

Title	不作為による幫助の因果関係について
Sub Title	Die kausalität der Beihilfe durch Unterlassung
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	2015
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.104, (2015. 3) ,p.185- 216
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20150315-0185">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20150315-0185</a>

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.

# 不作為による幫助の因果關係について

濱 田 新

不作為による幫助の因果關係について

- 一 はじめに
- 二 関連判例
  - (一) 確実な阻止可能性を必要とした裁判例
  - (二) 現在に至るまでの判例の流れ
  - (三) 小 括
- 三 作為による幫助事例を念頭に置いた因果關係論の概観
  - (一) 議論の前提
  - (二) 議論の変遷と到達点
  - (三) 小 括
- 四 不作為による幫助の因果關係の内容・範囲
  - (一) 作為による幫助の類推（促進關係説の採用）を否定する見解の検討
  - (二) 促進關係説に依拠した場合の帰結
  - (三) 不作為による幫助における処罰範囲限定理論の必要性
- 五 おわりに

## 一 はじめに

従来から学説は、不作為による幫助の因果関係の内容を、作為による幫助の因果関係との対応関係から理解してきた。<sup>(1)</sup> 判例も、大審院から現在に至るまで、このような立場をとっている。しかし、最近になっても、不作為による幫助の因果関係が肯定されるボーダーラインがどこにあるのか、判例からは読み取れない。また、従来からの学説・判例のように、作為による幫助から類推して因果関係を論じることに対しては批判があり、不作為による幫助の因果関係を、作為による幫助のそれよりも限定的に捉えることも主張されている。このように、不作為による幫助の因果関係の内容・範囲に関しては争いがあり、いまだ不分明なところもある。そこで、本稿では、不作為による幫助の因果関係の内容・範囲を明らかにすることを試みる。

以下のようにして検討を進めたい。まず、不作為による幫助の因果関係に関する判例の流れを紹介し、判例の立場と、因果関係肯定のボーダーラインが不分明である点を指摘する(第二章)。未解決の点につき手がかりを得るために、作為による幫助の因果関係に関する議論を概観し、作為による幫助における因果関係の内容・範囲を示す(第三章)。そして、作為による幫助からの類推を批判する見解を検討し、同説には理由がないことを指摘する。その上で、不作為による幫助の因果関係の内容・範囲を、作為による幫助との対応関係から明らかにする。そして、得られた具体的帰結において、何らかの修正が必要であるとすれば、その理論的根拠についても言及したい(第四章)。

## 二 関連判例

### (一) 確実な阻止可能性を必要とした裁判例

まず、不作為による幫助の因果関係を肯定するには、確実な阻止可能性が必要であるとした、以下の裁判例を紹介する。

内縁の夫が幼児を虐待しているにも関わらず、別室で無関心を装って、制止しなかった幼児の母親の行為が、傷害致死罪の不作為による幫助に該当するかが問題となった事件（以下、鉏路虐待死事件）において、鉏路地裁は、以下のように述べている。

「罪刑法定主義の見地から不真正不作為犯自体の拡がりに絞りを掛ける必要がある上、不真正不作為犯を更に拡張する幫助犯の成立には特に慎重な絞りが必要であることにかんがみると……作為義務を有する被告人に具体的に要求される作為の内容としては……暴行をほぼ確実に阻止し得た行為、すなわち結果阻止との因果性の認められる行為を想定するのが相当である」。そして、鉏路地裁は、被告人に具体的に要求される作為の内容として、暴行を實力で阻止する行為を挙げている（なお、その際、監視や言葉による制止は、それ自体では暴行をほぼ確実に阻止し得たとはいえないものであり、結果阻止との因果性の認められないものであるから、被告人に具体的に要求される作為の内容として想定することは相当でないとしている）。もともと、實力によつて暴行の阻止を行うとすれば、被告人が負傷していた相当の可能性があった等として、被告人の不作為を、作為による傷害致死幫助罪と同視することはできないがゆえに、被告人は無罪であると判断した。

本判決は、作為義務を有する被告人に具体的に要求される行為の内容を、ほぼ確実に阻止し得た行為（結果阻止との因果性の認められる行為）としている。すなわち、鉏路地裁は、不作為による幫助の因果関係が認められるには、確実な阻止可能性が必要であるとしたものであり、作為による幫助犯とは異なり、より厳格な因果関係を必要としたものと評価されている。<sup>3)</sup>しかし、因果関係に関する鉏路地裁の法解釈は、控訴審である札幌高裁において明示的に否定された。<sup>4)</sup>そして、鉏路地裁の判断は、判例の流れの中では、唐突なものと評価されている。<sup>5)</sup>そこで、以下では、現在に至るまでの判例の流れを概観することとしたい。

## (二) 現在に至るまでの判例の流れ

### 1 大審院の判断

大審院は、選挙長であった被告人が、選挙干渉行為を目撃しながら制止しなかった事件に際し、不作為による幫助の成立要件について判示している。すなわち、大判昭和三年三月九日（刑集七卷一七二頁）は、「不作為ニ因ル幫助犯ハ他人ノ犯罪行為ヲ認識シナカラ法律上ノ義務ニ違背シ自己ノ不作為ニ因リテ其實行ヲ容易ナラシムルニヨリ成立」するとして、被告人に選挙干渉罪の不作為による幫助を認めた。判決文中の「不作為ニ因リテ其實行ヲ容易ナラシムル」とは、因果関係レベルの問題と解されている。<sup>6)</sup>このような不作為による幫助の因果関係の内容は、作為による幫助の因果関係との対応関係から導かれている。すなわち、同判決以前に、大判大正二年七月九日（刑録一九輯七七頁）は、賭場開張がなされることを知りつつ家を貸した事案につき、「犯罪ノ幫助行為アリトスルニハ犯罪アルコトヲ知リテ犯人ニ犯罪遂行ノ便宜ヲ與ヘ之ヲ容易ナラシメタルノミヲ以テ足り其遂行ニ必要不可欠ナル助力ヲ與フルコトヲ必要トセス」と判示していた。この大判大正二年七月九日は、幫助の因果関係は、必須条件である必要はなく、犯罪遂行を容易にすれば足りるとする促進關係説を採用するものと解されている。<sup>7)</sup>大審院は、作為・不作為問わず、

関与によって犯罪遂行を容易にした場合には、幫助の因果関係を認める立場といえる。

## 2 釧路虐待死事件とそれに至るまでの裁判例

不作為による幫助の因果関係に関する最高裁の判示はまだ存在しないが、下級審の裁判例は多数ある。例えば、暴力団組長である被告人が、殺害の拳に出ようとする正犯を阻止しようとして同行していたが、被告人が現場から離れている間に、被害者が殺害されたという事件において、大阪高判昭和六二年一〇月二日は、被告人は「約一〇分間その場を離れることにより……殺害を容易ならしめたものであるから、不作為による殺人幫助罪の刑責を免れない」と判示した。<sup>(8)</sup> 大審院と同様、不作為により犯罪遂行を容易ならしめたものとの言い回しをしており、本判決が、大審院の立場に沿うものであることは明らかである。また、料理店経営者に営業許可の名義貸しをした者が、同店で売春の場所提供が行われていることを知った後も放置していた事件について、大阪高判平成二年一月二三日は、作為義務が欠けるとして不作為による幫助の成立を否定した。その際、「正犯者の犯罪を防止する法的作為義務のある者が、この義務に違反してその犯罪の防止を怠るとき、当該作為によって正犯者の犯罪を防止する事実的な可能性がある限り、不作為による幫助犯が成立するものと解される」と判示している。大阪高裁は、犯罪を防止する事実的な可能性がある場合に因果関係を認めるとしたものであり、これは、大審院の判示に見られるような、不作為による犯罪遂行の容易化という言い方とは、やや異なる。しかし、前述の釧路地裁のように、確実な阻止可能性を必要とする立場よりも、因果関係の内容が緩やかに解されている<sup>(10)</sup>という点では、大審院の判断と同様である。

このような裁判例の流れの中において、先の釧路虐待死事件が発生し、釧路地裁は、不作為による幫助の因果関係が認められるには、確実な阻止可能性が必要であるとするとする旨を判示したのであった。これに対し、控訴審である札幌高裁は、釧路地裁の掲げる「『犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置した』という要件は、不作為による幫助犯の成立には不必要というべきである」とし、補足説明において、不作為による幫助の一般的成立

要件について以下のように述べている。「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要と解される」。そして、札幌高裁は、監視行為によって、暴行を阻止することは可能であった、言葉による制止によって、暴行を阻止することも相当程度可能であった、また、暴行を實力で阻止する行為をすれば、ほぼ確実に阻止し得たと認定した上で、被告人の作為義務の程度が極めて強度であり、容易なものを含むこれら一定の作為によって暴行を阻止することが可能であったことにかんがみると、被告人の行為は、作為による幫助犯の場合と同視できると判示した。札幌高裁は、不作為による幫助の因果関係は、不作為によって犯罪実行を容易にした場合に認められるとしており、従来からの判例と同様の立場をとる。しかし、「不作為によって犯罪実行を容易にした」場合とは、作為によって犯罪を阻止することが可能であった場合であるとし、また、確実な阻止可能性までは不要であるとした点は、今までの判例になかったものであり、注目される。

### 3 釧路虐待死事件以降の裁判例

釧路虐待死事件の札幌高裁判決以降、不作為による幫助の一般的成立要件について、札幌高裁とほぼ同様の判断を示している裁判例が見受けられる。

例えば、同居男性が被告人の子を暴行した際、制止が不十分であった被告人に対し、不作為による傷害致死幫助を認めた広島地判平成一六年四月七日 (LEX/DB 28095514) の判示を見てみよう。広島地裁は、「不作為による幫助犯が成立するためには、正犯者の犯罪を防止すべき作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者による犯罪の実現を防止又は困難にすることが可能であるのに、そのことを認識しながらその一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、それが、作為による幫助犯の場合と同視できることが必要である」と判示し

ており、先の札幌高裁の補足説明における判示と、ほとんど異なるところがない。

また、交際相手の男子高校生が被告人の子に虐待を加えた際、肘をつかんで制止したが振り払われた後は、何ら制止を行わなかった被告人に対し、不作為による幫助の成否が問題となった事件において、一審の名古屋地判平成一七年三月一六日（公刊物未登載）は、「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら前記一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合で、かつ、この不作為が作為による幫助と同視できることが必要と解される」として、被告人に対し、傷害致死罪の不作為による幫助の成立を認めた。かかる判示も、やはり、先の札幌高裁の補足説明における判示とほぼ同じである。

この名古屋地裁判決に対し、被告人側は、不作為による幫助犯が成立するには、「犯罪の実行をほぼ確実に阻止できたのに放置した」との要件が必要であると解すべきである等と主張して、控訴した。名古屋高判平成一七年一月七日（LEX/DB 28115095）は、「幫助行為は、正犯の行為を容易にする行為をすべて包含するものであり、正犯者の行為を通じて結果に寄与するものであれば足りるのであって、不作為による幫助を認める場合にのみ……『犯罪の実行をほぼ確実に阻止できたのに放置した』との要件を必要とするものでないことは、例えば、助勢行為、見張り行為、犯行に使用する物や車の貸与等作為による幫助の場合について考えてみても、明らかというべきである」として、被告人側の主張を容れなかった。このように、名古屋高裁においても、作為による幫助との対応関係に依じて、不作為による幫助の因果関係の内容が把握されている。

### (三) 小活

従来からの判例の流れを概観すると、判例においては、不作為による幫助の因果関係の内容は、作為による幫助と

の対応関係から明らかにされていることが分かる。そして、不作為による幫助の因果関係は、作為による幫助の因果関係と同様、犯罪遂行を容易にすれば認められるとされている。しかし、大審院においても、古く下級審においても、因果関係の具体的内容について、詳しく述べられていなかったところ、釧路虐待死事件の札幌高裁は、因果関係を肯定するには、確実な阻止可能性までは必要なく、阻止の可能性があれば、因果関係が認められることを明らかにした。そして、それ以降、裁判例においては、札幌高裁判決類似の言い回しが使われるようになっていく。

学説は、札幌高裁判決を重要視し、比較的好意的に評価している。ある見解は、本判決は「阻止のある程度の可能性があれば幫助となるとした」<sup>(11)</sup>ものと指摘し、またある見解は、「作為に出なければ、何らかの形で結果の発生に變化が生じていたであろう程度でもよいと解することもできる」とし、別の見解は、本判決の立場を、犯行を「困難にできた可能性があれば足りるとする」ものと評価する<sup>(12)</sup>。

札幌高裁判決は、従来からの判例の流れに沿いながら、「不作為により犯罪遂行を容易にした」という従来型の判示にとどまらず、不作為による幫助の因果関係の内容を、より具体的に示した点で注目される。ただし、まだ問題が残されている。札幌高裁の判決文を見ると、本事件で問題となる不作為は、阻止可能性の低いものから順に検討されており、一番目に認められた監視行為の阻止可能性は、(検討二番目の、言葉による制止に対し認められた)相当程度の阻止可能性よりは、低い程度のものであったと理解できる。このことから、札幌高裁は、相当程度以下の阻止可能性でも因果関係が認められる、としていることは分かる。しかし、因果関係を認めるには、最低限どの程度の阻止可能性が必要なのかは、同判決からは明らかではない。また、札幌高裁とほぼ同様の立場をとる、その後の裁判例においても、この点は語られておらず、未解決のままである。

しかし、不作為による幫助の因果関係を、作為による幫助の因果関係とパラレルに理解するのであれば、最低限どの程度の阻止可能性が必要なのかということは、作為による幫助の因果関係の内容・範囲から、明らかにになると思わ

れる。そこで、この点を明らかにするために、作為による幫助事例を念頭に置いた、幫助の因果関係に関する議論を概観し、作為による幫助の因果関係の内容・範囲を示すことにしたい。

### 三 作為による幫助事例を念頭に置いた因果関係論の概観

#### (一) 議論の前提

幫助の因果関係の議論では、以下の二点のことが議論の前提とされてきた。すなわち、①幫助は危険犯ではなく結果犯であり、幫助の成立には因果関係が必要であるが、②「あれなければこれなし」という意味での条件関係は不要であると解されてきた。

この点、幫助犯を危険犯と構成し、因果関係は不要であるとする説もある<sup>(14)</sup>。しかし、現行法上不可罰な幫助未遂と可罰的な幫助との限界が失われる、共犯独立性説に行きつく等の批判を受け、少数説にとどまっている<sup>(15)</sup>。

そして、幫助犯が成立するには因果関係が必要であるとしても、「あれなければこれなし」という意味での条件関係は不要であると解されてきた。幫助は、実行行為・結果に対する付加的存在であることから、教唆と異なり、「あれなければこれなし」の関係が確認されにくいことも多いが、そのことをもって直ちに幫助犯の成立を否定することは不合理とされたのである<sup>(16)</sup>。

(二) 議論の変遷と到達点

1 正犯行為説と正犯結果説の対立

学説は、先の二点のことを前提として、幫助の因果関係について議論してきた。学説は、まず大きく分けて、幫助の因果関係は、幫助行為と実行行為との間に必要であり、結果との間には不要であるとする立場（正犯行為説<sup>(17)</sup>）と、幫助犯の因果関係は実行行為・結果との間に必要であるとする立場（正犯結果説）に分かれている。

正犯行為説は、不法共犯論からの理論的帰結であるとされるが因果的共犯論による論者からも、支持を得ている。因果的共犯論による正犯行為説の論者は、共犯の処罰根拠は、正犯の実行行為を通じて法益侵害・危険を惹起する点に求めるべきであるとした上で、実行行為と結果の間に因果関係が肯定され、かつ、幫助行為と実行行為の間に因果関係が存在すれば、法益侵害に間接的に寄与しているといえる、とする。<sup>(18)</sup>

また別の正犯行為説の論者は、以下のように主張する。擴張的正犯論の立場からは、幫助行為と結果との間に因果関係が必要とされるが、限縮的正犯論と共犯従属性説を採用する立場からは、必ずしも単独正犯の場合と同様に結果との因果関係は必要とは解されない。共犯従属性説の立場では、実行行為と結果との間の因果関係の存在は、幫助犯が正犯の実行行為に從属して処罰されるための前提であり、その上で幫助行為と実行行為との間に因果関係が存在するならば、その幫助行為は間接的な法益侵害行為であったと法規範の上では評価しうるのである、とする。<sup>(19)</sup>

以上のような正犯行為説は、幫助犯の因果関係を肯定するには、幫助行為が、実行行為を現実に進捗していなければならぬとしており、危険犯説と区別される。しかし、實際上、危険犯説と正犯行為説の差は曖昧になる可能性がある。例えば、わずかに実行行為を促進した場合、正犯行為説の立場によれば、既遂犯に対する幫助の成立が肯定されてしまう可能性がある。また、前述のように、正犯行為説は、不法共犯論からの理論的帰結であるため、その処罰

根拠論自体に対して厳しい批判がある。<sup>(20)</sup>

因果的共犯論から正犯行為説を主張する見解に対しても、批判が向けられている。まず、正犯行為説の論拠として限縮的正犯論・共犯従属性説を挙げる見解に対しては、限縮的正犯論からは、共犯が成立するためには法益侵害結果との因果関係を必要としないということにはならず、共犯従属性説は実行従属性を要求する見解であって、共犯の因果関係の対象の問題とは、別個の問題である、との批判がある。<sup>(21)</sup>

また、実行行為と結果の間に因果関係が肯定され、かつ、幫助行為と実行行為の間に因果関係が存在すれば、間接的な法益侵害があつたとする主張に対しては、そのような場合でも、法益侵害に間接的に寄与していると常にいうことはできないとの批判が向けられている。実行行為と結果の間に因果関係が存在し、かつ、幫助行為と実行行為の間に因果関係が存在したとしても、実行行為を促進する効果が、実行行為が終了する前に消滅しているという場合は、結果に対して因果的ではないからである。<sup>(22)</sup>

このように、因果的共犯論からすれば、幫助行為と結果との間の関係が、直接吟味されなければならないことになる。<sup>(23)</sup> 現在、学説では、因果的共犯論からの理論的な帰結であるとされる正犯結果説が有力となっている。

## 2 正犯結果説に立つ諸見解

以下では、正犯結果説を支持する諸見解を概観する。正犯結果説は、幫助の因果関係を肯定するには結果の量的・質的変更が必要であると考えるか否かによって大別することができる。まず、幫助の因果関係を肯定するには結果の量的・質的変更が必要であるという見解を紹介する。この見解は、幫助行為がなかった場合と対比して、法的に見て重要な結果の変更があつたと見られる場合に初めて、幫助行為と犯罪結果との間の因果関係を認める（法的結果説<sup>(24)</sup>）。同説によれば、幫助行為により、正犯の結果惹起が早められたり強化されたりしたときには、因果関係は認められるが、結果が量的・質的に変更されていることが客観的に確認できなければ、因果関係は認められない。例えば、心理

的幫助の際、既遂犯の幫助犯として処罰され得るのは、関与行為がなければ正犯が犯罪を行わなかった場合<sup>(25)</sup>、正犯の翻意可能性を除去して犯罪実行に踏み切らせ、かつ、具体的な結果変更が認められた場合<sup>(26)</sup>である。

右の具体的帰結から明らかになるように、法的結果説は、心理的幫助の因果関係の安易な肯定を防ごうとしているといえる。しかし、関与行為がなければ、正犯が犯罪を行わなかったという事例において、法的結果説は関与行為を心理的幫助とするが、そのような行為は、もはや教唆ではないかという疑問がある<sup>(27)</sup>。また、その点においても、心理的幫助が肯定されるのは、結果を量的・質的に変更した場合に限られるとすれば、可罰的な幫助の範囲を限定しすぎる結果、結論において妥当性を欠くこととなるのではないか<sup>(28)</sup>。心理的幫助の因果関係の安易な肯定を防ごうとする姿勢自体は正当であるが、心理的幫助の因果関係を厳格に認定することによって、不当な処罰範囲の拡大を防ぐことは可能であろう。このような検討からすれば、結果の量的・質的変更を不要とする説が支持されるべきことになる。結果の量的・質的変更がない場合にも因果関係を認める説としては、結果を詳細に把握した上で、幫助の概念によって処罰範囲を限定する説<sup>(29)</sup>、事後的な危険増加を要求する説<sup>(30)</sup>、共犯の因果関係は心理的因果性であると解する説<sup>(31)</sup>、犯罪実行・結果を容易にすれば足りるとする見解（促進関係説<sup>(32)</sup>）等がある。

### 3 議論の到達点

現在有力に支持されているのは促進関係説である。促進関係説は、犯行の促進それ自体が、法益保護の観点から否定的に評価されるべきだとする。すなわち、犯行の促進は、正犯が法益侵害に至る事実上の障害を乗り越えることに寄与することを意味し、場合によっては犯行の失敗していた可能性や翻意可能性を失わせる。そのため、犯行を促進することは、法益侵害の抑止という刑法の法益保護目的に反することは明らかであるとするのである<sup>(33)</sup>。また、共犯を犯罪遂行の方法的類型、間接的法益侵害として理解する以上、複数の関与者によって実現された結果が単独犯の場合と同一の場合があることは当然である<sup>(34)</sup>。このような論拠から、促進関係説は、本来の条件関係である結果回避可能性

を不要とし、共犯の因果関係は犯行を物理的・心理的に容易にすれば足りる、要するに、共犯の場合、結果回避可能性は小さなもので足りるとする。<sup>(35)</sup>

促進関係説は、心理的に関与者の犯意が強化され、あるいは物理的に結果発生の蓋然性が高められる場合に、犯罪実行・結果を容易にしたとして、因果関係が肯定されるとするが、<sup>(36)</sup>これを、より詳しく述べるなら、以下のようになる。

共犯の処罰根拠が正犯行為を介した結果の惹起にある以上、まず、提供したものが現実に犯行のために用いられ、正犯行為に何らかの影響を与えることが最低限必要である<sup>(37)</sup>（①要件）。それゆえ、正犯に黙って見張りをしたが結局誰も通らなかつた事例では、見張りをした者には幫助犯の成立が認められない。この事例では、見張りには犯行時に利用可能ではあつたが、正犯行為に何らかの影響も与えていないからである。

また、正犯行為に何らかの影響を与えていたとしても、さらにその寄与が犯行終了時まで継続して促進効果を与えている必要がある<sup>(38)</sup>（②要件）。例えば、強盗を行おうとする正犯に、烏打帽子や足袋を渡し、正犯が強盗の際に、実際にそれらを身に着けていたとしても、幫助犯の成立を当然に認めるべきではないとされるのである。<sup>(39)</sup>

このように、促進関係説は、危険犯説や正犯行為説との相違を確保するために、①寄与が、正犯によって実行行為時に現実に利用され、かつ、②促進効果が犯行終了時まで継続した場合に、犯罪実行・結果が容易になったとして因果関係を認める<sup>(40)</sup>。①と②の要件が満たされている場合には、結果とのつながりを肯定できる上、法益保護の見地から犯罪遂行の促進自体が禁圧すべきであることから、促進関係説は支持に値する。そして、物理的な因果関係と心理的因果関係とで基準を変える条文上の根拠がない以上、因果関係の具体的な内容としても、心理的・物理的幫助双方の場面で、促進関係説が採用されるべきである<sup>(41)</sup>。

## (三) 小括

幫助の因果關係に關しては、促進關係説の立場が妥当である。促進關係説の内容を整理しておきたい。促進關係説によれば、犯罪に必要不可欠な寄与をした場合（確実な結果回避可能性が存在する場合）だけでなく、寄与が実行行為時に現実に利用され、促進効果が犯行終了時まで継続した場合にも、犯罪実行・結果を容易にしたとして因果關係が認められる。わずかな結果回避可能性すら証明されなかった場合には因果關係は否定されるが、因果關係が認められるには、結果回避可能性の程度は小さいものでも足りる。促進關係説をとる判例も、犯罪を行おうとする正犯の車に追従した行為につき、心理的幫助の成立を認めており、かなり低い程度の促進効果でも差し支えないとの前提がとられている。<sup>(44)</sup>

促進關係説が、因果關係を認める範囲は、確実な結果回避可能性が認められる場合から、結果回避可能性が小さな程度である場合まで及ぶため、促進關係説が因果關係を認める範囲は比較的広くなり得る。しかし、因果關係判断段階において処罰範囲を限定することができないわけではない。学説においては、促進作用の存在は慎重に認定されるべきであると指摘されており、判例も促進作用が認定されない場合にまで幫助犯の成立を認めるものではない。<sup>(45)</sup> このように、判例・学説は、因果關係判断段階においても、幫助の成立範囲を限定しようとしている。

なお、促進關係説によれば因果關係が否定できないが、なお、処罰すべきではない事案もある（いわゆる中立的行為事例がその代表例である）。そこで近時の学説・判例は、幫助行為を類型化することによって、適切な処罰範囲を確保しようとしている。<sup>(47)</sup> 幫助行為性判断・因果關係判断段階において、処罰範囲を限定しようとする学説・判例の方向性は、妥当であると評価できよう。以上により、作為による幫助の因果關係の内容・範囲が明らかになったように思われる。第四章では、本章での議論を前提に、不作為による幫助の因果關係の内容・範囲を検討することにした。

#### 四 不作為による幫助の因果関係の内容・範囲

前述のように、学説上では、不作為による幫助犯の因果関係の内容は、作為による幫助犯との対応関係によって、決定されると解されてきた。そこで、作為による幫助の因果関係のそれぞれの理解に応じて、不作為による幫助の因果関係を肯定するには、結果の確実な阻止可能性が必要である、あるいは、法的に重要な結果が変更される確実な可能性が必要である等と主張されている。<sup>(49)</sup>しかし、幫助犯の因果関係に関しては促進関係説が採用されるべきであるとすれば、不作為による幫助の因果関係は、不作為により犯罪遂行を容易にした場合に認められるべきことになる。<sup>(50)</sup>

もともと、学説・裁判例には、不作為による幫助の場合に促進関係説を採用することを否定するものも見られる。そこで、不作為による幫助の因果関係の内容・範囲を検討する前に、まず同説を分析してみたい。

##### (一) 作為による幫助の類推（促進関係説の採用）を否定する見解の検討

まず、不作為による幫助の因果関係に関して、促進関係説の採用を否定する裁判例としては、釧路虐待死事件の釧路地裁判決が挙げられる。釧路地裁は、確実な阻止可能性を必要とする論拠として、罪刑法定主義の見地から不真正不作為犯自体の拡がりに絞りを掛ける必要がある上、不真正不作為犯を更に拡張する幫助犯の成立には特に慎重な絞りが必要であることを挙げる。

しかし、このような一般論だけから直接に結論を導きだすのは説得的ではない。<sup>(51)</sup>また、釧路地裁は、不作為による幫助を、正犯処罰の「原則」・作為犯処罰の「原則」に対する、「例外中の例外」と捉えているものと解されるが、結局不作為による幫助を作為による幫助に同置できるかどうかだけを問題にすれば足りるのであり、「例外中の例外」

という観念は生じ得ないであろう。<sup>(52)</sup> また、釧路地裁は、(作為犯・不作為犯双方において) 幫助の因果関係に関し法的結果説を採用しているのかもしれないが、法的結果説が妥当ではないことは、前述のとおりである。

学説においては、幫助者に正犯の場合以上の負担を課すことは妥当ではないとの考慮から、作為による幫助の類推を批判するものがある。すなわち、正犯の場合には、結果を防止し得ることが確実な行為の不作為だけが処罰の対象として取り上げられてきたとして、「不作為による幫助については、作為の幫助からの類推ではなく、不作為正犯と同様に、結果防止が確実な場合にのみ作為が命じられることにも理由がないわけではない」とする。<sup>(53)</sup>

しかし、この主張にも理由がないように思われる。まず、不作為犯について実行行為と因果関係を一体的に考える立場を前提にしている点で疑問がある。<sup>(54)</sup> 不作為犯においても、作為犯と同様、実行行為と因果関係とは区別すべきであろう。そして、不作為による幫助者に、不作為による正犯の場合以上の負担を課すべきではないとの考慮を働かせるとしても、それは、不作為による幫助の「実行行為性」レベルの問題であって、行為と結果とのつながりを確認する因果関係レベルの考慮ではない。不作為による幫助者に、不作為による正犯の場合以上の負担を課すべきではないとの考慮から直ちに、促進関係説の採用を否定することには疑問がある。

また、不作為による幫助の場合に促進関係説の立場をとることを批判する見解は、処罰範囲拡大の危険性を挙げる。例えば、作為による幫助の論理を徹底すれば、結果防止の可能性がおよそ無い場合にも、正犯行為を困難にすることができた限り(例えば、結果発生を遅らせることだけではできなかった限り)、幫助犯が認められるとすれば、裁判例で認められている幫助の成立範囲よりも、処罰範囲が拡大するとの批判がある。<sup>(55)</sup> 確かに、作為による幫助からの類推によれば、結果発生を有意に遅らせることができた場合、不作為による幫助の因果関係は肯定されることになる。このような場合にも不作為による幫助を認めた裁判例は見受けられないが、作為を行えば具体的に結果が変更された可能性がある場合に因果関係が肯定されるのは、当然というべきである。もし、作為によって具体的に結果が変更された可能性があ

る場合に、不作為による幫助の因果関係を否定するのであれば、不作為による幫助の場合には、作為犯と異なって、結果を抽象的に把握することになるが、それには理由がないと思われる。

また、別の見解は、作為による幫助からの類推を徹底すれば、あらゆる抵抗を試みたのでなければ幫助の責任を免れないということにもなりかねず、結論として妥当ではないと指摘する<sup>(56)</sup>。この批判については、促進関係説に依拠した場合の具体的帰結を示した後、検討することが適切であろう。いずれにしても、不作為による幫助において促進関係説をとることを否定する理論的根拠は、十分ではないように思われる。不作為による幫助と作為による幫助とを区別する条文上の根拠がない以上、不作為による幫助の因果関係の内容は、作為による幫助の因果関係の内容とパラレルに考えられるべきである。すなわち、不作為による幫助の因果関係の内容は、作為による幫助の場合と同様、促進関係説に依拠して理解すべきであろう。

## (二) 促進関係説に依拠した場合の帰結

不作為による幫助の因果関係に関し、促進関係説に依拠して考えると、不作為による幫助の因果関係の内容・範囲は、以下のようなになる。

不作為による幫助の因果関係は、不作為により犯罪遂行を容易にした場合に認められる。具体的には、期待される作為をすれば確実に結果を阻止し得た場合だけでなく、期待される作為をすれば、正犯行為に何らかの影響を与えた可能性があり、また、その犯罪を困難にする効果が犯行終了時まで継続した場合には、因果関係が認められる。

前述のとおり、促進関係説によれば、結果回避可能性の存在が証明されなかった場合には、因果関係は否定される。それゆえ、不作為者が、もし作為を行ったとしても、結果を回避ないし阻止する可能性がなかった場合には、因果関係が否定されることになる<sup>(57)</sup>。具体的には、単に犯罪完遂のために作為者が余分な労力を費やす、あるいは、せいぜい

法的に意味をもたない程度に結果の発生を遅らせる場合には、因果関係が否定される<sup>(88)</sup>。もつとも、作為による幫助の因果関係を肯定するには、結果回避可能性の程度は小さいものでも足りると解されてきた。そこで、結果阻止の可能性が小さいながらも存在した場合には、不作為による幫助の因果関係が肯定されることになる。

釧路虐待死事件の札幌高裁判決においては、不作為による幫助の因果関係を肯定するには、最低限どの程度の阻止可能性が必要なのかが、必ずしも明らかではなかったが、以上の検討によれば、結果阻止の可能性が小さいながらも存在する必要がある、ということになろう。

### (三) 不作為による幫助における処罰範囲限定理論の必要性

#### 1 修正の視点とその理論的根拠

しかし、このような帰結は、以下の疑問を生じさせる。ある作為によって結果を阻止できた可能性が小さいながらも証明された場合、不作為による幫助の因果関係は肯定されるはずである。しかし、そのように解釈すると、結論として妥当ではない場合があり得るのではないか、という疑問である。例えば、交際相手が幼児を虐待しているとき、幼児の母親に対して、言葉による制止や実力をもって阻止する義務だけでなく、結果阻止可能性が小さいながらも認められた行為全てを義務付けるとすれば、結論として疑問があろう。前節で、「作為による幫助からの類推を徹底すれば、あらゆる抵抗を試みたのでなければ幫助の責任を免れないということにもなりかねず、結論として妥当ではない」とする批判を紹介したが、この批判は一面において正しい。

この点、学説では、先の具体的帰結を修正する姿勢が見られるように思われる。例えば、「作為による幫助の場合には、単独での結果回避可能性は要求されていないのだから」、不作為による幫助の場合、結果回避可能性は「ある程度の可能性があれば足りるというべきであろう<sup>(89)</sup>」との指摘や、釧路虐待死事件の札幌高裁は、ほぼ確実に阻止し得

たことは不必要としているが、「それにもかかわらず『相当程度』の阻止可能性を問題としていることが注目される<sup>(60)</sup>」との指摘がある。これらの指摘には、先の具体的帰結を修正しようとする姿勢が見られるように思われる。

では、このような修正は、どのように説明されるべきであろうか。参考となり得るのは、作為による幫助事例を題材とした、幫助の処罰範囲限定に関する議論である。簡潔に議論の経緯・状況について述べるならば、以下のようになる。

従来から、幫助犯の客観的成立要件に関しては、犯罪を容易にする行為（幫助行為）が存在すること、また、幫助行為と犯罪実行・結果との間に因果関係が存在する必要があると考えられてきた。従来の学説においては、幫助行為には、犯罪を容易にするあらゆる行為が含まれ得ると考えることには争いがなく<sup>(61)</sup>、もっぱら因果関係の内容に関する検討が盛んであった。そして、幫助の因果関係は、犯罪実行・結果を促進した場合に認められるとする促進関係説が有力化した後、今度は、幫助犯の処罰範囲拡大の危険性が指摘されるようになった。すなわち、「幫助行為は無限定、無定型であり、正犯を容易ならしめる程度が軽微な行為もこれに含まれかねず、従犯については、処罰範囲が不当に広がりすぎる危険性に留意を怠ってはならない」と指摘され<sup>(62)</sup>、処罰に値する幫助行為を具体化する必要性が意識されることになったのである。そこで、近時の学説は、因果関係の存否のみによって、幫助犯の成立を切り分けることは限界があるという問題意識の下、処罰に値する幫助行為を類型化することにより、幫助犯の成立範囲を限定しようとしている<sup>(64)</sup>。最近の判例においても、幫助行為性を限定的に解釈することにより、適切な処罰範囲を確保していると評価できるものがある<sup>(65)</sup>。

このような作為による幫助に関する処罰範囲限定の議論状況は、不作為による幫助の処罰範囲限定の方法を探るにあたり、大いに参考になろう。もし、不作為による幫助の成立要件を、作為による幫助と対応して理解しつつ、なお処罰範囲を限定しようとするならば、不作為による幫助においても、幫助行為性を具体化することにより、幫助犯の

成立範囲を限定する方法を模索することが、正しい方向性であるように思われる。

## 2 不作為による幫助行為性の具体化

ところで、不作為による幫助の客観的成立要件の充足には、作為犯と同様、幫助行為性と因果関係が肯定される必要がある。幫助行為性の検討の過程としては、まず、被告人に保障人的地位が肯定されるかどうかを判断し、保障人的地位が肯定される場合には、行為時において具体的に要求される行為をいくつか想定し、そのような行為が可能・容易であるかを検討する。そして、保障人的地位にある者が、容易になし得る一定の作為を怠ったといえる場合に、幫助行為性が肯定される。そして、そのような幫助行為と犯罪実行・結果との間に因果関係が認められる場合に、不作為による幫助の客観的成立要件が充足される<sup>66)</sup>。

不作為による幫助における幫助行為性要件において、処罰範囲を限定しようとするならば、行為時において具体的に要求される行為をいくつか想定する段階で、要求される行為の内容に絞りをかける方法が適切ではないかと思われる。このような考え方には、以下のような異論があるかもしれない。不作為による幫助の幫助行為性要件充足には、保障人的地位、作為可能性・容易性要件も必要であるところ、保障人的地位の存否や作為可能性・容易性を厳格に判断することによって、十分、幫助行為性を限定的に理解することは可能である、との批判である。

確かに、保障人的地位の存否や作為可能性・容易性を厳格に判断することにより、幫助行為性の限定はある程度可能であろう。しかし、十分ではないと思われる。先に挙げた交際相手の虐待阻止事例のように、被告人が保障人的地位にあることは否定し得ないが、被告人にあらゆる阻止行為が義務付けられるとすれば妥当ではないという場合がある。また、結果阻止可能性の程度が小さい阻止行為は、多くの場合、作為が容易であると思われる。そこで、結果阻止可能性の小さい阻止行為は、作為の容易性が否定できず、結局幫助行為性が肯定されてしまうこととなる。したがって、不作為による幫助の幫助行為の限定にあたっては、保障人的地位の存否や作為可能性・容易性を厳格に判断

することに加え、被告人に具体的に要求される行為の内容に、絞りをかけるという方法が適切であろう。

### 3 具体的に要求される行為の内容の限定

では、被告人に具体的に要求される行為の内容に絞りをかけて、幫助行為性を限定するとしても、いかなる方法・基準によって限定すれば良いのだろうか。

まず、方法として、不作為による幫助に特殊な考慮を働かせるというアプローチと、作為による幫助における基準を参考にするというアプローチが考えられる。

前者による場合、例えば、不作為による幫助者に不作為正犯の場合以上の負担を課すことは妥当ではないとして、不作為正犯の実行行為性判断を基準に、幫助行為性を絞る方法が考えられる。不作為正犯の実行行為性に関しては、確実な結果回避可能性を必要とする見解や、結果回避の相当程度の可能性が存在すれば良いとする見解等、諸説があるところ<sup>(67)</sup>、このような不作為正犯の実行行為性の理解に依じて、幫助行為性を具体化するということも考え得る<sup>(68)</sup>。

しかし、不作為による幫助の幫助行為性は、作為による幫助の幫助行為性とパラレルに理解すべきであるとすれば、後者のアプローチが適当であると思われる。すなわち、作為による幫助の幫助行為性における限定基準を参考にして、被告人に具体的に要求される行為の内容を限定するという方法が妥当である。

さて、作為による幫助の場合における、幫助行為性限定に関する議論は、現在百家争鳴であり、いまだ見解の一致が見られないが、量的判断によって、処罰に値する幫助行為を絞り込むやり方が妥当であるように思われる<sup>(69)</sup>。不作為犯の場合、処罰に値する幫助行為かどうかを量的に判断するならば、具体的に要求される行為の想定としては、結果阻止可能性が認められる全ての行為ではなく、事前的判断により、いうに値する程度に結果阻止可能性が認められる行為を想定すべきである。それゆえ、事前的判断によれば、結果阻止可能性が小さいといえる行為については、具体的に要求される行為の内容から排除される。一方、相当程度あるいは確実な結果阻止可能性がある行為といえるなら

ば、具体的に要求される行為の内容に含めて良いであろう。このような解釈によれば、作為による幫助との対応関係を維持しつつ、適切に処罰範囲を限定することが可能となるであろう。

以上のことを踏まえて、釧路虐待死事件の札幌高裁判決を検討してみよう。前述のとおり、札幌高裁は、監視行為については、暴行を阻止することは可能であったとし、言葉による制止行為については、暴行を阻止することも相当程度可能であったというべきであるとし、実力による阻止については、暴行をほぼ確実に阻止し得たことは明らかであるとした。そして、最終的には、監視行為・言葉による制止・実力による阻止行為全てを、具体的に要求される行為としている。

本事例において、被告人の言葉による制止は、相当程度の阻止可能性がある行為であるといえるし、実力による阻止は、確実な結果阻止可能性がある行為といえるから、これら二つは被告人に具体的に要求される行為に含めてよいであろう。

問題とされるべきは、監視行為である。判決文を見るに、札幌高裁は、監視行為を、相当程度よりも、低い程度の阻止可能性があった行為と認定しているようであるが、監視行為が、具体的にどの程度の阻止可能性を持つ行為なのかは、判決文からは明らかではない。監視行為によって「阻止することは可能であった」とする札幌高裁の認定は、因果関係を肯定するには十分であるが、幫助行為性を肯定するには不十分であり、疑問が残る。もし、本事件において監視行為が、事前的判断により、結果阻止可能性の程度が小さい行為と評価し得るのならば、監視行為は、被告人に要求されるべき行為ではなかったといえる。監視行為に関する札幌高裁の判示は、不作為による幫助の成立が安易に認められる危険性を有しているように思われる。

## 五 おわりに

以上、不作為による幫助の因果関係の内容・範囲について検討した。検討の結果、明らかになったことは、以下のとおりである。

判例・通説は、作為による幫助の因果関係は、犯罪遂行を容易にすれば足りるとする促進関係説を採用している。因果関係の内容としては、促進関係説が妥当であり、現在の判例・学説の立場は適切である。

そして、判例・通説は、不作為による幫助の因果関係に関しても、促進関係説の立場を維持している。一部の学説・裁判例には、不作為による幫助の場合に促進関係説を採用することを否定するものもあるが、理論的根拠が十分ではないように思われる。不作為による幫助と作為による幫助とを区別する条文上の根拠がない以上、不作為による幫助の因果関係の内容は、作為による幫助の因果関係の内容とパラレルに考えられるべきである。したがって、不作為による幫助の因果関係に関しても、促進関係説に依拠して理解されることになる。

促進関係説に依拠して、不作為による幫助の因果関係の内容・範囲を把握するならば、因果関係は、確実な結果阻止可能性が認められる場合だけでなく、結果阻止可能性が小さかった場合にも認められることになる。しかし、結果阻止可能性が小さい行為までもが義務付けられるとすれば、結論として妥当ではない場合があり得る。この点、作為による幫助事例に関し、最近の学説・判例は、幫助行為性の限定により、処罰範囲を適切に画そうとしている。このような議論状況からすると、不作為による幫助事例においても、幫助行為性に絞りをかける方法が模索されてよいであろう。

不作為による幫助の幫助行為性の限定にあたっては、保障人的地位の存否や作為可能性・容易性を厳格に判断する

ことに加え、被告人に具体的に要求される行為の内容に絞りをかけるといふ方法が適切であると思われる。例えば、結果阻止可能性が小さい行為は、具体的に要求される行為の内容に含まれず、幫助行為性が否定されると解すべきである。以上のように解することにより、作為による幫助との対応関係を維持しつつ、適切に処罰範囲を限定することが可能になろう。

本稿では、不作為による幫助の成立要件を、作為による幫助とパラレルに考えることによって明らかにしようとしてきた。今後の課題は、本稿での結論を前提に、不作為による共同正犯と幫助の区別基準を明らかにすることである。この点、ある見解は、不作為による共同正犯と幫助を区別する場合には、作為による共同正犯・幫助の区別基準は妥当しないと主張している<sup>(70)</sup>。そして、不作為による正犯と共犯は、因果関係の質的相違によって区別されるという立場をとり、不作為者が作為に出なければ、確実に結果を回避できたであろう場合には、不作為の同時正犯、結果発生を困難にした可能性がある場合には、不作為による幫助の成立を認める。

同見解に対しては、二点の疑問が生じる。まず、一点目として、不作為による幫助の因果関係の内容が、作為犯におけるそれと異なって理解されている点に疑問がある。本稿で示した通り、(また同見解も支持する)促進関係説に依拠するならば、不作為による幫助の因果関係は、不作為者が作為に出なければ、確実に結果を回避できたであろう場合にも、認められるはずだからである。本稿で取り扱った裁判例の多くが、確実な阻止可能性が存在した事例において幫助犯の成立を認めているし、そのような場合にも不作為による幫助は成立し得ると指摘する見解がある<sup>(71)</sup>。また、二点目として、不作為による共同正犯と幫助が区別し得ないとする点に疑問がある。不作為者の役割にも重要なものと、そうでないものがあり得るから、不作為による共同正犯と幫助を区別することも可能なのではないかと思われる。そこで、今後の課題としては、①不作為による幫助は、作為に出なければ、確実に結果を回避できたであろう場合にも、認められる、②不作為による共同正犯・幫助の区別は可能であり、その区別にあたっては作為による共同正犯・

幫助の區別基準が妥当するという二つの見通しを立てた上で、これを理論的に根拠付けることが可能なのか、検討を行うことにしたい。

- (1) 例えば、福田平「大塚仁」対談・最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題（五・下）現代刑事法六卷九号（二〇〇四）一五頁参照。福田教授は、不作為による幫助の場合に作為による幫助の場合よりも厳しい条件を要求するとすれば、不作為の幫助のいわゆる同価値性の要請に反することになると指摘している。
- (2) 釧路地判平成一年二月二日（判時一六七五号一四八頁）。評釈として、大山弘「判批」法学セミナー五三九号（一九九九）一〇九頁、木村匡良「判批」警察公論五四卷一〇号（一九九九）八九頁、松生光正「判批」判例セレクト99（二〇〇〇）三二頁、神山敏雄「判批」平成一年度重要判例解説（二〇〇〇）一五四頁。
- (3) 木村・前掲（2）九四頁。
- (4) 札幌高判平成二年三月一六日（判時一七一七号一七〇頁）。本判決の評釈として、門田成人「判批」法学セミナー五五〇号（二〇〇〇）一一三頁、松生光正「判批」判例セレクト00（二〇〇一）三三二頁、中森喜彦「判批」現代刑事法三卷九号（二〇〇一）九五頁、橋本正博「判批」平成二年度重要判例解説（二〇〇一）一四八頁、齊藤彰子「判批」刑法判例百選Ⅰ総論「第五版」（二〇〇三）一六六頁、大塚裕史「判批」刑法判例百選Ⅰ総論「第六版」（二〇〇八）一七二頁、安達光治「判批」刑法判例百選Ⅰ総論「第七版」（二〇一四）一六八頁。一審・二審の評釈として、村越一浩「判批」研修六二四号（二〇〇〇）一三頁。本判決を素材とした論考として、松原芳博編『刑法の判例 総論』（成文堂・二〇一一）二八八頁（齊藤彰子）、町野朔『釧路せっかん死事件』について——不真正不作為犯と共犯に関する覚書——『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣・二〇一二）二九七頁。
- (5) 中森・前掲注（4）九七頁。ただし、中森教授は、結論において、不作為による幫助については、結果防止が確実な場合にのみ作為が命じられることにも理由がないわけではないとする（詳しくは、本稿第四章（一）参照）。
- (6) 島田聡一郎「不作為による共犯について」（二・完）立教法学六五卷（二〇〇四）二九三頁。
- (7) 西田典之『刑法総論「第二版」』（成文堂・二〇一〇）三四二頁。なお、本判決で必要とされた促進関係が、実行行為に対する促進関係を意味するか、結果に対する促進関係を意味するのかは、必ずしも明確ではないとの指摘もある（小野上真也





- 単に認められてしまうとの批判がある(山口・前掲注(15)二五四頁、上野幸彦「幫助犯における因果連関と客観的帰責」日本法学七〇巻三号(二〇〇四)一二八頁脚注(104)参照)。
- (32) 西田・前掲注(16)二五頁、山口・前掲注(15)二五四頁、島田聡一郎「正犯・共犯論の基礎理論」(東京大学出版会・二〇〇二)三六二頁、林幹人「刑法総論〔第二版〕」(東京大学出版会・二〇〇八)三七八頁、前田雅英「刑法総論講義〔第五版〕」(東京大学出版会・二〇一二)五一八頁。
- (33) 山口・前掲注(15)二五五頁。
- (34) 西田・前掲注(15)一五三頁。
- (35) 林・前掲注(32)三七八頁。
- (36) 西田典之「共犯理論の展開」(成文堂・二〇一〇)一九六頁。
- (37) 島田・前掲注(32)三六三頁。促進関係説に対しては、蓋然性の増加をもって従犯の成立を肯定するのは、従犯を正犯行為時を基準とした危険犯へと変容させるのではないか、という批判がなされている(松原芳博「刑法総論」(日本評論社・二〇一三)三七九頁)。しかし、促進関係説による論者は、幫助の加功が正犯による実行の終了までチャンス増加的に作用したとしても、それだけでは、幫助行為と正犯結果のつながりを認めるに十分ではないとし(西田・前掲注(36)一九七頁)、正犯行為に何らかの影響を与えたことをも必要としているので、この批判はあたらないように思われる。
- (38) 西田・前掲注(36)一九八頁、島田・前掲注(32)三六三頁、山口・前掲注(15)二五四頁、前田・前掲注(16)一〇六頁等。
- (39) 島田・前掲注(32)三六四頁。
- (40) なお、促進関係説による論者は、「現実に促進した」ことが、幫助の因果関係の内容であるという言い回しをすることがある(山口・前掲注(15)二五三頁)。この「現実に促進した」との語義は、幫助の因果関係を肯定するには、①・②の要件両方が必要であることを強調する意味ではないかと思われる。この点、「現実に促進した」ことを必要とする同見解を、「法的に有意な結果の変更」を必要とする立場と理解するものもあるが(小島・前掲注(22)八五、八九頁)、促進関係説の主張内容からすれば、そのような理解には疑問がある。
- (41) 島田・前掲注(32)三六九頁、山口・前掲注(15)二五五頁も参照。
- (42) 林・前掲注(32)三七八、三七九頁。

- (43) 東京高判平成二年二月二一日(判タ三三三三二二頁)。なお、裁判所は、追従行為と実行行為との間の因果関係を問題としたと解釈し、判決の結論に賛成する見解として、大谷實「幫助の因果性」刑法判例百選Ⅰ総論「第三版」(一九九一)一七八頁、緒方・前掲注(17)一二五頁、奥村・前掲注(17)一七二頁。裁判所は、追従行為と結果との間の因果関係を問題にしたと解釈し、判決の結論は妥当とする見解として、西田・前掲注(15)一五二頁。法的結果説の立場から、裁判所は、追従行為と結果との因果関係がないにもかかわらず、追従行為につき幫助犯を認めたと批判する見解として、曾根威彦「判批」法学セミナー四三二二号(一九九〇)一二二頁。また本件追従行為につき幫助犯の成立を認め得るのは、犯罪事実の実現をより確実なものとする効果が認められる場合であるとするものとして、橋本正博「幫助の因果性」刑法判例百選Ⅰ総論「第六版」(二〇〇八)一七八頁がある。本件追従行為につき幫助犯の成立が認め得るのは、正犯が犯行を思いとどまった可能性があるからと考えるべきとする見解として、林幹人「幫助の因果性」刑法判例百選Ⅰ総論「第七版」(二〇一四)一七五頁がある。追従行為についての判決の評価は様々に分かれているが、本判決が犯行時に利用されなかった目張り行為につき、幫助を否定したことには異論は見られない。なお、一審判決(東京地判平成元年三月二十七日判タ七〇八号二七〇頁)の評釈として、川端博「判批」法学セミナー四二二二号(一九九〇)一一四頁、内田・前掲注(16)三四頁。両判決に対する論文としては、内田・前掲注(29)三頁がある。
- (44) 町野・前掲注(4)三一頁脚注(28)。
- (45) 例えば、心理的幫助のみが問題となる場合には、明確な心理的促進作用の存在が必要であるとされている(山口・前掲注(15)二五四、二五六頁)。
- (46) 強盗犯人に烏打帽子と足袋を与えた行為が問題となった事例(大判大正四年八月二五日刑録二一輯一二四九頁)参照。同事例では、促進関係が希薄であり、因果関係が否定された判例と理解されている。西田・前掲注(36)四頁、小野上・前掲注(7)「従犯における客観的成立要件の具体化」一六一頁参照。
- (47) いわゆる中立的行為に関する学説・判例については膨大な文献がある。林幹人「ファイル共有ソフトWinnyの公開・提供と著作権法違反幫助罪の成否」平成二四年度重要判例解説(二〇一三)一五四頁、塩見淳「中立的行為と幫助」刑法判例百選Ⅰ総論「第七版」(二〇一四)一七六頁、矢野直邦「判解」法曹時報六六卷一〇号(二〇一四)一一三頁等参照。
- (48) 曾根威彦「児童虐待と刑法理論——不作為犯における共犯を中心として——」現代刑事法六卷九号(二〇〇四)七四頁。
- (49) 山中敬一「不作為による幫助」『刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古稀記念——』(信山社・二〇〇三)三六一頁。

- (50) 高橋・前掲注(10) 一〇二頁、阿部純二「不作為による従犯に関する最近の判例について」研修六三九号(二〇〇一) 一三頁、橋本・前掲注(4) 一四九頁、村越・前掲注(4) 二〇頁、神山敏雄「不作為をめぐる共犯の新様相」現代刑事法五卷九号(二〇〇三) 五〇頁、福田・大塚・前掲注(1) 一五頁、大塚・前掲注(4) 一七三頁、松宮孝明『刑法総論講義【第四版】』(成文堂・二〇〇九) 二九〇頁。
- (51) 中森・前掲注(4) 九七頁。
- (52) 釧路地裁と同様、不作為による幫助を「例外中の例外」と捉え、作為義務を否定した大阪高判平成二年一月二三日判決(判タ七三二一号二四四頁)に対する内田教授の批判参照(内田・前掲注(9) 九二頁)。
- (53) 中森・前掲注(4) 九七頁。また、吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(成文堂・二〇一〇) 二〇六頁の記述も参照(「保障人というのは結果の発生を阻止する義務を有する。不作為にとどまった幫助者が積極的介入をしても結果を阻止できないのなら、この結果は幫助の次元でも帰属できない」と主張する)。
- (54) 林幹人「不作為による共犯」『刑事法学の現実と展開——齊藤誠二先生古稀記念——』(信山社・二〇〇三) 三二二頁は、「結果の防止ないし回避の可能性は、作為義務を前提として、結果との間の因果性を基礎づけるものである」とする。
- (55) 町野朔他編『ロースクール刑法総論』(信山社・二〇〇四) 三〇頁(長井長信)。
- (56) 中森・前掲注(4) 九七、九八頁。保条成宏「児童虐待に対する刑事処罰とその限界(一)——『不作為による幫助』の事案をめぐる——」中京法学三八巻二号(二〇〇三) 一八〇頁以下も参照。
- (57) 林・前掲注(54) 三二二頁。なお、西田典之他編『注釈刑法第一巻』(有斐閣・二〇一〇) 九三二頁(嶋矢貴之)は、結果回避可能性が存在しない行為を強制するべきではないとの観点から、「一応の結果回避可能性は必要であると思われる」とする。
- (58) 齊藤・前掲注(4) 二九五頁。
- (59) 島田・前掲注(11) 四〇八頁。
- (60) 林・前掲注(54) 三二五頁。この見解は、相当程度の阻止可能性が存在すれば足りるとする見解と理解されている(島田・前掲注(6) 二九三頁)。
- (61) 大塚仁「刑法概説総論【第四版】」(有斐閣・二〇〇八) 三二〇頁等。初期の判例においても、幫助行為概念の広汎化・拡散化の現象が見られる(川端博「幫助犯についての予備的考察」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』(成文堂・二〇〇

- (6) 五三〇頁)。
- (62) 大塚仁他編「大コンメンタール刑法第五卷〔第二版〕」(青林書院・一九九九)五五四頁(堀内信明||安廣丈夫)。
- (63) なお、因果関係の内容について、条件関係を要求したとしても、やはり幫助行為を具体化する必要がある。条件関係が認定できるが、なお処罰を限定すべき事例もあり得るからである(堀見・前掲注(47)一七六頁参照)。
- (64) 前田・前掲注(32)五三頁は、幫助行為は多様なものを含み、因果性も広い範囲に及び得るため、処罰に値する程度のものの類型化作業が必要であるとする。
- (65) 本稿脚注(47)参照。また、車両の発進を了解し、同乗して運転を黙認し続けた行為について、危険運転致死傷幫助罪が成立するとされた最決平成二五年四月一日(刑集六七卷四号四三七頁)がある。評釈等として、本田稔「判批」法学セミナー七〇四号(二〇一三)一一五頁、内田浩「判批」刑事法ジャーナル三八号(二〇一三)九二頁、深町晋也「判批」判例セレクト二〇一三(二〇一四)三三頁、亀井源太郎||濱田新「判批」法律時報八六卷二号(二〇一四)一二二頁、亀井源太郎「判批」平成二五年度重要判例解説(二〇一四)一六六頁、水落伸介「判批」法学新報一二二卷五・六号(二〇一四)四八九頁、前田雅英「精神的幫助」捜査研究七六五号(二〇一四)二頁。
- (66) 不作為による共犯成立要件の検討のステップについて、より詳しくは、島田・前掲注(6)二八五頁。なお、(鉏路虐待死事件の一審・二審などのように)裁判例においては、被告人に「具体的に要求される行為の内容」の判断と、阻止可能性の判断が一体的に検討されているものがある。しかし、両者は明確に分離すべきである。前者は事前的判断たる幫助行為性、後者は事後的判断たる因果関係の問題であり、全く性質が異なっている。また、もし、「具体的に要求される行為の内容」の判断と、阻止可能性の判断を一体的に検討するならば、結果回避可能性が小さい阻止行為が義務付けられることになってしまい、処罰範囲を限定することができないというデメリットもある(なお、島田・前掲注(6)二八五頁は、具体的に要求される行為を想定する際には、行為時において結果回避可能性がある程度見込まれる行為を想定すべきであるとし、結果を回避することが事後的に可能であったことまでを要求するのは過度である、とする)。
- (67) 西田典之他編「注釈刑法第一卷」(有斐閣・二〇一〇)二八七頁以下(佐伯仁志)。
- (68) 不作為犯論の観点から、不作為による幫助の成立要件を実質化しようとするものとして、保条・前掲注(56)一九二頁以下。
- (69) 拙稿「幫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

五四頁。

(70) 西田・前掲注(36) 一五四頁以下。

(71) 松原・前掲注(37) 四三五頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣・二〇一三) 四三三頁参照。

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 「幫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幫助犯の成否」『法学政治学

論究』第九六号(二〇一三年)

「精神的幫助成立要件の具体化」『法学政治学論究』第九八号(二〇一三

年)