

タイトル	正犯と共犯（23）
著者	吉田，敏雄；YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究，61(2)：171-191
発行日	2025-09-30

論 説

正犯と共犯 (23)

吉 田 敏 雄

目次

第1章 関与理論の基礎

第2章 直接正犯者 (正犯者類型 その一)

第3章 間接正犯者 (正犯者類型 その二)

第4章 共同正犯者 (正犯者類型 その三)

第5章 共犯(教唆と幫助)の処罰根拠及び従属性

第6章 教唆犯 (以上第54巻第2号～第60巻第2号)

第7章 従犯(幫助犯)

第1節 総説

第2節 幫助行為

1. 物的幫助、知的幫助及び心理的幫助

a. 物的幫助

b. 知的幫助

c. 心理的幫助

2. 促進される犯罪

A. 主犯の具体化

B. 主犯と幫助犯者の表象のずれ

a. 異なった犯罪の実現

b. 表象された主犯と実現された主犯の構成要件の類似性

c. 結果的加重犯の幫助

d. 主犯の既遂に寄与する意思の欠如

C. 幫助行為の時点

第3節 従犯の特殊形態

a. 従犯の教唆

b. 教唆犯の幫助

c. 従犯の幫助

d. 共同従犯?

第4節 予備罪の従犯?

(以上第61巻第2号)

第7章 従犯（幫助犯）

第1節 総説

刑法第62条第1項は、「正犯を幫助した者は、従犯とする」と定める。従犯は教唆犯と並ぶ第二の共犯形態である。従犯も正犯者の所為への協働に関連する。従犯は、それに伴う正犯者への支援行為のために**幫助犯**とも呼ばれる。従犯というのは所為の実行に役立つべきものであり、正犯の成立要件要素を充足しない場合の構成的刑罰拡張規定である。幫助犯は正犯を想定した構成要件と関連づけられねばならない。例えば、他人による窃取の実行行為を支援するため自動車に同乗させ犯行現場へ向かう者は、自らは正犯者でなくとも、他人の窃取行為を支援したのであるから、窃盗罪の規定（刑 235 条）と従犯規定（刑 62 条）により処罰される。

従犯も故意で実行された違法な所為を前提とする。主犯者が構成要件不該当の行為をしたあるいは正当化される行為をしたとき、従犯も存在しない。さらに、従犯にも制限従属性原則が妥当するので、主犯の有責行為は前提とならない。身分犯では、正犯者には身分が必要であるが、従犯者にはその必要がない。したがって、非身分者による身分者の正犯への従犯は可能である。

従犯者は、主犯者にその犯罪の実行を動機づける教唆犯者とは異なり、主犯者にその犯罪の実行をする動機づけをする必要はない。従犯者は、主犯者にその所為決意を生じさせることに寄与するものではない。それどころか、幫助は、時間的に主犯者の予備行為段階だけでなく、**実行行為後**でも可能である。したがって、従犯者に、主犯者の行為によって実現された行為不法が帰属されることはない。主犯者は、従犯者が協働していることについて何か知っている必要もない。従犯者には主犯の結果不法だけが帰属される。主犯が既遂の場合、その結果不法は、犯罪類型に応じて、法益侵害、法益の具体的危殆化、法益の抽象的危殆化に認められる。主犯が未遂の場合、その結果不法は法益の具体的危殆化、可罰的不能未遂では法益の抽象的危殆化に認められる⁽¹⁾。

従犯の構成要件も客観的構成要件と主観的構成要件から成る。客観的

構成要件は、他人の故意の違法な主犯（制限従属性）と幫助行為から成る。主観的構成要件は、主犯に関する故意と自己の幫助行為に関する故意から成る。

第2節 幫助行為

1. 物的幫助、知的幫助及び心理的幫助 幫助行為というのは、他人による所為の実行を何らかの方法で促進するすべての行為、すなわち、凡そ初めて可能にする、容易にする又は確実にすべき行為を云う⁽²⁾。幫助犯者と正犯者間の直接的個人的接触は要しない⁽³⁾。

幫助行為は物的（＝技術的）支援、知的支援及び心理的支援の形態で行われうることについては、ほぼ一般的に認められている。物的支援の場合は有形的従犯、知的支援と心理的支援の場合は併せて無形的従犯と呼ばれることもある⁽⁴⁾。もっとも、この分類は現象的・事例的な性質しか有しないので、どの形態も法的には等しく扱われる⁽⁵⁾。

a. 物的幫助 物的幫助（＝技術的幫助＝有形的幫助）とは、実際に有形的行為をすることであって、それによって正犯者の所為用意が強固になる、つまり、心理的影響力があっても構わない。物的支援の例としては、兇器やその他の犯行用具を用立てること、犯行現場への正犯者の送迎、逃走用車両の準備、見張り等がある⁽⁶⁾。

物的幫助は正犯者がそれについて知っていなくとも成立しうる。正犯者の実行行為に際して、正犯者に気づかれることなく影響を及ぼす場合である。この場合は**秘かな幫助**（Heimliche Beihilfe, Heimliche Gehilfenschaft）とか**片面的幫助**と呼ばれる。例えば、住居侵入窃盗計画を聞知した者が、その正犯者と連絡をとることなしにこの者のために梯子を用意するという場合である⁽⁷⁾。

b. 知的幫助 物的幫助もある程度の知性の働きを前提としているので、両者を明確に区別することは難しい。純然たる知的幫助では、幫助者は、物理的介入をすることなく、単に所為促進的助言をすとか手ほどきするだけである（いわゆる「技術的助言」）。例えば、正犯者に犯行現場、警報装置に関する情報を提供する、（所為支配なく）犯行計画に関

与するといった場合である⁽⁸⁾。知的幫助は心理的幫助とともに**精神的幫助**と呼ばれる。

c. 心理的幫助 心理的幫助は、知的幫助と同じく、その呼称から明らかなように、正犯者の心理を通してのみ可能であるから、秘かな幫助は可能でない。知的幫助と心理的幫助の境界は流動的である。前者は犯行を精神的・合理的な因果的寄与行為で支援するのに対し、心理的幫助は正犯者に情動的・感情的な点で影響を与える。心理的幫助は、正犯者の所為決意を激励や助言によって心的に支持する、後押しするのが狙いである⁽⁹⁾。例えば、「強固な」しかしいつでも放棄できる犯行の決意を有する者の最後のためらいを取り除く、既にある犯行決意を変更することを思いとどまらせる、精神的支えとなる犯行現場での見張りといった場合が心理的幫助である⁽¹⁰⁾。窃盜の犯行前に正犯者に犯行後盜品を受け取ることを約束する場合にも窃盜幫助罪の成立が認められる⁽¹¹⁾。寄与行為者が正犯者にその犯行動機に付加して別の動機を生じさせるのも幫助行為と云える⁽¹²⁾。主犯の成立後のそれにかかわる行為として、犯人蔵匿（刑 103 条）、証拠湮滅（刑 104 条）、偽証（第 169 条）、盜品讓受（刑 256 条）等のいわゆる事後従犯があるが、これらに関する事前の約束が現実には守られなかった場合でも、被害者の法益保護の観点から、従犯の成立を求める十分な理由がある⁽¹³⁾。

所為決意を実行行為者に初めて生じさせる教唆（提案の口火）とは異なり、心理的幫助では、正犯者に既に所為決意のあることが前提であるから、正犯者が既に個別的に具体化された犯行の決意をしており、それ故、もはや強化されることを必要としないとき、心理的幫助の余地はない⁽¹⁴⁾。**物的幫助**は支援される正犯者にそのことの認識がなくても可能であるが、**心理的幫助**では支援されていることの認識は不可欠である。誰も認識することなしにその心理を強化されることなどありえないからである⁽¹⁵⁾。

内心で正犯者の犯行を是認するだけで、積極的寄与行為が見られない場合、心理的幫助があるとはいえない⁽¹⁶⁾。例えば、乙が酔っている甲の自動車に同乗させてもらいたい、そしてその限りでは甲の飲酒運転を内心で「是認」していても、乙に心理的幫助をみとめることはできない。

乙の同乗希望を認識できるということが甲の所為動機となっている場合ですら、同じことが云える。乙が甲の犯行動機を積極的な、動機づける同意によって強化する場合に初めて心理的幫助が認められる⁽¹⁷⁾。

飲酒運転者の居眠り運転防止を監視する、あるいは、交通信号、障害物に注意を向けさせる同乗者にも心理的幫助は認められない。侵害犯では、専ら損害の発生を限定することに役立つ予防措置、すなわち、結果中立的あるいは結果減少の寄与行為に正犯促進性が認められないのであり⁽¹⁸⁾、このことは行為犯にも妥当する。さもないと、より悪いことを防止しようとする同乗者が従犯者として処罰され、災難を成り行きに任せるそれほど良心の呵責を感じない者が処罰を免れることになるという不条理が生ずるからである⁽¹⁹⁾。

2. 促進される犯罪

A. 主犯の具体化 教唆犯者と同じく、従犯者もいわゆる二重の故意をもって幫助行為をすることを要する。すなわち、従犯者故意は、主犯の故意で違法な既遂に関する、及び、自己の、主犯者の犯行を促進する幫助行為に関する故意を包含しなければならない。この点で、未必の故意があればそれで足りる⁽²⁰⁾。過失による支援行為、例えば、殺人の決意している者にそのことを知らずに兇器を貸与する行為は、主犯への寄与に適するときでも十分でなく、場合によって過失犯として処罰される⁽²¹⁾。過失犯に対する寄与行為も、例えば、殺人用に貸与された兇器を誤用して殺害した場合、主犯には故意が欠如するので、過失犯の従犯というのは認められない⁽²²⁾。関与者がもともと正犯者を教唆しようとしたのだが、正犯者が既に犯行に出る決意をしていたため (omunimodo fakturus)、教唆は失敗したとき、正犯への「教唆行為」の因果性が欠如するため、教唆の未遂（不可罰）にすぎないが、幫助犯者故意は常に教唆故意に含まれているので幫助犯が成立する⁽²³⁾。

教唆犯の場合と同じく、従犯においても正犯と正犯者の具体化が問題となる。しかし、従犯者の主犯についての表象は教唆犯者のそれと比べるとそれほど具体的であることを要しない。従犯者は、正犯者が誰であり、何時、何処で、いかなる状況下で実行され、誰が被害者であるか知っていることを要せず、ただいかなる構成要件が実現されるかを知ってい

ることを要するだけである⁽²⁴⁾。それと云うのも、従犯者に帰属されるのは、正犯者の具体的行為や具体的結果それ自体ではなく、正犯者の抽象的結果不法だけだからである⁽²⁵⁾。従犯者は正犯者の犯行計画の本質的不法内実と侵害方向を把握しておればそれで十分である。それ故、正犯者に重要な犯行用具を用立て、まさにこれによって後の因果的間接的法益侵害を行う者も、後の構成要件実現の重要な事情を表象している限り、幫助犯の故意が十分に認められる⁽²⁶⁾。例えば、宝石鑑定士乙が鑑定依頼人甲の要請に応じて、甲の宝石が実際の価値より遥かに高額であることを証明する虚偽鑑定書を作成した際、乙と甲の間に後に甲が当該鑑定書を詐欺に使用する了解があり、実際、甲は貸金業者丙に当該鑑定書を提出し、当該宝石を担保に返済不能な金額を借りたという場合である⁽²⁷⁾。寄与行為者が正犯者に対し、自分の支援があつて為された企てを是認しないこと、正犯者だけが責任を負うのだと説明するだけでは、寄与行為者に自己の寄与行為の促進効果と主犯の既遂に関してすくなくとも未必の故意がある限り、従犯者故意は否定されない⁽²⁸⁾。これに対して、なるほど客観的には促進的寄与をしているが、それでも、犯罪の実現を支援しているという認識を全くない者は幫助犯故意を有しない⁽²⁹⁾。

B. 主犯と幫助犯者の表象のずれ 従犯は正犯従属的法益侵害であるから、従犯者に帰属されうるのは主犯が現実に実行した犯罪である。従犯者の意思が主犯者によって既遂まで実現されていないとき、従犯者は未遂罪の従犯に間擬される。問題となるのは、主犯が従犯者のもくろんだ構成要件とは異なった構成要件の要件を充足したとき、どういう場合に従犯者にもはや帰属できない主犯者の過剰があるかということである。

a. 異なった犯罪の実現 主犯者が従犯者の表象した犯罪とは異なった犯罪を実現したが、しかし、これが従犯者の故意に包含される犯罪を完全に含んでいるとき、つまり、**程度の違い**があるとき、従犯者は表象された犯罪の幫助にしか間擬されない⁽³⁰⁾。例えば、主犯者が窃盗に代わって強盗を行うとか、詐欺に代わって欺罔を伴う恐喝を行う場合である⁽³¹⁾。これと異なるのが、実現された主犯が寄与行為者の表象した犯罪とは全く別物である場合である。例えば、正犯者が貸与された鉄棒を傷害の代わりに住居侵入に用いるとき、寄与行為は幫助未遂（不処罰）で

あり、また、寄与行為者から提供された鍵で開けられた部屋で、その表象した窃盗の代わりに文書毀棄を行なわれたときは、寄与行為は住居侵入罪の従犯である⁽³²⁾。

b. 表象された主犯と実現された主犯の構成要件の類似性 表象された犯罪と実行された犯罪との間に構成要件の類似性があるが、一方の構成要件が他方の構成要件に含まれていない場合（例えば、窃盗の代わりに詐欺）、主犯についての従犯者の表象が重要である。この表象が詳細であるほど、それだけいっそう正確に、どの程度実現された犯罪と表象された犯罪との重大な、したがって従犯者故意への帰属を否定するずれがあるか否かの検証が為されねばならない。従犯者が実行行為の態様について具体的表象をもたず、単にある特定の結果を確実にしたいだけなら、実際に実現された犯罪の従犯が成立する⁽³³⁾。

c. 結果的加重犯の幫助 主犯が加重結果を惹起したとき、この加重結果につき従犯者に少なくとも過失があるときに限り、従犯者に結果的加重犯の幫助犯が成立する⁽³⁴⁾。

d. 主犯の既遂に寄与する意思の欠如 従犯者故意は、従犯者に自己の行為によって主犯者のもくろみを促進する認識のあることが前提であるから、従犯者が、自己の行為が主犯を促進する有効な手段ではないことを知っている又はそう思っている場合、例えば、意識的に（未遂）犯罪を行うには不能な手段を提供する場合、従犯故意は存在しない。これに対して、従犯者が故意で有効な促進行為をしたが、主犯が従犯者の意思に反して未遂に止まったとき、未遂罪の可罰的従犯が成立する⁽³⁵⁾。

C. 幫助行為の時点 幫助行為が正犯者の実行行為の前に為されうることに争いはない。従犯者は既に計画・予備段階で犯行現場の説明や犯行用具の提供によって寄与行為を完全に為しうる（予備的従犯）⁽³⁶⁾。もちろんこの寄与行為の効果は少なくとも未遂段階まで続かなければならず、正犯がこの段階に止まると、正犯未遂罪の幫助既遂犯が成立する。正犯が不能未遂の場合にも、正犯未遂罪の幫助既遂犯が成立する。幫助犯者に帰属される結果不法は、前者にあっては侵害法益の具体的危殆化であるが、後者にあっては侵害法益の抽象的危殆化である⁽³⁷⁾。

幫助行為は、実行行為の現場で行われる場合と実行行為に時間的に接合している場合に可能である（**随伴的従犯**）⁽³⁸⁾。最も問題となるのは、幫助行為は何時の時点まで可能なのかという点である。学説の一部には、幫助行為が正犯者の構成要件行為に厳格に結合されていること、したがって、結果から独立していると考えられる構成要件行為の終了までしか幫助犯の成立する余地は無いと説く説がある⁽³⁹⁾。しかし、既に論じたように、首犯の行為不法が寄与行為の時点で既に完全に終了していても、従犯者に帰属されるのは主犯の結果不法だけであるから、正犯者の行為終了後でもなお幫助犯の成立は可能である⁽⁴⁰⁾。例えば、**恐喝罪**では、恐喝者が被害者を脅迫した後、被害者から喝取金を受け取ることによって恐喝者を助ける者は、構成要件の結果の発生を支援している⁽⁴¹⁾。**詐欺罪**では、欺罔によって詐取金を受け取った者に、さらに詐取金の最終的受け取りを手伝う者も構成要件の結果の発生を支援している⁽⁴²⁾。

もっとも、監禁罪（刑 239 条）のような**継続犯**では、構成要件該当行為に結果が持続的に現実化されているので、この違法状態が消失してはじめて従犯の成立可能性がなくなる。監禁中にその正犯者に食事の世話をする等の物的幫助はなお従犯として可罰的である⁽⁴³⁾。

これに対して、法益侵害を強化しただけでは構成要件の現実化に寄与したことにはならない。幫助行為は、構成要件の現実化、つまり、構成要件の結果を共惹起しなければならないからである。このことは、**窃盗罪**のような**超過的内心傾向**を要する犯罪において実践的意味を有する。

〔設例 1〕甲は装飾品を盗み、それを着用していたズボンのポケットに入れたとき、被害者丙に発見され、追跡された。丙が甲に追いつく寸前に、ちょうどそこに現れた甲の親しい友人乙にその盗品を投げ渡した。俊足の乙は甲のためにその盗品を確保できた。（クライ/ヘルマン/ハインリッヒの設例）

従犯は、共同の所為決意と共同の遂行を要する共同正犯とは異なり、主犯の既遂ないし終了に専ら着目すべきであり、〔設例 1〕においては、甲が盗品をそのポケットに入れた時点で窃盗は既遂となり、窃取の既遂後乙が加担したので、窃盗罪の共同正犯は成立しないが、窃盗の終了時にあっては乙の（**承継的**）幫助犯が成立するという説が見られる⁽⁴⁴⁾。し

かし、この見解は妥当でない。窃盗罪では、不法領得の意思をもって行われた窃取行為が他人の占有を侵害、新たな占有が設定されたときに窃取行為は既遂になったのであり（形式的既遂）、このことはこの時点で新たな占有がまだ確かなものになっていない場合でも変わらない。客観的に「不法領得」という結果の発生（実質的既遂）は必要でない。窃盗罪は、「所有権」という法益侵害の強化それ自体は必要とせず、窃取によってもたらされた所有権侵害が窃盗なのであり、[設例1]において乙が盗品を受け取り逃走する行為は窃盗罪の従犯を構成しない⁽⁴⁵⁾。主犯の既遂まで可能ないわゆる承継的幫助犯と盗品譲受罪等のいわゆる事後従犯は明確に区別されねばならないのである。

構成要件的結果の発生は「最終的」法益侵害とは同じではないので。後者に関与した者に幫助犯は成立しない。例えば、詐欺罪において、正犯者が欺罔によって小切手を振り出させた場合、正犯者がそれをまだ現金化していなくても、詐欺既遂罪が成立しているのであって、現金化の手伝いをした者に詐欺罪の従犯は成立しない⁽⁴⁶⁾。また、放火罪において、建造物が放火されたことによって焼損が発生した後で、これに油を撒いて火勢を強くする者には建造物放火罪の従犯は成立せず⁽⁴⁷⁾、せいぜい建造物損壊罪が成立する⁽⁴⁸⁾。

構成要件が二つの異なった結果の発生を前提としている場合は、従犯者も正犯者と同様に両方の結果に共因果的であることを要する。例えば、強盗罪において、強盗犯人甲によって殴り倒された被害者が意識不明状態で既に地面に倒れているとき、そこに現れた甲の友人乙が、この暴行の事実を知らされながら正犯者の強取の手伝いをするとき、乙には暴行の物的因果性が欠如しているので、乙には強盗傷人罪の幫助犯ではなく、窃盗罪の幫助犯が成立するに過ぎない⁽⁴⁹⁾。

第3節 従犯の特殊形態

a. 従犯の教唆 従犯の教唆に関しては、刑法第62条第2項は、「従犯を教唆した者には、従犯の刑を科する」と定める。「従犯を教唆」とは、主犯を幫助する意思のない者に対して、幫助の意思を生じさせ、実際に幫助行為をさせることを意味する。例えば、甲が窃盗計画を実行に移すことを知った乙は、丙に甲のために空き巣狙い用具を調達するよ

う頼んだところ、丙はこれに応じ、甲はその用具を利用して住居侵入をし、金品を窃取したという場合である⁽⁵⁰⁾。丙が甲のために住居侵入用の道具を調達した行為は窃盗罪の従犯である。乙が丙に用具を調達させた行為が従犯の教唆である。これは主犯を促進したと云えるので、(間接)従犯である⁽⁵¹⁾。事実、従犯の教唆は、正犯の法定刑に対して、法律上の減輕を施したものによって処断されるのである。

b. 教唆犯の幫助 教唆犯の幫助とは、教唆行為を支援して、その遂行を容易にすることである。これにつき、教唆犯者への支援という寄与行為は主犯の実行行為を促進するわけではないので、主犯を間接的に幫助しているのではなく、正犯ではなく教唆を直接的に幫助するものであり、幫助犯の成立はないという見解がある⁽⁵²⁾。しかし、問題となるのは、教唆犯者を支援してどの教唆行為を直接的に促進したことの可罰性ではなく、そこに同時に見られる主犯を間接的に促進したことの可罰性である。教唆犯者への支援もその効果は主犯に現れているし、支援者もこのことを知っていることに変わりはない。したがって、支援者も主犯の(間接)従犯として処罰されうる⁽⁵³⁾。例えば、甲が空き巣狙いを生業としていたのを知っていた乙は、丁が休暇旅行に出かけていることを聞知したので、そのことを甲に伝えたかった。乙は甲の友人丙に甲と対面できる機会を作ってもらよう頼んだ。丙を介して甲と会った乙は甲に丁宅の窃盗を唆した。乙には窃盗罪の教唆犯が成立する。丙が乙と甲との対面を取り計らった行為は、甲の犯罪決意を生じさせたのではなく、間接的に支援したのであるから、主犯の従犯として処罰可能である⁽⁵⁴⁾。

c. 従犯の幫助 従犯の幫助は連鎖従犯とか間接従犯とも呼ばれる。主犯者の(前面)従犯者を直接的に援助する(背後)幫助者は、間接的に主犯を促進しているので、主犯の(間接)従犯として処罰可能である。前面従犯者に、主犯への共犯の可能性を与えることにしか関心がない背後従犯者であっても、自己の行為が間接的に主犯を促進することに役立つことを知っているとき、主犯に関する従犯者故意が認められる⁽⁵⁵⁾。例えば、乙は甲のためにその住居侵入窃盗用の道具を調達する。その際、丙はこのことを知った上で乙の手助けをする。乙には窃盗罪の従犯が成立する。丙は従犯の幫助をしたのであるが、実質的には主犯を幫助したのであるから、窃盗罪の従犯が成立する⁽⁵⁶⁾。

d. 共同従犯？ 二人以上の者が共同して他人の犯罪を促進することは可能であるが、その場合でも、各人が独立して従犯の罪責を問われるのであって、共同正犯の規定が類推適用されるわけではない⁽⁵⁷⁾。共同正犯規定(刑 60 条)は正犯にかかわる規定であり、共犯には適用されない。二人以上の者が共謀し、その一部の者が行った場合(いわゆる共謀共同従犯)も同様である。大判昭和 10・10・24 刑集 14・1267 は、「兩人共同シテ正犯ヲ幫助センコトヲ謀リ其ノ中ノ一人ヲシテ幫助行為実行ノ衝ニ当ラシメ其ノ共同幫助ノ犯意ヲ遂行セシメタル者ハ仮令自ラ其ノ幫助行為ニ手ヲ下ササルモ共ニ正犯ヲ幫助シタルモノトシテ従犯ノ刑責を免ルルコトヲ得ス」として、共謀共同従犯を認めるが、妥当でない⁽⁵⁸⁾。もっとも、共同正犯者の一部の者に対する幫助行為が、その共同正犯の実行を容易にしたときは、共同正犯への従犯が認められる⁽⁵⁹⁾。

第 4 節 予備罪の従犯？

予備の段階で幫助をしたが、正犯者が予備罪をおこなっただけで実行行為に出なかった場合、この寄与行為者に予備罪の従犯に問擬されるか否かが問題となる。共犯独立性説によれば、予備罪の従犯も従犯の未遂として処罰される⁽⁶⁰⁾しかし、共犯従属性説からは見解が分かれる。大別すると次の四説が見られる。

①他人の犯罪実行を幫助する意思だけの準備行為は予備行為そのものであるとする見解⁽⁶¹⁾。

②従犯においてはその正犯は予備罪を含むと解されるべきであるから、予備罪の行為を幫助する行為は従犯を構成する⁽⁶²⁾。

③独立罪である予備罪(刑 153 条など)のように、構成要件が法文ではっきりと独立に規定されている場合には、そこに規定された行為は実質的に予備であっても、構成要件の行為が定型的・限定的に記述されているので、形式上はそれ自体が一種の実行行為と見られるので、これに対する従犯は肯定されるが、たんなる構成要件の修正形式である予備罪(刑 201 条など)の場合には、その予備行為は無定型・無限定であって、実行行為として観念できないので、予備罪の従犯は否定される⁽⁶³⁾。

④予備行為は実行行為ではないから、被幫助者が予備行為を為したにとどまるとき、その予備罪の従犯は不可罰である⁽⁶⁴⁾

①説は他人のための準備行為も予備行為とみる点に問題がある。②

説、③説は、予備罪にも一種の「実行行為」を認め（「実行」概念の相対性）、予備罪の従犯を認める点に問題がある。加えて、③説は、予備罪を二分してその効果を異にさせるのであるが、これを正当化するほどの質的差異が両予備罪間にあるのかが問題とされるべきである。そもそも、共犯従属性の下では、従犯は正犯の実行を前提とするのであって、予備罪というのは犯罪の「実行」に着手する前の行為を対象とするのであるから、予備の従犯というのは認められないはずである。なるほど、予備罪においても「一種の」実行行為を観念できないではないが、しかし、それは基本犯における「実行」と似て非なるものである。予備罪では、基本犯の実現を目的とする事前の行為の存否が問題となるだけあって、その共犯形式（教唆・幫助）を論ずる段階には達していないのに対し、基本犯の実行行為においてはその既遂・未遂並びにその共犯形式が論じられるのである。仮に予備罪の段階でも「一種の」実行行為を認め、その共犯を認めるなら、実行行為概念を不明確するばかりでなく、刑法が特に重大な犯罪についてのみ予備罪を処罰していること、及び、従犯を正犯に比して従犯は軽い犯罪であること（刑 63 条）からすると、正犯からかなり隔たった予備罪の従犯という観念を認めることは刑事政策的にも妥当でない⁽⁶⁵⁾。

現行刑法も、共犯従属性の見地から、予備段階における共犯を予定しておらず、したがって、原則として予備罪の従犯を不処罰とし、罪質の重大性から例外的に予備罪の従犯規定をおいているとみられる。先ず、刑法第 77 条（内乱罪）1 項 3 号は、「付和随行し、その他単に暴動に参加した者は、三年以下の拘禁刑に処する」と定めるが、その未遂は罰せられない（同条 2 項但し書き）。したがって、内乱の不和随行者や暴動関与者の予備行為はなおさら処罰されないと考えられる。そうすると、刑法第 78 条（予備及び陰謀）は、「内乱の予備又は陰謀をした者は、一年以上十年以下の拘禁刑に処する」と定めるが、本罪の基本犯（内乱既遂罪）は刑法第 77 条 1 項 2 号後段「その他諸般の職務に従事した者は一年以上十年以下の禁錮に処する」と解される。したがって、内乱予備罪と内乱既遂罪の法定刑が同一ということになる。そこで、仮に、一般に予備罪にも従犯規定（刑 62 条）が適用されるなら、内乱予備罪にもその適用があることになる。そこで、内乱予備罪（刑 78 条）に従犯規定を適用すると、その処断刑は 6 月以上 5 年以下となる。ところが、内乱予

備罪の従犯(刑 79 条)の法定刑は 1 月以上 7 年以下である。後者の上限は前者の上限より重いが、後者の下限は前者の下限よりも軽い。このことは、内乱予備罪の既遂罪(刑 77 条 1 項 2 号後段)とその予備罪(刑 78 条)が同じ刑で処罰されることと矛盾するが、これは、予備罪にも従犯規定(刑 62 条)が適用できるという理解からの帰結と云える。そこで、刑法の内乱に関する罪(刑 77 条～79 条)については、一般に予備罪には刑法第 62 条(従犯)の適用はないという前提から出立して、内乱罪が重大犯罪であることから、内乱予備をその既遂と同じ刑で処罰し、とくに、刑法第 79 条が内乱予備罪の従犯を処罰する特別の規定を明文化したと理解されるべきである⁽⁶⁶⁾。

次に、私戦予備罪(刑 93 条)についても、仮にこれに従犯規定(刑 62 条)が適用されるとすると、私戦予備の幫助には、内乱予備罪の幫助にはある自首免除規定(刑 80 条)がないので、私戦予備者が自首をしたとき、その刑は必要的に免除される(刑 93 条但書)のに対し、その幫助者が自首したとき、任意減輕される(刑 42 条 1 項)にすぎないという奇妙な結果になる。この結果は、私戦予備罪の幫助は処罰されないということによって回避されうるのである⁽⁶⁷⁾。

第 7 章 注

- (1) 参照、第 5 章第 4 節。
- (2) 参照、最判昭和 24・10・1 刑集 3・10・1629「従犯とは他人の犯罪に加功する意思をもつて、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であつて、自ら、当該犯罪行為、それ自体を実行するものでない点においては、教唆と異なるところはないものである」。大判大正 6・5・25 刑録 23・519「助言ヲ持テ他人ノ犯罪ニ加功シタル場合ニ於テ該助言カ他人ヲシテ犯行ノ故意ヲ決定セシメタルモノトスレハ之ヲ教唆罪ニ間擬ス可ク之ニ反シ特ニ他人ノ犯意ヲ決定セシムルコトナク単ニ他人ノ既発ノ犯意ヲ強固ナラシメタルニ止マルモノトスレハ之ヲ従犯ニ間擬ス可キ」。
- (3) Vgl. *Steininger*, (Fn. V-143), 21. Kap Rn 64.
- (4) 参照、大塚 (I-113) 320 頁。
- (5) Vgl. *M. Forster*, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2013, Art. 25 Rn 20.
- (6) Vgl. *Forster*, (VII-5), Art. 25 Rn 21. 参照、大判大正 2・7・9 刑録 19・771(賭場開帳者のために居宅を貸与した行為)、大判昭和 15・5・9 刑集 19・297(正犯者が闘争することを察知しながら、日本刀を貸与した行為)、大判昭和 15・10・14 刑集 19・685(懐胎の婦女の依頼により、墮胎手術を受ける費用として

- 金員を供与する行為)。
- (7) Vgl. *Forster*, (Fn. VII-5), Art. 25 Rn 12; *Rengier*, (Fn. VI-1), § 45 Rn 83; *Steininger*, (Fn. V-143), 21. Kap Rn 64; *Stratenwerth*, (Fn. III-34), § 13 Rn 118. 東京地判昭和 63・7・27 判時 1300・153 (被告人が、その兄らが拳銃および実包を木製テーブル内に隠してマニラから日本に密輸入しようとするにあたり、貨物輸出入運送業者での当該テーブルの発送手続きにかかわったという事案につき、「密輸入行為につき未必的な認識を持つに至ったものの、実兄からの依頼ということもあって、これを幫助する意思のもとに、そのまま右発送手続きを完了させた」として、(片面的) 幫助を認めた)。これに対して、トラッペは物理的幫助でも正犯者と幫助者の「心理的接触」ないし認識のある「相互の」連帯化を要求する。S. *Trappe*, Harmlose Gehilfenschaft? Eine Studie über Grund und Grenzen der Gehilfenschaft, 1995.
 - (8) Vgl. *Forster*, (Fn. VII-5), Art. 25 Rn 22. なお、*Noll/Trechsel*, (Fn. VI-40), 219 (心理的幫助は、情報提供だけでなく、正犯者の犯行決意を後押しする場合も含むので、知的領域と並んで情動的領域も包含することができる)。
 - (9) Vgl. *Forster*, (Fn. VII-5), Art. 25 Rn 23. 参照、大判昭和 7・6・14 刑集 11・797 [乙は、甲が丙を殺害する決意を聞き、「男と云ふものは、遣るときには遣らねばならぬ、若丙を殺害することあれば、自分が差入はして遣る」と言って激励したという事案]「被告人カ原判示ノ如ク原審相被告人甲ヨリ殺人行為ヲ為サントスルノ決意ヲ聴キ所論原判示ノ如キ言辭ヲ以テ同人ヲ激励シテ其ノ決意ヲ強固ナラシメ同相被告人ニ於テ右ノ決意ヲ実行シ殺人未遂罪ヲ犯シタル以上即被告人ハ精神的ニ同相被告人ノ犯行ヲ幫助シタルモノヲ以テ原判決カ叙上事実ヲ判示シ被告人ノ行為ヲ同罪ノ從犯ヲ以テ論シタルハ相当ニシテ所論ノ如ク理由不備ノ違法アルモノニ非ス」、大判昭和 2・3・28 刑集 6・118 (「愚図々々云ふなら一層展してしまへ」と言って犯意を強固にした行為)。
 - (10) Vgl. A. *Donatsch*, B. *Tag*, Strafrecht I, 2006, 162; *Kühl*, (Fn. VI-3), § 20 Rn 227; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 68, u. 200; *Stratenwerth*, (Fn. III-34), § 13 Rn 119.
 - (11) 参照、大判昭和 8・8・10 刑集 12・1420 (詐欺行為をすることを知りながら犯人に相手方(被害者)を紹介する行為)、大判昭和 9・10・20 刑集 13・1445 (窃盗を決意した者から依頼され、窃取前にその盗品の売却を周旋し、窃盗犯人の犯意を強固にした行為)。
 - (12) Vgl. C. *Roxin*, Was ist Beihilfe?, in: Miyazawa-FS, 1995, 501 ff., 506.
 - (13) Vgl. *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 32 Rn 1076.
 - (14) Vgl. *E.E. Fabrizio*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2000, § 12 Rn 90; *Steininger*, (Fn. V-143), 21. Kap Rn 64.
 - (15) Vgl. *Steininger*, (Fn. V-143), 21. Kap Rn 64. 東京高判平成 2・2・21 判タ 733・232. 大谷実『刑法講義総論』[新版第 6 版] 2025・451 頁、川端 (I-150) 601 頁以下。しかし、一般的に幫助者と被幫助者の相互的意思連絡を要しないとする片面的從犯の観念を認める裁判例として、大判大正 14・1・22 刑集 3・921「共同正犯ノ成立ニハ主観的要件トシテ共犯者間ニ意思ノ連絡即チ共犯者カ相互ニ共同犯罪ノ認識アルコトヲ必要トスレトモ從犯成立ノ主観的要件ト

シテハ従犯者ニ於テ正犯ノ行為ヲ認識シ之ヲ幫助スルノ意思アルヲ以テ足り
 従犯者ト正犯者トノ間ニ相互的ノ意思連絡アルコトヲ必要トセサルヲ以テ正
 犯者カ従犯ノ幫助行為ヲ認識スルノ必要ナキモノトス故ニ所論ノ如ク正犯甲
 カ被告即チ乙ノ幫助行為ヲ認識セサリシトスルモ被告乙ニシテ正犯甲ノ行為
 ヲ認識シ之ヲ幫助スルノ意思ヲ有スルトキハ其ノ従犯トシテノ主観的要件ニ
 欠クル所ナキモノトス而シテ原判示ノ事実ニ依レハ本件被告カ正犯甲ノ賭博
 開張行為ヲ認識シ之ヲ幫助スルカ為ニ賭者ヲ誘引シ賭博を為サシメタル事実
 明白ナルヲ以テ被告即乙ノ従犯トシテノ主観的及客観的要件ニ於テ何等ノ不
 備アルコトナシ」、大判昭和8・12・9刑集12・2272。大塚 (I-113) 320 頁注
 4 「誰の行為か分からぬ形態で正犯者の犯罪意思を強めたり、犯罪に関する
 情報を提供したりすることは不可能でないから、無形的従犯についての片面
 的従犯もありえないではない」、木村 (I-104) 422 頁、佐伯 (IV-174) 361 頁、
 團藤 (I-149) 414 頁、福田 (I-137) 289 頁。これに対して、一般的に幫助者と
 被幫助者の相互的意思連絡を要するとの見解もある。共同意思主体説から、
 草野豹一郎『刑法要論』1956 頁・133 頁、齊藤金作『刑法総論』[改訂版] 1955・
 248 頁、西原 (II-7) 403 頁。共同意思主体説を採らない立場から、久礼田益喜
 『刑法学概説』[増訂版] 1943・334 頁。

- (16) Vgl. *Forster*, (Fn. VII-5), Art 25 Rn 25; *Donatsch/Tag*, (Fn. VII-10), 162;
Rengier, (Fn. VI-43), § 45 Rn 90; *Stratenwerth*, (Fn. III-34), § 13 Rn 119;
Trechsel/Noll, (Fn. VI-40), 219 f.
- (17) Vgl. *Forster*, (Fn. VII-5), Art. 25 Rn 26. これに対して、大塚 (I-113) 323 頁は、
 自動車の運転者が居眠り運転をしている際、助手席に同乗していた者が、危
 険を感じながら放置していたところ、通行人を跳ね飛ばして負傷させた場合、
 主犯者に自動車運転過失傷害罪、その事故を予見しながら注意を与えずにい
 いた同乗者にも、少なくとも未必的故意に基づく自動車運転過失傷害罪の従犯
 が成立すると論ずる。
- (18) Vgl. *Forster*, (Fn. VII-5), Art 25 Rn 27.
- (19) Vgl. *Forster*, (Fn. VII-5), Art 25 Rn 27.
- (20) Vgl. *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 28; *Schünemann/Greco*, (Fn.
 VI-2), § 27 Rn 63. 幫助犯者の故意は、教唆犯者の故意と同じく、正犯者によ
 る構成要件の実現の認識・意欲を要する：木村 (I-104) 422 頁以下、野村実
 『刑法総論』1990・419 頁、平場 (I-145) 164 頁、福田 (I-137) 289 頁注 5。
 これに対して、大塚 (I-113) 319 頁「正犯者の実行行為を表象し、かつ、幫助
 者自身の行為がそれを容易にするものであることを表象・認容すること」で
 足りる。大谷 (VII-15) 448 頁、内田 (III-19) 308 頁、香川 (V-164) 399 頁、
 川端 (I-150) 596 頁、佐久間 (VI-10) 380 頁、團藤 (I-149) 414 頁。
- (21) Vgl. *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 III 2d; *Kühl*, (Fn. IV-3), 241;
Schünemann/Greco, (Fn. VI-2), § 27 Rn 44. 富良野簡判昭和34・7・14下刑
 集1・7・1639。過失による幫助の従犯否定説：井田 (III-20) 541 頁、大谷
 (VII-15) 449 頁、大塚 (I-113) 319 頁、團藤 (I-149) 413 頁、福田 (I-137)
 289 頁、前田 (III-19)。肯定説：宮本英脩『刑法学粹』1931 頁・420 頁、1931
 年、木村 (I-104) 412 頁。このように、犯罪共同説は否定説、行為共同説は肯

定説に繋がる傾向にあるが、しかし、川端 (I-150) 600 頁は、この問題は従犯の故意の内容の問題であって、両説の対立との対応関係はなく、行為共同説の立場からも、従犯は、正犯の実行を容易にすることを表象して行うことが必要であることを理由に、否定説を採る。

- (22) 井田 (III-20) 541 頁、福田 (I-137) 289 頁、前田 (III-19) 514 頁以下。これに対して、過失犯の従犯肯定説：大塚 (I-113) 323 頁、大谷 (VII-15) 451 頁、浅田 (III-12) 454 頁。なお、京都地舞鶴支判昭和 54・1・24 判時 958・135 は、甲が多量の覚せい剤を自己使用した結果心神喪失状態になり、日本刀で内妻丙を切り殺したが、その際、被告人乙は、甲が丙を殺害に及ぶことの認識の下に、甲に日本刀を手渡し、甲の犯行を容易にしたという事案で、甲に重過失致死罪、乙に殺人罪の従犯の成立を認めた。本事案では、乙に殺人罪の間接正犯が認められるべきだったと思われる。
- (23) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 38 Rn 1294, 1338; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 177.
- (24) Vgl. BayObLG NJW 1991, 2582; *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 29; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 27 Rn 34. 参照、山中 (III-22) 979 頁。
- (25) *Hoyer*, (Fn. I-154), § 27 Rn 34, Vor § § 26-31 Rn 47.
- (26) Vgl. *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 29.
- (27) Vgl. BGHSt42, 135; *Rengier*, (Fn. VI-43), § 45 Rn 118; *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 29.
- (28) Vgl. *Heiße/Weißer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 29; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 64.
- (29) Vgl. *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 29.
- (30) Vgl. *Heine/Weißer*, (Fn.), § 27 Rn 31; *Hoyer*, (Fn.), § 27 Rn 35.
- (31) Vgl. *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 31.
- (32) Vgl. *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 31; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 72. これに対して、幫助者による結果の表象と現実に発生した正犯結果が全く別物であるとき、幫助の未遂として一切の可罰性を否定するのが、*Hoyer*, (Fn. I-154), § 27 Rn 35.
- (33) Vgl. *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 32, auch J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch u. J. Eisele, Strafrecht AT, 13. Aufl., 2021, § 26 Rn 65, 128.
- (34) Vgl. *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 72, auch § 26 Rn 95 f.
- (35) Vgl. *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 33; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 69. これに対して、大谷 (VII-15) 448 頁以下は、両方の場合ともに未遂罪の従犯を肯定する。
- (36) 参照、大判大正 6・7・5 刑録 23・787、大判昭和 10・3・20 刑集 14・315、大判昭和 15・5・9 刑集 19・257。Vgl. *Trechsel/Noll*, (Fn. VI-40), 220; *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. I-1), E 5 Rn 20.
- (37) Vgl. *Hoyer*, (Fn. I-154), § 27 Rn 20; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 232 f.
- (38) 参照、大判明治 42・9・20 刑録 15・1139。なお、横浜地川崎支判昭和 51・11・25 判時 842・127 「被告人が覚せい剤 50 グラムを丙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、甲の丙に対する右譲渡行為を幫助する意思のみを有したに過ぎないと認めざるをえないので、いわゆる正犯の行為を容易ならしめる故意のある幫助的道具と認む」として、実行行為を行った者に従犯の成立を認めたが、これは行為者の意思のみを規準とする「主観説」に立つもので妥当でない。参照、高橋 (III-24) 497 頁以下。

- (39) *H. -J. Rudolphi*, Die zeitlichen Grenzen der sukzessiven Beihilfe, in: Jescheck-FS 1, 1985, 559 ff., 576. 山中 (III-22) 962 頁。
- (40) Vgl. *Hoyer*, (Fn. I-154), § 27 Rn 16.
- (41) Vgl. *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 233; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 44. 山中 (III-22) 963 頁。
- (42) Vgl. *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 233; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 44. 山中 (III-22) 963 頁。
- (43) Vgl. *Hoyer*, (Fn. I-154), § 27 Rn 17; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 235;
- (44) *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 32 Rn 1088 f.; *Maurach/Gössel/Zipf-Gössel*, (Fn. I-120), § 39 Rn 61.
- (45) Vgl. *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 238; *Roxin*, (Fn. I-27), § 26 Rn 259 ff.; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 43; *Steininger*, (Fn. V-143), § 21 Rn 66a; *Wessels/Beulke/Satzger* (Fn. V-147), § 16 Rn 915. 井田 (III-20) 546 頁。
- (46) Vgl. *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 240.
- (47) *Hoyer*, (Fn. I-154), § 30 Rn 17; dagegen RGSt 71, 193, *Frister*, (Fn. I-132), 28. Kap Rn 50; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 45.
- (48) Vgl. *Jakobs*, (Fn. I-75), 22. Abschn Rn 40; dagegen *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 45 (この関与者の行為は独立した放火行為であるから、放火罪の同時正犯として処罰される)。
- (49) Vgl. *Hoyer*, (Fn. I-154), § 27 Rn 16; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 16 Rn 915. 野村 (III-22) 427 頁。
 参照、大判昭和 13・11・18 刑集 17・839「刑法第二百四十条後段ノ罪ハ強盜罪ト殺人罪若ハ傷害致死罪ヨリ組成セラレ右各罪種カ結合セラレテ単純一罪ヲ構成スルモノナルヲ以テ他人カ強盜ノ目的ヲ以テ人ヲ殺害シタル事実ヲ知悉シ其ノ企図スル犯行ヲ容易ナラシムル意思ノ下ニ 該強盜殺人罪ノ一部タル強取行為ニ加担シ之ヲ幫助シタルトキハ其ノ所為ニ対シテハ強盜殺人罪ノ従犯ヲ以テ間擬スルヲ相当トシ之ヲ以テ単ニ強盜罪若ハ窃盜罪ノ従犯ヲ構成スルニ止マルモノト為スヘキニアラス」。本事案につき、強盜殺人罪の従犯成立説：福田 (I-137) 290 頁注 4 は、承継的共同正犯と同様に考えて、強盜殺人罪の従犯の成立を肯定する。これに対して、強盜罪の従犯成立説：大塚 (I-113) 323 頁、大谷 (VII-15) 451 頁、平野 (I-105) 383 頁。
- (50) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 38 Rn 1343. 参照、大判大正 7・12・16 刑録 24・1549 (甲は既に丙に対する殺意を有していたところ、乙は甲に丙を殺してくれと頼もうとするに際して、被告人が乙に助言して甲に酒代を贈りその殺意を強めるよう指示し、乙にこれを約束させたときは、被告人は殺人罪の従犯の教唆犯となる)。

- (51) Vgl. *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 26; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 27 Rn 37. *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 106; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. VI-158), § 12 Rn 224.
- (52) Vgl. RG 14 318; *P. Cramer*, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch 24. Aufl., 1991, § 27 Rn 17.
- (53) Vgl. *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 27; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 27 Rn 37. *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 26 Rn 106; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. VI-158), § 12 Rn 224. 但し、間接的心理的幫助については、強化効果が主犯者にも達していない、つまり、主犯者が幫助寄与を認知していないとき、主犯者がその犯行計画において心理的に促進されるということはいえないので、この場合に限って間接幫助犯は成立しない。Vgl. *B. Hecker*, Strafbare Beihilfe zur Anstiftung?, ZJS 4, 2012, 485 ff., 490. 従犯肯定説：大谷 (VII-15) 455 頁「教唆行為も修正された構成要件に該当する実行行為」であるから、教唆犯の従犯が成立する)、前田 (III-19) 515 頁以下。従犯否定説：大塚 (I-113) 328 頁 (教唆行為は基本的構成要件の実行行為ではないので教唆犯の幫助は不可罰)、川端 (I-150) 606 頁、團藤 (I-149) 416 頁、福田 (I-137) 291 頁。山中 (III-22) 994 頁以下 (幫助は正犯を幫助したものでなければならないが、「教唆犯の幫助」の場合に幫助犯の成立を認めるなら、「決意させる行為」が「すでになされた決意を強化する行為」でもあることとなり、論理矛盾である)。
- (54) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 38 Rn 1344 f.
- (55) Vgl. *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 27 Rn 25; *Hecker*, (Fn. VII-53), 490 FN. 40; *Hoyer*, (Fn. I-154), § 27 Rn 37; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 83. 従犯肯定説：大判大正 14・2・20 刑集 4・73 [被告人は、乙から密輸出用の拳銃及び実包を譲渡して欲しいとの依頼を受け、それが乙等の手を經由して密輸出されることを知りながらそれに応じ譲渡し、それが乙から甲 1・甲 2 に譲渡され、甲 1・甲 2 の密輸出を幫助する行為を容易にしたいという事案]「正犯ヲ間接に幫助シタル者ハ従犯ニ準シテ之ヲ論スヘキ旨ヲ規定セスト雖之ヲ以テ直ニ刑法ハ所謂間接従犯ヲ以テ罪ト為ササル趣旨ナリト解スヘカラス惟フニ従犯ヲ処罰スル所以ハ正犯ノ実行ヲ容易ナラシムル点ニ存スルヲ以テ其ノ幫助行為カ正犯ノ実行行為ニ対シテ直接ナルト間接ナルトヲ問ハス苟モ正犯カ犯行ヲ為スノ情ヲ知りテ其ノ実行ヲ容易ナラシムルニ於テハ均シク因果關係ヲ有シ幫助ノ効ヲ致スモノト認ムヘク其ノ間ニ區別ヲ設ケヘキニ非ス」、最決昭和 44・7・17 刑集 23・8・1061 [被告人が、乙またはその得意先の者において不特定の多数人に観覧せしめるであろうことを知りながら、本件の猥せつ映画フィルムを右乙に貸与し、乙からその得意先である丙に右フィルムが貸与され、丙においてこれを映写し十数名の者に観覧させて公然陳列するに至ったという事案]「被告人は正犯たる丙の犯行を間接に援助したものとして、従犯の成立を認めた原判決の判断は相当である」。井田 (III-20) 547 頁 (但し、間接幫助行為が専ら直接幫助行為を容易にすることにしか役立たない場合は幫助犯として処罰できない)、大谷 (VII-15) 454 頁「幫助行為も修正された構成要件に該当する実行行為であり、これに対する共犯も可能」、

木村 (I-104) 424 頁、平野 (I-105) 353 頁、前田 (III-19) 515 頁、山中 (III-22) 993 頁。従犯否定説：川端 (I-150) 605 頁、佐久間 (VI-10) 383 頁、團藤 (I-149) 415 頁、福田 (I-137) 291 頁。大塚 (I-113) 327 頁以下は、「幫助行為は、基本的構成要件の内容としての実行行為ではなく、幫助者は正犯者ではないから、間接従犯についての規定がない以上、これを処罰しないのが刑法の趣旨である」と論じた上で、上記最決昭和 44・7・17 につき、被告人のフィルム貸与が不可欠な援助をしているとき、被告人の行為は乙の行為を幫助したのではなく、丙の実行行為そのものを幫助したと解すべきと論ずる。これに対して、間接従犯になる場合は全て不可欠の援助がある場合との批判につき、参照、山中 (III-22) 993 頁。

- (56) Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 38 Rn 1346.
- (57) Vgl. *Strathemwerth&Kuhlen*, (Fn. VI-158), § 12 Rn 223. 川端 (I-150) 601 頁、木村 (I-104) 422 頁。
- (58) 否定説：大塚 (I-113) 323 頁、香川 (V-164) 399 頁、川端 (I-150) 601 頁、佐久間 (VI-10) 383 頁、福田 (I-137) 290 頁注 1。肯定説：大谷 (VII-15) 451 頁。
- (59) 参照、大判昭和 4・10・28 刑集 8・528、大判昭和 15・5・9 刑集 19・297。
- (60) 木村 (I-104) 396 頁。
- (61) 藤木 (III-46) 292 頁。
- (62) 大谷 (VII-15) 452 頁、川端 (I-150) 603 頁、吉川 (V-162) 261 頁、平場 (I-145) 163 頁以下、平野 (I-105)、山中 (III-22) 983 頁。
- (63) 香川 (V-164) 286 頁以下、西原春夫『刑法総論』1977・274 頁、福田 (I-137) 258・注 7、
- (64) 植松 (IV-16) 383 頁、大塚 (I-113) 324 頁、佐伯 (IV-174) 364 頁。
- (65) 植松 (IV-16) 383 頁、大塚 (I-113) 324 頁、正田満三郎『刑法体系総論』1979・184 頁以下。予備罪の従犯否定裁判例：名古屋高判昭和 36・11・7 高刑集 14・9.635。肯定裁判例：大阪高判昭和 38・1・22 高刑集 16・2・177。
- (66) 参照、齊藤誠二『刑法講義各論 I』[新訂版] 1982・93 頁以下。Vgl. *Heinrich*, (Fn. V-15), § 38 Rn 1343.
- (67) 参照、齊藤 (VII-66) 94 頁。

Täterschaft und Teilnahme (23)

Toshio YOSHIDA

Kapitel I. Einführung in die Problematik

Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)

Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)

Kapitel IV. Mittäter (Tätertypen 3)

Kapitel V. Teilnahme — Anstiftung und Beihilfe

Kapitel VI Anstiftung (Band 54, Nr. 2 — Band 60, Nr. 2)

Kapitel VII Beihilfe

1. Definition und Kennzeichnung

2. Beihilfehandlung

A. Die Mittel der Hilfeleistung

a. Physische Beihilfe

b. Intellektuelle Beihilfe

c. Psychische Beihilfe

B. Die geförderte Tat

a. Konkretisierung der Haupttat

b. Abweichungen der Haupttat von der Vorstellung des Gehilfen

aa. Verwirklichung eines anderen Delikts

bb. Tatbestandliche Nähe zwischen vorgestellter und verwirklichter Haupttat

cc. Beihilfe zum erfolgsqualifizierten Delikt

dd. Fehlen des Willens, zu einer vollendeten Haupttat beizutragen

C. Die Zeitpunkt der Hilfeleistung

3. Kombination von Teilnahmeformen

a. Anstiftung zur Beihilfe

b. Unterstützung des Anstifters

c. Beihilfe zur Beihilfe

d. Mittäterschaft der Beihilfe?

4. Beihilfe zum Vorbereitungsdelikt

(Band 61, Nr. 2)

(Die Fortsetzung folgt.)

