

正犯となるための原理と 共犯の成立範囲(1)

平 山 幹 子

目 次

はじめに

I 正犯となるための原理 (以上本号)

II 共犯成立の前提条件

III 問題となる場面

むすび

は じ め に

本稿は、「正犯となるための原理」は少なくとも2つに区別して論じなければならぬことを示すとともに、そのような正犯原理の区別を前提にした場合、共犯の成立範囲はどのように示されうるのか、共犯成立の前提条件とそこから導きうる諸問題の解決方法について、考察するものである。

I 正犯となるための原理

(※) 本章では、不真正不作為犯の成立要件および不作為による共犯成立を

(※) 本章の内容の大部分は、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(成文堂・2005年) および刑法学会第84回大会個別報告を通じてすでに明らかにしたものであるが、

めぐる従来の議論をひとつの手掛かりに、つぎの2つのことを明らかにしたい。第1に、「正犯となるための原理」は少なくとも2つに区別して論じなければならないということ、第2に、作為犯であれ不作為犯であれ、正犯や共犯の成立にとって物理的な意味での因果力は重要ではないということである。

1 不作為犯をめぐる議論がもたらしたもの

最近まで日本では、いわゆる不真正不作為犯の成立要件と不作為による共犯の成立要件とは、かならずしも相互の関係を意識することなく論じられてきた。⁽¹⁾このことは、「正犯となるための原理」をめぐる日本の議論を複雑なものたさせてしまった一因となっているように思われる。端的に言えば、「正犯となるための原理」には、まさに「正犯のみを描き出

次章以降の検討を行う前提として、あらためて掲載することにした。

- (1) もっとも、最近では、不作為による共犯の問題について関心が高まっているように思われる。著書では、神山敏雄『不作為をめぐる共犯論』(成文堂・1994年)、論稿では、2000年以降のものだけで、以下のものをはじめ、多くの文献が見受けられる。日高義博「児童虐待と不作為犯」警察学論集53巻12号(2000年)、高橋則夫「不作為による幫助の成否」現代刑事法2巻6号(現代法律出版・2000年)105頁、斉藤彰子「不作為の共同正犯(1)(2・完)」法学論叢147巻6号(2000年)102頁、同149巻5号(2001年)25頁、阿部純二「不作為による従犯に関する最近の判例について」研修639号(2001年)、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34巻3号(2001年)、林弘正「児童虐待と不作為犯論」現代刑事法4巻9号(現代法律出版・2002年)32頁、林幹人「不作為による共犯」『刑事法学の現実と展開-斉藤誠二先生古稀記念』(信山社・2003年)317頁、山中敬一「不作為による幫助」『刑事法学の現実と展開』331頁、松尾誠紀「『不作為による共犯の限定化』について」北大法学論叢53巻6号(2003年)159頁、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56号(2003年)1頁、神山「不作為をめぐる共犯の新様相」現代刑事法5巻9号(2003年)45頁、島田聡一郎「不作為による共犯について(1)(2・完)」立教法学64号(2003年)1頁以下、西田典之「不作為による共犯」法学協会雑誌122巻第4号1頁以下など。なお、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(成文堂・2005年)71頁以下参照。

す原理」と、場合によっては狭義の共犯にとどまるものも含め、「負責の対象となるための原理」とが混ざり合って存在することを覆い隠してきたのである。

こういうことである。まず、不真正不作為犯に関しては、いわゆる保障人説、つまり、「不真正不作為犯は保障人的義務に違反した不作為が可罰的な作為と同価値であり、同置できる場合に成立しうる」という考えのもと、保障人的義務の発生根拠や作為との同価値性が論じられてきた。しかし、その際、念頭におかれていたのは、たとえば自分の子供に食べ物を与えず餓死させてしまった母親の責任が問題となるケースなど、被害者のほかには不作為の行為者しか登場しないものがほとんどであった。つまり、保障人的義務などの不真正不作為犯の成立要件は、多くの場合、単独正犯を基礎づける要素として論じられていたわけである。

他方、不作為による共犯に関しては、とりわけ、他人の犯罪行為を阻止しなかった者が少なくとも狭義の共犯として可罰的だといえそうな場合について、どのような基準によって正犯と共犯とを区別するのかが問題とされてきた。このため、「正犯ではない」という理由により共犯の成立が根拠づけられる場合には、作為と不作為との差異が目されることになり、不真正不作為犯の成立要件である保障人的義務や作為との同置は、考慮の外におかれていた。その一方で、不作為による共犯と不可罰の行為との限界づけに関しては、保障人的義務や作為との同置が、不作為による関与の可罰性を基礎づける基準として引き合いにだされた。しかし、その場合、保障人的義務や作為との同置の根拠づけが、「負責の対象となるための原理」としてではなく、単独正犯、つまり、「正犯のみを描き出す原理」として論じられてきたという側面は、かならずしも意識されずにいた。そのため、不作為による共犯成立に関しては、正犯と共犯の区別が問題となる場合であれ、共犯と不可罰の行為との限界付けが問題となる場合であれ、保障人的義務や作為と不作為との同置から妥当

論 説

な結論を得ることはできず、別の特殊な考察が必要であるかのような錯覚が引き起こされてきたのである。⁽²⁾

たとえば、こうである。不真正不作為犯の成立要件に関する最近の有力な考えは、保障人的義務の発生根拠として「排他的支配」、つまり、不作為者が不作為の時点で因果の流れを掌中に収めていることを要求している。これは、作為単独正犯の場合、行為者が因果の流れを掌中に収めていることが必要だという考えを前提に、作為と同じ条文で処罰される不真正不作為犯の場合も、同じ原理で説明しようとするものである。⁽³⁾

しかし、「排他的支配」を負責原理とする場合、他人の作為による犯罪を阻止しない者の可罰性はどのように説明されるのだろうか。この場合、因果の流れを掌中に収めているのは、作為の行為者である。そうすると、「排他的支配」という概念をそのまま用いる限り、不作為者にそれは認められないということになりそうである。しかし、他人の犯罪を阻止しなかったという場合を全面的に不可罰とすべきではないことに、異論を

(2) 林幹人・前掲注(1)321頁以下は、日本の学説においては、「不作為による共犯の場合には固有の正犯原理があるのではないか、あるとすれば、それはどのようなものか、ということが問題とされたのである。…中略…この問題については、まず、次の点に注意しなければならないと思われる。第一は、共同正犯も含めた広義の正犯と、狭義の共犯、すなわち、教唆犯・幫助犯をいかにして区別すべきか、という問題である。しかし、この問題とは別に、それ以前に、単独正犯と、共同正犯をも含めた広義の共犯をいかにして区別すべきか、という問題がある。この二つの問題はまったく異なるものであり、また、どちらも重要な問題である。…中略…このような、単独正犯と広義の共犯の区別が、不作為による共犯の場合にはとくに大きな問題となるのである。しかし、注意すべきことは、この区別の問題において、不作為による共犯の場合に固有の原理が存在するわけではないということである。」と指摘している。

(3) 堀内捷三『不作為犯論』（青林書院新社・1978年）260頁、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〕』（日本評論社・1988年）89頁以下、佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」『香川達夫先生古稀祝賀論文集』（成文堂・1996年）108頁以下、山口厚『問題探究刑法総論』（有斐閣・1998年）41頁、（東大出版会・2000年）162頁。

正犯となるための原理と共犯の成立範囲(1)

唱える見解はほとんど見当たらない。だとすると、「排他的支配」という基準は、共犯や共同正犯の成立が問題となる場面では役に立たないということになるのだろうか。

実際、日本の裁判例には、他人の犯罪を阻止しなかった不作為について、「正犯になるのか共犯にとどまるのか」を争い、かならずしも作為義務ないし保障人的義務に言及することなく共犯成立が認められたものもあれば、不作為による共犯における作為義務ないし保障人的地位の不存在を理由とした無罪判決も見受けられる。⁽⁴⁾ そうだとすると、この点についての負責判断の仕組を明らかにし、理論化を図ることは、学説に課された重要な課題となっているといえよう。

筆者には、こうした課題が解決される見通しは、「正犯となるための原理」の中に、「正犯のみを描き出す原理」と「負責の対象となるための原理」という、少なくとも2つの異なる原理が含まれていることを前提に議論を構築することで得られるように思われる。「排他的支配」という基準についていえば、それを否定するのではなく、「排他性」と「支配」という2つの視点が混在することを意識しつつ議論を構築することが有益だということである。そこで、以下では実際に、「排他的支配」という基準に含まれる2つの視点を区別して論じてみることにしよう。

2 排他的支配という基準

まず、「排他的支配」のうち、「排他性」という観点からは、他を排して犯罪を実現する単独正犯の成否のみを論じうると考えられる。別の言い方をすれば、「排他性」は「正犯のみを描き出す原理」だということである。

(4) 不作為による共犯の成否が問題となった従来の判例については、神山・前掲注(1)465頁以下で詳しく紹介されているほか、最近のものについては、山口厚編著『ケースアンドプロブレム』(弘文堂・2005年)348頁以下、さらに、平山・前掲注(1)193頁以下など参照されたい。

ある。これに対して、「支配」という観点からは、他の誰かと共に犯罪を実現する者、つまり、正犯だけでなく、共犯や共同正犯の成立を根拠づけることができる。「支配」は分量を問題にできるからである。別の言い方をすると、複数の関与者が共同あるいは分担することによって侵害経過を「支配」する場合、関与者らはそれぞれによる「支配」の分量にしたがって正犯あるいは共犯、共同正犯として処罰されうるといことである。その意味で、「支配」は「負責の対象となるための原理」だといえよう。

それでは、「排他性」や「支配」はどのようにして基礎づけられるのだろうか。「正犯になるための原理」としての「排他性」および「支配」の内容と、両者の関係について考察してみたい。

2.1 「支配」という基準

はじめに、正犯と共犯、あるいは共同正犯といった様々な共犯関係を捉えることが可能な「支配」という概念に目を向けてみたい。「支配」によって特徴づけられる正犯・共犯・共同正犯は、一般に、支配犯 (Herrschaftsdelikte) と呼ばれている。ここで「支配」は、通常、作為犯を念頭に論じられている。なぜなら、支配犯は構成要件が外界の事象の変動についての経過を記述する場合であり、外界の事象を変動しうるのは、因果力を有する作為だと考えられるからである。こうした考えを前提にすると、「支配」とは、本来的な意味での因果力を軸とする「現実的な行為支配」だということになる。同じ理由から、本来的な意味での因果力を持たない不作為関与者に認められる「支配」は、「潜在的な(行為)支配」であると説明されたりもする。その結果、故意の作為犯に不作為で関与した場合、不作為者の潜在的な支配よりも作為者の現実的な支配が優先することになり、不作為関与者は原則幫助になる、という結論が導かれる。⁽⁵⁾

(5) Vgl. Bernd Schünemann, Zur Kritik der Ingerenz-Garantenstellung, GA 1974, S.231, 233ff.; Wilhelm Gallas, Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989, S.49f. 松生

正犯となるための原理と共犯の成立範囲(1)

しかし、故意の作為犯に不作為で関与した者はつねに幫助にしかならないのだろうか。つぎのようなケースでは、関与が不作為であっても、ただちに幫助の責任にとどまると考えてよいわけではない。たとえば、Xがもう1人の関与者Yとともに被害者を痛めつけ、それに続いてYが被害者の首を絞めて死なせてしまった際、XはYの犯行を阻止しなかったという場合である。こうした事案について、少なくとも日本やドイツの判例は、犯罪実現に至る経緯にかんがみて共同正犯が成立しうることも含めて判断している。⁽⁶⁾つまり、結論的には不阻止を幫助と評価した場合でも、「不作為なので幫助になる」という考え方がなされているわけではない。

そこから、「支配」の内容を「(本来的な意味での)因果力」を軸に構築することが適切なのか、疑問が生じる。結果との因果関係が明らかな作為について(故意など)他の処罰要件に欠けるところがなくとも、共犯にすらならない場合すら見受けられる。日本には、つぎのような判例がある。脱税の手助けになることを知りながら軽油を安く買った行為について共同正犯または幫助犯として起訴された関与者に対し、「自己の利益を追求する目的のもとに取引活動をしたことの結果にすぎない」として無罪が言い渡された⁽⁷⁾というものである。またドイツでは、客の酩酊運

光正「不作為による関与と犯罪阻止義務」刑法雑誌36巻1号(1996年)150頁。

(6) Vgl. BGH NStZ 1985, 24. 大阪高判昭和62年10月2日判例タイムズ675号246頁。また、正犯を阻止しなかったという関与者について共同正犯の成立を認めた近時の裁判例として、自身の妻である被害者の母親が被害者を殺害しようとした際、自分の方をみて「止めへんかったら、どうなっても知らないからね」といったが、自らも被害者に死んでほしいという気持ちがあったために制止しなかった父親について、殺人罪の共謀共同正犯を認めた大阪高判平13・6・21判タ1085号292頁など。これらに関する詳細は、平山・前掲注(1)86頁以下および202頁以下を参照されたい。

(7) 熊本地判平成6年3月15日判決判例時報1514号169頁。本判決は、軽油取引税の徴税の仕組みを利用してその脱税を敢行した脱税犯行グループから、このよう

転に対する飲み屋の主人の責任が問題となった事案について、危険を「作出し、または共同で作出した」者は結果回避の保障人であるという公式は「社会的に通常のもので公衆からは是認されている態度には」妥当しないこと、したがって、許される営業をしている飲み屋の主人に、処罰の前提である保障人的地位を認めるのは妥当でないことが、判例や多くの学説で認められている⁽⁸⁾。最近では日本でも、飲酒運転につながることを知りながらタクシー運転手にアルコールを提供した飲食店店員の責任が問題とされているところ、その場合も、そもそも幫助犯として起訴するのに値するかどうかの判断は迷われている⁽⁹⁾。つまり、負責の対象となりうるかどうかの判断にとって、事実的な因果力の有無は決定的な要素となっているわけではない⁽¹⁰⁾。

な犯行の意図を知りつつ通常よりも安い値段で軽油を購入した被告人の行為が、右犯行グループの実行した軽油取引税不納付罪の共犯（共同正犯または幫助）にあたるとして起訴された事案に対し、①被告人は「単なる取引当事者」としての地位にとどまること、および、②犯行グループとこのような地位にある被告人は「必要的共犯類似の関係」にあり「必要的共犯の理論」が「類推」されることを根拠に、被告人は共同正犯にも幫助犯にもならないとしたものである。本件については、豊田兼彦「必要的共犯についての一考察（3）」立命館法学265号（1999年）88頁以下参照。

- (8) BGHSt 19, 152ff.; BGHSt 4, 20ff., 22. これらに関しては、平山・前掲注(1) 49頁以下、87頁以下ほか。
- (9) 2006年6月14日、日本経済新聞大阪朝刊16頁によると、常連客の長距離トラックの運転手に飲酒運転になるのを分かっているながら生ビールなどを出したとして、ラーメン店の女性店員が道路交通法違反（酒気帯び運転）の幫助容疑で書類送検されている。
- (10) ここで指摘した事案は、いわゆる「中立的行為による幫助」の問題として、近時、ドイツおよび日本で詳細な検討が加えられるようになっており、この問題を扱った2000年以降の日本の文献だけでも、たとえば以下のようなものを指摘することができる。松生光正「中立的行為による幫助(1)・(2)完」姫路法学27・28合併号（1999年）203頁以下、同31・32合併号（2001年）237頁以下、島田聡一郎「広義の共犯の一般的成立要件——いわゆる『中立的行為による幫助』に関する近時の議論を手がかりとして——」立教法学57号（2001年）44頁以下、安達光

2.2 「支配」の判断材料

では、何が「支配」の有無や程度の判断にとって決定的なのだろうか。だれがどの程度「支配」しているのか。これに対する有力な考えは、「支配」は侵害経過において関与者が果たした役割に応じて相対的に決まる、というものである。これは、関与者の行為の意味は文脈によって変化しうることに配慮した考えともいえよう。なぜなら、たとえば、先ほど述べたケースについてはこう考えられるからである。Xがもう1人の関与者Yとともに被害者を痛めつけたのに続いて、Yが被害者の首を絞めて死なせてしまった際、XはYの犯行を阻止しなかったという場合、Xの行為の個別的な意味は「痛めつける。しかし、殺さない」というものだが、出来事全体の文脈から客観的に定まる意味は「痛めつけ、場合によっては殺害する」だといえるような場合もある、と。そのため、共犯としての共同がどこまで及ぶかは、先行する危険の範囲が関与者の実際の認識に従わないのと同様に、一面的な認識からは決められず、一連の流れの中で先行犯罪の共犯者は彼の関与によってどのような許されない危険を設定したのか、それに対処する義務は何時終了するのかによって判断されるべきである、⁽¹¹⁾と。

このように関与者の役割を考慮することは、共謀共同正犯の成立を

治「客観的帰属論の展開とその意義について(4)完」立命館法学273号(2001年)1957頁以下、高橋則夫「共犯の処罰根拠論の新様相」現代刑事法5巻9号(2003年)36頁、豊田「中立的行為による幫助と共犯の処罰根拠——共犯論と客観的帰属論の交錯領域に関する一考察——」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』(成文堂・2006年)551頁以下、照沼亮介「共犯の処罰根拠論と中立的行為による幫助」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』569頁以下など。これらの研究については、後述IIであらためて言及することとしたい。

(11) Vgl. Günther Jakobs, Theorie und Praxis der Ingerenz, Günther Jakobs/manual Cancio Meliá, El sistema funcionalista del derecho penal, 2000, S.156f.; Heiko Lesch, Die Begründung mittäterschaftlicher Haftung als Moment der objektiven Zurechnung, ZStW 105, 1993, S.271ff. 平山・前掲注(1)205頁以下。

「重要な役割を果たしたこと」によって根拠づけようとする日本の裁判例に馴染み、一定の説得力を持ちうる。もっともそうすると、「正犯となるための原理」としての「支配」はきわめて規範的に捉えられるべきものであるということになる。では、「規範的に捉えられるべきもの」とはどのようなものなのか。上述の有力説では「許されない危険を設定した関与者は、そこから害が生じないよう配慮しなければならない」という点が重要であることを前提にすれば、ここで妥当する規範とは、「他人を侵害してはならない」という市民の本来的義務⁽¹²⁾を内容とし、行動の自由の対価として、生じた結果についての法的責任を基礎づけるものだと考えられる。それ故、「支配」とは、「行動の自由が存在したかどうか、それはどの範囲でなのか」という問いのもと、「有無」と「範囲」が論ぜられるべき「領域」のことだといえよう。

2.3 「排他性」という基準

それでは、「排他性」についてはどのように理解できるだろうか。もちろん、「他を排斥している」ことと「自律的に支配している」ことが完全に重なり合う場合もある。そのため、「正犯なのかどうか」という判断であれば、「支配」と「排他性」とを区別する必要はないといえるかもしれ

(12) 裁判例における共謀共同正犯の認定については、小林充・香城敏磨編『刑事事実認定（上）判例の総合的研究——』（判例タイムズ社・1992年）341頁以下、比較的最近の例としては、東京地判平成10年6月12日判タ1006号286頁、東京地判平成10年8月19日判時1653号154頁、大阪地判平成11年4月22日判時1687号157頁、高松高判平成12年7月18日判時1732号149頁、東京高判平成16年7月14日商事法務1712号46頁等。役割の重要性などに基づいた総合判断を行う見解やその課題については、照沼亮介『体系的共犯論と刑事不法論』（弘文堂・2005年）118頁以下、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂・2003年）220頁以下、亀井源太郎『正犯と共犯を区別するということ』（弘文堂・2005年）94頁以下など参照されたい。

(13) Vgl. Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 28/16, 29/29ff.; ders., Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S.19ff.; ders., Tun und Unterlassen im Strafrecht, 1ff. 平山・前掲注(1)133頁以下参照。

正犯となるための原理と共犯の成立範囲(1)

ない。しかし、さらに幫助や共同正犯としても処罰されるのかどうかを判断する場合、視点の区分は必要不可欠である。そもそも他者との共犯関係、つまり、分担可能な「支配」が認められるのか、それとも、他の関与者の関与形態とは無関係に直接責任を問われうるのか、つまり、何らかの意味で「他を排斥している」といえるのかの判断がはじめに存在し、「支配」が肯定される場合についてのみ、共犯関係、つまり、「支配」の分量が問題となりうるからである。

別の言い方をすれば、「排他性」に関しまずもって問題にしなければならないのは、行為者が「単独で」「支配」しているわけではないが、他の関与者の責任範囲に関わらず、正犯としての責任を負うといえそうな場合だということである。たとえば、監視人のいるプールで溺れる子供を救助せずに放置していた親の責任が問題となるケースである。こうしたケースで、親は「親だから」という理由によって競合する他の関与者らの中から取り出されて特殊排他的に責任を問われる。この特殊排他性はどこから導き出されるのだろうか。また、たとえば、直接的には秘書が相手方とともに段取りを決め受け取ってきた賄賂についても、公務員は収賄罪の正犯として端的に責任を問われうる。ここで、公務員を収賄罪の間接正犯だとしてしまうと、秘書、すなわち、規範的障害のある者が間接正犯の道具にすぎないこと⁽¹⁴⁾の理由が説明できない一方で、公務員については直接的に正犯の責任を問いうる根拠も明らかではない。検討し

(14) 間接正犯の成立要件も同じ規定で処罰される直接正犯のそれと同じであり、「行為者が、誰の行為も介さずに結果を直接自らの手で引き起こした場合、彼の行為は各則の構成要件該当性を満たし、単独正犯と評価されるべき」だとすると、「他人の行為が介在した場合にも、当該構成要件の結果について、このような直接的結果惹起と同視できる関係が存在している限り、背後者を単独正犯としてよい」とし、そこから「自律的決定を介しないで結果を実現したこと」を間接正犯の「1つの重要な判断基準」とするのは、島田「間接正犯と共同正犯」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第1巻』(2006年)447頁。また、林幹人「『間接正犯』について」『現代社会型犯罪の諸問題(板倉宏博士古稀祝賀)』(勁草書房・2004年)88頁

なければならないのは、こうした問題なのである。

この点、周知の通り、「構成要件に前置される刑法外の特別義務を侵害する者だけが正犯となりうるような犯罪」を「義務犯 (Pflichtdelikt)」とよび、「義務犯」は原則正犯であるとして、「支配犯」、すなわち「支配」を負責の重要な要素とする犯罪と区別するドイツの見解が注目に値する⁽¹⁵⁾。もっとも、ここで不作為犯の保障人的義務をすべて「特別義務」だとして不作為犯をすべて「義務犯」とする見解は、不作為による「支配犯」つまり、共犯の成立を認める日本の実務や議論状況に馴染まない。「排他性」は、作為犯についてはもちろんのこと、不作為犯についてもその内部で「支配」という観点からは捉えきれない特別な負責範囲、端的に言えば、「正犯のみを描きだす原理」でなければならない。その意味で、「排他性」は、他人と共働ないし分担できるがゆえに他人の関与形態を考慮しなければならないような事実的コントロールを内容とするものではない。そうではなくて、規範的な内容のもの、それも、「他人を侵害してはならない」という「支配犯」のネガティブな規範とは異なる視点か

は、「狭義の間接正犯性としての「支配」「自由」はむしろ、背後者と媒介者の関係の問題とすべきもの」とする。「排他性」の検討は、これらの指摘を踏まえつつ、さらに、自律的決定ないし直接手を下した者が介在しても、ダイレクトに背後者の責任を問いうる——ある意味特殊な——ケースについて、その根拠を探るものである。

- (15) Vgl. Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7. Aufl. 1999, S.352ff., Günther Jakobs, *Strafrecht AT*, 2. Aufl., 1991, 28/16. なお、ドイツにおける近時の「義務犯」をめぐる議論については、Javier Sánchez — Vera, *Pflichtdelikt und Beteiligung — Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen*, 1999 が詳しい。これは、「義務犯」をめぐる議論を本格的に検討したモノグラフィーとして位置づけられる。なお、「義務犯」について検討・紹介した日本の研究としては、中義勝「いわゆる『義務犯』の正犯性」佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰(上)』(有斐閣・1968年)463頁以下、同・「クラウス・ロクシン『正犯と行為支配』」法学論集15巻2号172頁以下・同3号273頁以下がある。詳しくは、平山・前掲注(1)138頁以下参照。

正犯となるための原理と共犯の成立範囲(1)

ら法的責任を基礎づけるものである。「親は子供を保護しなければならない」とか「公務員は職務行為の純粋性を守らなければならない」といったものが具体例であるのなら、ここで妥当する規範は、誰にでも向けられているわけではない。また、何らかの場合にだけ向けられているわけでもない。そうではなくて、家族や諸々の制度など、当該社会を成り立たせている要素のために、一定の法益を保護することが期待されている人に対してだけ恒常的に向けられた「すすんで保護しなければならない」というポジティブな規範、つまり、制度的で特別な義務を内容とする。したがって、「排他性」とは、「その犯罪によって害される制度が存在したかどうか、その制度を守ることが恒常的に期待されているのは誰か」という問いのもと、特別義務の存在と、保持者の一身専属的な責任を捉える基準であるといえる。

2.4 「排他性」基準の射程

それゆえ、たとえば、児童虐待事例において、内縁の夫が自分の子供を虐待するのを阻止しない母親の責任を問うような場合、親としての特別義務、つまり、子供を保護し家族という制度を護るべき特別な役割を果たさなかった点を処罰の根拠とするのであれば、不作為による幫助の責任を問うべきではない。そうではなくて、問えるとしたら、正犯的な責任だけである。もっとも、それがどの範囲で可能なかは別の問題である。たとえば子供が死に至った場合、「排他性」という観点からすると、保護責任者遺棄致死罪や傷害致死罪等の正犯として問責することが理論

(16) むろん、具体例はこれらに尽きるわけではなからう。たとえば、規制対象者の範囲が問題とされているインサイダー取引は、会社の役員・従業員などがその立場上知った重要な情報が公表される前にその会社の株式の売買を行うこと等を禁止するものであるが、こうした証券取引法上の規制などに目をむけると、一定の者が一定の立場にあるがゆえに特別な規範が向けられているといえそうなケースは、少なからず見受けられるように思われる。後述Ⅱ・Ⅲで、あらためて検証することにした。

的には可能である。しかし、最終的にどの罪責になるのかをただちに特定することはできない。特別な役割に違反する振舞いによって各構成要件の予定する「正犯性」を満たしたかどうか、違反した特別な役割の内容や役割違反の態様、さらに行為者の故意の内容を、各構成要件の射程と照らし合わせながら別途判断するほかないのである⁽¹⁷⁾。

このことは同時に、「排他性」という観点から捉えられるのか否か、つまり、義務犯になるか否かは、規定の型式よって直ちに判断されうるものではないということの意味する。義務犯と支配犯の区別は、不作為犯と作為犯の区別に一致しないのはもちろんのこと、真正不作為犯とそれ以外の区別、あるいは、身分犯とそれ以外という区別に一致するものでもない。当該行為者がどのような形で当該構成要件を実現したのかによる。別の言い方をすると、たとえば、身分犯であっても、義務犯かつ支配犯として実現されうる場合もあれば、義務犯としてのみはじめて実現している⁽¹⁸⁾と言えそうな場合もあるということである。

2.5 「排他性」と「支配」の重なり合い

もちろん、特別な役割の違反について問責できる場合もできない場合も、「支配」という観点から、幫助、すなわち共犯としての責任に目を向けることは可能である。当該行為者が義務犯として犯罪を実現したということは、彼が支配犯としても犯罪を実現しているということ退ける事情ではないからである。「排他性」と「支配」とは別個の観点であるが、行為者の責任自体は「排他性」という観点からも「支配」という観点からも論じうる。「支配」という基準を満たすことは「負責の対象になる」ことを意味し、——つねに「排他性」基準を満たすわけではないが——同時に「排他性」という基準を満たす場合があること、つまり、単独で何らかの「正犯になる」ことを否定しない。また、「排他性」という基準

(17) 具体的には、後述Ⅱ・Ⅲで。

(18) こうした諸々の実現形態と刑法65条との関係についても後述Ⅱ参照。

正犯となるための原理と共犯の成立範囲(1)

を満たすこと、つまり、なんらかの「正犯になる」のなら、およそ「負責の対象とな」っているのであって、——つねに「支配」基準を満たすわけではないが——同時に支配犯として広義の共犯の責任に目を向けたとしても、矛盾しないのである。

重要なのは、共犯、つまり、「排他性」ではなく「支配」という観点から責任の範囲を論ずる場合には、「共犯として支配を分担していたこと」の基礎づけ、つまり、特別な役割違反とは別の（支配の存在と分量を根拠づける）根拠を明らかにしなければならないという点だけである。別の言い方をすると、「排他性」という観点から義務犯としての責任を問われる行為者については、彼が「支配」という観点からも責任を問われうる実態を備えているのでなければ、通常共犯関係は論じ得ないのではないかということである。多くの場合、——親や公務員など——特別な役割に違反することによって「排他性」基準を満たす行為者は、行為自由の対価としても結果責任を問われうる。つまり、「支配」基準を満たす。したがって、「支配」の分量によって他者との共犯関係を論ずることも可能である。しかし、「排他性」という観点からしか捉えられない行為者の責任については、別であるように思われる。⁽¹⁹⁾

3 正犯原理と保障人的義務

以上のように、「正犯となるための原理」には「正犯のみを描き出す原理」と、狭義の共犯にとどまるものも含め、「負責の対象となるための原理」とが混ざりあって存在することを意識しつつ従来の状況を眺めなおすと、つぎの点が明らかになる。すなわち、「排他的支配」という基準によって基礎づけられようとしていた保障人的義務や正犯あるいは共犯の責任も、無意識のうちに2つの区別された視点から描写されていたことである。同時に、「正犯のみを描き出す原理」であれ「負責の対象となるた

(19) 詳細は、後述Ⅱで検討することにした。

めの原理」であれ、「正犯となるための原理」は物理的な意味での因果力の有無を内容とするものではないということである。それゆえに、「正犯となるための原理」、つまり、正犯・共犯の成立範囲は、作為犯および不作為犯を通じて統一的に論じることができる。これは、不真正不作為犯の成立に作為との同価値性や同置を要求してきたこれまでの日本の議論⁽²⁰⁾からしても、無理のない帰結だといえよう。

もっとも、そうすると、「正犯となるための原理」としての保障人的義務の位置づけと内容、その具体的な発生根拠との関係が問題となる。なぜなら、これまで保障人的義務は、不真正不作為犯成立のための特殊な要件、要するに、作為犯の成否とは無関係のものとして論じられてきたからである。

3.1 作為犯と不作為犯の負責根拠の統一性

しかし、作為犯の負責根拠との関係については、さほど問題はないように思われる。上述したように、「正犯となるための原理」としての「支配」でさえも、その内容は「他人を侵害してはならない」という市民の本来的義務の違反として、作為および不作為の責任を基礎づけると考えられるからである。そもそも、保障人的義務を不作為犯の特殊な成立要件とする考えの根底にあるのは、物理的な因果力の有無に着目した作為と不作為の区別である。つまり、不作為は作為と構造が異なるので、不作為を作為と同じように処罰しようとするれば、保障人的義務という特別な処罰要件によって作為との差異を補う必要がある、というものである。しかし、作為と不作為を構造的に同置しようとするれば、不作為の因果力を証明する以外に方法はないはずである。また、それ以上に、作為と不

(20) たとえば、松生光正「不作為による関与と犯罪阻止義務」刑法雑誌36巻1号(1996年)142頁、松宮孝明「不作為と共犯」中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レヴィジョン刑法・共犯論』(成文堂・1997年)187頁、山口厚「プロバイダーの刑事責任」法曹時報52巻4号(2000年)8頁、松宮『刑事立法と犯罪体系』(成文堂・2003年)77頁など。

正犯となるための原理と共犯の成立範囲(1)

作為との構造的差異は、負責にとって重要ではないと考えられる。むしろ、保障人的義務を作為および不作為に共通する負責原理として位置づけ、その内容を明らかにすることが必要だといえよう。共通の負責原理であれば、それに違反した可罰的な作為や不作為の同価値性を基礎づけるからである。

このような理解は、「排他的支配」と言う基準によって作為犯と同価値の不作為犯を描写しようとしてきた従来の議論にも馴染むであろう。また、「正犯となるための原理」である保障人的義務は、「支配」、すなわち、市民の本来的義務に由来するものと、「排他性」、すなわち、制度的な特別義務に由来するものによって構成されると考えることで、作為犯および不作為犯を通じて正犯および共犯の成立要件を矛盾なく説明することも可能となろう。

3.2 具体的な発生根拠との関係

もっとも、不作為犯の保障人的義務については、従来、「排他的支配」をはじめ、法律、契約、先行行為など、様々な発生根拠が論じられてきた。また、作為犯については、いわゆる相当因果関係説の相当性判断の方法という形などで、どの範囲で当該結果についての責任を認めるべきかが論じられてきた。それに対して、「支配」および「排他性」ないし「市民の本来的義務」および「制度的な特別義務」は、これまで義務発生 of 具体的な基準とされてきた諸々の事情を考慮することによって明らかにされるべき「犯罪の実現形態」ないし「実現された犯罪の性質」を示すものである。その意味で、諸々の具体的な基準の規範的根拠を示すものでしかない。しかし、だからといって、作為犯であれ不作為犯であれ、2つの異なる視点から正犯というものを描きうるという指摘の意味が失われるわけではない。別の言い方をすると、様々な作為および不作為の行為者を処罰の対象とする諸々の規定の適用範囲を論ずる場合、それらの規定が、行為自由の対価としてだけでなく、一定の特別な立場にある

論 説

人が恒常的に役割を果たすことによって維持されるべき制度を前提に適用されるのであれば、それを踏まえたうえで各種規定の解釈を論ずることが、必要かつ有益だということである。

そこで、次章では、「正犯となるための原理」から共犯となるための前提条件に視線を移し、ここまでの議論の射程を実際に検証してみることにしたい。