

「義務犯」について（一）

——不作為と共犯に関する前提的考察——

平 山 幹 子

目 次

はじめに	もつづく犯罪・制度的管轄にもつづく犯罪の区別
第一章 作為犯・不作為犯の区別と支配犯・「義務犯」の区別	二 ネガティブな義務とポジティブな義務
第一節 ロクシンによる「義務犯」論の展開	三 組織化管轄にもつづく義務・制度的管轄にもつづく義務と作為犯・不作為犯の区別の関係
一 「義務犯」概念	四 「義務犯」の正犯資格
二 二つの帰結	五 「義務犯」領域の拡大と縮小
三 支配犯における不作為	第三節 小 括
四 不作為による「行為支配」	第一章 「義務犯」をめぐる論争
五 不作為による関与	第二章 不作為と共犯
第二節 ヤコブスによる「義務犯」論の展開	むすびにかえて
一 支配犯・「義務犯」の区別と組織化管轄に	

はじめに

一 本稿は、不作為と共犯をめぐる諸問題、とりわけ、不作為犯における正犯・共犯の区別問題を論ずる上での前提的考察として、いわゆる「義務犯」をめぐる議論¹⁾を検討し、右の問題を論ずる上での視座を得ようと試みるものである。

二 不作為犯における正犯・共犯の区別問題の主要な関心は、他人の犯罪行為（故意の作為犯）を阻止しなかった者について保障人的地位を肯定しうる場合に、(1)不作為による共犯（幫助）が成立し得るのか、(2)それはいかなる区別基準によるのかにある²⁾。ドイツでは、ヴェルツェルやアルミン・カウフマンら目的的行為論者が、「結果回避義務を負う保障人の不作為は、不作為正犯の前提をすべて充たしているので、幫助となることはない」として、「不作為犯については統一的正犯概念が妥当する」との考えを主張したことや、ドイツ刑法二三条が不作為による共犯の問題についての立場決定を留保していることから、(1)の問題についてもなお争いがある³⁾。これに対し、わが国では、他人の犯罪の阻止については不作為による共犯（幫助）が成立し得るし、その際には、「当該不作為による構成要件の実現が作為によるそれと同視できることが罪刑法定原則から要請された不可欠の条件である」との考えが、判例を中心に認められている⁴⁾。要するに、わが国では、不作為による正犯と共犯の区別は可能であって、不作為による共犯は作為による共犯と同視できる場合に成立する、と考えられているのである。

このようながわが国の考えそれ自体は、妥当であると思われる。というのも、わが国では、不真正不作為犯は、作為による構成要件の実現と同価値であり同置できることを条件に同じ作為犯規定の適用を受けるのだから、作為犯と不作為犯とで正犯概念が異なるわけにはいかず、また、同価値や同置という要件からすれば、正犯と共犯の区別基準も、

作為犯と不作為犯とでパラレルになさなければならないはずだからである。⁽⁵⁾

問題は、作為犯と不作為犯とでパラレルな正犯・共犯の区別基準とはどのようなものなのか、である。解答に際しては、さしあたり、作為犯の領域で妥当する正犯原理ないし正犯・共犯の区別基準はいかなるものなのか、それは不作為犯においても維持されるのかを明らかにする必要がある。⁽⁶⁾この点、わが国でもドイツでも、作為犯における正犯・共犯の区別基準は「行為支配」である、との考えが主流であるといつてよい。「支配」概念の理解は様々であるとしても、いずれにせよ「行為支配」が正犯・共犯の区別を方向づける唯一のキー概念ないし基本原理であると考えられているのである。⁽⁷⁾

しかし、「行為支配」はすべての犯罪に妥当しうる正犯原理なのだろうか。「支配」の内容に巾を持たせたとしても、作為犯および不作為犯の正犯性が「支配」によってくみ尽くされるのだろうか。近時、ドイツでは、「特別義務の侵害」を正犯性の核心的要素とする犯罪があるとして、これを「義務犯」と呼び、「行為支配」によって正犯性が基礎づけられる「支配犯」とは異なる取扱いをしようとする理論が展開されている。ロクシン、ヤコブスらによる「義務犯」論である。⁽⁸⁾この理論のそもそもの目的は、それによって種々の共犯理論を裏切り多しものにするにあるところ、不作為犯論との関わりにおいても、重要な貢献をなしているものであるとされている。⁽⁹⁾

右のような「義務犯」論について、わが国の議論は、あまり目を向けずにいるように見える。⁽¹⁰⁾その背景には、「特別義務の侵害」を犯罪の中核に据える理論に対する抵抗感や懸念、「身分犯」とは別に、「義務犯」というカテゴリーをあらたに認めることの意義についての疑問等があるように思われる。⁽¹¹⁾

しかし、右のような懸念や疑問が正当であったとしても、「義務犯」を検討する意義が損なわれるわけではない。この理論が「支配」概念を中心とした従来の正犯理論の限界を問題とし、また、作為犯・不作為犯を貫く正犯原理の構築を試みようとしている点は、作為犯の領域で妥当する正犯原理ないし正犯・共犯の区別基準はいかなるものなのか、それは不作為犯においても維持されるのかを軸に論じられる不作為と共犯の問題に関して、とりわけ多くの示唆をもたらすものと予想できるからである。

三 それ故、本稿は、近年ドイツにおける「義務犯」論の展開およびそれをめぐる議論を検討し、正犯・共犯の区別問題をはじめ、不作為と共犯をめぐるいくつかの問題を論ずる上での方向性を探究することにした。

(一) Vgl. Roxin, Täterschaft und Täterschaft, 7. Aufl. 1999, S. 352ff.; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl. 1991, 28/16. なお、ドイツにおける近時『義務犯』をめぐる議論については、Javier Sanchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung: zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999 が詳しい。右は『義務犯』をめぐる議論を本格的に検討したモノグノフナーの位置づけられる。Vgl. Roxin, a. a. O., S. 696.

なお、『義務犯』について検討・紹介したわが国の研究としては、中義勝「いわゆる『義務犯』の正犯性」佐伯千似博士還暦祝賀『犯罪と刑罰』(一九六八)四六三頁以下、同・ウラウス・ロクシン『正犯と行為支配』法学論集一五巻二号一七二頁以下・同三二七三頁以下がある。⁽¹²⁾

(二) 同様の指摘をするのは、松生光正「不作為による関与と犯罪阻止義務」刑法雑誌三六巻二号(一九九六)一四二頁、松宮孝明「不作為と共犯」中山研一・浅田和茂・松宮孝明『レイジション刑法―共犯論』(一九九七)一八七頁、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)八頁など。

(三) 平山幹子「不真正不作為犯について——『保障人説』の展開と限界——」立命館法学二六三号三三七頁以下、同二六四号一四〇頁以下参照。

(四) 不作為犯における正犯と共犯の区別問題について論じているわが国の主要な文献として、注(一)で挙げたもの他に、中義勝「刑法上の諸問題」(一九九一)、神山敏夫『不作為をめぐる共犯論』(一九九四)、大野平吉「不作為と共犯」刑法基本講座第四卷(一九九二)一〇九頁以下、阿部純二「不作為による従犯」(一九九七)刑法雑誌一七巻三・四号一頁以下、一八巻一・二号七八頁以下、斉藤誠二「不作為と共犯」ロースクール一四号(一九七九)一三頁以下、宮澤浩『刑法の思想と論理』(一九七五)一〇九頁以下、山中敬一『刑法総論Ⅱ』(一九九九)八四八頁以下、高橋則夫「不作為による幫助犯の成否」現代刑事法二巻六号(二〇〇〇)一〇四頁以下などがある。

不作為による共犯(幫助)の成立が問題とされたわが国の判例には、①大判昭和三年三月九日刑集七卷一七三頁(投票干渉幫助)、②大判昭和十三年四月七日刑集一七卷二四四頁(詐欺幫助)、③大判昭和一九年四月三〇日刑集一三卷八一頁(詐欺幫助)、④福岡高判昭和十五年八月一日判特二卷二二三頁(密輸幫助)、⑤高松高判昭和二十八年四月四日高刑特三六卷九頁(窃盜幫助)、⑥最判昭和二十九年三月二日裁判集九三卷五九頁(公然猥褻罪幫助)、⑦名古屋高判昭和三十一年一月一〇日裁特三卷五五〇一四八頁(放火幫助)、⑧東京地判昭和三十四年二月二十八日判時一八五〇三五頁(傷害幫助)、⑨高松高判昭和四〇年一月二二日下刑集七卷一頁(傷害幫助・銃砲刀剣類等所持取締法違反幫助)、⑩大阪地判昭和四十四年四月八日判時五七五号九六頁(不動産侵害幫助)、⑪大阪高判昭和六十二年一月二〇日判タ六七五号二四六頁(殺人幫助)、⑫大阪高判平成二年一月二三日判タ七三二号二四四頁(売春防止法違反幫助)、⑬東京高判平成十一年一月二十九日判時一六八三号一五三頁(強盜致傷幫助)、⑭釧路地裁平一年二月二二日判時一六七五号一四八頁(傷害致死幫助)、⑮札幌高裁平成二年三月一六日判時一七一七号一七〇頁などがある。(4) (7) (12) (13) (14)は無罪判決。(15)は(14)の控訴審である。もっとも、これらのうち正犯・共犯の区別基準について正面から論じたものは見当たらない(ただし、(7)では放火行為の不阻止について共同正犯の成立も問題にされ、(11)では被告人の不作為を「作為によって人を殺害した場合と等価値なもの」とは評価し難し、いとして殺人幫助とされた)。いずれにせよ、わが国の判例は、不作為による共犯の成立余地を認め(これに対し、結果回避義務に違反する不作為はすべて正犯であり不作為による共犯の成立余地はない)と主張する Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 300ff.; Walzel, Das deutsche Strafrecht AT, 11. Aufl., 1963, S. 222; Grünward, Die Beteiligung durch Unterlassungen, GA 1959, S. 111ff.) また、不作為による幫助と「同視」する(12)を必要としている(12)では、不作為による幫助犯が成立するための一般的要件の一つとして「要求される作為義務の程度及び要求される行為を行うことの容易性等の観点からみて、その不作為を作為による幫助と同視し得る」とが必要とされている。

(5) 平山「不真正不作為犯について——『保証人説』の展開と限界——」(二)、立命館法学二六四号一四〇頁以下、山口・前掲注(2)論文八頁以下、松崎・前掲注(2)一九〇頁。

(6) なお、不作為犯に関しては「保障人的義務」の内容が「監視的保障」か「保護的保障」かによって、正犯か共犯かを区別する見解もある。Vgl. Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und Garantenpflicht, 1972, S. 259ff.; Schönke-Schröder-Cramer, StGB Kommentar, 25. Aufl., 1997, Vor §§ 251f., Rdn. 103ff.; 中・前掲注(4)書三三〇頁以下山中・前掲注(4)書八四八頁。しかし、後に本文で示すように、この見解では義務の種類にしがた取り扱いの区別自体は妥当であるが、なせ義務の区分が正犯と共犯の区分に結びつくのかについての理論的根拠は乏しく感じられる。

(7) Vgl. Walzel, ZStW 58, 1939, S. 543; ders., Das Deutsche Strafrecht Lehrbuch, S. 100f.; Maurach-Gössel-Zipf, Strafrecht AT, 2. Teil, 7. Aufl., 1989, S. 247ff.; Gallas, Täterschaft und Teilnahme, in: Materialien zur Strafrechtsreform, I. Band, 1954, S. 121ff.; ders., Straßbares Unrechtlassen im Falle einer Selbstörung, JZ 1960, S. 649ff., 683ff.; ders., Studien zum Unterlassungsdelikt, 1989, S. 92ff.; Ranft, ZStW 94, 1983, S. 815ff.; Kielwein, GA 1955, S. 225ff.; Jeschcke/Weigand, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, S. 651ff., 689ff.; Schönke-Schröder-Cramer, a. a. O., Vor §§ 251f., Rdn. 62ff.

なお、「行為支配」を正犯・共犯の一元的な区別基準ないし不可欠の正犯メルクマールであるとする立場から、行為支配論を網羅的に検討したものでなく、橋本正博『行為支配論』と正犯理論。(11000)に注目される。

(8) 前掲注(1)の諸文献参照。

(9) Vgl. Sánchez, Pflichtdelikt, S. 25f.

(10) 注(1)に挙げた中論文以外に、正面から「義務犯」について論じたものは見当たらないように思われる。右の中論文の「義務犯」論への評価はむしろ否定的である。もっとも、「義務犯」論は比較的あたらしい理論であり、ドイツでも「の理論を正面から検討したモノクミニョーは Sánchez 注(1)以外で見つけるとは困難であると思われる。Vgl. Sánchez, Pflichtdelikt, S. 19.

(11) なお、橋本・前掲注(7)書五九頁以下および中・前掲注(1)論文四七一頁以下参照。

第一章 作為犯・不作為犯の区別と支配犯・「義務犯」の区別

本章では、まず、「義務犯」論の創始者であるロクシンの「義務犯」構想⁽¹⁾を示す(第一節)。「義務犯」概念がどのよう⁽²⁾に定式化され、関与理論において「行為支配」となびぶ独自の地位を「えられたのか、その目的は何であったのかを明らかにすることが目的である。

つぎに、右のちりなロクシンによる「義務犯」論のさらなる展開として価値の認められるヤコブスの「義務犯」構想⁽²⁾を取り上げる(第二節)。ここでは、「義務犯」構想にもとづく不作為犯の取扱いに見られるロクシンの差⁽²⁾を

「義務犯」にこぼ(1)(平山)

よびそれが不作為による共犯の取扱いに『える影響に注目する』と記した⁽³⁾。

- (1) わが国でロクシンによる「義務犯」構想を紹介・検討したものとて、中義勝「いわゆる義務犯の正犯性」佐伯千敏博士還暦祝賀『犯罪と刑罰(上)』(一九六八)四六三頁以下、岡・クノヲサス・ロクシン「正犯と行為支配」法学論集二五巻一冊一七頁以下、同刊『一七三頁以下』
- (2) この点については、ロクシン自身も述べておられる。Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 7. Aufl., 1999, S. 704.
- (3) 「義務犯」論を検討して、ロクシンもそのマニフェストである「義務犯」論の展開を明らかにしたものとて、Javier Sánchez-Vera, Pflichtdelikt und Beteiligung - Zugleich ein Beitrag zur Einheitslichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen, 1999, S. 22-47 參照。46 Roxin, Täterschaft, S. 696, 705.

第一節 ロクシンによる「義務犯」論の展開

一 「義務犯」概念 ロクシンによれば、「義務犯 (Pflichtdelikt)」とは、「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構成要件⁽¹⁾」のことである。それは、従来、身分犯 (Sonderdelikt) と呼ばれてきたものと同様内容を等しくするものである。そして、「義務犯」という名称はその名称で呼ばれる犯罪の本質的構造に由来し、その正犯性を認定するための核心的要素を表すものであるとされる⁽²⁾。詳しくは、以下の通りである。

まず、ロクシンは、犯罪行為の正犯を「具体的な行為事象の中心形態」と定義する。しかし、ロクシンによれば「この中心形態は、全犯罪について同じ基準でつきとめられるわけではない。ほとんどの犯罪では、立法者は正犯行為 (Tathandlung) を可能な限り明確に記述しており、正犯とは、その条文ごとに記述された行為事象を支配する者である。ここで、支配関係の判断基準は、法律で定められた構成要件に書かれた事象であり、ロクシンによれば、このような基準の妥当する犯罪が「行為犯」あるいは「支配犯」と呼ばれるものである。たとえば、ドイツ刑法二四九条

+

の強盗罪では、「人に対する暴力をもって、あるいは身体もしくは生命にとつての現在の危険をもってする脅迫を用いて、自己または第三者が不法に領得する目的で、他人の動産を他者から奪取した者」と書かれているところ、そのような記述された事象を支配した者が正犯であるとされる⁽³⁾。

以上の説明を前提に、つぎにロクシンは、「行為支配」という基準以外のものを正犯基準とする犯罪が存在するかどうかを検討する。そして、たとえば、公務員による供述の強制に対する処罰規定であるドイツ刑法三四三条を例におおむねつぎのように説明する。刑法三四三条は正犯者 (行為者) が公務員であることを要求しており、そうでないものが「行為支配」を有していたとしても正犯とはならない。それ故、ロクシンによれば、特別な正犯資格を伴う構成要件を立法者が形成したところでは、「行為支配」は、犯罪行為の中心形態という概念の統一的原理ではない⁽⁴⁾。すくなくともそのような構成要件に関しては、立法者は正犯行為の外部的な性質ではなく、行為者によって請け負われた社会的役割——たとえば、公務員としての役割——の給付要求に制裁の根拠をおいたと考えられるとされる⁽⁵⁾。こうしてロクシンは、そのような犯罪を「義務犯」と名付け、先に述べた支配犯と区別するのである。

たとえば、非公務員が公務員に無理やり供述の強制をさせたという場合、通常ならば、彼は事象に対する「行為支配」を有すると考えられる。しかし、刑法三四三条は、公務員が取調べをなすにあたり、供述の強制をした場合のみを罰しているので、彼は、本罪の正犯者とはならない。ここで、三四三条の正犯となるために必要なのは、ロクシンによると、公務員としての身分ではなく、その (公務員としての) 役割を侵害したこと、つまり、公務員が彼に与えられている適切な審問をなすべき具体的かつ特別の義務を侵害したことである。同様のことは、刑法三〇〇条の秘密漏示罪や二六六条の背任罪、刑法三四〇条や三四八条、三五〇条以下の真正あるいは不真正公務員犯罪についても当てはまるとされる。すなわち、刑法三〇〇条の主体となる医師や弁護士は、その職務において具体的に取り扱った事

項に関する沈黙義務を侵害した場合にのみ問題とされ、この関係を離れたところにまで本罪の効力は及ばない。また、刑法三四〇条で、公務員は、その職務の執行にあたり虐待におよんではならないという公法上の義務に違反するが故に、通常よりも刑が加重されるといふ。⁶⁾

ロクシンによれば、以上のような犯罪は、いずれも、構成要件の実現にとつて「特別義務の侵害」を必要としているという点で一致している。つまり、立法者は、これらの犯罪に関しては、関与者の間ですでに確定されている刑法外の義務を引き合いに出しているものであり、そのような刑法外の特別義務を有することによって、義務保持者を行為事象の中心形態としてとられる。⁷⁾ それ故、ロクシンは、右のような犯罪を「義務犯」と呼び、ここでは「行為支配」ではなく、「特別な義務の侵害」が正犯基準であるとす。⁸⁾ 「義務犯」とは、「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構成要件」であるというロクシンの「義務犯」概念は、以上のように説明される。

二二つの帰結 では、ロクシンが右のような「義務犯」概念を提唱した目的は何であろうか。その答えの一つは、「義務犯」概念を展開することによつて^①共犯論および^②不作為犯論の領域でロクシンが導いたつぎの二つの帰結に見いだすことができる。

まず、^①共犯論において導かれた帰結は、つぎの通りである。まず、ロクシンによれば、共犯論では、一般に、構成要件問題が重要であるとされる。^⑩ すなわち、関与者の態度が犯罪の記述に包摂されえない場合、つまり、構成要件的記述によれば関与者は正犯になりえないとされる場合には、教唆および幫助が問題とされる。この点、ロクシンによれば、「義務犯」の場合、正犯態度の外見ではなくて、刑法外の義務が重要となる。そこから、つぎのような結論が導かれる。すなわち、義務を侵害するような行為のみが構成要件該当となることができ、また、義務を侵害する

者はつねに構成要件該当的で、それ故、正犯的に行動しうる。非身分者が正犯とされることはない。要するに、共犯とは、何らかの方法で、正犯性を根拠づける刑法外の特別義務を侵害することなく、構成要件充足に加担した者のことであるという結論が導かれる。^⑪

つぎに、^②不作為犯論において導かれた結論については、以下の通りである。そこでは、まず、作為と不作為との区別に関して、このように説明される。つまり、「義務犯」における可罰性の根拠が行為者に担われた社会的役割の侵害に存在するとすれば、可罰性判断に際して、義務の侵害が作為によつて生じたか不作為によつて生じたかは、明らかに同じであるとされる。^⑫ たとえば、囚人を自由にさせたいと望む看守が、義務違反的に積極的な作為によつて監獄の扉を開くか、あるいは、命令に反して扉を閉めずにいるかは、逃走援助罪(ドイツ刑法三四七条)の構成要件にとつて、まったく異ならないというのである。^⑬ このことから出発して、ロクシンは「不作為犯はすべて義務犯である」という結論を導く。より詳しくは、以下で示す通りである。^⑭

三 支配犯における不作為 ロクシンの見解によれば、立法者が行為の精密な記述を行った構成要件が存在する場合、それは、原則として、支配犯である。構成要件に該当する行為の明確な記述にもかかわらず、そのような構成要件は、一般的な見解によれば、作為のみならず、刑法二三条のもと、不作為によつても実現されうる。その場合、一定の外部的態度、つまり、構成要件において精密に指定された態度によつて犯罪が実現されたかどうかは、重要ではない。^⑮ たとえば、鉄道官が二台の列車の衝突を誤つたポイントの切り替え(作為)によつて引き起こしたか、ポイントの切り替えをしなかつたこと(不作為)により引き起こしたかは、同罪である。ここで関連する構成要件では、原則的に——特別な刑法外的な義務をまったく示さないの——「義務犯」ではなく、——特定の精密にスケッチされた態度が提示されているので——「通常の」支配犯が問題となるが、もちろんこの支配犯は、不作為によつても行

われづるとされる。⁽¹⁶⁾

四 不作為による「行為支配」 しかし、不作為によって、表現形式的に従えば支配犯であるものが行われた、という場合における関与の適切な区別基準の問題に関しては、ロクシン自身、以下のようなジレンマに気づいている。すなわち、一方で、考慮されるべき構成要件——たとえば、身体傷害、財の侵害等々——は支配犯に見合った文言内容であるために、そのかぎりで多様な関与形式の区別基準として「行為支配」という概念を引き合いに出さねばならないが、他方で、不作為犯においてはまったく支配は認められず、少なくとも作為犯の領域で妥当していた支配概念をそのまま使用するわけにはいかない。というのも、経過の重要な支配は積極的な態度を前提としているが、そのような積極性は不作為による可罰的行為にはまったく存在せず、したがって、事件経過は不作為によって支配されないからである。⁽¹⁷⁾

この問題を解決するにあたり、ロクシンは、つぎのような見解について検討している。すなわち、介入可能性という意味での潜在的な「行為支配」、あるいは、社会的行為支配という意味で修正された「行為支配」概念によって、不作為犯における「行為支配」を説明しようとする見解を検討している。

まず、介入可能性による「行為支配」の基礎づけについては、連邦裁判所が「結果回避の可能性のみが不作為者の行為支配を基礎づける」と主張している。⁽¹⁸⁾

しかし、これに対してロクシンは、おおむねつぎのように述べて反対する。すなわち、かりに結果防止の潜在的支配が実際の「行為支配」を意味しているとすれば、結果回避の可能性を有する者はすべて不作為による正犯者となり、行為経過においてまったく従属的な意義しか持たない者であっても、作為的介入により結果を回避しえた場合には行為支配者とみなされるのだから、教唆や幫助は存在しないことになる。たとえば、自殺に対する不可罰的幫助は、不

作為によって、要求による正犯的な殺人へと変えられてしまう。ロクシンによれば、このような考えは、結局のところ、結果防止の潜在的支配に加えて保障人的地位という要件が加わることによって正犯の成立を認める見解に行き着くことになるという。⁽¹⁹⁾

つぎに、社会的行為支配によって不作為犯における「行為支配」を説明しようとする見解によると、たとえば、(1) 母親がその子供を飢死させた場合、社会的にみて、母親は子供を「殺した」のであり、事象を支配しているとされ、母親が十分に子供を養った場合には、あたりまえのことをしたものと評価される。これに対して、(2) 水中に落ちてしまった子供を助けなかった父親については、社会的判断によっても父親は子供を殺したのではなく、結果を回避しなかっただけであるとされ、かりに父親が子供を助けた場合には、その父親は賞賛される。つまり、社会的行為支配によって説明しようとする見解では、(1)の場合(母親の例)のように、一定の行為をすることが社会的機能の枠内にある場合には、そのような行為の不作為は実質的に作為と同一のもの、つまり、社会的行為支配を有するものと考えられ、(2)の場合(父親の例)のように、一定の行為が事故等のアクシデントの是正のために法秩序によって命ぜられている場合は、その不作為は社会的意味の上でも秩序の不回復、つまり、単なる不作為であって、右のような意味での社会的行為支配は認められないとされる。⁽²⁰⁾

しかし、ロクシンによれば、(1)の場合のみ支配を認めること、つまり、それを原理とする正犯の認定は、誤りである。もし、(2)のような場合に「行為支配」が認められないとすれば、實際上、ドイツ刑法二二条(殺人罪)の正犯として処罰されると考えられているつぎのような場合についての説明ができなくなるからであるとされる。すなわち、たとえば、溺れかけている水泳者を死に至らしめた海水浴場の監視員がドイツ刑法二二条の正犯者として処罰されることを説明できなくなってしまうからであるという。というのも、監視員に対する非難は、殺人行為(作為)では

なくて、救助の不作为について向けられているからである。社会的行為支配という基準によると、救助の不作为は正犯とはならず、もし作為の正犯者が存在しない場合には、その可罰性も欠けることになってしまうのである。しかし、ロクシンによれば、不作为の通常事例は、概して、⁽²⁾の場合のように、非日常的事情によって迫ってくる侵害に対するエネルギーを投入しなかったという事例である。にもかかわらず、社会的行為支配という基準では、そのような事例において不作为者の正犯性が基礎づけられなくなってしまうし、作為の犯罪行為者が関与しない場合には、その可罰性も基礎づけられないことになってしまうが、ロクシンによれば、そこで不作为者の刑事責任が存在することは明らかであり、さもなければ、不作为理論全体がラディカルなものへと変えられてしまう。それ故、不作为者を正犯者たらしめるのは、(右で言及したような意味での)社会的行為支配ではなく、結果回避義務とならざるを得ないというのである。⁽²¹⁾

五 不作为による関与 以上がロクシンによる「義務犯」概念と、そこから導かれる共犯論および不作为犯論における帰結である。もっとも、ここで重要なのは、そこでの基本的考えにもとづけば、本稿が注目する不作为と関与の問題、とりわけ、故意の作為犯に対し不作为で関与したという場合がどのように説明されるかである。

ロクシンによれば、すでに示したように、不作为による関与は原則正犯として評価される。しかし、たとえば、一身専属的な「義務犯」や加重された支配犯への関与において、結果回避義務はあっても一定の構成要件を正犯的に充足しえない場合には、正犯は成立しえず、不作为による共犯が成立するとされる。ここで、不作为による共犯が成立する積極的理由は、「行為支配」を有する作為者が介在する場合、不作为者はつねに「義務犯」の正犯としての側面と支配犯の幫助者としての側面という二重の側面を持ち、通常ならば競合原理にしたがって正犯の背後に退いている幫助者(共犯)としての性質が、不作为者が構成要件を正犯的に充足しえない場合には表面に現れてくるからである

といふ。⁽²²⁾ロクシンの場合、作為であれば支配犯である犯罪の場合、それは、作為犯としては支配犯であるが不作为犯としては「義務犯」であるという二重構造を有し、それぞれ別個の正犯概念が妥当する。そして、不作为正犯は、作為正犯と社会倫理的反価値性という性質においては同置されるが、責任の程度や当罰性の点では同置されえないのであり、「行為支配」を有する作為犯が介在する場合、不作为正犯は作為幫助と同じ重さで処罰されうるとされる。⁽²³⁾つまり、ロクシンの場合、作為の行為者に対し、不作为で関与する保障人は、不作为の正犯として幫助の刑で処罰され、作為で関与する場合には、作為犯への幫助としてのみ処罰されることになるのである。

しかし、右の説明には、いくつかの問題が指摘されている。その最も重要な指摘は、関与が作為であれば共犯が成立するのに不作为であれば正犯が成立するという説明は、たとえ量刑に関する矛盾を回避しているとしても、同一の関与行為についての評価矛盾であることは変わらない。作為と不作为が価値的に同置できるものであっても当罰性の点で同置できないというのは、両者の同置ないし同価値性を無視することになってしまう、⁽²⁴⁾というものである。

また、不作为による関与についての右のような問題点を別にしても、ロクシンの「義務犯」構想には、つぎのような問題が存在することが、ロクシン自身によって指摘されている。すなわち、特別な「義務」の存在はどのようにして明らかになるのか、どのような「目的論的解釈」によって具体的な構成要件の解釈は導かれるのか、なぜ「刑法外の特別な義務」が犯罪の——可罰的な——構成要件、つまり、刑法内の現象に影響しうるのかである。⁽²⁵⁾

これらの問題に対する一つの答えは、この区別の目的、とりわけ、共犯論の諸問題の説明にある。しかし、次節では「義務犯論のさらなる展開についての今日までのもっとも重要な貢献」とロクシンが認めるマクノブスの「義務犯」構想を概観し、そこでは右の諸問題の解決策が用意されているか、用意されているとすれば、それはどのようなものかを明らかにすることにした。

第二節 ヤコプスによる「義務犯」論の展開

一 支配犯・「義務犯」の区別と組織化管轄にもとづく犯罪・制度的管轄にもとづく犯罪の区別 ヤコプスによれば、「義務犯」とは、「ポジティブな義務」の違反である「制度的管轄にもとづく犯罪」のことであり、支配犯、すなわち、「ネガティブな義務」の違反である「組織化管轄にもとづく犯罪」と区別される。つまり、支配犯と「義務犯」とは、それぞれの責任根拠によって区別される。支配犯では、組織化自由と結果責任の引き換えという観点から、結果について自由な組織化をなしていた者に負責されるのに対して、「義務犯」では、社会において重要性を有する制度の維持という観点から、制度に由来する「特別な義務」を有する者に負責されるのである。この区別は、作為犯と不作為犯との区別には結び付かない。そして、支配犯では、正犯とは、組織化管轄を有している者、つまり、被害結果を組織化していた者のことであるのに対して、「義務犯」では、制度的管轄を有していた者、つまり、被害法益との制度的な結びつきを侵害した者が正犯とされる。その結果、支配犯では「だれの組織化自由の結果なのか」ということや組織化の「量」が問題となるのに対して、「義務犯」では、制度に由来する「特別な義務」の侵害が重要であって、それはつねに一身専属的に行なわれるため、「量」は問題とならない。別の言葉で言えば、支配犯では正犯と共犯の区別が可能であるのに対して、「義務犯」では、つねに正犯が成立するとされる。¹⁾

このように、ヤコプスの見解では、「義務犯」は、その責任根拠において支配犯と区別され、支配犯とは異なる正犯原理ないし概念が妥当するとされる。そして、この区別は、作為犯・不作為犯のそれぞれについてなされる。詳細は、以下で示す通りである。

二 ネガティブな義務とポジティブな義務

すでに示したように、ロクシンの場合、「義務犯」を基礎づける

「特別な義務」の由来や位置づけについては、ロクシン自身も認めるように、かならずしも十分に説明されていない。この点、ヤコプスによれば、「義務犯」を基礎づける「特別な義務」の侵害、すなわち、「制度的管轄にもとづく義務」である「ポジティブな義務」は、「義務犯」の責任根拠そのものであるとされる。そして、それが責任根拠となり得る理由、つまり、法的義務である理由や、支配犯の責任根拠である「ネガティブな義務」との関係についても説明がなされている。

そこではまず、支配犯を基礎づける「ネガティブな義務」が法的義務であることから説明される。すなわち、ヤコプスによれば、人間の生活におけるあらゆる秩序、つまり、あらゆる社会秩序は、少なくとも「他の人格を侵害してはならない」というすべての人格に課せられた義務を含む。この「他の人格を侵害してはならない」という禁止を遵守するために他の人格との間で必要とされる関係を、ヤコプスはドイツ観念哲学の用語法にしたがって、ネガティブな関係と呼ぶ。このネガティブな関係は、合法性の最低条件であり、それは法的秩序が問題となるかぎり自明であるとされる。すなわち、社会が法に適合した状態に至るための条件は「他人を人格として承認すること」であり、この承認の最低限の内容は、他人を侵害したり傷つけたりしないという規範であるという。つまり、法秩序の最低条件が、他人とのネガティブな関係を維持し、他人の自律性をとどめなければならぬという「ネガティブな義務」であるために、「ネガティブな義務」は、市民の本来の義務として格付けされ、それに違反した態度への責任を根拠づけるとされるのである。²⁾

そして、ヤコプスによれば、社会の秩序は、右のような「ネガティブな義務」だけが必要とするわけではない。他の人格と共同世界を形成し、その意味で、他の人格とのポジティブな関係に足を踏み入れるべき義務、すなわち、「ポジティブな義務」も必要とする。たとえば、親とは、子供を殺害したり怪我させたりしない人のことであるとい

うだけでは不十分であり、子供を育て庇護しなければならぬ人、つまり、子供と共同世界を形成する人のことなればならない。ヤコプスによれば、このようなポジティブな関係およびそれに向けられた義務は、社会のアイデンティティーの決定に不可欠な制度に由来する。そのため、「ポジティブな義務」は、「ネガティブな義務」の前提であるとされる。したがって、「他人と共同世界を形成する」人と他人とのポジティブな関係は、それぞれの社会を存続させたための条件であって、それを内容とする「ポジティブな義務」は、法的義務に属するとされる。

要するに、ヤコプスによれば、重要なのは、社会形成に不可欠な要素の保護であり、それは人格と人格のネガティブな結びつきの保護およびポジティブな結びつきの保護によって可能になる。したがって、ネガティブな関係の保護を内容とする「ネガティブな義務」およびポジティブな関係の保護を内容とする「ポジティブな義務」は、法的義務であり、それぞれの義務に違反した態度への負責を根拠づける。また、社会のアイデンティティーを決定する諸制度から導かれる「ポジティブな義務」は、「ネガティブな義務」の前提であるという点で、「ネガティブな義務」と「ポジティブな義務」は社会の形成に関連付けられ、それ故に理論的な区別基準になりうるとされる。⁽³⁾

三 組織化管轄にもとづく義務・制度的管轄にもとづく義務の区別と作為犯・不作为犯の区別との関係 つぎに、「ネガティブな義務」および「ポジティブな義務」は、それぞれ「組織化管轄にもとづく義務」に違反した作為・不作为および「制度的管轄にもとづく義務」に違反した作為・不作为によって侵害されるのであり、支配犯と「義務犯」の区別は作為犯と不作为犯との区別に結びつかないことについては、つぎのように説明される。

まず、ヤコプスのいう「組織化管轄にもとづく義務」とは、「これを簡単に言うならば、「自分の自由な態度から生じた結果についての責任は、自分で負わなければならない」という義務のことである。つまり、行動の自由としての組織化自由と引き換えに、被害についての責任を負担せねばならないというものである。」⁽⁴⁾

ヤコプスのいう「組織化」とは、その管理や権限が自分だけに帰属されるという意味での排他的な支配のことであり、自分の組織化領域には、たとえば、自分の身体や所有する土地、家、車、動物、機械などが含まれる。そのような組織化領域を自由に形成すること引き換えに、その領域を他人にとって危険の無い状態に保たねばならないというのである。それ故、ヤコプスによれば、「組織化管轄にもとづく義務」は、「他人を侵害しない」というネガティブな関係を保護すべき「ネガティブな義務」を内容とし、その違反は、「ネガティブな義務」の違反として負責を根拠づけるのである。

そして、この「組織化管轄にもとづく義務（ネガティブな義務）」に関しては、侵害を実行に移すことの禁止のみが問題となるのではなく、侵害を孕んだものを抑制するかあるいは完全に取り消すことの命令も問題になるとされる。つまり、「組織化管轄にもとづく義務（ネガティブな義務）」は、人が積極的に襲いかかるといった作爲によっても、他人にとって危険なプロセスを取り除かないという不作为によっても侵害されるといえる。たとえば、獐猛な犬の飼い主は、自由な組織化としてその犬を所有している。また、車を運転する人は、自由な組織化として自動車運転をしている。そのため、自分の自由な組織化として獐猛な犬を所有する人は、その犬が他人に害を与えないように配慮しなければならぬし、害を与えた場合には救助しなければならぬ。同じように、組織化自由として自動車を運転する運転手は、加速するとか減速しないとかという作爲や不作为によって他人に害を与えることのないよう配慮しなければならぬし、害を与えてしまった場合には、救助しなければならぬというのである。ヤコプスによれば、右の場合に車の運転手が作爲や不作为によって他人に害を与えないよう、配慮したり救助したりせねばならない理由は、自由な組織化をなす者は、彼の組織化の結果について責任を負わねばならず、逆に、結果を考慮しない者は、他人に管理されねばならないからである。したがって、「ネガティブな義務」は、人格による組織化自由との引き換えによつ

て形成され、また、それは作為および不作為によって侵害されるといっているのである。⁽⁴⁾

つまり、「制度的管轄」も「つく義務」とは、「一般的に、または特定の危険に対して、一定の法益を保護しなければならぬ特別な」義務のことである。別の言葉で言えば、社会の存続にとって必要とされる一定の役割を持続的に果たす義務のことである。ヤコブスによれば、何が「制度的管轄」も「つく義務」となるかは、抽象法や社会形態の分析によって導かれる。したがって、「制度的管轄」も「つく義務」は、共同世界の形成に向けられた、社会のアイデンティティーを決定する「ポジティブな義務」を内容とし、その意味で、「ポジティブな義務」を基礎づけるものである。

そして、このような「制度的管轄」も「つく義務」(ポジティブな義務)、「つまり、共同世界に関する義務に関して、それが作為で救助することの命令として具体化するのか共同性の条件を破壊することの禁止として具体化するのかは、どうでもよいことであるとされる。つまり、作為犯・不作為犯の区別は、重要ではないのである。たとえば、他人の財産の管理人は、権限のない者から金庫の鍵を返すように要求しない場合(不作為)も、鍵を権限のない者に譲渡した場合(作為)と同じように背任罪を犯しているとされる。また、友人の可罰的行為を義務に反して時効にせしめた(不作為)検察官は、義務に反して進行中の手続を停止した(作為)場合と同様、職務上の犯罪庇護罪を犯している。つまり、「制度的管轄」も「つく義務」(ポジティブな義務)、「も、「組織化管轄」も「つく義務」(ネガティブな義務)とまったく同じように、それを侵害した作為および不作為の負根拠になるとされる。⁽⁵⁾

「ネガティブな義務」を基礎づける「組織化管轄」も「つく義務」および「ポジティブな義務」を基礎づける「制度的管轄」も「つく義務」を以上のように説明することによって、ヤコブスは「組織化管轄」も「つく犯罪」、すなわち、支配犯と、「制度的管轄」も「つく犯罪」、すなわち、「義務犯」との区別は、作為犯と不作為犯との区別には

+

結び付かず、いずれの場合も作為および不作為によって実現される、との結論を導く。

四 「義務犯」の正犯資格 以上の説明にもついて、ヤコブスは「組織化管轄」も「つく犯罪」、すなわち、支配犯は、作為・不作為の実現形態にかかわらず、正犯・共犯の区別が可能であるのに対して、「制度的管轄」も「つく犯罪」、すなわち、「義務犯」は、作為・不作為にかかわらず、つねに正犯的に実現されるとする。

すなわち、支配犯、つまり、「組織化管轄」も「つく犯罪」では、負責判断の際、「たれの組織化自由から生じた結果なのか」という点が重要とされる。結果について組織化自由を有していた人が正犯とされるのである。と同時に、行為者の組織化と侵害経過とを結び付けるプロセスをだれかが組織化していたことも問題となる。簡単にいえば、「組織化」はその「量」を問題にすることができる。そのため、「組織化管轄」も「つく義務」に違反する作為や不作為については、正犯と共犯の区別が可能だとされる。つまり、ヤコブスの場合、支配犯の正犯は、「行為支配」に対応した組織化の拡張の「量」によって決定され、「量」にしたがった正犯と共犯との区別も可能とされる。⁽⁶⁾

これに対して、「制度的管轄」も「つく犯罪」、すなわち、「義務犯」の場合は、作為であれ不作為であれ、つねに一身専属的になされるといふ。なぜなら、「制度的管轄」も「つく義務」では、被害法益を保護すべき特別な義務の侵害、すなわち、被害法益と制度的な結びつきの侵害が問題であって、この結びつきはつねに直接的だからだとされる。「制度的管轄」も「つく義務」の違反については、「量」の問題は馴染まないものである。別の言葉でいえば、「義務犯」の場合、正犯資格は「制度」に還元されるといふ。「制度」と呼ばれるものは、親子関係、夫婦、いわゆる特別な信頼、そして、純粋な国家的義務などである。それは、連帯性の強固な根拠であり、保護の対象となっているのは、「制度の確立」である。それ故、「義務犯」においては、行為者の正犯資格にとって関与の分量は重要ではなく、つねに「一身専属的に実行される」「特別な義務」の侵害に求められるといふ。義務の保持者は、一身専属的に彼

れるべきなのか、それまでのように処罰されるべきかという問題——たとえば、公務員の妻が買収を唆した場合の取扱い——であると考えられる。この問題についての詳しい検討は、後述する(第三章)ことにし、いずれにせよヤコブスは、この問題の結論に作為と不作為との区別は無関係である。⁽⁸⁾ Jakobs, *Tun und Unterlassen*, S. 11f.; ders., *Strafrecht*, 29/57ff.

(8) もっとも、この点もヤコブスの考えが明確に書かれた文献は公開されていないが、本人から直接に説明を受け、また、本人の承諾を得た上で、*罪状記載*の罪に当たらない。⁽⁹⁾ Sanchez, *Pflichtdelikt*, S. 34.

(9) Vgl. Jakobs, *Strafrecht AT*, 21/113ff. なお、*罪状記載*の取扱いをめぐる議論については、本稿第三章で詳述するつもりだ。

(10) Vgl. Jakobs, *Strafrecht AT*, 28/13ff., 29/14, 29/89f.

(11) *罪状記載* 不作為犯すべてが義務犯ではないという意味での義務犯領域の縮小以外にも、ヤコブスは、身分犯と義務犯との区別という点から、義務犯領域の縮小について述べている。それによれば、たとえば、財産上の債務履行義務は、制度にもとづく義務ではなく、したがって、それに反しても義務犯にはならない。単なる債務者としての特性は、制度に結びつくものではないので、作為犯および不作為犯を義務犯とする⁽¹²⁾とはしない。刑法的に承認された(制裁可能な)義務が制度の一部であるような場合——たとえば公務員や父親——が、偽証罪における証人あるいは秘密漏示罪における弁護士など、義務が制度に由来するような場合にのみ、義務犯は成立するとされる。ヤコブスによれば、身分犯と義務犯とは、正犯の純粹に外見的な限界のみが存在するの⁽¹³⁾か、あるいは背後に存在する制度のために、立法者が限界を設定しているのかという点で区別され、したがって、身分犯すべてが義務犯ではないとされる。⁽¹⁴⁾ Vgl. Jakobs, *Strafrecht AT*, 25/46; Sanchez, *Pflichtdelikt*, S. 34ff.

第三節 小 括

以上、第一章では、ロクシンによって提唱された「義務犯」構想とはいかなるものであり、ヤコブスによってさらにそれがどのような形で展開されているのかを概観した。その結果、明らかになったのは以下の諸点である。まず、ロクシンによれば、「義務犯」とは「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

+

うな構成要件」のことであり、「行為支配」を正犯基準とする支配犯とは区別される。この理論の提唱によってロクシンは、(1)共犯とは、何らかの方法で、正犯性を根拠づける刑法外の「特別義務」を侵害することなく構成要件充足に加担した者のことであるという結論、(2)不作為犯はすべて「義務犯」であるという結論を導いた。これに対して、ヤコブスは、「義務犯」とは、制度的管轄(ポジティブな義務)にもとづく犯罪であり、支配犯とは、「組織化管轄(ネガティブな義務)にもとづく犯罪」であるとす。すなわち、支配犯・「義務犯」は、負根拠の相違によって区別され、また、この区別は作為犯・不作為犯を貫くものであるとする。そして支配犯における正犯・共犯の区別は組織化の「量」の問題であるのに対して、制度的管轄にもとづく「義務犯」は、つねに一身専属的・正犯的に行なわれるとされる。それ故、ヤコブスの場合には、作為犯・不作為犯と正犯・共犯の区別基準はパラレルである。

次章では、以上のような形で展開されている「義務犯」構想に対していかなる批判がなされ、それに対して「義務犯」論を支持する立場からはどのような説明がなされたかの検討を通じて、とりわけ、すべての犯罪について「行為支配」という正犯原理を維持すべきであるとする見解に見いだしている諸問題(限界)を明らかにし、不作為犯における正犯・共犯の区別をはじめ、不作為と共犯の諸問題を論ずる上での方向性を探究することしたい。

本稿は、平成二一年度(一九九九年)および平成二二年度(二〇〇〇年度)科学研究費補助金(特別研究員奨励費)による研究成果の一部である。