

タイトル	不作為犯の体系と構造（九・完）
著者	吉田，敏雄
引用	法学研究，46(2)：451-496
発行日	2010-09-30

不作為犯の体系と構造 (九・完)

吉田敏雄

目次

はじめに

第一章 不作為犯総説

I 不作為犯の体系と種類

II 真正不作為犯

III 不真正不作為犯

IV 複合的行為態様における作為と不作為

a 作為と不作為の区別

b 同時的全体事象

c 多段階的事象

d 「非難可能性の重点」説

e 作為による不作為

(第44卷第1号)

第二章 不真正不作為犯の構成要件

I 客観的構成要件

1 結果回避義務を基礎付ける状況

2 命令された作為の非着手(不作為)

3 命令された作為に着手する事実上の可能性(個別行為能力)

4 結果の発生

5 不作為の因果関係

6 保障人の地位

(第44卷第2号)

(1) 総説
保障人の地位

a 法令

b 任意の義務引き受け（契約）（第44卷第3／4号）

c 危険を基礎付ける先行行為

d 危険源責任

e その他

(3) 我が国の最近の諸学説

a 先行行為説

b 事実上の引き受け説（具体的依存性説）

c 法益存立の依存関係説

d 物理的危険創出行為、法益・危険源の意識的引き受け説

e 因果経過支配説

f 排他的支配、危険創出（増加）説

g 効率性説

h 機能二分説

i 準作為犯説

(4) 我が国の判例

a 法令・任意の義務引き受け

b 先行行為

c 危険源責任

（第45卷第2号）

II 主観的構成要件

1 故意の内容と対象

2 構成要件の錯誤

III 客観的帰属

1 行為帰属

a 等価値性修正

b 消極的安樂死

2 結果帰属

a 相当性連関

b 危険連関

c 仮定的代替適法行為

第三章 違法性

1 緊急避難

2 保障人の義務衝突

3 被害者の承諾

4 正当防衛

第四章 責任

第五章 未遂

(1) 障害未遂

(2) 中止未遂

(3) 不能未遂

第六章 過失の不真正不作為犯

1 過失の不真正不作為犯概説

2 管理過失・監督過失

(1) 不真正不作為犯としての管理過失・監督過失

(2) 監督過失と信賴の原則

(3) 客観的帰属

第七章 不作為による正犯と共犯

（第45卷第4号）

（第46卷第1号）

- 1 間接正犯
- 2 共同正犯
 - a 複数の不作為者における共同正犯
 - b 不作為者と作為者の共同正犯
- 3 不作為犯に対する作為による共犯
- 4 不作為による共犯
 - a 不作為による幫助
 - a a 正犯と幫助の区別
 - a a a 日本の判例
 - b b b 日本の学説
 - c c c 諸説の検討
 - i 主観説
 - ii 幫助説
 - iii 保障人義務内容説
 - iv 行為支配説
 - v 作為難易度説
 - vi 正犯説
- b 幫助の因果関係
- b 不作為による教唆

(以上、本号)

第七章 不作為による正犯と共犯

1 間接正犯

不作為による間接正犯というのは存在しない。間接正犯というのは事実上の行為支配に基づくのであるが、不作為犯にあつては、不作為者である背後者が他人（媒介者）を操縦支配する影響力を有するとはいえない、換言すると、媒介者は「背後者の意思の道具」となつているとはいえないからある。保障人の正犯性は法的な特別の地位によって基礎付けられた作為義務に基づいている。例えば、看護師が、その監督下にある被害妄想に罹つている精神病者による第三者への殺人行為を阻止しないとき、当該保障人としての看護師には不作為による直接正犯が成立する。保障人は、精神病者を自分の意思の道具にしているわけではなく、まったく無理強いされることなく振舞う者をすぎ放題にさせているに過ぎないからである。⁽¹⁾

これに対して、不作為による間接正犯を認める学説がある。不作為による間接正犯は道具の構成要件的法益侵害行為を惹起するという形での不作為による間接正犯は可能であるとの学説がある。⁽²⁾ 例えば、上記の例において看護師に不作為による間接正犯が肯定される。しかし、この場合、患者は看護師とは関係なく行為をしているのであり、看護師が患者の行為を惹起したとはいえない。もとより、看護師が精神病者に第三者を殴るように仕向けるという場合、看護師の作為による間接正犯が成立する。⁽³⁾ ドイツ連邦通常裁判所の判例に、国境警備隊員がベルリンの境界を越えて西ドイツに逃亡する者に発砲・射殺した事案について、ドイツ社会主義統一党中央委員会政治局員に「組織支配」を理由に不作為による間接正犯を認めたものがある。⁽⁴⁾ しかし、作為による間接正犯で展開された「組織支配」論を不作為

為犯に転用することはできない。不作為では、作為犯でみられるような背後者の操縦支配というものはないし、又、作為犯では、身分のない故意のある道具を利用する場合の利用者に間接正犯が認められるが、不作為では、背後者にこれに相当する「刺激」行為もない。たしかに、階層的権力構造からすると、政治局員の影響力は大きいのであるが、そのことから操縦的支配があったとはいえないであろう。⁽⁵⁾

これに対して、他人が意図していた結果発生阻止行為を暴行によって妨げる保障人は作為による直接正犯である。⁽⁶⁾他人を欺もうや脅迫を用いてこの者がしようとしている結果の発生阻止行為を妨げる保障人は、不作為をさせるという作為の形態をとった間接正犯である。⁽⁷⁾例えば、泳げない父親が、その溺れている息子を助けようとしている他人に、息子は泳げるから大丈夫だと言って救助行為を阻止するとき、父親には作為による殺人の間接正犯が成立する。⁽⁸⁾

2 共同正犯

a 複数の不作為者における共同正犯

作為犯の共同正犯では、共同の行為決意と犯行計画遂行への共同加功が前提となる。この要件が充足されると他人の行為分担も自分に負責される(一部行為の全部責任)。不真正不作為犯においては、犯行計画の積極的遂行というものはない。しかし、不真正不作為犯においては、作為犯とは異なり、保障人義務違反の不作為がある。そうすると、複数の保障人に「共同の結果回避義務」、つまり、結果回避のための相互支援要請・協働義務があり、それにもかかわらず、複数の作為義務者が、構成要件的结果の発生を阻止しないことを申し合わせて同一の結果回避義務に違反する場合、共同正犯が成立が認められよう。しかし、不作為では作為の共同正犯に見られるような行為の分担というもの

が存在しないから、行為分担の相互負責の必要はない。⁹⁾ 例えば、父親と母親が申し合わせてその子の面倒を見ず、死なせてしまうとか、受刑者を共同して監視する任務を有している二人の刑務官が相互に意思を連絡しながら被收容者の脱走を傍観した場合である。¹⁰⁾ 但し、このような事例では、共同正犯を認める実益はそれほどない。作為義務を履行せず、結果の発生を阻止しない者は、他人の行動とは関係なく結果の発生を負責されうるからである。¹¹⁾ したがって、同時正犯として解決することも可能である。¹²⁾

不真正不作為犯において共同正犯の認められる本来的事例というのは、複数の保障人がそれぞれ単独では結果の発生を阻止できず、共働して結果の発生を阻止しなければならぬ場合である。例えば、父母が川で溺れている自分らの子を救うために協働しなければ小船を川に出せないとか、金庫室に誤って人が閉じ込められたが、異なった鍵を有する二人の所持者によって同時に開錠されなければ開けられない場合に、その二人の者がそのままにしておいたとか、製造会社の複数の取締役が共同してしかその欠陥製品を回収することができない場合、共同正犯が成立する。¹³⁾

一方の保障人は単独では結果の発生を阻止し得ないが、他方の保障人は単独でも結果の発生を阻止しうるとき、両者の意思の連絡の下、作為義務を履行しない場合は共同正犯が成立し、両者の意思の連絡がない場合は同時正犯が成立する。¹⁴⁾

保障人義務を有する者の不作為と保障人義務を有しない者の不作為との間には共同正犯は成立しない。例えば、母親がその男友達と殺害を申し合わせて自分の子に食事を与えず餓死させる場合、母親には不作為による殺人罪の正犯

が成立するが、保障人の地位にない男女友達には正犯は成立しない。男女友達には、「餓死させよう」という等の言動が見られる場合には、不作為者に対する作為による共犯が成立する(下記3参照)¹⁵⁾。意思の疎通なしにそれぞれの思惑から不作為にとどまるとき、非保障人には正犯も共犯も成立しない。

b 不作為者と作為者の共同正犯

他人が作為によって構成要件的結果を招来し、保障人が結果の発生を阻止しないという態様で協働するとき、例えば、保護保障人がその被保護者の身体虐待を第三者にゆるす場合とか、銀行員が部外者と仕組んでこの者に「襲われた」振りをし、現金の「強奪」を許すが、犯行前に銀行幹部に注意を促すことはせず、亦、犯行中に急報することもしなかったとき、共同正犯が成立する。共同の犯行計画がある限り、作為で実現した重い事情も共同正犯の法形象により不作為者に負責される¹⁶⁾。もともと、保障人は、作為正犯者の犯罪行為を阻止する義務があるのだから、どの道、その違反により正犯となるので、共同正犯を認める実益はそれほど大きくない(下記4 c c c、vi参照)。

共謀共同正犯の成立を認めた下級審の裁判例がある。大阪高判平成一三年六月二一日判タ一〇八五号二九二頁は、母親が当時一歳二ヶ月の三女が泣き出したことから、三女を殺害しようとして決意し、顔面、腹部を殴打した上、抱きかかえた三女を布団上に叩きつけ、更にこたつの天板に叩きつけてその頭部を強打させ、頭部外傷等による急性硬膜下血腫により死亡させて殺害したが、その際、母親がこたつの前に立ち、三女を右肩付近に抱え上げた状態で、夫の方を振り向き「止めへんかったらどうなっても知らんから」と警告的言葉を発することによって、夫がいかなる態度に出るかを問いただした際、妻と一旦は目を合わせた夫が、ベランダの方を向いて自分を制止しようとしなかったことを

確認したことから、三女をこたつの天板に投げつけて殺害するのを夫が容認したと理解し、他方、夫も、その場で妻の本件犯行を制止することのできる唯一の人物であったのに、自らも三女に死んでほしいという気持ちから、妻と一旦合った目を逸らし、あえて妻を制止しないという行動に出ることによって、妻が三女を殺害するのを容認したといえるとして、この時点で、三女をこたつの天板に叩きつけるという方法で殺害することについて暗黙の共謀が成立したと認定した。本事案においては、共謀共同正犯を是認しない立場からでも、妻の作為による実行行為と夫の不作為による実行行為（犯罪阻止行為をしないという不作為）が認められ、殺人罪の実行共同正犯が成立する⁽¹⁷⁾。最決平成一五年五月一日判時一八三二号一七四頁は、事故の状況に付き従うボディガード役組員らの拳銃所持につき、それを直接指示していなかった（不作為の態様）ものの、その自発的所持を確定的に認識し認容していた上、組員らもそのことを承知していた場合における大手暴力団組長に、実質的には「所持させていたと評しうる」として、拳銃所持罪の共謀共同正犯の成立を認めたが、組長の正犯性を肯定するに当たって、その行為が作為なのか不作為なのかについては論じていない。

3 不作為犯に対する作為による共犯

故意というのは因果過程の操縦であり、これが不作為には欠けているという理由から「不作為故意」というものを否定する目的的行為論によれば、構造上故意に結び付けられる共犯というのは認められない。不作為への教唆や助にみえる法現象は実際には行為決意が生ずるのを妨げるか、その遂行を妨げているにすぎない。他人の作為を妨げる行為は専ら作為犯の構成要件にしたがって判断されるべきである。したがって、救助しようとしている者に金銭を渡して救助を止めさせる者は常に殺人の正犯であり、不作為者が保障人であるか否かとは関係がないと⁽¹⁸⁾。しかし、この

理論によると、非保障人が川で溺れている人を助けようとしたが、連れの非保障人が救助に行くのを思いとどまらせた場合、助けに行かない非保障人には作為義務がなく殺人罪は成立せず、助けを思いとどまらせた非保障人は殺人罪の作為による正犯が成立するという奇妙なことになる。更に、母親にその子を絞殺するように決意させた者は殺人罪の教唆犯となり、これに対して、母親にその子を餓死させるように勧誘する者は殺人罪の正犯となるというこれまた奇妙なことになる。そもそも、故意の意思内容が現実化意思を内容とするところ、何も実現されない不作為では、こういった意思は考えられないというのは独断に過ぎない。不作為者が認識しながら因果過程に介入せず、しかも、構成要件の結果の発生の可能性を少なくとも甘受すれば、不作為故意を認めるのに十分である。保障人はこういった故意を他人によって喚起されうるのである。次に、不作為者が救助行為をするか否かはこの者の自由な判断にかかっており、関与者には、その作為にも関わらず、構成要件的不法の実現を支配しているとはいえないのであるから、共犯が成立するとすべきである。目的的行為論は正犯を認めるのであるが、これは行為支配論と矛盾することになる⁽¹⁹⁾。

加担行為と刑法上重要な結果の間に第三者の自由な介在行為があるという共犯の特徴は不作為犯においても存在するので、不作為犯に対する教唆や幫助も可能である。教唆も幫助も作為によって行なわれるので、共犯者の保障人義務が必要がない。教唆は、保障人に故意を生じさせ不作為にとどまらせるとき可能である。例えば、非保障人が救助義務のある消防吏員に燃焼中の家の中にいる人の救助に協働しないように勧めるとか(教唆)、非保障人が母親に川で溺れているその子を救助しないように勧めるとか(教唆)といった場合である。不作為が正犯の行為であるから、幫助は、保障人の不作為にとどまる意思を精神的に強めるといった精神的幫助が一般的であろうが、しかし、物理的に容易にする幫助も可能である。例えば、川で溺れている自分の子を救助しない決意をした母親に、良心の呵責を感じ

させないために注意をそらして、その決意を賞賛する者には精神的幫助が成立する。非保障人が救助義務のある消防吏員を隠まって、指揮者から燃焼中の家の中にいる人の救助に動員されないようにするとか、保障人である母親がその子の苦痛で泣く声に我慢できず、これ以上聞きたくないとき、非保障人が母親に耳栓を渡し、泣き声を聞こえないようにするといった場合は物理的幫助である。これらの場合、保障人には不作為による正犯が、非保障人には作為による教唆、幫助が成立する。²⁰⁾

4 不作為による共犯

a 不作為による幫助

a a **正犯と幫助の区別** 保障人が他者による作為の犯行を阻止しないことが、保障人の不作為による正犯となるのか、他者に対する不作為による幫助となるのが問題となる。例えば、父親が、自分の子が他人を殺害しようとしているのを防止しないとか、自分の子が他人によって殺されようとしているのを傍観している場合、父親に殺人罪の不作為による正犯が成立するのか、殺人罪の不作為による従犯が成立するのかが問題となる。

a a a **日本の判例** 日本の判例は、他者の作為正犯行為がある場合の保障人の不作為は原則として幫助であると立場をとっているようであるが、不作為による正犯と幫助犯を区別する規準は明確にされていない。²¹⁾

①大判昭和三年三月九日刑集七卷一七二頁は、町会議員総選挙に際して、中風症の選挙人に付き添い投票用紙を代書し投票するという選挙干渉行為を現認しながらこれを制止しなかつた選挙長たる町長につき、「不作為ニ因ル幫助犯ハ

他人ノ犯罪行為ヲ認識シナカラ法律上ノ義務ニ違背シ自己ノ不作為ニ因リテ其実行を容易ナラシムルにヨリ成立」するとして、不作為による選挙干渉幫助犯の成立を認めた。

②大判昭和一九年四月三〇日刑集二三卷八一頁は、物資配給制度の下で、配給物資を購入するのに必要な通帳に記載されている世帯人員が減少しているのに、その異動を訂正せず配給物資を購入していた者がいるのを知りながら、それを放置した町内会長に、「世帯主ニ対シテ異動届出方ヲ督促シタル上異動訂正ヲ施スヘキ義務アルモノト解スルヲ当然ナリトス。蓋シ斯ク解セサルニ於イテハ物資配給ノ適正円滑を期シ得サレバナリ」として、不作為による詐欺幫助犯の成立を認めた。

③高松高判昭和二八年四月四日高裁判判特三六号九頁は、チーズの倉庫係が窃盗を企図する者から、チーズの計算を一俵不正に誤魔化して貰い度い」と頼まれ、「その態度に依つて暗黙の承諾を与え」た者につき、「他人の犯罪行為を認識しながらこれを防止すべき職務上の義務に違背し自己の不作為に依つてその実行を容易ならしめたときは不作為に依る犯罪の幫助ありと解するを至当とする」と判示して、不作為による窃盗罪の幫助犯の成立を認めた。

④最判昭和二九年三月二日裁判集刑事九三号五九頁は、ストリップの公然猥褻幫助犯の成立を認めながら、微温的な警告を与えただけでその公演を続行させた劇場の責任者に不作為による公然猥褻幫助犯の成立を認めた。

⑤東京地判昭和三四年二月一八日判時一八五号三五頁は、配下の者たちが対立する愚連隊の者を拉致して自分らの所属する愚連隊の首領方に連行し、そこで問責、暴行、刃物による傷害を加えたが、その際、当該首領は現場において配下の者らが暴行を加えるのを黙認していたという事実で、「問責暴行が行なわれている間、終始その場にあつてその状況を現認し、事態の大事に進展すべきを知りながら輩下である他の被告人の右暴行を黙認しそのなすに委せ、……傷害の結果を未然に防止するに足る措置をとらず因つて前記の通り傷害を惹起するに至らしめ」たとして、傷害幫助

犯の成立を認めた。

⑥高松高判昭和四〇年一月一二日下刑七卷一号一頁は、他の者らが喧嘩に出かけるのに同行した者が、自分の登録済みの日本刀を他の者らが持ち出すことを黙認したという事案で、「刀剣類の所持を許されている者につき、その所持及び携帯について危害予防の法律上の義務が要請されている」として、不作為による日本刀の不法携帯幫助犯の成立を認めた。

⑦大阪地判昭和四四年四月八日判時五七五号九六頁は、他人所有の空き地を家庭菜園として利用させてもらう際、所有者からその土地の買い手や借り手が現れたら通知してほしいと依頼されていた者が、他人から材料置き場として一時的に簡易な小屋を立てさせてほしいと頼まれ、所有者の承諾なくこれを黙認していたところ、後に、この者が、本格的な建造物を建てたという事案で、建設を制止しなかったという不作為に不動産侵奪の幫助犯の成立を認めた。

⑧高松高判昭和四五年一月一三日刑月二卷一号一頁は、農業協同組合の預金払戻担当者が、預金者である農業共済組合の組合長が横領の意図で払戻請求をするに際して、情を知りながらこれに応じたという事案で、「払戻目的が刑事上不法なものであることを知った以上、これに応ずべきでないことは条理上当然である」として、不作為による業務上横領罪の幫助犯の成立を認めた。

⑨大阪高判昭和六二年一〇月二日判夕六七五号二四六頁は、倒産会社からの債権回収を企図して、他の共犯者とともに拉致・監禁した同社経営者たる被害者を自分が側を離れば正犯者が殺害することを予測しながら現場を離れ、その間に被害者が殺害されたという事案で、離れた者の行為を、「作為によって人を殺害した場合と等価値なものとは評価し難く、これを不作為による殺人罪（正犯）に問擬するのは、相当ではない」と論じて、被告人に殺人罪の不作為による幫助犯を認めた。²²⁾

⑩札幌高判平成一二年三月一六日判時一七一一号一七〇頁は、先夫との間に生まれた三歳のわが子が内縁の夫により致命的な折檻を加えられた際に、これを阻止する行為に出なかつた女性に、傷害致死罪の不作為による幫助犯の成立を認めた。一番の釧路地判平成一年二月一二日判時一六七五号一四八頁は、「罪刑法定主義の見地から不真正不作為犯自体の拡がりに絞りを掛ける必要がある以上、不真正不作為犯を更に拡張する幫助犯の成立には特に慎重な絞りが必要であることにかんがみると、甲の暴行を阻止すべき作為義務を有する被告人に具体的に要求される作為の内容としては、甲の暴行をほぼ確実に阻止し得た行為、すなわち結果阻止との因果性の認められる行為を想定するのが相当である」として、被告人に不作為による幫助犯の成立を否定したのに対して、札幌高裁は、「原判決が掲げる『犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにかかわらず、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うべきである」と判示した。

⑪大阪高判平成一三年六月二一日判タ一〇八五号二九二頁(上掲2b)は、母親が三女を殺害しようとした際、父親(夫)の方を見て「止めへんかつたらどうなつても知らんから」と言つたが、自分も三女が死んでほしいという気持ちがあつたため制止しなかつた父親に、殺人罪の共謀共同正犯を認めた。

⑫最決平成一五年五月一日判時一八三二号一七四頁は、自分の身边でボディガードをする組員が拳銃を不法に所持することにつき直接指示を下さなかつた暴力団組長を拳銃不法所持の共謀共同正犯としている(上掲2b)。

bbb 日本の学説 我が国の学説では、判例と同じく、従来、原則幫助犯説が通説的地位にあるといつてよいであろう。法律上、正犯者の犯罪を防止すべき作為義務を有する者が、その義務に違反して、故意にその防止を怠る行為は、不作為による幫助犯である、例えば、自分の子が他人を殺害しようとしているのを防止しないでいる父親は、

子の殺人罪を防止すべき作為義務に違反し、又、自分の子が他人によって殺されようとしているのを傍観している父親は、子の生命を擁護すべき作為義務に違反しており、いずれも不作為による幫助犯が成立する。⁽²³⁾ 最近でも、「原則」幫助犯説を主張し、結果回避義務が行為者との関係から（例えば、親子間の犯罪阻止義務）生ずる場合、通常、不作為による幫助にとどまり、事情によっては正犯が成立し、結果回避義務が法益との関係から（例えば、倉庫の管理人の財物保護義務）が生ずる場合も、多くは幫助にすぎず、正犯は例外であるとし、その背後には、作為犯においては現実的な行為支配があるとすれば、不作為犯のそれは潜在的・可能的にすぎず、結果の発生に重要な役割を果たすのは行為を現実支配する行為者であり、不作為者は「従属的な役割」を演ずるに過ぎないという考えがあると説く学説がある。⁽²⁴⁾ しかし、これらの見解によれば、自分の子が他人によって殺されようとしているのを傍観している父親には殺人罪の幫助犯の成立が認められるが、自分の子が自ら生命の危難に陥っているのを傍観している父親には殺人罪の正犯が成立するということになるが、このような区別をする法理論的根拠が明らかでないという問題がある。

これに対して、作為義務二分説も主張されていた。それによると、自分の子が他人によって殺されようとしているのを傍観している父親の場合、その保障義務は子の生命に向けられているので、子が溺死しそうになっているのを傍観していた父親と同様に、殺人の正犯が成立するが、自分の子が他人を殺害しようとしているのを阻止しない父親の場合、父親には他人の生命を保障すべき義務はなく、ただ自分の子が他人を射殺しにくくということとの関係からこれを防止すべき義務が出てくるにすぎず、殺人罪の不作為による幫助犯が成立する。⁽²⁵⁾ 本説には、不真正不作為犯における作為義務というのは結果発生回避義務であるという観点からは、作為義務を正犯を基礎付ける「結果の発生を回避すべき直接的な保証者の義務」と「それ以前の安全監護義務ないし安全管理義務の違反を介して間接的結果発生を

誘発ないし促進する場合」の幫助犯を基礎付ける作為義務に二分することに疑問が生ずる。

作為義務二分説に対して、近時、不作為による正犯・共犯の作為義務は等質であり、作為義務の程度によって、その不作為の重要性を区別することはできないとの立場から、結果回避確実性規準説とも呼ばれるべき学説が登場した。これによると、不作為者が作為に出していれば「確実に」結果を回避できたであろう場合には不作為の同時正犯、結果発生を「困難にした可能性」がある場合には不作為による幫助と解すべきである、その理由として、判例・通説によれば、作為の幫助行為は正犯結果と条件関係（あればこれなしの関係）にある必要はなく、正犯結果を促進し、容易にしたことで足りる、これを不作為の幫助に引き直せば、作為に出ることによって「確実に」結果を回避できたという事実関係を必要とせず、結果発生を「困難にした可能性がある」という関係で足り、他方、判例は、不作為単独正犯の成立については、結果の回避が「十中八、九は可能であったこと」を必要としていることが指摘される²⁶。しかし、この見解は幫助行為の因果関係の理解において問題がある（下記b b参照）。

c c c 諸説の検討 ここでは、ドイツの学説・判例を概観しながら諸説を整理し、検討してみよう。

i 主観説 本説は、正犯者意思の存否を規準とするが、その存否の判断にあたっては、犯罪結果への自己の利益と行為支配意思を考慮する。この規準は不作為犯にも妥当する。例えば、母親がその幼児に食事を与えないのに、その父親が何等の対応措置を採らないとき、母親が支配的役割を果たしており、父親がその妻の殺害決意に服する場合は、父親は幫助犯であるが、父親がその妻の殺害の決意を無条件に共に担うか、父親にとり幼児の殺害が、前々から

ほしかったスポーツカーを購入する余裕ができたとか、妻との離婚が容易になるといったように、自己利益の動機から歓迎すべき場合には、父親も（共同）正犯である。母親が自分の子に食事を与えないという不作為ではなく、毒を投与するという作為で殺そうとするとき、それを傍観する父親とか、母親ではなく、第三者が前者の子を殺そうとしているのを傍観する父親の場合にも同様の規準から判断される。⁽²⁷⁾

本説には、恣意的結論の理由を基礎付けることができる理論を提供していると批判される。⁽²⁸⁾ 先ず、自己の「利益」とか、判例の用いる「内的容認」という判断基底に批判が向けられる。自己の利益には濃淡があり、したがって、この概念で正犯者意思と共犯者意思を区別することは難しい。⁽²⁹⁾ 次に、内的態度とか動機というのは責任要素であり、刑量には重要な要素であるが、構成要件を充足する正犯ともはや構成要件に該当しない共犯を区別する規準とはならないと批判される。内的態度とか動機で正犯と共犯が区別されるなら、それは行為刑法ではなく、心情刑法を意味する。⁽³⁰⁾

ii 幫助説 本説によれば、作為行為者に完全な刑事責任が問える場合には、この者が作為犯の正犯であり、保障人の不作為行為には常に幫助が認められる。故意の作為犯を実行する行為者に行為支配があり、不作為者は「行為事象の脇役」にすぎず、したがって、不作為は作為に比べてその重さが軽いというのがその理由である。作為者が行為の推移をもちや支配できなくなったときに初めて、行為支配は不作為者に移り、この時点で不作為者の正犯性が認められると。⁽³¹⁾ 例えば、家の持ち主がその飲み友達を連れて家に戻ったところ、その友達が家に住んでいる転借人を恐喝したが、当該家の持ち主がそれにたいして可能な何等の介入もしなかったという場合、恐喝に関して、積極的に脅迫をする者がこの事件の唯一の「中心人物」であり、介入しなかった者はこの事件の「脇役」である。行為を直接自ら

実行する者に行為支配がある限り、この者が不作為者の行為支配を妨げている。家の持ち主は幫助犯であり、飲み友達が正犯である³³⁾。これに対して、作為による殺人行為者がその実行行為を終え、立ち去った後、それに気づいた父親が結果の発生に至るまでの間に結果の発生を阻止できるにもかかわらず、そうしなかったという場合には、殺人罪の不作為による正犯が認められる³⁴⁾。

しかし、このような正犯性の規準を事実上の行為支配に求めることは適切でない。不真正不作為犯にあつては、結果阻止の可能性のあることが求められているのであつて、保障人に事象の積極的支配が求められているわけではないからである。そもそも被害者が自ら危険に陥つた場合には、当該被害者の保障人には当該事象に関する積極的支配がないのであるが、それでも当該保障人は正犯である。なるほど、保障人が作為行為者の犯行を阻止しない場合、保障人は作為者との関係で「脇役」と云えようが、だからといってこの場合を幫助とするのは妥当でない。自ら危険に陥つた被害者を救助しない場合、保障人には事象の積極的支配が欠如しているのにもかかわらず正犯である。そうすると、保障人が作為行為者の犯行を阻止しない場合が幫助であり、自ら危険に陥つた被害者を救助しない場合が正犯であるとして区別する合理的理由を見出したいのである。保障人の不救助ということが決定的に重要なのであり、どのよう³⁵⁾に、つまり、第三者の故意行為、過失行為、はたまた偶然に被害者に危険が生じたのかは重要ではない。本説によれば、さらに、保障人が、第三者による射殺行為を阻止しないとき、被害者が即死の場合(いわゆる「犯罪阻止義務」違反)、当該保障人は幫助犯であるが、なお救命できる状況にある被害者を病院に搬送しない場合には、当該保障人は正犯となるが、どちらの場合も保障人の非介入が問題となつているのにもかかわらず、結論を異にするのは妥当でない³⁶⁾。本説によると、又、自分の子が殺されると誤想した父親が急いで救助に急行しない場合、共犯従属性説に立つ

かぎり、幫助の未遂となり不処罰となるが、自分の子が事故にあったと誤想した父親が救助に急行しない場合、殺人未遂となるが、この結論の違いの合理的説明ができない。³⁷⁾

我が国の幫助犯説の中には、その根拠として規範命令の順位を挙げる説がある。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、作為者に対して具体的に規範命令が発せられ、作為者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る。これに対し、保障人には、作為者に対して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。この第二次的命令に違反することは、規範的にも事実的にも、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と評価され、この評価は事後的判断によってなされるべきである。そうすると、保障人の作為義務の種類とか、作為者が行為の最中であるとか、あるいは作為者が行為終了後、行為現場から立ち去った後であるとか、不作為者が法益侵害の原因が第三者たる作為者によって惹起されたものであるかを認識しているか否かに関係なく、法益侵害を防止しない保障人は不作為による幫助と評価されると。³⁸⁾

本説には、なるほど、作為者に対する禁止命令違反が前提となって不作為者に対する作為命令が発せられる、換言すると、作為行為者による危険の発生を前提として、それに応じて、不作為者の具体的義務が生ずるとはいえようが、しかし、不真正不作為犯では不作為者に結果回避義務を果たすことが要求されているのであって、これが時間的に先行する作為者の不作為義務に規範的に劣後するとはいえない。³⁹⁾

iii 保障人義務内容説 本説によると、保護義務を懈怠する保障人は正犯であり、監視義務に従わない者、すなわち、監視されるべき者の犯行を阻止しない者は幫助犯である。⁽⁴⁰⁾ 保護保障人が正犯となるのは、作為行為者の実行行為の終了前後を問わず、自ら犯罪構成要件の前提要件を充足しているからである。これに対して、監視保障人が幫助犯となるのはその法的義務が質的に異なっているからである。但し、監視保障人は、作為行為者(被監視者)が構成要件該当行為を終了した後、結果発生の阻止行為をしない場合には、幫助犯の成立すら否定され、救助の不履行罪(ドイツ刑法第三二三条c)が成立するにすぎない。要するに、監視保障人と危険源によって危険に瀕している者との関係と比べると、保護保障人の方が被害者により近い関係にあるというのがその理由である。本説によれば、上記の例では、家の持ち主は、その住まいに関して監視保障人にすぎないから、恐喝の幫助犯である。母親がその幼児に食事を与えないのに、その父親が何等の対応措置を採らないとき、父親も不作為による正犯である。⁽⁴¹⁾

しかし、夙に、そもそも保護保障人と監視保障人の明確な区別が可能なかに疑問が出されていた。水泳場の監視員は水の危険から水泳客を護る保護保障人であるのか、それとも水の危険の監視保障人であるのかと。⁽⁴²⁾ これは別論としても、本来、保障人義務というのは結果発生を阻止すべき義務なのであるから、本説が、保護保障人なのか監視保障人なのかによって正犯か幫助かを決定するというのなら、その説得力のある理由が必要なのであるが、それが欠如している。本説によっても、監視保障人の対象者が刑事未成年者や精神障害者のような責任無能力者であるとき、監視保障人を不作為犯の正犯が認められるし、保護保障人の場合でも、領得の意思といった一定の構成要件要素が欠如している場合には、幫助犯が成立することになる。そうすると、保護保障人は正犯、監視保障人は従犯という義務内容の論理が貫徹されていないのである。⁽⁴³⁾

我が国では、次のような保障人義務内容説が展開されている。犯罪阻止義務（危険源管理監督義務の一種であり、危険源が人の場合）、違反の場合には、作為行為者が正犯であり、正犯の犯罪を阻止しないという不作為が幫助犯である。法益保護義務違反の場合には、当該法益が結果発生への因果の流れに委ねられている段階に達したとき（例えば、自分の子が池に溺れているとき）、不作為者は正犯である。これに対して、当該法益が他人の実行行為によって結果発生
 の危険に晒されている段階にあるとき（例えば、自分の子が他人に殺されようとしているとき）、不作為者は幫助犯である。前者の場合、不作為者だけが結果発生を回避するための直接的管理支配を有する。後者の場合、他人の実行行為を阻止することによって法益を救助できるというのがその理由である。結局、本説では、犯罪阻止義務に基づく不作為が幫助であり、法益保護義務に基づく不作為が場合により正犯か幫助犯となる規準は直接的管理支配の存否にある。⁽⁴⁴⁾ 本説によれば、さらに、法益保護義務の場合、法益侵害の不発生が確保されるまで、作為義務が継続するのに対し、犯罪阻止義務の場合、行為者の実行行為が終了すると、作為義務が消滅する。法益保護義務が直接危険に晒されている法益主体を救助することにあるのに対し（結果発生 of 直接的回避義務）、犯罪阻止義務は他人の意思決定や行為に働きかけてその行為を止めさせることによって尽くされるので（結果発生 of 間接的回避義務）、当該行為者の意思・行為に働きかけて、結果の発生を阻止することが不可能になった以上、犯罪阻止義務は消滅する。⁽⁴⁵⁾

しかし、先ず、法益保護義務は直接的回避義務であり、犯罪阻止義務は間接的回避義務だとする対応関係は認められないことが指摘されねばならない。法益保護義務についてみれば、例えば、自分の子が他人に刃物で殺されようとしているのに気づいた父親としては、咄嗟に自分の子を匿うか（直接的回避）、犯人の刃物を取り上げるか（間接的回避）をしなければならず、前者に限定されるというものではない。犯罪阻止義務についてみれば、自分の子が他人に

刃物で襲うのに気づいた父親としては、自分の子から刃物を取り上げるか(間接的回避)、咄嗟に他人を匿うか(直接的回避)をしなければならず、前者に限定されるものではない。⁽⁴⁶⁾次に、犯罪阻止義務の場合、行為者の実行行為が終了すると作為義務が消滅するという点にも問題がある。犯罪阻止義務というのは、被監視者の犯罪行為を阻止する義務を意味するのであるが、それは結果の発生を回避するための一つの手段としての義務に他ならないのであるから、結果発生回避義務を犯罪行為の阻止に限定する根拠こそが問われなければならない。しかし、その根拠が明らかでない。⁽⁴⁷⁾

保障人義務内容説の一種にヤコプス説がある。⁽⁴⁸⁾これは、保障人義務を制度管轄に基づく義務(親子関係、婚姻、特別の信頼関係、国の権力関係、基本的公務義務)と「危険に対する答責領域」が問題となる組織管轄に基づく義務(社会往来安全義務、先行行為、義務の引き受け)に分ける。前者の場合、不作為は義務犯と性格づけられ、義務の履行を懈怠する保障人は常に正犯である。後者の場合、保障人は正犯にもなりうるし、従犯にもなりうる。その区別は「不作為行為者の組織圏に属する因果経過の分担が少なくとも首犯の寄与分と等価値といえるほどに犯行形態を決定付けている場合は共同正犯、それ以下の場合には従犯」という規準によって判断される。例えば、毒物が他人によって自由に使用・処分されないように管理すべき義務を有する者が、その保管を怠り、殺人を意図している他人の手に毒がわたったことに気づきながら取り戻すことをしなかったとき、「通常は幫助に過ぎない」。⁽⁴⁹⁾しかし、この説も、保障人義務が必ずしも結果阻止義務を意味しないことになる点に問題がある。

iv 行為支配説は、不真正不作為の正犯は、特別の正犯者要素、特に、保障人の地位によって補充されるものの、

作為犯の場合と同じく、客観的行為支配とこれに関係する行為支配意思を要求する。不作為関与者が他の作為関与者によって創出された危険状況を回避するための保障人であるとき、当該不作為関与者は不作為による正犯となる。⁽³⁰⁾ 例えば、飲食店主が、客らが他の客に暴行を加えているのを黙認するとき、当該飲食店主は不作為による正犯である。⁽³¹⁾

しかし、行為支配説は不作為者の行為支配を基礎付けることはできない。行為支配というのは、因果の推移を積極的に掌握している、つまり、統制していることを意味するのである。これに対して、不作為者の介入によって事象の推移が転換されうるということは、結果回避の可能性を意味しているのであり、これはまさに不作為犯の概念要素であるものの、行為支配ではない。仮に結果回避の可能性をもって行為支配というならば、教唆者、幫助者も、作為の教唆、幫助に伴い結果回避の可能性を有しているのであるから、同時に行為支配を有しており、それ故正犯となろうが、そうなると、正犯と共犯の区別は不要となろう。⁽³²⁾

v 作為難易度説 行為支配説への批判を認識した上で、保障人にとつて、構成要件実現を回避できたといえる態様で事象を形成できる「行為支配」を引き受けることができる難易度を決定的規準とする作為難易度説が出現した。⁽³³⁾ 保障人が自己の力を傾注すれば（事実上可能な第三者の助力を含めて）結果を阻止することができたといえる場合、不作為者は正犯である。しかし、この要件が充足されていても、故意の犯行者（保障人の監視対象者であることも、保護の対象者を攻撃する第三者であることもある）に対峙する保障人に行為支配が認められない場合が多い。すなわち、作為の行為者と比較して、保障人が介入の決意をすれば、保障人は特別の努力をしなくても事象を支配できるという意味での潜在的行為支配がない場合が多いのである。保障人の行為支配の妨げとなるのが第三者の積極的行為者

意思という障壁である。これを克服することは、第三者の作為がなく、自らの力で積極的作為をする場合よりはるかに困難である。それ故、第三者の作為の犯行に対して對抗策をとらないという普通の場合は保障人に幫助犯が成立する。もとより、保障人がいつでも且つ労苦なしに構成要件実現を妨害できる事例も考えられる。作為行為者が保障人の(潜在的)「支配下に」ある、例えば、父親がその一四歳の娘がよその子をたたくのを口頭の注意だけで阻止できる場合、保障人は作為行為者に対して身体的及び又は心理的に優越しているので、父親が不作為による正犯である。保障人自身は犯行の決意をした第三者を阻止できないが、しかし、具体的状況からして、切迫している結果を容易に阻止できる場合、例えば、被保護者に近いうちに攻撃の虞があるときこれを電話で警察に通報しない場合も、保障人が正犯である。こういった極めて稀な場合、保障人は自分に即座に利用できる防御手段があり、「事象の主人」といえる、したがって、保障人が意識的にこういった可能な手段を利用しないとき、保障人が不作為による正犯である⁽³⁴⁾。

この説に連なるのが「不作為の重み」説である。原則として、作為による正犯に対する保障人の不作為による関与は幫助犯を成立させる。通常は、「作為」が「不作為」を凌駕する「力」を有するというのがその理由である。例えば、他人が幼児を海中に突き落とすのを阻止しなかった父親には、不作為による殺人幫助罪が成立する。これに対して、飲食店の女性経営者が、常連客達の若い女性客に対する毛髪等を切り取る等の乱暴を阻止しなかったという事案では(BGH NJW 1966, 1763)、女性経営者には常連客の乱暴を容易に阻止しえたとするならば、正犯を基礎付ける「不作為の重み」がある。甲、乙兩名が、被害者の胸部・頭部等を蹴りつける等して無抵抗状態にした後、乙は現場から二メートル離れ、甲の乱暴を笑って見ていたが、甲がさらに九・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、これを阻止なかったという事案では(BGHSt 30, 391)、「とどめを刺さなかった」乙に

は「正犯としての重み」がある。「不作為」が認められる。先夫との間に生まれた長男（四歳）と次男（三歳）をつれて乙と内縁関係に入った甲が、乙が日ごろから子供達に「折檻」を重ねているのを特に制止もせずに行ったところ、事件当日、次男の態度に立腹した乙が、同人に対し手こぶし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たという事案では（札幌高判平成一二年三月一六日判時一七一〇頁）、甲には乙の乱暴を阻止することは容易でなかったといえるので、不作為による幫助が認められると。⁽⁵⁵⁾

しかし、結果の発生を阻止できたということではなく、多大な労苦を払わなくとも結果の発生を阻止できたといえる不作為者が正犯だとする本説にも問題を指摘しうる。潜在的行為支配というのは、労苦して結果の発生を阻止し得た場合でもいえることであるから、この場合に潜在的行為支配を否定するならば、それは潜在的行為支配の概念を否定することを意味する。更に、結果発生阻止の困難さの程度に線を引くことは実際には困難であるので、潜在的行為支配の実践的適用に難がある。そもそも作為に出ることが極めて困難であるという事例では、「命令された作為に着手する事実上の可能性」が否定され、結局、構成要件該当性が否定されることになるのではなからうか。最後に、不作為の単独犯の場合には、結果発生阻止の困難度にかわりなく、したがって、いかに困難であっても不作為正犯を認めざるを得ないことも指摘しておかねばならない。⁽⁵⁶⁾

vi 正犯説 第三者による構成要件実現を許容する保障人は原則として不作為犯の正犯であると解する正犯説が妥当と云えよう。第一に、不真正不作為犯の正犯者は、命令された作為をしないう者、したがって、不真正不作為犯の構

成要件を自らの手で実現する者である⁽⁸⁷⁾。不作為犯の特徴は、保障人の地位から生ずる結果回避義務の違反というところであり、これが正犯を基礎付けるのである。保障人の作為義務に正犯を基礎付ける作為義務と幫助を基礎付ける作為義務の二種類があるわけではない。結果回避の作為義務に強弱があるわけではないからである⁽⁸⁸⁾。第二に、正犯と共犯の区別は、従来、作為犯を対象に行為支配の観点から展開されてきたのであるが、この区別を、作為とは構造を異にする、事象の支配の認められないところに特徴のある不作為犯に応用することはできないと云えよう。作為の場合、共犯者は正犯を通して結果の発生に影響を及ぼし、これにより正犯の不法も共犯者に帰属される(従属的法益侵害としての共犯)。しかし、不作為の場合、結果回避義務を負う保障人は、作為者(正犯)に影響を及ぼすのではなく、作為者の行為不法とは関係なく、不作為犯の構成要件を充足するのである。例えば、第三者の犯す殺害行為を阻止しない者は、この者を「支援している」のではなく、犯罪結果の発生を回避しないのである。換言すると、不作為者は作為者による結果惹起に事実上従属しているに過ぎない。第三者の犯罪行為に介入しない者は、他の態様の法益侵害の危険を回避しない者と同じなのである⁽⁸⁹⁾。そうすると、保障人義務は正犯者を基礎付ける規準と捉え、第三者の作為行為を阻止しない保障人は不真正不作為犯の正犯であり、第三者は作為犯の正犯であり、両者は同時正犯ということになる。

但し、本説によれば、構成要件が正犯成立の要件としている正犯要素が保障人に欠如している場合には、第三者の作為を阻止しない保障人の行為は正犯を基礎付けない。例えば、偽証罪の場合、法律よって宣誓した証人が虚偽の陳述をするのを阻止する義務を有する者がこの義務に違反して虚偽の陳述を阻止しなかったとしても、保障人には「法律により宣誓した証人」という正犯資格(身分)が欠けているから、不作為による正犯ではない。又、領得罪の一つ

である窃盜罪は主観的構成要件要素として領得の意思が要求しているのみならず、そもそも不作為では犯されえないので、例えば、万引きに気づいた店員が、安月給に不満を募らせていたために、何の対応もとらなかつた場合、当該店員は窃盜の正犯ではない。これらの場合、不作為者には幫助犯が成立する。不作為者に正犯が成立する場合、例えば、保護保障人がその被保護者が他人により殺害されるのを傍観した場合、他人はその行為支配の故に作為の正犯、保護保障人は不作為の正犯である。この場合、全体の事象を行為支配という面から考察すると、不作為者の刑法上重要な関与は作為の正犯への支配なき加功に下り、幫助としてのみ評価されうる。もつとも、競合原則から、この幫助は正犯の背後に退く。そうすると、不作為者に保障人義務があつても不作為の正犯が成立しない場合、不作為による幫助が正面に出てくるのである。⁽⁶⁾

不作為による幫助は、保障人が第三者の幫助不法の実現を阻止しないときにも成立する。例えば、父親が、その子が他人に拳銃を渡して殺人の幫助をするのを阻止しない場合である。父親は被害者との関係で保障人の地位にはなく、したがって、回避すべき不法内容は殺人罪の構成要件ではなく、自分の子の犯罪行為を阻止する義務を有するにすぎず、したがって、殺人幫助罪の構成要件である。⁽⁷⁾

本説に対しては、次のような批判がある。他人の犯行に直面した保障人は、自然の猛威、技術的危険あるいは自分の不注意から危険に瀕している法益客体を保護するために自ら作為に出なければならぬ者と比較すると、いつそう困難な状況に遭遇している。すなわち、保障人は作為による犯行の決意をした者の妨害をしなければならぬのである。作為による行為者が保障人の監視対象となっている者であれ、保障人の保護の対象となっている者への第三者か

らの攻撃であれ、事情は変わらない。したがって、監視保障人及び保護保障人に要求される行為は特別の危険を伴っているから、行為に出る心理閾は他の状況下にある保障人の場合よりも高いのが普通である。それ故、図式的に正犯と捉えることは難がある⁽⁶²⁾。しかし、この批判は必ずしも正鵠を得たものとはいえない。自ら危険状態に陥った被害者を救出することに非常な困難が伴うということも間々あるのみならず、例えば、作為者に警察に通報するとの警告を発するなどの方法で、作為者の行為を比較的容易に阻止できることもあるからである。

本説には、作為犯との比較で刑罰の均衡を失することになるとの指摘もある。しかし、一般に、不真正不作為犯は減軽事由となる。作為との等価値性の認められる不作為は、等価値性にも関わらず作為に比して行為無価値の点で軽いからである。等価値性の役割は、構成要件の不法内容にそもそも相応しない不作為の事例を初めから構成要件不該当と扱うところにある。不作為が構成要件に該当しても、当該不作為は作為に比して行為無価値の点で基本的に軽いのであり、それは刑の軽減事由として考慮されるべきである⁽⁶³⁾。特に、保障人が第三者による被保障人への犯罪行為を阻止しないとといった場合、その第三者の犯罪への作為による幫助よりも当罰性が重くないので、刑罰は幫助犯に対する刑罰の範囲内に留められるべきである⁽⁶⁴⁾。正犯と共犯の区別の問題を刑量の問題と混淆してはならない。

b b 幫助の因果関係

不作為による幫助においても、作為義務者が介入しておれば具体的態様の形態で現実が生じた結果は生じなかったであろうという意味での因果関係が必要である⁽⁶⁵⁾。ドイツ連邦裁判所の判例によると、不作為による幫助は、幫助者が結果を確実に阻止できたことを前提要件とせず、幫助者が命令された行為によって結果の発生を難しくすることがで

きたというところで十分である。⁽⁶⁶⁾この見解は、作為による幫助者であっても、正犯者による構成要件実現と条件関係にある必要はなく、「促進」することで十分であるという見解と相即している。⁽⁶⁷⁾しかし、作為犯の場合でも、正犯者による正犯の現実の実行行為と因果関係のないたんなる「促進」というものの実質的基盤が一体どこにあるのか分らない。⁽⁶⁸⁾このことはますますって不作為による幫助に当てはまる。不作為による幫助犯の成立に、正犯者の行為を困難にするだけで十分であるとするとするならば、不作為者は正犯行為をおよそ阻止できないという場合であっても、「阻止行為」をしなければならぬということになる。しかし、保障人というのは結果の発生を阻止する義務を有する。不作為にとどまった幫助者が積極的介入をしても結果を阻止できないのなら、この結果は幫助の次元でも帰属できない。幫助の未遂（不可罰）があるに過ぎない。⁽⁶⁹⁾

b 不作為による教唆

教唆行為というのは、他人に精神的影響を与えて犯罪をしようとする決意を生じさせることであるが、これを不作為によって実現することはできない。甲は、乙から甲の父親丙を憎んでおり、殺すかどうか思案中だと聞いたが、甲は乙が丙を殺そうとする決意をするのを止めようとすればとめることができたのにそうしなかったので、乙は丙を殺す決意をし丙を殺してしまったという場合、甲は、丙の生命に対する保障人として、丙の死を阻止する、つまり、乙の丙殺害の決意をできるだけ早く阻止する義務を課せられているところ、甲がこれをしないと、この不作為が当該情況の下では「行為の提案」と理解されうるので、乙がその後決意をして丙殺害に及べば、甲は殺人の不作為による教唆が成立するという見解があるが、⁽⁷⁰⁾これは甲に不作為による殺人罪の正犯が認められるべき事例である。⁽⁷¹⁾さらに、「たとえば、不注意な言動によって他人に犯罪意思を誘発した者が、後になってその事実を認識したにもかかわらず、

ことさらにこれを是正しないで放置し、その犯罪が遂行された場合、あるいは大体同様であるが、教唆者が単に暴行のつもりで教唆をしたが、軽率な言辞を使用したために(たとえば、「やっつけて了え」という程度の教唆)、被教唆者がこれを殺害の教唆と錯誤し、しかも教唆者が後になってその事実を知らながらこれを放置し、被教唆者によって殺人罪が行なわれた場合、不作為による故意の教唆が認められるべきであり、不作為による正犯を認めるべきでない、なぜなら、仮に、正犯と解するなら、自己の軽率をを発見しながらもこれを是正せずにそれを放置した場合、背後者はすでに犯罪の実行があつたと解すべきであるから、被教唆者が何等かの事情で犯意を放棄し、犯行に出なかつた場合でも背後者は未遂として処罰されることになるが、この帰結は作為の教唆の場合と対比して承認しがたい結論になるという主張も見られる。⁽⁷²⁾しかし、この場合も、不作為者に保障人の地位が認められれば、正犯と解すべきであり、不作為による正犯を認めると作為による教唆との釣り合いが取れなくなるといふ批判は、最初介入可能時点説を前提としている立論であつて、この説自体が失当である(参照、第五章⁽⁷³⁾)。

作為によつて犯罪を誘発する状況を創出しても教唆犯は成立しないのであるから、ましてや、不作為によるそれにも教唆犯は成立しない。旅行に出かける隣人乙からその家の監視とその郵便受けを定期的に空にしてほしいと頼まれた者甲が、その郵便受けがはちきれそうになっていることから留守であることが推測され、そうすると、空き巣に狙われやすくなることを予期しながら、その郵便受けを空にしないという場合、不作為による教唆が成立するという見解があるが、この不作為によつて犯罪を誘発する状況が創出されたにすぎない。仮に甲が作為で乙の郵便受けを満杯にしたからといつて、それが作為による住居侵入窃盗教唆になるとはいえないであらう。⁽⁷⁴⁾

しかし、本来の意味での教唆ではないが、不作為者が教唆犯の規定で処罰されなければならない場合がある。監視保障人がその保障人義務に反して監視の対象である者の教唆行為を阻止しない場合、正犯者は教唆者によって犯行の決意を喚起される。この場合、保障人義務は被保障人の行為を監視することであり、被教唆者の犯行を阻止することではない。監視保障人が被監視者の教唆行為を阻止しておれば、正犯者が犯行の決意をすることもなかったといえるとき、監視保障人の不作為は作為の教唆の行為無価値に等しい。したがって、保障人に不作為による教唆犯が成立する。⁽¹⁶⁾例えば、刑事施設の長が、受刑者が第三者宛ての手紙の中で犯行を唆かしているにもかかわらず、その手紙を差し止めないとき、保障人には当該手紙を差し止める義務があり、それを履行すれば、第三者の犯行への決意に繋がる因果過程を断絶させ、第三者の犯行を防止できたのであるから、刑事施設の長には不作為による教唆犯が成立する。⁽¹⁷⁾同様に、自分の未成年の子が他人に窃盗教唆をしているのに気づきながら知らん振りをする監視保障人たる父親にも不作為による教唆犯が成立する。父親には息子の犯罪行為を阻止する義務があるからである。この場合、父親には、領得の意思も被害者との関係で保障人の地位にもないので、窃盗罪の正犯は成立しない。父親に窃盗罪の不作為による幫助も成立しないのは、正犯の犯行を阻止したり、正犯から被害者を保護する義務もないからである。⁽¹⁸⁾

注

(1) *H.-H. Jescheck, Th. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl., 1996, § 60 III, 640.; *K. Kühl, Strafrecht AT*, 6. Aufl., 2008, § 20 Rn 267.; *W. Gropp, Strafrecht AT*, 3. Aufl., 2005, § 10 Rn 69.; *G. Stratenwerth, Strafrecht AT*, 4. Aufl., 2000, § 14 Rn 12.; *C. Roxin, Strafrecht AT Bd II*, 2003, § 31 Rn 175.; *V. Krey, Deutsches Strafrecht AT Bd. 2*, 3. Aufl., 2008, Rn 385.; *H. Otto, Grundkurs Strafrecht AT*, 7. Aufl., 2004, § 21 Rn 108.

(2) *R. Murawch, K. H. Gössel u. H. Zipp, Strafrecht AT, Tb 2*, 7. Aufl., 1989, § 48 III A Rn 95.; *J. Baumann, U. Weber u. W. Mitsch, Strafrecht AT*, 11. Aufl., 2003, § 29 Rn 118 f. [間接正犯と二つの背後者の役割は専らその行為に依存するのだから、背後者が

- 作爲で負責されるか不作為で負責されるといった問題も専らその行為に依存するのであり、媒介者の行為は問題とならない)。BGHSt 40 257 (連邦通常裁判所は、アルツハイマー症の疑いが強い七〇歳の女性患者の担当医と患者の息子が、脳障害をきたし意思決定もままならない患者に回復の見込みがまったく立たないため、これ以上の苦痛を与え続けることはできないと判断し、兩名協議の上、看護人に対して、「患者にはお茶しか与えないうちうた」との書面を渡したところ、看護師がこれに従わなかったが、患者は約一〇ヶ月後に肺水腫のため死亡したという事実を、担当医も息子も正犯意思を有し、且つ、行為支配も有していたとして、不作為による間接正犯の成立を肯定した)。参照、内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法學三四卷三号(二〇〇一年)六三七頁以下、七一頁以下。内田文昭『刑法Ⅰ(改訂版)』一九八六年・一三九頁(子供が者を盗っているのを知りながら、これを阻止しないのは、不作為による窃盗の間接正犯)。
- (3) C. Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl., 1994, 472.; G. Stratenschwiler, Schweizerisches Strafrecht AT I, 1982, § 15 Rn 7.
- (4) BGHSt 48, 77.
- (5) Ch. Krauer, Strafbarkeitigen Totschlags durch Unterlassen bei Nichtherbeiführung eines Beschlusses des SED-Politbüros, NJW 2003, 3101 ff., 3102.; Kühl, (Fn. 1), § 20 Rn 267a.
- (6) Roxin, (Fn. 3), 472.
- (7) Jeschke/Wegend, (Fn. 1), § 60 III, 640.; H.-J. Rudolph, Rudolph/Semson/Horn/Günther, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Kommentar, 1992, § 13 Vor § 13 Rn 45.; Gropp, (Fn. 1), § 10 Rn 68.; Th. Wegend, Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Aufl., 2006, § 13 Rn 84 Fn. 277.
- (8) Vgl. Kühl, (Fn. 1), § 20 Rn 267.; P. Cramer, G. Heine, Schönke/Schöder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 25 Rn 56.
- (9) Kühl, (Fn. 1), § 20 Rn 268.; Roxin, (Fn. 1), § 31 Rn 172 f.; W. Wohlers, NomosKommentar Strafgesetzbuch Bd 1, 2. Aufl., 2005, § 13 Rn 27. 参照、齋藤彰子「不作為の共同正犯(一)」法学論叢一四七卷六号(一九九九年)一〇二頁以下、一〇四頁以下。曾根威彦「不作為と共同正犯」(神山敏雄先生古稀祝賀論文集(第一卷))(二〇〇六年)所収・四〇五頁以下、四〇七頁。これに対して、クライ(Krey, (Fn. 1), Rn 386)は、共同正犯というのは共同支配としての行為支配(機能的行為支配)を要求するところ、不作為にあつてはかかる実体が存在しないことを理由に、共同正犯を否定する。

- (10) RGSr 66, 70 「母親の不作為による嬰兒殺についての父親の不作為の罪責が問題となった事件で、可罰的行為が複数の者の合意に基づき不作為によって実行されるところ、父親は、男性として指導的地位を有していたこと、嬰兒の死を予見し欲していたこと、母親の関与のもとにおいて生じたすべてのことを自分の犯行とみなしていたことからすると、父親には幫助でなく正犯が成立する。内田(注2)六〇頁以下は、複数の保障人間にあっては、それぞれの「不作為の重み」(主導的か従属的・周辺的)に応じて正犯(共同正犯)か共犯(幫助犯)が決められるという観点から、本判決を支持する。A. Donatsch, B. Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., 2006, 318 「急いで輸血をしないと生命の危うくなる子がいるにもかかわらず、その両親が子にどんな治療を受けさせない」。大塚仁『刑法概説(総論)』改訂版・一九八六年・二六〇頁。AG München, Urt. v. 28. 5. 1998, NJW 1998, 2836 ff. 「アメリカのコンピュータ・ソフトウェアの代表取締役である被告人がアメリカ本社のサーバーに投稿されたチャイルド・ポルノ等をドイツ国内の会員の見聞に供した事案に関して、ハードポルノ文書頒布罪につき、被告人にはアメリカ本社との不作為による共同正犯が成立する」。参照、鈴木秀美「インターネット・プロバイダの刑事責任」法律時報七一九九九年一六頁以下。東京地判昭和五七年二月二二日判タ四九四号一四二頁(自宅に居住させていた従業員に対し、木刀などで数回にわたって暴行を加えて、鼻骨骨折を伴う鼻根部挫創、後頭部挫創等の傷害を負わせた被告人二名が、このため、食欲が減退し、高熱を出し、意識も判然としなくなる等重篤な症状を呈するに至った当該従業員に、医師による適切な治療を受けさせなければ、同従業員が死亡するかもしれないことを認識しながら、傷害の事実が発覚するのを恐れて治療を受けさせず、自宅内にあった化膿止め錠剤等を投与する等にとどまったため、同人を死亡するに至らした」という事案で、両被告人に不作為による殺人正犯の成立を認めたが、共同正犯については言及がない)。
- (11) *Stratenwerth*, (Fn. 1), § 14 Rn 15; *ders.*, (Fn. 3), § 15 Rn 9; *Weigend*, § (Fn. 7), 13 Rn 82; BGHS 48, 77, 95.
- (12) 神山敏雄「不作為をめぐる共犯論」一九九四年・三〇五頁、三一〇頁は「この事例を『形式的共同正犯』と呼び、同時正犯として処理するが、不作為者全員の作為があつて初めて結果の発生を回避しうる場合を『実質的共同正犯』と呼び、この場合に限り、共同正犯を認める。」
- (13) 植田重正「不作為と狭義の共犯」関西大学法学論集一三巻四・五・六合併号(一九六四年)二六七頁以下、二七〇頁「この場合に二人の義務者は各自単独では救助が不可能であり、そしてかように結果防止が不可能な場合には、不作為が自体が成立し得ないと見るべきであるから、不作為の同時犯(各自の単独正犯)をみることは、理論的に疑義があるからである。」
- 松宮孝明『刑法総論講義(第四版)』二〇〇九年・二七三頁は、単独では結果を回避できない場合など、客観的・社会的に共同の作為義務の違反が認められる限度で不作為が共同正犯を認める。

Jeschek/Weigend, (Fn. 1), § 63 IV 2 682; *Kühl*, § 20 Rn 268; *Stratenwerth*, (Fn. 1), § 14 Rn 15; *ders.*, (Fn. 3), § 15 Rn 9; *Weigend*, (Fn. 7), § 13 Rn 82; *BGHSt* 37, 106, 129.

- (14) この例において、神山説によれば、単独でも結果回避可能性のある者には単独正犯、単独では結果回避可能性のない者には共同正犯が成立しそうであるが(参照、曾根(注5)四〇八頁)、神山(注8)一九二頁は、意思の連絡があるとき、不作為共同正犯が成立するが意思の連絡がないときは、単独で結果の発生を阻止できる保障人は不作為正犯、単独では結果の発生を阻止できない保障人は不作為による片面的従犯となるとするが、その理由として、単独で結果の発生を阻止できる保障人が保護法益の主たる役割を担っていることを指摘する。これに対して、齋藤彰子「不作為の共同正犯(二・完)」、法学論叢一四九巻五号(二〇〇一年)四一頁以下は、このような理由からは、意思の連絡があるときも、単独では結果の発生を阻止できない保障人は共犯となるはずであると論ずる。齋藤は、「不作為の重要性の程度の相違、つまり、結果阻止の直接性、間接性の区別が決定的であり、前者が正犯、後者が共犯」と論ずる(四〇頁)。そうすると、レーヴェンハイト(*U. Loewenheim, Anstiftung durch Unterlassen, 1962, 52*)の例、つまり、「泳げない水泳客が水中に落ちて溺れそうになっている。ともにプール・サイドに立っていたが、これを助けようとしなない。AとBはともに泳いでいて救助すべき者であったが、当時Bは腕を折っており、したがって泳ぐことができなかつた」という例において、レーヴェンハイトによると、Aには水中に飛び込んで水泳客を救助するという法益に対する直接的保護が期待されているのに対し、Bには近くにいる見張り人に知らせるという法益に対する間接的保護が期待されるので、Aは不作為正犯、Bは不作為による共犯となる。齋藤説もこれを支持することになろうが、Bにも見張り人に通知する等何らかの方法で救助が可能である限り、その懈怠は不作為正犯を根拠付けるべきである。参照、中義勝「不作為による共犯」刑法雑誌第二七巻第四号(一九八七年)一頁以下、七頁注三。

- (15) *BGH Urt. v.23.9.1997, NStZ 1998, 83 f.*

保障人の地位のない者に幫助犯の成立を認める見解に、大塚(注10)二六〇頁、二八六頁以下。内藤謙『刑法講義総論(下)』II、二〇〇二年・一四四三頁。共同正犯の成立を肯定する見解に、大谷実『刑法総論(第三版)』二〇〇六年・二五七頁。川端博『刑法総論講義(第二版)』二〇〇六年・五五九頁。前田雅英『刑法総論講義(第四版)』二〇〇六年・四七七頁。佐久間修『刑法総論』二〇〇九年・三七六頁。曾根(注9)四〇九頁。井田良『刑法総論の理論構造』二〇〇五年・四三七頁。

- (16) *Weigend*, (Fn. 7), § 13 Rn 83; *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. 2), § 29 Rn 89; 大塚仁『犯罪論の基本問題』一九八二年・三三四頁 [甲と乙が意思を連絡してこの子供丙を殺さうとはかり、甲が水泳のできない丙を川へ投げ込んだが、乙はこれを救助しないで放置

したため、丙が溺死した場合、殺人罪の共同正犯が成立する」。BGH NJW 1966, 1763〔客の乱暴を阻止しなかつた飲食店主と乱暴を働いた客に不作為と作為の共同正犯が成立する〕。

これに対して、共同の作為義務も共同の行為支配もないから共同正犯は成立せず、非保障人は作為の正犯、保障人は不作為の正犯と理解するのが、V. Key, (Fn. 1), Rn 389a. ロクスレーン(Roxin, (Fn. 1), § 31 Rn 174)は、作為犯も不作為犯も「義務犯」の場合に共同正犯の成立を限定する。例えば、刑務官甲と刑務官乙が意思を連絡して受刑者の逃亡を可能にするため、甲が当該受刑者に居室の鍵を渡し、乙が外に通じる扉の錠を閉めないでおく場合。飲食店主が客甲が他の客乙に暴行を加えているのを黙認するとき、飲食店主は不作為の正犯であるが、甲の作為正犯と共同正犯にはならぬ。

(17) Stratenwerth, (Fn. 3), § 15 Rn 10. これに対して、曾根(注9)四一九頁は、妻と夫の間に共謀があつても、不作為にとどまる夫には幫助しか認められぬとする。

(18) Armin. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 190 ff., 317; H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 206 f. カウフマン説とヴェルツェル説の詳細な紹介・検討したものに、神山敏雄「不作為をめぐる共犯」刑法雑誌一八巻一一二号一頁以下。

(19) W. Stree, Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA 1963, 1 ff.; Radolphi, (Fn. 4), Vor § 13 Rn 45.; Stratenwerth, (Fn. 1), § 14 Rn 19.; Roxin, (Fn. 1), § 26 Rn 170 f. u. 284.; (Fn. 8), Crmer/Heine, Vorbem §§ 25 ff. Rn 100.

(20) BGH NSZ 1998, 83〔救助をしない決意をしている保障人に、助けないう方がいい、さし道警察が来るからと言つてその決意を強めた一緒に居た非保障人〕。P. Noll, S. Trechsel, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Aufl., 1994, 233.; Donatsch/Tag, (Fn. 10), 318.; Stratenwerth, (Fn. 3), § 15 Rn 12.; Jeschke/Wegend, (Fn. 1), § 60 III 1.; Bannmann/Weber/Mitsch, (Fn. 2), § 31 Rn 23.; Küll, (Fn. 1), § 20 Rn 271.; Wegend, (Fn. 7), § 13 Rn 86.; Key, (Fn. 1), Rn 388 u. 389. 齊藤誠一「不作為犯と共犯」Law School一巻一 号(一九七九年)一三頁以下、一九九頁以下。大塚(注10)二七〇頁、二七八頁。

(21) 次の諸判決は不作為による幫助罪の成立を否定しているが、それはそもそも保障人義務が否定されたことによるものである。

①福岡高判昭和三十五年八月一日高裁判判特一二卷一二二頁(貸与した自己所有の船が密輸に使われていることに後で気づいたが放置した船主について、「密輸の事実を知つた後積極的にその犯罪遂行に協力幫助した事実は認めることができなう」として、「密輸幫助罪は成立しなう」)。

②名古屋高判昭和三十二年二月一〇日(社長から、苦境打開のため保険金騙取目的で放火する決意をもらされ、一応は反対したが、放

火を断念させる努力をしなかった取締役について、放火切迫の場面に遭遇しながら放置したわけではなく、「決意を打ち明けられたに止り、具体的に何時如何なる方法で放火するか、或は、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」ので、放火罪の不作為による幫助犯は成立しない。

③大阪高判平成二年一月二三日高刑集四三卷一頁(料理店を開店し、その客室を売春の場に提供しようとしていた者の依頼によつて、そのような事情を知らないままに同店に関する料理店営業及び飲食店営業の各許可について名義貸しを行い、後に売春の場を提供が行なわれている実態を知りながらこれを放置した者について、名義貸しという先行行為と他人の売春場所提供には関連が乏しく、前者を根拠として他人の正犯行為を防止する作為義務を認めることはできないから、不作為による売春防止法違反の幫助犯は成立しない。第一審判決は売春防止法第一条第二項違反罪(業務上売春場所提供罪)の幫助犯を認めた」。

④東京高判平成一年一月二九日判時一六八三号一五三頁(自己の従事するゲームセンター主任の甲は、実際上同等の立場にあった店員乙から、同店と関係するパチンコ店の集金人への強盗計画を打ち明けられ、困惑し、「止めた方が良いよ」といさめたが、「甲ちゃんには関係ないから」と言われ、「関係ないなら良いです」と答え、放置したところ、乙は実際に強盗を働き人を負傷させたという事案で、不作為が幫助に当たるというために必要な不作為義務は、正犯者の犯罪による被害法益を保護すべき義務(保護義務)に基づく場合と、正犯者の犯罪実行を直接防止すべき義務(阻止義務)に基づく場合が考えられるが、本件においては、甲には、他店保管の売上金を守る義務もなく、乙を監督しその犯行を阻止すべき義務もないとして、不作為による幫助犯は成立しない。第一審判決は甲を強盗致傷罪の幫助犯と認めた。不作為による幫助を認めるための前提となる義務を保護義務と阻止義務に分けて各別に検討しているところ本判決の特徴がある。

(22) ドイツの類似事例(22)の BGH NSZ 1985, 24 (危険な身体傷害に関し、続いて他の共犯者による被害者の故意の殺害を回避しなかつた被告人に不作為による故殺幫助が成立するか否かが争われた事案で次のように判示された。「故殺の幫助は義務違反の不作為によつても可能であり、その際、結果回避義務を基礎付ける幫助者の保障人の地位は、複数の者によつて共同で行なわれた違法な身体傷害から発生しうる。被害者に生じている生命の危険が先行した犯罪行為に関与した幫助者の他でもなくその方法、範囲から発生しているか否かは関係がない。さらに、被害者の生命への危険が被害者に加えられた傷害から直接生じていることも必要でない。被害者への生命の危険は当該傷害から間接的に生じておればそれで十分である。なぜなら、被害者が傷害を負っているという状態から、他の因果連鎖が致死的影響を有しうる、例えば、負傷者が助けを要する状態で車道に横たわっており、自動車で轢かれそうになると

いう結果が生じうるからである。こういった、外から襲来して死因と成りうるものの影響を補助者は回避しなければならないのであり、こういった死因はそれどころか被害者への第三者からの故意の攻撃にも見ることができるといえる。このことは、特に、攻撃が一事件のように先行した共同の身体傷害の共同正犯者の一人によって実行されたのだが、いわばこの共同の身体傷害の影響が残っているうちに予期できた場合に云える」

- (23) 大塚(注10)二二七頁。内藤謙(注15)一四四四頁以下。
- (24) 堀内捷三『刑法総論(第二版)』二〇〇四年・二九五頁以下。参照、林幹人『刑法総論(第二版)』二〇〇八年・四三八頁。山口厚『刑法総論(第三版)』二〇〇七年・三六一頁以下。
- (25) 中義勝『講述刑法総論』一九八〇年・二六六頁。同「不作為による共犯」刑法雑誌二七卷四号(一九八七年)一頁以下。同「わが判例と不作為による幫助」関西大学法学論集第三六卷三・四・五号(一九八六年)四九三頁以下。
- (26) 西田典之『刑法総論』二〇〇六年・三三九頁以下。同「不作為による犯罪への関与について」(『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』二〇〇六年所収・四二三頁以下)四三九頁以下。
- (27) *Baumann/Weber/Misch*, (Fn. 2), § 29 Rn 61, 72.; *G. Arzt, Zur Garantstellung beim unechten Unterlassungsdelikt* (1. Teil), JA 1980, 553 ff.

ドイツ連邦通常裁判所の主観説判例としては、BGHSt 13, 162(被告人は、自殺の意思で水辺に腰を下ろしている姑から、自分を突き落としてくれるように頼まれたが、これに応じないでいるうちに姑は水中に落ちて溺死した。連邦通常裁判所は、被告人の保障人の地位を認定した上で、「姑の死に至る、姑自身によって招来された事象を支配する意思がなかったこと、したがって、被告人には正犯者意思が欠けていた」と判示して、不作為による嘱託殺人を認められた原判決を破棄した)。BGH NJW 1966, 1763(被告人である女性飲食店主は、男性客がダンスの誘いを断った女性の頭髮を切るのを黙過した。連邦通常裁判所は、飲食店主の保障人の地位を認定した上で、「飲食店主が四人の男性犯行者の振る舞いを容認し、この者たちと一体化していることは、男性客らの振る舞いを面白がっていたように見えたことからいえる」。BGH StV 1986, 59(保障人が他人の殺人行為を傍観していたという事案で、連邦通常裁判所は、「介入しないということ」が幫助犯故意によって担われていたのか、正犯者故意によって担われていたのかが問題であり、決定的なのは「他人の作為行為に対する不作為者の内的態度である」、「笑いながら」傍観する態度は正犯者故意を表していること判示した)。BGH NSZ 1992, 31(「不作為者の内的態度が……特に、回避されるべき行為結果への関心ゆえに……正犯者意思の現れと見られるか、又は、不作為者の内的態度の特徴として、不作為者が作為行為者に……意思において服従しており、事象を内

- 的関与なしに且つ関心なしに……単なる幫助者意思の意味で進行させたに過ぎないと云えるか」が重要である)。BGHSt 48, 77 (「組織支配」の場合、犯行現場から離れるほど責任は増すのであるから、東ドイツ政治局員は「評価的考察」からすると東ドイツ国境での殺害行為の不作為による正犯である)。
- (28) *Roxin*, (Fn. 1), § 31 Rn 132; *Kühl*, (Fn. 1), § 20 Rn 35.
- (29) *Roxin*, (Fn. 1), § 31 Rn 137.
- (30) *Roxin*, (Fn. 1), § 31 Rn 138. さらに、主観説は不作為の単独犯には適用できないことも指摘される。誤って川に落ちた子を救助しないで溺死させた父親については、「自己の利益」の有無を問題にするまでもなく、不作為の正犯が認められるべきだからである。*Roxin*, (Fn. 3), 491.
- (31) *W. Gallas*, Zur Revision des § 330 c StGB, JZ 1952, 396 ff.; *ders.*, Straffares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, 649 ff.; *K. Lackner*, *K. Kühl*, Strafrechtbuch Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 27 Rn 5; *Kühl*, (Fn. 1), § 20 Rn 230. 我が国では内田(注2)三二頁「*キムキム*、不作為の『存在論的特徴』は『幫助』的特性をもつもの」であり、「たぐいは、幼児を溺れさせた自然的条件が、『正犯』的存在であって、救助にでない親の不作為は、これを支援する『幫助』的存在である」したがって、通常は、「不作為による加担は『幫助』である」。
- (32) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 64 III 5.
- (33) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 1), § 64 III 5 696.
- (34) *W. Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, 188.
- (35) *Rudolph*, (Fn. 7), Vor § 13 Rn 40; *Roxin*, (Fn. 1), § 31 Rn 133, 152 ff.; *Weigend*, (Fn. 7), § 13 Rn 90. 阿部純二「不作為による従犯(中)」刑法雑誌一八巻一一二号(一九六八年)七一頁以下、七五頁以下。
- (36) *Roxin*, (Fn. 1), § 31 Rn 156.
- (37) *G. Günwald*, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, 116-119; *Roxin*, (Fn. 1), § 31 Rn 157.
 ガラスは、親子といった緊密な保障関係にある場合、自分の子が殺られようとしているのを傍観する親の不作為は、親子といった緊密な保障関係があることを理由に、例外的に正犯と等価値であると論ずる。*Gallas*, (Fn. 31, Straffares Unterlassen), 687 Anm. 69. しかし、これは原則の放棄に等しく、又、例外的範囲も明らかでない。
- (38) 神山・前掲書(注12)一八二頁以下。同「不作為をめぐる共犯の新様相」現代刑事法五卷九号(二〇〇三年)四五頁以下、四八頁。

曾根(注9)四一三頁以下も同趣旨であるが、広義の排他的支配(不作為者が正犯の犯行を制止することができる唯一の人)は不真正不作為犯の成立を基礎付ける要件ではあるが、不真正不作為犯の正犯を基礎付けるためには狭義の排他的支配(作為行為に被保障人が保障人単独の支配領域内におかれた)におかれたことが必要であり、これを規範論的に考察すると、「作為者が現場を立ち去った後においては、そこに不作為者の本来の意味での排他的支配が認められるのであって、保障人である不作為者に対して、(単独)正犯を基礎付ける第一次的な規範命令が発せられたとみるべきであろう」と論ずる。

(39) 参照「山中敬一」『不作為による幫助』(齋藤誠二先生古稀記念・刑事法学の現実と展望)(二〇〇三年)所収)三五四頁以下。

(40) H. Herzberg, *Unterlassung im Strafrecht*, Strafrechtbuch. Kommentar, 17. Aufl., 1974, vor § 47 Rn 105 ff.; Oho, (Fn. 1), § 21 Rn 45; R. D. Herzberg, *Unterlassung im Strafrecht*, 1972, 259 ff.; Cramer/Heine, (Fn. 8), Vor 25 Rn 104 ff.; Gropf, (Fn. 1), § 10 Rn 151; W. Stre, *Schönke/Schröder*, Strafrechtbuch. Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 13 Rn 55. 松宮孝明(注13)二七三頁以下。シネーター説について、参照「齋藤彰子」『不作為の共同正犯(二・完)』法學論叢一四九巻五号(二〇〇一年)二五頁以下、二九頁以下。類似の見解にシューネマン説がある。B. Schinmann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, 1971(結果犯において、結果を正犯者に帰属する上で決定的なことは「結果の原因に対する支配」である。これは「結果の主要な原因に対する支配」と「被害者の脆弱性に対する支配」に分けられる。前者は更に「危険な物あるいは危険な業務に対する支配」と「危険な人物に対する支配」に分けられる。被害者に身体的、精神的欠陥等が認められる「被害者の脆弱性に対する支配」の場合、これに基づく「保護義務に反する不作為は正犯を根拠付ける。これに対して、「危険な物あるいは危険な業務に対する支配」の場合、これに基づく「社会往来安全義務」に反する不作為は単に幫助犯のみを根拠付け、「危険な人物に対する支配」の場合、これに基づく「監視義務」に反する不作為は、作為行為者が刑事未成年であるか否かによって、不作為による間接正犯か、不作為による共犯(教唆、幫助)を根拠付けず。しかし、この説に対して、夙に、不真正不作為犯において重要なことは、不作為者には結果発生の阻止が可能であったにもかかわらずそれを懈怠したところにあるのであって、結果の原因に対する支配があったところにはないと批判されてきたのである。参照、齋藤(注40)三一頁以下。

(41) U. Ebert, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1994, 175 [「父親がその子どもと第三者による殺害を故意に防止しないとき、保護保障人としての父親は作為による殺人罪の正犯である。これに対して、父親がその未成年の子の行う犯行を故意に阻止しないとき、監視保障人としての父親は不作為による幫助犯である。但し、その子が責任無能力の場合、父親が不作為による正犯である」]。

(42) Roxin, (Fn. 1), § 31 Rn 160.

(43) *Roxin*, (Fn. 1), § 31 Rn 161; *Weigend*, (Fn. 7), § 13 Rn 92.

(44) 山中敬一『刑法総論(第二版)』二〇〇八年・九〇七頁。

ほぼ同旨の見解にシュミットホイザーの説がある。E. Schmidhäuser, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1984, 13. Kap Rn 13 ff. それによると、不作為者が危険な人(幼児、精神病者)との関連で監視保障人である場合(間接)正犯が成立するが、支配領域との関連で監視保障人である場合、例えば、自分の印刷機が他人によって文書偽造に利用されるのを阻止しない場合、不作為による文書偽造罪の幫助犯となる。これに対して、不作為者が被害者との関係で保護保障人である場合、事象の段階で区別される。先行行為行為者が既に実行行為を終了したが、結果がまだ発生していないとき、保護保障人の不作為は正犯である(例えば、他人に突き飛ばされて池に転落した妻に気づきながら救助しない夫)。先行行為行為者の実行行為がまだ終了していないとき、先行行為行為者に現実の行為支配があるから、保護保障人の不作為は幫助犯である(例えば、他の登山者によって谷底に突き飛ばされようとしている妻に気づきながらその犯罪行為を阻止しない夫)。

(45) 山中(注39)。

島田聡一郎「不作為による共犯について(二・完)」立教法学六五号(二〇〇四年)二五三頁以下、二五五頁以下も、次のように論じて、結論的には保障人義務内容二分説と同一の結論を導く。危険創出行為(一般に言う先行行為。先行行為に過失の必要性を否定するところからこの概念が用いられる)、危険源管理義務違反のみを根拠に保障人的地位を認めるとき、不作為者が義務を負う根拠は専ら当該因果経過を生じさせたところにあるから、不作為者は、その因果経過を仮に当初から故意に設定していれば負ったであろう罪責を超えた罪責を負うべきでない。共犯は、そもそも答責的な他人の行為を解して結果を惹起する存在であるから、間接的危険創出行為に基づく不作為犯の成否を考える場合に、故意有責な行為、つまり、自律的決定に基づく正犯行為が介在しているとき、不作為が単独正犯は否定されても、不作為による共犯は否定されない。例えば、甲が、乙に折りたたみナイフを貸したところ、思いもかけず乙がそれを用いて丙を刺突するという場合、答責性の観点からすると、不作為者は単独正犯ではなく、刺突行為の不阻止を根拠とする不作為による傷害致死あるいは殺人の共犯が成立する。しかし、甲は、刺突行為(正犯行為)終了後の救助義務までは負わない。以上の論理は、危険源管理義務違反が問題となる場合にも妥当する。これに対して、法益に対する引き受けが認められ場合(法益保護義務)には、保障人は、結果へと向かう直接的な因果関係を設定したが故に義務を負うのでなく、被害者との関係で救助が類型的に期待される地位におかれているが故に義務を負うのであるから、作為正犯者の行為終了後にも、被害者を直接保護する義務を負い、その違反は不作為単独犯を構成する。

本説は、危険創出行為、危険源管理義務に後続して自律的決定に基づく作為の正犯行為が介入するとき、不作為者は正犯ではなく、共犯にとどまるとするところに問題があるのみならず、論者の依拠する論理に従っても、作為正犯終了後の不作為者の救助義務を否定することはできないところに問題がある。というのは、仮に、故意の作為正犯行為が介入することにより、不作為者には共犯しか成立しないとしても、そのことから、作為正犯行為の終了後の不作為者の救助義務の存否を導き出すことはできないからである。参照、松尾誠紀「作為犯に対して介入する不作為犯(五)」北大法學論集五七巻四号(二〇〇六年)八五頁以下、一一七頁。

そこで、松尾誠紀「作為犯に対して介入する不作為(六・完)」北大法學論集五八巻四号(二〇〇七年)一頁以下、一四頁以下は、次のような理由から、法益保護義務・危険源管理監督義務の区別にかかわらず、原則として、不作為関与(先行作為犯後の後行不作為犯を単独不作為犯、不作為共犯と区別してこの概念が用いられる)について不真正不作為犯の成立を否定する。刑法は法益の保護を目的とし、その目的の達成のために事前に犯罪行為を規定することによって、法益侵害の状態がゼロであることを維持するように求めているから、そのような侵害ゼロの状態を積極的に否定した行為が第一に処罰の対象となるべき犯罪行為である。不作為関与の場合、当該法益侵害に対して故意によりそれを惹起した先行作為犯が存在しているから、それが最も非難されるべきである。これに対して、法益主体に既に何らかの損害(実害)が現に惹起されている状況では、いかなる救助行為をしても法益侵害状態をゼロにすることはできない、つまり、刑法の目的追求が失敗した状態にあるので、かかる状態での救助義務違反(後行不作為犯)に対して先行作為犯と同じ無価値評価を与えるべきでない。刑法はあくまで法益侵害が初めからゼロの状態を第一に求めており、ゼロでなくなった侵害状態をゼロに戻すことを求めていない。したがって、ゼロの状態を積極的に否定した行為の処罰を重視すべきであり、それと同等の評価を後行不作為犯に与えるべきでない。例えば、乙が丙に対して故意で発砲した後、瀕死の重傷を負った丙を保障人甲が発見しながらも放置し、丙が死亡した場合、甲に不作為による殺人既遂罪は成立しない。

本説は、先行作為犯と後行不作為とは規範的评价の点で雲泥の差があることを理由としているが、しかし、刑法は、作為者の先行行為の後では、まだ完全には侵害されていない法益の救助、つまり、法益保護を保障人に期待するのである。保障人の結果発生回避義務というのはどのように被害者に危険が発生したのかとは関係がないことである。本説では、例えば、競技場の警備員が、何者かが仕掛けた時限爆弾を発見したものの、それが爆発すれば死傷者が出ることを予見しながらもこれを放置し、結果的に爆発によって観客が死亡したという場合、後行不作為犯の介入時に未だ危険が顕在化していなかったことを理由に不作為による殺人罪の成立を肯定されるが(一八頁)、同じく、結果の発生の回避可能性があるのに、上記の例では殺人既遂罪が否定されというのは、均衡を失っていると言わざるを得ない。

- (46) 参照、松尾(注45)九七頁以下。
- (47) 参照、松尾(注45)(五号)一〇〇頁以下。
- (48) G. Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl, 1991, 29. Abschn. Rn 101 ff. 参照、齋藤(注14)三五頁以下。
 ヤコブスの保障人義務内容二分説の基礎には「義務犯」論がある。「義務犯」とは、他の人格と共同世界を形成する、つまり、他人格との積極的な関係を足踏み入れるべき「積極的義務」に違反する「制度的管轄に基づく犯罪」のことであり、これに対して、「支配犯」とは、市民の本来の義務である「消極的義務(他の人格を侵害してはならない)」に違反する「組織化管轄に基づく犯罪」である。「義務犯」では、社会において重要性を有する制度の維持という観点から、制度に由来する「特別な義務」を有する者に負責される。「義務犯」では、制度的管轄を有している者、つまり、被害法益との制度的結びつきを侵害した者が正犯である。「特別な義務」は一身専属的であつて、「量」は問題とならず、これに違反する者は常に正犯である。これに対して、「支配犯」では、組織化(管理や権限が自分だけに帰属されるという意味での排他的支配)自由と結果責任の引き換えという観点から、結果について自由な組織化を為した者に負責される。組織化管轄を有している者が正犯である。「支配犯」では「誰の組織化自由から生じた結果なのか」ということだけでなく、行為者の組織化と侵害経過を結びつける過程を誰かが組織化していたこと、つまり、組織化の「量」も問題となるので、正犯と共犯の区別が可能である。
- 義務犯における積極的義務は命令ばかりでなく、禁止も包含するので、不作為ばかりでなく、作為によつても侵害されうる。同様に、支配犯における消極的義務は禁止ばかりでなく、命令も包含するので、作為ばかりでなく、不作為によつても侵害されうる。ヤコブスの「義務犯」論について、参照、平山幹子『不作為犯と正犯原理』二〇〇五年・一三二頁以下。
- (49) Roxin, (Fn. 1), § 31 Rn 165 齋藤(注14)三六頁。
- (50) *Maurach/Gössel/Zipf*, (Fn. 2), § 47 V Rn 111, § 49 IV Rn 85 ff. § 50 IV Rn 72.; *J. Wessels, W. Beulke, Strafrecht AT*, 39. Aufl., 2009, Rn 517 u. 734.
 ドイツ連邦通常裁判所の行為支配判例例としては、BGHSt 2, 150(首吊り)をし、意識を失っているが、まだ救命できる夫を故意にそのままの状態にしておいた妻は不作為による正犯である。救助義務者というのは普通、「状況を完全に支配している、そうでなくとも状況を大部分支配」しており、「介入すること、状況の決定的転換をもたらすことができるものである」。行為を自分のものとはしなくないという留保によつて、帮助犯故意が基礎付けられるのではない、「なぜなら、帮助犯故意の法的要件、つまり、他人の正犯意思に服するということは……義務者の状況支配に鑑み意味を有しない」からである。BGH MDR 1960, 939(婚約者(男)が首吊り

をし、意識喪失状態のとき、他の婚約者(女)だけがが完全な行為支配を有していたから、不作為による殺人罪の正犯が成立する)。BGHSt 42, 367 (意識喪失状態にある自殺患者をその自殺の決断を尊重して死ぬに任せた医師の事案について、「自殺者が事象に影響を及ぼす事実の可能性(行為支配)を最終的に失ったとき、……死の発生は今や保障人の行動に依存する」。保障人は「行為支配を有し、そして、それからの推移が専ら自分の判断にかかるところを受け入れるとき、正犯者意思も有する」。なお、ここに正犯者意思とは行為支配の意識するものと理解される)

- (51) 但し、マオラツハラは、本文と同種の事案のドイツ連邦裁判所の事例 (BGH NJW 1966, 1763) は不作為による幫助であると論ずる。飲食店主には男性客の傷害行為に分業的協働もないし、必要の意思の連結もないからである。Maurach/Gössel/Zipf, (Fn. 2), § 49 IV Rn 89.

- (52) Roxin, (Fn. 1), § 31 VII Rn 133.; G. Freund, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, § 10 Rn 48.; Baumann/Weber/Mitsch, (Fn. 2), § 29 Rn 58.

- (53) Weigend, (Fn. 7), § 13 Rn 94.

- (54) Weigend, (Fn. 7), § 13 Rn 95 u. Fn. 302 第三者の攻撃が既に最終的に終了し、その結果を阻止することだけが問題となっている場合、例えば、父親が第三者の攻撃によって重傷を負った息子を救助しない場合、保障人が不作為による正犯である。

- (55) 内田文昭「不作為の幫助」判タ七六六号(一九九一年)八七頁以下、内田(注2)六六九頁以下。

齋藤信治「不真正不作為犯と作為義務の統一的根拠その他」法学新報一一二卷一一二二号(二〇〇六年)二四五頁以下、二九三頁以下は、法益侵害的な行動に作為で加功した者と不作為で加功した者がいる場合、原則的には前者が正犯、後者が幫助犯であるが、「わが児を殺そうとしている児童を格別恐れも感ぜず簡単に追っ払えるのに敢えて座視した場合とか(狭義の)保護義務違反」規範的には主役であって正犯とされるにふさわしかろう(間接正犯が成立するとも解しうる)。と論ずる。同『刑法総論(第六版)』二〇〇八年・二六四頁も参照。

- (56) Roxin, (Fn. 3), 464 f. 阿部純一「不作為による従犯(上)」刑法雑誌一七卷三二四号(一九六七年)一頁以下、一三頁。

- (57) Rudolph, (Fn. 7), Vor § 13 Rn 37.

- (58) Rudolph, (Fn. 7), Vor § 13 Rn 40.

ロクスティーンはその説く「義務犯」論から基礎付ける。ロクスティーンによれば、正犯とは具体的な行為事象の中心形態であるが、

中心形態はあらゆる犯罪に共通の規準で把握されるわけではない。ほとんどの犯罪では、「行為支配」が規準となり、構成要件に書かれた事象を支配した者が正犯である。しかし、「行為支配」を有していても正犯とはならない犯罪がある。特別な正犯資格を伴う構成要件にあつては、犯罪行為の中心形態を成すのは、正犯行為の外部的行為ではなく、行為者によって請け負われた社会的役割である。そのような犯罪が義務犯(Pflichtdelikt)と呼ばれる。義務犯というのは、構成要件に前置される刑法外の特別義務を侵害する者が正犯となりうるような構成要件である。例えば、供述強要罪(刑法第三四三條)では、非公務員が公務員に供述を強要した場合、当該公務員は「行為支配」を有しているが、正犯とはならない。供述強要罪の正犯要件は、公務員としての身分ではなく、公務員に与えられている適切な取調べを為すべき刑法外の特別の義務を侵害したということである。「義務犯」における可罰性の根拠が行為者に負わせられた社会的役割の侵害にある以上、義務の侵害が作為によって生じたか不作為によって生じたかによって可罰性に变化が生ずるものではない。例えば、受刑者を逃亡させる意図で、刑務官が義務違反的に刑務所の扉を開ける(作為)か、扉を閉めないでおく(不作為)かによって、逃走援助罪(刑法三四七條)の成否が左右されるわけではない。そうすると、不作為犯はすべて義務犯である。Roxin, (Fn. 1), § 25 Rn 25, Rn 267 ff., § 31 Rn 140 ff.; Wolters, (Fn. 9), § 13 Rn 26. ロクスーン説について、参照、平山(注48) 一三三頁以下。

(59) 日本の正犯説に、齋藤(注20) 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(二〇〇一年)三頁以下。井田良『講義刑法学・総論』二〇〇八年・四九三頁。

R. Bloy, Anstiftung durch Unterlassen? JA 1987, 490 ff.; Stratenwerth, (Fn. 1), § 14 Rn 7.; ders., (Fn. 3), § 15 Rn 15.; Cramer/Heine, (Fn. 8), Vorbem § 25 ff Rn 102.; Rudolph, (Fn. 7), Vor § 13 Rn 40.

従属性の観点から幫助説を展開するのがラントフトである。それによれば、保障人義務に違反して犯罪を阻止しないという不作為は作為正犯者との関係で従属していると扱われねばならない、それ故、幫助となりうる。なぜなら、保障人の地位は作為正犯者の故意に依存しているからである。自分の子に襟巻きを持って近づく母親がその子を暖めようとしているのか、それとも絞め殺そうとしているのか、その子の父親の介入義務は依存する。さらに、ラントフトは、義務違反の不作為の従属性の根拠として正犯の不法に依存していることを指摘する。自分の未成年の子が第三者に攻撃しているとき、その父親は自分の子のために介入して、第三者の反撃(正当防衛行為)を阻止してはならない。父親が介入しないという不作為の「客観的義務違反」は正当防衛が被害者から父親に「及ぶ」ことによって否定されるべきである。第三者の傷害行為への不処罰の幫助が認められるべきである。このように正当化事由が及ぶのは幫助に相応しており、同時正犯には相応してゐない。O. Ramf, Garantiepflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW

94, 1982, 815 ff., 833, 839 f.

しかし、これに対しては、ロクスレーンが正當にも次のように批判する。先ず、前者の説明であるが、この例は、構成要件で保護される法益に対する危険が存在しなければならぬということと言っているにすぎず、従属性の説明としては不適切である。こういった危険の存在には、当然ながら、作爲者の目的設定が重要でありうるし、この者に対する対応措置が採られねばならない。しかし、故意の作爲行為だけが問題となるのではなく、当然のことだが、母親の過失殺人も父親は阻止しなければならぬ。父親が母親の行爲を黙過するのなら、父親が不作爲による殺人の正犯である。すなわち、保障人義務は従属してはいないのであり、この事情は幫助解決を否定する一つの論拠となる。次に、後者の例であるが、このような回り道をした「従属的」構成をする必要はない。むしろ、保障人の義務の範囲が初めから被保護者を危険から守るところまで及んでいないのであり、被保護者は法律上危険を甘受しなければならぬのである。したがって、後になって正当化を必要とする「客観的義務違反」は存在しない。Roxin, (Fn. 51), 673 f. 参照。松生光正「不作爲による関与と犯罪阻止義務」刑法雑誌三六卷一号（一九九六年）一四二頁以下、一五〇頁以下。

(60) Roxin, (Fn. 3), 483 f.; *Donatsch/Tagg*, (Fn. 19), 318.

(61) *Rudolph*, (Fn. 7), vor § 13 Rn 42.; Roxin, (Fn. 1), § 31 Rn 144.

(62) *Weigend*, (Fn. 7), § 13 Rn 91.

(63) R. Moos, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 75 Rn 21. ロクスレーン (Roxin, (Fn. 1), § 31 239) とヴァイグント (*Weigend*, (Fn. 7), § 13 Rn 98) は、不作爲の行為無価値の方が作爲の行為無価値よりも小なりことを理由に不法減少を認めるが、従として、責任減少も認める。これに対して、イエシエック／ヴァイグント (*Jeschek/Weigend*, (Fn. 1), § 58 V 1 610) は、不作爲の方が法敵対的心情の点で軽いことを理由に責任減少を認めるが、従として不法減少も認める。Vgl. M. Hilf, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005, § 2 Rn 170.

ドイツ刑法第一三條第二項は不真正不作爲犯の刑の任意的減輕を認めているし、オーストリア刑法第三四條第一項五号も不真正不作爲犯の刑の必要的減輕を認めている。

(64) グリュンヴァルトは、作爲による正犯と作爲による幫助とは、作爲によつて事象へ現実に影響を及ぼすが、不作爲による関与は事象への現実的影響に欠如しており、事象に介入する可能性を有している(潜在的関係) ところに存在するので、作爲による正犯、作爲による幫助、不作爲による共犯は三種類の異なつた関与形式であると論じたうえで、次のような理由から、不作爲による関与が作爲による幫助よりも重く評価されることはない」と論ずる。他人の行為に作爲による幫助をした者は、幫助行為後、結果の回避可能性を

- 有しているのが普通である(例えば、凶器を渡した者は正犯を阻止する、被害者に警告することにより謀殺を阻止できる)。すなわち、幫助行為には不作為犯が付随するのが普通である。この付随する不作為は危険を創出する先行行為に基づく不作為犯に相当するものの、故意によって危険を創出している点で通常の先行行為とは区別され、しかも、故意がない場合よりも「重い」。それにもかかわらず、このような付随する不作為が、犯罪評価に当たっては考慮されない。付随する不作為犯が、作為による幫助行為の先行しない不作為犯より「軽い」わけがないにもかかわらずそうなのである。そうだとすると、不作為による関与は無価値の程度において、作為による幫助よりも重大な関与形態ではない。そうすると、不作為による関与は、幫助犯に対して適用される刑の範囲に基づいて処罰される。作為犯の実行為終了後の不作為についても同様である。Grünwald, (Fn. 37), 113. 不作為による幫助を認める点を除き、ほぼ同旨、宮澤浩一「不作為による共犯」慶応法学研究三三巻二号(一九六〇年)四七三頁以下。
- (65) *Cramer/Heine, Schünke/Schröder*, (Fn. 8), § 27 Rn 16; *Roxin*, (Fn. 1), § 31 Rn 169.
- (66) RGSt 71, 176, 178 (乗組員が煙草一〇〇キログラムを密輸し、関税を免脱するのを知りながらこれを阻止しなかった航海士について、「義務に従った介入があれば如何なる事情の下でも行為が阻止せられようということ」は「不作為による幫助にとって必要ではない。むしろ、幫助はその活動によって行為の完成を困難ならしめる状態であれば十分である」); RGSt 73, 52, 54 (夫がその妻を殺害する行為の幫助に問われた夫の愛人について、「ライヒ裁判所は、前記判決を引用しつつ、被告人(夫の愛人)が自分の愛人に妻殺害の意図のあることを妻に通報することによって、夫の殺害意図が抑制されるとか、妻がいつそその注意を払うことになり、夫の犯罪の実行が著しく困難になったのではなからかといった点を考慮すべきだったと判示して、原判決を破棄した」); BGHSt 2, 129, 134 f.; BGH NJW 1953, 1828; BGHSt 48, 301, 302; *Jakobs*, (Fn. 48), 29. Abschn 102a.; *Ranft*, (Fn. 58), 268, 281 f.; 札幌高判平成二二年三月一六日(本章4④判例)も犯罪の実行を阻止することが相当程度可能であったことによらぬ。
- (67) RGSt 58, 113, 114 f.; BGHSt 2, 129, 130 f.; BGH StV 1995, 524.; BGH NJW 2001, 2409, 2410. 大判二二年七月九日刑録一九輯七七一頁「犯罪ノ幫助行為アリトスルニハ犯罪アルコトヲ知りテ犯人ニ犯罪遂行ノ便宜ヲ与エテ容易ナラシメタルノミヲ以テ足り其遂行ニ必要不可欠ナル助力を与フルコトヲ必要トセス」。高橋則夫「不作為による幫助犯の成立」現代刑事法二巻六号(二〇〇〇年)一〇一頁以下、一〇二頁。Baumann/Weber/Mitsch, (Fn. 2), § 31 Rn 16 ff.; *Wessels/Bentke*, (Fn. 50), Rn 582.
- (68) 通説は「促進」説に反対してはる。W. Joekes, Münchner Kommentar: Strafgesetzbuch, 2003, § 27 Rn 26 ff.; K. Lackner, K. Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl., 2007, § 27 Rn 2.; *Roxin*, (Fn. 1), § 26 Rn 184 ff.
- (69) *Schmidhäuser*, (Fn. 44), 13. Kap Rn 14.; *Wiegand*, (Fn. 7), § 13 Rn 96. 同報(注6)六頁。

- (70) *Schmidhäuser*, (Fn. 4), 13. Kap Rn 11.
- (71) 参照' 齋藤 (注20) 二八頁。
- (72) 植田 (注13) 二七一頁以下。神山敏雄「不作為による教唆」岡山大学法学会雑誌三二卷三〇四号(一九八三年)四三七頁以下、四九四頁以下は植田説を支持する。
- (73) 参照' 齋藤 (注20) 二八頁。
- (74) *Bløy*, (Fn. 59), 496.
- (75) *Roxin*, (Fn. 1), § 26 Rn 87.
- (76) *Rudolphi*, (Fn. 7), Vor § 13 Rn 42.; *Weigend*, (Fn. 7), § 13 Rn 88 u. 28.; *Bløy*, (Fn. 59), 497.
- (77) *Weigend*, (Fn. 7), § 13 Rn 88.
- (78) *Roxin*, (Fn. 1), § 26 Rn 87. 神山 (注72) 五一七頁は、被監督者が第三者を教唆するのを監督者が阻止しない場合、監督者には犯罪計画の提案者的役割がないことを理由に、不作為による幫助を認める。

Die Systematik der Unterlassungsdelikte (9 • Schluss)

Toshio YOSHIDA

Inhaltsverzeichnis

Einführung

Erster Abschnitt Unterlassungsdelikte im Allgemeinen

1. Systematik und Arten der Unterlassungsdelikte
2. Echte Unterlassungsdelikte
3. Unechte Unterlassungsdelikte
4. Komplexe Verhaltensweisen
 - a) Unterscheidung des Tuns und Unterlassens
 - b) Ein einheitliches Gesamtgeschehen
 - c) Mehrphasige Geschehensabläufe
 - d) Schwerpunkttheorie
 - e) Unterlassen durch Tun (Band 44, Heft 1)

Zweiter Abschnitt Tatbestand der unechten Unterlassungsdelikte

A. Objektiver Tatbestand

1. Vorliegen einer die Erfolgsabwendungspflicht begründenden Situation
2. Nichtvornahme der gebotenen Handlung (Unterlassung)
3. Tatsächliche Möglichkeit zur Vornahme der gebotenen Handlung
4. Eintritt des Erfolgs
5. Unterlassungskausalität (Band 44, Heft 2)
6. Garantenstellung
 - a) Grundlegendes
 - b) Einzelne Garantenstellung
 - (1) Rechtsvorschrift
 - (2) Freiwillige Pflichtübernahme (Band 44, Heft3/4)
 - (3) Gefahrbegründendes Vorverhalten (Ingerenzprinzip)
 - (4) Verantwortung für Gefahrenquellen
 - (5) Weitere dogmatische Möglichkeiten? (Band 45, Heft 1)
 - c) Japanische neuere Lehren
 - d) Japanische Rechtsprechung (Band 45, Heft 2)

B. Subjektiver Tatbestand

1. Inhalt und Gegenstand des Unterlassungsvorsatzes
2. Tatbestandsirrtum

C. Objektive Zurechnung

a) Handlungsunrecht

(1) Gleichwertigkeitskorrektiv

(2) Passive Euthanasie

b) Erfolgusunrecht

(1) Adäquanzzusammenhang

(2) Risikozusammenhang

(3) Rechtmäßiges Alternativverhalten (Band 45, Heft 3)

Dritter Abschnitt Rechtswidrigkeit

1. Notstand

2. Pflichtenkollision

3. Einwilligung des Verletzten

4. Notwehr

Vierter Abschnitt Schuld

Fünfter Abschnitt Versuch

(1) Tauglicher Versuch

(2) Rücktritt vom Versuch

(3) Untauglicher Versuch (Band 45, Heft 4)

Sechster Abschnitt Fahrlässige unechte Unterlassungsdelikte

1. Fahrlässige unechte Unterlassungsdelikte im Allgemeinen

2. Geschäftsleitungs- und Aufsichtsverschulden der Geschäftsführer bzw Verantwortlichen

(1) Geschäftsleitungs- und Aufsichtsverschulden als fahrlässiges unechtes Unterlassungsdelikt

(2) Geschäftsleitungs- und Aufsichtsverschulden und Vertrauensgrundsatz

(3) Objektive Zurechnung (Band 46, Heft 1)

Siebter Abschnitt Täterschaft und Teilnahme durch Unterlassen

1. Mittelbare Täterschaft

2. Mittäterschaft

a) Mittäterschaft bei mehreren Unterlassenden

b) Mittäterschaft von Unterlassendem und aktivem Täter

3. Aktive Teilnahme am Unterlassungsdelikt

4. Teilnahme durch Unterlassen

(1) Beihilfe durch Unterlassen

a) Trennung der Täterschaft von Beihilfe

aa) Japanische Rechtsprechung

bb) Japanische Lehren

cc) Auseinandersetzungen mit Rechtsprechung und Lehren

aaa) Subjektive Theorie

bbb) Gehilfentheorie

- ccc) Differenzierende Theorie
- ddd) Tatherrschtstheorie
- eee) Schweretheorie
- fff) Täterschaftstheorie
- b) Kausalität der Beihilfe
- (2) Anstiftung furch Unterlassen

(Band 46, Heft 2)