

# 不作為による共犯について（一）

島田 聡一郎

- 第一章 はじめに
  - 第一節 従来の議論の状況
  - 第二節 最近の裁判例における争点
  - 第三節 小括——本稿の課題——
- 第二章 作為による共犯と不作為による共犯
  - 第一節 作為と不作為の区別をめぐる従来の議論
  - 第二節 心理的「因果性」について——ドイツにおける「決意の強化による幫助」の限界をめぐる議論を参考にして
- 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
  - 第一節 総説
  - 第二節 作為犯に対する不作為による関与を原則として単独正犯とする見解
  - 第三節 作為犯に対する不作為による関与を原則として幫助とする見解
  - 第四節 小括（以上、本号）
- 第四章 作為による共犯の成立要件 保障人的地位と作為義務
- 第五章 作為による共犯の成立要件 作為可能性・結果回避可能性
- 第六章 おわりに

## 第一章 はじめに

### 第一節 従来の議論の状況

これまでわが国においては、不作為と共犯をめぐる諸問題について、主にドイツの学説を参照しながら、<sup>(1)</sup> 実際上の必要性よりも、むしろ、体系的、理論的関心が先行した形で検討が加えられてきた。<sup>(2)</sup> この問題は、大別して、不作為犯に対する作為による関与、<sup>(3)</sup> 作為犯に対する不作為による関与、<sup>(3)</sup> 不作為の共働の三つの分野に分けられる。

最も純理論的な関心から議論されたのは、<sup>(4)</sup> である。古くは、このような関与形態が存在しうるものが争いなく認められていた。<sup>(4)</sup> しかし一九五〇年代終わり頃から、ドイツにおいて、不作為と作為の存在論的差異を強調する目的的行為論者が、通説によって不作為犯に対する（作為の）教唆とされている現象は教唆の本質である「行為決意の喚起」を欠き、単に命令の履行を「しないようにしむけること」(Abstiftung)、つまり（救助行為を行うという）行為決意が生じることやその決意を実行に移すことを阻止する行為だから、教唆ではなく、<sup>(5)</sup> むしろ作為正犯とすべきである、<sup>(6)</sup> また、不作為犯に対する幫助とされている現象も、不作為者に「事実上支援されるような行為はなく、精神的に支持されうるような行為決意もない」以上、やはり幫助ではなく、因果関係がある限度で作為正犯とすべきである、と主張した。<sup>(7)(8)</sup>

このような学説は、わが国にも紹介され、一定の議論を呼び起こした。しかしわが国の論者は、そのような結論に対しては概して批判的であった。確かに、不作為の因果性を肯定し、不真正不作為犯を作為犯の条文を根拠とし

て処罰するわが国の多数説は、このような学説が前提とする不作為犯論とは異なるから、わが国においてこのような学説に対して批判的態度がとられたことは当然のことであった。裁判例にも、不作為犯に対する共犯を認めたもの<sup>(9)</sup>があり、現在のわが国では、その範囲については若干の議論があるものの、不作為犯に対する共犯が認められること自体には、ほぼ一致があるといつてよい。<sup>(10)</sup>

他方、<sup>(11)</sup>には、不作為者同士にも共犯関係がありうるか、不作為犯に対する不作為の教唆、幫助がありうるか、ありうるとすれば、それは不作為の同時正犯、共同正犯とどのように区別されるのか、さらに、不作為の同時正犯と共同正犯とはどのように区別されるのか、といった論点が含まれ、その中には、理論的のみならず実践的にもなお解明を要するものも少なくない。<sup>(12)</sup>ただ、わが国の判例においては、この問題が正面から扱われたものはいまだ見あたらず、学説における問題関心もさほど高くはなかった。

従来、ドイツの議論を参考としながら激しく議論され、わが国においてもいまだ結論の一致をみないのが、である。そして、議論はそうした場合の不作為者が正犯か幫助かという点に集中していた。この点に関する学説は、大別して、A不作為による関与は原則として正犯<sup>(13)</sup>となる見解<sup>(14)</sup>、B原則として幫助<sup>(15)</sup>となる見解<sup>(16)</sup>、C保障人が結果の発生を回避すべき直接的な保護義務を負っておりそれに違反した場合と、直接的結果回避義務以前の安全監護義務ないし安全管理義務を負うに過ぎない場合とを区別し、前者においてはA説が、後者においてはB説が妥当<sup>(17)</sup>するとの見解<sup>(18)</sup>、D作為犯においても正犯意思を重視する立場から、関与者の意思内容によって正犯と幫助とを区別する見解<sup>(19)</sup>に分かれるとされてきた。<sup>(20)</sup>

確かに、この点はわが国の下級審判例においてもこれまで何度か問題とされており、<sup>(20)</sup>現在のわが国において、なお解決すべき問題だといえるだろう。

しかし、この点を議論するだけでは、わが国の判例において現実に問題となっている<sup>(21)</sup>に関する事例群に適切な

解決を与えることはできないように思われる。近時、作為犯に対する「消極的な<sup>(21)</sup> 関与行為の可罰性が問題とされた理論的に極めて重要な裁判例がいくつか登場したが、そのいずれにおいても、この正犯と共犯の区別の問題が主要な争点ではなかったのである。では、そこではいったい何が問題とされていたのだろうか。これらの裁判例をもう少し詳しくみてゆくこととしよう。

## 第二節 最近の裁判例における争点

### 1 不作為による幫助における作為義務の存否

まず、不作為による幫助を基礎づける作為義務の存否が問題とされ、それが否定された高裁判決がある。<sup>(22)</sup> その事案は以下のようなものである。被告人 X は株式会社甲が経営するゲームセンター乙の店長であった。同じゲームセンターに勤める Y は外国人 Z らと共謀の上、甲が経営し、乙と同一ビル内にあるパチンコ店内の売上金を集金した。集金人から売上金を強取し、その際、集金人に傷害を負わせた。X は、Y から犯行計画を打ち明けられていたが、Y に「X とは関係ない」といわれたため、「関係ないならいいです」などといい、警察に通報する等の措置をとらなかった。原判決は、X を不作為による強盗致傷幫助として処罰したが、本判決は以下のように詳論し、X を無罪とした。

「正犯者が一定の犯罪を行おうとしているのを知りながら、それを阻止しなかったという不作為が、幫助行為に当たり幫助犯を構成するといつたためには、正犯者の犯罪を防止すべき義務が存在することが必要である……こうして犯罪を防止すべき義務は、正犯者の犯罪による被害法益を保護すべき義務に基づく場合と、正犯者の犯罪実行行為を直接阻止すべき義務に基づく場合とが考えられるが、この保護義務ないし阻止義務は、一般的には法令、契約あるいは本人のいわゆる先行行為にその根拠を求めるべき」(である)「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……丙の金庫に運んで納めておき、その後は……本社員が……収集して本社に運ぶというものであって……Xが丙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……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」さらに「現実に奪取された売上金は丙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は職務として丙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」「X……の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Yの本件の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」「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」。

この判決は、学説から、おおむね肯定的に評価されている。<sup>(23)</sup>そして、このように不作為による共犯の成否が問題とされ、保障人的地位、作為義務が否定されて無罪とされた裁判例の数は、<sup>(24)</sup> 公刊されている有罪裁判例の数と比して、<sup>(25)</sup> 決して少なくない。<sup>(26)</sup>

具体例をもう少しみよう。例えば、会社の取締役X、Yが、社長Zから、会社の苦境を救うために腹心のWととも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

どませようとせず、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事案で、放火の共同正犯として起訴されたX、Yの罪責について、まず共謀を否定した上で、さらに、「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。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つて論ずることもあながち不当とは言えないが、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<sup>(27)</sup>として、不作為による放火幫助を否定した高裁判決がある。

また、比較的最近の、売春防止法違反幫助の成立を否定した高裁判決も重要である。<sup>(28)</sup> X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Yの依頼を受けて、情を知らず、飲食店としての営業許可を得て、Yに名義を貸し、その後、同店が売春場所に用いられていることを知りながらこれを放置していた。原判決は、Xに先行行為に基づく犯罪防止義務を認め、売春防止法違反(業としての売春場所提供罪)に対する不作為による幫助を認めた。しかし、本判決は以下のように述べて、Xの作為義務を否定し、Xを無罪とした。まず本判決は「不作為による幫助犯については、不真正不作為犯自体に実質的にみて犯罪成立の限界が不明確になりがちであるという点で罪刑法定主義にかかわる問題があり、更にそれが正犯の犯罪(刑罰)拡張事由としての幫助犯にかかる場合であるから、その成立の根拠となる法的作為義務の認定は特に慎重でなければならぬ(ない)、との一般論を述べる。その上で、「飲食店営業の許可はもつぱら食品衛生上の見地からの規制であって、もとより店内で行われる売春行為と直接の関係はない」「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ったの

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ない」「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かなかった」としてXを無罪としたのである。<sup>(29)</sup>

このように、不作為による幫助を基礎づける作為義務、保障人的地位が存在しないことを根拠とした無罪判決<sup>(30)</sup>が散見される状況は、実務においても、その内容が必ずしも明確になっていないことを意味しているように思われる。また、学説においても、作為義務、保証人的地位の範囲は、これまでもっぱら単独犯を念頭に置いて議論されてきた。そして、幫助、さらにはより一般的に広義の共犯において、そうした従来の議論がはたしてそのまま当てはまるのか、仮にそうではなくて、何らかの形で変容されるべきだとしたら、どのように変容されるべきなのか、といった点は、必ずしも十分に議論されてきたとは言い難いように思われる。<sup>(31)</sup>

例えば、わが国の有力説は、不作為犯における保障人的地位を基礎づけるためには「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、因果経過を具体的、現実的に支配していたこと」<sup>(32)</sup>を必要としてきた。しかし、作為犯に対する不作為による共犯の成否が問題とされた判例の事案においては、作為正犯者が存在する以上「不作為者が因果の流れを掌中に収めて」はいないのである。

では、この要件は、不作為による共犯においては、全く放棄されてしまつてよいのだろうか、それとも、何らかの修正を施した上で、なお維持されるべきなのだろうか。この点に関し、一部の学説は「被告人以外に正犯者の犯行を阻止できる者がいなかった」ことを不作為共犯における「支配」<sup>(33)</sup>の内容としており、そのような支配を意識的に設定した場合に、不作為による共犯の成立を認めている。また、そのような事情を保障人的地位を認める際に認定している裁判例も散見される。<sup>(34)</sup>しかし、こうした事情は理論的にいつたどのような意味を持つているのだろうか

か、この点はさらなる検討を要するようと思われる。

逆に、これらの判決においては、一見すると、従来、不作為単独正犯の場合には要求されていなかった要件が要求されているかのように見える場合もある。<sup>(35)</sup> 前述した放火幫助に関する判決は「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」ことを根拠として作為義務を否定した。また、前述した東京高裁の強盗致傷幫助に関する判決においても、「もしそうした義務が是認されることがあるとすれば」その留保の下においてはではあるが、「犯罪が行われようとしていることが確実に明白な場合」に作為義務を認める余地を残している。しかし、これまで、このような要件は、単独正犯を念頭に置いた作為義務、保障人的地位の発生根拠論においては、正面から要求されてはこなかった。例えば、多数説は、いわゆる管理・監督過失において防火管理体制を整えなかつた者を過失不作為犯として処罰する判例理論に肯定的な態度をとってきたが、それは、このような要件を要求しなかつたからこそ、導くことができた結論<sup>(36)</sup>である。<sup>(37)</sup>

では、このような要件は、いったいどのような理論的根拠から導かれたのだろうか、そして、それは理論的に支持できるもののだろうか。

これらの点は、不作為共犯における作為義務、保障人的地位の発生根拠を理論的に説明しない限り、明らかにならないように思われる。この点を解明することは、現在のわが国の不作為犯論において解決を迫られている重要な課題の一つといえよう。

## 2 結果回避措置の内容と結果回避可能性

また、不作為の幫助において要求される結果回避措置の内容と、そうした結果回避措置をとっていた場合の結果回避可能性の存否が問題とされた高裁判決も重要である。<sup>(38)</sup> 同判決は原審の無罪判決を事実認定、法律解釈双方の



観点から覆し、被告人に不作為による傷害致死幫助を認めている。

その事案は、以下のようなものである。被告人Xは、自己が親権者となっていた当時三歳のAらをつれて、Yと内縁関係に入った。Yは自分の子供でないAらをたびたび折檻し、またXに暴力をふるうこともあった。Xは、Yが別室でAをしかりつけ、顔面、頭部等に暴行を加え、死亡させた際、情を知りながら、暴行を制止することなく放置した。一審判決は、<sup>39)</sup>不作為による幫助が成立するためには、Xが「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらずこれを放置した」ことが必要だったが、その場合にはXが負傷していた可能性もあり、またXが妊娠していた胎児の健康にまで影響が及んでいた可能性もあることから、そのような阻止行為を行うことは著しく困難であったとして無罪とした。

これに対し本判決は、原判決のいう「犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらずこれを放置した」という要件は、不作為による幫助犯の成立には不必要とした上で、XがYが暴行を加えないように監視すること、言葉で制止することによって、Yの暴行を阻止することが可能だったこと、身を挺して暴行を制止した場合、X自身が負傷していた可能性は否定しがたいが、YがX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、「右作為はYの犯罪行為を阻止するための最後の手段として、なお被告人に具体的に要求される作為に含まれる」として、ないしの行為を「段階的に行い、あるいは、複合して行うなどしてYのAに対する暴行を阻止することは可能であった」とし、「作為による本件せつかんの防止可能性を検討しなかった原判決の法令適用の誤りは、判決に影響を及ぼすことが明らかである」ことを理由に原判決を破棄して、Xに不作為による傷害致死幫助を認めたのである。

本判決は、事実認定の点において、作為義務の内容としてXに「要求することが「著しく困難」(原判決)で

はないとした点、および、法律解釈の点において、原判決が要求した「確実な阻止可能性」までは必要ないとして、「確実」に犯行を阻止し得たとまでは断言できない、  
 を行うことも作為義務の内容に含まれるとした点において重要な意義を有する。

本判決に対し、学説は比較的好意的である。<sup>(40)</sup> 本判決を支持する学説の多くは、この問題を幫助の因果関係の問題と位置づけた上で、作為による幫助が正犯行為を促進すれば足りる以上、不作为の場合も「犯罪行為結果発生を完全に阻止・防止することができなくてもそれを困難にすることが可能であればよい」とする。<sup>(41)</sup> しかし、このような位置づけ、結論でよいかについてはなお問題が残る。まず第一に、判決自身は、この問題を因果関係の問題と扱っておらず、作為義務の存否の判断において考慮しているにとどまる。<sup>(42)</sup> こうした要件を因果関係の問題と扱うべきか、作為義務の存否それ自体の問題として扱うべきかは、なお検討を要するようと思われる。第二に、こうした体系的な位置づけの如何にかかわらず、本判決が本場に「困難にすれば足りる」として理解してよいのかも疑問が残る。<sup>(43)</sup> 本判決は、阻止可能性を不要としているのではなく、「確実な」阻止が不要としているにとどまるからである。では、本判決をどのように理解し、また、理論的にはどのように考えるべきなのだろうか。このようにして、不作为の正犯者の犯行を阻止する可能性を体系的にどのように位置づけ、その具体的内容をどのようなものと考え、考えるべきかを検討することが必要となるのである。

### 3 作為による「決意の強化」と不作为との区別

これまで、学説において不作为による共犯論が論じられる際には、ある関与行為が不作为であることは前提とした上で、その処罰の可否および正犯と共犯の区別が議論されてきた。しかし、実際には、ある関与行為が不作为かどうか必ずしも自明でない場合も少なくない。関与者の行為が、物理的因果性や、技術的助言による心理的因果

性を欠いて、いわば「消極的」なものに見える場合であっても、なお、正犯者の決意を強化している場合は存在する。そのような場合には、作為による「決意の強化」としての幫助、さらには共謀共同正犯が認められる余地が残されている。そして、作為による共犯が認められれば、不作為犯を基礎づける保障人的地位、作為義務が認められなくても処罰されることになるから、このような作為による共犯に当たるか否かの判断は、不作為による共犯の成否に先行して検討されるべきである。決意の強化による心理的因果性が認められるのは、通常は、関与者が、命令、威嚇、激励等の積極的な行為を行っている場合であるが、関与者と実行者との人間関係次第では、関与者が犯行現場にいただけでもそうした因果性を持つ可能性が否定しきれない。現に、裁判例においてはそのような行為を現場共謀による共謀共同正犯として処罰したものが散見されるのである。<sup>(45)</sup>

しかし、このような裁判例に対しては、学説から疑問が呈されている。これらの裁判例は、本来不作為にとどまり、作為義務、保障人的地位の慎重な検討を経て処罰の可否が決められるべき行為を、共謀共同正犯の論理を用いて作為の領域に取り込み、保障人的地位を問題とせず処罰しており不当だといっているのである。そして、こうした疑問を提起する論者は、このような傾向が、判例にかなり深く浸透していると評価される。例えば、平野博士は次のように言われる。「……共謀共同正犯は一つの必然的な社会現象だともいえるであろう。しかしそれだけに、現在の段階では、まだこれに明確な輪郭付けがなされず、その内容はかなり不明確なばくぜんとしたものである。たとえばその場において、あえてこれに反対しなかった者も、不作為犯としての作為義務が十分検討されることなく共犯者の一人だとされる可能性もある。そこに共謀共同正犯論の持つほんとうの問題性ないし危険性がある」<sup>(46)</sup>。

もし、このような状況が生じているのであれば、それは、いわば一般的な犯罪不阻止を処罰していることを意味し、「法益の状態を積極的に悪化させる行為以外は、何をしても原則として自由であり、積極的な法益保護を行うことを命じるためには特別な根拠が必要だ」という自由主義から導かれる不作為犯処罰の例外性を骨抜きにしてし

まうことになる。このような状況が生じているのであればそれは改められねばならないように思われる。

しかし、わが国の裁判例には、そのような消極的関与行為を行った者が共謀共同正犯として起訴されたが、共謀が否定されて、不作為による幫助にとどめられたものもあり、さらに、もう一步進んで無罪とされたものも決して少なくない。<sup>(48)</sup> 右の指摘は一定程度妥当としても、そうした傾向が判例理論全体を支配しているとまではいえなように思われる。

そうだとすると、先の学説のような大上段からの批判をするだけではなお不十分であるように思われる。現在のわが国の多数説は、共謀共同正犯を一定範囲で肯定する。そのこと自体は、結論の妥当性の観点からのみならず、理論的観点からも支持されるべきである。<sup>(49)</sup> そのように考えると、このような現場での犯罪不阻止的な正犯者の決意を強化する行為が、場合によっては共謀共同正犯になる余地も直ちに否定されはしないことになる。

では、そうした行為はどのような場合に作為による共謀共同正犯として、どのような場合に作為による幫助として処罰されるべきなのだろうか、さらに、作為犯とはならない場合に、どのような要件の下で不作為による共犯として処罰されるべきなのだろうか、さらに、その中で幫助にとどまらず共同正犯とされる場合がはたしてありうるのか、ありうると思えばそれはどのような場合なのか。これらの点について、理論的検討を加え、より肌理の細かい具体的な判断基準を示す必要があるように思われる。そのようにしてはじめて、先ほどの批判の視点を活かしながら、現実の問題を解決するに足る基本を示すことができるはずである。

幸い、近時これらの問題を本格的に検討する必要性を示す三つの重要な裁判例が登場した。次いでこれらの裁判例をみてゆくこととしよう。

第一の裁判例は、いわゆるオウム真理教元信者殺人事件における教祖の妻X(自らも正大師という教祖に次ぐ地位にあった)の罪責を扱った東京地裁判決である。<sup>(50)</sup> その事案は以下のようなものである。オウム真理教の元信者A、

Yは、Yの母を教団から連れ出すために教団施設内に侵入したが、教団信者に捕まり、Aは教祖Zの瞑想室に連行された。同室内にはZの他、Xを含む教団幹部が集まり、A、Y両名を殺害する旨の謀議を行った。その際Xは、他の信者に引き続いて、Zに対し、「自分のまいた種ですからね」などと述べて、Aらに私的制裁を加えることに賛意を表していた。その後、Yが同室内に連れ込まれ、ZがYに対しA殺害を命じ、A殺害の共謀が成立したが、Xはその際もこれに反対する言動やその場から立ち去るなどの行動をとっていなかった。そして、YらによってAが殺害されたときも、Xは現場にとどまり、殺害現場の方向をみるなどし、さらに殺害後にもA殺害を肯定する趣旨の発言をしていた。本判決は、Xが賛意を表した時点でAらを殺害する共謀が成立し、同人がその後、その点に何ら異議を述べず、現場にとどまったことを根拠として、Xを殺人の共謀共同正犯として処罰した。この判決に対しては、実質的な正犯行為を認めるのは無理であり、それどころか、「被告人がいてもいなくても同じような存在であったとすれば幫助の成立すらおぼつかない」、また夫婦関係を根拠に夫の犯罪を阻止する義務を肯定すべきではなく、被告人が実質的にZらの犯行を阻止するに十分な影響力があつたと認定されてもいないから、不作為による幫助も認めるべきではなかつたとの批判が向けられている。<sup>(51)</sup>

第二の裁判例は、犯罪不阻止的な行為を共謀共同正犯として処罰した近時の大阪高裁の判決である。<sup>(52)</sup> その事案は以下のようなものである。母親Xが、三女Aを殺害しようとしているとき、布団上にいたAの父親でありXの夫であるYの方を振り向き、Yに制止を求める気持ちから、「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。Xはこれを見て、Aをこたつの天板にたたきつけて殺害した。<sup>(53)</sup> 本判決は、「Yが制止していれば、Aをこたつの天板に投げるのを止めた可能性が高かつたこと、しかるに、Yが制止することなく前記のような態度を示したことから、(筆者注、制止せず顔を背けたこと) Aを殺害することを容認したものと理解したということができるのであ

り、他方YにおいてもXと並んでAの親権者でその保護者たる実父であり、本件犯行当時、その場には乳幼児らを除くと、Xの本件犯行を制止することができる立場にあったのは自分ただ一人であった」ことを指摘し、YがそれにもかかわらずあえてXを制止しなかったことよって、両者に「暗黙の共謀が成立した」として、Xに殺人罪の共謀共同正犯の成立を認めた。本判決が、Yの行為を作為と考えたのか、不作為と考えたのかについては、必ずしも明らかでない部分も残るが、<sup>(54)</sup><sup>(55)</sup> いずれにせよ、本判決が2であげた札幌高裁判決の事案と(内縁関係も含む)配偶者が自己の実子である幼児に対する暴行を阻止しなかったという点では共通しているにもかかわらず、前者は共同正犯、後者は幫助と結論を異にしていることは注目し値するように思われる。

最後の一つは、けん銃不法所持罪の共謀共同正犯を認めた最高裁決定である。<sup>(56)</sup> その事案は以下のようなものである。暴力団組長である被告人Xのボディガード(スワットと呼ばれていた)は、Xの警護のためにけん銃を所持していた。Xは所持について直接の指示は下していなかったが、スワットのけん銃所持を概括的とはいえ確定的に認識し、また彼らに対してけん銃を持たないように指示命令することもできる立場にしながら警護を当然のものとして受け入れ、これを認容し、スワットもそのことを認識していた。本決定は、スワットがXの警護のためにけん銃等を所持しながら終始Xの近辺にいてXと行動をともししており、そのこともXの彼らを指揮命令する権限と彼らによつて警護を受ける立場とを考え合わせれば、「正にXがスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評しうる」として、Xにけん銃所持の共謀共同正犯を認めたのである。<sup>(57)</sup>

本決定についての本格的な評釈はいまだ見あたらないが、<sup>(58)</sup> ここでも、やはり「警護を当然のものとして受け入れ」ていたという消極的態度が、作為か不作為かが問題となろう。また、そのような関与を、同決定がいうように(共謀)共同正犯とすべきか、それとも幫助にとどめるべきかもお検討を要する。

### 第三節 小括——本稿の課題

以上の点をふまえ、本稿は、他人の作為による犯行に対し、消極的に関与した者の罪責について、次のような順序で検討する。まず、そうした行為が、どのような場合に作為による共犯として可罰的か、可罰的な場合には、その行為が共同正犯とされるか、幫助とされるかについて検討する(第二章)。作為犯の成立が否定された場合、不作為による関与論が問題となる。その場面において、単独正犯と広義の共犯、さらに広義の共犯の中で共同正犯と幫助とがどのように区別されるべきかが第二の検討課題である(第三章)。不作為による単独正犯の成立が否定された場合、不作為による共犯の成立範囲が問題となる。ここでは、特に、——1それを基礎づける作為義務、保障人的地位の内容(第四章)、——2作為可能性、結果回避可能性の意義、体系的な位置づけ、内容について検討することが必要となる(第五章)。

## 第二章 作為による共犯と不作為による共犯

### 第一節 作為と不作為の区別をめぐる従来の議論

まず、このような消極的な行為が作為による共犯として処罰される場合がありうるのかを検討しよう。

この問題は、体系的には、いわゆる「作為と不作為の区別」の問題の一環と位置づけられる。「作為と不作為の区別」に関しては、従来、医師による生命維持装置の停止を不作為として不可罰とすべきではないか、という観点から、様々な議論がなされてきた。

しかし、行為 A の作為と行為 B の不作為とが論理的に併存可能である以上、作為と不作為の区別を、一定の価値的基準（例えば、「法的非難が向けられるべき対象が作為、不作為いずれであるか」<sup>(59)</sup>）に従って、一義的に行うことは理論的に困難である。このような基準は、結局、判断者が作為犯として処罰したくない場合を不作為とするだけのことに帰着してしまうように思われる。<sup>(60)</sup>

そこで、現在のわが国では、この問題は結局作為犯の成立要件に解消され、「区別」それ自体は仮象問題にすぎないとする見解が多数説となつて<sup>(61)(62)</sup>いる。そして多数説は、生命維持装置の取り外しについては、作為とした上で違法阻却、責任阻却の余地を認めるにとどめて<sup>(63)</sup>いる。もし、そうした行為を不作為と位置づけると、医師以外の第三者が患者の意思に反して装置をはずした場合にまで不可罰となりかねず、それではかえって不当な結論となるし、第三者の場合は作為とするのでは、いかにも恣意的<sup>(63)</sup>だからである。そして、わが国のみならず、かつてこの問題が激しく議論され、価値的基準による一義的な区別を説く様々な学説が主張されたドイツにおいても、近年ではこのような見解がむしろ多数説となつて<sup>(64)</sup>いる。このような一般論には私も異存はない。

しかし、問題は実はここから始まる。このような「作為犯としての結果帰属要件が満たされているか」という基準は、本稿の検討課題である他人の犯罪行為に対する消極的関与を念頭に置いたとき——共犯の因果性判断において、その外延が必ずしも明確でない心理的因果性が重要な役割を果たすこともあいまつて——具体的事案においてどのように適用されるのかについて、明らかでない部分が残るからである。わが国の裁判例においても、そうした点が問題とされたものが存在することは前述したとおりである。しかしわが国の学説においては、この問題は残念ながらこれまで正面から一般論として議論されてはならず、個々の判例に対する断片的な批判がみられる程度にとどま<sup>(65)</sup>っている。

そこで、まずは判例においてこの点がたびたび問題とされ、学説においても様々な議論がなされているドイツの



理論状況を参照し、そこでの議論をわが国の解釈論において活かすことができなしかを検討することとしよう。

## 第二節 心理的「因果性」について——ドイツにおける「決意の強化による幫助」の限界をめぐる議論を参考にして

### 1 問題の所在とドイツの判例の状況

一九八二年の二つの判例

ドイツにおいてこの問題が本格的に議論されるようになった契機<sup>(66)</sup>は、連邦通常裁判所が一九八二年にこの問題に関する、二つの相矛盾するかのような判断を示した<sup>(67)</sup>ことである。まずはこの二つの判例をみてみることにしよう。

ヘロイン密輸事例<sup>(68)</sup> そのうち一つは、次のようなものである。被告人は、自動車でオランダからドイツへと帰る途中、同乗者二人がヘロインを密輸しようとしているのをはじめて知った。被告人は同乗者を非難したが、彼らの、国境で何か聞かれた場合にはオイペンに友人を訪ねに行つたと嘘をつこうという提案に対しては、何も言わなかった。原判決は、被告人が黙っていたことによつて、正犯者に「裏切られない」という信頼を引き起こし、正犯者の行為決意を強化したことを根拠に幫助を認めた。しかし、連邦通常裁判所第二刑事部は、決意の強化は単なる不作為に由来するものであり、それは被告人に保障人的地位がない以上不可罰であるとして、原判決を破棄し、無罪とした。

恐喝事例<sup>(69)</sup>

もう一つの判例は、逆に作為による幫助を認めたものである。その事案は以下のようなものである。弁護士である被告人Xは、恐喝未遂で訴追されたことのある元依頼者と、事務所の同僚弁護士とともに、被害者との「なかなかおりのための食事」におもむいた。その際の会話において、依頼者らは当初の計画通り被害者に対する恐喝行為を行い、被害者はその後それに基づいて財産を交付した。Xは、計画を知らされておらず、会話にも

加わらなかったが、その場に座ったまま彼らを阻止しなかった。原判決は、Xが弁護士としてその場に在席していることが、他の者の被害者に対する行動を「心理的に支え、促進し、金銭要求行為により一層の迫力を与えた」として、Xを作為による恐喝幫助として有罪とした。連邦通常裁判所第三刑事部もこの結論を維持した。その際、「直ちに立ち去るか、他の関与者の要求行為に対して対抗した場合にはじめて」罪責を免れることができる、とされている。

#### その後のドイツ判例の動向

ドイツにおいては、<sup>(7)</sup>の結論をとともに支持する見解も主張されているが、<sup>(70)</sup>両者は矛盾すると解した上で、前者を支持し、後者に批判的な見解が有力である。<sup>(71)</sup>後者は、保障人的地位がなければ不可罰の不作为とされるべき行為を不当にも作為犯に読み替えて保証人的地位を要求せずに処罰しているというのである。そして近年では、判例においても、学説からのこのような批判を受けて、<sup>(72)</sup>に近い判断を示すものや、<sup>(73)</sup>の射程を限定的に画するものが多くなっている。

例えば、一九九三年には、婚約者、同乗者、運転者とともに、麻薬を密輸するため、自動車に乗り込んでオランダに向かった被告人を、麻薬の密輸と不法取引の幫助で処罰した原判決を破棄した連邦通常裁判所の決定が出されている。<sup>(74)</sup>そこでは、被告人が婚約者らから犯行計画を打ち明けられ了解したのか、それに一方的に気づいたにすぎないのか明らかでない点が指摘された上で、後者の場合には、単に犯行現場に存在することが幫助となるかが問題となり、そのような場合に幫助となり得ないわけではないが、実質的には不作为の行為を、保障人的地位の要求を回避して作為犯として処罰することがないように、「単に側にいることが、犯行をその具体的な形態において客観的に促進し、または容易にし、幫助者がその点を認識していたかを、慎重に厳密に認定しなければならない」とされたのである。

同じ年に、原判決が強盗の現場におり犯行後盗品の一部を要求した者を強盗罪の共同正犯としたのを破棄し、幫助の成立すら疑わしいとした、やはり連邦通常裁判所の決定が出されている<sup>(73)</sup>。

さらに、その二年後の一九九五年、連邦通常裁判所は、YらとともにAの自動車に乗り込んだXが、Yが当該自動車強取する計画を抱いたことに気づいたが、そのまま何もせず同乗を続けたところ、Yが自動車を強取した事案で、原判決がXはその場にいることよってYの強盗行為を承認していたとして作為による幫助を認めたとを破棄し、さらに不作為による幫助の成立も否定して、Xを無罪とする決定を下した<sup>(74)</sup>。

同決定は、作為犯を否定した点につき、次のように述べる。「単に了解したという意味での犯罪行為に対する「承認」は、幫助ではない。そのような承認は、単なる内心の態度を示すだけであり、援助行為と評価される作為を示すものではない。もし、行為に対する承認が正犯者に対して表示され、それが表示されることを通じて、正犯者の犯罪行為をさらに続けようという行為決意や準備態勢が強化され場合には、話は別である。しかし、本件ではそのような承認の表示は認められない」というのである。

そして、類例の先例であるとの関係について、判例が「単に「犯行現場にいること」という状態だけで、正犯行為に対する幫助にあたる」としているとの理解されてはならない。むしろ、作為による刑法上の責任という枠組においては、精神的幫助をも含むすべての幫助が、幫助者の行為によってもたらされた寄与を不可欠なものとして前提としているというべきである<sup>(75)</sup>、という点を明確にしたのである。

以上のようなドイツの判例理論をまとめると、a 作為による幫助を認めるためには、精神的幫助の場合をも含め、積極的な行為によるなんらかの寄与が不可欠である、b そうした寄与によつて正犯者の決意が現実強化されなければならない、ということになる。以上のような判例の動向は、前述したドイツの多数説からも基本的に支持されている。また、わが国においても、すでに、共謀共同正犯の処罰範囲を限界づける観点から、この点の慎重な

検討が必要である旨を説く学説が主張されている。<sup>(76)</sup>

## 2 理論の展開

しかし、ドイツの判例理論は、さらなる検討を要する点をなお二点残しているように思われる。

まず第一に、aと関連し、どのような場合に「作為による積極的な寄与」があったといえるかが問題となる。この点については、行為者が積極的な身体の動きを伴う行為を全く行っていない場合には、不作為にしかならないというべきであろう。そのような場合でなければ、作為犯として、特定の行為の遂行を禁止することが意味をなさないからである。それ故、のように事情を知った後に単に黙っていた場合や、のように同席を続けたにすぎない場合には、故意が生じた段階以降に作為による問責対象行為が存在せず、故意作為犯として処罰することはできないというべきである。

もっとも、このような限定はそれほど大きな意味を持つものではない。行為者が、事象に投入する物理的「エネルギー」がそれほど大きくなく、身体的動作がわずかなものであってもこの要件は満たされるからである。<sup>(77)</sup> わずかのエネルギーしか投入されず、物理的な身体動作は小さい場合であっても、それが正犯者の心理にとつて重大な意味を持ち、その決意に多大な影響を与えることはあり得る。そして、結果惹起の禁止を通じて法益保護をはかる刑法においては、外部的動作の程度よりも、結果惹起への影響力の方が重要である。それ故、前述した大阪高裁の平成一三年判決の事案における夫が顔を背けた行為や、最高裁の平成一五年決定の事案における、組長が警護を受け入れて行動していたことは、ことに前者はかなり小さな動作ではあるが、ともになお作為とすることができる。<sup>(78)</sup> また、例えば、自動車を運転している時に、同乗者が他の同乗者に対して強盗していることに気づいた場合、そのまま姿勢を変えずアクセルを踏み続けることは、なお不作為にとどまるが、<sup>(79)</sup> 新たにブレーキをかけたたり、ハンドルを

切ったりして、運転を継続し、そうした行為を通じて、車内での強盗を容易にした場合には、その行為は作為であり、(物理的)因果性が満たされている場合には、共犯の構成要件該当性が肯定されるべきである。<sup>(80)</sup>

しかし、このように考えた場合、前述した東京高裁平成一一年判決の事案における「関係ないならいいです」との発言は、明らかに作為だと言わざるを得ない。また、わが国の裁判例には、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、同僚の窃盗を阻止しなかった場合に、不作為による窃盗幫助を認めたものがある。<sup>(81)</sup>しかし、この場合も「暗黙の承諾」を与えることは、作為といふべきだろう。<sup>(82)</sup>では、なぜこれらの場合、作為による幫助が否定されたのだろうか、それはbの要件、つまり決意の強化による心理的因果性が満たされていないためだと思われる。

そこで、第二に、bと関連し、「決意の強化」のより具体的内容が問題となる。従来の学説は、この内容をより掘り下げて議論することなく、単に「犯行遂行意思の維持強化」などと定義するものが多かった。<sup>(83)</sup>しかし、そうした定義だけでは実は不十分であるように思われる。今述べた裁判例の事案においても、共犯者の作為と正犯の決意の強化との間に因果関係は存在しているが、それらはいずれも作為による幫助を否定したのである。では、このような場合には、なぜ作為による幫助の成立が否定されるべきなのだろうか。そこでは実質的にどのような考慮がなされているのだろうか。

この点について興味深い分析を加えているのがロクシンである。彼は、決意の強化による心理的幫助の成否の判断において、行為者がどのようにして正犯者の安心感を生じさせたかという点に着目する。そして、行為者が「側に立っていること」が、状況のコンテキストからして、必要な場合には正犯者の利益となるように介入するだろうと認識された場合には、決意の強化による作為の心理的幫助を認めることができるが、何もしないで側に立つ

ている者が、正犯者を裏切ることなく、被害者のために行動しないと認識され、正犯者がそのことによって勇気づけられたにすぎない場合は作為による心理的幫助を認めることはできないとする。 の場合は、潜在的共同正犯者の存在が、行為者の攻撃への準備を強化し、被害者の防御の可能性を減少させるのみならず、彼が犯行現場に存在することが、黙示ではあっても、必要な場合には介入するという積極的な約束を意味しているのに対し、 の場合は、確かに正犯者を勇気づけてはいるものの、不作為であり、保障人的地位の欠如を、彼の行為を作為と読み替えることによって回避することはできないというのである。<sup>(84)</sup> このように考えるときには、前述した裁判例における被告人の発言や黙認は、いずれも に当たり、作為による共犯の成立は否定されることになる。

このロクシンの見解に対しては、両者を異なつて扱う理論的根拠が不明確であり、 の場合にも、積極的な行為による寄与がない以上、例外扱いすべきではなく、と同様不作為とすべきだ、との批判がなされている。<sup>(85)</sup> しかし、この批判の後半は、aとbとを混同した議論であろう。確かに、 の場合であっても、行為者が正犯者の犯行計画を知つた後に、全く何も積極的な動作にでない場合には、作為犯とすべきではない。しかし、そのことはロクシン自身も認めた上で、<sup>(86)</sup>ただ、aの要件は実際上かなり緩やかなもので足りるとしているだけのことである。そして、そのこと自体は前述したように正当なことと思われる。

彼の議論の重点は、むしろ一見すると「積極的な寄与」があるように見えても、それが正犯者の心理に対してのような影響しか与えていない場合には、行為者に保障人的地位がない限り不可罰とする点にある。もっとも、この批判がいうように、ロクシン自身が、このような区別の理論的根拠を明らかにしているとは言い難い。しかし、それは以下のように考えることができるように思われる。

別稿において論じたように、共犯の因果性は、合法的条件関係の存在を前提に、さらに共犯行為によって、正犯行為による構成要件の結果惹起の可能性が、事後的に見て相当因果関係の起点となりうる程度に高められた場合

に認められる。<sup>(87)</sup>そして、そうした危険増加は、現実の事象と本来「あるべき事象」とを対比して、前者の方が後者より危険性が高まっていた場合に肯定される。前述した「勇気づけ」が生じる過程の相違は、この「あるべき事象」の判断において、意味を持ちうるように思われる。

一般的な不救助罪、犯罪不告知罪が存在しないわが国においては、<sup>(88)</sup>保障人的地位を有しない者に積極的な犯罪防止措置を行うことが義務づけられることはない。刑法秩序としては、誰かが犯罪を犯そうとしている際に、一般人が犯罪阻止を行うことまでは、あるべき姿として要求せず、それが放置される事態もやむを得ないものとして甘受しているのである。つまり、保障人的地位にない者が正犯者の犯行を阻止せずそれと無関係であるとの態度をとった場合、それは、危険増加の判断における「あるべき事象」においても、そのまま前提とされてよい「単なる犯行の不阻止」なのである。

ところで、正犯の認識、決意における危険増加は、こうした法秩序による客観的評価をふまえ、それを正犯者の主観に、いわば前倒的に投影させたものと理解すべきである。つまり、仮定的世界と現実とを対比して、そこに相違がある場合に、そうした相違が、事前に正犯者に認識されれば、一般的に見て正犯者の心理を強化する事象と評価してよいか<sup>(89)</sup>が問題とされるべきなのである。もし、客観的に見れば、仮定的世界と現実世界とで差がないと評価される場合に、そのような事実の認識をもとにしなから、正犯者がそれを自らの決意の強化に結びつけたとしても、それは正犯者が事態を恣意的に自らの動機づけに結びつけているだけのことであり、そうした動機づけを結果的に提供してしまった者の行為とは無関係と評すべきである。以上のことは、例えば、甲が、(保障人的地位のない)乙に対し、「おまえがここを立ち去ったら丙を殺しに行く」といったが、乙がそれを意に介さず立ち去ったため、甲が実際に丙を殺したとしても、乙は殺人の共犯とならないこと、また、テロリストが裁判官に対し、仲間の裁判を続けて有罪とすればさらなるテロを行うと脅迫状を送り、裁判官がそれに屈せず裁判を続け、その結果さら

にテロが行われた場合であつても、裁判官がテロリストに対する共犯として処罰されるべきではないのと同じことである。<sup>(90)</sup>

以上のようにして、正犯者が「保障人的地位を有しない者が犯行を妨害しない」という認識によって、決意を強化されたとしても、それだけの事情を根拠に共犯の因果性を肯定することはできないといふべきである。比喩的に言えば、保障人的地位にない者の行為が、決意の強化による心理的因果性を満たすためには、彼が、無関係な第三者の立場を超えて「正犯者の側に立った」といえなければならぬが、単に「犯行を妨害しないと想わせる」だけでは、そのようにはいえないといふことである。<sup>(91)</sup>

もっとも、ロクシンがいう「場合によっては正犯者の利益のために介入するであろう」ことは、彼がここで念頭に置いている、事前共謀なく犯行現場にいるにとどまる者に関しては、實際上要求されるが、それが、保障人的地位を欠く者に決意の強化による心理的幫助を認めるための不可欠な要件とまではいえないように思われる。例えば、事前に、犯行後に正犯者の逃亡を手助けする旨の約束がある場合や、現場におらず直接介入しない共犯者の支援あるいは一種の心理的強制が、実行正犯者にとって事実上強い動機づけとなっている場合は考えられるからである。<sup>(92)</sup>

これに対し、行為者が保障人的地位にある場合には、行為者には、犯罪を積極的に阻止することが要求されている。つまり、「あるべき事象」として、行為者が犯罪を阻止する事象が仮定され、それと現実の「行為者が犯罪を阻止しなかったこと」とが対比される。そうすると、阻止行為に意味がある場合には現実の事象の方が、阻止行為がない分危険が増加しているといえ、そのことを根拠に因果性を肯定することができる。そうだとすると、正犯者に「本来阻止すべき者が阻止しないでいてくれる」との認識が生じ、そのことによって決意が強化された場合にも、以上のような観点から心理的因果性を肯定することができるように思われる。<sup>(93)</sup>



以上を要するに、決意の強化による心理的因果性を認めるためには、行為者に保障人的地位がない場合には、まず、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、正犯者が「彼に妨害されない」と思ったことによつて決意が強化されただけでは足りず、行為者が、正犯者に対してより積極的な動機付けを与えることが必要である。これに対し、行為者が保障人的地位にある場合には、積極的な身体的動作は必要なく、正犯者が「彼に誤解しないよう不言するが妨害されない」と思ったために勇気づけられただけでも心理的因果性が認められることになる。

なお、以上のことは、こうした心理的因果性を不作為による共犯の成立要件とする趣旨ではない。作為者が不作為の存在に気付いていない場合であっても、不作為者が作為者を阻止できる場合には、物理的因果性を根拠に不作為による共犯を肯定する余地がある。この点後述する。

### 3 具体的事案の解決

さて、話を作為と不作為の区別に戻して、以上の基準がわが国の裁判例において問題とされた事案にどのように適用されるかについて見てゆくこととしよう。

まず、大阪高裁の平成一三年判決は、前述したように は満たされるが、夫の態度は、妻に対して「投げたいんやったら投げろ」という意味<sup>94</sup>であったにとどまるとされていることからすると、単に犯行を妨害しないという意思表明にすぎず、妻もそのように受け取っていたようである。そうだとすると、<sup>94</sup>の作為による心理的因果性を認めることはできず、不作為による共犯とした上で、保障人的地位を検討すべきだったと思われる。

また、次の事案も、Xに一見「作為」的な行為が存在するが、不作為とすべきである。暴力団組長Xが、Yとともに被害者Aから債権を回収するために、Aを車に乗せて山林に赴いた、XはYによるA殺害を阻止するために同

席していたが、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X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、その間にYがAを殺害した<sup>(95)</sup>。このXの立ち去り行為は、Yによる殺害行為を妨害しないという意味しか持たないから、たとえその行為がなければ、Yの殺害行為がなかったとしても、なお作為による決意の強化を認めることはできず、不作為犯にとどまるというべきである。同判決も不作為であることを前提として、Xの作為義務の存否を検討しているが、それは妥当な判断であろう。

これに対し、前述したオウム真理教殺人事件に関する東京地裁判決は、作為犯とすべきである。この事案では、Xは他の信者に引き続いて、Zに対し「自分のまいた種ですからね」などと述べて、Aらに私的制裁を加えることに賛意を表していた。これは、単なる不阻止を超えた犯行への積極的な賛同であり、Zらを通じ直接実行者に対する動機づけともなっており、作為犯として心理的因果性を肯定できるように思われる。

また、最高裁平成一五年決定においても、特定時点における明確な指示行為こそ認定されていないものの、スワットらのけん銃所持は、まさにXのためになされていたことであり、Xが警護を受け入れて移動することこそが、彼らの所持の必要性を作り出し、Xもその点を認識していたのだから、やはり心理的因果性を肯定し、作為犯とすべきであろう。

この問題に関する具体例の最後に、社会的に見れば一個の事件において、傷害罪については作為による幫助、銃刀法の刀剣不法所持罪については不作為による幫助を認めた興味深い裁判例を見てみよう。そこでの両者の異なる扱いも、本稿のような視点から適切な説明を与えることができるように思われる。その事案は、以下のようなものである。暴力団組員であった被告人Xは、弟分であるYから、他の暴力団の組員Aに対し報復を加えに行くから同行してもらいたいと頼まれ、これを承諾し、Yを助勢する意図で同行し、YもXの後ろ盾があるものと安心感を抱いていた。Xは、Yが他の組員Z、WとともにAに傷害を負わせる際に路上で待機していた。また、Z、WはX所

有の登録済み日本刀を持ち出したが、Xはこれを阻止しなかった、というものである。<sup>(96)</sup> 本件では、Xは傷害罪については、積極的な助勢の意図を表明し、Yらもその点を認識している。これは前述した単なる不阻止を超えた積極的な心理的影響を与えたものといえるだろう。これに対し、日本刀の不法所持に関しては、Xは単にZ、Wの行為を阻止していないにすぎない。仮に、Xの不阻止および同行によって、Z、Wが「勇気づけられた」としても、それだけでは作為犯を認めるには足りないと思われる。

#### 4 共同正犯と幫助の区別

以上のようにして、作為犯として共犯の因果性が認められる場合には、行為者に保障人的地位がなくとも、彼は共犯として可罰的となりうる。ところで、裁判例においては、こうした作為犯としての共犯の因果性の検討を「共謀」の有無という枠組みの中で行うものがある。<sup>(97)</sup> しかしそのような位置づけにはやや疑問がある。なぜなら、このように位置づけるときには以上のような因果性の存在が、作為による共同正犯と幫助とに共通する要件にすぎず、それだけでは(共謀)共同正犯を認めるに足りないということが軽視されるおそれがあるからである。共謀共同正犯を認めるには、より積極的な関与行為であること、具体的には「犯罪の実現にとって、直接実行者と対等ないしそれ以上の役割を果たしていること」<sup>(98)</sup>が必要と解すべきである。しかしこれらの裁判例のように、共犯の因果性の問題と共同正犯性の問題とを「共謀」の存否という一つの要件の下で検討すると、後者が十分に検討されず、前者の点が満たされれば共謀共同正犯を認めることができるかのような印象を与え、共謀共同正犯を安易に認める傾向が生じかねない。例えば、前述した東京地裁の平成一〇年判決の事案においては、被告人Xは正大師という教祖に次ぐ地位にはあったものの、その地位の高さを積極的に利用した関与行為があつたわけではないし、犯行現場にはいたものの、その発言は他に追従する程度のものであり、物理的因果性のある行為は何も行っていない。このよう

な状況ではXの行為は作為ではあるとしても、幫助とすべきであったように思われる。以上のように「共謀」の枠内で共犯の心理的因果性の存否を問題とした場合には、それとは別に共同正犯と幫助の区別の問題がなお残されているということを確認しておくべきであろう。

### 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

#### 第一節 総 説

##### 1 保障人的地位の必要性

さて、第二章において述べた作為共犯の成立要件が満たされていない場合、消極的関与者に不作為犯が成立するか否かが検討されなければならない。また、作為による幫助が成立する場合であっても、さらに、その行為者の引き続き不作為について、不作為正犯が成立する可能性があるのであれば、やはりその成否を検討することが必要となる。<sup>(99)</sup>

では、どのような場合に他人の作為による犯罪行為を阻止しなかった者に不作為犯の成立を認めるべきだろうか。まず不作為者に保障人的地位、作為義務が存在することは不可欠と考えるべきであろう。それは以下の理由に基づく。

別稿において述べたように、作為犯として処罰される場合には、結果惹起行為の遂行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。しかし、不作為犯として処罰される場合には、特定の積極的に行うこと

が命じられるのであるから、他のあらゆる行為を行うことができなくなってしまう<sup>(10)</sup>。このように不作為犯として処罰される場合の方が、作為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と考えられる。そして、このような行動の自由への強度の制約は、行為者が保障人的地位にあり、作為義務を負っている場合にはじめて正当化されると考えるべきである。

もっとも、不作為犯に対する幫助を認めたらわが国の裁判例の中には、一部の論者によって、幫助者の行為を不作為とした上で、保障人的地位を不要として処罰したと理解されている<sup>(11)</sup>ものも存在している。

そうした裁判例は二つある。一つは、小児麻痺で歩行困難な知り合いの老人から金員を奪おうと企てたXが、同人を自動車に乗せ、情を知らないYに運転させて、人気がない積雪のある山中につれてきた。Xは、Yに事情を打ち明け、いやがるYに協力を迫り、車外に小用に出た被害者から鞆を奪い取って置き去りにし、Yに運転させて立ち去った。被害者は一晩中はい回り奇跡的に救助された、という事案で、Yに殺人未遂幫助を認められた裁判決である<sup>(12)</sup>。同判決は山中で初めて情を知ったYには、殺人罪との関係では被害者を安全な場所まで連れ帰る作為義務があるとまではいえず、殺人(未遂)の正犯とはいえないとしたが、立ち去る際の自動車運転行為を問題とし、「自動車を運転してその場から立ち去る行為自体は作為の行為であるが、被害者の生命侵害はその行為自体によってもたらされるのではなく、被害者を危険な場所に放置することによってもたらされるのであるから、自動車を運転してその場から立ち去る行為は、その行為によって、作為義務を果たさないことが明確になるという意味を持つにすぎず、この行為自体を殺人未遂の実行行為と解することはできない」として、Yに殺人未遂幫助を認めただである(数字は著者)。

確かに、この判決を、Yの作為義務を否定した上で、不作為による幫助として処罰したと読むこともできなくはないだろう<sup>(13)</sup>。しかし、本判決は、よってYの作為義務、保障人的地位を否定し、また、においては、運転行為

がそれ自体としては作為による殺人の単独正犯に該当しないとされているだけだと理解することもできる。つまり同判決は、「運転行為」を不作為犯に対する作為による幫助としていているとの理解である。<sup>(105)</sup>

理論的にも、この事案ではYは車を運転し現場から立ち去ることによって、Xの行為を支持し、Xの側に立つ意思を表明しているといえ、そのような行為を通じてXの犯行決意を強化している。そうだとすれば前述したように、Yの保障人的地位の有無にかかわらず、心理的因果性を肯定できるように思われる。<sup>(106)</sup>

もう一つは、Xらが被害者に集団で暴行を加えて瀕死の重傷を負わせ、同人を河川敷へ引きずりおろして遺棄し、死亡させた事案で、Xらの暴行には参加せず、その後、集団と行動をともし、引きずりおろして遺棄するにだけ関与したYの罪責について、遺棄行為以前に被害者に瀕死の重傷を負わせたXらには先行行為に基づく作為義務が生じ不作為による殺人罪が成立するが、遺棄行為にのみ関与したにすぎないYにはそのような義務は認められないとした上で、さらに、Yの正犯意思を否定し、関与部分も遺棄行為に限られており、しかもその行為はそれだけでは被害者の死亡との因果関係のないものであるとして、Yには殺人幫助を認めるにとどめた地裁判決である。<sup>(107)</sup>

この判決は、理論的にやや不明確な点を残してはいる。<sup>(108)</sup> ことに、遺棄行為が「それだけでは被害者の死亡と因果関係がない」としているにもかかわらず、そこへの関与が幫助を基礎づけることとの趣旨は、必ずしも明らかでない。しかし、この判決もYが作為義務を有しないが不作為による幫助となるとしたと理解すべきではないだろう。本判決は、Xらの引きずりおろしは作為であるが直接的な結果惹起行為ではないので、作為による殺人の実行行為とまではいえないと考えて、それを不作為による殺人行為と位置づけた上で、Yについて、それ自体は作為である引きずりおろし行為を共同して行っており、そのことによってX等の心理をも強化しているから、共犯の因果性は認められると考えた上で、Yが正犯意思を欠き、またその役割も従属的なものであったので、作為による

幫助としたのだと思われる。<sup>(9)</sup>もしそうだとすれば、このような判断は、基本的に支持されるべきであろう。<sup>(10)</sup>引きずりおろし行為と結果と「因果関係」の欠如をいう部分も、そこにいう「因果関係」の概念を、学説のいうような意味での条件関係、相当因果関係の意味ではなく、「死因を設定した」といった意味だと理解すれば、Yを幫助としたことと矛盾しないように思われる。

以上のように、両判決は、ともに不作為犯に対する作為による幫助を認めた事例にすぎないと理解されるべきである。そして、その結論は、理論的にも支持することができた。これらの判決を、不作為による幫助には作為義務、保障人的地位を不要とした裁判例と理解すべきではないように思われる。そして、わが国の学説においても、保障人的地位なき者に不作為による幫助を認める見解は存在しない。

しかし、ドイツにおいては、そうした場合に不作為による幫助の成立可能性を認める理論が存在する。「行為者に保障人的地位が認められなくとも、その不作為が「社会的意味において作為を促進するものとみられる場合」には、行為者に幫助の成立を認めるロクシンの見解がそれである。彼は自説を論証するため、次のような事例をあげていた。<sup>(11)</sup>

政情不安の時期に、政治家甲の暗殺が計画されていた。甲の家は警察に嚴重に見張られていたので、暗殺者たちは甲宅の隣のX宅に潜んで、そこから甲宅の裏庭へと侵入して犯行を行う計画を立てた。彼らはX宅に侵入する際に発見される可能性も決して低くはないと認識していたが、その場合には最悪でも侵入犯としてつかまればよいと思っていた。Xは、犯行当日の昼に、暗殺者たちの計画をたまたま知ったが、甲に対して個人的に恨みを持っていないので、暗殺の成功を願って、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に、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。事態はXの思っていたとおりに進行し、甲は殺害された(事例)。この事例でロクシンは、もしXが門扉を常に閉めていたのを、計画を知った後

に開けたのであれば、作為による幫助が成立する(事例)ことに疑問はないが、事例と事例とはほとんど同じなのだから、この事案でも謀殺幫助を認めるべきとする。これに対し彼は、Xがふだんから門扉を開け放しており、その日も普段同様に放置していたにすぎない場合(事例)には、幫助は成立しないとしている。

確かに、事例では作為による幫助を認めるべきである。また、事例と事例の類似性も、感覚的に理解できないわけではない。しかし、仮にそのような感覚に従うのだとすれば、その場合には、正面からXに保障人的地位を肯定すべきである。そのように考えず、いったん保障人的地位なき共犯の成立を認めると、不作為による幫助の処罰範囲を限定する契機が失われ、ただでさえ処罰範囲が不明確で広がりがちな不作為による幫助の成立範囲が、より一層あいまいかつ広範になりかねないように思われる。

それにもかかわらず、ロクシンが、この事案におけるXになお保障人的地位を認めないのは、後述するように、彼が作為犯を阻止しない保障人的地位ある者は原則として正犯となるという解釈を採用しているからに他ならないように思われる。この事例でXを謀殺正犯とするのは、相当抵抗のある結論と思われるが、ロクシンの論理からは、いったん彼に保障人的地位を認めてしまうと、最終的な結果回避義務まで肯定され、Xが正犯とならざるを得ないのである。しかしこの結論は、保障人的地位から生じる作為義務は行為者に常に結果の回避まで命じるものであり、他人の作為の犯行を阻止しなかった場合には原則として常に正犯となるとする彼の見解の不当さを、いわば裏面から物語るものにすぎない。そうした見解を採用しない多数説の立場からは、こうした点は問題とならないのである。

やはり、不作為による幫助を肯定するためにも、行為者が保障人的地位を有し、そこから導かれる作為義務に違反したことが必要というべきである。ドイツにおいても、以上のようなロクシンの見解に対しては批判が多く、彼自身も近時の体系書、コンメンタールにおいては、この事例およびそこから導かれる前述した見解にはもはや言及



していいのである。

以上のように、不作為による共犯の成立には保障人的地位が不要な場合があるとする見解は支持できない。

## 2 「排他的支配」と単独正犯の成立要件

このように、不作為による共犯の成立要件として、保障人的地位が必要と解される。では、それは具体的にどのような場合に認められるのか。別稿において私は、(あ)危険創出行為、(い)意識的な保護の引き受け、(う)意識的な危険源管理の引き受けのいずれか一つが満たされていれば、正犯・共犯に共通する保障人的地位が肯定され、従来、わが国の有力説が要求してきた、いわゆる「排他的支配」はその具体的内容について更に検討する必要はあるが、単独正犯に固有の要件に解消されると論じた<sup>(19)</sup>。後述するように別稿の紙幅の関係で論じ足りなかったことを補充する必要はあるが、私は、基本的にはこの見解がなお維持されるべきと考えている。

ところで、この見解は保障人的地位がある者の不作為が、必ずしも当然に単独正犯とはならないということを前提としている。つまり、作為犯と同じ条文を根拠に処罰される不真正不作為犯については、作為犯の場合に要求される単独正犯の成立要件が満たされていなければ単独正犯とならず、そのことから「排他的支配」の要件が導かれるというわけである。

しかし、この前提は、必ずしもすべての論者によって共有されているわけではない。ことにドイツにおいては、作為犯と不真正不作為犯の正犯成立要件の共通性を正面から否定し、保障人的地位のある者の不作為を原則として単独正犯とする見解も有力に主張されている。続いて、そのような見解の当否について検討を加えることとしよう。

## 第二節 作為犯に対する不作為による関与を原則として単独正犯とする見解

### 1 目的的行為論からの「統一的正犯説」

ドイツにおいては、作為犯と不作為犯の異質性を強調し、不作為犯における正犯成立要件の特殊性を説く見解も有力である。そうした見解を代表するのが、目的的行為論からの、不作為と作為の存在論的な相違を強調する立場である。

周知のように、ドイツの目的的行為論者は、まず、不作為と結果との因果性を否定する<sup>(121)</sup>。そして、不作為は作為犯を処罰する禁止規範に違反するのではなく、それとは別個の命令規範違反の「不作為構成要件」に該当するだけだとする。そして、一般に「不作為による幫助」とされている保障人による他人の犯罪行為を阻止も命令規範違反であり、因果性を有しない以上、作為犯を促進することはないから、(作為犯に対する)不作為による「幫助」の概念は、少なくとも理論的には否定されるべきであり、それは不作為正犯に他ならない<sup>(122)</sup>というのである。

しかし、この議論は必ずしも説得的とは思えない。このような論理を一貫させるのであれば、不真正不作為犯は作為犯の条文を根拠として処罰することはできず、作為犯を阻止しない不作為者はもちろん、それ以外の通常の不作為者も、作為正犯とも、作為幫助とも異なる独自の、それも結果との因果性を欠く分それを有する作為による幫助よりも不法内容の軽い関与行為として処罰する他ないということになる。現に、目的的行為論を採用するグリュンバルトはそのように解していた<sup>(123)</sup>。しかし、そのような現行法に存在しない独自の関与類型を觀念しなければならぬというのは、立法論としてはともかく、解釈論としては明らかに妥当でなく、そもそも物理的結果惹起力が欠如する場合には作為犯の条文で処罰できないという彼らの前提の現行法との整合性を疑わせるものである。

そこで、そのような物理的な結果惹起力という意味での因果性を欠く行為を、不真正不作為犯として処罰できる

と考えるのであれば、今度は、なぜ不作為による幫助の場合にだけは、そのような惹起力が必要とされるのかが説明がつかなくなるだろう。つまり、彼らの考え方からは、不真正不作為犯を作為犯の条文を根拠に処罰することは、「類推」ではあるが、現在では、ドイツ刑法二三条の規定を根拠として、そうした解釈が許容されることになる。しかし、いったんこのような「類推」を認めるのであれば、幫助についても同様の「類推」が可能ならずである。そうだとすれば、彼らの立場からも、物理的惹起力の欠如を根拠に不作為による幫助の成立可能性を否定することはできないはずなのである。<sup>(15)</sup>

以上の検討によって、作為犯への不作為による関与を原則として正犯とするという結論は、目的的行為論からも、必然的に導かれるわけではないことが明らかになったように思われる。

さらに、翻って考えてみると、現在のわが国の通説のように、因果性を何らかのエネルギーの作用による物理的惹起力としてではなく、一定の法則性と理解する限り、不作為の場合にも因果性は認められるから、そもそも不作為の因果性を否定するという彼らの前提<sup>(16)</sup>それ自体にも疑問があり、そのような前提に基づいて構築されたこれらの見解には、やはり賛成できないように思われる。

しかし、それにもかかわらず、ドイツにおいては以上のような見解が現在も、それも目的的行為論に依拠しない立場からも、有力に主張されている。では、そのような見解が主張されている実質的な理由はいったい何なのだろうか。また、その理由はわが国においても妥当するものなのだろうか。次いで、この点に検討を加えよう。

## 2 ロクシン説

目的的行為論に依拠せずに、このような結論を導く論者の代表は、ロクシンである。彼は、不作為犯を義務犯と位置づけ、領得罪、自手犯といった不作為によっては実現できない特別な構成要件要素が問題となる犯罪および通

常の犯罪類型において不作為者が作為共犯を阻止する義務のみを負うにすぎない場合以外は、作為犯を阻止しなかった不作為者を常に正犯とする。<sup>(17)</sup>

周知のように彼は、構成要件を実現した者が正犯であるという前提から出発した上で、構成要件が外界の事象の変動についての経過を記述するいわゆる支配犯の場合には、行為支配の概念が正犯性を決するが、構成要件がそのような性質を持たず、具体的な状況の下で一定の者に課せられる、刑法外の法規範から生じる、刑法規範に論理的に先行する義務の違反につきる場合には、そうした義務に違反した者は常に正犯となる(義務犯)としており、不作為犯をこうした義務犯の一種と位置づけているのである。この見解の前提とするような内容の「義務犯」概念に對しては、私はすでに疑問を呈したことがある。<sup>(18)</sup>しかし、ここではその点はひとまずおいて、議論の対象を不作為犯に絞って、検討を加えてゆこう。

このようなロクシンの見解と目的的行為論者のそれとの相違は、ロクシンが、合法的條件公式に従って不作為の因果性を肯定し、<sup>(19)</sup>不作為による幫助の成立可能性も理論的には肯定しながらも、<sup>(20)</sup>原則正犯説をなお維持している点にある。

では、このような原則正犯説は、体系的理由以外に、いったいどのような実質的論拠に基づくのだろうか。目的的行為論者の主張も含め、以下の点が重要である。法益に対する危険が、自然力によって作り出された場合でも、他人の故意の犯罪行為によって作り出された場合でも保障人がなすべきことは同じなのだから、前者の場合には正犯、後者の場合には幫助とする合理的理由はない。<sup>(21)</sup>そのことと関連し、例えば、父親が、わが子が(実際にはそうではないのに)他人によって殺されかかっていると誤信した場合、もし、通説のように、不作為による作為犯への関与を幫助とすると、この行為は幫助の未遂として不可罰となる。しかし父親が、わが子が事故で溺れかかっていると誤信した場合には、いかなる見解からも父親は正犯だから行為者の表象を基礎として未遂の成否を判断

するドイツ刑法二二条に従えば、彼には謀殺未遂が成立する<sup>132</sup>。しかし、両者の結論の相違はいかにもアンバランスである。さらに、やはりこれもと関連するが、保障人にとって、犯罪行為の阻止よりも直接的な救助行為の遂行の方が困難だとは必ずしもいえないので、作為の犯罪行為者の存否は、保障人の罪責にとって決定的ではない<sup>133</sup>。

しかし、いずれの点も、わが国の解釈論として原則正犯説を採用することの説得力ある論拠とはならないように思われる。まず、<sup>134</sup>に關しては、すでに指摘されているように、未遂に關する抽象的危険説が法定されているドイツであるからこそ生じる問題である。不能犯と未遂犯の區別について、判例、多数説が未遂犯の成立範圍を、結果発生についての何らかの科学的・客觀的な裏付けがある場合に限定する傾向にある<sup>135</sup>わが国においては、このような問題は實際上生じ得ないといえよう。

は、犯罪行為の阻止と直接的な救助行為の遂行とでは、一般に前者が後者よりも困難であることを理由として、保障人による作為の犯罪行為を阻止を原則として幫助とするガラスの見解<sup>136</sup>を意圖した主張である。確かにこの点は、事実としては、ロクシンらの指摘する通りではある。例えば、非力な甲が幼児乙を素手で川に突き落とそうとしているのを、泳げないが腕力の強い乙の親丙が放置した場合、丙にとっては、乙が突き落とされた後に救助するよりも、甲を阻止する方が容易であろう。しかし、このことは、不作為による関与においては想定される救助行為の内容と救助の容易性の程度とが一对一対応ではないことは意味するが、それ以上に、不作為による作為への関与を原則として正犯とする積極的論拠とはならないように思われる。作為犯においても、問題なく単独正犯とされる場合よりも問題なく教唆犯とされる場合の方が(不作為の場合の救助可能性のいわば裏返しである)行為の結果発生<sup>137</sup>の蓋然性が高いことがあるが、それだからといって、両者を區別する必要性を否定する論者はいない。そうだとすれば、不作為犯の場合にも、こうした現象がおこるからといって、両者を區別する必要性が否定されはしないのである。

そして、その基礎にある「基礎」とは思われぬ。「正犯・共犯体系」を採用するわが国およびドイツの刑法典においては、すくなくとも作為犯においては、複数人の行為が競合する場合と、一人の行為しか存在しない場合とに価値的相違を認めている。<sup>(138)</sup> 他人に対して猛犬をけしかけて傷害を負わせた者が傷害罪の単独正犯であり、ごろつきをけしかけて傷害を負わせた者が傷害の共犯であることは誰も争わない。そうだとすればなぜ不作為の場合にはそうした相違が平準化されてしまうのだろうか。<sup>(139)</sup> 彼らは、その点についての積極的な根拠を示していないように思われる。F・Cシュレーダーが適切に指摘するように、「私が、自分の子供が狼に殺されるのを見ている場合と、子供が私の妻によって殺されるのを見ている場合との間には、根本的な価値的相違が存在する。前者の場合には、私は、唯一の責任を負うべき者、いわば唯一の「人類の代表者」として自然に対峙している。しかし、後者の場合には、私の責任は、他の人間の責任と競合し、誰が責任を「引き受けるか」、という問いが登場してくるのである」<sup>(140)</sup>。

さらにこの見解が導く結論の妥当性にも疑問がある。それは、具体的には、これまで争いなく作為による共犯が成立するとされている場合とのバランスの点においてである。

まず、甲が、乙に対し、乙がそれを殺人に用いるとは知らず、日本刀を貸し、その後、乙の殺人計画を知り、とめることができたにもかかわらず、これを放置した場合、この見解からは、甲の日本刀貸与の先行行為を根拠に、<sup>(141)</sup> 甲に殺人の不作為正犯が成立することになる。しかし、甲が当初から故意に貸与した場合には、これまでの一般的な見解に従えば、殺人幫助が成立するにすぎない。そうだとすると、当初の行為が故意行為の場合の方が、非故意行為の場合よりも罪責が重くなることになる。しかし、それは妥当な結論とは思われぬ。<sup>(142)</sup>

もっとも、この見解からは、<sup>(143)</sup> においても、甲が故意を生じた後にさらに作為可能性、結果回避可能性を有している場合には、甲に不作為正犯が成立すると考えることもできるかもしれない。<sup>(143)</sup> 確かにそのように考えれば、と

のアンバランスは解消される。しかし、そうすると今度は、作為による教唆、幫助の相当な部分が不作為による正犯となり、刑法典において想定されている関与類型の区別が、不作為犯論を通じていわば骨抜きにされてしまうことになる。<sup>(14)</sup>

そこで、ロクシンは二つの解釈論的工夫を施す。まず第一に、不作為による正犯が認められる場合であっても、原則として、ドイツ刑法一三条但書の任意的減輕規定を用いて、作為による幫助よりも軽く処罰すべきではないとして、の批判に対応する。第二に、作為による幫助が成立する場合には、その後不作為による正犯が成立したとしても、「保障人が、回避されるべき結果に対して積極的な作用を及ぼした場合には、彼が、結果の回避を単に怠ったに過ぎない場合よりも重く評価され、そのような場合には作為による幫助と同時に成立している不作為正犯は補充的なものとなる」<sup>(15)</sup>として、犯罪競合論の観点から、作為幫助のみが成立すると解することで、の批判に対応する。

この議論は、不真正不作為犯は、作為犯とは構造が異なり、単独正犯の場合であっても、作為正犯はもちろん、作為幫助よりも当罰性が低い関与類型だ、という前述した目的的行為論とも通ずる理解を前提としているといえよう。そうであるからこそ作為幫助と不作為正犯が競合した場合に、前者が優先するのである。

しかし、まずわが国の解釈論としては、このような見解を採用することはできない。確かに、ドイツ刑法一三条但書の解釈としては、不作為による正犯と共犯の区別が困難であることに鑑みて、幫助的な関与をも正犯として処罰しながらも、そうした行為については、刑を減輕するという解釈も可能かもしれない。しかし、わが国においては、ドイツ刑法一三条のような不真正不作為犯の条文は存在せず、不真正不作為犯は、あくまで作為犯の条文のみを根拠として処罰するほかない。そうだとすると、作為による幫助よりも軽く評価されるような行為を、不真正不作為犯の単独正犯として処罰することは許されないように思われる。やはり、わが国においては、そうした刑を減

軽すべき不法内容の軽さは、正犯性を否定して、幫助を認めることによって評価すべきであるように思われる。<sup>(145)</sup>

もちろん、ドイツにおいては、前述したように正犯性を否定し幫助を認めることの効果には、減輕のみならず、不能未遂の成否が否定される点もあり、幫助が正犯かを定めるにはその点も考慮せねばならなかった。しかし、この点は、前述したように、わが国の解釈論においては考慮する必要はないのである。そうだとすれば、やはり、わが国の解釈論としては、こうした不法内容の相違を成立する関与類型に正面から反映させるべきであろう。

さらにいえば、ドイツの条文を前提としたとしても、ロクシンの見解には、実はなお問題が残されているように思われる。もし彼が、他人の作為の犯罪行為を阻止しないすべての不作为が作為の幫助よりも軽く処罰されるべきとしているのであれば、それは一つの貫いた立場ではあろう。しかし、彼は実はそのような解釈をしてはいない。<sup>(147)</sup>彼は、たとえば、身分犯型の義務犯においては、作為と不作为の相違は意味がないとしている。<sup>(148)</sup>これはこうした場合の犯罪行為不阻止には刑の減輕を認めないことを意味している。そうだとすれば、彼の立場からも、他人の犯罪行為を阻止しない不作为の不法内容が減輕に値する場合とそうでない場合とを分ける基準を示す必要が生じざるを得ない。そして、そこで問題なのは、実質的にはまさに正犯・共犯論なのである。つまり彼の見解は、正犯と共犯の区別の問題を、任意的減輕規定の適用の可否という量刑論の衣をまとわせ、いわば先送りしているに過ぎないように思われるのである。

以上のように、不真正不作为犯一般を義務犯と構成し、原則として正犯を認めるロクシンらの見解には賛成できない。不真正不作为犯においても正犯と共犯の一般的な区別基準が示されるべきである。では、その区別基準は作為犯の場合と全く同じであるべきなのだろうか。それとも、一定の場合には、何らかの修正が加えられるべきなのだろうか。義務犯論の発想は全面的に否定されるべきなのだろうか。次いで、これらの点に独自の視点で検討を加えているヤコブスの見解をみてゆこう。



### 3 ヤコブス説

以上のようなロクシンの義務犯論をふまえた上で、その問題を克服しようとするのがヤコブスの見解である。次いで、彼の見解を見ることしよう。

まず彼は、伝統的な学説が前提としてきた作為であれば因果関係が満たされれば結果が帰属されるが、不作為であればさらに保障人的地位が必要とされるといふ枠組みを否定する。そして、作為と不作為との区別を相対化した上で、両者に共通する結果帰属の根拠を探究する。<sup>(14)</sup>

彼は、そうした結果帰属の根拠は以下の二つだとする。それは、他人の領域へと不法に介入し他人を侵害してはならないという消極的義務に違反して、侵害へと至る経過を「組織化」したこと、および親子関係、司法制度等の、社会のアイデンティティーを決めるのに不可欠な制度から導かれる消極的義務を超えた積極的な配慮義務、つまり「制度上の」義務に違反したことである。本稿の検討対象である不作為犯に関しては、例えば、先行行為に基づく義務や危険源管理義務の違反等は前者に、親子関係から生じる保護義務や公務員が負う公法上の義務の違反等は後者に分類される。

そして、前者を根拠とした負責は支配犯を成立させ、後者を根拠とした負責は義務犯を成立させるとした上で、両者における正犯成立要件については、基本的にロクシンの見解を踏襲する。つまり、前者においては、行為支配説を前提に、結果を実現する因果経過において中心的な役割を果たした者を正犯とし、<sup>(15)</sup> そうでない者を狭義の共犯とするが、後者においては、義務者と結果との結びつきが直接的であることを根拠に、原則として単独正犯を認めるのである。<sup>(16)</sup>

ヤコブス説の最大の特徴は、ロクシン説とは異なり、不作為犯全てを義務犯とするのではなく、それを結果帰属の根拠に応じて支配犯と義務犯とに分化させる点にある。この見解は、いわゆる義務二分説<sup>(17)</sup>、つまり不作為者の負

つている作為義務の内容に応じて正犯と共犯の区別基準を変え、法益保護義務の違反は原則として正犯となるが、危険源監督義務の違反は原則として幫助となるとする見解、と一脈通じるところがある。しかし彼の見解は、同説があいまいにしていた、作為義務が二つに区別される根拠、および義務の内容と正犯・共犯の区別との理論的關係を明らかにしようとした点において新たな意義を有する。

そして彼は、以上のような解釈を前提として、前述したロクシンの義務犯論に向けられた二つの批判を回避しようとする。まず、作為幫助よりも当罰性の低い行為を不作為正犯として処罰するのは不当だという批判に対しては、次のような対応がなされる。例えば、甲が乙に対し、乙がそれを殺人に用いるとは知らずに凶器を貸し、その後乙の殺人計画を知り、とめることができたにもかかわらずこれを放置した場合、あるいは甲が乙の犯行計画を知りながら、乙が凶器を持ち出すのを黙認していた場合には、組織化に基づく義務が問題となる。そして、この場合、当初から故意に凶器を貸した場合に作為による幫助にしかならないこととのバランスから考えれば、甲は組織化において作為幫助に匹敵する程度の役割しか果たしていないと評価できるので、不作為による正犯ではなく幫助にとどまるといっているのである。<sup>(154)</sup>

また、不作為正犯と作為幫助が競合する場合に、前者よりも後者が優先するのはおかしいという批判に対しては、その批判を受け入れて、むしろ前者が優先すべきことを積極的に論証する。例えば、親Xがわが子Aを殺害しようとしているYに対してナイフを渡し、Yがそれを用いてAを殺害した場合、ヤコブスは、Xに親子関係という制度に基づく義務の違反があったことを根拠に殺人の正犯を認める。<sup>(155)</sup> 前述したロクシンの見解が、作為による関与と不作為による関与とを、いわば連続的にとらえ、しかも前者を後者よりも重く評価するという判断に基づいて、こうした事案のXを作為による幫助にとどめていたのに対し、ヤコブスは義務犯の特殊性を論証した上で、そうした観点から正犯性が基礎づけられる場合には、正犯行為としての不法内容が作為幫助の不法内容よりも重大だと評

価するのである。確かに、義務犯というカテゴリーを認めるのであれば、ヤコプスの見解の方が一貫しているといえよう。

しかしそれにもかかわらず、ヤコプスの見解にはなお疑問がある。それは、彼が認めている制度的管轄から導かれる「積極的な義務」に違反した場合には常に正犯が成立するという点においてである。

まず第一に、すでに別稿<sup>(156)</sup>において詳論したように、一定の社会生活上の地位に基づいて負っている刑法外の義務から、刑法上の作為義務が導かれることの理論的根拠が明らかでない。彼の議論は、他法領域上の義務から刑法上の作為義務を直ちに導くいわば違法一元論的な不作為犯論であり、可罰的違法性的な観点から、刑法上の義務といえるに足る義務を選別する視点が弱いように思われる。

第二に、この点は彼の見解のドイツにおける学説としての妥当性を損なうものではないが、彼の見解をわが国の学説として主張しようとするときには、次のような問題が生じる。すでに指摘されているように、ドイツ刑法一三條のような不真正不作為犯についての総則規定が存在しないわが国においては、不真正不作為犯はあくまで作為犯の条文のみを根拠に処罰されると解釈せざるを得ない。そうだとすると、殺人罪や放火罪などの通常の犯罪類型<sup>(157)</sup>における不真正不作為犯の単独正犯成立要件は、作為犯の単独正犯成立要件と同じでなければならない。しかし、彼のいう「積極的な義務」を負う者の不作為が、通常の作為単独正犯の成立要件を満たしているとは必ずしもいえない。そうだとすると、そうした義務の違反だけを理由として不作為単独正犯を認めるわけにはいかないように思われる。

#### 4 松宮、平山説

近時、わが国においても、以上のようなヤコプスの見解から影響を受けながらも、その第一の問題点を意識し

て、不真正不作為犯においても作為犯の正犯成立要件と同様の要件を要求する見解も主張されている。松宮教授、平山講師の見解がそれである。

この見解は、義務の発生根拠についてはヤコプスの見解を支持するが、その上で、わが国において不真正不作為犯に関する総則規定がないことを重視する。そして、因果力が欠如する不作為が禁止規範に違反して作為犯の構成要件に該当するためには、それが「準作為」といえるだけの実態を有していること、具体的には、先行行為があり、かつ事象経過が行為者に掌握されているため、結果に向かう因果経過を行為者の「延長された腕」による作為と見なしうる必要があると<sup>(18)</sup>するのである。このように解するときには、本稿が検討対象としている作為正犯の犯罪行為を阻止しなかった不作為者には、通常こうした要件は満たされていないから、結果的に、制度に基づく義務への違反が認められる場合にも不真正不作為犯の単独正犯はなお成立せず、せいぜい幫助が成立するにとどまるということになる。一言で言えば、「そのような義務（筆者注、親子関係等の制度に基づく積極的義務）に違反した不作為を傷害致死罪や殺人罪など、惹起犯の正犯として捉えることがわが国では必ずしも容易ではな<sup>(19)</sup>」(い)というのである。

もつとも、この見解が義務犯論を全く放棄してしまっているわけではない。この見解は、各則の真正不作為犯や身分犯の規定の解釈において、義務犯論の発想を活かそうと試みている<sup>(20)</sup>。例えば母親が、内縁の夫が自分の子供に暴力を加えて死亡させたのを放置していた場合には、傷害致死の幫助の他、保護責任者不保護致死罪の正犯が成立する可能性があり、また倉庫番が、友人が倉庫から窃盗をするのを見逃した場合、彼には、窃盗幫助の他に背任正犯の成立可能性があり、さらに、看守者逃走援助罪などにおいては、そもそも、被拘禁者が逃走する行為（作為による犯罪行為）が行われることを条文が前提としているのだから、被拘禁者が作為正犯であったとしても、看守者には当然に不作為正犯が成立するとされる<sup>(21)</sup>。このように、この見解は義務犯を処罰する特別な構成要件が存在する

場合に限り、不作為者にそうした犯罪の正犯の成立を認めているのである。

確かに、複数人が犯罪に参与した場合の扱いについて、正犯と共犯とを区別する「正犯・共犯体系」を採用することが、唯一絶対のものというわけではない<sup>(162)</sup>。少なくとも、本稿が問題としている行為者相互の関係においては、結果帰属要件が満たされる行為を行ったすべての者を正犯とする、いわゆる統一的正犯体系を採用することも、立論としては十分可能である。現にわが国でも軽犯罪法三条は、同法違反について教唆、幫助を正犯に準じるとして統一的正犯体系を採用しているし、通常の刑法犯においてもそのような体系を採用している国も存在している<sup>(164)</sup>。仮にわが国でこうした立法をしたとしても、それが憲法違反だとはいえないだろう。

このように、刑法犯全体について統一的正犯体系を採用することが憲法違反ではないのだとすれば、立法によって、一定の犯罪類型について統一的正犯体系を採用することや、本来的には狭義の共犯的な関与を独立した構成要件化して、その単独正犯として処罰することも、そうした立法に合理性がある限りで、また可能というべきである。この様な意味で、共犯規定は「徹頭徹尾立法の産物」<sup>(165)</sup>だといってよい。前述した軽犯罪法違反は、例であり、前述した看守者逃走援助罪等は、例といえることができるだろう。

このような視点から見るときには、ドイツにおける義務犯論は、ドイツ刑法一三条の総則規定を根拠に、(不真正)不作為犯全体(ロクシン)あるいはその一部(ヤコブス)を、に当たるとするものと評価できる。もっとも、繰り返し述べているように、そうした条文を欠くわが国においては、不真正不作為犯についてそのような解釈をすることはできないといわざるを得なかった。

これに対し、松宮教授らの見解は、個別の条文が、と解釈できる範囲において、通常の前犯、共犯の区別をめぐる議論を妥当させず、共犯的な関与をも正犯として処罰するものである。このような解釈それ自体は、わが国の刑典の解釈としても十分可能な、むしろ自然なものである。例えば、看守者逃走援助罪は、逃走者の正犯行為に

対する「共犯的」な関与ではあるが、独立した犯罪とされている。このような行為は、期待可能性の減少が認められる単純逃走罪と比べて典型的に責任が重いので、単純逃走罪の共犯行為として同罪と同じ（あるいはそれが減輕された）法定刑で処罰するのは不合理である。それ故、法定刑を重くして独立共犯化することに合理的な理由が認められる。<sup>(166)</sup> このように、独立罪として処罰する合理性が認められる限り、こうした共犯的関与を別の犯罪の正犯として処罰することは確かに可能である。<sup>(167)</sup>

そして、真正不作為犯がこのような犯罪類型に当たるというのも、松宮教授らの言われるとおりであろう。例えば、道交法の救護義務違反や保護責任者不保護罪等は、一定の作為義務を負った主体の義務違反を処罰対象としている。そしてそうした違反は、義務者の義務の不履行によって直ちに実現され、他の人間が介入する余地がないから、それらの犯罪は正犯・共犯の区別を前提としていないと解釈できる。こうした場合、作為犯の条文を根拠に処罰するわけではないから、作為犯における正犯成立要件と同じ要件が満たされている必要もない。<sup>(168)</sup> 不保護致死傷罪に関しても、確かに、不保護から結果発生までの間には一定の間隔があり、そこに他人が介入する余地もあるが、基本となる構成要件該当行為があくまで不保護であることに鑑み、同様に考えることが可能であろう。

もっとも、通常の犯罪において正犯と共犯とが区別されているわが国においては、こうした特殊な構成要件は、あくまで例外的なものである。そうである以上、その存在は、形式的にも実質的にも正当化される必要がある。具体的には、そうした例外を認める趣旨が条文の文理から読みとれ、さらに、そうした例外的な取り扱いを正当化するに足る実体的あるいは政策的な特別の事情がある場合に限ってそのような存在を認めるべきである。例えば、看守者逃走援助罪については、<sup>(169)</sup> について、「逃走させた」として幫助的関与をも含む趣旨であることが条文から読みとれること、<sup>(170)</sup> について、前述したように、単純逃走の共犯よりも当罰性が高い点がそれである。

また、不保護罪に関しては、<sup>(171)</sup> については、前述した同条の行為の構造があてはまる。<sup>(172)</sup> については、同罪成立

の前提となる「保護責任」の内容を、通常の不作為犯における保障人的地位よりも限定的なものと理解し、そうした限定された範囲においてのみ、このような解釈が可能と言わなければならない。同罪の保護責任の内容については議論があるが、最近では、不作為による遺棄を基礎づける作為義務との相違を意識して、例えば「継続的な保護関係を中心とする保護の引き受けに基づいて、保護すべき義務を負う場合」<sup>(16)</sup>、「長期の緊密な人的関係を基礎として、要扶助者を保護する動機を持つことが強く期待できる場合」<sup>(17)</sup>などと解する見解が有力になっている。これらの見解内部の微妙な相違に踏み込むことは本稿の課題を超えるが、いずれにせよこうした見解の基本的方向性は支持されるべきであろう。<sup>(17)</sup> 保護責任が明文で特別に規定されていることは、明文にない構成要件要素である保障人的地位、作為義務と区別されるべきことの現れだといえるし、また、保護責任が作為の遺棄についての加重根拠ともされていることも、それが通常の作為義務とは異なる内容のものだという解釈の裏付けとなるからである。<sup>(17)</sup>

このような解釈を前提とすれば、同罪において正犯的関与と共犯的関与とを区別しないことをも実質的に基礎づけることができるように思われる。というのは、このように被害者とかわめて密な人的関係にある者は、被害者に対して最善を尽くすことが要請されるから、そのような者のいかなる態様の義務違反をも他者の存在と独立して処罰すること、つまり統一的正犯概念を受当させること、にも合理性があると考えられるのである。

このように松宮教授らの導かれる結論には支持されるべきものが含まれている。しかしそれにもかかわらず、松宮教授らが、こうした犯罪類型を「義務犯」と位置づけられることには、なお疑問が残る。なぜなら、こうした共犯的関与を正犯として処罰する犯罪類型と「義務犯」とは別物だからである。前述したように、義務犯概念の中核部分は刑法外のそれに論理的に先行する義務を負っている者の行為を、直ちに正犯行為とするものであった。つまり、当該犯罪を（正犯として）実現可能な主体が一定の義務を負った者に限定されていることが義務犯概念の根幹をなしているのである。

しかし、以上のような共犯的関与を正犯として処罰する犯罪類型の中には、主体が限定されていないものも多数存在する。<sup>(14)</sup> 例えば、逃走援助罪でも一〇〇条のそれは誰でも行うことができる。これを義務犯ということはできないだろう。また、国家公務員法一一一条も、一定の公務員法違反行為に対する容認、そのかし、幫助を独立した犯罪類型として処罰しているが、これも主体が限定されていない。さらに、売春防止法一三条の資金提供罪も、実質的には、売春場所提供、管理売春の補助的行為を独立した犯罪類型として処罰しているが、これも誰でも行うことができる。主体が限定されていないが、共犯的行為を（あるいはそれをも含めて）独立した正犯行為としている構成要件化している犯罪は、この他にも存在し、そうした犯罪類型においても、単独犯の成立要件に関しては、以上の不保護罪等において述べた解釈が妥当する。そうだとすれば、こうした正犯成立要件の特殊性は、共犯的行為を正犯として処罰する犯罪類型の構造に由来するだけのことであり、義務犯論とは無関係といふべきである。<sup>(15)</sup> そして、このようにいうことは単に用語上の差違にとどまらない。ある犯罪を義務犯と解することは、その罪に関与した非義務者について、共同正犯の成立可能性を否定する等のいくつかの効果を伴う。<sup>(16)</sup> しかし、これらの罪、ことに主体が明文で限定されていない犯罪において、そうした効果を認めることは明らかに妥当でないように思われる。

以上のように、不作為犯一般に（ロクシン）、あるいは制度的管轄に基づく犯罪において（ヤコフス）、義務犯論が妥当するという主張を、わが国の解釈論にそのまま導入することは妥当でない。他方、松宮教授らの見解は、共犯的関与を正犯として処罰する犯罪類型の存在を指摘される限度では正当であるが、それはもはや義務犯論とは無関係といふべきであった。そうだとすると、わが国の解釈論としては、不真正不作為犯の単独正犯の成立要件は、作為単独正犯のそれと同じと考えるべきだということになりそうである。では、それは具体的にどのような内容のものであるべきなのだろうか。



### 第三節 作為犯に対する不作為による関与を原則として幫助とする見解

#### 1 いわゆる原則幫助説の妥当性

##### 自律的決定説と排他的支配

別書において述べたように、わが国の通説は、作為単独犯の客観的成立要件として、因果関係、禁止規範違反に加えて、(単独)正犯として、共犯規定を適用しなくても処罰できるだけの実態があること(以下「単独正犯性」と呼ぶ)を要求している。<sup>(17)</sup>そして、わが国では、不真正不作為犯も作為犯の条文を根拠として処罰される以上、不真正不作為犯の場合にもこれと同じ要件が存在しなれば単独正犯とはならないと考えるべきである。<sup>(18)</sup>

そして、そうした作為犯における単独正犯性は、同書において述べたように、被害客体に対して創出した物理的危険が結果に直接実現したこと、あるいは結果を認識して自由に結果実現行為にた主体を介さずに結果を生じさせたことのいずれかによって認められた。<sup>(19)</sup>

この基準を不真正不作為犯にあてはめると、不作為それ自体についてが満たされていることは実際上あり得ないから、が必要とされることになる。具体的には、不作為者が作為義務の履行が可能な最後の時点以降(あるいはそれと同時に)、結果を認識し強制されることなく行為した者がいる場合には、不作為者は不真正不作為犯の単独正犯でなくなるということになる。従来、「排他的支配」といわれてきた概念は、このような観点から要求されるこのような内容であるべきと思われる。「排他」、つまり「他を排する」というのは、まさに「単独」正犯か否かの問題なのである。<sup>(20)</sup>前田教授は、(単独犯の)「保障人的地位の判断においては、「誰に帰責すべきか」という判断も加わらざるを得ない」とされているが、それが以上のような趣旨であれば賛成できる。<sup>(21)</sup>

そして、このように考えるときには、作為正犯の犯罪行為を阻止しなかった不作為者には、多くの場合、単独正

犯の成立要件は満たされないことになる。例えば、他人が刀剣を持ち出すのを阻止しなかった場合、母親が内縁の夫によるわが子への虐待を阻止せず、その結果子供が死亡させられた場合、被告人が同乗者による被害者殺害を予測して席を外した際に、同乗者が被害者を殺害した場合など、不作為者の作為義務違反後に、作為者の自律的決定が介在して結果が実現されている。こうした場合にその後、不作為者がもはや作為可能性を失っていれば、不作為者に単独正犯は成立せず、広義の共犯としての処罰の可否が問題となるにとどまる。そして、後述するように、こうした場合には、通常、保障人的地位が肯定されても広義の共犯のうち（共同正犯ではなく）幫助が成立するにとどまる。従って、結論的には、わが国およびドイツの多数説である、いわゆる原則幫助説が基本的に支持されることになる。

もつとも、作為正犯者が介在していても、その者に自律的決定が認められない場合、例えば、結果の認識がない、期待可能性を欠く、是非弁別能力、行為制御能力がないといった場合には、不作為者はなお単独正犯となりうる。これは、作為による間接的関与であっても、以上のような場合には、間接正犯が成立すると解すべきなのと同じことである。<sup>(188)</sup>

作為者の行為終了後にさらなる作為義務違反が認められる場合

このようなわが国およびドイツの多数説である原則幫助説は、実は、その内部でさらに二つの立場に分かれている。その二つの立場の結論が分かれるのは、作為正犯者の行為終了後構成要件の結果発生前に、作為義務を負っている保障人がその義務を履行することが可能であったにもかかわらずそれを履行せず結果を発生させた場合の扱いにおいてである。

一つの立場（B-1説）は、そのような場合にも不作為者をなお共犯（幫助）にとどめるが、もう一つの立場（B-2説）は、そのような場合には、不作為者に不作為正犯を認める。前述した私見の論理からは、後者の見解

が採用されることになる。つまり、不作為者の(作為者の犯罪行為終了後の)不作為と結果との間に誰も介在者がいないのだから、不作為者は直接正犯となると考えられる。<sup>(18)</sup>

もっとも、不作為者の作為義務違反時に作為正犯者がすでに現場にいない場合には、このように考えることに問題は無いが、作為者が行為終了後もいまだ現場にとどまっている場合にも同様に考えることができるかは一個の問題である。例えば、甲が未成年者乙に対して殺意を持って重傷を負わせ、乙が死にゆく様を現場で見ている、それを物陰から見ている乙の母親丙は、乙を救助することも可能であったが、甲との意思疎通なく、これを放置したといった場合に、丙に甲の殺人に対する不作為の片面的補助は成立するが、さらに殺人の正犯までも成立するのだろうか。しかし、この場合には、丙が単独で事象を掌中に収めていたことは一度もないのだから、排他的支配を認めることはできず、単独正犯の成立は否定されるべきであるように思われる。<sup>(19)</sup>

以上のように私はB・2説を支持するのであるが、わが国においては、B・1説もなお有力である。しかし以下に検討するように、この見解の論拠は十分なものではないように思われる。

こうした見解をわが国において初めて本格的に展開されたのは神山教授である。教授は、以下のように述べられる。「作為者によって結果が侵害されるのを、保障人がそれを防止しない場合、先ずは作為者に対して具体的に規範命令が発せられ、彼の態度如何によって法益が侵害されるか否かが決定されるので、規範的にも事実的にも作為者に主たる役割が与えられた。これに対し、保障人の不作為的態度の場合は、右作為者に発せられた規範命令の違反を前提にして第二次的に当該法益の侵害を防止せよとの規範命令が発せられる。その第二次的命令に違反することとは、規範的にも事実的にも、右作為者の行為事象を滞りなく進展せしめる役割を果たしているものと評価することができよう。この評価は事後判断によってなされるべきである。従って、このような考え方によると、規範名宛人たる作為者による法益侵害を防止しない保障人の場合(……)不作為による幫助として統一的に理解されること

になる<sup>(191)</sup>。つまり、作為者と不作為者とを事後的に対比すれば、作為者に対して第一次的命令が発せられ、不作為者に対して発せられる命令は第二次的なものだから、たとえ不作為者が作為者が行為終了後現場から立ち去った後にさらに作為義務違反が認められたとしても、不作為者は幫助にとどまるというのである。

しかしこの見解には疑問がある。作為者と不作為者がいる場合に、常に前者に第一次的な規範命令が発せられるとは言い切れないからである<sup>(192)</sup>。例えば、甲が乙に対し、乙の子供が溺れているのを見殺しにするようにそのおかし、乙がそれに従った場合、わが国の通説は、乙を不作為による殺人正犯、甲を作為によるその教唆とする。そして、神山教授自身もこの結論を支持されている<sup>(193)</sup>。つまり、このような場合には、教授も作為者ではなく不作為者に「第一次的な」規範命令が発せられることを認められるのである。そうだとすると、「第一次的」規範命令は常に作為者に対して発せられるということはできないことになる。もっとも、神山教授の右の記述はより限定的に理解されるべきなのかもしれない。具体的には、作為者が「直接」法益を侵害する場合には、そうした事象に「間接的」に関与した不作為者には「第二次的な規範命令」が発せられるという趣旨だ、と。しかしそうだとすると、今度は、作為者の行為終了後、不作為者がなお作為可能な場合には、不作為者が事象に「直接」関与している以上、それ以降の事象については、不作為者に第一次的な規範命令が発せられることになり、不作為者は正犯となる。つまり、結局、B-2説に帰着することになってしまうのである。

以上のような批判に対し、神山教授からは、さらに次のような反論がなされるかもしれない。それは、単なる行為の先後関係ではなく、作為者がそれ自体として結果を生じさせるに足る行為を行っていたか否か、言い換えれば「因果的に決定的な役割<sup>(194)</sup>」を果たしていたか否かにこそ注目すべきであり、右の記述もそうした行為を行っている作為者がいる場合には、不作為者に発せられる命令が第二次的なものとなるという趣旨である、と。しかし、このように考えたとすると、今度は誰も「因果的に決定的な役割」を果たしていない場合には、どのような判断がな

されるべきかが問題となる。教授は保障人的地位を有する不作為者が複数いる場合については、「すべて同じく主たる役割を演じている」<sup>(195)</sup>とされている。そうだとすると、前述した保障人的地位なき者がそれを有する者に対して不作為をそそのかした前述した事案において、なぜ前者が教唆、後者が正犯となるのだろうか、その理由は必ずしも明らかでないように思われる。もしその理由が、この場合には保障人的地位を負っている者はその地位故に第一次的責任を負うべきだということであれば、それは一つの考え方ではあるが、実質的には義務犯論に帰着し、神山教授の同説に対する(それ自体は正当と思われる)批判的態度と整合的でない。以上のように、神山教授の論拠はお不十分であるように思われる。<sup>(196)</sup>

また、近時、内海講師も、正犯と共犯の区別に関する行為支配説を前提に、(作為正犯者の)「実行行為自体が終了したとしても、故意による因果統制はそこで終了するわけではなく故意により惹起された全因果統制が対象となりうるのだから、行為支配は結果発生まで作為者に掌握されている」として、B-1説を支持される。<sup>(197)</sup><sup>(198)</sup>しかし、なぜ行為者が事象経過を手放した後にも、「故意による因果統制」が存続するかについての理論的根拠は明らかでない。仮にそのようにいえるのだとしても、一般に行為支配の競合は認められているのだから、作為者の行為支配の存在から、保障人の正犯性を直ちに否定することはできないように思われる。<sup>(199)</sup>現に、ドイツにおいては行為支配説の有力な論者が、まさにこのような事案における不作為者を正犯としていたのである。<sup>(200)</sup>

以上のように、作為者の行為終了後に、不作為者の作為義務違反が存在する場合にまで、不作為者を幫助とするB-1説には賛成できない。この見解は、作為正犯者の存在を重視する。しかしそれは、通常の作為犯における正犯と共犯の区別においては必ずしも決定的な事情ではない。その意味では、この見解も不作為による関与について、一種の特別なルールを認めていることになる。しかし、前述した不真正不作為犯において単独正犯性が必要な論拠に鑑みると、そうした特別なルールを認めるべきではなかった。林幹人教授が指摘されるように、「不作為犯

であることによつて……正犯原理もまた変更されない。すなわち、広義の共犯と単独正犯の区別においても……：「<sup>(20)</sup> 作為犯に固有の正犯原理は存在しない」のである。そしてそのように考えた上で、私見の、そして実は従来の多くの学説が暗黙のうちに認めていた、単独正犯と広義の共犯の区別基準を当てはめれば、B-2 説が導かれるのである。

## 2 単独犯と共犯、共同正犯と幫助

もつとも、作為犯においても、自律的決定に基づく行為が介在し、背後者が単独正犯とはならない場合であつても共同正犯が成立する余地は残されていた。そうだとすると、不作為による関与の場合も、作為正犯者の犯罪行為が介在していても、背後者に共同正犯が成立する可能性は残されていることになる。では、こうした場面において共同正犯と幫助とはどのように区別されるべきか。次いで検討を加えよう。

### 意思疎通の必要性

まず、わが国の判例<sup>(21)</sup>、多数説は、共同正犯が成立するためには「共謀」、すなわち意思疎通に基づく心理的因果性の存在を必要としている。そうした立場に従えば、不作為者に共同正犯が成立するためには、まず不作為者と作為者との間に、(第二章において述べたような意味での)意思疎通が必要ということになる。

もつとも、このような判例、多数説に対しては異論もある。片面的共同正犯を認める有力説<sup>(22)</sup>がそれである。有力説の論拠は、おおむね以下の二点に集約される。片面的幫助を認めながら片面的共同正犯を否定するのは、共同正犯と狭義の共犯の処罰根拠を基本的に同一と解する因果共犯論の立場と整合しない、単独正犯についての通常の理解を維持しながら、当罰性の高い関与類型を捕捉するためには、片面的共同正犯を認めるべきであり、しかも物理的因果性を精査すれば処罰範囲を不当に拡張することもない、というのである。

このような有力説にもかなりの理由があることは否定できない。しかし、はいずれも、片面的共同正犯を肯定する決定的な論拠とはなり得ないように思われる。まず、<sup>(205)</sup> については、判例、多数説も、意思疎通を共犯の処罰根拠の観点から要求しているのではなく、(共同)正犯性の要件としているにとどまるという反論が可能であろう。また、<sup>(206)</sup> についても、当罰性の高い事案は、片面的教唆、幫助を認めることでほぼカバーできるように思われる。

むしろ、<sup>(207)</sup> と関連して、共同正犯の成立要件が、単独正犯のそれより緩やかであること、言い換えれば、その正犯性が拡張されていることを説明するために、意思疎通を要求するという解釈も十分成り立ちうるように思われる。つまり、共同正犯は、間接正犯とは異なり、自律的決定に基づき行為を介した場合にも成立するが、そのように正犯性が拡張されている根拠は、複数人の意思疎通に基づいて計画的に行われる集団的犯罪行為が通常の単独犯に比べ一般的に見て犯罪実現の危険性が高い点にあると考えるのである。<sup>(208)</sup>

片面的共同正犯に関する本格的な検討は本稿の課題を超えるが、以上のような観点からは、判例、多数説の結論も十分理解可能なように思われる。

このように意思疎通を共同正犯の成立要件とする立場からは、不作為者と作為者との意思疎通がない場合には(前述した単独犯の成立要件が満たされている場合は別として)、背後者には幫助しか成立しないことになる。例えば、町会議員選挙において、選挙会場において投票干渉行為を黙認した選挙長<sup>(209)</sup>、町内の世帯主の配給物資不正受給(詐欺)を阻止しなかった町内会長<sup>(210)</sup>については、以上のような観点から、共同正犯の成立が否定される。また、同棲中の元夫による寝室における幼児に対する暴行を、数メートル離れた台所で認識しながら放置した幼児の実母<sup>(211)</sup>についても、当該具体的暴行についての元夫との意思疎通を認めることは困難だから、やはり以上のような観点から共同正犯とはならないというべきであろう。

もつとも、前述したように、意思疎通による心理的因果性が肯定できる場合には、一見「消極的」な行為に見えたとしても、作為による共謀が認められ、作為による共謀共同正犯として処罰可能な場合が少なくない<sup>(20)</sup>。そのような場合には、不作為の共同正犯の成否を問題とするまでもない。例えば、X女の内縁の夫Yが、X女の子供Aに保険金をかけ、同人を殺害することを決意し、Yに計画を話したところ、XもAが足手まといになっていただけのため保険金殺人に同意し、Yが直接の殺害行為を行った場合、Yの積極的な同意が、単に阻止しないというだけでなく、積極的にYを支持する趣旨の意思表示と解釈できる場合には、Xには作為による殺人の共同正犯が成立するというべきである<sup>(21)</sup>。

しかし前述したように、意思疎通と作為による共謀との間には、若干のずれがあった。具体的には、保障人が、作為正犯者の犯行を妨害はしなが積極的な援助もしない意図であり、その意図が作為正犯者に伝わり、彼を勇気づけた場合には、前者は肯定できるが、後者を認めることはできなかった。また、實際上それほど多いことではないだろうが、保障人が、作為者をいざとなれば積極的に援助する意図であり、作為者にもそのことが伝わっていたが、保障人の行為が作為といえない場合にも、作為による共謀を認めることはできない。そうした場合には、意思疎通があつたとしても、なお不作為による共犯の成否が問題とされることになる。

#### 「対等な役割」の判断方法

もちろん、こうした意思疎通とそこから生じる心理的因果性が認められることは共同正犯の十分条件ではない。意思疎通に基づく幫助も存在しうるのは、周知の通りである。では、そうした不作為の中で、共同正犯と幫助とはどのように区別されるべきか。この点に関しわが国の現在の多数説は、共同正犯を、広義の共犯の中で犯罪実現にとって実行者と対等ないしそれ以上に重要な役割を果たした者と定義している。そして、別書において論じたように、そのような理解は基本的に支持されるべきである<sup>(22)</sup>。



しかし、本稿が問題としている、保障人が作為の犯罪行為を阻止しなかった場面における不作為者の「役割」の重要性を、具体的にどのように判断すべきかについては、学説はなお一致を見ず、二つの異なる立場が主張されている。一つは、作為者同士における共同正犯と幫助の区別において用いられている判断手法をそのまま用いる立場であり、もう一つは、不作為の特性を考慮して、そこに若干の修正を施す立場である。

これまでの多数説は暗黙のうちに前者の立場を採用してきたといつてよいだろう。すなわち、作為犯相互の共犯関係が問題とされる場合には、それぞれの作為者が現実<sup>1)</sup>に果たした役割を対比して共同正犯と幫助が区別されるのだから、ここでも作為の結果実現行為と不作為とがそれぞれ現実<sup>2)</sup>に果たした役割を対比すべきだ、というのである。多数説は、このような前提に基づいて、前述した間接正犯の要件が満たされない限り、不作為者は幫助にとどまるとしてきた。つまり、そうした作為の結果実現行為と不作為とが現実<sup>3)</sup>に果たした役割を対比すると、後者は前者に比して従属的なものにとどまるから幫助にすぎないというのである。内藤教授の次の記述は、以上のことを端的に表現されている。「作為正犯はその積極的作為によって結果発生への因果関係を設定し、結果発生と直接的な因果関係をもって、強い原因力を持つのに対して、不作為による関与は、作為義務違反の不作為により、作為正犯を介して結果発生と間接的な因果関係をもつにとどまり、原因力も弱く、従たる役割を果たして、作為正犯の実行を容易にしたにすぎない」<sup>21)</sup>。

こうした多数説に対しては、そこで重視されている事情は、不作為犯論においてすでに織り込み済みなので、正犯と共犯の区別の場面で再び考慮されるべきではない、との批判がある。齊藤彰子助教は次のように言われる。「このような作為と不作為との相違故に、不作為犯の成立には作為義務が要求されるのであるから、作為正犯と競合する不作為を常に共犯と評価するのは疑問であろう」<sup>22)</sup>。助教は、こうした問題意識を梃子として、作為と不作為が現実<sup>4)</sup>に果たした役割の対比ではなく、「命じられている具体的作為が正犯者の作為と同等の重要性を有する場

合には正犯と評価することができる」という基準を示される。そして、その基準によれば前述した札幌高判の児童虐待不阻止の事案においては、作為正犯者「の暴行を實力で阻止する可能性を肯定する本判決の認定を前提とすれば、その不作為を正犯<sup>24)</sup>と評価することも可能であった<sup>25)</sup>」とされている。

では、いずれの見解が支持されるべきか。結論から先に言えば、齊藤助教授の批判にもかかわらず、多数説の判断枠組がなお維持されるべきと思われる。確かに、助教が言われるように、不作為が消極的な行為であることは、作為義務の要否の判断において考慮されてはいる。しかし、作為義務は、不作為のそのような性質をふまえ、行動の自由の保障の観点から、刑法による介入の必要性・正当性を限界づける要件にすぎない。つまり、作為義務の存在は、不作為者自身を、たして処罰すべきか、という点についての解答を与えるにとどまるのである。

これに対し、作為正犯者に加功した不作為者が共同正犯とされるべきか幫助とされるべきかという問題は、作為者と不作為者とを対比して、後者をどのように処罰すべきか、という異なる局面における問題である。作為義務の存在は、そうした対比を行う際に、不作為者が仮に期待された救助行為を行った場合の事象への影響力を問題とすること、いわば不作為者については仮設された役割を問題とすること、までを正当化するわけではないのである。

さらに、齊藤助教授の判断枠組みに対しては次のような疑問がある。二つのものを対比する場合には、その二つを同じ基準によって選別しておかねばならない。そうでなければ、公平な対比にならないからである。そして、作為者に関しては現実にはたした役割が問題とされることに争いはない。そうだとすれば、不作為者についても同様に、現実にはたした役割が問題とされなければならないように思われる<sup>26)</sup>。

以上要するに、多数説が、不作為が消極的な行為であることを二つの場面で考慮している点は齊藤助教授の指摘されるとおりだが、そうした考慮はそれぞれに理由があり、そのことから直ちに多数説を不当とすることはできないように思われる。

### 具体的判断

もっとも、多数説が、作為による犯罪行為に加功した不作為者を例外なく幫助とするのであれば、それは妥当でない。多数説の判断枠組みを用いたとしても、保障人の不作為が作為者に多大な影響を与え、保障人が実行者と「対等あるいはそれ以上の役割をはたした」場合には、共同正犯が認められるべきだからである。<sup>(27)(28)</sup>

では、そうした場合がありうるのだろうか。この点については従来必ずしも十分な議論がなされていないが、そうした中で、ヤコプスが以下のように述べているのが注目される。彼は、前述した組織化に基づく義務に関し、「不作為者の組織領域に属する事象経過の分担部分が少なくとも実行正犯者の寄与と同程度に犯行の形態を規定していた」場合には共同正犯が認められる、という私見と基本的に同一の前提から出発する。そして、その基準を具体的事案に以下のように適用する。「危険物が他人の手に渡らないようにすることや危険にさらされた対象の安全確保のみについて保障人であるに過ぎない者は、通常は幫助にとどまる。というのは、犯行手段の処分可能性や、安全措置の欠如だけで、犯行形態を直接正犯行為と同程度に規定することはできないからである。こうした場合に共同正犯が問題となるのは、非常に広範な分業がなされているといった限界的な事案のみである。しかし、複数の負責根拠が重疊的に認められ(作為と不作為が重疊される場合も含む)、<sup>(29)</sup>それらが合算して犯行を(直接実行者と)同程度に共同形成している場合」には、通常は共同正犯が認められる、と。

確かに、保障人的地位にある者が、故意に作為義務を怠り、さらに、それ自体としては共同正犯を認めるに足りない一定の作為を故意に行った場合に、両者を併せて共同正犯行為と認めるべき場合もある。この点においては、ヤコプスの見解に賛成できる。もっとも、犯罪の原則が作為犯であることに鑑みれば、そのような場合には、作為による共犯と構成すべきではあろうが。

しかし、ヤコプスの議論に全面的に賛成することはできない。彼は、不作為以前の事情を「負責根拠」として考

慮し、それをも正犯性の判断資料に取り込むが、その点には疑問があるように思われるからである。例えば、ヤコブス説に基本的に依拠される豊田(平山)講師は、Y・Xが被害者に共同して傷害を加え、その後、Yのみが殺意をもって被害者を殺害したのをXが放置していた事案において、Xが不作為以前に行った関与がYのそれと同等に重大なものであれば、そのことを根拠として、Xは殺人罪の共同正犯となるとされる。<sup>(21)</sup>

しかし、このような考え方には賛成できない。このように考えるときには、故意がない時点における寄与を根拠として、故意共同正犯における「役割の重要(対等)性」を認めることになり、行為と責任の同時存在の原則に反することになりかねないからである。やはり、役割が対等(以上)か否かを判断するための資料は、(本稿が検討対象としている故意犯においては)故意を有した後の行為に限られるべきであり、先行行為が事象に与えた事情は考慮から除外すべきと思われる。

では、不作為それ自身が、作為正犯者と比して「対等」といえるのはどのような場合か。まず、不作為が作為犯におけるのと同様の意味で、事象に対していわゆる物理的因果性を及ぼしていることは実際上考え難いから、ここではもっぱら心理的因果性が問題となる。そして、不作為者が作為者に対して犯行実現に向けて決定的ともいえるような心理的影響を圧力を伴って与えている場合には、不作為者を共同正犯とすべきである。もちろん、そのような不作為の影響を判断するに当たっては、例えば、不作為者が作為者に対して命令権限を有していたか、親密な関係にあったかといった作為者と不作為者との人的関係や、事件に至った経緯等も判断資料に組み込む必要がある。しかしこれは、前述した不作為以前の事情それ自体を根拠として「役割」を認めるものではなく、あくまで不作為それ自体の影響力を問題として、以上のような事実を、それを認定するための資料として考慮するということとどまる。それ故、例えば、先ほどの事案において、事前に被害者に傷害を加えていたといった事情は重視されないことになる。それは、被害者の死に対して一定の寄与とこそしてはいるだろうが、そのこと自体が、不作為者の不作為時

における作為者への心理的影響力を有意に高めるものとは言い難いからである。

以上のような観点から、例えば、前述した大阪高裁平成一三年判決の事案における妻による実子殺害を阻止しなかった夫については共同正犯の成立を認めることができるだろう。この事案で彼は、事前に「本件一連の暴行の契機となるような指示を被告人(筆者注、妻)に対して積極的に与えたものと見ることすらでき」とされている。この時点で夫に殺意はないので、このことがそれ自体として当然に共同正犯を基礎づけるとはいえないが、彼はこうした事情の下で、妻の最終的な殺害と結びつく暴行についても、妻がそのような行為を制止して欲しいという意向を有してわざわざ自分に声をかけたものであることも熟知しながら制止しなかったとされている。以上のような事前の事情を伴った不制止は、同判決のいうように妻の「行為を積極的に承認したに等しい」ものであり、不作為による共同正犯を認めることが可能であるように思われる。

#### 第四節 小 括

本章においては、作為による正犯行為を阻止しなかった保障人の不作為が、どのような関与類型に該当するかについて検討を加えた。本章で得られた結論は以下の通りである。不作為がそれ自体として共犯的関与行為までも処罰の対象と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。もっとも、このことは、さらに、の観点から、不作為者が、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。

そうした特別な構成要件が存在しない場合、保障人が作為者の実現した構成要件該当事実について単独正犯となるのは、(特殊な構成要件要素が要求されている犯罪においては、そうした構成要件要素が満たされていることを前提に)以下のいずれかまたは双方に該当する場合である。――作為者の行為終了後、結果発生以前に、その時点においてなお結果回避義務を負っている保障人が、結果の回避が可能であったにもかかわらずそれを怠った場合、――

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である。③そうした事情がない場合には、不作為者は広義の共犯となる。そして不作為による犯行への影響は、作為により結果を直接実現する行為のそれに比して、通常、従たるものに過ぎないから、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対して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、不作為による共同正犯が成立する余地がある。

さて、以上の論述は、不作為者が保障人であり、作為義務を負い、作為可能性があるにもかかわらずその履行を怠ったこと、そして、そうした義務違反と結果との間に結果帰属の要件が満たされていることを前提としていた。では、具体的にどのような場合にそうした要件が満たされるのだろうか、次いで検討を加えてゆこう。

- (1) 戦後のドイツにおける不作為と共犯をめぐる理論をわが国に紹介した先駆的な業績として、宮澤浩一「不作為による共犯」『刑法の思考と論理(第一巻)』(一九七五・成文堂)一〇九頁(初出一九六〇)。
- (2) 従来の議論を簡潔に概略するものとして、橋本正博「不作為と共犯」西田典之・山口厚編『刑法の争点(第三版)』(二〇〇〇・有斐閣)一八頁。
- (3) もちろん、これらの組み合わせも考えられる。例えば、不作為の共同正犯に対する作為による幫助等。
- (4) ドイツにおいて、不作為犯に対する(作為の)幫助が認められた古い判例として、例えば、RGS27, 157(軍刑法六四条の休暇の超過に対する幫助)、RGS47, 268(最小限供出義務違反罪に対する幫助)。
- (5) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, StJfF.(以下、Kaufmann, Dogmatikと引用する)
- (6) Kaufmann, Dogmatik, SS. 198-199.
- (7) Kaufmann, Dogmatik, SS. 190-191.
- (8) カウフマンの見解を支持するドイツの論者として、Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, SS. 206-207.
- (9) 前橋地高崎支判昭四六・九・一七判時六四六号一〇五頁(不作為の殺人未遂に対する幫助)、名古屋地判平九・三・五判時一六一一号一五三頁(不作為の殺人(共同正犯)に対する幫助)。ただし、後述するように、幫助者の行為が作為か不作為かについてはさらなる検討を要する。
- (10) 例えば、植田重正「共犯論上の諸問題」(一九八五・成文堂)一八七頁以下、神山敏雄「不作為をめぐる共犯論」(一九九四・成文堂)五

九三頁以下、六一四頁以下(以下、神山・共犯論と引用する)、齋藤誠二「不作為と共犯」LS一四号二九頁以下(二九七九)、中義勝「刑法上の諸問題」(一九九一・関西大学出版会)四一四頁以下、四二一頁以下(以下、中・諸問題と引用する。ただし、作為義務なき者に對して不作為にとどまるようそそのかす行為を正犯なき教唆として処罰される点、不作為に對する心理的幫助は教唆と不可罰場合とに還元される点において通説とは異なる)、前田雅英『刑法の基礎 総論』(一九九三・有斐閣)三九二頁。

(11) ドイツの目的的行為論者においては「これを否定する見解が有力である。Kaufmann, Dogmatik, S. 189; Gerald Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA199, S. 111; Welzel, Strafr. S. 206.

(12) この点、判例、通説によれば、共同正犯のみが処罰され幫助は処罰されない過失犯においては「この点が重要な論点となりうる。この問題に関する最近の優れた研究として、齋藤彰子「不作為の共同正犯(一)(二)」論叢一四七卷六号一〇二頁以下、一四九卷五号二五頁以下(二〇〇〇、二〇〇一)。」

(13) 例外は、領得罪や自手犯などの不作為者には欠ける特別な構成要件要素が要求される場合および保障人が負っている義務が幫助者を阻止することになる場合である。

(14) この見解を支持する論者として、例えば、齋藤(誠)・前掲論文注(10)二二頁、阿部純二「不作為による従犯に関する最近の判例について」研修六三九号九頁(二〇〇〇)、井田良「不作為犯と未遂論」共犯論「現刑四九号一〇五頁(二〇〇三)」。いうまでもなく、この見解はロクシンの見解に由来する。Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 2000, S. 458ff.; ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd II, 2003, S. 671ff. なおロクシンは「そのような関与者を正犯としながらも」一九七五年のドイツ刑法改正によって設けられたドイツ刑法一三条一項の不作為犯についての任意的減輕規定を用いて量刑による調整を図る(Roxin, Täterschaft, S. 706-707, すべし、同 S. 501f. は「七五年改正以前にそのような立法論を主張していた。なお、齋藤(誠)・前掲論文注(10)二二頁も参照)。」

(15) 例外は二つ考えられる。一つは、作為者が責任無能力であったり、故意がない(あるいはさらに過失もない)場合であり、もう一つは、作為者の行為終了後に保障人がなお作為可能であり、かつ作為義務を負っているにもかかわらず救助を怠った場合である。前者の例外はB説に属する学説がほぼ一致して認めるところであるが、後者については争いがある。

(16) 前注の前者の例外のみを認める見解(B一)として、例えば、神山・共犯論一八二頁以下、中山研一他『スイジオン刑法I』(一九九七・成文堂)一九一頁(松宮孝明)。ドゥッペは Hans-Jörg Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996, S. 223 がこれに近い(ただし、彼は、こうした場合の内、作為者の直接の目的が犯罪Aにあり、犯罪Bについては未必の故意しかないが、不作為者にはBについての確定的故意がある場合には、不作為者はB罪の正犯とするとする。a.a.O., S.222)。なお、内海朋子「不作為による幫助をめぐる問題について」法学政治学論究五六号二〇頁(二〇〇三)は、作為者が責任無能力の場合に間接正犯を認めることに批判的である。

後者の例外をも認める見解(B二)として、松生光正「不作為による関与と犯罪阻止義務」刑法三六卷一号一六二頁(一九九六)、前田雅英「刑法総論講義(第三版)」(一九九八・東京大学出版会)四五三頁(ただし、「故意以外の」主観も考慮、内藤謙「刑法講義総論(下) II」(二〇〇二・有斐閣)一四四五頁、斎藤信治「刑法総論(第五版)」(二〇〇三・有斐閣)二六七頁(多数説と矛盾対立するものではない)とさ





- (二) 五二二頁、川端博「松宮孝明」対談 共犯論の再構築を旨指して」現刑五三三二頁（松宮発言）（二〇〇三）。
- (24) 共同正犯として（あるいは本意的訴因は共同正犯として）起訴され、共謀が否定され、さらに不作為による幫助の成立も否定されたものも含む。
- (25) なお、不作為による幫助として有罪とされる事例はめずらしいので、そのような裁判例はほとんどの場合公刊されていると推察される。
- (26) 作為と不作為の区別の仕方によって若干異なるが、不作為による共犯を認め処罰した裁判例は、大審院時代からこれまで公刊されたもので、①大判昭三・三・九刑集七卷一七二頁、②大判昭一三・四・七刑集一七卷二四四頁、③大判昭一九・四・三〇刑集二三卷八一頁、④高松高判昭二八・四・四高刑判特三六号九頁、⑤最判昭二九・三・二集刑九三三五頁、⑥東京地判昭三四・二・一八判時一八五号三五頁、⑦高松高判昭四〇・一・二二下刑集七卷一七二頁、⑧大阪地判昭四四・四・八判時五七五号九六頁、⑨大阪高判昭六二・一〇・二判夕六七五号二四六頁、⑩札幌高判平一二・三・一六判時一七一号一四〇頁を数えるのみである（なお高松高判昭四五・一・一三刑月二卷一頁もあげられることがあるが、同判決は、銀行員の払い戻し行為という作為を根拠に業務上横領の幫助を認めているように思われる。木村栄作「判批」研修二六七号五二頁（一九七〇）参照。他方、不作為による幫助を否定したものと、以下に紹介する裁判例のほか、密輸に用いられると知らずに自己所有の船舶を正犯者に貸与し、その後情を知ったが、犯罪遂行にさらに積極的の助力はしなかつた者について、不作為による密輸幫助を否定した裁判例がある（福岡高判昭二五・八・一一高刑判特一二号一二二頁）。この判決については、後に検討を加える。
- (27) 名古屋高判昭三一・二・一〇高刑判特三卷五号一四八頁。
- (28) 大阪高判平二・一・二三判夕七三二号二四四頁。
- (29) 本判決に批判的な学説として、内田文昭「判批」判夕七六六号九二頁（一九九一）。
- (30) なお、東京高判昭二八・六・二六東高時報四卷三三六号九頁も、作為義務の不存在を根拠として不作為による幫助の成立を否定した判例として引用されることが多い（例えば、神山・共犯論四九四頁）が、そのような理解には、やや疑問がある。同判決の事案は以下のようなものである。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、麻薬を他に売却するよう依頼して、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、X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。Xは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、というものである。確かに、同判決は「この不作為をYの譲渡行為に對する加担行為と解することはなお疑問」としている。しかし、本件の争点は、麻薬の「譲渡」の意味が占有の移転か所有権の移転かという点であり（後者だとすると、法改正後のYの行為も、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る。検察官の主張はこのようなものであった）、しかも不作為による幫助は（予備的にすら）訴因とされないのだから、この判断は明らかに傍論であり、先例性に疑問がある（本判決も、Xが「Yを介して麻薬を譲り渡した」という本件訴因はいずれにしても認められない」として無罪としているにとどまる。また、同判決が傍論として不作為による幫助の成立に疑問を呈した理由も必ずしも明らかではない。
- (31) この点は、すでに、島田聡一郎「不作為犯」法教二六三三号一五五頁以下（二〇〇二）（以下、島田・不作為犯と引用する）において指摘し

た。同論文以降のこの問題に関する注目すべき文献として、山中・前掲注(16)、林・前掲注(18)の他、松尾誠紀「不作為による共犯の限定化について」北法五三卷六号一七七五頁(二〇〇三)がある。

(32) 山口厚『問題探究刑法総論』(一九九八・有斐閣) 四一頁。わが国においてこの見解を本格的に展開されたのは、西田典之「不作為犯論」芝原邦爾他編『刑法理論の現代的展開総論Ⅰ』(一九八八・日本評論社) 八九九〇頁である。この見解は、その後、山口教授、佐伯教授(佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」『香川達夫先生古稀祝賀論文集』(一九九六・成文堂) 一一〇頁)、井田教授(井田良「不真正不作為犯」現刑三九三頁(一九九九)、林幹人教授(林幹人「刑法総論」二〇〇〇・東大出版会) 一六二頁)などの有力な支持を得ている。もっとも、これらの見解のいう「排他的支配」の内容は必ずしも同じではない。また、これらの見解は、排他的支配に加えてさらに何らかの要件がなければ保障人的地位を認めないが、そうした付加的要件についても必ずしも一致をみない。

(33) 林・総論四四四頁、内藤・総論下Ⅱ一四四六頁。

(34) 前掲注(20) 大阪高判昭六二、前掲注(26) 札幌高判平一二、大阪高判平一三・六・二一判タ一〇八五号二九二頁。

(35) 松尾・前掲注(31) は、ドイツにおける不作為による幫助に関する判例、学説において、不作為単独正犯においては要求されない要件が要求されると指摘しようとする試みである(特に、一八一四—一八一五頁参照)。

(36) もっとも、このような判例理論を批判して、現実的危険状態の発生があつてはじめて不作為犯を認める立場も少数ながら有力に主張されている(例えば、山中敬一「日本刑法における不作為犯論の展開」ノモス一〇三頁(二〇〇〇))。

(37) この問題に関するわが国の判例・学説の状況と私見について、詳しくは、山口厚他『クローズアップ刑法総論』(二〇〇三・成文堂)(近刊)第三講「管理・監督過失における正犯性、信頼の原則、作為義務」(島田聡一郎)を参照。

(38) 前掲注(26) 札幌高判平一二。

(39) 釧路地平一・二・二二判時一六七五号一四八頁。

(40) 批判的見解もないではない。例えば、川端・松宮・前掲注(23) 三〇頁(松宮発言)。

(41) 神山敏雄「不作為をめぐる共犯の新様相」現刑五三号四九頁(二〇〇三)すでに、同・共犯論四六三頁。これは、ドイツのRGおよびBGHの比較的古い判例に依拠するものである。RGStL 176; RGStJ. 52; BGHNJW1953, 1838(ただし、この事案では、正犯行為の続行をおそらく不可能にできたこととされている)。同趣旨の学説として、例えば、木村匡良「判批(原判決)」警察公論五四卷一〇号九四頁(一九九九)、村越一浩「判批」研修六二四号二〇一二頁(一九九九)、橋本正博「判批」平成二二年度重要判例解説一四九頁(二〇〇一)、阿部・前掲注(14) 一三頁(同「不作為による従犯(上)」刑法一七卷三・四号六頁(一九七二)の見解を改められた)。

(42) 学説において、このような位置づけをするものとして、例えば、内海・前掲注(16) 一五頁。

(43) 中森喜彦「判批」現刑二九号九七—九八頁(二〇〇一)は、「これまでの裁判例は一致して……正犯者の犯行を阻止することが可能であったのにその作為に出なかつたことを前提として要求しているのである。この点は本判決においても変わりがない」と指摘される。さらに、林・前掲注(18) 三二二頁も参照。

- (44) 島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教五七号九八頁(二〇〇一)以下、島田・広義の共犯と引用する。参照。
- (45) 後述する東京地判平一〇(注(50))、大阪高判平一三(注(52))の他、例えば、東京地判昭四一・六・四判タ一九四号一七三頁(A B C Dのうち、Aが飯場から白米入りの袋を窃取し、Dの足下におき、A B Cはさらに飯場に入り衣類等を窃取した。Dはその間、彼らを守っていたという事案で、Dがその後贓物收受をした事実をも合わせ、Dも窃盗罪の共同正犯とされた)、東京高判昭五五・一・三〇判タ四一六号一七三頁(対立する集団が相互に乱闘したとき、一方の集団の一員が、自らは乱闘に参加せず現場に滞留し状況を傍観していた事案で、暴力行為等処罰法違反等の共謀共同正犯とされた)等。
- (46) 同様の指摘として、たとえば、堀内捷三「不作為犯論」(一九七八・青林書院新社)二四五頁、西田典之「共謀共同正犯について」『平野龍一先生古稀祝賀論文集上』(一九九〇・有斐閣)三六七頁、中山他・前掲注(16)一八七頁(松宮)。
- (47) 共謀共同正犯として起訴され、結論的に不作為による幫助が認められた裁判例として、例えば、前掲注(20)大阪地判昭四四(不動産侵奪罪)、前掲注(20)大阪高判昭六二(殺人罪)。
- (48) 前掲注(22)東京高判平一一の他、例えば、名古屋高判昭二九・一〇・二八裁特一卷一〇号四二七頁、東京高判昭三二・七・二〇高刑集一〇巻八号六三三頁、大阪地判昭四二・三・二八下刑集九卷三三三三頁。
- (49) 私見については、さしあたり、島田聡一郎「正犯・共犯論の基礎理論」(二〇〇二・東大出版会)九三頁以下。
- (50) 東京地判平一〇・五・一四判タ一〇一五号二七九頁。
- (51) 大山弘「松宮孝明「判批」法ゼ五二九号七七頁(一九九九)。
- (52) 前掲注(34)大阪高判平一三。
- (53) 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とのことである。
- (54) 本判決が、Yによる殺害行為制止の可能性に言及している点は、不作為構成に親和的ともいえる。神山・前掲注(41)四七頁は、Xの作為とYの不作為の共謀共同正犯とされている。
- (55) 高橋則夫「不作為による幫助犯の成否」現刑一四号一〇五頁(二〇〇〇)は、判例においては、「作為の場合は当然のことながら、不作為の場合にも、共謀があれば、何らかの作為的なものが看取され共謀による実行という形態に解消」する傾向があると指摘される。本判決にも、そのような傾向が典型的に現れているように思われる。
- (56) 最決平一五・五・一刑集五七巻五号五〇七頁。
- (57) なお、本件のような事案においては、いわゆる練馬事件(最大判昭三三・五・二八刑集一二巻八号一七一八頁)とは異なり、具体的な謀議行為は不要であるとする深澤裁判官の補足意見がある。
- (58) やはり共謀共同正犯を認めた原判決に対して批判的な論文として、村井敏邦「拡大する「共謀」概念についての批判的考察」『激動期の刑法学 能勢弘之先生追悼論文集』(二〇〇三・信山社)三二五頁以下がある。

- (59) メッガーに由来し(Edmund Mezger/Hermann Blei, *Stratfrecht Allgemeiner Teil*, 9. Aufl., 1983, S.76)ノイツの判例が採用してゐるとされる立場である(最近のものとして、BGHNSZ1999, 607)。
- (60) Roxin, *ATBd* II, S.654.
- (61) 例えば、中森喜彦「作為と不作為の区別」『平場安治博士還暦祝賀論文集上』(一九七七・有斐閣) 一三七頁、町野朔「刑法総論講義案一(第二版)」(一九九五・信山社) 一三九頁、山口・探究総論三四頁。林・総論一五四頁は、町野、山口説を批判されるが、本文に述べた限度では同趣旨である(両説の差は、林教授が、作為犯における結果帰属の判断において許された危険の法理により結果回避義務の内容を限定されることから生じるが、それは作為と不作為の区別とは別次元の問題である)。
- (62) 学説においては、「積極的な法益状況に対する悪化」がある場合に作為犯を認める見解も有力(内田文昭『改訂刑法I』(一九八六・青林書院) 一三三頁、大越義久「作為と不作為」阿部純二他編『刑法基本講座二卷』(一九九四・法学書院) 八九頁)である。この見解も作為として結果帰属が肯定される要件を表現したものと理解できるから、結論的には多数説と同じこととなる。
- (63) この点を指摘するものとして、例えば、神山敏雄「作為と不作為の限界」『平場安治博士還暦祝賀論文集上』(一九七七・有斐閣) 一一〇頁。
- (64) Z.B.Erich Samson, *Begehung und Unterlassung, Festschrift für Hans Welzel*, 1974, S.589ff.; Ulrich Sieber, *Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“ Gesprächslehre*, JZ1983, S.434; Kristian Stoffers, *Die Formel vom „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen*, 1992, S. 107ff.; Joerg Brannsen, *Tun oder Unterlassen*, GA2002, S.206 (以下「ブラムゼン」は、ドイツにおける通説である未遂犯における抽象的危険説を前提とした上で、不能未遂においても作為と不作為の区別を可能とする基準の提示を試みている。しかし、不能未遂を不可罰とし、未遂犯を結果犯と理解する見解が多数説をしめるわが国においては、未遂の場合にも、作為犯の結果帰属原理により未遂結果が帰属される場合に作為未遂犯の成立を認めればよいだけのことであり、このような修正を施す必要はないだろう)。
- (65) 例えば、司波実「判批」『刑事判例評釈集第一巻』(一九三二) 一一二八頁以下(不作為による詐欺補助を認めた前掲注(26) ①大判昭三について、作為による補助とすべきとされる)、宮澤浩一「不作為による傷害」法学研究三二巻一〇号六七頁(一九五九)(愚連隊の首領に、不作為による傷害補助を認めた前掲注(26) ⑥東京地判昭三四について、作為による傷害の共同正犯とすべきだったとされる)、神山・共犯論四九〇頁(前掲注(26) ⑨大阪高判昭六二につき、「殺人罪につき作為による関与を立証すべきものを、それが立証できないため安易に作為義務を認めて不真正不作為による犯罪構成をした」とされる)、大山・松宮・前掲注(51) 七七頁(殺人のおそらく作為による)共謀共同正犯を認めた前掲注(50)東京地判平一〇に対し、不作為として、作為義務も否定すべきだったとされる)。山中・前掲論文注(16) 三三六頁(大阪高判昭六二につき、作為により補助を認めることができたとされる)。
- (66) この二つの判例以前のこの問題に関する重要な判例として、強盗の現場において何もせずただ立っており、むしろ被害者のために振る舞おうとした者を、決意の強化による心理的補助として処罰したBGHMDR1967, 173がある。

- (67) 同年には、さらに住居居住者の、住居内で行われた他人の犯罪行為阻止義務を原則として否定した判例として著名な BGHS30, 391 も登場している。この判決は、不作為による誘拐、強姦、危険な傷害幫助を認めた原判決を、保障人的地位を否定して破棄したが、その一方で、被告人の行為について、作為による幫助の可能性が残るとして差し戻している点にも注意を要する。被告人が「被害者の両親に対してはしばらく時間があったから告げる」といったことや、家の掃除をしたことが、被告人が被害者の運命をどうでもよい付随的なことだと見ているという印象を正犯者に与え、そのことよって正犯者の安心感を高め、それが作為による幫助行為となる可能性も否定できないから、さらなる審査をせよとすべきである。
- (68) BGHStV1982, 516. すべに、神山・共犯論四五頁にも紹介されている。
- (69) BGHStV1982, 517.
- (70) Z.B.NK(Seelmann) §13Rn28; Sieber, a.a.O.(Anm.64), S.437.
- (71) Z.B.Brannsen, a.a.O.(Anm.64), S.211; Aristoteles Charalambakis, Zur Problematik der psychischen Beihilfe, Festschrift für Claus Roxin, 2001, S.637; Otfried Ranft, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, JZ1987, S.861; Claus Roxin, Was ist Beihilfe?, Festschrift für Koichi Miyazawa, 1995, S.507; ders., ATBd II, SS. 201-202; Han-Joachim Rudolph, Anmerkung zu BGH 2StR201/82v.17, 5.1982 und 3StR393/81v.10.2.1982, StV1982, S. 518; Kristian Stoffers, Streitige Fälle der psychischen Beihilfe im Strafrecht, Jurat1993, S. 11ff.
- (72) BGHNSZ1993,233. 類似の事案を、この判例を踏襲するものとして、BGHNSZ1998,517.
- (73) BGHNSZ1993,385.
- (74) BGHNSZ1995,490.
- (75) 本稿が取り上げなかったドイツの判例については、Anja Pheps, Psychische Beihilfe durch Stärkung des Talentenschulusses, 1997, S. 108ff. をご参照。同書出版後に出されたこの問題に関する連邦通常裁判所の判例として、BGHNSZ1996, 240; BGHNSZ1996, 563; BGHNSZ1998, 362; BGHNSZ1999, 609
- (76) 西田・前掲注(46) 三六七頁。
- (77) Vgl., Karl Engisch, Tun und Unterlassen, Festschrift für Wilhelm Gallas, 1973, S.172.
- (78) もともと、前者は後述するように ii の作爲犯としての因果性が欠けるので、作爲共犯の構成要件該当性は否定される。
- (79) Roxin, ATBd II, S.658 はこれを作爲とするが、彼の基準をそのまま当てはめた場合、厳密には本文中に述べるようにならう。
- (80) BGH, DAR81, 226.
- (81) 前掲注(26) ④高松高判昭二八。
- (82) 神山・共犯論四七二頁は、この点を作爲による幫助行為にとらえられる。
- (83) 例えば、山口・探求総論二六一頁。これに対し、町野朔「惹起説の整備・点検」『内藤謙先生古稀祝賀論文集』（一九九四・有斐閣）一三一

頁は、行為者が、他の行為者が自分に「支持を与えていることを認識することによって」勇気づけられた場合にのみ心理的因果性を肯定される。後述のように、作為による共犯のみを念頭に置く限り、この定義の方が適切である。しかし、不作為による共犯をも視野に入れた場合には、この定義ではやや狭すぎるように思われる。

(84) Roxin, aa.O. (Ann. 71), S. 507; ders., ATBd II, SS.200-201.

(85) Charalambakis, aa.O. (Ann. 71), S.638.

(86) Roxin, ATBd II, S.658. *cf.* 前注の批判の対象とされてゐる aa.O. (Ann. 71), S.507 においては、この点はそれほど明確でない。

(87) 島田・広義の共犯八五頁以下。

(88) 場所、状況等が限定された不救助罪としては、例えば、道交法七二条が、犯罪不告知罪としては、例えば、爆発物取締罰則八条がある。

(89) 関与者の関与行為が、それ自体として犯罪の場合に必ずしも限定されるわけではない。詳しくは、島田・広義の共犯八八頁以下参照。

(90) Vgl. Jakobs, AT, S.698.

(91) その具体的内容については、島田・広義の共犯九六頁以下参照。

(92) 保障人的地位が認められる要件とその内容については、第四章において詳論する。

(93) こうした事案において、保障人が前述した発言のような作為を行っている場合、その行為が作為か不作為かが問題となりうる。しかし、作為と不作為とが条文上区別されず、ドイツ刑法典のような不真正不作為犯の減輕規定も存在しないわが国においては、保障人の行為である限り、法律効果にも差は生じないから、こうした場合には、区別の必要はなく、いずれと考えるかまわぬように思われる。

(94) 後述するように、それは夫が、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、自宅内で被害者の保護を引き受けていたことよって肯定される。

(95) 前掲注 (20) 大阪高判昭六二。山中・前掲論文注 (16) 三三六頁は、X の行為を作為とされる。

(96) 前掲注 (26) ⑦高松高判昭四〇。中・諸問題三九六頁は、日本刀不法所持についても作為と構成できたとされる。

(97) 例えば、前掲注 (50) 東京地判平一〇、前掲注 (24) 大阪高判平一三。

(98) さしあたり、島田・前掲注 (49) 九八頁参照。

(99) もっとも、この場合、両罪の関係をどのように理解すべきかについては、後述するように、議論がありうるところである。

(100) 島田・不作為犯一一六頁。さらに、井田良「不真正不作為犯」現刑三号八九頁(一九九九)も参照。

(101) これは、ある特定の作為義務の履行の方が、ある特定の行為の不作為よりも、行為者に課す物理的負担が常に大きいという趣旨ではない。場合によっては、前者より後者の方がより多くのエネルギーを必要とすることもあるだろう。本文中で述べたのはそのようなことではなく、より一般的、類型的な話である。

(102) 内田文昭『刑法概要(中)』(一九九九・青林書院)五〇八頁以下、同「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川三四卷三三六頁以下(二〇〇一)は、両判決ともそのような立場を採用していると理解され、その論理を批判された上で、いずれの事案においても帮助者に作為義

務を肯定できたと評価される。

- (103) 前掲注（9）前橋地高崎支判昭四六。
- (104) 注（102）を参照。
- (105) 内田・前掲注（102）六三頁は、同判決が運転行為は作為ではあるが「それ自体刑法上重要ではな」と評価したと理解される。しかし、同判決は、それが幫助行為としても意味を持たないとは述べていないように思われる。
- (106) 神山・共犯論六一三頁参照。
- (107) 前掲注（9）名古屋地判平九。
- (108) 林幹人「判批」判評四七五号五四頁（一九九八）。
- (109) 神山敏雄「判批」現刑五号七七頁（一九九九）参照。
- (110) 林・前掲注（108）二五〇頁。
- (111) Roxin, Täterschaft, S.485ff.
- (112) A.a.O., S.486.
- (113) もっとも、この結論に反対する論者もいないわけではない。例えば、ヤコブスは、「誰も、他人が自己の組織領域内にある物を利用しようとしているというだけの理由によって、自己の組織領域から救助的な出力が生じるように配慮しなければならないということはないし、また、そこから生じる社会的に相当な出力を阻止する義務もない」（Jakobs, AT, S.803）として、事例②についても「一般不救助罪しか成立しないとす」（Wolfgang Frisch, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S.260）。この見解の問題点については、島田・広義の共犯五七頁以下参照。
- (114) Schönke/Schröder § 13Rn54 (Stree), 内田・前掲論（102）一五頁以下参照。なお、事例①におけるXの保障人的地位の存否についての私見は、第四章で述べらる。
- (115) 中・諸問題三五二頁、内海・前掲注（16）六頁。さらに、神山・共犯論一六四頁は、「罪刑法定主義の大原則に反する」といわれる。
- (116) Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 11. Aufl., § 23Rn212 (Claus Roxin)。
- (117) 中・諸問題三五二―三五三頁は、「この事実でロクシンがXに幫助を認めるのは「ロクシンも無自覚のうちに——結果回避義務ではないが——なお犯罪通告義務のあることを前提とするものである」といわねばならない」とされるが、的を射た指摘と思われる。
- (118) Z.B.Klaus Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, S.176ff.; Herzberg, a.a.O. (Ann.17), S.280; Klaus-Hennig Busse, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikte, 1974, S.99ff.
- (119) 島田・不作為犯一七頁。これに対し、井田・前掲注（14）一〇一頁は、排他的支配のみならず、保障人的地位それ自体が正犯メルクマールだとされる。不作為による関与を原則として正犯とされる井田教授の立場からはその通りであるが、保障人的地位ある者の不作為による作犯への関与を原則として幫助とする通説の立場からはそのようにはいえないうように思われる。

- (20) Kaufmann, Dogmatik, S.66; Welzel, StrafrR, S.212f.
- (21) ただし、カウフマンは「窃盗を阻止しない不作為者に領得意思が欠ける場合について、器物損壊罪や背任罪の構成要件解釈によって対処する可能性をまねついても、窃盗補助として処罰することや否定はしていないことに注意を要する」(Kaufmann, Dogmatik, SS.299-300)。
- (22) Kaufmann, Dogmatik, S.295; Welzel, StrafrR, S.222. 目的的行為論を必ずしも前提としない論者でも「この見解に基本的に従うものも有力である。そのした見解については、<sup>20</sup>を検討する」。
- (23) Grünwald, aa.O. (Anm.11), SS.111-112.
- (24) Grünwald, aa.O. が執筆されたのが一九五九年であり、当時「不作為犯の立法問題が喫緊の課題とされていたことを考えると、その時点においては、このような主張も一定の意義があったと思われる。なお、目的的行為論による不作為犯の理解が一九七五年改正に及ぼした影響については、すでに、堀内・前掲注(46)一一八頁以下に詳細な研究がある」。
- (25) Roxin, Täterschaft, SS.493-494. *カウフマン*、平山・前掲注(17)(1)・定二〇五七頁も参照。
- (26) *すべつ*、合法的条件公式を唱えたるエンギッシュの人が、不作為の因果性を肯定していた。Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S.29ff. 不作為の因果性をめぐる議論に関するわが国の多数説の到達点を示すものとして、山口他・前掲書注(37)第二講「不真正不作為犯」II 4(高山佳奈子)参照。不作為の因果性を否定する見解(例えば、松宮孝明「不真正不作為犯について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』(一九九八・成文堂)一七四頁)に対する批判も同書を参照。
- (27) Roxin, Täterschaft, S.459ff.; ders., ATBd II, S.671f. 同趣旨の見解は「*すべつ*」z.B., Günter Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2000, S.402f.; Systematischer Kommentar zum StGB, 7. Aufl., 2000, Vor § 13Rn36ff.(Hans-Joachim Rudolph); Rene Bloy, Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S.214ff.
- (28) 島田聡一郎「*すわめる*の故意および道具の理論について(一)」立教六〇号六八頁以下(二〇〇二)。
- (29) Roxin, ATBd II, SS.640-641.
- (30) *もじ*、ロクシンがこうした場合に補助を認める理由づけのニュアンスには若干の変化が見られる。Täterschaft, S.483においては、「不作為者は、行為支配を有する作業者が介入する場合には、常に二義的立場におかれる。つまり、義務犯の正犯としての立場と支配犯の補助としての立場である」とし、通常は、犯罪競合に関する一般的な原則に則り、前者が成立するが、それが他の構成要件要素の欠如のために成立しない場合には後者が現れるとしていた。しかし、ATBd II, S.672. においては、「狭義の共犯全体の特徴をなしている、補助者の従属的な法益侵害は、共犯者が正犯者を通じて結果に作用するという形で行われる。しかし、まさに正犯者に働きかけず、それとは独立に不作為構成要件を満たす不作為者には、そうした要素が欠けている」として、「このように限定された範囲で認められる、不作為による補助と、通常の作為による補助との異質性が強調されている。そして、カウフマンらの見解に対する評価もより好意的になっている」。
- (31) Kaufmann, Dogmatik, S.296.
- (32) Grünwald, aa.O. (Anm.11), SS.116-119. 正確に言うべし、トリュンバルトがこの論文を執筆した当時には、現在のドイツ刑法二二条は存在



しなかったが、不能未遂に関する主観説が判例、通説であった点では同じであるので、本文中のように記した。

- (33) Kaufmann, Dogmatik, SS.296-297; Roxin, ATBd II, S.676.
- (34) 中山他・前掲注(16)一八九頁(松宮)。
- (35) 判例、学説の状況に関しては、佐伯仁志「不能犯」西田典之・山口厚編『刑法の争点(第三版)』(二〇〇〇・有斐閣)九〇頁。
- (36) Galas, aa.O.(Anm.16), S.687; ders., Zur Revision des §330c StGB, JZ1952, S.396.
- (37) 島田・前掲書注(49)六三頁参照。
- (38) 松生・前掲注(9)一五八頁。
- (39) Herzberg, aa.O.(Anm.17), S.259.
- (40) Friedrich-Christian Schroeder, Der Täter hinter dem Täter, 1965, S.105.
- (41) Roxin, ATBd II, S.762ff.
- (42) ゼンツェン・プロントゥン等の見解に反対して、z.B. Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 16. Aufl., 1972, Vor47Rn112; Herzberg, aa.O.(Anm.17), S.260; Arzt, aa.O.(Anm.18), S.558. わが国では、例えば、神山・共犯論一六三頁、中山他・前掲書注(16)一九〇頁(松宮)、平山・前掲論文注(17)四九七頁、内海・前掲論文注(16)五一六頁。
- (43) Vgl. Roxin, Täterschaft, S.508.
- (44) Jürgen Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S.280ff.
- (45) Roxin, Täterschaft, S.503.
- (46) 松生・前掲注(9)一五八頁も参照。
- (47) Roxin, Täterschaft, SS.502-503.
- (48) Roxin, aa.O, S.503.
- (49) Jakobs, AT, S.213ff, S.782; ders., Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S.1ff.
- (50) Jakobs, AT, S.845ff. ここで、ヤコブスが認めている間接正犯、共同正犯の成立範囲と、ロクシンが認めているそれとの間には、若干の差がある。しかし、これは行為支配説という枠組みを前提とした上での、いわば各論的な差違にとどまる。
- (51) 例外は、領得罪において、不作為者に不法領得の意思が認められない場合など、特殊な構成要件要素が要求されている構成要件において、不作為者にそうした要素が欠ける場合である。なお、ヤコブスは、ロクシンが狭義の共犯を認めていた狭義の共犯行為を阻止する義務があるにすぎない場合にも、正犯を認めている。Jakobs, AT, S.849.
- (52) 注(17)参照。
- (53) Jakobs, AT, S.845. なお、平山・前掲論文注(17)二〇七〇頁は、前者のような場合には、「関与者かもはや何の管轄も有していない」とし、不作為による幫助の成立すら否定される。確かに、このような場合に保障人的地位を認めるべきか否かは、なお検討を要する問題である。

しかし、ヤコプス自身は、前者のような場合に常に作為義務を否定するわけではなく、不作為による幫助が成立する余地を残している (Vgl. ders., Akzessorität, zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA1996, S.264)。

- (14) 中山他前掲書注(16) 一九〇頁(松宮)・平山・前掲論文注(17) 二〇六頁。この点は、すでに義務二分説においても意識されていた。Schönke/Schröder, Vor § 25Rn109 (Cramer/Heine)。
- (15) Jakobs, AT, S.849, 平山・前掲論文注(17) 五〇六頁、五〇八頁も参照。
- (16) 島田聡一郎「いわゆる故意ある道具の理論について」(二)立教六〇号八六頁以下(二〇〇二)。
- (17) すでに、中山他・前掲書注(16) 一八九—一九〇頁(松宮)、平山幹子「不真正不作為犯について」(二)立命二六四号一四〇頁以下、山口厚「プロバイダーの刑事責任」曹時五二巻四号八頁(二〇〇〇)。
- (18) 松宮孝明『刑法総論講義(第二版)』(一九九九年・成文堂) 八三頁、同『刑事立法と犯罪体系』(二〇〇三年・成文堂) 一〇〇—一〇二頁。
- (19) 平山・前掲論文注(17) 二〇七頁。
- (20) 平山・前掲論文注(17) 二〇八九頁。
- (21) 中山他・前掲書注(16) 一九〇頁(松宮)。
- (22) こうした問題意識から、正犯・共犯体系と統一的正犯体系との相違について比較法的考察を行った文献として、高橋則夫『共犯体系と共犯理論』(一九八八年・成文堂)がある。
- (23) しかし、そのように考えたとしても、被害者と行為者との関係においては、正犯性の観点から何らかの限定が必要ではないかはお問題となる。もともと、この点については、被害者の同意の有効要件等において、実質的には正犯性をめぐる議論を盛り込むことよって対応することも可能であるが。
- (24) 例えば、オーストリア刑法二二条参照。
- (25) Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2.Aufl., 1923, S.388. マイヤーは、続けて「ある行為のために特別の法律上の構成要件が見いだされる場合には、その行為は、もはや狭義の共犯ではなくなる。例えば、売春仲介は他人の売春を援助する行為であるが共犯ではない」としている。
- (26) また、同罪が通常の逃走援助罪よりも法定刑が重いのは、職務犯罪として公務の適正な執行に対する国民の信頼をも侵害するため、不法内容がより重大であることに鑑みたものであろう。西田典之『刑法各論(第二版)』(二〇〇二年・弘文堂) 四四三頁。
- (27) いわば刑法八条の「特別の規定」に類似したものと考えるのである。もともと、同条は、その文理からすると、刑法典中の犯罪類型には適用がないようにもみえる。しかし、共犯規定に関しては、すでに、例えば集合犯等の必要の共犯においては、総則の共犯規定が適用されないという解釈がなされるなど、実質的には、特別の規定の存在を認めるのと同様の解釈がなされている。そして、本文中に述べたように、正犯と共犯とを区別することが立法政策の問題である以上、そのような解釈は十分可能であるように思われる。
- (28) 島田・不作為犯一一五頁。このように考えれば、海で子供が溺れており、それを父親が放置した場合に、父親の他に救助可能な者が複数い

たとしても、父親には保護責任者不保護罪は成立することになる。そして、このように解すれば、いわゆる排他的支配説に対して向けられている、周辺の状況の相違によって「子はおよそ刑法的保護を受けられないとするこの帰結は不当」(塩見淳「不作為犯論」西田典之・山口厚編『刑法の争点(第三版)』(二〇〇〇・有斐閣)一九頁。同趣旨の批判として、例えば、中森喜彦「保障人説——その推移と意義」現刑四一号六頁(二〇〇一)、山口他・前掲書注(37)第二講III(高山)という批判をまきけることができる。

(169) 山口厚『問題探究刑法各論』(一九九九・有斐閣)三〇頁。

(170) 林・各論四九一五〇頁。

(171) この点は、従来、二一七条と二一八条との整合的な解釈の観点から議論されてきた。不作為の遺棄を基礎づける作為義務と保護責任とは異なるとする見解として、例えば、平野龍一「刑法各論の諸問題」法セ一九九号七五—七六頁(一九七二)、同「単純遺棄と保護責任者遺棄」警研五七巻五号八頁(一九八六)、堀内・前掲書注(46)二六二頁、曾根威彦「遺棄罪」芝原邦爾他編『刑法理論の現代的展開』各論(一九九六・日本評論社)三〇頁、林・各論五一頁、林美月子「保護責任の発生根拠」西田典之・山口厚編『刑法の争点(第三版)』(二〇〇〇・有斐閣)一三六頁、山口・探究各論二九頁以下等。

(172) この様に解すると、これまで判例・通説が保護責任者遺棄罪を認めてきた事案の一部、特に、いわゆる先行行為が保護責任の発生根拠とされた事案において、作為義務は肯定されるが、保護責任は否定される可能性がある。しかし、そうした場合の多くは不作為による単純遺棄(致死傷)や不作為による傷害(致死)を認めることができるから、処罰の間隙はさほど生じないように思われる。なお、これまで不作為による傷害(致死)罪の単独正犯を認めた裁判例はなかったが、それは、そうした事案を保護責任者遺棄(致死傷)罪が、いわば吸収してしまっていたからではないかと推察される。しかし、その成立可能性を否定する理論的根拠はないだろう。

(173) このような解釈に対し、松宮教授は、ナーグラーをはじめとするドイツの保障人説が、ドイツ刑法において通常の遺棄と保護責任者の不保護が同じ条文に同じ法定刑で規定されていたことを根拠として展開されたことを指摘されて、「保障人とは、まさに「保護責任者」を一般化したものなのである。ゆえに、「保護責任」と区別された「保障人的義務」ないし「真正不作為犯の「作為義務」はありえないはず」(松宮孝明「書評 山口厚『問題探究刑法各論』現刑三七号九二頁(二〇〇〇)といわれる。しかし、ナーグラーの見解と異なることが、本文中の見解に対する十分な批判となると思われぬ。わが国の二一七条、二一八条の解釈として、本文中のような見解が成り立ちうる以上、現在のわが国における「保障人説」「保護責任者」の概念が、その概念の当初の意味とは異なる意味となったとしても、そのこと自体はなら問題ではないからである。「現在の構成要件論がベリンングの主張したものと異なっていると、それだけで構成要件論という名称が不当なものとなるわけではない」との佐伯教授の指摘は(山口厚他『理論刑法学の最前線』(二〇〇一・岩波書店)二八頁(佐伯仁志)、ここでも当てはまるように思われる。

(174) 現に、松宮教授自身も、「この手の犯罪は全部義務犯だとはいいませんが」といわれているのである。川端「松宮・前掲対談注」(23)二六頁。

(175) Vgl. Schroeder, aa.O. (Anm.140), SS.143-144.

- (176) 詳しくは、島田・前掲論文注(156)六七頁以下参照。
- (177) 詳しくは、島田・前掲書注(49)六二頁以下参照。
- (178) 注(157)参照。
- (179) 島田・前掲書注(49)二六三頁。
- (180) 島田・不作為犯一一五頁、山口厚「共犯論の現状と課題」法教二六六号三九頁(二〇〇二)。
- (181) 前田・総論一三九頁。
- (182) この様な見解に対しては、「行為後に他人の行為が介在しなければ結果が発生しない場合にまで「排他的支配」があることは用語上無理」との批判がなされている(山口他・前掲書注(37)第二講III二(高山))。しかし、それは私の見解に対する実質的な批判ではなく、単なる呼称の問題にすぎないように思われる。また、排他的支配説からは、「海で子供が溺れており、父親の他に救助可能な者が複数いた場合に、父親が無罪となり不当である」との批判については、注(168)を参照。
- (183) 前掲注(26)高松高判昭四〇。
- (184) 前掲注(26)札幌高判平一二。
- (185) 前掲注(26)大阪高判昭六二。
- (186) 注(15)、(16)参照。
- (187) 間接正犯の成立要件については、島田・前掲書注(49)二七五頁以下参照。
- (188) もちろん、間接正犯は単独犯であるから、いわゆる構成要件該当行為以外に特殊な犯罪成立要件が要求されている犯罪類型においては、不作為者にそのような構成要件要素が認められない限り、間接正犯は成立しない。
- (189) 注(16)のB-2説である。さらに、林・前掲論文注(18)三二三頁、日高義博「児童虐待と不作為犯」警論五三卷一二号六九頁(二〇〇〇)も参照。
- (190) Klein, a.a.O., (Ann.16), S227も、作業者が立ち去った場合に限って不作為者を正犯とする。もともと、前述のように保護責任者不保護致死罪の正犯は成立しうる。
- (191) 神山・共犯論一八二—一八三頁。同趣旨の見解はすでに宮澤・前掲書注(1)一二五頁にもみられる。
- (192) 山中・前掲論文注(16)三四五頁。
- (193) 神山・共犯論五九四頁。
- (194) 神山敏雄「自殺関与をめぐる正犯と共犯の限界付け」岡法三九卷四号五九〇頁参照(一九九〇)。
- (195) 神山・共犯論一八三頁。もともと、このように考えることが妥当かは一の問題ではある。齊藤(彰)・前掲論文注(12)(二)四一頁参照。この点の検討は、本稿の課題を超えるので別稿に譲る。
- (196) また、実行行為終了後の従犯を認める点で不当だとの批判もなされている(山中・前掲論文注(16)三四五頁)。確かに、私もこのような場

合には従犯を認めるべきではないと考える（島田・前掲書注（49）一〇一—一〇二頁）が、従犯が成立しないことが直ちに正犯の成立根拠とはならないから、この批判はいわば補強証拠的なものにとどまるといえる。

（197） 内海・前掲論文注（16）一一—一三頁。

（198） また、松宮教授も、B—2説に一定の理解を示されながらも「しかし、毒薬の管理者が窃盗犯人の現場からの逃走を助けてやる場合も窃盗の従犯でよいと考えるなら、犯行後の結果不防止も従犯と考えてよいと思われる」（中山他・前掲書注（16）一九一頁（松宮）とされる。しかし、この事案は状態犯である窃盗がすでに既遂に達した段階での関与であり、こうした場合に幫助を認めることにはそもそも疑問がある。

（199） なお、私見からも作為者は既遂の正犯となる（島田・前掲書注（49）三五〇頁）。こうした場合に、作為者と不作為者とはともに単独正犯の成立要件を満たしている。しかし、もし両者に意思疎通がある場合には、両者を共同正犯とすることも差し支えなからう（橋本・前掲論文注（2）一一九頁参照）。もっとも、それは「言葉の問題で、可能ではある」（林・前掲論文注（18）三三三頁参照）というにとどまらう。

（200） Kiewein, a.a.O. (Ann.16), S.227; Gallas, a.a.O. (Ann.16), S.687; Paul Bockelman/Klaus Volk, Strafrecht Allgemeiner Teil.4. Aufl., 1987, S.203.

（201） 林・前掲論文注（18）三二九頁。

（202） 大判大一・二・二五刑集一卷七九頁。

（203） 片面的共同正犯肯定説を詳細に論証した優れた文献として、植田重正「片面的共同正犯」『齊藤金作博士還暦祝賀・現代の共犯理論』（一九六四・有斐閣）二四二頁以下、大越義久『共犯論再考』（一九八九・成文堂）五五頁以下。わが国の学説の状況についても、これらの文献を参照。

（204） もっとも、片面的共同正犯肯定説の有力な論者である山中教授は、作為者の犯行を阻止しない不作為者の罪責について、「不作為者は通常の作為による片面的共同正犯の場合のように、因果的に結果を共同惹起していない」という理由で、片面的共同正犯の成立を否定されている（山中・前掲論文注（16）三五六頁）。

（205） 川端博「刑法総論講義」（一九九五・成文堂）四九四頁、前田・総論三八四頁、亀井源太郎「実務における正犯概念」判タ一一〇四号二七頁（1001）。

（206） 大判昭三・三・九刑集七卷一七二頁。

（207） 大判昭一九・四・三〇刑集三卷八一頁。もっとも、戦時中とはともかく、今日の視点から見ると本件のような事案で会長に保障人的地位を肯定することには疑問がある。神山・共犯論四八〇頁も参照。

（208） 札幌高判平二・三・一六判時一七一—一七〇頁。山中・前掲論文注（16）三五六頁。日高教授も本件を片面的幫助と位置づけられる。なお、教授は、作為共犯の成立には意思連絡を不可欠の要件とする共同意思主体説を採用されているが、不作為による共犯にはそれを不要とされて、この事案では幫助を認められている（日高・前掲論文注（18）七三頁）。

（209） 高橋・前掲論文注（55）一〇五頁参照。

（210） 日高・前掲論文注（18）六八頁の設例である。日高教授は、この事案に関し「共謀共同正犯を是認する立場にあつては、作為と不作為の共

同正犯を認めることは容易」といわれる。しかし、共謀共同正犯を認める立場からは、Xはむしろ作為による共同正犯となりうる。この点に関しては、共謀共同正犯肯定説からは「作為と不作為の共同正犯を問題とすることなく」共同正犯を認めることができるとされる山中教授の評価(山中・前掲論文注(16)三五五頁)の方が妥当なように思われる。

(21) 島田・前掲書注(49)九八頁。

(22) 内藤・総論下II一四四五頁。同趣旨の見解として、例えば、宮澤・前掲書注(一)一二四頁、植田・前掲書注(10)一八七頁、内田・概要(中)五〇六頁、橋本・前掲論文注(2)一一八頁。

(23) 齊藤彰子「判批」西田典之・山口厚編『刑法判例百選総論(第五版)』(二〇〇三・有斐閣)一六七頁。

(24) 齊藤助教授がここでいわれる「正犯」が、共同正犯か、単独正犯かは必ずしも明らかでない。実行者との「同等」性に言及されていることからすると、前者とも思われる。しかしそうだとすると、本件において意思疎通が認められるかが問題となりそうである。不作為者同士の共同正犯に関し、意思疎通を要件とされる齊藤助教授の立場(齊藤彰子・前掲論文注(12)(二・完)四五頁)からは、作為者と不作為者に意思疎通が必要と解するのが自然である。齊藤助教授が、札幌高判の事案のような類型では、何らかの理由に基づいて意思疎通を不要とされているのか(日高・前掲論文注(189)七三頁も参照)、それとも、この事案においては意思疎通が認められると理解されているのか、はたまた「同等」であることが単独正犯を基礎づけると理解されているのか、これらの点はなお明らかでなく、齊藤説のさらなる展開が期待される。

(25) 齊藤彰子・前掲評釈注(23)一六七頁。

(26) なお、このように考えることと、不作為の因果関係が「救助行為を行っていたら」という作為犯と裏返された基準で認定されることは矛盾するものではない。というのは、因果関係の判断においては、不作為者自身に結果を帰属することができるかが問題とされているにすぎず、それは不作為者自身に関する、いわば絶対的な問題である。そうだとすると、その存否を不作為の特性に応じた基準で判断することに問題は無い。しかし、共同正犯と補助の区別は、複数人の分担した役割を対比した相対的な評価である。そのような場合には、本文中で述べたように、対比の前提として、その対象を同じ基準で選別することが必要となると言へべきであろう。

(27) 林・前掲論文(注18)三二九頁。vgl. Eberhard Schmidhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Aufl., 1975, S.705.

(28) 内田・前掲論文(注10)八四頁も、原則補助説を支持されながらも、不作為にでた保障人の「強さ」具体的には犯罪阻止、結果回避の容易性の程度を考慮して共同正犯が成立する余地を認められる。これは、作為による(単独あるいは共同)正犯の成立要件として、結果発生(蓋然性の高さを要求される内田教授の立場をちよと裏返したものであり、一貫した見解である。もつとも、私はこうした内田教授の前提に必ずしも賛成してはいない(島田・前掲書注(49)六五頁)。

(29) Jakobs, AT, SS.845-846; わが国(ドイツ)を支持するSは、Motoko Toyota, *Beteiligung bei Unterlassungsdelikten*, *Krisumeikan Law Review* 2002, S.43.

(20) ドイツの連邦通常裁判所には、このような事案で、不作為者の正犯意思を根拠として、不作為による故殺の共同正犯を認めた判例がある(BGHStV1986, S.59)。もちろん、BGHNSZ1992, S.31は、やはり類似の事案で、不作為者の内心の態度を精査し、共同正犯を認めたLGの

判断を破棄している。

(21) Torota, a.a.O. (Ann.219), S.43.

(22) これを欠いた場合には教唆となる余地がある。もっとも、不作為による教唆の成立可能性については、議論がある。

\* 校正段階で山中敬一「銃砲刀剣所持等取締法違反（けん銃等所持）の共謀共同正犯の成否」関法五三卷三号六六四頁（二〇〇三）に接した。同論文は本決定に対し私とは異なる評価をしているが、その当否については、別稿による検討に譲らざるを得ない。