

2019 年度

助教論文

幫助犯における法的因果関係

一橋大学大学院

法学研究科

特任助教

酒井 智之

目次

序章	はじめに.....	1
第1節	問題の所在.....	1
第2節	本論文の目的・検討対象・射程・手法.....	5
第3節	用語の整理.....	7
第4節	本論文の概要.....	8
第1章	共犯の処罰根拠論からの手掛かり.....	1
第1節	はじめに.....	1
第2節	処罰根拠論としての惹起説.....	3
1.	日本における惹起説の諸相.....	3
2.	近時のドイツにおける惹起説の諸相.....	10
3.	検討.....	13
第3節	惹起説内部の対立と幫助犯の成立要件.....	21
1.	十河太郎の見解.....	21
2.	十河説の検討.....	23
第4節	惹起説における「惹起」の意義.....	27

第5節	小括	29
第2章	日本の裁判例・学説における幫助犯の因果性	30
第1節	はじめに	30
第2節	裁判例における幫助犯の因果性	31
1.	古い裁判例	31
2.	戦後の裁判例	32
3.	近時の裁判例	33
4.	小括	35
第3節	学説における幫助犯の因果性	36
1.	条件関係を要求しない見解	37
2.	条件関係を要求する見解	42
第4節	小括	48
第3章	ドイツにおける幫助犯の結果帰属構造	50
第1節	はじめに	50
第2節	因果関係を緩和ないし放棄する見解	51
1.	促進関係説	51

2.	因果関係の内容を緩和する見解.....	52
3.	因果関係を放棄する見解：危険犯説.....	54
第3節	因果関係の存在を前提として規範的に帰属範囲を限定する見解.....	59
1.	Samson の見解：強化原理と引受原理.....	59
2.	Roxin の見解：因果的危険増加論.....	64
3.	類似した出発点を採用する他の見解.....	69
第4節	異なる出発点を採用する近時の見解.....	73
1.	厳格な合法則的条件関係に依拠する見解.....	73
2.	Renzikowski の見解：可能化ないし容易化説.....	75
3.	Frister の見解：所為総体への寄与説.....	76
第5節	若干の検討と学説の整理.....	77
1.	促進関係説の位置づけ.....	77
2.	惹起説と因果関係概念.....	79
第6節	小括.....	82
第4章	結果変更説について.....	85
第1節	はじめに.....	85

第2節	条件関係の意義	87
1.	conditio sine qua non 公式を用いる条件関係説と合法則的条件関係説.....	87
2.	十分条件関係としての合法則的条件関係	88
3.	代替原因の取扱いの相違.....	91
4.	小括.....	93
第3節	仮定的因果経過の考慮の可否.....	95
1.	問題の概要	96
2.	仮定的因果経過を考慮することの原理的な許容性.....	99
3.	仮定的な代替原因を起点とする仮定的因果経過を考慮する見解.....	101
4.	代替原因の考慮を一切認めない見解.....	106
5.	現実化している代替原因を起点とする仮定的因果経過のみを考慮する見解	112
6.	小括.....	118
第4節	結果変更の意義	120
1.	問題なく結果変更が認められる場合.....	120
2.	結果発生 of 早期化としての結果変更.....	120
3.	法益侵害結果以外の加重構成要件に該当する事実の実現による結果変更？	127

第5節	結果変更説の検討	130
1.	結果変更説の至るべき帰結	130
2.	検討	132
第6節	小括	134
第5章	危険増加的因果関係説の検討	135
第1節	はじめに	135
第2節	事実的因果関係としての条件関係	138
1.	侵害経過の一部を構成することの要否	138
2.	条件関係必要説再考	143
3.	小括	148
第3節	危険増加の判断基準	150
1.	危険増加の意義	150
2.	危険増加の基準時の問題	151
3.	危険増加的事実の正犯所為への析出	156
4.	危険増加判断の比較対象としての仮定的因果経過	176
5.	小括	185

第4節	危険実現の判断基準	186
1.	問題の概要	186
2.	結果の一部分を惹起することの必要性.....	186
3.	私見の適用による事例の解決.....	188
第5節	小括.....	192
第6章	心理的幫助犯における因果関係	193
第1節	日本の裁判例	193
1.	東京高判平成2年2月21日判時41巻1-4号7頁	193
2.	最決平成25年4月15日67巻4号437頁.....	193
第2節	心理的因果性・心理的幫助犯否定説ないし限定説.....	195
1.	心理的因果性の内実	195
2.	心理的幫助犯否定説ないし限定説	200
3.	小括.....	204
第3節	特殊な帰属基準を採用する見解.....	205
1.	「蓋然性法則に基づく帰属」を肯定する見解.....	205
2.	証明の困難性に基づく成立要件の緩和を支持する見解	213

3. 小括.....	216
第4節 心理的幫助犯における因果関係の判断枠組み.....	218
1. 学説.....	218
2. 検討.....	226
3. 私見.....	233
第5節 私見を踏まえた裁判例の検討.....	238
1. 板橋宝石商殺害事件(東京高判平成2年2月21日)について.....	238
2. 最決平成25年4月25日について.....	239
終章	
第1節 本論文の検討内容と私見の再確認.....	246
第2節 意義と今後の課題.....	249

序章 はじめに

第1節 問題の所在

刑法 62 条 1 項は幫助犯の成立要件について「正犯を幫助した」と規定するに留まり、条文の文言からその成立要件を読み取ることは容易ではない。どのような行為が禁止されるのか、という最も基本的な問題についてすら、どのような行為が「正犯を幫助する」ものといえるのかを条文から読み取ることは容易ではない。成立要件の手掛かりとしては、まず、総則上の「幫助」という概念にはいわゆる事後従犯が含まれないという点については、前提としてよいだろう¹。そのため、「幫助」の対象は、——犯人蔵匿・隠避のように「罪を犯した者」ではなく——正犯者の遂行する犯罪であると理解できる。そして、正犯を「幫助した」というような関係がある場合に幫助犯の成立が認められるのであるから、幫助行為とはそのような事態を生じさせることに適した行為と理解できる²。

「幫助した」といえるような関係、すなわち幫助犯における因果関係については、学説において共犯の処罰根拠論を巡る議論が盛んに行われるに至って以来、その試金石として議論が積み重ねられている³。現在では惹起説・因果的共犯論を前提として、幫助犯においても因果関係が必要であるという点につき学説には一致が見られ、——全体の件数自体は少数であるものの——裁判例にもそれに従う傾向が見られる。しかし、幫助犯における因果関係の内実については、「幫助行為がなければおよそ正犯結果なし」という形で *conditio sine qua non* 公式を適用することで確認されるような条件関係を要求することはできず、それに至らない程度の促進関係で足りるという点で一致が見られるに留まる。どのような場合に因果関係が認められるのかという具体的な判断枠組みについては、議論は未だ錯綜した状態にあるように思われる。特に、幫助犯には、物理的な手段を用いる物理的幫助犯と、心理的な手段を用いる心理的幫助犯があるところ、心理的幫助犯については、人間の心理的な領域に作用するがゆえの特殊性があることが指摘され、物理的幫助犯における因果性(物理的因果性)については厳格な議論がしばしば見られる一方で、心理的幫助犯における因果性(心理的因果性)については緩やかに判断しても差し支えないという見解も見られるところだった。

¹ 刑法 62 条の制定過程において事後従犯が明確に排除されていた点を指摘するものとして、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 卷 1 号(2015)79 頁以下を参照。

² つまり、どのような場合に「幫助した」と言えるのかを明らかにすることを通じて初めて禁止されるべき幫助行為の範囲も明確に示されることになる。そのため、「幫助した」といえるような事態を生じさせないような行為は幫助行為にはなり得ないし、そのような事態についての表象が欠ける場合には故意が認められないことになる。

³ 日本において「共犯の処罰根拠論」を巡る議論の嚆矢となった大越義久『共犯の処罰根拠』(青林書院、1981)は、幫助の因果性の問題を「惹起説の検討」の一環として論じていた(同書 159-177 頁)。

そのような議論状況の中、最決平成 25 年 4 月 15 日刑集 67 卷 4 号 437 頁⁴は、正犯者が危険運転を行うにあたって、その発進に対して了解を与え、発進後の走行中も同乗して運転を黙認し続けたという行為について、同乗者に危険運転致死傷罪に対する幫助犯の成立を認めるに至った。本件は危険運転致死傷罪に対する幫助犯の成立を初めて認めた事案であるだけでなく、関与の方法が了解・黙認という積極的ではない形態の心理的幫助犯であるという点で注目に値するものであった。学説には同決定の結論を支持する見解も多く見られる一方で、どのような場合に心理的幫助犯の成立が認められるのかという問題について示唆するところは小さく、その内容は未だ不明確である。

確かに、実務においては共同正犯の成立が広く認められるために幫助犯という犯罪類型の意義は小さく、他方で学説においても幫助犯の成立範囲を巡る近時の議論の中心は「中立的行為」を巡る問題にある⁵ことから、幫助犯における因果関係の問題に認められる理論的な価値も大きいものではないかもしれない。しかし、幫助犯は正犯を中心とした犯罪現象の周辺に所在する共犯のさらに外縁部に位置する犯罪類型であり、幫助犯の成立範囲を明らかにすることは、その内側にある共同正犯の成立範囲を明らかにすることにも資すると考えられる⁶。また、件数が少ないとしても、現に処罰が行われていることは無視し得るものではない。成立範囲の不明確性は当然に恣意的な処罰に至る危険性を内在するところ、実務上問題とされることが少ないことは、それが成立範囲の不明確さを招いているのであれば、むしろ理論的な解明が必要であることを示唆するものである。

判断枠組みの不明確さの背景には、まず、幫助犯の因果関係という問題領域では次元の異なる複数の問題が絡み合っており、それらの問題について個々に検討するのみでは最終的な幫助犯の成否が定まらないという多変数関数的な複雑性があることが指摘されなければならない。正犯結果との間の条件関係を要求すべきとする見解ですら、条件関係をどのように理解するのか、仮定的因果経過をどのように取り扱うのか、結果をどのように理解するのか、というような前提問題についての操作次第では、どのような帰結にも至り得ると言っても過言ではない。そして、個々の前提問題についても幫助犯の性質に由来した一定の要請が働くことで、個別の問題としても答えが自明のものとは言い難い。

⁴ 本決定に関する評釈として、駒田秀和「判解」曹時 67 卷 10 号 235 頁(2015)、照沼亮介「判批」上法 58 卷 3=4 号(2015)153 頁、本田稔「判批」法セ 704 号(2013)115 頁、深町晋也「判批」セレクト 2013[I](法教別冊付録 401 号)(2014)33 頁、内田浩「判批」刑ジャ 38 号(2013)92 頁、保坂和人「判批」警論 67 卷 1 号(2014)141 頁、亀井源太郎=濱田新「判批」法時 86 卷 2 号(2014)122 頁、亀井源太郎「判批」重判平成 25 年度(ジュリ臨増 1466 号)(2014)166 頁、水落伸介「判批」新報 121 卷 5=6 号(2014)489 頁、山下裕樹「判批」関法 65 卷 6 号(2016)177 頁、奥田奈津「判批」同法 67 卷 8 号(2015)231 頁など。

⁵ ドイツにおいても『「中立的な(neutralen)」幫助の問題が、近時は最も盛んに議論される論題である」との指摘(Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2019, § 45 Rn.101(S.442))が見られるように、近時では幫助犯における(法的)因果関係ないし結果帰属の問題について、中立的行為の問題から切り離して論じるものはごく少数に留まる。

⁶ とりわけ、共謀共同正犯において、正犯所為の経過を左右したとはいえない共同正犯者については、その帰属の根拠は心理的幫助犯と同様に心理的因果関係であるように思われる。

そのような複雑性は、前述した物理的幫助犯と心理的幫助犯についての態度の相違という歪みの原因であることが疑われるだけでなく、それによって生じた歪みが議論を再び不明確なものにするという悪循環が生じていた可能性が否定できない。つまり、共犯の処罰根拠論としての惹起説が強調されることによって正犯結果との間の事実的な意味での因果関係の必要性が前提とされ、他方で正犯結果との間の厳格な条件関係の必要性は放棄されたことによって、事実的因果関係が必要とされる根拠とその内容は既に曖昧なものとなっていた。それにもかかわらず、物理的幫助犯の成立範囲については援助行為→正犯行為→正犯結果という事実的因果関係を要求することが惹起説の要請であるという前提から一定の限界付けが自明のものとされ、他方で心理的幫助犯においては、「心理的因果性」の不明確性に加えて、幫助犯における因果性がそもそも緩和を許容するものであることから、成立範囲を広く認めたとしても差し支えない、という意識が潜在的にあったように思われる。そして、このような歪みによって不明確なブラックボックスとなった心理的幫助犯が「受け皿」として残されているために、結論において疑問が残る場合でも「心理的幫助犯の成立があり得る」という形で帰結の妥当性についての問題を心理的幫助犯の領域に委ねることが可能になり、物理的幫助犯の成立範囲についても十分な検討が行われてこなかった可能性があることが疑われる。

また、近時における幫助犯を巡る議論が、いわゆる「中立的行為」の場合における幫助犯の成否という問題に集中していることも、幫助犯における因果関係の内実についての理論的な検討を滞らせる要因の一つであったかもしれない。中立的行為を理由として幫助犯の成立を否定すべきか否かが問題となる典型的な事例は、物ないしサービスの提供の場面であり、犯罪的な性質を強く発露する表現行為を伴うことがないのが通常であると考えられるからである。つまり、中立的行為の問題として処罰範囲の限界を探る限りでは、物理的幫助犯は厳格に解し、心理的幫助犯は緩やかに認めるという従来の学説の歪みによって受ける影響は小さく、再検討の契機を覆い隠していた可能性が否定できない。

それでは、どのような方法で心理的幫助犯における因果関係に明確な判断枠組みを与えることができるだろうか。確かに、心理的幫助犯の成否が問題となる場面では、人の心理という法則的な予測が難しいプロセスが介在しており、それによる特殊な困難性があること自体は否定し得ない。しかし、そのような心理的メカニズムの特殊性があるにせよ、「どのような事実が認定されると心理的幫助犯の成立が認められるのか」という問いに対して一定の答えを与える必要があることに変わりはない。さらに、そもそも心理的幫助犯の成立範囲が不明確であることの根本的な原因は、心理的因果関係の特殊性ではなく、どのような事実の存在が証明されれば成立が認められるのか、という点につき着地点を見出すことができいなからであるようにも思われる。

幫助犯における因果関係の判断枠組みが物理的幫助犯と心理的幫助犯で異なるものではないとすれば、物理的幫助犯において用いることが可能な判断枠組みは、心理的幫助犯においてもそのまま用いることができるものである。つまり、心理的幫助犯において因果関係の

判断基準が不明確であることの原因は、そもそも物理的幫助犯における因果関係の問題について、明確な判断基準が与えられていないことに原因があると推測できる。心理的幫助犯における因果関係の判断枠組みを明らかにするためには、まずは物理的幫助犯を念頭に置いて幫助犯一般における因果関係の判断枠組みを明らかにする必要があるだろう。

第2節 本論文の目的・検討対象・射程・手法

本論文は、以上のような問題意識から、特に心理的幫助犯における因果関係の判断枠組みを最終的に明らかにすることを念頭において、幫助犯における因果関係の判断枠組みを明らかにすることを目的とする。

本論文で検討の対象とする幫助犯の因果関係の問題は、援助行為と正犯行為・正犯結果との間にどのような関係が認められる場合に未遂犯に対する幫助犯ないし既遂犯に対する幫助犯が認められるのかという問題である。そのため、本論文において「因果関係」の問題として想定する事柄には、事実的な意味における因果関係(Kausalität)の問題だけでなく、発生した構成要件該当事実に基づいて行為者が不法を実現したものと規範的・法的な観点から評価できるかを問題とする帰属(Zurechnung)の問題も含むこととする。因果関係は関係的な概念であり、その結節点を画定する必要があるものの、その起点となる幫助行為については、幫助犯における構成要件該当行為たる幫助行為は「因果関係」の内容を明らかにすることによって初めて画定することができるものであるという前提から、検討の対象としない。また、本論文は幫助犯におけるものであれ因果関係論を検討の対象とする以上、部分的には一般的な因果関係論の問題にも触れざるを得ないが、あくまで幫助犯における因果関係論として一貫可能かつ妥当な結論に至れるような因果関係論を解明することを目的とするため、一般的な因果関係論ないし帰属論については必要な限りでのみ検討の対象とする。なお、正犯と共犯に共通の帰属構造の構築を目的とするものではないから、正犯と共犯の帰属構造の相違や、その相違それ自体についての正当化という問題は検討の対象としない。

幫助犯という問題領域の内部においては、まず、中立的行為の問題については、危険増加論や仮定的因果経過の考慮の問題において議論が交錯することは否定できないものの、中立的行為の問題が生じない事案について一般的な基準を示すことが先決であり、本論文では検討の対象としない。そのため、近時ドイツで盛んに議論が盛んに行われているアウシュビッツ強制収容所で勤務していた者につき謀殺罪に対する幫助犯の成立を認めた事案⁷についても、中立的行為の問題として議論されることがあるだけでなく⁸、組織支配に基づく間接正犯に対する幫助犯の成否という特殊な問題が含まれていることが想定される⁹ため、検討

⁷ BGH, Beschl. v.20. 9.2016 —3 StR 49/16= NStZ 2017, 158=NJW 2017, 498=JR 2017, 83=JZ 2017, 255.

⁸ ナチス不法と幫助犯の問題について中立的行為の観点から検討したものとして、*Lisa Baun*, *Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen. Zugleich eine Untersuchung zu den abstrakten Kriterien der Beihilfe durch neutrales Verhalten*, 2019.

⁹ 組織的支配に基づく間接正犯に対する幫助犯という特殊な問題として検討を行うものとして、*Bettina Weißer*, *Organisationsherrschaft und organisationsbezogene Beihilfe*, GA, 2019, S.244 ff.を参照。Weißer は、このような事案では「幫助(Hilfeleistung)が(ガス室におけるチクロンBの投与といったような)個別の所為の実現(Einzeltatverwirklichung)について行われたのか否かは問題ではなく、機能している——すなわち大量殺人に至る——システム全体について行われたのか否かが決定的である」ために、「幫助行為の結節点は、組織的な権力機構の投入を通じた大量殺人の実現である」と述べる(Weißer, a. a. O.(Anm.9), S.251)。

の対象としない。そして、心理的幫助犯と限界事例において接することになる不作為による幫助犯の問題についても、不作為犯の成立要件を巡る総論的な問題を多く含むことから、検討の対象としない。

本論文において幫助犯における因果関係の問題について検討を行うにあたっては、日本の裁判例・学説のほか、ドイツの学説を参照することとする。その理由は、日本の刑法学はドイツ刑法学の影響を強く受けているという一般的な理由だけでなく、とりわけ(狭義の)共犯(Teilnahme)については従来からドイツの学説を参照した議論が活発に行われており、日本の学説における議論ではドイツの学説も一体的に取り扱われており、議論の全体を理解するためには必須のものと考えられるからである。

第3節 用語の整理

幫助犯(Beihilfe)の実行行為を幫助行為とし、幫助犯の成否が問題になり得る者を援助者、同様に幫助行為該当性が問題になり得る行為を援助行為として、それらへの該当性が確認された場合に用いる幫助者・幫助行為とは区別する。なお、事例を挙げる際には、その時点では未だ予備段階に留まる場合でも、その後正犯者になることが予定されている者については正犯(者)(Täter)と表記する。正犯者が実現する構成要件該当事実の総体を正犯所為(Haupttat)¹⁰とする。特に行為のみを指すときには正犯行為(Haupttathandlung)とし、結果のみを指すときには正犯結果(Erfolg der Haupttat)とする。

また、一定の客観的な事態の発生に基づいて(より重い)不法評価が可能となるような行為と結果との間の関係を一般的に指す用語として、「因果関係」・「因果性」¹¹を用いることとし、事実的な繋がりに限定しない。ドイツにおいては事実的な意味での因果関係・因果性(Kausalität)と規範的な客観的帰属(objektive Zurechnung)を分けた定義が主流であることから混乱を招く表現かもしれないが、日本の学説においては伝統的に因果関係とは法的因果関係であることがしばしば強調されており¹²、事実的因果関係論と客観的帰属論という二段階での結果帰属判断は日本において主流のものとは思われないことから、本論文では法的因果関係の意味において因果関係・因果性という用語を用いることとする。そのため、誤解がないように、事実的な繋がりとしての因果関係の意味であることを強調する際には可能な限り事実的因果関係という用語を用いる。それとの対比で法的因果関係の意味であることを強調する際には法的因果関係という用語を用いる。

¹⁰ 所為(Tat)という概念については、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003)57頁以下を参照。日本では一般に用いられていない用語の使用法であるが、正犯行為(Haupttathandlung)、正犯結果(Erfolg der Haupttat)、それらを合わせた総体としての正犯所為(Haupttat)を表現上区別することが便宜であると考えられる。

¹¹ 因果関係と因果性という用語については基本的に同じ意味の用語として用いることとするが、あえて分けて用いる際には、前者は特定の事例における事実間の関係として、後者は因果関係が認められるような性質として用いることとする。

¹² 井田良『講義刑法学・総論(第2版)』(有斐閣、2018)123-123頁、平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』(有斐閣、1981)35頁以下など参照。

第4節 本論文の概要

第1章では、共犯の処罰根拠論から幫助犯の因果性の内実についての示唆を検討する。学説には共犯の処罰根拠論としての惹起説に関連付けた形で幫助犯の因果関係の問題が論じられることがしばしばあるところ、第2節において惹起説内部における対立点について確認した上で、二元的不法惹起説が支持に値することを示す。次に第3節において、惹起説内部の対立と幫助犯の成立要件の問題を関連付ける見解について検討を行い、そのような分析は不法共犯論を惹起説に含めることによって生じたものであり、惹起説内部には事実的因果関係を巡る問題に対立がないことを確認する。最後に第4節において、惹起説における「惹起」の意義については、その内容はそもそも事実的因果関係(Kausalität)の議論に委ねられており、その含意も幫助犯における事実的因果関係についての議論を概観することによって明らかにされるものであることを確認する。それによって、幫助犯における因果関係の問題について、惹起説を前提とすることによって強い示唆が得られるわけではないことを確認する。

第2章では、日本の裁判例と学説を概観し、議論状況を確認した上で、対立点を設定する。最初に第2節において、近時の裁判例では因果関係を要求する傾向が見られるものの、一般基準が示されることはなく具体的な内容は不明確なままであることを確認する。次に第3節において、ひとまず条件関係を要求しない見解と、条件関係を要求する見解に分類した上で従来の学説を概観する。まず、条件関係を要求しない見解においては、近時では危険増加への言及がしばしば見られる通説的な促進関係説の他に結果の変更を要求する見解も見られることを確認する。他方で条件関係を要求する見解においても、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と合法的条件関係説に分けた上で概観すると、ここでも結果の変更を要求する見解と、危険増加に着目する見解の両方が見られることを確認する。第4節において、上記のような議論状況を踏まえて、幫助犯における因果性の判断枠組みとしては、結果の変更に着目する見解(結果変更説)と正犯所為時点の危険増加に着目する見解(危険増加的因果関係説)に分類して対立軸を設定する。また、その内部において分節をなす問題として、条件関係の内実・要否、仮定的因果経過の考慮の可否、結果概念といった問題があることを確認する。

第3章では、ドイツの学説における議論状況をやや古い学説から順を追って確認し、以後の検討における示唆を得る。最初に第2節において、幫助犯における事実的因果関係(Kausalität)を緩和ないし放棄する判例の促進関係説、Mezgerの具体化型等価説、Classの流入的・強化的因果関係説、危険犯説を概観する。次に第3節において、説について、Samsonの強化原理・引受原理とRoxinの因果的危険増加論を中心として、具体化型等価説を出発

点としながら規範的に結果帰属を限定する多数説を概観する。第4節では、「条件関係」の概念について異なる出発点を採用する見解や、異なる結節点を設定する見解を概観する。第5節では、学説の概観を通じて、ドイツにおいては具体化型等価説を前提とした合法則的条件関係説の通説化によって事実的因果関係の意義は縮小しており、判例の促進関係説と学説の間の理論的な相違は小さく、また惹起説の因果関係論への示唆も小さいことが確認される。最後に第6節において、危険増加的因果関係説と共通点の多いRoxinらの多数説は、事実的因果関係と危険増加という性質の異なる二つの帰属基準を持つところ、危険増加的因果関係説を精緻化するにあたり有望な見解であることを指摘し、また、Samson、Osnabrügge、Baunackといった一部の学説は、援助行為と正犯結果の間のある程度厳格な事実的因果関係を要求する帰属基準を採用するところ、結果変更説を論じるにあたって参照可能なものであることを指摘する。

第4章では、結果変更説について検討する。第2節において条件関係の意義について検討を行い、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と合法則的条件関係説には本質的には相違がないことを示す。次に第3節において仮定的因果経過の考慮の可否について検討を行い、仮定的な代替原因を起点とする仮定的因果経過を考慮する見解は、第三者が同様の援助行為をするだろうという事情があるだけで幫助犯の成立が否定されかねないために支持できず、他方で全ての仮定的因果経過を考慮しない見解は、正犯所為の実現を妨害した場合にさえ幫助犯の成立が肯定されることにもなりかねないところ、援助行為の時点において現実化している代替原因を出発点とする仮定的因果経過を考慮し、それとの比較を行う見解が支持に値することを示す。これらを踏まえて、第4節において結果変更説における結果変更の意義を明らかにし、法益侵害の発生・強化については結果変更と評価できるものの、一般的に結果発生の早期化を結果変更と理解すべきではないことを示す。そして、第5節において、結果変更説の至るべき帰結として、成立範囲が極めて狭いことと、学説の多くも結局のところ修正原理を導入することで成立範囲を再び緩和していることを確認し、支持し得ないものであることを示す。これによって、幫助犯においては厳格な意味において「正犯結果を惹起した」ことを要求し得ないことを明らかにする。

第5章では、危険増加的因果関係説について検討する。最初に第2節において、正犯所為経過に対する物理的作用としてのみ残った正犯結果との間の事実的因果関係が不要であることを示し、他方で危険犯説は支持し得ないものであることを示すことで、幫助犯における法的因果関係の判断枠組みとして、援助行為と正犯所為時点で危険増加的作用を持つ事実の間の条件関係と、そのような事実と正犯結果の間の危険増加的作用関係という二重構造によって法的因果関係を判断すべきであることを主張する。ここでは、事実として厳格に証明されなければならない「正犯所為時点における事実の存在」「当該事実と援助行為の間の条件関係」と、法的・規範的な評価を必要とする当該事実による「正犯行為の危険増加」

が幫助犯の成立要件として必要であることを示し、事実として証明されなければならない領域を示す。それに引き続いて、第3節において、危険増加・危険実現の判断枠組みの全体像を示すために、危険増加の判断は事前判断であること、危険増加は正犯行為の危険増加と評価できる必要があるが、必ずしも正犯者の使用行為は必要ではないこと、危険増加的作用を及ぼす事実は正犯所為時点で存在していなければならないこと、危険増加の判断のためには一定の範囲で仮定的因果経過の考慮が必要であることを示し、第4節において、危険実現が認められるためには危険増加的な作用が及んでいる正犯者の行為から結果が生じれば足りることを示す。

第6章では、以上のような私見を踏まえて、心理的幫助犯における心理的因果性の問題について検討を行う。最初に第1節において、日本の裁判例が不明確かつ疑わしい判断枠組みを採用している点を指摘する。次に、第2節において、議論の前提を固めるために、心理領域の特殊性を踏まえながら心理的因果関係の内実を明らかにし、さらに心理的幫助犯の成立範囲を限定的に解する見解について検討を行うことで、心理的因果関係に基づいて(加重)処罰が正当化できるような場面とは、まさにそのような心理的因果関係があることが疑いを容れない程度に証明された場合であることを示す。それを踏まえて、第3節において、反対に心理領域の特殊性から特殊な帰属基準を導入する見解として、第一に Osnabrügge の主張する蓋然性法則に基づく帰属の基準について検討を行い、そこでいう「蓋然性法則」は抽象的な「蓋然性の上昇」に依拠するものであって支持できないことを示すとともに、それに類似する見解についても同様の理由から支持し得ないことを確認する。第二に、結果変更説の支持者の一部が心理的幫助犯の場面ではむしろルーズに心理的因果関係を認める傾向があることを確認し、結果変更説が支持し得ないものであることを再確認する。それを前提として、第4節において、心理的幫助犯における因果関係の判断枠組みについて検討を行う。学説には所為の客観的態様の強化を要求する見解、正犯所為の最中に「支援された」と感じたことを要求する見解、動機の提供ないし反対動機の除去を要求する見解があることを確認し、それぞれ、客観的な所為態様が変わらなくとも危険が高まったといえる場合はあること、支援されたと感じたことを要求することは証明が困難だけでなく、他方で処罰範囲の拡張を招くおそれがあること、そして動機と反対動機というモデルでは解決が難しい場面があることを指摘するとともに、そもそも「動機の一つとなった」ことで心理的因果関係を認めていくと因果関係が及ぶ範囲は際限なく拡大するだけでなく、事実に因果関係を問題にしているのか、危険増加を問題にしているのかが不明瞭であることを指摘する。そのような検討を踏まえて、心理的幫助犯においては、厳格に事実として証明されなければならないものは正犯者における意欲的心理の強化であり、それと援助行為の間に条件関係が必要であることを、そしてそのような意欲的心理の強化について危険増加が認められなければならないことを示す。最後に第5節において、そのような私見に基づいて、いくつかの裁判例について再検討を行う。

第1章 共犯の処罰根拠論からの手掛かり

第1節 はじめに

共犯の処罰根拠論¹³とは、「共犯はなぜ処罰されるのか」¹⁴、「共犯はいかなる根拠から処罰されるか」¹⁵という問題である。共犯の処罰根拠論を巡る学説の分類については従来見解の相違が見られたものの¹⁶、責任共犯論、不法共犯論、因果的共犯論ないし惹起説の3つに大きく分けられ、因果的共犯論ないし惹起説はさらに純粹惹起説、修正惹起説、混合惹起説の3つに分けられることが一般的である¹⁷。共犯の処罰根拠論の問題が自覚的に論じられるようになって以来、多数説は因果的共犯論ないし惹起説を支持しているが、幫助犯における因果性の問題は、惹起説を前提とした事例解決の試金石として論じられてきた側面があり¹⁸、因果関係の要否や内実についてしばしば共犯の処罰根拠論に関連付けた説明がしばしば行われてきた。たとえば、「惹起説によれば、可罰的な幫助既遂の成立には、幫助行為と犯罪結果との間に因果関係のあることが必要になる」¹⁹、「共犯の処罰根拠が正犯を介して違法な結果を惹起した点に求められる以上、幫助行為は正犯所為によって実現された法益侵害(正犯結果)と因果関係を有していることが必要である」²⁰、「学説において因果性の必要性は共犯の処罰根拠の示唆の下で根拠付けられている」²¹といった指摘が見られる。そのため、共犯の処罰根拠論としての惹起説が、幫助犯における因果性の前提問題として一定の示唆を与えるものなのであれば、その内容を確認する必要があるだろう。

¹³ 共犯の処罰根拠論については、小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』(成文堂、2015)31頁以下、豊田彦彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂、2009)3頁以下、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005)157頁以下、松宮・前掲注 6)275頁以下、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(成文堂、1988)91頁以下、大越・前掲注 3)などを参照。

¹⁴ 山中敬一『刑法総論(第3版)』(成文堂、2015)857頁。

¹⁵ 山口厚『問題探求 刑法総論』(有斐閣、1998)234頁。

¹⁶ 大越義久は共犯の処罰根拠論を責任共犯説・社会的完全性侵害説・行為無価値惹起説・純粹惹起説・修正惹起説に分類し、因果共犯論—純粹な惹起説、違法共犯論—社会的完全性侵害説・行為無価値惹起説・修正惹起説、責任共犯論—責任共犯説という対応関係にあり、さらに、違法共犯論においては、行為無価値論—行為無価値惹起説、結果無価値論—修正惹起説に、二元説—社会的完全性侵害説という対応関係があるという整理を行っていた(大越・前掲注 3)67-68頁)。

¹⁷ 責任共犯論、不法共犯論、純粹惹起説、修正惹起説、混合惹起説の5つに学説を分類した高橋則夫の整理が最も一般的なものと思われる(高橋・前掲注 13)95-96頁参照)。

¹⁸ 大越義久は「惹起説の検討」の一環として幫助の因果性の問題を論じていた(大越・前掲注 3)159-177頁)。

¹⁹ 大越・前掲注 3)159頁。ここでは既遂犯に対する幫助犯が念頭に置かれており、もちろん「未遂の処罰規定がある場合には、可罰的な幫助の成立する客観的要件としては、因果関係が幫助行為と正犯行為の実行との間に存すれば足り」(大越・前掲注 3)162頁)。

²⁰ 曾根威彦『刑法原論』(成文堂、2016)602頁。

²¹ Uwe Murmann, Zum Tatbestand der Beihilfe, JuS 1999, 6, S.548.

さらに、学説には、惹起説内部の対立点における態度決定が、幫助犯における因果性の内実に影響を与えるものであることを示唆する見解が見られる。たとえば、十河太郎は、惹起説の内部における従来の学説の対立点は、「共犯者間における違法の相対性を認めるか否か」だけでなく、「共犯の本質を既遂結果の惹起に見るか正犯の実行行為の惹起に求めるか」にも存していたという評価を行っている²²。このような評価が妥当なものであるとすれば、いずれの惹起説を支持に値するかは、「惹起」の内実について一定の示唆を与える前提問題に位置づけられる。

そこで、本章では惹起説内部の対立や惹起説を巡る議論が幫助犯の因果性の問題に与える示唆を明らかにすることを目的として、共犯の処罰根拠論からの手掛かりについて検討を行うこととしたい。以下では、第 1 節において、惹起説を巡る従来の学説の議論を確認し、本論文において支持すべき見解を明らかにする。次に、第 2 節において、惹起説内部の対立と惹起の内実についての関連性を示唆する見解について検討を行う。最後に、第 3 節において、そもそも惹起説において「惹起」にどのような含意があったのかという問題について検討を行い、共犯の処罰根拠論から得られる手掛かりについて明らかにしたい。

²² 十河太郎「共犯の処罰根拠論の現状と課題(二・完)」愛媛法学会雑誌 30 巻 1=2 号(2003)101 頁。また、奥村正雄も「純粹惹起説は、共犯も正犯と同様に法益侵害を惹起したことを根拠に処罰されると解するので、幫助の場合も結果との間に因果関係が必要となる」一方で、「修正惹起説は、正犯の実行行為を通じて法益侵害を惹起した点を重視するので、幫助の因果関係は既遂結果との条件関係を必要とせず、正犯の実行行為を容易にすれば足りるとする」見解と結びつく指摘していた(奥村正雄「判批(東京高裁平成 2 年 2 月 21 日判決)」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選 I 総論(第 5 版)』(2003) 173 頁)。

第2節 処罰根拠論としての惹起説

共犯の処罰根拠論はドイツにおける議論を参照して自覚的に議論されるに至った問題領域である²³。後述するようにドイツにおいても通説的な見解は惹起説を支持しており、惹起説内の各説の整理や議論状況も日本の議論と共通する部分が多く、参考に値するものであると思われる。以下では、惹起説内の対立を巡る議論の様相について、日本の学説とドイツの学説についてそれぞれ概観した上で、整理・検討を行うこととしたい。なお、近時において責任共犯論²⁴・不法共犯論²⁵の支持者は見られないことから、責任共犯論は典型的には正犯者の墮落の阻止を究極的な処罰根拠として、正犯者を有責的にしたことを処罰する見解であり、不法共犯論は典型的には正犯者に行為規範違反をさせること²⁶、あるいは社会的な統合から切り離された状態に置くこと²⁷の阻止を究極的な処罰根拠として、正犯者に不法を犯させたことを処罰する見解であるということを確認するに留める。

1. 日本における惹起説の諸相

既に確認されたように、一般的な分類に従えば、惹起説はさらに純粹惹起説・修正惹起説・混合惹起説の3つに分類される。それに加えて、近時では惹起志向説という見解が主張されており、惹起説に位置付けることが可能なのかという点では慎重な検討を要すると思われるものの、有益な示唆を含むものと思われるので、合わせて取り上げることとする。

1-1. 純粹惹起説

²³ その嚆矢は、大越・前掲注3)である。

²⁴ 責任共犯論については、*Andreas Poppe*, Die Akzessorietät der Teilnahme, 2011, S.332-341, S.428-431を参照。墮落思想は一部の見解を除いては教唆犯を念頭に置いたものであり、「むしろ、各論において記述された法益侵害における共働の観点で、……常に役割を果たしていた」ことが指摘されている。

²⁵ 不法共犯論については、*Poppe*, a. a. O. (Anm. 24), S.431-433を参照。不法共犯論は惹起と並んで正犯者を「事実上の法敵対状態」「法共同体とのコンフリクト」に置いて正犯者の「社会的な統合性(soziale Integrität)」を毀損すること(Lessの見解)、あるいは正犯者を「社会的統合性解体(soziale Desintegration)」に置いたこと(Trechselの見解)を処罰根拠とする。不法共犯論に対する批判としては、「どのような理由から共犯の法定刑が正犯の法定刑に合わせられているのか」を説明し得ないとするものが最も強力なものと思われる。vgl. *Claus Roxin*, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 Einleitung § § 1-31, 11. Aufl., 2003(1992), vor § 26 Rn.11(S.108). なお、高橋則夫はTrechselの見解を責任共犯論に分類し、Lessの見解を不法共犯論に分類する(高橋・前掲注13)121-130頁参照)。

²⁶ いわゆる、不法加担説である(高橋・前掲注13)130-133頁)。

²⁷ いわゆる、社会的統合解体説である。

純粹惹起説の支持者²⁸である葛原力三によれば、「共犯処罰のためには共犯にとって違法な法益侵害結果が発生しなければならない」²⁹とするのが純粹惹起説であり、正犯と共犯の処罰根拠を正犯と「全く同一」と考える見解である³⁰。そのため、教唆者が直接行為者を騙して、直接行為者の所有物を自ら毀損するように仕向けたという場合には、器物損壊罪の教唆犯とすることが可能であると説明される³¹。このような理解に基づいて、後に言及する他の学説に対しては、修正惹起説に対しては、正犯不法の存否に共犯の処罰が依存する点で「個人責任の原則(あるいは自己答責性原理)に反」すると批判し³²、混合惹起説に対しても「他人の当罰性から共犯の可罰性を演繹する点において」修正惹起説と異なるものである³³として同様の批判を行う。

純粹惹起説の位置づけと、このような帰結の内容それ自体については他の惹起説の論者からも異論はあまり見られないように思われる³⁴。たとえば、山口厚は、純粹惹起説を「共犯の立場から見て、正犯を通じて、法益侵害結果(構成要件該当結果)を惹起すること」を処罰根拠とする見解と位置付けた上で³⁵、「正犯に構成要件該当性が欠けるため、刑法が介入することを差し控えている場合にまでその背後者の共犯責任を追及する点に問題がある」と指摘する³⁶。このように、純粹惹起説は「正犯なき共犯」を認める点が最大の問題であるとされる³⁷。

1-2. 修正惹起説

修正惹起説の支持者である曾根威彦によれば、「共犯は正犯が法益を侵害するのに関与し、正犯の結果不法を共に惹起しているとみることから、共犯の違法性は正犯行為の違法性に

²⁸ 近時においても純粹惹起説を支持する主たる見解として、葛原力三「共犯の処罰根拠と処罰の限界(上)」法教 281号(2004)63頁以下、葛原力三「共犯の処罰根拠と処罰の限界(下)」法教 282号(2004)68頁以下。その他に純粹惹起説を支持する見解として、山中・前掲注 14)861-862頁参照。なお、曲田統は教唆犯については純粹惹起説を支持し、幫助犯については特殊な不法要素が加味された混合惹起説を支持するという特殊な理解に立つ(曲田統『共犯の本質と可罰性』(成文堂、2019)130頁)。

²⁹ 葛原・前掲注 28)上 65頁。

³⁰ 葛原・前掲注 28)上 65頁。

³¹ 葛原・前掲注 28)上 66頁。

³² 葛原・前掲注 28)上 65頁。

³³ 葛原・前掲注 28)下 68頁。

³⁴ 山口厚『刑法総論(第3版)』(有斐閣、2016)312-314頁、照沼・前掲注 13)160-164頁、松宮・前掲注 10)282-283頁など。

³⁵ 山口・前掲注 34)312頁。

³⁶ 山口・前掲注 34)313頁。

³⁷ さらに、曾根威彦は「純粹惹起説は、違法性を行為者関係的に捉える人的不法論の帰結であり、したがってこの見解には、違法の本質を命令違反に求める主観的違法論の痕跡が色濃く残されている」(曾根・前掲注 20)543頁)と批判する。同様の理解をするものとして、高橋則夫『刑法総論(第4版)』(成文堂、2018)455-456頁。

基づく」³⁸とするのが修正惹起説である。その理論的根拠は、「客観的違法論に由来する違法の連帯性」³⁹にあるとされる。つまり、違法の連帯性を認めるために、共犯不法が正犯不法に従属することになる。そのため、正犯者が共犯者自身に帰属する法益を攻撃の対象とする犯罪を行うような場合であっても、当然に共犯が成立しないことにはならず、外在的な説明が必要となる⁴⁰。もっとも、修正惹起説の位置づけについては学説においても相違が見られ、正犯不法が引き起こされたことを理由として直ちに処罰が肯定されるという点で、惹起説ではなく不法共犯論の一種であると位置づける見解も見られる⁴¹。

修正惹起説に対する批判は、まさにそのような事例について、外在的な説明なしには共犯の成立を否定できないところに向けられている⁴²。なお、そのような事例の一つとして挙げられる未遂の教唆⁴³については、学説においても理解に相違があるように思われる。未遂の教唆とは、実行行為に出ることについてのみ故意があり、既遂結果発生について故意はないという場合に、教唆犯が成立するのかどうかという問題である⁴⁴。修正惹起説であってもこの場合には教唆犯が成立しないとする見解⁴⁵も見られる一方で、修正惹起説からは可罰的とせざるを得ないとする見解⁴⁶も見られる。

1-3. 混合惹起説

これらの見解に対して、近時の日本で通説とされているのが混合惹起説である⁴⁷。もっと

³⁸ 曾根・前掲注 20)543 頁 543 頁。

³⁹ 曾根・前掲注 20)543 頁。

⁴⁰ A が自らを殺害するよう正犯者 X に教唆したという事案について、「教唆者であると同時に被害者でもある A は、そこに X の行為を介在させているため不完全ではあるものの、自己の生命の自由な処分(自己決定の自由)という利益が実現している」ということから、可罰的違法性が否定されるという説明を行う(曾根・前掲注 20)544 頁)。

⁴¹ 井田・前掲注 12)535 頁。

⁴² 松宮・前掲注 10)280-281 頁。

⁴³ 典型的に問題となるとされていたのは、警察官が犯罪の常習者に対して犯罪に出よう働きかけ、実際に犯罪に出たところで逮捕するというおとり捜査の場面における、教唆する巡査(agent provocateur)である。

⁴⁴ つまり、修正惹起説においても既遂結果発生の故意が必要とされるのかどうかという問題である。後述するように、修正惹起説は結果発生についての故意を不要とする見解ではなく、その点において不法共犯論と区別することが可能であると考えられる。

⁴⁵ 松宮・前掲注 10)282 頁。小林憲太郎も、教唆犯の成立を否定するという「帰結は共犯の処罰根拠(因果的共犯論)とは関係がない」として、その根拠は「故意が欠けるからだ」と指摘する(小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018)551-552 頁参照)。

⁴⁶ 高橋・前掲注 37) 456-457 頁。

⁴⁷ 井田・前掲注 12)534-535 頁、山口・前掲注 34)314-315 頁、松宮・前掲注 10)288 頁、高橋・前掲注 37)456 頁など。なお、大谷實は混合惹起説を支持する(大谷實『刑法講義総論(新版第 5 版)』(成文堂、2019)400 頁)としながらも、未遂の教唆の可罰性を肯定する(同書 435-437 頁)ことから、混合惹起説ではなく、不法共犯論の一種に位置付けられると考えられる。山中敬一は、「客観的にこの説に属すると思われる見解」と区別して、大谷實の見解を「自らこの説に属するとされるもの」と整理する(山中・前掲注 14)861 頁)。

も、混合惹起説の理解については、学説には二通りの説明があるように思われる。一つ目は、純粹惹起説をいわば本来的な処罰根拠とみなして、正犯不法への従属性という制約原理によって成立範囲を限定しているに過ぎないとみる見解であり、二つ目は、正犯不法への共働と共犯者自身の法益に対する攻撃の双方を処罰根拠とみる見解である。

山口厚は、「共犯の処罰根拠は、あくまでも間接的な法益侵害惹起であるとしても、……正犯の違法な構成要件該当行為を介した法益侵害惹起として限定されなければならない」として、「正犯による違法な構成要件実現は、共犯の成立を『限定的に基礎付ける』もの」とであると述べる⁴⁸。つまり、本来的な共犯の処罰根拠は間接的な法益侵害の惹起であり、正犯者が構成要件全体を実現したという事実は外在的に共犯の成立範囲を限定する要素と位置づけられる。この点については、「純粹惹起説の理解は、それ自体として妥当であると考えるが、それを共犯の成立要件に直結させたところに問題がある⁴⁹として純粹惹起説の問題点はあくまで成立要件の次元にあることが指摘され、「処罰範囲の適正化・明確化を図るためには、……共犯の成立を限定する必要がある⁵⁰、「成立要件上の『従属性』である⁵¹という形で同趣旨のことが繰り返し強調されている⁵²。松宮孝明も、「共犯の処罰根拠は、第一次的には『構成要件該当結果』ないし『共犯者から保護されている法益の侵害』の惹起であり、それが明確性や限定性の要請によって、『正犯不法の存在』という制約を受ける⁵³としているところ、正犯不法の惹起を防ぐことそれ自体は処罰根拠論を構成するものではないとの理解であるように思われる。これらの見解によれば、従属性は共犯の成立範囲を限定する外在的な制約原理であり、処罰根拠そのものではないということになる⁵⁴。それでは、そのような従属性の根拠はどこに求められているのだろうか。

山口厚によれば、そのような制約原理として正犯不法の存在は、「正犯による違法な構成要件実現が現実には生じない限り、刑法の介入を認める必要性・正当性を肯定することはできず、そしてさらに教唆・幫助という形態の、正犯責任の背後に位置する『二次的責任』とし

⁴⁸ 山口・前掲注 15)243 頁。

⁴⁹ 山口・前掲注 15)238 頁。

⁵⁰ 山口・前掲注 15)243 頁。

⁵¹ 山口・前掲注 15)243 頁。

⁵² 山中・前掲注 14)861 頁は、山口厚の見解を「純粹惹起説にかぎりなく近づく」ものと評価する。

⁵³ 松宮・前掲注 10)283 頁。

⁵⁴ 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005)316-319 頁においても、「処罰の限定」(316 頁)、「付加的な要件」(317 頁)、「ブレーキ」(319 頁)といった形で言及されており、一見すると従属性を制約原理として位置づけているようにも思われる。他方で「二重に限定される」とされ、「従属性の原則は、共犯行為の類型性の要求であり、形式的な処罰範囲の限定の問題である。それは、法益を侵害する行為でも条文の要求する行為態様を備えなければ犯罪は成立しないというのと原理は同じである。……しかし逆に、一定の行為態様を形式的に備えても、条文の予定する違法な結果を生じさせない行為は処罰の対象とならない」と述べているところ、一方が根拠で一方が制約原理という理解はしていないように思われる。共犯者自身の法益侵害行為だけでなく、それが正犯不法を志向して行われたものであることが行為不法を基礎づけるという趣旨だろうか。

での共犯責任までを追及する必要性・正当性も乏しい」⁵⁵ことを根拠として要求される。山口厚は故意・過失を専ら責任要素に位置付けながらも、「犯罪が成立するためには構成要件該当性・違法行為に有責性が認められることも必要であるから、『二次的責任』類型である共犯(教唆・幫助)は、正犯に成立する犯罪の限度で成立する」という観点⁵⁶から正犯者の故意ないし過失の範囲でのみ共犯の成立を認める見解に立っており、より正確に言えば、刑法の介入を認める必要性・正当性という観点から「構成要件該当性+故意・過失」⁵⁷を要求する見解であると言える。松宮孝明は、明示的ではないものの、Roxinの「法治国家的限定」、Samsonの「構成要件の明確性に基づく法的依存性」といった説明に依拠するとともに、「共犯はその性質上正犯の不法を前提とする」⁵⁸といったような体系的考慮から外在的にこのような制約原理を導入しているものと思われる⁵⁹。

以下では、区別のため、このような見解を修正された純粋惹起説と呼ぶことにする⁶⁰。

これらの見解に対して、照沼亮介は、混合惹起説は「共犯は自らに固有の不法と正犯の構成要件該当行為を通じて惹起した不法とに基づいて処罰される」⁶¹とする見解であるとする。そして、「正犯の規範違反と共犯の規範違反の双方を要求」する⁶²ものと理解した上で、混合惹起説への支持を表明する⁶³。齊藤誠二が「法の命令(禁止)に違反して、『故意』による『教唆』や『幫助』というやり方で、他人(正犯)が法益を侵害するのにくわわり、他人(正犯)をとおして(よりたゞしくは、正犯の構成要件に該当する違法な行為をとおして)、間接的に法益を侵害したからこそ、共犯は処罰される」⁶⁴とするのも同趣旨と思われる。そこでは、「共犯の行為は、正犯をとおして、結果と因果関係があるということだけで処罰される、とされているわけではない」ということが強調されている⁶⁵。高橋則夫も「共犯不法は、共犯行為そ

⁵⁵ 山口・前掲注 15)243 頁。

⁵⁶ 山口・前掲注 34)331 頁。

⁵⁷ 山口・前掲注 34)331 頁。

⁵⁸ 松宮・前掲注 10)288 頁。

⁵⁹ もっとも、松宮孝明『刑法総論講義(第5版補訂版)』(成文堂、2018)324 頁においては、「混合惹起説の中には、最初から、正犯行為の違法には連帯するものとしなないものがあるとする見解もある。共犯成立には、正犯行為の違法性に加えて、共犯独自の違法性を要するとするのである(ロクシンなど)。……わが国でも……このような見解が優れているといえよう」としている。これが Roxin の見解に依拠することを示すものであれば、従属性を制約原理としてのみ理解しているとの読み取り方は誤りかもしれない。

⁶⁰ 重要なのは、あくまで処罰根拠論としては純粋惹起説を採用しているという点である。そのため、単純に処罰根拠論として整理する限りでは混合惹起説ではなく純粋惹起説に位置付けるべきであると考えるが、一般的には混合惹起説の一類型として捉えられていることから、外在的に従属性によって制限を掛けられた純粋惹起説であることを示すために、本論文では「修正された純粋惹起説」と表記することにした。

⁶¹ 照沼・前掲注 13)164 頁。

⁶² 照沼・前掲注 13) 174 頁。

⁶³ 山中・前掲注 14)860-861 頁によれば、「共犯の独自の不法と正犯の不法の二元論的な不法の根拠づけを行う」ものとして「二元的不法惹起説」と位置付けられる。

⁶⁴ 齊藤誠二「共犯の処罰根拠をめぐって——刑法学会での発言を契機として」法時 57 巻 6 号(1985)96 頁。

⁶⁵ 齊藤・前掲注 64) 97 頁

のものの違法性に基づくと共に、正犯行為の違法性にも基づくのであり、共犯の法益侵害という独立・固有な要素と正犯行為の不法から導かれる従属的な要素から構成される」と述べている⁶⁶ところ、この類型の混合惹起説に属するものと評価できる。

純粹惹起説を支持する山中敬一は、「共犯の独自の不法と正犯の不法の二元論的な不法の根拠づけを行う見解」を「二元的不法惹起説」と呼び、学説において混合惹起説・折衷的惹起説・従属的法益侵害説とされる見解がこれにあたるという整理を行う⁶⁷。以下では、山中敬一の分類に従って、この類型の混合惹起説を二元的不法惹起説⁶⁸と呼ぶことにする。

いずれの混合惹起説も帰結としては正犯不法の存在と独立的な共犯不法の存在を要求するという点では同一であるために、問題解決という観点では帰結において異なるわけではない。純粹惹起説の問題点とされていた正犯なき共犯については、いずれの見解によっても正犯不法の存在が要求されるために、直接行為者につき構成要件に該当する不法が認められない限り、それに対する関与者につき共犯の成立は認められないこととなる。また、修正惹起説の問題点とされていた、正犯者による共犯者に帰属する法益への攻撃に対する共犯の問題については、共犯者自身にとっての法益侵害の欠如のために、あるいは共犯者自身の固有の規範違反の欠如のために、共犯が成立しないことになる⁶⁹。なお、未遂の教唆の問題については、前述の通りそもそも修正惹起説においても故意が欠如するため不可罰とする理解があり得る⁷⁰ところ、混合惹起説を採用することによって初めて解決が可能な問題とされるかどうかについては学説に相違が見られる。

1-4. 惹起志向説

さらに、学説の一部において、惹起志向説と呼ばれる見解が主張されている⁷¹。惹起志向説は、「共犯不法を他者の行為から導くならば、それは刑法が前提にしている個人責任の原理に反する」⁷²として正犯不法への従属性を否定するものの、違法の本質論としての行為無価値論と制限的正犯者概念に基づいて、共犯行動規範を各則の規定と共犯規定から導出し、

⁶⁶ 高橋・前掲注 37)456 頁。もっとも、高橋則夫は共犯の行為無価値を「教唆あるいは幫助という行為態様」で「構成要件該当の法益侵害の惹起を志向すれば足り、正犯の行為無価値を志向する必要はない」と理解し、結果無価値を「正犯の結果無価値」と理解するために、「共犯の行為無価値の中に正犯の行為無価値は入り込む余地がなく」なり、正犯においては客観的に構成要件に該当する行為が行われれば足り、故意・過失は不要であるという帰結に至る(高橋・前掲注 13)206-207 頁)。

⁶⁷ 山中・前掲注 14)860-861 頁。

⁶⁸ その他に二元的不法惹起説を支持する見解として、関哲夫『講義刑法総論(第2版)』(成文堂、2018)394 頁など。

⁶⁹ 共犯の処罰根拠論からの帰結について、井田・前掲注 12)536-540 頁、高橋・前掲注 37)456-457 頁などを参照。

⁷⁰ 曾根・前掲注 20)596-598 頁。

⁷¹ 増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房、2009)358 頁、小島・前掲注 13)56 頁。

⁷² 小島・前掲注 13)55 頁。

それへの違背を共犯の処罰根拠とする見解である⁷³。もっとも、処罰条件たる「客観的危険事態」として正犯の実行を要求するため⁷⁴「共犯の可罰性(刑罰必要性)が正犯の不法に従属する」ことになり⁷⁵、混合惹起説と同様の帰結に至るものである。

1-5. 若干の整理

そもそも、「惹起説」はどのような意味において「処罰根拠論」なのだろうか。ここでは、近時において一部の学説で主張されている惹起志向説の位置づけが問題となる。惹起志向説は、正犯を通じた法益侵害の阻止を共犯の処罰を行う根拠としながらも、正犯を通じた法益の侵害ないし危殆化が実際に惹起されたことを個々の共犯者を処罰する根拠とは理解しない見解といえる。ここでは、処罰根拠論として惹起に着目しながらも、実際に「惹起された」ことを処罰根拠としない見解があり得ることが示唆されている。

一般に刑法は行為規範を通じて何らかの事態が生じることを防ぐ(あるいは、何らかの事態が生じるように仕向ける)ことを目的とするものであり⁷⁶、抽象的に一定の事態の「惹起」が問題であることは全ての犯罪に共通するものである。そのため、責任共犯論・不法共犯論との対比で輪郭が与えられる共犯の処罰根拠論としての惹起説における「惹起」に固有の含意は、共犯規定によって発生を防ぎたい事象とは、刑法が各則の構成要件を通じて保護を試みた法益の侵害が惹起されることであり、それとは異なる法益の侵害が惹起されること——責任共犯論・不法共犯論によれば、正犯者の墮落や社会的統合解体——ではないということにあるだろう。そして、刑法の各則において保護された法益の侵害が惹起されることを防ぐことが共犯を処罰する究極的な根拠であるという意味で「処罰根拠」という用語を用いることも、なおあり得るものであるように思われる。つまり、処罰根拠という用語には、一定の重さの刑罰による威嚇の下で一定の行為を刑罰的に禁止することの正当化根拠という意味での処罰根拠と、一定の成立要件を充足した場合に処罰を行うことの正当化根拠という意味での処罰根拠という2通りの理解があり得る。「惹起」を共犯の処罰根拠とする場合にも、どのような事態の惹起を防ぐことが共犯処罰の根拠であるのかという問題と、実際にどのような事態を惹起した場合にどの程度の重さの刑罰を用いることが正当化されるのかという問題を区別することができるように思われる。

このような区別を前提にすると、前述された純粹惹起説・修正惹起説・混合惹起説の対立点は、本来的には前者の問題に位置づけられるだろう。つまり、共犯規定によって惹起を防

⁷³ 増田・前掲注 71)354-360 頁参照。

⁷⁴ 増田・前掲注 71)362-363 頁。

⁷⁵ 増田・前掲注 71)364-365 頁。

⁷⁶ これは、阻止すべき事態が何であるか(法益侵害なのか、社会倫理に違反する行為なのか、など)にかかわらず、自明の前提と思われる。

ぎたい事象は構成要件該当結果の惹起であるという点で純粹惹起説・修正惹起説・混合惹起説に相違はなく、その対立点は、惹起を阻止すべき事象は共犯者自身の保護法益に対する攻撃という性質を備えていなければならないのかという点と、惹起を阻止すべき事象は正犯不法としての性質を備えていなければならないのかという点にあると言える。つまり、惹起を阻止すべき事象は、純粹惹起説・修正された純粹惹起説からは共犯者自身の保護法益に対する攻撃という性質を備えた構成要件該当結果の惹起であり、修正惹起説からは正犯不法としての性質を備えた構成要件該当結果の惹起であり⁷⁷、二元的不法惹起説・惹起志向説からは正犯不法としての性質と共犯者自身の保護法益に対する攻撃という性質をともに備えた構成要件該当結果の惹起である。

2. 近時のドイツにおける惹起説の諸相

2-1. 学説の議論状況

日本の学説においては混合惹起説が通説的地位にあるのに対して、これに相当する従属的法益攻撃(akzessorischer Rechtsgutsangriff)説⁷⁸は有力説として位置づけられるに留まり、日本における修正惹起説に相当する従属性志向惹起説が現在でも通説とされている⁷⁹。日本の学説における共犯の処罰根拠論という論点はドイツにおける議論を導入することで活発になったものであるところ、理論的な基盤をおおむね共有しているにもかかわらず学説の趨

⁷⁷ もちろん、修正惹起説の支持者は関与者の間における違法(結果不法)の相対性を否定するに過ぎず、正犯にとっての構成要件該当結果の惹起は共犯者にとっても構成要件該当結果の惹起であるという理解を前提とするものであり、その意味では「共犯者自身の保護法益に対する攻撃」という性質を要求しているという理解も不可能ではない。

⁷⁸ *Roxin*, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.7(S.106). Rechtsgutsangriff は「法益侵害」と訳されることも多いが、本論文では「法益攻撃」との訳をあてることとする。ドイツの学説には、法益攻撃(Rechtsgutsangriff)と法益侵害(Rechtsgutsverletzung)を区別して用いる見解も見られるところ、訳においても区別することが便宜であると考えからである。そこでの Rechtsgutsangriff は法益侵害に至らなかった場合も含む概念であり、法益侵害を志向する攻撃を意味するものと理解することができるだろう。また、日本語における「侵害」には実際に法益が毀損されたという強いニュアンスが伴うように思われる。このような用語の区別を行う見解として、たとえば、Murmman は共犯の処罰根拠を説明する際に、承認関係を攻撃する形で行われる「法益客体に対する攻撃(Angriff)は既に法益の侵害(Verletzung)である」という説明を行っており(*Murmman*, a. a. O. (Anm. 21), S.549)、両者を概念的に区別していることが窺われる。また、Vogler も、説明の上では「危険判断のために法益攻撃(Rechtsgut~~angriff~~)と法益侵害(Rechtsgut~~verletzung~~)を区別するような考察方法」として両者を区別する部分が見られる(*Theo Vogler*, Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, 1972, S.312)。

⁷⁹ 近時においてそのような整理を行うものとして、*Baun*, a. a. O. (Anm. 8), S.52; Schönke/Schröder-Günter *Heine/Bettina Weißer*, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, Vor § 25 ff. Rn.15(S.487)など参照。ただし、ここでは通説的な見解は「促進(あるいは惹起)説(Förderungs-(Verursachungs)theorie)」と整理されている。

勢に相違があることそれ自体だけでなく、ドイツで多数説とされる修正惹起説/従属性志向惹起説を支持する学説は日本ではごく一部に留まっている点が特に注目される。ドイツの学説において従属性志向惹起説が支持されている根拠と、それを前提とした従属性志向惹起説の位置づけを確認する必要があるだろう。

ドイツにおいて従属性志向惹起説を支持すべき根拠としては、制定法は従属性原理を明示的に採用していることが決定的であるとされる⁸⁰。教唆犯と幫助犯を規定するドイツ刑法26条・27条は、正犯が故意かつ違法であることを明示的に要求しているところ、共犯不法は正犯不法から導出されるというものである⁸¹。これに対して、日本の刑法は正犯が備えるべき性質について明文の規定を置いていないところ、そもそも議論の前提が異なっている側面があることは否定できない。

もっとも、ドイツの学説において制定法の採用する従属制原理が根拠として挙げられるときには、制定法が共犯の成立要件として正犯不法の存在を要求しているという点だけでなく、共犯の法定刑が関与の対象となった正犯構成要件の法定刑に対応して設定されていることも念頭に置かれていることは注意を要する。伝統的に惹起説と対置させられてきた責任共犯論・不法共犯論は、共犯の処罰根拠を正犯者の墮落や社会的統合解体に求める見解であったが、責任共犯論・不法共犯論は「どのような理由から共犯者の刑罰が正犯の法定刑に対応して設定されているのかを説明し得ない」ものであるとの批判⁸²が向けられていたのであった。つまり、制定法は関与対象となった正犯不法の重さと共犯不法の重さを結びつけている一方で、責任共犯論・不法共犯論が共犯の不法内容とした墮落の程度や社会的統合解体の程度は関与の対象となった正犯不法の重さと直接に結びつくものではないところ、責任共犯論・不法共犯論から制定法が一定の法定刑を設定した共犯の処罰根拠を説明することは困難であるというものであった⁸³。これに対して、従属性志向惹起説は、「共犯者の処罰の根拠を、正犯所為者を通じて所為遂行をともに惹起する(mitverursacht)ところに見出す」ことによって、責任共犯論・不法共犯論とは異なり、「共犯不法を、正犯所為の結果不法から導出し、それに依存させる」という説明が可能であるとされていた⁸⁴。

もちろん、直接行為者によって実現される法益侵害結果の程度に共犯不法の程度を依存させること自体は純粹惹起説からも可能なものである。しかし、構成要件は結果の他に行為手段や故意・過失といった要素から異なって規定され、異なる法定刑が設定されていることもあり得る。そのため、そのような場合に正犯の構成要件を基準として共犯の法定刑を定める制定法を説明する必要が生じることになる⁸⁵。そのような前提の下で、学説においては、従属性志向惹起説のみが「構成要件に含まれる規範を自ら侵害したのではなく、正犯者の規

⁸⁰ *Wessels/Beulke/Satzger*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 47. Aufl., 2017, Rn.792a(S.302).

⁸¹ *Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Anm. 80), Rn.792a(S.302).

⁸² *Helmut Satzger*, *Teilnehmerstrafbarkeit und »Doppelvorsatz«*, *Jura* 2008, S.516.

⁸³ *Poppe*, a. a. O. (Anm. 24), S.433.

⁸⁴ *Satzger*, a. a. O. (Anm. 82), S.516.

⁸⁵ *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1996, S.686.

規範違反に共働したことにその不法があることを明らかにする」ことで、「共犯不法はその根拠と量において正犯所為の不法に依存する」ことを説明できるとされていたのである⁸⁶。ここでは、単に結果の惹起を禁止する規範に共犯者が違背したかどうかだけでなく、正犯者における規範違反の有無・程度が共犯不法の有無や程度を左右する点を説明するためには、正犯者における規範違反へ共働したことを共犯不法の根拠に取り込まざるを得ないとの理解が示されているだろう。

もちろん、ドイツにおいても、日本において修正惹起説に対して向けられたものと同様の批判が従属性志向惹起説に対して向けられている。近時は日本における混合惹起説に相当する従属的法益攻撃説が学説において支持を集めていることは前述した通りである。その主唱者である Roxin⁸⁷によれば、確かに「共犯の不法は、正犯不法によっても本質的に規定されている」⁸⁸が、それに加えて共犯者自身との関係においても保護されている法益を攻撃するものであること⁸⁹、すなわち共犯者自身の「法益攻撃(Rechtsgutsangriff)」⁹⁰の存在が必要であるとされる。正犯の規範違反に対する共働に加えて、独立的な共犯不法として保護法益に対する攻撃の存在が要求されることによって、——共犯成立のためには正犯者によって侵害された法益が共犯者自身にとっても保護されたものであることが必要とされるために——共犯者自身に属する法益を攻撃する正犯に対して共犯が成立せず⁹¹、また、結果発生についての故意が要求されるために、未遂の教唆や agent provocateur の場合にも共犯が成立しない⁹²という結論が、外在的な説明によらずに与えられることになる⁹³。

このような従属的法益攻撃説は、正犯の規範違反に対する共働でなければならないことを前提としながらも、共犯者自身の法益攻撃を共犯不法の本質的要素の一部として付加的に要求することによって、従属性志向惹起説に依拠する場合の不合理な結論ないし説明上の難点を回避するものであり、正犯不法が共犯不法を本質的に規定していることを肯定する点で、日本の学説における混合惹起説の分類からいえば——修正された純粋惹起説ではなく——二元的不法惹起説にあたるものと評価できる。

2-2. 得られる示唆

⁸⁶ Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 85), S.685-686.

⁸⁷ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.1 ff.(S.105 ff.).

⁸⁸ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.4(S.105).

⁸⁹ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.2(S.105).

⁹⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.7(S.106).

⁹¹ Claus Roxin, Zum Strafgrund der Teilnahme, in: FS-Stree und Wessels, 1993, S.370-372.

⁹² Roxin, a. a. O. (Anm. 91), S.372-374.

⁹³ Roxin は純粋惹起説に対して種々の批判を行うものの、独立的な共犯不法を明白にしたという功績がある、と評価する(Roxin, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.16(S.110))

従来、日本の学説において、ドイツの学説を参照して従属性志向惹起説や混合惹起説における正犯不法の必要性が言及される際には、その制約原理としての側面がしばしば強調されてきた。たとえば、松宮孝明は、混合惹起説における正犯不法の要請は、ドイツでは「構成要件の明確性に基づく法的依存性」や「共犯行為の法治国家的限定」に見出されているとの理解の下で、混合惹起説とは、第一次的な処罰根拠は法益侵害の惹起であるものの、それが「明確性や限定性の要請」によって制約されるものと理解する見解であると解していた⁹⁴。

しかし、ドイツにおいて混合惹起説を支持する学説は、いわばそれとは反対に、正犯不法が本質的に共犯不法を規定することを認めながらも、それに加えて独立的な共犯不法をも共犯の処罰根拠に取り込むという説明を行っているように思われる。ドイツ刑法26条と27条が明文で採用する正犯不法への従属性の目的論的意義(teleologische Sinn)が「共犯行為の法治国家的な明確化(rechtsstaatlichen Konturierung der Teilnahmehandlung)」にあるという説明⁹⁵は、そのような明文の規定の存在によって、正犯の構成要件から離れた法益侵害の事実的な惹起(Urheberschaft)を共犯として把握することが阻まれているという趣旨のものであるように思われる⁹⁶。また、そうであるからこそ、同様に明文の規定において要求されている正犯者の故意については、同見解からも共犯不法を根拠付けるものとしての説明が行われていない⁹⁷のだと考えられる。

このようなドイツの学説における共犯の処罰根拠論の議論状況からは、正犯不法への従属性を単に外在的な制約として共犯の成立範囲を限定するものとして理解することには限界があり、むしろ共犯不法を形作り、根拠付けるものとして積極的な位置づけを与える必要があることが示唆される。

3. 検討

それでは、各惹起説のうち、いずれの見解を支持すべきだろうか。

純粹惹起説に対する最も強い批判は、一般に正犯なき共犯を認めることによって、可罰的な範囲の耐え難い拡張が生じることであった。この「正犯なき共犯」の承認による処罰範囲の拡張という問題については、純粹惹起説の支持者からは「反対説(主として混合惹起説)が間接正犯を肯定するのであれば、『処罰範囲の拡張』であるとの批判は当たらない」との反論が行われている⁹⁸。確かに、直接行為者の不知を利用するという事例において、純粹惹起説から、直接行為者において故意犯が成立しないにもかかわらず故意正犯に対する教唆犯

⁹⁴ 松宮・前掲注10)283頁。

⁹⁵ *Roxin*, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.5(S.106).

⁹⁶ *Roxin*, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.5(S.106).

⁹⁷ vgl. *Roxin*, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.28-29(S.114-115). むしろ「憂慮すべき処罰の欠缺」が生じるという。

⁹⁸ 葛原・前掲注28)上66頁。

の成立が認められるような場合には、混合惹起説からも多くの場合には間接正犯が肯定されるようにも思われる。もちろん、直接行為者に故意がない、あるいは正犯性がないという理由から直ちに反射的に間接正犯の成立が認められるわけではなく、間接正犯の成立要件を充足するかどうかについての検討が必要ではあるものの⁹⁹、仮に帰結において成立範囲が大きく異なるのであれば、純粹惹起説の支持者による上記の再反論にも一定の説得力があるだろう。

これに対して、純粹惹起説からは教唆犯の成立が認められることになるような事案だけでなく、幫助犯の事例を想定する場合には、帰結において重大な差異が生じることになる。たとえば、過失犯に対する幫助犯の成立があり得ることを前提として、以下のような事例を考える。

T は、O の頭の上りんごを乗せ、それをボウガンで狙って矢を当てるという芸を友人らの前で披露しようとしていた。T は練習では失敗したことがなく、自分のボウガンの腕前に自信を持っている。T は、本番の直前にボウガンに矢を取り付けたが、その際に矢の種類がいつもと異なっていることに気が付いた。T と一緒に練習を行っていた G も T に言われてそのことを認識したが、G は O に恨みがあったため、ボウガンの矢が誤って O に当たって負傷し、死亡してしまえば願ったりであると考えて、芸を行うことをためらうことがないように「いつも通りやれば大丈夫だろう」と T を励ました。T は矢の種類がいつもと違うことに不安を覚えていたが、G の励ましによって「矢の種類が多少変わっても、普段通りにやれば大丈夫だろう」と自信を取り戻し、O の頭の上に置かれたりんごに向けて、ボウガンの矢を発射した。発射された矢は不運にも O の首に命中し、O は死亡した。

この事例では、他人の生命についての注意義務に違反する正犯者の非故意行為を助長して人を故意に死亡させたが、背後者は正犯者の知らない事情を知っていたわけでもなければ、心理的に強く拘束する関係にあったわけでもないから、間接正犯の成立は認められないだろう。また、G の行為によって T が初めてボウガンの発射を決意したわけではなく、死亡結果との間に「援助行為がなければ、死亡結果の発生なし」と言えるような条件関係が認められるわけではない。つまり、せいぜい正犯所為の遂行を容易にしたに過ぎないというような事例である。幫助犯の成立が認められるために必要となる因果関係の内実についてここで立ち入った検討を行うことはできないものの、幫助犯における因果関係について結果との間の条件関係を厳格に要求する見解を支持するものでなければ¹⁰⁰、純粹惹起説に依拠する場合には、殺人罪の幫助犯が成立するという結論に至らざるを得ないだろう。しかし、正

⁹⁹ この点についても照沼亮介は強い批判を行っている(照沼・前掲注 13)163 頁)。

¹⁰⁰ 葛原・前掲注 28)下 71 頁。

犯が過失犯に留まる場合に、それへの関与者につき故意犯に対する幫助犯の成立を認めることは、あまりにも均衡を失うように思われる¹⁰¹。

さらに、過失犯を処罰する規定がなく、直接行為者は不可罰となるような場合もあり得る。

Tは、鍵の掛かったOの自転車を自分の自転車と勘違いし、さらに自分の持つ鍵がOの自転車に取り付けられた錠前に適合しなかったことから、錠を破壊しようと考えて、友人のGに自転車の錠を破壊する工具の手入れをしておくように頼んだ。Gは自転車がOのものであることを知っていたが、Oに恨みがあったことから、錠が破壊されてOの自転車が奪われればよいと考えて、工具の手入れを行った。Tは、Gが手入れをした工具によってOの自転車の錠前を破壊した。

この事例では、Tには器物損壊の故意がなく、過失の器物損壊罪が存在しない以上は不可罰であり、Tが既に決意していた錠の破壊に用いる工具の手入れをしたに過ぎないGに間接正犯が成立することもないだろう。純粹惹起説の支持者には、このような事案においても共犯の成立を肯定する見解がある一方で¹⁰²、直接行為者において規範障害がないことを理由として、共犯の成立を否定する見解も見られる¹⁰³。前者の見解については、直接行為者を過失犯として処罰する規定がある場合よりも一層問題があると言えるだろう。後者の見解については、共犯の成立範囲が過度に拡張されることには一定の歯止めが掛かっているものの、直接行為者における「規範障害」が要求される根拠、すなわち直接行為者における規範障害の存在が共犯不法を根拠付ける根拠が明らかにされているとは言い難い¹⁰⁴。

少なくとも、幫助犯の成否が問題となる事例を想定する限りでは、やはり純粹惹起説の採用による「正犯なき共犯」の肯定は、可罰的な共犯の範囲を著しく拡張することが明らかにされた。そのため、純粹惹起説において「正犯なき共犯」が認められる事案の多くで他説からは間接正犯の成立が認められるために、可罰性の拡張を招くという批判には「インパクトがない」とする純粹惹起説の支持者からの反論は、説得的なものとは言い難く、純粹惹起説は支持できない。

次に、修正惹起説についても、従来学説によって批判されてきた難点は、幫助犯の成否が問題となる場面を想定することでより一層際立つことになる。従来、修正惹起説の難点とされていたのは、関与者自身に属する法益への他人の侵害行為に対する共犯の成立を認めざ

¹⁰¹ 実際、純粹惹起説の支持者には、致死量の毒薬を致死量に至らない傷害を引き起こすのみだと偽って傷害を教唆して殺人を実現させた場合には教唆者に殺人の教唆犯が成立し、殺人を教唆して(おそらく生命に対する危険のある)傷害を実現させた場合には殺人未遂の教唆犯が成立することを支持する見解が見られる(山中・前掲注 14)863-864 頁)

¹⁰² 葛原・前掲注 28)下 71 頁、山中・前掲注 14)862 頁。

¹⁰³ 葛原・前掲注 28)下 68-69 頁、山中・前掲注 14)862 頁。

¹⁰⁴ 純粹惹起説の支持者は規範障害を処罰を根拠付ける要素と解していないように思われるが、「結局は当の共犯者以外の行為者による『行為』の存在を処罰の前提として位置付けざるを得ない以上は、むしろそれらを体系的・内在的に説明しうる『処罰根拠』論を構想の方が適当なのではなかろうか」(照沼・前掲注 13)163 頁)との批判が妥当するだろう。

るを得ないという点と、既遂結果の発生について故意がない場合、典型的には agent provocateur の場合にも共犯の成立を認めざるを得ないという点であった。確かに、教唆犯の場合には、正犯者が共犯者の行為を通じて犯罪者となった点に——不法共犯論ないし責任共犯論の観点から部分的に導入することによって——可罰性の根拠を求めることができるかもしれない。しかし、幫助犯の場合について、同様の説明を行うことは困難だろう。

第一の例として、T が G の所有する財物を窃取しようとしたところ、それに気が付いた G が T の手助けをし、T は財物の奪取に成功したという事例を考える。この事例において、T には窃盗罪が成立し、G の援助行為がその手助けになったとしても、結局のところ G は自己の所有する財物を、それを知らない他人を通じて自ら手放したに過ぎない。このような場合にまで、自身の所有する財物への攻撃に関与することが可罰的になるとは考え難い。また、仮に責任共犯論・不法共犯論を部分的に援用するとしても、既に窃盗を決意している正犯者への支援が墮落や社会的統合解体をもたらしたという説明を行うことは困難である。

多数説が従来から修正惹起説に対して批判を行ってきたように、共犯者自身との関係でも保護されている法益に対する攻撃についてのみ、共犯の成立を認めるべきである。ドイツの通説が修正惹起説(従属性志向惹起説)をいまだ支持しているのは、結局のところ修正惹起説(従属性志向惹起説)の支持者の多くは、保護法益が共犯者からも保護されていることを要求するからであり、帰結において独立的な共犯不法を要求しているからであると考えられる¹⁰⁵。

第二の例として、T が、弾が入っているものと勘違いして、弾の入っていないピストルを O に向けて弾を発射しようとしているところで、弾が装填されていないことを知っている G が T を手助けしたというような事例を考える。この事例については、修正惹起説を支持する学説においても、結果を含む正犯構成要件の惹起が問題である以上、既遂結果の発生について故意が要求されることは当然であり、修正惹起説から当然に可罰性を肯定することにはならないとの説明が試みられている¹⁰⁶。もっとも、それを批判する学説からは、未遂犯における未遂結果も法的な意味における結果である以上、未遂犯が実現されることについて故意があれば足りるとしないのであれば、それは結局のところ独立的な法益攻撃の必要性によってのみ根拠付けられるとの再批判が行われている¹⁰⁷。ここでは、共犯未遂は不可罰であり、未遂犯に対する共犯も共犯既遂として把握されるとして、正犯既遂に対する共犯の故意はないものの、正犯未遂に対する共犯の故意は認められるという場合があり得るのかが問題となる。正犯の場合には、未遂犯は既遂犯とは別個の修正された構成要件ではあるものの、既遂犯と未遂犯は結果発生の有無によって区別されるに過ぎず、未遂犯のみを志向する故意が観念できるわけではない。これに対して共犯の場合には、危険性を基礎づけ

¹⁰⁵ vgl. *Roxin*, a. a. O. (Anm. 91), S.369-370.

¹⁰⁶ 曾根・前掲注 20)596-597 頁。

¹⁰⁷ *Bernd Schünemann*, in: *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 Einleitung* § § 1-31, 12. Aufl., 2007, vor § 26 Rn.15(S.1976).

る事情についての行為者の認識の相違が未遂犯の成否を左右する限りで、結果発生について故意のない共犯者は、正犯の未遂犯のみを惹起することが可能であり、それについての故意を持つことも可能である。しかし、ここで問題となるのは、——共犯者の視点では結果発生危険がないような——正犯未遂の惹起の阻止それ自体も共犯の処罰根拠とするのかどうかである。修正惹起説があくまで既遂の正犯構成要件が惹起されることを防ぐことを処罰根拠とする限りで、その故意がない者にはその処罰根拠が妥当しないため、既遂結果に対する故意が要求されるという結論も一貫して主張可能なものであるように思われる。

したがって、agent provocateur のような未遂の教唆・幫助の事案で共犯の成立を肯定せざるを得ないという批判は、必ずしもあたるものとは思われない。もっとも、第一の点は修正惹起説にとって致命的な問題である。既遂正犯の構成要件該当事実の惹起を防ぐことが共犯を処罰する根拠であるという説明によって未遂の教唆・幫助の可罰性を否定できるとしても、共犯者自身に属する法益の侵害ないし危殆化の惹起についても処罰根拠が妥当することを認める場合には、そもそも既遂正犯の構成要件該当結果の惹起を共犯者に対して禁止することの根拠が薄弱となるからである。

したがって、混合惹起説が支持に値することになる。既に確認された通り、処罰根拠論という観点からは、混合惹起説は修正された純粹惹起説と二元的不法惹起説に区別することができる。両者を比較すると、修正された純粹惹起説には、純粹惹起説と同様の重大な問題があるように思われる。つまり、修正された純粹惹起説は、あくまで正犯不法の存在を外在的な制約原理と理解するために、処罰根拠論としては正犯行為に対する共働という観点から欠落することになる。照沼亮介は修正された純粹惹起説にあたる見解に対して、「このような構造論を主張する体系的な基盤が未だ明示されていない」との強い批判を行っていたが¹⁰⁸、刑罰という威嚇の下で禁止を行うことの根拠づけとしての処罰根拠論の意義を強調するものであると言える。

もちろん、修正された純粹惹起説の論者も、正犯行為への共働という要請は、外在的な制約原理たる従属性に基づいて、必要なものとみなしているだろう¹⁰⁹。たとえば、山口厚は、「犯罪が成立するためには構成要件該当・違法行為に有責性が認められることも必要であるから、『二次的責任』類型である共犯(教唆・幫助)は、正犯に成立する犯罪の限度で成立することになる」¹¹⁰という説明によって、正犯に故意が認められず過失致死が成立するに留まる場合には、死亡結果について故意ある関与者について殺人罪に対する幫助犯の成立を否定する帰結に至ることを支持する。しかし、それは修正された純粹惹起説に処罰根拠論として含意されたものではない。問題は、処罰根拠論から切り離された外在的な制約原理を導入することの当否である。もちろん、罪刑法定主義ないし明確性の原則に基づく条文の文言

¹⁰⁸ 照沼・前掲注 13)176 頁。

¹⁰⁹ 山口・前掲注 15)242-245 頁参照。

¹¹⁰ 山口・前掲注 3413)333 頁。

とその解釈上の限界が外在的な制約として存在し得ることは否定できないが、それを別とするならば、ある要件の充足が認められる場合に初めて(加重)処罰が行われる場合には、現にその要件の充足が(加重)処罰を根拠付けることになっている以上、そのような根拠付けが可能であることの説明が必要となるはずではないだろうか。この点について、純粹惹起説の支持者である葛原力三は、混合惹起説に対して「正犯不法を『条件として』処罰することとそれを『根拠として』処罰することの間には実質的な違いは殆どない」との批判を行っていた¹¹¹。この批判は、従属性を単に制約原理と位置づけることでは正犯不法の存在が処罰の根拠となっている実態に変わりはなく、制約原理に位置付けることによって処罰根拠としての説明を放棄することはできないことを示唆するものと言える。

それでは、修正された純粹惹起説を前提としたとき、故意・過失を含む正犯不法の存在、あるいは不法要素には位置づけられない責任要素としての故意・過失の存在が共犯者の不法ないし責任を加重するという説明は可能だろうか。純粹惹起説の検討において挙げた、正犯者 T が過失によって O を死亡させたが、援助者 G は T が過失によって O を死に至らしめる危険性を認識しながら援助を行ったという事例を再び想定する¹¹²。修正された純粹惹起説においては、正犯者における行為規範違反の有無・内容を共犯不法の有無・程度を本質的に規定するものとはみなさない以上、不法という観点では法益の侵害ないし危殆化という結果無価値のみに着目することになる。人の死亡結果の発生という結果無価値は殺人罪と過失致死罪で異なるものではないから、正犯不法の重みという点で殺人罪に対する幫助と過失致死罪に対する幫助を区別することはできない。そこで、殺人罪に対する幫助犯と過失致死罪に対する幫助犯の法定刑の格差を正当化するためには、正犯者が故意的であり、それについての共犯者が認識している場合には、共犯者に対して向けられる責任非難の程度が——正犯者に過失が認められるに留まる場合と比較して——著しく高いものであるという説明する必要が生じる。しかし、そのような説明は困難だろう¹¹³。故意・過失を責任要素と位置づけるのであれば、過失致死に対する故意の幫助犯と殺人罪に対する故意の幫助犯を区別することなく、殺人罪に対する故意の幫助犯の成立を認めるのが一貫した解決であるように思われる¹¹⁴。

¹¹¹ 葛原・前掲注 28)下 68 頁。

¹¹² 過失犯に対する共犯が可能かどうかという点については争いが見られる。前述のようにドイツ刑法においては教唆犯・幫助犯のいずれにおいても関与対象となる正犯は故意的であることが要求されており、過失犯に対する共犯は制定法上あり得ないことになっている。もっとも、この点については処罰の間隙を生むものとして批判がなされている(vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.26(S.113).)。

¹¹³ あり得る説明は、重く非難される正犯者に関与する場合には非難の程度が重くなる、あるいは正犯者を重い非難を受けべき地位に置くことは非難の程度が重くなるという説明しかないように思われる。つまり、悪しき連帯か、墮落である。

¹¹⁴ 松宮孝明は、まさに幫助犯の場面を想定した上で、このような場合にも殺人に対する幫助犯の成立を認めるべきであるとして、故意を構成要件要素に位置付ける通説を批判する(松宮孝明『先端刑法 総論——現代刑法の理論と実務』(日本評論社、2019)206-207 頁)。

結局のところ、ここで決定的に結論を左右しているのは、正犯者が違背することになる行為規範が故意殺人の禁止規範であるか、あるいは過失致死の禁止規範であるのかであり、共犯者の視点では、自らが違背する行為規範が、正犯の故意殺人への関与を禁止する行為規範であるのか、過失致死への関与を禁止する行為規範なのかである。そのような相違に基づいて共犯不法(あるいは責任)の内実を決定しようとするのであれば、その相違が(加重)処罰を根拠付けることの実質的な根拠が示されるべきである。それがなされない限りは、制約原理であるという説明は、単に根拠付けの説明を放棄することを宣言しているに過ぎない。

日本の学説において従属性を外在的な制約原理と位置づける見解が散見される背景には、ドイツの学説において、従属性の目的論的な意義は「法治国家的な共犯行為の画定」にあるといった説明¹¹⁵が行われてきたという事情があるように思われる。しかし、既に確認されたように、それは共犯の成立範囲が制定法の明文の規定によって明確にされていることを指摘するものであると理解するのが素直だろう。そして、そのような制定法的の規定を出発点として、制定法が明文の規定で成立範囲を画していることの意義が説明されているのであれば、条文の文言を出発点とすることなく明確性や限定性といった観点から成立範囲の限定を主張することは、それとは逆の方向を歩むものと言えるだろう。もちろん、日本の共犯規定についても「正犯」の存在を前提としてそれに対する関与行為を禁止し、「正犯」の法定刑を基準として共犯の法定刑を規定していると理解することが素直であり、条文の文言から従属性を読み取ることは不可能ではない¹¹⁶。

しかし、それが可能であるとして、積極的に処罰を根拠付ける説明の放棄が許容されることにはならないだろう。そもそも、ドイツの学説の多くは、ドイツ刑法には正犯不法への従属性を要求する明文規定があるにもかかわらず、条文の文言解釈上の外在的な限界として説明を断念することなく、犯罪論体系に整合的な説明を探求していたのであった。既に確認されたように、制定法が共犯不法をその根拠と量において正犯不法に依存させていることを説明可能であることが、ドイツにおいて従属性志向惹起説が通説的地位を維持し、その基礎が混合惹起説によっても共有されていることの主たる根拠の一つであった。また、純粹惹起説の論者も法解釈上は従属性による拘束を受け入れていたのであり、その難点は制定法における従属性の拘束を説明できない点であった¹¹⁷。犯罪の成立要件は国民の自由保障という見地からも定められるべきところ、全ての犯罪成立要件を理論的に根拠付けることは困難であるとしても、理論的な根拠付けが可能な限り試みられるべきであることは疑いない。葛原力三は、修正された純粹惹起説に対して、先ほどの言及に続けて「正犯不法の惹起を条件とする理由としては結局、実定法上の共犯規定の構造として伝統的に見いだされて

¹¹⁵ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), Vor § 26 Rn.5(S.106).

¹¹⁶ 私見とは異なる体系論からの説明ではあるものの、松宮・前掲注 114)204-206 頁など。

¹¹⁷ Schünemann, a. a. O. (Anm. 107), vor § 26 Rn.11(1974)が、正犯不法への依存性の根拠を当罰性(Strafwürdigkeit)に求め、従属性を処罰条件(Strafbarkeitsvoraussetzungen)としてのみ理解する純粹惹起説に対して、「現行法における共犯の構造を把握するものではない」と述べるのは、まさにその趣旨である。

きた『従属性』を挙げる(これを形式的に罪刑法定主義、『法治国家的』要請であるとする)に過ぎない¹¹⁸との批判を行っていた。これは、処罰根拠論に内在する根拠を示すことがないままに、制定法において明文化もされていない「法治国家原理」として従属性原理を説明することの困難性を指摘するものと言えるだろう。

もっとも、そのような困難性は、正犯不法の惹起も共犯の処罰根拠であるという積極的な理由付けが必要であることを示唆するに過ぎない。その理由付けは、従属性志向惹起説が述べるように、正犯の行為規範違反に対して共働することも共犯の処罰根拠であるということに求めるべきである。そもそも、本来的には正犯者が構成要件該当行為を行わなければ違法な法益侵害は生じないのであるから、共犯を処罰する必要性は自明ではない。しかし、ある者が正犯者として構成要件を実現しようとするを前提としたとき、その所為に対する関与によって法益侵害の程度が高まることや、法益侵害が実現される危険が高まることがあり得ることは否定し得ない。そうすると、法益の保護をより確実なものとするために、正犯に対して構成要件該当事実の実現を禁止するだけでなく、その実現に役立つような行為を刑罰によって禁止する必要性も認められることになる。つまり、共犯は正犯の行為規範違反の実現が好ましくない(一次的に禁止されている)ものであることを前提として、それを防ぐために二次的に禁止されるものであると理解されるべきである¹¹⁹。そのため、共犯者に対して向けられるべき行為規範は、正犯者の行為規範違反に対して共働することの禁止である。もちろん、究極的には法益の保護が目的である以上、正犯の行為規範違反に対する共働を共犯者に禁止することを正当化するためには、正犯によって侵害される保護法益が共犯者からも保護される関係になければならない。

したがって、正犯の行為規範違反に共働することによって保護法益に対する攻撃を行うことを防ぐことが、共犯行為を禁止する根拠という意味での共犯処罰の根拠である。ただし、ここでの処罰根拠は、どのような事態の惹起を防ぐために、どのような行為を共犯行為として禁止することが正当化できるのかという次元のものである。つまり、共犯が成立するために実際に共犯者がどのような事態を惹起しなければならないのか、という点については未だ明らかにされていない。

¹¹⁸ 葛原・前掲注 28)下 68 頁。

¹¹⁹ 増田・前掲注 71)358 頁は「正犯の行動規範を補強するために創設される」のが共犯の行動規範であると理解する。

第3節 惹起説内部の対立と幫助犯の成立要件

前節の検討では、本論文では混合惹起説のうち二元的不法惹起説が支持されることを示した。もっとも、各惹起説間の対立は、正犯の行為規範違反への共働が必要であるのか、そして共犯者にとっても保護法益に対する攻撃を行うような関係が必要であるのか、という点に認められたに過ぎない。つまり、構成要件該当結果の惹起を防ぐことが共犯規定の目的であるという点は、惹起説に共通する思想であった。つまり、惹起説内部の対立は、どのような性質を持った構成要件該当結果の惹起を防ぐことが共犯を処罰する理由なのか、という点を巡る点であった。

これに対して、学説には惹起説内部の対立と惹起の内実の関連性を示唆する見解が見られる。大谷實は、混合惹起説は「正犯の実行行為を通じて法益侵害の惹起に加功したこと」を処罰根拠とする見解であり、純粹惹起説は「共犯が正犯を通じて法益侵害の結果を惹起したこと」を処罰根拠とする見解である¹²⁰としていた¹²¹。また、十河太郎は、違法の相対性を巡る問題を対立点と認めながらも、それと並んで「惹起説の内部における学説の対立」は「共犯の本質を既遂結果の惹起に見るか正犯の実行行為の惹起に求めるか」という点にも存していたと分析する¹²²。仮にそのような分析が正しいのであれば、幫助犯における因果関係の問題が処罰根拠論上の争いに直結していることになるように思われる。他方で、十河説は最終的に共犯の処罰根拠論の問題を成立要件論と切り離すべきという主張を行っている点も注目に値する¹²³。

以下では、十河説を概観した上で、その分析・主張の当否を検討したい。

1. 十河太郎の見解

1-1. ①惹起説内部の対立についての分析

十河説によれば、惹起説内部には、違法の相対性とは異なる観点からの対立も存在していたという。たとえば、上述の大谷説の他にも、前田雅英は、修正惹起説と純粹惹起説の相違は「共犯が正犯者の構成要件に該当する実行行為を経由すること」を要求するかにあると整

¹²⁰ 大谷實「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選 I 総論（第4版）』（1997）174頁。同様の分類を行う見解として、奥村正雄「判批（東京高裁平成2年2月21日判決）」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選 I 総論（第5版）』（2003）173頁。

¹²¹ なお、大谷・前掲注47）399頁においては、純粹惹起説は「みずからの共犯行為を通じて法益侵害・危険を惹起した点に共犯の処罰根拠を求める」見解、修正惹起説は「正犯の違法な行為と連帯して違法な結果を惹起させた点に共犯の処罰根拠を求める」見解、混合惹起説は「正犯の実行行為を通じて法益侵害・危険を惹起した点に共犯の処罰根拠を求める」見解であると整理されている。もっとも、既に述べたように、未遂の教唆を可罰的のみなしている。

¹²² 十河太郎「共犯の処罰根拠論の現状と課題（一）」愛媛法学会雑誌29巻4号（2003）105頁。

¹²³ 十河・前掲注22）130-131頁。

理していた¹²⁴。十河説は、大谷説・前田説における整理は「法益侵害結果の惹起を共犯の不可欠の要素と解するか、むしろ正犯の行為に加功する点に共犯の本質を見出すか」という違法の相対性を巡る各惹起説間の対立とは異なる観点に着目するものであると分析し¹²⁵、ここでは純粹惹起説・修正惹起説・混合惹起説という名称は、違法の相対性をめぐる議論において用いられる場合とは「異なる意味において理解されている」ことを指摘する¹²⁶。

十河太郎は、このような対立の存在は「惹起説の意義について統一的な理解が形成されていないこと」を示すものであり、「法益侵害結果の惹起を共犯の本質的要素とする見解こそが惹起説といえるのか」について学説の間に対立があると結論づける¹²⁷。その上で、責任共犯論・不法共犯論との対比において共犯の処罰根拠論の問題についての整理を行う¹²⁸。

まず、責任共犯論との対比から、「正犯者を犯罪へと陥れたことも共犯の処罰根拠に含めるべきか」どうか惹起説と責任共犯論との対立点があるとして¹²⁹、「惹起説」を「構成要件的结果を間接的に惹起したことのみをもって共犯の処罰根拠とする見解」と位置づける¹³⁰。他方で、不法共犯論との対比から、「共犯の本質を既遂の結果の惹起に見るか、正犯の実行行為の惹起に求めるか」という対立軸があったという理解を前提として¹³¹、「そもそも実行行為とは、構成要件を実現する現実的危険を有する行為をいうのであるから……『正犯の実行行為の惹起』も、結局は、各構成要件上の法益侵害に関連づけられた要素」であり¹³²、「異なる二つの問題が同じ次元で議論され、議論が混乱するおそれがある」¹³³ことから、その対立を「惹起説内部における見解の対立」に位置付ける¹³⁴。したがって、十河説によれば、責任共犯論と惹起説は区別される一方で、不法共犯論と惹起説は区別されず、あくまで惹起説内部において対立する学説であると説明されることになる。

1-2. ②処罰根拠論と成立要件の関係について

十河説は最終的に、正犯不法の連帯性、実行行為の介在の要否、正犯の違法性阻却が共犯の成否に与える影響といった問題は「共犯従属性」の問題であるとして、「共犯の処罰根拠

¹²⁴ もっとも、前田雅英は近時では共犯処罰根拠論を「不毛」なものとなして、ほとんど言及していない(前田雅英『刑法総論講義(第7版)』(東京大学出版会、2019)328頁)。

¹²⁵ 十河・前掲注 122)92頁。

¹²⁶ 十河・前掲注 122)93頁。

¹²⁷ 十河・前掲注 122)95頁。

¹²⁸ 十河・前掲注 122)102頁以下。

¹²⁹ 十河・前掲注 122)104頁。

¹³⁰ 十河・前掲注 122)103-104頁。

¹³¹ 十河・前掲注 122)105頁。

¹³² 十河・前掲注 122)103-104頁。

¹³³ 十河・前掲注 122)105頁。

¹³⁴ 十河・前掲注 122)105頁。

論から切り離すべきこと」を主張する¹³⁵。十河説によれば、確かに、それらの問題は広い意味において「共犯はなぜ処罰されるのか」という問題にかかわるものである¹³⁶。しかし、「共犯はもっぱら各則上の保護法益を侵害・危殆化したために処罰されるのか、それと並んで、正犯者を犯罪へと引き込んだことも共犯が処罰される理由なのか」という、共犯の本質にかかわる問題こそが、真の意味で『共犯の処罰根拠論』であり、責任共犯説と惹起説の考え方の違いを浮き彫りにし、惹起説の妥当性を論証したことで、共犯の処罰根拠論はその役割を終えたというべき」と結論づける¹³⁷。そのため、十河説によれば、因果関係のような「共犯の各成立要件」の問題は、「共犯の処罰根拠論から離れて」論じられるべきことになる¹³⁸。

2. 十河説の検討

共犯の成立要件に対する処罰根拠論の役割を縮小させるべきであるとする十河説の最終的な主張は、①惹起説間の対立には実行行為の促進か、結果の惹起かという問題が含まれており、不法共犯論と惹起説の対立は惹起説内部の対立であるという分析に基づいて惹起説の範囲を画定することを前提としている。そこで、まずはこの点について検討を行った上で、②共犯の処罰根拠論と幫助犯の客観的成立要件の問題は無関係であるとの主張の当否について検討を行いたい。

2-1. ①処罰根拠論を巡る従来の学説の理解について

十河説は、大谷實による純粹惹起説・混合惹起説の分類方法は、「異なる観点」に基づくものであるとしながらも、共犯の処罰根拠論における惹起説間の対立関係を示すものであることには変わりがなく、実行行為の惹起を処罰根拠論とする見解も惹起説である、という理解をするものである。

このような大谷説の理解の背景には、修正惹起説の位置づけを巡る混乱があるように思われる。修正惹起説は、共犯者自身にとって保護されていないような法益を攻撃する正犯所為に対する共働についても共犯の成立を肯定することから、「共犯者自身の保護法益に対する攻撃」が処罰根拠となっていない点に特徴がある。そのため、実質的には「正犯者の行為規範違反に対する共働」のみが処罰根拠となっており、その意味で正犯の行為無価値惹起な

¹³⁵ 十河・前掲注 22)130-131 頁。

¹³⁶ 十河・前掲注 22)131 頁。

¹³⁷ 十河・前掲注 22)131 頁。

¹³⁸ 十河・前掲注 22)131 頁。

いし正犯に違法行為を行わせたことのみが処罰根拠となっているという批判¹³⁹が可能だろう。しかし、それらの指摘は、修正惹起説は結果の惹起を処罰根拠とするものではないという理解をするものではなく、共犯者にとっては保護法益に対する攻撃(Angriff)を意味するものではないような正犯者における構成要件該当結果の事実的な意味における惹起(Verursachung)を理由とした共犯処罰の正当化は困難であるという評価に基づくものと思われる。つまり、純粹惹起説は、構成要件該当事実の惹起が同時に共犯者自身にとっても保護法益に対する攻撃を意味しなければならないことを当然の前提としていたが、これに対して、修正惹起説は、正犯を介した構成要件該当事実の惹起を処罰根拠としながらも¹⁴⁰、保護法益に対する共犯者自身の攻撃を処罰根拠とはしないために、惹起を理由として共犯者を処罰することの根拠に疑問が生じたのであった。

しかし、それは実行行為の促進を共犯の処罰根拠とすべきか、結果の惹起を処罰根拠とすべきか、という形では整理不能な問題であるように思われる。ここで問題となっているのは、——事実的な惹起を超えた——保護法益に対する攻撃という性質を要求しなければ、結果の惹起を防ぐことを目的とした処罰を正当化することができないのではないかと、という点だからである。そうであるからこそ、修正惹起説を支持する曾根威彦は、共犯者自身に属する保護法益を侵害する正犯に共犯として関与するという事例において外在的な説明がなければ共犯の成立を否定できない一方で¹⁴¹、既遂結果発生の故意が要求されるために未遂の教唆は不可罰であるという見解を一貫して支持することができたのあった¹⁴²。そのため、修正惹起説は結果の惹起が共犯の処罰根拠であることを適切に説明することができないために、実質的に不法共犯論と同様の説明に陥ってしまうおそれがあるという批判はあり得るものの、逆にそのことから不法共犯論は惹起説であると説明することができるわけではない。

十河説の問題点はこのような大谷説の問題点を放置した点にあり、その原因は既遂結果発生の危険がない実行行為の惹起をも共犯の処罰根拠と理解したことにあるように思われる。実行行為が「法益侵害に関連づけられた要素」であるという理解が可能なのは、構成要件を実現する現実的危険を有する行為として実行行為を理解するからである。そのような理解からは、共犯者において結果発生についての故意が欠如する場合には、実行行為を惹起する故意が欠如すると考えるのが素直である。しかし、自説をあくまで惹起説に位置付ける十河説は、正犯者が未遂犯の構成要件に該当することの認識さえあれば、原則として可罰的であるという見解を採用している¹⁴³。つまり、十河説の分析によって惹起説に含まれるとされた「実行行為の惹起」を共犯の処罰根拠とする見解は、未遂犯の構成要件に該当するよう

¹³⁹ 井田・前掲注 12)534-535 頁。

¹⁴⁰ 浅田和茂は、違法共犯論には行為無価値型の違法共犯論と結果無価値型の違法共犯論があり、後者を「因果共犯論(惹起説)とは異なる」としつつも、修正惹起説と位置づける(浅田和茂『刑法総論(第2版)』(成文堂、2019)419 頁)。

¹⁴¹ 曾根・前掲注 20)544 頁。

¹⁴² 曾根・前掲注 20)596-597 頁。

¹⁴³ 十河・前掲注 22)119 頁。

な正犯者の行為を惹起することを共犯の処罰根拠とする見解である。この見解は、共犯の究極的な処罰根拠を構成要件該当結果の惹起には求めず、正犯者に少なくとも未遂犯の不法を犯させること、あるいは正犯の行為規範違反に共働することそれ自体のみを処罰根拠として理解するものであり、不法共犯論としてのみ説明可能なものである。

結局のところ、十河説は、正犯者に未遂犯を犯させることを実質的な共犯の処罰根拠と理解する見解を混合惹起説に位置付けた大谷説の問題点を、正犯者に未遂犯を犯させることを共犯の処罰根拠とする見解も惹起説に位置付け、また惹起説内部の対立の理論的意義を小さいものとみなすことで回避しようとするものであるように思われる。実際にそのような理解を示す学説がある以上、議論状況の客観的な分析として完全に誤りであるとまでは言えないものの、「議論が混乱するおそれ」を回避するために、従来の学説の十分な整理をすることなく不法共犯論を惹起説に正面から取り入れることは、議論をより混迷化させるものである。従来の各惹起説間の対立に、——正犯者に未遂犯を犯させるということに尽きる——実行行為の惹起か、結果の惹起か、という問題が含まれていたという分析は誤りであると言わざるを得ない¹⁴⁴。

2-2. ②処罰根拠論と成立要件の関係について

以上のような十河説の検討を踏まえると、十河説における惹起説の理解を前提とする場合には、惹起説を採用した以上は「共犯の処罰根拠から離れて」共犯行為や因果関係の問題を論じるべきであるという主張は妥当ではないことが明らかになる。結果惹起の禁止を共犯処罰の根拠と理解するのであれば、禁止されるべき共犯行為は構成要件該当結果が生じる危険性を高める行為でなければならず、それについての故意が必要となるはずである。これに対して、不法共犯論を前提とする場合には、禁止されるべき共犯行為は正犯者において未遂犯が成立することに資する行為であり得るから、結果発生についての故意は不要となり得るだろう。このような相違は、共犯の処罰根拠論から導出される問題であるように思われる。

¹⁴⁴ それとは別に、違法の本質論に関連する問題として、惹起されてはならない事実が正犯者の実行行為なのか、あるいは法益侵害結果なのか、という問題は生じるかもしれないが、それは共犯の処罰根拠論として固有の位置づけが与えられるような問題ではない。結果無価値論に依拠するのであれば、正犯者の実行行為の惹起のみが共犯の処罰根拠であることはあり得ない。他方で、近時における行為無価値論も刑法の目的は法益保護であることから、行為無価値論を前提とすれば共犯の行為無価値は正犯の行為無価値惹起を禁止する規範への違背(のみ)であると直ちに判断できるわけではない。刑法の目的を法益の保護と理解する限りで、行為無価値論からも正犯行為を介した結果惹起を志向する関与のみが禁止されるべきことが当然に導かれる(引用：増田豊)。本論文では一般的な行為無価値・結果無価値二元論を念頭に置き、違法の本質論について立ち入った検討は行わないこととする。

もつとも、これは不法共犯論と惹起説の間で生じる相違である。既に述べたように、不法共犯論は惹起説に分類されるべきではなく、構成要件該当結果の惹起を防ぐことを共犯処罰の根拠とするという点で共通の前提を持つ惹起説の内部には、上記のような相違は存在しない。したがって、惹起説を前提とする限りで、幫助犯の成立要件として要求される因果関係の内実について、共犯の処罰根拠論を巡る議論——すなわち、惹起説内部の対立——が与える示唆は大きくないという理解は維持されたままである。

第4節 惹起説における「惹起」の意義

どのような場合に「惹起」があるかという問題は、惹起説内部における対立とは異なる問題であることが確認された以上、惹起説が幫助犯における因果関係の内実について与える示唆は、その「惹起」の意義に依存することになる。

学説には、処罰根拠における「惹起」という表現から幫助犯の帰属構造についての強い含意を引き出すことに難色を示す見解がしばしば見られる。たとえば、Osnabrüggeは「共犯の処罰根拠についての決断は、共犯行為の固有の不法を要求することを内容としており、どのような条件の下で行為に不法が認められるのかを確定するものでない」¹⁴⁵として、「因果性が幫助者の可罰性の構築的なメルクマールであると確定することは、……共犯の処罰根拠についての決定からの必然的な帰結ではない」と述べていた¹⁴⁶。これは、共犯の結果帰属構造の問題と処罰根拠論の問題には強い関連性がないことを指摘するものである。また、日本においても、林幹人は「それにしても、共犯が、結果を『惹起した』というのは、いいすぎのように思われる」¹⁴⁷と述べていた。この言及も、「惹起」という言葉に含意される強い意義に疑問を提示するものと言えらるう。

それでは、惹起説における「惹起」には、そもそもどのような含意があったのだろうか。混合惹起説の代表的な支持者である Roxin は、共犯の処罰根拠論を論じた際に「惹起(Verursachung)は一般的な帰属基準であり、その惹起の従属性は共犯に特殊な帰属基準である」という説明を行っていた¹⁴⁸。ここでは明らかに「惹起(Verursachung)」という用語が含意しているのは、原因的(ursächlich)になること、つまり、事実的な意味での因果関係(Kausalität)が認められるような関係を生じさせることである。つまり、処罰根拠論としての「惹起説」が「惹起」の内実を拘束しているのではなく、因果関係論において共有されている「惹起」の意義が惹起説の前提とされているとの理解を読み取ることができる¹⁴⁹。このことは、Roxin が幫助犯の因果性について論じた際に、因果性の必要性を「あらゆる作為犯にとって、因果関係が帰属の基本的な前提条件である」ことから導出していたこと¹⁵⁰からも

¹⁴⁵ Stephan A. Osnabrügge, Die Beihilfe und ihr Erfolg Zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB, 2002, S.41

¹⁴⁶ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.42. ただし、後述するように、Osnabrüggeの見解は、Puppeの厳格な合法則的条件関係説に依拠するがゆえに、従来の幫助犯を「因果関係」に基づく帰属では説明ができないという問題意識に基づいている。

¹⁴⁷ 林幹人「共犯の因果性(二)——心理的因果性を中心として」警察論究 62巻4号(1991)10頁。なお、同論文を収録した林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、1997)174頁にはこの記載はない。

¹⁴⁸ Roxin, a. a. O. (Anm. 91), S.381.

¹⁴⁹ Osnabrüggeは、「因果性は刑法の基礎にある帰属原理であるために、その出発点は援助者の正犯所為結果に対する関係にとっても帰属の基礎として当然のものであるように思われる」と指摘する(Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.16)。

¹⁵⁰ Claus Roxin, Was ist Beihilfe?, in: FS-Miyazawa, 1993, S.501.

示唆される。さらに、そもそもドイツにおける「惹起説」は「促進(あるいは惹起)説 (Förderungs-(oder Verursachungs)theorie)」とも呼ばれるものであった¹⁵¹。そのような定式化においては、既に幫助犯における因果関係を「促進」関係として理解することが前提にされており、処罰根拠論が因果関係論ないし帰属論に先行する強い役割を持っていたわけではないことが示唆される。

そうすると、「惹起説」であることから共犯の因果性の問題に強力な示唆を得ようとするのは勇み足だろう。つまり、惹起説における惹起の本来的な含意を探求するためには、そこで前提とされている(事實的)因果関係(Kausalität)の意義を確認する必要があるだけでなく、どのような「惹起」を要求することが適当であるのかという問題は「どのような因果関係を要求することが妥当であるか」という問題そのものである。

¹⁵¹ Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 85), S.685.

第5節 小括

第2節と第3節における検討を通じて、惹起説内部の対立は正犯不法の実現への共働の要否と、保護法益に対する共犯者自身の攻撃の要否を巡るものであり、構成要件該当結果の惹起を防ぐことが共犯の究極的な処罰根拠であるという点について惹起説は共通した基盤を持つために、共犯の処罰根拠論が幫助犯における因果性の問題に与える示唆は「惹起」の意義に依存することが明らかにされた。第4節では、そもそも惹起説において「惹起する(verursachen)」という用語の意義は、一定の客観的な事実に対して因果的である(kausal für)ことを意味するものと理解されており、惹起説であることから因果関係の内容を探ることは有望なものではないことが確認された。

したがって、「惹起」の含意は、循環論法ではあるかもしれないが、どのような場合に事実的因果関係が認められるという想定がされていたのか、ということから探らざるを得ない。仮に、そこで事実的な「因果関係」に強力な含意があるのであれば、それを覆すには十分な論証が必要となるだろう。他方で、そのような強い含意がないのであれば、批判的な検討を行った上で、幫助犯の構造に即した因果関係判断枠組みを再構築していく道も十分に開かれているように思われる。いずれにせよ、幫助犯における因果関係の内実について、処罰根拠論からの示唆は大きいものではないことが確認されたから、以下では日本とドイツにおける幫助犯の因果性を巡る議論について概観していくこととする。

第2章 日本の裁判例・学説における幫助犯の因果性

第1節 はじめに

幫助犯には、物理的幫助犯と心理的幫助犯があるとされる¹⁵²。両者の分類基準については学説においても若干の相違が見られるが、事實的因果關係の性質の相違で區別を行うのが便宜と思われる。つまり、自然法則的に説明可能な因果経過で一定の事態を惹起する場合は物理的幫助犯であり、——自然法則的には説明可能でないにせよ——人間心理を介して條件關係があるといえるような経過で一定の事態を惹起する場合は心理的幫助犯であると理解する。もっとも、この定義は事實的因果關係の内容を十分に定義し、それが要求される範囲を明らかにしなければ十分に利用可能なものとはいえない。そこで、暫定的な定義ではあるが、物理的幫助とは、たとえば殺害を決意した正犯者に対して拳銃を提供する場合のように、正犯者に対して犯行の実現に役立つ有体物を提供する場合は典型例であり、さらに無体物であっても正犯者の意欲的心理を介することがない情報の提供の場合¹⁵³も含むものとする。これに対して、心理的幫助犯とは、正犯者の心理の意欲的側面への作用が問題となるものを指すことにする。

本論文の冒頭において確認されたように、心理的幫助犯の因果關係については心理領域であることに由来する特殊な問題もあると考えられる。心理的幫助犯の因果性について論じるためには一般的な因果關係の判断枠組みを明らかにすることが先決と思われるから、以下では第6章に至るまで、基本的に物理的幫助犯を念頭に置いて分析・検討を行うこととする。

¹⁵² 高橋・前掲注13)244頁など参照。

¹⁵³ いわゆる、技術的助言の場合である。島田総一郎は、この場合には「物理的関与行為との差は、提供されるのが有体物か無形の情報化の違いにあるにすぎず、その正犯行為・結果への仕方は本質的に異なる」とする(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巻(2001)95頁)。

第2節 裁判例における幫助犯の因果性

1. 古い裁判例

大審院は、いずれも賭博開帳凶利の事案について、「犯罪ノ幫助行為アリトスルニハ犯罪アルコトヲ知りテ犯人ニ犯罪遂行ノ便宜ヲ與ヘ之を容易ナラシメタルノミヲ以テ足り其遂行ニ必要不可缺ナル助力ヲ與フルコトヲ必要トセス」¹⁵⁴、「…實行ニ必要缺クヘカラサルモノニ非スト雖賭場開張ニ便宜ヲ與ヘ其ノ犯罪ヲ容易ナラシムル所以ナレハ…從犯ヲ以テ論スヘキモノトス」¹⁵⁵と判示する。これらの大審院判例は、幫助行為は犯罪遂行のため必要不可欠なものである必要はなく、正犯者の犯罪遂行を「容易ならしめる」ものであれば足りることを明確に示すものである。もっとも、どのような場合に「容易ならしめる」ものであるかについて、これらの判示からは読み取りがたい。また、これらの判示が直接に言及しているのはどのような場合に「幫助行為」に該当するのかである点にも注意を要する。これらの判示が単に幫助行為性について言及するに過ぎないものであるとすれば、ひとたびそのような行為が行われたときに、その後どのような経過を辿った場合に幫助犯の成立が認められるのかという問題について答えを与えるものではないからである。

上記の判例とは反対に、幫助犯の成立を否定した判例として、正犯者に対して短刀のほか、烏打帽子と足袋を提供したという事実関係の下で、烏打帽子と足袋について、その性質上強盗罪を容易ならしむることは特殊の場合に属するとして、強盗罪との関係が説示されることなく幫助犯の成立を認めることはできないとしたものが見られる¹⁵⁶。同判決では、道具の提供が正犯所為に対して与える影響に着目されており、庇護的な観点に着目するわけではない点では、惹起説に親和的な側面が見て取れる。しかし、この判例についても、問題とされているのは幫助行為性であるように思われる。烏打帽子と足袋とは反対に、短刀の提供については強盗罪を容易ならしむるものであることは自ずから明らかであるとして、理由の説示を不要としていることから読み取られるように、同判決は幫助行為性の判断にあたって、幫助行為としての類型性という観点を重視したものと言えるだろう¹⁵⁷。

¹⁵⁴ 大審院大正2年7月9日大審院刑事判決録19輯771頁。

¹⁵⁵ 大審院大正11年10月6日大審院刑事判例集1巻530頁。

¹⁵⁶ 大審院大正4年8月25日大審院刑事判決録21輯1249頁。

¹⁵⁷ これに対して、同判決は「実行行為との因果関係を疑問視したもの」と理解する見解も見られる(山中・前掲注14)987頁)。

2. 戦後の裁判例

後述する板橋宝石商殺害事件以前に、客観的構成要件を満たさないことを理由として幫助犯の成立を否定したものとして、神戸地判姫路支判昭和 33 年 4 月 19 日一審刑集 1 卷 4 号 615 頁と、名古屋地判昭和 33 年 8 月 27 日一審刑集 1 卷 8 号 1288 頁が挙げられる。

神戸地判姫路支判昭和 33 年 4 月 19 日一審刑集 1 卷 4 号 615 頁の事案は、海上での強盗行為に先立って被告人が正犯者 T らに睡眠薬 α を提供したところ、正犯者 T らは睡眠薬 α を用いる前に、別に調達した睡眠薬 β を船員 O らに飲ませ、その後に睡眠薬 α を投与したが、その時点で既に睡眠薬 β がある程度 O らに作用した状態であり、睡眠薬 α の投与はその後の O らの状態に影響を与えなかったというものであった。このような事案につき、同判決は、「被幫助者（正犯）の実行行為を直接又は間接に容易ならしめたことを要し、単に容易ならしめる可能性があつたというだけでは足りない」という前提から、「被告人の交付した[睡眠薬 α]は何ら睡眠の効果を生じなかつたというほかなく、従つて又すでに T らによつて加えられていた反抗抑圧の程度を高めたとも、T らの接岸荷揚げを容易ならしめたとも認め難い」として、幫助犯の成立を否定した。

同判決については、第一に、それ自体としては一般的に効果が認められる睡眠薬が投与されているにもかかわらず、それとは別個に「効果を生じた」かどうか判断されている点が注目に値するだろう。ここでは、提供行為に幫助行為性が認められ、実際に提供された物が用いられたにもかかわらず、その「効果が生じなかつた」場合には幫助犯の成立を否定するという態度決定を読み取ることができる¹⁵⁸。第二に、睡眠薬の効果が生じることだけでなく、実際に犯行抑圧の程度を高める、あるいは接岸荷揚げを容易ならしめるという形で、正犯所為への具体的な影響を生じさせることを要求しているようにも思われる点である。

これに対して、名古屋地判昭和 33 年 8 月 27 日一審刑集 1 卷 8 号 1288 頁は、賭博場において景気をそえるために塩まきをした被告人につき、「右塩まきは単に縁起のものであつてその行為が直ちに賭博開張図利行為を容易ならしめるもの、即ち本件起訴にかかるような当該犯罪構成要件に該当するものとは到底認めがたい」として幫助犯の成立を否定したものである。同判決は、前述した大審院判例と同様に、「塩まき行為」について一般的な性質から幫助犯の成立を否定する趣旨のものと思われる。既に幫助行為性の段階で幫助犯の成立が否定されたものと理解できるだろう。

¹⁵⁸ 山中・前掲注 14)987 頁は「抽象的危険犯構成を排除している点で注目されるべき」とするが、一般的には所為実現に役立ち得る物を提供しただけでなく、実際に用いた場合でありながら幫助犯の成立を否定したものであるから、それ以上の含意があるように思われる。

3. 近時の裁判例

近時においてリーディングケースとされているのは、板橋宝石商殺害事件(東京高判平成2年2月21日判時41巻1-4号7頁)¹⁵⁹である。本件は、正犯者が被害者の宝石商に高価な宝石類を持参させてこれを詐取するだけでなく、それが成就しない場合にはそれまで預かっていた宝石類の返還を免れるとともに宝石類を強取するため、殺害もやむを得ないと考えて地下室での強盗殺人を計画していたところ、途中で計画を変更して移動する車中において被害者を射殺したというものであった。この一連の犯行経過において、地下室における強盗殺人に備えて目張りをした行為と、計画変更後に正犯者の乗る車を自動車に乗って追従した行為が幫助犯に該当し得るのが問題となった。

この事案について、原審(東京地判平成元年3月27日判時1310号39頁)は、目張り行為について、「現実の……強盗殺人の実行行為との関係では、役に立たなかった」としながらも、被侵害利益や侵害態様など、構成要件上重要な点を共通にする行為が、前の計画と同一性を保って、時間的にも連続する過程において遂行されたものであることを理由として、「被害者の生命等の侵害を現実化する危険性を高めたものと評価できる」から「幫助犯の成立に必要な因果関係において欠けるところはない」と判示した。

これに対して、高裁判決は、目張り行為が「全く役に立たなかった」ことを前提として、このような場合には、正犯者を「精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立ったことを要する」として、目張り行為については幫助犯の成立を否定した。これは、幫助行為が正犯の実行行為との関係で役に立たない性質のものである場合には、物理的幫助の成立を否定する趣旨と理解できる。原判決は「幫助犯の成立に必要な因果関係」と述べていたのに対して、高裁判決は幫助犯成立のため因果関係が必要であるとは明示していないものの、「強盗殺人の実行行為との関係では全く役に立たなかった」かどうか、また「現実の強盗殺人の実行行為を幫助した」かどうかを問題にしているのであるから、幫助行為が実行行為にどのように作用したかを問題にしているものと理解できる。これは、幫助犯の成立を認めるためには因果関係が必要であるという前提に立つものと評価できるだろう。

幫助犯の成立が認められるためには因果関係が必要であるという点については、以後の裁判例についてもおおむね踏襲されているようである。もっとも、幫助行為該当性と別個の要件として意識されているのかという点については、未だ疑問が残る。

福岡高判平成16年5月6日高刑速(平16)198頁の事実関係は、次のようなものであった。土地の担保価額を不当に高く評価することによって不正融資を行うという背任事件につき、被告人Gは固定資産税評価額が突出して高い一筆の土地単価を周辺土地全体の面積

¹⁵⁹ 同判決は、心理的幫助犯についてもリーディングケースといえる。心理的因果性の観点からの判示事項の確認については、第6章を参照。

に乗じて時価的に評価するという担保評価方法を考案し、その時価に内部規定通り 0.64 を乗じるなどした担保評価額の詳細を記載した A1 メモを作成したが、その後の貸付には関与していなかった。その後、それを引き継いだ X は、A1 メモの担保評価額ではなお融資限度額が貸付予定額を下回ることから、上司 Y に係数を 0.64 から 1.5 に変更することを説明し、承認を受けた上で、A1 メモの一部を書き換えて A2 メモを作成し、それに基づいて、正式な稟議書を作成して提出した。A2 メモは、組合の担保評価基準から外れて合理性に欠け、不当に過大な担保評価に至る不当な評価方法を内容とするものであった。

このような事案につき、同判決は、「A1 メモと A2 メモの間には、前者を参考にして後者が作成されたという自然的な関連性はあるが、養殖場等の土地の担保評価の方法は質的に異なっていて、その結果である担保評価総額も著しい差があり、両者の間に実質的な連続性は認められず、むしろ、Y 部長は、X の担保不足等の説明指摘から、時価評価を基準とする方式をやめて、X の進言通りの新たな担保評価方法を採用することを決め、A2 メモが作成されるに至り、A2 メモとこれに基づく稟議書の基本的な部分が維持された過大な担保評価によって、理事会で本件貸付が可決、実行されるに至ったものであり、被告人は、A2 メモの作成とそれ以降の手續きに関与していないから、被告人の行為と本件貸付との間に因果関係があるとは認め難く、原判決が認定した被告人の行為をもって、背任の実行行為や幫助行為と見ることはできない」とした。

同判決は団体内部において複数が関与した不正融資という特殊な事案についてのものであるが、G がメモを作成した後に行われた X の A2 メモ作成行為という幫助行為後の事情に基づいて「被告人の行為と本件貸付との間」の因果関係が認められないとして、幫助犯の成立を否定したものである。因果関係についての言及は最終的に「背任の実行行為や幫助行為と見ることはできない」という結論を導出するためのものではあるものの、その後の経過が結論を左右しているものと思われる。成立要件上の位置づけは曖昧ではあるが、幫助行為該当性の類型的な判断に尽きるものではなく、幫助犯の成立要件として因果関係が要求されることを前提としたものと言えるだろう。

また、名古屋地判平成 28 年 12 月 20 日(LEX/DB 文献番号 25544969)は、所属する暴力団事務所の前に車を止めた通行人に対して、敵対している組の暴力団組員と誤解した正犯者らを取り囲み脅迫・強要行為を行ったという事実関係の下で、被告人 G が見張り行為をして正犯者 T らの犯行を容易にしたとの検察官の主張に対して、「見張りまでは認められない」との事実認定を前提にしながらも、「実際にも、T らによる本件犯行継続中に本件犯行現場を自動車等により通りかかった者はなく、G において通行人を制止するなどして物理的に T らの犯行を容易にさせた事実は現実には存在しなかった」のであり、「さらに、G において T らに声を掛けたり態度で励ましたりするなどして T らの犯意を強化し心理的に本件犯行を促した事実も認定できない」として幫助犯の成立を否定した。同判決は「見張りまでは認められない」という事実認定を前提としており、既に幫助行為性の段階で幫助犯の成立を否定できる点で注意を要するものの、見張り行為が行われた場合の物理的因果性につ

いて、幫助犯の成立が認められるために「通りかかった者」が実際にいたことや、「通行人を制止するなどして物理的に」「犯行を容易にさせた」ことを要求する趣旨であるとすれば、因果関係が認められる範囲についてある程度厳格な立場を採ったものと評価する余地がある。

これに対して、京都地判平成 26 年 10 月 31 日(LEX/DB 文献番号 25505245) は、強盗に際して犯行現場付近で見張りをしてほしいとの正犯者の依頼を受けて犯行現場に駆け付けたが、到着した時点で既に正犯者が犯行を終えて逃げ出す段階になっていたため、自身の運転する自動車に正犯者を乗せて逃走した被告人につき、強盗致傷罪に対する幫助犯の成立を認めた。同判決については、いずれの行為につき幫助犯の成立を認めたのか明らかでないだけでなく、因果性の有無に疑問が残るところ、幫助犯の成立要件として因果関係が不要であることを前提にしている疑いがある¹⁶⁰。

4. 小括

古い裁判例においては、裁判例において幫助犯の成否が客観的成立要件において問題となる場合にも、表現上は幫助行為性の問題として言及されることが多く、どのような場合に因果関係が認められるのかという問題について直接に言及するものはほとんどなかったと言える。これに対して、近時の裁判例においては因果関係の不存在を理由として幫助犯の成立を否定する裁判例が見られ、援助者の行為がなければ正犯所為が不可能であったというような関係は不要であるにせよ、幫助犯において一定の因果関係が必要であるという前提そのものは、おおむね共有されているものと評価できるだろう¹⁶¹。そして、そこでの因果関係の内容としては、幫助行為が正犯所為を「容易化」することで足りるという点についておおむね一致が見られる。

しかしながら、どのような場合に「容易にした」と言えるのかという一般論を詳しく述べる裁判例はなく、どのような理論的枠組みが採用されているのかは明らかでない。また、幫助犯の成否が争われる事案自体が件数として少なく、とりわけ客観的な構成要件該当性が争点となることは稀であるためか、蓄積された裁判例から判断基準を読み取ることも困難である。裁判例の中には、幫助行為の正犯所為に対する影響は不要であり、犯罪計画全体との関係で関連性があれば足りるとするかのような見解も見られるところ、援助行為と正犯所為との間に要求される関係について明確な判断基準が共有されているとは言い難いように思われる。

¹⁶⁰ 酒井智之「判批」一橋法学 18 卷 3 号(2019)523 頁以下参照。

¹⁶¹ 「裁判実務においても、多かれ少なかれ『因果性』が考慮されている」との指摘がされている(橋本正博「判批」重判平成 28 年度(ジュリ臨増 1505 号)165 頁)。

第3節 学説における幫助犯の因果性

近時の裁判例は、——その内実はどうあれ——幫助犯の成立要件として一定の因果関係を要求していることが確認された。これに対して、学説の一部においては、幫助犯において因果関係はそもそも不要であるとする見解も主張されている。すなわち、幫助犯を抽象的危険犯と理解し、援助行為について一般的に正犯所為の実行を容易ならしめる幫助行為性が認められる場合には、現実的に正犯所為の実行を容易ならしめたことも不要であるとする見解である¹⁶²。同見解は、援助行為を行えば、たとえそれが役に立たなかった場合であっても「刑法規範の立場より、危険であり、違法であることに違いはない」ことから、幫助犯は本来的に通常の予備罪と異なる他人予備罪としての性質を有するという説明を行う¹⁶³。もっとも、通説的な地位にある惹起説からこのような見解を正当化することは困難であり¹⁶⁴、裁判例も一定の因果関係を要求していることから、支持は得られていない¹⁶⁵。

そのため、学説において、幫助犯の成立要件として一定の因果関係が必要であるという点について争いはないと言えるだろう。問題はその内容であるが、因果関係論の展開やドイツにおける議論の推移を反映して、自明と言えるような対立軸が存在せず、複雑な議論状況となっている。本章ではひとまず、幫助犯においても条件関係を要求すべきかどうかという観点から大きく分類を行い、判例と同様に条件関係を要求しない見解と、幫助犯においても条件関係が必要であるとする見解に分けて概観しておくこととする¹⁶⁶。

¹⁶² 野村稔『刑法総論(補訂版)』(成文堂、1998)424頁。

¹⁶³ 野村・前掲注162)425頁。しかし、予備罪は殺人、強盗、放火といった重大な犯罪についてのみ規定があるところ、幫助犯は幫助される正犯の類型について構成要件的な限定を掛けていない。特に、幫助犯について正犯者の実行の着手が要求される根拠を、幫助犯の他人予備罪としての危険性が自己予備罪よりも低いことに求めるのであれば、そもそも予備罪が存在しない正犯所為に対する幫助犯の成立を認めることは、衡平を欠くだろう。

¹⁶⁴ もっとも、野村は因果的共犯論・惹起説の支持者ではないから、野村自身の見解は一貫性という観点からは直ちに問題があるとは言えない。しかし、因果的共犯論・惹起説の当否にかかわらず、前述のように抽象的危険犯とする野村の理由付けには疑問がある。

¹⁶⁵ もっとも、ドイツにおいては現在においても危険犯説の支持者が存在する。

¹⁶⁶ 近時では、幫助犯における条件関係の要否は些細な問題であるとみなされる傾向にある(島田・前掲注153)45-46頁など参照)。しかし、後述するように、現在でも条件関係が必要であることを維持する見解が見られるところ、この観点からの整理が有用であるように思われる。なお、一般的な因果関係判断枠組みを先に取り上げる都合上ここでの分類からは外れるが、因果関係必要説には、共犯の因果性は心理的因果性に尽きるとの見解も見られる(町野朔「惹起説の整備・点検—共犯における違法従属と因果性」内藤謙古稀『刑事法学の現代的状況』(有斐閣、1994)130頁以下、町野朔『ブレップ刑法(第3版)』(弘文堂、2004)226頁参照)。町野朔によれば、共犯の成立のためには心理的因果性が必要であるとともに、行為に出ることを差し控えることによって結果の発生を防止し得る単独正犯とは異なり、共犯においては正犯者が「ある行為を遂行するに当たって、他の行為者がそれを認識し支持を与えていることを認識することによって、彼は勇気づけられ、行為に出ることが促進され、結果の発生も促進させられる」ことから、より進んで心理的因果性で十分であると説明される。したがって、他の説によれば物理的因果性によって因果関係が肯定される場合であっても、心理的因果性が欠ける場合には共犯は不成立となる点に特徴がある。

1. 条件関係を要求しない見解

1-1. 促進関係説

通説は、幫助犯について因果関係が必要であるとしながらも、判例と同様に条件関係を不要とし、幫助犯において要求される因果関係の内容は、正犯所為を物理的または心理的に容易にし、促進するという意味での「促進関係」とであると理解する¹⁶⁷。つまり、「共犯の因果関係は単独犯の場合よりも拡張されて」いるという理解¹⁶⁸である。

従来、促進関係説においては、正犯行為の促進があれば足りるとする行為促進説¹⁶⁹と、正犯結果の促進を要求する結果促進説の対立があるとされていた¹⁷⁰。もっとも、現在ではそのような整理の下で学説間の対立が見られるわけではないとする指摘も見られる¹⁷¹ところ、最初にこの点について確認する必要があるだろう。確かに、「幫助行為と正犯の結果を直接に吟味する必要はない」として実行行為の促進で足りるとしていた見解¹⁷²も、その趣旨は正犯者の実行行為を通じてのみ結果惹起に関与し得ることを述べる趣旨に留まる¹⁷³。他方で、それと対立する見解であるとされた結果促進説も、一般的には結果の変更まで要求する見解ではない¹⁷⁴。そのため、両説に大きな対立点があるわけではないように思われる。

しかし、前章において検討した大谷説がそうであったように、促進関係として要求される「実行行為の促進」が、法益侵害の危険性ではなく、正犯者に未遂犯を犯させることに役立つかどうかに着目するものであるとするならば、結果促進は認められないが、行為促進は認められるということがあり得ることになる。もちろん、そのような意味における行為促進の

¹⁶⁷ 山口・前掲注 3413)336 頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2014)372 頁、橋本正博『刑法総論』(新世社、2015)280 頁など。

¹⁶⁸ 山口・前掲注 15)251 頁。

¹⁶⁹ 大谷・前掲注 47)448 頁、福田平『全訂 刑法総論(第 5 版)』(有斐閣、2011)290 頁、日高義博=曾根威彦「幫助の因果性」植松正ほか『現代刑法論争 I』(勁草書房、1997)[日高執筆部分]340 頁など。

¹⁷⁰ 山口・前掲注 15)252 頁。

¹⁷¹ 嶋矢貴之は、「正犯所為を促進したとみられる場合は、正犯結果をも促進したと評価するのが自然」であるから、行為促進説と危険増加的促進関係説の意味での結果促進説の差異は「レトリックの問題にすぎない」とする(西田ほか編『注釈刑法 第 1 巻 総論 § 1~72』(有斐閣、2010) 576 頁[嶋矢執筆部分])。ただし、大谷説のように、既遂結果に対する故意を不要としながら行為促進説を支持する場合には、既遂結果に至り得ないような支援であっても幫助行為に該当し得ることになると考えられるところ、場合によっては相違が生じることもあり得るように思われる。もっとも、結果発生についての故意を不要とする見解は学説においてはほとんど見られないことから、本論文では実行行為のみを促進するに留まることを志向する幫助犯という場合を想定しないこととする。

¹⁷² 日高・前掲注 169)340 頁。

¹⁷³ 日高義博は、もとより幫助行為は正犯結果の直接の原因にはなり得ず、ただ犯行を容易にすることしかできないという意味で間接的な法益侵害に過ぎず、「正犯によって惹起された……結果との間の因果関係を問題にして、そこから直接に幫助の因果性を立証しようとする自体がすでに無理である」とする(日高・前掲注 169)340-341 頁)。

¹⁷⁴ ただし、松原芳博『刑法総論(第 2 版)』(日本評論社、2017)401-402 頁は、「結果促進」の内容として、「具体的な結果が拡大したり、結果の発生時点が早まったりしたこと」と「幫助行為によって結果発生の蓋然性が高められ、その高められた蓋然性を背景に結果が惹起された」ことの 2 つの理解があり得るとする。

理解は、処罰根拠論としての惹起説に合致しないものである。行為促進もあくまで結果発生に向けた促進であると理解する限りで、禁止される促進行為や故意の点で異なることはないと考えられる。

次に、禁止される促進行為の内容という点では相違はないものの、ある正犯行為について「促進」が認められ、少なくとも未遂犯に対する幫助犯の成立が認められる場合を前提として、既遂犯に対する幫助犯が成立するためにはさらに付加的な関係が何か必要なのか、必要だとすれば何が必要なのかという問題があるとの指摘が見られる¹⁷⁵。しかし、行為促進説はひとたび行為の促進が認められれば結果発生との関係を一切問わない見解であるのか、他方で結果促進説に基づくとどのような場合に「結果を促進させた」と言えるのかについて、共通の理解があるようには思われない。未遂犯に対する幫助犯の成立が認められるような事態に至ったことを前提として既遂犯に対する幫助犯の成立を認めるためにはどのような事情が必要であるのかという点は重要な問題であるものの、この問題を行為促進説と結果促進説の対立として把握することが適切であるかどうかについては疑問が残る。したがって、ここではひとまず、両見解に相違はないという理解に立つこととしたい。

そこで、幫助犯の成立範囲という観点から主として問題となるのは「促進」の有無である。近時では「促進」と並んで、ほぼ同義で「危険増加」¹⁷⁶、「蓋然性を高める」¹⁷⁷、「既遂到達を容易にする効果」¹⁷⁸などの表現が用いられる。量的な程度を持った概念を使用するのが便宜と思われるので、本論文では危険ないし危険増加という用語を主として用いることとして、特に、生じるだろう侵害の程度ではなく確実性の程度を問題にするとときに蓋然性という用語を用いることとするが、その本質において異なることを表現しようとするものではない点を予め断っておきたい。本論文では、そのような関係を要求する見解を、*危険増加的因果関係説*と表記することとする¹⁷⁹。

¹⁷⁵ 井田良は「未遂犯に対する幫助犯の成立のためには正犯所為との関係において因果関係が要求され、既遂犯に対する幫助犯の成立のためには(それに加えて)正犯結果との関係において因果関係が要求されなければならない」とする(井田・前掲注12)549-550頁)。もっとも、近時の見解では、正犯所為の一部に対して促進作用を及ぼして未遂犯に対する幫助犯が成立すれば、その後の推移がどうなろうと既遂に至れば既遂犯に対する幫助犯が成立すると考える見解はあまりないように思われる。

¹⁷⁶ 西田典之『共犯理論の展開』(成文堂、2010)191頁以下参照。

¹⁷⁷ 島田総一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、2002)362-363頁。

¹⁷⁸ 井田・前掲注12)550-551頁。また、『危険増加』があったときに因果関係があったといわれるのも、基本的には同趣旨であろう」とする(井田・前掲注12)551頁)。

¹⁷⁹ 後述するドイツにおけるいわゆる因果的危険増加論とは異なり、前提としての事実的因果関係、帰属範囲を制限するための危険増加論という理解がなされているわけではなく、あくまで因果関係の内容として危険増加という用語が用いられていると思われるため、この用語を用いることとする。

1-2. 危険増加的因果関係説

西田典之は、結果の存否や形態が幫助行為によって変更されたことまでは要求しないものの、危険犯説のように単に犯行を成功させるチャンスを高めるだけでは足りず¹⁸⁰、「結果に至る侵害手段を物理的・心理的に強化し」、「その強化が結果とのつながりをもつ」場合に結果との間の因果関係が肯定されるとする¹⁸¹。ここでは、「チャンスを高める」行為と「侵害手段の強化」という中間項が区別されていることと、「侵害手段の強化」という中間項と結果との間の「つながり」が要求され、既遂犯に対する幫助犯の成立を認めるために未遂犯に対する幫助犯が認められる関係を超えるものが要求されていることが注目される。もっとも、どのような場合に、「チャンスを高める」ことを超えた「侵害手段の強化」が認められ、さらに、それが結果と「つながり」を持ったと認められるのか、という点について、具体的な内容を読み取ることができるとは言い難い。

島田総一郎は、「共犯行為によって、当該具体的結果との関係で、正犯行為が結果発生の蓋然性を高められ」たことに加えて、「その作用が当該結果発生に至る正犯者の最終的行為の時点まで及んでいる」場合に結果との間の因果関係を肯定する¹⁸²。結果発生の蓋然性の上昇は侵害手段の強化とほぼ同義であると思われるが、島田説は「『促進』といえるためには、背後者の行為がない状態と、ある状態とを対比して、前者の方が正犯行為による結果発生の蓋然性が高まっていたことが必要である」¹⁸³として、仮定的代替原因の考慮を前提として、具体的な判断基準を示している点が注目される。また、既遂結果との関係についても、援助行為の効果が及ぶべき対象は正犯行為であり、結果との関係は間接的なもので足りることが窺われる。

山中敬一の見解も、危険増加的因果関係説に位置付けることができるとと思われる。山中説は、「法的に重要な結果の変更」が必要であるとしながらも、「事後的にみて窃盗結果の発生を本質的に増加させた」場合に因果関係を肯定するという見解である¹⁸⁴。たとえば、侵入窃盗を行おうとする正犯者にガラス切りを提供し、正犯者がガラス切りによって窓ガラスをやすやすと切って侵入できた場合には、「窃盗を本質的に促進させ」「事後的にみて窃盗結果の発生の危険を本質的に増加」させたものとして「法的に重要な結果の変更」が認められ、因果関係が肯定されることになる¹⁸⁵。ここでは、法益侵害の程度が高まったことや結果発生が早期化されたことは問題にされておらず、後述する見解が要求するような「結果の変更」

¹⁸⁰ 西田・前掲注 176)3 頁。

¹⁸¹ 西田・前掲注 176)196 頁。

¹⁸² 島田・前掲注 177)100 頁、362-363 頁。

¹⁸³ 島田・前掲注 177)365 頁。

¹⁸⁴ 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（成文堂、1984）236 頁。

¹⁸⁵ 山中・前掲注 14)986-987 頁。

が要求されているわけではない¹⁸⁶と解されよう。そのため、基本的な判断枠組みとしては危険増加的な因果関係を要求する見解に分類できるだろう。他の見解との相違があるとすれば、「事後判断」としての危険増加論を採用する¹⁸⁷点であるが、それによってどのような帰結の相違に至るのかは明らかではない。

1-3. 結果の変更を要求する見解

これに対して、自説を「促進的因果関係説」に立ちつつ、結果の変更を要求する見解も見られる。

大越義久は、後述する Samson の見解に依拠し、さらに引受原理による修正を認めないことから、法益侵害結果の強化ないし結果発生 of 早期化という形での結果変更を要求する見解と理解できる¹⁸⁸。他方で、「銀行強盗を成功させるために不可欠な銀行の見取図を幫助者が正犯者に調達してやったような場合」には「条件定式を適用して因果関係の存在を確認することができる」が、「幫助犯が問題となるすべての事例を条件定式を単純に適用することによって解決することは難しい」という指摘から出発する検討¹⁸⁹を、「以上のような意味において、幫助の因果性は促進的因果関係である」という表現で締めくくっている¹⁹⁰ことから、自説を条件関係不要説に位置づけているものと思われる。

松原芳博は、自説を「因果関係を必要としつつ、その内容を緩和し、結果を促進する関係」を要求する「結果促進説」に位置付けつつ¹⁹¹、結果促進の意義を「具体的な結果が拡大したり、結果の発生時点が早まったりしたこと」と理解し¹⁹²、「時間や程度において具体化された結果に対して条件関係を有している」とする¹⁹³。正犯の場合におけるよりも具体的な形で結果を把握できるとしており¹⁹⁴、正犯における因果関係から量的に緩和された因果関係という意味で促進関係に留まるという理解をするものと考えられる。また、心理的幫助犯の場合には結果の不良変更を要求できず、「心理的幫助に関する限り、この意味での『促進』と

¹⁸⁶ 町野・前掲注 166)141 頁は、「事後的判断であるにせよ、危険が増加したことは結果が発生したことと同じではない」と指摘する。もっとも、この点は山中説自体が「危険増加が認定された場合に因果関係をいわば擬制しようとするものである」と自認する(山中・前掲注 184)236 頁)ものでもある。

¹⁸⁷ 山中・前掲注 184)236 頁。

¹⁸⁸ 大越・前掲注 3)171-172 頁。

¹⁸⁹ 大越・前掲注 3)159 頁。

¹⁹⁰ 大越・前掲注 3)172 頁。

¹⁹¹ 松原・前掲注 174)401 頁。

¹⁹² 松原・前掲注 174)401-402 頁。

¹⁹³ 松原・前掲注 174)402 頁。

¹⁹⁴ 「単独正犯の因果性を質的に変更するものではない」が、「単独正犯の条件関係が自己の行為によって『社会通念上別個の結果』といえる程度の結果の変更を必要とするのに対して、幫助における促進がより微細な結果の変更で足りるとすれば、従犯の因果関係の内容が量的に修正されている」とされる(松原・前掲注 174)402 頁)。

足りることを認めたもの」と説明している¹⁹⁵ことから、常に条件関係が要求されるわけではないという意味においても、なお促進関係説に留まるものといえる。

照沼亮介は、「正犯の因果性の判断基準である『条件関係—相当因果関係』という判断図式は共犯における判断基準としては厳格に過ぎる」¹⁹⁶として「*conditio sine qua non* の関係は要求されない」¹⁹⁷としながらも、「既遂犯に対する幫助犯の成立が認められるためには「現実には発生した結果が、当該寄与によって創出された危険性の影響によって法的に有意な変更を受けた」ことを要求する¹⁹⁸。照沼説によれば、「固有の危険創出が認められた寄与が、現実には正犯所為による結果発生の可能性を高めた」場合に未遂犯に対する幫助犯が成立し、その際には「『実際に為された正犯所為』の存在を所与の前提としたうえで当該寄与が結果発生危険を増大させたのかどうかを判断すべき」である¹⁹⁹ことから、基本的な判断枠組みは危険増加的な因果関係を要求する見解と類似しているものの、結果との間の因果関係も厳格に要求する見解といえよう。また、仮定的代替原因の考慮を認める島田説に対して、「実際に正犯所為を通じて惹起された因果経過が存在する場合に、多様な仮定的代替原因の考慮によって因果性を否定するべきではない」²⁰⁰と批判し、正犯者の用意していた道具をより性能の悪い道具に交換したという場合にも幫助行為が認められないだけであり、結果帰属の問題ではないと主張する²⁰¹。照沼説は、未遂犯に対する幫助犯が認められるためには正犯所為の危険増加が認められれば足りることを前提としながらも、既遂犯に対する幫助犯が認められるためにはさらに法的に重要な結果の変更が必要であるとして、危険増加的作用が及んでいる状態で結果が実現された場合でも、既遂犯に対する幫助犯の成立が認められず、未遂犯に対する幫助犯の成立が認められるに留まる場合があることを明示的に認める点が注目し得る。また、島田説が論点化した仮定的因果経過の考慮の可否という問題について、全面的に考慮を否定する見解を支持する点も幫助犯における因果性の問題の対立軸を形成するものであり、重要な意義を有するだろう。もっとも、「法的に重要な結果の変更」が具体的にどのような場合に認められるかについては言及を欠いており、どのような事態が生じることを「結果の変更」と見ているのかは明らかではない。

¹⁹⁵ 松原・前掲注 174)403 頁

¹⁹⁶ 照沼・前掲注 13)195 頁。

¹⁹⁷ 照沼・前掲注 13)195 頁。

¹⁹⁸ 照沼・前掲注 13)196 頁。

¹⁹⁹ 照沼・前掲注 13)196 頁。

²⁰⁰ 照沼・前掲注 13)197 頁。

²⁰¹ 照沼・前掲注 13)193-197 頁。

2. 条件関係を要求する見解

このような多数説に対して、学説の一部では、単独正犯の場合と同様に、幫助犯においても条件関係が必要であるとの批判が行われている²⁰²。いわゆる「危険の現実化」説の普及が進んだ現在において「条件関係説」を巡る議論は下火になっているようには思われるものの、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と、合法的条件関係を要求する見解をひとまず区別して、それぞれ見ていくこととする。

2-1. *conditio sine qua non* 公式を用いて条件関係を判断する見解

conditio sine qua non 公式を用いる条件関係説によると、事実 P と事実 Q について、「P なくば Q なし」という関係が認められるとき、P は Q の条件であり、P と Q の間に条件関係が認められる²⁰³。もっとも、幫助犯において *conditio sine qua non* 公式を用いるべきことを主張している見解も、「行為がなければ、およそ結果が生じることなし」という関係を要求しているわけではない点には注意を要する。教唆犯とは異なり、幫助犯においては、援助行為がなくとも正犯者が単独で犯行を実現できる場合が当然にあり得るからである。そのため、*conditio sine qua non* 公式を用いて条件関係を判断すべきと主張する見解も、「結果」を一定程度具体化することで「援助行為がなければ、(当該具体的な)結果なし」という定式化を行うか、「行為」の範囲を拡張することで「(他の関与者を含む全体的な)行為がなければ、結果が生じることなし」という定式化を行うこととなる²⁰⁴。

2-1-1. 「結果」を具体化する見解

幫助犯における「結果」を、抽象的な正犯結果ではなく、一定の具体化が行われた正犯結果と理解し、そのような具体的結果との間での条件関係の有無を検討する見解である。この見解においては、結果を具体化する程度が、条件関係が肯定される範囲の広狭を大きく左右することになる。

結果の具体化を徹底し、正犯所為の具体的経過のあらゆる付随的事情も結果に含めるのであれば、幫助犯における因果関係も「当該支援行為がなかったならば、その時、そのよう

²⁰² 小野上真也は「犯罪類型中、一番『外側』に位置する従犯は、要件が緩和されるというよりもむしろ、厳格な要件が求められるとするのが妥当である」とする(小野上真也「従犯における客観的成立要件の具体化」早稲田法学会誌 60 巻 2 号(2010)180 頁)。もっとも、安易な緩和を批判する趣旨に留まるかもしれない。

²⁰³ 山中・前掲注 14)263 頁以下参照。これはもちろん、必要条件関係の有無を判断するものである。

²⁰⁴ このような整理の仕方では学説の分類を行うものとして、今井康介「共犯の結果帰責構造」(早稲田大学大学院法学研究科博士論文・未公開、2017)255 頁。

な形状での正犯所為もなかったであろうといえる限り」肯定される²⁰⁵ことになる。このような見解によると、幫助犯が問題となる大抵の事案において因果関係を認めることに困難はないことになるだろう。しかし、「結果」という概念に、構成要件的には無意味なものも含め、あらゆる所為の態様を含めることになれば、たとえば、侵入窃盗を計画する正犯者に、何者かが指輪を提供し、正犯者はその指輪をつけて窃盗を実現したような場合、指輪の提供行為がなければ「その指輪をつけた」態様での窃盗行為は存在しなかったと言えるために、因果関係が認められることにもなりかねない²⁰⁶。このような理解によれば、条件関係の要求は犯罪の成立範囲を限定する機能をおよそ失うことになるだろう。

もっとも、結果の完全な具体化を前提とした条件関係説を支持する内田文昭も、「正犯の犯行を『促進』させるのではなくして、逆にこれを『妨害』し、『遅延』させるようなものは、『幫助犯としての因果性』に欠ける」²⁰⁷と述べる。つまり、上記の説明は幫助犯においても一貫して条件関係を要求することが可能であることを根拠付けるための説明に過ぎず、因果関係の有無は「促進」の有無に依存することとなる²⁰⁸。そのため、結果の完全な具体化を前提とした条件関係の有無に重大な意義を認める見解は実質的には存在しないと評価できる。

したがって、条件関係の有無に実質的な意義を持たせようとする見解は、結果を法的に意味のある範囲で具体化するに留め、援助行為とそのような形で具体化された「法的に重要な結果の変更」との間での条件関係を要求することとなる²⁰⁹。この見解を支持する曾根威彦によれば、それは「結果惹起が早められたり強化されたりしている」場合²¹⁰に認められることになる。近時では、小野上真也がこの見解を支持し、結果変更の内容として「結果発生 of 早期化」と「被害範囲の拡大」を挙げる²¹¹。その説明に依拠すると、援助者が侵入窃盗を計画している者に対して合鍵を提供し、その者が合鍵を用いて侵入することができた場合には、犯罪の成功が早まったという意味で、結果の発生時期の早期化が認められ、法的に有意な結

²⁰⁵ 内田文昭「幫助の因果性—東京地裁平成元年三月二十七日判決—」判タ 717 号(1990)38 頁。

²⁰⁶ 小野上・前掲注 202)182 頁参照。

²⁰⁷ 内田文昭『刑法概要 中巻(犯罪論(2))』(青林書院、1999)521 頁。

²⁰⁸ もっとも、どのような場合に「幫助犯としての因果性」の有無が判断されるのかは明らかではない。

²⁰⁹ 曾根・前掲注 20)602 頁以下、小野上・前掲注 202)155 頁以下。なお、浅田和茂「幫助の因果関係」中山研一ほか『レヴィジョン刑法 1 共犯論』(成文堂、1997)114-115 頁は、「因果関係が認められるか否かは一般の因果関係判断と同様に仮定的原因を付け加えることなく……判断されなければならない」として、より性能の良い道具を提供したが至近距離から撃ったので当初用意していた銃でも結果に差異はなかったという事例について、「結論は留保」とされながらも、「因果関係は認められないように思われる」としていた。

²¹⁰ 曾根・前掲注 20)603 頁。なお、曾根威彦は幫助犯における因果関係は「流入あるいは強化の因果関係」であるとしますが、そこでは「結果惹起が早められたり強化されたりしているという付加的因果関係」と整理されているので、少なくとも曾根説の理解という限りでは、法的に重要な範囲で具体化された結果との間で *conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説を支持しているものと言える。

²¹¹ 小野上・前掲注 202)182 頁。

果の変更が認められることになる²¹²。次に、同じく侵入窃盗をしようとする者に対して、被害者宅の金庫の合鍵を提供し、その結果金庫の中の金員も取得できたという場合には、被害者宅での被害範囲が増大したものとして、この場合にも法的に有意な結果の変更が認められることになる²¹³。また、松原芳博も、少なくとも物理的幫助犯については「時間や程度において具体化された結果に対して条件関係を有している」ことを要求する²¹⁴のであるから、その限りでここに位置付けることもできるだろう。

このような意味での条件関係が要求される実質的な根拠は、単に正犯と共犯で異なる因果関係論を採用すべきではないというような体系的な一貫性の希求に留まるものではなく、結果が発生した場合には既遂犯に対する幫助犯として、未遂犯に対する幫助犯に留まる場合よりも重い処罰を可能とするためには、まさにその行為によって結果が惹起されたという関係を要求する必要があるという点にあると考えられる。この主張に一定の説得力があることは否定し難く²¹⁵、多数説と対置される見解として検討を要するものと言えるだろう。

2-1-2. 「行為」を拡張する見解

小島秀夫は、一括消去モデルを用いることで、幫助犯の因果関係についても「あれなくばこれなし」という意味での条件関係を認めることができるとする²¹⁶。小島説は、択一的競合の問題において各行為者につき条件関係を肯定するため複数の正犯者の行為を一括して消去する一括消去モデルを共犯においても採用するものである²¹⁷。つまり、*conditio sine qua non* 公式を用いる際の「行為」を援助行為だけでなく正犯者の行為にまで拡張するという方法である。択一的競合の場合に一括消去モデルを用いること自体が学説上あまり支持されてはいないという点には注意を要するものの、小島説によれば、正犯者と援助者の間には「コミュニケーション事象」が成立し、「幫助者は正犯者を通じて正犯と共に法益侵害結果を惹起する」ところ、「幫助犯の因果関係は、必要条件公式の一括適用を前提としている」

²¹² 小野上・前掲注 202)183 頁。「Y が自ら他の手段を講じるよりも早く Z 宅に侵入できたのであるから、Y は自らその他の手段を講じる必要がなくなり、Y が本来負うべきであった負担が軽減され、犯罪の成功が早まった」という形で早期化があるとするが、「早く侵入できた」から直ちに早期化が導かれない理由は明らかでない。

²¹³ 小野上・前掲注 202)183 頁。そこでは「死については『拡大された死』、傷害については『拡大された損傷』」という形で具体化が行われるが、「拡大された死」が何を指すものなのかは明らかでない。後述するように、Samson は生命については死亡結果の発生を早めることのみによって不利益変更が可能だとみなしていた。生命については早期化以外にも死因や死に至るプロセスなども重要であるという説明もあり得ると思われるが、その場合には「新たな別種の死」として理解されるべきであり、「拡大された」とは言い難いだろう。

²¹⁴ 松原・前掲注 174)402 頁。

²¹⁵ したがって、幫助犯の実質を踏まえた帰結の妥当性という観点からの検討が行われる必要があるだろう。

²¹⁶ 小島・前掲注 13)174 頁。

²¹⁷ なお、島田総一郎も、共犯の因果関係が認められる限りで、「共犯関係にある者全員の行為を合してコンデチオ・シネ・クア・ノンが満たされるか否かを判断すれば足りる」としていた(島田・前掲注 153)123 頁)。

218という。そのため、たとえば正犯者に犯行に役に立つ物や役務を提供したが、その物・役務が実際の正犯所為にあたって用いられることすらなかったとしても、正犯者と援助者の間の「コミュニケーション事象」が肯定される限り、一括消去モデルによって因果関係が肯定され得ることになる²¹⁹。

小島説によれば、因果関係の判断基準としては、一括消去モデルによって判断される条件関係よりも、「コミュニケーション事象」と表現される正犯者と援助者の結びつきの存在が決定的である²²⁰。しかし、そのようなコミュニケーション事象の内実や、そのような結びつきが要求され、また、そのような結びつきがあることで一括消去モデルの適用が可能となる根拠については明らかにされているとは言い難い。仮に択一的競合の場面における一括消去モデルの採用を支持するとしても、そこでは他の行為者が存在しなかった場合には、各行為者の行為には単独で結果を惹起する危険があったという評価が前提にあったように思われる。また、小島説は、同時傷害の特例に共犯関係がある場合の一括消去モデル思考を見出す。同時傷害の特例は、各行為者は単独で傷害結果を惹起する危険のある行為を行っていることを前提としており、つまり、同時正犯の場面を想定した規定である点で、とりわけ狭義の共犯とは事例状況が大きく異なっているだろう。

個々の援助行為と正犯結果の間の因果関係を探求することでは共犯現象を実質的に捉えることができないという示唆²²¹は重要であるように思われるものの、幫助犯の因果性を巡る種々の問題を解決するための判断基準として十分に具体化された内容を持つものとは言い難いだろう。

2-2. 合法則的条件関係説を採用する見解

以上のような見解は *conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説を前提としたものであった。これに対して、*conditio sine qua non* 公式を用いることなく、合法則的条件関係の有無によって条件関係を判断すべきであるとする見解からは、異なった解決が示されている。合法則的条件関係説とは、「事實的経過を順次にたどりつつ検討したとき、各事実が因果法則により説明できる形で結びついている場合」に条件関係を肯定する見解であり、因果関係論において有力に主張される見解である²²²。合法則的条件関係説の支持者には、幫助犯

²¹⁸ 小島・前掲注 13)175 頁。

²¹⁹ 小島・前掲注 13)80 頁。

²²⁰ 類似する見解として、*Helmut Frister, Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme*, FS-Dencker, 2012, S.119 ff.

²²¹ 小島・前掲注 13)179 頁は従来の学説のつまづきを「幫助犯の因果関係を同時犯と同様の仕方で個別に認定することを前提としていた」ことにあったと理解する。

²²² 井田・前掲注 12)129 頁など。

においても条件関係が必要であるという前提を維持しつつ、一定の範囲で具体化された結果の変更をも要求しない見解が見られる点に特徴がある。

井田良は、上記のような合法則的条件関係の存在を前提として、「幫助行為がなかったとすれば、既遂到達がかなり困難なものになったであろうと評価されれば、幫助行為の因果的寄与が『構成要件的に重要』なものであったと認めることができる」²²³として、「既遂到達を容易にする効果」²²⁴の発生を要求し、既遂犯に対する幫助犯の成立のためにも「幫助行為が正犯の既遂到達を容易にしたことが認められることが必要であり、それで十分である」²²⁵とする。井田説によれば、侵入窃盗を行おうとする正犯者に合鍵を提供したところ、たまたま被害者の家の鍵が開いていたために鍵を用いなかった事例についても、既遂到達を容易にする効果が認められるという²²⁶。他の見解に比べると因果関係が認められる範囲が広いものと思われるが、「既遂到達を容易にする効果」は危険増加とほぼ同義のものと理解できるだろうから²²⁷、判断基準の大枠という点では危険増加的因果関係説に位置付けることができる。

もっとも、井田説において前提とされている合法則的条件関係がいかなる場合に認められるのかについて、明示的な言及は見られない。たとえば、井田説によると、援助者 G が正犯者 T のために、T に気付かれることなく見張りに立っていたが、何の問題もなく既遂に至ったため、結局のところ見張りがなくとも差し支えなかったというような事例においても幫助犯が成立するとされる²²⁸。しかし、この事例において見張り行為と正犯結果「の間をつなぐ事実的経過を 1 コマ 1 コマ順次にたどりつつ検討したとき、それぞれが自然法則により説明できる形でつながっている」²²⁹とは言い難いようにも思われる。

同じく合法則的条件関係説を支持する高橋則夫は、「『法益状態の悪化あるいは法益侵害の容易化』という形で結果が具体的に変更」されることが必要であり、法益状態の悪化・法益侵害の容易化との間に条件関係・相当因果関係が必要であるとする²³⁰。これは一見すると具体的な結果の変更との間に条件関係を要求する説に立つものとも思えるが、構成要件該当結果の範囲で具体化を行う限りでは、「法益侵害の容易化」はそこに含まれないと考えられる。そのため、高橋説は、結果の変更を要求する見解には位置づけ難い。他方で、高橋説も、行為の効果が正犯の実行行為に実現され、その効果が構成要件の結果に実現することを

²²³ 井田・前掲注 54)386 頁。

²²⁴ 井田・前掲注 54)386 頁。

²²⁵ 井田・前掲注 12)551 頁。

²²⁶ 井田・前掲注 12)551-552 頁。

²²⁷ 井田・前掲注 12)551 頁は、「危険増加」があったときに因果関係があったといわれるのも、基本的に同趣旨であろう」と述べる。

²²⁸ 井田・前掲注 12)551 頁。

²²⁹ 井田・前掲注 12)129 頁参照。

²³⁰ 高橋則夫「幫助の因果関係」セレクト'90(1991)36 頁。

要求する²³¹ことから、危険増加的因果関係説に近接した見解と評価できる。幫助犯における合法則的条件関係については、——井田説からは幫助犯の成立が肯定される——後に余計であることが分かった見張りの事例を不可罰とする見解²³²に立っているところ、少なくとも正犯所為の経過に何らかの物理的作用を及ぼすことを要求するものであると思われる。

²³¹ 高橋・前掲注 13)249 頁。

²³² 高橋・前掲注 13)250 頁

第4節 小括

以上のような学説の概観によって、条件関係を不要とする見解にも危険増加的因果関係で足りるとする見解だけでなく、一定の範囲で具体化された結果の変更を要求する見解があり、他方で条件関係を要する見解にも、結果の変更を要求する見解だけでなく、実質的な判断枠組みにおいて危険増加的因果関係説と同視できる見解があることが明らかになった。そこで、ひとまず大枠としての判断枠組みに着目すると、一定の具体化を前提として正犯結果の変更を要求する見解²³³と、結果変更は不要であり、正犯所為の危険を増加させ、それが結果に実現したことで足りるとする見解²³⁴の二説に分類することができると考えられる。本論文では前者を結果変更説と呼び、後者を引き続き危険増加的因果関係説と呼ぶことにする。

以上のような複雑な議論状況を前提とすると、幫助犯においても条件関係を要求すべきか否かという問題それ自体は、幫助犯における因果関係の判断枠組みと帰結を決定的に左右するものではないようにも思われる。しかし、その背景には、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と合法則的条件関係説という条件関係の定式化を巡る争いがあり、また条件関係の結節点である結果の定義を巡る争いがあることが窺われる。条件関係の内実について争いがあるために条件関係の要否それ自体から一定の帰結が導かれるわけではないとしても、そのことは条件関係の要否という問題の意義を失わせるものではないだろう。

また、近時においては、島田説と照沼説の対立において見られたように、仮定的因果経過の考慮の可否を巡る問題が生じていることが注目される。仮定的因果経過の考慮を徹底的に拒絶する場合には、援助者の提供した道具が実際の正犯所為経過に何らかの影響を与えている限りで、「それがなかった場合の経過」との比較ができないために結果の変更が常に認められるということにもなりかねない²³⁵。また、「仮定的因果経過を考慮すべきでないとするならば、危険増加原理は空虚な理論となってしまう」との指摘²³⁶も見られるところ、近時の多数説の判断枠組みを「危険増加」に引き付けて理解する場合には、理論的に重大な意義が認められることが示唆される。この問題も、因果関係の有無を決定的に左右するものとして検討が行われる必要があるだろう。

したがって、幫助犯における因果関係の問題は大枠において二つの方向性を持ちつつも、複数の論点に分節化されることから、その検討を行うにあたっては、その前提となる条件関

²³³ その支持者として、松原芳博、曾根威彦、大越義久、照沼亮介、小野上真也などがひとまずここに位置づけられるだろう。

²³⁴ その支持者として、山口厚、西田典之、島田総一郎、井田良、高橋則夫などがひとまずここに位置づけられるだろう。

²³⁵ 島田・前掲注 153)87 頁参照。また、島田・前掲注 177)373 頁参照。

²³⁶ 小島・前掲注 13)173 頁。

係、仮定的因果経過の考慮の可否、結果概念といった問題についても一定の整理が必要となることが示唆される。

第3章 ドイツにおける幫助犯の結果帰属構造

第1節 はじめに

ドイツの学説を参照するにあたり、最初にドイツ刑法における幫助犯の規定を確認すると、幫助犯について規定するドイツ刑法 27 条は、「故意的に犯された違法な所為について、他人に故意的に支援を行った(Hilfe geleistet hat)者は、援助者である」としている。そこで、援助者が正犯者を支援するための行為を行ったことを前提として、どのような事態が生じることで「援助する(Hilfeleistung)」と言えるのか問題となる。また、幫助犯の帰属構造の問題を論じるにあたっては、「犯罪(Verbrechen)を犯すこと、あるいは犯罪を犯すことの教唆を他人に教唆する(bestimmen)ことを試みた者は、その犯罪の未遂犯についての規定に従って処罰される」とするドイツ刑法 30 条 1 項も重要である。ドイツ刑法 30 条 1 項は、教唆未遂の可罰性を明示的に規定するものであるが、これに対して幫助未遂が可罰的とする規定は存在しないため、あえて教唆未遂を可罰的なものとして規定したのであれば、規定のない幫助未遂は不可罰であるという立法者の態度決定を読み取ることができるからである。そのため、ドイツの学説の多くは、制定法の文言上不可罰である幫助未遂と、可罰的である幫助既遂の区別の必要性を出発点とする²³⁷。このような前提を共有しているという点で、既に日本の学説との相違があることには注意を要するだろう。

このような条文の文言上の相違があることを踏まえた上で、以下ではドイツにおける幫助犯の結果帰属構造について概観していきたい。

²³⁷ vgl. *Schünemann*, a. a. O. (Anm. 107), § 27 Rn.2(S.2030); vgl. *Wolfgang Joecks*, in: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1. Aufl., 2003, § 27 Rn.23(S.1106).

第2節 因果関係を緩和ないし放棄する見解

1. 促進関係説

ライヒ裁判所は、幫助犯が成立するためには促進関係があれば足りるという見解を一貫して採用していた。すなわち、「正犯所為の結果が、援助者の活動を通じて原因的に(ursächlich)共同惹起され(mitbewirkt)、促進され(gefördert)、容易にされた(erleichtert)ことは、必要ではない。ひとたび行われた幫助犯の構成要件は、援助者の活動が援助者によって目指され実際に生ぜしめられたような結果に対して何らの効果も与えなかった(einflußlos gewesen ist)ことによっては、阻却されない」。もっとも、「その援助行為を通じて正犯所為を支援し(unterstützen)、促進する(fördern)という援助者の単なる意図(bloße Absicht)だけでは、可罰的な幫助犯を肯定するためには十分なものではない。犯罪構成要件を実現する行為が、それが終了に至る前におけるいずれかの時点において、援助者の活動を通じて実際に促進されたことが付け加えられなければならない」²³⁸。

このライヒ裁判所の見解は、BGHの判例においても踏襲されている。言及方法は様々であるが、たとえば、「ライヒ裁判所の確立した判例であり、連邦裁判所がそれに連なり今日まで維持されている判例によると、幫助犯において、援助者の活動が正犯所為の結果を原因的に、共同惹起し、促進し、容易にしたことは必要ではない。むしろ、当該関与者が正犯所為者の行為を促進し、あるいは容易にすることで十分である」²³⁹という形での言及が見られる。

現在でも学説の一部は、判例の見解を支持し、幫助犯における結果帰属を肯定するためには促進関係が認められれば足りるとする²⁴⁰。しかし、「原因的である(ursächlich)」あるいは「惹起する(bewirken)」という意味での事実的な因果関係(Kausalität)は不要であり、「促進(Fördern)」が認められれば足りるとするこの定式化は、かつて学説から激しい批判を受けることとなった。主として学説において批判されたのは、①因果関係を不要とすること、②促進概念が不明確であるために幫助未遂と幫助既遂の区別が適切に行われなかったこと、③正犯結果の帰属を認めるためのメルクマールを呈示しないために、未遂犯に対する幫助犯を、安易に既遂犯に対する幫助犯へと転換するおそれがあることの3点であったと思われる。もっとも、「そもそも犯罪結果に対して因果関係が必要なのか、あるいは促進で足りるのか」あるいは「あらゆる因果関係で足りるのか、促進でも足りるのか」といった問い²⁴¹は、そこ

²³⁸ RGSt 58, 113.

²³⁹ BGH, U. v. 23. 2. 1972 — 3 StR 151/71.

²⁴⁰ *Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Anm. 80), Rn.818(S.320); *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Jörg Eisele*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., 2016, § 26 Rn.103 ff.(S.824-825); *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 85), S.694.

²⁴¹ vgl. *Günther Jakobs*, *Strafrecht Allgemeiner Teil : die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch*, 2. Aufl., 1993, § 22(S.671).

で前提とされている因果関係概念次第で内容が大きく異なることに注意を払わなければならない。批判する学説と判例の採用する促進関係説の実質的な相違については、学説を概観した後改めて確認することとする。

2. 因果関係の内容を緩和する見解

2-1. Mezger の見解

既に 1930 年代の初頭において、Mezger は、共犯において「結果の共同惹起はあらゆる刑法的な帰責の不可欠の基礎である」としながらも、判例が「促進(Förderung)」を肯定する事案において「惹起(Verursachung)」も認められることを指摘していた。すなわち、「完全に具体的な形象における結果が問題である」ために、「行為の態様(当該事例における方法)にともに影響を与える(mitbeeinflusst)ことは、実際のところ結果に対しても因果的である」というものである²⁴²。Samson が指摘するように、Mezger は正犯においては——結果を「その完全に具体的な形象において」把握するにせよ——構成要件と関連を有しない要素を「結果」に包含させない見解を採っているところ、ここでは「幫助犯に対してのみ妥当する新たな『因果関係概念』」が用いられていた点に特徴を見出すことができる²⁴³。

Mezger の見解に依拠する場合には、幫助犯において因果関係の証明に困難が生じることほとんどないことになり、因果関係を要求することによって生じる困難性は一挙に解決されることになる。他方で——既に日本の学説の概観において確認されたように——幫助犯の成立範囲を画する原理としては、因果性は固有の意義をほとんど持たないことになるだろう。

2-2. Class の見解

Class²⁴⁴も、可罰的な幫助既遂と不可罰的な幫助未遂の区別を可能にする唯一の基準は因果性であるとして²⁴⁵、幫助犯においても因果性が必要とされることを維持しながら、幫助犯における因果関係概念の修正を行う。

²⁴² *Edmund Mezger, Strafrecht, 1931, S.413.*

²⁴³ *Erich Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S.61.* もっとも、「それがその決定的なメルクマールに対して意義を有しないことが知られている場合であっても、合鍵を使用する可能性という事実が、具体的な犯行の様相を修正している」と述べられるときには、一切無関係の付随的事情まで含む趣旨ではないにも思われる。

²⁴⁴ *Wilhelm Class, Die Kausalität der Beihilfe, in: FS-Stock, 1966, S.115 ff.*

²⁴⁵ *Class, a. a. O. (Anm. 244), S.115.*

Class は、まず「援助者の寄与なしには、結果の発生なし」とは言えない事例群においては、*conditio sine qua non* 公式は因果関係を広い範囲で否定するという機能不全に至ることを指摘する。たとえば、A がドリルで金庫に穴を開けていた B に合鍵を手渡したという事案については「同様に窃盗は明らかに鍵……の使用なしに成功するだろう」²⁴⁶し、あるいは A は B に対して放火のために B が既に持っていた灯油ではなく、ガソリンを使用することを助言したという事案については、「ガソリンの使用なしに放火は遂行されるだろう」から、「援助者の寄与がなくとも、結果が発生しないことはない」ことに至る²⁴⁷。そのため、これらの事例では *conditio sine qua non* 公式の適用は、因果関係の否定に至ることを指摘する²⁴⁸。

そこで、Class は、幫助犯の「特殊な構造に基づいて、その本質に適合した修正された因果性考察」の定式化を試みる²⁴⁹。Class によると、教唆犯では教唆行為と正犯所為の間の因果連鎖は「直列的に(*hintereinandergeschaltet*)」²⁵⁰接続しているが、幫助犯では幫助行為と正犯所為の間は「並列的に(*nebeneinandergeschaltet*)」²⁵¹接続することがあり得るという。Class はそれを説明するために、ある事象が複数の要素によって支えられているが、要素の 1 つを取り去ってもその事象の存在自体に影響を及ぼさないような事例を挙げる。一つ目は、一隻の船が 4 本の綱で埠頭に固定されているが、そのうち 1 本を取り去っても残りの 3 本によって船が固定されたままに留まっているだろうという事例である²⁵²。二つ目は、ライン川は北海に流れ込んでおり、ライン川は多くの支流によって支えられているが、個々の支流——たとえばモーゼル川——を取り去っても、ライン川は変わらず北海に流れ込み続けているという事例である。Class はこれらの事例を、*conditio sine qua non* 公式によっては因果関係が否定されるものの、常識的に考えれば「惹起」が認められる²⁵³と評価する。幫助犯においては、正犯者は正犯所為を既に決意しているために、「並列的に接続された」要素としてのみ援助者の寄与が付け加えられ得るのであり、その場合には、*conditio sine qua non* 公式による解決が機能不全に陥るにもかかわらず、なお因果性が認められるべきであることになるという。Class はこれを「流入的・強化的因果性」²⁵⁴と名付ける。

また、促進公式を採用するライヒ裁判所と BGH については、*conditio sine qua non* 公式の機能不全という問題の本質を鮮明にせず、刑事責任の基本的な前提である因果性を理由付けなく放棄し、「促進」概念はその不明確性のために恣意的な判断の危険があり、可罰的

²⁴⁶ Class, a. a. O. (Anm. 244), S.119.

²⁴⁷ Class, a. a. O. (Anm. 244), S.119.

²⁴⁸ Class, a. a. O. (Anm. 244), S.119.

²⁴⁹ Class, a. a. O. (Anm. 244), S.121.

²⁵⁰ Class, a. a. O. (Anm. 244), S.121.

²⁵¹ Class, a. a. O. (Anm. 244), S.121.

²⁵² Class, a. a. O. (Anm. 244), S.122.

²⁵³ Class, a. a. O. (Anm. 244), S.122.

²⁵⁴ Class, a. a. O. (Anm. 244), S.126.

な幫助既遂と不可罰的の区別を与えないといったような問題があること指摘する²⁵⁵。もつとも、Class自身も「強化的因果性の抽象的な定義は、*conditio sine qua non* 公式の精密さに比べれば、それ以上にうまくいくものではないかもしれない」と述べる²⁵⁶ように、上記のような事例を挙げて「流利的・強化的因果性」の大枠を示すに留まり、その具体的な内容は明らかにされていない。

3. 因果関係を放棄する見解：危険犯説

Mezger と Class の見解は、正犯において要求される条件関係を要求することの難点を踏まえて因果関係概念の修正を行うことで問題を解決しようとしたものであるのに対して、ドイツにおいても因果関係を不要とする見解が一部において見られる。

3-1. Schaffstein と Salamon の見解：具体的危険犯説

Schaffstein²⁵⁷ と Salamon²⁵⁸ は、*conditio sine qua non* 公式を用いた条件関係を要求すれば多くの事例において因果関係が否定されることの不都合性を出発点とする点で、議論の出発点を共有するものの、その不都合性を克服するために因果関係概念を修正する見解を批判し、危険増加論の適用による解決を試みる。Schaffstein によれば、学説においては、幫助犯における「因果性ドグマ」を維持する方法として、Mezger 説に見られるような「結果」の具体化²⁵⁹と、心理的幫助犯の広い範囲での肯定²⁶⁰という二つの方向性が見られる。しかし、前者については、些細な「所為像の修正」によって因果性を肯定する場合には、そのこと自体が「帰属要件としての因果性原理の矛盾を論証する」もの²⁶¹であり、「名目上の『惹起された』結果の過剰な具体化を通じた幫助の因果性の根拠づけは可能ではなく、誤りの多い帰結に至らざるを得ない」²⁶²と批判を行う。また、後者についても、心理的な援助行為が効果を発揮するときには「正犯者は未だ所為を決意していない」のであるから、決意を惹起させたのであれば教唆犯であり、正犯者が既に所為を決意している場合には、たとえ正犯者に対

²⁵⁵ Class, a. a. O. (Anm. 244), S.124.

²⁵⁶ Class, a. a. O. (Anm. 244), S.126.

²⁵⁷ Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, In: FS-Hönig zum 80, 1970, S.169 ff.

²⁵⁸ Jochen Salamon, Vollendete und versuchte Beihilfe: Ein Beitrag zur Frage der Mitwirksamkeit der Beihilfe bei der Ausführung der Haupttat, 1968.

²⁵⁹ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.176-177.

²⁶⁰ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.177-178.

²⁶¹ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.176.

²⁶² Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257)S.177.

して安心感を与えるなどの事情があったとしても、通常は *conditio sine qua non* 公式に基づく条件関係は認められないはずである²⁶³として、一貫した解決を与えることはできないと批判を行う。

しかし、幫助未遂と幫助既遂を区別し得るような客観的な帰属原理が必要であるとして、Schaffstein と Salamon はその基準として危険増加原理²⁶⁴を採用する²⁶⁵。Schaffstein によれば、「正犯者の特別知識を備えた客観的な観察者を通じた事後的な予測」によって危険増加の有無が判断される²⁶⁶。その判断にあたっては、予測が立てられる時点、すなわち危険増加の有無が判断される時点が重要であるとされ、正犯者が援助者の寄与を認識し受け入れる事案と、正犯者に認識されることなく援助者の寄与が行われる事案が区別される。前者においては、正犯者がその寄与を「受け入れた」時点、すなわち「初めて使用可能になった」時点²⁶⁷であり、後者においては援助行為が行われた時点である²⁶⁸とされる。そして、そのように設定された予測時点について、「専門的知見のある観察者の役割において、回顧を行う裁判官」によって予測が立てられるために、その予測は「事後的」なものであるとされる²⁶⁹。

このような基準を採用することによって、たとえば、侵入窃盗を行う正犯者のために、援助者が梯子を運搬したが、援助者が梯子を用意しなかった場合には正犯者が自ら梯子を用意していただろうという事情がある事案では、現に援助者が提供した梯子を侵入窃盗のために用いたとしても、「それによって窃盗に成功するチャンス(*Chancen des Gelingens*)が高められていない」ために、「援助者が正犯者の行為を『容易にした』にもかかわらず」不可罰に至ることとなる²⁷⁰。Schaffstein によれば、この事例において不可罰の帰結に至ることこそ、「Mezger などによって支持される類型(*Variante*)における因果関係論よりも強力に幫助犯の可罰性を限定することを示すもの」²⁷¹とされる。つまり、因果関係の必要性を放棄するとしても、このような危険増加原理を採用することによって、幫助犯の成立範囲はむしろ適切に限定されるという理解である。同様に、援助者が正犯者を車で犯行現場まで運んだが、援助者の運搬がなくとも正犯者はその道のりを踏破できただろう場合にも同様に不可罰という帰結が支持されることになる²⁷²。以上のような Schaffstein らの見解は、援助者の寄与が実際の正犯所為経過において付随的にも実際に表出したことを要求しない点で、幫助犯を具体的危険犯として理解することに至ると評価できる。

²⁶³ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.177-178.

²⁶⁴ Schaffstein は、不能未遂における Hippel らの見解に基づいて危険増加の有無を判断することを述べる (Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.180.)。

²⁶⁵ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.179.

²⁶⁶ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.180.

²⁶⁷ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.180.

²⁶⁸ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.180.

²⁶⁹ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.180.

²⁷⁰ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.182.

²⁷¹ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.182.

²⁷² Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.182.

3-2. Vogler の見解：抽象的-具体的危険犯説

Vogler²⁷³は、幫助犯を抽象的-具体的危険犯(abstrakt-konkrete Gefährdungsdelikte)として理解する。Vogler は幫助犯の客観的帰属基準は「正犯者を通じた法益攻撃の客観的な志向可能性の意味における法的に重要な危険の創出」である²⁷⁴として、上述した Schaffstein らの見解と同様に幫助犯を危険犯と理解する。もっとも、梯子事例において生じる処罰の間隙を回避するために、それとは異なる危険判断枠組みを構築しようとする。すなわち、Vogler によれば、「危険判断は正犯者による所為遂行に関連付けられるのであり、正犯所為結果の発生に関連付けられるわけではない」²⁷⁵が、結果との関係では、援助者の寄与は「一般的な生活経験によると」結果惹起に対して「一般的な適性」を有していなければならない²⁷⁶。そのため、Vogler によれば、結果発生の具体的な危険性は不要であり、援助行為の結果に対する抽象的な危険性と、所為遂行における具体的な危険性が要求されるに留まる。Vogler によれば、Schaffstein らの見解によると不可罰とされた梯子事例は、梯子の提供は一般的な生活経験によれば侵入窃盗に適しているために抽象的な危険性が認められ、その梯子を用いて行われる侵入窃盗行為にとって具体的な危険性が認められるために、援助者が梯子を運搬しなかった場合には正犯者が自ら梯子を所為現場まで運搬したであろうという事案においても、幫助犯の成立が認められるという²⁷⁷。

3-3. Herzberg の見解：抽象的危険犯説

さらに、Herzberg²⁷⁸は幫助犯の危険犯としての性質を徹底的に推し進める。Herzberg によれば、「確かに幫助犯は結果犯であり、したがって援助者も結果に対して因果的でなければならぬ」が、そこでの結果は「援助(Hilfe)」であり、幫助犯が成立するためには、援助(Hilfe)を「行う(leisten)」ことで十分となる²⁷⁹。そのため、たとえば、金庫を開けようとしている正犯者に対してコカ・コーラを提供する場合には、結果発生の早期化、危険の増加、あるいは所為態様の修正があるかどうかにかかわらず、「正犯者はその所為の遂行において

²⁷³ Vogler, a. a. O. (Anm. 78), S.295 ff.

²⁷⁴ Vogler, a. a. O. (Anm. 78), S.309.

²⁷⁵ Vogler, a. a. O. (Anm. 78), S.310.

²⁷⁶ Vogler, a. a. O. (Anm. 78), S.310-311. 「共犯者は法益侵害的事象を支配していない」というのがその理由である。

²⁷⁷ Vogler, a. a. O. (Anm. 78), S.312.

²⁷⁸ Dietrich Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, S.1 ff.

²⁷⁹ Herzberg, a. a. O. (Anm. 278), S.5.

助力(Beistand)を受けており、それは[旧]刑法 49 条の構成要件にとって十分である」(□内筆者)²⁸⁰ことになる。

3-4. Zieschang の見解：従属的独立的未遂犯説

近時において具体的危険犯説を支持するほぼ唯一の見解は、Zieschang²⁸¹である。Zieschang によれば、「刑法 27 条は、援助者の寄与として単に援助をすること(Hilfeleistung)を要求している」ために、具体的・客観的な危険の発生のみが要求されており、それは「援助者の状況にある客観的な第三者の事前の(ex ante)視点から評価され」る²⁸²。もっとも、Zieschang は、幫助犯を規定するドイツ刑法 27 条と庇護(Begünstigung)を規定するドイツ刑法 257 条に共通する「援助をすること(Hilfeleisten)」という文言について、文言・体系・立法史の検討を通じて一元的な解釈を支持し、その構造的な共通性から「幫助犯は、正犯所為に依存して、独立して処罰される未遂行為に他ならない」²⁸³と述べて上記の結論に至っている点には注意を要する。そのため、ドイツ刑法に固有の体系的考慮から具体的危険犯説が主張されている可能性が否定できないところ、Zieschang の見解から日本の学説への示唆を得るのは有望ではないと考えられる。

²⁸⁰ Herzberg, a. a. O. (Anm. 278), S.6.

²⁸¹ Frank Zieschang, Der Begriff „Hilfeleisten“ in § 27 StGB, FS-Küper, 2007, S.733 ff.; Frank Zieschang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2017, Rn. 758(S.198). Zieschang は自身の見解は抽象的危険犯でも具体的危険犯でもない、とする(Zieschang, FS-Küper, 2007, S.744). Zieschang によれば、抽象的危険犯ではない根拠は個別事情の下での評価を行うことに求められ、後者は Zieschang の犯罪カテゴリー整理に由来する。すなわち、「具体的危険犯も結果犯である」(Zieschang, AT, Rn. 31(S.22))から、幫助犯は「行為を通じて惹起された結果として、危険の発生を必要とする」ために、具体的危険犯ではない。Zieschang 自身も、自身の見解について、一般的な理解に従えば「いわゆる具体的危険犯としての整理は正しいものである」と述べるように、具体的危険犯に位置づけて良いだろう。

²⁸² Zieschang, a. a. O. (Anm. 281), AT, Rn. 758(S.198).

²⁸³ Zieschang, a. a. O. (Anm. 281), FS-Küper, S.743. つまり、幫助犯として処罰をするためには正犯所為の遂行が必要であるという意味で正犯所為に依存するが、正犯所為を通じた保護法益の具体的な危殆化行為それ自体を独立して処罰するものであり、実際に支援効果が生じる必要がないという点で未遂的であるという理解と思われる。

3-5. 小括

これらの危険犯説²⁸⁴は、制定法は幫助未遂を不可罰としているところ、それに反するものであるとして²⁸⁵、近時においてほとんど支持を得られていない。もちろん、Schaffstein、Salamon、Vogler の見解においては、具体的な危険増加あるいは抽象的・具体的な危険増加が幫助犯のある種の結果とされ、Herzberg の見解においては「援助(Hilfe)」を行ったことが幫助犯における結果とされるために、定義次第ではおよそ幫助未遂と幫助既遂の区別が不可能になるわけではない。また、幫助犯の成立要件として正犯者による所為遂行が必要であることを前提とする限りで、処罰の前倒しが生じるわけでもない。もっとも、ここではなぜ正犯による実行が犯罪の成立要件として要求されるのかを説明できないという問題が生じることになるだろう。

²⁸⁴ なお、Renzikowski は規範論的な検討から幫助犯を危険犯と理解するが、処罰条件ないし制裁条件としては危険が正犯所為に析出したことを要求するため、帰結のみを見れば因果関係を要求する多数説とおおむね一致する。すなわち、「26条と27条の基礎にある危険化禁止としての行為規範の意義は、規範理論的な出発点において、共犯の独立性から教唆犯と幫助犯は単に危険犯(Gefährungsdelikte)であるということを推論する出発点と一致する。……確かに、共犯の不法(Unrecht)は、そもそも正犯所為が行われたことを必要とはしていない。したがって、その限りに(insofern)においてのみ、共犯行為が法益侵害に対して因果的であったかどうか問題ではない。しかし、成立要件の次元では当罰性の考慮(Strafwürdigkeitserwägungen)により、共犯の可罰性(Strafbarkeit)については正犯所為に対して因果的となった寄与を必要とする伝統的な観点に与するものである。正犯所為者が、共犯者によって創出された状況が結びつくことがないような所為を遂行した場合には、共犯者の処罰は支持されない。なぜなら、侵害された法益に対するその行為の危険は、正犯所為の中に析出していないからである」(Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung s., 1997, S.135)。ただし、後述するように、幫助犯における因果関係の内容としては可能化ないし容易化を要求しており、判断枠組みそのものはSamson説と類似している。

²⁸⁵ vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.505.

第3節 因果関係の存在を前提として規範的に帰属範囲を限定する見解

以上のような見解は、*conditio sine qua non* 公式を用いた条件関係判断の不都合性から、幫助犯における因果関係概念を修正するか、因果性の要求をそもそも放棄することによって、幫助犯の客観的成立範囲の問題を解決しようとするものであった。これに対して、近時の学説は正犯と共犯の結果帰属構造は共通であることを前提とした議論を展開する。そのような見解として、幫助犯の結果帰属構造について詳細に論じた Samson の見解と、因果的危険増加説を主張した Roxin の見解を確認した上で、その他の見解を見ていくこととする。

1. Samson の見解：強化原理と引受原理

Samson 説の紹介は既に数多く見られる²⁸⁶。しかし、前章において確認されたように、幫助犯における因果関係の問題を解決するためには仮定的因果経過の考慮の可否という問題を正面から取り扱う必要があるところ、仮定的因果経過の考慮の可否という問題に重要な切り口を与えた Samson 説については改めて詳細な確認を行う必要があるだろう。

1-1. 従来 of 学説の分析

Samson²⁸⁷は、幫助犯の因果性を巡る従来の裁判例と学説²⁸⁸について、以下のような分析を行う。

まず、判例の促進公式について、幫助既遂の成立要件として、正犯所為に対する促進作用を及ぼしたことと、正犯結果が生じたことを要求する見解であると理解し²⁸⁹、判例の事案の大多数において、Mezger が示したように援助行為と結果の間の因果関係が認められることを認める²⁹⁰。しかし、促進関係説は、判例は行為の自然的一体性という観点の下で、未遂犯に対する幫助犯を既遂犯に対する幫助犯に転化させる点で問題があるだけでなく²⁹¹、それ

²⁸⁶ Samson の見解を紹介するものとして、山中・前掲注 184)130 頁以下、照沼・前掲注 13)180 頁以下、高橋・前掲注 13)246 頁以下、上野幸彦「判批」日本法学 58 卷 3 号 (1993) 375 頁以下、大越・前掲注 3)169 頁以下など参照。

²⁸⁷ Samson, a. a. O. (Anm. 243); Erich Samson, Die Kausalität der Beihilfe, in: FS-Peters, 1974; Erich Samson, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1975, S.121 ff.

²⁸⁸ Samson, a. a. O. (Anm. 243)の公刊以前の学説が批判の対象とされており、ここまで述べた学説のうち、Vogler や Zieschang の見解に対するものは含まれない。

²⁸⁹ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.56.

²⁹⁰ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.56.

²⁹¹ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.56-58.

だけでなく、不作為による幫助犯²⁹²と心理的幫助犯²⁹³において生じる証明の困難性について、理由付けを行うことなく回避することに至っていることを批判する。

次に、Mezger の見解については、具体的な犯行の様相(Bild) の修正に焦点を合わせる限りで、「幫助の効果が正犯所為に対してある程度場所的・時間的に近くになければならない」という言明以上のことはこの公式からは読み取られ得²⁹⁴、幫助犯の成立範囲を限界づける機能が失われることを批判する²⁹⁵。

Class の見解については、そもそも Class 説は通説的な等価説の理解を誤っており、その難点を克服するものではないとして、その出発点が誤りであるという批判を行う²⁹⁶。すなわち、通説的な等価説は結果を抽象化することなく、「その完全に具体的な形象において」結果を把握し、実際に行われることのなかった仮定的な代替原因の付け加えを行わないものであるが、Class は結果の抽象化と仮定的因果経過の考慮を前提として等価説を適用しており、既に一般的な定式化から外れている²⁹⁷。これに対して、一般的な等価説の理解を前提とすると、Class の挙げる事例は以下のように解決される。まず、ライン川の事例では、モーゼル川の仮定的な除去が行われる場合には具体的な結果の欠落が認められるから、因果関係が認められる。灯油とガソリンを交換する事例でも、実際に行われることのなかった「灯油による放火」は考慮されないから、それを考慮することによって因果関係が否定されることはない。したがって、Class 説が、正犯所為が実現される確実性を高め、正犯所為の遂行を強化する作用を要求する見解である場合には、Class の意図とは反対に、結果を具体的に把握する通説的な等価説と比較する場合には、むしろ幫助犯の成立範囲は限定されることになる。しかし、Class はそのような通説と自説の関係を認識していないために、そのような限定の必要性がされないままである²⁹⁸。

²⁹² Samson は、いずれにせよ同じ強度で結果が生じ、単に正犯者の所為遂行をより大変なものに留まるような事案において不作為による幫助犯を認める場合には、「法益にとって全く無意味な尽力を義務付ける」ことになってしまう一方で、不作為者において結果発生を阻止があり得るという認識を要求する場合には「故意は促進公式の内容を超えたものを示す」ことになるとする(Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.56.)。

²⁹³ この点については、後で別に検討する。

²⁹⁴ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.62.

²⁹⁵ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.62.

²⁹⁶ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.66.

²⁹⁷ このような Samson の激しい批判について、Rogat は「もしかすると、Class は当該行為者の寄与が取り去られた場合に仮定的に結果に至るだろう第三者の因果系列が存在するような事例でのみ、その禁止を考えるのかもしれない。Class と Samson は明らかに代替原因の付け加え禁止の射程が及ぶ事案の理解について異なる出発点をとっている。Samson はその禁止を包括的に理解しており、Class はその適用領域を明らかに限定的なもののみをみている」と指摘する(Stefan Rogat, Die Zurechnung bei der Beihilfe Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB, 1997, S.40)。

²⁹⁸ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.67.

具体的危険犯説については、Schaffstein と Salamon の見解に共通する問題点として²⁹⁹、両名が梯子事例において、現実には行われていない他人の代替的な行為を考慮して危険増加の有無を判断する点について、代替行為者が正犯者自身ではなく援助者である場合にも同様の処理を行うのであれば、少なくともその中の一人の寄与が所為実現のために不可欠となるような複数人の援助者がいる場合において、全員が不可罰になりかねないことを指摘する³⁰⁰。そして、Herzberg の抽象的危険犯説については、何が「援助すること (Hilfeleistung)」に含まれるのか明らかではない点を批判する³⁰¹。

1-2. 一般的な帰属基準の構築

Samson は以上のような検討から、従来の学説による試みは十分なものではないとして、解決の切り口を一般的な帰属基準に見出そうとする。すなわち、「単独正犯の場合にも正犯者によって設定された状況と並んで、常にその他の因果要素が構成要件該当結果に対して、ともに条件的になっている (mitbedingen) ことは見逃され得ない」として、一般的な帰属基準の探求を試みる³⁰²。

まず、通説による仮定的因果経過の考慮の全面的な否定は、行為者が潜在的な因果要素を別のものと置換したが、それによって当初想定されていたよりも法益侵害の程度が減少した場合や、少なくとも同じ程度に留まったという事例³⁰³において、問題があることを指摘する³⁰⁴。すなわち、このような事例において通説が因果性の肯定に至る場合には、「法益の状況を悪化させるのではなく、単に犯行対象物に対する侵害を表現する行為を捕捉する」³⁰⁵ことに陥るために、構成要件の基礎にある規範は「法益の保護を超える機能」が与えられることに至ってしまう³⁰⁶。そこで、Samson は、具体化型等価説の意味における因果性があるだけでは足りず、刑法的帰責の範囲を限界づける追加的・限定的メルクマールが必要であるこ

²⁹⁹ Samson は、一般的には因果関係を用いながら幫助犯においてのみ危険増加原理を採用する Salamon に対してはその内在的一貫性の観点から批判を行う (Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.80.) が、Schaffstein は一般的な帰属理論として危険増加原理を採用するため、あたらないことになる。

³⁰⁰ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.78 f.

³⁰¹ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.82 f.

³⁰² Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.83 f.

³⁰³ 室内で極めて勢いの強い火災が発生し、いずれにせよ燃え尽きることが間違いないタンスの向きを変え、逆の側から燃えるようにした事例や、頭に向けて石が飛んできている人に声をかけて、石がぶつかる側を頭の右側から左側にしたというような事例が挙げられている。Samson は、学説には、これらの事例を違法性阻却の問題として解決するものが見られるが、補充性があるわけではなく、また結果的に生じた法益侵害が想定されていた法益侵害と同程度のものであった、すなわち法益状況の改善をもたらさなかった事例において、違法性阻却を認めることは困難であることを指摘する (Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.88 f.)。

³⁰⁴ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.86 ff.

³⁰⁵ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.96.

³⁰⁶ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.93.

とを主張する³⁰⁷。たとえば、生命法益であれば、「必然的に人間の死は完全には避けられ得ない」ために、殺人罪は、その行為がなくとも生じただろう死の時点よりも早い死を生じさせることのみを禁止していると理解する³⁰⁸。さらに、このような「短縮思想(Verkürzungsgedankens)」³⁰⁹を一般化して、あらゆる保護客体は遅かれ早かれ破滅に至るために、保護客体に対するあらゆる攻撃はそうでなければ予定されている破滅と比較して状況の悪化を招いた場合にのみ結果帰属が肯定されるという「強化原理(Intensivierungsprinzip)」を導出する³¹⁰。すなわち、仮定的因果経過を考慮した上で、それよりも法益侵害を強化・早期化した場合にのみ、結果帰属が認められることになる。

もっとも、Samson は、代替原因が他人の仮定的な行為である場合には、他に行為者が潜在しているという理由によって、現実とその結果を惹き起こした行為者の結果帰属が認められないことになるのは不都合であるとして³¹¹、修正の必要性を認める。すなわち、代替行為者が潜在している場合には、行為者と代替行為者の行為がいずれも行われなかった場合にのみ法益が保護されるのであるから、「行為者と同一の法益について保護を義務付けられた法仲間である全ての他人がいずれも規範適合的に振る舞う場合にのみ[法益保護]作用が生じる場合には、行為者は法益の状況を悪化させている」(□内筆者)³¹²。そして、複数の者が犯行対象物の侵害を計画しているが、その中の一人が最終的に行為に出たという場合には、「まさにその行為者は、その行為を遂行する役割を引き受けており、そのような計画から迫る危険を、決定され盲目的に推移する(determinierten und blind verlaufenden)因果プロセスから迫る危険へと転化させている」³¹³。このような場合には、「引受原理(Übernahmeprinzip)」に基づく結果帰属が認められることになる。

したがって、Samson の主張する一般的な帰属構想は、行為と結果の間に具体化型等価説の意味での因果関係が存在することを前提として、法益保護という規範的な観点から、仮定的因果経過と比較した上で法益状況の悪化を招いた場合(強化原理)と、代替行為者の違法行為を除外した仮定的因果経過と比較した上で法益状況の悪化を招いた場合(引受原理)にのみ結果帰属を肯定するという限定を行うものと理解できる³¹⁴。

³⁰⁷ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.97.

³⁰⁸ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.98.

³⁰⁹ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.97.

³¹⁰ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.100.

³¹¹ 最も極端な事例として、潜在的な代替行為者 B は行為者 A によって実行行為が行われたためにのみ自ら実行行為を行わず、A もそれが自身による実行行為の遂行によってのみ生じ得ることを確信しながら実行行為を遂行し、結果が発生した場合には、何の行為にも出ていない B は不可罰であるだけでなく、A についても未遂犯すら成立せず不可罰になってしまうという事例を挙げる(Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.132.)。

³¹² Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.139.

³¹³ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.142.

³¹⁴ 一体的に説明しようとするならば、当該保護法益を保護するための規定に反する他人の違法行為を除いた仮定的因果経過を考慮して、法益状況の悪化がある場合に結果帰属を認める見解である。

1-3. 帰属基準の幫助犯への転用

Samson はこの一般的な帰属構想を幫助犯に転用することで、問題の解決を試みる。

まず、援助者の寄与なしには当該結果がそもそも生じ得なかった場合や、その強度・時点において生じ得なかった場合には、問題なく強化原理に基づく結果帰属が認められる³¹⁵。

しかし、引受原理の転用については直ちに認められるわけではない³¹⁶。なぜなら、引受原理は「行為者及び補充行為者の行為が禁止される場合にのみ、保護目的物は救助され得ること」をその根拠としていたが、幫助犯においては「正犯者だけが彼に対して向けられた禁止を遵守した場合でも、負の評価を受ける結果(unwerte Erfolg)は生じないままである」³¹⁷からである。もっとも、他の関与者が違法行為に出ないことの期待は不確実なものであるから、「可能な限りで最大の保護(größtmögliche Sicherung)」を与えるために、「多数の必要的な因果要素の一つだけを提供する全ての行為を禁止すること」が支持され³¹⁸、引受原理の転用が認められる。したがって、援助者が、そうでなければ正犯者が自ら行うはずであった行為を引き受ける場合³¹⁹にも、引受原理に基づく結果帰属が認められる。

もっとも、援助者が現実の経過において結果にとって必要な要素の一部を設定したが、それによって正犯者の仕事がより困難にされたという場合に幫助犯の成立を認めることは妥当ではないとして、因果的な寄与を果たしたことに加えて、正犯者のなすべきことが少なくされたことが付加的に要求される³²⁰。たとえば、金庫を開けようとしている正犯者から、既に用意されていた電動ドリルを取り上げ、それよりも手間の掛かる手動ドリルを提供したという事例においては、正犯者のなすべきことをより小さくしたとは言えないために、結果帰属が否定されることになる。

したがって、Samson 説によると、幫助犯における結果帰属は、具体的な結果との間に具体化型等価説の意味における条件関係があることを前提として、援助行為がなかったときの仮定的因果経過と比較して法益侵害結果の可能化・強化・早期化をもたらした場合(強化原理)と、それが無い場合であっても正犯者において負担を軽減させた場合(引受原理)に認められることになる。このような Samson 説には、因果関係と促進関係という対立軸は具体化型等価説を前提とする限りで重要な意義を失っていることを指摘して、帰属範囲の限定は法益保護という観点から規範的に行われるべきであり、その観点からは仮定的因果経過の考慮が必要となるものの、他方で全ての仮定的因果経過を考慮する場合の難点を指摘し、修正が必要であることを明らかにした点で、重要な意義が認められるだろう。

³¹⁵ Samson, a. a. O. (Anm. 243) S.165 f.

³¹⁶ Samson, a. a. O. (Anm. 243), 1972, S.171.

³¹⁷ Samson, a. a. O. (Anm. 243), 1972, S.171 f.

³¹⁸ Samson, a. a. O. (Anm. 243), 1972, S.172 f.

³¹⁹ Samson, a. a. O. (Anm. 243), 1972, S.173.

³²⁰ Samson, a. a. O. (Anm. 243), 1972, S.177.

2. Roxin の見解：因果的危険増加論

近時の多数説は、Samson 説がそうであったように、一般的な結果帰属理論を幫助犯に転用することで、幫助犯における結果帰属の問題を解決することを試みる³²¹。そのため、一般的な結果帰属判断の場合と同様に、行為と結果の間に事実的な繋がりとしての因果関係が存在することを前提として、客観的帰属論に基づいて帰属範囲を規範的に限定するという判断基準が採用されることになる。以下では、客観的帰属論の転用による幫助犯の帰属問題の解決を推し進めた Roxin³²²の見解を中心として、多数説の主張内容を確認していきたい。

2-1. 前提としての因果関係

Roxin によると、近時の多数説は、一般的な結果帰属の問題において前提として要求されている因果性の判断方法について、合法則的条件関係説を採用するだけでなく³²³「結果」をその完全に具体的な形象において(in seiner ganz konkrete Gestalt)において把握する。さらに、「合法則的関係の確認においては、それに至る全ての中間項を含む完全に具体的な形象における結果に焦点が合わせられることが、今日では広く認められている」³²⁴という。

そのため、Roxin によれば、幫助犯において因果関係が必要であるのか、あるいは促進関係で足りるのかという問題は、「仮象問題(Scheinproblem)」であると評価される³²⁵。なぜなら「犯罪構成要件を実現する行為が……実際に促進」された場合には、援助行為は、「それに至る中間項を含む具体的な形象における結果に対して原因的でもある」ために、そのように理解された結果に対して原因的ではない場合には、構成要件的行為の促進は認められない³²⁶からである。ここでは既に、幫助犯の特殊性が持ち出されることなしに Mezger の見解とほぼ同様の結論に至っている³²⁷。また、Class の提唱した流入的・強化的因果性もこれに合致するものであるが、Class の主張とは異なり、幫助犯の固有性は示されないとする³²⁸。

³²¹ 学説における客観的帰属論の定着以来、この傾向は顕著である

³²² Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.501 ff.; Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 及び Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003 を参照する。

³²³ Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn.15(S.355).

³²⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.21(S.359).

³²⁵ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.502; Roxin, a. a. O. (Anm. 322), § 26 Rn.187(194).

³²⁶ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.502 f.; Roxin, a. a. O. (Anm. 322), § 26 Rn.187(194).

³²⁷ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.503; Roxin, a. a. O. (Anm. 322), § 26 Rn.187(194).

³²⁸ Kristian Kühn, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 20 Rn.215(S.863)も、「『流入的・強化的因果性』の用語も正しいものではあるが、その表記は、幫助犯にとっては正犯とは異なる因果関係があるという理解をされてはならない。重要ではない(noch so unwichtige)所為寄与であろうと、流入的・強化的性質のある所為寄与を通じて具体的な所

他方で、このような形で因果関係判断の結節点が具体化された結果として、結果帰属の判断において因果関係の果たす役割は大きく縮減されていると評価できる。既に一般的な因果関係論において、「事象の修正(Geschehensmodifizierung)は、構成要件メルクマールの実現の方法・時間・場所にとって無関係である場合にのみ、因果的ではない」³²⁹とされ、結果にとって無関係な付随事情の区別という問題について、「因果性が肯定される場合であって、もいずれにせよ帰属が排除されることによって、今日では一般にその実践的な意義を失っている」といったような評価がされる³³⁰されるに至る場合には、そのことは顕著である。

そのため、Roxin は、以下のような事例においても因果性を肯定するに至る。まず、援助者が、正犯者の所持している道具を、正犯者に気が付かれることなく完全に同種の別の道具と交換し、正犯者は援助者の提供した道具によって所為を完遂したという場合には、「その道具を伴っている(mit *diesem* Mittel)」という結果惹起の具体的な方法に対して原因的であるために因果性を肯定する³³¹。また、援助者は、正犯者に対して合鍵を手渡したが、正犯者は、ドアが開いていることを知っているために、それを使用せず、最初から使用するつもりもなかったという場合にも、少なくとも合鍵を携行していることから、所為遂行の具体的な方法を修正しているために因果性を肯定する³³²。

2-2. 客観的帰属論による帰属の限定

もっとも、Roxin によれば、上記の事例において「因果的である」とされた寄与は、正犯所為の遂行にあたって役に立たないために、幫助犯における「援助をすること(Hilfeleistung)」には該当しない³³³。もっとも、これは、幫助犯に固有の問題の問題ではなく、「客観的帰属の一般原理」と一致するものであるとされる³³⁴。したがって、幫助犯における結果帰属の問題の多くは、客観的帰属論に基づいて帰属が限定されることになるかどうかという観点から解決されることになる。

すなわち、「行為者の行為が、行為客体に対して、許されたリスクによっては把握されないような危険を創出し、その危険が具体的な結果の中に実現した場合にのみ、行為者によっ

為遂行に影響を与え(beeinflusst)、形を変える(umgestaltet)者は、その結果を含む所為にとってもともに原因的(mit-ursächlich)となる」と指摘する。これに対して、Eisele, a. a. O. (Anm. 240), § 26 Rn.103-105(S.825)は判例の促進関係説と流入的・強化的因果関係説を対置させるが、結局のところ「両見解の相違は僅かである」と述べる。

³²⁹ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.21(S.360).

³³⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.21 Fn.53(S.360).

³³¹ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.501.

³³² Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.501.

³³³ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.509.

³³⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.509.

て惹起された結果が客観的構成要件に帰属させられ得る」³³⁵。Roxin は幫助犯について、それを「被害者にとっての危険と、それに対応する正犯者にとっての結果のチャンス(Erfolgs-Chance)を高めた場合にのみ、因果的な所為寄与は幫助犯になり得る」³³⁶と表現する。そのような因果的な危険増加が認められる場合としては、正犯者の所為を可能にした場合、容易にした場合、強化した場合、そして確実にした場合が例として挙げられている³³⁷。

危険増加判断についての Roxin 説の特徴は、①仮定的な因果経過が考慮されないこと、②援助者の寄与が事後的に余計なものであると分かった場合でも危険増加が否定されないこと、③援助者の寄与の作用は(少なくとも未遂犯に対する幫助犯を認めるためには)正犯所為の未遂段階に至るまで効果を持たなければならないことである。

①については援助者が梯子を運搬したが、援助者が梯子を用意しなかった場合には正犯者が自ら梯子を用意していただろうという事例や、幫助犯の成立を否定援助者が正犯者を車で犯行現場まで運んだが、援助者の運搬がなくとも正犯者はその道のりを踏破できたであろうという事例が問題となるが、Schaffstein が危険増加の欠如のために幫助犯の成立を否定するに至ったのとは反対に、Roxin は危険増加を肯定する。Roxin によれば、この事例において Schaffstein と同様に危険増加の否定に至るためには、「援助者のリスク増加的な因果的寄与が与えられなかった場合に、何が生じていただろうか」という仮定的因果経過の考慮が必要となるが、それは正犯の領域においてそうであるように³³⁸、帰属の領域においては許容されていない³³⁹。そのため、上記の事例については「現実の因果経過は、梯子の運搬、あるいは自動車での輸送を通じて、そもそも初めて可能にされている」という評価が与えられる³⁴⁰ことになる。

②については、Roxin によれば「因果的で、事前に客観的考察を行う場合にはチャンス増大的な事情(ein kausaler und bei einer objektivem Betrachtung ex ante chancenerhöhender Umstand)」が、「後に余計であることが分かった(sich nachträglich als überflüssig herausstellt)」場合にも、幫助犯の成立が否定されることはない³⁴¹。正犯者から認識されることなく見張りを行っていたが、何事もなかったために、事後的に見れば見張りは不要であったことが明らかになった場合であっても、見張り行為は、正犯所為が「発覚し、挫折に至るリスクを減少させているために、チャンス増加的である」。つまり、正犯者から認識されることなく見張りを行っていたが、何事もなかったために、事後的に見れば見張りは不要

³³⁵ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.47(S.372). 客観的帰属論は結果帰属を限定する数多くのメルクマールから構成されるが、本論文では中立的行為による幫助の問題について取り扱わないことから、信頼の原則や自己答責性に基づく結果帰属の排除については取り扱わない。

³³⁶ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.509.

³³⁷ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.510.

³³⁸ もっとも、この点についてはより詳細な検討を要するため、後で再び取り上げる。

³³⁹ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.510.

³⁴⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.510.

³⁴¹ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.511.

であったことが明らかになった場合であっても、見張り行為は、正犯所為が「発覚し、挫折に至るリスクを減少させているために、チャンス増加的である」³⁴²。ここでは、その前提として、片面的な見張りの事例については、「見張りによって防御された窃盗は、『守られていない』一人の窃盗の遂行とは異なる遂行方法である」という意味で因果的な寄与が認められるという評価がなされている点³⁴³には注意を要するだろう。

③については、Roxin は、既遂犯に対する幫助犯を認めるために、そのチャンス増加的な作用が実行行為の終了に至るまで継続していることを要求し、少なくとも未遂の段階に至っていなければ未遂犯に対する幫助犯の成立も認めない³⁴⁴。そのため、たとえば正犯者が援助者の提供した道具の受領をそもそも拒絶した場合には幫助未遂として不可罰であり、正犯者が侵入のためその道具を一度は使用したが、結局のところ別の方法によって侵入したという場合には、未遂犯に対する幫助犯のみが認められる³⁴⁵ことになる。そのため、Roxin 自身はこの点について明瞭に述べるわけではないものの、危険犯説とは異なり、危険増加の判断は、援助行為の時点ではなく、正犯者による所為遂行の時点で行われることが明らかになる³⁴⁶。

2-3. 他の学説による評価

このような Roxin 説の判断枠組みは Jescheck/Weigend³⁴⁷、Schünemann³⁴⁸、Heine/Weißer³⁴⁹、Otto³⁵⁰、Murmman³⁵¹、Geppert³⁵²、Rengier³⁵³、Baunack³⁵⁴らによっておおむね支持されており、現在の多数説と評価できるだろう。

³⁴² Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.511.

³⁴³ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.511.

³⁴⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.511.

³⁴⁵ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.511.

³⁴⁶ Vgl. Martina Baunack, Grenzfagen der strafrechtlichen Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe, 1999, S.79. この点について、Baunack は、Roxin 説は後的にみて役に立たなかった見張りの事例において幫助犯の成立を肯定することから、「具体的な所為対象物の具体的危殆化の意味で危険上昇を理解しているわけではない」ことを指摘する (Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.80)。

³⁴⁷ Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 85), S.693 f.

³⁴⁸ Schünemann, a. a. O. (Anm. 107), § 27 § 27 Rn.2 ff.(S.2030 ff.).

³⁴⁹ Weißer, a. a. O. (Anm. 79), § 27 Rn.2 ff.(S.545 ff.).

³⁵⁰ Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, § 22 Rn.53 ff.(S.331 ff.).

³⁵¹ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.549 ff.

³⁵² Klaus Geppert, Die Beihilfe (§ 27 StGB), Jura 1999, S.266 ff.

³⁵³ Rengier, a. a. O. (Anm. 5), S. 441-442.

³⁵⁴ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.70 f., 90.

もっとも、Roxin が大幅な緩和を許容した因果関係概念については、基本的な判断枠組みを共有する他の学説からの批判も見られる。たとえば、Joecks³⁵⁵は、基本的な判断枠組みについては Roxin と同様の見解を採りながらも、事後的因果関係について多数説よりも厳格な理解を採る。すなわち、Joecks は、学説間の対立は「個別の事例を詳細に考察すれば相違は小さい」としながらも、「援助者が念のためにドアに門を掛けたが、救助しようとする者(Rettungswilliger)が現れることがなかった事例」について「援助行為が最終的にその具体的な形象において結果に影響を与えなかった」にもかかわらず幫助既遂を認める見解は、「27条を抽象的危険犯へと解釈を変えることを意味する」と指摘する³⁵⁶。この事例は、Roxin が幫助犯の成立を肯定する後に余計であることが分かった見張りの事例と基本的な構造が同一であることから、この場合に幫助犯の成立を認めるに至る Roxin 説を批判するものといえるだろう³⁵⁷。

Jakobs も、因果関係概念を緩和する多数説に対して、以下のように批判していた。幫助犯における因果性の必要性を否定する見解に共通する動機は「見張りに立ったが誰も来なかった場合、あるいは有用(tauglicher)ではあるが結局のところ使用可能ではなかった道具の調達の場合のように、援助者のなしたことの外形的な性質が正犯所為に対する連帯である場合」にも、偶然的に不可罰となることある³⁵⁸が、そのような見解は「支援未遂(Hilfeversuchen)」を「効果的支援(effektive Hilfe)」として処罰することに至るものである³⁵⁹。そして、そこでは因果関係についての故意が必要とされる一方で、実際には因果関係が不要とされるために、主観と客観が一致しない犯罪(subjektive-objektive inkongruenten Delikt)となるだけでなく、「実現された構成要件に該当する所為は、援助者が寄与を行ったものではなくってしまう」ために「従属性原理が毀損されてしまう」³⁶⁰。Mezger や Class による「因果関係概念の操作」は「明確性を与えることがないアドホックな構造である」³⁶¹。このような Jakobs の批判は、後に余計であることが分かった見張りの事例について難なく事後的因果関係を肯定する Roxin 説にとりわけあたるものといえるだろう。なお、Jakobs 自身は「構成要件実現に対してもたらされなければならない心理的・物理的な仕事(Leistung)」を与えた者であれば援助者にあたるとの見解を支持しており³⁶²、具体化型等価説を前提

³⁵⁵ Joecks, a. a. O. (Anm. 237), § 27 Rn.21 ff.(S.1106 f.).

³⁵⁶ Joecks, a. a. O. (Anm. 237), § 27 Rn.27(S.1107).

³⁵⁷ Joecks, a. a. O. (Anm. 237), § 27 Rn.27 Fn.56(S.1107). それに加えて、さらに、因果性についての故意は幫助犯の行為不法に属するところ、「それと客観的な構成要件メルクマールが一致させられない場合には、幫助犯は超過的内心傾向を伴う犯罪」となってしまうことを批判する。本論文では省略したが、Samson は危険犯説を始めとした他の学説に対してこの点を強行に主張していたのであった。もっとも、その意義をどう評価するかはやや難しい問題である。

³⁵⁸ Jakobs, a. a. O. (Anm. 241), § 22 Rn.34(S.671-672).

³⁵⁹ Jakobs, a. a. O. (Anm. 241), § 22 Rn.34(S.672).

³⁶⁰ Jakobs, a. a. O. (Anm. 241), § 22 Rn.34(S.672).

³⁶¹ Jakobs, a. a. O. (Anm. 241), § 22 Rn.34(S.672).

³⁶² Jakobs, a. a. O. (Anm. 241), § 22 Rn.34(S.672).

として正犯者における負担の軽減があれば足りるとする Samson 説と同様の結論に至ると考えられる。

3. 類似した出発点を採用する他の見解

3-1. Baunack の見解

Baunack³⁶³は、幫助犯においても因果関係を要求し³⁶⁴、それを前提として正犯者の遂行行為における危険増加を要求することから³⁶⁵、理論的には多くの点において Roxin と同一の判断枠組みを支持する。Baunack の見解の特徴は、可罰的な幫助既遂を肯定する範囲については多数説とほぼ同じ帰結に至る一方で、既遂犯に対する幫助犯については多数説よりも限定的な基準を採用する点にある。

Baunack は、役に立たなかったことが事後的に分かった見張りの事例について、Roxin が一人によって行われた窃盗と二人によって行われた窃盗の相違から見張り行為と窃盗結果の間の事実的因果関係を肯定し³⁶⁶、他方で Samson は事実的因果関係の欠如を理由として援助者の処罰を否定する³⁶⁷点につき、「両見解はそれぞれ正しい思考を含んでいる」ことを指摘する³⁶⁸。Baunack によれば、幫助犯においては、正犯の所為遂行と、所為結果の二つに関連付けられる点に幫助犯の特徴が認められる³⁶⁹。前者については「遂行状況、すなわち、結果を惹起する事象経過が考慮される限りにおいて、その時点において、未だ生ぜしめられていない結果との関連を示す全ての事情が構成要件的意義を持つ」³⁷⁰ため、「所為の完遂が一人の人間によって行われているのか、あるいは二人の人間によって行われているのかの違いを生む」という点について、Roxin の見解を支持する³⁷¹。しかし、後者については、この事例においては、「幫助者は、結果を基礎づける正犯者の行為に対して直接には作用していないために、援助所為と最終的結果の間の因果連関は、それを通じては媒介されない」³⁷²

³⁶³ Baunack, a. a. O. (Anm. 346). 同書を紹介するものとして照沼・前掲注 13)186 頁以下参照。照沼亮介と Baunack の法的因果関係判断枠組みは類似しているが、照沼説が幫助行為性を判断する際に従前あった道具との危険比較を行うのに対して、Baunack はそれも仮定的因果経過の考慮として許さない一方で、照沼説の方が心理的因果性の判断基準が厳格であるようにも思われる。

³⁶⁴ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.70 f.

³⁶⁵ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.90.

³⁶⁶ vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.511.

³⁶⁷ vgl. Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.52.

³⁶⁸ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.41.

³⁶⁹ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.41.

³⁷⁰ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.41.

³⁷¹ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.41.

³⁷² Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.42.

として、Samson と同様に、正犯所為結果との間の因果関係を否定するに至る。すなわち、既遂犯に対する幫助犯の成立が認められるために必要となるような「遂行段階を介して結果発生まで持続する因果性は、随伴事情に対する作用から現実化する、所為結果に対する固有の關係の作出を前提とする」ものである³⁷³。

したがって、未遂犯に対する幫助犯については構成要件的に有意味な付随的事情との事實的因果關係で足りるとしながら、既遂犯に対する幫助犯については援助行為と正犯結果の間に合法則的關係が存在することを要求する見解と評価できる。このような Baunack の見解は、日本の学説における照沼説と類似するものといえる。

3-2. Charalambakis の見解

Charalambakis³⁷⁴は、事實的因果關係を帰屬の前提とした上で、客觀的歸屬論の論者が行ったような成立範圍の限定を、結果歸屬の問題ではなく、条文上の「Hilfeleistung(援助をすること)」という要件への該當性を巡る問題として行おうとする。

Charalambakis は、具体的危險犯説による因果關係必要説への批判を参照して、そこには「幫助犯の可罰性についての問題は、単なる等価説あるいは一般的な因果基準の助けによっては解決されない」という点において正しい出発点があると評価する³⁷⁵。他方で、危險増加原理は「代替原因のある事例において機能不全となり」、これに対して青酸を同程度に危険なヒ素と交換したという事例において、仮定的因果經過を考慮することなく「ヒ素を用いた具体的な危險増加(die konkrete Risikoerhöhung durch Arsen)」に着目する場合には、それは論者がもともと主張していた具体化された惹起説に回帰することになってしまうという批判を行う³⁷⁶。

これに対して、Charalambakis は以下のような解決を提案する。まず、等価説の意味での事實的因果關係は必要とされなければならない。なぜなら、共犯は從屬的法益攻撃(akzessorischer Rechtsgutsangriff)であるという認識は「今やほとんど確固たるものとして妥当している(nunmehr …… als nahezu gesichert gelten)」ところ、正犯と同一の原理が妥当すべきであり、構成要件該當結果への援助行為の因果的な結びつきが必要だからである

³⁷³ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.42. このような關係が要求される根拠については、「なぜ既遂犯に対する幫助犯が未遂犯に対する幫助犯よりも定型的に厳しく処罰されるか」という問いを立て、「結果の発生は正犯所為の不法内容の上昇をもたらし、それによって援助者も重く処罰される」が、それは「正犯所為結果が援助者寄与に遡られ得ること」が前提とされているからだと説明される(Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.71)。

³⁷⁴ Aristoteles Charalambakis, Zu Problematik der psychischen Beihilfe, in: FS-Roxin zum 70, 2001, S.625 ff.

Charalambakis は、ここで概観されたことに続いて、心理的幫助犯についての検討を進めるが、この点については後で取り扱う。

³⁷⁵ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.629.

³⁷⁶ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.629; vgl. Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.77.

377. そして、因果関係の判断を行うにあたっては結果を具体化し、その具体的な形象において結果が失われることなしには取り除いて考えられ得ない条件は因果的であるという Roxin の見解を支持しながら³⁷⁸、あくまで「援助者の寄与が具体的な最終結果を原因的にもに形成する(ursächlich mitgestaltet)」ことを要求する³⁷⁹。したがって、援助者が正犯者に合鍵を提供したが正犯者には利用されることがなかったという事例について、Roxin が因果関係を肯定していた³⁸⁰ことを批判して、具体的な最終結果の因果的な共同惹起は認められないという見解に立つ。そのため、この場合には少なくとも物理的幫助犯を認めないことになる³⁸¹。むしろ、Roxin が許容したような広範囲に渡る結果の具体化は、Schaffstein と同様に「帰属原理としての因果性の必要性の矛盾を論証するもの」であると批判する³⁸²。

それに続いて Charalambakis は、因果性が認められるだけでは可罰的な幫助犯の成立が認められることにはならないとして、条文の「幫助(Hilfeleistung)」という決定的な基準(entscheidende Kriterium)を付け加えることで、幫助犯の成立範囲を限定することを試みる³⁸³。Samson は、正犯者が利用しようとしていた椅子を取り除くことによって、正犯者がより大変な別の方法で侵入せざるを得なくなったというように、援助者が正犯者を妨害した結果、より負担の大きい方法で正犯所為が実現されたという事例について、この事例において幫助犯の成立を回避することは、惹起説によっては可能ではないという主張を行っていた³⁸⁴が、Charalambakis によればその推論は正しくないという。つまり、「この事例において因果性が肯定されることは全くもって正しいものであるが、そのような因果性が肯定されるとしても、侵入者から梯子を取り去った第三者のそのやり方が、侵入に対する『援助(Hilfeleistung)』を意味しない限りで、幫助犯の可罰性は未だ認められない」からである³⁸⁵。この事例で第三者が梯子の除去によって侵入者を「助けた(geholfen)」とすることができないために、援助(Hilfeleistung)という本質的な構成要件的メルクマールが欠如し、住居侵入罪に対する幫助犯は成立しないことになる³⁸⁶。他方で、後に余計であることが分かった見張りの事例については、「見張りによって防御された窃盗は、保護されていない窃盗とはいずれにせよ異なる遂行の方法である」という Roxin の定式化に依拠して、最終結果に対して

³⁷⁷ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.631.

³⁷⁸ Charalambakis は、幫助犯における共同原因性(Mitursächlichkeit)の必要性を構成要件実現の具体的な方法への作用という意味で強調したことが、Roxin の功績(Verdienst)であると評価する。

³⁷⁹ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.631.

³⁸⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.501.

³⁸¹ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.631-632.

³⁸² Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.632.

³⁸³ Herzberg の見解は、「可罰的な幫助犯の限界の記述のため「援助行為(Hilfeleistung)」の概念に焦点を合わせることの必要性を強調する限りで正しいもの」であるが、その不明確性のために「十分に使用可能なものではない」とする(Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.630 f.)。

³⁸⁴ Samson, a. a. O. (Anm.287), FS-Peters, S.132 f.

³⁸⁵ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.632.

³⁸⁶ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.632.

因果的であることを認める³⁸⁷。そして、見張り行為によって正犯者は「より不安がなく、より安全な方法(ruhiger und abgesicherter Weise)で自らの所為を成し遂げることができる」ために、見張り行為は正犯者に対する援助をしたと認められるとして、幫助犯の成立を肯定する³⁸⁸。

つまり、Charalambakis の見解は、幫助犯の処罰のため「原因性(Ursächlichkeit)と援助(Hilfeleistung)の重疊的な認定」が必要であることは多数説が認めるところであるが、多数説はこれを客観的帰属論の下で取り扱っており、独立的な犯罪構成要件メルクマールとしては取り扱われていない点を指摘するものである³⁸⁹。これは一見すると成立要件としての位置づけの問題に過ぎないとも思われる³⁹⁰。もっとも、Charalambakis によって意図されているのは、第三者が行動に出ることなく単に犯行現場にいただけ(bloßen tatenlosen Anwesenheit des Dritten am Tatort)であったという事例の解決である点³⁹¹には留意する必要がある。そのような事案について、Roxin は不真正不作為犯における保証人的地位の要求が潜脱されていることを批判していたが、Charalambakis によれば、作用の仕方がどうであれ「第三者の行為は援助(Hilfeleistung)を意味しなければならない」ために、この事例に属するほとんどの場合において、「援助(Hilfeleistung)とは認められ得ないことを理由として、可罰的な幫助犯も認められ得ない」³⁹²という説明が与えられることになる。このような事案においては、具体化型等価説の意味における事実的な因果関係が認められ、また危険の増加も認められる限りで、Charalambakis による解決にも一定の意義が認められるかもしれない。しかし、危険増加が否定される場合に援助結果が認められないとすれば、それを超えた「援助」というメルクマールによる解決は中立的行為に特有の問題解決との理論的な混同を生むおそれがあることは否定できないだろう。

³⁸⁷ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.632-633.

³⁸⁸ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.633.

³⁸⁹ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.633.

³⁹⁰ Charalambakis も、それが「無意味なラベリング論争(deutungslosen Eikettenstreit)」であるかもしれないことを認める(Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.633)。

³⁹¹ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.637.

³⁹² Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.639.

第4節 異なる出発点を採用する近時の見解

1. 厳格な合法則的条件関係に依拠する見解

1-1. Osnabrügge の見解

ここまで確認されたように、ドイツにおける通説は、一般的な結果帰属理論において、結果を完全に具体化した上で行為と結果との間に合法則的条件関係が認められることを前提として、客観的帰属論によって結果帰属の範囲を規範的に限定する見解を採用しており、幫助犯における結果帰属の問題もそれに基づいて一貫して解決することを試みていた。これに対して、Osnabrügge³⁹³は、正犯と共犯に共通する結果帰属構造の構築を志向する点では通説と同様の出発点を採用するものの、通説とは異なり「因果関係」概念を厳格な形で構成しようとする。以下では、Puppe³⁹⁴の見解に依拠してその精緻化と前進に取り組んだOsnabrüggeの見解を概観する。

Osnabrüggeは、Puppeの見解に依拠して、以下のような因果関係の判断枠組みを支持する。Osnabrüggeによれば、事実的因果関係理論として合法則的条件関係説が支持され、その内容は「個々の原因は、真であり、一般的な経験的法則によると結果に対して十分である最小条件の必要的な構成要素として記述され得る」³⁹⁵という定式化が行われる³⁹⁶。また、合法則的条件関係の結節点たる結果の内容については、刑法的に意義という観点から、単なる自然の記述としての「状況(Zustand)」ではなく、「状況の変更(Veränderung von Zuständen)」、すなわち「人の法益存続の不利益変更(die nachteilige Veränderung am Rechtsgutsbestand der Person)」だけである³⁹⁷。そして、その不利益変更は定量的に把握され、行為者の行為な

³⁹³ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145).

³⁹⁴ Osnabrüggeの依拠するPuppeの因果関係論については、Ingeborg Puppe, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 1980, S.863 ff.を参照。

³⁹⁵ PuppeとOsnabrüggeによる合法則的条件関係説の理解については、後の検討において再び取り上げるが、大まかに言えば、科学的説明における演繹的推論モデルに依拠して、仮説上の前提条件と自然法則から構築された因果仮説を説明項として、それに被説明項である現実の事実経過が包摂される場合に、因果的説明が成り立つとする。もっとも、ひとたび因果仮説上の前提条件集合が結果発生のための十分条件となれば、そこにかなる前提条件を付け加えても十分条件としての性質が維持されることになるために、因果仮説が最小のものであることが要求されることになる。

³⁹⁶ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.93.

³⁹⁷ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.101 f. これに対して、事実としての因果関係の確認と規範的な帰属範囲の限定という二段階で結果帰属の判断を行う通説については、「刑法的な検討の領域において、名目上は前法的な基準による答責性を確定し、多かれ少なかれ体系的な帰属基準によって再びそれを排除することには、意味がない」だけでなく、「因果関係は『…に対して因果的(kausal für …)』という関係の概念であるため、因果性にとっての結節点の確定が因果性の確定に属する」にもかかわらず、その結果を完全に具体的に把握することによって、無意味なものとなると批判する(Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.102 f.)。

しに因果的に説明される部分については、行為者に対して帰属されることはない³⁹⁸。そのため、BがCを棍棒で殴打する際に、Aが棍棒の勢いを弱めたという場合には、確かにAの介入は棍棒が「その」勢いで振り下ろされたことを説明する要素ではあるものの、法益にとって不利益ではない事態が説明される必要がないから、Aの行為を取り去ったとしても、因果仮説は不利益変更を説明するものとして成り立つままであるという帰結に至る³⁹⁹。

Osnabrüggeによれば、このような因果関係論は、幫助犯においても適用され、「帰属基準としての因果性を前提とする場合には、幫助犯における帰属の対象物は常に、それに対して援助者が最終的に因果的であり、したがってそれに対して援助をしたような所為」でなければならない⁴⁰⁰。もっとも、それを前提とすると、一般的に幫助犯が認められる典型的な事例のうち、見張りの事例や意欲的心理を介した心理的幫助の事例においては、幫助犯の成立が否定されるという帰結に至るといえる。なぜなら、心理的因果性は厳格な因果性の意味においては存在しないからである⁴⁰¹。そのような不都合を解消するため、Osnabrüggeは、合法性に基づく結果帰属とは別に、蓋然性法則に基づく結果帰属を肯定するに至る。すなわち、援助行為が結果発生 of 蓋然性説明の構成要素である場合に、結果帰属を肯定する⁴⁰²。蓋然性法則に基づく帰属については見張りの事例と心理的幫助犯における因果性について取り扱う際に改めて詳細に取り扱うこととするが、このようなOsnabrüggeの見解は、合法性条件関係説を厳密に理解する場合の一貫した帰結を示すものとして注目に値するものと言えるだろう。なお、Osnabrüggeは、未遂犯に対する幫助犯を肯定せず、既遂犯に対する幫助犯のみを可罰的な幫助既遂として肯定する見解である⁴⁰³点については注意を要する。

³⁹⁸ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.105 f. ここでは、洪水を起こしている川に、バケツ一杯の水をまき散らしたという事例が挙げられる。Osnabrüggeの見解によると、既に洪水を起こしている水流と、バケツからまき散らされた水を合わせて、「バケツ一杯分の水が付け加えられた洪水」が帰属されてはならないことになる。なぜなら、既に洪水を起こしている水は、行為者の行為がなくとも因果的に説明可能だからである。

³⁹⁹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.107 f. Osnabrüggeによれば、ここではAの行為を取り除いた場合にも「存在している事情が、既に結果を十分に説明する」ために、仮定的因果経過との対比が行われているわけではないという。

⁴⁰⁰ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.120 f. もっとも、結果の量的な一部分について因果的であれば、従属性原理に基づいて正犯所為不法全ての帰属を受け入れなければならないことが前提とされている(Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.120)。なお、Puppeはこの点について、教唆犯については、「何者も自身の行為なしに因果的に説明され得る変更の惹起者とはみなされないという我々の付加的規律は、ここでは資格化事情の惹起(Verursachung des qualifizierten Umstandes)のみが教唆結果として助言者に帰属させられ得る。すなわち、助言者は、さらにその資格化メルクマールが独立的な構成要件を構築する場合にのみ、教唆犯として処罰され得る」一方で、「幫助犯にとっては、いずれにせよ構成要件実現の一部分の共同惹起で十分である」と述べる(Puppe, a. a. O. (Anm. 394), S.887)。

⁴⁰¹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.185.

⁴⁰² Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.215. この「蓋然性法則に基づく帰属」は、主として心理的幫助犯の領域において問題となるが、救助的な性質を有する事実を排除するような介入を行った見張りの行為についても、これに基づく帰属が認められる場合があるとされている(Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.225 ff.)。

⁴⁰³ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.232 ff. もっとも、Osnabrüggeは、ドイツにおける未遂犯論が主観的な表象(Vorstellung)に関連付けられており、因果連関にとって不可欠の客観的結節点が原理的に不要とされていることに依拠している。

1-2. Puppe の見解

Puppe は Osnabrügge と同様に、幫助犯として典型的に想定される事例には、援助行為が「因果的説明において必要な構成要素としては現れない」⁴⁰⁴ 場合があることを認め、別の帰属基準による説明を試みる。もっとも、Osnabrügge がその出発点から「蓋然性法則に基づく帰属」という帰属基準を導入したのに対して、Puppe は「それに対して因果的にならないような何らかの促進結果を示す」⁴⁰⁵ ことによって解決を試みる。まず、「所為遂行を正犯者の視点から確実なものとし、容易にし、リスクを低下させたあらゆる寄与が幫助結果」として理解されることになる⁴⁰⁶。さらに、「事前に行われた正犯者の庇護」も、それによる正犯者の心理への作用が要求されることなく独立的な幫助結果として認められる⁴⁰⁷。

Puppe の見解の特徴は、厳格な合法則的条件関係説の理解を前提として、幫助犯においては因果関係の結節点となるような幫助結果を「複数の促進的な寄与を詳細に特徴付ける (die verschiedenen fördernden Beiträge genauer zu bezeichnen)」⁴⁰⁸ ことで類型化するほかないという見解に至っている点である。所為遂行の安全化・容易化については危険増加を要求する多数説と大きく異なることを述べるものではないと思われるが、「事前に行われた正犯者の庇護」についてそのような説明を行うことは多数説からは不可能であり、その点で相違が見られる⁴⁰⁹。

2. Renzikowski の見解：可能化ないし容易化説

Renzikowski は、通説的な具体化型等価説について、「その際限のなさのために、寄与が同時に等価的な意味において因果的とみなされなければならないことなしに、実際に正犯所為が促進されるような事例状況が考えられ得ない」と批判する⁴¹⁰。もっとも、Renzikowski

⁴⁰⁴ Ingeborg Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 4. Aufl. 2019, § 26 Rn.3(S.327).

⁴⁰⁵ Puppe, a. a. O. (Anm. 404), § 26 Rn.4(S.328).

⁴⁰⁶ Puppe, a. a. O. (Anm. 404), § 26 Rn.5(S.328).

⁴⁰⁷ Puppe, a. a. O. (Anm. 404), § 26 Rn.7(S.328-329). これは、Puppe は所為決意の強化による心理的幫助犯を「滑り坂(schlüpfriges Terrain)」とみなして拒絶することに由来する。

⁴⁰⁸ Puppe, a. a. O. (Anm. 404), § 26 Rn.7(S.328).

⁴⁰⁹ これを批判するものとして、Henning Steen, *Die Rechtsfigur des omnimodo facturus: Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Behilfe*, 2011, S.114-117 を参照。Steen は Puppe が類型化をどのような基準に依拠して行うかを明らかにしない点を批判するとともに、実際の正犯者の心理に対する作用を無視して幫助犯として可罰性が認められるに至る点で「抽象的危険犯の構造」とであると指摘する。

⁴¹⁰ Maurach/Gössel/Zipf-Joachim Renzikowski, *Strafrecht Allgemeiner Teil Tb. 2.*, 8. Aufl., 2014, § 52 Beihilfe Rn.17(S.587).

によれば、幫助犯は「正犯行為を惹起するわけでもなければ、そこから実現された所為結果を実現するわけでもない」ために因果関係は不要であるという前提から⁴¹¹、幫助行為を「正犯行為の促進として定義することが正しい」⁴¹²。そこで要求される促進の内容は、正犯行為を可能にするか、少なくとも負担を軽くする(erleichtert)ことである。そのため、後に余計であることが分かった見張りの事例においては、見張りがなければ正犯者は所為を実行していなかったか、あるいは自ら見張りを行うことが必要であるために、より負担の大きいものになっていただろうという場合にのみ、幫助犯の成立を認める⁴¹³。この Renzikowski の見解は、結論において Samson 説と類似するものと言えるだろう。

3. Frister の見解：所為総体への寄与説

Frister も、通説的な具体化型等価説は「他の関与者を伴う所為が他の関与者を伴わない場合とは異なるということから、常に関与行為の因果性が生じるのであれば、因果性の必要性は放棄されたも同然である」⁴¹⁴として、通説による事実的因果関係の要求は同語反復的(tautologisch)であり手品(Taschenspielertrick)のようなものである⁴¹⁵と批判する。同様に、「因果関係に加えて、あるいはそれに代えて危険増加を要求すること」も「同様に誤って幫助行為の性質を把握するものである」という批判を行う⁴¹⁶。なぜなら、「援助者の可罰性は、個別の所為寄与の作用からではなく、総体として評価されるべき所為(als Gesamtheit zu beurteilenden Tat)に対する個々人の関与から正当化される」からである⁴¹⁷。

そのような相対的な所為概念を出発点として、Frister は、「援助行為が所為遂行に対してどのように影響を与えなければならないのかという問いは、既に誤り」であり、援助行為が「構成要件該当行為だけでなく、その遂行の基礎にあるような所為計画において予定されているあらゆる行為」に含まれる場合に幫助行為と認められることで足りると結論づける⁴¹⁸。関与者全体の行為を基準とするという点では、根拠づけの次元においては小島秀夫の見解に近いようにも思われるが、小島秀夫はコミュニケーション関係の成立に着目したのに対して、Frister は構成要件該当事実に限定されない総体としての犯行計画に寄与したことそれ自体を重視するものと評価できるだろう。

⁴¹¹ Renzikowski, a. a. O. (Anm. 410), § 52 Beihilfe Rn.17(S.587).

⁴¹² Renzikowski, a. a. O. (Anm. 410), § 52 Beihilfe Rn.17(S.587).

⁴¹³ Renzikowski, a. a. O. (Anm. 410), § 52 Beihilfe Rn.20(S.588).

⁴¹⁴ Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2018, 28.Kapitel Die Teilnahme Rn.34(S.446-447).

⁴¹⁵ Frister, a. a. O. (Anm. 414), 28.Kapitel Die Teilnahme Rn.34(S.446).

⁴¹⁶ Frister, a. a. O. (Anm. 414), 28.Kapitel Die Teilnahme Rn.35(S.447).

⁴¹⁷ Frister, a. a. O. (Anm. 414), 28.Kapitel Die Teilnahme Rn.35(S.447). このような Frister の「所為総体(Gesamtat)」の構想については、Helmut Frister, Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme, FS-Dencker, 2012, S.119 ff.を参照。

⁴¹⁸ Frister, a. a. O. (Anm. 414), 28.Kapitel Die Teilnahme Rn.36(S.447).

第5節 若干の検討と学説の整理

1. 促進関係説の位置づけ

判例の促進説に対する学説の批判は、主として①原理的に因果性を不要とすること⁴¹⁹、②幫助未遂と幫助既遂の区別が適切に行われないうこと⁴²⁰、③正犯結果の帰属を認めるためのメルクマールを呈示しないために、未遂犯に対する幫助犯を、安易に既遂犯に対する幫助犯へと転換するおそれがあること⁴²¹の3点であった。もっとも、ここまで概観してきたような近時の学説との関係では、帰結において決定的な差異があるとは言えないように思われる。

①の点については、多数説の採用する因果関係概念を前提とする場合には、説明の仕方の問題に尽きる⁴²²。学説においても、BGH判例において因果関係が不要とされているのは「判例の理解する『因果関係』概念が厳格であるために過ぎない」と述べるもの⁴²³など、概念整理の問題であるとの理解が多く見られる。つまり、既に通説は、正犯の所為経過それ自体の事実も結果の定義に含んだ具体化型等価説を採用しているために、「促進(Förderung)」と「惹起(Verursachen)」は「実質においては区別され得ない」⁴²⁴のであり、それらの用語に共通して含意されるような内実こそが重要であり、その区別に大きな意義はないと考えられる。

②についても、多数説においては、①について既に確認されたように促進と惹起に実質的な違いを見出さないだけでなく、「促進」と「危険増加」という概念には本質的な差異がない⁴²⁵との理解も見られる。そうすると、ここでも「促進」か「(因果関係+)危険増加」かという点で実質的な差異が生じるわけではなく、その内容をどのように具体化するかが問題であるに過ぎないと言えるだろう。たとえば、「判例によると『幫助行為が正犯所為の促進に対してあらゆる適性を欠いており、それが所為の成功に役立たないことが認識可能である場合に』初めて幫助未遂となる」ところ、「可罰的な幫助既遂の領域を不可罰的幫助未遂の領域を犠牲にして拡張する」ことになっており、「構成要件実現に対する寄与を試みたが効果がないままに終わり、正犯者はその寄与に頼る(zurückgreifen)ことなしに所為を実現し

⁴¹⁹ *Jakobs*, a. a. O. (Anm. 241), § 22 Rn.34(S.671-672).

⁴²⁰ *Wolfgang Joecks*, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 2003, § 27 Rn.26(S.1107); *Thomas Fischer*, Strafgesetzbuch, 66. Aufl., 2019, Rn.14a(S.278).

⁴²¹ *Samson*, a. a. O. (Anm. 243), S.57 ff.

⁴²² *Schünemann*, a. a. O. (Anm. 107), § 27 Rn.29(S.2044).

⁴²³ vgl. *Urs Kindhäuser*, Nomos Kommentar, 7. Aufl., 2017, § 27 Rn.7(S.723).

⁴²⁴ *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 85), S.693.

⁴²⁵ *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 85), S.694.

た」という事例について幫助犯の成立を肯定する判例を強く批判する見解⁴²⁶も、そのような場合に「促進」を肯定する判例を批判するものではあり得るものの、「促進」という概念規定それ自体を批判するものではあり得ないように思われる。実際、この見解は、後に余計であることが分かった見張りの事例についても幫助犯の成立を認めているように⁴²⁷、具体化された結果の理解と、危険の事前判断それ自体は受け入れており、その違いはかなり相対的なものと思われる。ここでも問題となるのは、どのような場合に「促進」ないし「因果的な危険増加」が認められるのかという問題であり、判例の問題はその基準の曖昧さと、それ由来する帰結の不安定性にあると考えられる。

これに対して、③の「促進公式の内容は幫助未遂と幫助既遂の境界を示すことに限定されている」という批判⁴²⁸には、現在でも一定の意義が認められるだろう。「促進」が正犯行為に対する促進があったのかどうかを判断する基準に留まるのであれば、既遂犯に対する幫助犯の成否を判断するための基準が与えられないからである。もっとも、多数説における因果関係概念の理解を前提とするならば、正犯行為に対する促進が認められる限りで、その後既遂に至った場合にはかなり広い範囲で事実的な因果関係が認められることになると思われる。そのため、危険実現という形で既遂犯に対する幫助犯の成立を認めるための固有の要件を要求する限りで、促進関係説と多数説の判断枠組みの間に相違が認められるに過ぎない。しかし、Roxin 説の概観において確認されたように、事後的に見れば不必要であった寄与についても、すなわち、構成要件該当結果の意味において限定された結果から因果経過を遡及したとしても結果との結びつきが見出されることがなく、それを取り去ったとしてもその結果の発生についての因果的説明が与えられるような寄与についても、既遂犯に対する幫助犯が認められるのであれば、その相違は決して大きなものではないと考えられる。この点について Roxin を批判する見解があることは既に述べた通りであるが、促進関係説に固有の問題があるわけではなく、どのような場合に危険実現を認め、既遂犯に対する幫助犯の成立を肯定するのかという問題自体は促進関係説に固有のものではない点が指摘されなければならない。

以上のような問題の相対化を踏まえて、近時の学説には「判例に対する批判は、その因果性の必要性の放棄についてではなく、その公式の適用における裁判所の誤った定式化についてなされている」のであり、「可罰性にとって正犯行為の促進だけが決定的ということになる場合には、幫助未遂、未遂犯に対する幫助、既遂犯に対する幫助犯の区別のための基準は不明瞭なままである」と批判を整理する見解が見られる⁴²⁹。もっとも、既に述べたように、幫助未遂と幫助既遂の区別の不明確性という点で促進関係説に内在する問題があるわけではない。また、未遂犯に対する幫助犯と既遂犯に対する幫助犯を区別する基準の不明確性に

⁴²⁶ Kuhl, a. a. O. (Anm. 328), § 20 Rn.220(S.865).

⁴²⁷ Kuhl, a. a. O. (Anm. 328), § 20 Rn.228(S.864).

⁴²⁸ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.45.

⁴²⁹ Baun, a. a. O. (Anm. 8), S.97-98.

つについては妥当な指摘であると思われるものの、多数説にも同様に内在する問題といえる。そのため、理論的な促進関係説の最大の問題点は、多数説が事実的因果関係と危険増加という二つの次元の異なる評価基準を持つのに対して、促進という一つの概念に事実的因果関係としての性質と危険増加としての性質が混在しているために、両者が区別されないままに「促進」という概念が用いられることによって、理論的な精緻化に適さないことにあるように思われる。

2. 惹起説と因果関係概念

既に確認されたように、通説は、幫助犯においても一般的な帰属論の転用という形で解決を試みており、そこで要求されている事実的因果関係は、相当程度具体化された形で把握された結果概念を前提とした合法則的条件関係であった。そのため、多数説と軌を一にするRoxin説について、「幫助犯の場合には」正犯と異なるやり方で「結果ないし因果経過を具体化する方法」が採用されているという批判⁴³⁰は、ドイツの通説的見解への誤解が前提にあるように思われる。ドイツの多数説を前提とする限りでは、そこまで具体化を推し進めることについての批判は、正犯とは異なる基準を導入することに対して向けられるべきではなく、一般的な因果関係論としてそのような見解を採用することに向けられるべきだろう。

また、ドイツの学説の内在的な理解としては、事実的な「因果関係(Kausalität)」はかなり広く認められるものと理解されていることは否定し難い以上、「惹起説(Verursachungstheorie)」の理論的な含意についても、日本語における「惹起」という言葉のニュアンスの強さとは裏腹に、あまり大きなものではないことが明らかになる。つまり、実のところ、「惹起」は前述の意味において具体化された結果との間の事実的な繋がりを意味するに留まるものである。したがって、共犯をなぜ処罰するのかという究極的な根拠を法益侵害の阻止に求め、そのために正犯不法を通じた法益侵害を防ぐことを共犯処罰の根拠に位置付けたとしても、そのことから、幫助犯の成立要件において、結果変更説が要求するような厳格な意味での結果惹起の要求が必然的に含意されるわけではないことになる。

もちろん、そのような理解を前提としても、そもそも惹起説における「惹起」の意義をドイツの多数説における事実的因果関係の意味で理解する必然性があるわけではないこと、幫助犯の成立要件として正犯所為との間の法的因果関係を要求すべき根拠が失われるわけではないこと、そして、共犯の処罰根拠論から得られる成立要件についての示唆がなくなるわけではないという点については留意する必要がある。

⁴³⁰ 今井・前掲注 204)270 頁。もっとも、特に共犯について修正しているわけではないとしても、ドイツの多数説における際限のない事実的因果関係の判断枠組みは無意味なものになっているという限りでは、正しい指摘であると思われる。

第一の点については、日本の学説における「惹起説の根底には、いわば結果中心の刑法観が位置している。その意味において、惹起説の理論的根拠は、法益侵害説に求められることになる」という理解⁴³¹や、MezgerやRoxinのような具体化型等価説に対する「このようにして認められる『因果関係』は、共犯処罰の根拠たりえない」とする批判⁴³²は、まさにその援助行為によって法益侵害が惹起された、というような強いニュアンスで「惹起」という用語を理解しているように思われる。それを推し進めて、既遂犯に対する幫助犯における因果関係判断の結節点を、構成要件該当結果や法益状況の不利益変更を求める見解に立つ場合には、「惹起」にはドイツの多数説が述べる以上の実質的な意義が含まれることになるだろう。しかし、それは「惹起説」が共犯の処罰根拠論だからではなく、そのような場合にのみ結果帰属が認められるべきである、という主張を行うからである。当然のことながら、本論文はドイツの学説における本来的な理解に従うべきであるという主張を行うものではなく、ここまで確認されたドイツの学説の内在的理解からは、惹起説である以上は結果を厳格な意味において惹起しなければならない、という強い含意があったわけではなく、そのような出発点を当然にとらなければならないというわけではない、ということ述べるに留まる。つまり、自明視できるような強い含意を持った確固たる出発点があるわけではないことから、法的因果関係をどのような場合に認めるべきか、という問題に正面から取り組むことの必要性を述べるに過ぎず、結果変更説が支持に値するか否かはまさにそれ自体として検討される必要がある。

第二の点については、第1章において確認されたように、ドイツにおいて幫助犯においても事実的因果関係が要求されることの根拠は、共犯の処罰根拠論としての惹起説だけでなく⁴³³、それが一般的な帰属の前提条件であること⁴³⁴にも求められていた。また、不可罰的な幫助未遂と可罰的な幫助既遂を切り分ける基準が必要であることも、議論の前提とされていた⁴³⁵。この幫助未遂と幫助既遂の区別の必要性という観点からは、実質的には、正犯者自身の予備行為が原則として不可罰であるにもかかわらず、より軽い非難を受けるべき援助者が可罰的にされてしまうことを防ぐことに根拠を求めることも可能である⁴³⁶ところ、必ずしも——制定法が教唆未遂を可罰的なものと規定することの対比から一定の示唆が得られる——ドイツ刑法に特有のものではないだろう。何らかの意味における法的「因果関係」を要求すべき根拠が「惹起」の必要性のみに求められる必然性はない。

第三の点については、Roxinは、幫助犯の成立要件として危険増加が要求される根拠について「故意的に正犯者のチャンスを改善し、被害者のリスクを増大させた者のみが『自らの

⁴³¹ 大越義久「共犯の処罰根拠と限定性」刑法雑誌 27 卷 1 号(1986)119 頁。

⁴³² 林・前掲注 147)168 頁。

⁴³³ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.549.

⁴³⁴ Renzikowski, a. a. O. (Anm. 410), § 52 Beihilfe Rn.15(586); Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.501 ff.

⁴³⁵ Joecks, a. a. O. (Anm. 237), § 27 Rn.26(S.1107)

⁴³⁶ Renzikowski, a. a. O. (Anm. 284), S.133.

法益攻撃(selbständigen Rechtsgutsangriff)』を行う」のであり、「危険増加原理の幫助犯への適用は共犯の処罰根拠論に由来する」という説明を行っていた⁴³⁷。つまり、惹起という観点の理論的な重みは小さいとしても、「自らの法益攻撃(selbständigen Rechtsgutsangriff)」という観点が共犯の客観的成立要件に一定の示唆を与えるという理解が示されていると言えるだろう。また、二元的不法惹起説に立つ私見からは、独立的な法益攻撃と並んで正犯の行為規範違反への共働が必要であるところ、援助者の寄与は正犯行為と一定の意味的關係を持つものでなければならないことが示唆されるように思われる。

したがって、共犯の処罰根拠論としての惹起説から演繹的に一定の帰属構造が導かれるわけではないとしても、何らかの法的因果關係が要求されるべきこと自体は他の理由からも根拠付けが可能なものである。その法的因果關係の内実を明らかにするためには、学説における対立点を整理した上で、幫助犯という犯罪現象の本質を踏まえながら検討を進めていくことが必要である。

⁴³⁷ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.510.

第6節 小括

既に確認されたように、判例の促進説は、多数説が事実的因果関係の内容として具体化型等価説を受け入れるに至った以上は、固有の理論的意義は小さいものと評価できる。本論文はドイツ判例の分析を通じてそこで前提とされている基準を明らかにすることを目的とするものではないから、以下での検討において個々の裁判例に深く立ち入った検討は行わないこととする。同様に、Mezger 説についても、Mezger 説において主張されていた事実的因果関係の内容は既に多数説の判断枠組みにおいて共通の前提とされているのであるから、固有の意義は小さいだろう。

Class 説については、多数説の採用する因果関係論の理解に誤りがあったという Samson の指摘が無視できない。もっとも、Class によって示された、幫助犯における因果連関は直列的なものではなく、並列的なものであるという理解については、一定の意義を認めることができるだろう。現実の経過から援助行為を取り除いた場合にも同様に結果が実現されるような場合であっても、結果発生に至るプロセスにとって有意味な、つまり刑法的な処罰に値するような関係を持つことがあり得ることが示唆されているところ、そのような説明は幫助犯の本質を説明するものとして一定の説得力があることは否定できないからである。また、Samson の批判した Class 説における多数説の理解についても、「Class と Samson は明らかに代替原因の付け加え禁止の射程が及ぶ事案の理解について異なる出発点をとっており」、Class 説は「当該行為者の寄与が取り去られた場合に仮定的に結果に至るだろう第三者の因果系列が存在するような事例でのみ、その禁止を考える」見解である可能性が指摘されている⁴³⁸。もっとも、Class による法的因果関係の判断枠組みとしての流入的・強化的因果関係という構想については、批判する学説が指摘したようにその具体的な内容は不明瞭なままであり、実質的に促進関係や危険増加を要求する見解との相違も大きくないことが窺われる。

危険犯説については、まず Herzberg の抽象的危険犯説については、法益侵害の危険という観点に着目することなく支援(Hilfe)という用語の意義に重点を置く場合には、処罰根拠論としての惹起説とは相容れないものになるだろう。これに対して、具体的危険犯説ないし具体的・抽象的危険犯説については、Baunack が指摘するように、Schaffstein や Salamon の見解と Vogler の見解との相違は——Vogler の主張⁴³⁹にもかかわらず——危険増加の判断

⁴³⁸ vgl. Rogat, a. a. O. (Anm. 297), S.40. もっとも、Class はこの点についてそれ以上の言及を行わないため、内在的理解としてはそのような可能性があることが指摘されるに留まる。

⁴³⁹ Vogler, a. a. O. (Anm. 78), S.312.

を行うにあたって仮定的因果経過の考慮を行うかに依存する⁴⁴⁰と思われる。そのため、Schaffstein と Salamon の具体的危険犯説と、Vogler の具体的・抽象的危険犯説に本質的な相違はないと言える。また、既に確認されたような本論文における惹起説の理解を前提とする限りでは、惹起説のコアとなる内容は法益侵害の惹起を防ぐためにのみ共犯処罰が正当化されるというものであり、実際にどのような段階に至った場合に処罰が正当化されるという問題について自明な回答を与えるものではないから、いずれの危険犯説についても、法益侵害の抽象的ないし具体的危険性を要求する限りで、惹起説とはおよそ相容れない見解であるとまでは評価できないかもしれない。もっとも、正犯の実行があって初めて処罰が行われることを前提とするならば、正犯所為との関係を不要とするためには相応の説明が必要となると考えられる。結果変更説と危険増加的因果関係説のいずれもが成り立たないことが示された場合には危険犯説が選択肢として残されることが否定されないとしても、やはりその理論的な意義は大きいものとは言い難い。むしろ、危険犯説の意義は、一一危険犯説に当然に内在するものではなく、歴史的な意義に過ぎないものであるかもしれないが一一幫助犯の法的因果関係の問題について危険増加原理を採用する場合に、仮定的因果経過の考慮の可否が問題となることを明らかにした点にあるだろう。

Samson の見解はやや複雑なものである。Samson 説によれば、強化原理に基づく結果帰属の判断基準は結果変更説と親和的なものであるが、幫助犯の成立範囲は引受原理の幫助犯への転用によって大幅に拡張され、さらに「負担の軽減」というメルクマールによって限定が掛けられることになる。そのため、Samson 説を全体として見るならば、「負担の軽減」の有無が帰結を左右する決定的な基準ということになる。もっとも、Samson 説の帰結の妥当性を検討することを目的とするのではなく、結果変更説と危険増加的因果関係説という対立構造における理論的な示唆を得ることを目的とするのであれば、Samson の示した「強化原理に基づく帰属」「引受原理に基づく帰属」「負担の軽減を基準とする帰属」はいずれも理論的な視座として有用なものであり、強化原理に基づく帰属は結果変更説の一つのあり方を示したものと評価できるだろう。Samson の見解と同様に、Osnabrügge や Puppe の見解も、結果変更説と親和的に思われる定式化を採用しながら、それを一貫させる場合の不都合性を回避するために修正原理として別の帰属基準——蓋然性法則に基づく帰属——を導入する見解と評価できるところ、Osnabrügge 説を全体として見たときの帰結の妥当性という観点から離れて、厳格な合法的な条件関係の理解を前提としたときの因果性に基づく結果帰属基準は、結果変更説にとって有益な視点を与えるものであることが期待される。

具体化型等価説の意味における因果関係の存在を前提として、正犯所為の時点における危険増加と危険実現に焦点を合わせる Roxin の因果的危険増加論は、正犯結果と援助行為

⁴⁴⁰ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.68.

の間の厳格な条件関係を要求せず、事実的な因果関係だけではなく危険増加という規範的概念に着目し、しかも危険犯説のように援助行為時点の危険判断に陥らない点で、本論文の整理による危険増加的因果関係説とその基本思想を同じくするものと思われる。決定的に異なるのは、事実的因果関係と危険増加という二段階の判断枠組みが採用されており、両者がその性質において区別されているという点である。Mezgerの見解を前提としてほとんど無内容な事実的因果関係の規定に至っており、そのために判断枠組みが不明確になっていることは否めないものの、幫助犯においては正犯所為との間に事実的因果関係と危険増加的作用関係という二つの性質の異なる関係を見出し得ることは、問題の解決にあたって重要な視点を提供するものである。

第4章 結果変更説について

第1節 はじめに

学説の挙げる結果変更説の理論的な長所を整理すると、①正犯の場合と同じ形で因果関係を判断すること⁴⁴¹、②未遂犯に対する幫助犯と既遂犯に対する幫助犯を区別する基準を提供すること⁴⁴²、③結果が発生したことを理由としてより重い処罰が行われることの説明を可能にすること⁴⁴³の3点にまとめられるように思われる。もっとも、①の点については、本質的なものとは思われない。正犯と共通した理論構造であればより優れているというわけでは必ずしもないだろうし、ドイツの多数説的な理解を前提とするならば、正犯においては結果変更が要求されているという前提にも疑義がある。結局のところ結果変更を要求することが正当であることが根拠なのであれば、③の点に還元されるだろう。②の点についても、区別基準が妥当であって初めて区別基準として意義を持つのであり、単に区別するだけであれば結果変更以外の基準も考えられるのであるから、これも③の点に還元されるものである。そして、③の点については、結果変更説が至るべき帰結を明らかにした上で、区別基準としての説明の説得力を検討することを通じて初めて確認されるものだろう。もっとも、結果変更説がどのような帰結に至るのかは「結果の変更をもたらした場合にのみ処罰が認められる」という一見すると明確かつ厳格な定式化であるにもかかわらず、なお不明瞭なままである。なぜなら、どのような場合に「結果の変更」をもたらしたと言えるのかという問題は、「結果」や「結果の変更」をどのように理解し、また援助者がそれを変更したという「因果関係」がどのような場合に認められるのかという問題についての態度決定に結論が大きく依存するからである。結果変更説の当否を検討するためには、その前提問題として、これらの問題点について出発点を確認していく必要があるだろう。

もちろん、ここまでの学説の概観から自明のものとしても良い出発点もあるだろう。まず、今日の学説において、完全に抽象的な意味における結果概念を採用する見解は見られない。そのため、「援助行為がなければ、およそ結果が発生することはなかった」ことは要求されない。他方で、ドイツの通説がそうであるように、完全に具体的な意味において結果を把握しようとする場合には、構成要件該当結果の事實的惹起に基づいて(加重)処罰の説明の根拠

⁴⁴¹ 曾根・前掲注 20)602 頁。

⁴⁴² 小野上・前掲注 202)158 頁は、「未遂犯に対する従犯とされるのか、既遂犯に対する従犯とされるのかを区別するには、最終的な結果発生に着目せざるを得ず、この点を従犯の成立要件に反映させるべき」とする。

⁴⁴³ Samson は、危険犯説に対して「その具体的形象において援助者の寄与に遡られ得ないような結果の発生を通じてその不法が加重される(qualifiziert wird)」ことに至るという批判を行っていた(Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.204)。また、小野上真也「従犯と犯罪論体系」(早稲田大学大学院法学研究科博士論文・未公開、2017)120 頁は、「実際の結果惹起という説明」を可能にすることを挙げる。

を説明する結果変更説の魅力はほとんど失われてしまうだろう。そのため、結果変更説の検討にあたって、結果はあくまで構成要件該当結果の意味において理解されなければならない⁴⁴⁴という点については、結果変更説の前提として良いはずである。つまり、構成要件該当結果の範囲内において法的に重要な変更をもたらしたという場合に、結果発生に基づく加重処罰が肯定されることになる。既に確認されたように、そのような結果変更の内容としては、法益侵害の発生、法益侵害の程度の強化、法益侵害時点の早期化などが挙げられていた。それらに「法的に重要な結果の変更」としての意義が認められるかどうかは重要な問題であり、検討の対象とされなければならない。

しかし、事実的な意味においてどのような場合にある事態を「惹起」したと言えるのかという事実的な因果関係の問題は、結果概念をどう定義するのかにかかわらず、その内容を論じることが可能だろう。また、仮定的因果経過の考慮の可否の問題も、結果変更説においてどのような事態と比較して「変更」したと判断するのかという本質的な問題に関係するものであるだけでなく、危険増加的因果関係説においてもどのような事態と比較して危険が「増加」したと言えるのかに関係する問題であるから、第一に結果変更説の当否を検討することを念頭に置きながらも、両者に共通する問題として、予め検討を行うことが便宜であるように思われる。その検討にあたっては、結果変更の範囲の限界については後に検討するとしても、結果変更についての暫定的な定義と、「法的に重要な結果の変更」と問題なく評価できるような中核的な事例を設定する必要がある。被侵害法益にとって不利益な方向での変更でなければ、「法的に重要な結果の変更」と言えないことはあまり問題がないように思われる。つまり、結果変更説における「結果の変更」とは「結果の不良変更」でなければならない⁴⁴⁵。そのため、援助行為があったことによって初めて結果が発生したというような事例や援助行為があったことによって死亡結果の発生時点が早められたという事例を中核的な事例として想定できるだろう。

⁴⁴⁴ Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2018, S.446 は通説におけるような結果の具体化は、「同語反復 (tautologisch)」であり「手品(Taschenspielertrick)」に過ぎないと批判していた。つまり、1人でやった窃盗と2人でやった窃盗が、既に結果の定義の次元で異なるのであれば、「結果に対する因果関係」はもはや問題ではなく、それを含むような形で結果の定義をするかどうかという問題になってしまうということである。

⁴⁴⁵ 曾根・前掲注 20)602 頁、小野上・前掲注 202)182 頁。Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.100; Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.101 f.なお、幫助犯において結果変更を要求する見解ではないが、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』(弘文堂、2003)23 頁以下、Puppe, a. a. O. (Anm. 394), S.863 ff.も参照。

第2節 条件関係の意義

近時の因果関係論において「条件関係」が問題にされることは多くない。しかし、それはいわば当然の前提であり、単に事実認定の問題と理解されているからに過ぎないように思われる。条件関係があることから直ちに因果関係が肯定されることはないにせよ、事実Pと事実Qの間に条件関係がないにもかかわらず、事実Pが事実Qと事実的な意味において因果関係を有するというのではないだろう⁴⁴⁶。事実的な意味における因果関係があらゆる帰属の前提であることを承認する限りで、条件関係の意義を軽視することはできない。

1. *conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と合法則的条件関係説

conditio sine qua non 公式を用いて「あれなくばこれなし」という関係が認められる場合に条件関係説を肯定する見解(以下では、「*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説」という)と、事実と事実との間に法則的なつながりがある場合に条件関係を肯定する合法則的条件関係説があるとされる。両説については、一般的な因果関係論の次元において両者は異なるものではないという指摘⁴⁴⁷や、特に幫助犯を念頭に置く場合でも両者の相違は重要ではないという指摘⁴⁴⁸がされている一方で、幫助犯の因果性の問題について、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と合法則的条件関係説の相違を強調する見解も見られる。たとえば、以下のような見解である。

幫助犯における因果関係概念の修正は、正犯における因果関係概念が *conditio sine qua non* 公式に基づく条件関係によって把握されていたために生じたものである⁴⁴⁹が、*conditio sine qua non* 公式は法則を発見する公式であって法則そのものではないから、法則性が明らかではない場合には機能しない⁴⁵⁰。それだけでなく、因果関係は必要条件ではなく充分条件の形で捉えられるべきであるにもかかわらず、*conditio sine qua non* 公式は必要条件関係を判断する公式になっている⁴⁵¹という問題がある。しかし、既に *conditio sine qua non* 公式を

⁴⁴⁶ 井田・前掲注 12)125 頁以下、松宮・前掲注 59)77 頁以下など参照。

⁴⁴⁷ 山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001)44-46 頁[井田良執筆部分]参照。

⁴⁴⁸ 山口・前掲注 15)251 頁は、「合法則的条件説を採用する場合でも、単独犯同様の結果回避可能性が必要かはやはり問題となる。因果関係概念を修正すればすむ問題ではない」と指摘する。山口説における結果回避可能性の内実については注意を要するものの、合法則的条件関係説を採用することによって問題が自明に解決されるわけではないことを示唆するものといえる。

⁴⁴⁹ 今井・前掲注 204)265 頁。

⁴⁵⁰ 今井・前掲注 204)269-270 頁。

⁴⁵¹ 今井・前掲注 204)270 頁。

用いる条件関係説は「過去の議論」となっており⁴⁵²、合法則的条件関係説を採用することによって、そのような修正は不要となる⁴⁵³。

このような見解に対しては、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説に対する一つ目の批判は、そもそも合法則的条件関係説も法則の存在を前提としており、法則が判明しない場合に機能しないという点では同様であるということが、最初に指摘されなければならない。すなわち、「合法則的条件関係説も、合法則的な関係性の存在についての何も述べないために、現実の因果性の探索において助けにならない」という点では *conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と同様であり、その長所は「そのことを覆い隠さない」というところにあるに過ぎない⁴⁵⁴。

他方で、二つ目の批判について検討するためには、「十分条件としての因果関係」が意味する内容を明らかにする必要がある。以下では、Puppe の見解に依拠して合法則的条件関係説の厳格な適用を試みた Osnabrügge の見解を踏まえて、その内容を確認していくこととしたい。また、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説の理論的な難点は代替原因の取扱いにあるという指摘がしばしば見られるところ、二つ目の批判への応答を通じて明らかにされた合法則的条件関係説の判断枠組みに照らして、その点についての確認を行う必要があるだろう。

なお、本論文は一般的な因果関係理論のあり方を主たる検証の対象とするものではないため、一般的な理解を確認した上で、そこから引き出される幫助犯の客観的成立範囲への示唆を確認するに留めることとしたい。

2. 十分条件関係としての合法則的条件関係

合法則的条件関係は、「ある行為に、時間的に後続する外界における変更が連なっており、それが我々にとって既知であるような自然法則によって、その行為と必然的に結びつけられる」場合に認められる⁴⁵⁵。より一般化に表現するならば、条件 B と結果 F の間の合法則的条件関係は、自然法則に基づいて「B あれば F あり」($B \rightarrow F$)と言えるような十分条件関係である。つまり、一般的に自然法則に基づいて認められる $B \rightarrow F$ という因果法則がある場合において、現実には生じた事実 b を B に、現実には生じた結果 e を F に包摂させることを通

⁴⁵² 今井・前掲注 204)269 頁。

⁴⁵³ 今井・前掲注 204)270 頁。

⁴⁵⁴ *Roxin*, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.15(S.355). 井田良は「*conditio sine qua non* 公式は「行為と結果のつながりが因果法則にもとづいて説明可能であることがあらかじめ分かっているからこそ適用できる」ものであり、合法則的条件関係説による判断の方が「より直截で率直な判断方法である」と指摘する(井田・前掲注 447)45 頁参照)。ここでは、両者の相違が「直截で率直な判断方法」かどうかという点に存することが示唆されている。

⁴⁵⁵ *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 85), S.283.

じて、現実の事象を因果仮説に包摂させることができる場合に、b と e の間の合法的条件関係が認められることになる。

ただし、従来から指摘があるように、「ある命題が、一般的な法則に基づいて、何らかの結果に対する十分条件を記述する場合には、それを含意する他の命題の全てが、当初の命題を超えた主張を含むものであったとしても、その結果に対する十分条件を記述する」ことになってしまう点には注意を要する⁴⁵⁶。それは、次のようなことを意味する。「条件集合 U あれば結果 F あり」という十分関係を記述する因果仮説が真であり、条件集合 U はその要素として B_1, B_2, \dots, B_n を持つという場合を想定する。つまり、 $U = \{B_1, B_2, \dots, B_n\} \rightarrow F$ という真であるような因果仮説である。このとき、ある行為者が、条件要素 B_1, B_2, \dots, B_n に包摂可能な事実の全てを構成要件該当行為 v によって設定したという場合には、当該行為と結果との間の因果関係が認められることになる。もっとも、結果発生に至るプロセスの自然法則的な説明を内容とする因果仮説は、構成要件該当行為とそれに由来する事実だけでなく、必然的に外部的な環境条件をも含むものであり、その全てを設定することはもとより予定されていない。つまり、刑法的に因果関係の有無を確認する必要があるのは、条件集合 U の条件要素の一つに留まるような $B_k (1 \leq k \leq n)$ に包摂可能であるに過ぎない構成要件該当行為 v と、F に包摂可能な結果 e の関係である。しかし、条件集合 U と結果 F との間には十分関係が認められる以上、 B_1, B_2, \dots, B_n が存在する状況下において F の発生を妨げることのない全く無関係の条件要素 G を条件集合 U に加えた条件集合を U' とすると、条件集合 U' と結果 F の間にも十分条件関係は維持されるため、 $U' = \{B_1, B_2, \dots, B_n, G\} \rightarrow F$ という因果仮説も真であることになる。したがって、ひとたび $U \rightarrow F$ という因果仮説が真であることの確認がされる場合には、U に結果を妨げることのないどんな条件を付け加えたとしても、因果仮説は真のままである。このことは、構成要件該当行為 v を包摂させることができる因果仮説上の事実 $B_v (1 \leq v \leq n)$ が条件集合 U の要素の一つである場合、つまり、因果仮説上の結果 F に包摂可能な現実の事実 e が発生し、それに至る経過を説明する因果仮説 $U \rightarrow F$ が真であり、構成要件該当行為 v を条件集合 U の要素 $B_v (1 \leq v \leq n)$ に包摂可能な場合であっても、そこからは「構成要件該当行為 v があることによって結果 e の発生が妨げられることはなかった」ということしか明らかにならない⁴⁵⁷ことを意味する。つまり、ある行為が自然法則に基づいて十分条件関係を記述する因果仮説に包摂可能であるとしても、それによって刑法的に有意味な示唆が得られるわけではない。

Osnabrügge は、この不都合を回避するために、科学的説明の議論を参考にして、因果法則上における条件集合は、十分条件が維持される限りで最小のものでなければならないこ

⁴⁵⁶ Puppe, a. a. O. (Anm. 394), S.867.; Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.73. Puppe は「スプーンがなければ、口をつけてスープを飲まなければならない」という命題が真である場合には、「あなたとスプーンがなければ、口をつけてスープを飲まなければならない」という命題も真であることを例に挙げる (Puppe, a. a. O. (Anm. 394), Fn.2)。

⁴⁵⁷ 現実には結果が生じている以上、現実には生じたその他の事実が結果発生を妨げることがなかったことは当然であるから、このような確認によって得られるものは何もない。

とを要求する⁴⁵⁸。そして、因果法則上の条件集合 U を最小のものにする作業を、「ある条件を因果仮説から取り除いた場合に、因果仮説が維持されたままであるか」を実験的に確認していくことによって行おうとする⁴⁵⁹。これによって、結果発生にとって十分条件関係にあるような最小の条件集合を記述する因果仮説が得られることになり、現実の事態がその因果仮説に包摂させられ、さらに行為者の行為がその条件集合の必要的な構成要素に包摂させられる場合に、行為と結果の間に合法的条件関係が認められることになる。つまり「個々の原因とは、経験的な最小法則への包摂を通じて十分的であることが確かめられた真である因果仮説の、必要かつ真である構成要素である (Eine Einzelursache ist ein notwendiger und wahrer Bestandteil einer durch Subsumption unter ein empirisches Minimalgesetz als hinreichend bestätigten wahren Kausalhypothese)」⁴⁶⁰。

このような形での定式化によって、「十分条件としての因果関係」の意義が明らかになる。すなわち、条件集合 $U = \{B_1, B_2, \dots, B_n\}$ は結果 F の十分条件である一方で、現実の行為 v が包摂させられるような条件要素 $B_{v(1 \leq v \leq n)}$ は、条件集合の最小性の要求から「ある条件を因果仮説から取り除いた場合に、因果仮説が維持されたままであるか」の確認が行われるために、因果仮説上においては、いずれも結果の必要条件である。そのため、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と合法的条件関係説の相違は、行為と結果との間に必要条件があるかどうかの判断を、現実の事態に基づいて行うのか、因果仮説上において行うのかの相違があるに留まる⁴⁶¹。その意味では、十分条件関係を記述する自然法則への包摂というやり方を用いるにせよ、行為と結果の間の因果関係を判断するために必要な観点は、「結局、『結果に対する必要条件』に帰着する」はずである⁴⁶²。

したがって、上述した第二の点を強調することの意義は大きくないと考えられる。

⁴⁵⁸ *Osnabrügge*, a. a. O. (Anm. 145), S.75.

⁴⁵⁹ *Osnabrügge*, a. a. O. (Anm. 145), S.75 f.

⁴⁶⁰ *Osnabrügge*, a. a. O. (Anm. 145), S.82. これは、「原因とは、真であり、一般的な経験則によると十分的であるような、結果の最小条件の必要的な構成要素である」という *Puppe* の定式化の精緻化として述べられている。別の定式化としては、たとえば「原因とは、援用された経験的な法則に基づいて必然的に前件として考慮されなければならない、それによって当該変更が正しく説明され得るような事情である」というようなものがある (*Urs Kindhäuser*, *Risikoerhöhung und Risikoverringering*, ZStW 2008, S.485)。

⁴⁶¹ 同じく *Puppe* の因果的説明に依拠する *Kindhäuser* は、さらに「一定の変更を経験的な法則に基づいて正しく説明するために必然的に考慮されなければならない」ような「性質の必要条件 (*notwendige Bedingungen*) を、変更の原因と呼ぶことができる」としており (*Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 460), S.485)、この方法によって確認される原因を「必要条件」と位置付けているようである。

⁴⁶² 松原・前掲注 174)65 頁。

3. 代替原因の取扱いの相違

一般に、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説の難点は、仮定的因果関係 (*hypothetischen Kausalität*) と択一的因果関係 (*alternativen Kausalität*) の事例において、誤った帰結に至るおそれがあることだとされてきた⁴⁶³。もちろん、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説の支持者は、「付け加え禁止」説に依拠して、実際には実現されなかった事情を考慮しないことによって問題を解決しようとする⁴⁶⁴が、これに対して、合法的条件関係説に依拠する場合には、「P がなかった場合に、Q は生じていただろうか」という仮定的な思考を行うのではなく、「現実には P は Q の原因であったのか」を問うために、そのような問題は生じないという⁴⁶⁵。

Osnabrügge の定式化に従えば、それは次のようなことを意味する。結果 F に対して条件集合 $U = \{B_1, B_2, \dots, B_n\}$ が十分条件の関係にあることを記述する因果仮説が自然法則に包摂され、つまり真であり、しかも——余剰となる条件が存在しないという意味で——条件集合 U が最小である場合において、現実には発生した結果 e が F に包摂させられ、行為者の行った行為 v が $B_{v(1 \leq v \leq n)}$ に包摂させられるとき、v と e との間の因果関係が認められる。仮に、 B_v がなかった場合にはそれに代わって F を発生させる代替原因 B_{eu} を想定することができ、つまり、 B_v に代わって B_{eu} を含む最小の条件集合 U “につき $U \rightarrow F$ という因果仮説が自然法則的に説明可能であり、さらに B_{eu} に該当する事実 eu が現実には存在したとしても、その帰結は異なる。なぜなら、因果仮説は現実の事実を説明するものでなければならないからである⁴⁶⁶。eu による結果 e の惹起が現実には生じていない以上、 B_{eu} を条件集合に含む仮説上の惹起プロセスは当該事案に適用するための因果仮説から排除され、v を包摂可能な $B_{v(1 \leq v \leq n)}$ を含む条件集合 U が最小のものであり、因果関係が認められるという判断に何も影響を与えることはない。つまり、仮定的因果経過は特有の理由から考慮が禁止されるのではなく、因果仮説は真でなければならないという要請、すなわち自然法則的に現実の事態を説明するものでなければならないという要請から必然的に考慮されないということになる。たとえば、T が O を殺害するために用意した武器 w_T を、G が全く同種の武器 w_G と交換したという事例においては、現実には生じた武器 w_G による殺人を因果的に説明するためには武器 w_G の提供行為が必要な要素であるが、武器 w_T を用いて殺人を行うという事実は現実には存在しなかったのであるから、因果仮説が真であることの要請から、そのような事実は因果仮説上には現れないことになる⁴⁶⁷。

⁴⁶³ vgl. *Roxin*, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.13(S.354).

⁴⁶⁴ 井田・前掲注 12)128 頁、大谷・前掲注 47)208 頁など参照。

⁴⁶⁵ *Roxin*, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.14(S.355).

⁴⁶⁶ *Osnabrügge*, a. a. O. (Anm. 145), S.92 によれば、因果仮説が「真である」ためには、「因果仮説において記述されている事態が現実には存在していること」が必要であるとされる。

⁴⁶⁷ *Osnabrügge*, a. a. O. (Anm. 145), S.125.

そのため、合法則的条件関係説によれば、仮定的な事情の付け加え禁止という外在的な要請を導入することなく、仮定的因果経過はされないという帰結を得ることができることになる。もっとも、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説においても「仮定的事情を度外視して考えるべきことは当然」の前提⁴⁶⁸であるとするならば、その理論的な長所も決して大きいものではないだろう。

また、「ある条件を因果仮説から取り除いた場合に、因果仮説が真のまま維持されたままであるか」を問う思考実験において、仮定的因果経過の考慮が完全に排除されているわけではないように思われる。Osnabrügge は、T が O を棍棒で殴打する際に、G が棍棒の勢いを弱めるような介入を行い、O は G の介入がない場合よりも弱められた威力で殴打され負傷したという棍棒事例⁴⁶⁹について、現実には生じた結果は、「その説明の必要的な構成要素として」G の介入行為が「現れることなしに因果的であると説明され得る」⁴⁷⁰と述べる。ここでは、まさにその威力の殴打によって生じた具体的な傷害結果の因果的説明が問題とされているわけではないことに留意する必要がある。つまり、「結果は実際の強度において因果的に説明されなければならないが、結果がより強化的ではないこと、すなわち、法益にとって不利益な結果ではないことは、因果的に説明される必要がない」⁴⁷¹。しかし、因果的な説明が必要となる結果を不利益変更として把握するとしても、そもそも G の介入が結果をより強化するものではないことの確認は、結局のところ G の介入がない場合の仮定的な因果経過を想定することによって初めて可能なものである。因果仮説上の作業であるにせよ、G の介入行為 v_G を包摂可能な条件要素 B_G が存在しない場合には、T の殴打行為 v_T を包摂可能な条件要素 B_T を含む最小の条件集合 U がより強い強度で結果 F を惹き起こしていただくという仮定的因果経過を考慮することによって初めて、因果仮説上の条件要素 B_G が余剰条件であり、最小の条件集合には含まれないことが明らかになるはずだからである。ここでは、 B_G を含まないが B_T を含んでいる最小の条件集合 U が F を惹起するという因果仮説は、自然法則的な説明は可能であるものの、厳密には真ではないはずである。それにもかかわらず、ここで Osnabrügge が B_G を含まない因果仮説がなお現実の事態を説明するものとして真であると理解する実質的な根拠は、 B_G の存在は B_T を起点とする惹起プロセスに本質的な変更を与えるものではなく、いわば修正するに留まるものであるために、 B_G を取り除いた因果仮説はなお真であるという理解を暗黙の裡に採用しているからであると考えられる。そして、どのような事実が不利益変更との関係で刑法的な意義を有さないものであるかという判断は、実質において仮定的因果経過の考慮を前提とするものだろう。

⁴⁶⁸ 井田・前掲注 447)44 頁。

⁴⁶⁹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.107 f. B が C を棍棒で殴打する際に、A が棍棒の勢いを弱めたという場合。

⁴⁷⁰ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.108.

⁴⁷¹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.108.

さらに、刑法的に意義を有しない事実である根拠を、法益状況の改善には刑法的な意義がないこと⁴⁷²に求め、棍棒事例における G は「損害減少」を惹起したに過ぎないという説明をする場合には、Osnabrügge が因果関係を肯定する武器交換の事例においても、損害減少を惹起している場合には同様の説明が妥当するようにも思われる。たとえば、当初よりも弱い武器と交換したという事例の場合においては、現に発生した法益状況の不利益変更を説明するためには援助行為が一貫可能な因果仮説の必要的な構成要素となることは疑いないとしても、法益状況の改善を現に生じさせたという説明も可能だろう。法益状況の改善を因果的に説明することが可能であるにもかかわらず、現に生じた不利益変更を説明する因果仮説の構成要素であるというだけで不利益変更の原因であるとして結果帰属が認められなければならない理由は、Osnabrügge の説明からは明らかではない⁴⁷³。

もちろん、Osnabrügge の見解が部分的に仮定的因果経過の考慮を行わざるを得ないのは、「当該行為による不利益変更」の因果的説明を求めるからであると考えられる。そのため、Osnabrügge とは異なって、結果概念から「不利益変更」という性質を取り除き、構成要件該当結果にあたる具体的事実としてのみ理解する場合には、法的因果関係ないし結果帰属の前提たる事実的因果関係の次元では仮定的因果経過の考慮を行わないという判断枠組みは理論的に一貫可能なものだろう。しかし、それは仮定的因果経過を考慮して法的因果関係ないし結果帰属が否定され得ることを当然に排除するものではない。結局のところ、仮定的因果経過の考慮の可否という問題は、それ自体の結論の妥当性という見地から検討されなければならないが、*conditio sine qua non* 公式を用いるか、自然法則への包摂を行うかという方法から自明に帰結が導かれるわけではないだろう。

4. 小括

本節で参照した Puppe や Osnabrügge のように、結果概念を法益状況の不利益変更として把握し、因果関係の結節点となる事象もそのように把握する見解は、ドイツの学説においても少数説である。しかし、結節点となる事象をどのように把握するにせよ、その事象が自然法則によって説明可能なものである限りで、条件関係という関係的概念の理解が変わるわけではないはずである。たとえば、殺人罪の構成要件該当結果を——生きていた人が死んだという事実ではなく——その日時、場所、方法で生じた人の死という形でより具体的に把握する場合でも、結果を構成するそれらの事実と行為との間の条件関係を判断する方法に変わりがあるわけではない。したがって、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と合法的条件関係説は、——既に学説において指摘されていたように——根本的に異なる

⁴⁷² Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.108.

⁴⁷³ 仮にそのような説明が不可能であるとすれば、それはむしろ合法的条件関係説の短所と言わざるを得ない。犯罪的経過の一部を交換してしまったときには、常に因果関係があることになりそうである。

帰結を与えるようなものではないという帰結は、結果という概念をどのように理解するかという問題にかかわらず、維持されるだろう。

Samson が指摘したように、幫助犯に特有の修正理論を主張した Class は、結果を抽象的に把握し、また仮定的因果経過を考慮することを前提として *conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説を想定していた。そして、ドイツの学説において Class の構想が支持されず、あるいは固有の意義が認められていない理由は、多数説は相当程度具体化された結果概念を前提として事実的因果関係を判断するために、幫助犯に特有の因果関係概念の緩和を行う必要がないからである。もちろん、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説は抽象的結果概念と結びつき、合法則的条件関係説は具体的結果概念と結びつくというような論理的な必然性があるわけでもない。合法則的条件関係説を採用することによって自明に解決できるような問題があるわけではない以上、幫助犯における事実的因果関係の問題を *conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と合法則的条件関係説の理論的な対立と把握した上で、合法則的条件関係説の採用によって *conditio sine qua non* 公式を用いる場合の難点を回避することができるというような理解は支持し得ない。

したがって、*conditio sine qua non* を用いる条件関係説を支持する見解と合法則的条件関係説を支持する見解で、異なる取扱いをする必要はないだろう。

第3節 仮定的因果経過の考慮の可否

conditio sine qua non 公式を用いる条件関係説と合法則的条件関係説に本質的な相違がないことを確認することができた⁴⁷⁴ので、以下では両者に共通する問題として、仮定的因果経過の考慮の可否について検討を行う。なお、結論において相違がないことを再確認するため、conditio sine qua non 公式を用いる条件関係説と合法則的条件関係説がそれぞれどのようにして事例を処理することになるかについて、適宜言及していくこととしたい。

仮定的因果経過の問題を取り扱うにあたって、最初に本論文で用いる用語の定義を示す。まず、援助行為がなかった場合に推移していただろう仮定的な因果経過を**仮定的因果経過**とし、援助行為がなかった場合に援助行為に代わって正犯所為に作用していただろう事情を**代替原因**とする。代替原因のうち、特に、援助行為が行われた時点で既に正犯者の支配下にある事情を**現実化している代替原因**⁴⁷⁵、援助行為が行われた時点ではそのような状態にない事情を**仮定的代替原因**とする。また、本論文では自然現象としての仮定的因果経過は取り扱わないから、代替原因として現れるものは、基本的には人の行為である。

そのため、仮定的消去の思考を現実の事象について行うのであれ、因果仮説上の説明項において行うのであれ、援助行為が行われなかつたであろう場合に想定し得る因果経過のバリエーションとしては、**現実**に発生した正犯所為の因果経過から援助者の寄与のみを取り除いたときに残存する因果経過⁴⁷⁶、援助行為に代わって現実化している代替原因が存在した場合に生じただろう正犯所為の仮定的因果経過、援助行為に代わって仮定的な代替原因が存在した場合に生じただろう正犯所為の仮定的因果経過の3つが考えられる。

⁴⁷⁴ 本論文の関心の対象から外れるため検討を行わなかったが、Cの飲み物にAとBがそれぞれ独立して致死量の毒物を投入し、それを飲んでCが死亡したという、いわゆる択一的因果関係(alternative Kausalität)の事例において、帰結に差異を生じるとされることが多い(vgl. *Roxin*, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.13(S.354 f.), 25 f.(S.361 f.)). しかし、「両者の毒成分が被害者の死に寄与していることが化学的分析を通じて証明された場合」には択一的競合ではなく重畳的因果関係(kumulative Kausalität)の事例ではないだろうか。択一的因果関係の場合というのは、いずれの毒成分も人の身体においてそのまま推移すれば死に至るような向けた作用を発揮したところまで確認されたが、いずれの毒成分がその具体的な態様での死を招いたのが不明であるような場合であるように思われる。このような事例では、それぞれの毒成分の致死的な作用は科学的に証明されている一方で、それが実際に死を招いたことは証明されていない。真にいずれの毒がその具体的な態様での死を招いたのが不明である場合には、AとBは殺人未遂にせざるを得ないように思われる。この事例を巡る学説の対立について、吉田敏雄「因果関係と客観的帰属(上)」北海学園大学学園論集 145号(2010)136頁・注44)を参照。

⁴⁷⁵ いずれ正犯所為に作用していただろう事情として現実化しているという意味であり、実際には結果との間に因果関係を持つことがなかった事情であることに変わりはない。

⁴⁷⁶ 残存因果経過については、現実には生じていない「援助行為がなかった場合の因果経過」であるという意味では仮定的因果経過と言うこともできるように思われるが、仮定的因果経過の考慮禁止を主張する学説は、このような因果経過を仮定的因果経過とはみなさないことが通常であるように思われる。

1. 問題の概要

一般的に、仮定的代替原因の考慮は許されないと考えられている。たとえば、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説においては、「その行為がなかったときに——その他に残っている、実際に実現された事情だけの考慮の下で！——具体的な結果が生じなかったであろうという場合に、その行為は因果的である」⁴⁷⁷というような形で付け加え禁止説が導入される。このような付け加え禁止を採用する見解が日本では多数説と思われる⁴⁷⁸。これに対して、合法的条件関係説に依拠する場合には、通常の場合では因果仮説に代替原因が現れないためにそもそも問題とならない⁴⁷⁹。付け加え禁止説において想定されているのは、次のような事例である。

[事例 1：いずれ死ぬ人の殺人事例⁴⁸⁰]

T が O に向けて銃を撃ち、それによって O は死亡した。実は、O は第三者 D によって毒を与えられており、T が O を銃で撃たなかった場合であっても、数分もしないうちにいずれにせよ死んでいただろう。

この事例においては、ひとまず O の銃殺と毒殺の間にあるごく僅かの時間の間だけ死を早めたという点を無視すると、確かに T の行為がなくともいずれにせよ O はほぼ同時点で死亡したことが想定される。しかし、O が D の毒によって死亡したという事象経過は、仮に死亡の寸前までは辿り着いていたことが分かったとしても、結局のところ実現されていない。そのため、付け加え禁止説は「D によって投与された毒によって死亡していた」という事情を *conditio sine qua non* 公式を適用する際に考慮せず、「T が O に向けて銃を撃ち、それによって O は死亡した」という現実の事象経過から T の行為のみを取り除いた因果経過——本論文における用語によれば残存因果経過——を考慮することを要求する。このようにして、「T の行為なくして、O の死亡はない」ことが明らかになる。

合法的条件関係説においては、代替原因の考慮の可否は、その代替原因が結果の因果的説明のため不可欠のものであるかという点に依存すると思われる。上述の事例においては、

⁴⁷⁷ Günter Spendel, Die Kausalitätsformel der Bedingungslehre für die Handlungsdelikte, 1948, S.38. 原典にあたることができなかつたため、Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.14(S.355)を参照した。また、Günter Spendel, Beihilfe und Kausalität, 1977, S.172 ff.を参照。

⁴⁷⁸ 井田・前掲注 12)128 頁、佐伯・前掲注 167)45 頁以下参照。なお、松原芳博は、第三者の行為も「自然現象と同様の『外部的環境』として、適法・違法にかかわらず、条件関係判断の前提として『付け加える』べきように思われる」としながらも、「自分の意思で左右できる自分自身や共犯者の違法行為は、事実上予測されるものであっても『付け加える』ことは許されないであろう」とする(松原・前掲注 174)69 頁)から、本論文の取り扱う範囲では付け加え禁止説といえる。

⁴⁷⁹ vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.23 f.(S.361).; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 85), S.281 ff.; Eisele, a. a. O. (Anm. 240), § 10 Rn.38 ff.(S.200).

⁴⁸⁰ Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 460), S.486.

「ある者が他人に向けて銃を撃ち、それによって撃たれた者が死亡する」という——残存因果経過を内容とする——因果仮説は自然法則的に説明可能であり、そこに現実の因果経過を包摂させることが可能である以上、現実の世界において存在していた「O は第三者 D によって毒を与えられており、T が O を銃で撃たなかった場合であっても、数分もしないうちにいずれにせよ死んでいただろう」という事情が考慮される契機は存在しないという説明が可能である。

そのため、——たとえば、現に死亡しつつある人であっても殺害することは刑法的に禁圧されるべきであるという説明によって⁴⁸¹、このような事例においても因果関係が否定されるべきではないとすれば——付け加え禁止説を前提として *conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説も、合法則的条件関係説も、仮定的因果経過を考慮しないことによって妥当な帰結に至っているものと評価できるだろう。

しかし、幫助犯の場合には、仮定的因果経過を考慮しないことによって、一見すると不都合な帰結に至る事例があるように思われる。たとえば、次のような事例が考えられる

[事例 2：拳銃交換事例①]

T は O を殺害する計画を立てており、5 発の銃弾を装填可能な回転式弾倉を持つリボルバー(回転式拳銃)A を用意し、既に 5 発の銃弾を装填している。それに気が付いた G は、全く同種のリボルバー B で、銃弾が 1 発しか入っていないものと交換した。犯行当日、T は G による交換に気が付くことなく、至近距離にいる O に対してリボルバー B の銃口を向けて引き金を 5 回引き、直ちに犯行現場から立ち去った。G は重傷を負ったものの、幸いにも一命を取り留めた。仮に T がリボルバー A を用いて犯行を行った場合には、実際に生じたものより遥かに重篤な傷害結果が生じていただろうことが明らかになった。

この事例においては、G がリボルバー A とリボルバー B を交換しなかった場合には、いずれにせよ T はリボルバー A を用いて O を撃っていただろうことが明らかであるだけでなく、G がリボルバー A に代わって提供したリボルバー B に装填されている銃弾の数はリボルバー A に装填されていた銃弾の数よりも少なく、しかも、リボルバー A を用いていた場合には装填されている銃弾を全て射出していただろう動作を行っている。そのため、G の交換行為はむしろ傷害結果を減少させているという印象を与える。

しかし、この事例について、付け加え禁止説を前提として *conditio sine qua non* 公式を用いると、事例における現実の犯行経過から G の提供したリボルバー B とそれに引き続いて傷害結果を生じさせる一連の経過(T が O にリボルバー B の銃口を向けて引き金を引き、リボルバー B から発射された弾丸が O に命中し、O において傷害結果が生じる)が仮定的に消

⁴⁸¹ Kindhäuser, a. a. O. (Anm. 460), S.483.

去される一方で、「TのリボルバーAを用いたOへの発砲」という事情は現実には実現されていないために考慮されないことになる(付け加え禁止)。そのようにして成形された残存因果経過では、Oの傷害という結果は発生しない。したがって、「Gの行為なくして、Oの傷害結果なし」という関係が認められることになる。合法則的条件関係説によると、一一損害減少をもたらした場合には因果関係は否定されるべきであるという見解を採らないのであれば一一「GがTに銃を提供し、Tがその銃をOに向けて発砲し、Oがその弾丸によって負傷する」という因果仮説は当然ながら自然法則的に説明可能なものであり、事例における現実の犯行経過をこれに包摂させることが可能であるから、条件関係が認められるだろう⁴⁸²。

このような帰結の妥当性は、一見して疑わしいものである。その疑いは、次のような事例を想定する場合に、さらに際立つことになる。

[事例3：拳銃交換事例②]

TはOを殺害する計画を立てており、5発の銃弾を装填可能な回転式弾倉を持つリボルバー(回転式拳銃)Aを用意し、既に5発分の銃弾を装填している。それに気が付いたGは、リボルバーAから銃弾を4発抜き取った。犯行当日、TはGによる銃弾の抜き取りに気が付くことなく、至近距離にいるOに対してリボルバーAの銃口を向けて引き金を5回引き、直ちに犯行現場から立ち去った。Gは重傷を負ったものの、幸いにも一命を取り留めた。仮にリボルバーAに銃弾が5発分装填されていた場合には、実際に生じたものより遥かに重篤な傷害結果が生じていただろうことが明らかになった。

ここでは、*conditio sine qua non* 公式を用いる等価説によっても、合法則的条件関係説によっても、因果性が否定されるだろう。しかし、この拳銃交換事例②が、先ほどの拳銃交換事例①と結論を異にすべき別種の事例状況にあるだろうか。

幫助犯の問題を念頭に置いた上で仮定的因果経過の問題に正面から取り組んだ Samson は、具体化型等価説の至る「正犯者にとっておよそどちらでもよいか、あるいは完全に妨害をするような寄与も、結果に対して原因的であり得る」という帰結は、「少なくとも幫助犯にとっては、因果性に加えて、因果性によって枠が与えられた帰属範囲を限定するような更なる帰属基準が要求されるべきではないか」という疑問を抱かせるところ、「それは、もしかすると援助者の寄与がなかった場合に予期される所為経過を考慮するものでなければならぬかもしれない」と述べていた⁴⁸³。上述したように、Samson は幫助犯だけでなく単独正犯も含めた一般的な帰属基準の構築を試みていたという点では注意を要するものの、ここで幫助犯を引き合いに出して述べられた問題は、未だ十分な検討が行われていないよう

⁴⁸² Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.125.

⁴⁸³ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.20.

に思われる。以下では、特に幫助犯の事案を念頭において、仮定的因果経過の考慮の可否と、その考慮が可能である場合のその範囲について検討を行うこととする。

なお、以下での検討にあたっては、以下の点に留意されたい。まず、本章は結果変更説の是非を検討するものであるから、仮定的因果経過において生じる結果は現実の因果経過において生じるものと質的には同じものであり、量的な観点で異なるというような事例を主たる検討の対象とする。危険増加論ないし危険減少論の導入によって問題を解決しようとする見解も見られるが、ひとまず、そのような構想が結果減少の場合にも使用可能であることを前提として⁴⁸⁴、参照する見解を結果変更説の支持者に限らないこととする。なお、結果変更という観点では汲み取ることができないような危険判断における仮定的因果経過の問題については、後の章で再び取り上げる。

2. 仮定的因果経過を考慮することの原理的な許容性

仮定的因果経過の考慮の可否について検討を行うにあたり、そもそも原理的に考慮されるはならないのではないかという問題について簡単に確認する。原理的に許容されているかどうかそれ自体について詳細な検討を行うことは本論文の射程を超えるものであるから、さしあたりドイツにおける一般的な結果帰属論において仮定的因果経過の考慮の禁止がどの程度原理的に強く要請されているのかを確認したい。

ドイツの学説においては、事実因果関係の領域では仮定的因果経過の考慮を否定しつつ、客観的帰属論による帰属範囲の限定という場面では、そもそも正犯の領域においても仮定的因果経過の考慮を肯定する見解が見られることが注目し得る。たとえば、Schaffsteinの見解を批判して、幫助犯に関して「帰属の領域においては」仮定的因果経過の考慮は許されない⁴⁸⁵という主張をしていた Roxin も、一般的な帰属論に言及するところでは、仮定的因果経過は事実因果関係の場面では「意味を持たない」が、規範的な客観的帰属の判断の場面において「そのことは仮定的因果経過に帰属を排除する効果を認めることを妨げるものではない」⁴⁸⁶と認めていた。

それでは、どのような場合に仮定的因果経過の考慮が許されるとしていたのだろうか。ひ

⁴⁸⁴ 危険減少の場合には結果帰属を否定するが、結果減少の場合には結果帰属は否定されないという可能性についてはひとまず考えないこととする。なお、島田総一郎は「条件関係あるいは結果回避可能性の判断において、仮定的代替原因を考慮すべきか否かという問題ではなく、相当因果関係の起点となる危険性の有無の判断においてそれを考慮すべきか否かという問題だからである」（島田・前掲注 153）80-81 頁）と述べる点には注意を要する。もっとも、島田総一郎がこれを危険の問題としたのは、見込まれる蓋然性の低い仮定的因果経過を排除することが目的であり、判断の対象としては「結果が同様に実現されていたであろう」「ほぼ確実に同時刻に梯子をもってきたに違いないだろう」といった形で主として結果に焦点が合わせられているように思われる。

⁴⁸⁵ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.510.

⁴⁸⁶ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.58(S.379).

とまず、一般的な帰属基準として考慮されるに値する仮定的因果経過の内容を確認する必要がある。ここで想定されているのは危険減少の場合である。Roxin によれば、「被害者にとって既に存在する危険を減少させた場合、すなわち行為客体の状況を改善させるような方法で因果経過を修正した場合には、危険創出と帰属可能性は最初から存在しない」⁴⁸⁷。なぜなら、「保護された法益の状態(Zustand)を悪化させるのではなく、改善させるような行為を禁止することは不合理であるために、結果帰属は排除されなければならない」⁴⁸⁸からである。

もっとも、ここで想定されているのはかなり限定された場面である。危険を減少させるとしても、減少させられた危険は当初の危険と同種のものでなければならない。そのため、何もしなければ窒息していた子どもを、他に手段があるにもかかわらず火災の建物から投げ捨てて負傷させたというように別種の危険を設定した場合には、構成要件該当性は否定され得ず、緊急避難による違法性阻却の可能性が残されるに留まる⁴⁸⁹。

また、考慮されるべき代替原因の性質については、Samson の引受原理を援用して、「違法な構成要件実現の帰属は、行為者が行わなかった場合に所為を引き受けていただろう代替行為者が潜在しているという理由によって帰属は排除され得ない」⁴⁹⁰ということが述べられる。そのため、実質的には、自然法則的に進行する危険についてのみ仮定的因果経過を考慮した上で、「それによって損害が拡大させられ、あるいは時間的に前倒しにされた場合、すなわち強化された場合にのみ」結果帰属が肯定される⁴⁹¹という形で、仮定的因果経過の考慮による帰属範囲の限定が行われる。そのような場合は相当に限定されたものであるから、「ほぼ全ての場合に言及され得ない」ことになる⁴⁹²。Roxin によるこのような説明は、Samson の見解におおむね依拠する⁴⁹³ものであり、結局のところ幫助犯においては正犯所為が違法な人間の行為であるために、考慮されないことになってしまうようにも思われる。

しかし、そこで仮定的因果経過を考慮する場合とそうでない場合があってもよい根拠は「法的に有意義な危険が何かというのは、論理や自然科学の問題ではなく、まさにそのような刑事政策的な価値付けの問題である」ところに求められている⁴⁹⁴。そうであれば、そもそも結論において妥当性を確保できる限りで、仮定的因果経過の考慮は原理的には可能であることが示唆される。以上のような Roxin の見解は危険減少を念頭に置いたものであるが、結果減少の場合にも同様に考えることができるだろう。

⁴⁸⁷ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11.Rn.53(S.375-376).

⁴⁸⁸ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11.Rn.53(S.376).

⁴⁸⁹ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11.Rn.54(S.376).

⁴⁹⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11.Rn.58(S.379).

⁴⁹¹ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11.Rn.61(S.380).

⁴⁹² Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11.Rn.63(S.381).

⁴⁹³ ただし、修正と置換の区別は維持する。このため、説明の上での共通点の多さにもかかわらず、ほとんどの事例では仮定的因果経過が役割を果たさないことになる。

⁴⁹⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11.Rn.63(S.381).

3. 仮定的な代替原因を起点とする仮定的因果経過を考慮する見解

3-1. あらゆる仮定的代替原因を考慮する見解

最も広い範囲で仮定的因果経過の考慮を認める見解として、Samson は、強化原理に依拠する結果帰属の判断においては「侵害犯の構成要件的结果としての法益侵害の強化は、関係的概念の特徴を持つ。強化の判断を産出するためにも、実際に惹起された法益の状況と、その行為がなかった場合に生じたであろう状況が比較されなければならない」⁴⁹⁵と述べて、仮定的代替原因を起点とする仮定的因果経過との比較も行われるべきことを主張する。

Samson の強化原理のみに依拠する大越義久も、「代替原因が実際に現実化されている場合には……付け加えて考えざるをえない」だけでなく、「代替原因が現実化されていない場合」にも考慮すべき場合がある⁴⁹⁶と述べる。現実化の蓋然性が低い潜在的な代替原因は「事実上考慮の範囲外においても支障はない」とする⁴⁹⁷ものの、「事実上」の問題であるとすれば、原理的には仮定的な代替原因も全て考慮する見解と評価できるだろう。これらの見解の根拠は、他の原因からいずれにせよ法益侵害が生じていたであろうという場合には、行為者に対して行為を禁止することは法益の保護に役に立つものではなく、ここで処罰を行うことは法益保護という刑法の役割に反する⁴⁹⁸というものである。それでは、実際にこれらの見解に基づく場合には、どのような帰結に至るのだろうか⁴⁹⁹。

[事例 4：拳銃交換事例③]

T は O を殺害する計画を立てており、5 発の銃弾を装填可能な回転式弾倉を持つリボルバー(回転式拳銃)A を用意し、既に 5 発の銃弾を装填している。計画を知った G は、T に対してリボルバー A と同種のリボルバー B を提供した。犯行当日、T はリボルバー B を犯行に使うことを決め、リボルバー B を用いて O を殺害した。G がリボルバー B を T に提供しなかった場合には、リボルバー A を用いて現実の結果発生と同じ時点・同じ場所・同じ態様で結果を発生させていたことは、确实であった。

⁴⁹⁵ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.108.

⁴⁹⁶ 大越・前掲注 3)172 頁。

⁴⁹⁷ 大越・前掲注 3)172 頁。

⁴⁹⁸ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.104 は「行為者は通常の事例においては法益の状況を悪化させるが、既に代替原因が存在している場合にはそうではない」とする。

⁴⁹⁹ 援助行為がなかった場合の仮定的因果経過がどの程度确实なものでなければならないのかというのは難問であるが、ここではひとまず仮定的因果経過が确实に与えられる場合を想定する。

仮定的な代替原因を起点とする仮定的因果経過と現実の経過とを比較すると、いずれにせよ T はリボルバー A を用いて O を全く同じように殺害できていただろうから、結果と間の法的因果関係が認められないことになる。この事例において、法的因果関係を否定する帰結は妥当なものであるように思われる。これに対して、Samson が仮定的な代替行為者の存在を理由として結果帰属を否定することの不都合性を述べ、強化原理に修正が必要であることの理由として援用する事例は、次のようなものである⁵⁰⁰。

[事例 5：拳銃交換事例④]

T は O を殺害する計画を立てており、友人 D に、5 発の銃弾を装填可能な回転式弾倉を持つリボルバー(回転式拳銃)A を送ってくれるよう依頼している。それを知った G は、同種のリボルバー B を調達し、T に提供した。T からリボルバー B の提供を受けた T は、D に「既に用意ができたからリボルバー A を送ってくれる話はなしにしてくれ」と連絡し、D は T にリボルバー A を送付しないことにした。T は、リボルバー B を用いて O を射殺した。仮に G がリボルバー B を T に提供しなかったとしても、T はリボルバー A を D から調達をすることができ、それによって現実の結果発生と同じ時点・同じ場所・同じ態様で結果を発生させていただろうことが確認された。

ここでは、拳銃交換事例③の場合と同様に、仮定的な代替原因を起点とする仮定的因果経過と現実の経過を比較すると、いずれにせよ T はリボルバー A を用いて O を全く同じように殺害できていただろうから、結果と間の因果関係が認められないことになる。しかし、そうだとすると、正犯者が援助者以外の者からも同じ道具を入手することが可能な限りで因果関係が認められないことになるおそれがあり、複数の潜在的な援助者が想定される場合には、常にその全員が不可罰になるという帰結に至りかねない。この結論を回避するためには、仮定的代替原因を考慮するとしても、考慮可能な範囲には一定の限定が必要となる。

3-2. 考慮すべき仮定的代替原因の範囲を限定する見解

既に確認されたように、Samson は強化原理の不都合を解消するために引受原理を導入する⁵⁰¹。つまり、違法行為を行おうとする潜在的な行為者が複数人いる場合には、全員の行為

⁵⁰⁰ vgl. *Samson*, a. a. O. (Anm. 243), S.78-79.

⁵⁰¹ これに対して、高橋則夫は、引受原理は強化原理に統合可能であり、引受原理は強化原理の修正ではなくその規範化であると述べる(高橋・前掲注 13)247 頁)。しかし、これは「危険状態は実行に至ってはじめて存するが故に、法秩序は保護客体を未だなお維持し得るとすれば、代替行為者が存在する場合も、行為決意から実行への意向はつねに保護客体に対する状況の悪化を意味する」として仮定的代替原因の考慮を否定する前提を採るものである。しかし、そのような考え方はまさに Samson が「所為客体の状況の悪化」と対置される「純然たる侵害(reinen Eingriff)」として批判したものであるように思われる(vgl. *Samson*, a. a. O. (Anm. 243), S.102-108)。

が行われない場合にのみ法益の保護が達成されるのであるから、他人の違法行為は考慮されてはならない⁵⁰²。そして、幫助犯においては、正犯者が正犯所為を遂行しなければそれだけで法益の保護が実現されるという点で引受原理の基礎があるかが問題となるものの、法益保護の可能性を高めるために肯定される⁵⁰³。その転用の結果として、違法であるような仮定的な代替行為が考えられるとしても、「引受原理に適合して構成要件該当結果に関して違法に行為をしている」⁵⁰⁴という評価がされるのであった。なお、引受原理に基づく結果帰属は、正犯者の違法行為を引き受けることによる結果帰属と表現することも可能ではあるが、その実質的な内容を見るならば、そのような正犯者の違法行為が考慮されるべき仮定的代替原因から排除されることによって、事後的因果関係が認められる限りで結果帰属が肯定されるというものであり、「引き受けた」ことそれ自体によって結果帰属を肯定するという説明が行われているわけではない点には注意を要する。

これと類似する見解を支持するのは、島田総一郎⁵⁰⁵である。島田総一郎も、仮定的な代替原因の範囲に制限を掛けない見解に対して「同程度に有効に犯行を分担できた可能性がある者が存在する場合」に広範に不可罰となることを問題にするだけでなく、「共犯行為後の犯罪行為……は、法秩序の立場からすれば、まさにそれ自体行われなことが期待される行為」であることから、付け加えられるべきではないと主張する⁵⁰⁶。そのため、援助行為がなかった場合に、援助行為に代わって行われたらう正犯者あるいは第三者の行為であって⁵⁰⁷、法秩序の立場からすれば行われなことが期待されている行為が考慮されないことになる⁵⁰⁸。

両見解は、そもそも禁止されるべき行為を、いずれにせよ他人がやっただらうという理由でやってもよいことにはならないし、そのような理由から幫助犯の成立が否定されるべきではない、という出発点を共有しているものと思われる。もっとも、考慮されてはならないことになる違法な行為の範囲には相違がある。

Samson は、援助者が引き受けることによって結果帰属が肯定されるような違法行為、すなわち仮定的因果経過において考慮されてはならない違法行為を、正犯の遂行行為に限定

⁵⁰² Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.140-141.

⁵⁰³ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.172.

⁵⁰⁴ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.171.

⁵⁰⁵ 島田・前掲注 177)360 頁以下、島田・前掲注 153)44 頁以下。ただし、島田総一郎の見解は、危険増加の判断において仮定的因果経過との比較を認めるものであり、条件関係ないし結果回避可能性とは別の問題であると明言している点については注意を要する(島田・前掲注 153)80 頁)。

⁵⁰⁶ 島田・前掲注 177)366 頁。

⁵⁰⁷ 島田総一郎は「当該共犯行為の時点での危険性判断」と述べるが、体系的にどこに位置づけられているのかは判然としない(島田・前掲注 177)367 頁)。

⁵⁰⁸ 結果変更を念頭に置く限りは重要ではないが、島田総一郎は現実に行われた行為であっても、共犯行為後に違法行為である限りは考慮されないという立場であるように思われる。すなわち、「結果回避可能性の判断が、現実に行われなかった違法行為の付け加えを禁じて判断されるのだとすると、共犯行為時から見て将来の違法行為の付け加えを禁止する私見とは若干異なってくることになる」とされる(島田・前掲注 153)139 頁・注)171)。たとえば、G が T に対して銃 A を提供した後に T が同種の銃 B を入手したが、銃 A を用いて殺人を行ったというような事例が想定される。

することなく広く認める見解に立つ。たとえば、援助者 G が、侵入窃盗を行おうとしている正犯者 T のために梯子を用意したが、T が自ら梯子を運び得たろうという梯子事例における梯子の運搬行為は、「仮に T が自ら運んでいた場合には、それは T にとっては違法な行為である」⁵⁰⁹とされる。ここでは、梯子の運搬行為それ自体は不可罰的な適法行為であるものの、窃盗を実現するために行われる行為であることを理由として違法行為という評価が与えられ、したがって援助者はその行為の遂行を引き受けてはならないことになる。つまり、正犯者自身が犯罪を実現するために行う行為は、それが遂行段階において見出される場合に初めて違法となるわけではなく、それが予備段階において行われる(だろう)場合であっても、既に違法行為である⁵¹⁰という理解がなされている。そのため、代替原因の考慮によって結果帰属が否定されることはほとんどあり得ないことになるだろう⁵¹¹。そのような場合として Samson が挙げるのは、援助者 G が、正犯者 T の送付した爆弾の入った荷物であることを知りながら、内容物について何も知らないまま被害者 O 宅に配達しようと庭先まで来た郵便配達員 P から荷物を受け取り、P に代わって庭先から玄関までの道のりを運んだというような事例である⁵¹²。ここでは P が庭先から玄関まで荷物を運ぶことは適法行為であるために、それを引き受けることによって結果帰属が認められることはないことになる⁵¹³。もっとも、そのような事態が生じるのは例外的であり、正犯者自身が行うだろう行為を引き受ける場合には結果帰属が認められるにもかかわらず、正犯者が事情を知らない道具を用いる場合には結果帰属が否定されることになるのは不整合であるようにも思われる⁵¹⁴。いずれにせよ、Samson 説によれば、幫助犯においては、具体化型等価説の意味における事実的因果関係が認められる限りで、――後述する負担の軽減の観点を一にすれば――仮定的因果経過の考慮によって引受原理に基づく結果帰属が限定されることは稀であると言えるだろう。

⁵⁰⁹ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.170.

⁵¹⁰ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.170 Fn.2. この点について、Rackow は「武器あるいは所為道具を調達するというような典型的な援助者寄与は、……正犯者からの引受けが不可罰の予備行為を意味するような広い時間に渡って行われる」という理由から「代替原因の一般的な考慮は受け入れがたい処罰の欠缺」に至ると批判する(Peter Rackow, *Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts*, 2007, S.91)が、Samson 説の内在的な理解としては、そのような予備行為も全て違法行為ということになるため、引受原理から結果帰属が認められ、処罰の間隙は生じないように思われる。

⁵¹¹ 結局のところ Samson は、「正犯者の負担を軽減したと言えるか」というメルクマールを導入することによって解決を試みる。そこでは明らかに仮定的因果経過が考慮されているが、具体的にどのような処理が行われることになるのかは明らかではない。

⁵¹² Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.171.

⁵¹³ もちろん、実質的な内容としては、P が庭先から玄関まで荷物を運ぶ行為は適法行為であるために、仮定的因果経過として考慮することができ、それを考慮する場合には、P に代わって荷物を運ぶ行為に O 宅での荷物の爆発を帰属させることができないという意味である。

⁵¹⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.512.

島田総一郎は、正犯者の仮定的な最終的結果惹起行為は考慮されなければならないことを強調する⁵¹⁵。そうでなければ、正犯行為の存在しない仮定的因果経過と比較することになり、仮定的因果経過との比較が常に無意味なものになってしまうからである⁵¹⁶。その上で、考慮されてはならない行為、つまり法秩序の立場からすれば行われなことが期待されている行為として、当該犯罪の予備罪に該当する行為や、銃刀法違反などの他の犯罪にあたる行為を挙げる⁵¹⁷。もっとも、軽犯罪法にしか該当しない行為については、「犯罪が極めて薄い日常的な行為を広範に包摂する規定」であることから、これにあたらないとする⁵¹⁸。

しかし、島田説については、①代替原因として考慮されるかどうかが取締法規の規律密度に依存してしまうこと、②正犯者の仮定的な最終的結果惹起行為は考慮する一方で、それ以前の仮定的な違法行為については考慮しないことに難点があるように思われる⁵¹⁹。①については、援助者が猟銃を提供したという事例について、正犯者が用意した猟銃を手にする行為も、第三者が猟銃を提供する行為もそれ自体として違法であるために付け加えられてはならない⁵²⁰とされていることから明らかであるが、援助者の提供した物が法禁物である場合には、当初所持していた物の使用行為も含めてかなり広範に仮定的な代替原因が考慮されないことになる一方で、取締の対象になっていない場合には入手の見込みに応じて考慮されることになる。しかし、犯罪に役立ち得る手段の規律密度は、共犯の成立範囲を念頭において決定されているわけではない。規範の期待というような概念を導入するとしても、学説において指摘があるように、「特定の法益との関係で、個別的に向けられる」期待に着目する必要があり⁵²¹、ある正犯所為に対する援助行為の可罰性を、当該正犯所為が禁止されるのとは全く別の理由からそれが違法とされているかどうか依存させることは妥当とは思われない。また、島田説は犯罪性の薄さから軽犯罪法違反でしかない行為を付け加えることを肯定するが、そのような類型的な犯罪性の薄さは、形式的には広範に規制を及ぼした上で、正当な理由の有無によって規制範囲の調整を図っているような多くの取締法規についても同様の説明ができるように思われる⁵²²。当該正犯所為の規定以外の法律の規定において代替行為が違法とされているかどうかを重視することに意義があるとは思われない。

②については、島田説は、援助者 G が、被害者 O に暴行を加えている正犯者 T に対して電気釜のコードを手渡したが、G の行為がなくとも T は自ら電気釜のコードを手にとって

⁵¹⁵ 島田・前掲注 153)86-87 頁。

⁵¹⁶ 島田・前掲注 153)87 頁。

⁵¹⁷ 島田・前掲注 153)90 頁。

⁵¹⁸ 島田・前掲注 153)91 頁。

⁵¹⁹ その他にも、そもそも行われることが期待されている行為が禁止される理由が明らかでないとする批判(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 卷 1 号(2006)99 頁)が見られる。

⁵²⁰ 島田・前掲注 153)90-91 頁。

⁵²¹ 小林憲太郎「因果関係と客観的帰属(五)」千葉大学法学論集 16 卷 1 号(2001)99 頁。なお、小林・前掲注 445)45 頁参照。

⁵²² たとえば、銃刀法 22 条本文は「何人も、業務その他正当な理由による場合を除いては、内閣府令で定めるところにより計つた刃体の長さが六センチメートルをこえる刃物を携帯してはならない」とする。

いただろうという事例について、「そのように殺意をもって、電気釜コードを手にする行為は、それ自体殺人未遂行為」であるが、「最終的結果惹起行為ではない」ために「刑法の立場からはまさに禁止すべき行為」ということになり、「そのような行為は付け加えられるべきではない」とする⁵²³。そうだとすると、現実の経過と比較されるべき仮定的因果経過には、最終的結果惹起行為は存在するが、最終的結果惹起行為ではないような未遂行為が存在しないことになる。しかし、未遂行為を取り除いた上で最終的結果惹起行為を付け加えることが果たして可能だろうか。未遂行為が違法行為であるために仮定的因果経過において考慮されてはならず、最終的結果惹起行為だけを考慮する場合には、正犯者が電気釜コードを手にする行為は考慮されないにもかかわらず、電気釜コードを用いた殺人行為は最終的結果惹起行為として考慮されるために、不自然な仮定的因果経過を想定する必要がある。他方で、およそ整合的ではない仮定的因果経過を考えることを否定することも考えられなくはない。しかし、整合的に説明可能な仮定的因果経過でなければ棄却するというのであれば、たとえば、正犯者が自ら電気釜コードを手にする行為の考慮が許されない以上は電気釜コードを用いた殺人の最終的結果惹起行為を仮定的因果経過として考慮することができないのであれば、幫助犯の成否が問題となる大多数の場合において、最終的結果惹起行為と結果の惹起に辿り着く前の段階で、仮定的因果経過としての整合性を失ったものとして棄却されてしまうだろう。少なくとも幫助犯においては、正犯者の違法な実行行為を経由することなく正犯所為が実現されることはあり得ないのであるから、違法行為かどうかによって考慮すべき仮定的な代替行為の範囲を決することに意義があるとは思われない。

そのため、仮定的代替原因を全て考慮することは妥当ではなく、他方で違法であるような仮定的な代替行為のみを除外するという修正も、不合理な区別を招くか、いずれにせよ正犯所為が違法であることに直面してその意義が失われることになる。したがって、仮定的な代替原因を起点とする仮定的因果経過との比較を行うことは妥当ではない。

4. 代替原因の考慮を一切認めない見解

それでは、代替原因は一切考慮されてはならないことになるのだろうか。既に確認したように日本においてもドイツにおいても、仮定的因果経過の考慮を否定する見解が多く見られる。Baunack は、「仮定的因果経過が実際に実現した危険の刑法的な意義に疑問を投げかけることは原理的にあり得ない」⁵²⁴として、幫助犯における帰結を以下の事例を用いて説明する⁵²⁵。

⁵²³ 島田・前掲注 153)89 頁。

⁵²⁴ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S. 79.

⁵²⁵ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S. 93.

[事例 6：ヒ素交換事例]

T は、O を殺害するために、2 グラムのヒ素(Arsen)を用意した。G は、そのヒ素を、同量の別のヒ素と交換した。

(G がそのような行為に出たのは、目の前のヒ素を錯誤により小麦粉とみなしたからであった)

Baunack によれば、比較基準とされるのは「幫助がない場合に生じただろう、しかし、その他の点では実際に実現された状況に対応する事態」⁵²⁶である。そこには「正犯者が毒の交換がなくとも別のヒ素を用いただろうといった事情のような——仮定的な代替原因を付け加えて考えることは許されない」ことになる⁵²⁷。そのため、本論文の定義でいえば残存因果経過のみが考慮される。つまり、ここでは、「被害者の死が、援助者が正犯者のために提供した道具に遡及させられ得ることだけが決定的である」という⁵²⁸。そのため、当初あった毒を、それと比較したときにより遅く作用するような毒と交換した場合でさえ、「正犯者がそうでなければより早く作用する毒を使っただろうという事情は考慮されない」⁵²⁹ために、幫助犯が成立することになる。このような帰結は、Osnabrügge によっても支持されている⁵³⁰。

曲田統も、正犯者 T が金庫を開けるため道具 A を使っていたところ、その途中で援助者 G が道具 B を提供したが、道具 B を用いたために道具 A を使用していた場合よりも金庫を開けることに成功する時点が遅れることになったという事案について、道具 A を用いて「金庫に穴を開けようとするという人為的行為を停止させ、それまでとは異なる因果経過を作り出した」のであって、もっぱら援助者の作り出した「まさにその因果経過を考察対象とし、そしてその因果経過において、行為と結果との物理的因果性が肯定されるかどうかを判断しなければならない」とする。そのため、曲田説によれば、道具 B を使用してなされた現実の経過と道具 A を使用してなされた仮定的な正犯所為とを比較するのではなく、道具 A のような「補助手段の何もない状況下での正犯所為」と比較して、正犯所為が促進されたかどうかを問われなければならない⁵³¹ことになる。つまり、現に正犯者が所持している道具を

⁵²⁶ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S. 93.

⁵²⁷ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S. 93.

⁵²⁸ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S. 94.

⁵²⁹ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.95. その他には、Jakobs も「置換行為が結果を減少させた場合でさえ」置換行為なしには結果への経過が説明され得ないために幫助犯が成立するとする(Jakobs, a. a. O. (Anm. 241), S.674)。ただし、Jakobs は「同一の危険の単なるバリエーション(eine bloße Variation des identischen Risikos)」に留まる場合にはそうではないとする。そのため、生命に対して危険のある毒物を下剤と取り換えた場合には(傷害罪に対する)幫助犯の成立を認める一方で、「その毒物が無害な吐き気を惹き起こすような作用になるまで希釈される(verdünn wird)」場合には異なる判断がされるという。

⁵³⁰ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.125.

⁵³¹ 曲田・前掲注 28)143 頁。

援助者がより性能の低い物と交換した場合であっても、そのことによって幫助犯の成立が否定されることはないことになる⁵³²。

さらに、照沼亮介も、「『既遂』幫助における因果性の判断は『事後に』行われるとすれば、『仮定的な原因』は現実に作用していない以上、考慮に入れられてはならない」⁵³³として、仮定的因果経過の考慮を否定する。そこでは、「正犯の仮定的な違法行為が付け加えられたうえでの因果性の判断」も否定されている⁵³⁴ことから、本論文の分類に従えば現実化している代替原因の考慮も否定する見解であり、残存因果経過との比較のみを行う見解と理解できる。

しかし、島田総一郎が批判するように、「仮に想定される正犯行為を付け加えず、現に正犯行為が行われた状態と、正犯行為が存在しない状態とを比較すれば、前者が後者より危険性が高まっていないなどということはほとんどあり得」ない⁵³⁵。これは、着目する対象を結果に限定したとしても同様だろう。つまり、残存因果経過との比較のみを許容することを前提とすると、援助行為が正犯所為の経過に何らかの変更を与えた場合には、それ以後の現実には存在しない経過を考慮することができないために、何もない場合と比較して結果がより大きくなっているという帰結が常に与えられることにもなりかねない。ここでは、Samsonが挙げているドリル交換事例⁵³⁶を、結果に焦点を合わせて変形した以下のような事例が念頭に置かれる。

[事例7：ドリル交換事例]

Tは、Oの所有する彫刻を破壊するために、高性能かつ軽い電動ドリルAを使用している。そこに現れたGは、TからそのドリルAを取り上げて、Tに対して、ハンドルを手で回してドリル部分を回転させる必要があり、穴を開けるために多大な労力を要するだけでなく、穴を開ける能力も低い手動ドリルBを手渡した。Tは、ドリルAを用いたときに損壊したであろう場合よりも低い程度でしか彫刻を損壊させることができなかった。

最終的な帰結という観点では、この事例を念頭に置いた上記の批判は、照沼説に対してはあたらないかもしれない⁵³⁷。照沼説は、因果関係の有無を判断する際には仮定的因果経過の

⁵³² 曲田・前掲注28)144頁・注40)。

⁵³³ 照沼・前掲注13)183頁。

⁵³⁴ 照沼・前掲注13)183頁。

⁵³⁵ 島田・前掲注153)87頁。また、島田・前掲注177)373頁。

⁵³⁶ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.175.

⁵³⁷ Baunackも、ヒ素交換事例は「もともとあったヒ素を小麦粉と勘違いしていたために」交換したという事例であり、一見するとそのような勘違いがない場合には故意を否定する趣旨にも思われる(Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.93)。しかし、より効くまでの時間が遅い毒に交換したという場合には、「被害者を時間に間に合うよう助けるため」

考慮を全面的に排除する一方で、「当初の状況(あるいは、日常生活的な状況)に比較してより高度の『危険を創出』した、という要件は、現実的な法益侵害結果との関連性=『因果関係』の判断に持ち込まれるべき内容ではなく、むしろ事前段階での幫助『行為』それ自体の違法性を基礎づけるものとして理解されるべきである」⁵³⁸として、少なくとも幫助行為時点における仮定的因果経過を考慮する⁵³⁹ものと理解できるからである。照沼説によれば、性能の高いドリル A と性能の低いドリル B を交換する行為も、ヒ素を同量のヒ素と交換する行為も既に幫助行為性を欠いており幫助犯は成立しないことになるだろう⁵⁴⁰。同様の解決方法は、Roxin 説にも見て取ることができるかもしれない。前述したように、Roxin は「帰属の領域では仮定的因果経過の考慮は許されない」という見解に立つ一方で⁵⁴¹、「完全に同様の所為道具と交換した」という事例については危険増加を否定するという解決を採用していた⁵⁴²。Roxin 説において危険増加の判断基準時がいずれの時点なのかというのは判然としない⁵⁴³が、少なくとも幫助行為時点であれば仮定的因果経過の考慮も許されるという見解に立つものと評価できる⁵⁴⁴。

照沼説や Roxin 説に見て取られるこのような解決方法に対しては、結果変更説の支持者である小野上真也からの批判が見られる。それによると、結果変更の有無を判断する際だけでなく、「幫助行為性の判断において求められるべき危険判断は、『当該行為が、想定される発生結果との間に重要な結果の変更をもたらす蓋然性を有するか否か』であって、この場合も、仮定的代替原因を考慮すべきではない」⁵⁴⁵。そのため、小野上説によれば、先ほどの

に毒を交換した場合が、故意が欠如する場合として挙げられている(*Baunack*, a. a. O. (Anm. 346), S.95 Fn.378)。そのような場合にのみ故意を否定する趣旨であるとすれば、単に効き目を遅くするだけのつもりであれば、やはり故意は否定されないということになるだろう。

⁵³⁸ 照沼・前掲注 13)183 頁。

⁵³⁹ なお、仮定的因果経過を考慮するわけではなく、あくまでその物自体の性質に着目した危険比較を行う趣旨の可能性は否定できない。

⁵⁴⁰ 照沼・前掲注 13)193 頁。

⁵⁴¹ *Roxin*, a. a. O. (Anm. 150), S.510-511.

⁵⁴² *Roxin*, a. a. O. (Anm. 150), S.509.

⁵⁴³ 竹内健互「縮小教唆と危険減少—危険減少理論に対する批判的考察—」駿河台法学 30 卷 1 号(2016)24 頁・注 25)を参照。

⁵⁴⁴ これに対して、照沼亮介は、まさに犯罪論体系上の位置づけを問題視し、帰属の段階においてこのような判断を行っている点について Roxin の見解を批判する(照沼・前掲注 13)186 頁)。ただし、Roxin の客観的帰属論は、結果の実行行為への帰属ではなく、事実的な行為の「客観的構成要件への帰属(Zurechnung zum objektiven Tatbestand)」を問題とするために、客観的帰属論の役割は「(事実的な)惹起から法的に重要な構成要件該当行為(rechtlich relevante Tatbestandshandlung)」(下線部筆者)を生み出すような事情を示すことであるとされている(*Roxin*, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.47(S.372))。つまり、「結果惹起という観点の下では、客観的帰属論は構成要件該当行為の理論である」(*Roxin*, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.51(S.375))。このような犯罪体系論の構想それ自体についての疑問は本論文の検討対象を大きく逸脱するものであるものの、数多くの要素を客観的帰属論に取り込むことがかえって問題の区別を困難にしている面があることは否めない。vgl. *Wolfgang Frisch*, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988.

⁵⁴⁵ 小野上・前掲注 202)185 頁。

事例については、どれだけ弱い道具に交換した場合であっても、何もない場合と比較した場合に結果変更の蓋然性を有する限りで幫助行為性が認められることとなるだろう。

仮定的因果経過の考慮の可否という問題を幫助行為性の次元で解決しようとする解決の当否についてひとまず判断を留保するとしても、そのような解決にはいずれにせよ次のような事例で問題が生じると思われる。

[事例 8：効果が変化する毒の交換事例]

T は、O を殺害するために、毒 P が入った瓶 α を用意している。T の友人の G は、T が O をより激しく傷つけることができるように、T の用意していた毒 P の入った瓶 α を、瓶 α に入っている量と比較すると倍量の毒 P が入った瓶 β と交換した。この時点では、T の犯行予定日時はそう遠い未来ではないものの、具体的には未定であった。毒 P は、その摂取量に応じて人の身体に生じさせる機能障害の程度も上がっていくような毒性を持っている。また、毒 P は空気中の酸素と化合することによって無毒な物質 Q へと化学変化する性質を有しているが、物質 Q への化学変化が進行する速度は遅く、直ちに全てが無毒化されることはない。G は、交換の直前に瓶 β に毒 P を入れたのであるが、その際に蓋を固く締めることを怠っていたため、その隙間から瓶の内部の空気と外部の空気が少しずつ交換され、時間とともに物質 Q への変化が生じていた。T は瓶 β の中身を全て O に投与し、瓶 β に入った毒 P の量に応じた傷害結果を O において生じさせた。

この事例においては、瓶 β の中身を投与する時点次第で、実際に生じる傷害結果の程度が大きく異なることになる。つまり、当初の予定通りに瓶 α の中身を投与した場合と比較すると、①交換時点からそこまで時間が経っておらず、瓶 β 中の毒 P は半分を超えて残っている場合には、傷害の程度は重くなっており、②ちょうど瓶 β 中の毒 P の量が半分になっている場合には傷害の程度は同程度であり、③交換行為から一定の時間が経過し、瓶 β 中の毒 P は半分を下回っているが完全に無毒化はされていない場合には、傷害の程度は軽くなっており、④完全に無毒化されている場合には傷害結果は全く発生しない⁵⁴⁶。④の場合には刑法的には無視して差し支えないだろうし、①の場合には代替原因を考慮するか否かに

⁵⁴⁶ 現実の因果経過と仮定的な因果経過を区別することなく単純化すると、以下ようになる。G による交換時点を時点 $t=0$ として、ある時点 $t(\geq 0)$ において瓶 N に入った毒 P が身体に対して生じさせる傷害の程度を $K_N(t) (\geq 0)$ と表記する。また、瓶 α に当初入っていた毒の量を $w_T(\geq 0)$ 、瓶 β に入っている毒の量を $w_T + w_G(\geq 0)$ として、量 w の毒 P が身体に生じさせる傷害の程度を w とし、瓶 α においては時間の経過によって中の毒 P の量が変わることはなく、毒 P が物質 Q への変化する量は、交換行為や投与行為において生じる時間では無視できる程度に十分に小さいものであるが、瓶 β においては時間が t 経過するごとに $d(\geq 0)$ だけ毒 P から物質 Q への化学変化が生じるものとする。そうすると、 $K_\alpha(t)=w_T$ であり、 $K_\beta(t)=w_T + w_G - dt$ ($0 \leq t \leq (w_T + w_G)/d$) である。不利益変更の程度を V とすると、それは $K_\alpha(t)$ と $K_\beta(t)$ の差であるから、 $V = w_G - dt$ である。そのため、 $0 \leq t < w_G/d$ のとき $V > 0$ で不利益変更があり、 $t = w_G/d$ のとき $V = 0$ で不利益変更がなく、 $t > w_G/d$ のとき $V < 0$ で利益変更があり、 $t > (w_T + w_G)/d$ のときにはそもそも傷害結果が発生しない。

かかわらず、Gの行為によって結果の程度が増しているので問題はない。②の場合をひとまず留保すると、問題があるのは③の場合である。

この事例において、当初用意されていた瓶 α に入った毒Pとその投与という仮定的因果経過を考慮せず、単に残存因果経過のみを考える場合には、Gの交換行為がない以上は毒Pの入った瓶 β が現れないだけでなく、他方で瓶 α に入った毒Pの投与は現実には発生していないものとして無視されることになるため、傷害結果は生じない。したがって、これを前提として *conditio sine qua non* 公式を用いれば、「Gの交換行為なくして、Oの傷害結果なし」という帰結に至るだろう。もちろん、——瓶 α に入った毒Pの投与という事実を因果仮説から排除する限りで——合法的条件関係説も同様の帰結に至る。そのため、前法的に見ればむしろ傷害結果を軽くしているような③の場合にも、傷害結果との間の因果関係が認められ、傷害罪に対する幫助犯が成立することになる。しかし、そこでは処罰を基礎づけているのは専ら援助行為時点での危険増加であるようにも思われるところ、その帰結の妥当性については疑問が残る。

また、既に Rogat が取り上げていた事例⁵⁴⁷の変形になるが、次のような事例も考えられる。

[事例9：衣服の交換事例]

Tは遊園地の中でスリを行うつもりである。Tは普段通り、極端に薄着の半袖のシャツと短パンを履いてスリに赴こうとしている。季節が既に冬になっていたことから、GはTの普段の格好では季節外れで目立ってしまうと考えて、Tの家から半袖のシャツと短パンを持ち出し、代わりに厚手の長袖のシャツと長ズボンを置いて立ち去った。その翌日、TはGの残した長袖のシャツと長ズボンしか服が見当たらなかったために、それを着てスリを行った。もっとも、スリを行った日はたまたま季節外れに気温が上がった暖かい日であり、Tの普段の格好が目立ちそうな状況にはなく、冬服であることが犯行に与えた影響は確認できなかった。

この事例でも、真冬においては半袖のシャツと短パンという格好でスリを行うよりも、周囲と同じような厚着をする方が窃盗の遂行前後で怪しまれることが少なくなるだろうし、それによって窃盗を完遂する蓋然性は高まると考えられるから、服の取替え時点で幫助行為性が否定されることはないだろう。そして、残存因果経過を考える場合には、下着姿のTがスリを行うことになるが、下着姿であればそもそも遊園地に入場することができず、ある

⁵⁴⁷ Rogat は「悪名高い密猟者のWは、ある日曜日の早朝に、狩猟(Pirsch)へ向かうつもりである。その妻のEは、Wの行動の全てと、Wがその日の朝に計画していることも当然に知った上で、彼に長靴を用意し、レインコート置いておいた。その後、Wは計画されていたように、『狩り』に出発した」という事例を挙げている(Stefan Rogat, Die Zurechnung bei der Beihilfe Zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB, 1997, S.98)。

いはいずれにせよ警備員から呼び止められるなどして、窃盗を実現できなかったと考えられる。そのため、現実の経過と残存因果経過を比較する限りでは、結果の発生という形で不利益変更をもたらしていることになる。しかし、そのような帰結に至ることは、やはり不合理である⁵⁴⁸。

そこで、このような帰結を回避できるような判断枠組みが必要となる。

5. 現実化している代替原因を起点とする仮定的因果経過のみを考慮する見解

代替原因の範囲を限定した上で仮定的因果経過を考慮することが必要であるとしたとき、具体的にその範囲はどのようなものになるだろうか。まず、全ての仮定的な代替原因を考慮する見解の問題として指摘されたように、いずれにせよ同様の援助行為を他人が行うだろうという理由で法的因果関係を否定することは許されない。また、幫助犯においてはその後正犯者が正犯所為を実現しようとするのはいわば当然のことである以上、法的因果関係の判断において仮定的因果経過に一定の意味を持たせようとするのであれば、違法な行為を考慮しないというわけにはいかない。それを前提としたとき、援助行為が行われた時点で既に正犯者が用意していた物から生じるような因果経過を考慮しなければ不都合な結論に至る事例をどのように解決すればよいただろうか。再び、ドリルの事例を少し変形して用いることとしよう。

[事例 10：ドリル交換事例]

T は、O の所有する彫刻を破壊するために、高性能かつ軽い電動ドリル A を用意している。それを知った G1 は、ドリル A を取り上げて、その代わりに低性能かつ重いドリル B を置いた。G2 は、ドリル A が欲しいと思っていたので、G1 がドリル A を持ち去っていなければドリル A よりも性能の高いドリル C と交換していたはずだった。T は、ドリル B を用いて彫刻を損壊させたが、その程度はドリル A やドリル C を用いた場合よりも低い程度に留まった。

5-1. 現実化している代替原因を考慮する学説

強化原理に依拠する Samson の見解、引受原理に依拠する Samson の見解に続いて三度目になる、「負担の軽減」というメルクマールを導入した Samson の見解は次のようなものである。引受原理を素直に適用すると「電動ドリルがとりあげられ、それによって非常に大変な苦勞をしなければならない手動ドリルを使わなければならない場合には、仮定的な結果

⁵⁴⁸ 前掲注 547) の事例において、正犯者 W が自ら用意することが容易であると考えられるような長靴についても、仮定的因果経過を全面的に考慮せず裸足での狩猟との比較を行うことが妥当とは思われない。

の規定においては、それを使うことも禁止されているために、電動ドリルを使うために必要な行為も考慮され得ない」⁵⁴⁹ことになるが、「援助者が結果に対して因果的となることだけでは幫助犯としての処罰は正当化されず、正犯者が援助者の寄与に基づいて、以前よりも負担が軽いもの(geringere Leistung)であるかが決定的である」⁵⁵⁰ために、低性能のドリル B を提供した G1 については「そのような容易化(Erleichterung) 」が存在しない以上は不可罰である⁵⁵¹。

このような Samson の見解について、山中敬一は、「いずれにせよ、幫助のばあいには、代替行為(正犯)の給付[Leistung]を減少せしめたか否かという仮定的因果経過を考慮せざるを得ない」(□内筆者注)ことに至り、引受原理の転用は破綻していると批判する⁵⁵²。なぜなら、「幫助においては、正犯者は正犯行為が終了に達していない限り、常に代替行為者として現れるのであり、従って、本来ザムゾンのいわゆる引き受け原理の適用ある場合」⁵⁵³だからである。そこで、山中敬一は、このドリル交換事例について、T は G1 の行為がなかったとすれば用意していた「電動ドリルを使っていたであろうという」事実は、『条件公式』を用いるかぎり、現実化していた条件であるから『付け加えて考え』ざるを得ないと端的に指摘する。他方で、「現実化していない条件」であるために、G2 が「最も性能のよい電動ドリルを提供したであろうという事実の付け加えは認められないことになる⁵⁵⁴。小林憲太郎も、類似の事例について、G1 にとって、T の「正犯行為は、いまだ現実化していない違法行為である代替原因にあたるから考慮されないと」とする場合には、『不良変更』としての侵入窃盗結果が存在することになる」が、G1 は、T の「侵入窃盗に対してむしろ妨害的な影響を与えているから『中間結果』が存在せず、幫助犯は成立しないものと考えられる」と述べる⁵⁵⁵。

5-2. 検討

ここでの問題は、現実には行われていない正犯者の仮定的な行為、それも間違いなく違法な行為を考慮することが可能なのかである。考慮できるとする見解も、その位置づけについては若干の相違があるように思われる。まず、Samson 説は現実には行われていない正犯者の行為を引受原理に基づけば考慮されてはならない違法行為と評価しているはずであり、それでもなお考慮するという修正を行うものであるが、その根拠は示されていない。小林説

⁵⁴⁹ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.175.

⁵⁵⁰ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.178.

⁵⁵¹ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.178.

⁵⁵² 山中・前掲注 184)207 頁。

⁵⁵³ 山中・前掲注 184)206 頁。

⁵⁵⁴ 山中・前掲注 519)99 頁。

⁵⁵⁵ 小林・前掲注 445)44-45 頁。

も、仮定的代替原因であっても正犯者の仮定的な違法行為の考慮が必要であることを前提とする見解と思われるが、その根拠は明らかではない。

これに対して、山中説は、「幫助者は正犯者を通じて構成要件該当結果を惹起するのであり、……幫助者の行為なくしても、正犯者が行為に出て、それによって結果が生じていたであろうといいうる」ために、「正犯者の行為と結果の間の因果関係の存在が前提とされている」⁵⁵⁶ことを根拠とするため、自然法則に従って推移する因果経過を単に「修正」したに過ぎない場合と同様に解する見解と理解できる。しかし、「正犯者の行為と結果の間の因果関係の存在」を当然の前提としてしまうと、以下のような事例で仮定的代替原因を全て考慮する見解と同様の問題に至ると思われる。

[事例 11：製作可能な銃提供事例]

T は O の殺害を計画しており、そのために用いる銃は、家にある金属部品を組み合わせて加工することで作製することが可能であると考えている。それを知った G は、T に銃を提供した。T は銃の製作をやめて、G に提供された銃で O を殺害した。T は G が提供した銃と同等の品質の銃を製作することが可能であった。

この事例において、現実には行われていない銃の製作行為を正犯者 T の行為だから考慮してもよいとすることには疑問があるだろう。そもそも、Samson が引受原理の理由付けをする際に主張していたように、仮定的な代替原因を考慮することの最大の難点は、「いずれにせよ他人がそうするだろう」という理由から、現実に行為に臨む者の可罰性が否定されるべきではないということである。Samson の主張する帰属構想を支持しないとしても、このような理由付けの説得力は否定し難いように思われる。しかし、それを前提とするのであれば、他人の仮定的行為を一般に考慮することが禁止されるというわけではなく、「いずれにせよ他人が自分の行為を代替するような行為を行うだろう」という理由から因果関係を否定することだけが問題であると考えべきではないだろうか。つまり、正犯者が既に現実には手中に収めている手段を利用して正犯所為に出ることの仮定が許されないわけではなく、「援助行為を代替する行為」を通じてそれを実現することの仮定が許されないというだけである。したがって、仮定的な正犯者の違法行為をも考慮する必要があることを正面から肯定した上で、ただし援助行為の作用を代替するような行為は仮定してはならないという見解が採られるべきである。

私見を具体化すると、以下の通りである。まず、援助行為の時点で現実化している代替原因は考慮されなければならないならず、ドリル交換事例においては、T が当初用意していたドリル A が現実化している代替原因として考慮される。そして、援助行為の時点で現実化している代替原因の使用行為と評価されるべき仮定的な正犯者の行為とそれによって必然

⁵⁵⁶ 山中・前掲注 184)140-141 頁。

的に生じる事態も考慮されなければならない。これは、現実化している代替原因を考慮する必要があることからの当然の帰結である。この事例においては、ドリル A の使用行為が仮定されなければならない。ここでは、単に残存因果経過にドリル A を挿入するのではなく、正犯者が行っただろうドリル A の使用行為を仮定する必要がある。たとえば、ドリル A とドリル B には操作方法や、その重さに由来する使用方法に違いがあったとしても、そのような違いが生じることによって仮定的因果経過が成り立たなくなるわけではない。

これに対して、援助行為の時点で現実化している代替原因の使用行為と評価されないような仮定的代替原因は考慮されてはならない。ドリル交換事例では、G2 が提供しただろうドリル C とその使用行為を考慮することはできない。

なお、製作可能な銃提供事例においては、T の家に銃製作のために必要な部品があるとしても、犯行手段としての銃はその製作行為があって初めて現実化するものであり、未だ銃として存在しているわけではない。そのため、それを用いて銃が作製されただろう金属部品の存在は援助行為時点で現実化している事実ではあるものの、それを用いて銃を製作する行為はその単なる使用行為と評価すべきではなく、仮定的代替原因にあたる事実として、考慮されるべきではないように思われる。もっとも、どのような場合に単なる使用行為と評価できるのかについては、明確な判断が困難であることは否めない。たとえば、商品としては段ボール箱に入って正犯者の手もとにあり、容易に開封して中身を取り出せる状態にある場合には開封行為を仮定的代替原因とすべきではないだろうし、部品に分解された状態にあるとしても直ちに組立可能な状態であればその組立行為を仮定的代替原因と評価すべきではないように思われる。

そして、援助行為の後に初めて現実化した代替原因も考慮されるべきではない。たとえば、ドリル交換事例において実際に G2 がドリル C を T に(交換したのではなく)提供したとしても、あるいは製作可能な銃提供事例において実際に T が銃を製作したとしても、それはまさに援助行為を代替するものであるために、考慮されるべきではない。

このような私見は、Samson の引受原理を幫助犯に正当な形で転用したものとしても説明することができる。Samson は引受原理の根拠を「全員に禁止規範を向けなければ法益保護が実現できない」というところに求めていたにもかかわらず、「全員に禁止規範を向けた方が法益保護を実現する可能性が上がる」という形で変形することによって幫助犯への転用を肯定していた⁵⁵⁷。しかし、そのような説明によって修正が可能なのであれば、それは一般の帰属基準においても、たとえば自然法則に基づいて結果発生に至るプロセスが進行している場合であっても、その認識の不確定性に鑑みて、法益保護の実現可能性を高めるために既に侵害プロセスが自然法則に従って進行していることを理由として禁止規範が撤回されることはない、というような説明も不可能ではないことになるだろう。素直に引受原理を幫助犯に転用しようと考えるのであれば、「いずれにせよ他の者がそれに代わる寄与を行うだ

⁵⁵⁷ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.172.

ろう」あるいは「いずれにせよ他の者がそれに代わる寄与を後に行った」という理由から結果帰属を否定することのみを問題とすれば足りたように思われる。これに対して、Samsonは最終的には「正犯者の負担を軽減した」というメルクマールを導入することによって、正犯所為を妨害するような事例での幫助犯の成立を否定しようとする。もちろん、それは当初予定されていた正犯行為という仮定的因果経過との比較を通じてのみ可能なものである。

5-3. 想定される批判とそれに対する応答

そもそも、学説の多くは、仮定的因果経過の考慮が行われてはならない理由を、Samsonの引受原理における実質的根拠付けがそうであったように、他人が違法行為に出るからといって、それによって刑法的な禁止が断念されてはならないということに求めていた。たとえば、Baunは「他人の規範違反の潜在が潜在しているというだけでは、法益保護と規範妥当は脱落させられ得ない」ために、「第三者による同一の方法での提供がもたらされ得る」という理由によって結果帰属を否定してはならないと述べる⁵⁵⁸。ここで想定されているのは、援助行為の終了後に第三者が援助者と同じものを提供しただろうという場合であることは明らかである。また、Murmmanも、「侵害された規範は、第三者がいずれにせよそれを侵害する用意があるという理由によってはその妥当を失うことはない」⁵⁵⁹と述べるが、ここでも未だ行われていない第三者の代替行為が想定されている。その他の学説も、梯子事例とその類似事例の関係でのみこの問題を論じるものであり、未だ行われていない正犯者ないし第三者の仮定的代替行為を起点とする仮定的因果経過の問題のみを念頭に置くものである。仮に、援助者の行為を代替するものではないような正犯者の違法行為も考慮されないとすれば、より弱い道具へ交換したという事例においても常に結果帰属を肯定することになるが、そのような帰結を明示する見解はごく少数に留まっている⁵⁶⁰。

次に、代替原因の考慮を一切行うべきではないとする見解からは、①ドリル A を取り除いてからドリル B を置いた場合と、②ドリル B を置いてからドリル A を取り除いた場合とで結論が異なるのは不合理との批判が見られる⁵⁶¹。つまり、①の場合には、ドリル B を置く時点ではドリル A は存在しないため現実化している代替原因として考慮されることがない一方で、②の場合には、ドリル B を置いた時点ではドリル A が存在するため現実化している代替原因としてその使用行為が仮定的因果経過として考慮されることになるが、この

⁵⁵⁸ Baun, a. a. O. (Anm. 8), S.159.

⁵⁵⁹ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.550.

⁵⁶⁰ Osnabrügge と Baunack がそうである。

⁵⁶¹ 照沼・前掲注 13)183-184 頁、Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.94-95.

二つの事例は実質的にはほとんど異ならないにもかかわらず、除去と設置の順序によって帰結が大きく変わってしまうことに合理的な根拠がないという批判である。

このような批判について検討を行うと、まず、ドリル A の除去とドリル B の設置が社会通念上一個の交換行為と評価できる限りで、その行為の意味を除去行為と設置行為に分断する実益はなく、続けて行われる場合にどちらが先であったかという順番はほとんど問題にならないだろう。そのため、上記の批判は、①のような事案で除去行為と設置行為に時間的な間隔があるような場合に、現実化している代替原因を考慮すべきとする見解が法的因果関係を肯定することに至ってしまうことに向けられたものと理解できる。しかし、Samson が指摘するように、ここで問題となっているのは、一旦救助行為に出た者が、その救助の効果を減殺させるような行為に出たという事例と同様の問題であると思われる⁵⁶²。本論文の検討の範囲を超えるものであるが、救助義務がない者について、十分な救助行為が可能であるにもかかわらず手拔きの救助行為を行った場合には不可罰とし、他方で十分な救助行為を行った後に、その救助効果を手拔きの救助行為を行ったときに相当する程度まで減殺するような行為をあえて生じさせた場合とで、結論を異にすることが必ずしも不合理なものとは思われない⁵⁶³。

さらに、現実化している代替原因を考慮する見解からも、私見のように援助行為の後に現実化した代替原因を考慮しない見解に対しては、「物が提供される順番により危険増加の判断が変わることこそ最終的な法益侵害との関係では不当」であるという批判⁵⁶⁴が見られる。このような見解によれば、正犯者が複数の手段から最終的に選択するまでに現実化している代替原因は考慮すべきであるということになる⁵⁶⁵。この批判を行う論者は結果変更説の支持者ではなく、したがって結果変更の有無を判断する基準として考慮されるべき代替原因の範囲を論じたものではない点については注意を要するものの、このような範囲で代替原因を考慮する結果変更説からの批判を想定することは可能だろう。ここで想定された批判を検討するため、ドリル交換の事例を变形した以下のような事例を考える。

⁵⁶² Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.169. そのため、Samson はこの問題を強化原理に固有の問題とはみなさず、それ以上の検討を行わないとしている。

⁵⁶³ 一回的な行為として交換が行われている場合にいわば「何もなかった」という評価をすることは、一旦は結果を減少させるような行為を行えば、以後はその減少分の範囲で結果を増加させる行為を適法に行う権利を認めることと同義ではない。なお、まさに不適切な救助行為の事例について、「ひとたび救助行為に着手することにより、可能な限りの救助行為を行う刑法的義務を負うことになる」との見解も見られる(井田・前掲注 447)48 頁)が、少なくとも幫助犯の領域で同様のことは妥当しないだろう。一般的な学説の理解に従えば、援助行為を行った後であっても、その援助行為による寄与を撤回ないし打ち消すことができれば、「因果性の遮断」が認められるために、因果関係が否定され、幫助犯は不成立となるからである。それにもかかわらず、危険減少的な交換行為を行った者は「可能な限りの結果阻止行為」をしなければ可罰的であるとするのは均衡を欠くと考えられる。

⁵⁶⁴ 西貝吉晃「中立的行為による幫助における現代的課題」東京大学法科大学院ローレビュー(2010)109 頁。

⁵⁶⁵ 西貝・前掲注 564)109 頁。

[事例 12：ドリル交換事例]

T は、O の所有する彫刻を破壊するために、高性能かつ軽い電動ドリル A を用意している。T からドリル A よりも性能の良いドリル B を提供してくれるよう頼まれた G1 は、ドリル B を提供した。その後、G2 は T にドリル C を提供した。最終的に、T は、ドリル B を用いることを決定し、ドリル B を用いて彫刻を損壊させたが、その程度はドリル C を用いた場合よりも低い程度に留まった。

上記の見解によれば、最終的な決定時点ではドリル A、ドリル B、ドリル C が T の手もとにあり、ドリル C が最も高性能で、これが用いられた場合にはよりドリル B を用いた場合よりも大きな損壊を生じさせていたのであるから、ドリル C が現実化している代替原因として考慮される場合には、結果の不利益変更は否定されることになるだろう。しかし、そのような場合に結果との間の因果関係が否定されるとするならば、G1 はドリル B の提供行為時に、T はドリル B よりもさらに性能の良いドリル C を所持している G2 にも同様の依頼をしていることを知っており、G2 はその依頼に応じるだろうと考えていた場合には、結果変更についての故意が否定されると考えられる。しかし、援助行為時点では未だ現実化していない代替原因を考慮して結果帰属を否定し、さらに「他の人がより性能の良い道具を提供するだろう」という認識である場合に故意を否定することは⁵⁶⁶、「いずれにせよ他の人が同様のことをやるだろう」という考えで正犯所為を支援する行為を許容することになる。それが好ましくない事態であることは、既に確認した通りである。したがって、援助行為の後に生じた代替原因は考慮されるべきではない。

6. 小括

幫助犯において結果変更を要求する場合には、その判断にあたっては、援助行為の時点で現実化している代替原因を起点とし、その仮定的な使用行為も含むような仮定的因果経過との比較が行われなければならない⁵⁶⁷。そのため、正犯者が既に用意していた道具を援助

⁵⁶⁶ 西貝説が、仮定的因果経過を考慮した上での危険増加(正確には、それを基礎づける事実)について故意を要求する見解に立つものであるかどうかは明らかでない。仮に危険が減少するという認識の下でも、実際には危険を増加させた限りで幫助犯が成立するとなれば、問題が大ききように思われる。

⁵⁶⁷ 本論文のような解決に対しては、因果関係論ないし結果帰属の場面で判断を行うのではなく、別の段階でその不合理な帰結を回避すべきとの批判があり得る。他の解決方法としては、①中立的行為・職業的行為の議論を参照すること、②違法性阻却の問題とすること、③「幫助」であることを否定することが考えられる。しかし、①については、少なくとも効果の変化する毒の交換事例においては、故意を伴ってその時点ではより強力な毒に交換することが、一般的な中立的行為の議論によって適法とされることはあまり考えられないように思われる。ここで問題となっている事例は、援助行為の時点では顕著な犯罪的意味を持っており、援助行為の態様としてもそれが明らかであるものの、しかし正犯所為の時点では結果を減少させる効果を持ったというものだからである。学説においては、②の解決がしばしば見られる。たとえば、被害者自身の法益を守るための緊急避難という構成が考えられる。しかし、補充性も認められるよ

者が交換したという場合には、当初用意されていた道具を用いることで生じただろう事態経過との比較が必要となる⁵⁶⁸。

うな場合はほとんど存在しないように思われる。同一の客体であれば補充性は不要であることを述べる見解(山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001)6頁[佐伯執筆部分]参照)も見られるが、一般的な緊急避難の問題としてそう言えるのかは疑問が残る。また、援助者において被害の軽減が意図されていないような場合には、いずれにせよ違法性が阻却されないことになるだろう。推定的同意による解決による解決(vgl. *Urs Kindhäuser*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 2019, § 11 Rn.14 ff.(S.101-103))は説明としてあり得るかもしれないが、たまたま結果が減少をさせたような援助行為一般について推定的同意があるとまでは言い難いように思われる。③については、そもそも何を援助行為と考えるか、という観点から援助行為と結果との間に要求されるべき関係を探求していたのであり、議論が後戻りしているように思われる。もっとも、①②の点について本論文において十分な検討を行うことはできないため、ひとまず本論文では法的因果関係判断の問題と考えて、今後の課題としたい。

⁵⁶⁸ 結果変更説を支持する場合には、まさにその過程の変更としか言えない変更しか存在しない場合には、結果の不利変更があるとは言えないはずである。上述したように、Jakobs は、援助行為がなかった場合と同様のリスクを通じて同様の結果をもたらした場合には幫助犯の成立を否定するという前提から、致死的な毒をより弱い別の毒と交換して傷害結果を生じさせた場合には幫助犯の成立を肯定し、他方で希釈したに留まる場合には幫助犯の成立を否定する(*Jakobs*, a. a. O. (Anm. 241), S.674)。しかし、傷害結果という点で両者が区別できない場合には、結果変更説からは質的にリスクが異なったとしても Jakobs のような説明で両事例を区別することはできないように思われる。

第4節 結果変更の意義

本章の冒頭で、結果変更説における結果の変更は、単なる結果の態様や結果に至る経過の変更ではなく、構成要件該当結果として把握されるような法益状況の不利益変更でなければならないことが出発点とされた。学説では、その内容として、法益侵害の発生、法益侵害の程度の強化、法益侵害時点の早期化などが挙げられている。

1. 問題なく結果変更が認められる場合

まず、援助行為があったことによって初めて結果が発生したという場合に、法益状況の不利益変更が認められることについては争いがないだろう。同様に、援助行為があったことによって初めて現実が生じた程度の法益侵害が生じ、援助行為がなければ法益侵害の程度はより低いものに留まったはずであったというように、援助行為がなかった場合と比較したときの法益侵害の程度の強化が認められる場合にも、その強化の量が有意なものである限りで法益状況の不利益変更が認められるだろう。たとえば、法的に有意味な程度に、被害者の負傷を量的に増大したという場合や、財産犯の被害額を量的に増大させたという場合である。正犯所為の構成要件的评价としては一体的に評価されるというだけで、その量的な一部分については、援助行為によって初めて結果が発生したと評価できるからである⁵⁶⁹。

2. 結果発生の早期化としての結果変更

それでは、法益侵害時点の早期化も、「法的に重要な結果の変更」や「法益状況の不利益変更」と言えるだろうか。Samson は法益侵害の早期化を一般に法的に重要な結果の変更として理解し⁵⁷⁰、そのような理解は結果変更説を支持する学説の多くによって支持されている⁵⁷¹。

これに対して、Osnabrügge は、以下のような批判を行う。まず、Samson の見解は「客体には遅かれ早かれ破滅が待ち受けている」という前提から、当該行為が「なければ予期されるべき破滅」との比較を行うものである⁵⁷²。しかし、傷害の事例では「被害者がいずれ侵害されるだろうことは必然ではない」ために、その前提こそが「Samson の出発点の決定的

⁵⁶⁹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.104 ff.

⁵⁷⁰ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.97 ff.

⁵⁷¹ 曾根・前掲注 20)602 頁、松原・前掲注 174)401-402 頁、小野上・前掲注 202)182 頁。

⁵⁷² Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.115.

な弱点である」⁵⁷³。さらに、当該行為がなければどうなっていたらかという判断を行うこと自体に実践上の困難がある⁵⁷⁴。そして、そもそも刑法が禁止しているのは結果発生 of 早期化ではなく、「制定法は人がそうでなければ死んだら場合よりも早く殺すことではなく、殺害を禁止しており、人から生存時間を奪うことではなく、生命を奪うことを禁止している」に過ぎない⁵⁷⁵。

このような批判について検討を行うためには、結果変更との間の法的因果関係を認めるために仮定的因果経過と比較したときに結果発生が早期化していることを常に要求する見解と、そのような結果発生 of 早期化がある場合にも肯定するに過ぎない見解を区別する必要がある。前者の見解を出発点とすると、当該行為がないときに予期される結果発生 of 時点が特定できない場合には、早期化が認められないために法的因果関係が否定されることになる。しかし、あらゆる法益がいずれ破滅に至るというわけではないために、その説明を一般化することはできないのであるから、そもそも刑法は結果発生 of 早期化ではなく結果発生それ自体を禁止しているという Osnabrügge の批判は妥当なものと思われる。

もっとも、結果変更説を前提とした幫助犯 of 法的因果関係という観点から問題となるのは、通常は后者であり、援助行為が行われなかった場合に想定される結果 of 発生時点を基準として、それより結果発生を早期化させた場合に「も」結果変更を認めることができるのである。つまり、刑法は共犯規定によって「結果 of 発生それ自体を禁止している」としても、さらに正犯者が当初計画していた時点との比較による「結果発生 of 早期化」も禁止しているのかという問題である。そのため、この点についての Osnabrügge の批判は直接にはあたらないだろう。また、いずれにせよ破滅に至ることが予期されない法益があるという点についても、仮定的因果経過 of 考慮を許容する限りで、予期される結果発生時点との比較が可能であることを前提とすることができるから、比較によって結果発生 of 早期化 of 判断を行うことそれ自体 of 不可能性や困難性があるわけではないことになる。そうすると、上記 of Osnabrügge の批判を結果発生 of 早期化「も」結果変更 to 含める見解に対する批判として理解する場合には、結局のところ仮定的因果経過 of 考慮を行うことに対する批判に尽きるものと考えられる。つまり、Osnabrügge によれば、説明 of 対象となる法益状況 of 不利益変更は、生命法益であれば生きている状態から死亡している状態への変更であり、仮定的因果経過 to 比較した場合 of 変更ではない以上、そもそも早期化を不利益変更 to 取り込む余地がないというだけである。これは仮定的因果経過を一切考慮しない場合にはいわば当然 of 帰結である。

結果発生 of 早期化だけを検討 of 対象とすることができそうな事例としては、以下 of ようなものが考えられる。

⁵⁷³ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.115.

⁵⁷⁴ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.115.

⁵⁷⁵ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.115.

[事例 13：計画の早期化事例①]

T は、O を殺害するために時限爆弾を調達し、ある日の夜、爆発時刻を 2 週間後の 24 時に設定して O 宅に設置した。それを見ていた O 宅の近くに住む T の友人 G は、O が死ぬのは構わないが夜に爆弾が爆発するのは迷惑だと考えて、T に気付かれることなく、爆発時刻を 6 時間早めて 2 週間後の 18 時に変更した。その後も T は時限式の起爆装置が作動していることを何度か確認し、その際には爆発までの時刻の表記を確認してはいたが、爆発時刻は残り時間が分単位で表記されており、また大体 2 週間後であれば厳密に何時に爆発するのかという点にあまり関心がなかったために、第三者によって爆発時刻が 6 時間早められていることには気が付いていなかった。T の設置した爆弾は、設置から 2 週間後の 18 時に爆発し、O は死亡した。

この事例においては、結果を「2 週間後の 18 時における爆弾による死」と理解し、その時点における死には G の関与が不可欠であるために、まさにその時点での死亡結果を現実が発生させたものとして法的因果関係が認められる、という理解もあり得るかもしれない。そのような理解からは、結果発生時点の早期化という説明をすることなく、結果変更が認められることになる⁵⁷⁶。しかし、「その時点における死亡」というように死亡時点それ自体を重視する場合には、G が爆発時刻を早めたときに限らず、反対に遅くしたときなど、爆発時刻について行ったあらゆる変更について同様の説明が成り立つことになる。つまり、一般に結果発生を遅延させることが法益状況の不利益変更にあたると理解することになると思われるが、妥当とは思われない⁵⁷⁷。

他方で、結果発生時点それだけでなく結果発生時点の早期化にも結果としての意義を認めない場合には、上記の事例では法益状況の不利益変更が否定されることになると考えられる。しかし、Samson が述べたように、人はいずれ死ぬものであるから、ある人間の死は、殺人行為があることによって初めて生じるものではない。それにもかかわらず人を殺害してはならないのは、当該行為がない場合に保持される生存期間それ自体も守られなければならないものであると考えられているからであると考えられる⁵⁷⁸。したがって、少なくとも生命法益については侵害時点を早めることから保護されていると理解すべきである。

もちろん、そのことから、あらゆる構成要件、あらゆる法益において、結果発生の早期化に法益状況の不利益変更としての意義が認められることが直ちに推論されるわけではない。たとえば、西田典之は、「殺人罪などの場合には、このような結果の具体化によって条件関係を肯定することは十分考えられ」としながらも、「窃盗犯などの場合には、結果発生を

⁵⁷⁶ Osnabrügge の見解はそのような帰結に至るものと考えられる。

⁵⁷⁷ もちろん、違法性阻却の可能性は残されている。

⁵⁷⁸ このこと自体は、仮定的因果経過の考慮を否定する見解からも支持されている。ただし、そこから生命法益について結果発生を早期化を結果変更と認める帰結が導かれるのではなく、仮定的因果経過の考慮を否定してあらゆる「その時点」での死として不利益変更と理解した上で、結果発生を遅延させる場合には違法性阻却の問題とするようである (vgl. *Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 460), S.481 ff.)。

一時間早めたことが、法的に重要な変更といえるかは疑問の余地がある」として⁵⁷⁹、その議論を一般化させることへの疑問を呈する。財産法益の場面としては、以下のような事例が考えられる。

[事例 14：計画の早期化事例②]

T は、3 週間後の日曜日に、O が所持し、日常的に利用しているマウンテンバイクを窃取することを計画している。T の友人の G は、その日にはどうしても T と遊びたいと考えたために「人の物を盗むのは感心しないが、窃盗を行うにせよ予定よりも 1 週間早く、2 週間後の日曜日にしてほしい」と伝えた。T は、G に言われた通り、2 週間後の日曜日に O のマウンテンバイクを窃取した。

この事例では、マウンテンバイク 1 台が奪われたという点では、当初予定されていた因果経過を辿った場合と同じ程度の財産権侵害が生じている。もっとも、生命法益の場合と平行に考えるのであれば、G の関与がなければ O は早められた 1 週間の間にもマウンテンバイクを使用することができたはずであり、G の関与によってマウンテンバイクを使用できる期間が 1 週間短くなったとするならば、被害者にとって早められた期間分だけ当該財物の利用ができなくなるという財産的な損害が生じているところ、それを法益状況の不利益変更と理解することも不可能ではないかもしれない。しかし、窃盗罪は財産権侵害を一般的に処罰する規定ではないから、窃取に付随して生じる財産的損害の全てを当然に窃盗結果に含めることができるわけではない。また、窃盗罪はその性質上、客体となる財産を完全に破壊することを当然に予定する犯罪ではない。たとえば、同様の事例において、T は O の所持しているマウンテンバイクに乗ることに憧れており、3 日間だけ乗り回して返すつもりであった場合に⁵⁸⁰、窃盗の時点が 1 週間早められることに特段の重要性があるとは思われない⁵⁸¹。そうすると、財物の奪取や騙取を内容とする財産犯において結果発生時点の早期化を広く法益状況の不利益変更と理解することには疑問があり、少なくとも 1 時間や 2 時間の早期化からも保護されるべきものとは思われない。

このことは、財産法益についてのみ当てはまるものではない。上記の事例において、T の計画する犯罪が窃盗ではなく、O を暴行して数日程度で完治する程度の傷害を負わせるというものであったとする。ここでは、G の発言によって傷害の時点が 1 週間早められることになるが、それと同時に完治の時点も 1 週間早められることになる。このとき、数日程度で完治するような傷害結果について、それが生じる時点が早ければ早いほど不利益であるとは言い難いように思われる。

⁵⁷⁹ 西田・前掲注 176)191 頁。

⁵⁸⁰ 使用後に返還するつもりであったとしても、3 日間に渡って使用しようという意思には、権利者排除意思が認められるため、不法領得の意思も否定され得ないだろう。

⁵⁸¹ もっとも、そのような目的で区別することが妥当とは思われない。

他方で、被侵害法益の回復・修復が困難であり、その法益状況が存続している期間自体も保護すべきであると言える程度に重要なものと言える限りで、生命法益と同様に結果発生
の早期化にも結果発生としての意義を認めてもよい場合もあるだろう。たとえば、被害者の
腕を切断する行為のように、人の身体に不可逆的に重大な侵害を行う傷害行為については、
結果発生時点の早期化を法益状況の不利益変更として評価することができると思われる。
結局のところ、そのような場合に結果発生
の早期化を法的に重要な結果の変更と見ることが
できるのは、それ自体が当該正犯構成要件で想定されている法益侵害結果の量的増大で
あると評価できるからであり、そのような説明があらゆる構成要件について一般的に可能
なわけではない⁵⁸²。したがって、結果発生時点の早期化それ自体を、一般に法益状況の不利益
変更として理解すべきではないと考える。

さらに、仮に理由付けにおける問題を回避したとしても、一般的に結果発生
の早期化を法的に重要な結果の変更と見る場合には、帰結の妥当性という観点において問題があるよう
に思われる。

[事例 15：所為時間短縮事例①]

T は、V 商店の金庫の扉を破壊して中の現金を窃取する計画を立てている。T は、既
に金庫の型番を特定し、その扉を 1 時間かけて開けることが可能な工具 A を用意し
ており、窃盗全体を 1 時間半で完遂することを予定している。G は、その金庫の扉
を 30 分で開けることができるような工具 B を T に提供した。T は、犯行予定日の
深夜に、V 商店に侵入し、工具 B を用いて金庫を開け、窃盗を完遂した。そのため
に要した時間は、見込み通り 1 時間であった。なお、当初の T の予定通り、工具 A
を用いて犯行が行われた場合であっても、T は予定通り金庫を開けて財物奪取に成
功していただろうし、時間が短くなかったことで人に気付かれるなどして結果が生
じていなかったであろうというような事情はなかったことが後に確認された。

この事例では、工具 B の提供によって、T はより容易かつ確実に犯行を実現することが
できたことは疑いない。しかし、いずれにせよ当初用意していた道具 A を用いて窃盗を
実現することは可能だったのであり、被害の増大という意味での法益侵害の程度の強化は認
められない。これに対して、一般に結果発生
の早期化を法益状況の不利益変更と認める見解
によれば、奪取時点が 30 分早められたことに着目して、法的に重要な結果の変更があつた
ことが認められるだろう。このような事例のみを想定する場合には、結果の早期化を結果変

⁵⁸² また、傷害罪を念頭に置く場合には顕著であるが、同一構成要件内に想定される傷害結果の程度にはかなり幅があ
り、被侵害法益の回復困難性・重要性の判断にあたっては、保護法益の抽象的性質や構成要件該当結果を規定する文言
を踏まえる必要があるとしても、それだけが決定的であるというわけではないように思われる。

更と認めることにも一定の説得力が認められるかもしれない。さらに、次のような事例を考える。

[事例 16：所為時間短縮事例②]

T は、O 商店の金庫の扉を破壊して中の現金を窃取する計画を立てており、既に金庫の型番を特定し、その扉を 1 時間かけて開けることが可能な工具 A を用意している。T の予測では、金庫の開錠に着手するまでにかかる時間は 15 分程度、金庫の開錠後に中の現金を奪取するのはすぐに終わるが、大型の工具 A を分解して撤収するまでにかかる時間が 15 分程度であり、犯行全体で 1 時間半程度かかるというものであった。また、T は、V 商店のスタッフは早い日には午前 4 時には店舗に現れることを知っていた。そのため、T は、午前 3 時半までには犯行現場から撤収できるよう、午前 2 時に犯行を開始する予定であった。すなわち、午前 2 時に O 商店に侵入し、午前 2 時 15 分に工具 A を用いて金庫を開ける作業を開始し、午前 3 時 15 分に金庫を開けて中の財物を直ちに奪取し、午前 3 時 30 分には犯行現場から撤収するという計画であった。

その後、G は、その金庫の扉を 30 分で開けることができ、持ち運びが容易な重さ・大きさであるため、奪取から撤収までの時間が 5 分程度と見込まれる工具 B を T に提供した。工具 B を入手した T は、犯行開始時間を 40 分遅い午前 2 時 40 分に変更した。そして、T は、見込み通り、犯行予定日の午前 2 時 40 分に O 商店に侵入し、午前 2 時 55 分に工具 B を用いて金庫を開ける作業を開始し、午前 3 時 25 分に金庫を開けることに成功して財物を直ちに奪取し、午前 3 時 30 分には犯行現場から撤収した。そのために要した時間は、見込み通り 50 分であった。なお、当初の T の予定通り、工具 A を用いて 2 時から犯行が開始された場合であっても、T は予定通り金庫を開けて財物奪取に成功していただろうし、時間が短くなかったことで人に気付かれるなどして結果が生じていなかっただろうというような事情はなかったことが後に確認された。

この事例では、G による工具 B の提供によって、結果発生が早期化したとは言い難い。いずれにせよ工具 A を用いて窃盗を行うことができただけでなく、その場合には現実の時点よりも少し早い午前 3 時 15 分には財物を奪取していたと考えられ、むしろ結果発生を遅延させているからである。しかし、この所為時間短縮事例の①と②を比較したときに、結論を異にすべき理由があるのかは疑わしいように思われる。いずれの事例においても同じように正犯所為の遂行時間は短縮され、同じように負担が軽減され、単にその開始時刻と終了時刻の違いのみが帰結を決定的に左右しているからである。そもそも、結果発生 of 早期化の例として挙げられる事例の多くは、所為実現に至るまでのプロセスを省略し、正犯者にとっての負担を軽減するものであった。確かに、そのような事例を念頭に置くと、結果発生 of 早

期化を結果変更として理解し、それゆえ既遂犯に対する幫助犯の成立も認められるとする
ことには、帰結の妥当性という観点で一見すると説得力が感じられるものである。しかし、
そのような事例で法的因果関係を認めるべきであると感じられる理由は、結果発生時点が
早まったという点ではなく、所為遂行の時間が短縮され、それによって正犯所為が実現され
る蓋然性が高められたからであるように思われる。結果発生を遅延させる場合には法的因果
関係を否定しつつ、他方で結果発生を早期化させる場合には法的因果関係を肯定するこ
との根拠が示されない限りは、一般に「結果発生 of 早期化」を結果変更の内容に取り込む見
解は、一見すると「結果」に関連しそうな「侵害時点」という事情の変更を引き合いに出す
ことによって、法益侵害の程度の強化が認められる範囲の狭さを補おうとするものである
ことが疑われるべきである。

なお、これらの事例において、「仮定的因果経過の考慮を行うことなく、現実の事態経過
だけを見れば、結果発生を早める作用を有している」というような説明をすることはできな
い。なぜなら、「結果発生 of 早期化」という概念事態が、援助行為がない場合に生じただろ
う結果との対比を前提としているからである。つまり、残存因果経過との比較のみを行う場
合には、そもそも「現実の所為遂行経過だけを見れば、結果発生を早める作用を有している」
という説明を行う余地はなく、援助行為が提供した道具を正犯者が使用した場合など、残存
因果経過のみでは正犯所為経過を一貫して説明することができないといえる程度の物理的
影響を与えた限りで、「援助行為によって初めて結果が発生した」という説明のみが可能と
なる。仮定的因果経過の考慮を否定しながら、結果発生 of 早期化に結果変更としての意義を
認める小野上真也の見解⁵⁸³には、既にその時点で矛盾があるように思われる。そのため、金
庫の事例で言えば、実際には何の道具も使うことなく素手で金庫を開けることが可能であ
ったとしても、金庫を素手で開ける行為は現実には行われていないために、それとの比較に
よって結果発生が早期化したという説明は、必要がないだけでなく不可能なものである。そ
れはもちろん、ここで対比された 2 つの事例とは異なって、当初の道具より性能が悪く犯
行を遅延させたようなときでさえ、——生命法益について確認されたように——結果変更
を認めることを意味する。

これに対して、仮定的因果経過の考慮を行うとしても、あくまで正犯所為経過のみを切り
出し、現実の因果経過においても仮定的因果経過においても、結果発生 of 時点は、正犯所為
の開始時点から計算を行うという方法もあり得るかもしれない。つまり、開始時点が変更さ
れたことには意義を認めず、現実には正犯所為が開始された時点为前提として、援助行為を取
り除いた場合に生じただろう結果との比較を行う方法である。この方法を用いる場合には、
所為時間短縮事例②のように結果発生までに想定される時間の短縮に基づいて終了時刻に
合わせて開始時刻を遅くしたという場合でも、現実の正犯所為の開始時点を基準とすれば、
援助行為がなかった場合には 1 時間 15 分後に奪取が生じていたはずであるところ、援助行

⁵⁸³ 小野上・前掲注 202)182-186 頁。

為によってそれよりも早い45分後の奪取が可能になったために、結果発生 of 早期化が認められることになるだろう。

しかし、そのような切り出し方をした上での比較は、保護法益の存続時間の短縮という観点からは説明できないものになってしまう。たとえば、これとは反対に、当初の計画は2時40分に侵入して工具Bを用いるというものであり、Gが工具Aを提供したところ、Tは使い慣れた工具Aを使うことを決めて、2時に侵入する計画に変更したという場合には、当初の計画通りである場合の奪取時点は3時25分であり、実際の奪取時点は3時15分であるから、その時点と比較するのであれば結果発生を早期化していることになる。これに対して、所為遂行の開始時点を基準とする方法に基づく場合には、結果発生は遅延させられたことになる。そうすると、現実世界における保護法益の存続時間に着目すればその存続時間が短縮させられているにもかかわらず、それを無視した形で法益状況の不利益変更が否定されるに至る。このような不都合を回避しようとするのであれば、犯行の開始時点を固定した早期化に着目することはできず、結果発生時点それ自体を基準とせざるを得ない。そのため、正犯所為経過だけを切り出すことによって、現実の法益侵害時点と仮定的因果経過における法益侵害時点と比較するという方法の不都合を回避することはできない。

結局のところ、結果発生 of 早期化 of 一般的な意義は時間の短縮によって結果発生 of 蓋然性が向上したというところに求めざるを得ず、結果発生 of 早期化を一般的に結果変更として理解すべきではない。結果変更説において結果変更と呼べるものは、あくまで法益侵害の程度の量的増大である。結果発生 of 早期化は、客体に与えられた損害の回復が性質上困難であるために、侵害時点を法的に有意味な程度で早めることそれ自体が法益侵害の程度の増大と評価できるような場合に限られるべきである。なお、学説には、「結果の変更」が必要であると述べながら、そのためには「法益侵害の容易化」があれば足りるとするような見解も見られる⁵⁸⁴が、それは既に構成要件該当結果や法益状況の範疇を超えたものであって、「結果の変更」とは評価できないだろう。

3. 法益侵害結果以外の加重構成要件に該当する事実の実現による結果変更？

結果変更説に依拠する場合の結論の妥当性を検証するにあたって注意を要するのは、ドイツにおいては、窃盗のような典型的な自然犯について、その遂行にあたって使用した手段や方法自体に着目して、法定刑の加重された別個の構成要件を規定すること(Qualifikation)がしばしば見られるということである。たとえば、窃盗を行うにあたって武器あるいは危険な道具を携行していたという場合には、ドイツ刑法242条に規定された(単純)窃盗罪(Diebstahl)よりも法定刑が加重されたドイツ刑法244条1項1号a)の武器を伴う窃盗罪

⁵⁸⁴ 高橋則夫「幫助の因果関係」セレクト'90(1991)36頁。

(Diebstahl mit Waffen)の構成要件に該当することになる。ここでは、武器を「携行している (bei sich führt)」ことが既に加重構成要件のメルクマールとされていることから、実際に武器として使用されることは要求されていない。この点に着目して、援助行為と結果との間をある程度厳格に要求する Baunack は、事後的に見て役に立たなかった見張りの事案について「見張り行為と窃盗結果の間には因果連関が存在しないため」既遂犯に対する窃盗罪は成立しないとしながらも⁵⁸⁵、窃盗を行う正犯者に対して安全のため銃を提供したが、実際には誰にも発見されることはなく、銃が利用されることがなかったという事案については、銃を所持させることそれ自体が構成要件該当結果の一つであることを根拠として、武器を伴う窃盗(Diebstahl mit Waffen)の既遂犯に対する幫助犯が成立すると述べる⁵⁸⁶。その理由は、「立法者は単に武器の携帯を加重的メルクマール(Qualifikationsmerkmal)として形成している」ために、「制定法的に記述された 244 条 1 項 a)の結果は、物の奪取だけでなく、銃を携行する奪取にも存在している」からである⁵⁸⁷。Osnabrügge も、脅迫道具(Drohungsmittel)の携行という「250 条 1 項 1 号 b)の態様の下で遂行された加重強盗は、規範的に理解された結果である」ために、「そのような威嚇道具の存在は因果的に説明されなければならない」とする⁵⁸⁸。Osnabrügge は未遂犯に対する幫助犯を認めない見解である⁵⁸⁹から、ここでも既遂犯に対する幫助犯の成立が想定されている。

確かに、正犯不法を基礎づける要素は法益侵害だけではないから、援助行為によって初めて当該構成要件の成立要件が全て充足されるという場合には、そのような考え方もあり得るかもしれない。しかし、そもそも、既遂犯の正犯不法を根拠付けるものは構成要件該当結果としての法益の侵害・危殆化だけではない。それにもかかわらず、法益状況の不利益変更が発生して初めて重く処罰される以上は、その結果に対して量的な一部分であっても厳格な意味において寄与していなければならないはずである⁵⁹⁰というのが、結果変更説の出発点であったように思われる。ここでは既にその前提が掘り崩されていることが疑われる。

もっとも、日本の刑法では、手段に着目した加重類型の規定は一般に行われていないため、日本における幫助犯の客観的成立範囲という点では、結論においては無視して差し支えない議論であるかもしれない。あくまで、ドイツにおいて援助行為と構成要件該当結果の間の

⁵⁸⁵ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.91.

⁵⁸⁶ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.92.

⁵⁸⁷ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.92.

⁵⁸⁸ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.123-125 の事例 2)に於いての記述を参照。なお、ここで論じられているのは、既に用意されている銃から銃弾を抜き取ったという場合において、正犯者は未装填の銃を携行するときでもドイツ刑法 249 条・250 条 1 項 1 号 b)の「その他の…脅迫の…道具」のを携行していることになることからこれに該当するものの、「未装填の銃はそのような脅迫道具にはあたるが、装填状況はいつでもよい」ことから、装填されているかどうかは因果的に説明される必要がなく、因果関係が否定されるというものである。つまり、もともと未装填の銃を所持していない正犯者に対して未装填の銃を提供した場合には、問題なく加重構成要件メルクマールを実現したものとして、既遂犯に対する幫助犯が認められることになるだろう。

⁵⁸⁹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.232 ff.

⁵⁹⁰ vgl. Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.71.

因果関係を厳密に要求する見解においても、法益侵害結果以外の加重的構成要件メルクマールを結果の一部と考えることによって、ある程度妥当な結論を得ることが可能であると考えられている可能性があることが示唆される。ここでは、窃盗犯に武器を持たせたが、——正犯者にとっては——幸運にもその武器を使用することはなかったというような典型的に危険性の高い事例については、Baunack や Osnabrügge の見解に依拠するとしても問題なく既遂犯に対する幫助犯の成立が認められるという点は、日本法を前提として参照する際に注意を要するだろう。

第5節 結果変更説の検討

1. 結果変更説の至るべき帰結

ここまでの検討を踏まえると、結果変更説によれば、援助行為によって、援助行為時点で現実化していた代替原因を起点とする仮定的因果経過と比較して、法益侵害の程度が強化されたと言える場合に限って法的に重要な結果の変更が認められ、結果との間の因果関係が認められることになる。しかし、この見解はあまりにも幫助犯の成立範囲を狭く限定することになるように思われる。たとえば、かつて結果変更説に好意的な評価をしていた浅田和茂⁵⁹¹は、正犯者が既に用意していた拳銃よりも性能の良い拳銃を援助者が提供し、正犯者は実際にそれを用いたものの、至近距離から撃ったため、いずれの拳銃でも結果に差異はなかつたであろうという事案において、結論は留保するとしながらも因果関係を否定することを示唆していた⁵⁹²。この帰結は、結果変更説を理論的に一貫させたものと言えるだろう。その他にも、一般に結果発生 of 早期化を結果変更と認めるべきではないことから、現に援助行為があることによって初めて正犯所為を円滑に実現することができたにもかかわらず、法的に重要な結果の変更を生じさせたとは言えないという理由から結果との間の因果関係が否定されるべき事案は広範に渡るだろう。それどころか、一般に幫助犯が想定される事案の大半は、まさにそのような事例であると考えられる。

これとは反対に、現実化している代替原因を起点とする仮定的因果経過の考慮すら否定し、残存因果経過と比較したときに結果変更があることで足りるとする見解、あるいは現実の結果変更の因果的説明ができれば足りるとする見解は、当初用意されていた道具を性能のより低い道具と交換した場合でさえ、それが現実に用いられる限りで因果関係が認められることになる。しかし、実質的に見れば犯罪の妨害としか言えないような事態経過を「幫助した」ということは妥当ではないし、そのような妨害を表象しながら妨害行為を行うことを禁止することは、正犯を介した法益への攻撃を処罰根拠とする説明とおよそ合致し得ない。

さらに、仮定的因果経過の考慮の可否にかかわらず、援助行為それ自体と結果との間の因果関係を単独正犯の場合と同様に厳格に要求すること自体にも難点があるように思われる。

[事例 17：提供者が不明である事例]

⁵⁹¹ 現在では、異なる事例状況ではあるものの、「現に A の貸与したピストルで C が殺害された以上、A の幫助と C の死亡との間には物理的因果関係が認められる」としており(浅田・前掲注 140)460 頁)、「現に」使ったことを重視しているとすれば、理論的に純化された結果変更説を放棄したものと評価できる。

⁵⁹² 浅田・前掲注 209)115 頁。

TはOを殺害するため銃Aを用意している。Gは、Tに対してさらに銃Bを提供した。Tは、十字架に手足を括られたOに向けて、銃Aと銃Bの両方を用いて複数回射撃を行い、そのうち一発の銃弾が命中し、Oはそれによって死亡した。その銃弾が銃Aと銃Bのどちらの銃から発射されたのかを明らかにすることはできなかった。

この事例において、Gの提供した銃Bで死亡結果を生じさせるか、少なくとも銃Bがあったことによって死亡結果の発生を早めなければならない⁵⁹³とすると、因果関係が否定されることになる。銃Aから発射された銃弾が命中したとすれば、銃を2本用いたことによって被害者を追い詰めることができたというような場合とは異なって、銃Bを取り除いた残存因果経過においても同様に結果が発生するからである。複数の手段を用いて被害者を脅迫して財物を喝取したという場合や、複数の凶器を用いて被害者を負傷させたという場合にも、援助者の提供した手段に対応する結果の一部分を特定することができない限りで同様に結果との間の法的因果関係が否定されることになるだろう。しかし、そもそも複数人が共働して正犯所為を実現しようとする共犯現象において、厳密な意味で結果の一部分を惹起したことが本当に必要なのだろうか。

もちろん、刑法上重要な犯罪の多くで未遂処罰規定が置かれているところ、——未遂犯に対する幫助犯を否定する見解⁵⁹⁴を前提とするのでなければ——ここまで挙げてきた事例の多くで未遂犯に対する幫助犯の成立が認められるかもしれない。結果変更が認められる範囲が非常に狭いものだとしても、結局のところ未遂犯に対する幫助犯の成立が認められるのであれば、可罰的な幫助犯の範囲という観点では大きな差異はないことになる。しかし、所為経過の全体に渡って危険増加が認められるにもかかわらず、結果変更が認められないために未遂犯に対する幫助犯に留まる場合があるとすれば、それは奇妙な帰結であるように思われる。たとえば、正犯者が用意していた銃よりも性能の高い銃を援助者が提供したが、それによる結果変更は認定されなかったという事案では、正犯行為の全てについて未遂犯に対する幫助犯が成立することになるはずである。それにもかかわらず、その正犯行為によって生じた既遂結果との間の法的因果関係が否定されることには疑問が拭えない。

また、結果変更説の理論的な根拠は、援助者の(加重)処罰を根拠付ける事実については援助行為によって厳密な意味において惹起されなければならないという点にあるが、未遂犯に対する幫助犯についてもその根拠を貫徹させる場合には、その成立範囲は相当程度限定されることになるように思われる。ここで注意を要するのは、未遂犯に対する幫助犯は、——未遂規定と共犯規定の複合形態によって導出される共犯未遂の特殊な形式と理解するのでなければ⁵⁹⁵——共犯既遂であるという点である。つまり、未遂犯に対する幫助犯は、共犯行為に加えて構成要件該当結果が実現される現実的危険の創出・増加があることのみによ

⁵⁹³ 西貝・前掲注 564)105 頁参照。

⁵⁹⁴ *Osnabrügge*, a. a. O. (Anm. 145), S.232 ff.

⁵⁹⁵ 高橋・前掲注 13)187 頁参照。

って成立が認められるわけではなく、結果発生を除く構成要件該当事実が実現されることが共犯既遂結果として必要となる。そのため、援助者の(加重)処罰を根拠付ける事実については厳密な意味において援助行為によって惹起されなければならないとすれば、正犯の各構成要件該当事実の少なくとも一部分を惹起したことも必要になるだろう。そうすると、正犯所為が実現される蓋然性を高めるために警報装置の電源を落とす、あるいは見張りをするといったような支援を行ったが、正犯者はそれに気が付いていなかったというような場合には、正犯行為の一部を惹起したものとは言えない以上、未遂犯に対する幫助犯の成立も否定されることになる。もちろん、このような理解を採用すれば、「ある正犯行為に対する関与のために未遂犯に対する幫助犯が成立するにもかかわらず、その正犯行為から生じた既遂結果との間の法的因果関係が否定される」という事態を回避すること自体は可能である。

2. 検討

結果変更説を一貫させる場合には、幫助犯として可罰的であることが共有されている典型的な事案の多くが不可罰とならざるを得ない。可罰的な幫助犯の範囲を従来よりも相当程度限定する帰結に至ることそれ自体に問題があるわけではないとしても、帰結の妥当性という観点で相応の説明が必要となるように思われる。実際のところ、ここまでの検討を踏まえると、本論文において結果変更説に位置付けられた学説の多くは、結果変更を要求することによって過度に成立範囲が限定される帰結を回避するために一定の修正を行っていたように思われる。

第一に、幫助犯はその性質上、正犯者による所為遂行を前提とした判断を行わなければ正犯所為の妨害を処罰することに至ってしまうにもかかわらず、それを無視して仮定的因果経過の考慮を全面的に否定するという方法である。単独正犯の場合と同様に仮定的因果経過は考慮されてはならないという説明は一見すると説得的なものであるが、既に確認されたように、幫助犯は専ら正犯者の遂行行為に依存して所為が実現されることを無視するものと言える。T1がOを殺害しようとしているとき、T2が一つの行為でT1を排除し、同時に――T1がOを殺害していただろう時点よりも遅い時点で――Oを殺害したという単独正犯の事例と、GがT1に何らかの作用を及ぼすことでOが殺害される時点を遅延させたという幫助犯の事例を同様に理解することはできない⁵⁹⁶。このような修正は、かえって処罰範囲の不当な拡張を招くものである。

第二に、他の帰属基準を導入するという方法である。Samsonは幫助犯の性質を無視した引受原理の転用によって、第一の点で述べたような可罰的範囲の拡張に直面しながらも、妨

⁵⁹⁶ 既に確認されたように、そのような単独正犯の事例とパラレルに考えるのであれば、援助行為を代替するような他人の行為を仮定することが禁止されるに過ぎない。

害事例を排除するための「負担の軽減」メルクマールの導入によって、結局のところ結果発生強化・早期化に基づく帰属と並んで、負担の軽減に基づく帰属を認めるに等しい帰結に至る。Osnabrügge は、厳格な結果因果性の基準を採用することによって——現実化している代替原因を出発点とする仮定的因果経過の考慮に基づいて不利益変更を否定すべき場合を別とすれば——幫助犯の成立範囲を一旦は著しく限定する見解に至りながらも、蓋然性法則に基づく結果帰属を肯定するに至る。修正原理を導入する根拠は心理領域における法則性の不存在に求められており、心理的幫助犯の事例と並んで人の行為による妨害からの防御の事例を想定した上で、そのような典型的に幫助犯として理解されている事例について幫助犯の成立を認めない不都合性を回避する必要から付加的な帰属基準を正面から認めるというものであった。

第三に、未遂犯に対する幫助犯については正犯行為の惹起を厳密な意味では要求しないという方法である。Baunack の見解は、既遂犯に対する幫助犯については援助行為と正犯結果の間の合法則的条件関係を要求しながらも、未遂犯に対する幫助犯については所為遂行の周辺事情との間の合法則的条件関係を要求するに留めることによって、帰結において可罰的範囲の過度な限定の回避を可能にしていた。しかし、既に確認されたように、「結果発生があって初めてより重く処罰される以上は、結果発生と援助行為の間の合法則的条件関係が必要である」という前提を強固に維持するのであれば、未遂犯に対する幫助犯について所為遂行の周辺事情の惹起で足りるという見解は採れないものと思われる。

第四に、「結果発生早期化」というメルクマールを結果変更の一般的な定義の中に取り入れる方法である。これによって、所為実現の蓋然性を高める典型的な事例の一類型を取り込むことができ、見かけ上の帰結の妥当性が高まることになる。しかし、それは根拠があるものではなく、またアンバランスな帰結に至るものであった。

第五に、第 6 章において改めて取り上げるが、物理的幫助犯については成立範囲を限定しながら、心理的幫助犯の成立要件を緩和するという方法である。松原芳博は心理的幫助犯の成立要件は物理的幫助犯の成立要件よりも緩和されることを正面から肯定する見解を支持する。しかし、当罰的と思われる幫助犯の事例を、心理的幫助犯をいわば受け皿的構成要件として用いることで捕捉することには、従来から強い批判が見られる。

以上のような点を踏まえると、結果変更説を一貫させることは困難であり、支持すべき根拠は見い出せない。

第6節 小括

結果変更説を支持することはできず、幫助犯の因果関係の内容として、厳格な意味において「正犯結果を惹起した」ことを要求すべきではない。幫助犯の法的因果関係の判断においては一定の範囲で仮定的因果経過を考慮しなければならないところ、結果変更を要求すれば既遂犯に対する幫助犯が成立する範囲は過度に限定されてしまうからである。これに対して、仮定的因果経過を全面的に考慮しない⁵⁹⁷とすれば、素朴に見れば正犯所為の実現を妨害し、結果を減少させているような事案においても幫助犯の成立を肯定することに至る。それは、結果をあくまで構成要件該当結果の範囲に留めながらも完全に具体化する具体化型等価説からの素直な帰結であるが、法的に有意味な結果の変更を要求する見解とは評価できない。

もっとも、そのような事実的因果関係の存在のみによって最終的な法的因果関係を肯定するわけではなく、それに加えて危険増加を要求する見解も想定し得る。そのような見解においては、危険増加の内実に加えて、結果に至った侵害経過の一部を構成することの意義と当否が問われることになるだろう。この問題については、次章において検討の対象とされる。

次章で検討の前提とする本章の成果を確認すると以下のようなものである。

- (1) 因果関係とは、それが要求される事実間の必要条件関係でなければならない、その意義は *conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と合法則的条件関係説で異なるものではない。
- (2) 幫助犯において法的因果関係の有無を判断するためには、現実化している代替原因を考慮した上で、それを起点とする仮定的因果経過との比較を行う必要がある。
- (3) 法的に重要な結果の変更と援助行為の間に条件関係を要求する結果変更説は支持できない。

⁵⁹⁷ ここには、法益状況の不利益変更を説明する因果仮説の構成要素である限り、法益状況の改善を説明する因果仮説の構成要素としても位置付けられるような事実について、後者の因果仮説が真であることを理由とした結果帰属の否定を行わない見解も含まれる。

第5章 危険増加的因果関係説の検討

第1節 はじめに

危険増加的因果関係説は、援助行為によって正犯所為の危険が増加し、その危険が結果に現実化したときに既遂犯に対する幫助犯を肯定し、正犯所為の危険を増加させたものの正犯所為が既遂に達しなかった場合や、正犯所為は既遂に達したものの援助行為の増加させた危険が結果に実現しなかったという場合には未遂犯に対する幫助犯のみを肯定する。これに対して、正犯所為の危険増加が生じなかった場合には、幫助未遂として不可罰となる。危険(Gefahr)ないしリスク(Risiko)⁵⁹⁸という表現に代わって促進(Fördern)⁵⁹⁹、容易化(Erleichterung)⁶⁰⁰、蓋然性(Wahrscheinlichkeit)⁶⁰¹、チャンス(Chance)⁶⁰²などと表現される場合でも、正犯所為の危険増加に還元することができる限りで、本質的に異なることを述べるものではないだろう⁶⁰³。そのような大枠の共有があるにもかかわらず、どのような場合に因果関係が認められるのか、すなわち、どのような場合に正犯所為の危険の増加が認められ、どのような場合にその危険の実現が認められるのかについては、なお不明瞭なままである⁶⁰⁴。

その背景には、結局のところ判断枠組みの大枠において争いが無い一方で、実践的な意義の大きい問題は中立的行為の問題であるという理解があったようにも思われる。しかし、中立的行為が問題となる典型的な類型の一部では、「正犯所為の遂行を実際に促進したのかどうか」が明確ではない以上、危険増加論が限定基準として適切なものであるかどうか、検証されなければならないし、「更なる精緻化の必要がある」⁶⁰⁵ことは疑いない。中立的行為の事例を解決するための基準が法的因果関係ないし結果帰属の基準にどこまで影響を与えるのかという問題は本論文の射程を超えるものであるが、ひとまずそれを捨象した上で具

⁵⁹⁸ *Kindhäuser*, a. a. O. (Anm. 460), S.487 は、リスク(Risiko)と危険(Gefahr)をほぼ同じ意味の言葉と理解しているようである。

⁵⁹⁹ vgl. *Renzikowski*, a. a. O. (Anm. 410), § 52 Beihilfe Rn.17(S.587).

⁶⁰⁰ vgl. *Samson*, a. a. O. (Anm. 243), S.178.

⁶⁰¹ 島田・前掲注 177)362 頁参照。

⁶⁰² vgl. *Roxin*, a. a. O. (Anm. 150), S.509.

⁶⁰³ ただし、「容易化」が現実の負担軽減のみを意味するのであれば、物理的因果性が前提となるため、やや異なる意味を持つことになるかもしれない。

⁶⁰⁴ たとえば、因果的危険増加論の主たる支持者である Roxin について、「どのような方法によって危険増加の発生が個別に示されることになるのか、という問いについての詳細な論述をしない」という指摘(*Baunack*, a. a. O. (Anm. 346), S.79)が見られる。

⁶⁰⁵ *Baun*, a. a. O. (Anm. 8), S.106. 中立的行為の問題を念頭に置いたものであるが、「正犯所為の遂行を実際に促進したのかどうか」が明確ではない場合の問題は、中立的行為として想定されるような事例の場合に限らない。

体的な帰属基準を示すことが必要だろう。

それでは、結果変更説を支持できないという前提の下で、援助行為と正犯所為の間にどのような関係を要求することができるだろうか。

共犯の処罰根拠論を正犯不法への共働を通じた保護法益への攻撃に求める二元的不法惹起説ないし従属的法益攻撃説によると、共犯を処罰する究極的な根拠は法益侵害の阻止にあり、そのために正犯不法への共働とそれを通じた保護法益への攻撃を禁止することが正当化され得ることになる。もっとも、処罰根拠論からは究極的な処罰の根拠と、その目的を達成するために禁止されるに値する行為の輪郭が与えられるだけであり、実際にどのような事態が生じた場合に刑罰を用いることが正当化されるのかという問題への解答が直ちに得られるわけではない。その問題への答えを得るためには、幫助犯という犯罪類型の性質を踏まえる必要がある。

幫助犯は、所為の遂行を決意し、自ら実行しようとする正犯者の存在を前提とした犯罪類型である。そのため、違法な攻撃から法益を保護するためには正犯者が行為規範を遵守すればそれで足りる場合が想定されている。そうすると、幫助犯の処罰によって抑止すべき状況は、所為を遂行する正犯者の存在を前提として、その他の者が関与することによって、正犯所為が可能となることだけでなく、より危険なものになることも含まれると考えるべきである。正犯所為実現のため不可欠の寄与を行う場合が幫助犯に含まれるとしても、そのような場合のみを幫助犯として抑止すべき根拠は見い出されない。日高義博は、援助者が提供したピストルを用いて正犯者が被害者を殺害したという事例について、「ピストルの提供という幫助行為と、正犯によって惹起された人の死亡という結果の間の因果関係を問題にして、そこから直接に幫助の因果性を立証しようとする自体がすでに無理である」⁶⁰⁶と述べていたが、周辺の犯罪類型としての幫助犯の性質を示唆するものと言えるだろう。

このような理解に対しては、共犯の処罰根拠論としての「惹起説」は、各則の構成要件で規定された法益侵害の抑止という究極的な根拠のみを内容とするものではなく、実際に法益侵害をもたらした場合にのみ処罰が正当化されることを述べるものである、という理解があり得る。惹起説が共犯の処罰根拠論である以上、幫助犯の成立要件として厳格に正犯結果を惹起したという意味での因果関係が必要であることを述べる見解は、そのような理解に立つものと言えるだろう。しかし、既に確認されたように、惹起説の意義は正犯構成要件で保護される法益の保護が共犯処罰の目的であることを明らかにする点にあり、成立要件上の「惹起」の意義は因果関係論に委ねられたものであった。日本の学説においても、たとえば山口厚が「正犯による犯行を促進することは、法益侵害の抑止という刑法の法益保護目的に反することは明らか」⁶⁰⁷と述べるときには、「法益侵害の抑止という刑法の法益保護目的」

⁶⁰⁶ 日高・前掲注 169)341 頁。

⁶⁰⁷ 山口・前掲注 15)255 頁。

という究極的な処罰根拠の次元と、実際に「犯行を促進する」場合に処罰を正当化するという意味での処罰根拠の次元が区別されていると評価できる。

そうすると、正犯所為が実現される危険の増加に焦点を合わせる危険増加的因果関係説は、共犯処罰の根拠と幫助犯の実質に合致するものであり、理論的な根拠を持つものと言えるだろう。もっとも、本章の冒頭で言及されたように、その判断枠組みが十分に具体化されているとは言い難い。その背景には、「危険増加」という概念の不明確性はもちろんであるが、結果変更という要求の放棄と事実的因果関係概念の希薄化によって、事実的な意味においてどのような事態を惹起しなければならないのかが不明確になっているという点が指摘されなければならない。幫助犯における結果帰属ないし法的因果関係の判断も、一般の結果帰属論と同様に、事実的な因果関係の判断と規範的な客観的帰属の判断を通じて二段階で行う見解がドイツの学説における多数説であった。日本の学説においても、事実的因果関係と法的因果関係を区別し、その二段階で判断を行う見解がしばしば見られる。また、前章において確認されたように、一見すると結果変更を要求する学説の一部は、その実質において結果に至った事実的な侵害経過の一部を構成することを不可欠の要請とする趣旨の見解であった。

したがって、危険増加的因果関係説について具体的な検討を進めていくにあたっては、最初に幫助犯における事実的因果関係の問題を検討し、それと危険増加の関係を明らかにする必要があるように思われる。そこで、最初に第 2 節において事実的因果関係の問題について検討した上で、第 3 節において危険増加の意義、第 4 節において危険実現の意義について検討を行うこととする。

第2節 事実的因果関係としての条件関係

1. 侵害経過の一部を構成することの要否

ドイツにおける多数説によると、幫助犯においてもその客観的成立要件として事実的因果関係が要求される一方で、その内容はかなり希薄なものとなっていた。そのため、多数説は、現実の因果経過から援助行為を取り除いた残存因果経過において、全く同様に正犯所為が遂行されるような場合にも事実的因果関係を肯定するに至る。その典型例は、後に余計であることが分かった見張りの事例である。日本の学説は従来から非常に緩和された事実的因果関係概念を批判する一方で、それに代わる事実的因果関係の判断枠組みが共有されているわけではないように思われる⁶⁰⁸。

なお、この事例における幫助犯の成否は、事実的因果関係の問題の他にも、危険判断の基準時や、(既遂犯に対する幫助犯について)増加させられた危険のまさにその部分が実際に結果に実現することの要否といったような別の問題における立場にも依存する。ここではひとまず、事実的な意味での因果関係の要否という観点に絞って検討を行うこととする。

1-1. 学説

[事例 18：見張り事例①]

Tは、Oの管理する倉庫に忍び込んで、中の商品を窃取するつもりである。その計画を聞かされたGは、Tが犯行に失敗しないか不安になった。そこで、Gは、仮にTの犯行を妨害するおそれのあるような人や物が現れたときには、それを自ら排除するとともに、それをTに伝えることで妨害を免れる行動をとってもらうために、犯行現場の近くで周囲に注意を払うという見張り行為を行うこととした。Gは、Tに気付かれることなく、Tが犯行を行う予定の倉庫の近くまで行き、予定していた見張り行為を行った。結果的に、Tの窃盗を妨害するおそれのある者が倉庫の近くに現れることはなく、Tは無事に窃盗を完遂した。

この事例については、①既遂結果との間の事実的因果関係が認められることを前提として、既遂犯に対する幫助犯を肯定する見解、②既遂結果との間の事実的因果関係が認められないことに基づいて、未遂犯に対する幫助犯のみを認める見解、③事実的因果関係が認められないために不可罰の幫助未遂とする見解が見られる。

⁶⁰⁸ 後述するように、一定の場合には「物理的因果性がない」として幫助犯の成立を否定することを述べる見解が多く見られる一方で、どのような場合に「物理的因果性がある」のかについて明示的に述べる見解はほとんど見られない。

①説の代表的な論者である Roxin は、「見張りによって守られた窃盗は、『保護されていない』窃盗とは異なる遂行方法である」⁶⁰⁹という説明、あるいは「二人の人間(奪取者と見張り)による窃盗は、単独で遂行された所為とはいづらか異なったものであり、二人の関与者を通じてともに惹起されている(mit verursacht)ことは自明である」⁶¹⁰という説明によって、事実的因果関係を肯定する⁶¹¹。この見解は、一般的な帰属論における相当に具体化された結果概念によって基礎づけられている⁶¹²。

これに対して、同じく①説を支持する論者においても、Roxin のような結果の定義の操作は恣意的なもので無意味なものであるとの批判が見られる。たとえば、Murmman は、Roxin による結果の定義は「問題の解決を意味しない」と批判する⁶¹³。Murmman によれば、「その危険増加的な要素が外形的に修正的に正犯所為に析出するような寄与を援助者が行った場合」⁶¹⁴だけでなく、「共犯行為が正犯所為を外形的に修正しておらず、初めて可能にしたわけでもない」場合にも幫助犯の成立が認められるべきである⁶¹⁵。ここでは Roxin が正犯所為を「二人の関与者による窃盗」として理解することによって、あくまで正犯所為経過との事実的因果関係を維持しようとしたのとは異なって、正犯所為経過との間の事実的因果関係の要求が既に放棄されていることが注目し得る。Baun も、結果の定義の操作によってではなく、幫助犯にとって固有の結節点との事実的因果関係を要求することで、この問題を解決しようとする。すなわち、「援助行為と正犯所為行為の因果的結びつきが前提である」として⁶¹⁶、正犯行為の促進・可能化・容易化を失わせることなしに援助行為を取り去って考えることができない場合には既に因果的であるとする⁶¹⁷。さらに、「援助行為と正犯結果の間の因果関係の放棄」を支持し⁶¹⁸、援助行為と正犯行為の間に上記のような意味での因果関係が認められ、その正犯行為から正犯結果が実現された場合には、「援助者の寄与に帰する(auf den Gehilfenbeitrag zurückzuführen)」ことが認められなければならないと述べる⁶¹⁹。

②説の支持者である Baunack は、「見張りに立つことと窃盗結果の間には因果連関が存在しないために、既遂犯の帰属は否定される」が、「所為行為の安全化に役立つ見張りは構成

⁶⁰⁹ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.511.

⁶¹⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.8(S.161).

⁶¹¹ これを支持するものとして、Schünemann, a. a. O. (Anm. 107), § 27 Rn.9(S.2033); Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.632-633 など。

⁶¹² Roxin, a. a. O. (Anm. 323), § 11 Rn.21(S.359).

⁶¹³ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.551.

⁶¹⁴ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.551.

⁶¹⁵ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.551.

⁶¹⁶ Baun, a. a. O. (Anm. 8), S.100.

⁶¹⁷ Baun, a. a. O. (Anm. 8), S.101.

⁶¹⁸ Baun, a. a. O. (Anm. 8), S.101.

⁶¹⁹ Baun, a. a. O. (Anm. 8), S.101.

要件的に意味のある遂行状況の付随的事情であるために、所為遂行に関しては因果性が肯定され得る」という理由から、未遂犯に対する幫助犯の成立を肯定する⁶²⁰。照沼亮介も、事実に因果関係を強調する趣旨であるかどうかは必ずしも明らかではないが、「(少なくとも物理的な意味においては)既遂結果への危険実現が認められず因果性が切断される」としながらも、「正犯の実行行為との関連においては、見張り行為は窃盗の実行に役立つ構成要件的に重要な事情の変更であるために、『正犯所為による結果実現の危険性』を増大させたことが認められ、未遂結果に対する因果性は肯定される」と述べる⁶²¹。これらの見解の特徴は、未遂犯に対する幫助犯の成否が問題となる場合には、正犯所為経過に影響を与えることのない事実であっても、構成要件的に有意味な事情といえる限りは事実に因果関係の結節点たり得ることを肯定し、他方で既遂犯に対する幫助犯の成否が問題となる場合には、援助行為が実際に正犯所為経過に物理的作用を与えることを通じて結果への作用を及ぼすことを要求するために、事実に侵害経過に影響を与えなかった場合には事実に因果関係を否する点である。

③説の支持者である Samson は、「侵入に際して見張りに立つことは、妨害が迫ることがなかったため見張りが介入する必要がなかったという場合には、いずれにせよ奪取行為に対して原因的なものとはみなされ得ない」⁶²²として事実に因果関係を否定し、未遂犯に対する幫助犯の成立を否定する⁶²³。多数説と同様の判断枠組みを採用する見解においても、たとえば Joecks は、正犯所為経過に影響を与えない場合に幫助既遂を認めるのは抽象的危険犯に至ると Roxin 説を批判しており⁶²⁴、事実に侵害経過に影響を与えることを可罰的な幫助既遂の前提としている。高橋則夫も「物理的幫助としての因果性はもはや肯定できない」として、可罰的幫助を肯定する Roxin 説を批判する⁶²⁵ところ、不可罰的幫助未遂という理解に立っているものと思われる。

1-2. 検討

正犯所為経過に対する物理的作用という意味での事実に因果関係を要求する根拠としては、どのようなものが考えられるだろうか。

⁶²⁰ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.91.

⁶²¹ 照沼・前掲注 13)201 頁。

⁶²² Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.52-53.

⁶²³ Samson によれば、「所為の安全化も典型的な幫助行為である」ものの、解釈論としては正犯所為の安全化に留まる限りでは幫助未遂として不可罰にしかなり得ず、可罰性を肯定するためには立法的解決が必要であるとされる(Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.209-210)。

⁶²⁴ Joecks, a. a. O. (Anm. 237), § 27 Rn.27(S.1107).

⁶²⁵ 高橋・前掲注 13)250 頁。

最初に、具体化型等価説に基づいて「正犯者にとっておよそどうでもよく、あるいはそれほどどころか妨害するような寄与も結果に対して原因的であり得る」ことを前提にしていた Samson⁶²⁶が、この事例では事実的因果関係を否定し、不可罰の帰結に至ることが注目に値する。Samson の見解において重視されているのは、幫助犯も他の事情とともに作用することによって結果へ至る因果連鎖に組み込まれなければならない⁶²⁷、「援助者が自ら結果発生的前提条件となる仕事の一部を提供しているという事実を通じて、援助者寄与への結果帰属が正当化される」という点⁶²⁸である。もちろん、Samson がまずもって結果帰属の基準として打ち立てた強化原理に依拠する場合には、すなわち結果変更を要求する場合には、このような事実的因果関係を要求することにも一定の意義があることは否定できない。構成要件該当結果として記述された事態に至る事実的な因果経過に対して物理的作用を及ぼし、あるいはそれに対する物理的作用を排除する行為のみが、そのような事態をもたらす得ることは疑いないからである。

しかし、幫助犯において結果変更を要求しない場合には、正犯所為経過に対して物理的作用を及ぼすこと（あるいは、それがなければ正犯所為経過に対して物理的作用を及ぼしていただく事実が存在すること）を要求すべき根拠は自明のものとは思われない。Samson は、幫助犯の成立が認められる場合として、正犯所為を可能にする場合や強化する場合の他にも、容易にする場合⁶²⁹、すなわち「正犯者の負担の軽減」⁶³⁰がある場合を挙げ、かつその場合に限定していた。確かに、結果変更とは別に、たとえば「正犯者の負担の軽減」を生じさせたことに基づいて幫助犯としての処罰を根拠付けることが可能なのであれば、上述したような物理的作用の必要性は説明可能であるかもしれない。正犯者の負担の軽減それ自体に固有の意義があるのであれば、それは正犯所為の経過に対する物理的作用がない限りは生じ得ないからである。しかし、Samson は「帰属の根拠(Grund)は、正犯者がしなければならぬ仕事より少なくなったことにあるわけではない」⁶³¹と述べており、そのような説明は Samson 自身によっても放棄されている。そして、結果変更を常に要求することができないことを出発点とすると、法益侵害の蓋然性を高める危険増加的な作用のうち、「正犯者の負担の軽減」のみが重視されるべき理由があるとも思われない。Samson 説において、正犯所為経過に対する物理的作用が要求される根拠は明らかではない。

⁶²⁶ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.20.

⁶²⁷ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.163.

⁶²⁸ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.178.

⁶²⁹ Erich Samson, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1975, § 27 Rn.10(S.221)では「容易にする(erleichtert)」とだけ述べる。本来的に負担の軽減を意味する単語なのであれば、日本語の「容易化する」はそれよりもやや広いニュアンスがあるように思われる。

⁶³⁰ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.177.

⁶³¹ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.178.

次に、幫助未遂と幫助既遂の区別基準として事実的因果関係が必要であるという理由付けが見られる。Joecks の見解⁶³²は、周辺事情に対する物理的作用では足りず、あくまで正犯所為経過の少なくとも一部に対する物理的作用を要求する趣旨のものと考えられる。もちろん、正犯所為経過に対して物理的作用を及ぼしたことそれ自体に幫助既遂としての意味付けをすることは可能である。しかし、ここでの問題は、なぜそれが要求されるべきなのかという点である。前提とされた幫助犯の犯罪構造の特殊性を踏まえると、一般的な帰属基準としての必要性を強調することのインパクトも大きいものではない。

そこで、制定法における幫助未遂と幫助既遂の区別を前提として、区別基準としての明確性という観点から事実的因果関係の要求を理由付けることが考えられる。つまり、行為としての定型性を欠き成立範囲が不明瞭な幫助犯において、正犯所為経過に対する物理的作用を要求することで成立範囲が明確になるという考え方である。確かに、援助行為が正犯所為経過に物理的作用を与えた場合のみを処罰することは、処罰が認められるようなプロセスに一定の限界付けを行うものであり、それは同時に禁止されるべき幫助行為の範囲にも一定の限界付けを行うものと言える。しかし、範囲の明確化に資するとしても、そのような方法で切り分けられた処罰範囲が妥当なものでなければ、区別基準としての魅力も失われるだろう。次のような事例を考える。

[事例 19：後に余計であることが分かった丈夫な手袋事例]

T は、S 宝石店に侵入し、宝石の入ったショーケースを素手で破壊して中の宝石を窃取する計画を立てている。その計画を聞いた G は、T が用意していた手袋 A が防御性能の低い市販のものであることに気が付いた。G は、T がガラスの破片などで怪我をして犯行を断念することなどが無いように、T に気が付かれることなく、見た目は同様であるが非常に防御性能の高い防刃用の丈夫な手袋 B と手袋 A を交換した。T はその手袋をはめた拳でショーケースを破壊し、円滑に窃盗を完遂した。その手袋がなかった場合に怪我をするなどして正犯所為が遅延させられ、あるいは断念していたらどうとは言えないことが分かった。

この事例においては、幫助行為を取り除いた残存因果経過は現実の正犯所為経過と合致すること、すなわち、援助行為がなかった場合にも、正犯所為は同様の経過で実現されていたことが前提とされる。そのため、正犯所為の事実的経過に対する作用方法という点では、後に余計であることが分かった見張りの事例と本質的に同一であり、いわば「後に余計であることが分かった丈夫な手袋」の事例である。他方で、正犯所為経過に物理的作用を及ぼしていることは否定し難い⁶³³。そうすると、正犯所為経過に対する物理的作用を事実的

⁶³² Joecks, a. a. O. (Anm. 237), § 27 Rn.27(S.1107).

⁶³³ これらの見解が、犯行状況に適している手段で現に用いられはしたが、どの程度の作用があったかは確認できなかったというようなものについて物理的因果性を認めるのかどうかは憶測に頼るしかないが、実際に怪我が防げたという

因果関係の内容として要求する見解からは、見張りの事例では事後的因果関係が否定される一方で、この手袋の事例では事後的因果関係を肯定することになるように思われる。しかし、これらの事例で結論を異にすべき理由があるとは思われない⁶³⁴。正犯所為経過に対する物理的な作用を要求することで、むしろ不合理な事例の区別に至る以上、区別基準としての明確性という長所も大きく減殺されることになる。周辺事情も含む非常に具体的な形での結果記述によって広く事後的因果関係を肯定する Mezger の見解が、一一基準としての不明確性という批判を受けながらも⁶³⁵—結局のところ多数説によって受け入れられるに至っているという事実は、同様の考慮によるものと思われる。

したがって、正犯所為経過に対して物理的作用を及ぼした(あるいは、物理的作用を阻害した)という意味での事後的因果関係を要求すべきではない。

2. 条件関係必要説再考

Roxin を始めとするドイツの多数説を前提とすると、結果が極めて具体的な形象において把握されることによって、少なくとも幫助犯において事後的因果関係を要求することの意義はそもそも乏しいようにも感じられる。日本の学説においても、それとは反対の方向と言えるかもしれないが、少なくとも幫助犯において通説は条件関係を不要としており、事後的因果関係に積極的な意義が見出されることはあまりない。

もっとも、条件関係を不要とする根拠としては、①正犯が犯行に出るか否かは支配不可能な問題である⁶³⁶、②たとえ結果を具体化したとしても心理的因果性の場合に因果関係を肯定できなくなる⁶³⁷といった点が挙げられるに留まる。①は「正犯結果」との間の条件関係を念頭に置いた指摘であり、結果変更説を否定することが述べられているに留まる。②についても、幫助犯においては、証明が不可能であるにもかかわらず因果関係を認めるべき場合がある、という主張を述べるものに過ぎない。いずれにせよ、正犯結果との間に条件関係を要求することができないとしても、それ以外の事実との間における条件関係を不要とすることを根拠づけるものではない。

そもそも、P が Q を事後的な意味において惹起したと言えるためには、P が Q の必要条件であるような関係が認められなければならない。既に確認されたように、これは *conditio*

ようなことの証明までは要求していないように思われる。少なくとも、「使用行為」を観念できるこの事例については、事後的因果関係を肯定するだろう。

⁶³⁴ 差異があり得るとすれば、それは「物理的に作用しているのだから、もしかするとそれがなければ結果が変わっていたかもしれない」という可能性ということになるかもしれない。この点については、危険判断のところで取り上げたい。

⁶³⁵ vgl. *Samson*, a. a. O. (Anm. 243), S.62-63.

⁶³⁶ 照沼・前掲注 13)195 頁、高橋・前掲注 37)496 頁、橋本正博『刑法総論』(新世社、2015)280 頁。

⁶³⁷ 山口・前掲注 15)252 頁。vgl. *Bernd Heinrich*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., 2019, Rn.1326(S.590-591).

sine qua non 公式を用いる条件関係説に固有の要求ではなく、合法則的条件関係説においても同様であり、両者の相違は必要条件関係の存否の確認が因果仮説上において要求されるのか否かに留まる。そして、そのような条件関係が刑法上の(法的)因果関係の前提として要求されるべき根拠は、一定の客観的・外部的な事態が生じたことに基づいて(加重)処罰が行われるのであれば、そのような事態を惹起したことが不可欠であると考えられているからだろう。条件関係を一切不要とすることは、客観的・外部的な事態の惹起が不要であることと同義であり、危険犯説に行き着くものである。

2-1. 危険犯説の検討

ドイツにおいては教唆未遂の規定との整合的な解釈から幫助未遂の不可罰性が明瞭であったため、制定法の枠組みに依拠して危険犯説を排斥することが可能であった。他方で、我が国の刑法の条文を一見する限りでは、必ずしも同様のことが言えるわけではない。刑法上の犯罪としては一定の行為が行われたことによる抽象的危険それ自体に着目する抽象的危険犯が存在するだけでなく、一般に学説において抽象的危険犯と解されている犯罪についても条文の文言上それが常に明確にされているとは言い難いのであるから⁶³⁸、幫助犯についても危険犯との理解が条文上およそあり得ないというわけではない。

共犯の処罰根拠論の議論からも、本論文における惹起説の理解を前提とするならば、危険犯説が直ちに排除されるわけではない。共犯の処罰根拠論から、正犯者の構成要件該当行為に共働することを通じて、その構成要件において保護された法益に対して攻撃を行わなければならないことが引き出されるとしても、幫助行為それ自体⁶³⁹につき正犯に対する共働と保護法益に対する攻撃を認めることがおよそ不可能というわけではないからである。学説においても、Murmann は、幫助未遂の時点で既に法的に保護される「承認関係」の侵害があるという理解に立ちながらも、制定法が幫助未遂を不可罰としていることを根拠として正犯所為における寄与の析出を要求しており⁶⁴⁰、ここでは幫助未遂の不可罰性の根拠はあくまで制定法に求められている。Murmann は危険犯説を支持するものではないが、Murmann の見解によれば、仮に幫助未遂の処罰規定がドイツ刑法に導入されたとしても、共犯の処罰根拠論との不整合が生じるわけではないということになると思われる。

Schaffstein や Salamon が繰り返し批判を浴びた梯子事例等における仮定的代替原因の考慮⁶⁴¹についても、両名が仮定的因果経過の考慮を肯定したに過ぎず、危険犯説に固有のものではない。実際、自説を具体的-抽象的危険犯説と称する Vogler は、仮定的因果経過の考慮

⁶³⁸ たとえば、名誉毀損罪がそうである。

⁶³⁹ もちろん、幫助行為をどのように定義するのかという問題を解決する必要がある。

⁶⁴⁰ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.549

⁶⁴¹ Schaffstein, a. a. O. (Anm. 257), S.182.

を否定していたのであった⁶⁴²。Voglerはその帰結の相違を「法益攻撃(Rechtsgutangriff)と法益侵害(Rechtsgutverletzung)を区別する考察方法の実践的作用」と説明する⁶⁴³が、Baunackの指摘⁶⁴⁴を既に確認したように、SchaffsteinやSalamonの見解との相違は、仮定の代替原因を考慮するかどうかという問題に対する態度の違いに還元されるだろう。

そして、当然ではあるが、因果関係の必要性の放棄に対する批判⁶⁴⁵も、そもそも事実的因果関係が要求されるべきかを問題とする場面では結論を述べるに過ぎない。

そこで、危険犯説を支持すべきではない根拠としては、まず、一般的に正犯者自身が予備行為を行う場合との均衡という体系的な根拠が挙げられる。Renzikowskiは以下のように述べていた。「援助者による犯罪予備が処罰されてしまうと、正犯所為者自身でさえ犯罪予備は原理的に不可罰であることに矛盾してしまう。正犯者は、自律的に法益侵害を決定しているためにより重い非難に値するのであるから、援助者について可罰的な行為の範囲を拡張することは、体系矛盾である」⁶⁴⁶。もちろん、危険犯説に基づく場合にも、正犯所為の実現を客観的成立要件として要求する限りで処罰時期が予備段階に前倒しされるというわけではないから、その意味においては他人予備を処罰することと完全に同視することはできない。

しかし、現実に行われた正犯所為との間の事実的な結びつきを放棄する場合には、実際に正犯所為が行われることによって処罰が可能になることの説明はおよそ不可能である。つまり、予備行為の抽象的危険性それ自体に基づいて処罰を行うのであれば、——正犯においてそうであるように——予備行為が行われた時点で可罰性が認められなければならない。危険犯説が予備罪に近接することは、危険犯説の支持者によっても正面から認められている。すなわち、「通常の予備罪の場合には、予備行為自体に犯罪性が備わっているものと解されているのであり、このことは従犯の場合にも妥当するべきもの」とされ、「従犯は、犯罪実現意思を持っている他人のためにする、いわゆる他人予備行為である点に、差異がある」と整理されることになる⁶⁴⁷。しかし、可罰的な幫助犯の関与対象となり得る正犯の構成要件の範囲は、正犯者が予備行為を行う場合に予備罪の規定があるかどうかという観点から限定されているわけではない。正犯において予備行為が処罰されていないのにもかかわらず、——正犯者の実行を処罰条件とするにせよ——他人が予備行為を行えば処罰されるという事態は著しく均衡を欠くだろう。

さらに、実質的な根拠としては、幫助犯はそもそも正犯者による所為遂行を前提とした犯罪類型であり、正犯者が所為を遂行する段階に至って初めて保護法益に対する危険が具体的に生じ、援助行為はそれに対する関与により危険を増大させるという方法でのみ保護法

⁶⁴² Vogler, a. a. O. (Anm. 78), S.312.

⁶⁴³ Vogler, a. a. O. (Anm. 78), S.312.

⁶⁴⁴ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.68.

⁶⁴⁵ Schünemann, a. a. O. (Anm. 107), § 27 Rn.34(S.2046).

⁶⁴⁶ Renzikowski, a. a. O. (Anm. 284), S.133.

⁶⁴⁷ 野村・前掲注 162)425頁。

益を脅かすことができるという点が無視し得ない。処罰に値する危険を認める時点を前倒しにする特段の根拠がない限りは、その段階に至って初めて可罰性を肯定すべきであり、そこに至る前の段階においては自ら危険を除去することによって罪責を免れることも可能であるべきだろう。幫助行為それ自体の危険性に着目して独立して処罰を行うことが原理的にあり得ないわけではないとしても、少なくとも、ほぼ全ての犯罪について成立し得る総則上の幫助犯について、一般的に妥当し得るような説明をすることは不可能である。また、危険犯説を採用する場合にはその時点における高度の危険性を強調すべきであるが、そのような説明はおよそ不可能であり、しかも、そのような説明が可能な場合には、正犯実行を待たなければ可罰性が肯定できないという点は、むしろ「介入が遅すぎる」ものとも思われる。

したがって、やはり危険犯説を支持することはできない。正犯所為の経過に物理的作用を及ぼすことが不要であるとしても、正犯行為に共働し、その危険を増加させていると評価できるような客観的な事態を惹起しなければならない。

2-2. 幫助犯における因果関係の二重構造

幫助犯においても正犯所為に関連付けられた一定の客観的な事態を生じさせることが前提とされなければならない。既に確認されたように、それは結果変更ではあり得ないし、正犯所為経過の一部に対する物理的作用でもあり得ない。他方で、現実遂行されている正犯所為と一定の関連を持つものでなければならない。つまり、援助行為と正犯所為経過の間に自然法則によって説明可能な事実的繋がりを要求することができないとしても⁶⁴⁸、正犯所為との結びつきによって刑法的に否定的な評価が与えられるような一定の客観的事実を惹起する必要がある。そこで、条件関係の結節点として要求されるべき事態は、正犯所為の遂行時点における、正犯所為の危険増加を基礎づける事実の存在である。つまり、援助行為と、正犯所為の時点で存在する正犯所為の危険増加を基礎づける事実の間に条件関係が必要となる。

これは、従来の学説が述べてきたことと大きく異なることを述べるものではなく、当然の前提とされていたものかもしれない。Puppe は、幫助犯においては「正犯所為の構成要件該当結果それ自体に対しては既に因果的ではない場合に、援助者がそれに対して因果的にならなければならないような、何らかの促進結果を示さなければならない」ことを指摘していた⁶⁴⁹。Satzger も、危険犯説の出発点には正しい思想が含まれていると指摘して、「正犯所為結果の前に中間結果が置かれる必要がある」、「共犯者は自ら直接的に——いわば正犯的に

⁶⁴⁸ *Murmann*, a. a. O. (Anm. 21), S.549 が「幫助行為を、自然主義的に理解される具体的な正犯所為の惹起 (naturalistisch verstandenen Verursachung der konkreten Haupttat) と同一視することは誤りである」とするのは、その趣旨と思われる。

⁶⁴⁹ *Puppe*, a. a. O. (Anm. 404), § 26 Rn.4(S.328).

——それらの中間結果を惹起しなければならない」と述べていた⁶⁵⁰。小林憲太郎も、「正犯行為の段階で、彼／彼女が当該共犯の関与なしに作出したであろうよりも犯行促進的な状況が生じていること」が独立の「中間結果」として要求される⁶⁵¹ことを述べていた。前述された「結局のところ、正犯所為行為の促進、可能化、容易化がなくなることなしには援助行為を取り去って考えられ得ない場合には、援助行為は因果的である」という Baun の指摘⁶⁵²や、「幫助犯は正犯所為遂行における被害者の状況の悪化に対して因果的とならなければならない」という Murmann の指摘⁶⁵³も同趣旨だろう。

ここで確認されるべき最も重要な点は、援助行為とそのような中間結果の間に要求される関係と、そのような中間結果と正犯所為の間に要求される関係は、その性質を異にするという点である。まず、援助行為と中間結果、すなわち正犯所為の遂行時点において正犯所為の危険増加を基礎づける事実の間には、自然法則的に説明が可能であるような事実的繋がり⁶⁵⁴としての因果関係、すなわち条件関係が要求される。他方で、そのような中間結果にあたる事実が正犯所為に対して及ぼす危険増加的作用には、そのような事実的繋がりが必要とされるわけではない。

もちろん、前述した論者の言及全てがそのことを含意しているとまでは言えない。たとえば、Satzger が中間結果について「自ら直接的に、いわば正犯的に」惹起する必要があると述べるのは、自己答責的な正犯者が介在することを重視したものの⁶⁵⁵である。そのため、Satzger は教唆犯も含めてこのことを論じるが、ここで述べられた私見は、純粋に事実的な意味において正犯所為経過に物理的作用を及ぼすことを要求できない幫助犯に特有のものである。また、Murmann が「被害者の状況の悪化」を要求するのは、Murmann は正犯者を介した「誰もが他人を自由かつ平等な存在として承認するという法的関係」（承認関係（Anerkennungsverhältnis））の侵害それ自体を幫助犯の不法内容とみなし⁶⁵⁶、「幫助未遂もその法的関係の侵害である」としながらも、幫助未遂が制定法上不可罰とされているために、寄与が「正犯所為において析出しなければならない」からである⁶⁵⁷。また、Murmann や Baun はあくまでそのような効果の発生を要求していただいただけであると思われる。これに対して、私見においては、当該事実の持つ危険増加的作用自体は法的・規範的な評価が必要であるとしても、当該事実と援助行為の間関係はあくまで事実的な因果関係として要求されなければならない点が強調される。

⁶⁵⁰ Satzger, a. a. O. (Anm. 82), S.517. また、Wessels/Beulke/Satzger, a. a. O. (Anm. 80), Rn.818 を参照。

⁶⁵¹ 小林・前掲注 445)44 頁。

⁶⁵² Baun, a. a. O. (Anm. 8), S.101.

⁶⁵³ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.550.

⁶⁵⁴ もっとも、後述するように、心理的因果性の領域では自然法則への包摂という方法によって事実的因果関係を確認することには困難がある。

⁶⁵⁵ Satzger, a. a. O. (Anm. 82), S.517.

⁶⁵⁶ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.549.

⁶⁵⁷ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.549.

その点で、Puppe の指摘は私見に近いものである。また、Osnabrügge が、厳格な意味において理解された「結果因果性(Erfolgskausalität)」に基づく帰属に加えて、「蓋然性法則に基づく帰属(Zurechnung nach Wahrscheinlichkeitsgesetzen)」を許容した点も、私見でいうところの後者の関係に着目したものと評価できる。ただし、これらの見解との相違も確認されなければならない。そもそも、Puppe や Osnabrügge は、援助行為と正犯結果との間の合法則的条件関係を「幫助犯を肯定するために常に十分なものである」⁶⁵⁸とみていたのであった。しかし、前章の検討において確認されたように、Osnabrügge の見解は代替原因がある事例においてかえって不当に処罰範囲を拡張するものであり、仮定的因果経過を考慮しないのであれば、結果との間の合法則的条件関係があることは幫助犯において法的因果関係を認めるために十分なものではない。

3. 小括

結果変更を要求することができないという前章までの検討を踏まえると、幫助犯において正犯所為経過に対する物理的作用を要求することはできない。他方で、正犯者における予備行為の規律との均衡という観点と、援助行為時点における危険の抽象性から、危険犯説が排斥されなければならない。そこで、正犯所為時点において存在する事実の惹起を通じて、正犯所為へ危険増加的作用を及ぼすことが要求されるべきである。つまり、正犯所為遂行時点において存在する正犯所為の危険増加を基礎づける事実の発生が中間結果として幫助犯の成立要件に組み込まれ、援助行為と中間結果の間には、事実的因果関係、すなわち必要条件関係が認められなければならない。他方で、そのような中間結果に該当する事実と正犯所為の間に要求されるのは危険増加的作用を及ぼす関係に留まり、事実的因果関係を要求することはできない。

このような私見は、その大枠において多数説と異なることを主張するものではないと思われる。ドイツの学説においては、既に結果の具体化を通じて因果関係の意義が希薄なものとなる一方で、寄与の正犯所為への析出が要求されるという点についておおむね一致が見られる。日本の学説においても、結果変更説に位置付けられる見解を除けば、正犯結果との間の条件関係を要求すべきではないことが述べられる他には事実的因果関係が問題とされることはほとんどない一方で、正犯所為時点における危険増加的作用の発生が要求されてきた。

しかし、それらの概念同士の関係は従来明確にされてこなかったように思われる。正犯結果との間の条件関係の要求を不要なものとするを通じて事実的因果関係の問題がほとんど無視される一方で、正犯所為の遂行経過に物理的作用を及ぼさなかった事例が問題と

⁶⁵⁸ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.160.

なるや、根拠が不明確な「物理的な意味での因果性」が帰結を左右するという事態は、学説においてしばしば見られることであった⁶⁵⁹。このような混乱の背景には、異なる性質を持つ事実的因果関係と危険増加的作用関係を「促進関係」という一つの概念で整理することによって、両者の相違が覆い隠されていたという事情があると考えられる。私見の意義は、事実的因果関係が認められるべき範囲を明確に示すことで、事実的因果関係の有無という問題と危険増加的作用の有無という問題が理論的に区別されるべきことを示すことにある。もちろん、条件関係の結節点となるべき事実が危険増加的作用を持つものでなければならないことから、特にドイツの学説で多く見られる「前提としての事実的因果関係」という位置付けを採用することは不可能になる。危険増加的な関係がどのような場合に認められるのかという判断をすることなしには、事実的因果関係が認められるべき範囲も明らかにされないからである。しかし、既にドイツの学説が因果経過の完全な具体化に至った背景には、正犯所為に対して危険増加的作用をもたらし得るような事実を一般的・類型的に記述することができないという事情があったように思われる。私見は、その特殊性を無視して一旦は完全に具体的な事実の記述を行うことを選ぶのではなく、それを直視するものに過ぎない。

⁶⁵⁹ たとえば、高橋・前掲注13)250頁。

第3節 危険増加の判断基準

1. 危険増加の意義

ここで問題とされる危険は、共犯者との関係においても保護された法益に対する正犯所為の危険であり、それには正犯所為が現実実現する不法の程度そのものだけでなく、その実現の蓋然性が含まれる。一般的に、そのような危険の増加の例として、「可能化(Ermöglichen)」、「強化(Intensivierung)」、「早期化(Beschleunigung)」、「確実化/安全化(Sicherung)」、「容易化(Erleichterung)」ないし「負担減少(Verringerung der Leistung)」、などが挙げられる⁶⁶⁰。もちろん、これは例示であり、どのような場合に危険が増加し得るかということ大まかに示す以上の意味はないとも思われるが、その内容について簡単に確認しておきたい。

まず、援助行為がなければ正犯所為の実現がおよそ不可能だったというような場合において、援助行為が行われたことによって正犯所為の実現を「可能化」した場合に危険増加が認められることは問題がない。結果を増大させるという意味において「強化」する場合も、その結果の量的一部分については「可能化」したと言えるだろうから、同様である。また、正犯行為の態様をより強力なものにするという場合にも、「強化」したとして危険増加が認められる⁶⁶¹。既に述べたように、結果発生時点を「早期化」することそれ自体には一般に意味があるわけではないが、所為遂行に要する時間を短縮することによって発覚・妨害されるリスクが軽減されることは十分に考えられるところ、そのような場合には危険増加が肯定できるだろう。「確実化/安全化」は、まさにそのような場合を述べるものであり、正犯所為の実現が妨げられるリスクを減少させることによって正犯所為が実現される蓋然性を高める場合には危険増加が認められる。関与が禁止される対象はあくまで正犯の構成要件該当事実の実現過程であるから、正犯所為の終了後に現場から離れるのを手伝う行為や、訴追から免れられるように証拠を隠滅する行為は、「正犯所為」の危険増加とは評価できない⁶⁶²。「容易化」ないし「負担軽減」については、正犯者にとっての負担が軽減されたことそれ自体は重要ではない。あくまで、正犯者にとっての負担が軽減されることによって、より集中して取り組むことができることや、途中で断念しなくなることで、正犯所為が実現される蓋然性が高まる必要がある。

⁶⁶⁰ vgl. *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 85), S.694; *Roxin*, a. a. O. (Anm. 150), S.510.

⁶⁶¹ これは危険増加という観点から「強化」という用語を理解するからであり、たとえばSamsonの「強化原理に基づく帰属」においては、「結果の強度」のみが問題とされている(vgl. *Samson*, a. a. O. (Anm. 243), S.179)。

⁶⁶² いわゆる「事後従犯」である。なお、そのような行為を事前に約束することによって正犯者の所為遂行に向けた意欲を強化する場合はあり得るが、別の問題である。

もちろん、上記のような確認は、危険増加がどのような場合に認められることが考えられるかというイメージを掴むことに役立つものであるとしても、個々の事例における危険増加の具体的な判断基準を提供するものではない。ここで確認されるべきことは、種々の定式化・類型化ではなく、正犯者が所為を実現する能力を高めることで、正犯行為の危険を高めたとと言えるかどうかが決定的に重要な問題であるということである。

2. 危険増加の基準時の問題

事後的に見れば、あるいは、あらゆる客観的な事情を考慮したときに、正犯所為の実現に全く役立たなかったような行為について、幫助犯の成立は認められるだろうか。議論の前提として、幫助犯における危険増加判断の位置づけを踏まえなければならない。危険増加を基礎づける事実と正犯所為経過との間の危険増加的作用関係は、自然法則的に説明可能な事実的繋がりが要求されるような関係ではない。したがって、客体に対して物理的作用を全く及ぼしていない場合にも、危険増加が認められる場合があることが前提とされなければならない。また、援助行為の時点における危険増加を要求するだけでは足りず、あくまで正犯所為の時点における危険増加が要求されなければならない。これは、危険犯説が排斥された以上は自明のことであり、ほとんど争いがないだろう。そのため、危険判断の対象となる時点が援助行為時点であるのか、あるいは正犯所為時点であるのか、という点はここでは問題とならない⁶⁶³。再び、後に余計であることが分かった見張りの事例と、それに関連した事例が問題となる。

[事例 20：後に余計であることが分かった見張り事例]

T は、O の管理する倉庫に忍び込んで、中の商品を窃取するつもりである。その計画を聞かされた G は、T が犯行に失敗しないか不安になり、T に気が付かれないように、T が犯行を行う予定の倉庫の近くまで行き、もし T の犯行を妨害するおそれのあるような人や物が現れた場合には、それを自ら排除するとともに、それを T に伝えることで妨害を免れるように行動してもらおうと考えて、周囲に注意を払い続けていた。結果的に、窃盗に気が付きそうな者が倉庫の近くに現れることはなく、T は何事もなく窃盗を完遂した。

[事例 21：後に余計であることが分かった丈夫な手袋事例]

⁶⁶³ たとえば、Steen は「事後的な危険規定」を支持して、危険判断が事前に行われてはならないことを主張するが、そこで想定されているのは援助行為の時点を基準として危険増加の判断を行う危険犯説である。そのような見解と本論文で述べる正犯所為時点における事前の危険判断は、同一のものと思われる(vgl. Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.101)。

Tは、S宝石店に侵入し、宝石の入ったショーケースを素手で破壊して中の宝石を窃取する計画を立てている。その計画を聞いたGは、Tが用意していた手袋Aが防御性能の低い市販のものであることに気が付いた。Gは、Tがガラスの破片などで怪我をして犯行を断念することなどが無いように、Tに気が付かれることなく、見た目は同様であるが非常に防御性能の高い防刃用の丈夫な手袋Bと手袋Aを交換した。Tはその手袋をはめた拳でショーケースを破壊し、円滑に窃盗を完遂した。その手袋がなかった場合に怪我をするなどして正犯所為が遅延させられ、あるいは断念していたらどうとは言えないことが分かった。

ドイツの学説の多くは、事後的に見れば余計であることが分かったとしても、それによって幫助犯の成立が否定されることにはならないという見解を支持する⁶⁶⁴。たとえば、Roxinは、「客観的に見て事前的にチャンスを増大させる事情(ein …… bei einer objektiven Betrachtung ex ante chancenerhöhender Umstand)」は後に「余計であることが分かった(sich nachträglich als überflüssig herausstellt)」場合でも、幫助犯の成立が否定されることはないとする。Baunackも、「危険判断は、——それが抽象的危険であれ具体的危険であれ——過去の状況の更なる展開についての言明であるため、予測に頼らざるを得ない」のであって、「その予測は、事前考察(ex-ante-Betrachtung)を前提とする」ものである⁶⁶⁵とする。日本の学説でも、たとえば井田良は「犯行発覚の可能性を減らし、正犯者の負担を軽減している点で、客観的に既遂到達を容易にする効果を生じさせている」としてこの帰結を支持する⁶⁶⁶。

このような見解に対しては、学説においていくつかの批判が見られる。

2-1. 事後的な危険判断を主張する見解

山中敬一は危険判断の事前判断・事後判断を巡る論争を念頭に置いた上で「事後的危険増加説」を主張し、「事後的にみて……結果の発生の危険を本質的に増加させたか」が問題であるとする⁶⁶⁷。浅田和茂もこの見解を支持する⁶⁶⁸。このような批判を一見すると、危険を事前判断するのか、あるいは事後判断するのかという点に対立があるようにも思われる。しかし、山中説から事後的な危険増加が肯定される事案として挙げられているのは、侵入窃盗を行おうとしているTに対してGがガラス切りを提供し、Tがそのガラス切りを用いて侵入

⁶⁶⁴ vgl. *Schünemann*, a. a. O. (Anm. 107), § 27 Rn.9(S.2033); *Weißer*, a. a. O. (Anm. 79), § 27 Rn.7(S.546).; *Puppe*, a. a. O. (Anm. 404), § 26 Rn.5(S.328); *Murmann*, a. a. O. (Anm. 21), S.551.

⁶⁶⁵ *Baunack*, a. a. O. (Anm. 346), S.55.

⁶⁶⁶ 井田・前掲注 12)551頁。

⁶⁶⁷ 山中・前掲注 184)236頁。

⁶⁶⁸ 浅田・前掲注 140)459頁。

を実現したものであるが、「ガラス切りを与えなければ少なくともやすやすと切って侵入することはできなかった」という事案である⁶⁶⁹。つまり、援助行為によって「やすやすと」と評価できるような事態が発生した場合に、事後的な危険増加が認められるということになる。これに対して、自説を事後的危険増加説に位置付けていた浅田和茂も、後に余計であることが分かった見張りの事例について「役に立たなかったわけではない」として因果関係を認める見解に立っている⁶⁷⁰。

以上のような見解を「事後的な危険増加」を要求する見解と理解すると、援助行為の惹起した事実が侵害経過の一部を構成し、それが「やすやすと」実現することに貢献した場合や、あるいは侵害経過の一部を構成しない場合でも「役立った」といえる場合に危険増加を肯定する見解と言えらるう。

Renzikowski も、「成功した所為遂行に対して事前において存在するチャンスがより大きいことの指摘は、幫助犯は危険犯ではないために、それ自体では十分ではない」ために、「促進したかどうか、そしてどの程度促進したのか」という問いは Roxin の言及によっては未だ答えられていないという批判⁶⁷¹を行う。事前判断としての危険増加を否定し、何らかの意味において事後的に見ても「促進した」と言えることを要求する見解と評価することができるかもしれない。もっとも、Renzikowski 自身は、Samson の見解に依拠して、援助者の寄与が正犯所為を「可能にし、あるいは負担を軽くした」かどうかを解決の基準とする。そのため、後に余計であることが分かった見張りの事例については、正犯者が「その安全化なしには、所為に踏み切ることがそもそもなかった」場合や、「潜在的な『妨害者』を見張らざるを得ないとみなしており、それが所為遂行を困難にしたらろう」場合に幫助犯の成立を認めることになる⁶⁷²。ここでも現実の所為遂行に着目して「より軽い負担で実現された」かどうか問題にされていると理解できる。

また、Renzikowski の依拠する Samson は、危険増加論一般に対して、「危険増加論は、もしかすると行為者の行為に対して関連付けることができるかもしれないというような侵害結果の発生で十分とする」が、それでは「個々の事例において、生じさせられた結果が行為者の振舞いを通じて強化されておらず、むしろ単に修正されているだけであることが後の時点において確かになった場合でも、既遂犯を理由とした帰責を行わなければならないことになる」という批判を行っていた⁶⁷³。他方で、Samson 説において幫助犯の多くの事例において機能することになると思われる引受原理に基づく帰属は、正犯所為経過に物理的影響を与えたという意味での事後的因果関係があることを前提として、「正犯者の負担を軽減

⁶⁶⁹ 山中・前掲注 14)986-987 頁。

⁶⁷⁰ 浅田・前掲注 140)461 頁。

⁶⁷¹ *Renzikowski*, a. a. O. (Anm. 410), § 52 Beihilfe Rn.20(S.588).

⁶⁷² *Renzikowski*, a. a. O. (Anm. 410), § 52 Beihilfe Rn.20(S.588).

⁶⁷³ *Samson*, a. a. O. (Anm. 243), S.156.

する」場合に認められるのであった⁶⁷⁴。Samson 自身は事後的な「危険増加」を要求する趣旨ではないと思われるが、このような Samson 説も、援助行為の惹起した事実が侵害経過の一部を構成し、それが「正犯者の負担を軽減した」という場合に法的因果関係を肯定する見解であると評価できる。

2-2. 「負担を軽減すること」の要否

以上のような見解を事後的な危険増加を要求する見解と理解すると、実際のところ結論の相違を生んでいるのは、危険判断が「事前」か「事後」かではなく、援助行為が惹起した事実が侵害経過の一部を構成し、それが正犯者の負担軽減という形で現れなければならないとするかどうかであるように思われる。既に確認されたように、法益保護という観点からは、正犯所為遂行に要する時間の短縮や正犯者における負担軽減それ自体に固有の意義があるわけではない。法益保護という観点の下では、それがあることによって初めて結果がその強度で発生したという場合でない限り、正犯者における負担の軽減も、正犯所為の危険を高めた点に意義が認められるに過ぎないからである。そして、その判断は当然に事前判断である。そうすると、これらの見解は、単に危険増加の判断を事後的に行うことを主張しているわけではないことになる。それでは、「事後的な危険」にはどのような含意があるのだろうか。

まず、危険判断という観点からは、現実の負担軽減が生じた場合には、援助行為がなかったとしても正犯所為経過が全く同様に推移していたと確実に言うことができなくなるために、援助行為がなければ正犯所為がその強度で実現されていなかった可能性があり、それを事後的な危険とすることができるかもしれない。もっとも、単にその可能性を生じさせたことを問題とするのであれば、負担の軽減の場合だけでなく、負担の増大についても同様のことが言えることにもなりかねない。そうすると、「負担の軽減」を要求することの実質的意義は、事前判断としての危険増加を要求した上で、事後的に見てもその危険が否定できないことを要求することにあるだろう。しかし、それによると「かもしれない」という理由から処罰が行われることになる。これに対しては、「条件関係があるかもしれない」ことを理由とした処罰は「『嫌疑刑』を認めるものである」という批判が可能だろう⁶⁷⁵。また、このような意味において事後的な危険増加を要求する場合には、「正犯結果と援助行為の間の条件関係が否定されないこと」が法的因果関係を肯定する要件の一部に組み込まれることになるが、これは訴訟法的には立証責任を転換するに等しいものである。しかし、正犯所為経過

⁶⁷⁴ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.177-178.

⁶⁷⁵ 山口・前掲注 15)255 頁。なお、この批判は自然法則的な説明の困難性から、結果との間の心理的因果性については「かもしれない」と言えれば十分であるとする見解に対する批判であり、援助行為と構成要件該当結果の間についての言及である点には注意を要する。

に対する物理的作用があることを前提とするならば、「条件関係がないこと」ことの立証は極めて困難なものであると考えられる。したがって、このような観点から「負担の軽減」が必要であることを正当化することはできない。

そうすると、正犯者にとっての負担や手間に着目する見解に対しては、それを軽減することによって、まさに正犯者が「楽になった」という事実を重視するものであることが疑われるべきである。これはもちろん、社会的に見て好ましくない正犯者へ「連帯」したことや、「味方になったこと」を共犯処罰の根拠とすることへの接近を意味する。上記の論者がそれを意図しているものとまでは断定できないが、危険増加に還元することのできない「負担の軽減」を重視することは、結局のところ正犯者への連帯を処罰することに帰着するものであることに注意しなければならない。

2-3. 消極的な結果帰属基準としての事後的危険増加

「負担の軽減」と結びつけない形であれば、事後的な危険増加の欠如を理由として、幫助犯における法的因果関係の否定を行うこと自体は否定されないのだろうか。たとえば、条件関係が存在する単なる抽象的な可能性では十分ではなく、結果発生との間の条件関係が存在する蓋然性が——疑いを容れない程度までは要求されず——一定程度存在することを要求することが考えられる。しかし、この場合には別の問題が生じることになる。そのような要求を行う場合には、禁止されるべき幫助行為についても、それによって惹起される事実と結果発生との間の条件関係が存在する蓋然性が一定程度認められるものであることが前提とされるからである。そうすると、援助行為が惹起した事実を通じて初めて正犯所為が実現されることがせいぜい十分にあり得るという程度に留まるような行為は禁止の対象から外れることになる。しかし、そもそも幫助犯は所為経過を支配する正犯者の存在を前提とするものである以上、不確実な事態経過の中で条件が揃えば効果を発揮することが十分にあり得るとい程度の行為も含めて禁止しなければ、法益保護という目的を実現できるとは到底思われない。これに対して、事後的な危険増加の欠如を理由とした幫助犯の不成立はあくまで法的因果関係の次元で行われるものであって、幫助行為性は、その援助行為によって惹起される事実が事前判断に基づいて危険増加的作用を持つものであるかどうかによって判断されるとしても、そのうち実際のところ「条件関係が存在する蓋然性が一定程度認められる」という場合はごく一部に留まるものと考えられる。幫助未遂は不可罰である以上、幫助行為性が認められるとしても相当数の事例で事後的危険の欠如のために不可罰に至るのであれば、そのような幫助行為の禁止は実効性が大きく損なわれるように思われる。

2-4. 小括

そもそも、正犯所為経過に対する物理的作用を不要とする私見からは、正犯所為時点において援助者の提供した事実が結果発生の蓋然性を有意に高めるものであったのかという判断を行わなければならない⁶⁷⁶。そのため、現実には正犯所為経過に対して何らかの物理的作用を及ぼしたのか否かは問題ではなく、援助行為の惹起した事実が、正犯所為時点において、その後の正犯所為経過として十分に想定され得るような経過においてどのような意義を持つものであるのかが重要である。

なお、既に確認したように、このような危険の事前判断が必要であることそれ自体は、正犯所為経過に対する物理的作用を要求する見解や、負担の軽減を要求する見解においても同様であることは注意を要する。つまり、結果変更が認められる事案でない限りは、犯行時間を短縮する場合⁶⁷⁷においても、正犯者の負担を軽減する場合においても、結局はそれによって正犯所為の危険が高まったことを問題にしなければならないはずだからである。

もっとも、危険増加の判断が「事前判断」でなければならないとする場合には、危険増加が肯定される時点が前倒しされるおそれがあることが指摘されなければならない。たとえば、援助者が正犯所為の完遂に役立つような道具を提供したという事案で、実際にその道具を使用可能な場面にも至っていないという段階において、既に危険増加を肯定することが妥当とは思われない。そのため、ここまでの検討は、「後に余計であることが分かった」ことから危険増加が否定されることはないということを確認したに留まる。この確認からは、見張り行為が事前判断において危険を増加させたと評価できるかどうかについては、いまだ明らかにされていない。より積極的に、後に余計であることが分かった見張りの事例において危険増加があるかどうかという問題については、引き続き使用行為の要否において検討を行う。

3. 危険増加的事実の正犯所為への析出

一般に、援助者の寄与が正犯所為に「析出する(niederschlagen)」ことが要求されており⁶⁷⁸、それは相当程度具体化された結果との間の事実的因果関係以上の意義を有するもので

⁶⁷⁶ 現実には構成要件該当結果を惹起したことを前提として、仮定された義務適合的な行為を起点とする仮定的因果経過との比較によって危険増加を判断する場合とは、この点において決定的に異なることになる。

⁶⁷⁷ 私見からは、結果発生 of 早期化の多くは犯行時間短縮による危険増加として意味を持つ。

⁶⁷⁸ *Murmann*, a. a. O. (Anm. 21), S.549.

ある⁶⁷⁹。これは、その時点において遂行されている正犯所為との間に一定の客観的な関連が認められて初めて正犯所為の危険増加という評価が可能であることを示唆するものである。

3-1. 「使用されること」の必要性？

[事例 22：銃事例①]

T は、O の殺害を計画しており、そのために銃 A を用意している。その計画を聞かされた G は、T の銃の腕前を心配して、さらに追加で銃 B を手渡した。

[事例 23：銃事例②]

T は、その地域で著名な資産家 O の家に侵入して、必要とあらば O1 を含む家人を殺害して、財物を奪取することを計画している。その計画を聞かされた G は、O1 の家には屈強な武装したボディガード O2 が常駐していることを知っていたことから、T に対して銃を提供した。それを受け取った T は、もともと監視の目をかいくぐって隠密に窃盗を実現することが可能であると考えていたため、万が一危険な事態に陥れば銃を使うつもりではあった。

[事例 24：合鍵事例①]

T は、O の家に侵入して窃盗を行うことを計画している。G は、O の家の金庫の合鍵を提供した。

[事例 25：見張り事例]

T は、O の家に侵入して窃盗を行うことを計画している。G は、D の妨害が予測されたことから、T に気付かれることなく見張りを行った。T は窃盗を実現した。

学説には、正犯者によって実際に提供された物が使用されたことを要求する見解が多く見られる⁶⁸⁰。そのため、銃事例や合鍵事例のような事案において、実際に正犯者が援助者の支援を利用する (verwertet) ことがなかった場合には、「失敗に終わった (fehlgeschlagener)」幫助犯であり、それは不可罰の幫助未遂を構成するだけであるとされる⁶⁸¹。これらの見解に

⁶⁷⁹ Joecks, a. a. O. (Anm. 237), § 27, Rn.39(S.1111)は、通常は「危険が遂行された正犯所為において析出した (niedergeschlagen hat)」ことによって危険創出・危険実現が認められるとする。

⁶⁸⁰ 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第3版)第5巻〔第60条～第72条〕』717-721頁[堀内信明=安廣文夫=中谷雄二郎執筆部分]、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013)372頁、島田・前掲注153)78頁、曲田・前掲注28)144頁、西貝・前掲注564)105頁など。

⁶⁸¹ Eisele, a. a. O. (Anm. 240), § 26 Rn.106-107(S.825). 同様に、未遂犯に対する幫助犯を否定することを明示するものとして、佐伯・前掲注167)372頁。

よると、心理的幫助犯が認められない限り、幫助犯が成立しないということになる。もっとも、学説においては、使用行為を要求しながらも、銃事例について「携行したのであれば、犯行の備えとして犯行時に用いられた」として、合鍵事例についても「犯行の備えとして犯行時に現実に用いられた」として因果関係を肯定する見解も見られる⁶⁸²。ここでは、「使用された」と評価できる場合について幅があるように見受けられる。実際に使用される必要はないとする見解⁶⁸³は、一見すると少数説に留まるように思われるが、少なくともドイツにおいては後に余計であることが分かった見張りの事例について幫助犯の成立を肯定する見解が多く見られるところ、そのような見解においては常に厳密な意味での「使用行為」が要求されているわけではないと理解できる⁶⁸⁴。また、そもそも幫助犯において使用行為それ自体が幫助犯の成立を認めるために本質的な要素をなしているものとは思われず、少なくとも「使用行為」という用語の含意は不明確であることから、以下では「正犯者による使用」が問題となると考えられる場面について場合分けをした上で個別に検討を行うこととする。

3-2. 所為実現のため特定の場面での投入が予定されている物の場合

3-2-1. 投入可能な場面に至っていない場合

正犯者が提供された物を犯行現場に携行すらしなかったような場合には、幫助犯は成立し得ない⁶⁸⁵。したがって、銃事例①②、合鍵事例①において、正犯者がそもそも受け取った道具を犯行開始時において携えていなかったような場合には、たとえ正犯者が別の方法で予定されていた犯行を実現したとしても、当然に不可罰となる。幫助犯が成立するためには正犯所為の時点を基準とした危険増加が必要であるところ、危険判断の基準時を援助行為時に求める危険犯説を除けば、この点についてはいずれの見解も同じ結論に至ると考えられる。

次に、正犯者が犯行現場にその道具を携行していったが、実際にそれが用いられるべき犯罪を行う場面に達しなかった場合が問題となる。たとえば、上述の合鍵事例①において、そもそも家の侵入に失敗し、金庫の合鍵を使用する場面に至らなかったという場合である。危険増加判断の対象となる時点为正犯所為時点に設定するとしても、その事前判断を徹底する場合には、一連の正犯所為経過が開始された以上は、その時点ではまだ行われていない正犯行為に適合する手段を持っていることは、最終的に正犯所為が実現される危険性を高め

⁶⁸² 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第3版)第5巻〔第60条～第72条〕』720-721頁[堀内信明=安廣文夫=中谷雄二郎執筆部分]。

⁶⁸³ 井田・前掲注12)551-552頁、Baun, a. a. O. (Anm. 8), S.108; Schönemann, a. a. O. (Anm. 107), § 27 Rn.9(2033)。

⁶⁸⁴ つまり、使わなければ意味がないというような道具の提供を想定したものと思われる。

⁶⁸⁵ 学説の中では幫助犯の成立をかなり広い範囲で認める井田良も、この場合には幫助犯の成立を否定している(井田・前掲注12)552頁)。

るといふ評価もおよそ不可能ではないかもしれない。しかし、幫助犯における危険増加は、正犯行為の危険増加でなければならない。つまり、危険増加的作用を及ぼす対象となる正犯行為の存在を前提として、それに適合する形で所為実現の危険を高めるものでなければならない。その理論的根拠は、幫助犯は単に法益侵害の惹起に関与するのではなく、正犯行為に共働することを通じてそれに関与するところに求められるだろう。

金庫の合鍵の提供は、合鍵を用いて金庫を開けるという正犯行為を通じて初めて所為が実現される危険を高めるものと評価できるに過ぎないから、それ以前の段階においてその将来の危険に着目した危険増加は認められない。そのため、この事案では幫助犯の成立は否定されるべきである⁶⁸⁶。この帰結は、この事案において正犯者には住居侵入罪の未遂犯しか成立せず、窃盗罪の未遂犯が成立し得ないことに依拠するものではない。たとえ物色行為が開始され少なくとも窃盗の未遂犯が成立し得る場合であっても、金庫を開ける作業に着手可能な場面になっていなければ同様である。金庫の鍵は、たとえばリビングの引き出しからの財物奪取の危険を増加させることはないからである。

3-2-2. 投入可能な場面に至っている場合

立ち入った検討が必要となるのは、提供された物を使用可能な場面にはなっているが、それが使われる前に、他の物を使用して正犯所為が実現されたという場合である。使用行為が必要であることを厳密に要求する学説は、この場合には幫助犯の成立を否定することになる。佐伯仁志は「ドアの鍵が開いていたので正犯者が提供された合鍵を使わないで侵入窃盗を行った場合や、正犯者が提供された拳銃を使わないで被害者を絞殺した場合などでは、幫助行為は、既遂結果はもちろん、未遂結果との間でも物理的因果関係を有していない」⁶⁸⁷とする。佐久間修も「かりに共犯者の提供した道具が使用されなかったときも、『使われる可能性があった以上、当該犯行に影響を与えた』とか、『幫助により僅かでも結果発生の危険性が高まれば足りる』というとき、それらは自らの結論を言い換えたにすぎず、およそ説得力がない」と述べ⁶⁸⁸、現実に使用されなかった場合に幫助犯を肯定する学説を強く批判する。もっとも、以下のような事例では、学説の間にあまり相違はないものと考えられる。

[事例 26：合鍵事例②]

Tは、Oの家に侵入して窃盗を行うことを計画している。GはTに、Oの家の扉の合鍵を提供した。

⁶⁸⁶ Schünemann, a. a. O. (Anm. 107), § 27 Rn.9(S.2033).

⁶⁸⁷ 佐伯・前掲注 167)372頁。

⁶⁸⁸ 佐久間修「共犯の因果性について—承継的共犯と共犯関係の解消—」法学新報 121 卷 11=12号(2015)189頁以下

- (a) T は O の家の近くに着いてから、O の家の窓が開いていることに気が付いたため、窓から侵入した。
- (b) T は合鍵を使用してから、O の家の窓が開いていることに気が付いたため、扉を開けることなく窓から侵入した。

Roxin は、チャンス増加的な作用が及んでいる範囲でのみ幫助犯の成立を認めるという前提に立ちながらも、正犯者が「未遂段階の発生前にすでに支援を放棄した」という場合には不可罰の幫助未遂であるとして、合鍵事例②(a)を不可罰とし、合鍵事例②(b)を未遂犯に対する幫助犯とする⁶⁸⁹。この解決は、使用行為を厳格に要求する見解と同様のものと言えるだろう。他方で、井田良は、「幫助者が窃盜の正犯者に合鍵を渡したが、たまたま被害者の家の鍵が開いていたため、合鍵を使わずに侵入し窃盜を実行できたというときでも、侵入の時点においては正犯者を助ける効果をもったのであり、その限りで既遂結果の到達を容易にしたとってよい」とする⁶⁹⁰。仮にこれが合鍵事例②(a)においても幫助犯の成立を認める趣旨であるとすれば、なぜ「助ける効果をもった」と言えるのかは明らかでないという批判が可能である⁶⁹¹。合鍵が危険性を有するためには、正犯者が少なくとも合鍵を使用可能な扉の開錠作業に取り掛かる必要があると思われるところ、そうすることなく全く別のルートから侵入することにしたという場合には危険増加は否定されるべきだろう。合鍵の存在は、窓からの侵入という正犯行為の危険性を高めるものではないからである。

3-2-3. 投入可能な場面で他の同種の道具が用いられている場合

[事例 27：銃事例③]

T は、O の殺害を計画しており、そのために銃 A を用意している。その計画を聞かされた G は、T の銃の腕前を心配して、さらに追加で銃 B を手渡した。

- (a) T は銃 A、銃 B と連続して使用するつもりであったが、銃 A を用いた段階で O を殺害できたので、銃 B を用いなかった。
- (b) T は銃 A、銃 B のどちらも用いたが、命中したのは 1 発であり、その 1 発の銃弾によって O は即死していた。銃 A と銃 B のどちらの銃弾が命中したのかは分からず、射撃した順番も分からなかった。

⁶⁸⁹ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.7(S.160-161).

⁶⁹⁰ 井田・前掲注 12)552 頁。

⁶⁹¹ 井田良の挙げる事例は、鍵を使用予定だった扉とは別の窓から侵入したという事例ではなく、援助者が提供した合鍵の適合する扉からの侵入を行ったというものであり、その点で合鍵事例②(a)とは若干事例状況が異なるものである。井田説による解決がその特殊性に着目するものであるとすれば、合鍵事例②の解決という点では学説に大きな対立はないものと考えられる。

まず銃事例③(a)については、厳格に使用行為を要求する見解からは、使用行為がないために幫助未遂ということになると思われる。確かに、正犯者が実際に使用することがなかった以上は、家に銃を置き忘れた場合や、合鍵を置き忘れた場合と異なることがないという評価にも、一定の説得力があることは否定できない。しかし、このような場面では、使用可能な道具を増やすということそれ自体に危険増加的な作用があるという評価も可能ではないだろうか。

これと類似の状況において、Jakobs⁶⁹²は次のような主張を行っている。Jakobsによれば、個々の行為者の主観面にかかわらず⁶⁹³、複数の行為者の間に客観的共同性(objektive Gemeinsamkeit)が認められる場合には⁶⁹⁴、すなわち、「チャンスの付加とリスクの付加(Chancen- und Risikoaddition)⁶⁹⁵によって一元的なものとして理解されるべき行為経過(eine als Einheit zu verstehende Handlungssequenz)が完遂された場合には⁶⁹⁶、各行為者は自らのなした行為の一部(Teilakt)ではなく、一つの犯罪(ein Delikt)を行ったものとして、既遂犯となる⁶⁹⁷。Jakobsはこの理論を幫助犯についても適用し、「二人の援助者が『共通の利害から』合鍵を作製した場合には、合鍵が結果において使用されなかった者も、少なくともその製作物の使用の未遂に達していた場合には、侵入窃盗既遂に対する幫助犯である」だけでなく、「そのことは、その合鍵を用いて扉を開けることが試みられた(probiert)場合だけでなく、任意の時点で利用可能な予備とされていた場合にも同様である」⁶⁹⁸とする。さらに「所為が場合によっては、他の援助者が作製した合鍵のみによって完遂されただろうかどうかとも問題とはならない」⁶⁹⁹。そのような客観的な結びつきがある場合には、「少なくとも犯罪遂行の未遂に責任を負うべき全ての者は、既遂犯に対する関与者である」⁷⁰⁰。すなわち、Jakobsによれば、個々の援助行為と正犯行為ないし正犯結果との間の事実的因果関係がないとしても、援助行為によって提供された寄与が正犯所為の実現プロセスと客観的に一体のものとして意味連関(Sinnbezug)が認められる⁷⁰¹場合には、その全体について援助者に対する帰属が認められることになる。

この見解は所為総体(Gesamtat)への関与を共犯の本質と見る Frister によっても支持されている。Fristerによれば、提供された道具それ自体が所為の際に使用されなかった場合でも、「遂行についての複数の選択肢を正犯者に与えることに所為計画を方向づけた場合に

⁶⁹² Günther Jakobs, Beteiligung durch Chancen- und Risikoaddition, FS-Herzberg, 2008, S.395 ff.

⁶⁹³ Jakobs, a. a. O. (Anm. 692), S.404.

⁶⁹⁴ Jakobs, a. a. O. (Anm. 692), S.404.

⁶⁹⁵ Jakobs, a. a. O. (Anm. 692), S.405.

⁶⁹⁶ Jakobs, a. a. O. (Anm. 692), S.405.

⁶⁹⁷ Jakobs, a. a. O. (Anm. 692), S.402.

⁶⁹⁸ Jakobs, a. a. O. (Anm. 692), S.408-409.

⁶⁹⁹ Jakobs, a. a. O. (Anm. 692), S.408-409.

⁷⁰⁰ Jakobs, a. a. O. (Anm. 692), 2008, S.409

⁷⁰¹ Jakobs, a. a. O. (Anm. 692), S.409.

は」所為寄与としての意味を失わない⁷⁰²。そのため、複数の援助者が、より犯行に適した場所を選択できるように合鍵を提供したという場合には、「個々の合鍵の提供は、侵入者が結果的に別の合鍵を用いて侵入に成功したことによって既にその意味を失うことはない」⁷⁰³。ここでは、「全ての合鍵の提供は、実際に実現された所為計画において力を発揮しているために、実際には扉を開けるために使われたわけではなかった合鍵の提供者も、既遂犯に対する幫助犯である」⁷⁰⁴。

Jakobs と Frister の見解は、前提とされている共犯現象の理解には疑問があり⁷⁰⁵、その点については慎重な検討が必要である。しかし、一定の意味的な繋がりの中で客観的に一体と言える場合に、前後に連続する、あるいは連続するだろう行為を一括して危険判断を行うという構想それ自体については、有益な示唆が含まれていると考える。実際に関与者が増加させた選択肢が選ばれず、その試行が行われなかったとしても、一連の行為が開始された時点で、選択肢ないし試行回数が増加していることそれ自体について、それが少ない場合よりも危険が増加しているという評価を行うことが可能な場合があるように思われるからである。たとえば、プレイヤーはサイコロを振り、5以上の目が出ると勝ちであり、同じサイコロは1回しか振ることができず、サイコロが残っている限りは5以上の目が出るまで連続してサイコロを振るというルールのゲームを行う場合を考える。このとき、プレイヤーは当初サイコロを1つ持っていたところ、そのサイコロを1つから2つに増やしたとする。このとき、増やされたサイコロが実際に使われたかどうか、また増やされたサイコロが5以上の目を出したのか、という点にかかわらず、サイコロを振る場面に至った時点で、サイコロを多く持っていることによりゲームに勝つ蓋然性が高まっているという評価をすべきだろう。このような場合には、1/3の確率で勝利するゲームが単に2回行われるわけではなく、サイコロが2つ連続で投げられることによって勝率が3/9から5/9へと上昇していると見るのが素直であり、実現することの不確実性の減少が量的に把握可能である点に着目すべきであると考える⁷⁰⁶。

もちろん、両見解の想定する客観的共同性や所為総体の範囲は相当に範囲が広いものと思われ、全面的に支持し得るものではない。ここで重視されるべきは犯罪実現プロセスとし

⁷⁰² Frister, a. a. O. (Anm. 414), S.448.

⁷⁰³ Frister, a. a. O. (Anm. 414), S.448-449.

⁷⁰⁴ Frister, a. a. O. (Anm. 414), S.449.

⁷⁰⁵ たとえば、Frister は正犯構成要件によって切り出された正犯所為を超えた内容を持つものとして所為総体(Gesamtat)を概念するが、幫助犯はあくまで正犯者の遂行する構成要件該当事実に関連付けられなければならない、正犯所為に対する寄与とそれを包摂する犯罪計画に対する寄与を混同することは、処罰範囲を不明確なまま拡張するおそれ否定できない。

⁷⁰⁶ Günther Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S.26-28 においては、「何者かが、既に存在する手段に別の道具を付け加え、あるいは既に使用可能であるが、効果が不確実に留まる手段をより確実にすることによって攻撃に関与した場合には、その行為は、*総体的な(gesamte)*攻撃を前進させるものであり、攻撃を詳細に見ても何ももたらさないような場合であっても、関与者は既遂について帰責される」という記述が見られる。ここでは「不確実な手段」を「より確実にする」ことへの着目があるように思われる。

での客観的一体性や犯罪計画の一部分をなすことではない。つまり、一つ的意思決定の下に連続して同質的で交換可能な道具が投入され、その量が増えることによって攻撃に成功する見込みが高まるという場合のように、投入される順番はもはや問題ではなく、投入可能な量に応じて量的に成功の見込みが高まることを容易に見て取れることが、危険増加の評価を基礎づけると考えるべきである⁷⁰⁷。したがって、提供された道具が所為の実現に向けて投入される道具の量的な一部分になったと言えるような場合には、もはやその一部分を切り出してどのような作用を持ったのかを問題にすることに意味はなく、厳密な意味においてその道具を「使用した」ことそれ自体に決定的な意義を認めるべきではない。「使用行為」を厳格に要求する見解の実質的な根拠は、援助行為と正犯所為経過の間の事実的因果関係の必要性や、現実に行われている正犯行為に危険増加作用を及ぼすことの必要性に求められると思われるが、前者については幫助犯においてそれを要求することはそもそも適切ではなく、後者については厳格な意味でも使用行為を要求することを必ずしも要請するものではないと考える。

そのため、援助者 G が正犯者 T に道具 W_G を提供し、T が自身の調達した道具 W_T によって構成要件該当行為に着手したという場合においては、 W_G と W_T が同種の危険を生じさせるものであり、T にとって W_G がその行為のために使用可能なものであり、 W_T が使用された後に必要に応じて同じ態様で連続して W_G を使用する見込みが高いという場合には、両者に認められる危険性は試行回数が増えることによって量的に高まるものと評価することができ、既に W_T の使用が開始された時点において、 W_G は正犯所為に対して危険増加的作用を及ぼしているものと評価できる。

銃事例③(a)の場合には、銃 A を用いた殺害行為の際に、銃 A と銃 B が同種の危険を生じさせるものであり、T にとって銃 B が客観的にみて使用可能であり、銃 B を用いる必要のある場面に至った際には投入されることが十分に見込まれるという場合には、射撃可能な銃を多く持っていること自体が、射撃という不確実な攻撃手段によって殺害に成功する危険性を高めていると評価できると思われる。もちろん、厳密な使用行為を要求する見解からも、選択肢の増加によって見込みが有意に上昇するというような場合には、大抵の場合には心理的幫助犯が肯定されると思われるところ、帰結においては大きな差はないかもしれない。しかし、次のような事例では、やはり私見のように考えるのが妥当であるように思われる。

[事例 28：銃事例④]

T は、1 発分の銃弾しか入っていないリボルバーを用意して O を殺害する計画を立てている。G は、T に気付かれることなくリボルバーに 5 発の銃弾を追加した。T は、自分の所持するリボルバーに何発分の銃弾が入っているのかを認識していなか

⁷⁰⁷ そのため、これは事態経過の全てを確率的に把握して、実現に至る事前確率が援助行為によって上昇している場合には全て危険増加を認めるべきという趣旨のものではない。

ったが、いずれにせよ弾切れになるか、O に命中するまで射撃を続けるつもりで引き金を引いた。最初の銃弾が命中してO が即死したため、T はそれ以上の射撃を行わなかった。その命中した銃弾がT によって用意されたものなのか、G によって追加されたものなのかどうかは分からなかった。

この事例では、T は銃弾が何発入っているのかを知らず、またG の行為にも気が付いていないのであるから、心理的な強化が認められる契機がない。しかも、最初に命中した銃弾がT の用意したものである可能性が十分に以上、厳密な使用行為を要求する限りはこの場合には幫助犯の成立は認められない。生命法益について客体の不能の場合に未遂犯の成立を否定する見解⁷⁰⁸からは、G によって追加された銃弾も含めて全ての銃弾が発射され、その全てが命中したという場合ですら、1 発目の銃弾でO が即死し、しかもその銃弾はT が用意したものであるという可能性が十分に以上、G は殺人未遂の幫助犯とはならないということになるかもしれない。

しかし、事例の通り射撃行為が1 回で終了したとしても、殺人が実現されるまで全ての銃弾が投入されることがほぼ確実と見込まれるという状況においては、ひとたび射撃を手段とした殺人行為が開始された場合には、既にその時点で1 発の銃弾のみが投入可能な殺人と比較すると、6 発の銃弾が投入可能な殺人の方が実現される見込みが著しく高まっていることは否定し難い。それにもかかわらず、G の提供した銃弾が実際の殺人に用いられたかが分からず、したがってG の提供した銃弾は使用されなかったことが前提とされるために、G による銃弾の提供は危険を増加させていない、と結論づけるのは形式論に過ぎるように思われる⁷⁰⁹。このような場合には、厳密には提供物がいまだ使用されていない可能性が残るとしても、危険増加を肯定すべきだろう⁷¹⁰。

合鍵事例②(a)のように、T はG の提供した合鍵を携行していたが合鍵を用いることなく窓から侵入したという場合には、正犯者において合鍵を使用するか窓から侵入するかという選択肢が与えられ、失敗すれば引き続いて合鍵を用いて侵入を行う意図の下で窓からの侵入が行われたのであれば、合鍵が客観的には有効なものである限り、住居侵入に対する幫助犯の成立を認めるという説明があり得るかもしれない。つまり、同一の保護法益に対する攻撃という観点では合鍵を用いた侵入も窓からの侵入も同様であり、客観的に投入可能な状態にあれば選択肢の増加は既に危険を増加させるという説明である。しかし、ここでは扉と窓は異なる防御機能を有しているという点を考慮すべきである。このような場合には、連

⁷⁰⁸ たとえば、山口厚『危険犯の研究』（東京大学出版会、1982）168 頁は、死体に対する殺人未遂の成立を否定する。

⁷⁰⁹ G の提供した銃弾が入ったりボルバーをO に向けて引き金を引いた時点で使用行為があったとする説明もあり得るかもしれないが、それは結局のところG の提供した銃弾が投入されることが十分に見込まれることに依拠しているように思われる。

⁷¹⁰ これに対して、銃B を先に用いたが殺害に失敗し、その後銃A を用いて殺害したという逆の事案も考えられる。先に結論を言えばそのような場合にも類似の説明が可能であると考えるが、この点については「どのような場合に危険が結果に実現したと言えるのか」という問題として後で検討を行いたい。

続して行われることによって量的にリスクが向上するというような関係が自明に存在するとは思われない。Frister の見解はこのような場合にも幫助犯の成立を肯定するものであるが、過度に行為の一体性を強調することは妥当ではない。

他方で、鍵穴に合致する金属を形成して開錠する工具が複数ある場合や、それとは別に錠前の機構を破壊して開錠する工具があるという場合には、錠という一つの防御機能に向けられた攻撃に投入可能であり、しかもその複数の道具があることによって錠の防御機能が破られるリスクが量的に高まるという説明が可能である。この場合には、先に用いた一方の工具によって開錠に成功し、他の道具が厳密には使用されることがなかったとしても、それらの所持という事実につき危険増加的作用を肯定することができ、(少なくとも未遂犯に対する)幫助犯が成立するということになる。そのような場合には、当該道具が当該錠前を客観的には破壊し得ないものであるとしても、道具が適合するかどうかについて不確実性があり、その不確実性ゆえに使用可能な道具が増えることで量的なリスクの上昇があるといえる限りで、危険増加を肯定し得るように思われる⁷¹¹。これに対して、その家の鍵穴にしか適合しないものとして製作された単なる合鍵を用いたが、鍵穴と合致していないというような場合には既に客観的に不能な道具⁷¹²であって、幫助犯は成立し得ない⁷¹³と考える。

3-3. 不測の事態に備えて銃や見張りを伴っている場合

3-3-1. 学説

それでは、不測の事態に備えて武器を提供する事例や見張りの事例において、介入が生じなかったために物理的には効果を発揮しなかった場合はどうだろうか。Schünemann は、この場合にも幫助犯の成立を肯定する。Schünemann によれば、「何者かが正犯者に対して万

⁷¹¹ たとえば、錠前にはその機構に 100 通りのパターンがあり、それぞれに対応した器具を用いることで破壊することができるというとき、侵入に使用する予定の扉の錠前が分からないため、50 通りに対応できるよう道具を用意した正犯者 T に対して、援助者 G が追加でそれと重複しない別の 50 通りに対応できる道具を提供したという場合を考える。このとき、たとえ T が当初用意した道具の 1 つによって開錠に成功し、つまり G の提供した道具のうち錠前に適合するものはなく、しかも実際に G の提供した道具が使われることがなかったという場合であっても、危険増加を肯定すべきであるように思われる。

⁷¹² vgl. *Hans Kudlich*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 2016, S.234-235.

⁷¹³ 私見から問題となるのは、同質的なリスクの量的上昇と評価できるような事柄なのかどうかである。まさにその鍵穴にしか適合し得ないような合鍵は、適合しない限りは客観的に役に立たないものとしてしか評価し得ない。幫助犯は未遂犯に対する幫助犯の場合であれ、既遂犯の一種と理解すべきであり、客観的に所為遂行に適合しない不能な道具を提供したという場合には不可罰の幫助未遂とすべきである。客観的に開錠道具が適合しないものの不確実性ゆえに量的にリスクが上昇していると評価できる場合には、他の道具と合わせた一体的な使用行為が観念できることで客観的な適合性が認められるに過ぎない。そのため、援助者が追加的に開錠道具を提供したところ、当該開錠道具は単に当該錠前に対応しただけでなく、不良品でありそもそも対応している錠前すら開ける機能を有していなかったという場合には、不能な道具を提供した場合として不可罰とすべきである。

が一の場合に備えて武器を持たせてやったが、発覚することがなかったためにその武器が必要とされることはなかったという場合にも幫助犯が成立する」⁷¹⁴。ドイツでは一定の犯罪を遂行するにあたって武器や危険な道具を所持している場合には、それが投入されたかどうかにかかわらず基本犯よりも法定刑が重い加重構成要件に該当し得る場合があることは前述した通りであるが、Schünemann は、上記の結論は、武器を携行してその犯罪を行うことが加重された構成要件として規定されていない場合であっても同様であることを明示する⁷¹⁵。その理由は、「その武器は、結局のところそれを用いなければならないことにはならなかった場合であっても、遂行行為の経過全体において、武器を伴う所為の遂行に対してチャンス増加的に作用しているからである」というものである。これに対しては、事実的な意味における使用を不要とすると、そもそも合鍵を携行して行かなかった場合を不可罰の幫助未遂とすることや、一旦は合鍵を用いたが役に立たないことが分かったために別の道具で犯行を実現したというような場合を未遂犯に対する幫助犯に留めることができず、幫助犯が危険犯になってしまうとの批判が考えられる。これに対して、Schünemann は、そのような幫助未遂あるいは未遂犯に対する幫助犯となる事例においては、「合鍵は結果惹起の最中において、以前の効果において作用を及ぼし続けているわけではなく、所為の完成に至るまでのチャンス増加も意味しない」ために、不測の事態に備えて銃を携行していたが使用されなかったという事例は、予備段階あるいは未遂段階においてその道具が放棄された事例とは「決定的な点で異なっている」とする⁷¹⁶。Schünemann は、Roxin に続いて、後に余計であることが分かった見張りの事例について幫助犯を肯定することから、両事例に性質上は相違がないことを考えると、一貫した結論であると評価できる。

これに対して、西貝吉晃は、見張りは「正犯の選択行為が介在せずに効果の生じうる行為類型」であることから、「他者の介入という物理的障害の可能性があり、他者の介入が現実には起きた場合にそれが利用されたと評価され」と指摘⁷¹⁷する。ここでは他者の介入を阻止する結果が必要であるとは述べられていないが、見張りの事例について「他者の介入の抑制の可能性が与えられたにすぎ」ない場合は「他者の介入を抑制させたといえない」ために、物理的促進が否定される⁷¹⁸としていることからすると、阻止結果を要求する趣旨だろう。しかし、そもそも使用行為が要求される根拠が示されないためでもあるが、「介入を抑制させた」ことがなぜ使用行為と同視できるのかは明らかではない。また、「介入を抑制させた」

⁷¹⁴ Schünemann, a. a. O. (Anm. 107), § 27 Rn.9(S.2033).

⁷¹⁵ Schünemann, a. a. O. (Anm. 107), § 27 Rn.9(S.2033).

⁷¹⁶ Schünemann, a. a. O. (Anm. 107), § 27 Rn.9(S.2033).

⁷¹⁷ 西貝・前掲注 564)106 頁。

⁷¹⁸ 西貝・前掲注 564)105-106 頁。なお、西貝吉晃は曲田統が「選択肢の増加は、それ自体として危険の増加そのものとして理解される要素である」と述べる点について、役に立ったのか否かの判断をしていないと批判するが、曲田統は「提供したその選択肢が正犯者によって実際に採用された以上、実行行為の促進があったとされ」と述べているところ、「実際に採用」されて初めて促進を肯定する見解であることには注意を要する(曲田・前掲注 28)145 頁参照)。

といえるためには、援助者の阻止行為がなければ他者の介入が正犯所為の実現を妨害したであろうと言えなければならないのか、あるいは阻止する蓋然性があれば足りると考えているのかは明らかではない。介入行為に出たことを要求することを示唆する見解はその他にも見られる⁷¹⁹が、その根拠はやはり明らかではない。また、前述したように、Samson と Renzikowski は、正犯者が潜在的な「妨害者」を見張らざるを得ないが、それは大変であると考えており、援助者がその役割を引き受けたことで正犯者の負担が軽減されたというときにのみ幫助犯の成立を認めるという見解であった。この場合には、見張りの存在を信頼していることを通じて負担の軽減をもたらしたという意味で、使用行為があるという説明も可能かもしれない⁷²⁰。

Osnabrügge は、後に余計であることが分かった見張りの事例で危険増加を肯定する見解は、「救助的な条件あるいは少なくとも蓋然的に救助的な条件が実際に生じることがそもそもあり得る限りで、援助者は既に自らがそこにいることを通じて、正犯所為が挫折する蓋然性に逆らっている(konterkariert)」という理解をするものであることを指摘する⁷²¹。しかし、そのような見解は、現実の援助行為ではなく仮定的な援助行為に焦点を合わせることで、「あらゆる仮定的な援助行為は、その可能性を通じて既に結果危険(Erfolgsrisiko)を上昇させる」とするものであるから、幫助未遂と幫助既遂の区別可能性という点で疑わしいものであるとの批判を行う⁷²²。

このような Osnabrügge の批判を理解するためには、Osnabrügge による、「蓋然性法則に基づく帰属」の基準による所為の安全化(Sichern der Tat)の事例の解決方法⁷²³を確認する必要がある。Osnabrügge によれば、援助者が阻止した正犯所為への介入が、確実に正犯所為を妨げただろうと言えるような介入でない場合には、「潜在的あるいは蓋然的に救助的であるような条件の発生を妨げただけ」であるから、結果因果性に基づく結果帰属を認めることはできず、「その条件の発生が阻止されない場合に、既遂到達が阻止されただろうことが蓋然的である」というような蓋然性法則が見出される場合にのみ幫助犯が成立することになる⁷²⁴。そして、人間心理の領域における法則性の不存在から、問題となる正犯所為への介入が人間の行為である場合には、結果因果性に基づく帰属は認められないことになる。たとえば、警察が犯行現場に近づくことがないように援助者が阻止行為に出たという場合であっても、「援助者の行為を通じて行動が客観的に邪魔されないままに留まり、あるいは初めて可能にされた」かどうかは、自然法則的に推移する問題ではないために、確かな答えが与え

⁷¹⁹ 外木央晃『共犯の基礎理論』(成文堂、2018)264頁はその趣旨か。

⁷²⁰ 西貝・前掲注 564)106頁。

⁷²¹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.229.

⁷²² Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.229.

⁷²³ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.226-231.

⁷²⁴ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.226-227.

られることはない⁷²⁵。他方で、Osnabrügge は、そのような事例において蓋然性法則に基づく帰属を認めるためには、単に見張りをしていただけでなく、救助的条件の介入に対する阻止行為が必要であるとする。その理由は、次のようなものである。たとえば、結果的に援助者が何も阻止活動を行わないままに正犯所為が実現されたという場合には、正犯所為を不可能にする防犯シャッターの自動的な作動のような救助的条件は、「生じなかった条件が因果的な法則に従う場合には、その不発生は最初から確実である」ために、それに備えて援助者が準備していることは、「そのようなリスクが全く存在しないために、リスクに逆らうものではあり得ず、したがって結果発生の際の蓋然性も高めていない」ということになり、幫助未遂にしかなり得ない⁷²⁶。他方で、「救助的条件の発生が因果的な法則に従わない場合には、実際に準備している最中において、援助者が前もってそれに逆らっていた条件の発生にとっては蓋然性が存在している」から、このような事例においては結果発生の際の蓋然性を高めたことを理由として幫助犯の成立があり得る⁷²⁷。しかし、救助的条件が実際に発生していない場合には、それが因果法則に従うのか否かを区別することができない⁷²⁸から、あらゆる事例において、不可罰の幫助未遂となる。また、因果法則に従わない救助的条件が不発生に終わったことは、結果発生の際の蓋然性を高めることにはなるが、その不発生が援助者の助力によるものでなければ、その結果発生の際の蓋然性上昇に援助者は寄与していないために、不可罰とならざるを得ない⁷²⁹。つまり、救助的条件は実際に発生しなければ蓋然性法則による説明の対象とならず、実際に発生したとしても援助者によるその不発生に向けた行為がなければ、援助者はそれが効果を持たなかったことの説明の構成要素にならないというものである。したがって、Osnabrügge の見解によれば、単に見張りをしているだけでは十分ではなく、実際に生じた救助的条件の阻止行為が必要であるものの、その阻止行為がなければ実際に犯行が断念させられていただろうことは要求されず、その蓋然性があれば良いということになる⁷³⁰。

しかし、第一の根拠である救助条件の従う法則の区別不可能性については、実際の事例で問題となる救助条件は、大抵の場合には人間の行為が介在するものであり、Osnabrügge の定式化によれば蓋然性法則に従うものと思われる。それにもかかわらず、自然法則に従う救助条件が存在する可能性を重視して常に不可罰とすることが妥当とは思われない。次に、第二の根拠である救助条件の不存在を通じて結果発生の際の蓋然性説明の構成要素となるような阻止行為の必要性については、いずれにせよ救助条件の不存在と結果発生の間が蓋然性に

⁷²⁵ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.227.

⁷²⁶ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.229.

⁷²⁷ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.229.

⁷²⁸ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.229-230.

⁷²⁹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.230.

⁷³⁰ 心理的幫助犯のところで述べるように、Osnabrügge の見解における「蓋然性法則」は、可能な限り現実の事態について具体化した上で、一般的に「結果発生を蓋然的にするだろう」と言えればそれで良いことになるため、救助的条件と言えそうなものの阻止行為に出た時点で、広く幫助犯の成立が認められることになるように思われる。

よってしか説明できない点が指摘されなければならない。Osnabrügge の見解によれば、「見張り行為がなければ救助条件が不存在となる蓋然性が高まり、その救助条件が不存在であることは結果発生 of 蓋然性を高める」という蓋然性説明は拒絶され、「救助条件が不存在であることは結果発生 of 蓋然性を高める」という蓋然性説明が認められるということになると思われるが、そのような区別をすることにどのような意義があるかが問題となるだろう。

3-3-2. 検討

既に述べたように、厳格な意味において使用行為があるかどうかは本質的な問題ではない。ここで重要なのは、どのような段階に至って危険が増加したという評価を行うのが妥当であるかという問題である。つまり、見張りや護身用の道具の提供のように不測の事態に備えて提供された支援について、(a)それが実際に使用されたことで初めて正犯所為の実現が妨げられなかったといえる段階、(b)正犯者の負担軽減がある段階、(c)実際に正犯所為の実現を阻む蓋然性のある救助条件の阻止行為に出た段階、(d)見張りがある中で犯罪が遂行された、あるいはそのような護身用の道具を所持している状態で犯罪が遂行された段階のいずれの段階において危険が増加したと評価できるか、という問題である。

(a)(b)(c)の見解は、見張り行為や武器の所持それ自体が危険の増加をもたらすことはないという理解だろう。しかし、(a)の見解は結果変更を要求するものであって、妥当とは思われない。窃盗を行う正犯者のため近くで警備員を制止していたという場合において、それを押し留めていなければ結果が阻止されていたことを証明できなかったとしても、それによって幫助犯の成立を否定するのは常識に反すると思われる。次に、(b)の理解は、前述したように、正犯者を心理的・身体的に「楽にした」ことを重視するものであり、妥当ではない。そうすると、(c)阻止行為があることによって初めて危険が増加したと認めるのか、(d)そのような備えがあることで既に危険が増加したと認めるのかが問題となる。

(c)の見解は、Osnabrügge の見解がそうであったように、見張り行為それ自体には危険増加的作用がなく、その後に予定されている阻止行為が危険増加的作用を持つに過ぎないにもかかわらず、そのような仮定的な危険性に基づいて危険増加判断が行われることを問題視する見解であると理解できる。確かに、内心において後で援助行為を行う意図があるということのみによって危険増加が認められるとすれば、その意図のみを根拠として処罰が認められることにもなりかねず⁷³¹、そのような問題意識そのものは妥当なものといえる。しかし、それを根拠として見張り行為一般の危険増加的作用を否定することが妥当とは思われない。それは、援助者が周囲に注意を払い続けていることの客観的意味と危険性を軽視するものである。第三者によって正犯所為が妨害される危険がある状況において、実際にそれが

⁷³¹ vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.9(S.161-162).

発生した場合には正犯者への伝達や自ら阻止行為に出ることを意図して見張りを行うことは、——たとえ正犯者が見張りの存在を認識しておらず、あるいは失念していたとしても——正犯者においてそのような危険を察知して、それに対処する能力を高めていると評価できる。片面的であれ見張り行為を行う援助者がいることは、正犯者にとっては——犯行時点においてその存在を失念していたとしても——周囲にパトカーが来た際に警報を鳴らしてそれを知らせてくれる装置を所持している場合や、接近が見込まれる妨害者の通り道に爆弾のトラップを仕掛けておく場合と同じような性質の危険増加作用を持つものと言える。これらの場合には、実際にそのような形で所為の遂行が妨害されるリスクが十分にあったと言える限りで、それらの道具を持っていることによって正犯者の所為を実現する能力が向上し、それによって正犯所為が実現される蓋然性が向上することは否定できないだろう。

また、多くの見解は、見張り行為それ自体については物理的因果性を否定しながら、心理的因果性を認めることによって、完全に片面的に見張りが行われた場合を別とすれば、結局のところ大抵の場合には幫助犯の成立が認められると考えているように思われる。仮に、見張り行為を認識することによって正犯所為の実現に向けた正犯者の意欲が有意に高まり、それによって危険が増加したことが認められるのが通常であるとするならば、それはまさに、見張りがあることを認識した正犯者は「犯行が実現する見込みが高まる」と考えることが通常であるだけでなく、外部の事態による介入によって所為の実現が阻まれるようなリスクが一定程度存在する場合においては、そのような考えに至ることが合理的なものであると考えているからではないだろうか。客観的にリスクを向上させる行為であるとの認識が共有されているにもかかわらず、正犯者の認識を要求することに意義があるようには思われない。(d)の段階で既に危険の増加を認め得るとする見解が支持される⁷³²。

したがって、正犯者自身の使用行為を観念できない性質の見張り行為についても、幫助犯の成立が認められるべき場合があることは否定できない。同様に、実際には使われることのなかった護身用の銃についても、使われることがなかったという理由から直ちに幫助犯の

⁷³² それでは、正犯者の近くに控えている者が、(i)必要に応じて武器・助言を提供しようと考えている場合、(ii)必要に応じて正犯者を励まそうと考えている場合、(iii)必要に応じて自ら犯行に加わろうと考えている場合はどうか。まず、(i)の場合には、その支援内容が正犯者にとって客観的に投入可能であり、かつ役立ち得る状態であると言える限りで、武器を所持している場合と同様に考えることができると思われる。そのため、既に実行行為が開始されており、そのための手段として投入可能な性質のもので、援助者がその道具を提供した場合には正犯者が使用することが確実と見込まれる場合には、危険増加を認めることができるように思われる。(ii)の場合には、現実にもそのような励ましがあることによって初めて正犯者の内心における危険増加的な心理状態が生じ、それによって正犯者の所為実現能力が向上すると考えられるところ、単にそれに備えているだけの場合には幫助未遂に留まるだろう。(iii)の場合には、正犯所為の実現が困難になった場合には自ら客体に対する攻撃に参加することによってのみによって正犯者を支援しようと考えて、武器を携えて犯行現場の近くに控えて事態の推移を注視しているというときには、確かに法益侵害が生じる蓋然性が高められていると評価できるかもしれないが、それは必要に応じて自ら正犯として犯罪を実行することを前提とするものであり、「正犯所為の危険」を高めるものとは評価できない。あくまで、正犯者がそれを(観念的には)「所持」していることによって所為を実現する能力が高まっているという評価ができる場合にのみ、正犯所為の危険が増加していると考えべきだろう。

成立を否定すべきではない。もちろん、そのことはあらゆる見張り行為が直ちに幫助犯になることを意味するものではない。正犯所為の実現を妨害し得るような事態の発生が具体的にあり得ることを前提として、援助者がその発生に備えて周囲に注意を払うことで、そのような事態が発生した場合にはそれを察知するとともに、正犯者への伝達行為や援助者自身の阻止行為が行われることが当然に予定されており、それによって初めて正犯所為が実現されるような場合が具体的に想定され得ることが必要だろう。

そのため、第三者が現れたところで正犯所為の実現が妨害されるおそれがなく、せいぜい刑事訴追から免れ逃亡することを容易にするために見張りが行われるような場合には、正犯所為が実現される蓋然性を高めるものとは言えないため、危険増加は認められない⁷³³。また、ごく僅かな時間で終了することが見込まれ、正犯所為そのものの妨害があまり考えられないような犯罪については、物理的には「その正犯所為の」危険増加はほとんど考えられない⁷³⁴。もちろん、援助者においてひとまずそれらしい位置にはついたが、所為の実現を妨げるような事情を察知した場合に正犯者を支援する行動に出ることを決意していないような場合には、いわば「正犯者の目・耳」を拡張する役割を果たすことで、正犯行為に適合してその危険を増加させるという見張り行為の本質的な危険性が発揮されていないのであるから、この場合には見張りとしての位置についていたことのみを持って幫助犯の成立を認めるべきではない。

以上のような私見に対しては、不測の事態に備える場合にも、現にそのような特定の場面が生じて初めて意義を持つに過ぎないという批判が想定される。しかし、そのような批判に対しては、妨害のリスクが現実化した場合には常に直ちに対処できる必要があるところ、妨害のリスクに晒されている限りで道具の所持による対処能力の向上は常に認められるのであり、強い妨害排除能力の下で行われた正犯行為の危険増加を認めることができるという反論が可能である。ここで混同されてはならないのは、見張りや護身用の銃を伴うことによって生じる危険増加の判断を行うにあたっては、行われるかもしれない妨害排除行為の危険を増加させるか否かは問題ではなく、あくまでその時点で行われている正犯行為の危険を増加させるか否かに着目しなければならないという点である。たとえば、窃盗を計画している正犯者に対して武装警備員が駆け付けた際には射殺して窃盗を継続できるよう銃を提供したという場合には、遅くとも警備装置が作動するなどして武装警備員が駆け付け所為を中断させるリスクが具体化した時点で、その下で行われている窃盗行為について、それが

⁷³³ 心理的幫助犯の成立が認められるかもしれないが、物理的幫助犯としての危険増加がないというような状況下では、正犯者の心理面に与える影響も疑われるべきだろう。もちろん、正犯者の心理としては、いわゆる事前に行われた訴追妨害の場合も考慮していいだろうから、所為実現に関しないリスク要因が十分にある場合には心理的幫助犯が認められることもあり得る。

⁷³⁴ したがって、正犯者が室内に監禁した被害者を銃で殺害するに際して、正犯者に気が付かれることなく、周囲に音が漏れないよう目張りをしたというときには、目張りがなくことによって「銃による殺害」それ自体が頓挫していた見込みがある程度存在する場合でなければ、それは銃による殺害が事後的に発覚することを防止するという意味しか持たない。

銃の所持による対処能力の向上の下で行われていることを理由として銃の所持による危険増加的作用を肯定することができるが、それは現に行われていない警備員に対する射撃行為についての危険増加を認めるものではない。これは、正犯者の負担を軽減したという場合に、あくまで負担軽減の下で行われた正犯行為について危険が増加していると評価し得るのであって⁷³⁵、負担軽減によって初めて可能になるかもしれない現実には行われなかった正犯者の行為について危険増加を認めるわけではないのと同様である。

3-4. 所為の開始前における危険増加

3-4-1. 問題の概要

一般に、幫助犯の成立が認められる援助行為は、正犯所為の遂行段階において行われ得るだけでなく、その予備段階においても可能であるとされている⁷³⁶。もちろん、その後にそれが正犯所為へ「析出する」ことは必要であるとされているものの、使用行為とは別の観点から、問題となる場合があり得る。たとえば、以下のような場合である。

[事例 29：所為前の支援事例①]

T は、O を殺害するため、O の住む家に向かっている。T から事前にその計画を聞かされていた G は、T が家を出発した後になって、T の家から O の家までの途上に、T と仲が悪い D らの溜まり場があることを思い出した。G は、T が確実に O の家に辿り着けるようにしたいと考えて、T が道中で D らに妨害された場合にはそれを排除するための助力をするため、G は T の後をこっそりと尾行したが、途中で D らには遭遇しなかった。その後、T は無事に O の家に辿り着き、O を殺害した。

[事例 30：所為前の支援事例②]

T は、自己の所有する自動車 F を運転して、山間部に住む O の家を訪れ、そこで O を殺害することを計画している。T から事前にその計画を聞かされていた G は、自動車 F は十分に整備されておらず、故障のリスクがあることを思い出した。G は、T

⁷³⁵ もちろん、負担が軽減されることによって危険が増加していると評価できる必要がある。被害者に取り付けられた爆弾を遠隔操作で起爆する装置を正犯者 T が持っているという場合に、仮にスイッチが固く両手で力を込めないと押すことができない状態であるとき、援助者 G が起爆装置に少し手を加えスイッチを指一本で楽に押せるようにしたとして、殺害を行う際の労力は間違いなく物理的に軽減されているといえるが、簡易迅速にスイッチを入れることができることによって殺害に成功する見込みが高まるような他の付加的な事情がない限りは、単なる負担軽減に意味があるわけではない。

⁷³⁶ 井田・前掲注 12)543 頁、大谷・前掲注 47)445 頁、山中・前掲注 14)961 頁、*Roxin*, a. a. O. (Anm. 150), S.510.; *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 85), S.692; *Weißer*, a. a. O. (Anm. 79), § 27 Rn.7(S.546) Rn.17(S.550).

がかねてより自分の手で犯行を実現したいと語っていたことから、T に気付かれないうちに、自動車 F を整備した。T は G の整備に気が付くことなく、計画通り、自動車 F を運転して O の家を訪れ、O を殺害した。

これらの事例において、G の援助行為は、正犯所為の経過に視野を限定せず、いわば社会的な事実として一連の経過において犯罪が実現される蓋然性を重視すれば、正犯者が実行に着手するに至るまでの障壁を突破する蓋然性を高めており、そのために危険が増加しているとの評価も可能かもしれない。他方で、正犯所為の時点では既にそのような障壁は存在していないのであるから、その時点を基準とするならば危険増加が存在しないことになる。これらの事例はいわば、いわば、所為前の段階で行われた後に余計であることが分かった見張り・道具の事例である。このように、実際に構成要件該当行為が開始される前の段階でのみ構成要件該当行為が開始される——それによって実現に至る——蓋然性を高める事実を惹起したという場合にも、幫助犯の成立は認められるのだろうか。

3-4-2. 学説

多くの学説は予備段階への関与でも幫助犯が成立し得ることを指摘するものの、その危険が正犯所為に析出することが要求されることを述べるに留まる。既に確認されたように、提供された道具がそもそも用いられることがなかった場合には幫助犯の成立は否定される。また、予備段階で既に支援が客観的にみて失敗に至ったことが明らかと言えるような場合にも、正犯所為との間の法的因果関係は否定されると考えられる。しかし、上記の事例のように、蓋然性の上昇という限りでは役立ったという評価も可能である一方で、正犯所為の開始時点では危険を増加させるような事情ではないという場合について言及する学説はほとんど見られない。

Roxin は、Schaffstein の挙げる梯子事例⁷³⁷と自動車事例⁷³⁸について、「帰属の領域においては」仮定的因果経過の考慮は許されないために、「現実の因果経過は、梯子の運搬あるいは自動車での輸送を通じて、そもそも初めて可能にされている」という説明によって結果帰属を肯定していた⁷³⁹。まず、梯子事例については、梯子の設置行為が既に住居侵入未遂にあたるとの理解があり得るかもしれないし⁷⁴⁰、少なくとも正犯者による梯子の利用行為は住居侵入の構成要件該当行為を構成するものと思われるから、あまり問題がない。これに対し

⁷³⁷ 援助者が梯子を犯行現場まで運び、正犯者はその梯子を利用して侵入窃盗を行ったが、援助者の運搬行為がなくとも正犯者は自ら梯子を運んだらうという場合。

⁷³⁸ 援助者が正犯者を自動車で犯行現場まで運び、正犯者はその後侵入窃盗を行ったが、援助者の輸送行為がなくとも正犯者は自ら自動車ないし徒歩で犯行現場までたどり着いたらうという場合。

⁷³⁹ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.501 ff.

⁷⁴⁰ 島田・前掲注 153)91 頁。

て、自動車による正犯者の運搬の事例については、上記事例②と同様に、運搬行為は正犯所為開始前に終了しており、正犯所為時点における危険増加の有無が問題になるようにも思われる。しかし Roxin が言及している事例は、運搬行為によって正犯者が正犯所為時点において犯行現場にいるという事実を惹起し、それによって所為遂行を可能にしたという説明ができる事例である。ここで問題とされるべき事案は、所為開始前における援助行為によって初めて正犯所為が開始されたとは言えない事案であり、そのような事案について Roxin が「可能にした」に場合にのみ結果帰属を肯定する趣旨であるのかは判然としない。

Frister は「他人の行為計画に関与した者には、全体的な仕事の一部としての寄与が帰属させられ得る」として、「自らの所為寄与が構成要件実現の危険を増加させたかどうかは問題なのであり、個別の所為寄与が構成要件実現を惹起したのかどうかは問題ではない」と述べる⁷⁴¹。すなわち、「構成要件該当行為だけでなく、その遂行の基礎にある所為計画において予定されているあらゆる行為が属する」所為の総体に対して役立つものであれば足り⁷⁴²、「既に構成要件的遂行の前にその意味を失う場合には、それは当初計画されていた所為の一部ではあるが、遂行された所為の一部ではない」⁷⁴³のであるから、決定的な問題は「意味」を失うかどうかである。もっとも、Frister は前述のように、構成要件を超えた所為総体を観念し、それに対して寄与があったかどうかを重視する見解であり、Frister の見解から一般的な理解を読み取ることは困難だろう⁷⁴⁴。

これに対して、所為開始前における作用に着目する見解もいくつか見られる⁷⁴⁵。

西貝吉晃は、所為前の支援事例②に類似する事例⁷⁴⁶について、「目的地に移動して目的地到達が早期化したことだけをもっては、物理的促進性を原則肯定できない」としながら、「目的地までの移動経路において、犯罪計画を妨害される可能性がある場合には物理的促進がある」と述べる⁷⁴⁷。ここでは明らかに、正犯所為開始前にあたる目的地へ向かう段階での妨

⁷⁴¹ Frister, a. a. O. (Anm. 414), S.447.

⁷⁴² Frister, a. a. O. (Anm. 414), S.447.

⁷⁴³ Frister, a. a. O. (Anm. 414), S.448.

⁷⁴⁴ Frister によれば片面的幫助は「所為計画」の一部をなすものではないから、上記の事例についてはいずれにせよ不可罰ということになるとと思われる (vgl. Frister, a. a. O. (Anm. 414), S.448 Fn.73)。

⁷⁴⁵ 団藤重光は、「犯人蔵匿や証憑湮滅は、犯罪の事後において犯人を助けることにはなるが、犯罪そのものを助けることにはならない」として事後従犯を説明した後に、「事前に隠れ場所を提供するなどは、むしろ幫助犯になる」と述べる (団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社、1990)414頁)。隠れ家を提供した味方がいたことによって正犯者の心理が強化されたというような場合や、そもそも隠れ場所の提供がなければ犯行を行うことが(でき)なかったというような場合が想定されている可能性自体は否定できないものの、そのような事情がないにもかかわらず所為前の段階でのみ支援する行為についても幫助犯の成立を認める趣旨である可能性も否定できない。

⁷⁴⁶ 西貝・前掲注 564)122頁。ここでは、援助者が正犯者に対して犯行現場に向かうためのレンタカーを提供したという事例が挙げられている。論者は危険増加の有無を判断する際に容易に調達可能な道具も比較対象とするために、徒歩で行けるような場所であればレンタカーの提供というだけでは直ちに危険増加を肯定しないという見解であるため、レンタカーの提供によって犯行計画が妨害される可能性を減じた場合に物理的幫助犯の成立を認める、という説明を行っている。

⁷⁴⁷ 西貝・前掲注 564)122頁。

害リスクの減少による所為実現の蓋然性上昇に着目して幫助犯の成立を認めることが想定されているだろう。

また、曲田統は、正犯者 T が所為遂行のため道具を調達する段階で援助者 G が道具を提供したという場合において、仮に他の者から調達が可能であるとしても、「正犯者は、現実の幫助者以外の者に、さらに同様の幫助を頼まなければならないため、現実の幫助者がしたことは、それ自体、正犯者にとって負担を最小限にとどめたことと評価されるべきであり、それにより、正犯行為を促進したことが肯定されるべきだ」という考え方も成り立つ」と述べる⁷⁴⁸。G の提供した道具が実際に使われたことを前提とされている点には注意を要するものの、促進効果は予備段階で生じれば足りるという理解を読み取ることができるかもしれない。さらに、梯子を犯行現場において提供する事例において、ほぼ確実に同時刻に梯子を持ってきたらう場合に因果性を否定する一方で、事前段階においてドライバーを提供したという事例では「ほぼ確実に同時刻に」という要求を行わない島田説に対して、ドライバーを売った事例においても同様に考えると「ほぼ確実に同時刻に同性能のドライバーを購入することができた」といえる場面が「現実上ほとんど想定できない」のであり、「因果性の否定されるケースがほとんどなくなるという帰結」に至ると批判していた⁷⁴⁹。ここでは、「より早くに犯行を実現できた」ことと、おそらく予備段階において「より早くにドライバーを手に入れることができた」ことが同一視されているようにも思われる。もちろん、「結果発生についての時間的な遅れがあきらかに生じている」⁷⁵⁰ことを前提としており、あくまで構成要件該当結果の発生時点を問題にする趣旨であるが、仮に予備段階においてドライバーの購入が遅れることが直ちに結果発生を遅延を意味するのであれば、予備行為を支援して短時間で終わらせた場合には、それをもって結果発生を早めたことになってしまうようにも思われる。

3-4-3. 検討

私見からは、援助行為は予備段階においても当然に可能であるものの、正犯所為開始時点において存在している事実との間の条件関係が必要であり、それが正犯行為に対する危険増加的作用を有していなければならない。したがって、正犯所為開始前の段階で正犯所為が開始される蓋然性を高め、たとえ社会的事実としての犯罪が実現される蓋然性を高めたという評価が可能であるとしても、少なくとも正犯所為が開始される時点で正犯所為実現の蓋然性を上昇させる事実として存在していなければ、条件関係が否定されなければならない。正犯者を犯行現場まで自動車で運ぶことは、正犯者がそこに存在しているという事実と

⁷⁴⁸ 曲田・前掲注 28)189 頁。

⁷⁴⁹ 曲田・前掲注 28)142 頁。

⁷⁵⁰ 曲田・前掲注 28)142 頁・注 33)。

の間に条件関係が認められるため、法的因果関係が認められると考える⁷⁵¹。これに対して、正犯者が犯行現場まで向かうために用いた自動車を整備して途中で故障するリスクを低下させ、正犯者がその自動車に乗って無事に犯行現場まで到着したというような場合には、その整備がなければ故障を起こしていただろうという場合でない限り、たとえ故障を起こして犯行現場到達前に頓挫していた見込みが一定程度あるとしても、事実的因果関係としての条件関係が否定されるために幫助犯は成立しないものとする。

したがって、前述された見解のうち、正犯所為開始前の段階における危険増加を重視する見解は支持し得ない⁷⁵²。そのような見解に依拠する場合には、予備行為に対する援助と正犯所為に対する援助の区別が曖昧なものとなり、結局のところ他人予備を処罰する危険犯へと転化してしまうおそれがあるとする。

4. 危険増加判断の比較対象としての仮定的因果経過

ここまでの検討において、危険増加の判断は正犯所為の時点における事前判断であり、それが認められるためには厳密な意味において正犯者によって使用される必要はないものの正犯行為の危険を増加させたと評価できるような関係性が必要であり、援助者はそのような危険増加的作用を持つ事実を惹起しなければならないことが確認された。もっとも、危険の「増加」が問題となる以上、現実が発生した事態と、一定の事態を比較して、危険が「増加した」という評価が初めて与えられることになる。危険増加の判断基準を具体化するためには、比較対象となる事態と、それとの比較を行う方法を明らかにしなければならない。

幫助犯における危険増加論は、Roxin が過失犯を想定して展開した理論の幫助犯への転用であると理解されている⁷⁵³。過失犯においては、注意義務違反行為を通じて惹起された危険増加の有無を判断する必要があるために、注意義務に適合する振る舞いをした場合に考えられる仮定的因果経過との比較が行われていた⁷⁵⁴。つまり、過失犯における危険増加論は、結果発生との間の条件関係があることを前提として、行為者自身の実際には行われていな

⁷⁵¹ なお、他の手段でも用意に犯行現場に辿り着けるという場合において幫助犯の成立を否定すべきかどうかという問題については、正犯者が既に移動手段を持っている、あるいは徒歩で移動可能であるという場合には、正犯者を犯行現場まで送り届けたことそれ自体ではなく、労力を投入せずに済んだためにより疲労がない状態で正犯行為に着手することができたとか、そのような支援を受けられることで精神的に強められたというような関係が必要であるとする。既に移動手段を手に入れているわけではないが、容易に入手が可能であるというような場合には、別に中立的行為としての構成要件該当性ないし違法性の否定が考えられるが、その点についての検討は本論文の射程を超えたものである。

⁷⁵² これに対して、G が T の持っていた特殊開錠道具に手入れをし、性能を顕著に向上させた事実は確認されたが、それがなくとも住居侵入には成功していただろうという場合において、その後の窃盗に対する幫助犯を認めることができるのかは難問であるが、ここでは住居侵入は窃盗の予備行為として行われているわけではなく、まさに一体の所為と評価できるように思われる。

⁷⁵³ vgl. Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.54 ff.; Baun, a. a. O. (Anm. 8), S.105-107.

⁷⁵⁴ vgl. Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.54 ff.

い仮定的な行為を起点とする仮定的因果経過を想定し、それとの比較を行うことで危険増加を判断するものであった。これに対して、幫助犯の場合には援助行為をしない場合にのみ義務適合的に行為したことになるために、「犯者の行為を基礎として幫助なしに成立したであろう状況が、幫助犯においては、危険増加の評価についての基準となり得る」⁷⁵⁵という理解が見られる。

当然に、ここでも再び、仮定的因果経過の考慮の可否が問題となる。前章で確認されたように、仮定的因果経過を考慮することなしには幫助犯の成立範囲を適切に限定することができない。これは結果変更説を念頭に置いた検討からの帰結であったものの、どのような事態を援助者に帰属させてよいかという観点から構築されたものである以上、基本的には危険増加の判断においてもそのまま妥当するものであると思われる。つまり、現実化している代替原因を起点とする仮定的因果経過を考慮する必要があり、それとの比較において「危険が増加した」と言える必要がある。以下ではその基本的な解決手順を確認した上で、危険増加判断における特殊性を踏まえた検討を行う。

4-1. 現実化している代替原因を起点とする仮定的因果経過の考慮による事例の解決

[事例 31：ドリル交換事例①]

T は、窃盗目的で金庫を開けるために性能の低いドリル A を用意している。G は、ドリル A と同種であるが、自身の施した特殊な改造により性能が向上しているドリル B と、ドリル A を交換した。T は、ドリル B を用いて金庫を開け、窃盗を実現した。

現実の経過と電動ドリル A を用いる仮定的因果経過と比較すると、ドリルの性能に差が認められることから、事前判断において、その性能の差によって所為が完遂されないという事態が生じることが十分にあり得るものだとすれば、危険増加が認められるだろう。金庫を開ける時点が早期化されたことそれ自体に意義が認められるわけではないから、仮に金庫を開ける時点が仮定的因果経過と比較して早まるわけではないとしても、そのことは結論を左右するものではない。

[事例 32：ドリル交換事例①]

⁷⁵⁵ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.59. また、Baun, a. a. O. (Anm. 8), S.107 も同趣旨のことを述べる。

Tは、窃盗目的で金庫を開けるために性能の良いドリルBを用意している。Gは、ドリルBと同種であるが自身の施した特殊な改造により性能が低下しているドリルAと、ドリルBを交換した。Tは、ドリルAを用いて金庫を開け、窃盗を実現した。

この事例においては、現実の経過はドリルAを用いた鍵の破壊と窃盗であり、仮定的因果経過はドリルBを用いた鍵の破壊と窃盗である。ドリルAの方がドリルBよりも性能が低いのであるから、ドリルの使用時点において所為が実現される蓋然性は低下させられたものと評価できる。そのため、危険増加は認められず、法的因果関係は否定されるべきである。もちろん、法的因果関係を根拠付ける事実についての認識がない場合には、つまり、ドリルAの性能がドリルBの性能よりも高いという認識を持っていない場合には、そもそも故意が否定されるだろうし、正犯所為時点で危険増加的作用を持つ事実を惹起する危険性が否定される場合には、幫助行為性が否定されるだろう。

これに対して、学説には仮定的因果経過の考慮を一切否定する見地から、たとえ正犯所為を妨害する場合でさえ幫助犯の成立を肯定すべきであるとする見解も見られる⁷⁵⁶。援助者の提供した道具が当初用意されていた道具より役に立たないものであったとしても、「正犯行為を促進するなどの刑法の命令(ルール)に反する行為にでたこと、ならびに、補助手段のないばあいに比べて正犯行為が促進され結果発生に結びついたということは事実であるから、処罰する意味のない行為と断ずることはできない」というものである⁷⁵⁷。確かに、仮定的因果経過を考慮せず残存因果経過と比較すれば「促進」が認められるとしても、問題はそれによどのような意義があるかである。現実に行われていない正犯行為を一切考慮しないのであれば、そのような意味での「促進」は正犯者の用意した道具を著しく弱体化させた場合、たとえば正犯者が用意していた銃に取り付けられた照準器を取り外すような場合でさえ、「照準器のない銃」を取り除けば「促進」が認められることにもなりかねない⁷⁵⁸。そのような行為を禁止することは法益保護という刑法の目的に適うものではあり得ないから、「処罰する意味のない行為」と評価せざるを得ない。上記の見解は、その実質において、事実的な正犯所為経過に対して少なくとも妨害的な影響を与えることを禁止し、少なくとも妨害した場合に幫助犯の成立を肯定するものといえるところ、それが法益保護という刑法の目的に合致するとは到底思われない⁷⁵⁹。

⁷⁵⁶ 曲田・前掲注28)144頁・注39)。

⁷⁵⁷ 曲田・前掲注28)144頁・注39)。

⁷⁵⁸ 曲田説はこの場合には援助者の提供した物が実際に所為の手段とされたことを要求すると思われるから、この場合には幫助犯の成立を認めないだろう。これに対して、ほとんど事例状況が変わらない「正常な照準器」と「壊れた照準器」を取り換える場合には幫助犯の成立が認められるといういかにもアンバランスな帰結に至る。

⁷⁵⁹ もちろん、この批判は犯罪の本質を「義務違反性・ルール違反性」に求めるだけでなく、幫助犯において「コミュニティに危険性の印象」を与えたか否かを決定的な判断基準とする曲田説(曲田・前掲注28)194頁以下))にとっては、内在的な批判とはならないだろう。

もっとも、仮定的因果経過の考慮を徹底的に否定する見解も、関与行為が危険減少ないし結果減少という形で「良い」事態を招き、しかもそのことを意図して関与行為が行われたという場合には、結局のところ構成要件該当性ないし違法性の阻却を肯定する⁷⁶⁰ものと思われる。しかし、そもそも幫助犯が処罰されるべき根拠は、援助行為によって正犯所為の危険を増加することであり、正犯所為の経過に何らかの物理的な作用を及ぼしたにもかかわらず結果や危険を減少させなかったことにあるわけではない。それを正面から認め、構成要件の次元では危険増加を要求せず、危険減少が生じた場合にせいぜい違法性阻却を認めるに留める場合には、実質的には、正犯所為の経過に何らかの物理的作用を及ぼした者に対して法益状況を改善する義務を課すことになりかねない⁷⁶¹。しかし、被害者を保護すべき、あるいは正犯者の犯罪を抑止すべき地位にない限りは、何人も何もしないことが許されているはずであり、単に正犯所為の経過に物理的作用を及ぼすことそれ自体にそのような義務を課す根拠となるような否定的評価が可能なのではない。

さらに、仮にそのような説明が可能であるとしても、以下のような事例で不当な帰結に至るものと思われる。

[事例 33：ドリル追加事例]

T は、窃盗目的で金庫を開けるために性能の良いドリル B を用意している。G は、ドリル B と同種であるが自身の施した特殊な改造により性能が低下しているドリル A を、ドリル B の横に並べて置いた。ドリル A は G の装飾によって T 好みのデザインになっていたが、T はドリル A とドリル B の性能の違いには気が付かなかった。T は、デザインが気に入ったドリル A を用いて金庫を開け、窃盗を実現した。

この事例においても、仮定的因果経過の考慮を全面的に否定する見解は、正犯所為経過と関与行為の間の事実的因果関係が存在する以上は、現実の正犯所為経過からドリル A を取り除いた残存因果経過、つまり何らの道具もない因果経過との比較により、危険増加を肯定

⁷⁶⁰ 曲田統は、「諸事情により中止させることが不可能となった」という状況であれば、妨害目的で道具を提供することによって「いくらか結果発生を遅らせ」たに留まる場合でも、「このような意思にもとづく行為には、ルール違反性を肯定することができず、コミュニティに危険性の印象を抱かせるという要素もみとめられない」という理由で幫助犯の成立を否定する(曲田・前掲注 28)145 頁・注 41))。しかし、決定的な判断基準とされるルール違反性を判断する基準とその根拠が明らかではなく、さらに最終的には「コミュニティに危険性の印象を与えたかどうか」という漠然とした基準に基づいて、幫助犯というもとより不定形な犯罪類型について成否を判断することは、無限定な処罰の拡張に至るおそれがあり、到底支持し得ない。少なくとも、仮定的因果経過の考慮が否定されるべきことは、「コミュニティに危険性の印象を与えるかどうか」という観点から自明に導出されるものとは思われない。

⁷⁶¹ 確かに、日本にはドイツと異なり不救助行為を一般的に処罰する規定がない一方で、身近な存在でありながら犯罪を阻止しないのは許せない、という世論もあるように思われる。しかし、まさにその不救助を処罰しないという立法上の判断を尊重すべきではないだろうか。仮に犯罪を「妨害しなかった」ことを処罰するのであれば、その必要性を説いて正面から議論を行うべきであって、現実には当初の状態と比較して危険を高めたとは言えないにもかかわらず、仮定的因果経過の考慮を否定して何も道具がない状態と比較すればより危険になっている、というレトリックによって実質的に救助義務を課すことが妥当とは思われない。

し、幫助犯の成立を肯定することに至るはずである。それはドリル A の設置行為を終えた後の G にとっては、正犯所為のために用いられる限りで、ドリル A を取り戻さなければ幫助犯の成立が認められ、ドリル A を取り戻すことによって幫助犯としての罪責を免れることを意味する。つまり、正犯所為経過それ自体との事実的因果関係を要求し、他方で仮定的因果経過を考慮した危険増加を要求せず、幫助行為性の判断基準もそれに依拠する場合には、危険減少的な寄与を禁止するというだけでなく、ひとたびそれが行われた以上は、それに由来する正犯所為の実現を妨害する作用の除去を推奨するに至る。しかし、このような場合において、法がそのようなドリル A の取戻しを推奨すべき根拠があるとは到底思われない。

[事例 34：ドリル交換事例②]

T は、窃盗目的で金庫を開けるために性能の低いドリル B を用意している。G は、ドリル B と同種であるが、自身の施した特殊な改造により性能が向上しているドリル A と、ドリル B を交換した。T は、犯行前にドリル A に見慣れない器具が取り付けられていることに気が付き、それを取り外した。そのため、ドリル A の性能はドリル A と変わらないものになった。T は、ドリル A を用いて金庫を開け、窃盗を実現した。

この事例では、援助行為の時点においては、正犯所為時点において危険増加的作用を持つ事実を惹起する危険性が認められることから⁷⁶²、援助行為時点でのみ仮定的因果経過と比較した危険増加を要求する見解からも、幫助行為性は否定されまいだろう。そのため、幫助行為の次元では援助行為時点における仮定的因果経過を考慮した危険増加を要求し、因果関係の次元では援助行為と現実の正犯所為経過の間の事実的因果関係だけに着目する見解からは、幫助犯の成立が認められることになるようにも思われる⁷⁶³。しかし、未遂処罰規定のない幫助犯においては、共犯既遂時点、すなわち正犯所為の時点において、危険増加が中間結果として生じなければならない。そうでなければ、G が自ら犯行前にドリル A から器具を取り外した場合にも幫助犯の成立が認められることにもなりかねない⁷⁶⁴。正犯所為時

⁷⁶² もちろん、性能の差が危険増加と評価できる程度のものであることを前提とする。

⁷⁶³ そのような見解からは、援助行為後の事態の経過が相当ではないとして法的因果関係が否定されるという解決が与えられるかもしれない。しかし、この事例では T がドリルの形状に違和感を覚えて G の取り付けたパーツを除去することが、異常なものとは思われない。仮に「相当性」が異常な事態が生じなかったというような意味ではなく、援助行為の時点で客観的に予期され、また表象されたところの正犯所為時点における危険増加が、正犯所為の時点におけるまで維持されていること意味するものであれば、正犯所為時点における危険増加を要求することと実質的な相違はないだろう。

⁷⁶⁴ T が当初用意していたドリル B を G が改造し、その後改造部分を取り除いたという場合とは異なって、そもそもドリル A 自体が G の提供した物である以上、正犯所為経過の態様の間の事実的因果関係は否定し得ない点に注意が必要である。ここで「因果性の遮断」を認める場合には、それは仮定的因果経過と比較して危険が増加したという評価が不可能になったことに由来するものである。

点で仮定的因果経過と比較して危険増加的作用を持つ事実を惹起する危険性を幫助行為性において要求し、その危険性が仮定的因果経過における水準を下回った場合には法的因果関係を否定するという帰結に至るのであれば、表現としては「相当性」であれ、「因果性の遮断」であれ、結局のところ正犯所為時点において仮定的因果経過と比較したときの危険増加を要求するものに他ならない。

4-2. 仮定的因果経過の不確実性

残存因果経過と異なり、仮定的因果経過は現実には生じなかった経過を仮定する必要がある、必然的に不明確なものであることは否定し難い。ここまで挙げてきた事例の多くは、仮定的因果経過がどのような経過を辿るかが比較的分かりやすいものであったことも否めないだろう。しかし、救助的因果連鎖を中断させる事例や不作為犯の事例を念頭に置かならば、そもそも仮定的因果経過を考慮することが刑法的におよそ不可能とされているわけではない。これらの事例では、行為者による介入がなかった場合には救助行為を起点とする因果経過はどのようなものであるか、あるいは不作為者による作為義務の履行を起点とする因果経過はどのようなものであるか、ということを考えざるを得ないからである。そうすると、仮定的因果経過を想定することの困難性それ自体は、本質的な問題ではない。

他方で、私見を前提とする限りでは、救助的因果連鎖や不作為犯の事例とは異なる判断が必要となることは注意を要する。これらの事例では、仮定的因果経過を考慮することによって判断されるのは、その行為に出ていなければ、あるいは作為義務を履行していたならば、それによって結果が生じていなかっただろう、ということが疑いを容れない程度に言えるかどうかである。これに対して、幫助犯における判断の対象は事前判断としての危険増加の有無であり、その判断は危険判断の対象時点を起点として予測可能な多数の因果経過を想定することによって行われるものである⁷⁶⁵。そうすると、ここでは援助行為が行われなかった場合に事態がどのように推移していたのかという点について、一義的に確定ができないという意味での不確実性があることは大きな問題ではない。現実化している代替原因を起点とする仮定的因果経過と事前の危険判断のため想定される予測された因果経過のどちらも複数のパターンが考えられることを前提として、その全体を比較してどちらが危険であると評価できるかが重要であると思われる。つまり、単に現実の因果経過と一つに確定された仮定的因果経過を比較してどちらがより危険であるかを判断するのではなく、現実の因果経過を前提として予測される仮定的因果経過の集合と、現実化している代替原因を起点とする仮定的因果経過の集合を比較し、どちらがより正犯行為の危険が高いのかを問題とすべきである⁷⁶⁶。

⁷⁶⁵ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.55.

⁷⁶⁶ もっとも、実際に訴訟の場においてそのような場合を想定していくことが必要なわけではない。

4-3. 異質な危険がある場合の危険増加判断

ここまで取り上げてきた事例は、仮定的因果経過において生じるだろう危険と現実の経過において生じた危険が同質的なものであり、しかも量的にその相違を把握可能なものばかりであった。しかし、現実には量的な危険評価が可能な場合はそう多くはない。たとえば、致死率としては同じであるとしても、作用機序が異なる毒Pを毒Qと置き換えたという場合のように、危険を質的に別のものにしたという場合には、単に致死率が同様であることを持って常に危険増加を否定することはできないように思われる⁷⁶⁷。そうすると、仮定的因果経過の考慮によって単純に幫助犯の成立が否定されるべきと言える事案は、危険の程度を量的に変更したという事案に限られるかもしれない。しかし、以下のような事例はどうだろうか。

[事例 35：危険が質的に異なる事例①]

Tは、Oから現金を奪取するため、睡眠薬Aが入った瓶 α を用意している。それを知ったGは、睡眠薬Bが入った瓶 β と瓶 α を交換した。Tは瓶 β に入った睡眠薬BをOに投与し、Oが眠りについている間に現金を奪取した。睡眠薬Aと睡眠薬Bは作用機序が異なるものであったが、その即効性と継続性についてはほとんど同様の効果を持つものであった。

この事例では、睡眠薬Aと睡眠薬Bの作用機序が異なる限り、その意味で部分的には別種の危険を創出していると評価することができるかもしれない。しかし、作用機序が異なるにもかかわらず、睡眠薬Aの効果がない一方で睡眠薬Bの効果がある、という者がほとんどいないような場合であれば、刑法的には異なる危険を生じさせたとは評価できないように思われる。つまり、重要なのは、客体に対する作用機序の相違そのものではなく、そのような作用機序の相違によって、援助行為がなければ——すなわち、現実化している代替原因を起点とする仮定的因果経過においては——そのような効果が生じなかつたであろうという場合がどの程度あると考えられるかである。作用機序とそれを通じて生じる法的に好ましくない事態は明確に区別できるものではないかもしれないが、作用機序の相違を過度に重視する場合には、それは正犯所為経過に何らかの物理的作用を及ぼしたことに帰着してしまうおそれがあることが指摘されなければならない⁷⁶⁸。

⁷⁶⁷ vgl. *Jakobs*, a. a. O. (Anm. 241), S.674.

⁷⁶⁸ *Samson*, a. a. O. (Anm. 243), S.77 は、「危殆化が具体的な結果に対して関連付けられる (Bezöge man die Gefährdung …… auf den konkreten Erfolg)」場合にはそれは「具体化型の惹起説への回帰 (Wiederholung der …… konkretisierenden Verursachungstheorie)」であることを指摘していた。

たとえば、作用機序が異なる睡眠薬 A、睡眠薬 B、睡眠薬 C について、いずれも人口比で x %の人間に効果を生じさせるものであり、一般に睡眠薬 N の効果がある人の集合を S_N としたとき、作用機序の相違から S_A と S_B には重複がなく、他方で、作用機序の相違にもかかわらず、 S_A と S_C はほとんど重複するというような場合を想定する。このとき、睡眠薬 A を睡眠薬 B に置き換える場合には、その危険の異質性から危険増加が肯定されるべきである。他方で、睡眠薬 A を睡眠薬 C に置き換える場合には、その置き換えによって初めて効果が生じるという場合がほとんど考えられない以上、刑法的には異質の危険を生じさせたものとは評価できないことが通常である。この帰結は、単に被害者 O が S_A には属しないが S_C に属する者だったということによって変わることはない。既に述べたように、幫助犯における危険増加の判断は、援助行為によって惹起された事実を起点として考え得る仮定的因果経過と、現実化している代替原因を起点として考え得る仮定的因果経過の比較によって行われるのであり、現実の経過において危険な経路を辿ったことそれ自体が常に意義を有するわけではないからである。もっとも、G は被害者 O の体質を熟知しており、O が S_A には属しないが S_C に属するごく僅かな者であることを知っていたというような場合には、統計的な危険の異質性を問題にすべきではなく、G の認識に基づいて具体化された O との関係での危険判断を行うべきである。

危険の増加はそのような危険の異質性に基づいて認められるものである以上、それを基礎づける事実について援助者が認識していない場合には、故意が否定されることになる。たとえば、睡眠薬 A を睡眠薬 B と置き換えたが、異なる効果を生じさせるものではないと思っていたというような場合には故意が否定されるだろう。また、睡眠薬 A を睡眠薬 C に置き換え、G においては単に S_A には属しないが S_C に属する者がごく僅かにいることを知っているに留まり、O についての情報を有していないという場合には、——現に被害者 O が S_A には属しないが S_C に属する者だったとしても——既に故意が否定されるべきだろう。他方で、全く誤った根拠から O が S_A には属しないが S_C に属する者であると考えており、たまたまそれが正しかったに過ぎないという場合には、少なくとも援助行為の時点で故意があることは否定できない。しかし、 S_A には属しないが S_C に属する者の数が、睡眠薬 C の方が当該被害者にとって有効であることを知っている場合でなければ十分に無視できる程度に小さいという場合であれば、いずれにせよ危険増加が否定されるべきである。

以上のような事案は、援助者によって提供された物が薬であり、その性質上、人の身体に対する作用についての統計的な情報が利用可能であった。これに対して、幫助犯の成否が問題となる通常の事例では、そのような統計的知識を利用可能ではないことが通常だろう。

[事例 36：危険が質的に異なる事例②]

T は、O から現金を強取するため、銃を用意している。それを知った G は、T が犯行現場に持って行くために用意しているリュックの中に入っていた銃を取り出し、代わりに包丁を入れた。T は、強盗のため O を待ち伏せする段階に至って、リュック

クの中に入っている道具が包丁にあることに気が付いた。Tは包丁でOを切りつけ、財物を奪取した。

一般的には、暴力的な犯罪を実現するための手段としては、包丁よりも銃の方が危険であると言って差し支えないだろう。他方で、状況次第では包丁の方が銃よりも高度の危険性を有するという場合も考えられるだろう。それはたとえば、TとOは出会い頭に揉み合いになり、現実に所持していた包丁をOの腹部に突き刺したが、当初用意された銃は銃身が長く、取っ組み合いの状態ではあまり役に立つものではないと考えられるような場合である。このような場合には、現実の事態経過を見る限りでは、仮定的因果経過と比較してもなお、包丁と銃との交換によって危険が増加しているという評価をすることも可能だろう。

しかし、それに基づいて幫助犯の成立要件としての危険増加を肯定するためには、そのような危険増加を基礎づける事実、つまり想定される正犯所為経過において銃よりも包丁の方が役に立つという場面が十分にあり得るという事実がGにおいて認識されていた必要がある。薬の作用機序が問題となる場合とは異なり、ここではそのような認識をGが持つことは特に珍しいものではないだろう。理論的な位置づけや根拠付けについて本論文では立ち入った検討を行うことができないものの、この問題は幫助犯において要求される故意要件に還元することはできず、援助者の表象していた事実に基づく範囲でのみ危険増加を肯定するというような判断枠組みが妥当であるように思われる⁷⁶⁹。

4-4. 小括

危険増加の有無を判断するためには、現実化している代替原因を起点とする仮定的因果経過との比較が行われなければならない。危険増加の判断は事前判断として行われなければならない、それは現実の事態を前提としてどのような事態の展開が他にあり得たかという判断によって行われるところ、その比較対象となる仮定的因果経過も一義的に確定しなければならないわけではなく、複数の展開を想定してよい。そのため、援助行為によって物理的な作用機序としては異なる危険が設定されたという場合でも、同質的な危険であるといえる限りで、危険判断はあくまで想定される事態の生起の集合を比較し、どちらがより結果発生に至る危険が高かったか、という観点から判断されるべきである。

⁷⁶⁹ 本論文においては非常に不十分な記述に留めざるを得ないが、ここで論じた問題は危険増加の有無を巡る問題ではなく、客観的に生じた危険のうちどのようなものを援助者ないし援助者の故意に帰属可能なかという問題なのかもしれない

5. 小括

ここまでの検討において、危険増加が認められ、少なくとも未遂犯に対する幫助犯がどのような場合に認められるのかという問題に、以下のような形で一応の結論が与えられた。

- (1) 正犯行為あるいは正犯結果それ自体と援助行為の間に条件関係を要求すべきではない。
- (2) 援助行為と正犯所為時点において危険増加的作用を有する事実との間に条件関係が要求される。
- (3) 危険増加は、正犯所為時点における事前判断でなければならない。
- (4) 援助行為によって惹起された事実が特定の正犯行為と結びついて危険性を発揮する場合には、そのような正犯行為が行われて初めて危険増加を認めることができるが、正犯者における厳密な意味での使用行為は不要であり、あくまで正犯所為が実現される蓋然性を高めたことが重要である。
- (5) 正犯所為時点で危険増加的作用を持つ事実の惹起が必要であるため、所為前の時点で正犯所為が開始ないし実現される蓋然性を高めたに過ぎない場合には、幫助犯の成立は認められない。
- (6) 危険増加の判断を行うにあたっては、援助行為の時点で現実化している代替原因を前提とした仮定的因果経過との比較が必要である。

第4節 危険実現の判断基準

1. 問題の概要

危険増加が肯定されることを前提として、どのような場合にそれが「結果に実現した」として既遂犯に対する幫助犯が認められるだろうか。たとえば、以下のような事例が考えられる。

[事例 37：射撃後の絞殺事例⁷⁷⁰]

G が、O の殺人を計画している T に対して、銃を提供した。T は、その銃を用いて O を射撃したが、それで殺害することができなかつたために、最終的には絞殺した。

[事例 38：銃の提供者が不明である銃殺事例]

T は O を殺害するため銃 A を用意している。G は、T に対してさらに銃 B を提供した。T は、十字架に手足を括られた O に向けて、銃 A と銃 B の両方を用いて複数回射撃を行い、そのうち一発の銃弾が命中し、O はそれによって死亡した。その銃弾が銃 A と銃 B のどちらの銃から発射されたのかを明らかにすることはできなかつた。

射撃後の絞殺事例においては、実際に正犯所為結果を生じさせた実行行為の時点では、援助行為の惹起した事実の危険増加的作用が失われているのか否かが問題となる。銃の提供者が不明である銃殺事例においては、実際には G の提供した銃弾による死が生じていない可能性が排除できないから、「まさにその増加させられた危険の部分」が「結果の少なくとも一部分」を惹起したことを要求するとすれば、既遂犯に対する幫助犯の成立が否定されることになるだろう。以下では、結果の一部分との合法則的条件関係を要求する見解について検討した上で、私見に基づいた事例の検討を行うこととする。

2. 結果の一部分を惹起することの必要性

多数説は、増加させられた危険のまさにその部分が結果の一部分を左右することを要求していない。その説明の方法には二つの方向が見受けられる。

既に確認されたように、Roxin によれば、「援助者の加わった正犯所為」と「援助者の加わらない正犯所為」がそもそも結果の定義において異なることになる⁷⁷¹ために、事実的因果関係の問題としては既遂結果が発生した以上は問題が生じず、既遂時点までの危険増加の

⁷⁷⁰ vgl. Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.90.

⁷⁷¹ Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.511.

継続があるかのみが問題とされていた⁷⁷²。これに対して、事実的因果関係を要求しない Murmann は、決定的なものは「二人の人間によって完遂された所為」と定義された結果ではなく「自らの行為を通じて所為をより確実にしたこと」であるとして、それによって正犯所為の「危険が援助者によって共働して創出され」たと言える場合には、「援助者によって生じた危険増加も現実化している」ものと評価できる⁷⁷³としていた。

両説は実質において同様の判断を行うものであり、Roxin の見解は、結果との間の事実的因果関係が必要であるという前提からそれを説明したに過ぎないとも思われるが、Murmann の見解が幫助犯の実態をよりよく捉えるものとして高く評価できる。この点を明示しない学説においても、たとえば後に余計であることが分かった見張りの事例において既遂犯に対する幫助犯の成立を認める見解においては、結果の一部分を事実的な意味において惹起する必要がないことは当然の前提となっているだろう。

このような帰結は、私見からも支持に値するものである。前章において示されたように、結果変更説は支持し得ない。したがって、「まさにその増加させられた危険の部分」が「結果変更」をもたらしたことは要求すべきではない。また、本章において示されたように、正犯所為経過に物理的作用を及ぼさなかった場合、つまり援助行為なしに正犯所為の実現過程を説明可能な場合であっても、そのことによって幫助犯における(法的)因果関係が否定されるべきではない。したがって、結果の具体的な把握を前提として、結果からその発生に至る自然法則的に説明可能な事実的なプロセスを遡ったときに、援助行為に辿り着くという意味での条件関係が認められない場合であっても、そのことによって幫助犯における(法的)因果関係が否定されるべきではない。

そのため、後に余計であることが分かった見張りの事例において、未遂犯に対する幫助犯を肯定しながら、事実的因果関係の欠如を理由として既遂犯に対する幫助犯の成立を否定する照沼亮介⁷⁷⁴と Baunack⁷⁷⁵の見解は支持し得ない。Baunack がこの事例について「構成要件的に意義のある遂行段階の随伴事情であるから、所為遂行との関係では因果関係が肯定される」⁷⁷⁶と述べる時、正犯所為経過そのものに対する物理的作用は既に要求されておらず、正犯行為と援助行為の間の事実的因果関係は既に放棄されていることが指摘されなければならない。つまり、ここでは、自らが事実的な意味においては部分的にも惹起していない構成要件該当事実についても、正犯行為に対して危険増加的作用を及ぼすことによって共犯として罪責を負うことが前提とされている。それにもかかわらず、既遂犯に対する幫助犯についてはその構成要件該当結果を自らが事実的な意味において惹起する必要があるとする根拠があるとは思われない。Baunack は、正犯結果の発生によって既遂犯に対す

⁷⁷² Roxin, a. a. O. (Anm. 150), S.511.

⁷⁷³ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.551.

⁷⁷⁴ 照沼・前掲注 13)201 頁。

⁷⁷⁵ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.91 f.

⁷⁷⁶ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.91.

る幫助犯として重く処罰されるためには「正犯所為結果を援助者の寄与まで遡らせることができる(zurückgeführt werden kann)」ことが前提であると述べるが⁷⁷⁷、Baunackの見解によっても、正犯結果以外の構成要件該当事実について事実的な意味において援助者の寄与に「遡らせる」ことができない場合にも、(未遂犯に対する)幫助犯の成立を認めざるを得ないのである。

結論において本論文とは方向性が逆であるものの、Osnabrüggeも、Baunackの見解に対して、未遂犯に対する幫助犯についてはその周辺の状況に焦点を合わせながら、既遂犯に対する幫助犯については結果との事実的因果関係を要求する点が一貫していないことを批判していた⁷⁷⁸。すなわち、「『中間条件』が結果とは別個に固定され得ず、結果の因果的説明におけるその重要性からのみ定義される場合には、結果の条件に対して因果的であるようなあらゆる事情は、常に結果に対しても因果的である」ということになる⁷⁷⁹。私見やBaunackの見解からは、援助行為と正犯所為時点で存在する危険増加的作用を持つ事実との間には厳格な因果的説明を要求することができるものの、その事実と正犯所為の間の関係は厳格な因果的説明を要求することができないことが前提とされているはずであり、結果との関係でのみその結節点となる事実を変更することに説得的な根拠があるとは思われない。

3. 私見の適用による事例の解決

結果変更説の魅力は一部であれ「結果変更」を惹起することによって結果発生を理由とした加重処罰を説明できるというものであったが、既遂犯の構成要件は未遂犯の構成要件を包含しているのであるから、未遂犯の不法内容を惹起⁷⁸⁰することは、既に既遂犯の不法内容の一部の惹起である。また、未遂犯に対する幫助犯についても、それを未遂結果・危険結果と呼ぶかどうかはともかく、援助者は危険増加を通じてその不法内容の一部を惹起するに過ぎない。それにもかかわらず、幫助犯の成立が認められているはずである。そこでは既に、物理的には援助者が影響を及ぼしたとは言えないものの、正犯者が支援の対象となった正犯所為をどのように実現したのかということに依存した処罰が行われている。その意味において、Baunackが「従属性原理」を根拠として「結果の発生は正犯所為の不法内容の上昇を惹起し、それによって援助者も重く処罰される」と述べる点⁷⁸¹は、正しい内容が含まれているように思われる⁷⁸²。つまり、幫助犯の不法内容は、——保護法益に対する援助者自身の

⁷⁷⁷ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.91.

⁷⁷⁸ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.117-118.

⁷⁷⁹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.118.

⁷⁸⁰ ここでは、事実的な意味における惹起ではなく、法的評価を伴う意味の惹起である

⁷⁸¹ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.71.

⁷⁸² 結局のところ、共犯者は正犯不法を自ら全て惹起するものではない以上、独立の法益攻撃であるという前提の下で、共働することによってその不法内容を負うと説明せざるを得ないのではないかと思われる。

攻撃と評価できることを前提として——援助者の惹起した事実の有する危険増加的作用が及ぶ範囲における正犯所為の不法内容に依存せざるを得ない。

私見のように正犯結果との間の事実的因果関係を放棄したとしても、未遂犯に対する幫助犯と既遂犯に対する幫助犯の区別が不可能となり、あるいは結果が発生する限りで未遂犯に対する幫助犯が常に既遂犯に対する幫助犯へと転化するわけではないことが留意されなければならない。たとえば、Baunack も、結果との間の合法則的条件関係があり得そうな場合にも、危険増加が継続していないことを理由として、既遂犯に対する幫助犯の成立が否定されるべき場合があることを認めていたのであった。Baunack によれば、援助者 G が正犯者 T にリボルバーを提供し、T はそれを用いて被害者 O を撃ったが、当て損なったために絞殺したという事例において、「正犯者がリボルバーの提供なしには……その時点において所為に踏み切らなかった場合には、合法則的条件関係は成立するかもしれない」としても、「援助者の寄与の特殊な危険性が結果発生に至るまで継続している場合にのみ結果は帰属させられ得る」ために、既遂犯に対する幫助犯の成立が否定される⁷⁸³。このような指摘からは、正犯結果との間の事実的因果関係を放棄したとしても、「危険の実現」が認められるかどうかという問題にはなお意義があることが示唆されるだろう。ここでは「寄与」がどこまで及んでいたのかが決定的な問題であり、その点については援助行為と正犯結果の間に事実的因果関係を要求しない私見からも同様である。

つまり、既遂犯に対する幫助犯の成立を検討するにあたって本質的な問題となるのは、援助行為によって惹起された事実が危険増加的作用を及ぼした正犯行為から結果が惹起されたのかどうかである。もっとも、どの正犯行為から正犯結果が惹起されたのかが明らかであることを前提とするならば、問題となるのは、結局のところ、正犯結果を惹起した正犯行為に対して危険増加的作用を及ぼしていたのかどうかである。危険増加の判断基準については前節で示されたから、ここでは後に検討するとしてして留保されていた以下の事例の解決が試みられる。

[事例 39：銃の連続使用事例]

T は銃弾が 6 発装填された銃 A を用意して、O を殺害しようとしている。G は、T に、同じく銃弾が 6 発装填された銃 B を提供した。T は、銃 B を先に用いたが殺害することができず、弾切れとなったため、その後に用いた銃 A によって O の殺害に成功した。

この事例においては、銃 A を用いて O を殺害した時点では、銃 B は既に弾切れになっており、不能な道具である。もちろん、銃 B による射撃によって O が負傷した、あるいは O を追い込むことができたという事情がある場合のように、銃 A によって O を殺害すること

⁷⁸³ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.90 f.

に成功する蓋然性が高められているような場合には、そのような事態の惹起による危険増加的作用が銃 A による射撃行為に及んでいると評価できるだろう。また、射撃を繰り返すうちに射撃に慣れ上達したというような形で、正犯者の能力向上をもたらした場合にも、銃 A による射撃時点での危険増加が認められるだろう。しかし、そのような事情が認められない場合にはどうだろうか。

たとえば、命中した銃弾は銃 A によって発射された 1 発だけであり、O は手足を十字架に括られているために、銃 B による射撃によって生じた事実それ自体によって後の銃 A の射撃行為の危険性が高まることはなく、しかも、T は酔って闇雲に銃を撃っていたために射撃が上達したというような事情もないという場合である。この事例においては、銃 A による射撃時点では、銃 B は弾切れになっている以上、装填可能な銃弾があるという場合でなければ、既に不能な道具となっている。それでは、このような場合には銃 A による殺害時点での危険増加は否定され、殺人未遂の幫助犯に留まるのだろうか。

しかし、そのような結論が妥当とは思われない。そもそも、実際に使用行為がない道具についても、それが既に投入されている道具と同種の危険を持ち、客観的に投入可能な状況であるなどの事情が認められれば危険増加を肯定するという見解を私見として主張した根拠は、それらの道具を用いた一連の射撃行為が開始された時点で、「1 本の銃を用いた射撃」と「2 本の銃を用いた射撃」を比較すると後者の方が危険が高いという評価をしたからであった。この事例であれば「6 回の射撃行為」と「12 回の射撃行為」と表現することができる。ここでも、「試行回数が 6 回の射撃行為」と「試行回数が 12 回の射撃行為」という形での比較を行い、後者の方がより危険であるところ、それは射撃行為全体に渡って危険増加をもたらすと考えることが適切であるように思われる。そして、これは同種の危険が連続することによる量的な危険の増大に着目するものであるから、危険が同質とは言えないような事案については、後続の行為に対する危険増加的作用を否定すべきである。

[事例 40：銃とナイフの連続使用事例]

T は O を殺害する計画を立てている。T に対して、G1 は銃を提供し、G2 はナイフを提供した。T は銃での殺害に失敗したときにはナイフで殺害することを決めた。T は、O に向けてまず銃を発砲したが命中しなかったために、近づいてナイフを用いて O を刺殺した。

この事例においては、銃による殺害行為とナイフによる殺害行為は異質の危険性を有するものであるため、銃とナイフの連続使用に着目することによって、銃の危険増加的作用がナイフによる殺人行為に及んでいるという説明をすることはできない。したがって、銃が用いられたことによって生じた何らかの事実がナイフによる殺害の危険性を高めたというような場合でなければ、殺人既遂に対する幫助犯は成立せず、殺人未遂に対する幫助犯に留ま

ることになる。Baunack の挙げる射撃に失敗した後に絞殺したという事例についても同様である。

第5節 小括

本章では、私見であるところの危険増加的因果関係説の内容を具体化するための検討を行った。

第2節においては、幫助犯における法的因果関係は、援助行為と正犯所為時点において存在する危険増加的作用を持つ事実の間の事実的因果関係としての条件関係と、そのような事実と正犯所為の間の危険増加的作用関係の二重構造になっているという理解を提示した。従来の多数説は、正犯結果との間の条件関係を要求せず、危険の増加が必要であるという点では基本的な出発点を共有していたものと思われるが、その一方で要求されるべき事実的因果関係の意義と範囲について十分な検討がされてこなかった。正犯結果との間の条件関係を放棄したのであれば援助行為が事実的な侵害経過の一部を構成することそれ自体には意義が認められないにもかかわらず、「正犯所為との間の事実的因果関係」という伝統的な議論の遺物が残存し、それが議論に混乱を招いてたように思われる。

第3節においては、危険増加は正犯所為の時点を基準として事前判断として行われるところ、援助者が提供した道具を正犯者が使用したことは必要ではなく、援助行為の惹起した事実が正犯行為に対して危険増加的作用を及ぼすことで足り、そして、そのような危険増加の判断を行うためには仮定的因果経過との比較が必要であるとの私見を示した。実際のところ、これらの問題に関して、危険判断を「事後的」に行うべきであるとした見解、正犯所為の「容易化」が必要であるとした見解、正犯者による厳格な「使用行為」が必要であるとした見解は、正犯所為経過に対する物理的作用を要求すべきであることを前提とし、種々の問題をそれに関連付けて解決しようとしたために生じたものであるように思われる。また、危険増加の判断を行うためには仮定的因果経過を考慮する必要がある、それを行わない場合には単に正犯所為経過に対して物理的作用を及ぼすことを処罰することに至ってしまう。そのような事態を回避しようとするのであれば、結局のところ仮定的因果経過を考慮せざるを得ない。

第4節においては、危険実現が認められるためには、危険増加的作用が及んでいる正犯行為から結果が実現されることで足りることが確認された。そもそも、未遂犯に対する幫助犯においても構成要件該当事実の惹起は要求されていない以上、既遂犯に対する幫助犯の成立範囲も危険増加的作用が及ぶ範囲によってのみ画定されることになる。

どのような場合に幫助犯において法的因果関係が認められるかという問題についての本論文の検討は不十分なものに留まり、とりわけ、危険増加の判断方法については立ち入った検討を行うことができなかつた点も多い。それでもなお、事実的な惹起の有無が問題となる領域と危険増加の有無という規範的な判断をせざるを得ない領域を区別する基準を示すとともに、危険増加の有無を判断するための基本的な判断枠組みについて、一定の方向性を示すことができたと考える。

第6章 心理的幫助犯における因果関係

第1節 日本の裁判例

1. 東京高判平成2年2月21日判時41巻1-4号7頁

板橋宝石商殺害事件高裁判決は、心理的幫助犯についてもリーディングケースとされている。前述したように、同判決においては、目張り行為については「被告人の目張り等の行為がそれ自体 A を精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立つことを認めることはできない」として、幫助犯の成立が否定されることになった。

他方で、車中での殺害に計画を変更した後、正犯者 A が被害者を乗せて車を走行させていた際に、C が追従して別の車を走行させた行為について、原審が「[援助者]C らの乗った車が追従していること、すなわち、C らが A の思惑どおり A と行動を共にしたということは、A の抱いていた強盗殺人の意図を強化したと評価できるのであって、その間に、幫助犯の成立に必要な因果関係を認めることができる」として幫助犯の成立を認めていたところ、高裁判決は「A も、被告人が自己の後から追従して来ることを心強く感じていたこと」も考慮して、原審の判断を支持した。心理的幫助犯の場合にも一定の因果関係を要求している点で、物理的幫助犯の場合と共通している点が見られるものの、その因果性の判断枠組みとして、どのような基準を採っているかは明らかでない。目張り行為について、因果関係を肯定するために要求された「精神的に力づけ、正犯所為の意図を維持ないし強化することに役立つこと」はその具体的な内容次第では成立範囲がある程度限定されるとも思える一方で、追従行為について「援助者が思惑通り行動していたこと」や「自己の後から追従して来ることを心強く感じていたこと」から因果関係を肯定しているところ、このような場合には直ちに「精神的に力づけ、正犯所為の意図を維持ないし強化することに役立つ」とするのであれば、因果関係が認められる範囲は相当広いことになると思われる。

2. 最決平成25年4月15日67巻4号437頁⁷⁸⁴

近時において心理的幫助犯の裁判例として重要なのが、最決平成25年4月15日刑集67巻4号437頁である。

その事実関係は、以下の通りであった。

⁷⁸⁴ 本決定に関する評釈について、前掲注4)参照。

「被告人 A(当時 45 歳)及び被告人 B(当時 43 歳)は、運送会社に勤務する同僚運転手であり、同社に勤務する C(当時 32 歳)とは、仕事の指導等をする先輩の関係にあるのみならず、職場内の遊び仲間でもあった。」「被告人両名は、平成 20 年 2 月 17 日午後 1 時 30 分頃から同日午後 6 時 20 分頃までの間、飲食店で C らと共に飲酒をしたところ、C が高度に酩酊した様子をその場で認識したばかりでなく、更に飲酒をするため、別の場所に向かって C がスポーツカータイプの普通乗用自動車(以下「本件車両」という。)で疾走する様子を後から追う車内から見て、『あんなに飛ばして大丈夫かな』などと話し、C の運転を心配するほどであった。」「被告人両名は、目的の店に到着後、同店駐車場に駐車中の本件車両に乗り込んで、C と共に同店の開店を待つうち、同日午後 7 時 10 分前後頃、C から、『まだ時間あるんですよ。一回りしてきましょうか』などと、開店までの待ち時間に、本件車両に被告人両名を同乗させて付近の道路を走行させることの了解を求められた折、被告人 A が、顔を C に向けて頷くなどし、被告人 B が、『そうしようか』などと答え、それぞれ了解を与えた。」「これを受けて、C は、アルコールの影響により正常な運転が困難な状態で、上記駐車場から本件車両を発進させてこれを走行させ、これにより、同日午後 7 時 25 分頃、埼玉県熊谷市内の道路において、本件車両を時速 100 ないし 120km で走行させて対向車線に進出させ、対向車 2 台に順次衝突させて、その乗員のうち 2 名を死亡させ、4 名に傷害を負わせる本件事故を起こした。被告人両名は、その間、先に了解を与えた際の態度を変えず、C の運転を制止することなく本件車両に同乗し、これを黙認し続けていた。」

決定要旨は、以下の通りである。

「C と被告人両名との関係、C が被告人両名に本件車両発進につき了解を求めるに至った経緯及び状況、これに対する被告人両名の応答態度等に照らせば、C が本件車両を運転するについては、先輩であり、同乗している被告人両名の意向を確認し、了解を得られたことが重要な契機となっている一方、被告人両名は、C がアルコールの影響により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、本件車両発進に了解を与え、その C の運転を制止することなくそのまま本件車両に同乗してこれを黙認し続けたと認められるのであるから、上記の被告人両名の了解とこれに続く黙認という行為が、C の運転の意思をより強固なものにすることにより、C の危険運転致死傷罪を容易にしたことは明らかであって、被告人両名に危険運転致死傷幫助罪が成立する。」

この決定要旨を見る限りでは、「被告人両名の意向を確認し、了解を得られたことが重要な契機となっている」ことを挙げて、正犯者の「運転の意思をより強固なものにすることにより」「危険運転致死傷罪を容易にしたことは明らか」としたことは一見すると心理的幫助犯の成立範囲について一定程度厳格な立場を採用したようにも思われる。学説においても、同決定を支持するものが散見される。しかし、本決定の挙げる事情の下で、了解行為が運転行為の「重要な契機」となっていることが認められるのであれば、実際のところその要件は極めて緩やかなものとされている疑いがある。

第2節 心理的因果性・心理的幫助犯否定説ないし限定説

心理的幫助犯においては、人の心理を介した因果関係、つまり心理的因果関係が問題となる。この心理的因果関係には、物理的な自然法則に基づいて推移する現象とは異なって、何らかの心理的な作用を及ぼした場合に人間がどのような行動に出るのかについての法則性が存在しないという特殊性があるとされる⁷⁸⁵。既に確認されたように、*conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説であるにせよ、合法則的条件関係説であるにせよ、事実 P と事実 Q との間に事実的因果関係があると言えるためには、P があることによって Q が生じることが法則的に説明されることが原則として必要となる。しかし、人間の心理的領域ではそのような一般法則は存在しないのではないか、そのような一般法則がないとすれば心理的因果関係はどのような場合に認められるのか、あるいはそもそも認められないのではないかが問題となる。実際に学説においては、そのような法則性の不存在から心理的因果性を否定する見解も見られる⁷⁸⁶。そこで、まずは心理的因果性の内実と、それに関連して主張されている心理的幫助犯否定説ないし限定説について検討を行うことで、議論の前提を整理することとしたい。

1. 心理的因果性の内実

1-1. Roxin の見解

一般的に心理的因果性の問題について、近時 Roxin⁷⁸⁷が以下のような検討を行っている。

Roxin によれば、従来の学説においては心理的因果性の説明方法として、①作用力 (Wirkungskraft) としての因果性、②自然法則的な条件としての因果性、③統計的な法則性としての因果性、④心理的因果性を否定する非因果的モデルが見られたが、いずれも難点があり、⑤「法則的に自由な条件としての心理的に媒介された因果性」が支持に値するという。

⁷⁸⁵ やや哲学的な観点からこの点について言及するものとして、増田豊「もう一つの因果性としてのいわゆる心理的因果性——刑法の根底にあるものとしての心身問題に関連して——」西原春夫古稀 1 卷(1998)109 頁以下、*Rainer Zaczek, Die Kausalität der Beihilfe als "Kausalität aus Freiheit"*, in: FS-Kindhäuser, 2019, S.619 ff. など。

⁷⁸⁶ 近時では、Renzikowski も心理的因果性を否定する主張を行っている (vgl. *Joachim Renzikowski, Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?*, FS-Puppe, 2011, S.201)。もっとも、その根拠は、カントの因果関係論に依拠して恒常的な条件関係だけが因果関係であるとした上で、人間の行為は原因において自由 (*causa libera*) であることが強調されており、哲学的な観点からのものである。

⁷⁸⁷ *Claus Roxin, Probleme psychisch vermittelter Kausalität*, FS-Achenbach, 2011, S.409 ff.

まず、①作用力という説明は、比較的近時の学説においても心理的に媒介された因果性の説明は提供されないままであり⁷⁸⁸、人間間のコミュニケーションにおいて見られるような精神的プロセスにおいては、伝統的な学説の述べる「力の投入(Kraftaufwand)をもたらすことに適した現実のエネルギー源(Energiequelle)」を要求することができない⁷⁸⁹点に問題がある。

②自然法則に依拠する合法則的条件関係によると、「我々の間で知られた自然法則によってその行為と必然的に結び付けられるような時間的に後続する外部世界での変更が、行為に接続させられるかどうか」が問題となる⁷⁹⁰が、心理的に媒介された決意は、「自由なものとして考えられるべきであるか、いずれにせよその決定因子は調査可能な(durchschaubar)なものではなく、法則からは説明され得ない」ために、「(自然)法則的に条件づけられたものとは把握され得ない」⁷⁹¹。これに対して、心理的な経過の合法則性を支持する見解も見られるが、そのような法則性が認められないことを「既にあらゆる日常的経験が……示唆し」ており、動機心理学の知見によっても「一回的な歴史的経過を一般的な(因果)法則に置くこと」は不可能である⁷⁹²。そのため、「結論において、合法則的条件関係説も、心理的な影響の因果関係を説明し得ない状態に留まっている」⁷⁹³。

③統計的な法則性を援用する見解においては、「『日常的経験に基づいて支持される法則、たとえば、犯罪の遂行に対して 1000DM の報酬を約束することは所為遂行の蓋然性を少なからぬ程度上昇させるという法則』で十分である」と述べる見解⁷⁹⁴も見られるが、結局のところ、心理的領域においては、たとえば 500 ユーロを報酬として約束して犯罪を教唆する場合において、被教唆者がそれに従うのかどうかについての蓋然性は見出されないように、「ある程度厳密な蓋然性言明すらも行われ得ない」⁷⁹⁵。しかも、心理的因果性が問題となる

⁷⁸⁸ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.411-412.

⁷⁸⁹ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.411.

⁷⁹⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.412.

⁷⁹¹ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.412.

⁷⁹² Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.413.

⁷⁹³ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.414.

⁷⁹⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.414.

⁷⁹⁵ Roxin, a. a. O. (Anm. 787). たとえば 500 ユーロの報酬を約束して犯罪を教唆した場合に、教唆結果が生じることを蓋然的にするような「日常的経験」に支えられた法則は立てられ得ず、そもそも、その領域で「日常的経験」を有している者はほとんどおらず、むしろ大多数の法忠実的な人は 500 ユーロのために処罰されるリスクを犯さないことが指摘される。さらに、このことは過去に犯罪を犯した者でも変わらないことが強調される。すなわち、「それ以前に犯罪を犯したことのある人間に依頼をする場合でさえ、そのことは妥当する。なぜなら、被教唆者はその要求を受け入れることがあり得ると同様に、拒絶することがあり得るからである。たとえば、教唆者の支払意思あるいは支払能力について疑いを持ったため、agent provocateur をしなければならぬことを危惧したため、約束された報酬が彼にとっては少なすぎるか、所為遂行の危険が大きすぎるように思われたため、そして自らの以前の過ちから学習したために、拒絶することがあり得る。人間的な決断の潜在性(Untergründlichkeit)は、その限りでも統計的に計量化可能な予測を許容しない」。

場合には、極めて蓋然性が低いこと (eine hochgradige Unwahrscheinlichkeit) によってそれが否定されるわけではない⁷⁹⁶ことが指摘される。

これに対して、④非因果的モデルを構築する見解も見られるが、それらは結局のところ、法則的ではない形で因果関係を定式化しようとしているだけであると指摘する⁷⁹⁷。

これらのことを踏まえて、Roxin は、「条件説と心理的惹起の想定を維持」しながらも、「何らかの(自然法則的に決定的な、統計的な、あるいは蓋然的な)合法則性に依拠することを放棄する」ことを主張する⁷⁹⁸。そのような法則性が放棄されたとしても、「法則に依拠することなく、それでもなお因果的に決定された結果と同程度に確実に証明可能であるような結果の必要条件が存在している」からである⁷⁹⁹。そのような場合として、A が B に犯罪を教唆し、B は犯罪を実行したが、それ以前において B はそのような犯罪が可能であることを B は知らなかったというような場合が挙げられている⁸⁰⁰。ここでは、A が B の教唆に応じるかどうかは「事前的には……不確実である」にもかかわらず、「その因果性が確認されることは確実である」⁸⁰¹。また、そのような必要条件関係は、物理的な惹起の場合でもそうであるように、「ある行為がそもそも結果に至るべき条件連関の中に組み込まれる (verflochten ist) ことで十分である」ため、「正犯者に対して付加的な動機を提供し、それを通じて所為決意を強化した者と同様に、因果的である」ことが確認される⁸⁰²。心理的幫助犯の場合については、「正犯者にとって、援助者によるヒントないし情報なしには具体的な所為遂行が可能ではないような場合」にも、確実に因果関係が認められる場合があり得る⁸⁰³。したがって、心理学的な経験則やそのような状況の所与性から、「法則的関連性と同程度の確実性によって因果関係が証明され得る」⁸⁰⁴のであるから、「心理的に媒介された因果関係の事例においては、証明をすることが、物理的な惹起よりも一般的に困難あるいは不確実である」わけではない⁸⁰⁵。

⁷⁹⁶ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.415. ここでは、学生が刑法の教授に公文書の偽造を頼んだという事例が挙げられている。ここでは、刑法の教授がそのような要求に従うことは通常考えられないが、そのことは、たとえば誤った親切心から通常寄せられる期待に反して、偽造を行ったという場合にも教唆犯の成立が否定されるべきではないことが指摘される。

⁷⁹⁷ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.418.

⁷⁹⁸ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.416.

⁷⁹⁹ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.416.

⁸⁰⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.419.

⁸⁰¹ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.419.

⁸⁰² Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.418-419.

⁸⁰³ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.419.

⁸⁰⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.419.

⁸⁰⁵ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.419.

1-2. 検討

以上のような Roxin の分析・見解は概ね正当なものと思われるが、(a)心理領域における蓋然性法則の利用に対する批判と、(b)法則性の欠如にもかかわらず因果関係が判断し得る場合があるという帰結が特に重要である。

(a)については、日本においては近時、小島陽介が「心理領域における法則性に関しては、物理的領域における因果法則は妥当しないとしても、蓋然性法則の適用可能性が注目に値する」と述べ⁸⁰⁶、さらに、それを好意的に評価して「心理的因果性を認定する際に、蓋然性法則を利用することは何ら妨げられるべきではない」とする見解も見られる⁸⁰⁷。もっとも、どのような意味において「蓋然性」という用語を用いているのかという点には注意を要する。因果関係判断において「蓋然性」が持ち出される場合には、(i)適用する自然法則に疑義はないが、個別事例における事実 A と事実 B の間の事実経過について不確実性があり、それについて蓋然的な推測をすることしかできない場合、(ii)事実 A の存在は事実 B が発生する蓋然性を高めるというような場合、(iii)疫学的証明の⁸⁰⁸場合のように、機序は不明であるが、統計的な定量化により個別の事例についてもそのような法則があることが蓋然的にいえる場合の3つがあるように思われる。まず、(i)については、事実認定の問題であり「法則性」の問題ではない。(ii)の意味における蓋然性法則に基づいて結果帰属を行うことには問題があるように思われるが、この点については後で検討を行う。(iii)の意味における蓋然性については、Roxin が指摘するように、心理領域において個別の事例について演繹的推論を可能にするような一般的な法則が多くあるように思われる。そのため、多くの事例では個別事例において人間関係や客観的資料に基づいて事実と事実との間の事実的因果関係の存否を検討せざるを得ないという点では、Roxin の見解は基本的には支持し得るものである。ただし、Roxin の挙げるような、心理的働きかけとの対応関係が認められる何らかの外部的な振る舞いが生じたという場合でなくとも、心理的に強化されていると認定可能な場合はあるように思われる。たとえば、200万円の報酬目的で犯罪を行うことを決意しており、さらに金が欲しいと思っている者に対して、追加で犯罪が実現された場合には報酬として200万円を支払うことを約束し、実際に犯罪が行われ、その後に約束通り金を支払ってほしいという要求をしたような場合が考えられる。このような場合には、追加報酬の約束によって正犯者の動機付けが強化されたということについて、ここで挙げられた事情だけでは十

⁸⁰⁶ 小島陽介「精神的幫助における因果関係について(一)」論叢 161 卷 4 号(2007)70 頁以下、小島陽介「精神的幫助における因果関係について(二)」論叢 161 卷 6 号(2007)114 頁以下、小島陽介「精神的幫助における因果関係について(三・完)」論叢 163 卷 1 号(2008)120 頁以下。

⁸⁰⁷ 今井・前掲注 204)274 頁。

⁸⁰⁸ 浅田・前掲注 140)145-146 頁参照。不法行為法における疫学的証明について、大坂恵里「事実的因果関係の疫学的証明について」駿河台法学 20 卷 1 号 112 頁以下参照。その後の議論の進展については確認することができなかったが、民事裁判において要求される証明の程度を前提としても、個別的な事例における因果関係を証明する手法としては不確実性が高いことが示唆されている。

分なものではないにせよ、個別の事例について妥当する法則の存在が認められる場合があることは否定できないだろう。

(b)についても、Aの行為の作用がBの心理に影響を与え、Bがそのような影響に基づいて特定の行為に出たことが、法則性の欠如にもかかわらず、外部的な事情の積み重ねを通じて確実に証明されることがあり得るといふこと自体は支持に値するものである。ただし、Roxinが十分に証明可能としていた心理的幫助犯の事案は、援助者の心理的働きかけが「具体的な所為遂行」に表出することを前提とするものであることは注意を要するだろう。この点について、Puppe⁸⁰⁹は、Roxinの挙げる「正犯者が教唆者あるいはその他の助言者から情報を受け取り、それを所為遂行において使用したという事例」では、「そのような情報の受領は所為遂行の必要条件であるが、その必要条件は法則から自由(gesetzesfrei)であるわけではない」という批判を行う⁸¹⁰。Puppeによれば、「経験的規則なのか分析的規則なのかという争いはあるにせよ、情報の受領がその使用のための必要条件であるといふことは完全に一般的な規則」であって、「その事例は、個別事例において『法則に依拠していない(nicht auf Gesetzen beruhen)』結果の条件が存在していることを意味するものではない」⁸¹¹。確かに、Puppeが指摘するように、他から入手することがあまり考えられないような情報の提供と情報の使用という関係が明確に認められる場合には、そもそも条件関係が認められることにあまり問題はなく、他方で、本論文で問題となる所為決意の強化の事例においては、そこまでの関係が認められることはないのが通常である。たとえば、Roxinは決意の強化が問題となる幫助犯の典型的な事案において、「外部的な所為像の修正が常に要求されるわけではない」という見解を支持していた⁸¹²ところ、果たして同様に因果関係があることの説明ができるかという点では疑問が残る。もっとも、ここで得られる重要な示唆は、心理的因果性についても、個別事例において十分に証明可能な場合があり、そのような証明が可能であって初めて法則の不存在という問題を乗り越えられるといふ点である⁸¹³。

その限りで、人間心理に特有の法則性の欠如という問題が確かにあり得るとしても、それは心理的因果性を全面的に否定するものではない。

⁸⁰⁹ Ingeborg Puppe, Die psychische Kausalität und das Recht auf die eigene Entscheidung, JR 2017, S.513 ff.

⁸¹⁰ Puppe, a. a. O. (Anm. 809), S.516.

⁸¹¹ Puppe, a. a. O. (Anm. 809), S.516.

⁸¹² Puppe, a. a. O. (Anm. 809), S.516.

⁸¹³ 今井・前掲注 204)273頁は「現在の科学では心理法則を説明しきれないからといって、心理的因果性なる概念そのものを否定するのは奇妙である」と指摘するが、仮に現在の科学で心理法則を説明しきれないという前提で、合法的な条件関係説に厳格に依拠する場合には、結局のところ心理的因果性・心理的幫助犯否定説といふことになるように思われる。未説明の法則に基づく因果性とそれに基づく幫助犯は概念的にはあり得るとしても、それは心理的因果性・心理的幫助犯に対する批判としては成立していないように思われる。

2. 心理的幫助犯否定説ないし限定説

ドイツの学説においては、心理的因果性が原理的には否定されないものであるとしても、心理的因果性ないし心理的幫助犯の特殊性に鑑みて、心理的幫助犯をそもそも否定し、あるいはその成立範囲を限定的に解する見解が見られる。

2-1. 概要

Hruschka は、教唆犯は「正犯者(Täter)」に対して作用を及ぼすものであるのに対して、幫助犯は正犯「所為(Tat)」に対する作用を及ぼすものであるから、心理的幫助犯は制定法上認められないという見解を主張する⁸¹⁴。もっとも、Hruschka の見解はドイツ刑法の文意に着目するものであり、検討の対象としない。

Samson は、心理的幫助犯が認められるべき範囲を相当に限定する見解に立つ。その根拠は、証明の困難性、恣意的な運用のおそれ、引受原理の原理的な適用不可能性に求められている。

第一に、証明の困難性という点については、心理的因果性は完全に正犯者の内面に留まる問題であるにもかかわらず、「従順で自己観察の訓練を受けた者でさえ、過去の自己の心理的経過を正しく述べることはできない」⁸¹⁵ことが述べられる。つまり、過去の心理的経過について確認するという方法には原理的な問題があるという指摘である。

第二に、恣意的な濫用のおそれについては、「正犯者には援助者のために適切な陳述をするインセンティブがない」⁸¹⁶ために、援助者の処罰が正犯者の恣意に委ねられてしまう危険があることを指摘し、実際に裁判例においては、「正犯者において単に援助行為についての認識があることから、行為決意の強化が事実上推論されている」⁸¹⁷ことを批判する。Osnabrügge によっても、正犯者の内心における心理的経過を重視する場合には、幫助者として起訴された者にとって、正犯者自身の恣意的な供述に対して反証し得ないことに陥ることが指摘されている⁸¹⁸。

第三に、Samson の引受原理を前提とすると、「援助者が新たな動機を提供することによって、既に生じている動機の持続的な作用を正犯者の違法な仕事として引き受けるものとは言い難い」⁸¹⁹ために、「行為決意の保持は、第三者によっては引き受けられ得ない正犯者

⁸¹⁴ Joachim Hruschka, Alternativstellung zwischen Anstiftung und sog. Psychischer Beihilfe, JR 1983, S.177 ff.

⁸¹⁵ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.193.

⁸¹⁶ Samson, a. a. O. (Anm. 243), 1972, S.193.

⁸¹⁷ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.193.

⁸¹⁸ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.222.

⁸¹⁹ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.193-194.

自身の不可分な『仕事』である」⁸²⁰として、心理的幫助犯については引受原理が原理的に転用不可能であることが述べられる⁸²¹。

したがって、Samson 説は強化原理に基づく帰属が認められる場合にのみ、心理的幫助犯の成立を肯定する見解である。心理的幫助犯の事例で強化原理に基づく帰属が認められる場合は少ないものと思われるが、あくまで引受原理の適用領域において心理的幫助犯の成立を否定するに留まる点には注意を要する。多くの場合に心理的幫助犯の成立が否定されるものの、正犯者が寄与なしには犯行に着手しなかつたであろうという場合や、より強度が低下したであろうという場合には強化原理に基づく結果帰属が認められるのであり、心理的幫助犯を一般的に不可罰とする見解ではない。

それとは異なる方向性を採るものとして、幫助犯の成立範囲を巡る問題を因果性と「援助すること(Hilfeleisten)」というメルクマールによって解決しようとする Charalambakis⁸²²は、教唆犯と心理的幫助犯の区別⁸²³という問題を取り上げる。Charalambakis によれば、「正犯者が所為の遂行を固く決意している場合には、すなわち、所為決意を生み出す動機過程が既に終了している場合には、既に正犯者の心理における犯罪的な決意の頂点(Gipfel)に達しており、それは第三者の作用を通じて帰属のために重要な方法では上昇させられ得ない」⁸²⁴ために、正犯者が所為の遂行を固く決意している場合にはそもそも幫助犯は成立しない。他方で、正犯者が未だ決意しかねており、援助行為が「支えとなる動機(tragende Motiv)」として「最終的に決定的な影響を与えた場合」には、幫助犯ではなく教唆犯が成立することになる⁸²⁵。

そのため、心理的幫助犯の成立が認められるのは、正犯者に対する働きかけを通じて犯罪的な意志を強化し、それによって法益毀損を量的に増加させた事例に限られることになる。このような Charalambakis の見解は、Samson の強化原理に基づく帰属の場合のうち、援助行為があることによって初めて正犯所為が可能になったという場合を教唆犯と理解することで、結果の程度の強化が認められる場合に心理的幫助犯の成立範囲を限定するものといえる。もっとも、教唆犯と心理的幫助犯の区別は本論文において検討の対象から外れるものであるから、既に決意を固めた者に対しては心理的な幫助をなし得ないという主張の当否のみが問題となる。

⁸²⁰ Samson, a. a. O. (Anm. 243), S.194.

⁸²¹ もっとも、これは Samson の引受原理に固有の問題であり、「引き受ける」ことに意義があることが一般に共有されているわけではない。そのため、この点については検討を行わないこととする。

⁸²² Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.625.

⁸²³ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.636.

⁸²⁴ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.636.

⁸²⁵ Charalambakis, a. a. O. (Anm. 374), S.636-637.

以上のように、学説において心理的幫助犯の成立範囲を限定的に解すべきことの根拠は、証明の困難性、正犯者の恣意的な操作のおそれ、固い決意の強化不可能性に求められていると理解できる。

2-2. 検討

2-2-1. 証明の困難性について

学説の多くは、証明が困難であるという指摘そのものについては正当性を認めながらも、それは心理的幫助犯を否定すべき理由にはならないという形で反論を行う。たとえば、Roxin は、「そのような作用がしばしば軽々しく肯定されているという点については正しい」と認めながらも、「しかし、安定化作用が原理的に確認し得ないとまですることは行き過ぎである」と批判する⁸²⁶。Kühl も「認定の困難性は、強化の因果性があり得ることを何も変更しない」として、「喧嘩における立会人による励ましの掛け声が、正犯者をして被害者をさらに強く痛めつけさせることに至らせた場合には、それは明らかである」とする⁸²⁷。

既に確認されたように、心理的因果性の認定には困難があるものの、それは心理的因果性の認定が原理的に不可能であることを意味しない。そして、学説が述べるように、証明が困難であることそれ自体は、心理的因果性を一般に全て否定すべきことの根拠にはなり得ないだろうし、ここで学説が「明らかに」因果関係があると評価するような事例についてまで心理的因果関係を否定すべき理由があるとは思われない。ここでは、証明が常に原理的に不可能であるとまでは言えないだけでなく、心理的領域には原理的な証明の困難性があることは否定できないものの、その困難性は「心理的因果関係が明らかに認められる場合がある」ことによって克服されるという点が重要である。つまり、心理的因果関係の証明の困難性の指摘は、緩やかに認めれば足りることで回避され得るようなものではない。

2-2-2. 正犯者による恣意的な操作のおそれ

正犯者の恣意性については、Steen によって Osnabrügge への批判が行われている。Steen によれば、正犯者からどのような心理的影響を受けたかを確認するというやり方は、「正犯者による虚偽の巻き込み(unwahre Einlassung)」が「反証不可能なものではない(nicht unwiderlegbar)」ために、Osnabrügge によって批判された「恣意的な帰属の操作には至ら

⁸²⁶ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.14(S.163).

⁸²⁷ Kühl, a. a. O. (Anm. 328), § 20 Rn.226(S.871).

ない」⁸²⁸。Steen は、その意味において、正犯者が心理的影響を受けたという事実は他の主観的事実と変わるところがなく、「経験則に基づいて、寄与が所為を強化する形で作用したのかどうか」が判断され、それを行うためには「人格的に類似した人が、類似の状況で通常はどう振る舞うのか」を明らかにすべきであることを指摘する⁸²⁹。

Steen が指摘するように、刑法において人間の心理状態は心理的幫助犯においてのみ問題となるわけではない。さらに、たとえば詐欺罪や恐喝罪においては被害者が欺罔に陥ったことや畏怖状態にあったことが問題となるように、過去の時点における他人の心理状態が犯罪の成否を決定的に左右するという点も心理的幫助犯に特有のものではないだろう。そうすると、それにのみ基づいて心理的幫助犯が否定されるべきではない。もっとも、正犯者がどのように感じたか述べたのかを重視して心理的な強化の認定を行うことの危険性を指摘するものとしての意義は無視し得ない。正犯者の心理的な強化の有無について反証することが援助者において実質的に可能にされていなければ単に「心強く感じた」というような正犯者の供述によって心理的幫助犯の成立が認められることにもなりかねない。日本の裁判例には、まさにそのような疑いの眼差しが向けられるだろう。

2-2-3. 決意を固めた者の強化不可能性

決意した者は心理的に促進されないという主張に対しては、「堅く」所為を決意した者も、常にその決意を放棄する可能性を持っていることが指摘されている⁸³⁰。島田総一郎は、「自律的主体である正犯者は、たとえ一旦は犯行を決意したとしても、最終的な結果実現行為にでるまで、気持ちが揺れ動き、犯行を思いとどまる可能性を有している」ところ、「一旦決意している以上は、それがさらに強化されることがないというのは、人の現実の心理状況を無視した形式論である」という批判を行う⁸³¹。Baunack も、「あらゆる疑念から解放された『岩のように硬い(felsenfester)』所為決意は強化され得ない」とする⁸³²ものの、「促進的欲求と抑制的欲求の相互作用は決意をすることによって突然に中断されるはずがない」と指摘する。つまり、「決意の基礎において受け入れられた動機は、動機付けの強度において同一であるか、あるいはそれを超えるような欲求によって脅かされる」のであって、決意を防御するプロセスを始動させ、動機を強化するなどの方法で影響を与えることの可能性は開かれたままである⁸³³。

⁸²⁸ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.109.

⁸²⁹ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.109.

⁸³⁰ Murmann, a. a. O. (Anm. 21), S.551.

⁸³¹ 島田・前掲注 153)96 頁。

⁸³² Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.128.

⁸³³ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.124-125.

批判する見解が述べるように、人間心理はひとたび何かしらの行為に出ることを決意した以上はその実現に向けて盲目的に突き進むというわけではなく、他の動機付けに晒されることなどによって、常に変化するものである。もっとも、このことは特定の所為遂行に向けられた決意それ自体についてだけでなく、それを支える個々の動機付けの作用についても言えることである。つまり、決意が「揺れ動き」、周囲からの「影響に開かれている」ことは、同様に、励まし等によってそれを強化する動機付けが与えられたとしても、その動機付けの強度も「揺れ動き」「影響に開かれている」ものであることを意味するはずである。「ひとたび決意した者は、それ以上に決意を強化されることはない」というような言明の問題は、より一般的に、人間心理の移ろいやすさにもかかわらず、ひとたび生じた心理状態からその後の心理状態を安易に類推してしまうことに認められる。

3. 小括

心理的因果性はその法則的説明の困難性にもかかわらず、原理的に否定されるものではない。そのため、心理的幫助犯がそのような観点から完全に排除されるわけではない。同様に、心理的幫助犯に特有の限定理論についても、いずれも心理的幫助犯の成立範囲を特定の場面に限定する十分な根拠を提供するものとは言い難い。もっとも、以後の検討との関係では、そのような検討の帰結そのものよりも、それらの見解に対する学説の応答を通じて得られた示唆が重要である。

つまり、①心理的因果性については蓋然的にであれ法則的に説明することができる場合は限られており、個別の事実関係を見て確実に因果関係が認められると言えなければならないこと、②客観的に心理的な強化が明らかであることを論証できて初めて証明の困難性と恣意性という批判を打破できること、③正犯者ないし捜査機関の恣意性という観点も踏まえると、正犯者自身がどう感じたかという供述のみを重視すべきではないこと、④間の心理状態は時とともに変化するものであり、一旦強化的な作用が与えられればそれが継続するとは言えないことである。

第3節 特殊な帰属基準を採用する見解

前節で取り上げた学説は、心理領域における因果関係の特殊性を中心とした心理的幫助犯に固有の問題意識から心理的幫助犯の成立範囲を限定的に解するものであった。これに対して、着目する観点は同様であるものの、反対に心理的幫助犯の成立要件については何らかの緩和が必要であるとして、主として心理的幫助犯のために緩和された特殊な帰属構造を導入する見解も見られる。そのような見解としては、①自然法則の欠如に基づいて蓋然性法則に依拠する見解と、②証明の困難性に基づいて正面から成立要件を緩和する見解の2つの方向性が見られる。

1. 「蓋然性法則に基づく帰属」を肯定する見解

小島陽介は、心理的幫助犯の成立を認めるために「決意の強化」があれば十分であるとするのは論理の飛躍がある⁸³⁴として、緩やかな形で心理的幫助犯を広範に認める見解を批判しながらも、自然法則が適用できない心理的領域の特殊性に着目する⁸³⁵。そこで、小島陽介は、心理的領域においては異なる法則を用いる必要があるとして、「幫助犯の行為が正犯の行為と蓋然性法則でつながっていること、精確に言えば、幫助犯の行為が正犯の行為の蓋然性を高めたことが必要であり、かつそれで十分である」⁸³⁶という基準を提唱する。しかし、論者自身が認めるように、「蓋然性判断の詳細を呈示するには至っていない」⁸³⁷ために、その具体的な内容は明らかではない。

ドイツでは Osnabrügge が、合法則的条件関係が認められる場合の結果帰属と並ぶ結果帰属基準として「蓋然性法則に基づく帰属」を主張している。この Osnabrügge の見解は、小島陽介が心理的幫助犯において「蓋然性法則」の適用を提唱した際に参照された学説の一つでもある⁸³⁸。また、今井康介も、Osnabrügge の見解を直接に参照するわけではないものの、小島陽介の見解を参照して、心理的因果性について「蓋然性法則を合法則的な条件関係を判断する前提に組み込めるか否か」が問題であるところ、結論において「蓋然性法則を利用することは何ら妨げられるべきではない」としていた⁸³⁹。

それでは、Osnabrügge の主張する「蓋然性法則に基づく帰属」は、心理的幫助犯における法的因果関係の問題を解決する上で有望なものなのだろうか。

⁸³⁴ 小島・前掲注 806)(一)90 頁。

⁸³⁵ 小島・前掲注 806)(一)90 頁。

⁸³⁶ 小島・前掲注 806)(三・完)137 頁。

⁸³⁷ 小島・前掲注 806)(三・完)137 頁。

⁸³⁸ 小島・前掲注 806)(三・完)126-127, 132 頁。

⁸³⁹ 今井・前掲注 204)274 頁。

1-1. Osnabrügge の見解

既に確認されたように、Osnabrügge は幫助犯においても、法益状況の不利益変更を結節点とする厳格な合法則的条件関係説を採用する。もっとも、心理的幫助犯において問題となるような「意志的心理に対する作用においては、心理的因果性は厳格な因果性の意味では存在し得ない」⁸⁴⁰のために、「厳格な帰属基準が使用可能ではない場合には、弱められた基準のみが残されている」⁸⁴¹として、蓋然性法則に基づく帰属を認めざるを得ないという。

Osnabrügge によると、「それなしには結果発生 of 蓋然性がより小さくなるような事実は、蓋然性法則による結果説明の正当な構成要素」⁸⁴²であり、そのような言明が可能である場合に、蓋然性法則に基づく帰属が認められることになる。つまり、合法則的条件関係の判断において、因果仮説への現実の事態の包摂という方法を採用したのと同様に、ここでは蓋然性法則に基づく蓋然性仮説への現実の事態の包摂という方法が採用される。因果仮説においては仮説上の事態経過は自然法則によって説明可能なものでなければならなかったのに対して、蓋然性仮説においては個々の事態と結果との間に自然法則的な説明は不要であり、個々の事態があることによって結果発生 of 蓋然性を高めるといような蓋然性法則によって説明可能であれば良いことになる。

Osnabrügge による蓋然性法則に基づく帰属の判断においては、理性を持って行動する人間が想定され、「具体的な所為計画のリスクとチャンスを冷酷に比較するような犯罪者が想定される」⁸⁴³ことになる。たとえば、所為後の資金洗浄を約束する行為は、「理性的に計算する正犯者を通じた所為遂行をより蓋然的にしている」⁸⁴⁴として、心理的幫助犯の成立が認められることになる。この蓋然性法則に基づく帰属の特徴は、「蓋然性説明の最大規定化原理(Prinzip der maximalen Bestimmtheit der Wahrscheinlichkeitserklärung)」を通じてあらゆる個別事情を考慮すべきであるものの、「最終的な帰結においては、援助者の行為が個別事例とは無関係に、蓋然性法則から与えられる蓋然性説明の構成要素であること」が決定的な帰属基準であり、「正犯所為者によって感じられた作用、すなわち因果的な体験についての言明とは無関係に説明が定立させられ、それによる影響も受けない」とされていることである⁸⁴⁵。つまり、正犯者の実際の心理状況は等閑視されることになる。

その具体的な判断方法について、Osnabrügge は事例を用いて以下のような説明を行う。

⁸⁴⁰ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.185.

⁸⁴¹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.207.

⁸⁴² Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.215.

⁸⁴³ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.219.

⁸⁴⁴ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.219-220.

⁸⁴⁵ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.222.

[事例 41：煽り事例①⁸⁴⁶]

T が外国人のように見える O を激しく殴っている。通りがかりの G がその現場の近くに立ち、「よし、社会の寄生虫をいためつけてやれ」「ドブネズミを駆逐してやれ」とたきつけた。T はさらに O を殴りつけた。

まず、「傷害結果に対する客観的連関は……心理に対する作用を通じてのみ存在し得る」が、「そのような作用は因果的な合法則性の下にはない」⁸⁴⁷ ために、合法則的条件関係は認められない。そこで、蓋然性説明の一要素となるかが問題となる。Osnabrügge によれば、「心理学の一般的な経験則によると、励ましの掛け声を通じた強力な連帯は、……励ましの対象物の遂行を促進する作用を持ち」、それは素人にとっても明らかである。他方で、この事例において、「蓋然性規則が修正され得るという結論、あるいは使用可能ではないという結論を認めるような事情は明らかになっていない」。そして、「励ましがなくとも同様に強く長く叩いただろうという正犯者の事後の言明は、ここで展開された原則によると、重要ではない」⁸⁴⁸。そのため、G につき幫助犯が成立することになる。Osnabrügge は、さらに以下のような情報が付け足された事例を想定する。

[事例 42：煽り事例②⁸⁴⁹]

煽り事例①の裁判において、T は以下のような証言を行い、その内容について証明された。「T は O を殴りつけた。その理由は、サッカーチーム S のファンである O が、T によってひいきにされているサッカーチーム D に軽蔑的なことを言ったからである。二人はサッカーの試合を訪れた後に偶然に殴り合いになり、O は T を『嫌なやつ!』というような掛け声で挑発した。T は『反ファシズム(Antifa)』の一員であり、外国人を敵視することに対して強く反対していたために、T が外国人であることは、所為には何の関係もなかった。T が所為の最中に G を見聞きしたときには、彼は既に O を相手にするのをやめようとしていた。G の行為は、T にとってはそのような動機付けから非常に反感を抱かれていたが、警察にはそのように見えておらず、T を逮捕した。T は、O に続いて G を叱りつけた。」

Osnabrügge によると、このような形で情報が付加された場合には、「情報基礎の最大規定化原理(Grundsatz der maximalen Bestimmtheit der Datenbasis)」に基づいて、危険に関連する(risikorelevant)ような情報が考慮されなければならないことになる⁸⁵⁰。ここでは、T

⁸⁴⁶ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.45.

⁸⁴⁷ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.225.

⁸⁴⁸ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.225.

⁸⁴⁹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.45-46.

⁸⁵⁰ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.225.

の「動機付けと社会政策的な態度についての情報」と、Gの「言葉の選択を通じて明らかに
なるような動機付けとその外観を通じて示される社会政策的な態度についての情報」が考
慮されるどころ、それらは「一般的な法則によって推測される」場合とは異なるために危険
に関連するものであり、「侵害の蓋然性が高められるような心理学的な経験則は与えられな
い」ことになる⁸⁵¹。したがって、この事例では幫助犯の成立は認められない。

以上のような事例の解決方法からも明らかなように、Osnabrüggeの見解の第一の特徴は、
行為や状況の性質から、結果発生がより蓋然的になったと一般的に言明が可能であれば既
に結果帰属が肯定され、実際の正犯者に対する作用を問わない点である。この点は他の事例
の解決にあたって、蓋然性説明は「正犯者によって感じられた作用についての正犯者の言
明、すなわち正犯者の因果的体験(Kausalerlebnis)とは無関係に定立させられ、それによっ
て影響も受けない」ものであるとして強調され⁸⁵²、そうでなければ正犯者自身の恣意的な供
述に対して反証し得ないことになるおそれがあるという形で補強されていた⁸⁵³。第二の特
徴は、限られた情報のもとであっても、反対の事情が見出されない限りは蓋然性説明を使用
可能なものとみなすことである。つまり、最大規定化原理に基づくと、あらゆるリスク因子
(alle riskanten Faktoren)は、その危険が実現しなかったことが「十分な確実性によって(mit
hinreichender Sicherheit)」認められるために蓋然性説明から除外されるという場合を除け
ば、「結果に転化した現実の危険(reale Gefahr, die in den Erfolg umgeschlagen ist)」をと
もに構築するものであるとされる⁸⁵⁴。

1-2. Steenによる批判

このような判断方法は、心理的幫助犯を危険犯に転化させるものであるとの印象を抱か
せる。Osnabrüggeの見解に対しては、Steenによって詳細な検討が行われている⁸⁵⁵。

まず、Steenは、Osnabrüggeの見解は援助行為の後に生じた事実についての情報を収集
し、それを踏まえて蓋然性法則の適用可能性を探るものであるために、援助行為時点におい
て事前に危険増加の判断を行う危険犯説に比べれば「危険な心理的寄与が具体的事情にお
いて実際に作用したことの確実性について、より高い程度が保証される」ものであることを
認める⁸⁵⁶。たとえば、実際に付加的な情報が与えられた煽り事例②においては、それによっ
て可罰性が否定されており、危険犯説と比較する場合にはより正しい結論が導かれる場合

⁸⁵¹ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.226.

⁸⁵² Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.222.

⁸⁵³ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.222.

⁸⁵⁴ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.217.

⁸⁵⁵ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.103 ff.

⁸⁵⁶ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.104.

があることは否定できない。しかし、Steen によれば Osnabrügge の見解には重大な問題がある。その批判点を要約すると以下の3点にまとめられる。

第一に、蓋然性説明が誤った結論に至る場合があるということである。「最大規定された蓋然性法則も、援助行為と結果の間の結びつきの存在または不存在について、正しい言明を提供しないことがあり得る」⁸⁵⁷。そもそも、煽り事例①についても、T が反ファシズムの一員であるかどうかにかかわらず、G の煽り行為は T の印象に残るものではなかったということが十分にあり得るはずである。つまり、「最終的な帰結において、個々の事例に依存しない(in letzter Konsequenz unabhängig vom Einzelfall)」という Osnabrügge の定式化によれば、「蓋然性法則の最大規定原理は、ある寄与が作用したことが蓋然的かどうかについての言明のみを可能にし、その寄与が実際に作用したのかどうかについての言明を可能にしない」⁸⁵⁸のものである。しかし、それは、「侵害に対する促進的な寄与の作用を問題にすることなく」援助行為時点の危険増加を幫助犯として処罰することになってしまう⁸⁵⁹。

第二に、結局のところ個別の主観的事実を考慮せざるを得なくなっているということである。Osnabrügge の見解によっても、結局のところ T の動機付けや社会的政治的態度についての情報が与えられれば不可罰に至るところ、「そのような主観的事実(subjektive Tatsachen)は、それが証明される限りで、帰属にとって決定的な蓋然性法則についての言明を変更する」ものである⁸⁶⁰。しかし、「主観的事実が明らかに必要不可欠であるような場合において、「心理的幫助犯における帰属のために、それを受け入れたという主観的事実を直接には問題にしないことにすること」は疑問である⁸⁶¹。

第三に、Osnabrügge は原則-例外の関係を逆転させているという点である。Osnabrügge によれば、一定のリスクが認められる行為が行われる限り、個別事情の考慮によって結果帰属が否定されるのは例外的な場面であり、一般的な蓋然性言明に対立する根拠が十分に強いものであるかどうか疑わしいような限界事例においては、原則として帰属連関が肯定され、幫助犯として処罰されることに至る。しかし、「疑わしい事例のそのようなやり方の迂回は、『疑わしきは被告人の利益に』の原則によると許されない」⁸⁶²。つまり、「疑わしい場合には、可罰性は肯定されてはならない、否定されなければならない」⁸⁶³。そもそも、正犯者が動機の提供を受け入れたのかどうかについては直接的に調査することができないが、それは故意といったような他の内部的事実についても同様である⁸⁶⁴。そこでは、裁判所において「行為者が故意的に振る舞ったことが蓋然的であること」の確信があることでは十

⁸⁵⁷ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.104-105.

⁸⁵⁸ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.105.

⁸⁵⁹ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.105.

⁸⁶⁰ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.109.

⁸⁶¹ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.109.

⁸⁶² Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.112.

⁸⁶³ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.112.

⁸⁶⁴ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.113.

分ではなく、「行為者がその所為事情を認識し、意志的に実現したこと」についての「十分な確信(volle richterliche Überzeugung)、すなわち主観的確信(subjektive Gewissheit)」が必要である。幫助犯の場合にも、裁判所において「共犯者の寄与が、正犯者に対して心理的に助けになったこと」についての確信が要求されなければならない⁸⁶⁵。

1-3. 検討

第一の批判点は、心理的因果性における法則性の問題について既に確認されたように、ある人が、ある心理的働きかけを受けたときにどのような心理状態に至るか、ということについて、大抵の場合には高度の蓋然性をもって予測することはできないという点と関連するものである。たとえば、Osnabrügge は「励ましの掛け声を通じた強力な連帯は、……励ましの対象物の遂行を促進する作用を持つ」というような蓋然性法則を採用する⁸⁶⁶のであるが、そこで述べられている「蓋然性」は相当に抽象的なものであり、非常に小さいものである。もっとも、この点は Osnabrügge がそのような薄弱な蓋然性法則を個々に採用したことに根本的な問題があるわけではない。そもそも Osnabrügge の判断枠組みは極めて弱い蓋然性法則を採用することを当然の前提とするものだからである。それは第三の批判点に関わるものであり、第一の批判点は結局のところ第三の批判点に還元されるものと思われる。

第二の批判点については、Osnabrügge によると正犯者という人間と人格についての知見のみが参照され、他方で正犯者が実際に心理的に強化されたという過去の体験が考慮されないことになるところ⁸⁶⁷、Osnabrügge が後者を考慮してはならないとする点については批判が妥当と思われる。結局のところ過去の主観的事実を問題とする点では同様だからである。他方で、Osnabrügge によると結果帰属を判断するために後者が考慮される必要がないという点については、やはり蓋然性法則に基づく帰属という基準を採用したことに必然的に伴うものであり、その限りで同様に第三の批判点に還元されるものである。

第三の批判点については、故意に関する Steen の言及を言い換えるならば、心理的幫助犯においては、「その心理的な働きかけについて、正犯者の心理を介して結果発生をより蓋然的にするというような説明が与えられること」について確信したことでは足りず、あくまで、「その心理的働きかけについて、正犯者人の心理に作用を与え、それが正犯所為の時点における心理状態を形成し、それが正犯者の助けとなること」について、確信を抱かなければならないということが重要である。このことは、既に心理的因果関係についての Roxin の分析を通じて確認されたように、自然法則的な説明をすることができず、事後的に蓋然的な判断を行うことしかできないとしても変わりはないはずである。

⁸⁶⁵ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.113.

⁸⁶⁶ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.225.

⁸⁶⁷ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.222.

ここでは、そもそも Osnabrügge は、合法則的条件関係説を前提として因果仮説を説明するために利用可能な法則の一種として「蓋然性法則」を導入したのではないという点が確認される必要がある。つまり、Osnabrügge の見解は、心理領域においては統計的蓋然性を含めてあらゆる法則性が認められないという結論に至り、それでもなお結果帰属を肯定するための判断枠組みとして蓋然性法則に基づく帰属を導入するものである。すなわち、「因果性が原理的な理由から存在せず、あるいは経験的な情報が原理的な理由から与えられない」場合に用いられる「弱められた基準」であることが前提とされている⁸⁶⁸。この相違は決定的なものであり、無視し得ない。

蓋然性法則を用いる見解に対して Renzikowski が指摘したように、「(ある因果連関についての)一定の判断が正しいものであることの蓋然性は、二つの出来事間の蓋然的な連続性についての判断とは同一ではない」⁸⁶⁹。図式的に言えば、ABC という時間的に連続した事象について、AB 間の関係を Z_{AB} 、BC 間の関係を Z_{BC} として表現するとき、通常は Z_{AB} や Z_{BC} という関係の存在を認めるためには、その関係について自然法則的な説明ができないにせよ、そのような関係が存在することについて合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の証明がなされる必要があるはずである。しかし、Osnabrügge にとって問題となるのは、 Z_{AB} や Z_{BC} という関係が存在することの蓋然性ではなく、A の発生が C の発生をより蓋然的にするという説明を与えるかどうかである。つまり、A がある方が C が発生しやすい、と言えるかが重要であり、その程度の言明ができるのであれば十分であるということになる。Osnabrügge の主張する蓋然性法則に基づく帰属の最大の難点は、どのような事情が認められればそのような心理的作用があったことを認定し得るかという観点を完全に棄却して、個別事例の具体的事情を考慮するにせよ「結果発生をより蓋然的にするかどうか」という判断に収斂させたことにあるといえる。

小島陽介は、Osnabrügge が正犯行為ではなく正犯結果の蓋然性に着目している点について、道具を提供したが使用されなかったというような事例を念頭に置いて、「結果発生 of 蓋然性を高めたといえるかどうかの判断は難しく、これを要求しても蓋然性の上昇を擬制するだけである」として、正犯行為の蓋然性に着目する見解を支持していた⁸⁷⁰。しかし、上述されたような前提の相違を無視するのであれば、「正犯行為の蓋然性」に着目したとしても、問題が克服されるようには思われない。小島陽介は「幫助犯の行為が正犯の行為と蓋然性法則でつながっていること」と「幫助犯の行為が正犯の行為の蓋然性を高めたこと」を同視する⁸⁷¹が、少なくとも Osnabrügge の見解における蓋然性法則は「つながっていること」を説

⁸⁶⁸ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.207.

⁸⁶⁹ Renzikowski, a. a. O. (Anm. 786), S.208-209.

⁸⁷⁰ 小島・前掲注 806(三・完)132 頁。本論文では参照することができなかったが、ハート／オノレの見解に依拠するものであるとされている。

⁸⁷¹ 小島・前掲注 806(三・完)137 頁。もっとも、自然法則的に説明可能な繋がりではなく、蓋然性説明に包摂されるような関係を述べる趣旨に留まるかもしれない。

明するものではなく、「蓋然性」を説明するものであるに過ぎないことが確認される必要があるだろう。

したがって、Steen が指摘するように、Osnabrügge の見解は、幫助犯における因果関係必要説からすれば利益原則に反する帰結に至り、危険犯説に陥るものと評価できる。もちろん、Osnabrügge が、援助行為と正犯結果の間に蓋然性法則による説明が認められる以上は、危険化を結節点として処罰することにはならない⁸⁷²とする点については、私見からも支持し得るところを含むものである。私見によっても、正犯所為時点に存在している事実による危険増加的作用については、Osnabrügge が主張する「蓋然性法則」に類似した説明しかできないように思われるからである。しかし、Osnabrügge はその結節点となるべき中間項すら不要としてしまったために、結局のところ援助行為の性質から幫助犯の成否を判断する見解に行き着いており、支持し得るものではない。

また、Osnabrügge によれば、そもそも利益原則は因果法則が与えられるところでのみ適用されるべきであり「因果性の解明不可能性がある場合には利益原則の意味における疑いが問題とならない」⁸⁷³とされるが、そのような説明は支持され得ないだろう⁸⁷⁴。これも、証明されるべき事実としての中間項を不要としたことによるものと思われる。危険増加を認めるためには、僅かであれ「正犯所為が実現しやすそう」と言えるような抽象的危険が足りるわけではなく、あくまで当該事案において、援助行為によって惹起された事実を通じて初めて正犯所為が実現されるに至ることが具体的にどの程度あり得るものであるかが検討されなければならない。

1-4. 類似の見解

上野幸彦⁸⁷⁵は、その判断枠組みにおいて Osnabrügge と類似する見解を主張する。まず、「正犯所為に直接的に作用するもののほか、状況的な要素も条件である」⁸⁷⁶として、ドイツにおける多数説と類似した説明によって事実的因果関係を肯定する。その上で、「不法結果の実現に有利となる事象を設定し、規範的に危険を高めた者は、すべて幫助犯として可罰的である」ために、「従来、心理的幫助とされてきた多くの寄与は、正犯者の心理的な影響性に拠ることなく説明することが可能となる」⁸⁷⁷とする。その具体例として、夫殺害後の婚姻

⁸⁷² Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.206-207.

⁸⁷³ Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 145), S.210-201.

⁸⁷⁴ 後述するように、私見からも、正犯所為時点において存在する危険増加的作用を有する事実、心理的幫助犯においては実際に正犯者がそのような心理状態にあったという事実との間の事実的因果関係は放棄され得ないし、そのような事実の存否については当然に利益原則の適用がある。

⁸⁷⁵ 上野幸彦「幫助犯における因果連関と客観的帰責」日本法学 70 卷 3 号(2004)89 頁以下。

⁸⁷⁶ 上野・前掲注 875)120 頁。

⁸⁷⁷ 上野・前掲注 875)121 頁。

の保証・約束、犯行後の盗品の周旋約束、アリバイ工作の事前約束などの事例を想定した上で、「いずれも正犯者が射程とする空間の状況を、将来的に有利にする確実な予測を与える寄与に該当し、正犯の犯行を支える客観的な寄与と認めることができる」として、心理的幫助犯を肯定する。

ここで注目されるのは、正犯者への心理的な影響に依拠することなく幫助犯の成立が認められている点であり、Osnabrügge に対して行われた批判がそのまま妥当するものと思われる。結局のところ、実際の正犯者の心理に着目することなく、心理的働きかけの内容がいわば一般的に正犯所為を促進する効果を「持ち得る」ことから幫助犯の成立を肯定することに至らざるを得ない。心理的幫助犯の危険犯化と評価できる。

Osnabrügge の見解を批判する立場ではあるが、Timpe⁸⁷⁸の見解にも同様の批判を行うことが可能である。Timpe は「心理的-物理的システムは、……原理的には予見可能ではない」⁸⁷⁹ものであり、心理的幫助の場面においては「システムの入力-出力関係の観察によって、その内部機構は推論され得ない」⁸⁸⁰として、実際の心理的な作用ではなく、「権利侵害の意味的表現としてのコミュニケーション的な意義のみ」が帰属の基礎になり得ると主張する⁸⁸¹。そのため、Timpe によれば、「所為決意の強化という要素が心理的幫助犯にとって決定的なのではなく、援助行為者が遂行者にとっての規範服従態勢を得るという役割の達成を妨げることが決定的であり、すなわち、刑法的所為の遂行にとっての理由を公然と述べたことによって援助者が規範の認知的な基礎を弱体化させたことが決定的である」とされる⁸⁸²。Timpe はそれに続いて、所為が行われ、あるいは継続している場合にのみ援助行為と正犯所為が共通の行為意味(gemeinsamer Handlungssinn)を持つとするが、そのような限定があるにせよ、結局のところ正犯者の心理状態に与えた影響を明らかにしない限りは、Steen が Osnabrügge に対して行った批判がそのまま当たるように思われる。仮に正犯所為が現に行われている場合に成立を限定したとしても、正犯所為に与える影響が明らかにされない限りは、幫助未遂に留まるものであり、その段階で幫助犯の成立を肯定するのであれば危険犯説と同種のものと批判されるべきである。

2. 証明の困難性に基づく成立要件の緩和を支持する見解

⁸⁷⁸ Gerhard Timpe, Beiträge zum Strafrecht, 2014, S.90 ff.

⁸⁷⁹ Timpe, a. a. O. (Anm. 878), S.94.

⁸⁸⁰ Timpe, a. a. O. (Anm. 878), S.94.

⁸⁸¹ Timpe, a. a. O. (Anm. 878), S.95.

⁸⁸² Timpe, a. a. O. (Anm. 878), S.96.

2-1. 林幹人・松原芳博の見解

物理的幫助犯において正犯所為結果との間の条件関係を要求する林幹人⁸⁸³は、心理的因果性については、「共犯行為がなかったならば結果は発生しなかったであろうとは確実にいえない」としながらも、「共犯行為がなくても結果は発生したであろうとも確実にはいえない」⁸⁸⁴ことを理由として、「共犯の提供した理由が正犯の行為の理由の一つとして意識されたということ」で足りる⁸⁸⁵という見解に立つ。また、物理的幫助犯については結果変更説を支持する松原芳博も、妻Oを殺そうとしているTに、Tの愛人Gが「Aが死んだら結婚しましょう」と殺害を促したという事例⁸⁸⁶について、「心理的幫助犯においては、つねに結果の不良変更を要求するのは困難」であり、「時点が早まったことを証明するのは事実上不可能」であることから、「翻意の可能性を低下」させたことを重視して因果関係を認める⁸⁸⁷。すなわち、「人は、1つの動機から行為に出るのではなく、複数の積極的・消極的動機の併存した総体としての心理状態を原因として行為に出る。それゆえ、付加的な行為動機の提供や反対動機の除去も、行為の原因を構成する」⁸⁸⁸という修正を加えることになる。

このような見解に対しては、山口厚によって、まさに「嫌疑刑」を認めるものである⁸⁸⁹との強い批判がなされている。さらに、そのような「回避し得たかもしれない」ことが処罰の理由であるとする、反対に条件関係の不存在が立証された場合には共犯の罪責を問えないことになりかねない⁸⁹⁰ことが問題点として指摘されている。ただし、山口厚の批判は、林幹人が物理的幫助犯については条件関係を要求しながら、心理的幫助犯においては因果関係を緩和する点について、その内在的な一貫性の欠如を批判する趣旨と思われる。山口厚も、幫助犯一般について、「場合によっては、正犯が犯行に失敗していたかもしれない、あるいは正犯が翻意して犯行を思いとどまったかもしれないという状況を失わせること」自体が、「法益保護という観点からは禁圧に向けた関心を十分に持ち得る」としている⁸⁹¹からである。そのため、ここでは前述したような形での心理的因果性の認定方法それ自体の問題とはされていないかもしれない。

しかし、物理的幫助犯の場合と比較したときに、心理的幫助犯の場合の因果性判断において著しい緩和が導入されること自体が、結果変更説の難点を示しているように思われる。物理的幫助犯において結果との間の事実的因果関係をある程度厳格に要求する林幹人と松原

⁸⁸³ 林・前掲注 147)196 頁。

⁸⁸⁴ 林・前掲注 147)189 頁。

⁸⁸⁵ 林・前掲注 147)189 頁。

⁸⁸⁶ 松原・前掲注 174)401 頁。

⁸⁸⁷ 松原・前掲注 174)403 頁。

⁸⁸⁸ 松原・前掲注 174)403 頁。

⁸⁸⁹ 山口・前掲注 15) 255 頁。

⁸⁹⁰ 山口・前掲注 15)255 頁。

⁸⁹¹ 山口・前掲注 15)255 頁。

芳博が、いずれも心理的幫助犯においてはこのような緩和を行っていたことは無視できない。このような形で「幫助犯における因果性」としての一貫性を放棄し、一方では厳格な条件関係を要求し、他方では「かもしれない」というような理由で因果関係を肯定しようとするとき、後者においてその成立範囲を限界づけることは理論的に極めて困難になるだろう。一旦歯止めを失って後退することを受け入れてしまえば、成立範囲を限定する原理は既に存在しないように思われる。結局のところ、これらの見解は心理的幫助犯を極めて緩やかに認めるという犠牲の下で、物理的幫助犯においてのみ理論的な厳格さを装っていたに過ぎないことが疑われるべきである。

2-2. 小野上真也の見解

このような一貫性の欠如という批判は、もしかすると小野上真也の見解にも妥当するかもしれない。前述のように、小野上真也は心理的幫助犯においても「法的・具体的結果の実際の変更」の要求を維持しており⁸⁹²、その点において修正を行う見解とは方向性を異にしている。しかし、反対動機の除去の事例において、「意思 B の撤去がなければ、最終的には意思 A によって結果に至り得るとしても、意思 B による心理的ハードルの下に、少なくとも時間的に遅くなっていたことが見込まれる」⁸⁹³と述べる部分は、「正犯者の意欲を強化した」という事実それ自体から、「それがなかった場合には遅くなっていたと考えられる」という事実が直ちに推論されているように思われる。しかし、そもそも人の行動について、動機がより強ければより早く行動するといったような関係が認められるかは非常に疑わしいものである。

また、既に殺人を決意している正犯者 A に対して X と Y が支持を伝えた結果、A は殺人を実現したが、A の心理は X の支持により一次的に強化され、Y の支持によっては若干強化されるに留まったという事例について、「この場合、X の関与がなければ、Y の関与だけでは X の実際に関与があった場合に比して結果発生 of 具体的時間が遅くなったと考えられるので、X の関与に結果との条件関係が認められ」⁸⁹⁴るが、他方で Y については、「その関与がなくとも X の関与によってその具体的時間における結果発生が生じ得たので条件関係が否定される」と述べる部分が見受けられる。ここでも、殺意の強さと殺害時点を直結させる推論が行われており、しかもそのような推論から帰結に相違が生じるに至っている。ここではもはや、結果発生 of 早期化それ自体が問題とされているわけではなく、結果発生 of 早期化の蓋然性のみが問題とされているように思われる。

⁸⁹² 小野上・前掲注 443)134 頁。

⁸⁹³ 小野上・前掲注 443)134 頁。

⁸⁹⁴ 小野上・前掲注 443)135 頁。

このような事例の解決を見る限りでは、実際のところ心理的幫助犯の領域においては、結果変更の要求をかなり後退させていることが疑われる。このような理解が正しいとすれば、やはり結果変更説は一貫させられ得ないものであることが強く示唆される。

2-3. 小括

物理的幫助犯において厳格な判断基準を用いている見解は、結局のところ心理的幫助犯において判断基準の緩和を正面から肯定し、あるいは正面から肯定しないにせよ、緩和を行っていることが疑われることが確認された。もっとも、林幹人の見解は「かもしれない」というような一見すると疑わしい表現での説明を行うにせよ、そこでは「正犯者の行為理由の一つとなっている」ことが前提とされており、「変わりえない十分な決意」をもっている場合には心理的幫助犯の成立を否定する見解である⁸⁹⁵。また、小野上真也の見解においても、正犯所為時点での意欲の強化ないしためらいの除去が存在すること自体は前提とされている⁸⁹⁶ように思われる。内在的な一貫性の欠如と、それによって生じ得る処罰範囲の拡張のおそれについては疑念があるとしても、そのようなメルクマールを導入することの当否については、引き続いて検討が行われなければならない。

3. 小括

Osnabrügge の主張する「蓋然性法則に基づく帰属」という帰属基準と、それに類似する上野幸彦や Timpe の見解を支持することはできない。心理的因果性の認定に困難があり、自然法則的な説明が不可能であるとしても、心理的援助行為が正犯者の心理に影響を与え、それが正犯所為の時点まで維持されたというような中間項については、因果的説明が与えられなければならないように思われる。検討の最初に Roxin の分析を概観することを通じて確認されたように、厳格な予期を可能にするような法則性が欠如するとしても、過去の一回的な事実経過における事実的因果関係の存在について確信を持って判断することが原理的に否定され得るわけではない。不確実であるがゆえにそのような事実的因果関係についての確信を不要とすることは、結局のところ危険犯説に行き着くものであって支持し得ない。

これに対して、結果変更説に立ちながら、心理的幫助においては幫助犯の成立要件を緩和する見解や、あるいは実質において緩和している疑いのある見解の存在は、結果変更説はその一貫性を保つことができないことを示唆するものであり、結果変更説を支持しない私見

⁸⁹⁵ 林・前掲注 147)195 頁。

⁸⁹⁶ 小野上・前掲注 443)134 頁。

を補強するものであるといえるだろう。そして、このような一貫性の欠如は、心理的幫助犯の成立範囲を拡張することに理論的な歯止めがないことを意味するようと思われる。理論的な一貫性を放棄するのであれば、そこには際限のない可罰性の拡張に至るおそれがあることが指摘されなければならない。

第4節 心理的幫助犯における因果関係の判断枠組み

日本の多数説は、物理的幫助と心理的幫助を同様の判断枠組みで判断しようとする。島田総一郎は、「物理的因果性と心理的因果性とで基準を変えるべきではない以上、そうした因果性の具体的内容としては、物理的因果性について前述したのと平行な『促進関係』を要求すべきである」とし、さらに「共犯行為によって正犯所為の当該具体的結果発生の蓋然性が高められたか否かが、前述した物理的幫助の場合と基本的に同様の枠組みによって判断されなければならない」⁸⁹⁷と述べる。また、山口厚も「因果関係の内容を物理的促進の場合と心理的促進の場合とで区別する理由はない」⁸⁹⁸として、同様のことを強調する。

ドイツの学説においても、多数説は物理的幫助犯と心理的幫助犯で同一の基準を用いるべきであるとする見解を支持する⁸⁹⁹。Roxin は「心理的幫助犯においても事実的因果関係は一義的である」⁹⁰⁰と述べる。心理的幫助犯の結果帰属構造を詳細に論じた Baunack も、幫助犯の成立要件として、事実的因果関係と危険増加を要求する心理的幫助犯の成立要件は物理的幫助犯と同一のものでなければならないことを明示する⁹⁰¹。

1. 学説

物理的幫助犯と心理的幫助犯における法的因果性の判断枠組みが異なるものではないことを前提とする見解においても、心理的因果性の特殊性を踏まえた具体化が必要となる。もっとも、学説の多くは「心理的に関与者の犯意が強化」されたときに心理的幫助犯の成立が認められるというような言及をするに留まり⁹⁰²、どのような場合にそのような心理的強化が認められ、どのような場合にそれが危険増加的であると評価できるのかについて、具体的な判断枠組みが示されているとは言い難い。それは、単に「安心した」ことで十分であるとも思える見解において顕著である⁹⁰³。

⁸⁹⁷ 島田・前掲注 153)95頁。

⁸⁹⁸ 山口・前掲注 15)255頁。もっとも、山口・前掲注 15)254頁では「物理的方法による幫助の場合には、それが犯行に現に役だったことが必要であり、そうでない場合には、心理的に犯行を促進したことが幫助の成立には必要である」と述べる。物理的幫助犯の場合には「現に役だった」ことが要求されているにもかかわらず、心理的幫助犯の場合には「現に役だった」ことまで要求しない趣旨だとすれば、物理的因果性と心理的因果性で区別を行っているとも思われる。

⁸⁹⁹ vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.13(S.163)

⁹⁰⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.13(S.163)

⁹⁰¹ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.127.

⁹⁰² 西田・前掲注 176)196頁。

⁹⁰³ 西田・前掲注 176)199頁。

この問題について立ち入った検討を行う学説を大まかに分類すると、①動機の付加ないし反対動機の除去に着目する見解、②正犯者において心理的な支援が意識されたことに着目する見解、③正犯所為のより危険な態様へ表出したことに着目する見解に分類できると思われる。

1-1. ①動機の付加ないし反対動機の除去を要求する見解

1-1-1. 島田総一郎の見解

島田説は、「更なる動機付けを与え、あるいは犯行に出ることのためらいを除去することによって、決意をさらに強化し、構成要件の結果が回避される最後の可能性を奪うことは、法益保護の観点から見て十分処罰に値する」⁹⁰⁴ことを出発点とする。そして、物理的幫助犯の場合とパラレルな「促進関係」を要求するために、事実的因果関係としての心理的因果性があることに加えて、正犯行為の結果発生蓋然性が高められたことを要求する見解に立つ⁹⁰⁵。

そのため、動機を付加し、あるいは反対動機を除去する行為が心理的援助行為として想定され、実際に動機の付加あるいは反対動機の除去が認められる場合に「決意の強化」が認められる。そして、「そのような決意の強化との因果性があり、その決意に基づいて正犯者が犯行を行い、結果と結びついている」という場合に、心理的援助行為と正犯結果との間の事実的因果関係が認められることになる⁹⁰⁶。したがって、心理的援助行為→決意の強化→正犯行為という二段階で事実的な心理的因果関係が判断されることになるだろう。

第一段階の援助行為と決意の強化の間の心理的因果性については、島田説によると「決意の強化」とは動機付けないし「行為にでる理由」⁹⁰⁷がより多く、あるいは反対動機がより少ない心理状態のことであるから、援助者によって提供された動機付けが正犯者によって「受け入れ」られることが必要である⁹⁰⁸。第二段階の決意の強化と正犯行為の間の心理的因果性については、「その決意に基づいて」正犯行為が行われたと言える必要があり、「最低限、正犯者が、提供された理由、動機付けを受け入れて犯行を行った場合でなければならない」ことが要求される⁹⁰⁹。もっとも、「一旦そのように動機付けを受け入れた以上は、正犯者は、通常は、そうした動機付けを『たずさえて』犯行に臨んでいるのであり、関与者による動機

⁹⁰⁴ 島田・前掲注 153)96 頁。

⁹⁰⁵ 島田・前掲注 153)97 頁。

⁹⁰⁶ 島田・前掲注 153)97 頁。

⁹⁰⁷ 島田・前掲注 153)97 頁。

⁹⁰⁸ 島田・前掲注 153)97 頁。

⁹⁰⁹ 島田・前掲注 153)97 頁。

付けに基づいて正犯者の行為がなされた、といいうる」としており⁹¹⁰、決意の強化が認められる場合には、「特段の事情がある」⁹¹¹場合にのみ決意の強化と正犯行為の間の心理的因果性を否定する趣旨と思われる。したがって、事実的因果関係としての心理的因果性の判断枠組みとしては、正犯所為の遂行に方向づける動機の付加ないし反対動機の除去が認められる場合には、通常は正犯行為との間の心理的因果性が認められ、例外的な事情がある場合にのみそれが否定されるという見解であると整理される。

島田説は、以上のような意味での事実的因果関係としての心理的因果関係に加えて、「共犯行為によって正犯行為の当該具体的結果発生の蓋然性が高められた」ことを要求する⁹¹²。そこで想定されているのは心理的援助行為が正犯者の心理に強く印象付けられることはなかったという事例である。そうすると、この要件が付加されることによって、「心理への影響」が小さい場合には「決意の強化」が——仮にごく僅かには認められるとしても——否定され、法的因果関係が否定されるという趣旨と理解できる。また、島田説によれば、特に正犯者と関与者の人的な関係に基づく心理的な影響が問題となる場面では、正犯者にとっては「関与者の個性こそが重要」であるために、「同種の意味のある寄与がなされる可能性は無視しうる程度に低い場合が多い」として、仮定的「代替原因の考慮により危険性が否定されることは、まれ」であるとされる⁹¹³。したがって、幫助犯一般の帰属構造における島田説の最大の特徴は仮定的代替原因を起点とする仮定的因果経過との比較による危険増加判断を行う点であったが、心理的幫助犯の領域ではこの点はあまり意義を有しないことになる。

1-1-2. Roxin の見解

Roxin は、心理的幫助犯が認められる事例として、傷害行為に際して周囲の掛け声が、正犯者がより激しくより長く被害者を痛めつける結果をもたらした場合を挙げ、そこでは可罰的な心理的な幫助犯が明らかに認められるとする⁹¹⁴。しかし、Roxin によれば、心理的幫助犯が認められるためには、そのような「外部的な所為像(Tatbild)の修正が常に要求されるわけではなく、「援助者が正犯者の疑念を取り除き、あるいは更なる所為動機の提供を通じてその決意を突き動かし難く(unumstößlich)すること」によって、「心理的な作用が証明可能な形式において単に所為決意を安定化させた場合であっても、因果性は肯定され得る」

⁹¹⁰ 島田・前掲注 153)99 頁。

⁹¹¹ 島田・前掲注 153)99 頁。そのような特段の事情としては、基本的には「積極的な作為」による共犯の離脱が認められる場合が想定されているが、その他にも「他人の行為や自然現象等の介入」がある場合や、援助行為と正犯行為との間に時間的・場所的な隔りがある場合が挙げられている。

⁹¹² 島田・前掲注 153)97 頁。

⁹¹³ 島田・前掲注 153)98 頁。

⁹¹⁴ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.13(S.163)

⁹¹⁵とする。その理由は、そのような事例においては、「所為決意は、その具体的・心理的な実在性と作用力(in seiner konkreten psychischen Realität und Wirkkraft)において、援助者の寄与を通じて危険上昇的な形で(in risikosteigernder Form)共同形成されている」⁹¹⁶からであるという。これに対して、「単なる賛同ないし連帯の表明」の場合には、「既に固められた所為決意に対して、その堅固さと強度においても影響を与えることはなく、所為実現にとって効果のない性質においてのみ正犯者を喜ばせるものに過ぎず、可罰的な幫助犯を肯定するために十分ではない」ことが述べられる⁹¹⁷。

1-1-3. Steen の見解

Steen は、正犯者が自律的な意志決定の主体であるために援助行為と正犯所為の間に自然法則的に説明可能な因果関係が存在し得ないことを出発点として、危険増加の基準に基づくことが必要であるとする⁹¹⁸。もっとも、危険増加を帰属基準とする場合には結果帰属の判断が個々の事例にかかわらず行われるために、疑わしい事例において帰属を肯定してしまうおそれがある⁹¹⁹。そこで、Steen は、援助者によって提供された正犯所為を支える理由が、正犯者によって受け入れられた場合にのみ心理的幫助犯の成立が認められるべきであることを強調する⁹²⁰。

Steen は、「一定の行為をすることの決意は、その行為を支持するような理由が提供されることのみによって惹起され得る」わけではなく、「行為を支えるような理由と、反対理由の比較較量(Abwägung)に基づいている」ことを強調する⁹²¹。そのため、「提供された心理的寄与を正犯者が所為遂行において受け入れた場合に」、「援助者は、所為遂行の理由を創出しあるいは反対理由を取り除いたことによって、所為を貫徹する動機の重みを上昇させている」⁹²²として、心理的幫助犯の成立が認められることになる。

このような Steen の見解も、島田説と同様に、「決意の強化」の判断基準としては動機の存在あるいは反対動機の不存在が決定的であることになる。Osnabrügge の見解についての検討において確認されたように、島田説との相違は、Steen はそのような動機が提供され、あるいは反対動機が除去されたという点について、厳格な認定を要求する点にあるだろう。つまり、Steen によれば、「所為遂行の際に外から提供された理由が正犯者を実際にとともに

⁹¹⁵ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.13(S.163)

⁹¹⁶ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.13(S.163)

⁹¹⁷ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.13(S.163)

⁹¹⁸ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.120.

⁹¹⁹ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.120.

⁹²⁰ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.120.

⁹²¹ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.116.

⁹²² Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.117.

動かした(mitbewogen)」こと、あるいは「所為遂行に対するためらいが除去された」ことについて、正犯者自身の証言や間接証拠を基礎として、「疑いを容れない程度」に証明されることが必要とされる⁹²³。

1-2. ②正犯者が心理的な支援を意識したことを要求する見解

1-2-1. 林幹人の見解

林幹人は、既に確認されたように、心理的幫助犯における因果関係の判断枠組みを物理的幫助犯の場合よりも緩和する見解に立つ。そのような判断枠組みの緩和には内在的な整合性という観点で問題があることは既に指摘した通りであるが、緩和された判断枠組みとして「共犯の提供した理由が正犯の行為の理由の一つとして意識された」こと⁹²⁴で足りるとする林説それ自体は、あり得る心理的因果関係の判断枠組みとして検討に値するものと言えるだろう。「行為の理由」に着目する点では島田説と同様であるが、林説においてはそれが「意識されたこと」が要求されている点について相違が見られる。

この点について、林幹人は、「刑事裁判の場で、……『真の原因』を探求しようとするべきではなく、「正犯が行為の理由・動機として何を意識したかを探求することが必要であると共に、十分だといわなければならない」と述べる⁹²⁵。そうすると、正犯者の心理においてどのような動機・反対動機が機能したかという点が問題となるわけではないことになる。もっとも、これは現に正犯所為が行われている時点において現実に「意識されている」ことを要求する趣旨ではなく、正犯者の意思決定プロセスにおいて理由として意識されたことで足りるという趣旨であるように思われる⁹²⁶。そして、そのような「行為の理由を提供することによって、正犯者の心理を『強化・促進』したということは、結局、正犯が犯行を思いとどまる最後の可能性を奪ったことになる」と述べるのであるから、援助者によって正犯所為を行う理由となるようなものが提供され、それが正犯者において受け入れられたという場合には、それで足りるとする見解であると思われる。

したがって、具体的な判断枠組みとしては、動機の付加ないし反対動機の除去が認められる場合に心理的幫助犯の成立を肯定する見解と基本的には異ならないものと評価できる。相違が認められるのは、「正犯者が理由として意識した」ことを重視するために幫助犯の成否が正犯者の供述に依存する面が否定できない点と、「阻止されたかもしれない」という可

⁹²³ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.117.

⁹²⁴ 林・前掲注 147)189 頁。

⁹²⁵ 林・前掲注 147)188 頁。

⁹²⁶ 林幹人は、正犯者 X が窃盗に入ろうとしていることを知った援助者 Y が事前に窓を開けておいたという事例について「窓が開いていることが X が窃盗を犯す理由の一つとされたときは、心理的因果性を認めうる」としている(林・前掲注 147)209 頁)。

能性に着目するものであるために理由として意識される限りにおいて些細な理由の提供についても心理的幫助犯が認められる危険がある点であると考えられる。

1-2-2. Phleps の見解

Phleps は、援助行為が「正犯者を所為の最中においても意識的に精神的に強化し、それによって少なくとも構成要件実現が容易にされた場合にのみ、心理的幫助犯があり得る」とする⁹²⁷。Phleps によれば、その根拠は物理的幫助犯との判断枠組みの同一性に求められる。すなわち、物理的幫助犯においては正犯者によって現実に道具が用いられる必要があることを前提すると、「正犯者が所為の最中において支援作用を認識していない場合には、容易にするような道具を投入していない場合と同様の状況である」⁹²⁸からである。そのため、援助行為によって「所為の最中において支援されているとは感じなかった場合には、幫助犯の因果性が否定されなければならない」という理由から心理的幫助犯は認められないことになる⁹²⁹。

さらに、Phleps によると、そのような「支援されていると感じた」ことによる心理的な強化(Stärkung)が生じ、それによって幫助犯の一般的な帰属基準である可能化・早期化・容易化・確実化が生じたことについて⁹³⁰、「裁判官が確信に至る」程度の証明が行われなければならない⁹³¹。そして、Phleps は具体的にその証明がなされる場合として、正犯者自身の内省の経過についての供述が信頼できる場合や、正犯者が自身の心理的強化について他人に向けて表現し、それを認識した者の証言が信頼できる場合のみを挙げており⁹³²、心理的幫助犯の成立が認められる範囲は極めて限定されることになる。もっとも、Phleps は「正犯者が所為の最中において少なくとも一度はその強化を意識し、正確に言えば、所為の最中において支援的なものと感じたのでなければならない」と述べる⁹³³ところ、正犯所為の遂行中に意識的な心理的強化とそれを通じた容易化が生じる必要があるという点では厳格であるものの、それがひとたび認められる場合には比較的緩やかに心理的幫助犯の成立が認められるものと思われる。

⁹²⁷ Anja Phleps, Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses, 1997, S.100.

⁹²⁸ Phleps, a. a. O. (Anm. 927), S.100.

⁹²⁹ Phleps, a. a. O. (Anm. 927), S.102.

⁹³⁰ Phleps, a. a. O. (Anm. 927), S.56.

⁹³¹ Phleps, a. a. O. (Anm. 927), S.58.

⁹³² Phleps, a. a. O. (Anm. 927), S.57-58.

⁹³³ Phleps, a. a. O. (Anm. 927), S.97.

1-3. ③所為態様に影響を及ぼすことを要求する見解

1-3-1. 照沼亮介の見解

照沼亮介は、安易に心理的因果性に基づく危険増加を認める見解への懐疑⁹³⁴を前提として、「行為決意後も未だ残存している正犯の最後の躊躇をかき消して犯罪実行に踏み切らせたり、声援を送ることによって正犯の行為の程度を強化したりして、間違いなく被害の程度を増大させた、というような関係」を要求し、それが認められない限りは幫助犯の成立は認められないとする⁹³⁵。照沼説は、正犯所為を心理的に初めて可能にし、あるいは「行為の程度を強化」することによって、「間違いなく」被害の程度を増大させたことを要求する点で、極めて厳格な成立要件を定立しているものと思われる。この心理的幫助犯の成立範囲についての厳格な態度は繰り返し強調されており、「既に正犯が犯罪の実行に出ることに何の疑問も抱かず、最終的な決意をしていたような心理状況であれば、第三者が好都合な申し出や呼び掛けをしたとしても、もはやそれだけでは『幫助』をすることはできない」⁹³⁶とされ、また「現実にその寄与がなければ犯罪を行うことはなかった」という関係が認められなければそもそも「行為決意の強化」が認められず、心理的幫助犯の成立も否定されることになる⁹³⁷。

1-3-2. 浅田和茂の見解

かつて結果変更説への賛意を示していた浅田和茂は、「犯行方法の助言など、正犯の犯行態様および結果に影響を及ぼしている場合にかぎって認められるべき」である⁹³⁸としていた。ここで「犯行方法の助言」は本論文の分類にしたがえば物理的幫助ということになるが、普段は臆病で軽い暴行しか行えない正犯者に対して彼が尊敬する先輩が激励の言葉を掛け、それに奮起して普段よりも重い暴行行為に出たことが証明された場合のように、意欲的心理のみを介する場合は存在し得るところ、浅田説はそのような場合にまで心理的幫助犯の成立を否定する趣旨ではなかったと考えられる。そのため、「単に勇気づけたというだけでは不十分である」⁹³⁹が、その勇気づけによって正犯結果が変更されている場合には幫助犯の成立を認めるものと理解できる。

⁹³⁴ 照沼・前掲注 13)200 頁。

⁹³⁵ 照沼・前掲注 13)200 頁。

⁹³⁶ 照沼・前掲注 13)200 頁。

⁹³⁷ 照沼・前掲注 13)201 頁。

⁹³⁸ 浅田・前掲注 209)115 頁。

⁹³⁹ 浅田・前掲注 209)115 頁。

Baunack は、物理的幫助犯と同様に、心理的幫助犯の成立要件として事実的因果関係と危険増加を要求する⁹⁴⁰。

まず、前提とされる事実的因果関係については、Baunack によれば、「援助者が正犯者において、所為決意の存続に実際に関与した意志プロセス(Willensprozeß)を活性化させる場合」に、因果関係が認められることになる⁹⁴¹。そして、行為決意が強化され「得た」ことだけでなく、実際に心理的に強化する過程を開始「した」かどうかが説明されなければならないことを重視して⁹⁴²、正犯者の心理が強化される過程について詳細な類型化を行う⁹⁴³。このような事実の証明は Baunack 自身も認めるように困難な問題と思われるが、Baunack の見解において重要なのは、Baunack は心理的幫助犯において危険増加が認められる範囲を他の見解よりも相当程度限定するために、既にそれによって結果帰属を否定されるべき場合が多く、実質的には「証明問題は緩和され得る」という点である⁹⁴⁴。

すなわち、Baunack によれば、危険増加が認められるためには、「援助行為が、正犯者が所為遂行をそれに依存させる程度に重要なものでなければならない」⁹⁴⁵。そのため、「正犯者が心理的な支援なしには所為を中断していただろうことが確かである場合には、所為決意に対する『強化的な』すなわち因果的な影響力の行使が示される」⁹⁴⁶ものの、「心理的な援助行為がない場合に所為が行われたかどうか明らかではない場合には、不可罰である」⁹⁴⁷という帰結に至る。

このような帰結は一見すると心理的幫助犯の場合においてのみ成立範囲を限定する見解であるようにも思われるが、Baunack の見解において上記のような厳格さはあくまで物理的幫助犯における危険増加判断とパラレルなものとして理解されているように思われる。Baunack による心理的幫助犯における危険増加の判断方法は以下のようなものである。

最初に、物理的幫助犯における場合と同様に、所為開始より前の時点における危険増加は重要ではなく、援助者は正犯所為の遂行時点において所為をより危険にしなければならぬという前提⁹⁴⁸が確認される。そのため、精神的強化がなくとも同一の方法で遂行していただろう場合では、援助者によって影響を受けた現実の状況と影響を受けていない仮定的な

⁹⁴⁰ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.127.

⁹⁴¹ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.128.

⁹⁴² Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.128.

⁹⁴³ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.119-122, 128-129. 照沼・前掲注 13)187-190 頁参照。

⁹⁴⁴ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.129.

⁹⁴⁵ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.129.

⁹⁴⁶ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.129.

⁹⁴⁷ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.129.

⁹⁴⁸ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.130.

状況との危険比較によっては、正犯所為の危険性の上昇は認められない⁹⁴⁹。そして、正犯者が、援助者によって励起され、付け加えられた媒介過程に基づいて所為決意を支えたのかどうかは、決意がいずれにせよ実現されていたであろう限りで、所為遂行の時点で予測されるべき法益対象物の状況に対して、何の影響も与えないこと⁹⁵⁰ことが述べられる。つまり、心理的援助行為が所為決意の存続に対する作用を持った場合にのみ、意義を有する⁹⁵¹とされる。したがって、正犯者が心理的に支えられたために所為が貫徹された、という場合にのみ、遂行行為において実現したものとして、正犯所為の帰属を正当化する危険を惹起したことが認められることになる⁹⁵²。

もっとも、援助行為がより負担の軽い完遂をもたらしたという場合、たとえば、見張りによって正犯者に安心感を与え、その結果として所為の中断を防ぎ、より小さい負担と迅速な実現をもたらし得る場合にも危険増加的な方法での惹起を肯定する点⁹⁵³には注意を要するだろう。つまり、心理的援助行為によって初めて——抽象的な意味において——正犯所為が行われたと言える場合だけでなく、心理的援助行為が正犯所為の客観的な態様に影響を与え、それが危険を増加させたと言える場合にも幫助犯の成立を肯定する趣旨であると理解できる。すなわち、援助行為の心理的作用が正犯者の内部に留まる限りは心理的幫助犯の成立を認めず、それが正犯所為の遂行・存続を生じさせた場合や、客観的な所為態様の変更を生じさせ、それが危険増加的である場合にのみ、心理的幫助犯の成立を認めるものである。

2. 検討

2-1. 前提の確認

私見は、幫助犯の一般的な(法的)因果関係判断枠組みとして、援助行為が正犯所為の時点で危険増加的作用を持ち得る事実を惹起し、その事実が正犯行為に対して危険増加的作用を及ぼした場合に当該正犯行為について未遂犯に対する幫助犯の成立を肯定し、危険増加的作用が及んでいる正犯行為から正犯結果が惹起された場合に当該正犯結果について既遂犯に対する幫助犯の成立を肯定するものである。つまり、幫助犯において要求される因果関係の内容は、援助行為と危険増加的作用を持つ事実との間の条件関係と、その事実と正犯行為の間の危険増加的作用関係である。物理的幫助犯と心理的幫助犯の判断枠組みを異にすべき理由はないことから、心理的幫助犯についても同様に判断されるべきである。そこで、

⁹⁴⁹ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.131.

⁹⁵⁰ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.131.

⁹⁵¹ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.131.

⁹⁵² Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.131.

⁹⁵³ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.131.

問題となるのは、危険増加的作用が認められ得るような条件関係の結節点となるべき事実がどのような事実であるかである。

最初に確認されるべきことは、結節点となる事実は正犯所為の時点で存在しなければならないという点である。たとえば、Roxin 説は決意の強化に着目して心理的幫助犯の成立を肯定する見解であったが、Baunack が指摘するように、それが正犯所為の時点でも生じなければならないことは意識されていなかったように思われる⁹⁵⁴。Roxin がこの点についてどのような立場に立つのか明らかではないものの、仮に所為開始前の時点における決意の強化によって正犯行為に着手する蓋然性が上昇したことで足りるとする見解であるとするれば、それは幫助犯の危険犯化を招くものであるとの批判は免れないだろう。

2-2. 学説の検討

条件関係判断の結節点となる事実として考えられるものは、①説によれば正犯者において動機が多く、反対動機が少ないという心理状態、②正犯者が支援されていることを所為の最中に意識したこと、③説によれば正犯者の客観的な所為態様ということになるだろう。以下では、最も厳格な立場である③説から順に検討を行う。

2-2-1. ③正犯所為の態様に着目する見解について

客観的に危険な行為に表出したことによって初めて危険増加が認められるとする見解の長所は、そのような関係が認められる場合には危険増加があることが明瞭であるところにある。そのような形で心理的援助行為と正犯者の具体的な行為との関係を厳密に要求することが妥当な結論に至り得るのであれば、十分に支持し得るものだろう。それを検証するためには、そのような形で心理的援助行為と結びつけられた具体的・客観的な行為がない場合において、一律に危険の上昇を否定してよいのかが問われなければならない。たとえば、以下のような事例が考えられる。

[事例 43：報酬増額事例]

T は多重債務に苦しんでいる。A は、依頼を達成した報酬として 100 万円を支払うことを約束して、O の殺害を T に依頼した。T はお金欲しさからこれを了承した。その後、A の友人である G は、A の長年の夢が叶うように、A に知らせることなく、T に対して、「A には内緒であるが、T が O を殺害した際には、A から支払われる報

⁹⁵⁴ Baunack, a. a. O. (Anm. 346), S.130.

酬の他に、追加で 200 万円を支払う」ことを告げ、T はそれを承諾した。その後、T は A から指定されていた期日に O を殺害した。T は、A から依頼を受けた時点で O の殺人を決意しており、G の申し出がなくとも全く同様に O を殺害したであろうことが確認された。

③説に依拠する場合には、この事例において心理的幫助犯の成立は否定されるだろう。この事例では、G の申し出は T の所為態様に影響を与えるものではなかったからである。③説からこの事例において心理的幫助犯の成立が認められるためには、T が所為の遂行中や遂行前において何らかの障害に直面するなどして、その際に報酬が 100 万円ではなく合計して 300 万であることによって、所為遂行を断念することなく所為を完遂したような場合に限られるように思われる。

しかし、後に余計であることが分かった見張りの事例や、後に余計であることが分かった銃の提供の事例について幫助犯の成立が認められるべき場合があり得ることと同様に、何らかの障害に直面するなどしたときに、それを乗り越える能力を有していることそれ自体が、そのような障害に直面することが具体的に十分あり得る限りで、既に危険であると評価することができるように思われる。事例を変形して、G の申し出た額が 1000 万円であった場合、2000 万円であった場合と考えると、報酬額が増えるほど、障害を乗り越えられるような意欲が強化されていることは否定し難いように思われる。もちろん、正犯者が大富豪で、依頼を受けて殺害することに楽しみを見出しており、対価を求めているというような場合には話は別であるが、ここでの T は経済的困窮から 100 万円という報酬目当てで殺人の依頼を受ける人であり、経済的な報酬によって強く動機付けられる人であると考えられる。そうすると、他の事情も踏まえた慎重な判断が必要ではあるものの、正犯所為の時点において、報酬額が増えることによって、障害を乗り越えてでも所為を実現したいという意欲が高まっていることが確実であるといえる場合があり得ることは、否定し難いだろう。

実際、Baunack と照沼亮介は、後に余計であることが分かった見張りの事例について少なくとも未遂犯に対する幫助犯の成立を肯定する見解であった⁹⁵⁵。つまり、物理的には正犯所為経過の一部とは言い難い周辺事実の惹起についても、正犯者の周囲を把握する能力、あるいは将来の妨害を排除する能力が高められていたという意味において事前判断としての危険増加が認められるという説明を許容するものであったはずである。そして、その点では後に余計であることが分かった見張りの事例と、正犯者の意欲が有意に強化された事例、いわば後に余計であることが分かった意欲強化の事例に本質的な相違はないはずである。正犯者の所為態様そのものが変更されていないという点では、正犯所為経過の外部にある見張り行為と意欲が強められているという心理状態は同一の構造と言えるからからである。

⁹⁵⁵ 照沼・前掲注 13)201 頁。

さらに、その心理的働きかけがあったことによって初めて正犯者が実行に踏み切ったという場合を別とするならば、ある心理的働きかけがその性質上、正犯所為の過程における特定の行為と結びつきを有することは稀であり、少なくともそれを証明することは困難であることが指摘されなければならない。報酬を増やして動機付けを強化するという事案は典型的に心理的幫助犯の成立を認めるべき事案であるように思われるが、類型的に心理的援助行為と正犯所為の態様の対応関係が認められるような事案ではないために、大抵の場合において心理的幫助犯が否定されることになってしまうだろう。しかし、そのような事案において、――少なくとも後に余計であることが分かった見張りと同じような意味において――正犯所為が実現される危険性を高めるものであることは否定できないはずである。

さらに、照沼亮介と Baunack の見解に内在的な問題であり、この判断枠組みそれ自体の問題ではないものの、両見解は仮定的因果経過の考慮を徹底的に拒絶する見解であった点には注意を要する。決意の強化がない心理状態の正犯者による正犯所為経過を仮定することを認めないのであれば、正犯者の心理面において一定の影響を与えている限りで、「それがない場合に正犯者はどうしていただろうか」という問いを立てることができないようにも思えるからである。

[事例 44：援助者の言葉を励みにした事例]

T は O 宅に侵入して窃盗を行う計画を立てている。それを知った G は、T に「これでお前も一人前の男になれる。頑張れよ」と伝えた。T は O 宅に侵入した後、「ひと様に迷惑をかけるんじゃないよ」という母の言葉を思い出したため、本当にこんなことをしてもよいのか、という迷いが生じ、一時的に立ち止まった。しかし、貯蓄が尽きていたことからどうしても金目の物を窃取する必要があったこと、そして T に励まされたことを思い出したことによって窃盗に向けて前向きな気持ちを取り戻したため、犯行を断念することなく継続し、窃盗を完遂した。

この事例においては、仮定的因果経過を考慮しない見解からは、所為の継続を決定する際にその理由の一つとして想起されたに過ぎず、それがなくとも他の理由で十分に所為を継続するという決定が支えられたらという場合には、残存因果経過との比較によって危険増加が否定される可能性は否定できない。しかし、たとえば G1、G2、G3 から励ましを受け、その 3 人の励ましを支えとして犯行を実現したが、仮に 1 人の励ましが欠けたとしても変わらず所為を実現したという場合においてそのような帰結に至るとすれば、むしろ不当に成立範囲を限定するものであるように思われる。また、仮定的因果経過を考慮できないとすれば、他のごくありふれた理由から前向きになることはあるのか、前向きにならなかった場合にはどのように正犯所為に取り組んでいたのか、といった点は、「援助者の言葉によって励まされることがなかった正犯者の行為」は仮定的因果経過においてのみ存在するものであるために、一切考慮されないことになるように思われる。物理的幫助犯にお

いて仮定的因果経過を一切考慮しない見解は、少なくとも妨害的な物理的作用を及ぼした限りで幫助犯の成立を認めることに至りかねないものであることを示したが、ここでも同様の危険があるだろう。

したがって、③説は支持し得ない。正犯所為の態様に表出することがなかった心理状態についても、危険増加的作用が認められるべき場合があることは否定できない。

2-2-2. ②所為の最中に正犯者が意識したことに着目する見解について

②説については、実際に正犯者が支援されていることを意識したことを要求する場合には、「目撃証言がない場合には、もっぱら正犯者の(かならずしも、信用性が高いとはいえない)供述に頼って、困難な認定を強いられる」という批判が見られるが⁹⁵⁶、証明の困難性それ自体は理論的な難点であるとまでは言い難い。実質的に問題となるのは、(i)そのような形で正犯者が強化されたと感じた場合以外にも所為意欲が強化されているといえる場合があること、(ii)逆にそのように感じた場合でも危険増加が認められない場合があること、であるように思われる。

(i)の点については、「強化された決意の状態に臨んでいるという事情があれば、実行行為時にも影響が及んでいるといえる」という批判が可能だろう⁹⁵⁷。たとえば、復讐心からOに暴行を加えようとしているTに対して、Gが「OはよくTの悪口を言っている」などと述べた結果、Tはさらに激高し、そのような心理状態で暴行に臨んだというような場合を考える。この事例では、たとえGの行為がなく怒りの程度がより小さかった場合には暴行の程度がより小さくなっていただろう、とまでは言えないとしても、Gの行為によってTの怒りの程度が高められた状態が継続していえる場合であり、Tは怒りの程度が高いほど激しい暴行を加える蓋然性があるのであれば、そのような意味において危険増加的な「影響が及んでいる」と評価することは十分可能であるように思われる。Phlepsの見解の難点は、物理的幫助犯における使用行為の必要性を前提としたために、そもそも人間心理において、自分自身によって意識されることがないとしても特定の行為を行うことについての動機付けが強まっている場合があることを看過したものと評価できる。

(ii)の点については、そのような形で「容易になった」ことだけを心理的な幫助とするならば、むしろ正犯者によって意識された断片的な瞬間しか効果が発揮されていないと理解せざるを得ない点に問題がある。仮にある一時点でそのような効果が生じれば正犯所為の全体に渡って心理的幫助犯が認められるとするならば、さらに、それが物理的幫助犯についても同様であるとするならば、むしろ幫助犯の成立範囲は過度に拡張するおそれがあるように思われる。もちろん、正犯者の意欲を高めるような心理的働きかけが所為の過程におい

⁹⁵⁶ 島田・前掲注153)145-146頁・注)225。

⁹⁵⁷ 島田・前掲注153)145-146頁・注)225。

て実際に正犯者において想起されたことが明らかになった場合には、そのような心理的働きかけによって形成された動機付けが正犯者の心理において潜在的に存在し続けたことを一定程度推認させ、またそれが危険増加的作用を持つものであったという評価を一定程度根拠付けるものと思われるが、その程度は決定的なものとはまでは言えないはずであり、ある時点で「支援されていると感じた」ことそれ自体に固有の意義を認めるべきではない。

したがって、②説は支持し得ない。

2-2-3. ①動機の付加ないし反対動機の除去に着目する見解について

まず、島田説においては、一旦動機付けを受け入れた正犯者はそのような動機付けを「たずさえて」所為に及んでいることが「通常」とであるとされ、それが否定されるのは例外的な場合であるとされた点に問題がある。ひとたび援助行為によって正犯者が所為遂行に向けて動機付けられた場合に、そのことのみによって原則として心理的幫助犯を認めることは、危険犯説へ近接するおそれがあるだろう。島田説も認める人間心理の移ろいやすさを前提とするならば、ひとたび受け入れられた動機付けがその作用を失うことは「特段の事情」がある場合にのみ生じるものではないはずである。島田説において述べられる「人は、動機を絶えず意識上にのぼらせているわけではない」⁹⁵⁸ ことそれ自体は正しいものであるが、それは意思決定の際に意識されないような動機も全て重視すべきことを意味するわけではない。また、「一旦受け入れた動機付けがたとえ意識下にある場合であっても、それが放棄されたということとはできない」⁹⁵⁹ としても、ある動機が放棄されていないことそれ自体は、その動機が正犯行為の時点で所為決意の理由の一つであることと同義ではない。少なくとも、正犯者を所為遂行に向けて動機付ける機能を持ったものとして刑法的な意義が認められることを当然に意味するものではない。Steen が Osnabrügge を批判したように、「付加的な動機が提供された場合には、正犯者はその動機も所為決意の基礎とする」という推論を安易に認める場合には、「疑わしきは被告人の利益に」という原則に違背するものであるように思われる⁹⁶⁰。

また、島田説では「結果発生の蓋然性」が高められることが必要であるとされるものの⁹⁶¹、そこでは「積極的な行為が行われ、正犯者の心理に強い印象が与えられた場合には、因果性が肯定できる」⁹⁶²、見張りの約束や犯罪発覚後の約束のような「人的な結びつきを超えた、正犯者の心理に影響する特別な行為が行われた場合にも、……原則として因果性が肯定で

⁹⁵⁸ 島田・前掲注 153)99 頁。

⁹⁵⁹ 島田・前掲注 153)99 頁。

⁹⁶⁰ Steen, a. a. O. (Anm. 409), S.112.

⁹⁶¹ 島田・前掲注 153)97 頁。

⁹⁶² 島田・前掲注 153)98 頁。

きる」⁹⁶³という形で類型的な言及がされるに留まっている。そのため、どのような場合にそれが認められるのかという判断基準として明確なものとは言い難く、一般的な判断基準として読み取ることができる「心理への影響」や「強い印象が与えられたこと」という事実と危険増加ないし蓋然性上昇の関係は何ら明らかにされていない。

島田説において事実的因果関係としての心理的因果関係と危険増加的作用がどのような関係にあるのかは明らかではないが、前述したような動機付けの原則的な継続性にに基づいて因果関係の判断が行われ、心理的な影響や印象の強さというような曖昧な基準で危険増加の判断が行われるのであるとすれば、その成立範囲の限界は不明確なままであり、根拠の薄い類型化によって具体化が図られているだけであるように思われる。

これに対して、Steen の見解は、所為遂行時の決意に着目して、援助者によって提供された正犯者によって受け入れられた動機が、その時点において行為の理由とされたのか(あるいは援助者が正犯者の反対動機を除去することで、行為の反対理由を取り除いたのか)について主観的事実として疑いを容れない程度の証明を要求するという点で、明確な判断基準を示すものと言えるだろう。

しかし、Steen の見解は、正犯者が所為遂行の時点で、援助者によって提供された動機を所為遂行の理由の一つにしたことを厳格に認定する必要があることを述べるに留まり、それがどのような意味において危険増加的作用を持つかについては明らかにされていない。そもそも、危険増加の有無について判断を行うにあたっては、抽象的に「動機がより多ければ、危険もより大きい」というような判断を行うことはできないはずである。危険増加が認められるためには、まさにそのような強化された心理状態であることによって初めて正犯所為が完遂されただろうといえるような場合が具体的にあり得ることが必要だからである。

また、Steen の判断枠組みは動機と反対動機の衡量に基づいて所為遂行を決意するという説明が成り立つ場合には利用しやすいものであるとしても、現実の人間心理をそのモデルで説明することが容易ではない場合も多くあるように思われる。たとえば、先ほど挙げた事例のように、援助者 G が告げ口したことによって正犯者 T が被害者 O に対する怒りの程度を増加させ、さらに強い暴行を加えてやろうと考えながら O の下へ向かい暴行したというとき、まさに所為を遂行する際には既に G によって告げ口された O の悪行について頭になく、さらに振り返ってみてもそのことを覚えていないということも、しばしばあるように思われる。このような場合において、所為遂行時点において G の告げ口が「理由とされた」のかどうかについて判断をするのは困難だろう。ここではむしろ、所為遂行時点において O に対する怒りの程度が高まっており、暴行を加える意欲が高まっているという点に着目すべきであるように思われる。

⁹⁶³ 島田・前掲注 153)98 頁。

そもそも、行為決意をする際にその理由の一つとされることで因果関係が認められるという定式化を行う場合には、その理由と援助行為の間にはどのような関係が要求されるのだろうか。仮にそこでの関係についても「決意をする際にその理由の一つとされることで因果関係が認められる」という定式化が妥当するのであれば、提供された動機が決意の理由の一つとされ、その決意が別の決意の理由の一つとされ……という連鎖を辿ったような場合には、ほとんど無限定に連鎖的に因果関係が認められることになるように思われる。他方で、「行為決意をする際にその理由の一つとされること」には、正犯行為時点においてより多くの動機があることによって危険増加が認められる、という点で意義が認められるとすれば、今度は事実因果関係としての心理的因果関係の内実が問題となるはずである。この点については、十分な検討が行われてこなかったように思われる。

以上のような検討を踏まえると、①説も、心理的幫助犯が認められる場合の一例を示し、あるいは心理的なプロセスの断片を述べるものに過ぎず、心理的幫助犯の成否を判断する枠組みとして有用なものとは思われない。

3. 私見

従来の学説の問題点は、物理的幫助犯において正犯所為の客観的な経過に対して物理的作用を及ぼすという意味での事実因果関係を要求することを前提として、心理的幫助犯においてもそれに類似する関係を求めたことで、事実因果関係が問題となる領域と危険増加的作用関係が問題となる領域を区別することに失敗した点にあるように思われる。

従来の学説の基本的な発想は、次のようなものではないだろうか。正犯行為と援助行為との間の事実因果関係を――物理的幫助犯においては正犯所為経過に物理的作用を及ぼしたという程度まで緩和された形であれ――要求したのであるから、心理的幫助犯においても正犯行為と援助行為の間に一定の事実因果関係を要求せざるを得ない。しかし、心理的幫助犯においては、援助行為の有無によって正犯者が正犯行為に出たかどうか、あるいは正犯行為の客観的な態様が左右されることが通常であるとは言い難い。また、典型的に幫助犯の成立が想定される見張りの事例のように、正犯所為経過に物理的作用を及ぼさないような事例につき幫助犯の成立を認めるためには心理的幫助犯の成立を認める必要があり、その成立要件について厳格な要求をすることは好ましくない。そこで、正犯者が所為遂行を決意する時点において、その決意の理由の一つとされたことで事実因果関係として十分であるとすべきである、と。

しかし、それと同時に、所為決意において理由が多いことが危険増加を基礎づける場合には、既に述べたように理論的にはほとんど無限定に事実因果関係と危険増加が認められることにもなりかねない。もっとも、既に確認されたように、一般に幫助犯の(法的)因果関係を肯定するために、正犯所為経過に対する物理的作用を要求すべき根拠はない。それを前

提とすると、心理的幫助犯における法的因果関係の判断枠組みを明らかにする鍵は、やはり、事實的因果関係が要求される領域と危険増加的作用関係が要求される領域を区別することにあると考える。つまり、事實的因果関係の領域では、援助行為が正犯所為時点における正犯者の意欲的心理を強化したという関係が必要である。次に、危険増加的作用関係の領域では、その意欲的心理の強化が正犯行為に対して危険増加的作用を及ぼしていることが必要である。

まず、事實的因果関係については、法則性の欠如にもかかわらず心理的領域においても「条件関係」を肯定することができるのは、その存在について事後的に確かめられる場合があるからである、という出発点が確認されなければならない。また、証明の困難性や恣意的な運用を批判して心理的幫助犯を部分的に否定する学説に対しては、確実に、そして恣意に委ねられることなく証明可能な場合があることをもって応答してきたのであった。これに対して、判断基準が一般的に不明確であることは、証明が不可能であるために犯罪を不成立とすることを根拠付けることがあるにせよ、それゆえ緩やかに認めていいなどという逆方向の推論を許すものではない。

したがって、援助行為によって正犯所為時点における正犯者の意欲的心理が強められた心理状態にあることが、事実として認定されなければならない。これはつまり、正犯所為時点において、援助行為がなかった場合には、正犯者の所為遂行に向けた意欲がより小さいものであったことが認定されなければならないことを意味する。ここでは、正犯者が提供された動機を受け入れたのであれば、正犯所為時点においても心理的に強化されているだろう、というような安易な推論は許されない。動機や反対動機の有無・多寡は、意欲的心理の強化の有無を説明するために使用可能な場合があることは否定されないものの、それ自体が条件関係の結節点たる事実となるわけではない。

そして、そのような心理的強化は、それによって正犯行為の危険が増加したと評価できる程度のものでなければならない。危険増加が認められるためには、そのような心理的強化があることによって初めて正犯所為が実現されただろうという場合が、具体的に想定可能でなければならない。つまり、その正犯所為の経過において、現実には生じなかったものの、想定されるべき障害に直面した際に、その心理的強化があったことによって障害を乗り越えることができた、という場合が十分にあり得ると考えられることが必要だろう。想定され得る障害が発生した際にそれを克服することができるかどうかについて影響を及ぼすことがないと思われるような心理状態であれば、仮にそのような心理状態にあったことが証明できたとしても、危険増加的作用を有しているとはもはや言い得ないからである⁹⁶⁴。

⁹⁶⁴ これは、護身用のナイフの提供や見張りについて物理的幫助犯の成否が問題になる場合と同様の判断基準である。想定され得るような障害(例：第三者の介入)をナイフによって乗り越える(例：ナイフによる刺突)という事態が具体的に想定できない場合(例：正犯者がそのような場合のナイフの投入を予定していない)には、ナイフの所持に危険増加的作用は認められない。そのため、ナイフによって乗り越えることが可能な障害が生じることがあまり想定され得ない場合には危険増加的作用は認められない。また、護身用のナイフとして必要な場合には当然に投入が予定されているからこそその時点における正犯行為に危険増加的作用を及ぼしたと評価できるのであるから、どのような障害があり得るの

具体的にどのような場合にそのような事実的因果関係と危険増加的作用関係が認められるのかについては、例示的ではあるものの、以下のような場合が考えられるだろう。

最初に、援助行為と正犯所為時点の正犯者の行為に条件関係が認められるような場合がある。まず、照沼説・Baunack 説によって心理的幫助犯が肯定されていたような、援助行為が特定の正犯者の実行行為を惹き起こし、あるいは強化したことが確認されるような場合がこれにあたる⁹⁶⁵。そして、私見からは、より危険な態様の実行行為に出たことそれ自体が心理的幫助犯の成立要件として要求されるわけではないから、その行為が構成要件該当行為にはあらず、単に心理的に意欲が強められたことの徴憑としての意義を有するに過ぎない場合にも事実認定上は重大な意義が認められると思われる。そのような場合としては、たとえば、危険運転を行う正犯者に対して、同乗者が「もっと飛ばせ！」などと掛け声をかけ、正犯者がそれに積極的に呼応して声をあげる、拳を振りかざすといったような同調的な振る舞いをしてきたことが証明されたような場合には、実際にその掛け声と対応する形でアクセルを踏む、ブレーキを踏まない、乱暴なハンドル操作を行ったなどというような行為があったことが証明されなくとも、障害を克服して危険運転を行う意欲が強められた心理状態であったことの証明が可能な場合があるだろう。そのような場合には、正犯者において同乗者の意向に応えようという意識があること、同乗者の掛け声によって気分が高揚している状態にあること、そのような心理状態によって行動がより活発になっていることなどから、所為の継続あるいは強化に向けた心理状態が強化されたことが推認されることに意義が認められる。もちろん、最終的には、そのような間接事実の積み重ねによって、心理的に強化された状態にあったことが疑いを容れない程度に証明されるかどうかが重要である。

これに対して、正犯者の心理が危険増加的に強化されていることを推認できるような行為への表出がない場合には、そのような強化された状態にあることが証明可能であること自体は否定されるべきではないが、安易に「強化されているだろう」という予測を立てることができるわけではない点を強調しなければならない。この場合にも、あくまで所為遂行の時点において正犯者の意欲的心理が強化されていたことが証明されなければならない。正犯者にとって重要な動機が提供されたような場合には、その内容と状況次第では心理的に強化された状態であるとの強い推認ができる場合もあるだろう。たとえば、経済的な利益を求めてリスクの高い犯行を行おうとしている正犯者に対して報酬を増額する旨の申し出をする場合のように、正犯者が犯行を通じて究極的に達成しようとしていた利益を量的に顕

か、それに対して道具が投入された場合に乗り越えることができるのか、という点については蓋然的な判断が必要であるとしても、そのような障害がある場合には道具を投入することが当然に予定されていることが前提とされなければならない。

⁹⁶⁵ ただし、このような場合には、心理的因果性が問題にはなっているものの、危険増加的作用方法としては物理的幫助犯と同様であるかもしれない。「心理的幫助犯」という用語に、①技術的助言と決意強化の両方が含まれる、②決意強化のみが含まれるという2通りの考え方が従来のにはあったように思われるが、危険増加的作用の性質に着目して、③正犯者において具体的に危険な行為に表出することのなかった決意強化のみを心理的幫助犯とする定義もあり得るかもしれない。

著に増大させるような行為が考えられる。そのような場合には、報酬額の高さに応じて正犯者の意欲的心理が高まっていたものと認定できるだろうし、所為遂行に際して具体的に想定され得るような何らかの障害が生じた際に、強化された心理状態であることによって初めて続行を決めて乗り越えることができた、という場合を具体的に想定することが可能だからである。なお、意欲的心理が強化されていることと、それが危険増加的作用を持つことは表裏一体の側面があることは否定できないものの、意欲的心理の強化の存在それ自体は事実として証明されなければならないことを再度強調したい。つまり、危険増加の有無を判断する際には、そのような意欲的心理があることを前提として「それによって初めて所為が実現されたという場合が具体的に想定できるか」という判断を行うのであって、両者を一括して「そのような意欲的心理を持ち、それによって初めて所為が実現されたという場合が具体的に想定できるか」を問うものではない。あくまで事実として証明されるべき問題とそれに対する法的評価の問題は厳格に区別されなければならない。

反対動機を除去したという場合にも、正犯者の不安感を取り除いたという場合であれば、まずは援助行為と正犯所為時点における不安感のない心理状態の間に条件関係が認められなければならない。そのような証明が可能な場合は、それまでに継続して抱いていた重大な不安から援助行為によって解放された状態にあることが明らかな場合など、相当に限定されたものとなるだろう。人間心理の移ろいやすさに思いを致すならば、「援助行為がなければ、今よりも強い不安感を抱いていた」という事実を証明できる場合は非常に限られることになる。

これに対して、見張りの約束など所為遂行に伴うリスクの低下を約束するような場合のように⁹⁶⁶、その情報に対応する事態、つまり、所為遂行の過程でその情報があることによって所為遂行を断念せずに済んだというような事態が生じて初めて意義を持つことが考えられる類型については別の考慮が必要となる。この場合には、援助行為が条件関係を持ち得るような正犯者における主観的事実としては、正犯所為時点において実際に意欲的心理が強化された状態にあるという事実の他に、見張りの存在という情報を保持している事実が考えられるかもしれないからである。後者と援助行為の間の事実的因果関係については、Roxin が心理的因果関係が確実に認められる事案として想定したものであり⁹⁶⁷、また Puppe すら因果関係が法則的に説明可能な形で認められるとした事例であるように⁹⁶⁸、情報提供なしに情報知得なし、という形で特に困難なく認められることも多いだろう。そして、その情報を用いて所為が現に実現されたという場合や、それに基づいて所為計画が形成・具体化されたという場合、つまり典型的な技術的助言の場合に幫助犯の成立が認められることにはあまり問題がないと思われる。

⁹⁶⁶ このような場合には、技術的助言の場合との区別も問題になる。

⁹⁶⁷ Roxin, a. a. O. (Anm. 787), S.419.

⁹⁶⁸ Puppe, a. a. O. (Anm. 809), S.516.

ここで問題となるのは、その情報が現実にも所為を実現するための手段として投入されることは現実にはなかったという場合において、もしかすると投入可能だったかもしれないということから心理的幫助犯の成立が認められ得るのかどうかである。たとえば、見張りの約束それ自体は正犯者の意欲的心理を強化するものではなかったが、仮に部外者の接近という事態が生じていた場合には、見張りがいるという情報が正犯者に安心感を与えることで不安感を乗り越えることができただろう、と言えるような場合である。ここでは確かに、一見すると後に余計であることが分かった見張りや銃の場合と類似の構造があるようにも思われる。しかし、この場合に正犯行為の危険が増加しているという評価をすることには疑問が残る。武器によって妨害を排除する能力が高まっている、外部を認識し対応する能力が高まっている、強力な意欲的心理によって障害を乗り越える能力が高まっている、と評価できるような事例とは異なって、ここではそのような意味での能力の向上は、実際にリスクのある状況に直面して反対動機が形成されて初めてそれを打ち消す作用として表出するものであり、その性質上特定の場面に直面した場合に当然に投入されることが予定されているわけではないからである。つまり、正犯者の所為実現能力の向上と評価できる事実が発生した場合には危険増加の判断を事前判断で行うことができるものの、ここでの情報は場合によっては心理的強化を生じさせ得る可能性を有しているに過ぎず、それ自体が危険増加的作用を有する事実であるとは評価し得ない。構造としては、正犯者が落ち込んだ場合には励ますつもりで援助者がいる場合と同様である。

最後に、「仲間がいて嬉しい」「安心した」⁹⁶⁹ということそれ自体から心理的幫助犯が認められるべきではないことが強調されなければならない。まず、そもそも正犯所為時点において「嬉しい」「安心した」という心理状態を援助行為が惹起したことの証明ができる場合に限られていることは既に述べた通りである。さらに、仮にそのような心理状態にあったことが証明されたとしても、そのような心理状態であることによって所為遂行が完遂されたという場合はかなり限定されるものと思われる。

⁹⁶⁹ 西田・前掲注 176)199 頁は「窃盗犯人が最終結果に至るまで『安心して』犯行を行って得た」と言えれば心理的幫助犯の成立が認められることを示唆する。しかし、単に「安心した」というだけで危険増加が認められるべきではないことは、既に繰り返し述べてきた通りである。「手段の強化」を要求しながらも、少なくとも心理的幫助犯の場面では相対的に緩和された形でそれを認めるものであることが窺われる。

第5節 私見を踏まえた裁判例の検討

1. 板橋宝石商殺害事件(東京高判平成2年2月21日)について

板橋宝石商殺害事件における追従行為は、専ら正犯者の意欲的心理に作用する心理的幫助の成否が問題となる。そのため、追従行為が正犯者の意欲的心理の強化を惹起し、それが正犯行為に対して危険増加的作用を及ぼすと評価できる場合に、心理的幫助犯の成立が認められると考える。

まず、本判決では、正犯者の心理面については「意図を強化した」ことが認定されているところ、それを基礎づける事実としては、援助者が追従してくることは高速道路上での犯行時に生じた事態に「応ずる臨機応変の対処を可能」にするもので、正犯者にとって所為遂行に伴う不安感を減少させるものであるだけでなく、正犯者が追従行為を「心強く感じていた」と供述していること、そして援助者の乗る車とはぐれた後に再び合流してから強盗殺人の実行行為に出たことが考えられる。一見すると、そのような事情があれば不安感がより減少させられたより所為実現の意欲が強い状態で所為に及んだとの評価も可能であるように思われる。しかし、本件の事実関係を見る限りでは、その時点で車内での殺人が行われることについて具体的な調整が行われていたわけではなく、殺人の態様も銃弾6発を車内の至近距離から連発したというものであるところ、殺人を実現するにあたって援助者が近くにいることが役立つ事態はほとんど考えられないし、正犯者においても、殺人についてせいぜい未必的な認識があったに過ぎない援助者が自身を追従して近くにいることが手助けとなるという想定がし難い場合であったと考えられる。もっとも、本件では殺害後に山林において死体の遺棄が行われているところ、正犯者にとっては自分の意向に従って死体遺棄等の後始末をしてくれるだろう援助者が追従してきていることを心強く感じ、強盗殺人の意図が強化されたということもあり得るように思われる。仮に本判決がこれらの事情を根拠として「意図の強化」を認定したものであるとすれば、その点については必ずしも不当とまでは言えないかもしれない。

しかし、仮にそのようにして意図の強化が認められたとしても、それが車内で殺人を実行するか否かについて決定的に左右する場合があり得るほど重要なものであったのかについては疑問が残る。殺人そのものは車内で自ら行っているのであり、死体遺棄についても追従してきた援助者がいなければできないというものではない。また、援助者が追従行為に出ることは、本件の事実関係の下でも死体遺棄を手伝うことを約束するというようなメッセージを持っているわけではない。そうすると、正犯者が「心強く感じ」「意図を強化した」と

いう点については、仮にそれが認められたとしても、強盗殺人行為の危険を増加させたものとは評価し得ないように思われる⁹⁷⁰。

したがって、追従行為につき心理的幫助犯の成立を認めた結論には疑問がある。

2. 最決平成 25 年 4 月 15 日について

本決定が「被告人両名の意向を確認し、了解を得られたことが重要な契機となっている」ことを前提として、正犯者の「運転の意思をより強固なものにすることにより」「危険運転致死傷罪を容易にしたことは明らか」と述べた点については、一見すると支持可能な判断枠組みを採用しているようにも思われる。了解行為が危険な運転行為に出る重要な契機となっているという程度に正犯者の危険運転の意思を強固にしているのであれば、それによって危険が増加させられたとの評価も可能だからである。

しかし、本決定には、心理的な強化についての事実認定、危険増加の有無の判断方法のいずれについても問題があるように思われる。

2-1. 心理的強化の認定方法について

本決定の挙げる事情の下で、果たして了解行為が運転行為の重要な契機となっていることや運転の意思を強固にしたことが認定できるであろうか。本決定は事実関係に挙げられた具体的事情を積み重ねることによって心理的因果関係を認定したものとも思えるが、事実関係に挙げられた具体的事情からは、少なくとも了解行為が運転行為を開始する重要な契機となる程度にまで運転者の危険運転の意欲を強化したということが直ちに認められるような場合ではないことが指摘される。特に、本件の援助行為は了解・黙認という消極的な振舞いであるところ、そのような行為が正犯者の運転行為との関係で持つ意味については、積極的な激励の場合に比べてより慎重に検討されなければならないはずである。

⁹⁷⁰ さらに、そもそも、そのような意図の強化について援助者が惹起したものと評価できるのかにつき疑問が残る。本件の援助者が強盗殺人とその後の死体遺棄について手助けをすることを約束していたというわけではない以上、追従行為によって生じたかもしれない正犯者における意図の強化は、強盗殺人を行った後の後始末について援助者は自分の言葉に従って手伝ってくれるだろうという一方的な期待に結びついて初めて生じたものと評価できるからである。そして、正犯者が援助者の行為に一方的に条件付けられて気持ちを大きくしているという場合に、援助者がそのことを漠然と認識しながら行為に出ただけで心理的幫助犯の成立を認めるべきではないだろう。そのような場合には、正犯者が一方的に期待しているだけであるとは言い難いような、積極的な働きかけがあって初めて援助者が正犯者の意欲的心理の強化を惹起したと評価し得るように思われる。

これに対して、学説には、本件が「相当程度に濃密な人間関係を前提とした、閉鎖的な環境における直接的な関与の事案であり」「具体的な行為態様と正犯の犯行態様の結び付きが一見して明白である」ことを理由として、心理的な強化作用の事実認定に際して特段の配慮が求められるケースではなかった⁹⁷¹との見解が見られる。この見解のいう「相当程度に濃密な人間関係」とは正犯者と被告人が仕事の指導等をする先輩・後輩の関係にあり、職場内の遊び仲間でもあることを指すと思われる。しかし、ABとCの間に強い上下関係があったような事実はなく、その関係の濃さも遊び仲間であることに由来すると思われるところ、このような人間関係自体が、一般的に正犯者が援助者の意向に従うことに強く動機づけられるような人間関係であるとは言えないだろう。さらに、第一審⁹⁷²認定の事実によれば、正犯者CはAに対して目上の人として礼儀正しく接していたものの、本件当日にはAと喧嘩しているものであり、CがAの意向を尊重してその意思を実現するよう動機づけられるような関係にあったとは言い難い。また、一審において信用性が認められている検面調書において、Bは、Cが「一回りしてきましようか」と提案した際に、Cが車を「運転してみせて、見せびらかそうとし始めたと思い、内心、『やっぱり、そっちきたか。それしか自慢がねえのかよ』と思った」旨供述していることから、むしろBとCは対等な立場の友人であることを窺うことができ、普段からCがBの意向を尊重してその意思を動機付けられるような関係にあったとは言い難いように思われる。そうだとすれば、職場における先輩・後輩関係にあったとしても、そこから正犯者Cにおいて被告人ABの意向を反映した振る舞いをしようという強い意思があったとまでは到底言えないと考えられる。

その他の学説にも「正犯と人的な結びつきがある者による黙認は、正犯の決意をより強化する」⁹⁷³とするものがあるが、これは人的な結びつきがある場合にはそうではない場合と比較してより強く決意が強化されることがあり得ることと、個別具体的な事例において常により強く強化されることを混同するものであるだけでなく、本件の場合にはそもそも意思の強化があったのか疑わしい事案であることを看過するものである。本件の事実関係に現れている人間関係の内容からすれば、この事実が正犯者の心理的強化を推認させる程度は小さいものに留まると思われる。また、「閉鎖的な環境」であるとの指摘についても、確かに正犯者Cと被告人ABは閉鎖的な車内に同席してはいたが、そのことから了解・黙認行為が正犯者の意欲的心理を強化するとの評価をすることはできない。「直接的な関与の事案」であるとの指摘についても、被告人ABは了解の意思を示しただけであり、単に反対をしないことを表明したに過ぎないとも思われるところ、一般的にこのような了解行為が正犯者の意欲的心理を強化するとまでは言えず、関与の形式としてはかなり弱いものであると考えられる。

⁹⁷¹ 照沼・前掲注13)167頁。

⁹⁷² さいたま地判平成23年2月14日LEX/DB25470454。

⁹⁷³ 亀井=濱田・前掲注4)126頁。

したがって、本件はどのようなプロセスで正犯者の意欲的心理が強化されるのかが明らかであるとは言い難かった事案であり、この点について慎重な検討を要する事案であった。つまり、人間関係、環境、関与方法という観点からは、正犯者 C において被告人 AB の意向に沿うよう強く動機付けられるだろうとは容易には言えない事案であるため、C の従前の心理状態や事の実経緯に照らして、了解行為が C の運転行為を遂行する意思を強めたと言えるような事実があるかが慎重に検討される必要があった。それにもかかわらず、本決定はそのような過程を一切明らかにしておらず、この点についての慎重さが窺えない。

以上のような私見に基づく評価とは異なって、学説には、最高裁は ABC の関係といった背景事情を詳細に認定し、それらの総合的な考慮によって心理的な影響はあったとの結論を導いていることを指摘する見解もある。すなわち、「少なくとも『本件諸事情』を前提とする限り、被告人両名の了解・黙認行為と正犯者の危険運転行為との間には、単なる促進関係を越えた条件関係が存在するようにも思われる」⁹⁷⁴とする見解や、「具体的事情を拾いあげて総合考慮していることは明らか」であり、「諸事情を慎重に拾い上げ総合的に判断した結果として、正犯に対する影響力が一定以上認められる場合に始めて幫助行為と認定されるのであるから、本決定における了解・黙認行為を幫助行為として認めたからと言って、それが直ちに飲酒を勧めた人や見送った人など、広く周辺者に際限なく波及すると考えるのは非論理的である」⁹⁷⁵とする見解は、本件の具体的事情の下で正犯者の意思の強化が認められるという理解を支持するものであると思われる。しかし、ある要証事実を具体的事情の積み重ねによる総合評価によって認定するためには、程度は低いとしても個々の具体的事情がその要証事実の存在を推認させるものでなければならぬはずである。そうでなければ、どれだけ詳細に具体的な事実を認定・摘示していたとしても、犯罪とは無関係の事情をただ集めているに過ぎず、無意味だからである。もちろん、個々の具体的事情が要証事実を推認する過程が明らかである場合には、裁判所がそれを示さないことにも一定の合理性が認められるが、本件はまさにその推認過程が明らかとは言いえない事案であったように思われる。少なくとも、このような曖昧な形での「総合評価」を無批判に受け止めることが正しいものだとはいえない。

そして、本決定の認定する事実関係を前提とすると、「同乗している被告人両名の意向を確認し、了解を得られたことが重要な契機となっている」との事実認定にも疑問があるだろう。この点につき、「単なる促進関係を越えた条件関係が存在するようにも思われる」⁹⁷⁶とする先ほどの指摘についても、AB の了解行為がなかった場合に C がどのような行為に出たと考えられるかについては検討されていない。しかし、C は特段 AB の意向を実現しよ

⁹⁷⁴ 水落・前掲注 4) 498 頁。

⁹⁷⁵ 奥田・前掲注 4) 248 頁。

⁹⁷⁶ 水落・前掲注 4) 498 頁。内田浩も、「了解と C 車の発進・走行の間には、犯行決意の強化・促進の関係を越え、条件関係が認められるとすらいえよう」とする(内田・前掲注 4) 96 頁)。これに対して、照沼亮介は「本件で了解を与えなかった場合には間違いなく C は走行を開始しなかったとまでいえるかどうかについては明らかではない」とする(照沼・前掲注 4) 168 頁注 62))。

うとして運転行為に出たような事情がない以上、むしろ AB の了解行為がなくとも C は運転行為に出ていると考えるのが自然であるように思われる。

さらに、判例の帰結を支持する見解からも、「被告人両名がこれに反対すれば、C は無理をして本件車両を運転することはなかったであろうと思われ、元々の C の犯意としては、その程度の強さのものであった」(下線部筆者)のであり、さらに「上記の人間関係、本件に至る経緯等に加えて、通常であれば、意に反した同乗者を乗せて運転することはないと思われることにも照らせば、被告人両名の態度で示された了解行為は、C が本件車両を発進させる決意を固めるのに十分な働きかけ」(下線部筆者)であったとの理解がなされていること⁹⁷⁷は、無視できないものである。ここでは本件は作為犯の場合であるにもかかわらず、「これに反対すれば」という形で作為が仮定されたため、反対をしていた場合に運転をしていたかどうか重視されているが、それは了解行為それ自体が運転の決意を強固にしたものでなければならぬことを看過したものである。むしろ、この見解における本件事案の分析が正しいものであるとすれば、了解行為がなかったとしても、反対さえしていなければ C は危険運転を開始していただろうし、その後も意に反していることの表明を受けなければ走行を継続させていただろう、という推測が立てられる。そうであれば、A と B の行為による心理的作用は、何もしなかった場合と比較して十分に小さいものであったという評価に至るべきであったように思われる。単に何もしなかった場合にも「意に反していない」ことのメッセージが伝わることはあり得るところ、「意に反していない」こと自体が決意を固めるために重要であったとすれば、そのことはむしろ心理的因果性を否定する方向に働くと考えるのが極めて自然である。

したがって、「正犯の意思に直接的に影響を及ぼして、それを強化するような危険な行為ではないので、それが本件車両の運転の重要な契機になったというのは疑わしい」⁹⁷⁸との指摘は正当と言えるだろう。本決定は、事実関係からすれば援助行為が正犯者に対してどのような心理的影響を及ぼしたのかという点について慎重な事実認定を要した場合であるにもかかわらず、それぞれに大きな意義が認められない種々の事実を束ねる総合考慮によって、安易に心理的幫助犯の成立を認めてしまったものと評価できる。むしろ、本決定で前提とされている事実関係を踏まえると、正犯者における意欲的心理の強化は否定される方向に行き着くように思われる。

2-2. 危険増加の判断方法について

既に確認されたように、幫助犯の成否を判断するにあたっては、仮定的因果経過との比較をした上で危険増加を行う必要がある。つまり、心理的幫助犯においては、心理的な援助行

⁹⁷⁷ 駒田・前掲注 4)258 頁。

⁹⁷⁸ 本田・前掲注 4)115 頁。

為がない場合における正犯所為経過が仮定的因果経過として考慮される。そして、ここで比較対象とされる仮定的因果経過は、援助者が何も行わなかった場合に生起していただろう経過でなければならない。そして、心理的幫助犯の場合に問題となるのは、援助者が何もせず単に不作為に留まる場合でも、既に一定のメッセージが発信され、それによって正犯者が決意を強固にする場合があり得るということである。

ドイツにおいては、単にその場にいること(bloße Anwesenheit)が心理的幫助犯になり得るかどうかについて争いがあり、そのような場合について幫助犯の成立を認めた判例⁹⁷⁹は、「非保証人の不作為を、積極的な行為による心理的幫助犯に轉換させる」⁹⁸⁰ものとして強い批判を受けていた。作為と不作為の区別⁹⁸¹という本論文の射程を大きく超えた問題が含まれているため、詳細な検討を行うことはできないが、それ以前から一定の行為を続けているというような限界事例を別とするならば、通常は事実的な意味において「何もしない」ことによって、作為性が否定されると思われる。そのため、単に不作為に留まる状態で発せられたメッセージによって正犯者の心理が強化されたとしても、それによって心理的幫助犯が成立することはない。仮に、作為犯としての法律構成を採用しながら、実のところ一定の作為に出なければ犯罪が成立するのであれば、それは実質において不作為犯として処罰を行うものである。ドイツにおいて、同席していた正犯者が脅迫を開始したという事案で、何もしていなかった援助者について、「被告人は正犯者の心理的な支援を、その場から離れ、あるいは正犯者の脅迫的要求に立ち向かうことによってのみ回避し得たのであるから、彼に対して与えられる責任非難の対象は、明らかに不作為である。すなわち、正犯者の脅迫的な要求に異議を唱え、あるいは少なくとも離れることの不作為である。しかし、被告人がそのような行為をする義務がある場合にのみ、そのような責任非難が可能である」⁹⁸²とする指摘がなされていたが、正当なものといえよう。

そのような前提を踏まえると、心理的幫助犯における危険増加の判断を行うにあたっては、援助者が心理的メッセージを発信するにあたって何らかの身体的動作を伴うことがあったとしても、不作為に留まった場合と比較したときの危険増加が問題にされなければならない。このような形での仮定的因果経過の考慮は、心理的幫助犯の成否が問題となる通常の場合であれば重要ではないかもしれないが、本決定のように、積極的な行為としての性質が希薄な事例においては、何もしていなかった場合に正犯者がどのような行動に出ているかということは、重要な意義を有する。もちろん、ごく僅かであれ犯罪を遂行する方向に向けた心理的メッセージの発信が作為的に行われている事案であるため、心理的幫助犯にお

⁹⁷⁹ BGH, Besch. v. 17.05.1982 — 2 StR 201/82. 消極的な形での作為による心理的幫助犯と、不作為による幫助犯について取り上げる日本の文献として、濱田新「精神的幫助成立要件の具体化」法学政治学論究 98 卷(2013)133 頁以下、濱田新「不作為による幫助の因果関係について」法学政治学論究 104 卷(2015)185 頁以下を参照。

⁹⁸⁰ Roxin, a. a. O. (Anm. 25), § 27 Rn.15(S.164)

⁹⁸¹ 特に心理的幫助犯における作為と不作為の問題を論じるものとして、Phleps, a. a. O. (Anm. 927), S.122 ff.; Markus Welz, Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe, 2010, S.62 ff.を参照。

⁹⁸² Kristian F. Soffers, Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht, Jura 1993, S.16.

ける作為と不作為の区別においてしばしば問題にされてきた、正犯者が錯誤から援助者に依拠してしまうことの危険性や、心情刑法へ陥るリスクといった観点が妥当しないという点で、特殊性があることは否定できない。しかし、単に不作為に留まる場合には不可罰として、そのような心理的メッセージの発信については適法なものとなしたのであれば、それにごく僅かな身体的動作が付加された場合に留まる場合には、そのような身体的動作が付加されること自体によって生じたメッセージのみを問題にしなければならないはずである。つまり、そのような身体的動作がない場合と比較したときに、心理的影響という点で有意な差が生じると言えない限り、心理的幫助犯の成立を否定すべきだろう。本決定でいえば、あくまで、了解行為それ自について、何も言わなかった場合と比較して正犯者の心理に与えた影響がどの程度のものであったのかを問題にしなければならないはずである。

終章 おわりに

従来の学説の曖昧さは、惹起説を前提として援助行為と正犯結果の間の事実的な因果関係が必要であることを出発点としながらも、幫助犯が想定される典型的な事案にはその繋がりが弱い事例も多くあるところ、援助行為と正犯結果の間のプロセスの全てを緩和した形で認めるに至っていたことに原因があると考え。そして、弱いながらも事実的因果関係を要求するために、正犯所為経過に対して物理的作用を与えない援助行為を心理的幫助犯として理解する必要性が生じ、他方で援助行為と正犯結果の間のプロセスが全体に渡って緩和されていることから、心理的因果性も非常に緩やかな形で認めることに至っていたように思われる。そのことがさらに、事実的因果関係と明確に区別されることがないままに、規範的な判断を含む「促進」「強化」「危険増加」「蓋然性の上昇」「決意の強化」といったメルクマールを導入する必要性を生じさせ、議論を複雑にしていたものと考え。

私見はそのような議論状況を整理するために、条件関係・結果概念・仮定的因果経過といった関連する問題について整理を行うことで、厳格な意味で「正犯結果の惹起」を要求することが妥当ではないことを示すとともに、事実的因果関係が要求される領域を狭め、幫助犯における法的因果関係としては、援助行為が正犯所為時点で存在する事実を惹起し、それが正犯行為の危険を増加させているという関係があれば足りることを主張するものである。

それによって、物理的幫助犯の領域では、正犯所為経過への物理的作用を要求する見解と比べれば成立範囲が一定程度広がる一方で、心理的幫助犯の領域では、所為の時点で心理的に強化されているという事実が存在していることの証明が必要になるために、成立範囲に限界付けをすることが可能になる。従来の学説には、物理的幫助犯については厳格に解し過ぎたきらいがある一方で、心理的幫助犯についてはその特殊性から緩く認めていた傾向があるところ、そのような方向性を修正することに資するものであることを期待したい。

以下では、本論文で検討した内容について大まかに確認した上で、本論文の意義と残された課題を述べたい。

第1節 本論文の検討内容と私見の再確認

第1章では、共犯の処罰根拠論から幫助犯における因果関係の問題にどのような示唆があるかが検討された。幫助犯の成立要件は従来から処罰根拠論に拘束されて議論が行われる傾向にあったことから、ひとまず共犯の処罰根拠論について混合惹起説のうち二元的不法惹起説を支持することを明らかにした上で、共犯の処罰根拠論と成立要件の関係性を強調する学説についての検討を行った。その結果、惹起説から幫助犯における因果関係の内容について強い含意を引き出すことはできず、むしろその意義は因果関係論に委ねられていることが確認された。

第2章では、日本における裁判例と学説を概観した。その結果、裁判例においては幫助行為性の問題と因果関係の問題が明瞭に区別されていないことも多く、因果関係を問題にしていると思われる裁判例についても、その判断基準は不明確なものであることが確認された。学説は判断枠組みの大枠としては結果変更説と危険増加的因果関係説に整理することができたが、他方で各学説が前提としている条件関係の意義や、仮定的因果経過の考慮の可否といった問題に対立が見られ、最終的な結論もそれらの前提的な問題に依存している可能性があることから、前提となる概念を整理した上で検討が必要であることが確認された。

第3章では、ドイツの学説を概観した。その結果、具体化型等価説が通説化することによって、従来の促進関係説か因果関係説かといった対立は既に相対化していることが明らかになった。そして、結果を因果経過も含めて相当程度具体化する具体化等価説を前提とすれば、惹起説における「惹起」には、そもそも重大な含意はなく、通説的な判断枠組みにおいては保護法益に対する独立的な攻撃であること、すなわち危険増加を意味することが重視されていることが明らかになった。また、ドイツにおいても、最終的に修正原理の導入を伴うにせよ、結果変更の有無を厳格に要求する Samson 説、Osnabrügge 説、Baunack 説が見られ、結果変更説の検討にあたって理論的に有用な視点を与えてくれるだろうことが確認された。そして、多数説であるところの因果的危険増加論については、日本における危険増加的因果関係説とおおむね判断枠組みを共有するものであり、以後の議論にあたって参照可能なものであるだけでなく、事実的因果関係と危険増加という性質の異なる帰属基準を並立させている点で、法的因果関係の判断枠組みを精緻化するにあたり有用な視点を与えられるものであった。

第4章では、条件関係の内実と仮定的因果経過の考慮の可否という前提問題の解明に取り組んだ上で、結果変更説の当否について検討した。そこでは、最初に *conditio sine qua non* 公式を用いる条件関係説と合法的条件関係説の間に根本的な相違はないこと、また現実

化している代替原因を起点とした仮定的因果経過の考慮が必要であることが前提として確認された。それを踏まえて結果変更説の当否について検討を行い、結果変更説は仮定的因果経過を一切考慮しないことによって不当な処罰範囲の拡張に至るか、仮定的因果経過を考慮することによって反対に処罰範囲が極めて限定されることが明らかになり、支持し得ないものであると結論づけた。それによって、事実的な意味において「正犯結果を惹起した」という関係を幫助犯に要求することはできないことが示された。

第5章では、前章までの検討を踏まえて、危険増加的因果関係説の精緻化に取り組んだ。最初に、正犯所為の時点において存在し、正犯所為に対して危険増加的作用を有する事実と援助行為の間に条件関係を要求すべきであるという私見を示した。その結果、幫助犯における因果性は、援助行為とそのような事実との間に要求される事実的因果関係と、そのような事実と正犯所為の間に要求される危険増加的関係の二重構造となっており、その性質には違いがあることが示された。次に、条件関係については既に意義が確認されているので、危険増加的作用関係の内容を明らかにするための検討が行われた。まず、危険増加の判断は事前判断でなければならないことが確認され、事後判断を要求する見解も結局のところ正犯所為経過に対する物理的作用を要求しているか、負担軽減というような別のメルクマールを導入するものである疑いがあることが指摘された。次に、援助行為が惹起した事実はいくまで正犯行為の危険増加と評価される必要があるものの、投入可能な場面において同質的なリスクの量的上昇といえる限りで実際に使用される必要はないことが示された。そして、正犯所為時点で存在する事実による正犯行為の危険増加といえる必要があることから、正犯所為開始以前の段階で正犯所為が実現する蓋然性を上昇させたに過ぎない場合には、幫助犯の成立が否定されることを示した。そして、危険増加の判断にあたっては仮定的因果経過の考慮が必要であることが改めて確認され、事前判断としての危険を比較するものである以上、仮定的因果経過には数多くのバリエーションがあってもよく、現実の経過を起点とする複数の仮定的因果経過と、現実化している代替原因を起点とする複数の仮定的因果経過を比較して、有意に現実の経過の方が危険であるといえる場合に危険増加があると認められるという基準を示した。他方で、仮定的因果経過と現実の経過で危険が質的に異なる場合には安易に比較をすることはできず、不明確な点が残されていることが確認された。最後に、危険実現が認められるために必要な関係についても、結果との間の事実的因果関係が要求されるわけではなく、危険増加的作用が及んでいる正犯行為から正犯結果が実現されたといえる限りで、既遂犯に対する幫助犯を肯定し得ると結論づけた。

このような検討によって、幫助犯における因果関係判断の構造は、正犯者の所為時点で存在している事実を惹起するという事実的因果関係と、その事実が正犯行為の危険を増加させているという危険増加的作用関係の二重構造になっており、前者は事実的因果関係としての条件関係が認められなければならないが、後者は事前判断による法的・規範的な危険判断であり、事実として証明されなければならない領域と、そのような事実があることを前提

としてどのような場合に危険が増加しているといえるのかについて議論を積み重ねる必要がある領域に区別されることが示された。危険増加の判断枠組みについては未だ不明確な点が残るとしても、このような基本構造を共有している限りで、円滑な議論に資すると思われる。

第6章では、以上のような私見を踏まえて、心理的幫助犯における心理的因果性の問題について検討を行った。最初に日本の裁判例について簡単に確認し、どのような場合に心理的幫助犯の成立が認められるのが不明確であることを確認した。次に、人間の心理領域における作用であるという特殊性からどのような問題を生じるのかを確認するために、事実的因果関係としての心理的因果性の内実を検討し、心理的経過において条件関係があることに確信を持てる場合があることを示し、まさにそのようにいえるからこそ事実的因果関係が肯定できることを確認した。次に、従来 of 学説において心理的幫助犯の成立範囲を限定的に解することを主張した見解について検討を行い、条件関係があることについて十分に証明が可能であるからこそ種々の疑いにもかかわらず心理的幫助犯が認められ得ることを確認した。それとは反対に、心理領域の特殊性から特殊な帰属基準を導入する見解について検討を行い、Osnabrügge の主張する蓋然性法則に基づく帰属の基準は実質において危険犯説に陥るものであって支持することができず、他方で結果変更説の支持者が心理的幫助犯において因果関係の判断枠組みを著しく緩和させていることを確認し、結果変更説が一貫不可能な支持し得ないものであることを裏付けた。最後に、ここまでの検討を踏まえて心理的幫助犯における因果関係の判断枠組みについて検討を行った。既に前章で示したように、幫助犯における法的因果関係は、援助行為と正犯所為時点に存在する事実の間に条件関係があることが証明され、その事実が正犯行為の危険を増加させていると評価できる場合に認められるのであるから、心理的幫助犯においても、援助行為によって正犯者の強められた心理状態が惹起されたことを疑いを容れない程度に証明しなければならない、しかもそのようにして証明された心理状態が正犯行為の危険を増加させているといえる程度に強められていなければならないという判断基準を示した。

第2節 意義と今後の課題

本論文の第一の意義は、従来判断枠組みが不明確であった幫助犯における因果関係の問題について、しばしば議論の前提とされた惹起説が因果関係論の内実に対して与える示唆が大きくないことを確認した上で、複雑に絡み合う条件関係概念・結果概念・仮定的因果経過の考慮の可否といった問題について個々に整理・検討を行うことで、幫助犯において事実的因果関係として「正犯結果を惹起した」というような関係を要求することは妥当ではないことを示した点にある。従来の学説は「正犯結果を惹起しなければならない」というところに固執することで、その間の関係を不明確なまま緩和せざるを得なくなっていたように思われるところ、そのような出発点を根本的に見直すことで、議論の明晰化に資すると思われる。

本論文の第二の意義は、正犯結果との間の事実的因果関係に固執するあまり緩和された形で正犯所為経過との間の事実的因果関係を要求することに根拠はなく、かえって不合理であることを示し、幫助犯における法的因果関係の内実を、正犯所為時点において存在する事実を惹起するという事実的因果関係と、そのような事実が正犯行為の危険を増大させたという危険増加的作用関係の二重構造として捉えなおすべきことを示した点にある。中間結果としての危険増加・促進作用というような言及は従来の学説にもしばしば見られたが、私見はどこまでが事実として証明されなければならない問題であり、どこからが危険増加という法的評価を必要とし、議論を積み重ねていく必要がある問題であるかについて明確にする点で、意義があると考えられる。

本論文の第三の意義は、そのようにして示された判断枠組みを前提として、心理的幫助犯においても、正犯者の心理が強められた状態にあるという事実はまさに主要事実として厳格に証明しなければならないものであることを示した点にある。従来の学説においては、正犯結果との間の事実的因果関係にこだわるあまり、援助行為と正犯結果の間のプロセスの全てについて緩和を認めるに至り、それが心理領域における法則性の不存在という特殊性と合わさることで、議論が非常に不明確に留まっていた疑念があるところ、事実的因果関係として証明が必要な範囲と、法的に危険が増加したといえるのかの判断が必要となる範囲を明確にすることによって、「どのような事実が証明されれば心理的幫助犯が認められるのか」という問題に一定の一般的な回答を与えることができたと考えられる。そして、このようにして示された心理的因果関係についての判断枠組みは、心理的因果関係のみが問題となる共謀共同正犯の場合にも、一定の示唆を与えることが期待される。

他方で、本論文においては検討が不十分に留まった点が数多く見られる。

第一に、判断枠組みの全体像を示すことにこだわるあまり、条件関係・結果概念・仮定的因果経過の考慮の可否・危険増加論といった総論的に非常に重要な問題について、幫助犯との関係においてのみ断片的に論じており、個々の論点については十分に検討を行うことができていない点である。とりわけ、危険増加の有無を判断するにあたって、仮定的因果経過を考慮した上での危険増加判断を行うべきであるとしたが、危険増加論については学説において批判も多く見られるところ、検討不足であることは疑いない。また、正犯行為・正犯結果との間の事実的因果関係を不要とした私見を前提とすると、幫助犯における危険増加論の適用には、他の領域とは異なる特別の考慮が必要となることは疑いなく、今後の課題としたい。

第二に、一般的に共犯の因果性と表裏の関係にあるとされる共犯関係からの離脱ないし因果性の遮断という問題領域においては、幫助犯において正犯行為・正犯結果との間の事実的因果関係が必要であることを前提とした議論が行われてきたように思われる。本論文のような形で基本的な判断枠組みの変更を提唱する場合には、それらの問題領域においても妥当な解決が可能であるのかという点について慎重に検討を行う必要があったように思われるところ、この点についても今後の課題としたい。

第三に、共謀共同正犯論への示唆が期待される一方で、近時の共謀共同正犯論では所為時点における事実と共謀のみに関与した者の行為との間の因果関係を問うというようなことは通常行われておらず、そのことは私見のように正犯構成要件に限定された形で犯罪現象を理解することによっては説明できない問題があり得ることを示唆する。本論文では基本的な共犯現象の理解の相違から立ち入った検討を行わなかったものの、学説には Frister のように構成要件該当事実よりも広い概念として犯罪現象を理解する見解が見られ、そのようなモデルの適否について検討を行う必要があり、今後の課題としたい。

第四に、本論文では心理的幫助犯における因果関係の判断枠組みを提示した一方で、それが具体的な事例において十分に利用可能なものであるかについて十分な検証を行うことができておらず、有用なものといえるかについては検討が不足である。今後、事例の蓄積を待つて更に検討を行う必要がある。

参考文献

浅田和茂『刑法総論(第2版)』(成文堂、2019)

———「幫助の因果関係」中山研一ほか『レヴィジョン刑法1 共犯論』(成文堂、1997)

団藤重光『刑法綱要総論(第3版)』(創文社、1990)

深町晋也「判批」セレクト 2013[I](法教別冊付録 401号)(2014)33頁

福田平『全訂 刑法総論(第5版)』(有斐閣、2011)

濱田新「関与者によって提供される物の利用状況と幫助犯の成否」法学政治学論究 96 卷(2013)211頁以下

———「精神的幫助成立要件の具体化」法学政治学論究 98 卷(2013)133頁以下

———「不作為による幫助の因果関係について」法学政治学論究 104 卷(2015)185頁以下

橋本正博『刑法総論』(新世社、2015)

———「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選I 総論(第6版)』(2008)178頁

林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、1997)

———『刑法総論(第2版)』(東京大学出版会、2008)

———「共犯の因果性(二)——心理的因果性を中心として」警察論究 62 卷 4号(1991)3頁以下

———「判批」山口厚=佐伯仁志編『刑法判例百選①総論(第7版)』(2014)174頁

林美月子「幫助の因果関係」法教 137号(1992)32頁

日高義博=曾根威彦「幫助の因果性」植松正ほか『現代刑法論争I』(勁草書房、1997)[日高義博執筆部分]

平野龍一『犯罪論の諸問題(上)総論』(有斐閣、1981)

本田稔「判批」法セ 704号(2013)115頁

保坂和人「判批」警論 67 卷 1 号(2014)141 頁

大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(第 3 版)第 5 卷〔第 60 条～第 72 条〕』[堀内信明=安廣文夫=中谷雄二郎執筆部分]651 頁以下

井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、2005)

——『講義刑法学・総論(第 2 版)』(有斐閣、2018)

——山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店、2001)[井田良執筆部分]

今井康介「共犯の結果帰責構造」(早稲田大学大学院法学研究科博士論文・未公開、2017)

亀井源太郎「判批」重判平成 25 年度(ジュリ臨増 1466 号)(2014)166 頁

——亀井源太郎=濱田新「判批」法時 86 卷 2 号(2014)122 頁

小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』(判例時報社、2018)

——『因果関係と客観的帰属』(弘文堂、2003)

——「因果関係と客観的帰属(一)」千葉大学法学論集 14 卷 3 号 1 頁

——「因果関係と客観的帰属(二)」千葉大学法学論集 14 卷 4 号 263 頁

——「因果関係と客観的帰属(三)」千葉大学法学論集 15 卷 2 号 127 頁

——「因果関係と客観的帰属(四)」千葉大学法学論集 15 卷 4 号(2001)128 頁

——「因果関係と客観的帰属(五)」千葉大学法学論集 16 卷 1 号(2001)81 頁

——「因果関係と客観的帰属(六・完)」千葉大学法学論集 16 卷 2 号(2001)29 頁

——「なぜ条件関係が必要なのか？」千葉大学法学論集 16 卷 1 号(2001)1 頁

小島秀夫『幫助犯の規範構造と処罰根拠』(成文堂、2015)

小島陽介「精神的幫助における因果関係について(一)」論叢 161 卷 4 号(2007)70 頁以下

——「精神的幫助における因果関係について(二)」論叢 161 卷 6 号(2007)114 頁以下

——「精神的幫助における因果関係について(三・完)」論叢 163 卷 1 号(2008)120 頁以下

駒田秀和「判解」曹時 67 卷 10 号(2015)235 頁以下

葛原力三「共犯の処罰根拠と処罰の限界(上)」法教 281 号(2004)63 頁以下

————「共犯の処罰根拠と処罰の限界(下)」法教 282 号(2004)68 頁以下

前田雅英『刑事法判例の最前線』(東京法令出版株式会社、2019)

————『刑法総論講義(第 7 版)』(東京大学出版会、2019)

曲田統『共犯の本質と可罰性』(成文堂、2019)

——「日常的行為と従犯—ドイツにおける議論を素材にして—(一)」法学新報 111 巻 3・4 号(2004)141 頁以下

——「日常的行為と従犯—ドイツにおける議論を素材にして—(二)」法学新報 112 巻 1・2 号(2005)443 頁以下

増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房、2009)

————「もう一つの因果性としてのいわゆる心理的因果性——刑法の根底にあるものとしての心身問題に関連して——」西原春夫古稀 1 巻(1998)109 頁以下

松原芳博『刑法総論(第 2 版)』(日本評論社、2017)

松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003)

————『先端刑法 総論——現代刑法の理論と実務』(日本評論社、2019)

————松宮孝明『刑法総論講義(第 5 版補訂版)』(成文堂、2018)

水落伸介「判批」新報 121 巻 5=6 号(2014)489 頁

西田典之[橋爪隆補訂]『刑法総論(第 3 版)』(弘文堂、2019)

————『共犯理論の展開』(成文堂、2010)

————「判批」重判平成 2 年度(ジュリ臨増 980 号)(1991) 152 頁

西貝吉晃「中立的行為による幫助における現代的課題」東京大学法科大学院ローレビュー(2010)87 頁

野村稔『刑法総論(補訂版)』(成文堂、1998)

緒方政勝「判批」同志社法学 44 巻 2 号(1992) 125 頁

大越義久「共犯の処罰根拠と限定性」刑法雑誌 27 巻 1 号(1986)116 頁

————『共犯の処罰根拠』(青林書院、1981)

——『共犯論再考』(成文堂、1989)

奥田奈津「判批」同法 67 卷 8 号(2015)231 頁以下

奥村正雄「判批(東京高裁平成 2 年 2 月 21 日判決)」芝原邦爾ほか編『刑法判例百選 I 総論(第 5 版)』(2003) 172 頁。

小野上真也「従犯と犯罪論体系」(早稲田大学大学院法学研究科博士論文・未公開、2017)
——「従犯概念の因果的考察の意義」石井徹哉編『現代共犯論の日独比較法研究』千葉大学大学院人文社会科学研究プロジェクト報告書第 258 集(2013)1 頁
——「従犯における客観的成立要件の具体化」早稲田法学会誌 60 卷 2 号(2010)155 頁以下

大谷實『刑法講義総論(新版第 5 版)』(成文堂、2019)

——「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選 I 総論(第 4 版)』(1997) 174 頁

佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013)

斉藤誠二「共犯の処罰根拠をめぐって——刑法学会での発言を契機として」法時 57 卷 6 号(1985)95 頁以下

佐久間修『刑法総論の基礎と応用——条文・学説・判例をつなぐ』(成文堂、2015)

——「共犯の因果性について——承継的共犯と共犯関係の解消——」法学新報 121 卷 11=12 号(2015)177 頁以下

関哲夫『講義刑法総論(第 2 版)』(成文堂、2018)

島田総一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、2002)

——「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 卷(2001)44 頁以下

十河太郎「共犯の処罰根拠論の現状と課題(一)」愛媛法学会雑誌 29 卷 4 号(2003)67 頁以下
——「共犯の処罰根拠論の現状と課題(二・完)」愛媛法学会雑誌 30 卷 1=2 号(2003)101 頁以下

曾根威彦『刑法原論』(成文堂、2016)

高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(成文堂、1988)

————『刑法総論(第4版)』(成文堂、2018)

————「幫助の因果関係」セレクト'90(1991)36頁

竹内健互「縮小教唆と危険減少—危険減少理論に対する批判的考察—」駿河台法学 30 卷 1 号(2016)1頁

照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』(弘文堂、2005)

————「判批」上法 58 卷 3=4 号(2015)153頁以下

外木央晃『共犯の基礎理論』(成文堂、2018)

豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂、2009)

内田文昭「幫助の因果性—東京地裁平成元年三月二十七日判決—」判タ 717 号(1990)38頁

————『刑法概要 中巻(犯罪論(2))』(青林書院、1999)

内田幸隆=杉本一敏『刑法総論』(有斐閣、2019)

上野幸彦「幫助犯における因果連関と客観的帰責」日本法学 70 卷 3 号(2004)89頁以下

————「判批」日本法学 58 卷 3 号 (1993) 369 頁

山口厚「共犯論の現状と課題」法教 266 号(2002)21頁

————『問題探求 刑法総論』(有斐閣、1998)

————『刑法総論(第3版)』(有斐閣、2016)

————『危険犯の研究』(東京大学出版会、1982)

山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(成文堂、1984)

————「『共犯の処罰根拠』論——大越説の検討を中心に——」刑法雑誌 27 卷 1 号 (1986)132頁以下

————『刑法総論(第3版)』(成文堂、2015)

————「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学論集 56 卷 1 号(2006)34頁以下

山下裕樹「判批」関法 65 卷 6 号(2016)177頁

吉田敏雄「因果関係と客観的帰属(上)」北海学園大学学園論集 145 号(2010)111 頁以下

Lisa Baun, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen. Zugleich eine Untersuchung zu den abstrakten Kriterien der Beihilfe durch neutrales Verhalten, 2019.

Martina Baunack, Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe, 1999.

Aristoteles Charalambakis, Zu Problematik der psychischen Beihilfe, in: FS-Roxin zum 70, 2001, S.625 ff.

Wilhelm Class, Die Kausalität der Beihilfe, in: FS-Stock, 1966, S.115 ff.

Baumann/Weber/Mitsch/Eisele-Jörg *Eisele*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016.

Thomas Fischer, Strafgesetzbuch, 66. Aufl., 2019.

Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988.

Helmut Frister, Zum Strafgrund von Mittäterschaft und Teilnahme, FS-Dencker, 2012, S.119 ff.

———, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2018,

Klaus Geppert, Die Beihilfe (§ 27 StGB), Jura 1999, S.266 ff.

Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2015.

Bernd Heinrich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2019,

———, Zu den Anforderungen an eine strafbare Beihilfe zu Massentötungen durch KZ-Aufseher, Jura 2017, S.1367 ff.

Dietrich Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, S.1

Joachim Hruschka, Alternativstellung zwischen Anstiftung und sog. Psychischer Beihilfe, JR 1983, S.177 ff.

Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil : die Grundlagen und die Zurechnungslehre
Lehrbuch, 2. Aufl., 1993.

———, Beteiligung durch Chancen- und Risikoaddition, FS-Herzberg, 2008, S.395 ff.

———, Theorie der Beteiligung, 2014

Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996.

Wolfgang Joicks, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 2003, § 27.

Urs Kindhäuser, in: Nomos Kommentar, 7. Aufl., 2017.

———, Risikoerhöhung und Risikoverringerung, ZStW 2008, S.481 ff.

———, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2019

Hans Kudlich, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2016.

Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017.

Edmund Mezger, Strafrecht, 1931.

Uwe Murmann, Zum Tatbestand der Beihilfe, JuS 1999, S.548 ff.

Stephan A. Osnabrügge, Die Beihilfe und ihr Erfolg Zur objektiven Beziehung zwischen
Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB, 2002.

Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004.

Anja Phleps, Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses, 1997.

Andreas Poppe, Die Akzessorietät der Teilnahme, 2011.

Ingeborg Puppe, Der Erfolg und seine kausale Erklärung im Strafrecht, ZStW 1980, S.863 ff.

———, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 4. Aufl. 2019.

———, Die psychische Kausalität und das Recht auf die eigene Entscheidung, JR 2017,
S.513 ff.

Peter Rackow, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007.

Rudolf Rengier, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2019.

Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997.

———Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil Tb. 2., 8. Aufl., 2014.

———, Ist psychische Kausalität dem Begriff nach möglich?, FS-Puppe, 2011, S.201 ff.

Stefan Rogat, Die Zurechnung bei der Beihilfe zugleich eine Untersuchung zur Strafbarkeit von Rechtsanwälten nach § 27 StGB, 1997.

Claus Roxin, Probleme psychisch vermittelter Kausalität, FS-Achenbach, 2011, S.409 ff.

———, Strafrecht Allgemeiner Teil Band I, 4. Aufl., 2006.

———, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003.

———, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 Einleitung § § 1-31, 11. Aufl., 2003(1992), Vor § 26, § 27

———, Was ist Beihilfe?, in: FS-Miyazawa, 1993, S.501 ff.

———, Zum Strafgrund der Teilnahme, in: FS-Stree und Wessels, 1993, S.365 ff.

Jochen Salamon, Vollendete und versuchte Beihilfe: Ein Beitrag zur Frage der Mitwirkusamkeit der Beihilfe bei der Ausführung der Haupttat, 1968.

Erich Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972.

———, Die Kausalität der Beihilfe, in: FS-Peters, 1974, S.121 ff.

———, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1975.

Helmut Satzger, Teilnehmerstrafbarkeit und »Doppelvorsatz«, Jura 2008, S.515 ff.

Friedrich Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, In: FS-Hönig zum 80, 1970, S.169 ff.

Bernd Schünemann, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 Einleitung § § 1-31, 12. Aufl., 2007.

Kristian F. Soffers, Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht, Jura 1993, S.11 ff.

Günter Spendel, Beihilfe und Kausalität, FS-Dreher, 1977, S.167 ff.

Henning Steen, Die Rechtsfigur des omnimodo facturus: Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, 2011.

Gerhard Timpe, Beiträge zum Strafrecht, 2014.

Theo Vogler, Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, 1972.

Bettina Weißer, Organisationsherrschaft und organisationsbezogene Beihilfe, GA 2019, S.244

———Schönke/Schröder- *Günter Heine/Bettina Weißer*, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 27.

Markus Welz, Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe, 2010.

Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 47. Aufl., 2017.

Rainer Zaczky, Die Kausalität der Beihilfe als "Kausalität aus Freiheit", in: FS-Kindhäuser, 2019, S.629 ff.

Frank Zieschang, Der Begriff Hilfeleisten in § 27 StGB, FS-Küper, 2007.

———, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 2017.