

不作為犯に対する共犯

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学大学院 公開日: 2014-03-06 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 外木, 央晃 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/16385

不作為犯に対する共犯

Teilnahme am Unterlassungsdelikt

博士後期課程 公法学専攻 2006年度入学

外 木 央 晃

TONOGI Takaaki

【論文要旨】

不作為犯に対する教唆は肯定される。正犯に精神的な影響を与えて作為義務違反の決意を引き起こし、不作為犯を実行させることは十分に考えられるからである。ここでは、そのようにして正犯の作為義務違反を誘発したことが、教唆者の処罰を根拠づける。

不作為犯に対する幫助は肯定される。一般的に、既になされた正犯の作為義務違反の決意を、心理的な手段によって更に強化し、その不作為犯の実行を容易にすることは可能である。不作為犯に対する幫助は、通常、そのような心理的幫助の形態で認められるが、物理的な手段によって正犯の不作為犯の実行を容易にすることも、必ずしも不可能ではない。学説により提示された事例の存在が、そのことを裏付ける。もっとも、現実の事例では、物理的な手段による幫助行為と、不作為犯の実行の容易化との因果関係が特定されないことも多いであろうから、その存在が明白であるような例外的な場合に限り、不作為犯に対する幫助は、物理的幫助の形態でも認められる。

かかる検討を通して、本論文は、不作為犯に対する教唆および不作為犯に対する幫助のいずれについても、肯定説を妥当な見解として支持するに至ったのである。

【キーワード】 命令履行の阻止、逆転原理、不作為犯、作為義務、身分犯

- 1 本論文の目的
- 2 不作為犯に対する教唆
 - (1) 否定説とその検討
 - (2) 肯定説とその検討
- 3 不作為犯に対する幫助
 - (1) 否定説とその検討

(2) 肯定説とその検討

4 結 論

1 本論文の目的

不作為犯と共犯の問題は、かつては意識的に論じられることはほとんどなかったが、次第に、作為犯の構造と不作為犯の構造は本質的に異なるので、作為犯を予想した共犯の理論を不作為犯に適用することはできず、不作為犯の構造上の特色から、不作為犯と共犯に関わる問題を把握しなければならない、という考え方がドイツで強調されるに至り⁽¹⁾、刑法学上、注目を集めるようになったと言われている⁽²⁾。

わが国でも、ドイツの学説の影響を受けて、不作為犯と共犯の問題が論じられるようになり、また、実際にこの問題が争点となった事案も、近年、下級審では比較的多く見られるようになっていく⁽³⁾。不作為犯と共犯の問題は、単なる理論上の問題にとどまらず、実務上も解決される必要に迫られているのである。

不作為犯と共犯の問題は、まず、不作為による共犯の問題と、不作為犯に対する共犯の問題に大別される。不作為による共犯は、加功行為の「態様」の問題であり、不作為犯に対する共犯は、加功行為の「対象」の問題である。さらに、不作為による共犯の問題は、不作為による幫助、不作為による教唆および不作為による共同正犯の問題に細分され、不作為犯に対する共犯の問題は、不作為犯に対する教唆および不作為犯に対する幫助の問題に細分される。不作為犯に対する共同正犯は、不作為による共同正犯の問題に包括される。なぜならば、共同正犯は、共同実行を問題にするので、共同者のそれぞれについて加功行為の態様と対象が同時に問題となり得るからである⁽⁴⁾。

本論文は、不作為犯と共犯の問題のうち、不作為犯に対する共犯の問題に検討を加え、その解決

⁽¹⁾ Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S.111ff.,190ff.,291ff., Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, S.111ff.

⁽²⁾ 阿部純二「不作為による従犯（上）」『刑法雑誌』17巻3・4号（昭46年・1971年）1-2頁、齊藤誠二「不作為犯と共犯」『Law School』14号（昭54年・1979年）13頁、中義勝「不作為による共犯」『刑法雑誌』27巻4号（昭62年・1987年）〔後に同『刑法上の諸問題』（平3年・1991年）に収録〕330頁〔引用頁数は後者による〕、大野平吉「不作為と共犯」阿部純二＝板倉宏＝内田文昭＝香川達夫＝川端博＝曾根威彦編『刑法基本講座第4巻』（平4年・1992年）109頁。

⁽³⁾ 不作為による共犯の事例として、大阪地判昭44年4月8日判タ234号194頁、大阪高判昭62年10月2日判タ675号246頁、大阪高判平2年1月23日判タ731号244頁、東京高判平11年1月29日判時1683号153頁、釧路地判平11年2月12日判時1675号148頁、札幌高判平12年3月16日判時1711号170頁、判タ1044号263頁、大阪高判平13年6月21日判タ1085号292頁、福岡地判平17年9月28日、さいたま地判平18年5月10日、東京高判平19年1月29日高検速報平19年107頁、東京高判平20年10月6日判タ1309号292頁を挙げることができ、不作為犯に対する共犯の事例として、前橋地高崎支判昭46年9月17日判時646号105頁、名古屋地判平22年1月7日を挙げることができる。

⁽⁴⁾ 川端博『刑法総論講義』第2版（平18年・2006年）227頁。

に役立つことを目的とする⁽⁵⁾。

2 不作為犯に対する教唆

(1) 否定説とその検討

不作為犯に対する教唆を否定する見解は、不作為犯と共犯の問題を、不作為犯の構造上の特色から把握する立場によって主張される。その代表的な論者がアルミン・カウフマンである。この見解は、不作為の故意というものは存在しないとの独特の前提から出発する。アルミン・カウフマンは、不作為の故意は存在しないのであるから、行為決意を引き起こすという教唆の本質的メルクマールも充足され得ないと強調する。そして、不作為犯に対する教唆を、命令履行の阻止として把握し、これを逆転原理によって以下のように説明する。不作為犯に対する教唆として、一般的に特徴づけられることは、実際には、「命令履行の阻止」(Abstiften von der Gebotserfüllung)である。ここでは、行為義務者の心理への影響は、存在もせず重要でもあり得ない「不作為の故意」を引き起こすという点には存在しない。むしろ、不作為正犯は、同人のもとで生じる動機づけ過程の構造に応じ、2つの方向でのみ影響を受ける。その1つは、命令された行為への決意が引き起こされることである。これは、肯定的に評価されるべき、義務に従った行為に対する教唆である。もう1つは、命令履行に対する行為決意は、それがまだなされていない場合には心理的影響によって阻止されることがあるし、それが既になされていた場合には取り除かれる(その行為力を阻止される)ことがあるはずである。しかし、後者は、行為に対する教唆の正反対のものである。それは、行為義務者の心理への影響を通して、行為を阻止することであり、命令履行の阻止ということなのである。通常、不作為に対する教唆として特徴づけられる現象は、そのようにして作り出される。不作為それ自体にとって、行為決意がなされず、実現されないということが重要であるならば、その態度への影響も、まさに決意を阻止することや、取り除くことを目的とするのでなければならない⁽⁶⁾。

行為に対する教唆と行為の履行の阻止との正反対の関係は、詳細な部分にまで現れる。たとえば、教唆が失敗するのは、行為決意が引き起こされないか、または実行されない場合であるのに対し、命令履行の阻止が失敗するのは、行為決意が成立し、実現される場合である。命令履行の阻止の様相は、不作為犯の場合、不作為の故意が問題になるのではなく、命令された行為への決意の欠如が問題になるということを示している⁽⁷⁾。

同時に、命令履行の阻止は、逆転原理によって説明することができる。解釈論的な機能において、命令された作為に対する命令された作為の教唆は、これを逆転させると、禁止された作為に対

⁽⁵⁾ なお、不作為による共犯の問題については、既に、拙稿「不作為犯における正犯と共犯の区別」『法学研究論集』33号(平22年・2010年)1頁以下および拙稿「不作為による共犯—不作為による教唆および不作為による共同正犯について—」『法学研究論集』34号(平23年・2011年)19頁以下で検討を加えた。

⁽⁶⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.191.

⁽⁷⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.191.

する禁止された教唆の不作为に相当し、禁止された行為の阻止の不作为は、これを逆転させると、命令された行為の阻止に相当する。救助義務者が、絶望した母親に、その子の殺害の決意を断念させない場合が後者の例である。禁止された行為の阻止の不作为は、構成要件に該当する不作为犯となるのであるから、逆転原理によれば、命令された行為の阻止の遂行は、作為犯の構成要件を充足することになるはずである⁽⁸⁾。

したがって、命令履行の阻止は、作為犯を実現するものである。通説は、命令履行の阻止が、その現象形態、すなわち義務者の決意への影響に関しては、作為犯における教唆ときわめて似ているとのことを引き合いに出すかもしれない。このことが正当であるとすれば、人間の死亡をそれ自体としてもたらす阻止行為は、人間の死亡に至る教唆行為以外の何物でもないものとして扱われ得る、ということだけが、たしかに帰結されるであろう。しかし、通説は、溺れている者の救助の阻止を、被害者の溺死に対する教唆と同様に扱うという結論を、決して引き出さない⁽⁹⁾。

アルミン・カウフマンの見解においては、命令履行の阻止は、このような逆転原理によって説明されるわけである。しかし、ここで示された逆転原理は、およそ妥当なものではない。すなわち、教唆は、禁止された作為を行なうように教唆することであるから、これを逆転させると、命令された作為を行なわないように教唆しないことになるはずであり、命令履行の阻止は、命令された作為を行なわないように説得することであるから、これを逆転させると、禁止された作為を行なうように説得しないことになるはずなのである。この最後の場合は、作為犯を実行するように説得しないことであるから、まさしく教唆と逆の関係になる。そうすると、アルミン・カウフマンのようにして、不作为犯に対する教唆を否定することには理由がなく、むしろ、教唆と、命令履行の阻止とが、一方は作為犯に対する教唆であり、他方は不作为犯に対する教唆であるという点で、対応することになる⁽¹⁰⁾。

アルミン・カウフマンは、さらに次のように述べて、不作为に対する教唆と命令履行の阻止との類似性は、単なる外面的な類似性でしかないとする。教唆の成功の後、すなわち行為決意の惹起の後で、教唆された正犯が、準備行為および未遂の段階を通して既遂に至るまで、故意を貫徹し、常に新しくするのでなければならぬ、ということが教唆にとってまさに本質的である。被教唆者は、自分が決意を実現するか否かを掌中に収めている。被教唆者の故意は、常に改めて行為力があるものと証明されなければならぬ。これに対し、命令履行の阻止の場合には事情が異なる。命令履行の阻止は、行為能力者にとって可能な行為が行なわれなければならなかったであろう決定的な時点において、行為決意が存在しなかった場合に初めて成功し、既遂に達したのである。しかし、この時点からは、もはや何らの後退または前進も不作为者にとって存在しない。決定的な時点において、不作为者には行為決意が欠けていたわけであるし、その場合、不作为者は、行為決意の欠如を

⁽⁸⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.192f.

⁽⁹⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.193.

⁽¹⁰⁾ 植田重正「不作为と狭義の共犯」『関西大学法学論集』13巻4・5・6合併号（昭39年・1964年）275頁。

補充的に修正することを、もはや掌中に収めない。当該不作為者は、たとえば、生じている救助の衝動を、もはや抑制することを要しない。なぜならば、事柄の状況に従えば、命令された行為を決意することは、もはや可能でないからである⁶¹⁾。

阻止行為がその固有の未遂の段階を通り過ぎた場合に、当該行為が阻止しようとした、命令された行為が成し遂げられるか否かということが、最終的に確定する。阻止行為の終了後、被教唆者自身は、同人のさらに別の態度によって、禁止された行為が成し遂げられるか、または少なくとも着手されるかを決定する。被教唆者は行為支配者であるか、または行為支配者になる。これに対し、被阻止者は、命令された行為への行為支配を失う。被阻止者は、「不作為の支配」を保持するのでも、獲得するのでもない。したがって、場合によっては、命令履行の阻止を（いずれにせよ遂行される正犯行為が欠ける教唆としてではなく）作為犯の正犯として把握することは正当である⁶²⁾。

このような考え方に対しては、アルミン・カウフマンによる比較は、不作為に対する教唆と命令履行の阻止との類似性を好ましくないものとするよりも、むしろ支えるものであるという批判が加えられる。ログシンは、次のように指摘する。不作為者にとって、不活動への説得を受けた後、もはや後退は存在しないのに対し、教唆された作為の正犯行為者は、行為の既遂まで生起を掌中に収める、ということが本当にそうであるならば、不活動への説得の場合の教唆者に、そうでない場合よりも重い責任が当てはまることになってしまうであろう。しかし、これは、そういうことではない。むしろ、不作為者も、同人に他人が不活動を誘引しはずっと後で、同人に結果回避が一般的にはまだ可能である限りで、まさに、あたかも固有の動機から不介入を決意した場合のように、自由かつ独立に行為を決定するのである⁶³⁾。

この点に関連して、シュトレーは、次のような事例を挙げ、故意の貫徹は、行為支配にとって重要ではないと指摘し、さらに、作為犯の場合と不作為犯の場合における行為支配についても述べる。たとえば、毒が塗られた菓子1箱を、殺人の故意で他人に発送した直後、事故で意識を数日なくす者は、行為力のある故意を、死亡の結果まで貫き通すことができなかつたのであり、いずれにせよ、その時までなお同人が行為の既遂への影響を持つことはできなかつたという意味で、貫き通すことができなかつたと言える。それにもかかわらず、同人の行為は、結果の発生によって、共犯の可能性を伴った既遂の故意行為となる。したがって、故意の貫徹ないし貫徹の可能性は、行為支配にとり、決定的な視点とはならない。もっとも、作為犯と不作為犯との区別は認められるべきである。作為犯の場合、行為支配は、繰り広げられる生起の経過に対する事実上の力によって特徴づけられる。これに対し、不作為犯の場合、行為者は因果経過を掌中に収めない。むしろ、行為者は、因果経過に影響を及ぼさないのである。ここでは、損害の結果へと進行する因果経過を阻止すること、または因果経過を別の方向へと逸らすことは、その力においてのみ重要なのである。それ

⁶¹⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.193f.

⁶²⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.194.

⁶³⁾ Roxin, T?terschaft und Tatherrschaft, 7.Aufl., 2006, S.516.

ゆえ、不作為犯の場合、作為犯における事実上の行為支配とは区別された、潜在的な行為支配が関係する。そのような潜在的な行為支配は、不作為行為に正犯行為の烙印を押すことを可能とするために、一方では必要でなければならず、他方では十分でなければならない。なぜならば、ここでも、行為者は、損害が発生するのか、それとも発生しないのかを掌中に収めるからである。この場合、潜在的な行為支配は、事実的な行為支配よりも弱い行為支配の形態であり得る。しかし、そのことから、潜在的な行為支配の保持への動機づけと、事実的な行為支配の行使への動機づけとの質的な区別は導き出され得ない。つまり、教唆と命令履行の阻止との質的区別は、アルミン・カウフマンの説明によっても、決して明らかにされないのである¹⁴⁾。

アルミン・カウフマンは、通説では不作為による作為または不作為犯に対する教唆として扱われるような事例を挙げ¹⁵⁾、そこでは、作為の意思があるのに不作為を教唆された者が、保障人であったのか否かということや、ドイツ刑法330c条（一般不救助）（現行ドイツ刑法323c条）の意味での救助義務を負っていたのか否かということ、もしくは、そもそも救助者が存在しなかったのか否かということは、何らの役割も果たさないとして、以下のように通説的な見解を批判しながら独自の主張を展開する。「Aは、Xを狙撃し、致命傷を与える。」という事例が問題にならないのと同じように、「Bは、溺れているXへと流れていくゴムボートを、岸に引き止めておく。」という事例、「Cは、主人の幼い娘を水から上げようとする牧羊犬を引き止める。」という事例、および「Dは、溺れているXをRが救助しようとする際、それに使われるゴムボートに穴を空けるか、またはRを力づくで引き止める。」という事例において、通説的な見解は、（作為の）正犯での謀殺を肯定する。とりわけRの場合、保障人義務、救助義務を負っていたのか、それとも全く行為義務を負っていなかったのかということとはほとんど無関係に謀殺が肯定される。しかし、「Eは、Rに、Xを救助するために水に飛び込むと、その後で著しい災難が見通されると伝え、Rは岸にとどまる。」という事例においては、疑問が生じる。EがRに救助の放棄を強要する場合、Rは行為能力を有したままであり、構成要件に該当する違法な不作為を遂行する。このような「道具」が不作為をする場合、本当に間接的な作為犯の正犯が存在するかは疑わしい。作為による間接的な不作為犯の正犯を認めるのであれば、Eは、保障人でない場合、もっぱらドイツ刑法330c条（現行ドイツ刑法323c条）に従って処罰され得るであろう。これに対し、不作為に対する教唆を認めるのであれば、ドイツ刑法211条（謀殺）の刑に基づく不真正不作為犯に対する教唆を理由として罰せられるのか、それともドイツ刑法330c条（現行ドイツ刑法323c条）に基づく真正不作為犯に対する教唆を理由として罰せられるのかは、Rの義務の種類によって左右される。この異なった取り扱いには根拠がない¹⁶⁾。

加えて、「事故現場に自動車運転手Rが救助を行うためにとどまる。Fは、それを阻止しようと

¹⁴⁾ Stree, Teilnahme am Unterlassungsdelikt, GA 1963, S.8.

¹⁵⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.195f.

¹⁶⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.196f.

して、真実に反して、負傷者が既に搬送されたものと R に信じ込ませる。」という事例においては、通説的な見解によれば、共犯の従属性の問題が浮上する。故意の正犯行為を要求するのであれば、この場合、不作為の故意が欠如する以上、不作為に対する教唆を理由としては処罰できない。そのようにして解決すれば、真正不作為犯に対する教唆か、それとも不真正不作為犯に対する教唆を理由として処罰されるべきなのか、という偶然的結論も回避される。しかし、この場合、正犯性が問題にされるべきである。作為による間接的な不作為犯の正犯として構成することは、F が保障人でない場合に、ドイツ刑法330c 条（現行ドイツ刑法323c 条）を適用することを意味するが、どのようにして間接的な作為犯の正犯が基礎づけられ得るのかは、必ずしも明白ではない。それゆえ、ドイツ刑法211条の意味での直接的な正犯だけが残される。これは何らかの関与者の資格に左右されないで、たしかに納得できる。しかし、これでは前記 E の場合と異なる扱いになる⁶⁷⁾。

不作為に対する教唆（命令履行行為の阻止）の古典的な事例は、「事故の後で、R は、事故にあった者を助けようとする。G は、100マルク紙幣を差し出すことにより、R を先へ進ませる。」というものであろう。ここで救助意思のある者が保障人であるのか、それともドイツ刑法330c 条（現行ドイツ刑法323c 条）に基づく救助義務を負うのかということに応じて、いずれかの刑を G に適用するということは、正当であり得ない。ただし、共犯が問題になるか否かが、まさしくここで重要である。したがって、「謀殺者」G を330c 条（現行ドイツ刑法323c 条）に対する教唆を理由としてのみ処罰するのであれば、そして G を「命令履行の阻止」の失敗の場合においてすら、完全に不処罰とするのであれば、そのような結論は、これまでに挙げた全事例との比較において正当化されない⁶⁸⁾。

おそらく通説は、「R は、重篤な病気の知人 X のために、X の知らないままに、抜群の効果を約束する薬を、大変な苦労のもとで入手した。X への道中で、R は、H に出くわす。H は、事情を知りながら、救助アンプルを破壊するか、または X が死亡するまで R を拘束する。」という事例において、H をドイツ刑法211条に基づく正犯として処罰することで決着するであろう。これと同じ状況で「R に出くわした K は、小切手帳を取り出し、1000ドイツマルク以上の小切手で、R に救助アンプルを X のもとへ運ぶのをやめさせる。」という事例では、R も K も行為義務を負わない。K は、構成要件に該当しない態度を教唆している。不作為犯は全く射程にないのであるから、オルタナティブとしての直接正犯での謀殺だけが問題になるかもしれない。ここで直接正犯での謀殺を認める場合、これまでに挙げた他の事例において、どのような根拠で同一の構成が否定されるのか、それとも K は不処罰のままでなければならないのかという疑問が残る⁶⁹⁾。

要するに、アルミン・カウフマンは、ここで挙げられている全事例において、被害者の死亡は、行為者の介入がなければ生じなかったはずであり、しかも、介入した行為者の故意は、いずれも被

⁶⁷⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.197.

⁶⁸⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.197.

⁶⁹⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.197f.

害者の死亡を包括する上に、行為の動機も強欲であるから、当該行為者らは全て謀殺者であり、ほとんど異ならない刑罰に値すると解しているのである。また、そのように解するのが法感情にも合致すると考えているようである⁹⁹⁾。

このような考え方には批判がある。ロクシンは、最後の事例をきわめて極端であるとし、この事例の検討を通して、アルミン・カウフマンの見解の問題点を次のように指摘する。ここでは、まず、Rが330c条（現行ドイツ刑法323c条）に基づく行為義務を負うか否かという問題が設定されるべきであろう。薬の入手は、もともと、それが期待可能ではない程度に困難であったかもしれないが、Rが薬を手を持った後で、救助は容易に可能になり、もはや期待不可能ではなくなった。救助がなく、病気が悪い方向に転じる場合、そのような、救助以外の方法では阻止され得ない展開を「事故」としても考慮しなければならないであろう。それゆえ、Kをドイツ刑法330c条（現行ドイツ刑法323c条）に対する教唆を理由として処罰することができる。しかし、これは当然に行為の問題である。したがって、Kの受難に性急な悪化が差し迫らないということが承認されよう。この場合、背後者は、もちろん刑法上の責任を負わない。そして、それが正当である。なぜならば、そう解するのでなければ、（看護の意思のある）他人に、病人の健康を回復させるのを思いとどまらせる者は全て、看護の意思のある者が生命擁護の義務を負わなかったにもかかわらず、身体傷害の正犯行為者になってしまうに違いないからである。この批判は、一般的にも通用する。作為についての決定を掌中に収める被誘引者が、道徳的に非難されるべき動機のもとでも争いなく不処罰となるのに対し、道徳的には非難されるべきかもしれないが、刑法上は禁止されていない態度をとるよう他人に誘引する者が投獄されるということは、承認に値しない。法論理も法感情も、不処罰的な態度に対する誘引が可罰的にならなければならない、と解することを支持しないように思われる¹⁰⁰⁾。

ここで挙げられた全事例において、アルミン・カウフマンは、作為犯の構成要件メルクマールが充足され、違法性および非難可能性に何らの疑いもあり得ない場合、いずれも直接的な作為犯の正犯における謀殺が問題になるとしているが、同時に、命令された行為の阻止の事例の中には、作為犯の刑では重すぎると思われるものが存在することも認めている。たとえば、「Rは、溺れているXを救助するために、水に飛び込もうとする。友人Lは、Rに『君が風邪を引いてしまうよ!』と言い、それにより救助の試みを断念するようRを煽動する。」という事例、または「KはRに『あなたはXに救命薬を運ぶことを義務づけられていません。それに、Xはあなたに支払いをすることができません。』と言う。それで、Rは帰宅する。」という事例がそうである。これらの事例の特徴は、救助行為の事情および結果を真実に即して伝えることによって、救助意思のある者が阻止されるという点に存在するのであって、救助意思のある者に、事情および作為の危険を真実に即して説明することは禁止され得ないというわけである。そのような行動は、故殺の故意によっ

⁹⁹⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.196.

¹⁰⁰⁾ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.514f.

て（他人に救助決意の放棄をもたらず故意によって）担われるかもしれないとしても、社会的に相当なままであり、社会的相当性が構成要件該当性の制限であると認められる限りで、ドイツ刑法212条（故殺）の構成要件を充足するものではないとされる⁶³。

しかし、このような処理は妥当でない。作為義務を負わない者の救助行為を阻止する場合、真実を伝えることによって阻止すれば社会的相当性を有し、金銭を与えることによって阻止すれば作為犯になる、と解することには合理的な根拠がない。両者において、結果を発生させようとする意思は全く同一であり、異なるのは、その手段の点で、前者では表面的に真実を伝えているのに対し、後者では金銭を与えているということだけなのである。後者は前者よりも汚れた手段を用いているように思われるかもしれないが、いずれの手段も結果を発生させるために使用される限りでは、それは不道德なことであり、表面的な繕いはそれほど重要ではないはずである。したがって、このような相違点だけで犯罪の成否を決定すること自体が、アルミン・カウフマンの見解の根拠の薄弱さを示している。そもそも、法的には全く自由であるはずの不作为の態度を生じさせることが、作為犯の構成要件に該当すると解する前提が誤っており、前記事例の処理においても、そのような誤った前提から否定説の矛盾が露呈することになるのである⁶⁴。

不作为の因果関係についても、アルミン・カウフマンは、次のようにして検討を加える。命令履行の阻止の事例は、ゴムボートがもはや浮かない、犬が飛び込まない、救助意思のある人物が行為をしないと行った、行為者による不変更の惹起を通して特徴づけられる。不作为の因果関係が、不変更も因果的であるということによって基礎づけられるならば、命令履行の阻止の事例においても、「作為による」因果的な不作为を承認するべきであろう⁶⁵。状況のある一定の不変更は、結果の発生または不発生の条件（原因）になり得る。そして、人間は、たとえば救助の因果系列を抑制することによって、行為により不変更に対して因果的になり得るのであるから、人間の行為は、ある一定の不変更の結果に対しても因果的になり得る。Xを救助できたかもしれないRをDが打ちのめす場合、Dは、まずRの不行為に対して因果的となり、このRの不行為は、不救助に対して、すなわちXの死亡に対して、再び因果的となる⁶⁶。因果的連関の適切な分析にあたっては、一定の不変更は因果的連鎖へと組み入れられる、ということが常に示されるであろう。因果的経過は全て、「存在する」現実の一定の変更および一定の不変更の連続的結果および相互の結果を含む。行為をする人間は、変更の因果的作用ならびに不変更の因果的作用を利用することができる。因果的生起の目的的决定は、「新たな」因果的連鎖の契機によって、ならびに既に設定された因果的経過の抑制または転向によって行なわれる⁶⁷。

⁶³ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.199f.

⁶⁴ 神山敏雄『不作为をめぐる共犯論』（平6年・1994年）587-8頁。

⁶⁵ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.201.

⁶⁶ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.202.

⁶⁷ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.203.

シュトレーによれば、このような思考方法の欠陥は、現実の因果関係と潜在的な因果関係との区別から、法的に重大な結果が引き出されるという点に存在する。シュトレーは、次のように指摘する。行為義務者に因果経過の変更を思いとどまらせる「阻止者」は、事実的な因果関係によって、生起を支配するのではないし、それを決して支配しようとしめない。このことは、行為義務者が同人に期待される救助行為を既に軌道に乗せたのに、その後、他人の説得を理由として行為を中断するか、または、それどころか同人により使われる救助者を呼び戻す場合に、とりわけ明白に示される。その場合、結果に対する「阻止者」の因果的な結びつきは、被教唆者による致命的な弾丸の発砲の事例における教唆者と同じく、影響を受ける者の態度に少しも左右されない。それゆえ、阻止行為の場合、法的に独立した、または決定された、正犯として評価され得る結果の分担が欠ける。したがって、現実的な因果関係と潜在的な因果関係との区別は、法的には何ももたらさない。さらに、刑法典は、この2つの因果的な結びつきに法的な質的相違を認めていない。むしろ、刑法典は、両者を完全に同様に評価する。この同等評価は、ドイツ刑法315条（鉄道交通、船舶交通および航空交通への危険な介入）に基づく可罰的な輸送の危険化の場合に、きわめて明白に現れる。この場合、義務に違反した不作為による公共の危険の惹起は、違法な作為により引き起こされる公共の危険と同視される。鉄道職員が、鉄道事故を誤った転轍によって引き起こすのか、それとも転轍の不動作によって引き起こすかは、法的には、同人の態度と発生した結果との因果的な結びつきにおける何らの区別も基礎づけない。両方の事例において、この鉄道職員は、重大な結果を生じさせる生起に対する有責的な創出者として特徴づけられる。それゆえ、同人に、義務に違反した態度をとるよう説得した者の態度も同様に、すなわち両方の事例において、輸送の危険化に対する教唆として評価されなければならないのである⁸⁹⁾。このようなシュトレーの指摘は、アルミン・カウフマンが、命令履行の阻止の場合、ある行為は不変更に対して因果的になり得るのであるから、人間の行為は、ある一定の不変更の結果に対しても因果的になり得るとの構成によって、作為犯の直接正犯を基礎づけようとするものの不当性を剔抉している。

(2) 肯定説とその検討

不作為犯に対する教唆の当否につき、肯定説を主張するのが通説である。ドイツでは、とりわけロクシンおよびシュトレーが、この問題について詳細に論じている。ロクシンは、アルミン・カウフマンの見解に対する批判に重点を置きながら、以下のように論じる。ドイツ刑法典は、48条（現行ドイツ刑法26条）において、常に、教唆者は他人を刑罰により威嚇される行為へと「説得」したのでなければならない、とのことだけを述べる。「刑罰により威嚇される行為」の概念は、不作為をも包括する。たとえば、誰かが事故にあった者を救助しようとし、それを他人が断念させる場合、その他人は、救助しようとした者に、不作為の犯罪行為として現れる態度をとるよう「説

⁸⁹⁾ Stree, a.a.O.[Anm.14], S.13f.

得」したのである。刑法典の文言も、日常生活の用語法または経緯の事実的内容も、ここで「不作為に対する教唆」について語ることを禁止していない。可能な行為を断念するよう誰かを同時に説得することによって、不活動にとどまるよう、同人に指示することができる⁶⁸⁾。立法者から与えられた教唆の本質も、その概念を不作為へと適用することを妨げない。「教唆」の法的形象も、確固たる概念の核心を有する。教唆は、あらゆる様相の形態において、教唆者が、正犯となることなく、他人に、精神的な影響により、刑法上重大な態度をとるよう指示した、ということ为前提とする。この概念上の最低限の要求は、不作為に対する教唆の場合でも充足される⁶⁹⁾。

アルミン・カウフマンのように、正犯のもとに作為の故意が惹起されることを教唆の不可欠の要件とする場合、その点に、共犯概念の構造的な固有性の誤認も存在する。教唆および幫助は、セカンダリーな性質である。すなわち、教唆および幫助は、プライマリーな正犯行為者概念によって確定される余地においてのみ法的に生じ得る。このことは、既にも上で説明された消極的な意味で通用するだけではない。それに従えば、共犯とは、その都度、もっぱら正犯行為者の基準を充足しないことであり得る。むしろ、正犯性は、教唆および幫助が何に必ず関係しなければならないかを確定する限りで、共犯にとり、積極的な構成上の意味をも有する。正犯行為者が教唆の際に指示されなければならない態度の種類は、その都度の正犯行為者概念の種類によって取り決められる。非故意的作為に対する指示は、支配犯の場合、原則として間接正犯となり、自手犯の場合、不処罰となるのに対し、義務犯の場合に限り教唆となる。不作為行為の場合も、共犯の様相の形態が正犯者概念により確定されるのと同様である。したがって、たとえ不作為の故意が存在するべきでないとしても、その事情が、不作為に対する教唆の可能性を決して排除することにはならないであろう⁷⁰⁾。

ここでのロクシンの主張は、不作為犯を義務犯として把握し、かつ義務犯における正犯者概念を特別義務の侵害に求める立場に基づくものである。この立場から、義務犯たる不作為犯の場合、特別義務を負わない背後者は、(アルミン・カウフマンが提示するような)他人の非故意行為を誘発したとしても、正犯になり得ない以上、教唆犯になるとされるわけである。そのような背後者の罪責について、単に、正犯になることができないから教唆犯になると述べるだけでは、たしかに不作為犯に対する教唆の可能性を必ずしも積極的に根拠づけたことにはならないかもしれない。しかし、そのように指摘すること自体は、たとえアルミン・カウフマンのように不作為の故意は存在しないという考え方を前提にするとしても、それだけで不作為犯に対する教唆の可能性が否定されることにはならないという疑義を示す点で、妥当であると考えられる。

ロクシンは、以下のようにして、不作為犯に対する教唆の当罰性についても検討を加え、それが正犯となる可能性を行為支配の存否の観点から論じた後に、アルミン・カウフマンの見解に内在する、社会的相当性に関わる問題点をも指摘する。被誘引者が、あるときはドイツ刑法330c条(現

⁶⁸⁾ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.512.

⁶⁹⁾ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.512.

⁷⁰⁾ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.512f.

行ドイツ刑法323c条)の刑によって、あるときは不真正不作為犯の刑によって処罰されることは、実際にも不当ではない。なぜならば、立法者が、行なわれなかった救助は、不活動者の人格に応じた、より大きな不法内容、または、より小さな不法内容を示す、ということから出発する場合、同じことが、そのような行為に対する教唆に妥当しななければならないからである。誰かが、自分の子を溺死させるよう、その父親を誘引する場合、そうすることは、立法者の価値基準によれば、誰かが、偶然に事故現場を通りかかる者を先に進むよう促す場合よりも、確実に当罰性がある⁶¹⁾。アルミン・カウフマンによれば、通説は、正犯と教唆に同じ刑を用意しているにもかかわらず、不作為を正犯行為として把握するのに対し、その正犯行為に対する教唆なるものとして作為を把握するという批判にさらされる。アルミン・カウフマンは、そのような教唆行為の無価値は、単なる不作為の無価値、したがって正犯行為の無価値を上回るとのことを主張する。しかし、不作為に対する誘引が一般的に不作為それ自体よりも重い無価値を示すというのは、正しくない。むしろ、誰かが積極的な作為によって犯罪を遂行し、または、その実現に関与する場合、それは、誰かが作為の正犯行為者に介入することを単に行なわない場合よりも、大きな重さがある。より簡潔に述べると、結局のところ、ある態度に対する誘引は、論理的には、目指された態度それ自体と同程度でしか当罰的であり得ない。なぜならば、教唆の処罰根拠を形成する法益侵害は、背後者の意図に応じて、常に、それが正犯行為者の態度に表れるのと同程度にのみ大きくなり得るからである。あらゆる法感情への訴求が、このことを証明する。誰かが、ある母親に自分の病気の子を医者に連れて行かないで死なせるよう促す場合、たしかに、それは悪質であるが、そのような提案に従う母親は、それよりも悪質な(または少なくとも同様に非難されるべき)態度をとっているわけである。したがって、不作為に対する教唆が、一般的に、正犯行為よりも重い無価値を示すということは認められ得ない。それゆえ、当罰性の考察からは、そのような共犯形態の存在に反対する何らの論証も導き出され得ない⁶²⁾。

作為犯の正犯の承認は、行為支配の欠如で挫折する。それぞれの事例における構成要件は、正犯性だけを輪郭づけるのであるから、いずれにせよ教唆は構成要件を充足することができず、したがって構造的に正犯と同じである必要もないが、作為犯の場合、構成要件を実現する単独正犯は、単なる因果関係よりも多くのこと、すなわち行為支配を前提とするのである⁶³⁾。実務上も、作為犯の正犯行為者として解決することは不可能である。アルミン・カウフマンは、作為犯、とりわけドイツ刑法211条以下の刑では重すぎると思われるような行為の阻止の事例が存在することを認め、そのような行動は、故殺の故意によって(他人に救助決意の放棄をもたらす故意によって)担われるかもしれないとしても、社会的に相当であるとするが、そのような解決はきわめて疑わしい。法典に何らの基礎も見出されない不処罰的な故殺という新しい形式が取り入れられることになってしま

⁶¹⁾ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.515.

⁶²⁾ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.517f.

⁶³⁾ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.520f.

うからである。故殺を社会的に相当であると説明する場合、正犯行為者の動機および傾向（事情によっては生じ得る正犯行為者の殺人の意図、下品な動機等）は完全に無視される⁶⁴。

法治国家的な根拠からも、社会的相当性の基準のような構成要件上ほとんど固定的でない基準は、不処罰的な作為と終身刑で威嚇された重罪との区別を確定するには適切でないと思われる。たとえば、背後者が、不作為者に、救助行為を思いとどまらせるために、救助の危険性または結果回避義務の欠如を指摘し、さらに追加的に金銭を提供する場合や、不作為者が、向こう見ずな救助者への真摯な配慮から、救助者が現実的な警告を聞かないことを理由にして、その救助者に初めから贈り物だけを提供する場合には、それ自体としては考慮されないと説明される行為者の動機または心情が問題となるべきなのか、また、どのようにして動機と心情が評価されるべきなのか、という疑問が生じる。ここでは、あり得る状況および動機の要因は、雑多に、看過されないほどに分岐し、この領域での社会倫理的な価値の表象はほとんど区別されず、個人の法感情さえ動揺しながら曖昧に反応するのであるから、アルミン・カウフマンが意図するように、社会的相当性で可罰性を決定するならば、耐え難い法的不安定性と非常に矛盾した結論へと至るに違いないであろう⁶⁵。

ロクシンが、不作為に対する教唆の当罰性に関して、それが正犯行為よりも重い無価値を示すことはないとしているのは、当然のことである。正犯が実行行為によって直接的に法益を侵害するのに対し、教唆者は、それへの加担を通して間接的に法益を侵害するという、従属的な役割しか果たさないからである。間接的な法益侵害の無価値の程度が、直接的な法益侵害の無価値の程度よりも大きくなるということは、およそ考えられないのである。

不作為犯に対する教唆を、アルミン・カウフマンのように作為犯の正犯として構成することの不当性を、行為支配の欠如という観点から論証していることも、その限りでは妥当であると考えられる。私見によれば、目的的行為論に立脚しないとしても、行為支配の考え方それ自体は、故意による作為犯には通用し得ると解する余地があり、一般的に不作為犯に対する教唆として扱われるような事例においては、まさに背後者には行為支配が欠けているのであるから、作為犯の正犯は成立しないことになる。

不作為犯に対する教唆について、基本的には作為犯の正犯を成立させながらも、当罰性が低い場合には、社会的相当性によって可罰性を制限しようとするアルミン・カウフマンの考え方への批判として、ロクシンが挙げた事例も適切なものである。それらの事例は、ここでは、作為犯の正犯の成否の基準を社会的相当性の有無に求めると、著しい法的不安定性がもたらされることになってしまふ、という批判を裏付けるものである。

さらに、ロクシンは、不作為者の具体的な行為義務の存否が、背後における教唆犯の成否を左右するとして、以下のように説く。具体的な行為義務が不作為者に妥当する場合、その背後者は、当

⁶⁴ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.521f.

⁶⁵ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.522.

該行為義務を事実的な前提において認識していた限りで、常に教唆者として処罰されるべきである。社会的相当性の誤った理解は、その点に何らの変更も加えることができない。たとえば、救助の際に保障人に差し迫る危険が、法秩序の基準によれば、介入を不可能と思わせるほどには大きくない、というような場合、教唆者は、真実に即して表現された（小さな）危険を指摘して、他人に行為を止めさせるのであれば、可罰的となる。これに対し、危険が、実際に、不作為者に行為が期待され得ないほどに大きい場合、具体的な義務が脱落する。その場合、誘引者は、構成要件に該当しない態度を教唆したことになるから、不作為者に100ドイツマルクを提供しようが、そうでなかろうが、不処罰となる⁶⁹。

このように、ロクシンは、不作為者にとって、作為の可能性が欠ける場合、具体的な行為義務が欠けると説明するわけである。そのような場合、不作為犯は成立しないから、背後者が教唆犯となる余地も否定されることになる。作為の可能性を具体的な行為義務と直結させることの当否は別としても、いずれにせよ法は不可能を強いるものではないから、保障人的地位にある不作為者にとって、作為に出ることが不可能である場合、不作為犯は成立せず、その背後者の共犯としての罪責が問題にならないのも、共犯の従属性を前提とする限り、当然のことである。

シュトレーは、教唆犯の処罰根拠に即して教唆犯規定を解釈することから出発し、具体的事例を挙げながら、不作為犯に対する教唆の可能性について検討を加える。そこでは、アルミン・カウフマンの見解からは、具体的妥当性に欠けた結論が導かれるということも明らかにされている。まず、シュトレーは、以下のようにして、教唆犯の処罰根拠からの解釈論を展開する。ドイツ刑法48条（現行ドイツ刑法26条）によれば、教唆は、誰かが、他人を、同人により遂行され、刑罰により威嚇される行為へと動かした場合に存在する。法律上の文言を厳密に尊重する場合、「遂行される行為」（*begangene Handlung*）というメルクマールに手掛かりを求めることができるかもしれない。刑罰により威嚇される行為を、不作為行為者は、それ自体として作為では行なわなかった。むしろ、不作為行為者の刑罰に値すべき態度は、不活動、すなわち命令された行為の不実行である。それゆえ、法律上の文言に厳密に合致するようにドイツ刑法48条（現行ドイツ刑法26条）を取り扱うのであれば、不作為行為に対する教唆の可能性は排除されるに違いない。しかし、法典の文言のみに従うことは誤りであろう。ある一定の文言に、どのような意味が属するのかは、関係する文言が使われた、法律の規定の意味および目的との連関においてのみ認識され得る。そうすると、「遂行される行為」の概念については、どのようにして、この概念が教唆規定の意味に従って理解され得るか、ということが重要になる。したがって、この概念は、なぜ、正犯と並んで、教唆者も処罰されるべきなのか、という問題に関わる。他人の構成要件実現の誘発が、教唆の処罰根拠であると解される（惹起説）。教唆者が他人の刑罰法規への違反に協力したこと、すなわち他人の刑法上重要な不法に決定的な契機を与えたことを理由にして、教唆者に刑罰が科されるべきであ

⁶⁹ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.523.

る。この前提からは、「遂行される行為」の概念を、あまりにも文言通りに解釈し、これを積極的な作為に限定するのは、不適当と思われる。命令された行為の不作为も、構成要件に該当する不法であり、第三者はそれを刺激することができたわけである。「遂行される行為」の概念は、正犯によってとられ、刑罰により威嚇された、構成要件に該当する態度であると教唆規定の意味に即して解釈される。そのような解釈は、一般的に考えられる言葉の意味とも完全に一致するべきであるから、「遂行される行為」の概念によって、教唆を作為犯に限定することは、ほとんど基礎づけられ得ない⁶⁷⁾。さらに、教唆は、他人が構成要件に該当する態度へと説得されたことを前提とする。「説得」というメルクマールは、他人の行為決意の惹起として把握される。他人のもとに現実的な行為決意を生み出した者だけが、その結果として他人を行為へと説得し、それで他人を教唆したことになる⁶⁸⁾。このように、教唆犯の処罰根拠を、他人の構成要件実現の誘発に求めるならば、そこに不作为犯が含まれないと解するべき理由は見当たらないから、不作为犯に対する教唆犯も認められるべきことになる。シュトレーが、教唆犯の処罰根拠に即して教唆犯規定を解釈するのは、方法論としても妥当であると考えられる。

次に、シュトレーは、不作为行為者は、積極的に作為をする行為者とは異なり、因果関係の経過における変更ないし状況の変更を目指していないから、たしかに作為犯の場合に見出され得るような実現意思が不作为行為者には欠け、この意味における実現意思は排除されるが、しかし、そのことは、およそ不作为の場合に、あらゆる主意的要因が欠けるということの意味するのではないとして、以下のように論じる。故意の、義務に違反した不活動に現れる刑法上重要な態度も、少なくとも通常は、主意的要因によって、すなわち一定の何かをしない意思および因果的生起の経過を妨害する意思によって特徴づけられる。提供能力があるにもかかわらず、意識的に、被扶養者に扶養を提供しない扶養義務者は、意図的に不活動にとどまっている。意識的に、申告義務もしくは告発義務に従わず、または必要な破産ないし和解の申し立てをしない者は、原則として、意図的に義務の履行を無視している。ここで意思に従って特徴づけられる態度を否定することは、現実と矛盾するであろう。意識的に、自分の新生児を餓死または凍死させる母親の場合も同様である。命令されることをしない、すなわち子に栄養を補給せず、または子を暖めない母親に、意思が存在しないとは考えられない。誰かが、命令されることを行なわない他人に影響を及ぼす場合、意思の側面で影響する。そして、このことは、行為への意思の成立が挫折させられ、または既になされた行為決意が打ち消されるという態様においてだけでなく、影響を受けた者が自分に期待される行為を履行しないか、もはや履行しようとしなないという態様でも生起する。したがって、完全に行為に関係した意思が生み出され、それゆえ行為決意も生み出される。教唆の可能性は、行為義務者の心理への影響における法的な重要性が、もっぱら行為決意の阻止に存在するとのことによっては、簡単には否定

⁶⁷⁾ Stree, a.a.O.[Anm.14], S.4f.

⁶⁸⁾ Stree, a.a.O.[Anm.14], S.5.

され得ない⁶⁹⁾。

その上で、シュトレーは、作為と不作為は、異なった種類の人間の態度の形式ではあるが、そのような種類の違いがあるからといって、作為犯および不作為犯への関与に妥当する規律が不作為犯には転用され得ないということにはならず、両者の法律違反とそれへの関与が平行することは誤解の余地がないとし、以下のようにして、具体的事例においても、アルミン・カウフマンの見解は妥当性を欠く結論に至ると指摘する。アルミン・カウフマンに従うとすれば、不作為行為者に対して刑罰に値する影響を及ぼすことは、刑法上、全く理解され得なくなる。特に、多くの身分犯の場合、いわゆる「阻止者」は無罪となってしまふ。アルミン・カウフマンの見解が、どのような耐え難い結論を招いたかを、1つの事例が明白にするであろう。ドイツ破産法239条1項3号によれば、破産した債務者は、債権者の不利益を意図して、その管理が債務者に法律上義務づけられているところの商業帳簿を管理しなかった場合、懲役で処罰される。債務者が債権者の不利益を目的にして法律上必要な商業帳簿を破棄した場合、ドイツ破産法239条1項4号によれば、同じ刑が債務者に当てはまる⁶⁹⁾。したがって、債務者に商業帳簿を全く管理しないよう説得する者は、(アルミン・カウフマンの見解によるならば、)不処罰のままではなければならないであろう。これに対し、債務者に商業帳簿を破棄するよう説得する者は、幫助を理由として可罰的になるであろう。この異なった結論の不当性は明白である。両者の行為態様は、その当罰性において同一であり、それゆえ同程度の刑罰に値する。ここで、可罰性の間隙を必然性のある根拠なく開けることは、刑法を現実と異なるものとし、人間の態度を、もはや共同体生活への作用の方向における社会的な側面として相応しいように評価しないということの意味する。その他の点では、立法者自身は、不作為行為に対する教唆の可能性を認めていた。ドイツ刑法109c条4項においては、脱走に対する教唆が問題になる⁶⁹⁾。脱走は、純粋な消極性によって、すなわち部隊へと戻らないことや、部隊から離れることによって遂行され得る。立法者は、ここで挙げられた規定においては、積極的な脱走に対する教唆、すなわち部隊から出て行くことに対する教唆を、想定することさえできなかったのである⁶⁹⁾。

シュトレーは、以下のようにして、不作為犯に対する教唆を、作為犯の正犯として構成することの不当性を、作為犯における正犯と共犯の区別の基準を不作為犯にも適用するべきであるという論拠からも明らかにする。解釈論上の考察にあたっては、現実に正当な解決に到達するために、どのような観点に従って正犯が共犯から区別されるのか、ということを想起しなければならない。作為犯の領域における区別が、その出発点となる。共犯が、他人の行為への単なる関与であるのに対し、正犯は、必ずしも必要的に自手によるのではない固有の行為の実行である。固有の行為の分担

⁶⁹⁾ Stree, a.a.O.[Anm.14], S.6f.

⁶⁹⁾ 破産犯罪は、当時、このようにドイツ破産法で規律されていたが、現在はドイツ刑法283-283d条で規律されている。

⁶⁹⁾ 同条項は、現在では廃止されている。

⁶⁹⁾ Stree, a.a.O.[Anm.14], S.8f.

それ自体が処罰規定の完全な構成要件を充足する限りで、行為が他人の役に立つはずであるとしても、常に固有の行為が成し遂げられたことになる。金で雇われた「謀殺者」は正犯であって、たとえば依頼人の幫助者ではない。必ずしも完全には構成要件に該当せず行為をした場合に限り、一般的に、他人の行為に関与することができる。さらに、他人を固有の作為のための道具として、比喩的に表現すれば、延長された腕として利用する場合、他人の行為への単なる協力というメルクマールが欠ける。共犯は、他人の行為に従属すること、すなわち構成要件の実現にあたって他人に支配的な役割を委ね、それについてのみ他人に支援を与えることを、教唆の場合のように他人を行為へと突き動かすことであるにせよ、幫助の場合のように行為の実行を容易にすることであるにせよ、必ず要求する。したがって、行為関与は他人の不法実現への単なる寄与である、ということが明らかにされなければならない。このことは、共犯が他人の行為意思に合致し、それに服従するという、すなわち行為が既遂に達するべきか否かを、共犯が他人に委ねるということを前提とする。教唆の場合、服従は、教唆者がまさに他人のもとに行為への決意を生み出し、それにより決定的な影響をその他人に及ぼそうと努力するというを理由にしては、脱落しない。なぜならば、ここでも、他人に、行為を決意するか否かが委ねられているからである。教唆者は行為決意を引き起こすが、その場合、被教唆者に服従するわけである⁶³。

これらの原則を、重大な結果を生じる救助行為の阻止に転用する場合、阻止者は不作為行為に対する教唆者にしかなり得ず、たとえば結果犯の正犯とはなり得ない、ということが明らかになる。阻止者は行為義務者の上位に置かれたのでもなく、行為義務者と共通の行動について同盟を結んだのでもない。むしろ、阻止者は、行為義務者に、行為をするか否かということ、つまり差し迫った災厄に対する不介入についての重大な決定を引き渡したのである。これは他人の誤った態度への従属の典型的な事例である。主たる役割が行為者に与えられる。阻止者は、付随的な役割、すなわち単なる分担で満足した。もっとも、阻止者が、行為義務者に命令履行を断念することを強いた場合に限り、事情は異なるかもしれない。ここでは、阻止者自身が、重大な結果をもたらす生起に際して重要な役割を引き受けたことになるであろう。しかし、阻止者は、強制または詐術なしに行為義務者に影響を及ぼすということに制限される限りで、行為義務者の決定に服従する。正犯行為が不作為であるのに対し、阻止が作為のうちに存在することは、この点に変更を加えるものではない。それも、アルミン・カウフマンのように、行為のうちに明らかにされた法秩序への敵対性を、不作為に存在する法律違反よりも非難するべきであり、かつ処罰に値すると考える場合でも、変更を加えるものではない。ある態度への非難の程度は、量刑にとっての意味だけを有する。非難の程度から、関与形式にとって役に立つ区別の基準は引き出され得ないのである⁶⁴。

このように、シュトレーは、教唆犯の処罰根拠や、不作為犯における正犯と共犯の区別の基準と

⁶³ Stree, a.a.O.[Anm.14], S.11f.

⁶⁴ Stree, a.a.O.[Anm.14], S.12f.

いう根本的な観点から、不作為犯に対する教唆の問題を論じるわけである。このアプローチは、基本的に支持できるものである。他人に精神的な影響を与えて不作為の意思を引き起こし、不作為犯を実現させることは十分に考えられるのであり、その場合、教唆者は正犯の作為義務違反を誘発したことになるから、それにより不作為犯に対する教唆の処罰も根拠づけられる。作為義務に違反した実行行為を通して直接的に法益を侵害するのが正犯であり、それに間接的に加担するのが共犯であるという考え方が、ここにも通用する。

3 不作為犯に対する幫助

(1) 否定説とその検討

不作為犯に対する幫助を否定する立場は、アルミン・カウフマンの見解およびヴェルツェルの見解によって代表される。アルミン・カウフマンによれば、不作為犯に対する幫助は、当然に否定される。なぜならば、事実上、助長されるべき犯罪行為が存在せず、心理的に支えられ得る行為決意が欠けると考えられているからである。促進は、因果経過が進行する場合に限り可能であるとされる⁶⁵⁾。ここでは、「Aは、ある犯罪計画を適時に告発することを決意し、それに即した内容の手紙を既に郵便局に持って行った。Aは自分の決意を後悔し、その手紙を取り戻そうとする。そこで、Aは自分が手ほどきしたBを使い、手紙を取り戻させる。」という、計画された犯罪行為の不告発（ドイツ刑法138条）への幫助の事例が挙げられ、命令履行の試みの中止に対するBの幫助の解釈論上の運命は、「命令履行の試みの阻止」の運命以外の何物でもあり得ないから、そのような阻止だけを検討すればよいとされる⁶⁶⁾。これは、不作為犯に対する教唆の場合と同様、逆転原理から、作為犯の正犯を成立させる結論を導けばよいとする趣旨を述べたものであると解される。

しかし、このような主張は、その論拠において独特の逆転原理に依拠する点で、そもそも妥当でないし、その結論においても具体的妥当性を欠くと批判される。たとえば、決意を強化された不作為者が、ドイツ刑法330c条（現行ドイツ刑法323c条）に従ってしか罪責を負わない場合であっても、不作為行為に対する心理的幫助という、きわめて些細な刑法上の関与形式が、作為犯の正犯の刑に従って処罰されることになってしまうのである⁶⁷⁾。

アルミン・カウフマンの見解に影響を受けたとされるヴェルツェルは、不作為犯に対する幫助は考えられず、不作為犯に対する心理的幫助は、行為決意の不成立に対する原因であるか、または正犯の不作為に対する原因でないかのいずれかであるとしている⁶⁸⁾。この見解においては、まず、心理的幫助が行為決意の不成立に対する原因となっている場合、アルミン・カウフマンの見解と同じく、逆転原理が適用され、作為犯の正犯が成立するとされる。

⁶⁵⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.190f.

⁶⁶⁾ Armin Kaufmann, a.a.O.[Anm.1], S.195.

⁶⁷⁾ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.525.

⁶⁸⁾ Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S.206f.

しかし、一般的に、作為犯に対する教唆と心理的幫助の区別が認められる限り、不作為犯に対しても、教唆と心理的幫助の区別は認められるはずであるから、不作為犯に対する教唆を否定する際に展開された逆転原理を、そのまま不作為犯に対する幫助にまで拡大するのは誤りである。さらに、ヴェルツェルの見解に対しては、不作為犯に対する幫助には、心理的幫助だけでなく、たとえば既に不作為の意思を持っている者から頼まれて、その不作為に役立てるために睡眠剤を与えたり、または作為を行なうべき場所から離れるために車に乗せたりするような幫助もあるのであって、これらを命令履行の試みの阻止として把握し、逆転原理によって解決することはできない、という批判も加えられる⁶⁹。

次に、心理的幫助が正犯の不作為に対する原因となっていない場合、幫助者は、正犯に命令された作為をさせなかった不作為者であるとされる。しかし、心理的幫助が正犯の不作為に対する原因になっていないのであれば、そのような幫助は、正犯の不作為に何らの影響も与えたものではないから、共犯独立性説を前提とするのでない限り、犯罪を構成することはなく、不作為犯の成立とも関係ないはずである⁶⁹。

(2) 肯定説とその検討

不作為犯に対する幫助の当否についても、これを肯定するのが通説である。通説は、不作為犯に対する無形的従犯を肯定する点では一致しているが、不作為犯に対する有形的従犯も可能であるか否かについては、その内部で見解が分かれている。シュトレーおよびバウマンらは、不作為犯に対する無形的従犯だけを認める。シュトレーは、あり得る（不作為犯に対する）幫助の事例は、他人の行為決意の心理的強化の形式においてのみ考えられるのであって、それは要するに教唆に対する単なるマイナスであるから、通説に賛成する以上、幫助にとって何らの本質的な相違も生じないとする⁶⁹。バウマンは、幫助は作為行為に対してだけでなく、不作為行為に対しても提供され得るとし、行為を義務づけられている者の、行為をしない（たとえば溺れている者を救助しない）という決意を強化する者は、不作為行為を心理的に促進することによって幫助を提供するものであるとしている⁶⁹。

不作為犯に対する無形的従犯だけでなく、有形的従犯をも認める見解は、ロクシン、シュトラテンヴェルト/クーレンおよびシェンケ/シュレーダー [ハイネ] らによって主張される。ロクシンは、不作為犯に対する積極的な作為による幫助は、一般的に、心理的な促進の形態で、たとえば誰かが不作為者に対して、その不介入への決意を強化するといった形態で可能であるとしている。物理的幫助に関しては、アルミン・カウフマンが提示した、計画された犯罪の不告発への幫助の事例

⁶⁹ 植田・前掲注(10) 614-5頁。

⁶⁹ 植田・前掲注(10) 615頁。

⁶⁹ Stree, a.a.O.[Anm.14], S.4.

⁶⁹ Baumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8.Aufl., 1977, S.600.

を援用して、いったんは犯罪を告発しようとした A の手紙を、その後、不告発の意向に転じた A の手ほどきに従って、B が郵便局から取り戻した場合、B の行為は、積極的な作為により提供される、ドイツ刑法138条の不作为犯に対する幫助として把握され、これと同じことは、誰かが、他人の命令履行の試みの中止に際して罪責を負わされ得るような、ほかの全ての事例にも当てはまると解している。この事例の B は、中止に対して幫助を提供するわけであるから、不作为行為に対する幫助のみを理由にして処罰されてよいことになる⁶³。

わが国でも、齊藤博士は、自分の占有する場所に面識のない他人の死体があることを知った A が、電話がないので、そのことを速達郵便で警察に知らせようとして手紙を書き、いったん郵便ポストまで持っていったが、関わり合いになるのは面倒であると考え直し、事情を知った B に手紙を持ち帰ってもらったという事例を挙げて、不作为犯に対する有形的従犯を肯定される（軽犯罪法1条18号，3条参照）。この事例においては、事情を知らながら手紙を持ち帰るといふ B の物理的な幫助行為が、A の不作为犯に対する有形的従犯を構成することになるわけである⁶⁴。このように、物理的な方法で、他人の不作为犯を促進することも必ずしも不可能ではないと考えられる。

もっとも、不作为犯に対する有形的従犯を認めるとしても、それは例外的な場合に限られるという考え方もある。シュトラーターテンヴェルト/クレーンは、不作为行為者の行為決意を強化することが正犯として扱われ得ることもなく、不処罰ともされ得ない心理的幫助になるという、実務上意味のある状況が考えられるとし、その一方で、物理的幫助は、不作为行為者が、決定的な時点での介入可能性をなくすために、救助の道具を破壊することによって行為をする場合に限り、例外的に考慮されてよいとする⁶⁵。たとえば、夫が、水中で溺れている妻を見殺しにしようと考え、唯一の救助手段であるボートを壊しかけたところ、事情を知った夫の愛人がそれを手伝ったという事例がそのような場合に当たるであろう⁶⁶。シェンケ/シュレーダー [ハイネ] は、不作为犯に対する幫助は、通常、心理的幫助（決意の強化）の形態で可能であるとする。物理的幫助も、たとえば、ドイツ刑法142条（事故現場からの許されない退去）2項1号における幫助者が、事故の痕跡を除去することによって正犯行為者の発覚のリスクを低減する場合や、不作为行為者に、同人を行為無能力にして義務に従うことができなくなるようにさせるために、睡眠薬が調達される場合には考えられるが、多くの場合は因果関係が欠如するので、物理的幫助にはならないとしている⁶⁷。

連邦通常裁判所の判例にも、不作为犯に対する幫助の可能性を認めたものがある。問題となったのは、次のような事案である。すなわち、被告人は、破産申立手続における区裁判所での尋問に際して、債権者らに、I 有限会社は、支払能力がないのではなく、支払停止に陥っただけである、と

⁶³ Roxin, a.a.O.[Anm.13], S.525.

⁶⁴ 齊藤・前掲注(2)31頁。

⁶⁵ Stratenwerth/Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 5.Aufl., 2004, S.365.

⁶⁶ 齊藤・前掲注(2)31頁。

⁶⁷ Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 28.Aufl., 2010, S.491[Heine].

の説明をした。実際には、同社は、それ以前から苛烈な差し押さえを受けており、支払不能であった。それにもかかわらず、共同被告人たる会社経営者は、破産手続開始の申立をしなかった。被告人は、そのことを全て知っていたが、同社の破綻を隠蔽するために、前記の説明をした、という事案である。

この事案に関して、原審が、被告人は、その行為を通して、破産申立をする意図を持たない会社経営者に、そうと知りながら助力を提供したものであると評価したのに対し、連邦通常裁判所は、被告人が正犯行為を促進したか否かは解決されていないと述べて、以下のような判断を示した⁶⁹。まず、ドイツ有限会社法84条のような真正不作為犯の場合⁶⁹、可罰的な態度は、命令規範の違反、したがってある一定の活動の単なる不作為に尽きる。この活動は、間接的には（命令履行の）「結果」、すなわち、ここでは「破産手続の適時の開始」を引き起こすことにはなるが、それとは関係なく法律によって要求されるものである。それゆえ、可罰性にとっては、（命令履行の）「結果」の阻止が重要なのではなく、要求される行為の不作為だけが重要なのである。たとえば、ドイツ刑法138条に基づく告発義務は、「犯罪阻止義務」を含むものではない⁶⁹。

次に、行為を義務づけられた人的範囲に属する者、したがって会社経営者や管財人、またはその代理人だけが、犯罪の正犯行為者または共同正犯者であり得る。これに対し、被告人のような指定代理人はそうではない。もっとも、この事情は、行為を義務づけられた人的範囲に属しない者に、教唆または幫助を理由として責任を負わせることを妨げない。そのように解することは、あらゆる身分犯について認められる原則に合致するからである。行為を義務づけられた者の不作為を故意で助長した者だけが、そのような事例において、幫助の罪を犯したことになる⁶⁹。それゆえ、被告人が自分の説明でI有限会社の破綻を隠蔽または遅延させるつもりであったか否かは決定的でなく、破産申立をしないという正犯行為者、すなわちここでは共同被告人の決意を、助言または行為により促進または強化したか否かだけが決定的である⁶⁹。たとえば、被告人が、決意において揺れ動いている共同被告人を、説得によって破産申立をしないという点で強化した場合や、破産裁判所への説明が共同被告人の決意を容易にするはずのものであって、かつ容易にした場合がそうであろう。これに対し、被告人の態度と共同被告人の不作為との因果的な連関が確認され得ない場合、被告人は、法的根拠に基づいて無罪とされるべきであろう。

従来、ライヒ裁判所は、不作為犯に対する幫助の可能性を認めてきており、本判決は、連邦通常裁判所としても、その立場を踏襲したものと解される。本判決は、結論においては、真実に反する説明をした被告人の行為と、正犯たる会社経営者の破産申立義務違反との因果関係を問題にしてい

⁶⁹ BGHSt Bd.14, S.280.

⁶⁹ 現在では、ドイツ破産法15a条が、破産申立義務とその違反に対して適用される罰則について定めている。

⁶⁹ Vgl. RGSt Bd.64, S.273,276, Bd.73, S.52,54.

⁶⁹ RGSt Bd.77, S.268,269, Bd.51, S.39,41.

⁶⁹ Vgl. RGSt Bd.27, S.158.

るが、それに先立って、作為義務を負う者だけが直接的に実現できる不作為犯に、義務のない者が幫助の形態で可罰的に関与し得ることを、身分犯の規律によって根拠づけているわけであるから、不作為犯に対する幫助それ自体の可能性については、これを肯定したものであると考えられる。

わが国では、下級審の判例が、不作為犯に対する幫助の可能性を肯定しているが⁶³⁾、最近になって、不作為犯に対する心理的幫助の成否が争われた事案で、その要件について言及した地方裁判所の判決が現れた⁶⁴⁾。そこで扱われたのは、車両を運転していた A が、同乗者たる被告人と共謀して危険運転致傷（刑法208条の2）に該当する事故を起こしたのに⁶⁵⁾、停車することなく加速して逃走した際、被告人が A に「やばいなあ。」「(被害者が)縁石でバランスを崩した。電柱にぶつかってこけた。」等と言い、A は、パトカーや追跡車両がいたら被告人が知らせてくれるから、2人で逃げたほうが安心と思っていた、という事案である。この事案に関して、名古屋地方裁判所は、判決で以下のように指摘し、A の不救護不申告（道路交通法72条1項、117条、119条1項10号）に対する共犯の点では、被告人を無罪とした。すなわち、被告人は、A による被害者の救護や警察官への報告を妨害したり、A に対し逃走を強く働き掛けたりしたこともなく、A と運転を交替して逃走を援助する等の加功をした事実もない。被告人は、事故直後に「やばいなあ。」等と A に言ったものの、それ以上に逃走を促すような具体的な発言はしていない。A は、道路交通法上の救護義務および報告義務を負うべき運転者であるところ、当初から自己の意思に基づき車両の運転を継続して事故現場から逃走し、その後も被告人の言動から逃走を促されるような影響を受けることもなかった。したがって、被告人が、A による不救護不申告の実行に際し、A と共謀したとは認められないだけでなく、A に対し心理的な幫助をしたとも認められない、という判断が示されたのである。

検察官は、事故直後の被告人の「やばいなあ。」という発言や、事故の直接の原因が被告人や A にあるわけではないかのような発言が、A にとって、そのまま逃走しようという意思決定の強化になった等と主張したが、本判決は、これを容れず、本件のような心理的幫助の場合、幫助行為の正犯に対する心理的な促進作用の有無を十分に検討する必要があると強調した上で、被告人の「やばいなあ。」という発言は、不救護不申告を A に明確に促したり具体的に示唆したりするものではないし、A 車との直接の接触が原因となって被害者が転倒したわけではなく、A が事故を起こして心理的に激しく動揺していた様子もないから、A が強い心理的な影響を受けるような状況は存在しておらず、「(被害者が)縁石でバランスを崩した。電柱にぶつかってこけた。」という発言も、A の逃走意思を積極的に強化するものであったとは認められないとした。

ここでは、不作為犯に対する心理的幫助の場合、それが正犯に「強い心理的な影響」を及ぼし、その意思を「積極的に強化」するものでなければならぬとされたことが注目される。本判決は、

⁶³⁾ 前橋地高崎支判昭46年9月17日判時646号105頁。

⁶⁴⁾ 名古屋地判平22年1月7日。

⁶⁵⁾ 本判決は、危険運転致傷については、被告人に A との共謀共同正犯が成立するとした。

心理的な手段による幫助行為がそのようなものであるか否かの判断にあたって、正犯に対する発言等の内容が具体的に不作為を促進するものであるか否かという点を重視しているようにも思われるが、正犯の精神状態等によっては、幫助者の発言等の内容が具体的でなくても正犯に強い心理的な影響を及ぼして、不作為の意思を積極的に強化することもあり得るとしているように解されるので、心理的な手段による幫助行為としての発言等が具体的に不作為を促進する内容を持つことを、必ずしも従犯の不可欠の要件として求めるものではないと思われる。本件では、たしかに、結論においては、不救護不申告に対する従犯の成立が否定された。しかし、ここで示された要件が充足される場合には、不作為犯に対する無形の従犯の成立が肯定されるはずであるから、本判決は、明らかに、その前提において、不作為犯に対する心理的幫助それ自体の可能性を認めているものと解される。

4 結 論

最後に結論をまとめ、本論文を締め括ることにしたい。

不作為犯に対する教唆は肯定される。正犯に精神的な影響を与えて作為義務違反の決意を引き起こし、不作為犯を実行させることは十分に考えられるからである。ここでは、そのようにして正犯の作為義務違反を誘発したことが、教唆者の処罰を根拠づける。これと異なり、不作為犯に対する教唆の場合、それは命令履行の阻止であるから、逆転原理が適用され、作為犯の正犯を構成するとの独特の主張を展開し、不作為犯に対する教唆を否定する見解は妥当でない。この見解に従うならば、教唆者が正犯になるとともに、被教唆者たる不作為者も正犯となり、両者は同時犯になるとされるのであろうが、そのような処理は、あまりにも技巧的で、犯罪の実体から乖離したものであって、刑法の評価規範の側面とも調和しない。単なる形式論理の帰結として、不作為者を介して法益侵害に加担した教唆者に作為犯の正犯を成立させるのは、正犯と共犯を区別する刑法の体系とも矛盾する。不作為犯における正犯と共犯の区別についての基本的な考え方からは、作為義務に違反した実行行為を通して直接的に法益を侵害するのが正犯であり、それに間接的に加担するのが共犯であると解されなければならない。

不作為犯に対する幫助は肯定される。一般に、既になされた正犯の作為義務違反の決意を、心理的な手段によって更に強化し、その不作為犯の実行を容易にすることは可能である。不作為犯に対する幫助は、通常、そのような心理的幫助の形態で認められるが、物理的な手段によって正犯の不作為犯の実行を容易にすることも、必ずしも不可能ではない。学説により提示された事例の存在が、そのことを裏付ける。もっとも、現実の事例では、物理的な手段による幫助行為と、不作為犯の実行の容易化との因果関係が特定されないことも多いであろうから、その存在が明白であるような例外的な場合に限り、不作為犯に対する幫助は、物理的幫助の形態でも認められる。これと異なり、不作為犯に対する幫助を否定する見解は、不作為犯に対する教唆を否定する際に立脚したのと同様の逆転原理に基づく主張を展開するので、不作為犯に対する教唆を否定する見解に加えた批判

が、ここにも当てはまる。

以上の検討を通して、本論文は、不作為犯に対する教唆および不作為犯に対する幫助のいずれについても、肯定説を妥当な見解として支持するに至ったのである。