

## 不真正不作為犯における正犯と共犯

内田文昭

## 目次

- 一 問題提起
- 二 非保障人の不作為による共犯の可能性
- 三 作為犯に対する保障人の不作為による正犯の可能性
- 四 保障人同士の不作為による正犯と共犯の可能性
- 五 関連問題―不作為による間接正犯・教唆犯の可能性
- 六 結論

## 一 問題提起

1 一 不真正不作為犯は、周知のように、そして、後程確認するように、保障人のみがこれを実現しうる。非保障人

は、これを犯しえない。この意味において、不真正不作為犯は、真正身分犯である。<sup>(1)</sup>

不真正不作為犯が真正身分犯であるとするならば、保障人の不作為に不作為で加担した非保障人も、刑法六五条一項の適用により、不真正不作為犯の共犯たりうることになる。<sup>(2)</sup>「身分犯（不真正不作為犯）」に加功したときは、「身分のない者（非保障人）」であつても、共犯たりえないではないからである。わたくしはかつて、このように考え<sup>(3)</sup>た。同様の理解もな<sup>(4)</sup>はなかつた。

しかし、このような理解は、「形式的」にすぎて妥当でないと考えるようになり、わたくしは、やがて見解を改めた。不真正不作為犯においては、刑法の禁止・命令は、専ら「保障人」に対して向けられるにすぎず、「非保障人」は、いかなる意味においても刑法規範の受範者たりえないと考えたからである。<sup>(5)</sup>本稿が、このような見解を保持・促進させようとするものであることは、いうまでもないところである。

ところが、ロクシンは、非保障人も、不作為により、不真正不作為犯の共犯（幫助犯）たりえないではないと主張する。しかも、ロクシンは、不作為の実体に照らし、「積極的な犯行促進」としての「不作為の共犯」を肯定しよう<sup>(6)</sup>というのである。これは、重大な提言であるといわなければならない。

尤も、ドイツ刑法新総則二八条一項は、「行為者の可罰性を基礎づける人的特性が共犯（教唆犯・幫助犯）に欠けるときは、その刑罰は四九条一項により減輕される」というもので、わが刑法六五条一項のように、身分犯に加功した非身分者も共犯たりうるということを直接規定したのではないから、ロクシンが、形式的な非保障人の共犯可能性を掲げなかつた<sup>(7)</sup>には、ある意味では当然であるともいえようが、やはり重大な問題提起であることには変わりがないといわなければならない。

はたして、いかに考えるべきであろうか。本稿の出発点との関連においても、改めて検討する必要があるように思

われる。本稿の第一の課題とすることにしよう。

二 不真正不作為犯は、保障人のみがこれを実現しうるといっても、当の保障人の「不作為」は、法益侵害に関しては、決して主導的なものではない。当該法益を危険に曝した自然・動物・第三者が、むしろ主導的な「力」をもつものである。たとえば、幼児が溺れるのは、海・河・池などがあるからであって、決して母親が居合わせたからではないのである。救助に出ない母親は、幼児の生命を侵害するのではないし、侵害に加功するものでもないといわなければならない。<sup>(8)</sup> まさに、「自然」が正犯的な存在であって、母親は、「救助しない」だけの幫助犯存在であるというべきである。

しかし、法は、母親を「保障人」とすることにより、殺人行為者と「同格」に置こうとしたし、多くの人はこれに賛成した。法益滅失の「責任」を負うべき人間は、他に人がいない状況では、この母親以外に存在しないからである。ガルラスの言葉を借りれば、幼児の「命運」は彼女の掌中に握られた<sup>(9)</sup>のであり、F・クリスチャン・シユレーダーの言葉を借りれば彼女が自然に対抗する唯一の「人間的代表」なのである。<sup>(10)</sup>

尤も、このような場合であっても、保障人たる母親の不作為は、「殺人幫助罪」の罪責を負えば足りると考えることは、決して不可能ではないであろう。リューデルツセンが指摘するように、「正犯なき共犯」を認めることは、必ずしも不可能ではないのである。<sup>(11)</sup> しかし、この問題に深入りすることは、本稿の枠を超える。

このような理解の下では、すでに第三者の「作為」による法益侵害が開始されていた場合などでは、保障人の「不作為」による加功は正犯性を基礎づけないのが普通であるといわなければならない。ここでは、「主たる責任」は誰が負うべきかが問題となり、法が、「作為」に出た行為者にこれを求めるのは、至極自然の事理に属することになるのである。けだし、「作為」は、「不作為」を凌駕する「力」を有するからである。<sup>(12)</sup>

この点は、作為に出た者が保障人であったとしても、全く異なる。父親が幼児を毒殺しようとしているのを目撃した母親が、犯行を阻止しようとしなかったような場合は、父親が作為の殺人犯（正犯）であり、母親は、不作為の殺人幫助犯にすぎないのである。

周知のように、判例では、「不作為による幫助犯」の成立を認めるのが、伝統的な態度となっているが、その大部分は、「作為の正犯」を前提とする「保障人の不作為」が問題となる場合なのである。<sup>(13)</sup> 学説でも、保障人の不作為は幫助犯を成立させるのが原則である、とするものが多い。<sup>(14)</sup> わたくしも、基本的にはこの考え方に立ってきたわけである。<sup>(15)</sup>

しかし、これに対しても、強い反対がある。保障人の不作為は、「不作為者」すなわち「正犯」たりうるのみであるとするアルミン・カウフマン<sup>(16)</sup>・ヴェルツェルの見解や、不真正不作為犯は「義務犯」であるから、義務違反は原則として「正犯性」を基礎づけるとするロクシンの見解<sup>(17)</sup>などを挙示しうるであろう。しかし、このような形式的な考え方をどこまで一貫しうるかに疑問があるばかりでなしに、その基本的な発想にも問題があるといわざるをえない。後に、改めて確認したい。

だがしかし、「原則として」幫助犯であるというのは、「例外として」は正犯たりうる場合があることを認めるからにはかならない。<sup>(18)</sup> 判例中にも、作為犯に対する「保障人の不作為」による加功につき、「正犯性」を肯定するものがないわけではない。

保障人の不作為は、すべて正犯なのか、原則として正犯なのか、例外はいかなる場合なのか。これは、改めて検討しなければならない問題である。本稿の第二の課題とすることにしよう。

三 以上のように眺めてくるならば、ある保障人の不作為による共犯・正犯と、他の保障人の不作為による共犯・

正犯の可能性も、当然に問題となるであろう。この問題は、第二課題において、不作為の加功は原則として幫助犯であるとする立場が、「例外」を考えるに当たって、考慮してしかるべき論点であった筈であるが、これまでは、十分に議論が尽くされていなかったといわなければならない。

しかしながら、不作為は、法益侵害に向けた「力」の注入を欠くだけで、決して「無」ではないのである。不作為として「存在」するのである。そうだとするならば、保障人的地位の「性質」・「内容」の相違や結果防止の「難易度」などは、当該不作為の法的意味の相違をもたらすことがあってしかるべきではあるまいか。わたくしは、P・クラマー、ゲッセル、ランフトに示唆を受けて、このように考えたことであるし、<sup>(19)</sup>同様の理解を示すものと解される判例もみられるのである。<sup>(20)</sup>今すこし考えを進めて、「保障人の不作為による正犯」と「保障人の不作為による共犯」の関係を明確にしなければならない。これが、本稿の第三の課題である。

(1) H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11 Aufl. 1969, S. 208; H. H. Jeschek, Lehrbuch des Strafrechts, Allg. T. 4 Aufl. 1988, S. 561; Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht, Allg. T. II, 7 Aufl. 1989, S. 190; G. Jakobs, Strafrecht, Allg. T. 2 Aufl. 1993, S. 781.

(2) 保障人の不作為に、非保障人が「作為」によって加担したときは、別問題である。「作為」による法益侵害は、保障人・非保障人の区別を問わず、なにびとについてもこれが「禁止」されているのであるから(後出、二・一注(2)(3))、非保障人といえども、「作為」による加担に限り、作為犯としての評価を受けざるをえないのである。すなわち、この場合には、「身分犯」に対する「非身分者の加担」の問題は生じえないわけである。刑法六五条一項の問題が生じないのは、当然である。この意味において、「不真正不作為犯」は、きわめて特殊な身分犯といわざるをえないであろう。

平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭五〇)三九六頁は、保障人的地位を、その存在が構成要件該当性を基礎づけるための要件にすぎず、特別の「身分犯」を構成する要件ではないとすることにより、刑法六五条一項の適用を否定される。保障人的地位は、「違法」・「有責」に直接影響を与えない「構成要件要素」にすぎないから、「違法連帯」・「責任個別」を前提とする六五条とはかわりをも

たないと解しておられるものと思われる。しかし、構成要件は違法類型・有責類型と無関係ではないから、保障人的地位は、およそ刑法六五条とはかわりをもたないと考えることはできないであろう。むしろ、非保障人の「作為」による加担は、実質的には「身分犯」の問題を生じさせないと考えるべきである。ドイツでも、「不作為」への「作為」による加担は、後に触れるように、「保障人問題」を生じさせないというのが一般である（H. H. Jescheck, Allg. T. 4 Aufl. S. 579; Schönke-Schröder, StGB Kommentar, 25 Aufl. 1997, S. 420 [P. Cramer]）。後出、二・二。

ドイツでは、非保障人の共犯は、ドイツ刑法新総則二八条一項の適否の問題とされる傾向にある。保障人の不作為に非保障人が「不作為」で加担した場合、同条項の適用により、新総則四九条による「減輕」を受けうるのかという問題である。保障人の不作為に対する非保障人の不作為の関与は、まさに、身分犯に対する非身分者の加担である。二八条の適否が問題となるのは、当然である。

肯定説は、非保障人も保障人の不作為に関与するときには、保障人的地位を「連帯」しうるとする態度を前提にするものと思われる。フォークラーの見解に顕著である。（Th. Vogler, Zur Bedeutung des §28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, Lange-Festschrift, 1976, S. 265 ff., 270 ff.）。したがって、収賄罪に関与する非公務員と異った扱いをする根拠はないというわけである。ロクシンが明言するところである（Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §28 Rdn. 64 [C. Roxin]）。

これに対して、否定説は、非保障人は「不作為」をもってしては共犯となることもありえないとする態度に出るものといえよう。ゲッペルトの見解に顕著である（K. Geppert, Zur Problematik des §50 Abs. 2 StGB im Rahmen der Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt, ZStW. 82, 1970, S. 40 ff., 47 ff., 65 ff.）。実質的な考量に出るならば、否定説が正当である（H. H. Jescheck, Allg. T. 4 Aufl. S. 596; Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 459 [P. Cramer]）。「非保障人」は、二八条にもかかわらず、決して「共犯」たりえないと考えるべきだからである（K. Geppert, ZStW. 82, S. 49）。また、非保障人の「作為」による関与にも、二八条一項の適用はないことになる。この場合には、非保障人も、当然「共犯」たりうるというのが第一の理由であり、「身分」を欠くことから二八条の適用問題が出てくることにもなるが、敢えて「減輕」する必要があるのか、きわめて疑問であるというのが、第二の理由である。溺れた幼児の母親に対して、「救助するな」と示唆した情夫と、煩わしい子供は「殺してしまえ」と示唆した情夫につき、前者は、保障人の不作為への非保障人の作為による教唆たりうるから二八条一項の適用があり、後者は、「作為」による作為犯への教唆」たりうるにすぎないから、二八条一項の問題を生じさせないというのは、不当な形式論なのである（O. Rantf, JZ. 1995,

S. 1186 f., 1187)。両者の「不法性」に差異はないからである (H. H. Jescheck, *Allg. T. 4 Aufl.* S. 596; Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 495 [P. Cramer])。すなわち、「非保障人」の「不作為」は、「共犯」たりえないが故に、二八条の問題は生じえず、その「作為」の加功は、作為犯に対する「作為」の加功と同視する必要があるが故に、二八条の適用はないものと考えらるべきなのである (K. Geppert, *ZStrW.* 82, S. 49 ff., 70 ff.)。「不真正不作為犯」は、作為犯に比較して「不法性が弱い」としたところで (後注 (12))、それは、当該「不作為の保障人」についてのみ妥当することなのであって、「作為」による加功の不法性がこれに「連帯」して「減少」する (M. Hoke, *JR.* 1996, S. 162 ff., 164) とする必要はないわけである。さきに一言したように、「作為による加功」は、非保障人のそれであっても、「保障人問題」を生じさせないのである。

問題は、むしろ、ドイツ刑法新総則二三条 (不真正不作為犯) の「保障人的地位」の要請が、教唆犯・幫助犯にも求められるべきかどうかという基本的な点にあるといわなければならない。

このように眺めてくるならば、非保障人は、その作為についても、不作為についても、刑法六五条一項の問題を生じさせないという結論に到達せざるをえないことになる (平野・刑法総論Ⅱ三九六頁)。わたくしが、見解を改めたのも、このような点を考慮したからである。次注 (3)、後注 (5)。さらに、後出「二・一・一」以下。

- (3) 内田文昭・改訂刑法Ⅰ (総論) (補正版) (平九) 三一〇頁。
- (4) 大谷 實・新版刑法講義総論 (平一二) 四八六頁、川端 博・刑法講義総論 (平七) 五五〇頁。なお、神山敏雄・不作為をめぐる共犯論 (平六) 六一六頁、六三八頁以下。
- (5) 内田文昭・刑法概要中巻 (平一一) 五〇六頁以下。さらに、内田文昭「不作為の幫助」判例タイムズ七六六号八七頁以下。詳細は、後出「二・一」。
- (6) C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7 Aufl. 2000, S. 485 ff.
- (7) 前注 (2)。なお、わが刑法六五条とドイツ刑法二八条の関連については、内田・概要中巻五三五頁以下。
- (8) 内田・概要中巻五〇三頁。なお、内田・判例タイムズ七六六号八八頁以下。
- (9) W. Gallas, *Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbstströmung*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, S. 165 ff., 188.
- (10) F. Chr. Schroeder, *Der Täter hinter dem Täter*, 1965, S. 105.
- (11) K. Lüderssen, *Zum Strafgrund der Teilnahme*, 1967, S. 188 ff. *ゆゑに* 内田・概要中巻四六六頁注 (8)、四七二頁注 (6)。

(12) ガルラスによれば、「作為」は、「不作為」に対する関係では、結果への「通路」を変えてしまうのである (W. Gallas, Beiträge, S. 187 ff.)。また、ヤコブスは、警察官が、他人の教唆行為を阻止しなかったような場合は、その警察官の「不作為」は「実行された犯罪」の「正犯」たりうるという (G. Jakobs, Allg. T. 2 Aufl. S. 849)。「実行正犯」の存在までを否定するわけではないのである。なお、後出、三・四注 (15)。

(13) 内田・判例タイムズ七六六号八九頁以下。

(14) H. H. Jescheck, Allg. T. 4 Aufl. S. 630 によって代表される。詳細は、H. J. Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996, S. 136 ff.

(15) 内田・概要中巻五〇六頁以下。

(16) Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 186 ff., 190 ff., 291 ff.; JH. Welzel, 11 Aufl. S. 206f., 221f.

(17) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 459 ff., 476 ff.; Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 205 ff. [C. Roxin].

(18) 後出、三・五注 (1) (12)。

(19) 内田・概要中巻五〇七頁以下。

(20) 後出、四・四注 (1) (2) (7) (9)。

## 二 非保障人の不作為による共犯の可能性

### 一 保障人的地位の実質的意義

一 そもそも、刑法は、法益の保護・保全を目的とする。そのためには、すべての人に対して、「あらゆるかたち」での法益侵害行為を「禁止」するのが、合目的である。それ故、不作為への「作為の共犯」は常に可能なのである。<sup>(1)</sup> 溺れた幼児の母親に対して、「救助するな」と示唆した情夫と、煩わしい子供は「殺してしまえ」と示唆した情夫とは、前者は、たしかに、母親の「不作為」を「教唆」しただけにすぎないが、この場合の教唆行為そのものは「作



為」にほかならず、結局は「幼児の生命」に対する「間接的法益侵害」としての教唆犯を基礎づけるのである。母親が「守るべき法益」と、その情夫が「犯してはならない法益」とは、同一なのである。リューデルツセンが、正当に指摘するところである。<sup>(2)</sup>したがって、情夫は、母親の「不真正不作為犯としての殺人罪」に対する「作為の教唆犯」たりうるのであり、それ以外ではありえないわけである。「不作為に対する作為の加功」は、「作為の共犯」として処理されるといふのは、このことを意味する。<sup>(3)</sup>

これに対して、刑法は、危機に瀕した法益の保全を「すべての人」に求めるべきではない。さもなければ、刑法は、すべての人に「私人警察官」になることを求め、<sup>(4)</sup>すべての人に「幼児の親」になることを求めることになりかねないからである。

そもそも刑法は、法益保護・保全のための「命令」はこれを「ある特定の選び出された人」に対して向ける必要がある。勿論、この「命令」も、それ自体が「目的」ではありえないのであって、法益保護・保全を目的とする「手段」にすぎないのであるが、それ故にこそ、このような第二的な手段は、ある特定の人に対して向けられることをもって満足しなければならぬわけなのである。換言すれば、「特定の人」に対してならば、このような「命令」を発することによって、法益保護・保全に奉仕することを求めてよいのである。それは、「その人」に委ねられた職務・地位を全うさせることにはかならないからである。<sup>(5)</sup>「悪行に出るなかれ」という積極的な「力の傾注」の禁止、すなわち「法益侵害禁止」は、すべての人のあらゆる「かたち」の行為について妥当するが、「善行に出よ」という命令を通して法益保護・保全の「地位」に立させようのは、「選ばれた人」だけに限定され、かつ、その「善行」のみが求められるわけである。そして、そのような人の消極的な「力の不傾注」すなわち「命令違反」<sup>(6)</sup>に対してならば、「禁止違反との同価値性」を肯認することも合理的なものをもっていいと思われる。ここに、市民刑法の限

界、すなわち、「刑法の謙抑的性格」が存在する。フォイエルバッハ以来の伝統的な考え方である。<sup>(7)</sup>

一方、選び出されなかった人は、刑法的には、まさに「自由」である。これらの人が、「非保障人」なのである。「選び出された人」すなわち「保障人」と、「選び出されなかった人」すなわち「非保障人」との区別は、右のような観点を前提とする。リューデルツセンによれば、「非保障人」には、その「不作为」をもってしては「守るべき法益」は存在しないのである。<sup>(8)</sup>「非保障人」であっても、その「作為」は、法益を侵害する。しかし、その「不作为」は、法益を侵害しないのである。<sup>(9)</sup>この相違は、重大であるといわなければならない。

二 以上のような基本的な考量の下では、「非保障人」は、その「不作为」をもってしては、単独で不真正不作为犯を犯しえないのは自明であるし、「保障人」の「不作为」に關与した「かたち」をとる場合であっても、「保障人的地位」を「連帯」することはできないと考えるべきことになる。すなわち、非保障人の不作为は、わが刑法六五条一項にもかかわらず、「共犯」たりえないのであり、ドイツ刑法新総則一八条一項の「教唆犯・幫助犯」たりえないのである。<sup>(10)</sup>「保障人の不作为」には「守るべき法益」が存在するが、「非保障人の不作为」には、「犯してはならない法益」も「守るべき法益」も存在しない以上、非保障人の不作为は、刑法規範の禁止・命令から解放されなければならないからである。「共犯従属性」を基礎づける「前提」を欠くことになる<sup>(11)</sup>といってもよからう。非保障人は、いかなる意味においても刑法規範の受範者たりえないというのは、実は、「非保障人の不作为」についていえることなのである。しかし、「作為」に關しては、保障人・非保障人の区別は問題にはならないわけであるから、結局、「非保障人」は、刑法の枠外に在るといってよいわけである。

この関係は、収賄罪などの一般的な「身分犯」についても妥当するといわなければならない。たとえば、公務員の夫の収賄を目撃した妻が、贈収賄を「阻止」しなかったからといって、非公務員たる妻が「保障人的地位」を取得す

るいわれはないのである。リューデルッセンは、妻も「公務の清廉性」を守るべきであるというが、それは、妻の「作為の加功」に関して妥当するのみであって、「不作為」には妥当しない議論であるといわなければなるまい。一般に、身分犯に加功した非身分犯は、刑法六五条一項により共犯たりうるといふのは、非身分者の「作為の加功」を前提としてきたものであることを看過してはならないであろう。<sup>(13)</sup>この場合には、「共犯従属性」の「前提」は準備されているのである。

三 保障人的地位に関しては、さらに多くの問題があるが、後に適宜考察を加えたい。

- (一) J. Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS. 111, 1938, S. 18 f.; K. Lüderssen, Zum Strafgrund, S. 132 ff., 177ff., 193 ff.; K. Geppert, Zur Problematik, ZStrW. 82, S. 68 f.; K. H. Gössel, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStrW. 96, 1984, S. 321 ff., 323 ff., 331 ff.; Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 190, 328.
- (二) K. Lüderssen, Zum Strafgrund, S. 191 ff.
- (三) H. H. Jescheck, Allg. T. 4 Aufl. S. 559 f.; Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 328; Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 420 [P. Cramer]. 544' 前出' 一注 (2)。
- (四) W. Naucke, JR. 1977, S. 290 ff., 292; Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 190.
- (五) J. Nagler, GS. 111, S. 19 ff.; K. H. Gössel, ZStrW. 96, S. 323 ff.
- (六) 内田文昭・刑法概要上巻(平七)一九五頁以下、一九六頁注(3)、三〇二頁以下、三〇八頁以下。
- (七) A. v. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11 Aufl. 1832, §. 24; J. Nagler, GS. 111, Anm. 52.
- (八) K. Lüderssen, Zum Strafgrund, S. 133.

これに対して、ゲッペルトは、「法益」が存在しないのではなくして、「行為義務」が生じないという(K. Geppert, ZStrW. 82, S. 69 Anm. 119)。<sup>13)</sup>しかし、「義務」は、それ自体で存在するものではなくして、「目的」のための「手段」にすぎないわけであるか

ら(内田・概要上巻二六頁以下)、リュエーデルツセンが正当であるというべきであろう。

(9) K. Lüderssen, Zum Strafgrund, S. 132 ff., 191 ff.

(10) 前出、一注(2)。

(11) 前出、一注(5)。

(12) K. Lüderssen, Zum Strafgrund, S. 134 ff., 137 f.

(13) しかも、「非身分者」といえども形式的な身分を欠くだけで、「実行行為」そのものはこれを行っているといつてよいような場合につき、六五条一項による「共同性正犯」を認めるのが判例の基本的な態度であったことをも、ここで一言しておきたいと思う(内田文昭「目的犯と共犯」神奈川法学三三巻三号八頁以下、一二頁注(17)、一三頁注(18)、一八頁以下)。非保障人の「作為による教唆・幫助」にすぎないからといって、特殊な原理を導入しなければならないという理由はないのである。

## 二 非保障人の不作為による幫助犯の成立を肯定する見解とその批判

一 保障人的地位は、右に眺めたように、きわめて重大な意義を有するわけであるが、ロクシンは、「非保障人の不作為」も幫助犯たりうるといふ。この立言は、ある意味では、フォイエルバッハ以来の伝統的な考え方に修正を迫ることになりかねない。はたして、ロクシンは支持されうるであろうか。暫くロクシンの主張を聴くことにしよう。ロクシンは<sup>(1)</sup>いう。——政情不穏な状況下、政治家Bに対する暗殺計画が立てられた。暗殺者達は、夜陰にまぎれて隣家の裏庭を通り、B宅に侵入しようと考えた。ところが、この計画が、予定日の午後、隣人Aの知るところとなった。Aは、Bに私怨をもっていたので、陰謀の成功をねがい、当日夕方、いつもならば閉鎖する裏庭の扉を開放したまま放置した。暗殺者達は、開放された扉を通り抜け、B宅に侵入し、目的を遂げた。Aは、「不作為による謀殺幫助罪」の罪責を負わなければならない。

しかし、この場合、「近隣関係」に基づく「保障人的地位」をAに認めることはできない。大都會では、そのよう

な関係を認めることはできないからである。裏庭の扉を朝に開けたことも、「先行行為」たりえないといわなければならない。それは、「社会的相当行為」であり、Bの法益を危険に曝したわけでもないからである。

暗殺計画を成功させるために、扉を「開けた」ときは、「作為」による謀殺幫助であるが、朝に「開けた」扉を、暗殺計画を知った後に「閉めなかった」というだけでは、「作為による幫助」たりえないといわなければならない。Aは、「積極的な犯行促進」としての「不作為」に出たにすぎないのである。――

ロクシンは、このように、非保障人の不作為による幫助犯の成立を肯定するのである。

しかし、ロクシンの見解に対しては、批判が多い。たとえば、ゲッセルは、新総則一三条の「不作為犯」の要件が、正犯のみならず共犯にも妥当しなければならぬと考えるべきであるから、ロクシンの主張は承服しがたいとい<sup>(2)</sup>、ランフトやシュウアップは、Aに「保障人的地位」が認められるべきであるとい<sup>(3)</sup>。しかし、いずれも不充足であるといわなければならない。

たしかに、ゲッセルの批判は、本稿のこれまでの検討からして、正当な批判であるが、だからといって、Aを無罪としてよいかどうかは別問題であるといわなければならない。また、ランフト、シュウアップが、Aに保障人的地位を認めるべきだとする根拠も、明確ではない。Aの所為が「作為」であるとするならば、右のような問題は生じないのである。そこで、第一には、Aの所為は「作為」か「不作為」かが問われなければならない。

二 ロクシンは、Aが、朝に扉を「開けた」ことは「作為」であるが、「社会的相当行為」にすぎないとい<sup>(4)</sup>。リューデルツセンも、「過失」がないとい<sup>(5)</sup>。

たしかに、その通りであるが、故意・過失のない社会的相当行為は、最初から「犯罪行為」ではないから、「扉を開けた」ことを「作為」とみても意味がない。それは、後に取り上げるように、そしてまた、ロクシンが指摘するよ

うに、保障人的地位の前提としての「先行行為」たりうるのみである。

尤も、Aが、前日に暗殺計画を覚知し、当日の朝に扉を「開けた」とするならば、様相は一変する。Aは、Bの生命に差し迫った危険を現実化するために、「力を傾注した」ことになるのである。それは、まさに、「作為による幫助」たりうるわけである。「犯罪行為」としての作為と不作為の区別は、すでに周知のように、必ずしも明確には決しえないものをもっているが、結局は、法益侵害のための因果流を創設するか（正犯・教唆犯）、すでに創設された因果流に介入するか（幫助犯）の区別を問わず、積極的に「力を傾注」するものと評価しうるときには「作為」を認めるべきである。これに対して、「不作為」とは、法益に差し迫った危険が生じたことを前提として、その危険を阻止せず、因果流に委せた場合をいうものと考えるべきである。<sup>(7)</sup> 単に扉を開けたか閉めなかったかではなくして、いかなる事情の下で「開けた」か「閉めなかった」かが、決定的なのである。「悪行に出た」のが作為で、「善行に出なかった」のが不作為であるというのは、このことを規範構造の面から説明するものにほかならないわけである。<sup>(8)</sup>

ロクシンの設例におけるAの所為は「不作為」である。ロクシン、リューデルツェン、ランフト、シユウアップも、みな「不作為」としてとらえるのである。<sup>(9)</sup>

三 Aの所為が不作為であるとするならば、つぎに問題となるのは、Aは「保障人的地位」に立つかどうかである。ロクシンはこれを否定し、他の論者はこれを肯定する。

たしかに、ロクシンが強調するように、大都會においては、すぐれて個人主義的な生活関係が前提となっており、相互の防犯関係などが確立している場合ならばともかくとして、「近隣関係」を基礎とする保障人的地位をAに認めることは妥当ではなからう。また、「先行行為」に基づく保障人的地位は、当該先行行為が、故意・過失に基づくものである必要はないし、社会的相当行為にほかならないという理由だけでこれを否定することはできないであろうが、

すくなくとも、主観的・客観的に法益状態に影響を与えるような行為であることを必要とするものと考えるべきである。<sup>(10)</sup> さもなければ、無限の過去に遡って「先行行為」に基づく保障人的地位を認めざるをえないことになり、たとえば、AがB宅の隣りに居を構えたこと自体が、保障人的地位の根拠となりかねないのである。これでは、「特定の選ばれた人」だけに帰責を限定しようとする刑法の姿勢を崩すことになる。さきに確認した通りである。

Aが、朝に扉を「開けた」ことは、その時点では、すくなくとも主観的にはBの生命に危険を及ぼす行為とはいえないのであるから、Aに「先行行為」に基づく保障人的地位を認めることはできないというべきである。

これに対して、リューデルツェン、ランフト、シユウアップは、保障人的地位を認めようとする。しかし、その理由はあきらかではなかった。

この関係で明確なのが、シユトレー<sup>(11)</sup>である。シユトレーは、ロクシンの設例においても、Aに「保障人的地位」を認めようという。自己が、排他的に管理・支配する場所・空間においては、当該管理者は、犯罪実行を防止する保障人になるといのである。単に、自己が管理・支配する領域において犯罪が実行されることを阻止しなかっただけではなしに、自己が排他的に管理・支配する物・場所・空間が、排他的な関係で、犯行の「門口」・「通路」となることを阻止しなかった場合には、当該管理者は、「警察官」<sup>(12)</sup>に準じる立場に立つものといわざるをえないであろう。シユトレーの見解は正当である。同趣旨の判例もある。<sup>(13)</sup>

ロクシンの設例におけるAは、まさに、自己が管理・支配する場所・構築物が、犯罪の「通路」として利用される危険性があることを十分承知しながら、これを放置したわけである。かような場合には、例外的に「保障人的地位」を認めなければなるまい。尤も、裏庭の扉が、ここ数年間「開放されたまま」の状態にあったような場合は、別である。<sup>(14)</sup> 扉を「開けたり」・「閉めたり」することは、もはやAの管理・支配に属しないものといわざるをえないであろう。

単に、B宅に「通じる場所」があったというだけなのである。「通じる場所」は、B宅付近には至る所に存在する。暗殺計画を知った付近の居住者が、みな「保障人的地位」に立たされるのは、不合理である。しかし、ロクシンの設例は、あきらかに、このような場合ではないのである。

四 ロクシンの設例は、保障人の不作為による謀殺幫助罪（ドイツ刑法一三条・二二一条・二七条）を基礎づけるものというべきである。<sup>(15)</sup> 非保障人の不作為による幫助犯は存在してはならないのである。この限りで、ゲッセルが、新総則一三条の要件は共犯にも妥当しなければならぬとするのは、正当であったといわなければならない。

結局、「非保障人」は、その「不作為」をもってしては、不真正不作為犯の「正犯」たりえず、作為・不作為の正犯に関与した「かたち」を取る場合であっても、決して「共犯」たりうることはないという結論に到達せざるをえないのである。

- (1) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 485 ff.
- (2) Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 329.
- (3) O. Ranft, Das garantiepflichtwidrige Unterlassen der Täterschwerung, ZStrW. 97, 1985, S. 268 ff., 288 ff.; H. J. Schwab, Täterschaft, S. 164, 184.
- (4) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 486.
- (5) K. Lüderssen, Zum Strafgrund, S. 179.
- (6) 作為と不作為の区別は、「評価」の問題にすぎないという理解も有力であるが（内田文昭・刑法概要上巻三二二頁）、ここでは、そのような「評価」を考えているわけではないことを一言しておかなければならない。「評価」を抜きにしては、およそ刑法は存在しえないといふだけのことなのである。U. Sieber, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven“ Gesprächsteilnahme, JZ. 1983, S. 431 ff., 433 ff.



- (7) 内田・概要上巻三〇九頁以下、三二二頁以下、三二八頁注(21)。  
 (8) 前出「二・一注(6)(7)。  
 (9) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 485 ff.; K. Lüderssen, Zum Strafgrund, S. 179; O. Ranft, ZStrW. 97, S. 289 ff.; H. J. Schwab, Täterschaft, S. 184.  
 (10) 内田・概要上巻三三三頁、三三四頁注(22)。  
 (11) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 205 [W. Stree]. なお、内田・概要上巻三二二頁以下。  
 (12) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 205 [W. Stree].  
 (13) 後出「三・五注(8)。  
 (14) 中 義勝「不作為による共犯」刑法雜誌二七卷四号一頁以下、一七頁以下は、ロクシンの見解に対して、「なんらかの意味での保障者的義務とのかかわりを一切排除して不作為による幫助を認めることは可能ではない」としながら、「数年来夜も昼も開いたまま放置していた」ような場合には、「幫助とはされないであろう」といわれる。  
 (15) G. Jakobs, Allg. T. 2 Aufl. S. 803 は、ロクシンの設例におけるAにつき、ドイツ刑法三二三条C(緊急救助放棄罪)の罪責を負えば足りるとする。

### 三 作為犯に対する保障人の不作為による正犯の可能性

#### 一 序説—アルミン・カウフマン—ヴェルツェルの見解とその批判

一 以上で、不真正不作為犯においては、「保障人の不作為」のみが、正犯たりえ、共犯たりうることが確認された。前者は、保障人の単独犯を想定し、後者は、作為犯に対する保障人の加功を想定するものであった。後者について、「例外」を訊ねようというのが、本稿の第二課題であったわけである。

しかし、その前提として、われわれは、不真正不作為犯に関しては、「正犯と共犯」の問題は生じえず、「不作為へ

の共犯」も「不作為による共犯」も存在しないのであって、「作為の正犯」か「不作為の正犯」かが存在しうるのみであるとする見解を改めて検討しなければならない。けだし、このような理解が正当だとするならば、われわれの第二課題は無意味なものとなってしまふからである。

二 不真正不作為犯に関しては、「正犯」のみが存在するという立場を強力に推進したのが、アルミン・カウフマン・ヴエルツェルである。

アルミン・カウフマン・ヴエルツェルにとって、「不作為」は「行為の不作為」であり、決して「行為」ではなかった。目的的行為でない以上、「因果性」は存在しえず、因果支配を通して現実を形成しようとする「故意」を認めることもできないのである。<sup>(1)</sup>

したがって、不作為は、「保障人の不作為」といっても、結果を惹起することはできず、また、そのための故意を認めることもできないのである。保障人の不作為が存在するのみである。そこには、せいぜい「疑似因果性」・「疑似故意」しか認められないわけである。<sup>(2)</sup> このような「不作為」は、したがって、「支援される」こともないし、犯行決意を「喚起させられる」こともないのである。<sup>(3)</sup> 目的的行為だけが「支援され」・「喚起させられる」のである。「不作為への共犯」は存在しないというのは、このような理由に基づく。<sup>(4)</sup> 「不作為への幫助犯」・「不作為への教唆犯」といわれる場合は、「作為の正犯」以外の何者でもないことになる。

同様の論理は、不作為による加功という「かたち」をとることもできないという帰結を導く。保障人の不作為は、「不作為」である以上、自然・動物の「力」を支援することはできないし、第三者の「法益侵害」を喚起することもできないからである。そこにあるのは、ひたすら「不作為者」として「存在」する「人間」なのである。カウフマン・ヴエルツェルは、一般に、第三者の「侵害」に対してはこれを「支援」しうるから「幫助犯」たりうるが、自

然・動物の「力」が存在するときには「正犯」を認めざるをえないとされるのは不当であるという。<sup>(5)</sup> それは、このような根拠に基づく。保障人にとっては、「保障しなければならぬ法益」の保全を怠ったことがすべてなのである。当然、「不作為の正犯」が存在するのみである。

三 カウフマン・ヴェルツェルの見解に対しては、多くの批判が向けられるべきである。

第一に、不作為は「行為」ではないから、「目的的行為支配」も存在しえないという主張に対しては、何故、「行為」でもないものを「犯罪」とすることができるといふ批判が可能であり、不作為には作為のような目的的行為支配がないというだけで、何故、不作為そのものが結果阻止・防止に関して有する法的意味は、具体的な事案について相違するものをもっているといふことをも否定することになるのかという批判が可能なのである。本稿の究極のねらいは、実は、不作為のもつ「力」の強弱を確認することにあるといつて過言ではないのである。<sup>(6)</sup>

第二に、不作為には、因果性も故意も認められないという主張に対しては、作為の因果性と故意が存在しないといふことには、不作為の因果性と故意を否定する根拠は示されていないといふ反論を加えるべきである。

前者については、長年に亘る学説・判例の苦渋に満ちた歩みは、保障人が要請された作為に出たならば、「結果は防止しえたであろう」という確認をもつて満足するしかないといふ帰結に達したといふ指摘が可能であり、<sup>(7)</sup> 後者では、法益滅失を阻止することを止めようとする意思、すなわち、「不作為故意」をもつことは充分可能であるといふ事実を指摘しうるのである。<sup>(8)</sup> 法益滅失不阻止意思の「喚起」が、不作為犯への「教唆」であり、法益滅失不阻止意思の「強化」が、不作為犯への「幫助」なのである。保障人は、このような「意思」を生じさせられなかったならば結果を防止しえたであろうといえる限り、「正犯」たりうるし、このような意思を生じさせ、ないしは、強化させた者は、不作為への「共犯」たりうるわけである。<sup>(9)</sup>

しかし、カウフマン・ヴェルツェルの立場は、このような理解を一切拒否することになる。シュトレー、ロクシン、クラーマーは、このような見地から、カウフマン・ヴェルツェルを批判したことであった。<sup>(10)</sup>

他方、カウフマン・ヴェルツェルの立場では、たとえば、会社の事務処理を委託された者（保障人）が、会社の財産上の危機に際して善後策を考慮中に、彼に対して事態を放置するように示唆して、会社に財産上の損害を生じさせた非保障人は、背任罪に関しては「不可罰」とされざるをえないのである。保障人の「作為による背任行為」を「教唆」した者は、当然に背任罪の教唆犯たりうるのに、「不作為の背任行為」を「教唆」した者は、「正犯」たりうべく「身分」を欠くわけであり、さりとて、「不作為への共犯」は存在しえないというのであるから、結局は「不可罰」なのである。その者が、会社財産に損害を与える「目的」をもっていても、同じことである。ただし、真正目的犯において、「目的」をもったということは、保障人たる「身分」を基礎づけるものではないからである。<sup>(11)</sup> このような帰結が、はたして承認されうるであろうか。ロクシンなども、このような批判を展開している。<sup>(12)</sup>

さらに、保障人の不作為は常に不真正不作為犯の「正犯性」を基礎づけるという主張に対しては、ガルラス以来、<sup>(13)</sup> 強い批判がある。

たしかに、カウフマン・ヴェルツェルのこの態度には、徹底した形式主義が露呈しており、到底承服しうるものではないといわなければならない。

第一に、カウフマン・ヴェルツェルは、不作為が、法益侵害・滅失に対する関係では、原則として「幫助犯的存在」であるにすぎないということを看過しているといわざるをえない。さきに確認したように、法益侵害が、「人間の作為」によって惹起されたときに、このことが特に鮮明に窺われる筈なのに、これを無視しているということである。<sup>(14)</sup> したがって、カウフマン・ヴェルツェルが、自然・動物が力を発揮しようと、第三者の作為が介在しようとこれを

区別することはできないのであって、前者では、保障人の不作為に「正犯性」を付与し、後者では、「幫助犯」しか存在しないと考えるのは妥当でないと主張するのは、<sup>(15)</sup>「人間の不作為」という存在を一面的に強調した不当な形式主義以外の何物でもないのである。

第二には、カウフマンも、たとえば、「作為の財産犯」に加功した「かたち」をとる「保障人の不作為」に対しては、「不作為による幫助犯」の成立を認めざるをえないというのであるが、その不整合を指摘しなければならぬのである。何故、「保障人の不作為」による財産犯の「正犯」を認めないのか、その根拠は不明なのである。<sup>(17)</sup>生命に対する保障人の不作為は「正犯」で、財産に対する保障人の不作為は「幫助犯」であるというのは、いわれのない形式的な「区別」であるといわざるをえないであろう。<sup>(18)</sup>

- (1) Arm. Kaufmann, Die Dogmatik, S. 35, 59, 66, 73, 110, 251, 275, 291 ff.; H. Welzel, 11 Aufl. S. 200 ff., 206 ff., 211 ff. 『前出』一注(9)。
- (2) Arm. Kaufmann, Die Dogmatik, S. 66, 92 ff.
- (3) Arm. Kaufmann, Die Dogmatik, S. 191, 195 Anm. 249 a.
- (4) Arm. Kaufmann, Die Dogmatik, S. 190 ff.; H. Welzel, 11 Aufl. S. 206 f.
- (5) Arm. Kaufmann, Die Dogmatik, S. 296; H. Welzel, 11 Aufl. S. 222.
- (6) 特別後出『四』以下。
- (7) 内田文昭・刑法概論上巻三五三頁以下。『マウラッハ・グッセル・ジプフ』Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 184 ff.
- (8) Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 209 ff.; Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 420 f. [P. Cramer].
- (9) 当然のことながら、判例も「不作為犯への教唆犯・幫助犯」を肯定している。BGH, 14, 1960, S. 280 ff., 281 f. 『 Leipziger Kommentar, 11 Aufl. 1993, §13 Rdn. 52 [H. H. Jescheck].』
- (10) W. Stree, Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA, 1963, S. 1 ff.; Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §26 Rdn. 102 [C. Roxin]; Schönke-

Schröder, 25 Aufl. S. 420 f. [P. Cramer].

- (11) 内田文昭「目的犯と共犯」神奈川法学三三卷三三四頁以下。  
 (12) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §26 Rdn. 102 [C. Roxin]; H. J. Schwab, Täterschaft, S. 132.  
 (13) W. Gallas, Beiträge, S. 173 ff.; H. J. Schwab, Täterschaft, S. 128 ff., 132 ff., 135 f.  
 ちなみに、ゾワダ (Chr. Sowada, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, Jura. 1986, S. 399) は、カウフマン＝ヴェルツェルが、「不作為故意」を否定しながら、「不作為正犯」を故意犯の領域にとどめようとするのは理解し難いという。正当である。

(14) 前出 一・二。

(15) Arm. Kaufmann, Die Dogmatik, S. 296; H. Welzel, 11 Aufl. S. 222.

(16) Arm. Kaufmann, Die Dogmatik, S. 297 ff.

(17) カウフマンは、「純粹の結果犯」では「不作為正犯」と「不作為による幫助犯」の区別は誤っているが、「不作為正犯」を否定せざるをえない場合には「不作為による幫助犯」を認めることは必要であり、意味があるといっただけである (Arm. Kaufmann, Die Dogmatik, S. 297)。これでは、その「形式主義」すら崩壊するものといわざるをえないであろう。C. Roxin, Täterschaft und Täterschaft, S. 493 ff.; H. J. Schwab, Täterschaft, S. 132 ff. なお、前注 (12)。

(18) 阿部純二「不作為による従犯(中)」刑法雑誌一八卷一・二七七一頁以下、八四頁は、通常の結果犯では、不作為による従犯は考えられないとして、カウフマンに賛意を表されるが、きわめて疑問であるといわなければならない。

## 二 原則正犯説

一 保障人の不作為は、原則として「正犯」であるとする考え方がある。「原則正犯説」と呼ぶことにしよう。ロクシンやシュトラーターヴェルトの立場である。<sup>(1)</sup>この立場は、不作為に対する共犯の成立を肯定する点で、アルミン・カウフマン＝ヴェルツェルと異なるが、不作為による加功は原則として正犯であるとする点では、カウフマン＝

ヴェルツェルと同じ決論になるという特色がある。

まず、ロクシンの見解から検討することによろう。

二 ロクシンは、不真正不作為犯を「義務犯」とすることから出発する。<sup>(2)</sup>「義務犯」の「正犯性」は、「行為支配」によつて基礎づけられるのではなくして、「義務違反」によつて基礎づけられる。<sup>(3)</sup>公務員と非公務員が、共同で公務員犯罪を<sup>(4)</sup>実行したときには、非公務員に「共同行為支配」が認められたとしても、公務員のみが同罪の正犯たりうるのである。不真正不作為犯も、保障人の「保障人的義務違反罪」であるから、義務違反の故をもつてのみ「正犯性」が基礎づけられなければならない。溺れた幼児を救助しない母親と、たまたま居合わせて救助に出なかつた他人とは、結果阻止可能性が共通に存在していたとしても、母親には「保障人的義務違反」があるから「殺人犯」なのであつて、他人には「保障人的義務違反」がないから無罪なのである。<sup>(5)</sup>ロクシンは、このように考える。

そして、このことは、幼児が他人に水中に突き落とされた場合であろうと、たまたま深みにはまつた場合であろうとを問わず、母親は、義務違反の故のみをもつて「正犯」とされなければならないといふのである。<sup>(6)</sup>カウフマン・ヴェルツェルの立場に近接するといわざるをえない。

しかしながら、ロクシンも、「不作為による正犯」はこれを否定し、「不作為による幫助犯」を認めざるをえない場合があることを肯定するのである。義務違反は認められるが、「不作為による構成要件実現」はこれを否定せざるをえない場合であるとされる。たとえば、父親が、未成年の息子と娘の近親相姦(自手犯)を阻止しなかつた場合とか、不法領得意思を欠く倉庫番が、倉庫内物品の窃盗を阻止しなかつたような場合である。前者では、父親は、不作為による「近親相姦罪(ドイツ刑法一七三条)」の幫助犯であり、後者では、倉庫番は、不作為による「窃盗罪(ドイツ刑法二四二条)」の幫助犯にすぎないといふのである。<sup>(7)</sup>

ここでもまた、カウフマン・ヴェルツェルと同様の修正が行われたことになるといえよう。

三 ロクシンの見解に対しても、種々の批判が可能である。

第一に、義務犯では、義務違反のみが正犯性を基礎づけるという見解は正しくないという点を指摘しなければならぬ。仮りに、「義務犯」という範疇を前提とするにしても、義務違反が、直ちに正犯たりうるということはないといわなければならないからである。この点は、たとえば、同僚公務員の収賄に支援の便を取ったにすぎない公務員を、義務違反の故に、収賄罪の正犯とすることが許されるかという問題を提出することだけで充分であろう。収賄を教唆した公務員や幫助したにすぎない公務員を、「義務違反」の故に一律に正犯とすることは、通説・判例の伝統的な考え方を根柢から覆すものといわなければならない。すでに確認したように、「教唆犯」・「幫助犯」は、なにびともこれを成立させうる。<sup>(9)</sup> 収賄罪の教唆犯・幫助犯は、したがって、作為による限り、公務員・非公務員の別を問わず可能であるといわなければならない。ロクシンの立場では、「公務員」は教唆犯・幫助犯たりえないことになろうが、そのような趣旨は、刑法上の規定から導かれるものとは思われないのである。ロクシンは、非公務員も公務員犯罪の教唆犯・幫助犯たりうるという。<sup>(10)</sup> これは、作為による加功である限り、勿論正当である。それだけに、公務員は、公務員犯罪の教唆犯・幫助犯たりえない根柢を、より積極的に明示しなければならぬわけである。

不真正不作為犯に関しても、同様の問題がある。不真正不作為犯は、「義務犯」であるといっているのであるから、保障人の不作為は、正犯であるというのには理解できないわけではない。しかし、それならば、「非保障人」の不作為による加功も、公務員犯罪に作為で加功した「非公務員」と同様、当然に、不真正不作為犯の教唆犯・幫助犯となりうるのであって、さきに取り上げた「政治家暗殺事件」に関して「非保障人の不作為による殺人幫助罪」<sup>(11)</sup>の成否を論じる必要もなかった筈なのである。「義務者」は常に「正犯」であり、「非義務者」は常に「教唆犯」・「幫助犯」であると



いべき筈だからである。溺れた幼児の母親の傍で救助に出ようとしなかった他人も、母親の不救助意思を強化させたときは、やはり殺人の幫助犯たりうるものといべきであろう。このような結論が許されるであろうか。「不真正不作為犯」では、「義務者」以外の者は、刑法の世界に登場してはならないのである。<sup>(12)</sup>

さらに、ロクシンの立場では、母親が、父親の幼児「殺害」を阻止しなかった場合も、その「保障人的義務違反」の故に、「不作為の殺人罪」となる。母親が「作為」で幫助したときは、保障人問題は生じないから、殺人幫助にすぎないのに、「不作為」の幫助は「正犯」となるのである。これは不合理ではなからうか。ロクシンは、このような場合、母親は殺人の正犯であると同時に父親の殺人行為を「幫助」したことになり、幫助は正犯に吸収されるが、為の幫助との均衡を考慮したのである。刑は幫助犯の限度にとどめなければならぬといふ。<sup>(13)</sup> はたして、このような技巧が承認されうるのであるか。<sup>(14)</sup> 「義務違反」と「構成要件実現」が認められる場合に、作為の正犯が介在するときは、保障人の「義務違反」につき、「幫助犯」の刑責にとどめなければならぬといふのは、「保障人の不作為」は幫助犯にすぎないといふのと、実質的には何の差異もないのである。

第二には、「義務違反」は認められても、「構成要件実現」が認められないときは「幫助犯」にすぎないという主張の是非が問われるべきである。

勿論、この主張そのものは、これまでの検討からして、何ら不当ではない。問題は、それが恰も「例外」であるかのようなとらえ方に出るべきかどうかである。

たしかに、兄と妹の近親相姦を阻止しなかった父親は、みずから犯罪を実行したわけではないから、「幫助犯」とどまるといえよう。未成年者に対する親の監視義務に違反するが、それにとどまるからである。しかし、兄妹が幼少時に離別し、互いに肉親関係にあることを知らなかったような場合には、その事実を知っていた父親の不作為は、

単なる監視義務違反としての幫助犯にとどまりえないのではあるまいか。父親は、むしろ、近親相姦の「間接正犯」としてとらえられるべきではあるまいか。

そもそも、「自手犯」と呼ばれる犯罪にあつては、「間接正犯」の可能性が否定される傾向にあるが、仮りにこのような傾向を前提にしても、それは、およそ「自手犯」の問題であつて、不真正不作為犯に固有の問題ではないのである。つまり、不真正不作為犯の「例外問題」ではないのである。<sup>(15)</sup>

さらにまた、不法領得意思を欠く倉庫番が、窃盜行為を阻止しなかった場合は、幫助犯にとどまるという主張も、それ自体としては正当である。しかし、だからといって、倉庫番が、第三者領得意思をもっていた場合は、常に窃盜罪の正犯であるとする<sup>(16)</sup>ことも、正当ではないであろう。屈強の若者の窃盜行為を阻止しなかった年老いた倉庫番は、第三者領得意思の存在にもかかわらず、幫助犯にとどまるというべきであろう。それは、単なる監視義務違反の問題ではないし、不法領得意思だけの問題ではないのである。

結局、ロクシンの「原則正犯説」は、種々の破綻を生じさせているといわざるをえないであろう。<sup>(17)</sup>  
 なお、ルドルフィーも、基本的にはロクシンと同様の理解に出る。したがって、ロクシンに対すると同様の批判が向けられてしかるべきであろう。<sup>(18)</sup>

#### 四 シュトラーターテンヴェルトの「原則正犯説」にも、同様の批判が可能である。

シュトラーターテンヴェルトは、不作為には、現実的な行為支配が認められず、「潜在的行為支配」が存在するのみであると考える。潜在的行為支配という見地では、いかなる不作為も同じであるから、「不作為」による関与は「正犯」なのである。<sup>(19)</sup>「例外」は、ロクシンの場合と同様、「自手犯」・「特殊義務犯」などに限られるというのである。

問題は、シュトラーターテンヴェルトの「潜在的行為支配」には、強弱の程度が認められないかどうかにあるといわな

ければならない。

- (1) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 201 ff. [C. Roxin], §26 Rdn. 102 [C. Roxin], §27 Rdn. 53 [C. Roxin]; G. Stratenwerth, Strafrecht, Allg. T. 1, 4 Aufl. 2000, S. 01 ff., 404 ff.  
 本稿の詳解については、H. J. Schwab, Täterschaft, S. 156 ff.
  - (2) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 206 ff. [C. Roxin].
  - (3) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 37 ff. [C. Roxin].
  - (4) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 37 ff. [C. Roxin].
  - (5) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 205 ff., 209; C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 458 ff.  
 尤も、ロクシンによっても、非保障人の不作為が、幫助犯たりうる場合がないではなかった。前出、二・一。
  - (6) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 206 [C. Roxin].
  - (7) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 209 [C. Roxin]; C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 479 ff.
  - (8) 内田文昭・刑法概要上巻二六頁以下。
  - (9) 前出、二・一・二・一注(一)(二)(三)。
  - (10) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §26 Rdn. 101 [C. Roxin]; §27 Rdn. 52 [C. Roxin].
  - (11) 前出、二・二・四。
  - (12) 前出、二・一・二。
- ちなみに、シムウアップ (H. J. Schwab, Täterschaft, S. 173 ff.) も、「義務犯」と「不真正不作為犯」の相違を強調する。正当である。
- (13) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 499ff., 503. なお、後出(8)。
  - (14) O. Ranft, Garantiepflchtwidriges Unterlassen, ZStrW. 94, 1982, S. 852 ff.; H. J. Schwab, Täterschaft, S. 174 ff.
  - (15) 内田文昭・刑法概要中巻四六九頁、四七三頁注(7)。
  - (16) 後出、三・四・三、三・五・三。

(17) Systematischer Kommentar, 7 Aufl. 2000, Vor §13 Rdn. 36 ff. [H. J. Rudolph].

(18) ただ、ルドルフィー (Systematischer Kommentar, 7 Aufl. Vor §13 Rdn. 42 [H. J. Rudolph]) は、父親が、ピストルを息子に与えて、その殺人を「阻止」しなかったような場合は、「作為の幫助」の不法性を示すのみであるから、この場合の「不作為」は作為による幫助犯と同視されるべきであるという。ロクシンと違って「不作為の正犯」と「不作為の幫助犯」の両立(前注(13))を考えない点に特色があるといえよう。

しかしながら、ルドルフィーの考え方も不当である。ピストルを「与えた」ことは、まさに「作為の幫助」だからである。その後の息子の殺人「不阻止」を「不作為」とみるのは愚かである。さもなければ、あらゆる犯罪は最終的には「不真正不作為犯」となってしまうのである。

問題は、ピストルを「与えた」ことは「幫助犯」にすぎないのに、犯行を目撃しながら、何らの「阻止」行為にも出なかったというだけで、「保障人」であるならば、何故「正犯」とされなければならないかという点にあることを強調しておきたい。なお、内田文昭・刑法概要上巻三二二頁以下。さらに、後出、三・四注(14)。

(19) G. Stratenwerth, Allg. T. 1, 4 Aufl. S. 402f.

ちなみに、シュトラーターテンヴェルトは、「幼児・身体障害者・要介護者虐待罪(ドイツ刑法新規定二二五条)」の「利己的動機(böswillig)」をもたない「保障人」の「不作為」も、例外に属するという。なお、Tröndle-Fischer, StGB. 50 Aufl. 2001, S. 1327 ff.

### 三 原則幫助犯説(例外正犯説)

一 さき(1)に一言したように、保障人の不作為による加功は、原則として「幫助犯」にすぎないというのが、従来の支配的見解であった。さらに、フランクは、不作為は「消極的条件」であるにすぎないから幫助犯であるとしたこと(2)であった。

ところが、ナークラーは、原因と条件を峻別する見地から、第三者の「作為(原因)」に対する関係では、不作為は単なる「促進条件」であることを通則とするとしながらも、「不作為」が、他人の作為の介入なしに、ないしは、

すくなくとも他人の故意的な法益侵害なしに、結果阻止に出ることがなかったときには、「原因」たりえないではないと明言したのである。<sup>(3)</sup>「原因」設定者が正犯であり、「条件」設定者は共犯にすぎないという考え方を前提とするならば、<sup>(4)</sup>ナークラーは、不作為も「例外」としては「正犯」たりうることを肯定したものといえよう。このような立場を、「原則正犯説」に対応するものとして、「原則幫助犯説」と呼ぶことにしよう。<sup>(5)</sup>ナークラーは、まさしく「原則幫助犯説」の先駆者的な存在だったのである。

しかし、アルミン・カウフマン<sup>(6)</sup>・ヴェルツェルの登場により、このような理解が、根底から覆されようとしたわけである。

だがしかし、その後も「例外正犯説」が依然絶えることがなかったのは、今や当然のことであったといわなければならぬ。<sup>(6)</sup>この立場を代表する比較的初期の論者として、ガルラスを取り上げることができよう。

## 二 ガルラスはいう。<sup>(7)</sup> —

保障人の不作為にとって、保護されるべき法益が、自然の力により危機に曝されたのか、犯罪行為により害されようとしたかを区別することには意味がないという考え方は、不作為が故意行為の介入によってその意味を変えてしまうものであることを無視しているといわなければならない。「故意に行為する者が事態の推移を支配する限り、それは、不作為にとどまる保障人に対して、可罰的結果への直接の通路を変更させてしまう (verstellen) のである。」<sup>(7)</sup>そして、その場合には、不作為にとどまる保障人は、単なる「消極的促進者」すなわち「幫助犯」としての意味しかもたなくなるわけである。これに対して、保障人が、謀殺行為により重態になった被害者を発見したようなときは、自然の猛威によって保護法益が危機に瀕したときと同様、その不作為は、「正当性」を基礎づける。その後の被害者の命運は、専らその「保障人の手中に握られたことになる」からである。 —

ガルラスのこの立言は、故意の作為犯に対する関係での保障人の不作为のもつ意味を従属的なものとしてとらえながらも、重傷を負った少年の父親は、他人が立ち去ってしまった後でこれを発見したような場合は、息子の命運を掌握したといわざるをえない以上、溺れた幼児を救助しなければならぬのと同様の「立場」に立つことを認めたいといえよう。<sup>(8)</sup>

これに対して、ロクシンは、第三者の作為の介入がある場合に、何故、突然、「不作为」が性格を変えてしまうのか理解できないとい<sup>(9)</sup>、シユヴァプは、重傷を負った被害者が放置されているのを発見した保障人が、犯人が立ち去った後に、救護可能な状況が残されていた段階で、何らの措置にも出なかったときは、不作为による謀殺の正犯たりべきなのに、何故、ガルラスの立場では幫助犯にとどまるのであろうかとい<sup>(10)</sup>。いずれも正鵠を射た批判ではないといわざるをえない。ロクシンは自説を述べただけであり、シユヴァプは、ガルラスの真意を理解していないといべきだからである。

ガルラスの見解は、F・クリスチャン・シユレーダーの支持を受けているが、わたくしも、基本的にはこの考え方に賛成しようと考えている。<sup>(12)</sup>特に、自然・動物による法益危殆化と人間の作為による法益侵害との刑法的意味の相違をあきらかにしようとした点は、アルミン・カウフマン<sup>(11)</sup>Ⅱヴェルツェルやロクシンの見解とは違って、きわめて正当であるといべきであろう。

しかし、問題は、その先にある。

三 ガルラスは、右のような立言を、飽くまでも「原則」としてとらえようとする。そして、「例外」に属する場合としては、たとえば、「作為」の行為者が、保障人の監視・監護義務に服する子供であるような場合を掲げる。<sup>(13)</sup>

たしかに、小学生の子供が窃盗を働いているのに、「おやつ」を与える必要がないということ、これを放置して

いるような母親は、窃盜の「間接正犯」といつてよいであろう。<sup>(14)</sup> また、一五歳の長男が、一〇歳の長女に暴行を加えているのに、これを阻止しなかった父親は、長男の乱暴を阻止し、長女の身体を守るべき地位（二重の保障人）にあるといわざるをえないから、その不作為はこれを暴行の「正犯」として「再評価」してしかるべきであろう。まさに、「原則幫助犯説」の「例外」である。しかしながら、これが例外ならば、瀕死の重傷を負わせられた息子を救護しようとしなかった父親もまた、「例外」としてとらえられるべきではあるまいか。けだし、この場合も、他人の「作為」が介在していることを前提とするものだからである。そして、この「例外」をさらに追究するべきだったといわざるをえないのである。しかし、ガルラスは、これ以上の立論に出なかつたのである。

この点こそが、ガルラスに対する批判でなければならぬといえよう。

四 実は、「原則幫助犯説」に立つイエシエックや、ランフトも、ほぼ同様の理解しか示していないといわなければならない。イエシエックは、行為者の作為が事態の流れを支配することができない場合にのみ、不作為者に行為支配が「移行する (übergehen)」というだけであり、<sup>(15)</sup> ランフトは、「結果を左右しうる保障人 (erfolgsnäherer Garant)」の存在を肯定するだけなのである。<sup>(16)</sup>

ゾワダは、「例外正犯説」では、保障人と作為者の関係を重視するか（保障人の幫助犯）、保障人と被害者の関係を重視するか（保障人の正犯）によって、保障人の「不作為の正犯・幫助犯」が変位することになり、結局は、「価値判断」に依存することになってしまうであろうと指摘する。<sup>(17)</sup> しかし、「例外正犯説」の核心は、単なる「価値判断」にあるのではないといわなければならない。後に、判例の動向などを検討することを通して、その実体を究明したいと考える。当該「不作為の重み」<sup>(18)</sup> が、正犯と共犯を区別する基準となることがやがてあきらかになるであろう。

シユミットホイザーは、夙に「作為」と「不作為」が共働する場合においても、単なる「不作為の幫助」にとどま

りえないときには、「作為と不作為の共同正犯」が成立しうると主張していた。はたして、それはいかなる場合なのであろうかという点が、問題なのである。

- (1) 前出、一注(13)(14)(15)。
- (2) R. v. Frank, StGB, 18 Aufl. 1931, S. 125.
- (3) J. Nagler, Die Problematik GS, 111, S. 73.
- (4) 内田文昭・刑法概要中巻四五頁以下、四五九頁注(7)。
- (5) 学説の概観は、H. J. Schwab, Täterschaft, S. 136 ff.
- (6) 前出、一注(9)(10)(18)。
- (7) W. Gallas, Beiträge, S. 187 f.
- (8) 前出、一注(9)(10)。
- (9) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 496 f.
- (10) H. J. Schwab, Täterschaft, S. 148 f. しかし、ガルラスは、すくなくとも、「不作為の故殺」はこれを肯定するのである。前注(7)。
- (11) F. Chr. Schröder, Der Täter, S. 105.
- (12) 内田・概要中巻五〇六頁以下。なお、後出、三・四注(14)。これに対して、阿部純二「不作為による従犯(中)」刑法雑誌一八巻一・二七〇頁以下は、ガルラスの見解を正面から批判される。
- (13) W. Gallas, Beiträge, S. 187 Anm. 66, 188 Anm. 69.
- (14) 不作為による間接正犯については、後出、五。
- (15) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §13 Rdn. 57 [H. H. Jescheck].
- (16) O. Ranft, Garantieflichtwidriges Unterlassen, ZStrW. 94, S. 853, 862.
- (17) Chr. Sowada, Täterschaft und Teilnahme beim Unterlassungsdelikt, Jura. 1986, S. 399 ff., 402 ff. 参見 H. J. Schwab, Täterschaft, S. 151.



(18) E. Schmidhäuser, Strafrecht, Allg. T. 2 Aufl. 1975, S. 705.

#### 四 中間説

一 原則正犯説と原則幫助犯説の中間に、保障人的地位の性質・内容の相違によって、「不作為の正犯」と「不作為の幫助犯」とを画定しようとする説がある。これを「中間説」と呼ぶことにしよう。

中間説を取る論者としては、ヘルツベルクなど、かなりの数を算えるが、<sup>(1)</sup>ここでは、特にクラマーを取り上げることにしたい。

クラマーによれば、ドイツ刑法二五条以下の「正犯・共犯」は、本来、作為による正犯・共犯を予定しているのであって、そもそも「不作為」による場合を想定していないのであるが、だからといって、不作為による加功を一面的に「正犯」であるとか「幫助犯」であるとかすることは妥当でないのである。<sup>(2)</sup>二五条以下の趣旨を汲んで、保障人的地位の「性質」・「内容」の価値的相違から、正犯か幫助犯かを論定しなければならぬというのである。

そこで、クラマーは、「法益保護保障人」と「監視保障人」という、最近の保障人的地位の区別を援用し、前者の不作為は原則として「正犯性」を基礎づけ、後者の不作為は原則として「幫助犯性」を基礎づけると考えた。父親が、母親の幼児毒殺を阻止しなかったような場合は、幼児の生命を保護するべき「地位」を放棄したものととして、「謀殺の正犯」であり、<sup>(3)</sup>父親が、一五歳の長男の犯罪を阻止しなかったような場合は、未成年の子供に対する監視・監督を怠ったものとして「幫助犯」とされるべきであるというわけである。<sup>(4)</sup>尤も、右の場合、長男が小さな少年であったようなときは、「例外」として「間接正犯」たりえないではないのであった。<sup>(5)</sup>

二 クラマーの特色は、「保護保障人」の不作為は正犯性を基礎づけると考えた点にあるといえよう。母親の幼

児毒殺という「作為」を阻止しなかった父親は、謀殺の正犯だといふのである。これは、ガルラスやイエシエックなどの理解と違った独自の考え方であるといわなければならない。それだけに、その根拠が問題となろう。クラマーは、「不作為者」が「自己の手中」にすべての構成要件要素を掌握しているからであるといふ<sup>(6)</sup>。しかし、父親の幼児毒殺を母親が阻止しなかったときにはどうなのであろうか。母親もまた、「保護保障人」である。クラマーの立場では、当然に「正犯」でなければならぬ。しかし、通常は、「帮助犯」にすぎないのではあるまいか。ここで、母親は、父親の犯行を阻止すべき「監視保障人」でもあるという立言に出ることは許されない。今は、夫婦間の「相互的犯罪防止義務」の有無を論じる場ではないが、もし、父親にこれを認めるならば、母親にもこれを認めてしかるべきであろう。つまり、右のような場合においては、父親が「正犯」ならば母親も「正犯」だということになり、母親に不当な責任を負わせることになりかねないのである。

他方、クラマーは、一五歳の長男が、すでに被害者に重傷を負わせた後に、その父親が通りかかり、まだ救助可能な被害者を放置したような場合は、息子を「監視」することにより犯行を阻止しえたときであろうと、息子の「先行行為に基づく不作為の殺人」を阻止しなかったときであろうとを問わず、帮助犯にはとどまりえないが、「自己の作為による帮助」との均衡上、帮助犯を上回る「責任」を求めるときではないといふ<sup>(8)</sup>。しかし、「監視保障人」だからといって、すくなくとも「帮助犯」にとどまりえない場合は存在するわけである。この限り、ロクシンの見解とは逆の意味で、しかし、結果的には同様の問題性が包蔵されているといわなければならない<sup>(9)</sup>。

三 「保護保障人」の不作為は正犯性を基礎づけ、「監視保障人」の不作為は帮助犯性を基礎づけるにすぎないという理解に対しては、かねて批判が強かった。二種類の保障人的地位を明確に区別することができないとか、同一人が、「保護保障人的地位」を全うせず、さらに、「監視保障人的地位」を放置したような場合は、いかに考えるのかと

いった批判である。<sup>(10)</sup>

しかし、このような批判は、必ずしも正鵠を射ていないといわなければならない。親は、未成年の子供の生命・身体等を「保護するべき立場」にあるし、夜警番は、任せられた空間・場所等を「監視・看守するべき地位」にあることはこれを否定しえないのである。勿論、親も子供を「監視」しなければならぬし、夜警番も、究極においては、任せられた空間・場所等の法益の安全を「保護」するべき地位にあるといえよう。しかし、親の保障人的地位には「二重の側面」があり、夜警番のそれは、直接的には「監視するべき地位」にすぎないといべきである。したがって、親が、子供の喧嘩を放置したような場合は、自己の子供に対する関係では「保護保障人」であり、他人の子供に対する関係では「監視保障人」なのである。喧嘩の結果、自分の子供が重傷を負ったならば、「不作為による傷害罪の正犯」となり、相手の子供が傷害を負ったならば、「不作為による傷害罪の幫助犯」となり、両者は、観念的競合の関係に立つという解決を図ることができるわけである。また、夜警番が、窃盗犯人を見逃したような場合、その窃盗犯人が、一四歳の息子であったときは、職務上の「監視保障人」の不作為と、息子に対する「監視保障人」の不作為の故に、すなわち、「二重の保障人的地位」の放棄故に、「不作為による窃盗の正犯」たりえないではないとすることも可能なのである。

しかしながら、問題は、このような「形式的」な考量のみをもってしては解決しえない場合にあるといえよう。それは、さきに指摘したように、父親の「作為」に対する母親の「不作為」の場合とか、息子が被害者に「重傷」を負わせて立ち去ったところへ、父親が通りかかり、これを目撃することになったような場合である。母親の不作為は、「保護保障人的地位」の放棄であるにもかかわらず、何故「殺人の幫助犯」にすぎないと考えた方が自然なのか、息子の殺人行為の後を通りかかったにすぎない父親は、「監視保障人的地位」を全うしなかったただけなのに、何故「殺

人の正犯」たりえないではないのかという問題である。

第一点は、おそらく「父親の不作为」と「母親の不作为」との刑法的意味の相違を考えることにより解決されるであろう。いとも簡単に母親を阻止して子供の生命を守ることができであろう父親の不作为と、身体的にも力の弱い母親の不作为との相違である。F・クリスチャン・シュレーダー<sup>(11)</sup>は、血気盛んな父親が、他人によって子供が殺されそうになっているのに、役に立たない大喰い息子だということだけでこれを放置した場合と、よろよろして痩せこけた父親が、無駄な抵抗を諦めてじっとしていた場合の相違を指摘するが、まさにその通りであるといえよう。<sup>(12)</sup> 実は、クラマーも、このような場合の「強い父親の不作为」なるが故に、すべてを「自己の手中にしている」と考えることができた筈なのである。さらに、「不作为の重み」を考慮しようという態度は、すでにキールヴァインに、最近では、アルツト、ランフト、シユウアップなどにも窺われることを予め一言しておきたい。<sup>(13)</sup>

これに反して、一八歳の長男の窃盗行為を阻止しなかった老夜警番は、「二重の保障人的地位」にもかかわらず、窃盗幫助にとどまる可能性が強いのである。やはり「力」の差の問題である。

つぎに、第二点は、「監視保障人的地位」の「外延」が、「保護保障人的地位」の「承継」を包括せざるをえない場合があることを肯認することにより、解決されるべきではあるまいか。父親は、未成年の息子の犯罪を阻止する地位にある。しかし、このことは、究極においては、息子により侵害される法益を保護するために、特に父親に要請されたのである。すでに確認した通りである。しかし、当の息子は、被害者に重傷を負わせて立ち去った。被害者の「命運」を掌握したのは父親である。このような場合には、息子に対する「監視保障人的地位」は、息子の犯行を覚知した以上、被害者に対する「保護保障人的地位」に変容することになるといわざるをえないのである。それは、「保護保障人的地位」の「承継」といってもよからうが、より正確には、「監視保障人的地位」の「保護保障人的地位」へ

の「変質」として位置づけられるべきであろう。<sup>(14)</sup> 父親が、みずからの「作為」で息子を支援したときは「幫助犯」とどまるのであるから、このようなときも、幫助犯の刑を上回ってはならないというような政策的配慮は、別問題であるといわなければならない。極めて容易に被害者を救助しうるような場合は、「正犯」としての「責任」を負ってしかるべきであろう。クラマーの「自己の手中にすべてを掌握した」保障人の不作為を肯定しうるかどうかである。

四 いずれにもせよ、保護保障人の不作為は正犯で、監視保障人の不作為は幫助犯にすぎないという形式的な「振り分け」は、単純すぎて実体に適合しないのである。<sup>(15)</sup> シュウアプによれば、保護保障人は、法益保護のために「あらゆる危険」に対処しなければならないが故に、その不作為は「正犯性」を基礎づけるが、監視保障人も、自己の管理・支配する人的・物的領域に生じる危険を除去して法益保護に奉仕しなければならないという点では異なるものはない筈であるが、監視保障人の不作為は他人の「作為」の介入が想定されるが故に、「周辺のなもの」にされてしまうことが多いのである。<sup>(16)</sup> 適切な指摘といえよう。しかし、保護保障人の不作為も、「周辺のなもの」になる場合があるし、監視保障人の不作為も「周辺のなもの」にとどまりえない場合があることを再確認する必要がある。アルツト<sup>(17)</sup>は、不作為の「重量測定 (Gewichtung)」の必要性を提唱する。われわれの求めるべき途が、まさにこれなのである。

これに対して、判例は、すでに以前から、かなり実質的な考量に出ているといっている。改めて、その動向を訊ねることにしなければならない。

(1) R. D. Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 82 ff.

学説の概観は、H. J. Schwab, Täterschaft, S. 90 ff., 106 ff.

- (2) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 421 ff. [P. Cramer].
- (3) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 422 [P. Cramer].
- (4) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 423 [P. Cramer].
- (5) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 423 [P. Cramer]. なお、後出、五。
- (6) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 422 [P. Cramer].
- (7) 夫婦間では、相互に「保護保障人的地位」を認めるべきであるが、他方配偶者に対する「犯罪防止保障人的地位」はこれを認める必要はないというのが、最近の一般的見解であるところである (Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §13 Rdn. 43 [H. H. Jescheck])。なお、H. J. Schwab, Täterschaft, S. 106 ff.
- (8) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 423 [P. Cramer].
- (9) 前出、三・一注 (13) (14)。
- (10) G. Stratenwerth, Allg. T. 4 Aufl. S. 402. なお、Chr. Sowada, Täterschaft, Jura. 1986, S. 406 f.; H. J. Schwab, Täterschaft, S. 106 ff.
- (11) F. Chr. Schroeder Der Täter, S. 105 f.
- (12) 阿部純二「不作為による従犯(上)」刑法雑誌、七卷二・四号一二頁は、シユレーダーの実質的配慮を看過しているといわざるをえない。

ちなみに、親だけが子供の生命・身体の「保護保障人的地位」に立つわけではない。逆に、一八歳の息子に、父親への「保護保障人的地位」を認めるべき場合も、勿論ありえよう。一九六三年一月二十九日のドイツ連邦裁判所第四刑事部判決は、これを肯定した (BGH. Str. 19, 1964, S. 167 ff.)。しかし、同判決は、事案の解決に当たり、当該息子と母親・兄との関係から、未成年の息子にとって「保障的地位」の全うが可能であったかどうかは別問題であるとして、父親に対する「謀殺未遂罪」の「幫助犯」の成立を否定したのである (JR. 1964, S. 225 ff.)。不作為による幫助犯の「構成要件」の問題としたのか、「期待可能性」の問題としたのかは明確ではないが、「不作為の重み」を考慮しようとしたことはたしかであろう。後にも改めて取り上げるが、判例は、すでに「実質的考量」に出ているのである。なお、H. シユレーダー (H. Schröder, JR. 1964, S. 227 f.) は、第四刑事部が、「期待可能性」の問題としてとらえていると指摘する。

(13) 後出、四・三。

(14) ガルラス (W. Gallas, Beiträge, S. 187 f.) の真意は、「このような場合をも包含する趣旨できないかと思われる。けだし、重傷を負った息子が放置されていた場合と、息子が他人を殺そうとして重傷を負わせて立ち去った場合とで、「被害者」の命運を掌握したことに変わりがないのであり、前者では、「保護保障人的地位」が問題となるのみであるが、後者では、「監視保障人的地位」が、その究極の「ねらい」を全うすることを求めざるをえないというべきなのである。また、ナークラーの「条件」から「原因」への変質 (J. Nagler, Die Problematik, GS. III, S. 73) も、このような場合に肯定されるであろう。けだし、父親は、すくなくとも息子が立ち去った後は、他人の介入なしに結果を防止しえに違いない状況が想定されているからである。なお、前出、三・三注(3)(7)(10)(13)。

(15) ヤコブス (G. Jakobs, Allg. T. 2 Aufl. S. 781 ff., 802 ff., 818 ff., 845 ff.) は、禁止・命令の規範的相違を重視せず、自己の管理・支配体制を恣意的に「拡大することを慎むべき保障人的地位」と、これを超えて、法益保護のために「連帯保障的に遵守するべき保障人的地位」の区別を考え、前者では、不作為の正犯・共犯の区別は、作為犯の場合と同様に考えてよいが、後者では、保障人の不作為は原則として「正犯性」を基礎づけると主張する。そして、警察官は、「連帯保障人的地位」にあるという。したがって、警察官が、犯罪阻止力を充分もちながら、これを怠ったときは、それ自体としては「共犯のかたち」をとるときにおいても、当該犯罪の「正犯」とされなければならないのである。前出、一注(12)。

ヤコブスのような保障人的地位の分類が妥当かどうかは、ここでは問題でない。問題は、何故「警察官の不作為」は「正犯」なのかである。

たしかに、武装した警察官の犯罪不防止は、きわめて「重みのある不作為」であろう。正犯性を基礎づける場合が多いであろう。しかし、通報を受けたにもかかわらず、捜査を開始しようとしなかったというだけでは、実行された犯罪の正犯とはいえないのが常識である。やはり、具体的な場合に依じて、その不作為のもつ「重み」の差異を考量しなければならぬのは、当然である。ヤコブスの主張も、形式的にすぎるといわなければならない。

(16) H. J. Schwab, Täterschaft, S. 108 ff.

(17) G. Arzt, Zur Garantienstellung beim unechten Unterlassungsdelikt (I. Teil), JA. 1980, S. 553 ff., 558.

## 五 判例の動向

一 一九六六年七月五日ドイツ連邦裁判所第五刑事部判決<sup>(1)</sup>は、飲食店の女性経営者が、若い女性客に対する常連客達の乱暴を阻止しなかったことの故をもつて、同女に「不作為による傷害罪の共同正犯」の成立を認めた。被告女性には、飲食店経営者として、その管理・支配する場所の秩序を維持し、特に、客に対しては、他の客等による無法な振舞がないよう配慮をする法的義務が肯定されなければならないとした上で、このような義務に違反する「不作為」は原則として「幫助犯」にとどまるべきであるとの上告に応え、共同正犯か幫助犯かを決する「意思方向」は、単なる「内部的な事実」によって決せられるのではなくして、内部的な表象が包含するあらゆる事情を基礎にして判断されなければならないとして、これを斥けたのである。

この判決は、「作為の傷害行為」に対する「不作為の加功」について、「共同正犯」たりうる場合があることを正面から肯定したものと見て、注目に値する。それだけに、批判も厳しい。従来の判例との整合性も問題になろう。

しかし、必ずしも適切な批判が行われているとはいえないであろう。たとえば、ロクシンやクラーマーは、「主観的共犯論」<sup>(2)</sup>の流れとしてこれを批判するだけなのである。<sup>(3)</sup>

しかしながら、右に紹介したように、この判決は、不作為者の表象に包含された「あらゆる事情」を考慮しなければならぬというのである。そして、上告論旨が、正犯といえるためには、被告人は共犯者の所為をも「自己のもの」として意思しなければならぬ」という「主観的共犯論」の正犯標識を掲げたことに対して、その必要はないといわなければならない。単純に、従来の「主観的共犯論」の延長線にあるものとしてとらえることは、正当ではないといわなければならない。また、「正犯意思のない正犯」は存在しえないのであって、問題は、単なる「意思」だけで正犯と共犯の区別が可能かどうかにあるということをも、反省する必要がある。さらに、従来の判例との整合性も、後に



種々触れるように、何ら問題を生じさせるものではないのである。<sup>(4)</sup>

二 一九六六年判決に内在する問題性は、つぎの三点にある。第一は、被告女性の保障人的地位を、「保護保障人的地位」としてとらえているのか、「監視保障人的地位」としてとらえているのかである。しかし、この点は、さきにも検討したように、特に重大な問題ではないといわなければならぬ。一般的には、「監視保障人的地位」にあるが、危険が発生して女性客の法益が侵害されそうになった場合には、「保護保障人的地位」も生じうると考えてよいわけである。ここで重要なのは、「保護保障人」か「監視保障人」かという単純な図式をもってしては解決しえないものが多々ありうることを、判例は当然の前提としているという点である。

第二の問題性は、被告女性の「不作為」を幫助犯にとどまりえないとした点にある。これが、最大の問題点である。そして、この点では、明確なものは窺われないといわなければならない。この限り、ロクシンやクラーマーの批判も理解できないわけではないといえよう。だがしかし、この判決は、共犯者達が女性被害者の毛髪等を切り取った鋏を取り返すのは、被告人にとってさして困難ではなかったと判断したようである。暗黙の共同意思が肯定される可能性がある。ここに、「不作為の重み」があるのではなからうか。女性経営者でも、常連客の乱暴を容易に阻止しえたとするならば、「保護保障人」と「監視保障人」の「二重の保障人的地位」に拘泥するまでもなく「正犯性」を肯定しうるのではあるまいか。この判決は、このような考慮が可能であることを、ガルラスの一般論の「例外」<sup>(5)</sup>として示唆しているように思われるのである。「あらゆる事情」を考慮するならば、被告女性の「意思方向」は、常連客達の乱暴を「支配しうる不作為」にあつたというのが実体だったのである。<sup>(6)</sup>

第三点は、シュトレーの批判にかかわる。シュトレーは、この判決が、「保障人地位」をゆるやかに肯定しすぎているという。<sup>(7)</sup>一九八二年二月二四日ドイツ連邦裁判所第三刑事部判決も、自宅に人を入れた者は、無条件に保障人

的地位に立たされるのではなくして、住居の性状等からして、容易に犯罪行為の手段として利用されそうな危険が生じたときに、これを防止するべき地位に立たされるにすぎないと判示した。さきに取り上げた「政治家暗殺幫助」にかかわるロクシンの設例との関連においても、興味深いものがあるといわなければならない。

基本的には、このような限定が要請されよう。しかし、一九六六年判決の事案が、このような「危険」を前提としていなかったかどうかは、必ずしも明確ではないといわざるをえないのである。<sup>(10)</sup>

ちなみに、一九八二年判決の事案は、強姦犯人が、犯行に都合のよい被告人夫婦の住居に被害者を拉致し、屋階で実行に出たところに夫が駆けつけ、被害者が救助を求めたが、犯人に「殺すぞ」と脅され、何もなしえず、ついで妻も現場に赴いたが、どうすることもできず、被害者が警察官によって救出されるまで、事態を「放置」せざるをえなかったというものである。原審は、管理・支配する住居が強姦の現場となることを知りながら敢え放置したとして、両被告人を強姦罪・重傷害罪の「幫助犯」としたのであったが、連邦裁判所は、さきに紹介したような理由でこれを否定し、原判決を破棄したのである。被害者救出の至難さもさることながら、単に自己の住居の一部が強姦のために利用されたということだけで、「保障人的地位」を認めるのは不当であるから、連邦裁判所判決は、当然支持されるべきである。<sup>(11)</sup>

一九六六年判決は、「女性の不作為」に「正犯性」を認め、一九八二年判決は、「夫婦の不作為」に「幫助犯」すらをも認めようとはしなかったのであるが、具体的な事案の解決としてはいずれも妥当であったといえるべきである。判例は、「健全」な歩みを続けているといえよう。

三 一九八五年一〇月二三日ドイツ連邦裁判所第三刑事部判決は、被告人A・Bが飲食遊興後、ある店先で年金生活者が寝ているのをみつけ、痛めつけようとして、交々被害者の胸部・頭部等を蹴りつけ、踏みつけるなどして同人

を無抵抗状態にした後、Bは現場から二メートル離れ、Aの乱暴を笑ってみていたが、Aが、さらに、九・三キログラムの鉄パイプで被害者の頭部を殴打するであろうことを認識しながら、これを阻止しようとはしなかったという事案につき、Bの上告に応えて、Bにも「先行行為」に基づき、結果防止に出るべき保障人的地位があるとして、被告兩名を「共同正犯」とした原判決を支持したのである。判決理由中で、つぎのように説示した点が、特に注目し値する。——共犯者の故意殺行為を阻止しなかった者は、幫助犯たりうるし共同正犯たりうるが、その区別基準は、結果防止義務違反でもなければ、共犯者の殺人の容認でもない。この二つは、幫助犯の成立にも欠かせない要件だからである。むしろ決定的なのは、共犯の作為と結果とに対する「不作為者の内的態度 (innere Haltung)」であり、これが、義務違反の不作為を、幫助犯とするか正犯とするかを決する根拠となるのである。——

連邦裁判所は、このように説示しながら、一九六六年判決を援用した上で、本件でも、「外的・内的事実面に関する確定は、不作為の正犯としての有罪を支える」ことになる結論づけたことである。

一九八五年判決に対しては、評価がわかれていた。たとえば、ロクシンは、一九六六年判決と同様、「主観的共犯論」の名残りをとどめていると批判的であり、アルツトは、逆に、「主観的共犯論」の立場からして正当であるというのである。<sup>(14)</sup>これに対して、ランフトは、連邦裁判所が、「不作為の正犯」と「不作為の共犯」の区別に関して、示唆的な基準を示したことはない<sup>(15)</sup>と考える。しかし、いずれも、正当な理解ではないといわなければならない。

第一に、一九八五年判決は、一九六六年判決にもまして「不作為の重み」を考えようとしたであろうことを看過してはならない。「意思方向」に包含された「あらゆる事情」が、正犯性の「外的・内的事実面」を示しているというのである。これが、正犯性を支える同判決の「内的態度」なのであって、決して、ロクシンが指摘するような「主観的基準」にとどまるものではないといわなければならない。

第二に、ランフトの批判は、「的はずれ」であることを指摘せざるをえない。一九六六年判決にせよ、一九八五年判決にせよ、区別基準はこれを掲げているのである。賛成するかどうかは、別問題なのである。むしろ、「不作為の重量測定」を掲げるアルツトが、問題を、敢て「主観的共犯論」の土壌でとらえようとした点、「結果を左右しうる保障人」を認めるランフトが、これを放棄してしまったかのような立言に出た点に、多くの疑問が向けられなければならないであろう。

重要なのは、むしろ一九八五年判決の事案で、Bの不作為が、はたして「正犯としての重み」をもっていたかどうかである。ロクシンは、Bが笑っていたというだけでは、「超過的情操無価値」の存在が示されたにすぎないという。しかし、実体はそうでないであろう。Bは、単に、最終的な手を下さなかっただけなのである。極言すれば、「とどめを刺さなかった」にすぎないのである。まさに、「正犯としての重み」がある「不作為」にはかなるまい。これを、「先行行為」に基づく「保障人的地位」の放棄にすぎないとみることが、このの実体を見誤るものといわなければならない。それは、「かたち」の上でこそ「不作為」の形式をとっているといえようが、実体は、共同正犯者のある者が、「とどめを刺す」のを、他の者が笑ってみている場合と何ら異なるものではないのである。一九八五年判決は、この角度でこそ批判されるべきであろう。

実は、一八歳の息子の窃盗行為を阻止しなかった夜警番も、単に形式的な「二重の保障人的地位」の放棄という観点ではなしに、やはり、その「不作為の重み」の観点でとらえられなければならない。体力に勝った息子の犯行を容易に阻止できる手段をもっていたかどうかである。ヤコブスの「警察官」ならばいざしらず、単なる「夜警番」は、このような手段をもち合わせないのが普通であろう。「幫助犯」たりうるのみであるといわなければならない。

右に眺めた諸判例は、このような方向づけを示唆するのである。

四 この観点では、わが国でも、ごく最近、きわめて示唆的な判例に接しえたことを紹介しなければならぬ。札幌高裁平成一二年三月一六日判決<sup>(20)</sup>がそれである。被告人女性甲は、四歳の長男と三歳の次男を連れて乙と内縁関係に入ったが、乙が日頃から子供たちに「せっかん」を重ねているのを特に制止もせずにしたところ、事件当日、次男の態度に立腹した乙が、同人に対し、手拳でその頭部を数回殴打したために仰向けに倒れて意識を失った同人を発見し、乙と共に病院に運んだが、くも膜下出血のため同人を死亡させるに至ったというのが事件の概要である。この間、甲は、いつものように乙が「せっかん」をしているのだと思い込み、台所で夕食の準備をしていたが、これまでにない次男の悲鳴に慌てて寝室に赴いたところ同人はすでに意識を失って乙に抱きかかえられていたというのである。甲は、傷害致死罪の幫助犯として起訴されたが、第一審釧路地裁は、被害者の唯一の親権者である甲には、強い「保護義務」があるとしながらも、「不作為」による幫助犯の成立には、保障人が、正犯の犯行をほぼ確実に阻止しえたにもかかわらず、これを放棄して犯行を容易にしたことが必要であり、作為による幫助と同視しうるものでなければならぬという前提の下に、甲自身もかねて乙から暴行を受けていたことなどからして、その「作為義務」はきわめて強度とまではいえぬ、妊娠六月の状態であったことをも考慮するならば、乙の暴行を実力をもって阻止することは著しく困難であったと認定し、不作為の幫助犯の成立を否定したのであった。<sup>(21)</sup>これに対して、札幌高裁は、乙の日頃の仕打ちが、甲に強度の恐怖心を与えていたとまではいえぬ、甲は「目をつぶっていた」状態であったと認定し直した上で、「原判決が掲げる『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いふべきであるから……結果阻止との因果性の認められるもののみを幫助行為に限定し……実力をもって阻止する行為のみを想定し、(乙)が……暴行を加えないように監視する行為、あるいは、(乙)の暴行を言葉で制止する行為を想定することは相当でないとした原判決には、罪刑法定主義の見地……を考慮に入れ

ても、なお法令の適用に誤りがあるといわざるを得ない」として、破棄自判し、甲に懲役二年六月（執行猶予四年）を言渡したのである。事件は、控訴審で確定したから、判例としての意味も重要である。

札幌高裁判決には、多くの貴重な論点が示されているといわなければならない。

第一には、「保護保障人」の不作为は、法益保護の至上の要請からして、当然に「正犯性」を基礎づけるというよ  
うな形式的な発想はとられていないという点を指摘しうるであろう。これは、わが国では、かねてからの通説・判例  
のとりどころでもあるといえようが、最近のドイツの学説状況と比較して、かなり相違する点であるといわなければ  
ならない。そして、これが妥当な方向を目指すものであることは、敢て多言を要しないであろう。甲の不作为は、乙  
の作為に対して、「周辺のなもの」<sup>(23)</sup>にすぎないのである。

第二は、「不作为による帮助犯」の成立には、要請された作為があるときには、「ほぼ確実に結果を阻止し得たであ  
ろうという必要はない」と判示した点である。札幌高裁は、言外に「不作为の正犯」と「不作为の帮助犯」の「因果  
性」の相違を考えたものというべきである。すなわち、たとえば、昭和四九年改正刑法草案一二条が掲げる「その発  
生を防止することができたにもかかわらず」の要件は、不作为の正犯の要件であるのに、第一審判決はこれを帮助犯  
の要件として要請したものととして、「法令適用の誤り」とみたのではないかと思われるのである。これは、すくなく  
とも、わが国の従来の判例に類をみない着想であるといえるべきであろう。正当であるといわなければならない。

もともと「帮助の因果性」をめぐっては、かねて種々の見解がみられた。<sup>(24)</sup>しかし、「因果的共犯論」を当然の前提  
とする以上、「結果を容易にした」という関係が要請されるのは、当然である。「不作为の帮助犯」も、この要請に  
応える必要がある。しかし、「ほぼ確実に結果を阻止しえたであろう」というのは、やはり「正犯の因果性」の要件で  
あり、帮助犯の場合は、当該「不作为」によって正犯の犯行が「容易になった」という認定で足りると考えるのが筋

道であるといわざるをえないのである。「弱い保障人」としての不作為の因果性をもって必要かつ充分と考えるべきなのである。結果回避の容易性の「強弱」も、「正犯」と「幫助犯」とで差異があつて当然であるといわなければならない。

勿論、甲にとって、乙の乱暴を「阻止」することは容易ではなかつたであろう。しかし、一九八二年二月二四日連邦裁判所第三刑事部判決の事案と違って、札幌高裁も指摘するように、乙に対する「働きかけ」は可能であつたといわざるをえないであろうし、屋外に出て助けを求めることも不可能ではなかつたであろう。しかし、甲は、結局「何もしなかつた」のである。ここに「不作為の幫助」を認めるべき根拠があるといわなければなるまい。ドイツでも、同趣旨の学説・判例がみられることを付言しておきたい。<sup>(25)</sup>

第三には、札幌高裁は、甲に対して、乙の犯行を阻止するための直接的な「監視保障人的地位」を認めただけではないにしても、それに近いものを考えていたという点を指摘しなければならない。そして、この点も、これまでの考量からして是認しうるものというべきであろう。けだし、「保護保障人」か「監視保障人」かは、特に決定的な意味をもつわけではなかつたからである。

第四には、事案からして直接の論点とはされていないが、逆に、甲が乙の関心を惹きつけるために、わが子を虐待したとして、乙が、これを制止しなかつたような場合、いかなる判断が下されるであろうかという問題を提起したのである。乙が、養子縁組をして親権者となつたような場合が、特に問題である。乙の不作為は、「強い保障人」の不作為として、「ほぼ確実に結果を阻止し得た」であろうが故に、「傷害致死罪の正犯」たりうる筈である。<sup>(26)</sup>乙は、クラーマーの「自己の手中にすべてを掌握した」保障人にほかならないからである。

四 以上眺めたように、判例は、「不作為による正犯」の可能性を、かなり実質的な見地でとらえたことになるも

のとして評価しうるであろう。正犯・共犯論に関する「実質的客観説」の立場からは、これは大いに歓迎に値することであるといわなければならない。

- (1) BGH. NJW. 1966, S. 1763.
- (2) 「主観的共犯論」については、Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 3 ff., 204 [C. Roxin]. なお、内田文昭・刑法概要中巻四三二頁。
- (3) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 572 f.; Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 421 [P. Cramer].
- (4) 後出、四・四注(1)(2)、五・二注(13)など。
- (5) 前出、三・三・二。
- (6) 神山敏雄・不作為をめぐる共犯論四四頁以下、三〇五頁以下は、被告女性が、客から銃を取り戻すことが容易であったらしいという点を軽視するものといわなければならない。
- (7) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 205 [W. Stree].
- (8) BGH. Str. 30, 1982, S. 391 ff., 396.
- (9) 前出、二・二注(1)。
- (10) 自己の目で乱暴が行われたという点を無視することはできなからであろう。なお、Otto-Brammsen, Die Grundlagen der strafrechtlichen Haftung des Garanten wegen Unterlassens, Jura. 1985, S. 647 ff. は、「ホテル等に対する客の「信頼」といった見地から、一九六六年判決の態度に賛成している。
- (11) 一九六三年一月二十九日の連邦裁判所第四刑事部判決(前出、三・四注(12))は、一八歳の息子に対して、父親への「保障人的地位」を認めながら「殺人幫助」を否定した。これに対して、一九八二年判決は、「保障人的地位」そのものを認めなかったわけである。「保障人的地位」と「作為義務」とが、体系的に分離されるべきは、当然である。内田文昭・刑法概要上巻三二〇頁以下、同・概要中巻四三三頁以下。
- (12) StrV. 1986, S. 59 f.
- (13) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 594 f.



- (14) G. Arzt, Str.V. 1986, S. 337f.
- (15) O. Ranft, Rechtsprechungsbbericht zu den Unterlassungsdelikten, Teil 2, JZ. 1987, S. 908 ff., 917.
- (16) 前出、三・四注(17)。
- (17) 前出、三・三注(16)。
- (18) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 595.
- (19) 前出、三・四注(15)。
- (20) 札幌高判平成二二年三月一六日判例時報一七一〇号一七〇頁。
- (21) 釧路地判平成二一年二月二二日判例時報一六七五号一四八頁。
- (22) 内田文昭「不作為の幫助」判例タイムズ七六六号八九頁。
- (23) 前出、三・四注(16)。
- (24) 内田・概要中巻四三三頁以下、五二〇頁以下、五二七頁注(8)(9)。
- (25) O. Ranft, Das garantispflichtwidrige Unterlassen der Täterschwerung, ZStrW. 97, S. 168 ff., 275, 302; RG. Str. 71, 1938, S. 176 ff., 178.

尤も、一九八五年判決(前注(12))が、「結果防止義務違反」としては、正犯と幫助犯とで差異がないとするかのような判示に出たことは、誤解を招く可能性がある。

これに対して、阿部純二「不作為による従犯(上)」刑法雑誌一七卷三・四号一頁以下、五頁以下は、幫助犯の成立にも、結果防止の「確実さ」を求める立場から、「単に結果の発生を困難ならしめるために作為義務を課する必要はない」として、反対の態度を表明される。

しかしながら、「作為の幫助犯」は、心的・物的「支援」で足りるのに対して、「不作為の幫助犯」は、確実に結果を「阻止」しえなければならぬというものは、不当な要請であるといわなければならない。このような要請を前提とすることからこそ、ロクシン(Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 205 f. [C. Roxin])は、「すべての不作為」に行為支配「欠如の均等性」を唱え、シュトラ―テンヴェルト(G. Stratenwerth, Allg. T. 1, 4 Aufl. S. 401)は、「潜在的行為支配の「同質性」を唱えざるをえなかったのである。われわれは、「行為支配の可能性」すなわち「潜在的行為支配」の「強弱」をこそ直視する必要があることを、改めて確認しな

なければならない。これが、「不作為の重み」の内実なのである。前出、三・四注(11)(13)(15)(17)。

なお、村越一浩「同棲中の元夫の幼児虐待を制止しなかった被告人の行為が、傷害致死罪の不作為による幫助に該当するとして、これを否定して無罪とした原判決が破棄され、有罪が言い渡された事例」研修六二四号一三頁以下、二〇頁以下も、札幌高裁が、「幫助犯」の成立を認めた点には賛成される。

(26) 父親の幼児毒殺を母親が阻止しなかったという設定は、本稿の重要な基調をなすものであるが、札幌高裁判決の事案は、このような場合の存在を当然の前提とすることになるものといえよう。

#### 四 保障人同士の不作為による正犯と共犯の可能性

##### 一 序 説

一 これまでの考量からするならば、複数の保障人の不作為が共働する場合、ある者の不作為が正犯性を基礎づけ、ある者の不作為は幫助犯にとどまるときがありうることは、容易に予想できることであるといわなければならない。自然・動物の介在を特に問題にする必要はないし、事象の流れを変える他人の作為を特に意識する必要もないわけであり、単に、それぞれの「不作為」のもつ意味を考慮することをもって、問題は解決しうる筈だからである。しかしながら、問題解決への道程は、決して平坦ではなかったのである。

われわれは、まず、ナークラー以来の学説が、問題領域の重点を、「自然・動物対不作為」の関係、ないしは、「作為対不作為」の関係に限定してきたことを改めて確認する必要がある。<sup>(1)</sup>つまり、「不作為対不作為」の関係は、等閑に付されてきたといわざるをえないのである。

したがって、一九五五年に、キールヴァイン<sup>(2)</sup>が、正犯と共犯の区別に関する「実質的客観説」<sup>(3)</sup>の見地から、複数

の保障人の不作為の間でも、因果流を「手中に掌握した」というかどうかで、正犯と共犯の区別が可能であると提唱したが、大きな反響を呼ぶに至らず、逆に、グリウンヴァルト<sup>(4)</sup>が、不作為の共働形態は、「作為の正犯」・「作為の共犯」とは異なる「第三の共働形態」であるという前提の下に、保障人の不作為は結果防止義務・回避可能性の有無に関して「同等」であるといわなければならず、かつ、その不作為自身は作為の幫助犯に比較して「低い不法成分」しか示さないものであり、いわゆる「不作為の幫助犯」といわれる場合の「低い不法成分」はこれを「量刑」の問題として処理すれば足りると主張したことが、その後の諸説に容れられるに至ったのも、やむをえないものがあつたということを意識しなければならぬのである。

二 グリウンヴァルトの見解は、われわれの第三課題を否定することに帰着するものといわなければならない（「否定説」）。つまり、不作為間では、正犯と共犯の区別は存在しないということになるわけである。ロクシン、イエシエック、クラーマーの理解がそれである<sup>(5)</sup>。

これに対して、ゲッセル<sup>(6)</sup>が、キールヴァインの立場を進めようとしていることを指摘することができる（「肯定説」）。

改めて、それぞれの主張を検討しなければならない。

尤も、判例は、すでに、ここでも、われわれの課題に対応しうる基盤を準備してきたということを、予め一言しておかなければならない。

(1) 前出、三・三注(3)(7)(15)、三・四注(3)(4)(16)。

(2) G. Kielwein, *Unterlassung und Teilnahme*, GA, 1955, S. 225 ff., 226, 227.

- (3) 内田文昭・刑法概要中巻四五六頁以下。
- (4) G. Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA. 1959, S. 110 ff., 122 f.
- (5) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 215 [C. Roxin]; Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §13 Rnd. 57f. [H. H. Jeschek]; Schöne-Schröder, 25 Aufl. S. 423 f. [P. Craner].
- (6) Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 192 ff., 253 ff.

## 二 否定説

一 ロクシン、イエシエック、クラマーの「否定説」は、不真正不作為犯の共同正犯を考えることは可能でも、それは「実益がない」とすることで一致している。<sup>(1)</sup> 溺れた幼児の両親が、「意思連絡」の下で救助に出なかった場合は、殺人の共同正犯と称しても誤りではないが、実益はないというわけである。父親も母親も、それぞれが「保護保障人的地位」を放棄して幼児を見殺しにした以上、当然、殺人の「正犯」であり、それぞれが「同時犯」として処理されうるからであるという論理が掲げられる。<sup>(2)</sup>

不真正不作為犯は「義務違反」によって正犯性が基礎づけられるとするロクシンの立場からするならば、ここでも、保障人の「義務違反」は「すべて正犯」にはかならないという帰結が導かれるのは、ごく自然のことであるともいえる。しかし、「原則幫助犯説」や「中間説」をとるイエシエックやクラマーが、何故簡単に「不作為の正犯」を肯定するのか、その根拠は明白ではないということが可能である。だがしかし、イエシエックにしろ、クラマーにしろ、「作為」に対する「不作為」を前提にして、「原則幫助犯説」・「中間説」を唱えていたことを看過してはならないのである。つまり、「作為犯」に共働した「かたち」をとる保障人の「不作為」が、原則として「幫助犯」にとどまるとか、保障人地位の性質によって、「正犯」か「幫助犯」かが決まるというわけなのである。「不作為対不作為」

の関係では、「すべて正犯」といわざるをえないのである。この限り、不作為はすべて正犯であるというアルミン・カウフマン<sup>(1)</sup>、ヴェルツェルの主張に接近することになる。

二 このような見解は、いずれも正当ではないといわなければならない。単に、カウフマン<sup>(1)</sup>、ヴェルツェルに接近するからであるというのではない。その基本的な理解そのものの中に、妥当性を欠く要素が内含されているからである。

第一に、ロクシンやイエシエックは、共同正犯を肯定する実益に乏しいとしながらも、なお「不作為の共同正犯」を認めるべき場合があるとして、「共同義務」の共同違反を掲げる。保障人が、「共同義務」を負い、その「共同違反」があつて、はじめて構成要件実現を肯定しうる場合があるといふのである。たとえば、ロクシンは、二個の鍵によつてはじめて開扉可能な部屋に誤つて閉ぢ込められた人を意思連絡の下に救助しなかつた<sup>(2)</sup>二人の合鍵保管者<sup>(3)</sup>を考え、イエシエックは、共同納税義務を負う「夫婦」を考えようとするのである<sup>(4)</sup>。

たしかに、社会生活上、そのような共同義務を考えることは可能であろう。したがつて、共同義務違反があつて、はじめて「共同正犯」が成立しうるということにならう。しかし、そのような「共同義務」は、保障人の「共同不作為」がなければこれを冒しえないわけではないことを看過してはならない。二人のうち、一人が義務履行を怠れば、およそ「共同義務」は履行されえないのである。たとえば、合鍵保管者の一人が、頑に鍵の使用を拒否する限り、部屋に閉ぢ込められた人は開放されないのである。その保管者のみが不作為による監禁罪を成立させるにすぎない場合も、充分考えられるわけである<sup>(5)</sup>。また、共同納税義務者のうち、一人が、欺罔手段を用い、あるいは、他方の不知に乗じて「脱税」<sup>(6)</sup>を実行することも可能であるといわなければならない。その者だけが「脱税」を作為によつて実行するのである。

共同正犯が成立するためには、「共同義務の共同違反」が不可欠の要件であるということと、共同義務を冒すためには、「共同正犯」の「かたち」をとる必要があるわけではないということとは、厳密に区別されるべきである。ロクシンやイエシエックは、このような問題について、充分考慮をめぐらしているとは思われないのである。

結局、ロクシンやイエシエックの提言は、不作為の共同正犯もありうるということの肯認以外の何物でもないといふべきであろう。<sup>(7)</sup>

より根本的な問題は、一般に不作為の共同正犯を認める「実益」がないという態度にあるといわなければならない。論者は、その理由として、「同時犯」としておけば足りるという論理を掲げる。恰も、過失犯の領域では、共同正犯を認める必要はないという理解が再現したかに思われる。しかし、過失の共同正犯を認めるべき「実益」<sup>(8)</sup>は、すでに自分の支持を得た筈であると同時に、「不作為の共同正犯」も、これを認めるべき「実益」は存在するのである。それは、「因果関係」の認定にかかわる問題である。「意思連絡」を根拠として共同正犯を考えるとときには、その因果性の認定は、「共同行為」を「全体」として考察してよいが、これを「同時犯」として考えるときには、「共同行為」を個々別々なものとして「分割」し、それぞれを「独立」<sup>(9)</sup>させて、その「因果性」を認定しなければならないのである。この点にこそ、共同正犯と同時犯の区別が求められなければならないわけである。

したがって、共同正犯を認めなくても、同時犯としておけば足りるという考え方を貫くためには、「強弱」の差もなければ、「重み」の相違もないのであって、ひたすら「不作為という存在」が「同価値」のものとして存在しうるにすぎないという態度に出る必要があるといわなければならない。過失犯の場合と同様、「誇張的正犯概念」<sup>(10)</sup>がとられなければならないのである。論者は、はたして、このように考えるのであろうか。きわめて疑問であるといわなければならない。

われわれの第三課題に対する「否定説」は、不作為犯の領域でも、正犯と共犯の区別は存在せず、保障人の不作為は常に「正犯」としてとらえられなければならないという結論に達するのである。

三 ところが、最近、ロクシンは、不作為における正犯と共犯の区別について、それは未だ充分には解明されるに至っていない共犯領域を占めているというようになった。<sup>(11)</sup>これは、きわめて象徴的な立言であるといわなければならないであろう。

われわれは、不真正不作為犯の領域における正犯と共犯の区別を、明確にする努力を傾注しなければならないのである。

- (1) 前出、四・一注(5)。
- (2) 不真正不作為犯の領域では、共同正犯を認める実益に乏しいという理解は、かなり一般化しているといつてよい。H. J. Schwab, *Täterschaft*, S. 52, 53 f., 213 f., 214; G. Stratenwerth, *Allg. T. 4 Aufl.* S. 403 f.  
シュミットホーザー (E. Schmidhäuser, *Allg. T. 2 Aufl.* S. 704 f.) の「不作為共同正犯」是認論にもこのような理解が窺われな  
 いではない。なお、前出、三・三注(18)。
- (3) *Leipziger Kommentar*, 11 Aufl. §25 Rdn. 215 [C. Roxin], 544; G. Stratenwerth, *Allg. T. 4 Aufl.* S. 404.
- (4) *Leipziger Kommentar*, 11 Aufl. §13 Rdn. 58 [H. H. Jescheck].
- (5) 内田文昭・刑法各論〔第三版〕(平八)一一八頁以下、一二二頁注(9)(13)。
- (6) ちなみに、「共同の不作為による確定所得不申告」は、たとえば、所得税法二四一条の共同正犯たりうるのみであって、いわゆる「脱税の共同正犯」ではないことに注意しなければならない。内田文昭「不作為の脱税」(内田・刑法研究二卷(平四)五三頁以下)。
- (7) イェシエック (*Leipziger Kommentar*, 11 Aufl. §13 Rdn. 58 [H. H. Jescheck]) は、不作為による「共同義務の共同違反」としての共同正犯には、法的特異性は存在しないという。その意味するところ必ずしも明確ではないが、当然のことを述べたにすぎない

ともいえるであろう。

- (8) 内田文昭・刑法概要中巻四八一頁。さらに、次注(9)。
- (9) 内田文昭・刑法概要上巻三四二頁以下。
- (10) 内田・刑法概要中巻四二〇頁以下。
- (11) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 706 f.

### 三 肯定説

一 さき一言したように、キールヴァインの「行為支配者」すなわち「因果流を掌握した保障人」の見地を強力に推進しようとするのが、ゲッセル<sup>(1)</sup>である。

ゲッセルにとっては、不作為も作為と同じ「行為」である。したがって、「行為支配」の有無により、正犯と共犯が区別されなければならない。尤も、行為支配があっても、保障人でなければ、およそ「不真正不作為犯」たりえないのは、当然である。したがって、保障人の「不作為の行為支配」の有無を考えるべきことになる。保障人の不作為の行為支配は、「客観的」に存在する行為支配と、かかる行為支配への「主観的」な支配意思とによって構成される。「行為支配を手中に収めること (Innehabung)」<sup>(2)</sup>である。この行為支配を手中にしない保障人は、共犯にとどまるのである。ゲッセルは、このように考える。

しかしながら、ゲッセルは、これ以上の議論には出なかつたといわざるをえない。したがって、不作為には行為支配はありえないとか、ゲッセルの「行為支配」は「潜在的行為支配」にすぎないという批判<sup>(3)</sup>が向けられるのも、やむをえないものをもっていたといえよう。

だがしかし、このような批判は、妥当ではないといわなければならない。



たしかに、不作為は、現実を「目的的に形成する力」に欠けるであろう。その意味では、「潜在的行為支配」が認められるにすぎないといえよう。<sup>(4)</sup>しかしながら、「潜在的行為支配」といっても、そこに「強弱」の差がないということではできないのである。「小物は騒ぐが大物は騒がない」。ましてや、われわれは、「騒がない二人」の「沈黙」の「重み」の差はこれを充分体験している筈ではなからうか。F・クリスチャン・シュレーダーの「二人の父親」の差、<sup>(5)</sup>暴漢に襲われて脅えた「通行人」と、これを見守る「警察官」の差、経験に大差のある「二人の野球監督の沈黙」の差等々、枚挙にいとまがないのである。「眠れる獅子」と「眠り猫」の差も同じである。「潜在的行為支配」の「強弱」の差は、歴然としている筈である。これを「画一的な可能性」と同置することは、決して許されるべきではないといわなければならない。<sup>(6)</sup>

二 実は、多くの論者が、このことを「暗黙裡」に承認しているといつてよい。ガルラスが、被害者の命運を「手中に握った保障人」を考え、クラマーが、因果流を「みずから自分自身のうちに掌握した保障人」を考えたのは、このことを意味するものといべきである。<sup>(7)</sup>シュウアップでさえ、不作為の正犯の標識として、「みずから、そして、自分自身のうちに」構成要件を実現する不作為を考えようとするのである。

この関係では、さらに、アルツトとランフトの考え方を取り上げる必要がある。

アルツトは、父親と娘の不作為の共働を例示して、つぎのように展開する。<sup>(9)</sup>——父親が、五歳の息子が溺死寸前にあるのを発見した。しかし、離婚後の養育費等の負担減を考えて、敢て救助に出なかつた。父親の知らないところで、一七歳の姉娘も状況を覚知した。しかし、絶えず父親を支持してきた娘は、父親の意図を了知して、同じく救助措置を講じなかつた。はたして、兩人ともに正犯たりうるであろうか。姉娘は、結果についての「弱い関心」と「弱い保障人的地位」の故に、殺人罪の「幫助犯」にとどまるべきであろう。——

つまり、アルツトにとっては、父親の不作為は「殺人罪の正犯」たりうるが、姉娘の不作為は「殺人罪の幫助犯」にとどまるのである。片面的幫助犯を肯定する通説・判例からしても、おそらく異論のない考え方であるといえよう。それは、主観的共犯論者アルツトの結論であると決めつける必要もないといふべきである。<sup>(10)</sup> アルツトは、不作為の「重量測定」を提唱したのである。<sup>(11)</sup>

一方、ランフトは、遺伝的欠陥のある新生児を出産させた医師が、同児を生存させることを断念した際、看護婦がこれを全く阻止しようとしなかったという設例を掲げる。そして、看護婦が反対した場合には、医師は必要な措置を放棄することまではなかったであろうとしても、その措置をとるかどうかの最終決定は、専ら医師の手に委ねられているわけであるから、彼のみが「正犯」であり、看護婦は、医師の態度決定に影響を与える可能性はもってはいたものの、「独自の結果防止可能性」はこれを有しなかったのであるから、「幫助犯」にとどまるといふのである。<sup>(12)</sup> ランフトの結論にも、おそらく異論はないであろう。

三 アルツトやランフトも、「不作為の重み」を考慮することを通して、「不作為の正犯」と「不作為の幫助犯」との区別をあきらかにしようとしたものといわなければならない。正当な方向を志向するものといえよう。しかし、いずれも、断片的に自説の主張に出ただけであって、「否定説」に対する理論的対決や、判例の態度に対する特段の理解は示されていない<sup>(13)</sup> だったのである。したがって、ロクシンなどが、これについて、何ら反応を示さなかったのも、あの意味ではやむをえないものがあつたということが可能なのである。

改めて、判例の態度を検討しなければならない。

(1) Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 192 ff., 328 f.

- (2) Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 248 ff., 253 ff., 328 f.
- (3) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 205 [C. Roxin], C. Roxin, Täterschaft und Teilnahme, 7 Aufl. S. 463 ff., 496 ff., H. J. Schwab, Täterschaft, S. 64 f., 72 ff., 75 f., 192 ff.
- (4) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 496 ff.; G. Stratenwerth, Allg. T. 1, 4 Aufl. S. 401 ff.
- (5) 前出「三・三注(11)」「三・四注(11)」。
- (6) ロクシン (C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 464 f.) は「潜在的行為支配」の「強弱」すなわち結果防止可能性の「大小」によって、不真正不作為犯における正犯と共犯の区別を求めようとすることは不可能であるという。その理由は、大変な苦勞の末に漸く「運命」を変えることができた者といえども、結局は「結果を「手中に収めた」からにはかならないというにある。たしかに、「純粹の結果」だけに着目するならば、そのような理解も可能であろう。しかし、そのこと故をもって、「可能性の強弱・大小」を否定し去ることは、生活の実体に適合しないといわなければならぬ。ロクシンのような考え方の下では、「よく頑張ったね」とか、「おかげさまで」という言葉は死語と化してしまう筈なのである。
- (7) 前出「三・三注(7)」「三・四注(6)」。
- (8) H. J. Schwab, Täterschaft, S. 195 ff.
- (9) G. Arzt, Zur Garantstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, 1 JA, 1980, S. 553 ff., 557 f.
- (10) ロクシン (C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 595 Anm. 156) は「アルツトを、主観的共犯論の最後の信奉者としてとらえており、アルツト自身も、これを肯定するかのような態度を示したことがあるが(前出「三・五注(14)」「(16)」)、はたして、アルツトは主観的共犯論者なのかどうか、疑問があるというべきではなからうか。
- (11) 前出「三・四注(17)」。
- (12) O. Ranft, Garantpflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStrW. 94, S. 815 ff., 862. なお、内田文昭・概要中巻五〇七頁以下。
- (13) たとえば、アルツト (G. Arzt, JA, 1980, S. 561 Anm. 26) は「不作為の正犯と共犯の区別を示したものとして、僅に帝国裁判所の一判例(後出「四・四注(1)」「(3)」)を掲出するのみなのである。

#### 四 判例の動向

一 さき一言したように、学説の低迷をよそに、判例は、すでに「不作為の重み」を意識してきたのであるが、代表的なものとしては、まず、一九三二年一月四日のドイツ帝国裁判所第二刑事部判決をあげることができる。<sup>(1)</sup> 被告人は、臨月の恋人を、人の目につかない場所に伴い、そこで私生児を出産させたが、そのままこれを放置し、新生児を寒さのために死亡させたというのが事案である。原判決は、被告人に、殺人罪の成立を認めしたが、第二刑事部は、被告人の上告に応え、「因果関係」、義務違反故の「違法性」を肯定し、「違法性の意識」をも認めた上で、共同正犯たりうるかどうかを検討し、共同正犯は複数人の相互了解に基づく「不作為」によっても可能であり、「共同正犯」か「幫助犯」かは「外的・内的標識の評価」により決せられるべきであるが、被告人は外部的には強健な男性として「主導力 (Leitung)」を有し、内部的には煩しい新生児の死を予見し、意欲し、その母親の関与の下で、すべてを「自己の所為 (eigene Tat)」としてとらえていたが故に、単なる「幫助犯」にはとどまりえないと判示し、上告を斥けたのである。

さらに重要なのが、一九三八年一〇月二七日の帝国裁判所第五刑事部判決である。<sup>(2)</sup> 未成年の娘が、私生児を出産し、ベット上で新生児を両脚の間に挟んだまま放置して死亡させたのを、娘の母親が阻止しなかったという事案であるが、原判決は、娘に嬰兒殺 (旧二二七条) を認めながら、母親に対しては、殺人幫助罪 (二二二条・旧四九条) しか認めなかった。これに対して、第五刑事部は、母親を「殺人幫助罪」としたことには法律適用の誤りがあるとしたのである。その理由は、つぎのように展開された。――

母親には、未成年の娘に対する親権者としての「監視義務」があると同時に、新生児の生命に対する「保護義務」があるが、母親は、「娘に対し、すでに強い影響力と圧力を有しており、彼女に対して、みずからの意思を強く押

しつけていた」といわなければならない。したがって、母親は、娘の意思を「強化した」可能性もあるし、「教唆した」可能性もあるが、娘がすでに犯行を決意していた以上、「教唆犯」の成立は排除されなければならない。それ故に、原判決は、須く「共同正犯」の成否を検討しなければならないのである。――

一九三八年判決が、「不作為の教唆犯」の可能性を示唆したことは、極めて興味深いものをもっているが、後程改めて取り上げよう。

ここで重要なのは、一九三三年判決にせよ、一九三八年判決にせよ、いずれも、「不作為の影響力・圧力」すなわち「不作為の重み」を考慮することにより「共同正犯」か「幫助犯」かを決しようとしたという点である。

二 ところが、学説は、これに対して、むしろ冷淡な取り上げかたしかなかったといわなければならない。すなわち、一九三二年判決に対して、アルツトは、不作為にも正犯と共犯の区別が認められなければならないという見地でこれを引用するにとどまり、<sup>(3)</sup>ロクシンやイエシエックは、不作為の共同正犯を考へることは不可能ではないとしてこれを引用するにすぎなかったのである。<sup>(4)</sup>また、クラマーは、一九六六年七月五日の連邦裁判所第五刑事部判決と同様、「主観的共犯論」に立つものとしてとらえようとしたことである。<sup>(5)</sup>いずれも、正鵠を射た理解とはいえないであろう。さらに、一九三八年判決に対しては、シュミットホイザーやクラマーは、「不作為の幫助犯」に関するものとしてこれを紹介するのである。<sup>(6)</sup>

学説が、判例を批判することは、理論的深化のための不可決の条件であるが、そのためには、判例の的確な理解が要請されるのは当然のことであるといわなければならない。

なお、この問題をめぐっては、最近の連邦裁判所判決にも注目し値するものがあるが、「不作為の間接正犯」とのつながりで、後に改めて検討することにした。

三 実は、わが国の判例中にも、最近は、「不作為の正犯」と「不作為の共犯」を区別しようとするものがみられるようになった。

まず、第一に、昭和四十六年九月一七日の前橋地裁高崎支部判決<sup>(7)</sup>をあげなければならない。事案は、小児麻痺で歩行困難な知り合いの老人(六九歳)から金員を奪おうと企てたAが、同人を自動車に乗せ、情を知らないBに運転をさせて山道に至り、Bに情を打ち明け、いやがるBに強く協力を迫り、車外に小用に出た老人から現金をひったくり取って置き去りにし、B運転の車で現場を立ち去ったが、被害者老人は一晩中付近を這いまわり、奇跡的に救助されたというものである。

高崎支部は、Aの置き去りを「先行行為」に基づく「不作為の殺人未遂」であるとしたが、Bについては、「保護責任者遺棄罪(刑二二八条)」の関係はともかくとして、「殺人」の関係では、被害者を安全な場所まで連れ帰るべき「作為義務」があるとはいえず、したがって、殺人の正犯とはなりえないが、その幫助犯とすることは可能であると判示したのである。Bの運転自体は「作為」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ものではなく、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たものである」<sup>(8)</sup>とすることにより、Bの「置き去り協力」を、不作為による殺人未遂の「幫助犯」<sup>(9)</sup>たりうるものとみたのである。

つぎは、平成九年三月五日の名古屋地裁判決である。事案は、集団で被害者に暴行を加え、同人に瀕死の重傷を負わせ、河川敷に引きづり落として遺棄し、死亡させたというものであるが、主犯Cらが加えた暴行には参加せず、終始集団と行動を共にしたが、被害者を河川敷に引きづり落とす行為に加担したにすぎないDには、Cらの「不作為による殺人」に対する「不作為による幫助」が成立するのみであるというのである。すなわち、名古屋地裁は、遺棄行為以前に瀕死の重傷を負わせたCらには「先行行為」に基づく「作為義務」として、被害者を救助する「義務」が生

じ、この義務を履行しておれば、被害者を救助することができたのであるから、Cらには「不作為による殺人罪」が成立するが、Cらの「不作為による殺人」のうちの「遺棄行為」に参与したにすぎないDには、「不作為による殺人」を基礎づける「作為義務」は発生しないとした上で、Dは被害者を殺害しなければならぬような「動機」をもたず、事前の共同謀議に参加したわけでもないから「正犯意思」を欠くのであり、参与部分も「遺棄行為」にすぎず、「しかも、その行為自体、それだけでは（被害者の）死亡との間に因果関係のないものである。そうすると、このような（D）の行為は、（C）らの不作為による殺人行為を容易にしたものとして、その幫助に当たるものと認めるのが相当」と判示したのである。

さて、右の二判決には、かなり疑問があるといわなければならない。まず、両判決とも、「非保障人」も「不作為の幫助犯」たりうるかのような説示に出たのではないかという点が問題である。高崎支部判決がBにつき、殺人罪との関係で、被害者を安全な場所まで連れ帰るべき「作為義務」があるとまではいえないとし、名古屋地裁判決が、遺棄行為に参与したにすぎないDには、「不作為による殺人」を基礎づける「作為義務」は発生しないとしていることから、このような疑問が生じるのである。そうだとするならば、さきに検討したように、ロクシンに対する批判と同様の批判が向けられてしかるべきであろう。しかしながら、B・Dにも、A・Cらと同様の「作為義務」を認めることは、充分可能であるといわなければならない。やはり、A・Cらと同様の「先行行為」に基づく「保障人的地位」が認められなければならないからである。Bのそれは、被害者老人を乗せて自動車を「運転した」という点に求められるべきであり、Dのそれは、被害者を河川敷に「引きづり落とす」という点に求められるべきである。Bの運転行為は「作為」であるが、高崎支部が明言するように、それ自体は刑法上重要なのではなくして、危険な場所に「放置」したことが問題なのであり、運転行為が「先行行為」となって「放置」という「不作為」が重要な意味をもつこ

とになるわけである。<sup>(11)</sup>

これに対して、Dに対する評価は、かなり困難であるといわなければならない。事案からするならば、瀕死の重傷を負わせた被害者を河川敷に「引きづり落とした」行為そのものに、「作為の殺人行為」を認めることも不可能ではなかったと思われる。現に、名古屋地裁も、被害者を「河川敷まで運んで放置するまでもなく、単にその場所に設置しただけでも、通行人にすぐ発見されて救護されるようなことは期待できず、瀕死の状態にあった同人がそのまま死亡した蓋然性は否定できない」とした上で、被害者を「河川敷に遺棄した行為をもって、……その生命に対する危険を増加させたものと認めることもできない」というのである。<sup>(12)</sup>遺棄行為そのものは「死亡との間に因果関係のないものである」というのは、このような論理によるのである。まさに、瀕死の重傷を与えた「集団暴行」が重視されなければならなかった筈なのである。集団暴行の際には「殺意」がなかったというならば、「傷害致死」を考えることも可能であったといわなければならない。

名古屋地裁が、このような態度に出なかった理由は、殺意をもった「遺棄」によって、被害者の死期が早まったという以外には求められえないであろう。やはり、「因果関係」は肯定されなければならないのである。実は、名古屋地裁も、被害者の死因にやや不明なものがあるとしながらも、被害者が、「河川敷に放置される前に救命のための措置が速やかに講じられていれば、(被害者)を救命できたことが認められる」と断定している<sup>(13)</sup>のである。それ故にこそ、Cらに「不作為による殺人」を認めることができた筈なのであり、Dにその「幫助」を認めることができるのである。そうでなければ、「不作為による殺人行為を容易にしたもの」とはいえないであろうことを看過してはならないであろう。

四 高崎支部判決におけるAの「正犯性」と、Bの「幫助犯性」、名古屋地裁判決におけるCらの「正犯性」とD



の「幫助犯性」は、いずれも、「保障人的地位」を共通にしながらも、それぞれの「不作為の重み」に強弱の差があることを前提として、はじめてこれを肯定することができるものと考えるべきである。それぞれの事案から容易に読み取れるように、B・Dの所為は、その「不作為部分」(Bの「放置」・Dの「遺棄」)は勿論のこと、全体の流れからしても、決して「主導的」なものではなくして、単に「従属的」・「周辺の」なものとしてとらえられなければならないといえようからである。一九三二年のドイツ帝国裁判所判決における「主導力をもった強健な男性被告人」、一九三八年ドイツ帝国裁判所判決における「影響力・圧力に富んだ母親」と比較するとき、この点は、なお一層明瞭となるであろう。

「不作為」に対する「不作為」の共働も、それぞれの不作為のもつ「重み」・「強弱」によって、正犯(共同正犯)か共犯(幫助犯)かが決せられなければならないのである。

このことは、学説よりも、判例が、すでに明確に弁えていたという事実を銘記する必要がある。ただ、理論的には、洗練されていないものが残されていたことは、これを否定することができないというだけなのである。<sup>(14)</sup>

- (1) RG. Str. 66, 1933, S. 71 ff., 74f.
- (2) RG. Str. 72, 1939, S. 373 ff., 375.
- (3) G. Arztl. Zur Garantenstellung, I, JA. 1980, S. 561 Anm. 26. なお、前出、四・四注(13)。
- (4) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 215 [C. Roxin]; Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §13 Rdn. 58 [H. H. Jescheck].
- (5) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 422 [P. Cramer]. 神山敏雄・不作為をめぐる共犯論二〇頁以下、三〇四頁以下も、同様である。なお、前出、三・五注(一)(3)(6)。
- (6) E. Schmidhäuser, Allg. T. 2 Aufl. S. 708 Anm. 5; Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 422 [P. Cramer]. なお、神山・不作為をめぐる共犯論二〇頁以下。

- (7) 前橋地裁高崎支判昭和四六年九月一七日判例時報六四六号一〇五頁。「窃盗」・「殺人未遂」事件である。第一審で確定した。
- (8) 判例時報六四六号一五五頁。
- (9) 名古屋地判平成九年三月五日判例時報一六一一号一五三頁。第一審で確定。
- (10) 前出、二・二注(2)(3)(14)。
- (11) 前出、二・二注(10)。ちなみに、神山・不作為をめぐる共犯論六一〇頁以下は、Bに対して、「保障人的地位」を認めることに否定的であるように窺われる。
- (12) 判例時報一六一一号一五七頁。
- (13) 判例時報一六一一号一五七頁。
- ちなみに、このような判示は、前注(12)の判示部分と調和しないのではないかと疑問を生じさせる可能性がある。これを調和させるためには、瀕死の重傷を負った被害者は、その段階で救護措置が講じられたならばともかくとして、そのままの状態で放置された場合には、早晚死亡したであろうが、河川敷まで引きづり落とされて放置された場合には、さらにいくばくか死期が早まったにちがいないという論理に出るしかないのである。このことを前提として、はじめて、Dの遺棄・放置が、Cらの「不作為による殺人行為を容易にした」といえる筈なのである。
- そもそも、人間は必ず「死ぬ生物」であるに違いないが(第一命題)、その死期を「早める」のが殺人なのである(第二命題)。名古屋地裁が、瀕死の重傷を負った被害者を河川敷に遺棄した行為について、「その生命に対する危険を増加させたものと認めることもできない」と考えたのは、専ら、第一命題を前提とした議論であるにすぎないというべきであり、河川敷の放置こそが、第二命題の意味での「殺人」なのである。因果関係も、当然に肯定されるのである。内田文昭・刑法概要上巻三四五頁以下、三五八頁以下。
- (14) たとえば、名古屋地裁判決が、「正犯意思」を問題にした点などにこれを窺うことができようが、殊更にこれを取り上げて論議する必要はないのである。前出、三・五。さらに、前注(5)。

## 五 関連問題—不作為の間接正犯・教唆犯

### 一 従来の諸見解

一 さきに紹介したように、一九三八年一〇月二七日のドイツ帝国裁判所第五刑事部判決は、「不作為の教唆犯」の可能性を肯定した。これは、「不作為の共同正犯」・「不作為の幫助犯」を肯定する立場では、当然の論理的帰結であつたといわなければならない。本稿も、すでにこのような考え方に立つてきたのである。<sup>(2)</sup>

しかしながら、学説では、むしろ反対説が有力であつたといわなければならない。<sup>(3)</sup>「不作為の幫助犯」を肯定する態度を積極的に展開するイエシエックが、「不作為の教唆犯」はこれを否定し、「幫助犯」たりうるにすぎないと明言していることから、容易に窺われるであろう。

このような態度は、「不作為の間接正犯」をも否定する態度に通じる。<sup>(5)</sup>それは、「直接正犯（「道具」が責任無能力である場合など）<sup>(6)</sup>」ないしは「同時正犯（「道具」も「正犯」たりえないではない場合）」にほかならないのである。<sup>(6)</sup>

二 強力な反対説論者ロクシンは、不作為には人を動かす「刺戟（Anstos）」が認められないが故に、教唆犯も間接正犯も考えられないという。<sup>(7)</sup>イエシエックも、同様の見解に出る。<sup>(8)</sup>アルミン・カウフマン<sup>(9)</sup>ヴェルツェルは、「不作為の故意」は認められないと考えたが、ロクシン、イエシエックは、不作為をもつてしては「故意」を喚起しえないというわけである。

しかしながら、故意を「喚起」しえない不作為が、何故、故意を強化・促進しうるのか、その根拠は不明であるといわざるをえないであろう。アルミン・カウフマン<sup>(10)</sup>も、「不作為の幫助」を認めながら、「不作為の教唆」を認めない

のはおかしいといっていた。シユウアップは、<sup>(11)</sup> 不作為は「動機づけ」うるのみで、新らしい故意を「喚起」することはできないというが、後にも触れるように、「動機づけ」と「喚起」・「惹起」の間に、いかなる違いがあるというのか、不明確であるといわざるをえない。

これに対して、クラマーは、<sup>(12)</sup> 過失行為が先行する場合、その先行行為が、他人に犯罪を「決意」させたことを認識しながら、結果防止に「出なかった」者について、「先行行為」に基づく「不作為の幫助犯」が成立すると考える。たしかに、そのような場合には、「不作為の教唆犯」ではなしに、「不作為の幫助犯」が成立するであろう。正犯が、すでに犯罪を「決意」<sup>(13)</sup> していたからである。しかし、「不作為の教唆」とは、クラマーの設例のような場合ではないに、「不作為そのもの」が、故意を生じさせた場合の問題なのである。刃物屋の主人が、一五歳の息子の「傷害行為」を充分に予見しながら、敢て客に観せていた出刃包丁を戸棚に片付けずに「放置」し、予見通り息子が日頃「いじめ」に会っていた学友をその包丁で刺したというような場合である。<sup>(14)</sup> 当然、「不作為の教唆犯」の成立を認めるべきである。

三 そもそも、不作為の教唆犯・間接正犯の成立を肯定する見解は、決して新らしいものではない。すでに、一九〇六年に、<sup>(15)</sup> ツァーンが、「不作為による動機づけ」が可能であることを力説することにより、「不作為の教唆犯」を肯定し、<sup>(16)</sup> P・メルケルが、「不作為の教唆犯・幫助犯」を認め、<sup>(17)</sup> ヒッペルが、一般的に、「不作為の正犯」と同様、結果の「共同惹起」としての「不作為の共犯」を認めることは可能であるとしていたことなどを想起しうるであろう。

しかしながら、論者は、それ以上の詳細な議論には出なかつたといわざるをえない。したがって、アルミン・カウフマン<sup>(18)</sup> ヴェルツェルによって、このような理解が根底から覆えられそうになったのは、ここでもまた、やむをえないものがあったといわなければならないのである。

だがしかし、その後においても、不作為の教唆犯・間接正犯を認めようとする立場が活きているということも、また当然のことであるといえよう。たとえば、ゲッセルは、<sup>(18)</sup>不作為によっても「行為支配」は可能であるという立場から、保障人が「正犯の犯行決意が生じることを阻止しなかった」場合には「不作為の教唆犯」しか成立しないが、保障人が不作為によって「道具による法益侵害」を生ぜしめた場合には、「不作為の間接正犯」が成立すると考え、精神病患者看護人が、危険な担当患者が他の患者に乱暴を加えているのを目撃しながら、これを阻止しなかったような場合には、「不作為による暴行・傷害の間接正犯」たりうるというのである。

たしかに、ゲッセルの考え方は、妥当な方向を示すものといえよう。しかし、それは、「屈強な看護人の不作為」についていえることであって、か弱い看護婦の不作為については通用しない議論であるといわなければなるまい。そして、ゲッセルは、「不作為の教唆犯」が成立する場合には、特に論及していないのである。

シュミットホイザーにも、同様の問題があるといわなければならない。シュミットホイザー<sup>(19)</sup>は、ゲッセルの「看護人」の設例（作為に対する不作為の間接正犯）のほかに、子守りが幼児の扶養看護を怠っているのを知りながら、これを放置しておいた「母親」の例を掲げるが、これを、母親の「不作為による傷害・殺人の直接正犯」（不作為に対する不作為の正犯）としてとらえようとするのである。はたして、母親が病床に伏していたような場合にも通じる議論でありえようか。疑問であるといわなければならない。また、間接正犯と直接正犯の区別にも、問題がある<sup>(20)</sup>。さらに、シュミットホイザー<sup>(21)</sup>は、「不作為による教唆犯」も、教唆者と被教唆者の間に、相互的理解に基づく間接・直接の法益侵害関係が存在する限り、これを認めることが可能であると考えが、その具体例としては、BがAの父親を憎んでおり、殺害をも考えているということを知ったAが、Bを阻止することなしに、その殺意喚起を可能ならしめたという事例を掲げるのである。しかし、Aが父親の生命保護のための「保障人」たりうるかどうかを考慮するこ

となしに、さらには、シュミットホイザー自身が要請するA・B間の相互的理解の有無・程度の検討なしに、簡単に「不作為による殺人教唆」を肯定しうるかどうか、疑問であるといわざるをえないであろう。<sup>(22)</sup>

尤も、「片面的教唆犯」を肯定する立場では、シュミットホイザーの「相互的理解」は不必要であつて、犯罪的決意の惹起があるならば、因果的共犯論の帰結として、不作為によつても教唆犯は成立しうると考えるべきであり、この点では、片面的幫助犯の場合と相違するものはないということをも、ここで予め一言しておくことにしたい。そして、「不作為の教唆」を否定するロクシン<sup>(23)</sup>は、実は、不作為には、シュミットホイザーの「相互的理解」、すなわち、ロクシンの「共謀に基づく共働(kollusives Zusammenwirken)」は存在しえず、したがつて「刺戟」を与えることもできないと主張したことを付言しなければならないのである。

一方、ヤコブス<sup>(24)</sup>は、一室に閉ぢ込められた人が、扉を破壊して脱出するであろうことを知りながら、これを「放置」していた執事について、「緊急避難」を利用した「かたち」をとつた器物損壊罪に関する「不作為の間接正犯」を肯定し、さらに、不作為にも「意思の伝達機能」はこれを認めうるとして、「不作為の教唆犯」をも肯定するのであつて、この点では、シュミットホイザーに近く、ロクシンと反対の立場をとることになるわけであるが、やはりそれぞれに対する批判と同様の批判が向けられるであろう。

これに対して、ブッセ<sup>(25)</sup>は、不作為者は正犯者に自己の意思を「伝達」しえず、正犯者は不作為者の意思を「引受け」できないが故に「不作為の教唆犯」は認められないとして、ロクシンに近い立場をとるが、「不作為の間接正犯」はこれを肯定するのである。その根拠は、不作為にも、実質的な「行為支配」が可能であるとする考えに尽きるといわなければならない。<sup>(26)</sup>ブッセが掲げる「不作為の間接正犯」の諸例が雄弁にこのことを示している。たとえば、ヤコブスの「不作為の間接正犯」のような場合には、「執事」が、閉ぢ込められた人の「緊急避難」をも「支配」したこと

になるが故に、器物損壊罪の「不作為による間接正犯」であるといふのである。<sup>(27)</sup> 正当な志向に出たものといえよう。これに対して、「不作為の教唆犯」を否定する態度には、深刻な疑問があるといわなければならない。

因果的共犯論の見地から、「片面的教唆犯」を肯定する立場では、ブッセのような理解はこれを是認しえないことは、さきに、シユミットホイザーなどの見解を検討した際に、すでに一言しておいた通りであるが、ここでは、最近、<sup>(28)</sup> プロイが、「不作為」も、具体的な随件事情との結びつきによっては「動機づけ」たりえないわけではないから、「相互的理解」の存在を前提とすることなしにも、具体的な事情からして、正犯の「故意」を新たに生じさせたといえる限り、教唆犯としてとらえなければならぬと主張していることを指摘することにした。

さらに、問題は、これのみにとどまらない。ブッセは、<sup>(29)</sup> 「不作為の教唆」を否定し、それは「不作為の幫助」にすぎないという。しかし、取り上げる事例は、いずれも、「不作為の幫助」といわなければならない場合なのである。すなわち、正犯の「故意」を強化・推進するにすぎない場合である。「過失行為」を先行行為としながら、正犯の犯罪実行を「阻止」しなかったという、クラマーの設例類似のものが掲げられるにすぎないのである。不作為そのものが、正犯の「故意」を「動機づけ」・「生起させる」場合は考慮されていないことに注目しなければならないであろう。

勿論、このような場合であっても、これを「不作為の幫助」としてとらえることは不可能ではない。正犯の「故意」を阻止せず、促進させたという「かたち」でとらえればよいからである。しかしながら、さきに掲げた「刃物屋」の主人が、一五歳の息子に傷害の故意を生じさせたという事例<sup>(30)</sup> について、「不作為による傷害罪の教唆犯」を認めず、息子の傷害故意を強化・促進させたにすぎないとして、「不作為による傷害罪の幫助犯」を認め、刑の「減輕」に出る必要があるかどうか、きわめて疑問であるといふべきではなからうか。プロイ<sup>(31)</sup> も、父親が、未成年の息子の窃

盗行為を「阻止」しなかったという場合について、その不作為が、具体的に、息子の「新らしい決意」を動機づける契機となったかが検討されなければならないという。正当であるといわなければならない。

さらに、ブッセの立場では、「不作為の教唆」のみならず、「作為の教唆」も、「不作為の幫助犯」になりかねないものであることを看過してはならない。「作為の教唆」も、やがては、「不作為による犯行促進」として位置づけられないではないからである。これは、到底通用しえない議論ではなからうか。ここで、一旦形成された「相互的理解」は消失することはないという反論が行われるならば、不作為の場合には、「相互的理解」に欠けるというだけの理由で、何故「新たに惹起された故意」が、時間の経過によって、「強化された故意」に変容するのかという再批判を加えることもできようし、「作為の教唆」は、行為支配にほかならないから、「間接正犯」であるとするならば、それは、「教唆犯」と「間接正犯」の區別そのものを否定することになりかねないものであることを銘記する必要がある。

四 右に眺めたように、この問題をめぐる従来の諸見解は、甚だ不十分な展開に終始してきたといわざるをえない。安易に自説を主張して反対説を否定しただけではなしに、自説そのものの中に矛盾・不調和を包蔵していたといっても、過言ではなからう。

尤も、不作為の「幫助犯」は容易にこれを肯定しうるが、不作為の「教唆犯」はこれを想定することが困難であったということは、否定できない。「不作為の教唆犯・間接正犯」に対する論及が乏しかったことにも、やむをえないものがあつたといえよう。<sup>(32)</sup>しかし、それは、多分に「教唆」という言語の日常的な「語感」のしからしむるところに影響されていたといふべきである。<sup>(33)</sup>

そして、このような状況は、一九九四年、ドイツ連邦裁判所判決によって、新局面を迎えることになったのである。



- (1) RG. Str. 72, S. 373 ff., 375. 前註 四・四注 (2)
- (2) 前註 三・一・三 三・三・三。なお、内田文昭・刑法概要中巻四五八頁、五〇二頁、五〇六頁以下。
- (3) H. J. Schwab, Täterschaft, S. 60 f. 以下に、神山敏雄・不作為をめぐる共犯論三三三頁以下が、従来の諸見解につき詳細である。
- (4) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §13 Rdn. 56 [H. H. Jescheck]. 以下に、後注 (13)。
- (5) H. J. Schwab, Täterschaft, S. 54 f.
- (6) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §13 Rdn. 59 [H. H. Jescheck]; H. J. Schwab, Täterschaft, S. 54 f.
- (7) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §25 Rdn. 216 [C. Roxin], §26 Rdn. 61 [C. Roxin]; C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 471 f., 484 f. 以下、後注 (23)。
- (8) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §13 Rdn. 56, 59 [H. H. Jescheck].
- (9) 前註 三・一注 (2) (3) (4)。
- (10) Arm. Kaufmann, Die Dogmatik, S. 292.
- (11) H. J. Schwab, Täterschaft, S. 61.
- (12) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 443 [P. Cramer].
- (13) ベュッシュ (Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §13 Rdn. 56 [H. H. Jescheck]) も、夫婦が連れ出しているときに、恋人が夫を狙っているのを知った妻が、成りゆきに任せたという事例を掲げて、「不作為の教唆」ではなしに「不作為の幫助」であるというにすぎない。なお、前注 (4)。
- (14) シュンペル (G. Spengel, Fahrlässige Teilnahme an Selbst- und Fremdtötung, Jus. 1974, S. 749 ff., 753) も、類似の事例を想定する。神山・不作為をめぐる共犯論四〇九頁以下も同様である。以下に、後注 (30) (31)。
- (15) K. v. Zahn, Über die Kausalität der Unterlassung im Strafrecht, GS. 69, 1906, S. 1 ff., 30 ff., 50 ff.
- (16) P. Merkel, Anstiftung und Beihilfe, Frank-Festgabe, II, 1930, S. 149.
- (17) R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, II, 1930, S. 467.
- (18) Maurach-Gössel-Zipf, Allg. T. II, 7 Aufl. S. 253 f., 280, 328.
- (19) E. Schmidhäuser, Allg. T. 2 Aufl. S. 706, 707.

- (20) シュミットホーザー (E. Schmidhäuser, Allg. T. 2 Aufl. S. 706) は、「不作為の直接正犯」に対する保障人の「不作為」の共働につき言及するのであるが、それは「不作為の直接正犯」にはかならず、共同正犯ないしは同時犯としてとらえられるのである。何故、「作為」に対する関係では「間接正犯」で、「不作為」に対する関係では「直接正犯」なのか、その根拠は不明確なのである。ゲッセルの設例のように、「作為」の行為者が「責任無能力」であったというだけでは、説明にならないのは当然である。
- (21) E. Schmidhäuser, Allg. T. 2 Aufl. S. 707.
- (22) フンヤ (K. H. Busse, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 1974, S. 136 ff.) も、シュミットホーザーの設例では、「相互的理解」を認める必要はないと主張している。なお、D. Meyer, Anstiftung durch Unterlassen?, MDR, 1915, S. 982 ff., 984.
- (23) Leipziger Kommentar, 11 Aufl. §26 Rdn. 61 [C. Roxin], なお、前注(7)。
- (24) G. Jakobs, Allg. T. 2 Aufl. S. 846 f.
- (25) K. H. Busse, Täterschaft, S. 116 ff., 132 ff., 315 ff.
- (26) K. H. Busse, Täterschaft, S. 81 ff., 162 ff., 178, 257 ff., 315 ff.
- (27) K. H. Busse, Täterschaft, S. 335 f.
- (28) R. Bloy, Anstiftung durch Unterlassen?, JA, 1987, S. 490 ff., 494 ff., 496.  
これに対して、神山・不作為をめぐる共犯論四〇九頁以下は、依然「相互的理解」を要請されるようである。
- (29) K. H. Busse, Täterschaft, S. 132 ff., 139.
- (30) 前注(14)。
- (31) R. Bloy, JA, 1987, S. 496.
- (32) わたくしは、「片面的教唆」を肯定し、「不作為の教唆犯」・「不作為の間接正犯」をも肯定する立場をとっている。内田・概要中巻四六九頁、五〇一頁以下、五〇六頁以下。
- (33) ちなみに、ブロイ (R. Bloy, JA, 1987, S. 495) は、「不作為」も心理的な反応への「動因 (Anlass)」たりうるというのが、ツァーン (前注(15)) をはじめとする諸学説の態度であったといえようが、それは、「日常的観察」のしからしむるところであり、厳密さに欠けるとして、「随件事情」を考慮する必要性 (前注(28)) を説いたのである。

## 二 一九九四年ドイツ連邦裁判所判決の波紋

一 一九九四年九月一三日ドイツ連邦裁判所第一刑事部判決は、「不作為の間接正犯」に関して、きわめて重要な判断を示した（連邦裁判所刑事判例集四〇卷二五七頁<sup>(1)</sup>）。被告人Aは、アルツハイマー症の疑いが強い老婦人X（七〇歳）の担当医であり、被告人Bは、Xの息子であったが、脳障害をきたし意思決定もままならないXの病状が悪化するばかりで、回復の見込みが全く立たないため、Xにこれ以上の苦痛を与え続けることはできないと判断し、A・B協議の上、看護人Cに対して、「Xにはお茶しか与えないように」との書面を渡したところ、Cはこれに従わなかったが、Xは約一〇ヶ月後、肺水腫のため死亡したというのが、その事案である。

原判決は、A・Bに対して、「殺人未遂罪」の成立を認めるところ、連邦裁判所第一刑事部は、「安楽死と推定的承諾」などの関係につき、審理不尽有るとしてこれを破棄したが（同判例集四〇卷二五九頁〜二六五頁<sup>(2)</sup>）、「不作為の間接正犯」に関しては、原判決の態度を支持したのである（同判例集四〇卷二六五頁〜二七二頁）。ここで重要なのは、この点である。

第一刑事部は、A・BのCに対する指示を「不作為要請」であるとし、A・Bみずからも、「不作為」にとどまると考える。Aは、医療契約上の「保障人」であり、Bは扶養関係上の「保障人」であるから、両名について、不作為の成立を考えることには、問題はない。しかし、その所為が「不作為」にとどまるかどうかには、疑問がないわけではない。「お茶しか与えないように」という要請は、「作為」による「作為」の要請たりえないではないからである。だがしかし、第一刑事部は、問題を「共同保障人的地位」から生じる「義務違反」としてとらえた。「このような義務を履行しなかったことに、彼等の所為の真の無価値がある。文書による指示（すなわち、事前の作為）でもなければ、……お茶を与えよという指示でもなくして、……必要な（医療上の）扶養・看護を行わなかった」ことがす

べてなのである（同判例集四〇巻二六六頁）という。そして、第一刑事部は続ける。「だからといって、両被告人みずからが、正犯―すなわち間接正犯―として評価されるべきか、単なる教唆犯（刑法二六条）として評価されるにすぎないかという問題が解明されたわけではない」（同判例集四〇巻二六六頁）というのである。

それでは、第一刑事部は、この点について、いかなる理解に出るのであろうか。

第一刑事部は、本件では、外観上は被告人の側に「教唆犯性」があり、看護人の側に「正犯性」があるようにみえる（同判例集四〇巻二六六頁）という。その根拠は、必ずしも明白ではないが、看護人は、両被告人によって指示された扶養看護方法の変更が意味するもの、すなわち、Xの間近な死を認識し、かつ、両被告人も、彼が意識的にそれを履行するであろうと考えていたに違いないという前提（同判例集四〇巻二六六頁）をとるならば、A・Bは「教唆犯」であり、Cが「正犯」たりうるという論理をとったものといえないわけではなからう。A・Bは、すべてをCに「委ねた」ことになるものといえようからである。

しかしながら、第一刑事部は、そのような考え方は、「異なった役割分担」を前提とする組織構造に適合しないであろう（同判例集四〇巻二六六頁）というのである。そして、Cが「承諾」に関する「禁止の錯誤」に陥ったか、A・Bみずからがそうであったかにかかわらず、「決定的なのは、両被告人が正犯意思を有し、かつ、行為支配をもつて行為したかどうか」であり、「本件では、これが肯定される」（同判例集四〇巻二六六頁～二六七頁）というのである。A・Bが、Cに対して文書で指示を与えたことは、事態を「動かそう」としたことにほかならず、A・Bの「命令機能」と、Cの「補助者的役割」との相違を考慮するならば、A・Bに「正犯意思」と「行為支配」とを肯定するための十分な根拠が認められなければならない（同判例集四〇巻二六七頁～二六八頁）というわけである。

さらに、第一刑事部は、A・Bの不作为意思の表明が、それ自体で、すでにXの生命の危険を生じさせる出発点と

なっていたと考える。Cが、その扶養看護方法変更の法的正当性に疑問を抱き、従来の方法を継続したかどうかは、「殺人未遂罪」としての罪責に何の影響も与えない（同判例集四〇卷二六八頁〜二七二頁）のである。

二 本判決は、衝撃的な波紋を生じさせたといつて過言ではない。<sup>(4)</sup> さきで紹介したように、一九三八年判決にも、萌芽はみられたが、「不作為の教唆犯・間接正犯」の領域で、具体的な事案につき、これほどまでに正面から取り組んだ判例は、他に見当たらないのである。当然、種々の批判が向けられているし、判決自体にも多くの問題が包蔵されているといわなければならない。以下、ここで特に重要な論点を検討してゆくことにしよう。

第一が、A・Bの一連の所為は「作為」か「不作為」かである。本判決が、これを「不作為」としてとらえたことは、さきに一言したが、「お茶しか与えないように」という指示は、生命維持装置の取り外しなどと同様、それ自体で、Xの死を直接惹起する危険な「作為」ではないかという疑問は依然強いのである。ブラムツセン<sup>(5)</sup>がこのような考え方である。これに対して、R・メルケル<sup>(6)</sup>は、文書を書くことよって「不作為」に出たのであって、装置の取り外しとは違うとして、本判決の立場を肯定する。さらに、フォーゲルやシュトツファー<sup>(7)</sup>のように、第一刑事部は、「規範的視点」の導入によってことを理解しようとしたことになるとする考え方もある。

いうまでもなく、この問題は、「作為」と「不作為」の区別にかかわる根本的な疑問であるが、さきにも確認したように、法益侵害への「力の傾注」の有無が基準となるのであり、「お茶しか与えないように」という指示も、Xの死への「直接の危険」を惹起したものはいえないのであるから、これは「不作為」にとどまると考えるべきである。<sup>(9)</sup> シュトレイ<sup>(10)</sup>やヘルゲルト<sup>(11)</sup>も「不作為」を考える。

A・Bが「お茶」以外の栄養補給に出ようとはしなかったことが、直接的にXの死の危険を生じさせるものとして、保障人の「不作為による殺人」たりうるとするならば、その不作為は、Cに対する関係で、「正犯性」を基礎づける

のか、「教唆犯」たりうるにとどまるのかが検討されなければならない。本判決は、「間接正犯性」を肯定するための十分な根拠を認めることができるかと判断した。はたして、それは正当か。これが、第二の、そして最も重要な論点である。

第一刑事部は、さきにも指摘したが、Cが、以心伝心、A・Bの意を体して、「不作為の殺人」に出ることをA・Bがそれぞれ期待していたであろうという前提の下では、A・Bは「教唆犯」の外観を示しているが、実体はそのようなものではないと判断したことになると思われる。

たしかに、分業・協業体制をとる医療行為でも、担当医の指示は、事実上強大な圧力であるに違いないから、A・Bの「不作為」といっても、Cにとっては「無言の圧力」となるであろう。このことは、これまでに取り上げた諸事例からして、容易に肯定されるであろう。第一刑事部も、この点に着目したに違いない。

尤も、本判決は、A・Bにおいて、Cが、A・Bの意思を「引受け」て、「不作為」に出るであろうことを期待していたのであるから、外観上は「教唆犯」にみえると説示する。したがって、第一刑事部は、Cが、A・Bの意を体して不作為に出たときには、A・Bは「教唆犯」にとどまると考えようとしたのではないかとする理解も不可能ではない。

しかし、このような理解は妥当ではない。Cが、A・Bの意を体して不作為に出た場合であろうと、全く独自に「お茶しか与えない」決意に出た場合であろうと、A・BのCに対する「事実上の支配関係」には変わりがないが故に、A・Bは「間接正犯」たりうるかと考えるべきだからである。A・Bが、Cの不知・錯誤等を利用した場合だけが「間接正犯」たりうるという考え方は、本判決からは読み取れないのである。Cが、栄養補給方法や介護方法については自己の責任においてこれを選択しえたとしても、Xに対する全体的・総合的な処置は、Aの責任に属するのであ

る。本判決が、A・Bに「行為支配」が認められるとしたのは、このことを示したものと考えるべきである。行為支配の「多重性」・「多層性」を前提としたといってもよからう。<sup>(12)</sup>「正犯意思」を掲げたのは、「正犯意思」のない正犯はありえないということ、かつ、それも、「行為支配」の一要素として重要な機能を含むものであるということの確認にすぎないと考えるべきである。<sup>(13)</sup>

それ故にこそ、CがA・Bの「指示」にしたがったかどうかは、A・Bの罪責に何ら影響を及ぼさないとはいえるわけである。A・Bの「不作為」そのものが、すでに「不作為の殺人」なのであるから、Cの行為のいかんにかかわらず、Xの死亡との間の「因果関係」の確認によって、既遂か未遂かが決まるわけであり、Xは一〇ヶ月後に肺水腫が原因で死亡したというのであるから、「不作為による殺人未遂」とすることに理論的な問題はないことになるのである。

以上のような考量の下では、まず、ロクシン<sup>(14)</sup>やR・メルケル<sup>(15)</sup>が、本判決を「主観的共犯論」の見地でとらえようとするときには、承服できないものがあるといわざるをえない。また、ブラムツセン<sup>(16)</sup>が、本件事案を「作為」の見地でとらえながらも、「不作為の間接正犯」は、「刺戟」・「現実的行為支配」によっては基礎づけられえず、間接正犯成立のための客観的な基準は存在しえないとするかのような立言に出ていることは、妥当ではないといわなければならない。

つぎに、ロクシン<sup>(17)</sup>、R・メルケル<sup>(18)</sup>、レンナウ<sup>(19)</sup>は、AとCの間に、本判決が示唆するような上・下関係が存在するかどうかは疑わしいし、現に、CはA・Bの指示に従わなかったばかりか、担当機関に照会したことでもあるとして、本判決を批判するが、法的・制度的に上・下関係が存在しないとすることも、事実上のそれはこれを否定しえない筈であるし、Cが、たとえば後見裁判所に照会したからといって、それだけではA・Bの「圧力」が弱かったことの根拠に

なるともいえないであろうから、この点は、第一刑事部の判断を前提とせざるをえないであろう。

さらに、「間接正犯」の着手時期についても、A・Bの「不作為」は未だ「予備段階」にとどまっていたのではないかと、<sup>(20)</sup> フォーゲルやレンナウのような疑問もありうるが、<sup>(21)</sup> 間接正犯の着手時点は、周知のように、「道具に働きかけた」時点か、「道具が現実に動いた」時点かは一義的に決しがたいのであるから、<sup>(22)</sup> この点も、第一刑事部の判断を前提とする必要がある。

以上、本判決は、なお疑問な点を残しているとはいえ、結局は、ゲッセルの「行為支配」に基づく「不作為の間接正犯」が肯定される具体例を示そうとしたものとして、<sup>(23)</sup> 貴重な意義を有することになるのである。

三 本判決には、さらに論及されていない問題点があることを看過してはならない。

第一は、A・Bの「不作為の間接正犯」としての「共同正犯」の成否である。この点は、全く触れられていないが、<sup>(24)</sup> A・Bの「共同保障人的地位」を前提とする以上、「共同正犯」を否定することはできない筈である。R・メルケルも、指摘するところである。

第二は、「不作為の教唆犯」が成立する場合である。本判決の論理では、A・Bにその可能性を認めることは困難であろう。しかし、逆に、Cが、「不作為」によって、A・Bの「不作為」を喚起したような場合は、容易に「不作為の教唆犯」たりうるものといわなければなるまい。Cは「行為支配」を有せず、A・Bの「行為支配」も現実化するには至らなかつたとしても、<sup>(25)</sup> Cは、「不作為による殺人未遂罪の教唆犯（ドイツ刑法一三条・二一二条・三〇条一項）」の罪責を負うべきであろう。問題は、Cが、不作為によって、A・Bの「不作為の殺人」を実行させるかどうかである。そのような場合を想定することは、必ずしも容易ではないが、たとえば、Cが、すべての扶養看護措置を否定することにより、A・Bに、「お茶しか与えない」意思を生じさせることは可能なのである。



Cも、「看護人」としての「保障人的地位」に立つことには疑問はないのであるから、その「不作為」が、A・Bに「お茶しか与えない」決意を生じさせうる以上、「不作為による教唆未遂」を認めることに理論的な問題は生じないといふべきであろう。

最後に、論者が、本件事案をいかに解決しようとしているかにつき、一言しておこう。

ロクシンは、<sup>(25)</sup>「殺人罪の教唆未遂」としてとらえるべきであるとする。尤も、A・Bの計画したところが、「殺人」であることが前提になるといふ。つまり、ロクシンは、「作為」を考えているのである。「不作為の教唆犯・間接正犯」を否定する立場からするならば、A・Bの行為は「作為」であると考えた方が事態の解決には好都合であろう。しかし、結局、ロクシンは、自説を展開するだけであるといわなければならぬ。これに対して、R・メルケルは、さきにも紹介たように、A・Bの「不作為」を前提とする。そして、これもさきに紹介したように、A・C間には、上・下関係を基礎づけるに足りる「保障人的地位」の差は認められないという。したがって、R・メルケルの立場では、「不作為の教唆犯」が問題になることになる。<sup>(26)</sup>しかし、R・メルケルは、A・Bは「緊急避難類似」の状況にあったとして、無罪を主張するのである。<sup>(27)</sup>レンナウも、<sup>(28)</sup>第一刑事部は、問題を、「作為による不作為の間接正犯」という角度でとらえたことになるであろうとして、結局は、「不作為による殺人教唆未遂」の成立のみを認めようとする。さきにも紹介したように、レンナウも、A・C間の上・下関係を否定したのであるから、このような解決に達したことは特に矛盾はないといえよう。

これに対して、ヘルゲルトは、<sup>(29)</sup>本判決に賛意を表明している。

四 以上のような状況の下では、本判決の投じた波紋はごく小さなものとどまったかに窺われないではない。しかし、そのようなとらえ方は、皮相的であるといふべきである。ロクシンを除いて、論者は、すくなくとも、「不作為

為の教唆犯」はこれを肯定するものといわざるをえないからである。「教唆」を考えたのは、A・Bに「行為支配」を認めることはできないという理由からであり、「未遂」を考えたのは、「教唆されてもCは応じなかった」という理由からである。したがって、A・Bに「行為支配」を認めるならば、やはり、「間接正犯の未遂」を肯定することになるものといわなければならないであろう。これが、大きな波紋でなくて何であろうか。

学界の大勢に抗して、ツァーン、ナークラー、ガルラス、キールヴァイン、アルツト、ゲッセルが主張し続けてきた「不作為の重み」は、「不作為の教唆」と「不作為の間接正犯」という最後の「共働形式」に関しても、肯定されたのである。アルミン・カウフマン、ヴェルツェルの「不作為者論」、ロクシンの「原則正犯説」、イエシエックの「原則幫助犯説」が、衝撃を受けたことは確実であるといわなければならない。

- (1) BGH. Str. 40, 1995, S. 257 ff. = NJW. 1995, S. 204 ff. = MDR. 1995, S. 80 ff. = JR. 1995, S. 235 ff.
- (2) 「安楽死」・「推定的承諾」のほかに、「禁止の錯誤の回避可能性」の問題も取り上げられた。原判決は、A・Bの禁止の錯誤は回避可能であったというが、第一刑事部は、これには疑問があるとするのである(BGH. Str. 40, S. 262 ff.)。これらの問題自体は、重要な意義を有するものであるが、本稿では取り上げないことにする。
- (3) 前注(2)。
- (4) J. Brammsen, Bemerkungen zur mittelbaren Unterlassungstäterschaft, NStZ. 2000, S. 337 ff.
- (5) J. Brammsen, NStZ. 2000, S. 341 ff.
- (6) R. Merkel, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten in apallischen Syndrom, ZStW. 107, 1995, S. 545 ff., 552 ff.
- (7) J. Vogel, Die versuchte „passive Sterbehilfe“ nach BGH MDR 1995, 80, MDR. 1995, S. 337 ff., 338 ff.
- (8) K. F. Stoffers, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen in der neueren Rechtsprechung, Jura. 1998, S. 580 ff., 583.
- (9) 前出(11・12注(6)(7))。

- (10) Schönke-Schröder, 25 Aufl. S. 185 [W, Stree].
- (11) R. Helgerth, JR. 1995, S. 338 ff., 339.
- (12) 内田文昭・刑法概要中巻四五七頁以下、四六一頁注(23)。  
前出「三・五注(一)」「四・四注(14)」を参照。
- (13) 前出「三・五注(一)」「四・四注(14)」を参照。
- (14) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 611 f.
- (15) R. Merkel, ZStW. 107, S. 555f.
- (16) J. Brammsen, NSZ. 2000, S. 338 ff., 341 ff., 343f.
- (17) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 612.
- (18) R. Merkel, ZStW. 102, S. 554 ff.
- (19) Th. Rönnaу, JA. 1996, S. 108 ff., 112.
- (20) J. Vogel, MDR. 1995, S. 339 f.
- (21) Th. Rönnaу, JA. 1996, S. 110, 112, 114.
- (22) 内田・概要中巻四五八頁以下。
- (23) ちなみに、レンナウ(Th. Rönnaу, JA. 1996, S. 111 ff.)は「第一刑事部が、A・Bにおいて、「お茶しか与えないように」指示することにより、事態を動かそうとしたことを肯定しながら(BGH. Str. 40, S. 267 ff.)その「作為」は重要でないとした点につき、一貫しないものがあるという。一応、尤もな批判であるといえよう。しかしながら、「動かそうとした」ことは、不作為の前提となる強い「先行行為」にはかならないと考えることは、十分に可能なのである。敢て、「作為による不作為」(Th. Rönnaу, JA. 1996, S. 111)を考へる必要はないと主張すべきであらう。内田文昭・刑法概要上巻三三〇頁、三三五頁注(8)。
- (24) R. Merkel, ZStW. 102, S. 554 ff. を参照。Th. Rönnaу, JA. 1996, S. 112 f.
- (25) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7 Aufl. S. 612.
- (26) R. Merkel, ZStW. 102, S. 556 f.
- (27) R. Merkel, ZStW. 102, S. 574 f.
- (28) Th. Rönnaу, JA. 1996, S. 111 f., 114.

(29) R. Helgerth, JR. 1995, S. 339.

尤も、ヘルゲルトは、A・Bの「不作為」を救命装置の「取り外し」と同視しようとする。しかし、後者は、「作為」なのである。内田・概要上巻三二七頁注(16)。

## 六 結 論

一 不真正不作為犯における正犯と共犯は、当該保障人の「不作為の重み」によって区別されなければならない。すなわち、力のある「強い保障人」の不作為は「正犯」たりうるが、力に乏しい「弱い保障人」の不作為は「共犯」とどまるのであり、したがってまた、結果防止が「容易であった」ときは「正犯」たりうるが「容易ではなかった」ときは「共犯」とどまるのである。<sup>(1)</sup>キールヴァイン、F・クリスチャン・シュレーダー、ゲッセルなどが主張していたところであり、ドイツ帝国裁判所一九三二年一月四日判決、一九三八年一月二七日判決が明言し、前橋地裁高崎支部昭和四六年九月一七日判決、名古屋地裁平成九年三月五日判決が示唆していたところでもありといえよう。ドイツの二判例は、「強い保障人」の不作為を「正犯」とし、わが国の二判例は、付随的な「弱い保障人」の不作為を「幫助犯」としたのである。

勿論、「作為」の行為者が介在した場合は別である。通常は、「作為」が「不作為」を凌駕する「力」を有するが故に、作為の行為者が「正犯」で、不作為の保障人は「幫助犯」にすぎないのである。一四歳の息子の窃盜行為を放置した父親は、力づくで息子を阻止しうる「強い保障人」であったとしても、なお幫助犯にとどまるのである。<sup>(2)</sup>

しかし、場合によっては、作為の正犯と不作為の正犯が併存することもないではない。やはり、不作為に出た保障

人の「強さ」が考慮されることになる。ドイツ連邦裁判所一九六六年七月五日判決、一九八五年一〇月二三日判決が示唆するところである。

これが、本稿の根幹である。

二 しかし、右のような理解に到達するための道程は、決して平坦ではなかった。その理由は、「不作為」という行為形式が、元来「幫助的なもの」にすぎないということにあるといわざるをえないであろう。現に、問題領域は、当初は、「作為に対する不作為の共働」はこれをいかにとらえるべきかという「かたち」で論じられたといつて過言ではないのである。そして、それは「幫助犯」にすぎないとされたのである。フランクにはじまり、最近のイエシエツクの「原則幫助犯説」に至る道程がそれである。このような基盤では、不作為間での正犯と共犯の区別などは、明確な問題意識にはのほりえなかつたといわなければならない。一九三三年の帝国裁判所判決や一九三八年の帝国裁判所判決などは、このような状況に対して反省を迫る「きっかけ」となったことになるわけである。つまり、現実の理論的發展は、さきの結論とは逆の道程を辿つたことになるのである。

同様のことは、「不作為の教唆犯」と「不作為の間接正犯」のとらえ方にも窺われるであろう。

特に、不作為には、人の心を「ゆり動かす力」がないという日常的な固定観念から、ツアーンの立言にもかかわらず、「不作為の教唆犯」は否定され、したがってまた、「不作為の間接正犯」も否されていたのである。しかし、隣家に遊びに行った幼児が、「お菓子」を盗み食べているのを阻止しなかつた母親は、「窃盜の間接正犯」にはかならないというような認識だけは、F・クリスチャン・シュレーダーやシュミットホイザー以来、ある程度自覚され、わたくしも、これを支持してきたことになる。<sup>3)</sup> このような状況を「ゆり動かした」のが、一九九四年の連邦裁判所判決であるといつて過言ではない。「不作為に対する不作為の間接正犯」が肯定されたのである。かくして、「不作為」と「不

作為」の「共働形態」のすべてが、当該「不作為の重み」によって、正犯と共犯に区別され、他の不作為との関係によって、共同正犯・間接正犯、幫助犯・教唆犯に区別されることになったわけである。

これが、本稿の結論のすべてである。

三 これに対しては、「すべてを掌握した保障人」の「不作為の重み」といった観念は、判断者の恣意に流される曖昧な基準ではないかという批判が予想される。一応尤もな批判であるといわなければならぬ。

しかしながら、このような批判は、正犯と共犯の区別に関する「形式的・客観説」を前提としているものであるといわなければならない。そして、不作為においては「不作為者」が存在するにすぎない（アルミン・カウフマン<sup>11</sup>、エルツェル）とか、不作為では「行為支配」ではなしに「義務違反」がすべてである（ロクシン）とするような議論は、みな「形式的・客観説」にはかならないということを銘記しなければならないのである。

形式的・客観説が、そのみでは通用しえないことは、たとえば、「犯罪の見張りは共同正犯か」という古典的な問題を提出するだけで充分であろう。「見張り」が共同正犯か幫助犯かは、具体的に、当該「見張り」が、当該犯罪の実現にいか程「寄与したか」で決まる。<sup>(4)</sup> 保障人の不作為が共同正犯か幫助犯かも、当該保障人の不作為の重みで決まって当然なのである。ここでも、形式的・客観説は、「実質的・客観説」によって補充されなければならないのである。<sup>(5)</sup>

かつて、過失犯や不真正不作為犯は、「定型性が弱い」とされていた。<sup>(6)</sup> 過失犯の領域では、正犯と共犯の区別はないとされていたのは、周知の通りである。しかし、それは妥当ではないのである。<sup>(7)</sup> 不作為犯の領域でも、全く同様の議論が必要である。このことが、漸く強く意識されるようになったわけである。このことを付言して、稿を閉じることにしたい。

- (1) 札幌高判平成一二年三月一六日判例時報一七一〇頁(前出、三・五注(20))が、「不作為の幫助犯」は、要請された作為により、正犯の犯行を「困難ならしめた」であろうといえることよって成立するという態度を示したものととして、特に貴重な判例であることを、改めて確認したい。前出、三・五注(25)。なお、前出、四・三注(12)。
- (2) 尤も、「正犯の背後の正犯」を肯定する立場(内田文昭・刑法概要中巻四五三頁以下)では、父親に「窃盜罪の正犯」を認めることも、決して不可能ではないことを一言しておく。
- (3) わたくしが、不作為の間接正犯を考えたことには、さらに、別の理由もある。  
ドイツ刑法新総則一三条は、不真正不作為犯に関する総則規定を設けた。これは、一般に「犯罪」は「不作為」によっても実現可能であるということを示すものにはかならない。しかし、「不作為の窃盜」とか「不作為の強姦」などは、「直接正犯」の「かたち」では犯しえないと思われる。だがしかし、「間接正犯」の「かたち」ではこれを実現しうるであろう。したがって、一三条は、当然このことを予定したものと考えざるをえないであろうというわけである(内田文昭・刑法概要上巻三三八頁以下)。
- 「不作為の間接正犯」は、このような見地においても、貴重な意義を有するのである。
- (4) 内田・概要中巻四八七頁、四九〇頁注(6)(7)。
- (5) 本稿は、常に、この「実質的・客観説」を前提としてきた。
- (6) 団藤重光・刑法綱要総論(第三版)(平四)一四七頁以下、一六二頁以下。しかし、不真正不作為犯に関して、「保障義務の内容や強弱が行為態様と相関的に全体として考察されることを要する」(団藤・綱要総論(第三版)一四八頁)とされている点には、注目しなければならぬであろう。
- (7) 内田・概要中巻四八二頁以下、五二二頁以下。