



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	作為犯に対して介在する不作為犯（1）
Author(s)	松尾, 誠紀
Description	論説
Citation	北大法学論集, 56(5), 1-24
Issue Date	2006-01-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/6098
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(5)_p1-24.pdf



作為犯に対して介在する不作為犯（一）

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、
本号）

第二章 不作為関与の单独正犯性

第三章 不作為関与成立の時間的限界

第四章 不作為関与の限定的な可罰範囲

第五章 おわりに

第一章 はじめに

第一節 「犯罪の不阻止」という問題の本質

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。これまでの学説は、その「犯罪の不阻止」という問題を、もっぱら「不作為による共犯」として扱ってきた（不作為共犯論⁽¹⁾）。そして、その不作為共犯論では、「不作為による共犯」という概念が理論的にそもそも成立しうるのか、また成立しうるとして、その成立が認められるためにはいかなる要件が満たされる必要があるのか、について検討がなされている。しかし、これまでの学説は、そのような要件解釈に取り掛かる前提として、単独不作為犯とは異なる、「犯罪の不阻止」という問題の本質に対する理解が不十分であったように思われる。

「犯罪の不阻止」という問題は、当該法益に対する危険は他人が故意に引き起こしたものであるにもかかわらず、惹起者ではない第三者に位置する不作為者に対して作為義務を課し、それに違反した場合に犯罪を成立させる点に特徴がある。しかも、その不阻止の責任を、基本的に当該作為犯と同じ犯罪類型の不真正不作為犯として負わせることこそが、

ここで検討されるべき問題である。近時、法益保護の観点から、直接的に犯罪を⁽²⁾実行した者に対してだけでなく、その侵害を回避しなかった者に対しても、その責任を求める社会的傾向が高まっている。後に考察する、違法な書き込みに対するプロバイダの削除義務をめぐる議論も、その一例である。⁽³⁾しかし、侵害を直接的に惹起した者だけでなく、侵害を回避しなかった者の責任をも問うことによって法益の保護を図るとしても、そのために、不真正不作為犯を第三者に成立させることによって対処すること自体の正当性が問われなければならない。法益の保護を目的にするとはいえ、惹起者ではない第三者に、いかなる範囲で不真正不作為犯を成立させるのか、これが「犯罪の不阻止」という問題の本質である。⁽⁴⁾

「犯罪の不阻止」という問題の本質が、他人が故意に引き起こした侵害に対して、第三者としての不作為者に不真正不作為犯を成立させてその責任を問うこと自体にあるならば、その成否を検討する前提には、基本的にその不作為者に不真正不作為犯を成立させるべきではないという「限定性への意識」が存在するはずである（その意識を当罰性の軽さとして表す理解もある）。現に、故意作為犯が勝手⁽⁵⁾に引き起こした侵害に対し、いわば尻拭い⁽⁶⁾のようなかたちで（故意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は否定的な見解も見られる。⁽⁷⁾例えば、すでに拙稿で考察したように、⁽⁸⁾近時、ドイツ判例において、かつては住居の閉鎖性・排他性に基づいて直ちに認められていた住居居住者の犯罪阻止義務が、作為正犯者と居住者以外に誰もいない状況で、しかも居住者の現認するもとで犯罪行為が行われていたとしても、住居自体が危険源でない限り犯罪阻止義務が否定される⁽⁹⁾として限定化された。危険源性に基づく基準が、事実上、居住者への不作為犯成立を否定するために機能していることからすれば、その限定化自体を「限定性への意識」の現れとして理解することができる。

「犯罪の不阻止」で問題とされる不真正不作為犯においては、回避すべき危険が他人の故意行為によるものである点

で、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は異なる性質を有している。その特質から見出されるのが、「限定性への意識」である。しかし、「限定性への意識」は、これまでの学説のように、不作為共犯論においてその要件解釈に没頭するだけで生まれ出るものではない。まさに、これまで単に「不作為による共犯」として捉えられていた問題領域を、「犯罪の不阻止」として機能的に捉え直すことによってこそ獲得できるものである。「限定性への意識」が、「犯罪の不阻止」という問題領域の要件解釈にいかなるかたちで現れるのか、これが、かねてからの一貫した問題意識⁽¹⁰⁾⁽¹¹⁾である。

第二節 検討対象としての不作為関与

(1) 本稿では、「犯罪の不阻止」という問題領域の中でも特に、犯罪「結果」の発生を阻止しなかった者の罪責を検討対象とする。これまでの学説は、一般的な不真正不作為犯論においては主に、作為犯の存在しない、すなわち不作為者と被害客体だけが存在する単独不作為犯を検討対象とし(例えば、子供に食事を与えずに餓死させた母親⁽¹²⁾)、また、「犯罪の不阻止」という問題領域にあつても、作為犯の背後の不作為犯、すなわち不作為共犯を検討対象としてきた(例えば、他人によるわが子の殺害を黙認した父親、あるいは、殺人を企図する従業員による銃砲店からの拳銃の持ち出しを、情を知りながらも黙認した店主)。これに対して、本稿は、「犯罪の不阻止」という問題領域において、先行作為犯による犯罪行為の終了後に関与する後行不作為犯を、検討対象とするものである(例えば、先の父親・店主の事例における、犯人逃走後に被害者を発見しながらも放置した父親、ないし店主)。以下では、検討対象としての先行作為犯後の後行不作為犯を、単独不作為犯、不作為共犯と区別して、「不作為関与」と呼ぶことにする。⁽¹³⁾

（2） これまでの学説が、「犯罪の不阻止」の中でも、背後の不作為犯（不作為共犯）に関心を集中させてきたことは、不作為共犯論の發展過程と無関係ではない。

ドイツ学説において、不作為犯の行為構造が作為犯のそれとは異なるという理解を契機として、不作為犯における正犯と共犯の区別をめぐる議論が盛んに行われた。この議論が活性化した契機は、アルミン・カウフマンが、原則（単独）⁽¹⁴⁾正犯説を主張したことにありとされている。⁽¹⁵⁾すなわち、カウフマンは、不作為が因果性を有しない以上、作為犯への不作為による「加功」は理論的に否定されるべきであつて、それはすべて正犯になるとした。そこでは、不作為犯においては統一的正犯概念が妥当すると主張されている点が特徴的である。⁽¹⁶⁾もともと、「加功」を認めないとする原則正犯説に対して、あくまで「加功」が認められるべきとする見解が対抗する。それが、原則幫助（共犯）⁽¹⁷⁾説である。原則幫助説は、不作為犯においても限縮的正犯概念を固持し、行為支配の観点から、作為犯が直接的に行為支配を及ぼしている限り、背後の不作為犯は従たる役割を負うにすぎないとして、これを幫助とする。さらに、「加功」が認められるとする見解の中でも、作為義務を、その性質に基づいて法益保護義務類型と危険源管理監督義務類型に区別し（機能的二分説）、その類型区分に従い正犯か共犯かを区別する、義務二分説⁽¹⁸⁾も主張されるに至つた。⁽¹⁹⁾

しかし、不作為犯は正犯でしかありえないのか、それとも共犯も認められるのか、という問題は、基本的に、不作為者が作為犯の背後に位置してこそ問題となるものである。このようにして、不作為共犯論が、「犯罪の不阻止」という実体を捉えた上での問題関心からではなく、不作為犯における共犯成立の可能性という理論的な問題関心を出発点として検討され始めたがゆえに、これまでの学説は、「犯罪の不阻止」として扱われるべき事例類型の中でも特に、犯罪行為がなされる前、ないしその最中において、「行為」を阻止しなかった背後の不作為犯（不作為共犯）だけしか検討対象として扱ってこなかったものと思われる。

もっとも、近時の不作為共犯論は、それまでの学説が不作為犯の正犯・共犯区別に議論を終始させてきたことに対し、⁽²⁰⁾それだけでは具体的事案に適切に対処できないとして、不作為共犯の成立要件に関する議論へも関心を広げている。⁽²¹⁾その契機は、平成十一年に相次いで示された二つの判決にある（東京高裁平成十一年一月二十九日判決、⁽²²⁾釧路地裁平成十一年二月一二日判決）。⁽²⁴⁾それらの判例の検討を通して、確かに学説は、正犯・共犯区別だけでなく、不作為共犯の成立要件（不作為共犯者の保障人的地位の存否）に関しても議論を深めた。

しかし、不作為共犯論において、不作為共犯の成立要件にまで関心を広げてみてもなお、それが、未だ「犯罪の不阻止」の一部でしかないことに変わりはない。「犯罪の不阻止」とは、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をめぐらる問題とされているにもかかわらず、犯罪「行為」の不阻止、ばかりが議論され、その行為終了後の、犯罪「結果」の不阻止、に関しては議論が低調である。確かに、共犯論とは背後者の罪責を問題とする領域である以上、「犯罪の不阻止」を不作為共犯論としてしか捉えてこなかったこれまでの学説が、結果の発生に直接的に関与する後行不作為犯（不作為関与）に関心が向かなかったことも、自然なことではある。しかし、背後者の罪責だけを議論していても、それが、「犯罪の不阻止」における（作為犯への不作為による）関与形態のすべてではないのであれば、具体的事案の解決に対して、これまでの学説の検討がなお不十分であることは明らかである。実際にも、先行作為犯後の後行不作為犯（不作為関与）という関与構造は、プロバイダの削除義務違反をめぐって問題とされており、一般論としてこのような類型を考察する必要性はすでに存在しているものと思われる。⁽²⁶⁾

これまでの学説は、「犯罪の不阻止」という犯罪事象を、「不作為による共犯」としてしか捉えてこなかった。しかし、正しくは、「犯罪の不阻止」として表すことのできる事象が、解釈論上、「不作為による共犯」として扱うことができる場合もあるというだけで、「不作為による共犯」がそのすべてではない。その意味で、これまでの学説のように、不作為

為共犯論の視角だけで事象を見るのではなく、それを「犯罪の不阻止」として捉え直してこそ、犯罪行為後の後行不作為犯（不作為関与）へ視野を広げることができるし、またそうすべきである。⁽²⁷⁾

（3） それでは、なぜ「犯罪の不阻止」の中でも、不作為関与を検討する必要があるのだろうか、いいかえれば、これまでの不作為共犯論においては検討されてこなかった、不作為関与にこそある検討すべき課題とは何か、これを明らかにしなければならない。

検討すべき課題として、第一に、先行作為犯後の後行不作為犯を幫助（共犯）として捉えることが理論的に可能なのか、という点が挙げられる。この点、後行不作為犯の正犯・共犯区別をめぐる議論においては、後行不作為犯をも幫助として理解する見解が有力に主張されている。例えば、不作為共犯論において、作為犯の背後の不作為犯を幫助とする原則幫助説においては、後行不作為犯に対する理解に関し、①先行作為行為の終了後に関与する不作為犯を、原則幫助説の例外として正犯とする見解のほかに、②そのような後行不作為犯も、あくまで幫助とする見解も有力に主張されている⁽²⁹⁾。また、後行不作為犯としての一般論においては扱われてこなかったものの、自殺行為後の自殺者を救助しなかった者の罪責を扱う、自殺行為者に対する不救助をめぐる議論や、違法な書き込みを削除しないプロバイダの罪責を扱う、プロバイダの削除義務違反をめぐる議論においても、先行作為行為（自殺行為、書き込み行為）⁽³⁰⁾後の後行不作為犯を、正犯とする見解がある一方で、幫助とする見解も主張されている。

確かに、後行不作為犯をも幫助とする見解は、侵害を故意に惹起した先行作為犯に対して、惹起者ではない後行不作為犯を軽く扱うものであるから、そのような理解自体は、「犯罪の不阻止」において認められる「限定性への意識」のもとで、なお理解されうる考え方もかもしれない。しかし、その見解は、幫助が成立しうる理論的可能性が肯定されていくこそ成り立つものであるが、果たして、先行作為行為の終了後、結果の発生に直接的に関与する後行不作為犯に、（先

行作為犯に対する）幫助が成立しうるのであろうか。なぜなら、学説上、正犯行為の終了後に関与する者には共犯が成立しえないとする見解が有力に主張されているからである（幫助（共犯）成立の可能性という問題は、後行不作為犯に限られたものではない⁽³²⁾）。それについては、（承継的）共犯成立の時間的限界論と、故意ある幫助道具の理論において、より具体的に検討されている（両者は、関与者と結果発生の際に、正犯による現実の行為が存在していない点で共通している）。

現に、ドイツ判例において後行不作為犯の罪責が実際に問題とされた事案においても、そこでの見解の対立構図は、（承継的）共犯成立の時間的限界論の対立構図と重なっている。すなわち、母親Yが自宅納屋にあった薬に放火した後、娘Xがその火災に気づきながらも放置し、結果的に納屋一棟、家畜小屋二棟を焼失した事案において、Yによる放火行為後に消火をしなかった娘Xの罪責につき、原判決が、「被告人が炎に気づいたとき、すでにYの行為は完成していた（vollenden）ので、被告人の幫助成立の可能性は排除される」とし、娘Xを同時犯（Nebenläuferin）としたのに対し、ライヒ裁判所一九三七年四月二二日判決は、「納屋が燃えた時点でYの犯罪（Verbrechen）は、法的には完成したが、その後、家畜小屋に燃え移っている点で、事実的には（tatsächlich）未だ終了（beenden）していない」とした上で、「犯罪が終了していないうちは、なお幫助は可能である」と判示している。ここでの見解の対立は、（承継的）共犯成立の時間的限界論における、④正犯による構成要件該当行為の形式的完成後も、犯罪の実質的終了時までには幫助の成立可能性を肯定する見解と、⑤構成要件該当行為の終了後は、幫助の成立可能性を否定する見解、の対立構図と一致するものである⁽³⁵⁾。

また、故意ある幫助道具の理論は、（承継的）共犯成立の時間的限界論と同じく、結果の発生に直接的に関与しながらも幫助（共犯）成立の可否が問題となる論点である。ここでは、（間接）正犯者に対する直接行為者の当罰性の軽さ

に基づいて、直接行為者に幫助（共犯）を成立させることが可能か、が問題とされていることから、それは、先行行為犯に対する後行不作為犯の軽さに基づいて幫助を認める見解と構造が共通している。それゆえに、故意ある幫助道具の理論は、後行不作為犯の幫助成立の可能性を検討するにあたって参考となるものである。

そこで、第一の検討課題として、仮に先行行為犯後の後行不作為犯をも幫助とすることが「限界性への意識」のもとで理解しうるものであったとしても、果たして先行行為行為の終了後に関与する後行不作為犯に幫助が成立しうる理論的可能性があるのかについて、（承継的）共犯成立の時間的限界論や、故意ある幫助道具の理論を参考に検討することにした。

（4） 第一課題の検討によって、仮に不作為関与が幫助としてではなく、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。そこには、侵害が他人の故意行為によることに基づく「限定性への意識」が現れる。現に、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（もつとも、義務二分説と先行行為説は、異なる見解ではなく、両者とも理論的前提には機能的二分説がある。詳しくは、本稿・第四章、参照）。

義務二分説は、不作為共犯論において、機能的二分説における法益保護義務類型と危険源管理監督義務類型という類型区分⁽³⁶⁾に従い、父親が他人によるわが子に対する犯罪を阻止しなかったという、前者の義務違反を正犯、父親が息子による他人に対する犯罪を阻止しなかったという、後者の義務違反を幫助、とする見解である。⁽³⁷⁾このとき、後行不作為犯に関して、義務二分説は、法益保護義務類型では、他人による犯罪行為の終了後もなお、保護客体に対する救助義務違

反を正犯として可罰的とする⁽³⁸⁾。これに対して、危険源管理監督義務類型（犯罪阻止義務類型）では、そこでの義務はまさに被監督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、被監督者による行為終了後の、被害者に対する救助義務を否定する⁽³⁹⁾（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、「犯罪阻止義務（類型）」とされている⁽⁴⁰⁾）。その結果、犯罪阻止義務類型においては、例えば、息子がすでに他人に対する殺害行為を終了した後は、たとえ父親がその被害者を発見したとしても、被害者に対する救助義務はないので、後行不作為犯の成立する可能性は否定されることになる。これに対し、法益保護義務類型では、他人による犯罪行為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は肯定されている⁽⁴¹⁾。

他方、先行行為説では、先行行為と結果発生の上に、他人の答責的な故意行為が介在した場合、その先行行為に基づく作為義務は発生しないものと理解されているので、先行行為に基づく不作為共犯も後行不作為犯も否定されている（先行行為自体について犯罪が成立しうるにすぎない）。その結果、例えば、他人にナイフを貸した者は、そのナイフを使用した傷害行為を阻止する義務もないし、同様に、刺突行為の終了後、被害者を救助する義務もないことになる⁽⁴³⁾。

このようにして、義務二分説と先行行為説における後行不作為犯理解では、単独不作為犯の場合とは異なり、法益保護義務に基づく後行不作為犯のみが成立し、それ以外の義務（犯罪阻止義務・先行行為に基づく義務）に基づく後行不作為犯の成立は否定されている。その結果、両見解における後行不作為犯理解では、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、後行不作為犯の可罰範囲が、単独不作為犯のそれと比べて限定的に解されていることになる。

しかし、両見解が、先行行為が存在する場合に、そのようにして結果的に後行不作為犯の限定的な可罰範囲を実現していたとしても、果たして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ことは、合理的に

基礎づけられたもののだろうか。例えば、息子Yaが他人Zaを拳銃で射殺するに際し、その行為を阻止しなかった父親Xaに、Zaに対する事後的な救助義務が否定されていることは、合理的に基礎づけられたもののだろうか。なぜなら、犯罪阻止義務類型において事後的な救助義務を否定する見解は、そこでの父親の義務は「犯罪阻止義務」であるから、息子の犯罪行為が終了するまでしか義務づけられないとしているが、そもそも父親の義務がなぜ息子の犯罪行為が終了するまでにしか及ばないのか明らかでないからである。⁽⁴⁴⁾さらに、一般的に先行行為に基づく義務が認められているのであれば、父親には、先行する監督懈怠に基づいて被害者に対する救助義務が肯定されうるはずであるのに、否定的見解において、先行監督懈怠に基づく事後的な救助義務がなぜ問題とされていないのかも明らかでない。

また、例えば、Ybが殺人に使用するのを知りながら拳銃を手渡し補助したXbについて、答責的な正犯者Ybの介在に基づき、先行補助行為に基づく事後的な救助義務が否定されていることは、合理的に基礎づけられたもののだろうか。なぜなら、この事例において事後的な救助義務を否定する見解は、答責的行為の介在をその根拠としているが、答責的な行為が介在しても、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先行行為に基づく義務が生じなくなることまで基礎づけられているわけではないからである（この疑問は、先行行為が過失による場合であっても同じくあてはまる）。

さらに、犯罪阻止義務に基づく後行不作為犯、ないし先行行為に基づく後行不作為犯だけが類型的一般的に不成立であり、反対に、法益保護義務に基づく後行不作為犯は常に成立するとする理解は本当に妥当なのか、についても検討の余地があるように思われる。例えば、他人Ycから拳銃で撃たれた息子Zcを故意に放置した父親Xcには、他人Ycと共に、常に（不作為による）殺人罪が成立するとすべきなのだろうか。

これらの点について、改めて検討する必要があるものと思われる。他方、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が検討されなければならない。このような限定的な可罰範囲の基礎づけをめぐる問題が、第二の検討課題として位置づけられる。

(5) なお、不作為関与（後行不作為犯）はいつまで成立しうるのか、その時間的限界についても検討しなければならぬ。なぜなら、単独不作為犯では、その成立の時間的限界は、単に回避すべき危険の存否に依存するのに対して、不作為関与では、回避すべき危険が先行作為犯によるものであるため、その時間的限界が、先行作為犯によって行われた犯罪の終了時期に関わるという特殊性を有するからである。そこで、犯罪の終了時期をめぐる議論を参考に、不作為関与成立の時間的限界についても検討する必要がある。

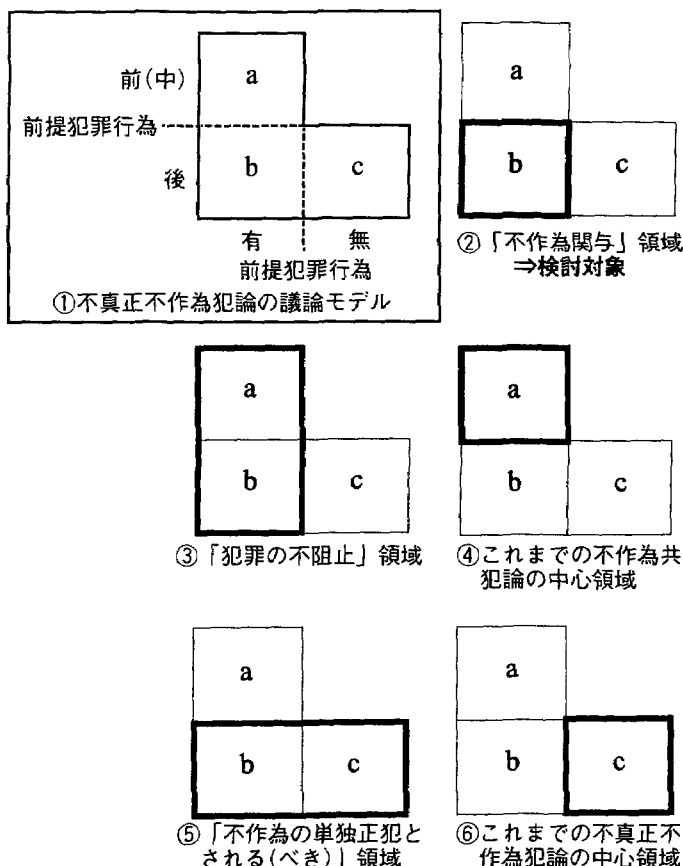
(6) 以上の三つの課題に関して、これまでの学説では検討が不十分であった。そこで、本稿では、それら三つの課題に関して検討することによって、先行作為犯後の後行不作為犯（不作為関与）の罪責を明らかにすることを目的とする。

第三節 まとめ

これまでの不作為共犯論が、背後の不作為犯の正犯・共犯区別ばかりを論じてきたという問題については、近時それを改める方向での論考が増えてきている。しかし、不作為共犯が、「犯罪の不阻止」という問題領域における関与形態のすべてではない以上、背後の不作為犯の罪責ばかりを検討しても、具体的事案の解決に対しては不十分である。このような問題意識に基づいて、本稿は、これまでの不真正不作為犯論の間隙に位置する、先行作為犯による犯罪行為の終了後に関与する後行不作為犯（不作為関与）の罪責を、特に検討対象とするものである。

*** 図で示す本稿の検討対象**

不真正不作為犯論を、前提となる犯罪行為が存在する場合と、存在しない場合（〔c〕領域）、さらに存在する場合を、犯罪行為の前ないしその最中での不阻止の場合（〔a〕領域）と、犯罪行為後の不阻止の場合（〔b〕領域）、という三つの領域に区分したとき（図①）、本稿の検討対象は、〔b〕領域に相当する（図②）。これに対して、不作為共犯論は、「犯罪の不阻止」をめぐる問題（図③）の中でも、〔a〕領域に限定されてきたものにすぎず（図④）、他方、一般的な不真正不作為犯論における議論も、単独不作為犯としての〔c〕領域に限定されてきたものにすぎない（図⑤）。



そこでまず、先行作為犯後の後行不作為犯をも幫助とする見解が有力である中、果たして後行不作為犯に幫助が成立する理論的可能性自体があるのかについて検討する。なぜなら、後行不作為犯をも幫助とする見解は、「限定性への意識」のもとで理解できないが、学説上、正犯行為終了後の関与に共犯が成立する理論的可能性に疑問が呈されている以上、検討の必要性が認められるからである。その検討によって、不作為関与として捉えられる領域が、単独正犯としての領域なのか、共犯（幫助）も認められる領域なのか、ここでの議論がどちらの土俵上の問題なのかを明確にすることができる。⁽⁴⁵⁾次に、不作為関与成立の時間的限界を明らかにする。なぜなら、不作為関与成立の時間的限界を明確にすることによって、後に検討する、不作為関与の限定的な可罰範囲の基礎づけをめぐる議論の射程を明らかにしておくべきだからである。その前提を明らかにした上で、（第一課題において）仮に不作為関与が単独正犯として捉えられたとしても、その可罰範囲は、（故意作為犯が存在しない）単独不作為犯よりも限定的であるべきことを基礎づける。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おり、しかもその理解自体は、「限定性への意識」のもとで適切と思われるものの、しかし、そこでの限定的な可罰範囲の基礎づけが合理的ではないと思われることから、改めて合理的な基礎づけが検討されなければならない。

従って、考察の手順としては、まず不作為関与の単独正犯性について考察した後（第二章）、不作為関与成立の時間的限界を明確にした上で（第三章）、不作為関与の限定的な可罰範囲について検討することにする（第四章）。

本稿が検討対象とした先行作為犯後の後行不作為犯（不作為関与）が、これまでの学説において、まったく考慮されていなかったわけではない。現に、先行作為犯後の後行不作為犯という関与構造自体は、因果関係論・正犯論においても見られる。例えば、作為犯の行為終了後に、たとえ不作為犯が介在したとしても、背後の作為犯の因果性・正犯性（既遂正犯）は否定されない、とする見解がそれを捉えている。⁽⁴⁶⁾しかし、ここでは、背後の作為犯の罪責ばかりが目目され

るため、背後の作為犯の因果性・正犯性に影響を与えないとされた後行不作為犯の罪責については、関心が向けられていない。その意味で、本稿は、少なくともこれまで意識的に取り上げられることがなかった、先行作為犯後の後行不作為犯（不作為関与）を特に検討対象とし、その罪責を検討するものである。そして、その検討作業は、「犯罪の不阻止」において認められる「限定性への意識」が、不作為関与の成立要件においていかなるかたちで現れるのか、これを明らかにすることを意味する。

なお、本稿では全体を通して、故意による先行作為犯後の、故意による後行不作為犯という典型的事例を題材に検討することにしている。その意味で、例えば、管理監督過失において問題とされる、失火後、宿泊客の避難誘導を懈怠した場合のような、過失による先行作為犯後の、過失による後行不作為犯の事例等については、別稿で改めて検討することにしたい。

（1）内海朋子「不作為の幫助をめぐる問題について」法学政治学論究（慶應義塾大学大学院）五六号（二〇〇三年）一頁は、「他人の犯罪行為を拱手傍観している人間が、犯罪行為およびその行為からの結果発生を阻止しなかったとき、不作為犯としていかなる刑事責任を負うか」として、不作為共犯の考察を始めている。

（2）児童虐待防止法において、現在は努力義務にすぎない、虐待を発見した者の「通告義務」（同法六条一項）について、これを法的義務として罰則を設けるべきであるとする学説の動向（例えば、三枝有「児童虐待に対する刑事法の新たな役割」法政論叢（日本法政学会）四〇巻一号（二〇〇三年）七〇頁。また、岩井宜子「児童虐待問題への刑事規制のあり方」ジュリスト一一八八号二三頁以下も、参照）や、欠陥製造物を回収し傷害結果等を回避する義務として問題とされる、いわゆる刑事製造物責任論も、その一例として捉えることができる（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」早稲田法学七一卷二号（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「製造物責任と不作为犯論」現代刑事法四一号（二〇〇二年）一六頁、参照。

なお、児童虐待防止法六条一項における「児童虐待を受けた児童を発見した者は」という文言は、二〇〇四年の一部改正によって、「児童虐待を受けたと思われる児童を発見した者は（傍点は引用者）」という文言に改められた。その趣旨としては、改正前の文言では、児童虐待の現場を見たかそれに準じるほどの確信を持てる場合にしか義務が生じないようにも読めたことから、「と思われる」場合にも義務を課し、児童虐待であるとの確信度がより低い場合にも通告義務の範囲を拡大するためとされている（奥克彦「より強力な児童虐待防止法」時の法令一七一九号（二〇〇四年）三四頁、参照）。なお同改正により、同条項における「児童虐待を受けたと思われる児童」と、児童福祉法二五条における「要保護児童」の範囲とが一致しないこととなった（前者のほうが広い）。そこで、児童虐待防止法六条二項として、「前項の規定による通告は、児童福祉法第二十五条の規定による通告とみなして、同法の規定を適用する」という規定が新設された。この点に關しても、奥・同三四頁以下、参照。

(3) 佐久間修「現代型犯罪と組織的共犯―不作为の従犯をめぐる諸問題」研修六七八号（二〇〇四年）三頁、平山幹子「保障人的義務について―作為および不作为への帰責の統一性―」甲南法学四五卷三・四号（二〇〇五年）一三六頁（以下、同論文は、「平山・保障人的義務」と引用する）、参照。

(4) 監督過失においては、「部下のミスについて、上司の過失責任が問われるべきか」が問題となる」（山口厚編著『ケース&プロブレム刑法総論』（橋爪隆）（二〇〇四年）一二四頁）と示されているところからすると、惹起者ではない第三者がいかなる範囲で責任を負うかという観点では、監督過失も、「犯罪の不阻止」という問題と同様の性格を有するものと理解することができる。

(5) 本稿のように特に不作为犯に着目した指摘ではないが、正犯者が勝手にしたことと理解される場合に背後者の帰責を否定する見解として、松宮孝明「演習」法学教室二四六号（二〇〇一年）九二頁、同「行為無価値」と「結果無価値」って何？」現代刑事法六〇号（二〇〇四年）一〇二頁以下がある。

また、島田聡一郎「不作为による共犯について（一）」立教法学六四号（二〇〇三年）二〇頁以下（以下、同論文は、「島田・不作为共犯（一）」と引用する）は、心理的因果性が認められる限界について検討するに際し、危険増加の判断が、現実の事象と本来「あるべき事象」の比較によってなされるならば（同「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）八五頁以下、参照）、①行為者の保障人的地位が否定される場合には、「あるべき事象」においても、不阻止の事態が想定されてもよいことから、この場合、仮想世界と現実世界との間に差異はなくなり、たとえその不阻止によって正犯者が決意を強化したとしても、それは正犯者が勝手に自らの動機づけに利用しただけであって、結果的に与えられた行為者の動機づけとは無関係と判断される以上、心理的因果性は否定されるとする。反対に、②行為者の保障人的地位が肯定される場合には、正犯者が「行為者に妨害されない」と思ったために勇気づけられただけで心理的因果性が認められるとする。これに対して、本稿が示す「限定性への意識」は、保障人的地位の存否判断の段階において、創出された危険が勝手な故意作為犯による、「犯罪の不阻止」の場合には、仮に不作為者が作為義務発生根拠類型に該当していたとしても、直ちに保障人的地位が認められるとは限らないということを意味するものである。

（6）もっとも、「尻拭い」というよりは積極的に不作為者も関与していたといえる場合にも、不作為犯と作為犯による共働はある。しかし、そのような事案の多くでは、共謀共同正犯を成立させることができるであろう。むしろ、不作為者の関与が消極的であったからこそ、そのような不作為者に（故意作為犯と同じ犯罪類型の）不真正不作為犯を成立させるべきかが問われなければならない。

（7）大阪高判平成二（一九九〇）年一月二三日高刑集四三卷一号一頁は、「不作為による幫助犯については、不真正不作為犯自体に実質的にみて犯罪成立の限界が不明確になりがちであるという点で罪刑法定主義にかかわる問題があり、更にそれが正犯の犯罪（刑罰）拡張事由としての幫助犯にかかる場合であるから、その成立の根拠となる法的作為義務の認定は特に慎重でなければならず、あくまで例外としてその成立が明白な場合に限られなければならない」として、不作為による幫助の成立を限定的に提えている。

（8）松尾誠紀「『不作為による共犯の限定化』について」北大法学論集五三卷六号（二〇〇三年）一五九頁。

（9）表面的には、住居居住者の義務が、管理対象としての住居が危険源となっている場合にのみ認められると整理されただけと見られるかもしれないが、その整理にこそ、「限定性への意識」の現れを見て取ることができるということである（すでに松尾・前掲註（8）一九九頁は、「むしろ、その整理・転換こそが、不作為共犯固有の問題としての可罰範囲の『限定化』に関わるものであるように思われる」としていた）。また、一般の不作為共犯論においては、背後の不作為犯を正犯ではなく幫助としうるかどうかが主に議論されているのに対し、ここでは、背後者に不作為犯を成立させないという方向で

議論されている点に注目すべきである。

(10) 本稿は、後に示すように、作為犯の背後の不作為犯を内容とする「不作為共犯」を検討対象とするものではなく、先行作為犯後の後行不作為犯を内容とする「不作為関与」を検討対象とするものである。従って、「限定性への意識」が、不作為共犯の可罰根拠としてどのように現れるのかは、別稿で改めて検討したい。

(11) なお、他人の行為によって損害が生じた場合の、「不作為による不法行為責任」について考察した近時の論考として、佐藤雄一郎「不作為型不法行為における作為義務の根拠について」東海法学三〇号（二〇〇三年）五一頁がある。

(12) 栗本茂樹「不作為と幫助」法研会論集（愛知学院大学大学院）一七卷一・二号（二〇〇二年）七五頁、松尾・前掲註（8）一六五頁・註（7）、保条成宏「児童虐待に対する刑事処罰とその限界（一）——不作為による幫助」の事案をめぐって——中京法学三八巻二号（二〇〇三年）七四頁、島田・不作為共犯（一）（前掲註（5））七頁は、一般的な不真正不作為犯論においては、もっぱら単独不作為犯が念頭に置かれていたと指摘する。不真正不作為犯論においては、一般的な不作為犯論を謳いつつも、その実質は、議論を単純化させるためをもってか、作為犯の存在しない単独不作為犯が議論の中心であった。作為義務発生根拠論として有力である排他的支配説自体が（堀内捷三「不作為犯論」（一九七八年）二四九頁以下、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）八九頁以下、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）一〇八頁以下、参照）、不作為者と被害客体だけという状況を念頭においていることを表している。

(13) つまり、不作為関与とは、不作為共犯、単独不作為犯、と対応した呼称であり、それは、先行作為犯後の後行不作為犯、を内容とする。これに対して、不作為共犯は、作為犯の背後の不作為犯、を内容とするものである。

(14) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 291 ff. 他「原則正犯説によつて」Claus Roxin, Täterschaft und Täterschaft, 7. Aufl., 2000, S. 458 ff.

(15) 山中敬一「不作為による幫助」齊藤誠二先生古稀記念『刑事法学の現実と展開』（二〇〇三年）三三一頁（以下、同論文は、「山中・不作為幫助」と引用する）。

(16) 目的的行为論に基づくこの見解は、故意作為犯以外（つまり、過失犯・不作為犯）は統一的正犯概念に従うものとされている（松宮孝明「不作為と共犯」中山研一ほか『レヴィジョン刑法（二）』（一九九七年）一八六頁、同「過失犯論の現

代的課題』（二〇〇四年）二五一頁以下（初出「被害者の『自己答責性』と過失正犯」渡部保夫先生古稀記念『誤判救済と刑事司法の課題』（二〇〇〇年）五二三頁）（参照）。

(17) Wilhelm Gallas, JZ 1952, S.372f.; Gerhard Kielwein, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, S.225f.; Schmidhäuser/Alwart, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2.Aufl., 1984, S.427ff.; Jeschek/Weigend, Lehrbuch des Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S.696.

(18) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26.Aufl., 2001, Vorbem. §825ff, Rdh.101ff.

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）二二〇頁（以下、同論文は「島田・不作為共犯（二）」と引用する）は、義務二分説について、「この見解は、その通称にもかかわらず、不作為の正犯を基礎づける義務と共犯を基礎づける義務とを質的に異なるものとしているのではなく、保障人的地位、作為義務の発生根拠およびそれが及ぶ範囲を、正犯と共犯の区別における、一つの（ただし重要な）考慮要素としているに過ぎない」とし、「決して不作為による共犯『のみ』しか基礎づけない義務が存在していることを意味するわけではない」と指摘している。

(19) 正犯概念の区別に従って、統一的正犯概念が限縮的正犯概念かという観点からは、△原則正犯説△対△原則幫助説・義務二分説△という対立構図になる。これに対して、不作為の行為構造概念の区別に従えば、△行為支配構造としての原則幫助説△対△義務犯構造としての原則正犯説・義務二分説△という対立構図になる（内海・前掲註（一）二頁以下、参照）。

(20) 林幹人「不作為による共犯」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）三二七頁は、不作為による共犯の問題は、「不作為による共犯に固有の正犯原理は存在するのか、するとすればそれはどのようなものなのか、ということに学説の主たる関心は向けられていた」としている。同旨、入江猛「判批」研修六一八号（一九九九年）二八頁以下。

(21) 不作為共犯の成立要件への関心の低さについては、松尾・前掲註（八）一六〇頁以下が、正犯・共犯区別の検討の際には、前提として不作為による関与者に共犯（広義）としての罪責が求められているはずなのに、不作為共犯の成立要件の議論が極めて不十分であると指摘している。また、島田・不作為共犯（一）（前掲註（五）三頁以下も、不作為共犯論において、正犯・共犯区別について議論するだけでは、「わが国の判例において現実に問題となっている②〔作為犯に対する不作為による関与→引用者註〕に関する事例群に適切な解決を与えることはできない」と指摘する。

(22) 過去二年間に公刊された、不作為による共犯を扱う論考を挙げれば、次の通りである。松尾・前掲註（八）一五九頁、

内海・前掲註(1) 一頁、真島信英「不作為による幫助」法学研究論集(亜細亜大学大学院) 二七号(二〇〇三年) 三五頁、林幹人・前掲註(20) 三二七頁、山中・不作為幫助(前掲註(15)) 三三二頁、神山敏雄「不作為をめぐる共犯の新様相」現代刑事法五三三(二〇〇三年) 四五頁、島田・不作為共犯(一)(前掲註(5)) 一頁・不作為共犯(二)(前掲註(18)) 二二八頁、保条・前掲註(12) 四三頁、平山幹子「不作為による共犯について(一)」甲南法学四四卷三・四号(二〇〇四年) 三九頁、同「不作為犯と正犯原理」甲南法学四五卷一・二二(二〇〇四年) 二〇九頁、同・保障人的義務(前掲註(3)) 一一七頁、吉川真理「不作為による関与」再考」阿部純二先生古稀祝賀論文集『刑事法学の現代的課題』(二〇〇四年) 二二七頁、曾根威彦「児童虐待と刑法理論——不作為犯における共犯を中心として——」現代刑事法六五号(二〇〇四年) 六九頁、佐久間・前掲註(3) 三頁、橋本正博「不真正不作為犯における作為義務」研修六八二号三頁、西田典之「不作為による共犯」法学協会雑誌二二卷四号(二〇〇五年) 一頁。

(23) 東京高判平成一一(一九九九) 年一月二九日判時一六八三三・一五三頁(強盜致傷幫助一無罪)。事案は、被告人が店長を務めるゲームセンターと同じ経営者が経営するパチンコ店に対して、同ゲームセンターの従業員が強盜を行う計画を、事前に同従業員から聞かされていたながらも、何ら犯罪の阻止に及ばなかった被告人に関するものである。これについて、東京高裁は、被告人に犯罪を阻止・防止する義務はなかったとして、原判決を破棄し、無罪とした。同高裁は、被告人が本社の従業員として、第一に、同パチンコ店の金庫に保管されている売上金に対する保護義務があるか、第二に、正犯者の行為を阻止する阻止義務があるか、についてそれぞれ検討したところ、第一の保護義務に関しては、確かに同ゲームセンターの売上金は同パチンコ店にある金庫に運ばれ保管されていたけれども、保管後の金銭の管理は被告人の職務ではなく、「確実に本社に搬送されるよう努める義務」(原判決) までではないとして、保護義務を否定している。第二の阻止義務に関しては、同ゲームセンターの店長としての地位に基づいても、被告人の職務はあくまで現場業務に関するもので、他の従業員等を管理・監督する職務にまで従事していなかったとし、さらに、従業員としての一般的地位に基づいても、阻止義務は認められないとしている。なお、同判決の評釈として、入江・前掲註(20) 二五頁、門田成人「判批」法学セミナー五四三三(二〇〇〇年) 一一二頁、松宮孝明「判批」法学セミナー五四四号(二〇〇〇年) 一〇八頁、神山敏雄「判批」ジュリスト一一七九号(二〇〇〇年) 一五二頁、日高義博「判批」現代刑事法一九号(二〇〇〇年) 八〇頁、松生光正「判批」法学教室二三四号別冊判例セレクト99(二〇〇〇年) 三〇頁、がある。

（24）釧路地判平成一一（一九九九）年二月一二日判時一六七五号一四八頁（傷害致死幫助―無罪）。事案は、内縁の夫によるわが子（当時三歳）への暴行を阻止しなかった母親に関するものである。もともと、同地裁判決は、控訴審である札幌高判平成一二（二〇〇〇）年三月一六日判時一七一〇号一七〇頁によって破棄され、傷害致死幫助の成立が認められている（確定）。母親に暴行を阻止する義務があるとする根拠は、地裁・高裁ともほぼ同じである。すなわち、①被告人は、三歳六ヶ月である被害者の唯一の親権者であったこと、②被害者は栄養状態が悪く、極度のうい瘦状態にあったこと、③内縁の夫は、被害者や被害者の兄に対して毎日のように激しいせっかかんを繰り返していたこと、④被告人は、本件せっかんの直前、内縁の夫が被害者に暴行を加えるかもしれないことを認識していたこと、⑤内縁の夫が本件せっかんに及ぼうとした際、室内には、内縁の夫と被害者のほかには、四歳八ヶ月の被害者の兄、生後一〇ヶ月の被害者の妹及び被告人しかおらず、被害者への内縁の夫からの暴行を阻止しうる者は、被告人以外存在しなかったこと、という五つの事情を考慮して、被害者の安全の確保は、被告人のみに依存していた状態にあり、かつ、被告人は、被害者の生命の安全が害される危険な状態を認識していたということからすると、被告人には、内縁の夫による暴行を阻止すべき義務があったとされている。両判決の結論を分けたのは、不作為幫助における期待される作為の程度に関する理解と、その前提となる事実認定の相違にある。なお、第一審・釧路地裁判決を評釈したものとして、木村匡良「判批」警察公論五四卷一〇号（一九九九年）八九頁、大山弘「判批」法学セミナー五三九号（一九九九年）一〇九頁、村越一浩「判批」研修六二四号（二〇〇〇年）一三頁、松生光正「判批」法学教室二三三四号別冊付録判例セレクト'99（二〇〇〇年）三二頁、がある。控訴審・札幌高裁判決を評釈したものととして、中森喜彦「判批」現代刑事法二九号（二〇〇一年）九五頁、橋本正博「判批」ジュリスト二二〇二号（二〇〇一年）一四八頁、門田成人「判批」法学セミナー五五〇号（二〇〇〇年）一一三頁、がある。

（25）内海・前掲註（1）二頁。もともと、内海自身は、後行不作為犯の場合をも含めて検討している（同一五頁以下、参照）。内海説に関しては、本稿・第二章、参照。

（26）なお、わが国の判例において、先行作為犯後の後行不作為犯が問題とされた事案として、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がある。同判決では、妻Zが、同居する（夫Xの）母Yから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Xの罪責（結果的にZは死亡した）が問題となり、保護責任者不保護致死罪の成否が争われたものの、結論において同判決は、保護責任

者不保護罪の成立のみを認めた（発見した時点で、救命の可能性は肯定されることから、保護責任者遺棄罪は成立しうるが、救命の確実性は否定されるので、死亡結果との因果関係が否定された）。別に起訴されたYについては、殺人罪の成立が認められている。このように、この事案においては、Yによる先行殺害行為終了後の、Xの後行不作為犯（保護責任者不保護）が問題とされた。

(27) 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）七三頁は、「けんかの際に養父が投げた燃木尻を原因とする火災を罪証隠滅目的で消火しなかった被告人に関する一引用者註」『燃木尻事件』（大判大正七（一九一八）年二月一八日刑録二四輯一五五八頁一引用者註）のように火をつけたのが他人であるときは、作為の先行行為に対する不作為による関与であるから、これに正犯性を認めうるかどうかには議論の余地がある」としている。この指摘は、適切にも、先行行為犯後の後行不作為犯という関与構造を意識したものである。

(28) 内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学三四卷三号（二〇〇一年）二八頁以下、参照。

(29) 行為後正犯説を採る見解として、z.B. Jescheck/Weigend, aaO (Anm. (17)), S. 696. これに対して、行為後幫助説を採る見解として、例えば、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』（一九九四年）一八一頁以下、内海・前掲註（一）一五頁以下。詳しくは本稿・第二章、参照。

(30) 自殺行為者に対する不救助において、自殺行為後の自殺者を救助しない者を自殺幫助（不可罰）と理解する見解として、z.B. Wilfried Botke, Problem der Suizidbeteiligung, GA 1983, S. 33. また、プロバイダの削除義務違反において、違法な書き込みを削除しないプロバイダを幫助と理解する見解として、只木誠「インターネットと名誉毀損」現代刑事法八号（一九九九年）四九頁。

(31) 例えば、山口厚『刑法総論』（補訂版、二〇〇五年）二五六頁以下（以下、同著は「山口・総論」と引用する）。

(32) 内海・前掲註（一）一九頁も、「実行行為終了後結果発生前における幫助の成否は不作為犯に特有な問題ではない」としている。

(33) 本稿で挙げる事例においては、基本的に、Xを後行行為者（結果に対する直接関与者。またXが不作為犯にあっては、基本的に義務者であることを前提とする）、Yを先行行為者、Zを被害者、として表すことにする。

(34) RG, Urt. v. 22. 4. 1937 = RGSt 71, 193 = ZAKDR 1937, 437.

- (35) 照沼亮介「いわゆる承継的共犯をめぐる議論——ドイツの判例・学説の状況——」法学政治学論究（慶應義塾大学大学院）四六号（二〇〇〇年）五三五頁は、このライヒ裁判所判決を、承継的共犯論を論じる上で考察している。
- (36) Vgl. Armin Kaufmann, aa.O.(Anm.(14)), S.283ff.; Schönke/Schröder/Stree, Strafgesetzbuch. Kommentar, 26.Aufl., 2001, §13, Rdn.9. わが国においては、山中敬一『刑法総論Ⅰ』（一九九九年）一二四頁以下、参照。
- (37) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, aa.O.(Anm.(18)), Vorbem §§25ff., Rdn.104,106.
- (38) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, aa.O.(Anm.(18)), Vorbem §§25ff., Rdn.104.
- (39) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, aa.O.(Anm.(18)), Vorbem §§25ff., Rdn.106.
- (40) 山中・不作為幫助（前掲註（15））三四七頁、参照。
- (41) 犯罪阻止義務類型において後行不作為犯の成立が否定されているという理解を適用すると、例えば、犯罪阻止義務が問題となる事例では、父親の義務は、息子による他人に対する殺害行為を阻止するまでにとどまり、被害者に対する事後的な救助義務は否定されているので、結果的に被害者が死亡したとしても、父親には、不作為による殺人罪が成立する可能性はなく、不作為による殺人幫助罪が成立する可能性が残されるにすぎない。これに対して、法益保護義務が問題となる事例では、父親には、他人がすでに息子に対する殺害行為を終了した後にも、事後的な救助義務が課されるので、結果的に息子が死亡した場合、息子を救助しなかった父親には、不作為による殺人罪が成立しうることになる。
- (42) BGH, Urt. v. 1.4.1958 = BGHSt 11, 353.
- (43) Schönke/Schröder/Stree, aa.O.(Anm.(36)), §13, Rdn.39. 詳しくは、本稿・第四章、参照。
- (44) 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はないのかという論証は行われていないように思われる」と指摘している。
- (45) ここでの単独正犯と共犯の区別においては、後行不作為犯の可罰性を基礎づけるために、刑罰法令各本条以外に処罰擴張事由としての共犯規定（刑法六〇条以下）の適用を必要とする（共犯）か否（単独正犯）かという点が問題となる（山口・総論（前掲註（31））六四頁以下、参照）。このような適用条文の関係から、単独正犯と共犯は、相互に排他的・択一的な関係にある。
- (46) 例えば、島田聡一郎『正犯・共犯論の基礎理論』（二〇〇二年）三五〇頁以下は、「第三者の行為を取り除いても、背後

者によつて現実に加えられた被害客体への危険状態から通常直接生じうる蓋然性の範囲内で、比喩的にいえば「ぶれ」の範囲内で、最終的結果が生じた」といえれば、「背後者（第一行為者）の既遂正犯としての罪責が肯定される」とすることから、不作為が介入したとしても、この基準に従い、背後者の既遂正犯は否定されないとしている。ドイツ学説においても、Hart Otto, Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 6. Aufl., 2000, S. 69f. が、「A が B に殺人の故意で重傷を加えたが、その段階では B は救助可能な状態にあった。B に対する保障人的地位にある C は、その状況に気づいたものの、故意に B を救助しなかった。結果的に B は死亡した」という不作為の介入事例を設定した上で、この場合、C は因果経過を変更していいことから、A の殺人既遂正犯は否定されないとしている。Vgl. auch Joachim Renzikowski, Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, 1997, S. 119f.

わが国では、他にも、山口・総論（前掲註（31））六五頁が、「結果惹起に向けた因果経過を進行させた行為後の介入行為が、単なる不作為など、事実的な法益侵害惹起にとつて無視しうるものである場合には、介入がなかったものとして扱われる」としている。また、佐伯仁志「因果関係論」山口厚ほか「理論刑法学の最前線」（二〇〇一年）一四頁も、「第一行為者の行為との関係では第二行為者の行為によつて重要な変更を受けていないと評価することができるのであれば、第一行為者が設定した危険が結果において直接実現していると評価することができ、第一行為者の正犯性は否定されないと解すべき」としている。もっとも、そのような遡及禁止論の「修正」に対しては、鈴木左斗志「刑法における結果帰責判断の構造」法学会雑誌（学習院大学）三八巻一号（二〇〇二年）一四八頁以下が批判している。

〔付記〕

一、脱稿後、亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（二〇〇五年）、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（二〇〇五年）、平山幹子『不作為犯と正犯原理』（二〇〇五年）、並びに、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幫助罪の成立を認めた広島地判平成一六（二〇〇四）年四月七日判タ一八六号三三三頁、に接した。

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。