



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	作為犯に対して介在する不作為犯 （6・完）
Author(s)	松尾, 誠紀
Description	論説
Citation	北大法学論集, 58(4), 1 [1629]-34 [1662]
Issue Date	2007-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/30240
Type	departmental bulletin paper
File Information	58(4)_1-34.pdf



作為犯に対して介在する不作為犯（六・完）

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、五六卷五号）

第二章 不作為関与の单独正犯性

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 先行作爲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 先行行爲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

第一項 総説

（以上、五六卷六号）

（以上、五七卷一号）

（以上、五七卷二号）

（以上、五七卷四号）

第二項 限定的な可罰範囲の理論的根拠

第五章 おわりに

（以上、本号）

第四章 不作為関与の限定的な可罰範囲

第三節 不作為関与の「中止構造」と限定的な可罰範囲

第一項 総説

不作為関与（先行作為犯後の後行不作為犯）が単独正犯として理解されるべきだとしても、だからといって直ちにそれが、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べきとは限らない。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、と理解すべきであるから、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になる。

このような問題意識に基づき、前節においては、すでに学説上、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ので、それらの見解が果たしてその限定的な可罰範囲を合理的に基礎づけられているのかについて検討した。検討の対象としたのは、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。前者は、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を否定することによって、そこでの後行不作為犯の成立を否定する見解であり、後者は、先行行為と結果発生の際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事後的な結果回避義務を（行為の阻止義務と共に）否定する見解である（両見解では、法益保護義務に基づく場合とは異なり、法益保護義務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、後行不作為犯の成立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）。しかし、前節における検討の結果、両見解はそこでの後行不作為犯の不成立を合理的に基礎づけられてはいないと結論づけた。その理由は、前者については、なぜ犯罪阻止義務だけが犯罪行為の阻止までにかかる義務であるのか¹が基礎づけられていないこと、後者については、先行行為に基づく後行不作為犯を否定する実質は、答責原理によって導かれた先行行為自体の共犯性を維持するために、その結論を無意味にさせるような義務をそれ自体から認めることを否定することを目的とした外在的制約にあったが、そのような外在的制約が認められるべきことが合理的に基礎づけられてはいないことによる。

他方、前節では、近時、単独不作為犯に関して、先行行為に過失犯が成立しうる場合にはその放置によって先行行為者には過失致死罪が成立しうるから、そこでは既遂成立を避けるためには結果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先行行為自体に対する処罰によってすでに確保されている以上、それとは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、との見地から先行行為説に対して批判をする高山佳奈子の見解を手掛かりとして、¹当該先行行為が処罰されていれば後続の不作為犯を別途処罰すべきでないという高山説の実質は、不作為関与に関して¹も行為者は異なりこそすれ同じくあてはまりうると理解し、それを不作為関与に敷衍させることによって、先行行為犯

が処罰されうる場合には基本的に後行不作為犯の成立は否定されるべきであり、そしてそのことは犯罪阻止義務だけでなく法益保護義務に基づく後行不作為犯についても同じくいえることを示した。しかし、高山説の実質を敷衍した理解においても、先行作為犯が処罰されていればなぜ別途義務を設定しその義務違反に後行不作為犯を成立させるべきでないのかについての実質的理由が未だ不十分である点、しかもその理解だけでは、先行作為犯が放火をした場合のように、すでに既遂が成立している犯罪類型については必ずしもそのような理解に基づいて不成立を導くことができないという点に課題が残されている。

もつとも、以上のような義務二分説における後行不作為犯理解や先行行為説における後行不作為犯理解、そして高山説を敷衍した理解が後行不作為犯の成立を限定的に解することの実質は、答責的な先行作為犯の方の処罰を重視するために、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である先行作為犯と並んで前面に出ることのないように、いいかえれば、先行作為者に対する不作為者の背後者性を維持できるように、後行不作為犯の成立を限定的に解そうとするものと思われる。そうだとすれば、その理解自体は適切である。それでは、なぜそこでは先行作為犯の処罰の方が重視されるべきなのであるのか、そしてそれがために後行不作為犯の成立が限定的に解されるべきなのであるのか。その理由こそが、上記の見解が基礎づけられていなかった、後行不作為犯が基本的に否定されるべきことの合理的根拠である。そこで、本節においてはその合理的根拠を明らかにすることを目的とする。

——なお、本稿・第二章で検討した行為後幫助説（先行作為犯後の後行不作為犯も「作為犯の背後の不作為犯と同様に」幫助として理解する見解⁽²⁾）も、その罪責が先行作為犯と並んで前面に出ることのないように後行不作為犯をも幫助と解する、という点では、その実質において上記の見解と共通している。しかし、幫助規定が単なる減輕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、共犯の成立が否定されるべき領域において、軽い処罰を実現するがた

めにそれを適用すべきではなく、その意味で行為後幫助説の理解は、幫助規定の適用のあり方として適切でない。行為後幫助説がその点に関して妥当でないことは、同章においてすでに基礎づけた。⁽³⁾

第二項 限定的な可罰範囲の理論的根拠

1. 保障人的地位を否定する根拠を導く不作為関与の「中止構造」

不真正不作為犯はあくまで例外的に処罰されるべきものとされている。というのも、一般に、作為犯では結果惹起行為以外は何をしても構わないのに対し、不作為犯では結果の回避に向けた特定行為以外の行為が強度に制約される点から、その処罰に関して作為犯にはない特別の要件、つまり作為義務（保障人的地位）が別個求められるので、その成立がすでに規範的に限定されたものと理解されるからである。⁽⁴⁾ 当該不作為が結果発生に対して仮に因果性を有しているとしたとしても、その成立に対してはさらに、作為義務が存在する場合に限り成立するというかたちで規範的な限定が加えられている。⁽⁵⁾ また、不作為犯におけるそのような規範的な限定要件として、作為義務の他にも、「容易性」の要件が挙げられる。⁽⁵⁾ 容易性は、「作為を行うことが不可能ではなかったとしても、それが自己または近い者の重大な法益に対する犠牲を強い、作為義務の履行が著しく困難な場合には、当該作為を刑法法規を用いて強制することが妥当でないことを理由に、作為義務違反がないとして、不作為犯の構成要件該当性を否定すべきである」⁽⁶⁾との観点から理解されている規範的な限定要件である。⁽⁷⁾ つまり、たとえ不作為者が作為義務発生根拠に該当しえたとしても、具体的に当該作為行為に出ることが困難な状況にあったのであれば、規範的にさらにその成立が限定的に解され、結果的に保障人的地位は否定されることになる。

不作為関与の基本的な不成立も、同じく規範的な観点に基づくものである。ただ、容易性のような不作為犯一般（単独不作為犯・不作為関与・不作為共犯）に共通してその成立を限定する規範的要素ではない。不作為関与の基本的な不成立を基礎づける要素は、単独不作為犯・不作為共犯にはない特質に基づいて基礎づけられる。そしてその規範的な限定要素は、不作為関与に特有の「中止構造」ともいべき関与構造（因果構造）から見出されるものである。不作為関与は、先行作為行為終了後の後行不作為犯を内容とすることから、後行不作為犯は、先行作為犯がすでに創出した危険を事後的に回避しない不作為犯である。この点で、自然的・物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や、未だ先行作為犯による行為が始まっていないあるいはそれが継続中の不作為共犯とは、決定的に異なる。以下で示すように、不作為関与の成立は、そのような不作為関与に特有の関与構造から見出される規範的な限定根拠に基づいて基本的に否定されるべきものである。また、そのような「中止構造」から見出される規範的な限定要素は、容易性と同じく不作為犯の成立を規範的に限定させるものだけでも、その限定原理は「容易性」とは異なるというべきである。つまり容易性は、作為義務と同じくその限定原理は共に不作為犯処罰における自由制約という観点に基づくものだけれども、以下で示すように、「中止構造」から見出されるそれは特に、可罰的な先行作為犯後の後行不作為犯という関与構造から見出された、自由制約とは別個の観点に基づく規範的な限定根拠として位置づけられるべきものである。

このようにして、不作為関与の成立は、すでに規範的に限定する観点から求められた作為義務の発生根拠に仮に該当するとされた場合でも、それとは別の規範的要素からさらに限定的に解されることとなる。すでに規範的に限定されたものとして理解される（不真正）不作為犯にあっては、それとは別の規範的考慮によってさらにその成立が限定されるべきものと解したとしても、直ちにそれが不当とされるわけではないであろう。その適否は、そこでいう規範的な限定根拠の合理性いかんにかかる。そこで以下では、不作為関与が基本的に否定されるのはそれに特有の「中止構造」によ

るものとして、まず、その「中止構造」とは具体的にいかなる構造を意味するものかを明確にし、その上で、その構造から見出される、後行不作為犯の成立を限定する規範的根拠とはいかなるものなのかについて検討していくこととする。

2. 不作為関与の「中止構造」の意義

(1) 不作為関与の成立は、不作為関与に特有の「中止構造」から見出される、作為義務とは別個の規範的根拠に基づいて、基本的に否定的に解されるべきである。そこでまず、その「中止構造」とは具体的にいかなる構造を意味するものであるかについて明確にする。

何らかの原因によって法益に対する危険が創出された場合、侵害結果の発生（あるいは侵害の継続）を阻止するためには、当然、その侵害の回避に向けた特定の救助行為が求められる。不作為関与は、特に、他人が故意に創出した危険に対して救助行為が求められている場合である。

この点、刑法においては、ある行為者が犯罪行為によって危険を創出した場合に、侵害されゆく当該法益の保護を目的に、その行為者自身に向けて事後的な救助行為を促進する手段が用意されている。その手段は、①救助に出た場合のベネフィットを高めることによってそれを促進させるタイプである「利益提供型」と、②救助に出ない場合のコストを高めることで促進させるタイプである「制裁型」、の二つのタイプに分けられる。「利益提供型」の規定の例として、中止犯の必要的減免（刑法四三条但書）、身の代金目的拐取罪における解放による必要的減輕（同二二八条の二）、⁽⁹⁾偽証罪・虚偽告訴罪における自由による任意的減免（同二七〇条、一七三条）、またドイツ刑法三〇六条eにおいて放火罪に関して規定されている「有効な悔悟（Tatige Reue）」⁽¹⁰⁾に基づく任意的減輕が挙げられる。それに対して、「制裁型」

の規定の例として、道路交通法上の負傷者救護義務（同七二条、一一七条）が挙げられる。⁽¹²⁾

（2）ここでは、不作為関与の「中止構造」の具体的内容を明確にするために、特に中止犯の規範構造を考察する。「利益提供型」の代表としての中止犯も、当初危険を惹起した先行行為と、その結果の実現を事後的に阻止する救助行為（中止行為）によって構成されている。⁽¹⁴⁾ その中止犯の規範構造について、山中敬一は次のような理解を示している。「刑法は、法益保護の任務をもつ。一般予防のための事前的行為規制が侵害されたが、いまだ法益侵害の結果が生じていない期間において、刑法が、法益保護の任務を放棄することはできない。その期間においては、刑法は、実行行為に出た行為者に対して『引き返すための黄金の橋』を設けて、結果発生に至らないようにすることによってさらに法益保護を図ろうとしているのである。それは、『義務』を課しているのではなく、任意に中止することを『勧奨』している」⁽¹⁵⁾、「実行行為に出てしまった者に対して、その具体的危険が結果に実現することを防止せよという規範を与えるとしたならば、同一の結果防止のためにすでに禁止規範に違反した者に対して、もう一度、命令規範を与えることになり、同一目的の二重の結果惹起禁止となり、適切でない。そこで、刑法は、実行行為後の行為者に対しては、結果回避規範として、具体的危険を方向転換することによって、結果の発生を防止する行為を勧める規範を定立（している）」⁽¹⁶⁾とする。⁽¹⁷⁾

中止犯においては、ある犯罪行為により危険を発生させた者は、それに対する事後的な救助行為が「制裁」のもとで義務づけられることはなく、あくまで「勧奨」のもとでそれが促進されているにすぎない。それゆえ、当初法益侵害に対する危険を引き起こした後に、たとえ中止行為を行うことなく侵害結果の発生を阻止しなかったとしても、その不阻止について不作為犯としての犯罪が成立するわけではない。⁽¹⁸⁾ それによってそこでは当初の犯罪の継続と共に単なる不作為が存在していたにすぎないこととなる。そこで、そのように中止犯において救助行為を「勧奨」でもって促進してい

るにすぎないとすべき根拠について、山中は、一度破られた「制裁」に基づく行為規範について再度「制裁」のもとで救助義務を課し、その義務違反について不作為犯としての犯罪を成立するように対処してしまうと、当該法益侵害に対する「二重の結果惹起禁止」になってしまうから、それを避けるために「勧奨」でもって促進しているのだと理解する。

もつとも、当初の危険惹起行為終了後に行われるすべての事後的行為について、そのような意味での「二重の結果惹起禁止」が避けられるべきだというわけでもないであろう。例えば、Xが、Zに対してバットで頭を殴りつけ致命傷を負わせたところ、息も絶え絶えに苦しむZを見て、とどめを刺すつもりでさらにバットを振り下ろし殺害する、という場合のように、後続の行為が法益侵害を積極的に「拡大」する新たな攻撃に該当する場合（「作為―作為」型）については、なお「制裁」のもとでそのような後続の作為行為は禁止されなければならない。¹⁹ 仮にそこで「制裁」のもとで禁止がなされないのであれば、一度致命傷を負った被害者は、積極的な攻撃に対してそれ以上の保護がなされない（逆にいえばそのような行為を許容する）ことになりかねないからである。従って、そのような後続の作為行為が行われたならば、それについての作為犯は別途成立しうる。そうだとすると、山中が中止犯において、二重の結果惹起の禁止を避けるべきことを理由に、それには「勧奨」で対処する、としたのも、後続の行為として、あくまで当初惹起された法益侵害を「縮小」させる行為については、それを「制裁」のもとで義務づけるべきでない、という限定的な趣旨のものと理解すべきである。いいかえればそれは、たとえ当初惹起された危険に対して救助行為（中止行為）をすることなく侵害を「縮小」しなかったとしても（「作為―不作為」型）、二重の結果惹起の禁止を避けるべきだとすればそこでの救助行為を「制裁」のもとで義務づけるべきではないから、それをしなかったことについて不作為犯としての犯罪が別途成立することはない、としたものである。

(3) 以上のことからすると、中止犯に関して、二重の結果惹起の禁止を避けるために事後的な救助行為について

はあくまで「勸奨」にとどめるとされているのは、①当該法益侵害を当初惹起した先行の作為行為の終了後、②すでに惹起されたその法益侵害を阻止しなかった不作為があった、という「作為―不作為」型の因果構造に対して言及されたものである。

もっとも、そこで二重の結果惹起の禁止を避けるのを目的とするだけであれば、事後的な救助行為をしないという後続の不作為の方だけを不作為犯として犯罪の成立を認めるという理解もありえたはずである。しかしそうではなく、事後的な救助行為は「勸奨」として、たとえそれをしなかったとしても不作為犯は不成立とし、当初法益侵害を惹起した先行の行為の方を作為犯として成立させる、ということからすれば、その理解は、実は、そのように事後的な救助行為に対しては「勸奨」として捉えることの前提に、そうした「作為―不作為」型の因果構造においては、当初法益侵害を惹起した先行の作為犯の方を成立犯罪として重視する、という実質をすでに含むものであると思われる。すなわちそれは、先行の行為を作為犯としての犯罪を成立させることを重視するがために、後続の不作為犯の成立を否定的に解するという方向を示すものである。仮に事後的な救助行為を常に義務づければ、先行の作為行為によって侵害結果を発生させても、結果的には事後的な救助義務違反に基づく不作為犯としての犯罪が成立することにもなりかねない。⁽²⁰⁾⁽²¹⁾ そうだとすれば、中止犯規定は、たとえ事後的に救助行為をしなかったとしても、当該法益侵害を当初惹起した先行の作為犯の方を犯罪として成立させるのだという実質を、（未遂犯の範囲ではあるが）法的に明確にしている規定として理解されるべきである。⁽²²⁾

そしてそのように後続の不救助を不作為犯として成立させないという実質が、実は、（単独犯においてのみあてはまりうるかのような根拠である）「二重の結果惹起の禁止」に基づくというよりも、「作為―不作為」型の因果構造においては先行の作為犯の方を犯罪として成立させるべきという理解にあるのだとすれば、その実質は不作為関与においても、

先行作為犯と後行不作為犯との間で行為者は異なりこそすれ、同じくあてはまる。不作為関与も、①当該法益侵害を当初惹起した者と、②その後すでに惹起された当該法益侵害を阻止しなかった者が存在するという「作為―不作為」型の因果構造を有する。これが本稿でいうところの、不作為関与の「中止構造」である。他方、不作為関与は、すでに他人によって創出された危険に対して「制裁」のもとで義務を課しその義務違反に不作為犯としての犯罪を成立させるものであるから、先に示した救助行為促進規定の区分でいえば、救助に出ない場合のコストを高めてそれを促進する「制裁型」にあたる。しかし、不作為関与においても先行作為犯の犯罪成立の方を重視し、それがために後行不作為犯の成立が否定されるべきだと解されるのであれば、そのことは、中止犯と同じく、そのような因果構造が有する実質に基づくものと思われる。

そこで次に、なぜそのような因果構造においては先行作為犯の方を成立犯罪として重視し、それがために後行不作為犯の成立を否定的に解すべきなのか、その実質を基礎づける規範的根拠について検討することとする。

3. 中止構造から見出される規範的限定根拠と例外的に後行不作為犯の成立が認められる場合

(1) 以上のように、当初法益侵害を惹起した先行作為犯の処罰を重視し、それがために後行不作為犯の成立が否定されるべきなのは、不作為関与が有する「作為―不作為」型の因果構造（中止構造）から見出される実質に基づくものだと、さらに検討すべきは、その実質を基礎づける規範的根拠とは何かである。というのも、因果構造上、当該法益侵害を当初惹起した者と、すでに惹起された当該法益侵害を阻止しなかった者、と相対化させたとしても、それに対する規範的評価として、当該法益侵害を当初惹起した者も処罰するが、すでに惹起されたそれを阻止しなかった者も処罰する、という理解もありうるからである。そこで、すでに惹起された当該法益侵害を阻止しなかった後行不作為犯

をなぜ成立させるべきでないのか、その規範的根拠について検討する。

このときありうる理解の一つは、すでに惹起された法益侵害を阻止しなかった後行不作為犯は、因果性の観点において先行作為犯に対して劣後的だから、という理解である。しかしそれだけでは後行不作為犯の不成立を根拠づけられない。なぜなら、仮に因果的に後行不作為犯が先行作為犯に対して劣後的であるのだとすれば、すでに自然的・物理的危険が発生している単独不作為犯であってもそれは劣後的とされ、同じくその成立が否定されるべきことになるはずだからである。その意味で、当初法益侵害を惹起した「人」の処罰を重視するがために、後行不作為犯の成立が否定されるべきだと理解する必要がある。つまり、後行不作為犯の基本的な不成立を基礎づける上で、先行作為犯と後行不作為犯との間で見出されるべきは、「因果の差」ではなく、「規範の差」である。

そこでそれを規範的に基礎づける観点としてありうるのは、先の先行行為説で主張された後行不作為犯理解のように、先行作為犯の自己答責性によつて後行不作為犯の成立が否定されるとする理解である。しかし、先に述べたように、ここでの後行不作為犯の成立を否定しているのは、先行作為犯の自己答責性それ自体ではなく、答責原理によつて導かれた先行行為者（Ⅱ後の不作為者）の背後者性という結論を維持するがために、その結論を無意味するような義務をそれ自体に基づいて認めるべきではないという理解に従った外在的制約、という観点から後行不作為犯の成立が否定されたにすぎない。⁽²³⁾ 自己答責的であるという点では後行不作為犯も自己答責的なことから、そこで重視されているのは、自己答責者の処罰ではなく、自己答責的な「先行作為犯」の処罰である。そこで、不作為者の背後者性を維持すべきだとする実質的根拠こそが求められるのである。

(2) そうだとすると、後行不作為犯の罪責が先行作為犯と並んで前面に出ることのないようにその成立を否定し、よつて先行作為犯の方の処罰を重視すべきだとする実質的根拠はいかなるものであろうか。ここで検討されるべきは、

後行不作為犯に先行作為犯と同じ犯罪類型の不真正不作為犯を認めることの妥当性である。法益の保護を目的として現にある法益侵害に対し救助義務を課すのだとしても、そのために、その救助義務に違反をした後行不作為犯に、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ることによって対処することは果たして妥当であろうか。確かに、その成立に作為犯との同価値性が求められる不真正不作為犯にあつては、不作為関与についても、当該後行不作為犯が、例えば他人が放火をした後にその燃焼箇所¹⁾に油を注ぐような事後的な作為犯と同価値でありさえすれば、不真正不作為犯としての後行不作為犯の成立を認めることができるとする理解もありうる。しかし、ここで問われるべきは、そのような觀念された作為犯との抽象的な比較ではなく、現実にあつた先行作為犯と現実にあつた後行不作為犯との規範的な比較において見出される問題性である。不作為共犯とは異なり、不作為関与は単独正犯と理解されるべきであることから、そこでの不真正不作為犯の成立を認めることが直ちに先行作為犯と同様の罪責を認めることになってしまうという特質を有している。だからこそ不作為関与には、不作為共犯・単独不作為犯とは別個の特別な限定考慮が求められる必要がある。そこで、そのような不真正不作為犯としての後行不作為犯が否定されるべき理由について検討する。

(3) ある一つの法益侵害結果が発生した場合に、事後的な観点において、いかなる行為を第一に犯罪として処罰の対象とすべきであろうか。そこでは、最も抑止されるべきはいかなる行為であつたかがまず問われるはずである。それを行為者の観点でいえば、最も避けるべきであつた行為、最も非難されるべき行為が処罰の対象となる犯罪行為とされることとなる。それではそこという最も非難されるべき行為とは何か。それは、刑法は法益の保護を目的とし、その目的の達成のために事前に犯罪行為を規定することによって、法益侵害の状態がゼロであること（法益が完全であること）を維持するように求めているのであるから、そのような侵害ゼロの状態を積極的に否定した行為こそが、第一に処罰の対象とならべき犯罪行為にあたるというべきである。すなわち、侵害ゼロの状態を積極的に否定した行為の処罰が最

も重視されることとなる。この点、不作為関与が問題となる事例においては、当該法益侵害に対して故意によりそれを惹起した先行作為犯が存在しているのであるから、それが最も非難されるべき行為にあたるというべきである。

それに対して、法益主体にすでに何らかの損害（実害）⁽²⁴⁾ が現に惹起されている状況においては、いかなる救助行為をしたとしても法益侵害状態をゼロにすることはできない。その時点においては、せいぜい侵害の程度をその時点での程度でとどめることができるだけである。仮に事後的に法益を回復できたとしても、過去にあった法益侵害の事実が否定されるわけではない。その時点においてはすでに刑法の目的追求が失敗した状態にあったわけである。そうだとすると、不作為関与において、すでにゼロには戻せない状態での救助義務の違反（後行不作為犯）に対して、法益侵害ゼロを積極的に否定した先行作為犯と同じ無価値評価を与えることが果たして妥当であろうか。確かに後行不作為犯は救助義務を果たさなかったけれども、しかし刑法が法益侵害状態がゼロであることを第一に求めていることからして、すでにゼロには戻せない状態を救助しなかった後行不作為犯と、ゼロ状態を積極的に否定した先行作為犯に、同じ無価値評価を与えるべきではない。すでにゼロには戻せない状態を救助しなかった後行不作為犯は、ゼロ状態を積極的に否定した先行作為犯よりも低い評価が与えられるべきである。仮に一つの法益侵害について、それを当初惹起した先行作為犯と、すでに惹起されたそれを救助しなかった後行不作為犯に同じ評価を与えれば、むしろゼロ状態を否定する行為に対する評価を相対的に低いものにしてしまいかねない。しかし、刑法はあくまで法益侵害が初めからゼロの状態を第一に求めているのであって、ゼロでなくなった侵害状態をゼロに戻すことを求めているわけではないのである。後者でいう最小限度の侵害を抑えることを求めるのは、刑法の法益保護目的からすると二次的なものにすぎない。少なくともすでに現実の損害が惹起された状態での不作為と、それを当初惹起した作為とは、規範的な観点においても異なるものと見るべきであろう。⁽²⁵⁾ そうだとすれば、ゼロの状態を積極的に否定した行為の処罰を重視すべきであり、それと同等の

評価を後行不作為犯に与えることは否定されるべきである。従って、それと同等の評価を与えるような、後行不作為犯に不真正不作為犯の成立を認めることは否定されるべきこととなる。

以上が、後行不作為犯について不真正不作為犯の成立を基本的に否定すべき実質的理由である。その理解に従えば、すでに法益主体に損害が顕在化しているような場合においては、その救助義務に違反した後行不作為犯に、先行作為犯と同じ犯罪類型の不真正不作為犯を認めるべきではない。そこでの不真正不作為犯の成立は否定されるべきである。その意味で、例えば、YがZに対して殺人の故意で発砲した後、瀕死の重傷を負ったZをXが発見しながらも放置し、Zが死亡した、という事例において、たとえXに救助義務の違反があったとしても、その後行不作為犯に先行作為犯Yと同様に殺人をしたとの評価を認めるべきでないから、Xに（不作為による）殺人既遂罪が成立するということは否定されるべきである。まして、同様の事案において、Yは傷害の故意であったもののZに死亡の危険性が存在していたという場合に、Yは傷害致死罪にとどまるのに、不作為者Xに殺人既遂罪が成立するということは、なおさら否定されるべきである。以上のことは、法益保護義務・危険源管理監督義務の区別にかかわらずなくてはまるべきである。

(4) もっとも、上記の理解は、すべての救助義務を否定するものではなく、後行不作為犯に不真正不作為犯の成立を否定すべきだとするにとどまるものである。その意味で、その義務違反に真正不作為犯が成立するような救助義務についてまで否定しているわけではないから、真正不作為犯としての後行不作為犯はなお成立しうる（例外的な可罰的後行不作為犯①）。例えば、父親Xは、他人Yがわが子Zに拳銃を発砲した後、重傷を負って倒れるZを発見しながらもこれを放置し、結果的にZが死亡した、という事例においても、父親Xには、少なくとも保護責任者不保護罪（同致死罪）は成立しうるものと思われる。わが国の判例においても、妻Zが、同居する（夫Xの）母Yによって頭を階段の角等に打ちつけられるなどして、頭部から多量に出血して倒れているにもかかわらず、発見後もそのまま放置した夫X

について（結果的にZは死亡した）、Xが発見した時点で、救命の確実性は否定されるものの救命の可能性は肯定されるとして、保護責任者不保護罪の成立が認められたものがある（他方、Yについては殺人罪の成立が認められている⁽²⁶⁾）。そのことは、真正不作為犯が、不真正不作為犯における保障人的地位と比較して作為義務が認められる範囲が限定的に解されているように、特定の者に対してのみ特別に法益侵害回避を義務づけるものであつて、しかもその違法性は義務者の義務の不履行によって直ちに実現されるものであることから、他人との関係性が考慮されない規定であることからも理解できる。仮に後行不作為者が被害者の死亡を予見していたとしても、そのことは保護責任者不保護罪の成立を直ちに妨げるものではないと思われる⁽²⁸⁾。

これまでの不作為犯論は、法益救助に対していかに対処すべきかという事態に即した問題関心に基づくものではなく、いかなる場合に不作為によつても構成要件実現が可能かというもっぱら理論的な問題関心から、不真正不作為犯の成立要件ばかりに議論を集中させてきた。しかし、法益に対する救助が問題となる場合において、必ずしもその救助義務が、その義務違反について不真正不作為犯を成立させるものでなければならぬ理由はないはずである。その時点での目的が法益被害を最小限に抑えることにあるのであれば、そこでは救助行為をしてもらいさえすればよいのであるから、必ずしもその違反に対して（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ることをもって対処する必要はないと思われる⁽²⁹⁾。

（5） また、上記で不真正不作為犯としての後行不作為犯の成立を否定すべきだとしたのは、すでに法益主体に損害（実害）が現に惹起されている状況においては、その時点ですでに法益侵害の状況をゼロには戻せない以上、そのような場面での不救助を、ゼロ状態を積極的に否定した先行作為犯と同様に扱うべきではないと考えたからである。そうだとすれば逆に、後行不作為犯の介在時に未だ危険が顕在化していなかった場合（未だ損害が現に惹起されていなか

た場合)では、不真正不作為犯としての後行不作為犯の成立を認めてもよいように思われる(例外的な可罰的後行不作為犯②)。なぜなら、確かにそのように危険が未だ潜在期にある状態においても、先行作為犯に未遂犯が成立しうるという意味において観念的に法益侵害の危険は肯定されうるけれども、未だ現実的な損害が法益主体において発生していないのだとすれば、その時点においても法益侵害ゼロの状態を実現できた(法益の完全性が保たれた)のであるから、その目的の維持が強く追求されるべきだからである。そうだとすれば、そこでの不作為犯について、ことさら先行作為犯と同様の罪責が認められることを否定する理由はない。その意味で、例えば、競技場の警備員Xは、Yが不特定の者に危害を加える目的で仕掛けた時限爆弾を発見したものの、それが爆発すれば死亡者が出ることを予見しながらもこれを放置し、結果的に爆発によって観客Zが死亡した、という事例において、たとえ爆弾を仕掛けた先行作為犯Yに殺人罪が成立したとしてもなお、警備員Xには、その結果回避義務の違反について不作為による殺人罪の成立が肯定されてもよいと思われる。

同じことを放火罪の場合にあてはめれば、次のようになる。放火罪においては、物理的損害が他の法益主体にも拡大し、それぞれの法益主体において一つの最終的結果(いわば全焼)に向けて損害が拡大していくという特徴を有する。このとき、例えば、Xは、自宅が他人Yによって放火され燃え上がっているのを発見したもののこれを放置し、結果的にX宅は全焼した、しかし延焼はしなかった、という場合においては、後行不作為犯Xの発見時においてすでにX宅の損害というかたちで危険が顕在化しているので、先に述べた理由に基づいて、Xに不真正不作為犯としての放火罪が成立することは否定されるべきであろう。しかし、それに対して、結果的にその火災が隣のZ宅に延焼した事案において、Xが発見した時点において未だZ宅には延焼していなかった場合には、その時点において未だZ宅における法益侵害ゼロの状態を実現しえたのであるから、その目的の維持が強く追求されるべきである。その意味で、後行不作為犯の介在

後に延焼をした場合については、その延焼を防がなかった不作為について不真正不作為犯を肯定できるものと思われる（そうすると、確かに延焼結果が発生しなければ不消火に関する不真正不作為犯は成立しないけれども、関与時に延焼の危険があった場合には、延焼時の罪責を避けるために、事実上、消火が動機づけられることにはなろう）。

なお、先の爆弾事例において、仮に爆弾を仕掛けた後に雨が降り、火薬が湿って爆発しなかった場合には、たとえ先行作為犯に（不能犯が否定されて）殺人未遂罪が成立したとしても、後行不作為犯に不作為による殺人未遂罪の成立は否定されるべきであろう。なぜなら、例えば身体への損害は発生したが生命侵害は発生しなかったという殺人未遂の事案において、その危険顕在化後に介在した後行不作為犯でさえその不真正不作為犯の成立が基本的に否定されているのであるから、危険が潜在期のまま経過し結果的に現実的な損害も発生しなかった場合にはなおさら、そこでの不真正不作為犯の成立は否定されるべきだからである。

（6） 他方、先行作為犯が正当防衛行為者や責任無能力者であった場合には、先行作為犯による行為の時点で法益侵害状態をゼロに維持することが期待できなかった以上、そこでの先行作為犯を後行不作為犯と比べて重く評価することとさら求めることができないと思われるので、その場合には、そこでの後行不作為犯に不真正不作為犯を認めてもよいと思われる（例外的な可罰的後行不作為犯③）。その意味で、例えば、正当防衛の事例において、息子Zは、被害者Yにバットで襲い掛かったところ、反対にYからナイフで反撃を受け腹部を刺された、そこに通りかかった父親Xは、ナイフが突き刺さったまま倒れる息子Zを発見したもののこれを放置し、Zは死亡した、という事例において、父親Xに不作為による殺人罪が成立することも許容される。その事例においては、先行作為犯が処罰されず、それゆえ先行作為犯において殺人既遂罪の成立を避けるべき反射的な義務が否定されていることから、別途事後的な救助義務を課し法益の保護を図る必要性が認められる。まして、すでに息子Zは腹部を刺されており、それ以上Yに対して侵害

を続行できないことから、正当防衛が必要な状況は終了していると見られるので、この状況において侵害者Zによる必要な（防衛結果としての）侵害を認める理由はない。「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」。⁽³⁰⁾確かに、正当防衛行為者自身の後続の不作为（いわゆる正当防衛後の不救助）については、そのような後続の不作为が犯の成立を認めれば結果的に正当防衛権が限定的に解されてしまうのではないか、あるいは侵害者を殺しても正当化される状況にあったのに、中途半端に傷害を負わせれば、逆に事後的な救助義務が課されてしまうのではないか、とする疑問も提起しうる。⁽³¹⁾しかし、少なくとも被侵害者ではない父親Xの義務に関して、そのような疑問を考慮する必要はないであろう。

もつとも、上記の理解に対しては、一般に、父親Xが介在した時点において、そこで倒れている息子Zの傷害が、可罰的故意行為によるものか、正当防衛行為によるものかは分からないであろうから、その時点において不作为者が救助に出るべきか出なくてもよいかの判断ができないのではないかと、という指摘があるかもしれない。そしてその指摘は、息子Zの傷害が、可罰的故意行為によるものか、自然的原因によるものかが分からないという場合についても、同じくあてはまる。しかし、本稿の理解では、先に述べたように、後行不作为が犯の不真正不作为が犯の成立を否定すべきとするにとどまり、真正不作为が犯の成立をも否定しているわけではない。それゆえ、可罰的故意行為による場合にも保護責任者不保護罪にいう救助義務までが否定されているわけではないので、いずれにせよ救助行為に出るべき義務が肯定され、救助すべきかどうか特に不明確になるわけではない。端的にいえば、それらの事例の場合、救助行為には出るべきである。その義務違反に何罪が成立するかという点に違いが生じるにすぎない。

(7) さらに、不作为者自身が、単に救助しなかっただけでなく（単なる不救助ではなく）、積極的に法益侵害を拡大させる行為をも行った場合については、不真正不作为が犯の成立を認めてもよいと思われる（例外的な可罰の後行不

作為犯④。なぜなら、実質的に見て、そのような不作為者にまで、先行作為犯に対する背後者性をことさら維持する必要がないからである。例えば、父親Xは、他人Yによって刺突されナイフが突き刺さったまま倒れる息子Zを発見し、病院へ搬送しようとして自動車に乗せたものの、病院に向かう途中に搬送意図を放棄し、Zを、深夜の寒気厳しい農道付近の、たやすく人に発見されにくい陸田に放置して置き去りにし、結果的にZは死亡した、⁽³²⁾という事例においては、ここでの後行不作為者が、先行作為行為の終了後、単に事象を放置しただけでなく、その不作為時に、結果発生の可能性をより確実にする強化行為をも併せて行っている。このように、法益侵害に対する強化行為を併せて行った後行不作為者は、先行作為犯による法益侵害を積極的に「拡大」したと認められよう。⁽³³⁾なぜなら、その後行不作為者は、単に病院への搬送という期待された作為を果たさなかっただけでなく、さらに被害者を誰の救助も期待できない環境に置くことによって、被害者の死亡結果が発生する蓋然性を高めたからである。このような後行不作為者は、先行作為犯に対する背後者性を維持する実質に欠ける。従って、そのような後行不作為犯Xについては、たとえ先行作為犯Yに殺人罪が成立したとしても、その救助義務違反について不作為による殺人罪の成立が認められてもよいと思われる。

なお、そのような事例は、作為犯ではないかとする疑問もあるかもしれない。しかし、例えば、寝たきりの老人を無理やり連れ出して山中まで運んで移置した場合は、確かに作為犯かもしれないが、先の事例では、すでに病院へ搬送しなければ死亡結果を回避できないことからして、⁽³⁴⁾病院への搬送が期待されている以上、それを履行していないという点で、なお不作為犯の成否が問題になると思われる。他方、法益侵害結果が発生する蓋然性を高めたことは、必ずしも被害者を移置しなければ認められないというものでもない。例えば、父親Xが帰宅し、自宅内でナイフが突き刺さったまま倒れる息子Zを発見した後に、Zの友人Wが訪ねに来たところ、父親Xが、「息子は出かけている」と嘘をいつてWを追い返した場合にも、同様に結果発生⁽³⁵⁾の蓋然性を高める強化行為を行っているといえる。それゆえ、この場合の父

親Xにも不真正不作为犯としての後行不作为犯の成立が認められる。⁽³⁵⁾

第五章 おわりに

(1) 他人による犯罪行為及びその行為からの結果の発生を阻止しない者の罪責は、「犯罪の不阻止」という問題に位置づけられる。「犯罪の不阻止」に関して問われるべきは、他人が故意に惹起した法益に対する危険について、惹起者ではない第三者に位置する不作为者に作為義務を課し、しかもその義務違反に（作為犯と同じ犯罪類型の）不真正不作为犯を成立させることの妥当性である。結論をいえば、法益の保護を目的にするとはいえ、その義務違反について不真正不作为犯を成立させることは基本的に否定されるべきであろう。不作为者は当該法益侵害の惹起者ではないので、当初それを惹起した者と同様の罪責を基礎づけるような不真正不作为犯の成立には、「限定性への意識」が存在すると考えたからである。それでは、そのような意識が特に不作为関与（先行作為犯後の後行不作为犯）の成立要件においていかなるかたちで現れるのであろうか。それが本稿の問題意識である。その検討においては、これまでの学説において行われてきた不作为共犯や単独不作为犯に関する議論では意識されてこなかった課題、すなわち不作为関与においてこそ現れる課題が存在する。

(2) そこでまず、不作为関与について、そのような「限定性への意識」を、幫助の成立を認めることによって表そうとする見解（行為後幫助説）の適否について検討した。確かに、そのような理解は、後行不作为犯を幫助とすることによって、その罪責が先行作為犯と並んで前面に出ることのないようにする、という実質においては、適切である。しかし本稿ではその理解は妥当でないと結論づけた。なぜなら、共犯は、背後者と結果との間に他人の自律的決定が介

在し、背後者に正犯としての帰属が否定された結果、刑罰法令各本条だけでは可罰性を肯定できない場合に、例外的に、刑法六〇条以下の処罰拡張事由を適用することにより、可罰性が認められる領域である。そうだとすれば、誰の介在もなく直接的に結果の発生に関与する後行不作為犯について、その軽い処罰を実現するために幫助規定を適用することは、共犯規定の適用のあり方として妥当でないからである（第二章）。

（3）　そうして不作為関与は単独正犯として扱われるべきこととなるが、そうだとでもそれが直ちに、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と同様に扱われるべきだとは限らない。そのような問題意識から、学説においてすでに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ので、それについて検討した。検討対象としたのは、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と、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、本稿では、それらの理解はそこでの後行不作為犯の不成立を合理的に基礎づけられてはいないとした。なぜなら、前者については、なぜ犯罪阻止義務だけが犯罪行為の阻止までにかかる義務であるのかが基礎づけられていないからであり、後者については、先行行為に基づく後行不作為犯を否定する実質は、答責原理によって導かれた先行行為自体の共犯性を維持するために、その結論を無意味にさせるような義務をそれ自体から認めることを否定することを目的とした外在的制約にあったが、そのような外在的制約が認められるべきことが合理的に基礎づけられてはいないからである。

ただ、それらの理解が、後行不作為犯の罪責を先行行為犯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否定する（不作為者の背後者性を維持する）という方向性は妥当である。そこで、そのような方向性を基礎づける合理的な規範的根拠が求められるところ、本稿がそうした後行不作為犯が基本的に否定されるべきであるとしたのは、刑法の目的が、法益侵害状態がゼロであること（法益が完全であること）を第一の目的とするものであることからすれ

ば、すでに法益主体に損害（実害）が生じその時点では侵害ゼロには戻せなかった状態における救助義務違反について、不真正不作為犯の成立を認めることによって先行作爲犯と同じ無価値性を認めるべきではないとしたからである。もっとも、①真正不作為犯としての後行不作為犯、②その介在時に危険が未だ潜在期にあった場合の後行不作為犯、③先行作爲犯が正当防衛行為者等であって、当初の先行作爲時に法益侵害ゼロの状態を期待できなかった場合の後行不作為犯、④後行不作為者自身が積極的に法益侵害を拡大させる行為も行っていた場合の後行不作為犯、については、上記の規範的根拠があてはまらないことから、例外的にその成立が認められる（第四章）。

（４） もちろん、そのような不作為関与に独自の規範的根拠に基づいてその成立が否定される場合だけでなく、不作為犯一般に妥当する、回避すべき危険の不存在に基づいてその成立が否定されるべき場合もある。本稿では、それを不作為関与独自の規範的根拠に関する前提議論と位置づけて、犯罪の終了時期と不作為犯の成否との観点から検討した（第三章）。

（５） これまでの学説は、不真正不作為犯論においては単独不作為犯だけ扱い、「犯罪の不阻止」という問題領域においてはそれを不作為共犯の観点からしか扱ってこなかった。しかもそれらの検討視角は、共に理論的な成立要件解釈にとどまるまるものであって、必ずしも侵害法益の救助という実態を捉えた上での問題関心によるものではなかった。しかし、侵害されゆく法益に対して救助義務を課す際、必ずしもその救助義務が、その違反について不真正不作為犯を成立させるものである必要はないであろう。そこでは不救助に対する刑事責任がいかにあるべきかに関する基本的理解を深める必要がある。他方、これまでの共犯論は背後者の罪責ばかりを検討対象としてきたが、実際に生じる様々な犯罪事象においては、必ずしも関与者が、結果を直接に発生させた者の背後に位置するとは限らない。そうだとすれば、必ずしも共犯規定のあてはまらない事後的に関与する者の罪責についても、複数人関与の刑事責任という枠組みにおい

て意識的に議論を深める必要がある。⁽³⁶⁾ その意味で、本稿は、不作為関与（先行作為犯後の後行不作為犯）という新たに構築した不作為犯領域の検討を通して、これまでの個々に制限的であった学説の理解に対し、一方ではそれをさらに実態に則した「不救助の刑事責任」という方向に向けて、他方では必ずしもこれまでの共犯論には収まらない「複数人関与の刑事責任」という方向に向けて、新たな問題領域を切り開くものである。

(1) 山口厚「不真正不作為犯に関する覚書」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀『刑事裁判論集（上）』（二〇〇六年）二五頁は、危険の創出・増加を不作為犯における自由制約の正当化根拠と理解する見解に対して、『危険を生じさせた者には、その危険を解消する義務がある』としても、それは侵害禁止に由来するものであり、先行行為による結果惹起を処罰の対象とすることによる行為の自由の制約を正当化するにすぎないのではないかと、「先行行為により創出・増加させた危険を解消しないと、結果惹起に至り、先行行為により結果を惹起した犯罪が成立し、処罰されることがあるが、それを回避するために必要となることであるにすぎないのではないかと」、「先行行為による結果惹起を処罰することの正当性の反面として認められることにすぎないのではないかと」指摘している。

(2) 近時、岡本勝「不作為による従犯に関する一考察」法学六九巻五号（二〇〇六年）一三頁も、不作為による従犯の作為義務は、先行行為終了後も結果が回避されるまで継続して課されるべきとする。

(3) 北大法学論集五七巻一号（二〇〇六年）一七九頁以下、参照。

(4) 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）三五三頁以下、島田聡一郎「不作為犯」法学教室二二三号（二〇〇三年）一一六頁以下、同「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）二二七頁以下（以下、同論文は、「島田・不作為共犯（二）」と引用する）、井田良『刑法総論の理論構造』（二〇〇五年）三五頁、参照。

(5) 例えば、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（一九七二年）一五四頁以下は、「ただ、（作為可能性のように）引用者註」およそ可

能か不可能かという問題だけではなく、どの程度に『容易』に防止できるかどうかとも考慮される。飛び込んで助ける可能性はあっても同時にみずからも溺れる可能性もある場合には、不作為犯は成立しないであろう。結局、作為義務の強さと作為の容易さとが総合されて、不作為犯成立の有無が決まる」とする。

(6) 島田・不作為共犯(二)(前掲註(4))二八六頁。

(7) 林幹人『刑法総論』(二〇〇〇年)一五六頁以下は、「容易性」に関して、「このこと〔判例・学説が、作為は可能であるだけでなく容易でもなければならぬ〕として引く者註」自体は正当であるが、なお注意すべきことがある。それは、そこで問題となっているのは、実は、作為が強い負担、いいかえると、不作為の有用性にほかならないということである。たとえば、父親が泳げるとしても、嵐のために、子供を救うことが困難だということは、泳げば父親が危険となる、いいかえると、泳がないことにその危険を避ける有用性があることを意味する。重い火傷を負う危険があるときには、火中の子供を救う刑法的義務を認めることはできない、あるいは、監督過失の問題において、経営が破綻するほどの経済的負担を課してまで万全の安全体制を確立する義務を認めることはできないとされるときもそうである。このように、不作為犯においても、許された危険の法理が妥当する」と指摘する。

(8) 樋口範雄「よきサマリヤ人と法」石井紫郎・樋口範雄編『外から見た日本法』(一九九五年)二四四頁以下は、他人に対する自発的な救助行為を促進するための法の工夫として、端的に救助義務を課し救助に出ない場合に法的制裁を与えようとする「制裁型」のほかに、救助に出た者に何らかの利益を与えようとする「利益提供型」もあるとしている。そこでは、「利益提供型」の例として、①救助によって意図に反して結果的に損害を惹起あるいは拡大しても、その責任を免ずる方法(アメリカでは「善きサマリヤ人の法」(Good Samaritan Laws)の規定が存在し、この方法を取り入れている。これについては樋口範雄「よきサマリヤ人法」(日本版)の検討「ジュリスト一一五八号(一九九九年)六九頁、参照」、②救助のために費用を出捐した場合、あるいは何らかの損害を被った場合に、その補填を法で保障する方法、③救助にあつた者に対する報酬を法で保障する方法、などが挙げられている。

なお、ドイツ刑法三三三条c(一般的救助義務「不救助罪」)のような、自発的ではなく救助を義務づけるかたちの規定は、反対に、「悪しきサマリヤ人の法」と呼ばれている(まさに「制裁型」である。竹村和也「救助義務と悪しきサマリヤ人の法」同志社法学二六七号(一九九九年)五二頁以下、参照。わが国においても不救助罪規定を新設すべきとする

見解として、金澤文雄「不救助罪新設への提言」同『刑法の基本概念的再検討』（一九九九年）六二頁以下）。これに対して、一般的救助義務による自由の制約を問題視して、救助者の負担の補填を意図する「間接奨励」によって救助を促進しようとする見解もある（まさに「利益提供型」である。菅富美枝「個人の自由と法的救助義務」阪大法学四九卷二号（一九九九年）二二三頁以下、参照）。

- (9) 齋野彦弥「中止未遂の因果論的構造と中止故意について」『田宮裕博士追悼論集（下）』（二〇〇三年）六一四頁以下は、身の代金目的拐取罪の解放減輕規定について、「これは、まさに、刑事政策的な配慮から設けられた規定であることは明らかであり、一旦成立した二二五条の二等の既遂罪については成立が確定しており、事後的に新たな、解放行為をした場合の恩恵であると考えられる。つまり、二二八条の二は、四三条の一般的中止未遂規定とはその性質を異にし、犯罪成立後の事情に基づいて減輕を認めた特別な規定であると考えられる」としている。ただ、中止犯規定と解放減輕規定の性質が異なるかどうかは、既遂の成否ではなく、先行犯罪の終了時期に関わる。仮に身の代金目的拐取罪が、拐取行為後も犯罪として実質的には終了していないと考えられるならば（近時、共犯の成否をめぐって拐取罪の終了時期が扱われた事案として、東京高判平成一四（二〇〇二）年三月一三日東高時報（刑）五三卷一―一二号三一頁。同判決の評釈として、松尾誠紀「判批」北大法学論集五六卷三号（二〇〇五年）三四三頁）、既遂成立は犯罪成立の最小限度の要件（長井圓「判批」判例時報一六六四号（一九九九年）二二〇頁）にすぎないことからして、解放減輕規定も、實際上継続する法益侵害の回避を促す政策的規定として、なお中止犯と共通の性質を有するものと考えられる。なお、近時、解放減輕規定について詳細に検討した論考として、中村雄一「刑法二二八条の二『解放減輕規定』の諸問題」秋田法学四一号（二〇〇三年）一三五頁、和田俊憲「被拐取者解放減輕における『違法減少』と『違法減少阻却』」慶應法学七号（二〇〇七年）一六九頁。
- (10) ドイツ刑法三〇六条e第一項。放火罪の既遂成立後も、行為者が自由な意思により、著しい損害が発生する前に消火した場合、任意的に減免されるとされている。なお、出火の原因となった先行行為が失火（同三〇六条d）の場合には無罪となる（同条二項）。また、「有効な悔悟」は、放火罪だけでなく他の罪にも定められている（同三二四条a、三三〇条a、三三〇条b）。

- (11) 場合によっては自首による任意的減輕（刑法四二条）も含まれると思われる。なお、刑法における損害の回復という観点から、これらの「利益提供型」の規定を再構成しようとする見解として、高橋則夫「刑法における損害回復の思想」（一

九九七年) 一四頁以下、参照。

(12) いわゆる刑事製造物責任といわれている領域も、事実上これに属するものと思われる。

(13) 川端博『現代刑法理論の現状と課題』(二〇〇五年) 一三五頁以下(井田良発言)は、中止犯は、刑罰を科すような негаティブなサンクションではなく、ポジティブなサンクションとして捉えられるとする。すなわち井田は、中止犯を、「先行する行為ゆえに本来であれば未遂犯として(さらにはそこに含まれる既遂犯として)処罰され得る場合に、中止行為を行うことを条件として、刑の減輕または免除を認めるということは、行為者に対し一定の利益の付与を認めることにほかならない」としている。

(14) 山中敬一『中止未遂の研究』(二〇〇一年) 六九頁、参照。

(15) 山中・前掲註(14) 六五頁。

(16) 山中・前掲註(14) 六九頁。

(17) このような山中の見解とは反対に、野村稔『未遂犯の研究』(一九八四年) 四五二頁以下は、刑法規範は法益保護を任務とするが、「そのためにまず第一に、最善の策として、刑法規範は、行為規範として、その評価機能の面より一般人をして法益侵害の危険を感じしめる行為を違法と評価し、犯罪防止義務を課すことによってこのような行為に出ないことを決定機能の面より行為者に命じ、これを期待するものであり、それが裏切られ、犯罪の実行に着手した場合は、第二に、次善の策として、いまだ実行行為の途中にある場合には、その状態を違法と評価し、犯罪中止義務を課すことによってさらに実行行為を継続しないよう命じ、これを期待するものであり、またそのまま放置すれば結果が発生してしまうという場合には、第三に、三善の策として、そして最後の手段として、そのような状態を違法と評価し、結果防止義務を課すことによって結果の発生を防止するよう命じ、これを期待するものである」としている。この理解に対して、山中・前掲註(14) 九九頁以下は、「あらゆる実行行為者に犯罪中止義務が課せられているものとすると、刑法は、なぜ『例外的に』中止義務を果たした者に刑の減輕・免除という効果を与えたのであろうか」と疑問を呈するほか、「原理的問題に立ち返って批判するならば、そもそも一般国民に対して『犯罪防止義務』が課せられているという考え自体が、あらゆる犯罪を義務犯とする見解であり、法益侵害を違法とする見解と相容れないのであって、野村教授の基本的な違法観に問題があるといえよう」と批判する。

(18) 中止犯の事案ではないが、大阪高判平成一六（二〇〇四）年四月二三日判タ一一六九号三一六頁も、ホームページの掲示板に他人の名譽を毀損する記事が掲載された事案について、名譽毀損罪の犯罪終了時期を検討する際、「自らの先行行為により惹起させた被害発生の抽象的危険を解消するために課せられていた義務」を問題とするも、犯罪が終了するまで継続していたであろうその義務違反自体を、不作為犯として理解しているわけではない。

(19) 最決昭和五三（一九七八）年三月二二日刑集三三卷二号三八一頁（いわゆる熊うち事件）では、自己の過失傷害後の、自己の殺人行為の介在が問題となっているが、たとえ先行行為が故意行為であったとしても、以上の理由に基づいて、後続の作為について殺人罪が成立することは肯定される。

(20) 山中・前掲註（14）六四頁以下も、「それ〔中止犯の規範構造―引用者註〕は、結果回避義務ではない。いったん、規範侵害の決意を行った者に対して、さらに結果回避の義務を課し、それを遵守することを強要し、その違反者に対しては、刑を加重するものである」として、中止犯が原則で、障害未遂は、加重処罰の対象であるという規範構造とすべきであるが、……現行法の規定は、中止犯の刑を減免するものとしているからである」とする。

(21) BGH, Urt. v. 24. 10. 1995 = NSZ/RR 1996, 131 は、原判決が傷害致死罪と遺棄罪（置き去り）の成立を認めた事案に關し、同事案では、当初の作為行為が殺人の故意による可能性があり、そうだとすると被告人が事後的に被害者の死を回避する義務はないとして、「故意により結果を意欲あるいは甘受する行為者は、同時にそれを回避するよう義務づけられるものではない」と判示する。また同判決は、たとえ被告人が置き去りの際に殺人の故意を放棄していたとしてもその結論は同じだとし、「刑法二二一条〔遺棄罪―引用者註〕は人の生命を保護する危険犯である。この法益を故意により攻撃する場合、行為者が後で思い直し、救助すれば、確かに中止という刑罰減輕事由を得ることができるが、法的救助義務は存しない」と判示している。もっとも、これに対して、Ulrich Stein, Garantienpflichten aufgrund vorsätzlicher pflichtwidriger Ingerenz, JR 1999, S.265ff は、殺人の故意による先行行為に基づく結果回避義務が生じるとしている。また、岩間康夫「故意的先行行為に基づく保障人的義務」産大法学三四卷三号（二〇〇〇年）三〇頁も、「先行行為者とその最中に結果を意欲・認識していたことのみを以て、直ちにかつ一律に作為義務が排除されるべきではないと考える。何故なら、過失のみ、あるいは見解によってはそれすら有しなかった先行行為者にも保障人的義務が課されるのであり、先行行為が故意にようと客観的状况はこれらの場合と変わるところはないからである」として、過失の先行行為でさえ

義務を認めるのであれば、故意であればなおさらであるとし、シュタインの主張に理解を示している (Vgl. auch Hans-Joachim Rudolph, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Allgemeiner Teil, Band 1, 33. Lieferung, 7. Aufl., 2000, § 13, Rdn. 42a.; Kristian Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002, S. 725f.)。確かに、シュタインが、当初の作為犯によって後続の不作為犯も一括して評価されているのではなく、当初の作為犯とは別個に後続の不作為犯の成立可能性があるとした点では妥当であるけれども、しかし、「勧奨」としての中止犯が認められている範囲内に、「制裁」として侵害回避を義務づけるとする点には同調しえない。

なお、Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 108f. は、不作為犯の介在によって背後の作為犯の正犯性が否定されるとする Rudolf Ortmann, Zur Lehre vom Kausalzusammenhang, GA 1875, S. 280 に対して、「ドイツ刑法二四一条一項前段に基づいて、単独正犯は、結果の発生を阻止することにより、実行を中止することができ。それゆえ、中止は、正犯者が(彼自身が創出した)危険を未だ回避できることを前提としている。違法な先行行為に基づいて保障人として義務づけられた危険の回避を、正犯者が不作為したならば、確かに、不作為によっても可罰的となる。しかし、その不作為の可罰性は、すでに完成している作為犯のために、その作為犯の背後に隠れる。すなわち、この場合は、後続の不作為犯 (nachfolgenden Unterlassen) のために、先行の作為犯に結果が帰責されえない事例ではない。もし不作為が帰属を妨げるのなら、中止犯というものが不可能になってしまう」と指摘する。

(22) 中止犯で見られる規範構造は、中止犯以外の「利益提供型」救助行為促進規定にもあてはまるべきものと思われる。つまり、身の代金目的拐取罪における解放による必要的減輕、偽証罪・虚偽告訴罪における自由による任意的減免、「有効な悔悟」における任意的減輕でも、「勧奨」より既遂後の継続する侵害の回避が促進されているにすぎない。それらの規定においても、一つの当該法益侵害に対して、先行の作為行為の終了後(既遂成立後)もなお危険が存在する場合に、「制裁」のもとで侵害の回避が義務づけられるのではなく、「勧奨」により侵害の回避が促進されているのである。そのようにして、犯罪が成立する行為が、事後的な回避義務違反ではなく、当初法益侵害を惹起した先行の行為にこそ求められる構造となっている。

他方、高橋・前掲註(11)二三頁以下は、既遂成立後は中止犯が成立しないことによって「損害回復行為を促す可能性が大幅に制限されることになる」ことから、「損害回復としての中止を拡大するために、犯罪の実質的な終了時期を考慮し、

黄金の橋を架ける必要がある」とし、既遂後も一定の時期まで中止犯を可能とする必要があると指摘している。

(23) 本稿・第四章第二節第三項の2（北大法学論集五七巻四号一一三頁以下）、参照。

(24) 高橋・前掲註（11）一頁は、刑法における損害と法益侵害について、「損害という点は『法益侵害』という概念を通して刑法の中で考慮されている、という考え方もあり得るであろう。しかし、法益侵害という概念を用いた場合には、被害者の損害という点は客観化され、これによって匿名的な損害に抽象化されてしまうことになる。そして、このような抽象的損害だけが刑法によって除去される結果となる。すなわち、法益保護は、潜在的被害者に関わるものであり、現実的・具体的な被害者の保護を包含するものではない」とする。

(25) 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）一三八頁以下は、近時有力に主張される、作為・不作為に共通する処罰根拠を探る見解に対し（Vgl. Georg Freund, Erfolgsfakti und Unterlasssen, 1992; Günther Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1991, 7/58, 28/14）、“適切な考え方”、「不真正不作為犯の例外性を隠蔽し、作為犯の処罰根拠を希薄化する危険をも有している」と指摘する。

(26) 札幌地判平成一五（二〇〇三）年一月二七日判タ一一五九号二九二頁。

(27) 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）四六頁以下（以下、同論文は、「島田・不作為共犯（一）」と引用する）、参照。同四五頁以下は、真正不作為犯においては、たとえ共犯的な関与であっても正犯とされる、統一的正犯概念がその範囲で認められているとする。そして、そのように正犯のみを認める特殊な構成要件は、「①そうした例外を認める趣旨が条文の文理から読み取れ、さらに、②そうした例外的な取り扱いを正当化するに足る実体的あるいは政策的な特別な事情がある場合に限ってそのような存在を認めるべきである」（引用文中、i. iiを丸数字に改めた「引用者註」とし、道交法の救護義務違反、保護責任者不保護罪が、統一的正犯概念が妥当する規定であるとしていいる。本文に示した不真正不作為犯とは異なる真正不作為犯の性質は、この検討に際して述べられたものである。

(28) 平山幹子「判批」法学教室三〇六号（二〇〇六年）別冊付録・判例セレクト二〇〇五・三〇頁は、「殺意の有無によって両罪「不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪」引用者註」は区別されるようにもみえるが、不作為による殺人は原則として不保護による保護責任者遺棄致死罪を予定しているともいえ、殺意の存在から直ちに殺人罪の成立を導いてよいかは疑問である」とする。

(29) 近時、山口・前掲註(1)二四頁以下は、保障人的地位を行動の自由の制約を正当化するための要件として根拠づける見解に対し、「それによつては、真正不作為犯についても妥当すべき、不作為処罰の正当性の一要件が問題とされるだけである」と指摘している。同指摘については、同『新判例から見た刑法』(二〇〇六年)三九頁以下も参照。

(30) 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)。

(31) Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 10. Aufl., 1995, S. 270.; Kristian Kahl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2002, S. 718f. 高山佳奈子「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)六五頁も、参照。

(32) この事例は、先行作為が過失により自動車で被害者を撥ねた後に、故意に不作為をした事案である、浦和地判昭和四五(一九七〇)年一〇月二二日刑月二卷一〇号一一〇七頁を参考にしたものである。同事案では、結果的に被害者は救助されている。同判決は、被告人について、業務上過失傷害罪と殺人未遂罪が成立するとしている。なお、類似の事案として、東京地判昭和四〇(一九六五)年九月三〇日下刑集七卷九号一八二八頁がある。この東京地裁判決の事案では、同様に、事故後、被害者を搬送すべく自己の車に乗せたものの、後に搬送意図を放棄し、被害者は遺棄に向かう途中の車内で死亡した。同東京地裁判決では、現場に放置されれば、二四時間以上は生存しえたけれども、結果的に事故後三時間ほどで死亡したことが認められている。

(33) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学会の課題と展望』(一九九六年)一〇八頁以下は、事実上の引受けによる作為義務は、引受けによって法益に対する危険を新たに創出したか、存在した危険を増大させた場合に認められるとして、「交通事故の被害者を病院に運ぶために車に乗せて走り出した者に刑法上の作為義務を認め得るのも、歩行者をその場に放置すれば第三者によって救助される可能性があったのに、自ら車の中に引き受けることによって第三者の救助の可能性をなくしてしまい、被害者をより危険な状況においたからである」としている。

(34) 高山・前掲註(31)四四頁以下も、参照。

判例において、前橋地裁高崎支判昭和四六(一九七二)年九月一七日判時六四六号一〇五頁は、小児麻痺のために歩行が困難な老人Zを、騙して山中まで連れ出して、現金をひったくった上、Zを厳寒期の山中に置き去りにした被告人Aについて(なおZは後に救助されている)、「自動車を運転してその場から立ち去る行為自体は作為の行為であるが、被害者

の生命侵害はその行為自体によってもたらされるのではなく、被害者を危険な場所に放置することによってもたらされるのであるから、自動車を運転してその場から立ち去る行為は、その行為によって、作為義務ある者が作為義務を果たさないことが明確になるという意味をもつに過ぎず、この行為自体を殺人未遂の実行行為と解することはできない」として、不作為による殺人未遂の成立を認める。

なお、同事案には、情を知らずにAに付き添い、犯行の直前にAの意図を打ち明ければ、一度は反対したものの、しぶしぶ協力した共犯者Bが存在する（立ち去る際に自動車を発進させたのがBである）。このBについて、同判決は、Bが情を知らずに付いてきたにすぎない以上、（訴因である殺人未遂罪の関係では）作為義務を負わないとした上で、「作為義務がない以上は、同被告人〔B〕は殺人未遂の正犯たり得ないのであり、ただかその幫助犯となり得るに過ぎない」と判示している。学説上、このBについて、不作為による幫助と理解する見解がある（内田文昭『刑法概要（中）』（一九九九年）五〇八頁以下、同「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学三四卷三号（二〇〇一年）六二頁以下）。しかし、同判決は、Bの作為義務を否定している上、自動車の運転行為自体は、Aに関する判示において、「自動車を運転してその場から立ち去る行為自体は作為の行為」と認めている。そうだとすれば、Bについては、不作為による幫助ではなく、不作為犯に対する作為による幫助と見るべきである（同旨、島田・不作為共犯（二）（前掲註（27）（一九九頁以下））。

(35) なお、例えば、父親Xは、わが子Z（成人）の店が他人Yによって鉄条網を張り巡らされ業務が妨害されているのを発見したものの、これを放置した、という事案は、確かに不作為関与が問題となる事案であるが、そこでの義務の否定は、本文で示した不作為関与独自の規範的根拠に基づくものではない。すなわち、その事例では法益保護義務の有無が問題とされるが、しかし成人である息子Zは自ら事態に対処すべきであるから、すでに「脆弱性」(Vgl. Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 229) が否定され作為義務が否定される。そうだとすれば、そこでの義務は先行作為犯の存否にかかわらず否定されるのであるから、不作為関与独自の規範的根拠に基づく義務の否定ではない。そこでの義務の否定は不作為犯一般にあてはまる根拠に基づくものである。例えば、前日の洪水によって鉄条網がZの店の前に流れ着き、同じように業務が妨害されていたとしても、やはりXの義務は否定されよう（もちろん成人であるからといって必ずしも脆弱でないとはいえず、成人であっても保護義務が認められるべき場合がある。例えば、泳げない成人の息子を父親が発見したならば、いくら成人であっても、その事態に対処できない点は幼児の場合と同じで

あるから、その場合には、父親には救助義務が認められるべきことになると思われる（島田・不作為共犯（二）（前掲註（4））二二三頁、参照）。

（36）東京高裁平成一四年三月一三日判決（前掲註（9））において、先行行為者がすでに被害者を略取してそのまま監禁を継続していた状況において、その監禁の途中から事後的に関与した被告人に営利目的略取罪が成立するかが争われた。しかし、これまでの学説は、そのような被告人の罪責を検討するに際して適切な受け皿となる問題領域すら有していない（同判決を詳しく検討したものとして、松尾・前掲註（9）三四三頁）。

〔付記〕 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。なお、補筆にあたっては、平成一八・一九年度日本学術振興会科学研究費補助金（若手研究（スタートアップ））に基づく研究成果の一部を取り入れた。