

物理的幫助犯における 因果関係の判断枠組み (2・完)

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 20 卷 3 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 (以上本号)

IV 危険増加の判断基準

前章で示した私見に基づく幫助犯の因果関係判断枠組みによると、正犯所為の危険を増加させたか否かという判断の基礎となる事実は正犯所為の時点で存在する事実でなければならない。本章ではそれを踏まえて、どのような場合に正犯所為の危険を増加させたと評価できるのかについて検討を行う。

1. 危険増加判断の基準時の問題

(1) 見張り事例と危険の事前判断・事後判断

見張り事例について事実的因果関係の欠如を理由として因果関係を否定すべきではないことを前章で示したが、因果関係を肯定するためには、それに加えて見張り行為によって正犯所為の危険が増加したといえなければならない。

危険増加の判断方法に言及する見解の多くは、見張り事例について、事後的に見れば不要であったとしても、それによって幫助犯の成立が否定されることには

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第 21 卷第 3 号 2022 年 11 月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科講師

ならないという見解を採る¹⁸⁴⁾。Roxinによると、「因果的で、客観的な事前判断においてチャンスを増大させる事情 (ein kausaler und bei einer objektiven 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)」場合でも、幫助犯の成立が否定されることにはならない¹⁸⁵⁾。また、危険判断が事前判断でなければならない理由について、Baunackは「危険判断は、——それが抽象的危险であれ具体的危险であれ——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、事前判断 (ex-ante-Betrachtung) を前提とする」からであると説明する¹⁸⁶⁾。

これに対して、Renzikowskiは、「幫助犯は危険犯ではないから、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」ところ、それが認められるだけではなお「促進したのか否か、また、どの程度促進したのか」という問いには答えられていないと批判する¹⁸⁷⁾。また、山中敬一は、「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どうか」を問う「事後的危険増加説」を主張し¹⁸⁸⁾、浅田和茂も「事後的に見て既遂に至る危険が増加」したことが必要であるとして、これを支持する¹⁸⁹⁾。一見すると、危険増加の判断を事前判断によって行うのか、事後判断によって行うかという点に対立があるようにも思われる。

(2) 検討

改めて議論の前提を整理すると、危険増加を基礎づける事実と正犯所為の間の関係は、自然法則的に説明可能な事実的繋がりが要求される関係ではない。そのため、事実的な意味で結果を惹起したことを前提として、行為に内在する当該結果惹起の類型的な危険の有無や法的に許されない危険の創出・増大の有無を問題

184) Roxin, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 214-215 (S. 204-205).

185) Roxin, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 214 (S. 204).

186) Baunack, a. a. O. (Anm. 5), S. 55.

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

188) 山中・前掲注22) 986-987頁。また、山中・前掲注45) 224-237頁も参照。

189) 浅田・前掲注14) 461頁。

にする場面とは状況がそもそも大きく異なっており、実際には結果惹起と事実的な繋がりを持たなかった事実について危険増加が認められるか否かを判断する基準が問題となる¹⁹⁰⁾。また、正犯所為の遂行時点で存在する事実の危険増加的な作用が問題となるから、危険犯説のように援助行為時点での危険増加の有無が問題になるわけではない。学説には、援助行為の時点で危険増加の判断を行うものが事前判断であり、正犯所為の時点で行うのであれば事後判断であるという理解も見られるが¹⁹¹⁾、本稿で述べる事前判断・事後判断は、いずれも正犯所為の時点で存在する事実についての危険判断である点に注意を要する。

以下では、このような整理を踏まえて、危険増加の事前判断を批判するものと思われる見解について検討を行う。

① 正犯者の負担軽減に着目する見解について

Renzikowski の見解は、一見すると事後的に見ても「促進した」と言えることを要求するものであるが、具体的な判断基準としては、Samson の見解に依拠して¹⁹²⁾、援助者の寄与が正犯所為を「可能にし、あるいは容易にした (ermöglicht oder erleichtert hat)」かどうかに着目する¹⁹³⁾。そのため、Renzikowski によると、見張り事例については、援助行為がなければ正犯者が「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』を自ら見張らざるを得ず、それが所為遂行を困難にした」場合に幫助犯の成立が認められる¹⁹⁴⁾。援助行為

190) この点で、因果関係が問題となる通常の場合面とは相当に異なる判断が必要となることを認めざるを得ない。もっとも、それ自体は結果惹起を厳格に要求するものでなければ回避し得ない問題であり、正犯所為経過に何らかの物理的修正を及ぼしたことを要求しても変わることはない。

191) Steen, a. a. O. (Anm. 92), S. 102 は、危険判断は事後的な観点から (aus nachträglicher Sicht) 行われなければならないとするが、そこで批判されているのは援助行為の時点で危険増加の判断を行う危険犯説である。

192) Samson, a. a. O. (Anm. 8), S. 196.

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

194) Renzikowski, a. a. O. (Anm. 4), § 52 Rn. 20 (S. 588). なお、Roxin は、見張りがなければ正犯所為の遂行がより困難なものになっていたか否かを問題にすることは、許されない仮定的因果経過の考慮であると批判する (Roxin, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 214 (S. 205)).

が正犯所為の実現を可能にした場合に因果関係が認められることには争いがないから、Renzikowskiの見解の特徴は、正犯所為が実現される見込みの向上といった、事前判断としての危険増加には還元し得ない形で「容易化」を要求する点にある。そのような意味での容易化は、正犯所為を遂行するにあたって正犯者がより軽い労力で済ませることができたという負担の軽減に着目するものと考えられる¹⁹⁵⁾。そのため、Renzikowskiの見解において、多数説との相違を生んでいるのは、危険判断が事前判断なのか事後判断なのかという点ではなく、援助行為が正犯所為経過に何らかの物理的な修正を行い、それが正犯者の負担軽減という形で現れることを要求するか否かであると考えられる。

そこで、負担の軽減を要求することの意義が問題となる。負担が軽減されることによって正犯者が所為を実現する見込みが高まる場合も当然に考えられるところ、正犯所為の実現阻止による法益侵害の抑止という観点からは、危険増加が肯定され得る場面の一つであることは疑いない。他方で、あくまで危険増加が認められ得る一場面に過ぎず、負担軽減に固有の意義が認められるわけではない。仮に負担の軽減に固有の意義があるとすれば、それは正犯者の立場で「楽になった」という点にあると考えられる¹⁹⁶⁾。しかし、この点を過度に重視すると、正犯所為が実現される見込みや結果の程度に影響を与えなくとも、正犯者の負担軽減がある場合には幫助犯の成立が認められるという不合理な帰結に至りかねない¹⁹⁷⁾。負担の軽減に固有の意義を認める考え方を採用すると、社会的に見て好ましくない正犯者へ連帯したことやその味方になったことを処罰根拠とすることに接近していくことは否定できない。負担軽減を要求する論者がそれを意図して

195) Renzikowskiの依拠するSamsonによると、援助行為によって正犯者が行わなければならない仕事(Leistung)がより小さなものとなったことが決定的である(Samson, a. a. O. (Anm. 8), S. 177)。

196) Renzikowskiの依拠するSamsonは、容易化に基づいて結果帰属が認められるのは、「所為が正犯者にとってより苦勞のないもの(bequemer)となったからではなく、結果発生的前提条件であり、そのために正犯者に対して既に禁止されているような仕事の一部を意味するからである」ことを強調している(Samson, a. a. O. (Anm. 8), S. 178)。ただし、Samsonは所為遂行のための準備行為を広く正犯者との関係でも禁止された行為とみなすため、この説明によって幫助犯の成立範囲が限定されるわけではなく、説明方法の問題に留まる。また、このような説明を行うとしても、実質的に正犯者の負担が軽くなったことに着目するものであることは否定し得ない。

いるとまでは断定できないものの、危険増加に還元できない「負担の軽減」の重視は、特にそれを要求すべき根拠に乏しいだけでなく、正犯者への連帯を処罰することに至るおそれがあり、不当なものである。

② 事後の危険増加説について

山中敬一は、事後的な危険増加が認められる場合の例として、正犯者が侵入窃盗にあたって援助者から提供されたガラス切りを用いて侵入を行ったところ、「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」という場合を挙げる¹⁹⁸⁾。この記述からは、提供された道具が実際に正犯者によって所為実現の手段として用いられることで、正犯者の所為遂行に要する労力が軽くなったことを要求する趣旨であるようにも思われる。仮にそうであるとすれば、前述した Renzikowski に対する批判は、山中敬一の見解に対しても妥当するだろう。他方で、同じく事後的に見た危険増加を要求する見解に立つ浅田和茂は、その内容を「幫助行為から結果発生までの因果経過を事後判断によって確定したうえ、幫助行為による危険増加の有無を判断する」ものと理解した上で¹⁹⁹⁾、見張り事例について「正犯の犯行態様および結果が異なっていた可能性は認められる」ことを指摘して因果関係を肯定しており²⁰⁰⁾、正犯所為の経過に物理的な影響を及ぼした場合でなくとも因果関係を認める見解に立っている。

両者が少なくとも負担軽減に固有の意義を見い出さない見解であるとする、見張り事例において因果関係を肯定する浅田説からは採れない理解であるものの、現実の経過のみを判断対象として、援助行為がなければ結果の発生が回避されて

197) たとえば、所為の遂行中に疲労を感じている正犯者に対して、援助者がマッサージを行うなどしてその疲労感をいくらか軽減し、正犯者においてより軽い労力での所為遂行を可能にしたが、正犯所為が実現される見込みを向上させるものとはいえなかった場合である。負担の軽減を通じて所為が挫折するリスクを有意に低減したような場合にのみ因果関係を肯定するのであれば、このような事案で幫助犯の成立を認めることを回避することができるものの、いずれにせよ挫折するリスクの低下による所為実現の蓋然性の上昇に加えて負担の軽減を要求することの意義が問われることになる。

198) 山中・前掲注 22) 984 頁。

199) 浅田・前掲注 14) 459 頁。

200) 浅田・前掲注 14) 461 頁。

いたかもしれないという意味での客観的な可能性に着目するものであるとの理解が考えられる。しかし、結果が回避された可能性が否定されないことを幫助犯の成立要件とするのは、立証責任を転換するに等しいものである。山口厚は心理的幫助犯の場面に念頭に置いて、「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」と指摘したが²⁰¹⁾、その批判は、物理的幫助犯において結果発生が回避されていたかもしれないことに基づいて因果関係を肯定することにも同様に妥当するだろう²⁰²⁾。これに対して、見張り事例で因果関係を肯定する浅田説のように、現実にとどのように経過が推移したかに焦点を合わせながらも、援助行為によって異なる経過に至り得る客観的な可能性に着目すべきことを述べるに留まるのであれば、それは本論文の整理における危険の事前判断と矛盾するものではない。両見解がそのような趣旨で「事後的危険増加説」を述べているとすれば、危険の事前判断・事後判断を巡る対立があるわけではないことになる。

(3) 小括

幫助犯の因果関係判断において正犯所為の危険増加を要求するのであれば、その判断は事前判断として行わざるを得ず、実際のところ、この点についての争いがあるわけではないと考えられる。正犯所為の危険増加を要求する限りで、事實的因果関係の内容として正犯所為経過の物理的な修正や負担軽減を要求する見解においてもそれは同様である。危険増加を要求するのであれば、正犯行為の態様を正犯者にとってより負担の少ないものに修正した場合であっても、それによって正犯所為が実現される見込みが高まったことを要求しないわけにはいかないからである。もっとも、ここまでの検討で示されたのは、「後に不要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点に留まる。危険増加の判断が事前判断でなければならないとしても、見張り事例において危険増加

201) 山口・前掲注30) 255頁。

202) 本論文における検討の射程外であるが、現実の結果を惹起していたかもしれないという可能性を重視すると、心理的幫助犯において正犯行為の態様に具体的な影響を及ぼしたことを要求するか、反対に抽象的な可能性を強調して広汎に因果関係を認めることのいずれかに至るおそれがあるように思われる。

が肯定されるという結論が直ちに与えられるわけではない。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がそれが正犯者によって使用されなかった場合には因果関係を否定する見解も見られるところ、使用行為が観念できない見張り事例については、その観点からも幫助犯の成否が問題となるからである。

2. 正犯所為における現実化ないし析出の必要性

一般に、少なくとも未遂犯に対する幫助犯の成立が認められるためには、援助者による寄与が正犯所為に現実化し（realisieren）、あるいは析出した（niederschlagen）ことが要求されている²⁰³⁾。このような要請は、正犯者に金庫の合鍵を提供した事案について、合鍵が所為遂行の際に使用された点に正犯行為への現実化を認める見解²⁰⁴⁾においては、正犯行為との間の事実的因果関係が必要であることを述べる趣旨に留まるものかもしれない。他方で、正犯所為への現実化ないし析出は、「正犯所為の外形的な変更は単なる二次的現象に過ぎない」として正犯所為と援助行為の間の事実的因果関係を不要とする Murmann によっても要求されている²⁰⁵⁾。ここでは、援助行為と正犯所為の間の事実的因果関係とは異なる性質を持つものとして、「正犯所為への析出」が問題となっていることが窺われる。従来の学説においてその具体的な内容が示されているとは言い難いが、正犯所為との間の事実的因果関係とは別の観点に基づいて、正犯所為の危険を増加させたと評価するために必要となるような援助行為と正犯所為の客観的な結び付きについて、以下で検討を行うこととしたい。ここで手掛かりとなるのは、正犯者による提供物の使用行為を要求する見解である。

（1）正犯者による使用行為の必要性？

学説には、援助者の提供した物が正犯者によって実際に使用されたことを要求する見解が少なくない²⁰⁶⁾。そのような見解によると、正犯者が援助者によって

203) 高橋・前掲注 48) 249 頁。Kühl, a. a. O. (Anm. 53), § 20 Rn. 214 (S. 862); Murmann, a. a. O. (Anm. 10), S. 549; Joecks, a. a. O. (Anm. 53), § 27 Rn. 39 (S. 1111).

204) 高橋・前掲注 48) 249 頁。

205) Murmann, a. a. O. (Anm. 10), S. 550–551.

提供された侵入道具を使用しなかった場合のように、正犯者が援助者の支援を利用しない場合には、心理的幫助犯の成立が認められない限り、不可罰の幫助未遂に留まる²⁰⁷⁾。提供された道具の使用行為をこのような形で厳格に要求すると、そもそも正犯者による使用行為を観念し難い見張り事例においては、たとえ妨害者らしき人に対して援助者が何かしらの阻止行為を実際に行ったとしても、少なくともそれが正犯所為の態様に影響を与えたといえなければ、幫助犯の成立は認められないことになると考えられる。

ただし、使用行為を要求する見解においても、その意義が必ずしも厳格に解されているわけではない点に注意を要する。たとえば、妨害に備えて銃を提供した事案では「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、提供された合鍵を携帯したに留まる事案では「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が見られる²⁰⁸⁾。そのような見解においては、所為遂行の時点で「備えとして」投入可能な状態に置かれていたことに本質的な意義があり、使用行為としてそれを要求することの意義は決して大きいものではないだろう。また、正犯者による使用行為を不要とする見解は、一見すると少数説であるようにも思われるが²⁰⁹⁾、少なくともドイツの多数説は見張り事例について幫助犯の成立を肯定する見解に立っていることからすると²¹⁰⁾、一般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ことが窺われる。

もっとも、幫助犯の一般的な成立要件として援助者によって提供された物が「使用された」ことが要求されているわけではない以上、一般的に正犯者による使用行為の必要性について論じることは困難であり、どのような場合に危険増加が認められるかという観点で検討せざるを得ない。そこで、以下では、所為を実現する手段として特定の場面で投入されることが予定されている物を提供したと

206) 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〕』（青林書院、2019）717-721頁〔堀内信明＝安廣文夫＝中谷雄二郎〕、佐伯・前掲注4）372頁、島田・前掲注175）78頁、曲田・前掲注161）144頁、西貝・前掲注50）105頁など。高橋・前掲注48）249頁もその趣旨か。Eisele, a. a. O. (Anm. 4), § 26 Rn. 106 (S. 825).

207) Eisele, a. a. O. (Anm. 4), § 26 Rn. 106-107 (S. 825). 佐伯・前掲注4）372頁。

208) 大塚仁ほか編・前掲注206）720-721頁〔堀内信明＝安廣文夫＝中谷雄二郎〕。

209) Schünemann, a. a. O. (Anm. 7), § 27 Rn. 9 (S. 2033).

210) 前掲注79) 参照。

いう使用行為を観念しやすい場合と、不測の事態に備えて物の提供や見張りによる支援を行ったという使用行為を観念しづらい場合に分けて検討を行う。

（2） 所為を実現する手段として投入することが予定されている物の場合

正犯者が提供された物を犯行現場に携行しなかった場合に幫助犯は成立し得ない。その理由は、私見によると、正犯所為の危険を増加させるものと評価できる正犯所為の時点で存在する事実の惹起が認められないからである。幫助犯が成立するためには正犯所為時点を基準とした危険増加が必要であり、援助行為の時点で危険判断を行う危険犯説を除けば、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。

① 投入可能な場面に到達しなかった場合

そこで、最初に問題となるのは、正犯者が提供された道具を犯行現場まで携行したが、実際にその道具を投入することが可能な段階に達しなかったという場合である。他人の住居内の金庫から財物を窃取しようとしている正犯者に対して金庫の合鍵を提供したが、そもそも住居への侵入に失敗したという場合には、因果関係が否定されることに争いはないだろう。この事案では、金庫の合鍵が使用可能であることによって危険が増加する窃盗行為はいまだ行われておらず、もちろん金庫の合鍵が住居侵入行為の危険を高めることもないからである。そのことは、住居内に侵入し、物色行為を開始したことで窃盗未遂が認められる段階に至ったが、合鍵を用いることに適した金庫が未だ発見されていないという場合にも同様である。

② 投入可能な場面に到達したが実際に用いられなかった場合

次に、正犯者は提供された道具を犯行現場まで携行したが、その道具を使用することなく別の手段によって所為を完遂した事案が問題となる。侵入窃盗を計画している正犯者に被害者宅の玄関扉の合鍵を提供したところ、正犯者はそれを被害者宅前まで携行したが、玄関扉横の窓が開いていることに気が付いたため、窓から侵入したという事案については、正犯者の使用行為を厳格に要求するわけで

はない見解にも幫助犯の成立を否定するものが見られる。Roxinによると、正犯者が「未遂段階の開始前に既に支援を放棄した」という場合には不可罰の幫助未遂のみが存在する²¹¹⁾。ここで重視されているのは、正犯者が住居侵入の実行に着手する以前の段階で、窓からの侵入が犯行手段として選択され、援助者の提供した道具による侵入が正犯者の犯行計画から排除されていることであると考えられる。

それでは、実際に使用されることはなかったが、実行の着手以後も所為実現の手段としてなお正犯者の選択肢に留保されていた場合にはどうだろうか。上記の事例とは異なり、玄関扉からの侵入に着手したが、鍵が掛かっていなかったため合鍵を用いることなく侵入に成功したという場合や、殺人のため既に銃を用意している正犯者が追加で銃の提供を受け、所為遂行にあたってその両者を携帯していたが、当初用意していた銃のみを用いて殺人を実現したという場合が考えられる。

前者の事案について、井田良は、「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」として幫助犯の成立を肯定するが²¹²⁾、いかなる点に「正犯者を助ける効果」が認められるのかが明らかにされているとは言い難い。Baunも、強盜の手段として提供された武器は、それが用いられなかった場合にも、「少なくとも客観的・事前的には強盜を遂行するため有利なもの（vorteilhaft）」であるとして、「使用行為が欠けるため所為の客体に対する危険増加の意味で具体的な作用をもたらさなかったにもかかわらず、危険増加的であり得る」ことを認めるが²¹³⁾、具体的にそれがどのような場合に認められるかを示していない。

これに対して、使用行為を厳しく要求する見解は、これらの場合に幫助犯の成立を否定する。佐伯仁志によると、「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盜を行った場合や、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

211) Roxin, a. a. O. (Anm. 89), § 27 Rn. 7 (S. 160).

212) 井田・前掲注 4) 551-552 頁。

213) Baun, a. a. O. (Anm. 4), S. 108.

結果との間でも物理的因果関係を有していない」²¹⁴⁾。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²¹⁵⁾、現実使用されなかった場合に幫助犯の成立を肯定する見解を厳しく批判する。

この事案で使用行為の欠如を理由として幫助犯の成立を否定する見解においては、提供された道具を正犯者が実際に用いることがなかった以上、その道具を家に置き忘れた場合と実質的に異ならないという評価が念頭にあると考えられる。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私見に依拠するとしても、そのような評価に一定の説得力があることは否定できない。しかし、これらの事案においても、一定の前提条件が満たされる限りで、所為を実現する手段として投入可能な道具・選択肢を増やすことそれ自体に危険増加を認めることがなお可能であるように思われる。

③ 投入可能な手段の増加に基づく危険増加

ここで問題となっている事案と類似の状況について、Jakobs は次のような主張を行っている²¹⁶⁾。Jakobs によると、一体的なものとして理解されるべき行為の連続は、複数人によって完遂された場合にもその一体性を失うことはなく、「チャンスとリスクの付加 (Chancen- und Risikoaddition) がある場合には、その連続した事象への関与者は全員がその完遂に対して責任を負う」のであり、誰の行為によって結果が惹起されたのかは問題にならない²¹⁷⁾。そのため、幫助犯についても、何者かに対して複数人による一体的な銃撃が行われているとき、最初の射手に対して武器を提供した者は、第二の射手によって初めて発生した殺人

214) 佐伯・前掲注 4) 372 頁。

215) 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。

216) Günther Jakobs, Beteiligung durch Chancen- und Risikoaddition, FS-Herzberg, 2008, S. 395ff.

217) Jakobs, a. a. O. (Anm. 217), S. 405.

既遂についても幫助犯となる²¹⁸⁾。同様に、二人の援助者が合鍵を作製した場合に、少なくともその使用未遂に達したのであれば、提供した合鍵が結果的に使用されなかった者も、侵入窃盜既遂に対する幫助犯となる。それは、その合鍵を用いて扉を開けることが試みられた場合だけでなく、いつでも利用可能な備えに留められていた場合にも同様である²¹⁹⁾。したがって、Jakobsによると、個々の援助行為と正犯行為ないし正犯結果との間の事實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實現プロセスにおいて客觀的に一体のものと評価されることで、正犯所為の全体について幫助犯の成立が認められることになる。

この見解は所為総体 (Gesamttat) 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 によると、提供した道具それ自体が所為の際に使用されなかったとしても、「正犯者において所為遂行にあたってより多くの選択肢が与えられていることに所為計画が依拠している場合」には、所為総体にとつての意味が認められる。たとえば、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その意味を失うことはない」。そのため、「全ての合鍵提供行為が実際に實現された所為計画において力を發揮しており、扉を開けるために用いられることがなかった合鍵の提供者も、侵入窃盜未遂に対する幫助犯ではなく、侵入窃盜既遂に対する幫助犯である」²²⁰⁾。

Jakobs と Frister の見解には、前提とする共犯現象の理解に疑問があり²²¹⁾、その主張の当否については慎重な検討を要する。しかし、所為を實現するため連

218) *Jakobs*, a. a. O. (Anm. 217), S. 408.

219) *Jakobs*, a. a. O. (Anm. 217), S. 408-409.

220) *Helmut Frister*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 2020, 28. Kapitel Rn. 40 (S. 455).

221) 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 (Gesamttat) を観念するようであるが、幫助犯はあくまで構成要件という形で類型化された正犯所為に関連付けられなければならない。Jakobs の見解についても、意味的な行為プロセスの一体性が認められる範囲が構成要件として類型化された範囲を超えるものであるとすれば、その一部分に対する関与をもって常に全体に対する関与と評価することは妥当ではない。もっとも、刑法における犯罪構成要件の規定よりは日本とドイツで異なる点が多く見られるところ、そのような相違にも留意しながら検討する必要があるように思われる。この点については今後の課題としたい。

続して複数の手段の投入が見込まれるような場面を想定すると、実際に用いられることがなかった手段についても、現に行われている正犯所為との関係で一定の客観的な意味づけが与えられる限りで幫助犯としての因果関係を認めることができる点には、有益な示唆が含まれていると考える。援助者によって提供された選択肢が実際には選ばれることがなかったとしても、それを投入可能な態様の正犯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基づいて、当該正犯行為の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。

一度使用すると消滅するサイコロを振って5以上の目が出ると勝利するというゲームがあり、あるプレイヤーがサイコロを1つだけ持ってこのゲームを行おうとしていたところ、ゲームが開始される前に、何者かがサイコロを追加して2つに増やしたとする。このような場合には、実際にそのプレイヤーがサイコロを振るに至った時点で、追加されたサイコロが5以上の目を出したか、あるいはそもそも追加されたサイコロが実際に振られたか、という点にかかわらず、使用可能なサイコロが増加している点に着目して、このゲームに勝つ蓋然性が高まっていると評価すべきだろう。1/3の確率で勝利するゲームが単に2回行われるのではなく、サイコロを2つ振ることができることで、ゲームに勝利する確率が3/9から5/9へ上昇し、勝利がより確実になっているといえるからである²²²⁾。このゲームで5以上の目が出ることが社会的には回避されるべき好ましくない事態であると仮定すると、サイコロを振る際に投入可能なサイコロの数が増えていること自体が、抑止に値する事態であることは疑いない。そこで、現に行われている正犯行為のため投入可能な手段が増加していることにより、当該正犯行為を通じて所為が実現される見込みが高まっていると評価できるような場面では、それをもって当該正犯行為の危険増加を肯定することが可能であると考え²²³⁾。正犯所

222) Günther Jakobs, Theorie der Beteiligung, 2014, S. 26-28 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、効果が不確実な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、全体的な (gesamte) 攻撃を前進させるものであり、攻撃を詳細に見ると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」とするが、ここでは「不確実な手段」を「より確実にする」ことに意義が認められていることが窺われる。

為の危険を増加させたと評価するためには正犯行為の態様それ自体をより危険なものにしなければならないという考え方には一定の説得力があるが、危険の増加に着目するのであれば、ここで述べたような投入可能な手段の増加に基づく危険増加も無視し得ないはずである。

また、厳格な意味での使用行為の要求は、かえって不合理な帰結に至るおそれがある。次のような事例を考える。

Tは、1発分の銃弾しか入っていない拳銃を用意して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拳銃に5発の銃弾を追加した。Tは、自分の所持する拳銃に何発分の銃弾が入っているのか認識していなかったが、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。もっとも、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、Gの行為にも気が付いていないのであるから、心理的な強化に基づいて幫助犯が認められる契機はない。また、最初に命中した銃弾がTの用意したものであって、Gの提供した銃弾による発砲行為が行われていない可能性も十分にあることから、厳格に使用行為を要求する見解からは、殺人の既遂犯に対する幫助犯だけでなく、殺人未遂罪に対する幫助犯の成立すら認められないことになるだろう。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²²⁴⁾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可能性が十分にある以上、殺人未遂罪についての幫助犯も成立し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見込まれる状況で、ひとたび射撃

223) 曲田・前掲注161) 145頁は「選択肢の増加」に一定の意義を認めつつ、「その選択肢が正犯者によって実際に採用された」ことを要求するが、選択肢の増加に意義を認めるのであれば、使用行為も不要と解するのが素直であるように思われる。

224) 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罪の成立を否定する。

を手段とした殺人行為が開始されたのであれば、既にその時点で、1 発の銃弾のみを投入可能な殺人と比較すると、6 発の銃弾を投入可能であることで、実現の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どうか分からないとして、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と思われる²²⁵⁾。

④ 小括

援助者によって提供された道具が正犯者において正犯行為の手段として投入可能なものと位置付けられ、現に遂行されている正犯行為を実現する手段として投入することが可能な段階に至った場合には、その道具が投入可能な形で存在していることによって当該正犯行為を通じて正犯所為が実現される見込みが高まったといえる限りで危険増加を認めるべきである。このような場合には、個別の道具を切り出して、実際に正犯行為の手段として用いられたのか否かを問題にすることは不当なものであり、厳密な意味でその道具を「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。

（3）不測の事態に備えて道具や見張りを伴っている場合

次に問題となるのは、見張り事例のように、所為の実現を妨害するような不測の事態を察知することに役立つとともに、そのような事態が生じれば妨害を排除することに役立つような寄与を提供したが、実際には正犯者の所為遂行を妨害するような事態が生じなかったために、正犯所為の経過に物理的な影響を与えることはなかったという場合である。不測の事態に備えて武器を提供したが、実際に

225) G の提供した銃弾が入った拳銃を O に向けて引き金を引いた時点でその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 の提供した銃弾が一連の流れの中で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。また、援助行為がなければ結果が回避されたかもしれないという可能性を重視すると、この事例のように命中した銃弾が G によって用意されたものなのかが分からない場合には幫助犯の成立が認められるため問題はないかもしれないが、援助者の提供した銃弾が用いられていないことが明らかになった場合に幫助犯の成立を否定するのであれば、不当なものと言わざるを得ない。

はそのような事態が生じなかったという事案も、あらかじめ妨害排除に役立つ寄与を提供するという点では類似のものといえるだろう。見張りや道具を伴っていることによって、正犯者が周囲に気を配ることなく集中して所為に取り組むことができたという場合には、正犯行為の態様それ自体をより危険なものにしたと考えることができるから²²⁶⁾、以下ではそのような事情がない場合を念頭に置くこととする。

① 見張り事例における正犯者の使用行為あるいは援助者の阻止行為の必要性？

学説の多くは見張り事例について幫助犯の成立を肯定するが、正犯者による使用行為がないことに着目した検討はあまり見られない。そのため、少なくともこの場面では、正犯者による使用行為が不要であることが当然の前提とされていると考えられる。

これに対して、見張り事例についても正犯者による使用行為が必要であるとする見解が一部で見られる。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」とする²²⁷⁾。他方で、板橋宝石商殺害事件の目張り行為については、正犯者が目張りに気付かなかった場合であっても、「目張りされた部屋の中で殺害行為に至るまでの間を含めて他者の介入を抑制させたといえる場合には物理的促進を肯定できる」と述べるところ²²⁸⁾、他者の介入が抑制された状況下で正犯所為が遂行された場合には、そのような状況の使用行為を認めるものと考えられる。そうだとすると、単に見張りの下で所為を遂行する場合には「他者の介入の抑制の可能性」があるに過ぎないが、目張りされた部屋で所為を遂行する場合には「他者の介入の抑制」があるという評価の相違があるようにも思われる。しかし、他者の介入が抑制された状況下で所為を遂行したことをもってそのような状況を「使用

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

227) 西貝・前掲注 50) 106 頁。

228) 西貝・前掲注 50) 106 頁。

した」と評価することができるのかは明らかではない。また、見張り行為について、他者の介入が現実には生じれば、阻止行為が行われたかどうかにかかわらず他者の介入の抑制があったと理解する趣旨であるとする、そのことをもって他者の介入が抑制されたと評価できるのかは疑問である。他方で、実際に他者の介入に対して何かしらの対応を採ったことで初めて他者の介入の抑制が認められるとすると、目張り行為についても、目張りによって他者が介入する機会を失わせたという事象が発生していなければ、他者の介入の抑制があったとは評価できないはずである。この見解において、見張り事例において妨害的な事象の発生やそれに対する阻止行為が必要となる根拠が一貫して示されているとは言い難い。

また、上記の見解とは異なり正犯者による使用行為に着目するものではないが、援助者によって実際に何らかの阻止行為が行われるに至ったことを要求する見解は他にも見られる。

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に対して、以下のような批判を行う。それらの見解は、「救助的な条件あるいは少なくとも救助的である蓋然性のあるような条件が実際に生じることがあり得る限りで、援助者は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」と理解するものであるが、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と、実際に援助行為が行われなくとも、その潜在的な可能性があれば危険増加を認めることになり、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²²⁹⁾。

このような Osnabrügge の批判について検討する前に、Osnabrügge の提唱する「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²³⁰⁾の解決方法を簡単に確認しておきたい。別稿で検討したように、Osnabrügge は、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、意志的心理に対する作用が問題となる場面のように厳格な合法則的条件関係が認められない場合²³¹⁾であっても、「より緩和された帰属基準

229) Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), S. 229.

230) Vgl. Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), S. 226-231.

231) Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), S. 185.

が残されている」²³²⁾として、蓋然性法則に基づく帰属を肯定する。すなわち、「それがなかったとすれば結果発生の蓋然性がより低くなる事実は、蓋然性法則による結果説明の正当な構成要素」であり、援助行為がそのような事実該当する場合、蓋然性法則に基づく結果帰属が認められる²³³⁾。蓋然性法則に基づく帰属それ自体については別の機会に心理的幫助犯における因果関係を検討する際に改めて取り上げることとして、以下では特に見張り事例との関係で問題となる点を取り上げる。

Osnabrüggeによると、所為の安全化の事案においては、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いえる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、「その条件の発生が阻止されない場合には既遂が妨げられた蓋然性がある」という蓋然性法則が見出される場合にのみ幫助犯が成立する²³⁴⁾。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には、「援助者の行為によって正犯所為が客観的に妨害されずに済んだ、あるいは初めて可能になった」といえるか否かは、自然法則的な事態の推移が問題となっているわけではないために、確実な答えが与えられることはなく、蓋然性法則に基づく帰属の可否が問題となる²³⁵⁾。

もっとも、Osnabrüggeは、所為の安全化の事例につ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は足りず、救助的条件の顕在化とそれに対する阻止行為を要求する。その理由は、次のようなものである。見張りをしていた援助者が阻止行為を行うことなく正犯所為が実現された場合、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といった自然法則に基づいて推移する救助的条件については、現に生じなかった以上、その不発生は最初から確実であり、援助者がそれに備えていたとしても、「そのようなリスクが全く存在しないために、リスクに逆らうことにはなり得ず、したがって結果発生の

232) Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), S. 207.

233) Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), S. 215.

234) Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), S. 226-227.

235) Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), S. 227.

蓋然性も高めていない」から、幫助未遂にしかかなり得ない²³⁶⁾。見張り事例のように救助的な事情が実際に顕在化していない場合には、その事情が因果法則に従うのか否かを判断することができず、不可罰の幫助未遂となる²³⁷⁾。また、因果法則に従わない救助的条件として顕在化した事情が最終的に不発生に終わったという場合にも、その発生を阻止する行動に出ていないなどの理由から救助的条件の不発生に寄与していなければ、不可罰の幫助未遂となる²³⁸⁾。つまり、Osnabrüggeによると、救助的な事情は実際に顕在化しなければならず、因果法則に従わない救助的条件として顕在化したときでも、それが不発生に終わる蓋然性を高めるような阻止行為を行った場合にのみ、蓋然性法則に基づく帰属が認められることになると考えられる。

もっとも、潜在的な救助的事情が自然法則に従うか判断できないという点については、実際の事例で問題となる救助的条件には人間の行為が介在するものが多いにもかかわらず、自然法則に従う救助的条件が問題となる可能性を重視して不可罰とすることが妥当とは思われない。顕在化した救助的な事情に対する阻止行為の必要性についても、正犯所為を妨げるおそれのある事情が妨害には至らない蓋然性を高めたことに基づいて結果発生の蓋然性を高めたという評価が可能なのであれば、あらかじめ見張り行為を行っていることで、そのような事情の介入が阻止される蓋然性を高めており、それによって結果発生の蓋然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。したがって、見張り事例について示された帰結は、Osnabrügge 自身の見解を前提にしても疑問が残る。

もちろん、Osnabrügge の見解が特殊な判断枠組みを前提とするものであることは否めない。本稿における検討にあたって重要となるのは、見張り行為を必要に応じて阻止行為に出ることができるよう単に待機する行為と捉えている点である。正犯者が強盗を行うにあたって見張りに立ち、必要があれば正犯者を助ける用意ができていたというだけでは、「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」が、「予備段階よりもさらに先に進ん

236) Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), S. 229.

237) Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), S. 229-230.

238) Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), S. 230.

だ幫助未遂でさえも不可罰である」以上、この場合にも不可罰であるとする一部のドイツ判例²³⁹⁾も、これと同様の理解を採るものと考えられる。

② 見張り事例の検討

所為を実現する手段として提供された道具について既に述べたように、厳格な意味で使用行為があるかどうかは本質的な問題ではない。重要となるのは、どのような事態に至ったことで客観的に見て危険が増加したという評価を行うことができるかである。ここでは、(a) 見張りが行われている状況下で所為が遂行されている段階、(b) 実際に正犯所為の実現を妨害し得る事情が発生した段階、(c) 援助者がそれに対する阻止行為に出た段階、(d) 阻止行為があったことによって初めて所為が実現されたといえる段階が考えられる。西貝吉晃は (b) の段階、Osnabrügge は (c) の段階に至って初めて幫助犯の成立を認めるものと整理できる。

まず、(d) の場合に初めて危険増加が認められると考えることは、幫助犯の成立を認めるために結果惹起ないし正犯所為の物理的修正を要求することに等しいものである。この考え方によると、窃盗を行う正犯者のためその近くで警備員を制止し続けたという場合にも、警備員を押し留めていなければ所為が妨げられていたと証明されない限り幫助犯は成立しないことになる。これはあまりに過剰な要求であり、実際にこれを明示的に要求する見解は見受けられない。

次に、Osnabrügge や一部のドイツ判例のように (c) の場合に初めて危険増加を認める見解は、見張り行為それ自体は正犯所為の危険を客観的に増加させるものではなく、その後に予定されている阻止行為があつて初めて正犯所為の危険が増加するという理解を採るものと考えられる。その理解を前提とすると、見張り行為について危険増加を認めることは、未だ行われていない阻止行為の危険性に基づく予備段階での処罰を行うことに等しいものであることは否定できない。内心において後で援助行為を行う意図があることに基づいて危険増加が認められるとすれば、内心の処罰を認めることにもなりかねず²⁴⁰⁾、そのような問題意識

239) BGH, wistra 2012, 180, 182.

240) Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 5), AT II, § 26 Rn. 216 (S. 205-206).

自体は傾聴に値するものである。しかし、見張り事例において幫助犯の成立を否定することは、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り、妥当ではないと考える。そのことは、(b) の段階で初めて危険増加を肯定する見解についても同様である。

第三者によって正犯所為が妨害されるリスクがある状況において、実際にそれが発生した場合にはそのことを正犯者へ伝達し、あるいは自ら阻止行為に出ることを意図して行われる見張り行為は、たとえ正犯者がその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、正犯者において危険を察知し、それに対処する能力を高めるものと評価できるように思われる。すなわち、警察車両が接近した際に警報を鳴らして知らせてくれる装置を正犯者が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接近を阻むトラップが仕掛けられている場合と同様であると考えられる。これらの場合には、所為の遂行が実際にそのような形で妨害されるリスクが一定程度あったといえる限りで、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していることは否定できず、見張り事例についても同様に解するべきだろう。

また、見張り事例において物理的幫助犯の成立を否定する見解の多くは、正犯者に気付かれることなく完全に片面的に見張りが行われた場合を別とすれば、かなり広い範囲で心理的幫助犯の成立を認めていることが窺われる²⁴¹⁾。正犯者において見張りの存在を認識することで、妨害に悩まされる不安感が払拭され、所為の実現に向けた意欲が有意に高まり、その点につき正犯所為の危険が増加していると認められるのが通常であるとするならば、それは、外部からの介入によって所為の実現が阻まれるようになりリスクが一定程度存在する場合には、見張りがあることを認識した正犯者は「妨害なく犯行が実現される見込みが高まる」と考えることが通常であり、そう考えることが合理的なものであると評価しているからであると考えられる。客観的に危険を増加させる行為であるとの理解が共有され

241) 正犯者における安心感の増大や不安感の減少に基づいて心理的幫助犯の成立を広く認めるものと思われる見解として、島田・前掲注4) 370頁、西田・前掲注40) 198頁、高橋・前掲注48) 260-261頁、Rengier, a. a. O. (Anm. 57), § 45 Rn. 99 (S. 451); Murmann, a. a. O. (Anm. 10), S. 551-552 など。

ているのであれば、それに加えてさらに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。

したがって、正犯者自身の使用行為を観念できない態様で行われる見張り行為についても、既に(a)の段階で幫助犯の成立を認めるべきである。もちろん、そのことはあらゆる見張り行為について直ちに幫助犯の成立を認めることを意味するものではない。前述した見張り行為による危険増加のプロセスを踏まえると、正犯所為の実現を妨害する事態の発生が具体的に一定程度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によって、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、そのことを正犯者へ伝達する、あるいは援助者自身が阻止行為に出ることが当然に予定され、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いえないため、危険増加は認められない²⁴²⁾。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態様で行われる所為についても、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だろう²⁴³⁾。援

242) 正犯者が第三者によって所為遂行を妨害されるリスクを現実の経過に基づいて通常認められる水準よりも高く見積もっており、また、見張り行為によって所為遂行を妨害されるリスクが低減していることを確信しているような場合には心理的幫助犯の成立が認められるかもしれないが、そのような事情がない場合には、物理的幫助犯としての危険増加が認められないという状況では、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も問題となることから、所為実現に関しないリスク要因が十分にある場合には、その点に着目した心理的幫助犯が認められることもあり得る。

243) 板橋宝石商殺害事件の目張り行為については、仮に目張りをした室内で殺人行為が行われたとしても、幫助犯の成立が認められるためには、目張りがなければその前の段階で発覚していたなどの事情から殺人を実現することがそもそも不可能であったと考えられる場合や、殺人の遂行中にそれを妨げる事情が発生し得ることを前提に、目張りがされていることによってそれが防がれるという事態が一定程度考え得るような場合でなければならない。しかし、ごく短時間のうちに高い殺傷力のある武器を用いて殺人が行われる場合、所為の遂行中にそれを妨げる事情が発生し、それが援助行為によって抑制されるという事態はかなり限られる。

助者においてひとまず見張り行為を行うのに適した位置に着いたが、所為の実現を妨げるような事情を察知した際に正犯者を支援する行動に出ることを決意しておらず、そのような意図の下で周囲に注意を払う行為が行われているわけではないという場合にも、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者の所為を実現する能力を高め、それによって現に行われている正犯行為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、見張りに適した位置に着いていたことのみをもって幫助犯の成立を認めるべきではない。さらに、——要件上の位置付けについては再考を要するものかもしれないが²⁴⁴⁾——危険が増加したという評価をするためには、単に結果発生に至る蓋然性が高まっているというだけでは不十分であり、正犯所為に共働することを通じて危険を増加させていると評価できるような客観的な事実が認められなければならない。友人が人混みの中でスリを行おうとしていることに気が付き、単に内心において必要があれば介入することを決意したに留まる事例²⁴⁵⁾や、正犯者に助けを求められた場合には手助けをしようと内心で考えているに過ぎない場合においては、仮にそのような決意をした者が必要な場合には手助け可能な位置に所在していることによって所為が完遂される蓋然性が高まっているという評価自体が可能なものであるとしても、客観的に見て危険を増加させる幫助行為が行われたとは評価できない²⁴⁶⁾。

③ 不測の事態に備えて携行される道具を提供した事例についての検討

不測の事態に備えて武器を提供したが、実際に用いられることはなかったという事例も、見張り事例と同様の構造であり、基本的には同様に考えることができるはずである。Schünemann は、具体的にこの事案について幫助犯の成立が肯定されることを明示する。Schünemann によると、そのような道具の所持について

244) 前掲注 90) でも言及したように、Roxin は、スリ事例について、事實的因果關係に着目する形で幫助犯の成立を否定する。結論において私見と異なるものではないが、客観的に見て正犯所為の危険を増加させたとは評価し得ないことに着目すべきである。

245) Roxin, a. a. O. (Anm. 5), § 26 Rn. 216 (S. 205).

246) したがって、この事案で幫助犯の成立を認める Murmann の見解は支持し得ない (Vgl. Murmann, a. a. O. (Anm. 10), S. 551)。

の加重構成要件が存在せず、「何者かが正犯者に対して万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、幫助犯が認められる」²⁴⁷⁾。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²⁴⁸⁾。このような説明に依拠すると、合鍵が携行されなかった事例や、合鍵が使用されたが役に立たないものであることが分かり、別の手段で所為が実現された場合との区別が問題となる。Schünemannによると、それらの事例では「結果惹起の際、従前のような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」点で、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は、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と「決定的な点で異なっている」²⁴⁹⁾。以上のような Schünemann の見解は、妨害に備えて銃を携行する事例が見張り事例と本質的に異なるものであることを踏まえると、見張り事例について幫助犯の成立を肯定する多数説からは一貫した説明を行うものと評価できる。また、ドイツ刑法においては、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する場合があります²⁵⁰⁾、Schünemann の見解は特定の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その結論が異なることを明示する点で、参考に値するものである。

使用行為を厳格に要求する見解からは、現にその投入が必要となるような場面で、実際にその道具が用いられて初めて意義を持つに過ぎず、不測の事態に備えて道具を所持しているに留まる場合には幫助犯の成立は認められないことになる。しかし、見張り事例において察知能力と対応能力の向上に危険増加を認めること

247) Schünemann, a. a. O. (Anm. 7), § 27 Rn. 9 (S. 2033).

248) Schünemann, a. a. O. (Anm. 7), § 27 Rn. 9 (S. 2033).

249) Schünemann, a. a. O. (Anm. 7), § 27 Rn. 9 (S. 2033).

250) この点について、拙稿・前掲注2) (2・完) 245-247頁参照。Vgl. Baunack, a. a. O. (Anm. 5), S. 91-92; Osnabrügge, a. a. O. (Anm. 16), 123-125.

ができたように、ここでも危険増加を肯定すべき場合があることは否定できない。第三者による妨害のリスクが実際に顕在化した際にそれに対して効果的な対処を行うためには、妨害のリスクに晒されている中で道具の所持を続けること自体に重大な意義が認められるはずであり、そのような形で不測の事態に対する対処能力の客観的な向上が認められる場合には、正犯行為の危険増加を認めるべきであると考ええる。

（4）小括

正犯所為の危険増加を認めるために、援助者の提供した物や役務が正犯者によって「使用された」と評価できるような事態が生じたことを要求すべきではなく、援助行為によって惹起された正犯所為時点で存在する事実について、その時点において正犯行為の危険が客観的に増加しているという評価が可能であることで足りると解すべきである。正犯所為への析出あるいは現実化といった説明も、それが以上のような意味で理解される限りで誤ったものとは言いがたいが、あえてそのような不明瞭な概念を用いる必要はないと考える。

正犯所為を実現する手段として投入可能な道具については、たとえその道具が実際に用いられることがなかったとしても、現実に行われている正犯行為の手段として客観的に投入可能であり、投入可能な手段を増加させたことに基づいて所為が実現される見込みが高まるといえるような場合には、危険増加を認め得る。また、不測の事態に備えて提供される支援については、それが正犯者の察知能力を高めるものと評価できる場合や、正犯者が緊急時に直ちに投入可能な道具を手に行っているという点で対処能力を高めるものと評価できるような場合には、危険増加を認め得る²⁵¹⁾。

251) もちろん、見張り事例について述べたことと同様に、投入可能な手段の増加や正犯者の所為完遂能力の向上があれば常に危険増加が認められるわけではなく、あくまでそれに基づいて正犯所為が実現される危険が増加したという評価が可能でなければならない。つまり、現実の正犯所為の経過を基礎として、展開することがあり得た経過を想定したときに、援助行為があったことによって初めて所為が完遂されたという場合が具体的に想定され得る必要がある。

3. 危険増加判断の比較対象としての仮定的因果経過

危険増加の判断を行うためには、「増加」という言葉からも明らかであるように、現実が生じた事象経過と、それと異なる事象経過の比較が必要となる。そのため、危険増加の判断基準を明らかにするためには、比較対象となる事象経過の内容と比較を行う方法が明らかにされなければならない。

(1) 仮定的因果経過の考慮の必要性

Baunack は、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り²⁵²⁾、幫助犯において危険増加論を用いる際には過失犯と幫助犯の帰属構造の相違に着目する必要があると指摘する²⁵³⁾。すなわち、過失犯においては、注意義務違反行為を通じて結果が惹起され、客観的には当該結果に実現した具体的な危険が存在していたことを前提として、許されない危険創出・危険実現の有無を判断するために注意義務を遵守した場合に生起する仮定的因果経過との比較が行われる²⁵⁴⁾。これに対して、幫助犯においては、結果発生に至った客観的・具体的な危険が援助行為によって生ぜしめられたことを前提にすることができず、危険増加の有無それ自体を判断するために仮定的因果経過との比較による判断が行われることになる²⁵⁵⁾。また、幫助犯においては援助行為を行わない場合にのみ義務を遵守した行為を行ったことになるから、正犯行為を基礎として援助行為がない場合に存在したと考えられる状況が幫助犯における危険増加判断の比較対象となる²⁵⁶⁾。

比較対象となる援助行為のない事象経過を考えるにあたっては、再び仮定的因

252) Baunack, a. a. O. (Anm. 5), S. 54. Vgl. Baun, a. a. O. (Anm. 4), S. 105–106.

253) Baunack, a. a. O. (Anm. 5), S. 58.

254) Baunack, a. a. O. (Anm. 5), S. 58.

255) Baunack, a. a. O. (Anm. 5), S. 58. この点について、Baunack は幫助犯においては結果発生が所与の前提とされない未遂犯に対する幫助犯も考えられることに着目するが、既遂犯に対する幫助犯について結果惹起を要求すべきではないという私見からは、そのことは既遂犯に対する幫助犯についても同様である。

256) Baunack, a. a. O. (Anm. 5), S. 59; Baun, a. a. O. (Anm. 4), S. 107. ただし、両者は援助行為がない場合に存在したと考えられる因果経過について、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を認めないために、現実の因果経過から援助行為のみが取り除かれた経過を想定するものである。

果経過の考慮の可否が問題となる。別稿において、援助行為による正犯結果の惹起を要求するのであれば一定の範囲で仮定的因果経過の考慮を行わざるを得ないことを示したが²⁵⁷⁾、正犯者による所為遂行がもとより法的に予定されている幫助犯において、仮定的因果経過を考慮した事象経過との比較によって初めて否定的な評価に値する事実の惹起が認められ得るという点は、危険増加の判断についても基本的に妥当すると考えられる。つまり、援助行為の時点で現実化している代替原因を起点とする仮定的因果経過も含むような事象経過を想定した上で、それと比較して危険が増加したといえるかを判断しなければならない。

たとえば、窃盗目的で金品の入った金庫の錠前をドリルで破壊しようとしているTに対して、Gがより性能が高いドリルを提供し、Tは提供されたドリルを用いて錠前を破壊して金庫内の金品を窃取したという場合には、当初用意していたドリルを用いた場合の仮定的因果経過との比較が必要となる。両ドリルの性能差によって窃盗が完遂されていたか否かが左右されるような場合が一定程度想定し得る限りで、危険増加が認められることになるだろう。注意を要するのは、錠前の破壊時点が早期化されることや、正犯者においてより楽に作業を完遂できたことに本質的な意義があるわけではないという点である²⁵⁸⁾。それとは反対に、より性能の低いドリルを提供したという場合には、少なくとも危険を増加させたと評価することができないから²⁵⁹⁾、幫助犯の成立は否定されることになる。もちろん、危険増加を根拠付ける事実——この事例であれば当初のドリルよりも性能の高いドリルを提供したという事実——を認識していない場合には、そもそも故意が否定されるだろうし、援助行為時点の事前判断として正犯所為の時点で危険を増加させる見込みが認められない場合には幫助行為性が否定されるだろう²⁶⁰⁾。

257) 拙稿・前掲注2) (2・完) 215-231 参照。

258) 開錠の見込みがより高い道具を提供した場合、所為遂行に要する時間を長期化させ、あるいは正犯者の負担を増大させたとしても、それらの事情に基づいて直ちに幫助犯の成立が否定されるべきではない。

259) より性能の低い道具と交換する事例では危険減少が認められるが、本質的に重要なのは危険を減少させたことではなく、危険を増加させなかったことである点に留意する必要がある。

260) 照沼・前掲注48) 183、193-194 頁参照。

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べきであるとして、実質的には正犯所為を妨害する場合でさえ危険増加を認めることを正面から肯定する見解も見られる²⁶¹⁾。曲田統は、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は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」と述べる²⁶²⁾。確かに、仮定的因果経過を一切考慮することなく援助行為だけを取り除いたときに残存する因果経過と比較を行えば、援助者の提供した道具が現に用いられた限りで「促進」が認められることになる。しかし、そのような意味での促進を要求することの意義はかなり乏しいものである。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、正犯者の用意した道具を著しく弱体化させた場合であっても、その道具を取り除いて考えることで常に「促進」が認められることにもなりかねない。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。正犯所為経過に対して——少なくとも妨害的に——物理的な影響を与えた場合には「促進」を肯定し、一般に処罰の対象とすることは妥当ではない。

もちろん、仮定的因果経過の考慮を全面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認めると考えられる²⁶³⁾。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させたことにあり、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。それにもかかわらず、構成要件の次元では

261) 一般に幫助犯の因果関係判断において仮定的因果経過を考慮すべきではないとする見解については、拙稿・前掲注2) 215-220頁を参照。本論文で取り上げた見解以外にも、同様の帰結に至らざるを得ないと考えられる見解が散見されるが、正犯者によって使用された以上はこのような事案でも危険増加が認められるべきであると積極的に基礎づけようとする見解はごく少数に留まる。

262) 曲田・前掲注161) 144頁・注39)。

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と、実質的には正犯所為の経過に何らかの物理的修正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²⁶⁴⁾。しかし、被害者を保護すべき、あるいは、正犯者による所為遂行を抑止すべき地位にない限り、何人も何もしないことが許されているはずであり、正犯所為の経過に対して物理的修正を及ぼしたことによって、そのような義務が根拠付けられるとは考え難い。

さらに、仮定的因果経過と比較した危険増加の判断を行わない場合には、壊れた照準器が銃に取り付けられていることで正犯者による射撃の精度が低下するというときにも、ひとたびそのような装置を取り付けてしまった援助者としては、その壊れた照準器を回収することによってのみ幫助犯の罪責を免れることになりかねない。つまり、仮定的因果経過の考慮を行わないと、刑法は正犯所為を妨害するような関与行為を禁止するだけでなく、ひとたび妨害的な関与行為を行った場合にはその妨害的な作用を除去することを求めることになりかねない。そして、このような問題は、援助行為時点での危険増加を要求することによって解決することはできない²⁶⁵⁾。

263) 曲田統も、「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」という理由から幫助犯の成立を否定する（曲田・前掲注 161）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の内実とその根拠が明らかにされているとは言い難く、結局のところ「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の成否が判断されることになる。このような判断基準は、とりわけ幫助犯というもとより不定形な犯罪類型においては、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、「コミュニティに危険性の印象を与えるかどうか」という観点から一般的に仮定的因果経過の考慮が否定されるべきことが自明に導出されるとは思われない。

264) 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、身近な存在である者の犯罪を阻止しないのは許せない、という素朴な感覚を持つ者は決して少なくないように思われる。しかし、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ある。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い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、という極めて技巧的な説明によって実質的に救助義務を課すべきではない。

もちろん、現実の因果経過から援助行為のみを消去した因果経過を考える場合とは異なり、現実には生じなかった事象経過を仮定することが必要であるとする、その経過を確定させることには必然的に困難が伴う。ここまで挙げてきた事例は基本的に同種の道具の交換・追加という特殊な場面を想定するものであり、実際に危険増加の有無を巡って幫助犯の成否が問題となる事案は、ここまで単純なものではないだろう。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くと、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²⁶⁶⁾。これらの事例では、行為者による介入がなかった場合の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はずである²⁶⁷⁾。仮定的因果経過を想定することの困難性は決定的な問題ではなく、ここまで述べてきたような不都合性を甘受してまで幫助犯において仮定的因果経過の考慮を否定すべきであるとは思われない。

したがって、危険増加の判断にあたっては、危険の程度について、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。

(2) 具体的な判断方法

それでは、具体的にどのような方法で危険の比較を行えばよいだろうか。注意を要するのは、現実の因果経過の危険判断も事前判断によって行われるという点である。殺人の正犯者によってあらかじめ用意されていたナイフを、より切れ味の悪いナイフと交換したという場合、それによる殺傷力の低下が被害者の身体に

265) 正犯者の用意していた武器に対して、援助行為の時点では正犯所為の危険を増加させる見込みのある改造を施したが、計画の変更に伴って正犯所為の時点ではそれがむしろ所為の実現を妨げるような事実となった場合には、援助行為時点における危険増加が肯定され幫助行為性が認められるとしても、因果関係は否定されるべきである。

266) Vgl. *Samson*, a. a. O. (Anm. 8), S. 158.

267) 救助的因果連鎖の中断や不作為犯の事例で主として問題となるのは、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結果が生じることはなかったと疑いを容れない程度に認められるかどうかであるが、未遂犯の成否が問題となる場合には、仮定的因果経過の考慮の下で危険判断を行うことになると考えられる。

において何らかの形で具体的に顕出したか否かにかかわらず、ナイフがそのような切れ味であったことに基づいて危険性が評価され、その危険と当初用意されていたナイフに基づく正犯所為の危険が比較されることになる²⁶⁸⁾。つまり、現実の正犯所為の経過を基礎として展開することがあり得た因果経過における正犯所為の危険性と、援助行為時点で現実化していた代替原因を起点として展開することがあり得た仮定的因果経過における正犯所為の危険性の比較によって、危険増加の判断が行われることになる。

まず、ここまで挙げてきた事案の多くがそうであったように、現実の因果経過と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において生じた危険がいずれも同質で、所為の態様を大きく変えることがなく、その危険の相違を量的に把握しやすい場合には、仮定的因果経過との比較にもあまり支障がないと考えられる²⁶⁹⁾。問題があると考えられるのは、現実の経過と仮定的因果経過における危険や所為の態様が質的に異なっている場合である。

強盗のため正犯者がリュックにしまっておいた銃を包丁と交換したところ、正犯者は被害者を待ち伏せする段階に至って初めてリュックに入っている道具が包丁であることに気が付いたものの、そのまま包丁で被害者を切りつけ、財物を奪取して強盗を完遂したという事例を考える。この事例では、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銃の方が危険であるという評価が可能だろう。他方で、正犯所為の遂行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²⁷⁰⁾。そのため、現実の所為がそのような状況の下で行われた場合には、現実の事態経過と仮定的因果経過を比較すると、

268) したがって、切れ味の悪いナイフを用いて偶然にもそれ以上を期待できない程度に素早く重大な傷害を負わせることに成功した場合であっても、現実の因果経過を基礎としてそのナイフを用いた所為遂行として展開することがあり得た因果経過と、当初用意されていた鋭利なナイフを用いた場合の所為遂行として考えられる因果経過を比較したとき、前者が後者よりも危険であると言い難いのであれば、なお危険増加は否定されるべきである。それとは反対に、所為遂行の手段としては量的な観点でより危険な事態を招いたが、偶然にも想定し得る仮定的因果経過よりも低い程度の結果を惹起したに留まったという場合についても、現実の結果を発生させるに至った危険の程度のみに基づいて常に危険増加が否定されると考えるべきではない。

269) Vgl. *Günther Jakobs*, Strafrecht Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch, 2. Aufl., 1993, S. 673-674.

銃を包丁と交換したことによって危険が増加していると考えられることも可能だろう。もっとも、そのような事案で最終的に幫助犯の成否を左右するのは、幫助の故意の有無、すなわち、援助者において事態がどのように推移すると認識されていたかであるように思われる²⁷¹⁾。

そうすると、仮定的因果経過の考慮の下での因果関係判断が実質的に重大な意義を持つのは、本論文の射程の範囲外であるが、物理的幫助犯ではなく、心理的幫助犯の場面であるように思われる²⁷²⁾。詳細な検討は別の機会に行いたいが、心理的幫助犯においては、もとより所為の遂行を決意している正犯者について、何らかの心理的働きかけを行ったことによって現実に惹起された正犯所為の時点における心理状態と、心理的働きかけがなかった場合の正犯所為の時点における仮定的な心理状態を比較して、正犯所為の危険増加を認めることができる程度に前者の心理状態が強化されていることを事実として認定する必要があるからである。

V 危険実現の判断基準

既遂犯に対する幫助犯の成立が認められるためには、援助行為によって増加させられた危険が正犯結果に現実化したことが必要である²⁷³⁾。既遂犯に対する幫助犯の成立を認めるために結果惹起を要求するのであれば、少なくとも結果の量

270) たとえば、正犯者と被害者が出会い頭に揉み合いになり、現実に所持していた包丁を被害者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かったと考えられるような場合である。

271) 手段としての一般的な危険性を基礎づける事実の認識に留まらず、危険の質的な相違がより高度の危険として顕在化するような事態に至ることについての故意の有無が問題となる。この事案であれば、正犯者が所為を遂行するにあたって包丁の方がより役に立つような場面で援助者において想定されていない場合には故意は否定されるべきであるが、状況次第ではより有効な武器になることを認識している場合には故意を認め得る。

272) これに対して、島田・前掲注164) 98-99頁は、心理的幫助犯の場面では仮定的因果経過の考慮は問題とならない場合が多いと理解するようである。それは「関与者の個性」に着目するものであり、一見すると危険の質的な相違に着目するものであるようにも思われるが、比較されるべきは正犯所為の時点における心理状態である。正犯所為時点の心理状態を比較する際には、援助行為の態様について関与者の個性という点で質的な相違があることに基づいて常に質的な危険の相違が認められるわけではない。

273) 高橋・前掲注48) 249頁、照沼・前掲注48) 195-196頁参照。

的な一部分を惹起したことが必要となるが²⁷⁴⁾、そのような要求が妥当ではないことを前提とすると、ある正犯行為の危険を増加させたと評価することができるのであれば、当該正犯行為によって既遂結果が惹起された場合には、援助行為によって増加させられた危険が既遂結果に実現したと評価することが可能であり、既遂犯に対する幫助犯の成立が認められるべきである²⁷⁵⁾。Murmman が述べるように、結果発生に至った正犯行為の「危険が援助者によってともに創出された (mitgeschaffen)」といえる場合には、「援助者によって生じた危険増加も現実化した」と評価することができる²⁷⁶⁾。結局のところ、問題となるのは正犯結果を惹起した正犯行為の危険を増加させたと評価できるか否かである²⁷⁷⁾。

それでは、実際に行われた正犯行為について援助行為による危険増加が一応は認められたが、それと一連の行為としてその後に行われた正犯行為によって既遂結果が実現されたという場合、既遂犯に対する幫助犯の成立を認めることができるだろうか²⁷⁸⁾。前述したように、厳格な意味では使用されることがなかった道具についても、現に行われている正犯行為の手段として投入可能であり、それが投入可能な状態に置かれていることによって所為が実現される見込みが高められているといえる場合には、当該正犯行為の危険を増加させたと評価すべきである。これに対して、本章で検討の対象となるのは、一旦は有効な道具として投入されたが、それを用いた行為によって既遂結果を発生させることができず、別の道具によって既遂結果を惹起したという場合である。それにあたる事例として、援助

274) 照沼・前掲注 48) 196 頁。Baunack, a. a. O. (Anm. 5), S. 42.

275) 山口厚は「正犯行為を促進して、その正犯行為の危険の現実化として構成要件の結果（構成要件該当事実）が発生したことが必要である」とするところ（山口・前掲注 4）336 頁）、私見と同様に、援助行為によって危険が増加させられた正犯行為の危険が正犯結果に現実化したか否かを問題にするものと理解できる。島田・前掲注 4）363 頁も同趣旨と考えられる。

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

277) Roxin のように、結果を「二人によって完遂された所為」と理解することによって正犯結果との間の事実的因果関係の要求をほとんど放棄しつつ、既遂犯に対する幫助犯の成立を認めるために既遂時点までの危険増加の継続を求める見解も、この点では基本的に同様の判断を行うものと考えられる。

278) 先行する正犯行為について認められた危険増加が、後行する正犯行為によって惹起された正犯結果に実現したといえるかという問題として整理することも可能である。

者の提供した開錠道具を用いた侵入には失敗したが、それに続いて別の道具を用いて侵入に成功したという事例が挙げられる²⁷⁹⁾。

この事例については、援助行為によって正犯結果が部分的に惹起されたことを実質的には要求しない見解においても、既遂犯に対する幫助犯の成立を否定するものが見られる。Roxin は、住居侵入に際して正犯者が援助者によって提供された梯子から落下し、別の方法による侵入を選び、それによって侵入に成功した後、窃盗を完遂したという場合には、「援助者の寄与による因果関係とチャンスの増大は、未遂段階に達しているだけである」ために、窃盗の未遂犯に対する幫助犯の成立のみを認める²⁸⁰⁾。しかし、そのような判断は妥当だろうか。

より詳細な検討を行うため、既に銃 A を用意している正犯者に対して銃 B を追加で提供したところ、正犯者は先に用いた銃 B によって被害者に銃弾を命中させることができず、弾切れとなったが、それに続いて用いた銃 A によって被害者の殺害に成功したという事例を想定する。この事例では、銃 A を用いた被害者に対する射撃を行っている時点で銃 B は既に弾切れになっており、その時点で投入可能な道具とみることはできない。銃 B による射撃によって被害者を射撃から逃れ難い場所に追い込んだ場合や、射撃を繰り返すうちに正犯者の射撃の腕が上達したというような形で銃 A の使用時点における能力の向上をもたらした場合には、銃 A による発砲行為の危険を増加させる状況を惹起したものとして因果関係を認めることができるが、そのような事情が認められない場合も当然に考えられる²⁸¹⁾。

前述したように、私見によると、実際に使用されていない道具についても、それが客観的に投入可能であることに基づいて危険増加を肯定すべき場合があることを認めるべきである。それは、銃を提供した事例であれば、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

279) 類似する事案として、RGSt 6, 169 が挙げられる。援助者が正犯者に対して合鍵を提供したが、その合鍵を用いた侵入を行った際にそれが役に立たないものであることが分かり、正犯者は別の方法で侵入したという事案である。

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

281) やや極端な事例であるが、既に磔にされている被害者に対して、着弾確認をすることなく闇雲に銃を乱射していたという場合が考えられる。

を用いた射撃」を比較すると、後者の場合の方が危険が増加しているという評価に基づくものである。ここで問題となる事例においても、「1本の銃を用いた射撃」と「2本の銃を用いた射撃」という形での比較を行うと、後者の方がより危険であると評価するのが自然だろう。そこで、道具を用いた順番の先後にかかわらず、射撃行為全体に渡って危険増加をもたらしたと考えるべきである。

前述した Roxin の見解は、危険の継続が認められるためには、少なくともそれが投入可能な手段として保持され続けなければならないという想定をするものであると思われる。しかし、そのような考え方は、まさに手段を増加させたことに基いて危険の増加を認め得る事案では不合理な帰結に至るものである。そのため、Roxin によって未遂犯に対する幫助犯の成立のみが認められた事案についても、その道具が侵入に一般的に適したものであり、正犯者において侵入に成功するまで——実際の経過でそうであったように——複数の手段の投入が見込まれる限りで、先に用いられた道具も一連の侵入行為全体について危険を増加させるものであったと評価すべきである。ただし、前述したように、このような評価に基いて住居侵入の既遂犯に対する幫助犯の成立が認められたとしても、侵入に続いて行われた窃盗に対する幫助犯の成立は否定されるべきである。

先ほど取り上げた Roxin の見解がそうであったように、ドイツの学説においてはこの事案で既遂犯に対する幫助犯の成立を否定する見解が主流となっている²⁸²⁾。もっとも、その背景には、そこで問題となる正犯の構成要件が侵入と窃盗が結合した侵入窃盗であるところ、侵入行為の危険を増加させたが、窃盗行為を可能にした、あるいはより危険にしたとは評価し難い場合に侵入窃盗の既遂犯に対する幫助犯の成立を認めることは妥当ではないという価値判断があるようにも思われる²⁸³⁾。これに対して、住居侵入罪と窃盗罪を全く別個の所為と考えるのであれば、住居侵入の危険増加に基いて住居侵入罪の既遂犯に対する幫助犯

282) Vgl. *Schünemann*, a. a. O. (Anm. 7), § 27 Rn. 8 (S. 2033); *Kühl*, a. a. O. (Anm. 53), § 20 Rn. 217–219 (S. 863–865). なお、*Baunack*, a. a. O. (Anm. 5), S. 164 は未遂犯に対する幫助犯の成立も否定する。

283) *Kühl*, a. a. O. (Anm. 53), § 20 Rn. 219 (S. 865) は、「合鍵の提供は奪取結果 (Wegnahme-Erfolg) に対して作用を及ぼしていない」にもかかわらず「窃盗の幫助既遂」が認められることを批判するが、それ自体は私見からも支持される。

の成立を肯定し、それに続く窃盗罪に対する幫助犯については窃盗未遂罪に対する幫助犯も含めて成立を否定するという帰結を得ることが可能である²⁸⁴⁾。

VI おわりに

本論文では、正犯所為の危険増加に着目した因果関係判断枠組みの具体化を試みた。検討結果を要約すると、以下の通りである。幫助犯における因果関係判断は、正犯所為時点で存在する事実と援助行為の間の事実的因果関係を前提とした判断と、その事実による正犯所為の危険増加という事実的因果関係を前提としない判断からなる。両者は性質が異なるものであり、前者については、正犯所為の時点でそのような事実が存在し、それが援助者によって事実的な意味で惹起されたことが厳格に認定されなければならないが、後者は、そのような事実の存在によって正犯所為の危険が増加していると評価できるか否かという法的・規範的な問題である。そのため、正犯所為が行われる前の段階で所為が行われる蓋然性を高めたに過ぎない場合には、正犯所為時点で存在する事実の惹起による危険増加が認められないために、因果関係は否定される。また、危険増加の判断は、事前判断として行われるものであり、危険が増加したといえるためには、物理的幫助犯の成否が問題となる事例でそれが顕在化することは多くないものの、仮定的因果経過との比較が必要となる。

このような私見に基づく具体的な帰結を簡単に確認する。見張り事例については、正犯所為を妨害するような外部からの介入が生じたとき見張りを行っていたことでそれに対する対処が可能になることが一定程度あり得るような状況において、周囲に注意を払う態様で見張りを行うことによって、正犯者が周囲の情勢を把握し、それに対応する能力を高めていると客観的に評価できる場合には、その

284) 私見によると、援助者の整備行為によって性能が向上した道具を用いて住居への侵入に成功し、さらに窃盗を完遂したが、そのような整備行為がなくとも同様に住居への侵入に成功していただろうという事案についても、窃盗の既遂犯に対する幫助犯の成立は認められない。そのような帰結がここで言及された学説において支持され得るものであるかは疑問が残るが、仮にこのような場合に窃盗に対する幫助犯の成立を認めるのであれば、それは事実的因果関係を過度に重視するものである。

ような見張りの下で行われた正犯所為の危険を増加させるものとして、幫助犯の成立が認められる²⁸⁵⁾。板橋宝石商殺害事件の目張り行為については、実際に行われた殺人行為の時点でその危険を増加させるものと評価できる事実を惹起したとはいえないから、物理的幫助犯の成立は否定されるべきである。これに対して、海上強盗の事案については、援助者の提供した睡眠薬が被害者らの反抗抑圧状態をより強化したと認められなかったとしても、過剰な量の薬物が投与されていたわけではないことからすると、投入可能な反抗抑圧の手段の数が増加すること自体に危険増加を肯定することができ²⁸⁶⁾、物理的幫助犯の成立を認め得る事案だったと考える。

本論文の検討は、物理的幫助犯のみを検討の対象としたものであり、幫助犯の因果関係判断枠組みの全体像を示すには至っておらず、個々の問題についても、なお不明確な点が多く残されている。これらの点については今後さらなる検討を要するが、その際には、証拠によって事実の存在が証明されなければならない事実認定の問題領域と危険増加が認められるかという法的評価の問題領域の切り分けが議論の明晰化に資すると考える。とりわけ、心理的幫助犯における因果関係の判断においては、まさに事実として厳格に証明されるべき事柄とそれに基づいて判断されることになる法的評価の問題を区別することが、判断基準の不明確性を払拭するための手掛かりになると思われる。

285) 名古屋地判平成28年12月20日（LEX/DB 文献番号25544969）は、「検察官の主張するような見張りまでは認められない」ことに加えて、「実際にも、……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、……通行人を制止するなどして物理的に被告人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」ことに言及する。本判決が見張り事例につき所為遂行を妨害するおそれのある第三者の接近を阻む行為を要求する趣旨であれば支持し得ないが、客観的に見張り行為と評価できるような行為を行っておらず、さらに実際に妨害を排除するなどしたわけでもないことに基づいて幫助行為ないし促進を認めなかったに過ぎないとすれば、私見からも十分に支持し得るものである。

286) そのため、私見によると、仮に援助者の提供した睡眠薬が実際に用いられていなかったとしても、正犯者において投入可能な反抗抑圧の手段として一定の意義が認められる限りで物理的幫助犯の成立を認め得る。