慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	精神的幇助成立要件の具体化
Sub Title	Zur Beschränkung der Strafbarkeit der psychischen Beihilfe
Author	濱田, 新(Hamada, Arata)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2013
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・ 政治・ 社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.98, (2013. 9) ,p.133- 164
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20130915-0133

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

精神的幇助成立要件の具体化

濱田　新

一　はじめに
二　ドイツにおける消極的関与事例の判例
(一)　八〇年代までの判例
(二)　九〇年代から現在に至るまでの判例
(三)　「同意の表明」要件が果たす役割
(四)　小　括
三　消極的関与事例についての学説
(一)　消極的関与事例における幇助犯の成否について
(二)　消極的関与事例における幇助犯の成立範囲について
四　精神的幇助成立要件の具体化
(一)　作為による精神的幇助の成立を基礎付ける要件としての「同意の表明」
(二)　要件の具体化
(三)　我が国における判例の検討
五　おわりに

一　はじめに

近年学説において、幇助犯の一般的成立要件を具体化する取り組みが盛んである。[1] 検討にあたり、主に題材とされているのは、犯罪実行に対する物理的関与や、助言による関与の事例である。筆者も、以前このような事例を素材に、幇助行為性の具体化を試みた。すなわち、被関与者が、犯罪実行を行う蓋然性が高いと評価できる者であり、また、関与者が、犯罪実行にいうに値するほど必要な物・情報を提供する場合、幇助行為性が認められる。この幇助行為性判断によって、適切に処罰範囲を限定することができると指摘した。[2] 右の幇助行為性判断基準は、決意の強化による精神的幇助の事例においても、基本的に妥当すると思われる。すなわち、犯罪実行を行う蓋然性が高いと評価できる者に対し、関与者が、犯意をいうに値するほど強化するような動作・態度をとる場合に、幇助行為性が認められる。この幇助行為性判断基準は、精神的幇助の成否を適切に判断することに資すると思われる。

本稿では、右の幇助行為性判断基準の具体化を試みたい。具体化の手がかりとして、精神的幇助の限界事例と評価できる、犯罪への消極的関与の事例をとりあげる。消極的関与の事例とは、関与者が犯罪実行への同意を有していたことや、犯罪現場に居たこと、犯罪現場に同行すること等によって、正犯の決意が強化されたという事例である。消極的関与による精神的幇助の事例は、古くからドイツ判例で散見される。また、我が国においても、例えば、飲酒関与同乗者に危険運転致死傷罪幇助を認めた最決平成二五年四月一五日等がある。以下では、ドイツにおける消極的関与事例の判例・学説を紹介した上で、前述の幇助行為性判断基準を具体化する。なお、本稿では、作為による精神的幇助の具体化を目標とし、不作為による精神的幇助・物理的幇助の成立要件については、検討の対象外とする。

二　ドイツにおける消極的関与事例の判例

犯罪を行おうとする者に、鼓舞・激励といった積極的な働きかけを行い、それによって正犯の決意が強化され、犯罪が行われたという積極的関与の事例では、作為による精神的幇助が認められるとするのが、ドイツ・我が国の判例・通説である。[3] しかし、消極的関与の事例でも、作為による精神的幇助は成立するのだろうか。同事例における、作為による精神的幇助の成否・成立範囲については、議論がある。ドイツの裁判所は、消極的関与の事例につき、一定の範囲で、作為による精神的幇助を認めている点で注目される。[4] 以下では、消極的関与事例についてのドイツの主要判例[5]を紹介し、判例上、作為による精神的幇助の成立要件はどのように考えられているのか、明らかにする。判例の中でも、関与者が犯罪実行への同意を有していたことや、犯罪現場に居たことによる関与の事例（以下、同意事例・居合わせ事例）は、特に重要である。積極的な身体的動作がなく、不作為の事案にみえるこれらの事例においても、作為による精神的幇助を認めるのであれば、その理由を検討することを通じて、作為による精神的幇助の成立要件がいかなるものであるかが、明らかになるからである。

㈠　八〇年代までの判例

1　作為による幇助の成否を問題とした判例

まず、自動車運転手に対する強盗が行われた際に、近くに立っていた者に対し、作為による精神的幇助の成立を認めた判例がある（夜間強盗事件[6]）。被害者（運転手）と、正犯、被告人は、夜間車に乗っていた。正犯は人気のない場所で車から降り、運転手を殴打し、金銭を奪った。被告人は、車が野道で曲がった際、運転手から金銭を奪取しよう

とする正犯の計画に気付いていた。犯行の際、はじめ、被告人は近くに立って待っていたが、乱闘の過程で、さらなる悪化を防ぐために、介入さえした。被害者から金銭が奪われた後、被告人らは被害者を残して車で去り、被告人は金銭の分配を受けた。連邦通常裁判所は、被告人がその場に居ることによって、正犯に高度の安心感を与えたとして、精神的幇助の成立を認めた。

また、恐喝の現場に同席していた者につき、作為による精神的幇助を認めている判例もある（弁護士恐喝事件[7]）。本事件で、新人弁護士である被告人は、同僚弁護士とその他の者が、恐喝を行う計画を有していることを知らずに、犯罪現場に赴いた。被告人は、現場で犯罪計画に気付いたが、同僚の要求に反論することなく、同席し続けた。被告人は、弁護士としてその場に同席していることが、犯罪を精神的に援助・促進し、要求を強調することを認識していた。被告人は、単に黙って居ただけなので、精神的幇助として評価される作為を何ら行っていないと主張した。しかし、連邦通常裁判所は、被告人が犯罪実行の際、黙ってその場に居たことは、作為による恐喝の促進として非難されると述べて、被告人の主張を退けている。

2　不作為による幇助の成否を問題とした判例

一方、前記の二つの事件と同様の事例のようにみえるにもかかわらず、不作為による幇助の成否を問題としたヘロイン密輸事件[8]もある。オランダからドイツに戻る途中に、同乗者らがヘロインを密輸入しようとしていることを知った被告人は、彼らを非難した。国境が間近に迫った際、同乗者の一人が、国境でなされ得る質問の際には、友人を訪ねるためにオイペンに行っていたといおうと主張したが、その主張に対し、被告人は何もいわなかった。原審は、麻薬輸入の精神的幇助が明確に存在するとした。なぜなら、被告人がその計画について反論しなかったので、正犯において、「彼女がその取り決めを守ること、そして、それゆえ、ヘロインの購入と、ドイツへの輸入が発見される危険性が相当に減少する」との期待を生じさせたからである、という。

これに対し、連邦通常裁判所は、被告人の行為につき、不作為による幇助の成否を問題とし、被告人には保障人的地位が欠けると判断した。連邦通常裁判所は、次のように述べている。「被告人は、作為によって、犯罪に貢献していない。というのは、被告人は、犯罪実行を促進し、あるいは主観的に正犯を援助できることを、何も『しなかった』からである」。なお、本事例では、国境で、誤った申し立てをするという不当な要求に反論しなかったという不作為が問題となっているので、「正犯を精神的に援助する肉体的な居合わせが、作為による幇助として評価され得るかどうかについては、未決定である」と述べた（その際、前述の夜間強盗事件を、明白に作為による幇助の成立を認めた判例として挙げている）。

3　判例の矛盾？

これらの三つの事件では、犯罪現場に居ることや、正犯の提案に反論しなかったという被告人の態度が問題となっており、何ら身体的動作を伴わない点で共通している。また、被告人の態度によって、正犯の決意が強化されている点も同じである。これらの点に鑑みると、同種事例のようにみえるにもかかわらず、先の二つの事件では、作為による幇助を認める一方、ヘロイン密輸事件では、不作為による幇助を問題にしている。学説の多くは、これらの事案は「本質的に同じ性質」を持っていると評価した上で、判決の矛盾を指摘している[9]。しかし、ヘロイン密輸事件と、他の二つの判例とで、事案が異なるのであれば、判例の立場は矛盾するものではないといえよう。

もっとも、ヘロイン密輸事件において、連邦通常裁判所は、作為による幇助が認められない理由として「被告人が何もしなかったこと」を挙げているにすぎず、夜間強盗事件とヘロイン密輸事件との事案の違いは、判決文からは判然としない。また、先の二つの判例をみても、作為による幇助の成立要件の具体的内容は、必ずしも明らかではない。ドイツ判例上、作為による幇助の成立要件はどのように考えられているのか、さらに、ヘロイン密輸事件と先の二つの判例とは、どのように事案が異なるのかを明らかにするため、引き続き、判例を概観してみることにしたい。

(二)　九〇年代から現在に至るまでの判例

1　自動車強盗事件

次に紹介するのは、同意事例であり、居合わせ事例でもある、自動車強盗事件である。[10] A（正犯）、B、被告人の三人は、ヘロイン調達のために車でオランダへ向かう途中、事故に遭った。三人は、事故に気付いて停車した被害者の車に同乗させてもらうことになった。走行後、Aは、被害者に停車を頼み、いったん車から降りた。再乗車したAは、車を奪取してオランダへ行くことを決意した。Aは、再び被害者に車を停めさせ、彼を車外に蹴り出し車を奪った。被告人は、一度目の停車の際に、Aが車を所有してオランダに行きたいと思っているという印象を得ていた。二度目の停車の際、被告人はAが被害者に車から降りるように要求するのを聞き、Aが被害者を車外へ蹴り出すのに気付いた。原審は、被告人が犯罪現場に居ること、また、その際に同時に明らかになる犯罪実行への同意によって犯罪の決意を強化したとして、作為による幇助を認めた。しかし、連邦通常裁判所は、以下のように述べて作為による幇助の成立を否定し、不作為による幇助の成否を問題とした上で、被告人には保障人的地位が欠けると判示した。決定要旨は以下のとおりである。

①「被告人が、その場に居ることによって、犯罪実行を了解するという意味での同意は、いまだ幇助ではない。それは、内面的な考え方であり、援助として評価される行為ではない。もちろん、正犯に対し犯罪実行への同意が表明され、そして、それによって、犯行決意や、犯罪を継続的に追求しようとする態勢が強化されたとき（いわゆる精神的幇助）は、これとは異なる。しかし、そのような表明された同意は、本事例では存在しない」。犯罪行為は、あらかじめ合意されておらず、Aが被害者を車外に蹴り出したとき、被告人は不意を襲われたのであり、「事件当時その場に居るか、居ないかについての選択を全く持っていなかった被告人が、単にその場に居たことには、そもそも表明

の価値が認められず、Aによってはじめられた犯罪実行の、説得的に表明された同意の意味も認められない」。

②「確かに、連邦通常裁判所の判決において、――入念かつ正確な認定を必要とするが――犯罪実行が具体的な形態で促進・容易にされ、そして、幇助者がそれを認識していた限りで、単に犯罪現場に居ることによっても、幇助が果たされ得ることは認められている」（ヘロイン密輸事件判決は未決定、弁護士恐喝事件判決は肯定的とする）。「しかし、この『公式』は、そのような解釈を思いつかせるようにみえるにもかかわらず、犯罪現場に『居る』という単なる状態が、既に幇助になり得るかのように理解されてはならない。むしろ、作為による刑法上の答責性の枠内では、幇助は、すべて――いわゆる精神的幇助も――作為によってもたらされた、幇助者の行為寄与を不可欠の前提とする」。「もちろん、個々の事例においては、こうした行為寄与は、幇助者が、犯罪実行に対する正犯の計画を知りつつ、正犯の決意を強化したり、正犯に高度の安心感を与えるために、例えば、同行・同乗したり、同伴して、自己の居合わせを、いわば『提供する』中に存在する」。しかし、本件はそのような場合ではなく、被告人は作為による寄与を何ら果たしていないと判示した。

2　自動車強盗事件決定から明らかになること

連邦通常裁判所は、決定要旨①の箇所では、同意事例について述べており、たとえ被告人が犯罪実行に同意していたとしても、作為による幇助を認めるにあたっては、その同意が正犯に「表明」されていなければならないとする。本事例では、あらかじめ犯罪実行についての合意がなく、被告人が現場に居合わせたことは偶然の出来事であったため、「同意の表明」は認められず、作為による幇助は成立しないとしている。このように、あらかじめ犯罪実行についての合意がなく、被告人が現場に居合わせたことは偶然の出来事であった場合、そのことを指摘して、作為による幇助を否定した判例は、本決定の他にも複数見受けられる[11]。

決定要旨②の箇所では、裁判所は、居合わせ事例について述べている。居合わせ事例で作為による精神的幇助を認

めるには、作為による行為寄与が必要であるとし、その例として同行・同乗を伴う居合わせ事例を挙げている。先行判例との関係から注目すべき点は、本決定が、弁護士恐喝事件判決を引用して、居合わせ事例においても作為による幇助が成立する可能性を認めつつ、本事案では、作為による幇助を否定した点である。本判例は、弁護士恐喝事件判決の射程を、限定的に画するものと指摘されている。[12] 弁護士恐喝事件判決に対しては、犯罪行為の見物人までもが作為による幇助になるとの批判が提起されているところであり、[13] 本決定が、居合わせ事例において、作為による幇助犯の成立を認めることに慎重な姿勢を示したことは、支持に値する。

3　二つの解釈の可能性

裁判所は、同意事例については、「同意の表明」が認められれば、作為による幇助が成立するとし、また、居合わせ事例については、同行・同乗が伴う場合、作為による幇助が成立すると述べている。問題は、同行・同乗が伴わない居合わせ事例における、幇助犯の成立範囲である。本決定は、居合わせ事例において、犯罪を認識して同行・同乗を行った結果、犯罪現場に居たという事案以外でも、作為による幇助が成立する余地を認めるものと解されるが、[14] 同行・同乗が伴わない居合わせ事例につき、どのような場合に作為による幇助が成立するのかは、必ずしも明確ではない。

考えられる解釈は二つある。まず、決定要旨①・②は、各事例を区別して述べたものではなく、①の趣旨が、居合わせ事例にも妥当するという一体型解釈である。すなわち、居合わせ事例において、その関与者の態度が、「同意の表明」と評価される際に、作為による幇助が成立すると解釈する。このように解するならば、自動車強盗事件決定は、同意事例・居合わせ事例につき、作為による幇助が認められる要件として、「同意の表明」を挙げているものと整理できよう。一方、①・②を区別して読むという区別型解釈もあり得る。区別型解釈によれば、作為による幇助が認められるためには、「同意の表明」ではなく、「犯罪実行に役立つものとして振る舞おうとする態度」が必要ということ

になろうか。例えば、関与者の態度が、被害者との人数差や、肉体的優越を誇示する態度であるならば、作為による幇助の成立が認められよう。

自動車強盗事件決定の解釈につき、いずれの解釈が妥当であろうか。一体型解釈によれば、被告人の犯罪現場での居合わせは、「同意の表明」と認められないことは、既に決定要旨①で明らかにされたので、再度、②でそのことを述べる必要もないと思われる。区別型解釈によれば、被告人が、被害者との体格差や、人数差を強調するような態度をとっていたのかが、新たに検討されるべきであろう。しかし、本判例の決定要旨②では、区別型解釈をとる際に行われるべき検討がなされておらず、被告人は作為による寄与を何ら果たしていない、としか述べられていない。それゆえ、一体型解釈が妥当ではないかと思われる。このような解釈が正しいとすれば、同意事例・居合わせ事例において、作為による精神的幇助が認められるためには、その関与が「同意の表明」と評価できるものでなければならない、ということになる。

㈢ 「同意の表明」要件が果たす役割

1 二つの役割

同意事例・居合わせ事例において、「同意の表明」が、作為による精神的幇助を認めるための要件と解釈できるとしても、「同意の表明」要件は、どのような役割を果たしているのだろうか。第一に、同意事例において明らかであるように、意思の表明を要求することは、内心を処罰することを禁ずる行為主義原則からの要請にかなうものである。それゆえ、「同意の表明」要件は、行為性を満たすための要件として機能しているといえる。

第二に、「同意の表明」要件は、作為犯の幇助行為性を画する機能を果たしていると思われる。仮に、作為による精神的幇助を肯定するには、「同意の表明」要件は不要であり、何らかの意思の表明と、決意の強化があれば足りる

と解釈するのだとすれば、ヘロイン密輸事件においても、作為による精神的幇助が成立し得たはずである。しかし、同事件では、作為による幇助の成立が否定された。その理由は、意思の表明・決意の強化は認められるものの、その意思表明は、「犯罪不阻止」の意思表明でしかなく、「同意の表明」と評価できないことから、作為による幇助行為性が認められなかったからであろう。[15]

以上のように考えると、ヘロイン密輸事件は、夜間強盗事件・弁護士恐喝事件と事案が異なるため、判例の立場に矛盾はないと結論付けることができる。夜間強盗事件・弁護士恐喝事件では「同意の表明」が存在すると解し、ヘロイン密輸事件では、「犯罪不阻止」の意思表明しか存在しないと解釈するのであれば、事案が異なることになる。裁判所が、「同意の表明」の存否によって、作為による幇助の成否を画しているのであれば、判例の立場は一貫している。なお、「同意の表明」要件は、身体的動作を伴う事例においても、作為犯の幇助行為性を画する機能を果たしていると思われる。この推測を裏付けるものとして、同行による精神的幇助が問題となった判例[16]を紹介する。

2　同行による精神的幇助の判例

被告人は、正犯らが被害者の口座から金をおろそうとしているのを認識していたのにもかかわらず、正犯らと、被害者とともに車に乗って、銀行の近くの駐車場まで行き、正犯らの監視下にとどまる被害者を残して、彼らに別れを告げた。原審は強盗的恐喝罪の幇助の成立を認めたが、連邦通常裁判所は、次のように述べて、強盗的恐喝罪幇助の成立を否定した。まず、被告人が正犯の車に一緒に乗ることによって、犯罪行為に同意したという原審の理解には既に懸念があるが、そのように解釈する余地があるとしても、「単なる了承の意味での同意は、いまだ援助行為として評価されない……犯罪実行を促進する行為は、彼らに認識可能な被告人の同意が、犯罪を継続する正犯の態勢を強化した場合にのみ、認められる……しかし、正犯らが、何らかの方法で、被告人の態度や振る舞いによって影響されたということは、明らかではなく……被告人の前述の行為寄与によって、その他の参加者において、無制限の連帯の印

象を惹起し、それによって、彼らの態勢を強化したという認定とは相反する」。

注目すべき点は、連邦通常裁判所が、同行による関与事例においても、「同意の表明」が認められるかを問題としている点である。犯罪計画を認識しつつ、犯罪現場付近まで同行したという本事案では、「同乗」という身体的動作によって、行為性が認められる。しかし、連邦通常裁判所は、「同意の表明」としての同乗によって、正犯らが何らかの影響を受けているかを検討している。このことから、「同意の表明」要件は、身体的動作を伴う事例においても、作為による幇助行為性を認めるための要件として機能していると理解できる。

㈣ 小括

以上、消極的関与事例における、ドイツ判例の流れを概観した。ドイツ判例は、消極的関与事例では、「同意の表明」を、行為性を満たすための要件として、また、作為による幇助行為性を満たすための要件として、要求していると解される。例えば、関与者が犯罪実行に偶然居合わせた事案（自動車強盗事件）では、「同意の表明」が、行為性の有無を判断するために用いられている。また、犯罪不阻止の意思表明しか存在しない事案（ヘロイン密輸事件）では、「同意の表明」が、作為による幇助行為性の有無を判断するために、用いられていると考えられる。そして、「同意の表明」要件は、関与行為が身体的動作を伴うか否かとは無関係に、必要とされているように思われる。

ヘロイン密輸事件や、自動車強盗事件では、判例は、「同意の表明」の存否について、客観的に判断し、また、その存在を肯定することに慎重な姿勢をとっている点は評価される。一方、夜間強盗事件・弁護士恐喝事件判決の書きぶりには、やや懸念がある。両事件で「同意の表明」が存在すると解するならば、黙って犯罪現場に居ることが、「同意の表明」と評価できる理由について、詳述すべきであった。ただし、この点を除けば、ドイツ判例理論は、第四章で述べるように支持に値する。

三　消極的関与事例についての学説

では、次に、消極的関与事例についての学説を紹介する。見解の内容は、消極的関与事例における幇助犯の成否に関するものと、消極的関与事例における幇助犯の成立範囲に関するものとに分かれる。

㈠　消極的関与事例における幇助犯の成否について

前述のように、ドイツ判例は、消極的関与事例において、作為による幇助犯が成立することを明示的に認めているが、ドイツの学説の多くは、消極的関与によって作為による幇助犯が成立するという前提そのものに懐疑的である。それは、正犯の決意が、その消極的関与によって、よりいっそう強化されるのか、必ずしも明らかではないことによる。[17] 例えば、同意事例に対しては、以下のように指摘されている。「正犯との単なる連帯、犯行に対する賛意の表明、あるいは共感の表明は、可罰的な幇助のためには十分ではない。というのは、それによって行為の決意が、（懸念の払拭の場合のように）強固とされるわけでも、（追加的動機の提供の場合のように）覚悟の基盤になるわけでもなく、（法益侵害の拡大の場合のように）強化されるものでもないからである」。[18] また、居合わせ事例についても、「この事例類型に属するほとんど全ての具体例においては、援助行為も、犯罪実行の促進もなく、したがって、可罰的幇助が肯定され得ない」[19]と指摘されている。

もし、消極的関与の事例において因果関係が欠けているにもかかわらず、精神的幇助を認めるのだとすれば、不可罰であるはずの幇助未遂が、処罰の対象に含まれることになり、許されないというべきであろう。[20] もっとも、近年、ドイツ判例は、消極的関与の事例につき、因果関係の入念かつ正確な認定が必要であることを、繰り返し述べている。[21]

消極的関与の事例において、因果関係の認定に慎重な姿勢をとることは、最近のドイツ判例・学説に共通している。

消極的関与行為と、犯罪実行・結果との間に因果関係が存在すると認定できた場合[22]、次に問題となるのは、因果関係が認められる消極的関与につき、幇助犯の成立を認めるべきかという問題である。まず、二つの方向性が考えられる。一つは、心理的因果関係が肯定されるのであれば、作為による精神的幇助は認められるという考え方である[23]。もう一つは、条文に記載されている「援助」（ドイツ刑法二七条）、「幇助」（日本刑法六二条）のメルクマールを重要視し[24]、ほとんどの消極的関与事例において、幇助行為性を否定するという考え方である。

前者のように考えるならば、作為による幇助行為性を広く認めすぎる点で、妥当でない。また、心理的因果関係を肯定するには、事後的にみて正犯の決意が強化されていれば足りると解するならば、不当な処罰を導く可能性がある。具体的には、不作為による幇助として処罰されるべきと思われる場合においても、保障人的地位の要求を回避した、作為犯処罰が行われる恐れがある[25]。また、正犯が、関与行為と犯罪計画とを、恣意的に結び付けることによって、決意が強化された場合にも、関与者が処罰される危険性がある[26]。

後者のように考えるならば、事前判断である幇助行為性を厳格に解釈する点で、適切であると思われるが、ほとんど全ての消極的関与事例において作為による幇助行為性を否定するとすれば、処罰範囲が狭すぎる[27]。正しい方向性は、両者の中間にあると思われる。すなわち、事後的判断によれば、関与行為によって決意が強化されている場合であっても、常に作為による幇助が成立するとせず、幇助行為性の事前的判断を具体化することによって、処罰範囲を切り分けるという方向性である。このような方向性が正しいとしても、どの範囲まで幇助を認めるべきかが、次に問題となる。

(二)　消極的関与事例における幇助犯の成立範囲について

作為による幇助行為性を具体化するにあたっては、以下に述べるロクシンの見解が参考になる。「正犯が、その場に居る者が正犯を裏切らないであろう、あるいは、邪魔をしないであろうと考えて、犯行の継続を動機付けられた場合においても、何もせずにその場に居ることは、いまだ可罰的な幇助ではない。確かにそのような消極性を、犯罪実行の方法に影響を与えるような正犯への激励と解釈することもできる。しかし、それを幇助として処罰することは、単なる不作為の処罰が保障人的地位を前提としていることを無にするものである」。「この点、その場に居合わせたものが、正犯が認識するように、場合によっては、正犯のために介入するつもりである場合には別である。というのは、このような場合においては、通常、犯罪現場に姿をみせること、とどまることが、既に少なくとも、必要であれば介入することの約束であり、幇助として可罰的な作為であるからである」とする。[28] ロクシンは、阻止しないという態度を、可罰的な「激励」と解釈してはならず、必要であれば犯罪実行に介入するという「約束」といえる場合でなければ、作為による幇助犯の成立を認めるべきではないとしている。つまり、消極的関与の事例で作為による幇助を認めるには、事前にみて、その関与行為が、犯罪への積極的働きかけと同様の危険性を持った行為と評価できなければならない、との主張であると解釈できる。

我が国においても、消極的関与事例につき、作為による精神的幇助の成立範囲を限定的に理解する見解が有力に主張されている。[29] 例えば、島田聡一郎教授は、次のように述べている。一般的な犯罪不阻止が処罰されていない日本刑法の解釈としては、保障人的地位にない者の行為が、決意の強化による心理的因果性を満たすためには、関与者が「正犯の側に立った」といえなければならないが、単に犯行を妨害しないと思わせるだけでは、そのようにはいえない。行為者に保障人的地位がない場合には、「彼に妨害されない」と思ったことによって、決意が強化されただけで

は足りず、正犯に対して、より積極的な動機付けを与えることが必要であるとする。具体的には、心理的因果性による作為の関与として評価されるためには、正犯に対して、場合によっては自分の利益のためになるよう介入してくれるだろう、あるいは、犯行後に自分を手助けしてくれるだろうといった形での動機付けを与えたことが必要である、とする。これに対し、保障人的地位にある関与者が、「阻止しない」という発言を行った場合には、正犯は「本来阻止すべき者が阻止しないでいてくれる」との認識が生じる。そのことによって、決意が強化された場合には、心理的因果性を肯定することができる、という[30]。島田教授の見解も、事後的にみると決意の強化が存在する事例で、常に作為による幇助を認めるのではなく、事前的判断によって、作為による幇助の成立範囲を限定するものと理解できる。

以上のように、学説においては、正犯の決意が強化されているだけでは、作為による幇助犯を認めるには不十分であるとした上で、犯罪を阻止しない態度しか存在しないような事例では、場合によっては作為による幇助の成立を否定するとの見解が有力に主張されている。このような見解は、「同意の表明」要件の具体的解釈に資すると思われる。

四　精神的幇助成立要件の具体化

㈠　作為による精神的幇助の成立を基礎付ける要件としての「同意の表明」

以上、消極的関与事例におけるドイツの判例・学説を概観した。ドイツ判例は、消極的関与事例において、「同意の表明」を、作為による精神的幇助の成立要件としていると解釈できる。具体的には、犯罪不阻止の意思表明しか存在しないと解される事案では、作為による幇助の成立が否定されている。学説においても、犯罪を阻止しない態度が存在するにすぎない事例では、決意の強化があったとしても、作為による幇助の成立が限定的に理解されるべきこと

が有力に主張されている。このような判例・学説は、作為による精神的幇助の成否を適切に判断するために、作為による幇助行為性を具体化するものとして整理でき、支持に値する。

なお、ドイツ判例は、犯罪計画に積極的に関与した事例で精神的幇助を認める際、「同意の表明」要件を要求していない。[31] しかし、積極的関与事例では、その関与につき、作為による幇助行為性が認められることがほとんどであるため、「同意の表明」要件が、明示的に要求されていないものと解釈できる。「同意の表明」要件は、消極的関与事例だけでなく、精神的幇助事例一般に妥当するものと考える。

(二)　要件の具体化

「同意の表明」要件を、精神的幇助の成立を基礎付ける要件と把握した上で、以下、精神的幇助成立要件について、私見を述べることにする。冒頭で述べたとおり、関与者が、①犯罪実行を行う蓋然性が高いと評価できる者に対し、②犯意をいうに値するほど強化するような動作・態度をとる場合に、幇助行為性が肯定される。要件①については、当該正犯自身の心理状態・行動によって判断されるべきと既に指摘した。[32] 本稿では、要件②の具体化を試みる。

1　行為性の要件

まず、判断の前提として、行為の存在が必要である。社会的に意味のある態度が存在すれば行為性は認められる。物理的な身体的動作は必ずしも必要ではないが、[33] 単なる内心的同意が存在するにすぎない場合には、行為性は否定されるべきである。この点、被告人が現場に居合わせたことは偶然の出来事であったことを指摘して、行為性を否定した自動車強盗事件決定は、行為性判断を厳格に行っている点で、参考になろう。

2　作為による幇助行為性の要件

(1)　「同意の表明」の存在が必要不可欠であること

行為性が認められるとしても、作為による幇助行為性の肯定にあたっては、関与者の態度が、「同意の表明」と評価できなければならない。「犯行とは無関係である」との態度や、「犯行を阻止しない」との態度には、作為犯としての幇助行為性が欠けている。その理由は、以下のように考えることができよう。

他人の犯罪実行に対する態度は、「同意」・「反対」・そのいずれでもない「無関心・不阻止」の三つのカテゴリーに分類できる。「同意」は、犯罪に向かおうとする正犯を、犯罪に向けて、動的に押し進めようとする態度であり、「反対」は、犯罪に向かおうとする正犯を押し戻そうとする態度であり、そのいずれでもない「無関心・不阻止」は、犯罪に向かおうとする正犯を押し戻す存在にも、押し進める存在にもならないことを示す態度である。

いずれも正犯の決意を強化するものではあり得る。犯罪実行に反対する場合ですら（例えば、犯罪を決意した者に、「お前にはどうせ無理な大役だから、やめておけ」等という場合のように）、「同意」や「無関心・不阻止」の態度が存在する場合と同程度に、正犯の決意を強化することはあり得る。もっとも、犯罪実行に反対する意思を表明したことによっても、作為による幇助が認められるとする学説・判例は見受けられない。「反対」する態度につき、幇助行為性が否定されるとの結論には、疑いが生じないとしても、それはなぜなのか。また、「無関心・不阻止」の態度については、どのように考えれば良いのだろうか。

(2) 作為による物理的幇助との関係

手がかりは、作為による精神的幇助とパラレルに考えられる、作為による物理的幇助との関係にあると思われる。作為による物理的幇助と作為による精神的幇助は、行為の態様は異なるものの、法的に同質の行為が予定されていると考えられる。精神的幇助の成否を判断するにあたり、その行為と同質の行為が、作為による物理的幇助として処罰されるのであれば、作為による精神的幇助を認めて良いが、その行為と同質の行為が、作為による物理的幇助として処罰されないのであれば、作為による精神的幇助を否定すべきである。

まず、「同意の表明」に関していえば、これと同質の物理的関与は、犯罪に必要な物や情報を提供するといった、正犯を犯罪実行へと動的に押し進めようとする行為である。犯罪に必要な物や情報を提供する行為には、作為による幇助行為性を肯定できる。それゆえ、「同意の表明」は、作為による精神的幇助として処罰される。

犯罪実行に「反対」する態度と同質の物理的関与は、例えば、正犯の犯罪道具を隠すといった、犯罪に向かおうとする正犯を押し戻そうとする行為である。このような行為が、何らかの形で犯罪実行を促進することは想定できるが[34]、作為による物理的幇助として処罰されると考えられていない。それゆえ、「反対」する態度は、作為による精神的幇助として処罰されないと解される。このように、「同意の表明」がある場合には、幇助行為性が肯定される一方で、「反対」する態度しか存在しない場合には、幇助行為性が否定されるという帰結は、作為による物理的幇助との対応関係から説明することができる。

「無関心・不阻止」の態度について、幇助行為性が否定される理由についても、同じように考えることができる。「無関心・不阻止」の態度と同質の物理的関与は、犯罪に向かおうとする正犯を押し戻すことも、押し進めることもしない行為（例えば、正犯の身の回りの世話をする行為）である。このような物理的関与が、何らかの形で犯罪実行を容易にすることはあり得るが、作為による物理的幇助にあたると考えられてはいない。それゆえ、犯罪に向かおうとする正犯を押し戻す存在にも、押し進める存在にもならないことを示す「無関心・不阻止」の態度については、作為による幇助行為性が否定される。

以上のように、作為による精神的幇助行為性は、「同意の表明」が存在する場合にのみ、認められる[35]。なお、前述のとおり、消極的関与事例の成立範囲に関する学説においては、関与者が、場合によっては、正犯のために介入するつもりであるのかを重視するものがある。もし、正犯のために介入するとの約束がある場合に限って、「同意の表明」を肯定するのならば、そのような約束が認められない夜間強盗事件や弁護士恐喝事件においては、ヘロイン密輸

事件と同様、不作為犯の成否が問われるべきことになろう。しかし、「同意の表明」は、関与者の態度に、正犯のために介入するとの約束が含まれていなくとも認められよう。それゆえ、夜間強盗事件や、弁護士恐喝事件では、作為による幇助が成立する余地があると考える。

(3) 「同意の表明」要件判断の認定

ただし、「同意の表明」要件充足は、慎重かつ客観的に判断されるべきである。それは、以下で述べるように、適切な作為犯処罰を行うためである。

まず、「同意の表明」の存否は、関与行為の直前の状況や、関与者の過去の言動の解釈等から、慎重に判断されなければならない。同意事例や居合わせ事例では、その関与者の態度が、「同意の表明」なのか、犯罪への「無関心・不阻止」の態度でしかないのかは、一目瞭然ではないため、とりわけ注意が必要である。同意事例・居合わせ事例で安易に「同意の表明」を肯定する場合、保障人的地位の要求を回避した、不当な処罰を認める恐れがある。夜間強盗事件や、弁護士恐喝事件に関していえば、被告人の行為につき、作為による幇助が成立する余地はあると思われるが、被告人の態度が「同意の表明」と評価できるものであったのか、両判決文からは明らかではない点で問題がある。もし、これらの事例で、犯罪への「無関心・不阻止」の態度が存在するにすぎないのであれば、作為による幇助行為性は否定されなければならない。「無関心・不阻止」の態度が存在するような事例では、関与者が犯罪実行に対し、内心では同意している場合もあろう。しかし、その同意が外部に表明されているわけではない以上、作為犯として処罰することは許されないのである。

また、正犯が、関与行為と犯罪計画とを、恣意的に結び付けることによって、決意が強化されている場合、関与者は処罰されるべきではない。そのため、「同意の表明」の存否は、正犯の主観的評価のみによって判断されるのではなく、客観的評価によって決定されるべきである。すなわち、正犯が、関与者の言動を、同意の表明であると勝手に

解釈していたとしても、客観的評価によってその行為が「同意の表明」と認められなければ、作為による幇助行為性は否定される。

(4)　決意を強化する効果の量的判断

同意の表明が存在すると認められたとしても、その同意の表明が、いうに値するほど、正犯の決意を強化するものでなければならない。同意の表明も、その内容や、関与者と正犯との人間関係によっては、決意を強化する効果に高低がある。[36] 事前にみて、決意を強化する効果が少ないと思われる行為については、幇助行為性を否定すべきである。例えば、暴力団の事務所を襲撃するために出発する組員を、その組長ら幹部とともに集結して見送った多数の平組員の全員につき、[37] 常に精神的幇助が認められると解するべきではない。積極的関与の事例においては、その積極的な働きかけの内容自体によって、その関与が、いうに値するほど決意を強化するものであると評価できる場合が多いと考えられる。しかし、そのような積極的な働きかけが存在しない消極的関与の事例において、幇助行為性を判断する際には、関与者が、正犯の意思に対して、ある程度強い影響を与える者であるか否かが、重要な判断要素となろう。[38]

では最後に、右で明らかにした幇助行為性判断基準によって、我が国における主要判例の検討を行うこととする。

(三)　我が国における判例の検討

1　作為による幇助犯の成立が肯定された判例

(1)　居合わせ事例

犯罪現場に居ることによって幇助犯の成立を認めた裁判例として、東京地判昭和三四年二月一八日[39]がある。本事案では、乾児の報復的な傷害に際し、終始その場に居ながら黙認していた愚連隊Ｙ一家の首領の行為につき、幇助犯が成立するかが問題となった。東京地裁は、被告人は、「問責暴行が行われている間、終始その場にあつてその情況を

現認し、事態の大事に進展すべきを知りながら輩下である他の被告人の右暴行を黙認しそのなすに委せ……傷害の結果を未然に防止するに足る措置をとらず」、傷害の結果を惹起するに至らしめたとして、傷害幇助の成立を認めた。

学説の中には、本判決を、不作為による幇助を認めた判例と整理する見解もあるが[40]、不作為による幇助を肯定したものか判然としないとの評価もある[41]。もし、当該組織内では、首領が乾児の行動を現認しながら何もいわない場合、そのような態度は「同意の表明」であると理解されていたのであれば、本事案では作為による幇助の成立が認められてしかるべきである。このような場合には、被告人の態度によって行為性の存在が認められるし、首領である被告人の「同意の表明」は、乾児の決意をいうに値するほど強化する効果を持っているからである。また、犯罪実行に同意している首領が側に居る場合、乾児は、強化された決意に基づいて、犯罪実行に及んでいると思われ、因果関係も認められると考えられる。

(2) 同行事例

同行事例に該当するものとしては、犯罪を行おうとする正犯の車に追従した行為につき、作為による精神的幇助犯の成立を認めた東京高判平成二年二月二一日[42]がある。強盗殺人の正犯は、当初地下室での殺害を予定していたが、計画を変更することとし、被害者を連れて外出した上で、走行中の自動車内で実行に及んだ。正犯の下で働いていた被告人は、けん銃音が建物の外部に漏れることを防止するため、あらかじめ地下室の目張りを行っていたが（なお、この目張り行為は正犯に認識されていなかった）、正犯の計画変更に伴い、後続の自動車に同乗して、追従した。東京高裁は、目張り行為については、正犯に認識されていないため、正犯の決意の維持・強化に役立ったとはいえないとして、幇助犯の成立を否定したが、追従行為については、正犯は、被告人が自己の後から追従して来ることを心強く感じていたのであるから、強盗殺人幇助の成立が認められると判断した。

東京高裁が、因果関係が認められない目張り行為につき、幇助犯の成立を否定した点、追従行為につき、幇助犯の

成立を認めた点は、正当であると思われる。単に後続の車に同乗していたという消極的な関与が存在するにすぎない場合には、それが同意の表明といえるか、慎重に決すべきである。しかし、本事例では、追従行為が、犯罪実行への積極的な働きかけである目張り行為と間を置かずになされているという状況等を考慮すると、追従行為も目張り行為と同じく、犯罪実行に対する「同意の表明」と評価できる。また、被告人は本事件以前から、正犯から様々な犯罪がらみの行為を命ぜられながらも正犯のもとに居続けたという。このような被告人と正犯との人間関係に鑑みれば、被告人の追従行為は正犯の犯意をいうに値するほど強化するものと評価できる。それゆえ、正犯に追従することによる幇助を認めた本判決は、支持できる。

(3)　同意事例

犯罪を行おうとする者に犯罪実行への了解を与え、黙認した行為につき、作為による精神的幇助犯の成立を認めた判例として、最決平成二五年四月一五日（公刊物未登載）がある。被告人A、Bは、運送会社に勤務する同僚運転手であり、C（正犯）とは、仕事の指導等をする先輩の関係にあるのみならず、職場内の遊び仲間でもあった。A、Bは、飲食店でCとともに飲酒をした後、別の店へ車で行き、Cとともに開店を待つうち、車内でCから、「一回りしてきましょうか」と、道路を走行させることの了解を求められた。被告人Aは、顔をCに向けて頷き、被告人Bは「そうしようか」と答え、それぞれ了解を与えた。Cは、アルコールの影響により正常な運転が困難な状態で車を走行させて、二名を死亡させ、四名に傷害を負わせる事故を起こした。A、Bは、その間、了解を与えた際の態度を変えず、Cの運転を制止することなく車に同乗し、これを黙認し続けていた。A、Bの行為は、危険運転致死傷幇助罪にあたるとして起訴された。一審は、了解につき作為による幇助を認め、黙認につき不作為による幇助の成立を認め、[43]二審は控訴を棄却したところ、[44]最高裁は、被告人らの行為につき、以下のように作為による幇助を認めた。

「Cと被告人両名との関係、Cが被告人両名に本件車両発進につき了解を求めるに至った経緯及び状況、これに対

する被告人両名の応答態度等に照らせば、Cが本件車両を運転するについては、先輩であり、同乗している被告人両名の意向を確認し、了解を得られたことが重要な契機となっている一方、被告人両名は、Cがアルコールの影響により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、本件車両発進に了解を与え、そのCの運転を制止することなくそのまま本件車両に同乗してこれを黙認し続けたと認められるのであるから、上記の被告人両名の了解とこれに続く黙認という行為が、Cの運転の意思をより強固なものにすることにより、Cの危険運転致死傷罪を容易にしたことは明らかであって、被告人両名に危険運転致死傷幇助罪が成立するというべきである」。

一審が、了解につき作為による幇助を認め、黙認につき不作為による幇助を認めたのに対し、最高裁が、了解・黙認につき、作為による精神的幇助を認めた点は、重要である。私見によれば、了解に加え、黙認についても作為による精神的幇助を認めた最高裁決定は、妥当なものと評価できる。まず、了解による幇助犯の成否を検討する。行為性の有無であるが、被告人らが、顔をCに向けて頷いたこと、「そうしようか」と答えたことにより、肯定される。次に、作為による幇助行為性の有無については、「一回りしてきましょうか」との問いに答える形での、頷く行為や「そうしようか」との発言は、「同意の表明」であると評価できる。さらに、職場の先輩であるA、Bの、このような言動は、Cの決意を、いうに値するほど強化するものといえる。さらに、A、Bの了解によって、Cの決意が強化され、強化された決意に基づいて犯罪が行われたのだから、因果関係も認められ、精神的幇助が成立する。

次に、黙認による幇助犯の成否を検討する。黙認は、「同意の表明」といえる了解行為の直後になされていることから、文脈からして「黙認」も、「同意の表明」と評価できる。また、Cとの人間関係に鑑みると、このような意思表明は、Cの決意をいうに値するほど強化するものといえる。以上の検討からすると、最高裁決定が、了解・黙認につき、ともに作為による幇助を認めた点や、その際に、状況や人間関係についても指摘する点は、支持に値する。もっとも、最高裁は、単なる黙認につき、作為による精神的幇助を認めたわけではなく、その直前の了解行為があっ

てはじめて、幇助行為性を認めたと解するべきであろう。

2　作為による幇助犯の成立が否定された判例

最後に、関与者の発言によって正犯の決意が強化された事例で、幇助犯の成否が問題となった東京高判平成一一年一月二九日[45]を紹介する。本事案は、パチンコ店から売上金を集金した集金人に暴行を加え、現金を奪い取る計画を有する正犯の一人であるAが、事前に、Bに犯行を見逃すように求めたところ、Bは、「関係ないならいいです」と答えて、それ以上止めようとはせず、関知することを避けてすごす態度を示したという事例である。東京高裁は、Bの行為につき、作為による幇助犯の成立を否定し、さらに、不作為犯による幇助の成立も否定した。

本判決は、作為義務の基準について詳細に論じた点で注目されている。しかし、本稿との関係においては、本判決が不作為による幇助犯の検討に移る前に、以下のように作為による幇助犯の成立を否定した点が重要である。「被告人Bの『関係ないならいいです。』という発言も、犯行の意図を明らかにした被告人Aとの間で、犯行を止めさせようとしてやりとりがあった際、被告人Aの『Bちゃんには関係ないから』との発言を受けてなされたものであり、それは、止めるよう説得する行為はもはやしないとの意思の表れと解することはできるとしても、それ以上に……犯行について一切他言しないとの意思までも表したものと解するのは、いささか飛躍があるといえるのであり、その他に……犯行を一切他言しないとの明示ないし黙示の承諾を交わしたと認めるに足りる事実は存せず、むしろ……犯行の実行を望まず、右犯行計画を上司等に報告しようかと何度か迷った心境も述べられていて、右の承諾をしていなかったことを窺わせるのである。そうすると……作為による幇助行為は、いまだ認定することができないといわねばならない」。

右判示で着目すべき点は、被告人の言動を、犯行を一切他言しないとの承諾と解することができれば、作為による幇助を認める余地があるが、止めるよう説得する行為はもはやしないとの意思の表れが存在するにすぎない場合には、

作為による幇助を否定するとした点である。もし、犯行を一切他言しないとの承諾が存在するのならば、その承諾は、犯罪実行の「同意の表明」と評価できるため、幇助行為性が認められよう。そして、他言しないとの承諾によって、正犯の決意が強化され、そのような強化された決意に基づいて、犯罪実行が行われたことが認められるならば、作為による幇助を認めることに問題はない。本件の事実関係の下では、被告人の行為につき、作為による幇助行為性を肯定することはできず、作為による幇助の成立を否定した本判決は、支持に値する。

五　おわりに

以上、精神的幇助成立要件の具体化を試みた。検討の過程で、明らかになったことは以下のとおりである。消極的関与についてのドイツ判例を概観すると、判例は、消極的関与事例では、「同意の表明」を、作為による精神的幇助の成立要件として要求していると考えられる。「同意の表明」要件は、行為主義の要請に答えるため、また、作為犯の幇助行為性を画するために、必要としていると解される。例えば、犯罪現場に偶然居合わせたという事例につき、「同意の表明」がないとして、行為性を否定している。また、犯罪不阻止の態度しか存在しない事例では、作為による幇助の成立が否定されている。学説においても、犯罪不阻止の態度が存在するにすぎない事例では、決意の強化があったとしても、場合によっては作為による幇助の成立が否定されるべきことが有力に主張されている。

右のような判例・学説における問題意識は妥当なものと評価できよう。「同意の表明」要件は、内心を処罰することを禁ずる行為主義の原則からの要請にかなうものであり、また、作為犯の幇助行為性概念を重視する点で、支持に値する。「同意の表明」要件は、ドイツ判例上、積極的関与事例においては要求されてはいないが、「同意の表明」要件は、消極的関与事例に限られた要件ではなく、精神的幇助事例一般に妥当するものと考えるべきであろう。積極的

関与事例では、その関与につき、作為による幇助行為性が認められることがほとんどであるため、「同意の表明」要件が、明示的には要求されていないものと解釈できるからである。

精神的関与事例における、作為犯の幇助行為性を肯定するにあたっては、その関与が「同意の表明」と認められることが必要である。犯罪実行に反対する態度や、無関心・犯罪不阻止の態度が存在するにすぎない場合には、作為による幇助行為性が否定されるべきである。その理由は、作為による精神的幇助とパラレルに考えられる、作為による物理的幇助との関係から説明できる。もっとも、「同意の表明」の存在は、直前の文脈や、関与者の過去の言動の解釈等に鑑みて、慎重に、かつ、客観的に判断されなければならない。さらに、「同意の表明」が存在すると認められたとしても、決意を強化する効果が高いものに限って、幇助行為性が認められるべきである。積極的働きかけが存在しない消極的関与事例においては、関与者と正犯との人間関係が、重要な判断要素になる。このような幇助行為性判断によって、作為による精神的幇助の成否を適切に判断することが可能になると思われる。

なお、同意の表明要件は、精神的幇助だけでなく、共同正犯の成立範囲を限定的に解釈することにも資するように思われる。共同正犯においても、本稿での考察が妥当するかは、今後検討することにしたい。本稿では、作為による精神的幇助の事例を扱うにとどまり、不作為による幇助犯の成立要件・範囲についての検討を行うことができなかった。この点についても今後の検討課題とする。

（1）我が国における先駆的研究として、島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件――いわゆる『中立的行為による幇助』に関する近時の議論を手がかりとして――」立教法学五七号（二〇〇一）四四頁以下。

（2）拙稿「幇助犯の処罰範囲限定理論について――中立的行為事例を素材として――」法学政治学論究九三号（二〇一二）二三三頁以下、同「関与者によって提供された物の利用状況について」法学政治学論究九六号（二〇一三）二一一頁以下参照。

（3）　ドイツ・我が国の判例・学説においては、決意の強化による精神的幇助の成立可能性が認められている（Vgl. Wolfgang Joecks, StGB, Münchener Kommentar, 2. Aufl., 2011, § 27 Rn. 9 ff. また、西田典之他編『注釈刑法第一巻』（有斐閣・二〇一〇）九三四頁（嶋矢貴之）参照）。ただし、ドイツには決意の強化による精神的幇助の成立を否定する見解（例えば、Joachim Hruschka, Alternativfeststellung zwischen Anstiftung und sog. psychischer Beihilfe, JR 1983, S. 178.）もある。すなわち、①ドイツ刑法二七条の「援助」の概念に、決意の強化は含まれない、②精神に向けた単なる影響の場合、因果関係は確認できない、③正犯の犯罪決意に向けた影響は、ドイツ刑法二六条の決意の惹起によってのみ把握されている、という。しかし、これらの論拠に対して、適切な反論がなされている。すなわち、①については、非現実的に文言の狭い限界機能から出発している、②については、単に、特別に入念で慎重な事実関係の認定が強要されるにすぎない、③は、二六条のあり得る解釈でしかなく、二七条が、正犯の犯罪決意に向けた影響による幇助を含んでいないということは、他の方法に基づいて根拠付けられなければならない、と指摘されている（Vgl. Hans Küdlich, StGB, Beck'scher Online-Kommentar, Stand: 8.3.2013, Edition: 22, § 27 Rn. 9.1）。

（4）　消極的関与事例についてのドイツ判例を紹介するものとして、鈴木彰雄「犯行現場に居ることによる精神的幇助の成否」比較法学雑誌三〇巻四号（一九九七）一二一頁、小島陽介「精神的幇助における因果関係について（二）」法学論叢一六一巻六号（二〇〇七）一一四頁等。

（5）　本文に挙げていないその他の判例については、Kristian F. Stoffers, Streitige Fragen der psychischen Beihilfe im Strafrecht, Jura 1993, S. 11 ff.

（6）　BGH MDR 1967, 173.

（7）　BGH StV 1982, 517.

（8）　BGH StV 1982, 516. 弁護士恐喝事件とヘロイン密輸事件の評釈として、Hans-Joachim Rudolphi, StV 1982, S. 518 f.

（9）　ドイツの学説の多くは、弁護士恐喝事件とヘロイン密輸事件の事案は、「本質的に同じ性質」を持っていると評価し、弁護士恐喝事件においても、不作為犯の成否が検討されるべきであったと指摘する。Vgl. Rudolphi, a. a. O. (Anm. 8), S. 518 f.; Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S. 201; Bernd Schünemann, StGB, Leipziger Kommentar, 12. Aufl., Band 1, 2006, § 27 Rn. 16. なお、弁護士恐喝事件につき、被告人の行為にはエネルギーの投入と因果関係が認められるとして、作為による幇助を認める見解として、Ulrich Sieber, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“

Gesprächsteilnahme, JZ 1983, S. 437.

(10) BGH NStZ 1995, 490. Bについての決定は、BGH, Beschluß vom 17. 3. 1995 – 2 StR 85/95. 決定の内容は同じである。評釈として、Bernd-Rüdeger Sonnen, Psychische Beihilfe, JA 1995, S. 746.

(11) 例えば、殺人事件に居合わせた被告人につき、幇助犯の成立を否定したBGH NStZ-RR 1996, 290. 他に、NStZ-RR 2005, 336.

(12) 島田聡一郎「不作為による共犯について（一）」立教法学六四巻（二〇〇三）一八頁。

(13) Joecks, a. a. O. (Anm. 3), § 27 Rn. 41.

(14) 本判例は、居合わせ事例で作為による幇助が認められる例として、同行・同乗といった身体的動作を伴う場合を挙げている。そのため、同行・同乗といった身体的動作を要求することで、処罰範囲を限定したかのようにもみえる。しかし、本判例は、犯罪を認識して同行・同乗を行った結果、犯罪現場に居たというわけではない弁護士恐喝事件判決を否定してはいない。このことから、本決定は、同行・同乗を伴わない事例においても、作為による幇助が成立する余地を認めていると理解できる。

(15) 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（成文堂・一九九四）四五六頁は、本件は、作為による関与を立証することができなかったために、不作為による構成をしたものと指摘する。

(16) BGH NStZ 1998, 622.

(17) Vgl. Klaus Geppert, Die Beihilfe, Jura 1999, S. 270; Günter Heine, Schönke/Schröder, StGB Kommentar, 28. Aufl., 2010, § 27 Rn. 12; Kristian Kühl, Lackner/Kühl, StGB Kommentar, 27. Aufl., 2011, § 27 Rn. 4; Wolfgang Schild, Kinhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB Kommentar, 4. Aufl., 2013, § 27 Rn. 9.

(18) Roxin, a. a. O. (Anm. 9), S. 200.

(19) Aristoteles Charalambakis, Zur Problematik der psychischen Beihilfe, in Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 639.

(20) Matina Baunack, Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe, 1999, S. 102. 同じく、照沼亮介「共犯の処罰根拠と因果性」『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂・二〇〇五）二〇一頁。

(21) このことを主張しはじめた判例としてBGH NStZ 1993, 233. 他に、BGH NStZ-RR 1996, 290; BGH NStZ-RR 2001, 40; BGH NStZ-RR 2007, 37; BGH NStZ-RR 2011, 111.

(22) なお、関与者が、正犯の決意を強化し、正犯が強化された決意に基づいて犯罪を行ったことが認められれば、因果関係を肯定することができると考える（その決意の強化が、実行行為の終了まで継続している場合には、既遂犯の幇助が認められる）。これは、物理的幇助との対応関係からの帰結である。有力説によれば、物理的幇助の因果関係の肯定にあたっては、犯罪実行・結果を促進することで足り、結果の具体的変更は不要と考えられている（西田典之「幇助の因果関係」法学セミナー三二二号（一九八一）二五頁）。精神的幇助の因果関係は、物理的幇助の因果関係と同じレベルで捉えることができると思われるし、また、そのように考えるべきである。それゆえ、精神的幇助の因果関係の肯定にあたっては、結果の具体的変更は不要と考える。なお、精神的幇助の因果関係を肯定する際には、正犯が「強化された決意に基づいて」犯罪を行ったことが認められなければならないので、物理的幇助よりも、要件を緩和していることにはならない。

(23) 参考として、西田典之『刑法総論（第二版）』（成文堂・二〇一〇）三五六頁、中森喜彦「不作為による共同正犯――二つの高裁判決」近畿大学法科大学院論集七号（二〇一一）一二六頁。

(24) Charalambakis, a. a. O. (Anm. 19), S. 639.

(25) 島田聡一郎「不作為による共同正犯」刑事法ジャーナル二九号（二〇一一）四一頁。島田教授は、何らかの意味での意思連絡が、心理的因果関係を基礎付けるとすることに反対する。同じく、清水晴生「具体的事実の錯誤・親族相盗例・不作為による関与と作為義務」白鷗法学一四巻一号（二〇〇七）二三三頁。

(26) クードリッヒは、決意の強化による幇助犯の成立を認めるには、動機付けの効果は「恣意的な結び付きでは十分ではなく、つまり、幇助者の行為に、客観的に強化される傾向が内在していない場合、正犯が主観的に強化されたと自分で感じている事実では十分ではない」と指摘している。Küdlich, a. a. O. (Anm. 3), Rn. 9.2.

(27) 井田良『刑法総論の理論構造』（成文堂・二〇〇五）四四〇頁の脚注（22）は、居合わせ事例につき、作為による幇助犯が成立する余地を認めている。

(28) Roxin, a. a. O. (Anm. 9), S. 201; Joecks, a. a. O. (Anm. 3), § 27 Rn. 12.

(29) 島田・前掲注（12）二二頁、前掲注（25）四一頁。

(30) 島田・前掲注（12）二二頁以下。

(31) 例えば、BGH NStZ 1993, 535.

(32) 拙稿・前掲注（2）「関与者によって提供される物の利用状況と幇助犯の成否」二三一頁。つまり、関与時には決意して

いなかった者に対する幇助犯も認められる。関与時には、いまだ決意が存在していなくても、正犯の関与行為時以前の行動から、正犯が犯罪実行を行う蓋然性が高い者と認められれば、そのような者に関与するとき、精神的幇助は認められる可能性がある。例えば、既に同種の犯罪を繰り返し行っている者に対し、「また犯罪をするなら、そのときにはアリバイを作ってやる」と約束した者がいたとする。その後、正犯が、（教唆を基礎付けるほど強い影響力を持つものではない）この発言を思い出して、決意が強化されたという事案では、精神的幇助が認められると考える。

もっとも、消極的関与の事例では、いまだ決意が生じていない者に対する精神的幇助が成立することは少ないと思われる。既に決意した正犯に、精神的に関与する事例では（消極的関与事例も含め）、正犯は関与行為と既に有している犯罪計画とを結び付けることが容易であり、関与行為は正犯の決意の強化に資する。一方、いまだ決意していない者に対する精神的関与事例では、正犯において、関与者の行動が関与後に想起されることを通じて決意が強化される必要があるところ、正犯が、関与時には自己には無関係だと理解していた関与者の消極的な態度の存否・内容を、正確に想起し、自己の犯罪の決意と結び付けることは困難であろう。関与行為と決意との間に時間差があまりない事例を除けば、まだ決意が生じていない者に対する、精神的な消極的関与の事例は想定しがたい。

(33) なお、島田・前掲注（12）二〇頁は、作為犯につき、身体的動作が必要であるとする。ただし、身体的動作がわずかなものであっても、作為による寄与が認められるとし、「このような限定はそれほど大きな意味を持つものではない」とも述べている。

(34) 犯罪道具を隠されたことに気付いた正犯が、より性能の良い犯罪道具を買い、それによって犯罪が行われた、という場合のように。

(35) それゆえ、犯罪不阻止の意思表示しか存在しない場合、作為による幇助が認められる余地はなく、不作為による幇助行為性の存否が検討されることになる。なお、島田教授は、保障人が犯罪不阻止の意思表示をした場合には、作為犯・不作為犯両方が成立することになるが、どちらと解しても構わないとしている（島田・前掲注（12）七〇頁の注（93））。

(36) この点について、既に指摘するものとして、島田・前掲注（1）九八頁。

(37) 大塚仁他編『大コンメンタール刑法第五巻（第二版）』（青林書院・一九九九）五五四頁（堀内信明＝安廣文夫）の例による。「どのような類型のどの程度の行為までを可罰的幇助行為と解しうるのかについて、慎重な検討が必要と思われる」と指摘されている。

(38) 「同意の表明」が存在し、幇助行為性が認められるならば、次に、正犯がそのような「同意の表明」によって、決意が強化されたかが問題となる。なお、心理的因果関係を肯定するにあたっては、正犯が、関与行為を認識していればよく、正犯が、その関与行為が「同意の表明」であることを認識している必要はないであろう。物理的関与の事例では、正犯が、支援の意思を認識していない場合にも物理的幇助が認められるとするのが通説であり、右のように考えることは、物理的幇助との関係からして整合的である（つまり、心理的因果関係は、物や情報の提供が契機であっても発生し得ると考え、そのような場合には、意思連絡が存在していなくとも、精神的幇助が成立し得ると解釈する。なお、意思連絡を通じた心理的因果関係と、物理的作用に随伴する心理的因果関係に関して述べるものとして、嶋矢貴之「共犯の諸問題——共犯の錯誤、共犯の離脱、承継的共同正犯、共謀の射程——」法律時報八五巻一号（二〇一三）二九頁等）。

正犯が、関与行為は認識しているが、その行為が「同意の表明」とは認識していない場合としては、次のような場合が考えられる。甲は、乙が住居侵入をしようとしていることを聞き、乙には何もいわず、勝手に侵入予定の家の前の路上に、通行人を妨げるような形で工事用コーンを置いた。現場でコーンを発見した乙は、コーンによって通行人が生じないと予想し、決意が強化された。もっとも、結局、人は通らなかった。本事例で、乙は、コーンが置かれていることを認識しているが、それが犯罪支援の意思表明であるとは認識していない。精神的幇助の成立要件に、意思の連絡を必要とする見解によれば（例えば、日高義博「幇助の因果関係」植松正他『現代刑法論争Ⅰ』（勁草書房・一九八三）三四〇頁）、甲に対し精神的幇助が認められないことになってしまう。しかし、乙の犯罪計画を知った上で、侵入予定の家の前の路上に、通行人を妨げるような形で工事用コーンを置くという甲の行為は、「同意の表明」と認められるし、乙は置かれたコーンを認識し、それらによって、通行人が生じないと予想することにより、決意が強化されているのだから、心理的因果関係も認められよう。それゆえ、甲には精神的幇助が成立すると考える。

(39) 判時一八五号三五頁。評釈として、宮澤浩一「不作為による傷害」法学研究三二巻一〇号（一九五九）六七頁。

(40) 宮澤・前掲注（39）六八頁、神山敏雄「不作為をめぐる共犯の新様相」現代刑事法五巻九号（二〇〇三）四六頁。

(41) 西田典之「不作為による共犯」法学協会雑誌一二二巻四号（二〇〇五）四二七頁。西田教授は、「事実関係からは、十分に現場共謀を肯定しえた事案である。したがって、共謀共同正犯を認めるべきであったと思われる」と指摘する。

(42) 判タ七三三号二三二頁。評釈等として、曽根威彦「幇助の因果関係」法学セミナー四三二号（一九九〇）一二二頁、大谷實「幇助の因果性」刑法判例百選Ⅰ総論［第三版］（一九九一）一七八頁、内田文昭「幇助の因果性をめぐる最近の二判

決」研修五一三号（一九九一）三頁、高橋則夫「幇助の因果関係」判例セレクト'90（一九九一）三六頁、緒方政勝「幇助の因果関係」同志社法学四四巻二号（一九九二）一二五頁等。

(43) さいたま地判平成二三年二月一四日。一審判決の評釈としては、千葉陽一「アルコールの影響により正常な運転が困難な状態で車両を走行させることに了解を与え、黙認したとして危険運転致死傷罪の幇助罪の成立を認めた事例」研修七五五号（二〇一一）一五頁、坂本学史「同乗者による危険運転致死傷罪の幇助」神戸学院法学四〇巻三・四号（二〇一一）三八一頁、上野幸彦「飲酒関与同乗者に危険運転致死傷幇助罪が認められた事例」刑事法ジャーナル三五号（二〇一三）一二七頁。

(44) 東京高判平成二三年一一月一七日。

(45) 判時一六八三号一五三頁。評釈として、入江猛「不作為による幇助犯の成否が問題とされた事例」研修六一八号（一九九九）二五頁、松宮孝明「不作為による幇助の成否」法学セミナー五四四号（二〇〇〇）一〇八頁、神山敏雄「不作為による幇助」平成一一年度重要判例解説（二〇〇〇）一五二頁、日高義博「不作為による幇助犯の成立を否定した事例」現代刑事法二巻一一号（二〇〇〇）八〇頁等。

濱田　新（はまだ　あらた）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　日本刑法学会
専攻領域　刑法
主要著作
「幇助犯の処罰範囲限定理論について――中立的行為事例を素材として――」『法学政治学論究』第九三号（二〇一二年）
「関与者によって提供される物の利用状況と幇助犯の成否」『法学政治学論究』第九六号（二〇一三年）