

不作為による共犯について（二・完）

島田 聡一郎

第一章 はじめに

第二章 作為による共犯と不作為による共犯

第三章 不作為単独正犯の成立要件——従来の「不作為犯における正犯と共犯の区別」をめぐる議論の再検討

（以上、六四号）

第四章 不作為による共犯の成立要件Ⅰ 保障人的地位、作為義務

第一節 不作為共犯における保障人的地位

第二節 保障人的地位の発生根拠

第五章 不作為による共犯の成立要件Ⅱ 作為可能性、結果回避可能性

第一節 作為可能性と結果回避可能性の關係

第二節 不作為共犯における作為可能性、容易性

第三節 不作為共犯における結果回避可能性

第六章 おわりに

第四章 不作為による共犯の成立要件Ⅰ 保障人的地位、作為義務

第一節 不作為共犯における保障人的地位

1 共犯のみを基礎づける保障人的地位は存在するか

前述したように、不作為による共犯が成立するためには、行為者が保障人的地位に立ち、作為義務を負っていることが必要であった。では、このような不作為共犯の成立を基礎づける保障人的地位は、不作為単独正犯の成立を基礎づける保障人的地位と同じなのだろうか、それとも、それより広い範囲で認められるべきものなのだろうか。

このような問いを向けられた時、後者の答えをみちびく学説として、いわゆる義務二分説が想起されることだろう。義務二分説とは、不作為者が保護法益に対する特別の關係に基づいてその存続を保障すべき立場にある場合⁽²²³⁾、言い換えれば、特定の法益を「あまねく」保護すべき場合には不作為者は正犯となるが、不作為者が一定の人物の犯罪を阻止する義務や、危険物、場所の管理義務を負っているにすぎない場合⁽²²⁴⁾、言い換えれば特定の危険源のコントロールだけをしなければならない場合には、不作為者は幫助にとどまるとする見解である。一見すると、この見解は不作為正犯を基礎づける義務と共犯を基礎づける義務とを区別し、後者を前者よりも広い範囲で認めているようにもみえる。

しかし、少なくともドイツにおいて主張されているこの見解をそのように位置づけることには疑問がある。この見解は、後者の類型においても、作為者に故意がない場合などは、不作為者を間接正犯としているし⁽²²⁵⁾、逆に前者の類型においても、領得罪において不作為者に不法領得の意思がない場合などは、不作為者を幫助にとどめている⁽²²⁶⁾。

つまり、この見解は、その通称にもかかわらず、不作為の正犯を基礎づける義務と共犯を基礎づける義務とを質的に異なるものとしているのではなく、保障人的地位、作為義務の発生根拠およびそれが及ぶ範囲を、正犯と共犯の区別における、一つの(ただし重要な)考慮要素としているに過ぎないのである。後述するように、保障人が具体的にどのような範囲の結果回避行為を行うことを義務づけられているかを考えるに当たっては、この見解の認めているような考慮が必要となり、そのことが第三章で述べた枠組みのなかで、正犯と共犯の区別に影響することはあり得る。この点については、第三節で論じることとしよう。しかしそのことは、決して不作為による共犯「のみ」しか基礎づけない義務が存在していることを意味するわけではないのである。

もつとも、わが国においては、ドイツにおいて主張された義務二分説から影響を受けながらも、それとは若干ニュアンスを異にし、むしろ正犯を基礎づける義務が認められない場合に、より広い範囲で共犯を基礎づける義務を認める趣旨と理解できる見解も存在する。中博士の見解がそれである。博士は、ドイツにおける義務二分説の代表的論者であるシュレーダーやヘルツベルクの見解を好意的に引用された上で、保障人が直接的な結果回避義務を負う場合には、作為正犯者が介在していても保障人は正犯となるが、「結果回避義務以前の保障者の義務」への違反があるに過ぎない場合には、その不作為が正犯の犯行を容易にする限りで不作為による幫助が成立するとされる。

もつとも、中博士も、領得罪や自手犯などの特殊な構成要件要素が要求される犯罪においては、保障人が直接的な結果回避義務を負っていても幫助が成立することを認められる。この点では、博士の見解もドイツの義務二分説と異なるところはない。しかし博士は、「結果回避義務以前の保障者の義務」の違反に関しては、間接正犯の成立可能性には言及されていない。また博士は、不作為による幫助の成否が問題とされたわが国の裁判例を詳細に分析された際に、法益保護義務が「結果回避義務以前の保障者の義務」に当たる余地を認められている。例えば、保険会社の代理店主や外務員の不作為による詐欺幫助の成否が問題とされた大審院判決⁽²⁰⁾に関して、被告人には「会社財産

を直接保護すべき義務以前の単に契約締結の媒介に当たって善管注意をもって委任事務を処理すべき義務⁽²¹⁾がある
とされ、そのことを根拠として、不作為による詐欺幫助を認めた同判決を支持されている。ドイツの義務二分説に
従えば、このような義務は法益保護義務に分類される。しかし博士は、そのような義務の違反があるにもかかわらず、
それが正犯を基礎づける程度には達していないとして、不作為による幫助のみを認められるのである。

以上のような記述からは、博士が、共犯を基礎づける義務を正犯を基礎づける義務よりも緩やかな要件で認め、
前者の違反しか認められない場合には、(間接正犯的な場合でも) 正犯の成立可能性をおよそ否定されていると理解
することも可能である。⁽²²⁾ もし、博士の見解がこのようなのだとすれば、それはドイツの義務二分説とは似て非な
るものであり、まさに共犯のみを基礎づける義務を正面から認める見解だといえるだろう。

しかし、もしそうだとすれば、そのような見解には賛成しがたい。前述したように、保障人的地位は、不作為犯
として処罰される場合には、作爲犯として処罰される場合よりも行動の自由への制約が類型的に大きいことから要
求された。つまり、保障人的地位は、そうした消極的的行為に対する刑法の介入の正当性それ自体を限界づける要件
なのである。そうだとすれば、不作為による共犯の場合にも、正犯の場合と同内容の作爲義務、保障人的地位が要
求されるべきである。共犯として処罰されることも、行動の自由への制約であることに変わりはないからである。
内藤教授が適切に指摘されるように、不作為による幫助を基礎づける保障人的地位を、不作為による正犯を基礎づ
けるそれを超えて広く認めることは、「不作為による幫助を不明確に拡大⁽²³⁾」して、妥当でないように思われる。

2 犯罪行為阻止の「排他性」?

(1) 総説

以上のように、不作為による幫助を基礎づける保障人的地位、作爲義務は、不作為による正犯を基礎づけるそれ

と同じと解すべきである。このような前提は、近時、有力な論者の受け入れるところとなつてきている⁽²⁴⁾。では、そうした前提の下で、具体的にどのような場合に不作為による幫助を基礎づける義務を認めるべきだろうか。

この点について、近時の有力な学説は、不作為単正犯の場合に「排他的支配」が要求されることに対応して、作為犯を阻止しなかつた不作為者共犯については、不作為者以外に作為正犯を止める者がいなかったという意味での排他的支配領域性⁽²⁵⁾を要求している。そして、わが国の裁判例においても、不作為による共犯を認める際に被告人以外に作為正犯を阻止することができる者がいなかったことを指摘したものが散見される⁽²⁶⁾。では、こうした見解は支持されるべきか。次いで、検討を加えよう。

(2) あり得るその論拠において論拠とその問題点

この見解は、その論拠において不明確な部分を残している。犯行不阻止に関する排他的支配領域性が要求される論拠がなお明らかでないのである。不作為単正犯において排他的支配が要求される論拠には、いくつかの異なるものがあり、⁽²⁷⁾排他的支配説の中でも必ずしも一致を見ていなかったが、そのことがここにも反映されているともいえよう。

そして私は、考えられるいずれの論拠も、不作為による共犯には妥当せず、その結果、排他的支配領域性は共犯の場合には不要となると考えている。なぜなら、それらの論拠は、i 共犯の場合には明らかに要求できないものか、あるいは ii 共犯の場合に要求することは可能ではあるが、不作為犯を基礎づける根拠としては不十分なものいずれかのように思われるからである。

i にあたるのは、不作為と作為との同価値性という論拠である。つまり、作為犯の場合には因果経過に対する支配が必要だから、それと同価値である不真正不作為犯の場合にも「不作為者が結果へと向かう因果の流れを掌中に収めていたこと」⁽²⁸⁾が要求されるというのである。しかし、共犯にはこのような要件は必要ないように思われる。通

常の作為による共犯であっても、作為正犯者を介して結果を實現しているに過ぎず、「因果の流れを掌中に収めて」はいないのだから、それと同価値であるべき(不真正)不作為による共犯についてもそのような要件は不要と解すべきだからである。⁽²³⁹⁾ 現に、排他的支配をこうした観点から要求する代表的な論者である佐伯教授も、複数人が意思疎通の下で救助行為を怠った場合に、それらの者全員に共同正犯が成立する可能性を認められている。⁽²⁴⁰⁾ つまり、共犯の一種である共同正犯の場合には、単独正犯を念頭に置いた「排他」性は必要ないことを論者自身も認められているのである。

また、「不作為と結果惹起の関係の特定」⁽²⁴¹⁾という論拠もiに当たる。確かに、不作為単独正犯の場合には「他人ではなくまさにその人こそが行うべきだった」という観点から「排他性」が要求されるとはいえるかもしれない。しかし、当初から複数人の関与が予定されている共犯においては、そのような意味での「特定」は、作為犯の場合も含め、そもそも要求できないのである。

iiにあたるものとしては、これまで必ずしも明言されているわけではないが、以下のような論拠があり得よう。それは、「排他性」を作為と不作為の同価値性からではなく、不作為処罰の例外性から導くものである。つまり、行動の自由への制約が大きい不作為の処罰はあくまで例外的なものだから、作為にできることが特別に強く要請される場合、具体的には、特定の主体が結果回避措置を採らなければ結果が発生してしまう場合に限られるべきだ、という論拠である。⁽²⁴²⁾ このように考えた上で、さらに、すでに実行を堅く決意している者(あるいは実際に実行にでている作為正犯者)には、もはや結果の回避を規範的に期待できないと考えるのであれば、⁽²⁴³⁾ 不作為による共犯の場合にも、「不作為者以外に作為正犯者を阻止する者がいない」状況が保障人的地位を基礎づけると考えることができるだろう。

しかし、このように考えることには疑問がある。まず、それでは処罰範囲が不当に拡張するのではないか、との

疑問が残る。このような状況は、偶然犯罪者の側にいれば生じてしまうが、そのような場合に犯行の不阻止が義務づけられ、当該犯罪の共犯者として処罰されるのは、自由主義の観点からみて妥当でないように思われる。例えば、このように考えると、家屋所有者が知らないうちに、犯人が被害者を連れて家屋内に入り込み、被害者に対して犯行を行っていたのを、他に誰もいない状況で阻止しなかった家屋所有者は、不作為による幫助とされることになる。しかし、それはいかにも不当な結論であろう。かつてこうした状況において家屋所有者（あるいは賃借人等の占有者）に不作為共犯を認めてきたドイツの判例が、近年では、不作為共犯が成立するためにはそうした状況だけでは足りず、「住居が特別な性質あるいは状態のために危険源として現れる」ことを要求するようになったのも、こうした状況だけでは不作為犯を認めるのに不十分だということを物語っているように思われる。⁽²⁵⁾

そもそも、排他性のみを根拠に保障人的地位を認め、行為者の行為と無関係な事情から生じた帰結に対しても責任を負えと命じることは、別稿において論じたように、単独正犯の場合においてすら、なお問題があった。⁽²⁶⁾ そうだとすると、同じ「排他性」とはいっても、作為正犯者の犯罪行為を介している分、いわば結果との結びつきがさらに弱い不作為共犯者の場合に「排他性」のみを根拠として保障人的地位を認めることは、より一層強く否定されるべきだと思われる。作為正犯を阻止することができる者が不作為者以外には誰もいない状況は、確かに、法益保護の観点からの刑法による介入の必要性は基礎づけるが、まさに当該不作為こそが救助を行うべきだ、という処罰の正当性を基礎づけるものではないのである。

(3) 排他的支配を「自ら設定」した場合に限定する見解

もつとも、以上の点を考慮して、こうした「排他的支配」を「自ら設定した」⁽²⁷⁾ 場合に限って、保障人的地位を認める見解もある。林幹人教授の見解がそれである。確かに、このように考えれば前述した自宅内での犯行不阻止の事案は、それだけでは保障人的地位は認められず、例えば被害者と正犯者を自宅内に引き入れたといった事情が必

要とされることになる。⁽²⁸⁾

しかし、こうした引入を伴う事案において保障人的地位を認める結論の当否はともかく、一般的に言えば、支配を「自ら設定した」という要件は、こと共犯の場合にはそれほど有効な限界付けとはならないように思われる。例えば、隣人乙が日頃から息子丙を虐待していたのを知っていた甲が、隣家で丙の悲鳴がするのを聞いて、近所に誰もいないことを知りながら隣家にかけてた、甲は乙の丙に対する暴行を窓から現認し、それを阻止できたにもかかわらず、日頃から世話になっていた乙に遠慮して暴行を阻止しなかったため丙は死亡した、という事案を考えてみよう。

この事案において、甲は乙宅に駆けつけることによって、自らの意思で「自分以外に作為正犯者を阻止する可能性がある者がいない」状況を作り出してはいる。しかし、こうした場合の甲を不作為による傷害致死幫助として処罰するのは、他人の子供に対する配慮義務を過度に拡張するものであり妥当でない。こうした場合を処罰するのは児童虐待防止法が、児童虐待の発見者の通告義務違反に何らの罰則を設けなかった趣旨とも矛盾する⁽²⁹⁾ように思われる。

このように、「排他的支配」を「自ら設定した」ことが共犯の場合にはさほど有効な限定とならないのは、そもそも「設定」する対象である「排他的支配」が単独犯の場合ほど限定されたものではないからである。単独犯において「排他的支配」を自ら設定すれば、それは多くの場合、他の者の救助可能性が排除されること、その結果、被害者に対する法益侵害の危険が高まることを意味する。しかし共犯の場合には、そもそも要求されている「支配」の内容が、「自分以外に正犯者を阻止する者がいない状況」と、単独犯の場合より薄められたものとなっている。このため、右の事例のように、そのような状況を自ら設定しても法益侵害の危険が高まらず、不作為者と結果との結びつきが希薄であるように感じられる場合が少なからず生じることになるのである。⁽³⁰⁾

もつとも、翻って考えてみると、以上のような「ずれ」は、実は、不作為による単独正犯の場合にも生じ得ないではない。例えば右の事例を若干修正し、丙が、乙に虐待されていたのではなく、川で溺れかけて悲鳴をあげていた場合、丙が死ぬ可能性を認識してかけつけた甲は排他的支配を自ら設定したとも言いうるが、危険を高めたとは言いがたい。そして、この事例において甲に不作為犯を認める考え方は、おそらく一般的でないだろう。⁽²⁵⁾ つまり、排他的支配の設定と、危険を高めるような引き受けとは必ずしも一対一対応ではなく、そして前者だけで保障人的地位を認めることには疑問があるが、共犯の場合には、そのことがより一層はつきりしてくるということである。

(4) 「限定」する要件としての排他的支配領域性

もつとも、以上のことから不作為共犯の成立要件として排他的支配は不要と断ずるのは、やや早計かもしれない。なぜなら、処罰の正当性、許容性を基礎づける事情を要求し、その上さらに排他的支配をも要求して処罰範囲を限定する解釈も考えられるからである。つまり、処罰の正当性、許容性に加え、前述したような排他的支配から導かれる特別な「処罰の必要性」をも要求するという解釈である。

しかし、結論から先に言えば、そのような解釈は妥当でないように思われる。このような形で「排他性」を要求すると、今度は逆に、共犯関係の特質にそぐわないような処罰範囲の狭すぎる結論が導かれてしまうからである。

具体的には、不作為者同士の共同正犯の成否が問題となる場合に問題が生じる。例えば、甲乙が共同して被害者に暴行を加えて重傷を負わせ、被害者の救助可能性を認識しながら、殺意をもって見殺しにした場合を考えてみよう。⁽²⁶⁾ この場合、甲乙は不作為による殺人の共同正犯とされるべきであろう。そのように判断した裁判例もある。しかし先程述べたような解釈からは、この事案でそのような結論を導くことができない。なぜなら、この事案では、各人に不真正不作為犯が成立するか否かがまさに問われているのだから、一方の行為を「犯罪として取り除いて」、⁽²⁷⁾ もう一方の排他性を判断することはできず、双方ともに「排他性」が欠けることになってしまふからである。

このような事態は、通常の共同正犯の場合のみならず、共同幫助(教唆)や、連鎖的共犯の場合にも起こりうる。そして、不真正不作為犯の場合にはこうした関与類型をおよそ認めないのは、妥当な解釈とはいえないだろう。このような事態に鑑みると、不作為による共犯の成立要件として、以上のような意味での排他的支配を要求することも、やはり妥当でないように思われる。

第二節 保障人的地位の発生根拠

1 総 説

では、不作為による共犯を基礎づける保障人的地位——これは私見を前提とすれば、不作為の単独正犯を基礎づける保障人的地位と一致するのだが——は、いったいどのような場合に認められるべきなのだろうか。

本来、この問題を解決するためには、保障人的地位の発生根拠に関するわが国の判例・学説を網羅的に検討する必要がある。しかし、わが国の代表的な学説についてはすでに別稿において検討を加えたこと、本稿の検討対象があくまで正犯・共犯論であり、この問題を本格的に検討することはかえって本稿の焦点をあいまいにしかねないことから、本稿ではこの問題に関しては基本的に私見を述べるにとどめ、異なる見解については、作為犯への不作為による関与において保障人的地位が問題になる場合を中心に、私見と対比しながら言及することと定めることとした。⁽²⁴⁾

2 保障人的地位の発生根拠に関する私見

前述したように、不作為犯の処罰は作為犯の処罰よりも国民の行動の自由への強度の制約である。作為犯の場合には、結果惹起行為が禁止されるだけで、他にどのような行為に出てもかまわないが、不作為犯の場合には、特定

の行為を行うことが命じられるから、その時点においてなし得る他のあらゆる行為を行うことができなくなる。⁽²⁵⁶⁾ どのような行動の自由への強度の制約を正当化するために、保障人的地位が要求されていると考えられる。

では、このような制約はどのような場合に正当化されるのか。それは、行為者が法益が失われる危険性を何らかの形で高めていた場合だと思われる。自由主義社会においては、人は他人に迷惑をかけない限り何をするとも自由だが、自らが危険を作り出した場合には、そうした自由を部分的に犠牲にしても、自分が作り出した危険を除去し、法益を保護する義務を負うべきだからである。日高教授に代表される先行行為説の基本的発想は、この点において基本的に妥当である。もつとも、このような「危険創出」時点での結果に対する故意・過失は不要とすべきであろう。⁽²⁵⁷⁾ 危険創出行為は、それ自体が処罰の対象ではなく、そこに責任主義は妥当しないからである。⁽²⁵⁸⁾

しかし、先行行為説が念頭に置いているような被害者に対する直接的な危険創出が認められる場合に限って保障人的地位を認めるのでは処罰範囲が狭すぎる。⁽²⁵⁹⁾ 現代の複雑な社会においては、社会的分業が必要となり、ある一定の社会的役割についている者に対して、放置すれば法益侵害につながり得る脆弱な被害者や、放置すれば法益侵害を生じさせかねないような危険物の管理を委ねざるを得ない。そのような場合、他人は、当該役割を引受けている者が法益保護のための措置を果たしてくれと信頼することが規範的に許されるというべきである。さもないれば社会的分業は不可能になってしまうからである。このような場合には、当該役割を引受けた者は、彼がそうした関係を作り出さなければあり得たかもしれない保護措置が行われる可能性を奪うことになる。⁽²⁶⁰⁾ そして、そうした危険源、脆弱な者は、積極的な保護措置が採られなければ危険を生じさせ、また危険な状態に陥る。そうだとすると、そうした引受行為は、なお危険を高める行為と評価しうることになる。⁽²⁶¹⁾

もつとも、こうした場合の危険増加は、直接的な危険創出の場合とは異なり、社会的分業の観点からの価値的評価を介した、いわば間接的なものにすぎない。このような社会的分業に基づく危険については、自由主義の要請か

ら、さらなる限定が付されるべきである。つまり、自由主義社会においては、人はいかなる社会的地位を引受けるかについての事前の選択の余地を与えられるべきであるから、当該地位に自らの意思でついた場合、いいかえれば意識的な引受があった場合にはじめて引受による保障人的地位を肯定すべきと思われる。⁽²⁸⁵⁾

以上要するに、①直接的危険創出行為、②保護されるべき法益あるいは③危険源に対する意識的引受のいずれか一つがあれば、正犯・共犯に共通の保障人的地位が満たされることになる。⁽²⁸⁶⁾

3 具体的事例の解決

(1) 保護されるべき法益に対する意識的引受

次いで、以上の基準を不作為による共犯が問題となる事例群へと具体的に適用してゆこう。まず、わが国の裁判例において問題とされたことが比較的多い②から検討を加えることとする。

i 親子関係およびそれに準じる場合

(あ) 総説

こうした引受を根拠に保障人的地位が認められる典型例は、親の、同居している未成年の子に対する関係である。例えば、前述した札幌高裁判決⁽²⁸⁵⁾における被害者の母親や、大阪高裁判決⁽²⁸⁶⁾における被害者の父親については、このような観点から保障人的地位が肯定できる。⁽²⁸⁷⁾ 両判決とも、被告人が被害者と同居している実母、実父であった事案であるが、別居中の子を一時的に預かっている親の場合にも、その期間は義務を負うべきだろう。また、前述した法益に対する引受の観点からは、血縁関係の有無は重要でないから、養親や、養子縁組はしていない事実上の保護者についても同様に考えられる。さらに、そうした全面的な保護関係がなく、例えば小学校教員やベビーシッターのように一時的な引受があるに過ぎない者についても、その引受の期間・範囲内においては、基本的に同様に考

えるべきである。⁽²⁸⁾

(い) 二判決の解釈、犯行の阻止と結果の回避

もつとも、(あ)にあげた二つの判決は、いずれも正犯者が不作為者と無関係な第三者ではなく、不作為者の配偶者ないしそれに準ずる者だった事案を扱ったものである。そして、札幌高裁判決においては、「正犯者の犯罪を防止しなければならぬ作為義務」が問題とされ、また、大阪高裁判決においても、妻の犯行の「阻止」に言及されている。こうした判示からは、これらの判決が被害者に対する保護義務を根拠に保障人的地位を認めたのではなく、不作為者と正犯者との人的関係から犯罪を阻止する義務を導き、そのことを根拠として保障人的地位を認めたと理解することもできそうである。もし両判決をそのように理解する時には、その論理からは、正犯者と不作為者との間にこうした人的関係がない場合には、保障人的地位が否定されることになる。

しかし、そのような解釈が、これらの判決の必然的な読み方とはいえない。札幌高裁判決は、被害者の「生命・身体の安全の確保」が被告人のみに依存していた点を指摘しているし、大阪高裁判決においても被告人が被害者の「親権者であり実父で」あった点が指摘されている。こうした判示からすれば、両判決とも、被告人と被害者との関係から義務が発生し、正犯者の犯行阻止は、その義務の履行方法として要求されると理解することもできるのである。

そして、理論的には、後者の理解が採用されるべきである。両判決はいずれも正犯者の暴行によって被害者が極めて重大な傷害を負い、正犯者の犯行終了後、不作為者が被害者を病院に連れて行っても、結果を回避することが不可能な事案であった。しかし、仮にそうした段階で結果回避が可能であり、かつ、正犯者が現場を立ち去っていた場合には、どのように考えるべきだろうか。もし不作為者に「正犯者の犯行を阻止する義務」しかないのだとすれば、そうした場合には、正犯者を阻止することも、さらに正犯者に対して救助行為を要請することも不可能だか

ら、不作為者は何らの義務も負わないことになりそうである。

しかしそのように考えるのは妥当でないだろう。親が、同居している未成年の子が事故によって重傷を負ったにもかかわらず、殺意をもって病院に連れて行く等の保護措置を採らずに放置し、その結果子が死亡した場合には、不作為による殺人罪が成立するというのが一般的な見解である。⁽²⁰⁾そして、この場合と子が作為正犯者によって重傷を負わされた場合とは、親の不作為の時点で着目すれば、状況および親がなすべきことは全く異なる。⁽²¹⁾そうだとすれば、後者の場合にも、親はなお結果を回避する義務をも負うべきである。⁽²¹⁾そして、そのような結論を導くためには、以上のような場合に親が子に対して負う義務には、「犯罪阻止義務」ばかりでなく、子に対する関係での法益を引き受けたことに基づく結果回避義務も含まれるといわなければならない。もちろん、正犯者の行為終了後にもはや結果回避可能性がない場合には、後者の義務は履行不可能だから、結果的に「犯行阻止」のみが要求されることになる。

以上のように考えるときには、こうした事案では、親等は被害者との関係を根拠に義務を負うのであるから、不作為者と正犯者との人的関係は保障人的地位の要件ではないことになる。しかし、こうした人的関係が犯罪の成否を判断するに当たって全く意味を持たないというわけでもないだろう。正犯者が親(不作為者)と人的関係のない赤の他人の場合、親がその犯行を阻止することは、實際上困難なことが多い。例えば、凶器を持った見ず知らずの殺人犯の行為を阻止することは、通常、きわめて困難だろう。それ故、このような場合は、後述する作為可能性が否定されることが多いように思われる。これに対し、不作為者と正犯者との間に密接な人的関係がある場合には、説得等が可能な場合が多く、また、暴行をふるわれたとしても手加減される可能性が高いから、作為可能性が肯定されやすくなるということができる。親が未成年の子を殺害しようとする無関係な第三者の犯行を阻止しなかった、という不作為による幫助に関する教室設例の最も代表的なものが国の裁判例において登場していないの

は、以上のような事情も影響しているのではないかと推察される。⁽²⁷⁾

ii 同居の配偶者や親に対する義務

以上の i で述べた議論は、不作為者が、老齢や病気等のために自分の身を守ることが困難な親、配偶者と同居している場合や、その保護を一定期間引き受けている場合にも、基本的に妥当する。では、それ以外の親族関係の場合、具体的には健康で何もなければ自力で生活できるような親、配偶者等が、第三者の犯罪行為の危険にさらされている場合には、どのように考えるべきだろうか。⁽²⁸⁾

確かに、こうした場合、被害者も成人であり、通常の状態では「脆弱」ということはできない。⁽²⁹⁾ とりわけ財産関係については、成年後見に付されているような場合は別として、各人が自立した取引主体なのだから、特定の財産の管理、処分について委託を受けているような場合を除き、⁽³⁰⁾ 保護義務を認めるべきことではない。例えば、妻が詐欺に遭っていることを知って阻止しない夫が詐欺幫助となるというのは行き過ぎだろう。⁽³¹⁾

しかし親や配偶者が、生命、身体、自由に対する危険にさらされており、被害者が、その危険との関係では回避能力に乏しい場合には保護義務を認めるべきこともありえないように思われる。そうした場合には、被害者は当該危険との関係ではなお「脆弱」といえ、そうした被害者と密接な人的関係に立ち、同居等によって相互的配慮を引き受けている者には、保護の引き受けがあると面白いからである。

もちろん、そうした場合には i の場合以上に犯行阻止が困難であり、作為可能性が否定される場合が多いだろう。別の成人が立ち向かえない危険に対して、不作為者だけが立ち向かえることは、それほど多くはないからである。第五章で後述するように、この点については慎重に判断する必要がある。しかし、理論的には、この点が満たされている限り、不作為による幫助の成立可能性は否定されないように思われる。

iii 財産的保護義務を基礎づける引受

(あ) 総 説

わが国の裁判例において不作為による幫助が問題とされてきたもう一つの重要な類型として、職業上の地位等に基づいて、財産管理の引受を行っている者の保護義務の存否が争われたものがある。この類型については、基本的に以下のように考えるべきであろう。

資本主義社会の発展と、経済取引の拡大に伴って、特定の個人が自己の有する財産をすべて管理し、それを用いて取引を行うことは不可能となる。このため人は別人を信頼して財産管理を委託し、あるいはその運用をゆだねることになる。このような財産管理、運用の委託は、経済取引の円滑化とその空間的拡張のために必要不可欠な制度であり、保護されるべきである。そして、そのように他人に財産をゆだねた場合には、委託者は受託者を信頼して、本来自らが財産を管理していればあり得たかもしれない保護措置を採らないことが許される。そうでなければ委託の意味がなくなり、経済取引の円滑化は立ちゆかなくなるからである。そのようにして、委託者が財産の保護を行わない場合、受託者が保護措置を行わない限り法益は危険にさらされることになる。そうである以上、このような場合には、そうした関係を意識的に引き受けている受託者には、財産的保護義務が認められるというべきである。

こうした義務は、財産に対する法律関係に基づいて生じる。そして、財産に対する法律関係は、基本的に民法をはじめとする私法によって規律されるから、この場合の義務の範囲も基本的に契約とその解釈等から導かれる私法上の義務の範囲まで認められ、またその範囲にとどめられるべきであろう。確かに、私法上の義務と刑法上の義務とは一般的には一致するとは限らないが、こうした財産保護義務に関しては、前述したような義務の構造から、義務の発生根拠自体は事実上一致するというべきなのである。もちろん、刑法においては故意犯処罰の原則が妥当するし、作為可能性、結果回避可能性も、民事の場合よりは厳格に認定されるから、実際上は、処罰される場合の方

が民法上の義務が認められる場合よりも狭くはなるが。

このような見解に対しては、二つの異なる方向からの批判があるだろう。一つは、処罰範囲を広げる方向のものである。具体的には、契約が法的には無効であったが、受託者が事実上その任務を引き受けていた場合に関しては義務を認めるべきだ、との批判である。しかし、そのような場合には、私法上も、事務管理（民法六九七条⁽²⁷⁾）等に基づき、管理者は本人に対して義務を負うのであるから、問題はないように思われる。

逆に、処罰範囲を狭める方向からの批判もあるだろう。例えば神山教授は、顕在的あるいは潜在的な依存関係が保障人的地位を基礎づけるという前提から出発し、契約関係が存在するだけでは保障人的地位を認めるに足りず、実際に契約内容を引き受けた状態に至ってはじめて保障人義務を認められる⁽²⁸⁾。確かに、不作為による殺人単独正犯の場合などを念頭に置くときは、単なる契約関係の存在だけでは保障人的地位を認めないのが妥当なように感じられる場合が少なくないだろう。

しかしそのような印象は、そうした場合には、「排他的支配」を欠くため単独正犯に当たらずしかも共犯の成立要件も満たされていない、被害者が他者の庇護下にあるため契約それ自体が危険性を高めるものでない、故意過失や作為可能性を欠く、といった不作為犯を基礎づける他の要件が存在しない事案が事実上多いことに由来するに過ぎないように思われる。逆に言えば、そうした点に問題がない場合には、契約関係に基づいて義務を負っている者に「事実上の」引き受けの存否にかかわらず、保障人的地位を認めても問題はないのである。実質的に見ても、契約を締結してその履行にいつまでも着手せず、契約内容を引き受けない者が、契約内容を直ちに引き受けた者よりも有利に扱われることは妥当でない。

現に神山教授も、救急医が電話往診を頼まれたが、電話で診断するにとどめ、その診断が誤っていたため被害者が死亡した事案⁽²⁹⁾では、「事実上の引き受け」状態があるとされる⁽²⁸⁾。この事案で保障人的地位を認めることは妥当で

あるが、これを「事実上の」引き受けというのは困難であり、そこにいう「事実上」の概念は、ほとんど無内容なものになっているように思われる。

(い) 具体的事例の解決

では以上のような基準によって、わが国の裁判例で問題とされた事案はどのように解決されるのだろうか。具体的に検討してゆこう。

わが国においてこうした類型の義務が問題とされた最初の裁判例は、保険会社の代理店主Xと外務員Yが詐欺幫助として処罰された大審院判決である。この事案においてXYは、(医師である)Zが保険契約の締結が不可能な病気にかかっている妻Aについて、他の診察医の(Zにだまされてほぼ無検査で作成した)Aが健康である旨の虚偽の診断書を添付して保険契約の申し込みをしたのを、情を知って取り次ぎ、Zと保険会社間に保険契約を成立させた(その後保険金の支払いがなされた)とされている。⁽²⁸⁾この事案においてXYは、保険会社の財産全般を保護する義務を負っていない。⁽²⁹⁾しかし彼らは保険会社の業務を拡張するために契約されている者であるから、自己の担当する顧客と保険会社との契約締結については、善管注意義務をもって保険会社に損害を生じさせないように振る舞うべきである。それ故、XYには保障人的地位が認められ、そこから生じる財産管理義務に違反して会社に損害を与えたことを根拠に、作為義務違反を認めることができる。

また、工場の倉庫係としてチーズの数量の点検、帳簿記入の仕事に従事していた被告人が、同僚から「チーズの計算を一俵不正に誤魔化してもらいたい」といわれたのに対し、暗黙の承諾を与え、同僚の窃盗を阻止せず、さらに、後日チーズ処分代金の一部を受け取った事案で、被告人に不作為による窃盗幫助を認めた高裁判例があるが、⁽³⁰⁾この事案も以上のような観点から、保障人的地位を肯定できるだろう。

この二つの事案は、いずれも行為者が職業上の義務に違反した場合であった。しかし職業についていることが、

このような保障人的地位を認める必要条件というわけではない。例えば、わが国の下級審判例には、隣地について地主から一時使用を認められ、買い手や借り主からの問い合わせなどがあれば通知して欲しいと依頼されていた被告人が、正犯者からのトタン屋根の小屋を建て自動車置き場として使用させて欲しいとの申し出を承認して、正犯者による使用を許可し、謝礼を受領したところ、正犯者がさらに本格的な工場を建設して不動産を侵奪した、被告人はそれを知りながら正犯者の工場建設を阻止しなかった、という事案で、被告人に不作為による不動産侵奪幫助を認められたものがある。この事案では、被告人は土地の管理をゆだねられていたのであり、民法的には準委任契約が認められるか、仮にそうでなくとも、事務管理に基づいて土地の管理義務を負うことになろう。そして同判決によれば、その結果として被害者と被告人との間に「信頼関係」が生じたというのである。そうだとすれば保障人的地位を認めることは十分可能だと思われる。⁽²⁸⁶⁾

これに対し、前述した甲店に対する強盗の計画を知った甲と同一経営者の経営する別店舗乙の店長Xが、甲店に保管されていた売上金を保護する措置を採らなかった、という東京高裁平成一一年判決の事案⁽²⁸⁷⁾については、判決と同様、Xの保障人的地位を否定すべきであろう。同判決が詳細に認定したように、①「Xは乙の業務全般に関与する者として(同店の売上金を)乙の金庫内に保管し、それを一定期間ごとに本社に納入する職務を負っていたが……納入の具体的方法は、本社から集金に来る前日に、右売上金を乙の金庫から……甲の金庫に運んで納めておき、その後は……本社社員が……収集して本社に運ぶというものであって……Xが甲の金庫に移して納めた乙の売上金について……収集、本社への搬送に関与することはなかった」以上、本件金銭については、「Xの職務の対象から離れているのであって……保護義務を認めることはできない」というべきだからである。⁽²⁸⁸⁾同判決は、これに加えて、②「現実に奪取された売上金は甲その他店舗の売上金であって、乙の売上金は含まれていない……Xは職務として甲の売上金になんら関与することはなかったのであるから、そもそも同被告人の職場である乙での職務を前

提に、本件犯行に関する前記保護義務の存否を検討すること自体、正鵠を得たものとはいえない」としてもいる(丸数字は筆者)。確かに、②のような事情も備われれば、保障人的地位を否定すべきだとの感覚は一層強くなるだろう。しかし理論的には、強取された金銭に乙の売上金が含まれていたとしても、①の事情があれば、それだけで保障人的地位を否定すべきと思われる。⁽²⁸⁾

(5) 不法領得の意思との関係

もっとも、作為正犯者が財産犯を行った場合、不作為者の罪責を考えるに当たっては、さらに、以下の二点を考慮する必要がある。

一つは、不作為者の不法領得の意思の存否である。別稿で論じたように、不法領得の意思のうち、いわゆる排除意思に関しては、共犯者は、正犯者にその意思が存在していることを認識していれば足りるが、いわゆる利用処分意思に関しては、それを利欲犯的性格を基礎づける責任要素として位置づける多数説の立場を前提とする限り、不作為者自らその意思を有していたことが必要となる。⁽²⁹⁾ 前述した高松高判や大阪地判の事案のように、不作為者が後日犯行の分け前にあずかっていた場合には、不作為者に行為時にも自己領得の意思があったと推認しやすいので、これを認めることに問題はないだろう。また、そこまで具体的な利益收受がなくとも、正犯者と不作為者との間に個人的なつながりがある場合には、領得意思が認められる場合が少なくない。⁽³⁰⁾ 前述した大審院の詐欺幫助の事案におけるXYについて、判決文からは必ずしも明らかではない部分もあるが、こうした観点から不法領得の意思を認める余地があったのかもしれない。しかし以上のような事情が全く存在しない場合には、不作為者には、器物損壊罪⁽³¹⁾あるいは背任罪の共犯が成立する余地があるにとどまる。

(6) 正犯者に成立する犯罪と保障人に成立する犯罪

もう一つは、わが国の刑法典が財産犯をいくつもの異なる構成要件に書き分けて規定しているため、不作為者に

被害者の財産を保護する義務があるというだけでは、その罪責が直ちに決まらないのではないか、という問題である。この点は、理論的には財産犯に特有の問題ではないが、実際には財産犯において問題となることが多いので、ここで論じることしよう。

この問題は、不作為による作為犯への関与を原則として正犯としていたアルミン・カウフマンにおいては切実に意識されざるを得なかった。前述したように彼は、不作為と作為の異質性を説き、不作為犯においては作為犯を前提とした正犯・共犯論は妥当せず、保障人が自然力による法益侵害を阻止しないのも、他人の作為による犯罪行為による法益侵害を阻止しないのも同等に評価されるべきだとした。そのように考えれば、確かに、不作為者の罪責は作為正犯者の罪責に「従属」しないことになる。そうした前提から彼は、通説を批判して、以下のように述べた。通説は、女中が、女主人のダイヤのブローチを職人が持ち出すのを阻止しなかった場合には彼女に窃盗幫助を認め、子供がそれを壊すのを阻止しなかった場合には器物損壊幫助を認め、泥棒カササギによって持ち出されるのを阻止しなかった場合には不可罰とする⁽²⁴⁾。しかし、いずれの場合も女中には被害者の財産を保護する義務が課されており、その違反がある点では同じなのだから、そのような相違が生じてしまうのは満足のいく結論ではない⁽²⁵⁾と。

確かに、保障人が自然力による侵害を阻止しない場合も人の犯罪行為を阻止しない場合も、基本的に同様の評価に服すべきだという彼の前提からは、このような差違が不当だというのは理解できるところである。

もっとも、以上のような彼の問題意識が、その後のドイツの議論において共有されてきたとは言いがたい。ロクシンのように不作為による関与を原則として正犯とする見解も含め、ドイツの圧倒的な多数説は、領得罪においては、不作為による関与には「領得」があり得ないとして、不作為者を幫助としていた。そして、ドイツの多数説は、幫助については「従属性」を強調し、幫助者の故意が及ぶ範囲では正犯者の行為が帰属されると考えている。

このため(不作為者に錯誤がない限り)不作為者には、作為者が実現した犯罪の幫助が成立することに問題はないとされており、さらに、むしろこのような場合に共犯者の罪名が正犯者の罪名に從属すべきであることを自説の論拠として、原則幫助説を論証する見解すら存在するところである。⁽²⁶⁾

このような見解には一理ある。確かに、被害者の財産を保護すべき立場にある者が、被害者の財産が詐欺によって侵害されるのを放置していた場合には、不作為による詐欺幫助が成立するが、それが窃盜によって侵害されるのを放置していた場合には、窃盜の幫助が成立するといわざるを得ない。その意味では、ここでも共犯の從属性の観点が必要となることは否定できない。

しかし、この見解のように共犯の從属性を強調して、不作為者に作為正犯者と同一罪名の犯罪を認めると、不作為者の罪責が不当に重くなる場合が生じかねないように思われる。例えば、前述した東京高裁平成一年判決の事案を若干修正し、盜まれた金銭が被告人の管理下におかれていた場合を考えてみよう。この場合、確かに被告人は店の財産を管理すべき義務を負っているが、暴行を加えられた店員の身の安全を保護すべき立場にあるとはいえない。そうだとすると、被告人に窃盜幫助が成立することは問題ないとしても、強盜致傷幫助まで成立するのは行きすぎではないだろうか。

さらに、例えば、正犯者が当初窃盜を行ったが、警察官に追われたため、逮捕を免れようとして暴行を加え、警察官を死亡させた、といった事後強盜殺人罪の場合を考えれば、この問題点はより一層鮮明となる。こうした場合に保障人が(たとえ、強盜が行われるかもしれないという未必的認識を有していたとしても)、強盜致死罪の幫助として処罰されてしまつてよいのだろうか。現在のわが国では、例えば、共犯と錯誤や承継的共犯をめぐる議論において、罪名從属性の形式的な強調は不当であるということが共通理解となつてはいるが、ここでもその点が問題となるのである。

この問題は以下のように解決すべきであろう。前述したように、不作為による幫助が成立するためには、行為者自身が保障人的地位を有していなければならない。そして、保障人的地位の存否は、各法益毎に個別的に検討されるべきである。例えば、強盜罪や、強盜殺人罪においては、財産的法益の侵害の他に、被害者の生命、身体の安全も保護法益とされている。そうだとすれば、財産を保護する義務のみならず、そうした法益を保護する義務をも負っている者であつてはじめて、それらの罪の（不作為による）共犯となるべきである。例えば、被害者から警備を委託された警備員の場合には、被害者に対する単なる財産的利益の保護のみならず、被害者側の人間の生命、身体等の安全の保護もあわせ引き受けている。こうした者が、強盜、強盜殺人を阻止しなかった場合には、不作為者には、被害者の生命、身体の安全を保護すべき義務の違反も認められるから、作為可能性、結果回避可能性が肯定される限り、強盜、強盜殺人（致死）の幫助となるといふべきだろう。しかし単なる従業員については、場合によっては財産的利益についての保護義務までは認められても、被害者側の人間の生命、身体の安全を保護する義務まで認めることはできない。それ故、そうした場合には（不法領得の意思が認められる限りで）強盜幫助にとどめられるべきである。⁽²⁸⁾

これに対し、前述した詐欺と強盜は、法益侵害の点では共通しており、ただ単に、その侵害態様が異なるに過ぎない。このような場合には、不作為者は、作為者が実現した法益侵害を阻止すべき義務を負っていたのだから、作為者が実現した罪の共犯として処罰されるべきと思われる。同一法益侵害に対する一般的な危険性の程度が異なっているために構成要件が異なる場合にも、同じように考えるべきであろう。例えば、財産犯ではないが、保障人が被害者の身体の安全を保護すべき義務を負っている場合に、正犯者が暴力行為等処罰法の加重傷害を行った場合には、不作為者には、通常の傷害幫助ではなく、加重傷害幫助が成立すべきと思われる。

iv その他の場合

ここまで述べたことは、引き受けられた法益がより抽象的なものである場合にも基本的にあてはまる。例えば、わが国の判例で問題とされた事案では、町議会議員選挙の際に、町長で選挙長である被告人Xが、投票所において、Yが中風に罹患しているAの依頼に応じ正当な理由がないのに投票用紙に代書したのを目撃しながら制止しなかった場合に、Xに選挙干渉罪の幫助を認めたものがある。⁽²⁹⁾この事案では、選挙長の地位を意識的に引き受けたことを、選挙の公正という抽象的な法益に対する引き受け行為と見ることが可能だから、有罪とした結論は支持されるべきだと思われる。⁽³⁰⁾

なお、ドイツにおいて問題とされた、環境問題を担当する公務員が環境犯罪を現認しながら放置した場合のように、公務員の職責上の所轄事項に関する犯罪の不阻止や、さらに警察官による犯罪一般の不阻止に関しても、基本的に同様の視点から、「地位の引き受け」の存否が問われるべきであろう。もつとも、これらの問題は、従来犯罪阻止義務という枠組みで議論されることが多かったので、本稿でも(4)において論じることとしたい。

(2) 危険源管理の引き受け

i 総説、他の類型との関係

次いで、危険源管理義務に検討を加える。行為者が危険源の管理を自らの意思で引き受け、その危険源からの危険の発生をコントロールする可能性があったにもかかわらず、その管理を怠り、そこから生じた危険が結果に実現した場合に、この義務の違反を根拠とした不作為犯の成立が認められる。

この義務は、後述する危険創出行為に基づく義務と境を接している。そして、具体的事案における両者の限界にはあいまいな部分が残ることも少なくない。本稿では、議論の整理のため、さしあたり、行為者の故意不作為の時点で、危険源あるいは作出された危険状態が、いまだ行為者の支配領域内にとどまっていたか(危険源管理義務)、それともすでに被害者または第三者の支配領域内に移転していたか(危険創出行為)という基準によって区別して

おくこととしよう。後述するように私は両者を連続的に理解しているため、このような区別はさほどの意味を持たないが、危険源管理義務は認めるが、先行行為、危険創出行為に基づく義務を否定する論者にとっては、この点は重要な問題となる。そしてこれらの論者が以上のような基準を採用している⁽³⁰⁾ので、ここでもさしあたり、そうした基準に従っておくこととしたい。

ii 法禁物持ち出し不阻止

この義務を以上のように定義した場合、具体的にどのような事例において、この義務の違反を根拠として、不作為による共犯の成立を認めることができるのか。

まず、わが国の判例において問題となった、Xが、自己所有の登録済刀剣を配下Yが不法に持ち出すのを黙認した場合については、Xに銃刀法の刀剣不法所持罪の幫助を認めることができるだろう。この事案を扱った高裁判決⁽³⁰⁾もそのように判断した。

もっとも、注意すべきなのは、ここで問題とされている「危険性」は、銃刀法が刀剣所持の規制根拠としている刀剣の持つ不特定多数人の生命身体の安全に対する（抽象的）危険それ自体ではなく、他人が刀剣を違法に「所持」する可能性だということである。前者の危険は刀剣それ自体の所持を禁止する根拠とはなっても、他人の「所持を助ける」ことについての危険増加を基礎付けはしないからである。それ故、ここでは法禁物の管理体制に何らかの不備があったかが問われねばならず、それが肯定されて初めて保障人的地位を認めることができる。この論理は、管理の対象が刀剣の場合に限られず、銃器はもちろん、薬物等の場合にも一般化できるだろう。もちろん、Xの所持自体が不法である場合には、Xには所持罪の単独正犯が成立するから、こうした義務が問題とされるのは、実際上は、Xの所持それ自体は許可等により適法な場合に限られることになる。

この事案では、危険物がなおXの支配領域内にある時点において、Xが、Yの持ち出しを現認しながら阻止しな

いという故意の不作為が存在し、それを問責対象と評価することができた。しかし、Xの管理にすぎんな点があり、危険源管理義務違反は認められるが、YがXに無断で持ち出したため、持ち出し行為の時点ではXに故意がなく、その後、物がXの占有を離れた時点で、Xがはじめてそれに気付いた場合には、問責対象は、すでに占有を離れた危険物を取り戻さない不作為と構成されざるを得ない。このような場合には、前述したように危険創出行為に基づく作為義務の問題となる。この点は(3)において検討することとしよう。

iii 行為者の面前における危険物使用の不阻止

さらに一歩進めて、こうした危険物が、不作為者の面前で作為者によって他の犯罪に用いられようとしている場合にも、iiと基本的に同じように考えるべきである。例えば、先ほどの高裁判決の事案を修正し、Yがその日本刀を用いてXの面前でAを殺害しようとしている場合を考えてみよう。後述するように、こうした場合の作為可能性は慎重に判断されねばならないが、その点が満たされている限り、Xに不作為による殺人幫助を認めるべきだと思われる。⁽³⁸⁾

なお、この事案においては、生命、身体に対する危険性が問題とされている点において、iiと若干異なる。しかし、「危険源性」を基礎づける事情として、日本刀の管理に瑕疵があったことは、やはり要求されるべきだろう。日本刀が嚴重に管理されていれば、その物自体が人の生命、身体等に対して危険を及ぼすことはないからである。こうした結果犯に関する具体的危険が問題とされている場合には、管理対象物の所持が法令により禁止されているかどうかは、処罰の可否にとって必ずしも決定的ではない。法令上所持が禁止されていない物であっても、例えば金属バットや包丁など、用い方によってはきわめて危険な物は多々存在する。そうした物が作為者によって犯罪に利用された場合には、これらの物の管理者に不作為による共犯が成立する可能性がある。このようにいうと、日常生活において用いられている物を「危険源」と見ることは処罰範囲の不当な拡張を招く、という批判があるかも

しれない。しかし、以下のように考える限り処罰範囲はかなり限定されるから、そうした批判は当たらないように思われる。

まず、ある物を危険源と評価するためには、具体的状況の下でその物が仮に作為によって提供されたとしたら結果帰属が肯定され、作為による共犯として処罰できることが必要というべきだろう。仮に作為によって提供された場合であっても結果帰属が肯定できない程度の危険性しか有していない物、その意味で「刑法的には危険でない物」の提供行為を、不作為の場合には「危険源管理義務違反」と評価するのは評価矛盾だからである。

では、作為共犯としての結果帰属は、具体的にどのような場合に肯定されるべきか。まず第一に、別稿において論じたように、①現実に行われた正犯行為と、共犯行為がなければならぬであろう正犯行為とを対比し、前者が後者よりも結果発生の蓋然性が高まっており、その高められた危険が結果に実現したことが必要である。⁽³⁶⁾そして、

その際には、それ自体としては犯罪とならない仮定的代替原因は考慮に入れた上で危険判断がなされるべきである。そのように考えると、バットや(家の中の)包丁等の、それ自体が規制の対象となっておらず、一般に売買されている物の提供の場合に結果帰属が認められるのは例外的な場合に限られる。これらの物は、正犯者が共犯行為がなくとも簡単に手に入れることができ、同様の効果をあげることができたといえるからである。結果帰属が肯定されるのは、実行時あるいはそれに近い段階で手渡されたといった事情から、現実に用いられたまさにその物を用いることが、他の同種の物を用いることと比べて、正犯者の犯行にとって、特別に有効であった場合に限られることになる。

そして第二に、正犯者の心理に関する要件として、②正犯者が物の提供時において、すでに犯行を決意しているか、その兆候が存在していたこと(あるいは提供がそれ自体として犯行を決意させるに足るような強力な動機付けを与えるものであったこと)⁽³⁷⁾が必要であった。

このような要件が満たされている場合には、危険源管理義務違反は肯定されるべきである。しかし、不作為による共犯を認めるためには、さらに、不作為の時点において、不作為者に故意が認められることが必要である。そして、故意に関しては、信頼の原則を考慮して、③正犯者の犯行に向かう傾向の存在又はその作出を現実(306)に認識していたことが必要であった。

このような要件が満たされる限り、物自体が適法に取引されることは、その物の危険源性を否定する論拠とはなり得ないように思われる。物それ自体が犯行を行うわけではなく、それが人に利用されるが故に犯行が行われるのであり、そして、人は実に様々な物を犯罪に利用するのであるから、危険源か否かも、物それ自体の性質のみならず、あくまで具体的状況における正犯者の意図等を考慮に入れた上で判断されねばならないからである。(307)

前述した事案のような現場における犯行不阻止の事例においては、この①ないし③の要件が満たされていることが事実上多いだろう。しかし、後述する危険創出行為が問題とされる場面においては、これらのいずれか(あるいは複数)の要件が欠けることも少なくなく、そうした観点から処罰範囲は相当程度絞り込まれることになる。このように考える限り、前述した処罰範囲の拡大を招くとの危惧も杞憂に終わるように思われる。

さて以上のような私見からは、前述した、ロクシンが保障人的地位が認められないが幫助が認められるとした事案についても、保障人的地位を肯定し、不作為による幫助を認める余地が生じる。事案を再度確認しておこう。それは次のようなものである。暗殺者達は警察に嚴重に見張られていた政治家甲の家に直接侵入することをさせ、まずX宅に潜み、そこから甲宅の裏庭へと侵入し甲を暗殺する計画を立てていた。Xは犯行当日の昼にその計画をたまたま知ったが、甲に対して個人的に恨みを抱いていたので、暗殺の成功を願い、暗殺者たちが、周囲から何も怪しまれないで、自宅、さらに甲宅へと侵入できるよう、普段は夜になると嚴重に閉めている門扉を、その日は開けたままにしておいたところ、事態はXの思っていたとおりに進行し、甲は殺害された。

この事案において、②、③の要件は満たされている。門扉を開けていた段階で、すでに暗殺者達の計画は立てられていたし②、門扉を閉めず正犯者がまさに入ろうとしていたのを知った時点において明確な故意があるからである③。問題は、①である。ここでは、門扉が閉まっていた状態と開いていた状態とで、危険性にどの程度の有意差があったかが問題となる。門扉が閉まっても、暗殺者らが扉を容易に乗り越えていった等の事情があれば、①が否定されるが、そのようなことが不可能ないし困難であったのならば、①も肯定される。そうした場合には、開かれた門扉という一見「危険」という印象を与えにくいものではあっても、特殊な客観的状况を根拠に、なお危険源として扱われるべきである。

なお前述したようにロクシンは、Xがふだんから門扉を開け放していた場合には、Xを不可罰としていた。確かに、こうした場合には門扉が開いている状態がすでに既成事実としてできあがっており、Xはそれを単に変化させなかっただけのことだともいえそうである。しかし、Xとしてなすべき作為は同じであり、この場合にも、先ほどの事案と同様の意味で門扉が危険源となっているのだから、Xに殺人幫助を認める方がむしろ妥当な結論と思われる。

iv 家屋所有者等の義務

(あ) 総 説

以上の問題と関連して、ドイツにおいては、家屋の所有者、管理者等 (Inhaber) が、家屋内部で行われた犯罪を故意に阻止しなかった場合に、不作為による幫助の成否が問題とされた一連の判例がある。しかも、連邦通常裁判所の判例理論が、保障的地位、作為義務の範囲を次第に狭めてきているという理解も可能な動きを見せていることが注目される。

わが国の裁判例において、家屋の所有者等であることのみを根拠として不作為による幫助を認めたものはない

が、例えば、劇場責任者であった被告人が、ストリップショーにおいて公然わいせつ行為が行われているのを現認しながら微温的な警告を発するにとどめて制止しなかった場合に公然わいせつ幫助を認めた最高裁決定⁽⁴⁰⁾や、被告人(愚連隊の首領)の輩下が、被告人方に連れ込んできた被害者に暴行を加え、傷害を負わせたのを阻止しなかった場合に傷害幫助を認めた東京地裁判決⁽⁴¹⁾などは、比較的近い事案を扱ったものといえるだろう。

さて、このような事案に関し、現在のドイツの判例、多数説は、住居が住居として当然に有する性質、つまり外部から隔絶した領域として内部の出来事を認識されるのを防ぐという性質、のみを根拠として保障人的地位を認めることはできず、それを超えた何らかの特別な状況が付け加わった場合にはじめて保障人的地位を認めることができるとしている。そして、実際上は、一九八二年の連邦通常裁判所判決⁽⁴²⁾が述べた「住居が特別な性質または状態のために危険源として現れる場合」か否かという観点が特に重視され、近年ではそうした観点から、当該住居が特別な危険源でなかったとして家屋所有者等を無罪とした地方上級裁判所あるいは連邦通常裁判所の判決が散見される。

では、わが国においては、具体的にどのような場合に保障人的地位を認めるべきだろうか。結論から先と言えば、家屋が一定の危険性を有し、不作為者がそうした危険性を知らない被害者を家屋内に引き受けていたか否かによって区別すべきであろう。そして、そうした引き受けが肯定された場合には(1)で述べた議論が妥当すべきだが、それが否定された場合には、iiiの観点から保障人的地位、作爲義務が基礎づけられねばならず、その要件はより厳格になるといふべきである。以下それぞれ検討を加えよう。

(い) 被害者に対する引き受けがある場合

まず、前者に検討を加えることとしよう。通常、人は他人の家の内部に不案内であり、そこに危険を高める事情が存在していたとしても、とっさに対処できないことが多い。しかも、家に招かれた以上、家屋所有者等によって

家屋の最低限度の安全性は確保されていると信頼することが許される。⁽³³⁾ そうした観点から、被害者に知識の欠如と家屋所有者への信頼に基づく「脆弱さ」が認められることになる。そして、家屋所有者等が、弱い立場にある被害者を、それと知って受け入れている場合には、意識的な引き受けが認められ、所有者等には、保障人的地位が認められるというべきである。⁽³⁴⁾

こうした義務が認められる場合として、まず、家屋等それ自体に物理的な瑕疵がある場合があげられる。そして、そうした瑕疵が、被害者が結果回避措置をとる妨げとなり、作為正犯者の犯行を促進する要因となった場合には、所有者には、不作為による関与が認められる。例えば、庭に多くの穴が掘ってあり、自宅に招き入れた被害者が、それに足を取られて怪我をしたため、被害者を殺害しようとする他の客から逃れられなくなったような場合がこれに当たる。こうした場合には、所有者は暴行を加えようとしている者を阻止するか、あるいは傷害を負わせられた被害者を救助する義務を負うべきであろう。

また、家屋自体に瑕疵はなくとも、被害者を迎え入れる時点において、家屋内部にすでに犯行を決意している正犯者がいるか、またはまさにそこに入ろうとしている場合、さらには、被害者の引き受けが、正犯者の犯行決意に直結したといった事実も、家屋所有者に保障人的地位を認める根拠となるだろう。前述したように、何が危険源かは正犯者の犯行との関係によって相対的に決まる。そして、このように正犯者が犯行を強く決意していた場合には、家は外部から遮断された閉鎖的な空間として、被害者の逃亡や犯行発覚のおそれを減少させ、犯行を促進することになりうる。前述したように、ドイツの判例は、家のこうした特性だけでは保障人的地位は基礎づけられないとしているが、以上のような事情が加わった場合に「特別な状態」を認めることまで排除しているわけではない。なお、こうした事実は、保障人的地位を基礎づける事実だから、故意を認めるためには不作為者が不作為の時点で、こうした事実があったことを認識していることが必要である。

もつとも、家主が被害者を引き入れた時点で、後に作為正犯者となる者が家の内部にいた場合であっても、彼がいまだ犯行を決意しておらず、しかも引き入れ行為がそれ自体として犯行を決意させたわけでもない場合には、引き受けによる危険の増加は認められない。そのような場合には保障人的地位は否定されるべきである。

例えば、ドイツの判例には、飲食店において四人の常連男性客がダンスの誘いを断った被害女性に立腹し、彼女の頭髮や陰毛等をはさみで無理矢理に切ったのを、飲食店の経営者である被告人(女性)が黙認していた、被害者は、はさみによって下腹部に重傷を負ったという事案で、被告人に危険な傷害罪の共同正犯を認めたものがあるが、この事案では、引き入れ時点で正犯者が犯行を決意していたわけではなく、経営者が被害者を客として迎え入れた行為が正犯者の犯行を決意させたわけでもないから、保障人的地位を認めたことには疑問が残る。⁽³¹⁶⁾

また、これもドイツの判例であるが、被告人Xが、知り合った年金生活者Aを自宅に迎え入れ、別の客YZとともに、かなりの量の飲酒をした、YZはAが泥酔し眠り込んでしまったのを奇貨として、Aから財布と預金通帳を奪い取り、さらに預金の暗証番号を聞き出そうとして、Aを何度も殴り、その結果Aが死亡した、という事案を扱ったものがある。⁽³¹⁷⁾連邦通常裁判所は、Xは、Aを自宅内に引き入れたことによって、Aの、重大な危険に対してはXが味方となってくれるだろう、との信頼の基礎を作り出したとし、そのことを根拠にXに保障人的地位を認め、致死を伴う強盜的恐喝の共犯とした。⁽³¹⁸⁾しかし、XがAを迎え入れた段階では、YZは犯行を決意していたわけではなく、また、迎え入れ自体が犯行を決意させたわけでもないから、そのような行為のみを根拠に保障人的地位を認めることには疑問がある。⁽³¹⁹⁾この事案ではむしろ、被害者を酔わせることで、彼を抵抗困難な状況に追い込み、同時にYZに対して犯行の動機付けを与えたのだから、この点を危険創出行為とし、そのことを根拠として不作為による共犯を認めるべきだったように思われる。

さらに、そうした犯行決意がある正犯者が存在している場合でも、犯行と家の性質とが関係が乏しい場合にも保

障人的地位は否定されるべきであろう。例えば、家主がオープンなパーティを開いた際に、いかがわしい客が他の客の財布をすりとりとうとするのを目撃しながら放置した場合がこれに当たる。この場合には、家が外部から遮断された閉鎖的な空間として被害者の逃亡や犯行発覚のおそれを減少させているわけではないから、家主に窃盗幫助を認めるべきではない。

(5) 被害者に対する意識的引き受けを欠く場合① 家屋内に被害者がいる場合

さらに、家屋所有者等による引き受けを欠く場合には、障人的地位を認めることにはより一層慎重であるべきだろう。前述した障人的地位を否定したドイツの八二年判決の事案は、正犯者が、家屋所有者である被告人の知らないうちに、被害者を屋根裏部屋に引き込み強姦していたのを、被告人が後から知ったが、さらなる強姦行為を阻止しなかったというものである。⁽²⁰⁾この事案では、被告人は、閉鎖された空間において犯罪者と被害者とが同時に存在するという観点から生じる危険性の作出には全く関与していない。それ故、(い)のような「引き受け」の観点から障人的地位を認めることはできない。

このような類型においては、前述したような、家屋等に物理的瑕疵がある等の理由によって、閉鎖性以外の特別に危険を高める状況が存在し、それが正犯者に利用された場合に限って、障人的地位を認めるべきであろう。

(2) 被害者に対する意識的引き受けを欠く場合② 家屋内に被害者がいない場合

さらに、家屋内で犯罪が行われたが、その家屋内に被害者がいない場合、被害物が存在していない場合にも、被害者の法益に対する意識的引き受けがあり得ない以上、基本的に(5)と同様に考えるべきだろう。例えば、近時のドイツの地方上級裁判所の判例には(同棲中の男が)被告人(女)が賃借している家の庭で大麻を栽培していたのを阻止しなかった被告人を無罪としたものがあるが、それは妥当な結論であるように思われる。⁽²¹⁾

前述した最高裁昭和二九年の公然わいせつ不阻止の事案も、同罪の保護法益を善良な性風俗と解する通説的立場

を前提とする限り⁽²⁸⁾、被害を被っているのは現実の見物客ではなく抽象的な一般人の感情なのだから、劇場内に被害者が引き受けられていたわけではないことになる。それ故、こうした観点からは保障人的地位を肯定することはできない。また、劇場がそれ自体わいせつ行為の危険性を高めるともいえない。そうだとすると、(3)で後述するように、事前に作為正犯者に(故意なく)⁽²⁹⁾積極的な動機付けを与える行為を行っていたといった事情があればともかく、⁽³⁰⁾そうした事情がない限りは、不作為による幫助の成立を否定すべきであつたように思われる。

(3) 危険創出行為あるいは先行行為

i 全面否定説の検討

次いで、危険創出行為、先行行為に基づく保障人的地位、作為義務について検討を加えよう。前述した私見からは、この場合こそが保障人的地位のいわばプロトタイプなのだが、学説においては、それとは正反対に、先行行為に基づく保障人的地位を全面的に否定する見解も有力である。⁽³¹⁾

こうした見解の論拠は、以下のようにまとめられる。①先行行為が終了すれば、因果経過は行為者の手を離れてしまうのだから、行為者は不作為時には事象に対する支配を欠くことになる。そのような場合に、事後に生じた事象に対する現実的支配を欠く状況で生じた故意によって、過失犯が故意犯に転化してしまうのは妥当でない。⁽³²⁾①そのような結論は、行為と責任の同時存在の原則に実質的に反しかねない。さらに、「実務において殺意の認定が慎重に行われているのは、まさに傷害行為の時点で殺意がなければ殺人と評価し得ないから」であり、傷害時における殺意の認定は慎重になされている。しかし、「先行行為と事後の認識で殺人罪を成立させてよいのであれば、このような事実認定の努力も全く不要」となってしまう。⁽³³⁾②先行行為は通常何らかの犯罪として処罰されているのだから、それを保障人的地位の発生根拠にもすることは実質的に二重処罰となりかねない。⁽³⁴⁾③こうした義務は状況に依存するため、行為者の罪責が偶然に左右されることになり、行為者の立場が不安定になる。⁽³⁵⁾④教唆、幫助がほと

んどの場合、不作為正犯に転化してしまい、従来の正犯・共犯論が無意味なものになってしまう。⁽³¹⁾

しかし、いずれの批判にも賛成できない。以下、これらの批判に検討を加えてゆくが、その前提として、まず、①ないし③と、④とは区別すべきである。なぜなら、①ないし③は、人の行為を介しない直接的な危険創出行為を根拠に保障人的地位を認めることに對しても向けられる批判であるのに対し、④は他人の故意の正犯行為を介した間接的な危険創出行為を根拠に保障人的地位を認めることのみに對して向けられる批判だからである。

まず、①ないし③の批判は必ずしも説得力がないように思われる。①については、作為犯の場合にも、事象が行為者の手を離れた後に生じた結果でも作為者の当初の行為に帰属されることがあるのだから、作為犯に匹敵すべき不真正不作為犯においても、そうした「物理的に事象を掌中に収めている」といった意味の「支配」は不要だ、という反論が可能である。

①についても、不作為時に結果回避可能性があり、その時点においては通常の責任要件が必要とされているのだから、このような批判は当たらない。また、先行する傷害と後の殺意に基づいた不作為を根拠に不作為による殺人罪を認めた裁判例が存在していること⁽³²⁾から考えると、この見解の「実務」に対する評価にはやや疑問がある。さらにいえば、先行行為を保障人的地位の発生根拠とすることは、「事実認定の努力を不要」とするものでは決してない。そのように解したとしても、不作為時における故意の認定は慎重になされなければならない。ここでは、まさに「事実認定の努力」が求められるからである。現に、わが国の裁判例にも、移置を伴うひき逃げの事案に関し、作為義務を認めながらも被告人が被害者の救護可能性を認識していなかったことを根拠に、殺人の故意を否定して殺人未遂の成立を否定したもののや、⁽³³⁾重傷を負った被害者を自車のトランク内に押し込んで走行中に死亡させた事案⁽³⁴⁾で、被害者を死亡させるかもしれないことを察知したが死亡を認容してはいなかった者に殺意を否定したものがあ

②にも十分な理由があるとは思えない。二重処罰をさけるためには、先行行為と結果との因果関係、客観的帰属を否定する余地もあるし、仮にそれが無理だとしとも、罪数論によって解決することは可能だからである。⁽³³⁵⁾

③も決定的な批判ではない。危険創出行為に基づく保障人的地位を肯定する説からも、不作為時に責任要件が要求される以上、全くの「偶然」に基づく処罰とはいえないし、他方、危険創出行為以外の保障人的地位の発生根拠として認められている場合にも行為者の意思に基づかない要素は多かれ少なかれ含まれている。例えば、親が病気の幼児に対して看病する義務という最も「偶然性」に乏しいように見える義務の場合ですら、幼児が病気になるか否かは偶然に左右されているともいえるのである。このように、危険創出行為の「不安定」さは、相対的なものにつきすぎない。そうだとすればこの②も危険創出行為に基づく義務を全面的に否定する論拠としては、弱いように思われる。

そして、危険創出行為に基づく保障人的地位を全面的に否定することは、類似の事例とのバランスの観点から見ても妥当でない。ふつう、危険創出行為に基づく保障人的地位を否定する見解も、危険源管理義務違反を保障人的地位の発生根拠とすることは認めている。⁽³³⁶⁾ところで、危険創出行為に基づく義務は、多くの場合、危険源管理義務の違反があり、その結果、危険状態が生じたが、いまだ犯罪が終了していない段階で問題となる。⁽³³⁷⁾つまり、危険創出行為に基づく義務は、多くの場合、危険源管理義務の延長線上にあり、危険性がより高まり、現実化した状態の問題となるのである。そうだとすれば、後者から保障人的地位が発生することを認めながら、前者からはそれが発生しないというのではアンバランスだと思われる。例えば、犬の飼い主が、引き綱をつけずに犬を散歩していたところ、犬が通行人にまさに飛びかかろうとした、飼い主は犬を口笛で呼び戻すことができたにもかかわらず通行人が怪我をしてもかまわないと思ひ、呼び戻さず、その結果通行人が傷害を負ったという場合には、飼い主の不作為による傷害罪が成立することに争いはないだろう。そうだとすれば、もし犬が口笛で戻る訓練を受けていなかった

場合にも、飼い主には、被害者に飛びついており、まさにかみつこうとしている犬を被害者から引きはがす義務があり、それを怠れば不作為による傷害罪が成立するというべきではないだろうか。⁽³³⁸⁾そして、後者は、危険源がもはや行為者の「支配」に服していない場合なのだから、危険源管理義務違反とは言い難く、危険創出行為に基づく義務と言わざるを得ない。このような場合に不作為による傷害罪を認めるのであれば、危険創出行為に基づく保障人の地位を全面的に否定することはできないように思われる。

確かに、危険物がいったん行為者の支配領域を離れた場合に、それを取り戻すことによって危険発生を防止することは、支配領域内から物が持ち出されるのを防ぐよりも、一般に困難な場合が多いだろう。訓練されていない犬を引きはがそうとしたら、自分もかまれて傷を負うかもしれない。しかし、そのような場合には、後述する作為可能性を否定することによって不可罰とでき、また、それで足りるように思われる。そうだとすれば、そうした事実上の困難さのみを根拠に危険創出行為に基づく保障人の地位を全面的に否定するのは早計にすぎるように思われる。

ii 他人の故意行為を介した間接的な危険創出行為に基づく義務の限界

そして、以上のことは、不作為による共犯の場合にも基本的に妥当すべきである。前述したように、Xが、自分が管理している日本刀を、Yが殺人のために持ち出すことを知りながら放置したところ、Yがそれを用いてAを殺害した場合には、Xに不作為による殺人幫助が成立すると解すべきであった。そうだとすれば、XがYの持ち出し時点では事情を知らなくとも、Yの犯行を面前にして、犯行を容易に阻止できたにもかかわらず、それを怠った場合にも、殺人幫助とすべきであるように思われる。そしてそうだとすれば、さらに、Xが犯行を面前にしていなくとも、犯行場所を熟知しており、いつでも駆けつけて阻止することができたのにそれをあえて怠った場合を異なつて扱う理由もないだろう。そして、最後の事例は、危険源管理義務と危険創出行為とをどのような基準で区別した

としても、危険創出行為と構成せざるを得ないのである。

では、④の批判については、どのように考えるべきだろうか。確かに、この批判のいうように、教唆、幫助が事後的に作為可能性を有すれば不作為正犯となってしまうというのは、正犯と共犯の区別に関する刑法の立場に正面から抵触し、妥当でないように思われる。⁽³³⁹⁾

そこで、危険創出行為に基づく保障人的地位を全面的に否定はしない見解の中にも、この点を考慮して、他人の故意有責な行為が介在する場合には保障人的地位を否定するものもある。かつてヴェルツェルは次のように述べていた。先行行為に基づく保障人的地位は「とりわけ、次のような場合に制限される必要がある。それは、危殆化と結果発生との間に第三者の自己答責的な行為が介入した場合である。かつての「遡及禁止」の理論は、先行行為を限界づける「区切り」として、この範囲では、現在でもなお実際上の意味を持つというべきである」⁽³⁴⁰⁾。現在でも、例えば、シュトレーは以下のように述べる。「答責的にふるまう他人が直接引き起こした危険に間接的に寄与したにすぎない者は、先行行為に基づく法的義務を負わない。なぜなら、そのような場合には、事象に対するすべての責任は危険を直接引き起こした者にふりかかり、直接的な危険を背後者に帰属することはできなくなるからである。例えば、①他人にナイフを貸した者は、その他人がナイフを用いて第三者を刺し、被害者が失血死しようとしているのを刑法一三条に基づいて阻止する義務はない。②また、他人が第三者を刺そうとしているのに介入して止めさせる義務もない(筆者注、これはドイツの判例の事案である)⁽³⁴¹⁾。彼には、単に三二三条C(筆者注、一般不救助罪)の義務が課せられるだけである」(丸数字は筆者)。

しかし、まず、「答責性」の概念をこのように用いることには疑問がある。

確かに、危険創出行為、危険源管理義務違反のみを根拠に保障人的地位を認める時には、不作為者が義務を負う根拠はまさに当該因果経過を生じさせたことだけなのだから、不作為者は、その因果経過を仮に当初から故意に設

定していれば負ったであろう罪責を超えた罪責を負うべきではない。それ故、この場合には因果経過に対する法的評価が必要となる。そして、別書において詳論したように、因果経過に対する法的評価を加えるに当たっては、遡及禁止、自己答責性を考慮することが必要ではある。⁽³⁶⁾ その意味では、これらの見解が「答責性」を根拠にして保障人的地位の範囲を制限しようと試みていることは理解可能である。しかし、こうした見解は、遡及禁止、自己答責性の概念を、本来用いるべき範囲を超えて過度に広く用いてしまっているように思われる。そもそも、遡及禁止論、答責性論は、単独正犯か否かを決する基準であり、広義の共犯の成否を判断するに当たっては、これらの要素を問題とする必要はなかった。⁽³⁶⁾ 共犯は、そもそも答責的な他人の行為を介して結果を惹起する存在なのである。そうだとすれば、危険創出行為に基づく不作為犯の成否を考えるに当たっても、故意有責な行為が介在していることは、不作為単独正犯の成立を否定する理由とはなっても、不作為による広義の共犯を否定する理由とはならないはずである。先ほどのシュトレイのあげたドイツ判例の事案でいえば、答責性を論拠とすることによって、不作為者を殺人の単独正犯とすべきでないとはいえても、そのことから直ちに、刺突行為の不阻止を根拠とした不作為による傷害致死あるいは殺人の共犯まで否定することはできないのである。

これらの見解も、作為者に故意がない場合、例えば、Aが、装填された連発ピストルをおいていたところ、Bがそれを装填されていないものと誤信して、冗談で銃を第三者に向けて引き金を引こうとしていた、Aはそれを阻止することなく放置した、という事案⁽³⁶⁾においては、Aを殺人の間接正犯としている。⁽³⁷⁾ この事案では、Aが事象を「支配」しているというのがその理由である。しかし、そのような意味での「支配」が正犯性を基礎づけるのだとすれば、そうした「支配」を欠く場合に共犯を認めてはなぜいけないのだろうか。作為犯の場合には、「支配」を欠く場合にも共犯とはなり得たのである。不作為犯の場合に異なった解釈をする理由は、必ずしも明らかでないように思われる。

以上のように考えると、自律的決定に基づく正犯行為を介した間接的な危険創出行為が行われた場合には、行為者は、正犯行為終了後の、その違反が単独正犯を基礎づけるような救助義務までは負わないが、それが終了する以前の犯行阻止義務は負うと解すべきである。⁽³⁸⁾ 後述するように、共犯処罰も法益保護の一環である以上、不作為による共犯を基礎づける保障人的地位の発生根拠も、最終的には法益侵害、その危険の発生を防止することに還元されねばならず、そこから切り離された独自の「犯罪阻止義務」を認めるべきではない。⁽³⁹⁾ しかしここでは、法益保護のために認められる義務が、正犯の犯行終了以前にそれを阻止する点にまでしか及ばないため、現象的には、「犯罪阻止義務」として現れるのだといえよう。⁽³⁹⁾

このように考えれば、先程述べた④の批判も回避できる。なぜなら、この考え方からは、教唆行為、補助行為等の共犯行為がなされ、行為者がその後作為可能であった場合にも、不作為単独正犯は成立しないので、正犯と共犯の区別が骨抜きになるとはいえないからである。そして、以上のことは、危険源管理義務違反が問題となる場合にも基本的にと妥当する。救助義務が問題となる場合には、それはすでに危険創出行為に転化しているからである。⁽⁴⁰⁾

これに対し、前述した法益に対する引き受けが認められる場合には、保障人は、結果へと向かう直接的な因果経過を設定したが故に義務を負うのではなく、被害者との関係で救助が典型的に期待される地位におかれているが故に義務を負う。そうである以上、被害者に生じている危険状態がどのような因果経過によって生じさせられたのであろうとも、そのことは不作為者の罪責に無関係である。それ故、不作為者は、作為正犯者の行為終了後にも、被害者を救助可能である限り、被害者を直接保護する義務を負い、その違反が認められる場合には不作為単独犯となる。前述したドイツにおけるいわゆる義務二分説には、以上の限度において正当な主張が含まれていたように思われる。⁽⁴⁰⁾

iii 危険創出行為の具体的内容

(あ) 総説

さて、以上のような危険創出行為であるが、その内容は具体的にどのようなものであるべきか。ここでは、危険源管理義務違反について前述したのと基本的に同様のことが当てはまる。なぜなら、前述したように、危険創出行為に基づく義務と、危険源管理義務とは、いずれも「危険」を根拠とした義務であり、その限度では統一的に理解されるべきだからである。

そうすると、本稿の検討対象である、他人の故意の正犯行為を介した間接的な危険創出行為に関しては、前述したように、まず、①現実に行われた正犯行為と共犯行為がなければならぬであろう正犯行為とを対比した時に、後者が前者よりも結果発生の蓋然性を高めており、その高められた危険が結果に実現したと評価できることが必要となる。そして、その際には、それ自体としては犯罪とならない仮定的代替原因は考慮に入れた上で、危険判断がなされるべきである。

第二に、正犯者の心理に関する要件として、②正犯者が、不作為者の危険創出行為時において、すでに犯行を決定しているか、その兆候が存在していたこと（あるいは危険創出行為それ自体が、犯行を決定させるに足る強力なものであること）が必要である。

このような要件が満たされている場合には、危険創出行為は肯定される。しかし、不作為による共犯を認めるためには、さらに、不作為の時点において、不作為者に故意が認められなければならない。そして、こうした故意に関しても、信頼の原則を考慮して、不作為者が③正犯者の犯行に向かう明白な傾向の存在又はその作出を現実に認識していたことが必要である。

では、このような要件は、具体的にどのようなように適用されるのか。以下で見てゆこう。

(い) 結果発生の危険の増加

まず、①に検討を加えよう。この点に関連し重要なのが、第一章にもあげた売春場所提供幫助を否定した平成二
年の大阪高裁判決である。事案は以下のようなものである。Xは、Yの依頼に応じ、飲食店の営業許可を得て、Y
にその名義を貸した。Yは料理店を開店し、その客室を売春の場所に提供するのを業としようと企てていたが、X
はそのことを知らなかった。その後、Xは同店が売春の場所に用いられていることを知ったが、これを放置して
いた。⁽³⁵⁾

この事案では、Xの貸した営業許可に基づいて経営されていた飲食店において売春がなされていたのだから、X
の先行行為とYの犯行との間に合法的条件関係の意味での事実上のつながりはある。そして、営業許可の名義貸
しはそれ自体違法な行為だから、同様の名義貸し行為は行われなかっただろう、という仮定の下で、危険増加を判
断すべきである。しかし、そのように考えたとしても、本件では、危険増加はなお否定されるべきだろう。同判決
が述べるように、先行行為は「客観的に見れば……正犯者の犯行を容易ならしめる一事情となつてゐることは否定
できない」が、「YはXとは関係なく独自の判断に基づいて売春場所提供を業とするに至つたのであつて、X名義
の右営業許可がなくてもその犯行をするについて顕著な支障があつたとは認められ」ず、危険の有意な増加をもた
らすものではなかつたからである。⁽³⁶⁾

もつとも、この判決に対しては有力な異論がある。内田文昭教授は、当該料理店以外の場所で「場所提供」を業
とするのであればともかく、当該料理店での「場所提供」は被告人の「許可」なしには顕著な支障が生じるとい
べきだと指摘され、そのことを根拠にXに売春場所提供幫助を認めるべきだったとされる。⁽³⁷⁾

しかし、この見解には賛成できない。危険創出の判断においても、当該構成要件の観点から見て有意な変化、当
該構成要件が保護する法益との関係で危険の有意差があることが必要といふべきである。ところで、売春場所提供
罪の保護法益は、売春がなされないと这个社会における性的秩序であるが、売春がどこの料理店においてなされた

かによって、その法益に対する危険の程度は変わらない。つまり、「当該料理店で」の売春についての支障があったかは、法的に重要な事実ではなく、Yの売春「一般」に支障があったかが問題とされるべきと思われる。そのように考えれば、本判決の結論が支持されるべきことになろう。

なお、この判決について、学説の中には、営業許可がなくても売春に顕著な支障がなかったということは、不作為時点で期待された作爲がなされていたとしても結果を阻止できなかった可能性があることを意味するとして、こうした観点から無罪の結論を支持するものもある。⁽³⁷⁾ こうした結果回避可能性の問題については次章で検討する。⁽³⁸⁾

この大阪高裁判決は、危険創出行爲がそれ自体として違法な場合であった。他に、銃刀や覚せい剤等の法禁物を提供した者が、それが正犯者の故意の犯行に用いられるのを知りながら放置した場合が、この類型に分類される。こうした場合、代替原因を考慮する必要はないから、その結果として、危険増加が肯定される場合が多いだろう。しかし、この大阪高裁判決がそうであったように、必ずしも常にそうとは言えないことに注意を要する。また、②、③の要件が慎重に検討されねばならないのももちろんのことである。危険創出行爲がそれ自体として違法であることのみを根拠として、直ちに不作為犯を認めてしまうのでは、ヴェルサリ法理に回帰してしまうが、そのような結論はやはり避けられなければならないだろう。

逆に、物の提供行為がそれ自体として適法である場合には、その物が実際に犯行に役立つとしても、仮定的代替原因の考慮によって危険創出が否定される場合もある。ことに提供された物がどこでも手にはいるような日用品であった場合には、この点の判断は慎重になされるべきであり、提供時と犯行時が時間的、場所的に接着していた等の事情のために、まさに犯行に用いられたその物が特別に有効だったという関係が必要である。⁽³⁹⁾

この点と関連して、わが国には、(復帰前の)南西諸島からの砂糖の密輸に用いられると知らずに、正犯者と傭船契約を結び、自己所有の船舶を正犯者に引き渡し、その後情を知ったが、さらに積極的に犯罪遂行に助力はしな

かつた者を、不作為による密輸幫助に当たらないとした高裁判決がある。⁽³⁰⁾ 同判決においては、船の占有が正犯者に移転し、それが被告人に復帰していなかった点が、被告人の責任を否定する根拠とされている。

しかし、この判決には疑問がある。船の貸与自体は違法行為ではないが、この事案では、正犯者らが他から船を借りることはかなり困難であったろうと推察される。そして、こうした形態の密輸には船が不可欠である。そうだとすれば危険創出行為は肯定すべきだったのではないだろうか。前述したように、被告人の占有は事実的支配の有無のみによって義務の存否を決するのでは妥当な結論が導かれなかったのである。さらに、本件では②、③の要件も満たされていると思われる。そうだとすれば、不作為による幫助を認める余地は十分あったように思われる。

占有移転を重視するこの判決の論理からは、例えば、船の所有者である暴力団A組の組長甲が、ふつうの船主から船を借りることができないような系列暴力団B組の組員乙に、事情を知らず船を貸与したところ、乙がそれを用いて覚せい剤の密輸、売買を行っていた。甲はそれを熟知し、止めようと思えば十分止められたが、後日分け前をもらおうと期待して、それをあえて放置していた、という場合にも、甲には、(営利目的)覚せい剤輸入罪、禁制品輸入罪の幫助が成立しないことになる。しかし、それはいかにも不当な結論ではないだろうか。

もつとも、この判決の事案は、私の設例とは異なり、船の占有が正犯者に移転した後、船主である被告人が密輸を阻止する現実的な可能性が低かったとはいえるかもしれない。⁽³¹⁾ そうだとすれば、後述する結果回避可能性の欠如を根拠に幫助の成立を否定する余地はあり得ないではないだろう。しかし、仮にそうだとしても、同判決の論理にはなお疑問が残るのである。

ここまでは、犯行に用いる道具を事前に提供したことが危険創出行為となる場合を念頭に置いて議論してきた。しかし、結果発生 of 危険を高めるのはそのような行為に限られるわけではない。被害者が抵抗しがたい状況を作り出すこともまた結果発生 of 危険を増大させるものとして、危険創出行為となりうる。前述したドイツ連邦通常裁判

所の七六年判決の事案において、行為者が被害者を酩酊させた行為などはこれに当たる。また、わが国の裁判例には、暴力団組長 X が、被害者 A から債権を回収するために、Y とともに A を車に乗せて山林に赴いた、Y は A に何度か暴行を加えたが、X はそれを阻止できなかった。X は Y による A 殺害を阻止するために同席していたが、A がすでに抵抗の気力を失っていた時、Y からスコップ等をとってきてほしいとの依頼を受けて、自分が立ち去れば Y が A を殺害するかもしれないと予測、認容しつつ一〇分ほど席を離れたらそのとおりになった、という事案で X に不作為による殺人幫助を認めたものがあるが、これもそうした場合である。

(5) 結果発生の危険増加が正犯者の心理に対する働きかけから生じる場合

さらに、以上のような物理的な危険を増加させる行為でなく、正犯者の心理に対して犯行を促進するような影響を与え、その後、正犯者の犯行意図に気付いた場合にも、危険創出行為を認める余地がある。もちろん、このような場合には、物理的な危険創出行為よりもあいまいな影響しか与えていないことが多いから、認定には慎重であるべきとは思われるが、⁽³⁶⁾ 共犯の因果性について、物理的因果性と心理的因果性とを同等に扱うわが国の判例、多数説からは、危険創出行為の判断においても両者を異なつて扱う理由はないだろう。

例えば、第一章で言及したが、わが国の裁判例には、母親 X が、三女 A を殺害しようとしている際に、布団上にいた A の父親である Y の方を振り向き、制止を求める気持ちから、Y に「止めへんかったら、どうなつても知らないからね」といった。Y は、自らも A に死んでほしいという気持ちから、X を制止せず、いったんあつた目をそらし顔を背けたため、X が A をこたつの天板にたたきつけて殺害した、という事案を扱つたものがある。⁽³⁷⁾ この事案において、Y は A と同居している父親として A の生命、身体の安全確保を引き受けているから、その観点から保障人的地位を認めることも可能である。しかし、さらに同判決は、Y が X に対し「一連の暴行の契機となるような指し示を……積極的に与えていた」ともしている。このような事情があれば、それだけを根拠として不作為による共犯

を基礎づける危険創出行為を認めることができるように思われる。前述した公然わいせつ不阻止に関する最高裁判決についても、劇場経営者が(故意なく)あらかじめ犯行を誘発しやすような動機付けを与えていたような場合には、こうした観点から不作為による幫助を認める余地がある。

この点に関連する特殊な問題として、ドイツにおいてたびたび問題とされているのが、民事訴訟の一方当事者あるいは刑事訴訟の被告人が、証人が自分にとって有利な偽証をするのを阻止しなかったという事例群である。⁽³⁶⁵⁾この問題に関するドイツの判例理論は変遷を見せてきたが、現在では、当事者・被告人が真実に反することを知りながら事実を争ったために証人が偽証することを動機づけられたという事情だけでは足りず、さらに当事者・被告人が証人との特別な人間関係——例えば、離婚訴訟中に不貞関係を継続していたこと⁽³⁶⁶⁾——によって、証人の偽証の危険を高めていた場合に限って、当事者・被告人には先行行為に基づいて不作為による偽証幫助が成立するという立場が採用されている。⁽³⁶⁷⁾ドイツの判例理論を内在的に理解するためには、ドイツの民、刑事の訴訟法、さらには家族法等の理解が必要となり、それらを検討することは本稿の課題を超えるため、この問題の本格的な検討は、別稿に譲らざるを得ない。しかし、少なくともわが国の解釈論としても、こうした事案で偽証幫助を認めることには慎重であるべきと思われる。なぜなら、偽証罪が成立するためには、裁判官の面前で宣誓した上で、⁽³⁶⁸⁾虚偽の証言をする必要であるが、宣誓は、証言についての責任は自らが負うという、証人の裁判官の面前での決意表明であり、その時点において、これまでの心理的影響をいわばいったん断ち切る新たな決断がなされているといえる。そうだとすると、偽証行為に対する心理的危険増加と評価できるのは、そうした新たな決断をも貫き通すだけの特別な事情、具体的には宣誓をも想定した上であえてそれ乗り越えようという決意が事前に引き起こされ、しかもそれが不作為者の先行行為から生じた相当な帰結であることが要求されることになる。⁽³⁶⁹⁾しかし、事前の先行行為によって与えた心理的影響だけで、その域に達していることは事実上皆無であるように思われる。ドイツの学説において

は、先行行為に基づく保障人的地位を一般的には認めながらも、この場合に関しては、証人の「答責領域性」「自己答責性」といった視点を持ち出して、処罰範囲を限定しようとする見解が有力である。⁽³⁹⁾ 前述したように自己答責性という用語は必ずしも適切ではないが、それが以上のような趣旨であれば賛成できる。

なお、仮にこの点が満たされたとしても、不作為による共犯が認められるには、②③の要件も必要であり、こうした場面では、これらの要件が満たされていないことも多いだろう。

(エ) 正犯者の心理に関する側面

さらに、②にあげたように、保障人的地位を認めるためには、危険創出行為の時点で正犯者が犯行を決意しているか、その兆候があること、あるいは危険創出行為それ自体が直接犯行を決意させるに足る強い働きかけを伴うものであることが必要であった。

具体的には、まず、不作為者が結果的に見れば犯行に役立つような要因を与えていたとしても、正犯者が当初はそれを無視しており、後日犯行決意が生じた際に、それを何らかの形で利用したに過ぎない場合には、不作為による幫助を認めるべきではない。例えば、ドイツの判例で問題となった事案であるが、夫が子供養育補助費を申し込むを手伝った妻は、後日子供が死んで実際には請求権を失う状況になったにもかかわらず、夫がそれを受け取り続けているのを知っても、役所に事情を告知する義務は負わず、不作為による不正受給の幫助として処罰されるべきではない。⁽⁴⁰⁾

この事案では、当初の申し込みの手伝いは、結果的には正犯者が犯行を行う一因となっていないではない。しかし、その手伝いの時点においては、将来の犯行と結びつく危険はきわめて低く、その行為が仮に未必の故意に基づいて行われたとしても、作為による共犯とすべきではない。そうだとすれば、それを危険創出行為と評価することもできないというべきだろう。

複数人が犯罪を實行したところ、そのうち一人が状況を利用して当初の共謀の範囲外の犯罪を行った場合にも、こうした観点から不作為による共犯の処罰範囲を限定すべきである。例えば、甲、乙が強盗を計画して丙宅に侵入し、二人で丙、丙の妻丁に暴行を加えて、抵抗できないように縛り上げ、乙が財物を奪取していたが、その間、甲は丁に対する強姦の故意を生じ、丁を姦淫した、乙は甲を阻止することも可能であったが、これを放置していたという事案においては、乙の罪責は強盗罪の共犯にとどまるといべきだろう。確かに、乙は犯行を容易にする状況を作り出しているが、その段階では、甲は強姦を決意してはならず、また、乙が甲の強姦を決意させるに足る心理的な働きかけもしているわけではないからである。もちろん、このような事案においては、さらに何らかの付加的事情が認められ、強姦についても前述したような作為による共謀が認められる場合も少なくない。しかし、前述したようにもし単に現場にいたというだけであれば安易に共謀を認めるべきではなかった。そして、積極的な関与行為が認定できない場合には、以上のような観点から、不作為による共犯の成立も原則として否定されるべきなのである。

(お) 不作為時における故意

以上のようにして危険創出行為が認められた場合にも、不作為者に故意がない限り、故意共犯は成立しない。そして、故意の内容としては、①保障人的地位を基礎づける事実の認識と②正犯者が犯罪を實行するであろうことの見が必要である。①に関しては、ここで問題となっている危険創出行為の場合には、自らがそうした危険な行為を行った事実を不作為時に認識していることが必要である。ことに(ウ)の類型においてはこの点は慎重に認定される必要があるだろう。また、②に関しても、通常、人はそう簡単には故意の犯罪を行わないという信頼の原則を考慮して、慎重に認定すべきであろう。これまでのわが国の裁判例において、不作為による幫助が認められたものの、ほとんどは不作為者が作為正犯者の犯行現場あるいはそのごく近く(37)にいた事案だったのは、こうした故意の認定の

点が影響していたのかもしれない。

この点と関連するわが国の裁判例に、次のようなものがある。麻薬取扱者の免許を有していたXが、やはり免許を有していたYに、麻薬を他に売却しよう依頼して、麻薬を手渡した。その当時は麻薬取締規則施行当時で、同規則によると、XYのような麻薬取扱者は、業務の目的以外の為であっても、麻薬を販売、授与、貸与することが許されていた。しかしその後、麻薬取締法が施行され、そのような行為は禁止されるに至った。その後Xが売却の委託を取り消さなかつたところ、Yは麻薬をZに売却した。この事案で、東京高裁はXに麻薬譲渡罪を認めず、無罪としたのである。⁽³⁶⁾この裁判における争点は、麻薬の「譲渡」が、占有の移転を意味するか所有権の移転を意味するかという点であり、不作為による幫助は(予備的にすら) 訴因とされていなかった。しかしこの判決は、傍論として「この不作為をYの譲渡行為に対する加担行為と解することはなお疑問」としている。この判決の理論的根拠は必ずしも明らかでない。しかし、次のような理解は可能だろう。つまりXとしては、当初は適法な行為を依頼したにとどまるから、その依頼には、法改正によって譲渡行為が禁止され、それが違法行為となった場合にまで売却してくれとの趣旨は必ずしも含まれておらず、そしてその後、XY間に意思の連絡はなく、Xは、Yが犯行を行う兆候を認識していなかったのだから、仮に危険創出行為に基づく保障人的地位を認めたとしても、故意が否定されるべきだ、と。このように考えれば無罪という結論自体は支持できると思われる。

(4) 犯罪阻止義務?

(あ) 総 説

さて、ここまで、保障人的地位を基礎づける事実である、法益に対する意識的引き受け、危険源管理の意識的引き受け、危険創出行為について具体的に論じてきた。そして私は、以上のような事実によって保障人的地位が基礎づけられない場合には、不作為による共犯を認めるべきではないと考えている。これに対し、ドイツおよびわが国

の学説においては、一定の場合に、「不作為者と正犯者との関係や、不作為者の地位から生じる正犯者の犯罪を阻止する義務」(以下、犯罪阻止義務と呼ぶ)を認める見解も有力に主張されている。そして、わが国の裁判例においても、具体的事案においてその存在を結論的には否定したもの、こうした義務を問題としたもの⁽³⁷⁾や、さらに、このような義務を根拠としなければ説明のつかない有罪判決⁽³⁸⁾も存在している。

ここでは、こうした義務は前述した危険源監督義務や危険創出行為に基づく義務、法益に対する保護義務から導かれる正犯者の犯行を阻止する義務とは異なるということを再確認しておこう。これらの義務はあくまで被害者保護の観点から導かれたものであり、ただ、故意有責な正犯行為が介在した、正犯者の犯行終了後に結果回避可能性がなかった、といった理由から、不作為者が正犯行為終了後の事象についてまで責任を問われないため、その義務が、結果的に犯行を阻止する義務として顕在化する場面があるに過ぎない。これに対し、いわゆる犯罪阻止義務を認める学説は、そうした保護義務が認められない場合に、より広い範囲で保障人的地位を認めようとするものなのである。

この問題はドイツにおいては古くから議論がなされている。そして、ドイツにおいてこの義務が問題とされている事例群は大別して三つに分けることができる。家族関係に基づく場合、公務員関係に基づく場合、そして、私企業等における上位者の場合がそれである。以下、それぞれについて具体的に検討を加えていくこととするが、結論から先に言えば、私は、これらの見解が義務を認めている事例群は、①これまで論じてきた三つのタイプのいずれかに当たる場合か、②そもそも無罪とすべき場合かのどちらかに解消されるべきであると考ええる。

(い) 責任無能力者の保護者

こうした犯罪阻止義務の中で、比較的争いなく認められているのは、責任無能力者を監視すべき立場にある者が、責任無能力者が犯行を行おうとしている際にそれを阻止せず、結果を発生させた場合である。例えば、母親

が、幼児が隣家に勝手に侵入し、お菓子を盗み食いしているのを阻止しない場合や、精神病院の医師が、犯行癖の強い責任無能力の担当患者の犯罪行為を阻止しなかった場合が考えられる。これらの場合は、「危険源管理に対する引き受け」の観点から保障人的地位を基礎づけることができる。ここでの被監督者は、確かに、人格を有する存在ではある。しかし、責任能力を有しない者は、未成熟さや病气故に、刑法の立場から見れば反対動機形成可能性がなく、犯罪を思いとどまる可能性がないと評価されている。そのような者に対して犯行を動機付けるような状況が存在する場合には、彼は、法的評価としては、通常の責任能力者を越えた特別な危険を有しているといえる。そうだとすれば、そうした犯行を動機付ける状況が存在している場合には、未成熟さ、病气に対処すること意識的に引き受けている者には、危険源管理に対する引き受けの観点から、保障人的地位が認められるというべきである。また、反対動機形成可能性が著しく減退している限定責任能力者も、完全責任能力者と比べれば、なお「危険源」と評価しうるので、監視者の保障人的地位については基本的に同様に考えることができる。

これに対し、いわゆる人格障害等があり犯行癖が強い者であっても、完全責任能力者についてまで、こうした「危険源」性を肯定すべきではない。そのような者は、刑法の立場から見て、通常人と同様の反対動機形成可能性があったと評価されているのだから、それにもかかわらず、その者自身を「危険源」と評価することは評価矛盾だからである。

もちろん、責任無能力者、限定責任能力者といえども、何らの動機付けもなければ犯行を行うことはないのだから、監督者に故意不作為犯を認めるためには、監督者が、責任無能力者等に対して犯行を動機付けるような状況が存在していることや、現に責任無能力者等がそのように動機付けられてそれに基づいて行動しようとしていることを認識していなければならない⁽³⁰⁾。

なお、少年に関しては、刑事未成年である一四歳未満であっても、実質的な意味での責任能力は備わっている場

合も少なくないということが、つとに指摘されている。⁽³⁸¹⁾ もっとも、前述したように限定責任能力者も、なお「危険源」といいえ、そして刑事未成年は、実質的に判断すれば限定責任能力と評価される場合も少なくないだろう。さらに、場合によっては、一四歳以上であっても、知能や発達の程度等によっては限定責任能力と評価される場合もあり得るかもしれない。そのような場合には、なお危険源性を肯定できるように思われる。

逆に、一四歳未満ではあるが実質的な能力は備わっている場合もあり得る。そのような場合には、刑罰を科さずに保護の対象とするという刑事政策には合理性はあるとしても、刑法の立場から見ると危険源だという評価はもはやできないということになる。

そして、こうした義務の違反があり、それに基づいて結果が発生した場合に、作為正犯が責任無能力者であれば、不作為者は間接正犯として処罰されるべきである。そのような場合には、不作為者と結果との間に故意有責な行為が介在していないからである。⁽³⁸²⁾ これに対し、作為正犯者が限定責任能力者の場合には、議論があり得るところだが、結論的には、原則として広義の共犯にとどまるというべきであろう。⁽³⁸³⁾

(5) 親の未成年者の子の犯行を阻止する義務

(い)で論じた義務は、子供等があくまで未成熟であるが故に反対動機形成可能性に問題があり、危険源と評価できることを根拠としていた。これに対し、ドイツにおいては、親の未成年の子に対する監護、養育権を根拠に、責任能力に問題のない未成年の子の犯行を阻止する義務を肯定する見解が多数説の地位を占めている。⁽³⁸⁴⁾ もしこのように考えるのであれば、前述した三類型には還元できない、固有の「犯罪阻止義務」が認められることになる。

しかし、こうした見解には賛成できない。監護、養育権は、第一次的には子の福祉を目的としたものであって、それを根拠にして、直ちに、犯罪阻止義務を導くことはできないからである。⁽³⁸⁵⁾ 子供が犯罪者になることは子の福祉に反するから、子の犯罪行為を阻止すべきであると考えられないではないが、それでは共犯の処罰根拠を正犯者の

墮落防止に求めることになり、わが国の多数説が否定している責任共犯論に帰着してしまう。確かに、わが国の民事判例は、責任能力ある未成年の子の不法行為について、民法七一四条に該当しないことを前提に、七〇九条に基づいて親権者に損害賠償責任を認めている⁽²⁸⁾。しかし、この場合の親の責任は、被害者救済の実効性確保という政策的配慮に基づくものである。そうした政策的配慮を導入すべきでない刑事責任の判断においては、このような「特別な義務」を認めるべきではないように思われる。

このようにいうと、例えば、未成年者が責任能力に問題はなくとも非常に犯罪癖が強い場合や、犯行が行われる明白な兆候があるような場合には、未成年者はお「危険源」といえ、親はその監護を引き受けていることによって、犯罪阻止義務を負うべきではないか、との批判があるだろう。

確かに、そのような場合には、一定程度の危険性があることは否定できず、親に阻止する道徳的責任があるのももちろん、民事上の不法行為責任をも認めることもできるだろう。しかし、このような危険性は、子供が未成年の場合に限らず、成人の場合にも全く同様に認められるものである。後者の場合には、どれほど危険性が高くても、保障人的地位は認められないことに争いはない。そして、両者の差は前述した親権以外に存在しない。しかし、親権という民法上の権限のみを根拠に、刑法上の保障人的地位を基礎づけることは妥当でない。実際上も、母親と娘がデパートに買い物に行き、娘が自分の利益のために万引きしていたのを阻止しなかった場合に、娘が一九歳であれば母親が不作為による窃盗幫助になり、二〇歳であれば無罪となるというのはいかにもアンバランスだろう。

以上のように、親の引き受けるべき危険は、子が犯罪を犯す危険一般ではなく、あくまで子供の未成熟と関連した危険に限られるべきであり、親が不作為による共犯として処罰されるのは、(い)で論じた限度に限られるべきである。

(エ) 夫婦間

まして、対等な立場にある夫婦間において、互いの犯罪を阻止する義務を認めるべきではないことは当然であろう。まさにこの点を否定する論理を提供することこそが、アルミン・カウフマンらによって提唱された機能説の意図するところであり、また、その理論的成果であった。⁽³⁸⁸⁾つまり、夫婦は互いの協力者として、前述した保護義務を負うべきだとしても、その後見監督人として、犯罪阻止義務まで負うべきではないのである。⁽³⁸⁹⁾ドイツの判例は、伝統的にはこのような義務を認めてきたが、学説からのほぼ全面的な批判を受け、現在では、このような義務を少なくとも正面からは認めない方向に傾きつつある。⁽³⁹⁰⁾

なお、繰り返しになるが誤解をさけるためにもう一度確認しておく、母親が、夫がわが子を殺害しようとするのを阻止しない場合には、母親に「犯罪阻止義務」が認められて、不作為による幫助となる場合もあるのは前述したとおりであるが、それはあくまで母親の子供に対する保護義務が根拠なのであり、ここで問題とされている犯罪阻止義務とは異なるものである。

(オ) 公務員の犯罪阻止義務① 総説

次いで、公務員の「犯罪阻止義務」について検討しよう。まず、ドイツ刑法典は「公務所における犯罪行為」の章に、上司が、部下の公務員が公務所における違法行為を行うのを阻止しなかった場合には、上司は当該違法行為に科される法定刑の範囲内で処罰される旨を規定している(三五七条一項)。しかし、この規定が適用できない場合——具体的には正犯者が私人の場合などがそうであるが——について不作為による共犯を認めた判例もいくつか存在している。古くは、看守が、囚人の作業を監視中に、囚人による窃盗を阻止しなかった場合に窃盗幫助を認めた帝国裁判所の判例がある。⁽³⁹¹⁾また、比較的最近では、例えば、警察官が、犯罪が行われていることを知ったがそれを阻止しなかった場合、環境保護省の公務員が環境犯罪を阻止しなかった場合等に保障人的地位が肯定されている。⁽³⁹²⁾

さらに、ごく最近、旧東独の共産党中央委員会政治局構成員が、殺害が行われている国境警備の状況を知りながら放置していたため、国境兵士が、ベルリンの壁を越えて西へと亡命しようとした者を射殺することになった、という事案で、被告人を不作為による故殺幫助として処罰した連邦通常裁判所の判決が登場している。⁽³⁶⁾

では、わが国では、どのように考えるべきだろうか。こうした公務員の義務は大別して二つに分けることができる。一つは、作為正犯者によって侵害の危機にさらされている法益の保護が、まさに当該公務員の職務に属する場合であり、もう一つは、公務員がそのような地位にはない場合に、組織内部の上位者として、下位者の犯罪行為を放置していた場合である。そして、結論から先に言えば、前者においては、法益に対する引き受けの観点から不作為の成立を認めることができるが、後者においては、不作為の成立を認めるべきではない。

(か) 公務員の犯罪阻止義務② 特別権力関係

前者から検討しよう。まず、囚人その他のいわゆる特別権力関係下にある人物が被害者の場合には、そうした人物を管理すべき立場にある者が、同時に彼らの法益を保護する任務をも引き受けているというべきである。⁽³⁷⁾囚人らは、自由を制限された上で、一定期間、一定場所に強制収容されているのだから、その間は通常人と比べて自由に自己保護措置を採ることが困難な「脆弱」な存在であり、管理者の立場にある公務員は、そうした者の法益を引き受けているといえるからである。例えば、囚人甲が、他の囚人乙に暴行を加えているのを現認した刑務官が、日頃から乙が態度が悪かったので、いい気味だと思つて放置していた場合には、刑務官には不作為による暴行幫助が認められる。

では、そうした物理的な支配下におかれていない一般市民が犯罪被害者の場合、あるいは、具体的な被害者のいない社会的法益に対する罪が問題となっている場合については、どのように考えるべきだろうか。

(き) 公務員の犯罪阻止義務③ 警察官の場合

ドイツにおいては、この問題は特に警察官の犯罪阻止義務を念頭に置いて議論されている。そして、現在の連邦通常裁判所の判例理論はおおむね以下のようになるとめられる。まず、警察官が公法上負っている犯罪阻止義務は、当該犯罪によって侵害の危険にさらされている法益の保護と不可分一体であるから、犯罪の危険がある場合には、市民は警察に対して法益の保護のために介入することを要求する権利を持つ。それ故警察官は、犯罪が行われることを知った場合には、それを阻止する義務を負う。もともと、この義務はあくまで職務上のものであるから、原則として、当該警察官が事物管轄、場所管轄を有していること、職務執行中であること、の二つの要件が満たされていないれば発生しない。ただし、職務時間外に知った犯罪が継続犯であったり、何度も繰り返されているといった事情から、職務執行中にもなお継続していることが想定される場合には、公共の利益が私的な利益よりも重要か否かを個々の事案毎に考量すべきであり、一三八条の不救助罪の対象とされている法益や多額あるいは高度の不法内容の財産侵害の場合には、公共の利益が優越し保障人的地位が認められる。以上のような理論である。

この理論が示されたのは、警察官が非番中に訪問した飲み屋において、知人である店主が売春促進行為を行っているのを知ったが、それを放置していたことについて、売春促進罪幫助として起訴された事案を扱った連邦通常裁判所の判決である。⁽³⁹⁸⁾ 同判決は、犯罪を知ったのが非番中であったこと、対象犯罪が重大ではなかったことを理由に、警察官に売春促進罪を阻止する保障人的地位を否定した。

さらに、近時、同様の一般論を前提としながら、やはり非番中に得た知識をもとに警察官に犯罪阻止義務を認めた判決も登場している。それは、経済犯罪ことにコンピューター犯罪を担当する警察官Xが、妻Yの名で、Yとともに公務員法上の兼業許可を得ておらず、また申請しても許可されなかったであろうような会社を経営していた、Xは、Yがその会社の業務において詐欺、文書偽造罪を行っているのを阻止しなかったという事案を扱ったものである。⁽³⁹⁹⁾ この判決でも同様の論理が用いられて、今度はXに不作為による詐欺、文書偽造幫助が肯定された。⁽⁴⁰⁰⁾

以上のような判例理論に対しては、ドイツにおいても異論がある。市民は、正当防衛権の行使等により、自らの身を独立して守ることができるのであり、警察官に対して従属関係にはないから、このような事案において警察官に保障人的地位を認めるべきではない、というのである。^(註)

しかし私は、これらの判例の論理は、わが国においても基本的に採用されるべきと考える。確かに、ドイツの少数説のいうように、警察官は、通常、刑務官が囚人等の身柄を自らの支配下においているような形で一般市民を支配下においているわけではない。しかし前述したように、倉庫番に倉庫内における財産を保護する義務を認めるのが一般的な見解と考えられるが、そのような場合にも、雇い主は、自ら正当防衛等により自らの財産を守ることが可能であるし、雇い主が倉庫番に対して従属関係にあるわけでもない。そうだとすると、ドイツの少数説が要求している事情は、過大なものだと思うされる。

そもそも、私人による自力救済や復讐を原則として禁止し、国家に刑罰権を独占させた近代国家においては、国家は犯罪から私人の安全を守る義務を負っているというべきである。そして、国家自体は抽象的存在に過ぎないから、そうした任務を国家機関を構成する具体的な個人に担当させる必要がある。そのような任務を担当するのは、まさに「個人の生命、身体および財産の保護に任じ……公共の安全と秩序の維持に当たる」(警察法二条一項)べき警察官である。警察官は、職務に就くことによつて、そのような市民を保護すべき地位を包括的に引き受けているのである。^(註)

もちろん、警察官は、あくまで公的職務に基づいて義務を負っているに過ぎないから、非番の際に行われ、その間に終了した行為を阻止する義務は負わない。例えば、警察官が、休日自宅前で行われている殴り合いの喧嘩を現認しながら阻止しなかったからといって、彼に不作為による傷害幫助を認めるべきではないだろう。

しかし、ドイツの連邦通常裁判所がいうように、職務時間外に知った犯罪が継続犯であったり、何度も繰り返さ

れているといった事情から、職務執行中にもなお継続していることが想定される場合には、不作為による共犯が成立する余地がある。このような場合であれば、職務執行中にも、阻止すべき犯罪行為が存在し、またそれを阻止することも可能であり、それに対応する故意も認められるからである。故意を認めるためには、いつ情報を得たかは重要でない。

とはいうものの、行政刑法が肥大化している現在、警察官に対してありとあらゆる犯罪を阻止することを義務づけるのは現実的ではない。そうした行為の取締に際しては、警察官に一定の裁量が認められるべきである。それ故、警察官の作為義務違反が認められるのは、そのような裁量権の逸脱がある場合に限られるべきである。⁽⁴⁸⁾ ドイツの判例は、非番中に知識を得た場合に関して、このような考慮をしているが、理論的には職務執行中に知識を得ていた場合であっても同様であろう。もつとも、個人的法益に対する重大な侵害が職務執行中の警察官の面前で行われているような場合に、それをあえて阻止しないことは、(許されるおよがせ捜査等の) よほど特別な理由がない限り、裁量権の逸脱に当たると思われる。

(ク) 公務員の犯罪阻止義務④ 他の行政官庁の場合

以上のことは、他の行政官庁所属の公務員についても原則として当てはまる。つまり公務員は、組織の中で、自己が担当する分野において、業法やさらには刑法の違反があった場合には、前述したような国民からの委託を根拠とした義務の違反を根拠に不作為による共犯としての罪責を負う余地がある。とはいうものの、警察官と一般公務員との職務の相違のため、以下に述べるような差が生じる。まず第一に、一般公務員は、犯罪阻止一般をその任務としていたのではなく、あくまで、自己が所轄する事務の範囲内における犯罪を阻止する義務を負うにとどまる。⁽⁴⁹⁾

第二に、一般公務員が所轄する事務と関連して行われる犯罪は、比較的抽象的な利益を保護法益とするものであることが多い。さらに、事後規制型社会に移行しつつあるとはいえ、これまでのわが国の行政規制のあり方や、刑

法の補充性の原則を考慮すると、行政法規の違反があった場合には、必ず刑罰を持ちいなければならないと考えるのは硬直的に過ぎる。そうだとすると、このような場合には裁量権も一般刑法犯を対象とした場合より広く認められるべきであり、⁽⁴⁸⁾裁量権の逸脱として作為義務違反となるのは、例外的な場合に限られるべきである。例えば、公正取引委員会事務総局の職員が、独禁法違反の不当な取引制限に対し、もしかしたら行政処分を課しただけでは、ふたたび不当な取引制限を行うかもしれないと思いつながらも、刑罰の弊害等を考え、さしあたりは行政処分にとどめておこうと思つて告発しなかったら、はたしてその事業者は再び不当な取引制限を行った場合に、職員を不作為による幫助として処罰すべきではないだろう。⁽⁴⁹⁾

第三に、強力な強制権限を有している警察とは異なり、通常の公務員がとりうる結果回避措置は限られており、このため期待された作為を行ったとしても結果が回避できない場合、あるいはそのような疑いが残る場合が多い。このため、後述する結果回避可能性を慎重に判断する必要がある。

(4) 公務員の犯罪阻止義務⑤ 上司であることを根拠とした犯罪阻止義務

以上のように、公務員による犯罪阻止義務といわれている事例の一部は、法益に対する引き受けの観点から保障人的地位を基礎づけることができた。また、前述したように、直接実行者に対して、事前に危険を高める行為を行つていた場合にも、そうした高められた危険を元に戻す義務が認められる場合がある。さらに、別稿において詳論したが、⁽⁵⁰⁾危険源の管理を引き受けている者は、その履行を他人にゆだねた場合であっても、その他人が管理を怠つていれば、それをただす義務があるというべきであるから、そうした観点から、公務員の保障人的地位が基礎づけられる場合もあり得る。

では、以上のような関係が認められず、単に、組織の上位者が下位者の犯罪行為を阻止しなかったにとどまる場合には、どのように考えるべきだろうか。

前述したように、ドイツにはこうした場合を一般的に処罰する規定が存在する。そして、この規定については、本来(教唆) 幫助とされるべき関与行為を含めて正犯として処罰している点では特別規定だとされてはいるが、保障人的地位を特別に拡張するものではなく、本来、指揮命令権限に基づく「支配」の観点から、保障人的地位が認められる場合を確認的に規定したにすぎないと理解されている。⁽⁴⁰⁾ わが国の刑法典にはこのような規定はないが、国家公務員法九八条一項が公務員に上司の命令に従う義務を定めていることを手がかりとして、上司に監督義務を認めるという解釈論はあり得るかもしれない。⁽⁴¹⁾

しかし、結論的にはこのように考えるべきではないだろう。すでにたびたび指摘されているように、公法上の義務が直ちに刑法上の義務を基礎づけるものではない。さらに、ここにおいて言われている「支配」も保障人的地位を基礎づけるものではないように思われる。ここでの「支配」は、前述したいわゆる「排他的支配」の意味ではなく、単に指揮命令権限の行使等によって、作為者の犯行を阻止することが容易な地位にあったという意味に過ぎない。しかし、「容易だったからすべかった」とただちに言うことはできないように思われる。⁽⁴²⁾

結局、このような「監督」義務を認めることは、責任能力を有する独立した主体を、いわば危険源とみなして、それを監督する義務を課すことに帰着するだろう。しかしそのような義務を認めることは、責任ある主体の独立性を認める法秩序と整合的でないように思われる。堀内教授がいわれるように、「成人間の犯罪阻止義務を認めることは作為義務を倫理化することになり妥当でない」⁽⁴³⁾のである。実際上も、例えば、公務員の上司が部下の公務員が収賄するのを現認しながら、意思連絡なく放置していたような場合、上司を収賄幫助として処罰するのは、妥当な結論とは言い難いのではないだろうか。

(二) 私企業、その他私的組織の場合

まして、そのような監督権限を基礎づける法律上の根拠すら存在しない、私企業、あるいは私的団体の上司に、

(前述した三つの観点から保障人的地位を基礎づけることができない場合に) 部下が当該企業活動に関連する犯罪を行うのを監督、阻止する保障人的地位を認めるべきではない⁽⁴⁴⁾。こうした場合については、ドイツにおいても、多数説は(き)で前述した「支配」の観点から保障人的地位を認めているが、保障人的地位を否定する見解も少数ながら有力に主張されている⁽⁴⁵⁾。

わが国の裁判例において、このような事案で引受、先行行為等の通常の保障人的地位の発生根拠が認められない場合にも犯行阻止義務を認めるかのような口吻のものは三つある。そのうち一つは、具体的事案においては、不作為による幫助を認めたものであり、残りの二つは結論的にはそれを否定したものである。

前者から見てゆこう。その裁判例は、愚連隊の首領が、自己の輩下が仲間に加えた者に報復を加えるために、彼を自宅内に連れ込み、自分の面前で暴行を加えていたのを阻止しなかった場合に、不作為による傷害幫助として処罰した東京地裁判決⁽⁴⁶⁾である。

しかし、結論から先に言えば、この判決の論理には疑問が残る。この判決は、被告人が i 暴行が行われている間終始その場であつてその状況を現認し、事態の大事に進展すべきを知りながら、ii 輩下である他の被告人の暴行を黙認し、そのなすに委せ、わずかに他の被告人らが被害者を屋外にひきづりだそうとするのを自ら阻止したにとどまり、傷害の結果を未然に防止するに足る措置をとらず、よつて傷害結果を惹起するに至らしめた、としている(i、ii は筆者)。

この判決理由中、i の事情から、確かに、被告人の故意や作為可能性を認めることはできるだろう。しかし、これらの事情が、保障人的地位、作為義務を基礎づけるとはいえないように思われる。犯罪の現場におり、それを見ながら黙認していたというだけで当然に義務が生じるとはいえないからである。では、ii の事実、すなわち、正犯者が被告人の輩下であつたことは被告人の保障人的地位を基礎づける根拠となるのだろうか。

学説の中には、このような事実があれば保障人的地位を認める見解もある。例えば宮澤博士は以下のように述べられる。「集団の中心人物は、全体社会秩序のわく内で行動し、いやしくも私的制裁を否定された現代社会の中において、社会秩序を乱す行動に出ないような統制をとるべき義務を負わされると解してさしつかえなからう。従って、親分はこの部分社会秩序の中心として、違法な行動に出ないことを社会に対して保障すべき地位にあると断じてよからう。これが親分という特権的地位に立っている者の宿命であり、責任者たるの地位に付随する制約である」(原典中の旧漢字は改めた)。

確かに、このような実質的考慮にも納得できる部分もある。例えば、民法上は、このような「特権的地位」を根拠に、使用者責任を認めることは可能ではあろう。また、こうした組織においては、事前に親分からの指示が出され、あるいは暗黙の方針ができあがっていることも多い。そのような場合であれば、確かに、親分は、前述した危険創出の観点から保障人的地位に立つし、さらなる作爲を行っていれば作爲犯として処罰される場合もあるだろう。⁽⁴⁸⁾しかし、そうした関係がない場合にまで、親分であることのみを根拠に、部下の犯行を阻止する保障人的地位を認めることには、なお疑問が残る。現代社会が、「私的制裁を否定」していることは確かであるが、それは直接行為者の可罰性を基礎づけても、親分の犯行阻止義務までは基礎づけない。そもそも、やくざ、暴力団員などといえども、責任能力者である限り、犯罪を行えば処罰される可能性があることは一般に理解しているのであり、合理的な打算に基づいてそれをやめることは可能である。少なくとも、法はそのように期待しているからこそ、処罰を行うのであり、また、現実に処罰がそのように機能している場合も場合も少なくないように思われる。ただ、それらの者は、例えば、組織や、組織の上位者のため、あるいは自己の利益のために必要な場合には、違法行為を辞さない場合が、通常人より多いというに過ぎない。そうだとすると、親分等が、下位者に対して、そうした犯行を辞さないような状況を与えた場合、言い換えれば、危険創出行為等を行った場合にはじめて、親分に保障人的地位

を認めるべきである。そのように考えない限り、親分には包括的な犯罪阻止義務が課せられることになり、個別行為責任の原則にも反しかねないように思われる。

確かに、この判決の事案において被告人を処罰しないことには抵抗が残るかもしれない。しかし、この被告人を処罰する根拠は、他にいくつか考えられる。まず、宮澤博士自身が指摘されているように、「被害者を屋外にひきづりだそうとするのを自ら阻止した」⁽¹⁾ 行為を根拠に共犯を認めることが考えられる。同判決自体は、この点にさほど重きを置いていないが、博士が言われるように、この行為は「屋外での騒ぎによって他からの干渉を受けないように、屋内にて一層のリンチを加えることを容易にしたのではないか」といえるからである。この判決は、そのままで認定していないが、むしろこの点を明らかにした上で、⁽²⁾ 行為による共犯を認めることは一つの可能性であったように思われる。さらに、もし被告人が、被害者および犯行を強く決意した正犯者をあわせて屋内に引き入れることに関与したのであれば、家屋がその閉鎖性故に危険源となる場合であるから、そのような行為を危険を増加させる引き受けと解釈として、不作為犯を認める余地もあつたように思われる。この判決は、これらの可能性に言及していないが、保障人的地位はこのような具体的な状況を根拠としてはじめて認められるべきであろう。

次いで、結論的には犯罪阻止義務を否定したが、傍論においてそれが認められる可能性に言及した二つの裁判例に検討を加えよう。

一つは、第一章でも見た、会社の取締役X、Yが、社長Zとその腹心のWから、会社の苦境を救うために会社への放火を計画していることを告げられたため、Zに対しては一応反対の態度を見せたが、放火を思いとどまらせようとまではせず、またWに対してはなにも告げなかったところ、Wによって放火がなされた、という事案を扱った高裁判決である。同判決は、放火の共同正犯として起訴されたX、Yの罪責について、共謀を否定した上で、さらに以下のように述べて不作為による幫助の成立を否定した。「i会社の枢機に参与する重役たる被告人等が、社長

より工場放火の決意を打ち明けられた場合であるから、これを阻止すべき責任があるは当然である。しかし、これは道義上の責任であって、これを超えた法律上の責任と観念するを得ない。ii 現に危険が差し迫り、例えば、現に放火行為に着手せんとした場面に遭遇して、これを阻止する挙にでない場合であれば幫助をもって論ずることもあながち不当とはいえないが、本件の如く、決意を打ち明けられたに止まり、具体的に何時如何なる方法で放火するか、或いは、放火そのものを決行するかどうかも定かでない場合にまで、被告人等にこれを阻止すべき法律上の義務を認めるのは、無理であり、これを阻止する方法がない⁽¹²⁾ (i、ii は筆者)。

前述したように、i は基本的に支持されるべきであろう。問題は ii である。同判決は、このような場合に保障人的地位を認めることも、「あながち不当とはいえない」としているにとどまり、そうした場合に被告人らを処罰すべきと積極的⁽¹³⁾ にはいいない。また、「不当とはいえない」ことの根拠も必ずしも明らかにされてはいない。

しかし、この「犯行の危険が明白に差し迫っている場合に阻止しなかった場合には不作為による幫助が認められる可能性もある」という命題は、この点が問題とされたもう一つの判決である強盗致傷幫助に関する東京高裁判決⁽¹⁴⁾ においても意識されているようである。前述したように同判決は、被告人の現金に対する保護義務を否定したが、その一方で、被告人の a 「職務内容は店舗の現場業務に関するものであって……他の従業員らを管理、監督するよ⁽¹⁵⁾うな人事管理上の職務を行っていたわけではなく」「職務上正犯者の本件のごとき犯行を阻止すべき義務があった」ということはできないとし、さらに、b 「もしその従事する具体的な職務内容と関連なく、一般的に、例えば雇用会社の財産について保護義務あるいはそれに対する犯罪の阻止義務が認められると……あまりに広くその義務懈怠の刑事責任が問われたり……酷な結果を導きかねない……職務とは関係なく従業員としての地位一般から保護義務あるいは阻止義務を認めることはできない。……もしそうした義務が是認されることがあるとすれば、犯罪が行われようとしていることが確実に明白な場合に限られる」としている。

この判決の判旨を最大限処罰を認める方向に解釈すれば、aと関連し、他の従業員らを管理、監督するような人事管理上の職務を行っていた場合、あるいは、bと関連し、一般の従業員であっても犯罪が行われようとしていることが確実に明白な場合、のいずれかの場合に犯罪阻止義務が認められるということになる。もちろん、この判決は結論的にはそうした義務を否定したのであるから、このような読み方は唯一のものというわけではない。ことにbについてはこの判決自体が「あり得るとすれば」という留保を付しているのである。しかし、もしそのような読み方をすれば、この判決は、bにおいて、名古屋高裁判決をふまえながらも、それより処罰範囲を広げる論理を示したことになりそうである。というのは、名古屋高裁判決は、iで、被告人らが取締役という社長を監督すべき立場にある者であることを指摘しながらも、それだけでは、不作為による共犯を認めることはできないとして、さらにiiで犯行の明白性を重畳的に要求しているが、この東京高裁判決は、iに対応するa、iiに対応するbいずれかの要件が満たされれば（bに関しては被告人が従業員であるという限定は付した上で）不作為による共犯を認める趣旨とも理解できるからである。

では、理論的にはどのように考えるべきなのだろうか。まず前述したように、東京高裁判決のいうaを重視するのは妥当でないように思われる。前述したように、法益に対する意識的引受、危険創出行為等の保障人的地位の発生根拠が満たされていない場合に、責任能力、反対動機形成可能性を有する者の故意の犯罪行為が行われないように監督する義務は認めるべきではなかったからである。

それでは、犯行が行われる明白な兆候がある場合にはどのように考えるべきだろうか。結論から先に言えば、そうした場合には、危険源の管理義務違反が肯定される余地があり、それが認められる限度において不作為による共犯を認めるべきだと思われる。例えば、名古屋高裁の放火の事案を念頭に置いて言えば、放火の危険が差し迫っている場合には、工場は、たとえそれ自体に特別な瑕疵がなかったとしても、いままさに火がはなたれ、炎の媒介物

となることによつて、周囲の不特定多数人の生命、身体、財産に対する危険Ⅱ公共の危険を生じさせる危険を生み出そうとしている。このような場合には、工場は、まさに「危険源」となっているのであり、その管理を引き受けている者は、そうした危険が現実化しないようにそれを阻止する義務を負うべきであろう。

では具体的に誰が管理を引き受けているといえるのか。同判決の事案のように、管理権原者が法人の場合には、防火管理業務が日常的な業務であることから、通常は、日常的業務執行権限を有している代表取締役がそれを引き受けるべきといえよう。しかし本件のように、代表取締役がまさに故意の犯行を行おうとしている場合には、そのような者に管理を期待することは到底できない。むしろ、彼こそが積極的に危険を作り出しているのである。そうだとすれば、そのような特殊な状況を根拠に、代表取締役の選任、監督権限を有する取締役会の構成員が管理義務を負うと解すべきであろう。^(四)そして取締役は、その地位につく際に、そのような任務を負うこともあるということ意識的に引き受けているのであるから、引き受けの「意識性」も肯定できる。

しかし、そのような犯行の危険が間近に差し迫っていない場合には、通常、人はそう簡単には故意の犯行にでないという信頼の原則の観点をも考慮して、「危険源」性を否定すべきであろう。名古屋高裁判決が被告人らを無罪としたのは、以上のような観点から支持されるべきである。

これに対し、東京高裁判決の事案においては、たとえ、強盗がなされる危険が明白な場合であったとしても、被告人らは、強盗を容易にする何らかの危険源の管理を引き受けているとはいひ難い。そうだとすれば、そうした場合には不作為による幫助を認めるべきではない。

以上のように、いわゆる犯罪阻止義務は、前述した私見の認める三つの類型に還元できる範囲でのみ保障人的地位を基礎づけ、それ以外の場合にはむしろ無罪とすべきである。そしてそうだとすれば、犯罪阻止義務という概念を用いて保障人的地位を基礎づけることはさけた方が望ましいように思われる。なぜなら、そのような論理を用い

ると、ついそれ自体が一人歩きし、義務の認められる範囲が拡張してゆくおそれがあるからである。不作為による共犯を認める際にも、まず正犯・共犯に共通の保障人的地位を基礎づける事情を明らかにし、そこから生じる義務の履行方法として、どのような内容の行為を被告人に要求できるかを検討する必要がある。そして、そうした義務の履行方法として犯行の阻止が要求させることは、前述したように、あり得るし、また不当でもない。

第五章 不作為による共犯の成立要件 II 作為可能性、結果回避可能性

第一節 作為可能性と結果回避可能性の関係

1 総説

以上のような検討を経て最後に残されたのが、作為可能性、結果回避可能性の問題である。ここでは、保障人的地位に立つ者に現実に履行不可能な義務を課することはできないのではないか、また、結果を回避できないような無意味な義務を課す必要もないのではないか、という点が問題となる。

この問題を考える前提として、まず、単独正犯を念頭に置いて、作為可能性と結果回避可能性の異同、およびそれぞれの体系的位置づけ、それが存在しない場合の効果を確認しておく必要があるだろう。この点についての現在の学説は、実はかなり混乱を見せているように思われる^(註)。

2 従来の学説

従来の学説は、作為可能性と結果回避可能性の相違を必ずしも十分に意識しないまま、不作為犯、ことに不作為

結果犯の成立要件として、両者を重疊的に要求してきた。そして、おおむね、作為可能性は不作為犯における作為義務の前提として、結果回避可能性は不作為の因果関係の問題として位置づけられるのが一般的であった。⁽⁴⁸⁾しかし、その理論的根拠、両者の具体的内容、その相違は必ずしも明らかにされていなかったのである。⁽⁴⁹⁾

そうした多数説の問題点をふまえ、最近では、作為可能性と結果回避可能性とを同一視し、それが欠けた場合には不作為犯の「実行行為性」が否定される⁽⁵⁰⁾、あるいは、既遂のみならず未遂の成立も否定されるとする見解も有力になっている。この見解は、不作為犯においては、既遂結果について結果回避可能性が否定される場合には、未遂結果についても回避可能性が否定されることが多いという実態をふまえ、⁽⁵¹⁾そのことを端的に表現している点において重要な意義を有する。しかしこのような見解にはやや疑問がある。両者は、要求される趣旨が異なり、さらに、厳密に考えれば、その効果も異なるべきだと思われるからである。

3 私見

(1) 作為可能性

具体的には、以下のように考えるべきであろう。これまで述べてきたような観点から、ある者が保障人的地位に立つことが明らかにされた場合、まず、行為時において、結果回避がある程度見込まれる作為、言い換えればその時点において「危険を減少させる」行為として、どのような行為を想定できるかを考えるべきである。⁽⁵²⁾「危険を減少させる」行為を問題とするのは、それが満たされていない行為は、法益保護の観点から見ても無意味であり、他方、作為可能性があくまで不作為時において行為者にどのような行為を行う義務を課すべきかという問題であることに鑑みると、「結果を回避することが事後的に可能であった行為」まで要求するのは、過度だと思われるからである。このように考えれば、後述するように作為可能性を不作為の正犯・共犯に共通する成立要件と位置づけるこ

とに支障はない。

このような作為可能性を判断する際には、不作為者が直接行う行為のみならず、状況によっては他人に対して働きかける行為をも想定すべきことに注意すべきである。例えば、「病院へ連れて行って医師に診せる」といった行為がそれである。

そして、そのような作為がいくつか想定できた場合には、それぞれの作為について、不作為者が行為当時おかれた状況の下で、そのような作為を行うことが可能であったかが問われるべきであろう。この要件は、「法は不可能を強いることはできない」という考慮から導かれる⁽⁴³⁾。

この「可能性」の判断においては、不作為者本人の個人的能力を前提とし、当該不作為者にとって作為を行うことの可能性が問題とされるべきである⁽⁴⁴⁾。「法は不可能を強いることはできない」という考慮は、まさに個人的能力を前提としているからである⁽⁴⁵⁾。このような見解に対しては「個人の能力により違法判断に差違を認める主観的違法論の論理に至りうる⁽⁴⁶⁾」という批判もある。しかしこれは、個人の主観によって違法を相対化するものではなく、あくまでその客観的な能力に着目した判断なのだから、そうした批判は当たらないように思われる⁽⁴⁷⁾。

さらに、このような判断を行う際には、たとえ不可能でなくとも、行為者にとって過酷な行為を行う義務を課すべきではない。判例や一部の学説において、作為は「可能」だけでなく「容易」でなければならぬとされているが、それは基本的に妥当な考え方だと思われる。そしてその「容易性」の具体的判断に当たっては、林幹人教授が指摘されるように、「作為が強い負担」を考慮すべきであろう⁽⁴⁸⁾。つまり、作為を行うことが不可能ではなかったとしても、それが自己または近しい者の重大な法益に対する犠牲を強い、作為義務の履行が著しく困難な場合には、当該作為を刑罰法規を用いて強制することが妥当でないことを理由に、作為義務違反がないとして、不作為の構成要件該当性を否定すべきである⁽⁴⁹⁾。

もつとも、この「容易性」の体系的位置づけについて、学説には異論もみられる。前述した、行為者にとつての作為の可能性、行為能力を、構成要件該当性の問題と位置づけるドイツの学説の中にも、こうした「容易性」は、正当化緊急避難が認められるような場合をのぞき、期待可能性の問題であり、責任阻却事由と位置づけるべきだとする見解も存在している⁽⁴⁴⁾。

確かに、こうした場合に処罰を否定する実質的な根拠は、期待可能性の不存在に求められる。そして、具体的判断も、期待可能性の観点からなされるべきであろう。

しかし、体系的には、やはり、構成要件該当性に位置づけられるべきであるように思われる。その理由は以下の三点である。まず第一に、ある要素の体系的位置づけが実益を持つのは、もっぱら、そうした要素を欠く者に対する共犯の成否と、正当防衛の成否であるが、それらの論点において、作為容易性を構成要件該当性に位置づけた方が妥当な結論が導かれるからである。前者に関しては、保障人的地位に立つが、救助行為を容易に行うことのできない者が逡巡しているのに対して、不作為にとどまるようにアドバイスした者の当罰性が問題となるが、このような者を処罰すべきではないように思われる⁽⁴⁵⁾。後者に関しては、そのような者に救助を強制する行為が正当防衛になる⁽⁴⁶⁾というのは、妥当な結論とは言い難い。

第二に、行為者が実際には容易な手段があったのに、それがないと誤信していた場合には故意を否定するのが妥当だと考えられるが、期待可能性と位置づけるよりも、構成要件該当性と位置づけた方が、この点の説明が容易である⁽⁴⁷⁾。

第三に、実際上も、作為が不可能なのか、それとも「一応可能ではあったが容易ではなかった」のかの区別は、相当難しいように思われる。そうだとすると、両者をあえて区別して、さらに異なる体系的位置づけを与えるのは妥当ではない。

以上のような観点から、「作為容易性」も、構成要件該当性を基礎づける作為義務の存否に関わるものと位置づけられるべきである。体系的には、証拠隠滅罪が犯人以外の者を主体としていることなどと同様に、責任要素が類型化され構成要件の内容とされていると説明することができる⁽⁴⁸⁾。

(2) 結果回避可能性

さて、以上のようにして不作為者にとって「容易に行いうる危険減少行為」が確定されたならば、次いで、そうした行為によって結果を回避することが可能であったか否かが問われなければならない。なお、ここにいう「結果」の典型は、既遂犯における既遂結果であるが、危険犯における危険な状態や、未遂犯における既遂結果惹起の高度の蓋然性がある状態（未遂結果）も含まれるべきであろう⁽⁴⁹⁾。これは、ある行為によって結果の回避が可能であったかどうかを問うものであるから、体系的には不作為の条件関係の問題と位置づけられる⁽⁴⁸⁾。

そして、作為犯における因果関係が個別の結果毎に問われるのと同様、ここでも、個別の結果毎に、結果回避可能性が問われなければならない。そして、未遂結果の理解にもよるが、既遂結果は回避不可能だったが、未遂結果は回避可能だったという事態も生じ得る。ことに未遂結果の内容を、事前の一般人の立場から見た結果発生⁽⁵⁰⁾の蓋然性と理解したり、そこに事後的に見て結果回避可能性を有していた可能性をも含むと解するのであれば、既遂結果が回避不能な場合でも、未遂犯の成立は認めることができる事態が、かなりの程度生じることになる。

もっとも、このような結果回避可能性は不作為の条件関係を基礎づけるものでしかないから、結果帰属のために、さらに、不作為と結果との間の相当因果関係あるいは危険実現関係が肯定されなければならない⁽⁵¹⁾。特異な介入事情が存在した場合には、この点が慎重に検討されなければならないのは、作為犯の場合と同じである⁽⁴⁸⁾。

ここまで、主として不作為単独犯を念頭に置いて作為可能性、結果回避可能性について論じてきた。では、本稿の中心的な検討対象である不作為による共犯の場合には、これらの概念は、そのまま適用されるべきなのだろうか

か、それとも、何らかの形で修正が加えられるべきなのだろうか。以下具体的に検討してゆこう。

第二節 不作為共犯における作為可能性、容易性

1 作為可能性

まず、作為可能性については、共犯の場合も、単独正犯の場合と全く同じに考えるべきであり、前節であげた枠組みがそのまま用いられるべきである。なぜなら、前述したように、作為可能性は「法は不可能を強いない」という観点から要求されたが、この観点は、正犯にも共犯にも全く同様にあてはまるからである。

2 「容易性」の具体的判断方法

(一) 総説

さらに、前述したように、作為が一応可能であっても、作為義務の履行が不作為者にとって重大な不利益を伴うために著しく困難であり、期待不可能な場合には作為容易性がないことを理由に不作為犯の構成要件該当性を否定すべきであった。

では、そうした「容易性」の判断は、具体的にどのようなようになされるべきか。ここで問題とされているのは、実質的には不作為者に対する期待可能性だから、不作為者の置かれている具体的状況をふまえた上で、以下のような事情を考慮して、法秩序の立場から見て、そのような作為を刑罰によって強制することが、将来同じ状況におかれた一般人に対する行動指針の観点から見て適切か、という観点から判断すべきであろう。

考慮されるべき事情としては、まず、i 被害者に生じることが予測される法益侵害の質、量、程度と、作為義務の履行に伴って不作為者が被ることが予想される正当な法益の侵害の質、量、程度があげられる。さらに、ii 両者

が生じる蓋然性の程度も考慮される必要がある。そして、不作為者の作為義務の内容として、正犯者の犯行阻止が要求される場合には、不作為者と正犯者の力関係、不作為者の職業⁽⁵³⁾、双方の有する武器等の有無といった物理的な事情の他、両者の人間関係や、正犯者の犯意の強固性等の心理的事情をも考慮に入れて、これらの点が判断されることになる。

なお、こうした事情は、緊急避難における法益考量の際に考慮される事情と共通する部分もあるが、ここでは、客観的な利益考量が問題となっているのではなく、不作為者に対する期待可能性が問題となっているのだから、法益考量が満たされていなくても不可罰とされる場合もあってよい。たとえば、被害者の生命が侵害される極めて重大な危険があったとしても、不作為者に生命に対する危険が生じる場合はもちろん、身体の安全に対する重大な危険が生じることが予測されるような場合であっても、作為容易性を否定する余地はあるだろう。

さらに、iii救助行為によって結果を回避できるであろう見込み、蓋然性の程度も考慮されるべきだろう。⁽⁵⁴⁾ 前述したように、このような判断を行う対象は「危険減少行為」であるが、それがどの程度の可能性で結果を回避できようか、という点は考慮に入れられるべきであるように思われる。救助の可能性がごくわずかしかない場合には、不作為者があまり犠牲は払えないと考えるのもやむを得ないことだといえるし、確実な救助が見込まれるのであれば、多少の犠牲は払うべきといえるからである。つまり、そうした見込みが高ければ高いほど、要求される犠牲の程度も大きくなるといえる。もちろん、そうはいつでも、たとえ生命に対する確実な救助措置がとれる場合⁽⁵⁵⁾であっても、不作為者が死の危険に身をさらすこと、いわば「自己犠牲」まで要求されるべきではないだろう。

また、iv不作為者がある程度危険減少が見込まれる行為を行っていた場合には、たとえ、それが事後的に見れば誤った選択であったり、さらなる作為が必要であった場合でも、それを要求することには慎重であるべきだと思われる。

(二) 親族の犯罪を通報する義務が問題となる場合

この点と関連する特殊な問題として、自己の親族が犯罪を行っている場合に、不作為者に官憲に対する通報を期待することができるかという問題がある。ドイツの判例には、母親が、再婚相手が自分の連れ子である幼い娘に対して性交しているのを放置していた事案において、他に有効な阻止手段がない場合には、母親には警察に犯行を告げる義務があるとして、被保護者に対する性的虐待罪の幫助を認めたものがある⁽⁴⁶⁾。

この事案では、夫の処罰を導くような行為を行うことが期待可能かどうか争われ、連邦通常裁判所はこれを肯定した。しかし、学説の中には、親族間の証言拒絶権を根拠に、期待可能性を否定するものもある⁽⁴⁷⁾。親族間の証言拒絶権規定はわが国の刑事訴訟法にも存在するから、この点は、わが国においても一個の問題となりえよう。

しかし、結論から先に言えば、この事案においては、犯罪通報義務が認められるべきであるように思われる。この事案では、不作為者が被害者に対して法益保護義務を負っている以上、その利益のために行動することを優先すべきだからである⁽⁴⁸⁾。そもそも、証言拒絶権を認めることは、すでに行われた犯行に関する適正な事実認定を犠牲にするに過ぎないが、作為容易性を否定することは、さらに将来の犯罪行為阻止の利益をも犠牲にすることになる。つまり後者の方が、失われる利益がより大きいのである。そうだとすれば、他の事情から犯罪の通報が困難でない限り、以上の点は作為容易性を否定する根拠とはならないというべきである⁽⁴⁹⁾。

(三) 札幌高判平一二の検討

さて、以上に述べてきたことをふまえて、近時の裁判例⁽⁴⁶⁾で問題とされた、幼児の母親が、内縁の夫がわが子に対して加えていた暴行を阻止しなかったところ、幼児が死亡させられてしまった事案に検討を加えよう。

この判決の論点は二つある。一つは、母親に、i 内縁の夫と子の側に行つて監視し、ii 言葉で暴行を制止する義務があったか否かという問題である。これは結果回避可能性の問題とかかわるので、後述することとしよう。

もう一つは、iii実力で夫の暴行を阻止することまで義務づけることができるか、という問題である。ここでは、まさに、作為容易性の存否こそが問題解決の決め手となる。なぜなら、この判決および一審判決の認定によれば、この行為が行われれば、犯行を阻止することはほぼ確実であったとされているのだから、後述する結果回避可能性は問題なく肯定されるからである。

この点については、一審判決と高裁判決とが、異なる事実認定をしている。そして、それぞれの結論は、それぞれの事実認定を前提とすれば、法律論的には納得のいくものである。一審判決は、実力による阻止が不可能ではなかったものの、被告人が正犯者から激しい暴行を受けて負傷していた相当の可能性があったことを否定しがたく、場合によっては（被告人が妊娠していた）胎児の健康にまで影響の及んだ可能性もあったので、被告人としては、正犯者の暴行を実力により阻止することは著しく困難であった^(郵)としている。確かに、このような事実関係であれば、作為容易性を否定すべきであろう。

これに対し、高裁判決の認定によれば、実力によって阻止しようと試みた場合には被告人が暴行を受けた可能性は否定しがたいが、正犯者が被告人の妊娠中は胎児への影響を慮って腹部以外の部位に暴行を加えていたことなどに照らすと、胎児の健康にまで影響が及んだ可能性は低く、阻止が著しく困難であったとはいえないにもかかわらず、被告人は正犯者への愛情や肉体的執着から、母親としての立場よりも正犯者との内縁関係を優先した、とされている。このような事実認定であれば、作為容易性を認めるべきと言わざるを得ない。

この両者の事実認定の相違は、それ自体として極めて興味深いが、事実認定の当否の検討は本稿の課題を超えるので、これ以上踏み込まないこととする。いずれにせよ、この点に関しては、両判決の法律論に相違はないように思われる。

第三節 不作為共犯における結果回避可能性

1 総説

次いで、結果回避可能性に検討を加えよう。周知のように、不作為単独犯における結果回避可能性について、わが国の判例⁽⁴¹⁾、通説は、「期待された作為がなされていれば、結果を回避できたであろう」ことと定義する。そして、「できたであろう」といえるためには、結果の回避が「合理的な疑いを超える程度に確実で」あることが必要だと⁽⁴²⁾している。本稿においても、不作為による単独犯が成立しうる場合がいくつか登場したが、そのような場合には、こうした関係が満たされていなければならない⁽⁴³⁾。

これに対し、不作為による幫助に関しては、判例は、古くから「法律上の義務に違背し自己の不作為によりてその実行を容易ならしむる」(原典はカナ)⁽⁴⁴⁾ ことで足りるとしており、また、多数説も、「義務を履行すれば、結果実現が困難になっていたであろう」⁽⁴⁵⁾、あるいは「相当程度の阻止可能性」があれば足りるとしている。

これは、作為による幫助の場合に、単独での結果回避可能性は必要なく、結果発生を促進し、容易にしたことで足りるとされていることとパラレルに、不作為による幫助の場合にも、「不作為による容易化」で足りるとするものである。私もこのような見解は基本的には支持されるべきだと考える。学説の中には、不作為を処罰することが積極的な作為を要求することに着目して、このような類推に疑問を呈する見解⁽⁴⁶⁾もあるが、前述したように、作為可能性、容易性を要求することで、そうした不作為の特性に対する配慮はなされているのだから、ここでそれを再度持ち出すべきではないだろう。従って、前述した釧路地裁判決が、「犯行のほぼ確実な阻止」まで要求し、そのような「因果関係」を有しない監視や言葉による制止を行う必要性を否定してしまったのは、すでに指摘されている⁽⁴⁷⁾ように、やはり行き過ぎであったように思われる。

2 犯罪阻止の可能性と犯罪困難化

しかし、問題はまだ残されている。学説の多数説が言う、①正犯者の犯行、結果実現を困難にしたことと、②正犯者の犯行を阻止する可能性があったこととの関係にはなお不明確な点が残されているのである。

学説においては、①、②を同一視するものも存在する⁽⁴⁷⁾。確かに、両者は、現象的には共通する部分もある。しかし理論的には、なお区別されるべきであろうし、また、そのことが実際上の意味を持つてくることもあるように思われる。

この点について、原田判事は、保護責任者不保護致死罪の単独正犯における死の結果回避可能性が問題とされた決定⁽⁴⁸⁾の解説において、結果回避可能性を、被害者の救命可能性と、延命可能性に分けられた上で、さらに、それぞれの「可能性」として、確実性が要るか、それとも確率がゼロでないという程度で足りるかという枠組みを用いて議論されていた。

この分析枠組みは、不作為による共犯が問題となる場合にも有用なように思われる⁽⁴⁹⁾。前者の救命可能性と延命可能性の区別は、ここにいう「犯罪の阻止か、犯罪の困難化か」という区別に対応し、後者の可能性の程度の問題は、ここにいう「確実な阻止が必要か、阻止の可能性で足りるか」という点と対応する。

そうすると、これらの組み合わせは四通り考えられることになる。まず第一に、犯罪の確実な阻止を要求する立場があり得る。これが前述した釧路地裁の立場であった。第二に、「確実な困難化」を要求する立場があり得る⁽⁵⁰⁾。

これは、単独犯にひき直せば「確実な延命可能性」を要求する立場と平行なものである。第三は、「阻止の(確実ではないある程度の)可能性」を要求する立場である。これは、「救命の可能性」を要求する立場に対応する。そして、最後に「延命の可能性」に対応する「困難化の可能性」で足りるとする立場が考えられる。

そして、札幌高裁判決は、第三の立場を採用したものであり、「困難化」には何も言及していないことに注意を

要する。⁽⁴⁶⁾ 同判決は、被告人が、監視行為によって、正犯者の犯行を「阻止することが可能」、言葉で制止する行為によって「阻止することも相当程度可能」とし、さらに、確実性の高い実力で阻止する行為を加えながらも、「本件具体的状況に応じ、以上の監視ないし制止行為を比較的容易なものから段階的に行い、あるいは複合的に行うなどして、暴行を阻止することが可能であった」としているのである。では、理論的にはどのように考えるべきだろうか。今述べたように、第一の立場は採用されるべきではなかったのだから、残るは、第二から第四の立場である。

3 犯罪困難化のみで足りるか

まず、第二、第四の立場、つまり犯行の阻止可能性は不要とし、困難化(あるいはその可能性)で足りるとする見解に検討を加えよう。ドイツにおいては、古い判例がこうした立場に立っていたこともあり、⁽⁴⁷⁾ このような場合にも、不作為による幫助を認める見解も有力である。⁽⁴⁸⁾ しかし、犯行を阻止し、結果を回避できない場合に義務を課しても無意味であるとして、こうした場合に不作為による幫助の成立可能性を否定する見解も、これまた有力に主張されている。⁽⁴⁹⁾

では、どのように考えるべきか。ここで問題なのは、結果の要保護性である。⁽⁵⁰⁾ つまり、どの程度の時間的差違が、当該構成要件の評価として「保護に値する(不)良変更」といえるかが問題となるのである。つまり、前述した単独犯の場合に、「延命」がどの程度のものであれば、不作為による生命に対する罪として処罰するだけの「良変更」として、その欠如を根拠に結果無価値を認めることができるかが問題となるのと同様に、ここでも、どの程度の「困難化」であれば、有意な良変更といえるかが問題となるのである。

これは結局個々の構成要件解釈に帰着してしまうので、本稿において一般的な結論を示すことはできない。しか

し、いくつかのポイントは指摘しておきたい。まず、少なくとも、わずかな時間的変更が構成要件上意味を持たない財産犯については、一時的に犯行を困難にするだけでは、保護に値する結果の良変更とはいえないだろう。社会的法益に対する罪、自由に対する罪についても、そのような場合が多いと思われる。

時間的変更が最も重視されるのは、生命に対する罪であり、これについては、作為犯においては、かなり短期間の死期の繰り上げも不良変更に当たるとする学説が有力である。⁽⁸⁾もし不作為の場合にも同様に考えるのであれば、生命に対する罪が問題となっている場合には、「困難化」でも「結果」の内容として十分であり、これを「阻止」と同じに扱うべきことになろう。⁽⁹⁾

しかし、不作為犯については、その例外性に鑑みて、「結果」の内容を厳格化し、もう少し長期間の延命を要求するという解釈もあり得ないではないだろう。⁽¹⁰⁾もし、そのように考えるのであれば、正犯者の犯行を阻止できず、単にそれを一時的に「困難化」するだけでは、「結果」に何ら変更を加えたことにもならないから、それだけでは、不作為による幫助を認めるに足りないことになる。

両者のいずれの立場が採用されるべきかについての検討は、共犯論に特有の問題ではなく、本稿の課題を超えるので、別稿に譲るが、いずれにせよこの問題は以上のような観点から決せられるべきであろう。

4 犯行阻止の可能性のみで足りるか

以上のようにして、不作為による共犯の成否が問題となる少なくとも大部分の事例においては、やはり「阻止」が要求されることになる。そして、以下のような理由から、阻止それ自体ではなく阻止の「可能性」が認められれば足りるというべきである。

別稿において詳論したように、作為による幫助、ひいては広義の共犯の場合には、結果回避可能性は必要でな

く、共犯行為がない状態とある状態とを対比して、後者が前者よりも正犯行為の結果発生の危険を増大させ、その影響が結果に及んでいれば足りた。⁽⁴⁸⁾ 本稿が問題としている不作為による共犯の場合に阻止可能性で足りるのも、まさにそのこととパラレルな判断である。つまり、期待された(前述したように危険を減少させる)作為がなされていた場合と、そうでない場合とを対比し、後者の方が前者よりも正犯者の犯行を阻止する可能性が高まっており、そうした高まった状態が継続して結果へ至った場合⁽⁴⁹⁾には、不作為による共犯を基礎づける因果性が肯定できるのである。⁽⁴⁸⁾

もつとも、学説の中には、このような要件に加え、さらに第二の見解が要求する「困難化」をも重疊的に要求する立場もある。⁽⁴⁸⁾ これは、侵害犯の共犯を危険犯に転化しないようにとの考慮に基づくものである。こうした見解の背後にはおそらく、作為による共犯の場合には目に見えた形で何らかの影響があるため、それに加えて危険増加を要求しても危険犯に転化はしないが、不作為による共犯の場合にはそうした影響が存在しないので、危険増加だけで処罰することは、危険犯化を招くという考慮があるのだと思われる。⁽⁴⁹⁾

しかし、作為による共犯の場合であっても、ことに心理的幫助の場合などを考えれば明らかのように、「目に見えた」影響は必ずしも必要でない。そして、正犯行為の結果発生の蓋然性が、期待された作為が行われた状態よりも高まっていた状態が、正犯行為の当初から終了時まで継続していることを要求すれば、⁽⁴⁹⁾そこには、単なる「危険増加」のみならず、増加した危険の結果への実現をも認めることができ、幫助の危険犯化にはつながらないように思われる。以上のように考えれば、このような「困難化」は不要と言うべきであろう。

第六章 おわりに

本稿は作為犯に対する消極的関与が、どのような場合に、どのような関与類型として「可罰的」とされるべきかを検討してきた。本稿の結論は以下のようにまとめられる。

まず、そうした関与行為が作為による共犯に該当するか否かが検討されねばならない。作為による共犯が認められるためには、i 一定の身体的動作が行われることが必要であり、さらに、それに加えて、ii 行為者が、正犯者に対して積極的な動機付けを与えたことが必要である。正犯者が「彼に妨害されない」と思ったことよって決意が強化されただけでは足りない。作為による共犯に当たる場合には、通常の正犯と共犯の区別基準によって、(共同)正犯と狭義の共犯とが区別されることになるが、このような消極的な関与で共同正犯となるのは、背景に特別な事情がある例外的な場合に限られる(第一章)。

作為による共犯の成立が否定された場合には、不作為犯の成否が問題となる。その際には、以下のような判断がなされるべきである。まず、不作為が、例えば、保護責任者不保護罪のように共犯的関与行為をも処罰する構成要件に該当する場合には、不作為者はその罪の単独正犯となる。もつともこのことは、不作為者がさらに作為者が実現した犯罪の正犯または共犯として処罰されることを妨げない(第三章)。

そうした特別な構成要件が存在しない場合、不作為者が処罰されるためには、まず彼が保障人的地位に立っていることが必要である。保障人的地位の発生根拠は、不作為による単独犯の場合と基本的に同じである。ただし、単独正犯に固有の要件であるいわゆる「排他的支配」は必要ない。具体的には、①危険創出行為、②法益あるいは③危険源に対する意識的引受のいずれか一つがあれば、保障人的地位が発生することになる。これらの要件が満たさ

れていない場合には、不作為者と作為者との人的関係、私法上の監督関係等を根拠に、いわゆる「犯罪阻止義務」を認めるべきではない。

また、①、③からは、正犯者の犯行阻止義務は導かれるが、正犯者の犯行終了後の被害者救助義務までは導かれない(第四章)。

これに対し、②の保障人的地位に立つ者が、作為者の行為終了、立ち去り後、犯罪終了以前に、その時点においてなお結果が回避が可能であったにもかかわらずそれを怠った場合、彼は不作為による直接単独正犯となる(第三章、第四章)。

不作為による直接単独正犯が認められない場合には、保障人は作為者の行為を阻止しなかったこと、いいかえれば不作為による作為正犯行為を介した結果の実現を根拠に処罰される可能性がある。まず、作為者が責任無能力であったり、故意がないなど、間接正犯における「道具」的な立場にある場合には、不作為者は間接正犯として処罰される余地がある(第三章)。この場合には、作為容易性がなければならぬのはもちろん、単独犯の結果回避可能性も肯定されなければならない。

これらの要件が認められない場合には、保障人は広義の共犯となる可能性がある。もっとも、三つの限定が必要である。まず、第一に作為容易性が満たされることが必要である。これが満たされた場合には、第二にそうした作為を行えば正犯者の犯行を阻止する可能性が存在したことが必要である(第五章)。

第三に故意が必要である。ここでは、不作為者に保障人的地位を基礎づける事実の他、正犯者の犯行の認識、予見が必要である。後者の判断においては、「責任能力ある主体は通常そう簡単には故意犯を犯さない」という信頼の原則が働くので、不作為者がそうした状況を破るに足る事情を認識していることが要求される(第四章)。

以上の要件が満たされた場合には、不作為者は広義の共犯となる。そして、不作為は作為により結果を直接実現

する行為と比して、通常、犯行への影響力は弱く、従たる役割を果たすに過ぎない。それ故、不作為者は原則として幫助になる。しかし例外的に、不作為者が作為者に決定的な心理的影響を圧力を伴って与えている場合には、不作為による共謀共同正犯が成立する余地がある(第三章)。

- (223) Schönke/Schröder, 15. Aufl., 1970, Vor § 47, Rn107.
 (224) Herzberg, aa.O. (Ann. 17), S. 261.
 (225) Schönke/Schröder, 15. Aufl., 1970, Vor § 47, Rn109.
 (226) Herzberg, aa.O. (Ann. 17), S. 259.
 (227) Herzberg, aa.O. (Ann. 17), SS. 260-261.
 (228) Herzberg, aa.O. (Ann. 17), S. 262.
 (229) 中・諸問題三六一頁。
 (230) 前掲注(26) 大判昭一三。
 (231) 中・諸問題三九一頁。
 (232) 内藤・総論下II一四四六頁も中説を以上のように理解している。もっとも、山中・総論II八四八頁は、中説をドイツにおける義務二分説と同趣旨と位置づけている。
 (233) 内藤・総論下II一四四六頁。
 (234) 林・総論四四三頁、堀内・総論二八七頁、内藤・総論下II一四四六頁。
 (235) 例えば、内藤・総論下II一四四六頁。
 (236) 前掲注(34) 参照。
 (237) この点を鋭く指摘し、「排他的支配」概念に徹底的な批判的分析を加えたのは、鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為の意義と展開」本郷法政八号三四九頁以下(一九九九)。
 (238) 西田・前掲論文注(32) 九〇頁、佐伯・前掲論文注(32) 一一〇頁。
 (239) 島田・不作為犯一一五頁。さらに、松尾・前掲論文注(31) 一八二八頁も参照。
 (240) 佐伯・前掲論文注(32) 一一〇頁。
 (241) 山口・総論八五頁、同・探究四三頁もほぼ同旨。

- (242) なお、鎮目・前掲論文注(237)三五四頁が、効率性原理を導く際の論理はこれと類似している。
- (243) 山口厚「プロバイダーの刑事責任」曹時五二巻四号一六頁(二〇〇〇) 参照。
- (244) 一般的な不救助罪の立法は憲法違反とまではいえないだろうが、その法定刑は不作為による共犯の場合よりも軽くされなければならないだろう。なお、ドイツ刑法一三八条の重大犯罪不告知罪の法定刑は五年以下の自由刑または罰金、三二三条Cの一般不救助罪のそれは、一年以下の自由刑または罰金である。
- (245) 注(67) 参照。
- (246) 島田・不作為犯一一九頁。
- (247) 林・総論四四四頁。
- (248) BGHS27, 10. はこのような事案で、行為者と被害者とのあいだに「信頼関係」が成立していることを根拠に、致死を伴う強盜的恐喝未遂の共犯(原判決が共同正犯を認めたのを、不法領得の意思についての認定が欠けることを理由に破棄している。それが欠ければ幫助となるという趣旨である)を認めた。もつとも、同判決とその後の前掲注(67)判決との関係については議論がある。松尾・前掲論文注(31)一八一二頁参照。
- (249) 児童虐待防止法六条一項参照。
- (250) 松尾・前掲論文注(31)一八一四―一八一五頁が指摘するような状況が生じたのは、この点に由来すると思われる。
- (251) もつとも、排他的支配の存在、作為の容易性、法益の重大性の三点を根拠に、他人によって自宅に投げ込まれた赤ん坊を、殺意をもって放置して餓死させた場合に殺人罪の不真正不作為犯を認められる井田教授は、この事案でも殺人罪を認められるかもしれない(井田・前掲論文注(32)九三頁)。
- (252) 東京地八王子支判昭五七・一二・二二判タ四九四号一四二頁。
- (253) 島田・不作為犯一一六頁。なお、同所においては、父親と母親が意思を通じて子供を見殺しにしたという事例を用いた。基本的問題点は、その事例でも同じではあるが、その事例に関しては、本文で述べたような批判に対し「その場合には、両者ともに保護責任者不保護罪が成立するのだから、各人の罪責を判断するに当たっては、もう一方は存在しないものとして扱うべきである」との反論がなされる。そこで本稿では、そのような反論が困難な事例として、本文中の事例を選んだのである。
- (254) 島田・不作為犯。
- (255) 井田・前掲論文注(31)八九頁。
- (256) 日高義博「不真正不作為犯の理論」(一九七九・慶応大学出版)一五四頁。
- (257) 佐伯・前掲論文注(32)一一頁。
- (258) 危険創出行為が違法阻却される場合には、当該違法阻却事由が、そこから生じうる帰結全てをカバーする趣旨のものか、そうでないかを、違法阻却事由の性質に応じて個別に検討すべきであろう。この点は、主に不作為による単独犯において問題となり、本稿の課題からはずれるの

で、別稿による検討に譲ることとする。この問題に関するドイツの議論の状況については、Roxin, ATBd II, S. 773ff.

(259) もっとも、日高教授は、母親が嬰兒に授乳しないで死亡させた場合について、「不作為者が故意に法益侵害に向かい因果の流れを設定した場合」であり、「母親の授乳しないという不作為は、餓死に対する直接の原因」であるとされ、母親に殺人罪の不真正不作為犯を認められる(日高・前掲書注(256)一五七頁)。その結論は妥当であるが、このような場合には、母親自身が被害者に対して直接結果発生危険を創出しているわけではなく、危険は嬰兒自身が放置しておけば死亡してしまう脆弱な存在であることに由来するにすぎない。そうだとすれば、本文中のような(あるいは何らかの別の)論拠を付け加えない時には、不真正不作為犯を認めることは困難であるように思われる。

(260) このようにいうと、私が心理的因果性の判断に際して、「保障人的地位のない者が犯行を阻止しないこと、積極的な法益保護措置を採らないことは、刑法秩序の甘受するところ」としていることと本文中の記述とが矛盾するのではないかとこの批判があるかもしれない。しかしこのような批判は当たらない。なぜなら、後者は保障人的地位それ自体の存否の問題であるのに対し、前者は(そのような判断を通じて)誰が保障人であり、誰がそうでないかが確定した後の、因果関係、客観的帰属の問題であり、両者は次元を異にするからである。

(261) Vgl. Hermann Bieri, *Garantenpflichtbegrenzung bei unechten Unterlassungsdelikten*, Festschrift für Helmuth Mayer, 1966, S. 122.

(262) 林・総論一六二頁が、他人の信頼により依存関係が生じる、とされるのも同様の考慮に基づくものである。さらに「齋藤彰子」進言義務と刑事責任」金沢四四卷二号一五七頁(二〇〇一)も参照。

(263) 鎮目講師が、行為選択の事前保障の観点から、他者が介入する可能性を減少させる関係を自らの意思で創出したことを必要とされるのは、この意味で正当である(鎮目・前掲論文注(237)三五四頁)。ただし、私は、同講師が要求される「効率性」には賛成していない。島田・不作為犯一一六頁。

(264) なお、山口教授は、「排他的支配に加え」「危険の創出・維持」か、「強い保護義務」が認められる場合に保障人的地位を肯定される(山口・探究四三―四四頁)。私見の①、③が前者に、②が後者にほぼ対応するが、①と③とでは、前述したように、主観的要件が異なるべきであるから、両者を区別しておくのが妥当であろう。

(265) 前掲注(26)参照。

(266) 前掲注(26)参照。この事案の父親は、保障人的地位が認められない限り処罰されるべきでないことについては、第二章第二節3参照。なお、本判決の事案では、さらに父親が被害者の母親(妻)に対し「一連の暴行の契機となるような指示を」「積極的に与えていた」ことも保障人的地位の根拠となる。

(267) もっとも、被害者が実際に容易に回避できた犯罪行為を親が阻止しようとしなかったとしても、そのことを根拠に親を不作為による当該犯罪行為の未遂に対する補助とすべきではないだろう。そうした場合には、当該犯罪行為との関係では被害者は脆弱とはいえず、あえて救助を命じる契機に欠けるからである。

(268) ドイツでは祖父母や兄弟等の保障人的地位の存否も議論されているが、これらの者についても、以上のような関係が満たされている限度で保障人的地位を認めるべきである。

(268) この結論に反対するのは、佐伯・前掲論文注(32) 一四四頁。同説に対する批判として、島田・不作為犯一八八頁。

(270) ただし、前述したように、正犯者が現場にとどまっている場合には、不作為者が単独正犯といえるかについても検討されねばならない。

(271) 日高・前掲論文注(18) 六九頁参照。ただし、原因設定行為を欠くため、不作為による殺人にはならず、不保護になるとされる。

(272) これまで、この問題に関しては、主に、①作為正犯者が行っているのが、傷害致死や殺人などの重大犯罪であり、また②被害者がかなり年齢の低い事案が念頭に置かれてきた。しかし、親の未成年の子に対する義務と一口にいっても、子の年齢、能力や、阻止すべき犯罪の種類によって、若干事情が異なることがあり得ないかは問題となり得よう。この点については、まず注(267)を参照。

さらに、ドイツにおいては、主として不作為単独正犯の場合を念頭に置いて、「子供には、「教育、育成」のためのこととして是認できる枠内で自由と自律性が必要だ」という考慮によって親の保護義務の範囲が相対化される」という議論もなされている(Roxin, ATBd II, S. 723)。確かに、このような考慮は、ことに過失不作為犯の領域において重要な意味を持つ場合がありうる。例えば、親が、小学校高学年の子供が友達と(格段危険のない)庭で遊んでいるのを放置していたら、子供が怪我をってしまった場合には、親に過失致傷罪は成立しないと解すべきであろう。しかし、本稿が問題としている事例群においては、少なくともも作為者の行為が構成要件に該当し違法なことは前提とされている。そのような場合には、子供の自由と自律性を考慮したとしても、親の作為義務を否定することはかなり困難な場合が多いと思われる。犯罪、ことに生命はもちろん、その他の人格的法益を侵害するようなその被害に遭うことが「教育、育成」のためのこととして是認できる」とは言い難いからである。

もつとも、例外的に、年長少年に対する軽微な財産犯の場合などには、このような考慮に基づいて作為義務を否定する余地がある。例えば、一八歳の子供が、ある人にだまされて一ヶ月分の小遣いを明らかに無駄なことに使おうとしているのを知りながら阻止しなかった親に不作為による詐欺補助を認める必要はないように思われる(Vgl. Harro Otto/Joerg Brammsen, Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, JURAI 985, S. 542)。小遣いを失うのも勉強(シガ)と云うべきであらう。

(273) ドイツにおいては、こうした場合にも「同居している配偶者(およびそれに準ずる者)の生命、身体、自由に対する保護義務を肯定するの判例(BGHSt 19, 167, ただし家族による父親殺害の事案 通説である(Stattvieler, Roxin, ATBd II, S. 726ff. わが国の学説として、神山敏雄「保障人義務の類型」岡法四四卷一頁一—二頁(一九九四)以下、神山・類型と引用する))。さらに夫婦の同居「義務」を根拠として、別居の場合にも保護義務を肯定する論者もいる(Z.B. Jakobs, AT, S. 843)。

(274) こうした視点から「近親者が未成熟、すでに病気にかかっている、あるいは他の何らかの状況によって、「危険を生み出す源」となっている場合に限って」(Enrique Gimbernat-Ordaz, Das unechte Unterlassungsdelikt, ZStW 111, S. 331 (1999)) 保障人的地位を肯定し、それ以外の場合には、「急な心臓発作や」第三者の犯罪行為に対抗して、「妻や父親の生命を保護する義務」を否定する(a.a.O., S. 330) 見解もある。

(275) iii 参照。

(276) これに対し、オットー/ブラムゼンは、基本的に本文中のような視点から出発しながらも「家庭内の信頼関係を根本から揺るがすような財産的損害」が生じるような場合には、財産保護義務の違反を認めている(Otto/Brammsen, a.a.O. (Ann. 272), S. 542)。しかし、そのような

場合には、夫自身にも事実上被害が及ぶのであるから、それが嫌ならば自ら回避措置をとればよいだけのことであり、そうした「被害者」ともいべき夫を刑罰を用いて処罰すべきとは思われない。なお、彼らが前提としている「夫婦は相互に、第三者の詐欺的な態度によって差し迫る財産上の損害に対して適時に開示するという信頼が、現実に存在している」という認識にも疑問が残るように思われる。

(27) 山口他・前掲書注(37)六七頁(高山執筆部分)参照。

(278) 神山・類型一九頁。

(279) BGHS7, 211.

(280) 神山・類型一八頁。

(281) 前掲注(26)大判昭一三。この場合、X、Yの行為が作為か不作為かは一個の問題である。X、Yの行為時に財産的処分行為者がいまだ錯誤に陥つていなかったこと、取り次ぎ行為が積極的動作であることを根拠に作為犯を認める考え方もあり得よう(西村克彦『共犯の分析』(一九六六・一粒社)一一八頁参照)。この点は、詐欺罪において不作為による欺罔と作為による推断的欺罔をどのように区別すべきか、という本稿の課題を超える難問とかわるので、これ以上深入りはしない。本文中の記述は、仮に罪責を認めにくい不作為と構成したとしてもなお詐欺幫助を認めることができるという趣旨である。

(282) 中・諸問題三九一頁。

(283) 前掲注(26)高松高判昭二八。

(284) 前掲注(26)大阪地判昭四四。

(285) 同判決は、この点を「条理上許されない行為で」あり、「犯行を誘発しやすい危険な状態を作り出した」という意味で右(正犯者)の犯行の重大な原因をなした」行為であるとしてもしている。後述するように、この事情も不作為による幫助を認める根拠となる。

(286) なお、阿部純二「判批」判評一三八号四〇頁(一九七〇)は、本判決が作為義務を認めた点は支持されながらも、被害者の法益に対する保護義務の違反がある以上不動産侵奪罪の正犯を認めて支障ないのではないかとされている。しかし前述したように幫助とすべきであろう。

(287) 前掲注(22)東京高判平一。

(288) これに対し、入江猛「判批」研修六一八号三三頁(一九九九)は、本社への納入という過程の一部分を分担しているという見方も可能とされ、幫助を認める可能性を示唆されている。しかし、一部分を分担していることから、直ちに納入「全体」に対する保障人的地位を基礎づけることはできないように思われる。

(289) 一審判決は、強取されたのはたまたまパチンコ店の売上金であったという点を強調した(入江・前掲評釈注(288)三三頁も実行の日取りによつては、ゲームセンターからの売上金も含まれることから、パチンコ店の売上金に限定する必然性に疑問を呈される)。このような指摘にも一理あるが、本文中に述べたように②は決定的な事実ではなく、この点が欠けたとしても、甲の保障人的地位は否定されるべきであろう。

(290) 島田聡一郎「いわゆる故意ある道具の理論について(一)」立教五八号一一五頁(二〇〇一)。

(291) この意味では、前述したロクシンらの見解のような原則正犯説が、不作為者に領得意思が欠ける場合に、正犯の成立を否定した上で幫助を

認めていることには疑問がある。利用、処分意思を責任要素と考えれば、幫助についても本文中のような問題が生じる(島田・前掲論文注(290)一〇九—一一〇頁。すでに、西田典之『新版共犯と身分』(二〇〇三・成文堂(初版一九八二))一七六頁)し、逆に(ドイツの多数説のように)それをも主観的違法要素と考えるとすると、今度はむしろ、正犯者の意思を認識している不作為者を幫助に「落とす」必要はないように思われるからである。一九九八年改正以降のドイツ刑法典が、不法領得の意思に第三者領得の意思まで含めたことをも考えれば、なおさらである。もともとロクシンは「この改正を意識しながらも」「領得意思は、たとえ第三者領得の意思であっても、少なくとも奪取と財物の処分への積極的な関与を前提としている」(Roxin, AT, Bd II, S. 672)として、あくまで自説の結論を維持しようとしている。しかしなぜ「領得」が積極的な関与を前提としているのかについての理論的根拠は必ずしも明らかではない。

(292) 島田・前掲論文注(290)一一二頁。

(293) 西田・各論一四五頁。

(294) わが国の多数説である損壊概念に関する効用喪失説からは、最後の事案についても器物損壊罪の正犯が成立することになる。しかしドイツにおいては、同罪の成立には物の内容あるいは状態の変更を必要とする見解が通説である(Statt vieler, Schönke/Schröder § 303Rn8ff (Stree))。そうした見解からは「この事案は不可罰とされるを得ないだろう」。

(295) Kaufman, Dogmatik, S. 298.

(296) Vgl. Otfried Ranft, Garantpflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW 94, S. 832 (1982).

(297) 作為正犯者が凶器を有している強盗の場合などには「この点は慎重に判断されなければならない」。

(298) もちろん、一見消極的な関与行為であっても、作為による共犯とされる場合には話は別である。なお、この点と関連し、前述した東京高裁平成一年判決においては、強盗致傷幫助が問題とされているが、それは(作為による)強盗致傷の共謀共同正犯として起訴されたことに影響をされているように思われる。

(299) 前掲注(26)大判昭三。

(300) また、町内会長である被告人が、町内の世帯主が、世帯人員に異動があったのに訂正をせず配給物資を不正に受給していた(詐欺)のを知りながら放置していた行為を不作為による詐欺幫助として処罰した大審院判決(前掲注(26)大判昭一九)も、ここに分類される。同判決は、世帯主の届け出に基づいて町内会長が異動の訂正をすると規定している配給実施要項の解釈として「物資配給の適正円滑」を期すために、届け出がなくとも、町内会長が世帯人員の異動を知った場合には訂正をする義務が認められるとし、それを作為義務を認める根拠としている。これは、町内会長の地位に立つことを「物資配給の適正円滑」に対する引き受け行為と見たということなのかもしれない。しかし「物資配給の適正円滑」を期すことは町内会長の本来の職務ではない。戦時下の特殊な状況のものであるからこそ、このような特殊な義務が認められたというべきであり、現在、この判例を根拠に、町内会長に、例えば、町内会員の補助金不正受給を阻止する義務を認めるのは明らかに妥当でないだろう(神山・共犯論四八〇頁も参照)。この意味でこの判例は、現在では、もはや意義を失っているというべきである。

(301) Berndt Stühemann, Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA1974, S. 35; わが国では、例えば、神山・共犯論四八六頁、四九二頁。

- (302) 前掲注 (26) 高松高判昭四〇。
- (303) この事案と危険創出行為に基づく義務との区別は相対的なものだから、3 iiで後述する間接的な先行行為に基づく犯罪阻止義務肯定説に対する批判は、本文のような場合にも向けられ得る(神山・類型三四頁)。この批判に対しては、同所において反論する。さらに、YがAに重傷を負わせ立ち去った後、Xがなお作為可能な場合には、XにYの行為を介した間接的な危険創出行為に基づく保障人的地位が発生するか否かも問題となるが、後述するように否定すべきであろう。
- (304) 島田・広義の共犯八七―八八頁。
- (305) 島田・広義の共犯九二―九三頁。Vgl. Hans-Joachim Rudolph, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 164.
- (306) 島田・広義の共犯一〇六頁。
- (307) Vgl. Roxin, ATBd I, S. 930.
- (308) そうした場合には、Xが門扉を常に閉めていたのをあえて開けておいた場合(作為)であっても同様に不可罰とすべきである。
- (309) この問題に関する現在の指導的な判例である連邦通常裁判所の一九八二年判決は、従来の判例を処罰範囲を狭める方向で変更したのではなく、それらと整合的な説明が可能だという自己理解をしている。しかしその後のドイツの判例は、同判決を手がかりとして、実際上は処罰範囲をかなり絞り込んでいる。この問題に関するドイツの判例理論の変遷を丹念にフォローした文献として、岩間康夫「住居所有者の保障人的義務について」愛媛一六巻三号三一頁以下、松尾・前掲論文注(31)(ことに一七九六頁の分析を参照)。
- (310) 前掲注(26) 最判昭二九。
- (311) 前掲注(26) 東京地判昭三四。
- (312) BGHS32, 390.
- (313) 過失犯の場合ではあるが、ホテル、デパート等大規模建造物の火災によって客が死亡した場合における、その管理権限者、防火管理者等の保障人的地位の発生根拠においても、こうした被害者に対する引き受けの要素が重要な意味を持つ。つまり、こうした建造物の客等は、建物の構造・避難経路等に概して不案内であり、火災が発生した際には狼狽して危険な行動に出してしまう蓋然性が高い。その意味で、こうした場合の被害者には知識の欠如に基づく脆弱性があり、そうした事情に通じている建造物の管理者側は、被害者を引き受けしたことによって宿泊・滞在中の建物内の安全性を保証すべき立場に立っているのである。この点につき、詳しくは、山口他・前掲書注(37)一〇一頁(島田)参照。
- (314) そして、この場合には引き受けが認められる以上、所有者等には、正犯者の犯行終了後に被害者を救助可能な場合にも、保障人的地位が認められ、単独正犯が成立する。
- (315) BGHNJW1966, 1763.
- (316) ドイツの多数説が、この判例に対処しては批判的である。Z.B., Roxin, ATBd II, S. 752; Schönke/Schröder §13Rn54 (Stree).
- (317) BGHS27, 10.

- (318) 不法領得の意思の存否が不明であったため、共同正犯か幫助かは明らかでないと考えた。
- (319) Jeschek/Wegend, AT, S. 627; Roxin, ATBd II, S. 752. わが国では、例えば、神山・類型三二頁、もつとも、同・共犯論二四頁は、連邦通常裁判所が保障人的地位を認めたとことを支持されている。
- (320) Vgl., Schünemann, a.a.O. (Anm. 17), S. 361.
- (321) 前掲注 (67)。その述べたように、事実関係によっては、作爲による幫助となる余地はある。
- (322) OLG Weidmückens IV 1999, 212.
- (323) もし、見たくならし者の見ない自由を保護法益と考える有力説(例えば、平野龍一『刑法概説』(一九七七・東大出版会)二七一頁)を前提とすれば、そもそもこのようなストリップショーは、無罪とされるべきことにならう(林美月子「性的自由・性表現に対する罪」芝原邦爾他『刑法理論の現代的展開(各論)』(一九九六・日本評論社)六五頁)。
- (324) この時点で故意があれば、作爲による幫助となる。
- (325) 同判決は、こうした事情には言及していない。
- (326) ドイツでは、Z. B. Ernst Joachim Lampe, Ingerenz oder dolus subsequens?, ZStW 72, S. 106 (1960); Wirthlich/Langer, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 504f.; Schünemann, a.a.O. (Anm. 17), S. 313ff.; ders., GA 1974, S. 231ff. など、かつて否定説を主張していた有力な論者の一人であるロッシンは(Ein neues Bild des Strafrechtssystems, ZStW 83, S. 403 (1971))、現在では改説している(ATBd II, S. 762)。わが国では、例えば、西田・前掲論文注(32)九一頁、神山敏雄「保障人義務の理論的根拠」『森下忠先生古稀祝賀論文集下』(一九九五)二一六頁、鎮目・前掲論文注(27)三三三頁、山口他・前掲書注(37)六五頁(高山)。
- (327) Schünemann, a.a.O. (Anm.), S. 316.
- (328) 山口他・前掲書注(37)六五頁(高山)。
- (329) 西田・前掲論文注(32)九一頁。
- (330) 西田・前掲論文注(32)九一頁。
- (331) 西田・前掲論文注(32)八七頁、神山・共犯論四四四頁。
- (332) 前掲注(29)東京地八王子支判昭五七。
- (333) 盛岡地判昭四四・四・一六判時五八二号一〇頁。
- (334) 東京高判昭六二・九・二二判夕六六一号二五二頁。
- (335) 例えば、山口・探究四二頁。
- (336) 例えば、神山・前掲論文注(36)二三三頁。また、西田・前掲論文注(32)九一頁も「管理者」としての地位から作爲義務が発生することを認められている。
- (337) 即成犯の場合には、結果発生後にはもはや不作為犯は成立し得ない。継続犯の場合には、既遂後に不作為犯が成立しうることに争いがな

い。例えば、自分の管理する物置小屋に誤って子供を閉じこめてしまったことに後から気付いた場合には、不作為による監禁罪となる。状態犯の場合には、犯罪の既遂と終了とを、はたして、また、どのように区別すべきかによって結論が変わりうる。最後の点については、本稿ではこれ以上立ち入らない。

(338) Roxin, ATBd II, S. 763.

(339) すでに、島田・不作為犯一二〇頁。厳密に言えば、危険創出行為に基づいて保障人的地位を認めたとしても、不作為時に作為可能性、故意がなければ不作為正犯とはならないから、作為による教唆、幫助の成立可能性が全くなくなってしまうわけではない。しかし、ただでさえ共同正犯の処罰範囲が広いわが国の判例、学説を前にして、狭義の共犯の成立範囲をさらに狭める論理を提示することが好ましいとは思われない。

(340) もっとも、彼は、先行行為に基づく保障人的地位全般について、かなり批判的ではあった。しかし、それを全面的に否定するまでには至っていない (vgl., Hans Welzel, Zur Problematik der Unterlassungsdelikte, JZ1958, S. 494)。

(341) Welzel, StrfR, S. 217, 同趣旨の学説として、Welp, a.a.O., (Ann. 144), S. 281.

(342) BGHStII, 353, 事案をより詳しく言えば、Xは、Yに折りたたみ式ボケットナイフを貸した、その後、YはそれでAを刺した。その刺突は予見不可能なものであった。Xは、Aの同伴者から、重傷を負ったAの救助を依頼されたが、何もせず逃走した。この判決は、本文中の①、②の義務ともに認めたが、①に関しては、救助行為によって死が回避できたかどうか明らかでないことを理由に死の結果の不阻止を根拠に処罰することはできないとし、②に関しても、刺突行為の阻止は事実上不可能であったとして、結論的には三二三条Cのみを認めた。

(343) Schönke/Schröder § 13Rn39 (Stree).

(344) 島田・前掲書注 (4)。

(345) 広義の共犯の成否においても、答責性の観点を強調する立場とその問題点については、島田・広義の共犯六四頁以下参照。

(346) Herzberg, a.a.O. (Ann. 17), SS. 260-261. 前述したようにヘルツベルクはBに故意がある場合には、Aを幫助としている。

(347) 神山・類型三四頁。

(348) Vgl. Schönke/Schröder Vor § 25Rn109 (Cramer/Heine)ただし、危険創出行為が義務違反的な場合に限定している。その結論は、危険源管理義務違反について前述した私見とはほぼ同一ことになる。

(349) 堀内・総論二八七頁。

(350) 山中・前掲論文注 (9) 三四八頁参照。

(351) すでに、山口他・前掲書注 (37) 一〇一頁 (島田)。

(352) もっとも、義務二分説が、保護者的保障人の場合は作為正犯者の行為によって被害者が即死するなどして、作為正犯者の行為後に保障人にもはや作為可能性がなかった場合まで、保障人を単独正犯とするのであれば、それは妥当でない (山中・前掲論文注 (9) 三五七頁も参照)。

(353) 前掲注 (26) 大阪高判平二。

(354) この事実のため、後述する心理的因果性に基づく危険増加も否定される。

(355) さらに、この判決は、作為義務を否定する理由として「Xは……右営業許可名義貸与の時点において、Yが……売春場所の提供を業とする意図を有することを認識していなかっただけでなく、将来その店内においてそのような行為が行われることを予見してもいなかった」ということもあげている。しかし、危険創出行為は故意行為である必要はないから、この点は、作為義務を否定する決定的な理由とはなり得ないように思われる。

(356) 内田・前掲論文注(29) 九三頁。

(357) 山中・前掲論文注(9) 三三八頁。

(358) 後述するように、これは作為可能性の問題ではなく、結果回避可能性の問題である。

(359) 例えば、前述したドイツの判例におけるナイフ手渡しの事案においては、こうした観点から、危険増加は肯定されるように思われる。

(360) 福岡高判昭二五・八・一一高刑判特一一号二二二頁。

(361) 内田・前掲論文注(29) 九四頁。検察官の控訴趣意は、契約違反を理由に解除して占有を復帰させることが可能であったことを強調しているが、契約を解除しても正犯者が原状回復義務を履行しない可能性がかなりあったように思われる。なお、後述するようにこれは作為可能性ではなく、結果回避可能性の問題である。

(362) 前掲注(26) 大阪高判昭六二。前述したように、この事案では、立ち去り行為を根拠に作為犯を認めることはできない。

(363) 先行行為に基づく義務を一般的には認めながらも、犯罪への誘惑にすぎないような危険では先行行為を基礎付けないとするのは、Paul Bockelmann, Zum Problem der *Meinidschulde* durch *Unterlassen*, NJW1954, S. 697.

(364) 前掲注(20) 大阪高判平一一三。なお、同判決の被告人はXのみであり、Yとの共謀はXの罪責を検討する中で述べられているにとどまることが、判例タイムズの匿名コメントによれば、Yも別の裁判体において殺人の共同正犯として処罰されたことである。

(365) ドイツの判例・学説の状況について詳しくは、神山・共犯論五〇九頁以下。さらに、その後の議論も含め、Christian Seiring, *Beihilfe* durch *Unterlassen*, 2000, S. 137ff.

(366) その他、例えば、成人した子Yが、父親Xに対する刑事手続において、Xの面前で虚偽の供述をしたのを、Xがそれと知りながら放置した事案で、父親には成人した息子の犯罪行為を阻止する一般的な義務はないとしながらも、本件では、YがXに対する密接な親戚関係によってXを守るべく犯罪実行を誘因づけられていたとして、Xに保障人的地位を認めた地方上級裁判所(カンマーゲリヒト)の判例(KGJR1369, 28)がある。

(367) BGHS17, 321.

(368) 秘密に言えば、事後宣誓の場合も偽証罪が成立するというのがが国の判例(大判明四五・七・二三刑録一八輯一一〇〇頁)だが、その場合でも、宣誓をする際にやはり同様の状況が存在している。

(369) 作為による偽証教唆、補助の成否が問題となる場合には、このような状況が認められる程度の働きかけがなされていることも少なくない。

(370) Z.B., Roxin, AT, Bd II, S. 773.

- (371) OLGStuttgart NJW1986, 1767. の判決も妻を無罪とした。
- (372) Vgl. Roxin, AT, Bd II, S. 768.
- (373) 例外は、前掲注(26) 大判昭二三(ただし、虚偽の審査報状を現認。なお前掲注(26) 大判昭一九の事案において、犯行当時被告人がどこにいたかは明らかでない)。
- (374) 前掲注(26) 大阪地判昭四四(隣家)、札幌高判平二二(隣の部屋)。
- (375) 前掲注(30) 東京高判昭二八。
- (376) もし後者だとすれば、法改正後のYの行方も、Xによる所有権移転行為の一環と理解して、Xを処罰しても事後法禁止に抵触しないと理解する余地があった。しかし同判決は、麻薬取締法の趣旨から前者の解釈を導いて、Xの譲渡行為はすでに終了しているとした。
- (377) 例えば、前掲注(26) 名古屋高判昭三一、東京高判平一一。
- (378) 前掲注(26) 東京地判昭三四。
- (379) 内田教授の設例である。内田・前掲論文注(29) 八八頁。
- (380) このような義務に対する違反があるが、監督者に故意がない場合に、どの範囲で過失不作為を認めるべきかは極めて困難な問題である。子供の場合にも、将来の健全育成のためには、親からある程度離れる経験が必要となるし、精神病院の患者の場合にも、ある程度開放的な処遇が必要な場合もあるから、監督者に彼らに対する全面的な監視を義務づけることはかえって妥当でない場合もあるからである。こうした観点から処罰範囲を限界づけることが必要なことはおそらく間違いないが、それをどのような範囲で、また、過失犯成立要件のうち、どの要件の問題として扱うべきかについては、別稿による検討にゆだねたい。なお、近時統合失調症患者が院外療法中に通行人を殺害した事案で病院を経営する県の損害賠償責任を認めた民事判例として、最判平八・九・三裁時二七八・八がある(もともと、民事法上直接行為者の責任能力は重視されないことには注意を要する)。
- (381) わが国の学説の状況に関しては、大塚仁他『大コメンタール刑法第三卷(第二版)』(一九九九・青林書院) 四三八頁以下(若原正樹)参照。
- (382) 不作為による間接正犯をめぐるわが国およびドイツの学説の状況について詳しくは、神山・共犯論二七〇頁以下。
- (383) 島田・前掲書注(49) 三五〇頁以下参照。
- (384) Z.B. Schönke/Schröder § 13Rn52 (Stree) ; Roxin, ATBd II, S. 734f. (ただし、子供を全面的に監視することは不可能であり、また、子供の自立のためにも好ましくないことを根拠に、子供の年齢に応じて監視義務の範囲を制限する)。わが国でも、例えば、斎藤信治『刑法総論(第五版)』(二〇〇三・有斐閣) 三七九頁は、「作為義務の相応の強さ、作為の可能性・容易性などを吟味する必要がある」との留保の下、このような見解を明言されている。
- (385) 堀内・前掲書注(46) 二六一―二六二頁参照。
- (386) 最判昭四九・三・二二民集二八巻二号三四七頁。

- (387) Kaufmann, Dogmatik, S. 282ff.
- (388) 中森喜彦「保障人説について」論叢八四巻四号二〇頁(一九六六)参照。
- (389) Roxin, ATBd II, S. 728.
- (390) Z.B., RGSt, 72, 19; BGHS46, 322.
- (391) Z.B., OLStuttgart NJW1986, 1767.
- (392) RGSt69, 349.
- (393) 最近の判例は、Z.B., BGHS48, 388; BGHNSZ2000, 147.
- (394) Z.B., OLFrankfurt1987, 2757.
- (395) BGHNJW2003, 522. なお、同判決は二つの点で理論的に極めて興味深い。一つは、本件被告人の行為は、旧東独法の解釈として、間接正犯、教唆、共同正犯にはあたらないので、不作為による幫助として処罰すべきであるが、現在の刑法の観点からは不作為による間接正犯にあたることされた点である。これは、いわゆる組織的権力機構による支配の論理 (vgl., BGHS40, 257) を不作為犯にも適用した点において、極めて重要な意義を持つ。もう一つは、被告人の保障人的地位を、旧東独憲法の人権不可侵性条項および国際人権規約から導かれる国民に対する保護義務から導いている点である。もともと法益保護義務、危険源監督義務の観点からもこの結論は維持しうるとされている。
- (396) 本稿の目的は、不作為による共犯、ことに幫助の成立範囲を論じることなので、その検討対象は故意犯の場合に限り、一般に幫助が処罰されないと考えられている過失犯については検討対象から除く。
- (397) Roxin, ATBd II, SS. 738-739.
- (398) BGHS48, 388.
- (399) 作為による幫助として起訴されている。
- (400) BGHNSZ2000, 147.
- (401) Z.B., SK § 13Rn54c (Rudolph).
- (402) 基本的にこのような論理によって警察官の保障人的地位を肯定する論者として、Z.B. Jakobs, AT, S. 832; Michael Pawlik, Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten, ZStW111, S. 345ff. (1999); Roxin, ATBd II, S. 741. わか国では、神山・類型三三頁がほぼ同旨(ただし、国民の警察の保護機能に対する信頼を強調するオットー／ブラムゼンの見解を好意的に引用されている (Vgl., Otto/Brammsen, aa.O. (Ann. 272), S. 597)).
- (403) Roxin, ATBd II, S. 743; Jakobs, AT, S. 832 も、軽微犯罪については阻止義務が生じないことを認める。
- (404) 前述した旧東独の共産党中央委員会政治局構成員のような特殊な場合には、その対象がかなり広くなることはあり得よう。
- (405) 林・総論一五七頁も参照。
- (406) こうした場合には、信頼の原則の観点から故意が否定される場合も多いだろうが、仮にそうでなくとも、義務違反を否定すべきと思われる

20

- (407) 山口他・前掲書注(37)一〇九頁以下(島田)。
- (408) Schönke/Schröder § 357Rn1 (Peter Cramer), *もともと*, *ロクシンの義務犯論*からは正犯性についても単なる確認規定ということになる。
- (409) Roxin, ATBd II, S. 756.
- (410) 山中・前掲論文注(9)三四九頁は、「法自体によって設定された権力関係ないし監督関係のみが他人の行動に対する責任を根拠づける」とされる。教授が明言されているわけではないが、この論理からは本文中のような結論を導くことが可能であろう。
- (411) 島田・不作為犯一四四頁参照。
- (412) 堀内・総論二八七頁。町野・総論一三四頁も基本的に同趣旨か。
- (413) この点が認められない限り保障人的地位は認められないというのがドイツにおいても多数説である。暖房設備の点検の際に、部下が別の部屋から高級切手を盗むのを阻止しなかった上司に、窃盗幫助を認めず無罪とした判例としてOLGKarlsruheGA1971, 281.
- (414) 注(403)にあげた論者の他、山中・前掲論文注(9)三四九頁。
- (415) Statt vieler, Schünemann, a.a.O. (Ann. 17), S. 328. わが国でも、神山・類型二八頁は、「潜在的依存関係」があることを理由に、上司に保障人的地位を認められる。
- (416) SK (Rudolphi) § 13Rn136; LK (Jeschke) § 13Rn45 (三五七条の反対解釈を主要な論拠とする)。また、下位者が企業活動と関連する危険源を利用して犯罪を行った場合に限って、危険源管理の任務を負う経営者等に不作為の成立を認めるギンベルナートの見解も、前述した私見と基本的に同趣旨である。Enrique Gimbernat Ordeig, *Unechte Unterlassung und Risikoerhöhung im Unternehmensstrafrecht*, Festschrift für Claus Roxin, 2001, S. 661.
- (417) 前掲注(26)東京地判昭三四。
- (418) 宮澤・前掲評釈注(65)七四頁。
- (419) 前掲注(56)最決平一五は、そのような事案であった。
- (420) 宮澤・前掲評釈注(65)七六頁。
- (421) 前掲注(27)名古屋高判昭三一。
- (422) 前掲注(22)東京高判平一一。
- (423) 企業全体が犯罪(例えば談合)を容認するような「風土」を作り出していた場合には、そのことを心理的危険創出行為として、上位者に不作為犯を認めることは不可能ではないだろう。私が本文中で言っているのは、そのような状況が認められない場合の話である。なお、このような解釈によれば独禁法のいわゆる三罰規定は、確認規定として機能する場合と、不作為による共犯が認められない場合に処罰を拡張する機能をはたす場合の二つの場合が含まれることになる。
- (424) 山口他・前掲書注(37)一〇七頁(島田)参照。

- (425) 近時、この点に関する問題意識を喚起したのは、松澤伸「不真正不作為犯の実行行為と未遂について」早院七四号二七一頁以下(一九九五)である。
- (426) 例えば、大塚・総論一五二頁、一九二頁参照。
- (427) 松澤・前掲論文注(425)二七六頁、山中敬一「不作為犯論の体系的構成」刑法三六卷一号九三頁(一九九六)。
- (428) 生田勝義「わが国における不真正不作為犯論(二)」立命館三二二号六六頁(一九七七)、前田・総論一三三頁。
- (429) 西田・前掲論文注(32)七四頁。
- (430) 山口・探究三三頁。
- (431) さらに、事実的には可能な行為であっても、規範的に想定されるべきでない作爲もあり得る。例えば、前述したように、故意有責な行為を介した間接的な危険創出行為が保障人的地位の根拠とされる場合には、正犯者の行為終了後の救助義務は考慮の対象から除かれるべきである。構成要件によっては、このような限定は、他にもあり得るかもしれないが、この点の検討は本稿の課題を超えるので省略する。
- (432) 林・総論一五六頁。さらに、山中・総論一三〇頁も参照。
- (433) 野村稔他「現代法講義刑法総論」(一九九三・青林書院)三三七頁(酒井安行)、松澤・前掲論文注(425)二八五頁。
- (434) ドイツにおいては、体系的な位置づけに若干の差はあるものの、このような見解が通説である。Stattvieler, Roxin, AT, Bd II, S. 630 (行為概念のレベルに位置づける) ; Jeschek/Wiegand, AT, S. 616 (行為概念としては一般人の能力を基準とするが、構成要件該当性の判断において、不作為者本人を基準とする)。
- (435) 松澤・前掲論文注(425)二八三頁は、作爲犯の禁止規範の名宛人は一般人であるが、不真正不作為犯における作爲義務は、個別的な状況下で具体的な作爲義務を負う当該行為者にのみ課される主観的当為であるという理由からこの結論を導いている。しかし、例えば、過失犯における結果回避可能性などを念頭に置けばわかるように、作爲犯であってもこのような個人的能力が問題とされるべき場合はあるように思われる。
- (436) 山口・探究四四頁。
- (437) 林・総論一五七頁。
- (438) 例えば、最大判昭三三・九・九刑集一二卷一三三号二八八二頁。
- (439) 平野・総論一五四頁、内藤・総論上三三四頁、町野・総論一三三頁。
- (440) 林・総論一五七頁。
- (441) 町野・総論一三三頁。
- (442) Weizel, StrfR, S. 220 (非難可能性(否定) ; Roxin, AT, Bd II, S. 701 (答責性の否定)。
- (443) Vgl. Schönke/SchröderVor § 13Rn155 (Stree)。
- (444) それ故、単に結果帰属を否定するだけではなく、不法でないと考えるべきである。
- (445) Vgl. Schönke/SchröderVor § 13Rn155 (Stree)。

- (46) 山口・探究二四〇頁も参照。
- (47) 西田・前掲論文注(32)七五頁。
- (48) この点で、前掲注(38)札幌高判平一二が、作為可能性と結果回避可能性とを区別せず、ともに作為義務の要件としていることには疑問が残る。
- (49) 松澤・前掲論文注(425)二九〇頁参照。
- (50) 山口・総論七六頁。
- (51) 例えば、原田國男「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇(平成元年度)』(一九九二)三八七頁。
- (52) 山中・前掲論文注(427)九八頁の、不救助後に被害者が他人に銛で刺されて死亡したという事例は、いずれの立場からも、結果回避可能性の問題ではなく、相当因果関係の問題とされるだろう。注(428)、(429)にあげた学説も、結果回避可能性と不作為の実行行為性を同視するだけで、相当因果関係については別に考える趣旨ではないかと推察される。
- (53) 例えば、不作為者が警察官のような危険に対応する訓練を積んでいる者であれば、多少の危険をおかすことは期待可能といいやすくなる。Vgl., Schönke/SchröderVor § 13Rn156 (Stree).
- (54) Schönke/SchröderVor § 13Rn156 (Stree).
- (55) 松生光正「判批」『判例マラソン』86—00』(二〇〇二・有斐閣)五二二頁参照。
- (56) BGHNSZ, 1984, 164.
- (57) Otto/Brammsen, a.a.O. (Amm. 272), S. 541.
- (58) 刑訴一四七条。
- (59) Roxin, ATBd II, S. 697.
- (60) もっとも、ロクシンは、不作為者が被害者との関係で保障人的地位にたたない場合、例えば、親が未成年の子が犯罪を行うのを阻止しなかった場合には、通知義務を否定する(Roxin, ATBd II, S. 697)。しかし、前述したように、不作為者が被害者との関係で保障人的地位にたない場合には、そもそも不作為の成立を認めるべきでなかった。前述したように私も、親が未成年の子が犯罪を行うのを阻止しなかった場合には、一定範囲で親を不作為による共犯とするが、それは、あくまで、不作為者が危険物監督義務として最終的には被害者との関係で保障人的地位を負うからに他ならない。ロクシンのあがる場合と本文中の場合とを区別する根拠は乏しいというべきである。
- (61) もっとも、自己負罪拒否特権との関係が問題となる場合には、その権利としての重要性に鑑み、作為容易性を否定する余地はある。この点の検討は別稿に譲る。
- (62) 前掲注(38)札幌高判平一二。
- (63) 前掲注(39)釧路地判平一一。
- (64) 最決平元・一二・一五刑集四三卷一三号八七九頁。

- (465) 原田・前掲解説注(45) 三八五頁。
- (466) そうした関係が満たされない場合に、共犯が補充的に認められるかは一の問題である。間接正犯的な場合には、正犯行為を介した結果の惹起があるから、これを認める余地があるが、作為者の行為終了後の場合には、正犯行為を介した結果の惹起を欠くため、もはや共犯は成立しないというべきである。
- (467) 前掲注(26) 大判昭三。
- (468) 松生・前掲評釈注(45) 五二二頁。
- (469) 林・前掲論文注(9) 三二五頁。
- (470) 中森・前掲評釈注(43) 九七頁。さらに、山中・前掲論文注(9) 三六一頁は、監視、言葉による制止によって「結果ないし危険回避の可能性が」ほぼ確実に肯定されることを要求されている。実力による阻止に関する高裁の事実認定にも疑問を持たれているのであろうか。
- (471) 例えば、高橋・前掲論文注(55) 一〇二頁。
- (472) 例えば、村越・前掲評釈注(41) 二〇頁、神山・前掲論文注(41) 四九頁。
- (473) 原田・前掲解説注(45) 三八五―三八六頁。
- (474) ドイツにおいても、両者を区別して検討を加える見解が有力である。Statt vieler, Roxin, ATBd II, S. 680.
- (475) ドイツの判例はこれを肯定していた。注(41) 参照。
- (476) この点に関して、松生光正「判批」『判例セレクト86―90』(二〇〇二・有斐閣) 五三三頁、林・前掲論文注(9) 三二五頁の判例理解は正当である。
- (477) 注(41) 参照。
- (478) Ranft, a.a.O., (Anm. 294), S. 288; Jakobs, AT, S. 846.
- (479) Roxin, ATBd II, S. 680.
- (480) 小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』(二〇〇三・弘文堂) 二八頁以下参照。
- (481) 例えば、山口・総論四七頁。
- (482) 困難化の「可能性」で足りることになる。
- (483) 町野朔「条件関係論」上法一二巻二二―三三四頁(一九六九)は、医師がしかるべき措置を採れば患者が二三日生き延びたとしても、因果関係を認めるのは不当だとする。
- (484) なお、最決昭六三・一・一九刑集四二巻一号一頁は、墮胎した未熟児に対して医師が医療を受けさせなかったため同児が死亡したという事案で、未熟児医療の整った病院の医療を受けさせれば「同児が短時間内に死亡することはなく」としている。
- (485) 島田・広義の共犯八五頁以下。
- (486) 途中で異常な事情が介入し、そのために結果が生じた場合には、この点が否定される余地はある。

- (487) 林・前掲論文注(9)三三三頁。
- (488) 松生・前掲注(476)五三三頁。
- (489) Vgl. Sering, a.a.O. (Ann.), SS. 134-135.
- (490) 西田典之「幫助の因果關係」法ゼ三三二号二五頁(二九八二)参照。