

縮小教唆と危険減少

—危険減少理論に対する批判的考察—

竹 内 健 互

1. はじめに
2. 縮小教唆とは何か？
 - (1) 問題の所在
 - (2) 教唆犯としての不法・可罰性
 - (3) 幫助犯としての不法・可罰性
3. 危険減少事例の解決モデル
 - (1) 危険減少とは何か？
 - (2) 構成要件モデルと例外モデル
4. 危険減少理論とその批判的検証
 - (1) 危険減少理論の射程範囲
 - (2) 危険の「変更」と「置換」
 - (3) 故意的な危険減少と過失的な危険減少
 - (4) 危険減少の判断構造
 - (5) 差額仮説としての危険減少？
 - (6) 不救助事例と不十分な救助事例
 - (7) 危険の「減少」と「転換」
5. 縮小教唆事例
 - (1) 事例類型と議論状況
 - (2) 危険減少と共犯事例
 - (3) 「大から小への推論」
 - (4) 危険減少と危険増加
6. まとめに代えて

1. はじめに

本稿の課題は、いわゆる縮小教唆（Abstiftung）⁽¹⁾をめぐる問題状況について、妥当な解決を図るための理論的パースペクティヴを得ることにある。そこには、犯罪論、共犯論の核心に関わる様々な問題が今まさに理論的解決を待ちながら横たわっている。本稿では、とくにいわゆる危険減少理論を縮小教唆事例に当てはめ、その解決を図ろうとする見解にスポットライトを当てることで、その拠って立つ危険減少理論そのものについて理論的正統性を検証するとともに、縮小教唆や危険減少に関する議論を相互に噛み合わせるための「地ならし」

を行いたい。

ところで、これまで縮小教唆という問題は、教唆犯理論との関係でも、せいぜい場当たりの言及されるに過ぎないか、たとえ論じられたとしても、共犯論の理論的發展を踏まえた詳細な検討が行われることはほとんどなかったといえよう。このことは、とくにわが国においては、なお一層強く妥当することのように思われる。教唆犯理論の發展に資するモノグラフィーが継続的に公刊されているドイツ刑法学における議論状況にあっても、縮小教唆の問題はさほど顧みられることはないのだから、決してこの分野での議論が活発でないわが国においては、この問題がなおさら周辺的な問題として脇に追いやられているのは理由のないことではない。

とはいえ、このように、ドイツ刑法学とわが国の刑法学における教唆犯理論に対する理論的関心の相違はあるとしても、両国の教唆犯理論に1つの重要な共通点があることもまた見逃すことはできない。すなわち、ドイツでもわが国でも、二重教唆否定の理論 (omnimodo facturus理論)、つまり「犯行を既に決意した者に対する教唆は成立し得ない」とする命題がドグマ化しているのである。そのため、両国における縮小教唆に関する問題関心の低さは、伝統的に教唆犯の不法内容を決定的に規定してきた「犯行決意」(Tatentschluss) という概念について十分な理論的反省が行われることなく、いわば二重教唆否定の理論が独り歩きしていることと無関係ではないであろう。今や、教唆犯理論、さらには心理的幫助をめぐる幫助犯理論のそれぞれの領域で、この概念の必要性やその実質的内容が考察の出発点において改めて問い直されるべき段階にきているのではないかと思われる。

(1))Abstiftung《 という概念は、必ずしも本稿で主題となっているような、重い犯罪の犯行決意を抱いている者を唆して軽い犯罪を実行させる行為という意味でのみ用いられるものではない。伝統的には、不作為犯に対する教唆の概念的 Analysis との関係でもこの概念は用いられてきた。例えば、Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 191 ff., 317; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 206.

2. 縮小教唆とは何か？

(1) 問題の所在

さて、本稿でこれから検討する縮小教唆については、まずはじめに、その大まかな問題状況の見通しを得ておくため、具体的事例との関係でどのような場合に縮小教唆というものが語られるのか、その標準事例を一瞥しておくことにしたい。

[事例1] Tは、ピストルで被害者Oを脅迫し、その財物を奪い取ろうと計画していたが、その際、臆病者のTは、Oに抵抗されたときのことを考えて懐中にピストルを携行していくことにしていた。しかし、そのことを知ったTの妻Aは、Tはピストルの扱いに馴れていないため危険であると考え、Tにピストルを持たずに強盗を行うようアドバイスした。TはAのアドバイスに従ってピストルを持たずに強盗を実行した。

一般に、縮小教唆は、いわゆる拡大教唆 (Aufstiftung)⁽²⁾の裏返された現象形態として理解されている。つまり、大雑把に言えば、既に軽い罪を決意していた者を唆して重い罪を実行させることは、その決意内容の拡大的変更を捉えて拡大教唆と呼ばれるのに対して、既に重い罪を決意していた者を唆して軽い罪を実行させること、つまり [事例1] でいえば、加重強盗から単純強盗へと決意内容を縮小的に変更することは、縮小教唆として区別されて論じられるのが通例である。

また、拡大教唆や縮小教唆と一応は概念的に区別されるものとして、いわゆる修正教唆 (Umstiftung) という概念も用いられる。修正教唆も犯行決意の内容変更の1つのヴァリエーションではあるが、その変更対象は、犯行時刻、犯行場所、犯行手段その他の行為態様、犯行動機や目標、法益主体、行為客体など多岐にわたり、およそ犯罪行為を構成する様々なファクターが教唆犯成立

(2) いわゆる拡大教唆をめぐる議論状況については、拙稿「教唆犯成立の限界領域に潜む諸問題の実相——いわゆる拡大教唆 (Aufstiftung) 問題への『犯罪』(刑法61条) 概念のインプリケーションを踏まえて——」法学研究論集37号 (2012年) 111頁以下を参照。

の限界との関わりで取り上げられる⁽³⁾。ただ、これらの3つの現象形態の間には、統一的で争いのない明確な線引きはなく、むしろその境界線は連続的なものであり得る⁽⁴⁾。その例証として、ここでは1つだけ、これらの現象形態が重なり合うような事例を取り上げておきたい。

〔事例2〕 Tは、美術商O₁から1,000ユーロ相当の絵画の窃盗を計画していた。しかしその後、Aは、美術商O₁が嚴重な警備システムを導入したため、O₁ではなく骨董店O₂から500ユーロ相当の彫刻を強盗すべきであるとアドバイスした。最終的にTは、骨董店O₂に対して強盗を実行し、助言通り500ユーロ相当の彫刻を強取した。

〔事例2〕におけるAの助言行為は、拡大教唆か縮小教唆か、それとも修正教唆かは、事例中の具体的事情としてどのようなものに着目するかに応じて相対的である。例えば、当初計画されていた客体と実際に奪い取られた客体の財産的価値の大小を基準とすると、そこに500ユーロの財産的損害の減少を見出すことができ、そのことを基準とするなら、本件事例は縮小教唆の事例のように見える。しかし同時に、ここでは、行為客体は絵画から彫刻に変更され、またその財物の帰属主体ないし法益主体はO₁からO₂に変更されている。この点を捉えれば、修正教唆の事例と看做すこともできようし、財産的損害の減少は客体の変更に伴うものとしての側面もこの事例は有している。

さらに罪名として見たとき、Aによる助言の結果、Tの実行した犯罪は窃盗から強盗へと変更され、軽い構成要件から重い構成要件への決意内容の変更も生じている。窃盗と強盗とでは、強盗は窃盗と違い、人身犯罪としての性格も

(3) いわゆる修正教唆については、Lutz Nepomuck, Anstiftung und Tatinteresse, 2008, S. 277 ff.; Henning Steen, Die Rechtsfigur des omnimodo facturus, 2011, S. 201 ff.; Friedrich-Christian Schroeder, Die Veranlassung zur Verändeerung der Tatzeit, GA 2006, S. 375 ff. を参照。

(4) とくに拡大教唆と縮小教唆においては、「重い」または「軽い」という刑法的判断を行う際に、構成要件関係的、あるいは法益関係的な考察方法を問題とせざるを得ないこととの関係で、罪質や法益主体、行為客体、行為態様など、修正教唆で取り上げられる各種の考慮ファクターの一部を取り込んだ形で議論せざるを得ないという事情がある。

有しているが、少なくとも財産犯としての共通点はあるとするなら、強盗は窃盗より重い犯罪であると考えることができよう。だとすると、ここでのAの助言により引き起こされた窃盗から強盗への犯行決意の引上げを捉えて、拡大教唆の事例として構成することもできるであろう。

しかし、これらの特殊な事象類型の区別基準を明らかにしようとするところに本稿の目的があるのではない。そこで、以下では、できる限り検討対象を明確にするため、このような競合事例は差し当たり検討の枠外におくこととしたい。

さて、縮小教唆の事例類型については、後に詳しく検討することとして、ここでは無用な誤解と混乱を避けるため、用語法について付言しておきたい。そもそも「縮小教唆」という用語法は、わが国ではそれほど馴染み深いものではなく、教唆犯しか問題とならないかのようなミスリーディングな名称だが、しかしその関与行為を刑法上どのように評価すべきかについて最終的な判断は差し当たりペンディングにされた概念として用いることにしたい。つまり、これは、間に合わせの概念に過ぎない。縮小教唆事例に関しては、心理的幫助の成否も論じられていることが暗示しているように、縮小教唆という用語法で文字通り刑法61条の教唆犯しか問題とならないかのように論点を先取りしてはならない。つまりここでは、その行為を教唆として把握すべきか、それともそこに幫助としての可罰性を見出すべきか、はたまた不可罰的行為と看做すべきかは、今なお決着済みの問題というわけではなく、そのこと自体が重要な論点の1つになっているのである。従って、一部の論者がそうであるように、縮小教唆に関して、単に教唆犯は成立しないと述べるだけでは⁽⁵⁾、問題の終局的解決からは程遠いであろう。

他方で、本稿の問題関心と同様に、さらに歩を進めて幫助犯の成否について言及している見解もある。もっとも、その中であっても、幫助犯の成立可能性に関して争いが見られ、原則として幫助犯の成立を肯定する見解⁽⁶⁾、その逆にそれを否定する見解⁽⁷⁾が主張されている。もっとも、それらの見解も自説の結

(5) しかしそのような見解として、Georg Freund, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 2009, § 10 Rn. 122. また、Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2004, § 22 Rn. 38は、結果に対して責任を負わないと認定するにとどまっている。異説として、Walter Gropp, *Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2015, § 10 Rn. 288は、26条の意味での「教唆行為」(bestimmt)を是認した上で、正当化レヴェルで不処罰になるとする。

論に「通常」(regelmäßig; in der Regel) という条件を留保するのが大抵であって、その理論的根拠にまで立ち返った詳細な分析が行われることは多くはない。

(2) 教唆犯としての不法・可罰性

まず、縮小教唆事例における教唆犯の成立可能性についてその主要な論拠を確認しておきたい。かつて論じたように⁽⁶⁾、軽い犯罪を決意していた者を唆して重い犯罪を実行させる拡張教唆については、学説は多岐に分かれ、激しい理論的争いがあったのとは対照的に、縮小教唆をめぐるのは、教唆犯の客観的構成要件が既に脱落し、少なくとも教唆犯が成立しないという点については、それほど異論は見られないのである。

そのために援用される最も通俗的な論拠としては、周知の二重教唆否定の理論を指摘することができる。例えば、[事例1]に即していえば、ドイツの通説的見解は、Aの教唆を否定するため、Xは重強盗を既に決意しているため、そこに当然に含まれる単純強盗に関して既に固く犯行を決意した者(omni-modo facturus)であるということを引き合いに出すのである⁽⁹⁾。

(3) 幫助犯としての不法・可罰性

それに対して、先にも述べたように、幫助犯、とりわけ心理的幫助としての不法・可罰性については一部で学説に対立が見られる。この文脈で注目されるのは、ここ最近、いわゆる危険減少理論に依拠しながら、幫助犯としての不法・可罰性を否定する方向での理論的アプローチが有力化しているという点で

(6) そのような見解として、Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1997, S. 689; Wolfgang Joecks, Studienkommentar zum StGB, 11. Aufl., 2014, § 26 Rn. 14.

(7) そのような見解として、Urs Kindhäuser, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, § 41 Rn. 15; Helmut Frister, Strafrecht AT, 7. Aufl., 2015, § 28 Rn. 20; Karl Lackner/Kristian Kühn, Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Aufl., 2014, § 26 Rn. 2a; Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, Strafrecht AT, 44. Aufl., 2014, Rn. 571.

(8) 拙稿「教唆犯成立の限界領域に潜む諸問題の実相」法学研究論集37号(2012年) 111頁以下。

(9) 多くに代えて、Reinhart Maurach/Karl Heinz Gössel/Heinz Zipf, Strafrecht AT/II, 8. Aufl., 2014, § 51 Rn. 46 (Joachim Renzikowski) を参照。

ある。

実際、ドイツでは、危険減少理論を根拠として幫助犯の成立を否定するというアプローチを展開した裁判例も見られるところである。すなわち、シュトゥットガルト上級裁判所1979年6月19日決定がそれである。

事案は、おおむね次のようなものであった。すなわち、被告人の弁護士は、結婚仲介業（Ehevermittlungsinstitut）を営み、支払意思のない顧客との間でトラブルを抱えていた依頼人Sから相談を求められた。被告人は、繰り返しSに対して、民法の規定によれば、顧客との結婚仲介契約は裁判上主張し得る法的拘束力を持たないと説明してきたが、Sはそれまでと同様、支払を怠った多数の顧客に対して、「仲介サービス」（Dienstleistungen）と「助言」（Raten）を請求原因とする虚偽の支払請求を行っていた。そこで被告人は、Sとの話し合いにおいて、「雑費」（Unkosten）を顧客の負担分に応じて分割して請求するよう提案した。しかしSは、被告人が予見していたように、その後もなお、少なくとも33の案件で、「雑費」の名目で全費用の支払を請求した。ところが、顧客らは誰一人としてその請求に応じることなく異議を申し立てたため、Sはその後の請求を断念した。

原審は、被告人をSによる詐欺未遂の幫助犯として有罪としたのに対し、上告審は、これを破棄して被告人を幫助としても無罪としたが、その理由中、詐欺結果としての財産的損害に関する危険を減少させた場合には、幫助犯としての客観的帰属を否認すべきである旨を指摘しているのである。詳しくは、以下の通りである。

「27条による幫助犯の主観的構成要件に関する刑事部の認定にもかかわらず、両人の話し合いの際におけるSに対する被告人の助言が27条の意味での幫助行為と『客観的に』看做することができるかどうか既に疑わしい。被告人はSに対して、将来の支払命令において全費用を『雑費』として偽って請求するのではなく、むしろ雑費—それのみを一分割して請求するよう助言したとするなら、その後も引き続き全費用を支払命令によって請求しようとするSの決意を強化したと解するのは（思考法則により）困難である。被告人はまさに、黙示的にそれをやめるよう忠告したといえるであろう。一方で地方裁判所が認定したように、Sはそれまでの手口をその後も継続することをどの

みち決意していたとするなら、被告人の助言は、せいぜい顧客に生ずるかもしれない損害を減少させる性質を有するものに過ぎない。それ故、もしそうであるなら、一被告人にはSの企図全体をやめさせる義務はない以上一もしかすると生ずるかもしれない詐欺による損害の程度に関して『危険減少』（“Gefahrinderung” bzw. “Risikoverringerung”）の場合が存在するのであり、幫助的寄与としての客観的帰属は排除されることになる。」（強調は原文）⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾。

しかし、仮に本決定のいうように、縮小教唆事例において危険減少が認められることが、共犯的寄与の不法ないし可罰性、とくに幫助犯の成立を否定すべき決定的な論拠となるとしても、その帰属排除原理の内容や判断構造は、本決定からは明らかではない。

しかも、多数説によれば、縮小教唆によって最終的な法益侵害の程度、つまり損害の危険が縮小された、いわゆる危険減少が認められるとしても、さらになおその行為により正犯者の犯行決意が強化され、それによって犯罪実行の危険が従前の状態に比して高められたと判断される場合には、いわゆる危険増加の論拠によって原則として幫助犯の成立は否定されず、せいぜい正当化事由の存否の問題とされる。多数説の判断枠組みによると、同時に犯行決意の強化が認められれば、その一事をもって直ちに共犯的寄与へ客観的帰属を行う余地が開かれるのだから、本説内部においてさえ実際には、危険減少のファクターの持つ帰属排除論拠としての位置価値はそれほど高く見積もられていないという推測も成り立ち得るであろう。

(10) OLG Stuttgart, JZ 1979, 575 (=NJW 1979, 2573). 本判決については、鈴木彰雄「すでにある行為を決意していた者を『教唆する』ことはできるか」法学新報121巻11=12号(2015年)167頁以下を参照。また、Sheng-chieh Lee, Objektive Zurechnung des Erfolgs bei bloßer Risikoverminderung oder Risikomodifikation, Diss. Regensburg, 2001, S. 120 f. もまた、危険減少理論との関係で本決定に論及している。

(11) なお、原々審の区裁判所(AG)は、詐欺未遂の教唆として被告人を罰金刑に処したようであるが、本判決は、Sがその後も顧客に対して支払命令によって費用請求を行おうという決意が揺れ動いていたなら、Sは無条件的に決意したいいわゆる omnimodo facturusとしてもはや看做すことができず、被告人に関して教唆犯の成立も問題となるが、本件では、この点は依然として不明確であると認定している。

いずれにしても、縮小教唆事例に取り組むに先立って、客観的帰属論によって展開された危険減少理論がいかなる意義を有するものか、その帰属排除トボスとしての実質的内容について、とくに学説の主張内容を踏まえて理論的な分析と批判が加えられなければならないであろう。また併せて、非共犯事例を念頭に置いて展開されてきた危険減少理論を縮小教唆事例に転用することになる問題があるのかも明らかにしなければならない。

3. 危険減少事例の解決モデル

(1) 危険減少とは何か？

危険減少とは何か。このことを理解するためには、このテーマの下でどのような事案が検討対象とされているかを考察することが手近な方法であろう。危険減少というテーマで引き合いに出される危険減少の典型事例とされているのは、例えば、次のような事例である（以下、「危険減少事例」という。）。

[事例3]

Xは、拳銃でOの頭を狙っており、今まさにOを殺害しようと引き金を引こうとしていたところ、YがOを助けるため、ギリギリのところOの背中を押した。それによりXの放った弾丸の軌道が変化し、弾丸はOの肩に当たり、Oは肩に傷害を負った。

この場合、Xに殺人未遂が成立することに異論はないであろう。もちろん、ここでは、Xの罪責を刑法上いかに認定すべきかが中心問題となっているのではない⁽¹²⁾。むしろ重要なのは、事象経過に介入したYの刑法上の責任をどう認定するかである⁽¹³⁾。一見すると、Yは最終的にOを差し迫った重大な結果である死から救い出しており、彼を無罪とすることに問題はないように思われる。それどころか、この場合、Yは、客観的にも主観的にもOを救助するために称賛されるべき行為を行ったにもかかわらず、その可罰性を検討することはむしろ奇異な印象さえ抱くであろう。しかし、そのような見立てとは裏腹に、なぜYが処罰されるべきでないのかは、刑法解釈論上決して自明のものとはいえない。なぜYは、具体的にOの肩に生じた傷害結果を故意的に引き起こしたと評

値すべきではないのだろうか。この場合、不処罰という結論の「もっともらしさ」(Plausibilität)を下支えする積極的な論拠を提出することが求められているのである⁽¹⁴⁾。

(2) 構成要件モデルと例外モデル

刑法上の問題は、その犯罪論体系上の位置づけを離れては十分に解決し得ない。とくに一定の問題をどの体系レベルの問題として定位するかは、そこに見出される問題の所在に対する内在的理解や、どのような問題として構成すべきかに関する価値判断と表裏の関係にある場合が多いのであって、そのことは、危険減少事例についても等しく当てはまるといえよう。すなわち、危険減少事例を体系的にどの段階で論じ、また解決すべきかについては、大別して2つの異なる体系レベルによる解決策に区分けすることができよう。

1つは、そもそも構成要件該当性、とくに客観的構成要件の充足を否認し、構成要件レベルでの問題解決を図ろうとするアプローチである。もう1つは、特定の犯罪の構成要件該当性を前提とした上で、さらに正当化レベルにおいて何らかの正当化事由の適否を検討しようとするアプローチである。[事例3]の場合には、前者のアプローチによれば、Yの行為につき、そもそも傷害罪の

(12) もっとも、殺人未遂と傷害既遂の罪数関係については議論がある。連邦通常裁判所は、かつて両者を法条競合の関係にあるとしていたが(BGHSt 16, 122; 21, 265; 22, 248)、近時、判例を変更してその関係を観念的競合と解するに至った(BGHSt 44, 196)。本判決によれば、故殺未遂が成立する場合でも傷害結果が発生した場合には、両罪を観念的競合(所為単一)として傷害結果が引き起こされた事実を有罪判決中に明確化すべきである。本判決については多くに代えて、Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 787を参照。観念的競合の「明示機能」(Klarstellungsfunktion)については、只木誠『罪数論の研究 [補訂版]』(成文堂、2009年)184頁以下を参照。このテーマに関するモノグラフィーとしては、Günther Jakobs, Die Konkurrenz von Tötungsdelikten mit Körperverletzungsdelikten, 1967。なお、有罪判決のコミュニケーション的意味や不法確認機能については、主としてKlaus GüntherとTatjana Hörnleの所説を取り上げて既に論じたことがある。拙稿「犯罪被害者と実体刑法」NCCD Japan (全国犯罪非行協議会)45号(2013年)17頁以下。

(13) もちろん、この事例は、差し当たり、行為者Xは介入者Yとは共犯関係にないという前提において議論されている。

(14) Erich Samson, Erfolgsszurechnung und Risiko, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, 2002, S. 587.

(客観的)構成要件該当性が否定されるのに対し、後者のアプローチは、ひとまず傷害罪の構成要件該当性を肯定した後、さらに正当化の段階で、正当化的緊急避難や推定的同意など、個々の正当化事由の成否を論じる見解であると整理することができる。そこで、本稿では、解決の体系的位置づけの相違に鑑みて、危険減少事例との関係で、前者を「構成要件モデル」、後者を「例外モデル」と呼び分けることにしたい。

まず、構成要件レベルでの解決を目指すとして、これまでにその導入の仕方には2通りの理論モデルが提示されてきたのであった。第1に、PuppeやSamsonを中心として展開されているように⁽¹⁵⁾、危険減少事例で構成要件の結果の概念規定を見直すことにより、そもそも結果発生、ひいては条件関係を否定するというモデルを挙げることができる⁽¹⁶⁾。同じく構成要件レベルでの問題解決を志向する第2の理論モデルこそ、いわゆる危険減少理論(Lehre von der Risikoverringerung)に他ならない。客観的帰属論の支持者の多くが本説に与しており、行為と結果との間の条件関係の存在を前提としながら、個別事案における危険減少を認定することで、客観的帰属を否定する手法をとる。

それに対して、ドイツの伝統的見解は、例外モデルを主張しており、危険減少

(15) Ingeborg Puppe, ZStW 92 (1980), S. 863 ff. (= dies., Strafrechtsdogmatische Analysen, 2006, 101 ff.); dies., in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl., 2013, Vor §§ 13 ff., Rn. 76; dies., Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsprechung, 3. Aufl., 2016, § 1 Rn. 16; Erich Samson, Hypothetische Kausalverläufe im Strafrecht, 1972, S. 97 ff.; Themistoklis I. Sofos, Mehrfachkausalität beim Tun und Unterlassen, 1999, S. 105 f.

(16) このような仮定的因果経過や代替原因の考慮による結果規定の問題については、本稿では、詳細に取り上げることはしない。ただ、本説に対する批判としては、Friedrich Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 102 f.; Marcelo A. Sancinetti, Risikoverringerungsprinzip versus Relevanz des Erfolgsunwertes in der Unrechtslehre, in: Festschrift für Günter Jakobs, 2007, S. 586 ff.; Volker Haas, Die Bedeutung hypothetischer Kausalverläufe für die Tat und ihre strafrechtliche Würdigung, GA 2015, S. 88 ff.; Lee, a.a.O. (Fn. 10), S. 115 f., 128 ff. を参照。また、刑法上の結果規定の問題に関して、比較的最近のものとしては、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』(弘文堂, 2003年)23頁以下、加藤正明『因果関係における結果の規定について(1)(2・完)』法学論叢161巻4号(2007年)42頁以下、161巻6号(2007年)83頁以下、濱本千恵子『「法益客体の不利益変更」としての結果の規定(1)』広島法学39巻3号(2016年)128頁以下を参照。

少事例における解決の拠り所を違法性レベルにおける個々の正当化事由の成立可能性に委ねるものである。例えば、Köhlerは、危険減少事例では、構成要件該当性ではなく、構成要件該当性を前提とした上で、具体的な構成要件に該当する行為について、仮定的に見込まれる重い傷害を回避するための侵害権限 (Eingriffsbefugnis) が実際に危険減少行為を行った行為者に与えられるかどうかということが問題となっているとし、推定的同意や緊急避難による正当化の余地について言及している⁽¹⁷⁾。

もっとも、例外モデルの論者の中には、Köhlerのように複数の正当化事由を選択的に列挙するのではなく、特定の正当化事由のみによる解決を志向する見解も見られる。そのような論者としては、MaiwaldやKüpperを挙げることができよう。Maiwaldは、客観的帰属論は人格への帰属と構成要件への帰属を混同しているとの観点から、危険減少事例を客観的帰属から排除し、推定的同意による解決を要求している⁽¹⁸⁾、Küpperは、むしろ緊急避難による解決を主張しているのがその一例である⁽¹⁹⁾。

例外モデルに対しては、構成要件モデルの論者から、そもそもなぜ危険減少事例で (客観的) 構成要件該当性が是認されるのかその前提部分について論証が欠けており、論点の先取りであるとの批判があるほか、緊急避難説に対して、とくに補充性の認められないような事例との関係で可罰性を否定できないのではないかという疑問が提起されている。

[事例4] XはOを傷害する意図で頭部を狙って角材を振り下ろそうとして

(17) Michael Köhler, *Strafrecht AT*, 1997, S. 147 f.

(18) Manfred Maiwald, *Zur strafrechtssystematischen Funktion des Begriffs der objektiven Zurechnung*, in: *Festschrift für Koichi Miyazawa*, 1995, S. 479. 同じく推定的同意による解決を主張するのは、Jürgen Baumann/Urlich Weber/Wolfgang Mitsch, *Strafrecht AT*, 11. Aufl., 2003, § 14 Rn. 67がある。それによれば、もし危険減少事例で被害者に一切の傷害を与えることなく結果を回避することが可能であったにもかかわらず、行為者が傷害を負わせる手段を選択した場合には、完全な結果回避の不作為による可罰性の問題が生じると批判している。

(19) Georg Küpper, *Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik*, 1990, S. 93 ff. わが国でも、山口厚=井田良=佐伯仁志『理論刑法学の最前線』(岩波書店, 2001年) 6頁 [佐伯仁志] は、緊急避難説を主張している。

いたところ、それを見たYがOを助けようとしてOの背中を押したため、角材はOの頭部に当たらなかった。しかしその代わりに、Oの腕に角材が命中し、Oは腕に傷害を負った。なお、YはOの背中を押す代わりに、角材を振り下ろそうとしているXの腕を掴むことも可能であった。もしそうしていれば、Oの傷害を完全に回避することができたであろう。

緊急避難の通常事例と危険減少事例とは、前者の場合、他の法益主体の利益を守るため、他者に対して危険を転嫁することが許されるかどうかの問題となるのに対し、後者においては、被侵害法益と保全法益は同一の法益主体に属するという点で区別することができる。もしここで緊急避難は複数法益が同一の法益主体に属している場合にも適用可能であるとすれば⁽²⁰⁾、緊急避難の適用は、原理的には排除されない。もっとも、[事例4]の場合、YはOに対する傷害（肩への傷害）を完全に回避することができた以上、補充性の要件が充たされず、緊急避難の成立は否定されることになるだろう。

そこで、同一法益主体内での利益衝突状況が問題となる場合には、緊急避難における補充性の要件を不要とする立場も唱えられている。すなわち、他者に法益侵害を転嫁することから補充性の要件が必要となるのであって、同一法益主体内で法益侵害の転嫁が行われる場合には、補充性は必要がないというのである⁽²¹⁾。

しかしこの見解に対しては、緊急避難である以上、同一法益主体内だからといって補充性要件を不要とすることはできないのではないかという異論も提起されているし⁽²²⁾、また、仮に緊急避難の射程範囲を拡大したとしても、財の客観的な較量が問題とされる点について、推定的同意説からは、法益主体の意思が無視されることになるという批判が提起されるであろう⁽²³⁾。

(20) そのような見解としては、例えば、Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Fn. 7), Rn. 322; Günther Stratenwerth/Lotar Kuhlen, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2011, § 9 Rn. 104. わが国でも同様の見解が主張されている。例えば、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）302頁以下。

(21) 山口＝井田＝佐伯・前出注(9)7頁〔佐伯仁志〕。

(22) 山口＝井田＝佐伯・前出注(9)35頁〔山口厚〕。

(23) Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Fn. 18), § 14 Rn. 67 f.

とはいえ、推定的同意説にも、その成立要件との関係で同様の問題が生じる。もしその適用範囲を当事者の現実的同意が適時に得られない場合や同意を与えることができない場合など限定的に捉えるなら、現実的同意を得ることが可能であった場合には、Yの正当化は消極的に解されよう。さらに、法益主体が同意能力をもたない場合や法益処分について被害者が処分権限を持たない場合についても問題が残るように思われる。

4. 危険減少理論とその批判的検証

(1) 危険減少理論の射程範囲

そこで近時、危険減少事例を、いわゆる客観的帰属の観点から構成要件レベルで解決を図ろうとする危険減少理論が有力化している⁽²⁴⁾。

客観的帰属論とはそもそもどのような帰責原理を提示する理論かについては多様な理解があり得るとは思われるが、大過ないところでいえば、その思考方法は、「危険創出」と「危険実現」という2つの要素により構成され、具体的な帰責判断は、第1段階たる「危険創出」と第2段階たる「危険実現」の枠組みの中で展開された個別理論がその都度の事案の性質に合わせて選択的に適用されるものといえよう。そして、客観的帰属論においては、危険減少理論は、その1つの個別理論として理解することができるだろう。

危険減少理論の代表的論者の見解によれば、客観的帰属のうち許されない危険創出を判断するため⁽²⁵⁾、行為者が被害者にすでに存在している危険を減少させ、行為客体の状況を改善するという形で因果経過を修正する場合、そもそも初めから危険創出、したがって帰属可能性が脱落するとし、危険減少行為は

(24) わが国では、危険減少理論に好意的な見解として、宮川基「危険減少事例」法学75巻6号(2012年)1頁以下がある。

(25) もっとも、Roxin自身、危険減少理論を随所で繰り返し論じているが、危険減少を結果帰属の問題であると捉えたり、危険創出の不存在の問題であると述べたり、その主張内容の一貫性については既に疑問が提起されている。この点については、Sancinetti, aa.O. (Fn. 18), S. 586 f. また、Friedrich-Christian Schroeder, Die sogenannte Risikoverringerung, Empirische und dogmatische Fundamente, 2005, S. 157 f. は、これまでに主張された数多くの論拠と見解の変遷を整理整頓し、Roxinは合計4つの根拠を挙げていると指摘している。

「犯罪類型的な法益侵害」(deliktstypische Rechtsgutsverletzung)ではないという⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾。

[事例4]では、傷害罪の構成要件で捕捉されるべき許されない危険創出はなく、たとえ具体的な傷害結果との間に条件関係が認められるとしても、傷害罪は構成要件段階で否定されることになろう⁽²⁸⁾。だとすると、客観的帰属論の論者にとって、介入者の行為が既に存在する危険を減少させた場合には、たとえ補充性が認められないとしても、それを理由として傷害罪の構成要件を実現したと評価することはできないということになる。

[事例5] 医師Tは自己の行為により回避不可能な患者の死亡を遅らせた。

危険減少理論によれば、不治の患者を数日延命させた場合、その医師は死を具体的に引き起こし、その結果も予見可能なものであったと評価できるとしてもなお、この医師の行為に死亡結果を帰属することはできないとする⁽²⁹⁾。危険減少事例には、必ずしも法益侵害の程度が減少した場合だけではなく、結果の発生時期を遅らせた事例をも含めて理解されている⁽³⁰⁾。

(26) Claus Roxin, *Strafrecht AT/I*, 4. Aufl., 2005, § 11 Rn. 53. なお、山中敬一『刑法における客観的帰属論の理論』(成文堂, 1997年) 340頁以下も参照。

(27) 客観的帰属論の問題として危険減少を論じているのは、例えば、Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn. 6), S. 287 f.; Hans Joachim Rudolphi/Christian Jäger, in: *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8. Aufl., 2014, Vor § 1 Rn. 101 ff.; Stratenwerth/Kuhlen, a.a.O. (Fn. 20), § 8 Rn. 28; Kristian Kühl, *Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2012, § 4 Rn. 53 ff.; Wolfgang Frisch, *Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs*, 1988, S. 44 ff., 50 ff., 57 ff.; Lee, a.a.O. (Fn. 10), S. 119 ff., 140.

(28) この事例を含め、危険減少が問題とされている事例タイプの整理と各説からの帰結については、宮川・前出注⁽²⁴⁾ 5頁以下に簡潔にまとめられている。

(29) Roxin, a.a.O. (Fn. 26), § 11 Rn. 53, 20.

(30) これに対して、近時この問題を検討したSousa Mendesによれば、この事例は、危険減少の問題として扱うべきではなく、むしろ許された危険の問題だと指摘している。Paulo de Sousa Mendes, *Was dürfen wir vom Kriterium der Risikoverringerung erwarten?*, GA 2011, S. 568.

(2) 危険の「変更」と「置換」

しかしながら、危険減少理論にも限界がないわけではない。

[事例6] 消防士Xは、燃え盛る家の窓から子どもOを放り投げ、Oに重傷を与えたが、もしそうしなければ、Oは火災で焼け死んでいたであろう⁽³¹⁾。

その一方で、Roxinは、[事例6]のような事例は、危険減少理論の適用範囲外の事態であり、Xは構成要件的行為（傷害行為）を行っており、推定的同意または正当化的緊急避難により正当化が問題となり得るにとどまるとする⁽³²⁾。問題は、なぜ[事例3]、[事例4]、[事例5]は危険減少の問題であるのに、[事例6]はそうではないのかという点である。

その根拠について、Roxinは、次のように主張している。すなわち、危険減少理論は、既に存在する危険を変更しただけの事例に適用されるべきものであって、新たな危険を引き起こし、それを既存の危険と置換した場合はその射程外であって、[事例6]はその典型事例であると⁽³³⁾⁽³⁴⁾。同様にわが国でも、行為者が「新しい、独立した、かつ法的に同様に許されない危険」を創出する行為は、たとえすでに存在している危険を回避するためであっても、一般的に許容されるものではなく、一定の例外的事情が存在する場合のみ正当化されるとして、両者の区別基準を同旨に解する見解も主張されている⁽³⁵⁾。

(31) Roxin, a.a.O. (Fn. 26), § 11 Rn. 54. さらに同所で、誘拐から守るために他に手段がなかったため、当人に事情を説明しないまま監禁を行った事例もまた、危険の置換事例であり、危険減少理論では解決できないとする。なお、この著名な火災事例は、Welzelに由来するものであり、彼自身は、正当化的緊急避難による解決を主張していた。Welzel, a.a.O. (Fn. 1), S. 91 f.

(32) Roxin, a.a.O. (Fn. 26), § 11 Rn. 49.

(33) Roxin, a.a.O. (Fn. 26), § 11 Rn. 49.

(34) しかし同じく危険減少理論に依拠するSchmidhäuserは、この事例を危険減少事例として扱っている。Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht AT/Lehrbuch, 2. Aufl., 1975, S. 265. Schmidhäuserによると、この場合、生命法益は消防士に対し極めて大きな死の危険に代えて相対的に小さな危険を伴うところのジャンピングスーツへ子どもを投げるよう要求するのであって、その結果、たとえ子どもが首の骨を折って死亡しようとも、その消防士の行為は生命法益を侵害したのではなく、殺人行為とは評価されない。

要するに、これらの論者は、介入者の寄与により引き起こされた因果経過が、既に進行する因果経過の一つの展開ヴァリエーションとして同一のものと呼べる範囲内にあるのか、それとも既に新たな別様の因果経過を始動したと評価すべきものかという価値判断によって、同一の危険と新たな危険を区別し、前者については危険減少理論による構成要件該当性の否定を、後者については構成要件該当性を肯定した上で正当化の成否を問題としているのである。

ところが、既に指摘されているように、危険の「変更」と「置換」の区別については、その判断基準が明らかではなく、区別の困難さについては本説の論者も自認しているところである⁽³⁵⁾。

一層問題なのは、[事例3]のような事例を危険の「変更」として位置づけ、新たな別様の危険は創出されていないということを所与の前提としている点であろう。しかし[事例3]で、新たな危険の創出は否認される、あるいは同一の因果経過の展開ヴァリエーションであると言い切ることができるのだろうか。

このことを検証するため、今一度、[事例3]と[事例6]を比較することにした。まず、[事例6]では、火災が故意的なものであれ過失的なものであれ、窒息や焼死など火災による差し迫った死の危険を内容とする因果経過が介入前に進行していたところ、その後、消防士Xがその因果経過に救助的に介入し、子どもOの命を救うためにその子を2階から落下させ、子どもはそれにより身体傷害を負ったわけだが、最終的に身体傷害に実現した危険は、差し当たり、消防士が新たに故意的に創出したものと考えられるであろう。

それに対して、[事例3]の場合、介入者Yが被害者Oの死を回避するため、被害者の頭部への弾丸の命中という生命侵害の危険を内容とする既存の因果経過に同様に救助的に介入し、故意的にOの肩への弾丸の命中を引き起こしている。介入者Yに殺意はないとすると、被害者の肩へ弾丸が命中するよう因果経過に介入することは、生命侵害の危険性の程度を減少させるものというより、やはり[事例6]と同様に身体傷害の危険を新たに創造する行為として捉えるべきではないかと思われる。もしそうだとすると、[事例3]でも[事例6]でも、刑罰的に見ると、生命侵害(死)の危険を内容とする因果経過を遮断し、

(35) 宮川・前出注2420頁以下。

(36) Roxin, a.a.O. (Fn. 26), § 11 Rn. 48.

その代わりに新たな別様の危険（傷害）を内容とする因果経過を設定したことで、最終的に被害者に身体傷害が発生したという点ではさしたる相違は認められないのではないかと思われる。

この点、Kindhäuserもまた危険減少理論に対する批判的所見を展開する中で、[事例3]のような事例を念頭に置いて、危険創出を是認すべきであると主張している。彼は最終的に、危険減少理論とは反対に、身体傷害の構成要件該当性を否定することなく、被害者に生じた結果は原則として行為者に帰属可能であるとする結論を擁護している⁽³⁷⁾。重要なのは、そのために提出された具体的論拠である。そこで以下では、Kindhäuserの論証を手短に跡づけることにしたい。

Kindhäuserは、危険減少事例の背後にある刑法的評価を明らかにするために、XがO₁の頭ではなく、O₁の隣にいた無関係のO₂の背骨に直撃するよう石の軌道を変更したため、石はO₂に命中し、O₂は横断麻痺（Querschnittsgelähmung）になったという事例を取り上げ、この場合、複数人の一身専属的財が問題となっており、一方の人物（O₁）に関する危険減少を認めることは、他方の人物（O₂）に実際に発生した損害の構成要件該当性に影響を与えるものではなく、ましてやその行為の構成要件該当性を阻却するものではないという点を確認する⁽³⁸⁾。そして、ここで問題となっているのは、いわゆる危険減少などではなく、損害の相殺可能性（Saldierbarkeit）に他ならないと指摘する⁽³⁹⁾。

このことは、複数の法益主体が問題となる場合ではなく、一人の法益主体内における危険減少が認められるとされる事例群においても同様に妥当する。具体例としては、行為者Tが被害者Oの頭に向かって飛んでいく石を身体の別の部位に当たるよう進路を変更した結果、石は鎖骨に命中し、それによりOは鎖骨骨折を負ったという事例が挙げられる。彼によれば、行為者による軌道変更によって、石が頭部に直撃するという危険は排除され、かつまた実際に被害者に頭部傷害は発生しなかった以上、介入行為者の行為は、頭部傷害と因果関係を持つことはなく、従って構成要件不該当となるから、現実には発生しなかった

⁽³⁷⁾ Urs Kindhäuser, Risikoerhöhung und Risikoverringern, ZStW 120 (2008), S. 490 ff.

⁽³⁸⁾ Kindhäuser, aa.O. (Fn. 37), S. 495.

⁽³⁹⁾ Kindhäuser, aa.O. (Fn. 37), S. 495.

損害に関して危険減少による負責排除を行うことは不要かつ過剰なものである。それに対し、行為者の行動が因果的重要性を持つのは、それにより実際に引き起こされた鎖骨骨折との関係においてである。しかしこの鎖骨骨折という損害発生との関係では、危険減少は認められないばかりか、むしろ石の軌道を変更することで鎖骨骨折の危険を創出し、あるいはその危険を著しく高めたと評価できるため、傷害罪の構成要件該当性を否定する理由はないというのである⁽⁴⁰⁾。従って、この事例は一般に危険減少事例として扱われているにもかかわらず⁽⁴¹⁾、Kindhäuserによれば、危険減少を認定することはできないということになる⁽⁴²⁾。

いずれにしても、危険減少理論の扱って立つ危険の「変更」と「置換」の区別については、恣意的な判断を排除し得るほど明確で納得のいく判断基準は提示されていない。危険の「変更」([事例3]～[事例5])でも場合によっては、「置換」([事例6])と同様に、新たな別様の危険の創造を認める余地が残されているにもかかわらず、そのような余地を十分に考慮してはいない点において、危険減少理論は、不当前提に依拠しているように思われる。

(3) 故意的な危険減少と過失的な危険減少

ところで、[事例3]は、Yが救助意図をもって介入し、結果的に弾丸の当たる部位を頭部から肩に変更したという事例であったが、この事態を危険減少と判断するためには、仮定的因果経過を考慮しなければならないはずである。すなわち、もし行為者が介入しなければ、高い可能性で弾丸は被害者の頭部に

(40) Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 37), 495 f.; Gropp, a.a.O. (Fn. 5), § 4 Rn. 94 ff.

(41) しかし例えば、射手の腕を押ししたり、あるいは被害者の背中を押ししたりすることは、弾丸の軌道と着弾部位の変更以上の意味内容を含んでいる場合を想定することは容易である。最終的に結果に実現しなかったにせよ、例えば、背中を押された被害者が転倒して傷害を負うなどといった危険も同時に観念することができよう。しかし、そのような危険をも当初の因果経過のヴァリエーションと評価し、同一の危険の枠内での危険減少として構成することは困難ではないかと思われる。これまでのところ、少なくとも危険減少事例をめぐる議論においては、このような形で創造された危険の側面についてまで議論が詰められていないのは間違いないであろう。

(42) Kindhäuserは、危険減少理論は、①結果の因果的惹起に関する問題と、②差し迫っていた結果（現実には発生しなかったO₁の頭部傷害）を回避したことにより発生した別の結果（O₂に実際に発生した横断麻痺）を正当化できるかという問題を混同していると批判している。Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 37), S. 495.

命中していたはずであり、それによって被害者は死亡していたであろうところ、実際には被害者は身体傷害を負うにとどまった以上、仮定的に発生が予測された生命侵害と比べて、現実には発生した身体傷害は法益侵害性が低いという認識が前提になっているのである。けれども、もしそのような形で、つまり仮定的因果経過と現実的因果経過の比較から危険減少が認定されるのであれば、危険減少行為は、しばしば論者によって暗黙裡に前提されているような故意的なもの（かつ救助意思によるもの）に限定する必然性はなくなるのではなかろうか。もちろん、どのような危険が故意内容として取り込まれたのかという問題は、いわゆる錯誤問題の解決において重要な役割を果たすであろうが、危険減少理論は、少なくとも明示的には、このような故意的に設定された危険というものの射程を理論内在的に問題化するための視点を提出しているわけではない。

[事例7] スナイパーXは、被害者Oを射殺しようとOに向かって弾丸を発射したところ、たまたまYが過失によりOにぶつかり、Oを突き倒したため、Xの発射した弾丸は、頭部ではなくOの肩に命中した。

[事例7]は、危険減少行為について行為者に救助意思はないのはもちろん、危険減少を故意的に引き起こそうという主観的事情も認められず、いわば過失的な危険減少と考えられる場合である。危険減少事例で構成要件該当性を否定する本説の理論構成によれば、このYの過失的な危険設定は、そもそも過失傷害罪の構成要件の行為とは評価されないこととなろう。というのも、危険減少理論それ自体には、過失的な行為の帰結として危険減少が発生した場合をその理論的射程から排除する理由は一見たところ一提示されていないからである。しかし、このような場合にまで危険減少に帰属排除、つまり構成要件該当性の排除効果を付与することは、それ自体理論内在的な正当化が必要であろう。

また、過失的な場合ではなく故意的な場合であっても、さらに介入者の主観的事情としての救助意思が前提とされることは、危険減少の判断構造そのものから導き出されない。換言すれば、もし介入者が救助意思どころか侵害意思をもって行為を実行した結果、たまたま危険減少と目される事態が発生した場合、本説の論理からは、そのような事例を排除すべき根拠は見当たらず、かつまた介入者の主観的事情に応じて危険減少判断を区別する合理的理由も認めら

れないように思われる。それにもかかわらず、過失的な危険減少や、もっぱら意図的な侵害行為に起因する場合に、もし危険減少理論の適用を拒否するなら、そこでは仮定的因果経過と現実的因果経過の比較とはレベルの異なる別様のファクターを裏口から引き入れているのではないかというという推測が成り立つであろう。

この点に関連して、近時、Sousa Mendesも⁽⁴³⁾、危険減少事例として括り出される行為類型を見比べると、因果経過に介入する行為者の寄与の多くは、救助意思に担われたそれを前提にしているのではないかと指摘しているが、その彼の見立てもまた、本稿と同様の視角からなされたものであろう。

いずれにしても、危険減少事例の多くが故意的（救助的）なものとされていることが偶然の一致でないとするなら、本説は、客観的な危険減少の有無だけではなく、介入者に認められる一定の主観的態様を客観的帰属を否定するために暗黙の了解事項としているということになろうし、そのことは、しばしば指摘されているように、客観的帰属というカテゴリーによって構成要件該当性と違法性との体系的混同が生じているとの批判にもその拠り所を与えるものとなってくるであろう⁽⁴⁴⁾。あるいは逆に、もしこの見立てが失当であるなら、本説に残された選択肢は、以下の2つのうちのいずれかでしかない。すなわち、その理論的射程を過失的な危険減少事例や、もっぱら侵害意思のみによる偶然的な危険減少事例にまで拡張し、その客観的評価として判断を純化するか、さもなければそのような事例を合理的に排除するための、新たな補充的論拠を提出するかいずれかであろう。

(43) Sousa Mendes, a.a.O. (Fn. 30), S. 568. このことは、危険減少事例で例外モデルとして緊急避難説が伝統的に主張されてきたことから間接的に窺い知ることができよう。

(44) Sousa Mendes, a.a.O. (Fn. 30), S. 568; Kay H. Schumann, Von der sogenannten »objektiven Zurechnung« im Strafrecht, Jura 2008, S. 415. この問題については、Christian Jäger, Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, 2006, S. 1 ff.; Roland Hefendehl, Objektive Zurechnung bei Rechtfertigungsgründen?, in: Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 465 ff.; Jesús-María Silva Sánchez, Objektive Zurechnung und Rechtfertigungsgründe, in: Festschrift für Bernd Schünemann, 2014, S. 533 ff.

(4) 危険減少の判断構造

このような疑問は、既に示唆したように、根本的には、危険減少理論の拠って立つ危険減少の判断枠組みが不明確であるというところに起因している。

刑法上の危険判断については、主として、規範論的・方法論的理由から事前判断と事後判断が区別されているところであるが⁽⁴⁵⁾、危険減少の認定構造については、行為時判断を基礎とする事前的なパースペクティブを強調する見解と、結果発生時の事後的なパースペクティブを強調する見解とが主張されている。

もし最終的に危険減少の判断を、事後的に結果の比較により行うのなら、危険減少事例においては、少なくとも客観的に重大な結果の回避行動というものが主題化されることになるであろう。また、危険減少というテーマをとくに結果無価値、あるいは結果の帰属ないし許されない危険の結果への実現の問題として位置づけるなら、事後的な判断方法を前提とすることになろう⁽⁴⁶⁾。(そして、そのような事態の側面をとくに強調することは、危険減少を規範違反後の問題として、行動規範論ではなく、刑罰必要性に関わる制裁規範論の課題として把握することを含意しよう。)

それに対して、事前的な危険を問題とするアプローチも主張されている。例えば、Sancinettiは、不法概念から結果無価値を放逐する立場から、帰属の前提として事前的に見て危険を増加させたことが必要であるから、危険減少についても同様に事前的な考察方法によるべきであるとする⁽⁴⁷⁾。彼は、仮定的な因果経過と現実的な因果経過という2つの因果経過における比較対象となるのは、損害としての結果ではなく、むしろ法益としての客体に対して既に差し迫っている危険と行為者の介入により生じるであろう危険なのであって、この2つの危険が行為決意の時点で事前的に判断されるべきであり、そのため、事前的に見て危険を高めることなく危険を減少させた者は、許されない危険を創出した

(45) 危険概念はとくに未遂犯・不能犯をめぐる議論されてきた。この点に関する議論については、増田豊『規範論による責任刑法の再構築』(勁草書房、2009年)173頁以下、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、2013年)307頁以下、井田・前出注②0408頁以下を参照。

(46) なお、今井猛義ほか『刑法総論 [第2版]』(有斐閣、2012年)83頁 [小林憲太郎]は、危険減少事例では、結果回避可能性、結果無価値が欠けるが故に帰責が否定されるという。

(47) Sancinetti, a.a.O. (Fn. 16), S. 587 ff.

ものではないという見解を提唱している⁽⁴⁸⁾。

このようなSansinettiの見解について指摘すべき点は、危険減少判断を事前的に行うことに危険創出判断の内容としての正当な地位を与えられている点であろう⁽⁴⁹⁾。もっとも、Sancinettiは、危険減少事例で許されない危険の創造が否定されるという帰結を正当化するため、以下に示すような勿論解釈をその論拠としている。

つまり、Sancinetti曰く、例えば、被害者の回転式安楽椅子を180度回転させることで、別の行為者により発射された弾丸を、最終的に左側頭部から右側頭部に命中するように変更した者は、随伴事情を変更しただけであり、そのことを理由として刑法上の規範違反を犯したと評価することはできない。もしそうだとすると、この被害者の座っている安楽椅子を射手から遠ざけ、そうすることによって結果発生の機会を減少させた行為者に対しては、なおさら(erst recht)犯行を帰属することはできない。言い換えれば、Sancinettiによれば、危険の程度を変更しないような随伴事情のヴァリエーションは、たとえそれを引き起こしたとしても、そのことは刑法的帰属を根拠づけるものではない以上、危険の程度を引き下げた行為者にあってはなおさらその行為を規範違反的なものと看做すことはできないのであって、そのことは上記の勿論解釈から導き出されるというのである⁽⁵⁰⁾。

翻って事前的パースペクティブと事後的パースペクティブの相違は、下に示した【図1】に明らかのように、判断の食い違う2か所のエリアにおいて表面化することになる。

危険減少を事前的な観点から捉えるとき、タイプ2に該当する行為は、事後的な結果の減少が認められなくても危険創造が否定され、構成要件該当性が否

(48) Sancinetti, aa.O. (Fn. 16), S. 591. 損害としての結果の減少ではなく、保護客体に対する危険の程度の減少を問題とするSancinettiのアプローチの背後には、刑法の課題に関する彼自身の態度決定が深く関与している。事実、Sansinettiは、関係する財の実体的な原状回復ではなく、残余の財を保護することだけが問題となる以上、過去における客体の損害という事実は、刑法的保護と何の関係もないと指摘している。Sancinetti, aa.O. (Fn. 16), S. 599 f.

(49) このことは、危険減少理論を指示する客観的帰属論の支持者の中でも混乱が見られ、これまで今ひとつ明確ではなかった点である。前出注④も参照。

(50) Sancinetti, aa.O. (Fn. 16), S. 585 f.

【図1】

	事前的な危険減少	事後的な結果減少
タイプ1	-	-
タイプ2	-	+
タイプ3	+	-
タイプ4	+	+

認められる。それに対して、危険減少を事後的に結果減少として把握しようとするなら、タイプ2の行為は危険減少と看做される反面、タイプ3の行為は危険減少の領域から除外されることになる。要するに、事前的に見ると危険が減少されたものの、それでも差し迫っていた結果と同程度に重い結果が発生したという場合(タイプ2の行為)や、逆に事前的に見て危険を増加させたかもしれないが、具体的な因果経過を踏まえると、最終的な損害結果は緩和されたという場合(タイプ3の行為)において、それぞれのアプローチの相違とその限界が設定されることになるのである⁽⁵¹⁾。

(5) 差額仮説としての危険減少?

危険減少であれ結果減少であれ、それが単なるレトリックではないとすれば、危険減少と呼ばれるものは、軽重関係にある2つの事象評価間における相殺の帰結、つまり危険の差引残高のことであろう。このような危険減少の内実について、Samsonは、最近、次のような事例を手がかりとして興味深い分析を展開している⁽⁵²⁾。

〔事例8〕工事現場で高層ビルの屋根を建築するため、クレーン上に一束の

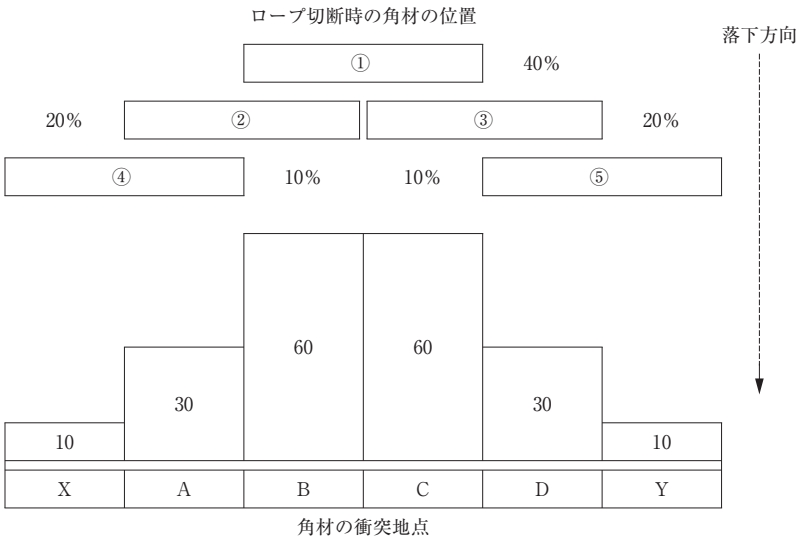
(51) もちろん、この場合でも依然として正当化による解決を行う余地は十分に残されている。また、Sousa Mendesは、事前的に見て危険減少が認められるが、事後的には同じ重さの結果が発生した事例として、高台にいたモリアーティは、ホームズを殺害するため、岩を突き落そうとしていたところ、助手のワトソンが介入し、岩の進路を変更したが、ホームズは死を避けることができなかったという事例を取り上げている。Sousa Mendes, a.a.O. (Fn. 30), S. 567 f.

(52) Samson, a.a.O. (Fn. 14), S. 592 ff.

角材がロープで固定されていたところ、何らかの原因でロープが切れ、角材が落下した。そのとき、土木作業員Xは、同僚Oに向かって角材が落下していることに気がつき、すぐさまOに対してその場を離れて逃げるよう警告を行った。

〔事例8〕は著名な警告事例のヴァリエーションであるが、ここでは、初期条件として次のような事情が前提とされる（【図2】）。すなわち、落下する角材の下に6つの衝突エリア（【図2】中のX地点～Y地点）を仮定するとともに、角材は風の影響でロープの軸を中心として絶えず揺れ動いているため、ロープ切断時の角材の位置として角材は5カ所の地点（【図2】中の①地点～⑤地点）にあり得るものとする。このうち、【図2】でロープ切断時の角材の位置を表す5カ所の地点を示すマス目の枠外に示されたパーセンテージは、100回の落下実験を行った結果、その場所に角材が何回あったかその頻度を数

【図2】



（出典：Erich Samson, Erfolgsgzurechnung und Risiko, FS-Lüderssen, 2002, S. 592を参考に作成）

値化したものである。例えば、①のマス目の枠外の40%というのは、100回の落下実験で角材が①地点に40回あったということを示している。また、衝突エリアを示すアルファベットの直上の枠内に示された数値は、同様に100回の落下実験で、その地点に何回角材が落下したのかその頻度を表している⁽⁵³⁾。従って、この数値は、角材を100回落下させた場合の各エリアにおける衝突リスクと同視することができよう。

さて、このような状況において、[事例8]でXがOに対して直ちにC地点からD地点へ走って逃げるよう警告を行い、その結果、Oは指示通りにD地点へ移動した場合、どのような事態が考えられるだろうか。

角材が命中して被害者が死亡する蓋然性は、C地点では60%であるのに対し、D地点では30%であるから、事前的に見ると、被害者の死に対する危険は、60%から30%へと減少されており、合計で30%の危険減少を認定できそうである。しかしながら、事前的に見て危険が減少しているとしてもなお、角材が③地点にあった場合には、Oが警告に従って移動したD地点にもどのみち角材は落下する以上、結果は避けられないように思われる。しかも、仮に行為者Tが警告を行わず、従ってOが元々いた場所にとどまっていたとしても結果が発生することは変わらない。

そこで、Samsonは、C地点からD地点へと移動するよう警告した場合には、危険増加説によれば、危険増加はなくむしろ30%の危険減少を生じさせているため、帰属は否定されることになるが、しかし角材が③地点にあった場合には、結局のところC地点およびD地点に落下するため、いずれにしても結果は回避不可能であるから、事後的に見れば、この場合、結果は行為者の警告がなくても発生していたであろうと考えられ、危険増加説によらない場合でも同様に帰属は否定されるであろうとする⁽⁵⁴⁾。すなわち、いずれのアプローチによっても、角材が③の地点にあった場合には、論拠は異なるものの、結論としての相違はここでは生じないことが差し当たり確認されるのである。

それに対して、結論が分かれてくる可能性があるのは、角材が⑤地点にあったヴァリエーションである。この場合、角材はD地点とY地点に落下するから、

⁽⁵³⁾ なお、地上の落下地点の総計が200となっているのは、1回の角材落下によりそれぞれアルファベットで示された2つの衝突エリアがカバーされるためである。

⁽⁵⁴⁾ Samson, a.a.O. (Fn. 14), S. 594 f.

もし行為者が警告をしなければ、被害者はC地点にいたと考えられ、従って被害者は死亡しなかったであろうと考えられる。そのため、仮定的因果経過を考慮する場合、危険増加説によらないアプローチからは、このヴァリエーションについては、帰属を肯定しなければならないことになる。反面、危険増加説によると、この場合、被害者が角材に当たって死亡したのはまさに行為者の警告行為により被害者がD地点に移動したためであるから、被害者の具体的な死の惹起と因果関係を有するのは、この警告行為に他ならない。しかし同時に、事前的に見る限り、この行為は危険増加行為ではなくむしろ危険減少行為である。従って、本説からは、もっぱら事前的な危険減少を理由として帰属が否定されることになる⁽⁵⁵⁾。

Samsonは、事後的考察方法と事前的考察方法とで生じるこれらの決定的な相違を際立たせ、しかも具体的な結果を引き起こした行為が同時に危険減少行為でもあるという一見すると直観に反するように思われるような事例を取り上げた。この事例は、危険減少理論にとってその妥当性を検証する、いわば1つの試金石となり得るものであろう。

さて、Samsonの主張によれば、ここで被害者をC地点からD地点へと移動させることが30%の危険減少を引き起こしたという言明は、100回の落下実験でC地点にいた100人のうち60人が死亡し、D地点では30人しか死亡しなかったという統計的な認識に基づくものだが、しかしこのような大量観察に基づく統計的蓋然性を個別事例に直ちに転用して、個々の被害者に関しても同様に、C地点からD地点へ移動するよう警告することは30%の危険減少行為であると評価することには重大な欠陥があるという⁽⁵⁶⁾。

その問題性を明らかとするため、Samsonは次に、C地点に立ち入った100人の人間が一般的指示としてD地点へ移動するよう同じ警告に従った場合にどうなるかという事例を考えるべきであるとする。もちろん、ロープ切断時の角材の一が②地点や④地点にあるとき、衝突エリアとしてC地点およびD地点は関係がないため、そのような場合は考察対象から除外され、①地点、③地点、そして⑤地点に角材があった場合が検討対象となる（【図3】を参照）。

⁽⁵⁵⁾ Samson, a.a.O. (Fn. 14), S. 595.

⁽⁵⁶⁾ Samson, a.a.O. (Fn. 14), S. 596.

【図3】

角材の位置	確 率	死 亡 事 例		相 違	
		現実的経過	仮定的経過	救 助	死 亡
②	20	—	—	—	—
④	10	—	—	—	—
①	40	—	40	40	0
③	20	20	20	—	—
⑤	10	10	—	—	10
総 数	100	30	60	40	10

(出典：Erich Samson, Erfolgsgzurechnung und Risiko, FS-Lüderssen, 2002, S. 596を参考に作成)

まず、角材が①地点にあった場合、行為者が一般的指示を与えていなかったとしたら、C地点にいた40人は死亡していたであろうと考えられる。それ故、この場合には、行為者の警告は、40人を救助したと評価することができる。けれども、角材が③地点にあったとき、事情は異なるだろう。ここでは、警告に従ってD地点に移動した20人が死亡することになるが、③地点にある角材は、C地点およびD地点を衝突エリアとしてカバーしているため、もし警告がなくても元々C地点にいた20人は、どのみち死亡していたと考えることができよう。

最も問題なのは、⑤地点に角材があったときである。この場合、100回の落下のうち⑤の地点に角材があるのは10回であるところ、警告に従ってD地点に移動した10人は確率的に死亡することになる。これらの10人の被害者は、もし警告がなければ当初のC地点にいたはずであり、もしそうであるとするなら、この10人は死ななかったはずであろう。だとすると、この場合、警告は、10人を新たに (originär) 死に追いやったということになる (⑤の場合)⁵⁷⁾。それに対して、あるいはそれと同時に、既に確認したように初期条件が異なれば、警告は、同時に40人の—もちろん別の—被害者を救助したと評価することができるものでもある (①の場合)。

57) Samson, a.a.O. (Fn. 14), S. 597.

以上から明らかなように、警告によりC地点からD地点へ被害者を移動させることは、統計的に30%の危険を減少させるという—ミスリーディングな—外見を装いながらも、その実、単純に30人が救助されたというわけではなく、むしろ精確に言えば、40人の被害者について角材衝突による死の危険から救助されるのに対し、それと引き換えに10人の別の被害者が警告により新たに殺害されるものと考えることができるものなのである。

そしてSamsonは、この事例で30%の危険減少と評価されているものの実体は、40人の救助と別の10人の殺害による差額 (Saldo) なのであって、そのため、具体的事例における個々の人物に対する危険に関しても同様にこれを当てはめ、単純に危険が30%減少されたと言明することには問題があると結論づけている⁽⁵⁸⁾。

Kindhäuserも、危険減少理論に批判的な立場から、同一法益主体内で重い損害が軽い損害に変更された場合には、差し迫っていた重い結果を回避したことにより発生した軽い別の結果を正当化できるかという問題として構成するのが妥当であり、危険減少は、結果の因果的惹起の問題と重い結果を回避したことによる軽い結果の正当化の問題を混同していると異論を提起している⁽⁵⁹⁾。

それでは、Kindhäuserによれば、そのような損害の差引計算ないし相殺の正当化は、いかなる法理論の下で考慮されるべきなのであろうか。結論から先に言えば、彼は、損害の程度が軽減された場合については、重い損害と軽い損害の2つの損害を区別し、実際には発生しなかった重い損害を回避したことを理由として実際に発生した軽い損害を正当化するための論理は、推定的同意にしか残されていないと考えているようである⁽⁶⁰⁾。というのも、彼によれば、同

⁽⁵⁸⁾ Samson, a.a.O. (Fn. 14), S. 597. このSamsonの主張に対する批判として, Saccinetti, a.a.O. (Fn. 16), S. 594 f. も参照。

⁽⁵⁹⁾ Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 37), S. 494 f.

⁽⁶⁰⁾ Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 37), S. 496 f.; Gropp, a.a.O. (Fn. 5), § 4 Rn. 96. 彼は緊急避難原理の適用を否定する論拠として、身体の別の部位に石の軌道を変更した事例では、侵害禁止と救助命令が同一の法益主体の財に関係するものである点を挙げている。また、同様に、救助行為と侵害行為が同一の行為客體、同一の法益主体に関わる場合に利益衝突による解決を否認し、正当化的緊急避難は問題とならないとするのは, Sousa Mendes, a.a.O. (Fn. 30), S. 573. 最近の論稿として, Armin Engländer, Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen, GA 2010, S. 15 ff.

一人物の財についての利益衡量は、客観的評価ではなく、当事者の個人的選好（プリファレンス）を踏まえて行うべきものだからである⁽⁶¹⁾ ⁽⁶²⁾。

なるほど、抽象的には同じ傷害であっても、具体的に頭部外傷と鎖骨骨折とでは、前者に比して後者の方がまじだと一般的には考えられるであろう。それでは、目ではなく、手に石を直撃させ、被害者の指が永久に曲がらなくなった場合はどうだろうか。通常なら、目を失うより指の機能を失う方がまじまじだとは考えられるであろうが、例えば、被害者がピアニストであった場合でも、同様に考えるべきかは1つの問題であろう。ピアニストにとって鍵盤を弾くための指（腕・肩）は、生命線に等しいからである⁽⁶³⁾。このように身体の特定期位に関して被害者が通常人とは異なる特別な利害関心を有していた場合に、通常人を判断基準とした客観的判断として危険減少判断を構想し、それを客観的帰属ないし客観的構成要件該当性の否定と結びつけるなら、それはまさに、処分可能な自己の法益についての法益主体としての被害者の正当な関心を不法評価のいかなるレベルからも放逐し、軽視することにつながる。推定的同意

(61) Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 37), S. 496. 既に, Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Fn. 18), § 14 Rn. 67 f. なお, Kindhäuserによれば, Oを生命の危険から守るためDに横断麻痺を引き起こした事例では, 行為者Xは, Oとの関係では, 事故の際における救助行為という一般的作為を(323条c), また行為者が保障人的地位にあるときは, 212条, 13条から導き出される救助命令を履行している。しかし同時に, Dとの関係では, 行為者Xは(重大な)身体傷害の禁止に違反している。従って, 行為者はOを守るため救助行為を実行するよう義務づけられるとともに, その行為によって同時にDに関して重大な身体傷害の禁止に違反しているという限りで, 規範衝突状況にあるとする。

(62) 被害者の関心や選好の考慮の当否という問題との関係では, 危険であれ結果であれ, 被害者の意思を度外視して減少判断を客観的に行うことを許容し, かつそれを客観的帰属の否定へと結びつけるなら, 患者の意思に反した専断的治療行為なども危険減少でカバーされることになるなど, 医療現場で不都合な帰結が導き出されるのではないと思われる。この点については, 差し当たり, Hans-Ulrich Paeffgen, Gefahr-Definition, Gefahr-Verringerung und Einwilligung im medizinischen Bereich, Festschrift für Hans Joachim Rudolph, 2004, S. 187 ff.

(63) 同様に, 顔は役者や俳優にとって重要なものであろうし, 足はランナーにとって大切なものであろう。この点について, Schroederも, 身体の部位が有する意味は個人によって異なることに鑑みれば, 被害者のプリファレンスを考慮せずに十把一絡げに相殺を行うべきではなく, 推定的同意の規則によるべきであると指摘する。Schroeder, a.a.O. (Fn. 25), S. 159 f.

説の背景にあるのはこのような考えであろう。ただし、もしそのような考えを正当と評価し、推定的同意によって解決を図るにしても、それによって正当化される範囲は一判断方法によっては—それほど広くはないと思われる⁽⁶⁴⁾。

(6) 不救助事例と不十分な救助事例

さらに、危険減少でも緊急避難でもなく、はたまた推定的同意とも異なる独自の論拠に言及しているのが、Sousa Mendesである。

Sousa Mendesよれば、伝統的見解に対して危険減少理論のメリットを検討することに意義が認められるのは、基本的に以下の4つの事例類型に限られる⁽⁶⁵⁾。第一に、救助的介入により重い結果発生に至る既存の因果経過が修正され、同一の行為客体に対して軽い侵害結果が発生し、かつ重い結果の回避にとって実際に発生した軽い結果の発生が必要なものであった場合である。第2類型は、客観的には第1類型と同じ状況を前提としつつも、介入者の主観的表象が異なる場合、つまり介入者が危険減少を認識せず、むしろ侵害意思をも抱いていた場合である。第3類型としては、救助的介入により危険減少が引き起こされ、軽い侵害が実現されたが、介入者は軽い損害の回避が可能であった場合である⁽⁶⁶⁾。そして第四に、介入者が既に創出された危険を自然的因果経過により減少させる場合である。

このうち、危険減少につき、教科書事例として取り上げられるものの多くは、第1類型に位置づけることができよう。しかしそれにもかかわらず、この第1類型については、危険減少理論に固有の意義は認められない。というのも、こ

(64) 宮川・前出注(28)10頁以下は、行為時点における被害者の真の意思についての蓋然性判断に基づくべきと解するなら、ピアニストにとってこのような傷害は回避したいと考える蓋然性が高い以上、推定的同意により正当化されることはないであろうと指摘する。Kindhäuserも、ピアニスト事例では、頭から手への変更は推定的同意によりカバーされないだろうが、この場合、故意的・過失的な義務違反が欠けるため、救助者に傷害結果を主観的に帰属することはできないとする。しかしそれに対し、頭から肩への変更は、通常、被害者は頭部傷害より肩の傷害を優先するであろうから、被救助者の推定的同意によりカバーされ、正当化されるとする。Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 37), S. 496 f.

(65) 以下の記述については、Sousa Mendes, a.a.O. (Fn. 30), S. 572 ff.

(66) この事例類型については、Armin Kaufmann, "Objektive Zurechnung" beim Vorsatzdelikt?, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, 1985, S. 255.

の場合、例外モデルからも介入者を不処罰とすることが可能だからである⁽⁶⁷⁾。他方で、第2類型でも問題解決の体系的位置づけは異なるものの、伝統的な例外モデルと危険減少理論に結論上の違いは生じないとする⁽⁶⁸⁾。

それ故、危険減少理論による解決は、介入者が軽い損害結果をも回避可能であった第3類型の場合に初めて独自性を見出せるように思われるが、しかしSousa Mendesによれば、この類型で、帰属連関の中断を根拠づけるものは、推定的同意でも⁽⁶⁹⁾、危険減少理論でもなく、「衡平」(Billigkeit)という観点に他ならないとする(以下、「衡平論拠」という。)。このSousa Mendesが新たに提出した衡平論拠は、第3類型(第4類型でも⁽⁷⁰⁾)で構成要件該当性を排除する根拠とされるが、衡平論拠は直接的には、不救助事例と不十分な救助事例(第3類型)との処罰上の釣り合いという観点に起因するものである。

すなわち、救助行為を実行することなく最悪の結果発生に至る事象経過に介入しなかったため、重い結果が発生した場合(不救助事例)に、それが犯罪を構成するのは、不救助罪(323条c)や不真正不作为犯(13条)に該当するなど、特別な作為義務(救助義務)が認められる場合に限られる。そうだとする

(67) もちろん、さらに介入者の行為が正当化される場合、そもそも構成要件の行為にすら言及できないと考えるなら別論であろう。しかし、いわゆる消極的構成要件要素の理論(例えば、中義勝『講述犯罪総論』[有斐閣、1980年]57頁以下、井田・前出注[45]91頁以下)については、通説は批判的である。なお、Sousa Mendesは、同一の行為客体および法益主体が問題となっているから、正当化的緊急避難は問題とならず、推定的同意による解決を図るべきであるとする。Sousa Mendes, a.a.O. (Fn. 30), S. 573.

(68) 厳密に言えば、このことは、例外モデルでも主観的正当化要素を欠く場合の解決方法についてどのような立場に依拠するかによって相対的であろう。すなわち、例外モデルによれば、主観的正当化要素の存在が必要となるため、第2類型では、通常その完全な正当化は否定されるであろうが、ただ、主観的正当化要素が欠けた場合でも、正当化事由の客観的要件は充足されていることに鑑み、未遂の限度での処罰にとどめるという未遂説に依拠するなら、危険減少理論からも意図した結果に対する不能未遂としての可罰性が残る余地がある以上、結論に違いは生じないとする。Sousa Mendes, a.a.O. (Fn. 30), S. 573 f.

(69) この点、Kindhäuserは、第3類型のような場合でも同様に、推定上被害者は重い結果(死)より軽い結果の方がましであると考えられるであろうから、やはり実際に発生した軽い結果は推定的同意により正当化されるとする。

(70) Sousa Mendes, a.a.O. (Fn. 30), S. 575 f.

と、第3類型のように、そもそも救助義務（作為義務）の課せられていない者が一完全な結果回避可能性の存在を前提として一不十分な救助行為しか行わなかった場合でも、少なくとも最悪の結果は回避しているにもかかわらず、そのような事情を等閑視して、ここで不救助を超える不法評価を下すことは、まさに背理的な帰結である。Sousa Mendesは、概ねそのように論じて、第3類型で構成要件該当性を否認すべきであると説くのである⁽⁷¹⁾⁽⁷²⁾。

しかしこのような見方ないし衡平論拠に対しては、救助義務のない者でも、いったん救助行為に出た以上、回避可能な重い結果の回避行動が義務づけられるのであり、不救助事例と不十分な救助事例の間に処罰上の不均衡は存在しないという異論も考えられる。そのような批判は既にわが国でも主張されているところである。すなわち、「父親Yが溺死しそうになっている息子Aを救うにあたり、悪意であえて時間をかけて救助活動を行ったために、息子は生命を救われたが重篤な後遺症を負ったというとき、父親は傷害罪（ないし殺人未遂罪）の罪責を免れない。そして、そのことは、救助をはじめた父親に保証義務がない場合についても同じだと考えられる。YはAをまったく見殺しにすることもできた、その場合によりもマシな結果が生じたということで、その行為を正当化することはできない。それは、保証者の地位に立たない者も、ひとたび救助行為に着手することにより、可能なかぎりの救助行為を行う刑法的義務を負うことになるからである。救助行為を引き受けこれに着手したとき、それを途中で勝手に放り出すことができないように、あえて不十分な救助行為にとどめる

(71) 不十分な救助事例では、規範論理的には、禁止規範と命令規範の区別に対応して、軽い結果を引き起こしたことに関する作為としての側面と、実際に行っていないが、行為者の認識や能力を踏まえれば、行うことが可能であったし、刑法的に行うべきであったであろうことに対する不作為としての側面を区別して観念することができよう。もっとも、Sousa Mendesは、解釈学的構成としては、ここで不十分な救助行為を「作為による不作為」(Unterlassung durch Tun)と不作為犯的に理解している。Sousa Mendes, a.a.O. (Fn. 30), 575. この概念については、Claus Roxin, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, in: Festschrift für Karl Engisch, 1969, 380 ff. を参照。

(72) 宮川・前出注②414頁以下は、危険減少を理由に客観的帰属を否定するための要件として補充性の要件は不要であることを裏づけるために、不救助事例と不十分な救助事例の対比に言及している。

こともできないのである。」と⁽⁷³⁾。

(7) 危険の「減少」と「転換」

既に見てきたように、危険減少の理論的根拠や判断構造、事例類型化の方法論などをめぐっては、ここ最近、これまで以上に掘り下げた批判的検討がなされるようになってきた。

しかし本稿の見立てによれば、対立の調停と混乱の解消は、根源的には「危険減少」という概念の明晰化なくしてはあり得ないように思われる。なぜなら、危険減少事例をめぐり理論的対立の根本的な原因は、そもそも「危険減少」概念の使用規則⁽⁷⁴⁾が曖昧なまま議論を進めてきたところに見出すことができるからである。その証左としては、何をもって危険減少事例と位置づけるべきかについて危険減少理論の論者間でさえ確固たる共通理解はなく、従って議論の共通前提が確保されていないことを指摘すれば十分であろう⁽⁷⁵⁾。今のところ、一般に用いられているような意味での危険減少概念は、日常言語的にはともかく、刑法的責任の根拠づけや限界づけに関わる解釈学上の概念としては、その果たすべき役割を全うすることのできない、不十分なものでしかないように思われる⁽⁷⁶⁾。

例えば、[事例3]のような事例は、本当に危険減少事例なのだろうか。確かにここでは、行為者の介入により因果経過が変更され、現実には発生しな

⁽⁷³⁾ 山口=井田=佐伯・前出注(19)49頁 [井田良]。

⁽⁷⁴⁾ 同じような現象は、刑法解釈論の随所に見られる。例えば、「錯誤」という概念もその用例の1つに加えることができるであろう。この点について、拙稿「教唆犯と錯誤をめぐる故意帰属の論理構造について」駿河台法学29巻1号(2015年)75頁以下を参照。また、いわゆる「減少思考」に関しては、問題関心の文脈は異なるものの、過剰防衛論や中止犯論にも及んでいる。ここでも同様に、「違法減少」、「責任減少」という解釈学的概念の使用規則と論理構造が明らかにされなければならないであろう。

⁽⁷⁵⁾ Schroeder, a.a.O. (Fn. 25), S. 158は、危険減少の古典的事例以外にも、①狙われた部位への障害を減少させつつ殴打の程度を緩和した場合、②死を先延ばしにした場合、③殺人から傷害へと変更した場合、④他者による重い侵害を阻止するため、他者を殴り倒した場合、⑤故殺から傷害へと他者を仕向けた場合、⑥傷害から器物損壊へと変更した場合、⑦確実な結果発生を他の危険と置き換えた場合にも、学説は危険減少の問題として議論していることを指摘している。

かった重い結果を回避するために、死という重い結果と比較すれば軽い結果としての傷害結果が引き起こされていることに間違いはないように見える。しかし、この事例を危険減少と位置づけることは、概念的混乱を招くミスリーディングなもののように思われる。厳密に見れば、[事例3]では、危険が「減少」されているのではなく、むしろ最終的結果の損害ないし危険のレベルを相対的に低い、しかし別様の危険へと、いわば「転換」していると捉えるべきであろう。刑法上重要な危険というものは、それが向けられる保護客体との関係において初めてその刑法的意義を獲得するものであるから⁽⁷⁷⁾、それぞれの危険に表現されている保護客体の観点を抜きにして大雑把に危険減少を語ることは、無用な誤解を助長するものでしかない。

改めて[事例3]に即していえば、この場合、被害者の頭部へ向けて発射された弾丸が表現している危険は、「生命」侵害の危険に他ならない。そしてこ

(76) 危険減少概念の意味内容は学説上統一的なものではなく、それ故、概念の精緻化が必要であると指摘する論者として、Leeがいる。彼は、行為者が被害者に対する新たな危険を創出することなく既に存在する危険を減少させただけの事例を「単なる危険減少」(bloßer Risikoverminderung)の事例と呼んで、それを狭義の危険減少が問題となる事例を看做している。彼によれば、「単なる危険減少」の適用領域には、第一に、結果としての損害(Erfolgsschäden)を減少させた場合(例えば、AがBの頭に向けられた生命にとって危険な一撃を肩に逸らした場合や、窃盗犯Dが1,000ドイツマルクを盗もうとしていたところ、Cが100ドイツマルクを盗むよう唆した場合など)、第二に、結果発生を時間的に遅らせる場合(例えば、医師が不治の病にかかっている患者の生命をその処置により引き伸ばし延命した場合)が含まれるとする。以上について、Lee, aa.O. (Fn. 10), S. 119 f.を参照。しかし問題意識は正当であっても、そこから導き出される帰結には承服できない。例えば、AがBの頭に向けられた生命にとって危険な一撃を肩に逸らした場合には、別途、身体安全性に対する危険の設定を観念する余地があり得ると思われる。この事例について、新たな固有の危険創出がないと断定することは、論点先取りであって、結局は、彼のアプローチは、その試みにもかかわらず、従来からの通俗的な理解と大した径庭はないというべきであろう。

(77) それ故、法益主体が同一であっても保護客体が異なる場合には、危険評価の対象が異なる以上、(同一の)危険減少として扱うべきではない。例えば、Armin Kaufmanが提出した、介入者が被害者の身体から同一被害者の所有物である高価な花瓶へと打撃を変更した事例(Arm. Kaufmann, aa.O. [Fn. 66], S. 256)、そこに危険減少を認めることはできない。この場合には、後述する「危険の転換」事例として、その刑法的評価を区別して考えるべきであろう。

の危険は、事例中の事実関係からも明白なように、Xにより故意的に創出されたものである。それに対して、介入者はその進行方向を（そして着弾点を）肩へと変更することで、生命侵害の危険とは（法益主体は同じだが）保護客体の異なる「身体」傷害の危険という別様の新たな危険を創出することで、被害者Oの「生命」侵害の危険を同じ被害者Oの「身体」傷害の危険へと転換しているのである。

もちろんそれにより最終的に重い結果としての生命侵害は阻止されているから、介入者の行動は少なくとも客観的に重大な結果回避行動であったということとはできよう。ただ、そのような側面が認められるとしても、この介入者の行動が事前的にどのような危険を帯びたものであったのかということと、それにより引き起こされた最終結果が仮定的因果経過を踏まえて事後的にどのようなものであったのかということとを、行動規範論と制裁規範論との関係で論じ分ける必要性は失われまいと思われる。そのため、このような区別は、用語法の問題を超えて、介入者の行った行為に対して適正な刑法的評価を行うために必要不可欠な視点であるように思われる。

もっとも、だからといって、本稿もまた、いかなる意味においても危険減少というものを観念する余地がないとまで主張するつもりはない。すなわち、同一の保護客体に向けられた危険性の程度を減少させる場合には、依然として危険減少というものを問題化する余地は残されているように思われる。

[事例9] Xは、被害者Oに殴りかかろうとしている行為者Yの腕を掴み、狙った身体部位への殴打の影響力を半減させた⁽⁷⁸⁾。

[事例10] Tは、復讐目的で拳銃を用いて被害者Oを殺害しようと計画していた。Aは、拳銃で被害者を即死させるのではなく、鉄パイプで殴って殺害すれば、被害者はジワジワと死の恐怖と苦痛を感じながら徐々に死に至るから、そちらの手段の方がよいとアドバイスした。後日、Tは、自ら鉄パイプを調達し、Aの助言通りに鉄パイプを用いてOを殺害した。

(78) Ernst Amadeus Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 17, 23.

〔事例9〕では、介入者Xは、同一法益主体に属する同一の保護客体に対して向けられた侵害行為の危険を減少させていると考えることができよう。また、共犯事例としての〔事例10〕も基本的には同様に考えることができよう。ここでAは、犯行手段として「拳銃」による殺害を意図していた行為者Tを唆して、その犯行手段を「鉄パイプ」へと変更するよう唆しており、実際にTはその犯行手段を変更している。経験的知識によれば、用法上の凶器としての鉄パイプは性質上の凶器である拳銃と比べて、被害者を殺害するために通常は複数回の殴打が必要であるから、その生命侵害の危険性は、一般に拳銃より低いと評価することができる。そうだとすると、〔事例10〕では、その侵害行為が同一の法益主体の同一の保護客体に向けられている限りで、AはTに対し犯行手段を拳銃から鉄パイプへと変更させたことで、生命侵害の危険の枠内で危険減少を引き起こしたと考える余地があるように思われる⁽⁷⁹⁾。

実際、Schroederもまた、本稿の構想と類似するようなことを主張している。彼もまた、危険減少類型として議論されている多くの事例において、差し迫った損害の減少が問題となっているのではないと指摘しているのである⁽⁸⁰⁾。Schroederによれば、〔事例9〕のような場合が危険減少と呼ぶに相応しい事例であるとする⁽⁸¹⁾。

それに対して正当にも、〔事例3〕や斧の進路を頭部から肩に変更した事例においては、差し迫った損害が一層軽い別様な損害と置き換えられているのであって、そのことについて危険の増加が認められないとか、法的に許されない危険は創出されていないとか論証することはすべての外れであるとする。結局、Schroederにとって、「危険の転換」(Umlenkung einer Gefahr)もまた刑法上重要なものなのであって、そのことは、法的に保護されていない客体(例えば、無主物)から法的に保護された客体へと危険が転換される場合だけではなく、同価値の客体や価値の低い客体へと危険を転換した場合でも同様に妥当するのである⁽⁸²⁾。

(79) この共犯事例は、犯行手段の変更が危険の減少をもたらすような修正教唆の事例であり、ここでは凶器変更を唆すことにより、復讐目的という行為者の動機実現を最適化する旨の助言行為の法的評価が問題となっている。

(80) Schroeder, a.a.O. (Fn. 25), S. 159.

(81) Schroeder, a.a.O. (Fn. 25), S. 159.

いずれにしても危険の「転換」が問題となるような場合に危険減少理論が主張しているように、そもそも構成要件的に許されない危険の設定を否認することは、方法論的・規範論的に重大な問題があるのではないかと思われる。ここではむしろとくに制裁規範との関係で、その行為が客観的に重大な結果の回避行動であるという点をいかに解釈学的に構成すべきかというように問題を捉え直さなければならないのではなかろうか。

5. 縮小教唆事例

(1) 事例類型と議論状況

既に冒頭でも示したように、有力説によれば、危険減少理論は、縮小教唆についても転用される。そして近時、本説の支持者は、ますますその数を増やしているように見受けられる。だがしかし、既に明らかにしたように、危険減少理論の扱って立つ根拠と限界については、重大な問題が含まれている。

同じことは、縮小教唆についても当てはまるであろう。なぜなら、その縮小の論理構造は、依然として明らかではないからである。そこで、最後に、以上の危険減少理論に対する批判的検討を踏えて、縮小教唆事例について取り組むことにしたい。

手始めに、いわゆる縮小教唆というものが、いかなる事例類型との関係で議論されているのかを振り返ることで、問題状況に関する大まかなスケッチを描き出しておきたい。

一般的に争いのないところによれば、縮小教唆はその対概念としての拡大教唆と鏡像的に対応する、以下の2つの事例状況においてその現象形態が広く認知されている。すなわち、第一に、大小関係にある構成要件をまたぐ縮小教唆、第二に、1つの構成要件内での縮小教唆がそれである。

前者は、構成要件の縮小、つまり加重犯または結合犯の実行を決意していた者を唆し基本犯または構成犯を実行させる場合が念頭に置かれている。冒頭の[事例1]では、まさに加重構成要件としての加重強盗から基本構成要件としての単純強盗へと犯行決意を縮小的に変更させた点を捉えて、この事例類型に

含まれると解される。

[事例11] Tは、知人Oの金庫から1,000ユーロを窃盗しようと決意していたが、その妻Aは100ユーロだけを窃盗するよう提案したため、Tは、Aの提案に従い、最終的に100ユーロを窃盗した。

それに対し、[事例11]は、後者の縮小教唆類型に対応するものである。ここでは、AはTを唆すことで、被害者をOとする窃盗という同一構成要件の枠内において法益侵害結果としての財産的損害を、1,000ユーロから100ユーロへと合計900ユーロ分、量的に減少させているといえよう。

[事例12] Tは、自転車店O₁からロードバイク1台を窃盗し、オークションサイトでそれを転売しようと計画していたが、友人Aは、その容易性から道端に駐輪されているロードバイクを狙うようアドバイスした。TはAの助言を受け、公道上に駐車してあったO₂のロードバイク1台を盗んだ。

この点、[事例12]は、[事例1]や[事例11]とはやや異質な事例類型であろう。この場合、ロードバイク1台を領得して、それをオークションサイトで転売して利益を得るというTの犯行動機そのものに変更はない。この場合、Tにとっては、財物を領得できれば、その犯行手段は、窃盗(235条)でも占有離脱物横領(254条)でもいずれであっても構わないと考えられよう。この点、Aは、このTの犯行動機を実現する際に生じるリスクを最小化する手段を教示したのであり、それにより動機目標の実現を最適化していると評価することができる。その際、窃盗から占有離脱物横領への犯行決意の内容変更は、領得罪として罪質の共通性を有しながらも、構成要件として書き分けられ、かつそれぞれの罪の不法内容を構成する占有侵害の有無において両罪には相違が認められる。しかもこの場合、財産的損害を受ける被害者も変更されている。窃盗と占有離脱物横領は、加重犯と基本犯のように、一方の犯罪類型が他方の犯罪類型を完全に包含し、一定の加重事由の存在を条件としてその発展的な犯罪遂行形態をとくに重く処罰するような典型的な関係にはない。

ともあれ、少なくとも[事例1]や[事例11]のような場合に縮小教唆が主

題化されるとき、そこで問題となるのは、教唆犯および幫助犯の不法・可罰性である。周知のように、通説は、この場合に、まずもって教唆の成立を明確に否定する。問題は、その結論を支える論拠がいかなるものかである。

これまでの議論で主張されてきた論拠を改めて整理整頓すると、そこには、もっぱら教唆犯の否認に関わる論拠と、教唆犯および幫助犯の否認に関わる論拠があるように思われる。これまでは両者はいわば混然一体となった形で区別されずに議論されてきた嫌いがあるが、本稿では、それらを区別した上で各論拠について検討することにした。

第一に、縮小教唆事例において、とくに教唆の不法・可罰性を否認する論拠として持ち出されるのは、二重教唆否定の理論に基づく論拠（以下、「二重教唆否定論拠」という。）である。ただ、既に固く決意した者は教唆され得ないという主張をその命題内容とする二重教唆否定論拠は、いわゆる拡張教唆にも等しく妥当するものと理解されている。Hoyerも指摘しているように⁽⁸³⁾、それにもかかわらず、拡大教唆では、教唆の成立範囲について激しい理論的対立が存在するのに対し、縮小教唆では、その解決の体系的な位置づけについてはともかく、教唆犯としての処罰が否定されることにさほど争いは見られないのである⁽⁸⁴⁾。

論拠自体は同一であるにもかかわらず、なぜこのような論争状況の非対称性が生じるのだろうか、そしてそれはいかなる理由によるのだろうか。このことを詳らかにするためには、この二重教唆否定論拠そのものというより、その命題内容を媒介として取り込まれている、次のような別の命題について視線を投げかけることが重要であろう。すなわち、拡大教唆事例のように、軽い罪から重い罪へと決意内容を拡大的に変更する場合には、それが新たな独自の不法内容を基礎づけるということはあることだが、縮小教唆事例のように、重い罪から軽い罪へと犯行決意を縮小的に変更させることは、かかる独自の不法内容を新たに創出するということはないという命題がそれである⁽⁸⁵⁾。つまり、上述の非対称性は、この命題の妥当性について広く共通理解が成り立っていることの帰結として理解することができるのである。

⁽⁸³⁾ Andreas Hoyer, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 7. Aufl., 2000, § 26 Rn. 17.

第二の論拠は、Heizeのいう刑事政策的論拠である⁽⁸⁶⁾。危険減少理論との関わりでも述べたように、行為者に特別な作為義務が課せられない限りは、何もしないで犯罪の実現を事態の成り行きに委ねることは、原則として処罰されない。もしそうだとすると、一定の関与行為を行うことによって少なくとも最悪の事態を回避した者について教唆犯や幫助犯としての処罰を認めるのは不当ではないかと考えられる。刑事政策的論拠とは、このような価値判断をその基礎とするものに他ならない。背理的に共犯処罰の否定が導き出される点では、危険減少で取り上げられる「衡平」論拠と論証構造は同様であるが、ここで注目すべきなのは、この論拠は、その性質上、教唆犯であれ幫助犯であれ、関与行為を一律に不処罰とすべきという内容ないしは広い射程を伴っている点である。それ故、この刑事政策的論拠というものは、二重教唆否定論拠が教唆犯の成立を否認する際に、とくに犯行決意の喚起が認められないとして教唆犯の構成要件要素の不存在を理由としていたのとは異なる論証構造を備えた別の論拠と考えることができよう。

そして最後に、第二の論拠としての刑事政策的論拠と同様に、そもそもの共犯処罰それ自体に関わる射程の広い論拠として整理されるべきものの1つに、いわゆる危険減少論拠 (Risikoverringerungsargumentも算入することができ

⁽⁸⁴⁾ そのように考えるのがドイツ刑法学の通説的見解である。例えば、Günter Bemann, Die Umstimmung des Tatentschlossenen zu einer schwereren oder leichteren Begehungsweise, in: Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S. 273 f., 279; Adolf Schönke/Horst Schröder/Günter Heine/Bettina Weißer, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., 2014, § 26 Rn. 10; Freund, a.a.O. (Fn. 5), § 10 Rn. 122; Geppert, Die Anstiftung (§ 26), Jura 1997, S. 304; Gero Heinze, Die Verleitung des Tatentschlossenen zur Änderung seiner anfangs geplanten Tat, 1974, S. 90; Hoyer, a.a.O. (Fn. 84), § 26 Rn. 17; Jescheck/Weigend, a.a.O. (Fn. 6), S. 689; Kindhäuser, a.a.O. (Fn. 7), § 41 Rn. 15; Kühl, a.a.O. (Fn. 27), § 20 Rn. 185; Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O. (Fn. 9), § 51 Rn. 11 (Renzikowski); Otto, a.a.O. (Fn. 5), § 22 Rn. 38; Roxin, a.a.O. (26), § 26 Rn. 69; Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Fn. 7), § 13 Rn. 571.

⁽⁸⁵⁾ 多くに代えて、Hans Kudlich, Die Abstiftung, JuS 2005, S. 592 f.; Kühl, a.a.O. (Fn. 27), § 20 Rn. 185; Roxin, a.a.O. (Fn. 26), § 26 Rn. 69; Heinze, a.a.O. (Fn. 85), S. 90. わが国では、鈴木・前出注(10)168頁も、「教唆者はすでに甲罪〔重い罪〕を決意しているので、その中に含まれる乙罪〔軽い罪〕について犯意を惹起することはできず、教唆犯の不法を認めることはできない」(括弧は引用者)とする。

⁽⁸⁶⁾ Heinze, a.a.O. (Fn. 85), S. 92.

よう。Schulzは、この点に関して、縮小教唆事例において問題となっているのは、処罰の態様（Wie）ではなく、処罰の「有無」（Ob）であると指摘し⁽⁸⁷⁾、またGeppertも、縮小教唆事例では、危険減少思考の下では、共犯者に軽い結果を帰属することはできないのであって、保護法益の状態を悪化させるのではなく、改善する行為を禁止することはナンセンスであると述べ⁽⁸⁸⁾、このことを端的に明らかにしている⁽⁸⁹⁾。

(2) 危険減少と共犯事例

それでは、教唆犯の成立を否定するに当たり、これらの3つの論拠に基づく論証は、いずれも正当なものとして受け入れることができるだろうか。

まず、危険減少論拠は、危険減少理論が抱える多くの問題をそのまま引き継いでいる。縮小教唆事例に関して、立法者が設定した法規文言から解釈学的に導き出された個々の構成要件を離れて、客観的帰属可能性という一般的な帰属観点そのものを援用して教唆犯ないし幫助犯を否定するというアプローチに対して、方法論的な疑問を提起することができるであろう。Nepomuckも同様に、危険減少論拠は、可罰性の阻却を解釈論上精確に位置づけておらず、しかもそのような法規文言から離れたところで解決を行うべきではないと批判している⁽⁹⁰⁾。つまり、危険減少が存在する場合に正犯者との同等処罰は認めるべきではないという価値判断が正当なものであるとしても、そのことは最終的に教唆犯規定によって指示された一定の客観的構成要件要素が充足されていないという判断に帰着するはずであるから、縮小教唆の場合には、構成要件に該当する「教唆行為」（Bestimmen）へ正犯行為を客観的に帰属し得ないというのではなく、むしろそもそも「犯行を教唆する」（Zur-Tat-Bestimmen）の要件が充

⁽⁸⁷⁾ Joachim Schulz, Die Bestrafung des Ratgebers, 1980, S. 176 ff; Geppert, a.a.O. (Fn. 85), S. 304; Steen, a.a.O. (Fn. 3), S. 195.

⁽⁸⁸⁾ Geppert, a.a.O. (Fn. 85), S. 304.

⁽⁸⁹⁾ もともと、縮小教唆事例で教唆犯の成立を否認する際、これらの論拠は必ずしも網羅的にすべて挙げられるというわけではない。例えば、Bemann, a.a.O. (Fn. 85), S. 279は、二重教唆否定論拠のみを、Geppert, a.a.O. (Fn. 85), S. 304は、二重教唆否定論拠と危険減少論拠を、Heinze, a.a.O. (Fn. 85), S. 89 ff. は、二重教唆否定論拠と刑事政策的論拠を挙げている。

⁽⁹⁰⁾ Nepomuck, a.a.O. (Fn. 3), S. 312.

たされていないと解すべきであるというのである⁽⁹¹⁾。

既に危険減少理論に対する批判的検討を通じて明らかにしたように、危険の「減少」と「転換」は区別すべきであるから、縮小教唆事例においても、侵害行為の向けられている保護客体との関係に即して、事例の細分化を行う必要がある⁽⁹²⁾。例えば、[事例11]のように、同一構成要件内で同一の保護客体に向けられた正犯者の犯行決意を修正し、1,000ユーロではなく100ユーロの窃盗を行うよう唆した場合は、危険減少に言及する余地があろう。同じことは、以下のような事例でも当てはまるであろう。

[事例13] Tは、被害者Oの所有するモネ、マネ、ドガの絵画の窃盗を計画していた。AはTに対して、マネとドガの2つ絵画のみを窃盗するように唆した。

[事例13] では、当初の犯行決意が向けられていた保護客体（3点の絵画）との関係で、既に存在していた保護客体に対する危険を、犯行決意の修正・放棄を通じて減少させたと評価することができるであろう。[事例11] の場合には、100ユーロの窃盗を決意させたのではなく、むしろ900ユーロの犯行決意を放棄させることで、いわば900ユーロを窃盗しないという決意を引き起こした、あるいは[事例13] の場合には、モネの絵画に対する犯行計画を断念させることで、いわばモネの絵画を窃盗しないという決意を喚起したのであるが、このような消極的な犯行決意の喚起それ自体は、例外的に不作為犯が問題となる場合を除いては、通常、刑法的禁止の対象とはなり得ないといってよい。

危険減少理論を共犯事例において転用する場合には、第一に、教唆構成要件ないし幫助構成要件により捕捉されるべき危険とはどのようなものが教唆行

(91) Nepomuck, a.a.O. (Fn. 3), S. 312. もっとも、このNepomuckの批判は、法規文言自体に（わが国の刑法典でいえば「教唆して犯罪を実行させた」[61条]）危険減少ないし危険増加の観点から内在的に読み込むことで、表面上は回避可能ではあろう。その点で、決定的な批判とはなり得ないように思われる。

(92) なお、教唆犯における「危険」というものに定位するとき、縮小教唆行為の時点として、実行の着手後の犯行決意の縮小的変更と着手前のそれとでは、少なくとも危険の切迫性は異なると考えられる。

動規範や幫助行動規範との関係で個別的に詳らかにされなければならない。この点、もし危険減少論拠を、一部の論者が主張しているように、両共犯類型を横断する帰属排除原理として構想するなら、それは、「教唆犯」における危険、「幫助犯」における危険を明晰化する試みに水を差すことになりかねないのではないかという懸念が残るであろう。

第二に、とくに縮小教唆事例では、教唆者ないし幫助者が創造する危険内容および危険判断との関係で、関与行為以前に既に存在していた正犯者の犯行決意というものにいかなる刑法的意義を与えるべきかという問題が提起されなければならないであろう。この問題圏において、いっさい「犯行決意」⁽⁹³⁾という概念を用いないならともかく、ドイツ、そしてわが国の通説と同様に、「犯行決意」というものに一定の刑法的重要性を見出すべきだとするなら、犯行決意の具体的内容や関与行為の時点は、危険判断を規定する1つの考慮ファクターとなる。もっとも、これらの問題については、さらなる理論的探究を要し、詳細な分析は別の機会に改めて論じることにした。

(3) 「大から小への推論」

さて、次に、二重教唆否定論拠だが、繰り返し指摘しているように、縮小教唆事例における二重教唆否定の理論の核心命題は、重い罪の犯行決意は、過不足なく軽い罪の犯行決意を包含する以上、そこに軽い罪の犯行決意は既に織り込み済みであるから、新たな軽い罪の犯行決意の喚起を論じる余地はもはや残されていないというものであった。Geppertが明確に指摘しているように、これは、「大から小への推論」(argumentum a maiori ad minus)⁽⁹⁴⁾、いわば「大は小を兼ねる」式の発想に基づく勿論解釈に他ならない。勿論解釈については、「大から小への推論」としての「縮小勿論解釈」と「小から大への推論」(argumentum a minori ad maius)としての「拡大勿論解釈」を区別することがで

⁽⁹³⁾ この概念については、拙稿「一つのアポリアとしての教唆犯における犯行決意というもの—主にomnimodo facturusの理論を批判的に検討して—」35号(2011年)165頁以下を参照。また、「犯行決意」と「故意」の区別を明快に論じた近時の論稿として、照沼亮介「間接正犯の正犯性を基礎付ける事情についての誤想」上智法学論集59巻4号(2016年)254頁以下。

⁽⁹⁴⁾ Geppert, aa.O. (Fn. 85), S. 304.

き⁹⁵⁾、縮小教唆事例では、まさに縮小勿論解釈の妥当性が広く当然の前提とされている。

確かに、この推論方法は、刑法解釈学の随所で有益な分析視角を提供しているが、「大から小への推論」も「小から大への推論」も2つの対象間に比較概念的な系列秩序が成立しない場合には、例外的に勿論解釈が妥当しない場面も存在する⁹⁶⁾。

ともあれ、ここでの問題は、重い犯罪を決意していたことは、当然に軽い犯罪を決意していたということを含意するのかどうかである。縮小教唆の問題となる事例を、大小関係にある構成要件をまたぐ場合や同一構成要件内での場合に限定する限り、関与行為の前後を通じて問題となる2つの犯行決意が〈抽象的・観念的〉には比較段階的な関係に立つことは、一般論としては認めて差し支えないであろう。

ただ、正犯者の犯行決意の内容を〈具体的・現実的〉に捉える場合、例外的ではあるが、そのような「大から小への推論」を行うべきではない場合も存在するように思われる。例えば、[事例1]の場合、抽象的に見れば、加重強盗と単純強盗は、その罪質や法益を考慮すれば、いわば大小関係にあるから、加重強盗を決意していた者に単純強盗を唆しても、教唆犯は成立しないであろうと思われる。けれども、以下の事例について、教唆犯の成立を否定すべきであろうか。

[事例14] 夫Tは、借金苦から町一番の富豪Oに対する強盗を計画したが、Tは、生来の小心者であったため、拳銃を携帯して強盗を実行することにした。Tは、拳銃なしでの強盗をとて心細く感じ、凶器を携帯しないで強盗を実行するつもりはまったくなかった。その後、妻AがTに対し、「富豪Oは、高齢で足腰も弱くほぼ寝たきりの状態だから、あなたなら素手でも十分よ」と指摘した。Tは、妻の言葉に励まされ、凶器なしで強盗を実行するよ

95) 「縮小勿論解釈」と「拡大法勿論解釈」については、刑法上の類推禁止との関係も含めて、増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』(勁草書房、2008年)215頁以下を参照。また、Jan, C. Joerden, Logik im Recht, 2. Aufl., 2010, S. 352 ff., Ernst A. Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl., 2016, S. 219 f. も参照。

96) とくに「正犯として処罰されない者は、なおさら共犯として処罰されない」という勿論解釈の妥当性については、増田・前出注96)258頁以下。

う決意を新たにし、実際に凶器を持たずにOに対して強盗を実行した。

心理的幫助が成立するかはともかく、[事例14]では、妻Aの指摘がなければ、Tは、十中八九、拳銃なしで強盗を決行することはなかったと考えられる。それにもかかわらず、Aに単純強盗の教唆犯が成立することを、二重教唆否定論拠によって形式的に否定すべきではないであろう。確かにTは、ピストルを用いた加重強盗を決意してはいたが、しかし単純強盗は決意してはいなかったと考えるべきであって、犯行決意の具体的内容に即して考えるなら、[事例14]では、重い罪の犯行決意が軽い罪の犯行決意を含むという命題、つまり「大から小への推論」は妥当しないように思われる⁹⁷⁾。

今の[事例14]は、大小関係にある構成要件をまたぐ縮小教唆の事例であるが、同一構成要件内での縮小教唆に関する事例も考えることができる。以下の[事例15]がそれである。

[事例15] Tは、絵画コレクターAから、美術商Oの所有するモネ、マネ、ドガの絵画を3点揃って盗んでくれば、高額な謝礼を支払うと説得され、金目当てで3点の絵画の窃盗を決意した。ところが、犯行直前、別の絵画コレクターBがTに対して、「自分はドガの作風は嫌いだから、モネとマネの絵画だけでいい。もし私のためにこの2点の絵画を盗んできてくれたら、Aが約束した報酬の2倍の金額を支払おう」と申し向けた。結局、Tは、報酬の高いBの提案を聞き入れ、モネとマネの2点の絵画を窃盗した。

97) それだけではなく、例えば、加重強盗と単純強盗の関係では、「大から小への推論」を行うことが不当と思われる場合として、強盗行為が向けられる法益主体が変更された場合もそこに含めて考えるべきであろう。なぜなら、当初の「加重強盗」の犯行決意が被害者O₁の財物強取に向けられていたことによって、元々の犯行計画ではターゲットにされていなかった別の被害者O₂、O₃などの他の法益主体の財産に対する「加重強盗」からの刑法的保護が解消されてはならないからである。それ故、O₁を被害者とする加重強盗の犯行決意を抱いた者に別の被害者に対するそれを唆すことは、加重強盗の教唆禁止が依然として有効に発動され得ると考えるべきであろう。このことは、いわゆる修正教唆の一事例としての同一犯罪内での被害者の変更の場合(ここでは、加重強盗)のみならず、大小関係にある構成要件をまたぐ縮小教唆の場合(例えば、加重強盗から単純強盗への縮小教唆)にも等しく妥当すると思われる。

[事例15]のTは、3点のうち2点の絵画を盗んでくるだけでは、所期の報酬は約束されない以上、Tにはもともと2点の絵画だけを窃盗するつもりはなかったであろう。従って、Bの提案がなければ、Tは2点、それもモネとマネの絵画だけを窃盗することはなかったであろうと考えられる。なるほど、抽象的に見れば、モネ、マネ、ドガの3点の絵画(=大なるもの)にモネとマネの2点の絵画(=小なるもの)は含まれてはいる。しかしだからといってBについてTによる2点の絵画の窃盗に対する教唆犯の成立を、二重教唆否定論拠によって直ちに否定することには躊躇いを覚えるのではないだろうか。

それでは、もし[事例14]や[事例15]において、本来の犯行計画の内容からして過小な内容しか唆していないにもかかわらず、やはり教唆犯の成立を認めるべきであると考えるなら、この考察の出発点にある「大から小への推論」そのもの、つまり重い罪の犯行決意は軽い罪の犯行決意を含むため、軽い罪の犯行決意を新たに喚起することはできないという命題はそれ自体としてミスリーディングなものなのだろうか。この点については、次のように考えるべきであろう。すなわち、両犯罪が比較段階的な大小関係にある場合、重い罪の犯行決意が軽い罪の犯行決意を含むというのは、抽象的にはそれ自体正しい。しかし両構成要件の抽象的な重なり合いは、軽い罪に関する新たな犯行決意の喚起を否定するための「必要条件」ではあっても、「十分条件」であるとはいえない。軽い罪の犯行決意を含んでいると考えるためには、さらに犯行決意の具体的内容としても軽い罪が明示的または黙示的に排除されていないことが必要であると解すべきであろう⁽⁹⁸⁾。

もっとも、縮小教唆事例でなおも教唆犯の成立を認める余地は十分に残されているという本稿の基本的認識は、論拠は異なるものの、別の論者によっても共有されている。

例えば、Steenは、二重教唆否定論拠は、いったん決意した者はいわば機械のように自動的に犯罪計画の実現に向かって突き進んでいくという考えを前提としているが、もしそのような考えに従うのなら、「既に固く犯行を決意した者」(omnimodo facturus)は、被害者に向かって放たれた弾丸と同様に、法益侵害に至る自然的因果性と同視されなければならない。しかしもしそのように二重教唆否定の理論を額面通り受け取るなら、刑法は行動制御機能を果たし得なくなると指摘する⁽⁹⁹⁾。そこで、Steenは、従来とは別の基準を導入する。

すなわち、正犯行為に対する「寄与の影響力」(Einfluss des Beitrages)という基準がそれである⁽¹⁰⁰⁾。そして縮小教唆の場合でも、第一に、知的影響による教唆、第二に、動機提供による教唆の場合において背後者は教唆者となり得るとする⁽¹⁰¹⁾。Steenによれば、知的影響による教唆が認められる場合としては、例えば、Aが宝石店への強盗を計画していたTに対して犯行リスクを指摘し、誰にも見つからないように巧みにジュエリーを窃盗するよう綿密な犯行計画を提供した場合を挙げる。また、動機提供による教唆の場合としては、Tは復讐心から被害者に対する傷害を計画していたところ、同様に被害者に対する復讐心をもったAがTの計画について知らないまま、被害者の顔面を指示通り殴った場合に報酬を支払うと約束し、Tが報酬目当てでその指示に従って顔面を

98) ただし、本稿の結論と同様に、二重教唆否定論拠によっても単純強盗の教唆犯を肯定する余地はなくはない。つまり、端的に「Tはomnimodo facturusではなかった」と考えるのである。換言すれば、TはAの説示により凶器を置いていくという心変わりをした以上、実は「既に固く犯行を決意した者」(omnimodo facturus)ではなかったと解釈するのである。しかし、もしそのように解するなら、拡大教唆や縮小教唆の各領域では、何らかの決意内容の変更が問題となっている以上、およそすべての事例で犯行を固く決意した者は存在しない(あるいは、認められるとしても極めて例外的な場合)ということになってしまい、二重教唆否定の理論はその適用領域を見出せなくなる。それ故、以上のように考えることは、二重教唆否定の理論が空転することを自認することに等しく、理論としての自殺を意味しよう。それに対して、Steenが、縮小教唆について、行為者が外部からの説得によりその本来計画していた犯行を断念した場合、その行為者は固く決意していなかったであると述べ、教唆の成立を認めようとするのは、二重教唆否定の理論を否定した上でのことである。それ故、彼の主張については、その当否は措くとしても、少なくとも二重教唆否定の理論に見られたような背理的な帰結は生じないであろう。Steen, aa.O. (Fn. 3), S. 195.

99) Steen, aa.O. (Fn. 3), S. 195.

100) Steen, aa.O. (Fn. 3), S. 195 f. もっとも、「寄与の影響力」という判断基準それ自体は開かれた概念であるから、わが国でとくに共同正犯の領域で主張されている「重要な役割」という判断基準と同様、さらにその下位基準を明らかにするとともに、教唆犯の処罰根拠からも正当化されるだけの解釈論的な洗練が欠かせないであろう。

101) それに対して、背後者の影響が、正犯者が助言内容を変更したり、背後者により提供された動機が正犯行為の中心的動機とはならなかったりした場合には、幫助犯の客観的構成要件の実現しか認められないとする。Steen, aa.O. (Fn. 3), S. 196.

殴った場合を取り上げている⁽¹⁰²⁾。従って、Steenにあつては、縮小教唆事例で危険減少論拠によって直ちに教唆構成要件該当性を否定しないことは、以上の主張からして決して理由のないことではないのである。

いずれにしても次の1点において本稿もSteenの主張に同意する。すなわち、縮小教唆事例で正犯者が重い犯罪を計画していたというだけで、一律に軽い罪に関する教唆不法や幫助不法、さらには可罰性が否定されると解すべき根拠は存在しない⁽¹⁰³⁾。

(4) 危険減少と危険増加

縮小教唆事例においては、危険減少が認められるような状況であっても、正犯者が精神的に励まされ、あるいは鼓舞されるなどして、その犯行決意が一層強固なものとなることはあり得ることであろう。この場合、多数説は、危険を減少させたとしても、同時に「犯罪実行の危険」(Begehungsfahr)が高められた場合には、そのことを理由として心理的幫助を肯定しようとする⁽¹⁰⁴⁾。

例えば、Kühlは、Aが重強盗を決意していたTを唆して単純強盗を実行させた場合、Aが危険を減少させているため、結果帰属は排除され、単純強盗に対する心理的幫助は成立しないとしながらも、ただし、AがTに対して犯罪を実行することを魅力的なものと思わせた場合には、犯罪実行の危険が高められたことを理由として、幫助犯が成立するという⁽¹⁰⁵⁾。また、わが国でも、唆した者が重い罪の法益侵害性を減少させたが、同時に軽い罪の犯意を強化したといえる場合には、それにより正犯者を精神的に幫助し、その犯罪の危険を増加

⁽¹⁰²⁾ Steen, a.a.O. (Fn. 3), S. 196.

⁽¹⁰³⁾ Steen, a.a.O. (Fn. 3), S. 197 f.

⁽¹⁰⁴⁾ 多くに代えて、Geppert, a.a.O. (Fn. 85), S. 305; Bemann, a.a.O. (Fn. 85), S. 279; Wessels/Beulke/Satzger, a.a.O. (Fn. 7), § 13 Rn. 571. また、Maurach/Gössel/Zipf, a.a.O. (Fn. 9), § 51 Rn. 46 (Renzikowski) は、危険減少のゆえに心理的幫助も脱落するかは疑わしいとする。もちろん、さらに正当化事由が認められる余地は否定されないが、(正当化的または免責的)緊急避難や推定的同意の厳格な要件の下で違法性が阻却される余地はそれほど大きなものではないであろう。この点について、Heinze, a.a.O. (Fn. 85), S. 91 ff. を参照。

⁽¹⁰⁵⁾ Kühl, a.a.O. (Fn. 27), § 20 Rn. 185. また、Arnd Koch/Katrin Wirth, Grundfälle zur Anstiftung, JuS 2010, S. 207も同旨。さらに、前出注(6)および前出注(7)を参照。

させた以上、軽い罪の心理的幫助の成立を認めることができるとする見解が主張されている⁽¹⁰⁶⁾。

もっとも、第一に、多数説が導き出す結論は、第二の論拠としての刑事政策的論拠との論理的整合性に問題を抱えているように思われる。刑事政策的論拠からすれば、背後者が故意的に危険増加を引き起こしたとしても、それと同時に客観的な危険減少が認められるのであれば、関与行為によって最悪の事態を回避した以上、その背後者を何もしないで事態の推移を傍観していただだけの者に比べて不利益に扱う、つまり心理的幫助として処罰することもまた禁止されるのではないだろうか。

確かに、刑事政策的論拠はそのような場合に関する明示的な言明を含んでいないと捉える、あるいは刑事政策的論拠そのものの受け入れを拒否することで、このような齟齬は一応解消可能である。もっとも、それでもなお、多数説が縮小教唆事例で危険減少が認められる場合には客観的帰属を否定し、教唆犯ないし幫助犯の客観的構成要件該当性を否認していたにもかかわらず、なぜ犯行決意の強化が認められると、一転して幫助犯の不法・可罰性との関係で危険減少の観点は背後に退き、客観的に重大な結果の回避行動としての側面が一顧だにされないのか、この点について納得のいく説明を提出していないという問題は解消しない。

そこで第二に、多数説の説明不足に起因する問題を直視して、多数説とは反対に、縮小教唆事例では、犯行決意の強化による犯罪実行の危険が高められた事例とそうではない事例の双方を通じて、幫助犯の成立を否定しようとするアプローチが主張されている。

すなわち、Kudlichは、この場合、犯罪実行の危険は高められているが、危険の強度は減少していることを前提とするなら、客観的帰属の問題に関しては、犯罪実行の蓋然性の点で危険が増加していることに注目するか、それとも危殆化の強度の点で危険が減少していることに注目するかは、評価問題 (Wertungsfrage) であるとする⁽¹⁰⁷⁾。その上で、彼は、縮小教唆により正犯者の犯行決意が一層強固なものとされることはあり得るとしても、縮小教唆事例では、正犯者の犯行決意は既に教唆犯の成立を排除するほど強固なものとなっている

⁽¹⁰⁶⁾ 例えば、鈴木・前出注(100)169頁。

⁽¹⁰⁷⁾ Kudlich, a.a.O. (Fn. 86), S. 594.

ことに鑑みれば、侵害強度の著しい減少と比べて、犯罪実行の危険の増加は、その刑法的重要性を低く評価すべきであると主張している⁽¹⁰⁸⁾。従って、Kudlichの見解によれば、同時に犯行決意を強化した場合でも、危険減少を理由として既に客観的帰属が排除され、幫助不法は認められないということになるのである。

このアプローチの背後にある問題関心は、縮小教唆事例における犯行決意の強化は、その中核となる犯行決意そのものが既に教唆を排除するほど固く決意されている場合には、通常事例における犯行決意の強化とは、もはや前提としている状況が異なる以上、両者を同列に扱うべきではなく、危険増加の観点は危険減少の観点の背後に退くという点に向けられている。

もっとも、このKudlichの見解は、以下に示すように、いくつかの問題があるように思われる。第一の問題は、危険減少と危険増加のいずれの観点を前面に押し出すかは「評価問題」と位置づけていることに由来するものである。つまり、最終的にいずれの観点を重要視するかは、法解釈者ないし法適用者の価値判断に委ねられるから、Kudlichとは別様の主張も十分に成り立ち得ることになる。例えば、危険減少の程度は軽微だが、危険増加の程度は著しく重大と判断されるような場合にまで、危険減少を強調すべきかは一つの問題であろう。また、Kudlichは、危険減少の意味内容や共犯事例への転用の正当性に関する理論的展開を行っておらず、その依拠する理論の骨組みはオープンのままにされている。

もちろん、程度の差はあれ、このようなことは、Kudlichに限った話ではなく、共犯事例へ危険減少理論を転用する論者全般に見受けられる傾向であるが、危険減少や危険増加というキー概念の精密化と、犯行決意の喚起や強化が教唆犯および幫助犯の行動規範や制裁規範の関係でいかなる地位を占めるかについて、今後も引き続き議論を発展させていく必要があるだろう。

6. まとめに代えて

最後に、本稿を締め括るに当たって、これまでに明らかとなった問題解決に

⁽¹⁰⁸⁾ Kudlich, a.a.O. (Fn. 86), S. 594.

向けて出発点とすべきいくつかの重要な視点について改めて確認するとともに、今後さらに取り組むべき検討課題について手短かに示しておくことにしたい。

第一に、危険減少理論は、とくにドイツ刑法学を中心として客観的帰属論の理論的發展とともに有力化し、その射程範囲を縮小教唆という共犯事例にまで広げつつあるが、反面その見かけとは裏腹に、そもそも何をもって危険減少事例と位置づけるか不明確であり、また実際に危険減少と呼ぶに相応しくない事例をも危険減少事例の中に取り込んでいる。また、本説内部でも危険減少の判断基準や射程範囲をめぐる激しい理論的対立を抱え込んでいるということも明らかになった。とくに危険の「転換」と「減少」を区別すべきという本稿が設定した問題関心からは、それらの概念的区別と「転換」、「減少」の諸概念が、今後引き続き、刑法的禁止・命令の内容やその発動条件、さらに客観的に重大な結果回避行動がなされた場合の処罰の必要性などの問題を巻き込みつつ、教唆不法や幫助不法の概念内容を今後一層明晰化すべきことが併せて課題として明らかとなった。

縮小教唆事例についても、危険減少理論の問題性はそのまま引き継がれている。危険減少論拠や二重教唆否定論拠を受け入れるべきかどうかについては、批判的な立場から検討したが、とくに教唆犯や幫助犯との関係で「危険」の減少判断をどのように行うべきかについては、さらに規範論的ないし方法論的な視点にまで立ち返った詳細な分析が欠かせないであろう。

いずれにしろ、危険減少や縮小教唆というものは、特殊刑法的な観点を踏まえて認定される評価的な事態であって、それをどのような刑法的観点と結びつけ、いかなる体系的レベルの問題として最終的な帰責判断へと取り次いでいくべきかについて説得的な結論を提示するためには、やはり刑法の目的、行動規範論や制裁規範論の課題、個々の共犯的関与類型に固有の危険判断とその認定構造など、犯罪論の基本的論点と正面对決しなければならない。

ともあれ、それらの本稿が積み残した問題については、来るべき将来の課題として引き続き検討していくことにしたい。

※ 本稿は、駿河台大学法学会若手研究者支援プログラム（2015年度）の研究成果の一部である。記して謝意を表したい。