

不作為犯の共同正犯（1）

金子 博*

目 次

- 第1章 わが国における議論と課題
 - 第1節 はじめに
 - 第2節 わが国における議論の概観
 - 第3節 理論的・実務的課題
- 第2章 ドイツにおける「不作為犯の共同正犯」論
 - 第1節 「不作為犯の共同正犯」における自然主義・心理主義的構成
 - 第1款 禁止規範違反としての共同正犯
 - 第2款 自然主義・心理主義的構成の限界
 - 第2節 「不作為犯の共同正犯」における共同性の再構成
 - 第1款 不作為犯の再構成と判例の態度——共同性の射程の再検討——
 - 第2款 「意識的かつ意図的な共働」理論
 - 第1項 「一身専属的義務」構成 (以上、本号)
 - 第2項 保障人的地位に着目する見解
 - 第3款 「規範的共同性」理論
- 第3章 不作為犯における共同正犯の意義
 - 第1節 共同性の規定における基本的視座——ドイツの議論からの示唆——
 - 第2節 共同性の可能性とその射程
 - 第3節 作為犯と不作為犯の競合——わが国における判例を踏まえて——
 - 第4節 おわりに——共同行為における帰属根拠——

第1章 わが国における議論と課題

第1節 はじめに

わが国では、「不作為犯の共同正犯」は、理論上、一般に承認されている。その際、その関与形態は、保障人的地位にある複数人が作為義務に違反した場合に認められている。換言すれば、不作為犯の共同正犯は、まさ

* かねこ・ひろし 近畿大学法学部講師

に「共同の作為義務の共同違反」の場合であると理解されている。もっとも、当該成立条件は、作為犯の共同正犯の成立条件と平行に考えられ、「意思の疎通」を前提としつつ、共同実行を「共同の作為義務違反」に置き換えて説明される¹⁾。そのうえで、当該関与形態を理論的に認める実益は、意思の疎通があるにもかかわらず、単独では結果を回避できない故意犯のケースにあるとされてきた²⁾。

かくして、従来、「不作為犯の共同正犯」は、理論上、不作為犯における正犯と共犯の区別に関する議論のなかで上記の如く位置づけられるにとどまり、実務上も特にその関与形態の特異性が着目されるまでには至らなかった³⁾。

もっとも、現在に至っては、実務上、「不作為犯の共同正犯」の意義を上記の如く限定的に解するには、実に困難を極める。そのことは、最近の判例・裁判例によって示唆されている。その最たる例は、「三菱自動車における欠陥部品の不回収」である。この事件は、大型車両の共用部品であるフロントホイールハブに瑕疵があることが判明したにもかかわらず、リコール会議の担当者らが、リコールの実施へ向けた行為に出なかったところ、その欠陥部品が原因で、走行していたトラックのタイヤが脱落し、それによって歩行者を死傷させたというものである。この事件を扱った横浜地裁⁴⁾や控訴審である東京高裁⁵⁾は、リコール等の改善措置を講じていれば結果は回避されたとして行為者全体の因果関係を認定した上で、同時犯と評価した。そして、その上告審である最高裁も下級審の判断を是認したのである⁶⁾。しかし、問題となった社内での制度および実態としては、ク

1) 例えば、福田平『全訂 刑法総論』（第5版・2011）279頁註(1)。

2) 植田重正「不作為と狭義の共犯」関法13巻4・5・6合併号(1964)270頁以下(同『共犯論上の諸問題』(1985)所収)参照。

3) 齊藤誠二「不作為犯と共犯」Law School 14号(1979)13頁以下、中山研一『刑法総論』(1982)512頁参照。

4) 横浜地判平成19年12月13日判タ1285号300頁。

5) 東京高判平成21年2月2日LEX/DB 25450861。

6) 最決平成24年2月8日裁時1549号14頁。本件の評釈として、松宮孝明「判批」法セメ

レーム対策会議やリコール検討会を開催するなどの措置は、他の部局と協力しながら行うものとされていた以上、仮に行為者が単独で結果回避に向けた措置を行なうとしても、他の行為者らによって阻止される可能性が認められる。したがって、当該裁判所は、共同責任を認めない限り、各被告人を処罰することはできない。もっとも、ここでは、リコール会議の複数の構成員は、欠陥商品の不回収を目指すという意思の疎通を行っていないという問題がある。このことは過失犯に限られず、「リコールに向けた会議を開かない」という相互の連絡が行なわれなくとも、各構成員が結果を現実に予見していた場合には、故意による「不作為」の可能性も考えられるのである。

加えて、ここ最近、裁判例上認められた「不作為による共同正犯」もまた、従来の不作為犯の共同正犯における「共同性」理論の再検討を迫るものである。

例えば、被告人が、交際相手の女性共犯者と意思の疎通を図ったうえで、同女の当時3歳の子供を餓死させたという事案につき、さいたま地裁は、母子を引き入れることによる保障人的義務を負った被告人と母親という身分から保障人的義務を負った共犯者との間に、「被害者が死亡してもよい」という意思の疎通を根拠として共同正犯を認定した⁷⁾。同裁判所では、作為犯の共同正犯と類似した「不作為犯の共同正犯」が想定され、「各保障人的義務の存在」と「犯罪に関する意思の疎通」から構成されている。しかし、かような構成は、従来のいわゆる「共同義務の共同違反」が「共同性」理論として確立していないことを暗示している。なぜならば、ここでは、いわゆる「共同義務」とは「課せられた義務の性質を問わない保障人的義務の事実上の競合」を意味するにとどまっているからである。その結果、共同性の根拠は「意思の疎通」に限られることになり、

↘691号（2012）157頁、成瀬幸典「判批」刑事法ジャーナル33号（2012）122頁。

7) さいたま地判平成18年5月10日 LEX/DB 28115252。類似の判例として、広島高岡山支判平成17年8月10日 LEX/DB 28105462。

「保障人的義務」は、共同性を形成する機能を有せず、各人における「不作為犯の成否」に限られることになる。しかし、少なくとも、不作為犯の領域で、当該「意思の疎通」の存在が唯一の共同性の根拠として機能するか否かは、先の「三菱自動車における欠陥商品の不回収」の事例から、おのずと明らかとなろう。

同様の問題は、次のようなケースでも表面化している。被告人Xは、被害者に性交を求められたことをYおよび複数の遊び仲間Aらに話したところ、Xが強姦されたと誤解した複数の遊び仲間が被害者に腹を立て、Xに被害者を呼び出させた後に暴行を加え、その後事件の発覚を怖れて殺害したが、XとYは現場に赴いたものの、実行には関与しなかったという事案につき、東京高裁は、共同正犯としての関与形態に着目しつつ、「内容の濃い共謀が必要な」共謀共同正犯の場合ではなく、「意思の連絡」で足りる不作為共同正犯が成立するとして、複数の遊び仲間との間に意思連絡による殺人罪の共同正犯が認定され、XとYには被害者を呼び出したという先行行為から犯行阻止義務ないし通報義務があったとした⁸⁾。当該判決でも、作為犯の共同正犯と同様に、「意思の連絡」に言及するものの、不作為犯の共同正犯における各関与者の「保障人的義務」と「意思の連絡」の関係が明らかにされていない。それどころか、本件では、通常、作為犯では従たる役割に相応する行為が不作為犯構成では（共同）正犯として評価されたように、「作為犯の共同正犯（共謀共同正犯）」と「不作為犯の共同正犯」の成立範囲の相違が前提とされているのである。

これらの裁判例から見て取れるように、実務上、「意思連絡のない不作為による関与」の問題、共同行為の前提となる各保障人的地位の異同および不作為犯における「共同性」の根拠という観点から、「不作為犯の共同正犯」としての関与形態である「共同義務の共同違反」の枠組み、とりわけ「共同義務」の位置づけが十分に示されていないのである。

8) 東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁。

従来、不真正不作為犯を是認してきた判例・通説の立場は、不真正不作為犯の実行概念ならびに不作為の共同実行を首肯してきた⁹⁾。しかし、不作為犯においては、行為者間の意思連絡ないし心理的因果性は考えられるが、結果を惹起するための身体的・物理的共働は存在しない（それゆえ、現実の相互補充関係は存在しない¹⁰⁾）。この点で、作為犯と不作為犯の構造は、存在論上、必然的に異なる。それにもかかわらず、不作為犯における共同行為は、理論上、作為犯における共同性理論（現実的実行行為の共同）に応じて画されてきた。しかし、作為犯と不作為犯が価値論的に同等であったとしても、作為犯を前提に展開された共同正犯論（共同実行の意思に基づく分業的行為）が不作為犯の場合においても適用可能かという点が等閑に付されたままである。この限りで、不作為犯における共同正犯の特異性が理論上も看過されてきたように思われる。

この点は、作為犯と同様に「因果の共同」、とりわけ「心理的因果性」でもって不作為犯の共同正犯を説明する試み¹¹⁾においても如実に表れている。すなわち、作為犯および不作為犯の領域において「因果の共同」が共同性を形成するとしても、身体的・物理的共働がない以上、結果に対する心理的因果性でもって作為犯と同様な結果に対する因果性を証明しなければならぬという問題が生じるのである。また、因果性の存在を前提としつつ、不作為者だけを対象に保障人的地位を求めるならば、帰責範囲を画する根拠が求められることになる。このような事態は、作為と不作為が帰属論的に同一構造であることがいまだ示されていないことの証左といえよう。

このように、「不作為犯の共同正犯」は一般に承認されているといえども、最近の判例・裁判例を踏まえるならば、従来の不作為犯における「共同性」理論は、その成立範囲の画定において限界に直面しているのであ

9) 橋本正博「不作為犯と共犯」刑法の争点（第3版・2000）118頁参照。

10) 神山敏雄「不作為による共同正犯（一）」警察研究59巻10号（1988）19頁（同『不作為をめぐる共犯論』（1994）所収）。

11) 西田典之『共犯理論の展開』（2010）136頁。

る。それゆえ、不作為犯における共同正犯、とりわけ「共同性」を論ずることは、刑法上の共同責任を画する上で不可欠であり、加えて、昨今しばしば問題となる児童虐待や製造物責任等での責任の所在を明らかにすることに資すると思われるのである。

そこでまず、「不作為犯の共同正犯」につき、上記の課題が生じるに至った背景を明らかにするために、わが国における従来の議論を整理する。その上で、不作為犯における現在の共同性理論の特徴を抽出しつつ、現在の到達点と問題の所在を明らかにする。

第 2 節 わが国における議論の概観

わが国における「不作為犯の共同正犯」は、総じて、共謀共同正犯や過失犯の共同正犯のように、当該法形象特有の問題（当該関与形態の有無および成立条件の問題）として、特に注目されることはなかった。もっとも、わが国の議論は、とりわけ戦後において、ドイツの議論の影響を受けつつ、独自の理論を展開させることとなった。

それでは、「不作為犯の共同正犯」につき、どのような議論が行なわれてきたのか。当該法形象が認められる根拠および成立条件を中心に、「不作為犯の共同正犯」に関する議論の特徴を探究することとする。

(1) 戦前の議論

「不作為犯」に関する議論では、現行刑法の制定当初から、そもそも不作為犯に因果力があるのかという問題が、ドイツの影響を受けて議論されていた¹²⁾。もっとも、不作為の因果力の存否および不作為の因果力を認める理論的根拠において様々な主張が繰り広げられていたものの、大筋において、不作為犯における共犯の可能性は肯定的であった。すなわち、不作為犯における因果力の有無を問わず、不作為犯における共同関係は認め

12) 不作為犯論一般に関する代表的なモノグラフィーとして、日高義博『不真正不作為犯の理論』（第 2 版・1983）、堀内捷三『不作為犯論』（1978）、平山幹子『不作為犯と正犯原理』（2005）など。

られる傾向にあったのである。例えば、小疇傳は、不作為と結果との因果関係を否定するも、作為犯との一種の類似関係を認めることにより不作為者にも責任を負わせうるとし、共犯理論においては作為犯と同様に扱う旨を述べている¹³⁾¹⁴⁾。このような背景には、とりわけ不真正不作為犯は、作為犯と同様に、禁止規範に抵触する犯罪であり、作為犯の構成要件に包含されうるという理解があった¹⁵⁾。それゆえ、不作為犯に共犯関係を認めない見解が多勢を占めるには至らず、むしろ、不作為犯における共犯関係は、作為犯の理論の延長線上で考えられていたのである。その例として、勝本勘三郎は、犯罪への関与につき、「結果ノ発生ニ原因ヲ寄与シタル身体ノ動止アリセンカ其積極（作為）ナルト消極（不作為）ナルト将タ有形（物質的加工ノ行為）ナルト無形（精神的加工）ノ行為ナルトハ之ヲ問フコトヲ要セス」¹⁶⁾とし、他方で、犯罪の認知および他者との共同実

13) 小疇傳『新刑法論』（1910）197頁以下および423頁以下。

14) その他、不作為の因果関係を「準因果関係」とし不作為の従犯を認める見解として、大場茂馬『刑法総論 下巻』（1917）480頁および1080頁。なお、大場は、純正不作為犯の場合、形式犯であるがゆえに因果関係は問題とならず、不純正不作為犯の場合にのみ結果の発生を必要とするがゆえに因果関係が問題となるとする（同書478頁以下）。

15) 泉二新熊「不作為犯」末弘巖太郎ほか編『法律学辞典 第四巻』（1936）2317—2318頁、草野豹一郎『刑法總則講義 第一分冊』（1935）77頁以下。これに対し、当時、真正不作為犯は、命令規範に違反する犯罪と解するのが有力であった。なお、江家義男「不純正不作為犯の理論構成」早法19巻（1940）参照。江家・前掲「不純正不作為犯の理論構成」15頁以下は、不作為の原因力には、水中に落ちて溺死しそうな人を救助しなかった場合のような結果の不防止と、母親が乳児に授乳せず餓死させた場合のような結果の惹起があり、後者につき、母親という社会的地位を考慮するがゆえに作為の原因力とある程度の相違が存在するとする。この点で、「不作為による作為犯」という概念を批判し、不作為による結果犯が正確であるとし、不純正不作為犯は、一定の結果の発生を内容とする不作為犯である以上、結果犯の構成要件に該当する余地があるとする。

16) 勝本勘三郎『刑法要論 総則』（1913）383頁。勝本は、不作為の因果関係につき、「作為スヘキ法律上ノ義務（法律慣習又ハ契約等ニヨリ）アルトキハ直接結果ヲ発生セシムル他ノ原因ハ不作為者ニ於テ此義務ヲ盡スヘキコトヲ条件トシテ進行スルモノニシテ不作為ト他ノ原因トハ条件関係ヲ以テ結束セラレ一休ヲ為スモノナルカ故ニ他ノ原因ノ進行ニヨリテ生シタル結果ハ不作為ソノモノノ結果（Causa Causae est causati）ニ外ナラスト云ハサルヘカラスト信ス」（同書146頁）としている。

行の意思を要求した上で、「不注意ノ状態ニ於テ或ルコトヲ故意ニ作為又
不作為スルコトニハ共同ノ意思ヲ以テ共同シ得ヘク因テ生セシメタル結果
ハ共同ノ意思ヲ以テ或ルコトヲ作為不作為シタル結果ナリト云フコトヲ得
ヘキカ故ニ過失犯ニモ亦共犯アリト信ス」¹⁷⁾ とし、不作為的関与の余地
を認めていたのである¹⁸⁾。

かくして、不作為犯においても、作為犯で展開された共犯理論が前提と
されつつ、「不作為による共同正犯」が展開されるに至ったのである。
もっとも、そこには、共同正犯における「共同性」を純粹に因果性へと還
元するアプローチと「行為者の作為義務」を考慮するアプローチが存在し
た。

この点につき、不作為犯に作為犯と同様に因果関係を認め、刑法上の
「共同性」を因果関係の領域で理論づけを行なったのは牧野英一である。
「共犯論は因果関係の一の適用」であり、「行為と結果との因果関係が複雑
なる状態」な場合であるとした上で、不純正不作為犯論も因果関係の幅員
の問題であるというのである¹⁹⁾。牧野によれば、不作為犯における因果
関係につき、結果発生を防止できる者の不作為が存在する限りでその因果
力が認められ、作為義務といった価値的判断は違法性の問題となる²⁰⁾。
そのうえで、牧野は、共犯に関して引き合いに出される意思の連絡は、共
犯者の行為が問題となる事実に対しそれ自体として因果関係がない場合
(XがAを殺害し、YがBを殺害した場合)に、共犯者間に因果関係を生
じさせる機能をもつにすぎないとし、正犯と共犯の区別は、主観説に依拠
しつつ、共同的行為における行為者の地位を社会心理的に評定されるべき

17) 勝本・前掲註(16)387頁。

18) なお、勝本は、「作為スヘキニ不作為シツツアルノ状態ハ後ノ犯行ヲ惹起スル原因タル
コトヲ得ヘキ行為ナレハナリ」として、不作為による教唆を認める(同・前掲註(16)415
頁)。

19) 牧野英一『刑法研究 第一』(8版・1948・初出1919)14頁。

20) 牧野英一『日本刑法 上巻総論』(重訂第64版・1939)291頁、黒田誠=牧野英一『行為
の違法 不作為の違法性』(第2版・1920)81頁以下、特に89頁以下。

としたのである²¹⁾。

また、宮本英脩も、牧野と同様に「共犯論ハ畢竟一般ニ因果關係ノ理論ノ一適用」として考え、これを不作為による共同正犯の説明にも用いた。もっとも、因果関係を事実的視点から考察する牧野と異なり、刑法上の因果関係を価値的な視点から見て作為犯と不作為犯との調和を次のように解した。すなわち、「作為モ不作為モ義務違反（違法）タルカ故ニ違法ナル結果ニ対シテ法律上原因タルナリ」²²⁾。それゆえ、作為および不作為は行為の事実上の態様に過ぎないとしたのである²³⁾。このような理解から、特に真正不作為犯の場合、例えば徴兵署に出頭する義務がある者が共同して身体検査を受けない場合にも共同正犯が認められるとした²⁴⁾。そのうえで、正犯と従犯との区別は、反規範性の徴表する犯罪の意思および方法としての加担行為によるとした²⁵⁾。

こうしたアプローチに対し、作為犯と同様な共同正犯の成立条件を求めつつも、行為者の作為義務に配慮した見解が主張されていた。すなわち、共同正犯の成立要件である「実行行為の共同」と「特定の犯罪を実現する意思疎通」を前提としたなかで、とりわけ「実行行為の共同」につき、行為者の作為義務を考慮するものである。

その1人である岡田庄作は、不作為犯にも作為犯と同様に事実上の因果

21) 牧野英一『刑法研究 第四』（1933）275頁以下。牧野は、大判昭和3年3月9日刑集7巻172頁（町長であり選挙長である被告人が、Aが選挙人Bに付き添い投票所にてBの依頼に応じ投票用紙に被選挙人の氏名を代書し投票函に投入したという投票干渉を目撃しながら制止しなかったという事案）に関して、大審院が認めた選挙干渉に対する「不作為による幫助」を説明するためには、原因力の軽重という客観的な標準によるべきでないという。

22) 宮本英脩『刑法学粹』（5版・1935）206頁。

23) 宮本・前掲註(22)200頁は、真正不作為犯においては、法律用語の形式を標準とする見方の問題であり、不真正不作為犯においては、結果に対する事実上の形式を標準とする見方の問題であって、刑法上の作為犯も不作為犯も犯罪の理論において区別されないとしている。

24) 宮本・前掲註(22)400頁。

25) 宮本英脩『刑法大綱』（1930）205頁。

関係が存在するとした上で²⁶⁾、共同して不作為を行なったとき不作為犯の共犯となるか否かという問題につき、次のように述べている。すなわち、真正不作為犯の場合だけでなく、不真正不作為犯の場合であっても、各自独立の作為義務を有する複数人はその義務に違反すれば各自が独立の犯罪を遂行するがゆえに共同正犯とならない²⁷⁾、と。したがって、例えば、2人の子守婦が1人の子供を看護するに当たり、その子供が水に溺れるのを救助しなかった場合も、各自が犯罪を遂行し共同正犯とならないというのである²⁸⁾。その結果、不作為犯の成立に必要な「作為義務」は、結果的に一身専属的な義務を意味し、作為犯とは異質であることを示すものとなったが、その根拠は明らかにされていない。もっとも、すべての不作為犯につき共同正犯はないとしながらも、教唆犯や従犯が成立する余地を認めていた。

これに対し、泉二新熊は、法律上一定の結果の発生を防止すべき義務を有しかつその義務を履行し得る場合にはその義務を履行すれば結果は発生しなかったであろうという関係に立つ以上、不作為に原因力があるとした上で²⁹⁾、真正不作為犯と不真正不作為犯を区別して共犯の可能性を導き出した。すなわち、不真正不作為犯は不作為の手段による作為犯であるが

26) 岡田庄作『刑法原論 総論』(増訂第17版・1924) 250頁。岡田(同書248頁)は、「此作為ナカリセハ此結果生セサルヘシトイフ作為ノ場合ニ因果関係アリトイフヲ得ハ此不作為ナカリセハ此結果生セサルヘシトイフ不作為ノ場合ニモ亦因果関係アリ」と説明する。もっとも、不作為の因果関係においては、無制限に因果関係を認めることになる(例えば、殺意をもって人を救助しない者は悉く殺人犯と認定されることになる)ことを理由に行為者に作為義務があることが前提とされている(同書249頁)。

27) 岡田・前掲註(26)357頁以下。

28) 岡田・前掲註(26)358頁。この点につき、岡田は、「義務ヲ負擔スル數人カ共同シテ其義務ニ違反スルモ各自獨立ノ犯罪ヲ構成スル事恰モ真正不作為犯ノ場合ト異ナル處ナシ」と説明する。しかし、不作為犯を作為犯と同様に解するならば、共同正犯における「共同性」の否定は必ずしも正当化されない。

29) 泉二新熊『刑法大要』(41版・1943) 99頁以下。泉二によれば、結果を防止できる場合でも、結果を防止すべき法律上の義務を負っていなかったならば、その不作為は当該結果の原因とならないという(同書100頁)。

ゆえにあらゆる共犯形式が考えられうるとする一方、真正不作為犯も共犯の成立の余地はあるが、各自独立の作為義務を有する数人がその義務に違反すれば各人につき独立の犯罪が存在するがゆえに共同正犯は認められないとしたのである³⁰⁾。したがって、例えば、1人の患者に付き添う2人の看護婦が共謀して患者に薬を与えず死亡させたとき共同正犯となり、複数人の徴兵適齢者が協議の上検査に応じなかったときは各自単独正犯となるというのである³¹⁾。もっとも、このような義務の精緻化は、不作為犯における「共同性」、ひいては共同性理論一般へと展開されるまでには至らなかった。

このように、いずれのアプローチにせよ、不作為犯においては、作為犯と同様な因果関係が前提とされ、「不作為犯の共同正犯」も作為犯と同様の共同性理論に依拠していたのである。このような前提のもとで、「不作為犯の共同正犯」の構成について、主として、事実的な「因果の共同」でもって刑法上の「共同性」を構成するアプローチが唱えられ、これに対し、関与者間の「意思連絡」でもって刑法上の「共同性」を構成するアプローチが対峙していたのである。しかし、当時の「不作為犯の共同正犯」論は、専ら理論上の議論に終始しており、「不作為による共同正犯」の成立が争われた裁判例に起因するものではなかった³²⁾。

もっとも、不作為犯においては、成立条件として課される「作為義務」につき、単に作為犯に対応する実行行為の問題としてとらえる事実的手法に加え、「作為義務」における義務の性質・内容に着目する規範的手法が存在していたことは、注目に値する。というのも、この点で、「作為義務」が「共同性」の規定に一定の影響を及ぼす可能性がすでに見出されていたからである。しかし、いずれにせよ、不作為犯における「因果関係」、結

30) 泉二新熊『日本刑法論上巻（総論）』（第45版・1939）636頁。

31) 泉二・前掲註(30)636頁。

32) 不作為による従犯に関する判例として、大判昭和3年3月9日刑集7巻172頁、大判昭和13年4月7日刑集17巻244頁、大判昭和19年4月30日刑集21巻81頁。

果帰属における「作為義務の位置づけ」、および不作為犯における「共同性」の3つの側面が必ずしも整合的に説明されるようなものではなく、その限りで、不作為犯の「作為義務」と「共同性」は、結果帰属の観点から、必ずしも関連し合うまでには至らなかった。

(2) 戦後の議論

戦後直後、刑事責任を犯人の反社会的性格に見出す主観主義の退潮はあったものの、不作為犯一般に対する理解に変化は生じなかった。すなわち、少なくとも結果犯において作為犯と同様に禁止規範に違反する犯罪であるという理解のもと³³⁾、「不作為犯の共同正犯」は、作為犯で展開された共同性理論によって解されていたのである。例えば、戦前からの議論の流れのなかで、木村亀二は、「今日では不作為の因果関係を認めるのが通説である」³⁴⁾とし、「実行行為の共同は共同作為であっても共同不作為であつても、作為と不作為の分担、例へば、甲が、救助義務のある水泳の監督者乙と申し合せて、丙を溺死させる目的で深みに引き込んだため丙が溺れはじめたが、乙が救助しなかった結果丙が溺死したやうな場合であつてもよい」³⁵⁾と述べ³⁶⁾、作為犯と同様に、関与者間の「意思の疎通」を軸に共同正犯における「共同性」を規定していた³⁷⁾。同様に、共同正犯における「共同性」を「因果の共同」と理解する植田重正も、不作為犯にお

33) 柏木千秋「作為犯と不作為犯」小野還暦『刑事法の理論と現実(一)』(1951)75頁以下、とりわけ90頁以下、中谷瑾子「不真正不作為犯と作為義務」綜合法学1巻6号(1958)32頁、香川達夫「作為義務」木村亀二編『新法律学演習講座 刑法(総論)』(1960)135頁以下。

34) 木村亀二『新刑法読本』(1950)177頁。木村は、「不作為は無ではなく、何らかの作為を為さないか又は一定の作為を為さない状態である。従つて、不作為を無と見、無より有は生ぜずとして、その原因力を否定するのは根本前提において誤つてゐる」とする。

35) 木村・前掲註(34)275頁。なお、木村亀二『刑法総論』(1959)409頁も参照。

36) なお、木村は、「相互の意思連絡」を共同正犯の成立要件としつつも、過失犯の共同正犯の可能性を認める(木村・前掲書『刑法総論』405頁)。

37) 「特定の犯罪を実現する意思疎通」を共同正犯の成立要件とする見解として、瀧川幸辰『犯罪論序説』(1947)238頁、平場安治『刑法総論講義』(1961)155頁以下。

ける因果関係につき、「不作為に於ても、若し行為者（不作為者）が当該の事情上消極的態度を持することなく、一定の積極的行為に出たとすれば、当該の結果の発生は防止し得たであらう、と考えられる場合、即ち理論的に一定結果に対してその発生を妨げる条件（妨果条件）を設定することなく、消極的に既存の結果発生を惹起する条件（起果条件）をして独り跳梁せしめた場合は、当該の消極的行為と結果発生との間には、明らかに条件関係が存する³⁸⁾」として、不作為の因果関係の存在を認め、不作為犯にも共同正犯を認めるべきことを主張していたのである³⁹⁾。

しかし、1960年前後から、西ドイツで主張された目的的行為論の影響に伴い、「不作為犯と共犯」に関する議論が徐々に活発化し、従来の不作為犯構成が疑問視され始めた。その先駆的役割を担った宮澤浩一は、不作為による共犯が作為による正犯や作為による幫助と異なった加功形式であり、「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⁴⁰⁾」であるとして従来の見解と異なるアプローチを展開した。そのうえで、共同正犯は行為者双方に共同実行の意思、共同実行の事実を要する以上、不作為が手段であることは適切でないとして「不作為による共同正犯」を否定する態度を採ったのである⁴¹⁾。まさに「不作為による共犯は、結果阻止について法的義務ある者が現実へのなんらかの影響をもたない方法で、因果の流れを利用した場合に存在する」のであり、「不作為者が因果の流れを発せしめたのでないことが特徴⁴²⁾」であるとしたのである。そ

38) 植田重正『刑法要説（総論）』（1949）75頁以下。

39) 植田・前掲註(2)269頁以下。なお、植田・前掲「不作為と狭義の共犯」270頁は、「たとえば救助に必要な障害物の除去が一人の力では不可能で二人の協力を必要とするとき、二人の義務者が相謀って共にこれを除去せず、被害者を死亡させたような場合に、これをどう解するかに、問題が生ずる」という点に不作為による共同正犯の意義を求める。

40) 宮澤浩一「不作為による共犯——その序論的考察——」法研33巻2号（1960）488頁（同『刑事法論集第一巻 刑法の思考と論理』（1975）所収）。

41) 宮澤・前掲註(40)491頁註(6)。

42) 宮澤・前掲註(40)498頁。

してその後、このような作為と不作為の存在的構造の相違を徹底させたのが金澤文雄であった。金澤は、「現行法の下においては、不真正不作為犯の処罰は作為犯の規定の類推適用にほかならず、従って、罪刑法定主義の原則に矛盾する」⁴³⁾と主張し、作為犯で展開された共同性理論に依拠した「不作為犯における共犯論」を見直す必要性を説いたのである⁴⁴⁾。その根拠は、主として、① 不作為者が作為に出たならば結果は防止されたであろうという従来の不作為の因果関係は、作為者の行為能力が考慮されたに過ぎず、不作為者を除いて考えても結果発生に変化はない以上、不作為者は結果に対して条件関係に立たず、不作為に因果関係はないこと⁴⁵⁾、および② 作為義務や保障人的地位は結果防止行為を要求する命令規範から生ずるものであり、禁止規範の構成要件に該当することはありえないこと⁴⁶⁾にあった。これらの提唱は、従来の不作為犯論に根本的に相反するもので、新たな議論の契機となった⁴⁷⁾。

しかし、このような不作為犯の再構成の動きに対し、「主体を取り除いて考えられた不行為は、論理的に『彼の』ものでもありえず、主体をもたない行為の欠如は、不作為の要素でもありえない」以上、「因果関係を行

43) 金澤文雄「不真正不作為犯の問題性」佐伯千仞還暦『犯罪と刑罰(上)』(1968)235頁。さらに、同「不真正不作為犯の問題性についての再論」広島大学政経論叢21巻5・6号(1972)271頁以下も参照。

44) 金澤文雄『刑法の基本概念的再検討』(1999)182頁。

45) 金澤・前掲註(43)「不真正不作為犯の問題性」224頁以下、金澤文雄「不作為の因果関係」広島大学政経論叢15巻4号(1966)37頁以下。

46) 金澤・前掲註(43)「不真正不作為犯の問題性」228頁以下。

47) 同様の見解として、飯田忠雄「不真正不作為犯の刑事責任の限界——不作為による作為犯についての立法的一考察——」佐伯千仞還暦『犯罪と刑罰(上)』(1968)208頁以下。飯田は、「先行行為から生ずる防止義務違反の場合は別として、不作為の構造からみるときは、解釈論として、不真正不作為犯を一般的に認めることは、わが憲法第三十一条の規定するところからいって、妥当なこととは思われない」(同書223頁)と主張する。なお、名和鉄郎「不作為犯論の歴史と現代的意義——ドイツと日本の不作為犯論を総括するために——」法政論集123号(1988)85頁以下は、作為犯と不作為犯における帰責構造の相違を問題視し、「犯罪は原則作為犯であり、不作為犯は例外である」という原則のもと、不作為犯における因果的再構成を打ち出す。

為の欠如と人の二面に分割して観察することには疑問⁴⁸⁾ であるとする批判が優勢であった⁴⁹⁾。それゆえ、わが国の議論は、不作為犯に因果関係はなく、不真正不作為犯の処罰は類推に当たるとする帰結には至らなかった⁵⁰⁾。すなわち、不作為犯の因果関係につき、「因果関係を機械的・自然主義的にみようとしたことから来た誤り」であり、因果関係が法的価値に関係させて理解されるようになり、不作為の因果関係をみとめることは困難ではなくなった⁵¹⁾、あるいは、「身体の動静をあわせて行為とすることも、十分に可能であるし、禁止もまた一種の命令であるといえなくはない。したがって、両者をもとに一つの『人を殺した者』という構成要件に包摂されるとすることは可能である⁵²⁾ とされたのである⁵³⁾。

もっとも、わが国の議論は、不作為犯の構成要件段階で作為義務を検討する保障人説に対して好意的な態度を見せ⁵⁴⁾、それにより、不作為によ

48) 中森喜彦「不作為犯論と逆転原理（一）」論叢107巻5号（1980）7頁。中森は、「実際上も、人の存在と切り離すことのできない不作為を考えることは容易」であり、不退去罪の事例や「修理のため適法に信号機を自己の身体で見えない様にした者が、修理の終わった後もその場を動かず、信号の視認を妨げて事故を誘発する」という結果犯の事例を挙げ、「不作為者を取り除いて結果は発生する」という Armin Kaufmann の見解を批判する。これに対する批判として、松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（2003）108頁註(17)は、「その人物に移動という『作為の能力』がなかった場合を考えれば、『不作為はないが結果は発生する』という結論になる」ことを指摘する。

49) 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』（1988）74頁も参照。

50) 例えば、木村亀二『犯罪論の新構造（上）』（1966）119頁以下および129頁以下、竹田直平「過失犯および不作為犯の構造と行為支配性」甲法9巻1・2号（1968）43頁以下。

51) 団藤重光『刑法綱要総論』（1957）98頁。同様の理解として、大塚仁『犯罪論の基本問題』（1982）100頁。

52) 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（1972）149頁。同様の理解として、藤木英雄『刑法講義総論』（1975）132頁、中山・前掲註(3)159頁。なお、大塚・前掲註(51)101頁。

53) 塩見淳「不作為犯論」刑法の争点（第3版・2000）19頁も参照。塩見は、わが国における現在の議論につき、「因果的に『無』である不作為には因果関係を論じることができないとする、かつての批判は、不作為犯では、想定される『作為』が行われたならば結果は回避されたであろうと言えれば因果関係が肯定されるとの理解により克服されている。」と評価する。

54) 中森喜彦「保障人説について」論叢84巻4号（1969）1頁以下参照。

る共犯も、命令規範を前提とした保障人説と禁止規範を前提とした作為犯構成との競合のもとで理解・再構成されるに至った。すなわち、不作為による共犯の問題は、当該不作為の結果に対する実質的な寄与を標準とした、作為犯で展開された共犯理論に依るのではなく、不作為者には正犯結果に対して保障人的義務があるか否かという不作為犯論でもって克服されるべきとしたのである⁵⁵⁾。

この点につき、阿部純二は正犯と共犯の作為義務を共通としつつ、作為義務を履行しないことで自ら構成要件を実現させたか否かにより正犯と共犯の区別を試み⁵⁶⁾、中義勝も、保障人的義務の内容・性質に応じて、原則正犯を基礎づける「結果の発生を回避すべき直接的な保障者的義務」と共犯を基礎づける結果発生以前の「安全監護義務ないし安全管理義務」に分け、それでもって正犯と共犯の区別を試みた⁵⁷⁾。しかし、両者とも、「不作為犯における正犯と共犯の区別」に焦点を当てるものの、「不作為犯における共同正犯」を詳細に言及するまでには至らなかった。この点、比較的詳細に共同正犯を検討したのは、大塚仁であった。大塚は、共同不作為を否定する目的的行為論を批判しつつ、保障人的義務の観点から「不作為犯の共同正犯」を次のように説いた。すなわち、「作為犯に準じる行為の主観面、客観面の要素が具備されるからこそ、不作為犯も犯罪」となるのであり、「共通した作為義務を有する二人以上の者が、互いに犯罪意思を連絡して、その義務に違反する不作為を行うときは、そこには、共同実行があったといえるのであって、共同正犯が成立しうる⁵⁸⁾」と。かくして、大塚は、従来の成立要件に「共通した作為義務の共同違反」という

55) 中義勝「不作為による共犯」刑法27巻4号(1987)1頁以下(同『刑法上の諸問題』(1991)所収)。大野平吉「不作為と共犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第4巻』(1992)109頁以下も参照。

56) 阿部純二「不作為による従犯(中)」刑法18巻1・2号(1971)83頁以下。なお、同「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)3頁以下も参照。

57) 中・前掲註(55)2頁。なお、中義勝『講述犯罪総論』(1980)266頁も参照。

58) 大塚・前掲註(51)333頁。

要素でもって不作為犯の共同正犯を理論的に一層明確にしようとしたのである。このような理論構成から、真正不作為犯である不退去罪につき、例えば2人のセールスマンが商品の販売について交渉中、交渉相手が退去を要求したにもかかわらず、互いに目配せしながら購入を求めて立ち去らない場合に、他方で、不真正不作為犯である殺人罪につき、両親が自分たちの嬰兒を殺そうと相談した上、ともに授乳せずに放置し嬰兒が死亡した場合に共同正犯が認められるとし、相互に意思の連絡がないならば共同正犯は成立しないとした⁵⁹⁾。

しかし、その後、「不作為犯の共同正犯」は、作為犯で展開された共同性理論に依拠しつつ、当該法形象を認めることの意義という実益的観点から検討を加えられることとなった。例えば、齊藤誠二は、①ある結果が発生するのを防ぐ義務がある複数人が、単独でも結果を防ぐことができるにもかかわらず、共同して義務を怠り結果が発生させた場合と②ある結果が発生するのを防ぐ義務がある複数人が、共同でしか結果を防ぐことができないときに、共同して義務を怠り結果が発生させたという場合にわけ、後者には共同正犯を認める実益がある⁶⁰⁾と言及し、さらに神山敏雄は、当該実益性を共同性理論へと組み入れ、後者の場合にのみ不作為犯の共同正犯が認められると主張するに至った。すなわち、「一部実行全部責任に匹敵するような不作為者間の共同形態があるか否か」が重要であるとした上で、「同一結果の発生を単独ないし共同で防止することが義務づけ

59) 大塚・前掲註(51)333頁。当該理論に対する検討として、中山研一『大塚刑法学の検討』(1985)330頁以下。なお、目的的行為論の立場から、不作為による共同正犯を肯定するものとして、福田・前掲註(1)279頁註(1)。福田も、「不作為犯においても、実現意思、実行行為がみとめられ」、「保証人的義務に違反した不作為が、実行行為にあたるものであるから、この実行行為を共同にした場合、すなわち、保証人的地位にある二人以上の者が、意思を連絡して、要求される作為に出なかったばあいには、共同実行があったといえるのであって、共同正犯が成立する」と主張する。さらに、井田良『講義刑法学・総論』(2008)478頁も参照。

60) 齊藤・前掲註(2)24頁。なお、吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(2010)175頁以下も参照。

られている複数の保障人が、単独では当該結果発生を防止することができないが、共同すれば防止することができるとき、申し合わせによって不防止の不作為態度を採れば、そこに一部実行に匹敵する不作為の一部実行がある⁶¹⁾ というのである⁶²⁾。しかし、この試みでは、共同性の規定において、先に述べた、命令規範を前提とした保障人説と禁止規範を前提とした作為犯構成の競合に加え、実益という名のもと「作為の不可欠性」も組み入れられたため、共同性の根拠の不明確さに拍車がかかった。というのも、不作為犯の共同正犯の成立過程において、「(共同) 作為義務」および「意思連絡」の双方を要求する折衷の手法は、「作為の不可欠性」を絶対的前提のもと、両機能の形骸化・相対化を招くことになったからである。それは、具体的には、① たとえ「意思連絡」が認められたとしても、保障人が単独で結果を回避できる場合には「共同性」を認めないこと、および、② 「共同性」にとって「意思連絡」が不可欠であることを前提としつつ、たとえ保障人に一身的に課せられた作為義務であったとしても、共同でしか結果が回避されえないならば、保障人間では相互に協力義務が発生するとして共同義務を認めることに表れている⁶³⁾。この限りで、「共同義務」は、「共同性」を構成する上で、事実上機能しないままとなったのである。

このように、「共通した作為義務」あるいは「共同義務」というメルクマールの導入は、従来の共同正犯における「共同性」を規範化させる傾向

61) 神山敏雄「不作為による共同正犯(二・完)」警察研究59巻11号(1988)23頁以下(同『不作為をめぐる共犯論』(1994)所収)。

62) なお、神山は、単独正犯に還元可能な、共同意思の下にある不作為態度を「形式的共同正犯」(同・前掲註(10)19頁)と位置づけ、共同作為によりはじめて結果が回避されうような不作為態度を採る「実質的共同正犯」(同・前掲註(10)23頁)と位置づける。これに対し、曾根威彦「不作為犯と共同正犯」神山古稀第一巻(2006)406頁以下は、「意思連絡に基づく相互的な心理的促進作用によって、同時犯の場合以上に、それぞれの不作為の危険性を高めていることは否定できない」とし、いわゆる「形式的共同正犯」も60条の適用を受ける共同正犯であると主張する。

63) 神山・前掲註(61)24頁。

を示した。しかし、関与者間の意思の連絡を前提とする理論のもとでは、共同性の根拠が「意思連絡」である以上、「共通した作為義務」あるいは「共同義務」といったメルクマールは、共同性の根拠において等閑視され、単なる「外在的制約」の域にとどまっていた。すなわち、当該メルクマールは、装飾的な機能をもつにすぎなかったのである。それゆえ、依然として、共同正犯における「共同性」は、不作為者が保障人的地位にあることを前提としつつ、「因果の共同」あるいは「(片面的または相互的な)共同実行の意思」を根拠として構成されたのである。

(3) 最近の動向

近年、上記の実益的思考は共同性理論へ組み入れられないもの⁶⁴⁾、「不作為犯における共同正犯」は、作為犯で展開された共同性理論へとより一元的に還元される傾向にある。その結果、共同正犯における共同性の根拠につき、いわゆる「共同義務」の意義があまり顧みられなくなりつつある。

共同性の根拠を「(片面的または相互的な)共同実行の意思」に求める見解では、作為義務を怠ることについての意思連絡が「不作為態度を続けることを容易にする心理的な促進作用」として、因果的なメルクマールへと還元され⁶⁵⁾、あるいは、同一結果を阻止すべき作為義務をそれぞれ類型的に負う複数人が、相互に協力・援助・利用しあうことによって当該義

64) 共同正犯を認める実益がなくとも、共同正犯を認める見解として、井田良『刑法総論の理論構造』(2005)439頁、同・前掲註(59)461頁註(4)および478頁。これに対し、結果が共同でしか回避できない場合に共同正犯を認める実益があるとする見解として、松宮孝明「不作為と共犯」中山研一ほか『レヴィジョン刑法1共犯論』(1997)191頁以下。内藤謙『刑法講義総論下Ⅱ』(2002)1443頁も同旨か。なお、公訴時効の中断の効果(刑訴法254条2項)、訴訟費用の連帯(刑訴法182条)あるいは告訴の効力(刑訴法238条)の訴訟法上の相違を「共同正犯における実益」として指摘する見解として、大塚裕史「過失犯の共同正犯」刑事法ジャーナル28号(2011)15頁以下、島田聡一郎「不作為による共同正犯」刑事法ジャーナル29号(2011)38頁註(6)、松原芳博「共犯の諸問題・その2」法セ680号(2011)131頁など。

65) 齊藤彰子「不作為の共同正犯(一)」論叢147巻6号(1999)107頁、内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈34巻3号(2001)54頁。

務の不履行ないし不充足の状態を維持・発生させる場合に共同正犯が成立するとして、共通の作為義務（あるいは共同義務）の共同不履行を要しないとの主張が台頭しつつある⁶⁶⁾。他方で、共同正犯の「共同性」を「因果の共同」に求める見解においても、「保障人的地位」を前提としつつ、作為犯で展開された共犯論と強く結びついた「因果の共同」が検討される傾向にある⁶⁷⁾。その中でも、不作為による関与の場合、関与者間に共謀・意思の連絡があれば、共犯の処罰根拠である心理的因果性が認められる以上、関与者の作為義務を検討する必要はないが、関与者間に共謀がない片面的共犯では、「作為義務」が問題になるとして、一部の不作為犯を完全なる作為犯へと還元する試みが有力になりつつあるのである⁶⁸⁾。

かくして、いずれのアプローチも、共同性の根拠につき因果的側面や現実的な相互作用に着目する点で、再度、従来の作為犯の共同正犯における共同性理論へと強く還元・関連させるものとなっている⁶⁹⁾。

このように、わが国の「不作為犯の共同正犯」は、理論の精緻化に至る戦後の議論を中心に簡潔に統括するならば、命令規範を前提とした保障人説と禁止規範を前提とした作為犯構成との競合のもとで理解され、一時期、保障人的地位に着目した共犯の再構成が採られつつあったが、現在、共同性理論の形成においては、実益論も含めて作為共同正犯論へ回帰する

66) 伊東研祐『刑法講義 総論』(2010) 378頁。

67) 山中敬一『刑法総論』(第2版・2008) 861頁。山中は「心理的因果関係をも含めた因果過程の共同を前提とする作為義務がそれぞれに存在すれば十分」とする。山口厚『刑法総論』(第2版・2007) 361頁以下は、正犯（正犯性を構成要件の結果惹起の支配により判断）又は共同者による犯罪遂行を困難にする作為義務を基礎づける保障人的地位を前提とするが、作為犯の場合との関係で「共同性」の根拠が明らかではない。なお、不作為犯の共同正犯につき、因果経過の具体的支配を基礎づける「排他的支配」を成立条件とする見解として、佐伯仁志「不作為犯論」法教288号（2004）61頁以下。

68) 西田典之『刑法総論』(第2版・2010) 356頁以下、同・前掲註(11)135頁以下、中森喜彦「不作為による共同正犯」近畿大学法科大学院論集7号（2011）126頁。

69) 例えば、松原・前掲註(64)131頁は、両親が共謀のうえ、養育を放棄して幼児を餓死させた場合を例に挙げ、「相互に合意による心理的拘束を及ぼしていることから、(緩和された)意思支配を根拠に共同正犯になりうる」とする。

傾向にある。その原因は、作為と不作為の構造的差異が刑法的評価に影響を与えなかったことにある。すなわち、禁止規範と命令規範の相違の解消である。それゆえ、不作為犯における共同正犯は、作為犯の領域で定着した共同性理論に不作為犯特有の性質が付加された形態となったといえよう。しかし、「作為義務」と「意思連絡」ないし「因果の共同」との関係は不問に伏されたままとされている。

こうした状況は、昨今、先にみたように、欠陥商品の製造物責任に端を発する複数の関与者によるリコール隠しのケースや、両親が自分の子供に食事を与えず死亡させるといった児童虐待などに対して「不作為犯の共同正犯」が下級審を中心に認められたケース⁷⁰⁾においても反映され、改めて「不作為犯の共同正犯」の意義が問われている。というのも、関与者間の相互作用や因果力への一元化の試みにより、不作為犯における「共同性」の範囲が無限定に拡大しうるからである⁷¹⁾。ゆえに、諸判例が認める「不作為による共同正犯」を巡って、学説上大いに議論の余地があり、現在、「不作為犯の共同正犯」は、理論的かつ実務的に喫緊の課題といえるのである。

第3節 理論的・実務的課題

一般に、わが国では、作為義務を有する複数人が、意思連絡にもとづき要求されている作為に出なかった場合に、作為義務違反の共同、すなわち、不作為の共同実行があったとして、不作為犯の共同正犯が認められる⁷²⁾。そして、「不作為犯の共同正犯」の意義は、従来、意思の疎通があ

70) 大阪高判平成13年6月21日判タ1085号292頁。

71) 内藤・前掲註(64)1442頁は、「不作為は、積極的な動作としての作為と対比して、想定された作為をしないという消極的な態度であることから、その範囲は無限定に拡大し、原因力も一般に作為より弱いので、作為義務の存在をははじめとして、作為犯の共犯とは異なる特徴がある」と指摘する。

72) 井田良＝丸山雅夫『ケーススタディ刑法』（第3版・2011）342頁、島田・前掲註(64)39頁など。

ることを前提に、単独では結果を回避できない故意犯のケースにあった⁷³⁾。

もっとも、そのような理解の結果として、先の「三菱自動車における欠陥部品の不回収」のケースでは、裁判上、「(過失) 不作為犯の共同正犯」は検討の対象外であったように思われる。この点、最高裁は、本件につき、欠陥部品である「Dハブを装備した車両についてリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採らなかった被告人兩名の上記義務違反に基づく危険が現実化したものといえるから、両者の因果関係を認めることができる」と判示し、関与者全体の行為と当該結果の因果関係を認め、原審の判断と同様、業務上過失致死傷罪の同時犯とした。しかし、本件では、最高裁が判示したように、リコール自体の決定は、社内手続上、リコール等の改善措置を講じるための会議の開催によってはじめて行なわれるものであった。したがって、当該結果の回避が複数の関与者による共働のもとで果たされる以上、各被告人の注意義務の履行によって当該結果が回避されうるものではない。すなわち、各行為と当該結果との間に因果関係は認められないのである。同裁判所が判示した帰結を是とするならば、むしろ、本件では、被告人兩名につき、リコールに向けた会議の関係者との間に当該結果を回避すべき共同責任を検討すべきであったといえよう⁷⁴⁾。

しかし、理論上、共同性の根拠である、リコールに向けた会議を開催しない旨の「意思の疎通」は、そもそも誰もリコールに向けた行動をしなかった以上、本件では存在しない。このような問題は、結果を予見した各関与者間において「意思の疎通」がなかった場合も考えられる以上、故意犯・過失犯を問わず、「不作為犯の共同正犯」の問題として検討されなければならないように思われる。このような意味で、本件のような欠陥部品の不回収の事案は、少なからず「不作為犯の共同正犯」の議論に問題提起

73) 内藤・前掲註(64)1443頁参照。

74) 松宮・前掲註(6)157頁。

をするものといえる。

加えて、すでに述べたように、従来の「不作為犯の共同正犯」は、定義上、関与者に課せられた「作為義務」を前提に「意思の疎通」により構成されるものの、理論上、「作為義務」と「意思の疎通」ないし「因果の共同」との関係が確立されていない。この問題は、命令規範を前提とした保障人説と禁止規範を前提とした作為犯構成の混成のもので、「不作為犯の共同正犯」を理解したことにより生じたものである。しかし、このような問題は顧みられず、近年、作為犯で展開された共同性理論に応じて「不作為犯の共同正犯」が構成される結果、「現実的な相互的作用」あるいは「因果の共同」による不作為犯の作為犯構成のみが強く意識されている。例えば、典型例として、父母が殺害の意思連絡にもとづき、嬰兒に授乳せずに餓死させた場合がしばしば挙げられる。実際、長期間にわたり十分な食事を与えず餓死させた乳幼児虐待の事例に関して下級審が共同正犯を認めたケースもある⁷⁵⁾。この点につき、「不作為であっても意思を通じて行えば共同正犯を構成するのは当然である」⁷⁶⁾と説明される。しかし、「授乳の不作為自体は各自に個別に成立しているという疑問への回答はない」⁷⁷⁾。すなわち、関与者に課された「作為義務の内容」の検討が看過されているのである。

このような問題は、両親だけに止まらず、被害者である子供の母親と交際相手との間に「不作為による共同正犯」が認められたケースにも反映されている。例えば、被告人が、交際相手の女性共犯者と意思疎通のうえ、同女の当時3歳の長女（被害者）を3ヶ月余りもの間、共犯者や被害者と同棲していたアパートの自室のロフト上に隔離し、共犯者が不十分な食事と排泄の世話をする以外は、被害者を虐待するなどして極度にやせた状態に陥らせていることを知りながら、これを容認しつつ共に放置し、医療機

75) 前掲大阪高判平成13年6月21日。

76) 前田雅英『刑法総論講義』（第5版・2011）532頁。

77) 松宮孝明『刑法総論講義』（第4版・2009）273頁。

関による治療が必要な被害者に治療を受けさせないまま、極度の低栄養により餓死させたという事案につき、さいたま地裁は、被告人は「被害者が死亡してもやむを得ないと決意し」、共犯者と意思を通じた上、あえて、共犯者と共に被害者に対して速やかに医療機関による治療を受けさせるべき義務を怠り、被害者をロフト上に隔離したまま放置し続けて死亡させたとして、殺人罪につき不作為犯の共同正犯を認定した⁷⁸⁾。

同裁判所によれば、以下の根拠に基づき、被害者に対して速やかに医療機関による治療を受けさせる義務が被告人に認められている。すなわち、被告人は、① 速やかに医療機関の治療を受けさせなければ、被害者が確実に死亡するという危機的状態にあり、その原因が自分にも責任のある共犯者の虐待にあることを認知していたこと、② 同居している共犯者や被害者を管理する状況を自ら作出していたところ、被害者が被告人の自宅である本件居室内で、動くこともできず寝たきりの状態にあり、医療機関による治療を受けさせれば救命できる可能性が高かったが、共犯者が不十分な養育と医療機関による治療拒否をしていたために、自分以外には被害者の生命を救うことのできる者がいないことを理解していたこと、そして③ 医療機関による治療を受けさせることに特段の支障がないこと、である。他方、共犯者に対しては、「母親」という立場から被告人と同様の作為義務が認定されている。そして、同裁判所は、まさに共同正犯の根拠を「被害者が死亡してもやむを得ない」という意思の疎通に求めたのである。すなわち、同裁判所は、母親の交際相手に対し、実の子供でない被害者との

78) さいたま地判平成18年5月10日 LEX/DB 28115252。類似の判例として、広島高岡山支判平成17年8月10日 LEX/DB 28105462。なお、東京地判昭和57年12月22日判タ494号142頁は、両被告人が、被告人ら方に転居させた従業員である被害者に対し、数回殴打するなどの暴行を加え、鼻骨骨折を伴う鼻根部挫創等の傷害を負わせたところ、被害者において、食欲が減退し、食事を殆どしなくなり、息遣いも荒い状態が続き、その意識も判然としなくなるなど、かなり重篤な症状を呈するに至ったが、傷害の事実が発覚するのを恐れ、医師による治療を受けさせるなどの有効適切な救護の措置を講ずることなく、被害者を放置し、死亡させた事案につき、不作為による殺人正犯を認めたが、共同正犯の成立については明らかでない。

関係において保障人的義務を認め、母親に対しては「親」という身分から保障人的義務を認め、救命しないという「意思連絡」を介して両者を共同者と評しているのである。本件でも、「共同正犯の処罰根拠においては、相互の心理的影響が重要」⁷⁹⁾ という作為犯で展開された従来の共同性理論が前提とされているように思われる。

このようなケースについて、学説上、「心理的因果関係をも含めた因果過程の共同を前提とする作為義務がそれぞれに存在すればよい」⁸⁰⁾ と説明するものもあれば⁸¹⁾、親子関係では愛人は「非身分者」である以上、刑法65条1項の問題を介して扱う見解もある⁸²⁾。しかしながら、不作為犯の共同正犯に要求される「共同性」の規定においては、必ずしも十分に説明されていない。

まず、前者では、共同正犯における「共同性」を「因果の共同」で説明できるとするならば、通説が主張するような「共同義務の共同違反」は単なる外在的制約に後退することになる⁸³⁾。しかし、そうであるならば、刑法上の「共同性」は原則として、作為義務者以外の者、換言すれば、適法者にも存在し得ることになり、同時に保障人説が説くところの「作為義務」の意義が見失われるという問題が生まれることになろう⁸⁴⁾。すなわ

79) 前田・前掲註(76)532頁。

80) 山中・前掲註(67)861頁。

81) 西田・前掲註(11)135頁以下。

82) 不作為犯の共同正犯を身分犯と解するものとして、川端博『刑法総論講義』（第2版・2006）559頁、大谷實『刑法講義総論』（新版第4版・2012）422頁および459頁以下、井田・前掲註(59)478頁以下。なお、前田・前掲註(76)532頁は、「共同正犯の処罰根拠においては、相互の心理的影響が重要で、関与者の一部が必ずしも外観上客観的実行行為性を有していなくとも、すなわち作為義務を有していなくとも共同正犯たりうる場合は考えられる」とする。

83) 西田典之「過失の共犯」法教137号（1992）20頁。もつとも、作為犯と同様に「因果の共同」でもって説明することも考えられる。しかし、その場合、後述の問題（因果性の証明）に直面することになる。

84) 期待説に依拠して説明するならば、上記の問題に加え、作為犯と同様の因果関係の立証も必要となる。

ち、関与者に課された「作為義務」と「因果の共同」との整合性が問われるのである。

他方で、後者では、不作為犯における「作為義務」を身分犯の問題として扱うのであれば、例えば殺人犯の場合、同一規定において身分犯の構造をとっていない本来の構成要件（作為犯）と常に真正身分犯の構造をとる構成要件（不作為）との並存を認めるという問題⁸⁵⁾を抱えることになる。このような理解に基づくならば、「共同義務」の存在が認められる根拠が問われ、仮に「共同義務」を前提とした場合、作為義務の事実的競合で足りるのかという問題が残るのである。

いずれにせよ、「不作為犯の共同正犯」において最たる問題は、禁止規範を前提とした作為犯構成でもって共同性を規定したことにある。不作為犯においては、「物理的因果性」は考えられない以上、事実上問題となるのは、「心理的因果性」あるいは「(片面的あるいは相互的な)共同実行の意思」による共同性の形成である。例えば、上記の事例では、「被害者が死亡してもやむを得ない」という意思の疎通が共同正犯の決定的根拠となっている。しかし、不作為犯における故意犯の場合、「心理的因果性」ないし「(片面的あるいは相互的な)共同実行の意思」の内容は、特定の行為に出ることではなく、特定の行為に出ない、具体的には、「医療機関による治療を受けさせる行為に出ない」である。そうである以上、心理的因果性に意義を認めるならば、特定の行為に出ることを阻止する点に因果性を見出すことになり、これは、まさに特定の作為に出ようとする者の意思決定に干渉して不作為を決意させる心理的過程に結果との因果関係を認める立場に立つことを意味する。しかし、無意識的不作為や忘却犯といった過失不作為犯の場合には説明するのが困難となる。仮に何らかの「意思の疎通」を抽出することができたとしても、結局のところ、作為犯の場合と同様な「犯罪結果を内容とする」意思の疎通を想定することはもはやでき

85) 香川達夫「不真正不作為犯と共犯」学習院大学法学部研究年報7号(1971)1頁以下参照。

ないのである⁸⁶⁾。

また、従来の「不作為犯の共同正犯」の位置づけに関する問題は、以下のような判例においても顕著である。すなわち、東京高判平成20年10月6日⁸⁷⁾は、「現場に同行し、実行行為を行わなかった者について共同正犯としての責任を追及するには、その者について不作為犯が成立するか否かを検討し、その成立が認められる場合には、他の作為犯との意思の連絡による共同正犯を認めるほうが、事案にふさわしい場合がある」。「この場合の意思の連絡を現場共謀と呼ぶことは実務上一向に構わないが、その実質は、意思の連絡で足り、共謀者による支配型や対等関与型を根拠付けるようなある意味で内容の濃い共謀は必要でない」。むしろ、不作為犯の場合、関与者の作為義務による限定が重要かつ適切というのである。

ここでは、同裁判所は、丸山嘉代が述べるように、「共謀共同正犯の理論によるアプローチでは、犯罪阻止に向けて何もしなかったという不作為は、共謀成立の間接事実として位置づけられ」、他方、「不作為犯の理論によるアプローチでは、犯罪阻止に向けて何もしなかったという不作為が」「犯罪成立を直接基礎づける事実として機能する」⁸⁸⁾という前提で、上記の命題を判示しているのかもしれない。しかし、いずれのアプローチに依拠するにせよ、当該結果が行為者に対して帰責されるか否かという点では同一である以上、作為であれば従犯にとどまる行為が「不作為」を通じて正犯に格上げされるようなことがあってはならないであろう⁸⁹⁾。また、作為と不作為の関係に関連して、判例上、不作為の場合でも、「共謀」が認定されさえすれば、作為的なものとして共謀による実行という形態に解

86) 過失犯につき、団藤重光「過失犯と人格責任——過失犯の共同正犯の問題に関連して——」日沖還曆『過失犯（1）』（1966）65頁以下参照。

87) 判タ1309号292頁。

88) 丸山嘉代「判批」警察学論集64巻2号（2011）181頁。

89) 松原・前掲註(64)133頁。これに対し、本件につき作為による共謀共同正犯として処罰すべきとする見解として、鳥田・前掲註(64)46頁以下。

消され認定される傾向にあることが指摘される⁹⁰⁾。しかし、その傾向は、作為犯における従来の共同性理論で「不作為犯の共同正犯」を構成したことに対する問題点を改めて示したものであり、不作為的関与者に課せられた「作為義務」の位置づけが問題となるように思われる⁹¹⁾。

上記の一連の問題は、過失不作為犯の共同正犯にも顕在化する。典型例として、電気ケーブルの接続部を被覆している鉛管をトーチランプの炎により溶解開披して行なう断線探索作業等の業務に従事していた両被告人が、地下洞道において点火したトーチランプ各一個を各自が使用し、鉛管を溶解開披する作業を行っていたところ、断線箇所を発見し、その修理方法等を検討するために、一時、地下洞道から退出したが、その際、布製防護シートが着火しないように計2個のトーチランプを消火したことを互いに確認しなかったことにより、どちらかのトーチランプの火によって防護シートは延焼し、その結果、電話ケーブル等も焼損したという世田谷ケーブル火災事件⁹²⁾が挙げられる。というのも、この場合、「過失は『立ち去った』ことではなく、『消火しなかった』という不作為にある」⁹³⁾からである。つまり、本件では、「トーチランプを消火しない」という意思の疎通は存在し得ないのである。かくして、心理的因果性や共謀・意思の疎通といったメルクマールは、故意犯・過失犯を問わず、上記の裁判例をはじめ、さらに、例えば、商品を市場に流通させた後に商品に欠陥があることが判明したが、複数の取締役の多数決によって企業の欠陥商品の回収に関する意思決定がなされる体制の下で、各取締役が互いに意思の疎通をはかることなく（例えば、秘密投票）、製品回収の決定を下さなかった

90) 高橋則夫『刑法総論』（2010）473頁。なお、共謀共同正犯論の問題点として、平野龍一『犯罪論の諸問題（上）』（1981）137頁参照。

91) 香川達夫『刑法講義〔総論〕』（第3版・1995）414頁註（9）は、「作為と不作為の間に共同正犯関係が肯定されるのは、関与者相互間に共通の義務が存在するばあいにかざられ、それ以上にできるものではない。したがって、共謀共同正犯論には関係がない」とする。

92) 東京地判平成4年1月23日判時1419号133頁。

93) 高橋・前掲註（90）438頁。

めに、消費者に対して傷害等を負わせた場合にも、最も不合理な結論へと至らしめるのである。

このように、わが国における「不作為犯の共同正犯」においては、理論的かつ実務的に、従来の共同正犯の「共同性」理論と「保障人説」の融合が図られたものの、「共同作為義務」の位置づけは等閑視され、必ずしも共同性の根拠・限界が示されるには至っていないのである。

以上の点を踏まえ、本稿は、製造物責任や医療過誤といった過失不作為の競合をも踏まえつつ、「不作為」という行為態様の観点から、不作為犯の共同正犯について考察する。ここでは、とりわけわが国の不作為犯論に影響を与えたドイツの議論を交え、不作為犯の共同正犯のあり方を探究する。

第2章 ドイツにおける「不作為犯の共同正犯」論

第1節 「不作為犯の共同正犯」における自然主義・心理主義的構成

第1款 禁止規範違反としての共同正犯

20世紀初期におけるドイツの議論では、正犯と共犯の区別につき、正犯意思か共犯意思で区別する主観説と因果関係における差異を見出す客観説の対立があった。

戦前、しばしば不作為による共同正犯の事例として取り上げられたのは、帝国裁判所が1932年に扱った事例であり、同裁判所は主観説を採用したとされる⁹⁴⁾。事案は以下のようなものであった。

被告人は、出産が迫ったとき、彼との子を妊娠している婚約者に、一緒に人影のない場所に行くよう促し、そこで婚約者に出産させた。彼らは、その生まれたばかりの子を死亡させるために地面に横たわせ、数時間後、その子は凍死し、被告人はその死体を土の中へ埋めた。

当該事案につき、帝国裁判所は、「共同正犯は、法的には、複数人の合意による不作為による可罰的行為が遂行される場合にも可能であり、共

94) Vgl. Raul Pariona Arana, Täterschaft und Pflichtverletzung, 2010, S. 196.

同正犯と幫助犯の区別につき、外面的なメルクマールと内面的なメルクマールの評価の下で判断しなければならないとした上で、「外部的事象では、被告人は、婚約かつ出産した者が頼りにした健全な男性として、統率的立場にあった。内なる出来事の考慮においては、被告人は、自分にとって厄介な子供の死を自己の態度の結果として予見・意図したこと、および母親の関与のもとで生じたすべてを自己の犯行と考えたことが認められる。この認定によって、有責的な母親の犯罪に対する単なる幫助は否定される」⁹⁵⁾ と判示したのである⁹⁶⁾。

これに対し、客観説の立場から、Mezger は、次のように述べていた。すなわち、刑法上の共犯論の出発点は、因果関係論であり、それによれば、共犯行為はすべて因果関係がある行為である⁹⁷⁾、と。その上で、(不真正) 不作為犯は、作為犯との同置問題に関して議論は多々あった⁹⁸⁾ が、一般に作為犯と同様に禁止規範に抵触する犯罪として取り扱われていた⁹⁹⁾。その後、Welzel による行為支配論¹⁰⁰⁾ の影響により、Kielwein が、不作為犯における正犯と共犯の区別につき、「保障人の消極的な行為が具体的な事例において結果の原因となるかどうか、あるいは単なる条件にとどまり、その限りで単に他者 (anderen Kräften) によって決定づけられた

95) RGSt 66, 71 (74f).

96) 不作為共同正犯の可能性に言及した判例として、BGHSt 2, 150.; BGHSt 4, 20. なお、主観説の立場から不作為犯の共同正犯を認める学説として、Jürgen Baumann, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., 1968, S. 541; Gunther Arzt, *Zur Garantenstellung beim unechten Unterlassungsdelikt*, JA 1980, S. 558.

97) Edmund Mezger, *Strafrecht Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., 1949, S. 411f.

98) 不作為における因果力の根拠づけは様々であったが、いずれにせよ、問題となる不作為犯においては因果力があるという点では一致していた。

99) Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. 2, 2. Aufl., 1914, S. 551.; Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1923, S. 190.; Reinhart Maurach, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, Ein Lehrbuch*, 1954, S. 169. 禁止規範と命令規範を含むとする見解として、Edmund Mezger, *Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch*, 4. Aufl., 1952, S. 55.

100) Vgl. Hans Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, ZStW 58, 1939, S. 491ff.

結果の促進を意味するかどうかだけが着目される理由は納得できない」と批判した上で、実質的客観的共犯論を前提とする場合、「保障人が全体の事実に応じて第三者による故意であろうと過失であろうと、あるいは自然現象によってであろうと、もたらされた因果的事象の経過を手中に収めたかどうかだけが着目されるべきである」¹⁰¹⁾と主張して、「行為支配」という法形象を不作為犯へ適用したのである。そして、Maurach は、先の帝国裁判所が扱った事例のように、１つの結果回避義務が各関与者に関係する場合にも、作為共同者によって創出された危険状況の回避義務に違反した場合にも、不作為による共同正犯が認められるとして具体化したのである¹⁰²⁾。

いずれにせよ、不作為犯における共同正犯（とりわけ不真正不作為犯）は、主として、作為犯における共同正犯と同様に解され、とりわけ戦前においてはあまり議論されることはなかった。作為と不作為は単なる行為態様の違いにすぎない以上、不作為犯においても、作為犯の領域において展開された共同性理論、すなわち「意識的かつ意図的な共働」が前提とされたのである¹⁰³⁾。これによれば、共同計画が各関与者の刑法上の負責範囲を規定し、関与者の行為態様が作為か不作為かは問わないことになる¹⁰⁴⁾。

その後、不作為犯の共同正犯は、Woerner によって詳細に検討され、「行為支配」という指導原理による「不作為犯の共同正犯」が一応の帰結に至った。

Woerner は、作為犯における共同正犯に依拠しながら、次のように共同正犯の本質を説いた。すなわち、共同正犯の本質は、複数人が行為支配の担い手であること、すなわち、同一の行為支配を集団的に有することにあり¹⁰⁵⁾、関与者を共同正犯であるがゆえに処罰するためには、共同によ

101) G.Kielwein, Unterlassung und Teilnahme, GA 1955, S. 227.

102) Maurach, a.a.O., S. 530.

103) Wilhelm Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 2.Aufl., 1949, S.188.; Mezger, Strafrecht, Ein Studienbuch, S. 208f.

104) Mezger, Strafrecht, Ein Studienbuch, S. 208f.

105) Lothar Woerner, Täterschaft und Teilnahme beim unechten Unterlassungsdelikt, ↗

る行為支配の共同の担い手であることが証明されなければならない、と。このような手がかりをもとに、不作為による共同正犯の根拠は次のように示される¹⁰⁶⁾。

複数の不作為者が関与するケースでは、例えば、父と母が取り決めに応じて病気である子供を世話しない場合のように、同種の作為義務を課された複数人が共同決意のもとで当該義務を履行しなかったならば、不作為による共同正犯が成立しうる¹⁰⁷⁾。このような類型でも、各人は、その決意において他者を強化し、他者によって強化されるという、作為犯に見られるような相互的補完性 (wechselseitige Aufeinanderbezogenheit) が認められ、各関与者は、共同で遂行された不法の範囲内で、自身の態度だけでなく、他者の態度にも責任を負う¹⁰⁸⁾。かくして、各関与者の不作為は、共同による、相互性によって形作られた意味を獲得するというのである¹⁰⁹⁾。

↘1958, S. 68.

106) Woerner によれば、正犯と共犯の区別に関して、禁止に反して行動する作為犯の場合、禁止違反行為が、どの程度事象に影響を与え、支配したかが重要となり、命令に反して怠った不作為犯の場合、不作為者が結果回避のために、どの程度事象に影響を及ぼしたかが重要になる (aa.O., S. 51)。この限りで、作為者と不作為者の行為支配における根本的な差異が事実的行為支配と潜在的行為支配という概念でもって特徴づけられる。しかし、Woerner は、不作為の因果関係については、自然科学的な意味ではなく、社会的評価によるべきとした上で、「結果が脱落することなしに期待された作為がないものとして考えられえないならば、不作為は結果の原因とみなされる」とし、その場合、「确实性に接する蓋然性」が必要であり、かつそれで足りるとしている (aa.O., S. 28)。一見すれば、作為犯と不作為犯は、禁止規範違反と命令規範違反として理解されているように見えるが、Woerner は、それぞれの行為支配の差異を認めながらも、「行為支配」という観点による作為犯と不作為犯の統合に重点を置いている。事実、Woerner は、両者の行為支配の共通性や相違を正犯・共犯にとって決定的なものではないと述べている (aa.O., S. 52)。それゆえ、不作為犯の異質性は、「社会的評価」という概念によってオブラードに包まれ、事実上、不作為犯は、作為犯と同様に禁止規範違反と解されているように思われる。

107) Woerner, aa.O., S. 69.

108) Woerner, aa.O., S. 69. 具体的には、各関与者は、他者が同じく義務を履行しないと信ずる限りで、他者を信用するという。

109) Woerner, aa.O., S. 69. 義務の根拠につき、一方が危険を創出する行為に基づき、他方

それゆえ、かかる「共同の犯行決意」による相互性が認められるがゆえに、作為犯と不作為犯が混在した共同正犯も成立する可能性が認められた。もっとも、不作為者が共同正犯として処罰されるか否かは、不作為者が犯行計画の範囲内で自由にできる独立性の程度、すなわち、結果を回避するために与えられた余地によるものとした¹¹⁰⁾。というのも、このような理解の背景には、不作為による寄与は、作為犯と同様に現実的な作用を及ぼさないとという前提があったからである。このような理解によれば、不作為犯における正犯と共犯の区別は以下のようになる。すなわち、犯行計画によれば作為者の準備行為に従属的であった者は、結果回避の措置を講じなければならないとき、場合によっては作為者と対峙するという困難を克服しなければならない。この意味で、当該不作為は、全体の事象における限られた結果回避可能性に鑑みて非独立的かつ従属的な役割を果たすにすぎない（幫助に相当）。これに対して、他の関与者の影響によって阻止されず、保障人による結果回避が実現されうる場合、保障人の不作為は極めて重大なものであり、その結果、当該不作為は、全体の事象を決定的に共同で寄与する行為態様の意味（正犯）を獲得するというのである¹¹¹⁾。

このように、「不作為犯の共同正犯」における共同性の根拠は、不作為犯を禁止規範として理解する立場から、作為犯の共同正犯と同様に、「共同の犯行決意」に求められ、それにより、各関与者の行為の相互的帰属が行なわれていたのである。

もっとも、すでにみた不作為犯における正犯と共犯の区別に反映されるように、不作為犯を禁止規範として理解するとしても、作為犯と不作為犯の相違は前提とせざるを得なかった。すなわち、行為支配原理を基調とす

↘が危険共同体に基づくというように、根拠となる内容が異なる場合でも、共同正犯が成立しようとする。

110) Woerner, aa.O., S. 72. Woernerは、仮に給付された寄与の「不可欠性」に着目した場合、作為犯に対する不作為による共働は共同正犯という帰結に至るが、作為者へ影響を及ぼすことによって阻止しえない場合があることを考えるならば、妥当とは言えないと批判する。

111) Woerner, aa.O., S. 72f.

る Woerner でさえも、作為犯と同様の現実的作用を不作為犯において展開することができず、事実的観点に依拠する以上、作為犯における正犯基準（事実的支配）と不作為犯における正犯基準（潜在的支配）を打ち立てざるを得なかったのである。

第 2 款 自然主義・心理主義的構成の限界

その結果、上記の作為犯と不作為犯の異質性を契機として、不作為犯の領域では作為犯と同様な共同正犯は存在しえないという、従来の共同正犯論の限界を示唆する見解が台頭することとなった。すなわち、正犯基準の分離は、共同正犯における「共同性」を自然主義・心理主義的観点から構成することの限界へと結びつくことになったのである。

この点につき、例えば、Grünwald は、不作為による関与は、正犯あるいは幫助にはなりえないとし、正犯、幫助犯と並ぶ独立した関与形式であると主張した¹¹²⁾。Grünwald によるならば、正犯や幫助犯という概念は、複数の作為者の関与に関して展開されたものであり、不作為による関与は、そのような概念へ分類されえないというのである¹¹³⁾。作為による正犯や幫助犯は、同じく事象に対して現実的影響を及ぼしているのに対し、「不作為による関与者には、事象に対する現実的影響がない。というのも、事象との関係は、純粋に『潜在的な』ものである、つまり、その関与者は事象へ介入する可能性を有することに本質があるからである」¹¹⁴⁾。この点に着目するならば、「不作為による関与は、事象の支配の程度に関して、それでもってその反価値に関しては、幫助犯それ自体よりも重大でない関与形式」¹¹⁵⁾ である。したがって、「不作為による関与は、作為による正犯や作為による幫助犯と同置されえず」¹¹⁶⁾、「共同正犯は行為支配の占有に

112) Gerald Grünwald, Beteiligung durch Unterlassen, GA 1959, S. 110f.

113) Grünwald, a.a.O., S. 111.

114) Grünwald, a.a.O., S. 111.

115) Grünwald, a.a.O., S. 113.

116) Grünwald, a.a.O., S. 111.

おける実行行為の現象形式¹¹⁷⁾である以上、不作為による共同正犯は完全に否定されるというのである。

このような理解には、作為犯と不作為犯は、構成要件の実現に向けた「現実的作用」という点で、決定的な違いを生じるという前提があった。すなわち、この時点で、Grünwaldは、不作為犯が——作為犯と異なって——禁止規範違反ではないことを示唆していたのである。したがって、少なくとも「現実的作用」に着目する限りでは、作為犯と不作為犯は、異なった正犯原理ないし帰責構造に服するべきであるとの帰結に至らざるを得なかったのである。

かかる観点から、不作為犯の帰責構造を精緻化したのが Armin Kaufmann であった。Kaufmann は、不作為犯につき、禁止規範違反である作為犯と異なり、真正な命令規範に反する犯罪であると主張した。その上で、不作為犯の場合、不作為の故意がない以上、共同正犯の一要件である「共同の犯行決意」は問題とならず、同様に、「分業」の可能性もない以上、不作為による共同正犯は存在し得ないとしたのである¹¹⁸⁾。したがって、例えば、50人の遊泳者が、子供1人が溺れるのを何もせず傍観していた場合、遊泳者全員は同時犯であり、それどころか、事故の際に居合わせた2人が共同作為によってしか損害結果を回避できなかった場合でも、その者らは、実際に共同作為に出なかったとしても、共同正犯ではないというのである¹¹⁹⁾。

このような帰結に至る背景は、不作為犯における因果関係の否定にある。その理由として、Kaufmann は、「作為能力のある人間がいようがまいが、エネルギーの投入の欠如、すなわち、作為の否定に何ら変わらない以上、不作為が脱落することなしに、不作為者を『ないものとして考え

117) Grünwald, a.a.O., S. 117.

118) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikt, 1959, S. 189.

119) Kaufmann, a.a.O., S. 189.

る』できる」¹²⁰⁾。したがって、「不作為者は特定のエネルギーの投入の欠如、つまり想定された作為が行われなことの原因ではなく、それゆえ、不行為の結果の原因でもないのである。それに対して、作為者は行為の原因である。というのも、作為をもたらすからである」¹²¹⁾。かくして、Kaufmann は、「不作為の要素は、作為能力、つまり、潜在的因果関係や潜在的目的性によって把握される」¹²²⁾ と結論づけたのである。その結果、このような不作為犯の現実的因果関係の否定により、目的性もまた、不作為犯では、潜在的となる以上、不作為故意も存在しえなくなったのである¹²³⁾。

このようにして、Kaufmann は、不作為犯を保障人による結果回避命令違反として位置づけ、不作為犯でもって結果の惹起である禁止構成要件が充足されることはないとした。そして、保障人的命令構成要件と禁止構成要件との間に存在する類似性 (Parallele) は、ドグマーティック的な性質でも規範論理的な性質でもなく、専ら価値論的性質であると結論づけたのである¹²⁴⁾。

かくして、不作為犯は、禁止規範違反である作為犯とは完全に区別され、結果の惹起 (現実的作用) ではなく、保障人的地位を前提とする規範的見地から導き出された命令規範違反として理解されるに至ったのである。その際、不作為犯における保障人的地位は、ある法益に対する保護的地位であるとし、その保障人的地位は、命令主体が地位に基づきあらゆる攻撃から特定の法益を保護する保障人的地位 (保護的保障人) と、特定の危険源の監視に本質がある保障人的地位 (監視的保障人) へと具体化された¹²⁵⁾。その上で、不作為犯では、不作為者間での当罰性においてドグ

120) Kaufmann, aa.O., S. 61.

121) Kaufmann, aa.O., S. 63.

122) Kaufmann, aa.O., S. 63.

123) Kaufmann, aa.O., S. 66ff.

124) Kaufmann, aa.O., S. 274. もっとも、不作為犯における規定上の問題が表面化することになった。Vgl. Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11.Aufl., 1969, S. 209f.

125) Kaufmann, aa.O., S. 283.

マーティックや価値論的に差異が見出されない以上、統一的正犯概念に類似したものが妥当するとされたのである¹²⁶⁾。

上記の結果惹起（現実的作用）の否定に伴う不作為犯の規範化は、作為犯で展開された共同正犯論を純粹に当てはめた「不作為犯の共同正犯」の成立を妨げることにもなった。この限りで、自然主義・心理主義の見地から、一貫して「不作為犯の共同正犯」を理論づけることは困難であることが示されたのである。

第２節 「不作為犯の共同正犯」における共同性の再構成

第１款 不作為犯の再構成と判例の態度——共同性の射程の再検討——

上記の Kaufmann による批判を踏まえ、不作為犯における禁止規範の理解が改められ、不作為犯の帰責構造が再構成されるようになった。すなわち、不作為犯の禁止規範違反から命令規範違反への変更である。例えば、Jescheck は次のように述べている。「今日、結果の現実的作用という意味での不作為の因果関係は、主として否定されている」。存在のカテゴリーとしての因果関係は、現実的なエネルギー源を要求するが、不作為の場合には、それが欠けている¹²⁷⁾、と。それゆえ、不作為犯の因果関係については、不作為者に可能な作為があったなら結果は回避されたであろうという関係でもって合法則的關係が見出されることになったのである¹²⁸⁾。「もっとも、作為犯の場合のような因果関係に関する完全なる確証は、不作為犯の場合には何ら要求されえない。というのも、検討が現実的経過ではなく、絶対的な確実性でもって算出されえない経過の可能性だけが基礎に置かれうるからである（仮定的因果関係）」¹²⁹⁾。かくして、このような

126) Kaufmann, a.a.O., S. 302.

127) Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 1969, 411f.

128) Z.B. Armin Kaufmann, a.a.O., S. 61.; Welzel, Das Deutsche Strafrecht, S. 212f.; Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 15.Aufl., 1970, Vorbem 141.

129) Jascheck, a.a.O., S. 412.

作為犯と不作為犯の異質性が当然の前提となったのである¹³⁰⁾。

もっとも、不作為犯の再構成においては、2つのアプローチが存在した。それは、Kaufmann が導き出した、① 不作為犯における義務の一身専属性、および② 義務者の地位の性質による保障人的義務の区別である。前者は、不作為犯を義務犯と理解するアプローチに至り、後者は、保障人的義務の区別による（狭義の）共犯理論の再構成へと至った。しかし、Kaufmann による痛烈な批判があったにもかかわらず、両方のアプローチは、不作為犯における共犯を否定するには至らず、むしろ、不作為犯の規範化を前提としつつ、共同性の再構成を試みたのである。

判例もまた、従来判例を踏襲し、不作為による共同正犯の存在を否定することはなかった。そのことを示すのが、連邦通常裁判所が1966年に扱った事例¹³¹⁾である。飲食店で4人の常連客が、彼らのうちの1人と2度踊ることを拒んだ若い女性を無理やり頭髪などを切り取ったが、飲食店の経営者である被告人はそれを黙認した、という事案につき、同裁判所は次のように判示した。「複数が同一の刑法上の結果を『共同で異なった方法で、つまり禁止された作為によっても義務違反による不作為によっても』惹起することができ、『そして犯行および犯行結果に対する内なる姿勢（意思の方向性、行為支配、犯行結果に対する利益、自身による構成要件の実現の範囲）に応じて、共同正犯、教唆犯あるいは幫助犯として惹起できる』」と¹³²⁾。その上で、当該事例では、経営者である被告人は、居合わせた被害者が以前不快な振る舞いをしたので何ら措置を講じようとせ

130) 1975年の刑法改正により、ドイツ刑法13条に不作為犯規定が設けられ類推問題は解消されたが、不作為による共犯については、解釈に委ねられることになった。Vgl. Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. II, 2003, S. 673 (以下では、AT II と表記する)。

131) BGH NJW 1966, 1763. 被告人は、強要罪および侮辱罪との所為単一による危険傷害罪により有罪とされた。なお、本判決に関する紹介として、野澤充「不作為における正犯と共犯の限界づけ」法学ジャーナル70号（2001）109頁以下。

132) なお、同裁判所は、共同正犯と幫助を区別する意思の方向につき、単なる内なる事情ではなく、むしろ、関与者が意図したものは、表象によって含まれたあらゆる事情に基づいて裁判官によって評価的に媒介されうると判示している。

ず、正犯者の駆り立て行為を是認し、正犯者の行為を自らも楽しむことを態度に示すかたちで自己を正犯者と同一視した。それゆえ、被告人は不作為による共同正犯にあたるとしたのである。

それでは、不作為犯の再編に応じて、不作為犯の共同正犯は、どのように議論されたのであろうか。以下では、上記のアプローチに基づく共同性の再構成を考察する。

第２款 「意識的かつ意図的な共働」理論

第１項 「一身専属的義務」構成

（１）義務犯としての不作為犯

Roxin は、不作為犯における正犯と共犯の問題に関して、従来の議論が停滞した原因を次のように総括した。すなわち、① 従来、不作為犯を〔少なくとも不真正不作為犯〕を作為犯として考察する、あるいは構造的差異からドクマーティックの帰結を引き出そうとしなかった限りで、正犯概念（Täterbegriff）における不作為犯の特別な取り扱いの可能性を吟味する機会がなかったこと、② 正犯規定における形式的・演繹的方法がそれぞれの規定内容の特異性を考慮しなかったこと、③ 実務において支配的な主観説が不作為犯にうまく適合したこと、である¹³³⁾。これらの原因を勘案したうえで、Roxin は、不作為犯を義務犯にかかわる問題として位置づけた。すなわち、各々の不作為者が正犯として問題となるのではなく、構成要件上規定された結果の回避について具体的な義務を負っている者だけが常に正犯として問題になる¹³⁴⁾、というのである。かくして、不作為犯の場合、原則として、結果回避義務は義務犯の中核として位置づけられたのである。

それでは、Roxin が義務犯というカテゴリーを主張するに至った背景と

133) Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 1963, S. 458（以下では、TuTと表記する）。

134) Roxin, TuT, S. 459.

は何か。Roxin は、義務犯というカテゴリーの意義を次のように示した。

公務員に刑法343条の供述の強要を強制的に行なわせた場合、強制的に実行させた者は、事象の行為支配を有しているにもかかわらず、公務員を犯罪主体とする刑法343条の正犯となりえない。この場合、身分者のみが公務員犯罪の正犯となりうるが、決定的な視点は、具体的な司法事件 (Rechtssache) に従事することから生じる、関与者の適切な事情聴取を行なう特殊な義務にある。このことは、公務員犯罪や身分犯にも妥当する。例えば、刑法340条 (公務における傷害) は、各々の公務員による傷害を意味するのではなく、その犯行が公務の執行の具体的な行為と関連づけられて遂行されなければならない。このことから、身分犯というカテゴリーは正犯にとって決定的な要素を把握しないことが示される¹³⁵⁾。また、正犯の範囲が特定の職業グループや地位に限定されていないところでも、義務犯が考えられ、例えば、刑法266条の背任罪の場合、自身に課された財産保護義務に違反した者だけが背任罪の正犯となり、当該義務の担い手でない者は、たとえ事象経過を支配したとしても、(狭義の) 共犯にとどまる¹³⁶⁾。まさに正犯にとって決定的な要素は、「刑法外の特別義務の違反」にあり、それは、論理的に刑法規範より前に存在し、かつ他の法的領域に由来するものであり、例えば、公法上の公務員の義務、民法上の扶養義務および誠実義務がその例である¹³⁷⁾。

かくして、Roxin は、特別な義務者的地位によって正犯と共犯が規定される構成要件を義務犯として位置づけ、行為支配によって正犯と共犯が規定される構成要件を支配犯と位置づけた。

このような理解に基づき、Roxin は当該理論を不作為犯にも展開させた。すなわち、不作為犯において正犯を根拠づける義務は、その本質上、相応する作為犯において生じる義務と区別されず、作為犯において基準と

135) Roxin, TuT, S. 353.

136) Roxin, TuT, S. 352ff.

137) Roxin, TuT, S. 354.

なる義務は、通常、不作為犯をも含むというのである¹³⁸⁾。例えば、背任罪における財産保護義務は、作為・不作為によらず違反されうる。また、公務員犯罪には、刑法旧347条は、被拘禁者の解放を「生じさせること（Bewirken）」や被拘禁者の解放を「援助すること（Befördern）」と並んで、被拘禁者を「逃走させること（Entweichenlassen）」を同等に扱っており、刑法340条は、傷害の「遂行」と同様に傷害を「遂行させること（Begehenlassen）」を把握している。その他にも、刑法356条では、弁護士が作為あるいは不作為を問わず、反対当事者の利益に資するような当事者への裏切り行為が処罰されることが明記されている。これらの例から、Roxin は、義務違反にとって作為・不作為という区別は関係がない、つまり、正犯という視点のもとではその差異は存在しないというのである。

以上の点を踏まえ、不作為犯の決定的な特異性は、作為義務犯の場合と異なる正犯を根拠づける要素としての義務にあるのではなく、むしろ、不作為犯の場合、作為犯では支配犯として扱われるあらゆる法益侵害が義務犯として処理される点にあるとする¹³⁹⁾。その結果、一般的な正犯概念が基礎となっている犯罪は、不作為によって遂行されうる限りで、二重構造を示すことになった。すなわち、当該犯罪は、支配犯でもあり、義務犯でもあることになり、作為が問題となるか、あるいは不作為が問題となるかに応じて、完全に異なった関与形式が規定されることになったのである。

（２）「不作為犯の共同正犯」の可能性と実益

Roxin によれば、義務犯における共同正犯とは、支配犯とは異なり、実行段階における犯行寄与の競合から生じる、共同義務の共同違反による結果発生である。具体的には、複数人が同一の義務の結合（ein und derselben Pflichtbindung）、すなわち、特定範囲の任務が複数人に同時に

138) Roxin, TuT, S. 469.

139) Roxin, TuT, S. 460.

委任されている場合に共同正犯の可能性が認められるというのである¹⁴⁰⁾。例えば、2人が1人の子供に対して扶養料の負担を負っているにもかかわらず、両者がそれを怠った場合には、その義務は個人に向けられている以上、刑法170条bの扶養義務違反の同時犯としてみなされるのに対し、被拘禁者の監視が複数の看守に委ねられている場合(刑法旧347条)や多数の公務員が同時に手紙や荷物の保管や処理を行なう場合(刑法旧354条)に共同正犯の可能性が認められるとする¹⁴¹⁾。

かかる観点から、Roxinは、不作為者が共同義務の担い手であることを前提として¹⁴²⁾、不作為犯の共同正犯を「共同義務の共同違反」として構成した。そして、このことを根拠にして、例えば、Kaufmannが例として挙げた、50人の遊泳者が1人の子供が溺れるのを何もせず傍観していた場合には、共同義務の欠如を理由に刑法上の共同性は存在しないとして共同性の限界づけを行なった。その結果、支配犯と義務犯が交錯する限りでは、作為者と不作為者の共同正犯は、帰責構造の差異を理由に認められないとしたのである¹⁴³⁾。

このような共同義務に立脚した「不作為犯の共同正犯」の可能性は、制定法上規定された義務犯において見いだされるとし、2人の公務員が共同で被拘禁者を監視する任務を負っていたにもかかわらず、当該義務に反し、被拘禁者の逃走を手を拱いて傍観するという意思の疎通を図った場合(刑法旧347条の被拘禁者に対する逃走援助)や、2人の財産保護義務者が合意に基づき、共同で委託された財の保持に必要な行為を怠った場合(刑

140) Roxin, TuT, S. 357.

141) Roxin, TuT, S. 357f.

142) Roxin, TuT, S. 469.

143) Roxin, TuT, S. 471f. Roxinによれば、例として、プールの監視員が、誰かが泳げない者を深い水の中へ突き落としたのを傍観していた場合、両者は同時犯であるのに対し、2人の看守が、意思の疎通をはかり、一方が独房の扉の鍵を手渡し(作為)、他方が外の門扉を閉めなかった(不作為)ために、被拘禁者の逃走を容易にした場合には、被拘禁者の逃走援助(刑法旧347条)の共同正犯となる。

法266条の背任）がその例であるとする。さらに、義務犯として規定されていない不作為犯の場合でも共同正犯は考えられ、２人の登山ガイドが契約上、団体旅行の一行を案内する義務を負っていたにもかかわらず、参加者を危険な場所で放置する計画を立案・実行した場合にも、構成要件に応じて傷害あるいは故殺の危殆化の共同正犯が認められるとしている¹⁴⁴⁾。

不作為犯における義務犯論の展開は、「不作為犯の共同正犯」を否定する Kaufmann の主張に対して、不作為犯の共同正犯を否定する根拠を行為支配原理から導き出される結論・限界に求めるに止まった点、および片面的に不作為犯にも作為犯の特異性という側面から作為犯に相応する目的性を要求した点を指摘し、不作為犯における特異性を考慮する必要性を説くことに起因している¹⁴⁵⁾。かくして、「不作為犯の共同正犯」の可能性は、支配犯のカテゴリーからではなく、不作為犯における義務犯のカテゴリーの承認から導き出されることになったのである。

その後、このような共同正犯論は、共同正犯の実益という観点から、Stratenwerth によって展開された¹⁴⁶⁾。すなわち、不作為犯の共同正犯につき、２通りの状況に分類することによって、不作為犯の共同正犯の意義が考えられるというのである。

まず、同一の法益あるいは同一の危険源に責任を負う複数人が、合意により介入しなかった場合、例えば、両親が重病の子供を医者のところへ連れて行くことをしなかった場合、共同正犯を認めることは理論的に可能で

144) Roxin, TuT, S. 470.

145) Roxin, TuT, S. 470. Roxin は、Kaufmann の共同正犯の否定根拠である「不作為故意が欠如する以上、共同の犯行決意はない」とする論拠に対して、不作為犯における単独犯と共同正犯は不作為故意はないという点で共通しているにもかかわらず、後者のみに不作為故意を要求するのは疑問であるとして批判する。

146) もっとも、Stratenwerth は、作為犯を特徴づける行為支配という基準は、命ぜられた結果回避行為をしなかった限りで、役割を果たさず、むしろ、不作為正犯は、原則として、作為義務に反して潜在的支配を行使しなかった者であると定義されるが、不作為犯を義務犯と位置づけていない。

あるが、単独で結果を回避できる以上、実益がない¹⁴⁷⁾。しかし、他方で、例えば、ある者がうっかりして金庫に閉じ込められたとき、異なった鍵をそれぞれ持つ 2 人の金庫の所有者によってしか、その金庫は同時に開けられ得ない場合は異なる。この場合、例えば、義務者らが翌日に姿を現すことを合意すれば、共同不作為に着目することは合理的であるというのである¹⁴⁸⁾。すなわち、当該結果が共同作為でしか回避されえない場合には、共同正犯を認める意義があるとしたのである。

共同正犯の実益に関する Stratenwerth の指摘は、その後、Roxin の理論にも影響を与えた。Roxin は、不作為による共同正犯につき、不作為犯を義務犯として理解しながらも、ニュアンスを変化させたのである。すなわち、不作為犯独自の側面（共同義務）を後退させ、それにかわって、「共同の犯行決意」の要素を強調すると同時に、各不作為者はすでに単独で正犯であり、作為犯の共同正犯を特徴づける分業的共働はないという理由で、不作為犯の共同正犯には特別な実際の意義は認められないと指摘するに至ったのである¹⁴⁹⁾。その上で、命ぜられた作為が共同でしか果たされえない場合にだけ、共同正犯特有の相互的補完性（wechselseitiges Aufeinander-angewiesen-Sein）が認められるとし、Stratenwerth による先の金庫事例をはじめ、健康に害をもたらす製品が共同でしか回収されえない場合がその例であるとしている¹⁵⁰⁾。

これらの実益を踏まえ、共同正犯とは、複数の不作為者が取り決めに応じて同一の結果回避義務に違反した場合と定義したのである¹⁵¹⁾。

147) Günter Stratenwerth, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 1971, S. 282.

148) Stratenwerth, a.a.O., S. 282.

149) LK-Roxin, 11. Aufl., 1993, § 25 Rn. 215. Roxin, AT II, S. 681 が、保障人的義務に違反する複数の者が、事故にあった者の救助をしなかった場合、共同義務ではなく共同の犯行決意の欠如に故に同時犯であるとしたことが、かつての義務的側面の考慮を後退させたことを示唆する。

150) Roxin, AT II, S. 681.

151) LK-Roxin, § 25 Rn. 215.

このように、Roxin は、当初、不作為犯を義務犯とみなした上で、不作為犯の共同正犯を「共同義務の共同違反」と位置づけ、作為支配犯の帰責構造との相違を強調したものの、Stratenwerth による実益論の影響により、Roxin は、不作為犯の共同正犯の帰属型式を作為犯の共同正犯の帰責構造と類似させ、従来の「意識的かつ意図的な共働」理論への還元を試みるに至った。すなわち、「不作為犯の共同正犯」についても、「共同の犯行決意」に重点を置き、作為犯特有の現実的な相互的補完性をも求めたのである。

しかし、Roxin による共同性理論の変動は、その根拠において矛盾をきたすものとなった。すなわち、Roxin の理論によるならば、共同性の規定につき、義務の一体性（共同義務）を重視するならば、「共同の犯行決意」は共同性にとって必ずしも不可欠の構成要素ではなくなり、反対に、「共同の犯行決意」を重視するならば、各関与者の義務は事実的な競合で足りることになったのである。その結果、例えば、同一結果につき回避措置を講じる義務がそれぞれ認められるにとどまっても、「共同の犯行決意」さえ存在するならば、共同行為とみなされうる余地が認められうる危険性をはらむことになったのである。このような問題が生じる原因は、共同性の根拠、つまり、「共同義務」と「意思の連絡」の関係が明らかにされていない点にある。換言すれば、不作為犯を義務犯として把握することで、一種の規範化が行なわれるものの、共同正犯の帰属型式は、「意識的かつ意図的な共働」理論に依拠させたため、結局のところ、自然主義・心理主義的構成と規範主義的構成が混在した状態にとどまり、共同性理論が洗練化されないままとなったのである。

（3）機能的義務違反

もっとも、近年、Roxin によって提唱された共同性理論につき、「機能性」という観点から、精緻化が Arana によって試みられている。すなわち、Roxin の義務犯論に依拠しつつ、法的な特別義務としての結果回避義

務を内容とする義務犯として不作為犯を理解し¹⁵²⁾、共同正犯の帰属型式につき、義務犯における共同正犯を「機能的義務違反」と位置づけようとするのである¹⁵³⁾。その際、法的義務としての結果回避義務は、「直接的かつ絶対的」に履行を義務づけ、保障人は義務の直接的名宛人であり、構成要件上の結果を「常に」回避しなければならないというのである¹⁵⁴⁾。

このような理解によるならば、不作為犯は、必然的に作為犯に相応しない構造を前提とする以上、関与形式の帰属も異なることになり、不作為犯の場合、正犯とは、保障人が特殊な結果回避義務に違反した場合であり、不作為保障人の共犯とは、問題となる構成要件が不作為によって遂行できない場合にのみ問題となるとする¹⁵⁵⁾。そして、構成要件のメルクマールを充足しないがゆえに幫助として処罰される不作為は、表向きの、不作為による従属的な法益侵害 (Akzessorischen Rechtsgutsangriff) に根拠があるのではなく、正犯構成要件が充足されない場合の補助 (Subsidiarität) にあるというのである¹⁵⁶⁾。

それに対し、共同正犯については、不作為犯は、「作為犯」の場合と異なり、義務犯における共同正犯を意味することとなったが、刑法25条2項による共同正犯の基本原理は、義務犯にも適用されるとする¹⁵⁷⁾。もっとも、支配犯と義務犯の差異は、帰責構造の点に反映されている。すなわち、義務犯における共同正犯は機能的義務違反を意味し、義務犯の帰属構造につき、行為支配論のように、犯行の分担の相互的帰属に本質があるわ

152) Arana, a.a.O., S. 182. Arana は、正犯を基礎づける義務を Roxin のように「刑法外の特別義務」と解せず、「法的な特別義務」と理解する。Vgl. Arana, a.a.O., S. 81ff.

153) Arana, a.a.O., S. 169ff. なお、Arana によれば、義務違反は正犯を根拠づけるのであって、客観的帰属の問題ではないとする。Vgl. Arana, a.a.O., S. 79ff.

154) Arana, a.a.O., S. 183. Arana によれば、保障人的義務の範囲内では格付けが行なわれることも、保障人的義務が様々なグループへと義務づけの程度に応じて分割されることもない。

155) Arana, a.a.O., S. 182.

156) Arana, a.a.O., S. 184. Arana によれば、不作為は、現実的影響を及ぼすことはなく、犯行を遂行させるにとどまるがゆえに、作為共犯で問題となるような従属性は問題とならない。

157) Arana, a.a.O., S. 171.

けではなく、計画に応じた関与に基づく義務違反の帰属にある¹⁵⁸⁾、と。その上で、義務違反の機能性は、役割分担からもたらされ、それは同時に、犯罪への寄与としての各々の義務違反は、共同の犯行計画による機能の履行の結果を意味するというのである¹⁵⁹⁾。「義務犯の共同正犯」となる一例として、合議裁判の構成員らが、共同で計画した上で、法律問題を判断する際に、ある当事者が不利益を被るように法を歪曲した場合が挙げられる¹⁶⁰⁾。この事例では、彼らは、共同義務、つまり、彼らの管轄である事件において法に則して判決を下すという共同義務を負っていたにもかかわらず、取り決めに応じて、共同で違反した¹⁶¹⁾。このことが、共同正犯の本質であるというのである。すなわち、義務の共同性は、共同の具体的な（特別）任務からもたらされ、共同の決意が存在したがゆえに、同時犯の典型的メルクマールである、行為の競合の「非依存性」と「偶然性」が存在しないというのである。

これらの点を踏まえ、義務犯においても、「共同の犯行計画」および「共同の実行行為（gemeinsame Tatbegehung）」が認められるとし、ここに、「支配犯における共同正犯」との表面的な共通性が導き出されているのである。もっとも、両方のメルクマールは、支配犯と義務犯との間では、異なる内容を有する。義務犯における「共同の犯行決意」の基準は、支配犯とは異なり、共同義務違反に関する各関与者の合意に本質があり、義務犯の場合、各々の寄与は、1つの同価値かつ均質の義務違反にあるとする¹⁶²⁾。この意味において、共同の犯行計画は、調整する力（ausgleichende Kraft）をもつが、犯行寄与の相互的帰属を要せず、同種の寄与が構成要件的结果の創出にとって必要であるという意味での統一性

158) Arana, a.a.O., S. 171.

159) Arana, a.a.O., S. 171.

160) Arana, a.a.O., S. 172.

161) Arana, a.a.O., S. 172.

162) Arana, a.a.O., S. 173.

を与えるというのである¹⁶³⁾。他方で、義務犯における「共同の実行行為」は、構成要件の結果に対する客観的寄与に本質があり、それは、「共同義務の共同違反」を意味し、寄与の重要性および形成形態が重要となる支配犯と違い、同一かつ同種の義務違反 (gleichwertige und homogene Pflichtverletzung) だけが問題となるというのである¹⁶⁴⁾。

もっとも、「義務犯の共同正犯」は、複数人が同一の義務が結合し合っている場合のみに共同性が存在する以上、一定範囲の行動が複数人に同時に委ねられている場合に限られ、その限りでは、その成立範囲は限定的となるのである¹⁶⁵⁾。

このように、Arana は、支配犯の共同正犯との間に共通性を見出しつつも、「義務犯の共同正犯」を「共同義務の共同違反」として理解しつつ、「共同の犯行決意」において、機能的行為支配で見られるような「各行為の調整」機能を与えることで、同時犯との区別を試みている。Arana の理論の特徴として、帰責構造の差異に着目しながら義務犯特有の性質を考慮したことは、Roxin のような「共同正犯特有の相互的補完性」を放棄し、作為犯の共同正犯の特質を継続させない限りで、Roxin の共同性理論の問題点を克服したといえよう。

しかし、「共同の犯行決意」の残存は、支配犯との帰責構造の差異だけで基礎づけられるには至っていない。というのも、Roxin の理論に対する問題点として指摘したように、「共同義務」が関与者らに存在したが、互いに連絡をしなかったように「共同の犯行決意」が存在しなかった場合、「共同義務」と「共同の犯行決意」が共同性の規定において相矛盾することになるからである。この限りでは、帰責や内容において差異を導き出したといえども、依然として、規範的側面と事實的側面の交錯関係にある。「共同の犯行決意」の有無をもって共同正犯と同時犯の区別を導いている

163) Arana, a.a.O., S. 173.

164) Arana, a.a.O., S. 173.

165) Arana, a.a.O., S. 174.

点が、まさにその証左であるように思われる。すなわち、「意識的かつ意図的な共働」理論の特徴が共同性の点で維持されているのである。

もっとも、当該見解に関して注目には値するのは、不作為犯の共同正犯を「共同義務の共同違反」と位置づけた点である。不作為犯が義務犯である限りで、共同性も義務犯の観点から再構成した点は傾聴に値する。この点において、Kaufmannの指摘した問題点の克服——不作為犯における自然主義・心理主義的構成の限界——が試みられているといえよう。しかし、問題は、「共同義務の共同違反」である。この点、Aranaは、Roxinと同様に¹⁶⁶⁾、複数人が同一の義務が結合し合っている場合を意味するとするが、そのような基礎づけに関して、Aranaは、義務の性質は内なる内容や義務を形成する関係や方向性に依拠する旨を主張する¹⁶⁷⁾。しかし、そのような共同義務の形成は、結局のところ、作為犯の場合でも、犯行に関与した者は程度の差はあれ結果を阻止しなければならない以上、支配犯の領域で行われる一般的な客観的帰属の問題と差はない¹⁶⁸⁾。その意味で、作為犯と不作為犯の構造的差異を殊更強調する意義は減じる。むしろ、不作為犯において義務の直接的名宛人である保障人を前提とする旨を殊更強調することは、不作為犯における事実上の競合をもたらし、共同性の可能性は、事実上、存在しないように思われる。

かくして、Roxinの理論をはじめとする、不作為犯を義務犯として理解する見解は、不作為犯の規範化を踏まえ、「不作為犯の共同正犯」を「共同義務の共同違反」として再構成し、当該法形象の実益をも示した。しかし、その反面、義務の一体性（共同義務）と「意思連絡」の関係が、共同性の規定において必ずしも明らかにされなかったこと、および一身専属的な義務によって共同性が形成される根拠につき、問題が残されていたといえよう。

166) Roxin, a.a.O., S. 357.

167) Arana, a.a.O., S. 176.

168) 義務犯としての過失犯につき、vgl. Alex van Weezel, *Beteiligung bei Fahrlässigkeit*, 2006, S. 128f.