

物理的幫助犯における 因果関係の判断枠組み (1)

酒 井 智 之*

- I はじめに
- II 判例・学説
- III 事実的因果関係の要否と内実 (以上本号)
- IV 危険増加の判断基準
- V 危険実現の判断基準
- VI おわりに

I はじめに

本論文は、幫助犯における因果関係¹⁾の判断枠組みについて検討を行うものである。既に別稿²⁾における検討で、既遂犯に対する幫助犯の成立要件として援助行為によって結果が惹起されたことを要求すべきではないことを示したから、本論文ではその検討結果を前提として、幫助犯における因果関係判断枠組みを積極的に定立することを目標とする³⁾。

幫助犯の因果関係について、多数説は促進関係があれば足りるという促進関係説を支持する⁴⁾。「促進」という用語に代わって、危険 (Gefahr) ないしリスク (Risiko) の増加⁵⁾、蓋然性 (Wahrscheinlichkeit) の上昇⁶⁾、チャンス (Chance)

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第20巻第3号 2021年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科講師

- 1) 本論文では、事実的な意味での繋がりの意味に限定することなく、一定の事態の発生に基づいて犯罪の成立が認められるような関係一般を指すものとして因果関係という用語を用いる。それとの混同を防ぐため、事実的な繋がりとしての因果関係 (Kausalität) を事実的因果関係と呼ぶことにする。
- 2) 酒井智之「既遂犯に対する幫助犯における「結果惹起」の必要性 (1) (2・完)」一橋法学 20巻1号 315頁・20巻2号 207頁 (2021)。

の増大⁷⁾、容易化 (Erleichterung)⁸⁾、既遂到達を容易にする効果⁹⁾、被害者の状況の現実的な悪化 (tatsächliche Verschlechterung der Lage des Opfers)¹⁰⁾といった表現が用いられることもあるが、基本的には同様の趣旨と考えられる¹¹⁾。そのため、いずれにせよ正犯所為の危険を高めるという意味で理解することができるだろう。

このような構想は、共犯の処罰根拠とされる惹起説と矛盾するものではなく、

-
- 3) 幫助犯における客観的成立要件についての近時の学説の議論は中立的行為の問題に集中する傾向があるが、本論文では検討の対象としない。中立的行為に特有の問題領域は、援助行為が正犯所為の危険を客観的に増加させたことそれ自体は否定し難いものの、行為の中立的・日常的な性質に基づいて幫助犯の成否が左右され得るような場合であると考えられるところ、あらかじめ一般的にどのような場合に因果関係が認められるのかを明らかにする必要がある。
 - 4) 山口厚『刑法総論 (第3版)』(有斐閣、2016) 320-321頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013) 372頁、井田良『講義刑法学・総論 (第2版)』(有斐閣、2018) 551頁、西田典之 [橋爪隆補訂]『刑法総論 (第3版)』(弘文堂、2019) 367頁、大谷實『刑法講義総論 (新版第5版)』(成文堂、2019) 447-448頁、島田総一郎『正犯・共犯論の基礎理論』(東京大学出版会、2002) 363頁、橋本正博『刑法総論』(新世社、2015) 280頁、松宮孝明『刑法総論講義 (第5版補訂版)』(成文堂、2018) 321-322頁など。ドイツの学説において促進関係説を支持するものとして、Wessels/Beulke/Satzger, Strafrecht Allgemeiner Teil, 50. Aufl., 2020, Rn. 900-901; Baumann/Weber/Mitsch/ Jörg Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl., 2016, § 26 Rn. 88 (S. 821-822); Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 694; Maurach/Gössel/Zipf - Joachim Renzikowski, Strafrecht Allgemeiner Teil Teilband 2, 8. Aufl., 2014, § 52 Beihilfe Rn. 17 (S. 587); Schönke/Schröder - Günter Heine/Bettina WeiBer, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl., 2019, § 27 Rn. 6 (S. 546); Lisa Baum, Beihilfe zu NS-Gewaltverbrechen. Zugleich eine Untersuchung zu den abstrakten Kriterien der Beihilfe durch neutrales Verhalten, 2019, S. 100-101 など。
 - 5) Vgl. Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II, 2003, § 26 Teilnahme Rn. 212 (S. 203); Claus Roxin, Was ist Beihilfe?, in: FS-Miyazawa, 1993, S. 501ff., 509; Martina Bannack, Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe unter besonderer Berücksichtigung der sogenannten psychischen Beihilfe, 1999, S. 90.
 - 6) 島田・前掲注4) 362-363頁参照。
 - 7) Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 212 (S. 203); Bernd Schünemann, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Band I Einleitung §§ 1-31, 12. Aufl., 2007, § 27 Rn. 5 (S. 2031).
 - 8) Renzikowski, a. a. O. (Anm. 4), § 52 Rn. 17 (S. 587). Vgl. Erich Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 196.
 - 9) 井田・前掲注4) 550-551頁。
 - 10) Uwe Murmann, Zum Tatbestand der Beihilfe, JuS 1999, S. 548ff., 550.
 - 11) 井田・前掲注4) 551頁参照。Vgl. Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. 4), S. 694.

幫助犯の実質にも合致するものと考えられる。まず、共犯を処罰する究極的な根拠・理由が法益侵害・危殆化の抑止であることに基づいて、正犯不法への共働による保護法益に対する共犯者自身の攻撃を禁止することが正当化されるとしても、実際にどのような事態が生じた場合に可罰性が認められるかという点について、惹起説が自明の回答を与えるものとは考え難い¹²⁾。そこで、幫助犯の実質を踏まえた上での考察が必要となる。そもそも幫助犯は、所為の遂行を自ら決意し、それを実現しようとする正犯者による犯罪実現プロセスの存在を前提とした犯罪類型である。それを踏まえると、幫助行為によって正犯所為が初めて可能となるような場合だけでなく、それによって正犯所為がより危険なものになる場合も、結果惹起の抑止という究極的な処罰根拠に照らせば、刑法的に抑止されるべき関与プロセスであると考えられる。

既遂犯に対する幫助犯の成立要件として援助行為による結果惹起は不要であるとする私見からは、危険増加に着目する多数説の方向性は有望なものといえるだろう。もっとも、危険増加に着目した因果関係の判断枠組みは、なお判断基準としては不明瞭であることは否めず、さらなる精緻化が必要となる¹³⁾。

一般に、幫助犯は物理的因果性が問題となる物理的幫助犯と心理的因果性が問題となる心理的幫助犯に区別されている¹⁴⁾。心理的幫助犯のうち正犯者の意欲的心理の強化ないし所為決意の強化による心理的幫助犯については¹⁵⁾、人間心理の領域における特殊な問題があることが指摘されており¹⁶⁾、その点について

12) もちろん、この点を論証するためには共犯の処罰根拠論についての詳細な整理・検討が必要であり、本論文における言及は不十分なものに留まる。共犯の処罰根拠論についての検討は他の機会に行いたい。

13) Vgl. *Baun*, a. a. O. (Anm. 4), S. 106.

14) 井田・前掲注4) 543-544頁、西田・前掲注4) 365-366頁、島田・前掲注4) 363頁、浅田和茂『刑法総論(第2版)』(成文堂、2019) 453頁など参照。

15) 心理的幫助犯のうち、正犯所為の遂行に役立つ情報を提供する場合のような技術的助言といわれる類型については、物理的幫助犯と同様に考えることが可能であると理解されている(島田・前掲注4) 367頁参照)。

16) 林幹人『刑法の基礎理論』(東京大学出版会、1997) 189頁、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巻4号70頁以下(2007) 90頁。*Stephan A. Osnabrügge*, *Die Beihilfe und ihr Erfolg Zur objektiven Beziehung zwischen Hilfeleistung und Haupttat in § 27 StGB*, 2002, S.185; *Gerhard Timpe*, *Beiträge zum Strafrecht*, 2014, S. 94.

の固有の検討が必要になると考えられる。また、心理的幫助犯は物理的幫助犯が認められない場合の受け皿に用いられているという指摘が見られることから¹⁷⁾、物理的幫助犯を念頭に置いて一般的に妥当する幫助犯の因果関係判断枠組みを定立した後に、心理的因果性の特殊性に配慮しながら、同様の枠組みに基づいて因果関係判断を行うことが好ましいと考えられる。

そこで、本論文では、心理的幫助犯における因果関係判断枠組みについては後の機会に検討を行うこととして、物理的幫助犯を念頭に置いて危険増加に着目する因果関係判断枠組みの精緻化を試みる。具体的な検討の手順は、次の通りである。まず、正犯所為の促進ないし危険増加に着目する見解を支持する日本とドイツの判例・多数説を概観し、事実的因果関係と危険増加の問題を区別した上で検討する必要があることを確認する(Ⅱ)。次に、幫助犯において要求されるべき事実的因果関係の内容について検討を行い、幫助犯の成立を認めるために事実的な意味で惹起されなければならない事実を明らかにするとともに、幫助犯における因果関係判断枠組みの全体像を呈示する(Ⅲ)。それを踏まえて、危険増加の判断基準を示し(Ⅳ)、最後に危険実現の判断基準を巡る問題について検討を行う(Ⅴ)。

Ⅱ 判例・学説

1. 日本の判例

判例は、既に大審院の時代に「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」¹⁸⁾、「實行ニ必要缺クヘカラサルモノニ非スト雖……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」¹⁹⁾と判示して、「幫助」と

17) *Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Anm. 4), Rn. 902 は、「所為促進的に作用することなかった（そのために不可罰的であるような）物理的幫助犯のための『受け皿 („Auffangbecken“)] として心理的幫助犯が『濫用 („missbraucht“)] されかねない』ことを指摘する。また、*Samson*, a. a. O. (Anm. 8), S. 181 を参照。

18) 大審院大正2年7月9日刑録19輯771頁。

19) 大審院大正11年10月6日大刑集1巻530頁。

いえるためには犯罪遂行に対する助力でなければならないものの、援助行為が正犯所為の遂行にとって「必要不可欠」のものである必要はなく、それを「容易ならしめる」ものであれば足りることを示していたが、戦後の最高裁判例もこれらの大審院判例を踏襲している²⁰⁾。もっとも、それらの判示が必ずしも幫助犯における因果関係の問題を念頭に置いたものではない点に注意を要する。これらの判示が、「容易ならしめる」ような行為でなければ幫助行為にはあたらないということを示すに留まる趣旨であるとする、ひとたびそのような行為が行われた後に、どのように事態が推移すれば幫助犯の成立が認められるかという因果関係の問題については、幫助行為が正犯所為を実現するため必要不可欠なものであったという関係は不要であることを読み取ることができるとしても、それ以上の具体的な回答は与えられていないことになる。その他にも、強盗の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案について、烏打帽子と足袋については、その性質上強盗罪を容易ならしめることは特殊な場合に属すると述べて、強盗罪との関係が説示されないままに幫助犯の成立は認められないとした大審院判例²¹⁾があるものの、同判決では短刀の提供については強盗罪を容易ならしめることは自ずから明らかであると述べられているところ、むしろ幫助行為性の次元で正犯所為を容易にする性質が一般的に認められる場合には因果関係は問題にならないという立場を採っているとの理解もあり得る²²⁾。これらの古い判例から、因果関係の具体的な判断基準を読み取ることが困難である。

戦後の下級審裁判例においても、正犯所為に与えた影響に言及するものはごく少数である。神戸地裁昭和33年4月19日判決²³⁾は、海上強盗の正犯者が、別の手段で調達した睡眠薬を被害者らに投与した後に、被告人によってあらかじめ提供されていた睡眠薬を投与したが、既にその時点では前に投与した睡眠薬が被害者らに対してある程度作用した状態にあったため、被告人によって提供された

20) 最判昭和24年10月1日刑集3巻10号1629頁、最決平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁、最決平成25年4月15日刑集67巻4号437頁など。

21) 大審院大正4年8月25日刑録21輯1249頁。

22) これに対して、山中敬一『刑法総論(第3版)』(成文堂、2015)987頁は、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。

23) 神戸地姫路支判昭和33年4月19日一審刑集1巻4号615頁。

睡眠薬が被害者らの状態に影響を与えることはなかったという事案につき、「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ったというだけでは足りない」という見解を示した上で、被告人によって提供された睡眠薬は「何ら睡眠の効果を生じなかったというほかなく、従って又すでに〔正犯者〕らによって加えられていた反抗抑圧の程度を高めたとも、正犯者らの接岸荷揚げを容易ならしめたとも認め難い」（〔 〕内筆者）として、幫助犯の成立を否定した。本判決は、容易ならしめる行為が行われただけでは足りず「容易ならしめた」ことが必要であるという立場を明示するだけでなく、一般的に効果が認められる睡眠薬が提供され、実際にそれが投与されたにもかかわらず、それに加えてさらに、「効果を生じ」たかどうかを問題にする点が注目に値する。

近時においてリーディングケースとされているのは、板橋区石商殺害事件についての東京高裁平成2年2月21日判決²⁴⁾である。本件における犯行経過は、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、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る。このような正犯所為に関して、地下室における強盗殺人に備えて目張りを行った行為と計画変更後に正犯者を乗せて走行する自動車をも別の自動車に乗って追従した行為につき幫助犯の成否が争われた。これらの行為について、原審判決²⁵⁾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

24) 東京高判平成2年2月21日判時41巻1-4号7頁。林幹人「判批」山口厚=佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅰ総論（第7版）』174頁（2014）、橋本正博「判批」山口厚ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論（第6版）』178頁（2008）、大谷實「判批」松尾浩也ほか編『刑法判例百選Ⅰ総論（第4版）』174頁（1997）、西田典之「判批」重判平成2年度（ジュリ臨増980号）152頁（1991）、緒方政勝「判批」同志社法学44巻2巻125頁（1992）、上野幸彦「判批」日本法学58巻3号369頁（1993）など参照。

25) 東京地判平成元年3月27日判時1310号39頁。

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」と述べて、幫助犯の成立を肯定した。これに対して、本判決は、目張り行為が「全く役に立たなかった」ことを前提として、物理的幫助犯の成立を否定した。原判決には「幫助犯の成立に必要な因果関係」という言及が見られたのに対して、本判決は幫助犯成立のため因果関係が必要であることを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ことからすると、幫助犯における因果関係の内容として、現実に行われた正犯所為において「役に立った」ことを要求する見解と理解できるだろう。

以後の裁判例においても、成立要件上の位置付けや具体的な内実については不明瞭な点があるとしても、福岡高裁平成16年5月6日判決²⁶⁾のように幫助犯の成立を認めるためには因果関係が必要であることを明示するものが見受けられる。そのような裁判例の動向を踏まえると、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の理解を前提として、その内容としては、援助行為が正犯所為遂行のため必要不可欠なものであったという関係までは求められないものの、援助行為が正犯所為の遂行に「役立った」こと、あるいは正犯者の所為遂行を「容易ならしめた」ことが要求される点について、おおむね一致があると評価できるだろう²⁷⁾。もっとも、援助行為と正犯所為の関係がかなり疑わしい事案で幫助犯

26) 福岡高判平成16年5月6日高刑速(平16)198頁。本判決は、過大な担保評価に基づく不正融資事件について、被告人は担保評価額を過大に評価する評価方法を考案し、それに基づいて計算された担保評価額の詳細を記載したメモを作成したものの、その後の貸付には関与しておらず、その業務を引き継いだ他の者が被告人の作成したメモを参照しつつ、質的に異なる別の評価方法に基づいてより過大な担保評価額を算出し、それに基づいて融資が行われたという事案につき、「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」として幫助犯の成立を否定した。「幫助行為と見ることはできない」と述べられている点については成立要件上の位置付けになお曖昧な点が残るものの、幫助犯の成立を認めるためには因果関係が必要であることを明示したものと見える。

27) 橋本正博「判批」重判平成28年度(ジュリ臨増1505号)164頁(2017)165頁は、「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」ことを指摘する。

の成立を認める裁判例も一部では見られるところ²⁸⁾、その具体的な内容や判断基準はなお不明確であることが否めない。

2. 日本の学説

通説は、幫助犯においても何らかの因果関係が必要であるとしながらも、正犯所為を物理的・心理的に容易にし、促進するという意味での促進関係があれば足りると理解する²⁹⁾。つまり、幫助犯における因果関係は、正犯結果ないし正犯所為との間に *conditio sine qua non* 公式を用いて判断される条件関係が要求されない点で、幫助犯における因果関係は単独正犯における因果関係よりも緩やかなものと解されている³⁰⁾。他方で、援助行為の危険性のみに基づいて幫助犯としての不法を肯定する危険犯説³¹⁾が拒絶される³²⁾。このような通説に対して、既遂犯に対する幫助犯の成立を認めるためには援助行為による結果惹起が必要であるとする見解も見られるが、それらの見解については既に別稿で検討を行ったので、本論文では取り扱わない³³⁾。

従来 of 学説では、正犯行為の促進があれば足りるとする行為促進説³⁴⁾と正犯結果の促進を要求する結果促進説³⁵⁾の対立があるという整理も見られたが、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ことが指摘されている³⁶⁾。実行行為の促進で足りると述べる見解も、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であると考えられ³⁷⁾、他方で

28) 京都地判平成26年10月31日 (LEX/DB 文献番号 25505245) につき、酒井智之「判批」一橋法学18巻3号523頁(2019)を参照。

29) 前掲注4)における日本の学説を参照。

30) 山口厚『問題探求 刑法総論』(有斐閣、1998)251頁、佐伯・前掲注4)372頁、西田・前掲注4)366-367頁など参照。

31) 野村稔『刑法総論(補訂版)』(成文堂、1998)424-425頁参照。

32) 佐伯・前掲注4)372頁、西田・前掲注4)367頁、井田・前掲注4)550頁、松原芳博『刑法総論(第2版)』(日本評論社、2017)401頁など参照。

33) 結果惹起を要求する見解については、拙稿・前掲注2)(1)318-334頁参照。

34) 大谷・前掲注4)447-448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)340頁[日高義博]など。

35) 山口・前掲注30)253頁、松原・前掲注32)401頁など。

結果の促進が必要であるとする見解が必ずしも厳格に結果惹起を要求しているわけではない³⁸⁾。両説は根本的に異なることを述べるものではないと考えるべきだろう³⁹⁾。

それでは、正犯結果との間の条件関係というほど厳格ではないが、援助行為それ自体の危険性の判断に尽きない関係としての幫助犯の因果関係は、具体的にどのように判断されるのだろうか。冒頭で述べたように、近時では、「促進」という表現に代わって、あるいは、それと並んで、危険の増加、侵害手段の強化、蓋然性の上昇、既遂到達を容易にする効果といった多様な表現が見られるところ、幫助犯の因果関係の判断基準もそれに応じて様々な形で表現が見受けられる。たとえば、西田典之は、「結果を可能にし、また、強化した場合だけでなく、結果に至る侵害手段を物理的・心理的に強化した場合にも、その強化が結果とのつながりをもつ」場合に既遂犯に対する幫助犯を肯定する⁴⁰⁾。島田総一郎は、「共犯行為により正犯者にとっての当該具体的結果発生に至るまでの物理的・心理的障害が取り除かれ、正犯行為の当該構成要件的结果発生の蓋然性が高められた」場合に因果関係を肯定し⁴¹⁾、さらに既遂犯に対する幫助犯の成立を認めるためには「正犯の最終的结果実現行為の時点まで、そのような効果が及んでいなければならない」とする⁴²⁾。井田良は、既遂犯に対する幫助犯の成立を肯定するためにも「幫助行為が正犯の既遂到達を容易にしたこと」で、必要かつ十分なもの

36) 嶋矢貴之によると、「正犯行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」であるために、行為促進説と結果促進説の差異は「レトリックの問題にすぎない」（西田ほか編『注釈刑法 第1巻 総論 §§1~72』（有斐閣、2010）576頁〔嶋矢貴之〕）。

37) 日高 = 曾根・前掲注34) 340-341頁〔日高義博〕。

38) 山口・前掲注30) 251頁。

39) ただし、大谷説のように、既遂結果に対する故意を要求せず、いわゆる「未遂の幫助」も肯定する場合には（大谷・前掲注4) 443-444頁）、正犯行為が既遂結果に至り得ないことを認識している場合にも幫助犯の成立が認められることになる。もっとも、ここでの相違は行為促進説と結果促進説の対立に由来するものではなく、正犯者に未遂犯を犯させることそれ自体に基づいて共犯不法を肯定する不法共犯論ないし責任共犯論を採用したことに由来するものである。

40) 西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010）196頁。

41) 島田・前掲注4) 362-363頁

42) 島田・前掲注4) 363頁。

であるとする⁴³⁾。

もっとも、これらの見解において、「促進」という概念では把握し得ない、それとは本質的に異なるものを含意することが意図されているわけではないと考えられる。そして、その内容は基本的には正犯所為の危険増加の意味で理解することができるだろう⁴⁴⁾。そのような整理によると、法的に重要な範囲における具体的な結果の惹起を要求しつつ「事後判断としての危険増加の理論」を採用する山中敬一の見解⁴⁵⁾も、基本的には多数説と同様の枠組みを採用するものといえる⁴⁶⁾。同様に、促進的因果関係では足りないとして正犯結果の惹起を要求するものの、「法益侵害の容易化という形で結果が具体的に変更された」という場合にも因果関係を認める高橋則夫の見解⁴⁷⁾も、やはり基本的には同様の判断枠組みといえる。

しかし、基本的には同様の判断枠組みを採用するように思われる学説においても、いくつかの事例で異なる帰結が示されている。たとえば、事後的に見ると不要であったような見張りを行った事例⁴⁸⁾や、正犯者が提供された道具を犯行現場まで携行したが使用はしなかったという事例については、幫助犯の成立を認める見解と否定する見解のいずれもが見られる⁴⁹⁾。もっとも、そのような帰結の相違が、各学説のどのような相違に由来するものであるのかは十分に検討されて

43) 井田・前掲注4) 551頁。

44) 井田・前掲注4) 551頁・注49) 参照。

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

46) なお、山中敬一は、西田説をはじめとする多数説を促進的因果関係説に位置付けた上で、質的に異なる因果関係概念を導入するのは「方法的に不当である」と厳しく批判する（山中・前掲注22）985-986頁）。もっとも、援助行為と正犯所為経過の間の事実的因果関係を維持する西田説などとの関係では、大きく異なる帰結に至る得るものではなく、説明の仕方の問題であると考えられる。

47) 高橋則夫『刑法総論（第4版）』（成文堂、2018）497-498頁。

48) 幫助犯の成立を肯定する見解として、井田・前掲注4) 551頁、浅田・前掲注14) 461頁など。否定する見解として、西田・前掲注4) 367頁、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』（成文堂、1988）250頁など。既遂犯に対する幫助犯の成立は否定するものの、未遂犯に対する幫助犯の成立を肯定する見解として、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂、2005）201頁。

49) 幫助犯の成立を肯定する見解として、井田・前掲注4) 551-552など。否定する見解として、佐伯・前掲注4) 372頁など。

こなかったように思われる。たとえば、援助者によって提供された道具が正犯者によって使用されたことを要求する見解がしばしば見られる⁵⁰⁾一方で、それが促進ないし危険増加という概念との関係でどのような意義を持つものであるのかが示されているとは言い難い。幫助犯の因果関係判断枠組みについて検討を行うためには、学説における帰結の相違がどのような観点に基づいて生じているのかをより細かく確認することが必要となる。

3. ドイツの判例・学説

ドイツ判例は、ライヒ裁判所の時代から一貫して促進関係説を支持する⁵¹⁾。すなわち、「正犯者の所為結果の惹起を客観的に促進する (objektiv fördert) あらゆる行為が刑法 27 条の意味における幫助 (Hilfeleistung) とみなされ得るのであり、それが結果に対してそれ自体として原因的でなければならぬわけではない」⁵²⁾。このような判例の見解に対して、学説は従来から強い批判を行ってきた。批判において挙げられたのは、幫助犯においても事実的因果関係の要請を放棄してはならないこと⁵³⁾、不可罰的な幫助未遂と幫助既遂を区別することができなくなること⁵⁴⁾、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

50) 佐伯・前掲注 4) 372 頁、島田・前掲注 4) 363-364 頁、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 177 頁 (2015) 189 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 87 頁 (2010) 105 頁など。

51) 先例的な意義を有するものとして著名な RGSt 58, 113, 114-115 によると「正犯結果が援助者の行為によって原因的に共働され、促進され、あるいは容易にされたことは不要である。それゆえ、援助者の行為と最終的に生じた犯罪的な結果の間の原因的連関を要求することは誤ったものである。ひとたび行われた幫助犯の構成要件は、援助者の行為が援助者によって意図され、実際に生ぜしめられた結果に対して影響を与えなかったことによっては否定されない。」「自らの幫助によって正犯所為を支援し、促進することの単なる意図では可罰的な幫助犯を肯定するために十分ではない。犯罪構成要件を実現する行為が、それが終了に至るまでの間のいずれかの時点において、援助者の行為によって実際に促進された (tatsächlich gefördert worden ist) ことが付加的に必要である。」

52) BGHSt 46, 107.

53) Wolfgang Joecks, in: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 2003, § 27 Rn. 26 (S. 1107); Kristian Kühn, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 2017, § 20 Rn. 220 (S. 865); Anja Phleps, Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses, 1997, S. 37.

ことができなくなること⁵⁵⁾などである。もっとも、現在においては、判例と学説の相違は小さいことがしばしば指摘されている。以下では、多数説における判断枠組みを確認しながら、その相違を見ていくこととする。

第一の点については、判例と学説の相違は、事実的因果関係の内容的な理解と、形式的に事実的因果関係の要請を維持するか否かに差異があるに過ぎないことが指摘されている⁵⁶⁾。すなわち、判例の見解は、事実的因果関係を、*conditio sine qua non* 公式を用いて判断されるような抽象的に把握された結果との間の条件関係として理解した上で、幫助犯においてそのような条件関係、つまり、「援助行為なくして正犯結果なし」ということを要求できないことを述べるものであるが、「学説も通常はそのような事実的因果関係を要求するものではない」⁵⁷⁾。なぜなら、現在のドイツの学説の多くは、完全に具体的な結果の把握を通じて、事実的因果関係を極めて緩やかに肯定することに至っているからである⁵⁸⁾。Roxinによれば、「それに至るあらゆる中間項の考慮の下で完全に具体化された形での結果」との間の事実的因果関係が問題となり⁵⁹⁾、そのような意味での事実的因果関係は、提供した合鍵が所為遂行にあたって正犯者によって携行されていたが、正犯者は当初からそれを使うつもりがなかったという場合にすら認められるものである⁶⁰⁾。このような形で事実的因果関係の判断を行う場合には、事実的因果関係の必要性という観点での判例との相違は、説明方法の問題に過ぎないことになるだろう。

ここで注意を要するのは、このような形で極めて具体化された正犯結果ないし

54) *Joecks*, a. a. O. (Anm. 53), § 27 Rn. 26 (S. 1107). *Kühl*, a. a. O. (Anm. 53), § 20 Rn. 20 (S. 865).

55) *Samson*, a. a. O. (Anm. 8), S. 56-57;

56) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 187 (S. 194). Roxin は幫助犯の成立を認めるために事実的因果関係が必要であるのか、促進関係で足りるのかという問題は「仮象問題 (Scheinproblem)」であると評価する。

57) *Rudolf Rengier*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 12. Aufl., 2020, § 45 Rn. 94 (S. 450).

58) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 184 (S. 193); *Kühl*, a. a. O. (Anm. 53), § 20 Rn. 215 (S. 863); *Schünemann*, a. a. O. (Anm. 7), § 27 Rn. 3 (S. 2030); *Joecks*, a. a. O. (Anm. 53), § 27 Rn. 30 (S. 1108).

59) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 184 (S. 192-193).

60) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 210 (S. 203).

正犯所為との間での事実的因果関係の判断は、幫助犯に特有のものと位置付けられているわけではないという点である⁶¹⁾。かつてClassは、*conditio sine qua non* 公式を用いた事実的因果関係判断は幫助犯においては機能不全に陥ることを指摘して⁶²⁾、幫助犯の特殊な構造⁶³⁾に基づいて修正された事実的因果関係として「流入的・強化的因果関係」の基準を提唱し⁶⁴⁾、それによって判例の促進関係説の不明確性を乗り越えようとしていた⁶⁵⁾。しかし、近時の多数説の理解によれば、Classが述べる*conditio sine qua non* 公式の機能不全は結果を抽象的に把握したことによるものであり、Classの見解は内容的に見れば幫助犯に特有の緩和された事実的因果関係を構想するものではない⁶⁶⁾。

第二・第三の点については、判断基準の内実という観点で学説との対比が必要となる。事実的因果関係を極めて広汎に認める多数説においては、幫助犯における中心的な帰属基準は、事実的因果関係があることを前提とした危険増加の有無に求められる(因果的危険増加説)⁶⁷⁾。その主唱者であるRoxinによると、事実的因果関係は認められるものの正犯所為の遂行にとって役立つような寄与は「幫助(Hilfeleistung)」にあらず幫助犯の成立が否定される⁶⁸⁾。その判断は

61) Vgl. *Claus Roxin*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 4. Aufl., 2006, § 11 Rn. 15 (S. 355). なお、*Claus Roxin/Luis Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band I*, 5. Aufl., 2020, § 11 Rn. 20ff. (S.464-465)では、それよりもやや慎重な姿勢が見て取れる。

62) *Wilhelm Class*, *Die Kausalität der Beihilfe*, in: FS-Stock, 1966, S. 115ff., S. 119.

63) *Class*, a. a. O. (Anm. 62), S. 121-122.

64) *Class*, a. a. O. (Anm. 62), S. 126.

65) *Class*, a. a. O. (Anm. 62), S. 124.

66) Roxinによると、Classの定式化によって幫助犯の事実的因果関係の特殊性が示されるわけではなく、それは多数説的な因果関係理論の適用にあたっては全く妥当するものである(*Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 185 (S. 193))。Kühlもこの点を強調して、「『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為遂行に影響を与え、それを形成した者は、その結果を含む所為に対してもともに原因的である」ことを指摘する(*Kristian Kühl*, a. a. O. (Anm. 53), § 20 Rn. 215 (S. 863))。これに対して、Class自身の意図とは反対に、結果を具体的に把握する多数説と比較すると、事実的因果関係の点ではむしろ成立範囲が限定される帰結に至っているという指摘も見られる(*Samson*, a. a. O. (Anm. 8), S. 66-67)。

67) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 210-212 (S. 203-204).

68) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 210 (S. 203).

「客観的帰属の一般原理」に依拠するものであり⁶⁹⁾、「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」⁷⁰⁾。そして、その危険増加の判断にあたっては仮定的因果経過を考慮してはならず⁷¹⁾、危険増加の判断は事前判断であるため事後的に不必要であったことが分かっても危険増加は否定されず⁷²⁾、援助者による寄与の作用が少なくとも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だけでなく、さらに既遂犯に対する幫助犯を認めるためには実行行為の終了に至るまでチャンス増加的作用の継続が必要となる⁷³⁾。このような Roxin の見解は、他の多くの学説によっても支持されており、現在の多数説と評価できる⁷⁴⁾。このような多数説の判断枠組みを踏まえると、判例における「促進」という概念と学説における「危険増加」という概念の間に、帰結を決定的に左右するような本質的な相違があるとは言いがたく、学説においても、正犯所為の促進は認められるが危険増加は認められないという場面が想定されているわけではないと考えられる⁷⁵⁾。すなわち、学説による判例への批判は、基本的には具体的な判断基準の不明確性や帰結の不当性に着目するものと考えられる⁷⁶⁾。

以上のようなドイツの判例・多数説の見解は、援助行為と(抽象的な)正犯結果の間に *conditio sine qua non* 公式を用いて判断されるような条件関係を要求せず、専ら援助行為の危険性に着目する危険犯説を否定しながらも、正犯所為の危険増加に着目する点で、我が国の多数説と基本思想を共有するものといえるだろう。

69) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 210 (S. 203).

70) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 210 (S. 203).

71) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 213 (S. 204).

72) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 214 (S. 204-205).

73) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 215 (S. 205).

74) 基本的に同様の見解を述べるものとして、*Kühl*, a. a. O. (Anm. 53), § 20 Rn. 214-221 (S.862-865); *Schünemann*, a. a. O. (Anm. 7), § 27 Rn. 2-16 (S. 2030-2037); *Heine/WeiBer*, a. a. O. (Anm. 4), § 27 Rn. 6-8 (S. 545-547); *Rengier*, a. a. O. (Anm. 57), § 45 Rn. 92-100 (S. 450-451); *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 4), S. 694; *Klaus Geppert*, *Die Beihilfe* (§ 27 StGB), Jura 1999, S. 266ff. などが挙げられる。

75) *Jescheck/Weigend*, a. a. O. (Anm. 4), S. 694; *Baun*, a. a. O. (Anm. 4), S. 106.

4. 検討の手掛かり

日本の学説においては「援助行為がなければ正犯結果がなかった」という意味での条件関係を要求できないことから、より緩和された因果関係概念として促進関係が要求され、ドイツの学説においては危険増加を中心とした客観的帰属判断の前提として事実的因果関係の必要性それ自体は強調されながらも、実質的にはその意義がかなり乏しいものになっていた。それを踏まえると、促進ないし危険増加が認められるかが、幫助犯の因果関係判断における中心的な課題となっていることが窺われる。そのような基本的な判断枠組みが共有されているにもかかわらず、日本の学説ではいくつかの事例で異なる帰結が示されていたが、それはドイツの学説を考慮に入れると一層顕著になる。

日本の学説において帰結に不一致が見られる事例として、事後的に余計であること (überflüssig) が分かった見張りの事例を挙げた。事例の概要を改めて確認すると、T が所為を遂行するにあたって、G は、もし T の所為遂行を妨害する者が現れた場合には、それを T に報告し、必要であれば自らその妨害を阻止する行為に出るため、周囲を見張っていたが、— T にとっては — 幸いにも T の所為遂行を妨害するおそれがありそうな第三者が接近することはなかったため、G の見張り行為がなくとも T の所為遂行は全く同様に行われたと考えられるという事例である。この事例に言及する日本の学説を見ると、物理的幫助犯としての因果関係を否定する見解⁷⁷⁾が優勢であるようにも思われ、「幫助犯を否定するのが通説である」と述べる見解⁷⁸⁾すら見られる一方で、ドイツの学説を視野にいと、むしろ物理的幫助犯として幫助犯の成立を認める見解が多数であるこ

76) Vgl. *Baum*, a. a. O. (Anm. 4), S. 97-98. なお、学説においては、多数説と促進関係説が異なる帰結に至り得る事案として、正犯者が援助者から提供された合鍵を用いて扉の開錠を試みたが失敗したため、別の経路から侵入して窃盗を完遂したという事案 (RGSt 6, 169) がしばしば挙げられる。この事案について、判例が侵入窃盗に対する幫助犯の成立を認めたのに対して、ドイツの学説の多くは未遂犯に対する幫助犯ないし不可罰の幫助未遂という結論を支持する。もっとも、この帰結が促進関係説に依拠することによって導かれたものと評価することができるかについては疑問が残る (Vgl. *Samson*, a. a. O. (Anm. 8), S. 56-57)。この事案については、危険実現の判断基準を検討する際 (V) に再び取り上げる。

77) 前掲注 48) 参照。

78) 西田・前掲注 4) 367 頁。

とが窺われる⁷⁹⁾。見張り事例において物理的幫助犯としての因果関係が認められないと、GがTに気付かれることなく片面的に見張り行為を行っていたという場合には幫助犯の成立が認められる余地はないことになる⁸⁰⁾。検討の対象を物理的幫助犯に限定する都合上、以下ではそのような事案を念頭に置くこととする。

肯定説と否定説の対立点を整理するにあたっては、Roxin説に代表されるドイツの多数説において、一般的な帰属原理としての客観的帰属論に基づいて、事実的因果関係の問題と事実的因果関係の存在を前提とする危険増加の問題が概念的に区別されていたことが注目される。そのような区別を参考にすると、否定説において、「危険性を客観的に高めたとしても」「物理的因果性はない」と述べる見解⁸¹⁾と、「所為を客観的に促進するものではなく、所為促進の予備が行われているに過ぎない」⁸²⁾あるいは「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ということを指摘するだけでは不十分である」⁸³⁾と述べる見

79) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 214-215 (S. 204-205); *Schünemann*, a. a. O. (Anm. 7), § 27 Rn. 9 (S. 2033); *Kühl*, a. a. O. (Anm. 53), § 20 Rn. 218 (S. 864); *Heine/Weißer*, a. a. O. (Anm. 4), § 27 Rn. 7 (S. 546); *Rengier*, a. a. O. (Anm. 57), § 45 Rn. 98 (S. 451); *Murmann*, a. a. O. (Anm. 10), S. 551. 多数説と同様の判断枠組みから見張り事例における幫助犯の成立を否定する見解として、*Wessels/Beulke/Satzger*, a. a. O. (Anm. 4), Rn. 902; *Gerhard Seher*, Grundfälle zur Beihilfe, JuS 2009, S. 793ff., 794 など。

80) 正犯者に認識されていない場合には、心理的幫助犯の成立が認められないからである。見張り事例において、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は、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した上で明らかにされ得る問題であるが、ひとまず次のような説明が考えられるだろう。Gの見張り行為をTが認識していた場合には、Tにおいて、何か問題が生じたときには、Gがより早く察知し、その情報を伝達してもらうことで所為の遂行方法を変更するなど何かしらの対応を行い、場合によってはGが自ら問題に対処することによって、妨害を受けることなく所為を実現することへの期待や、自己の犯罪の発覚を防ぐことによって刑事訴追や責任追及を免れることの期待が高まることが考えられる。そして、そのような期待の高まりに基づいて、それらのリスクに対する不安感が低減している心理状態で実際に所為に取り組んだ場合には、そのような不安感の低減があることによって所為の危険が増加していたと評価できる限りで、心理的幫助犯の成立が認められるだろう。もっとも、不安感の減少があったといえる限りで相当広く心理的幫助犯の成立を認める見解からは、心理的幫助犯の成立が認められるのは必ずしもそのような場合に限られないことになる。

81) 西田・前掲注4) 367頁。高橋・前掲注48) 250もその趣旨か。*Joelck*, a. a. O. (Anm. 53), § 27 Rn. 27 (S. 1107)。

解は、異なる次元において批判を行うものと整理できる。また、正犯者による使用行為の必要性から見張り事例における幫助犯の成立を否定する見解については、現に正犯所為が促進されたと評価するために正犯者による使用行為を要求する趣旨であるとの理解も可能だが、正犯行為との間の事実的因果関係を要求する趣旨と考えることもできるだろう。いずれにせよ、幫助犯における因果関係の内実を明らかにするためには、事実的因果関係と危険増加の両観点を区別した上で、別個に検討することが必要であることが示唆される。

とりわけ、前者の事実的因果関係の点については、危険犯説を否定しつつ、他方で正犯結果の惹起を要求しないのであれば、因果関係を認めるために惹起されなければならない事実を明らかにすることによって初めて危険犯説と一線を画する説明が与えられることになるはずである。しかし、学説では、促進ないし危険増加の有無が中心的な問題に位置付けられ、——結果惹起を要求する見解を別にすれば——事実的因果関係の点にはほとんど重点が置かれていないにもかかわらず、一部の事例においては、それらとの関係や内実が不明瞭な「物理的因果性」の欠如や使用行為の必要性といった説明によって帰結が左右されていたことが疑われる。因果関係判断枠組みを明確化するためには、極めて具体的な形で正犯結果ないし正犯所為を把握するのでなければ、要求される事実的因果関係の内実を明らかにすることが欠かせないだろう⁸⁴⁾。危険増加という観点との関係でも、幫助犯において要求されるべき事実的因果関係の意義を示し、その次元で解決されるべき問題に答えをあらかじめ与えることが、危険増加に焦点を絞った検討を行うために便宜であると考えられる。そこで、次章では幫助犯において要求される事実的因果関係の意義を明らかにすることを通じて判断枠組みの全体像を示すことを試みる。

82) BGH, wistra 2012, 180, 182. Murmannはこの判例に対して、「発覚リスクの減少は正犯所為を促進するものであり、BGHの言うようにその促進の予備に過ぎないというわけではないから不当なものである」と批判する (Satzger/Schluckebier/Widmaier -Uwe Murmann, StGB Kommentar, 5. Aufl., S. 300)。

83) Renzikowski, a. a. O. (Anm. 4), § 52 Rn. 20 (S. 588)。

84) Baun, a. a. O. (Anm. 4), S. 100も「学説における一部では逸脱した事実的因果関係の論争の原因は、結節点の不明確性にある」ことを指摘する。もっとも、Baunは事実的因果関係の意義を再び不明瞭にしているように思われる。この点については、III 3(1)を参照。

Ⅲ 事実的因果関係の要否と内実

1. 正犯行為との間の事実的因果関係の要否

幫助犯において事実的因果関係は要求されるべきだろうか。また、何らかの事実的因果関係が必要であるとして、どのような事実との間にそれを要求することができるだろうか。既遂犯に対する幫助犯について援助行為と正犯結果の間の事実的因果関係を要求すべきではないとすると、最初に考えられるのは、正犯所為の外形的な遂行態様との間の事実的因果関係を要求することである。つまり、正犯結果を惹起したという関係までは求められないとしても、援助者によって提供されたものが正犯行為の手段として正犯者によって現に用いられることで、援助行為が正犯行為の少なくとも一部分を惹起したことを要求することが考えられる。正犯者が用意していた銃弾の数を増やしたが、増加分の銃弾が命中したか否かが分からなかったという事案について、結果惹起を要求する場合には既遂犯に対する幫助犯の成立を否定せざるを得なかったが⁸⁵⁾、正犯行為との間の事実的因果関係を要求するに留める場合には、援助者が提供した銃弾が発射されていないことがあり得ない段階まで射撃が行われた限りで、因果関係を認めることに支障はないことになるだろう。

事実的因果関係の内実を明らかにするにあたって試金石となるのは、見張り事例のように、援助行為が正犯所為における正犯者の行為態様に影響を与えておらず、援助行為がなくとも正犯所為が同様に完遂されたいだろうという事案である。既に見たように、裁判例・学説は何かしらの意味での「因果関係」が必要であることを議論の出発点としていたが、ここで物理的幫助犯としての因果関係を肯定するのであれば、正犯行為との間に事実的因果関係を要求することを放棄することに至ると考えられるからである⁸⁶⁾。

85) 拙稿・前掲注2)(2・完)249頁。

86) *Seher*, a. a. O. (Anm. 79), S. 794は、「通説によると援助者は正犯結果とともに惹起しなければならぬために、見張りが正犯者の支援者として典型的なものであるとするならば、見張りが正犯所為の経過に影響を与えたことが認識し得ない場合には、共犯理論におけるその理論的な整理に困難が生じる」ことを指摘する。

(1) 学説

日本の学説における帰趨は評価が難しいものの、ドイツの多数説は、見張り事例について事実的因果関係の欠如を理由とした幫助犯の不成立という帰結を採らない⁸⁷⁾。Roxin は、事実的因果関係の結節点となる事実を「それに至るあらゆる中間項の考慮の下で完全に具体化された形象における結果」という極めて具体的な形で理解した上で、「見張りによって守られている窃盗は、『守られていない』窃盗とは異なる遂行方法である」⁸⁸⁾、あるいは、「(奪取者と見張りの) 二名による窃盗は、単独で遂行された所為とはいくらか異なったものであり、二人の関与者によってともに惹起されている」⁸⁹⁾といった説明によって、見張り事例における事実的因果関係を肯定する⁹⁰⁾。幫助犯における極めて具体的な形での事実的因果関係の理解は Mezger の見解に遡ることができるが⁹¹⁾、前述したように、近時このような考え方を支持する見解の多くは幫助犯に特有の緩和された事実的因果関係を主張するものではない。このような多数説の理解に対しては、援助行為との間に事実的因果関係が要求される事実を恣意的に操作するものであり、循環論法に陥っているとの批判が見られる⁹²⁾。もっとも、この点を批判する見解の全てが、見張り事例における幫助犯の成立を否定するわけではない。

Murmann は、見張り事例において、Roxin による結果の定義の操作は「問題の解決にはならない」ことを指摘しつつ⁹³⁾、「共犯行為が正犯所為を外形的に修

87) 日本の学説について、前掲注 48) 参照。ドイツの学説について、前掲注 79) 参照。

88) Roxin, a. a. O. (Anm. 5), AT II, Rn. 214 (S. 205).

89) Claus Roxin, in: Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch Band 1 Einleitung §§ 1-31, 11. Aufl., 2003 (1992), § 27 Rn. 8 (S. 161).

90) ただし、Roxin は、仲間がスリをしようとしていることに偶然気付いた者が、必要であれば仲間の窃盗をより確実なものとするため人混みを作る用意していたが、何事もなく窃盗が実現されたという事案について、「そのような行為はスリのチャンスを増大させることは否定できない」としながら、正犯者との間の取り決めも、行為の外形的な窃盗関連性も認識可能ではない場合には、「所為経過の因果的な変更が欠ける」として、幫助犯の成立を否定する (Roxin, a. a. O. (Anm. 5), AT II, Rn. 216 (S. 205-206)).

91) Vgl. Edmund Mezger, Strafrecht, 1931, S. 413.

92) Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., 2020, 28. Kapitel. Rn. 34 (S. 453); Murmann, a. a. O. (Anm. 10), S. 551; Henning Steen, Die Rechtsfigur des omnimodo facturus: Ein Beitrag zur Abgrenzung von Anstiftung und Beihilfe, 2011, S. 94.

93) Murmann, a. a. O. (Anm. 10), S. 551.

正しておらず、初めて可能にしたわけでもない」場合における幫助犯の成立を正面から肯定する⁹⁴⁾。つまり、そもそも正犯所為と援助行為の間の事実的因果関係が不要であるという立場を採るものである。Murmamm の見解によると、所為経過との間に事実的因果関係が認められないことは幫助犯の不成立を基礎づけるものではないことになる。

Baun は、結果の定義の操作によってではなく、幫助犯における固有の結節点を設定することで事実的因果関係の問題を解決しようとする。Baun によると、未遂犯に対する幫助犯も可罰的であることからすると、そもそも正犯結果との間の事実的因果関係は不要である⁹⁵⁾。そのため、幫助犯における「行為と結果の具体的な結び付きは、幫助行為と正犯行為の促進の間に認められる」⁹⁶⁾。すなわち、「幫助行為は、正犯行為の促進・可能化・容易化が失われることなく援助行為を取り除いて考えることができない場合には、因果的である」⁹⁷⁾。このような Baun の見解は、あくまで「援助行為と正犯行為の因果的な結び付き」を問題にしていることからすると⁹⁸⁾、促進的な効果の有無によって正犯行為を具体化することで、そのような形で具体化された正犯行為との間の事実的因果関係を要求するものと理解することができる。

これに対して、事実的因果関係の欠如を理由として、物理的幫助犯の形式における幫助犯の成立を否定する見解も多く見られる。西田典之は、「幫助行為と正犯行為・正犯結果との間に物理的因果性・心理的因果性のいずれも欠如する場合には、たとえ当該幫助行為が正犯行為の危険性を客観的に高めたとしても、幫助の未遂として不可罰と解すべき」であるとして、見張り事例における幫助犯の成立を否定する⁹⁹⁾。危険を高めた場合であっても幫助犯の成立が否定されていることから、事実的因果関係の欠如に着目したものといえるだろう。高橋則夫も、正犯結果ないし正犯行為との間に事実的因果関係の意味での因果性が必要である

94) *Murmamm*, a. a. O. (Anm. 10), S. 551.

95) *Baun*, a. a. O. (Anm. 4), S. 96-97.

96) *Baun*, a. a. O. (Anm. 4), S. 100.

97) *Baun*, a. a. O. (Anm. 4), S. 101.

98) *Baun*, a. a. O. (Anm. 4), S. 100.

99) 西田・前掲注4) 367頁。

という前提に基づいて¹⁰⁰⁾、見張り事例では「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 Roxin の見解を批判する¹⁰¹⁾。ドイツの学説においても、Samson は、見張り事例において「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」として、不可罰であるとする¹⁰²⁾。Joecks も、同種の事例について、正犯者がその支援を認識していない場合には「その援助行為が最終的に具体的な形象における結果に影響を与えることがなかった」場合であると理解した上で、幫助既遂を認めることは抽象的危険犯説に至るものであるという批判を行う¹⁰³⁾。Samson と Joecks は、いずれも結果を具体的に把握することそれ自体は肯定していることから¹⁰⁴⁾、その具体化にあたって周辺事情まで含めた形での具体化を否定する見解と理解できる。

また、見張り事例において既遂犯に対する幫助犯の成立を否定しつつ、未遂犯に対する幫助犯の成立を肯定する見解も主張されている。Baunack は、既遂犯に対する幫助犯の成立を認めるためには正犯結果との間の事実的因果関係が必要であるとして、結果の惹起を要求する見解に立ちながらも¹⁰⁵⁾、未遂犯に対する幫助犯の成立を認めるためには正犯行為と援助行為の間の事実的因果関係は不要であり¹⁰⁶⁾、構成要件的に有意義な正犯所為の付随的事情との間に事実的因果関係があれば足りるものと理解する¹⁰⁷⁾。照沼亮介も、既遂犯に対する幫助犯については「(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」が、「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、『正犯行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¹⁰⁸⁾、Baunack と同様の見解に立つものと考え

100) 高橋・前掲注 48) 187-188 頁。

101) 高橋・前掲注 48) 250 頁。

102) *Samson*, a. a. O. (Anm. 8), S. 52-53.

103) *Joecks*, a. a. O. (Anm. 53), § 27 Rn. 27 (S. 1107).

104) *Samson*, a. a. O. (Anm. 8), S. 124; *Joecks*, a. a. O. (Anm. 53), § 27 Rn. 26 (S. 1107).

105) *Baunack*, a. a. O. (Anm. 5), S. 42.

106) *Baunack*, a. a. O. (Anm. 5), S. 41.

107) *Baunack*, a. a. O. (Anm. 5), S. 41, 91-92.

えられる。

(2) 検討

以上のような学説間の対立を整理するにあたっては、正犯所為を具体化する方法によって既に思考の手順に相違が生じていることに留意しなければならない。たとえば、BaunとBaunackの見解は、未遂犯に対する幫助犯については同様の帰結に至るものではあるが、その説明の方法には違いが見られる。Baunの見解は、「促進されている正犯行為」という形で正犯行為を具体化するものと考えられるから、見張り行為と見張りを伴う正犯行為との間に事実的因果関係を認めるものと考えられる。これに対して、Baunackの見解によると、見張りのように正犯行為の外部に位置する事情はあくまでその付随的事情と理解されるに留まり、見張りを行ったことによって正犯行為との間の事実的因果関係が認められているわけではない。この点について簡単に整理を行うと、まず、正犯行為を惹起したと評価するためには、やはり少なくとも正犯行為の記述の一部といえるような事実を惹起しなければならないと考えられる。そのため、厳密な区別が難しい事案があることは否定し難いものの¹⁰⁹⁾、援助者の寄与を取り除いて考えた場合に、正犯所為が全く同様の行為態様で実現されたといえるかどうかを基準とすべきだろう。この整理によると、Baunの見解は援助行為と正犯行為の間の事実的因果関係を要求しない見解に位置付けられ、見張り事例は正犯行為との間にすら事実的因果関係が認められない事案と理解されることになる。

それを踏まえた上で、ここで検討されるべき問題は、幫助犯の因果関係として、正犯者の行為態様に何らかの物理的影響を与えたこと（あるいは物理的影響がもたらされることを阻止したこと¹¹⁰⁾）が要請されるのかどうかである。そのような意味での事実的因果関係が要求される根拠には、どのようなものが考えられる

108) 照沼・前掲注48) 201頁。

109) どのような事情が正犯行為の一部を構成する事情といえるかは、必ずしも明らかではない。一般に正犯者が所為遂行の際にどのような服を着ていたかは重要な事情ではないとされる一方で、それが犯行の発覚を防いで所為を完遂することに役立つようなものである場合には、そのような衣服を着用した態様で行われた正犯行為という形で正犯行為を具体化することも不可能ではないように思われるからである。

だろうか。

まず、結果発生に至る経過を物理的に修正した場合にのみ結果を惹起することが可能であることは疑いないから、既遂犯に対する幫助犯の成立を認めるために援助行為が当該具体的結果を惹起したことを要求するのであれば、正犯行為の態様に物理的修正をもたらしたことを要求することにも一定の意義を認め得るかもしれない。そのことは、Samsonの見解¹¹¹⁾において引受原理の転用が問題となる場合のように、「正犯者の負担の軽減」の有無を基準として幫助犯の成否を判断する見解¹¹²⁾についても同様である。実際に負担が軽減されたというためには所為遂行中の正犯者の振舞いに何かしらの物理的修正を及ぼしたことが必要になると思われるからである¹¹³⁾。しかし、前者については結果惹起が必要であるという前提が既に支持し得ないものである。後者については、負担の軽減それ自体に固有の意義が認められる限りで、正犯所為の態様との間に事実的因果関係を要求することに一定の意義が認められるかもしれない¹¹⁴⁾。もっとも、Samson自身は負担の軽減を帰属の根拠とは認めていないから¹¹⁵⁾、負担の軽減が必要であ

110) たとえば、異常を検知すると自動的に毒ガスを散布する警備装置があり、この警備装置に電源が入っていた場合には所為遂行が物理的に阻まれていただろうと考えられる場合には、あらかじめこの警備装置の電源を切っておくことによって、正犯所為の経過への物理的な干渉を排除したものと認められる。

111) Samsonの見解については、拙稿・前掲注2) (1) 328-331頁参照。

112) Samson, a. a. O. (Anm. 8), S. 196; Renzikowski, a. a. O. (Anm. 4), § 52 Rn. 20 (S. 588).

113) 実際により負担の軽い態様で所為を遂行することになったことが要求されるとすれば、正犯行為の態様に物理的修正を及ぼしたことが当然の前提とされるからである。

114) Samsonの見解に依拠するRenzikowskiも、危険の事前判断を行うRoxinの見解を批判して正犯所為の可能化ないし容易化を要求するが、Renzikowskiによると、「援助者は正犯所為を惹起するわけでも、それによって実現された所為結果を惹起するわけでもない」ために、「援助者は個別の正犯所為の遂行に対する個々の前提条件の惹起者とみなされ得る」に過ぎない(Renzikowski, a. a. O. (Anm. 4), § 52 Rn. 17 (S. 587))。そのため、Renzikowskiの見解においても正犯行為との間の事実的因果関係は要求されていない。もっとも、正犯所為の容易化が具体的に負担が軽減された形での正犯行為の遂行として表出することを要求するのであれば、いずれにせよ正犯行為の態様との事実的因果関係は要求されることになると考えられる。事実的因果関係の問題とは別に促進ないし危険増加との関係で、負担の軽減という形式に固有の意義が認められるか否かという点については、危険増加の判断基準を検討する際に検討を行う。

115) Samson, a. a. O. (Anm. 8), S. 178によると、帰属の根拠は、正犯者が行うべき仕事が増加したことではなく、具体的な結果発生前提条件を提供したことによって求められる。

ることを根拠として事実的因果関係の必要性が述べられているわけではない。したがって、これらの観点から正犯行為との間の事実的因果関係の必要性を基礎づけることはできない。

次に、幫助犯において要求されるべき故意の内容との関係で、具体的な正犯結果ないし正犯所為の惹起を要求する見解が見られる。Joecks は、アジャン・プロヴォカトゥールの不可罰性については学説に争いはなく、狭義の共犯においても既遂結果についての故意が必要となるが、結果を惹起したという意味での因果関係を要求しないのであれば結果発生についての故意が主観的超過要素になってしまうということを指摘する¹¹⁶⁾。確かに、一般に幫助犯の成立要件として既遂結果を含む正犯の構成要件該当事実についての故意が必要であることには争いが無いものの¹¹⁷⁾、正犯の構成要件該当事実の全てについて（その一部分の）惹起が必要であると述べるのでなければ、いずれにせよ要求される故意の内容が客観的に援助者によって惹起されなければならない事実を超過するものとなることは否定し難い¹¹⁸⁾。幫助犯において要求される故意の対象となる事実の全てについて惹起しなければならないという要請を一貫させることも理論的に不可能ではないが、実際にそのような主張を行う論者はいないように思われる。

さらに、学説には幫助未遂と幫助既遂を区別する基準としての必要性を指摘するものが見られる¹¹⁹⁾。しかし、その区別の基準として正犯所為の実現過程を物理的に修正したことを要求することが必然的なものとは言い難い。もっとも、必然的なものではないとしても、区別基準としての明確性を根拠とする余地が残されている。つまり、行為としての定形性を欠く幫助犯において、正犯所為経過の物理的修正をもたらしたことを要求し、そのような物理的修正をもたらす行為のみを幫助犯として把握することで、成立範囲が明確になるという点を根拠とする

116) Joecks, a. a. O. (Anm. 53), § 27 Rn. 23 (S. 1106). Vgl. Samson, a. a. O. (Anm. 8), S.83-84.

117) 山口・前掲注4) 336頁、井田・前掲注4) 544頁。これに対して、大谷・前掲注4) 443頁は正犯結果についての故意を不要とする。

118) たとえば、正犯者が故意であることについての故意が必要であるとしても、正犯者の故意の部分的惹起が幫助犯の成立を認めるために常に必要となるとは考え難い。

119) 高橋・前掲注48) 243頁。Joecks, a. a. O. (Anm. 53), § 27 Rn. 26 (S. 1107).

ことが考えられる。問題は、それを基準とした区別が不合理なものとならないかである。ここでは、提供した道具が現に用いられたが、援助者による寄与を取り除いたとしても結果が同様に実現可能だったと考えられるような事案が想定される。たとえば、次のような事案である。

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が防御性能の低い薄手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がないように、Tに気が付かれることなく、見た目ではあまり区別がつかない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B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は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だろうとはいえないことが分かった。

ショーケースを破壊する行為は本件窃盗のために必要不可欠なものであり、仮に直接的な奪取行為にはあたらないとしても、他人の占有を排除・弱体化させる行為であることは疑いなく、一連の窃盗行為の一部を構成するものといえるだろうから、防刃用手袋の装着は、正犯行為の態様を物理的に修正したものと評価できるだろう。そのため、手袋の性能の向上について危険増加が認められるのであれば、結果惹起を厳格に要求する見解に立たない限り¹²⁰⁾、幫助犯の成立が認められると考えられる。しかし、この事例と見張り事例に、幫助犯の成否で判断を分けるべき本質的な相違があるだろうか。事後的に見れば不要であったという点では両者は類似する構造を持ち、援助者の提供したものが正犯者の行為態様の記述に含まれるか否かという点に相違があるに過ぎない¹²¹⁾。正犯所為の実現経過

120) 正犯所為を実現する手段として現に用いられた道具を提供した事案であるが、厳格に結果惹起を要求する場合には、当初の手袋あるいは素手でショーケースを殴ったとしても同様に窃盗が実現されていたと考えられる限りで、援助行為によって結果あるいは少なくともその一部分が惹起されたとは言い難い。もっとも、ショーケースを破壊した点についての器物損壊罪を念頭に置くと、損壊の様態は詳細に見れば異なっていたと考えられるから、法的な不利益変更を意味するような結果の惹起を要求せず、極めて具体化された結果との間の事実的因果関係で足りると考えれば、なお因果関係を肯定する余地があるかもしれない。

を物理的に修正しなければならないという要求はむしろ不合理な区別に至るものであり、区別基準としての明確性という点の長所も大きく減殺される。周辺事情も含む非常に具体的な形で結果記述によって広く事実の因果関係を肯定するMezgerの見解が、その無限定性という点について批判を受けながらも¹²²⁾、結局のところ今に至るまでドイツの多数説によって支持されているのは、同様の考慮によるものと推察される。

したがって、正犯所為の実現過程を物理的に修正したという意味での事実の因果関係を要求すべきではない。それでは、幫助犯において何かしらの事実との間の事実的因果関係は不要なのだろうか。

2. 危険犯説の当否

援助行為が客観的・外部的な事態を事実的な意味で惹起したことすら不要であるとすれば、それは危険犯説に行き着くものである。一般に、危険犯説は、抽象

121) これらの事例に認められる相違として、「援助行為があったことによって初めて結果が惹起されたのかもしれない」という可能性の有無を挙げるができるかもしれない。しかし、次章において危険増加判断の基準時について検討する際(Ⅳ1(2))に取り上げるが、そのような「結果が回避されていたかもしれない」という抽象的な可能性を要求することは妥当ではない。また、正犯行為の態様に影響を与え、それによって当該行為の危険性を高めることによって初めて正犯行為を共働し、あるいは正犯の行為不法を(少なくとも部分的に)惹起したことになると考える場合にも、これらの事例には相違が認められるだろう。既遂結果や結果発生危険性といった結果不法だけでなく正犯の行為不法にも重要な意義を認める限りで、このような考え方にも一定の説得力があることは否定できない。もっとも、そのような考え方を徹底すると、異常を検知した際に自動的に警備会社への通報を行う警備・監視装置の電源を切ったが、正犯者がそれに気が付いていなかったという事案では、当該装置の電源を切っていなければ正犯行為の態様が何かしら変わっていたといえる場合でない限り、幫助犯の成立が認められないことになると考えられる。客観的にはまさにより危険な状態で正犯行為が行われているにもかかわらず、それを軽視することが妥当とは思われない。

122) Vgl. *Samson*, a. a. O. (Anm. 8), S. 62-63. *Samson* は *Mezger* の見解に対して「そのようにして理解された事実的因果関係は、もはや限界付け機能を果たすことはない」と批判するが、幫助犯において要求される事実的因果関係については、むしろ正犯所為との間の事実的因果関係に限定することにこそ問題があると考えられる。もちろん、それを正面から認めるのではなく、周辺事情も含む形で正犯所為の記述に取り込み、それとの間に事実的因果関係があることをもって正犯所為との間の事実的因果関係を認めるに至る点については、事実的繋がりを基礎とする因果関係(Kausalität)の意義を歪めるものと評価せざるを得ない。

的危険犯説¹²³⁾、具体的危険犯説¹²⁴⁾、抽象的・具体的危険犯説¹²⁵⁾の3説に整理されるが、危険犯説に共通するのは、正犯所為の遂行時点における事実の惹起や危険増加を要求せず、それよりも前の段階における危険判断に基づいて幫助犯の成立を認める点である¹²⁶⁾。ただし、従属性に基づいて幫助犯の可罰性を認めるために正犯者の所為遂行が必要であることを維持する限りで、処罰時期そのものが早期化されるわけではないことには注意を要する¹²⁷⁾。既に見たように、多数説は危険犯説を排斥するが、それはどのような根拠に基づくものだろうか。

検討に際して留意しなければならないのは、ドイツの学説においては、ドイツ刑法の条文解釈として幫助未遂を不可罰と解さざるを得ないことが出発点として共有されているという点である¹²⁸⁾。ドイツ刑法には我が国と同じく教唆・幫助という二つの共犯類型が規定されているが¹²⁹⁾、教唆については未遂も可罰的であるとする明文の規定（ドイツ刑法30条）¹³⁰⁾が存在する一方で、幫助犯につい

123) 野村・前掲注31) 424-425頁。Dietrich Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, S. 1ff.

124) Friedrich Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, In: FS-Hönig zum 80, 1970, S. 169ff.; Jochen Salamon, Vollendete und versuchte Beihilfe: Ein Beitrag zur Frage der Mitwirkbarkeit der Beihilfe bei der Ausführung der Haupttat, 1968; Frank Zieschang, Der Begriff „Hilfeseiten“ in § 27 StGB, in: FS-Küper, 2007, S. 733ff. 近時の学説におけるほぼ唯一の危険犯説の支持者であるZieschangは、幫助犯を規定するドイツ刑法27条と庇護罪（Begünstigung）を規定するドイツ刑法257条の体系的な考察に基づいて「幫助犯は、正犯所為に依存し、独立して処罰される未遂行為にはかならない」と述べて危険犯説を支持する。なお、Zieschangは自らの見解は抽象的危険犯説でも具体的危険犯説でもないと述べるが（Zieschang, FS-Küper, S. 744）、これはZieschang自身の犯罪カテゴリーの整理方法に由来するものであり（Frank Zieschang, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 2020, Rn. 31 (S. 22-23)）、Zieschang自身も一般的な理解に従うと「いわゆる具体的危険犯としての整理は正しい」ものであることを認めている。

125) Theo Vogler, Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, 1972.

126) すなわち、「正犯行為が法益にとっての直接的な危険の閾値をいまだ超えていないために可罰性が認められる前の段階になお留まるようなときでも、援助行為は既に当罰性を基礎付ける危険の程度に達することがあり得ることになる」（Vogler, a. a. O. (Anm. 125), S. 310）。

127) Zieschangは、制定法の要求する従属性に基づく独立的な成立要件として正犯所為の存在を要求する（Zieschang, FS-Küper, S. 744）。

128) Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 191 (S. 196); Kühl, a. a. O. (Anm. 53), § 20 Rn. 217 (S. 863-864)。

ては同様の規定が設けられていない。そこで、ドイツの学説は、援助行為を試みたが「幫助した (Hilfe geleistet hat)」とはいえない幫助未遂の場合には不可罰に留まることを制定法の形式的な解釈から導いている¹³¹⁾。我が国の刑法を前提とすると、このような論拠を採用することはできないから、危険犯説が採用し得ないものであるとすれば、より実質的な根拠が示さなければならない。学説においては、ドイツ刑法の規定に固有の説明を除くと、処罰根拠論としての惹起説に反すること¹³²⁾、仮定的因果経過を考慮するものであること¹³³⁾、正犯者の予備行為との不均衡¹³⁴⁾などが危険犯説に対する批判として挙げられている。

(1) 惹起説に反するという批判について

第一の点については、本論文では共犯の処罰根拠論の問題それ自体に深く立ち入ることはできないものの、危険犯説を否定する根拠が正犯結果ないし正犯行為を惹起することの必要性にあるとすれば、それ自体が既に支持し得ないものである¹³⁵⁾。また、構成要件該当結果の惹起を抑止することが共犯処罰の究極的な根拠・理由であるとする、正犯行為を通じた結果発生 of 危険に着目する限りで、援助行為それ自体について保護法益に対する攻撃を観念することがおよそ不可能

129) ドイツ刑法において共同正犯はあくまで正犯の一種とされており、ドイツ刑法における共犯 (Teilnahme) と対応関係にあるのは、我が国の学説上の整理における狭義の共犯である。

130) 「犯罪の遂行または犯罪遂行の教唆をするよう他人を教唆することを試みた (zu bestimmen versucht) 者は、当該犯罪の未遂犯についての規定に基づいて罰される」。

131) *Murmann*, a. a. O. (Anm. 10), S. 549.

132) 西田・前掲注 40) 204-205、高橋・前掲注 48) 182-183 頁、照沼・前掲注 48) 180 頁、山中・前掲注 22) 984-985 頁。

133) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 5), AT II, §26 Teilnahme Rn. 213 (S. 204); *Schünemann*, a. a. O. (Anm. 7), §27 Rn. 34 (S. 2046).

134) 西田・前掲注 40) 205 頁。*Joachim Renzikowski*, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 133.

135) これは惹起説を否定する趣旨ではない。少なくともドイツの多数説においては、極めて具体化された形での結果の把握に基づく事実的因果関係の理解を前提として惹起説が支持されていることからすると、狭い意味での正犯行為ないし正犯結果の惹起の必要性が惹起説の当然の帰結であるとは考え難い。それを超えた内容を持つものとして惹起説を定式化することももちろん可能であるが、厳格な意味において正犯結果ないし正犯行為を惹起したことを当然に含意するものとして取り扱うことは、日本とドイツの学説における因果関係理論の相違を軽視するものであるように思われる。

であるとも言い難い¹³⁶⁾。さらに、仮に正犯所為ないしその時点で存在する事実との間の事実的因果関係を要求することができたとしても、正犯所為が遂行される前の段階における危険増加に基づく幫助犯の成立を肯定するのであれば、危険犯説はその本質部分において維持されるように思われる¹³⁷⁾。これに対して、共犯の処罰根拠を正犯不法への共働を通じた共犯者自身の法益攻撃であると理解した上で、客観的な意味で正犯所為へ共働したといえる事象が現に生じなければ共犯の処罰根拠を充足しないという見解は、傾聴に値するものである¹³⁸⁾。もっとも、客観的な意味で正犯所為へ共働したといえるために正犯行為との間の事実的因果関係が必要であるか否かがまさにここで問題となっている事柄であり、その実質的な根拠が示されなければならない。共犯の処罰根拠論としての惹起説から、危険犯説を否定する自明の帰結が得られるわけではないと考えられる。

(2) 仮定的因果経過を考慮することへの批判について

第二の点について、危険犯説は仮定的因果経過を考慮する点でしばしば批判を受けていたが、そもそも仮定的因果経過の考慮は危険犯説に特有の問題ではない。それどころか、別稿で既に述べたように、幫助犯においては一定の範囲で仮定的因果経過を考慮することがむしろ支持されるべきである¹³⁹⁾。また、具体的危険犯説を主張する Schaffstein と Salamon が仮定的因果経過を広く考慮する見解であったのに対して、具体的・抽象的危険犯説を主張する Vogler が仮定的因果経過の考慮を否定していたように¹⁴⁰⁾、危険犯説と仮定的因果経過の考慮の問題に

136) *Murmann*, a. a. O. (Anm. 10), S. 549 は幫助未遂の段階で既に法的に保護された承認関係の侵害という形で法益に対する攻撃を認める。*Murmann* の見解においては、あくまで制定法が幫助未遂を不可罰としていることに基づいて正犯所為への析出が要求されるに過ぎず、仮にドイツ刑法に教唆犯と同様の幫助未遂を処罰する規定が導入されたとしても、共犯の処罰根拠論との不整合は生じないということになると考えられる。これに対して、*Baum*, a. a. O. (Anm. 4), S. 95 は、「幫助行為が正犯所為の遂行に対して作用しない場合には、援助者の法益攻撃が欠如するために、処罰の根拠も欠ける」と理解する。

137) この点については後述する (III 4(2)参照)。

138) Vgl. *Heine/WeiBer*, a. a. O. (Anm. 4), § 27 Rn. 6 (S. 546)。

139) 拙稿・前掲注 2) (2・完) 215-231 頁。結果惹起説を採用しない場合にも、やはり一定の範囲で仮定的因果経過を考慮すべきである。この点については、危険増加の判断基準を検討する際に再び取り上げる (IV 4 参照)。

論理必然的な結び付きがあるわけではない。Voglerはその相違を「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」として説明するが¹⁴¹⁾、Baunackが指摘するように、仮定的因果経過の考慮の可否という問題に対する態度の相違に還元されるものであると考えられる¹⁴²⁾。

(3) 正犯者における予備行為の規律と不均衡であるという批判について

第三の点について、Renzikowskiは、正犯者自身が予備行為を行う場合と対比したときの不均衡を指摘する。Renzikowskiによると、「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」だけでなく、「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」¹⁴³⁾。もちろん、危険犯説に基づく場合にも、正犯所為が少なくとも未遂の段階に至ったことを要求する限りで処罰時期が予備段階まで早期化されるわけではなく、他人予備行為を処罰する場合と完全に同視することができるわけではない。もっとも、正犯所為との間の事実的な結びつきを放棄し、援助行為の危険性のみを判断基準とすると、実質的に他人予備行為の一般的な処罰に至ってしまうことは否めない。このことは一部の危険犯説の支持者によって正面から認められているものでもある。危険犯説を支持する野村稔は、「通常の子備罪の場合には、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べきもの」であるとして、「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」と理解する¹⁴⁴⁾。これに対しては、「重大犯罪についてのみ例外的に予備を処罰していることと矛盾するというべき」であるという批判¹⁴⁵⁾が妥当

140) *Vogler*, a. a. O. (Anm. 125), S. 312.

141) *Vogler*, a. a. O. (Anm. 125), S. 312.

142) *Baunack*, a. a. O. (Anm. 5), S. 68.

143) *Renzikowski*, a. a. O. (Anm. 134), S. 133.

144) 野村・前掲注31) 425頁。

145) 西田・前掲注40) 205頁。

するだろう。そもそも、可罰的な幫助犯の関与対象となり得る犯罪類型は、正犯者が予備行為を行う場合に予備罪の処罰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。自身が正犯として行う犯罪についての予備行為ですら一般的に処罰の対象となっているわけではなく、それよりも犯罪への関わり方が間接的であるような他人の犯罪についての予備行為として、それよりも広い範囲で処罰することは、Renzikowski が指摘したように、著しく均衡を欠くものである。また、一般的には所為の実行に着手し構成要件該当結果発生の具体的な危険性が生じた段階に至って可罰性が認められ得るのであり、それよりも早い時点で可罰性を肯定すべき特段の根拠がない限りは、それに至る以前の段階では可罰性を否定すべきであり、その段階において自らが設定した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た独立的な処罰規定を設けることは原理的にあり得ないものではないとしても、少なくとも大半の犯罪について成立し得る刑法総則上の幫助犯について、一般的にそのような説明が成り立つとは考え難い。

したがって、やはり危険犯説を支持することはできない。

3. 正犯所為時点で存在する事実の惹起を通じた危険増加の必要性

危険犯説は支持され得ず、他人予備行為の一般的な処罰に陥ることを回避するためには、正犯所為の時点で正犯所為との間に客観的に一定の意味付けが可能であるような事実を惹起しなければならない。もっとも、正犯所為の経過の物理的修正を要求することは妥当ではない。

(1) 従来の学説とその問題点

そこで、「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」と述べる Murmann の見解¹⁴⁶⁾や「援助行為と正犯行為の促進」の間に事実的因果関係を要求する Baun の見解¹⁴⁷⁾に、この問題を解決する際の正しい方向性を見出すことができる。正犯行為や正犯結果に代わる幫

146) Murmann, a. a. O. (Anm. 10), S. 551.

147) Baun, a. a. O. (Anm. 4), S. 100.

助犯における固有の「中間の結果」を想定する必要があることを述べる見解はその他にも見られる。Satzgerは、「必要となる中間結果」が正犯所為の既遂結果の前に置かれ、「共犯者は自ら直接的に——いわば正犯的に——それらの中間結果を惹起しなければならない」ことを述べる¹⁴⁸⁾。「正犯行為に対して、共犯行為が促進的な影響を与えた」ことを独立の「中間結果」として要求する小林憲太郎の見解¹⁴⁹⁾も同様の趣旨であると考えられる。Puppeも、「正犯所為の構成要件該当結果それ自体に対してはもはや因果的ではないという場合に、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¹⁵⁰⁾。

しかし、これらの見解について具体的に見ていくと、前提とされる出発点や解決方法には、なお疑問が残る。

まず、Satzgerが「自ら直接的に、いわば正犯的に」惹起する必要がある「中間結果」を要求するのは、共犯が問題となる場面では、共犯者と正犯所為の間に自己答責的な正犯者が介在することに基づいている¹⁵¹⁾。そのため、Satzgerのこの見解は、教唆犯も射程に入れたものであり、正犯行為の態様に物理的な意味では影響を与えていない場合にも可罰性が認められるべき幫助犯に特有の問題意識に基づくものではない。また、正犯所為に代わる事実的因果関係の結節点を設定しようとするPuppeの見解は、幫助犯の成立が認められるべき個別事例の類型化という方法を採用し¹⁵²⁾、伝統的に物理的幫助犯が成立しないとされてきた事前に行われた訴追妨害の事案についても、正犯者の所為決意の強化を問題にすることなく、幫助犯の成立を肯定するに至っている¹⁵³⁾。Puppeの見解においては正犯所為の危険増加といった一貫した基準を設定することが既に放棄されていることが窺われる。そのような場当たりの判断は幫助犯の成立範囲を極めて不

148) *Helmut Satzger, Teilnehmerstrafbarkeit und 》 Doppelvorsatz* 《, Jura 2008, S. 515ff., 517.

149) 小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』(弘文堂、2003) 44頁。

150) *Ingeborg Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 4. Aufl. 2019, § 26 Rn. 4 (S. 328).

151) *Satzger*, a. a. O. (Anm. 148), S. 517.

152) *Puppe*, a. a. O. (Anm. 150), § 26 Rn. 4-7 (S. 328-329).

153) *Puppe*, a. a. O. (Anm. 150), § 26 Rn. 7 (S. 328-329).

明瞭にするものであり、方法論的に完全に誤ったものである¹⁵⁴⁾。

そして、Murmman は、幫助未遂の段階で既に認められるような「被害者の状況の悪化」が正犯所為の遂行時まで存続したことを要求するものの、正犯所為の時点でそれを基礎づけるような事実が惹起されたことを要求するものではない¹⁵⁵⁾。そうであるとする、事実的な意味で因果的である (kausal) ことが要求される事実は何か、という問題に対する答えは与えられていないことになる。Baun の見解についても、促進の有無に基づいて具体化された正犯行為との間の事実的因果関係を要求するものであるとすれば、援助行為の有無に基づいて正犯所為ないし正犯結果を具体化することで循環論法に至ることが指摘された見解とその方法論において本質的に異なることがないという批判が可能であるだけでなく、それをもって「援助行為と正犯行為の因果的な結び付き」が認められるのであれば、そこでは「事実的因果関係」という概念が既に歪められていると言わざるを得ない。危険犯説との間に一線を画するような説明を与えるためには、正犯所為時点において存在する事実を惹起したことを要求しなければならず、それは現実に存在する事実間関係であるところの事実的因果関係を基礎とするものでなければならない。

(2) 私見

以上のような検討を踏まえると、正犯所為の遂行時点において存在し、正犯所為の危険増加を基礎づける事実の惹起が必要であり、かつ十分であると考えべきである。つまり、幫助犯における因果関係を認めるためには、援助行為が正犯所為の遂行時点において存在する事実を惹起したという関係と、そのような事実が正犯所為の危険を増加させたという関係が必要となる。前者は事実的因果関係を基礎とした一般的な意味での因果関係であり、まさにそのような事実を惹起したといえるか否かが問題となる¹⁵⁶⁾。これに対して、後者については、当該事実

154) Vgl. Steen, a. a. O. (Anm. 92), S. 115-116.

155) そのことは、所為決意の強化に基づく心理的幫助犯について、援助行為による「決意を放棄する可能性」の低下それ自体から危険増加を肯定するだけでなく、その決意に基づいて正犯所為が行われた場合には幫助犯の成立を肯定することからも窺われる (Murmman, a. a. O. (Anm. 10), S. 551-552)。

の存在が正犯所為の危険を増加させたという規範的・法的評価の可否が問題となり、事実的因果関係を基礎としなければならないわけではない¹⁵⁷⁾。

以上のような私見は、その内容において従来の多数説と本質的に異なることを述べるものではなく、あるいは実際のところ所与の前提とされていたものを述べるに過ぎないかもしれない。もっとも、従来の学説においては、正犯所為の危険増加をもたらしたことを要求する見解においても、それが、援助行為によって惹起され、正犯所為の時点で存在する事実についての法的評価として認められなければならないという点は、明示的には述べられてこなかったように思われる。その背景には、事実的因果関係と危険増加の双方を要求する見解においては、両者はせいぜい並列的に要求されるに過ぎないものとなっており、それらを一括して促進関係と把握する見解においては、その内部における両者の相違や関係が十分に検討されてこなかったという事情があると推察される。それを踏まえると、幫助犯において要求される事実的因果関係の内実をこのような形で明らかにすることには、幫助犯の因果関係判断枠組みを明確にするための第一歩としてなお意義があると考えられる。改めて私見の判断枠組みを強調すると、幫助犯の因果関係を認めるために必要となるのは、「正犯所為ないしその付随的の事情との間に事実的因果関係があり、かつ正犯所為の危険を増加させたこと」でもなければ「正犯所為の危険を増加させたという意味での促進的因果関係が認められること」でもなく、「正犯所為の時点で存在する事実の惹起を通じて正犯所為の危険を増加させたこと」である¹⁵⁸⁾。

4. 正犯所為時点における事実の惹起を要求することの意義

私見によると、正犯所為の時点において存在する事実を惹起しなければ、幫助

156) 本論文では取り上げないが、事実的な意味では繋がりがあがるものの、相当性あるいは危険の現実化の観点からこの部分の因果関係が否定されるという場合も当然に想定される。

157) 援助行為によって惹起された事実が、さらに正犯行為ないし正犯結果との間に事実的因果関係を有する場合も当然にあり得る。

158) このような判断枠組みは、部分的に事実的因果関係を基礎にしない点で、もはや「因果関係」を判断するものではなく、幫助犯に固有の客観的帰属基準と言うべきかもしれない。

犯としての因果関係が認められることはない。最終的に因果関係の有無を判断するためには危険増加・危険実現の判断基準についての検討を要するものの、既に一部の事例や問題については私見に依拠することで明確な回答を与えることが可能になると考えられる。次章において危険増加の判断基準を検討する前提として、幫助犯における因果関係を認めるために正犯所為時点で存在する事実の惹起を要求することの意義を確認しておきたい。

(1) 提供された物を犯行現場まで携行しなかった場合

最初に想定するのは、正犯者が援助者によって提供された物をそもそも犯行現場まで携行しなかったというような場合である。たとえば、Gは、O宅に侵入して住居内で窃盗を行う計画を立てているTに対してO宅の玄関扉の合鍵を提供したが、犯行当日、Tはその合鍵をO宅まで携行しなかったために、別の手段によってO宅に侵入し、窃盗を完遂したという事案である。

この事案では、私見によると、正犯所為の時点で存在し、正犯所為の危険を増加させる事実を惹起したとは認められないことから因果関係が否定されることになるが、幫助犯の成立が認められないという結論それ自体は、危険犯説を除けば学説上も争いが無い。しかし、この事案について一部の学説は正犯行為の遂行態様との間の事実的因果関係が欠如することに基づいて因果関係を否定すると考えられるが、そのような要求は過剰なものであり、幫助犯の成立を否定する理由付けとして適切ではない。これに対して、学説の多くは、危険増加的作用が未遂段階にすら及んでいないことに着目して因果関係を否定する説明をするものと考えられる¹⁵⁹⁾。つまり、O宅玄関扉の合鍵の提供行為による危険増加は「O宅への侵入時に合鍵を用いることで侵入に成功しやすくなる」点に見出されると考えられるところ、合鍵がO宅前まで携行されなかった時点で、当初見込まれたような危険増加的作用は失われているといった説明が考えられ、このような説明に一定の説得力があることは否定できない。そのため、正犯所為遂行時点に至るまでの危険増加の継続を要求する限りで、正犯所為時点における事実の惹起の必

159) Schünemann, a. a. O. (Anm. 7), § 27 Rn. 8-9 (S. 2032-2033).

要性を強調することの実質的な意義は大きくないようにも思われる。しかし、正犯所為の遂行時点に至るまでの危険増加という説明には、なお曖昧な点が多く残されていないだろうか。

(2) 実行の着手に至る蓋然性の上昇が問題となる場合

① 問題の概要

より詳細な検討を行うため、次のような事例を想定する。

Tは、直前に犯した強盗のため多くの捜査員を動員した大規模な捜査の対象となっているが、さらにO宅で強盗を行おうとしている。それを知ったGは、Tが警察に素性を知られる等してO宅に辿り着くことが妨げられないようにTを密かに追跡して周囲を見張っていたが、Tは何事もなくO宅に辿り着いたためGはその場を立ち去った。その後、TはO宅に侵入し、強盗を実現した。

この事案では、Gの援助行為はTの実行の着手時には既に行われていない。もちろん、正犯所為の開始前の段階で行われた援助行為についても、それに基づいて幫助犯の成立が一律に否定されることはないという点については争いが無い¹⁶⁰⁾。そこで、多数説の判断枠組みからは、事実的因果関係の問題を別とすれば、正犯所為の危険増加が認められるかが問題となる。終局的な回答を得るためには危険増加の判断基準を明らかにする必要があるものの、介入を要する事態が発生することはなく、事後的に見れば不要であったという状況それ自体は、正犯者の所為遂行中に見張りを行ったが事後的に見ると不要であった事例と類似の状況にあり、危険増加判断の点では基本的に同様に考えることができるだろう。そして、構成要件該当事実の実現過程に視野を限定することなく、社会的な事実としての「犯罪」が実現される蓋然性に着目すると、妨害に遭うことなく所為の遂行を開始できる見込みが高まるといえる限りで、正犯所為が実現される危険性を高めたと評価することも可能であるように思われる。さらに、そのような意味での危険増加は、Tが犯行現場に辿り着いた時点で、すなわちGが見張りをやめた時点で直ちに失われるとも考え難い。なぜなら、合鍵事例ではそもそも正犯所

160) 井田・前掲注4) 543頁。Heine/WeiBer, a. a. O. (Anm. 4), § 27 Rn. 17 (S. 550).

為の遂行時に合鍵を投入可能であるような場面に至って初めてその意義が認められるのに対して、この事例における上記の意味での危険増加は、所為開始前の段階において、発覚・妨害のリスクに晒されている中で見張り行為が継続して行われたことで、所為の着手に至るまでの障壁を突破する蓋然性を高めた点に認められるからである。「正犯所為の危険増加」ないし「所為の遂行時点に至るまでの危険増加」を要求するに留まる場合には、このような事案においても因果関係が認められる可能性は否定できないと考えられる。

② 学説

学説においては、この点について直接に議論するものはほとんど見られないが、一部の見解は、正犯所為が開始される前の段階において既に促進ないし危険増加を認めていることが注目値する。

曲田統は、正犯者が所為遂行のため道具を調達する段階で援助者が道具を提供したという事案について、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くなるため、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¹⁶¹⁾。提供された道具が実際に使用されたことを要求する見解であるという点には注意を要するものの、予備段階で道具を調達するための負担が軽減された点に正犯行為の促進を認めるものと考えられる。そのことは、「その幫助者が手助けを拒絶すれば、正犯者が犯罪を思いとどまる機会が付加的に与えられることになる应考虑すべき」ことを根拠として危険増加を認め得ることが示唆されている点¹⁶²⁾からも窺われる。他方で、同様の事例について、「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」¹⁶³⁾という評価を行っていることからすると、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かもしれない。しかし、そこで想定されているの

161) 曲田統『共犯の本質と可罰性』(成文堂、2019) 189頁。

162) 曲田・前掲注161) 189頁。

163) 曲田・前掲注161) 142頁・注33)。

は、所為遂行に必要となる道具をあらかじめ調達しようとしている正犯者に対して、援助者が道具を販売したという事案である¹⁶⁴⁾。つまり、実行の着手の直前に道具が提供される場合とは異なり、他の販売者から購入するなどしたために道具の調達に成功する時点が少なからず遅くなることがあったとしても、その時間の分だけ実行の着手時点も遅延させられたと考えることができる事案ではない。また、「調達するまでさらに時間を費やさなければならなくなる」ことに加えて、カッコ書きで「すくなくとも、さらなる手間がかかることになる」ことが指摘されているところ¹⁶⁵⁾、調達時点の早期化と構成要件該当結果の発生時点の早期化を同視するものではなく、正犯者が道具の調達に成功したことを幫助犯における「結果発生」と理解し、その早期化に着目するものと考えられる¹⁶⁶⁾。所為遂行の前に行われた正犯者の予備行為を早めたことと正犯行為・正犯結果の時点を早めたことを安易に同視するものではないとすれば、やはり道具の調達という予備行為に要する時間の短縮や労力の軽減に基づいて、正犯所為の促進を認めるものとするのが素直だろう。

西貝吉晃も、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案¹⁶⁷⁾について、提供されたレンタカーを用いて「目的地に移動

164) 曲田・前掲注161) 141頁。曲田統は、島田総一郎が梯子事例については「正犯者がほぼ確実に同時刻に梯子を持ってきただろう」という場合に因果性を否定しつつ、予備段階でねじ回しを販売したという事例では他の者から「ほぼ確実に同時刻に」購入できたという要求を行わない点について、判断基準の一貫性を疑問視するとともに、ねじ回しを「ほぼ確実に同時刻に」購入できたという場面が現実にはほとんど考えられないことを指摘する(曲田・前掲注161) 141-142頁)。もっとも、島田総一郎が梯子事例についてそのような要求を行ったのは、梯子の提供行為が実行の着手の直前に行われており、その提供行為によって着手時点が早められることに意義を認め得る事案であったことに着目するものと考えられる(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44頁(2001)81頁参照)。

165) 曲田・前掲注161) 142頁。

166) ただし、「結果発生についての時間的な遅れ」に言及する曲田・前掲注161) 142頁・注33)においては、さらにガスバーナーで金庫を開けようとしている正犯者に対して合鍵を提供した事案について、島田説が「正犯結果発生の時間的タイミングを重要視」するものであると述べられているところ、正犯結果の時点に着目するものであり、準備行為の成功時点を早期化したことと正犯結果の発生時点の早期化を安易に同視する見解である可能性はなお否定できない。

167) 西貝・前掲注50) 122頁。

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」ものの、「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」とする¹⁶⁸⁾。この見解においては、犯行現場へと向かう正犯所為の開始前の段階での発覚・妨害リスクの減少に基づいて正犯所為の促進が認められているところ、所為遂行開始前の見張りの事例についても同様に危険増加が認められると考えるのが自然だろう¹⁶⁹⁾。

また、異なる出発点を採用する見解であるが、Fristerによると「他人の所為計画に参与した者には、全体的な仕事の一部としての寄与が帰属させられ得る」のであり、「自らの所為寄与が構成要件の実現の危険を増加させたかどうかが問題なのであって、個別の所為寄与が構成要件の実現を惹起したのかどうかは問題ではない¹⁷⁰⁾。そのため、「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る¹⁷¹⁾。ただし、「構成要件的遂行の前において既にその意味を失う場合には、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」ことになるため、幫助犯の成立は否定される¹⁷²⁾。したがって、Fristerの見解によると、所為の遂行前に「意味」を失ったか否かが結論を左右することになるが、所為開始より前の段階において正犯者によって認識されていなかった行為は所為の一部とはならないことが述べられているところ¹⁷³⁾、ここで問題となる事案についてはいずれにせよ因果関係が否定されるようにも思われる。このようなFristerの見解は、その前提となる犯罪理解という点で他の学説と大きく異なる点があるものの、ここで問題となっている事案において危険

168) 西貝・前掲注50) 122頁。

169) ただし、論者自身は正犯者による使用行為を要求する見解に立っており(西貝・前掲注50) 105頁)、所為遂行前に行われた見張りの事例については幫助犯の成立を否定するものと考えられる。これに対して、正犯者が犯行現場に向かうために用いる予定だった整備不良の自動車に整備を施して故障の可能性を有意に低減させたという事例については、その自動車が現に使用された場合には、——ある部品がまさに整備されていたことによってトラブルが生じなかった場合でなければ正犯者の使用行為は認められないとするのではない限り——因果関係を認めざるを得ないように思われる。

170) *Frister*, a. a. O. (Anm. 92), 28. Kapitel. Rn. 35 (S. 453).

171) *Frister*, a. a. O. (Anm. 92), 28. Kapitel. Rn. 36 (S. 453).

172) *Frister*, a. a. O. (Anm. 92), 28. Kapitel. Rn. 39 (S. 454).

増加を肯定するためには、構成要件該当事実を超えた形で幫助犯の関与対象である正犯所為を把握する必要があることを示唆するものといえる。

これに対して、多数説がこのような事案においてどのような態度を採っているのかは必ずしも明らかではない。もっとも、従来の学説で言及されてきた事例の中には、援助行為によって正犯者が所為の実行に着手する蓋然性が高められているように思われる事例がいくつか見られる。そのような事例についての学説の言及から、この問題についての態度決定を読み取ることができるだろうか。

まず、団藤重光は、犯人に「事前に隠れ家を提供する」という事案に言及しており、そのような場合にも幫助犯の成立が肯定されると結論付けている¹⁷⁴⁾。そこで想定されている事案が、隠れ家の提供による所為の開始前における発覚リスクの低下に基づく物理的幫助犯を念頭に置いたものだとすると、ここで問題となる事例とかなり類似した状況にあるといえるだろう。もっとも、ここでの言及は、「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」が、「事前に隠れ場所を提供するなどは、むろん幫助犯になる」というものであり、事後従犯との対比で事前に行われた訴追妨害の事案に言及するものである可能性が否定できない。そうであるとすれば、所為遂行後の隠れ家をあらかじめ提供したことによって正犯者を心理的に強化した場合に幫助犯の成立が認められ得ることを述べるに留まり、ここで問題となっている事案に示唆を与えるものではないことになる。

次に、援助者によって提供された道具や役務が所為遂行の前段階で利用される事案として、梯子事例や自動車による正犯者の輸送事例を挙げることができる。

梯子事例は、Gが、侵入窃盗を計画しているTを助けるため、侵入に用いるための梯子を犯行現場まで運び、Tは実際にその梯子を利用して侵入を完遂し、窃盗を行ったが、Gによる梯子の運搬行為がなくともTは自ら梯子を運んだだ

173) *Frister*, a. a. O. (Anm. 92), 28. Kapitel. Fn. 74 (S. 454-455). ただし、Fristerによって言及されているのは、所為が遂行される際に支援を行うための準備をしていたが、それが正犯者に知られておらず、結果的にその支援を伴うことなく所為が遂行されたという場合には、計画された幫助は所為の一部とはならないというものであり、もとより予備段階でのみ効果を生じ得るような援助行為とはやや性質が異なるようにも思われる。

174) 団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990）414頁・注9）。

ろうという事例である。もっとも、この事例では、住居侵入との関係では、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¹⁷⁵⁾。窃盗行為との関係では、援助行為が着手以前の障害を乗り越えるために行われた事例と理解することもできるが、侵入行為と切り離された窃盗行為のみに着目して幫助犯の成否を検討する見解はほとんど見られない。

自動車による輸送事例は、Gが、Tを犯行現場まで自動車で輸送したが、梯子事例の場合と同様に、Gの自動車によるTの輸送行為がなくともTは他の手段で犯行現場まで辿り着いていたであろうという事例である。この事例では、犯行現場へのTの輸送は実行の着手以前の出来事であることは疑いない。しかし、仮定的因果経過の問題をひとまず捨象すると、この事例で正犯者が犯行現場に辿り着くことができたのは援助者による運搬行為が行われたからであり、援助行為が正犯所為をそもそも可能にした事例と考えることができる¹⁷⁶⁾。そうすると、ここで問題となっている事案とはそもそも事例状況が異なるものである。

ここで問題となっている事柄に射程を限定するためには、梯子事例や運搬事例については、正犯者が被害者宅に侵入するにあたって梯子が倒れないよう支えていたが、それがなければ梯子が倒れていたとまではいえない事案や、正犯者が犯行現場に行くために用意した整備不良の自動車を整備したが、それがなければ故障により犯行現場に辿り着けなかったとまではいえない事案を想定する必要があると考えられる。しかし、従来の学説においてそのような事例が意識的に取り上げられてきたとは言い難い。類似の事例が取り上げられることがあるにせよ、多数説における事例の検討から、ここで問題となっている正犯所為開始前の経過も考慮に入れた所為実現の蓋然性の上昇に依拠した幫助犯の成否についての態度決定を読み取ることは困難であると言わざるを得ない。

175) 島田・前掲注164) 91頁。

176) Roxinは、これらの事例について、「現実の因果経過は梯子の運搬や自動車による輸送によってそもそも初めて可能にされている」とものと評価する (Roxin, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 213 (S. 204))。

③ 私見に基づく解決

所為遂行段階に至るまでの危険増加の継続を要求する多数説に依拠したとき、実行の着手に至る蓋然性を高めたに留まる事案において遂行された所為の危険を高めたと評価できるかは明らかではなく、学説の一部には実行の着手に至るまでの過程における頓挫リスクの減少や負担の軽減に着目して正犯所為の促進を肯定する見解も見られた。もちろん、それらの見解においても、援助行為と正犯行為の間の事実的因果関係が要求される限りで、所為遂行前の見張りの事例については因果関係が否定されることに留意しなければならない¹⁷⁷⁾。他方で、そのような限定を掛けるとしても、Tが犯行現場に移動する手段として用いられる予定の自動車をGがあらかじめ整備し、Tがそれを用いて犯行現場に移動して所為を実現したという場合には、整備されていないならば犯行現場に辿り着くことはできなかったという場合でなくとも、事故等に遭うことなく犯行現場に到着できる見込みが有意に高まった、あるいは楽に運転をすることができたといえる限りで、因果関係が認められることになると考えられる。しかし、このような事案で一般に正犯所為の危険増加を肯定すると、正犯者の予備行為に対する援助行為が行われた場合には、正犯所為が実行・完遂される蓋然性が高められたとして、常に正犯所為の危険増加を肯定することにもなりかねない。Fristerの見解から示唆されたように、それは、正犯所為を構成要件として類型化された形で把握せず、それに至るまでの予備行為も含めた一連の犯罪実現プロセスとして把握することによって、予備行為に対する幫助と所為に対する幫助の区別を放棄し、他人予備行為を一般的に所為に対する幫助犯として処罰することに至る疑いがある。たとえ正犯所為との間の事実的因果関係を要求するとしても、所為開始前の段階における危険増加に基づいて幫助犯の成立を認める場合には、本質的には危険犯説と同様であると言わざるを得ない¹⁷⁸⁾。したがって、実行に着手する前の予備段階に

177) 実際、Frister 以外の両名は、提供された物が正犯者によって使用されたことを要求している。

178) 予備行為の完遂を支援したことに基づく正犯所為開始前の危険増加に加えて、正犯所為が実現に至るまでの経過においてその支援が何らかの物理的な影響を与えたことで幫助犯の成立が認められるのであれば、正犯所為との間の事実的因果関係を客観的処罰条件とした危険犯説と言わざるを得ない。

おいてのみ存在する事実に基づいて正犯所為の危険増加を肯定することは妥当ではない。そして、従来の学説における「未遂段階に至るまでの危険増加的な作用の継続」といった説明によって、そのような帰結を得ることが可能であるかは明らかでない。

これに対して、正犯所為の遂行時点において存在し、その存在が当該正犯所為の危険を高めるものと評価できる事実を惹起した場合にのみ因果関係を肯定する私見からは、正犯所為開始前の段階で正犯所為が行われる蓋然性を高めた点について、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不可能ではないとしても、所為の遂行時点で正犯所為実現の危険を増加させる事実が惹起されているのでなければ因果関係は否定されることになる。そのため、自動車を整備したという事例についても、正犯所為の開始時点において自動車が整備された状態にあることは正犯所為の危険を高めるものではないから¹⁷⁹⁾、正犯所為の危険増加を基礎づける事実の惹起が認められず、因果関係が否定される。他方で、援助者が移動手段を提供することによって初めて犯行現場に辿り着くことができたという場合には、行為主体たる正犯者がそこに所在しているという事実を惹起しているために、因果関係を認めることができるだろう¹⁸⁰⁾。個別の事例について「正犯所為時点における危険増加」ないし「正犯所為の遂行段階に至るまでの危険の継続」といった概念を用いることで同様の帰結を得ることが可能な場合があるとしても、明確な判断基準が与えられるのでなければ場当たりの判断にならざるを得ず、私見のような判断枠組みを採用することで初めて明確かつ一貫した解決が可能になると考える。

(3) 手段となる犯罪の危険増加が認められる場合

私見に基づく帰結をより具体的に示すために、さらに次のような事例を考える。

179) もちろん、正犯所為がその自動車を用いたものである場合は別である。

180) ただし、後述するように一定の範囲で仮定的因果経過を考慮する必要がある(IV 4 参照)。仮定的因果経過の考慮を徹底的に拒絶すると、たとえば、正犯者を犯行現場まで運ぶ予定の車に同乗し、正犯者が乗車する際に扉を開けたという事案では、その者が扉を開けていなければ正犯者ないし運転者が扉を開けただろうという仮定が許されないために、正犯者の所為遂行を可能にしたという説明が可能となってしまう。

TはO宅への侵入窃盗を計画していたところ、GはTの用意していた開錠道具に手入れをしてその性能を顕著に向上させた。Tはそれを用いてO宅への侵入に成功し、O宅内で窃盗を完遂したが、援助者による手入れがなければ所為遂行がより困難であったとはいえないことが分かった。

この事例では、——道具の性能の向上に基づいて危険増加を認めるのであれば——侵入行為の危険増加が肯定され、住居侵入罪に対する幫助犯の成立が認められると考えられる。しかし、住居侵入に続いて行われた窃盗罪に対する幫助犯の成立を認めるべきではない。まず、当然ではあるが、より性能の高い玄関扉専用の開錠道具を所持していることは、窃盗の遂行中にその危険を高めるものではない。また、この事例での被害者宅内への侵入は援助者の手入れ行為によって可能になったわけではないから、窃盗の遂行時に存在し、窃盗の危険を高めるものと評価できる事実を惹起したとは言い難い。そのため、この事案では住居侵入罪に対する幫助犯の成立は認められるが、それを手段として実現された窃盗罪について幫助犯の成立を認めるべきではない。これに対して、住居侵入とそれに続く窃盗の間には罪数上では牽連犯として処理されるような一体性・連続性が認められるところ¹⁸¹⁾、目的となる犯罪を実現する手段に位置付けられる犯罪について幫助犯の成立が認められるのであれば、目的たる犯罪に対する幫助犯も認めることが素直であるとの考え方もあり得るものかもしれない。しかし、そもそも牽連犯とは、本来的には数罪の場合であり、違法評価ないし刑事責任の重複という観点から一罪として取り扱われるに過ぎず¹⁸²⁾、構成要件的な評価として一体性が認められるわけではない。住居侵入と窃盗は構成要件的には別個の犯罪であり、前者が後者の手段行為・予備行為にあたるものとだとしても、手段行為・予備行為の危険増加に基づいて、後行する全く別個の犯罪に対する危険増加を認めるべきではない。この帰結は、幫助の対象となる正犯所為を構成要件という形で典型的に把握する限りで回避し得ないものである¹⁸³⁾。私見に基づく因果関係判断枠組

181) 井田・前掲注4) 592頁。

182) 井田・前掲注4) 592頁。

183) これに対して、正犯行為の危険を増加させたと評価し得る事実が、正犯所為が実現される過程の一部の時間においてのみ存在していたという場合に、正犯者によって実現された犯罪の全体について幫助犯の成立が認められるか否かについては後述する（V参照）。

みを採用することによって、この事例についても妥当な帰結を得ることができるだろう。

(4)小括

正犯所為の遂行時点に至るまでの危険増加の継続や、援助行為が正犯所為の時点における危険増加をもたらしたことを要求するに留まる場合には、正犯所為が実行の着手に至る蓋然性を高めるような支援行為について、実質的には単に予備行為を支援したに過ぎないにもかかわらず、正犯所為の危険を増加させたものとして、実行された所為に対する幫助犯の成立を認めるに至るおそれがある。これに対して、私見のように、正犯所為時点で存在する事実を惹起したという関係と、その事実を基礎として認められる当該正犯所為の危険を増加させたという関係を明確に区別する場合には、それらの事案について適切な回答を与えることが可能になると考えられる。

5. 小括

幫助犯の因果関係を認めるために援助行為による結果惹起が不要であることを前提とすると、正犯所為経過の物理的修正を要求することは妥当ではないが、他方で危険犯説は支持し得ない。そこで、正犯所為の時点で存在する事実の惹起を通じて正犯所為の危険を増加させたことを要求すべきである。この判断枠組みにおいては、正犯所為の時点で存在する事実を惹起したという事実的因果関係を基礎とした関係と、その事実が正犯所為の危険を増加させる関係は、異なる性質のものであることが強調される。このような私見に依拠すると、所為遂行前の段階において実行の着手に至る蓋然性を向上させたことのみに基づく危険増加は否定されることになる。

(以下次号)