

不作為による幫助（2・完）

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72巻1号)

III. 従犯のみを根拠づける作為義務

(以下本号)

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. 正 犯 性

1. 行為支配と保障人的地位

2. 遡及禁止による正犯性の否定

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

III. 従犯のみを根拠づける作為義務

1. 機能的二分説

保障人的地位＝作為義務要件を変更せずに不真正不作為犯において正犯と従犯とを区別することは極めて困難であった。少なくとも因果的共犯論を前提とする場合、そもそも不作為犯においてに限らず、正犯/共犯の区別を因果性において行うことは無謀な試みであることは、主観説の成り立ち¹⁾を見るまでも

1) 主観説は「平等条件説の子」(Bauman/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht AT 12. ↗)

なく明かである。作為犯を阻止しない保障人を従犯とすることは、かろうじて従犯の要件を（暗黙のうちに、あるいは明示的に）変更することによって可能となるが、その場合には、従犯は、よくて危殆化犯、悪くすれば抽象的危険犯に成り下がり、その処罰根拠として前提とされる因果的性質を既にあらかた喪っていることになる。そして、このときには同時に保障人的地位・作為義務の内容も重大な変更を被っている。この点を正面から捉えて、従犯特有の作為義務を構想することによって従犯となる場合を同定しようとする学説も古くから唱えられている²⁾。

比較的古くから見られるのは³⁾、作為義務の発生根拠論としてのいわゆる機能的二分説に依拠する見解である。機能的二分説は、不真正不作為犯を根拠づける作為義務・保障人的地位を、その義務履行の機能に照らして法益保護義務・保護保障人（Beschützergarant, Obhutsgarant）と危険源監視義務・監視保障人（Überwachungsgarant, Aufsichtsgarant）とに分類する見解であるが、本説はこの区分を正犯・共犯の区分に対応させる。作為正犯者を阻止しなかった保障人が保護保障人である場合は、正犯、監視保障人である場合は従犯とするのである⁴⁾。保護保障人については正犯となる場合も幫助となる場合も

↘Aufl. 2016, § 25 Rn. 20) であることは広く知られている。

2) 我が国では、平野龍一・『刑法 総論Ⅱ』（1975年）396頁が、正犯を基礎づける義務と共犯を基礎づける義務とは「必ずしも同じではない」とだけしていたことにその萌芽を看することができる。

3) Schönke/Schröder, StGB¹⁷, Vorbem § 47 Rn. 106a, 107, 109, 111

4) Schröder と並ぶ本説の主唱者とされる Herzberg, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 82 ff.; ders., Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip, 1972, S. 259 ff.; ders., JuS 1975, 171; Herzberg/Amelung, JuS 1984, 938; Schröder 後継のSchönke/Schröder /Cramer, StGB²⁵ S. 421; Schönke/Schröder/Heine/WeiBer, StGB³⁰ Vor §§ 25 ff. Rn. 95 ff., 102. の他にも、Ebert, Strafrecht AT 3. Aufl., 2001, S. 192; Eser, Strafrecht II 3. Aufl., 1980, Nr. 27 A22 ff.; Geppert, Jura 1999, 271; Gropp/Sinn, Strafrecht AT 5. Aufl. 2020, S. 480 f. Rn. 312; Kindhäuser/Zimmermann, Strafrecht AT 10. Aufl., 2022, § 38 Rn. 70 ff.; Krey/Esser, Deutsches Strafrecht AT, 6. Aufl., 2016, § 38 Rn. 1181 ff.; Langrock, JuS 1971, 532; Noak/Collin, Jura 2006, 549; Seher, JuS 2009, 797; Seier, JA 1990, 383 ff.; Schünemann, Grund und Grenzen der unechten ↗

あるとしつつ、監視保障人は幫助にとどまるとするバリエーションもある⁵⁾。また、逆に、保護保障人については原則として正犯となるが、監視保障人については正犯・従犯の区別が可能だとする見解⁶⁾も更なる変種と位置づけることができる。Jakobs は、制度的管轄に基づく義務を負う者は、作為者を阻止しなかった場合も一律正犯となるが、組織化管轄に基づく義務の場合は、正犯、共犯の区別が可能であるとする。この立場も義務の種類を二つにわけ、その少なくとも一方では正犯、共犯を区別しない点で、そして言うところの組織化管轄の例として危険物の監視義務を挙げ、義務者が監視を義務づけられた危険物の持ち出しを阻止しなかった場合は幫助であるとしているところからみても⁷⁾、

↘ Unterlassungsdelikte, 1971, S. 377; LK¹³-Schünemann/Greco, § 25 Rn. 235; Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, 285 ff., 292 f. 等、今日でも多数の支持者を持つ。また、Kudlich, in: Hilgendorf, Kudlich, Varerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts Bd. 3, 2021, S. 369 § 54 Rn. 39 f. も、保護保障人の場合は、傾向として正犯とされやすい、とする。我が国で類似の見解を早くに主張したものに、植田重正『共犯論上の諸問題』(1985年) 201頁(初出1964年)がある。中義勝・刑雑27巻4号45頁も同旨に見える。近年では、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)』(2018年) 162頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第5版補訂版〕』(2018年) 276頁も。危険源監視義務について西岡正樹・法学75巻6号158頁。必ずしも幫助と結びつける訳ではないが機能的二分説によるものとして町野朔・井上正仁、酒巻匡編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(2012年) 有斐閣307頁。山中敬一『刑法総論〔第3版〕』(2015年) 244頁以下は、保障人的地位の発生根拠論においては機能的二分説に依拠するが、不作為幫助の場面においては、単純にこの二分法に依ることとはしない(総論966頁以下)。なお、Schönke/Schröder, StGB¹⁷, Vorbem § 47 Rn. 107, 109, 111 は、「保護保障人」、「監視保障人」という語を用いているわけではない。「法益の存続のために特別な責任を有する場合」と義務内容が「他人の犯罪の攻撃を阻止すること」に尽きる場合、そしてその下位事例として「特定の物や特定の空間的支配領域に対する責任に基づいている場合」を挙げる。前者は法益保護義務と後二者が危険源監視義務と実際上重なるため機能的二分説による区別説の始祖と目されているだけで、発想としてはむしろ、後述の義務犯論に犯罪阻止義務論を加えたものに近いと評価することもできよう。

5) Schmidhäuser, Strafrecht AT 2. Aufl. 1984, 13/13 ff.

6) Kindhäuser/Zimmermann, AT § 38 Rn. 71 ff., 73

7) Jakobs, Strafrecht AT 2. Aufl., 1991, 29/101 ff.; Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 138 ff.

これらの見解と重なる部分は多いと言える⁸⁾。更にこれと全く反対に監視保障人を正犯、保護保障人を幫助とする見解もある⁹⁾。

区分する視点および態様の違いは度外視して、取り敢えず二分説というくくりで観察するとき、これらの見解は、共通して、その区別が不当であるという強い批判を被る。より具体的には、その二分法が大雑把に過ぎる、あるいは限界が曖昧、または不明である、若しくは区別不可能である、そしてそれぞれの種類の義務は相互に交換可能であるという指摘である¹⁰⁾。尤も、限界が不明確

8) *Kindhäuser/Zimmermann*, a.a.O. は、保護保障人は「制度的」監視義務に基づくものであるから、独立の「管轄」を有し、原則正犯となるとする。他方、監視保障人については *Jakobs* の組織化管轄に基づく義務による場合と同じく正犯・共犯を区別し、「保障人が差し控えなかった事象の分担分が、もし作為によって行われていれば正犯であったか、幫助であったかで決まる。危険の監視が充分でなかったことによって作為正犯者の形成した支配可能な事象を可能にしあるいは促進したに止まる場合、通常は幫助となる。」という極めて類似した区別定式を立てる。両者の考え方の違いは、保護保障人・監視保障人という言葉を使うか否かにしか存しないと見てよいであろう。*Jakobs*, AT 29/105 は、保護保障人・監視保障人という区別は交換可能であるから、従犯とすべき事例を監視保障義務違反と呼べばよいこととなり、循環論法に近いと批判する。義務内容による区別は正しいとしながら、保護保障人・監視保障人の区別は使えないとする *MK⁴-Freund*, § 13 Rn. 269 ff. も *Jakobs* とほぼ同じ考え方とみてよい。我が国で、作為で惹起されたならば正犯となるときは不作為で惹起された場合も正犯、作為のときに共犯なら不作為でも共犯であるとするのは、齋藤彰子・理論刑法学の探究 8号65頁以下。西岡・法学75巻6号145頁も「作為による幫助と同視しうる限りで、幫助犯の罪責を負うことになる」とする。このアプローチは対応する作為犯についても義務内容が先決されていることを必要とし、それ故、同語反復に陥りかねない（危険物を渡してはならないという限りの義務しかない場合が作為幫助だから、危険物の持ち去りを止めなかった場合が不作為幫助）ことは既に *Jakobs* 説に関して述べた。本稿（1）II. 3. 3）。

9) *Krüger*, ZIS 2011, 1, 7 f. は、監視保障人は危険源を自らの管理領域に置いている以上、どこに発するか、生じるかどうかとも分からない侵害危険に対処しなければならない保護保障人に比して、義務の履行が比較的容易であるから原則として正犯となり、義務履行の相対的に困難な保護保障人は幫助犯となるとする。義務履行の容易性・困難性が正犯・共犯を分けるという前提が既に誤りである。単独犯においても容易な場合も困難な場合も考えられるが、それはせいぜい量刑でしか考慮されない。

10) *Arzt*, JA 1980, 559; *Bosch*, JA 2007,421; *Haas*, ZIS 2011, 395; *Jakobs*, AT, 29/27; *Kreuzberg*, Täterschaft und Teilnahme als Handlungsunrechtstypen, ↗

であるという問題は、限界付け、区分が必要となる全ての場面で生じる、いわば技術的なものであって、究極的には説明不能な、換言すれば決断の問題である¹¹⁾。重要なのは、この批判の背後にある、あるいは追加的に明示されることもある、そうした保障人のタイプの違いが正犯・共犯の不法内容にそれぞれ対応するとされる根拠如何という疑問である¹²⁾。

保護保障人を正犯、監視保障人を幫助とする見解は、その理由を、保護保障人は保護客体となる法益を全ての種類の侵害から護らなければならないが、監視保障人は個別の、自らの領域に属する、または自らの先行行為に由来する¹³⁾危険源の支配についてのみ責任を負うからであると説明する¹⁴⁾。このような根

↘2019, S. 673; Lüderssen, Zum Strafgrund der Teilnahme, 1967, 181 ff., 186f.; Marlie, Unrecht und Beteiligung, 2008, S. 176 f.; Mosenheuer, Unterlassen und Beteiligung, 2007, S. 179; Puppe, Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung 4. Aufl., 2019, § 32 Rn. 19; Roxin, Strafrecht AT II 2003, § 31 Rn. 160; Rengier, Strafrecht AT 9. Aufl., 2017 § 51 Rn. 17; NK-Seelmann, § 13 Rn. 92; Seelmann, StV 1992, 416; Sering, Beihilfe durch Unterlassen, 2000, S. 66; MK⁴-Freund § 13 Rn. 268 f.; Rotsch, „Einheitstäterschaft“ statt Tatherrschaft, 2008, S. 34 f.; Wengenroth, JA 2014, 429. 我が国では、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(2013年) 432頁、松原芳博『刑法総論(第3版)』(2022年) 500頁。機能的二分説自体に否定的な我が国の見解として、中森喜彦・法セ333号51頁、西田典之・芝原邦爾他編『刑法理論の現代的展開総論 I』(1988年) 84頁、佐伯仁志・『香川達夫博士古稀祝賀 刑事法学の課題と展望』(1996年) 106頁、高山佳奈子・山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(有斐閣2003年) 72頁。いずれも、作為義務の分類に過ぎず、作為義務の根拠と限界を示すものではないという趣旨である。

11) もちろん、ここでの二分説が余計な限界付け問題を追加しているということはたしかである。保護保障人=正犯、監視保障人=共犯とする単純なバージョンでは、正犯/共犯の区別基準と重なるので、それほどでもないが、原則正犯とならないタイプの保障人について正犯・共犯の区別を認めるという構成を採る場合には確実に一つ多い。

12) 当たり前と言えば当たり前だが、これらの見解は、いずれも、その原則正犯となるとされる種類の義務の側では原則正犯説と、そして原則従犯となるとされる、あるいは正犯/従犯の区別が可能であるとされるタイプの義務については区別説あるいは従犯説と共通の課題を抱える。尤も、このことはおよそ如何なる場面においても中間説、折衷説というものがある宿命とも言える事態ではある。

13) Seier, JA 1990, 384

14) Herzberg, (Fußn. 4) Unterlassung, S. 261; ders, Täterschaft, S. 83; Noack/↗

扱づけの試みの行く手には結果回避の不作為を明示的要件とするドイツ刑法典13条が立ちはだかる。即ち、保護保障人・監視保障人の区別があり得るとしても、危険源監視義務もそれが13条における作為義務である以上やはり結果回避・法益保護義務でしかあり得ないのであるから、両者は等価値であって、価値的に異なる取り扱いをすべき（監視義務違反を相対的に有利に取り扱う）理由はないという批判を、原則正犯説から行為支配説、その他の区別説、そして主観説に到るまで立場の異なる多数の論者から十字砲火的に浴びることになるのである¹⁵⁾。

この批判を免れるために、幫助のみを基礎づける義務もやはり結果回避義務の一種であると言うだけでは、ただの強弁である。尤も、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においては、危険源監視義務と保護義務との等価値性を否定する解釈も形式的には不可能ではない。その場合、危険源

↘ *Collin*, Jura 2006, 549; *Seier*, JA 1990, 384. 必ずしもこれに賛成しない立場からもそのような見解であると描写される。Vgl. *Bosch*, JA 2007, 421; *Rotsch*, (Fußn.10), S. 340.

15) *Arzt*, JA 1980, 559; *Frister*, Strafrecht AT 4. Aufl., 2009, S. 357 Rn. 40; *Kreuzberg*, (Fußn.10), S. 669, 673; *Mosenheuer*, (Fußn. 10), S. 180; *Puppe*, (Fußn. 10), § 32 Rn. 19; *Ransiek*, JuS 2010, 679; *Rengier*, AT § 51 Rn. 17; *Roxin*, AT II, Rn. 31/162; SK⁷- *Rudolphi*, Vor § 13 Rn. 40; *Sering*, (Fußn. 10), S. 67; *Sowada*, Jura 1986, 407; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2010, AT § 14 Rn. 11; *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1999, S. 304; 保護保障人と監視保障人の区分の提唱者である *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 283 ff. も「どのような事情から保障人的地位が生じる場合であっても、保障義務は保護法益に対するものである」(S. 297 Fußn. 207) とする。*Stein*, aa.O. は、一般基準適用説を前提として、保護保障人が常に正犯となることについても同様の批判を向ける。我が国では、神山敏雄『不作為を巡る共犯論』(1994年) 177頁、島田聡一郎・立教65号221頁、西田典之・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) 429頁、林幹人・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) 327頁、同旨堀内捷三・松尾、芝原、西田編『刑法判例百選 I 総論〔第4版〕』169頁。但し、西田は上述のように(本稿 [1] II. 4. 3))、不作為幫助には正犯結果との因果関係は必要ではないとすることから、結果的に結果回避を求めない作為義務を幫助のために認めることになるので、この批判を行う資格に疑いがある。

監視義務は結果関連的ではないと言うことになる。しかし、そうすると、この文脈において決定的となるのが、発生した結果の帰属をもたらし得ない義務違反が幫助としての可罰性を根拠付け得るのかという疑問である¹⁶⁾。結局、保護保障人と監視保障人の平等取扱いの要請に答えるには、義務としては同じ結果回避義務であるが、作者者即ち人である危険源を監視する義務の違反は幫助としての特質を備えると言うしかない¹⁷⁾。しかし、そうするとき、この見解の中核をなす義務の性質の違いに対応させた正犯・共犯の区別はその意味を喪う。この批判は幫助となる（なり得る）場合を義務の種類に依存させる全ての見解に妥当し得る。

義務の種類による二分説に対するもう一つの批判は、法益に対する危険源が人であるか自然力であるかで正犯か共犯かが異なるという点に向けられる。幫助とされる、あるいは幫助があり得るとされる義務のカテゴリーの内部におい

16) 幫助犯、特に不作為による幫助犯は確実な結果回避の可能性があったことを要件としないときは、そのような義務を認めざるを得ないが、作為義務論として成り立ち得るかには強い疑問がある。上述した従犯を危険犯（に近いもの）と理解する見解も後述の犯罪阻止義務を構想する見解も同じ問題を抱える。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』（2010年）929頁は、危険現監視義務（特に犯罪阻止義務）は原則共犯的義務である、というよりも作為義務を肯定すること自体に慎重であるべきなのであろう、とする。もっと思い切って言うてしまえばよいのに。

17) LK¹³-Schünemann/Greco, § 25 Rn. 235 が、保障人の結果原因支配は、作為犯の作為と対応するはずであるから、実行行為段階では不作為者は作為正犯者と同等の責任を負い、不作為正犯者となるが、予備段階の不作為は予備段階の作為的関与（Mitwirkung）と同等に評価され不作為幫助しか根拠づけ得ないとし、保護保障人（Obhutsgarant）の、法益の無救助性に対する支配については、原則として実行段階の不作為が問題となるが、監視保障人（Aufsichtsgarant）が一定の役割を果たすのは原則として予備段階においてのみであるから監視保障人の不作為的関与は幫助にとどまるとするものも、このタイプの言い訳に属する。予備段階の作為的関与は、関与者の内の一人が実行段階に到れば、共同正犯ともなり得るのであるから、監視保障人が事実上予備段階においてのみ機能するのだとしても、作者者が実行段階に到った場合（そもそも到ったことが問題の前提であるはずであるが）、共同正犯ではなく幫助であることは別の観点から根拠づけられなければならない、監視保障人であることはなんらの役割も果たさない。

て、危険源が人である場合にのみ幫助とされ、危険源が自然力または物である場合は当然に正犯とされる、即ち、単独犯なら正犯である者が複数犯になった途端に幫助とされる理由が示されていない、あるいはこれを示すことができない、ということである。この批判は、何故その違反が常に正犯を構成する種類の義務についても人の不阻止と自然力の不阻止を区別しないのかということと併せ提起される¹⁸⁾。

この批判は、同じく義務の種類に言及する見解にあつて、制度的管轄に基づく義務と組織化管轄に基づく義務の区別に依る Jakobs¹⁹⁾、状況独立的義務と状況依存的義務の区別に正犯/共犯の区別をかからせる Hoffmann-Holland²⁰⁾にはあたらない。Jakobs は、組織化管轄に基づく義務については上述したように別途、侵害的経過についての責任分担分（Anteil）が相当する作為的寄与が正犯なのか幫助なのかという区別基準を立てている²¹⁾し、そもそも、義務の種類と正犯・共犯の区別が対応せしめられている訳ではなく、組織化管轄に基づく義務の違反についてのみ正犯・共犯の区別が可能だとしているだけだからである²²⁾。Hoffmann-Holland も「不作為保障人は法益侵害を直接にコント

18) *Ellbogen/Stage*, JA 2005, 353; *Frisch*, Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, 1988, S. 251; *Armin Kaufmann* (Fußn.15), S. 296, 302; *Kreuzberg*, (Fußn.10), S. 669; *Puppe*, (Fußn.10), § 32 Rn. 19; NK-*Seelmann*, § 13 Rn. 92; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT § 14 Rn. 11 この批判も二つの種類の義務違反に価値的差違を設け、扱いを変えるべき根拠はないという上記批判の派生形ではある。

19) *Jakobs*, AT, 29/27

20) *Hoffmann-Holland* ZStW 118 (2006), 620 (630 ff)

21) 本稿（1）II. 3. 3）。同所で述べたように、もちろんこの基準自体を批判することはできる。

22) Jakobs にとって、組織化領域は行為者個人が設定し、他の人格の組織化領域との関係で相対的に拡張あるいは縮小できるものであるから、分業の観念を容れ、ひいては分業者間の相対的關係、即ち正犯・共犯の区別も可能となるが、制度的管轄に基づく義務（積極的義務）は、保護の対象に対して特別な地位にある者のみの義務であつて、対象との関係においては常に直接的であるから、その義務の違反は、常に正犯を構成する。以上につき *Jakobs*, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 6 ff. 参照のこと。

ロールできるか」という基準を用い、直接統制できる者のみが Zentralgestalt として正犯となるとする²³⁾。そこでは、義務の種類分類は、区別基準ではなく、区別の結果を表すものでしかない。

この批判と Jakobs, Hoffmann-Holland の見解を照らし合わせてみて気づかされることは、単独犯の場合なら正犯を基礎づける義務違反が作為者を介在させている場合には幫助しか基礎づけないとすれば、それは義務自体の性質に依存する事柄だとは言えない、ということである。このことは、この批判には応えない（応え得ない）保護保障人と監視保障人の区別を正犯/共犯の区別に対応させる見解にあっても妥当する。保護保障人は保護客体となる法益を全ての種類の侵害から保護しなければならないが、監視保障人は個別の危険源の支配についてのみ責任を負うに過ぎないから、前者は正犯、後者は幫助という機能的二分説に依る正犯/共犯区別説の基本命題は、人が危険源である場合には監視保障人の義務違反は幫助犯の構造を持つということ論証なしに前提としていると言える²⁴⁾。人が危険源である場合に限って危険源の支配についてのみ責

23) Hoffmann-Holland, a.a.O. もちろん、この基準は、既に検討した間接性・従属性を言う諸見解と変わるところがなく、それらと共通の弱点を有する。

24) なお、二分説に立つわけではないが齋藤彰子・理論刑法学の探究 8号68頁以下は、危険源監視義務について、危険物を犯行に用いるために持ち出すことを阻止しない当該危険物の管理者に「例外的に認められる作為義務の内容は、あくまでも、第三者による危険物の持ち出しを阻止するところまでである」から持ち出しの不阻止は作為ならば危険物の犯行道具としての調達に等置される〔即ち幫助となる〕とするが、何故、作為義務の内容がそこまでなのかの理由は示されていない。それに先行する「ある人の管理下にある危険物を犯行に用いるために持ち出すことを決意し、実際に持ち出すという行為は、当該物の管理者のあずかり知らぬところで、すなわち、もっぱら当該第三者によって独自に決意され実行されるのであるから、物の管理者としては、たまたま、その持ち出しを阻止しうるのは自分しかいないという状況に遭遇したにすぎないこととなる。」という長い一文は、幫助にしかならない理由として遡及禁止論的考慮を示すもののようにも誤読してしまいそうになるが、直後にそれ故、持ち出しを阻止しうる者が管理者しかいないという状況だけでは「作為義務の発生を根拠づけるのに十分とはいえない」「原則として、作為義務は否定される」と続くので、およそ不可罰となる理由の説明である。何故、それにも拘わらず、幫助としての、「そこまでの」作為義務が「例外的に」なら認められるかの説明もまたない。「第三者によって不当に持ち出されることを阻止すること」

任を負うとは、結果については少なくとも直接の責任を負わないという意味であるし、その理由は、不作為者が作為の直接正犯者の背後にいるからであるということ以外に求められ得ない。危険源監視義務違反が一般に間接的な、一段軽減された不法を内容とするとはしない²⁵⁾以上、ここでは人が介在することが決定的であるとされていることになる。これに結果回避義務に関わる批判の検討から得られた知見を加えると、機能的二分説に依る不作為正犯/共犯区別説は、結果回避義務ではない作為義務も想定できること und/oder 危険源監視義務違反は人の介在がある以上共犯（幫助）の構造を持つことを内容とし、それ故、そこでは、その基本命題を裏切って、作為義務の性質は区別の根拠を与えていない、と結論することができる。危険源監視義務は犯罪阻止義務であるからその違反は幫助となる、あるいは危険源監視義務のうち犯罪阻止義務の違反のみが幫助となるとする見解があることは偶然ではない。「機能説には正犯/共犯の区別は荷が重い」²⁶⁾のである。

2. 犯罪阻止義務論

監視保障人については原則として従犯となるとする立場からは、危険源監視義務は人に関わる場合は犯罪阻止義務であり且つそれに尽きるから、その違反は従犯にとどまるという主張がなされることがある²⁷⁾。この立場においてはあ

も期待されていると考えることが必要となる。」という条件が追加されているが、これでは同語反復である。原則従犯説ないし従犯となる余地を認める見解が共通して示す傾向ではある。

25) 自然力が危険源である場合でも間接的と言えるし、そう評価することが一貫しているのではないかという趣旨の批判もある。Kreuzberg, (FuBn. 10), S. 672.

26) Bloy, JA 1987, 491; Sering, (FuBn. 10), S. 67

27) Ebert, AT, S. 192; Eser, Strafrecht II Nr. 27 A 24; Gropp/Sinn, Strafrecht AT 5. Aufl. 2020, S. 480 f. Rn. 312 等。但し、作為正犯者の不阻止の事例においては危険源監視義務は犯罪阻止義務となるとする趣旨なのか、監視保障人の義務が犯罪阻止のみを命じるものであるときは、という条件文の趣旨なのかは必ずしも明らかではない。「監視保障人として犯行の阻止について答責的である場合」という表現(Ebert, aa.O.)もある。我が国では、松宮・総論276頁が他人の犯罪を阻止すべき義務がある場合を「監視的保障」に分類する。中義勝・刑雑27巻4号27頁が「自

る状況における保障人の義務が危険源監視義務にあたることではなく、犯罪阻止義務に尽きるということだけが補助性を決定している。即ち、二分説によることなく作為正犯者の不阻止が補助となるのは犯罪阻止義務がある場合であるとする見解と同一である²⁸⁾。既述の正犯行為の困難化の不作為が不作為による補助であるとする見解も実質上これに対応すると考えられる²⁹⁾。また、我が国では、必ずしも機能的二分説を前提とせず³⁰⁾、シンプルに、「犯罪阻止義務」³¹⁾

「分の監護下にある子の殺人行為を防止しない父の不作為が問題になるのはもっぱらこの監護義務との関係においてであり、且つその防止義務違反は子による第三者被害を容易にし促進するという限りの機能を持つに過ぎないものと考えられよう」としているのが、「犯罪阻止義務」の語は用いないものの、この見解に対応するものと言える。

- 28) 古くは *Kohlrausch/Lange*, StGB⁴², 1959, § 49 S. 179 が、「正犯行為を阻止しあるいは困難化する義務」に言及する。*Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 143 も同旨。二分説の始祖と目される *Schönke/Schröder*, StGB¹⁷, Vorbem § 47 Rn. 109 も、必ずしも危険源監視義務という語を用いず、補助となるのは、違反された義務の内容が他人の犯罪的攻撃の阻止に尽きるときであるとする。*Langrock*, JuS 1971, 533 は、他人の答責的態度を阻止する、即ち正犯者を制御する義務を負うにすぎない場合は共犯であるとする。
- 29) 尤も、上述のように、そうした独自の内容を持つ義務という観点から語られることはあまりない。
- 30) おそらくは機能的二分説の形式判断の硬直性を嫌って。
- 31) 「作為者の犯罪の阻止の可能性」に着目する点で類似しはしているが、なお、このカテゴリーに分類してよいか躊躇される学説に濱田新の見解がある。既に紹介したように、濱田は、作為があつたと仮定した場合に結果回避の可能性があれば正犯、より少ない可能性なら従犯であるとする（法政論究104号198頁）一方で、犯罪を阻止する可能性のある行為の中から作為義務の対象となる行為を選別する必要があり、命じられた作為が「犯罪阻止可能性が一定程度見込まれる行為であることが最低限必要」であるとする（濱田・信経法2号150頁以下、163頁、同・法政論究104号205頁）。従犯の最少要件（因果性要件）という観点から見ると、前述のように作為従犯のそれと比較して緩和がなされているとも言える。他方で、少なくとも表現上は、「犯罪阻止」義務を想定して作為義務要件で処罰範囲を限定することが志向されているように見受けられる。しかし「犯罪阻止可能性が一定程度見込まれる行為であること」とは、救助可能性もしくは作為可能性があることとほぼ同義にも読めるから、そうだとすれば、不真正不作為犯の一般的要件であつて、「限定」には全くなっていない。一体何がしたいのかよく分からない。 ↗

- ㄨ 濱田は、幫助行為の内容を「自らが緩く設定した」因果関係の内容と対応させてしまうと、「処罰範囲が不当に広がってしまう」から、作為義務の範囲を限定する必要があるとする（信経法2号163頁）。更にこの処罰範囲の拡大の問題は作為幫助においても共通して生じるものであるとする。であるならば、不作為犯特有の要件である作為義務を/で限定するというやり方は方法論的に誤っているし、作為犯の犯行の保障人による不阻止は正犯か従犯かという判断には何ら影響を与えない。作為犯の場合と同じく処罰範囲が「不当に」拡大（大事なことらしく「幫助行為の内容を因果関係と対応させてしまうと」、「処罰範囲が不当に広がってしまう」というフレーズが同じ頁に3回、内同じ脚註中に2回も出てくる）することを避けたいのであれば、幫助自体の要件を作為/不作為共通の観点において限定するのが筋というものであろう。つまり因果性要件においてである。濱田説においては、作為義務についてもそのような限定を加えて「よい」根拠は示されていないが、限定を加える「べき」根拠が「不当な」処罰範囲の拡大であると言うならば、何に比べて「広がってしまう」のか（作為犯の場合と同じならそれでよいではないか、とも言えるし、従犯の処罰拡大が不当なら正犯として処罰すればあ、とも言える）、そしてそれが何故「不当」であるのかも別途ご教示願いたいところである。処罰範囲が不当か適当かという問いには、如何なる政策目標を置いたときにかという前提条件を設定しないと回答することができないはずである（下級審判例で認められている幫助の成立範囲よりも拡大することは問題ないらしい。法政論究104号200頁）。罪刑法定主義の要請を形式的にでも充している限りおよそ誰が見ても不当な処罰範囲などというものはあり得ない。最低でも刑法解釈に基づく既存の、一般に承認されたルールとの関係で生じる体系的矛盾は指摘されなければ、不当だと言われても「お前がそう思うんならそうなんだろう、お前ん中ではな」と答えるしかない。

また、不真正不作為犯の既存の要件は、むしろ作為従犯の要件よりも厳格であるから、不作為従犯に限って更なる限定を図る必要はないとも考えられる。仮定的ではあるにせよ因果関係の確認に加えて作為義務違反が要件となるというだけで、因果性だけで足りる作為従犯よりも処罰範囲は限定される。更に作為可能性、正確に言えば義務履行作為の事実的可能性も要件となるのである。

そもそも救助の可能性＝結果回避可能性がなければ、刑法上は不作為であるとすら言えないと理解することも可能（不作為を期待された何事かをしないことと定義し、刑法上期待される作為が法益侵害結果の回避であるとする以上）であるから、そもそも従犯だからといって回避可能性要件を緩める、あるいは不要とすること自体あまり筋の良い話ではない。しかも、緩めてしまうと不当な処罰範囲の拡大に至るからというのであれば、自縄自縛というか、自業自得というか……。

また、限定しなければ、犯罪を阻止する可能性のある全ての作為が命じられることになる（信経法2号150頁）とする点にも疑問がある。複数種類の救助可能行為が想定しうる事案において、時間の許す限りでできる限りの手を尽くして複数の法益救助行為を試みる義務を認めることがそれほど「不当」なこととは思われない。ある程度の結果阻止可能性はある行為のうち、最も容易な一つだけを（おごなりに）

しかない場合は従犯である、という形で、義務の種類ではなく義務の内容ないしは命じられる作為の形態による区別であることを言う見解の方が多い³²⁾。

結論から言えば、この便宜的に「犯罪阻止義務論」と纏めてしまえる諸見解も、不作為にとどまった保障人は結果を直接惹起した作為者の「背後にいる」という事例群の規定を無批判に前提とし、それが幫助の構造を持つことを理由としてこれに対応する義務しかないことを結論づけているに過ぎない。犯罪阻止義務しかないから幫助なのではなくて幫助だからこれに対応する義務は犯

ゝ行って失敗したという場合に作為義務違反はなかったとする訳にはいかないであろう。次の瞬間にはまだ結果阻止可能な行為の余地があるのであれば、である。逆に、いくつかの試みに失敗しているうちに時間切れという場合でも義務履行はあったと言ってよいのではなかろうか。最も効果的な救助行為を一発必中で決める義務という訳ではないし、結果発生を実際に回避しない限り回避義務違反であるという訳でもない。ただ、可能な全てをやってみることは求められる。

尤も、「事前判断により、いうに値する程度に結果阻止可能性が認められる行為」(法政論究104号205頁)、「犯罪阻止可能性が一定程度見込まれる行為であることが、最低限必要」(信経法2号165頁)というテーゼには、MK⁴-Freund, § 13 Rn. 279 の、作為義務は「正犯行為阻止のチャンスを開いてすらいなない場合は、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」という命題との少なくともも表現上の共通点が看取される。これを同じものと理解できるならば、濱田が「結果回避可能性は小さいものでも足りる」(法政論究104号198頁)としている点と合わせ考えると、この今ひとつ理解困難な濱田説は、結局、不作為幫助の処罰根拠を危険増加(危険減少の不作為)に求める Freund 説に近似したものとだと理解すべきなのかもしれない。但し、Freund はそれで足りるとするための規範論的根拠(正犯構成要件と幫助構成要件の規範構造の違い)を示しているが、濱田説にはそれが無い。もちろん、濱田説は(法政論究104号185頁以下も信経法2号145頁以下も)、正犯行為を保障人が阻止しなかった場合は従犯となるということ、何の疑いを差し挟むこともなく前提とした立論なのであるから(それ故、そもそも本稿で取り上げるべきかといえば、疑問なしとしないが、幫助であることを無批判に前提とした議論である点でここで扱う犯罪阻止義務論と共通する。)、何故従犯かの根拠が示されていないのは当然の事柄に属する。しかし、何故従犯の作為義務は(何に比べて?)限定されてよいのかは論証すべきであろう。

32) 大野平吉・阿部、板倉、内田、香川、川端、曾根編『刑法基本講座 第4巻 未遂/共犯/罪数』(1992年)118頁、林・齊藤古稀320頁、西岡・法学75巻6号151頁、山中・齋藤古稀349頁、同・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)』(成文堂2014年)671頁等。

罪阻止義務に尽きるとしているだけである。以下詳述する。

この「犯罪阻止義務」なる観念は、この文脈で用いられる場合には、極めて多義的でその中に複数の異なる観点が混在し得、且つ各論者もそのうちの複数をおそらくとも匂わせており、どの意味において用いているのかを明確に説明しない。この観念の意味し得るところとしては、① 一般的犯罪阻止義務、② 作為義務の命じるところが他人の行為の阻止（のみ）であること、あるいは他人の行為の結果自体は不作為者には直接には帰属されないこと、その理由ないし、そのような義務の性質として ③ 結果回避義務ではなく危険減殺義務であること、または ④ 法益保護義務ではなく人に対する義務であること、を挙げることができる。

まず、①の一般的犯罪阻止義務という意味であるが、これは当然ながら、現行法上想定することはできない。「一般的に成人間の犯罪阻止義務を認めることは作為義務を倫理義務化することになりかねない」³³⁾し、そのようなものがあるとすれば、正当防衛の規定はほぼ不要となろう³⁴⁾。流石にこれをここでの「犯罪阻止義務」に含意させる論者はないと思われる。次に、②は、そうした義務の効果を表すだけであるから、この意味にしか理解できない表現が用いられている場合³⁵⁾は、理由付けは懈怠されているとみるしかなく、評価、検討の

33) 堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』（2004年）295頁、同・松尾、芝原、西田編『刑法判例百選I 総論〔第4版〕』169頁。

34) 松尾誠紀・北法58巻4号6頁以下は、山中敬一『中止未遂の研究』（2001年）99頁以下を引いて、中止犯規定が実行終了後の結果発生阻止を「勸奨」しているに過ぎないことから、他人の作為終了後、事象経過に介入して結果発生を阻止する義務は想定できないとする。自らの行為の後の結果阻止義務がないことは、中止犯規定を待たずとも、結果犯の可罰性評価が結果惹起を根拠とする以上、別途結果不阻止を処罰根拠とする必要がないことから基礎づけられ得よう。また、ここではそもそも他人の行為の阻止義務が問題なのであって、刑法43条但書は、実行者自身が結果を回避する義務を課されないことの傍証たり得るかも知れないが、他人が発生させた危険の実現を阻止する義務については何事も語らない。

35) 特に註27所掲のドイツの古い見解に顕著であるが、我が国における例としては西岡・法学75巻6号152頁の「幫助における作為義務は、間接的な結果発生防止義務（犯罪防止義務）を内容とする」という表現を挙げることができる。結果発生防止義務なのかそうでないのかさえ不明である。

しようがない。③のような理由付けに関わる表現は明示的に用いられる場合がある。「不作為による広義の共犯の義務は、他人の犯罪行為を阻止する義務、より正確には、他人によって犯罪行為が行われる危険を減少させる義務である」³⁶⁾とするものなどである。この場合は、不作為幫助とは危険減殺の不作為であるという理解が前提とされており、既に検討した、幫助犯を危険増加で認める、ないしは危殆化犯と理解する立場と内容的に重なることになる³⁷⁾。

犯罪阻止義務の内容が危険減殺の義務であるとして、それ故従犯しか根拠付けないとするときは、Freund 説について前述したように³⁸⁾、従犯不法を行為無価値においてのみ捕捉していることになり、結果回避義務ではない作為義務を構想する必要が生じるが、それも含めて不真正不作為犯の処罰根拠であるとするためには、従来の作為義務論を根底から覆す検討が必要となる。端的に言えば、作為する第三者の力を削ぐように働きかけることに尽きる保障義務というものが有り得るかは疑問である³⁹⁾。しかも、危険減殺義務と結果回避義務の発生根拠が同じである場合には、不作為正犯の未遂も同時に成立し得ることになるから、原則従犯説からこの意味での犯罪阻止義務を持ち出す場合には、Freund のようにそのことを肯定するのか、あるいは別途、正犯（未遂）性を否定する論拠を案出するかの態度決定が迫られる。そして、ここで確認しておかなければならないのは、「犯罪阻止義務は危険減殺義務である」という命題は、その違反の不法が幫助のそれにとどまる根拠ではなく、作為幫助が危険増

36) 林・齋藤古稀320頁。

37) 本稿(1)II.4.4)参照。Murmman, Grundkurs Strafrecht 6. Aufl., 2021, § 29 Rn. 99; が、作為義務の保護目的が結果回避にあるときは正犯であり危険減殺にあるときは幫助であるとし、ders, FS-Beulke, S. 181, S. 190 ff. が、構成要件の結果自体を阻止する義務と第三者の攻撃を困難にすることを義務づけられている場合とに分け、後者を幫助としているのと、上記林説との違いは、「犯罪阻止義務」という語を使うか否かにしかない。島田・立教65号257頁が、従犯の義務は介在する作者の作為の終了までであるとし、同・290頁が保障人的地位自体は正犯と従犯とで異なることはないが、従犯を基礎づけるためには作為の容易性が高度であることが必要であるとするのも、同旨に理解することができるかも知れない。

38) 本稿(1)II.4.4)。

39) LK¹³-Weigend § 13 Rn. 92

加に尽きるものであることから導かれた結論に過ぎないということである。作為幫助が危険増加を内容とするのであれば、その対応物たる不作為幫助は危険減殺の不作為を内容としなければならず、不真正不作為犯が作為義務違反を必要条件とする以上、この不作為幫助の内容を「犯罪阻止義務違反」と呼ぶことになる、ということに過ぎない。ここでは義務の内容ないし種類の特定は、保護保障人と監視保障人の区別の場合と同様、幫助という結論を導くに際して何らの影響力をも有していない。

犯罪阻止義務の例として挙げられている事例群から、前記④の法益保護義務ではなく人に対する義務、人的監視・統制の義務であるという意味に犯罪阻止義務を捉えていると推測することができる論者は、日独を問わずに見られる。比較的明確だが、抽象的な表現としては、社会生活上一般的に承認された、法的な「権力関係ないし監督関係がある場合に限定される」とするもの⁴⁰⁾がある。具体例としては、未成年の息子の犯罪行為に気づきながらこれを止めない父親、受刑者が外部作業の際に窃盗を働くのを止めない看守、警察官の犯罪阻止義務、その他、軍隊、警察等、不作為者が作為者に対して一種の指揮命令関係にある場合等が挙げられる⁴¹⁾。加えて、契約に基づく監護者、あるいは、例外的な場合に限るとしつつ雇用関係、職業上の上下関係を挙げる者もある⁴²⁾。これらの義務はそもそもその発生根拠からして、法益侵害の危険との関わりが少なくとも希薄な、場合によっては法益侵害の危険がなくても成立する、純粹に社会制

40) 林・齋藤古稀320頁は「他人の犯罪を阻止する、正確には、他人が犯罪を行う危険を減少させる行為を行う義務」とすると同時に明示的に「犯罪を行おうとする他人に働きかける義務」とも言う。

41) *Rudolphi*, (FuBn. 28), S. 143 が親子関係を、*Schönke*, StGB⁴ 1949 § 49 III 3. が刑務官と看守の例を挙げる。我が国では、山中・齋藤古稀349頁、曾根威彦・神山古稀412頁、西岡・法学75巻6号154頁以下。なお、中義勝・刑雑27巻4号27頁、同・関法36巻3・4・5号497頁は、危険源監視義務（中の用語によれば「安全管理義務ないし安全監護義務」）の一種としてであるが親の未成年者の子に対する監護義務を犯罪防止義務の例として挙げる。山中・齋藤古稀348頁も犯罪阻止義務を危険源監視義務の下位事例と位置づけるが、上述のように、どの義務類型に割り振るか自体はあまり意味を持たない。

42) 西岡・法学75巻6号158頁以下。

度的な人的統制・服従関係に基づくものであるように見える。

この意味での犯罪阻止義務は、直接作為者がおよそ罪を犯したこととのみ関わり、作為者の構成要件該当行為、法益侵害の種類、程度とは関係のない義務であることになる。特にこれがその特質のみを理由として幫助しか根拠付け得ないとするとき、そのように理解するしかない。しかし、そのような義務を、不真正不作為犯の要件である作為義務の一つであるとするのは、特に結果回避の不作為を明示的の要件とするドイツ刑法典13条を前提とする場合には、極めて困難であることは明かである。不真正不作為犯とは作為の形で記述された構成要件を不作為により充足することであり、幫助の構成要件は正犯の構成要件に幫助要件を追加して修正（拡張）された構成要件であると理解するときは、不作為幫助の作為義務を作為正犯者が充足した構成要件とは無関係に規定することはできない。

また、ドイツには、違反された義務がこのような種類のものであることを以て、正犯性の根拠とする見解もある。Seelmann は、こうした義務を権威的地位（Autoritätsstellung）に基づく義務と呼び、未成年者に対する家庭内教育の領域で認められ得るとする。教育（監護）権者は、未成年者の犯罪行為を阻止する義務を負うというのである。さらに、この義務は学校教育の枠内で教員にも妥当するという⁴³⁾。加えて、精神病院の施設従業者の患者に対する義務についてはあまり争いが無いという⁴⁴⁾。いずれの場合も不作為正犯となるとする。Seelmann が争いがあり得るとする企業経営者の従業員に対する義務⁴⁵⁾についても、Ransiek が、不作為者が作為者に作為を停止すべく法的に拘束力のある指示を与えることができ、且つ作為者が事実にこれに従ったであろうと言える場合には、不作為による正犯を認めることができるとし、雇用主が従業員の

43) NK-Seelmann, § 13 Rn. 128. 我が国では齋藤・理論刑法学の探究 8号66頁、同・法政論集249号40頁以下が同旨か。

44) NK-Seelmann, § 13 Rn. 129. 刑務官の囚人に対する義務（§ 2 S. 2 StVollzG）、軍隊（§ 41 WStG）、公務員の上下関係（§ 357 StGB）、航海士（Schiffssoffizieren）の船員に対する義務（§ 108 SeemG）など法定されている場合もあるという。

45) NK-Seelmann, § 13 Rn. 130.

違法行為を差し止めるべき指示を出さなかった場合、労働法上、従業員に拘束的指示を出す権限を有するから、事実上従業員がそうした指示に従う可能性もあり、雇用者を不作為正犯とすることができるとする⁴⁶⁾。義務の発生根拠が法的に認められた人的統制関係にあり、あるいは義務の機能が人を制御することにのみあるとするとしても、そうであるが故にこの種の義務違反は幫助しか根拠づけ得ないということを論証するためには、少なくともこれらの主張に反駁する必要があり、そしてそれはかなり困難であると思われる⁴⁷⁾。

そこで、人のみに関わる義務という意味での犯罪阻止義務を言う者の一部は、不作為幫助はその「違反を介して間接的に結果発生を誘発ないし促進する場合」であり、犯罪阻止義務の違反が「同時に結果の発生を促進する機能を果たす限り」で幫助となるとし⁴⁸⁾、あるいは、犯罪阻止義務も「終局的には法益保護義務である」とする⁴⁹⁾ことによって、結果回避義務の一種であることを維持しようとする。しかし、発生根拠からしてある具体的な法益が脅かされているという状況に依存しない（と理解しなければならない）義務の違反を間接性を理由として幫助へと格下げすることができるとは思われない。結果との関係では間接的であるとは言えても阻止対象者との関係では、即ち義務違反それ自体としては直接的だからである。だとすれば、間接的結果回避義務論は、これら人に対する義務に尽きるように見える義務も実はそうした義務が認められる制度（立法）目的に照らせば人の行為の制御を命じることを通じて法益保護に資する義務である、と理解することを前提としてしか成り立たない。しかし、この場合は、そのような前提変更が自己矛盾であることは措くとしても、そうしたいわば遠い法益侵害とのそれも仮定的因果性しかない、換言すれば結果との因果関係の確実な証明が困難な態度を処罰することになるし、そもそも、幫助しか認められないことはそうした義務の性質に依存するわけではなく、法益侵

46) *Ransiek*, JuS 2010, 680 f.; *NK-Seelmann*, § 13 Rn. 131 も結論的には肯定。

47) 西田・神山古稀429頁は、「犯罪阻止義務が何故法益保護義務までも基礎づけるものでないのかという論証は行われていない」とする。

48) 中・関法36巻3・4・5号497頁。同・刑雑27巻4号30頁。

49) 山中・齋藤古稀357頁。齋藤・理論刑法学の探究8号61頁も同旨か。

害との関係が他人を介した間接的なものであることのみを理由とすることになる。犯罪阻止義務とは、結局、命じられ、且つ可能な作為の事実上の形態が直接には作為者の行為の制御、抑止であることを意味するに過ぎない。結果回避義務であるならば、その他にも、直接的に結果回避可能な作為があり得ることもあるはずである。

結局、犯罪阻止義務も義務自体の内容、性質を理由として不作為者の補助性を根拠づけることはできない。義務自体の特性を強調すれば正犯となり、義務としての間接性を強調すれば、結果回避義務という本質的要素が希薄化するという関係を免れることはできないのである。このことは作為義務論からアプローチする見解全てに妥当する。「正犯を基礎づける作為義務と幫助犯を基礎づける作為義務の区別はきわめて困難」⁵⁰⁾なのである。

3. 答責的作為者の背後の不作為従犯

犯罪阻止義務論者の中には、犯罪阻止義務「しかない」ことを遡及禁止論的、あるいは規範障害説的な考慮によって根拠づけようとする者がある。作為者の行為を阻止することによってしか被害法益を保護することができない場合には、それを阻止しないで危険の実現をそのまま成り行きに任せることは、自由答責的な主体の、あるいは正犯の規範的障害のある行為が介在しているので、作為義務違反があっても幫助に過ぎない、というのである⁵¹⁾。これは既に犯罪阻止

50) 井田・現刑49号104頁。

51) 山中・齋藤古稀357頁。「結果の発生に対して最終的決定権限をもっているのは作為犯である。」関法58巻5号13頁。「不作為者にとっては規範障害のある第三者が介在している事例であるということが出来る。」同14頁。なお、山中は、齋藤古稀、関法では、犯罪阻止義務を危険源監視義務の一種と位置づけ、その義務違反は構造的に規範障害を介在させるから幫助であるとする理論構成を取っていたが、川端古稀671頁、680頁、686頁では、「保護義務違反と管理義務違反そのものが正犯と共犯を分ける基準ではありえない。」「法益侵害に至る因果経過に他人の規範的障害を有する行為が介在するかどうか」が問題であるとして、規範障害を介在させるという視点を強調し、義務の内容による区別は大幅に後退させている。義務内容による区別を完全には否定し去っていない点が興味深い。

義務論が従犯性の根拠としては無効であることの自認であるが、それは措くとして、原則従犯説ないし従犯の余地を認める見解には、同様の考慮を示すものが多い。明示的に「規範障害」、「遡及禁止」に言及するものもあれば⁵²⁾、作者の自律性、自由答責性、あるいは「二次的規範」といった同趣旨に理解できる用語によるもの⁵³⁾もあるが、結果発生を直接左右できるのは作為者なのであるから、正犯としての、主たる責任は作為者が負担すれば足り、作為者を阻止しなかったにとどまる不作為者は、せいぜい従犯であるという考え方である⁵⁴⁾。これは結局、不作為者の作為者を上回る、あるいはこれを押しつける行為支配を否定し、従属共犯であることないしは間接性のみを指摘することによって従犯性を根拠づけようとする全ての学説⁵⁵⁾の少なくとも背景にある思想であると考えられる。

遡及禁止という考え方は、共犯論とも馴染みが深く、不真正不作為犯論とも

52) 島田・立教65号256頁以下、松生光正・刑雑36卷1号160頁、松宮・総論276頁。

53) 曾根・神山古稀414頁、神山・不作を巡る共犯論329頁、松尾誠紀・北法57巻2号187頁以下。二次的補充的義務だから従犯となるとするのが内海・法政論究56号16頁以下。林・齋藤古稀323頁は、「単独正犯と広義の共犯の区別は、問題の行為者の行為と結果との間に他人の行為が介在したか否かで区別されるべきだと思われる。」とし、緩和された因果関係で足りる理由は、「他人の犯罪行為が介在するとそこに法則を確定することが典型的に困難となり、単独犯におけるような条件関係の証明を要求することが、實際上妥当ではないということにある」とする。ドイツでは、古くは、*Schönke/Schröder*, StGB¹⁷ Vorbem. § 47 Rn. 109 が、人に対する監視義務違反で例外的に正犯となるのは監視対象の人物が答責性を有しない場合のみである、としていた。また、*Kielwein*, GA 1955, 225 が、直接行為者が全構成要件要素を自己答責的に且つ自己の手により充足したときは、不作為者は幫助犯としてしか処罰できないとしていたのもこの考え方に属する。その後、*Bosch*, JA 2007, 421 は、作為者に行為実行の決定的な決定権と事象の支配があれば不作為者はRandfigur にすぎず幫助となるとする。また、*Mosenheuer*, (FuBn. 10), S. 194 は、意思決定支配 (Entscheidungsherrschaft) が決定的であるとする。また、*Heinrich*, Strafrecht AT 6. Aufl. 2019, S. 524 Rn. 1214 は、行為支配の下位基準として「誰が犯罪事実実現についての決定権 (maßgebliche Entscheidung) を握っていたか」を挙げる。

54) なお、規範障害説と遡及禁止論とは別物であるとの理解もあり得るが、少なくともこの文脈においては同じ理由で同じ働きをする考え方である。

55) (1) II、1. 2. 註(36)ないし(38)、註(47)ないし(54)所掲の諸文献参照。

高い親和性を示す考え方である。規範障害説はその共犯論への具体化であると言ってもよい。ある者の態度から結果に至る一個の因果経路の途中に自由答責的な主体が介在する場合、結果の帰属は、その答責主体を超えてその背後にいる者までは遡らないことを原則とし、背後にいる者が責任を負うのは、教唆、幫助の特別な規定がそれを許す場合に限られる、と描写すれば、狭義の共犯処罰の従属性、例外性を言うことになるし、自由答責的な主体は、まさしくその自由の発露としてその者のみが結果の発生・不発生をその掌中に握っている、
 と言え、行為支配説にも繋がる。また、その反面として、F. -Ch. Schroederが、不作為単独犯は、「唯一の人類代表」として自然力に立ち向かう存在だが、作為者が介在する場合は、誰が責任を負うのかが問題となるとする⁵⁶⁾のは、不作為犯における遡及禁止論の立ち位置を明快に表現しているといえよう。保障人的地位の考え方と遡及禁止論とは表裏一体であるとさえ言える⁵⁷⁾。原則従犯説あるいは従犯となる余地を認める諸見解が、遡及禁止を宣明して正犯性を否定し、あるいはそのように解釈できる考え方を示し、またあるいはこれを示唆するような態度を取っているのは、偶然ではない。

しかし、「だから幫助である」とつなげるには論理の飛躍がある。人類代表でない場合、保障人ですらないとする余地もあるからである。しかし、原則従犯説はこの点を顧慮しない。我が国で F. -Ch. Schroeder に倣うとみられる見解の一つ⁵⁸⁾は、不作為による幫助を基礎づける保障人的地位、作為義務は、不作為による正犯を基礎づけるそれと同じと解すべきである⁵⁹⁾としながら、自律的決定に基づく正犯行為を介した間接的な危険創出行為が行われた場合には、

56) Der Täter hinter dem Täter, 1965, S. 105. 我が国で Schroeder に賛同するものとして、外木央見『共犯の基礎理論』（2018年）126頁。同旨、内田文昭・神奈34巻3号30頁、松生・刑雑36巻1号157頁。

57) Rudolphi, (FuBn. 28), S. 139 が、作為犯の領域において正犯か共犯かの問いに答えるにつき構成要件的不法の実現が誰の業績だと記述されるかのみが決定的なのであるとすれば、不作為犯の領域においては、正犯性問題については保障人的地位のみが中心に立つ、とするのはこの点を指摘するものであろう。

58) 島田・立教64号38頁。

59) 島田・立教65号221頁以下。

行為者は正犯行為終了後の、その違反が単独正犯を基礎づけるような救助義務までは負わないが、それが終了する以前の犯行阻止義務は負うから従犯となるとする⁶⁰⁾。

しかし、ここに謂う作為義務は、「自由答責的な他人の行為を阻止する責任」を意味し、既にその表現において形容矛盾である。遡及禁止は、自由答責的な者の背後にいる者には帰責すべきではないという判断であり、「保障人的地位がある」とはその者に帰責すべきであるという判断である。この二つは真っ向から対立する。作為犯の場合と平行に、規範障害があることによって禁止された帰属の遡及が、従犯規定により拡張された構成要件として例外的に、従犯の（より軽い可罰性の）限度で回復するという趣旨であろうが、因果的遡及の禁止は従犯規定によって解かれるとしても、自由答責的第三者が結果の直近にいることに基づく保障人的地位の瑕疵は62条によっては治癒しない。自由答責的直接行為者の背後にいる、規範障害を介在させている、即ち結果発生を直接には左右できない者が、その結果不発生について保障人であるとするのは背理である。62条を遡及禁止が働く場合についての例外的拡張的帰責規定であると位置づけるならば、遡及禁止が働く場面では、保障義務自体がないことになるはずである⁶¹⁾。

保障人的地位は、他に結果を帰属すべき人がいないことを含意する⁶²⁾。「人類代表として自然力に立ち向かう義務」とはそういう意味であろう。保障人の含意する唯一性、排他性を厳格に捉えると、自由答責的な作為犯の背後にいる者は、結果不発生の保障人たり得ない⁶³⁾。尤も、不作為者にとっては、作為の

60) 島田・立教65号256頁。

61) 遡及禁止にも拘わらず認められる保障人的地位は、遡及禁止の影響を受けないほど強い帰責根拠となるはずであるし、そうだとすれば正犯性を否定すべき理由はない。

62) 我が国ではこの点を明示的に指摘する傾向がドイツにおける議論に比して強いように思われる。不作為者以外に作為正犯を止める者がいなかったという意味での排他的支配領域性を要求するのは、林幹人『刑法総論〔第2版〕』（2008年）438頁、堀内・総論287頁、内藤謙『刑法総論（下）Ⅱ』（2002年）1446頁。

63) *Renzikowski*, (FuBn. 7), S. 142 は、故意的且つ有責に行為する第三者の参加を

直接行為者も「自然力」であると言うことも不可能ではない。だとすると今度は、正犯を根拠づける義務があることになる⁶⁴⁾。あるいは、保障人的地位をそれほど厳格に排他的、唯一的な法益保護の付託と考える必要はない、という立論も可能かもしれない。しかし、この場合は、同時に遡及禁止論的考慮もそれほど厳格に適用する必要もないということになる。自由答責的な主体を超えて法益の維持・存続を保障すべき地位があるのであれば、因果性がある場合に結果との間に介在する自由答責的な主体を超えて正犯としての責任を負うべき場合もまた想定するのが一貫しているからである。未成年の子に対する親の、あるいは児童生徒に対する教師の、そして精神病院従業者の患者に対する犯罪阻止義務違反が正犯を基礎づけることがあるとする見解⁶⁵⁾は、まさにそうした思考を示している。そこでは、自由答責性が完全には否定され得ず、厳密に言えば遡及禁止が働くはずの事案において作為義務違反と正犯性が二つながらに認められている。

自由答責的な主体の背後にいる者には原則として結果帰属はなされないという遡及禁止の思考自体には正しいものが認められるし、作為正犯の保障人による不阻止の事例において関与形式の点だけみればこれが正犯性否定の方向に作用するとも言えるであろうが、同時に作為義務否定にも作用しないのかについては別途判断が必要である。同一の法益侵害結果について作為者の行為支配と不作為者の保障人的地位とが同時併存可能なのであれば、それは同時正犯を基礎づけるし、併存不可なのであれば、不作為者はおよそ作為義務を負わないはずなのである。

尤も、作為義務は結果回避義務であることを明示するドイツ刑法典13条のよ

ゝ介して初めて法益侵害をもたらず義務違反的の先行行為は、当該法益侵害を回避すべき保障義務を根拠づけなとする。作為が自由答責的に行われている場合の関与者に保障人的地位があること自体極めて疑わしいとするのは、NK-Seelmann, § 13 Rn. 95, Rn. 97. 我が国では橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(2020年) 428頁が、自律的な他人の意思決定に介入すべき「義務の存否はきわめて限定的に理解すべきであろう」とする。同旨松原・総論499頁。

64) 危険源監視義務論が破綻する理由である。

65) 前掲註43ないし46。

うな規定を持たない我が国の刑法典の下では、遡及禁止の方を優先して自由答責的主体が介在する場合は常に従犯の責任しか認められないとしつつ、その不真正不作為犯形態を認めるために、正犯の構成要件とは関係ない（そこからの遡及を禁止された、その例外的帰属を内容としない）幫助独自の構成要件を構想し、それを実現しないことに尽きる作為義務というものを想定することも可能ではある。しかし、その場合は、各則の各構成要件が結果回避保障人のそれと、従犯保障人のそれとに分離されてしまうという機能的二分説に向けられた批判⁶⁶⁾が妥当することになる。即ち、幫助の処罰根拠を、少なくとも一部（不作為犯の場合）は、正犯者を罪責に陥れたことに求めることになるのである。あるいは、62条が77条以下を法益侵害禁止の体系と危殆化的幫助行為類型の体系とに二重化すると考えるか⁶⁷⁾、62条が正犯行為の種類と内容を問わない包括的構成要件であると考えするという方途もあるが、この理論構成には少なくとも無理がある。西から昇ったお日様が東へ沈むというほどではないが、柳の枝に猫がいる程度の違和感はある。もちろん「これでいいのだ」と開き直られれば、この批判は外在的批判にとどまることにはなる。

以上の考察によれば、作為正犯者の犯行を阻止しない保障人の罪責は原則として従犯にとどまるとする立場、そして従犯となる場合があるとする立場は、いずれも、その従犯性の根拠づけに成功していない。作為犯における従犯の因果構造を単純に不作為に引き写すことは、不作為の仮定的因果性の故に、従犯の処罰根拠の変更をもたらし、且つそれに対応する作為義務の説明に挫折する。逆に作為義務論からアプローチして、従犯に特有の作為義務を案出しようとするときは、結果回避義務であることを放棄せざるを得ず、さもないと、遡及禁止により従犯の構造を持つことを前提とすることになり、前者のアプローチに回帰する。あとは堂々めぐりである。

66) *Ranft*, ZStW 94 (1982), 860; *Kreuzberg*, (Fußn. 10), S. 672.

67) 作為も不作為も正犯も幫助も全て法益侵害結果とは切り離された態度規範（義務）違反と捉える（*Jakobs, Freund* の考え方はこれに近い）ときは、「二重」ではないが、未遂を不法のプロトタイプとすることとなり、法益侵害結果が構成要件要素とされていることの説明は難しくなるであろう。

これらの立場に拠って正犯性が原則として否定される、あるいは否定される場合があるとすると、その場合他人の犯行を阻止しない保障人はおよそ罪責を負わない、という結論に到るしかない。

IV. 正犯性

1. 正犯性否定の根拠 行為支配と保障人的地位

さて、では正犯性は認められるのであろうか。

1) 議論の対向関係

従犯かという問題は、保障人的地位要件を堅持するために従犯要件を緩和すれば、それに連動して保障人的地位要件も著しく緩和せざるを得ない、いわば共犯論も不作為犯論も修正を余儀なくされる場面であった。正犯かという問題においては議論の様相が少し異なる。

Gallas と Armin Kaufmann とが、不作為犯には行為支配はあり得ないという共通の前提から、前者は幫助説に後者は正犯説に至っていることが象徴的に示しているように、この局面ではまさに共犯論からのアプローチと不作為犯論からのアプローチとの相克という問題描写が妥当する。行為支配がないことから、行為支配のない者は狭義の共犯である（共犯論）とするのか、行為支配の有無による区別は妥当せず、保障人＝作為義務者である以上正犯である（不作為犯論）とするのかの争いである。保障人的地位に「支配」の要素、例えば「排他的支配領域性」を読み込む⁶⁸⁾場合には、まさに支配と支配とのぶつかり合いをどのように調整するのかという問題になる。

2) 事實的操縦可能性としての行為支配

ドイツの原則幫助説の多くは、作為者の犯罪行為を阻止しない保障人に正犯が成立しない理由を、彼には行為支配が欠けるという事情に求める⁶⁹⁾。標準的な表現を借りれば、不作為者は、犯罪事実を計画的操縦においてその掌中に

68) 本稿(1)註8所掲の諸文献参照のこと。

69) ただ「行為支配がない」とだけするのは、*Bockelmann/Volk, Strafrecht AT, 4. Aufl., 1987, S. 203*

握っていない⁷⁰⁾。犯罪事実を直接自らの手で実行する者（Hadnungsherrschaftを有する者⁷¹⁾）は、不作為者の行為支配を妨げる⁷²⁾。正犯としての帰属は結果を直接発生させた者にのみなされる、ということになる⁷³⁾。この点は、我が国でも、「因果経過を自らの延長された腕と看做し得る程度に掌握していた」という事情が欠ける、あるいは因果の流れを掌中に収めていないといった表現⁷⁴⁾で語られることがある。既に見たように、この行為支配の否定は、結果惹起の間接性の謂い⁷⁵⁾であり、あるいは幫助性の論拠と裏腹の関係にある⁷⁶⁾。

このような立論は、まず、不作為によって事象経過を支配することはおよそできないから、犯罪事実の経過をその手に握っているか否かをもって不作為犯の正犯・共犯を区別することはできない⁷⁷⁾という批判を被る。ドイツ刑法典13

70) *Hoffmann-Holland*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2015, S. 307 Rn. 799

71) *Kühl*, Strafrecht AT 8. Aufl., 2017, § 20 Rn. 230

72) *Gallas*, JZ 1960.687; *Kühl*, aa.O. mwN.

73) 全体につき *Kühl/Hinderer*, JuS 2009, 924

74) 鳥田・立教65号223頁。同・立教64号44頁は、松宮・総論91頁、同『刑事立法と犯罪体系』（2003年）100頁以下、平山・立命273号2072頁の本文に記したような表現を引いた上で、作為者が介在している場合には、この要件が欠け、単独正犯ではなくせいぜい幫助しか成立しないことになるとするが、松宮、平山の表現は、本来、不真正不作為犯一般の成立要件を意味するものであり、この要件が欠ける場合には、幫助もないということになるはずである。

75) 曾根・神山古稀411頁

76) 鳥田・立教65号223頁が、通常の作為による共犯であっても作為正犯者を解して結果を実現しているに過ぎず、「因果の流れを掌中に収めて」はいないのだから、それと同価値であるべき不作為による共犯についてもそのような要件は不要と解すべきであるとするのも、「掌中に収めている」のが正犯、収めていなければ共犯という趣旨か。そうではなく作為義務（保障人的地位）の要件の緩和を謂うものだとすれば、論証すべきことを論拠としていると評さざるを得ない。そのようなものが共犯だとはいえても、それに対応する義務が不真正不作為犯の要件である作為義務に足りるとすることには別途根拠づけを要する。

77) *Bloy*, Die Beteiligungsformen als Zurechnungstypus im Strafrecht, 1985, S. 215; *Grünwald*, GA 1959, 122 f.; *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl., 2019, S. 516; LK¹¹-*Roxin*, § 25 Rn. 205; SK⁸-*Rudolphi*, vor § 13 Rn. 40; *Sowada*, Jura 1986, 405; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT § 14 Rn. 8. *Sering*, (Fußn. 10), S. 88 f. は、自ら行為支配による区別説に立ちながら、事象を掌中に握るという意味での行為支配は区別に使えないとする。

条は、積極的事象支配を不作為正犯の要件としていないという規範的バリエーションもある⁷⁸⁾。行為支配に保障人の犯罪事実を左右する権限 (Tatmacht) よりも重大な意味を与えることは、13条における作為と不作為の等価値性原則と矛盾するという指摘も⁷⁹⁾もこの一種であろう。

行為支配のある者が正犯、ない者が幫助という前提に立つとしても、不作為犯には最初から支配などないとするならば、そして不作為犯においても正犯・共犯の区別があるのだとすれば (原則従犯説、区別説はこのことを前提とする)、「不作為犯には行為支配がないから、原則として幫助にとどまる」という推論は論理的に誤っている。不作為には欠ける行為支配を補填して不作為犯を作為犯と等置するための要件が保障人的地位・作為義務違反であるというのが、ほぼ一致を見ている不真正不作為犯の理解である。ドイツ刑法典13条の法意のみならず我が国の不真正不作為犯論も、そのためのルール策定の努力であるとすら言える。そうである以上、不作為犯においては行為支配のない正犯が当然に、少なくとも論理的にはその余地が認められなければならない。不作為非支配単独正犯と作為支配単独正犯とが等価値なのである。従って、行為支配がないことは正犯性がないことを基礎づけ得ない⁸⁰⁾。

ただ、ここでは行為支配の内実として事象の因果的操縦のみが念頭に置かれていることには注意が必要である。行為支配説は、ドイツの通説であると言ってよい。しかし、そこに謂う「行為支配」概念は、因果的操縦とほぼ重なる行動支配 (Handlungsherrschaft) から、意思支配 (Willensherrschaft)、そして我が国の共謀共同正犯論と軌を一にする機能的行為支配、さらには社会的行為支配に到る広がりをもつものである⁸¹⁾。「行為支配」概念の守備範囲をこのよ

78) Rengier, AT, § 51 Rn. 15; LK¹³-Weigend, § 13 Rn. 90; Zimmermann, JuS 2011, 632

79) Stratenwerth/Kuhlen, AT § 14 Rn. 10

80) もちろん、非支配犯である不作為犯の内部でも正犯・共犯の区別はなされるべきであると考える余地はある。後述。

81) そのため、実際には別の理由で正犯だと判定した者を「行為支配者」と呼んでいるに過ぎないとみる余地も大きい。それは取り敢えず措くとして。文献としてはここでは代表者のものを挙げておけば足りるであろう。Roxin, TuT, S. 141 ff. ↗

うに広くとった場合、因果的操縦は考えられない不作為犯においても行為支配＝正犯を構想することは不可能ではない。我が国でも「行為支配」の語を用いる者は少ないまでも、正犯性の根拠を巡る理論状況は実質的には同じである。我が国で「重要な役割」等と呼ばれている事情とドイツの「行為支配」との間には、前者がより曖昧であるが故により広い範囲をカバーするかも知れないという点を除けば、考え方自体には殆ど径庭がない⁸²⁾。「重要な役割」は、まさしく因果的支配のない者に正犯性を認めるための議論であるから、余計に保障人の正犯性と仲良しである⁸³⁾。

▼「社会的行為支配」について特に S. 518 ff. Roxin 自身は、社会的行為支配というものをご想定することは可能だが、それは義務の派生物にすぎず、正犯性の根拠とはできないとする。我が国では、高橋・総論434頁が、正犯、共犯の区別は主観的、客観的、そして規範的全要素を同等に考慮してなされるべきであり、「全体として犯罪事実を支配したか否かという基準が『上位基準として』設定されるべきであろう」として、このような広い行為支配概念に立つ。

- 82) あるいは、「重要な役割」は、Roxin の意味における Zentralgestalt、即ち、支配犯、義務犯、亲手犯という各正犯原理を纏める上位概念としての「犯罪事実の中心人物であること」と対応するものと見ることもできる。流石にこれまでを「行為支配」と呼ぶと Roxin は怒るかも知れない。
- 83) 我が国に行為支配がないことを理由として作為者の保障人による不阻止は正犯ではないとする立論が少ないのは、このような事情に基づくものと思われる。Marlie, (FuBn. 10), S. 178 は、Roxin の行為支配概念も必ずしも現実的支配と理解しなければならないわけではなく、事例群によっては規範的に根拠づけられていることもあるのだから、13条の要件を充たす不作為犯について規範的には行為支配があると言ったことができない実質的理由はなく、純粹に用語法上の問題であるとする。この点からは、13条の義務違反は全て原則として不作為正犯であるとするのも説得的に思える、という。照沼亮介・浅田、井田、白取、長井、丸山、吉田編『刑事法学の系譜』（2022年）568頁が、「背後者に包括的・後見的な形で作為義務が課されることが是認できる場合には同時犯としての」正犯性を肯定する余地があるとしつつ、「判断全体の基盤となる正犯性要件は、当該状況における作為義務違反が」「事象経過を左右する性質を有していたと評価されること、すなわち、作為犯と同様に『支配』だと解してよいように思われる。」とするのも同旨であろう。但し、照沼はこの前提から、「準備的・付随的・周辺の関与に過ぎないと評価されれば幫助が成立し得る」と Randfigur 論に至る。「Randfigur にとどまる保障人」は背理であることは既に述べた。右のような緩やかな意味であっても「事象経過を左右する」オプションを握っている不作為者のみが保障人たり得る。

そもそも、作為犯において認められる行為支配は事実的な「因果の操縦」である、と言っても、自然的、物理的な事象の経過に現実的・物理的な変更を加えたことのみを意味する訳ではない。ナイフで人を刺す者の罪責の根拠となるのは、現に刺したこと（だけ）ではなく、刺さないこともできたという可能性である。更に、現に刺したことも直ちに物理的因果を完全に意のままにしたことを意味する訳でもない。障害の偶然的介入、介入（刺した力が足りない、被害者の服が、腹筋が丈夫であった、躲された usw.）の可能性を行為者の任意に完全に排除することはできない。「現実因果を掌中に握持する」と言うときは尚更「可能性」の含みが強くなる。「掌中に握持する」とは結果発生を「左右する」ことが不確定ながら予測される複数の因果的条件を取捨選択できたということに過ぎないのである。「因果を操縦する」とは、有利な条件を選択し不利な条件を捨てることによって結果の発生不発生を高い確率で左右できること、即ち選択可能性を任意に利用するということである。しかも、障害の偶然的介入の可能性は込みである。このように行為支配を結果発生のための複数条件の選択可能性であると理解するときは、不作為には原理的に行為支配が欠けるとも言えないことになる⁸⁴⁾。およそ結果回避可能性がなければ、結果回避作為が期待されることもなく、不作為であるということすらほぼできない。だとすれば、不作為者は作為者の犯罪意思を克服しなければならないという意味で障害の介入を見込まなければならないが、障害の介入が見込まれることは作為犯においても同じであるから、不作為者だけがそのことによって、およそ犯罪事実の支配を有しないことになる訳ではない、ということもできるのである⁸⁵⁾。

以上のような意味で、即ち用語法によっては、不真正不作為犯には作為犯と同様の行為支配はない、という命題自体が真ではなくなる余地も生じる。問題は、事実的な因果的操縦の、*作為者との関係における*欠如が不作為者の正犯性

84) *Krüger*, ZIS 2011, 5 は、行為支配については結果ではなく行為の態様が決定的であるから、結果については仮定的因果関係しかない不作為犯においても、潜在的なものではなく現実的行為支配を語るができるとする。

85) 照沼・刑事法学の系譜567頁は同旨か。

を一般的に蹴飛ばすか、に尽きるとも言える。原則幫助説は、不作為には潜在的行為支配しかない、と言い、人の行動を阻止する方が自然的因果進行の阻止よりも困難である、と言う。ここには因果的支配が作為者との関係において**相対的に弱い**ことが表現されているに過ぎないと見ることができるのである。必ずしも行為支配が欠けることを言い表わし得ている訳ではない。

3) 潜在的行為支配

正犯/共犯区別説はもちろん、原則幫助説も、作為直接行為者の犯行を保障人が阻止しなかった場合について不作為者が正犯となる可能性を全面的に排除するわけではない。不作為者が正犯となる余地を残すために、幫助説の多くは、不作為犯にも行為支配はあるが、それは潜在的、仮定的行為支配であって、作為正犯者による現実的行為支配の背後に退くという理論構成を採る⁸⁶⁾。これは、例えば、作為殺害者が現場を離れて後も被害者の生命を保護すべき保障人が救助のチャンスがあったのに救助しなかった場合に保障人を正犯とするためである⁸⁷⁾。直接作為者が現実的行為支配を喪った後には潜在的であった不作為者の行為支配が顕在化するということである。

行為支配の位置づけを単純な否定から復活の留保をつけた潜在性へと変更してみたところで、言いたいことはただ一つ、作為正犯者がいる限り不作為者は正犯たり得ない、ということである。行為支配が欠けると言っても潜在的なものにとどまると言っても、保障人的地位・作為義務違反によって、それが作為行為支配単独正犯と等価値になるという構造に変更を加えることはできない。同等なのであるからこの事例群において作為が不作為を幫助の地位に追いやる

86) Gallas, JZ 1952, 372; Joecks/Jäger, StK¹² § 13 Rn. 83 f.; Kielwein, GA1955, 227; Ranft, ZStW94 (1982), 845 f.; LK¹³-Weigend § 13 Rn. 94; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts AT 5. Aufl. 1996, S. 696; Wengenroth, JA 2014, 428; 類似の見解として Satzger, Jura 2011, 432, 434 u. Jura 2015, 1055, 1063. 我が国で不作為者の潜在的、仮定的行為支配を認めるのは内海朋子・法政論究56号16頁。潜在的なので原則として従犯となるとするものに堀内・総論296頁がある。山中・川端古稀671頁は、作為者の行為支配は不作為者の潜在的行為支配を排除するとする。

87) この事例群については後述。我が国では、作為者が立ち去った後は正犯という結論を示すものに斎藤信治・『刑法総論〔第6版〕』（2006年）264頁がある。

と言うためには別途理由づけが必要となる。Armin Kaufmann が言うように⁸⁸⁾、潜在的行為支配即ち結果回避可能性は不作為による作為（不真正不作為犯）そのものなのであるから、これを以て正犯・共犯を区別することはできないのである⁸⁹⁾。

4) 作為者阻止の困難性

不作為者の行為支配＝正犯性を否定する見解は、犯罪を決意した人間を阻止する方が、自然の加害的因果経過を止めるよりも困難であるというより実質的かつ事実的な論拠を追加することもある⁹⁰⁾。これが事実の指摘であるとするならば、反対の事実を挙げることは容易であるし、相対的に困難であることを認めるとしてもそれだけでは正犯性を否定する理由にはならない。

作為者を阻止することが困難な場合はたしかに考えられるが、不作為単独犯の場合、結果回避が困難であっても可能である以上は不作為者の罪責には影響しない。事実上の困難性が正犯を幫助に格下げする理由は不明である⁹¹⁾。溺れ

88) (Fußn. 15), S. 294

89) 同旨 *Becker*, HRRS 2009, 242 (247); *Ebert*, AT, S. 192; *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 624; *Rotsch*, (Fußn. 10), S. 340 ff.; LK¹³-*Schünemann/Greco*, § 25 Rn. 233; *Seelmann*, StV 1992, 416; *Zimmermann*, JuS 2011, 629, 632. *Wengenroth*, JA 2014, 429 は、単なる結果回避可能性は不真正不作為犯の基本要件だから区別基準たり得ないが、潜在的影響可能性の強度という規範的問題が決定的であって、これが Zentralgestalt と呼べる程度に強ければ正犯、弱ければ幫助とすることはできるとするが、「規範的」と言っておけばよいというものではない。

90) *Gallas*, aa.O.; LK¹³-*Weigend*, § 13 Rn. 95. これは、原則幫助説に（も）向けられる、危険源が自然力である場合よりも人間である場合の方を根拠なく優遇しているという批判に答えることを意図した指摘である。この批判が二分説に対しても、監視保障人における正犯/共犯の区別に関して向けられるものであることは既に述べたが、まさにその二分説を前提としながら、従犯説にこの批判を向けるものに *Geppert*, Jura 1999, 271 がある。

91) *Otto*, JuS 2017 292; *Roxin*, TuT, S. 905 f. *Kreuzberg*, (Fußn. 10), S. 659 は、阻止が困難か否かは、保障人の事実的な回避能力と作為者の犯罪エネルギーとの相対関係に過ぎず、自然力の阻止の場合にも生じる、心理的身体的作為能力の問題であるとする。*Frister*, Strafrecht AT 4. Aufl., 2009. S. 357 Rn. 40 は、直接行為者の行為意思に対抗してこれを克服するのが困難だとしても、それは13条二項の減輕条項と量刑とで考慮され得るとする。減輕に関してはドイツ法固有の問題であるが、我々

た子供を水中から救助することは、火災の中から救い出すことよりも容易ではあるが、いずれも正犯である⁹²⁾。また、他人の犯罪決意を当初段階で止める方が、発動されてから修正するよりも容易であるとも言える。人を水中に突き落とそうとしている者を怒鳴りつけて制止する方が、水に落ちた人を事後的に救助するよりも容易である場合はある⁹³⁾。更に、作為義務は結果回避義務であることを前提とするときは、作為者の犯罪行為自体の阻止だけが問題なのではなく、犯罪行為の完成、実現、即ち結果発生を阻止できれば足りるのであるから、作為義務の履行は必ずしも作為者の対抗する意思を克服すること、作為者自身に働きかけることを手段とする必要はない。被害者に退避を呼びかけるだけでも被害者を保護することが可能な場合はある。従って、作為者が介在する場合の方が結果回避がより困難であるとは一般的には言えない⁹⁴⁾。

「より困難であるから行為支配＝正犯性が欠ける」という文脈に即して理解するときは、この論拠はそうした事実関係を指摘するものではなく、価値的、法的には保障人が保障対象の法益を救助できるか否かは直接作為者の意思に依存する、と考えるべきである、あるいはそのように看做することができるという趣旨であるとも言える⁹⁵⁾。しかし、より困難であることが規範的に行為支配を否定するということになる、そこに言う「より困難」は結果回避が（法的に）不可能である（と看做される）ことを意味する。事実的に理解する場合も、

ㄨが国でも、義務履行が困難であることは、およそ不可能であった訳ではない限り、量刑で考慮すれば足りる問題であろう。

92) *Roxin*, TuT, S. 498; *Kreuzberg*, (Fußn. 10), S. 660.

93) *Armin Kaufmann*, (Fußn. 15), S. 296 f.; *Roxin*, TuT., S. 497 f.; *Kreuzberg*, (Fußn. 10), S. 660; *Schönke/Schröder*, StGB¹⁷, Vor § 47 Rn. 107; 井田・現刑49号105頁。

94) *Haas*, ZIS 2011, 394.

95) 事実上の相対的困難性は区別基準としては機能しないとする *Otto*, JuS 2017 295 が、刑法は、全ての行為者に自己答責性があることを前提としているから、対抗する行為意思の克服は、事実的に困難であるのみならず、法的な評価の観点においても、より高度の要求となるから、作為者阻止の不作為は、犯罪事実の *Randfigur* にとどまり、原則として幫助となる、とするのは、そのような意味においてであろう。

不作為者と結果との関係が間接的になるのは、上記のように作為者を阻止できない場合だけになる。だとすると、保障人的地位自体が否定されることになるであろう。あるいは保障人的地位はあっても少なくとも作為義務違反はない⁹⁶⁾。

5) Exkurs：実質的潜在的行為支配論

区別問題に論点が移るので、正犯性否定の論拠を検討している現時点の行論の流れからは少し外れるが、潜在的行為支配を言う論者には、それが実質的程度のある概念で、不作為者の支配が作為者の支配を上回る場合があり得るとする者があるので、ここで検討しておく。

F.-Ch. Schroeder は、自然力の阻止と人間の行為の阻止との間には違いを設けるべきだとする前提に立ち（つまり、不作為幫助の余地を認め）ながら、自らの意思によって事象の進行、停止を随時決めることができるマッコマンが我が子が殺されるのを知りながら見逃す場合と気力も体力も弱い男があまり成功の見込みの無い防衛措置を取らないことで犯罪事実を促進した場合との間には極めて明白な違いがあるとして、行為支配概念を自然主義的、形式的ではなく実質的、評価的で程度のある概念として理解すべきことを主張する⁹⁷⁾。マッコマンの例では不作為間接正犯が（*der Täter hinter dem Täter*として）認められるという。

より一般的に、正犯性にとって決定的なのは、保障人が直接作為者の介在にも拘わらず行為支配を獲得すること、即ち構成要件実現を回避できたであろうと言える程度に事象形態を変更することが容易であったか困難であったか、それはどの程度かであるとする論者もある⁹⁸⁾。

また、Rengier は、潜在的行為支配の下位基準として *Zentralgestalt* であつ

96) *Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, S. 164; *Bloy*, JA 1987, 490 (491); *Armin Kaufmann*, (Fußn. 15), S. 294 f. m. Fn. 203; *Kreuzberg*, (Fußn. 10), S. 659 f.; *Mosenheuer*, (Fußn. 10), S. 188; *Renzikowski*, (Fußn. 7), S. 32.

97) *F.-Ch. Schroeder*, (Fußn. 56), S. 105 f.

98) *LK¹³-Weigend*, § 13 Rn. 94

たか否かを挙げ、それは結果回避の可能性ではなく、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⁹⁹⁾。

作為正犯者がなお行為中であるか、現場にいたか現場を去ったか、あるいは行為直後かどうかという形式的な判断であるならばともかく、支配の優劣という相対的な且つ程度の観念を容れる判断で明確な線引きをすることはそもそも極めて困難である。不作為者の支配がどの程度優っていれば正犯なのかを一義的に決めることができるとは思えない。しかも仮定的因果経過としての作為者阻止の困難さの程度を問題とするとなると、正犯/共犯の区別基準として實際上使い物にならないと思われる。強いてこれを区別基準として用いるときは、恣意的な判断を誘発することにもなろうという批判を被ることになる¹⁰⁰⁾。単独犯の場合にも想定だけではできるとはおおよそ（あるいは量刑事情としてしか）考慮されない結果回避の困難性が正犯/共犯を区別させるとするには、別途、規範的、価値的な根拠づけを要する¹⁰¹⁾。それは結局他に帰責されるべき人がいるということに他ならないであろう。別の可能的答責者がいるからこそ、その者との比較において結果回避可能性（作為者阻止の困難さ）の程度を考慮することができるのである。

6) 片面的共同正犯否定論

我が国では、作為者の犯行の保障人による不阻止の事例において、意思連絡

99) *Rengier*, AT § 51 Rn. 20 f. *Satzger*, JA 2015, 1062; *Zimmermann*, JuS 2011, 632 も同旨か。

100) *Otto*, JuS 2017 292; *Roxin*, TuT, S. 905 f. *Geisler*, Die strafrechtliche Behandlung von Eltern minderjähriger Täter 2003, S. 182, 184 は、結果回避の容易さで区別すると、不作為者の肉体的能力その他、多数の不確定要因が考慮されなければならないことになり、安定的な判断はできないとする。特に *Schroeder* の挙げるような、心理的、精神的及び肉体的な強さはどう算定するのが疑問であり、結果回避可能性は期待可能性とは区別すべきであると批判する。阻止作為の困難さについてではなく、作為者の行為の仮定的困難化の程度についてであるが、本稿(1) II. 3. 4) も参照のこと。

101) *Geisler*, (Fußn. 100), S. 184.

が片面的であることが（共同）正犯性を否定する根拠とされることがある¹⁰²⁾。作為関与者と不作為関与者の間に相互の意思疎通があれば共謀共同正犯とすることができるし、意思疎通のためのコミュニケーション行為が作為でしかあり得ないので、保障人による不阻止の事例ではなくなるが、不作為者が作為者の犯行を一方的に認識しており、作為者が不作為者の存在すら知らない、あるいは気にかけていない場合は、片面的共同正犯というものがあり得ない限り、不作為者を正犯とはできないという理屈である。これは、実は、この事例群において正犯性を否定する根拠にはなっておらず、単に片面的共同正犯というものはない、という結論の主張に過ぎない。簡単に言うと、この文脈では、同時正犯の可能性の否定も同時に論証されなければならないのである。

片面的共同正犯否定論者の一人は、意思疎通は共犯性の要件ではなく、正犯性の要件であり、片面的意思連絡しかない場合は、教唆、幫助を認めることで充分であるとする¹⁰³⁾。共同正犯の重い処罰の理由は、複数人の意思疎通に基づいて行われる集団的行為が通常の単独犯に比して一般的に犯罪実現の危険性が高い点にあるという。

102) 島田・立教64号55頁以下。反対、西田・神山古稀424頁。作為者の不阻止の事例群について態度決定を示しているわけではないが、意思連絡が片面的である場合に共同正犯を認めない見解は多い（大谷實『刑法講義総論（新版第5版）』（2021年）425頁、井田良『講義刑法学・総論（第2版）』（2018年）512頁、鈴木茂嗣『刑法総論（第2版）』（2011年）233頁、斎藤信治・総論267頁、曾根威彦『刑法総論（第3版）』（2000年）293頁、西原春夫『刑法総論改訂準備版（下巻）』（1993年）384頁、日高義博『刑法総論』（2015年）496頁、前田雅英『刑法総論講義（第7版）』（2019年）346頁、町野朔『刑法総論』（2019年）416頁、同・松尾浩也、芝原邦爾編『刑事法学の現代的状況——内藤謙先生古稀祝賀』（1994年）、136頁、松原・総論437頁）ので、作為者の保障人による不阻止の問題において正犯ではない場合を認める我が国の学説の多くの背景にはこの考え方がありと推測される。もちろん、片面的共同正犯にあたる場合は、片面的従犯であるとする立場に限ってということにはなる。同時犯であるとする場合には、作為者不阻止の事例においても不作為同時犯を認めることに思い至るはずである。片面的共同正犯の否定自体、理論的説得力に乏しいし、おそらくは犯罪共同説ないし共同意思主体説をベースとする立論なので、本稿の課題との関係は薄く、この位置で論ずること自体不適切かも知れない。

103) 島田・立教64号55頁以下。

まず、双方向的意思連絡があることによって、物理的因果性が同等であるにも拘わらず、一般的、類型的な差を設けなければならないほど実現の危険性が高まるとは言えないであろう。特に不作為的関与者の正犯性を意思連絡の双方向性のみを根拠として認めることが、この論者の主張する遡及禁止論的考慮による正犯/共犯区別説と相容れるとは思えない。意思連絡が双方向であっても、他の関与者の行為分担部分について遡及禁止が働くことは動かない。作為なら一人追加されることによって危険性は高まるようにも見えるが、それも意思連絡の双方向性が決定的な理由となる訳ではなく、主として、物理的な状況、例えば、被害者が逃げにくい等の事情に基づく。我が子を殺害しようとしている配偶者を止めなかった者が、その配偶者と会話していたというだけで、被害者が晒されている危険が飛躍的に高まる訳ではない。そもそも60条は、二人の関与を最少要件としているに過ぎないのに「複数人の集团的行為」の危険性を根拠にするのはレットル詐欺というものであろう。「集团的」と言っておけば、ものすごく危ない雰囲気醸し出されると思ったのであろうが。

7) 小 括

正犯性を否定する根拠として挙げられている諸事情を巡るここまでの検討の結論は、一旦次のように纏めておくことができる。第一に、行為支配を事実的な事象の操縦可能性と考える場合は、そもそもそれが無いことが前提である不作為犯について、再度それが無いことを理由としてその正犯性を否定するという論理は成り立ち得ない。第二に、そもそも事実的操縦可能性が低い、あるいはない場合でもなお「行為支配」を語ることは可能である。作為者との関係において相対的に支配が弱いに過ぎないと言うこともできる。第三に、不作為とは潜在的行為支配であって作為の顕在的行為支配には道を譲るという意味で行為支配＝正犯性を否定することは、保障人的地位が不作為（潜在的行為支配）と作為（顕在的行為支配）の等価値性を基礎づけるという前提を覆すことになる。第四に、行為支配がないとは自然力に発する侵害的経過よりも人に発する経過を阻止する方が事実的に困難であるという意味であるとするときは、事実として反証を挙げるのが容易であるし、規範的に他人の意思を克服すること

はできないという意味だとすれば、そもそも保障人的地位または作為義務が否定されてしまうことになり、正犯か否かという問題の前提が崩れてしまう。

2. 遡及禁止による正犯性の否定

1) 共犯論としての遡及禁止ないし規範障害説

「作為行為者は犯罪事実の経過（Tatverlauf）を支配しており、不作為にとどまる保障人の結果への直接『アクセス（Zugang）』を『閉ざす（verstellt）』』という繰り返し引用される Gallas のフレーズは、後続する「直接的な救助的介入の方が、保障人に、少なくとも一般的には、対抗する犯罪的行為意思の克服よりも僅かなことしか求めない」という命題¹⁰⁴⁾と併せて読む時は、法益救助の有無を保障人が決することはできず作為者の行為意思に依存するという意味において、遡及禁止の考慮の表現であると理解することもできる。既に見たように、大半の幫助説の少なくとも背景にはある考え方である¹⁰⁵⁾。

遡及禁止論によって不作為従犯を認めることは、遡及禁止が作用するような場合、保障人的地位、結果回避義務があるとは言い難く、困難であることは既に述べた¹⁰⁶⁾。では、作為犯の保障人による不阻止の事例において、そもそも遡及禁止を理由に正犯性を否定することは可能であろうか。同時に保障人的地位自体を否定することになるのであれば、結論は不可罰である。

専ら共犯論ないし因果性の観点から事態を観察するときは、遡及禁止論ないし規範障害説は少なくとも合理性を有する。一個且つ同一の因果経路の中間に介在する人間が自由答責的であることが遡及禁止の条件である。自由とは、既にそれを有する者が原因であるということの意味するから、結果から出発する遡及的な原因の探知すなわち責任追及をその地点で終える、即ちそれ以上に遡及しないことには理由があるし、同義反復のきらいはあるが「自由」、「答責」、「主体」という用語法にも合致する。規範障害という表現によるときも、同じ

104) JZ 1960, 687

105) 本稿 (1) II.

106) 本稿 (2) III. 3. 文献についても同所参照のこと。

である。規範の名宛人は自由に規範に対する態度を決められる主体であるから、自由答責的な主体が介在することは、その背後にいる者にとって、その者は規範侵害を独自に決定することができない、即ち規範違反の原因ではないという意味と、同時に反規範的態度の責任を問われることはないという意味を持つ。

2) 不作為犯における仮定的因果経路の複線性

しかし、ひとたび不作為犯の側から見直すと、様相は一変する。不作為結果犯すなわち不真正不作為犯には作為結果犯と同様の因果性はない。現実的物理的な意味での原因は通常自然力にしか求められない。そこで、そうした自然的因果経過とは別の法的、社会的な原因追及経路が保障人的地位にある人物の不作為と結果との間に仮定的因果関係として想定され、その人物の態度（不作為）が仮定的「原因」であることを理由にその人物に帰責がなされる。だとすれば、現実的物理的な原因が自然力ではなく他の人間の行為であっても、この仮定的因果経過の別経路が想定され得ることは影響を受けない。同一結果につながる因果経路が複数あるときは、その一方に遡及禁止が作用しても、他方についての責任は変更を受けない¹⁰⁷⁾。原則従犯説に向けられる、作為義務は危険源が人か自然かで異なることはない、という批判¹⁰⁸⁾は、このような不真正不作為犯の帰属構造¹⁰⁹⁾を前提としたものであると考えられる。

もちろん、幫助説の側は、これに対して、作為正犯者の結果惹起を止めない保障人と自然現象を経過するに任せた保障人とは異なって取り扱うべきであると真っ向から反論する¹¹⁰⁾。雪崩の威力が見たいがために雪崩を起こす者は、違法に流れ落ちる雪崩の幫助者ではなく正犯である。作為においてある寄与の

107) *Frank*, StGB¹⁸ Einleitende Bestimmungen § 1 III. 2. a) 「そうした先行条件の原因としての資格が失われるのは、それらが自由且つ認識を以て結果に向けられた条件と同一の因果連鎖中にある、即ち後行条件の条件である場合に限られる。」

108) 例えば, *Armin Kaufmann*, (Fußn. 15), S. 296, 302; *Bloy*, JA1987, 491; *Ellbogen/Stage*, JA 2005, 353; *Frisch*, (Fußn. 18), S. 251.

109) *Sowada*, Jura 1986, 403 は、作為犯の不阻止の事例について複線的な因果経路を想定した図を描いている。

110) *Herzberg*, (Fußn. 4), Unterlassung, S. 259; *Sering*, (Fußn. 10), S. 82. 我が国では内田・神奈34巻3号30頁。

評価に違いがあるなら、不作為においてこの現象的のみならず法的な違いを均してしまうことは許されないと言う¹¹¹⁾。この雪崩の例はあまり適切な比喩とは言いがたいが、謂わんとするところは、作為でも自然力を利用する場合は正犯、人の利用の場合は共犯となる、ということであろう。

この反論は上記の因果経路の複数性を完全に見落としている。その雪崩を容易に止めることができるのに（あまりリアルではないが比喩を揃えるなら）止

111) *Sering*, a. a. O. 松生・刑雑 36 卷 1 号 158 頁は、*Freund*, *Erfolgssdelikt und Unterlassen*, 1997, S. 227 f. を引いて、「法遵守的に振る舞う」「他者への信頼が法の基礎にあるという点において、犯罪阻止義務を自然現象に対する作為義務とは同じようには扱えない根拠があると言える」とする。雪崩の比喩による論証に比べれば遙かに説得的ではある。しかし、*Freund* が引用された箇所において主張しているのは、他人を法を遵守することが出来且つ通常は遵守する人格として尊重するという共同体生活において不可欠な、隣人に対する基本的態度と、その他人を潜在的犯罪者の如くに取り扱うことは相容れない、即ち他の「人」に発する危険を回避する義務というものを設定することは原則として不適切である、ということである。ただ、このように考えることには限界もあって、銃のような濫用の可能性のある一定の危険物の取り扱いの場合のように、組織化領域の「基本装備」には属さない「特殊危険」がある場合には、これを犯罪的に利用する答責の人格の態度に鑑みて危険回避義務を設定することも可能であると言うのである。ここでは、他の人格の答責性を考慮すれば、犯罪阻止義務すら安直には肯定できないということが語られているだけであって、自然現象とは扱いを変える根拠の説明が意図されているわけではない。*Freund* のこの立論は危険源監視義務（例えば、犯罪の場所として利用された住居の管理者等の）を念頭においてなされたものである。たしかに全く「同じようには扱えない」根拠になるとは言えるかも知れないが、正犯か共犯かという結論までは、まだ決定していない。せいぜい遡及禁止論類似の考慮の根拠であるにとどまり、それでも例外的には答責な他人に関わる危険回避義務があり得るとするのであるから、他人の犯罪的作為を阻止しない場合がおおよそ正犯性を欠くことまでは根拠づけてはいないのである。危険物管理の例において「特殊危険」があることを条件とするときは、当該危険物を持ち出して犯行に利用した者の答責性を凌駕する責任が管理者に想定されているのであるから、これを間接正犯とする余地は十分に残されている。現に、*Freund* は、正犯/共犯の区別を義務内容の対応関係にかからせており（本稿（1）II. 4.）、また、他人の犯罪の不阻止が保護義務違反である場合は危険源が自然力であるか人間であるかに拘わらず正犯となるとしている（MK⁴-*Freund*, § 13, Rn. 274）。原則従犯という結論を松生と共有する訳ではない。*Freund* のこの説明は、寧ろ、III. 3. で述べた、遡及禁止と保障人的地位とは本来同時存在できないことをよりよく根拠づける。

めなかった別の義務者もやはり雪崩の幫助者ではなく正犯であろう。人が惹起した雪崩れか否かは問わない。また、雪崩の向かう先にいる例えば我が子に退避を呼びかけることができ、退避の時間的余裕もあったのに警告しなかった親は、自らが故意にその雪崩を起こした場合、雪崩の惹起の責任と共に子の不救助についても責任を負い得る。残るは法条競合の問題である。

序でながら、我が国で用いられている比喩を借りて言えば、幫助説によるときは、自分の子を第三者が殺害するのを阻止しなかった母親は幫助となるが、野犬が噛み殺そうとしているのを阻止しなかった母親は正犯となり不均衡ではないかという問題が生じる。殺人者の行為と子の死亡、野犬の襲撃と子の死亡との間の因果経路に加えて、母親の不救助という（仮定的）因果経路がいずれの例においても想定できるのに、一方の例では単線しかなかったことにされるのがこの不均衡の原因である¹¹²⁾。

実は、作為の事例においてもこの複線的な因果経路を想定することができる場合がある。Tが銃を構えて待ち構えている他に逃げ場のない密室に被害者Oを押し込むBは、Tが引き金を引くという決意の背後で（遡及禁止を受ける）幫助的間接的因果性を有しているだけではなく、押し込んだことによってOを危地に追いやるといふ直接的因果性をも有している。この例では、T経由の経路については遡及禁止が働くにも拘わらずBも共同正犯とされることになるが、それは、このB独自の直接的因果性の設定を理由に「重要な役割」を果たしていると評価できるからである。

もちろん、作為で直接行為者の心理のみを媒介とする教唆、精神的幫助の場合は、因果経路は単一で、まさしく直接行為者のみが結果の発生・不発生を左右できる。この場合は、遡及禁止の根拠が十全に作用する。ただ、既に物理的幫助において、作為であっても遡及禁止の根拠となる事情は完全ではなくなる。

112) 佐伯・楽しみ方432頁は、この不均衡は「しかたがないであろう」とする。他方、佐伯は同所で、松原・法セ680号134頁（同・総論499頁に同じ批判あり）による正犯説批判を引きつつ、けん銃を貸す行為は幫助なのに貸したけん銃を取り戻さないのは正犯となるという不均衡は論難する。こちらの不均衡だけ「しかたない」では済まさないのは、ご都合主義というものであろう。

とはいえ、作為犯においては禁じられる行為は特定のであるから、幫助行為の因果的作用経路が複数あってもこれを直接行為者を介する主たる幫助行為（間接的原因）の派生物と看做して、犯罪事実全体の決定権はなお直接行為者に握られていると言うことができる場合はある。

他方、不作為犯において命じられる作為は、法益の救助に役立ち且つ実行可能なもの全てである。直接行為者の自由意思に依存しない可能的救助経過は無数……は言い過ぎにしても、多数想定できる。例えば、少し距離をとって刃物や鈍器を投げつけようとする作為者に対しては、言葉を発することで翻意を促す、制止する等の心理的阻止、羽交い締めにして止める等の物理的阻止ないし意思抑圧（つまり作為者の意思を介した阻止）以外にも、被害者の前に盾となる物体を投げ入れる、あるいは被害者を突き飛ばして避けさせる、あるいは被害者に退避を促す、叫び声で注意を喚起する等様々な結果回避作為が考えられる¹¹³⁾し、これらの行為によって作為者を阻止できるのは、作為開始前に限った話ではない。こうした場合には、結果回避の可否は、作為者の自由答責的な意思に依存しない。少なくとも命じられた可能な介入の時点によって異なる¹¹⁴⁾。従って、直接作為者による結果惹起を阻止しない保障人の事例において遡及禁止により正犯性を否定できる場合はごく限られていると思われる。後述するように、原則幫助説にも作為者の行為終了後の不介入、不救助は不作為正犯であるとする論者が多い¹¹⁵⁾。

113) *Otto*, JuS 2017, 291

114) この点につき不作為の時点に着目する *Ransiek*, JuS 2010, 679 f. の分析が示唆的である。そこでは、作為後の不作為については、自然現象が危険源である場合と何等変わりはない、作為前の不作為の場合、保護対象の人物が危険源に向かうことを知りながら警告してやめさせない保障人が正犯である以上、作為正犯者という人が危険源である場合も同様に扱ってよいとされる。作為と不作為が同時の場合のみ、不作為者は作為者に介入しなければならないから、不作為者は結果回避の有無を単独では決定できないという。尤も、私見によれば、本文で述べたとおり、同時であっても不作為者が単独で決定できる場合はあり得る。厳密に同時である場合は想定し難いし、直後、直前になるとは思われるが保護客体に作為者の攻撃に対する防護措置を施すことが可能な場合がある。これは作為者の意思に依存しない。

115) なお、遡及禁止論的考慮による不作為正犯の否定に対して向けられる批判に

3) 自由答責の主体を乗り越える（間接正犯的）支配

既に述べたように、自由答責的な主体を介在させていることを理由に正犯性を否定するときは、保障人的地位＝作為義務の根拠づけが困難となり、不作為による、即ち作為義務違反の、幫助の可罰性を認めることができない。従犯説はもちろんそのような結論は拒否し、法益侵害について自由答責的な作為主体と併存しうる保障人的地位もあると考えるはずである。しかし、逆に、自由答責的な作為者を媒介とするにも関わらず認められる作為義務は、作為者の自由答責性を超越する期待を不作為者に投げかけるのであるから、一種の間接正犯と考えるべきことになりはしまいか¹¹⁶⁾。

現に遡及禁止論的考慮によって正犯性を原則として否定する論者には、間接正犯的事情を考慮して例外的に正犯となる場合を認める者がある。Serin^g は、正犯者の動機因果に影響する属性に従って、行為支配を客観的に段階付けることが可能であり、保障人の不作為が作為正犯の決意とそれ故行為実行を心理的に強化している程度に応じて不作為も結果実現を共に惹起したと言える程度は高まるとする¹¹⁷⁾。また、Weigend も、保障人の介入が成功することには、第三者の積極的正犯意思が障害として立ちはだかることが多く、これを克服することは、自力の行使とは比較できないほど困難であって、原則として幫助であるが、特に、保障人が（潜在的に）事象を掌中に収めていると言える程度に作

↘は、過失犯の場合、即ち直接行為者が過失であるか、保障人に過失しかない場合は最初から正犯しか問題とならないのであるから、他人の故意行為の故意的な不阻止も正犯とするべきであるとするものがある。Frisch, (FuBn. 18), S. 251; Kreuzberg, (FuBn. 10), S. 665 も同旨か。我が国では井田・現刑49号104頁。また、嶋矢・注釈刑法第一巻929頁は、原則幫助説を過失犯にも貫徹させると、管理監督過失において作為正犯が存在する場合には処罰が認められる場合はかなり限定されることになるとする。ここでも思い切りが足りないが説得力のある指摘である。ただ、我が国の刑法62条は故意犯に限るとしか解釈できない訳では必ずしもない。過失共犯の可能性については、松生光正・論叢117巻5号45頁以下参照。

116) 松生・論叢117巻5号47頁以下は、遡及禁止を理由として自己答責的な過失行為者の背後の過失共犯を認めながら、背後者に優越的知識がある場合など例外的に過失の間接正犯となる場合もあるとする。

117) Serin^g, (FuBn. 10), S. 91 f.

為者を身体的 und/oder 精神的に上回っている場合は、保障人が直接構成要件実現を左右できる、とする¹¹⁸⁾。我が国にも、遡及禁止により原則従犯としながら、介在する作為者が答責性を欠く場合、不作為者が作為者に決定的な心理的影響を圧力を伴って与えている場合には例外的に共同正犯となる場合があるとする意見表明がある¹¹⁹⁾。

間接行為者が被利用者の行為を完全に操縦していること、あるいは被利用者に全く自由答責性がないことは、通常は間接正犯の要件とはされていない（目的なき、あるいは身分なき故意ある道具の事例類型において正犯性が認められている）。これを前提とする限り、遡及禁止論的考慮により自由答責的作為者の背後の不作為者は原則として従犯であるとするときも、例外的には、正犯性を認め得る場合があることになろう¹²⁰⁾。直接作為者を凌駕する、あるいは同等の保障を求められこれに従わない者の当罰性は、従犯の程度にはとどまらないはずである。

遡及禁止ないし規範障害を厳格に理解し、過失犯の介在の場合も背後者には従犯としての帰責しか認められないとするときは、作為正犯者の不阻止は「原則として」従犯にとどまると一般化することができるが、そうするときは、一

118) LK¹³-Weigend, § 13 Rn. 93. 同所では、また「保障人自らが個人の力で結果を回避することができる場合、正犯としての可罰性が考慮に上るが、そうであっても、決意した犯罪行為者と直面している場合には、作為正犯と比肩すべき意味での潜在的行為支配は原則として有していない。」とされ、直接的結果回避作為が可能な場合には正犯とする余地が示唆されている。作為者が現場を立ち去った後の不救助に限定する趣旨であろう。この点については後述。

119) 鳥田・立教64号50頁以下。「共同正犯」とする点には若干の違和感があるが、その意味するところが「共謀共同正犯」であって、ドイツでは組織的権力装置の利用による間接正犯、あるいは Roxin によれば機能的行為支配と呼ばれる法形象に対応する事案を念頭に置いたものだとすれば、アリよりのアリである。本来は、同時正犯であると思われるが。

120) Hoffmann-Holland ZStW 118 (2006), 630 ff. が不作為者による「直接統制」の有無によって正犯/共犯を区別するのもこの趣旨か。松生・刑雑36巻1号162頁は、「答責的でない」作為者、例えば幼児への関与の場合、不作為者の正犯性を肯定する余地があるとするが、本文のような場合にまで広げる趣旨であるかどうかは引用箇所からは判別できない。

般に認められている間接正犯の事例類型の殆どにおいて正犯性を肯定することができなくなる¹²¹⁾。幫助説も遡及禁止論ないし規範障害説的考慮をそこまで徹底するつもりはない模様である。そのことは、「遡及禁止」という語を明確に用いる論者が少ないことが既に徴表しているのかもしれない。また、遡及禁止論「的」、規範障害説「的」考慮によって正犯性を否定する見解の殆どは行為支配説を前提とする、いわばその変種に過ぎない。法益侵害の有無を自由に左右できる者は、犯罪事実の支配者である。だとすれば、これらの論者が、機能的行為支配等の緩やかな行為支配概念をも念頭に置いていることは推測するに難くない。答責主体の介在の場合にも背後者に正犯性が認められる余地は広いものと思われる。

幫助説によれば正犯性否定の根拠となる事情である遡及禁止が、右に見たような程度のある、例外判断を許す、緩いものであるとすれば、「原則として」幫助となるのは如何なる場合か、幫助となる場合の方が寧ろ限られるのではないか、との疑いが成立する。逆に自由答責の主体による排他的影響力に最大限の規範的重みを認めるときは、それを超えて法益の存続を保障すべき地位というものは想定し難いという事情が追加されると、少なくとも「原則」幫助説は、もう殆ど息をしていない。

3. 作為終了後の結果不防止

上述の「潜在的」行為支配論は、保障人の「支配」が「顕在化」することが

121) もちろん、間接正犯を認めるにつき極めて厳格な立場もある。植田重正『共犯の基本問題』（1952年）95頁以下は、行為媒介者に過失があるということは、「結果の惹起が一般に防止され得ると考えられることが前提とされるわけであるから、背後者から見れば「規範論上結果の惹起が一般に期待不可能であったということに外ならず、過失行為を利用する背後者の行為は、実行とは解し得ないとする。また、中義勝『講述犯罪総論』（1980年）235頁、同・『間接正犯』（1963年）134頁以下は、過失犯といえども注意していれば規範の命令に従うきっかけが与えられていたという意味で規範障害なのであるから、過失利用の間接正犯も認められないとする。中が規範障害説的犯罪阻止義務論に立ち、作為犯を阻止しなかった保障人の正犯性を否定する（本稿Ⅲ. 2.）のは一貫した態度であると言える。但し、規範障害の背後にいる不作為者が保障人であり得るかには少なくとも疑いがあることは既述の通り（本稿Ⅲ. 3.）である。

あり得る、という含みを持たせた議論である。即ち、正犯性否定説が保障人の事象支配は潜在的なものにとどまり作為者の現実的支配の背後に退くと言うとき、「潜在的」であることが正犯性を否定する意味を持つだけでなく、潜在的ではあっても「支配」はあるのだから、作為者が退場した後は正犯となるという意味をも有しているのである。しかし、これを認めてしまうと原則幫助説における原則と例外とはその位置が反転してしまうことになる。

Gallas は言う。「これに対して保障人が行為支配の発動に対してではもはやなく、そのような発動の猶修正可能な諸効果にのみ直面している場合（例えば謀殺行為により重傷を負った被害者に会った場合）、彼は、結果を回避することが可能であったにも拘わらず不作為にとどまったならば、私見に拠れば、彼にその回避が付託された法益を脅かす危険が第三者の犯罪行為ではおよそなく、事故その他同等の事情に由来するものである場合と同様に、正犯と看做されなければならない。なぜなら、この二種類の事例においては彼の介入が必要となった瞬間において被害者のその後の運命についての責任は独り彼の掌中にあるからである。この点に、そして、直接的救助的介入が、少なくとも一般的に、対向する犯罪的行為意思の克服よりは僅かな負担しか保障人に求めないという事情の中に、これらの事例において正犯を認めることと結びつくより重い処罰の正当化根拠がある。」¹²²⁾

Puppe はこのような考え方を「行為支配遷移 (Tatherrschaftswechsel) の理論」と呼び、「実行段階で行為する者は、予備段階のみで行為する者の行為支配を排除し、その後は、作為者が、行為経過を操縦しているが故に、そしてその限度で不作為者の行為支配を排除する。保障人が、他の者が行為を終了し事象から離脱した後になってもなお結果を回避する可能性を有している場合、この保障人は、それを進行させることも途絶させることも単独で決定できる自然現象に直面していることになる。」と説明する¹²³⁾。他にも、作為者の決意

122) Gallas, JZ 1960, 687.

123) Puppe, (Fußn. 10), § 32 Rn. 22.; Haas, ZIS 2011, 394. Jescheck/Weigend, AT S. 696 が、作為者が行為経過を手放した後に初めて行為支配が不作為者に移る、と

（着手）以降の不阻止のみが直接構成要件的不作為（tatbestandsunmittelbare Unterlassung）となり正犯であるとする者¹²⁴⁾、不作為者が潜在的行為支配の形式において行為支配（犯罪事実実現の決定権）を有していたか否かで正犯共犯が決まるとする者¹²⁵⁾を始めとして、少なくとも作為者が現場を離れた後に保障人に救助可能性があり、且つ不作為にとどまった場合は正犯となるという結論を支持する論者は多い¹²⁶⁾。ドイツでこの場合についても積極的に正犯性を否定する原則幫助説論者¹²⁷⁾は、寧ろ例外と言えるであろう。

このことは、原則幫助説が作為正犯への不作為関与者の正犯性を否定する主たる理由が、上述のように、間接性、従属性、そしてその内実としての遡及禁止にあることに起因していると思われる。既に述べたように、作為者の犯行を保障人が阻止しなかったという事例において、遡及禁止が作用する、あるいは不作為者の結果との関係が間接的になるのは、作為者の意思を媒介とする因果

ゝするのも同旨であろう。

124) *Becker*, HRRS 2009, 248 ff. 但し、*Becker* はこの要件を義務犯論への罪刑法定主義的制限として追加すべきことを提案している。

125) *Heinrich*, (Fußn. 53), S. 524 Rn. 1214.; 「事象の主」 LK¹³-*Weigend*, § 13 Rn. 93.

126) *Bockelmann/Volk*, AT, S. 203; *Bosch*, JA 2007, 421; MK⁴-*Freund*, § 13 Rn. 275; *Haas*, ZIS 2011, 394; *Kielwein*, GA1955, S. 227; *Ransiek*, JuS 2010, 680; *Schmidhäuser*, AT 13/15; *Schwab*, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen 1996, S. 222; LK¹³-*Schünemann/Greco*, § 25 Rn. 233 もネガティブな表現ながら.; *Wengenroth*, JA 2014, 429; *Joecks/Jäger*, StK¹² § 13 Rn. 82-85; *Satzger*, Jura 2011, 432, 434; *ders.*, Jura 2015, 1055, 1063. 我が国では小林・判時2249号7頁、島田・立教64号50頁以下、曾根威彦『刑法原論』（2016年）527頁、齋藤信治・総論264頁。松生・刑雑36巻1号162頁、山中・齋藤古稀358頁、林・齋藤古稀323頁、他の点におけると同様ここでも歯切れは悪いが鳴矢・注釈刑法第一巻929頁もか。

127) *Welp*, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 281 は、「他人の実行行為終了後、構成要件の結果が差し迫った」段階においても「関与者は他人の犯罪事実と直面して」いるから、「故意的に動機づけられた、あるいは促進された正犯行為の不阻止は、決して直接的惹起とは等価値ではない」とする。*Mosenheuer*, (Fußn. 10), S. 196 は、犯罪事実全体についての決意支配を作為者と不作為者の間で評価的に比較することが決定的であって、他の幫助説においてとは異なり、可能な結果回避作為の時点は問題とならないとだけしている。*Haas*, ZIS 2011, 394 Fußn. 27 は、*Mosenheuer* 説はその点において一貫性に疑いがあるとする。

経路においてのみであって、不作為の仮定的因果経路には常にもう一つ不作為と結果との直接的結びつきにおいて想定できるものがある。その典型が、作為者が現場を離れてからの不救助である。潜在的行為支配論、行為支配遷移の理論は、この点を無意識にせよ前提とした議論であると言える。この理論が作為支配と不作為支配との時間的前後関係を気にしないようになれば、原則正犯説とは紙一重の差しかない。作為者の行為を直接阻止する途は険しくても、作為者から被害者を守る途には、作為者を迂回するものもあるし、それは作為実行行為の終了を必ずしも待たない。作為者と被害者との間に被害者を守る防壁を築くことが可能な場合はある、ということは前述した。そうした救助行為の不作為は作為者の意思にも行為の前後関係にも依存しない。

ところが我が国には、否定論がある。おそらくは、この場合に正犯性を肯定すると直上に述べた理屈を覆すのが困難になるからであろう。曰く「結果について第一に責任を負うべき正犯が存在する場合には、犯行後の結果不防止も従犯となると考えてよい」¹²⁸⁾。不作為者も作為者と並んで「第一に責任を負うべき正犯」となる余地はないかを議論しているのだよ、我々は。作為正犯者が一人いれば、他の全ての関与者は狭義の共犯であるという立論は成り立ち得ないし、作為直接惹起者の背後のみならず、周辺にいる者全てが正犯としては帰責されないというのであれば、遡及禁止論ではなく因果関係中断論の亡霊である。また曰く「行為支配は結果発生まで作為者に掌握されている」¹²⁹⁾。んなことあない¹³⁰⁾。現場を離れたことが前提である。更に、現場に滞留していてもなお、保障人が救助を行うのを止める可能性は当初の作為者にとって潜在的支配にとどまるであろう。一定の行為を決意した者の意思を克服するのは、自然力の克服より困難なのではなかったか。

あるいはまた、不作為幫助は、作為者に対して発せられた規範命令の違反を

128) 松宮孝明・『レヴィジョン刑法1共犯論』(中山、浅田、松宮著)(1997年)191頁。
佐伯・楽しみ方433頁が因果経過全体を見渡して2次の寄与にとどまると評価できれば幫助としてよいとするのもバリエーションの一つである。

129) 内海・法学政治学論究56号12頁。

130) 島田・立教64号53頁。

前提とする第二次的命令の違反なのであってこれは事後的に判断されるものであるから、作為者が行為の最中であるとか、現場から立ち去った後であるといった事情の影響を受けないという立論もある¹³¹⁾。作為者との関係だけに着目すればそのように言うこともできるであろうが、行為終了後は、その「作為者に対して発せられた規範命令を前提とする第二次的命令」とは別に不作為者に対して直接的な法益保護命令が新たに発せられると考える余地もある（多くの見解がそのように考える）のである¹³²⁾から、そのような規範命令は発せられないことを別途論証しなければ、作為者の行為終了後にも救助的介入をしない保障人の正犯性を否定することはできない。規範が二人以上の者に法益保護命令を発することはふつうにある。同時犯を見よ。時間的に前後がある場合はなおさらである。作為者の行為によって危機に瀕した法益を救助せよとの命令があり得ることを無視するのは、この種の事例において成立する上述の因果経路の複線性（作為者を媒介する現実的因果経路と不作為者と結果との間の仮定的因果経路）を見事に見落とした議論である。

更に、子供を池に突き落とすところから見ていた場合は幫助、後から来て放置したら正犯というのは不均衡だと言う者もある¹³³⁾。突き落とすところから見ていた場合が幫助である、という前提が既におかしいが、百歩譲って幫助だとしても、その後も救助しなかった場合は、不作為幫助も不作為正犯も成立するであろう。その罪数論的な処理には争いもあり得るが¹³⁴⁾。そもそも、突き落とすところを見ていた場合であっても、その瞬間に居合わせただけなら、おそらく何も対抗措置を取ることができないであろうから、幫助も成立しないことが多いであろうし、突き落とすことを容易に止められたのに止めなかった場合は、そこで既に不作為正犯の余地もある。

131) 神山・不作為を巡る共犯論182-183頁。

132) 規範の法益保護命令は、当初から二人に対して発せられていて、作為者の現場離脱後は、作為者の命令違背は確定し、不作為者に対するもののみが残ると考えてももちろん OK。

133) 佐伯・前掲同所

134) この点を巡るドイツの議論については、後述 4.3)。

なんともけったいな見解として、この事例の不作為者と結果との間には他人の自律的決定が介在していないから、共犯ではなく、「刑法は、法益侵害が始めからゼロの状態を第一に求めている」のであるから、既に法益主体に損害が生じその時点では「侵害ゼロには戻せなかった」状態における救助義務違反を、その状態を当初惹起した作為と同等に評価することはできない、従って、後行不作為の処罰は否定されることとなるとするものがある¹³⁵⁾。不可罰とすべき理由としては、これに加えて、驚くべきことに、この事例が「中止構造」を持つということを指摘する¹³⁶⁾。中止犯規定が中止行為を勧奨するのは、中止行為を義務づけることも不中止を処罰することもしないことを意味するから、作為者によって既に法益侵害の危険が生じている事例において、法益侵害を縮小させる行為を制裁を以て不作為者に義務づけるべきではない、とする。当初惹起された危険に対して救助行為（中止行為）をすることなく侵害を「縮小」しなかったとしても二重の結果惹起の禁止は避けるべきであるのだそう。

作為終了後の不救助部分については他人の自律的決定は介在しないから共犯ではない（正確には、遡及禁止は作用しない）というところまでは正しい。「侵害ゼロ」という表現にユニークな言語感覚が看取されるが、それは措くとして、法益救助義務は原状回復義務ではない。例えば既に重傷を負った者を病院に担ぎ込むことは刑罰的には義務づけられないとでも言うのであろうか。「人を傷害する」とは「傷を広げる」、「悪化させる」をも含み、「人を殺す」とは死期を早めることを意味する。この見解によれば、一旦そうした結果に向けた因果プロセスが進行を始めた以上、その後の如何なる関与も刑法の法益保護目的に適合せず、刑罰に馴染まないことになる。そうなるのが当初の危険創出が人の手による場合だけだとする根拠としては、中止犯規定は力不足である。たしかに中止犯規定は、惹起者自身には中止を義務づけることはないかもしれないが、他の何人にも中止（阻止）を義務づけないことを宣言している訳では

135) 松尾誠紀・刑雑48巻3号3頁、同・北法57巻1号189頁以下、同・北法58巻4号15頁以下。

136) 松尾・北法58巻4号6頁、8頁以下。

ない。法益侵害を惹起する行為を始めた者に報奨を提示して中止を勧奨するのが43条但書であると理解するときは、この者に中止を命じることは禁反言に抵触することになると考えることもできる。それはよい。しかし、当初の惹起者でない者にどのような態度を求めるかについては、43条但書は何事も語っていないのである。寧ろ逆に、処罰しないことが報奨の意味を持ち得るのは、処罰すること、義務づけることが原則だからであるとすら言える。先行する義務違反（実行の着手）があるからこそ、その撤回ないし原状回復を求めることに意味があるのであって、後行不作為関与者にはそれがないのに中止犯規定を持ち出すのは場違いというものである。あるいは、中止犯規定は「被害者保護の見地から（！）、関与者の不可罰への関心に追加的に（！）訴えて、彼がいずれにせよ要請されていること（！）をさせようとしている」（！）は原文ママ¹³⁷⁾と理解する余地もある。すなわち、法益保護命令に実効性を加えるためのブースターだと。中止犯規定を根拠に、作為終了後は保障人による救助は義務づけられていない、とすることはできない。

以上のように、作為者の行為終了後の保障人による不救助について不作為正犯を否定する試みは、いずれも成功しているとは言い難い。原則従犯説によって不作為従犯でしかないという結論が導かれる事例群は、作為者が行為を開始する以前、または行為中にこれを阻止する可能性があったのに、保障人がこれを阻止しなかった場合に限られることになる。そうだとすると、少なくとも、「原則」として従犯となる、とは言い難い。そして、作為終了後ないし作為者の現場離脱後の救助の不作為が正犯となることを認めるのであれば、行為前、

137) Kreuzberg, (Fußn. 10), S. 676 Fußn. 3864. Kreuzberg は、同所で、Renzikowski, (Fußn. 7), S. 142 Fn. 365 の、作為幫助という先行行為は保障義務の発生根拠とはならないとすることは中止犯規定とは矛盾しない、即ち、中止犯規定は、中止を結果回避義務と同じ意味で（定言命法として）は義務づけてはいない（仮言命法にとどまる）という理解を批判して、どういう訳か訳文にも示したように「！」連発でこのことを力説している。正しいが、そないに気張らなアカンことかとは思ふ。Kreuzberg が言うように中止犯規定の存在は中止ないし阻止が命じられていないとする根拠とはならないであろうが、幫助・教唆は先行行為責任を基礎づけないう点では、後述するように、Renzikowski に賛成したい。

行為中であっても作為者との直接的関わり合いなしに、作為者の意思に依存することなく阻止できる、つまり被害者の側に防御措置を施す可能性がある（3歳児に内縁の夫が致命的の折檻を加えようとしているのを察知した時点で、その子を抱きかかえて現場から逃げる等）場合にも、それを怠った保障人は正犯としなければならない¹³⁸⁾。残るは、作為者の身体活動を止める、翻意させるといふ直接的妨害行為だけであるが、翻意はともかくフィジカルな阻止は困難なことが多く、作為義務自体が認められ得ない（真面目に認定すればであるが）事例も多いであろう。そうすると、作為者を阻止しなかったことが不作為従犯となるのは例外的な場合に限られることになる。

4. 義務犯論

1) 行為支配なき正犯概念

既に述べたように、犯罪事実の事實的操縦可能性という厳格に因果的な意味においてではなく、共謀共同正犯（あるいは *der Täter hinter dem Täter*）における背後者の正犯性、我が国で言われている「重要な役割」、あるいはまた所謂機能的行為支配ないし組織支配（*Organisationsherrschaft*）を含む意味で「行為支配」の概念を用いるときは、行為支配と保障人的地位は必ずしも互いに排斥し合うものではない。保障人を行為支配者と呼ぶことはできる。また、介入者の自由答責性が僅かでもあれば帰属の遡及は禁止されると厳格には解さない場合、作為正犯者の背後の不作為正犯を認めることも可能である。更に、不真正不作為犯における因果経路の複線性を考慮すれば遡及禁止だけでは作為者による結果惹起を阻止しない保障人の正犯性は否定されない。このように考

138) *Otto*, JuS 2017, 295. は、不作為者に結果実現を阻止する直接的救助的介入が可能である場合には、結果阻止は、作為正犯者の意思の変更には依存しないから、正犯となるとする。例えば、作為正犯者が被害者の飲み物に毒物を投入したことを知った保障人が、作為者に、通報するぞと脅迫して、毒入り飲料を捨てるよう動機づける以外に、被害者に電話をかけて適時に警告することができる場合、作為正犯者の意思への直接的作用とは別の結果回避可能性があり、この場合の保障人は作為者の意思を克服する必要がなく、*Randfigur* にとどまることはない、とする。

えれば、不真正不作為犯もなお、「支配犯」であるということすら不可能ではない¹³⁹⁾。

ドイツの原則正犯説あるいは義務の種類によっては正犯しかあり得ないとする立場は、必ずしもこのようには考えない。所謂「義務犯」の理論である。行為支配基準によって正犯、共犯を区別できる犯罪カテゴリーである「支配犯」とは別に、即ち行為支配思想から独立した「義務犯」のカテゴリーを設定し、そこでは作為義務違反＝正犯であるとする考え方である。不作為には行為支配がないからといって、不作為者が常に正犯たり得ないわけではなく、行為支配以外にも正犯原理はある。即ち、不真正不作為犯の処罰根拠である保障人的地位ないし行為義務違反は、正犯性の根拠でもあるという訳である。そこには少なくとも論理的問題はない。Roxin の提唱にかかる義務犯論は、不作為関与の問題についてはまさしくそのような内容のみをもつ理論である¹⁴⁰⁾。また、

139) 筆者は、現在のところ、作為、不作為に共通の正犯原理はそのようなものであると考えている。そして単線の因果経路しかない作為犯（教唆、精神的幫助）については遡及禁止が働くが、その他の場合は、自由答責的な主体の介在がただちに正犯性を否定するわけではないと思われる。もちろん、その根拠付けと限界設定には更なる検討と説明を要するが、それは、本稿の課題ではない。なお、Roxin, TuT, S. 29 ff., 373 ff., 392 ff., 495 ff. は、本文のような緩やかな行為支配概念に対応する概念として Zentralgestalt を設定して、支配犯、義務犯、自手犯を統括する上位の正犯概念としているので、謂わんとするところは同じであるかも知れない。また、Satzger, JA 2015, 1062 は、不作為犯の行為支配は仮定的因果経過に着目して定められる評価的な潜在的行為支配であって、その強度を問題とすることができ、作為正犯の不阻止が正犯か幫助かは、保障人がどの程度現実の状況を支配し得たかによって決まるとする。用語例としてはこちらの方が率直であろう。但し、この構想において不作為幫助の余地が残るかは疑わしい。保障人は仮定的因果経過に着目した場合、常に結果発生を支配している。

140) TuT, S. 502 ff. 本稿(1)註15所掲の諸文献参照。Stratenwerth/Kuhlen, AT, § 14 Rn. 8 ff. は、Pflichtdelikt という語は用いないが、不作為犯においては行為支配基準は何の役割も果たさない、とするので考え方は同じである。我が国では、萩野貴史・名古屋学院大学法学部開設記念論文集（2014年）405頁以下が、Roxin 及び Jakobs の義務犯論をこれに対する日独の学説の対応をも含めて極めて詳細且つ批判的に紹介する。しかし、その評価・検討の結論として「たとえ義務犯であっても、処罰対象となる行為類型の『枠』は」「構成要件によって定められなければならない。」から、殺人の正犯構成要件と共犯構成要件の違いに着目した判断が「特別

Jakobs は、上述のように作為義務を制度的管轄に基づく義務（積極的義務）と組織化管轄に基づく義務（消極的義務）とに区分し、後者では正犯共犯の区別があるが、前者は、「義務犯 (Pflichtdelikt)」であって、そこでは共犯 (Beteiligung) が問題となることはなく、管轄は常に直接的なものとなる、とする¹⁴¹⁾。

Roxin の義務犯論は、行為支配基準による正犯/共犯の区別ができない犯罪が義務犯であり、作為義務違反のみを処罰根拠とする不真正不作為犯は正犯/共犯の区別が不能であるから義務犯である、という意味しか持たないので、不真正不作為犯における正犯/共犯の区別如何という問題に関する言明としては循環論法に近い。不作為犯には行為支配はないということ以上のことを言っていないのである。Jakobs においては消極的義務と積極的義務の区別が説明¹⁴²⁾

↘義務違反とは別に必要となる」とする（同・435頁）のは、殆ど意味不明である。これに先だって、義務犯論には一定の肯定的評価をも示しているのだから、義務犯論の修正ないし制限のつもりなのかも知れない。しかし、Roxin も Jakobs もまさにその構成要件的な「枠」が原則として特別義務違反のみによって決まるから、「正犯構成要件」という「枠」しかないとしているのであって、それ以外の事情による正犯/共犯の区別があり得るような犯罪は、彼らにとっては「義務犯」ではないのであるから、右のような「共犯構成要件」があることを前提とした論理は、*petitio principii* であって、少なくとも本稿の文脈においては、義務犯論の根拠なき全面否定ということになろう。萩野は、特別義務（違反）の判断と構成要件該当性の判断とは「必ずしも両者を直結しなければいけないものではなく、それぞれ別個に判断し得るものであろう」（同・437頁）と言うばかりで、その根拠を示すところがない。特に Jakobs は、制度的管轄に基づく義務違反は常に直接的であるとしているのだから、積極的義務の違反が間接的でもあり得ることを論証しなければ議論にならない。

141) *Jakobs*, (Fußn. 22) *Theorie*, S. 7, 61 ff.; *ders.*, AT 21/115 ff., 29/106 ff. 「また Jakobs か」と思われた読者も多いであろう。そうなんだ、「また」なんだ。すまない。Jakobs はこの文脈では「学説全部乗せ」なのである。Jakobs 説は、既に見たように、間接性論も対応条項説も二分説も遡及禁止も危険化犯（危険増加）論もその少なくとも一部の要素は含んでおり、そしてここにまた Roxin の義務犯論と共通の思考が示されるのである。Jakobs が何度も出てくるのは決して筆者による学説の分類整理が甘いからではない。尤も、その疑いすらも全くないところまでの自信はない。

142) *Jakobs*, (Fußn. 22) *Theorie*, S. 5. これとて、結局は、規範の社会的先行形成

されており、実質的根拠が示されているようにも見える。制度的管轄に基づく義務は、行為者の態度（先行する落ち度）とは関係なく発生する義務である（組織化管轄に基づく義務とは違う）から、その違反の不法も行為者の落ち度の程度（直接性・間接性）とは連動しない、ということであろう。しかし、これもやはり、直接的に作用する義務なのであるから間接的義務違反はあり得ないという結論のみの主張に近い。作為義務＝結果回避義務なのであるから、幫助はあり得ないということとの違いは殆どない。この点においては、作為の結果惹起を阻止しない保障人の不作為は、正犯でも共犯でもない第三の類型であるとする主張¹⁴³⁾も同じである。

とはいえ、義務犯概念のこの文脈におけるほぼ唯一のそれにもかすかな実質的内容である「法益への攻撃を回避できる全ての保障人（od. 制度的管轄に基づく保障人）は、不作為正犯の要件を全て満たしており、これの評価を幫助へと引き下げるについては、その実質的根拠も基準も欠けている。」という命題¹⁴⁴⁾を以て、正犯であることの論証としては十分であると考えられる。義務犯だとか制度的管轄だとか第三類型だとかを持ち出す必要はない¹⁴⁵⁾。不真正不作為

↘（gesellschaftliche Präformierung）に拘束されるとするのみであるが。

143) Grünwald, GA 1959, 111 f.; Armin Kaufmann, (Fußn. 15), S. 291 f.; Schönke/Schröder, StGB¹⁷ Vorbem § 47 X. 2. a) Rn. 106.; Welzel, Das Dt. StrafrR, 11. Aufl. 1969, 222 このタイプの立論は、だから正犯であると持って行くところに問題がある。第三類型だと言うだけでは、まだどちらに近いかは決定されていない。ここでも正犯とするにつき決定的に作用しているのは、不作為犯は因果的惹起ではないという事実である。

144) Armin Kaufmann, (Fußn. 15), S. 294.; Kreuzberg (Fußn. 10), S. 664; Roxin, TuT, S. 521. 基本構想において Jakobs に従う Sanchez-Vera, Pflichtdelint und Beteiligung, 1998, S. 157 は、義務犯においては保証人の地位が可罰性の根拠づけと正犯性の根拠づけという二重の機能を果たすとする。

145) 従って、「義務犯」概念に実質的意味を認めて、そのコンセプト自体を批判する（我が国では、小林・判時2249号7頁）ことにはあまり意味がない。作為義務違反要件を放棄しない限り、不真正不作為犯は何らかの意味で「義務」犯である。Haas, ZIS 2011, 395 が言うように、作為犯の構成要件も、本来不作為義務違反を（のみ od. も）内容とする（Jakobs によればこの区別はない）ものであるから、やはり「義務犯」と呼ぶこともできるので、ここでの「義務」には大した意味はないのである。義務犯概念は刑法の道德化をもたらすかという論点については、

犯の処罰根拠（仮定的因果性を作為犯の現実的因果性と等価値にするための必須条件だと表現しても同じ）が作為義務違反にあることは動かせない前提であり、既に見たように因果性、危険性に着目しても、義務内容に着目しても幫助のみを基礎づける義務を特定することはできない。ここで、ざっと振り返っておくと「間接的」義務は、「保障人」の観念と対立するし、特殊な人的関係のみに基づく義務を構想するときは、作為正犯者の行為が該当する構成要件についての帰責であることが喪われてしまう。更に、幫助犯を危殆化犯的なものと規定する場合には、不作為による幫助の要件となるはずの作為義務が（ドイツ刑法典の明文に反して）結果回避義務ではなくなってしまう。これだけで、結果回避義務違反がある以上正犯となるということは根拠づけられている。作為

↘ *Sanchez-Vera*, (Fußn. 144), S. 102 ff., 邦語文献ではこれに依拠する平山幹子・『不作為犯と正犯原理』（2005年）143頁以下参照のこと。義務の内容ないし根拠が法益侵害結果の回避であることは、少なくともドイツ刑法典13条の下では動かせないから、義務犯だと呼ぶことによって直ちに、法益侵害と関係しない倫理的義務違反が処罰根拠となることはないと思われる。吉川真理・岡本、小田中、川端、田中編『阿部純二先生古稀祝賀 刑事法学の現代的課題』（2004年）244頁以下も *Sanchez-Vera* 経由で、*Jakobs* の消極的義務・積極的義務論に従うが、*Jakobs* とは異なり消極的義務違反の場合も原則として正犯であるとする（250頁以下）。しかし、この結論を導くに先立って、作為義務違反は、「不作為犯として処罰するための前提条件にすぎず、この段階ではまだ、行為者を正犯として処罰するのか、あるいは幫助として処罰するのかの判断は下されていない」（250頁）としているのは謎である。正犯であるとの判断がほぼ作為義務違反のみをもって決めるのが原則正犯説というものではないのか。「不作為によって消極的義務に違反した場合には、直ちに正犯が成立するのではなく、行為者に保障人的地位があり、さらに、当該不作為が、作為の正犯によって構成要件を実現する場合に相当すると解される場合に初めて正犯が成立」する（252頁）ともしているので、消極的義務の違反と保障人的地位とを別様に理解している点を除き（*Jakobs*, AT 7/56ff. 29/29ff. は、言うまでもなく、別の要件だとはしていない）、*Jakobs* 説丸写し（およそ引用はしていない）なのであるが、だとすれば消極的義務の違反の場合も原則として正犯となる、とはできないはずである。*Jakobs/Sanchez-Vera* の構想においては積極的義務の違反であることこそが正犯性の根拠なのであって、一定の義務を消極的義務であるとすることは「そうではないこと」つまり、その違反が原則正犯となるという結論を導かないことを意味する。吉川説は、結論においては私見と共通するが、そこに至る過程は、私見とも、そして結論が違うので当然ながら、*Jakobs/Sanchez-Vera* 説とも大きく異なる。

義務違反がある限り、正犯であるし、なければ不可罰である。

2) 正犯共犯の区別を無視する議論か？

義務犯論ないし原則正犯説は、正犯/共犯の区別を知る刑法典の体系にそぐわない、統一的、あるいは拡張的正犯概念に至る、刑法典上の区別を無視する議論である、と批判される¹⁴⁶⁾。この批判は、実定法上の区別に従わないことのみならず、不真正不作為犯の義務違反（行為不法）に程度の観念を容れないことにも向けられている。不真正不作為犯の内部において事例によって違いがあり得るのみならず、作為犯との比較において不作為は明らかに僅かな行為不法しか内容としないというのである¹⁴⁷⁾。この点と関連して、Randfigur としての寄与しかしていない者から幫助の減輕規定（ドイツ刑法典27条2項、日本刑法典63条）の適用可能性を奪い、特に13条2項にも減輕規定があるドイツ法の下では、二重の減輕可能性を奪うことになることも問題であるとされる¹⁴⁸⁾。

Roxin も Jakobs も従来（不真正）不作為犯を念頭において検討されてきた事例類型全てにおいておよそ正犯/共犯の区別がないとしているわけではない。Roxin は自手犯（ないし領得罪）という例外的に幫助となる場合を認めているし、Jakobs も組織化管轄に基づく義務の場合には正犯/共犯の区別があるとする。それ故、義務犯論は刑法典の関与形式の体系を無視する、統一的正犯概念

146) *Botke*, Täterschaft und Gestaltungherrschaft (1992) S. 118 f.; *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 (2006), 626 f.; *Krüger*, ZIS 2011, 2; *Langer*, Das Sonderverbrechen, 1972, S. 226 Fußn. 60; *Lesch*, Das Problem der sukzessiven Beihilfe, 1992, S. 129; *Marlie*, (Fußn. 10), S. 178; *Mosenheuer*, (Fußn. 10), S. 169 f.; *Otto*, JuS 2017, 291; *Rengier*, § 43 Rdnr. 20; *Rotsch*, (Fußn. 10), S. 350 ff.; *Wengenroth*, JA 2014, 429; *Zimmermann*, JuS 2011, 632 f. ドイツ刑法典8条、9条が根拠とされることもある。我が国では、内田文昭・神奈川法学34巻3号24頁以下、小林・判時2249号7頁、西岡・法学75巻6号145頁、林・齋藤古稀326頁、平山・刑ジャ12号25頁、松生・刑雑36巻1号158頁、松宮・レヴィジョン1189頁、松原・総論499頁。

147) 特に *Krüger*, a.a.O.

148) *Botke*, a.a.O.; *Rengier*, a.a.O. なお、*Kreuzberg*, (Fußn. 10), S. 675 は、義務犯論に立ちながら、この点を指摘し、この「評価矛盾」解消のため、不真正不作為犯規定に必要な減輕条項を設けることを提案する。

に至るとい批判は、少なくとも表現形式としては当たらない。

もちろん、Roxin や Jakobs のように幫助となる場合もあり得る犯罪カテゴリーを認める場合には、その限界付け問題には悩むことにはなる。如何なる犯罪が、謂うところの自手犯にあたり、あるいは組織化管轄に基づく義務違反なのかの限界線と根拠については批判がなされているところである¹⁴⁹⁾。しかし、この論点は、作為義務の発生根拠論の派生形に過ぎないから、保障人的地位＝作為義務が認められることを前提として正犯/共犯の区別があり得るかを課題とする本稿で取り扱う必要はない。作為義務発生根拠論はあまりにも面倒くさい。

義務犯論に立たずとも原則正犯説は可能であるが、その場合は、結論として幫助が認められる余地はなくなる。しかし、そうした限界付け問題からフリーな正犯説にあっても、なお正犯/共犯の区別を無視しているわけではないと言うことも可能である。即ち、正犯/共犯の区別は現象としては不真正不作為犯にも妥当するが、作為者の犯行を阻止しない保障人の例においては、遡及禁止が働くことによって現象として幫助の構造を有し従犯的帰責しか可能でないのは、作為者の意思を経由する因果経路についてのみであり、且つそこについては結果回避義務である作為義務の違反はないので、不可罰という結論が導かれるが、遡及禁止が働かない仮定的因果経路もあるので、そこは正犯とするのである。原則正犯説の結論は、寧ろ、正犯/共犯区別基準の適用の結果であるとするら言える。正犯となる場合は、不作為犯論的に正犯でありうる者が共犯論的にみて幫助とすべき理由（遡及禁止）を欠き、逆に無罪となる場合は、共犯論から見て（遡及禁止の故に）正犯ではない不作為者が、不作為犯論から見て同時に（保障人ではないが故に）幫助でもなくなるということである¹⁵⁰⁾。

149) 例えば、Mosenheuer, (Fußn. 10), S. 169 f.

150) Pariona Arana, Täterschaft und Pflichtverletzung, 2009, S. 75 は、義務犯論は、義務違反を正犯/共犯の区別の主たる基準とするものであって、義務犯の構成要件的结果を共に惹起した全ての者が正犯とされる訳ではないことを内容とするから、拡張的正犯概念であるとの非難はあたらないとする。各則上の義務犯への非義務者の作為関与のことを謂うのであれば反論にはなっていない。批判されているのは

減軽規定の適用可能性を喪わせるという批判は、何故これを批判として提起することが恥ずかしくないのか分からないほどに、既に論理の体をなしていない。減軽の要件となる事情がないのだから減軽されないのは当然の事理である。不作為幫助を認めなくても作為の幫助がある限り減軽規定の存在意義が失われるわけではないし、13条2項の減軽は不作為である以上、正犯にも適用される。そもそも幫助に当たるべき場合に幫助としての扱いをしないのはけしからん、という理屈は、論証すべきことを論拠としている。正犯説は、保障人的地位がある以上 Randfigur にはとどまらないという主張である。原則従犯説はここでも循環論法に陥るのか。

3) 作為事例の処罰との不均衡

作為の場合と不作為の場合とで可罰性、科刑に不均衡を生じることを謂うその他の批判にも、これと同じ反論が可能である。正犯の要件を充たしている場合に正犯の処罰、科刑を行って何が悪いのか。作為犯の不法内容、罪責、価値違反性の方が不作為犯のそれよりも重いというこの批判の前提は、少なくとも義務犯説の考え方と真っ向から対立し、これを克服することはない。

この種の批判としては、作為なら幫助未遂として不可罰となる事例が、不作為なら可罰的未遂になってしまう¹⁵¹⁾、作為により教唆、幫助を行った者は、先行行為を根拠とする作為義務者となるから、正犯者の実行を阻止しなかったことによって同時に不作為正犯でもあることになる¹⁵²⁾、保護義務者が、あるいは危険物管理義務者が作為幫助を行ったなら必要的減軽を受け、ただ正犯を止めなかった、すなわち不作為なら正犯となって必要的減軽の余地がなくなるのは不均衡である¹⁵³⁾、という三種がある。

↘ 不真正不作為犯については正犯/共犯の区別がないという点である。

151) Satzger, JA 2015, 1062; Schönke/Schröder, StGB¹⁷ Vorbem § 47 Rn. 106; Schönke/Schröder/Heine/WeiBer, StGB³⁰ Vor §§ 25 ff. Rn. 92; Sering, (Fußn. 10), S. 85

152) Marlie, (Fußn. 10), S. 178; Mosenheuer, (Fußn. 10), S. 174; Rotsch, (Fußn. 10), S. 350. 我が国では、島田・立教64号38頁。

153) Satzger, JA 2015, 1062; Schönke/Schröder/Heine/WeiBer, StGB³⁰ Vor §§ 25 ff. Rn. 92; Sering, (Fußn. 10), S. 68 f.; 我が国では、佐伯・楽しみ方432頁、島田・

まず、幫助未遂となるのは如何なる場合かを考えて見よう。容易に想定できるのは既に決意した者を激励するなどして精神的幫助を与えたが正犯者は実行に着手しなかったという場合である。これに対応する不作為の形態は想定できない。不作為で精神的に幫助することは不可能であろう。黙認は不作為ではない。立派な積極的コミュニケーション即ち作為である。物理的幫助、即ち例えば、凶器を貸し与えたが、正犯者は着手しなかったという場合に不作為で対応するのは、管理義務者が凶器の持ち出しを知りつつ止めなかった場合である。この場合は、正犯者が着手するまで、あるいは少なくとも不作為者のアクセスが可能距離にいる間は事実上、不作為の着手もないと言える。正犯者が予備段階で第三者に阻止されたという場合は他人予備の論点が生じるが、それは作為不作為に共通の問題である。尤も、正犯者の着手以前でも不作為の着手が認められる場合は論理的にはあり得る。実際にそのようなことが起こる、あるいはそのような事実が探知されるかは疑わしいが、そうであったとして、それが不均衡で不都合であるならば、不作為の着手時期をより後の時点、即ち作為者の着手時点にずらせばすむことである。不作為の実行の着手時期を特定することは至難の業であるが、だからこそ、作為者との共働の場合は、比較的分かりやすい作為の着手に時点を揃えるという犯罪認定上の政策的配慮を排除し去ることもまたできない。そもそも実行の着手時期は一般に、明確に認定できる時点の探知を離れては特定できないであろう¹⁵⁴⁾。

教唆、幫助には通常後続する不作為が不作為正犯を構成するとすると、教唆、幫助を処罰する規定の存在意義が失われる¹⁵⁵⁾。ただ罪数論的に処理すればよいというものでもない。しかし、そのような結論に到るのは、他人の犯罪の不阻止を原則として正犯とするから、ではなく、教唆、幫助という先行行為のみを以て作為義務の発生を認めることが原因である。先行行為に基づく作為義務

↘立教64号38頁、松原・法セ680号134頁、同・総論499頁。事例は異なるが同旨、林・齋藤古稀13頁、内田文昭・神奈34巻3号25頁。

154) 不真正不作為犯の実行の着手時期については、加藤敏幸・関法32巻1号146頁以下参照。

155) *Gallas*, JZ 1960, 686.

一般を認めない、あるいは義務違反的の先行行為については、当該義務違反に対する制裁を以て対処すれば足りるとする、という所作によって、この不均衡は回避され得る。というか、そうすべきである¹⁵⁶⁾。

さもなければ、作為者による結果惹起に参与した不作為者は例外なく幫助にとどまるとする厳格な幫助犯説に立つ場合（それはほぼあり得ないことは既に述べた）以外は、幫助規定の存在意義が失われることになる。少なくとも作為終了後の保護保障人による不救助が不作為正犯となることを認める限り、保護保障人による作為幫助後の不救助（作為者を幫助した人は、普通は、救助したりしませんわな）は、幫助が先行行為として作為義務を根拠づけるとすると、不作為正犯となるから、ほぼ全ての幫助にはその後の不作為正犯がもれなくついてくる。法条競合により正犯のみが成立するとすると、ドイツ刑法典27条、日本刑法典62条は要らないということになる。

もちろん作為義務が別の根拠から（も）認められる場合、例えば、我が子の殺害をその母親に教唆したあるいは殺害方法につきアドヴァイスを与えた父親が、母親の殺害実行を止めなかったという場合、教唆、幫助という作為の先行

156) *Renzikowski*, (Fußn. 7), S. 142 は、遡及禁止論的の考慮が教唆・幫助という先行行為が作為義務を根拠づけることを妨げる、とする。*Welp*, (Fußn. 127), S. 280 ff. は、教唆、幫助という先行行為に基づく作為義務違反を不作為正犯とすることはできないとする。その他、結論的に作為の教唆、幫助という先行行為に基づく作為義務を認めない見解としては、*Baumann/Weber/Mitsch*, Strafrecht AT 10. Aufl. 1994, § 15 Rn. 71 f (*Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht AT 12. Aufl. 2016, § 21 Rn. 70. では、罪数論的に不作為正犯が作為幫助の背後に退くという説明に改められている)；*Grünwald*, GA 1959, 121 f.; *Heinitz*, JR 1955, 105; *Herzberg*, (Fußn. 4), Täterschaft, S. 98; *Kühl*, AT § 18 Rn. 104; *Meister*, GA 1953, 166 (169); *Rudolphi*, (Fußn. 28), S. 146 f.; *Schmidhäuser*, AT 12/32 がある。我が国では、西田・現代的展開 I 87頁、山下裕樹・刑雑61巻2号28頁。反対 *Geisler*, (Fußn. 100), S. 205. *Kreuzberg*, (Fußn. 10), S. 676 ff. は、積極的幫助が一般的に先行行為に基づく結果回避の保障義務を後続させることはおそらく否定できないであろうから、不作為正犯と作為正犯とを価値論的にも同置する場合は、27条の幫助構成要件は不作為正犯の併存によって無に帰してしまうとして、行為規範のレベルでは正犯だが価値論的には、即ち、制裁規範の次元ないし科刑においては幫助を下回るものとする（必要的減輕を導入する）ことを提案する。

行為に基づく作為義務を否定したとしても、父親は父親という地位に基づく作為義務（保護義務）の違反を理由として殺人の不作为正犯となる。この場合は、父親には不作为正犯の実質があるのであるから、先行する教唆（因果経路1、遡及禁止により教唆のみの罪責）と共に不作为正犯（因果経路2、遡及禁止発動せず正犯）が成立し、法条競合（科刑上一罪の余地もあるか？）として正犯の刑を適用すればよいと考えられる¹⁵⁷⁾。

しかし、幫助の場合は、ドイツ法における二重の減輕可能性の問題が罪数処理において顕在化するという。作為幫助と不作为正犯とが法条競合となるとしても、いずれも減輕を受ける可能性があるため、どちらが残るのかの判断に困るというのである¹⁵⁸⁾。「知らんがな」である。任意的減輕と必要的減輕なので前者（不作为正犯）が残るでよいのではないの？ 日本法では生じない問題であるし、言いたいことは、幫助の側面も不作为正犯の側面もあるのに一方が無視されるのは気に入らんということなので、これ以上立ち入らない。法条競合ってそういうものでしょ。そもそも正犯/共犯区別説の方が、不作为幫助と同時に成立し得る不作为正犯を打ち消すことに腐心すべきなのではなかろうか¹⁵⁹⁾。更に、上述のように他人の行為支配がある以上、不作为者は保障人ですらないとする選択肢もある。

作為幫助との競合を待つまでもなく、作為幫助との比較において既に生じるとされる科刑の不均衡、いわゆる「評価矛盾」の問題は、Armin Kaufmann が、

157) *Herzberg*, (FuBn. 4) *Unterlassung*, S. 263 は、保障人が積極的幫助を行った場合も不作为正犯の方が作為幫助を押し退けるとする。*Schönke/Schröder*, StGB¹⁰ Vorbem. VI, 8, a vor § 1; *Geisler*, (FuBn. 100), S. 205 も同旨。

158) *Mosenheuer*, aa.O. *Kreuzberg*, (FuBn. 10), S. 676 は、この評価「矛盾」を解消する（27条が無に帰してしまわないようにするため）には、作為正犯と不作为正犯に価値論的な差を設ける、即ち不作为正犯に必要的減輕規定を設けるしかないとする。*Kreuzberg* のように義務犯論から原則正犯説に立つ（aa.O., S. 646 ff.）者が、不作为正犯にあたる場合（不阻止）が作為幫助と実質的に同等ないしそれを下回る不法しか有しないと考えることこそ矛盾というものであろう。

159) *MK⁴-Freund*, § 13, Rn. 271 のようにこの結論を受け容れてしまうという手もあるが。

結果回避の不作為は作為による惹起に比して軽い（wiegt weniger schwer）という理由で立法論として不作為犯に（当時ではなかった）任意減輕規定の導入を提案していた¹⁶⁰⁾ ことにも現れているように、寧ろ正犯説論者の側から真摯に受け止められており、二分説論者である Schröder も言及する¹⁶¹⁾ ところであって、正犯の余地を認める限り生じるものと理解されている模様である。

Roxin も、やや多義的な言い回しによってではあるが、要するに作為の方が不作為よりもその不法内容において格別に重いのに、同じ事案における作為よりも重く処罰されることになるのは不都合であるとする¹⁶²⁾。結論的には、作

160) *Armin Kaufmann*, (FuBn.15), S. 301 f.

161) *Schönke/Schröder*, StGB¹⁷ Vorbem. VII vor § 1

162) TuT, S. 559 ff. 上記のような子を殺害する両親の例において、不作為者が同時に作為的幫助を行っていてもいなくても、作為義務違反である以上正犯となり、作為幫助があったと仮定した場合と比較してより重く処罰され、あるいは現に作為幫助と競合した場合は、これを法条競合として押し退けるとすると、作為と不作為の犯罪行為としての重みの違いを無視した結論に至り、即ち、何もしないという本来より軽いはずの行為態様が、法益侵害的作為よりも厳しく評価されることになるのは、理解しがたいということになろうとする。更に、不作為と結果との間に第三者の作為が介在する場合、同じ不作為が作為構成要件への幫助とも不作為正犯の構成要件実現とも評価され得ることになるが、不作為正犯と評価する方の帰属基準は、社会倫理的価値違反性の質においては作為正犯の帰属基準と同じであっても、罪責の程度及び個別的な当罰性においては決して同じとは言えないものになる、即ちこの不作為を作為正犯としてその法定刑にしたがって評価することは誤りであり、不作為正犯は、作為者が介在する場合は、作為幫助を上回るものではなく、それ故それと同等に処罰されるべきであるとする。作為犯と不真正不作為犯とを比較して一般に不作為犯の方が軽いという趣旨なのか（だとすると保障的地位要件による等置という考え方とは矛盾する）、義務者の作為幫助と不阻止とが競合する事例においてのみなのか判然としないところはある。おそらく前者の意味において同旨に読めるのは、*Grünwald*, GA1959, 110 (115); *Armin Kaufmann*, (FuBn. 15), S. 301 f.; *Kreuzberg*, (FuBn. 10), S. 675; *Rudolphi*, (FuBn. 28) S. 143, 146. *Kreuzberg*, aa.O. は、端的に、「保障義務に反する不作為を作為と同一の価値論的尺度で測ると、その態度無価値は、作為の幫助にも劣る。他人が犯罪行に任せたと過ぎない場合、それを積極的に支援した場合よりも無価値が大きいとは決して言えないからである。だとすれば、そのような消極的態度は、作為の幫助について定められた刑に従って処断され得るに過ぎない。」とする。*Kreuzberg*. aa.O. S. 657 ff. の構想によれば、態度規範（人的行為無価値）の次元ではすべて正犯となるが、制裁規範の次元に

為正犯の不阻止の事例においては、保障人の作為幫助又は不作為幫助及び不作為正犯が成立する可能性があるが、保障人が完全に不作為にとどまった場合、幫助の法定刑が適用されるべきであり、義務者が結果回避を怠り、且つ作為正犯者を作為によって幫助した場合、作為犯への幫助のみを理由として処罰¹⁶³⁾されるべきであるとする。作為幫助がある場合は、不作為正犯は補充的な地位に立つ、即ち不作為正犯が作為犯への不作為幫助を押し退け、且つ作為幫助の背後に退くというのである。

このような罪数論的(?)な調整を許されざる技巧であるとする批判もある¹⁶⁴⁾が、技巧としてはそれほど問題ではない。(作為)幫助と不作為正犯とが競合するのであるから、法条競合としてであれ、科刑上一罪としてであれどちらかの刑だけで処断する必要自体はある。しかも不作為正犯には価値的に作為幫助にも劣る重みしかないと言うのであるから、それを前提とする限りは、この罪数論的処理には矛盾はない。

しかし、その前提こそが問題である。作為/不作為間の価値的な差違がそれほど大きいのであれば、原則として正犯であること自体が誤りだということになるであろう。不真正不作為犯は、有り体に言えば「準作為犯」だということとは分かってるんだ、と言いたいのであろうが、作為犯と「同じ」処罰規定による処罰が正当化される場合を規定しているのがドイツ刑法典13条である(を特定するのが日本の不真正不作為犯解釈論である)という建前は守って貰わないと困るのである。しかも、作為犯と不作為犯とで罪責の重さに違いを認めることは、義務違反のみを処罰根拠とする犯罪であるとする前提に背馳する¹⁶⁵⁾。

↘属する科刑については価値論的(axiologisch)な基準が妥当し、そこでは作為幫助と同等もしくはそれ以下として扱われるということになろうかと思われる。両方の次元での評価が一致する必要はないのであろうか。

163) TuT, S. 561. この場合、不作為正犯が作為幫助に対して subsidiär となるるので法条競合の意味にもとれるし、他方で、wegen Beihilfe zu bestrafen とするので、これも幫助のみが成立するのか、幫助の法定刑のみを使う(科刑上一罪)という意味なのか、判別し難い。筆者のドイツ語読解能力の問題であらうか。

164) 内田・神奈34卷3号24頁

165) 松生・刑雑36卷1号163頁

不作為には決意力、実行力、意思エネルギーの投入が欠けるといった観点から価値的な違いを根拠づける¹⁶⁶⁾ことは少なくとも義務犯論からはできないであろう。その不足、欠如を埋めるのが義務違反であるはずである。百歩譲って不作為の方が軽いと考えるとしても、Kaufmann の時代はともかく、少なくとも現在のドイツでは13条の任意減軽で足りるのではなかろうか¹⁶⁷⁾。不作為正犯には不作為幫助が常に随伴すると考える場合でも、あるいは保障人による作為幫助の後の不救助の事例においても、いずれにせよ任意的減軽は可能なのであるから、科刑の不均衡は、少なくとも大きくはない。

なお、危険物管理義務違反の例は、我が国で好んで指摘されるものであるが、例えば殺害行為にとって決定的な凶器である拳銃が作為で貸与された場合、共同正犯とすることも不可能ではない。殺人という犯罪事実の成立にとって極めて重要な役割を果たす寄与だと言えよう。だとすれば、持ち出しを止めなかった不作為を正犯としても不均衡が生じるわけではない¹⁶⁸⁾。また、そもそも危険源監視義務の結果回避義務としての資格には疑いがある。例えば銃刀法によって拳銃の譲渡しが禁じられている、即ち厳重な保管が刑罰を付して命じられているということは、その義務違反にはその制裁で済ますという趣旨であると理解する方が腹に落ちやすいのではなかろうか¹⁶⁹⁾。ここに所謂“不均衡”

166) *Armin Kaufmann*, (Fußn. 15), S. 301 f.; *Roxin*, TuT, S. 558

167) 任意的減軽規定自体、不作為犯は作為犯に比して、不法、責任内容が少ない場合があり得るという事情を考慮して定められたものであろう。*Schönke/Schröder/Bosch*, StGB³⁰ § 13 Rn. 64 参照。既に *Schönke/Schröder*, StGB¹⁷ Vorbem. VII vor § 1.

168) *Kreuzberg*, (Fußn. 10), S. 675 は、他人が犯罪を犯すに任せることよりも他人の犯罪を積極的に支援することの方が態度無価値が大きいことを評価矛盾とする理由として挙げる。より重い後者が必要的減軽でより軽い前者がドイツ法によれば任意的減軽しか受けないのは矛盾であると。しかし、本文に述べたように、態度無価値が大きい積極的支援は必要的減軽を受けない（正犯となる）ことが多いであろうし、そもそも、保障人的地位の存在によって両者の態度無価値は同等となっているはずである。

169) 管理者が拳銃の持ち出しを止めない不作為は、銃刀法3条の7の譲渡・貸付禁止の不真正不作為犯であり、それに尽きるとすべきであろう。さもなくば、持ち出された拳銃の用途が殺人であることを知っていた、というだけで殺人罪として（幫

も正犯説の罪ではなく、作為義務を認めるにつき緩すぎる態度に起因する。

4) 義務犯の例外類型

保障人的地位があれば正犯であることを謂うだけであれば、義務犯という概念を持ち出す必要はない。Roxin も Jakobs も、他人の作為の犯罪行為を阻止しない、ないしはその結果を回避しない保障人が、常に正犯となるのは、一定の共通属性でまとめられた犯罪ないし義務違反のグループ（義務犯）についてに限られ、そうでないタイプの犯罪については不作為による幫助もあり得る、とするためだけにこの概念を用いている。そして、上述のように、この概念は、それ以上の実質的意味をほぼ持たない。そこで、不作為による幫助が可能とされる犯罪群のグルーピング¹⁷⁰⁾が必要且つ合理的なものであるか否かが、義務犯概念の必要性ないし説得力を決定することになる。結論的には、そのような犯罪類型群を明確な限界線を付して括り出すことも、それが必要であることとそれが許されることの実質的根拠を挙げることも極めて困難である。

Jakobs の組織化管轄に基づく義務論は、既に検討したように、その内部での正犯/共犯の区別基準において、他の従犯の余地を認める諸学説と共通の問題を抱える。積極的義務か消極的義務かという義務の性質と犯罪類型との対応関係ないし限界づけにも異論の余地がある。しかし、これはいわば各本条の解釈の問題であって、不作為犯と共犯の諸ルールとの競合という総論的論点固有の問題ではない。Jakobs 説は、その大枠においては、ここでの（一部再度の）検討対象とすることはできない¹⁷¹⁾。

他方、Roxin は、支配犯、義務犯の他に自手犯、一身専属的義務犯、即ち供述犯罪、そして領得罪（特殊要件を持つ支配犯 *das qualifizierte*

助としてでも）処罰されることになり、悪しき意思の処罰に墮する。

170) 限界付けの可否、明確性ではなく、グループを分ける際の指導理念と、分ける必要性の問題である。限界づけ問題は、上述のように言わばどうでもよい。

171) 有り体に言えば、制度的管轄に基づく義務については、これを単に保障人的地位と呼んでも実質的内容は同じであるし、その違反は正犯でしかないという結論において既に筆者として異を唱えるべき点はなく、組織化管轄に基づく義務に関しては少なくともそこでの正犯/共犯の区別基準につきすでにいちゃもんをつけ終わった、ということである。

Herrschaftsdelikt) を挙げて、これらについては、作為直接行為者以外は正犯たり得ないから、義務違反があっても不作為正犯はあり得ず、作為直接行為者を阻止しなかった保障人は幫助犯にとどまるとする。正犯性とは構成要件実現のことであるから、義務違反的だが構成要件に該当しない不作為は幫助犯としてのみ処罰できるというのである¹⁷²⁾。Jakobs も、義務犯について義務者が（狭義の）共犯たり得るのは、全ての正犯メルクマールを充足していないという理由で正犯たり得ない場合のみであるとして、これに賛同する¹⁷³⁾。Roxin 説については、これらの犯罪類型の挙示は、Jakobs の言うように義務犯カテゴリーの内部で例外的に幫助となり得る場合を言うものなのか、義務犯とは別のカテゴリーが立てられているのかははっきりしない。

いずれにせよ、支配犯から区別された、正犯しかあり得ないとされる義務犯の他（内部？）に、こんどは幫助しかあり得ない領域を設けている点で体系矛盾の疑いを抱かせるに十分であるが、正犯ではないという結論の限度では、異論を差し挟む余地はない。しかし、そもそも不作為幫助というものがあり得るかということ自体控えめに言って疑わしいということはここまで縷々述べてきたところである。また、例外的に不作為幫助となるとされる場合も、既に犯罪として存立する資格に疑いがあるか、保障人的地位自体又はその他の要件が欠ける事例であって、義務犯概念を立てなければ説明できないという性質のものではない。結局、義務犯概念の当否は、原則正犯説の当否に影響しない。

今すこし具体的に言うと、自手犯の概念内容、そして具体的にどの犯罪類型がこれに該るかについては争いのあるところであるが¹⁷⁴⁾、Roxin によれば、

172) TuT, S. 534 ff.; LK¹¹-Roxin, § 25 Rn. 209; 区別説からも自手犯、身分犯の不阻止はまさにその正犯の範囲を人的に限定する性質の故に（各々が提唱する区別基準によってではなく）不作為正犯たり得ないとされることがある。例えば、*Matt/Renzikowski/Haas* StGB² § 13 Rn. 130.

173) *Jakobs*, AT, 21/2, 29/107. その他、*Bloy*, (Fußn. 77), 219 ff.; *Frister*, AT § 28 Rn. 53; *Lesch*, ZStW 105 (1993), 289 f.; SK⁸-*Rudolphi*, Vorbem. § 13, Rn. 41, 9 ff.; *Sanchez-Vera*, (Fußn. 145), S. 157; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT § 14 Rn. 13, 23 ff.

174) 学説のバリエーションにつき、*Schönke/Schröder/Heine/Weißer*, StGB³⁰, Vor §§ 25 ff. Rn. 85 *Roxin*, TuT, S. 445 ff. 参照のこと。Roxin 自身の見解は、aa.O., ↗

自手犯は、法益侵害の要素を持たず、特定の形態の「非社会的 (sozialwidrig) な生活態度」あるいは「単なる倫理的な非難性」に刑罰が結びつけられている場合であると特徴づけられる。この種の犯罪については、それが犯罪である(刑罰を予告されている)こと自体、正当化されない¹⁷⁵⁾ので、作為も不作為も正犯も共犯もない。Schröder はかつて、自手犯の例として真正身分犯を挙げていた¹⁷⁶⁾。例えば収賄罪について一身専属的構成要件メルクマール「公務員」を備えない者は共犯と身分の規定によっても正犯とはされ得ない、とすることには意味もあろう。しかし、ことは不作為犯である。非公務員が公務員の不可買収性あるいは公務の公正性への信頼が損なわれないことについて保障人たり得るであろうか。

Herzberg は、自分の未成年の娘が強姦されるに際して、見張りを行った父親は、未成年者強姦罪(ドイツ刑法典旧176条)が特殊な形態の人間の態度を要件とするが故に、不作為正犯たり得ない、とする¹⁷⁷⁾。この例は、やや微妙

↘S. 457 ff.

175) TuT, S. 534 は、既に削除されたドイツ刑法典旧175条を例に挙げている。

176) *Schönke/Schröder*, StGB⁸ Vorbem vor § 1 VII 6. d). *Schönke/Schröder*, StGB¹⁷ Vorbem § 47 X 2. a) Rn. 108 は、構成要件上の「正犯資格 (Täterqualität)」が欠如するが故に正犯性が否定される場合と表現する。但し、こちらでは身分犯の例は削除されている。なお、Schröder も犯罪阻止義務以外の通常の作為義務違反については原則として正犯であるとする (a.a.O. Vorbem § 47 X 2. a) Rn.107 ff.) ので、この論点に関しては Jakobs と同じ立場にある。

177) *Herzberg*, (Fußn. 4) Unterlassung, S. 263 f. 見張り = 作為幫助に加えて不阻止 = 不作為幫助となるという趣旨であろう。Herzberg もまた義務の種類による二分説論者であって保護保障人については原則正犯とするので、ここでは共通の問題を抱える。積極的義務・消極的義務論に立つ *Sanchez-Vera*, (Fußn. 144), S. 157 が、前夫との間の未成年の娘と現在の配偶者が性交することを阻止しない母は、義務には違反しているが、ドイツ刑法174条の態度構成要件を充足しないから幫助にとどまるとするのと同旨であろう。我が国でこの例について(も) *Sanchez-Vera* を援用するものとして、吉川・阿部古稀249頁 (*Sanchez-Vera* は174条を挙げるが吉川は173条としている)。173条にしても174条にしても性行為の対象となった未成年者の近親者であるという身分を問題とする場合はともかく、自ら直接性行為を行っていないことが幫助となる理由であることには、本文に述べたように説得力がない。たしかに173条、174条は近親相姦禁止あるいは未成年者の保護責任者による

であるが、娘が未成年で父親の監護下にいる限り父親は娘の性的自己決定の保護義務者であると言えるならば、強姦の不作為（共同）正犯と言えなくもないであろう（そもそも見張りという作為関与もある）し、「性行為を行った」とは言えないという理由で正犯ではないとされるのであれば、不作為犯に固有の事情ではない。そもそも強姦未遂罪の正犯は、性行為自体は行っていない正犯である。つまり当該行為自体を自ら行ったことは正犯の要件ではなく既述の要件である。また、集団強姦に加わったが性交自体を遂げていない者は、幫助にとどまるとでも言うのであろうか。特に、ドイツ刑法典現行177条は、性行為を第三者と行わせることも行為類型として規定するから、現在ではこの例は、自手犯とは言い難い。更に、特定のな行為形態を規定する犯罪類型について、当該行為自体を直接には行っていない関与者は一般的に（共同）正犯ではないとすると、共同正犯が認められるのは、殺人のような、結果のみによって犯罪事実を記述する構成要件についてに限られてしまうことになりかねない。

Roxin の挙げるその他の例も、保障義務自体あり得ない場合であるから、これを幫助としても不作為犯として処罰することはできないし、する必要もないと考えられる。例えばドイツ刑法典153条以下の偽証関連諸罪（宣誓しないでする法廷での虚偽供述、偽誓等）について、Roxin は、これらは一般的な結果回避義務とは異なる人的な供述義務を正犯性の要件とする犯罪（一身専属的義務犯 *die höchstpersönliche Pflichtdelikte*）であるから、一般的作為義務違反

↘性的虐待という特殊な一身専属的義務違反を内容とする罪であるとも言えるが、義務者と共同した場合には、非義務者（非身分者）によってもその保護法益は侵害され、ないしは処罰根拠が充たされるタイプの犯罪であろう。特に173条には社会的法益に対する罪（家族関係の保護ないし遺伝的障害の回避）の色彩が濃いから、そのように考え易い。174条は、性的自己決定に対する罪であるとされるが、地位・状況を利用した未成年者虐待の類型であるから、そこに言う義務は一般的な法益保護義務の性質のものである。この例の母親は近親未成年者と性交しないという義務（174条1項3号）にはおよそ違反していない。この義務だけを捉えるならば幫助でもない。しかし、同居の近親未成年者の性的自己決定に対する保護義務には直接に違反していると言える。つまり義務犯に関与した義務者ではなく、義務犯の不真正不作為犯である。

によって補填されることがなく、証言、宣誓者を止めない者は、虚偽供述、偽誓と不法の質において等置され得ない、とする¹⁷⁸⁾。たしかに、証言、宣誓する本人以外の者がその証言、宣誓が偽りでないことの保障人たり得る訳がない。しかし、だとすれば、不作為である以上不可罰とするべきであろうし、それで足りる。正犯ではない、ひいては不可罰となる理由も、供述者以外の者の正犯的関与があり得ないからというよりは、保障人的地位があり得ないからである。

領得罪においても正犯となり得るのは不法領得の意思を有する者だけであるから、領得意思なく領得行為の正犯を阻止しない保障人も不作為正犯たり得ないとされる。夜警が窃盗犯人を阻止しないような場合である¹⁷⁹⁾。これは、まさしく領得意思そのもの（主観的要件）の連帯的作用の有無の問題であって正犯/共犯の区別問題ではない。そのような犯罪であるから正犯ではなくなるのではなく、特殊な主観的要素を備えない者の態度には構成要件該当性＝正犯性が認められないという性質を持つ犯罪を「特殊要件を持つ支配犯（qualifizierte Herrschaftsdelikte）」と呼んでいる¹⁸⁰⁾に過ぎない。原則正犯説の修正、あるいは例外という訳ではない。Roxin自身が認めているように各論的な問題である¹⁸¹⁾。我が国には不法領得の意思を不要とする立場もあるが、それはとりもなおさず、この夜警を窃盗罪の正犯としても構わないという価値判断である。

これらの例がいずれも、義務犯ではあるが例外的に正犯性が認められない場合でも、義務犯でないから義務違反があっても正犯とならない場合でもなく、単に保障人的地位が認められ得ない場合に過ぎないと理解するときは、義務犯概念は、不真正不作為犯は保障人的地位＝作為義務違反があれば成立する罪であるということしか意味しない¹⁸²⁾。そしていずれにせよ各本条の構成要件解

178) TuT, S. 536 f.

179) TuT, S. 537; Herzberg, (Fußn. 4) Unterlassung, S. 263; Schönke/Schröder, a.a. O. も結論を同じくする。

180) TuT, S. 537.

181) TuT, S. 534.

182) Roxin 自身が「不作為構成要件が並列的に存在し得ない罪」という表現を用いているのもそのことの現れであろう。TuT, S. 532 ff. の各所。

積の問題であるという点では不身正不作為犯以外の義務犯の特定の問題と共通する。従って、義務犯の根拠および限界をこれ以上検討する必要はない。

5. 正犯説と従犯説の対立の実際の意義

不作為犯における正犯・共犯の区別をどのように構想するときでも、作為者の行為終了後の不作為について正犯性を認めることはできる。原則従犯説、区別説を問わず従犯となる場合があることを認める論者にも、行為終了後の不救助は正犯であることを認める者が多いことは確認された。片面的共同正犯を認めるか否かは、この問題の外にある別の判断、即ち犯罪（構成要件）共同説を採用するか否かに依存する。自手犯、目的犯についても、同じ。加えて、片面的共同正犯というものはあり得ないと考える場合でも、同時犯としての処罰の可能性は残り、且つその方が不真正不作為犯の処罰根拠により適合する。

だとすると正犯とするか従犯とするかの原理的な争いが実践的意義を持ち得るのは、作為者が行為を開始する以前の段階もしくは開始直後の段階で阻止しなかった場合に限られる。このときに従犯を認めると、遡及禁止論的考慮に依拠する場合も含めて、保障人的地位の観念との矛盾がなにかしら生じることは、本稿前半において論証したところであるが、よし、その点の整合性をとった説明が理論的にはあり得るのだとしても、こんどは、実際に、作為義務または作為可能性を肯定することができる事案がどれほどあるかは疑わしい。

行為開始前であれば説得により翻意を促す、叱責により制止する等比較的容易な阻止行動が想定できるが、その前提として作為者が犯行決意を抱いていることを他者（不作為者）が事前に察知することは通常は難しい¹⁸³⁾。作為者が不作為者に事前に条件を告知して不作為者がその条件を成就させないときは実行すると迫っていたような場合には、作為者の決意を知ることができるが、このとき条件成就に動かない不作為者は態度による（konkuldent な）共謀、あるいは暗黙の共謀をなしたと看做され、要するに作為共同正犯とされることになるであろう。従犯特有の作為義務を構想する場合でも従犯として処罰可能な

183) だからこそ、実行の着手時期を巡る議論は紛糾し、收拾も決着も付かない。

事例は少ないと思われる。

また、行為開始直後の阻止も想定はできるが、例えば作為者が被害者を殴打しあるいは刃物で刺突するのを行為開始直後にフィジカルに制止することは、多くの場合不可能であろう¹⁸⁴⁾。このような事情は、例えば、殺意を以て息子を殴打している父親を止めない母親、あるいは母親を止めない父親の例に典型的に認められる。作為可能性がないと言っても救助可能性がないと言っても構わないが、とにかく作為義務違反自体を否定することもできる。正犯としても従犯としても処罰不能である。仮に、そうであるにも拘わらずそのような救助行為が「想定できる」というだけの意味で「作為可能性」が語られ、少なくとも幫助として処罰されてしまうというのが我が国の実務の現状なのであるとすれば、救助行為の容易性ないし救助行為の有効性（成功の見込み）で処罰範囲を限定するというアプローチも理論的にはともかく実践的な志向としては誤りとまでは言えない。

残るは、飛び道具を使用する場合である。少し距離をとって刃物や鈍器、あるいは石塊、コンクリートブロック片等を投げつけようとする作為者に対しては、これを羽交い締めにして止めるという戦闘力に大きな差がなければ困難な方法以外にも、被害者に防護措置を施す様々な形態の阻止行為がありうることは前述した。銃器使用の場合はそれすら相当困難なことが多いとは思われるが、時間的な余裕が十分にある場合には、監護義務がある等の事情を条件として、そのような救助作為が求められてもよいであろう（もちろん通りすがりの者にはそのような義務はおよそ認められない）。そしてたとえそのような義務が認められるとしても、救助可能性が証明できず、つまりは間に合わなかったと判断されて、未遂にとどまる場合が多いと推測される。しかし、これらの不履行を、池に投げ込まれた我が子を救助しない場合、あるいは刺された我が子を病院へ運んで医療処置を受けさせることをしない場合（従犯説からも正犯性が認められ得る場合）とはおよそ異なる扱いとする理由はないように思われる。だとすると、ごく希少な事例群においてのみ、正犯説と従犯説はその結論を異に

184) しかも、そもそも正当防衛なので、義務づけられることはない。

するに過ぎないことになる。

V. ま と め

原則従犯説は正犯性を否定するのみならず、従犯であることの積極的根拠をも示さなければならない。原則として従犯であるという結論は、幫助のルール（因果性ないし行為支配説）を変更するか作為義務の要件を緩和するかしないと導けない。因果的共犯論を前提とするときは因果性の形式、態様、程度によって正犯と従犯とを区別することはできない。不作為による従犯を認めるために因果性要件を緩めれば結局それに対応する作為義務の要件も緩める必要が生じるので、両方の変更が必要であって、「正犯・共犯のルールも不真正不作為犯のルールも変更する必要はない」という命題は真ではない。

従犯という結論を認めるためにその内容を緩和された作為義務は、もはや結果回避義務とは言えず、正犯行為の該当する結果犯の構成要件を理由とする不作為関与者の処罰、換言すれば、不作為関与が正犯構成要件を拡張した構成要件（従犯の構成要件）に該当することを根拠づけることはできない。

行為支配を因果の事實的操縦の意味に理解して不作為犯には行為支配がないから作為と競合する不作為には正犯性がないとする立場も、不作為犯には潜在的行為支配しかないから作為と競合する不作為は幫助にとどまるとする立場も、人間の行為を阻止する方が自然力の侵害経過を阻止するよりも困難であるという事実を主張するという形をとってはいるが、実は規範的な建前として困難ないし不可能であるという遡及禁止論類似の考慮に依拠して正犯性を否定しているに過ぎない。

比較的緩い、因果関係中斷論に近い遡及禁止論に依拠するときは、不作為関与は全て従犯だとする余地も生じるが、遡及禁止が直接行為者の自由答責的な意思を中間項とする単線的な因果経過（教唆犯・間接正犯をその典型とする）にしか妥当しないとすると、作為義務が命じる救助的作為には、作為者を媒介としないものも多種類想定できるから、従犯でしかあり得ない場合はごく限定的に認められるにとどまる。加えて、たとえ従犯的帰責しか可能でない場合が

あったとしても、自由な答責主体を媒介とする保障人的地位というものは言語矛盾であるから、作為義務違反の不存在を理由に従犯としても処罰できない。

遡及禁止により正犯・共犯を区別するときは、作為犯については、なお因果性を処罰根拠とするものとの説明が可能（間接的因果性）であるが、不作為犯については、直接作為者の行動に影響を与える義務しかないことになり、少なくとも従犯の危殆化犯化、抽象的危険犯化をもたらし、終局的には不法共犯論に至る。但し、このこと自体については、刑法62条だけで刑法典第二編罪の各本条が法益保護の体系と犯罪者創出禁止の体系とに二重化されてしまうという外在的批判しか可能ではない。

作為直接行為者を阻止しない保障人は例外なく正犯であるとする場合は、「義務犯」の観念を用いる必要はない。寧ろ例外的に従犯となる範囲を画し、その実質的根拠を発見する方が困難である。従犯とすべきであるとされる事例はいずれも保障人的地位を欠く事例である。保障人の罪責は、正犯であるか、不可罰であるかのいずれかしかない。この結論は、正犯/共犯を区別する現行法の帰責体系に矛盾するわけではなく、寧ろその率直な適用の結果である。従犯にあたる場合につき作為義務違反が認められることがないに過ぎない。

作為正犯者を阻止しない保障人は正犯であるとするときも、作為者の犯行全体を事前に阻止すること及び行為開始直後に物理的に阻止することは困難であって、作為義務が成立する場合は少なく、作為者の犯行終了後、被害者を救助する行動の不作為は、従犯説からも正犯性を認められることがあるほどに正犯性を備えている。従って、正犯説と従犯説とで処罰される範囲は殆ど変わらないと言える。

2022年4月19日 （2・完）脱稿

* 本稿は当初、敬愛する高橋則夫教授の古稀祝賀論文集に寄稿すべく企画されたものであるが、作業を進めるうちに、当初予定した規模を大幅に逸脱し、編集規格の文字数をも遙かに超えることとなってしまったため、空間的にも時間的にも間に合わない仕儀に至った。それに換えて、礼儀も時宜も失する形とはなったが、ここに本稿をめでたく古稀を迎えられた高橋則夫教授に捧げる。