



Title	作為犯に対して介在する不作為犯 (2)
Author(s)	松尾, 誠紀
Description	論説
Citation	北大法学論集, 56(6), 51-101
Issue Date	2006-03-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/8611
Type	departmental bulletin paper
File Information	56(6)_51-101.pdf



作為犯に対して介在する不作為犯（二）

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・共犯区別に關する学説の現状

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

(以上、本号)

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・共犯区別に關する学説の現状

第一項 総説

本章においては、不作為関与（先行作為犯後の後行不作為犯）において検討すべきとした課題のうち、先行作為犯後

の後行不作為犯に、幫助が成立する理論的可能性があるのかという点について検討する。後に見るように、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についても、それを幫助とする見解が、学説上、有力に主張されている。確かに、そのような見解は、「犯罪の不阻止」において認められる「限定性への意識」のもとで理解されうるものかもしれない。しかし、その見解は、幫助が成立する理論的可能性が認められることを前提とするところ、学説上、正犯行為の終了後に関与する者に共犯が成立する可能性は認められないとする見解も有力に主張されている。その意味で、後行不作為犯における幫助（共犯）が成立する可能性自体について、改めて検討する必要がある。その検討が、本章の目的である。

そこで、本節では、後行不作為犯における幫助成立の理論的可能性を問う前提として、後行不作為犯の正犯・共犯区別に関する学説の現状を見ることを目的とする。もともと、学説上、特に後行不作為犯（不作為関与）の正犯・共犯区別について正面から検討したものは見受けられない。以下では、不作為共犯論の周辺において見られる議論のほか、後行不作為犯として的一般論においては扱われていない、自殺行為者に対する不救助、プロバイダの削除義務違反といった個別的論点において正犯・共犯区別が論じられた箇所をも考察の対象とする。以下、順次、各論点における状況を見ていくことにする。

第二項 不作為共犯論の周辺議論

1. 総説

作為犯の背後の不作為犯を扱う不作為共犯論においては、背後の不作為犯の正犯・共犯区別に関して見解が三つに分

かかれている。第一に、作為犯への不作為による加功を認めず、それを（単独）正犯とする原則正犯説、第二に、法益主体との関係に基づいて認められる法益保護義務類型の義務違反については背後の不作為犯も正犯とし、特定の危険源との関係に基づいて認められる危険源管理監督義務類型の義務違反については幫助とする義務二分説、第三に、作為犯への不作為による加功を幫助とする原則幫助説、である。

これに対して、先行作為行為の終了後に関与する後行不作為犯に関して（例えば、父親Xが、他人Yによって池に突き落とされ溺れているわが子を、犯人逃走後に発見しながらも放置した場合）、各見解の正犯・共犯区別に関する帰結を見てみると、まず、原則正犯説においては、Xが不作為犯である以上、Yの行為の前後を問わず、すなわち後行不作為犯も正犯とされる。義務二分説においても、法益保護義務類型については、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ない上に、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うことなく、いずれの場合も正犯になるとされているので、後行不作為犯としての父親Xも正犯となる（ただし、義務二分説は、危険源管理監督義務〔犯罪阻止義務〕に基づく後行不作為犯については、その成立自体を否定する。これについては、本稿・第四章、参照）。しかし、原則幫助説においては、その正犯・共犯区別に関して、見解が二つに分かれる。一つは、原則幫助説の例外として、先行作為行為の終了後に関与した不作為犯については正犯とする「行為後正犯説」、もう一つは、先行作為行為の終了後に関与する不作為犯をも幫助とする「行為後幫助説」である。

このように、後行不作為犯の正犯・共犯区別に関しては、原則正犯説、義務二分説は共にそれを正犯と理解するのに対して、原則幫助説においてだけ、正犯と理解する見解と、幫助と理解する見解が対立している状況にある（いいかえれば、原則幫助説における行為後幫助説だけが、後行不作為犯を幫助と理解している）。そこで、不作為共犯論において見られる後行不作為犯の正犯・共犯区別に関する議論を考察するにあたっては、特に、原則幫助説における行為後正

犯説と行為後幫助説について見ることにする。

2. 行為後正犯説

(1) 実のところ、次節において検討する、正犯行為終了後の共犯成立の可否を扱う（承継的）共犯成立の時間的限界論においては、後行関与者にも幫助の成立を認める見解が有力であるのに対して、不作為犯においては、後行不作為犯を正犯とする見解（行為後正犯説）のほうが有力といえる。行為後正犯説が、後行不作為犯を正犯とするのは、先行行為行為の終了後は、後行不作為犯に（潜在的）行為支配があると理解するからである。行為後正犯説は、行為支配の有無に従って、作為犯の背後の不作為犯は幫助とするけれども、先行行為後行不作為犯は正犯とする見解である。

ドイツ学説で見ると、イエシュックは、背後の不作為犯に関しては、行為支配を及ぼしている故意作為犯と比較して、行為を阻止しないという不作為犯の行為寄与（Tatbeitrag）は、基本的に幫助の価値しか有さないとする一方、後行不作為犯に関しては、正犯がもはや行為経過（Tat Ablauf）に対して支配を及ぼさなくなったときには、行為支配は不作為者に移行し（übergehen）、その場合には正犯になるとしている。⁽³⁾ シュミットホイザー⁽⁴⁾も同様に、先行する正犯（Vor-Täter）の行為（Handeln）が未だ続いている場合（背後の不作為犯）は、不作為による幫助だけが問題になるとする一方で、先行する正犯の行為が終了し、結果が未だ発生していない段階で、現在する危険を回避しなかった場合（後行不作為犯）には、不作為正犯が成立するとする。⁽⁴⁾ そして、その理解に従って、例えば、夫Xaが、他人Yaによって岩壁から妻Zaが突き落とされようとしているのを感じながらも何もしなかった場合には、夫Xaは幫助であるけれども、事例を変えて、夫Xbが、他人Ybが妻Zbを池に突き落として立ち去った後、溺れる妻に対して救助行為に出れば

助けられたのに何もしなかった場合には、夫Xbは正犯として可罰的であるとしている。⁽⁵⁾

キールヴァインも、例えば、子供Zが、走り去る少年Yによって（故意であれ過失であれ）プールに突き落とされた後、監視員XがZを救助しなかったという、後行不作為犯の事例を念頭に置きながら、行為支配の観点に基づけば、事象が故意犯によるものであろうと過失犯によるものであろうと、あるいは自然現象によるものであろうと、保障人が因果経過を意のままにできたかどうかだけに着目すべきであるとし、構成要件の結果の発生が保障人の所為に依存している場合は、まさにこれにあてはまるとする。そのようにして、保障人だけが行為の完成（Tatvollendung）を左右しえた場合において、彼が結果を回避しなければならないという義務に違反して不作為をしたならば、彼の事象全体における地位に基づいて、正犯になるとしている。⁽⁶⁾そしてその理解によれば、「作為者が行為後、現場から立ち去り、結果侵害の因果が進行中に、保障人のみが当該事象を支配し得る場合には、保障人は正犯とな⁽⁷⁾」とされることになる。

(2) 行為支配の観点に基づいて、作為犯の背後の不作為犯は幫助とする一方、先行作為犯後の後行不作為犯は正犯とする見解は、わが国においても主張されている。例えば、松生光正は、他人の犯罪行為を阻止しない背後の不作為犯については、「作為犯の場合に、答責的な第三者の行為に作為的に関与した共犯者の行為が、正犯と同じ資格で犯罪結果を惹起したとは言えず、従属的な地位が与えられるとすれば、そのような犯罪行為の阻止に向けられた義務も正犯と同格のものではありえない。なぜなら、正犯行為者の自己答責性のために、正犯行為を決意し、実行するかどうかは、正犯者のいわば責任範囲に完全に属するために、惹起された犯罪結果、あるいは結果の不発生は彼にのみ正犯的に帰属されるからである」として、「答責的な第三者への不作為的な関与は、原則として共犯の地位にとどまらなければならぬ⁽⁸⁾」とする。しかし、その一方で、松生は、「この原理は、犯罪阻止義務、つまり他者行為の行為を阻止する義務が問題になる限りで妥当するのであり、自然現象への介入が命ぜられる場合には、あてはまらない⁽⁹⁾」とし、「例えば、子

供が刺し殺されようとしているのを阻止しない父親は、幫助にとどまるが、刺されて倒れている子供を救助の可能性があるにもかかわらず、傍観する場合は正犯の余地がある⁽¹⁰⁾として、後行不作為犯についてはそれを正犯と解している⁽¹¹⁾。

他方、義務二分説の枠組みに基本的に同調する山中敬一は、一般的な義務二分説とは異なり、作為者の行為支配に着目して、法益保護義務に基づく不作為共犯者も幫助であるとするとするものの、しかしその反面、先行作為犯後の後行不作為犯に関してはなお正犯と解している。すなわち、山中は、作為犯の背後の不作為犯に関して、義務二分説が前提とする、法益保護義務類型と危険源管理監督義務類型という枠組みを基本的に肯定しながらも、「法益保護義務違反の不作為を犯した者は、いかなる場合でも正犯となるというわけではない」として、不作為犯論的アプローチによって基礎づけられた義務二分説を、正犯論的アプローチから「修正⁽¹²⁾」する必要があると指摘し、次のような見解を示している。「母親（妻）が子供を殺害しようとするのに気づいた父親が、容易に阻止しうるにもかかわらず、妻が知らないうちに物陰での行為をながめながら、その行為を放置した」という片面的関与の事例を設定し、ここではまず、不作為者は、通常の行為による片面的共同正犯のように、因果的に結果を惹起しているわけではないことから、父親に片面的共同正犯が成立する可能性はないとする⁽¹³⁾。そこで、父親には、単独正犯か（片面的）幫助の可能性だけが残されていることになる。このとき、母親が、正犯として積極的に行為支配を有し、犯罪の実行の決意と実行形態を決定しているのに対して、不作為犯としての父親は、「消極的関与」というかたちで関与し、積極的に「関与する義務と可能性」をもっているにすぎないとした上で、もちろん、この場合の作為義務の内容も、終極的には法益保護にあるものの、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（つまり、行為者の行為を阻止することによってしか被害法益を保護することができない場合）には、正犯の規範的障害のある行為が介入していることに基づいて、正犯ではなく幫助であるとする⁽¹⁴⁾。これに対して、先行作

為犯後の後行不作為犯に関しては、以上のことと反対に、行為者による実行行為がすでに終了し、因果の進行が自然の法則に委ねられている場合には、保護を行うために行為者の行為に働きかけても無駄であり、直接、被害法益客体を保護することによって危険から救助すべきことになることから、このような、すでに他人が積極的行為支配を有していない場合には、たとえ当初何者かが子供を池に投げ入れたとしても、不作為の単独正犯であるとしている。⁽¹⁵⁾ すなわち、山中の理解においては、他人が行為支配を有している場合には、法益保護義務に基づく不作為共犯者についてもそれを理由に幫助とするとしながら、反対に、後行不作為犯については、すでに他人による行為支配がないことを理由に正犯とされている。このことからすると、結局ここでは、法益保護義務に基づく不作為犯については、行為支配の有無によって正犯と共犯が区別されているものと見ることができる。

(3) 行為後正犯説においては、正犯性に関する行為支配原理に基づき、作為犯の背後の不作為犯については幫助とされているものの、反対に、先行作為犯後の後行不作為犯については、後行不作為犯も正犯行為の終了後は潜在的行為支配を有していると認められることによって、正犯とされている。それゆえ、行為後正犯説の理解においては、潜在的行為支配を有しているという点では、先行作為犯後の後行不作為犯も、一般の単独不作為犯と異なるところはない。その意味で、行為後正犯説は、後行不作為犯の正犯と共犯を区別するにあたって、回避すべき危険が他人の行為により創出されたものか、物的・自然的原因により創出されたものかという違いを考慮しない見解であるといえる。このように、創出された危険が人的原因による点を考慮しないところが、次の行為後幫助説と異なる点である。⁽¹⁶⁾

3. 行為後幫助説

(1) 行為支配の観点から後行不作為犯については正犯としていた行為後正犯説とは異なり、作為犯の背後の不作為

為犯と同じく、先行作為犯後の後行不作為犯をも幫助とする見解が、行為後幫助説である。そうした行為後幫助説は、どのような理解に基づいて後行不作為犯もなお幫助としているのだろうか。

行為後幫助説を採る神山敏雄は、次のような理解を示している。「これまで、私は、規範命令の発せられる順位や不作為者及び作為者の置かれた状況を抛り所にして、最終的には保障人の不作為と作為者の作為との価値論的比較考察によって主たる役割と従たる役割を評価してきた。即ち作為者によって結果が侵害されるのを、保障人がそれを防止しない場合、先ずは作為者に対して具体的に規範命令が発せられ、彼の態度如何によって法益が侵害されるか否かが決定されるので、規範的にも事實的にも作為者に主たる役割が与えられた。これに対し、保障人の不作為態度の場合は、右作為者に対して発せられた規範命令の違反を前提にして二次的に当該法益の侵害を防止せよとの規範命令が発せられる。その二次的的命令に違反することは、規範的にも事實的にも、右作為者の行為事象を滞りなく進展せしめる役割を果たしているものと評価することができよう。この評価は事後的判断によってなされるべきである。従って、このような考え方によると、規範名宛人たる作為者による法益侵害を防止しない保障人の場合、保障人の作為義務の種類とか、作為者が行為の最中であるとか、あるいは作為者が行為終了後、行為現場から立ち去った後であるとか、不作為者が法益侵害の原因が第三者たる作為者によって惹起されたものであるかを認識しているか否かに関係なく、不作為による幫助として統一的に評価されることになる⁽¹⁷⁾とする。すなわち、神山の理解は、ある法益侵害に対して作為者と不作為者が関わる場合、保障人に対する規範的な命令は、作為者に比べれば二次的なものにはすぎず、その原則は、たとえ作為者が行為終了後、現場から立ち去った場合であっても妥当するので、先行作為犯後の後行不作為犯についても、背後の不作為犯と同じく、幫助にとどまるとするものである。

神山は、その理解を次のような具体的事例において敷衍する。すなわち、**①**「第三者」丙が「甲の息子」乙を川に

突き落とし、現場から逃げ去った後、「父」甲は乙を救助することができるにも拘らず、不救助の不作為態度を採ったために乙は死亡した」事例（法益保護義務違反事例の一つ）と、⑧「甲の息子」乙が「他人」丙を突き刺した後、現場から立ち去る様子をたまたま目撃した「父」甲が、丙を救助することができるにも拘らず、不作為態度を採ったため丙は死亡した」事例（監督義務違反事例の一つ）を、後行不作為犯の事例として設定し、結論において、両事例とも幫助になるとしている（引用文中、「」内は引用者が付した註である）。その理由を、「刑法は、法益を保護するために、第一次的に乙〔事例①〕にあつては丙。以下、「」内は事例①での呼称―引用者註）に現実的に規範命令を発し、乙〔丙〕はその命令に反して法益を現実的に侵害するので、当該法益侵害事象において、事実的にも規範的にも主役を果たしている者は乙〔丙〕であると評価される。これに対して、甲には、乙〔丙〕の不始末を処理する形で第二次的・補充的に法益保護が命じられることになり、その違反の不作為態度は、主役が展開しつつあり、又は展開した事象を防止しないことであるのでそれを規範的にみれば乙〔丙〕の行為を促進する役割を果たすものとみることができ⁽¹⁹⁾からであるとしている。このようにして神山は、後行不作為犯としての父親甲は両事例においてもなお幫助であると結論づけて⁽²⁰⁾いる。

特にわが国においては、このような行為後幫助説を支持する他の見解も主張されている。例えば、内海朋子も、「一旦作為者による法益侵害行為が開始され、法益への危険が惹起されたならば、法益侵害への因果の流れはもっぱら作為者により主導的に設定されているため、当該作為者が第一次的に当該結果への責任を負うのであつて（この義務は作為者の立ち去りによつて消滅するものではない）、不作為者は基本的に二次的責任を負うのみであり、不作為者に阻止ないし回避が要求されるのは、正犯者の行為およびそこから生じる結果（結果をも含めた作為犯による犯罪実行の全過程）であつて、正犯結果についての第二次的な回避義務を負うにとどまるように思われる⁽²¹⁾」とする。その理解に基づいて内海は、不作為共犯者の義務について、「（この）義務は、被害者との関係ではあくまで結果回避義務であるが、正犯者

との関係では、第二次的・補充的な義務であることから、当該行為者（不作為をなす者）の置かれた状況において行為者の能力に依じてどのような行為がなされうるかを問い、正犯者の行為から結果が発生するのを阻止しうる何らかの行為をとりうる状況にあれば、共犯としての義務違反性を認めるに足りることになる⁽²²⁾とする。さらに、後行不作為犯に關しても、不作為幫助の成立時期には共犯としての義務しか認められないが、その後、正犯としての義務を負うこともありうるか、という問いを立てた上で、結論として、「私見のように第一次的結果回避義務と第二次的結果回避義務の區別をつけた場合、他人の犯罪行為が直接的な結果回避措置かという、救助形態のいかんにかかわらず、不作為幫助が成立する⁽²³⁾とする。その理由を、「作為者の実行行為段階において不作為共犯が成立する場合には、実行行為終了後さらに法益救助がなされなかつたとしても、新たな危険引き受けなどの事情が見られないかぎり、この不作為について独自に評価する必要はなく、作為者の実行行為終了後の不作為についても、作為者の行為支配はなおつづいており、不作為者は、従犯的评价しかうけない⁽²⁴⁾」からとしている。そのような内海の理解においては、作為犯が主導的に法益に対する危険を発生させた場合には、不作為者は二次的責任にすぎず、その作為犯の行為支配は、作為犯の行為の終了によって終わるわけではないので、後行不作為犯もやはり二次的責任（幫助）にすぎないものとされている。

松宮孝明も、行為後幫助説の理解を示している。松宮は、まず作為犯の背後の不作為犯を念頭に置いて、「故意の作為正犯が存在する場合には、その犯行を阻止しなかつた不作為者は、それを独立の正犯とする特別の義務犯的構成要件が存在しない限り、原則として、従犯にとどまると考えたほうがよい⁽²⁵⁾」とし、この場合に作為犯と不作為犯との共同正犯を認める見解⁽²⁶⁾に対しては、「結果発生にとつてはやはり作為の因果力が決定的であるから、これは失当である⁽²⁷⁾」と批判する。そして、さらに先行作為犯後の後行不作為犯に關しても、すでに危険にさらされている法益を救助しない不作為者の場合には、その危険が人の犯罪行為によるものであれ、自然現象によるものであれ、前者が幫助、後者が正犯と

いうように罪責を区別する合理性はないかもしれないが、しかし、「結果について第一に罪責を負うべき正犯が存在する場合には、犯行後の結果不防止も従犯になると考えてよい」とし、「その意味では、人の犯罪行為によって危険が生じた場合が、第一に罪責を負うべき正犯が存在しない自然現象と同じ評価に服する必然性はない」としている⁽²⁹⁾。

(2) 他方、若干異なる基礎づけでもって、後行不作為犯にも幫助規定が適用されるとする見解として、グリユンヴァルトの見解が挙げられる。グリユンヴァルトは、まず、不作為犯が事象に対して潜在的な関係しか持たないことからすると、不作為による関与 (Die Beteiligung durch Unterlassen. 本稿にいう「不作為関与」とは意味内容が異なる) は、作為による正犯、作為による幫助、とも異なった、第三の関与形態であるとする。その上で、その場合、不作為による関与が、作為による正犯と幫助のうち、どちらに相応するものとして扱われるかが問題になるとして検討を始めている⁽³¹⁾。具体的には、不作為による関与は、適用される刑の範囲を考慮して、無価値の程度が、正犯と幫助のうち、どちらと同等に扱われるべきかと問う。結論においては、不作為による関与が幫助よりも重く評価されることはないとする。その理由を、「他人の行為に幫助として関与した者は、幫助行為後、通常は結果の回避可能性を有している (例えば、凶器を渡した者は、正犯を阻止する、被害者に警告する、あるいは警察に通報することにより謀殺を阻止できる)。つまり、幫助行為には通常、不作為犯が付随しているのである。この付随する不作為犯は、危険を創出する先行行為に基づく不作為犯に相当するものの、なお故意によって危険を創出している点で、通常の先行行為とは区別され、しかも、故意がない場合よりも『重い』。しかし、それにもかかわらず、このような付随する不作為犯が、犯罪評価に際して考慮されることはない。付随する不作為犯が、幫助行為の先行しない不作為犯より『軽い』わけがないにもかかわらず。そうだとすれば、不作為による関与は、無価値の程度においては、「作為による一引用者註」幫助よりも重大な関与形態ではない」とする。このようにして、「不作為による関与は、幫助犯に対して適用される刑の範囲に基づいて処罰されるこ

とになる。このとき、もし不作為による関与を、正犯と同様に処罰するとすれば、幫助行為をしたがゆえに従犯にしかならない者をも、未だ結果回避可能性が残されている場合に、すべて正犯として処罰する不当な結論に至ることになる⁽³²⁾とする。そして、先行作為犯後の後行不作為犯についても、「不作為による関与が、「作為による」引用者註」幫助よりも『軽い』ということは、作為犯に対する不作為の介在時期によっても左右されない。すなわち、作為行為が実行された後、未だ介入可能性がある場合であっても、そのことに変わりはない⁽³³⁾とし、後行不作為犯もなお幫助の法定刑の範囲内で処罰されることを明確にする。

要するに、グリュンヴァルトは、作為による幫助の後には通常、不作為犯が付随するのに、その不作為犯が犯罪的評価のうちに含まれていないことから推論して、不作為による関与が、作為による幫助よりも重い違法評価を受けることではないとし、その理解に基づいて、不作為による関与は、（作為による）幫助規定の適用を受けるとしたのである。そして、そのことは、先行作為犯後の後行不作為犯についても同じく妥当するとしている。この点は、不作為による関与を、作為による正犯、作為による幫助とも異なる第三の関与形態とする点でこれまでに挙げた行為後幫助説とは異なるものの、幫助規定の適用のされ方から導かれた、作為犯に対する不作為犯の劣後性に着目した上で、後行不作為犯にもなお、背後の不作為犯と同様に、幫助の範囲でのみ可罰性を認めようとする点では、上記の行為後幫助説と同様の理解を有しているものと思われる。なお、わが国においても、宮澤浩一が、このグリュンヴァルトの見解を支持し、「不作為による共犯は、現象の支配の点、および不法の点で幫助よりも重くない加功形式であるといえよう。したがって、刑罰範囲は、幫助につき妥当する限りでのみ、適用されるものである⁽³⁴⁾」とし、同時に、先行作為行為終了後の後行不作為犯についても、「不作為による幫助は、幫助自身よりも軽い。これは不作為と正犯行為との時間的な関係とは関係ない。例えば、正犯行為が完成して、しかも干渉の可能性がなお存在するのに、これを懈怠した場合でも、右の原則に変わり

ない。行為者が結果をもちや回避しえないが、干渉の可能性はなお存する場合、出来事の支配の性質、程度にも何の影響はなく、ガラスの⁽³⁵⁾ように、場合によっては行為支配が不作為者の手に移行するといったような、結果に対する潜在的な関係に変更をきたすことはない^(36a)としてゐる。

(3) 先に見た行為後正犯説は、行為支配という現実的な基準に従って、背後の不作為犯については(潜在的)行為支配の不存在に基づいて幫助とする一方、後行不作為犯についてはその存在に基づいて正犯としていた。これに対して、行為後幫助説では、不作為犯一般が作為犯に対して規範的にすでに劣後していると理解されている。不作為犯一般が作為犯に対して規範的に劣後しているとされる以上、作為行為の終了前後によって一次的責任か二次的責任かといった評価に差が生じることはなく、常に不作為犯は作為犯に対して二次的責任が認められることになる。このような理解に基づいて、行為後幫助説は、背後の不作為犯だけでなく、後行不作為犯をも幫助としているのである。

第三項 自殺行為者に対する不救助

1. 総説

自殺行為者に対する不救助^(36b)をめぐっても、自殺行為後の自殺者を救助しない不救助者が正犯か共犯かが議論されている。その議論は、特にドイツ学説において盛んである。というのも、わが国の刑法二〇二条では、自殺関与罪・同意殺人罪⁽³⁷⁾として、自殺教唆、自殺幫助、嘱託殺、承諾殺、という四類型すべてが可罰的とされているのに対し、ドイツ刑法では、その中でも嘱託殺のみが可罰的とされているにすぎず(ドイツ刑法二二六条一項⁽³⁸⁾)、自殺幫助を含む他の行為類型は不可罰である。そのため、自殺行為後の自殺者を救助しなかつた者を仮に正犯と解したならば、自殺意思を有して

いる者に毒薬を渡した者でさえ自殺幫助として不可罰とされるのに、たまたま自殺行為後の自殺者を発見しながらも何もしなかったにすぎない者が、不作為による殺人（故殺）ないし嘱託殺³⁹の正犯とされることになる。反対に、仮に不救助者をも幫助と解したならば、毒薬を渡す自殺幫助行為が不可罰であるのと同様に、不救助も不可罰と解されることになる。このように、ドイツにおいては、自殺行為後の自殺者を救助しない者に関する正犯・共犯区別の理解の相違が、可罰性のレベルでの相違として現れることになる。そのような事情から、ドイツ学説においては、自殺行為後の自殺者を救助しない不救助者の可罰性をめぐって、正犯とされて可罰性が認められるのか、それとも幫助とされて不可罰として扱われるのが特に関心を集めている⁴⁰。そこで、本項では、先行作為犯後の後行不作為犯をめぐる正犯・共犯区別を考察する一環として、自殺行為者に対する不救助の可罰性判断をめぐって行われた、不救助者の正犯・共犯区別に関するドイツ学説の状況を見ることにする⁴¹（後行不作為犯の正犯・共犯区別の学説状況を考察するという本節の目的に基づき、不救助者への不救助罪〔ドイツ刑法三二三条c〕の適用に関しては、考察の対象外とする。本項の考察対象を不真正不作為犯としての不救助に限定したとき、不救助者に救助義務を認めるためには、不救助者の立場を正犯と解する必要がある）。

学説は、三つの見解に分かれている。第一に、先の不作為共犯論で見た行為後正犯説と同様の理解を採り、不救助者を正犯として可罰性（不作為による故殺・嘱託殺・過失致死）を認める見解、第二に、先の行為後幫助説と同様に考えて、不救助を自殺幫助として不可罰とする見解、第三に、自己答責的な自殺に関与する行為として理解し、それを不可罰とする見解、である。

2. 可罰説

(1) 可罰説は、不作為共犯論における行為後正犯説と同様に、行為支配の観点から、自殺行為が自殺行為後に意識を失った後は、不救助者が(潜在的)行為支配を有しているとして、不救助者の不作為を正犯と解し、可罰性を認める見解である。可罰説においては、自殺行為者に対する不救助も、理論的枠組みとしては不作為共犯論の延長線上に捉えられていることになる。

ガラスは、首を吊って自殺行為をしすでに意識を失っている夫Zを発見しながらも放置した妻Xの罪責を扱った、連邦通常裁判所一九五二年二月一二日判決⁽⁴²⁾を評釈する中で、次のような見解を示している。まず、不作為犯は、事象経過に対して事実的な影響を及ぼしている作爲犯とは異なり、事象経過を妨げるかたちでの介入の可能性を有しているにすぎないという意味で潜在的な行為支配しか有していない、という前提から、少なくとも不作為犯が、現実に行爲支配を及ぼす作爲犯と競合した場合は、潜在的行為支配しか有していない不作為犯を正犯とすることはできない、なぜなら、直接的に構成要件の結果を惹起する作爲犯は、結果を単に阻止しなかっただけにすぎない不作為犯を、作爲犯に仕える役割(cine dienende Rolle)に押しやるからである、とする。その理解に従えば、作爲犯の実行行為を義務に違反して阻止しなかった者(背後の不作爲犯)は、基本的に、正犯ではなく幫助にすぎないこととなる。この部分は、不作爲共犯論における原則幫助説を示す見解として、よく引用されている⁽⁴³⁾。しかし、これに対して、競合していた作爲犯(自殺行為者)の事実的な行為支配がなくなつたときに、潜在的行為支配を義務に違反して行使しない者は正犯になるとする。このとき、生命の救助義務を有する妻の正犯性にとっては、夫の無力な状態が、事故によって引き起こされたものであつても、自殺行為によって引き起こされたものであつても、区別はない⁽⁴⁴⁾として引いている。このようにしてガラスは、夫が自殺行為により意識を失うなどして、その事象に対する支配を失った後、義務者が救助行為をしなかった場合には、危険の原因が自殺行為によるものかどうかに関係なく、不作爲による故殺等の正犯になり、可罰性が認められる⁽⁴⁵⁾としている。

ドイツ判例も、行為支配の観点に基づいて不救助者を正犯とし、可罰的な不作為犯の成立を認める理解を採る。連邦通常裁判所一九六〇年七月五日判決⁽⁴⁶⁾は、夫婦仲のよくない夫Zと妻Xにおいて、ある日の夫婦喧嘩の後、Xは、Zからスクーターの荷物を縛るベルトの所在を尋ねられたので、ベルトをZに渡したところ、Zはそれで首を吊ろうとした、Xはそれを見ていたにもかかわらず阻止することなく平然と服を着替え、Zが意識を喪失した後も、そのまま放置して外出し、結果的にZは死亡した、という事案に関して、「被告人は、Zが自殺行為を終了した時点から、つまり、首を吊って意識と行為能力を失った時点から、完全な (voll) 単独の (allein) 行為支配を有していた。つまり、この時点から、何もしないままでZが死亡するのか、それとも介入行為によって死が阻止されるのかは、被告人の意思に依存していた。被告人は、このような行為事象を完全に単独で支配していた⁽⁴⁷⁾と指摘した上で、被告人Xの不救助に対し、可罰的な故殺正犯が成立する可能性を認めている。

さらに、過失致死罪の事案ではあるが、同様の理解に基づき、可罰的な過失正犯を認めたバイエルン最高裁判所一九七二年一月二日判決⁽⁴⁸⁾もある。バイエルン最高裁判所が扱った事案は、泥酔して帰ってきた夫Zが翌々日になっても目を覚まさず、ベッドの傍らには睡眠薬の空瓶も落ちていたので、妻Wは、以前Zを治療したことのある医師X（被告人）に連絡をした、往診をした被告人は、投薬をすると共に、Zが睡眠薬中毒であることを考慮し、病院へ連れて行くよう指示したものの、妻が病院へ行くことに反対したため、もし病状が悪化した場合は病院へ連れて行かなければならないことを強く念を押しした上で、妻の願いを聞き入れた、ところが、その翌日、被告人が再度往診に訪れたところ、明らかにZの病状は悪化しており、すぐに病院へ搬送するよう指示した、しかし、Zは睡眠薬中毒から引き起こされた肺炎によって死亡した、というものである⁽⁴⁹⁾。これについて、バイエルン最高裁判所は、まず前提として、病院へ搬送しなかった不作為が問題とされること、被告人に保障人的地位が認められること、過失致死罪の成否が問題となること、さ

らに、Zが自殺者であること、を認めている。被告人側の上告趣意は、自殺自体は不可罰であり、それゆえ自殺に対する幫助も不可罰であることからすると、過失による自殺の共同惹起も不可罰のはずであると主張した。しかし、これに對して、バイエルン最高裁判所は、先の連邦通常裁判所一九六〇年判決を引用しながら、「本件では、被告人が往診に行つたとき、すでに意識がなく、行為能力も失つていた。それゆえ、被告人は、病院への搬送を指示しないという不作為によつて、死の原因を設定した者であり、Zを助けなかった。むしろ、患者が病院に運ばれるかどうかは、被告人だけに依存していた。そこでの事象は被告人だけが支配していた。それによつて、被告人は、完全に独立した条件を設定したのであつて、過失致死罪が成立したことに異議は唱えられない⁽⁵⁰⁾」と判示した。このようにして、バイエルン最高裁判所は、被告人が被害者を搬送しなかったことについて、被告人が事象に對して行為支配を有していたことに基づいて、過失致死正犯の成立を認めたのである。

(2) なお、自殺行為者に對する不救助に關して、行為支配に基づいて可罰的な正犯を認めることに關しては、主觀的基準に基づく正犯性判断(主觀説)との關係が問題となる。確かに、ドイツ判例について、かつてはほぼ一貫して主觀説が採られていたとする見方もある⁽⁵¹⁾。しかし、特に自殺関与罪に關しては、早くから行為支配の観点に基づく正犯性判断がなされていた。例えば、すでに連邦通常裁判所一九五二年二月一二日判決は、自殺による夫の死亡結果の發生を阻止しなかつた妻の事案について、「同じ構成要件の結果を、複數人が共同で惹起するには、様々な方法がありうる。すなわち、禁止された行為によつても義務に違反する不作為によつても可能であるし、さらに、行為や結果に對する内心的態度(innere Haltung)すなわち、意思方向、行為支配、行為結果に對する利益、固有の構成要件實現の範圍)に基づいて、正犯として、教唆として、ないしは幫助として惹起することも可能である⁽⁵²⁾」とする原則を打ち出し、さらに、「通常、救助義務者は、事実狀況に對して完全なあるいは大部分の支配を有しており、介入行為によつて決定的な展開

を図ることが可能である。義務に違反して不作為をした場合、死を自己の結果惹起として意欲していないという内心の留保は考慮されない。このような留保によって「幫助故意」が基礎づけられることはありえない。なぜなら、他人の正犯意思への従属という法的前提が、特別の義務状況、ないし義務者の事実支配に鑑みて、考慮されないからである⁽⁵⁴⁾として、行為支配に正犯意思を越えた意味を見出そうとしている⁽⁵⁵⁾。

ドイツ判例が、自殺行為者に対する不救助の正犯性を判断するにあたって行為支配的側面を重視する理由については、学説上、被害者の明示的かつ真摯な囑託によって殺害を動機づけられた者は、囑託をする被害者の望みに必然的に従属するので、主観的基準によるとすべて不可罰の自殺幫助になるからと理解されている⁽⁵⁶⁾。すなわち、いわば正犯行為が自殺者の意思に基づく自殺関与にあつては、主観説に基づくこと、すべて「他人の犯罪」になつてしまい、結果的にすべての事例において不可罰の自殺幫助と判断されることになりかねない（そのことは反射的に、自殺行為者に対する不救助について不真正不作為犯が一切成立しないことを意味する）。それゆえ、自殺行為者に対する不救助に関しては、正犯性の判断にあたって、後行不作為者に認められる行為支配の観点をも考慮するものと思われる。

3. 二つの不可罰説

(1) 以上のような、自殺行為後、自殺者の死亡結果の発生を阻止しなかった不救助者を正犯として扱うことにより、不作為犯としての可罰性を認める見解に対して、そのような不救助を不可罰とする見解も有力である。不可罰とする理論的根拠としては、二つの理解がある。一つは、ドイツ刑法上、（作為による）自殺幫助が不可罰であることから推論に基づく見解、もう一つは、自殺者の自己答責性に基づいて直接的に不救助者の不作為犯成立を否定する見解である。以下では、前者を不可罰説A（以下、「A説」とする）とし、後者を不可罰説B（以下、「B説」とする）とする。

もつとも、A説において、自己答責性の観点がすべて捨象されているわけではない。両説は、解釈上、自殺行為者に対する不救助の不可罰性を、自殺幫助の不可罰性から推論するか、それとも自殺幫助の不可罰性は介さずに、自己答責性に基づいて直接的に不作為が成立しないとするか、という点で異なるものである。

(2) A説は、自己答責的な自殺に対する作為による教唆・幫助が不可罰であることを考慮して、自殺行為による死亡結果の発生を阻止しなかった者の場合も、価値の一律性の観点から不可罰とする見解である。例えば、イエンケは、判例の展開を批判的に見て、自殺に対する教唆や幫助が不可罰であるならば、必然的に、自己答責的な自殺の阻止を試みなかった保障人も不可罰でなければならないとし、自殺者に縄を渡した者が不可罰であるのなら、完全(57)に何もしなかった者を可罰的にすることはできないとする。また、イエンケは、自殺の事例を、時間的に分割することも受け入れられないとして、第三者が、自殺者が正犯の段階で関与してもよいのであれば、計画実現の通過段階としての、自殺者の意識喪失の発生によつて、(自殺関与が不可罰であるという)法状況を逆転させることはできないとする。(58)

同様にホルンも、自殺行為に直面して、救助行為に出なかった場合の可罰性が問題となる。確かに、いずれにせよ、自殺者が今まさに自殺をしようとしているところであるとき、また、自由な自己答責性が否定される状態であるときに、救助の義務が認められることに疑いはないとする。その場合、他人の生命を保障しなければならぬ者の場合は、ドイツ刑法三二三条cの不救助罪においてではなく、二二二条(故殺)に基づく責任が問題となる。そして、保障人が、自殺者の身体的な非常事態を見過(59)ごした場合、あるいは、「自由で自己答責的」と誤解した場合は、二二二条の過失致死罪が問題になるとする。しかし、これに対して、自殺者が「熟考した上の清算自殺」の場合は、何ら救助行為に出なかつたとしても、構成要件に該当しない正犯行為に対する不作為として、作為による自殺幫助と同様に、不可罰になるとする。

他にもA説と理解できる見解として、積極的に他人の自殺を促進した者が不可罰であるのなら、単に介入を不作為した者も同様に不可罰になりうるとし、判例が、自殺者が未だ決意の支配者であるときと、行為の被害者であるときを区別していることを批判しているハイニッツの見解や、自殺後の夫を救助しなかった妻に関する連邦通常裁判所一九五二年判決の見解に従えば、作為による自殺教唆・幫助が不可罰であるにもかかわらず、他人の自殺を不作為によって促進した場合には、常に二二一条ないし二二二条に基づいて可罰的になってしまうと批判し、その上で、「自殺に対する作為による幫助が不可罰であるなら、自殺に対する不作為による幫助も不可罰でなければならぬ。そこでは、二二一条〔謀殺〕、二二二条〔故殺〕に基づいて可罰的となることはない」とするアルツトの見解がある⁽⁶¹⁾。

さらに、ポットケは、不救助を幫助的と解して不可罰との帰結を導く理由として、結果の原因としての自殺意思を保障人が支配しているわけではないこと、さらに、作為犯が事象の中心的存在として法益を侵害している場合には、義務に違反し準因果的な不作為犯は、作為による結果惹起と行為無価値が等価値である場合にのみ成立することとし、それゆえ自殺者を救助しなかった者は、作為による自殺幫助が不可罰であることからして、二三条（不作為犯の一般条項）、二二一条以下（生命に対する罪）に基づいて可罰的になることはないとしている⁽⁶²⁾。このようなポットケの理解は、自殺行為（作為犯）に対する不救助（不作為犯）の劣後性を見出して、不救助の幫助性を認めるものであるから、まさに先の不作為犯共犯論における行為後幫助説と同様の理解に基づくものである。

(3) 以上のようなA説に対して、そのような理解では説得力に欠けるとして、新たな根拠づけに基づいて不可罰を導くB説が主張されている。

ノイマンは、A説に対して、自由答責的な自殺に対する作為による教唆・幫助の不可罰性を考慮して自殺の不阻止の可罰性を否定するのは説得的ではないとして、次のように批判する。すなわちノイマンは、確かに作為による自殺への

関与が不可罰の限りで、介入の不作為を可罰的とすることはできない、しかし、自殺自体の不可罰性や、教唆や幫助の従属性に基づいた支配的な共犯理論によって、作為による自殺関与が不可罰だから保障人の場合も不可罰、と導くのは、根拠として弱いとする。その理由として、ドイツ刑法二六条（教唆）、二七条（幫助）において、構成要件に該当する違法な正犯行為が前提要件とされていることから、自殺に対する教唆・幫助という共犯構成要件によれば自殺への作為による関与が不可罰である、ということしか結論づけられないからとしている。それゆえ、従属性に基づくそのような理解では、自殺の誘因（Veranlassung）や、その援助（Unterstützung）の不可罰性を決定的には結論づけられないと批判する⁽⁶³⁾。さらに、立法者は、単に、自殺に対する作為による関与を、自殺に対する教唆や幫助としては可罰的としない、としているにすぎず、そこからさらに進んで、不作為正犯としての責任についても不可罰であるとしている⁽⁶⁴⁾。

A説に対してそのように批判した上で、ノイマンは、次のような理解を示して、自殺行為者に対する不救助の不可罰性を基礎づける。すなわちノイマンは、作為による自殺関与の不可罰性との同質性は、目的論的観点のもとで説得的になるとの前提から、（作為による）自殺関与者の不可罰性を支える自己答責性の原理は、自由答責的な自殺に対する不阻止（Nichtinderung）の法的責任をも遮断するとする。つまり、自由答責的な自殺に対して保障人が介入しなかったことの不可罰性は、自殺者の自己決定権から生じるものであるとする。熟慮の上での自由答責的な自殺の場合には、義務が否定されるのではなく、そもそも保障人の介入する権利が否定されているとし、そこでは、保障人的地位は、その者の「後見的地位（Vormundschaftsstellung）」を基礎づける⁽⁶⁵⁾ことはないとしている。そして、この場合、自殺者の自由ないし身体の不可侵性への介入が正当化されるのは、推定的承諾といった一般的要件（三四条―正当化する緊急避難）のもとでしかありえないとする。そして、正当化される場合が限定的であるとすることのような事情は、医師の場合にも

あてはまることからすると、判例が、医師に患者に対する強制権を認めるような傾向は、医師と患者との関係に副うものではないと批判している。⁽⁶⁶⁾このようにしてノイマンは、自由答責的な自殺から生じた「被害者」が有する自己答責性は、第三者が殺人罪として責任を負うことを否定することからすると、自殺者が熟慮した上での自由答責的な自殺の場合には、それを救助しなかったからといって、不作為による殺人罪の可罰性が問題になることはない結論づけて⁽⁶⁷⁾。

自殺者の自己答責性を重視して、直接的に不救助者の不作為犯成立を否定する見解は、現在のドイツ学説ではかなり有力である。例えば、自由答責的で死亡時までその自殺意思が貫かれていた限り、そのような意思を尊重することによって、自殺を阻止しない場合も救助措置を放棄した場合も同様に、法的責任が基礎づけられることはないとするエーザーの見解⁽⁶⁸⁾、自由答責的な自殺を放置しただけの保障人は、自殺者が自殺行為後、心変わりした場合は別として、不作為正犯として可罰的にはならないとするキユールの見解⁽⁶⁹⁾、自殺の不阻止について、保障人には常にドイツ刑法二二一条（謀殺）、二二二条（故殺）、二二六条（囑託殺）のもとで被保護者の自殺を阻止する義務があるとするような厳格な態度は行き過ぎであるとして、被保護者の自由答責的で真摯な自殺意思を保障人は尊重すべきであつて、殺人罪において有責的にはならないとするクライの見解⁽⁷⁰⁾がある⁽⁷¹⁾。

(4) 自殺行為者に対する不救助を共に不可罰とするA説とB説は、A説が、構成要件に該当しない自殺に対する幫助行為が共犯従属性に従つて不可罰とされている以上、自殺行為後の不救助もその可罰性が否定されるべきとする見解、いいかえれば、不救助者の不作為を幫助的として不可罰とする見解であるのに対して、B説は、自己答責性の観点から直接的に、そもそも不救助者に不作為犯が成立する可能性自体を否定している見解である点で異なる。そうすると、自殺行為者に対する不救助に関しては、自殺者の意識喪失後は不救助者に正犯性を認めて可罰的不作為犯の成立を認め、先の可罰説と、事後的な不救助をも幫助的として不可罰とするA説が、不作為共犯論における後行不作為犯理解と

連続性を有している見解と理解することができる。つまり、それらの見解では、後行不作為犯の正犯・共犯区別が、自殺行為者を救助しない不救助者の可罰性判断に応用されているものと理解することができる。

これに対して、自殺者の自己答責性に基づき不救助者の不作為犯成立を否定するというB説の理解においては、「自殺行為者に対する不救助」という問題は、必ずしもそれ自体が独立した個別的問題ではなく、違法な薬物使用者や自傷行為者に対する不救助をも含む「答責的自己危殆化行為者に対する不救助」という問題領域に含まれる一問題にすぎないことになる。しかし、答責的自己危殆化行為者に対する不救助という問題には、不救助者が正犯か共犯かという区別を発生させない事例をも含むので（例えば、違法に薬物を使用し意識を失った者に対して救助しなかった者の可罰性を判断するにあたっては、自殺幫助規定との関係が生じない以上、不救助者が正犯か共犯かという問題が正面から論じられることはない）、後行不作為犯の正犯・共犯区別に關する学説の現状を考察するという本節の目的からすれば、B説は直接の考察対象に位置づけられるものではないことになる（B説のような理解は、先行行為に基づく後行不作為犯の成立が答責的行為の介在に基づいて否定されるとする見解と同様の理解に基づくものであるから、本稿・第四章において再度触れることにする）。

第四項 プロバイダの削除義務違反

1. 総説

近時、インターネット等の高度情報通信ネットワークを利用した犯罪やコンピュータまたは電磁的記録を対象とした犯罪、いわゆるサイバー犯罪（ハイテク犯罪⁷²⁾）が増加している。サイバー犯罪は、一般に、①不正アクセス禁止法違反、

②コンピュータ・電磁的記録対象犯罪（電子計算機使用詐欺罪、電磁的記録不正作出・毀棄罪、電子計算機損壊等業務妨害罪）、③ネットワーク利用犯罪、の三つに区分される⁽⁷³⁾。中でも最も検挙件数が多いのが、③ネットワーク利用犯罪である。平成一五年においては、サイバー犯罪検挙総数に対して、実に九割をネットワーク利用犯罪が占めている⁽⁷⁴⁾。その原因としては、インターネットに特有の、発信の簡便性、大量伝達性、匿名性、管理システムの欠如、が指摘されている⁽⁷⁵⁾。しかし反対に、指摘されたような発信者側の事情は、被害者側に対して、違法な情報の発信者を確実に処罰することを困難にさせ、さらに、違法な情報による被害を急速に拡大させる、という重大な問題を生じさせることになる⁽⁷⁶⁾。そこで、このような問題性に鑑み、発信者以外に、その発信者が違法な情報をネットワーク上に流布するために必要なサーバ等の設備を提供・管理しているプロバイダ⁽⁷⁷⁾（等）にも、その責任が求められることになる⁽⁷⁸⁾。

現在、わが国において、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（以下、「風適法」とする）⁽⁷⁹⁾ 三一条の八第五項が、「映像送信型風俗特殊営業の規制」に関して、営業者と客の間を仲介するプロバイダが、自身の管理するサーバに営業者がわいせつな映像を記録し、客に送信できる状態においていることを知ったときは、その送信を防止するための必要な措置を講ずるよう努めなければならないとする努力義務を規定している⁽⁸⁰⁾。しかし、プロバイダの責任は、この風適法の範囲内には限られない。「現実空間で違法とされていることはインターネット空間でも違法」と考えるべきであるから、プロバイダの刑事的な責任を問うことも決して例外ではない⁽⁸¹⁾。このとき、ネットワーク利用犯罪は、①ネットワーク媒介型不正行為（例えば、詐欺、脅迫、殺人・強姦等犯罪の慫慂、薬物等の不正売買）と、②ネットワーク直接型不正行為（例えば、名誉毀損、わいせつ物頒布等、児童買春・児童ポルノ処罰法違反）、に分けられるところ、プロバイダの削除義務違反については、両者の中でも特に、類型②に関して問題とされるのが一般的である。そして、類型③においては、発信者がすでに名誉毀損的な書き込み、ないし、わいせつな画像の蔵置行為を終了しており、その

違法行為終了後の、違法な情報の削除義務違反が問題となつて(83)から、プロバイダの削除義務違反においては、先行行為終了後の後行不作為犯の可罰性が問題とされていることになる。(84)このような意味で、プロバイダの削除義務違反が、本節の検討対象の一つとして位置づけられる。

もつとも、プロバイダの刑事責任に関しては、その刑法上の削除義務(保障人的地位)の存否について、それを一般に否定する見解もないではない。(85)そのような見解では特に、危険回避可能性(作為可能性)の不在、「検閲」「通信の秘密」を侵害する可能性、が強調されることが多い。しかし、作為可能性については、プロバイダに求められているのは、違法な情報が蔵置されていないか常に監視することではなく、蔵置されていることを知った後の削除義務であるから(86)作為可能性が常に否定されるものとは思えない。また、「検閲」「通信の秘密」についても、ホームページは基本的に不特定多数の者に対して自由なアクセスを認めるものであるから、(一対一の通信とは異なり)通信の秘密の対象とならないし(プロバイダは、電話会社のような「コモンキャリア」とは異なる)、事後的な通信防止措置は「検閲」でもない。(87)そうだとすると、少なくともそのような指摘によるだけでは、プロバイダの保障人的地位を一般に否定することはできないと思われる。

そこで、発信者が違法な情報をプロバイダの管理するサーバに蔵置させた後に、プロバイダが削除義務に違反してそれを放置した場合、そのプロバイダは正犯か共犯かが問題とされることになる。ここでも、これまでに考察した後行不作為犯類型と同様に、行為後正犯説と行為後幫助説が対立している。

2. 行為後幫助説

不作為共犯論や自殺行為者に対する不救助での学説状況を見るにあたっては、行為後正犯説、行為後幫助説の順に見

てきたが、ここでは、主にわが国の議論の展開過程に従って、行為後幫助説から見ていくことにしたい。

わが国の学説において、当初から主張されてきたのが、プロバイダの削除義務違反について、幫助としての可罰性を認める見解である。例えば、只木誠は、インターネット上の名誉毀損罪に関し、プロバイダに条理上の作為義務を認めることは不可能ではないとしながらも、「長期にわたり積極的に違法な情報を利用し、情報を自己のものとしたような限られた事例などでは正犯、あるいは行為者に積極的に働きかけた事例などでは教唆犯ということも可能であろうが、ほとんどの場合プロバイダーは、間接的に正犯行為（結果）を助けたものとして、不作為の従犯の責任を負うにとどまる⁽⁸⁸⁾」としている。また実務家からも、「違法な情報の存在を知らながら一定期間放置した場合、情報発信者の犯罪の幫助罪に問われる可能性がある⁽⁸⁹⁾」、あるいは、少なくともホームページの開設者がわいせつな情報を流していることを知ったときは、これを放置してその者から引き続き利益を得続けることは許されるべきではなく、「知りながらこれを放置したとすれば、場合によってはわいせつ物公然陳列罪の幫助に当たることもあり得⁽⁹⁰⁾」とされている⁽⁹¹⁾。これらの見解においては、発信者の蔵置行為終了後でも、その違法状態の増大を放置したことについて、なお先行作為犯に対する幫助として捉えられている⁽⁹²⁾。

3. 行為後正犯説

(1) これに対して、近時、プロバイダの削除義務違反に関するわが国の学説においては、プロバイダを正犯として理解する行為後正犯説が有力となりつつある。その有力化の流れは、山口厚の次のような見解に始まる。山口は、「正犯も共犯も、いずれも構成要件の結果の惹起を根拠として処罰されるべきものである（因果的共犯論）ところ、正犯と共犯の違いは、直接的な構成要件の結果惹起（正犯）か、人の行為（正犯行為）を介した間接的な構成要件の結果惹起

(共犯)かに求められることになるからである。それゆえ、共犯の処罰根拠論をまじめに受け取る限り、正犯行為が終了した後においては、もはや共犯の成立の余地はない」以上、違法コンテンツがすでに蔵置された後の不作為犯について、共犯の成立する余地はなく、正犯か不可罰かのどちらかでしかないと主張する⁽⁹³⁾。つまり、山口の見解は、プロバイダの削除義務違反については、すでにわいせつ図画等の違法なコンテンツの蔵置行為がすでに終了している以上、その後それを削除しないというプロバイダによる後行不作為犯については、共犯(幫助)の成立する可能性はないと理解するものである。不作為共犯論や自殺行為者に対する不救助において見られた行為後正犯説が、行為支配の原理に基づいて、後行不作為犯に(潜在的)行為支配を見出すことよってその正犯性を基礎づけていたのに対し、山口の見解においては、正犯行為の終了後に共犯が成立する可能性はないという理解に基づき、介在行為の有無に従って正犯・共犯性を判断している点に特徴がある。

それまでのわが国の学説においては、先行作為犯後の後行不作為犯という関与構造自体が意識されてこなかったところ、プロバイダの削除義務違反について検討した山口が、プロバイダの関与は正犯行為終了後の不作為であるという特質を見出し、その特質に基づいて、先行の蔵置行為が終了している以上、削除義務に違反するプロバイダの後行不作為に共犯(幫助)の成立する可能性はないと主張したのである。そしてそれを受けて、その後のわが国の学説においては、プロバイダの削除義務違反という個別的領域に限っては、正犯行為の終了後に共犯が成立する可能性はないという基礎づけに基づき、プロバイダによる後行不作為犯を正犯として理解する行為後正犯説が有力となっていく。

山中敬一は、事後的な削除義務が主たる論点としてのプロバイダの刑事責任においては、不作為の幫助が成立するとするのは疑問であるとして、「他人がすでに掲載し終わったわいせつ画像を削除しない場合には、不作為による幫助ではなく、正犯が認められるべきであろう。継続犯においても実行行為が継続している限り、幫助は成立しうることはい

うまでもない。例えば、人を監禁するため、ドアを開かないように、すでに既遂になった状態でおさえられている正犯にドアを閉める鍵を渡した者は、監禁罪の幫助である。しかし、すでに実行行為が終了している場合には、共犯は成立しない。もし、状態犯において、正犯者に法益侵害状態除去の作為義務を認め、わいせつ情報削除義務を認めるなら、その不作為による幫助は考えうる。さもなくば、存在する直接の法益危険回避義務を果たさないのは、正犯である。危険源管理義務は、他人の犯罪行為がすでに終了し、その結果としての被害者の法益侵害の因果的危険が迫っているような場合には、直接の法益保護義務に転化するといふべきである⁽⁹⁴⁾として、先行行為が終了した後に関与するプロバイダについては、共犯成立の可能性を否定する。また、渡邊卓也も、「臆置した情報へのアクセスを事後的に防止しなかった不作為（削除・遮断懈怠）」⁽⁹⁵⁾の場合には、「会員の臆置行為後の関与行為は、『事後従犯』となるため、プロバイダには従犯の成立は考えられず、正犯としての責任を負うかどうかのみが問題とされる」⁽⁹⁶⁾とする。鎮目征樹も、「違法コンテンツが発信者により臆置された後のプロバイダ等の不作為責任においては、問題となる犯罪が継続犯であっても、少なくとも構成要件の結果が経由すべき正犯行為がない（犯罪はともかく正犯行為は終了している）といわざるをえない」⁽⁹⁷⁾ことから、正犯の成否のみが問題となるとし、同様の見解を採る。

近時、ネットワーク上のわいせつ画像に対する刑事規制について詳細に検討した永井善之も、同様の理解を示している。永井は、プロバイダの刑事責任について、「サービスの一環として自己の提供したサーバー・コンピュータ（のハードディスク）に他人によって記憶・臆置されたデータが違法なわいせつ画像のものであるとして、そこからネットワーク上に当該画像が公開されている事実をプロバイダが具体的に認識しつつこれを放置した場合、そのデータの記憶・臆置者にわいせつ物公然陳列罪の成立が認められるとすれば、プロバイダについて問題となる不作為犯の責任は、これに対する幫助犯としての責任か、あるいは独立の正犯としての責任か」とする問題を立てた上で、次のような見解を示し

ている。すなわち、「ここで問題となつてゐる具体的状況は、すでに他人によつてデータのサーバーへの記憶・蔵置行為が行われた後にプロバイダがこれを認識するに至つ（て、かつこれを放置し、その公開を継続させ）た状況であるから、これは、リンク行為の可罰性が問題となる場合の具体的状況と類似していると考えられる」として、まず、リンク行為の正犯・共犯性について検討する。その結果、リンク行為については、「リンク行為の場合には、あるホームページへ向けてリンクを設定することは、このリンク先サイトを構成するデータをサーバーに記憶・蔵置すること（リンク先サイトの開設・運営者による『陳列』行為）を容易にし促進することではなく、むしろ、すでにサーバーに記憶・蔵置されているデータに不特定多数人がアクセスし、このデータをダウンロードすること（ユーザーによる『閲覧』行為）を容易にし促進することである。このように、リンク先となるべきサイトではその運営者によるわいせつ画像データの記憶・蔵置行為はすでに終了している以上、その後このサイトへ向けてリンクを設定する行為が、リンク先での公然陳列の正犯者の『陳列』行為を容易にしあるいは助長促進したとは認められないのであり、よつてリンク行為につき、リンク先サイトで成立している公然陳列罪に対する幫助犯は成立しえないと解される」とする。その上で、プロバイダの放置行為について、「わいせつ画像データの放置についても、これはわいせつ画像データの記憶・蔵置者自身による当該データのサーバーへの記憶・蔵置行為を容易にするのではなく、すでに記憶・蔵置された当該データが再生・閲覧されることを可能にし継続させる行為である。したがつて、リンク行為の場合と同様に、この放置行為が正犯者による陳列行為を容易にしたとは認められず、よつてこれが当該データの記憶・蔵置者に対する関係での幫助とはなりえない」と結論づける。⁽¹⁰²⁾このようにして、永井も、山口の見解と同様に、プロバイダによる放置行為（削除義務違反）については、蔵置行為後の共犯（幫助）成立の可能性が否定されることから、正犯の成否だけが問題になるとしている。

以上のように、わが国の学説では、プロバイダの削除義務違反という個別的領域に限つては、介在行為の有無に従つ

て正犯・共犯性を判断する見地から、他人による蔵置行為が終了した後、それを削除しないというプロバイダによる後行不作為犯には共犯が成立する余地はなく、正犯の可能性だけが存在するという理解に基づく行為後正犯説が有力に主張されている⁽¹⁰⁵⁾。

(2) ドイツ判例においては、プロバイダについて、（先行作為犯に対する）幫助の可能性を問うことなく、単に（不作為犯同士の）共同正犯の成否を問題とした判決がある。例えば、ミュンヘン区裁判所一九九八年五月二八日判決⁽¹⁰⁴⁾は、X社ドイツ法人の代表取締役である被告人が、X社アメリカ本社のサーバに投稿された違法なわいせつ画像を、ドイツ国内の会員に提供した事案について、ハードポルノ文書頒布罪（ドイツ刑法一八四条三項⁽¹⁰⁶⁾〔現一八四条a・同条b第一項⁽¹⁰⁷⁾〕の共同正犯を認めている⁽¹⁰⁸⁾。特に、区裁判所が被告人の行為にハードポルノ文書頒布罪を肯定した部分においては、被告人はアメリカ本社との共同正犯として行為をし、その行為寄与が不作為にあることが認められている。すなわち、まず、アメリカ本社には、危険源に対する事実支配（Sachherrschaft）に基づいて、サーバのニュースグループ内にあるハードポルノ画像を削除すべきであったのに、それをしなかった不作為を指摘し⁽¹⁰⁹⁾、さらに被告人との間には、それぞれの利益を得たことに基づく共同意思も認められるとして、被告人に対して、不作為による共同正犯を結論づけている⁽¹¹⁰⁾。その他、判決においては、ドイツテレサービス法五条二項、同三項に基づいて可罰性が否定されるかという点も問題にされたが⁽¹¹¹⁾、結論として、その適用は否定され、可罰性が認められている⁽¹¹²⁾⁽¹¹³⁾。このように、ミュンヘン区裁判所判決においては、当初の発信者に対する幫助として理解するという視点は現れていない。

第五項 展開

以上、先行作為犯後の後行不作為犯について、その正犯・共犯区別に関する学説の現状を、不作為共犯論、自殺行為者に対する不救助、プロバイダの削除義務違反、という三つの論点を対象に考察してきた。それぞれの論点において、背後の不作為犯とは異なり、後行不作為犯については正犯と理解する行為後正犯説と、背後の不作為犯と同様に、後行不作為犯をも幫助と理解する行為後幫助説が見られた。行為後正犯説に関しては、それを正犯と理解する根拠として、不作為共犯論と共に自殺行為者に対する不救助においても、行為支配原理の観点から、後行不作為犯に（潜在的）行為支配を見出すことによつて正犯性が基礎づけられていたのに対し、プロバイダの削除義務違反に限っては、特にわが国の学説において、正犯行為の終了後に関与する者に共犯が成立する可能性がないとして、介在行為の不存在を根拠にプロバイダの正犯性が基礎づけられていた。これに対して、行為後幫助説に関しては、プロバイダの削除義務違反においてはそれを幫助とする根拠を詳しく示す見解はなかつたものの、不作為共犯論においては、先行作為犯に対する後行不作為犯の規範的な劣後性を見出すことによつてその幫助性が基礎づけられていた。自殺行為者に対する不救助においては、作為による自殺幫助行為が不可罰とされていることとの関係から、自殺行為後の不救助についてもそれを幫助的と見て同じく不可罰とする見解も見られる一方、さらにそこで幫助的とされる実質的理由として、不作為共犯論における行為後幫助説と同様に、作為による自殺行為に対する、不救助という不作為の劣後性を指摘することによつて、自殺行為後の不救助の幫助的性格を見出す見解⁽¹¹⁾も見られた。そのような意味で、行為後幫助説が、背後の不作為犯と同様に、後行不作為犯をも幫助として理解するにあたっては、先行作為犯に対する後行不作為犯の劣後性が主な根拠とされているものと思われる。

もつとも、学説上、行為後幫助説によるそのような劣後性に基づく理由づけに対しては、なぜ「規範的命令が発せられる順位」が不作為犯よりも作為犯が優先するといえるのか、その順位は、結局のところ、作為者が正犯、不作為者が

幫助、という結論を先取りした上で、正犯の「主たる規範」と、幫助の「従たる規範」についていつているだけではないのか、なぜなら、不作為については作為に劣後して「第二次的に法益の侵害を防止せよとの規範命令が発せられる」ということに根拠はないからである、と批判されている⁽¹¹⁵⁾。しかし、行為後幫助説が、不作為犯を規範的に作為犯より劣後するものと理解することの実質は、不作為犯は危険が発生して初めて義務づけられるにすぎないものという点を捉えているところにある。つまり、行為後幫助説が、まず作為者に対して規範命令が発せられ、不作為者に対するそれは二次的であるとするのは、作為犯がまず危険を発生させ、あくまで不作為犯はその危険に応じて義務づけられるにすぎないもの、という実質を捉えているからである。不作為犯に対するこのような理解は、現に他の学説においても主張されている。例えば、保条成宏は、不作為犯では正犯行為によって設定された危険の性状や程度によって法益侵害の態様と範囲が決定され、これに応じて作為義務の内容と程度が決定されることから、不作為の違法性は既発の危険に対して「従属」している、つまり、不真正不作為犯においては、正犯と幫助の区別なく、行為に先行して法益侵害に向けられた既発の危険が存在しているのであって、その違法性が当該危険に依存する構造になっているとし、⁽¹¹⁶⁾「自然・動物・第三者が、主導的な『力』をもつ」こと⁽¹¹⁷⁾から、結論において、「不真正不作為犯は、正犯と幫助のいずれの形態をとつても、いわば『幫助的性格』という通有性を有する」ものである⁽¹¹⁸⁾としている。

しかし、問題はその先にある。すなわち、一部の学説において主張されているような、作為犯に対する不作為犯の規範的な劣後性という実体が仮にあったとしても、果たして、すでに正犯行為が終了した後に関与する後行不作為犯に、そのような劣後性に基づいて幫助の成立を認めることが理論的に可能なかということである。現に、学説上、正犯行為の終了後に関与する者に共犯の成立を認めることには強い批判もある。そこで、次節において、そもそも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という点について検討することにする。

- (1) Schönke/Schröder/Cramer/Heine, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26. Aufl. 2001, Vorbem §825ff, Rdn. 104.
- (2) 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(以下、同論文は、「内田・正犯と共犯」と引用する)。
- (3) Hans-Heinrich Jescheck, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 11. Lieferung, 1993, §13, Rdn. 57. Vgl. auch Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 696.
- (4) Schmidhäuser/Alwart, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1984, S. 427f.
- (5) Schmidhäuser/Alwart, a.a.O.(Anm. 4), S. 428f.

なお、Schmidhäuser/Alwart, a.a.O.(Anm. 4), S. 428は、「作為による幫助の場合には、単に正犯行為を促進するだけで足りるので、幫助行為がなければ正犯行為を果たしえなかったということには必要ではない。しかし、不作為による幫助は、必要な行為に出ることによって結果が回避されたであろうといえたとき初めて成立しうる。なぜなら、不作為が幫助が、単に正犯行為を困難にできたというだけで十分とすれば、正犯行為を完全に阻止できない場合にも作為義務が課されることになるからである」とし、それに基づいて、例えば、先の事例を変えて、「夫Eは、離れたところから呼びかけるなどして、困難にすることはできたが、完全にAの行為を阻止できなかった場合には不可罰である」としている。この点、わが国においては、このシュミットホイザーらの見解とは異なる見解も主張されている。すなわち、母親が内縁の夫によるわが子への虐待の阻止しなかった事案に関して、札幌高判平成二二(二〇〇〇)年三月一六日判時一七一〇号一七〇頁が、「原判決が掲げる『犯罪の実行をほぼ確実に阻止し得たにもかかわらず、これを放置した』という要件は、不作為による幫助犯の成立には不必要」とした判示をめぐって、これに賛同するかたちで、学説では、作為に出なければ正犯行為を「困難」にすることができたとさえないれば、不作為による幫助は成立しうるとする見解がある(木村匡良「判批」警察公論五四卷一〇号(一九九九年)九三頁以下、村越一浩「判批」研修六二四号(二〇〇〇年)二〇頁以下、橋本正博「不作為による幫助」ジュリスト二二〇二号(二〇〇一年)一四九頁、神山敏雄「不作為をめぐる共犯の新様相」現代刑事法五三二号(二〇〇三年)四九頁以下、福田平・大塚仁【対談】最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題(五・下)「現代刑事法六五号(二〇〇四年)一五頁(福田発言)」。しかし、これに対しては、適切にも、シュミットホイザーらと同様に、あくまでも「阻止」できた可能性まで求める見解が有力である。すなわち、中森喜彦「判批」現代刑事法二九号(二〇〇一年)九

七頁以下は、「不作為については因果関係と実行行為性を一体的に考え、『結果防止（回避）可能性がなければ作為義務は認められない』とする主張」が伝統的・一般的理解であるのであれば、不作為幫助においても、「不作為正犯と同様に、結果防止が確実な場合にのみ作為が命じられることにも理由がないわけではない」とし、また、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）二九四頁以下も、「作為犯においては、かなり短期間の死期の繰り上げも不良変更にあたる」とされていても引用者註「不作為犯については、その例外性に鑑みて、『結果』の内容を厳格化し、もう少し長期間の延命を要求するという解釈もあり得ないではないだろう。もしそのように考えるのであれば、正犯者の犯行を阻止できず、単にそれを一時的に『困難化』するだけでは、『結果』に何ら変更を加えたことにもならないから、それだけでは、不作為による幫助を認めるに足りないということになる」としている（島田の見解に関しては、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）八頁以下（以下、同論文は、「島田・不作為共犯（一）」と引用する）の問題提起部分も、参照。なお、神山敏雄「不作為と共犯」法学教室第二期（ジュリスト別冊）五号（一九七四年）四九頁（以下、同論文は、「神山・不作為と共犯」と引用する）は、不作為による幫助を肯定する場合に、不作為者は結果を防止できたことを要するとし、「蓋し、義務は履行の可能性を前提とするからである」としていた。

(6) Gerhard Kielwein, *Unterlassung und Teilnahme*, GA 1955, S.227.

(7) 神山敏雄「不作為をめぐる共犯論」（一九九四年）五四頁（以下、同著は、神山・「不作為共犯」と引用する）。

(8) 松生光正「不作為による関与と犯罪阻止義務」刑法雑誌三六卷一号（一九九六年）一六〇頁以下。

(9) 松生・前掲註（8）一六二頁。

(10) 松生・前掲註（8）一六二頁。

(11) 同様の見解として、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法（五）』（堀内信明・安廣文夫）（第二版、一九九九年）五五五頁、前田雅英『刑法総論講義』（第三版、一九九八年）四五二頁以下。橋本正博「不作為犯と共犯」刑法の争点【第三版】

（二〇〇〇年）一一八頁以下も、「構成要件該当事実を実現する作為と、それを阻止しないという形の不作為とが競合する場面では、原則として作為者が正犯であり不作為者は狭義の共犯（幫助）にとどまる」としながら、「ただし、因果経過のある時点で作為者の事實的支配が失われる状況に至り、しかもいまだ不作為者の寄与を共同正犯とし得るような場合には、

「ごく例外的に相互の共同正犯が考えられる場合もある」としている。さらに、斎藤信治『刑法総論』（第五版、二〇〇三年）二六七頁も、作為行為に不作為で加功した場合、「一般に（は）従犯とみるのが、多数説」とする一方、「殺されそうになった自分の子供を、殺人犯が立ち去ったにも拘らず、わざと救助せず死ぬにまかせた、というような場合は、普通の不真正不作為犯の問題であり、正犯とするのが一般と思われる（これは別段上の多数説と矛盾・対立するものではないといえよう）」としている。

他方、内藤謙『刑法講義総論（下）Ⅱ』（二〇〇二年）一四四五頁は、「他人YがXの子Aを水中に突き落とし溺れているのを水辺で放置していた場合に、親Xが救助可能なのに救助せず、その子Aが溺死した」事例について、ここでは、正犯が、不作為による正犯の場合に、それに不作為で関与したことが問題となつていて、この点、内藤は、前田・前出四五三頁の理解を引用しつつ、結論としては同じく不作為関与者Xを正犯としている。ただ、その根拠について、「たしかに、他人Yの行為も不作為であり、親Xの行為も不作為であるから、結果発生との因果関係に差異がないようにみえる。しかし、Yが不作為による正犯とされたのは、Aを水中に突き落とすという、危険創出行為（いわゆる「先行行為」）があり、因果関係を設定したことが大きな意味をもつていたとみることができると、Yの不作為は、作為の実行と同視されて、不作為による正犯となるのである。これに対し、Xの不作為は、関与の対象が不作為による正犯であることのほかに、自分の子を容易に救助しえたのに救助しなかったことと、排他的支配領域性（法益の保護がその人の手にゆだねられており、他人が救助の手を出せない状況）とが判断の要素となつて、作為による実行と同視され、不作為による正犯になる」としている。

(12) 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）三五四頁以下（以下、同論文は、「山中・不作為幫助」と引用する）。

(13) 片面的共同正犯の成立要件に関する山中の理解については、山中敬一『刑法総論Ⅱ』（一九九九年）七九二頁以下、参照。
 (14) 山中・不作為幫助（前掲註（12））三五六頁以下。さらに、山中・同三五七頁以下は、「積極的行為者の行為を阻止することによつても被害法益を保護することはできるが、直接、行為者の行為への介入なしにも被害法益を救助できる場合」、例えば、「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すことで、ドアを閉じるることによつて子供を救うこと

もできたという場合」についても、直接の行為者の行為による危険がまだその者の手を離れていない間（正犯者の支配下にある間）は、どのようなかたちであつても、不作為者は正犯者の行為に介入して犯罪を阻止できないにすぎない（いいかえれば、直接的に被害者を助けたとしても、正犯行為を阻止したことになる）ので、幫助であるとしている。

(15) 山中・不作為幫助（前掲註（12））三五六頁以下。山中・同三五八頁は、このことがあてはまる事例として、「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つて救える場合に、それをしないで、わが子を殺害させた父親」を挙げ、その父親は不作為による殺人罪の単独正犯であるとす。もつとも、単独正犯とする結論はともかく、少なくともこの父親の事例では、先に、幫助にしかならないとした、子供部屋の電動ドアのスイッチを押すことで正犯の行為を防止できた母親の事例（註（14）参照）との違いは明らかでない。

(16) 本項のタイトルを、不作為共犯論の「周辺」議論としたのは、原則幫助説を採る論者が行為後正犯説を主張したとしても、それに対する批判が、正犯とした結論に対して向けられるのではなく、原則幫助説の理論的根拠自体に向けられたことに基づく。いいかえれば、行為後正犯説が主張されても、背後の不作為犯とは別個に問題とされるべき後行不作為犯自体に関する議論は引き起こされていないからである。取りも直さず、不作為共犯論の主戦場は、「背後の不作為犯」の正犯・共犯性なのである。

このことは中義勝の見解によく現れている。義務二分説を支持する中義勝『刑法上の諸問題』（一九九一年）三三二頁以下（初出「不作為による共犯」刑法雜誌二七卷四号（一九八七年）七三九頁。また、中の見解については、同『講述犯罪総論』（一九八〇年）二六五頁以下、同「わが判例と不作為による幫助」法学論集（関西大学）三六卷三・四・五合併号（一九八六年）四九三頁も、参照）は、「Aがまだ泳げない〔Bの子〕Xを水中に投じてその場から逃げ去った直後にBが現われ、なお救助しようと思えばできたにもかかわらず救助の手をさしのべなかったのでXが溺死した」という後行不作為犯の事例を挙げて、まず、このとき、Xの溺死の危険が、Aが故意にXを水中に投じたのか、過失的にそうしたのか、あるいはX自身があやまって水中に転落したために生じたのかによつても、Bに不作為による殺人罪が成立することになりはないとする。もつとも、この点は、そもそもXを救助すべきか否か、またいかなる方法を用いて救助すべきかという事象経過のObとWieを手中に握っているのはB一人だけであり、自分の掌中に把握されているXの運命を溺死へと追いやつ

たのはBであるという点を捉えて、Bこそ殺人の正犯であるとしていいのかもそれないとの推論を立てる。しかし、この推論に対しても、中は、Aの逃亡後、水辺に現れたのが、Xとは関係のない第三者Cであった場合には、Xの生死をめぐるObとWieがその手中に握られている点ではBと同じであるのに、Cには殺人罪が成立しないとすれば、結局、Bに不作為による殺人罪が成立するのは、Bに事象経過のObとWieがあるからではなく、Xの生命を救助すべき保障人義務があることに求められなければならないとする。これに対して、原則幫助説が、Aがなお現場にとどまっている場合に、完全にBだけにObが握られているわけではないので、正犯とはなしえないと考えている点(Kelwein, aaO(Ann.6), S.227)からすると、正犯・共犯区別の点に、Bが救助しようとしてもAの妨害行為が予想され、Bだけが現場にいるときよりも救助が困難になるということが考慮されているのかもしれないと推論する。しかし、Bが殺人正犯とされたのは、Bが事象経過のObを握っていたからではなく、保障人義務に基づいていたはずであり、まして、救助の可能性、その困難性という基準では明確な客観的基準とはなりえないと批判している。

このように、中は、後行不作為犯を正犯とする結論については特に議論することなく、その点を通して、原則幫助説の理論的根拠の成否を問うているのである。不作為共犯論の関心の中心は、背後の不作為犯の正犯・共犯区別にあるといえよう。なお、本節の関心は、先行作為行為終了後の後行不作為犯に共犯を認めることの可否を問う点にあるので、行為後正犯説が後行不作為犯について正犯としていること以上に、原則幫助説の根拠論に立ち入ることはしない。

(17) 神山・『不作為共犯』(前掲註(7)) 一八二頁以下。

(18) 神山・『不作為共犯』(前掲註(7)) 一八三頁以下は、作為犯と不作為犯が競合する事例を一一形態に分類し、具体的事例へのあてはめを示している。ここでは、第二形態として事例④が挙げられ、第五形態として事例⑧が挙げられている。

(19) 神山・『不作為共犯』(前掲註(7)) 一八七頁。

(20) 神山・『不作為共犯』(前掲註(7)) 一八五頁は、監督義務違反事例としての事例⑨について、義務二分説が、甲は幫助としても不可罰とすることに對し(vgl. Schönke/Schröder/Cramer/Heine, aaO(Ann.1)), Vorbem §§25ff. Rn.106)、「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幫助であるという考えが導かれる余地がある」として、不可罰とする見解に疑問を示している(義務二分説が、事例⑨で甲を不可罰とすることに對しては、本稿・第四章、参照)。

- (21) 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）一六頁以下。
- (22) 内海・前掲註（21）一七頁。
- (23) 内海・前掲註（21）一八頁以下。
- (24) 内海・前掲註（21）一九頁。
- (25) 松宮孝明「不作為と共犯」中山研一ほか『レヴィジョン刑法（一）』（一九九七年）一九〇頁（以下、同論文は、「松宮・レヴィジョン」と引用する）。
- (26) 大塚仁『刑法概説（総論）』（改訂版、一九八六年）二六〇頁を引用する。
- (27) 松宮・レヴィジョン（前掲註（25））一九〇頁以下。
- (28) 松宮・レヴィジョン（前掲註（25））一九一頁。
- (29) 松宮・レヴィジョン（前掲註（25））一九一頁。それに際して松宮・同一九一頁は、「毒薬の管理者が窃盗犯人の現場からの逃走を助けてやる場合も窃盗の従犯でよいと考えるなら、犯行後の結果不防止も従犯と考えてよいと思われる」とする。この言及に対して、島田・不作為共犯（一）（前掲註（5））七七頁・註（198）は、「この事案は状態犯である窃盗がすでに既遂に達した段階での関与であり、こうした場合に幫助を認めることにはそもそも疑問がある」と指摘している。確かに、松宮の示したこのくだりだけを読めば、島田の指摘は適切である。ただし、「毒薬の管理者」による事例が、松宮・同一九〇頁では、原則正犯説に基づけば殺人犯人に毒薬を手渡すと作為幫助にすぎないのに、その持ち出しの黙認が正犯となるのは矛盾である、と指摘するために挙げられているのだとすれば、同じく「毒薬の管理者」が登場した先のくだりも、殺人の事案を想定した言及であると考えられなくもない（窃盗に関しては、松宮・同一九〇頁で、「毒薬」ではなく、「財産の管理人」による事例が設定されている）。
- (30) ドイツ学説においても、Hans-Jörg Schwab, *Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen*, 1996, S.223 が、行為後幫助説を主張している。シュワブは、不作為者が作為犯によって支配されていた事象に、作為行為後になって初めて現れた場合には、不作為者は幫助にすぎない、なぜなら、不作為者は単に正犯行為を支援した（unterstützen）にすぎず、行為後に現れたとしても脇役（Randfigur）として評価されるからであるとする。

- (31) Gerald Grünwald, Die Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, S.110ff.
- (32) Grünwald, aa.O.(Ann.(31)), S.113.
- (33) Grünwald, aa.O.(Ann.(31)), S.113.
- (34) 宮澤浩一『刑法の思考と論理』(一九七五年) 一二四頁以下(初出「不作為による共犯」法学研究(慶應義塾大学) 三三三卷二号(一九六〇年) 四七三頁)。
- (35) Wilhelm Gallas, JZ 1952, S.372を引用する。
- (36 a) 宮澤・前掲註(34) 一一五頁。
- (36 b) 本項で扱われる問題は、学説上、「自殺の不阻止」と呼ばれることもあるが、本項の考察対象を、自殺行為後の自殺者に対する不救助(後行不作為犯)に限定することを明確に示すために、本問題を「自殺行為者に対する不救助」とした。
- (37) 自殺関与罪の法的性格に関する近時の論考として、酒井安行「自殺関与罪と死の自己決定・パターンリズム」青山法学論集四二巻四号(二〇〇一年) 三一頁、伊東研祐「自殺関与罪」同『現代社会と刑法各論』(第二版, 二〇〇二年) 六二頁、曾根威彦「自己決定の自由と自殺関与罪」佐々木史朗先生喜寿祝賀『刑事法の理論と実践』(二〇〇二年) 二六一頁、若尾岳志「自殺と自殺関与の違法性」法研論集(早稲田大学大学院) 一〇七号(二〇〇三年) 一七〇頁、吉田宣之「自己決定権と自殺関与罪の処罰根拠」刑法雑誌四三巻三号(二〇〇四年) 一八頁、鈴木晃「自殺関与罪の処罰根拠」中京法学三八巻三・四合併号(二〇〇四年) 一一七頁。また、自殺関与未遂の成立時期の観点から自殺関与罪について検討した論考として、松宮孝明「自殺関与罪と実行の着手」『中山研一先生古稀祝賀論文集(一)』(一九九七年) 一三七頁。
- (38) ドイツ刑法二二六条一項は、「ある者が、殺人の被害者の明示的で真摯な要求によって、殺害を決定するに至ったときは、六月以上五年以下の自由刑を科する」と規定する。
- (39) ドイツ判例において、殺人(故殺)と嘱託殺のどちらが適用されるかは、自殺者の真摯な嘱託が明示されていたか否かによるとされている(秋葉悦子「自殺者の不救助」警察研究五八巻四号(一九八七年) 七八頁(以下、同論文は、「秋葉・自殺不救助」と引用する))、参照。これに対して、嘱託殺規定の不作為犯への適用を批判する見解として、Schönke/Schroder/Eser, Strafgesetzbuch, Kommentar, 26.Aufl., 2001, §216, Rdn.10; Volker Krey, Strafrecht Besonderer Teil, Band1, 12.Aufl., 2002, S.46.

- (40) 塩谷毅「被害者の承諾と自己答責性」(二〇〇四年)一七二頁以下、一九三頁以下、参照。
- (41) 神山・不作為と共犯(前掲註(5))四六頁は、自殺の阻止を、不作為共犯論の「特殊な問題」と捉えている。
- (42) BGH, Urt. v. 12. 2. 1952 = BGHSt 2, 150. 同判決は、「ドイツ刑法三三〇条c(當時は三三〇条c)の不救助罪を認めた原判決を破棄し、故殺あるいは過失致死の可能性を指摘し差し戻している(同判決について論じたわが国の論考として、宮澤浩一「不作為犯」ドイツ判例百選(一九六九年)一六〇頁がある)。その際、同判決は、不救助罪の適用を否定した根拠として、三三三条c(旧三三〇条c)にいう「事故(Unglücksfall)」とは、「人または物に対して重大な損害を引き起こす、突然の外部的な出来事」をいうのであって、「自殺者の責任ある行為によって生命の危険が具体化した場合、あるいは、自殺者の意思が存続する場合は、概念上ないし文言上、「事故」とはいわない」とし、自殺事例への不救助罪の適用可能性を否定している。もっとも、同判決が示したこの見解は、その後、BGH, Beschl. v. 10. 3. 1954 = BGHSt 6, 147が、「自殺行為によって引き起こされた危険であっても、三三〇条cにいう『事故』と考えることに、文言上問題はない」とすることによって否定されている。そして、現在の判例においては、自殺に対して不救助罪の適用が認められるとする見解は、すでに定着している(秋葉・自殺不救助(前掲註(39))七五頁以下、参照)。
- (43) ZB, Jescheck/Weigend, a.a.O.(Ann.(3)), S.696.
- (44) Gallas, a.a.O.(Ann.(35)), S.372f.
- (45) Vgl. auch Wilhelm Gallas, JZ 1960, S.687.
- (46) BGH, Urt. v. 5. 7. 1960 = NJW 1960, 1821.
- (47) A.a.O.(Ann.(46)), S.1822.
- (48) BayObLG, Urt. v. 21. 11. 1972 = BayObLGSt 1972, 258.
- (49) 原判決は、初めの往診のときにZを病院へ搬送すべきであったのに、そうしなかったこと、また、病状の悪化について監視するよう妻に指示せず、医師としての義務を尽くさなかったことに基づいて、過失致死罪を認めている。また、妻に基づいては、不救助罪に基づく有罪が確定しつつある(vgl. a.a.O.(Ann.(48)), S.259)。
- (50) A.a.O.(Ann.(48)), S.260.
- (51) ドイツ判例における正犯概念については、西田典之「正犯の概念」堀内捷三ほか編『判例によるドイツ刑法(総論)』(一

九八七年)一九三頁以下、参照。

- (52) Aa.O.(Anm.(42)), S.150.
- (53) Aa.O.(Anm.(42)), S.151.
- (54) Aa.O.(Anm.(42)), S.156.
- (55) 連邦通常裁判所一九五二年判決の正犯性判断については、様々な理解がある。例えば、橋本正博『行為支配論』と正犯理論(二〇〇〇年)一三二頁以下は、「思考枠組において主観説から距離をとっている」と理解し、他方、神山・『不作為共犯』(前掲註(7))四〇頁以下は、「正犯者意思との結びつきを完全に断ち切ることはできなかった。即ち当該事件において、結論として正犯者故意を基底において正犯を根拠づけようとしている」と理解している。Vgl. auch Ulfriid Neumann, in: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band.3, 1995, vor §211, Rdn.69.
- (56) 塩谷毅「自殺関与事例における被害者の自己答責性(一)」立命館法学二五五号(一九九七年)二八五頁、参照。
- (57) 自由な自殺を助ける目的で麻薬を輸入・譲渡したとしても、それを理由として輸入・譲渡罪が正当化されないとされた事案として、BGH, Urt. v. 7. 2. 2001 = NSIZ 2001, 324.
- (58) Burkhard Jänke, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 44. Lieferung, 2002, Vor §211, Rdn.24. イェンケは、真正な自殺である限り、事態を放置した義務者の可罰性を問題とすることはできないとする立場を採っているが、必ずしも三二三条cの不救助罪も問題にならないとは限らな(と)づ(を) (vgl. Jänke, a.a.O., Vor §211, Rdn.24.)。
- (59) Eckhard Horn, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 6. Aufl., 50. Lieferung, 2000, §212, Rdn.17. も(と)も、当初は自殺意思が強固であっても、自殺行為の終了後、その意思が崩れることがある場合をよく考慮すべきであるとして、自殺者がその行為の「被害者」となり、無力で助けを求める場合には直ちに、自由な自殺行為に対する関与の不可罰性は停止されるとしている (vgl. Horn, a.a.O., §212, Rdn.18)。
- (60) Ernst Heinitz, Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord, JR 1954, S.405.
- (61) Arzu/Weber, Strafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., 1988, S.93f.
- (62) Wilfried Bortke, Problem der Suizidbeteiligung, GA 1983, S.33. ただ、ボットケは、危険性を認識しない者ないし未成年者の自殺を、故意あるいは過失によって阻止しなかった者は、一三条、二二条、二二二条に基づいて可罰的であるとされている

(vgl. Botke, a.a.O., S.33)。

- (63) Neumann, a.a.O.(Ann.(55)), Vor §211, Rdn.74.
- (64) Neumann, a.a.O.(Ann.(55)), Vor §211, Rdn.75.
- (65) BGH, Urt. v. 4. 7. 1984 = BGHS. 32, 367 (いわゆるヴェイティヒ事件) は、医師Xが自殺者Zを発見したけれども、以前からZが自殺意思を有しているのを知っていたため、これを放置した事案について、結論としては医師Xを不可罰としてもその行為支配の観点から医師Xの救助義務を肯定し、故殺あるいは嘱託殺の可能性を認めている(同判決については、秋葉・自殺不救助(前掲註(39))六八頁以下、参照。また、安楽死の観点から同判決を考察したものととして、甲斐克則『安楽死と刑法』(二〇〇三年)六五頁〔初出「末期医療における患者の自己決定権と医師の刑事責任」刑法雑誌一九卷一号(一九八八年)一三二頁〕、参照)。
- (66) Neumann, a.a.O.(Ann.(55)), Vor §211, Rdn.76.
- (67) Neumann, a.a.O.(Ann.(55)), Vor §211, Rdn.78. ノイマンの見解に(5)は、Vgl. auch ders, Die Strafbarkeit der Suizidbeteiligung als Problem der Eigenverantwortlichkeit des ‘Opfers’, JA 1987, S.244. (5)は、ノイマンは次の二点について補足している。第一に、自由答責的な自殺であっても、自殺者の心変わりが明らかになった場合には直ちに、保障人には、二二二条(故殺)、二二三条(故殺の比較的重くない場合)のもとで、介入の義務が生じるとする。第二に、作為によって自殺行為に関与した場合に、先行行為に基づいて保障人義務が認められるべきか否かについて、先行行為に基づいて保障人義務を基礎づけることと、自由答責的な自殺者の自己答責性の原理とは両立しないことから、自殺に対して教唆・幫助をした者は、三二三条cの不救助罪の範囲内では可罰的とはならないとしている(vgl. Neumann, a.a.O.(Ann.(55)), Vor §211, Rdn.78)。なお、自殺行為者に対する不救助を不可罰とした場合と不救助罪の適用可能性の問題については、神山・『不作為共犯』(前掲註(7))一五八頁以下、参照。
- (68) Schönke/Schröder/Eser, a.a.O.(Ann.(39)), Vorbem. §§211ff, Rdn.41.
- (69) Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch mit Erläuterungen, 24.Aufl., 2001, Vor §211, Rdn.15. 同時にキュールは、判例が、意識を失うなどして自殺者が事象に対する支配を失うと共に、保障人が現にある救助可能性を行使しない場合の可罰性を認めていることを批判している。

(70) Key: aa.O.(Ann.(39)). S.45.

(71) ドイツの「臨死介助対案」(一九八六年)は、「他人の自殺を阻止しない者は、当該自殺が自由答責的で、明示的に表明されたかまたは諸般の事情から認識可能な、真摯な決断に基づいている場合には、違法に行為するものではない」という自殺の不阻止を不可罰とする規定を置いている。この対案については、松宮孝明「西ドイツの『臨死介助対案』とその基本思想」刑法雑誌二九卷一号(一九八八年)一六七頁、秋葉悦子「自殺関与罪に関する考察」上智法学論集三二卷二・三合併号(一九八九年)一七一頁以下、参照。その際、松宮・同一七六頁は、「対案は『自由答責的な決断』の範囲を判例よりも拡大する意図はなく、そのような決断に基づく自殺の場合にも保障人などに不作為の責任を負わせようとする判例を修正して『消極的臨死介助』の許容性を保障することに主眼がある」としている。

(72) 従来、警察庁は、コンピュータまたは電磁的記録を対象とした犯罪を「ハイテク犯罪」と呼称していたが、国際的動向等を踏まえて、その呼称を「サイバー犯罪」と改めた(警察庁編『警察白書(平成一六年版)』(二〇〇四年)一七八頁・注、参照)。そこで、本稿でも、同犯罪を「サイバー犯罪」と呼称することにする。サイバー犯罪の技術的側面と捜査上の問題を平易に解説したものととして、大橋充直『ハイテク犯罪捜査入門』(二〇〇四年)。

(73) 警察白書・前掲註(72)一七八頁、法務省法務総合研究所編『犯罪白書(平成一六年版)』(二〇〇四年)五五頁。

(74) 平成一五年のサイバー犯罪検挙件数の総数が一八四九件、そのうちネットワーク利用犯罪が六四九件である。他方、不正アクセス禁止法違反については一四五件、コンピュータ・電磁的記録対象犯罪については五五件である(警察白書・前掲註(72)一七八頁、犯罪白書・前掲註(73)五六頁、参照)。平成一五年のネットワーク利用犯罪の内訳は、多い順に、①詐欺、②児童買春・ポルノ処罰法違反、③青少年保護育成条例違反、④わいせつ物頒布等、⑤著作権法違反、⑥名誉毀損、⑦脅迫、となっている。その他、覚せい剤取締法違反等の薬物事犯、銃刀法違反、商標法違反もある(犯罪白書・前掲註(73)五六頁、参照)。ネットワーク利用犯罪の詳細、ないしその対策については、伊藤智「インターネット上の違法・有害コンテンツの現状と対応」警察学論集五三巻八号(二〇〇〇年)三七頁が詳しい。

(75) 後藤啓一「インターネット上の誹謗中傷、詐欺その他違法・有害情報の現状と対策について(上)」ジュリスト一一五九号(一九九九年)一一八頁、参照。

(76) 佐藤雅美「プロバイダーの刑事責任について」刑法雑誌四一巻一号(二〇〇一年)八七頁以下。

(77) プロバイダ責任制限法は、同法の規制対象者として「特定電気通信役務提供者」を規定しており（同法二二条）、そこには、営利目的をもつ電気通信事業者だけでなく、企業や大学の設備提供者や、電子掲示板を管理する個人も含まれるとされている（総務省電気通信利用環境整備室『プロバイダ責任制限法』（二〇〇二年）一九頁以下、参照）。なお、プロバイダ責任制限法については、大村真一ほか「インターネット上の他人の権利を侵害する情報の流通に対処」時の法令一六六五号（二〇〇二年）三二頁も、参照。大村ほか・同三六頁は、「本法律は、あくまでも規定されている要件に合致する場合について特定電気通信役務提供者が損害賠償責任を負わないことを規定したものであり、それ以外の場合については、何ら規定しているものではない」としている。

(78) 岩間康夫「動物病院対2ちゃんねる事件」大阪学院大学通信三四巻四号（二〇〇三年）一一頁は、プロバイダに責任が求められる背景として、「従来は名誉毀損を行なうにも、街頭でピラを配るとか、不特定多数の人に書簡を郵送する等……、行為者側にはそれなりの労力を要し、にもかかわらず名誉毀損的言辞が到達する範囲はかなり限定されたものであった。ところがインターネットの普及により、マスメディアに携わるわけでもない一個人が自宅でキーボードやマウス等の単純な操作のみにより、瞬時にして全世界に向けてメッセージを発信できるようになり、そのため被害者の権利侵害がはるかに重大なものとなってしまった」と指摘している。

(79) この努力義務規定については、片桐裕「風適法改正と今後の風俗警察行政の諸問題」警察学論集五二巻二号（一九九九年）一頁、廣田耕一ほか「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律の一部を改正する法律」逐条解説（三・完）警察学論集五二巻四号（一九九九年）九七頁、宮田三郎「警察法」（二〇〇二年）二三三頁以下、参照。もともと、風適法の規制範囲から自ずと、無料の映像、国外から送信される映像については、規制の対象とされることはない。

(80) 片桐・前掲註（79）一六頁以下、後藤啓二「コンピュータ・ネットワークにおけるポルノ問題（下）」ジュリスト一一四号八五頁。特に後藤は、自由の観点からインターネット上の規制に反対する見解に対して、一貫して「現実空間で違法なものインターネット空間でも違法」と強く主張している。この点に関しては、後藤啓二「インターネット上の誹謗中傷、詐欺その他違法・有害情報の現状と対策について（下）」ジュリスト一一六〇号（一九九九年）九六頁以下も、参照。

(81) プロバイダの刑事責任に関するドイツ学説については、vgl. Christian Pelz, Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Providern, ZUM 1998, S.530.; Gerald Spindler, Die Haftung von Online-Diensteanbietern im Konzern, CR 1998, S.745.; Ulrich Sieber,

Verantwortlichkeit im Internet, 1999,; ders. Die Verantwortlichkeit von Internet-Providern im Rechtsvergleich, ZUM 1999, S.196.

(82) 小向太郎「インターネット・プロバイダーの責任」ジュリスト一一七号(一九九七年)二四頁・註(5)、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト一一七号(一九九七年)七三頁。

(83) もっとも、わが国でプロバイダーの刑事責任が問題となった事例は、プロバイダー側の何らかの積極的な関与が認められる事例しかなく、違法なコンテンツを削除しなかったこと自体が問題となる「純粋な」不作為犯の事例は存在しない(この点については、山口厚「プロバイダーの刑事責任」法曹時報五二巻四号(二〇〇〇年)五頁以下(以下、同論文は「山口・プロバイダー」と引用する)、参照)。これに対して、民事判例ではそのような事案も認められる。例えば、電子掲示板に、動物病院に対する名誉を毀損する文言が書き込まれた事案に関する、東京地判平成一四(二〇〇二)年六月二六日判タ一一〇号九二頁、参照。

(84) 山口・プロバイダー(前掲註(83))三頁も、プロバイダーの刑事責任は、「より一般的にいえば、他人による違法行為に事後的に関与する者の責任が問題となる」としている。

(85) プロバイダーの保障人的地位を否定する見解として、園田寿「サイバーポルノと刑法」法学セミナー五〇一号(一九九六年)七頁以下、堀内捷三「インターネットとポルノグラフィ」研修五八八号(一九九七年)九頁以下、前田雅英「インターネットとわいせつ犯罪」ジュリスト一一二二号(一九九七年)八四頁、山中敬一「インターネットとわいせつ罪」高橋和之・松井茂記編『インターネットと法』(第三版、二〇〇四年)一一二頁(以下、同論文は、「山中・インターネット」と引用する)、真島信英「インターネット・プロバイダーの刑事責任」法学研究論集(亜細亜大学大学院)二六号(二〇〇二年)三三頁以下(ただし、堀内・同一頁、真島・同三七頁以下は、特別な真正不作為犯規定の新設を提案している)。

(86) 川崎知巳「サイバー・ポルノの刑事規制(二・完)」同志社法学二七一号(二〇〇〇年)一一頁、永井善之「サイバー・ポルノの刑事規制」(二〇〇三年)三〇〇頁、鎮目征樹「プロバイダー等の刑事責任」現代刑事法五七号(二〇〇四年)一八頁。

(87) 後藤啓二「コンピュータ・ネットワークにおけるポルノ問題(上)」ジュリスト一一四四号(一九九八年)一一二頁以下(以下、同論文は、「後藤・ポルノ問題(上)」と引用する)。

(88) 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。

- (89) 小向・前掲註(82) 二〇頁。
- (90) 片桐・前掲註(79) 一九頁。
- (91) 堀内・前掲註(85) 九頁は、結論としてプロバイダの刑法上の削除義務を否定するものの、その検討の際には、「不作為による幫助が成立するか」として、幫助の成否を対象にその可罰性について論じている。他方、佐久間修「最先端法領域の刑事規制」(二〇〇三年) 三五九頁以下(初出「電子取引と刑法」高橋和之・松井茂記編「インターネットと法」(第二版、二〇〇一年) 一七九頁) は、詐欺罪等(ネットワーク媒介型不正行為)について、「有害情報の拡散がプロバイダーなどの接続業者を営む者の協力なしには不可能である点に着目するならば、詐欺的な販売方法であることを知りながら仲介した場合や、消費者からの被害届があったにもかかわらず、あえて業務を継続した以上、その限度で従犯者としての責任を問いうる」とし、さらに「違法な情報の拡散を幫助した場合の因果性は、『その手段がなくても、犯罪実現が可能であった』という仮定的因果経過によって否定されるのではなく、当該プロバイダーが、違法な情報の流通を認識しながら、これを放置することにより発信者の犯行を容易にしたならば、従犯としての責任を認める上で理論的な障害はない」としている。
- (92) Vgl. auch Conradi/Schlömer, Die Strafbarkeit der Internet-Provider, NSZ 1996, 472ff. (同論文の紹介として、岩間康夫「インターネットプロバイダーの可罰性」法学研究(大阪学院大学) 二四卷一号(一九九七年) 七三頁)。石堂功卓「現代社会と刑事法学」(二〇〇四年) 一八二頁以下も、「プロバイダーがその違法コンテンツの内容を認識しており、あえて削除などの措置を講じていない場合に、不作為による共犯の成立を完全に否定できるか」というと、これにも疑問がある」としている。
- (93) 山口・プロバイダ(前掲註(83)) 八頁以下。もつとも、山口は、正犯としてのプロバイダの刑事責任を問えるのは、「他人が設置した違法コンテンツについて、プロバイダー自身がそれをいわば主体的に利用に供している」と見うる(山口・同一六頁) 限定的な場合にのみ認められるとしている。
- (94) 山中・インターネット(前掲註(85)) 一一一頁以下。
- (95) 渡邊卓也「電脳空間における接続業者の不作為と刑事的帰責」ソシオサイエンス(早稲田大学大学院社会科学研究所) 八号(二〇〇二年) 二四一頁。
- (96) 渡邊・前掲註(95) 二四一頁。

- (97) 鎮目・前掲註(86) 一九頁。
- (98) 永井・前掲註(86) 三〇五頁。
- (99) 永井・前掲註(86) 三〇五頁。
- (100) 永井・前掲註(86) 三〇五頁。リンク行為の可罰性に関する検討の詳細については、永井・同二二五頁以下、参照。
- (101) 永井・前掲註(86) 三〇六頁。
- (102) もっとも、永井・前掲註(86) 三〇六頁は、佐藤・前掲註(76) 九六頁・註(19)のいう、「犯罪的情報を含むホームページは情報の追加・更新によって法益侵害性を高める、あるいは被害を拡大させる場合も多いことを念頭に置けば、このようなホームページの放置について幫助犯としての検討の余地を否定しきれるかどうか、さらに検討が必要である」との指摘を受けて、プロバイダが、そのようなホームページを放置することにより、それらの情報の追加や更新を容易にし促進していると認められる場合の幫助成立の可能性について検討している。その結果、「例えばわいせつ画像を公開するサイトでもその内容の追加や更新は頻繁であり、またその背景には、プロバイダがこれらの画像の公表を停止させるために当該データを削除し、あるいはその記憶・蔵置者に対し警告を行うなどの措置を一向に講じないことで、当該サイトの開設・運営者が新たにわいせつ画像データを記憶・蔵置していくことを物理的にも精神的にも促進されているという状況を想定することができ」、このような場合には、「プロバイダにはなお不作为による幫助の可能性がある」としている。つまり、永井は、全体的に見て、プロバイダの放置行為がさらなるわいせつ画像の蔵置を誘引しているような場合には、幫助は否定されない、典型的に見て、プロバイダの放置行為がさらなるわいせつ画像の蔵置を誘引しているような場合には、幫助は否は、その第二蔵置行為に対する幫助として成立することまでを否定しているわけではないと主張している。
- (103) なお、正犯・共犯(幫助)両者の可能性を指摘する見解として、後藤・ボルノ問題(上)(前掲註(87)) 一一三頁、塩見淳「インターネットとわいせつ犯罪」現代刑事法八号(一九九九年) 三九頁、三島聡「サイバーボルノ事件」平川宗信・後藤昭編著『刑事法演習』(二〇〇三年) 一四七頁以下、斎藤信治『刑法各論』(第二版、二〇〇三年) 八〇頁。
- (104) AG München, Urt. v. 28. 5. 1998 = NJW 1998, 2836. 同判決を紹介するものとして、鈴木秀美「インターネット・プロバイダの刑事責任」法律時報七一九号(一九九九年) 一一六頁。
- (105) 当判決当時のドイツ刑法一八四条三項は、ハードボルノ文書頒布罪について、次のように規定していた。「暴力行為、見

童の性的乱用、又は人間と動物との性的行為を対象とするボルノグラフィ的な文書（一一条三項）を、一・頒布し、二・公然と陳列し、揭示し、観覧させ、若しくはその他見聞に供し、又は、三・それら若しくはそこから得られた部分を第一号若しくは第二号の意味において使用し、若しくは他人にそのような使用を可能にするために、製作し、注文し、供給し、貯蔵し、提供し、広告し、推奨し、本法の場所的適用範囲内に輸入すること若しくはそこから輸出することを企てた、者は、三年以下の自由刑又は罰金に処する」。

(106) ドイツでは近時、性的自由に対する罪について、刑罰を強化する方向での法改正がなされている。これについては、齋藤純子「性犯罪者に対する刑罰強化の動き」ジュリスト一〇五号（一九九七年）一二〇頁、宮澤浩一「ドイツにおける性犯罪対策法」捜査研究五六四号（一九九八年）七〇頁、齋野彦弥「立法問題としての性的自己決定の保護」現代刑事法四七号（二〇〇三年）二〇頁、内海朋子「日本における性犯罪処罰規定の問題点」亜細亜法学三八巻二号（二〇〇四年）四九頁、参照。なお、わが国においても、第一五九回通常国会（二〇〇四年）において、児童買春・児童ボルノ処罰法の一部改正法が成立している。この改正については、島戸純「児童買春、児童ボルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律」ジュリスト一二七四号（二〇〇四年）六一頁、同「児童買春、児童ボルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の一部を改正する法律」現代刑事法六六号（二〇〇四年）六〇頁、参照。同改正は、サイバー犯罪条約の批准に伴うものである。この条約については、加藤陽「サイバー犯罪に関する条約」ジュリスト一二七四号（二〇〇四年）八一頁、参照。なお、サイバー犯罪条約をめぐる児童ボルノ処罰について論じた論考として、木村光江「児童ボルノ処罰とサイバー犯罪条約」『河上和雄先生古稀祝賀論文集』（二〇〇三年）一六七頁。

(107) ここでは、藏置行為をした作為犯との共同正犯が問題とされているわけではない。共同正犯とされたのは、あくまで後行不作為犯としての、アメリカ本社と（被告人が取締役を務める）ドイツ子会社との間においてである。

(108) さらに被告人は、過失により青少年に有害な文書の頒布に関する法律にも違反するとされている。この点については、vgl. MMR 1998, 434ff. 結論として、被告人には、二年の自由刑（執行猶予付）が言渡されている。

(109) なお、ミュンヘン区裁判所は、「危険の発生が第三者に起因する場合にも、危険源に基づく義務は生じるとしている」（vgl. aa.O.(Anm.(104)), S.2837f.）。

(110) Vgl. aa.O.(Anm.(104)), S.2837f.

- (111) この点については、鈴木・前掲註(104)一一八頁以下、参照。ドイツでは、テレサービス法五条一項から三項によって、①サービス・プロバイダは、利用に供する自己のコンテンツについて、一般法律による責任を負う、②サービス・プロバイダが利用に供する第三者のコンテンツに責任を負うのは、自らが当該コンテンツを知った上、かつその利用を妨げるこ
とが技術的に可能であり、期待可能である場合に限る、③サービス・プロバイダは、その利用のためのアクセスのみを提
供している第三者のコンテンツには、責任を負わない、というように、その責任の範囲が明確にされている。テレサービ
ス法の詳細については、鈴木秀美「ドイツ・マルチメディア法制におけるプロバイダーの責任」*広島法学*二三卷二号(一
九九九年)一二七頁、参照。なお、テレサービス法は、マルチメディア法の中の単独法である。マルチメディア法の概
要については、石井五郎「マルチメディア法」*外国の立法*二〇四号(一九九九年)二三三頁、参照。他方、フランスにお
けるプロバイダの責任に関する議論については、清田雄治「フランスにおけるコミュニケーションの自由」*森英樹編「市
民的公共圏形成の可能性」*(二〇〇三年)三〇八頁、参照。
- (112) もっとも、この区裁判所判決に対しては、検察官・被告人双方から控訴がなされ、その結果、被告人は無罪とされてい
る。Vgl. LG München, Urt. v. 17. 11. 1999 = NJW 2000, 1051.
- (113) 当判決を批判するかたちで「幫助」とする見解も主張された(vgl. Irini Vassilaki, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit der
Dienstleister nach dem TDG, MMR* 1998, S.634; ders. *NSIZ* 1998, 521.; Claus Pätzelt, *CR* 1998, 627f)。しかし、それは「アメリ
カ本社との役割を比較した上で、幫助だと指摘しているにすぎないので、行為後幫助説として先に挙げた、当初の蔵置行
為者に対して幫助とする見解と同じ「幫助」説と整理することは妥当でない」。
- (114) Vgl. *Botke, a.a.O.*(Anm.(62)), S.33.
- (115) 山中・不作為幫助(前掲註(12))三四五頁、参照。
- (116) このとき保条は、Otfried Ranft, *Garantpflichtiges Unterlassen der Delikshinderung, ZStW* 94 (1982), S.828ffが不作為犯につ
いて示す、⑦「正犯行為が法益に対する侵襲の態様と範囲を決定するとともに、不作為犯を方向づけてその内容を形成」
する、⑧「法益侵害に向けた事態の進行を決定づけ、これにより保障人の具体的な作為義務を作動させる」とする見解を
参考にしてゐる。
- (117) 保条成宏「児童虐待に対する刑事処罰とその限界(一)」*中京法学*三八卷二号(二〇〇三年)八七頁以下。

(118) 保条・前掲註(117) 八六頁。このとき保条は、内田文昭『刑法Ⅰ(総論)』(改訂版「補正版」、一九九九年)三一頁のいう、「そもそも、不作為の『存在論的特徴』は、『幫助』的特性をもつものなのである。たとえば、幼児を溺れさせた自らの諸条件が、『正犯』的存在であって、救助にでない親の不作為は、これを支援する『幫助』的存在であるといつてよい」とする見解を受けている。他にも、内田・正犯と共犯(前掲註(2)) 三頁は、「すでに第三者の『作為』による法益侵害が開始されていた場合などでは、保障人の『不作為』による加功は正犯性を基礎づけられないのが普通であるといわなければならない。ここでは、『主たる責任』は誰が負うべきかが問題となり、法が、『作為』に出た行為者にこれを求めるのは、至極自然の事理に属することになるのである。ただし、『作為』は、『不作為』を凌駕する『力』を有するからである」とし、同様に、同『刑法概要(中)』(一九九九年) 五〇三頁も、「元来、『不作為犯』は、『幫助犯の実体』なのである」としている(同五〇六頁以下も、参照)。内田の示すこれらの理解に対しても、保条は好意的である。

(119) これに対して、高橋直哉「不作為による共犯」大学院研究年報法学研究科篇(中央大学) 二一号(一九九二年) 二〇二頁は、「一般論として不作為が作為よりも軽いものだとすると、必ずしも常に減輕されるべきものだとは限らない」としている。また、神山・不作為と共犯(前掲註(5)) 四八頁は、「不真正不作為のすべてが、作為犯の正犯および幫助犯よりも無価値性が軽いというのは問題がある」としていた。

[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。