

タイトル	正犯と共犯 (25)
著者	吉田, 敏雄; YOSHIDA, Toshio
引用	北海学園大学法学研究, 61(4): 75-102
発行日	2026-03-30

論 説

正犯と共犯 (25)

吉 田 敏 雄

目次

- 第1章 関与理論の基礎
- 第2章 直接正犯者 (正犯者類型 その一)
- 第3章 間接正犯者 (正犯者類型 その二)
- 第4章 共同正犯者 (正犯者類型 その三)
- 第5章 共犯(教唆と幫助)の処罰根拠及び従属性
- 第6章 教唆犯
- 第7章 従犯(幫助犯)
 - 第1節 総説
 - 第2節 幫助行為
 - 1. 幫助行為の形態
 - a. 物的幫助
 - b. 知性的幫助
 - c. 心理的幫助
 - 2. 促進される犯罪
 - A. 主犯の具体化
 - B. 主犯と幫助犯者の表象のずれ
 - a. 異なった犯罪の実現
 - b. 表象された主犯と実現された主犯の構成要件の類似性
 - c. 結果的加重犯の幫助
 - d. 主犯の既遂に寄与する意思の欠如
 - C. 幫助行為の時点
 - 第3節 従犯の特殊形態
 - a. 従犯の教唆
 - b. 教唆犯の幫助
 - c. 従犯の幫助
 - d. 共同従犯?
 - 第4節 予備罪の従犯?
 - 第5節 因果関係
 - 1. 幫助の因果関係の必要性
 - 2. 促進因果関係
 - 3. 心理的幫助の因果関係

4. 幫助行為と正犯結果の連関に関する他説の検討
 - a. 漸増概念としての促進因果関係説
 - b. 正犯結果惹起説
 - c. 正犯行為促進説
 - d. 危険犯としての従犯説
 - e. 特殊心理的因果性説 (以上第 54 卷第 2 ～第 61 卷 3 号)

第 6 節 不作為犯における正犯と従犯

1. 不作為による幫助
 - A. 裁判例
 - B. 学説
 - ① 従犯者理論
 - ② 保障人義務の性質・内容による差異化理論
 - a) 保護保障人
 - β) 監視保障人
 - γ) 先行行為に基づく保障人義務
 - ③ 所為支配理論
 - ④ 主観理論
 - ⑤ 正犯者理論
2. 不作為犯への幫助

第 7 節 過失による故意犯の幫助と過失犯への幫助

1. 過失による故意犯の幫助
2. 過失犯への幫助 (以上第 61 卷第 4 号)

第 7 章 従犯（幫助犯）

第 6 節 不作為犯における正犯と幫助

1. 不作為による幫助？ 他人の作為による犯罪を阻止する義務を負う者、つまり、結果発生回避義務のある保障人が、その義務を懈怠した場合、この者にその独自の不作為による正犯が成立するのか、あるいは、故意作為犯への不作為による従犯が成立するのかの問題は、不真正不作為犯論と共犯論の交錯した問題領域にあるため、その解決のための理論構成は多岐に渡る⁽¹¹⁶⁾。

A. 裁判例 保障人が、作為行為者との共同の犯行計画に基づき、構成要件の結果の発生を阻止する作為をしないとき、作為犯と不作為犯を包含する共同正犯か、作為の正犯と不作為の正犯の同時正犯、又は、共謀に作為の要素を見出すことで共謀共同正犯が成立する。したがって、それ以外の場合に従犯の成否が問題となるが、わが国の判例は、第三者

の作為による正犯行為があった場合の保障人の不作為は原則として従犯であるとの立場をとっているようである。しかし、不作為による「正犯」と不作為による「従犯」を区別する規準が明確に示されているわけではない。

①大判昭和3・3・9刑集7・172は、選挙干渉行為を現認しながらこれを制止しなかった選挙長につき、「不作為ニ因ル幫助犯ハ他人ノ犯罪行為ヲ認識シナカラ法律上ノ義務ニ違背シ自己ノ不作為ニ因リテ其実行ヲ容易ナラシムルニヨリ成立」するとして、不作為による選挙干渉幫助犯の成立を認めた。

②大判昭和19・4・30刑集23・81は、配給物資購入に必要な通帳に記載されている世帯人員が減少しているのに、その異動を訂正せず配給物資を購入している者がいるのを知りながら、それを放置した町内会長に、「世帯主ニ対シテ異動届出方ヲ督促シタル上異動訂正ヲ施スヘキ義務アルモノト解スルヲ当然ナリトス。蓋シ斯克解セサルニ於テハ物資配給ノ適性円滑ヲ期シ得サレハナリ」として、不作為による詐欺幫助犯の成立を認めた。

③高松高判昭和28・4・4高裁判判特36・9は、チーズの倉庫係が窃盗を企図する者から、「チーズの計算を1俵不正に誤魔化して貰い度い」と頼まれ、「その態度に依って暗黙の承諾を与え」た者につき、「他人の犯罪行為を認識しながらこれを防止すべき職務上の義務に違背し自己の不作為に依ってその実行を容易ならしめたときは不作為に因る犯罪の幫助ありと解するを至当とする」と判示して、不作為による窃盗罪の幫助犯の成立を認めた。

④最判昭和29・3・2裁判集刑事93・59は、ストリッパーの公然猥褻の演技を目撃しながら、微温的な警告を発するに止めその公演を続行させた劇場責任者に不作為による公然猥褻幫助犯の成立を認めた。

⑤東京地判昭和34・2・18判時185・35は、配下の者たちが敵対する愚連隊の者を拉致・連行し、暴行を加えた際、当該首領はそれを黙認していたという事案で、「問責暴行が行なわれている間、終始その場においてその状況を現認し、事態の大事に進展すべきを知りながら輩下である他の被告人の右暴行を黙認しそのなすままに委せ、……傷害の結果を未然に防止するに足る措置をとらず因って前記の通り傷害を惹起するに至らしめ」たとして、傷害罪の幫助犯の成立を認めた。

⑥高松高判昭和40・1・12下刑集7・1・1は、他の者らが喧嘩に出かけるのに同行した者が、自分の登録済みの日本刀を他の者らが持ち出すことを黙認したという事案で、「刀剣類の所持を許される者につき、その所持及び携帯について危害予防の法律上の義務が要請されている」として、不作為による日本刀の不法携帯幫助犯の成立を認めた。

⑦大阪地判昭和44・4・8判時575・96は、他人所有の空き地を家庭菜園として利用させてもらう際、所有者からその土地の買い手や借り手が現れたら通知してほしいと依頼されていた者が、他人から材料置き場として一時的に簡易な小屋を立てさせてほしいと頼まれ、所有者の承諾なくこれを黙認していたところ、後に、この者が、本格的な建造物を立てたという事案で、建設を制止しなかったという不作為に不動産侵奪罪の幫助犯の成立を認めた。

⑧高松高判昭和45・1・13刑月2・1・1は、農業協同組合の預金払戻担当者、預金者である農業共済組合の組合長が横領の意図で払戻請求をするに際して、事情を知りながらこれに応じたという事案で、「払戻目的が刑事上不法なものであることを知った以上、これに応ずべきでないことは当然である」として、不作為による業務上横領罪の幫助犯の成立を認めた。

⑨大阪高判昭和62・10・2判タ675・246は、倒産会社から債権回収を企図して他の共犯者とともに拉致・監禁した同社経営者たる被害者を自分が側を離れれば正犯者が殺害することを予測しながら現場を離れ、その間に被害者が殺害されたという事案で、離れた者の行為を、「作為によって人を殺害した場合と等価値なものとは評価し難く、これを不作為による殺人罪（正犯）に問擬するのは、相当でない」と論じて、被告人に殺人罪の不作為による幫助犯の成立を認めた。

⑩大阪高判平成2・1・23高刑集43・1・1判タ731・244。被告人乙は、正犯者甲（女）が料理店を開店するに当り、乙名義で料理店と飲食店との各営業の許可を取得し、その名義を甲に貸与した。甲は名目的に料理店を営み、実態において売春の場所提供を行ったという事案。原判決は、乙には、自己の先行行為に基づき自己名義の各営業許可を甲に使用させないように作為することによって甲の犯罪行為を防止すべき法的義務があるとして、乙を売春防止法第11条第2項違反の罪の幫助犯の成立を認めた。これに対して、本判決は次のように説示して法律的作為義務を認めなかった。「正犯者」の犯罪を防止する法的作為義務のある

者が、この義務に違反してその犯罪の防止を怠るとき、当該作為によって正犯者の犯罪を防止する事実的な可能性がある限り、不作為による幫助犯が成立する」とした上で、乙の「先行行為というのは、料理店と飲食店との各営業許可名義の貸与であって、これらの営業許可は、当該店舗を売春の場所に提供することを許可するものでないことは勿論、これを容認するものでもない。すなわち、飲食店営業の許可はもっぱら食品衛生上の見地からの規制であって、もとより店内で行われる売春行為と直接の関係はない」、料理店営業が都道府県公安委員会の許可を要することは、その店舗において売春などの善良の風俗に反する行為が行われる危険性のあることと関連しているものの、「その許可自体は、事後に行われることのある営業者に対する行政処分や営業所に対する警察官の立入権等と相まって、そのような行為が行われるのを防止するためのもの」であって、「料理店営業許可も、当該店舗を使用してする業としての売春場所の提供などその店内における犯罪行為と直接の関係はない」、加えて、甲は、乙とは関係なく独自の判断に基づき売春場所を業とするに至ったのであり、乙は甲が売春場所の提供を業として行うについて一切関与していないことからすると、右各営業名義の貸与という乙の先行行為を根拠として、「被告人について、甲が各営業許可を使用するのを禁止し、あるいは各所管行政庁に対する許可取消請求をするなどして同女の正犯行為を防止する法律的作為義務を認めることはできない」。

①札幌高判平成12・3・16判時1711・170/判タ1044・263。被告人乙は、先に協議離婚した甲と再び同棲を開始していたが、日常的に甲が乙の元夫との間に儲けた連れ子である丙、丁に対し折檻を加えていることを知っていた。本件当日、甲が丙（当時3歳）の顔面、頭部を殴打し、転倒させるなどの暴行を加え、因って、丙を死亡させた際、乙はそれを制止することなく放置したという事案。本判決は、不作為による幫助犯につき、「不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならない作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の実行を容易にした場合に成立し、以上が作為による幫助犯の場合と同視できることが必要」と定義した上で、「被告人は、丙の生命・身体の安全が害される危険な状況を認識していたというべきであるから、被告人には、甲が丙に対して暴行に及ぶことを阻止しなければならない作為義務」があり、その作為義務を基礎づける諸事

実にかんがみると、その作為義務の程度は極めて強度であったと認定し、さらに、作為の内容とこれによる甲の犯罪防止可能性、その容易性につき、「被告人が甲の側に寄って監視しするだけでも、甲にとっては、丙への暴行に対する心理的抑制になった」こと、「被告人が甲に対し、『止めて。』などと言って制止し、あるいは、丙のために弁解したり、丙に代わって謝罪したりするなどの言葉による制止行為をすれば、甲にとっては、右暴行をやめる契機になった」こと、最後の手段として、「被告人が甲の暴行を実力により阻止することが著しく困難な状況にあったとはいえない」と論じ、「以上によれば、被告人の行為は、不作為による幫助犯の成立要件に該当し、被告人の作為義務の程度が極めて強度であり、比較的容易なものを含む前記一定の作為によって甲の乙に対する暴行を阻止することが可能であったことにかんがみると、被告人の行為は、作為による幫助犯の場合と同視できる」と結論づける。

B. 学説 第三者の故意作為犯に保障人がこれに不作為という形で関与するとき、当該保障人は不作為による正犯者か不作為による幫助犯者なのかにつき、日本刑法学でもドイツ語圏刑法学でも、実に多様な理論が展開されている。大まかに見ると次の5説が拮抗している。以下、各理論を概観し、検討を加える。

①従犯者理論。本理論によると、所為支配を有する故意の作為犯者は正犯者であるが、この正犯者の結果招来を阻止しない保障人は事象の脇役として従犯者の役割を果たしているに過ぎない。すなわち、作為犯者が犯行経路を支配している限り、作為犯者は不作為にとどまる保障人に対して可罰的結果への直接的「立ち入り」を遮る。保障人の非介入は結果の発生にとり作為犯者の非阻止としてしか、したがって、作為犯者によって為された活動の「消極的促進」としての意味しか有しない。かくして、不作為の保障人は「作為の」正犯者の脇で価値的には従犯者の役割しか果たさない。作為者が事象をもはや支配しなくなったときようやく所為支配は不作為者に移行する⁽¹¹⁷⁾。

[設例4] 17歳の未成年者甲は、その友人丙に裏切られ、丙に憎悪心を抱き、ついに丙殺害を決意するにいたった。この殺害計画を知った甲の父乙は、それを放棄させようとしたが、甲の丙殺害の決意は固く、乙は甲

に丙殺害計画を止めさせる説得を放棄した。甲は丙を殺害した。

本理論によると、[設例4]では、乙は甲の殺人罪への不作為による従犯が成立する。

本理論に対しては次の批判が可能である。「中心人物」か「脇役」かという分類は作為犯では重要な意味をもつとしても、不作為犯では、保障人が事象に介入しないということが重要であって、事象内部における不作為者の役割は意味をもたない。さらに、第三者の作為にドイツ刑法第27条第2項「従犯に対する刑は、正犯に対する刑に従う。刑は第49条第1項により減輕する」の定める刑の必要的減輕をすべての不作為の場合に適用することになると、それは妥当でない。例えば、自分の子を餓死させる両親の不法価値は、作為によってこの結果を生じさせる場合と比較して、不作為が非難されるに「すぎない」からといってもうそれだけでより軽いとはいえないからである。ドイツ刑法も、不退去罪(刑123条)等に見られるように多くの場合不作為を作為と等しく扱っている⁽¹¹⁸⁾。加えて、ドイツ刑法第13条第2項は刑の任意的減輕規定であるにせよ、その1項は不真正不作為(正)犯の可罰性を定めた規定である。そうすると、不作為による幫助には第13条と伴に第27条が適用される⁽¹¹⁹⁾。こういったことから、不作為による関与を無差別に単に幫助として扱うことは適当でないと言える。

わが国では、「規範命令順位」という視点からの従犯者理論がみられる⁽¹²⁰⁾。これに依ると、作為者による結果侵害を保障人が防止しないとき、先ず、作為者に対して具体的に規範命令が発せられ、作為者の態度如何によって法益が侵害されるか否かが決定されるので、規範的にも事実的にも作為者に主たる役割が与えられる。これに対して、保障人には、作為者に対して発せられた規範命令を前提にして第二次的に当該法益の侵害を防止せよとの規範命令が発せられる。この第二次的命令に違反することは、規範的にも事実的にも、作為者の行為事象を滞りなく進展せしめる役割を果たしていると評価され、この評価は事後的判断によってなされるべきである。そうすると、保障人の作為義務の種類等とは関係なく、法益侵害を防止しない保障人は不作為による従犯者と評価される。

本理論は、なるほど、作為者に対する禁止命令違反が前提となって不

作為者に対する作為命令が発せられ、それに応じて不作為者の具体的義務が生ずるとする点では妥当である。しかし、結果回避義務を課せられ、その履行が可能な不作為者は不真正不作為犯の構成要件を実現しているのであって、その保障人義務が事実的に時間的に先行する作為者の不作為義務に劣後する理由が明らかでない⁽¹²¹⁾。

②保障人義務の質・内容による差異化理論。本理論によると、不作為による正犯と従犯は保護保障人と監視保障人の異なった質・内容によって区別される⁽¹²²⁾。

α) 保護保障人。法益との特別の近接性に基づきその存続に責任をもつ保護保障人が義務に違反して法益への侵害行為を回避しないとき、この保護保障人は不作為正犯者である。その根拠は、保障人が義務に違反して法益への危険を回避しないとき、それが自然の力によるものか人の可罰的侵害行為によるものかによって、不作為にみられる無価値に違いが生じてはならないということにある⁽¹²³⁾。自分の子が動物から攻撃されている、あるいは、第三者から攻撃されているのに救助しない父親はいずれの場合も正犯者である。作為犯者が構成要件実現のために必要なことをすべて為し終えた時点の前後に介入しなかった保護保障人も正犯者である。それ故、自分の子が第三者から殺害の意図で毒を盛られるのを阻止しない父親も、自分の子に毒が投棄されたが、結果の発生をまだ回避できる時点でも不作為に留まる父親も正犯者である。

もっとも、保護保障人の場合でも、特殊の構成要件要素が欠如しているとか、自手犯の場合には幫助犯が成立する。偽証罪への協働は幫助の形態しか考えられない。窃盗罪⁽¹²⁴⁾でも、不作為者が自ら(第三者)領得目的を有しない場合も従犯である。他人の所有権を保護するためにだけ雇われている者は、主犯者が窃取に当って所有者に暴行を加えるとき、窃盗に関しては幫助を問われるが、強要、傷害に関しては幫助を問われない⁽¹²⁵⁾。

β) 監視保障人。監視保障人は、自己の監視責任の下にある他者の故意作為犯を阻止しないとき、不作為による従犯者にすぎない。

第三者による犯罪につき、基本的に犯罪の実現にかかわる監視されるべき人的危険源を放置することは作為による支援と異なった評価をされるべきでない。それ故、[設例4]では、乙に従犯が成立するにすぎない。

乙が甲に殺害用の兇器を与えたならば、乙は作為による幫助をしたと法的評価されるのであり、乙が甲の犯罪を妨げないという不作為がそれと違った評価をされるべきでない。なるほど、このことは基本的に保護保障人にも妥当するが、しかし、傷害の結果を阻止することに関しての保護保障人の義務づけは監視保障人のそれよりも厳しい。それ故、監視保障人の質的に異なった法義務の故に、監視保障人には幫助犯の成立しか考えられない⁽¹²⁶⁾。

もっとも、不作為者の特別の義務が存在し、ドイツ刑法第 13 条の同値要求の思想が別の事を命令するとき、例えば、間接正犯の要件が揃うとき、不作為正犯が成立する。例えば、監視されるべき者に責任が問えないとき(例えば、責任無能力者)、不作為の監視保障人は正犯者となる⁽¹²⁷⁾。

同じことは、可罰的行為の阻止義務が物や特定の空間的支配領域に対する責任から発生する場合にも云えるが、その際真つ先に保安義務の内容・範囲が認定されなければならない。住居それ自体の場合、単なる物的支配から従犯者の地位を導くためには、いずれにせよ、特別の事情、例えば、犯罪遂行のための特別の適性が付け加えられねばならない。保安義務の対象物を委ねるに当り、例えば、兇器の所有者が、他人がそれを使用して殺人を行うことを許容する場合、従犯が成立する⁽¹²⁸⁾。

γ) 先行作為に基づく保障人義務。特別の問題が生ずるのは、不作為者がその先行作為によって第三者に犯行を可能にし、脅かされた法益に危険を創出した場合である。例えば、乙は、甲に兇器を売却したところ、後になって甲がそれを使用して殺人を犯すことを聞知したという場合である。先ず確実なことは、乙は、その殺人を阻止しない場合、正犯として処罰されることはないということである。このことは、乙が甲の殺人の意図を既に兇器の売却時に知っていた場合でも、正犯ではなく、せいぜい従犯として処罰されるにすぎないことから明らかである。作為による支援をする幫助者は、主犯者の犯罪実行を阻止しないないし犯行後犯罪の結果を回避しないということによって、正犯者の役割に昇格するわけではない。しかし、従犯としての処罰も悪意のない販売者には否定されるべきである。それは、販売の時点で幫助者故意がなく、また、このような場合に先行作為からの処罰の範囲が限りなく広がることに繋がるからである⁽¹²⁹⁾。

以上の内容を有する理論には次のような批判が可能であり、その内容

の説得力に疑問がある。第一に、保障人義務の内容は、保護保障人と監視保障人という範疇的区別とは関係なく一様に危険に曝されている法益の保護に向けられており、したがって同価値であるにもかかわらず、本理論はこれを看過している⁽¹³⁰⁾。第二に、保護保障人と監視保障人を対置することは不明確な場合が多い、それどころか状況によっては両方の保障人の地位が同一人、同一状況に対して成立する場合に困難が生ずる⁽¹³¹⁾。第三に、保障人の地位によって関与形態を区別しても、その体系が維持できない場合が多々生ずる⁽¹³²⁾。

わが国では、本理論の一亜種として次の理論が提唱される。犯罪阻止義務（危険源管理監督義務の一種であり、危険源が人の場合）には、作為行為者が正犯であり、正犯の犯罪を阻止しないという不作为は従犯である。法益保護義務違反の場合には、当該法益が結果発生への因果の流れに委ねられている段階に達したとき（例えば、自分の子が池に溺れているとき）、不作为者は正犯である。これに対して、当該法益が他人の実行行為によって危険に晒されているとき（例えば、自分の子が他人に殺されようとしているとき）、不作为者は従犯である。前者の場合、不作为者だけが結果発生を回避するための直接的管理支配を有する。後者の場合、他人の実行行為を阻止することによって法益を救助できると⁽¹³³⁾。

本理論は、犯罪阻止義務に反する不作为が従犯であり、法益保護義務違反に反する不作为が場合により正犯か従犯となる規準は直接的管理支配の存否にあると説くものであるが、先ず、法益保護義務は直接的回避義務であり、犯罪阻止義務は間接的回避義務だとする点に問題がある。法益保護義務についてみると、例えば、自分の子が他人に刃物で殺されようとしているのに気づいた父親としては、咄嗟に自分の子を庇うか（直接的回避）、犯人の刃物を取り上げるか（間接的回避）をしなければならず、前者に限定されるものではない。犯罪阻止義務についてみると、自分の子が刃物で襲うのに気づいた父親としては、自分の子から刃物を取り上げるか（間接的回避）、咄嗟に他人を庇うか（直接的回避）をしなければならず、後者に限定されるものではない。結局、法益保護義務＝直接的回避義務 犯罪阻止義務＝間接的回避義務という対応関係はみられない⁽¹³⁴⁾。

さらに、本理論によると、法益保護義務の場合、法益侵害の不発生が確保されるまで、作為義務が継続するのに対し、犯罪阻止義務の場合、行為者の実行行為が終了すると、作為義務が消滅する。法益保護義務が直接危険に晒されている法益主体を救助することにあるのに対し（結果発生の直接的回避義務）、犯罪阻止義務は他人に意思決定や行為に働きかけてその行為を止めさせることによって尽くされるので（結果発生の間接的回避義務）、当該行為者の意思・行為に働きかけて、結果の発生を阻止することが不可能になった以上、犯罪阻止義務は消滅する⁽¹³⁵⁾。しかし、この点にも問題がある。犯罪阻止義務というのは、被監視者の犯罪行為を阻止する義務を意味するのであるが、それは結果の発生回避するための一つ的手段としての義務に外ならないのであるから、結果発生回避義務を犯罪行為の阻止に限定する必要はない⁽¹³⁶⁾。

③**所為支配理論**。本理論は、所為支配説を不作為犯においても所為支配の規準とすることで正犯と共犯を境界づけることによって、②説に多々見られる「体系的突破」を克服しようとする⁽¹³⁷⁾。

本理論に属する一学説は、次のように論じて、不作為者に介入の可能性がある場合には通常不作為の正犯を認める。不作為の領域では作為におけるよりも「扱いつらい」が、所為支配が境界づけ規準として適切であると云える。なぜなら、所為支配が結果阻止の単なる可能性につきるものではないからである。行為者が結果を阻止する可能性を有するとき（この場合に限って可罰性が問題となる）、誰が所為実行の決定的判断を下すのか、したがって所為支配を有する（この限りで「潜在的」所為支配の形態）のかによって区別される。下記の〔設例5〕では、甲は、問題なく乙の行為を阻止できたのであるから、正犯である⁽¹³⁸⁾。

〔設例5〕父甲は、その子丙が些細なことから隣人の乙から殴られようようとしているのを、家の窓越しから目撃した。甲はこれに介入して、それほど大きな困難を伴うことなく、乙の暴行行為を思いとどまらせることができたにもかかわらず、そうしなかった。甲はそれが丙にとって当然の報いだと考えたからである。

同趣旨の学説もやや詳細に次のように論ずる。保障人の所為支配を、作為犯の所為を阻止できたということだけでは基礎づけることはできな

い。結果阻止の可能性はどの不作為正犯も前提としているからである。すなわち、不作為者が事象の中心人物として共支配したか、むしろ、辺縁の人物として進行させたかを判断するためには、さらに別の規準を要する。この点で考慮されるべきなのは、事象経過の事實的支配の程度、つまり、保障人にとって作為犯者を止めることが容易に可能だったか、あるいは、困難を伴ったかという点、犯行現場、保護客体、危険源との近接性という点、及び、犯行計画における協働という点がそれぞれである⁽¹³⁹⁾。本理論に依ると、[設例5]における甲は正犯である。

[設例6] 監視義務のある教師乙は、生徒甲らが校庭で生徒丙にいじめで傷害行為をするのを注意するだけで比較的簡単に阻止できるのに放任した。

[設例7] 夫乙は、妻丙が第三者甲に襲われているのを目撃したのに、その救助を怠った。

本説によると、乙は、[設例6]では、正犯、[設例7]では従犯である⁽¹⁴⁰⁾。

しかし、所為支配理論に属する又別の理論は、次のように論じて基本的に従犯の成立を認める。共同正犯と従犯の境界づけの問題につき通常問題が無いのは、故意作為犯の所為支配を行う正犯者のわきに、その所為を阻止しない保障人の所為寄与が幫助の意味しか有しないからである。所為支配は、作為者が所為経路をもはや支配しなくなってはじめて、不作為者に移行する⁽¹⁴¹⁾。本理論によると、[設例5]では、甲は従犯、[設例6]では乙は従犯である。

本理論は、保障人がその作為義務を履行するに当って、作為義務の遂行の可能性、その程度のみを問題としている。しかし、所為支配という規準は故意に「意のままに動かせる」ことを意味することから分かるように、作為犯に向けられた規準であって、不作為における正犯と従犯を境界づけるのに適さない。それ故、単に結果実現に向かう「事象を妨げない」ことを特徴とする不作為には、所為支配の規準を満たす結節点が欠如しているのである。そのことは、所為支配理論を主張する論者の中でも異なった見解が展開されていることから明らかである⁽¹⁴²⁾。

④主観理論。本理論は、ドイツの判例と学説の一部によって採用される正犯との区別に関する主観理論を（共同）正犯と不作為による従犯にも応用する。ドイツ連邦通常裁判所は、正犯と共犯の区別をほとんどの場合主観説に依拠し、時に所為支配説の規準によることがあっても、なお、全体としては、主観理論を支柱としていると云える⁽¹⁴³⁾。結果回避義務のある不作為者が第三者の犯罪行為を阻止しない場合の正犯と共犯の区別は、「評価的考察」からすると、不作為者の内的態度が他人の所為を我がものとする正犯者意思の表れと捉えられうるか、あるいは、作為者の意思に従属したいという共犯者意思かに依る⁽¹⁴⁴⁾。

〔設例8〕母親甲は自分の子丙に食事を与えないで殺害するつもりであるが、父親乙は丙を救護する行為を怠る。

本理論に依ると、甲が家庭内で幅を利かせており、乙が甲の殺害決意にも従うとき、甲は従犯である。乙が甲の殺害決意を全面的に共有するか、あるいは、丙がいなくなると念願のスポーツカーを購入できるとか、甲と離縁できやすくなるといった利己的動機から丙の死が歓迎されるとき、乙は甲との共同正犯である⁽¹⁴⁵⁾。

主観理論はすでに作為犯の場合でも適切でないのだが、不真正不作為犯における正犯と共犯の境界づけでも不適切である。不作為者は定義上まったく不活動にとどまるのであるから、正犯者意思か幫助犯者意思かを判断するに当たり、外的事象に何等の糸口も無いのである。したがって、不作為者が事象の成り行きを比較的大きな喜びをもって放任したか、比較的小さな喜びをもって放任したかの違いによって正犯と従犯を区別するしかない。しかし、これは、心情による処罰に繋がり、関与形態の不法性格にそぐわないことになる。加えて、こういった純粹に内的な心の動きを事後に裁判所が認定することは困難であるため、正犯と従犯の区別の法的安定性が著しく損なわれる⁽¹⁴⁶⁾。

⑤正犯者理論。本理論によると、結果の回避を怠る保障人はその事実によって不作為正犯者である。保障人としてドイツ刑法第13条の定める結果回避義務に反して、作為犯による構成要件該当結果の招来を阻止しない者は不作為による正犯者である。不作為犯は義務犯として、それ故、保障人義務違反として、通常、正犯を基礎づける。保障人義務を等

級分けすることはできない。それ故、例外的に不作為による従犯が成立するのは、構成要件が結果回避義務のある場合であっても不作為によっては実現されることのできないとき、すなわち、自手犯とか、領得目的を要する窃盗罪のような特別の主観的限定要件を必要とする犯罪である⁽¹⁴⁷⁾。さらに、保障人が、その被保障人の行う幫助行為を妨げることはできるが、正犯行為それ自体を妨げることはできないといった稀な場合も、例えば、父親が、その息子が殺人用の拳銃を正犯者に提供することを妨げないとき、父親によって回避されるべき不法結果は基本的構成要件のそれではなく、作為従犯のそれであるから、父親の不真正不作為は作為幫助に価値的に等しいので、父親には殺人罪の従犯が成立する⁽¹⁴⁸⁾。

〔設例 9〕夜警員乙は、夜間、その勤務する会社事務室に金銭目当てに不法侵入する者甲に気づいたが、その体格、装備に怖気づき、気づかぬふりをして甲の犯行を容易にした。

〔設例 10〕夫甲は、路上でその妻丙が乙に殴られているのを目撃した。しかし、甲、丙間に丙の浮気がきっかけで隙間風が吹くようになっていたため、甲は丙を懲らしめるのに丁度いい機会だと考え、そのまま立ち去った。

本理論によると、〔設例 9〕では、乙には、自己不法領得の目的がないので、甲の窃盗罪への従犯が成立する。〔設例 10〕では、甲は不作為による傷害罪の正犯として処罰される。

本理論に対しては、次のような批判がなされる。一律に不作為を正犯として扱おうと耐えがたい帰結が生ずる。すなわち、作為の場合だとドイツ刑法第 27 条（従犯）の定める刑の減輕の可能性があり、また、幫助の未遂は不可罰である。そうすると、作為による関与と比較すると、不作為による関与の方が一層厳しく扱われることになるが、これは妥当でない。ドイツ刑法第 13 条第 2 項の定める刑の減輕の可能性が残るが、これによって正犯としての罪責が十分に相対化されるものではない⁽¹⁴⁹⁾。

以上、諸理論を概観・検討したが、基本的には、正犯者理論が妥当と云えよう。不作為犯にあっては、自己に課せられた作為義務の履行が可能であるにもかかわらず、それを怠り、命令構成要件を手ずから実現した者が正犯者である。それ故、不真正不作為犯にあっては、結果回避の

作為義務に反して構成要件該当の不法結果を回避しない者が正犯者である。他人の犯罪行為を妨げないという場合でも、保障人が当該実行行為を支配しているか否かは問題とならない。他人の犯罪行為を妨げない者は、それを支援しているのではなく、当該犯罪結果の回避を怠ることにより、構成要件の結果を手ずから実現したのである。要するに、不作為による正犯の要件は、構成要件該当結果の発生、特別の作為方法の遵守及び保障人の地位なのである。その際、結果回避義務に質的・量的差異があるわけではなく、その存否だけが重要である。もっとも、保障人に特別の正犯者要件が要求される場合、例えば、**特殊的主観的要構成要件要素**（例えば、窃盗罪における不法領得の意思）とか、構成要件が自手性を要求する**自手犯**（例えば、犯罪主体が「法律により宣誓した証人」に限定される偽証罪）の場合には、それらが保障人に欠如するとき、不作為による正犯は成立せず、不作為による従犯が成立する。従犯規定は正犯に当たらない行為の受け皿機能を果たすのである。また、第三者による作為正犯行為を妨げる可能性を有せず、幫助行為を阻止することしかできない保障人も従犯者である。例えば、父親が、第三者に殺人のための兇器を渡す未成年の息子の行為を妨げない者は従犯者である。この場合、父親は殺人の被害者との関係では保障人の地位にはないので、父親の回避すべき不法は正犯構成要件の不法ではなく、幫助行為の不法に過ぎないからである⁽¹⁵⁰⁾。

さらに、構成要件実現の前段階にある不作為は、保障人が第三者による後の犯罪実現に関して故意を有していても、正犯でなく、従犯である。

[設例 11] 兇器の所有者乙が、第三者甲がその兇器を携帯して家を出るのを妨げず、その後甲が当該兇器を用いて殺人を行った。

[設例 11] では、乙の不作為は、せいぜい作為犯の典型的従犯の不法内実に相当する。乙を正犯者として処罰するなら、作為犯の場合に実行行為の前段階での幫助行為が単に主犯故意があるという理由だけで正犯と認定される場合相当することになる。そうすると、この正犯としての処罰は心情刑法に帰着すると云える⁽¹⁵¹⁾。

複数の保障人が、共同の意思決意なく同時に不作為にとどまるとき、それぞれが構成要件の全てを充足しているので、**同時正犯**が成立するの

であって、共同正犯ではない⁽¹⁵²⁾。しかし、共同の意思決意があるとき、例えば、父母が共同でその子を死なせる決意をするとき、不作為の**共同正犯**が成立する⁽¹⁵³⁾。もっとも、共同正犯の成立が意味を持つのは、結果発生回避が保障人単独では不可能な場合、例えば、父とその息子が共同しなければ母親を家から運び出せないといった場合に限られる⁽¹⁵⁴⁾。不作為による**間接正犯**というのはいない。不作為は、作為行為者に対して優越的支配を有しているとは云えない。このことは作為行為者に罪責を問えない場合でも変わらないからである。直接的な不作為正犯が成立する。すなわち、作為者と不作為の保障人の何れも単独正犯である。例えば、精神病患者甲が他の患者に殺人行為を行う際、甲の監視保障人である看護師乙がその殺人行為に介入しない場合、乙は不作為による直接正犯である⁽¹⁵⁵⁾。

2. **不作為犯への幫助** 不作為犯への作為による幫助は一般に認められている。心理的幫助の形態をとることが多いが、物理的幫助の形態も考えられる⁽¹⁵⁶⁾。[設例 12] は前者の例、[設例 13] は後者の例である。当然の事だが、作為によって加担する者に保障人の地位は必要でない。

[設例 12] 子丙が溺れて死にそうな状況にあるとき、その母親甲は丙を見殺しにする決意をした。丙が苦しみもがいている間、甲の男友達乙は、不作為正犯者である甲の注意をそらせ、良心の呵責をもたないようにし、甲の決意を褒め称えた。(クライ/エッサーの設例)

[設例 13] 父親甲は自分の子丙が痛みで泣き声を上げているのに耐えられなくなり、もはや聞きたくなくなった。甲の友人乙は、甲に耳覆いを渡し、丙の大声が聞こえないようにした。(ヴェーバーの設例)

[設例 12] では、甲には不作為による殺人罪が成立し、乙には、甲の殺人決意を強化したため、甲の殺人罪の従犯が成立する⁽¹⁵⁷⁾。[設例 13] では、甲には不作為による傷害罪が、乙には、甲に耳覆いを渡しその犯行を容易にしたため、甲の傷害罪の従犯が成立する⁽¹⁵⁸⁾。

この共犯理論に対して、上記の設例に見られるような他人の不作為犯に非保障人が作為によって関与したとき、保障人の作為を妨げる者は、自ら行為をしており、非保障人の作為は作為犯の構成要件に該当し、共犯(教唆犯、従犯)ではなく、正犯として処罰されるという目的的行為論に立脚した見解がある。この**作為犯理論**は次のように説く。先ず、基

本的に「不作為故意」なるものは存在せず、命令された行為をする決意が存在しないということに過ぎないから、所為決意が生じされたり（教唆）、促進されたり（幫助）するということにはありえない。さらに、不作為では、「正犯行為」は存在しないので、それが支援されることもありえない。それ故、不作為犯への教唆、幫助というのものもありえない⁽¹⁵⁹⁾。本理論によると、[設例 12] の乙は殺人罪の正犯、[設例 13] の乙は傷害罪の正犯である。

しかし、本理論は妥当でない。不作為保障人に不作為の故意があることを否定し、それにもかかわらず、この不作為保障人を故意犯で処罰するなら、この不作為に関与した者は共犯者として処罰されねばならないはずである。そもそも、不作為犯の構造に適合した故意概念によって、不作為保障人を故意犯として処罰することは可能である。加えて、客観面で、非保障人の作為は作為正犯の特徴である所為支配を有しておらず、主観面でも、作為者は不作為保障人が犯罪結果発生の成否を掌握していることを認識している。さらに、身分犯のような正犯者に特別の正犯者資格を要する犯罪では、作為者にこれが欠如しているので、耐え難い処罰の間隙が生ずるという問題が生ずる。最後に、些細な心理的幫助も正犯として評価されることは法的評価として誤っていることも指摘できる⁽¹⁶⁰⁾。

第 7 節 過失による幫助と過失犯に対する幫助

1. 過失による幫助 故意犯では正犯と共犯（教唆犯と従犯）が区別されるが、過失犯ではその区別が無く、統一的正犯概念が支配するので、過失による幫助それ自体は不処罰である⁽¹⁶¹⁾。しかし、このことによつて過失（正）犯の成立のありうることが否定されるものではない。

[設例 14] 乙は狩猟中、食事のため狩猟区域近くの食堂に行き食事を注文した。その際、調理人甲が別の客丙と口論中だった。乙は、注文料理が出来上がるのを待つ間実包を装填したままだった猟銃を壁に吊るしたまま小用を足しに席をはずしていたところ、甲は丙の物言いに激怒して、やにわに殺意を抱いて乙の猟銃を掴んで丙に発砲した結果、丙は即死した。

乙には、甲の殺人行為につき故意が認められないので、甲の殺人罪の

従犯に問われることはない。しかし、過失による従犯が否定されるからといって乙の過失犯の成立も否定されるということにはならない。一般に、過失行為とそれと因果関係のある結果の発生の上に第三者の故意行為が介在した場合、過失行為と結果の発生との間の危険連関が否定されるので、第一惹起者（背後者）の過失犯の成立は否定される。しかし、[設例 14] では猟銃所持者には猟銃の安全管理義務、つまり、他人が猟銃に近づいた場合には直ちに適切な対応ができる状態にあらねばならないという注意義務が課せられる。このような場合、規範の保護目的は第三者による不適切行為にまで及ぶので、乙に過失犯の成立が認められることになる⁽¹⁶²⁾。

過失の不作为による「幫助」を行う者、例えば、自動車学校の運転実習生が危険な運転をしたため死傷事故を引き起こしたとき、その運転を認識しながら妨げなかった同乗運転指導員には、保障人として不真正不作为犯の成立要件を充足すると考えられるので、過失の不作为犯（正犯）が成立する⁽¹⁶³⁾。これに対し、自動車の運転者が疲労のため時々目を閉じながら運転を続けている際、助手席に同乗していた者が、危険を感じながらもなにも注意しなかったところ、歩行者を撥ねて負傷させたという場合、通常、たんなる同乗者には保障人義務の存在が否定されるので、過失の不作为は成立しない⁽¹⁶⁴⁾。

2. 過失犯に対する幫助 過失犯に対する幫助と呼ばれるのは、背後者が、その不用意な言動によって他人の過失行為を促進し、因って結果の発生に繋がることを認識・認容している場合である。幫助とは、故意に他人の故意の違法な犯罪行為を支援することと解されるから、従犯としての可罰性は否定される⁽¹⁶⁵⁾。しかし、間接正犯の成立が考えられる。

[設例 15] 自動車運転者甲は、助手席に同乗している乙と談笑しながら運転していたので、次第に注意力が散漫になってきた。丁度その時、乙は、前方に停車中の自動車の陰に歩いて来た自分と敵対関係にある丙がいるのに気づいたが、甲にそのことを伝えず、轢殺されてもかまわないと考え、冗談を交えて会話を弾ませ、甲の注意力を一層鈍らせた。甲は丙を撥ね飛ばし、死亡させた。

[設例 15] では、甲に丙殺害の故意がなかったのであるが、仮に甲に丙殺害の故意があったなら乙の行為は副次的寄与 (= 補助行為) に過ぎなかったといえる場合、乙に殺人罪の間接正犯が成立する可能性がある。

このことは甲に具体的状況の認識のない過失がある場合にはおのずと明らかである。甲は乙のたんなる「道具」にすぎない。認識のある過失の場合には、甲は盲目的に結果を惹起したのではなく、結果発生 of 認識を有するものの、しかし、結果が生じないことを当てにしている。これに対して、乙は意欲の面で、つまり、法益侵害の決断という要素において甲に優越しているので、やはり乙に結果発生 of 支配が認められ、殺人罪の間接正犯が成立する⁽¹⁶⁶⁾。乙の結果発生 of 見込みについての状況認識が甲と同程度であるときも、乙に殺人罪の間接正犯が成立する。乙は、甲に所為支配に必要な犯罪抑制動機が欠如している状態を存分に利用して、故意に法益侵害を行う決断をしているので、乙に結果発生 of 所為支配が認められるからである⁽¹⁶⁷⁾。甲に認識のない過失すら認められないとき、甲に帰属される許された危険な行為が、乙の許されない危険な行為に一変するわけではない。甲は一種の力学的道具としての機能しか有しない盲目的因果要因となっているので、乙は、甲を本物の力学的道具を利用した場合と同様に、直接正犯者であって、間接正犯者ではない⁽¹⁶⁸⁾。

第7章 注

(116) 本節については、参照、吉田 (IV-358) 182 頁以下。

(117) R. Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, § 49 I2; W. Gallas, Anmerkung BGH, Urteil v.23.4.1952, JZ 1952, 371 ff., 372; ders., Strafbares Unterlassen im Fall einer Selbsttötung, JZ 1960, 686 ff., 687 u. Fn. 67, Kühl, (Fn. IV-3), § 20 Rn 230. なお、従属性の観点から従犯理論を展開するのが、O. Ranft Garantenpflichtwidriges Unterlassen der Deliktshinderung, ZStW 94 (1982), 815 ff. この詳細につき、参照、吉田 (IV-358) 202 頁注 59。わが国の従犯者説：大塚 (I-113) 321 頁注 8 (自分の子が他人を殺害しようとしているのを防止しないでいる父親は、この殺人罪を防止すべき作為義務に違反し、自分の子が他人によって殺されようとしているのを傍観している父親は子の生命を擁護する作為義務に違反し、いずれの場合も、殺人罪の不作為による従犯が成立する)、内田 (III-19) 311 頁「そもそも、不作為の『存在論的特徴』は『補助』的特徴をもつもの」であり、「たとえば、幼児を溺れさせた自然的条件が、『正犯』的存在であって、救助にでない親の不作為は、これを支援する『補助』的存在である」したがって、通常は「不作為による加担は『補助』である。」、川端 (I-150) 600 頁以下、内藤謙『刑法講義総論 (下)

- II] [オンデマンド版] 2006・1444 頁以下、林 (VII-110) 438 頁、平野 (I-105) 396 頁、山口厚『刑法総論』[第3版] 2016・389 頁以下。
- (118) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), Vorbem §§ 25 ff., Rn 91.
- (119) *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 38 Rn 1178.
- (120) 神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』1994・182 頁。なお、ほぼ同旨、曾根威彦「不作為と共同正犯」(『神山敏雄先生古稀祝賀論文集(第1巻)』2006・所収) 102 頁以下、413 頁以下。
- (121) 参照、山中敬一「不作為による幫助」(『齊藤誠二先生古稀記念・刑事法学の現実と展望』2003・所収) 354 頁以下。
- (122) *R.D. Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, 257 ff.; *ders.*, Täterschaft und Teilnahme, 1977, 82 f.; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), § 38 71 f.; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 38 Rn 1181 ff.; *H. Schröder*, Strafgesetzbuch, 15. Aufl, 1970, Vorbem § 47 Rn 105 ff.; *G. Seher*, Grundfälle zur Beihilfe, JuS 2009, 793 ff., 797; *J. Seier*, Der Einheitstäter im Strafrecht und im Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Teil 2), JA 1990, 382 ff., 383 f.; vgl. *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), Vorbem. §§ 25 ff., Rn 93 ff. わが国では、高橋 (III-24) 519 頁、中義勝『講述刑法総論』1980・266 頁。なお、島田聡一郎「不作為による共犯について(2・完)」立教法学 65・2004・253 頁以下、255 頁以下。

なお、監視保障人と保護保障人に分けて論ずるだけでは粗過ぎるとした上で、保障人が何に対して義務を負うのか、それ故、結果回避命令の違反に基づいて何が保障人に帰属されるのかが決定的に重要であることを説くのが *V. Haas*, Die Beteiligung durch Unterlassen, ZIS 2911, 392 ff., 396 ff. 本説に依ると、ドイツ刑法 13 条の定める不真正不作為犯では、正犯者は、構成要件的结果を回避すべしとの命令に違反するが、実際上は違うのだが、法律上、作為によって作為犯の構成要件を充足したかのように扱われる。すなわち、本条は、帰属規範であって、正犯者に自己の行為によって構成要件を実現したのではないと主張することを遮断している。この法の擬制によって保障人を作為構成要件で処罰する根拠が与えられる。そうすると、帰属されるべき出来事が当該構成要件を充足するとき、不作為者は、必要な正犯者資格と主観的構成要件要素をもつ限り、正犯者として処罰される。これに対して、帰属対象が単に教唆や幫助の要素を充足しているとき、不作為は共犯としか評価できない。個別的に見ると、監視保障人の義務は、ある特定の者が他人を危険に晒すあるいは損害を与えないようにする義務を負い、直接的作為正犯者の行為を阻止できたと言える場合、この行為は法益毀損を含めて監視保障人に帰属される。したがって、監視保障人は**直接正犯者**として問擬される(間接正犯者や共同正犯者の場合もありうる)。これに対して、監視保障人の監視下にある者が幫助をするとき、監視保障人に帰属されるのは、幫助行為によって主犯を促進する又は可能にすることということである。ある特定の法益に義務を負う**保護保障人**の場合、他人の行為は法益毀損の惹起を含めて保護保障人に帰属される。保護保障人は**直接正犯者**として問擬される(間接正犯者や共同正犯者の場合もありうる)。これに対して、他人が、保護保障人の義務のある法益を毀損する犯罪への幫助をし、保護保障人がこの幫助行為の阻止を

懈怠するとき、主犯を可能にする又は促進するということが保護保障人に帰属される。本理論は結論的には正犯者理論とほぼ一致する。

また、保障人義務の質・内容による差異化理論と類似の説を展開するのが、*K. Hoffmann-Holland*, Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutsangriff, ZStW118 (2006) 620 ff., 630 ff. 本理論は、法益侵害の直接的制禦に着目して、状況関連的保障人義務と状況無関連的保障人義務を区別する。前者の場合、不作為に留まった保障人は事象の脇役である。というのは、その義務は状況に関係し、この状況は優先的に作為者によって制禦され、保障人の法益侵害は他人によって形成された所為状況に関して依存的、つまり、間接的であるからである。状況関連的保障人は間接的法益侵害者として従犯者である。これに対して、状況無関連的保障人義務の場合（例えば、母親の自分の子を保護する義務）、不作為者は常に正犯者である。法益を状況とは関係なくいかなる危険に対しても保護しなければならない者は、法益侵害を直接的に制禦している。というのは、状況無関連的保障人義務では、法益に対する危険が何処から迫っているのかということは重要でないからである。したがって、作為者の所為支配が保障人の不作為を脇役に追いやることはできない。例えば、①登山家甲が休息している同僚丙を岩壁の突出部から突き放すに際し、その前に目覚めて甲の丙殺害意図に気づいていた同僚乙がこれに介入しない場合、乙は従犯者である（危険共同体の状況依存的保障人義務）。これに対して、②第三者によって住居の窓から投げ出される自分の子を保護しない母親は正犯者である（密接な人的家結合体からの状況に依存しない保障人義務）。しかし、本理論に対しては正当にも次の批判が可能である。①の乙も②の母親も全く同じ態様の態度をとり、それぞれ死の一突きに対し全く対抗措置をとらないにもかかわらず、乙は生命という法益への間接的侵害者にすぎず、母親は直接的侵害者であるのかが理解できない。①でも②でも作為者は事象経路を自由にでき、不作為者は所為支配という観点の下では間接的に法益侵害に関与しているにすぎない。乙も母親も正確に同じ介入義務に違反しているのに、何故、乙は事象の辺縁の者にすぎず、母親は中心人物であり、正犯者であるのか明らかでない。*M. Bachmann*, *M. Eichinger*, Täterschaft beim Unterlassungsdelikt, JA 2011, 105 ff., 107 f.

- (123) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), Vorbem §§ 25 ff. Rn 96; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), § 38 Rn 71.
- (124) ドイツ刑法第 242 条 [窃盗罪] 第 1 項は、自己領得目的のみならず他人領得目的場合も窃盗罪の成立を認める。「他人の動産を自己又は他人に違法に領得する目的で、それを他人から奪取した者は、5 年以下の自由刑又は罰金に処する」。
- (125) Vgl. *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), Vorbem §§ 25 ff. Rn 97.
- (126) *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), § 38 Rn 72; vgl. *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), Vorbem §§ 25ff. Rn 99.
- (127) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), Vorbem §§ 25 ff. Rn 99; *Krey/Esser*, (Fn. IV-3), § 38 Rn 1183.

なお、本理論に立脚しながらも逆の結論を導くのが、*M. Krüger*,

Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten, ZIS 2011, 1 ff. 7. 本理論によると、保護保障人は通常作為の第三者との関係では従犯者であり、これに対して監視保障人は正犯者である。何と云っても監視保障人の義務は履行することが相対的に容易であるからである。監視保障人は危険源に限定されうるし、それから目を離さないでいることができる。これに対して、保護保障人は法益を保護せねばならないものの、もちろん法益主体に別の方面から損害がせまっているかを見守ることができない。それにもかかわらず、保護保障人は法益をいかなる起源から生ずる損害からも守らねばならない。この義務を履行することは遥かに困難である。それ故、法は保護保障人を不作為による従犯としてしかその罪責を問うことができない。

- (128) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), Vorbem. § 25 ff. Rn 100.
- (129) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), Vorbem. §§ 25 ff. Rn 101.
- (130) この批判に対して、シューネマンは従前の保障人2分説を「形式的保障人理論」と名付け、自説の「実質的保障人理論」を対置して、全体事象における保障人の地位の「スイッチ位置」に着目すべきだと論ずる。「不真正不作為犯では保障人の結果の原因への支配が作為犯における能動的作為に対応し、その代わりとなるから、**実行段階**における保障人は作為犯と同様の事象への大きな責任を問われ、それ故、**不作為正犯者**としての責任を問われる。これに対して、**予備段階**における不作為は能動的協働と同様に幫助しか根拠づけできない」。法益のどうすることもできない状態への支配から生ずる保障人の地位、例えば、**両親の保護保障人の地位**では、母親がその子を虐待しているのに、父親がそれに介入しないと例に見られるように、通常、**実行段階**における不作為が問題となる。これに対して、因果経路の重要な段階への支配から生ずる**監視保障人の地位**は、毒物保管義務を有する薬剤師が、その友人が後に姑殺害のために利用するのを阻止しないと例に見られるように、**予備段階**における不作為が問題となることが比較的多い。勿論、監視保障人の場合でも、持続的保障支配が**実行段階**で否定されることはない。例えば、飼主乙に盲従するピットブルが乙の友人甲によって甲の姑にけしかけられるのを冷淡にも見物する乙の場合である。*Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 25 Rn 235.
- (131) 例えば、居酒屋の客甲が客丙に暴行を働いているとき、その店主乙はそれを傍観していたという場合、店主は居酒屋の客の保護保障人なのか、あるいは、店内での他の客による危険行為の監視保障人なのかといった場合である。Vgl. *Bachmann/Eichinger*, (Fn. VII-122), 107; *Rengier*, (Fn. VI-43), § 51 Rn 17.
- (132) *Frister*, (Fn. I-132), §26. Kap Rn 40; *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), Vorbem §§ 25 ff. Rn 102; *Heinrich*, (Fn. V-15), § 33 Rn 1217; *Roxin*, (Fn. I-27), § 31 Rn 162; *U. Stein*, Systemarischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2017, 9. Aufl., Vor § 13 Rn 55.
- (133) 山中 (III-22) 966 頁。
- (134) 参照、松尾誠紀「作為犯に対して介在する不作為 (5)」北大法学論集 57・4 (2006) 85 頁以下、97 頁以下。

- (135) 山中 (VII-121)、354 頁以下。
- (136) 参照、松尾 (VII-134) 100 頁以下。
- (137) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), Vorbem §§ 25 ff. Rn 102; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 III 4; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 230; *Rengier*, (Fn. VI-43), § 51 Rn 18 ff.; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 19 Rn 1210
- (138) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 38 Rn 1214
- (139) *Rengier*, (Fn. VI-43), § 51 Rn 20 f.; auch *Joecks*, (Fn. VII-68), § 25 Rn 281; *A. Ransiek*, Das unechte Unterlassungsdelikt, JuS 2010, 678 ff., 680 f.; *Th. Weigend*, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Auf., Bd. 1, 2007, § 13 Rn 94 f. 日本では、西田 (V-75) 339 頁以下。なお、モーゼンホイアーは、所為支配説に立脚した上で、「抑制支配 (Hemmungsherrschaft)」を規準とする理論も提唱する。本理論によると、作為犯における所為支配は決断支配 (Entscheidungsherrschaft. 犯行に出るか否か) と形成支配 (Gestaltungsherrschaft. 所為の態様) の二面性を有する。これに対して、不作為犯では、前者のみが重要である。不作為犯では所為の形成は全く非難の対象とはなりえず、特定の結果が生じたという事情だけが非難の対象となるからである。不作為犯者も作為犯者も消極的決断支配を有する。両者ともに、結果発生の有無を判断する可能性を有しているからである。しかし、受身の保障人は、結果の発生に関して作為犯者に依存しているので、基本的に積極的決断支配を有しない。したがって、第三者の不法・有責な作為を阻止しない保障人は基本的に従犯者である。但し、保障人が優越的抑制支配、つまり、消極的決断支配をもっているときは別である。優越的抑制支配は、不作為者が、作為犯者と比較して優勢な抑制動機を捨てねばならないときには常に正犯者である。例えば、自分の息子が自分の 5 歳の娘に叩かれるのを阻止しない父親は正犯者である。娘は、弁識・制禦能力を欠如しているので責任能力を否定され (ドイツ刑法 19 条)、それ故、必要な抑制動機が欠如しているが、父親はそうではないので、事象の中心人物として正犯者である。A. *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung. Zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 2009, 186 ff.
- (140) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), Vorbem § 25 ff. Rn 102; *B. Weißer*, Die Nöte eines Lehrers, JA 2010, 433 ff., 434.
- (141) *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 64 III 4; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 230. 堀内捷三『刑法総論』[第 2 版] 2004・295 頁以下。
- (142) *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), § 38 Rn 68.
- (143) 主観悦 : BGHSt 13, 162 (166); BGH StV 1986, 59; NSTz 1992, 31; BGHS 43, 381 (396); BGHSt 48, 77 (96 f.). 所為支配説 : BGHSt 32, 367 (373 ff.). 両説考慮説 : NSTz 2009, 321 (322)
- (144) BGH NJW 1992, 1246 (1247), NSTz 2009, 321.
- (145) *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. I-47), § 29 Rn 72.
- (146) *SchünemannGreco*, (Fn. VI-2), § 25 Rn 232. 参照、第 1 章第 2 節 Bb.
- (147) *Roxin*, (Fn. I-27), § 31 Rn 140 ff.; *ders.* (Fn. I-19), 476 ff.; auch *Bachmann/Eichinger*, (Fn. VII-122), 107; *H. Blei*, Strafrecht I, AT, 18. Aufl., 1983, § 86 IV

- 2b; *R. Bloy*, Anstiftung durch Unterlassen?, JA 1987, 462 ff., 492; *Frister*, (Fn. I-132), 26. Kap Rn 40 u. 28. Kap Rn 53; *W. Mitsch*, Mitwirkung am versuchten Schwangerschaftsabbruch (an) einer Nichtschwangeren in Ausland, Jura 1989, 193 ff., 196 f.; *H. J. Rudolphi*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, AT, 1975, Vor 13 Rn 40 f.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. VI-158), § 14 Rn 13. dagegen *W. Bottke* Pflichtwidrigkeit: das Täterschaftskriterium unechter Unterlassungsdelikte?. In: Rudolphi-FS, 2004, 15 ff. わが国では、井田 (III-20) 547 頁以下、齊藤誠二「不作為と共犯」Law School 2・11 (1979) 13 頁以下、22 頁、なお、基本的に義務犯理論に立脚しながら正犯者の成立を限定する修正説が見られる。
- (148) *K. Gaede*, § 13 Rn 26. in: *U. Kindhäuser, U. Neumann u. H.-U. Paeffgen*, Nomos Mommentar. Strafgesetzbuch Bd. 1, 5. Aufl. 2015; *Rudolphi*, (Fn. VII-147), Vor § 13 Rn 42; *Roxin*, (Fn. VII-21) § 27 Rn 43.
- (149) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), Vorbem. §§ 25 ff., Rn 92; *Heinrich* (Fn. V-15), § 33 Rn 1215; *Krey/Esser*, (Fn. VII-122), § 38 Rn 1177. 反批判として、*Roxin*, (Fn. I-27), § 31 Rn 145 (保障人の不活動が作為の幫助行為の当罰性よりも常に低いとはまったく云えない。自分の子が殺されかけているのを、助けることができるのに、意図的に助けられない者が、殺人犯人に拳銃を渡す者よりも軽く評価されるべきでない。加えて、立法者は注意深くも、不作にあっては刑 13 条 2 項で幫助に対応する減輕の可能性を認めているので、不作為が、作為の幫助行為よりも重く処罰される必要のないこと、法定刑の範囲内で事情によってより軽く処罰されうる)。
- (150) 参照、吉田 (IV-358) 201 頁以下。Vgl. *Bachmann/Eichinger*, (Fn. VII-122), 107; *Rudolphi*, (Fn. VII-42), Vor § 13 Rn 41 f.; *Roxin*, (Fn. I-27), § 31 Rn 140 ff.; *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. IV-9), § 14 Rn 13, 23 ff.
- (151) *M. Bachmann, M. Eichinger*, Teilnahme und Unterlassen, JA2011, 509 ff., 512; *C.H. Becker*, Herrschaft durch Nichtstun? Zur Beteiligung durch Unterlassen, HERS 2009, 242 ff., 248 f.
- (152) *Gaede*, (Fn. VII-148), § 13 Rn 27.
- (153) *Gaede*, (Fn. VII-148), § 13 Rn 27; *Kühl*, (Fn.), § 20 Rn 268.
- (154) *Gaede*, (Fn. VII-148), § 13 Rn 27; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 268, *Stratenwerth/Kuhlen*, (Fn. VI-158), Rn 14 Rn 17.
- (155) *Bachmann/Eichinger*, (Fn. VII-122). 108; *Gaede*, (Fn. VII-148), § 13 Rn 27; *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 25 Rn 57; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 267; *Otto*, (Fn. VII-148), § 21 Rn 108; *Roxin*, (Fn. I-27), ATII § 31 Rn 175; *Strathewerth/Kuhlen*, (Fn. VI-158), § 14 Rn 14. aA、間接正犯説: *Wesseks/Beulke/Satzger* (Fn. V-147), § 19 Rn 1210 「間接正犯の前提要件となるのは、『道具』が欠陥を有していること、及び、背後者が事象をその計画的に導く意思によって意のままにできるということだけである」 *Baumann/Weber/Mietsch-Weber*, (Fn. I-47), § 29 Rn 118 f.; *Frister*, (Fn. I-132), 27. Kap Rn 48; 29; *Jakobs*, (Fn. I-75), 29. Abschn Rn 103 *W. Joecks, J. Scheinfeld*, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, 4. Aufl. 2920, § 25 Rn 183;

- (156) Vgl. *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 27 Rn 74. BayObLG NJW 1990, 1861. 不作為犯への幫助を否定するのが、*H. Welzel*, *Das Deutsche Strafrecht*, 11. Aufl., 1969, § 27 V 2, 3. (いわゆる「不作為への心理的幫助」というのは、行為決意の非発生の原因となっている、つまり、行為決意の発生を阻止していることとなる。あるいは、「不作為への心理的幫助」は、「主犯者」の非行為の原因となっていない、そうすると、いわゆる「幫助者」は、「主犯者」を命令された行為の着手へと誘引することをしなかった)。auch *Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, 195 ff. (不作為の故意というものは存在しないから、不作為犯者は従犯規定(ドイツ刑法 27 条)の意味での故意正犯者とは云えない)。
- (157) Vgl. *Krey/Esner*, (Fn. VII-122), § 39 Rn 1190.
- (158) Vgl. *Baumann/Weber/Mitsch-Weber*, (Fn. I-47), § 31 Rn 23; *Kühl*, (Fn. IV-3), § 20 Rn 272.
- (159) *Welzel*, (VII-156), § 27 V 2,3 (いわゆる「不作為犯への心理的幫助」が、行為決意が生じなかったことの原因となっている場合、いわゆる「不作為犯への教唆」について指摘されたこと、つまり、命令履行の遮断が行われたのであり、「不作為犯への心理的幫助」が「主犯者」の非行為の原因となっていない場合は、いわゆる「幫助者」は、「主犯者」を命令された行為を着手することへ誘引しなかった)。これに先立つ本理論の主唱者として、*Armin Kaufmann*, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1950, 195 ff. (不作為の故意とうものは存在しないから、不作為犯者は従犯規定(ドイツ刑法 27 条)の意味での故意正犯者とは云えない)。なお、わが国の目的的行为論者はこれとは異なり共犯理論を支持する。福田 (I-137) 304 頁「不作為犯においても、実現意思としての故意をみとめ、保証者に対して結果を防止しないよう決意させること、不作為犯の正犯者を精神的に支援しその決意を強固にすることは、可能である」。
- (160) *Heinrich*, (Fn. V-15), § 25 Rn 878 ff.; *Jescheck/Weigend*, (Fn. I-10), § 60 III 1; *Kindhäuser/Zimmermann*, (Fn. VI-16), § 42 Rn 23; *Rengier*, (Fn. VI-43), § 51 Rn 7; *Roxin*, (Fn. VII-71), § 26 Rn 102; *Wessels/Beulke/Satzger*, (Fn. V-147), § 19 Rn 1209. 参照、第 6 章第 2 説 2。
- (161) 富良野簡判昭和 34・7・14 下刑集 1・7・1639 「無免許による自動車無謀操縦の幫助犯が成立するためには、被告人において自動車を運転する者が自動車の運転免許をうけていないのに自動車を運転することを認識し、かつこれを認容した上幫助を与えることを必要とするものであって過失によっては幫助犯は成立しないと解するを相当とする」。一般に、犯罪共同説からは否定されるが、行為共同説からは肯定される。
- (162) Vgl. *Fuchs/Zerbes*, (Fn. I-82) 13. K. Rn 42 f.; *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), Vor §§ 25 ff. Rn 119; *Schünemann/Greco*, (Fn. VI-2), § 25 Rn 244.
- (163) Vgl. *Kienapfel/Höpfel/Kert*, (Fn. I-1), E 5 Rn 23.
- (164) 参照、本章第 2 節 1. c 注 21。
- (165) 参照、本章第 2 節 1. c
- (166) *Heine/WeiBer*, (Fn. VI-18), § 25 Rn 16; *Jescheck/Weigend* (Fn. I-10), § 62 II,2.

Kühl, (Fn. IV-3), § 20 Rn 52; *Roxin*, (Fn. VII-71), § 25 Rn 77.

(167) *Heine/Weißer*, (Fn. VI-18), § 25 Rn 16; *Roxin* (Fn. I-27), § 25 Rn 65; *B. Schönemann*, Leipziger Kommentar. Strafgesetzbuch, Bd. 1., 12. Aufl., 2007, § 25 Rn 83, kri. *Joecks*, (Fn. VII-68), § 25 Rn 85.

(168) Vgl. *Hoyer* (Fn. I-154), § 25 Rn 70; kri. *Renzikowski*, (Fn. I-120), § 48 Rn 18. 参照、第2章。

Täterschaft und Teilnahme (25)

Toshio YOSHIDA

- Kapitel I. Einführung in die Problematik
- Kapitel II. Unmittelbarer Täter (Tätertypen 1)
- Kapitel III. Mittelbarer Täter (Tätertypen 2)
- Kapitel IV. Mittäter (Tätertypen 3)
- Kapitel V. Teilnahme — Anstiftung und Beihilfe
- Kapitel VI. Anstiftung
- Kapitel VII. Beihilfe
 - 1. Definition und Kennzeichnung
 - 2. Beihilfehandlung
 - A. Die Mittel der Hilfeleistung
 - a. Physische Beihilfe
 - b. Intellektuelle Beihilfe
 - c. Psychische Beihilfe
 - B. Die geförderte Tat
 - a. Konkretisierung der Haupttat
 - b. Abweichungen der Haupttat von der Vorstellung des Gehilfen
 - aa. Verwirklichung eines anderen Delikts
 - bb. Tatbestandliche Nähe zwischen vorgestellter und verwirklichter Haupttat
 - cc. Beihilfe zum erfolgsqualifizierten Delikt
 - dd. Fehlen des Willens, zu einer vollendeten Haupttat beizutragen
 - C. Die Zeitpunkt der Hilfeleistung
 - 3. Kombination von Teilnahmeformen
 - a. Anstiftung zur Beihilfe
 - b. Unterstützung des Anstifters
 - c. Beihilfe zur Beihilfe
 - d. Mittäterschaft der Beihilfe?
 - 4. Beihilfe zum Vorbereitungsdelikt (Band 61. Nr. 2)
 - 5. Kausalität
 - A. Erfordernis der Kausalität
 - B. Förderungskausalität
 - C. Kausalität der psychischen Beihilfe

- D. Andere Auffassungen über den Zusammenhang zwischen Hilfeleistung und Erfolg
 - a. Förderungskausalität als Steigerungsbegriff
 - b. Erfolgsverursachungstheorie
 - c. Förderungstheorie
 - d. Gefährdungstheorie
 - e. Sonderpsyche Kausalität (Band 54, Nr. 2 - Band 61, Nr. 3)
- 6. Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten
 - A. Beihilfe durch Unterlassen
 - a. Rechtsprechnung
 - b. Literaturansichte
 - aa. Gehilfentheorie
 - bb. Differenzierung nach Qualität und Inhalt der Garantenpflicht
 - a) Beschützergaranten
 - β) Überwachergaranten
 - γ) Garantenpflichten aus vorangeangem Tun
 - cc. Tatherrschaftstheorie
 - ee. Subjektive Theorie
 - ff. Täterschaftstheorie
 - B. Beihilfe zum Unterlassen
- 7. Fahrlässige Beihilfe zur Vorsatztat und vorsätzliche Beihilfe zum Fahrlässigkeitsdelikt
 - A. Fahrlässige Beihilfe zur Vorsatztat
 - B. Vorsätzliche Beihilfe zum Fahrlässigkeitsdelikt. (Band 61, Nr. 4)
(Die Fortsetzung folgt.)