」の問題においても、日常的な幫助行為であれ、職業的な幫助行為であれ、当該中立的幫助行為に、

客観的な因果性を否定することはできないからである。

「中立的行為」による幫助の問題をめぐって、日本、中国では、学説上、さまざまな客観的アプローチが唱えられている一方、いずれにおいても実務ではあまり重視されておらず、未だに主観面を重視しているのも問題の一つである。それに加え、学説上、中立的行為による幫助の処罰範囲を限定する説を採るとしても、利益衡量、代替原因、危険増加、犯罪的意味連関などの要素を重視して考察することが主張されているが、いずれの見解も未だ多数説とはなっていないのが現状である。また、「中立的行為」それ自体に概念の曖昧さも存している。その行為が社会において、あらゆる価値を有するため、刑法の規範論において「中立的行為」をどのように定義するのかは、法解釈上の課題ともいえる。

このような問題意識を念頭に、本稿は、日本と中国の学説状況に基づき、「中立的行為」による幫助をめぐる議論を比較法的検討した上で、問題解決の参考に供しようする方法論を検討しようとするものである。本稿の構成は、まず、第II章において、日本の議論の現状を紹介し、それに対する批判を述べる。第III章では、中国について同様に議論の現状を紹介し、それに対する批判を述べる。その後、以上の学説状況の整理に基づき、第IV章では、幫助の処罰根拠と客観的帰属論を検討した後、最後に中国の「中立的行為」による幫助問題の解決方法を検討する。

II 日本における「中立的行為」による幫助の理論状況

日本において、Winny事件から、「中立的行為」による幫助の議論は盛んにされてきた。また、前掲東京高判平成27年11月11日（東高時報66巻1-12号112頁）において、被告人は、自分が提供する郵便物受取サービスが詐欺によって利用される可能性を認識していたが、その可能性を認容していた

ことが推認されえないとして、無罪とした判決がある。一方、日本においては、Winny事件を契機に「中立的行為」による幫助の問題をめぐる議論が一層深化しており、ドイツの学説を検討しつつ客観的帰属論の枠組みの中で解決策を模索する試論がさまざまに展開されている¹²⁾。

1. 曲田説

曲田統は、犯罪の本質とは次のような「ルール違反性」によるものであるということを出発点として検討する。

曲田によれば、行為者の主観面を検討することなしにルールの違反性を判断することはできないのであり、中立的行為による幫助の可罰範囲の限定は、当該行為が犯罪の本質に触れているか否かという判断によって行われる。なぜなら、行為者がルールに反する意思で行う行為には、そうではない場合に行う行為と比べ、より高いレベルのルール違反性が肯定されるからであり、このような意味で、確定的な故意をもってなされた幫助行為と不確定的故意をもってなされた幫助行為について、これを分けて検討する必要があるというのである¹³⁾。

他方、曲田は、正犯と従犯を比較して、従犯の責任は二次的でもあって、従犯は正犯と質的に離隔している点を重視している。つまり、幫助行為が、質的な離隔という障害を乗り越えられたときに、処罰されるのである。この帰結は、正犯との質的な近接性が認められ、「コミュニティにとって耐え難い悪しき手本として市民が受け止めることになる状況」¹⁴⁾を生ぜしめたという事実に基づく。具体的に、曲田は、中立的行為と幫助の問題について、当該幫助行為が、正犯不法への従属を重視して、従属の適格性の如何に問われると主張する。まず、寄与行為が行為禁止規範に対する発動について、正犯者の犯罪計画を認識するというところに注目する。幫助者が、犯罪計画を知った上で、提供した物を使用することによって正犯の実行行為

が促進されることを知りつつ幫助する行為は、いわゆる確定的故意に基づく行為である。確定的故意でなされた幫助行為は、コミュニティに危険性の印象を与える行為であるため、可罰性が認められる。次に、その例外である。① 確定的故意でなされた物の提供行為に関して、その物の利用は犯罪行為に直接つながることが明白であるといえない場合には、コミュニティに危険をもたらすおそれがなく、可罰性は存しない。なぜなら、正犯者は、その物を経済的な用法において使用するものの、単にそれだけである場合に、明確に犯罪との直結的な結び付きがないからである。② 不確定的故意に基づく行為に関して、幫助者は、当該行為が客観的に犯罪に利用される蓋然性が高いということ、ならびに、その蓋然性に基礎づける事実を認識している場合、従犯として処罰される¹⁵⁾。以上が、曲田の説くところの「危険をもたらすおそれ」すなわち、危険性の印象により判断するとする印象説である。

この説に対して、濱田新によれば、「コミュニティに危険性の印象を与えるという性質」の基準は、処罰範囲の限定としては、十分ではないと批判している¹⁶⁾。また、犯罪計画の認識と故意の種類の問題とは本来別であり、第三者から正犯者の犯罪計画について聞いた行為者が、その犯罪を実際に「実行しないだろうが、実行しても構わない」と思ったときも、未必の故意と判断されるのであって、確定的故意とはいえないであろうというような意見もある¹⁷⁾。

2. 山中説

山中敬一は、中立的行為による幫助の問題を検討する際に、一定の基準によって類型化した上で、客観的帰属論を用いて幫助犯の成立範囲を限定すると主張している。

山中は、次のような要素を分類の基準として挙げている。① 幫助行為の時期について。すなわち、当該幫助行為が正犯の実行行為の前に行われたか

どうか。そして、それが、正犯の実行行為の切迫性とどの程度を有するのか。② 正犯との意思の相互連絡の有無について。すなわち、意思連絡がない場合と意思連絡がある場合とを比較したときに、帰属の有無に変化が生じるか否か。そして、意思の連絡がない場合に、幫助者は正犯者の犯罪計画についての情報を獲得していたのか。③ 幫助の手段について。すなわち、正犯行為が実行される際に、当該幫助行為が、どのような役割を果たしていたか。④ 「中立的行為」による幫助行為に、社会的に有益な行為が併存していたか。たとえば、社会生活上有益な行為が併存していたか、正犯行為にのみ向けられていたかである。⑤ 「中立的行為」が正犯行為に深く関与していたか。すなわち、「中立的行為」が正犯行為に、どの程度関わっていたか¹⁸⁾、である。

具体的には、幫助行為の客観的要件を満たすことを必要とし、上述の基準に基づき分類した上、当該「中立的行為」に、危険創出と危険実現との連関性を肯定できるか否かを検討する。すなわち、正犯の実行行為の容易化・促進を通じて正犯結果の惹起に寄与したかどうかという要件を重要視するのである。

山中によれば、まず、正犯者との意思の相互連絡があるかについて、意思の相互連絡がある場合には、中立的行為が、客観的に正犯行為に至る危険を創出する幫助行為とみなされる限り、正犯者の行為に対する心理的因果関係は否定されない。意思連絡があっても、正犯行為に対する直接の促進とはいえない『周辺の援助行為』については、客観的な危険創出の可能性が否定される。次に、意思の連絡がない場合、つまり、片面的幫助の場合には、正犯者に対する心理的幫助の程度は極めて低い。片面的幫助の場合は、情報源により分類されている。① 幫助者の経験と勘に基づき、単に「ありうる」という認識である場合、客観的帰属を根拠づけるほどの高い蓋然性はないと判断され、危険創出の意味における帰属は認められない。②

正犯者から情報を獲得した場合ないし情を知る第三者から情報を獲得した場合における片面的な幫助については、可罰性の存する可能性があるため、類型化された事例群に応じて考察されるべきである¹⁹⁾。

さらに、従犯を、随伴的従犯と予備的従犯の場合に区別して検討する。随伴的従犯の場合、正犯の行為の容易化および促進は明らかであり、幫助は可罰的である。これに対して、予備的従犯においては、①物・情報の提供の類型と②事前の役務の提供の類型に分類できる。すなわち、①物・情報の提供の類型において、明白に犯罪の内容を構成する物・情報である場合、当該提供行為それ自体が法的に禁止されている行為であり、処罰される。②犯罪の実行に使用されることの多い事前の役務の提供²⁰⁾において、社会的に有用性がある提供と併存する提供であるとみなされれば、当該提供行為について危険創出の可能性は否定される。それに対して、この種の提供行為は一義的に犯罪目的に使用されるものであるとして肯定されれば、原則として、危険の創出もまた認められる。しかしながら、一義的犯罪促進行為の類型において、危険の創出との連関性が肯定されても、危険増加ないし危険実現との連関性が必ずしも肯定されるわけではない。その根拠は、客観的帰属論の危険増加理論を用い、犯罪計画を知っていることによって肯定された危険の創出との連関性を、犯罪計画を知らない日常業務行為として行われる許された危険行為と比較したとき、前者が正犯行為の促進に対する危険を高めていないということにある²¹⁾。

要するに、山中説は、ドイツの学説による類型化を修正し、「中立的行為」の行為態様、または、従犯の分類から、より詳細に類型化が行われたものである。このような類型化は、客観的帰属論の観点から、「中立的行為による幫助の問題」の検討に画期的な意義がある。また、中国の陳洪兵は山中説に強く影響されており、その優れた点を受け

入れ、自説を展開している²²⁾。他方、山中説は、意思連絡の有無に基づく分類について、問題視している。なぜなら、中立的行為による幫助の問題の本質は、そもそも意思連絡がないところに、客観的な幫助行為があつて、当該行為の可罰範囲を限定する点にあるからである。それを前提に意思連絡の有無や心理的な因果性の存否に着目するのは、客観的帰属論の基礎から離れるように思われるという批判がある²³⁾。

3. 豊田説

豊田兼彦は、客観的帰属論のいう「許されない危険の創出」の要件と共犯の処罰根拠としての混合惹起説を採用することで、中立的行為による幫助の問題を解決しようとする²⁴⁾。

豊田によれば、混合惹起説を基礎に、客観的帰属論における「許されない危険の創出」の要件を共犯の成立要件に取り込み、それを中立的行為による幫助の事例に適用できるかどうかを検討されなければならない²⁵⁾。すなわち、正犯論で用いられている危険判断である「許されない危険の創出」の要件を共犯論に転用するのである。中立的行為による幫助の問題において、検討の前提となるのは、当該行為がすでに「間接的に」構成要件該当結果を惹起しているということである。これを前提として、正犯結果発生「法的に許されない」危険が創出され、この危険が構成要件に該当する結果を実現したか否かという判断が重要であるという考え方である²⁶⁾。

豊田は、危険判断について、「正犯の犯罪計画ないし正犯行為との特別な適合」という要素は具体的な基準であるとする。ここで、判断要素となるのは、行為の文脈や行為の際の具体的な状況である。判断する際に、これを考慮に入れて、当該「中立的行為」を規範的に判断せざるをえない場合にのみ「正犯の犯罪計画ないし正犯行為との特別な適合」が認められ、可罰的な余地がある、とする²⁷⁾。

豊田が注意しているのは、行為者の特別な適合への認識の如何に関して、客観的帰属の領域ではあまり重要視されていないということである²⁸⁾。この点に関して、豊田は、前掲東京高判平成27年11月11日について、「幫助行為といえるためには『許されない危険』の創出が必要であるところ、法令などに基づく一定の防止措置を講じた上での危険の創出は（『許された危険』の創出であり）『許されない危険』の創出ではないから、幫助行為に該当しない」としている²⁹⁾。

豊田説が、混合惹起説を基礎に、客観的帰属論における要件の一つである「許されない危険の創出」の要件を共犯の成立要件に取り込み、検討していることは、「中立的行為」による幫助の解決策の明確化につながると思われる。なぜなら、客観的帰属論において、「中立的行為」の問題を検討するにあたっては、「許されない危険」の創出、実現を構成要件の枠内にて判断することで、主観面の検討と故意の検討とを区別することができるからである。他方、危険判断について、「正犯の犯罪計画ないし正犯行為との特別な適合」という要素を基準として行うのが果たして妥当なのかは、疑問である。「中立的行為」の問題において、危険判断に関する見解は、学説上、大きく分かれているが、これについて再検討する必要があると思われる。

4. 島田説

島田聡一郎は、共犯の成立要件の精査をする必要があるとして、客観的な要件と主観的な要件をより分析的に検討し、「中立的行為」による幫助の問題において柔軟に対応できる基準を考察した。すなわち、客観面では、共犯行為と結果発生危険性との因果関係について、仮定的代替原因を一部考慮に入れ、当該行為が侵害結果への危険増加の要因の一つとなっているといえるかどうかをもって判断する。主観面では、行為者が上述の客観的な事実に関する認識の如何を重視していたかで判断する³⁰⁾としている。

島田は、客観的な要件としては、まず、正犯行為を介した結果と幫助行為との因果性、いわゆる促進関係が必要であるとして、その検討を行っている。すなわち、共犯行為に関する要件と正犯の決意に関する要件の2つに区別し、共犯行為に関する要件については、共犯者の提供した物あるいは動機づけが正犯者によって受け入れられ、用いられ、それが結果発生蓋然性をどの程度高めたかにより物理的な因果性と心理的な因果性とを判断する。正犯の決意に関する要件については、正犯者の決意があることと、決意に至る客観的な兆候があること、少なくともそれ自体として決意を抱かせるに足りるだけの働きかけがあることを要する。次に、共犯行為と正犯結果との因果性の判断につき、幫助行為が結果発生蓋然性を高めることが必要であるとする。すなわち、当該幫助行為が結果発生蓋然性を高めていたか否かの判断は、仮定的代替原因を考慮して、現実に行われた正犯行為と共犯行為がなくとも行われたであろう正犯行為とを対比して行われる。さらに、その対比の際、犯罪となる共犯行為は付け加えず、それ以外の一定範囲での事情を付け加えて判断する³¹⁾とするのである。

ここで、注意すべきなのは、島田は、共犯者の行為の時点において現実化していないことを付け加える点である。そして、その付け加えることのできる代替原因が現実化する可能性を高めたかを検討する。つまり、その可能性が高ければ、かつ、それによって発生した正犯行為と法益侵害性の観点からみて同様の正犯行為が行われたであろう蓋然性が高ければ、共犯行為と正犯行為における促進関係は否定される。さらには、主観的な要件（共犯の故意）としては、事実の認識も必要である。つまり、共犯者が自分の提供している寄与の危険性を認識していることに加え、正犯者の決意に関する、上述の客観的な要件を認識していることが肯定されれば、幫助者には共犯の故意が認められることになる³²⁾、というのである。

島田説は、ドイツの学者 Frisch の見解に強く影響を受けているといわれている³³⁾。この説に対して呈される最大の疑念は、「そもそも現に結果が惹起されている場合に、仮にひとつでもこれらの要件を満たす代替原因となるような行為が存在した蓋然性が立証されれば、既遂結果に対する因果性を否定してよい、という結論に、果たして合理性が存在するのかという点である³⁴⁾。現実化していない仮定の事情は考慮されないのが原則であるため、仮定的代替原因説はこの原則に反する理由をうまく説明しうるであろうか。そして、そもそも、幫助犯の成立には因果関係において求められる寄与は不要であるという指摘がなされる。

Ⅲ 中国における「中立的行為」による幫助の理論状況

中国における「中立的行為」の問題に関する研究は、いまだ途上にあるといえよう。近年、インターネットサービス業などが発達し、これらの業務に関与している者が幫助犯になるケースが増えていることから、刑法上の議論も盛んになってきているが、ドイツ・日本の先行研究を参考に、共犯論、「中立的行為」の問題について、中国ではどのように議論されているのか。以下、その状況を紹介していきたい。なお、中国では全面可罰説と主観説を支持している学者は少ないため、本章では一部の客観説のみ紹介する。

1. 黎宏説

黎宏は、「中立的行為」による幫助犯の処罰範囲について、客観面のみ考慮するという見解を主張する。

具体的にいえば、黎は、まず、「中立的行為」の問題をどの範囲で検討するのかを明確にするべきであるとする。また、なぜ「中立的行為」の問題が刑法上の問題として検討されるのかについては、行為者の行為が客観的に正犯行為を援助し、当該幫助行為と正犯結果との間に因果関係が認められ、

そして、行為者がそれを認識していたからである³⁵⁾とし、さらに、行為者が刑法上で処罰されるのは、当該行為者にはその行為およびそれに基づく結果に関する認識あるいは認識可能性があるからであるとして、そのような理解のもとで考察を行っている。ここでいう「認識」には、故意あるいは過失の両方が含まれる。そうでなければ、当該行為は処罰の対象にはならないのであり、中立的行為の幫助の問題において、行為者における当該行為の認識の有無あるいは認識の程度で検討する主観説と、主観・客観の両面で中立的行為の処罰範囲を限定する折衷説は、本稿の問題を限定的に解釈することはできないと黎は批判している³⁶⁾。

次に、黎は、行為の客観面で中立的行為の可罰性を検討する客観説には合理性があると主張する。「中立的行為」による幫助の問題を検討する際、幫助犯を処罰可能とする特徴について、当該行為が実行行為の結果に重大な変更を加えることになるかどうか、そして、正犯行為の侵害の程度を強化するかどうかを判断する³⁷⁾。つまり、それらの判断は、仮定的代替原因を考慮して、現実に行われた正犯行為と共犯行為がなくとも行われたであろう正犯行為とを対比して行われるのである。

2. 王華偉説

王華偉は、中立的行為の問題に関する検討について、現在、学説上では、行為の職業性を重視する傾向と、職業的な行為を不可罰の根拠とする傾向があるが、職業性それ自体は刑法上の抗弁事由あるいは不可罰事由として採用することはできないとし、「中立的行為」による幫助の問題に関しては、単一の根拠づけを採求することを放棄し、総合的に評価することに転向すべきであるとする³⁸⁾。

その上で、王は、次の4つの要素をもとに考察される線引きが、「中立的行為」の処罰範囲を考えるにあたり重要であるという。

① 危険の創出の要素。王は、危険の創出を根拠とする実質的な判断が必要であるとする。なぜ

なら、構成要件該当性の判断は、単なる形式的な判断ではなく実質性のある判断であり、それに加え、事実に関連した幫助行為自体を形式的に判断すれば、これを、刑法上の幫助行為として理解してしまう恐れがあるからであるとする³⁹⁾。

② 時間的な条件の要素。幫助行為が危険を創出したか否かを判断するにあたって、時間的な密接性の程度は、職業的な幫助行為の可罰性判断にとっての、決定的に重要な基準である。特定の職業的な行為（たとえば、ナイフを販売する行為）には、一定程度法益侵害の危険を創出する可能性があるが、当該行為に対する刑法上の評価も、正犯の実行行為が実施した具体的な状況に左右される。特に、時間的な条件によって、幫助行為は、法益侵害に対する危険の程度に直接かつ決定的な影響を与える。すなわち、時間的な条件が影響するのは、犯罪として当該行為を処罰することに関する正当性と必要性である。ここで、たとえば、正犯が単に将来の計画を立てたにとどまり、未だ直接あるいは急迫的に正犯行為の実行に着手していない中で、当該幫助者が、正犯行為に対して、せいぜい漠然とした認識を持っているにすぎない場合、当該幫助者に対して取引を中止または断ることは要求しえない。他方、一般的な合意形成に基づく共同犯罪とは異なり、職業従事者は、予備段階の正犯とは共同の協力関係を形成していない。そのため、両者が偶然連携した場合であっても、その後、他の要素の影響のもと、実質的な関係が変わる可能性は高い。したがって、職業従事者には、他人の将来の不確定な行為に対して責任を負わせられることは受け入れ難く、また、本業行為を放棄することは難しい。時間的に切迫したあるいは密接な条件のもとで、幫助行為による法益侵害に対する危険の程度の如何を検討することについては合理性がある⁴⁰⁾。

③ 業務規定の要素。王は、規範理論の統一性からみれば、刑法規範以外に、サービスあるいは商品提供者に向けた権利と義務に関する業務規定

を重視することにも価値があると述べている。業務規定の義務と刑法上の義務、業務に関する禁止規定と刑法の禁止規範は、それぞれ同一視することはできないが、業務上定められている制限規範から、職業従事者に対する特定の状況において当該行為の可罰場合が示されうるのである。それにもかかわらず、場合によっては、職業従事者が法益侵害結果を防止するために何らかの対応措置をすべきであるということもまた、示されうる。また、職業規定に従ったことにより、当該行為は不可罰であると論証できる可能性も大きいと示されうるのである。ここで、王は、次のような場合を考えている。すなわち、たとえば、インターネット上で大量の違法情報が流れている場合、監督官庁がインターネットサービス提供者に削除の要請を行い、これを受けて、当該提供者が違法情報を削除する措置を取るならば、幫助犯として処罰されえないことになる⁴¹⁾。

④ 期待可能性の要素。特に、緊急事態においては、職業的な行為はそれ自体習慣的に続けられており、他人の犯罪行為が突然それに介入した場合、当該行為者に、刑法規範が要求する行為を行うであろうことを期待することはできない。王によれば、特に、次のような場合に期待可能性は認められない。すなわち、a) 行為者の行為は職業的な行為の習慣の中で行われており、職業的な規定を遵守している場合、b) 正犯行為の介入が一定程度の突然性と偶発性の中で起きた場合、c) 暴力犯罪に関わる場合、である⁴²⁾。このような場合に、たとえ、当該幫助行為が刑法上の法益侵害の危険を創出したとしても、総合的な判断においては期待可能性がないことを理由に不可罰とされうるのである。

このように、王は、「危険の創出」、「時間的な関連」、「業務規定」、「期待可能性」、これら4つの要素を総合的に、複合的に検討し、段階的に「中立的行為」の問題の解決策を探すというアプローチをとっている。4つの要素は、いずれも客観的な

要素のみであり、行為者の主観面についての検討は行われていない。王がいう総合的な検討は、客観的な要素を総合的に検討し、客観面を重視する検討であるといえよう。

3. 陳 洪 兵 説

陳洪兵は、幫助行為の類型化を通じた、客観的帰属による限定説に立っている。陳は「中立的行為」を、①商品売買型、②サービス提供型、③民事義務履行型、④企業による類型、⑤インターネットサービス提供による類型、⑥日常的な類型、という6つの類型で整理している⁴³⁾。

陳による類型化は、具体的に、次のような内容であり、山中説の類型化の影響を受けているものといえる。

①商品売買型は、さらに陳によってa)法禁止物の売買の類型（たとえば、ピストルなどがこれに属する）、b)日常使用危険物提供類型（たとえば、ナイフなど）、c)日常使用物提供類型（たとえば、パンなど。陳によるとメラミンが含まれた育児用調整粉乳もこれに属する）に分類されている。そのうち、a)法禁止物の売買の類型に関しては、幫助の成立は、売買の形式、購入者の資格の有無を問わず、行為者が正犯者の犯罪意図を認識するだけで足りるが、b)日常使用危険物提供類型に関しては、商品の売買は法律上禁じられていないので、日常使用危険物の販売行為には、許されない危険の創出・増加が認められず、たとえ、正犯者の犯罪意図を認識したとしても、幫助行為とはいえない。購入者の自己答責性を問うことになる。c)日常使用物提供類型に関しては、販売物それ自体に危険性がなく、行為者が悪意的に商品を利用しているため、全て購入者の自己答責的な責任となる⁴⁴⁾。

②サービス提供型は、さらに、a)弁護に関する行為類型、b)金融サービス類型、c)運輸サービス類型、d)印刷に関するサービス類型、e)宣伝サービス類型の5種類に分類されている。具体

的には、a)弁護に関する行為類型では、国民の法律に関する知的権利を保護するために、弁護士が提供した行為は、弁護業務の範囲を超えていない限り、客観的に正犯行為を促進していたとしても、幫助犯として処罰できない。b)金融サービス類型に関しては、たとえ顧客が脱税目的で海外へ金銭を振込むことを認識していても、銀行の業務行為が許されない危険の創出・増加にあたるとはいえず、銀行員は幫助犯にならない。c)運輸サービス類型に関しては、法律上禁止されているのであれば、取引を拒否すべきである。これに対して、法的に禁止されている物でなければ、顧客の要求に従う運輸行為について、許されない危険の創出・増加は認められず、幫助犯は成立しない。たとえば、ブランド品の偽物の運送について、従業員には審査義務がなく、幫助の責任を負わない。d)印刷複写に関するサービス類型では、売春やわいせつに関するチラシの印刷サービスや知的財産権侵害物の複写行為については、行為者が認識していても、幫助犯は成立しない。e)宣伝サービス類型に関しては、テレビCMなどの宣伝行為には高度の伝播性があるので、行為者にはCM内容についての審査義務が存することから、行為者が違法な内容を認識していれば、CM内容について審査義務を怠ったとして、その中立性がなくなり、幫助になる可能性が生じる⁴⁵⁾。

③民事義務の履行類型に関しては、陳は、a)業務的な中立性のある民事義務の履行類型と、b)日常の生活性のある民事義務の履行類型という2つに分類しているが、この2つの類型に対しては、どちらも許されない危険の創出・増加はないとして、幫助は成立しないとする⁴⁶⁾。

④企業による類型について、陳は、a)組織犯罪において、主要ではない行為者もしくは直接の責任者ではない行為者についての処罰範囲の制限と、b)企業における外部業務的な中立行為の可罰性を分けて検討している。具体的には、a)は、企業が犯罪行為を行った場合、企業の主要担当者、

直接の責任者が責任を負う。一般従事者、つまり単に業務行為を行う職員は幫助にあたらぬ。b) は、企業における外部業務的な中立行為に関して、たとえば、取引先が重度の環境汚染を引き起こしている企業であることを認識している場合、原材料を提供する取引が、客観的に環境に対する犯罪を促進していたとしても、許されない危険の創出ではなく、幫助の成立は否定される。なぜなら、このような原材料を提供する取引の事例については、取引先の自己答責性の問題になるからである⁴⁷⁾。

⑤ インターネットサービス提供の場合、陳は、その提供に関わる者を6種類に分けて検討する。a) インターネットで情報を提供する者は、その者がインターネットでアップロードする内容に自己答責的な領域で責任を負う。b) ネット上の多くのデータを一つ一つ管理するのは困難であるため、ネットの接続、サーバの管理、ネットでのキャッシュ、データ転送回線サービスの提供者には、違法データの排除、事前審査、即時管理の遂行を期待することはできない。権利者からの通報、監督官庁からの指摘などを受けてはじめて、差し止め義務が発生する。c) SNSなどの提供者、SNSなどを開発し、メンテナンスを提供する者、運営する者である。サイバースペース上の危険源は上述の提供者ではなく、内容を提供する者である。b) のように権利者からの通報、監督官庁からの指摘などを受けてはじめて差し止め義務が発生する。d) 検索ネットサービスを提供する者は、検索機能を使ってランキングなどを操作する場合、中立的な立場でなくなり、責任を負う可能性が生じる。e) ハイパーリンクを提供する者である。たとえば、URLを使って、データを容易に獲得する事例を挙げる。陳によれば、このようなURLの提供者は、事前にURLの内容をコントロールできるので、違法なネットや、著作権を侵害する作品などを確定的に認識した場合、正犯の責任を問うことが可能である。事前に認識していない場合、

権利者からの通報、監督官庁からの指摘などを受けてはじめて差し止め義務が発生する。f) アプリなどのソフトサービス提供者である。ソフトサービス提供者は伝送、受信、キャッシュ、検索サービスを提供する者である。陳によれば、たとえば、Winny事件の場合に、幫助者の可罰性は、正犯者がソフトを通じて犯罪を行う認識があるか否かという主観的な認識で判断されるのではなく、ソフト自体の性質で判断されることになるという。つまり、違法なソフト、ハッカーの侵入を容易にするソフトと判断されるような場合は、当該ソフトの開発者が幫助者あるいは正犯者になる余地がある。これに対して、違法でも適法でも使えるようなソフトの場合は、利益衡量して幫助の可罰性を検討するのである⁴⁸⁾。つまり、適法目的で生じた利益が違法目的で生じた損害を超えているならば、許されない危険を創出していないとして、幫助にはならないことになる。

⑥ 日常的な類型については、陳は、a) 非契約型の日常中立的行為の場合と、b) 契約型の日常中立的行為の場合とを分けて検討している。具体的には、a) の場合では、飲食、住居、少量の財物を提供する行為がこれに属する。このような場合、行為者の行為は許されない危険を創出しなされ、幫助犯は成立しない。b) 契約型の日常中立的行為の場合では、日常的な契約行為と、賃貸借契約行為がこれに属する。このような場合、原則として、行為者が認識しただけでは幫助性は否定されるが、その例外として、借金の事例において、貸借の時点もしくはそれ以前に、正犯者が犯罪行為を行うことを認識していた場合、幫助犯になる可能性はあるとされる⁴⁹⁾。

確かに、陳によって類型化された類型には、ほとんどの「中立的行為」の事例が含まれる。しかし、陳の構想には、次のような疑問が挙げられよう。すなわち、危険性の判断による結果を、ほとんど類型ごとに決定してしまう一面があることである。たとえば、中立的行為を類型化した結果、

日常的な生活行為が、窃盗を行おうとしている夫に食事を提供する妻の行為の場合、当然不可罰と認められることになるだろう。このように、類型化された結果、個々の事例において許されない危険の創出・増加に関する検討も未だ少なく、実際に発生した「中立的行為」が事例群の、どれに属するのかを判断することで初めて、結果がわかるというようなアプローチになっている。そのため、「中立的行為」による幫助の問題を検討する際、その危険判断については、精緻化する必要があると思われる。

4. 周光権説

周光権は、客観的帰属論を用いて、中立的な行為の処罰範囲を限定しようとする。彼によれば、主観面のみによつて解決策は、中立的行為の問題について、未必の故意あるいは「有益であっても構わない」という意思だけでは基本的に処罰できないという結論になる場合、これを論証することが困難である。そのため、客観面を重視する客観的帰属論を用いて検討するのが妥当であるとしている⁵⁰⁾。

具体的に、周は、客観的帰属論を幫助犯の問題に用いる際に、言葉を転用する必要があると考える。なぜなら、客観的帰属論は、被害者が直接法益侵害にさらされる危険を正犯行為が創出あるいは実現すると考える理論であるため、幫助行為を取り上げて検討する本稿の議論状況とは別に考えるべきだからであり、それゆえ、正犯と幫助犯は客観的帰属論における帰責の段階が異なると主張するのである。周は、それを次のように言い換えている。すなわち、客観的帰属論において、正犯行為は法益侵害への危険を創出、実現することであり、幫助行為は「正犯行為の危険の創出、実現を強化・促進する」こと、あるいは「間接的に法益への危険を創出、実現する」ことである⁵¹⁾。

また、周は、「中立的行為」にあつては、当該行為が「正犯行為の危険の創出、実現を強化・促進」

するとはいえないとする。したがって、行為者に個別的な状況の認識があるとしてもその行為者を容易に処罰することはできない。周は、次のように「中立性」を失った場合を限定する。① 職業規範に違反する業務行為は、法益侵害への危険を創出する可能性があり、中立の範囲を超えている。なぜなら、職業規範に違反する業務行為は「正犯行為の危険の創出、実現」を強化する恐れがあるからである。たとえば、弁護士が詐欺罪の犯罪集団に代理訴訟を起こすのではなく、詐取金を受領する場合、これは弁護士法の規定に違反し、一般的な社会観念において許容される程度を超え、許されない危険を創出するとみなされ、幫助犯としての可罰性が認められる。② 「特別な認識」により「中立性」がなくなる場合がある。特別な認識とは、「行為者が特定の場合に一般人より『賢明』であり、一般人が認識できない構成要件該当行為・結果に関する危険を認識していることをい」う⁵²⁾。ここで、「中立的行為」が幫助になる場合とは、その行為者において法益侵害の結果への有益性がある（結果に対する促進になりうる）という特別な認識を有する場合である。つまり、行為者が特別に正犯の実行行為性についての認識を有することが必要とされているのである⁵³⁾。

周は、もしこのような特別な認識を欠けば、危険の創出は存在しないと考えており、では、関与者が正犯の危険性について特別な認識を持っていれば客観的に帰責できるかを、次のように分けて検討する⁵⁴⁾。

a) 「中立的な業務行為」の関与者の「特別な認識」は、犯罪の故意と同一視することはできない。つまり、周は、「特別な認識」があるか否かという判断は、結果への帰属の重要な判断基準として、客観的帰属に位置づけられるものであるとする。周がいう「特別な認識」の検討においては、行為者において正犯の危険性を特別に認識していたか、また、その後の具体的な行動を確認し、それによって、当該関与行為は、幫助犯を処罰する危険増

加の程度に達していたかが確定されうるのである⁵⁵⁾。

b) 中立的業務行為の関与者に「特別な認識」があり、職業的な義務に違反しない場合には、客観的帰責性がないとされる。「職業的な義務」というのは、規範論上、行為者が持つ当該危険の保証人的義務をいう。関与者に「特別な認識」があっても、当該危険の保証人的義務がなければ、責任を負わない⁵⁶⁾。

c) 中立的な関与者に「特別な認識」があり、当該行為が職業的行為の枠内の「最大自由の限界」を超える場合、帰責可能性がある。ここでいう特別な認識について、周は次の点を重視する。すなわち、当該行為によって「正犯の実行行為を促進する」という急迫かつ現実的な危険が増加・促進されたか否かという点である。仮に、一定程度の危険のみ増加しても、危険の急迫性や現実性が増加しなければ、幫助犯にはならない。「特別な認識」がある関与者によって侵害の援助を受ける法益が重大で、法益侵害への危険が切迫している場合に、当該行為は中立的な業務活動の「最大自由の限界」を超え、「正犯の実行行為への促進」を増加させ、帰責の対象となる⁵⁷⁾。

「最大自由の限界」について、周は、次のように説明している。ア) 業務行為の最大の射程を考慮する。この点については、業務行為の目的に関わる。たとえば、ナイフを販売する目的は他人の日常生活に有益であるものを提供することである。行為者において、ナイフを使って窃盗犯罪でドアを開けるといふ正犯者の目的について未必の故意を有しつつ、正犯者に対してナイフを販売する場合は、標準的な業務行為の目的から少々外れているが、未だ規範的な業務活動の許容範囲にある。しかし、ナイフを使って人を殺すという「特別な認識」がありながらも、ナイフを販売する行為は「他人の日常生活に有益であるものを提供する」という目的から外れるので、業務行為の最大の射程を超えるとみなし、帰責できることになる⁵⁸⁾。

イ) 法益侵害への直接性、急迫性と重大性を考慮する。中立的な業務行為者が、正犯行為に対する法益侵害への直接性、急迫性、重大性に「特別な認識」がある場合、職業的な行為の許可された「最大の自由限界」を超えたとみなされ、幫助犯になる。また、女性を泥酔させて強姦性交を行うという正犯の目的について、行為者が「特別な認識」を有しつつ、強アルコール飲料を販売する行為は、業務行為と正犯行為との目的の一致性があり、自身の行為を通じて正犯行為を補完することになり、法益に対する危険性が大幅に上昇するので、共犯行為となりうる。法益の重大性、急迫性の判断について、中国刑法20条特殊防衛権⁵⁹⁾の規定には、重大な法益が侵害され、かつ、緊急状態にある場合、特殊な保護をしなければならない旨が定められている。法益の重大性、急迫性という判断は、そのような立法主旨から、中立的行為による幫助の問題においても参考とすることができる⁶⁰⁾。

ウ) 特別な領域に明白な、あるいは潜在的な禁止規範があるかどうかを考慮する。これに対して、周は蔡惠芳の次のような見解を参考にしている。すなわち、業務上の正当な行為というためには、当該行為に社会上の通常性と許容性があること、ならびに、職業的な規範に従ってそれに対応した義務を履行できることが必要であり、2つの条件を満たせば、社会的あるいは職業的な正当行為とみなされうるというものである。弁護士の業務活動に対して法律により保護されている場合、たとえば、その弁護士が、依頼人が「ねずみ講」を行う事実について「特別な認識」を有していたとしても、当該弁護士の法律顧問に関する業務活動には幫助として帰責できない。これに対して、中国弁護士法38条2項によれば、弁護士が、依頼人あるいは他の人が国家安全、公共安全を侵害する行為および他人の身体的な安全をひどく侵害する行為について、その犯罪の予備や実行段階で「特別な認識」を有していたならば、関与機関に犯罪の実現可能性を告白すべきである。弁護行為による

業務的な中立性を主張することはできない。以上のような場合、行為者の「特別な認識」が正犯の目的性を強化するので、中立的な行為であっても行為者に帰責される可能性があることになる⁶¹⁾。

5. 方 鵬 説

方鵬は、中立的行為による幫助を検討する際、当該行為と正犯行為との「特別な関連性」が幫助として処罰されうる重要な基準としつつ、「客観的関連性+目的関連性」という二重標準説を主張した。方によれば、中立的行為による幫助の検討は、幫助犯が成立するかの検討であって、幫助犯の視点から考えなければならない。中立的行為による幫助の問題に関する検討において、重要なのは、「幫助行為」の検討であるが、そこには、目的要素という主観的な内容も含まれるという⁶²⁾。ここで、「目的要素」の「目的」というのは、目的的行為論における「行為目的」、つまり、客観的な目的性という意味である。「幫助行為」の検討は、客観的な検討、つまり、「客観的関連性」の検討と目的要素の検討、つまり、「目的関連性」の検討ということになる。また、判断の順序は、まず、「客観的関連性」、その次に「目的関連性」となる。

具体的に、方は、「客観的関連性」については、幫助行為と正犯行為との関連性に関する判断を行うとしている。すなわち、中立的行為は、正犯行為を促進し、そして、正犯行為に実質的な「利益」を与える場合にのみ、正犯行為との密接な関連が認められ、共同行為として評価できると考えられる⁶³⁾。また、この密接な関連性は、促進の程度が比較的大きいといえる場合に認められるのである。方は、密接な関連性があるてなされる幫助行為のみが可罰的な幫助行為であるとする。そして、密接な関連性の判断については、Thomas Weigendの「仮定的代替原因説」の判断方法を用いる⁶⁴⁾。すなわち、当該幫助行為がなければ、正犯者の正犯行為が他の幫助手段を通じて結果まで至りえたかどうかを判断するのである。

密接な関連性の判断について、方は、次のような「行為者の代替基準」を用いて考慮しようと主張する。すなわち、正犯者が幫助者の役を演じて、正犯者が当該中立的な幫助行為を行うときに、刑法上で評価できるかどうかという代替基準である。このようにすることで、当該中立的な幫助行為が可罰的であるかどうかを判断できる。たとえば、正犯者の妻は、夫が晚餐の後に強盗行為を行うことを認識していても料理を作ったという事例に、以下の条件をつけて判断する。すなわち、正犯者が自ら料理を作って強盗に備える、その料理を作った行為が強盗罪の予備行為あるいは実行行為と認められるか否かという仮定的代替原因の判断である。このような仮定のもとで、正犯者の処罰が不可能であれば、当該行為は実行行為にとって実質的な助けになっていない。それゆえ、料理を作った妻は幫助犯には該当しない⁶⁵⁾という考え方である。

次に、方は、目的関連性に関して、行為の目的を考慮する。すなわち、中立的行為とされている行為が正犯行為を幫助する目的のみである場合は、幫助が成立する余地がある⁶⁶⁾。ここでは、行為者が正犯者の犯罪意図を確実に認識し、また、関与行為が正犯行為に具体的な利益を与えたことを確実に認識したことも要求される。重要なのは、次の2点である。すなわち、第1に、関与者が正犯行為および関与行為の利益性に関して、単に認識しているのみでは足りず、確定的な認識を求められていることである。正犯の犯罪意図を確定的に認識していながら、その関与行為を行った者が、幫助犯になるのである。確定的な認識がなければ、すなわち、単に自分の行為が犯罪に利用されるかもしれないという認識で、幫助犯にはならない。第2に、関与者が確実に認識した対象について、正犯者の実行行為が確実に行われることと、関与行為が実行行為に密接な関連性と実質的な利益性を有することである。関与者に、正犯者の実行行為について確定的な認識があっても、自分の関与

行為と正犯行為との間に関連性があると認識していない場合、あるいは確定的な認識がない場合には、幫助犯は成立しない⁶⁷⁾。

構成要件の段階において「客観的関連性」と「目的関連性」を検討する考え方、特に、方による「目的関連性」という主張は、優れていると思われる。なぜなら、責任段階の故意と構成要件段階での主観面を区別する上で、「行為目的」という要素を論じている目的要素に注目すれば、客観的的要件段階で故意の如何によって許されない危険を判断する欠点を回避することができ、法解釈論上も困難が回避できるからである。「客観的関連性」に関する検討にあたって、正犯行為との密接的な関連性を仮定的代替原因で判断することについては、引き続き検討する必要があると考える。

6. 陳興良説

陳興良は、「中立的行為」を「日常的行為」と「職業的行為」とに分けて、「職業的行為」のみが「中立的行為」であるという限定を主張している。つまり、「中立的行為」の範囲の広さを限定して、「日常的な中立的行為」を「中立的行為」の概念から除外するのである。なぜなら、たとえば、陳洪兵の分類の中の、「契約型の日常的な中立的行為」において、民事上の義務履行あるいは民事上の権利行使に関する行為は、法秩序の統一性の理論を用いて解決できるのであり、特別に「中立的行為」の問題として検討する必要はないからであるという。それゆえ、陳が検討している「中立的行為」の問題は「職業性のある中立的行為」の問題なのである⁶⁸⁾。

また、陳は、当該行為の範囲内において、次のように「中立的行為」を類型化して検討する。すなわち、①商品売買型の中立的行為。ここで、陳によれば、ある職業内の規定に違反し、規制される商品を販売する場合、当該販売行為の中立性は否定されるべきではなく、可罰的条件を満たす場合にのみ幫助犯として処罰される。②サービス提

供型の中立的行為。このようなサービス提供型の中立的行為に関して、当該提供行為の可罰性は、行為者が提供したサービスが職業内の法律規定に適合するか否かによって判断される。行為者が提供したサービスが職業内の法律規定に違反し、他人の犯罪行為を知りながら、サービスを提供する場合、当該行為には可罰性がある。そして、③技術型の中立的行為である。技術型の中立的行為の場合、当該提供されたサービスの性質により、負うべき義務が異なるので、それぞれに義務を履行することができたのかを検討する必要もある⁶⁹⁾。

このように類型化した後、「中立的行為」における幫助の処罰範囲について、陳は、客観面と主観面の両面から限定するのが適切であると主張する。陳は、(前に言及した)方の主張「客観的関連性+目的関連性」(二重標準説)という判断の枠組みを参考にした上で、次のような見解を主張する。すなわち、客観面で行為の可罰範囲の限定を図るために、正犯行為との「密接な関連性」との作用を検討し、「客観的関連性」といえるか否かを検討するのである。陳は、客観面で検討した「密接な関連性」について、次のように説明している。すなわち、中立的な行為は、犯罪行為から除外された「中立性のある」行為ではなく、共犯行為の一部分と認められる場合に、「密接な関連性」があると評価されるのである。

そして、目的関連性に関しては、まず、幫助犯は目的犯として理解される。ここでいう、目的犯における目的は、責任要素ではなく、主観的違法要素に属しており、ここで幫助犯が目的犯としてみなされる限りでは、一定の犯罪構成要件に基づき、犯罪成立要素を主観面で限定するためであるとされている。正犯にナイフを提供する一般的な幫助行為を例にすると、殺人の幫助行為にかかって、幫助者(ナイフの提供者)が「殺人の相手」や「誰を殺す」かや「殺人の理由」などについての具体的な認識を有していることが必要である。このような具体的な認識がある場合、幫助犯が正

犯の殺人の目的を明白に認識しているということが出来る⁷⁰⁾。

これに対して、「中立的な行為」の場合には、たとえば、店員が正犯者にナイフを販売する行為に対して、当該店員の、「ナイフの購入者が殺人行為にそのナイフを使う」可能性があるという抽象的な認識を当該幫助行為の可罰性の根拠と認めることはできない。なぜなら、当該店員には、ナイフを販売する際に、購入者に対して購入の理由を審査する義務はないからである。他方で、当該店員が正犯者の殺人行為についての具体的な事実共謀（殺人の目的）があるといえる場合、当該販売行為は正犯の殺人行為の一部を形成することから、殺人の幫助の可罰性があるといえることになる⁷¹⁾。

IV 幫助の処罰根拠と客観的帰属

「中立的行為」による幫助の問題は、その可罰性の根拠に関連する。したがって、共犯の処罰根拠論は、「中立的行為」を検討する際に避けて通ることのできないテーマである。

共犯の処罰根拠について、まず、日本では、かつては墮落説に立ち、幫助の因果性を不要とする立場が有力であったが、現在は因果的共犯論が多数説になり、幫助行為と正犯結果との間に因果性が必要であるとする考え方が多い⁷²⁾。

一方で、中国の伝統的な共犯理論のもと、張明楷は第I章で述べた伝統的な共犯理論の欠点を批判しつつ、共犯の立法主旨が正確に理解されていないのではないかと指摘している。張によれば、共同犯罪はあらゆる不法の状態であるとする。また、幫助犯が処罰されるのは、幫助行為が法益への侵害を促進するという不法を行うがゆえである。そのため、幫助行為と正犯結果との間には因果性が必要とされるのである⁷³⁾。中国においては、学説上、多くの論者が因果的共犯論に立ち、幫助行為と正犯結果との間に因果関係があれば幫助犯になると主張しているが、状況は日本においても同

じであろう⁷⁴⁾。確かに、因果関係という基準は、構成要件段階での結果帰属の最低限度の要件として寄与することができる。しかし、行為者の態度がなければ、具体的な結果が発生しなかっただろうということ、ないし行為者によって設定された条件が具体的な結果において（なんらかの方法で）効果を有したということが、結果帰属のための十分な基礎になるとはいえない。因果関係のフィルターとしての効果はわずかである⁷⁵⁾。したがって、単純に因果関係を論じることのみで「中立的行為」の問題を解決するのは難しいといえよう。

そこで、現在、有力な因果的共犯論に立脚し、幫助行為と発生結果との因果関係が必要であるとした場合、故意を基準とするアプローチと、結果帰属から検討するアプローチがある。

1. 故意を基準とする検討

井田良によれば、幫助の故意を認めるには2つの要件が満たされなければならない、① 幫助者において、実行行為が行われることについての認識と意思がある、② 幫助者において、構成要件を実現することまでの故意がある、ことが必要である⁷⁶⁾。このように考えると、幫助の成立には幫助の故意があるという要件だけではなく、正犯結果までを認識する必要があることになる。

これを「中立的行為」の問題に応用すると、どのような結論に至るのであろうか。まず、「中立的行為」の行為者は、正犯が怪しいことをしているという認識だけでは、幫助犯にはならない。たとえば、顧客がナイフを買った場合には、「正犯者が誰かを殺すかもしれない」という認識では足りない。誰かを殺害するという幫助者としての認識が求められるのである。次に、「中立的行為」の行為者はそもそも、正犯結果までの認識に達していない。そうすると、故意の領域で「中立的行為」の可罰性を限定すれば、十中八九不可罰になるように思われる。仮に、幫助犯の成立には、正犯を幫助するという認識だけで足りるという立場に立脚

すれば、正犯行為に対して「中立的行為」によって関与する者の認識は常に曖昧であるため、必ずしも明確な指針を提供するとはいえないであろう。とすると、単に故意を重視する見解、あるいは、客観面を考慮しつつ、行為者の故意を重視する見解に、中立的幫助の可罰性を限定する効果は見込めないであろう。

2. 結果帰属からの検討

本稿で述べた先行研究の検討を踏まえれば、混合惹起説を基礎に客観的帰属が共犯論に用いるアプローチが「許されない危険」の創出、実現を構成要件の枠内にて判断することで、主観面の検討と故意の検討とを区別することができ、本稿で問題としてきた課題を解決できる点で、方法論的に優れていると思われる。豊田説によれば、共犯も正犯と同じように独自の法益侵害を行うことが考えられるので、正犯の結果帰属理論である客観的帰属論を共犯論に転用することができる。混合惹起説は、共犯の処罰根拠に共犯独自の法益侵害の要素を取り込むことから、客観的帰属論を共犯に転用するということが、方法論的・体系論的な意味を有するのである⁷⁷⁾。このような混合惹起説を基礎に客観的帰属論を共犯論に用いるという方法論は、ドイツのRoxinにまず探究され、そのようなアプローチを日本では豊田が展開しているといえよう。さらにいえば、中国でもそのような理論の適用の可能性を検討している学者もいるのである。

このような方法論の根底には、行為と結果との間の因果関係の連関が結果帰属のために必要な前提であるが、それだけでは十分ではないという考え方である。また、客観的帰属論は因果関係の考察の規範的修正を正しく理解し、考慮に入れられるようにするための有益な論証材料を我々に示るのであり⁷⁸⁾、これを前提に客観的帰属論を用いることで、本稿の問題の解決可能性を検討していきたい。

まず、「中立的行為」の問題は、以前から、「価

値中立」として論じられているが、「価値中立」という判断はどのような基準によるのかは曖昧であり、「中立的行為」を定義づけるには十分とはいえないであろう。この問題において、「社会的意味」の判断について、客観的帰属論によって確定することができるのか。山中によれば、客観的帰属論とは、「結果を行為に帰属させるための基準を求めるさまざまな理論を総称するために用いられる名称である。それ自体では、そこに融合している危険範囲説や規範目的論をまとめるための内容空疎な器でしかないかもしれないが、……このような方法論にもとづいて、従来の相当因果関係説が、当該結果の発生が『日常生活経験上相当』かどうかのみを基準として帰属判断をしてきたのに対して、それのみでは十分ではなく、客観的帰属論という大きな枠組みの中で、保護目的や危険連関などの別の基準を考慮に入れつつ、事例類型に応じて具体的に、結果帰属の基準を体系化しようという提案なのである⁷⁹⁾。また、Roxinの客観的帰属論は、危険の創出と危険の実現という基本的な枠組みを前提とし、「許されない危険」を取り入れ、規範的な視点からの定義づけを試みるのである。以上のことに基づいて、豊田は、Roxinの理論を用い、結果が客観的に行為に帰属され、行為が犯罪的な意味を有するのは、結果惹起行為が結果発生の「法的に許されない」危険を創出しており、構成要件的な結果において、これを実現しているからであるという理論を提示する⁸⁰⁾。そこで、客観的な事情に基づく「許されない危険」を確認し、そして、その危険が構成要件の枠内にあるか否かについて判断するというアプローチによって、「中立的行為」の「社会的意味」は、刑法の規範的機能に関する考察において限定され、解釈されるとするのである。したがって、このようなアプローチは、上記の社会的相当性や職業相当性という判断基準により、裁判の安定性をもたらすであろう。

次に、中立的行為による幫助の問題において、混合惹起説を基礎にする考察方法を検討してみる。

共犯の処罰根拠とされる問題は、正犯の処罰根拠と共犯の処罰根拠をどのように捉えているのかという問いである。つまり、正犯の処罰根拠と共犯の処罰根拠が同質なものであるかどうかという問題である。現在の有力説によれば、両者は同質的なものであり、正犯行為も共犯行為も、当該保護法益を侵害し、構成要件結果を惹起したという点で処罰される。もっとも、両者が同じく構成要件結果を惹起したけれども、幫助行為の場合、構成要件結果を間接に惹起したと見え、幫助の不法は二次的であり、幫助行為による、正犯結果に対する寄与（つまり、幫助行為による危険の創出・実現）の程度は、正犯行為より低い。それゆえ、幫助犯の成否の検討は正犯の成否の検討とは異なる基準で検討しなければならない。惹起説が、構成要件的结果を間接的に惹起する点に共犯の処罰根拠があるとするのに対して、混合惹起説によれば、「共犯の処罰根拠はあくまで、構成要件的な違法性の惹起、あるいは、構成要件という枠によって枠づけられた違法性の惹起であり、単に、法益侵害という意味での違法性を惹起すればよいというわけではない」ということになる⁸¹⁾。そうであれば、中立的行為による幫助の問題を検討する際、混合惹起説を用いる結果、共犯の成立には違法な正犯行為が必要であるが、正犯により惹起された結果が共犯にとって構成要件に該当するものの違法ではない場合には、当該幫助行為は不可罰となると考えられることになる。

さらに、混合惹起説によると、幫助犯の不法は、「正犯に従属する不法」と「独自の不法」という2つの面があることになる。幫助犯の独自の不法に鑑みれば、幫助行為を独立の犯罪類型として規定したとしても、共犯の従属性とは矛盾していないと思われる。中国では刑法287条の2、つまり情報ネットワーク犯罪活動の幫助罪⁸²⁾という条文があり、中立的行為に関する情報ネットワーク犯罪と論じられている。また、この条文が、幫助を独立の犯罪類型として定められているのか、それとも、

幫助犯の量刑規則として定められているのかについて、激しく議論されている。張によれば、本条は、独立の幫助罪を正犯類型として把握したものではなく、あくまで幫助犯の量刑規則について定めたものであるということになる⁸³⁾。これに対して、陳は、本条については独立の幫助罪を正犯類型として扱うのが正当な理解であるという⁸⁴⁾。もっとも、287条の2に定められている情報ネットワーク上の犯罪活動の幫助行為には、「一般的な幫助」が含まれ、つまり「中立的な幫助」も含まれるという理解は広く認められる。混合惹起説は、幫助犯独自の不法を認めるので、情報ネットワーク犯罪活動の幫助罪が独立の犯罪類型として位置づけられる理論根拠になりうるであろう。

本稿では、因果的共犯論から、中立的行為による幫助の問題を検討してきた。まず、単純に因果関係を検討することで、本稿で検討の対象とする問題は解決できないとし、故意への帰属と結果への帰属から考察してみた。現在の通説によれば、幫助の成立には幫助の故意があるという要件だけではなく、正犯結果までの認識も必要とする。「中立的行為」の行為者にあつては常に正犯結果への認識が曖昧であり、行為者の故意を重視する見解には、中立的幫助の可罰性を限定する効果は見込めない。もっとも、日本刑法38条であれ、中国刑法14条であれ、確定的故意と未必の故意に関して、判断方法や法的結果について、特に設定していない。刑法において、特に確定的故意を要求していない場合には、原則的に、未必の故意と他の故意が等しいと判断することができる。本稿の問題における行為者にあつては、通常未必の故意しか持っていないといえよう。以上のことから、故意を基準に中立的行為を論じることには限界があると思われる。次に、結果への帰属から、すなわち、客観的帰属からの考察に重点を置きつつ、検討した。構成要件段階で因果関係と客観的帰属という結果帰属の判断の枠組みには、因果関係のみによって判断した場合の欠缺を修正することができる。

また、客観的帰属論からの検討には、「法的に許されない危険」の実現が構成要件の枠内にあるか否かを判断することで、「中立的行為」の「社会的意味」の内容が、刑法の規範的機能に関する考察において明らかにされよう。そして、「許されない危険」の創出の判断によって幫助行為の性格が評価され、「許されない危険」の実現といえるか否かの判断によって幫助行為の帰責可能性を判断することができ、本稿で取り上げた問題の処罰範囲は一層限定されるといえよう。さらに、混合惹起説には「正犯に従属する不法」と「独自の不法」という2つの面があり、中立的行為による幫助の処罰根拠論として妥当であると考える。

V おわりに

本稿では、日本、中国の刑法理論に基づき、「中立的行為」による幫助の問題を比較法的に検討してきた。学説においては、いわゆる全面可罰説も主張されているが、両国において支持者が少ないため、考察の対象とせず、現在日本および中国での客観的帰属論に基づき主張される限定説を中心に検討を加えた。

結論としては、「中立的行為」による幫助の問題は、客観的帰属論に基づいて、客観面を重視する考え方をもって、検討すべきであると思われる。そこで、客観的帰属論を共犯論に転用するために、混合惹起説を理論的背景としつつ、特に、共犯固有の法益侵害に対する承認を意識的に応用した。「法益が共犯者に対して保護されていない場合、つまりこの共犯者が法益を全く刑法上重要な方法ではない中で侵害できる場合、共犯者自身としては、法的に認められていない危険の創出、あるいはその増加をさせることができない。したがって、その帰属が正犯者のために現実化されたとしても、共犯者への帰属が除外される」⁸⁵⁾、として、Roxinは、共犯独自の不法の場面で、客観的帰属論の「許されない危険の創出・増加」という要件を適用し、共犯の処罰根拠と客観的帰属との結合を試みてい

る⁸⁶⁾。このように、基本的に客観的帰属論を用いる限定説は、より合理的な解釈を導きうるという点でも、また、法的安定性を獲得できるという点でも、妥当であると思われる。

私見によれば、「中立的行為」による幫助の問題は、2段階で検討する必要があることになる。すなわち、まず、第1段階では、客観面を重視して検討する。すなわち、客観的帰属論を用い、客観的な事情が「許されない危険」として認められるかどうかを検討する。具体的にいえば、Roxinの類型化された客観的帰属論を用いて、「中立的行為」については、第1に、関与行為自体の危険性を判断する、つまり、許されない危険の創出に関する判断を行う。第2に、許されない危険が結果的に実現しており、そして、それが行為者に帰属ものといえるか、つまり、許されない危険の実現であるかどうかを判断する。さらに、その関与行為が構成要件の枠内に収まるかについて判断を行うということになる。

次に、第2段階では、客観的帰属論に基づき、幫助者の主観面を検討することになる。この段階では、方の「目的関連性」という検討方法を用いることができよう。ここでいう目的関連性の検討方法とは、主観的関連性についての検討を通じて、行為の目的を考慮することである。すなわち、中立的行為は、正犯行為を幫助する目的をもって行われる場合にのみ、幫助として処罰されようということである。ここでは、関与者は正犯行為に対する関与行為の利益性について、確定的な認識を有していることが重要である。つまり、関与者は、正犯者が実行行為を行うことのみならず、関与行為の、正犯行為との密接な関連、または、正犯行為に対する促進のいずれかを認識していなければならない。なお、本稿では、客観面の検討に重きを置いたことから、故意の問題については踏み込むことができなかった。故意の問題は責任の段階において検討されるべきであり、この点については、今後の検討課題とした。

さらに、この2段階の検討構造を適用するために、解決すべき問題がまだいくつか残っている。たとえば、①客観的帰属論において、法益侵害に関する危険の判断基準については、学説上、統一的な見解がなく、危険判断の基準が不明確などの批判を受けているのが現状である。次に、②客観的帰属論を用いて限定する見解に対しては、詳細な帰属基準と具体的な規範評価基準が示されていないという批判がある。この点については、具体的な規範評価基準として、『中国の最高裁判所・最高検察庁情報ネットワークの不正使用・情報ネットワーク犯罪活動の幫助等刑事事件における法律適用若干問題に関する解釈』（2019年11月1日施行、法積〔2019〕15号）11条⁸⁷⁾が参考になると思われる。つまり、このような司法解釈に依拠して挙げられた判断要素が客観的帰属の判断要素になりうると考えられるのである。しかし、この条文はインターネットに関する犯罪のみを対象とするものであり、「中立的行為」全体に解決をもたらす法令はないのが現状である。さらに、③正犯論に適用している客観的帰属論を共犯論に転用するために、さらに具体的に検討する必要がある。つまり、「共犯固有の不法」に共犯の処罰根拠を求める「混合惹起説」を基礎に、客観的帰属論の要件である「許されない危険の創出」の判断を検討、適用する方法について、引き続き具体的な考察を進めなければならない。以上3点の検討が必要となるが、これについては今後の課題としたい。

注

- 1) 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年）34頁参照。
- 2) 最決平成23・12・19刑集65・9・1380頁以下参照。
- 3) 豊田兼彦「業務行為と詐欺幫助」法学セミナー779号（2019年）43頁以下参照。
- 4) 賈宇主編『刑法学〔上・総論〕』（高等教育出版社、2019年）92頁以下参照。
- 5) 高銘暄＝馬克昌主編『刑法学〔上編〕』（中国法制

出版社、1999年）162頁以下参照。

- 6) 伝統的な共犯論において、前に言及されている3つの成立要件のうち、①「行為者が二人以上であり、かつ刑事責任年齢と刑事責任能力を具備していること」については責任条件、②「共同で犯罪を行うこと」については、違法条件、③「共同の犯罪故意があること」については責任条件とみなされる。このように共犯の成立を判断するにあたって、責任要素と違法要素とを混同して検討する点について批判されている。
- 7) 張明楷『刑法学・上巻〔第六版〕』（法律出版社、2021年）494頁以下参照。
- 8) 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（成文堂、2009年）19頁以下参照。
- 9) Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II*, 2003, S. 130f., 131f. 豊田・前掲注8）20頁参照。
- 10) 小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』（成文堂、2015年）201頁参照。
- 11) 山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣、2018年）319頁以下参照。
- 12) 小島・前掲注10）200頁。
- 13) 曲田統『共犯の本質と可罰性』（成文堂、2019年）195頁参照。
- 14) 曲田・前掲注13）196頁。
- 15) 曲田・前掲注13）200頁以下。
- 16) 濱田新「幫助犯の処罰範囲限定理論について：中立的行為事例を素材として」法学政治学論究：法律・政治・社会93号（2012年）247頁参照。
- 17) 山中・前掲注1）100頁以下。
- 18) 山中・前掲注1）110頁以下。
- 19) 山中・前掲注1）112頁以下。
- 20) 山中によれば、犯罪の実行に使用されることの多い危険な物・情報の提供も、犯罪の実行に使用されることの多い役務の提供の類型と同様に分類して解決するのである。
- 21) 山中・前掲注1）133頁以下。
- 22) 陳洪兵『中立行為的幫助』（法律出版社、2010年）176頁以下参照。
- 23) 陳（洪兵）・前掲注22）129頁。なお、陳は、最初に意思連絡の有無や心理的な因果性の存否に着目して分類するのではなく、幫助行為の客観的要件に着目して分類した上で、刑法上の危険性があるか否かを検討することを主張している。
- 24) 豊田兼彦「狭義の共犯の成立要件について—『中

- 立的行為による幫助』および『必要的共犯』の問題を素材として—」立命館法学310号（2006年）251頁以下、豊田・前掲注8）167頁以下。
- 25) 豊田・前掲注24) 266頁。
 26) 豊田・前掲注8）174頁。
 27) 豊田・前掲注8）174頁以下。
 28) 豊田・前掲注8）175頁以下。
 29) 豊田・前掲注3）44頁。
 30) 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）119頁以下。
 31) 島田・前掲注30) 85頁以下。
 32) 島田・前掲注30) 120頁以下。
 33) 曲田・前掲注13) 168頁の注を参照。
 34) 照沼亮介「共犯の処罰根拠論と中立的行為による幫助」齊藤滋治ほか編集『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂、2006年）585頁参照。
 35) 黎宏「論中立的詐欺幫助行為之定性」法律科学（2012年第6期）146頁以下参照。
 36) 黎・前掲注35) 151頁以下。
 37) 黎・前掲注35) 151頁。
 38) 王華偉「中立的幫助行為の解構與重建」法学家（2020年第3期）150頁以下参照。
 39) 王・前掲注38) 152頁以下。
 40) 王・前掲注38) 153頁。
 41) 王・前掲注38) 153頁以下。
 42) 王・前掲注38) 154頁以下。
 43) 陳（洪兵）・前掲注22) 176頁以下。
 44) 陳（洪兵）・前掲注22) 176頁以下。
 45) 陳（洪兵）・前掲注22) 190頁以下。
 46) 陳（洪兵）・前掲注22) 207頁以下。
 47) 陳（洪兵）・前掲注22) 222頁以下。
 48) 陳洪兵「論中立幫助行為の処罰境界」中国法学（2017年第1期）202頁以下参照。
 49) 陳（洪兵）・前掲注22) 245頁以下。
 50) 周光權「中性業務活動與幫助犯的限定—以林小青被控詐欺、敲詐勒索案為切入点—」比較法研究（2019年第5期）34頁以下参照。
 51) 周・前掲注50) 41頁以下。
 52) 周・前掲注50) 43頁。
 53) 周・前掲注50) 43頁以下
 54) 周・前掲注50) 44頁。
 55) 周・前掲注50) 44頁以下。
 56) 周・前掲注50) 45頁。
 57) 周・前掲注50) 45頁。
 58) 周・前掲注50) 45頁以下。
 59) 中華人民共和国刑法20条3項では、「現に行われている暴行、殺人、強盗、強姦、身代金略取その他の身体の安全に著しい危害を及ぼす暴力犯罪に対して、防衛行為を行うことによって不法侵害者に死傷の結果を生じさせたときは、過剰防衛とはならず、刑事責任を負わない」となる。甲斐克則＝劉建利編訳『中華人民共和国刑法 [アジア法叢書31]』（成文堂、2011年）78頁参照。
 60) 周・前掲注50) 45頁。
 61) 周・前掲注50) 45頁以下。
 62) 方鵬「論出租車載乘行為成立不作為犯和幫助犯的条件—『冷漠的哥案』中的法與理—」刑事法判解（2013年第1期）52頁以下参照。
 63) 方・前掲注62) 64頁以下。
 64) 方・前掲注62) 66頁。
 65) 方・前掲注62) 66頁以下。
 66) 方・前掲注62) 67頁。
 67) 方・前掲注62) 67頁以下。
 68) 陳興良「論中立的幫助行為」東方法学（2022年第4期）134頁以下参照。
 69) Winnyのような技術がこれにあたる。陳興良によるこのような類型化は、陳洪兵による類型を転用し、簡略化されたものである。陳（興良）・前掲注68) 139頁以下。
 70) 陳（興良）・前掲注68) 137頁。
 71) 陳（興良）・前掲注68) 137頁以下。
 72) 只木誠『コンパクト刑法総論 [第2版]』（新世社、2022年）285頁以下参照。
 73) 張・前掲注7）495頁以下。
 74) 張・前掲注7）495頁以下、陳興良「共同犯罪論 [第三版]」（中国人民大学出版社、2021年）248頁以下、周光權「刑法総論 [第四版]」（中国人民大学出版社、2021年）368頁以下、黎宏「刑法学総論 [第2版]」（法律出版社、2016年）257頁以下、付立慶「刑法総論」（法律出版社、2020年）286頁以下も参照。
 75) Johannes Wessels / Werner Beulke / Helmut Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 48. Aufl., 2018, S. 80f.
 76) 井田良『講義刑法学・総論 [第2版]』（有斐閣、2018年）542頁。なお、井田の説明は、教唆犯のとき

- るを参照したが、この説明は幫助犯にも当てはまるという。
- 77) 豊田・前掲注8) 26頁。
- 78) Wessels / Beulke / Satzger, a.a.O. (Anm. 75), S. 81. 他方、Frischも、客観的帰属論による規範的な修正は必要であるとしている。そして、客観的帰属論は客観的な構成要件を限縮することも期待であると主張している。Wolfgang Frisch, (恠純良訳) Objektive Zurechnung des Erfolgs-Entwicklung, Grundlinien und offene Fragen der Lehre von der Erfolgszurechnung, 『当代德国刑事法研究 [第1巻]』(法律出版社、2017年) 122頁。
- 79) 山中敬一『刑法における客観的帰属の理論』(成文堂、1997年) 3頁以下参照。
- 80) 豊田・前掲注8) 174頁以下。
- 81) 西田典之著・橋爪隆補訂『刑法総論 [第3版]』(弘文堂、2022年) 362頁以下参照。
- 82) 情報ネットワーク犯罪活動の幫助罪は、2015年11月1日より施行された『中国刑法修正案(九)』で、新たに追加された罪名である。中華人民共和国刑法第287条の2では、「① 他人が情報ネットワークを利用して犯罪を実行することを知りながら、インターネット接続、サーバーホスティング、ネットストレージ、通信伝送等の技術面のサポート又は広告宣伝、支払決済等のサポートを提供した者は、情状が重いときは、三年以下の有期懲役又は拘役に処し、罰金を併科し又は単科する。② 組織体が前項の罪を犯したときは、組織体に対して罰金を科するほか、その直接責任者を負う主管者およびその他の直接責任者も、第①項と同様に処罰する。③ 前2項の行為を行うと同時にその他の犯罪にも該当するときは、重い処罰規定により罪を認定し、処罰する。」となる。
- 83) 張明楷「論幫助信息網絡犯罪活動罪」政治和法律(2016年第2期) 15頁以下参照。
- 84) 陳興良「共犯行為的正犯化：以幫助信息網絡犯罪活動為視角」比較法研究(2022年第2期) 44頁以下参照。筆者は、中国刑法287条の2情報ネットワーク犯罪活動の幫助罪という条文が独立の幫助罪を正犯類型として扱っているのは妥当であると考えている。
- 85) Claus Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, in: Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70 Geburtstag, 1993, S. 381. 豊田・前掲注8) 25頁参照。
- 86) 豊田・前掲注8) 25頁。
- 87) 中国には、最高裁判所・最高検察庁情報ネットワークの不正使用・情報ネットワーク犯罪活動の幫助等刑事事件における法律適用若干問題に関する解釈(2019年11月1日起施行、法釈 [2019] 15号) 11条：「他人の実行行為にテクニカルサポートあるいは幫助を提供する行為について、下記の情状を一つに満たず場合に、行為者が他人の情報ネットワーク犯罪の実行行為を行うことを知りながら、幫助することとみなす。ただし、反対証拠がある場合は、除外される：① 監督官庁の告知を受け取った後、当該行為を続行する場合。② 通報を受け取った後、法定的な管理職責を履行していない場合。③ 取引価額又は取引方法が明確的に異常とされる場合。④ 違法な犯罪プログラミングシステム、工具あるいはその他のテクニカルなサポート・幫助を専門的 [特別一訳者注] に違法犯罪に提供する場合。⑤ 頻繁に、インターネットをする時にシークレットモードの設置、暗号化通信、データ削除などの措置をとり、又は偽身分を使用することにより、監督・調査を忌避する場合。⑥ 他人の、監督の回避あるいは調査忌避のために技術的にサポート・幫助する場合。⑦ その他の行為者が明白に認識することを認定できる情状がある場合。」という条文がある。

