従犯概念の因果論的考察の意義

小野上真也

はじめに

第一章 従犯の因果性の議論における因果論的志向

第一節 促進関係説の根拠

第二節 従犯の危険犯構成

第三節 ドイツにおける判例・学説の展開

第二章 「中立的行為による幫助論」における因果論的志向

第一節 客観的帰属論による限定

第二節 因果論の精緻化による限定

第三節 心理的因果性を不可欠の要件とすることによる限定

おわりに

はじめに

刑法 62 条は「正犯を幫助した者は、従犯とする。」と規定し、通説は、「幫助した」とは、正犯を介して、結果との間の因果関係が認められることが必要であり（正犯結果説）、またその内容を、正犯結果を促進したと解する（促進関係説）。通説によれば、〔設例 1〕 X が既に窃盗を決意している Y に対して、Y が窃盗に入ろうとしている A の邸宅の合鍵を提供したことによって、Y は A 宅に侵入することができ、窃盗を遂行した場合は、当然に従犯が成立する一方、〔設例 2〕 X が既に窃盗を決意している Y に対して、Y が窃盗に入ろうとしている A の邸宅の合鍵を提供したところ、一旦はその合鍵をカギ穴に差し込んだものの、A 宅のドアは施錠されていなかったため、Y は X の提供した合鍵を使用するで

もなかった場合には、合鍵の存在が別途 Y の決意を強化したという事情が認められない限り、少なくとも既遂犯に対する従犯にはならない。

もつとも、「促進」の意味も多義的であつて、正犯「行為」の促進で足りるとすれば（正犯行為説）、〔設例 2〕の場合も、既遂犯に対する従犯となり得る。学説では少数ながら、正犯行為説が主張されているところ、判例は、従犯の因果関係として促進関係を求める一方で、その射程について、正犯結果説に立つのか、あるいは、正犯行為説に立つのかを明示していない。

ところで、〔設例 3〕 X は、既に窃盗を決意している Y に対して、Y が窃盗に入ろうとしている A の邸宅の合鍵を提供したものの、Y は A 宅のドアが常に施錠されていない状態にあることを知っており、かつ、実際に A 宅のドアは施錠されていなかったため、Y はその鍵を使用せず、その決意を心理的にも強化されなかった、という場合、従犯を抽象的危険犯と捉えるならば、従犯が成立することとなるが、正犯行為説・正犯結果説共に、正犯行為に対する物理的・心理的因果性の双方を否定するものと考えられることから、〔設例 3〕について従犯の成立を否定するであろうことに鑑みれば、従犯を危険犯と構成する見解に対しては、このような因果論的志向が、共犯の成立を「限定」する機能を果しているといえる。

ところが、正犯結果説を前提とする促進関係説に立ったとしても、〔設例 4〕金物屋 X が購買者 Y にナイフを販売したところ、Y はそのナイフをもちいて A を殺害した場合や、〔設例 5〕弁護士 X が、依頼人 Y に会社再建策を助言したところ、Y がその助言内容を強制執行妨害のために利用した場合、X が Y の犯罪について未必の故意を有していたのであるとすると、X の関与行為は Y を介して結果を間接惹起している以上、因果論的考察からは、X を従犯とせざるを得ないことになる。これは、従犯の因果性の内容を正犯のそれと同様に「あれなければこれなし」(csqn)、あるいは、合法則的な意味における条件関係を求めたとしても（条件関係説）、事情は同じである。

近時、このように、「一見すると正犯を助けているようにみえる行為のすべてを常に従犯とすべきか」を問う「中立的行為による幫助論」を契機として、このような因果論的志向によって、適切な処罰範囲の限定をなすことは困難ではないかとの指摘がなされるようになった¹。これらの批判をなす諸見解からは、もはや因果論的志向には限界がみられるのであって、これに換えて、あるいは、これに加えて、客観的帰属の有無を問うことで、適切な処罰範囲を画すべきであると指摘される。もっとも、これらの批判の前提にあるのは、客観的帰属論の内容が、因果論には還元され得ないものであるとの理解である²。

しかし、果して本当に、因果論的志向は限界を迎えたのであろうか。結局、ここでは、いかなる行為態様をもって「幫助」といい得るか、その本質が問われているとあって良い。そこで本稿では、因果論的志向を再検討することを通じ、因果論的志向の精緻化が必要であり、また、その理解によって共犯の成立要件を探ることが妥当であることを示すこととしたい。

第一章 従犯の因果性の議論における因果論的志向

第一節 促進関係説の根拠

旧く大審院の時代より、判例は、従犯の因果性について、正犯の犯罪を容易にしたことで足りるとしてきた。すなわち、大判大正2年7月9日刑集19輯771頁は「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

¹ 「中立的行為による幫助論」に対し、因果論的志向の限界を指摘し、これに換えて、客観的帰属論のアプローチを重視するものとして、たとえば、安達光治「客観的帰属論—犯罪体系論という視点から—」川端博ほか編『理論刑法学の探究①』（成文堂、2008年）84頁以下、松宮孝明『刑法総論講義』〔第4版〕（成文堂、2009年）292頁など。なお、この問題の一部に関する私見について、小野上真也「弁護士の法的助言による従犯の成否」千葉大学法学論集26巻4号（2011年）1頁以下も参照。

² 従犯の因果性における「客観的帰属アプローチ」と「因果論的アプローチ」との対比について、小野上真也「従犯における客観的成立要件の具体化」早稲田法学会誌60巻2号（2010年）155頁以下参照。

タルノミヲ以テ足り其遂行ニ必要不可缺ナル助力ヲ與フルコトヲ必要トセス」と述べ、その後、最高裁においても、最判昭和 24 年 10 月 1 日刑集 3 卷 10 号 1629 頁が、「従犯は他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるもの」と解しており、従犯の因果性を、上記大正 2 年判決と同趣旨のものとして解するものといえる。裁判所は、現在も、基本的には、その枠組みによって従犯の因果性を判断しているといっている³。

また、学説も、それが正犯「行為」に対するものか⁴、正犯「結果」に対するものか⁵、の争いがあるものの、通説は、従犯の因果関係を、正犯結果を容易にしたことであり、結果にとって必要不可欠の条件関係までを有する必要は無いと解している（促進関係説）。一方で、従犯の因果関係を、そのような促進関係説の意味でとらえることに否定的な見解は、促進関係説では、広く従犯の成立が認められてしまうことを懸念し、幫助行為によって正犯結果が具体的に變更されたことまでもが必要であって、従犯の因果性の内容は正犯と同様の条件関係である必要がある（条件関係説）、と解するが⁶、ここでの争点は、従犯の因

³ もっとも、その他の多くの従犯に関する判例とは異なり、Winny 提供事件控訴審判決や同最高裁決定は、促進関係説の枠組みを超える、従犯の構成要件理解をしているものといえる。

⁴ 日高義博「幫助の因果関係」植松正編『現代刑法論争 I』〔第 2 版〕（勁草書房、1997 年）340 頁以下。また、たとえば、大塚仁『刑法概説（総論）』〔第 4 版〕（有斐閣、2008 年）320 頁、大谷實『刑法講義総論』〔新版第 3 版〕（成文堂、2009 年）448 頁、川端博『刑法総論講義』〔第 2 版〕（成文堂、2006 年）573 頁などは、「促進関係説」に分類されるものの、ここでいう「促進」は、正犯の実行行為を容易にすることをその内容としており、実質的には、正犯行為説に立つ促進関係説といえる。

⁵ たとえば、平野龍一『刑法 総論 II』（有斐閣、1975 年）380 頁、西田典之『共犯理論の展開』（成文堂、2010 年）195 頁以下、山口厚『刑法総論』〔第 2 版〕（有斐閣、2007 年）253 頁以下など。

⁶ たとえば、曾根威彦「幫助の因果関係」植松正編『現代刑法論争 I』〔第 2 版〕（勁草書房、1997 年）343 頁、内田文昭『改訂刑法 I（総論）』〔補正版〕（青林書院、2000 年）314 頁、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』（成文堂、1984 年）224 頁、浅田和茂「幫助の因果関係」『レヴィジョン刑法 1 共犯論』（成文堂、1997 年）114 頁以下。高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂、2007 年）158 頁は、「あれなければこれなし」のコンディツィオ公式を適用できない以上、合法的な条件公式を採用して、法益状態の悪化あるいは法益侵害の容易化というかたちで結果が具体的に變更されたか否かという判断が重要であるとする。なお、松原芳博「共犯の処罰根拠・その 1」法学セミナー 676 号（2011 年）138 頁以下は、物理的因果性に関する限り、結果の不良變更という意味での「現実の結果の促進」を要求すべきとするが、「現実の結果の促進」がある場合には、幫助行為は、時間や程度において具体化された結果に対して条件関係を有しているといえる、との理解を示す。他方、心理的因果性における「促進関係」

果性の内容が、従犯の成立をいかなる範囲で限界づけるものであるか、にあるとって良い。

ところで、そもそも、判例・学説が促進関係説を通説と解してきた理由は、いかなる点に求められるであろうか。

かつて、旧刑法 109 条は、「重罪軽罪ヲ犯スコトヲ知テ器具ヲ給與シ又ハ誘導指示シ其他豫備ノ所為ヲ以テ正犯ヲ幫助シ犯罪ヲ容易ナラシメタル者ハ従犯ト為シ正犯ノ刑ニ一等ヲ減ス但正犯現ニ行フ所ノ罪従犯ノ知ル所ヨリ重キ時ハ止タ其知ル所ノ罪ニ照シ一等ヲ減ス」と規定していた。この文言によれば、正犯の予備段階での関与が従犯の典型例とみられるのであって、また、犯罪を「容易」にしたことも、幫助行為の態様として明示的に要求されていたのである。

この点、犯罪を「容易」にする態様には、①正犯の予備段階における関与、②正犯の実行中の関与、③正犯の実行後の関与（事後従犯）が観念され得るところ、旧刑法 109 条の文言に依れば、①の場合のみをもって従犯と解するとの理解も考えられるものの⁷、通説は、旧刑法 109 条の従犯は、あくまで、正犯の実行以前の関与に限らず、実行中の関与についても従犯となると解していた⁸。また、当時の大審院も、正犯の実行中の関与までに限って従犯と解し、「正犯者カ犯罪行為ノ継続中ナル場合ニ於テ之ヲ幫助シテ其犯罪ヲ容易ナラシ

は、同期の提供や反対動機の除去を通じて正犯者の犯意を維持・強化し、翻意可能性の低下した心理状態で結果を惹起したことを意味する、とする。

⁷ 高木豊三『校訂刑法〔明治 13 年〕義解（第一編）』『日本立法資料全集別巻 71』（信山社、1996 年）所収 317 頁以下。従犯のうち、「豫備ノ所為」に当たる例として、たとえば、強姦者のため婦女をその現場に誘致する場合、盗賊のため門戸を開放したままにする場合などが挙げられている。また、井上正一講義＝川淵龍起・山田豊策『訂正日本刑法〔明治 13 年〕講義再販』『日本立法資料全集別巻 255』（信山社、2004 年）所収 567 頁も、旧刑法 109 条が重罪軽罪を「犯スコトヲ知テ」と規定していることから、その文言上、従犯の成立は正犯の犯罪前に関与する場合のみに限られるとする。

⁸ グスタフ・ボアソナード＝井上操『〔法国〕刑法撮要』復刻叢書法律学編 6（信山社、1991 年）246 頁、宮城浩蔵『刑法〔明治 13 年〕講義〔四版〕第一巻』『日本立法資料全集別巻 79』（有斐閣、1998 年）所収 647 頁以下など。なお、早稲田大学鶴田文書研究会『日本刑法草案会議筆記第 1 分冊』早稲田大学図書館資料叢書 I 第 4 巻（早稲田大学出版部、1976 年）422 頁以下では、旧刑法の立法過程においても、Boissonde および鶴田皓との間での議論において、正犯の実行中の関与が従犯（附従）となるとの理解が散見される。

メタル者ハ從犯ト為シ処分スヘキモノトス」とし⁹、さらに直接的に「刑法 109 条ニ所謂豫備ノ所為トハ正犯者カ犯罪ニ著手ノ前後ヲ問ハス其犯罪ヲ容易ナラシムル為メノ加担行為ナリ」としたり¹⁰、あるいは、旧刑法第 109 条の規定は「正犯幫助ノ為用ユヘキ手段方法必ス犯罪實行以前ニ於ケル豫備ノ所為タルコトヲ要ストノ趣旨ニハアラス」としたりしていたのであった¹¹。もっとも、從犯を正犯の予備段階での関与に限定する見解は、正犯の実行中の関与を「正犯」と解するのであって、決して、処罰範囲を限定する趣旨に依るのではなかった¹²。

その後、現行刑法に至るまでに、立法過程において簡素化され、從犯規定は「正犯ヲ幫助シタル者ハ從犯トス」と規定されるに至り、同条の文言は、現行刑法 62 条 1 項に引き継がれることとなる。この経緯について現行刑法 62 条 1 項は旧刑法 109 条と同一趣旨の規定であって、後者が幫助行為を列挙したものの例示に過ぎないものであったが、現行刑法 62 条 1 項は別段その方法を示さず、正犯を幫助した者はすべてこれを從犯となすこととし、他方、從犯となるのは正犯の実行前あるいは実行中の幫助のみに限るのであって、事後從犯を含まないとの指摘がなされた¹³。事後從犯が、「從犯」の範疇から除去されることについて、事後の段階では、過去の出来事に因果的に影響を及ぼし得ない、ことを理由としているのであれば、これは、正に因果論的見地からの処罰限定を志向するものといえる。

現行刑法 62 条が以上の経緯で制定されたため、現行刑法制定当初の 62 条 1 項解釈も、

⁹ 大判明治 34 年 10 月 4 日刑録 7 輯 9 卷 22 頁。

¹⁰ 大判明治 35 年 3 月 28 日刑録 8 輯 3 卷 89 頁。

¹¹ 大判明治 37 年 10 月 11 日刑録 10 輯 1874 頁。

¹² 高木・前掲注(7) 316 頁以下は、正犯の実行中の関与を「正犯」と解する。龜山貞義『刑法〔明治 13 年〕講義卷之一』『日本立法資料全集別巻 251』(信山社、2002 年) 所収 414 頁以下も同旨。

¹³ 田中正身『改正刑法積義上巻』『日本立法資料全集別巻 35』(有斐閣、1994 年) 所収 704 頁以下。磯部四郎『改正刑法正解』『日本立法資料全集別巻 34』(有斐閣、1995 年) 所収 143 頁以下も、そのように解している。これに対して、泉二新熊『改訂増補日本刑法論』(有斐閣、1916 年) 565 頁以下は、「実行行為ニ非サル一切ノ応援ハ幫助行為タルヲ得ヘシ」として、事後從犯も從犯となると解していた。

旧刑法 109 条の解釈を引き継いだものであった¹⁴。そして、前出の大審院大正 2 年判決は、このような状況下、現行刑法制定後、数年の後に下されたものであった。これらの判例・学説の変遷に鑑みると、従犯の因果性がなぜ正犯の犯罪を容易にしたことで足りるかは、積極的に根拠づけられたものというよりは、むしろ、旧刑法時の文言解釈から、自然の流れで導出されたものとさえいえるように思われるのである。たしかに、大正 2 年判決によって、「幫助した」の内容となる促進の意義は、正犯に対する必要不可欠のものである必要はないと具体化され、現在では、それが促進関係説の内実をなすものと理解されるに至ったものの、旧刑法時代より解釈上用いられてきた、容易ならしめる、という語義それ自体は、必要不可欠性を否定する意味ではないのであって、条件関係説の意味において、「促進」を觀念することは可能であろう¹⁵。

第二節 従犯の危険犯構成

さて、現行刑法制定時において、多くの見解は、幫助とは、実行行為以外の行為によって、正犯を事前ないし実行中において容易にすること、と理解していた。明治 43 年の判例もまた、「従犯ハ罪ノ実行行為ニ属セサル行為ヲ以テ正犯ノ実行行為ヲ幫助スルコトニ依テ成立ス」としたのであった¹⁶。このように、実行行為性の有無で正犯行為と幫助行為との区別の一助とする、という理解は、その後も、一定の有力な理解であったといえる¹⁷。

ところが、幫助行為を、実行行為以外の一切の行為と解し、刑法 62 条の文言上要求される「幫助」について、容易化という要素を重視しないとする限り、本来的には、62 条の

¹⁴ 勝本勘三郎『刑法要論上巻（総則）』（有斐閣、1913 年）432 頁以下、大場茂馬『刑法要綱』（中央大学、1917 年）254 頁以下など。

¹⁵ 後述の通り、実際に、ドイツにおいても何をもって「幫助した（Hilfeleisten）」ということができるかをめぐって、因果関係必要説と因果関係不要説（危険犯構成）とが争われていたのであり、前者の 1 つとして、条件関係必要説も唱えられていた。

¹⁶ 大判明治 43 年 9 月 20 日刑録 16 輯 1522 頁。

¹⁷ 小野清一郎『新訂刑法講義総論』（有斐閣、1948 年）211 頁以下、団藤重光『刑法綱要総論』（第 3 版）（創文社、1990 年）412 頁、大塚・前掲注（4）320 頁、大谷・前掲注（4）448 頁、川端・前掲注（4）573 頁など。

文言に内在的に従犯の成立範囲を限定する要素を見出し難い。したがって、従犯を抽象的危険犯であり、挙動犯であると解し、幫助行為それ自体は、「その行為が行われるときに、一般的に正犯行為の実行を容易ならしめるものでたり、現実には、正犯行為の実行を容易ならしめたことは必要ではない」として、正犯行為と幫助行為との間の因果関係を不要とする見解にも至り得る（抽象的危険犯説）¹⁸。

ところが、このような理解に立つと、〔設例 6〕 X が、宝石商 A から預かっていた宝石の返還を免れるべく A を殺害する計画を立てた正犯 Y のため、①当初、A を拳銃で殺害する場所として予定されていたビルの地下室に、音漏れ防止の目張りをしたものの、Y はその場所で A を殺害する計画を変更し、②その後、走行中の自動車内で Y が A を殺害するに至ったところ、X はその車に追従しており、Y は①については認識が無かったものの、②について心理的に援助されていた、という場合、全く因果的な影響の無い①事案についても、強盗殺人罪の従犯が成立することになってしまうであろう。

実際に、②の場合のみならず、①の場合についても従犯の成立を認めた、東京地判平成元年 3 月 27 日判タ 708 号 270 頁は、従犯を危険犯と解するものとも読めるものであったものの、これに対して、その控訴審判決である東京高判平成 2 年 2 月 21 日東高刑時報 41 卷 1~4 号 7 頁では、物理的因果性を欠く①の場合についても従犯の成立を認めるには、地下室における目張り等の行為が Y を「精神的に力づけ、その強盗殺人の意図を維持ないし強化することに役立ったことを要する」としたうえで、本件では、そのような事態が認められないとして、従犯の成立を②の場合のみにとどめているが、正犯結果説に立つ通説からは、控訴審の結論が支持されよう。

このようにして、実行行為以外の一切の行為との理解に立つ見解によっても、旧刑法の文言の形式的な継受にとどまらず、実質的にも、行為ないし結果を容易にしたという要素

¹⁸ 野村稔『刑法総論』〔補訂版〕（成文堂、1998 年）424 頁。もっとも、この見解は、結果の発生を客観的処罰条件として要求することから、従犯としての処罰範囲が著しく拡張されることはない。しかし、このように結果発生を客観的処罰条件として求めるのであれば、結果発生まで因果関係が必要であるとするのと大差ないであろう。

が重視されるべきこととなり、幫助行為は、少なくとも正犯行為にまで及ぶことまでが必要であるということになる。

第三節 ドイツにおける判例・学説の展開

以上のような抽象的危険犯説から、従犯の因果関係を不要と解すると、処罰範囲の著しい拡張につながることから、その歯止めをかける、というのが、因果論的志向に求められた役割の1つといえよう。

他方、ドイツ判例では、すでに RGSt 6, 169 (170)が、従犯の構成要件該当性は、幫助行為が結果に何ら影響を及ぼさない場合であっても認められることを明言したほか、RGSt 58, 113 (114f.)が、「ライヒ裁判所は、以下のように、判例において一貫して認めてきた。すなわち、従犯とは主たる行為の実行それ自体を幫助するものである必要は無い、従犯とは主たる行為の構成要件に属するメルクマールにまで延長するものである必要は無い、従犯とはむしろ、すでに正犯の予備行為に実現されている……、すでに、そのような行為の終了の前に、所為に組み込まれている……、ということが、これである。それゆえ、〔従犯の〕要件は、常に、主たる行為が少なくとも未遂段階に至ったということにのみにある。幫助行為によって、主たる行為の結果が因果的に協働されたこと、促進ないし容易にされたことは、同様に必要不可欠ではない。それゆえ、刑事部が幫助者の行為と最終的に惹起された犯罪的結果との間の因果的連関を要求することは、誤りである。ひとたびなされた幫助の構成要件は、幫助行為が、それによって意図され、かつ、事実に惹起された結果について、影響されなかったということのみでは、否定されない。」と述べ、結果に対する因果性を要求しておらず、また、「犯罪構成要件を実現する行為が、その終了に先立って、任意の時点において幫助の行為によって実際に促進されたということが付け加わらねばならない。」としている¹⁹。

¹⁹ なお、西田・前掲注(5)193頁以下は、これらドイツ判例が、因果性要件を不要とする危

このような理解は、結果との因果性を不要と解することから、ひいては、判例も上記の危険犯構成と同様の批判を回避し難いものとも考えられる。

そこで、Edmund Mezger は、結果との因果性が必要であるとの見地から、「正犯（共同正犯）にとって、正犯（共同正犯）が結果をその構成要件該当性に決定的な部分を惹起した（共同惹起した）ことは、常にその核心をなす。このような客観的要件なしには、誰も『正犯』たり得ない。幫助者についても——ライヒ裁判所の公式に反して——その具体的な形態において、結果の共同惹起をなすことがその核心となるのであり、さもなければ、ただ未遂の幫助となるにとどまるのである……。」として、従犯の因果性には正犯と同様、結果との間の条件関係が必要であるとの理解を示し、RG の立場に否定的であった。この点、Mezger の理解は、幫助行為と結果との間の因果関係を要求することによって、一見すると、処罰範囲の限定をなしている。

ところが、正犯と同様の「あれなければこれなし」という意味における条件関係を、従犯の因果性の内容ともすれば、幫助者が正犯に窃盗用のはしごを提供し、実際に正犯もそのはしごを使用したものの、仮に幫助者がそのような提供をなさなければ、正犯自身が他の場所から、同様のはしごを難なく調達し得た、という場合には、条件関係判断に仮定的代替原因をも考慮することを認めれば、幫助者の因果性は否定されかねない。そこで、Mezger は、「ただし、その場合には、幫助者の共働が、所為に幫助者の具体的な特色を与え、しかし、構成要件的メルクマールに本質的には該当しない、具体的な所為の特別の形成（修正）について因果的である、ということ十分である。」とし²⁰、結論として従犯の因果性が認められることになる基準を、結果の具体化によって構築している。

もともと、構成要件的メルクマールによる限定を施さないこのような具体化に依ると、提供等の関与行為による、事案の軽微な変更でさえ、因果性が認められることとなり、結局のところ、因果論的構成による処罰範囲の限定は、事実上不可能となる。実際に Mezger

危険犯構成を採るものであるとしている。

²⁰ Edmund Mezger, LK § 49, S. 273.

も、幫助者が窃盗に対して合鍵を提供したものの、窃盗はその合鍵を利用せず、また、その所為の決意も強化されなかった、という場合にも、「鍵の利用可能性という事実が、その決定的なメルクマールにとって重要でない場合も、具体的な所為の形象 (Bild) を修正する。」として、既遂の従犯で良い、としているが²¹、これでは、結局のところ、結果への影響の全くない軽微な関与もまた、従犯とされかねない。

そこで、Wilhelm Class は、csqn 公式に基づく条件関係をさらに発展させるかたちで、「流入ないし強化の因果関係」という理解を展開し、これを判例における促進関係理解と接近させるが²²、「流入ないし強化の因果関係」の定義が、それ以上に明確になされていないこともあって²³、Class 説においても、軽微な流入ないし強化も、因果性を有するという、Mezger 説に対すると同様の批判を免れがたいのではないだろうか。

そこで、ドイツにおける従犯の危険犯構成が、危険増加論というかたちで、Mezger 流の因果論的志向による処罰範囲の拡張に対する歯止めとして現れる。

たとえば、Friedrich Schaffstein は、「幫助者の寄与は、たしかに、コンディツィオ・シネ・クワ・ノンの意味において、主たる行為の結果に対して因果的であることがまれではないが、そのような寄与は、可罰的な既遂幫助を認める要求までをも充たすものである必要はない。」として、従犯の成立には、侵害の惹起を不要とし、危険増加が認められれば良いとの理解を前提とする²⁴。Schaffstein によれば、危険増加判断は、事前判断としてなされ、具体例との関係では、①主たる行為者が単独ではしごの運搬をなし得たが、幫助者が

²¹ Mezger, a.a.O., (Anm. 20) S.273. なお、我が国においては、内田文昭「幫助の因果性」判例タイムズ 717 号 (1990 年) 38 頁以下、同「幫助の因果性をめぐる最近の二判決 (東京地判平成元年 3 月 27 日判例タイムズ 708 号 270 頁と東京高判平成 2 年 2 月 21 日判例タイムズ 733 号 232 頁) について」(以下、「二判決」とする) 研修 513 頁 (1991 年) 3 頁以下が、Mezger 流の結果の具体化を行ったうえで従犯の因果性を判断するため、事態の軽微な変更によっても、広く従犯の因果性が認められる余地がある、もっとも、同「二判決」4 頁以下では、因果関係が認められた後、「正犯の犯行を容易にするような条件が設定されなければならない」という基準を立てているため、処罰範囲が過度に広がることはないのかもしれない。

²² Wilhelm Class, Die Kausalität der Beihilfe, in Festschrift für Ulrich Stock, 1966, S. 125 f.

²³ Günter Spindel, Beihilfe und Kausalität, in Festschrift für Eduard Dreher, 1977, S. 167.

²⁴ Friedrich Schaffstein, Die Risikoerhöhung als objectives Zurechnungsprinzip im strafrecht, insbesondere bei der Beihilfe, in Festschrift für Richard M. Honig, 1970, S.179.

その成功の危険を高めた場合には従犯たり得るが、他方、②主たる行為者がそのはしごを他の者の助け無しにも犯行現場へと運びえたであろうし、また、運んだであろうということが、はじめから明らかである場合には、援助者の共働は、すなわち、親切でなした助けであったのであって、窃盗の成功のチャンスを高めたのではない、として、この場合、幫助者が行為 (Tun) を「容易にした (erleichtern)」としても、従犯は成立しないとする²⁵。そして、この危険増加理論は、Mezger や、その他の因果性を強調する理論に対して、幫助の因果性論による可罰性の範囲を、さらに限定するものである、と述べる²⁶。

この点、危険増加理論が、Mezger 説に対して処罰限定的であるという結論に至ることそれ自体は認め得るものの、事前判断による「危険」増加判断が、果して事後判断による因果論的考察全般に対して、理論的に限定し得るものであるかは議論の余地があろう。

この点、Rolf Dietlich Herzberg は、「すなわち、保護法益の独自性 (Identität) ということから、結果と因果性を有する行為の可罰性の一元的な限定という結論は導かれぬ。犯罪遂行における助力を、通常は、侵害される法益の危険が高められることを理由に、一般的に禁止することは、立法者に自由裁量に委ねられているものであって——そして、立法者が決めたことであって——、それゆえ、具体的には侵害的な影響をもたらさない不必要な幫助も同様に、可罰的とされて良い。概念的に言えば、幫助とは、抽象的危険犯のことである。」と述べ²⁷、従犯を抽象的危険犯と理解している。このことから、正犯に対してコーラを提供した者は、それが金庫破りの最中になされたものであって、結果惹起を早めではおらず、単に何らかのかたちでそれに修正をかけた、という場合であっても、正犯はその行為の遂行の際に助力を受けたのであって、従犯の構成要件に該当する、と述べる²⁸。そのうえで、上述のように Schaffstein が、仮定的代替原因を考慮して、主たる行為者がそのはしごを他の者の助け無しにも犯行現場へと運びえたであろうし、また、運んだであら

²⁵ Schaffstein, a.a.O., (Anm. 24) S. 180.

²⁶ Schaffstein, a.a.O., (Anm. 24) S. 182.

²⁷ Rolf Dietlich Herzberg, Anstiftung und Beihilfe als Straftatbestände, GA 1971, S. 6 f.

²⁸ Herzberg, a.a.O., (Anm. 7) S. 6 f.

うということが、はじめから明らかである場合には、援助者の共働は、すなわち、親切でなした助けであったのであって、窃盗の成功のチャンスを高めたのではない、として、従犯の成立を否定するのは妥当ではないとしたのであった²⁹。これは、従犯を危険犯と解する立場からすれば、一貫したものと思われる。

ところが、Herzberg は、従犯の故意については、アジャン・プロヴォカトゥールを否定するのと同様の理解から、「既遂に向けられた意思は、すなわち、主たる行為の構成要件……によって共犯に対してさらに影響を与える、さらなる刑法 48 条・49 条〔一引用者注一現行 26 条・27 条〕の両構成要件上の要件である。」とするが³⁰、構成要件該当性の問題としては、従犯を抽象的危険犯と理解しつつ、故意の問題としては既遂結果の認識までが必要とも解されるこの Herzberg の理解は、結局のところ、従犯の成否の問題として、結果に対する因果性が必要であることを物語るものと考えられる³¹。

このようにみてくると、危険増加論によって、因果論の限界を完全に克服することができるとは言い難いのではないだろうか。そもそも、危険増加論をして、因果論的理解に限界があるとされたのは、第一に、csqn の意味における条件関係を前提にした場合には、可罰性の範囲が不当に狭まるという懸念に依拠しているのであり、他方、第二に、そのような懸念を払拭するために結果概念を具体化すれば、Mezger 説や Class 説においては、可罰性の範囲が不当に広がるという懸念が生じたことに端を発する。ところが、以上のように、危険増加論を基礎に置く危険犯構成も、従犯の故意の射程の問題として、因果論的志向を排斥し難いとすれば、結果に対する因果性を前提にしつつ、他方で、因果論的志向に向けられた上記 2 つの懸念をいかに払拭するか、ということが念頭に置かれるべきであろう。

²⁹ Herzberg, a.a.O., (Anm. 7) S. 6 f.

³⁰ Herzberg, a.a.O., (Anm. 7) S. 11 f.

³¹ Erich Samson, Die Kausalität der Beihilfe, in Festschrift für Karl Peters, 1974, S. 132. は、危険犯構成を主張する見解は、故意の段階では、構成要件において要求されている以上の認識対象を予定しているのであって、客観面と主観面とで対象の不一致が生じると指摘する。

この点、Erich Samson は、幫助行為と正犯結果との間の因果関係の必要性を強調し、「主たる行為によって惹起された法益侵害を可能にした、ないしは、強化した、あるいは、主たる行為者に対して主たる行為の遂行を容易にした」ことをもって、「幫助した」と解する³²。

さらに、Günter Spendel も Samson と同様、正犯結果との間の因果関係を必要と解したうえ、①法的に（構成要件的に）重要な具体的結果のみを考慮すること、②仮定的代替原因を考慮しない、③確実性に境を接する蓋然性のある行為が欠落した場合の、結果の不発生について、確実な段階を算定すること、を前提に、csqn 公式を適用すべきことを述べる³³。そして、そのことを前提とする限り、csqn 公式を正しく適用することによって、幫助の因果性に関するほとんどの問題を解決することができる³⁴、たとえば、Y が金庫破りをした際に、Y は X が提供した金庫の扉を開ける鍵を利用しなかった、という場合には、X は、Y の意図を強化しなかったのであるから、既遂の従犯とはならないとするのである³⁵。

このようにして、幫助の因果性をめぐる問題は、既遂幫助と未遂幫助の区別を念頭に置き、主に因果論的志向が限界を迎えたのか、あるいは、因果論的志向を精緻化することによって対応が可能であったのか、が主たる争点であったということができるのである。

第二章 「中立的行為による幫助論」における因果論的志向

第一節 客観的帰属論による限定

さて、たとえば、〔設例 7〕金物屋 X が、ナイフを買いに来た Y に対してナイフを販売得た際、X は怪しげな風体の Y に対して「こいつは、もしかすると、このナイフで殺人

³² Samson, a.a.O., (Anm. 31), S. 134 f.

³³ Spendel, a.a.O., (Anm. 23) S. 173.

³⁴ Spendel, a.a.O., (Anm. 23) S. 185.

³⁵ Spendel, a.a.O., (Anm. 23) S. 186.

をするかもしれない。しかし、それでも構わない。自分の知ったことではない。」と感じていた、くわえて、その他にはYが代わりのナイフを調達し難い状況であった、という場合、上記のいずれの見解からも、従犯の構成要件該当性を否定し難い、ということになる。

幫助を、「構成要件該当結果を因果的で、法的に許容されない危険増加」と理解する Claus Roxin によれば³⁶、現行ドイツ刑法 27 条の幫助を基礎づける因果的な危険増加の基準は、所為を自己の行為によって可能にし、容易にし、強化し、あるいは援護した場合の 4 つの要素に分解され得るのであるが³⁷、そのような理解によっても、いわゆる「中立的行為による幫助」の問題は、故意的な危険増加が認められる場合であっても、可罰的幫助を否定すべき場面として理解されている³⁸。すなわち、因果論的志向では、「中立的行為による幫助」の事案を適切に処理することができない、との理解である。

そこで Roxin は、この場合の従犯が可罰的となるのは、①関与行為が「一義的犯罪的意味連関」を有する場合に限られ、②関与行為者が正犯の犯罪を確定的に認識している場合には、「一義的犯罪的意味連関」が認められ、従犯が成立する。他方、③関与行為者が正犯の犯罪を不確定的に認識しているに過ぎない場合には、「信頼の原則」が故意犯である従犯の成否にも妥当し、未必の故意による関与行為は「信頼の原則」によって、従犯の成立が否定される、と説き³⁹、これを客観的帰属による限定と解している。

帰属の前提である危険増加の有無が、すでに因果論的志向を含むものであって、危険増加が認められていることが「中立的行為による幫助」の問題の前提であるとするれば、ここでの Roxin の見解は、因果論的志向には還元され得ない要素から帰属判断を行うものと解されよう。間接証拠としてではあるが、関与行為者の故意が確定的であるか、あるいは、未必のものであるかが、帰属を決定づける「一義的犯罪的意味連関」の有無を決している。そして、このような Roxin の理解は、そのままのかたちではないものの、現在のドイツ判

³⁶ Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II*, 2003, S. 193.

³⁷ Roxin, a.a.O., (Anm. 36) S. 203.

³⁸ Roxin, a.a.O., (Anm. 36) S. 206.

³⁹ Claus Roxin, *Was ist Beihilfe?*, in *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 1995, S. 515.

例に影響を与えている⁴⁰。

我が国においても、安達光治が、「結果帰属における因果的思考を前提とする従来の枠組みでこの問題を解決することは困難」とし、関与行為者のなした寄与の内容とそれが行われた社会的な文脈に着目することが鍵であると述べた上で、「このような考え方は、従来の因果的な思考法からはなしえないものであり、ここにも因果主義の限界客観的帰属論による規範的判断の意義が端的に現れている」とするのは⁴¹、因果論的志向に換えて客観的帰属論による処罰限定法理を探るべきであるとする指摘である。松宮孝明が、「日常的な取引は所与の前提として、その犯行惹起力は無視される」と解するのも⁴²、同様の趣旨のものである。

客観的帰属の有無は、我が国においては、構成要件該当性の有無の問題としてとらえられることが多い。そして、我が国では「中立的行為による幫助」の問題として、因果論的志向に換えて、客観的帰属の否定により、関与行為の構成要件該当性を否定することで、処罰限定の方策を探る試みが現在有力となってきた。もっとも、その意味する「許された危険」がいかなるものであるか、見解の一致をみないが、以下のような見解がみられる。

すなわち、①関与行為に、それ自体として他者の行為と遮断された規範的意義が認められる限り、当該行為は、犯罪促進的意義に欠ける「許された危険」の範疇にとどまる行為であるとする見解⁴³、②犯罪行為が一目瞭然でない限り、因果関係があっても、当該犯行惹起力が「許された危険」として無視されるとする見解⁴⁴、③「正犯の犯罪計画ないし正犯行為との特別な適合」が認められない限り、「許された危険」であるとする見解⁴⁵、④「コ

⁴⁰ Vgl. BGH NStZ 1993, S. 43., BGH NStZ 2000, S. 34.

⁴¹ 安達・前掲注(1) 85頁以下。

⁴² 松宮・前掲注(1) 292頁以下。

⁴³ 松生光正「中立的行為による幫助(二・完)」姫路法学 31・32 合併号(2001年) 292頁以下。

⁴⁴ 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』(成文堂、2003年) 206頁以下、同・前掲注(1) 292頁。

⁴⁵ 豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』(成文堂、2009年) 174頁以下。

コミュニティにとって耐え難き悪しき手本として市民が受けとることになる状況」か否かを基準に、確定的故意による関与行為はコミュニティに危険な印象を与える「許されない危険」である一方、不確定的故意による関与行為はコミュニティに危険な印象を与えない「許された危険」であるとする見解⁴⁶、⑤関与行為の類型化を通じて、その類型に応じた「許された危険」を検討する見解⁴⁷、などがある。⑥また、客観的帰属を共犯構成要件のレベルに位置付け⁴⁸、とくに Winny 提供事件の解決を念頭に置き、「許された危険」の判断を、「侵害される法益の価値・数量・危険性の程度などが総合的に考慮される」とする見解⁴⁹、⑦犯罪実行が明白な状況での法益侵害に直接作用する物等の提供以外は、それが通常取引形態に止まる限り、日常的行為としての社会的意義を有することから、それを「許された危険」と解する一方、特に正犯に便宜を図る提供行為は非日常的であって、それを「許されない危険」と解する見解もある⁵⁰。

しかし、これらの法理が、因果論的志向に還元されない諸要素を、構成要件該当性判断の要素として組み入れると解すると、いかなる要素が「許された危険」の判断にとって決定的であるかは、不分明であろう。この点、近時、林陽一は、行為規範の内容、目的、保護範囲などの視点、いくつかの規範的法理（信頼の原則など）、主体ごとに答責領域を分割

⁴⁶ 曲田統「日常的行為と従犯——ドイツにおける議論を素材として——」法学新報 111 巻 3・4 号（2004 年）194 頁以下。なお、曲田統「従犯の主観的要件の実体について」『立石二六先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2010 年）600 頁以下は、「①その幫助行為によって生じる利益が著しく重大であり、かつ、②幫助行為者に、その著しく重大な利益をもたらそうとする意図（目的）があり、加えて、③生じうる侵害の程度を最小限にとどめる措置が施されていた場合は、従犯の成立を否定すべきである」とする。これらの要件を充たす場合に、コミュニティはこれらの条件を満たす幫助行為に認められる脅威を甘受すると考えられる、とされるが、その点に鑑みると論者は、「許された危険」を否定する趣旨であるのかもしれない。しかし、上記要件中には、違法阻却レベルや、故意の有無に関係するものも含まれ、体系論上、どのレベルで従犯の成立を否定するかは、明らかではない。

⁴⁷ 山中敬一「中立的行為による幫助の可罰性」関西大学法学論集 56 巻 1 号（2006 年）112 頁以下。

⁴⁸ 林幹人「背任罪の共同正犯——共犯構成要件について」判例時報 1854 号（2004 年）6 頁以下。

⁴⁹ 林幹人「Winny と幫助罪」『判例刑法』（東京大学出版会、2011 年）174 頁以下。

⁵⁰ 永井善之『中立的行為による幫助』について——Winny 事件最高裁決定を中心に——『刑事法理論の探究と発見』斉藤豊治先生古稀祝賀論文集（成文堂、2012 年）144 頁以下。

する考え方などを組み合わせて、具体的事案に対する法的結論を導出しようとする「規範理論」において用いられる各命題は、それぞれが関わる領域における様々な価値衡量の結果を取りまとめたものであって、複数の命題が重なり合う事例においてどのような論理で結論を導くべきであるか、極めてわかりづらいと指摘するが⁵¹、この指摘は、客観的帰属判断に対しても、当てはまるもののように思われる⁵²。

第二節 因果論の精緻化による限定

そこで、因果論を精緻化することによって、構成要件レベルにおいて安定的な指針を提供することができるのではないかと考えられる。もっとも、ここで求められているのは、「中立的行為による幫助」の事案に限らず、従犯の成否一般について、処罰範囲の適切な限定も可能である因果論の精緻化である。したがって、すでに検討したように、MezgerやClassのように、構成要件的メルクマールを度外視した結果の具体化によることはできない。

島田聡一郎は、「促進した」とは、結果が発生する蓋然性が一定程度高められることが必要であるとの理解を基に、その介入の蓋然性が高い場合に限って、一部の仮定的代替原因をも考慮して促進関係の有無を判断する⁵³。この立場は、事実的な促進関係がある場合であっても、法的にみて犯罪予防に役立たない行為の因果関係を否定する点で、因果関係の認められる範囲を限定する。この見解は、従犯の成立範囲を、因果関係の精緻化に依って

⁵¹ 林陽一「最近の因果判例と規範理論」研修 758号（2011年）5頁以下。

⁵² 客観的帰属アプローチに対する私見による批判的分析の詳細は、小野上・前掲注（2）163頁以下参照。なお、Samsonが指摘するように、従犯の構成要件要素の確定の問題は、従犯の故意の認識対象をいかに確定するか、ということと連動するといえる。したがって、客観的帰属判断において、因果論的に還元され得ない諸要素を「構成要件要素」と解すると、それら諸要素をすべて認識しない限り従犯の故意は認められない、との結論にも至り得るのであって、ひいては、ほとんどの場合に故意が否定され、従犯が成立しないということになるのではないかと、との懸念があり得るが、この点は、さらなる詳細な分析が必要であって、指摘にとどめる。

⁵³ 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件——いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして——」立教法学 57号（2001年）85頁以下。

行うという点で、正しい方向性を有しているといえる。

この見解は、将来的に代替原因の介入の蓋然性が高い場合には、いずれにせよ結果が促進され得たのであるから、実際に行われた行為を処罰しても、犯罪予防に役立つものではないことを前提とする。もっとも、将来的に介入の蓋然性の高い代替原因が犯罪的行為である場合には、仮定的代替原因の考慮を否定する。しかし、仮定的代替原因が犯罪行為であったとしても、介入の蓋然性が高いのであれば、実際に行われた行為を処罰するのは犯罪予防に役立つとはいえないのであるから、これを考慮するのが本説からは一貫した理解であって、このような区別には賛同し得ない。

それでは、このような区別が妥当でないとするれば、仮定的代替原因を全て考慮すべきことになるであろうか。大越義久は、因果関係論は帰責限定機能を併せ持つ必要があるのであって、従犯の因果関係判断において重要なのは、いかなる範囲の代替原因をいかなるかたちで考慮すべきかであり、①実際に現実化している代替原因は考慮せざるを得ず、②潜在的な代替原因も現実化し得る以上、考慮せざるを得ないとする。もっとも、潜在的な代替原因を全て考慮するというのではなく、現実化する蓋然性の低い代替原因は、考慮の範囲から除外されるとする⁵⁴。

しかし、このように、仮定的代替原因を広く考慮に入れるならば、実際に行われた行為を、それが実際に結果への決定的な要因となった場合でさえ、不可罰とすることになり得るのであり、その意味において、仮定的代替原因は全く考慮しない、ということが妥当であるように思われる⁵⁵。

それでは、従犯の因果性は、いかに判断されるべきであろうか。結果を抽象的に理解した上で、促進関係をその内容とすれば、たしかに、従犯の成立を適切に限定することは難しい。それゆえ、まず、①結果を具体的に理解する必要があるが（具体的結果観）、もっとも、結果の具体化について、Mezgerのように構成要件的メルクマールによる制限を付す

⁵⁴ 大越義久『共犯の処罰根拠』（青林書院新社、1981年）171頁以下。

⁵⁵ 批判の詳細については、小野上・前掲注（2）174頁以下。

ことを否定すれば、結果として、何らかの関与行為が行われれば、常に因果関係が認められることになってしまい妥当ではない。そこで、具体的結果観を採るとしても、構成要件的に重要なかたちで具体化された結果を観念すべきであろう⁵⁶。そして、②そのような結果発生に影響を及ぼす蓋然性のある行為のみを幫助行為と解し（幫助行為性）、③結果と幫助行為との間に、「あれなければこれなし」という意味での条件関係が認められる必要があろう（従犯の因果性の議論における条件関係説）。そして、④そのような因果連関に相当性が認められる、とされる場合に限って、従犯の因果性が認められるべきである（従犯の相当因果関係）⁵⁷。

第三節 心理的因果性を不可欠の要件とすることによる限定

ところで、ここまでは、従犯の物理的因果性に関連して検討してきた。従犯の因果性には、物理的因果性のほか、心理的因果性も想定し得るが、果して、心理的因果性を従犯成立の不可欠の要件と為すべきであろうか。

町野朔は、通説によれば、csqnの意味における条件関係が無い促進関係によっても、従犯の因果性が認められることを前提にすることになるから、条件関係に換えて促進関係を従犯の因果性とするのであれば、心理的因果性が不可欠の要素であって、「行為者がある行為を遂行するに当たって、他の行為者がそれを認識し支持を与えていることを認識することによって、彼は勇気づけられ、行為に出ることが促進され、結果の発生も促進させられる」ことに、心理的因果性を帰責の根拠が求められる、とする⁵⁸。もっとも、単なる意思疎通によって「心理的因果性」が認められるのではなく、意思疎通以上の心理的援助が必要であるとする⁵⁹。この考えによれば、片面的共犯は否定されることになる⁶⁰。

⁵⁶ 曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕〕〔第2版〕（成文堂、2005年）304頁。

⁵⁷ 私見の詳細については、小野上・前掲注（2）176頁以下。

⁵⁸ 町野朔「惹起説の整備・点検——共犯における違法従属と因果性——」『刑事法学の現代的展開』内藤謙先生古稀祝賀（有斐閣、1994年）130頁以下。

⁵⁹ 町野・前掲注（58）142頁以下。

⁶⁰ 町野・前掲注（58）136頁。

このような理解によると、近時問題となった Winny 提供事件のように、不特定多数人に対する不特定結果に関与する場合、従犯の成立は否定されることになろう。事案は、被告人 X が、ファイル共有ソフト Winny を開発し自己の HP 上にアップロードし、誰でもそれをダウンロードの上、使用することができるようなかたちで提供しており、Y らが当該 Winny をダウンロードの上、Y らが有する映像・音楽データを、著作者の許諾を得ることなく Winny ユーザー間で共有すべく送信したことで、著作権法上の公衆送信権を侵害した、というものであった。X に、公衆送信権侵害罪の従犯が成立するかが問題となった。X は、Y らとの間で意思疎通を認め難いと考えられる本件では、以上の町野の理解からは、従犯の成立を認め難いであろう。

この点、実際に、石井徹哉が、心理的因果性を従犯成立の不可欠の要件であるとする立場から、不特定多数人による不特定結果への関与の事案を不可罰と解し、Winny 提供事案について不可罰の結論を導いている。すなわち、幫助の因果性は、正犯の心理に組み入れられてはじめて認められるべきであるから、心理的因果性がある場合にのみ肯定されたとしたうえで、「このような理解からは、Winny 事件におけるように、不特定多数の者にソフトウェアを配布する場合には、通常、正犯者との間に特定の犯罪実現に向けた意思連絡を認めることはできず、従犯の成立を否定すべきである。」と述べる⁶¹。

これらの諸見解は、心理的因果性が認められないところで、物理的因果性が認められるだけでは、従犯の成立を否定する点において、従犯の因果性レベルにおける従犯の処罰範囲を限定する考えの一環といえる。

おわりに

本稿では、従犯の成否に関連して、因果論的志向がいかなる役割を果たしているかを見

⁶¹ 石井徹哉「いわゆる『デュアル・ユース・ツール』の刑事的規制について（下）」千葉大学法学論集 27 巻 2 号（2012 年）76 頁以下。

てきた。従犯の因果性の議論の関係では、関与行為が、正犯行為・正犯結果のいずれの間の因果性が必要であるのか、あるいは、従犯を危険犯と解し、そのような因果性を不要と解するのかという、因果性の射程が問題となるところ、因果論的思考は少なくとも危険犯構成に対して、従犯の成立を限定する方策を提供してきたといえる。

他方、正犯結果との因果性を要求するにしても、「中立的行為による幫助論」との関係では、その内容をいかに理解すべきかが、あらたに問題とされるようになってきた。私見は、①具体的結果観に基づいて、②結果発生の蓋然性のある行為を幫助行為と解し、③幫助行為とそのような結果との間に「条件関係」が必要であり、④そのような条件関係に相当性が認められる場合に限って、従犯の因果性が認められると解する。もっとも、「中立的行為による幫助」も、あくまで刑法 62 条の解釈の問題であることに鑑みれば、従犯一般に適用可能な因果性の理論が提示されるべきであって、「中立的行為による幫助」の事案に限って、その他の従犯一般の場合よりも、従犯の構成要件該当性を限定する必要があるとは考えていない。また、「中立的行為による幫助」に含まれるとされる事案が、私見によっても従犯の因果性、ひいては、構成要件該当性を認められるとしても、それが直ちに「因果論的考察の限界」にまで至るものとは思われない。従犯の成否は、さらに、従犯の違法性や故意の有無によっても判断されるのであって、体系論上、適切な範囲において判断されるのが望ましいであろう⁶²。

⁶² 弁護士の職務行為による従犯の成否に関連して、従犯の幫助行為の違法性が阻却される余地があることについて、また、その違法阻却の方法については、小野上・前掲注(1) 23 頁参照。また、不特定多数人に対する不特定多数結果への関与の事案について、従犯の故意の有無が問題となり得ることについては、小野上真也「ファイル共有ソフトの開発・提供による著作権法違反幫助罪の成否」清和法学研究 18 卷 2 号(近刊) 参照。