

不作為による幫助（1）

葛 原 力 三

目 次

はじめに

- I. 問題点の整理と検討対象の限定
- II. 共犯ルール・不作為犯ルールの単純適用
 1. 従犯性の根拠と保障人的地位との整合性
 2. 従属性＝間接性、作為正犯への依存性を理由とする行為支配の否定と保障人的地位
 3. 寄与の量的差違を根拠とする正犯性の否定と保障人的地位
 4. 仮定的促進的因果関係 (以上本号)
- III. 従犯のみを根拠づける作為義務
 1. 機能的二分説
 2. 犯罪阻止義務論
 3. 答責的作為者の背後の不作為従犯
- IV. 作為者を阻止しない保障人は正犯たり得るか
 1. 行為支配と保障人的地位
 2. 遡及禁止と保障人的地位
 3. 作為終了後の結果不防止
 4. 義務犯論
 5. 正犯説と従犯説の対立の実際の意義
- V. ま と め

はじめに

作為直接正犯者の犯罪実現を阻止しない保障人は当該犯罪の広義の共犯たり得るか、正犯か狭義の共犯か、という問題を巡っては、我が国では前世紀末から今世紀初頭にかけてきわめて集中的な議論が闘わされた¹⁾。

1) 1994年から2006年の12年間に集中している。主な独立した論稿だけ取り上げても、岡本勝・法学69巻5号（2005年）1頁以下、島田聡一郎・立教64号（2003年）1頁以下、立教65号（2004年）218頁以下、内海朋子・法政論究56号（2003年）1頁

不作為による幫助（1）

その中では、不作為犯においても、すなわち作為義務違反が認められることを前提としても、共犯論の諸原理、正確には正犯と狭義の共犯との区別基準はそのまま適用できるとする立場（以下、「一般基準単純適用説」と呼ぶ²⁾が優勢であり、やや遅れて発表された諸論稿³⁾には、そのことを前提として判例に現れた具体的事案につき従犯と正犯との作為義務の具体的内容における区別を

↘頁以下、井田良・現刑49号（2003年）103頁、松尾誠紀・北法53巻〔2003年〕6号159頁以下、北法56巻5号1頁以下、56巻6号51頁以下、57巻1号179頁、57巻2号171頁以下、57巻4号85頁以下（以上2006年）、58巻4号1頁（2008年）、阿部純二・研修639号3頁以下（2001年）、内田文昭・神奈34巻3号1頁（2001年）以下、高橋則夫・現刑14号（2000年）101頁以下、松生光正・刑雑36巻（1996年）1号142頁以下、山中敬一・渥美東洋、椎橋隆幸、日高義博、山中敬一、船山泰範編『齋藤誠二先生古稀記念 刑事法学の現実と展開』（2003年）（2003年）331頁以下、林幹人・齋藤古稀317頁以下、曾根威彦・曾根威彦、齋藤豊治、日高義博、甲斐克則、大塚裕史編『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻過失犯論・不作為犯論・共犯論』（2006年）405頁以下、同・現刑65号（2004年）69頁以下、西田典之・神山古稀第一巻423頁以下、モノグラフィとして神山敏雄・『不作為を巡る共犯論』（1994年）181頁、平山幹子『不作為犯と正犯原理』（2006年）171頁を数え、（当時の）若手からベテランに至るまで刑法学者オールスター戦の様相を呈している。先駆的研究として阿部純二・刑雑17巻3・4号（1971年）、18巻1・2号（1971年）中義勝・関法36巻（1986年）3・4・5号495頁以下、同・刑雑27巻4号1頁以下（1986年）。

2) この考え方は、林・齋藤古稀329頁の「共犯であることによって作為義務論は変更されず、不作為犯であることによって共犯の因果原理は変更されない。同じようにして、正犯原理もまた変更されない。」「不作為による共犯の場合は、不作為犯と共犯について的一般理論によって完全に解決可能なのである」という言明にその典型的表現を見る。その他、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（2013年）432頁、嶋矢隆之・西田典之、山口厚、佐伯仁志編『注釈刑法第一巻 総論』（有斐閣2010年）929頁、内藤謙『刑法総論（下）Ⅱ』（2002年）1446頁、西田典之・橋爪隆補訂『刑法総論 第3版』（2019年）弘文堂390頁、山口厚『刑法総論（第3版）』（2016年）389頁、橋爪・法教422号89頁、92頁。少なくとも幫助の因果関係について作為犯の場合と同じく促進関係でよいとする見解も多い。例えば、濱田新・法政論究104号201頁、西岡正樹・法学75巻6号145頁。

3) 橋爪隆・法教422号（2015年）86頁以下、小林憲太郎・判時2249号（2015年）7頁以下、濱田新・信経法2号（2017）145頁以下、同・法政論究104号（2015年）185頁以下、鎮目征樹・法教474号（2020年）89頁以下、西岡・法学75巻6号140頁以下（2011年）、山中敬一・井田良、高橋則夫、只木誠、中空壽雅、山口厚編『川端博先生古稀記念論文集（上巻）』（2014年）663頁以下がある。

探るのという手法が一つのトレンドをなしているようにも見える⁴⁾。そこではもはや、正犯と共犯の区別があり得ることは当然の前提であるかの如き扱いがなされており、言い換えれば、正犯性が否定される場合があることについてはほぼコンセンサスができていくような印象を与える状況である。しかし、端的に言って、ドイツではそれなりに有力に主張され、我が国でも支持者皆無というわけではない正犯説、および有力な Oposition の地位にある原則従犯説との争いには理論的な決着はついていないように思われる。

この問題は、共犯論と不真正不作為犯論との交錯領域に属するなど評される⁵⁾こともあるが、正確には、正犯原理と保障人説との両立の可否にその基本的対立点を有する。更に言えば、ドイツではそれぞれの問題領域において支配的と呼び得る行為支配説と保障人説とのいずれを優先するかの争い、即ち行為支配 vs 保障人的地位の相克と捉えられている⁶⁾。そのいずれもが濃淡の差こそあれ共通して支配、管理、排他性、唯一人（人的限定）性を含意しているが故に、作為者を阻止しない不作為者の罪責を考えるにあたっては、作為者の行為支配と不作為者の保障人的地位とは両立し得ないのではないかというポイントが際立つことになるのである。ドイツでは正犯説、従犯説も一般基準単純適用説とほぼ同等の支持者を数えるのはそうした事情によるものと思われる。ここでは、作為行為支配者に不作為保障人が行為支配者として並び立つことができるかという観点と保障人はそもそも行為支配者であり得るのかという観点の両方から議論が行われている。翻って我が国では、行為支配説が必ずしも学説を支配しているわけではないし、保障人説も不真正不作為犯論の保障人たる地

4) 註3所掲の諸文献中、山中を除くもの他、松尾（註1）、上野幸彦・日法85巻4号（2020年）462頁以下等。

5) 橋本正博・刑法の争点〔第3版〕118頁、上野（註4）、西岡・法学75巻6号140頁等。

6) 例えば、Sowada, Jura 1986, 403, 409 f. は、不作為者が被害者に対して保障人的地位に立つことを重視すると正犯を認めることに傾き、保障人が回避すべき危険が作為者を媒介させることを重視すれば、幫助を認めること傾く、とする。阿部・刑雑17巻3・4号8頁以下は、このような事情を「共犯論を基礎とする見解」と「不作為犯論を基礎とする見解」の対立と表現する。

不作為による幫助（1）

位を得ているとまでは言えない。いずれもせいぜい考え方の指導原理としておそらくは一致して考慮されているものの、多数ある観点の一つという程度の曖昧な位置づけにとどまっており、そのことが一般基準単純適用説の隆盛の要因であると推測される。その曖昧さのせいで、正犯原理と不作為原理とが修正を加えなくてもなんとなく両立し得るように見えてしまうのであろう。しかし、外延は曖昧だとしても、それぞれの極に行為支配と保障人的地位を置くことができるのであれば、その内容を因果の支配と考えると、規範障害ないし遡及禁止と考えると、あるいは重要な役割・寄与⁷⁾に見るとを問わず、そして特に、保障人的地位・作為義務の要件として排他性、人的限定性を要求する⁸⁾場合は、作為正犯不阻止の事例にける正犯原理と不作為原理との矛盾は深刻なものとなる。我が国でも、作為正犯者を阻止しない不作為者も保障人である限り正犯であるとする立場は、共犯のルールを変更する（60条以下不適用）。従犯であるとする立場は、正犯共犯の区別基準を堅持する一方で、不作為犯のルールを変更して従犯しか根拠づけられない作為義務を構想する。ここにこそこの問題を巡る原理的焦点があると考えられる。また、ドイツでは、行為支配説こそが共犯論の一般ルールであるとの前提からではあるが、その一般ルールを変

7) おそらくこれが多数説であろう。

8) 「排他性」を言う西田典之・橋爪隆補訂『刑法総論第3版』（2019年）132頁、内藤・総論上230頁以下、下II 1446頁、結果原因の「支配」を言う山口・小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上）』（2006年）22頁以下、「排他的支配+危険創出」を言う佐伯・樂しみ方89頁、法益の存続が現実に当該不作為者に依存していることを要するとする堀内捷三『不作為犯論』（1978年）各所、「社会的依存関係」を言う大谷實『刑法講義総論（新版第5版）』（2021年）130頁など。人的に限定された支配関係が必要とする松原芳博『刑法総論（第3版）』（2022年）104頁以下は、併せて恒常的保護・監視関係に基づく具体的依存も挙げる。井田良『講義刑法学・総論（第2版）』（2018年）159頁は、「その者に法益の維持・存続が具体的且つ排他的に依存しているという関係」が保障人的地位の前提となるということまでは見解の一致が見られるとする。鎮目征樹・本郷法政紀要8号354頁は、「最も効率的に（低コストで）結果回避措置（期待された作為）をなし得る主体」を保障人とする。鈴木茂嗣『刑法総論（第2版）』（2011年）162頁以下は、「他ならぬ当該行為者自身にその作為が期待されるという特別の関係（作為の排他的期待関係）がある場合」であるとする。

更を加えずに適用すれば、作為者を阻止しない不作為者は原則として幫助犯でしかあり得ないことになるとする見解も唱えられている⁹⁾。漫然と「どちらも変更を被ることはない」などと言っている場合ではない。まさにその共犯論、不作為犯論の一般基準の単純適用を唱える我が国の諸見解の中にも、こっそりと、あるいは無自覚にいずれかのルールを変更しているものがある。そして、ごく一般的に言って、中間説というものは、往々にしてその両側の反対説の利点のみならず難点をも併せて引受けてしまうものである。

本稿は、我が国における以上のような理論状況の俯瞰に鑑みて、ドイツにおける議論を参照しながら、主として一般基準単純適用説を俎上に載せてその矛盾の克服を検証し、あるいはその蹉跌をあぶり出し、正犯説 and/or 従犯説の可能性を探ることを目的とする。本稿の関心はあくまでも理論モデル、あるいは指導原理・理念としての行為支配説と保障人説¹⁰⁾との組み合わせの可能性にあるから、具体的な事案の解決の妥当性あるいはそれぞれの理論が妥当な結論を導きうるかは、ある意味どうでもよい¹¹⁾。考察を進めるにあたって個別の判

9) *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung 4. Aufl., 2019, § 32 Rn. 32

10) いちいち「この論者は『保障人』という語は用いないが」であるとか、「『行為支配説』によるものとは明言しないが実質的に同旨」などといった留保を付するのも面倒くさいので、以下主にこの用語例によることにするが、それぞれ正犯の正犯性、共犯の共犯性の根拠として考えられる諸事項と不真正不作為犯処罰要件を導き出す際に方向付けを与えている理念とをこの二語に代表させているものと理解されたい。その具体的内容を巡る意見の対立は本稿の関心からはほぼ無視できる。などと言わなくても文脈から理解できる読者の方が多いのではあろうが。その意味でなら、正犯原理と不作為犯原理と呼んでも、正犯性の根拠論・正犯共犯区別基準論と不真正不作為犯の処罰根拠論と呼んでも一向に構わないのであるが、簡潔で分かりやすい表現としてこの二語を用いる。もちろん、同一用語を頻りに反復するのは、文章として美しくないので、「正犯原理」、「正犯性の根拠」、「保障人的地位」、「作為義務」、「保障義務」といった語を用いることもあるが、全て上記のような意味である。特に不真正不作為犯の処罰要件・根拠論には立ち入る必要も準備もないので、敢えて用語を一定させないという狙いもある。

11) ある事案処理の結論が「妥当」か否かは、当該解釈の実践的目的をどこにおくかに依存する政策的な価値判断にすぎず、議論の余地を持たない。一義的に決定できる可能性があるのは、そのような結論がある理論的枠組みの内部で「可能」か否か

例には一切言及しない¹²⁾。

I. 問題点の整理と検討対象の限定

不真正不作為犯の正犯と共犯の問題を巡っては、ドイツでも、気が遠くなるほど多数の学説があり「まさに解釈論の暗黒の章である」と評される¹³⁾。共犯論全体がすでにそう呼ばれている¹⁴⁾ので暗黒の章中の暗黒の章だということになる。たしかに、問題を正犯・共犯原理と不作為犯原理の競合と捉え、我が国で言えば、不真正不作為犯にも刑法60条以下の共犯規定の適用はあるか、どの程度にか、という大きな問題設定をすると、話は極めて複雑な様相を呈する。特に我が国においては、不真正不作為犯の理論は細部において多数の、それも輪郭の不明瞭なバリエーションを持ち、正犯性の根拠についても見解は多岐に分かれる。共同正犯、教唆犯、幫助犯それぞれについて、共犯論、不作為犯論の基本ルール of 可能な組み合わせを全て考えると結論のバリエーションは気が遠くなる数になるように見える。

しかし、作為義務者による作為正犯の不阻止は不作為正犯か幫助かという問いの立て方をすれば問題の見え方は一挙に単純なものとなる。まず、結論のバリエーションが、正犯とする¹⁵⁾、幫助とする¹⁶⁾、どちらもあり得る¹⁷⁾、どちら

ゝかだけである。

12) 神山『不作為を巡る共犯論』（註1）を始めとしてこの問題を巡る判例研究には既に十分な蓄積があり、本稿が付け加えるべきことはないというのもその理由の一つである。例えば、島田・立教64号2頁以下、65号218頁以下は、きわめて多岐にわたる判例分析を考察に組み込んだ労作である。その他、小林・判時2249号10頁以下、濱田・信経法2号145頁以下、上野・日法85巻4号（2020年）462頁以下等。古くは阿部・研修639号3頁以下、中・関法36巻（1986年）3・4・5号495頁以下。

13) MK¹³-Freund, § 13 Rn. 266.

14) Kantorowicz, MSchrKrim 7 (1910/1911), 306 の言葉であるとされている。日独を問わず共犯論に関する文献の冒頭に好んで引用される名句であるが、原典を確認することはできなかった。

15) 井田良・現刑49号105頁、齋藤誠二LS14号29頁以下、阿部純二・研修639号9頁、拙稿・法教359号147頁、葛原力三、塩見淳、橋田久、安田拓人『テキストブック刑法総論』304頁（葛原執筆）。ドイツでは、Pariona Arana, Täterschaft und Pflichtverletzung, 2009, 181 ff.; Becker, HRRS 2019, 247; Blei, § 86 IV 2b; Bloy, ↗

- ↘JA 1987, 492; *Ellbogen/Stage*, JA 2005, 355 f.; *Frister*, Strafrecht AT, 9. Aufl. 2020, 26/32 f., /40, 28/53; NK⁵-*Gaede* § 13 Rn. 28; *Haft*, Strafrecht AT, 9. Aufl., 2004, S. 197 u. 222 f.; *Kindhäuser/Hilgendorf*, LPK-StGB⁹ § 27 Rn. 17; *Mitsch*, Jura 1989, 197; *Rotsch*, "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, 2009, S. 341; LK¹¹-*Roxin*, § 25 Rn. 147 ff., 201-216, § 27 Rn. 43; *ders.*, II § 31 Rn. 140 ff.; *ders.* Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl, 2019, S. 531 ff., 481, 701; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2010, § 14 Rn. 8, 13, 23; NK⁴-*Wohlers*, § 13 Rn. 26; が、原則として正犯であるとする（原則正犯説）。例外として想定されているのは、自手犯、身分犯、領得の意思等特殊主観的メルクマールを要する犯罪等で、これらを阻止しなかった者は、そうした特殊要件を自ら備えていないので正犯たり得ず、幫助にとどまるとする。；不作為正犯の未遂とするものに *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, 2019, S. 656 ff. がある。不真正不作為犯に正犯共犯の区別はないとする点では *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte 1959, 291 ff.; *Welzel*, Das deutsche Strafrecht 11. Aufl. 1969, § 28 V2.; *Grünwald*, GA 1959, 110 も。
- 16) 松生・刑雑36巻1号142頁以下、神山敏雄・『不作為を巡る共犯論』181頁、松宮孝明『レヴィジオン刑法I』（1997年）191頁、内海朋子・法政論究56号20頁、内藤謙『刑法講義総論（下）II』（2002年）1445頁、島田・立教64号1頁以下、曾根・神山古稀415頁、齊藤信治『刑法総論（第四版）』267頁以下、堀内捷三『刑法総論』（2004年）287頁以下、松原・総論500頁、内田文昭・神奈34巻3号30頁、外木央晃『共犯の基礎理論』（2018年）216頁以下。これらの見解は、「原則として」という留保をつける。以下、原則従犯説と呼ぶ。「例外」的に正犯となる場合としては、作為者の行為終了後も法益救助義務がある場合、作為者に自律的答責性が欠ける場合が挙げられる。ドイツでは、*Bachmann/Eichinger*, JA 2011, 509, 511; *Bockelmann/Volk*, Strafrecht AT, 4. Aufl., 1987, S. 203; *Gallas*, JZ 1952, 372; *ders.*, JZ 1960, 686; *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts, 5. Aufl., 1996, S. 696; LK¹¹-*Jescheck*, § 13 Rn. 57; *Kielwein* GA 1955, 225 ff.; *Kühl*, Strafrecht AT 8. Aufl. 2017, S. 873; *Lackner/Kühl*, StGB²⁹, § 27 Rn. 5; SSW-StGB⁵/*Kudlich*, § 13 Rn. 43, 47; *von Heintschel-Heinegg/Kudlich* StGB⁴ § 25 R. 17. 2; *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2007, S. 186 ff., 196, 201; *Naucke*, JR 1977, 292; *Puppe*, AT § 32 Rn. 32.; *Ranft*, ZStW 94 (1982), 815 ff.; *ders.*, FS. -Otto 2007, 406 ff.; *Ransiek*, JuS 2010, 678, 681; LK¹³-*Weigend*, § 13 Rn. 94 f.
- 17) 西田/橋爪・総論390頁、山口・総論389頁、大野平吉『刑法基本講座（四）』109頁、橋爪隆・法教422号86頁以下、小林・判時2249号7頁以下、濱田・信経法2号145頁以下、同・法政論究104号185頁以下、鎮目征樹・法教474号89頁以下、西岡・法学75巻6号140頁以下。結論的には前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（2019年）370頁、386頁も。義務の種類によって区別するものとして平山幹子・立命270号484頁、山中・齋藤古稀357頁。中・刑雑27巻4号1頁以下、伊東研祐『刑法講義総論』（2010年）179頁、高橋則夫『刑法総論（第4版）』（成文堂 2018年）519頁。大

にもできず不可罰である¹⁸⁾の四つしかない¹⁹⁾。

加えて、判断を要するポイントは二つだけとなる。即ち、保障人的地位があるにも関わらず、正犯たり得ない（としてはならない）場合があるか否か及びその理由如何、そして正犯たり得ない場合に幫助たり得る（たり得る場合があ

ㄨ谷・総論463頁も同旨か。ドイツでは、行為支配の有無・程度によって区別する立場、即ち一般基準適用説に近いものとして、*Baier*, JA 2004, 355; *Gössel*, ZStW 96 (1984), 334; *Heinrich*, Strafrecht AT, 5. Aufl. 2016, S. 520 Rn. 1214; HK-GS⁵/*Ingelfinger* § 27 Rn. 10; *Joecks/Jäger*, StK¹² § 13 Rn. 83 f.; *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht AT Teil 2 7. Aufl., 1989, § 50 Rn. 72; MK⁴-*Joecks* § 25 Rn. 236; *Rengier* Strafrecht AT, 9. Aufl., 2017 § 51 Rn. 18 ff.; SK⁸-*Rudolphi/Stein* Vor § 13 Rn. 54; *Schwab*, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen 1996, S. 198 ff.; *F.-C. Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, 105 ff.; *Sering*, Beihilfe durch Unterlassen, 2000, S. 85; HK-GS⁵/*Tag* § 13 Rn. 30; *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht AT, 46. Aufl., 2016, S. 293, Rn. 829; *Zimmermann*, JuS, 2011, 632 f.がある。また、主観税から一般基準により区別できるとするものに *Arzt*, JA 1980, 558 f.がある。更に、保護保障人（正犯）か監視保障人（幫助）かによって区別する見解として *Ebert*, Strafrecht AT 3. Aufl., 2001, S. 192; *Eser*, Strafrecht II Nr. 27 A22 ff.; *Geppert*, JuS 1999, 271; *Gropp/Sinn*, Strafrecht AT 5. Aufl. 2020, S. 480 f. Rn. 312; *Herzberg* 82 ff., 96 ff.; *ders.*, Unterlassung 1972 257 ff.; *ders.*, JuS 1975, 171; *Herzberg/Amelung*, JuS 1984, 938; *Kindhäuser/Zimmermann*, Strafrecht AT 10. Aufl., 2022, § 38 Rn. 70 ff.; *Krey/Esner*, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl., 2016, § 38 Rn. 1181 ff.; *Langrock*, JuS 1971, 532; *Noak/Collin*, Jura 2006, 549; *Schönke/Schröder/Heine/Weißer* StGB³⁰ § 25 Vor Rn. 101 ff.; *Seher*, JuS 2009, 797; *Seier*, JA 1990, 383 ff.; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, 285 ff., 292 f.; 監視保障人を正犯、保護保障人を幫助とする見解として、*Krüger*, ZIS 2011, 1, 8; 状況依存的保障人か状況独立保障人かで区別する見解として *Hoffmann-Holland*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2015, S. 328 Rn. 807; 更に別様の区別に拠るものとして MK⁴-*Freund* § 13 Rn. 256 ff.; *Schmidhäuser*, 13/12 ff.; *Murmann*, Grundkurs Strafrecht 5. Aufl., 2019, § 29 Rn. 98。

18) 松尾・北法57巻2号171頁以下、同58巻4号6頁以下は、作為終了後の不作為についてであるが、他人の自律的介在がないことから幫助規定の適用を拒否し、作為義務（犯罪阻止義務）も原則として否定する。

19) 従って、本稿の考察に事例処理の結論のレベルでは新規性は全くない。なお、ドイツの学説状況概観として最新且つ最も詳細なものとしては、*Kreuzberg* (Fußn. 15), S. 653 ff. 参照のこと。邦語のものとしては、的確な批判をも付した簡潔且つ充分な概観が松生・刑雑36巻1号140頁以下にある。やや古いが現在でも学説のスペクトラムに大きな違いはない。その他、外木（註14）、山中・齋藤古稀、川端古稀も参照のこと。

る)か、不可罰か、である。

検討対象とする共犯類型を幫助に限定してよい理由づけは、多くの研究が同様に幫助の可能性のある例に限って、少なくともこれを中心として論じているのであるから、ここで改めて行う必要はないかも知れないが、確認のため書き留めておこう。

まず、作為者を阻止しない不作為者が共同正犯となる場合があるかという問いは、幫助ではないかという問いと既に表裏の関係にある。そこで単独正犯か共同正犯かを決する実践の必要はない。片面的共同正犯はあり得ないとする場合でも従犯としての罪責は検討されなければならない²⁰⁾。不作為者同士の共同正犯は、過失共同正犯の場合と同様、他の関与者の行動についても義務を負うことはあるか、あるいはそれは共同義務なのかという問題である。これは作為義務論単独の課題である。

共謀共同正犯はそもそも物理的寄与を全くしない者をも正犯者とする制度であるから、この正犯原理の側は不作為的関与を排除する機縁を持たない²¹⁾。逆に、共謀共同正犯を広く認める我が国の実務においては、不作為幫助の問題は必ずしも実践的影響力を持たない²²⁾。

20) *Kreuzberg* (FuBn. 15), S. 653 ff., S. 662 f. は、作為者と不作為者が、不作為者が作為者の行動に介入しないことを申し合わせるということはあり得るが、この合意は、不作為者が合義務的にその行為能力を発動した場合には作為者は支配者として行動できないということを含意しており、この点は自然の因果経過の場合と同じである。この合意は、共同の決意の形成ではなく、不作為者が彼個人の介入能力・権限の発動を放棄することの確認に過ぎない。決定的な瞬間に作為義務者が作為正犯者を阻止する能力を有しており、且つこれを発動しなかった場合、その他の自然的経過の不阻止の場合と同じく、単独正犯である、とする。その他、単独正犯とする見解として *Armin Kaufmann*, *Unterlassungsdelikte*, 302; *Grünwald*, GA 1959, 110 (118 ff.); *Welzel*, *Strafrecht*, § 27 AV 206 f., (S. 221 f.); *Bloy*, JA1987, 490 (493); *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 14 Rn. 13, 23.; *Krey/Esser*, *Deutsches Strafrecht* AT 6. Aufl., 2016, § 38 Rn. 1186; *Kühl* AT, S. 899 は、共同義務の不履行の場合は共同正犯もあり得るとする。

21) 神山・現刑53号50頁、日高・警論53巻12号68頁

22) 高橋・現刑14号105頁、平野龍一・団藤重光、平場安治、平野龍一、宮内裕、中山研一、井戸田侃編『佐伯千仞博士還暦祝賀 犯罪と刑罰(上)』(1968年)462頁、↗

不作為による幫助（1）

共同正犯というものは、個別関与者の行為のみを見れば帰責根拠となる事情が一部欠ける場合にも正犯として帰責するための制度である。共同暴行による傷害の場合、因果関係（の証明）が、強盗等の行為分担の場合、実行行為の一部が、共謀共同正犯の場合、実行全部が欠けることを、共同実行の意思ないし共謀によって補填することを旨とする。従って、不作為単独正犯が認められる場合につき別途共同正犯の成否を検討する必要は実践的には存しない。共同正犯の要件も別途揃っているととしても残るのは不作為単独正犯との競合問題のみである。

間接正犯的事例も、狭義の共犯が認められない場合にしか問題とならず、結局は単独正犯か否かの問題しか残らない。また原則従犯説にも行為媒介者が自由答責性を有しない作為者であった場合には正犯を認める見解²³⁾が多く、意見の対立が成立しないとさえ言える。この問題は不作為者に保障人的地位があることが前提であるから、間接正犯的事例におけるように、保障人と競合する正犯候補がない場合、のであるから。正犯原理と保障人的地位との対立問題を生じない。

不作為による教唆も独立の下部問題と捉える必要はない。我が国の判例によれば教唆は共同正犯とほぼ同じ構造を持つ、あるいは教唆犯のほぼ全てが共謀共同正犯に格上げされているとさえ言えるので、不作為教唆の問題は不作為共同正犯のそれに解消されるとも言える。黙示の共謀まで認められているのだから不作為による教唆と呼べるような事案において共謀を認めることは容易であろう。そもそも、正犯者が犯罪決意を固めつつあるのを知りながら作為義務者がこれを放置したという事実を探知することは極めて困難であるし、探知できたとしてもそれを「教唆」にあたるとしてよいかという用語自体の問題もあ

↘堀内・不作為犯論245頁以下。西田・神山古稀424頁は、問題となるのは片面的従犯に限られるとする。

23) 不作為背後者には行為支配が想定できないという理由で従犯しか認めないことを原則としながら、それ故、行為媒介者が答責性を欠く場合も間接正犯（支配犯）ではなく単独正犯であるとする見解として *Kühl*, AT, S. 898 Rn. 267; *Krey/Esser*, AT, § 38 Rn. 1185 f. 我が国では、松生・刑雑36卷1号162頁。

る²⁴⁾。

II. 共犯ルール・不作為犯ルールの単純適用

1. 従犯性の根拠と保障人的地位との整合性

原則正犯説には、保障人的地位というものは段階づけることができないから、

24) 井田・現刑49号103頁は、不作為によって他人に犯意を抱かせることも不可能ではないとしつつ、「教唆」と呼び得るかは「かなり疑問である」とする。賛成できる。ただ、井田の挙げる、「Yがある手紙を読めばAに対し殺意を抱くことが強く予想される場合に、XはYがその手紙を読むことをあえて阻止せず、そのためYが殺意を抱くに至ったというようなケース」を認定することは不可能に近いと思われる。Xが先にその手紙の内容を知っていたことが前提であるし、知っていたとしても、ある手紙が人に殺意を抱かせるかどうかは、殺意を抱いた本人にさえ事前には予想できないであろうから、この事例中のXには教唆故意が欠けることが多いであろう。「これ読んだら怒りよるやろなあ」と思うことはあっても、「殺しよるで」との予想が少なくとも脳裏をよぎるためには、Y、A間の関係が相当深刻にこじれていることがXに知られていなければならない。そのような場合であれば、Yの殺意は既に抱かれていて手紙はその発動のきっかけに過ぎないと言えるであろう。NK⁵-Gaede§ 13 Rn. 28 は、不作為は、他人に心理的影響を与えることができないから、不作為による教唆は考えられないと言う。そもそも、他人の自由な意思形成を阻止する作爲義務・保障人的地位というものを想定することは困難であるとするのは、Krey/Esner, AT, § 38 Rn. 1184a。Jakobs, Strafrecht AT 2. Aufl. 1991, 29/104 は、正犯者が決意の条件を不作為者に告げ、不作為者がその条件の成就を妨げない場合（預金通帳を閉じないで置いておいてくれれば父の利益のために屋敷に放火すると宣言する息子、広げたまま置いておく父）、監護下にある未成年の子が第三者に教唆することを（あるいは教唆された行為を）妨げない親、アジャンプロヴォカトゥールが、教唆した犯罪が実現しそうになっているのを知りながら止めない場合という例を挙げて、不作為による教唆も可能だとするが、条件の例では正犯者は既に決意しているし、監護者の例では、未成年者利用の間接正犯と同じ扱いがなされているだけであり、第三の例では、事後的教唆故意が認められているに過ぎない。植田重正『共犯論上の諸問題』（1985年）189頁以下は、不注意な言動によって他人に犯意を誘発した者が後にその事実を知ったにも拘わらず、ことさらにこれを是正しないで放置した場合、あるいは暴行を教唆したところ被教唆者が殺害の教唆と錯誤し、その事実を教唆者が知りながら放置したといった場合、不作為による（故意）教唆を認めるべきであるとする。この場合、故意になされたのは既に形成された犯罪決意が実行に移されることの不阻止に過ぎず、せいぜい心理的補助とすべき事例群であろう。不作為によって犯罪決意の形成自体を止めなかった訳ではない。

不作為による幫助（1）

保障人による作為者の不阻止は常に正犯であるとするものがある。逆に一般基準単純適用説²⁵⁾にも同じ前提に立つと見られる見解がある²⁶⁾。すなわち、不真正不作為犯が成立するためには、保障人的地位は絶対に必要であり、且つその程度というものは観念できないから、作為犯における正犯・共犯の区別基準によらなければならないとするのである。そして単純適用説には共犯ルールの単純適用の結果として、原則として、あるいは多くの場合従犯となるとするものが多い²⁷⁾。原則従犯説にも同様に保障人的地位自体は、作為正犯者を媒介とすることによっては影響を受けないとするものがある²⁸⁾。この場合、保障人的地位はあるにも拘わらず正犯ではない理由は、共犯論のルールに求められることになるが、これらの見解は、正犯説に対して、共犯ルールの適用によって従犯とされる場合にも、保障人的地位（作為義務違反）は同じ保障人的地位であり得るのかという問いに答えなければならないことになる。正犯説は保障人的地位と従犯性との両立を否定するからである。

正犯と共犯の差違はそれぞれの作為義務の内容も規定するはずであって、幫助を基礎づける義務については別途不作為犯論から限定と根拠付けが必要であるとする学説はある²⁹⁾が、そこには正犯性を否定する理由と保障人的地位を認めることとの整合性という観点は示されていない。ただ、他人を介した法益保護義務が認められるのは如何なる場合かが具体的且つ詳細に論じられているだけである。

25) 小林・判時2249号7頁、鎮目・法教474号94頁、島田・立教64号58頁。林・齋藤古稀329頁、齋藤彰子・芝原、西田、山口編『刑法判例百選第5版』（2003年）167頁、西岡・法学75巻6号145頁、山口・総論389頁、Schwab, (Fußn. 17), S. 192 ff.; Stein, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1999, S. 308, Mosenheuer, (Fußn. 16), S. 193

26) 例えば、Schwab, aa.O.

27) 従って、本説は（もちろん原則従犯説も）当然、正犯説に対して、不作為者は何故正犯となり得ないかを論証しなければならないが、この点は後述する所に委ねる。

28) Kühl, AT, S. 873

29) 岡本・法学69巻5号（2006年）16頁、西岡・法学75巻6号146頁、濱田・信経法2号（2017）145頁以下。

しかし、問題は、要求される作為の具体的、実質的な内容ではなく、正犯の作為義務とは区別されるそうした「せいぜい従犯」を基礎づけるに過ぎない、あるいは従犯にしか要求されない義務が保障人的地位の観念と矛盾しないか、ということである。

序でながら、そもそも結果不発生の保障人たる者に一定の種類³⁰⁾の作為「し」か要求されないということはない。結果回避義務である限り、義務自体は、可能な限りの救助手段を尽くすことを求める。可能な手段が事実上限られるに過ぎない。もちろん、作為正犯者を媒介とする場合、可能な手段は具体的事案状況に依存して極度に限定されることが多いであろう³⁰⁾。しかし、不真正不作為犯の未遂というものが観念できると考える以上、具体的場面において事後的に見て法益救助が可能な手段が一つもなかった場合も直ちに保障人的地位＝作為義務が否定されるわけではない。もちろん、事前的に救助手段がおよそない場合は、義務自体がない、と考えることもでき、その場合は、不作為未遂はあり得ない。また、不作為者の能力、置かれた状況に鑑みて実行可能な救助作為の選択肢が全くない場合は、義務自体が課されることはないことは間違いない。

30) 濱田・信経法2号(2017)150頁は、形式的に犯罪を阻止する可能性のある行為が義務づけられるとすると「犯罪を阻止する可能性のある、あらゆる行為をしなければならない、ということにもなりかねない。」と心配するが、杞憂である。違法行為の阻止は原則として義務ではなく権利である。すなわち、正当防衛にあたるような犯罪阻止可能行為は少なくとも除かれる。このことだけでも「あらゆる行為をしなければならない」ことにはならなくなる。そもそも犯罪阻止が問題なのではなく結果防止、法益保護が義務を課す目的なのであって、そうである限り、法益保護に役立つ行為は全て要求されるのは当然であって、ただ具体的事案においてそれが可能な行為の選択肢が事実的に限られるに過ぎない。例えば、作為者が被害者の胸ぐらを掴みながら殴打する、至近距離から連続的に殴打、刃物による刺突を加えているような場合、これを阻止できる作為は事実上ほぼ存在しない(正当防衛すら難しい場合がある)、救助可能性(因果関係)も作為可能性もない。つまりおよそ作為義務がない。そして一時に二つ以上の救助的作為をなすことも困難なことが多く、この場合も一方の作為を行っていれば、他方の作為については義務を履行する可能性がないのであるから、期待され得る作為の中から、最も高い救助効果とその蓋然性が見込まれるものを選択していなくても、義務は履行されたとすることができる。

不作為による幫助（1）

しかし、その場合は、作為正犯者の保障人による不阻止は正犯か共犯かという問題設定自体が成り立たない。要するに、これらの見解において従犯を基礎づける作為義務の内容と呼ばれている、実は、要求される作為の種類の限定に過ぎないものは、作為義務の事発的発生要件の問題であって、その義務違反が正犯を基礎づけるものか従犯の根拠となるのかという問題とは無関係である。

さて、単純適用説であれ原則従犯説であれ、そもそも従犯を認める見解の殆どは、正犯性を否定する理由の説明にのみ意を注ぎ、それ故「せいぜい」従犯にとどまる³¹⁾と言うのみで、上記の意味における従犯性、すなわちを保障人的地位と矛盾しない非正犯性の積極的な根拠付けは見られない³²⁾。正犯性が否定されることは、従犯性のいわば上限を画する要因であって、それだけでは従犯性を根拠づけたことにはならない。正犯でなければ不可罰という選択肢もあるからである。従犯性の下限すなわち最少要件も説明されなければならない。そしてこれはそれほど容易なことではない。「違法性が開始される限界線を引くことは幫助については特に困難」³³⁾なのである。

以下ではまず、従犯性と保障人的地位の矛盾という観点から、従犯説（単純適用説及び原則従犯説）の可能性を検討する。もちろん、正犯性を否定させる事情が同時に保障人であることをも否定するものではない限り、正犯でないことを以て幫助であるとするのも半分は論証されているとも言える。その限度で、正犯性否定の根拠をもここで検討しなければならない。しかし、ここでまず問題にすべきは、正犯性を否定しつつ従犯を認める際にネックとなる、保障人的地位という観念の持つ法益保護期待の名宛人の限定性、唯一性の含意である。つまり、作為正犯者の存在によって不作為者の正犯性が否定されるということは、不作為者が唯一、単独で、あるいは排他的には法益の保続・喪失を左

31) 西岡・法学75巻6号145頁

32) *Pariona Arana*, (Fußn. 15), S. 190 は、従犯という結論は解釈論的に論証されているというよりは、不作為者は格下であるとする直観に基づいている部分が多いとする。

33) *Sauer*, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. 1955, S. 223.

右できないということである。そのことによって保障人であること自体までもが否定されてしまうことにならないのかという疑問である³⁴⁾。ここでは、取り敢えず、作為正犯者の存在が不作为者の正犯性を打ち消す理由自体ではなく、それでもなお従犯としての保障人的地位、作為義務が残るとできるか否かに重点を置いて検討する³⁵⁾。

2. 従属性＝間接性、作為正犯への依存性を理由とする行為支配の否定と保障人的地位

後述するように、作為者を阻止しない保障人の従犯性（非正犯性）を何らかの形で因果性に関係づける見解が多い我が国における議論とは異なり、ドイツでは、古い意見表明を中心としてであるが、不作为者の結果発生に対する関係の、作為者を媒介させるが故の間接性ないし従属性のみを言う見解が一定数見られる³⁶⁾。通常は、Gallas の「作為正犯は保障人の結果への直接的アプローチ

34) *Roxin*, TuT, S. 512 ff, 531 ff は、不真正不作为犯は義務犯であって支配犯ではないから、保障人である以上、行為支配者である作為正犯を阻止しない場合でも、正犯となるとしつつ、例外的に自手犯、一身専属的義務犯、領得罪（不法領得の意思を要件とする罪）については結果回避義務がある者による不阻止も幫助となる場合があるとする。この見解においては、正犯性を否定する事情が人的限定、あるいは心理的事情であるから、保障人的地位との矛盾はより明確である。我が国で *Roxin* に従うのは、齋藤誠二・LS14号21頁、井田・刑判49号105頁、阿部純二・研修639号9頁であるが、阿部説に対して岡本勝・法学6巻5号5頁は例外的に従犯とする場合の処罰根拠及び成立を限界づける論理を積極的に提示し得ていないと指摘する。

35) 作為正犯者の犯罪を阻止しない保障人と表現できる事例群としては、作為者が実行行為に出ることを止めない場合と、実行終了後、結果発生を阻止しない場合とが想定できる。作為実行終了後の不作为の事例群については原則幫助説にも正犯を認めるものが多いし、正犯性が否定できるかという問題の方が重要なので、ここでは扱わない。本稿Ⅳを待たれたい。この事例群に限定して検討を加えるものとして松尾誠紀・北法56巻5号2頁以下、6号51頁以下、57巻1号179頁、57巻2号172頁以下、57巻4号85頁以下、58巻4号1頁以下、同・刑雑48巻3号1頁以下がある。

36) *Kielwein*, GA1955, 225 (227); *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 III 5 (S. 696); *Schmidhäuser*, AT, 17/12 (保護保障人についてのみ); *Ranft*, ZStW 94 (1982), 815 (828 ff, 861 ff); *Kühl*, AT, S. 873, Rn. 230; *Lackner/Kühl*, StGB²⁹ § 27 Rn. 5; *LK*¹³-*Weigend*, § 13 Rn. 95; *Mosenheuer*, (Fußn. 16), 188 ff.

不作為による幫助（1）

を閉ざす」という古い命題³⁷⁾をその代表とされるこの説明の仕方は、少し時代を降って、Ranft の、不作為者の行為無価値は、作為正犯の故意に従属するから、不作為領域にも従属性原理は妥当するという考え方にも引き継がれていると言える。より新しくは Hoffmann-Holland の作為義務が状況独立的義務である場合には正犯であるが状況依存的義務の場合は原則として幫助となるとする説明³⁸⁾も、結局は、そこにいう「状況」が作為正犯者の存在を言うものである限度で、その一変種であると言える。

このグループに数え入れることができる論者のなかには、後に検討する別の観点をも併せ考慮し、あるいは少なくとも示唆するものも多いが、ただ間接性、従属性を言うのみでは、正犯ではないという結論を言うにとどまり、原則正犯説からの、間接性、従属性の実質的、積極的理由付けを欠くとの批判³⁹⁾には無条件降伏するしかない。特に、犯罪実現、あるいは法益侵害について従属的な地位にしかない者が、なお保障人的地位にはとどまりうることの論証は見られない。作為義務という観点から見ても、少なくともこれを結果回避義務と考える⁴⁰⁾限り、実質的に従属的な行為を命ずる（对人的な態度のみを内容とする）作為義務などというものはあり得ない⁴¹⁾とさえ言えるのであるから、この点の根拠づけは必要であろう。

作為犯の不阻止が従犯にとどまることの根拠として従属性を言う見解は、遡及禁止論的考慮をその背景に持つものと解釈することができるし、中には類似の定式化を明言する論者もある。例えば、遡及禁止論に依拠するときは、Gallas の上記テーゼも成立し得るとする解釈⁴²⁾もあるし、作為者の背後の不作為者には決断支配（*Entscheidungsherrschaft*）が欠けるとする論者もある⁴³⁾。

37) JZ 1960, 687

38) ZStW 118 (2006), 635.

39) *Kreuzberg*, (Fußn. 15), S. 665; *Pariona Arana*, (Fußn. 15), S. 190

40) ドイツ刑法典13条は結果回避義務であることを明示する。

41) *Kreuzberg*, (Fußn. 15), 663

42) *Sowada*, Jura 1986, 403

43) *Mosenheuer*, (Fußn. 16), S. 194

我が国にも *Ranft* の見解を遡及禁止論的考慮の表現であるとする見方がある⁴⁴⁾し、また、大意「不作為者には作為者に発せられた命令の違反を前提として第二次的な規範命令が発せられる」から原則として幫助であるとする見解⁴⁵⁾も、「二次的」としか明言はしていないが、同様のものと理解することができる。遡及禁止論的考慮は、後述の幫助の特殊な因果性の指摘との組み合わせにおいても、また犯罪阻止義務論においても語られることがあるので、後に、各学説に含まれる遡及禁止論的考慮ないし規範障害説的な部分のみを抽出し、これに着目して纏めて検討することにした。

3. 寄与の量的差違を根拠とする正犯性の否定と保障人的地位

1) ドイツ刑法典13条の「対応」条項

ドイツ刑法典13条は、構成要件の結果の防止を懈怠した者が処罰されるのは、「不作為が法定構成要件の作為に対応する場合」に限られる、と規定する。このことから原則正犯説は、原則従犯説を、保障人の不作為は原則として作為と同等の不法内容を有することを見落としていると批判する⁴⁶⁾。逆に単純適用説、原則従犯説は、この対応関係は正犯・従犯の区別においても成り立つ必要があるとする。作為犯においては正犯・従犯の区別は、両者間の行為寄与の量的、あるいは価値的差違に着目してなされるが、不作為犯においてもこの点は変わらないはずだとする⁴⁷⁾。我が国の単純適用説にもこの作為・不作為の対応要件を意識した立論が見られる⁴⁸⁾。

Schwab は、毒物を管理する責任のある者が、第三者による毒物持ち出しを止めなかった、あるいは十分に管理しなかった場合と毒物を手交した場合とは

44) 松生・刑雑36巻1号160頁

45) 神山・不作為を巡る共犯論182-183頁

46) *Pariona Arana*, (Fußn. 15), S. 192

47) *Schwab*, (Fußn. 17), S. 192 ff., 213 ff.; *Sering*, (Fußn. 17), S. 88 ff.; 対応条項を明示はしないが関与の不法構造における作為不作為の対応関係（要するに共犯ルールの単純適用）を認めるものに *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 630. がある。

48) 「同等の重要性」齋藤彰子・判例百選第5版167頁、「同視しうる限り」西岡・法学75巻6号145頁等。

不作為による幫助（１）

等価値であり、いずれも幫助犯とされるべきであるとする。いずれの関与者も相互から独立した結果惹起は不可能なので同時犯ではない。相互に依存する関係にあり、且つ危険源監視義務の場合は、犯罪阻止義務はないので、危険源を監視しなかった者は、危険源を行為手段として交付する場合と同じであるとするのである。毒物ないし凶器の管理者の例は、作為による幫助とのアナロジーとして好んで持ち出されるものであるが、比喩表現の域を出ない。

そこで、今少し抽象的な等価値性基準として提案されるのが、行為支配説⁴⁹⁾である。つまり、行為支配者が正犯であるという点も不作為犯において対応しなければならないというのである。

2) 行為支配説の適用 Zentralgestalt と Randfigur

Sering は、作為者の動機過程への影響力の大小の価値的評価によるとし、構成要件の結果に近いほど、保障人による重大な影響行使が求められ、保障人に正犯責任を認めることが求められ、遠ざかるほど、幫助に傾くと言う⁵⁰⁾。このような事情は、行為支配説の支持者から Zentralgestalt と Randfigur という表現を用いて語られることも多い。行為支配の有無は、行為者が当該事件（Tat）の中心人物（Zentralgestalt）と目されるか周辺の人物（Randfigur）と評価されるかによって決まる総合的、価値的な判断であるとする考え方である⁵¹⁾。対

49) 林・齋藤古稀328頁は、「共同正犯の場合には、相手を支配していなくても正犯性を認めざるを得ないから」、行為支配を正犯原理とすること自体妥当ではないとする。今更ではあるが、「行為支配」概念の理解を誤った批判と評さざるを得ない。行為支配は、他の関与者の意思支配（例えば間接正犯としての行為支配）のみを内容とするものとは理解されていない。尤も、林のこの批判は、「行為支配」の概念が本文で紹介したような価値的な支配、あるいは「機能的行為支配」にまで緩められている現状に対するアンチテーゼとして、Tatherrschaft と Handlungsherrschaft 及び Willensherrschaft の違いを意図的に無視してなされたものなのかもしれない。

50) Sering, (Fußn. 17), S. 91; Gössel, ZStW 96 (1984), 333 f.; Kielwein, GA 1955, 227 も同旨か。Rengier, AT § 51 Rn. 21 は、潜在的行為支配の下位基準として Zentralgestalt であったか否かを挙げ、これは保障人が作為者を阻止することがどの程度容易であったか、どの程度困難であったかによって決まるとする。

51) Hilgendorf-Valerius, Strafrecht AT 2, Aufl. 2015 11/105; von Heintschel-Heinegg/Kudlich StGB⁴ § 25 R. 17.2; Kühl AT, S. 875; Sering, (Fußn. 17), S. 91; Schwab, (Fußn. 17), S. 221; Bosch, JA 2007, 421; ders. JA 2009, 657 は、義務の

応条項との関係でこれを言う Schwab は、いずれの対応形式になるのかは、評価的な判断によって決定され、この評価は、比類すべき状態の関与が作為によるときに正犯を基礎づけるのか、共犯を基礎づけるのかによって決まるとする。

このように記述しただけで既に、この Zentralgestalt、Randfigur という一対の観念が対応条項に実質的な評価指標を追加するものではないことはほぼ明らかになっている。ある態度が正犯に対応するか否かは、Zentralgestalt か否かによって決まり、Zentralgestalt か否かは正犯に対応するか否かによって決まると言っているのに等しいからである。そもそも、作為義務は特定の者にのみ妥当するものであって、その意味で保障人は作為義務違反の観点からはそれだけで Zentralgestalt であるとも言える⁵²⁾。

Schwab は、例えば、落雷により出火した家にいる子供を助けない保障人は、この事件の Zentralgestalt だが、何人かが放火するのを止めない保障人は Randfigur に過ぎない。作為によって放火する者が Zentralgestalt だからとする⁵³⁾。放火を止めない保障人の攻撃は直接には家屋のみ向けられており、中にいる者は、それによって間接的に殺害された。この場合は、「全体的考察によれば」Randfigur であるとする。同じく Zentralgestalt、Randfigur をキーワードとして従犯性を説明しようとする Hoffmann-Holland も法益に対する攻撃が直接的である場合、即ち法益攻撃の Zentralgestalt である場合は正犯、間接的・従属的である場合は従犯であるとする⁵⁴⁾。

ここでは、結局、攻撃の間接性が従犯性を根拠づけている。間接性のみを言う学説群を一步も出していない。違いがあるとすれば、全体的考察、評価的判断であることを強調する点だけである。そしてそのことがこの見解に難点の一つ

↘重み (das Gewicht) が主観説類似の事態の総合的観察によって決まるとする。なお、*Kreuzberg*, (Fußn. 15), S. 668 によれば、*Busse*, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten*, 1974, S. 294 ff. も同様の考え方を示す模様であるが、原典を入手することはできなかった。

52) *Heinrich*, *Strafrecht AT*, 6, Aufl. 2019, S. 525 Rn. 1216

53) *Schwab*, (Fußn. 17), S. 221.

54) *ZStW* 118 (2006), 620 (630 ff.).

追加する。その評価的判断を指導する観点が示されていないため明確な限界線が引けない⁵⁵⁾だけではなく、保障人的地位との両立の可否をおよそ判定することができなくなるのである。行為支配説の親玉、本家本元総本山である Roxin は、正犯概念の指導原理として、正犯とは行為関連的事象の Zentragestalt のことである、とすることができる⁵⁶⁾、とするが、その下位基準を行為支配（支配犯）、特別義務（義務犯）、そして自手性（自手犯）に三分する⁵⁷⁾。つまり、Roxin においては Zentralgestalt は、行為支配の基準ではない。より上位の抽象的な指導形象であって、三分割するとともにそれぞれの下位基準を設定しなければ、正犯性の振り分け基準としては使えない観念である。行為支配の下位基準として Zentralgestalt を用いる諸見解が明確な基準もその価値的な判断の根拠も示すことができず、ほぼトートロジーに陥っているのは、この観念の源流に遡れば、半ば当然の仕儀であることが分かる⁵⁸⁾。理論構造上の位置づけをとなりに移してしまったのが間違いの元であった。

3) 寄与の価値的、量的差違

この Zentralgestalt・Randfigur 説が、単に不作為者が法益侵害について間接的な関係に立つことを言うにとどまるものでも、循環論法に過ぎないものでもないとすれば、その Zentral・Rand の語感によって、曖昧ながらも Tat が成り立つについての寄与の量的あるいは価値的差違を表現しようとしたものだとして理解するしかない。そうすると、我が国で、特に共同正犯と幫助の区別基準として主張される、重要な、あるいは主導的な役割を果たしたか否かによる区別⁵⁹⁾と同じだということになる⁶⁰⁾。語義の共通性からもそのように理解すべ

55) *Sering*, (Fußn. 17), S. 91 はこの点を自覚する。

56) *Roxin*, TuT, S. 29 ff.

57) *Roxin*, TuT, S. 373 ff., 392 ff., 495 ff.

58) *Kreuzberg*, (Fußn. 15), S. 26 Fußn. 2

59) 小林憲太郎『刑法総論 第2版』（2020年）334頁、西田典之・『刑法総論（第2版）』（2010年）350頁以下。橋本正博『刑法総論』（2015年）299頁、橋本正博・『行為支配論』と正犯理論』（2000年）、町野朔『刑法総論』（2019年）378頁、山中・前掲793頁および879頁。山口・総論341頁。

60) 尤も、こうなるともはや行為「支配」説とも呼ぶのも不適切とすら言える。↗

きであろう。

もちろん、このように読み替えたところで、価値的、量的な差違は、重要な、主導的な（まさに zentral な！）という感覚的な表現でしか捕捉されず、区別基準として、即ち、従犯の不法の上限を画する基準として十分には機能し得ないだけではなく、下限を画することもまたできないことには変わるところはない。加えて、ここでの問題関心に引きつけて言えば、重要でない、主導的でない、それほどでもない、周辺的な役割を果たすに過ぎない者に、例えば、法益の存続が具体的に依存している⁶¹⁾、あるいは結果原因の支配⁶²⁾がある、またあるいは、排他的支配⁶³⁾があるとは言い難い。重要・主導的といい、依存・支配といい、いずれも曖昧な幅のあるほんやりした概念であるが故に、それぞれの周縁部においては重なるところがあるという言い訳は可能ではあろうが、その部分を明確に摘示することはできない。特に保障人的地位を認めるにつき排他的支配を要求する見解は、作為者を阻止しない不作為者には行為支配がないという判断をする場合には、保障人的地位も同時に否定することになり、不作為による（保障義務違反の）従犯を肯定することができない⁶⁴⁾。従って、本稿に所謂一般基準単純適用説に立ちつつ、正犯基準を行為支配ないし重要な役割に求め、同時に保障人的地位に排他性、支配性を要求するという立場があるとすれば、そこでは、その三つのどれかがわずかにではあっても変更されていることになる。率直に言えば、少なくとも一般基準の変更を被らない単純適用であ

↘井田・現刑49号104頁は、Zentralgestalt・Randfigur 説を評して「不明確な情状の考慮により差違を設けようとするものであり」これを支持することはできない、とするが、井田自身、重要な役割説に依拠するのではなかったか？ 井田良『講義刑法学・総論（第2版）』480頁では、行為支配説の正犯性の基準は、「当該違法事実の実現について主導的役割を果たした者が正犯とされる。」と表現される。

61) 堀内・不作為犯論249頁以下、堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（2004年）267頁以下、松原・総論95頁。

62) 山口・小林／佐藤古稀22頁以下。

63) 西田・総論125頁以下。浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』（2019年）163頁は事実上の引き受けの低位規準として支配領域性を言う。

64) 排他的支配は行為支配を言い換えたものに過ぎないという鳥田・法教263号113頁、及び小林・総論73頁の批判は正鵠を得ている。

不作為による幫助（1）

るという主張の基盤は崩れている。その変更された形こそが最初からその一般基準なのであって、正確・精密に記述されていなかっただけであると言うのであれば、何をかいわんやである。

不真正不作為犯における従犯性の根拠を同じく「寄与」の違いから、しかし明確に義務の観点から説明するのが Jakobs である。Jakobs は、その所謂組織化管轄に基づく義務（安全確保義務、先行行為、事実上の引き受け）を負う者については（ついでのみ）、各関与形式の区別は作為犯における区別と同様に行われる、とする。作為犯におけると同様と言っても、不作為は、因果性の欠如故に行為支配的になされることも他人の犯行を促進することもできないから、不作為自体と特定の関与形式の作為とが対応するという訳ではなく、不作為の帰責根拠と作為の関与形式とが対応するのであるという。侵害的経過を不作為者の組織化領域に結びつける、侵害的経過についての責任分担分（Anteil）が、侵害的経過に対して相当の寄与（Beitrag）をなす作為と対応するのであって、例えば、一定の毒物を管理する保障人が、その毒物が殺人者の手に渡るに任せた場合、この不作為による委託（保管しない、取り戻さない）は、作為による譲渡と同等に扱われ、すなわち原則として幫助となるとする。危険な客体が第三者の手に届かないところにあること、あるいは危殆化された客体の安全が確保されることについて（ドアを施錠する、子供を保護する）のみ保障人である者が原則として幫助となる理由は、当該手段が入手可能であったことや安全確保措置の欠如が犯罪事実の形態を作為正犯者と同等に決定している（mitbestimmen）訳ではないことに求められる⁶⁵⁾。

65) AT, 29/101 ff. 作為犯との規範的対応・比類関係に基準を求める類いの考え方は MK⁴-Freund § 13 Rn. 269 ff.; Matt/Renzikowski/Haas, StGB² § 13 Rn. 130 にも示されている。我が国では齊藤彰子・理論刑法学の探究 8 号 44 頁、65 頁以下が特に Jakobs を引くことなくほぼ同じ考え方を示している。本文に紹介した幫助犯性の考え方の前提として Jakobs は、制度的管轄に基づく（積極的）義務と組織化管轄に基づく（消極的）義務を区別して、前者については作為者を阻止しない保障人も正犯となし、後者についてのみ正犯・幫助犯の区別があるとする。我が国で Jakobs のこの考え方を祖述するものとして Toyota, Ritsumeikan Law Review 2002, S. 43、平山・正犯原理 171 頁。この義務二分論については後述する（Ⅲ.1.）。

重要な役割説や Zentralgestalt 説においては、「重要」「中心」「主導」といった観念の内容が価値的、規範的なものなのか事実的なものなのか（おそらくは意図的に）ぼやかされていた。Jakobs 説にあっては、そこに謂う「寄与」の量が因果的なものではなく義務のレベルの量（Anteil）であることを明らかにしたことによって、判断を指導する要因としての機能は高まっているといえる。単に価値的というだけではさらなる基準の提示が要請されるし、事実的、因果的なものとするときは、明確な限界線は引けないからである。とはいえ、そこでは関与形式を判定する以前に義務内容が先決されて（幫助なら危険源監視義務であること）おり、下手をするとやはり同語反復に陥りかねない（危険源監視義務違反しかないときは幫助）。そうした義務内容が幫助を基礎づけるか否かを決するのが対応する作為が幫助にとどまるか否かであるとされているからである。これでは、上述の対応条項に依拠する見解に回帰してしまっていると評せざるを得ない⁶⁶⁾。加えて、行為形態の決定への影響の程度という観点も、これを義務の次元に還元するとすれば、犯罪防止義務しかない場合には従犯であるとする見解に行き着くことになる。Jakobs 説の功績は、重要な役割説も Zentralgestalt 説も対応条項説も、結局は義務の種類による正犯・共犯の区別に行き着くことを明らかにした点にあるとしか言えない⁶⁷⁾。

66) 尤も、幫助の義務違反は正犯の実行の着手以前は Obliegenheit の違反に過ぎないという形で、正犯・幫助の違いを説明する別の視点も示されてはいる（*Jakobs, Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 19）。この Obliegenheit の意味するところは今ひとつ明らかではないが、結局は従属性の謂いに過ぎないとも理解できる。Obliegenheit とは、元来民事法上の概念で、本来の権利義務関係とは別に生じる義務（債権債務関係の執行に協力する義務、損害を可能的最小化すべき被害者の義務、保険法上の告知義務等）でその違反には法的に不利益な取り扱いが予定されるものを言う模様である。これを共犯の文脈に移して考えると、従属性を言うに過ぎないもののようにも理解できるのである。区別の基準ではなく結論である。

67) Jakobs は、作為、不作為の現象類型的区別に刑法上の意味を認めないから、Jakobs 説は、結局、作為、不作為に共通して義務内容で幫助か正犯かが決定されるとするものと理解すべきであろう。Jakobs 説における作為と不作為の関係および「積極的義務」「消極的義務」について詳しくは、*Jakobs, AT 7/58, 28/14; ders., Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, S. 30; *ders., Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, S. 21 f. 我が国での紹介として山

4) 犯行困難化の懈怠と正犯行為の積極的促進との対応

作為犯と不真正不作為犯の対応関係、等価値性の要請から、作為犯における正犯・共犯関係は、不作為犯にもそのまま反映されるとする見解の中には、作為による幫助が正犯の犯行を容易にすることを内容とするのであるから、その不作為犯における鏡像は正犯の犯行を困難にしないことであるとするものがある⁶⁸⁾。例えば *Ranft* は、窃盜犯にはしごを貸す者とたまたま発見した窃盜犯のはしごをそれと知りながら除去しない者は同等であるとする⁶⁹⁾。我が国では、重要な役割説を前提に役割の重要性は「そうしていれば、犯罪の遂行にとってどのくらい大きな障害となったであろうか」というかたちで判断される⁷⁰⁾とする見解が、この学説群に属する。

この説明の仕方は、正犯ではないことから説き起こす方法とは異なり、「正犯の行為を容易にすること」という「幫助」という言葉自体が表現している特性からアプローチすることによって、従犯の不法の下限を示すものであると言える。そのことによって正犯者の不阻止の可罰性問題について不可罰という選択肢を排除し、あるいは不作為の従犯を不可罰的不阻止と限界づけることができる点で、単純な対応説や重要な役割説よりは優れている⁷¹⁾。

しかし、まず、「容易にした」／「困難にできなかった」という鏡像関係を想定することに疑問がある。従犯にも因果性が必要であるという前提に立つ場合、「容易にした」というのは、必ずしも「促進」関係即ち、結果発生 of 早期化ま

↘下裕樹・関法67巻5号83頁以下。

68) *Bachmann/Eichinger*, JA 2011, 509, 511; *Matt/Renzikowski/Haas* StGB² § 27 Rn. 30; *Kühl* AT, S. 873; *Murmann*, AT, 2019, § 29 Rn. 100; *Ranft*, ZStW 97, 284; *Ransiek*, JuS 2010, 678, 681; SK⁷-*Rudolphi*, Vor § 13 Rn. 16.; 古くは *Kohlrausch/Lange*, StGB⁴², 1959, § 49 S. 179.

69) *Ranft*, a.a.O.

70) 小林・判時2249号（2015年）8頁。同所には、因果関係の判定も同様になされる旨の記述もある。何言ってるのかちよと分からないが、後述する幫助犯特有の促進的因果関係を意識した言明であろう。

71) この考え方は、困難化を結果回避の容易性に変換するときは因果性による区別論にも、正犯の犯行を困難にする義務しかないと理解するときは、義務内容による区別論にもつながる。

では意味しないまでも、つまり事前的に観察しても、正犯の行為によって高められた法益侵害の危険性の程度を基準として、幫助行為による危険の追加があったという判断である。幫助行為によって事態が法益にとってネガティブな方向に進行せしめられている。これに対して困難にしなかったという判断は、正犯の行為によって高められた危険の程度を基準とすると、それを下げる作為をしなかったということであるから、つまり正犯者の造り出した危険が維持されただけのことであって、法益侵害の切迫性の程度は全く影響を受けていない。これが、作為犯における幫助の寄与と同価値な不作為的寄与であると言うことには無理がある⁷²⁾。法益侵害に向かう自然の因果経過に介入しない不作為単独犯も、命じられた作為を行っていれば経過の形態を変更することはできたが結果回避はできなかったという場合にはせいぜい未遂犯にしかならないはずである。幫助の未遂は不可罰である。「容易化」＝「困難化の懈怠」という対応関係を立てる場合は、従犯を抽象的（危殆化結果すら必要としない）危険犯と看做していることになる。

次に、「困難」というのは程度のある概念であるから、阻止の作為があれば「どのくらい大きな障害となったか」が問題だとする表現に端的に表れているように、「重要な役割」や「Zentralgestalt」と同様に正犯との限界付け、即ち従犯不法の上限の問題には悩むことになるし、下限についてもわずかに困難にただけで足りるのか、それともある程度困難にしなければならないのかも明かではない。そして、作為があれば困難化しと言うためには具体的にどのような状況であったことが必要かの判定はデジタルにはなされ得ない。困難にしなかったと回避しなかったの間には無限のグラデーションが想定できるから、必要な仮定的困難化の判定は恐ろしく困難化する⁷³⁾。

72) 同旨曾根・現刑65号73頁。LK¹³-Weigend, § 13 Rn. 96.

73) 小林・判時2249号9頁は、親分が電話一本で子分の犯行を断念させることができたのにしなかった場合、親分は正犯となるとするが、困難であろうと容易であろうと断念させることが「できた」と断定できたのであれば、当然であろう。その不作為は、子分の行為、ひいては結果発生 of c.s.q.n. である。問題は、電話を一本入れたと仮定した場合、断念させることがそもそも「できた」のか、できなかったが

不作為による幫助（1）

そして、ここでの問題関心にとって決定的なことは、この考え方についてもやはり、そのような理由で従犯であるとする、あるいは従犯となる余地を認めるとしても、その「幫助者」は保障人でもあり得るのか、という問題である。この考え方において従犯の不法の下限を画する状態は、作為があっても正犯の行為を阻止はできなかったが困難にすることはできたという状態である。結論的に言えば、他人の行為を困難にする作為義務というものはあり得ないであろう。ドイツ刑法典13条が作為義務を結果回避義務であると明示的に規定しているので、少なくともドイツでは、このような理論構成は不可能である。ドイツにおける議論では、この13条に関連して、結果帰属についての挙証責任が転換されてしまう、類推禁止に抵触する、13条の予定する結果不法を捉えていない等、様々な表現で本説に対する批判が提起されている⁷⁴⁾。ドイツ刑法典13条に対応する規定を持たない我が国の刑法下においても、結果不発生以外の何事かを保障すべき地位というものを構想するのは困難であると思われる⁷⁵⁾。

また、仮に正犯行為を難しくする可能性だけで十分だとすると、作為義務者は、正犯行為をおよそ阻止できない場合にも、つまり無駄な作為に出なければならないことになる⁷⁶⁾。これは行動の自由の過剰な制限となろう。

↘躊躇はさせたのかにある。加えて、その仮定的躊躇についても、長時間悩んだといった事情が必要なのか、少しは気に掛かったであろうと言える程度でよいのか、を決しなければならない。加えて、電話であろうと手紙であろうと呼びつけて対面で申し渡そうと LINE であろうと、子分の決意が固ければこれに与える影響は小さい（障害となる程度は小さい）し、極端な忠誠心を持った子分であれば影響は大きい（大きな障害となる）。入手可能な阻止手段を執る容易性は、困難化の程度とはリニアには対応・連動しない。

74) 困難化のみを内容とする義務は想定できないとするのは LK¹³-Weigend, § 13 Rn. 91. 13条違反を言うものとして *Schünemann*, StV 1985, 232; *Sering* (FuBn. 17), S. 135.

75) 曾根・現刑65号73頁は、「困難にせよ、障害となる作為にでよという命令規範は、従犯としての処罰を基礎づけるほどの法的意味も持ち得ないと思われる。」とする。詳しくは、義務内容による区別説に対する批判に際して、論証する。

76) *Schmidhäuser*, AT 13/15, *Roxin*, Strafrecht AT II, 2002, § 31 VII Rn. 169. *Armin Kaufmann*, (FuBn. 15), S. 293 は、保障人には、保護法益の侵害を阻止することが求められるのであって、「無駄な行為によって善き意思を示すこと」が求められる訳ではない、とする。*Grünwald*, GA 1959, 118 f. も。我が国では、嶋

4. 仮定的促進的因果関係

1) 弱い因果性

我が国において作為者の犯行を阻止しない保障人の罪責として原則として従犯となる、あるいは従犯となる場合があることを認める論者には、その保障人の従犯性を従犯に特有の因果関係によって根拠づけようとする者が多い。その最もプリミティブな形態は、不作為関与の弱い因果性を言うものである。不作為による関与は、「結果発生と間接的な因果関係を持つにとどまり、原因力も弱く、従たる役割を果たして」、正犯の実行を容易にしたに過ぎないから従犯である、などと表現される⁷⁷⁾。

もちろん、この命題は、作為正犯者を阻止しない保障人は正犯か従犯かという問題については、ほぼ何も言っていないに等しい。間接性については上述した通りであるし、「従たる役割」とはまさに従犯であるという判断の結論であって根拠ではない。不作為として「原因力が弱い」ことも、既に作為義務違反を以て補償されていることが前提である⁷⁸⁾。幫助として「原因力が弱い」というのは間接性の別表現に過ぎない。

↘矢・注釈刑法第一巻932頁も「結果回避が不可能な作為を強いる」ことには問題があるとする。同旨、齋藤彰子・理論刑法学の探究 8号61頁。これに対して *Otto, JuS* 2017, 295 は、行為困難化の不作為というのは我が子を殺害しようとする犯人を銃撃することはそれが可能であるかぎり仮令命中しない可能性があっても父親には義務づけられるという意味であるとする。MK⁴-*Freund*, § 13 Rn. 279 が、「行為困難化の不作為だけでは、不作為幫助を認めるには足りない。なぜなら、幫助の可罰性に必要な義務の違反は、それが正犯行為阻止のチャンスを開いてすらいない場合は、もはや正当な法益保護関心を持って根拠付けられ得ないからである」とするのも同趣旨か。また、*Jakobs, AT* 29/102a は障害の除去も正犯に帰属される以上、正犯者が除去できる障害を設置することも「無駄」な作為とはならず、「有効」であるとする。同旨、*Ranft, ZStW* 97 (1985), 288; *Vogel, (FuBn. 17), S. 292*. これらの論者のように幫助は結果との因果関係を必要としないという前提に立つ場合は、そもそも幫助は一般に「有効」であったことを要しないから、これは開き直りというものであろう。尤も内在的矛盾はない。

77) 内藤・総論下Ⅱ1445頁、内田文昭『刑法概要 中巻〔犯罪論(2)〕』(1999年) 506頁、曾根・神山古稀411頁。

78) 齋藤彰子・刑法判例百選第5版167頁、小林・判時2249号8頁。

不作為による幫助（１）

不作為による幫助は、「緩和された因果関係」で足りるとする論者⁷⁹⁾もこのカテゴリに分類してよいであろう。その言わんとするところは、結果回避可能性は必要だが「ほぼ確実」である必要はないということである。小さな結果回避可能性で足りると表現されることもある⁸⁰⁾。この考え方は、後述する、幫助の促進的因果関係を作為があれば結果発生が困難になった可能性がある場合と理解する見解に対する反対⁸¹⁾を意識したものであろうが、因果関係の証明方法に関わるものに過ぎない。どのような証明で足りるとしようとも、不作為が結果発生、即ち要請された作為が結果回避の c.s.q.n. であることが証明されたとする以上、これを正犯としてはならない理由の説明が別途必要となる。結果回避が確実であったか、その可能性があったか、困難になった可能性があるかという違いを実体要件とすることも不可能ではないが、そうであってもそれが従犯の最少要件として十分であるとする理由づけが必要となろう。これらの見解は、結果回避が確実でない場合は正犯ではないという結論の主張にとどまる。

2) 仮定的因果関係×促進的因果関係

不作為結果犯（不真正不作為犯）の因果関係は仮定的因果関係であるとされる。他方、幫助の因果関係は促進的因果関係であるとするのが現在の我が国の多数説であろう⁸²⁾。従って、一般基準単純適用説によるときは、不作為による

79) 林・齋藤古稀322頁。

80) 濱田・法政論究104号198頁。

81) 濱田・法政論究104号201頁、208頁は、結果回避の可能性がなければ促進的因果関係も否定されるが、その可能性は小さくてもよく、回避が確実であったことまでは必要ないとする。他方、要請された作為が結果発生を困難にした可能性があるだけで幫助を認めると、幫助の因果関係の基準を作為犯と不作為犯とで変更することになり不当であるとする。

82) 平野龍一『刑法 総論Ⅱ』（1975年）381頁、堀内・総論267頁以下、前田・総論386頁、西田・法セ322号22頁、内田文昭・判タ717号38頁、前田・法セ433号105頁、林幹人・法教137号32頁他。「促進」と表現するとしても、あくまでも具体的結果の形態が不良変更されたこととの因果関係であることを強調する見解として山中敬一『刑法総論〔第3版〕』（2015年）983頁、高橋・総論498頁、曾根成彦『刑法総論〔第4版〕』（2008年）263頁、松原・総論438頁以下。

幫助の因果関係は、「仮定的促進的因果関係」であることになる。この字面を見ただけで既に、不作為による幫助の処罰根拠は、事實的、因果的実体からかなり離れた、幽体離脱したかの如き、一種の觀念に過ぎないという印象は否めない。つまり、不作為による幫助の事實的、因果的処罰根拠を特定するについては大変な困難があると推測される。にも拘わらず、この困難な課題に挑み続ける一群の勇者達がいた。

因果的共犯論を前提とすれば、従犯の処罰根拠は、正犯の行為を通じて法益侵害に原因を与えたことにある。法益侵害につき因果関係があるという点では正犯も共通である。従犯とは正犯の行為を幫助した者、即ち正犯の行為を容易にしたものである。従って、従犯の因果関係は容易化的、促進的因果関係である。不作為犯においても不作為によって正犯の犯行を容易にしたことが従犯の実質である。不真正不作為犯の因果関係は、当該義務違反的不作為がなかったならば、即ち作為義務の命ずる作為がなされていたならば、結果は発生しなかったであろうという仮定的な判断によって探知されなければならない。不作為による従犯においては、命じられた作為がなされていたならば、結果発生が困難になっていたであろうと言える。これがおそらく、作為正犯の保障人による不阻止の事例において従犯（のみ）を認める立場の中の多数派の論理であろう⁸³⁾。正犯との対比で言えば、確実に結果を回避できたであろう場合は正犯、困難にした可能性がある場合は従犯とされることになる⁸⁴⁾。ここで、

83) 大塚裕史・西田、山口、佐伯編『刑法判例百選I 総論第6版』（2008年）173頁、神山・不作為を巡る共犯論12頁、49頁、193頁、451頁、西田・神山古稀439頁、440頁等。齋野彦弥『基本講義 刑法総論』（2007年）307頁は、『「不作為による共犯」の解決の鍵は、『不作為の因果性』と『共犯の因果性』という二重の因果性をどのように調整するかにかかっている。』とする。何気に達見であろう。たしかに、この議論の一方の極には、従犯の因果性をほぼ放棄する見解（従犯危殆化犯説ないし困難化説）が、他方の極には不真正不作為犯の因果性をほぼ全面放棄する見解（義務犯説）がある。Baier, JA 2004, 355 は、ドイツ判例は幫助の正犯行為への因果性を要求しない一方で仮定的因果性の要素は不作為に内在するものであるとするから困難に直面すると言う。

84) 神山・不作為を巡る共犯論463頁、現刑53号49頁、西田・神山古稀439頁、440頁、橋爪・法教422号92頁、鈴木・総論250頁。松宮・総論292頁も、「作為をしていた」

不作為による幫助（1）

既に検討した正犯行為困難化の不作為論との合流が果たされる。つまりその点で同じ困難に直面し、挫折することになる⁸⁵⁾。

本説の主唱者と目される論者は、共犯論、不作為犯論の一般的ルールの無修正適用を標榜するが、その実、作為幫助と不作為幫助とで因果関係の基準を変えている。本説においては、作為幫助がなければ結果発生は遅れたであろう、あるいは結果の規模が実際よりも小さかったであろうという判断は、不作為犯においては、当該不作為幫助がなければ、即ち命じられた作為があれば「結果発生が困難になった可能性がある」という形を取ることになるとされている。前者は条件関係の判断に際して結果の記述を具体化すること（当該行為がなければ、現に生じた時間、規模、形態の結果は生じなかったか）を表現しているに過ぎず、結果回避の可能性が確実にあったことの合理的な疑いを容れない程度の、確実性に境を接する蓋然性を以てする証明が不要であることまでを意味するわけではない⁸⁶⁾。ところが後者では、「『確実に』結果を回避できたという事実関係を必要と」しないという修正が忍び込まれている⁸⁷⁾。この重大な変更は、作為犯における判断を不作為犯に反転すれば直ちに生じる論理的なものであるとは言えない。換言すれば、幫助にも因果関係が必要であるとする（つまり、危殆化犯であるとは見ない）以上、作為、不作為を問わず、結果回避の確実な可能性は必要であるし、この可能性があればただちに正犯というわけでもない⁸⁸⁾。

「ら犯行が困難になっていたであろう」という関係で足りるとするが、「であろう」が仮定的判断であることの表現なのか、確実に困難になっていたと言える必要はないという意味なのかは判然としない。前者だと理解したい。

85) 例えば、「困難化」が程度のある概念であるが故の限界づけの困難。本説につきこれを指摘するものとして西岡・法学75巻6号151頁。要するにドイツにおいて不作為幫助としての処罰には正犯の犯行困難化の懈怠で足りるかという形で議論されている事柄が我が国では結果回避可能性の程度の問題として語られているということに過ぎない。

86) 山中・関法58巻4号20頁は、正犯と幫助とで因果関係に程度の差があるわけではなく、「幫助においては、具体的な正犯結果の修正の程度が問われるが故に因果関係の有無の判断が実際上困難であるというにすぎない。」とする。

87) 西田・神山古稀439頁。

88) 既にこの点を指摘するのは、松原・法セ680号136頁、松原・総論502頁、佐ノ

但し、「困難化」の意味をいま少し精密に定義すれば、この点は本説にとって致命傷とまでは言えなくなる余地はある。結果回避の困難化（正犯行為の容易化）は、結果犯においては主として結果発生の遅延によって認定することになる。殺人罪について言えば、死期の遅延である。人はいずれ死ぬので、殺人罪の構成要件の結果は死期を早めたことである。従って、作為があれば死期が遅延した可能性があったということは不作為によって殺人罪の構成要件の結果を発生させたことと等値である。つまり、困難化が結果の遅延のみを意味するのであるとすれば、命じられた作為がなされたと仮定したとき結果発生が困難化した（但し、確実な）可能性があるとの証明は、まさに結果回避が確実であったことの証明であると言えることができる。困難化の可能性で足りると言っても、不作為幫助の因果関係を正犯のそれと内容的に違えていることにはならない⁸⁹⁾。残るはどの程度の可能的遅延（現実的早期化）の幅を以て「人を殺した」にあたるとするかだけである⁹⁰⁾。もちろん、この場合は、不作為幫助の従犯性は因果関係以外の要素によって根拠づけられなければならないし、如何なる犯罪類型についても同様であるとも言えない⁹¹⁾。

逆に結果回避と困難化を別様に理解する方が問題は大きくなる。殺人罪における不作為正犯の因果関係即ち結果回避の可能性は、命じられた作為があれば

↘伯・楽しみ方433頁、濱田・法政論究104号208頁。

89) 山中・関法58巻4号20頁は、本文と同旨の指摘から、「これが幫助犯に特有の因果関係であるとされるのであれば、賛成し難い。」と結論する。齋藤彰子・理論刑法学の探究8号58頁は、困難化を問題とすること自体は幫助の危殆化犯化を意味せず、困難化の可能性で足りるとすることの方が問題であるとする。「困難化の不作為」を作為があれば結果発生の遅延の可能性があると規定するときはそのとおりであるが、通常は結果発生の遅延の可能性（蓋然性）を要しないという意味で「困難化」が言われているものと思われる。さもなければ「結果の仮定的惹起（遅延の可能性）ではなく正犯行為の困難化である」という命題は特別な意味を持たない。結果の具体的形態を変更したこととの因果関係を要しない犯罪は危殆化犯であろう。

90) 島田・立教65号296頁。

91) 島田・前掲同所は、財産犯や社会法益に対する罪、自由に対する罪については一時的な困難化の可能性を以て回避の可能性とすることはできないことが多いであろうとする。

死期が遅延したという意味だとすると、既にその判定だけでもかなり難しい。これに加えて、正犯とできるほどは遅延しなかったが僅かに遅延したであろうとは言え、且つそれが法的に無意味な遅延ではなく従犯とするには足りる程度の遅延であるという極めて微妙な判定が実践的に可能とは思えない⁹²⁾。

結果回避と困難化を同じ意味に理解しない場合、あるいはそう理解することができない事例群（犯罪類型）については、この間の差違は、正犯と幫助の区別に対応するものではなく、未遂と既遂の違いであろう。即ち、結果回避はできなかったが遅延させることはできたということは、結果との因果関係が合理的な疑いを容れない程度には証明できないという意味に過ぎない⁹³⁾。作為義務の履行があったとしても結果が発生したと言える以上、結果帰属はできず未遂にとどまり、保障人的地位があつて、一定の行為者にとって可能な作為が命じられているにも拘わらず、不作為にとどまった以上、未遂を認めることはできる⁹⁴⁾。未遂であることを理由とする減弱された不法内容を従犯不法の内容と言い換えてしまったところに、困難化・促進因果関係説の構造的な難点がある。本説もまた、従犯を一種の危殆化犯にしてしまう議論であると評することができる。

我が国において困難にした可能性で足りるとする学説は、その実質においてドイツの正犯行為困難化懈怠論と同一である。後者においては従犯の行為無価

92) Grünwald, GA 1959, S. 111. Sering, (FuBn. 17), S. 96 は、そこから、自説である正犯の動機過程への影響の大小で決定するという基準の優位を説くが、判定困難なのは同じであろう。齋野・総論307頁は、「不作為幫助、不作為共同正犯、不作為単独正犯のいずれであるかを結果回避可能性で区別することは不可能なのである。」とする。結果回避の可能性は全ての不作為犯の要件であるから、これを正犯性の根拠、基準、あるいは正犯・共犯の区別基準とすることはできないという指摘は、Rengier, AT § 51 Rn. 20. を始めとして、ドイツの教科書類においても普通に見られるものである。

93) 濱田・法政論究104号198頁の結果回避の可能性は必要だが可能性が小さくてもよいという命題は、特にそのように理解できる。Armin Kaufmann, (FuBn. 15), S. 293 は、保障人の介入が正犯行為の既遂を阻止できたであろうことが確実性に境を接する蓋然性を以て証明されないだけであつて、保障人は、正犯行為を困難にしなかったのではなく、阻止を企図する (versuchen) ことを怠つたに過ぎない、とする。

94) Sering, (FuBn. 17), S. 135.

値が主として問題とされ、因果性が語られることはあまりない。しかも、従犯を危殆化犯類似のものと構成する見解も少なくない。これに対して我が国で主として因果関係の問題として論じられているのは、その一部の論者にとって平野龍一の推した因果的共犯論の建前を崩すことは許されないタブーだからであると推測される。しかし、従犯であり且つ不作為犯であるとしても、結果との条件関係（の証明）すら要件としないことで既に、その建前ですらほぼ崩壊している。

「促進」という言葉は二義的である。「結果を早めた」という意味も「行為を加速した」という意味も持ちうる。どちらかと言えば前者の含みが強いが、後者でも加速したというためには、結果が早まったことが加速の一番の徴表である。この用語に依っている限り、従犯の「促進的」因果関係も法益侵害結果との因果関係を意味することになる。これを不作為犯において反転する場合、「遅延させなかった」となるはずだが、この語が用いられることは殆どない。「困難化しなかった」が使われることが多い。ここにトリックが仕込まれているのである。この両義的な「促進」を作為犯においては「実行行為の促進ではなく」結果の促進、即ち早期化であると定義しておきながら⁹⁵⁾、不作為犯における条件関係の記述に反転する際に「困難化しなかった」とすることによって、「確実な結果回避可能性は不要である」につなげているのである。それも巧妙に「結果発生を『困難にした可能性がある』」という表現によって、結果との因果関係であるかのように装っている⁹⁶⁾。結果発生の早期化であれば、そこで（少なくとも結果犯においては）正犯と共犯とを区別することはできない。そのような結論を回避するために「困難にしなかった」という語が用いられているのである。たしかに従犯とは「正犯を幫助した者」であり、幫助＝助けるとは容易にすることである。これを反転すれば「困難にしなかった」になる。それはそれで一つの可能な解釈であるが、その場合には、従犯を危殆化犯的に理

95) あるいはここで既に「幫助行為と正犯行為・結果との間」の因果性という表現（西田・総論342頁）で曖昧にしておいて。

96) 西田・神山古稀439頁

不作為による幫助（1）

解することとなり、結果不法の帰属という側面は背後に退くことになる。「遅延させる」ではなく「困難にする」という語を用いることによって、結果は変更されていなくてもよいという余地を残しながら、「結果発生」の困難化とすることで正犯行為（のみ）が促進の対象である（場合もある）ことを隠蔽する、このような説明は、少なくとも廉直とは言えない。

3) 結果発生を促進しない義務

以上のように、不作為幫助の因果関係を正犯行為の困難化、結果発生が遅延の可能性で認めることはかろうじて承認できなくもないが、その場合、作為義務の内容として命じられる行為は、正犯行為の困難化、結果発生が遅延にとどまり、正犯行為の阻止、結果の回避は求められないことになる。既に困難化説について述べたように、そのような義務を構想することは不可能である。法は不可能を要求しないだけでなく、無駄足もまた要求しないであろう。

この点と関連して、作為者との共犯である以上作為義務違反は不要であり、従犯の成立を認めることはできるとする見解がある⁹⁷⁾。作為者との共犯である以上、作為の違法性が連带的に作用するというのである。この考え方は、作為者と不作為者との共犯であることを前提としているが、この前提が既に成り立たない。作為正犯者がいることは良いとして、その傍には居たがただ何もしなかった者を「共犯」と認定することはできない。この者が正犯の行為になんらかの意味で「関与した」ことは確認されなければならないはずであるが、そのためには少なくとも正犯の行為を促進したこと、この文脈では正犯を止めなかった（止めようとしなかった）ことが必要である。そして「止めなかった」という判断には、「止めるべきであった」という規範的評価が先行する。作為義務があったこと、そしてその内容を確認せずしては「不作為があった」ことすら確認できないのである。

反対の極において、正犯ではないという意味で困難化義務の内容を規定することもまた難しい。不作為幫助の例として好んで挙げられる、作為正犯者による危険物の犯行手段としての持ち出しを止めなかった危険物管理義務者の事例

97) 町野・三井古稀308頁

においては、その危険物がなければ犯行が行われなかった可能性が高く、この不作為は正犯者の行為にとって *conditio sine qua non* である⁹⁸⁾。このような場合を不作為従犯とするためには、作為義務でも因果関係でもない別の原理、例えば遡及禁止によって正犯性を否定しなければならない⁹⁹⁾。

4) 危険増加

不作為幫助の因果性は困難化の可能性¹⁰⁰⁾で足りるとする見解は、上述のように正犯未遂の不法を従犯の不法に読み替えていることになり、従犯の危殆化犯化に至る。この点を正面から認めて、事前的には結果不発生の可能性を生じる作為が要請されたが、事後的にはその作為は結果不発生に導かなかった場合は、正犯の未遂と並んで幫助の既遂が成立するとする見解がある¹⁰¹⁾。Freundは、大意次のように言う。第三者によって自らの子の生命が脅かされている状況を放置する親の例において、その状況に特定の方法で介入して生命を救助す

98) 「その危険物によって生じた結果」との関係では確実にそう言える。結果を、即ち例えば「持ち出された毒物による中毒死」と記述すればである。

99) 島田・立教65号243頁は、持ち出しを黙認した日本刀で管理者の面前で行われた殺人を阻止しない場合は殺人幫助であるとするが、作為義務自体は正犯と変わらず、ただ遡及禁止の考慮によって幫助となるという理論構成を採る。

100) 具体的結果規定の下での回避可能性の別表現ではない場合。*Rengier*, AT § 51 Rn. 20 f. が、正犯共犯の区別基準として保障人が作為者を阻止することがどの程度容易であったか、どの程度困難であったかによって決まるとするのは、危険増加説への過渡的形態と評価できるかも知れない。阻止が困難であったとは、命じられた作為があれば作為者に影響を与えたが結果を変更するには至らなかったこと、すなわち作為正犯行為を困難にしなかったにとどまることの、容易であったとは結果を回避し得たであろうと言えることをそれぞれ裏面から表現したものと読むこともできるからである。

101) MK⁴-Freund, § 13 Rn. 277 f.; 我が国では、林・齋藤古稀320頁が、従犯の場合、「緩和された因果関係」で足り、不作為従犯の義務は「他人が犯罪を行う危険を減少させる行為を行う義務」であるとするのはかなり近い見解と言えよう。作為幫助について危険増加で足りるとする見解として、*Kretschmer*, Jura 2008, 265, 269; *BeckOK-Kudlich*, § 27 Rn. 6; *Murmann*, JuS 1999, 548; *Otto*, JuS 1982, 557, 562; *Schaffstein*, FS-Honig, S. 169. 我が国では、従犯を抽象的危険犯であるとする野村稔『刑法総論 補訂版』(成文堂1998年)424頁がこれに対応するであろう。また正犯行為(実行行為)を促進すれば足りるとする見解は古くからある。最近では、日高義博『刑法総論』(2015年)503頁。

不作為による幫助（１）

ることが事前的には可能に見えたが、事後的には成功しない疑いがあった場合、正犯の既遂による処罰は不可能である。事前的には成功の見込みがあったことで正犯としての殺害の態度不法は認められるが、これだけでは正犯の未遂でしかない。しかし、このような場合、正犯未遂とならんで、（既遂の）不作為幫助が成立する。介入が正犯行為の阻止に一定のチャンスを提供したであろうと言えれば、幫助犯の結果（強調筆者）としては充分だからである。作為の場合でも原則として正犯行為の失敗の確率を下げたことで充分である。阻止の確率の低下にも同じことが当てはまる。Kudlich はより明確に、幫助は危険増加で足り、正犯とは異なり危険実現は不要であるとする。危険増加自体が幫助者にとって結果（正犯にとっては中間結果）なのであるという¹⁰²⁾。

幫助の処罰根拠を事前的な犯罪実現確率の上昇に求め、結果自体が変更を受けたことを要しない（結果が変更された場合は正犯）とするなら、この論理は成立する。幫助が危殆化犯であることを認めるのであれば、共犯論内部においては、そのことに対する外在的批判しかできないであろう。しかし、不作為犯論としては、このように事前の救助チャンスを開く義務があるということが、作為義務は結果回避義務であるという前提に適合し得るのか疑問なしとしな¹⁰³⁾。幫助の既遂と正犯の未遂を認めるということは、幫助の構成要件は正

102) Kudlich, in: Hilgendorf, Kudlich, Varerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts Bd. 3, 2021, S. 369; Otto, Jus 2017, 295. 正犯行為困難化論をカッコよく言い直しただけという評価も可能かも。Jakobs, AT 29/102a; Ranft, ZStW 97 (1985), 288; Vogel, (FuBn. 17), S. 292 f. も危険増加ないし危殆化を明言する訳ではないが、困難化の不作為で足り且つ結果との因果関係を要しないとする限度で共通する。

103) Sering, (FuBn. 17), S. 134 f. は、この考え方を、特定の行為態様の規定もなく、特殊な正犯基準、あるいは構成要件の基準によって特徴づけられていない幫助の要件である因果性が危険減殺の不作為で既に認められるとすることは、結果帰責の体系を不作為の領域において根底から覆すことになることと批判する。加えて、危険減殺の不作為すなわち危険増加であるが、作為犯における危険増加は因果性の補充要件にすぎないのに対して、不作為犯では因果性の代替要件になってしまうとする。齋藤彰子・理論刑法学の探求 8号61頁は、「不作為幫助犯の成立を認めるためには、法益侵害結果の発生の阻止そのものを内容とする義務に反したことを要する」と解する必然性はなく、「作為正犯者の犯罪の遂行ないしは結果惹起に刑法上意味のある変更を生じさせる義務」を肯定し、その違反を幫助とすることは因果的共犯論に

犯の構成要件をその内部に含まない、あるいは正犯の構成要件を拡張したものではないということの意味するから、幫助の処罰根拠は、危険創出（救助のチャンスの不創出）を要件としていても、正犯の構成要件の結果とは全く切り離されたものだということになる¹⁰⁴⁾。なお、幫助の既遂と共に正犯の未遂が成立した場合、法条競合となるが、我が国では任意的減軽である正犯の未遂の方が必要的減軽を受ける従犯より重く、結局、従犯は成立しないことになる。ドイツでは、未遂、幫助の必要的減軽と不作為犯の任意的減軽が競合するので話はややこしい。

序でながら Kudlich は、不作為幫助を危険増加で認める場合、不作為による心理的幫助は原則としてあり得ないとする。結果発生危険を減少させる義務は、物理的因果ファクターに影響を与える可能性を前提とするのであって、心理的幫助なら幫助者からのコミュニケーション行為を要することになるが、不作為ではコミュニケーションの発信は不可能であって、正犯者若しくは第三

↘矛盾するものではない、とする。「結果惹起に刑法上意味のある変更を生じさせる義務」であれば結果回避義務である。本文に記した「結果発生を遅延させる義務」である。問題は「作為正犯者による犯罪の遂行」のみに変更を生じさせる義務である。両者は全く異なる。「ないし」は（レ）トリックというものであろう。作為犯の場合でも、正犯者の行為は変更したが結果は変わらなかったという場合（作為の場合はたいてい少しは変わるであろうが）に幫助犯の成立を認めることは因果的共犯論の前提に背馳する。Kudlich や Freund のように危険増加ないし救助チャンス創出の懈怠が危殆化結果であるとするのであれば、辛うじて「因果的」考察と言えるかも知れないが、これを回避する義務の違反を不真正不作為犯の要件である結果回避義務違反と呼ぶことは困難である。

104) *Murmann*, FS-Beulke, 2015 S. 190 ff.; *ders.*, Grundkurs Strafrecht, 6. Aufl. 2021, § 29 Rn. 99 は、作為義務の保護目的が結果回避にあるときは正犯、危険減殺にあるときは幫助であるとする。やはり幫助の処罰根拠は正犯結果とは切り離されている。このような解釈がドイツ刑法13条の「結果の回避を怠った」という明文に反しえないと言えるかは疑問である。なお、島田・立教65号297頁は、作為幫助の「促進」は危険の増大であって、不作為の場合に正犯の犯行阻止可能性で足りるとすることは、作為における危険の増大の対応項であるとする類似の考え方を表明している。しかし、そこでは命じられた作為が阻止可能性を高めたであろうと言える状態が「継続して結果へ至った」ことが追加要件とされる。鎮目・法教474号94頁も「事前的な結果回避の蓋然性」が必要であるとするが、同趣旨であろう。

不作為による幫助（1）

者から一方的にそのように解釈されるに過ぎないからであるという。但し、態度の解釈による発信（konkudente Erklärung）はあり得るので、ただ行為現場に臨場したというだけでも作為による幫助となる場合はあると言う¹⁰⁵⁾。

心理的幫助の因果性は、作為の場合でも証明困難であることが夙に指摘されており¹⁰⁶⁾、不作為による心理的幫助はないという結論には説得力がないというわけではない。しかし、konkulent な心理的幫助を認めることは裏口から不作為幫助を認めているのと同じであり、この場合の幫助の義務違反は、これを作為義務と呼ぶと不作為義務と呼ぶとに拘わらず、正犯行為の構成要件の結果とは切り離されているのであるから、正犯者に勇気づけ、奨励、支援と解釈されないようにしろ、という内容に尽きる。このような法的義務があり、且つその違反に刑罰というサンクションを以て臨むべし、とは考えられない。

以上に見たように、不作為犯における正犯・従犯の区別を、間接性・従属性あるいは、因果性を中心とした事實的、實質的寄与の大小で決しようとする諸見解はいずれも、（少なくとも）結果回避義務としての作為義務との整合性を十分に説明することはできない¹⁰⁷⁾。義務の点を「度外視して結果発生に対する實質的寄与の大小に腐心する」といったことはいわば樹によって魚を求める類

105) *Kudlich* in: *Handbuch des Strafrechts* Bd. 3, S. 370; 同旨井田・現刑49号103頁。

106) 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（2008年）377頁以下。

107) 我が国で、作為犯における正犯と従犯の因果性ないし帰属要件の違いを不作為犯の領域にも引き写すことによって、作為犯の不阻止が従犯である（od. あり得る）ことを根拠づけることができるとする諸見解は、作為犯における共犯基準をそのまま不作為犯においても適用しているかのように取り繕いながら、その実、条件関係判断を反転させる際に、ルール変更を忍び込ませていると言うことができる。このような姿勢は、特に、命じられた作為が結果発生しない正犯行為を（促進の対象が結果か実行行為かという作為幫助犯の因果関係論における争点は、不作為犯の議論においてはあまり意識されていないように見受けられる。）「困難にしたこと」ではなく「困難にした可能性があること」だとする見解に顕著に見られる。そうして従犯の要件を緩めたがために、そのことに対応して作為義務要件もその程度の作為を命じる義務へと緩めざるを得ず、ここにおいて共犯論も不作為犯論もその一般基準を無修正で適用するという看板はずり落ちてしまっていると言える。

いの根本的な考察方法の誤りである」¹⁰⁸⁾。

スーパ一 ネ コ の ひ
(2022年 2月22日 (1) 脱稿)

108) 中・関法36巻3・4・5号496頁