HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「不作為による共犯の限定化」について
Author(s)	松尾, 誠紀
Citation	北大法学論集, 53(6), 159-222
Issue Date	2003-03-20
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/15188
Type	bulletin (article)
File Information	53(6)_p159-222.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

「不作為による共犯の限定化」について

松尾誠紀

目次

一　はじめに
二　住居の居住者と犯罪阻止義務をめぐるドイツ判例の展開過程
1　住居の居住者と犯罪阻止義務をめぐる現在の状況
2　住居の居住者であることから犯罪阻止義務を認めていた82年判決以前の状況
3　住居の危険源性が犯罪阻止義務を基礎づけるとした82年判決

4　82年判決を踏襲し、犯罪阻止義務を否定する傾向を強くする82年判決以後の状況
5　まとめ
三　「限定化」の理論的背景
1　住居の居住者であることから犯罪阻止義務を認める見解
2　住居自体が危険源である場合に犯罪阻止義務を認める見解
3　住居の危険源性に基づく見解を批判する見解
4　まとめ――「限定化」の実質
四　ドイツ判例の「限定化」とわが国の理論状況
1　学説の展開
2　判例の展開
3　「限定化」と排他性
五　おわりに

一　はじめに

本稿では、故意作為正犯者に対して不作為により関与した者の罪責、いわゆる「不作為による共犯」（以下では、端的に「不作為共犯」とする）を考察の対象とする。

この不作為共犯に関しては、次のふたつの問題があるとされている。すなわち、ひとつは、①不作為犯における正犯と共犯の区別の問題、もうひとつは、②不作為共犯の成立要件の問題である。[1] しかし、このように問題点がふたつに分けられていながらも、学説においてもっぱら関心を集めているのは、なかでも、問題①としての、正犯と共犯の区別問題である。[2][3] このとき、問題①は、厳密にいえば、Ⓐ不作為による関与は、単独正犯でしかありえないのか、それとも共犯（広義）を認めるのかという問題と、Ⓑ不作為犯の共同正犯と幇助の区別の問題に分けら

れる。すなわち、問題Ⓐでは、そもそも不作為による作為正犯者への加功がありうるのかが問われ、問題Ⓑでは、その加功を認めた上での共同正犯と幇助の区別が問題とされている。ただし、問題Ⓐにおいても、問題Ⓑにおいても、そこでは、作為犯における正犯と共犯の区別基準の、不作為犯への適用の可否という、両者の行為構造上の差異から生じる困難な問題ゆえに、主に理論的な観点から検討がなされているのである。[4] もっとも、問題Ⓐについては、現在では、不作為による作為正犯者への加功を認めるという見解が一般的であり、[5] わが国の判例も、当初から不作為共犯を認めてきている。[6] そこで、問題Ⓑが残されていることになる。

ただ、問題Ⓑの検討の際には、前提として、不作為関与者の共犯（広義）としての罪責が求められるところ、問題②としての、不作為共犯の成立要件については、いわゆる不真正不作為犯論において明らかにされている問題と考えられているためか、学説において十分な検討がなされているとはいえない。[7] すなわち、不作為共犯は、作為正犯者が介在するという特質を有している以上、その可罰根拠については、共同正犯と幇助の区別を議論する以前に、別個に明らかにしておかなければならない問題のはずである。ところが、それが、不真正不作為犯論における議論の、そのままの適用でよいのかどうかでさえ、明確にされていないという状況にあるのである。

もっとも、最近では、製造物責任をめぐる不作為犯の議論が活発になされており、[8] そこでは、不作為者も関わる複数人による犯罪行為が問題とされている。しかし、その議論においては、単に不作為単独正犯として捉えられる場合のほか、不作為間接正犯、不作為犯同士の共同正犯、不作為による不作為正犯に対する幇助、というような関与形態が問題とされていることが多く、不作為共犯としての基本的な形態である「故意作為正犯者に対する不作為による関与」が、その中心として扱われているわけではない。

このような意味で、作為正犯者の介在する不作為共犯の成否自体が、その重要性に比べて、必ずしも明らかにされている問題であるとはいえないことから、[9] 特に不作為共犯の成立要件の問題に目を向けてみることには、価値があるものと考える。

そこで、その成立要件について見れば、わが国では、一般的な不作為犯論における作為義務の発生根拠として、法益に対する排他的支配の要件が重要視され、[10] それに伴い、不作為共犯においても、明確に同要件を求める見解が認められる[11]という理論状況にある。

このようなわが国の理論状況に関して、ドイツ判例における住居の居住者の犯罪阻止義務[12]をめぐる議論に注目したい。

ドイツの判例・学説においては、自己の管轄領域（Zuständigkeitsbereich）にある特定の危険源に対する責任に基づいて作為義務が生じる場合があるとし、例えば、物や工作物の所有者、占有者は、そこから生じる危険を阻止する義務があるとしている[13]。そのような問題領域において、例示したような、物や工作物からの危険を阻止しない不作為単独正犯が問題となる場合と、その管轄領域において他人が犯罪行為をしているのを阻止しない不作為共犯が問題となる場合がある。このとき、不作為単独正犯が問題となる場合については、損害のない状態は、危険源に対する支配を有する者（Herrschaftsinhaber）に依存していることから、その者には、危険源の支配を法が認めることの引き換えに、ないしは危険のない共同生活のために、自己の支配領域から第三者へ危険が生じることのないよう防止する保障人義務が生じるとされている[14]。しかし、これに対して、他人の犯罪行為の阻止義務が問題となっている不作為共犯においては、判例が学説の展開を受け入れるかたちで、当初は、住居の閉鎖的・排他的特徴に基づいて、不作為単独正犯と同様に犯罪阻止義務を認めていたものが、やがて、住居自体が危険源として現れた場合にのみ犯罪阻止義務が生じると考えられたことによって、犯罪阻止義務が否定される傾向が強くなるという「限定化」が認められるのである。このようなドイツ判例における「限定化」は、わが国の理論状況に参考となるものを含んでいると思われる。

そこで、本稿では、このような、ドイツ判例における住居の居住者に関する犯罪阻止義務の「限定化」を考察することによって、わが国の理論状況への示唆を得ることにしたい。考察の方法としては、まず、ドイツ判例の展開過程を概観して、その「限定化」の姿を明らかにする（二）。その後、学説に検討を加えることによって「限定化」の理論的背景を探り、そこから「限定化」の実質を考察したい（三）。そして、最後に、その「限定化」の実質を、わが国の理論状況に反映させてみたいと思う（四）。

なお、わが国の判例において、大阪高裁平成二年一月二三日判決[15]が、「不作為による幇助犯については、不真正不作為犯自体に実質的にみて犯罪成立の限界が不明確になりがちであるという点で罪刑法定主義にかかわる問題があり、更にそれが正犯の犯罪（刑罰）拡張事由としての幇助犯にかかる場合であるから、その成立の根拠となる法的作為義務の認定は特に慎重でな

ければならず、あくまで例外としてその成立が明白な場合に限られなければならない[16]」として、不作為共犯の成立について限定的な態度を示している。また、釧路地裁平成一一年二月一二日判決[17]が、「罪刑法定主義の見地から不真正不作為犯自体の拡がりに絞りを掛ける必要がある上、不真正不作為犯を更に拡張する幇助犯の成立には特に慎重な絞りが必要である」という観点から、被告人に具体的に要求される作為の内容として、ほぼ確実に阻止しえた行為を想定するとしたことについても、同じく限定的な態度を示したものとして理解できる。しかし、本稿の目的は、これらの判例に認められるような、不作為共犯の可罰範囲についての限定的な理解を求めることではない。あくまでも、ドイツ判例において、住居の居住者の犯罪阻止義務をめぐり認められる、現象としての「限定化」を客観的に考察し、そこで得た示唆をわが国の理論状況に反映させることが目的である。

以下、このような観点から、検討をはじめることにする。

（1）曽根威彦「判批」法学セミナー四三三号（一九九一年）一二四頁。

（2）入江猛「判批」研修六一八号（一九九九年）二八頁以下も、同様の指摘をしている。

（3）わが国で不作為犯の正犯と共犯の区別を扱った主な文献として、斉藤誠二「不作為犯と共犯」Law School 一四号（一九七九年）一三頁、阿部純二「不作為による従犯（上）（中）」刑法雑誌一七巻三・四号（一九七一年）一頁、一八巻一・二号（一九七一年）七一頁、中義勝「不作為による共犯」刑法雑誌二七巻四号（一九八七年）七三九頁（同『刑法上の諸問題』（一九九一年）所収、三二九頁）、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（一九九四年）特に一一頁以下、松生光正「不作為による関与と犯罪阻止義務」刑法雑誌三六巻一号（一九九六年）一四二頁、平山幹子「『義務犯』について（一）（二・完）」立命館法学二七〇号（二〇〇〇年）一一二頁、同二七三号（二〇〇〇年）二〇七頁、内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学三四巻三号（二〇〇一年）一頁、などがある。また、特に正犯と共犯の区別の観点から、わが国の判例を考察したものとして、中義勝「わが判例と不作為による幇助」法学論集（関西大学）三六巻三・四・五合併号（一九八六年）四九三頁、吉川真理「不作為による共犯」秋田公立美術工芸短期大学紀要五号（二〇〇〇年）五一頁、阿部純二「不作為による従犯に関する最近の判例について」研修六三九号（二〇〇一

年）三頁。なお、ドイツにおける最近の論考として、Hans-Jörg Schwab, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996.; Christian Sering, Beihilfe durch Unterlassen, 2000. などがある。

（4）神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（一九九四年）一一頁以下、松生光正「不作為による関与と犯罪阻止義務」刑法雑誌三六巻一号（一九九六年）一四二頁。

（5）大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（五）』〔堀内信明・安廣文夫〕（第二版、一九九九年）五五四頁、山口厚「プロバイダーの刑事責任」法曹時報五二巻四号（二〇〇〇年）八頁以下、同「共犯論の現状と課題」法学教室二六六号（二〇〇二年）三九頁以下。

（6）公表されている不作為共犯に関する判例を、確認された範囲内で、次のように示しておく。

①大判昭和三年（一九二八年）三月九日刑集七巻一七二頁〔投票関渉罪幇助〕、②大判昭和一三年（一九三八年）四月七日刑集一七巻二四四頁〔詐欺幇助〕、③大判昭和一九年（一九四四年）四月三〇日刑集二三巻八一頁〔詐欺幇助〕、④福岡高判昭和二五年（一九五〇年）八月一一日高刑特報一二号一二二頁〔関税法違反幇助・貿易等臨時措置令違反幇助－無罪〕、⑤高松高判昭和二八年（一九五三年）四月四日高刑特報三六号九頁〔窃盗幇助〕、⑥東京高判昭和二八年（一九五三年）六月二六日東高刑時報四巻三号六九頁〔麻薬取締法違反幇助－無罪〕、⑦最判昭和二九年（一九五四年）三月二日裁判集刑九三号五九頁〔公然わいせつ幇助〕、⑧名古屋高判昭和三一年（一九五六年）二月一〇日高刑集九巻四号三二五頁＝高刑特報三巻五号一四八頁〔現住建造物放火幇助－無罪〕、⑨東京地判昭和三四年（一九五九年）二月一八日判時一八五号三五頁〔傷害幇助〕、⑩高松高判昭和四〇年（一九六五年）一月一二日下刑集七巻一号一頁〔銃刀法違反幇助〕、⑪大阪地判昭和四四年（一九六九年）四月八日判時五七五号九六頁〔不動産侵奪幇助〕、⑫高松高判昭和四五年（一九七〇年）一月一三日刑月二巻一号一頁＝判時五九六号九八頁〔業務上横領幇助〕、⑬大阪高判昭和六二年（一九八七年）一〇月二日判タ六七五号二四六頁〔殺人幇助〕、⑭大阪高判平成二年（一九九〇年）一月二三日高刑集四三巻一号一頁〔売春防止法違反幇助－無罪〕、⑮東京高判平成一一年（一九九九年）一月二九日判時一六八三号一五三頁〔強盗致傷幇助－無罪〕、⑯釧路地判平成一一年（一九九九年）二月一二日判時一六七五号一四八頁〔傷害致死幇助－無罪〕、⑰札幌高判平成一二年（二〇〇〇年）三月一六日判時一七一一号一七〇頁＝判タ一〇四四号二六三頁〔⑯の控訴審・傷害致死幇助〕。

また、大阪高判平成一三年（二〇〇一年）六月二一日

判タ一〇八五号二九二頁は、子供をこたつの天板にたたきつけて殺害する、実行正犯者たる妻の事案であるが、その共謀性を認めるにあたって、夫に不作為的関与を認めている（被告人上告。夫に関しては有罪が確定している）。

他方、堀内捷三『不作為犯論』（一九七八年）二四五頁、松宮孝明「不作為と共犯」中山研一ほか著『レヴィジオン刑法（一）』（一九九七年）一八七頁は、わが国では、共謀共同正犯の理論が不作為共犯を吸収していると指摘している。この意味では、不作為関与者について、例えば意思の疎通などが認められた場合、不作為による関与とは認められずに、端的に共謀共同正犯として可罰性が認められている場合もあろう（まさに、先の大阪高裁平成一三年六月二一日判決が、このようなものかもしれない。ただし、夫の罪責は未公表であることから確認できていない）。しかし、本稿では、不作為共犯の成立要件を問題とするので、あくまで、判例が不作為共犯として扱ったものだけが念頭に置かれる。なお、共謀共同正犯の理論による不作為共犯の吸収の問題性を指摘する論考として、東公明「共謀共同正犯の一考察」創価大学大学院紀要一七集（一九九五年）六一頁。

（7）不真正不作為犯論においては、不作為単独正犯の議論が中心になされているという側面もある（栗本茂樹「不作為と幇助」法研会論集（愛知学院大学大学院）一七巻一・二号（二〇〇二年）七五頁も、同様の指摘をしている）。

（8）例えば、堀内捷三「製造物の欠陥と刑事責任」研修五四六号（一九九三年）三頁、北川佳世子「製造物責任をめぐる刑法上の問題点」早稲田法学七一巻二号（一九九六年）一七一頁、鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要八号（一九九九年）三四三頁、岩間康夫「製造物責任と不作為犯論」現代刑事法四一号（二〇〇二年）二六頁。また、製造物責任については、田寺さおり「製造物責任領域における刑事責任の可能性」法学ジャーナル（明治学院大学大学院）一六号（二〇〇一年）五七頁も、参照。

（9）不作為犯同士の共犯関係において、直接的に結果を阻止しうる者の背後に位置し、間接的に結果を阻止しうるにすぎない者の作為義務の有無が自明のことではないと指摘する見解として、齊藤彰子「進言義務と刑事責任」金沢法学四四巻二号（二〇〇二年）一三四頁。

（10）井田良「不真正不作為犯論」現代刑事法三号（一九九九年）九三頁は、作為義務の発生根拠として、法益に対する排他的支配を求めるところに、学説上、見解の一致があるとしている。

（11）林幹人『刑法総論』（二〇〇〇年）四四三頁以下。

(12) 本稿で「犯罪阻止義務」としていることは、不作為関与者の義務を「阻止義務」と「保護義務」に分け、それにより正犯と共犯とを区別する見解とは何ら関係はない。不作為単独正犯者に認められる作為義務とは異なり、特に、故意作為正犯者の犯罪行為を阻止しないという共犯としての意味を込めて、「犯罪阻止義務」としている。

(13) Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., 2001, §13, Rdn.43. 判例も、例えば、NStZ-RR 1996, 1. (BGH, Urt. v. 5. 7. 1995.) が、多くの可燃物がある部屋での火の不始末による失火について、被告人に、その飲食店の経営者として、他人への危険を回避するために適切な安全対策を講じる義務があるとしている。

(14) Rudolphi / Horn / Samson / Günther / Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 1997, §13, Rdn.37.

(15) 大阪高判平成二年（一九九〇年）一月二三日高刑集四三巻一号一頁。

(16) 内田文昭「判批」判例タイムズ七六六号（一九九一年）九二頁は、この大阪高裁の見解について、「不作為による幇助」が「作為による幇助」に同置できるかどうかだけを問題にすれば足りるのに、同高裁がことさら「例外」を強調したことに、疑問を示している。

(17) 釧路地判平成一一年（一九九九年）二月一二日判時一六七五号一四八頁。

二　住居の居住者と犯罪阻止義務をめぐるドイツ判例の展開過程

1　住居の居住者と犯罪阻止義務をめぐる現在の状況

現在、ドイツにおける、住居や土地の居住者・管理者(Inhaber)[1]と犯罪阻止義務をめぐる問題について、判例は、次のような見解を示している。

例えば、ツヴァイブリュッケン高等裁判所一九九九年一月一四日決定[2]（以下、「99年決定」とする）は、女性被告人と正犯者Uが、被告人が賃借している庭つきの住宅にUを迎え入れるかたちで同棲関係を始めたところ、Uが、被告人の同意なく、被告人宅の庭で大麻を栽培し、他方、被告人自身は、このことを認識しながらも、同棲関係を考慮して黙認した、という事案について、次のように判示している。

「不作為による幇助は、被告人に大麻の栽培を阻止すべき法的義務が認められる場合にのみ問題となる」。ただ、このとき、

「判例や学説の一般的見解に従えば、土地や住居の管理者・居住者（Inhaberschaft）であることから、直ちにその場所または土地における第三者の犯罪行為を阻止すべき義務が生じることはない」とした上で、しかし、「住居が、特別な性質（Beschaffenheit）あるいは状態（Lage）のために危険源として現れる場合には、住居の居住者は、住居が犯罪行為の実行を容易にすることのないよう、保護、監督しなければならない」としている。

このことから、99年決定は、当該事案においては、「被告人宅の庭が柵に囲われていたからといって、それは普通のことであるから、犯罪の手段としての特別な意味をもたない。また、大麻の栽培は住居やテラスなどの他の閉鎖的な場所でも行われうる。それゆえ、土地の性質が特別な危険源を基礎づけるものではない。また、その土地は、犯罪行為と特別な関わりをもつ状態でもない」と判断した。そして、これに基づいて、「被告人にはUの犯罪行為を阻止すべき保障人義務は認められない」と結論づけたのである。

すなわち、現在の判例では、住居の居住者の犯罪阻止義務について、不作為関与者が、その住居の居住者であるということをもって、直ちに住居内における第三者の犯罪行為を阻止する義務があるとすることは否定されている。ただ、その一方で、住居自体が危険源として現れた場合には、住居が犯罪行為の実行を容易にすることのないよう、保護、監督しなければならないとする判断枠組みが取られているのである。

このような枠組みは、一九八二年二月二四日の連邦通常裁判所判決[3]（以下、「82年判決」とする）によって明らかにされたものである。しかし、その一方で、82年判決以前は、このような現在の考えとは異なる見解が取られていたことも認められる。そこで、以下では、82年判決以前にさかのぼり、時系列的に現在までの判例の展開を見ることにする。

2　住居の居住者であることから犯罪阻止義務を認めていた82年判決以前の状況

判例は、当初、住居などのインハーバー（Inhaber）であることから直ちに犯罪阻止義務を肯定していた[4]。

すなわち、飲食店経営者の犯罪阻止義務に関する連邦通常裁判所一九六六年七月五日判決[5]（以下、「66年判決」とする）は、次のように判示する。

事案は、飲食店の女性経営者（Inhaberin einer Gastwirtschaft）

である被告人は、四人の男性常連客が、ダンスの誘いを断った被害女性に対して頭髪や陰毛の一部を無理やりに切るという行為に及ぶのを黙認した。この結果、被害女性は、防御反射のために陰部のあたりにハサミによる刺し傷を負い、四人の実行者が顔を背けるほどの出血をした、というものである。

これについて、原審は、飲食店営業法（Gaststättengesetz）二条一項一号、一二条二項一号に基づいて（その参考判例として、ライヒ裁判所一九二四年一〇月一〇日判決を挙げている）[6]、被告人には四人の男性客の行為を阻止する義務があるとして、被告人と四人の男性客に、危険な傷害の罪の共同正犯が成立するとした。

これに対して、66年判決は、原審の依拠するところが適切であるか否かは明らかではないとしながらも、「いずれにせよ被告人には、飲食店を営んでいたということに基づいて、被告人が処分権限を有する場所内の秩序に配慮しなければならないという義務があるのであるから、特に、本件のように、客に対する他の客からの暴行については保護しなければならない」と判示し、被告人の上告を斥け、原判決を支持したのである[7]。

そして、この66年判決が示した、飲食店の経営者について、特定の場所に対する処分権限を有していることに基づき直ちに犯罪阻止義務を認めるという考え方が、住居の居住者に対しても認められることになる[8]。

すなわち、連邦通常裁判所一九七六年一〇月六日判決[9]（以下、「76年判決」とする）は、住居の居住者をめぐる次のような事案について、以下のように判示する。

被告人は、飲食店で六五歳の年金生活者Kと知り合い、数日後、被告人宅にKを迎え入れた。その夜、被告人とKは、被告人宅の部屋で、別の二人の客SとTとともに、かなりの量のお酒を飲んだ。夜も更けたころ、Kは泥酔し、ソファーの上で眠り込んでしまった。Sは、それを奇貨とし、Kの上着から現金の入った財布と預金通帳を奪い取った。そして、三〇〇〇ドイツマルクの預金があることを知ったのであるが、暗証番号がわからないので、それを聞き出そうとするも、Kは泥酔していたために答えなかった。そのため、Sは、無理やりに聞き出そうと顔面を何度も力を込めて殴った。その間、被告人は、近くにいて事のなりゆきを見ており、もちろん、SがKを脅そうとしているのを認識していたが、それを阻止することはなかった。結局、Kは、激しい一撃を受け、鼻とのどに損傷を与えられたことから、暗証番号を明らかにすることなく、吸い込んだ血液により窒息死した。

これについて、原審は、被告人はSの行為を阻止しなかったとして、不作為による「致死を伴った強盗的恐喝未遂（versuchte räuberische Erpressung mit Todesfolge）」の正犯として有罪とした[10]（ちなみに、Sにはすでに「致死を伴った強盗的恐喝未遂」が成立し、確定している）。

そして、76年判決は、原審が被告人に保障人的地位を認めたことには異議を唱えるべくもないとして、次のように判示した。「被告人はKを自宅へ迎え入れたのであるから、それによって、その客に対して向けられた侵害を回避しなければならない。つまり、飲食店の経営者に対して、連邦通常裁判所〔66年判決、筆者註〕は次のように述べる。すなわち、『飲食店の経営者は、自己が処分権限を有する場所においては秩序に配慮しなければならないから、特に、客に対する他の客からの暴行については保護しなければならない[11]』と。そうすると、住居の居住者にも適切な義務が課せられるのである」と判示し、被告人に犯罪阻止義務を認めた。

ただ、続けて、住居の居住者であることから犯罪阻止義務が認められるとしても、何ゆえ義務が課されるのかについて、次のように判示した[12]。

すなわち、「本件において、被告人は、被害者Kを自宅内へと迎え入れ、保護についても意のままにできたのである。同時に、そのことは、保障人としてみなすことを正当化する信頼根拠（Vertrauensgrundlage）を作り出す。つまり、他人の住居に、その住居の居住者の招待に基づいて訪れた者は、その住居の居住者の支配領域内においては、重大な危険について味方になることを信頼してよい。このことから、客がその住居に滞在中、（本件のように、侵入者などの外部の第三者からではなく、住居の居住者自身が招いた客から侵害を受けた場合のような）危険に脅かされた場合には、これに該当する」とした。「もっとも、すべての犯罪行為に対して保護しなければならないわけではない。例えば、ささいな暴行やトランプゲームをめぐるわずかな詐欺に対してまで義務は認められない。しかし、少なくとも、その住居内において女性が強姦されるとか、客が殺害されるなどの重大な犯罪行為に対しては、住居の居住者は介入しなければならない。このことは、同様に、強盗的恐喝の被害者に対してもあてはまる。よって、このような観点のもとにおいても、被告人は恐喝を阻止しなければならない」と判示したのである。

このようにして、76年判決は、被告人にはSの恐喝を阻止しなければならない義務があるとしたのである[13]。

要するに、76年判決は、66年判決を引用し、住居の居住者について、インハーバー（Inhaber）であるということに基づいて犯罪阻止義務が生じることは認めている。その上で、何ゆえ住居の居住者であることから犯罪阻止義務が生じるのかということについて、それは「信頼根拠」に基づくとしたのである。[14] この意味では、単に住居の居住者であることから、直ちにその場所におけるすべての犯罪行為を阻止する義務があると考えているわけではなく、住居の居住者が、客を迎え入れた場合には、その客に対する犯罪を阻止しなければならないとしているものであるから、66年判決よりも狭い可罰範囲を想定しているのかもしれない。また、ささいな犯罪行為に対しては義務づけられないが、重大な犯罪については認められるべきとしているところも、可罰範囲の限定を意図しているものと思われる。[15] この意味において、76年判決では、66年判決と比較して、すでにひとつの「限定化」が図られているようにも思える。[16]

しかし、76年判決が、あくまで住居の居住者であることに基づいて犯罪阻止義務が発生するということ自体を認めているところが、次に見る82年判決、[17][18] 並びにそれ以後の判例と決定的に異なるところなのである。

3　住居の危険源性が犯罪阻止義務を基礎づけるとした82年判決

以上のような状況のもとに、判例の展開の上で転機となる、82年判決が示される。ここでは、その重要性にかんがみ、詳しく見ておくことにする。

事案は、次の通りである。正犯者Bは、一九八一年一月二九日早朝、他の四人の男と共同して、一八歳の女性Aに対し、路上で襲い掛かり殴打した上、自動車で連れ去った。Bは、必要であれば暴力をもってしても、車内で性的交渉に及ぶ意図であったが、しかし、この計画は、Aの激しい抵抗にあい、果たすことはできなかった。そこで、ちょうどよい逃げ場となる屋根裏部屋をもつ、同じく被告人であるS及びその妻の家に、Aを連れ込んだ。そして、その屋根裏部屋において、Bは、暴力をもって性的交渉に及んだ上、さらに殴る蹴るの暴行も加えた。その後、Sが、屋根裏部屋に現れたので、Aはこれまで起こったことを告げ、助けを求めたが、Bから殺すぞといって脅された。他方、S夫人も、九時ごろ姿を現し、Aの話を聞いて、血のついたAの顔を拭き、壊れた電灯の破片を掃除したが、またもBから殺すぞと脅された上、灰皿を投げつけられた。これら

の脅迫によって、S夫妻は、Aの解放を試みることができなかった。ちなみに、このとき、S夫妻は、BがAを無理やりに誘拐し、性的交渉に及び、その後も暴行を加えていることを認識していた。結局、Aは、五時間後、匿名の通報を受けた警察官によって解放された。

これについて、まず、原審は、先の66年、76年判決と同様に、被告人S及びS夫人が、ともに正犯者が行為に利用した場所に対する処分権限を有していたということに基づいて、保障人的地位を認めた。そして、結論として、S夫妻にそれぞれ、被拐取者の意思に反する誘拐の罪、並びに危険な傷害の罪との所為単一（Tateinheit）となる、強姦罪、に対する不作為による幇助の成立を認めたのである。

これに対して、82年判決は、次のように判示した。

「原審は、被告人の所為を、不作為による幇助の法的観点でのみ判断している。そして、保障人的地位を基礎づける作為義務の根拠を、被告人が、正犯者が行為に利用した場所に対する処分権限を有していたという事情から導いている。これは、BGHSt 27, 10.〔76年判決、筆者註〕の刑事部判決に依拠したものである。しかし、その事案は、被告人自身が被害者を自宅に迎え入れたものであり、保護についても意のままにできたというものである。つまり、そこでの保障人的地位は、信頼根拠に基づき生じたものである。したがって、住居の居住者が、被告人とは関係なく住居に手をのばした者からの危険も回避しなければならないのかどうかについては、その判決において明らかにされてはいない[19]」。

このことを前提として[20]、被告人の犯罪阻止義務について、次のように検討した。

「犯罪構成要件に該当する結果を回避しなかった者は、法的に結果の不発生を保障しなければならなかった場合にのみ、刑法一三条一項[21]に基づいて可罰的である。さらに、その不作為は、作為による構成要件実現に準ずるものでなければならない。…このとき、保障人的地位の法的性格は、法律で明らかにされてはいない。ただ、すでに一三条の適用に際しては、判例、学説によって、発生根拠からの分類がなされており、その点では、法律上の義務、事実上の引き受け、危険を創出した先行行為、に基づくとすることで共通している。したがって、単なる結果阻止の事実上の可能性、倫理上の義務は、保障人義務を肯定するにあたって、決して十分な根拠とはならない」。

「第三者による犯罪行為に対してその場所にいるすべての人を保護するという、住居の居住者の義務について、一部の学説

によれば、法秩序（Rechtsordnung）が、第三者や警察の介入を困難にする（ドイツ基本法一三条二項、ドイツ刑訴法一〇三条、一〇四条）住居の不可侵性に関する基本的権利（ドイツ基本法一三条一項）を認めていることに基づくとするものもある。[22] すなわち、その特別な拒否権限（Abwehrbefugnis）に基づいて、高度な権利の反射的効果として、保護義務を推論するのである。しかし、住居権の保護は、ドイツ基本法一三条三項が明らかにするように、切迫した犯罪行為に際しては認められないものであるから、この見解は根拠を欠いている。他方、別の見解として、義務を基礎づける明らかな法的根拠がなくても、あるいは、住居の居住者が賃借者（Anmieten）や占有者（Innehaben）として侵害に寄与していなくても、すべての住居の居住者に、住居内にいる人に対する保護者や監督者の役割を強いるものがある。しかし、この見解は、発生した危険の惹起に対する考慮もなく、その場所において発生した法益侵害に対する刑法上の義務を認めるものである。それは、作為義務の範囲を倫理的義務の範囲に広げるものであって、許容されるものではない。すなわち、住居内におけるすべての法益を保護する社会倫理的義務（sozialethische Pflicht）は、住居や人、物にある、意味や目的として、物的保護（physischen Schutz）が認められる場合にのみ、法的義務になるとされている」。

「住居の居住者としての身分（Eigenschaft）にのみ基づく保障人的地位は、学説上も一般的に否定されている。また、判例においても、住居やそれ以外の場所の居住者・管理者（Inhaber）は、法的義務を基礎づける特別な事情（besondere Umstände）が認められる場合にのみ、その場所における法益侵害に対して可罰的責任を負うとしている。例えば、このような事情は、妻による子供の殺害に対する世帯主（Haushaltvorstand）としての地位、妻の堕胎に対する夫としての地位、さらには、飲食店の経営、住居の保護領域に被害者を迎え入れたこと、に認められる」。

「このことからすると、住居の居住者の保障人義務は、住居が特別な性質（Beschaffenheit）あるいは状態（Lage）のために危険源として現れる場合に、住居が犯罪の実行を容易にする手段となりえないよう、保護、監督する義務として生じる。これによれば、原審の事実認定から、被告人の住居が、―外部から隔絶した領域として、住居内での出来事を認識されるのを防ぐという、住居としての性質、を超えたとする意味において―特別な危険源として現れているとは認められない」。

以上のようにして、82年判決は、原審による犯罪阻止義務を

肯定した判断を破棄し、被告人を無罪としたのである。

さて、このような82年判決を振り返ってみると、まず、原審は、66年、76年判決に依拠し、被告人が、正犯者が犯罪に利用した住居の居住者であったことに基づいて、直ちに犯罪阻止義務を肯定した。これに対して、82年判決は、被告人自身が迎え入れたわけではない外部の第三者からの危険についても回避しなければならないかは、未だ明らかにされてはいないとして、検討をはじめたのである。

そして、その検討によって、判例の展開における四つの「転換点」[23]を示している。すなわち、第一に、（後に考察するが）住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務を認める見解の根拠として学説上有力であって、判例にも影響を与えていた、法秩序が住居の不可侵性に関する基本的権利を認めていることに基づくとする考え方を、連邦通常裁判所として明確に否定したこと、第二に、住居の居住者としての身分にのみ基づく保障人的地位は、学説上も一般的に否定されていると明らかにしたこと、第三に、住居やそれ以外の場所の居住者・管理者は、法的義務を基礎づける「特別な事情」が認められる場合にのみ、その場所における法益侵害に対して可罰的責任を負うとしたこと、そして、第四に、住居の居住者の保障人義務について、住居が特別な性質あるいは状態のために危険源として現れる場合には、住居が犯罪の実行を容易にする手段となりえないよう、保護、監督する義務が生じるとしたこと、である。

これまでの判例は、住居の居住者の犯罪阻止義務について、住居の居住者がその場所に対する処分権限を有していることを根拠として、広くその場所内での犯罪に対する阻止義務を認めてきた。しかし、82年判決は、そのような見解に対して、住居の居住者としての身分だけに基づいて義務が認められるとすることを明確に否定し、住居自体が危険源として現れた場合には義務が発生するとしたのであるから、犯罪阻止義務の「限定化」の観点から見て、その意義は大きいものと思われる。

もっとも、82年判決は、確かに、住居の居住者の保障人義務は、住居自体が危険源として現れた場合に生じるとしている。しかし、その一方で、住居の居住者に犯罪阻止義務を認めてきた過去の事案についても、住居の居住者は、法的義務を基礎づける特別な事情が認められる場合にのみ、その住居における法益侵害に対して可罰的責任を負うとして、「特別な事情」の観点のもとに整合的な理解を示しているのである。つまり、66年判決や76年判決についても、飲食店を経営していたこと、住居の保護領域に被害者を迎え入れたことという「特別な事情」が

認められたがゆえに、犯罪阻止義務が肯定されたものとして理解しているのである。このことからすると、82年判決は、世帯主としての地位もない、夫としての地位もない、飲食店の経営もしていない、住居の保護領域に被害者を迎え入れてもいない、という限定的な場合について、しかし住居が危険源として現れる場合にも義務があるとした、あくまでも「特別な事情」の観点のもとに犯罪阻止義務が認められるひとつの事案にすぎないのである。(24)

ところが、82年判決以後においては、確かに、住居の居住者と犯罪阻止義務をめぐる事案について、住居の危険源性に関する基準は踏襲されているものの、しかし、82年判決のように、まず「特別な事情」が住居の危険源性以外に存在するか否かの検討を経ることなく、もっぱら、この基準のみを適用して判断するようになるのである。そして、その結果として、住居の居住者の犯罪阻止義務が否定される傾向が強くなるのである。

4　82年判決を踏襲し、犯罪阻止義務を否定する傾向を強くする82年判決以後の状況

82年判決以後に、住居の所有者と犯罪阻止義務が問題となった事案として、次の六つの決定及び判決が認められる。そこで、それぞれの事案を順次見ていくことにする。

①　ツヴァイブリュッケン高等裁判所一九八五年七月三日決定(25)（以下、「85年決定」とする）は、冒頭で紹介した99年決定の事案と同じく、大麻の栽培の不阻止に関するものである。

すなわち、事案は、被告人は長く二七番地に暮らしていたが、その隣の敷地である二九番地にある建物に、Bが暮らしていた。そして、両敷地の庭も、ともに建物の裏手にあることから、隣り合っていた。ただ、これらの庭は、Bの住む二九番地にある建物の居住者や、B自身、及びBの客人などによって利用されていた。このような状況のもと、（土地の真ん中にある）庭の垣根の裏に花壇があり、そこで、高さ一メートルの大麻が、八個の植木鉢に栽培されていた、というものである。

これについて、まず、原審は、「確かに、被告人が大麻を栽培していたかどうかは認定されていない。しかし、大麻は存在しており、被告人は、庭全体に対する共同責任者として大麻の栽培を阻止しなければならないにもかかわらず、それを認識しながら黙認したものである」とし、被告人には、不法な大麻の栽培の罪が成立するとした。

これに対して、85年決定は、次のように判示した。

「刑法一三条に基づけば、構成要件に該当する結果を回避しなかった者は、その者が、結果が発生しないことを法的に保障しなければならなかった場合、すなわち、保障人的地位にあった場合に可罰的となる。この保障人的地位は、土地に対する事実的支配（Sachherrschaft）に基づいても生じうるが、しかし、法的な作為義務を基礎づける、特別な事情を満たしていなければならない。土地の所有者（Grundstückseigentümer）や住居の居住者としての身分だけでは不十分である。そこで、土地や住居が、特別な性質ないしは状態のために危険源として現れる、ということに基づいて義務は生じ、その場合には、事実的支配を有する者（Inhaber der Sachherrschaft）は、土地や住居が犯罪の実行を容易にする手段となりえないよう、保障しなければならない」とした。さらに、「このことから、犯罪行為の手段として、土地や住居の特別な性質が利用されている場合にのみ義務が課せられるのであって、土地や住居が単なる犯罪の現場であったにすぎない場合には責任はない」との判断も示している。結論としては、この事案の庭は、犯罪行為に対する特別な危険源ではないとして、被告人の犯罪阻止義務を否定したのである。

② 次に、連邦通常裁判所一九九二年七月三一日決定[26]（以下、「92年7月決定」とする）が挙げられる。

事案は、女性被告人と正犯者Bは、被告人宅において同棲関係にあった。Bは、被告人の居合わせている住居内において、客への麻薬の譲渡を行い、場合によっては、被告人のいる前で麻薬を小分けにしたりもしていた。また、Bによる覚せい剤の取引も、被告人の認識あるもとで、その住居内で行われていた、というものである。

これについて、原審は、「Bは、被告人の住居内で、譲渡するための薬物を小分けにし、重さを量り、保管していたことを認めているが、被告人は、最終的にはこれを黙認していたのである。そして、長期間にわたってBと客との間で取引が行われ、その間、かなりの量の調合された薬物が保管されていたことを考慮すると、結局、被告人は、Bの行為に同意しており、また、その住居を薬物取引のために自由に使わせていたということに疑いはない」として、被告人に、不法な薬物取引の幇助を認めた。

これに対して、92年7月決定は、次のように判示した。

「被告人の所為を、作為によって幇助したと見ることはできない。むしろ、非難は、被告人が最終的にBの麻薬取引を是認

し、さらにその取引の進展について、Bとの同棲関係を考慮し、黙認していたということに限定される。それゆえ、被告人は、もっぱら不作為に基づいて非難されるのである」。

「被告人の可罰性は、被告人が、Bの住居における麻薬取引の進展を、適切で期待される措置によって、法的に阻止しなければならないときに問題となる。しかし、被告人のBによる犯罪行為を阻止するという保障人義務は、Bとの個人的関係の内容に基づいて生じるものではなく、住居の居住者（Inhaberin der Wohnung）としての身分に基づいて生じるものでもない。住居の居住者が、直ちにその場所において第三者の犯罪行為が行われないよう法的に保障しなければならない、ということはない。確かに、住居が、その特別な性質あるいは状態のために、―外部から隔絶した領域として、住居内での出来事を認識されるのを防ぐという、住居としての性質、を超えたとする意味で―危険源として現れた場合には、住居が犯罪行為の実行を容易にすることになりえないよう保護、監督しなければならないという、住居の居住者の保障人義務は生じる。しかし、被告人の住居がこの意味で特別な危険源として現れているということは認められない」[27]として、原判決を破棄したのである。

③　住居の居住者と犯罪阻止義務の関係については、例えば、所有者が他人に物を貸した場合に、その物からの危険について、所有者は未だ責任を負うとする議論がある[28]。そして、これに対応するかたちで参考になるのが、連邦通常裁判所一九九二年九月三〇日決定[29]（以下、「92年9月決定」とする）である。すなわち、貸主についても、住居の危険源性に関する基準を適用したのである。

事案は、被告人は、自宅にあるガレージを正犯者W、Kに貸した。その後、Wらは、盗難車をガレージ内に運び込んだ上、その盗難車に、別の事故車の型標識や車台番号を取りつけ、車検証を手に入れた。そして、Wらは、そのようにして仕立てられた自動車を善意の買い手に売り渡した。被告人は、当初はそのことについて何も知らなかったが、後にWから、ガレージ内で行われていることを、またそれによって生活費を得ていることを、直接知らされた、というものである。

これについて、原審は、被告人が知らされて以降に、Wらが七台の盗難車に右記の措置を行ったことについて、これを許容したとして、文書偽造罪との所為単一となる、詐欺罪の幇助の成立を認めた。

これに対して、92年9月決定は、次のように判示した。

「被告人が不作為によってWらの犯罪行為を幇助したことの可罰性は、問題とならない。すなわち、その可罰性は、被告人がガレージ内における偽装行為を適切で期待される措置によって阻止するということが法的に義務づけられる場合に問題となる。しかし、これにはあてはまらない。つまり、確かに、被告人は、ガレージの貸与によって、Wらがそこで犯罪行為を行うことを可能にした。しかし、そのことから、行為の阻止に対する保障人義務は導かれない。すなわち、ある場所の貸主も、住居の居住者と同様に、直ちにその場所において第三者が犯罪を行わないよう法的に保障しなければならない、ということはない。もっとも、例えば、その場所が、特別な性質や状態のために危険源として現れる場合には、その場所が犯罪行為の実行を容易にすることになりえないよう保護、監督しなければならない。しかし、被告人宅のガレージが、この意味における特別な危険源として現れているということは認められない」と判示した。結論として、被告人の幇助の罪責を基礎づけることはできないとして、原判決を破棄したのである。

④　さらに、99年決定、85年決定と同様に、大麻の栽培の不阻止に関する事案である、カールスルーエ高等裁判所一九九七年七月二四日決定[30]（以下、「97年決定」とする）がある。

事案は、女性被告人とSは、九五年四月から一緒の家で生活を始めた。その際、住居の賃貸契約は両者の署名のもとで行われ、家賃も収入に応じて二人で支払われている。そして、同年半ば以降、Sは、被告人の認識と同意あるもとで、この住居において大麻を栽培し、また同様に、マリファナを入手し、自己使用をしていた。翌年一月、Sは、高さ四〇センチメートルになる、全部で二六本の大麻を取引した。それらは、それぞれ、数個の植木鉢に分けられ、観賞植物に似せてしつらえられていた。もっとも、栽培している大麻の大部分は、タオルでドアを密封し、特別な照明や排気設備を備えた、特に栽培のために用意した部屋にあった。さらに、Sと被告人の一緒の寝室で、五・二グラムのハシッシュが見つかった。このハシッシュは、Sが自己使用の目的で入手し、被告人の認識と同意のあるもとで、寝室のベッドの上で使用したものである、というものである。

これについて、原審は、被告人には、不法な麻薬所持との所為単一となる、不法な大麻の栽培の罪が成立するとした。

これに対して、97年決定は、「薬物の所持や栽培の構成要件については、禁じられた物に対する単なる認識や、事実上の作用可能性では不十分である。また、行為の片面的同意では、共

同正犯を認めるに不十分である。さらに、被告人が当該住居の共有者（Mitinhaberin）であったからといって、共同正犯の問題を考慮して、異なる判断を導くものではない。すなわち、判例は、法的義務を基礎づける特別な事情がつけ加わった場合にのみ、住居の居住者に、その場所で行われる法益侵害に対する刑法上の責任を負わせる。しかし、事実認定において、そのような特別な事情を読み取ることはできない。したがって、被告人に共同正犯を認めることはできない」とした。結論的には、幇助の可能性も否定した上で、原審を破棄し、差し戻したのである。

⑤　次に、ベルリン高等裁判所一九九八年七月一六日判決[31]（以下、「98年判決」とする）が挙げられる。

事案は、九二年二月、被告人はMに、F通りに位置する建物の五階にある部屋を貸した（そこには、階段の吹き抜けの上にある六階に、個別に出入りできるテラスがある）。九四年三月未明、未成年者であるK、P、Bが、Z駅にいたが、なかでもKは売春相手を探していた。おりしも、Mも性的行為のために少年を探していたので、その三人の少年に声をかけ、お金を得るために一緒に来ないかと誘った。少年たちはこれに同意し、F通りまでMについて行った。その際、まず被告人宅を訪ねた。ちょうど居合わせた被告人は、もともとMが少年を好む同性愛者であることを認識していたが、外見上、少年たちが一六歳に満たないことも認識していた。その後、Mは、KとPとともにテラスへ行って性的行為を行い、少年たちは、その都度、七〇ないし一〇〇ドイツマルクを受け取った。その間、被告人は自宅でBと談笑をしており、その際、Bは、自身が一四歳であると述べていた、というものである。

これについて、原原審は、被告人に、同性愛行為の罪の幇助との所為単一となる、未成年者の性的行為奨励の罪の成立を認めた。これに対して、検察、被告人双方が控訴したところ、原審は、検察の控訴を棄却し、原原判決を破棄した上、被告人を無罪とした。そして、さらに検察が上告をしたが、これを棄却したものが98年判決である。

まず、98年判決は、原審の事実認定に基づけば、被告人が作為により性的行為奨励の罪に該当するとは認められないとした。その上で、不作為による場合についても、「原審は、適切にも不作為による奨励も否定した。すでに、住居の居住者は、さらなる特別な事情を満たすことなく、その場所で脅かされる法益に対する保障人的地位に立つことはないとされている。このこ

とはまさに、本件のように、住居の居住者から賃貸され、さらにその住居とは隔てられた部屋で行われた法益侵害に対してもあてはまる」と判示したのである。(32)

⑥ 確認されるなかで、現在のところ最後に認められるのが、冒頭で紹介した、99年決定(33)である。繰り返しになるところもあるが、詳しく見ておくことにする。

事案は、女性被告人は、ひどく荒れて一部に柵の設けられた庭つきの住宅を借りていた。その後、九七年一月に、被告人は、正犯者Uを迎え入れるかたちで、被告人宅で同棲をはじめた。その際、Uは家賃の半分を負担している。同年五月半ば、Uは、一九本の大麻を、自ら荒地を整理し、保護のための金網も設けた庭の一部で栽培した。このことは、被告人の同意なく行われたのであるが、しかし、被告人自身は、その栽培を認識しながらも、同棲関係を考慮して黙認した、というものである。

これについて、原審は、Uに不法な大麻の栽培の罪が成立するとし、被告人をその幇助とした。

これに対して、99年決定は、「原審は、正当にも、被告人の幇助を作為によるものと認めてはいない。とりわけ、被告人は、その庭を、大麻の栽培を可能にするために自由に使わせてはいないのである。しかし、被告人を、不作為による不法な大麻の栽培の幇助とする原審の判断は、法的に維持できるものではない」として、次のように判示した。

「不作為による幇助は、被告人が、Uの大麻の栽培を、適切で期待される措置によって、法的に阻止しなければならないときにのみ問題となりうる。このとき、判例や学説の一般的見解に従えば、土地や住居の管理者・居住者（Inhaberschaft）であることから、直ちにその場所または土地における第三者の犯罪行為を阻止すべき義務が生じることはない。本件では、正犯者Uは、敷地の共有者であることから、すでに外部の第三者ではない。このことは保障人的地位の肯定を阻害する。つまり、Uは、すでに処分権限を有している庭で犯罪行為を行ったのである。保障人義務は、確かに、住居が、特別な性質あるいは状態のために危険源として現れる場合には、住居が犯罪行為の実行を容易にすることのないよう、保護、監督する義務として生じる。しかし、本件は、そのような例外的な場合にはあたらない。被告人宅の庭が柵に囲われていたからといって、それは庭に対して普通では行われないことではないので、犯罪の手段としての特別な意味をもたない。また、同様に、大麻の栽培は、住居やテラスなどの他の閉鎖的な場所でも行われうる。それゆえ、

土地や庭の性質は、特別な危険源を基礎づけるものではない。また、その土地や庭は、犯罪行為と特別の関わりをもつ状態でもない。したがって、土地の管理者が、その場所で第三者による犯罪行為が行われないように配慮しなければならないというわけではない。これに基づけば、被告人に、Uの犯罪行為を阻止すべき保障人義務は認められない」と判示したのである。

以上、82年判決以後において、住居の居住者と犯罪阻止義務をめぐる問題を検討した六つの事案を見てきた。

そこで認められるように、82年判決以後の判例では、確かに、82年判決が明らかにした、住居自体が危険源として現れる場合には義務が生じるとする基準は適用されている。しかし、そこで見られる基準の適用は、82年判決のように限定された場合にではなく、むしろ、住居の居住者の犯罪阻止義務をめぐる一般的な判断基準として適用されているように思われる。つまり、82年判決は、先に示したように、被告人が迎え入れたのではない外部の第三者からの危険について、被告人に回避する義務があるか否かについて検討し、結論として、犯罪阻止義務を認めるにあたっては、法的義務を基礎づける「特別な事情」が必要であり、そのような要件のもとでは、住居自体が危険源として現れる場合にも義務があるとしたものである。しかし、その後の判例は、むしろ、92年の両決定のように、同棲関係や貸主のような、いわば被告人が迎え入れた者による犯罪行為についても、はじめに、「特別な事情」が、住居の危険源性以外にあるかどうかの検討を加えることなく、直ちに住居の危険源性に関する基準だけを用いて判断し、その不存在を根拠に犯罪阻止義務を否定したのである。

実際上も、例えば、薬物取引の不阻止に関する92年7月決定は、犯罪阻止義務は「正犯者との個人的関係の内容から生じるものではない」[34]としている。しかし、このことは、82年判決が「特別な事情」を認め、犯罪阻止義務が肯定される例として挙げた、妻の堕胎に対する夫の不阻止という場合と矛盾しており、ここに、住居の危険源性に関する基準による一元的な理解が、ひとつ垣間見られる。さらに、99年決定は、「〔家賃の半分を負担している〕正犯者Uは、敷地の共有者であることから、すでに外部の第三者ではない。このことは保障人的地位の肯定を阻害する」[35]としている。つまり、99年決定は、住居の居住者の義務を、外部の第三者からの危険についてのみ検討し、さらに住居自体が危険源として現れる場合にのみ義務があると考えているものと思われる。これは、住居の居住者の犯罪阻止義務につ

いて、もはや、住居の危険源性以外にも「特別な事情」を認める、82年判決の可罰範囲を想定するものではなく、住居自体が危険源として現れる範囲のみで可罰性を認めようとする理解であると思われる。

このようにして、82年判決以後においては、住居の居住者の犯罪阻止義務について、住居自体が危険源として現れる場合にのみ犯罪阻止義務が認められると考えられ、その結果、犯罪阻止義務の否定される傾向が強くなるという展開が認められるのである。

5　まとめ

これまでに見てきた、住居の居住者と犯罪阻止義務をめぐるドイツ判例の展開は、次のようにまとめられる。

66年判決のころは、住居の居住者であることに基づいて、直ちに、その処分権限を有する場所内での犯罪行為に対して、広く犯罪阻止義務を認める見解が取られていた。これに対し、76年判決においては、自ら迎え入れた客に対する犯罪については阻止しなければならないとして、その根拠が示された。この意味では、66年判決と比較して、ひとつの限定が図られているようにも思われる。しかし、なお住居の居住者であることに基づいて義務が生じること自体は認められていた。

ところが、82年判決は、まず、住居の居住者としての身分から義務を認めることを否定する。その上で、居住者にその場所における犯罪の阻止義務を課すには、「特別な事情」が必要であるとし、その観点から、住居の居住者に犯罪阻止義務を肯定した過去の判例を整理した。そして、そのような過去の判例に認められる事情に加えて、住居自体が危険源として現れた場合にも、なお「特別な事情」が認められるとして、義務が生じるものとしたのである。

ただ、その後の判例においては、「特別な事情」が、住居の危険源性以外にあるか否かの検討を経ることなく、82年判決が示した住居の危険源性に関する基準が、広く住居の居住者をめぐる事例に適用され、その基準による一元的な判断がなされるようになった。

このようにして、住居の居住者をめぐるドイツ判例の展開においては、当初は、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務を認めていたものの、これが、住居自体が危険源として現れた場合にのみ犯罪阻止義務が生じるとする考えに発展し、その結果として、住居の居住者の犯罪阻止義務が否定される傾

向が強くなったのである。このような意味で、ドイツ判例において、住居の居住者の犯罪阻止義務は、「限定化」されたものといえるのである。[36]

このような判例の展開は、学説の理論展開に裏打ちされるかたちで進展した「限定化」である。そこで、次に、判例の展開の背景にある学説の展開を考察することにする。そのような学説の検討によって、判例の「限定化」の実質を明らかにしたい。[37]

(1) 「Inhaber」とは、所有者（Eigentümer）、占有者（Besitzer）、あるいは借主（Mieter）の場合などを含んだ、特定の権利について自由に使用する者を意味する（vgl. Duden. Deutsches Universalwörterbuch, 4.Aufl., 2001.）ことから、本稿では、住居については「居住者」、土地については「管理者」などと訳すことにする。ただ、原文では、「Inhaber」以外にも「Eigentümer」といわれたり、その対象も、「Wohnung（住居）」や「Gewalt（権限）」であったりするので、その都度、原語も添えておく（もっとも、住居の居住者と訳される「Wohnungsinhaber」については省略する）。しかし、そこでは、「Inhaber」に代表される、特定の場所を支配する者に対して、その場所内で行われている第三者の犯罪行為について課せられる犯罪阻止義務が問題となっているので、不作為による関与者が、「Inhaber」であっても、「Eigentümer」であっても、その区別に意味はない。また、本稿では、端的に、「住居の居住者」の犯罪阻止義務、と問題の提示をしているが、そこでは支配される対象としての場所を広く意味しているので、「住居」だけが問題となるわけではない。つまり、「住居の居住者」の犯罪阻止義務、というときには、土地などの住居以外の場所も広く対象に含まれている問題であることを確認しておく。

(2) NStZ-RR 2000, 119. = StV 1999, 212. (OLG Zweibrücken, Beschl. v. 14. 1. 1999.)

(3) BGHSt 30, 391. (BGH, Urt. v. 24. 2. 1982.)

(4) Tröndle/Fischer, Strafgesetzbuch, 49.Aufl., 1999, §13, Rdn. 12.

(5) NJW 1966, 1763. (BGH, Urt. v. 5. 7. 1966.)

(6) RGSt 58, 299. (RG, Urt. v. 10. 10. 1924.) 同じく飲食店経営者の犯罪阻止義務が問題とされている。事案は、被告人が自己の経営する飲食店に出向いたところ、正犯者が、盗品である食器類を販売のために店内に並べていたというものである。これについて、ライヒ裁判所が、「原審は、被告人が飲食店許可の代表者として盗品の陳列に店内を自由に使用させたということにつき、盗品取引（Absatz）への関与を認めた。すなわち、正犯者の店内

における盗品販売を許容することにより、作為によって（taing）取引に関与したと認めたのである。しかし、仮に被告人の所為が、放置したこと、すなわち介入の不作為にしか認められなかったとしても、可罰性は基礎づけられる」とした。「その際、不作為による盗品取引の関与は、介入の法的義務が認められる場合に肯定されるが、そのような法的義務は、住居権に基づいて生じるものではなく、営業法（Gewerbeordnung）に基づいて生じる」として、結論的に、飲食店の経営者は盗品の取引に対して介入しなければならないと判示している。

（7）また、66年判決は、原審と同じく被告人を共同正犯としたが、これについて次のような見解を示している。すなわち、上告論旨が、このような事案では原則的に幇助としての可罰性が問題となると主張したのに対して、「そのような考え方は判例の見解と相容れない」とし、「数人の者が共同して、異なった方法でもって惹起することが可能である。つまり、禁止された行為によっても、義務に反した不作為よっても、あるいは、行為や行為結果に対する内的態度（意思方向（Willensrichtung）、行為支配、行為結果による利益、自己の構成要件実現の範囲）に従って、共同正犯、教唆、幇助として、それぞれ惹起することが可能である」とする。また、正犯と共犯を区別する意思方向は、関与者の単純な内部的事実ではなく、彼の表象を含むすべての事情を基に評価されるものであるとしている。

この66年判決の示した正犯と共犯の区別に関する見解について特に検討し、肯定的に理解する見解として、内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学三四巻三号（二〇〇一年）四〇頁以下。これに対して、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（一九九四年）四四頁以下も、これについて検討するが、批判的である。

（8）Kristian Kühl, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 2000, S.692. は、「〔66年判決が示した〕法的義務が、住居の居住者にも転用された」とする。

（9）BGHSt 27, 10. (BGH, Urt. v. 6. 10. 1976.)

（10）もっとも、原審が被告人を正犯としたことの根拠は明らかではない。しかし、76年判決は、この原審の判断について、もし被告人に不法領得の意思が欠けているのだとしたら、幇助としてのみ可罰的であるし、反対に、不法領得の意思が認められるのであれば、正犯か幇助かが検討されるべきであるのに、原審は被告人に不法領得の意思があるか否かを確認していないとして、行為側面の不十分な認定に基づき、原判決を破棄している。

神山・前掲註（7）二四頁は、この76年判決の見解について、「BGHは、不作為による正犯と幇助の区別は、本件のごとく領得犯においては、自ら領得する意思又は

第三者に領得せしめる意思があるか否かによってなされるとしているが、構成要件上、領得意思がなければ正犯として処罰されないことはいうまでもないので、ここではことさらに限界理論を展開する必要はなかった」としている。

(11) A.a.O. (Anm. (5)), S.1763.

(12) ここでは、「法秩序が住居の保護について特別な拒否権限（Abwehrbefugnis）を認めているということに基づいて、住居の居住者の義務が生じるかどうかは明らかではない」との疑問から、住居の居住者に何ゆえ義務が課されるのかについて、検討をはじめている。ここで指摘されている見解は、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務を認めるにあたっての根拠を示す学説のひとつである。76年判決は、このような学説に疑問を投げかけた上で検討を進めたのである。なお、この学説については、本稿・三の1において詳しく考察する。

(13) 参考に、76年判決を引用した判決として、NJW 1981, 182. (OLG Stuttgart, Beschl. v. 17. 9. 1980.) がある。事案は、友人が被告人宅で麻薬を使用した結果、意識を失い死亡したことをめぐる、不作為単独正犯に関するものである。このとき、医者を連れてくるなどの救助措置を取らなかった被告人について、「確かに76年判決は、自ら迎え入れた場合に保護の義務を認めているが、しかし、本事案は、他人に侵害された場合でなく、自分で危殆化をもたらしたものであるから、76年判決の法解釈には影響されない」とし、結論として作為義務を否定している。

(14) わが国の判例においては、「信頼関係」に基づき犯罪阻止義務を肯定したものはある。すなわち、不動産侵奪罪の幇助を認めた、大阪地判昭和四四年（一九六九年）四月八日判時五七五号九六頁が、「被告人と地主との間には、被告人が本件土地に隣接して居住し、地主から本件土地の一時的自己使用を黙認され、また、買手、借手の問い合わせにつき通知を依頼されていたという信頼関係」があることに基づいて（さらに先行行為も根拠として）、被告人に犯罪阻止義務を認めている。

(15) Vgl. Rudolphi/Horn/Samson/Günther/Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 1997, §13, Rdn.37.

(16) Wolfgang Naucke, JR 1977, S.290.

(17) 76年判決に関する評釈としては、後の検討で挙げるものもあるが、その他に、Winfried Hassemer, JuS 1977, S.266. がある。

(18) もっとも、82年判決以前にも、住居の居住者の犯罪阻止義務が否定された事案はあった。例えば、NJW 1954, 285. (OLG Schleswig, Urt. v. 21. 10. 1953) は、被告人宅に雇い入れたお手伝いの少女が、被告人宅で堕胎をするの

を阻止しなかった事案であるが、しかし、ここでは、法的にも契約上も阻止する義務はないと判示し、住居の居住者として義務が発生することを論じてはいない。

(19) A.a.O. (Anm. (3)), S.393.

(20) A.a.O. (Anm. (3)), S.393ff.

(21) ドイツ刑法一三条は、不真正不作為犯について、次のように規定している。「第一三条（不作為による犯行）①刑法の構成要件に属する結果を回避することを怠った者は、その者が結果の発生しないことにつき法的に義務を負う場合であって、かつその不作為が作為による法律上の構成要件の実現に準ずる場合に限って、本法により可罰的となる。②刑は、第四九条第一項により、これを軽減することができる。」（法務大臣官房司法法制調査部編「ドイツ刑法典」法務資料四三九号（一九八二年）を参考にした）。

(22) ドイツ連邦共和国基本法一三条は、次のように規定している。「第一三条　①住居は、侵されることがない。②捜索は、ただ裁判官によって、又は、急迫した危険のある場合においては、法律によって定められた他の機関によっても、命ずることができ、かつ、法律の定める形式によってのみ、行うことができる。③干渉と制限は、右のほか、個人に対する共通の危険又は生命の危険を防衛するために行うことができ、また、公共の安全と秩序に対する急迫する危険を防止するためにも、特に住居の欠乏を除き、伝染病の危険を防止し、又は要保護少年を保護するために、法律の根拠に基づいて行うことができる。」（憲法調査会事務局編「ドイツ連邦共和国基本法」憲資・総五四号（一九六一年）を参考にした）。

また、ドイツ刑事訴訟法は、次のように規定している。「第一〇二条（被疑者に関する捜索）正犯若しくは共犯又は犯罪庇護者、犯罪隠匿者若しくは贓物犯人として嫌疑を受けている者については、その逮捕を目的とするとき、又は証拠を発見する見込みがあるときは、住居その他の場所又は身体若しくは所有物につき捜索をすることができる。第一〇三条（被疑者以外の者に関する捜索）①前条以外の者については、被疑者の逮捕、犯罪の証跡の追及又は特定の物の差し押さえを目的とし、かつ被疑者、証跡又は物が捜索しようとする場所にあることを推測させるに足る事実があるときに限り、捜索を許すものとする。刑法第一二九条aの罪又は同条に掲げる罪を行ったことを疑うに足りる強い理由がある被疑者の逮捕を目的とする場合には、被疑者がある建物に滞在していると認める根拠となる事実があるときは、その建物内のすべての住居ないし居室を捜索することができる。②前項第一文の定める制限は、被疑者を逮捕した場所又は被疑者が追跡中に立ち寄った場所には、これを適用しない。

第一〇四条（夜間の家宅捜索）①夜間においては、住居、事務所又は囲繞地の捜索は、現行犯を追跡するとき、緊急を要するとき又は逃走した被拘禁者の再拘束のためにするときに限り、これを行うことができる。②前項の制限は、夜間でも公衆が出入りできる場所及び刑余者が宿泊若しくは集合し、犯罪により取得した物を保管し、又は賭博、違法な麻薬・武器の取引若しくは売春の巣窟として警察が認知している場所には適用しない。③夜間とは、四月一日から九月三〇日までは午後九時から午前四時までの間、一〇月一日から三月三一日までは午後九時から午前六時までの間をいう。」（法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑事訴訟法典』（二〇〇一年）を参考にした）。

(23) Hans-Joachim Rudolphi, Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen ?, NStZ 1984, S.154. は、82年判決は過去の判例から「方向転換」をしたとしている。

(24) この意味で、82年判決は、未だ「限定化」の途上にあるものと考えるのであるが、82年判決がすでに過去の判例に対して「限定」をなしているものと理解する見解として、Bernd Schünemann, Die Unterlassungsdelikte und strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96, 1984, S.309, Anm.73.; Georg Küpper, JA 1983, S.472.; Kühl, a.a.O. (Anm. (8)), S.693.

(25) StV 1986, 483. (OLG Zweibrücken, Beschl. v. 3. 7. 1985.)

(26) NJW 1993, 76. (BGH, Beschl. v. 31. 7. 1992.)

(27) 92年7月決定の評釈として、Harro Otto, Jura 1993, Heft8, Jura-Kartei, StGB, §13/20. がある。

(28) Vgl. Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26.Aufl., 2001, §13, Rdn.48f. ここでシュトレーは、物を第三者に引き渡したとしても、その物が所有者の経済的領域にある以上、所有者としての地位や、それに伴う責任は終わらないとする。

(29) wistra 1993, 59. = StV 1993, 25. (BGH, Beschl. v. 30. 9. 1992.)

(30) NStZ-RR 1998, 27. (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 24. 7. 1997.)

(31) NJW 1998, 3791. (KG, Urt. v. 16. 7. 1998.)

(32) 98年判決の評釈として、Harro Otto, Jura 1999, Heft7, Jura-Kartei, StGB, §13/28. がある。

(33) A.a.O. (Anm. (2)), S.119.

(34) A.a.O. (Anm. (26)), S.76.

(35) A.a.O. (Anm. (2)), S.119.

(36) Günther Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Studienausgabe, 1993, S.808. も、「今ではもちろん限定されている」としている。

(37) 刑事判例上、住居の居住者の犯罪阻止義務をめぐる事

案で、「特別な事情」を認めたものは確認できないが、連邦憲法裁判所が、間接的にそれを肯定したものは認められる（NJW 1998, 50. (BVerfG, Beschl. v. 10. 6. 1997.)）。事案は、大使館で一時的に預かった、爆弾の隠されたカバンが、実際にテロに使用され死傷者を出したというものである。これについて、不作為の責めを問われた被告人たる大使に対して、カールスルーエ高等裁判所が認めた勾留命令の適否が問題となった。その際、連邦憲法裁判所が、同高裁による、大使館建物の支配権限だけでなく、特別な事情をも考慮した保障人的地位による基礎づけに、異論はないとしたものである。

また、民事判例上、特別な事情を認めたものとして、NJW 1983, 2946. (OLG Karlsruhe, Urt. v. 18. 3. 1983.); MDR 1998, 161. (LG Karlsruhe, Urt. v. 14. 11. 1997.) がある。前者は、原告が被告の家の前に自動車を駐車していたところ、被告宅の屋根からの落雪のため、自動車に損害が生じたことにつき、原告が、被告には落雪を防止する措置を講じなかったことによる安全配慮義務（Verkehrssicherungspflicht）の違反があるとして訴えた事案である。これについて、カールスルーエ高等裁判所は、「このような義務の存在に決定的であるのは、むしろ、地方の特殊性や天候状況、家屋の性質及び交通のあり様といった、場合によった具体的事情（Verhältnisse）である」とし、「地方の慣例が重要な役割を果たす」としている。このことから、「雪の多い地域では交通関与者と落雪による危険が密接となることが考慮されるが、雪の少ない地域では、直ちに住居の所有者が落雪に関する安全配慮措置を取ることは求められない」とした。もっとも、この見解は、「過去の道路使用者をめぐる原則と一致しないことになるが、しかし、かつての見解では、実際上すべての事案について責任を課されることになる」と批判する。したがって、「安全配慮義務の根拠づけに必要なのは、むしろ個々の場合の特別な事情（besondere Umstände）であって、このような事情は当該事案において示されていない」として、原告の訴えを斥けたのである。なお、後者は、同様の事案について、前者の見解を踏襲したものである。

三　「限定化」の理論的背景

これまでの、住居の居住者と犯罪阻止義務をめぐるドイツ判例の考察によって、判例が、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務を認めるとする考え方から、住居自体が危険源として現れた場合にのみ義務が発生するとする考え方に発展し、

その結果、住居の居住者の犯罪阻止義務が否定される傾向が強くなるという、「限定化」が認められた。

そこで、ここでは、判例の展開を支えた学説の展開を考察することによって、判例の「限定化」の理論的背景を明らかにし、その実質を考察したいと思う。

1　住居の居住者であることから犯罪阻止義務を認める見解

先に見たように、66年判決は、被告人が飲食店を営んでいたということに基づき、「被告人が処分権限を有する場所内の秩序に配慮しなければならない」[1]として、被告人の支配するその店内における第三者の犯罪行為に対して阻止する義務があるとした。また、76年判決は、66年判決を参考にして、「住居の居住者にも適切な義務が課せられる」[2]としている。つまり、両判決とも、犯罪行為が行われている場所のインハーバー（Inhaber）であることから犯罪阻止義務を認めているのである。

これらの判例で示されているような、住居の居住者をはじめとした、特定の場所に対する責任ある地位に基づいて、その場所で行われている第三者の犯罪行為を阻止する義務を肯定することは、その居住者としての身分に基づく形式的な根拠づけのようにも思える。しかし、その実質的な理由づけが、学説において明らかにされている。

そのひとつとして、一九七六年に明らかにされているシュトレーの見解が挙げられる。すなわち、シュトレーは、「法共同体（Rechtsgemeinschaft）は、住居の平穏に特別な保護を予定し、公の機関による干渉は特別の留保に服するとしていることから、他方で、住居権を有する者（Inhaber des Hausrechts）には、彼の影響のもとにある場所での秩序に配慮することを期待してよい」[3]としている。それゆえ、住居の所有者（Eigentümer eines Hauses）は、窃盗犯が、その住居内に警察の捜査から免れるために盗品を隠していることについて、介入する義務があると例示している。また、旅館の経営者も、客室で盗品の取引が企てられている場合には介入の義務があるとしている。このような考えから、66年判決についても、肯定的に評価しているのである。[4]

また、（メッガー＝）ブライも同様に、「自己の住居領域における犯罪行為に対する義務は、犯罪の防止を職務とする公の機関の影響可能性が、憲法上の規定もあって著しく制限されている、という事情に対応している。つまり、住居の平穏が保護されている領域において、秩序に配慮するという適切な義務なし

では、このような法の享受はありえないからである」としている。そして、この根拠に基づいて、正当防衛上の侵害者（結果としての被害者）に対する（不作為単独正犯としての）保障人義務は、確かに先行行為に基づいて課すことはできないが、しかし、被侵害者の住居で起こったということから、事実的にも法的にも他の救助の可能性が著しく制限されているので、住居の居住者に義務を課することができるとしているのである。(5)

さらに、プライゼンダンツも、住居やその他の閉鎖的な場所に対する場所的支配（Raumherrschaft）に基づく責任があるとする。このとき、そのような場所的支配によって導かれる保障人的地位は、少なくとも場所の所有者（Inhaber der Raumlichkeit）からの招待を受けて迎え入れられた者に有利であるように判断されるべきであるとする。すなわち、「他人の住居に、その住居の居住者の招待に基づいて訪れた者は、その住居内においては、重大な危険について味方になることを信頼してよい。それゆえ、住居の居住者は、住居内において客が殺害されるなどの危険がある場合には、介入する義務がある」とし、76年判決と同様の見解を示している。ただ、その一方で、介入を義務づけられることが、このような場合に限定されるべきではないとも主張する。つまり、「法が、一方で、住居の不可侵性を保障しているということから、その反面、場所について権限を有する者（Inhaber der Raumgewalt）に対して、支配領域内において犯罪行為が行われないように配慮するという、高度な義務が生じる」としている。このような見解の例示として、世帯主（Haushaltsvorstand）が、家族の構成員（妻、娘、家事手伝いの女性など）が住居内において不法な堕胎を企てているのを、故意に黙認した場合には、堕胎幇助として可罰的であるとしている。また、同様に、家主（Hausherr）が、その土地に警察からの追跡を免れるために盗品が隠されていることを黙認した場合にも、幇助が肯定されるべきであるとしている。(6)

同様に、ボッケルマンも、所有者（Eigentümer）や占有者（Besitzer）、管理者（Verwalter）、監視人（Bewacher）は、彼らのもつ住居や自動車、建物などの場所（Räumlichkeit）において発生した危険を回避する義務を有するとしている。すなわち、「被害者に関係なく彼に危険が発生したのであれば、その地位のために、可能である限り救助の介入をしなければならない。彼が有している独占的地位（Monopol）は、彼のもつできる限りの可能性を、危険にさらされた人のために使用する義務を基礎づけるものである」としている。そして、その例示として、不作為単独正犯の事例であるが、沖に出た船では、船員は

盲目の人に食料を差し出さなければならないとしている。また、そのような見解に基づいて、「他人を客として住居内に迎え入れた者は、客の保護も意のままにできるのであるから、重大な危険について味方にならなければならない」として、76年判決を肯定的に評価している。(7)

さて、これらの見解は、76年判決や82年判決が、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務を認める見解として引用したものである。(8)

これらの見解でも見られるように、確かに、法律上は、住居に対して特別な保護が認められているように思われる。すなわち、ドイツ基本法一三条一項は、住居の不可侵性を規定し、法的権限に基づいてのみ、国家機関は権利者の意思に反して住居に立ち入ることができるとしている（ドイツ基本法一三条二項、三項、及びドイツ刑訴法一〇二条以下）。また、ドイツ刑法上も、一二三条の住居侵入罪において、居住者の意思に反してその場所に滞在することの可罰性を明らかにすることによって、居住者の住居権を保護しているし、二四三条一項一号も、閉鎖的な場所からの窃盗については、特に重く処罰している。さらに、三〇六条二号も、現住建造物の放火について可罰性を認めている。(9) シュトレーや（メツガー＝）ブライなどは、このように、法が住居に対して特に厚く保護していることにより、公の機関からの介入の可能性が減少していることを考慮して、その保護の反射的効果として、自己の住居における秩序に配慮する責任があり、その居住者には、自己の支配領域内にある特定の危険源に対する責任に基づいて作為義務が生じる場合があるとしたのである。(10) そこでは、自己の住居内での第三者の犯罪行為も、住居内にある特定の危険源のひとつとして数え、犯罪行為に対する阻止義務も、そこに含めたものと思われる。

これに対して、ベルヴィンケルは、法の規定や住居の居住者の保護からだけでは、適切な義務は読み取れないとの疑問を示した。(11) その上で、別の観点に基づいて、住居の居住者であることから犯罪阻止義務を肯定する見解を明らかにしている。すなわち、そのような法規定は、むしろ、住居の居住者の社会生活における役割の重要性を指し示すのみであるとし、ただ、そのような法の保障によって、住居という場所的社会的な支配領域が自己責任に委ねられているとすることは可能であるとする。そこで、どのような義務がそこから生じるのかは、住居の役割の解明によって明らかになるとして、検討をはじめた。

結論として、ベルヴィンケルは、次のような根拠を明らかにする。すなわち、共同体が、広範囲に住居領域（Wohnungs-

sphäre）に対する介入可能性を放棄するとき、住居の居住者には、住居内における社会的平穏を保持すること、つまり、（共同体にとって価値のある）社会的な財（Sozialgüter）を保護することが割り当てられるとする。すなわち、分業された個々の社会的機能、ここでは住居の居住者（住居という場所的社会的領域の支配者）の社会的役割が重要であると理解する。ただ、このような役割は、さしあたり、住居内にある（重要な社会的な財としての）すべての法益を保護することを内容とする社会倫理的義務（sozialethische Pflicht）にすぎない。そこで、どのような場合に法的義務となるのかが問われるが、そのために、共同体に対する社会倫理的義務に特別な重要性をもつに至らせる、客観的な評価要素が求められるとする。そして、このとき、刑法自体が二三四条一項と三〇六条二号を規定していることが重要な示唆を与えるとする。すなわち、それらの規定では、結果の実現によって、住居を含む家屋やその他の閉鎖的な場所の有している、人や物に対する保護機能が侵害されるということが要件とされている。このことから、刑法自体がすでに、人や物に物的な保護を与えるという、住居としての場所の意味と目的を明らかにしているとする。そこで、そのような場所の支配者としての住居の居住者は、法益客体が侵害されないようにするという社会的機能の意味において支配を及ぼしているとし、そのような法益客体に対する物的保護の存在が、法的義務として区別させる客観的評価要素であると理解するのである。(12)

つまり、ベルヴィンケルは、シュトレーや（メツガー＝）ブライなどの示すような、法が住居に特別な保護を与えることで、公の機関の介入可能性が制限されることの反面として、住居の居住者に犯罪阻止義務を認めるのではなく、そのように法が住居に対する保護を与えていることから、住居の居住者に役割としての義務が認められ、また、その役割から発生する義務は、法が住居に保護機能を認めていることから法的義務であると考えたのである。このようにして、住居の居住者の犯罪阻止義務を肯定しうるとしている。

ただ、シュトレーや（メツガー＝）ブライなどのように、法が公の機関からの介入について住居に特別な保護を与えていることに基づいて、住居の居住者に犯罪阻止義務を認めたとしても、あるいは、ベルヴィンケルのように、住居の居住者に社会的な役割を与えられていることから犯罪阻止義務を認めたとしても、いずれにせよ、他人の介入の可能性を減少させるという、住居の閉鎖的・排他的な特徴に着目して、住居の居住者に、すべての犯罪行為に対する阻止義務を認めているのである。(13) した

がって、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務を認めるということの実質的な根拠は、この住居のもつ閉鎖的・排他的な特徴にあると考えられるのである。

2　住居自体が危険源である場合に犯罪阻止義務を認める見解

しかし、そのような根拠をもつ、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務が生じるとする見解に、転換を迫るときがくる。すでに76年判決が、「法秩序が住居の保護について特別な拒否権限（Abwehrbefugnis）を認めているということに基づいて、住居の居住者の義務が生じるかどうかは明らかではない」[14]として、住居の居住者に犯罪阻止義務が認められることの根拠の検討をはじめているし、82年判決も、同様にそのことには疑問を示している。このような判例における否定的な評価には、学説の影響が窺える。

まず、シューネマンは、住居権者（Hausrechtsinhaber）の保障人義務を、犯罪の防止を職務とする公の機関の介入可能性が住居領域において著しく制限されていることに基づくとする見解[15]について、次のように批判している。すなわち、ドイツ基本法一三条三項に規定されているように、住居権の保護は、差し迫った危険やすぐ間近に迫った犯罪行為に際しては認められないので、住居の不可侵性に基づく権利は、確かに典型的な拒否権ではあるが、このような権利の変容があるために法的根拠とはならないとしている[16]。また、ベルヴィンケルに対しても、そのような社会的支配では、その不作為の、作為との同価値性を基礎づけられないと批判している[17]。そして、結論的には、住居の居住者に、客に対する第三者の犯罪を阻止する保障人義務を認める判例には大いに疑問があるとし、そのような義務のために、住居の居住者が「警察官の役割を果たすべき者（Hilfspolizist）」とみなされるのは到底納得のいくものではないとしている[18]。

また、シュトレーも、一九八〇年に明らかにしている見解では、それまでの見解を改めて、特定の場所に対する処分権限を有する者が、その場所で行われている犯罪行為を阻止しなければならないというような、場所に対する責任ある地位に基づいて法的義務を認める見解は、「広きに失する」としている。さらに、特定の支配領域に対する権限だけでは、権限を有する者（Gewaltinhaber）に秩序維持者としての義務を認める十分な根拠とはならないとも批判している。そして、批判の対象となっ

ている見解を支える、住居の平穏に対する特別な保護により他人の介入可能性が著しく制限されているからという根拠[19]に対しても、例えば飲食店で襲われた客は、場合によっては、人里離れた道路上で襲われたときよりも、すみやかに他人の救助を受けることができるとして、一概に住居について介入可能性が制限されているとはいえないと批判するのである[20]。

他方、「信頼根拠」によって、住居の居住者の犯罪阻止義務について「限定化」の兆しを見せた76年判決に対しても、批判がなされている。例えば、テンクホフは、住居の居住者が信頼されていたということは、それだけでは保障人的義務を正当化することに十分ではないとしている。すなわち、事実状況を取り出すからには、可罰性を限界づける基準に関わる問題とすべきであり、つまり、「先行行為」や「親密な共同体関係」に基づく保障人的地位を基礎づけるに足る必要条件に行き着くものでなければならないとすることから、「信頼根拠」は保障人的地位を認めるに十分な条件と評価しえないと批判する[21]。また、ナオケも、76年判決の基礎づけでは、成立範囲に拘束力がないので、保障人義務の違反による刑法一三条の適用が広きに失することになると批判している[22]。さらに、シューネマンも、一時的に客を迎え入れることは、親密な生活共同体の意味における保護機能についての引受けを意味しないとして、76年判決を批判している[23]。

このように、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務を認める見解の根拠に対しては、法規定を根拠にすることの不当性が指摘され、また実際上の可罰範囲が広くなると批判された。このようにして、住居の閉鎖的・排他的特徴は、犯罪阻止義務を認める根拠としての意味を失うことになったのである。また、76年判決に対しても、その根拠の不明確性ゆえに批判されている。このような批判は支持を得て、現在では、住居の居住者であることに基づき犯罪阻止義務を認める見解は否定される傾向にあるとされている[24]。

さて、このような批判を経て、住居の居住者の犯罪阻止義務をめぐる理論が進展することになる。

まず、シューネマンは、次のような見解を明らかにする。すなわち、例えば、ベルヴィンケルが、住居という社会的支配領域（sozialer Herrschaftsbereich）に基づいて、住居内にあるすべての物的な法益客体に対して保障人関係があるとし、また、判例も、世帯主（Haushaltungsvorstand）に、住居やその他の支配している場所における第三者の犯罪行為を阻止する一般的な保障人義務を認めているということからすると、住居の居住者に

その住居における第三者の犯罪行為を阻止する義務があるとする考え方は、広く認められているものとする。しかし、そのように、住居が居住者の社会的な支配領域として現れるということ自体は、その不作為の、作為との同価値性を満たすものではないとする。そこで、むしろ、作為との同価値性が認められるためには、住居が、結果を導く要因としての「結果原因（Grund des Erfolges）」として判断されうるかどうかが問われなければならないとするのである。そこから、住居と犯罪行為との間に特別な関係が必要であるということを前提に、結論として、犯罪阻止義務が認められるためには、「住居が、そこで犯罪が行われたという単なる現場ではなく、むしろ、その特性のために、犯罪の具体的経過において特定の役割を果たしている必要がある」とする見解を明らかにしたのである。[25] そして、それが認められる場合の例示として、被害者が殺人者から逃れようするのを、鍵のかかった家のドアによって阻まれた場合には、その住居の鍵のかかった状態（Abgeschlossenheit）が、居住者の支配領域にある危険源として現れているので、保障人義務が生じるとしている。また、以上のことから、場所に対する支配は、その場所にある危険源からの危険に対する義務は発生させても、犯罪一般に対する阻止義務を発生させるものではないとしている。すなわち、家主（Hausherr）がパーティーを開いたときに、いかがわしい客が他の客の札入れを抜き取ろうとしたり、あるいは女性の首からネックレスをはずそうとするのを、家主が目撃した場合、何の呼びかけもしなかったとすれば、被害者を危険にさらすことになるかもしれないが、それは決して犯罪になるものではないとしている。[26]

このようなシューネマンの見解は、学説上、大きな影響を与えるものであった。すなわち、例えば、ルドルフィーは、住居の居住者も、その住居内における第三者の犯罪行為を保障人として阻止しなければならないとするものの、しかし、このような保障人的地位は、監督・命令権限に基づく第三者の行為に対する責任によって基礎づけられるものではないとする。その上で、住居自体が居住者によって監督されるべき危険源として現れることによって基礎づけられるとし、結論的に、シューネマンのいう「住居が、そこで犯罪が行われたという単なる現場ではなく、むしろ、その特性のために、犯罪の具体的経過において特定の役割を果たしている必要がある」とする見解を支持するのである。[27]

シュトレーも、先に述べたように、それまでの見解を改めて、「支配領域が、犯罪行為の実行あるいは犯罪結果の確保に対し

て決定的な要素となっている場合」に、犯罪行為に介入するという特別な法的義務が導かれると主張した。その例示として、窃盗犯が他人の住居を盗品の隠し場所として利用していた場合や、客室が犯罪の取引に利用されていた場合、あるいは、権限を有する者（Gewaltinhaber）がその場所において違法な妊娠中絶が行われるのを黙認した場合、さらには、住居の所有者が、隣家に対する犯罪行為の実行を望んで、隣家への侵入を可能にするために玄関のドアを閉めなかったという事案のように、ある住居が隣家に対する犯罪の実行の開始現場として決定的な意味を有している場合[28]には、その住居は犯罪行為に対して本質的な要素であるとみなされるとしている。また、シューネマンと同様に、単に支配領域内で犯罪行為が行われているにすぎない場合には、介入についての特別な法的義務は生じないとしている[29]。

また、イェシェックも、かつての判例のなかには、特定の場所に対する責任ある地位に基づいて、支配領域内での犯罪に対する阻止義務を認めたものもあったとしながら、しかし、このような保障人義務は、住居自体が、その性質あるいは状態のために犯罪行為に利用されている場合にのみ根拠づけられるとしている。その例示として、まず、ある者が支配権限を有する場所が、犯罪者の逃げ場として、犯罪の実行の準備場所として、あるいは隠し場所として利用されていた場合が、これにあてはまるとする。そして、さらに、住居の形状によって、被害者に対する侵害が容易になった場合や、被害者の抵抗や逃走が困難になった場合も、これにあてはまるとしている[30]。

その他にも、例えば、テンクホフが、住居内で犯罪行為が行われた場合に、その住居の特性によって犯罪の実行が容易になりえた場合には、その住居が危険源として現れるので、第三者に対して危険が生じないよう保護しなければならないとしている[31]。

以上のような学説の展開を受けて、82年判決は、具体的にシューネマンらの見解を参考としながら、「住居の居住者としての身分にのみ基づく保障人的地位は、学説上も一般的に否定されている」とし、さらに、「住居の居住者の保障人義務は、住居が特別な性質あるいは状態のために危険源として現れる場合に、住居が犯罪の実行を容易にする手段となりえないよう、保護、監督する義務として生じる」として、住居の居住者の犯罪阻止義務は住居の危険源性に基づくとする見解を受け入れたのである[32]。そして、学説上も、このような判例の受け入れは、「喜ぶべき限定化と、不作為の可罰性の具体化である[33]」として、

肯定的に評価されている。

また、わが国の学説においても、このようなドイツの学説・判例の展開について、飲食店の店主は、犯罪行為から客の安全を保護する役割まで引き受けてはいないし、法令もそれを強制していないとし、また、管理者は、その場所自体が、生命・身体を侵害する危険を有する場合には、その管理機能から第三者の生命・身体を保護すべき義務が導かれるが、管理している場所における他人の犯罪行為を阻止する義務は、管理機能自体からは導かれないとして、肯定的に理解する見解が認められる。[34]

ただ、82年判決による過去の判例への評価と、学説によるそれとでは異なりを見せている。つまり、82年判決は、先にも明らかにしたように、住居の居住者に犯罪阻止義務を認めてきた過去の事案についても、「特別な事情」の観点から、整合的な理解を示している。しかし、これに対して、学説上は、あくまでも住居自体が危険源として現れる場合にのみ義務が生じるということを前提として、飲食店自体は危険源ではないから、飲食店の主人が店内における盗品取引を阻止する義務はないとしたり、飲食店内における傷害を放置した場合には、刑法三二三条cの救助義務違反に基づいてのみ可罰的であるとする。あるいはまた、他人を住居内に迎え入れたことによって保障人的地位が根拠づけられることには疑問があるとされている。[35]すなわち、このような学説上の見解は、むしろ、「特別な事情」が住居の危険源性以外にあるか否かの検討を経ることなく、住居の危険源性に関する基準による一元的な判断がなされるようになった、82年判決以後の判例の展開に親しむものである。

3　住居の危険源性に基づく見解を批判する見解

以上のような展開の一方で、そのような学説に対して批判的な見解も認められる。すなわち、ラントシャイトは、有力な見解は、ある場所（Räumlichkeit）が、その性質や状態のために、犯罪行為に（例えば、犯罪者の逃げ場や盗品の隠し場所として）利用されたり、犯罪行為に対して決定的な要素となっていたり、あるいは犯罪の具体的な経過において特定の役割を果たしている場合に、危険源として現れるので犯罪阻止義務が発生すると考えているが、[36]しかし、実際上、犯罪の核心に、積極的に法益侵害行為をなす故意行為者がいる場合に、その場所の特別な性質や状態が、場所の権限を有する者（Rauminhaber）の可罰的責任と、決定的なつながりをもつものであるのかには疑問があるとしている。

その際、まず、何が住居としての危険源たりうるのかについて検討する。このとき、例えば、殺人者のもとで死の恐怖に怯える被害者が、大きな声で助けを求めて叫んでいたのに、住居の前を歩く人には、その住居に防音ガラスが備えつけられていたために聞こえなかったという場合には、その防音ガラスが、犯罪の具体的経過における危険な要素として現れているとする。しかし、事案が堕胎の場合には、その住居の特別な性質あるいは状態は、堕胎に対する決定的な要素たりえないとし、むしろ、水道が自由に使える場所であるということが、堕胎の実行を容易にしたといえる。だとするならば、駅のトイレでもなしうるとする。そこで、ラントシャイトは、そうであるのに住居で犯罪が行われるということ、すなわち、犯罪現場として適切ならしめる住居の決定的な性質は、他人の視線や介入から、犯罪者が保護されうるという、閉鎖性にのみあると理解するのである。

しかし、ラントシャイトは、それでもなお、どのような基準によって、危険源となる場所の性質や状態が特徴づけられるのかが明らかでないと批判する。すなわち、例えば、飲食店は人の出会いの場であって、疑いを向けられることなく訪れることができるから、腕時計のような盗品の交換場所としてよく利用される。ところが、一六世紀のマリア像をカフェテラスで取引することは、否応なく人目を引くことからなされることはなく、この場合には、第三者の目の届かない、奥まった飲食店などが適切であるとする。つまり、ここでは、奥まった部屋の閉鎖性が利用されているとしている。しかし、ラントシャイトは、この奥まった部屋の「特別な性質あるいは状態」は、どこの場所にでも内在する、ありふれた閉鎖性であって、特に危険源として判断されるものではないと批判するのである。

このようにして、ラントシャイトは、82年判決が示した、場所の特別な性質あるいは状態の基準は、内容のないものと結論づけ、批判するのである。[37]

4　まとめ――「限定化」の実質

ドイツ判例における「限定化」の理論的背景として、これまでに見てきた学説の展開は、次のようにまとめられる。

すなわち、当初は、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務が認められると考えられていた。その根拠としては、例えば、シュトレー（一九七六年）や（メツガー＝）ブライなどのように、法が公の機関の介入について住居に特別な保護を与えていることの反面として、その居住者に犯罪阻止義務を認

める見解や、あるいはベルヴィンケルのように、住居の居住者に社会的な役割が与えられていることから犯罪阻止義務を認める見解が有力であった。それらはいずれも、他人の介入の可能性を減少させるという住居の閉鎖的・排他的な特徴ゆえに、その居住者に犯罪阻止義務を認めるとするものであった。

しかし、それに対しては、法自体が、差し迫った危険に際しては住居権の保護を認めていないなどとして、法規定を根拠にすることの不当性が指摘され、あるいは、実際上の可罰範囲が広くなると指摘された。このようにして、住居の閉鎖的・排他的特徴は根拠としての意味を失うことになり、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務を認めるとする見解は、否定されるに至ったのである。

そして、シューネマンが、住居のもつ特性のために、犯罪の具体的経過において特定の役割を果たしている場合には、住居自体が危険源として現れるので、その居住者には犯罪阻止義務が生じるとする見解を明らかにした。この見解は、学説上、大きな影響を与え、例えば、シュトレーは、一九八〇年における見解では、それまでの考えを改めている。このような住居の危険源性に基づく見解は、一部に批判的な見解も認められるものの、現在では、支配的な見解とされているのである。

このような学説の展開を受け入れることによって、判例の「限定化」が果たされたのである。

もっとも、不作為単独正犯においては、未だ、住居の居住者であることに基づく作為義務を認めている。すなわち、冒頭でも述べたように、例えば、ルドルフィーは、損害のない状態は、危険源に対する支配を有する者（Herrschaftsinhaber）の、その領域内から外部に危険が及ぶのを阻止する行為に依存していることから、その者には、危険源の支配を法が認めることの引き換えに、ないしは危険のない共同生活のために、自己の支配領域から第三者へ違法な危険が生じることのないよう防止する保障人義務が生じるとしている。このことから、例えば、土地や家屋に支配を有する者は、「穴」からの保護や、危険な階段における照明、家の欠陥部分に対して配慮しなければならないとする。あるいは、危険な企業を運営する者（Inhaber eines gefährlichen Betriebes）は、その運営から発生する危険を阻止しなければならないとして、例えば、高飛び込み台を安全な状態に保つことや、スキーの滑走路を保全する義務があるとしている。(38)

しかし、その一方で、不作為共犯においては、学説上、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務を認めることは「広きに失する」と理解され、他人の介入の可能性を減少させ

るような住居の閉鎖的・排他的特徴は、その根拠としての意味を失った。その上で、住居自体が危険源である場合にのみ犯罪阻止義務が生じるとされているのである。また、実際上、判例による住居の危険源性に関する基準の適用場面においては、作為正犯者と居住者（さらに場合によっては被害者）以外に、誰の介入もないという状況（犯行現場に対する排他性を有する状況）のある場所で、しかも居住者の現認するもとで犯罪行為が行われていたとしても、住居は単なる犯罪の現場にすぎないとして、その居住者の不作為共犯としての可罰性は否定されている。すなわち、不作為共犯においては、住居の閉鎖的・排他的特徴は、それだけでは犯罪阻止義務を根拠づけるものではなく、さらに、住居自体が危険源であって、それが犯罪に利用されているという意味での「関与性」が必要とされているのである。(39)

不作為共犯におけるこのような展開については、住居の居住者の監督対象となる危険源を、住居に限定した上で、人をそこに含まないものとした、いわば単なる危険源の整理・転換にすぎないとの指摘があるかもしれない。しかし、むしろ、その整理・転換こそが、不作為共犯固有の問題としての可罰範囲の「限定化」に関わるものであるように思われるのである。

さて、以上のように、ドイツ判例の「限定化」の実質を見たところで、最後に、その「限定化」とわが国の理論状況との交差を試みたいと思う。

（1）NJW 1966, 1763.

（2）BGHSt 27, 12.

（3）Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 18. Aufl., 1976, §13, Rdn.54. この記述は、すでに一九六五年に明らかにされている、Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, 12.Aufl., 1965, Vorbem, Rdn.128. の記述と比較して、内容的に変更はない。

（4）Schönke/Schröder/Stree, a.a.O. (Anm. (3)), §13, Rdn.47. また、シュトレーは、同様の見解から、飲食店の経営者に店内における盗品取引を阻止する義務を肯定した、ライヒ裁判所一九二四年一〇月一〇日判決（前章・註（6）、参照）についても肯定的に評価する。もっとも、同事案が、飲食店を経営していた者であることから犯罪阻止義務を認めたものではなく、営業法に基づいて生じるとしたものであることは、すでに述べた通りである。

（5）Mezger/Blei, Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 14.Aufl., 1970, S.94. 本来なら、「メツガー＝ブライ」と表記すべきではあるが、後の判例・学説が、同共著がブライによる単著となったことに起因して、同見解を「ブライ」の主張と

して紹介することから、ここでは「（メッガー＝）ブライ」と表記することにした。Vgl. auch Hermann Blei, JA 1977, S.138.

また、82年判決以後においても、ブライの見解に特に変更は見られない。むしろ、場所に権限を有する者（Raumminhaber）には、そこでの秩序に配慮する義務があり、また、正当防衛状況で結果的に傷害を負った侵害者に対して、正当防衛者かつ場所に権限を有する者には保障人的義務が基礎づけられるとする、ブライ自身のこれまでの見解は、82年判決と矛盾するものではないとしている（Hermann Blei, Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 18.Aufl., 1983, S.329.）。なお、わが国では、正当防衛の結果に対する作為義務について、佐伯仁志「防衛行為後の法益侵害防止義務」研修五七七号（一九九六年）一〇頁が、「正当防衛によって侵害者の生命に対する危険を創出し、さらに、侵害者の生命に対して排他的支配を及ぼしている場合には、防衛行為者に侵害者に対する生命に対する保障人的地位を認めることができる」としている。佐伯の不作為犯論については、本稿・四の1、参照。

(6) Holger Preisendanz, Strafgesetzbuch, 30.Aufl., 1978, S.77.

(7) Paul Bockelmann, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 1979, S.142.

(8) 76年判決も82年判決も、住居の居住者であることから犯罪阻止義務を認める見解として、Alexander Böhm, Die Rechtspflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, Diss., 1957, S.68ff. を挙げている。同論文は、一九五七年にフランクフルト大学に提出された博士号請求論文である。しかし、公刊されていない（宮澤浩一編『西ドイツ刑法学〔学者編〕』（一九七八年）七八頁）ことから、直接確認することはできなかった。

(9) Vgl. Richard Bärwinkel, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968, S.140.

(10) Vgl. Schönke/Schröder/Stree, a.a.O. (Anm. (3)), §13, Rdn. 43ff.

(11) Bärwinkel, a.a.O. (Anm. (9)), S.140.

(12) Bärwinkel, a.a.O. (Anm. (9)), S.140ff. なお、ベルヴィンケルの不作為犯論については、名和鐵郎「ドイツ不作為犯論史Ⅳ」法経研究（静岡大学）二五巻三・四号（一九七七年）二三七頁以下、堀内捷三『不作為犯論』（一九七八年）一〇一頁以下、参照。

(13) Eduard Dreher, Strafgesetzbuch, 37.Aufl., 1977, §13, Rdn. 12. も、家屋の所有者や住居の居住者に保障人的地位が認められるとしている。ただ、民法上形づけられるような事実的支配（所有者、占有者、保有者）は、二次的な意味しかもたず、まずは事実的距離（Sachnähe）次第であるとしている。

(14) A.a.O. (Anm. (2)), S.12.

(15) ここでは、Böhm, a.a.O. (Anm. (8)), S.68.; Mezger/Blei, a.a.O. (Anm. (5)), S.94. が、批判の対象とされている。

(16) Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S.362. なお、82年判決も、同様の指摘をしている (BGHSt 30, 394.)。Vgl. auch Jörg Tenckhoff, JuS 1978, S.310.

(17) Schünemann, Grund und Grenzen (a.a.O. (Anm. (16))), S.361.

(18) Bernd Schünemann, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96, 1984, S.309f.

(19) ここでは、Hermann Blei, Strafrecht I. Allgemeiner Teil, 17.Aufl., 1977, S.295. が挙げられている。内容的には、一九七〇年に明らかにされている、Mezger/Blei, a.a.O. (Anm. (5)), S.94. と変わりはない。

(20) Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 20. Aufl., 1980, §13, Rdn.54. また、Tenckhoff, a.a.O. (Anm. (16)), S.310. も、他人による介入の事実的可能性は、様々な要因に左右されるとして批判している。

(21) Tenckhoff, a.a.O. (Anm. (16)), S.309f. また、「信頼根拠」によって基礎づけられる保障人的地位は、一般的に認められている「保護義務」と「監督義務」の分類に分けることができないので否定されるべきであるともしている。

(22) Wolfgang Naucke, JR 1977, S.290f.

(23) Schünemann, Die Unterlassungsdelikte (a.a.O. (Anm. (18))), S.309f.

(24) Rudolphi / Horn / Samson / Günther / Hoyer, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 1997, §13, Rdn.37.

(25) Schünemann, Grund und Grenzen (a.a.O. (Anm. (16))), S.360f.; Vgl. auch ders, Die Unterlassungsdelikte (a.a.O. (Anm. (18))), S.309f.

(26) Schünemann, Grund und Grenzen (a.a.O. (Anm. (16))), S.361f. なお、シューネマンの不作為犯論については、堀内・前掲註 (12) 一一六頁以下、参照。また、増田豊「グリュンヴァルト及びアルミン・カウフマン以後の不作為犯論の展開 I」明治大学大学院紀要一一集 (一) 法学篇 (一九七三年) 一七七頁も参考になる。

(27) Rudolphi/Horn/Samson/Schreiber, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I. Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1977, §13, Rdn.37. この見解は、一九九七年に出版されている、Rudolphi/Horn/Samson/Günther/Hoyer, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn.37. となっても、内容的にはほぼ同じである。Vgl. auch Hans-Joachim Rudolphi, Häusliche Gemeinschaften als Entstehungsgrund für Garantenstellungen ?,

NStZ 1984, S.153f.

(28) ここでは、Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 3.Aufl., 1975, S.485ff. にある事案が参考とされている。このとき、ロクシンは、居住者は保障人ではないが、彼に幇助としての責任を認める。特にこの点について検討するものとして、内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学三四巻三号（二〇〇一年）一二頁以下がある。なお、ロクシンの同論文については、中義勝「〔紹介〕クラウス・ロクシン『正犯と行為支配』（一）（二）」法学論集（関西大学）一五巻二号（一九六五年）一七二頁、同一五巻三号（一九六五年）七九頁、参照。

(29) Schönke/Schröder/Stree, a.a.O. (Anm. (20)), §13, Rdn.54.

(30) Hans-Heinrich Jescheck, in: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 10.Aufl., 14.Lieferung, 1979, §13, Rdn.44.

(31) Tenckhoff, a.a.O. (Anm. (16)), S.311. 現在では、例えば、Kristian Kühl, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3.Aufl., 2000, S.693. も、住居自体の危険源性に基づく見解を支持している。

(32) Kühl, a.a.O. (Anm. (31)), S.693. も、「このような住居の所有者の監督的保障人義務の限定は、連邦通常裁判所が学説上の議論を受け入れたものである」としている。

(33) Georg Küpper, JA 1983, S.472. また、Kühl, a.a.O. (Anm. (31)), S.693. も、「この受け入れは、学説上、広く支持されている」としているし、Rudolphi, a.a.O. (Anm. (27)), S.154. も、「82年判決のかつての判例からの方向転換は賛成を得るものである」と評価している。

(34) 神山敏雄「保障人義務の類型」法学会雑誌（岡山大学）四四巻一号（一九九四年）二九頁以下。なお、76年判決について、神山は、「家主に自己の管理する場所での犯罪行為を阻止する義務は課されないとみれば、残るは被害者との関係で結果保障人義務が根拠づけられるかである」（同三一頁）とした上で、「被告人は、被害者を客として引き受け、しかも飲酒によって酔いつぶれた被害者を自己の支配内においている以上、被害者の生命・身体・持物の安全が彼に依存し、その保護は被告人に強く期待されている状態にあるといえよう。…従って、ここでは被告人に保障人的地位を認める根拠は十分にあるといってよい」（同『不作為をめぐる共犯論』（一九九四年）二二頁以下）としている。さらに、内田・前掲註（28）四一頁以下も、このようなドイツ判例の展開に肯定的である。

また、山中敬一『刑法総論Ⅰ』（一九九九年）二二七頁は、「〔人の危険行為に関する〕監督義務は、任意かつ合理的な判断能力をもった成人たる第三者については、そもそも、その行為が、共犯としても危険創出といえるかどうかをまず慎重に判断しなければならない」として、「居酒屋の店主が、客が酩酊すると暴力を振るいたがる性癖

をもつのを知りながら、その者が酔っぱらって伏せている他の客に殴りかかろうとしているのを知りつつ、阻止しなかった場合、傷害罪の幇助となるかどうかは疑問である」としている。さらに、島田聡一郎「不作為犯」法学教室二六三号（二〇〇二年）一一八頁も、「責任能力者を監督し、特にその故意の犯罪行為を阻止する保障人的地位を認めることには疑問がある。そのような地位を認めることは法秩序により犯罪を行わないことを期待されている人格を『危険物』と同視することだからである」としている。

(35) Z.B. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.627.

(36) それぞれ、Jescheck, a.a.O. (Anm. (30)), §13, Rdn.44.; Schönke/Schröder/Stree, a.a.O. (Anm. (20)), §13, Rdn.54.; Schünemann, Grund und Grenzen (a.a.O. (Anm. (16))), S.361. が参考とされている。

(37) Christoph Landscheidt, Zur Problematik der Garantenpflichten aus verantwortlicher Stellung in bestimmten Räumlichkeiten, 1985, S.96ff. その他にも、Günter Stratenwerth, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4.Aufl., 2000, S.385. が、「我々は住居内において警察官の役割を果たすべき者（Hilfspolizist）ではない」として批判的である。また、Günther Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2.Aufl., Studienausgabe, 1993, S.808f. も、同様に批判的である。

(38) Rudolphi/Horn/Samson/Günther/Hoyer, a.a.O. (Anm. (24)), §13, Rdn.26ff.

(39) 学説の例示においては、住居の居住者であることから直ちに犯罪阻止義務を認めるプライゼンダンツ（Preisendanz, a.a.O. (Anm. (6)), S.77.）も、住居自体が危険源であることを求めるイェシェック（Jescheck, a.a.O. (Anm. (30)), §13, Rdn.44.）も、盗品が住居内に隠されている場合には、両者とも犯罪阻止義務を認めていることからして、学説上の具体的な帰結の差異は、それほど大きなものではない。このことからすると、「限定化」を支えた理論の転換は、むしろ、実際の判例の適用場面においてこそ、その効果が認められる。

四　ドイツ判例の「限定化」とわが国の理論状況

これまでに、ドイツ判例における「限定化」の事実を明らかにし、さらに、学説に見たその理論的背景によって、「限定化」の実質を考察した。そこで、最後に、このドイツ判例の「限定化」の実質を、わが国の不作為共犯をめぐる理論状況に反映さ

せてみたいと思う。まずは、わが国における学説の展開と、その展開に対応する判例の展開を見ることにする。

1　学説の展開

冒頭でも述べたように、わが国においては、不作為共犯の成立要件について特に考察したものはあまり見受けられず[1]、不作為単独正犯を含む一般的な不作為犯論だけが議論されてきた。そして、その不作為犯論において、最も熱心に議論されてきた作為義務の発生根拠について、当初は、形式的規範的に理解する見解が有力であった。例えば、かつて、牧野英一は、作為義務が、法令上形式的に規定されている場合（例えば、親権者は子を養育する義務がある）、法律行為によって発生する場合（電車の信号手は危険のあるときに信号をなす義務がある）、さらに、そのような形式的な基準のほかに、不作為が公の秩序又は善良の風俗に反する場合に、その作為義務の違反が不作為犯を構成すると考えていた[2]。また、小野清一郎も、不真正不作為犯は、一定の構成要件結果の発生を防止すべき法律上の義務を有する者が、結果の発生を阻止しうるのに、その防止のための相当な行為をしなかった場合に成立するとした上で、その法律上の義務は、法令、契約に基づく場合や、社会的道義観念に基づき、当該刑罰法規の解釈上、義務ある者とされるべき場合に認められるとしている[3]。さらに、時を経て、構成要件要素としての保障人的地位の概念が確立してからも[4]、例えば、福田平は、「保証者的地位」は、法令の規定から認められる場合（例えば、親権者の子に対する監護義務）、契約・事務管理などの法律行為から認められる場合（例えば、契約によって幼児の養育を引き受けた場合）、慣習上・条理上から認められる場合、先行行為から発生する場合があるとしている[5]。また、大塚仁も、同様に、作為義務の法的根拠として、法令の規定に明示されている場合、契約・事務管理などの法律行為によって発生する場合、慣習または条理に基づいて認められる場合があるとしている。ちなみに、大塚は、慣習または条理に基づいて認められる場合とは、信義誠実の原則ないし公序良俗によって発生する作為義務であるとし、その例示として、監護者の地位に基づく作為義務、管理者の地位に基づく作為義務、売主などの地位に基づく作為義務、先行行為に基づく作為義務、を挙げている[6]。

しかし、このように、法令、契約、条理などを根拠として、形式的規範的に作為義務の発生根拠を理解する見解に対しては、批判が強い。例えば、法令を根拠とすることについては、ある

病人が看護する者がいないために死亡したとしても、民法八七七条の扶養義務者に直ちに不作為による殺人が成立するわけではないし、[7] 医師は法律による往診義務を負うが（医師法一九条一項）、正当な理由なく往診を拒んだため、患者が死亡したとしても、直ちに殺人罪になるわけではないとされている。[8] また、契約についても、契約によって嬰児を預かった者が、食物を与えず餓死させた場合にも、たとえその契約が無効であり、または期間を過ぎていたとしても、不作為による殺人を認めうる場合があるとされている。[9] さらに、より基本的には、はたして民法上、行政法上の義務の不履行が、刑法上の責任をも問える根拠になりうるのかとする疑問が示されている。[10] 同様に、条理についても、限界の不明確性、あるいは理論的根拠に欠くとして批判されている。[11] このようにして、形式的規範的な根拠に基づき判断する見解に対しては、刑法上の作為義務の発生根拠として、その理由づけに問題があるとし、可罰範囲の限界も不明確になると批判されたのである。[12]

このような批判の上に、堀内捷三は、実質的事実的理解としての「具体的依存性説」を明らかにした。[13] すなわち、例えば、母親の食物不供与による子供の生命に対する法益侵害が刑法上禁止されるのは、民法上の扶養義務に基づくものではなく、母親の食物供与行為に子供の生命の保持が依存しているという、依存関係に基づくものであるとして、作為義務の発生根拠を結果との関係によって把握しようとした。[14] そして、そのような依存性は、母親の子供に対する食物供与行為の反復・継続性を媒介として成立した、食物供与行為の通常性及び排他性に基づき発生するものであるとする。そこから、その依存性は、母親が子供に対する食物供与行為を引き受けているという「引受け的行為」に基礎を置くものであるとする。その上で、そのような事実上の「引受け的行為」が認められるための基準として、①法益の維持・存続を図る、つまり結果発生を阻害する条件行為である、「結果条件行為」の存在・開始、②その結果条件行為の反復・継続という事実の存在、③法益保護について他人の干渉の可能性を減少させる、排他性の確保、[15] という三要件を掲げたのである。ちなみに、このとき、要件②と要件③は、「行為を反復・継続して行うことにより、排他的関係が成立し、他方、排他性が強い場合には、反復・継続性を容易に認定しうる場合が多い」ことから、重畳的関係にあるものとしている。[16]

そして、このような三要件に基づいて作為義務の有無を判断するとされた実質的事実的理解は、西田典之によりさらに進展することとなる。

まず、西田は、堀内に対して、第一に、結果条件行為の開始の要件と、その反復・継続性の要件の関係について、第二に、結果条件行為の開始の要件について、それぞれ批判する。[17] すなわち、前者については、堀内は、具体的な適用場面において、ひき逃げに関して救助を引き受けた場合に「引き受け的行為」が認められるとするが、[18] しかし、そのとき、何ゆえ保護の反復・継続性という要件が満たされるのかと疑問を示している。つまり、継続的保護関係と一時的保護関係を統一的要件のもとに包摂することには無理があると批判しているのである。また、後者については、例えば、交通事故の加害者が、当初から遺棄の意思で被害者を車内に閉じ込めて走行中、殺意を生じて死亡させたという場合に、そこでは排他性が確保されているのに、救助の意思ではないため結果条件行為の開始が認められず、不作為犯は不成立となる。しかし、救助意思でもって車内に収容した場合には不作為犯が成立するということと比較して、その帰結が、結果を左右するほどの合理性を有するものであるかには疑問があるとする。そのことから、排他性の確保は、救助の意思でもって行われた場合に限るべきではないとしている。

このような批判の上に、西田は、次のような見解を明らかにする。[19] すなわち、不真正不作為犯は、文理上「作為」を予定していると解される構成要件に解釈上当然に含まれるとすることを前提に、どのようにして当該不作為が作為による構成要件実現と同価値であるかという観点から、作為義務の発生根拠を類型的に明確化しようとする。そこで、作為犯の特徴は、行為者が自己の意思に基づいて法益侵害の結果へと向かう因果の流れを設定したことにあるのに対して、不作為犯は、すでに発生している結果への因果の流れに介入せず、結果を防止しないという消極的態度であることからすると、作為と不作為の同価値性を担保する要素としては、不作為者がその因果の流れを掌中に収めていたこと、すなわち、因果経過を具体的・現実的に支配していたという要素が必要であると理解する。そして、具体的に、どの範囲で、その結果への因果の支配を認めるかについて、次のふたつの場合に区別して論じる。すなわち、ひとつは、不作為者が、自己の意思に基づいて排他的支配を有し、または設定した場合（「事実上の排他的支配」を有する場合）。もうひとつは、支配の意思に基づかないで、結果へと向かう因果経過を事実上支配する場合（「支配領域性」を有する場合）である。まず、前者については、排他的支配が認められることによって、不作為者が結果への因果の流れを掌中に収めているといえ、さらにそのような支配を自ら設定したのであるから、このような

排他的支配が認められる場合には、問題なく作為義務を肯定できるとする。しかし、後者については、例えば、自宅内に捨て子をされた場合にまで救助義務を認めることは、結果の支配という観点からは作為と同視する余地があるものの、妥当な結論ではないことから、一定の考慮が必要であるとする。そこで、加えて、不作為者こそが作為すべきであったという規範的要素を考慮すべきであるとする。すなわち、その規範的要素とは、親子、建物の所有者、賃借人、管理者のように、その身分関係・社会的地位に基づき、社会生活上、継続的に保護・管理義務を負う場合であり、それが認められる場合に限定されるべきとするのである。

実質的事実的理解に立つ論者にとっては、このような西田の見解によって、なぜ排他的支配があると作為と不作為が同置されるのかということについて、一定の解答が与えられた。ただ、その一方で、排他的支配を設定すれば常に作為義務が生じるのか、あるいは規範的に作為義務を負うとする範囲に明確な限界性はないのではないかと批判して、さらなる実質的事実的理解を明らかにしたのが、佐伯仁志である。(20)

すなわち、佐伯は、事実上の引き受けによって作為義務が認められる場合を、例えば、自分の家に引き取ることによって他人の保護の可能性を失わせてしまう場合や、引き受けによって他の者が隣人の保護を信頼して保護を止めてしまった場合など、引き受けによって法益に対する危険を新たに創出したか、存在していた危険を増大させた場合に限定すべきであるとする。つまり、排他的支配の獲得によって危険を創出したから、その引き受けについて保障人的地位が肯定されるとするのである。そして、このとき、なぜ排他的支配が求められるのか、またそれにつき、なぜ危険の創出が求められるのかについては、次のように理解している。つまり、前者については、作為と不作為の同価値性を保障するのは、因果の経過を不作為者が掌中に収めている場合に限られるからであるとし、後者については、積極的に法益に危険を加える行為をしなければ処罰されることはないという「自由主義に基礎を置く刑法の大原則」(21)からの要請に基づくとしている。

このようにして、実質的事実的理解においては、作為義務が認められるにあたって、作為犯との同価値性を満たす要素である、因果経過を不作為者が掌中に収めているという状態が必要であるとされ、そこから、他人の介入の可能性を減少させる意味をもつ、法益に対する排他的支配の要件が重要視されることになったのである。

以上のように、わが国の一般的な不作為犯論においては、作為義務の発生根拠について、当初の形式的規範的理解から、実質的事実的理解へと展開したことが認められる。[22][23]

このような一般的な不作為犯論の展開に対応して、不作為共犯においても、犯罪阻止義務の発生根拠として、明確に、排他的支配の要件を求める見解が認められる。

すなわち、林幹人は、まず一般的な不作為犯論において、作為義務の発生根拠をめぐる形式的規範的な理解を批判した上で、堀内や西田、佐伯の見解については、一部批判を加えながらも、法益との事実的関係に基づいて理解することを基本的に妥当とする。その上で、自ら他人が救助しえないような状況に被害者を追い込みながら、これを放置することは許されないとして、法益に対する排他的支配を自ら設定した場合に、作為義務が生じるとしている。他方、例えば、ホテルやデパートの安全体制を確立していないという監督過失の場合のように、危険源の支配を自ら設定したことに基づいても、そこから危険が現実化しないように一定の作為をする義務が認められることもあるとしている。結論としては、自ら法益または危険源に対する排他的支配を設定したときに、作為義務が生じるとするのである。[24]

そして、不作為共犯においても、基本的に単独正犯の場合と同じ根拠によって認められるとして、明確に、この排他的支配の設定を根拠とする見解を維持する。このとき、不作為共犯には、被害者に対する関係で、その法益を保護する義務がある場合と、違法行為を行う者との関係で、彼の違法行為を阻止する義務がある場合があるとする。すなわち、前者では、例えば、自分の子供が第三者によって殺害されそうになっている場合が挙げられるが、この場合は、法益に対する排他的支配が問題となる。後者では、例えば、会社組織内において自分の部下が違法行為を行う場合が挙げられるが、この場合は、危険源の支配者としての地位から、違法行為を阻止する義務がありうるとしている。[25]

このように、現在のわが国の学説においては、不作為共犯においても、排他的支配の要件を重要視する見解が認められるのである。

2　判例の展開

このような学説の展開に対応して、不作為共犯をめぐるわが国の判例においても、同様の展開が認められる。[26]すなわち、当初は、学説と同様に、法令や条理、[27]先行行為[28]に基づいて、ある

いは、被告人の職務内容[29]などに基づいて、形式的規範的理解により判断されていたものの、学説上、実質的事実的理解が有力となるに従って、排他性ないし依存性の観点を取り入れて判断する判例が現れるのである。

例えば、大阪高裁昭和六二年一〇月二日判決[30]は、債権の回収をめぐって、暴力団組長であった被告人が、正犯者らと共謀して、被害者を拉致・監禁し、場所をかえながら被害者の隠し財産の所在を聞き出そうと暴行・脅迫を繰り返していたが、結局、ひと気のない土砂採取場において、被告人が現場を離れている間に、正犯者が被害者を殺害したという事案について、以下のように判示した。まず、犯行に至る経緯、犯行の態様を述べた上で、被告人が犯行現場から離れたときの状況を、次のように認める。第一に、山林内に兇器は存在しなかったが、被告人の制止さえなければ、正犯者がすでに抵抗の気力を失っている被害者を殺害することは容易であった。第二に、体力的及び身分的に被告人より劣る正犯者は、被告人が殺害阻止の構えを崩さない限り、被害者の殺害には及ばない。第三に、犯行現場の山林内には、被告人のほかに、正犯者による被害者の殺害を阻止しうる者はいなかった。そして、結論的に、このような事実関係に基づいて、被告人には、正犯者からの、スコップなどを取ってくる旨の依頼に応じることなく、同席を続けることにより、正犯者による被害者の殺害を阻止する義務があったとしたのである。[31]

また、釧路地裁平成一一年二月一二日判決[32]は、内縁の夫がわが子にせっかんを加えるのを阻止せず、結果的に子供が死亡した事案について、次のような事情に基づいて、母親たる被告人に犯罪阻止義務を認めた。すなわち、第一に、被告人は、三歳六ヶ月である被害者の唯一の親権者であったこと、第二に、被害者は栄養状態が悪く、極度のるい痩状態にあったこと、第三に、内縁の夫は、被害者や被害者の兄に対して毎日のように激しいせっかんを繰り返していたこと、第四に、被告人は、本件せっかんの直前、内縁の夫が被害者に暴行を加えるかもしれないことを認識していたこと、第五に、内縁の夫が本件せっかんに及ぼうとした際、室内には、内縁の夫と被害者のほかには、四歳八ヶ月の被害者の兄、生後一〇ヶ月の被害者の妹及び被告人しかおらず、被害者への内縁の夫からの暴行を阻止しうる者は、被告人以外存在しなかったこと、という事情を考慮して、「被害者の安全の確保は、被告人のみに依存していた状態にあり、かつ、被告人は、被害者の生命の安全が害される危険な状態を認識していたというべきであるから、被告人には、内縁の

夫が被害者に対して暴行に及ぶことを阻止すべき作為義務があったと認められる」とした。[33] ちなみに、この釧路地裁判決の控訴審判決である、札幌高裁平成一二年三月一六日判決[34]も、これとほぼ同様の理由に基づいて、被告人に犯罪阻止義務を認めている。[35]

さらに、大阪高裁平成一三年六月二一日判決[36]は、子供をこたつの天板にたたきつけて殺害する、実行正犯者たる妻の事案であるが、妻の共謀性を認めるにあたって、夫に不作為的関与を認めている。すなわち、夫も被告人と並んで被害者の親権者であり、本件犯行当時、その場で被告人の犯行を制止することができたのは、乳幼児らを除くと、夫ただひとりであったのに、あえて阻止せず、その殺害を容認したとして、夫の不作為的関与を認めている。

このように、現在のわが国の判例においても、犯罪が行われている現場において、それを阻止できる者は被告人以外にはいなかったという、排他性ないし依存性の観点に基づいて犯罪阻止義務を肯定するものが認められる。

3 「限定化」と排他性

わが国の不作為共犯をめぐる理論展開は、次のようにまとめられる。すなわち、学説では、一般的な不作為犯論において、当初、形式的規範的に作為義務の発生根拠が理解されていたものの、後に、刑法上の作為義務を認めるための根拠として妥当ではないとする批判が加えられたことから、実質的事実的理解が有力となった。なかでも、作為犯との同価値性を満たすため、因果経過を不作為者が掌中に収めていることが必要とすることから、他人の介入の可能性を減少させる排他性の要件が、作為義務の発生根拠として重要視されるようになる。それに伴い、不作為共犯においても、そのような排他性の要件を犯罪阻止義務の発生根拠として重要視する見解が認められるようになる。そして、学説の展開に対応して、判例の展開においても、当初の形式的規範的な根拠に基づく判断から、その現場に犯罪行為を阻止できるのは被告人しかいなかったという、排他性ないし依存性の観点を考慮して犯罪阻止義務を肯定するものが認められるようになる。このことから、不作為共犯をめぐる現在のわが国の理論状況においては、不作為関与者が犯行現場を排他的に支配しているという事実が、犯罪阻止義務の発生根拠として重要視されているように思われる。

ところが、このようなわが国の理論状況に対して、ドイツに

おいては、学説上、当初は、住居の閉鎖的・排他的特徴を根拠として、住居の居住者であることから犯罪阻止義務を認める見解が有力であったものの、やがて、根拠としての住居の閉鎖的・排他的特徴は、批判を受け、その意味を失うことになり、その上で、住居自体が危険源として現れる場合にのみ犯罪阻止義務が認められるべきであるとする見解が有力となった。そして、ドイツ判例がこのような学説の展開を受け入れるかたちで、住居の居住者の犯罪阻止義務が「限定化」されたのである。

わが国における有力説と、かつてのドイツにおける有力説は、どちらも他人の介入可能性が減少するという排他性に基づいて義務が生じるとする点で共通している。ところが、ドイツにおいては、不作為共犯において、そのような根拠は否定されるに至った。この点について、不作為関与者の有する「犯行現場に対する排他的支配」は、どのような意味で義務発生の根拠となりえないのであろうか。

まず、不作為関与者の有する、犯行現場に対する「排他性」が、一般的な不作為犯論において有力とされている見解に基づいて、犯罪阻止義務を基礎づけられるものであるのかについて検討したい。

すでに述べたように、排他的支配が作為義務を発生させる根拠として、他人の介入可能性がないことが挙げられる（他人の介入可能性がないことから、排他的支配が認められ、義務が発生する）。その意味で、不作為単独正犯の場合で、自宅に不作為者以外に誰もいないという状況では、他人の介入可能性がないので、問題なく排他的支配が認められることになると思われる。では、被告人以外に他人がその場に存在していた場合に、その排他的支配はどのような影響を受けるのであろうか。このとき、その他人が、①救助行為をしていた場合、②何もしていなかった場合、③法益侵害行為をしていた場合、に分けられる。

まず、①について、西田典之は、けんかをした際のストーブの転倒により出火し、相手方が消火に努めているにもかかわらず、被告人が逃走した場合[37]には、排他的支配を認めていない[38]。つまり、すでに他人が救助をしていることから、介入（救助）可能性の不存在が否定されるので、排他的支配が認められていないものと思われる。また、②について、子供が海で溺れているとき、他に救助可能な者が多数いるときには、それを放置している父親は、排他的支配を有していないとされている[39]。つまり、他人がいる限り、介入可能性が否定されないので、排他的支配が認められていないものと思われる。

これに対して、③他人が法益侵害行為をしている場合につい

て、林幹人は、不作為共犯についても排他的支配に基づいて犯罪阻止義務が認められるとするのであるから、③の場合にも、「排他的支配」を認めているものと思われる。このとき、正犯者が犯罪行為を行っているとはいえ、不作為者以外に他人（正犯者）がいるにもかかわらず「排他的支配」を認めることの理由としては、実行正犯者には「救助の期待可能性」がないので、実行正犯者を除いて「排他的支配」を考えることにしているからかもしれない。[40] しかし、刑法自体が中止犯規定を認めているということは、規範論上も、実行正犯者自身を救助の主体として認めることを、必ずしも否定してはいないことを意味する。このことからすれば、不作為共犯において、実行正犯者を除いて排他的支配を検討する必然性はないように思われる。また、このように、現に犯罪を行っている者を除いて「排他的支配」を肯定することについては、例えば、父と母が意思を通じて子供を見殺しにした場合には、それぞれの行為の犯罪性が問題になっているので、「他方を除いて」排他性を判断することができなくなるとして、その方法論的な問題を指摘する見解もある。[41]

このようにして、不作為関与者の有する「犯行現場に対する排他的支配」には、他人の介入（救助）可能性がないとはいえないことになり、義務発生の前提としての排他的支配の存在自体が疑われることになる。

一方、わが国の学説では、一般的な不作為犯論における排他的支配の意味において、作為犯との同価値性の観点から、結果への因果の流れを掌中に収めていた、すなわち、因果経過を具体的・現実的に支配していたという側面が強調されている（逆にいえば、義務を肯定するために因果の掌握を求めている）。このとき、不作為関与者の有する「犯行現場に対する排他的支配」が、この意味における排他的支配を有しているのかが問題となる。しかし、結論からいえば、不作為共犯においては、そのような因果の掌握は認められるものではないと思われる。なぜなら、現実的に因果の流れを設定している作為正犯者がいる以上、背後に位置する不作為関与者が、たとえ「排他的支配」を有していたとしても、それは、具体的・現実的に因果を掌握している排他的支配であるとはいえないからである。この意味で、「犯行現場に対する排他的支配」は、義務を根拠づけるほどのものではないことになる。

このように、不作為共犯においては、排他性の内容から見て、他人の介入の可能性がないとはいえず、因果の掌握も認められない。このことから、一般的な不作為犯論で有力とされている見解に基づいて考えたとき、不作為関与者の有する「犯行現場

に対する排他的支配」は、犯罪阻止義務を基礎づけうるものではないことになるのである。

他方、「犯行現場に対する排他的支配」から犯罪阻止義務を認めたとしても、その妥当性に問題があることを指摘しておきたい。この点について、ドイツ学説では、シュトレーが、住居の居住者としての身分に基づいて、住居内における犯罪行為に対する阻止義務を認める見解は、「広きに失する」としている。(42) このとき、住居の居住者であることから犯罪阻止義務を認める見解は、住居の閉鎖的・排他的特徴に基づくとする考え方に支えられていることからすると、他人の介入がないという「犯行現場に対する排他性」に基づいて犯罪阻止義務を認めるとすることが「広きに失する」、という意味でも理解できる。

この「広きに失する」という否定的側面は、例えば、住居内で第三者が被害者に暴行を加えているとき、住居自体の危険源性に基づき犯罪阻止義務の有無を判断するならば不可罰となるが、犯行現場に対する排他性に基づいて判断するならば可罰的とされる、という場合のように、単に、ある犯罪が行われている際の不作為関与者の可罰範囲が、犯行現場に対する排他性に基づき判断されることによって広くなる、ということを意味するだけではない。加えて、不作為共犯については、適用される犯罪類型の幅が、不作為単独正犯のように、殺人、放火、詐欺が主なものであるという、限られた適用領域を有するのとは異なり、殺人、放火、傷害、窃盗、詐欺、不動産侵奪、横領、密輸入、麻薬譲り渡し、選挙犯罪、刀剣類の不法所持など、作為によって実行が可能である犯罪類型全般にわたって適用されるという特質を有していることからすると、(43) 不作為共犯の適用領域が、不作為単独正犯のそれより、著しく広くなるという意味もある。すなわち、犯行現場に対する排他的支配に基づく犯罪阻止義務の基礎づけは、このように不作為共犯の適用領域が著しく広くなる上に、さらに、第一の意味においても広いとされるのであるから、二重の意味で、可罰範囲が「広きに失する」ことになるのである。

一方、排他的支配に基づく基礎づけが、このような広い可罰範囲をもたらすという帰結からすると、これに対して何らかの制限論理を加えんとすることも、自然なことのように思える。そこで、西田は、不作為者こそが作為すべきであったという規範的要素を考慮すべきであるとして、身分関係・社会的地位に基づき、社会生活上、継続的に保護・管理義務を負う場合に限定する。(44) しかし、そのような付加的要件が満たされることをまって作為義務（犯罪阻止義務）を基礎づけるのであれば、実際

上、その付加的要件こそが、そのような義務を基礎づけていることになり、排他性を根拠として求めていたことの意味が問われることになる。

このことから、「犯行現場に対する排他的支配」による犯罪阻止義務の基礎づけは、可罰範囲が著しく広くなる一方、しかし、だからといって、それを制限するのも合理的ではないことになるので、妥当性を欠くことになるのである。このとき、後者の問題からすると、排他的支配を、作為義務を根拠づける要件としてではなく、不作為単独正犯の成立要件のひとつとしての、正犯性の要件として解釈する見解[45]は、その範囲で意味があるように思われる。

以上のことから、不作為関与者の有する「犯行現場に対する排他的支配」に基づいて犯罪阻止義務を基礎づけることは、その「排他性」の内容からも、その妥当性からも、疑問である。このことからすると、不作為共犯において、犯行現場に対する排他性があるからといって直ちに可罰性を認めることは妥当ではない。この帰結は、その反面で、一般的な不作為犯論において有力とされてきた根拠では、不作為共犯の可罰性の基礎づけにおいて問題が生じることも表しているのである。

(1) 神山敏雄「保障人義務の類型」法学会雑誌（岡山大学）四四巻一号（一九九四年）一頁は、作為義務を、「結果保障人義務」、「危険源保障人義務」、「犯罪阻止保障人義務」に分類することから、特に不作為共犯としての「犯罪阻止保障人義務」を考察している。もっとも、「結果保障人義務」に該当する事案のなかにも、不作為共犯が問題となる場合は含まれている。なお、基礎としての作為義務の発生根拠については、同「保障人義務の理論的根拠」森下忠先生古稀祝賀『変動期の刑事法学（上）』（一九九五年）一八九頁、参照。

(2) 牧野英一『刑法総論』（一九四〇年）一四九頁以下。また、公の秩序、善良の風俗の観点に基づいて不作為単独正犯の成立を認めた判例として、大判昭和一三年（一九三八年）三月一一日刑集一七巻二三七頁がある。事案は、被告人が、神棚に二本のロウソクを灯し礼拝したところ、そのうちの一本が傾いており転落のおそれがあったにもかかわらず、建物が焼燬すれば保険金を取得しうることから、失火を装うことを企図し、家屋が全焼することを認識しながらそのまま放置し、その結果、家屋一棟を全焼するに至ったというものである。しかし、小野清一郎「判批」刑事判例評釈集一巻（一九四一年）一二四頁以下は、この大審院が、「具体的場合ニ於テ公ノ秩序善良ノ風俗ニ照ラシ社会通念上当然一定ノ措置ニ出テサルヘカ

ラスト認メラルル場合敢テ其ノ措置ニ出テサルコト」を可罰的不作為としたことについて批判する。すなわち、不作為犯を違法性の問題とするならば、このような道義上の義務でもよいかもしれないが、しかし、それを構成要件該当性の問題として捉えるべきとすると、個々の構成要件につき、いかなる場合にその不作為による行為となるのかを確定することが問題となってくるので、そのような公序良俗論では、刑法における不作為犯の問題を解決する基準として適切ではないとしている。この理解は、ドイツにおいていわゆる保障人説が唱えられる以前に、不作為犯を構成要件の問題として捉えていたことを意味する（不作為犯が構成要件該当性の問題であるとする小野の見解については、同「構成要件充足の理論」同『犯罪構成要件の理論』（一九五三年）二三六頁以下〔初出は、『松波先生還暦祝賀論文集』（一九二八年）三三七頁〕、参照）。

（3）小野清一郎『刑法講義』（一九三六年）九〇頁以下。もっとも、次のふたつのことには注意が必要であるとする。すなわち、ひとつは、例えば、火災の際に、その場にいるものは、官吏の求めによって消火に尽力すべき一般的警察権を有するが、その求めを受けたにもかかわらず傍観して応じなかった場合には、警察犯処罰令二条二七号に該当するも、これをもって直ちに不作為による放火罪となることはないということ、もうひとつは、自己の行為により結果発生の危険を生ぜしめた者は、その結果の発生を防止すべき道義上または条理上の義務を有し、あるいは法律上においても、その義務が認められる場合もあるが、しかし、一般的に、そのことについて法律上の義務が認められるわけではないということである。

（4）ただ、保障人説自体は、作為義務の内容や発生根拠の理解に大きな影響を与えるものではなかったとされている（中谷瑾子「不真正不作為犯の問題性に関する一考察（二・完）」法学研究（慶応義塾大学）三〇巻一二号（一九五七年）四八頁、堀内捷三『不作為犯論』（一九七八年）二二〇頁）。

また、ドイツでは、保障人説が唱えられて以降、作為義務の発生根拠については、いわゆる機能的二分説が有力となった（vgl. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S.283.; Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26.Aufl., 2001, §13, Rdn.9.）。わが国においても、山中敬一『刑法総論Ⅰ』（一九九九年）二二四頁以下が、機能的二分説を支持している。もっとも、機能的二分説に対しては、例えば、中森喜彦「作為義務・保障義務・保障人的地位」法学セミナー三三三号（一九八二年）五一頁が、「機能的分類は現象面に着目したものにすぎないし、そこに属せしめられた下位の

各事例は、形式的三分説におけるとは異なり、限界づけの役割をもつものではない」としているように、批判的な見解も見られる。

(5) 福田平『刑法総論』(一九六五年) 八二頁以下。

(6) 大塚仁『刑法概説 (総論)』(再版、一九七五年) 一二七頁以下。

(7) 西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』(一九八八年) 八五頁。

(8) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』(一九九六年) 九七頁。

(9) 西田・前掲註 (7) 八五頁。

(10) 山口厚『問題探究 刑法総論』(一九九八年) 三五頁、山中・前掲註 (4) 一二二頁。

(11) 山口・前掲註 (10) 三五頁、佐伯・前掲註 (8) 九八頁。

(12) 堀内・前掲註 (4) 二四九頁以下は、作為義務の実体に関する議論を、不作為者と被害者との関係に基づき解明する見解と、不作為者と結果との関係に基づき解明する見解に分類する。その上で、形式的規範的理解を含む、前者の理解は、不作為者と被害者との社会的諸関係に基づき作為義務が創設され、違法性が付与されることになるので、不作為犯の処罰理由は、その社会的諸関係の保護ないし維持に求められることになるとする。しかし、そのような社会的諸関係は、社会倫理あるいは信頼関係などによる一般的、概括条項に基礎を置かざるをえないものであるから、結果的に、作為義務の発生事由として、法律、契約、先行行為とともに、条理、慣習までも指摘せざるをえなくなったとしている。

(13) 堀内の「具体的依存性説」については、堀内・前掲註 (4) 二四九頁以下、同「不作為犯論」中山研一ほか編『現代刑法講座 (一)』(一九七七年) 三〇八頁以下、同『刑法総論』(二〇〇〇年) 五七頁以下、参照。

(14) もっとも、堀内は、作為義務を結果との関係で理解するとしても、不作為の因果関係を問題にするわけではない。不作為の因果関係については、何か一定のことをしないことと結果発生との間に条件関係が存在する限り、因果関係の肯定としては十分であるとしている。すなわち、作為義務による帰属主体の特定を、結果との関係において解明することを指向しているのである (堀内・前掲註 (4) 二五一頁)。

(15) 堀内・前掲註 (4) 二六〇頁は、「排他性の確保とは、因果の流れを掌中に収めていることであるといってよい」としている。この点は、後に挙げる西田・前掲註 (7) 九〇頁の見解と一致する。西田は、作為犯との同価値性の観点から、特に、排他性の有するこの側面に着目する。

(16) 堀内・前掲註（4）二六〇頁以下。
(17) 西田・前掲註（7）八八頁以下。
(18) 堀内・前掲註（4）二五六頁以下。
(19) 西田の見解については、西田・前掲註（7）八九頁以下、参照。
(20) 佐伯の見解については、佐伯・前掲註（8）一〇八頁以下、参照。
(21) 山口厚「不作為犯論」法学教室一七七号（一九九五年）六二頁（山口・前掲註（10）三三頁に同じ）からの引用である。
(22) 冒頭でも挙げたが、井田良「不真正不作為犯論」現代刑事法三号（一九九九年）九三頁は、作為義務の発生根拠として、法益に対する排他的支配を求めるところに、学説上、見解の一致があるとしている。
(23) もっとも、このような実質的事実的理解に対して、山中敬一「不作為犯論の体系的再構成」刑法雑誌三六巻一号（一九九六年）九二頁は、「規範的な要素を払拭した事実上の引受概念から、規範的な保障義務がいかにして根拠づけられるのかという法理論的論証に問題がある」と指摘する。また、葛原力三「不真正不作為犯の構造の規範論的説明の試み」刑法雑誌三六巻一号（一九九六年）一三三頁も、「危険、信頼あるいは支配といった事実概念をキーワードとしたがために、法的義務の発生根拠の説明としては充分な説得力を有するとは言い難い」としている。他方、酒井安行「不真正不作為犯のいわゆる因果論的構成の可能性と限界」『西原春夫先生古稀祝賀論文集（一）』（一九九八年）一四三頁は、山中、葛原の指摘を肯定した上で、「引受けという事実的概念から出発するならば、作為義務につなげるよりも、因果的惹起というやはり事実的な要素を求めるほうが自然なように思われる」として、いわゆる不作為の因果論的構成にその解決の道を求める（しかし、結論としては、不作為の因果論的構成は、不真正不作為犯の否定、作為犯への還元に帰着するとしている）。

なお、不作為の因果論的構成とは、不真正不作為犯に実在的な因果性（結果惹起性）を求めようとする見解である。これについては、梅崎進哉「いわゆる不真正不作為犯の因果論的再構成」九大法学四四号（一九八二年）三一頁以下、同『刑法における因果論と侵害原理』（二〇〇一年）二五六頁以下、及び梅崎進哉・宗岡嗣郎『刑法学原論』（一九九八年）一一九頁以下、参照。梅崎を支持する見解として、名和鐵郎「不作為犯論の歴史と現代的課題」法政論集（名古屋大学）一二三号（一九八八年）一七二頁以下。
(24) 林幹人『刑法総論』（二〇〇〇年）一六〇頁以下。
(25) 林・前掲註（24）四四三頁以下。また、林の見解につ

いては、同「国家公務員の作為義務」現代刑事法四一号（二〇〇二年）二四頁以下も、参照。

もっとも、不作為犯論は一般的な不真正不作為を対象にするものであるから、不作為犯論の一部に位置する不作為共犯においても、その不作為犯論の結論が妥当するのは当然である。しかし、これまでのわが国の学説が、不作為共犯において、特にその成立要件について論じる見解があまり見られなかったことから、林が、不作為共犯においても基本的に単独正犯の場合と同じ根拠に基づくとして、排他的支配の要件を不作為共犯においても適用したことには、意味があるのである。

(26) 法令に基づいて判断したものとして、大判昭和三年（一九二八年）三月九日刑集七巻一七二頁〔投票関渉罪幇助〕、大判昭和一九年（一九四四年）四月三〇日刑集二三巻八一頁〔詐欺幇助〕、高松高判昭和四〇年（一九六五年）一月一二日下刑集七巻一号一頁〔銃刀法違反幇助〕がある。

(27) 条理に基づいて判断したものとして、最判昭和二九年（一九五四年）三月二日裁判集刑九三号五九頁〔公然わいせつ幇助〕、高松高判昭和四五年（一九七〇年）一月一三日刑月二巻一号一頁＝判時五九六号九八頁〔業務上横領幇助〕がある。もっとも、後者については、木村栄作「判批」研修二六七号（一九七〇年）五二頁が、被告人の幇助行為は、黙認したという不作為ではなく、払戻請求に応じ預金を払い戻すという作為であるとしている。

(28) 先行行為に基づいて判断したものとして、大阪地判昭和四四年（一九六九年）四月八日判時五七五号九六頁〔不動産侵奪幇助〕がある。また、本判決は、同価値性の観点に基づいて、被告人を幇助としたのであるが、これについて、阿部純二「判批」判例時報五九六号（一九七〇年）一四六頁は、正犯と共犯の区別について義務内容によって区別する見解からは、本件については正犯と解しても差し支えなかったとし、「同価値性の要件は、不純性不作為犯の成立一般（正犯であれ共犯であれ）に必要とされる要件であって、不純性不作為犯における正犯と共犯を区別する標準としては作用しないのではないか」と疑問を示している。

(29) 職務内容に基づいて判断したものとして、大判昭和一三年（一九三八年）四月七日刑集一七巻二四四頁〔詐欺幇助〕（評釈として、司波實「判批」刑事判例評釈集一巻（一九四一年）一三一頁）、高松高判昭和二八年（一九五三年）四月四日高刑特報三六号九頁〔窃盗幇助〕がある。

前者では、保険代理店主たる被告人の、保険金詐取行為に対する黙認が問題となった。不作為単独正犯における詐欺については、大塚仁・川端博編『新・判例コンメンタール（一）』〔神山敏雄〕（一九九六年）一一五頁が、

「詐欺罪の法益は財産であり、不作為による財産侵害を問題にするには、当該財産を保護すべき法的作為義務も問題になろうが、ところが、不作為による詐欺罪を認める判例・通説は、この点を問題にすることはほとんどなく、もっぱら不作為による欺罔を問題としているのが一般的である」と指摘している。しかし、不作為共犯における詐欺に関しては、大審院が、欺罔される側に立つ保険代理店主の背信的所為を問題としていることから、まさに神山が指摘するところの、財産保護義務が問題とされている。

また、後者は、同僚から窃盗への協力を依頼された工場の倉庫係について、「被告人がこれを制するでもなく会社の当該係の者に連絡する等の措置にも出でずこれを看過し却ってその態度によって暗黙の承諾を与へ同僚に窃盗の決意を固めしめその機会を容易ならしめた」として、不作為による心理的幇助を示唆している。ドイツ判例における不作為による心理的幇助に関する事案として、MDR 1982, 808. (BGH, Beschl. v. 17. 5. 1982.) がある。しかし、不作為による心理的幇助については、「不作為」が作為義務の違反に基づくとする一般的見解に従えば、作為義務の違反が認められるときには「不作為」それ自体で処罰しうるのであるから、その「不作為」から独立して、わざわざ不作為による心理的幇助を問題とする必要はないのではないかという疑問がある。

(30) 大阪高判昭和六二年（一九八七年）一〇月二日判タ六七五号二四六頁〔殺人幇助〕。

(31) 本件においては、犯行状況における依存性もさることながら、被告人が犯行に至るまでの経緯に深く関与していたことも重要な意味をもっている。ドイツ判例において、このような共同暴行の先行行為に基づいて犯罪阻止義務を認めた事案として、StV 1982, 218. (BGH, Beschl. v. 22. 12. 1981.); StV 1986, 59. (BGH, Urt. v. 23. 10. 1985.); NJW 1992, 1246. (BGH, Urt. v. 25. 9. 1991.) がある（内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学三四巻三号（二〇〇一年）四二頁以下は、正犯と共犯の区別の観点から、連邦通常裁判所一九八五年判決を検討している）。しかし、先行する共同暴行に基づいて犯罪阻止義務（作為義務）を認めることについて、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（一九九四年）四四一頁は、連邦通常裁判所一九八一年決定に関して、「単に先行行為があったからといって保障人義務を認めることは、実質的根拠なしに倫理的観点から当為的処理をするもの」として批判的である。また、林幹人「判批」判例時報一六四三号（一九九八年）二四九頁も、名古屋地判平成九年（一九九七年）三月五日判時一六一一号一五三頁が、先行する暴行に基づく作為義務の違反として不作為による殺人

（単独正犯）を肯定したことについて、「故意で暴行傷害を負わせた者にはすべて被害者を救助する法的な義務があり、それを怠った結果として被害者が死亡したときにはすべて不作為による殺人罪の成立を認めるのは明らかに行きすぎであ〔る〕」としている。そこでは、中止犯の限度でしか問題とならないことになろう。

(32) 釧路地判平成一一年（一九九九年）二月一二日判時一六七五号一四八頁〔傷害致死幇助－無罪〕。

(33) もっとも、釧路地裁は、被告人は暴行を阻止すべき作為義務を有しており、それを尽くすことは不可能ではなかったものの、しかし、それを実力でもって阻止しようとした場合には、負傷をしていた相当の可能性があったこと、しかもそれが胎児の健康にまで影響の及んだ可能性もあったこと、さらに、阻止をするのが極めて困難な心理状態にあったこと、という、暴行を阻止するのが著しく困難な状況にあったことを考慮すると、被告人の不作為は、作為による傷害致死幇助との同価値性を満たさないとして、被告人を無罪としている。

(34) 札幌高判平成一二年（二〇〇〇年）三月一六日判時一七一一号一七〇頁＝判タ一〇四四号二六三頁〔傷害致死幇助〕。

(35) この釧路地裁・札幌高裁判決をめぐっては、両判決が、被告人に期待される作為の程度に関して異なる見解を示したことから、学説上、不作為による幇助の因果性の問題として議論を呼んでいる。これについては、木村匡良「判批」警察公論五四巻一〇号（一九九九年）九三頁以下、松生光正「判批」法学教室二三四号別冊付録判例セレクト'99（二〇〇〇年）三一頁、高橋則夫「不作為による幇助犯の成否」現代刑事法一四号（二〇〇〇年）一〇二頁、村越一浩「判批」研修六二四号（二〇〇〇年）二〇頁以下、松生光正「判批」法学教室二四六号別冊付録判例セレクト'00（二〇〇一年）三二頁、橋本正博「判批」ジュリスト一二〇二号（二〇〇一年）一四九頁、内田・前掲註（31）四六頁以下、中森喜彦「判批」現代刑事法二九号（二〇〇一年）九七頁以下、参照。

また、児童虐待の観点から、この事案を検討したものとして、日高義博「児童虐待と不作為犯」警察学論集五三巻一二号（二〇〇〇年）六一頁、林弘正「児童虐待と不作為犯論」現代刑事法四一号（二〇〇二年）三二頁がある。

(36) 大阪高判平成一三年（二〇〇一年）六月二一日判タ一〇八五号二九二頁。

(37) 東京地判昭和三八年（一九六三年）四月一五日判タ一四七号九一頁。

(38) 西田・前掲註（7）九一頁以下。

(39) 西田・前掲註（7）九二頁、佐伯・前掲註（8）一一

○頁以下。もっとも、鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要八号（一九九九年）三五一頁は、他者からの救助可能性が排除される状態は、容易に救助可能な者が複数いる場合にも成立しうるとしている。

(40) 島田聡一郎「不作為犯」法学教室二六三号一一六頁、参照。

(41) 島田・前掲註（40）一一五頁以下。

(42) Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 20. Aufl., 1980, §13, Rdn.54.

(43) 神山・前掲註（31）二頁、参照。

(44) 西田・前掲註（7）九一頁。

(45) 山口厚「薬害エイズ事件三判決と刑事過失論」ジュリスト一二一六号（二〇〇二年）一七頁以下、同「共犯論の現状と課題」法学教室二六六号（二〇〇二年）三八頁以下（特に、「不作為の共犯については、排他的支配の要件が妥当しないことにな〔る〕」としている）、島田・前掲註（40）一一四頁以下。

五　おわりに

以上が、本稿の考察である。すなわち、ドイツ判例において、住居の居住者の犯罪阻止義務が、住居の閉鎖的・排他的特徴が根拠としての意味を失ったことにより、「限定化」されるに至ることを参考にして、わが国の不作為共犯の理論状況において、排他的支配の要件が重要視されていることについて検討しようとしたものである。結論としては、不作為共犯でいわれる「犯行現場に対する排他的支配」は、犯罪阻止義務を基礎づける根拠として問題があることを指摘した。ただ、本稿では、このように、現状への指摘をするにとどめ、不作為共犯の積極的な可罰根拠については、稿を改めて検討することにしたい。

これまで、不作為共犯の成立要件や可罰性の限界については、学説上、あまり検討がなされてこなかった。とはいえ、東京高裁平成一一年一月二九日判決[1]や、釧路地裁平成一一年二月一二日判決[2]、その控訴審判決である、札幌高裁平成一二年三月一六日判決[3]が、不作為共犯に関する判決を相次いで明らかにして以来、学説上、にわかに関心が高まってきているようにも思われる。本稿の考察が、そのような議論の活性化の一助になれば幸いである。

(1) 東京高判平成一一年(一九九九年)一月二九日判時一六八三号一五三頁〔強盗致傷幇助—無罪〕。

(2) 釧路地判平成一一年(一九九九年)二月一二日判時一六七五号一四八頁。本稿・四の2、参照。

(3) 札幌高判平成一二年(二〇〇〇年)三月一六日判時一七一一号一七〇頁=判タ一〇四四号二六三頁。本稿・四の2、参照。