



Title	作為犯に対して介在する不作為犯 (3)
Author(s)	松尾, 誠紀; Matsuo, Motonori
Description	論説
Citation	北大法学論集, 57(1), 179-226
Issue Date	2006-05-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/11376
Type	departmental bulletin paper
File Information	57(1)_p179-226.pdf



作為犯に対して介在する不作為犯（三）

松尾誠紀

目次

- 第一章 はじめに
第一節 「犯罪の不阻止」という問題の本質
第二節 検討対象としての不作為関与
第三節 まとめ

（以上、五六卷五号）

第二章 不作為関与の单独正犯性

第一節 後行不作為犯の正犯・共犯区別に関する学説の現状

第一項 総説

第二項 不作為共犯論の周辺議論

第三項 自殺行為者に対する不救助

第四項 プロバイダの削除義務違反

第五項 展開

第二節 後行不作為犯における共犯成立可能性

第一項 総説

第二項 共犯成立の可否に関する形式的側面

第三項 共犯成立の可否に関する実質的側面？

第四項 まとめ

第三章 不作為関与成立の時間的限界

第四章 不作為関与の限定的な可罰範囲

第五章 おわりに

(以上、五六卷六号)

(以上、本号)

第二章 不作為関与の单独正犯性

第二節 後行不作為犯における共犯成立可能性

前節で見たように、不作為関与（先行作為犯後の後行不作為犯）においては、先行作為犯に対する後行不作為犯の劣後性に基づいて、それを、作為犯の背後の不作為犯と同様に、なお幫助として理解する見解が有力に主張されている（行為後幫助説）。しかし、仮に先行作為犯に対する後行不作為犯の劣後性という実体が認められたとしても、またその実体が「犯罪の不阻止」において認められる「限定性への意識」のもとで理解されえたとしても、果たして後行不作為犯に幫助（共犯）を認めることが理論的に可能なのであろうか。この点について検討することが本節の目的である。

後行不作為犯においては、先行作為行為の終了後、その先行作為犯によつて設定された物理的危険を事後的に回避せず、結果的に法益侵害が発生したことが問題とされている。つまり、たとえその危険が先行作為犯によつて設定されたものであったとしても、実際に、後行不作為犯が結果の発生に直接的に関与する者（以下、「直接関与者」とする）であること自体は否定できない。その意味で、結果発生との間に誰の介在もなく、直接的に結果の発生に関与した後行不作為犯に、果たして共犯を認めることが可能なかが問われることになる。^①もつとも、直接関与者に関する共犯成立の可否という問題は、何も後行不作為犯に限られた問題ではなく、すでに作為犯において盛んに論じられている。^②そこで、本節では、作為犯における議論の中でも特に、（承継的）共犯成立の時間的限界論と、故意ある幫助道具の理論、を参考に、果たして後行不作為犯に共犯が成立する理論的可能性があるのかという点について検討することにする。

考察の手順としては、まず、（承継的）共犯成立の時間的限界論を参考に、正犯行為の終了後に関与する者の共犯成立可能性に関する形式的側面について検討する（第二項）。その後、そこで仮に共犯成立の可能性が形式的に否定されたとしても、より実質的な観点から幫助（共犯）を認めることの可能性について、故意ある幫助道具の理論を参考に検

討することにする（第三項）。それらの検討は、後行不作為犯に関して、まず先行作爲終了後に関与する後行不作為犯の共犯成立可能性を形式的に問うた上で、さらに、たとえそれが否定されたとしても、先行作爲犯に対する後行不作為犯の劣後性という実質的観点を考慮してなお幫助を認めることが可能か、について検討することを意味する。

第二項 共犯成立の可否に関する形式的側面

——共犯成立の時間的限界論を参考に

1. 総説

(1) 先行作爲犯後に関与する後行不作為犯の共犯成立可能性について検討を始めるにあたって、なぜ「共犯成立の時間的限界論」を参考とするのか、また、それを参考とする際には、共犯成立の時間的限界論全体において扱われている事例類型及び学説よりも限定的となることから、それはいかなる範囲にとどまるのか、についてまとめておきたい（これ以降は、「承継的）共犯成立の時間的限界論」ではなく、単に「共犯成立の時間的限界論」とするが、それも以下の理由に基づく）。

(2) これまでの学説で論じられてきた一般的な承継的共犯論⁽³⁾とは、主に共犯の因果性をめぐって、事後的な関与者の関与時において、すでに先行行為者によって引き起こされていた事実（事後的な関与者が因果性を及ぼしていない事実）についても、事後的な関与者がそれを承継して責任を負うのか、が問題とされるものであった。しかし、先行作爲行為終了後に関与する後行不作為犯の共犯成立可能性を検討するにあたっては、むしろ後行関与者の因果性の存在自体は否定できない、関与時の共犯成立可能性こそが重要である（共犯成立の時間的限界論）。

これまでの学説においては、事後的関与をめぐる共犯の成否という問題が、すべて承継的共犯論に収められてきたため、共犯成立の時間的限界という問題も、「承継的共犯成立の時間的限界」という問題として、承継的共犯論における一論点として扱われてきた（そのような理解においては、事後的な関与者の関与時の共犯成立可能性についても、犯行全体に対する共犯の成否を検討する際の十分条件として検討がなされるため、事後的な関与者の関与時に共犯成立可能性が肯定されれば、結果的に犯行全体に対する共犯の成立が肯定されることになる⁽⁴⁾）。しかし、関与時における共犯の成否を扱う「共犯成立の時間的限界論」と、関与以前の部分に対する共犯の成否を扱う「承継的共犯論」は、あくまで別個の問題として扱うべきである⁽⁵⁾。なぜなら、関与以前の部分に対してまで共犯の成立を認める場合には、関与時における共犯の成立を認める場合とは異なり、共犯の因果性に基ついた別個の理由づけを必要とするからである（承継的共犯が、共犯の因果性をめぐる問題領域に属するのに対し、共犯成立の時間的限界論は、共犯の従属性をめぐる問題領域に属する⁽⁶⁾）。関与時の共犯成立を認めただからといって、必ずしも犯行全体に対する共犯の成立が認められることを意味しない⁽⁷⁾。

検討対象をこのように整理してこそ、故意ある幫助道具の問題関心と一致することになる（共犯成立の時間的限界論では、先行行為者による構成要件該当行為がすでに現実的に実行されている以上、先行する正犯行為の終了後に共犯が成立しうるかというかたちで問題が扱われるものの、いずれにせよ両者では結果の発生に対して直接的に関与する者にまで共犯が成立しうるかという問題が問われていることになる⁽⁸⁾⁽⁹⁾）。そこで、このような理解に基づいて、先行作為犯後に関与する後行不作為犯の共犯成立可能性を検討するにあたっては、これまで承継的共犯論の枠内で扱われてきた事案の中でも特に、次のような事例類型を参考とする（学説についても同様である）。例えば、①先行行為者YがZの家屋に放火をした後、後行関与者Xが油を注ぎ、家屋が早く焼失した事例、②先行行為者Yが被害女性Zに対して暴行を

加え強姦した後、後行関与者Xがすでに抵抗する気力を失っているZを姦淫した事例⁽¹¹⁾である（このような事例類型においては、事後的関与者自らが構成要件要素のすべてを満たしていることが前提となる⁽¹²⁾）。

(3) 他方、共犯成立の時間的限界論においては、先の事例①②とは異なり、正犯による現実の行為は続いているけれども、正犯による当初の犯罪が終了しているか否かが共犯の成否に関して特に問題とされている事例、も扱われている（例えば、Yが留守中のZ宅から金庫を盗み出して玄関を出たところ、ちょうど通りかかった友人Xが、その金庫をYの自宅まで運んだ事例⁽¹³⁾。ここでは、Xに窃盜共犯が成立するのか、それとも事後従犯としての盜品運搬正犯が成立するのかが問題とされる）。そのような事例では、特に状態犯とされる犯罪に対する事後的な関与をめぐって、先行犯罪に関する既遂の成立時期と犯罪の終了時期とのズレに対する理解が、共犯の成否に関する帰結を左右することになる（ただし、既遂の成立それ自体が共犯の成立を妨げるわけではない⁽¹⁴⁾）。しかし、先行行為終了後に関与する後行不作為犯の共犯成立可能性を検討するという本節の目的からすれば、共犯の成否がまさに正犯行為の終了／未終了の理解をめぐって問題とされる事例類型を検討対象とすべきであるから、犯罪の終了／未終了によって共犯の成否が区別されるそのような事例類型は検討の対象外に置くことにする⁽¹⁵⁾。

また、共犯成立の時間的限界論においては、共同正犯成立の時間的限界と、幫助成立の時間的限界を区別して検討し、しかもその中には、正犯行為終了後に共同正犯は成立しないものの、幫助は成立しようとする見解も主張されている（承継的共犯論における学説の分類において、限定中間説として紹介される見解もこれと同じ結論に至る⁽¹⁶⁾）。しかし、本節の目的が、共犯成立の時間的限界論を正面から検討することではなく、後行不作為犯の共犯成立可能性について検討することにあるのだとすれば、少なくとも幫助の成立可能性さえ否定できれば、自ずから（処罰擴張事由としての）共同正犯が成立する可能性も否定されることになる（結果的に共犯全体の成立可能性が否定される）。そこで、以下では特に、

正犯行為終了後に関与する者に幫助の成立を認める見解について検討することにする（以下では、そのような意味で幫助の成立を肯定する見解を、「行為後幫助肯定説」と呼ぶことにする）。

（4） 検討対象を以上のようにまとめたところで、以下、共犯成立の時間的限界論を参考に、特に形式的側面において、先行作為行為の終了後に関与する後行不作為犯に、共犯が成立する理論的可能性があるのかという点について検討することにする。

2. 行為後幫助肯定説

現在、ドイツ学説において、直接関与者の幫助成立可能性に関して有力に主張されている見解は、次のようなものである。それは、幫助は構成要件的行為の完成（Vollendung）を越えて、正犯行為（Haupttat）の實質的終了時まで可能である、とする見解である。¹⁹ いかえれば、正犯行為は、当初の構成要件該當行為の完成によって完了（Abschluss）するのではなく、犯罪事象の實質的終了（Bendigung）によって初めて完了すると考えられるので、幫助も、形式的な正犯行為の完成を越えて、その實質的な終了時まで可能であるとする見解である。そこでは、幫助は、構成要件該當行為の完了後、正犯行為の上で決定的な（endgültig）構成要件的结果が発生するまでではなく、その構成要件的结果の発生後、正犯行為に基づく違法な事象の實質的終了時まで可能であると考えられていることとなる。²⁰ このような行為後幫助肯定説では、正犯行為は抽象的に考えられ、「正犯行為の完了」は、實質的な犯罪の終了時期に対応するものとして解されている。²¹

このような見解の實質的な根拠について、キュールは、幫助は結果を方向づける（erfolgsorientieren）ものであって、構成要件の「結果」を共に惹起するものであるから、（狭い意味での）正犯行為が終了した後でも幫助は可能だからと

している⁽²²⁾。また、わが国においても齊藤誠二が、行為後幫助が肯定される実質的根拠について、「幫助犯は、正犯者が構成要件で保護されている法益を侵害するのを手助けし、それに影響を与えたので処罰されるものである」から、「幫助犯は、正犯者が構成要件で保護されている法益を侵害することに影響をあたえるかぎり、正犯者が実行行為をはじめたあとでも成りたつ」、また「その行為が、先行の行為者がおこなう犯罪の実現（構成要件で保護している法益の侵害に役にたつ）⁽²³⁾かぎり、その犯罪の幫助犯としての責任を負う」としている⁽²³⁾。さらに、後行不作為犯について行為後幫助説を採る内海朋子も、「共犯不法を正犯の行為を通じて結果を間接的に実現することに求めたとき、ここでの『正犯行為』を、単に正犯実行行為と解釈してしまうと、結果犯において、正犯の実行行為終了後結果発生までの間になされた結果発生促進行為はもはや幫助行為として評価しえなくなることになる。しかしながら、正犯行為とは単に正犯者の実行行為を指すのではなく、正犯行為から結果へいたる一連の因果経過、すなわち正犯者自身による行為支配である、と考えるかぎりには、正犯者の実行行為終了後も結果発生以前であれば、幫助の成立はありうる⁽²⁵⁾」としている。

ドイツ判例においても行為後幫助肯定説が有力である。特に後行不作為犯の罪責について検討したライヒ裁判所一九三七年四月二三日判決は、母親Yが自宅納屋にある藁に放火した後、娘Xがその炎に気づきながらも放置し、結果的に納屋一棟、家畜小屋二棟を焼失したという事実について、原判決が、「被告人が炎に気づいたとき、すでにYの行為は完成していたので、被告人の幫助成立の可能性は排除される⁽²⁷⁾」としたのに対し、「納屋が燃えた時点でYの犯罪行為は法的に完成したが、その後、家畜小屋に燃え移っている点で、未だ行為事實は終了していない⁽²⁸⁾」とした上で、「行為事實が終了していないうちは、なお幫助は可能である」と判示し、被告人に放火幫助の成立を認めている。

同様に放火の事案について、ハム高等裁判所一九六〇年五月二三日判決も、被告人Xが、友人Zの家が何者かによって放火され、火災となっているのを見たことから、友人の保険金取得を助けるために、油を注ぎ、結果としてそれまで

燃えていなかった部分にまで炎が燃え広がったことにより、Zの家が全焼した事案について、「被告人は、一階の窓付近に油を注ぎ、それまでは燃えていなかった一階部分にまで火災を拡大させたものである。被告人は、結果として、新たな火元を創出することなく、火災の拡大と加速に寄与しただけであるから、それによって放火罪（当時の三〇八条―引用者註）の構成要件を実現したと認めることはできない。しかし、被告人は、氏名不詳の正犯者による放火を補助したことについては責任がある。すでに完成した犯行（Vergehen）に対しても共犯が可能であることは、判例においてすでに認められている。すなわち、正犯行為は確かに法的に完成しているものの、しかし、未だ事實的に終了していない限り、共犯は可能である」と判示している。²⁹⁾

以上のように、ドイツ学説・判例、あるいはわが国の学説における有力な見解は、幫助は構成要件的結果の発生を促進しさえすればよいのであるから、（狭い意味での）正犯行為の終了後でも、幫助の成立は肯定されると主張している。前節で見た後行不作為犯に関する行為後幫助説も、このような理解を前提とするものと思われる。

3. 批判的検討

（1）しかし、そのような行為後幫助肯定説に対しては、かねてから批判が強い。古くはすでにアルフェルトが、結果の発生を促進するだけの行為は幫助ではないとしていた。³⁰⁾ また、ガラスも、先の後行不作為犯による放火に関するライヒ裁判所一九三七年四月二二日判決を評釈するにあたって、「第三者の行為を幫助することのできる時点に関しては、行為事実の終了にかかっているのではなく、正犯行為の法的完成にかかっていると見る見解が支持される。すなわち、幫助は、あくまで犯罪行為（法律上特徴づけられた所為）に対する共犯である。法益の侵害あるいは危険に促進的に関与するものではない。後者の場合は正犯となる」としていた。³²⁾

このような理解は現在も、ルドルフィーによって有力に主張されている。ルドルフィーは、共犯が行為の実質的な終了時まで可能とする見解に対して、「形式的な完成後の正犯の所為は、もはやそれ自体では構成要件を満たしておらず、構成要件に該当する正犯行為 (Handlung) を欠いている。しかし、そうであるのに共犯を認めることは、構成要件に該当しない所為に対する共犯を認めることとなり、『法律なければ刑罰なし』の原則に反することになる」と批判する⁽³³⁾。すなわち、ルドルフィーは、正犯行為の完成後も、実質的に犯罪が終了するときまでが正犯者の帰責対象であるとしても、そのことから直ちに、幫助も当該犯罪の終了時まで可能とすることはできないとする⁽³⁴⁾。その上で、幫助が正犯者の違法性に従属するものであるとすると、第一に、幫助の結果無価値は、正犯者がその行為によって違法結果を惹起する危険を創出したことよって基礎づけられ、第二に、幫助の危険無価値は、正犯者がその行為によって違法結果を惹起する危険の創出に対して援助することよって基礎づけられ、第三に、幫助の志向無価値は、正犯者が正犯行為の危険無価値・結果無価値を実現することに向けられた幫助者の故意よって基礎づけられることになる、幫助の違法性がこのような三つの無価値要素から成り立っているとすると、正犯がすでに危険な行為を終え、正犯者自身の危険無価値の実現を完了させた場合には、すでに事後的な関与者は正犯が危険行為を実行するという危険を創出できないから、その関与者は幫助の危険無価値を欠き、さらに同様の理由から、幫助の志向無価値も欠くことになるので、従属的性格を有する幫助はもはや成立しえないとする⁽³⁵⁾。また、ルドルフィーは、正犯に対して幫助の有する違法性の程度が軽いことは、「正犯がその禁止された行為を実行することよって、構成要件に該当する違法な結果と幫助行為との間に、常に正犯者の答責的な決定が介在している限りの範囲で、幫助が現実化するからである」としている⁽³⁶⁾。このような理解に基づいて、ルドルフィーは、「幫助は、正犯がその所為による危険無価値を未だ完全に実現していない段階では可能である。しかし、正犯が既に許されない危険の所為を終了し、それよって危険無価値の実現を終了した場合は、従属

的な幫助はもはや成立しない」として、自ら当該構成要件のすべての違法性を実現した者は、（同時）正犯の要件を満たしているにすぎないとする。⁽³⁷⁾

このように、幫助が成立するためには正犯行為自体を促進することが必要とする行為後幫助否定説は、現在、シユミッツをはじめ、多くの学説から支持を集めている。⁽³⁹⁾ わが国においても、昭沼亮介が、「正犯行為の既遂後も継続する『違法状態』を捉えて、正犯の実行行為終了後の領域にまで幫助の成立範囲を拡張する見解は、規範のないところでの事後的な、抜き打ち的な処罰を認めるものであって、罪刑法定主義に反するといわざるを得ないのである。監禁のように実行行為そのものが既遂後も継続している犯罪（継続犯）にあつては、その『実質的終了』に至るまで幫助が可能であるのは当然だが、およそ一般に正犯行為の『終了』に至るまで関与が可能である、として幫助の成立の時期を拡張するのは、少なくとも共犯の処罰根拠について、正犯の不法（構成要件該当の違法性）と共犯固有の不法の双方を考慮する混合惹起説の立場からは否定されることになる」として、ルドルフィーの見解を支持している。

(2) 結論において、正犯行為終了後の幫助成立を否定するそのような理解は適切と思われる。「正犯行為のないところに共犯は成立しない」ということは、共犯の処罰根拠論の帰結であり、またそこで正犯行為を介していなければならぬのは、処罰拡張事由としての共犯、すなわち限縮的正犯概念からの制約であるとさえいえる。⁽⁴¹⁾ 共犯は、背後者と結果との間に他人の自律的決定が介在し、背後者に正犯としての帰属が否定された結果、刑罰法令各本条だけでは可罰性を肯定できない場合に、例外的に、刑法六〇条以下の処罰拡張事由を適用することにより、可罰性が認められる領域であると考えられるべきである。その意味で、他人の自律的決定が介在してこそ、共犯を観念することができるのである。⁽⁴²⁾ このことは、ルドルフィーのいう、共犯と結果との因果経過の間に、正犯者の答責的な決定が介在する必要があるとする考えと一致する。学説でも、山口厚が、「正犯行為に構成要件の結果についての故意が認められる場合には、

遡及禁止原理が妥当し、背後者の共犯行為と構成要件の結果との間には、基本となる（単独犯の）犯罪構成要件に該当する因果関係が認められない」ことから単独犯の正犯性が否定され、その場合にこそ、処罰拡張事由としての共犯規定が必要とされるとしている。⁽⁴³⁾つまり、処罰拡張事由としての共犯は、正犯者の自律的決定が介入することにより、背後者の単独正犯性が否定されたときに初めて、例外的にその背後者に可罰性を認めるために適用される領域であるとされている。その意味では、結果との間に介在者がいない場合に、処罰拡張事由としての共犯規定が適用される可能性はないと解すべきである。⁽⁴⁴⁾

近時、島田聡一郎も、遡及禁止論に基づいて単独正犯性を定義し、「ある者が結果を他人を介することなく実現した場合には、その者は単独正犯である」、逆に、「他人の行為が介在していた場合、行為媒介者が現に生じた結果について自律的に決定した、つまり結果の意義と射程を十分理解した上で強制されることなく結果を引き起こした場合には、背後者は（単独）正犯とはならない」と主張している。⁽⁴⁵⁾そして、そのような理解に基づいて、特に先のハム高等裁判所一九六〇年五月二三日判決の事案を題材に、行為後補助肯定説を批判している。すなわち、YがZの家に放火し、火が燃えている際にXがそこに油を注いだ、⁽⁴⁶⁾という事案では、「私見のように正犯行為の促進を共犯構成要件の内容とする場合には、Xは放火罪の単独正犯となる余地があるだけである。……これに対し、一部の有力な学説は、正犯行為終了後でも、既遂に達するまで、あるいはその後であっても犯罪の実質的終了時期に至るまで、共犯の成立の余地はありとして、右の事案のXを放火幫助として処罰せよと主張している。……しかし、それでは、右の事例を若干修正して、Yが失火したにすぎない場合にはXの罪責は何になるのだろうか、この場合Xは直接結果を実現しているのであるから『間接』正犯とはいえない。もしこの場合は『直接』正犯だということであれば、Yが故意犯の場合には、Xの行為の直接の結果惹起の側面が無視されて幫助とされる理由が不明である。逆に、この場合のXも共犯だということであれば、さらに

Yが無過失の場合、さらにはYが人ではなく猿であった場合はどうなるのだろうか。この点、ドイツではわずかにリユエダーゼンが、たとえ先行する事象が自然現象であっても、その寄与度が大きく、行為者の寄与度が小さいときは、行為者は（正犯なき）共犯となり得るという理論的可能性を認めていた。⁽⁴⁸⁾しかし、このような解釈は、正犯と共犯を区別し、かつ正犯概念を基本とする立法の下では到底受け入れることはできない。かつて、木村亀二博士は、甲が丙に殺意をもって重傷を負わせ立ち去った後、乙が駆けつけてくる医師を妨害しそのために丙が死亡したという事案において、甲の行為に影響していない乙の行為を甲の幫助と考えるのは共犯従属性の見地と矛盾する、とされていたが、それは適切な指摘と思われる。⁽⁵⁰⁾以上のような点及び前述した正犯行為を介した結果惹起という共犯の処罰根拠に鑑みると、（広義の）共犯の成立要件として正犯行為を介した因果性と正犯行為介入の認識を要求すべきである⁽⁵¹⁾としている。

以上のような理解に基づけば、少なくとも介在行為なく直接的に結果の発生に関わる者は単独正犯であるし、反対に、共犯は（狭い意味での）正犯行為を介していなければ成立しないものと考えられる⁽⁵³⁾（また、行為後幫助肯定説のように、正犯行為を抽象的に考えるべきでもない⁽⁵⁴⁾）。このことから、行為後幫助肯定説は妥当ではないと考える。

その結論は、もちろん後行不作為犯にも妥当する。すなわち、後行不作為犯も結果の発生に直接的に関与している以上、共犯規定が適用される余地はなく、単独正犯と解すべきである⁽⁵⁵⁾。単独正犯と共犯（広義）の区別に関しては、「不作為犯に固有の正犯原理は存在しない」というべきである⁽⁵⁷⁾。そしてそのことは、前節で見た自殺行為者に対する不救助やプロバイダの削除義務違反においても同じである⁽⁵⁸⁾。

4. 展開

以上のようにして、共犯は、他人の自律的決定が介在し単独正犯としての可罰性が認められない場合に、例外的に処

罰拡張事由が適用されることによって可罰性が認められる領域であるから、先行作為犯による行為が終了した後、誰の行為も介在せず、結果の発生に直接的に関与する後行不作為犯に、共犯が觀念される可能性はない。その意味で、形式的な側面からいえば、行為後幫助説は妥当ではなく、不作為関与（後行不作為犯）は単独正犯と理解されるべきことになる。

もつとも、正犯行為の終了後に関与した者に幫助が成立する可能性を否定する見解に対しては、幫助としての二次的責任でよいとしているのに、なぜわざわざそれを正犯としなければならないのか、そもそも正犯の介在のないところに共犯を認めてどこに問題が生じるというのか、という批判があるかもしれない。むしろ、そのような批判をする見解は、犯罪事象を全体的に考察した上で、先行行為者に対する後行関与者の劣後性を見出し、だからこそ後行関与者を幫助としているものと思われる。この点、共犯成立の時間的限界論においては、後行関与者が幫助であることを前提に、その成立可能性を問うものでしかないので、なぜ後行関与者が幫助とされるべきなのかということに関して検討されることはない。その意味で、幫助を認めることの実質的側面についても検討することによって、そのような実質的観点に基づいて幫助を成立させること自体の理論的可能性についても検討する必要がある。そこで、以下では、故意ある幫助道具の理論を参考に、実質的観点に基づいて後行不作為犯に幫助を成立させることの理論的可能性について検討することにする。

第三項 共犯成立の可否に関する実質的側面？

——故意ある幫助道具の理論を参考に

1. 総説

前項の検討においては、先行作為行為終了後に関与する後行不作為犯の共犯成立可能性について形式的に考察し、結論においてその可能性を否定した。しかし、そのような形式的側面だけでなく、事後的な関与者を幫助とする実質的な観点についても検討し、その上で、そのような観点に基づいて幫助の成立を認めることの理論的可能性についても検討する必要がある。その検討が本項の目的である。検討にあたっては、故意ある幫助道具の理論を参考とする。故意ある幫助道具とは、「直接犯罪を実行した者を幫助犯とする考えをいう」と⁵⁹とされている。ここでは、たとえ直接関与者自身がすべての構成要件要素を満たしていたとしても、背後者に対する直接関与者の当罰性の軽さを考慮して幫助が認められている。⁶⁰この点が、先行作為犯に対する劣後性に基づいて後行不作為犯をも幫助とする、行為後幫助説の理解と共通するところである。しかし、そのような実質的な観点に基づいて、すべての構成要件要素を満たしている者をなお幫助として認めることは妥当なのであろうか。以下では、そのような意味において幫助を認める見解を、「実質的幫助肯定説」として、その当否について検討することにする。

なお、故意ある幫助道具の理論をめぐる議論においては、例えば、恐喝罪において、事前の意思疎通に基づき、財物の交付を受ける行為のみを直接関与者が分担実行したような事例も扱われている。⁶¹しかし、不作為関与に関しては、そこでの後行不作為犯は、因果性・作為義務違反が認められ、自ら構成要件要素のすべてを満たしているものであることから、以下で参考とする故意ある幫助道具に関する事例類型も、直接関与者自らが、すべての構成要件要素を満たしている場合に限定することにする。検討の対象となるのは、例えば、①Xが、Yの指示を仰ぎながら覚せい剤讓渡の交渉をもつばら行い、かつ讓渡の実行も担当した事例、⁶²②Xが、Yから頼まれて覚せい剤水溶液をYの腕に注射した事例、⁶³③Xが、Yが所持する覚せい剤を警察官に発見されて逮捕されるのを防ぐため、Yに代わって覚せい剤入りの包みを持つた事例、⁶⁴である。⁶⁵

2. 実質的幫助肯定説

(1) 実質的幫助肯定説を考察するにあたっては、特にわが国の判例が参考になる。ここでは、特に薬物事犯において、自ら構成要件要素のすべてを満たしながらも、その関与の消極性ゆえに幫助とされた事例がいくつか見受けられる。⁽⁶⁶⁾ その中でも、被告人が「故意ある幫助道具」であることを明示して幫助の成立を認めた判例として、次の二つの判決(ⒶとⒷ)が挙げられる。

Ⓐ 第一は、Yの指示を仰ぎながら覚せい剤譲渡の交渉をもっぱら行い、かつ譲渡の実行も担当したXに関する、横浜地裁川崎支部昭和五十一年一月二十五日判決⁽⁶⁷⁾である。「罪となるべき事実」では、被告人は、「法定の除外事由がないのに、昭和四十八年九月二二日……Kホテルロビーで、YがWに対し……覚せい剤粉末約五〇グラムを代金五〇〇、〇〇〇円で譲り渡した際、右取引の数量、金額、日時、場所をYに連絡し、右ホテル付近道路で故意ある幫助道具としてYから同覚せい剤を受け取り、これを右ロビーでWに手渡し、もってYの右犯行を容易にさせてこれを幫助したものである〔傍点は引用者〕とされている。もつとも、本位的訴因では、「被告人は、法定の除外事由がないのに、……Kホテルロビーにおいて、Wに対し、……覚せい剤粉末約五〇グラムを代金五〇万円で譲り渡したものである」と単独正犯として構成され、他方、予備的訴因の要旨では、「被告人は、Yと共に謀の上、法定の除外事由がないのに右同様の犯行をした」と共同正犯として構成されていた。しかし、これらの訴因に対して川崎支部は、「被告人は、Wから一グラム一万円の覚せい剤五〇グラムの世話を依頼されてYに連絡し、取引の日時場所もYに知らせたが、同人から自身で取引するため判示ホテルに赴く旨を聞いたため、相手と引き合わせるため判示日時頃同ホテルに行き、被告人に次いで同所付近に来たYが取引相手が快くないWであることを見聞了知して、被告人に覚せい剤を手渡すや、同人も本件覚せい剤の取引当事者はYとWであることを認識しながら、これをWに渡したもので、同人からその代金五〇万円を受け取ると、そ

のままこれをYに渡し、同人からは一円の配分も受けていない」ということから、「被告人が単独でYから覚せい剤五〇グラムを購入してWに売却したとは到底認めえない」として、まず本位的訴因は認められず、さらに、「さりとて被告人がYと共謀してWに覚せい剤を譲り渡したことを認むべき証拠は存しない」として予備的訴因も認められないとしている。すなわち、川崎支部は、単独正犯ないし共同正犯としての責任を否定するにあたり、①本来はYの取引であったのに、たまたま取引相手がYの快く思っていないWであったので、代わりに取引を担当しただけであること、②被告人にこの取引の利益は帰属していないこと、という点を強調する。そしてこの点を考慮し、川崎支部は、「被告人が覚せい剤五〇グラムをWに手渡しした客観的事実は動かしえないものであるところ、右所為における被告人は、覚せい剤譲渡の正犯意思を欠き、YのWに対する右譲渡行為を補助する意思のみ有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意ある補助道具と認むべく、これを正犯に間擬することはできない（傍点は引用者）」として、「罪となるべき事実」の通り認定したものとしている。⁽⁶⁸⁾

⑧ 故意ある補助道具を明示した第二の判決は、Yから頼まれて覚せい剤水溶液をYの腕に注射したXに関する、大津地裁昭和五三年一月二六日判決である。⁽⁶⁹⁾「罪となるべき事実」では、被告人は、「Yが法定の除外事由がないのに、……覚せい剤粉末〇・一グラムを水に溶かし、これを自己の身体に注射により使用した際、頼まれて同人のため水溶液を同人の身体に注射してやり、もって同人の右犯行を容易にしてこれを補助したものである」とされて⁽⁷⁰⁾いる。被告人を補助した理由について、大津地裁は、「覚せい剤取締法一九九条にいう覚せい剤の使用は、自己使用に限定されるものではなく、他人に使用させる場合も含まれると解されるし、覚せい剤水溶液を注射器で人の身体に注射することは、それ自体が覚せい剤の使用と目される場合もありえようが、前記認定の事実によれば、被告人は、Yにおいて自ら覚せい剤の水溶液を注射しようと試みる途中で、同人に頼まれるま、その手で同人に注射をしてやったというもので、結局、

同人の身体に注射をしたのは被告人自身であるけれども、しかし右所為における被告人は、自ら又は他人に覚せい剤を使用させようとの積極的意図を有していたとは認め難いのであって、覚せい剤使用の正犯意思を欠き、Yの覚せい剤使用行為を補助する意思を有したにすぎないと認めざるをえないから、いわゆる正犯の犯行を容易ならしめる故意ある補助道具と認めるべく、これを正犯に間擬することはできない〔傍点は引用者〕と判示している。⁽⁷¹⁾ すなわち、大津地裁は、覚せい剤の「使用」の意義として、他人に使用させる場合も含まれると認めつつも、被告人はあくまでYに頼まれただけであって、他人のために積極的に使用させようとは思っていないかつたという主観的要素を大きく考慮している。⁽⁷²⁾

(2) それに加えて、「故意ある補助道具」と明示されているわけではないものの、直接関与者が構成要件要素をすべて満たしていながらも補助とされた事案として、次の二つの判決(◎と㊦)が挙げられる。

◎ 第一に、被告人Yが内妻Xに覚せい剤を買いに行かせた事案につき(ここでは背後者の罪責が問題とされている)、弁護人が、被告人Yは教唆犯である旨主張し控訴したところ、東京高裁昭和二十九年八月九日判決は、確かに原判決においても、当該覚せい剤は、被告人がXに命じて買いに行かせたものであり、Xもまた覚せい剤であることを認識していたことは認められるけれども、「右覚せい剤は、被告人が自己の用に供するためこれを買受けることを決意し、その決意に基づき自分の内妻Xに命じ同人を使者としてこれを買受けたものであり、右Xは単に夫たる被告人の命によりその使い走りをしたに過ぎないものであって、自ら買受の当事者となつたものではないことが認められるのであるから、かような関係にある場合には、被告人がXを教唆して同女をして覚せい剤買受の決意をさせたものとみるべきではなく、Xは被告人の命により同人の買受行為の手伝をしてその犯行を容易ならしめたもの、即ち情を知って被告人の犯行を補助したに過ぎないものといふべき」と判示している。つまり、東京高裁は、XはあくまでYの使い走りであって、X自

身が取引の当事者ではないことに着目して、覚せい剤譲渡を直接的に行ったXは幫助にすぎないとして⁽⁷⁶⁾いる。

⑩ 第二に、覚せい剤の所持に関して幫助を認めたと事例として、福岡高裁昭和二十七年六月一日判決⁽⁷⁸⁾がある。事案の詳細は明らかでないが、福岡高裁は、Y所有の覚せい剤を所持していたXの罪責について、次のように判示する。すなわち、「覚せい剤の所持者から、その所持にかかる覚せい剤の携行を依頼されたものが、自からこれを支配する意思なくして、その依頼に応じその依頼者に随伴してこれを携行した所為は覚せい剤取締法第一四条第一項第四一条第一項第二号所定の所持罪を構成することなく、同罪の幫助罪を構成するものである」とする。その理由について、「けだし、物の所持とは人が物を実力的に支配する状態を指称するものであるから、物を実力的に支配している者からこれが携行を依頼されてこれに随伴してその物を携行する場合、その物に対する実力支配は依然としてその依頼者に存し、依頼を受けたものにおいてこれを自ら支配する意思がない限り、その物に対する実力的支配関係を設定するものでなく、単に依頼者のその物に対する実力的支配を容易ならしめているに過ぎないからである」としている。この福岡高裁判決においても、所持罪自体の構成要件要素は被告人自身がすべて満たしていたとしても、あくまで他人の覚せい剤を、頼まれて（おそらく一時的に）所持していたにすぎないということから、幫助が認められたものと思われる⁽⁷⁹⁾。

(3) なお、故意ある幫助道具について、理論上それが認められるとしつつも、しかし限定的に解されるべきであるとして、それが認められるための基準にまで言及した、横浜地裁川崎支部昭和五二年七月一五日判決⁽⁸⁰⁾がある⁽⁸¹⁾ので、これについても見ておくことにする。

⑪ この事案における変更前の訴因は、「被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和五十一年一〇月一六日午後九時ころ、……レストランCの駐車場において、Y〔ら〕が営利の目的をもって、W〔ら〕から……覚せい剤粉末約六・五グラムを二五万円で購入した際、その情を知りながらYらと右Wらとの仲に立って、取引の日時、場所、量、値段の

取り決めを行うとともに右現場において、幫助の意思をもって現物、代金の授受を行ない、右Yらの覚せい剤の買い入れを容易にし、もって同人らの右犯行を幫助したものである」として、被告人の罪責を幫助とするものであった。しかし、これに対して、川崎支部は、故意ある幫助道具の理論は、ドイツライヒ裁判所判例においても認められている肯定すべき理論であると認めつつも、⁽³⁾「この理論の適用に当って注意すべきは、故意のある幫助的道具が犯罪構成要件に該当する行為以外の行為により正犯を幫助するのではなく、自ら右要件に該当する事実を認識した上で、これに該当する行為に出ながら幫助犯とされ、間接正犯の被利用者としてされるものであるから、その決め手となる幫助意思は何により認定すべきか、又いかなる動機、原因、事情等の存する場合に認定し得るかということである。故意のある幫助的道具も道具なのであるから、故意のない者、責任性のない者、違法性のない者ら程道具としての完全性を有しないにしても、道具と評し得べきものでなければならぬ」とする。このような一般論を提示した上で川崎支部は、それが認められる要件を次のように判示する。すなわち、「故意ある幫助的道具は、客観的には正犯同様の行為に出ているので行為は任意の（自由な）意思の実現であるところから、行為の客観面に即すれば正犯意思が推定されるどころ、これを覆えて幫助意思が認定されるものであるから、同意意思の認定は、単に被告人の正犯を幫助するためにしたという自白のみをもって軽々にこれをなすべきではないのであって、①犯罪構成要件に該当する行為に出るにつき相当程度の暴行脅迫があったこと、ないしはその蓋然性のあったこと、②正犯に犯行の諫止を試みたが受け入れられず、生活単位保持のために、いやいやながら正犯行為の一部を代行したこと、③行為が正犯の指示通りに行なわれ、裁量の余地がなかったこと等のため、右構成要件該当事実の認識があったにしても、正犯の犯行を幫助することの認容しか認められないような特段の客観的事情に立脚してなされなければならないものであり、故意ある幫助道具理論の濫用は慎まなければならない〔丸数字は引用者〕」として、故意ある幫助道具が認められるための基準を明示している。そして当該事案については、こ

の基準に従って、被告人は「取引の全過程において相当程度の主体性が認められる」として、幫助の成立を否定し、共同正犯としての責任を負うと結論づけられた。ここで示された基準は、①②③「等」としているため、あくまで例示的に列挙されたものであり、もちろん、幫助を認めるために①から③までのすべての基準を満たしていることを求めるものでもないと思われる。ただし、この基準の妥当性はどうか、故意ある幫助道具の理論的可能性を認めたこと、さらに、その認められるための基準を提示したことの二点において、注目すべき判決と思われる。⁽⁸³⁾⁽⁸⁴⁾

（4） わが国の学説においても、藤木英雄は、「犯罪のうち、社会の日常生活現象、経済的行動に関する犯罪類型については、常識に従って解釈すれば、正犯とは直接手を下した者ではなく、背後にあつて、他の事情を知った者を利用して所期の目的を遂げた者については、直接手を下した者が幫助、背後にある者が、実行正犯だとみるのが妥当な場合がすくなくある」として、たとえ結果に直接的に関与する者であつたとしても、故意ある幫助が適用される可能性を肯定している。また、土本武司も、「故意ある幫助道具の観念はこれを認めるべきであろう。それを認める方が事態の実状に適合する場合があるからである。……従業員、部下、使者を正犯とし、社長、上司、下命者を教唆犯とすることは正義感覚にも反する」として、故意ある幫助道具が認められることの必要性を強調する。さらに近時、林幹人は、正犯と共犯を区別する基準として、精神関係説とする見解を示し、それに基づいて故意ある幫助道具について肯定している。まず、「広義の共犯とは、同時犯とは異なり、意思を相互的（あるいは片面的）に通じて犯罪を実現するところにその基本的な内容がある。そして、正犯と共犯とは、この広義の共犯の中で重大な役割を果たした者とそうでない者とを区別するものであるから、その区別は、相互の意思的・精神的な関係を基準としてなされるべきであらう。すなわち、精神的に、支配的もしくは対等的な立場で犯罪実現に関与した者が正犯であり、従属的な立場で関与した者が共犯である。いいかえると、精神的に主たる役割を果たした者が正犯で、そうでない者が共犯である」と、その精神

関係説を基礎づけた上で、故意ある幫助道具について、次のような立場を示している。すなわち、「自ら構成要件を實現する実行行為を行ったとしても、背後の者に完全に支配されていた場合には幫助犯としてよいと思われる」とし、ただ、「この場合、背後者には間接正犯性が認められなければならないから、直接に実行行為を行った者を完全に支配していなければならない」としている。⁽⁸⁷⁾このようにして林幹人は、たとえ構成要件要素を自ら満たしていたとしても、背後者に完全に支配された行為を行った場合には、故意ある幫助道具が認められる余地があるとしている。

しかし、他方で、直接関与者を故意ある幫助道具として認めることを肯定する学説も、すべての犯罪類型においてこれが肯定されうるとしているのではなく、その適用範囲を限定的に理解している。例えば、藤木英雄は、故意ある幫助道具が認められるとすることにあたって、「殺人、放火、強窃盗などの罪については、犯人みずから被害惹起の原因行為に手を染めることが実行行為だとすることは妥当であるが、しかし、経済行為的性格が強く、犯罪の成立について、その行為に基づく経済的利害の帰属が重視される罪については、実行の概念は、直接手を下したものと別の観点から考慮されなければならない」とし、⁽⁸⁸⁾さらに「日常的、経済行動的な人間活動が犯罪とされる場合については、必ずしも物理的にその動作自体をみずからの肉体でしたものが正犯であるとは限らず、むしろその背後にあって、その行為のもつ経済的・社会的意味、経済的・社会的効果の帰属主体となる、直接物理的動作をしない者がかえって正犯であるとみるのが妥当である」としている。⁽⁸⁹⁾藤木は、実質的な利益の帰属が問題となるような経済的な取引に関する場合などでは、必ずしも構成要件的行為を自ら行わなくても正犯となりうるし、また自ら行った者が幫助となる場合もある、しかし、このことは、殺人や放火、強窃盗のような事例にはあてはまらないとしている。⁽⁹⁰⁾

同様に、土本武司も、「しかしこの観念（故意ある幫助道具の理論―引用者註）をすべての犯罪類型に適用することは困難であろう。例えば、殺人、傷害、放火、強姦というような犯罪については、自ら犯行に手を染めながら、これを

他人の犯罪に加担する意思でなかったというだけの理由で正犯でないというのは困難である。それは、それらの自然犯的犯罪については、自ら手を汚した者には当然強い規範的障害があるはずであるからである。これに対し、その種の犯罪以外の犯罪については、情を知って違法行為に加担する場合でも、規範的障害の弱いこともあり、しかも、直接、構成要件にあたる物理的動作をすることは、当該犯罪を実現するうえで必ずしも重要でないこともあるので、その種の犯罪については、幫助利用の間接正犯の概念を認めることは有益である⁽⁹¹⁾」⁽⁹¹⁾としている。

近時、亀井源太郎は、「共謀共同正犯と表裏一体であることを念頭に置くと、共謀共同正犯を肯定する見解は、①共謀共同正犯が客観的に認められるとするのであれば、実行行為を行う従犯も客観的に認められるとすべきであるし、②共謀共同正犯の場合には実行行為を行わない背後者を重い刑で処罰するだけでは足りないとして、当該関与者を『正犯』とするのであれば、実行行為を行う従犯を肯定することによって、はじめ、論理が一貫する⁽⁹²⁾」として、共謀共同正犯を肯定しているのであれば、故意ある幫助道具を否定する理由はないとしている。しかし亀井は、これを前提しつつも、殺人罪や傷害罪のような犯罪類型では、実行行為を行う従犯が、常に認められるわけではないとしている。すなわち、亀井は、犯罪類型の性格を二つに分け、その両者において、正犯・共犯を区別する基準がそれぞれ異なることを正面から肯定し、その類型区分に従って、背後者でも正犯、直接関与者でも幫助、ということが認められやすい類型と、そうでない類型があるとされている。その類型区分は、⑦自手的な犯罪遂行かどうか重要な類型であるのか、それとも、④関与者の固有の利益が重視されているかどうか重要な類型であるのか、によってなされる。それに従えば、殺人罪のような犯罪類型は、類型⑦に該当し、ここでは自手的であることが犯罪にとって重大なことなので、自手的に犯罪を實行しておきながら幫助とされることはないとする。逆に財産犯の場合は、類型⑧となり、たとえ自手的に実行していても必ずしも正犯になるとは限らないと結論づける⁽⁹³⁾。亀井は、このような理由から、殺人罪などでは故意ある幫助道

具の認められる可能性は否定されると解している。

(5) 以上、直接関与者について、故意ある補助道具を肯定する見解を見てきた。確かに、例えば、覚せい剤を他人に使用した事案について見れば、正犯を肯定した事案が、現に被告人が積極的に注射を働きかけていたものであるのに対し、補助を肯定した事案は、当初は自分自身で注射しようとしていた者が、上手くいかなかったので被告人に依頼し、被告人はそれを受けて注射したにすぎないものである。⁽⁹⁵⁾つまり、補助を肯定した事案では、被告人は必ずしも積極的に犯罪に関わっていたわけではない。また学説の中で、取引犯罪などでは行為者が構成要件要素をすべて満たしているも補助が認められる場合があるとするのも、たとえ実行はしていても自らは積極的でない場合が（少なくとも取引犯罪については）あると考えているからであろう。

しかし、直接行為者自身が構成要件要素をすべて満たしている場合にまで、そのような実質的な観点から補助を認めることが果たして理論的に妥当なのであるか。以下では、この点について検討することにする。

3. 批判的検討

結論からいえば、すべての構成要件要素を自ら満たしている直接関与者を、さらに実質的な観点から補助として認めるような理解は妥当でない。なぜなら、それに従えば、単独正犯と共犯の区別が、量刑論と混同されてしまうからである。仮に、罪責の軽重を基準に単独正犯と共犯の区別をすれば、直接関与者であっても犯罪結果に対する罪責の軽さに基づいて補助の成立を認めることが許容されることになる。しかし、それでは結局のところ、正犯と共犯の区別が、犯罪関与者のうち、重く処罰される者と軽く処罰される者があるということを示す意味をもつにすぎないことになってしまう。⁽⁹⁶⁾この点、相内信も、故意ある補助道具の理論を認めると、正犯・共犯の区別の問題が量刑の問題に

置き換えられてしまうと批判している。⁽⁹⁷⁾ 処罰拡張事由としての幫助規定は、あくまで単独では構成要件該当性を満たしていない行為者に対して処罰を拡張するための規定であり、単独で構成要件該当性を満たしている行為者を軽く処罰するためにあるものではない。正犯と共犯の区別が単なる量刑論でないことは、次の事例においても明らかである。例えば、Zを殺害するために、責任無能力者を利用したXaと、プロの暗殺者に依頼したXbがいたとき、結果発生の危険性の観点で比較すれば、XaよりXbの方が高く、罪責としてより重く判断されるべきところ、しかし結論においては、Xaが単独正犯としての間接正犯、Xbが典型的な殺人教唆とされている。⁽⁹⁹⁾ つまり、この事例は、「誰が単独正犯か」ということと、「誰を重く処罰するか」という軽重判断が、対応することのない全く別個の問題であるということを示している。その意味においても、軽い処罰を実現するために、共犯規定を適用することは妥当ではないと考えられるべきである。

故意ある幫助道具を認めることへの批判は、実務家からも主張されている。例えば小西秀宣は、覚せい剤の他人への使用にかかる大津地裁昭和五三年判決を評釈するに際し、「伝統的な構成要件理論に従う限り、そのような事案に関しては、まず何よりも当該具体的な構成要件の解釈によって妥当な解決を図るべきであり、いたずらに情状論を法律論に転化させるべきではない」とし、⁽¹⁰⁰⁾ 故意ある幫助道具を肯定した判例を、次のように批判する。すなわち、「前記川崎支部判決については、覚せい剤取締法一七条にいう『譲渡』は、麻薬取締法にいうそれとは異なり、所有権移転の有無を問わないものであり、右判決における被告人は単なる道具以上の性格を有しているものであって、これを従犯とすべき実質上の必要性もないものと思われる、また本件判決〔大津地裁昭和五三年判決―引用者註〕については、『使用』という事実的概念について、本件判決のような場合には、少なくとも理論上はこれを否定することはできず、被告人の関与形態を情状として考慮するにとどめるべきではなかったか」とする。⁽¹⁰³⁾

また、宮崎礼壹も、覚せい剤譲渡について、「独立の取引当事者とは認められなくとも、譲渡・譲受の実行行為に該

当する所持の移転―握持・移動―に直接携わった者については、その実行行為性を認めるべき」という見地から、「その立場の（主として経済的な意味における）非独立性を重視して、共同正犯としての刑責を否定し、従犯（幫助犯）刑責のみが成立するとの解釈」⁽¹⁰⁵⁾を採る一部の判例を、次のように批判する。まず、例えば東京高裁昭和二年判決や横浜地裁川崎支部昭和五年判決に対しては、両判決が「『正犯意思』なる限定的概念を設定し、それを欠いているとの理論構成をと「つている」⁽¹⁰⁸⁾」と評価した上で、しかし「このような見解は、近時の西ドイツ判例の動向を踏まえて登場してきた考え方であるといわれているが、正犯意思といってもその概念自体がきわめてあいまいであり、故意とは犯罪事実の表象・認識をいうとの従来の確立された故意論に対し、過剰な主観的要素を持ち込み、正犯性判断の明確性・予測可能性を失わせるものとの根本的な批判を免れないと思われるし、広い幅のある法定刑と、刑事訴訟法上起訴便宜主義を採用しているわが法制の下では、このような理解を導入すべき実益にも乏しいものと考えられる」⁽¹⁰⁹⁾として、結論としてそれら二つの判決については、いずれも譲受ないし譲渡罪の正犯として処理されるべきであったとしている。また宮崎は、覚せい剤所持に関して、「携行等の形態で直接所持していると認められる限りは、本法の趣旨に照らし、それだけで所持罪の構成要件たる『物に対する実力支配』⁽¹¹⁰⁾が存在すると認めるのに十分であると考えられ、右判示〔福岡高裁昭和二七年判決〕覚せい剤所持幫助―引用者註〕のような基準を構成要件解釈に持ち込もうとするのは、構成要件の明確性に無用の混乱を招くものと言わざるを得ない」⁽¹¹¹⁾として、同様に批判している⁽¹¹²⁾。

結局のところ、「誰が単独正犯か」ということと、「誰を重く処罰するか」という軽重判断は別個の問題であり、単独正犯の成否を論じているところへ、処罰の軽重の考慮を持ち込むべきではない。すなわち、単独正犯の成否の判断は、介在者の有無・性質によつて形式的に判断されるべき問題であり、実質的な罪責の軽重判断とは相容れないものである。故意ある幫助道具を肯定する見解は、「誰が単独正犯か」という問題に、「誰を重く処罰するか」という軽重判断を前倒

しするものである。しかし、仮にそのような前倒しの判断を許容すれば、単独正犯と共犯の判断基準が著しく不明確になつてしまうことになる。⁽¹³⁾ このような意味で、直接関与者自らがすべての構成要件要素を満たし、形式的に単独正犯性が認められている場合に、そこに実質的判断によつて幫助を許容するようなことは妥当でない。⁽¹⁴⁾ いいかえれば、構成要件要素を自らすべて満たす直接関与者を軽く処罰するために幫助規定を適用することは、処罰拡張事由の適用方法として適切でないものと思われる。⁽¹⁵⁾

この理解は、先行作為行為終了後に関与する後行不作為犯に対しても、同様にあてはまる。後行不作為犯については、前節で見たように、先行作為犯に対する後行不作為犯の劣後性に基づいて、これをなお幫助とする見解が主張されている（行為後幫助説）。しかし、仮にその実体があつたとしても、因果性・作為義務違反という要素を満たし、さらに結果の発生に直接的に関与する後行不作為犯は、形式的に単独正犯性が認められるべきものであるし、その判断に実質的な考慮が許容されるべきでもない。したがつて、先行作為行為の終了後に関与する後行不作為犯（不作為関与）は、単独正犯として捉えられるべきものと結論づけられる。

第四項 まとめ

前節で見たように、不作為関与に関しては、侵害を故意に惹起した先行作為犯に対して、惹起者ではない後行不作為犯の劣後性に基づいて、作為犯の背後の不作為犯と同様に、後行不作為犯をも幫助とする行為後幫助説が主張されていた。しかし、仮に先行作為犯に対する後行不作為犯の劣後性という実体が認められたとしても、またその実体が「犯罪の不阻止」において認められる「限定性への意識」のもとで理解されたとしても、果たして後行不作為犯に幫助（共

犯)を認めることが理論的に可能なのか、という観点から、後行不作為犯における共犯成立の可能性を検討することが本節の目的であった。

しかし結論において、後行不作為犯に幫助の成立を認める行為後幫助説は妥当ではなく、後行不作為犯(不作為関与)は、単独正犯として理解されるべきである。なぜなら、共犯は、背後者と結果との間に他人の自律的決定が介在し、背後者に正犯としての帰属が否定された結果、刑法各本条だけでは可罰性を肯定できない場合に、例外的に、刑法六〇条以下の処罰拡張事由を適用することにより、可罰性が認められる領域である。逆にいえば、他人の自律的決定が介在してこそ、共犯を観念することができることから、誰の介在もなく直接的に結果の発生に関与する後行不作為犯に、共犯(幫助)が認められる余地はないからである。さらに、そのような形式的な側面だけでなく、実質的な観点から幫助を認める点に着目したとしても、「誰が単独正犯か」という問題と、「誰を重く処罰するか」という問題が別個のものである以上、単独正犯の成否をめぐる判断に、当罰性の軽重という実質的判断を考慮すべきではない。

以上の検討の結果によれば、⁽¹⁶⁾先行作為犯の存在は、後行不作為犯に関する正犯と共犯の区別において必ずしも決定的な事情ではないということになる。しかし、そのようにして不作為関与が単独正犯として扱われるべきだとされたとしても、だからといって直ちに、物理的・自然的原因によって創出された危険を回避しない単独不作為犯と同様に扱われるとは限らない。その意味では、先行作為犯の存在は、後行不作為犯の正犯・共犯区別に対しては影響を与えないとしても、可罰性に対してはなお影響を与える可能性があるというべきである(この点についての詳しい検討は、本稿・第四章において行う)。

- (1) 内海朋子「不作為の幫助をめぐる問題について」法学政治学論究（慶應義塾大学大学院）五六号（二〇〇三年）一九頁。
- (2) もつとも、「故意ある幫助道具」という問題は、間接正犯をめぐる一論点として扱われることが多いことから、そのような表現を用いた場合、（本稿で問題としている）直接関与者ではなく、その背後に位置する者の罪責（単独正犯性）を扱っていると解される可能性もないではない（島田聡一郎「いわゆる『故意ある道具』の理論について（一）」立教法学五八号（二〇〇一年）八三頁は、同題名のもと、背後者の罪責について考察した論考である）。その意味では、むしろ、「実行行為を行う従犯」という言い方が適切なものかもしれない（亀井源太郎「実行行為を行う従犯」法学会雑誌（東京都立大学）四〇巻一号（一九九九年）三三一頁は、同題名のもと、直接関与者の罪責について考察した論考である）。ただ、「実行行為を行う従犯」という表現では、「故意ある幫助道具」という言葉で表そうとしている、背後者と直接関与者との主従関係が明確に表現されていないようにも思われる。その点を考慮して最も正確に言えば、「単純な故意ある道具として、実行行為を行う従犯」ということになるだろうか。ただ、本稿では、表現の煩雑さを避けるために、以上のような意味を込めつつ、直接関与者の罪責を念頭に置いて、単に「故意ある幫助道具」と呼ぶことにしたい。
- (3) 刑事手続上、承継的共犯は検察官の主張によって認められるのが一般的と思われるが、被告人側の主張によってそれが認められた稀有な事例が存在する。事案は、Yが被害女性Zを自己の住居に連れ込み、暴行脅迫を加えて抗拒不能にした上、衣服を脱がせて裸にし、ふとんの上に寝かせたところへ、たまたま友人Xがやってきたので、それまでの経緯を話した上で、「お前やりたかつたら、先にやれ」とXにZへの姦淫を進めたところ、Xは抗拒不能の状態にあるのを察知しながら強いて姦淫した、というものである（ここでは先行行為者Yの罪責が問題とされた）。これについて、原判決が被告人Yを準強姦教唆と強姦未遂の併合罪としたのに対し、被告人側が、そのような判断はYによる暴行・脅迫という一つの行為を二重に評価するものであるとして控訴した。それを受けて、名古屋高判昭和三八（一九六三年）二月五日下午刑集五卷一一・一二号一〇八〇頁は、原判決を破棄し、「このような場合、右Xは、被告人Yの強姦の意思、及び被告人のなした暴行脅迫により被害者が抗拒不能の状態になった経緯を察知しながら、被告人の勧めにより、右状態を利用して被害者を姦淫しようとしたのであるから、この時被告人と右Xとの間には右Zに対する刑法一七七条前段の強姦罪の共謀が成立したのであり、右共謀に基づき右Xは被害者を強いて姦淫した以上、右両名は同罪の共同正犯と言ふべきである。従つて右Xは、同人が本件に直接関与する以前に被告人によって行われた被害者に対する暴行脅迫による反抗抑圧行為につい

て責任を負うとともに、被告人も右Xの被害者に対する姦淫行為について責任を負わなければならない。して見れば右Xの姦淫によつて同人と被告人の共謀による強姦罪は既遂に達したのであつて、被告人の所為は準強姦の教唆に止まるものではなく、また被害者が逃出したため被告人自身の姦淫の目的は遂げられなかつたとしても、更に、これについて被告人に強姦未遂の責任を問うべきではない」とし、Xに承継的共同正犯性を肯定することによつて、Yの処断刑を原判決によるそれよりも軽くしたのである。なお、同高裁判決については、長島敦『刑法判例研究I』（再版、一九七五年）一七二頁以下による評釈がある。

(4) 例えば、宮崎澄夫「犯罪の既遂と実行行為の終了——共犯の成立に關して——」故林頼三博士追悼『刑事法学論集』（一九六〇年）二二七頁以下、長島・前掲註(3)一七六頁以下、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法(五)』（村上光鷄）(第二版、一九九九年)二二三頁(以下、同著は「大コンメ刑法」と引用する)。

(5) 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（二〇〇二年）一一二頁・註(213)（以下、同著は、「島田・基礎理論」と引用する）は、適切にも、共犯成立の時間的限界という問題と承継的共犯の成否の問題とは、同時に双方が問題となる場合もあるが、別次元の問題である、と指摘している。その際、承継的共犯という問題の実質を、島田は、「例えば、YがZに財物奪取目的で暴行を加えた後、事情を知つたXが、Yを助けてともに財物奪取を行った場合には、Xの行為はYの行為を介して最終的結果と因果性を有する。ここで問題なのは、共犯が因果性を及ぼすべき対象が、正犯の構成要件該当行為の一部でも足りるのか、その全部でなければいけないのか、ということである〔原文の甲・乙・丙を、本稿と合わせて、Y・X・Zに改めた―引用者註〕」と解している。

(6) 共犯成立の時間的限界論では、「何罪の共犯か」（承継的共犯論）ではなく、「そもそも共犯が成立しうるのか」が問題である。

なお、以上の点については、松尾誠紀「判批」北大法学論集五六卷三号（二〇〇五年）三五五頁以下、参照。同評釈は、先行行為者がすでに被害者を略取しそのまま監禁を継続していた状況において、その監禁の途中から事後的に関与した被告人に営利目的略取の承継的共犯が成立するかが争われた、東京高判平成一四（二〇〇二）年三月一三日東高時報（刑）五三卷一―一二号三一頁を検討したものである。同事案においては、被告人側の控訴趣意が、略取罪は状態犯であり、被略取者を支配下においた時点で既遂となり、その後も被害者を支配下に置く行為は不可罰的事後行為であつて略取にはあ

たらないから、監禁には加担しえても、既遂となった略取の犯行に加担することはできないはず（つまり、すでに略取罪は終了している）、関与時に略取共犯が成立しない以上、当初の略取に対する承継的共犯が成立するはずもない）、と主張したことから、承継的共犯が成立する前提としての、関与時の略取共犯成立の可能性が問題とされた。これについて、同判決は、営利目的略取を状態犯と解しながらも、事後的に関与した被告人に、略取の承継的共犯成立を肯定したものである。

(7) 松宮孝明『刑法総論講義』（第三版、二〇〇四年）二五三頁以下（以下、同著は、「松宮・総論」と引用する）が、「人間は過去に対して影響力を持たない以上、関与前の他人の行為について責任を負わせるのは不合理であろう」として承継的共同正犯を否定する一方、「承継後の行為を何罪で評価するかは別問題である」として、他人に騙されてすでに錯誤に陥っている被害者から金銭を受け取る行為だけを分担した詐欺罪の事例を挙げて、「欺罔後の騙取行為にだけ関与した場合でも、この関与行為は詐欺罪の共犯と解されることになる。ただし、その『罪となるべき事実』は、あくまで関与後の行為に限られる〔傍線は引用者〕」としているように、関与時の共犯の成否を承継的共犯論から分けたとしても、その共犯について何罪が成立するかは別個に問題としうる。

(8) 現に、中森喜彦「実行行為を行う従犯」判例タイムズ五六〇号（一九八五年）七〇頁は、故意ある幫助道具に関する判例を考察する中で、承継的幫助を肯定した判決（横浜地判昭和五六（一九八二）年七月一七日判時一〇一一号一四二頁）も挙げている（同判決については、立石二六「判批」刑法判例百選Ⅰ総論「第五版」（二〇〇三年）一六四頁も、参照）。同事案は、先行行為者Y他三名が被害者Zに対し暴行を加えて畏怖させた上、金員を要求した際、現場に行き合わせたXが、Yらに金員を取りに行くよう指示されて、情を知って承諾し、Zに同行して銀行に赴き、Zから現金の交付を受けたというものである。（承継的）共犯成立の時間的限界論と故意ある幫助道具の理論をめぐることのような事案の競合は、両者の問題の同質性を表しているものと思われる。

(9) なお、不作為関与という問題は、先行行為犯後の関与が問題とされている点で、これまでの学説の理論的枠組みに従えば、「承継的不作為共犯」と解されなくもない（これまで承継的共犯論は作為犯が中心であったが、その承継的共犯の不作為版として捉える見方である）。しかし、不作為関与に関しては、一般の承継的共犯では問題とされていない、先行行為犯に対する後行不作為犯の劣後性、という異なる要素も含まれている。つまり、不作為関与が、「承継的不作為共犯」

として理解されたとしても、それは、「故意ある幫助道具」で表される特質をも有するものである。その意味で、不作為関与は、これまでの学説の理論的枠組みに従ったとしても、単なる「承継的不作為共犯」ではなく、承継的共犯論には含まれない問題点を有するものである。

(10) OLG Hamm, Urt. v. 23. 5. 1960 = JZ 1961, 94.

(11) 広島高判昭和三四(一九五九)年二月二七日高刑集一二卷一三六頁。同判決は、後行関与者としての被告人に「準強姦」の成立を認めている点が目される。事案は次のようなものである。S、K、H他数名が、かねてから知り合いであったI女とJ女を見かけ、同女等を強いて姦淫しようとして共謀し、同女等を誘ってK方に連れ込み、SがI女を、KがJ女を、暴行を加えた上それぞれ強いて姦淫した。その間、H他数名は、K方隣の被告人X方に一時待機していた。Xは、H他数名がSとKに続いて同女等を強姦しようとしていることを知ってその気になり、H他数名と意を通じて同女等を強姦しようとして共謀し、H他数名に続いてK方へ赴き、すでに抵抗する気力を失っている同女等を強姦したものである。なお、一連の強姦行為中、いずれかの行為によって、I女、J女が共に傷害を負っていることが認められている。これについて、原判決は、Xについても強姦致傷罪の共同正犯の成立を認めた。しかし、これに対して、同判決は、「被告人が上記一連の強姦について事前に「S、K、H他数名―引用者註」と共謀したとの点はこれを認めることができない。そして、このように先行者によって既に開始された犯罪実行の途中からこれに介入した者の責任は、その介入後の行為についてのみ発生するものと解すべきであるから、本件においても被告人は前述の共謀関係成立後の犯行についてのみ責任を負い、それ以前その他の犯行については責任を負わないものといわなければならない。したがって被告人に原判示の各致死傷の責任を負わせるには、該各致死傷の結果が上述被告人の共謀関係成立後の強姦行為によって生じたものであることが立証されなければならない。しかるに、右各致死傷の結果が本件一連の強姦行為中に生じたものであることは前段認定のとおりであるけれども、果してそのいずれの段階において生じたものであるかは証拠上全く不明である。それゆえ、被告人については強姦の範囲内においてのみ責任を問得るに止り、原判示の各致死傷の結果についてまで責任を問うことはできない」としている。そして、被告人Xの上記行為に対して、「法令の適用」においては、刑法一七八条(準強姦)、一七七条前段(強姦)、六〇条(共同正犯)が適用されている(同判決については、大コンメ刑法・前掲註(4)一三五頁も、参照)。

(12) 松尾・前掲註(6)三五五頁以下、参照。

- (13) 事故現場からの不法な離脱の罪に関して、vgl. BayOBLG, Urt. v. 20. 7. 1979 = JZ 1981, 241.
- (14) 宮崎・前掲註（4）二三八頁以下、長島・前掲註（3）一七六頁以下、大コメ刑法・前掲註（4）二二三頁、参照。既遂成立それ自身が共犯の成立を妨げるわけではないことは、特に先行犯罪が継続犯の場合に明らかである。状態犯の場合には既遂の成立によってそれ以降の共犯の成立が妨げられているように見えても、それは、状態犯では既遂の成立によって犯罪が終了する場合が多いので、事実上、既遂の成否によって共犯の成否が分けられているように見えるにすぎないということである。
- (15) 正犯行為の終了／未終了、犯罪の終了／未終了、に従った共犯の成否に関する類型化については、松尾・前掲註（6）三五七頁以下、参照。
- ドイツ学説では、継続犯では事後的な関与者にも共犯の成立が可能だとして、主に状態犯を対象に、犯罪の終了／未終了によって共犯の成否を分ける事例をめぐって、共犯の成否を検討する見解もある（vgl. Kristian Kuhl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002, S. 508ff）。また、既遂後に正犯者がさらなる行為をしない類型と行為をする類型に區別して共犯の成否を検討する見解として、vgl. Roland Schmitz, Unrecht und Zeit, 2001, S. 203ff.
- (16) 学説の分類については、山口厚「共犯論の課題」同編著『クローズアップ刑法総論』（二〇〇三年）二四三頁以下、参照。
- (17) 例えば、齊藤誠二「承継的共同正犯をめぐって」筑波法政八号（一九八五年）三一頁以下、山口厚ほか『理論刑法学の最前線』（佐伯仁志）（二〇〇一年）二四〇頁、井田良「共同正犯の構成要件」現代刑事法三六号（二〇〇二年）一一三頁以下。もっとも、齊藤・同三八頁、井田・同二四頁は共に、強盗幫助を肯定する一方で、窃盗についての（共同）正犯も肯定されるとし、両者の関係を観念的競合としている。
- 齊藤・同三五頁は、承継的共同正犯は、共同正犯の本質としての機能的行為支配の観点から否定されるとすると同時に、さらに、強盗の承継的共同正犯を肯定する見解に対して、「刑法は、強姦については、とくべつの規定（一七八条）において、ほかの者が被害者を反抗できないような状態にしたあとでこれにくわわった者を準強姦ということで処罰することになっている。しかし、強盗罪については、この準強姦にあたるような規定をおいていない。このことは、刑法は、強盗において、先行の行為者が被害者を反抗できないような状態にしてから財物を奪うのだけにくわわった者を『強盗』としては処罰しない趣旨だと理解されるからである」としている。

- なお、オーストリア刑法における統一的正犯概念の立場から、ドイツ承継的共犯論を批判的に検討した論考として、Kurt Schmoller, *Sukzessive Beteiligung?*, *Kansai University Review of Law and Politics*, March 2002, S.35.
- (18) 相内信「承継的共犯について」金沢法学二五巻二号（一九八三年）一九頁（以下、同論文は、「相内・承継的共犯」と引用する）は、承継的補助を肯定し、承継的共同正犯を否定するのが、ライヒ裁判所の立場であるとしている。
- (19) Eberh rd Schmidhauser, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2.Aufl., 1984, S.321.; Baumann/Weber/Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10.Aufl., 1995, S.669.; Jescheck/Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5.Aufl., 1996, S.692f. Vgl. auch, Hens-Heinrich Jescheck, *Wesen und rechtliche Bedeutung der Beendigung der Straftat*, *Festschrift für Hans Welzel zum 70.Geburstag am 25. Marz 1974*, 1974, S.697f. ; Andreas Hoyer, in : *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Band 1*, 34.Lieferung, 7.Aufl., 2000,§27, Rdn.16. ; Lackner/Kuhl, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, 24.Aufl., 2001,§27, Rdn.3. ; Sch nke/Schröder/Cramer/Heine, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26.Aufl., 2001,§27, Rdn.17. ; Volker Krey, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band 2.*, 2002, S.113f.
- (20) Vgl. Hans-Joachim Rudolphi, *Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe*, *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70.Geburstag*, 1985, S.559. 、ルトルフイーは、行為後補助を否定する見解を採っている。ルトルフイーの見解については後述。
- (21) もつとも、行為後補助肯定説においても、実質的な犯罪終了後の補助成立は否定されている（つまり、終了概念の「拡大」は許容されていない）。例えば、窃盗罪については、盗品を確保した時点で行為は実質的に終了するとするので、窃盗犯Yが盗品を婚約者Xの住居に保管していたとき、Xが盗品に付着した指紋を消したとしても、Xの窃盗補助は否定されるとしている（窃盗罪をめぐる事案として、vgl. BGH, Urt. v. 23. 4. 1953 = BGHSt 4, 132.; BGH, Urt. v. 8. 7. 1954 = BGHSt 6, 248）。このような事後的な従犯については、犯人庇護罪等が成立するとされている。Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. BandII*, 2003, S.220ff. ; Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.(19)), S.669.
- (22) Kristian K hl, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4.Aufl., 2002, S.875. Vgl. auch ders, *Grundfalle zu Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung*, *JuS* 1982, S.189ff. ; ders., *Die Beendigung des vollendeten Delikts*, *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburstag am 15. Mai 2001*, 2001, S.679ff.

- (23) 齊藤・前掲註(17)三六頁以下。
- (24) 内海が主張する行為後幫助説については、本稿・第二章第一節第二項の3（北大法學論集五六卷六号）、参照。
- (25) 内海・前掲註（一）一九頁。
- (26) RG, Urt. v. 22. 4. 1937 = RGSt 71, 193 = ZAKDR 1937, 437.
- (27) 原判決は、娘Xを同時犯（Nebentäterin）と見てゐる。
- (28) A.a.O. (Anm.(10)), S. 94.
- (29) その後さらに、行為後幫助肯定説の理解に基づいて、放火罪の終了時期について検討している。
- (30) Philipp Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Allgemeiner Teil, 9.Aufl., 1934, S.228, Anm.(18).
- (31) Vgl. A.a.O. (Anm.(26)), S.193.
- (32) Wilhelm Gallas, ZAKDR 1937, 439, なお、先に見たように、ガラスは後行不作為犯についても行為後正犯説を採っている（vgl. ders., JZ 1952, S.372）から行為後幫助否定説を主張する点と整合的である。
- (33) Hans-Joachim Rudolph, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Band 1, 20.Lieferung, 6.Aufl., 1993, vor§22, Rdn.9.
- (34) Rudolph, Die zeitlichen Grenzen (Anm.(20)), S.562.
- (35) Rudolph, Die zeitlichen Grenzen (Anm.(20)), S.575f.
- (36) Rudolph, Die zeitlichen Grenzen (Anm.(20)), S.576.
- (37) Rudolph, Die zeitlichen Grenzen (Anm.(20)), S.576, なお、ルドルフは、先行行為者が監禁行為を終了した後でも、その先行行為の後続する不作為に対する幫助は可能であると見ている（vgl. ders., Die zeitlichen Grenzen (Anm.(20)), S.566f）。また、先行行為が身分犯や特別な行為態様による犯罪の場合は、後行関与者について同時正犯の可罰性が否定される場合もあるとしている（vgl. ders., S.577ff.）。このような問題は、不作為犯にも同じくあてはまる。特にそれは、不作為犯における「態度と結びついた犯罪」という問題と関係するものである（同問題については、岩間康夫「不真正不作為犯の成立要件としての構成要件的同価値性について」（二・完）愛媛法学会雑誌一八卷二号（一九九一年）九五頁以下、参照。 Vgl. auch Jescheck/Weigend, a.a.O.(Anm.(19)), S.629f.; Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch, Kommentar,

26. Aufl. 2001§13, Rdn. 4.; Roxin, a.a.O (Anm.(21)), S.789ff。さらに、鎮目征樹「プロバイダ等の刑事責任」現代刑事法 五七号 (二〇〇四年) 二二頁以下は、プロバイダの削除義務違反を検討する中で、不作為による名誉毀損罪は、単に保障人的地位の要件が満たされるだけでなく、名誉毀損罪の成立には「自分自身の表現行為」であるという要素を必要とするから、プロバイダによる行為自体が表現内容についての吟味・選択であると評価しうる場合に初めて成立するとしている。
- (38) Schmitz, a.a.O (Anm.(15)), S.203ff.
- (39) Helmut Isenbeck, Beendigung der Tat bei Raub und Diebstahl, NJW 1965, S.2326ff.; Nikolaos Bitzilekis, Über die strafrechtliche Bedeutung der Abgrenzung von Vollendung und Beendigung der Straftat, ZStW 99 (1987), S.732ff.; Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 7. Aufl., 1989, S.358.; Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S.676. (ヤロプスは、第三者による放火の後、燃焼中の家屋にベンジンを注いだ者は、放火に対する幫助は成立しないが、建造物損壊罪の幫助は成立するとしてゐる) : Michael Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1997, S.535f. わが国において、林美月子「状態犯と継続犯」神奈川法学二四卷二・三号 (一九八八年) 一八頁も、ルドルフィーの見解を支持している。
- (40) 照沼亮介「いわゆる承継的共犯をめぐる議論―ドイツの判例・学説の状況―」法学政治学論究(慶應義塾大学大学院) 四六号 (二〇〇〇年) 五六〇頁以下。
- (41) 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(二〇〇三年) 二八八頁、松宮・総論(前掲註(7)) 二八三頁以下。
- (42) わが国の判例において、東京高判昭和五〇(一九七五)年一月二二日東高時報(刑) 二六卷一七頁は、賭博行為終了後の客を自動車で送った行為について、賭場開帳凶利幫助の罪に問われた被告人について、「賭客を自動車で迎えに行く行為はともかく、賭博終了後賭客を賭場から送って行く行為は、所論の指摘するように正犯の終了後の行為であり、従犯は少なくとも、正犯の実行行為終了前に行われることを要するものと解するのを相当とするから、右賭場から賭客を送る行為につき、賭場開帳の従犯が成立する余地はないものといわなければならない」と判示している。学説においては、同判決が、「従犯は少なくとも、正犯の実行行為終了前に行われることを要する」としたことを受けて、それを正犯行為の終了後だから共犯の成立を否定したものと評価する見解もある(島田・基礎理論(前掲註(5)) 一一二頁・註(23))。もっとも、同事案は、正犯行為と共に賭場開帳凶利罪も終了している事案であって、正犯行為の終了後、犯罪が終了していない

い時点での関与に共犯を否定したものでないもので、同判決は、必ずしも（狭い意味での）正犯行為の終了後に共犯が成立する可能性を否定したものではないと思われる。

(43) 山口厚『刑法総論』（補訂版、二〇〇五年）二六〇頁（以下、同著は、「山口・総論」と引用する）。

(44) すでに相内・承継的共犯（前掲註（18））四三頁も、「後行者による法益侵害は、間接的なものというよりは直接的なものといわざるをえない。この点において後行者は、因果共犯論によればむしろ正犯と位置づけられる」としていた。

(45) 島田・基礎理論（前掲註（5））三九二頁、参照。

(46) AaO. (Ann.(10)), S.94.

(47) 原文では、X・Y・Zは、それぞれ丙・甲・乙、で示されているが（島田・基礎理論（前掲註（5））一〇〇頁以下）、本稿での先の引用と合わせ改めた。以降の島田の引用部分についても、同事例に関してはすべて、X・Y・Zによって表記する。

(48) Klaus Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S.188f.

(49) 原文では「乙」だが「丙」の誤りと考え正した。

(50) 木村亀二『犯罪論の新構造（下）』（一九六八年）一九六八年）三五二頁が引用されている。

(51) 島田・基礎理論（前掲註（5））一〇一頁以下。

(52) 島田・基礎理論（前掲註（5））一一〇頁・註（202）は、例えば、XとYが共謀の上、Yが見張りをし、XがZを殺害した場合、Xの行為にはYを介した因果性はないけれども、Xが共同正犯とされる点について、このXに認められる共同正犯は、Xが自ら行った行為によって単独正犯の成立要件を満たしていることから、「刑法六〇条によってはじめて処罰が基礎付けられる本来の共同正犯ではない」（処罰拡張事由としての共同正犯ではない）とし、「このような場合に共同正犯とされているのは、訴訟法上や量刑上の考慮から、実行者と背後者との共犯関係が存在することを明示する趣旨にすぎない」としている。同「いわゆる「故意ある道具」の理論について（三・完）」立教法学六二号（二〇〇二年）一〇五頁・註（183）、も参照。同旨、林幹人「不作為による共犯」齊藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』（二〇〇三年）三三三頁（以下、同論文は、「林幹人・不作為共犯」と引用する）。

(53) わが国の承継的共犯論のリーディング・ケースとされている大判大正一三（一九二四）年一月一八日刑集一七巻八三

九頁（強盗殺人幫助）において、そこでの上告趣意が、「幫助行為は正犯の実行行為に属する行為以外の方法を以て其の実現を容易ならしむる犯罪行為にして正犯の実行前又は実行中に行はるべく其の実行後に於ては最早幫助の存する余地なし」と主張する。

(54) Georg Freund, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 1998, S.333 は、「正犯としての責任か共犯としての責任かを行為支配によって基礎づけるためには、その行為がどのような性質をもつものなのかを詳細に定義づけられなければならない、それが不明確なうちは、實際上、支配概念は、そこから恣意的に結論を引き出すことのできる『魔法の帽子』となってしまう」と疑問を呈している。

(55) 島田聡一郎「不作為による共犯について（一）」立教法学六四号（二〇〇三年）五一頁（以下、同論文は、「島田・不作為共犯（一）」と引用する）は、「不作為者の（作為者の犯罪行為終了後の）不作為と結果との間に誰も介在者がいないのだから、不作為者は直接正犯となる」とする。同「いわゆる『故意ある道具』の理論について（二）」立教法学六〇号（二〇〇二年）八五頁、九八頁・註（85）も、参照。

(56) 林幹人・不作為共犯（前掲註（52））三二九頁。

(57) 同旨、山口厚「プロバイダーの刑事責任」法曹時報五二巻四号（二〇〇〇年）八頁以下（以下、同論文は、「山口・プロバイダ」と引用する）、島田・不作為共犯（一）五三頁以下。

(58) 林幹人・不作為共犯（前掲註（52））三三三頁は、自殺行為者に対する不救助の事例に関し、「行為者がいかに自殺を『助け』あるいは『共同』する意思があったとしても、行為者を広義の共犯とすることはそもそもできないと思われる。なぜなら、行為者の不作為と結果との間には被害者・第三者の行為がおよそ介在していないからである」として、自殺行為後、自殺行為者を救助しなかった者について単独正犯であることに変わりはないとしている。

プロバイダの削除義務違反については、山口・プロバイダ（前掲註（57））九頁（山口の主張する行為後正犯説については、本稿・第二章第一節第四項の3〔北大法学論集五六巻六号〕、参照）。

(59) 相内信「故意ある幫助道具の問題」金沢法学二二巻一・二合併号（一九八一年）二〇二頁（以下、同論文は、「相内・幫助道具」と引用する）。

(60) 亀井・前掲註（2）三三三頁は、故意ある幫助道具について、「実行行為を行ったにもかかわらず、犯罪実行に果たし

た役割が軽微であることを理由に正犯性を否定するものであるから、実行行為を行っていないにもかかわらず、犯罪実行に果たした役割が大きなものであることを理由に正犯性を肯定する共謀共同正犯論と、表裏一体の関係にある」として、直接関与者の正犯・共犯性について検討を始めている。おそらくそこに込められている意図は、背後者でも重ければ正犯となるのなら、直接関与者でも軽ければ幫助とされてもよい、とするものと思われる。しかし、処罰拡張事由が適用されている共謀共同正犯と、単独正犯の要素を満たしている「故意ある幫助道具」を表裏一体の関係で捉えるのは疑問である。

(61) 鳥田・基礎理論（前掲註（5））一二二頁以下は、故意ある幫助道具という概念の中には二つの異なる類型が存在するとし、一つは、直接行為者が構成要件該当事実を自らの手で完全に実現している類型、もう一つが、直接行為者が構成要件該当行為の一部の自手実行しか行っていない類型であるとす（両者を区別して整理する他の見解として、小林充「共同正犯と狭義の共犯の区別」法曹時報五一巻八号（一九九九年）二〇頁以下）。そして、両者を区別する意義について、前者では、もし単独でそのような行為を行えば問題なく単独正犯として完全な責任が問われるのに対し、後者では、単独でそのような行為を行っただけでは、当該部分的行為についての責任しか問われない（その部分的行為が犯罪化されない場合は不可罰になる）という決定的な相違が存在すると指摘している。その意味で、後者において、『実行行為』の一部分担しかない場合に犯罪全体についての責任を根拠付けるのは、他人の行為を通じての因果性に他ならないのであり、その責任は処罰拡張事由としての共犯規定の適用を待つてはじめて基礎付けられる」とし、むしろそのような場合に、直接行為者に幫助を認めることは、以上の意味において肯定されるとする（山口・総論（前掲註（43））六七頁・註（28）も、参照）。

(62) 横浜地裁川崎支判昭和五一（一九七六）年一月二五日判時八四二号一二七頁。

(63) 天津地判昭和五三（一九七八）年一月二六日判時九二四号一四五頁。

(64) 東京高判昭和五七（一九八二年）七月二三日最高裁判所事務総局刑事局監修『麻薬・覚せい剤等刑事裁判例集（統）』（一九九二年）一六五頁。

(65) ①②③のうち、③ではXを共同正犯としたが、①②では共に「故意ある幫助道具」と明示した上で、Xに幫助を認めている点で注目される。この点については後述。

(66) この点、山口厚「覚せい剤事犯と共犯論」刑法雑誌二七巻二号（一九八六年）一六六頁（以下、同論文は、「山口・覚

せい刑事犯」と引用する)は、「覚せい刑事犯の禁庄・防止をねらいとする処罰の強化などのための徹底した訴追の要請から、覚せい刑事犯については、起訴率が他の一般の犯罪に比べると、かなり高くなっている。そのため、他の犯罪では起訴されないのであると思われるような、犯罪遂行に対して周辺の関与をするにとどまる者も起訴されることになり、その結果、裁判所による覚せい刑事犯の処理にあたっては、共犯の取扱い、とくに犯罪遂行への複数の関与者のうち、いかなる範囲の者までを正犯として処罰するかという問題が、重要な問題として生ずることになる」と指摘している。

(67) 横浜地裁川崎支部昭和五十一年一月二五日判決(前掲註(62))。

(68) 川崎支部は、故意ある幫助道具を認めるにあたって、最判昭和二六(一九五一)年七月六日刑集四卷七号一七八頁を引用している。同判決は、学説上、故意ある幫助道具に関するリーディング・ケースとされているものである。事案は、運送会社の代表取締役Yが、娘を介して、会社の使用人Xに命じ、食糧管理法に違反して米を運送させたというものであった。もつとも、同事案は、同判決が、「被告人Yの行為が運搬輸送の実行正犯たることに変りはない」としているように、使用人Xが直接的に幫助と認められたものではない。他方、川崎支部は、当判決におおつ、RG, Urt. v. 23. 1. 1928 = RGSJ 62. 369.; RG, Urt. 8. 1. 1929 = RGSJ 63. 313を引用するほか、東京地裁によつて昭和四五年頃に故意ある幫助道具が認められた一連の公刊物未登載判決も引用している。なお、これら東京地裁で短期間の間に相次いで故意ある幫助道具が積極的に認められたことについて、香川達夫「判批」ジュリスト六六六号・昭和五二年度重要判例解説(一九七八年)一五六頁は、「いずれも、同一裁判官による判示だった」としている。

(69) 大津地裁昭和五十三年二月二六日判決(前掲註(63))。

(70) しかし、当初、公訴事實は、「被告人は、Yと共謀のうえ、法定の除外事由がないのに、……覚せい剤粉末約〇・一グラムの水溶液を被告人においてYの右腕に注射してやり、もつて覚せい剤を使用したものである」とされてきた。

(71) 中森・前掲註(8)六九頁以下は、「大津地裁は「引用者註」他人に使用させる場合も含まれる」と述べ、本件をも『Yとの共謀共同正犯による覚せい剤の使用と解するのは相当でない』としているのである。この表現は、この判決が、使用自体はあくまで自己の体内への摂取を意味するから、被告人の行為は直接には使用罪の実行行為ではなく、正犯となるためには積極的意図の存在を要する、と解したのではないかと推測させる。そうだとすれば、この判決には、独自の構成要件解釈が大きな役割を果たしていることになる(傍点は原文)」と指摘している。

(72) ちなみに、最決昭和五五（一九八〇）年九月一日刑集三四卷五号二五五頁は、競争能力を高めるため馬に覚せい剤を注射する行為にも、覚せい剤取締法一九条の「使用」を認めている（同決定の評釈として、佐藤文哉「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和五五年度）』（一九八五年）一四二頁、伊東研祐「判批」『刑事判例評釈集（四二・四三）』（一九九三年）八八頁、がある）。

(73) 前掲註（63）一四六頁は、被告人がYに注射をした際の様子について、次のように認めている。すなわち、「Yは」自らこれ〔覚せい剤粉末末約〇・一グラム〕を水に溶かし、右の注射器を用いて自己の左腕関節部の静脈に注射しようとし、数回注射針を刺したり抜いたりして注入を試みたものの、首尾よく注入できなかつたところ、傍らに居合わせた被告人に『とみ、入れてくれ』と頼んだ、そこで被告人は、頼まれるま、右注射器を手にして同人の右腕関節部の静脈に注射してやったこと」という事実が認められている（引用文中、「」内は引用者が付した註である）。

(74) これに対して、同じ他人への「使用」でも（共同）正犯（この場合の共同正犯は、処罰拡張事由としての本来の共同正犯でない〔註（52）、参照〕の成立を認めた事案が二つ挙げられる。第一に、福岡高判昭和五四（一九七九）年六月二一日最高裁判所事務総局刑事局監修『麻薬・覚せい剤等刑事裁判例集（続）』（一九九二年）三三四頁は、「被告人Xは、法定の除外事由がないのに、Y女に対して覚せい剤を代金五、〇〇〇円で譲渡するからこれを注射しないかと申し込んだところ、同女はこれを承諾して注射することとなったが、同女が自分自身で注射する技量を有していなかつたため、被告人において右Y女のため注射してやることとなり、同女がタオルで同女自身の右上腕部を巻いてしめつけ、その腕に被告人が被告人所有の注射器を使って覚せい剤を注射してやった」ということが認められることから、「被告人の右所為は、覚せい剤取締法一九条にいう覚せい剤「使用」の共同正犯と評価すべきである」と判示している。

第二に、福岡高判昭和五四（一九七九）年七月四日最高裁判所事務総局刑事局監修『麻薬・覚せい剤等刑事裁判例集（続）』（一九九二年）三七七頁は、「被告人Xは、覚せい剤であることを知っているYから、右覚せい剤を自分にも注射してほしい旨頼まれ、これに応じて右覚せい剤を同人の腕に注射してやったことが認められ〔る〕」ことからすれば、「被告人は右Yとの覚せい剤使用罪の共同正犯としての罪責を免れないといふべきであ〔る〕」と判示している。

(75) 東京高判昭和二九（一九五四）年八月九日最高裁判所事務総局編『麻薬・覚せい剤等刑事裁判例集』（一九七九年）二八五頁。

(76) 大津地判昭和五二(一九七七)年三月二八日最高裁判所事務総局編『麻薬・覚せい剤等刑事裁判例集』(一九七九年)三九一頁も、同じく覚せい剤譲渡の事案で被告人を幫助としている。事実として、「被告人Xは、……知人のYから車を貸してくれと頼まれ、被告人が自動車の運転をなしたところから同人を彦根市内のW方に運んだ、次いで同所でVを同乗させYの指示で京都市に向かったが、その車中でYの言辞から同人がWに売渡す覚せい剤を買入れに行くことがわかった。そして京都市内でYから覚せい剤を受取りに行ってくれと依頼され、Vが持参した代金を預り、Y指示の喫茶店で氏名不詳者と待合わせ、同人から代金引換えに覚せい剤を受領してこれをYに交付したのち、再び自動車を運転しW方に戻りYからWに右覚せい剤が売買された」ということが認められている。それ加えて、大津地裁は、①YとWとの覚せい剤売買はすべてYとWとの間で交渉が行われ、被告人はまったく関与していないこと、②W自身覚せい剤はYから買い受けたと考えているし、被告人も過去、W方には出入りしていたが、Yと共同で他から覚せい剤を買い入れてWに売買したこととはないこと、③被告人は、Yの手助けをした意識はあるものの、Yと共同で自らもWに本件覚せい剤を売買した意識は有していないこと、も認めている。以上のような事実を前提に、大津地裁は、「被告人とYとの間で本件覚せい剤の売買を謀議した事実を認めるに足る証拠はないし、また前記認定事実からみて、本件覚せい剤の売買が被告人自身にとつての売買ではないし、といってYと共に覚せい剤の売買という共同の意思を実現しようとしたものと断定することもできない」として、被告人の共同正犯の罪責を否定し、幫助の成立を認めたものである。上記事実を見てみると、確かに、被告人が直接関与者として取引に關与しているところもあるが、しかし、(おそらく公訴事実とされている)YとWの直接の取引に關していえば、被告人が直接関与者としてすべての構成要件要素を満たしている者とは思えない。したがって、幫助が認められたものではあるものの、この大津地裁判決は本項での検討対象外とする。

(77) これに対して、同じく覚せい剤譲渡の事案であっても、(共同)正犯の成立が認められた判例もある。札幌高判昭和三〇(一九五五)年三月一七日最高裁判所事務総局編『麻薬・覚せい剤等刑事裁判例集』(一九七九年)四一四頁は、まず被告人Xについて次のような事実を認めている。すなわち、「被告人Xは、法定の除外事由がないのかかわらず、被告人の妻Yがかねて氏名不詳のWから覚せい剤の送付を受けてこれを譲り受けることを約していたところ、本件覚せい剤が……日会社留置荷受人坂本として送付されるや、当時偶々病臥中の妻から右譲り受けの事情を告げられ、その譲り受けについて妻に加担し、同人と意思相通じて、被告人において昭和二八年一月二七日午後三時頃原判示のように右日会社に

赴き、本件覚せい剤を受領して譲り受けの目的を遂げようとしたが、発覚されてその目的を遂げなかったもの」と認めている。その上で、被告人について、「覚せい剤取締法一七条にいう譲り受けは、その契約だけでなく、覚せい剤の受領行為をも含むものと解するを相当とするから、たとい自ら契約主体ではないにしても、かかる契約のあることを告げられてこれに加担し、意思相通じてその受領行為を実行するに至った場合は、同法条にいう譲り受け行為についての共犯の責を免れるわけにはいかない」として、被告人に共同正犯の成立を認めている。ここでは、自らが契約主体ではなくても、（共同）正犯の責任は否定されないとされている点が特徴的である。

（78） 福岡高判昭和二七（一九五二）年六月一日高刑特報一九九号一〇〇頁。

（79） これに対して、同じく覚せい剤所持の事案でありながら、（共同）正犯の成立が認められた事案が二件挙げられる。第一は、東京高裁昭和五七年七月一三日判決（前掲註（64））である。この事案について、被告人側は、「被告人Xが原判示の路上において右覚せい剤を手に持っていたのは事実としても、それは、右Yがタクシーに乗るまでの間一時的に他人のために預かったに過ぎず、被告人において、右Yとの間で互いに各自の行為を利用して自己の犯罪を実現しようとする所謂正犯意思を有しておらず、従って、その間の所持は依然右Yにあったというべきであるから、かかる場合には、被告人は単に故意ある幫助道具に過ぎないのであって、ただか所持の幫助犯が成立するに止まると解すべきである」として、被告人が故意ある幫助道具である旨主張した。これに対して、東京高裁は、「右覚せい剤は、もともと前記Yが原判示Sマンシヨンに当夜持参したもので、同人の所有に属するものであるが、その一部をSマンシヨンのWの居室で……Y及び被告人がそれぞれ腕に注射して使用したあと、右Yがその残りの約四・五二二グラム等を包んだ紙包みを携えて右マンシヨンから出ようとした際、マンシヨンの出口の辺に張込中であつた警察官に気付いて、直ちに前記Wの居室に引返し、被告人に対し、『表にお巡りがいる。お前タクシー止めてくれないか。』と申し向けたところ、被告人が前記注射をYから無償でさせて貰ったことを恩義に感じていたので、即座にこれを承諾したばかりでなく、同人が右覚せい剤を所持しているのを警察官に発見されて逮捕されるのを防ごうと考え、自ら積極的に同人にかわって右覚せい剤等の包みを持ちましようとして申し出、右Yも被告人の意中を察知しながらこれを了解して右紙包みを手渡し、被告人がこれを受取って手に持ち、連れだつてマンシヨンを出て約二〇メートル程歩いたとき、張込中の右警察官に職務質問されて本件犯行が発覚し、兩名とも検挙されたもの」と事実を認めた上で、次のように判示する。すなわち、「本件において、被告人が現実に覚せい剤

を手にしていたのが前記Sマンションを出てから道路上を二〇メートル程進行した比較的短時間に過ぎないといえ、その間における被告人の所持は、外形的には、これを握持することによって目的物に対する事実上の支配を設定しているうえ、主観的にも、被告人において、Yの了解の下に、所有者である同人に代って事実上の実力支配を本件覚せい剤に及ぼすことの認識を有したものと見えるから、原判決が、これをもって被告人とYとの共謀による所持と認定したのは、正当というべきであるとし、被告人側の単なる幫助行為にとどまるといふ主張を斥けている。

第二に、大阪高判昭和五七(一九八二年)年一〇月八日判タ五一六号一八三頁である。この事案について、被告人側は、「被告人Xは単に覚せい剤の取引を仲介するためYから本件覚せい剤結晶粉末五〇・九〇六グラムを受取り、数メートルの道路を横断して、これをWに手渡したもので、右覚せい剤を把持した時間も僅か数秒間であり覚せい剤取締法一四条の所持に該当せず、かつ被告人はYとWとの間の覚せい剤の譲渡行為を仲介する意思でしかなかったのであるから、覚せい剤所持罪の正犯意思を欠き、故意ある幫助道具となつたに過ぎない」として、被告人が故意ある幫助道具にすぎない旨主張した。これに対して、大阪高裁は、①被告人の同売買に対する関与の積極性、②同売買における被告人の役割の重要性、③同売買における上記所持の重要性、を考慮すると、「被告人が短時間とはいえ、右覚せい剤を自ら実力支配下に置き覚せい剤不法所持罪の構成要件を履行したと認めるに十分であり、所論にいわゆる正犯意思(本件でいえば、被告人がWらに財産上の利益を得さしめる目的のもとに覚せい剤所持の実行行為を行っているとの認識)に欠けるところがなかつたことは明白である」として、被告人側の主張を斥け、(共同)正犯の成立を認めている。

(80) 横浜地裁川崎支判昭和五二(一九七七)年七月一五日最高裁判所事務総局編『麻薬・覚せい剤等刑事裁判例集』(一九七九年)三九二頁。

(81) そのほか、横浜地裁川崎支部昭和五一年一月二五日判決(前掲註(62))と同様、RG, Urt. v. 23. 11. 1928 = RGSf 62. 369; RG, Urt. 8. 11. 1929 = RGSf 63. 313が引用された。

(82) 具体的には、「被告人はかねてYから覚せい剤の購入希望を打ち明けられていたところ、たまたま売主を捕獲するや、自己の方からYに連絡をとって同人と共に購入方法を具体的に検討協議し、Y夫婦に購入資金を作るよう伝えて準備させ、自ら売主と取引場所を交渉しYと共に取引場所に赴き、同人を売主に紹介することなく自己が直接交渉し、覚せい剤の品質、重量についてはYの了解を得たが、取引数量と支払金額については自ら判断を下すなど、取引の全過程において相当

程度の主体性が認められる」と認められている。

- (83) 川崎支部が示した基準については、伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法（八）』（宮崎礼壹）（一九九〇年）二六四頁・註（12）（以下、同著は、「注釈特別刑法」と引用する）も、参照。

- (84) ドイツ判例において故意ある幫助道具を認めた判例として、姉Xが妹の婚姻外の子Zを浴槽で溺死させた事案に関する、RG, Urt. v. 19. 2. 1940 = RGSt 74, 84と、被告人Xがソ連KGBから命令されて、ミュンヘンでZを殺害した（暗殺に必要な凶器、解毒剤、旅券等はすべてソ連政府により手配されていた）事案に関する、BGH, Urt. v. 19. 10. 1962 = BGHSt 18, 87がある。前者は浴槽事件として、後者はスタシンスキー事件として有名である（後者について、西田典之「正犯概念」堀内捷三ほか編『判例によるドイツ刑法（総論）』（一九八七年）一九〇頁が詳しい）。両者は正犯・共犯区別に關する主観説に従って幫助とされている（もっとも、相内・幫助道具（前掲註（59）二二〇頁は、「故意ある幫助的道具の理論を主観のみを重視する理論の帰結として否定し去るのは、形式だけを捉えたものであり、早計だと思われる」と指摘している）。なお、浴槽事件において幫助が認められた背景として、相内・同二〇六頁は、「当時のドイツ刑法二二七条第一項によれば、『婚姻外の子を分娩中もしくは分娩直後に故意に殺害した母親は、三年を下らない懲役刑に処す』とされていた。もしラントゲリヒトのように、姉を謀殺の正犯者とすれば、妹には少くともその教唆犯が成立することとなる。謀殺罪に対する法定刑は死刑のみであり、その教唆犯の法定刑も正犯に科されるものと同じで死刑である。そこで、嬰兒の母親である妹についていえば、みずからの手で婚姻外の子を分娩直後に殺害していれば三年を下らない懲役刑が科され、他人に頼んで殺してもらえば死刑という奇妙な結論を招来することになってしまう。これではドイツ刑法二二七条の規定の意味がなくなってしまうことになる。したがって、嬰兒の母親たる妹については、ドイツ刑法二二七条の刑が適用されるよう処理しなければならぬ。一方姉については、彼女が嬰兒の母親でないことからドイツ刑法二二七条が適用されず、したがって死刑を免れないとする結論は酷であるとの判断がはたらく。少くとも死刑だけは回避されなければならない。このようにして、ライヒスゲリヒトはこれらの要請を満たさなければならぬと考え、妹をドイツ刑法二二七条の嬰兒殺の間接正犯とし、嬰兒の母親でない姉を謀殺ないし故殺の幫助犯としようとしたのであり、そのために主観説、特に利益説に依拠したのである」と指摘している（この指摘については、西田・同一九五頁以下も、参照）。

- (85) 藤木英雄「幫助利用の間接正犯」研修三四三三号（一九七七年）一六頁。

- (86) 土本武司「判批」判例時報一三二五号(一九八九年)二三四頁。
- (87) 林幹人『刑法総論』(二〇〇〇年)四〇五頁以下。具体的には、先に註(84)で挙げた、スタシンスキー事件や浴槽事件の場合には、背後者が直接関与者を完全に支配していたとは認められないので、幫助ではなく共同正犯とすべきであるとし、反対に、先に註(68)で挙げた、食糧管理法違反事件のような場合において、雇主に命じられて単に運転をしたにすぎない者は幫助であるとしている。
- (88) その際、藤木・前掲註(85)一六頁は、「たとえば塀を建てて私道をふさぐときは往来妨害罪を構成する。往来妨害行為を、塀をつくる物理的行動だとすれば、形式的客観説によれば、この場合に、事情を知った大工の棟梁に依頼して塀を建ててもらった者は、正犯ではなく教唆であることになるが、妨害物件をそこに設置する直接の物理的行動は大工がしているとしても金を出して施工を依頼した者が正犯であるのはむしろ社会観念上当然ではあるまいか」と、具体的な事例を挙げて説明している。
- (89) 藤木・前掲註(85)一五頁以下。
- (90) 松宮・総論(前掲註(7))二四〇頁も、「取引行為が構成要件となつている犯罪には、観念的な取引主体が正犯となることが多い」としている。
- (91) 土本・前掲註(86)二三四頁。
- (92) 亀井・前掲註(2)三五九頁。
- (93) 亀井・前掲註(2)三六〇頁以下。
- (94) 福岡高裁昭和五四年六月二一日判決(前掲註(74))。
- (95) 大津地裁昭和五三年二月二六日判決(前掲註(63))。また、被告人が注射をする際の様子について、註(73)、参照。
- (96) 山口・覚せい剤事犯(前掲註(66))一七四頁以下。山口・総論(前掲註(43))六七頁も、参照。
- (97) 相内・幫助道具(前掲註(59))一二〇頁。その際、相内は、現にその理論が適用される際、実質的な判断基準とされているすべての事情は、刑の量定の際に考慮されるべき事情(ドイツ刑法四六条二項)の中に含まれているものであると指摘している。
- また、相内・同二三三頁は、結論として、「故意ある幫助道具の問題は、基本的には、複数の者が犯罪に関与する場合に、

もつとも重く処罰されるべき者を正犯、軽く処罰されるべき者を幫助とする、との発想に由来している」とし、「このよ
うな発想が根底にある限り、又、どういう行為をした者をもつとも重く処罰されるべきかの問題が解決されない限り、故
意ある幫助道具の問題は、依然として難問として残るであろう」としている。

(98) その他、故意ある幫助道具を否定する見解として、平野龍一『刑法総論Ⅱ』（一九七五年）三六一頁以下、中森・前掲
註（8）七一頁、山中敬一『刑法総論Ⅱ』（一九九九年）七七八頁、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（二〇〇二年）一三
四〇頁。

(99) 島田聡一郎「間接正犯」刑法の争点〔第三版〕（二〇〇〇年）一〇一頁、参照。

(100) 大津地裁昭和五三年二月二六日判決（前掲註（63））。

(101) 小西秀宣「判批」研修三七一号（一九七九年）七三頁。

(102) 横浜地裁川崎支部昭和五一年一月二五日判決（前掲註（62））。

(103) 小西・前掲註（101）七三頁。

(104) 注釈特別刑法・前掲註（83）二五五頁。

(105) 注釈特別刑法・前掲註（83）二五五頁。

(106) 東京高裁昭和二十九年八月九日判決（前掲註（75））。

(107) 横浜地裁川崎支部昭和五一年一月二五日判決（前掲註（62））。

(108) 注釈特別刑法・前掲註（83）二五五頁。

(109) 注釈特別刑法・前掲註（83）二五六頁。

(110) 福岡高判昭和二十七年六月一日判決（前掲註（78））。

(111) 注釈特別刑法・前掲註（83）二七〇頁。

(112) 同旨、平野龍一ほか編『注解特別刑法（五―Ⅱ）』（香城敏麿）（第二版、一九九二年）一五五頁。また宮崎は、故意あ
る幫助道具を否定する見地から、覚せい剤使用について幫助を認めた先の大津地裁昭和五三年二月二六日判決（前掲註
（63））も批判している（注釈特別刑法・前掲註（83）二八二頁以下）。注解特別刑法・同二四四頁においても、同判決に
対して、「使用は事実的な概念であり、しかも、他人に対し用いる場合も使用に含まれるものであるから、通常の正犯概

念に従う限りは、Xにも正犯の成立を認めるべきであ〔る〕」とされている。

(113) 島田・基礎理論(前掲註(5))一〇〇頁は、前項で行為後幫助肯定説を批判するに際して、すでに同様の指摘をしている。

(114) ここでは、①直接関与者は単独正犯であること、②背後者は単独正犯ではなく、共犯規定が適用される限りで可罰性が認められること、が基礎づけられた。したがって、背後者が共同正犯になる可能性までが否定されたわけではない。その意味で、故意ある幫助道具を否定することになれば「正義感覚に反する」結論になるという批判(土本・前掲註(86)二三四頁)は、直ちにあてはまらないと思われる。

(115) このことは、すべての構成要件要素を満たしている直接関与者に共同正犯規定を適用すること(註(52)、参照)とは異なる。

(116) 島田・不作為共犯(二)(前掲註(55))五三頁は、作為正犯者の存在は、正犯と共犯の区別において必ずしも決定的な事情ではないとしている。

〔付記〕 本稿は、北海道大学審査博士(法学)学位論文(二〇〇五年三月二五日授与)に補筆したものである。