

# 精神的幫助における因果關係について (二)

小 島 陽 介

## 目 次

- 第一章 問題の所在
- 第二章 我が国の判例・学説
  - 第一節 判 例
  - 第二節 抽象的危険犯説
  - 第三節 正犯行為説
  - 第四節 正犯結果説
    - 第一款 正犯結果との間の条件關係を要求する見解
    - 第二款 正犯結果の促進で足りるとする見解
    - 第三款 精神的幫助につき固有の因果關係を構築する見解
    - 第五節 小 括(以上、一六一卷四号)
- 第三章 ドイツの判例・学説
  - 第一節 判 例
  - 第二節 精神的幫助否定説
  - 第三節 抽象的危険犯説
  - 第四節 正犯行為説
  - 第五節 正犯結果説
  - 第六節 小 括(以上、本号)
- 第四章 心理的因果關係の検討
  - 第一節 人間の意思に関する決定論からの考察
  - 第二節 複数の因果觀念の併存を承認する立場

第三節 量子メカニズムの非因果性に依拠する主張

第四節 意思決定過程の分析に基づく評価

第五節 小 括

第五章 おわりに

### 第三章 ドイツの判例・学説

#### 第一節 判 例

一 ドイツの判例は、幫助の因果関係について、正犯行為との間でこれを要求する正犯行為説に立つと見られている。<sup>(77)</sup> ライヒ裁判所の指導的判例は、<sup>(78)</sup> 墮胎を決意したAに対して墮胎の道具を提供したが、Aはその道具を使わず、墮胎を業として行う職業墮胎婦に依頼して墮胎したという事案において、「正犯行為の結果が従犯行為を通じて因果的に共同惹起され、促進され、あるいは容易にされることは、いずれにせよ必要でない」として正犯結果との間の因果関係を不要とする一方、「従犯の援助提供により正犯行為を支援し、促進するという従犯の単なる意図だけでは、刑法〔旧〕四九条により可罰的な幫助を肯定するためには十分でない。犯罪構成要件を現実化する行為が、……従犯の行為により実際に促進されていることが付け加わらなければならない」と判示して、正犯行為との間の現実の因果関係を必要としてい<sup>(80)</sup>る(「」内は引用者挿入)。この立場は、基本的に連邦通常裁判所に引き継がれ、「正犯に与えられた支援は、結果にとつて因果的でない場合でも……、構成要件的幫助である。従犯の行為が正犯者の行為を促進し、あるいは容易にしたことと十分である」(強調原文)と判示されている。<sup>(81)</sup>

二 他方、精神的幫助のもとでは、判例は正犯行為への影響をもつて足りる、具体的には、「行為決意の強化」や、「何らかの形で支援に至ること」のみで十分だと解している。例えば、仲間が強盗を行う際に、被告人は何もせず傍で

立っていたという事例において、連邦裁判所は、「所為の実行の際に行為を行わずに傍に立つことも、そのことが正犯に高められた安全感を与え、それにより精神的な支援を意味する場合には、幫助となる」と判示する<sup>(82)</sup>。のみならず、必ずしも現実の「決意強化」があったといえるかについて疑問の残る事案で幫助の成立を認めたものも存在する。事案は、新人弁護士である被告人が、事務所の先輩弁護士二人と依頼人三人が相手方であるレストランのオーナーを恐喝する際、事務所の新人として経験あるパートナーに配慮をすべきだと考え、横で黙って見ていたというものである。連邦通常裁判所は、新人弁護士の態度は委任者の行動を心理的に支援し、被害者に対する金銭的要求の更なる圧力を与えたとして恐喝幫助の成立を肯定したのである<sup>(83)</sup>。

しかし、「単なる存在」により幫助が成立しかねない最後の恐喝に関する判決には、学説から厳しい批判が寄せられた。カラランバキスは、新人弁護士は横で黙って見ていただけなのであるから、その処罰には、「すぐに立ち去るか他の関与者に反対する」という作為義務を負っていたことが必要ははずである。連邦通常裁判所によると、この作為義務要件が、不作為を「『精神的な援助』という積極的な作為に解釈変更することで迂回され」ていると批判する<sup>(84)</sup>。ロクシンも、この判決の論理に従えば、「犯罪に際して無為に立っているだけで介入していない傍観者も、その不行為により正犯の行為を強化したから幫助により処罰されるという維持できない帰結に至る」として拒否の態度を示している<sup>(85)</sup>。

三 もつとも、判例は、最近において、犯行現場での存在をもつて精神的幫助を認めることに修正を図る動きも示している。事案は、被告人XおよびY、Zの三人は、オランダに行く途中に自動車事故を起こしたが、通りかかった被害者Oの車に乗せてもらった際、Yはオランダに行くためにOの車を奪取することを決意し、気分が悪いと言って車を停めさせ、Oが車を降りたときに、YがOを殴打し、さらにナイフを突きつけて反抗を抑圧し、Oの車を強取した。その際Xは、黙って見ていた、というものである。連邦通常裁判所は、「正犯行為の現場に居ることだけでも、それにより行為がその具体的な形態において促進され、あるいは容易にされ」る場合には幫助となりうるが、「正犯行為の場所に

『居る』だけですでに幫助になりうると理解されてはならない。むしろ、刑法の答責性は作為を原則とするという考え方のもとでは、幫助はすべて——精神的幫助も——作為によりなされる従犯の寄与を不可欠の要件とする」としたうえで、本件においては、Xには何らの作為も認められず、また「強盜行為を阻止するための保障人義務は存在しないため、「不作為による幫助」も問題にならない」(「」内は引用者挿入)と判示した<sup>(86)</sup>。もつとも、この決定は「個々の事例においては、従犯が……正犯者の行為決意を強化したり正犯者に高度の安心感を与えるために、自己の存在を『示す』ことだけでも「行為寄与が」認められうる」(「」内は引用者挿入)とも判示しており、「作為」の範囲をかなり広くとっている点には留意を要しよう。

また、次の連邦通常裁判所決定の事案も精神的幫助の成立範囲を限定しようとの方向を有するものと評価できる。事案は、Mがドイツ国内の空港でコカインを譲渡するために外国から車を運転してきた際、Nは、Mがコカインを所持しており、他人に売り渡すつもりであることを知りながら車に同乗し、空港内のレストランまでMに同行して買受人と落ち合い、その後Mと買受人とがMの車に行つてコカインの取引を行ったというものである。決定は、Nが「取引の際にMを支援するために同乗し」、Mに「高められた安全感を与えた」として、薬物の許されない取引に対する幫助を肯定する一方で、N「が同乗することで、正犯による薬物の輸入を具体的な形態でどのように促進し、あるいは容易にしたかが証明されていない」と指摘し、「輸入において、同乗による『単なる存在』<sup>(87)</sup>は可罰的な関与の認定にとって十分ではない」と判示して、薬物の許されない輸入の罪の幫助は否定したのである。加えて、犯行当日に偶然知り合った被害者に暴行を加えて現金等を奪い取ろうとする合意が、幫助犯とされた二名を含む五名の間で成立した後、そのうちの一名が暴行を加えて被害者の反抗を抑圧してポケットから財布を奪い取る際、上記二名が助けを呼ばなかった事案につき、「犯行行為を知つたうえで正犯による犯行の場所に単に存在していただけでは、犯行についての同意があったとしても積極的作為の意味における幫助の認定を基礎づけるのに十分ではない」とした判決もここに挙げてよいと思われる<sup>(88)</sup>。

ドイツの判例は、物理的幫助につき正犯行為の具体的促進を要求する一方で、精神的幫助につき「決意の強化」で十分とする。ただし、「単なる存在」の場合にどの範囲で精神的幫助を認めるかを巡っては微妙な状況にある。このようにまとめることが許されよう。

## 第二節 精神的幫助否定説

学説の状況を、引き続いて明らかにしていきたい。<sup>(89)</sup> ドイツでは、我が国と異なり、精神的幫助の可罰性を否定する見解も有力であるので、その紹介から始めることにする。

ザムゾン<sup>(90)</sup>は、人の内心の領域における因果関係は、十分な確実性をもってはほとんど確定されえないため、「疑わしきは被告人の利益に」の原則からその立証ができないことになるとして、精神的幫助の形態を処罰すべきでない<sup>(91)</sup>と主張する。シュトラーターテンベルトも、同様に、証明の困難性を強調し、現実的な危険増加の要件が潜脱され、嫌疑処罰へと至りうると指摘して、行為決意の強化による精神的幫助を認める一般的理解に反対している<sup>(92)</sup>。しかし、これに対して、ルドルフイは、正犯に付加的な動機を提供して行為決意の基礎を強固にした場合には、具体的な行為決意に対して心理的因果関係があるのではないか、<sup>(93)</sup> またロクシンは、行為決意を安定させる影響の有無・程度をおよそ確定することはできない<sup>(94)</sup>という独断に過ぎるであろうと反論している。

ルシユカは、精神的幫助という、正犯の心理に働きかけてその犯罪実現に影響を与えるという形態は、実定法の予定するところではないとして否定説を根拠付けている。「所為(Tat)」の主体としての「正犯(Täter)」に向けられた影響は、教唆としてのみ刑罰のもとに置かれており、幫助を定めるドイツ刑法二七条は、「正犯(Täter)」ではなくて「所為(Tat)」に向けられた影響付与のみを対象としていると解されるからだ<sup>(94)</sup>というのである。しかし、この見解に対しては、ロクシンが次のように批判している。共犯は通例、正犯(Täter)を通じて作用する。行為決意の強化も行為者を通

じて間接的に所為への影響を持つはずである。行為者への影響と行為への影響の厳格な区別は不可能である<sup>(95)</sup>。フレプスは、ロクシンと同様の指摘を行うとともに、ドイツ刑法二七条は語義的にも正犯の心理に対する影響付与という方法で所為を間接的に促進する形態を排除するものではなく、精神的幫助を同条により捉えることは罪刑法定主義に反するものではないと主張している<sup>(96)</sup>。

### 第三節 抽象的危険犯説

幫助犯を抽象的危険犯と解し、正犯の行為とも結果とも因果關係を要しないと見る見解は、我が国と同様、ドイツでも主張されており、有力な主張者としてヘルツベルクが挙げられる。ヘルツベルクは、幫助犯は結果犯であり、結果に対して因果的でなければならぬと述べてはいるものの、そこでの結果とはドイツ刑法(旧)四九条一項に規定される「援助」(Hilfe)<sup>(97)</sup>としている。そのうえで、「関与者の行為が正犯行為の結果に全く關係しない場合でも、犯罪行為の遂行に対して援助がなされたと言えるか。この問いに対して一般的に否と答えられるわけではないことは明らかだ」として、正犯結果に対して影響を及ぼさない場合にも幫助を認めるとともに、援助により「通例、脅かされている法益に対する危険は高まり、それにより同時に、具体的には危険な影響のない不必要な援助が可罰的になりうる」として正犯行為の促進も要求していない<sup>(98)</sup>。従って、その主張は幫助犯につき因果關係を不要とする見解と捉えられることになる。ヘルツベルクは、精神的幫助においても援助(Hilfe)の提供のみで十分であつて、「決意の強化」という正犯側の事情は問題にならないとしている<sup>(99)</sup>。精神的幫助について結果に具体的な影響を与えなければならぬとする考え方を、「正犯の罪の意識が薄れ、いい気分になったからといって結果を共同惹起したというのは擬制である」と論難する。ヘルツベルクは、このように物理的幫助と精神的幫助において因果關係の枠組みに変更を加えていない。幫助犯の抽象的危険犯構成からは、両者で判断構造を変える必要がないというのは当然であるともいえよう。

しかし、カラランバキスが指摘するように、ヘルツベルクは何を「援助」として積極的に理解するかを明確には述べず、<sup>(101)</sup>「可罰性の限界がはっきりしなくなる」と批判を加えている。また、イエシエック／ヴァイゲントは、「単なる幫助の未遂をも処罰することになるだろう」として、同説を批判している。<sup>(102)</sup>

#### 第四節 正犯行為説

一 正犯行為に対する因果的影響に着目する正犯行為説は、外延部分に不分明なところは残るものの、基本的に判例の立場であった。学説においては、イエシエック／ヴァイゲントなどが同説を支持している。イエシエック／ヴァイゲントは、ドイツ刑法二七条一項が「援助を行う」とのみ規定し、幫助の手段を限定していないことから、「他者の故意行為を故意に促進することすべてが幫助」に当たるとしたうえで、「促進」の具体的な内容としては、「幫助の因果関係の要求を堅持」しながらも、「幫助が正犯行為を可能にし、容易にし、促進し、または強めたことで十分」であるとしている。<sup>(103)</sup> 精神的幫助については、「それは、特に、正犯者の行為意思の強化によって行われうる。精神的幫助は、正犯が従犯により渡された道具を利用しなかったが、その影響により精神的に強化されて感じた場合に考慮に値する」と述べており、決意の強化をもって因果関係を認める判例にも見られた枠組みを採っているようである。<sup>(104)</sup> 例えば、従犯が正犯に逃走車を用意したが、所為の際に正犯がそれを利用しなかったという事例に関し、イエシエック／ヴァイゲントは、場合によって、精神的幫助が問題になると説明している。<sup>(105)</sup>

クラマー／ハイネは、不作為犯論を意識して、何らかの積極的な作為のない単なる同意では幫助にとって十分でないとする一方で、精神的幫助においては、従犯が彼の同意を言葉で表現し、正犯が「行為決意において強化されたと感じれば」<sup>(106)</sup>十分であるとしている。もつとも、「単なる同意や連帯の表現は、行為決意が十分に強化されないので、十分でない」という記述も見られ、また、固く決意している正犯に対する援助については、因果性あるいは「法的に重要な

危険増加」がないので幫助が成立しないとも述べている。どのような同意も、それを相手が認識すれば決意を強化されたと感じうることに、さらに、どの部分から幫助の余地がない「固い決意」なのかが不明であることからすると、「単なる同意」と「幫助となる同意」との限界については不分明さが残るといえよう。

二 幫助の因果関係の内容として、正犯行為の促進とは異なるものを挙げる見解も唱えられている。その一つが、シヤッフシュタインの具体的危険犯説である。同説は、「可罰的な幫助は正犯行為の成功の機会をより高めた場合に存在する、その際、危険増加の判断は専ら事前的に行う、すなわち、「行為の時点において」法益侵害の危険が増加していれば足りると主張する<sup>(107)</sup>。正犯行為を実際に促進することは要せず、促進する可能性が事前に存在すれば十分とする点に特色があるといえよう<sup>(108)</sup>。この見解に対しては、ロクシンが、使われなかった合鍵の交付といった現実には影響しなかった寄与が幫助既遂として処罰される反面、行為場所への梯子の運搬といった現実に行為を促進したにもかかわらず、他の代替手段の想定されるケースでは、仮定的因果関係の考慮により不可罰となる可能性があるとして批判している<sup>(109)</sup>。

シヤッフシュタインは、精神的幫助について、「結果との関係を必要とするドグマは維持できない」と主張している。その理由として、すでに犯行を決意している正犯が、幫助行為により「より安心して」実行行為を行ったという状況があっても、それは条件関係の意味において結果に対する原因であるとはいえないことを指摘している。そのうえで彼は、「正犯が、従犯行為がなければもしかするとすでに固められた行為決意を再び放棄するかもしれない限りにおいて、正犯意思の因果的な強化を言うことができる。『因果性』は、『強化的な』幫助を除外して考える場合に、現実の因果経過と仮定的な因果経過を比較することによってのみ探求することができる」と主張する<sup>(110)</sup>。

続いて、具体的・抽象的危険犯説が挙げられる。同説はフォークラーが主張するものであり、この見解によると、幫助行為は正犯行為に対する具体的危険と正犯結果に対する抽象的危険の両方を有することが要求される<sup>(111)</sup>。その理由は、以下のように説明される。「共犯者は法益を侵害する事象を支配していない以上、具体的な危険の惹起を基準にするこ



とはできない」。正犯結果に対する具体的な危険は要求できないのであり、「せいぜい正犯行為による法益侵害に対する共同影響の一般的な適性を基準にすることができるとどまる<sup>(112)</sup>」。他方、「従犯の所為を法的に否認されるものにするのは「正犯との」連帯である」が、その「連帯は、従犯の寄与と正犯行為との間に客観的な関連が存在する場合にのみ、幫助として可罰的になる」のであり、正犯行為に対する具体的な危険が必要である、と<sup>(113)</sup>「」内は引用者挿入。このうち、正犯結果に対する抽象的危険とは、一般的に見て結果の共同惹起に適する行為をいうとされる。したがって、利用されなかつた援助行為であつても、正犯にとつて一般的にプラスになるような、日常用語での意味において「促進的<sup>(114)</sup>」といえるような行為であれば十分となる。この部分は、具体的危険犯説に比べて可罰性を制限するものではない。また、正犯行為に対する具体的危険の要件は、「法益に対する攻撃が実現されるという、真摯に期待されうる見込み」であるとされている<sup>(115)</sup>。精神的幫助に関してフォークラ<sup>(115)</sup>は、明確にはその要件を述べていない。ただし、「正犯が提供された援助を拒否した事例においても」、「計画された幫助は犯罪構成要件を惹起する行為にとつて、危険創出の意味において全く重要性を失わない」と述べていること<sup>(116)</sup>からすると、決意の強化は要求されず、相当広汎に精神的幫助を肯定するのではないかと思われる。

三 ドイツにおける正犯行為説は、物理的幫助においては正犯行為が現実に促進されること、あるいは、正犯行為の危険を事前的に増加させることを要求する見解が唱えられている一方で、精神的幫助においては、決意の強化をもつて幫助を認めるなど、より緩やかな要件のもとでこれを認める傾向が見られる。しかし、——我が国の学説の検討でも指摘したように——「決意の強化」をもつて因果関係の認定に十分とすることは、精神的幫助の成立範囲を拡大させ、物理的幫助が成立しない場合の受け皿となる傾向が濃厚となるように思われる。

## 第五節 正犯結果説

一 正犯の犯行から生じる結果との間の因果関係を要求する正犯結果説について、各見解が「結果」をどのように捉えているかに配慮しながら検討する。

因果関係レベルでは結果を具体化して考察するロクシンは、因果関係を単なる事実の連関としてのみ捉え、幫助として帰責するか否かに関しては別の判断基準を用いている。具体化された結果に対する促進的關係、すなわち危険増加の有無がその基準であるとする。ロクシンは、物理的幫助について、幫助行為が具体化された結果に対して事実的な因果関係を持つことを前提に、その行為が結果、すなわち法益侵害を可能にし、容易にし、強化し、あるいは成功を保障した場合に帰責されるとする。<sup>(117)</sup> 例えば、正犯が行う窃盜の際に従犯が見張りを行った事例では、見張りも加わって惹起された「二人による窃盜」は、言うまでもなく「一人による窃盜」よりも法益侵害の発生の危険を高めるものであるから、見張りは幫助犯に当たるといふのである。<sup>(118)</sup>

正犯結果説を採りつつ、幫助犯のもとで因果関係概念を修正する論者にクラスがいる。クラスは、ここで「流入あるいは強化の因果関係」という概念を導入する。刑法上の負責のためには因果関係が必要であり、幫助未遂と幫助既遂の區別も、正犯の犯行による結果との間の因果関係に求めるべきである。<sup>(119)</sup> もっとも、教唆においては因果の鎖が直列であるため条件関係が問題なく肯定されるのに対して、幫助においては「正犯の所為決意がすでに堅いため、幫助においては因果の鎖は強化的に、並列に連結されるだけである」から、条件公式の適用には困難を伴う。その例としてクラスは、四本のロープで岸壁に係留されている船から一本のロープを取り去るといふ事例を設定し、船が岸壁に係留されているという事実は四本のロープにより共同惹起されているが、一本を取り去っても係留の事実はなくなると説明する。<sup>(120)</sup> このようにクラスは、ロクシンのように結果を具体的には捉えず、また、代替原因を考慮して因果関係判断を行う。そ

のうへで、物理的幫助においては、幫助行為により正犯による結果の惹起が加速され、構成要件現実化の確実性が高められ、事象経過に大きな程度の影響が与えられた場合に、幫助の既遂が成立する<sup>(121)</sup>。このように因果概念を再構成することにより、判例の促進公式を実質化することができる、とクラスは主張する。これに対して、ザムゾン<sup>(122)</sup>は、クラスが結果を具体的に捉えていない点、代替原因を考慮している点で条件公式の原則に反しており、この原則に従う限り、因果関係概念を修正する必要はないと指摘する<sup>(122)</sup>。また大越教授も、「流入あるいは強化の因果関係」という概念の内容を仔細に検討すれば、ドイツ判例の促進公式以上に明確でかつ実質的な基準を提供しているとはいえないと批判している<sup>(123)</sup>。

幫助の因果関係を考えるにあたり、ドイツ刑法二七条の「援助 (Hilfe)」という文言を重視する見解も唱えられている。カラランバキスは、因果関係の問題一般に対する基本姿勢として、結果を法的に重要なものと観念し、それに対する条件公式に基づく因果関係が必要だとする。そのうえで、幫助犯においては「具体的な最終結果の因果的な共同惹起」および「援助」の各要件により、帰責の範囲を限定すると主張する<sup>(124)</sup>。カラランバキスによれば、「援助」は、行為の可能性、容易化、強化、保障という基準に従って判断され、促進があると認められなければ、幫助の構成要件該当性が否定されるとする<sup>(125)</sup>。シュペンデルも、条件公式を利用する際具体的に法的に重要な構成要件の結果だけを考え、代替原因を付け加えないとしたうえで、(条件関係ではなく) 確実性に境を接する蓋然性で足りるとする修正を認め、さらに法規の文言である「援助」による限定を試みている<sup>(126)</sup>。これに対して大越教授は、「援助する」に当たるか否かのメルクマールとして因果関係が考えられているのであるから、因果関係を「援助」要件により限定するのは論理が逆である、シュペンデルの主張する条件公式の修正には問題がある、などと批判している<sup>(127)</sup>。

二 以上で紹介した見解は精神的幫助をどのように捉えているのだろうか。物理的幫助においては危険増加をもって因果関係の認定に必要かつ十分と述べていたロクシンであるが、精神的幫助においては、行為決意の強化が「構成要件的行為の強化に至る限り、因果関係は明白である」とし、その例として、「傷害に際して、傍の人間がたきつけるよう

に叫んだことにより、正犯がより激しく、長く被害者を殴った場合、「外的な行為の姿の修正があるため、」可罰的な精神的幫助が成立する」(117)内は引用者挿入)ことを挙げている。しかも、「外的な行為の姿の修正」がない場合でも、「精神的な影響が証明可能な形で行為決意を安定させる場合、例えば従犯が正犯のためらいを取り除き、あるいは更なる動機の提供により行為決意を変更不能にする場合にも、因果関係が認められる」ことを指摘している点が目される。(129)なげなら、「構成要件的行為の強化」であれ、「行為決意を変更不能にすること」であれ、そこでは、正犯による犯罪の結果に対する関係は問題とされていないからである。ロクシンは、物理的幫助と精神的幫助の間で、判断枠組みを大きく変えているといえよう。

精神的幫助における判断枠組みの変更はクラスにも見られるところである。クラスは、精神的幫助の要件として、「正犯の決意を固め、強化し、「犯行の」中止を防ぐこと」を挙げており(130)内は引用者挿入)、ここでは、物理的幫助で立てていた「結果の惹起の加速」や「事象経過への大きな程度の影響付与」に触れていないからである。

このような判断枠組みの変更についてロクシンは、精神的「幫助は、所為を条件づける決意を(共同で)惹起することにより、間接的に結果にとって因果的である」という理由を挙げて、正当化を試みている。(131)しかし、「所為を条件づける決意を惹起」したのであれば、それは幫助ではなくて教唆ではないかとの疑問が生じよう。ロクシンが結果を具体化して考察する立場に立つことを考慮して、仮にこの表現が「正犯の具体的な行為態様につき、その決意を惹起する」というように解釈したとしても、正犯の行為態様に対する決意の惹起をもって法益侵害の危険が増加したというのは擬制のように思われる。精神的幫助を巡るロクシンやクラスの見解は、正犯の決意の強化あるいは安定化をもって十分とする点で正犯行為説に接近している。いずれにせよ、精神的幫助における因果関係のあり方としてそれでよいのかは、先に正犯行為説に関して言及したように、疑義の残るところであろう。

ロクシンらとは異なり、カラランバキスは、物理的幫助と精神的幫助で因果関係の判断枠組みを差異化していない。

したがって、精神的幫助の成立範圍は著しく狭まることになるが、これを教唆犯を認めることでカバーしようとした点に彼の見解の特色がある。すなわち、教唆について、第三者の影響が行為遂行のための唯一の決定的な要素であることまでは要求すべきではないとして、複数の「決定的な決意惹起」の並存を認める。そのうえで、犯罪を遂行する意思に對してモメントを提供した場合が教唆であるとしている。<sup>(132)</sup>しかし、「複数の教唆」を認めるのは、従来であれば幫助に止まる事例を教唆にしてしまう点で妥当とは言にくい。今後の検討を要するものの、従来の枠組みを大きく変える点で問題があるように思われる。

#### 第六節 小 括

一 本章では、ドイツにおける判例および学説の状況を概観した。ドイツの判例は、現在に至るまで幫助行為が正犯の惹起する結果に對して因果關係を持つことを必要とせず、正犯の実行行為を現実に促進することで十分とする正犯行為説に立ってきた。精神的幫助において、それは「行為決意の強化」という形をとり、正犯に高められた安全感を与えれば精神的幫助が成立することになる。そのため、正犯による犯行の現場に存在しただけで幫助犯とする判決も現れたが、近時、消極的な裁判例も少なからず登場し、微妙な状況にある。

学説においては、人の内心における因果關係を証明することは難しい、あるいは、精神的幫助の処罰はドイツ刑法二七条の捉えるところではないなどとして精神的幫助の可罰性を否定する見解が見られた。これに對しては、付加的な動機を提供した場合などには正犯の決意に對する因果關係を認めることができる、刑法二七条は精神的な方法で正犯の所為を間接的に促進する場合も含んでいるといった反論が提起されていた。

精神的幫助の因果關係に関しては、我が国と同様、抽象的危険犯説、正犯行為説、正犯結果説が対立していた。抽象的危険犯説では、精神的幫助においても、あくまで一般的な意味で援助(田中)に当たるものの提供があれば十分とさ

れたのであるが、「援助」の中身が明らかでないとの批判を受けた。正犯行為説では、正犯行為の現実の促進を要求する説や危険犯説など様々な見解が主張されているが、精神的幫助に関しては、基本的に「決意の強化」があれば十分とする傾向が見られた。正犯結果説も多様に唱えられるものの、精神的幫助においては「決意の強化」で足りるとする見解が多いように見受けられた。

二 正犯行為説は、精神的幫助における因果関係を「決意の強化」とするのであるが、その内容が明確とはいいがたく、抽象的危険犯説のように広く精神的幫助を認めることになる危険があることは、我が国の判例・学説の検討で指摘した(第二章第五節)。判例の中には、さらに犯行現場に存在したことをもって精神的幫助を認めたものも存在するが、それは不作為犯の処罰における作為義務の要求を潜脱して処罰範囲を広げることにつながり、幫助の成立範囲の不適切な拡大の危険をいわば例証するものだといえよう。

正犯結果説は、物理的幫助においては具体的結果に対する(事後的)危険増加を要求したり、因果関係概念を修正したりして「結果」との因果関係を要求するのであるが、精神的幫助においてはその主張を一貫させておらず、「決意の強化」で十分であるとして、判断枠組みを大きく変更させている。その理由についてはいまだ説得的なものが提示されていないことに加え、「決意の強化」という判断枠組み自体についても、正犯行為説や判例に対すると同様の批判を向けることができると思われる。

三 学説の多くが決意の強化をもって精神的幫助を肯定する理由として、やはり法則性の不知が挙げられる。しかし、我が国の判例・学説の検討でも指摘したとおり(第二章第五節)、だから精神的幫助における因果関係の内容が「決意の強化」でよいとするのは論理の飛躍であり、なお詰めるべき点があると思われる。この点を精密に論じるためには、人間の内心における「因果関係」、すなわち心理的因果関係のメカニズムの解明が必要であるように思われる。そこで本章では、心理的因果関係の内容・構造を深く分析して精神的幫助の要件論に活かそうとするドイツやイギリスの議論を

参照して、さらに精神的幫助の考察を深めていこうと思う。

- (77) ドイツの判例の状況については、大越義久／大越・堀内捷三ほか編『判例によるドイツ刑法（総論）』（良書普及会・一九八七年）二一七頁以下を参照。
- (78) RG (Urt. v. 18.3.1924) St 58, 113ff.
- (79) 条文は以下のとおりである。「(1)重罪あるいは軽罪として刑罰により威嚇されている行為の遂行に関して、知りながら正犯に対し助言あるいは所為により援助を提供した者は、従犯として処罰される。」“(1)Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Täter zur Begehung einer als Verbrechen oder Vergehen mit Strafe bedrohten Handlung durch Rat oder Tat wesentlich Hilfe geleistet hat.”（二項省略）
- (80) Wilhelm Class, Die Kausalität der Beihilfe, Festschrift für Stock, 1966, S.123f.
- (81) BGH (Urt. v. 27.7.1971), MDR 1972, S.16.
- (82) BGH (Beschl. v. 29.11.1984), MDR 1985, S.284. もともと本決定は、被告人は驚いて正犯にやめるよう呼びかけたという事実認定のもと、結論的には強盜幫助の成立を否定し、救助の不履行（三二三条c）の限度で被告人を有罪と処した。
- (83) BGH (Urt. v. 10.2.1982), StV 1982, S.517ff.
- (84) Aristoteles Charalambakis, Zur Problematik der psychischen Beihilfe -- Zugleich ein Beitrag über die Kausalität der Beihilfe --, Festschrift für Roxin, 2001, S.637f.
- (85) Roxin, a.a.O. (Fn.31), S.508. 加えてロクシンは、新人弁護士たる被告人が立ち去った場合、正犯にとって恐喝を行いやすい状況を作ることになるにもかかわらず、処罰が行われないとすると、一貫しないとも指摘している。
- (86) BGH (Beschl. v. 17.3.1995), StV 1995, S.363. その紹介として、鈴木彰雄「犯行現場に居ることによる精神的幫助の成否」比較法雑誌三〇巻四号（一九九七年）一一一頁。なお、Zも傍にいたとみられるが、本決定の被告人にはなっていない。
- (87) BGH (Beschl. v. 21.4.1998), NSiZ 1998, S.517.
- (88) BGH (Urt. v. 24.10.2001), NSiZ 2002, S.139. もともと、二名の者が同意を表明したかどうかという点に関する事実認定に不備があるとして、原判決を破棄している。
- (89) ドイツの学説の状況については、大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院新社、一九八一年）一五九頁以下、山中・前掲（注33）一九二頁以下が詳しい。
- (90) Erich Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S.189ff.
- (91) Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 1981, Rz.899.

- (92) Hans-Joachim Rudolph, Anmerkung zu BGH, StV 1982, S.520.
- (93) Roxin, a.a.O. (Fn.47), S.163, Rn.14.
- (94) Joachim Hruschka, Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe, JR 1983.5, S.178. なお、ドイツ刑法177条の条文は「以下の通りである。」「(1)他人に対し、その者により故意に遂行された違法な所為につき故意に援助を提供した者は、従犯として罰する。」「(1) Als Gehilfe wird bestraft, wer vorsätzlich einem anderen zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat Hilfe geleistet hat.」(1) 既述(略)
- (95) Roxin, a.a.O. (Fn.47), S.163, Rn.14.
- (96) Anja Phleps, Psychische Beihilfe durch Stärkung des Tatentschlusses, 1997, S.19.
- (97) Rolf Dietrich Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA, 1971, S.5.
- (98) Herzberg, a.a.O. (Fn.97), S.6.
- (99) Herzberg, a.a.O. (Fn.97), S.5.
- (100) Charalambakis, a.a.O. (Fn.84), S.630f.
- (101) Roxin, a.a.O. (Fn.47), S.169f, Rn.28.
- (102) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S.694.
- (103) Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn.102), S.691f, 694.
- (104) Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn.102), S.694.
- (105) Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn.102), S.694.
- (106) Peter Cramer/Günter Heine, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch 27.Aufl. (2006), S.554, Rn.12.
- (107) Friedrich Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objektives Zurechnungsprinzip im Strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, Festschrift für Hönig, 1970, S.180.
- (108) 中・野(註3) 1111頁参照。
- (109) Roxin, a.a.O. (Fn.47), S.169, Rn.28.
- (110) Schaffstein, a.a.O. (Fn.107), S.177f.
- (111) Theo Vogler, Zur Frage der Ursächlichkeit der Beihilfe für die Haupttat, Festschrift für Heinitz, 1972, S.307f.
- (112) Vogler, a.a.O. (Fn.111), S.311.
- (113) Vogler, a.a.O. (Fn.111), S.309.



- (114) 大越・前掲(注88)一六七頁。Roxin, a.a.O. (Fn.47), S.169, Rn.27を参照。
- (115) Vogler, a.a.O. (Fn.111), S.309f.
- (116) Vogler, a.a.O. (Fn.111), S.312f.
- (117) Roxin, a.a.O. (Fn.47), S.159, Rn.4.
- (118) Roxin, a.a.O. (Fn.47), S.161, Rn.8.
- (119) Class, a.a.O. (Fn.80), S.124f.
- (120) Class, a.a.O. (Fn.80), S.121.
- (121) Class, a.a.O. (Fn.80), S.126.
- (122) Samson, a.a.O. (Fn.90), S.123ff.
- (123) 大越・前掲(注88)一六五頁。
- (124) Charalambakis, a.a.O. (Fn.84), S.631f.
- (125) Charalambakis, a.a.O. (Fn.84), S.633.
- (126) Günter Spindel, Beihilfe und Kausalität, Festschrift für Dreher, 1977, S.173,185f.
- (127) 大越・前掲(注88)一六九頁。
- (128) Roxin, a.a.O. (Fn.47), S.159, Rn.4.
- (129) Roxin, a.a.O. (Fn.47), S.163, Rn.13.
- (130) Class, a.a.O. (Fn.80), S.126.
- (131) Roxin, a.a.O. (Fn.47), S.163, Rn.13.
- (132) ただし、カラランバキスにおいては、物理的促進関係の有無に関して判例などとは前提を異にしているという点には留意を要する。いわゆる「作業服事例」(RG St 8, 267 (Urt. v. 10.5.1883)。事案は、被害者に正犯者が誰であるかを見分けられなくするため、被告人が正犯者に青い作業服を貸し、正犯者がそれを着て被害者を傷害したというものである)につき、ライヒ裁判所は、作業服の貸与と傷害の間に直接の促進関係を認めず、作業服の貸与が正犯の決意を強化したとして、精神的幫助により被告人を可罰的としたのに対し、カラランバキスは、幫助行為が結果に対する条件関係を持つことを前提にそれが「援助」に該当するかどうかを検討するという枠組みのもと、この事例を、正犯行為を容易にする物理的幫助の事例として捉えている。Charalambakis, (Fn.84), S.635の注49参照。
- (133) Charalambakis, a.a.O. (Fn.84), S.636.