HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	作為犯に対して介在する不作為犯（５）
Author(s)	松尾, 誠紀
Citation	北大法学論集, 57(4), 85-145
Issue Date	2006-11-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16924
Type	bulletin (article)
Note	論説
File Information	hogakuronshu57-4-3.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論説

作為犯に対して介在する不作為犯（五）

松尾誠紀

目次

第一章　はじめに
第一節　「犯罪の不阻止」という問題の本質
第二節　検討対象としての不作為関与
第三節　まとめ

（以上、五六巻五号）

第二章　不作為関与の単独正犯性
第一節　後行不作為犯の正犯・共犯区別に関する学説の現状
第一項　総説
第二項　不作為共犯論の周辺議論
第三項　自殺行為者に対する不救助
第四項　プロバイダの削除義務違反
第五項　展開
第二節　後行不作為犯における共犯成立可能性
第一項　総説
第二項　共犯成立の可否に関する形式的側面
第三項　共犯成立の可否に関する実質的側面？
第四項　まとめ
第三章　不作為関与成立の時間的限界
第一節　総説
第二節　検討
第四章　不作為関与の限定的な可罰範囲
第一節　総説
第二節　先行作為犯の存在に基づいて後行不作為犯の成立を一定の範囲で否定する見解
第一項　総説
第二項　義務二分説における後行不作為犯理解
第三項　先行行為説における後行不作為犯理解
第三節　不作為関与の「中止構造」と限定的な可罰範囲
第五章　おわりに

（以上、五六巻六号）

（以上、五七巻一号）

（以上、五七巻二号）

（以上、本号）

第四章　不作為関与の限定的な可罰範囲

第一節　総説

本稿・第一の課題を検討した結果、不作為関与（先行作為犯後の後行不作為犯）は、単独正犯として理解されるべきことが基礎づけられた（第二章）。なぜなら、確かに、学説上、（侵害を故意に惹起した）先行作為犯に対する（惹起者ではない）後行不作為犯の劣後性に基づいて、（作為犯の背後の不作為犯と同様に）後行不作為犯をも幇助として理解する見解（行為後幇助説）が有力に主張されているけれども、しかし、すでに先行作為行為が終了し、結果に直接的に関与する後行不作為犯に、共犯が成立する理論的可能性自体が否定されるべきであるのだとすれば、それは単独正犯として理解されるべきであるからである。「犯罪の不阻止」が問題とされる不作為関与において、後行不作為犯が回避すべき危険は先行作為犯によって故意に惹起されたものであるから、そのような危険を回避しない不作為者に対して（先行作為犯と同じ犯罪類型の）不真正不作為犯を成立させて責任を問うことについては「限定性への意識」が存在するはずだとしても、後行不作為犯に共犯成立の理論的可能性が否定されるべきである以上、その意識は、後行不作為犯を幇助として減軽するかたちで表されるべきものではない。幇助規定は単なる減軽規定ではなく、あくまで処罰拡張事由であることからすれば、後行不作為犯の軽い処罰を実現するために幇助規定を適用することは理論的に妥当でない。むしろ、その意識は、そのような不作為者に基本的に不真正不作為犯を成立させるべきではないというかたちで表されると理解されるべきである。そして、その理解に従えば、他人の故意行為による危険を回避しない不作為関与の可罰範囲は、物理的・自然的原因による危険を回避しない単独不作為犯のそれよりも、限定的に解されることになる。(1)

この点、すでに学説上、後行不作為犯（不作為関与）の可罰範囲を、単独不作為犯のそれよりも限定的に解する見解が主張されている。一つが、不作為共犯論における義務二分説で見られる後行不作為犯理解、もう一つが、作為義務発生根拠論における先行行為説で見られる後行不作為犯理解である。しかし、果たしてそれらの見解によって、後行不作為犯の限定的な可罰範囲は合理的に基礎づけられているのであろうか。そこで、本章では、後行不作為犯の限定的な可罰範囲を合理的に基礎づけることを目的とする。その目的達成の手順としては、まず、現在主張されているそれらの見解によって後行不作為犯の限定的な可罰範囲が合理的に基礎づけられているのかを検討し、次いで、仮にそれらの見解では限定的な可罰範囲が合理的に基礎づけられていないとしたとき、それに代わる合理的な根拠とはいかなるものなのかを検討することとする。

第二節　先行作為犯の存在に基づいて後行不作為犯の成立を一定の範囲で否定する見解

第一項　総説

不作為関与（先行作為犯後の後行不作為犯）が単独正犯として扱われるべきだとされたとしても、だからといって直ちに、物理的・自然的原因によって創出された危険を回避しない単独不作為犯と同様に扱われるとは限らない。むしろ、不作為関与においては、回避すべき危険が先行作為犯の故意行為によることに基づく「限定性への意識」が、後行不作為犯の成立を限定的に解するというかたちで表されると理解されるべきであるから、その結果、単独不作為犯の可罰範

囲よりも不作為関与のそれが限定的に解されることとなる。本節では、不作為関与の限定的な可罰範囲を合理的に基礎づけるという本章の目的達成のために、すでに学説において見られる、その限定的な可罰範囲を主張する見解を考察し、その基礎づけの合理性について検討する。

その見解は、第一に、不作為共犯論における義務二分説が示す後行不作為犯理解、第二に、作為義務発生根拠論における先行行為説が示す後行不作為犯理解である。詳しくは改めて後述するが、義務二分説が示す後行不作為犯理解は、法益保護義務類型に基づく場合とは異なり、犯罪阻止義務類型（危険源管理監督義務類型）に基づく場合には、被監督者・危険源利用者の行為終了後の事後的な結果回避義務（以下、「救助義務」というときもある）を否定することによって、後行不作為犯の成立を否定する見解、他方、先行行為説が示す後行不作為犯理解は、先行行為と結果発生の間に他人の答責的な故意行為が介在する場合には、当初の先行行為に基づく行為の阻止義務も、事後的な結果回避義務も否定することによって、（不作為共犯と共に）後行不作為犯の成立をも否定する見解である。

もっとも、ここでいう義務二分説と先行行為説はまったく異なる見解ではなく、作為義務を法益保護義務類型と危険源管理監督義務類型に区別する「機能的二分説」が、不作為共犯論において表されたものが義務二分説であり、他方、一般的な不作為犯論における作為義務発生根拠論で扱われるその機能的二分説に属する一類型が先行行為説であるにすぎない。つまり、義務二分説は、不真正不作為犯の中でも、特に他人の犯罪行為に対する不阻止が問題となる場合について、機能的二分説の類型区分に従い、法益保護義務違反を正犯、犯罪阻止義務（危険源管理監督義務）違反を共犯とする見解である（不作為共犯論において、危険源を管理監督する地位に基づいて他人の犯罪行為を阻止する義務が問題となる場合には、危険源管理監督義務〔類型〕は特に「犯罪阻止義務〔類型〕」と称される）[2]。そして、義務二分説が示す後行不作為犯理解とは、義務二分説が、両類型の違いを特徴づけるに際し、法益保護義務類型では結果の不発生が

確保されるまで義務づけられるのに対し、犯罪阻止義務類型ではそこでの義務が被監督者・危険源利用者の行為を阻止するまでにとどまるので、被監督者等による行為終了後の被害者に対する救助義務が否定されることから、犯罪阻止義務に基づく後行不作為犯の成立は否定されるとする見解を意味する。他方、先行行為説は、機能的二分説における危険源管理監督義務類型に属する一義務類型である。その先行行為説が示す後行不作為犯理解とは、その中でも、先行行為によって他人の答責的な犯罪行為の危険を創出した場合には、その先行行為に基づく犯罪行為阻止義務も事後的な救助義務も否定されるとする見解である。

このように、義務二分説も先行行為説もまったく異なる見解ではなく、共に機能的二分説を前提とするものである。本節で検討対象とするそれぞれの後行不作為犯理解は、第一に、義務二分説において、法益保護義務類型・犯罪阻止義務類型での結論の差異を特徴づける際に述べられたもの、第二に、先行行為説において、他人の答責的行為が介在した場合には先行行為に基づく義務が否定される際に述べられたもの、その両者を切り出してきたものである。そして、両者とも、一定の場合に、他人による故意行為終了後の後行不作為犯の成立を否定している。そのようにして法益保護義務類型以外の義務に基づく後行不作為犯の成立が否定されることから、その分、結果的に、後行不作為犯の可罰範囲が、単独不作為犯のそれよりも限定的に解されることになる。もっとも、両者が後行不作為犯の成立を否定する際の理由づけは互いに異なることから、以下ではそれぞれ個別に検討を行うこととする。

第二項　義務二分説における後行不作為犯理解

1．犯罪阻止義務類型において後行不作為犯の成立を否定する見解

（1）　不作為犯における作為義務発生根拠論の中で、機能的二分説という見解がある。機能的二分説とは、すべての義務は、Ⓐあらゆる方向からの危険に対して法益を守らなければならないという、法益保護義務（Beschützergarant）と、Ⓑ責任ある危険源に由来するすべての法益侵害の危険に対して保護しなければならないという、危険源管理監督義務（Überwachungsgarant）、という二つの義務に類型化されるとする見解である。[3] 具体的には、例えば法益保護義務には、家族共同体で生活する場合の、両親の子供に対する保護義務が含まれ、危険源管理監督義務には、自己の支配領域内に存在する危険源を管理する保障人義務、あるいは教育権者はその監督下の未成年者が犯罪行為を行わないよう配慮しなければならないといった、他人の行為に対する保障人義務、が含まれるとされている。[4]

不作為共犯論における義務二分説とは、この機能的二分説における類型区分に従って、作為犯の背後に位置する不作為犯（不作為共犯）を、正犯と共犯に区別する見解である。[5] クラーマー＝ハイネの見解によれば、まず、保護法益に対する特別な関係に基づいて保障しなければならない者が、義務に違反し法益に対する犯罪的な侵害を回避しなかった場合（法益保護義務類型の場合）は正犯となる。[6] 例えば、父親が、母親による子供への毒殺を阻止しない場合、その父親は正犯となる。これに対して、特定の人物に対して特別な責任を有する者が、その被監督者が違法な侵害をしているのにそれを阻止しなかった場合、その監督者は幇助となる。[7] 例えば、親や教師が、未成年の子供や生徒の故意による違法な行為を阻止しなかった場合は幇助となる。[8] また、物に対する責任や、特定の空間的支配領域に基づいて犯罪阻止義務が生じる場合も幇助となる。[9] 例えば、自己の住居内で行われている犯罪を阻止しなかった住居居住者は幇助となる（このように、犯罪の不阻止が問題となる場合には、危険源管理監督義務類型の中でも特に、危険源を管理監督する地位に基づく「犯罪阻止義務」が問題となる）。[10][11] このように、義務二分説は、二つに区分された義務類型に基づいて、作為犯の背後の不作為犯を正犯と共犯に区別する見解である。

そして、義務二分説は、本稿の検討対象である後行不作為犯に関して、次のような理解を示している。まず、法益保護義務類型に関しては、法益に対する危険の原因が自然的原因か人的原因かを問わず、さらに、不作為犯の介在した時点が、作為犯が構成要件的行為をなす以前か以後かも問わず、いずれの場合も（つまり後行不作為犯も）正犯としての（不真正）不作為犯が成立するとされている。[12] 例えば、わが子Zに対して他人Yがジュースに毒を盛って殺害しようとしているのを阻止しなかった父親Xに正犯としての不作為犯が成立するのと同様に、毒の盛られたジュースをすでに飲んで、もがき苦しむわが子Zを発見しながらも放置した父親X（後行不作為犯）にも正犯としての不作為犯が成立する。つまり、法益保護義務類型では、他人による犯罪行為の終了後も事後的な救助義務に基づく後行不作為犯の成立が肯定されている。これに対して、犯罪阻止義務類型については、被監督者がすでに構成要件実現のために必要なすべての行為をなした後、単に結果の発生を阻止しなかった場合は、ドイツ刑法三二三条cの不救助罪が成立することはあるかもしれないが、不真正不作為犯は成立しないとされている。[13] 例えば、息子Yによる被害者Zへの殺害行為の終了後、瀕死の状態にあるZを発見した父親Xが、Zをそのまま放置したとしても、不救助罪以外に、不作為による殺人罪が成立することはないとされている。また、危険物の所有者が、他人にそれを引き渡した場合も同様に考えられており、例えば、銃の所有者Xが他人Yに対して銃を貸したところ、Yがその銃を使用して被害者Zに対して発砲し、Xが、すでに瀕死の状態にあるZを発見したがこれを放置した、という事例においても、不救助罪を越えた責任が帰属されることはないとされている。[14] つまり、犯罪阻止義務類型では、そこでの義務はまさに被監督者・危険源利用者による犯罪行為が終了するまでにしか及ばないものとして、その行為終了後の事後的な救助義務が否定されることから、犯罪阻止義務に基づく後行不作為犯の成立は否定されているのである。

このように、クラーマー＝ハイネは、法益保護義務については、作為犯の行為終了の前後を問わず、つまり背後の不

作為犯だけでなく後行不作為犯についても、正犯としてその成立を肯定する一方、犯罪阻止義務については、作為行為終了前までは幇助として不作為共犯の成立を肯定するのに対し、その終了後は、事後的な救助義務（後行不作為犯）を否定している。すなわち、後行不作為犯の成否だけを見れば、法益保護義務に基づく後行不作為犯は肯定されているのに対し、犯罪阻止義務に基づく後行不作為犯は否定されていることになる。このようにして、クラーマー＝ハイネは、法益保護義務類型の場合とは異なり、犯罪阻止義務類型の場合には後行不作為犯は成立しないものとしているのである（義務二分説における各不作為犯の成否を整理すれば別表のようになる）。

（2）　このクラーマー＝ハイネの理解に対しては、犯罪阻止義務類型において、なぜそこでの義務が行為の阻止までにとどまり、後行不作為犯の成立が否定されているのか、その根拠が問われることになる。この点を明らかにしているのが、山中敬一である。[15]

山中も、義務二分説を支持する立場から、不作為犯論における作為義務を法益保護義務類型と危険源管理監督義務類型に区別し、それらの義務に基づく他人の犯罪行為を阻止する義務も認めている[16]（危険源を管理監督する地位に基づく他人の犯罪を阻止する義務を特に「犯罪阻止義務〔類型〕」と称することは前述の通り）。山中は、法益保護義務類型と犯罪阻止義務類型は、もちろん両者とも最終的には法益の保護を目的とするものの、法益保護義務類型の場合は、直接的に法益侵害が発生しないように作為することが義務づけられるのに対して、犯罪阻止義務類型の場合は、要求される具体的作為が行為者の犯罪を阻止することにあるので、間接的に結果発生の回避が行われる点で異なるとする。そして、その法益保護に対する直接的・間接的という相違が特徴的に現れる点として、「犯罪阻止義務類型の場合には、行為者の実行行為が終了すると、作為義務が消滅するのに対して、法益保護義務類型の場合に

	法益保護義務	犯罪阻止義務
背後の不作為犯	正　犯	幇　助
後行不作為犯	正　犯	不成立

【別表】義務二分説における各不作為犯の成否

は、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」[17]としている。このとき、犯罪阻止義務が行為者の実行行為が終了すると消滅する理由について、「ここでは、幇助犯は、正犯の実行行為に働きかけるものであって、実行行為を通じずに結果の発生を促進した場合には従犯とならないという見解に基づいている」[18]とする註[19]が付されている。すなわち、先のクラーマー＝ハイネと同様に、法益保護義務類型では作為行為終了後もなお事後的な救助義務が課されるのに対して、犯罪阻止義務類型では作為行為終了後の救助義務を否定し、そこでの後行不作為犯は成立しないとしている。その際、犯罪阻止義務類型において作為行為終了後に結果回避義務が消滅する理由として、正犯行為終了後には幇助成立の可能性が否定されるから、とする一般論が挙げられている。その意味するところは、犯罪阻止義務は幇助としての義務でしかないので、正犯行為の終了後、幇助成立の理論的可能性がなくなった以上、犯罪阻止義務も肯定することはできないとする理解であると思われる。

また、山中は、犯罪阻止義務類型の特徴として、次の点も指摘している。「犯罪阻止義務は危険源管理監督義務の一種であって、危険源が『人』である場合に生じるものである」ことからすれば、「それは、行為者に規範的障害の存在することを前提とした違法行為が行われようとしている場合に生じる義務である」、そして「法益保護義務が直接危険にさらされている法益主体を救助することにあるのに対して、犯罪阻止義務は、『他人の意思決定や行為』に働きかけてその行為をやめさせることによって尽くされるものである」、そうすると、「実行行為が終了し、結果の発生へと向かう因果の流れが『人の行為』の介入がなければ遮断できないいわば必然的なものになったとき、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は不可能になったのであるから、その義務は無意味なものとなる」[20]としている。つまり、犯罪阻止義務は「人」の行為を阻止するものである以上、その「人」の行為が終われば義務もなくなるということを示している。

さらに山中は、犯罪阻止義務の消滅後のさらなる義務の可能性も視野に入れて、次のように述べる。「犯罪阻止義務の類型の場合には、一五歳のわが子が幼児を池に投げ入れようとしているのを目撃した父親は、その子の行為を阻止する作為可能性があれば、そうすることの作為義務が生じる。すでに子供が幼児を池に投げ込んだ後に子供が逃げ去り、父親が、その幼児を救助することが可能であった場合、法益保護義務が問題となり、この事例では、親は、原則的に、その幼児を救助する保護義務はない」としながら、「問題は、犯罪阻止義務が、無意味になったとしても、自らの監督する危険源たる違法行為者の作用によって危険の現実化が必然的になった時点で、犯罪阻止義務の延長として、法益侵害結果を阻止することによる犯罪結果阻止義務に転化しないかどうかである。このことは、同じ危険源管理監督義務の類型に属する動物や物による危険の発生の場合、結果発生の危険が存在するかぎり、管理義務が有効であるのと同様である。例えば、猛獣の管理義務に反して、猛獣が他人に噛みつきそうになるのを目の当たりにした飼い主は、猛獣の行動が必然的になったときにも、法益を保護する義務があるのは当然である。〔原文改行―引用者註〕これは、犯罪阻止義務をもつ監督者は、被監督者の行為自体に働きかけて法益を保護することができなくなった後にも、被監督者の犯罪行為によって惹起された危険状態を除去する義務を負うかという問題である。換言すれば、被監督者の先行行為および自己の不作為の幇助から生じた結果の発生を阻止する義務があるかである」[21]とする。つまり、ここでは、クラーマー＝ハイネが先行作為行為終了後に犯罪の結果を回避する義務はないとしたところで検討を終えていたのに対して、山中はさらに、犯罪阻止義務は先行作為行為が終了した以上、消滅するものの、しかしなお監督者が被監督者によって発生させられた危険の回避義務を事後的に負うかどうかを問うている。すなわちそこでは、犯罪阻止義務から犯罪結果阻止義務への転化可能性が考慮されているのである。

しかし、山中は、結論において、「法益保護義務〔犯罪結果阻止義務―引用者註〕は、……被監督者の先行行為によ

る法益侵害の危険にも、自己の不作為により生じた危険にもとづいても、根拠づけられない」[22]として、やはり犯罪阻止義務類型における先行作為行為終了後の結果回避義務を否定している。

以上の山中の見解をまとめると、次のようになる。①義務二分説における二つの義務類型は、法益保護義務類型が直接的な回避義務であるのに対し、犯罪阻止義務類型の場合には間接的な義務である、それゆえに犯罪阻止義務違反は幇助になる、②ただし犯罪阻止義務類型においては、被監督者の行為終了後に事後的な救助義務が課されることはない、なぜなら、第一に、犯罪阻止義務は幇助としての義務なので、正犯行為終了後に幇助の理論的可能性が否定される以上、幇助としての義務は基礎づけられないから、第二に、あくまで「人」の行為に対する阻止義務なので、阻止するべき「人」の行為がない以上、義務は基礎づけられないから、である、③被監督者の行為終了後、当初の犯罪阻止義務が犯罪結果阻止義務に転化することはなく、その意味でも先行作為行為終了後の結果回避義務は基礎づけられない。

2. 検討と展開

(1) そこで、検討すべきは、クラーマー＝ハイネと山中によって示された、犯罪阻止義務類型においては先行作為犯の行為終了後に事後的な結果回避義務は課されない、とする点について、そこでの義務の否定が合理的に基礎づけられているかどうかである。しかし、結論からいえば、それらの見解によって、犯罪阻止義務類型における後行不作為犯の不成立が合理的に基礎づけられているとは思われない[23]（もちろん、山中が、両義務が共に最終的には法益の保護を目的とするものであるとする理解自体は適切である）。

まず、山中は、「法益保護義務の場合には、直接、法益侵害結果が発生しないように作為することが義務づけられる〔傍点は引用者〕」のに対して、「犯罪阻止義務類型の場合には、要求される具体的作為は、行為者の犯罪行為を阻止するこ

とである」から、「間接的に結果発生の回避が行われる〔傍点は引用者〕」とし、さらにその直接的な義務・間接的な義務という違いは、直接的な義務の場合には法益侵害の不発生が確保されるまで義務づけられるのに対し、間接的な義務の場合には、行為者の実行行為が終了すると消滅するという違いに現れるとしている。[24] すなわち、山中は、法益保護義務類型が結果の回避に対して「直接的」である一方、犯罪阻止義務類型は「間接的」なものにすぎず、さらにその両者の相違が義務の射程の相違として現れるとしているのである（この点は、クラーマー＝ハイネも理解を共通にしているところと思われる）。しかし、そこでいわれているような直接的・間接的という区別は、以下で見るように、そもそもその区別基準自体が明らかでないことからして、果たしてそのような区別が、法益保護義務類型と犯罪阻止義務類型を質的に区別し、ひいては、それが犯罪阻止義務類型における後行不作為犯の不成立という帰結を導きうるものであるか疑問である（この点の検討は、不作為共犯論にわたる部分であるが、これに関する理解が先行作為行為終了後の義務の存否に関係しているので、ここで検討することとする）。

ここでは分かりやすくするために、義務が履行されて結果回避が実現された事例をもとに考えてみたい。真っ先に「直接的」として思い浮かぶ事例として、①父親Xは、息子Zと手を繋いで歩いていたところ、一〇〇メートル先から狙撃手Yがライフル銃の照準を息子Zに合わせているのに気づいたので、息子Zを物陰に引き込むことによって狙撃を回避した、という場合が考えられる。この場合、保護客体である息子Zに対して回避行為が取られているので、まさに「直接的」といえる。反対に、「間接的」の典型的な事例として、②父親Xは、隣に座っている息子Yが一〇〇メートル先にいる他人Zに対してライフル銃の照準を合わせているのに気づいたので、息子Yの銃を取り上げることによって、息子Yの行為を阻止した、という場合が考えられる。この場合、結果の回避は、息子の行為を阻止することによって実現されているので、まさに「間接的」といえる。しかし、それでは、それぞれ父親Xの隣にいる人物を入れ換えて、❶父

親Xは、隣に座っている狙撃手Yが一〇〇メートル先にいる息子Zにライフル銃の照準を合わせていたので、息子Zに対する危険を回避すべく狙撃手Yの銃を取り上げたという場合、❷父親Xは、一〇〇メートル先にいる息子YがXの隣に座る他人Zに対してライフル銃の照準を合わせているのに気づいたので、息子の行為を阻止すべく、他人Zを物陰に引き込んで狙撃を回避したという場合は、「直接的」か「間接的」かについて、いかに判断するのだろうか。[25] 事例①②との関係からすれば、事例❶では、法益保護義務類型でありながらも「間接的」に回避したといえるし、反対に、事例❷では、犯罪阻止義務類型でありながらも「直接的」に回避したといえる。すなわち、「直接的」「間接的」という区別は、必ずしも法益保護義務類型と犯罪阻止義務類型の区別に一対一に対応しているわけではないのである。いうなれば、他人の犯罪行為からの結果惹起を事前に回避した場合には、常に他人の犯罪行為を妨げたことになるのであるから、どちらの義務類型の場合であっても「間接的」であるとさえいえる。このように考えると、少なくとも、「直接的」「間接的」という観点が、法益保護義務類型と犯罪阻止義務類型とを質的に区別すると理解すべきではないし、ましてそれが、犯罪阻止義務類型における後行不作為犯の不成立を基礎づけていると理解すべきでもない。

（2）　そこでさらに、法益保護義務類型では最終的な法益侵害の不発生が確保されるまで義務づけられるのに対して、犯罪阻止義務類型では作為行為の終了時点までしか義務づけられない、とされていることの実質的根拠について検討することにする。

まず前提として、両義務類型における結論の差異について改めて確認しておく。例えば、法益保護義務類型に関しては、狙撃手YがXの息子Zを狙撃する場合、父親Xには、息子Zが狙われている段階はもちろん、すでに狙撃され瀕死の状態にある段階においても、Zの死亡結果を回避しなければならない義務が存在し続けている。これに対して、犯罪阻止義務類型に関しては、Xの息子Yが他人Zを狙撃する場合、父親Xは、息子YがZに向けて発砲するまでは、Yの

犯罪行為を阻止しなければならないが、すでに狙撃されて瀕死の状態にあるZの死亡結果を回避する義務まではない。このとき、両事例を結果発生の観点から見てみると、法益保護義務類型では、危険が潜在状態にある場合はもちろん、危険が顕在化した後も義務が存在し続けるのに対して、犯罪阻止義務類型では、危険が潜在化している段階では阻止しなければならないが、（少なくとも）すでに危険が顕在化した後では義務が課されることはないということになる。[26] もちろん、犯罪阻止義務類型に関して、すでに瀕死の状態にある他人Zを放置した場合でも、結果的に父親には当初の阻止義務違反について不作為幇助は成立しうるので（ただし過失なら不可罰的幇助となる）、既遂幇助を成立させたくなければ死亡結果の回避を果たさなければならないという意味での反射的な義務は（先行作為行為終了後も）存在し続けている（これに対して、法益保護義務類型における危険顕在化後の事後的な救助義務は、当初の違法行為の反射的な義務ではなく、その義務の不履行が不真正作為犯の成立を基礎づけうる義務である）。[27] しかし、犯罪阻止義務類型においては、法益保護義務類型とは異なり、すでに顕在化した危険に対して、その違反につき不真正不作為犯が成立するような義務は先行作為行為終了後には否定されているのである。この点、見方によっては、危険が潜在状態にある段階では義務が肯定されているのに、なぜ危険が顕在化した後では義務が否定されているのか、犯罪阻止義務もあくまで法益保護を目的とするものであれば、むしろ危険顕在化後も義務が肯定されるのが自然ではないか、という疑問もありえないではない。犯罪阻止義務類型において、先行作為行為終了後の義務が否定されているのはなぜか、その存否が法益保護義務類型の場合と異なるのはなぜか、犯罪阻止義務類型における後行不作為犯の成立を否定する見解が、そこでの義務の否定を合理的に基礎づけているのかが問われなければならない。

この点、犯罪阻止義務類型において事後的な救助義務が否定されている根拠について、山中はいくつかの文章で個別に示している。まず並列的にそれらを挙げると、Ⓐ「犯罪阻止義務類型の場合には、要求される具体的作為は、行為者

の犯罪行為を阻止することである。それによって、間接的に結果発生の回避が行われる[28]」、Ⓑ「犯罪阻止義務類型の場合には、行為者の実行行為が終了すると、作為義務が消滅する[29]」、その「消滅」は、「幇助犯は、正犯の実行行為に働きかけるものであって、実行行為を通じずに結果の発生を促進した場合には従犯とならないという見解に基づいている[30]」、Ⓒ「犯罪阻止義務は、『他人の意思決定や行為』に働きかけてその行為をやめさせることによって尽くされる」、そうすると、「実行行為が終了し、結果の発生へと向かう因果の流れが『人の行為』の介入がなければ遮断できないいわば必然的なものになったとき、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は不可能になったのであるから、その義務は無意味なものとなる[31]」、としている。

まとめると、そこでの義務の否定は、①犯罪阻止義務は作為犯の行為を阻止するものであること、②作為犯を介するので犯罪阻止義務違反は幇助となること、③作為行為が終了すれば義務がなくなること、という三つの要素によって成り立っている。このとき問題は、これらの要素の関係がどのように理解されているのか、果たしてこれらの要素が組み合わさることによって、犯罪阻止義務類型における義務が作為行為の終了時までしか義務づけられないということが基礎づけられているかにある。

しかし、結論からいえば、これらの三つの要素が組み合わさったところで、犯罪阻止義務類型における事後的な義務の否定が基礎づけられることはないと思われる。まず、要素①についていえば、「犯罪阻止義務」という呼称は、義務類型の中で、犯罪行為だけを阻止するものという意味でラベリングされたものにすぎず、その類型の義務内容が、犯罪行為の阻止に限られるというのは別個の根拠に基づくはずである（まさに今これを問うている）。それゆえ、犯罪阻止義務類型であるということから、「要求される具体的作為は、行為者の犯罪行為を阻止すること」であるとは直ちにいえないはずである。また、先に見たように、犯罪阻止義務であっても、直接的に保護客体に対して回避行為を行う場合

もあれば、逆に、法益保護義務であったとしても、間接的に作為行為を阻止する場合もある。いいかえれば、作為犯を介する場合は、いかなる回避行為でも結果的に作為犯の行為を阻止したことになる。現に山中は、その意味で、法益保護義務類型においても作為犯を介する場合は、一般の義務二分説の主張とは異なり、幇助とする結論を採っているのである。[32] したがって、犯罪阻止義務だけが、作為犯の犯罪行為を阻止するものであると特徴づけられるものではない。さらに、要素②③についていえば、作為犯を介せば幇助だといえたとしても、そのことが、作為行為が終了すれば幇助成立の理論的可能性が消えると同時に、作為義務も消えると直ちにいえるものではない。なぜなら、犯罪阻止義務が幇助としての義務だとしても、そのことが直ちに、作為犯の行為阻止だけにかかる義務であることを意味してはいないからである。

このように考えれば、いずれの要素も、作為義務が犯罪行為の阻止までに限られる根拠を含むものではない以上、これらの要素を組み合わせたとしても、その限定性の根拠が生まれ出るはずがない。ここでは、「犯罪阻止義務は、『他人の意思決定や行為』に働きかけてその行為をやめさせることによって尽くされる」とする結論以上の根拠は示されていないように思われる。神山敏雄は、「父親甲は、息子乙が他人丙を刺突した後、現場から立ち去るの目撃したのに、丙を救助しなかった」という事例を挙げ、これについて、「〔クラーマー＝ハイネが甲を幇助犯として処罰しないのは―引用者註〕犯罪阻止義務は現に被監督者が犯罪を行っていることを阻止しない場合に義務侵害になるのであって、行為終了後の法益保護義務までは課されないとの考えによるのであろう。しかし、……犯罪阻止義務は最終的には結果防止義務に直結するものであるとみれば、甲は正犯であるという考えと幇助であるという考えとが導かれる余地がある」[33]として、クラーマー＝ハイネが作為行為終了後の救助義務を否定することに批判的である。これまでに見てきた基礎づけをもってしては必ずしも犯罪阻止義務が犯罪行為の阻止までにかかる義務だとはいいきれていないことからして、この

神山の批判は適切なものと思われる。[34]

（3）　このようにして、少なくとも以上のようなクラーマー＝ハイネや山中の見解に基づいては、犯罪阻止義務類型では作為行為終了時までしか義務づけられず、結果的にそこでの後行不作為犯は成立しない、ということが合理的に基礎づけられているとは思われない。

もっとも、例えば、父親Xが、息子Yによる他人Zに対する殺害行為を阻止せず、しかも行為終了後、瀕死の状態にあるZをそのまま放置し、結果的にZは死亡した、という事例を想定したとき、これを、Xの先行監督懈怠に基づいて事後的な救助義務を課すという、先行行為に基づく作為義務を扱う事例として理解することもできなくはない。それはいわば、監督的地位に基づく犯罪阻止義務が、事後の段階で、先行行為に基づく結果回避義務に転化すると構成する理解である。[35] そして、このように先行行為に基づく義務として構成したとき、すでに学説において、答責的な行為（Yの行為）が介在していることを根拠に、（Xの先行監督懈怠に基づく）事後的な救助義務を否定するとする見解が存在する（犯罪阻止義務類型において後行不作為犯が成立しない根拠を、そのような答責的行為の介在を根拠として否定する見解に基づいて理解することも理論的には可能である。[36]）。

そこで、次に、先行行為に基づく義務を答責的行為の介在に基づいて否定することで、その事後的な救助義務（後行不作為犯）をも否定する見解について、そこでの理由づけを検討することにする（なお、そのような理解に従えば、後行不作為犯の義務類型は、Ⓐ法益保護義務類型と、Ⓑ先行行為に基づく義務の類型、に区分されることになる）。

第三項　先行行為説における後行不作為犯理解

1．答責的行為の存在に基づいて事後的な結果回避義務も否定する見解

（1）　自らの行為に基づいて他人に対する危険を創出した者には、保障人的地位が認められるとされている。つまり、その危険を創出した者は、その危険から生じる構成要件的結果が発生するのを阻止しなければならない。[37] このように、事前の危険創出行為に基づいて他人への法益侵害を回避すべき義務を認めるとする見解が、先行行為説である。[38] その典型事例として、例えば単独不作為犯の事例として、自動車を運転中に過失に基づいて歩行者Zを撥ね、生命に危険を及ぼす傷害を生じさせたXが、その重大な事態を認識しながらもZを救護することなく走り去り、結果的にZが死亡した場合、が挙げられる。[39] この事例においては、撥ねた行為によってZを死亡させたこと自体に基づく（業務上）過失致死罪の成否が問題とされると同時に、Xに保障人的地位が認められることに基づく（後続の不作為による）故意殺人罪の成否も問題とされる。すなわち、ここでは、先行行為自体が作為犯として可罰的となるだけでなく、それに基づいて保障人的地位が認められることによって、最終的な結果発生を故意により回避しなかった不作為犯も、さらに可罰的とされうることになる。[40]

本稿の検討対象としては、機能的二分説における危険源管理監督義務類型の一つとして組み込まれている先行行為説[41]だけでなく、先行行為に基づいてのみ作為義務が生じるとする見解[42]も含まれる。また、先行行為に基づく義務が論じられる際には、必ずしも、先の自動車事故事例のように、危険顕在化後の事後的な救助義務だけが問題とされているわけではない。例えば、傷害結果等が発生する前に欠陥製造物を回収する義務（いわゆる刑事製造物責任）[43]や、先行行為に基づいて他人による犯罪行為を阻止する義務[44]では、先行行為に基づく危険顕在化前の回避義務[45]が問題とされている。この点、本稿の関心が、先行行為に基づく作為義務一般にあるのではなく、他人による犯罪行為後の後行不作為犯の成否をめぐって先行行為説を扱うにすぎないことからすれば、先行行為に基づく作為義務についても危険顕在化後の結果

回避義務が考察の中心となる。[46]

（2）　学説上、先行行為に基づく作為義務が肯定されたとしても、単に危険な因果経過を創出すればすべての場合にそれに基づく回避義務が生じるとは考えられていない。そこには、義務を生じさせる先行行為を限定するための要件が用意されている。その要件を満たさない場合には、その先行行為が後の義務を生じさせることはないとされている。まず、第一に挙げられる限定要件は、義務違反性である。すなわち、義務に違反した先行行為（pflichtwidriges Vorverhalten）だけが、それに基づく保障人的地位を基礎づけるとされている。[47]その理由として、一方で法的に許された行為として評価しておきながら、他方で回避せずに結果を惹起したことに基づいて間接的に刑事的責任を基礎づけるのは矛盾しているからとされている。[48]ただし、現在の学説では、果たして先行行為の義務違反性が保障人的地位の発生根拠なのかという疑問も示されている。[49]すなわち、「許された危険」の先行行為に基づいても危険回避義務は生じうるのではないかという観点から、正当防衛後の不作為、あるいは、欠陥製造物の出荷後の回収義務[50]をめぐって議論が行われている。[51][52]

第二の限定要件は、直接性・相当性（nah/adäquat/unmittelbar）である。つまり、作為義務を基礎づける先行行為は、法益侵害結果に対する直接的な危険を惹起していなければならないと解されている。[53]いいかえれば、先行行為が直接的に危険を惹起していない場合には、その先行行為に基づく作為義務は否定される。そして、この第二の限定要件に従って、次のような見解が有力に主張されることになる。すなわち、先行行為によって他人の犯罪行為の危険を創出した場合、いいかえれば、先行行為と結果発生との間に他人の答責的な行為が介在した場合には、その先行行為に基づく作為義務が否定されるとされている。[54]具体的にいえば、第一の先行行為が、第二の他人による犯罪（先行作為犯）の危険を創出し、第三にその先行作為犯によって惹起された法益侵害を阻止せず（後行不作為犯）、第四に結果が発生した場

合には（時系列的に整理すると、①自己による故意／過失先行行為、②他人による故意先行作為犯、③自己による故意後行不作為犯、④結果発生、と経過する）[55]、第二の先行作為犯の介在に基づいて、第一の先行行為に基づく第三の後行不作為犯は成立しない、と考えられているのである。つまり、この見解においては、先行作為犯の存在によって、当初の先行行為に基づく後行不作為犯の成立が否定されていることになる。

本章の目的が、不作為関与において、先行作為犯によって故意に引き起こされた危険を回避しない後行不作為犯の可罰範囲は、物理的・自然的原因によって創出された危険を回避しない単独不作為犯よりも限定的であるべきことを合理的に基礎づけることにあることからすれば、この先行行為説で論じられている、他人の答責的行為の介在によって当初の先行行為に基づく後行不作為犯が否定されるとする理解が、そこでの後行不作為犯の不成立を合理的に基礎づけることに成功しているのかを検討する必要がある。そこで、以下、その検討の前提として、先行行為説において示されている、答責的行為の介在に基づいて当初の先行行為に基づく後行不作為犯の成立が否定されている点について詳しく見ていくことにする。

（3）　このような理解を代表する見解として、シュトレーは、他人の答責的な行為によって惹起された危険に、間接的に関与したにすぎない者は、先行行為に基づく作為義務が否定されるとしている[56]。その理由として、事象に対するすべての責任は、結果を直接的に惹起した者が負担し、背後者に帰属されることはないからとしている。このことは、他人に所有物を渡し、他人がその所有物を使って、第三者にあるいはその他人自身に危険を惹起した場合のような先行行為にあてはまる[57]。その理解に基づき、例えば、他人にナイフを貸した者は[58]、そのナイフを使用した第三者に対する傷害行為を阻止する義務もないし、同様に、刺突行為後にその被害者を救助する義務もないとしている[59]。このことは、先行行為に基づく義務は、法益侵害結果に対する直接的な危険を基礎づけていなければならないとする理解に基づくと

する。[60] さらにシュトレーは、先行行為が義務に違反する場合でも介入義務は生じないとしている。[61] 例えば、銃器法（Waffengesetz）に違反して、成人に銃を販売した者は、その取得者の行為に対して責任はないし、[62] 取得者の行為によって傷害を負った被害者について、ドイツ刑法一三条（不真正不作為犯の一般条項）に基づいてその法益侵害の拡大を防ぐ義務も生じないとしている。

このようにシュトレーは、先行行為に基づく義務が生じる場合でも、第三者の答責的な行為が存在した場合には、その第三者の行為に対する阻止義務もないし、さらにその行為者の行為によって損害が生じた被害者について事後的に救助する義務もないとしているのである。

このような理解については、かねてよりヴェルツェルも、「危険と発生結果との間に第三者の自己答責的な行為が介在している場合では、先行行為に基づく義務は限定されるべきである。それゆえ、（義務を基礎づける）先行行為の限界として、かつての学説である遡及禁止論が、今でもなお実際的な意味を有している」[63] としていた。また、判例においても、同様の観点から、義務に違反した先行行為は、構成要件的結果に対する直接的な危険を発生させたときに作為義務を基礎づけるとして、友人が被害者に傷害行為を加えた後、[64] 被害者の生命に対する危険を回避する事後的な義務はないとした、ドイツ連邦通常裁判所一九九七年九月二三日判決がある。[65] また、不作為関与の事例ではないが、他人の自己答責的な決断に基づく違法行為に対して、被告人に先行行為に基づく保障人的地位は生じないと判示した、カールスルーエ高等裁判所一九九二年一〇月三〇日決定もある。[66]

現在では、そのような理解に従って、具体的に、①先行行為によって同意に基づく被害者自身による自傷・危殆化行為を促進した場合や、②故意の幇助・教唆行為によって正犯行為を促進・誘発した場合、③別の犯罪の共犯行為をしている際、共犯者が過剰行為をした場合、についても、その他人の行為や発生結果に対して、先行行為に基づく事後的な

救助義務は発生しないとされている。

①について、例えばミッチュは、積極的関与が、他人の自己答責的な自己危殆化を可能にするに尽きるような危険を創出したにすぎない場合には保障人義務を基礎づけないとして、例えば、客が過度の飲酒をして危険な状態に陥っても、店主は客に対する保障人ではない、さらにこのことは、薬物の使用による自己危殆化を可能にしたことに対しても同様である、としている。[67] また、ノイマンは、「自由答責的な行為による自殺者の自己答責性の原則と、先行行為に基づいて保障人義務を根拠づけることで自殺関与者の共同責任を肯定することは調和しない」[68]として、不可罰の自殺幇助後、その先行幇助行為に基づく救助義務は発生しないとする。

②については、オットーが次のような見解を示している。行為が単に他人の犯罪行為や自傷行為の決断を引き起こしたにすぎない場合には、先行行為に基づく保障人的地位は生じない、それは、答責原理が保障人義務を阻害することから生じるとする。つまり、その理解に従えば、基本的に先行行為は、保護法益に危険が及ばないよう保障しなければならないだけであり、他人の管轄に属することになる、他人が行為をしない、ということまで保障しなければならないわけではないとする。最終的に損害を発生させた者（Letztschädiger）の自己答責的な行為は、先行行為者が特別な根拠（法益保護保障人、共犯者、その他の法的責任分配根拠）に基づいて、最終的に損害を発生させた者による直接的な法益侵害行為に対して責任を有していない限り、他人の責任に対して限界を設定するものであり、単に他人の犯罪行為ないし自傷行為を誘引・促進・可能にしたにすぎない場合は、保障人としての責任を基礎づけないとしている。[69] そして、この理解に従ってオットーは、「AはBをナイフで傷害を加えようと考え、Cからそれに使用するためのナイフを借りた。CはAの企図を認識していた。その後、AはBをナイフで刺した。救助がなされていないとき、CはBが死亡する可能性を認識していた。それにもかかわらず、Cは救助しなかった。Bは死亡した」という事例を設定し、[70] それについて、

次のように述べる。「Cが、AによるBへの傷害に対する共犯であることに基づいて、保障人になることはない。なぜなら、Bの死には、Aの刺突の危険が現実化しているのであって、ナイフを貸した危険が現実化しているわけではない。基本的に、犯罪行為に対する共犯であることから、正犯行為による結果を避けるべき保障人義務を基礎づけることはできない。なぜなら、それでは共犯が正犯を基礎づける要素として解釈されることになるからである」[71]と主張する。

このような理解と同様にノイマンも、「もし、幇助行為としての、答責的な正犯に対する強化行為を、保障人義務を基礎づける先行行為として足りるとするのであれば、不作為犯論は、ドイツ刑法二五条以下で規定されている、複数関与者間の刑事的責任を分配する原理を覆す（überspielen）ことになる」[72]と批判した上で、「先行行為が、他人の答責的な行為によって直接的に惹起された危険に間接的に寄与したにすぎない場合は、先行行為に基づいて法的義務は発生しない」[73]とする考えを示している。

③について、キュールは、先行行為が、例えばナイフを貸すことによる行為機会の創出に尽きる場合、そして、第三者が自己答責的な決断にのみ基づいてこの機会を犯罪に利用した場合には、そのような行為を阻止する保障人義務はないという理解を前提に、危険な身体傷害の共同正犯者が被害者を自己の決断に基づいて殺害したならば、他の共同正犯者がその結果に対して不作為正犯として責任を負うわけではないとする。さらに、共同正犯者が強盗を共謀したのに、他の共同正犯者が被害者に対して計画に反し強姦をした場合、そのような直接的ではない危険に対して対抗しなくてもよいとしている[74]。

以上のように、ドイツ学説における有力な見解は、先行行為と結果発生の間に答責的行為が介在した場合には、先行行為に基づく作為義務が否定されるとしている[75]。そして具体的に、過失によって犯罪行為の危険を創出した場合だけでなく、故意に基づいて正犯行為を幇助・教唆した場合、共犯者の過剰行為の機会を創出した場合、自殺・自傷行為・

自己危殆化行為を創出した場合にも、答責的行為の介在に基づいて、先行行為に基づく阻止義務も事後的な救助義務も否定されるとしている。[76]

そのような理解に従えば、結果的に、法益保護義務に基づく後行不作為犯だけが成立しえ、それ以外の義務に基づく後行不作為犯はすべてその成立が否定されることになる（その結果、単独不作為犯の可罰範囲よりも、後行不作為犯のそれが限定的に解されることになる）。

（4）　わが国において、先行行為に基づく義務を認める島田聡一郎[77]も、先のシュトレーの見解を一部批判しつつも、結論において、他人による被害者への犯罪行為が終了した後の、当初の先行行為に基づく事後的な救助義務（後行不作為犯）を否定している。そして、その見解を明らかにするに際して重要な指摘をしているので、特にこの島田の見解を見ることにする（島田は、先行行為に過失の必要性をも否定する見地から、一般にいう「先行行為」を特に「危険創出行為」としているが、[78]以下では、便宜上、そのような意味も含めて「先行行為」と呼ぶこととする）。

島田の見解を見る前提として、その見解を主張するに至る過程を確認しておく。先行行為に基づく義務を認める見解に対しては、それに否定的な見解から、「教唆、幇助がほとんどの場合、不作為正犯に転化してしまい、従来の正犯・共犯論が無意味なものになってしまう」とする批判がある。[79]すなわち、先行行為に基づく義務を認めると、例えば、正犯者Yによる被害者Zに対する殺害行為を、拳銃をYに譲渡することによって幇助したXは、その譲渡行為に基づいて、瀕死の状態にあるZの救助義務が義務づけられることになってしまい、そうなると結局、幇助者が不作為の正犯になってしまう、だから先行行為に基づく義務は否定されるべきだ、という批判である。島田は、このような否定説からの批判に反論するかたちで、先行行為に基づく義務を認めたとしても、そのような事後的な救助義務が肯定されることはないと主張する。そこで、そのような否定説に対して反論するにあたって、まずその事後的な救助義務を否定する見

解として、シュトレーの見解を紹介する。先に見たように、シュトレーは、㋐他人にナイフを貸した者は、その他人がナイフを用いて第三者を刺し、被害者が失血死しようとしているのをドイツ刑法一三条に基づいて阻止する義務はない、㋑他人が第三者を刺そうとしているのに介入して止める義務もない、としている。[80] このシュトレーの見解に対して、島田は、㋑の行為の阻止義務に関してはシュトレーを批判しつつ、㋐の事後的な救助義務の否定については支持する（それゆえ、シュトレーの見解を否定説への反論に援用することはできる）。

このように、島田は、結論において、一方で行為の阻止義務は肯定しつつ（シュトレーへの批判）、他方で（当初の先行行為に基づく）事後的な救助義務を否定する（否定説への反論）。このような理解を示す島田の見解を詳しく見るため、否定説への反論、シュトレーへの批判を同時に展開している箇所を、次に掲げることにする。以上のような展開のもとで述べられたものが、以下の主張である。

――シュトレーのいう、「答責的にふるまう他人が直接引き起こした危険に間接的に寄与したにすぎない者は、先行行為に基づく法的義務を負わない。なぜなら、そのような場合には、事象に対するすべての責任は危険を直接引き起こした者にふりかかり、直接的な危険を背後者に帰属することはできなくなるからである」[81]とする見解を受けて、島田は、次のような主張を展開する。[82]――

しかし、まず、「答責性」の概念をこのように用いることには疑問がある。

確かに、危険創出行為、危険源管理義務違反のみを根拠に保障人的地位を認める時には、不作為者が義務を負う根拠はまさに当該因果経過を生じさせたことだけなのだから、不作為者は、その因果経過を仮に当初から故意に設定していれば負ったであろう罪責を超えた罪責を負うべきではない。それ故、この場合には因果経過に対する法的評価が必要となる。そして、別書

において詳論したように、因果経過に対する法的評価を加えるに当たっては、遡及禁止、自己答責性を考慮することが必要ではある。[83] その意味では、これらの見解が「答責性」を根拠にして保障人的地位の範囲を制限しようと試みていることは理解可能である。しかし、こうした見解は、遡及禁止、自己答責性の概念を、本来用いるべき範囲を超えて過度に広く用いてしまっているように思われる。そもそも、遡及禁止論、答責性論は、単独正犯か否かを決する基準であり、広義の共犯の成否を判断するに当たっては、これらの要素を問題とする必要はなかった。[84] 共犯は、そもそも答責的な他人の行為を介して結果を惹起する存在なのである。そうだとすれば、危険創出行為に基づく不作為犯の成否を考えるに当たっても、故意有責な行為が介在していることは、不作為単独正犯を否定する理由とはなっても、不作為による広義の共犯を否定する理由とはならないはずである。先ほどのシュトレーのあげたドイツ判例の事案[85]でいえば、答責性を論拠とすることによって、不作為者を殺人の単独正犯とすべきでないとはいえても、そのことから直ちに、刺突行為の不阻止を根拠とした不作為による傷害致死あるいは殺人の共犯まで否定することはできないのである。

これらの見解も、作為者に故意がない場合、例えば、Aが、装填された連発ピストルをおいていたところ、Bがそれを装填されていないものと誤信して、冗談で銃を第三者に向けて引き金を引こうとしていた、Aはそれを阻止することなく放置した、という事案[86]においては、Aを殺人の間接正犯としている。[87] この事案では、Aが事象を「支配」しているというのがその理由である。しかし、そのような意味での「支配」が正犯性を基礎づけるのだとすれば、そうした「支配」を欠く場合に共犯を認めてはなぜいけないのだろうか。作為犯の場合には、「支配」を欠く場合にも共犯とはなり得たのである。不作為犯の場合に異なった解釈をする理由は、必ずしも明らかでないように思われる。

以上のように考えると、自律的決定に基づく正犯行為を介した間接的な危険創出行為が行われた場合には、行為者は正犯行為終了後の、その違反が単独正犯を基礎づけるような救助義務までは負わないが、それが終了する以前の犯罪阻止義務は負う

と解すべきである[88]〔傍点は引用者〕。後述するように、共犯処罰も法益保護の一環である以上、不作為による共犯を基礎づける保障人的地位の発生根拠も、最終的には法益侵害、その危険の発生を防止することに還元されねばならず、そこから切り離された独自の「犯罪阻止義務」を認めるべきではない[89]。しかしここでは、法益保護のために認められる義務が、正犯の犯行終了以前にそれを阻止する点にまでしか及ばないため、現象的には、「犯罪阻止義務」として現れるのだといえよう[90]。

このように考えれば、先ほど述べた④の批判〔先行行為に基づく義務を認めると、教唆・幇助が無意味になるとの批判―引用者註〕も回避できる。なぜなら、この考え方からは、教唆行為、幇助行為等の共犯行為がなされ、行為者がその後作為可能であった場合にも、不作為単独正犯は成立しないので、正犯と共犯の区別が骨抜きになるとはいえないからである。そして、以上のことは、危険源管理義務違反が問題となる場合にも基本的に妥当する。救助義務が問題となる場合には、それはすでに危険創出行為に転化しているからである[91]。

これに対し、前述した法益に対する引き受けが認められる場合には、保障人は、結果へと向かう直接的な因果経過を設定したが故に義務を負うのではなく、被害者との関係で救助が類型的に期待される地位におかれているが故に義務を負う。そうである以上、被害者に生じている危険状態がどのような因果経過によって生じさせられたのであろうとも、そのことは不作為者の罪責に無関係である。それ故、不作為者は、作為正犯者の行為終了後にも、被害者を救助可能である限り、被害者を直接保護する義務を負い、その違反が認められる場合には不作為単独犯となる[92]。前述したドイツにおけるいわゆる義務二分説には、以上の限度において正当な主張が含まれていたように思われる。

以上のような主張によって、島田は、Ⓐ答責性の原理に基づいても共犯としての責任までは否定されないから、第三者の犯罪行為を阻止する義務はある、Ⓑしかし、単独正犯としての責任は否定されるから、第三者の行為終了後の、被

害者に対する救助義務までは負わない、Ⓒこのことは、危険創出行為（先行行為）に基づく義務だけでなく、危険源管理義務が問題となる場合にもあてはまることから、危険源管理義務・危険創出行為に基づく義務類型では、第三者の行為の阻止義務までしか負わないのに対して、いかなる因果経過によって危険が被害者において生じているかを一切問わない法益保護義務類型[93]では、作為行為終了後も救助義務を負うという差異があることになる、とする。つまり、島田の理解によれば、先行行為に基づく義務が認められる場合は、たとえ答責的な行為が介在しても共犯としての責任は残る（シュトレーへの批判）、しかし単独正犯としての義務は否定されることから事後的な救助義務はない（否定説への反論）、他方、法益保護義務については事後的な救助義務もあると解するので、結局、島田の結論は義務二分説の判断枠組みと重なることになる。この点、特に本稿の問題関心からすれば、島田が、先行行為に基づく義務を認めたとしても教唆・幇助を無意味にすることにはならないということを示すために、答責的行為の介在により単独正犯となるような義務は否定されるから事後的な救助義務が否定される、としている点が重要である。[94]

2．検討と展開

（1）　以上のような理解に従えば、当初の先行行為に基づく後行不作為犯の成立は否定されることになる（結果的に、法益保護義務に基づく後行不作為犯だけが成立しうることになる）。そこで、答責的行為が介在した場合に当初の先行行為に基づく後行不作為犯の成立が否定されると主張するドイツの有力説、ないし島田の見解が、果たして合理的にその不成立を基礎づけることに成功しているのかについて検討する。

そうした見解が、答責的行為が介在した場合に当初の先行行為に基づく後行不作為犯の成立を否定する実質は、各論者がそうした義務を否定する際に述べる、次のような理由に表されているように思われる。例えば、第一に、オットー

がいうところの、自己答責的な行為は他人の責任に対して限界を設定するとして、[95] Xが、YのZに対する殺害の企図を知りながらYにナイフを手渡し、その後YがZを刺突した後、XがZを救助しなかった場合において、[96] Xに先行幇助行為に基づく事後的な救助義務を課したならば、共犯が正犯を基礎づける要素として解釈されることになってしまうとする点、[97] 第二に、ノイマンがいうところの、先行幇助行為が保障人義務を基礎づける先行行為足りるとしたならば、不作為犯論は、ドイツ刑法二五条以下で規定されている、複数関与者間の刑事的責任を分配する原理を覆すことになってしまうとする点、[98] 第三に、島田がいうところの、危険創出行為、危険源管理義務違反のみを根拠に保障人的地位を認めるときには、不作為者が義務を負う根拠はまさに当該因果経過を生じさせたことだけなのだから、不作為者は、その因果経過を仮に当初から故意に設定していれば負ったであろう罪責を越えた罪責を負うべきではないとする点[99]（具体例でいえば、Xが過失によってYにナイフを渡し、Yがそのナイフを利用してZに殺害行為をしたとき、そのナイフを故意に渡したならばXは殺人幇助にしかならないのだから、不作為犯として考えるときにも、Xに殺人幇助を越える罪責を認めるべきではない、ということ）、に、その実質が見て取れる。

つまり、それらの見解を見ると、表面上は確かに、まさに介在した答責的行為自体が、当初の先行行為に基づく後行不作為犯の成立を否定しているように見える（直接性からのストレートな帰結である）。しかし、見方を変えれば、その実質は、答責原理によって当初の先行行為の共犯性（二次的責任性）を導いたのだから、その結論を無意味にさせるような義務を、その先行行為に基づいて認めることは否定されるべきだ、という理解と捉えることも可能である。先行行為が故意による場合に、その先行行為自体に幇助成立を認めたとしても、その幇助行為を先行行為として事後的な救助義務を導くのは否定されるべきとするのは、まさにその趣旨の現れである。いいかえればそれは、先行行為者の背後者性を維持するために、正犯性を基礎づけるような事後的な救助義務は否定されるべきだ、という理解でもある。要す

るに、答責的行為それ自体が当初の先行行為に基づく義務を否定しているのではなく、その答責原理によって導かれた結論を無意味にさせないために、その先行行為に基づく義務が否定されるべきとされた結果、そこでの後行不作為犯の成立が否定されているのである。そうだとすれば、そこでの後行不作為犯の否定は、答責原理にとっては、いわばその原理に基づく結論を維持するための「外在的制約」である。[100][101]

そこで、答責的行為が介在した場合に、当初の先行行為に基づく後行不作為犯の成立を否定する見解の合理性を問うにあたっては、そのような答責原理にとっての外在的制約が、果たして合理的に基礎づけられているのを問う必要がある。しかし結論からいえば、先行行為説がその外在的制約を合理的に基礎づけているとは思われない。

（2）　答責的行為が介在すれば当初の先行行為に基づく義務が否定されるということは、不作為共犯論においても、先行行為に基づく犯罪行為阻止義務が生じる可能性がすべて否定されていることを意味する。例えば、Xは、正犯者Yが密輸のために使用するとは知らずに、船をYに貸与したところ、後にその情を知るに及んだが何ら阻止に及ばなかった、という事例[102]においては、答責的なYの行為が介在している以上、Xに不作為共犯（故意不作為による密輸幇助）が成立する可能性は、理論的にすでに否定されていることになる（作為による過失共犯も不可罰なので、結局、犯罪は成立しないことになる）。つまり、そこでは、過失共犯後の犯罪行為阻止義務もすべて否定されている。

しかし、答責的行為が介在したということは、背後の先行行為自体の（単独）正犯としての帰責が否定されただけであって、共犯として帰責されうることまでが否定されているわけではない。例えば、船の貸与を故意によって果たした場合、答責的行為が介在したとしても、その先行行為自体を共犯として可罰的とすることはなお可能である。そうだとすると、そこでその先行行為に基づく犯罪行為阻止義務を認めたとしても、先行行為者の背後者性が否定されるわけではないのだから、必ずしも答責的行為の介在によって、その先行行為に基づく（少なくとも共犯としての）不作為犯ま

でが否定されるべきだとはいえないはずである。答責的行為が介在しても、当初の先行行為自体が二次的責任となるにすぎず、そのことから直ちに、二次的責任としてのその先行行為に基づく義務が生じなくなるとすることまでが基礎づけられているわけではない。その意味で、同様の観点から、その有力説を批判し、結論において先行行為に基づく不作為共犯の可能性は肯定できるとした島田の理解は妥当である。島田は、「故意有責な行為が介在していることは、不作為単独正犯の成立を否定する理由とはなっても、不作為による広義の共犯を否定する理由とはならないはずである」[103]として、ナイフを貸与した事例についても、「答責性を論拠とすることによって、不作為者を殺人の単独正犯とすべきでないとはいえても、そのことから直ちに、刺突行為の不阻止を根拠とした不作為による傷害致死あるいは殺人の共犯まで否定することはできない」[104]と批判している。すなわち、ドイツの有力説が、いわば、答責的行為が介在すると当初の先行行為は義務を一切生じさせないものになると理解するのに対して、島田は、たとえ答責的行為が介在したとしても、そのことから、当初の先行行為から義務が一切生じなくなるとまではいえず、その先行行為に基づいて共犯としての不作為犯が成立する可能性までが否定されているわけではないとしているのである。このように批判することで、島田は、過失共犯としての先行行為に基づき犯罪行為阻止義務が認められることを肯定し、現に、船の貸与に関する福岡高裁昭和二五年判決[105]について、同事案でも犯罪阻止義務を肯定することはできたとしている[106]。

（3）　しかし、島田が、答責的行為が介在してもなお義務を生じさせる先行行為たりうるとしたとき、果たしてそれに基づく不作為犯を、共犯としての不作為犯に限定することが合理的に基礎づけられているのだろうか。ここではまさに答責原理に対する「外在的制約」が合理的に基礎づけられているのかが問われることになる。

この点、島田は、「故意有責な行為が介在していることは、不作為単独正犯の成立を否定する理由とはなっても、不作為による広義の共犯を否定する理由とはならない」[107]ということからすれば、「自律的決定に基づく正犯行為を介した

間接的な危険創出行為が行われた場合には、行為者は、正犯行為終了後の、その違反が単独正犯を基礎づけるような救助義務までは負わないが、それが終了する以前の犯罪阻止義務は負うと解すべきである」[108]としている。すなわち、そこでは、①自律的決定に基づく正犯行為が介在する以上、単独正犯は否定される、②それゆえ、正犯行為終了後の単独正犯を基礎づける事後的な救助義務は否定される、という二段階の主張がなされている。

このとき、確かに、①の主張は適切である。共犯は自律的決定が介在する場合に例外的に観念される領域であること、逆に、そのような介在者がいない場合は単独正犯となることは、本稿の考察の前提でもある[109]。しかし、①の正当性が、②でいう、正犯行為終了後の救助義務の否定を直ちに基礎づけはしない[110]。なぜなら、①では、故意作為犯の介在によって、故意作為犯の背後に位置する不作為犯の単独正犯性は否定されるということしか基礎づけられていないので、たとえそのことから、背後の先行行為自体が共犯（二次的責任）となること、そしてその二次的責任としての先行行為に基づく故意作為犯の背後の不作為犯は共犯となること、はいえたとしても、その介在行為は、②で問題となる、故意作為行為終了後の事後的な救助義務が問題とされている後行不作為犯の単独正犯性ないしその成立可能性に影響を与えないはずだからである。いいかえれば、Ⓐ（背後の不作為犯の）単独正犯としての義務、ということと、Ⓑ正犯行為終了後の単独正犯領域としての義務、とは別個の存在だから、背後の不作為犯の単独正犯性が否定されたからといって、単独正犯領域にある事後的な後行不作為犯の成立も否定されるということにはならないはずである（Ⓐの否定は、Ⓑの否定と連動しない）。島田の理解には、両者の関係の混同が窺える[111]。

したがって、少なくとも以上のような理由づけだけでは、当初の先行行為に基づく不作為犯が、共犯としての不作為犯に限られ、それゆえに後行不作為犯の成立が否定されるということは直ちに基礎づけられないはずである[112]。

（4）　上述した理由に基づいて島田は、ドイツの有力説とは異なり、答責的な故意作為犯の介在によっても、当初

の先行行為に基づいて共犯としての不作為犯が成立することは認めるけれども、事後的に危険を回避しなかった後行不作為犯の成立は否定している。そして、その意味で、「共犯処罰も法益保護の一環である以上、不作為による共犯を基礎づける保障人的地位の発生根拠も、最終的には法益侵害、その危険の発生を防止することに還元されねばならず、そこから切り離された独自の『犯罪阻止義務』を認めるべきではない。しかしここでは〔危険創出行為に基づく義務では—引用者註〕法益保護のために認められる義務が、正犯の犯行終了以前にそれを阻止する点にまでしか及ばないため、現象的には、『犯罪阻止義務』として現れるのだといえ〔る〕」[113]としている。しかし、改めて実際的に見た場合、先行作為行為が終了する前までは、当初の先行行為に基づく義務を認めておきながら、なぜそれに基づく事後的な救助義務は否定するのであろうか。

この点、島田は、「危険創出行為に基づく義務は、多くの場合、危険源管理義務の延長線上にあり、危険性がより高まり、現実化した状態で問題となるのである。そうだとすれば、後者〔危険源管理—引用者註〕から保障人的地位が発生することを認めながら、前者〔危険創出行為—引用者註〕からはそれが発生しないというのではアンバランスだと思われる」[114]と指摘した上で、先行管理懈怠に基づく義務があること認められるべきことを、次のような事例に挙げて説明する。「例えば、犬の飼い主〔X〕が、引き綱をつけずに犬を散歩していたところ、犬が通行人〔Z〕にまさに飛びかかろうとした、飼い主〔X〕は犬を口笛で呼び戻すことができたにもかかわらず通行人〔Z〕が怪我をしてもかまわないと思い、呼び戻さず、その結果通行人〔Z〕が傷害を負ったという場合には、飼い主〔X〕に不作為による傷害罪が成立することに争いはないだろう。そうだとすれば、もし犬が口笛で戻る訓練を受けていなかった場合にも、飼い主〔X〕には、被害者に飛びついており、まさにかみつこうとしている犬を被害者から引きはがす義務があり、それを怠れば不作為による傷害罪が成立するというべきではないだろうか」[115]としている（引用文中、〔　〕内は引用者が付した

註である）。つまり、島田の理解によれば、特に、飼い犬が口笛で戻る訓練を受けていなかった後者の事例では、危険源としての犬による、Zに対する身体傷害について、Xの危険源管理懈怠自体の過失傷害だけでなく、その先行管理懈怠に基づく不作為による傷害罪の成立まで認められている。そして、そのように、先行管理懈怠に基づく義務を認めるのだとすれば、後者の事例を変えて、犬がZの喉に噛みついた後、Xは生命の危険を認識しながらもZをそのまま放置し、結果的にZが死亡した場合（以下、「事例①」とする）には、Xに、先行管理懈怠に基づく不作為による殺人罪が成立するものと思われる。

それでは、さらに事例を変えて、Xがいつものように引き綱をつけずに（口笛で戻る訓練を受けていない）犬の散歩をしていたところ、他人Yが、仇敵Zを見つけたので、ちょうど飼い主のそばを離れているXの犬を利用した殺害を企て、犬に対しZへの攻撃をけしかけた、犬はZに背中から襲い掛かり、手や足、顔など数箇所に噛みついた上で、最後にYの期待通りに喉に噛みついた、その後、犬をけしかけ続けていたYは逃走し、事態を始めから見ていたXは、Zの生命の危険を認識しながらもそのまま放置した、結果的にZは死亡した、という場合（以下、「事例②」とする）ではどうだろうか。島田の理解によれば、たとえ答責的なYの行為が介在したとしても、その先行管理懈怠から、Yの犯罪行為阻止義務までは発生するとするので、先行管理懈怠に基づく不作為による殺人幇助は成立する。ただし、事後的な救助義務までは認めないので、不作為による殺人正犯の成立は否定される。

事例①②の結論を比較すると、Xが引き綱をつけずに散歩中、犬がZの喉に噛みついた場合、事例①では、先行管理懈怠に基づく事後的な救助義務を認めることで、不作為による殺人罪を認めているのに、事例②では、先行管理懈怠に基づく犯罪行為阻止義務を認めながらも、事後的な救助義務は否定し、不作為による殺人幇助罪しか認めていない。しかし、同じく生命を保護するために、同じく先行管理懈怠に基づいて義務を認め、同じくZが危険な傷害を負っている

にもかかわらず、なぜYの行為が介在した場合にだけ、その事後的な救助義務が否定されるのであろうか。なぜその義務は、Yの行為が終了するまでに限られるのであろうか。いいかえれば、一度は先行行為に基づく保障人的地位を認めていながら、危険の現実化が物的原因による場合には、危険が顕在化した後にも継続的に救助義務が課され続けるのに、なぜ他人の答責的な行為という人的原因による場合には、危険が顕在化しているのに、それが否定されているのであろうか。先行行為に基づく義務が結果発生を回避するために求められたのであれば、その原因が（答責的な）人的なものであろうと自然的なものであろうと結果を回避すべきことに変わりはないはずであって、その義務が作為犯の行為終了前までに限られるということには合理的な理由づけが必要である。[16]

他方、島田は、法益保護義務について、「法益に対する引き受けが認められる場合には、保障人は、結果へと向かう直接的な因果経過を設定したが故に義務を負うのではなく、被害者との関係で救助が類型的に期待される地位におかれているが故に義務を負う。そうである以上、被害者に生じている危険状態がどのような因果経過によって生じさせられたのであろうとも、そのことは不作為者の罪責に無関係である」[17]とする。法益保護義務が、いかなる因果経過を経た危険であっても被害者にその危険が実現しようとしている以上、回避しなければならないとするものであるならば、反対に、先行行為に基づく義務の場合は、その先行行為に基づく危険が被害者に対して実現しようとしている場合に限られるのであろう。しかし、先に挙げた飼い犬の事例①②は、共に飼い主の先行管理懈怠に由来する危険である。つまり、まさに先行行為に基づく義務が認められる因果経過を経たものであることは否定できない。そうであるのに、なぜ同じく結果を回避するために基礎づけられた義務が、物的原因の場合には最終的な結果の不発生が確定するまで義務づけられるのに対し、答責的な人的原因であれば、事後的な救助義務が否定されているのだろうか。この点、行為後幇助説を支持する論者からすれば、事例②において、不作為による殺人幇助が成立するとの結論は受入れやすいかもしれない。

しかし、行為後幇助説は、事後的な救助義務も認めながらその不作為を幇助になるとしているのであって、島田の見解のように、後行不作為犯の成立を否定しているわけではない。だからこそ、なぜ島田が、先行行為に基づく義務を認めておきながら、事後的な救助義務（後行不作為犯）は否定しているのか、その実質が検討されなければならないのである。

以上のようにして、島田の理解に基づいても、答責的行為が介在した場合に、当初の先行行為に基づく後行不作為犯の成立を否定すること、すなわち答責原理に対する外在的制約の合理性は、未だ基礎づけられていない。

（5）　近時、高山佳奈子は、先行行為に基づく単独不作為犯（そこでは、自己の先行行為と自己の不救助が存在する）に関して、次のような主張を展開して先行行為に基づく義務を批判している。「確かに、この見解〔先行行為に基づく義務を認める見解―引用者註〕が、他者の法益に対する危険を有責に創出した者にその危険を除去する義務を認める点は、一定の説得力を有すると思われるが、その義務の履行を直ちに故意犯の処罰によって担保すべきことにはならないであろう。過失で人をはねた者は、被害者の命を助ければ、業務上過失致『死』罪の責任を負わなくてすみ、また道路交通法上の救護義務違反の罪でも処罰されなくてすむのであるから、法益の保護は、すでに業務上過失致死罪や救護義務違反の罪によって図られているというべきである。これらの罪の範囲で結果回避義務が認められているからといって、そこから殺人罪による処罰までが根拠づけられることにはならない」[118]と批判する。また、別の箇所でも、高山は、先行行為に基づく義務を認めれば、「単にけがをさせる認識しかない一般の傷害致死の多くが『事後の故意』によって殺人に転化するおそれもある」[119]という批判をしている。

すなわち、高山は、先行行為に基づく義務が認められるべきではないということの根拠として、先行行為に過失犯が成立する場合には、そこで事態を放置すれば過失致死罪が成立することになるので、その成立を回避したいのであれば、死亡結果の発生を回避しなければならない、という意味での反射的な義務が生じており、そのような義務が先行行為の

処罰によってすでに確保されている以上、被害者の生命の保護を図るために、その上さらに別個の義務を設定して（不真正）不作為犯を成立させる必要はない[120]（そのような不真正不作為犯を成立させることによって法益保護をさらに担保させる必要はない）、と主張するものである。そして、その見解の実質は、先行行為が故意犯の場合にも同様にあてはまるものと思われる。すなわち、殺人行為を行った者は、殺人既遂罪を成立させたくないのであれば、死亡結果を回避しなければならないという反射的な義務がすでに生じているので、先行殺人行為に基づく事後的な救助義務の違反を別個可罰的とする必要はないといえるからである。[121]

そうだとすると、さらにその見解の実質は、先行行為と結果との間に他人の答責的行為が介在した場合にも（つまり、先行行為をした人物と法益侵害を直接惹起した人物が異なっても）、同じくあてはまるはずである。なぜなら、例えば、Xが、YがZを殺害する意図を有しているとは知らずにYにナイフを渡し、Yがそのナイフを利用してZに刺突し、その後、XはZの生命の危険を認識しながらも救助せず、結果的にZは死亡した、という場合でも、介在した答責的行為自体が殺人の先行作為犯として処罰される以上、その先行作為犯自身において、殺人既遂を成立させたくなければ死亡結果の発生を回避しなければならない、という反射的な義務がすでに生じており、法益保護のためにそれとは別個、当初の先行行為に基づく後行不作為犯を成立させる必要はないといえることになるからである。被害者の保護は、先行作為犯の処罰に基づく反射的義務によってすでに確保されているので、その上さらにその違反に不真正不作為犯の成立を基礎づけるような事後的な救助義務を認める必要はないといえる。

そして、このように、先行作為犯が処罰される以上は、その反射的義務の存在に基づいて、当該法益の保護のために別個、後行不作為犯の成立を認める必要はない、といえるのであれば、同じことはさらに、法益保護義務に基づく後行不作為犯の場合にもあてはまるはずである。なぜなら、例えば、他人Yが殺人の故意に基づいてXの子Zを池に突き落

とした後、父親Xは溺れているわが子Zを発見したにもかかわらずそのまま放置し、結果的にZが死亡した、という事例においても、同じように、先行作為犯としての他人Yが殺人罪として処罰される以上、すでにYに、殺人既遂を成立させたくなければ死亡結果を回避しなければならないという反射的な義務が生じているので、当該法益の保護のためにそれとは別個、後行不作為犯を成立させる必要はないといえるからである。つまり、結果的には、法益保護義務類型においても、先行作為犯が処罰される以上、被害法益の保護はその処罰によって確保されており、さらにそれとは別に後行不作為犯の成立を認めることによって法益保護をさらに担保する必要はない、と同じように理解されるはずである。本節で検討対象とした学説では、法益保護義務類型以外の義務に基づく後行不作為犯の成立を否定していた。そしてそのような理解では、法益保護義務類型以外の義務に基づく後行不作為犯の成立が否定されている分、結果的に、後行不作為犯の可罰範囲は、単独不作為犯のそれよりも限定的に解されることになる。しかし、このような理解に従えば、先行作為行為終了後の後行不作為犯が基本的に否定されるということは、先行行為に基づく義務類型（危険源管理監督義務類型）だけでなく、法益保護義務類型に対しても同じくあてはまるべきものと思われる。いいかえれば、義務類型の区別に関係なく、法益の保護は先行作為犯の処罰によって図られているので、それとは別に事後的な救助義務を認める必要はなく、その意味で後行不作為犯の成立は基本的に否定されるべきであるということがあてはまることになるのである。

もっとも、このように高山説の実質を敷衍していくことによって得られた理解は、先行作為犯が処罰されていることによって基本的に後行不作為犯の成立が否定的に解されるべきことを示す点で適切であるものの、それそのままでは未だ基本的にそれが不成立となることを合理的に基礎づけるに十分でないように思われる。というのも、まず、なぜ（先行作為犯の処罰に基づく）反射的義務さえあれば、法益保護に対して別個、後行不作為犯を成立させる必要がないのか、

あるいは成立させるべきではないのか、に関する実質的な根拠が不十分である。しかも、反射的義務の存在だけでは、すべての先行作為犯の類型に対して同様のことを基礎づけることはできない。つまり、確かに、先行作為犯が終了したときに、未だ既遂結果が発生していない致死罪（過失致死・傷害致死・殺人）のような場合には、反射的義務が存在しうるので、それに基づく後行不作為犯を不成立とすることは可能である。しかし、放火罪のように、すでに既遂が成立しており、既遂成立後の拡大する結果の阻止が求められるような場合（もちろん先行作為犯による犯罪は終了していない場合）の後行不作為犯については、反射的義務に基づいてそこでの後行不作為犯が成立しないとはいえないからである。[122]

そこで、先行作為犯後の後行不作為犯の成立が基本的に否定されることが適切であるとしても、先行作為犯が可罰的とされる場合に、なぜ後行不作為犯の成立が基本的に否定されるべきであるのかについて、それを基礎づける合理的な根拠がなお検討されなければならない。この点、実のところ、義務二分説や先行行為説、高山説を敷衍した理解、そして私見も、答責的な先行作為犯の処罰を重視し、そのために、惹起者でない不作為者に不真正不作為犯の成立を認めることによって、その罪責が惹起者と並んで前面に出ることのないように、後行不作為犯の成立を限定的に解するという点では、目指すべき結論は共通しているように思われる。結局、その結論の合理的な基礎づけ如何は、後行不作為犯が回避すべき危険は先行作為犯が故意に惹起したものであるから、そのような不作為者に不真正不作為犯を成立させて責任を問うことについては限定的に解すべきであるとする、原点としての「限定性への意識」が、実質的に、後行不作為犯の成立要件としていかに現れるのかということを明らかにすることに集約される。[123] 次節において、先行作為犯が可罰的となる場合に、なぜ後行不作為犯の成立が基本的に否定されるべきであるのかについて、その合理的な根拠の検討を行うこととする。

（1）この理解を、本稿・第一章の「図で示す本稿の検討対象」（北大法学論集五六巻五号一三頁）にあてはめれば、〔b〕領域（不作為関与）は、〔a〕領域（不作為共犯）に対しては単独正犯として理解される一方、〔c〕領域（単独不作為犯）に対しては限定的な可罰範囲を有することになる。

（2）山中敬一「不作為による幇助」齊藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』（二〇〇三年）三四七頁（以下、同論文は「山中・不作為幇助」と引用する）、参照。

（3）Vgl. Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 283ff.; Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., 2001, §13, Rdn. 9.

（4）Vgl. Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 620ff. わが国において機能的二分説を支持する見解として、山中敬一『刑法総論Ⅰ』（一九九九年）二二四頁以下（以下、同著は、「山中・総論Ⅰ」と引用する）、神山敏雄「保障人義務の類型」岡山大学法学会雑誌四四巻一号（一九九四年）一頁以下（以下、同論文は、「神山・保障人義務」と引用する）。もっとも、学説上、機能的二分説に対して批判的な見解も見られる。例えば、中森喜彦「作為義務・保障義務・保証人的地位」法学セミナー三三三号（一九八二年）五一頁は、「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（同旨、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）八四頁〔以下、同論文は、「西田・不作為犯論」と引用する〕）、また、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）一〇六頁（以下、同論文は、「佐伯・保障人的地位」と引用する）も、「作為義務の存在を前提として、これを機能の面から分類するものであって、作為義務の発生根拠それ自体については何も述べてはいない」と批判している。さらに最近でも、髙山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（二〇〇三年）七二頁は、「作為義務を『危険源監視義務』と『法益保護義務』とに分ける理解が一般的になっているが、本稿の立場からは、前者が『行為』に近いところで課され、後者は『結果』に近いところで課されるという相違はあるものの、いずれも法規範による義務づけを要する〔髙山の見解に基づく。詳しくは髙山・同六七頁以下参照―引用者註〕点では共通であり、これが原理的な区別を導くものではないと理解される」とし、同論文に添えられた「議論のまとめ」でも、「法益保護義務と危険源管理義務という異質のものを、そのまま別個独立に並べるべきではなく、両者

を統一した説明をする必要があることが指摘された」（和田俊憲執筆、同著七八頁）とされている。

(5) Vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Heine, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl, 2001, Vorbem§§25ff, Rdn. 101ff.; Rolf Dietrich Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 257ff.; ders, Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 82ff, 96ff.

(6) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 104.

(7) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 106.

(8) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 108.

(9) 現在のドイツ判例・学説においては、単なる住居居住者としての地位から犯罪阻止義務が生じることはなく、住居が危険源として現れた場合にのみ当該犯罪を阻止しなければならないと考えられている（詳しくは、松尾誠紀「『不作為による共犯の限定化』について」北大法学論集五三巻六号（二〇〇三年）一五九頁、参照。なお、住居居住者の一般的な保障人的地位について考察した論考として、岩間康夫「住居所有者の保障人的義務について」愛媛法学会雑誌（一九九〇年）三一頁、同「住居所有者の保障人義務」刑法雑誌三四巻一号（一九九五年）四二頁がある）。

(10) もっとも、法益保護義務に関する場合でも、作為正犯者が身分犯、目的犯、領得罪を実行している場合には、それに関する不阻止は幇助になるとされている（vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 105)。他方、危険源管理監督義務違反については原則幇助となるが、例外的に、被監督者が責任なく行為をした場合には、正犯になるとしている（Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn.106)。

(11) もっとも、例えば、Gunther Arzt, Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1980, S. 559f は、「保障人的地位は、正犯と共犯を区別する付加的機能を有してはいない」として、義務二分説に否定的である。

(12) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 104.

(13) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 106. もっとも、「ただし、被監督者に未だ可能な結果回避を促さなかった場合は別である」とする言葉が加えられている。この点については、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（一九九四年）八七頁以下も、参照（以下、同著は、「神山・『不作為共犯』」と引用する）。

(14) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 108. もっとも、クラーマー＝ハイネは、息子

に対する監督が（故意に）不十分であった場合、あるいは、銃の譲渡が義務に反していた（pflichtwidrig）場合は、先行作為行為が終了した後でも後行不作為犯が（幇助として）可罰的となる場合はあるとしている（vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 106, 108）。この点は、後の先行行為に基づく義務と関わる点であろう。

(15) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三四七頁以下、参照。また、同『刑法総論Ⅱ』（一九九九年）八四八以下（以下、同著は、「山中・総論Ⅱ」と引用する）も、参照。

(16) もっとも、山中・不作為幇助（前掲註（2））三五三頁以下は、義務二分説の枠組みを採りながらも、法益保護義務類型の場合であっても作為犯の行為を阻止しない不作為犯は正犯ではなく幇助である（作為行為終了後は単独正犯）としている。すなわち、「他人の積極的行為支配に対して不作為によって消極的に関与し、あるいは、作為義務を果たすことによって、その行為支配事象に働きかけて関与する場合には、正犯ではなく、幇助である」（同三五七頁）とする。詳しくは、本稿・第二章第一節第二項の2（北大法学論集五六巻六号）、参照。

(17) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三四八頁。

(18) 山中・総論Ⅱ（前掲註（15））八四六頁参照とされている。

(19) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三五二頁・註（40）、参照。

(20) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三四八頁。

(21) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三四八頁以下。

(22) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三四九頁。また、山中・同三五一頁以下も、参照。

(23) 堀内捷三「判批」刑法判例百選Ⅰ総論［第四版］（一九九七年）一六九頁は、「作為義務のメルクマールは結果との関係において事実的、具体的に把握すべきであるならば、犯罪阻止義務も結果回避義務に還元して理解すべきである」とし、前田雅英『刑法総論講義』（第三版、一九九八年）四五三頁・註（18）は、犯罪阻止義務もそもそも「法益侵害を防ぐべきだから生じる」ものであるとしている。犯罪阻止義務も、結果を回避することを目的とするからこそ正当化されるのであるから、いずれの見解も適切な理解と思われる。仮に結果の回避を目的としない犯罪阻止義務というものを認めるのであれば、場合によってはすでに致命傷を与えており、結果回避可能性のない場合にまで作為義務を課す、過剰な場合すら

認められることにもなりかねない。

(24) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三四八頁。

(25) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三五七頁は、殺人者がわが子を殺害に住居に忍び込んだのを知った母親が、大声を上げれば、近くの人が駆けつけ、行為者が逃走せざるを得ないが、他方、子供部屋の電動ドアのスイッチを押して、ドアを閉じることによって子供を救うこともできたという場合を、幇助が成立する「間接的」な事例として挙げ、反対に、山中・同三五八頁は、遠距離から赤外線銃でねらわれている部屋の中のわが子を、行為者の行為に関与することはできないが、ブラインドを降ろすことによって救える場合に、それをしないでわが子を殺害させた父親の事例を、単独正犯が成立する「直接的」な事例として挙げている。この両事例は、前者では（法益保護義務類型でも）幇助となり、後者では単独正犯となることを示すために挙げられたものであるが、両事例がいかなる理由で結論を異にするのか明らかでない。

(26) ここで、行為の終了前後ではなく、危険の顕在・潜在の観点から見たのは、機能的二分説における危険源管理義務類型について、「危険源管理義務は、切迫した危険の排除までだけに及ぶのであって、直接の侵害から結果として生じたさらなる損害の阻止までには及ばない」（vgl. Schönke/Schröder/Stree, a. a. O. (Anm. (3)), §13, Rdn. 45）とされ、例えば、居住者の管理が不十分であったために同宅の屋根瓦が強風で飛ばされ、その瓦が頭に直撃した通行人を、居住者が発見しながらも放置した場合、三二三条cの一般的救助義務違反を越えた救助義務を負うことはないとされていることと関連する。すなわち、犯罪阻止義務において、法益客体に危険が顕在した後の事後的な義務が否定されていることは、危険源管理義務において、法益客体に危険が顕在化した後の事後的な救助義務が否定されていることと対応しているのである。

もっとも、この点、犯罪阻止義務類型の場合には、被監督者の先行作為行為の終了後、危険が顕在化するまでに時間がある場合もあるから、例えば、息子Yが、被害者Zが飲むつもりにしているジュースに毒を混ぜた場合（離隔犯の場合）でも、混入後の父親Xの結果を回避する義務は否定されることになろう。これに対して、危険源管理義務の場合には、「〔犯罪阻止義務と―引用者註〕同じ危険源管理義務に属する動物や物による危険の発生の場合、結果発生の危険が存在するかぎり、管理義務が有効である」として、「例えば、猛獣の管理義務に反して、猛獣が他人に噛みつきそうになるのを目の当たりにした飼い主は、猛獣の行動が必然的になったときにも、法益を保護する義務があるのは当然である」（山中・不作為幇助（前掲註（2））三四九頁）とされているからすれば、猛獣という危険源を管理する飼育係は、ライオンが檻か

ら逃げ出した段階においても、未だライオンが被害者に噛みついておらず、危険が潜在的である限りはなお継続的に結果を回避する義務があることになる。しかしいずれにしても、少なくとも危険が顕在化している場合に結果を回避する義務が否定されることは確かである。

なお、山中・総論Ⅱ（前掲註（15））六八一頁以下は、未遂犯における実行の着手論について、可罰的未遂は具体的危険が現実化したときに成立するとする一方で、実行行為については、事前判断による行為の危険性の観点に基づいて危険創出行為が認められたとしても、それは未だ「潜在的」実行行為にすぎず、事後的判断によって具体的危険が発生したときに初めて「顕在的」実行行為になるとする、事後的遡及評価説を主張している。しかし、本稿がここで、「潜在的」危険、「顕在的」危険という呼称を用いる際には、山中が未遂処罰の対象としての実行行為に用いた潜在・顕在の区別を意識しているわけではないし、時間的基準としても対応しているわけではない。

(27) 例えば、分かりやすくするために単独不作為犯の事例を想定すると、娘Zと川辺にキャンプに来ていた母親Xが、不注意にもZを一人で遊ばせていたところ、Zが足を滑らせて川に転落した、Zの叫び声を聞いて駆けつけたXは、溺れているZを発見したものの、日頃から育児に悩んでいたので、いっそのこと死んでしまえばいい考え、そのまま放置し、結果的にZは溺死した、という場合、その事後的な救助義務は、当初の過失行為の反射的な義務ではなく（過失致死罪の成立を回避するための義務ではなく）、その不履行が、別途、不作為による殺人等を基礎づける義務である。この点、（犯罪阻止義務と同じ類型に属する）危険源管理義務では、例えば、日頃から屋根瓦の管理を怠っていた居住者Xが、強風で吹き飛ばされた瓦が頭に直撃し倒れている通行人Zを発見したものの、そのまま放置し、結果的にZが死亡した、という事例では、当初の管理懈怠に基づいて危険源管理義務違反に基づく過失致死罪が成立しうるものの、事後的な不救助についてそれ独自に、危険源管理義務違反に基づく不作為による殺人罪が成立することはないと理解されていることからすれば（註（26）参照）、事後的な義務もなお、過失致死罪の成立を回避するための反射的な義務にすぎないことになる。

(28) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三四八頁。

(29) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三四八頁。

(30) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三五二頁・註（40）。

(31) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三四八頁。

(32) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三五三頁以下、参照。
(33) 神山・『不作為共犯』（前掲註（13））一八五頁。
(34) 西田典之「不作為による共犯」法学協会雑誌一二二巻四号（二〇〇五年）四二四頁も、「犯罪阻止義務がなにゆえ法益保護義務までも基礎づけるものでないのかという論証は行われていない」と指摘している。
(35) この点、島田聡一郎「不作為による共犯について（二・完）」立教法学六五号（二〇〇四年）二五三頁以下（以下、同論文は、「島田・不作為共犯（二）」と引用する）は、「危険創出行為に基づく義務は、多くの場合、危険源管理義務の違反があり、その結果、危険状態が生じたが、いまだ犯罪が終了していない段階で問題となる。つまり、危険創出行為に基づく義務は、多くの場合、危険源管理義務の延長線上にあり、危険性がより高まり、現実化した状態で問題となるのである。そうだとすれば、後者から保障人的地位が発生することを認めながら、前者からはそれが発生しないというのではアンバランスだと思われる」と指摘している。
　なお、一般の先行作為に基づく義務では、第一に自己の先行行為（危険創出行為）があって、第二に自己の不作為があるのに対し、他人による犯罪後の後行不作為犯において先行行為に基づく義務が問題となる場合では、第一に自己の先行行為があり、第二に他人の犯罪行為（先行作為犯）があり、第三に自己の不作為（後行不作為犯）が問題となる。つまり、第一の先行行為に基づく第三の結果回避義務が問題となる。
(36) もっともこのように解しても、危険源管理義務に関して、例えば、X宅の瓦が強風で飛ばされた後、その瓦が頭に直撃した通行人Zを救助しなかった居住者Xについて、なぜ、先行の管理懈怠があるのに、それに基づいて事後的な救助義務を肯定しないのかという点までは説明できない（機能的二分説において、危険源管理義務おける事後的な救助義務が否定されていることについては、註（26）参照）。しかも、この、危険源管理義務において先行過失管理懈怠があるのに事後的救助義務が否定されているのに対し、過失に基づいて歩行者を撥ねたが救助しなかったという典型的事例では、同じく過失行為を先行行為としているのに事後的救助義務が肯定されているが、その結論の相違はなぜ生じるのであろうか。
(37) Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch, 10. Aufl., 1995, S.269.; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. (4)), S. 625f.; Günter Stratenwerth, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, 4. Aufl., 2000, S. 378f.; Kristian Kühl, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 4. Aufl, 2002, S. 717.

(38) 先行行為に基づく義務に関しては、岩間康夫「先行行為に基づく保障人的義務の成立範囲について」犯罪と刑罰四号（一九八八年）八三頁が詳しい（以下、同論文は、「岩間・先行行為」と引用する）。

(39) ZB. Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. (37)), S. 269.; Kühl, a. a. O. (Anm. (37)), S. 717.

(40) Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. (37)), S. 269.

(41) ZB. Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. (4)), S. 625f. わが国においては、山中・総論Ⅰ（前掲註（4））二二七頁以下。もっとも、山中は、不可罰の過失による監禁後の解放義務は認めるものの、先行行為が可罰的過失行為の場合、例えば、過失によって交通事故を起こし、被害者に重傷を負わせたが、それを確認し死亡するかもしれないと思いながら、逃走したため被害者が死亡した場合、においては、第一の過失（危険創出）行為によって、可罰的な過失傷害罪を実現しており、致死結果の発生の可能性も高いので、救助する期待可能性は少ないがゆえに、この事例（不可罰の先行行為に基づく義務の事例）には属さないとしている。

(42) 例えば、日高義博『不真正不作為犯の理論』（第二版、一九八三年）一四八頁以下。

(43) 刑事製造物責任については、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」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、参照。

(44) 先行行為に基づく事前の結果回避義務違反は、顕在化していない危険を認識していない場合が多いためか、過失犯論で扱われることが多い。そのような意味での過失犯では、危険顕在化前の所為と結果との帰責関係が問題とされることになる。他方、自動車事故後の救助義務違反のように、危険顕在化後の事後的な救助義務に関しては、その危険を認識している場合が多いので、故意犯として扱われる場合が多くなることになる。

(45) 先行行為には、Ⓐ法益侵害に向けられた因果経過を惹起する場合と、Ⓑ他人の犯罪行為の危険を引き起こす場合、があるとされている（Vgl. Harro Otto, Die strafrechtliche Haftung fur die Auslieferung gefährlicher Produkte, Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999, 1999, S.302.; ders, Grundkurs Strafrecht. Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Aufl., 2004, S. 176.; Hans-Joachim Rudolphi, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch,

Allgemeiner Teil, Band 1, 33.Lieferung, 7. Aufl., 2000, §13, Rdn. 38.)。本稿の関心のもとでは、特にⒷが問題となる（その中でも事後的な救助義務が問題となる）。なお、両者の時間経過は、先にも示したように、Ⓐでは、①自己の先行行為、②自己の不作為、③結果発生、と経過するのに対し、Ⓑ（特に事後的救助義務）では、①自己の先行行為、②他人の先行作為、③自己の後行不作為、④結果発生、と経過する。つまり、Ⓑでは、①の先行行為に基づく、③の事後的救助義務が問題とされることになる。そのことから、Ⓑでは、後述するように、先行行為と結果発生の間の答責的な先行作為の介在と、先行行為に基づく事後的な救助義務の存否が問題となることになる。

(46) もちろん、（当初の先行行為が生じさせた）他人の先行作為行為が終了しても、直ちに危険が顕在化するとは限らず、離隔犯のように、危険がなお潜在したままの場合もありうる。この点については註（26）も参照。

(47) Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. (37)), S. 270.; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. (4)), S. 625.

(48) ZB. Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. (37)), S. 270.

(49) 現に判例において、LG Berlin, Urt. v. 26. 3. 1965 = MDR 1965, 591 は、友人Yに、Z女の家に高価なアクセサリーがあると口にした被告人Xの犯罪阻止義務について検討する際、先行行為に基づく義務は、有責に危険が生じたかどうかとは関係なく生じるとし、結論において、被告人Xに窃盗幇助の成立を認めている。なお、この判断に際して同判決は、被告人には、損害の発生を阻止する義務が生じ、もし無理であれば少なくとも困難にする義務が生じるとしている。この、不作為幇助における作為義務について、結果の回避まで求められるのか、結果の困難化でも足りるのか、という問題については、本稿・第二章第一節第二項の2の註（5）（北大法学論集五六巻六号）、参照。

(50) 例えば、侵害者Z（後の被害者）からナイフで攻撃されたので、正当防衛として正当化される反撃をした被侵害者Xは、生命に危険を及ぼす傷害をZに加えたにもかかわらず、死の可能性を認識しながら、これを放置し、結果的にZが死亡した、という事例において、被侵害者Xは、自己の先行行為（反撃行為）に基づいて、Zに対する事後的な救助義務を負うだろうか。わが国において、高山・前掲註（4）六五頁は、「正当防衛などの権利行為から発生した危険について、これを除去しなければ刑事責任を問われるというのでは、実質的には権利行使そのものを制限つきでしか認めないことになり、疑問がある」として、一般的に正当防衛後の不作為犯の可罰性を否定しようとする。ドイツ学説においても、このような見解が有力である（ZB. Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. (37)), S. 270.; Kühl, a. a. O. (Anm. (37)), S. 718f.)。正当防

衛後の作為義務を否定的に理解するドイツ判例として、BGH, Urt. v. 29. 7. 1970 = BGHSt 23, 327.; BGH, Urt. v. 7. 11. 1986 = NJW 1987, 850.; BGH, Urt. v. 16. 2. 2000 = NStZ 2000, 414.

これに対して、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）一〇頁は、「防衛行為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の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。また、佐伯仁志「不作為犯論」法学教室二八八号（二〇〇四年）六〇頁・註（25）は、高山・同六五頁が正当防衛後の不作為を否定すべきと主張するに際し、「放し飼いにされた犬に襲われて、これを傷害し動けなくした者は、犬が死なないように世話をしなければ器物損壊罪の責任を問われかねない」とする点に対し、その事例で、対象が人の場合にも説得的であるかは疑問であるとする。すなわち、「たとえば、侵害者の胸を押したところ転倒して失神してしまったという場合に、厳寒期の夜間で放置すると凍死するおそれがあったなら、やはり救助すべきであり（少なくとも警察等に通報すべきであり）、そのまま放置して死亡させれば、不作為の殺人罪を認めてもそれほど不当とはいえない」とし、「正当防衛は、防衛に必要な限度での法益侵害を認めているだけであって、侵害者はすべての法的保護を奪われてしまうわけではない。理論的には、犬であっても容易に救助できるなら救助すべきであるが、犬と人で救助が期待される程度が異なると解することは可能」と批判している。なお、Hermann Blei, Strafrecht Ⅰ. Allgemeiner Teil, 18. Aufl., 1983, S. 329 も、場所に権限を有する者（Raumminhaber）には特定の場所での秩序に配慮する義務があることから、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している。

もっとも、正当防衛後の救助義務を否定する見解においても、正当防衛状況において侵害者を監禁したような、正当防衛行為が継続犯の場合には、正当防衛状況が終了すれば直ちにその監禁状態を解かなくてはならないとしている（Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, in: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 11.Aufl., 11. Lieferung, 1993, §13, Rdn. 33.; Schönke/Schröder/Stree, a. a. O. (Anm. (3)), §13, Rdn. 36)。また、Kühl, a. a. O. (Anm. (37)), S. 719f は、正当防衛後の不作為が不可罰だからといって、他の根拠に基づいて正当化される先行行為にまで転用されるかは疑わしいとしている。例えば、自転車に乗っていたXが、カーブに差し掛かったところで、猛スピードで走ってきた自動車と出くわしたため、これを避けるため自転車を歩道に乗り上げたところ、歩行者Zに傷害を負わせた、という緊急避難の事例では、Xは歩行者

Zを救助すべきであるとしている。

なお、ドイツ刑法三二三条cのような一般的救助義務違反（不救助罪）でも、正当防衛に基づく危険に対しては、救助義務は認められないとする見解がある（竹村和也「救助義務と悪しきサマリア人の法」同志社法学二六七号（一九九九年）五九頁、参照。ちなみに、竹村・同五六頁以下によれば、「悪しきサマリア人の法」とは、救助を善意で行った者の過失を免除しようとする法である「善きサマリア人の法」に対し、容易な救助、あるいは当局への通報を法的義務とし、その義務を怠ったものを処罰する法のことを意味する）。

(51) いわゆる革スプレー事件（BGH, Urt. v. 6. 7. 1990 = BGHSt 37, 106）をきっかけとして議論されるようになった。このような刑事製造物責任の観点から、義務違反性の要件を疑問視する見解として、Otto, Die strafrechtliche Haftung, a. a. O. (Anm.45), S. 303ff. Vgl auch ders, AT, a. a. O. (Anm. 45), S. 176f.

(52) Vgl. Stratenwerth, a. a. O. (Anm. (37)), S. 379ff.; Kühl, a. a. O. (Anm. (37)), S. 718ff. わが国において、島田聡一郎「不作為犯」法学教室二六三号（二〇〇二年）一一六頁以下（以下、同論文は、「島田・不作為犯」と引用する）は、「自らが危険を作り出した場合には、そうした自由を部分的に犠牲にしても、自分が作り出した危険を除去し、法益を保護する義務を負うべき」とする一方で、「もっとも、このような『危険創出』時点での結果に対する故意・過失は不要とすべきであろう。危険創出行為は、それ自体が処罰の対象ではなく、そこに責任主義は妥当しないからである」として、後の回避義務を認めるために、必ずしも義務違反性を要しないとしている。

(53) Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. (37)), S. 270.; Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. (4)), S. 625f.; Otto, Die strafrechtliche Haftung, a. a. O. (Anm. (45)), S. 302.; ders, AT, a. a. O. (Anm. (45)), S. 176.; Rudolphi, a. a. O. (Anm. (45)), §13, Rdn. 42.

(54) この点に関する学説の整理については、岩間・先行行為（前掲註（38））一一二頁以下も、参照。

なお、わが国において、先行行為に基づく場合にのみ作為義務を認める日高・前掲註（42）一五八頁も、同様の見解を採る。日高は、「不作為者が原因を設定したわけではない場合には、当該不作為に構成要件的等価値性を欠くため不真正不作為犯は成立しない。つまり、原因発生形態が、（1）自然現象による場合、（2）被害者の故意・過失による場合、（3）第三者の故意・過失による場合は、不真正不作為犯が成立しない〔傍点は引用者〕」とし、「たとえば、家屋の火災の原因

が落雷や第三者の火つけ等である場合には、家屋の所有者が火災を目撃しながら、焼燬を認容して何らの消火措置を講じなかったとしても、家屋の所有者の不作為に対して放火罪の不真正不作為犯は成立しない〔傍点は引用者〕」としている。

(55) これに対して、法益保護義務に基づく後行不作為犯では、①他人の先行作為、②自己の後行不作為、③結果発生、と経過する。

(56) Schönke/Schröder/Stree, a. a. O. (Anm. (3)), §13, Rdn. 39.

(57) Vgl. BayObLG, Beschl. v. 18. 6. 1998 = NStZ-RR 1998, 328.

(58) BGH, Urt. v. 1. 4. 1958 = BGHSt 11, 353. 事案は、被告人Xは、Yが被害者に対して生命に対する危険を加えるとは知らずに折りたたみナイフを貸したところ、Yが被害者に刺突行為をした、というものである。これについて、連邦通常裁判所は、被告人に対して、他人に責任なく危険をもたらした場合も、それによって生じる損害を回避しなければならないとして義務を認めたが、結局は、ナイフで心臓を突き刺していることから、結果回避可能性が不明であるとして、不救助罪のみを認めた。もっとも、Rudolphi, a. a. O. (Anm. (45)), §13, Rdn. 44 は、義務に違反していない先行行為の場合には、犯罪行為をいくらか促進したとしても、誰もがその先行行為を犯罪行為の誘因として利用しないことを信用してもよい、とする観点から、義務違反ではない先行行為に基づいて義務が生ずるとした同判決を批判している。Vgl. auch Georg Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992, S.237ff.

(59) Schönke/Schröder/Stree, a. a. O. (Anm. (3)), §13, Rdn. 39. Vgl. auch Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 109.

(60) Vgl. Walter Stree, Ingerenzprobleme, Festschrift fur Urlich Klug zum 70. Geburtstag, 1983, S. 398.

(61) Schönke/Schröder/Stree, a. a. O. (Anm. (3)), §13, Rdn. 39. これに対して、先行行為に義務違反があれば、それに基づく作為義務は否定されないとする見解として、Jescheck/Weigend, a. a. O. (Anm. (4)), S. 625.; Rudolphi, a. a. O. (Anm. (45)), §13, Rdn. 42, 44. また、先の義務二分説の検討において、クラーマー＝ハイネは、息子に対する監督が（故意に）不十分であった場合、あるいは銃の譲渡が違法であった場合は、先行作為行為が終了した後でも後行不作為犯が（幇助として）可罰的となる場合があるとしている。これは、イェシェックやルドルフィーと同様の理解に基づくものと思われる（vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 106, 108)。

なお、BGH, Urt. v. 27. 6. 1984 = NStZ 1984, 452 は、被告人XがZに対してヘロインを譲渡し、Zがそれを自己使用したところ、それ以前の飲酒と薬の服用と相まってZは意識を失った、しかしXはZを救助することなく、結果的にZが死亡した、という事案について、Zの自己危殆化行為に従って、当初の譲渡行為に過失致死罪が成立することは否定したものの、意識を失った後の救助義務については、薬物法（Betäubunfsmittelgesetz）二九条一項に違反した譲渡行為によって危険な状況を作り出したとする先行行為に従って、これを肯定し、結果的に不作為による過失致死罪を肯定した。その判断に際しては、「当初の行為によって、Xが被害者の同意に基づいた自己危殆化を可能にしたことと、Xの作為義務は矛盾しない。危険の惹起に考慮して行為の可罰性を否定したからといって、危険がいよいよ実現する段階で保障人義務を基礎づけることは排除されない」とする判示が添えられている。

(62) Vgl. auch Heribert Schumann, Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstveranwortung der Anderen, 1986, S. 112, Anm. 164.

(63) Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 216f.

(64) BGH, Urt. v. 23. 9. 1997 = NStZ 1998, 83. もっとも、不作為による幇助の成立は認めている（そのため不救助罪はそれに吸収されるとしている）。

(65) OLG Schleswig, Urt. v. 27. 4. 1981 = NStZ 1982, 116 は、工場への窃盗を企図した被告人と共犯者が、照明をつけるのを避けて、暗闇の中で方向を確認するためにマッチをつけ、しかし、それらのマッチを使用後に投げ捨てていたところ、可燃物に着火し、燃え広がったという事案に関し、次のように判示している（なお、原原審は、窃盗未遂と失火の所為単一とした）。すなわち、「義務に違反する先行行為は、構成要件的結果の発生に対して直接的な危険を惹起するものでなければならない」とした上で、「窃盗を企図した範囲の行為は、場合によっては窃盗の実現に対する直接的な危険を基礎づけるかもしれないが、しかし出火に対して基礎づけるものではない」として、先行行為に基づく消火義務を否定した。この判決については、Vgl. auch Stree, a. a. O. (Anm. (60)), S. 398ff.

(66) OLG Karlsruhe, Beschl. v. 30. 10. 1992 = MDR 1993, 266. 事案は、自然環境保護団体Bの構成員であった被告人Xが、いわゆる「カー・ウォーキング・セミナー（das car-walking-Seminar. 路上駐車等への反対の意思を示すため、自動車の上を歩く示威行動）」を提案し、関係当局に特別利用を申請したところ拒否されたので、Xはこれを中止し、同所で許可

されている自転車による別のデモに参加したところ、団体Bの構成員Yらが、自発的にカー・ウォーキングを実行し、これが1時間ほど続いたにもかかわらず、Xは阻止しなかった（Xは事前にその実行を知っていた）、というものである。これについて、同決定は、「カー・ウォーキング・セミナーは、別のデモ参加者の自己答責的な決断に基づいて生じたものであるから、別のデモ参加者の規則違反を考慮して、被告人の先行行為が保障人義務を基礎づけるとすることはできない」と判示している。Vgl. auch OLG Oldenburg, Urt. v. 22. 8. 1961 = NJW 1961, 1938.

(67) Baumann/Weber/Mitsch, a. a. O. (Anm. (37)), S. 271.

(68) Ulfrid Neumann, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band. 3, 1995, vor§211, Rdn. 78.

(69) Otto, Die strafrechtliche Haftung, a. a. O. (Anm. (45)), S. 302f. また、ders, AT, a.a.O. (Anm. (45)), S. 176f でも、学説上、「先行行為は、法益侵害へと向かう因果経過を引き起こすか、犯罪ないし自傷の危険を惹起する」場合がありうるとされているが、後者は義務を生じさせるものではないとしている。すなわち、「正犯者の自己答責的な行為は、他人の刑事的責任に対して限界を設定する」とし、「危険な先行行為とは、法益侵害の発生の機会を基礎づけるか、あるいは、すでに法益侵害の危険が発生している状況を高める行為だけということになる」とする。

(70) Otto, AT, a. a. O. (Anm. (45)), S. 175.

(71) Otto, AT, a. a. O. (Anm. (45)), S. 179.

(72) Ulfrid Neumann, JR 1993, S. 161f.

(73) Ulfrid Neumann, JR 1993, S. 162.

(74) Kuhl, a. a. O. (Anm. (37)), S. 723f. 同種の事案を扱った判例として、Vgl. BGH, Beschl. v. 15. 4. 1997 = NStZ-RR 1997, 292. Vgl. auch Stree, a. a. O. (Anm. (60)), S. 395ff.

なお、共犯者の過剰行為に対する責任に関して、わが国の旧刑法一三八条は、兇徒聚衆の罪として、「①暴動ノ際人ヲ殺死シ若クハ家屋船舶倉庫等ヲ焼燬シタル時ハ現ニ手ヲ下シ及ヒ火ヲ放ツ者ヲ死刑ニ処ス、②首魁及ヒ教唆者情ヲ知テ制セサル者亦同シ」と規定していた。

(75) その他、自己答責的行為の介在によって先行行為に基づく義務が否定されるとする見解として、Gunther Jakobs, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1993, S. 814.; Stratenwerth, a. a. O. (Anm. (37)), S. 378f.

なお、わが国においても、松宮孝明「『不真正不作為犯』って何？」現代刑事法六八号（二〇〇四年）一一六頁が、「自分が与えた道具や権利が犯行に使われることに後で気づいたが、それを放置したというケースでも、与えたものがどう使われるかは相手の責任ないし『管轄』であるから、不作為による幇助が否定されやすい」としている。判例において、自己の先行行為後、他人の答責的行為が介在した事例につき、保障人義務を否定したものとして、①黒砂糖の密輸に使用するとは知らずに正犯者Yに船を貸与した事案について、「右傭船契約の解除、又は終了等により、同船が被告人Xの手に占有が復帰せざる限り、未だかつて同船の行動について、同被告人をして、責任を負わしむべき筋合でない」として、不作為幇助の成立を否定した福岡高判昭和二五（一九五〇）年八月一一日高刑特報一二号一二二頁、②正犯者Yが料理店の客室を業として売春場所に提供しようとしていることを知らずに、料理店並びに飲食店営業許可の名義貸しをした事案について、「右各営業名義の貸与という被告人の先行行為とYの業としての売春場所の提供との間には関連が乏し〔い〕」として、不作為幇助の成立を否定した大阪高判平成二（一九九〇）年一月二三日高刑集四三巻一号一頁（評釈として、内田文昭「判批」判例タイムズ七六六号（一九九一年）八七頁）、がある。もっとも、わが国の判例においては、一般理論として、答責的行為の介在によって先行行為に基づく義務が否定される、と理解されているわけではないので、先行行為に基づいて不作為幇助を認めた事案もある（大阪地判昭和四四（一九六九）年四月八日判時五七五号九六頁。評釈として、阿部純二「判批」判例時報五九六号（一九七〇年）一四四頁）。

(76) そうした理解は、先行行為によってもたらされた危険状態についても、最終的には答責的な者だけが帰責を負うべきである、という考え方と見ることもできる。答責的行為の介在によって先行行為に基づく義務が否定されるとすると、結果的にそれは、一人だけが先行行為に基づく義務を負うシステムであることになる。しかし、それでは犯罪を行った者には常に、その先行犯罪行為に基づいて結果回避義務が課されるのかというと、それは疑問である。この点については後述。

(77) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二二七頁以下は、保障人的地位は、行動の自由への強度の制約を正当化するためのものであるとした上で、いかなる場合に正当化されるかに関して、次のように主張する。「このような制約はどのような場合に正当化されるのか。それは、行為者が法益が失われる危険性を何らかの形で高めていた場合だと思われる。自由主義社会においては、人は他人に迷惑をかけない限り何をすることも自由だが、自らが危険を作り出した場合には、そうした自由を部分的に犠牲にしても、自分が作り出した危険を除去し、法益を保護する義務を負うべきだからである」と

して、このような根拠に基づき、先行行為に基づく義務を認めることを正当化している（危険創出行為に基づく保障人的地位）。なお、島田は、危険源に対する意識的引き受けに基づいても保障人的地位が生じるとしている（危険源管理義務）。そして、危険源管理義務と、危険創出行為に基づく義務とは、一応、前者が、不作為者の故意不作為の時点で、危険源あるいは作出された危険状態が未だ行為者の支配領域内にとどまっていた場合、後者が、それがすでに被害者または第三者の支配領域内に移転していた場合、という点で区別できるものの、両者は連続的なもの（先行行為に基づく義務を否定する見解からすれば、両者の区別は問題となることになる）と理解している（島田・同二四一頁以下、参照）。島田の保障人的地位の発生根拠に関する理解については、島田・不作為犯（前掲註（52））一一六頁以下も、参照。

(78) 島田・不作為犯（前掲註（52））一一六頁以下、参照。

(79) 西田・不作為犯論（前掲註（4））八七頁、参照。先の Ulfrid Neumann, JR 1993, S. 161f.; Otto, AT, a. a. O. (Anm. (45)), S. 179 の指摘と同様である。

(80) Vgl. Schönke/Schröder/Stree, a. a. O. (Anm. (3)), §13, Rdn. 39.

(81) Vgl. Schönke/Schröder/Stree, a. a. O. (Anm. (3)), §13, Rdn. 39.

(82) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五五頁以下。

(83) 島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（二〇〇二年）の参照指示がなされている。

(84) 広義の共犯の成否においても答責性の観点を強調する立場とその問題点については、島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件」立教法学五七号（二〇〇一年）六四頁以下参照、との註が付されている。

(85) 事前にナイフを貸した被告人に関する連邦通常裁判所一九五八年四月一日判決（前掲註（58）、参照）。

(86) Rolf Dietrich Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 260f の参照指示、ヘルツベルクはBに故意がある場合にはAを幇助としている、との註が付されている。

(87) 神山・保障人義務（前掲註（4））三四頁の参照指示がなされている。

(88) Vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Heine, a. a. O. (Anm. (5)), Vorbem§§25ff, Rdn. 109 の参照指示がなされている。

(89) 島田は、不作為者と正犯者との関係に基づく純粋な意味での「犯罪阻止義務」の存在に対して否定的である。それらの義務は、危険源管理義務、危険創出行為に基づく義務、法益に対する保護義務、のいずれかにあてはまるか、それとも無

罪とされるべきかのどちらかに解消されるものとしている（島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二六六頁以下、参照）。

(90) 山中・不作為幇助（前掲註（2））三四八頁の参照指示がなされている。

(91) 島田聡一郎「管理・監督過失における正犯性、信頼の原則、作為義務」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（二〇〇三年）一〇一頁（以下、同論文は、「島田・管理監督過失」と引用する）の参照指示がなされている。

(92) もっとも、義務二分説が、保護者的保障人〔法益保護義務類型〕の場合は作為正犯者の行為によって被害者が即死するなどして、作為正犯者の行為後に保障人にもはや作為可能性がなかった場合まで、保障人を単独正犯とするのであれば、それは妥当でない（山中・不作為幇助（前掲註（2））三五七頁も参照）、との註が付されている。

(93) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二三〇頁以下も、参照。

(94) 島田聡一郎「被害者による危険引受」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』（二〇〇三年）一三三頁は、「行為者が、自己危殆化への関与行為を行った後、被害者をなお救助することができた場合に、行為者に不作為犯の成立が認められるか否か」を一つの問題として捉え、同一三九頁では、「同意によって不法の存在それ自体が否定される場合には、行為者の当初の行為は、いわば被害者を適法に手助けする行為に過ぎず、その行為を根拠に不作為犯を認めるべきではない。これに対し、被害者が死の危険にさらされている場合には、行為者の当初の行為は、違法な危険創出行為であり、そのことを根拠に不作為による自殺関与罪の成立を認める余地はあるように思われる」としている。同一五二頁も、参照。

(95) Otto, Die strafrechtliche Haftung, a. a. O. (Anm. (45)), S. 302f.

(96) Otto, AT, a. a. O. (Anm. (45)), S. 175.

(97) Otto, AT, a. a. O. (Anm. (45)), S. 179.

(98) Ulfrid Neumann, JR 1993, S. 161f.

(99) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五五頁以下。

(100) 直接性のもとでも、責任のない介在行為や構成要件的事実の錯誤に基づく介在行為を引き起こした場合には、なお先行行為に基づく義務が認められているが（Vgl. Rudolphi, a. a. O. (Anm. (45)), §13, Rdn. 42）、そのような場合には、当初の先行行為の単独正犯性が肯定されうるので、外在的制約によって守るべき答責原理に基づく帰結自体がないから、先行行為に基づく義務を肯定してもよいということになる。

(101) この理解に従えば、学説上、自己危殆化行為に対する関与と、自己危殆化行為への関与後の不救助、を区別せずに論じる見解があるけれども、両者は理論的に区別されるべきである。なぜなら、自己危殆化行為に対する関与はその共犯性に基づいて可罰性が否定されているのに対し、自己答責的行為に対する関与後の不救助はその関与行為の共犯性の帰結を無意味にしないためにその成立が否定されているからである（幇助的だから不可罰になるのではなく、関与の幇助性を無意味にしないためにその成立が否定されている）。

(102) 福岡高裁昭和二五年八月一一日判決（前掲註（75））。

(103) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五六頁。

(104) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五六頁。

(105) 福岡高裁昭和二五年八月一一日判決（前掲註（75））。

(106) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五八頁は、危険創出行為の要件として、次の点を掲げる。①現実に行われた正犯行為と、共犯行為がなければなされたであろう正犯行為とを対比したときに、後者が前者よりも結果発生の蓋然性を高めており、その高められた危険が結果に実現したと評価できること、②正犯者の心理に関する要件として、正犯者が、不作為者の危険創出時において、すでに犯行を決意しているか、その兆候が存在していたこと（あるいは危険創出行為それ自体が、犯行を決意させるに足る強力なものであること）、③不作為の時点において、不作為者に故意が認められなければならないとして、不作為者が正犯者の犯行に向かう明白な傾向の存在又はその作出を現実に認識していたことが必要としている。その上で、島田・同二六一頁は、福岡高裁昭和二五年八月一一日判決（前掲註（75））に対して、「船の貸与自体は違法行為ではないが、この事案では、正犯者らが他から船を借りることはかなり困難であっただろうと推察される。そして、こうした形態の密輸には船が不可欠である。そうだとすれば、危険創出行為は肯定すべきだったのではないだろうか。……さらに、本件では②、③の要件も満たされていると思われる。そうだとすれば、不作為による幇助を認める余地は十分にあったように思われる」とする。

(107) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五六頁。

(108) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五七頁。

(109) 島田・基礎理論（前掲註（83））三九一頁、山口厚『刑法総論』（補訂版、二〇〇五年）六四頁、参照。

(110) 本稿・第二章第二節第二項の3（北大法学論集五七巻一号）、参照。それゆえに、本稿の考察対象としての不作為関与は単独正犯であるとして、検討を進めている。

(111) なお、島田聡一郎「不作為による共犯について（一）」立教法学六四号（二〇〇三年）五一頁以下は、行為後正犯説を採ることを明言しているので、先行作為行為終了後の後行不作為犯が認められていれば、（単独）正犯としての不作為犯を肯定することになる（本稿・第二章第二節第二項の3〔北大法学論集五七巻一号〕も、参照）。

(112) なお、島田が、別稿で管理監督過失を論じる際に、同様の観点から後行不作為犯の成否について考察した箇所があるので、それについても見てみる。島田は、「過失犯の正犯性も基本的に故意犯の場合のそれと同様に考えるべきであった。そうすると、例えば、危険物の管理義務のみを負う主体の過失不作為により危険物が故意の犯罪行為に使われた場合には、管理義務者は過失犯の罪責を負わないと言うべきであろう。彼の義務内容は、危険物の管理につきるので、その点に関する作為義務違反行為後の故意行為の介入により、当該不作為の正犯性が否定され、過失による幇助として最終的結果については罪責を負わない。例えば甲が、違法に所持する銃の管理を怠ったところ、乙がそれを盗み、丙を故意に殺すことに用いた場合、甲には銃刀法違反しか成立しないと解すべきである」（島田・管理監督過失（前掲註（91））一〇一頁以下）としている。確かに、この点は適切と思われる。当初の管理義務違反に基づく発生結果自体は、背後の過失不作為者に帰属されるものの、しかしそこで正犯性が否定されている以上、不可罰の過失共犯（幇助）と考えられるからである。ただ、この主張は、本文における先の島田の主張にいう①にかかる部分であって、②にかかる部分ではない。

問題は、島田も明言する、「正犯行為終了後の、その違反が単独正犯を基礎づけるような救助義務」の存否である。しかし、ここで島田は、「このような場合〔先の銃の管理懈怠事例―引用者註〕の甲に過失致死の正犯を認めるためには……乙の行為の介入後にさらに甲に（負傷した）丙を助ける義務が存在していると構成するほかない。そして、このような場合に甲に作為義務を認めることは、他人（乙）の故意行為を介した間接的な先行行為のみによって救助義務を認めることを意味する。しかし、そのような他人の故意行為を介した間接的な危険創出行為が存在し、その後、作為可能性が存在すれば直ちに保証人的地位を認めてしまうと、教唆、幇助は、殆どの場合、不作為による正犯となってしまい、刑法六一条、六二条の規定が実際上無意味になってしまいかねない」（島田・同一〇二頁）として、事後的な救助義務の否定は、教唆・幇助を無意味にしないためであるとするにとどまる。

もっとも、島田は、ホテルやデパートの火災によって死亡した場合に保障人的地位を基礎づける根拠には、危険源の引き受けに加えて、被害者の法益に対する引き受けも含まれているとすることから、火災発生後の被害者を保護することも義務の内容として認められるとする。そして、法益の引き受けに基づく、火災発生後の義務は、たとえその原因が他人の犯罪行為にあろうと、その原因は問題とならないとしている。また、実際上、火災発生後は作為可能性自体が存在しない場合もあるのではないかという疑問に対しても、作為可能性がない状態が、自らの義務（スプリンクラー等の設置義務）を履行しなかったのみならず、他人の救助措置をも排除するような危険な状態を作り出した場合には、火災発生後に作為義務の履行が不可能であったことを理由に問責行為から外すことはできないとしている（島田・同一〇二頁以下、参照）。

(113) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五七頁。

(114) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五三頁。

(115) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五三頁以下。

(116) もちろん、殺人既遂幇助を成立させたくなければ救助しなければならない、という反射的な義務は、Xにも存在するものの、それは先行行為に基づく義務ではない。

(117) 島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五七頁。

(118) 高山・前掲註（4）六三頁以下。

(119) 高山・前掲註（4）六五頁。なお、高山・同六五頁は、傷害致死罪が殺人罪に転化するおそれがあるとの指摘に続けて、「実務において殺意の認定が慎重に行われているのは、まさに、傷害の時点で殺意がなければ殺人と評価しえないからであろう。もし先行行為と事後の認識とで殺人罪を成立させてよいのであれば、このような事実認定の努力も全く不要であることになる」としている。これに対して、島田・不作為共犯（二）（前掲註（35））二五二頁は、この高山の指摘に対して、次のように批判する。すなわち、自宅内で被害者に対し暴行を加えた後、重篤な状態に陥ったにもかかわらず、故意に医師の治療を受けさせずに放置した被告人に対し、傷害罪と殺人罪の成立を認めた、東京地裁八王子支判昭和五七（一九八二）年一二月二二日判タ四九四号一四二頁が存在することを指摘した上で、「この見解の『実務』に対する評価にはやや疑問がある」とし、「先行行為を保障人的地位の発生根拠とすることは、『事実認定の努力を不要』とするものでは決してない。そのように解したとしても、不作為時における故意の認定は慎重になされなければならず、そこでは、まさに

『事実認定の努力』が求められるからである」と批判している。なお、高山・同七二頁は、その八王子支部判決の事案について、「自己が傷害を負わせた者に対する医療の不給付も、事務管理が認められない場合には、殺人罪でなく、傷害致死罪と評価されるべきである」としている。高山の作為義務根拠に関する見解については、高山・同六七頁以下、参照。

(120) もちろん反射的な義務を履行しなかったからといって、独自に不真正不作為犯が成立するものではない。

(121) 殺人行為後、その先行殺人行為に基づく死亡結果の回避義務の存否をめぐる議論に関しては後述。なお、ここでは、先行行為と後続の不作為犯を一体として評価するのではなく、それぞれ別個の行為として捉えている。先行行為と後続の不作為犯を一体として評価することに対しては、岩間・先行行為（前掲註（38））一〇九頁以下、同「先行行為に基づく保障人的義務に関するヤコブスの見解」法学研究（大阪学院大学）二八巻一号（二〇〇一年）三二頁・註（74）が批判的である。

(122) このことは、高山が示した、先行行為に基づく義務に対する批判が、放火罪に対してはあてはまらないことも意味している。なぜなら、失火後の故意による不消火について、先行の失火に基づく不作為による放火罪が成立するとする見解に対しては、すでに失火罪が成立している以上、将来の既遂成立の可能性を根拠に、後続の不作為犯の成立を否定することができないからである。

(123) Gerald Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, S. 112ff（同旨の見解として、宮澤浩一『刑法の思考と論理』（一九七五年）一二五頁以下〔初出「不作為による共犯」法学研究（慶應義塾大学）三三巻二号（一九六〇年）四七三頁〕）は、作為によって幇助行為をした後には、結果を回避する可能性が未だ存在するものの、通常、その後行不作為犯は考慮されないことに着目して、一般的に、不作為による関与（Beteiligung durch Unterlassen）の無価値は、作為幇助よりも重くはないということを基礎づけている。しかし、ここでの検討課題は、（グリュンヴァルトらが前提としているところの）なぜ幇助行為後の後行不作為犯は考慮されなくてもよいのかという点の実質に関わる。

〔付記〕

一、本連載（五）の入稿時に、曽根威彦「不作為犯と共同正犯」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集（一）』（二〇〇六年）四〇五頁に接した。同四一五頁は、「作為者が現場を立ち去った後においては、そこに不作為者に対して、（単独）正犯を基礎

づける第一次的な規範命令が発せられたとみるべきであろう。作為者の行為が終了しすでに現場に存在しない段階では、被害者の法益侵害の危険が自然現象や無責の者によって惹起された場合と何ら区別すべきいわれがなくなるからである」として、行為後正犯説を主張している。また、母親が同居人によるわが子への暴行を阻止せず、結果的に子が死亡した事案について、母親に、不作為による傷害致死幇助罪の成立を認めた名古屋高判平成一七（二〇〇五）年一一月七日公刊物未登載〔LEX/DB 文献番号 28115095〕（同判決を紹介するものとして、小野正弘「判例紹介」研修六九四号（二〇〇六年）三〇五頁）にも接した。

二、本稿は、北海道大学審査博士（法学）学位論文（二〇〇五年三月二五日授与）に補筆したものである。