

不作為犯の共同正犯（2・完）

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、344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——	（以上、本号）

第2項 保障人的地位に着目する見解

(1) 義務の性質と内容による区別

Kaufmann が導き出した保護的義務と監視的義務の分類を基軸にして理論的に展開させたのが、Schröder である。

* かねこ・ひろし 近畿大学法学部講師

Schröder は、不作為犯を原則正犯とする統一的正犯概念の導入でもって説明する見解に対して、作為犯の場合のように幫助犯の規定による減軽が容易であり、幫助の未遂が不可罰であるという行為者を優遇する措置が受けられない点を非難し、原則として幫助犯とする見解に対しては、子供を餓死させる母親の態度は不作為という理由で作為犯よりも犯罪内容が軽いわけではなく、立法上も、背任罪のように不作為の反価値が幫助犯と同置されていないことを指摘する¹⁶⁹⁾。その上で、行為者が不作為によって違反する義務の性質と内容が重要であると主張するのである。

それによれば、まず、「不作為者が保護法益と特別な関係に基づき、法益の状態に対して責任を負わなければならないならば、法益に対する犯罪的攻撃を義務に反して防止しなかった場合、正犯のルールが妥当する」¹⁷⁰⁾とする。例えば、父親が母親による子供の毒殺を阻止しなかった場合や母親が娘の墮胎に対して介入しなかった場合がその例であるとし、これらの事例は、法益に対する危険が自然力や責任のない人間によって差し迫る事例と差異はないというのである¹⁷¹⁾。もっとも、この種の保障人的地位にあっても、構成要件によって前提とされている意図や正犯資格の欠如あるいは犯罪が自ら遂行されなければならないことにより正犯の可能性がない場合には、幫助のルールが妥当するとしている¹⁷²⁾。

これに対し、不作為者と侵害された法益との特別な関係からもたらされない作為義務は、人の犯罪的攻撃を阻止することであり、これにつき責任を負う場合、質的に異なる法的義務であるが故に、原則として幫助のルールによる処罰だけが問題となるとする¹⁷³⁾。例えば、親や教師が小さい子供や生徒の可罰的行為を阻止しなかった場合、幫助犯として処罰されると

169) Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch, 17.Aufl., 1974, Vorbem § 47 Rn. 106.

170) Schönke/Schröder, a.a.O., Vorbem § 47 Rn. 107.

171) Schönke/Schröder, a.a.O., Vorbem § 47 Rn. 107.

172) Schönke/Schröder, a.a.O., Vorbem § 47 Rn. 108.

173) Schönke/Schröder, a.a.O., Vorbem § 47 Rn. 109.

するのである。

かくして、保障人的地位の性質に着目する見解は、義務の性質および内容に着眼することで不作為犯における正犯と共犯の区別に関わる問題を解決しようとしたのである¹⁷⁴⁾。

(2) 支配犯と義務犯の異同を問わない共同性理論

保障人的地位に着目する見解においても、一般に、不作為犯における共同正犯につき、複数の保障人による「意識的かつ意図的な共働」が認められている¹⁷⁵⁾。Schröder もその1人である。Schröder は、不作為犯の場合にも、複数の保障人の「意識的かつ意図的な共働」は考えられるとし、共同正犯の可能性を認める¹⁷⁶⁾。この可能性は、複数人が並行して行なわれる義務を有する場合だけでなく、特定の任務の履行につき共同で果たす義務を有する場合でも認められ、さらに、作為犯と不作為犯との共同正犯も存在しうるといっているのである¹⁷⁷⁾。もっとも、不作為が相互の合意の下で行われた場合、共同正犯といえとしつつも、共同正犯の規定である旧47条は必要とされていない。その理由は、不作為犯の場合、個別の犯行寄与の相互的帰属は、自身の法的義務の違反でもって正犯刑を根拠づけるために、可能でないばかりか、必要でもないことにあった¹⁷⁸⁾。

しかし、この見解は、少数であり、むしろ、不作為による共同正犯の実益が認められる傾向にあった。すなわち、Jescheck が主張するように、

174) 更なる展開について、Vgl. Rolf Dietrich Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantienprinzip, 1972; ders., Täterschaft und Teilnahme, 1977, S. 82ff. Neuerdings Schönke/Schröder/Heine, Strafgesetzbuch, 28. Aufl., 2010, Vorbem §§ 25ff Rn. 103ff.; Volker Krey/Robert Esser, Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2011, S. 471f.

175) Vgl. LK-Busch, 2. Lieferung, 1970, § 47 Rn. 6, 20.

176) Schönke/Schröder, a.a.O., Vorbem § 47 Rn. 113. なお、例えば、母親が子供を餓死させるときに父親が何もしない場合のように、関与者全員が——保障人や真正不作為犯を問わず——同一の作為義務を履行しなければならない場合、各人は正犯であり、複数の保障人がいる場合、正犯と共犯を区別することはできないとする。

177) Schönke/Schröder, a.a.O., Vorbem § 47 Rn. 48.

178) Schönke/Schröder, a.a.O., Vorbem § 47 Rn. 48.

「共同義務が共同でしか履行されえない場合にだけが共同正犯の本来の事例である」¹⁷⁹⁾として、単独では構成要件該当結果が回避されえない場合に共同正犯の実益が求められたのである¹⁸⁰⁾。このような共同正犯論は、その実益を唱えることにより、不作為犯における共同正犯の意義を与えることになった。しかし、共同正犯の成立条件である「共同の犯行決意」は、不作為犯の構造との関連（すなわち、保障人的義務の内容による射程）において、必ずしも明らかにされてはいない。この点につき、Schünemann は、特定の法益に関する保護的義務と特定の危険源に関する監視的義務に分類する義務二分論に対して、保障人的地位の根拠に関する原理が展開されない限りで、単なる表面的な分類に過ぎないと指摘したのである¹⁸¹⁾。そこで、Schünemann は、次のように説明する。人間は、自身の態度を支配しているので、操縦できないわけではない限り、それは、帰属可能な結果の原因としての身体の動きに対する支配であり、様々な犯罪類型に妥当する¹⁸²⁾。あらゆる犯罪類型に妥当する統一的な刑法上の正犯原理の一般的構造は、具体的には、結果の原因に対する支配として特徴づけられ、不真正不作為犯における同置問題は、以下のように根拠づけられる。すなわち、「決定的な帰属根拠は……人の操縦中枢（personalen Steuerungszentrum）と結果を惹起する身体の動きとの関係である。この関係は、行為者に対する当該行為によって惹起された結果の帰責に関する

179) Hans-Heinrich Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1972, S. 518. 共同正犯の例として、夫婦の確定申告が挙げられている。Vgl. auch Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1996, S. 681f. なお、複数人に共同で該当する義務に反して結果回避しなかった場合、共同正犯が認められるとしながらも、Schröder と同様に、不作為者は保障人として全体の結果に対して責任を負う以上、共同正犯にとって特徴となる相互的帰属は、行なわれる必要はないとする。

180) Vgl. auch Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil Lehrbuch, 2.Aufl., 1975, S. 704ff.

181) LK-Schünemann, 12.Aufl., 2007, § 25 Rn. 40.

182) LK-Schünemann, § 25 Rn. 39.

事実論理的な根拠である……その人物と身体の動きとの関係の決定的な本質は、身体に対するその人物の絶対的支配にある」¹⁸³⁾。かくして、Schünemann は、「結果の原因に対する支配」を一般原理として統一的な説明を試みるのである。すなわち、不作為犯の構造は、その本質において、作為犯の構造と等しくするというのである。その結果、不作為犯においては、この支配は、さらに、法益（客体）の脆弱性に対する支配（Herrschaft über die Hilflosigkeit des Rechtsguts (objektes)）と本質的な結果原因に対する支配に分類され、この限りで、保障人的地位の区別論も事実論理的な根拠が与えられることになった¹⁸⁴⁾。

このような観点から、Schünemann は、不作為犯の共同正犯を次のように定義する。不作為犯における共同正犯とは「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」¹⁸⁵⁾ である、と。この理解によるならば、背任罪（266条）のような犯罪においても、財産保護義務者が委託された金を着服した場合、たとえ一方が事実的作為を行い（行為支配）、他方が表面上ほとんど寄与しなかった場合であったとしても、両者が共同の犯行決意に応じて義務に違反した以上、共同正犯が認められ¹⁸⁶⁾、さらに、結果の原因に対する支配という上位概念のもとでは、すでに挙げた飲食店の店主による不作為による関与の事例のように、行為支配と保障人的支配による共同行為も考えられうることになる¹⁸⁷⁾。

もっとも、いずれにせよ、関与者は不作為犯の正犯として責任を負う以上、共同正犯の実際の意義は存在せず、必要な作為が共同でしかもたらさ

183) LK-Schünemann, § 25 Rn. 39.

184) LK-Schünemann, § 25 Rn. 41. Schünemann によれば、法益（客体）の脆弱性に対する支配に属するのは、生活共同体、危険共同体や保護の引受けの保障人的地位であり、結果原因に対する支配の属するのは、社会生活上の義務、危険人物に対する支配や取引の支配責任を含めた行為（Verrichtungen einschließlich Geschäftsherrenhaftung）に対する支配の保障人的地位である。

185) LK-Schünemann, § 25 Rn. 213.

186) LK-Schünemann, § 25 Rn. 162.

187) LK-Schünemann, § 25 Rn. 165.

れない場合にのみ意義があるという帰結は，上記の見解においても，維持されている。

このような説明は，不作為者間の共同正犯や作為者と不作為者の共同正犯を根拠づけるのに資する。しかし，作為犯と同様に不作為犯を「支配」という観点から統一的に説明できるか否かという問題を措くとしても，あらゆる不作為犯において，「共同の犯行決意」でもって共同性を規定する余地があるのかが問題となる。

この点につき，Schmidhäuser は，不作為犯における「犯行決意」について次のように述べる。「不行為は，せいぜい結果がひとりでに発生してほしいという行為者の願望と結びつくにすぎない」。「不作為犯における不法は，一方で，行為者が意図してすべきであったこと（すなわち，命ぜられた危険回避行為を行なうこと）を意図せず行為しないことにあり，他方で，同時に，意図してはいけない何かを意図する，いわば（意図して行なわなければならないことを）意図しないということ在意図することにある」¹⁸⁸⁾。それゆえ，犯行事象に関連するものは，その願望だけであり，その願望が，意図しさえすれば介入できたであろうという事象経過に係るのである。したがって，行為を決意しないという決意は，意思や意思の実現の不作為によって実行されるが，せいぜい経過する事象が特定の結果を惹起してほしいという願望と結びつくだけなのである¹⁸⁹⁾。もっとも，作為をしないという決意と作為をする決意は，特定の事象を惹起する目的に向けられている¹⁹⁰⁾。ゆえに，不作為犯における共同正犯は，作為しないという共同決意とそれに相応した合意による事象経過の放置を意味するものである¹⁹¹⁾。

このようにして，「意識的かつ意図的な共働」という共同正犯の帰属型

188) Schmidhäuser, a.a.O., S. 679.

189) Schmidhäuser, a.a.O., S. 679.

190) Schmidhäuser, a.a.O., S. 679.

191) Schmidhäuser, a.a.O., S. 705. 作為義務者が誰も命ぜられた行為をしないという共同決意は，刑法30条2項による犯罪の取り決めが認められる場合に重要になるとする。

式は不作為犯においても維持されたのである。しかし、作為犯と不作為犯との間では、共同正犯の帰属型式の差異は、いずれにせよ、解消されていない。Schmidhäuser 自身も、次のように述べる。「作為犯の場合、共同正犯の概念として、共同の犯行決意の共同実行である」。「その際、その決意は共同による実現に向けられることが前提とされる。その概念の機能として、不法構成要件の範囲内で、共同行為者全員に他者の行為が相互的に帰属されることがもたらされる」。これに対し、「不作為犯の場合、共同正犯は同じ方法でもたらされない。というのも、ここでは、事象の共同形成が問題となるのではなく、個々人の不行為、すなわち、為すがままにさせること（Geschehenlassen）が問題だからである」¹⁹²⁾。ゆえに、各行為者によってもたらされる給付が問題となる限りで、共同正犯は不要となるが、1つの給付が複数人によって共同でしかもたらされえない場合には異なるというのである¹⁹³⁾。

以上の点を踏まえるならば、不作為犯の規範化に伴い、正犯および共犯の区別において保障人的地位を分類するに至ったものの、不作為犯における共同正犯については、従来の「意識的かつ意識的な共働」理論がそのまま適用されてきたということができよう。しかし、これまでの共同性理論の展開過程を見るならば、不作為犯における共同正犯の実益が検討・容認されながらも、共同性の根柢である「意識的かつ意図的な共働」それ自体の検討は行なわれていない。すなわち、実益論の根底にある事實的観点から、義務者に取って共同正犯を認める必要性があるか否かの問題だけが強調されてきたのである。このような理解のもとでは、共同性は、保障人的義務の内容を問わず、いわば各保障人の不作為の事實的競合で足り、「共同の犯行決意」がそれを補完することによって成り立つことになる。しかし、他者と協力すべき義務を有さない者が、共同決意の存在ゆえに共同責任が認められる根柢が明らかにされてはいない。この点で、各関与者の保

192) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch, 2.Aufl., 1984, S. 424.

193) Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch, S. 424.

障人的義務の内容が軽視されたままとなっているのである。

そしてさらに、「犯行決意」を共同性の根拠にすること自体も問題を抱えている。すなわち、「意識的かつ意図的な共働」を前提とした共同性を支持する Schmidhäuser 自身も認めるように、事実的観点からみれば、関与者の決意は、「犯罪結果へ向けられた意思」と「犯罪結果とは異なるものへ向けられた意思」という全く性質の異なるものであり、表向きの犯罪結果との関連性という共通点だけに帰着せざるを得ないのである¹⁹⁴⁾。ゆえに、Schröder が主張するように、共同正犯は、事実上、形式的な意義を有するにすぎないのである。

このように、保障人的義務の内容を問わない見解は、構成要件該当結果が共同作為でしか回避できないという点に着目して共同性を認める意義を提示したが、結果回避の唯一の有効手段を示したにすぎず、問責主体が他者と共同して行なう義務があるか否かの問題を検討課題として残したのである。

(3) 支配犯と義務犯の異同に応じた共同性理論

もっとも、保障人的義務の内容と共同性理論（「意識的かつ意図的な共働」理論）を結びつけて、不作為犯における共同正犯を検討する動きがなかったわけではない。

この点につき、Busse は、構成要件において類型化された不法を出発点とする以上、作為または不作為によるかは問わないとした上で、各々の不作為構成要件の性質および正犯原理に着目しつつ共同正犯の可能性を検討している¹⁹⁵⁾。それによれば、まず、各々の構成要件の性質から、自手犯のように、共同正犯として遂行できない、各人が単独で「自ら」構成要件上の不法を履行する挙動構成要件を除き、構成要件上の不法が法益侵害や法益の危殆化にある法益構成要件においてのみ共同正犯の可能性が考えら

194) この点につき、因果的視点、とりわけ心理的因果性で考えた場合にも、同様のことが妥当するように思われる。

195) Klaus-Henning Busse, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungsdelikten, 1974, S. 76ff.

れるとする¹⁹⁶⁾。

その上で、共同正犯の可能性は、正犯概念（Täterbegriff）の検討，すなわち、行為支配に関連した正犯原理の法益構成要件と義務に関連した法益構成要件のどちらに該当するかに応じて、判断されるというのである。これは、履行されるべき不作為構成要件の種類に依拠し、具体的には、不作為者が犯罪行為につき寄与の重要性に応じて処罰されるか（支配原理）、あるいは寄与の重要性を問わず、各々責任を負うべき法益侵害に対して正犯として責任を負うか（義務原理）により区別されるとする¹⁹⁷⁾。すなわち、刑法上の法益保護には、法益侵害行為を禁じ、危険な因果経過に責任を負う者に対して差し迫った法益侵害を回避するよう義務づける場合だけでなく、特定の法益の状態に関して直接的に関係があるときには、その者は、自己の原因であるかどうかにかかわらず、他の危険から法益を保護しなければならない場合があるというのである¹⁹⁸⁾。

Busseによれば、計画し操縦する作為者だけでなく、犯行事象において特定の地位を占める不作為者も行為支配を有する¹⁹⁹⁾ことから、作為犯における行為支配に対応して、錯誤や強制を利用した意思支配や作為者による行為支配よりも弱い不作為行為支配が認められるとする。それゆえ、共同正犯は、概念上、作為だけでなく、法益構成要件における不作為正犯の形態においても考えられるとし²⁰⁰⁾、作為犯の機能的行為支配に対応する不作為共同正犯が検討されるのである。

196) Busse, a.a.O., S. 78f. なお、拳動構成要件と法益構成要件については、vgl. Busse, a.a.O., S. 28ff.

197) Busse, a.a.O., S. 256.

198) Vgl. Busse, a.a.O., S. 350.

199) Busse, a.a.O., S. 269ff. Busseによれば、例えば、踏切番が踏切を開け、それによって衝突を引き起こした場合や、猟師が好奇心のつよい銃の愛好家（Bewunderer）に、装填されていないと信じ込ませ、まもなく発砲によりその愛好家が傷害を負った場合に不作為者に行為支配があるとされる。

200) Busse, a.a.O., S. 312. Busseによれば、共同正犯の機能は、単独でみれば、狭義の共犯にすぎない行為を正犯へ格上げすることにある。Vgl. Busse, a.a.O., S. 80.

作為犯の場合、犯罪行為が複数の関与者の共働によってしか遂行されえず、したがって各関与者は自己の犯行寄与によって犯罪行為全体を支配するというように、犯行事象が複数の関与者の手中にある場合に、機能的行為支配が認められている²⁰¹⁾。しかし、Busseは、Bが水泳指導員Aによって監視されている屋外プールに泳げないCを突き落としAとBの前で溺死させたが、あらかじめBはAと溺れているCを助けないことを取り決めていた場合を挙げ、不作為者に機能的行為支配が存在することを疑問視する²⁰²⁾。というのも、予備段階における事前の取り決め自体がAにとって機能的支配であったとは言えず、「不作為者Aの機能的行為支配を根拠づけるかに見える『不可欠の寄与』というメルクマールは、各不作為者が第三者の犯罪行為に対して有する阻止可能性と同じ意味となる」²⁰³⁾からである。仮に作為者の犯罪行為に関与する保障人が、作為者との合意の下で、(作為に出るならば、結果は回避されたという意味で)結果に寄与したとするならば、結果にとって不可欠な犯行寄与である以上、常に機能的共同正犯を認めなければならないという不合理な結論に至ることになる。したがって、不作為者の寄与は犯行の遂行にとって決して「不可欠」ではなく、(支配を根拠づけない)阻止可能性が認められるにすぎない現実的不存在である以上、あらゆる不作為者に機能的行為支配は認められないというのである²⁰⁴⁾。

このような帰結は、通説と相反するものである。しかし、この点につき、Busseは、Roxinが提唱した共同義務という概念でもって形式上(用語上)共同正犯の存在を認める見解に対して²⁰⁵⁾、その共同性の根拠(共

201) Vgl. Roxin, AT II, S. 77ff.

202) Busse, a.a.O., S. 284, 312ff.

203) Busse, a.a.O., S. 285.

204) Busse, a.a.O., S. 287.

205) Vgl. auch Busse, a.a.O., S. 333. プール指導員AとBが、いやな客Cを殺すことを取り決め、Bが泳げないCをプールへ突き落とし、AとBはCを救助しなかったところ、Cは溺死したという事例につき、Busseは、プールの危険からCを保護するという共同義務

同義務）は、支配とはなじみのないメルクマールであり、その結果、統一的な正犯原理が破壊されると批判する²⁰⁶⁾。かくして、行為支配原理が妥当する領域では、共同正犯は考えられないとした。

他方、義務原理が妥当する領域では、害をもたらす因果経過は全く重要ではなく、侵害された法益と特別な関係があるゆえに、直接的に構成要件上の不法に対して責任を負い、その義務違反が正犯を根拠づけるというのである²⁰⁷⁾。法益と答責者との間にある特別な義務関係は、法に忠実な態度に対する刑法規範に内在する義務や不作為者の作為義務と同一ではない。例えば、被拘禁者に対する逃走援助罪や背任罪がそうであるように、これらの保護義務は、刑法外の規定からもたらされるとする²⁰⁸⁾。この意味では、この種の犯罪は、Roxin が主張する義務犯の性質に近いといえよう。もっとも、例えば、背任罪のように、構成要件自体が義務犯罪構成要件だけが義務原理という正犯原理に属するのではなく、保障人的義務によって構成要件上の不法に対する特別な義務関係が根拠づけられ、支配原理が妥当しない場合もあるとする（信託的保障人的地位）²⁰⁹⁾。例えば、子供の生命、健康、財産に対する親の保障人的地位、病弱者や精神障害者の委任された法益に対する世話人の保障人的地位、委託された犬の健康に対するペットホテルの所有者の保障人的地位が挙げられている²¹⁰⁾。いずれにせよ、保障人と法益との間に、信託性（Treuhänderschaft）に相応する法関係が存在しなければならないというのである。

このような信託的保障人が問題となる領域では、共同正犯につき、機能

↘は、Aに幫助不法以上のものが帰責されるような帰責根拠はない以上、共同正犯を根拠づけるものではないと結論づける。さらに、「共同義務」は、事実的な態度に関連させることなしに、すべき態度に関係するにすぎないと批判する。このことから、不作為犯における共同性は事実的關係に基づくものと理解していることが明らかとなる。

206) Busse, a.a.O., S. 313f.

207) Busse, a.a.O., S. 353.

208) Busse, a.a.O., S. 350ff.

209) Busse, a.a.O., S. 355f.

210) Busse, a.a.O., S. 360.

的行為支配は当該不作為態様と両立せず、不作為構成要件の要素やその他の付随状況によって不作為者と他の関与者の犯行寄与の相互的帰属が行なわれることはない²¹¹⁾。したがって、共同正犯の可能性は、もっぱら用語上の意味を伴うものでしかなく、すでに正犯として責任を負う者が共同行為者として特徴づけられるにすぎないというのである。義務構成要件が問題となる例として、例えば、AとBが受刑者Cを刑務所へ連れて行かなければならない際に、Aが手錠を外し、その結果、Cは逃走できたが、Bは、取り決めに応じてAの行為を阻止しなかった場合、AとBは、自身の行為に基づき、すでに被拘禁者に対する逃走援助の正犯として責任を負っている。彼らは、合意による行為によって共同義務に違反しているので、義務構成要件の共同正犯として特徴づけられるとする²¹²⁾。

信託的保障人的義務によって義務正犯原理に服する犯罪構成要件の場合でも、例えば、両親AとBが子供から解放されたいと思い、合意により、子供から塩酸の入った瓶を取り上げることをしなかったため、子供はその液体を飲み、死亡したという場合、子供の生命に対する共同の親の保護義務に共同で違反している以上、共同正犯であるというのである²¹³⁾。

かくして、Busseは、不作為犯における保障人的義務と共同性との関係から、不作為犯では共同正犯という法形象が事実上意味を成さないことを明らかにするのである。

これに対し、Hoffmann-Hollandは、Busseのように、不作為犯における保障人的義務の性質（支配的側面と信託的側面）に応じた検討を前提としつつも、作為者と不作為者との競合の観点から、不作為犯における共同正犯の意義を認めている。

Hoffmann-Hollandもまた、Busseのように、行為支配犯、機能的二分論や義務犯の何れにも統一的に把握するには問題があるとした上で、以下

211) Busse, a.a.O., S. 383.

212) Busse, a.a.O., S. 384.

213) Busse, a.a.O., S. 384f.

のように刑法25条以下から不作為による正犯と共犯の限界づけが展開されるべきであるとする。すなわち、共犯が制定法上の文言により正犯と依存関係にあることから、法益侵害（Rechtsgutangriff）が直接的に行われた（正犯）かまたは誘導的に行われた（幫助）かが着目されるべきである²¹⁴⁾、と。その上で、直接的な法益侵害は、刑法25条2項による共同正犯の場合でも存在する以上、共同行為者は、法益を共同で意識のかつ意図的な共働によって直接的に攻撃するというのである。

もっとも、Hoffmann-Hollandによれば、不作為による関与においては、法益侵害における保障人の地位が刑法上の「共同性」に影響を与える。その際、保障人的地位を区別する決定的なメルクマールは、「犯行状況（Tatsituation）の形成」である²¹⁵⁾。すなわち、保障人的義務が犯行状況に関連するものであるか否かにより、共同性の問題が左右されるというのである。

保障人的義務が犯行状況に関連するものであるならば、不作為による幫助、正犯、共同正犯、同時犯が区別されるとする。犯行状況に関連した保障人的義務が問題となる場合として、危険共同体、保護機能の合意による引き受け、先行行為および危険源に対する事実的支配（Sachherrschaft）が挙げられている²¹⁶⁾。もっとも、事実的な事象経過につき、操縦可能性を有する作為者との関係では、不作為の保障人は事象の脇役にすぎず、この限りで、犯行状況の形成に関しては、この行為支配の観点が優位にある。というのも、この場合、保障人の法益攻撃は、他者によって形成された犯行状況に関して、依存している、すなわち、間接的にすぎないからであり、間接的な法益攻撃としての幫助の状況に相応するというのである²¹⁷⁾。

214) Klaus Hoffmann-Holland, Die Beteiligung des Garanten am Rechtsgutangriff, ZStW 118, S. 630.

215) Hoffmann-Holland, a.a.O., S. 633.

216) Hoffmann-Holland, a.a.O., S. 634.

217) Hoffmann-Holland, a.a.O., S. 634.によれば、以下の事例に、理論的相違が見出されるとする。A, B, Cは、途中で共になった登山者であった。3日目の夜、山歩きの危険な

もっとも、例えば、監視されるべき精神病患者が確かに故意かつ違法に第三者を攻撃し殺害することを阻止しない世話人の場合のように、作為者自身が責任無能力のゆえに操縦可能性を欠く場合は異なるとされる。その場合、不作為者は、第三者の行為に依存することなしに法益の保護を義務づけられており、その結果、不作為者は、脇役ではなく、中心形態となるというのである²¹⁸⁾。

それでは、不作為による共同正犯はいかに解されるべきか。この点につき、Hoffmann-Holland は、刑法25条 2 項の共同正犯の帰属型式を分業的行為と機能的役割分担の原理として理解し、「共同の犯行計画に基づいた意識的かつ意図的な共働」を前提としている。それによれば、作為者と不作為者の競合の場合、「作為者による直接操縦に鑑みると、不作為者は、通常、作為者と共に、不作為者が対等なパートナー (Gleichgeordneter) として関与するように分業的に共働しない」²¹⁹⁾。ゆえに、多くの事例では、保障人の不作為は、作為者の不阻止に尽き、二次的責任しか負わないというのである。このことから、連邦通常裁判所の飲食店主の事例では、店主の義務は女性客が害されないように飲食店の状況を形成することであり、それゆえ、状況に関連している以上、店主は幫助であるべきと結論づけている²²⁰⁾。

ㄨ 状況の中、彼らは、岩の出っばいでいるところに泊まらなければならなかった。その夜、A は眠っているBのカラビナを解き、深部に突き落とした。Cは、いわゆる危険共同体の意味における保護機能の引き受けにより、Bの身体の完全性に関する保障人であった。登山者らは、相互に安全につき責任を負うことになった。この事例につき、Hoffmann-Holland は、機能論に従えば、Cの義務は保護的保障人的義務と評価され正犯となるが、Cの保障人的義務は状況に関連している以上、幫助にすべきであると結論の違いを強調する。すなわち、「登山者は、緊急時や——総じて——彼らが冒す危険状況に関する相互的援助を保障しあっている。それゆえ、Cの保障人的義務は状況の形成——犯行状況にも——関係しているのである。」「この限りで、作為者は、不作為者には欠ける事象経過を手中に収めることによって、不作為者の形成支配への立入りを遮ることが認められうるのである」と。

218) Hoffmann-Holland, a.a.O., S. 635.

219) Hoffmann-Holland, a.a.O., S. 635f.

220) Hoffmann-Holland, a.a.O., S. 638.

もっとも、作為者と不作為者の相互依存関係にある（Aufeinander-Angewiesen-Sein）分業的共働は、例外的に認められている。例えば、Roxin が挙げた被拘禁者解放事例、すなわち「2人の看守が、合意により、1人が収容部屋の鍵（Zellentür）を手渡し（作為）、もう1人が義務に反して外の扉を閉めないで置く（不作為）ことによって被拘禁者（Gefangenen）の逃走を容易にした場合」²²¹⁾、保障人の不作為は不阻止以上であり、その法益への攻撃は共同で直接的に操縦されているというのである²²²⁾。すなわち、外門を閉めないで置くという不作為は、被拘禁者が自由を取り戻す場合にはじめて既遂となる刑法120条による被拘禁者の解放にとって不可欠であり、ゆえに、犯行寄与は、刑法25条2項による分業的行為および機能的役割分担の原理に応じて、帰属されるというのである²²³⁾。

もっとも、Hoffmann-Holland は、不作為者間の共同正犯につき態度表明をしてはいない。共同正犯の帰属型式である「機能的役割分担における共同による直接的操縦」に従えば、Busse がいうように、事実的には不作為者は機能的に寄与していると評価できないとするならば²²⁴⁾、「共同の犯行計画に基づいた意識的かつ意図的な共働」を要する限り、事実上、共同の直接的操縦が否定されよう。しかし、上記の事例に対する説明に依拠し

221) Roxin, AT II, S. 681.

222) Hoffmann-Holland によれば、収容部屋の扉がAによって開けられ、Bによって再び閉じられない場合、Bは、法益攻撃を共同でAと直接的に操縦するのではなく、幫助にすぎない。それゆえ、作為者と不作為者の共同正犯は、共同の犯行計画に基づき意識的かつ意図的に共働し、不作為者の犯行寄与が作為者の不阻止以上である場合にのみ問題となるとする。

223) Hoffmann-Holland は、次のように付言する。「確かに、このことは、Roxin の具体的事例においては、不作為者にとって必要ではないかもしれない。というのも、不作為者の寄与は、その寄与の後に被拘禁者が自由になる、すなわち犯行が既遂となるように形成したからである。しかし、逆の事例も考えられる。すなわち、不作為者は、作為者との共同の犯行決意に基づき、収容部屋の扉を閉めないで置き、作為者が被拘禁者が外門に着いたら外門を開けるというものである」(a.a.O., S. 637.)と。

224) Busse, a.a.O., S. 278.

て、「構成要件該当結果にとって不可欠」という側面を強調するならば、構成要件の結果を単独で回避できる者同士であれば、常に共同正犯が成立することになる。

他方、保障人的義務が犯行状況に依拠しないならば、その義務を負う者は、常に法益と直接的な関係にあり、法益攻撃の中心形態（正犯）とされる。この保障人的義務は、例えば、両親と子の関係や事実上実質化された夫婦による生活共同体に結びつけられた関係といった家族法上の基礎による密接な共同体関係の場合に認められるとしている²²⁵⁾。ここでは、当該義務を負う保障人の直接的な法益攻撃は、作為者の法益攻撃から独立している。それゆえ、例えば、母親が子供を作為により攻撃する第三者を阻止しない場合、第三者も母親も正犯となるが、共同正犯は一切成立しないというのである²²⁶⁾。

このように、Hoffmann-Holland は、不作為犯における保障人的地位を評価するに当たり、犯行状況に関連する保障人的義務と犯行状況に依拠しない保障人的義務とに区別し、前者にのみ刑法上の「共同性」の余地を認める。このことは、Busse の理論にも類似の現象が見られるものであるが、保障人的義務の内容に着目した共同性の再構成は、部分的とはいえ、「保障人的義務」と「共同性」を整合させた点で、「共同性」の規範化へ一歩前進したものとなっている。

保障人的義務が犯行状況に関連した保障人的義務に該当するか否かの問題は別途検討されるべき問題ではあるが、共同性の問題では、上記のような「保障人的義務の区別」と「共同性」の関係が重要となる。この点、Busse や Hoffmann-Holland は、「意識的かつ意図的な共働」理論による「共同性」の検討に終始している。両者によれば、共同性の形成の前提として、各関与者の保障人的義務の内容が問われ、全く共同性の成立の余地のない一身専属的義務は排除されている。もっとも、共同性の可能性のあ

225) Hoffmann-Holland, a.a.O., S. 637.

226) Hoffmann-Holland, a.a.O., S. 637.

る義務については、「意識的かつ意図的な共働」理論が純粋に適用されている。しかし、例えば Hoffmann-Holland によれば、いわば結果に対する寄与の「不可欠性」が共同正犯にとって決定的基準となるが、寄与の「不可欠性」ないし「機能性」と「保障人的義務」の関係が必ずしも明らかとされていない²²⁷⁾。したがって、場合によっては、「寄与の不可欠性」を根拠に各関与者の義務が拡張されうる可能性が否定できないように思われる。この限りでは、Busse の主張は傾聴に値するが、それでは、「不作為犯の共同正犯」は存在しえないのかが問題となる。この点で、不作為犯における「意識的かつ意図的な共働」理論の適用でもって共同正犯の存在を否定するのは早計である。というのも、不作為犯論と従来の共同正犯論は、異なる視点から構成されているからである。むしろ、「意識的かつ意図的な共働」理論の限界が示されているように思われる。

このように、支配犯と義務犯の異同を問う見解においても、不作為犯の規範化に伴い、不作為犯の保障人的義務という側面から帰属のあり方が再構成されたものの、依然として、その帰属型式は、「共同性」の領域までには達せず、帰属型式における事実に観点と規範的観点が混在したままの状態にとどまったのである。すなわち、「共同の犯行計画を前提とした意識的かつ意図的な共働」は維持され、その枠内で共同性が形成されているのである。

第3款 「規範的共同性」理論

(1) 皮革スプレー判決——新たな議論の契機——

しかし、1990年、連邦通常裁判所が、下記のような製造物責任のケース²²⁸⁾において、不作為による関与につき「意識的かつ意図的な共働」理論にとって代わる新たな議論を呼び起こす契機を与えることになった。事

227) なお、機能的行為支配論に対する批判として、vgl. Heiko H. Lesch, Gemeinsamer Tatentschluß als Voraussetzung der Mittäterschaft?, JA 2000, S. 75ff.

228) BGHSt 37, 129.

実の概要は以下の通りである。

有限会社 W. u. M. は、靴及び皮革の手入れ商品を取り扱い、皮革スプレーもその一部であった。この製品は、とりわけ子会社の有限会社 E. R. 及び有限会社 S. によって販売されていた。

1980年晩秋以降、その会社系列のもとに、表示された商標の皮革スプレーの使用によって健康被害を受けたという被害報告が届いた。

最初の被害報告に基づき、会社では内部調査が行われたが、調査対象となったスプレーには製造上の欠陥は見つからず、1980年中ごろ以降、シリコンオイル (Silikonöl) の作用物質 (Wirkstoffanteil) を増やしたことだけが確認されたにすぎなかった。1981年の初めに、スプレー缶の中身を元に戻したが、更なる被害報告が続いたため、2つの化学会社の毒物学者と助言役の医者を伴った専門会議が開かれた。しかし、原因は不明のまま、シリコンオイルがその製品から取り除かれた。1980年にその製品に含まれている弗化炭素樹脂の納入業者が変わっていたことが判明し、1981年3月以降再び以前の納入業者から当該物質は納入された。しかし、被害報告が依然続いたため、1981年4月中ごろに特定の「E.」スプレーに関する突然の製造中止及び販売中止に至ったが、会社自身の化学課の調査は結論が出なかったため、数日後に再び撤回された。

1981年5月12日、こうした問題を巡って臨時取締役会が開かれた。参加者は、有限会社 W. u. M. の取締役全員、すなわち、S. と Dr. Sch., Br. と Bo. であった。会社グループの中央研究所所長であった Dr. B. は「主任化学者 (Chefchemiker)」として助言を求められた。Dr. B. は、その際、従来の調査によれば、スプレーの危険性は存在しない以上、この製品を回収する理由はないと述べた。Dr. B. は、外部の機関に更なる調査を依頼し、さらにすべてのスプレー缶に警告表示を取り付け、すでにある表示の改善を提言した。取締役会はこの提言を満場一致で可決した。そして、当時、有限会社 S. の取締役であった W. と有限会社 E. R. の取締役であった D. は、取締役会で可決された当該決議に従った。

その後も、表示された商標の皮革スプレーの使用による健康被害が続いた。再度調査が行なわれたが、原因となった特定の物質を突き止めるまでには至らなかった。有限会社 W. u. M. は、スプレー缶に取り付けられていた警告表示を補充・改善したものの、1983年9月20日、官庁の介入により、販売中止及び回収活動を行なった。

本件につき、地方裁判所は、被告人 S., Dr.Sch., W. 及び D. を、多数のスプレー利用者に、一部は業者の適当な時期の製品回収をしないことによって、一部はこの製品の製造及び販売の継続によって傷害を与えたとして、有罪とした。すなわち、1981年2月14日以後に生じた4つの傷害事件に関して、それぞれ独立した犯行として過失傷害罪（230条）を認め、1981年5月12日の取締役会の後に生じた38の傷害事件では、危険傷害罪（223条 a）の有罪判決を下し、その際、その限りで被告人のそれぞれの態度を所為単一の観念的競合とみなした。その後、被告人らは上告した。

しかし、連邦通常裁判所は、過失傷害罪の併合罪を所為単一の観念的競合にするなどの一部の修正を除き、原判決の判断をほぼ追認した。まず、連邦通常裁判所は、危険傷害罪において、4人の被告人および共同被告人 Br. と Bo. を不真正不作為犯の共同正犯と評価した。とりわけ、共同で課された義務を共同でのみ履行しうる複数の保障人が共同でこれをしないという決定をする場合には共同正犯が認められると判示したのである。同裁判所は、本件において、被告人 S. と Dr. Sch. がいる有限会社 W. u. M. の全取締役が参加した1981年5月12日の臨時取締役会で、参加者は包括的な回収を断念する決定をしたという事情に鑑み、そこに、共同で課された損害回避義務を履行しないという、共同決議があったと評価し、この当該事情が、関与者らに不作為の共同性、すなわち共同正犯を根拠づけた。

さらに、同裁判所は、被告人 W. 及び D. は親会社の取締役ではなく、上記の臨時取締役会に出席していないが、彼らは、上記の取締役会の決議を承認し、その決議に応じて行動した以上、共同正犯として責任を負わせた。そのうえで、共同正犯の根拠においては、事前の取り決めを必要とせ

ず、犯行 (Tat) の最中にはじめて生じる同意で十分であるとした上で、被告人 W. と D. は、親会社においてのみならず、同時に、両販売会社の取締役である者の全員一致の決議に賛同した点を捉えて、回収作業をしないことの同意のもと犯行に寄与したと評価した。

これに対し、過失傷害罪につき、同裁判所は、各被告人に対し必要な回収の不作为という点に責任を負わせたが、危険傷害事例の事例とは異なり、以下のような根拠により同時犯を認定した。すなわち、刑法上、作為犯において、複数の関与者による互いに独立した寄与が競合することによりはじめて構成要件該当結果が惹起される場合には各行為者の行為と結果との間に因果関係が認められるという原理を応用するならば、不作为犯では、結果を回避するために必要な措置が複数の関与者の共働によってのみ講じられうる場合、その措置を共働する権限があるにもかかわらず、そのような措置をしない各人は、必要な措置が講じられなかったことに対して責任を問われるのであり、したがって、被告人らの不作为と当該結果との間に因果関係が認められるとしたのである²²⁹⁾。ゆえに、別の行為者が反対措置を講じることで必要な合議決定をする努力は結果回避に結びつかなかったであろうという抗弁は免責の対象にはならないとしたのである。

このように、複数の取締役らが市場に出回った欠陥商品である皮革スプレーを回収することを怠ったことにより消費者に対する被害をもたらしたというケースにつき、いずれの犯罪にせよ、当該結果に対して必要な措置を講じなかった、すなわち、欠陥商品の回収を怠ったという点で危険傷害と過失傷害は共通していたにもかかわらず、連邦通常裁判所は、前者につき不作为の共同正犯、後者につき同時犯と判断したのである。このような帰結は、以下に述べるように、新たな議論を引き起こし、共同正犯における共同性の再編の契機となっている²³⁰⁾。

229) BGHSt 37, 131.

230) Vgl. auch BGHSt 48, 77. 被告人は、SED の政治局の構成員であり、国境の警備体制 (Grenzregime) の職務を引き受けていたところ、射殺命令およびその他の国境での措

（2）過失犯における共同性の規範化

皮革スプレー判決は、過失犯における同時犯の構成を、作為犯における複数人による寄与の競合から生じる構成要件的結果の惹起という重疊的因果関係の論理を不作為犯へ応用することに求めた。しかし、この根拠には批判が向けられている。というのも、作為による重疊的因果関係の場合、構成要件を実現するためには、関与者全員の寄与が不可欠であるのに対し、対になる不作為の場合には、義務者全員の義務の履行によってはじめて構成要件の結果が回避される場合を指すのではなく、1人でも義務を果たせば、構成要件上の結果は回避されるものだからである²³¹⁾。もっとも、同判決は、次のように判示している。「損害回避に必要な措置、本件では取締役会によって決議されるべき回収が複数の関与者の共働によってのみ実現しうる場合、共働する権限があるにもかかわらず自ら寄与することを怠る各人は、必要な措置が行われなかった原因を設定する。この範囲内で、各人はそこからもたらされた構成要件該当結果に対して責任を負う。」「その際、別の関与者が争いにおいて表決で上回ったので、必要な合議決定をする努力は結果が出なかったであろうということでもって、免責しえない。各人全員が必要な決定をするために自分に可能かつ期待可能なことを行った場合にのみ、各人は刑法上の共同答責は免除される」²³²⁾と。上記の当該判決による取締役における共同責任の根拠づけに関して、Ottoは、それぞれの「部分的実行行為」を1つの実行行為に統一している点を挙げ²³³⁾、連邦通常裁判所が、事実上、過失犯においても共同正犯の構成を

▼置の撤廃についての政治局の会議を召集し、そこでその撤廃について議論しその撤廃に賛成票を投じるという保障人的義務に違反することによって、任期中に国境のそばで射殺された複数の難民の死を惹起したという事案につき、連邦通常裁判所は、皮革スプレー判決に依拠しつつ、「損害回避に必要な措置が複数の関与者によってしか実現できない場合、共働権限があるにもかかわらず寄与しなかった者は、措置を講じないことに対する原因を設定する」として、故殺の同時犯を認めた。

231) Vgl. van Weezel, a.a.O., S. 130f.

232) BGHSt, 37, 132.

233) Harro Otto, Täterschaft und Teilnahme im Fahrlässigkeitsbereich, in: Festschrift für

行なったことを指摘する²³⁴⁾。もっとも、本件で問題となった過失犯では、関与者間に「共同の犯行決意」ないし「共同の行為決意」の不存在が「共同正犯の成立」に関して焦点となる。

この点、当該判決における共同正犯の帰責に近接した同時犯構成につき、共同性それ自体を否定する観点から、批判的な見解も唱えられている。例えば、Puppe は、過失犯の観点から、「複数人が不注意で行動するならば、各人は 1 人で許されない危険を創出する」²³⁵⁾以上、過失犯では、共同正犯として各人の行為を統合する根拠が存在しないとした上で、過剰に条件づけられた委員会決議の問題もまた因果関係の問題として解決できると主張する²³⁶⁾。すなわち、必要以上の票を得て決議された委員会決議のケースも、多重的因果関係の問題であり、決議に最低限必要な票を見出し、その最低条件の複数票と構成要件の結果の因果関係を問うことで、各人に責任を負わせることができるというのである²³⁷⁾。

他方で、Mosenheuer は、不作為犯の観点から、「不作為犯の共同正犯」につき意義ないし作為犯の場合と同様な機能は存在しないととして、同時犯として解決すべき道筋を打ち立てる²³⁸⁾。すなわち、不作為犯の競合において、単独で回避できる類型では、共同正犯の法形象を用いる必要はなく、共同でしか結果が回避できない類型でも、保障人の具体的な義務を勘案するならば、各保障人には、法益の救助に対して自ら寄与しなければな

↘ G. Spindel, 1992, S. 285.

234) 過失犯の共同正犯を否定する見解として、Ingeborg Puppe, *Wider fahrlässige Mittäterschaft*, GA 2004, S. 129ff.; Erik Kraatz, *Die fahrlässige Mittäterschaft*, 2006; Walter Gropp, *Die fahrlässige Verwirklichung des Tatbestandes einer strafbaren Handlung miteinander oder nebeneinander Überlegungen zur so genannten fahrlässige Mittäterschaft* 《GA 2009, S. 277.>; Krey/Esser, a.a.O., S. 547.

235) Puppe, a.a.O., S. 135.

236) Puppe, a.a.O., S. 137.

237) Vgl. Puppe, a.a.O., S. 139. なお、Puppe, a.a.O., S. 143ff. は、必要な委員会決議をしなかったという不作為も同様に因果関係の問題として扱っている。

238) Andreas Mosenheuer, *Unterlassen und Beteiligung*, 2009, S. 135ff.

らないと同時に、他者に対して、与えられた役割を果たすように促さなければならぬ義務がそれぞれ認められるというのである²³⁹⁾。このことから、皮革スプレー事件では、期待可能性の検討が別途必要であるとしつつ、各取締役が当局に健康被害の製品に関する情報を提供し、それに基づき危険回避の措置が講じられうるならば、各取締役は当該結果を回避できると結論づける²⁴⁰⁾。

このように、皮革スプレー判決で提起された問題は、過失犯および不作為犯の観点から、同時犯の範疇で処理されるべきとする動きが見られる。もっとも、これらの一連の動きには、次のような特徴が見出される。すなわち、共同性の否定に至る結論の根底には、共同正犯における自然主義・心理主義的構成が前提とされるべきであるという共通の考えがあるというものである。例えば、Puppeによるならば、共同正犯の成立条件として、① 犯行前ないし開始時に取り決められた犯行計画の存在、② 故意による構成要件の実現を対象とした犯行計画であること、③ 実行時、自ら共働し、結果を惹起すること、が挙げられ²⁴¹⁾、他方で、Mosenheuerもまた、従来の「作為犯の共同正犯」の分析から、関与者の行為の統一を根拠づける「共同の犯行計画」を前提とした「意識的かつ意図的な共働」を共同正犯の基本的構造と解した上で、「不作為犯の共同正犯」への適用可能性を検討しているのである²⁴²⁾。この点で、同時犯構成は、過失犯や不作為犯の領域において、故意作為犯で形成された「意識的かつ意図的な共働」理論が妥当しないことを裏付けている。しかし、Roxinがすでに指摘したように、このような批判は、せいぜい過失犯や不作為犯における共同正犯を

239) Mosenheuer, aa.O., S. 137. Mosenheuerによれば、共同でしか結果が回避できない類型において、他者が寄与できる状態にある場合に何もしなかった者は、作為義務違反を理由に結果に対して責任を問われるが、他者が寄与できる状態にない場合には、結果回避可能性の不存在を理由に処罰されないことになる。

240) Mosenheuer, aa.O., S. 141.

241) Puppe, aa.O., S. 131.

242) Mosenheuer, aa.O., S. 125ff.

「意識的かつ意図的な共働」理論でもって構成することの限界を示したにすぎない²⁴³⁾。

そこで、このような批判を踏まえつつ、過剰に条件づけられた構成要件の実現において、かつ関与者間の「共同の犯行決意」が存在しない場合において、「過失不作為犯の共同正犯」が認められるか否かが問題となる²⁴⁴⁾。この点、従来の議論は、すでに述べたように、不作為犯の規範化を前提としつつも、「意識的かつ意図的な共働」理論を用いて共同性の形成を検討してきた。この限りで、従来の共同性理論は、皮革スプレー判決で問題となった「過失犯の同時犯」を「過失犯の共同正犯」として説明することができないという問題に直面することになる。

このような状況を踏まえ、「過失不作為犯の共同正犯」の根拠づけは、共同正犯における「共同性」を規範化することによって試みられるようになっていく。例えば、Otto は、過失不作為犯においては、危険回避ないし減少の共同の法的責任を措定することで、純粋に規範的な過失不作為犯の共同正犯が成立することを提唱し、まさに皮革スプレー判決がこの方法へと踏み出したと主張する²⁴⁵⁾。これにより、分業的かつ多様な組織的に異なった責任においてなされる大企業の活動からの法益侵害が生じた場合には、これに対して責任を問う可能性が開かれるというのである²⁴⁶⁾。Knauer²⁴⁷⁾ もまた、合議体決議の問題において、従来の自然主義・心理主義的見地による共同正犯の限界に着目し、過失犯の共同正犯を危険増加論による客観的帰属論でもって理解されるべきだと主張する²⁴⁸⁾。すなわ

243) Vgl. Roxin, TuT, S. 458.

244) Vgl. Günter Stratenwerth/Lothar Kuhlen, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2011, S. 326. Stratenwerth/Kuhlen は、過失犯の共同正犯における成立条件が作為犯や不作為犯において十分に明らかにされていないことを指摘する。

245) Otto, aa.O., S. 284.

246) Otto, aa.O., S. 285.

247) Vgl. Christoph Knauer, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, S. 133ff.

248) もっとも、故意犯の共同正犯の場合、条文に規定される「共同実行」と見なされるためには、関与者間に分業による共働の認識が必要とする。Vgl. Knauer, aa.O., S. 147ff.

ち、「共同の行為決意」というメルクマールは構成要件該当結果の帰責を基礎づけないと指摘した上で、過失犯独自の性質に着目しつつ、過失の共同正犯は、複数人によって共同で創出された、許されない危険が結果に実現した場合であるとするのである²⁴⁹⁾。

さらに、過失犯の観点からだけでなく、不作為犯の観点から、共同性の規範化を具体的に示すのがKühlである。Kühlは、「保障人的地位は、（先行行為の）保障人と共同で把握された、救助行為をしないという決意によって根拠づけられるわけではない」以上、「複数の保障人的義務違反者の共働（Zusammenwirken）」をもって「不作為犯の共同正犯」と解すべきとするのである²⁵⁰⁾。その上で、過失犯においても共同正犯が認められうるならば、製造物責任については、例えば、ある企画において複数人によって分業的に引き受けられる共同答責が共同正犯を構成しうる²⁵¹⁾として、過失不作為犯の共同正犯の可能性を明らかにしている。

このように、皮革スプレー判決は、過失不作為犯を中心に、関与者間の「共同決意」を根拠とした共同正犯構成の限界を示すと同時に、共同正犯における「共同性」の規定につき、事實的判断から規範的判斷への段階的移行をもたらした。すなわち、「意識的かつ意図的な共働」理論に代わる共同性それ自体の再構成が迫られることになったのである。

かくして、共同性の規範化は、過失犯および不作為犯の観点から行なわれつつある。もっとも、不作為犯という観点から見れば、共同性の問題は、過失犯にとどまらず、故意犯の場合にも生じうる。すなわち、故意犯の場合においても、「意思の疎通」が存在しなくとも、各関与者が結果を予見しつつ結果回避の措置を講じなかった場合が考えられるのである²⁵²⁾。

249) Knauer, a.a.O., S. 196.

250) Kristian Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6.Aufl., 2008, S. 764.

251) Kühl, a.a.O., S. 764.

252) 例えば、リコールの権限を有する複数人が、リコールをしなければ消費者に被害をもたらすことを予見しながら、互いに連絡をとらずに、リコールに向けた行動をしなかった場合が挙げられる。Vgl. Eric Hilgendorf, Fragen der Kausalität bei Gremienentscheidungen

この限りでは、故意犯における共同性の規範化は、各関与者の「義務者的地位」と「共同の犯行決意」の位置づけの問題を克服することにもつながるものとなっている²⁵³⁾。

このような傾向は、故意犯と過失犯における共同性の統一化にとどまらず、さらに、作為犯と不作為犯における帰責の統一化も伴い、客観的帰属に基づく「規範的共同性」の構築へと至ることになる。

(3) 刑法における「共同性」の規範化

(a) 作為と不作為の帰責の統一化

不作為犯のみならず、作為犯においても、刑法上の「共同性」の完全なる規範化に踏み切ったのが Jakobs である。その前提として、Jakobs は、従来の作為犯と不作為犯の帰責構造を区別してきたアプローチを自然主義的アプローチと批評し、ドイツ刑法13条（不真正不作為犯の処罰規定）を手がかりに、「態度が犯罪的意味を有するかどうかという問題に対する回答は、作為および不作為で、同じルールに依存している」²⁵⁴⁾として、作為と不作為の新たな刑法的帰責を提示する。Jakobs によれば、「社会的秩序は、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」（ネガティブな義務）を含むが、それだけでなく、「他の人格を世話をし、他の人格と——領域ごとの——共同形成を形成し、その意味で、他の人格との積極的關係に足を踏み入れるべき義務」²⁵⁵⁾（ポジ

↘ am Beispiel des Lederspray-Urteils, NSTZ 1994, S. 564ff.

253) Vgl. Kühl, aa.O., S. 764.

254) Günther Jakobs, Tun und Unterlassen im Strafrecht, 1999, S. 14（以下では、Tun und Unterlassen と表記する）。松宮孝明＝平山幹子（共訳）「ギュンター・ヤコブス 刑法における作為と不作為」立命268号（1999）272頁。

255) Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 1. ポジティブな義務の例として、親に対する子供を育て庇護しなければならないという積極的な給付が挙げられる（aa.O., S. 2）。松宮＝平山・前掲註(254)257頁。

256) Jakobsによれば、「ネガティブな義務はポジティブな義務の裏面」であり、「行動の自由と結果責任の関係も、例えば親子関係や法治国家など社会の形態を規定する諸制度の一部」（Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 4）である。松宮＝平山・前掲註(254)260頁。

ティブな義務）をも含む²⁵⁶⁾。その上で、いずれの義務も、作為・不作為という行為態様を問わず、侵害されうるというのである²⁵⁷⁾。

「他人を侵害するな」というネガティブな義務の場合、例えば、他者に動物をけしかけ危険にさらすことによっても、他者に襲いかかる危険な動物を呼び止めなかったことによっても、義務は侵害される。すなわち、「侵害を実行に移すことの禁止だけが問題となるのではない。むしろ、それと並んで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となる」²⁵⁸⁾が、自身の組織化が他者にとって害のないものになるように配慮しなければならないという点で違いはない、換言すれば、「何が禁止されあるいは命令されうるかは文脈に依存している」²⁵⁹⁾にすぎないというのである。そして、いずれにせよ、刑事責任を負わせるときには、侵害経過の主観的回避可能性のみが帰属を決定するのではなく、その回避がその者の客観的任務でもなければならぬ²⁶⁰⁾という「客観的帰属」の問題によって、当該義務の射程が決せられ、自己の組織化に対する非難が問われうるとするのである²⁶¹⁾。

したがって、作為と不作為の区別が形式的なものであるとした場合、共犯における行為態様についても、「不作為者の組織化領域を包み込むような侵害経過に介入すべき負担分は、作為の形態での組織化行為に対応」²⁶²⁾し、例えば、犯行道具の譲渡と犯行道具を取り返さないことが対応関係にあるというのである。

257) 山中敬一（訳）「ギュンター・ヤコブス 不作為犯における組織による管轄——作為と不作為の区別の表見性について——」関西大学法学論集43巻3号（1993）271頁以下も参照。

258) Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 3. 松宮＝平山・前掲註(254)258頁。

259) Günther Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, S. 24（以下では、Die strafrechtliche Zurechnung と表記する）。松宮孝明＝平山幹子（共訳）「ギュンター・ヤコブス 作為および不作為の刑法的帰責」立命253号（1997）228頁。

260) Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung, S. 26. 松宮＝平山・前掲註(259)229頁。

261) Jakobs は、ここでは、「適切な規範的上位概念は、禁止ではなく、組織化管轄」(Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung, S. 30.)であると主張する。

262) Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 7. 松宮＝平山・前掲註(254)264頁。

他方、自己の組織化行為ではなく、「すでに形成され、組織化行為に先行して存在する、『警察』、『病院』、『司法』などの諸制度の形態」²⁶³⁾からもたらされるポジティブな義務の場合にも、例えば、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も、それによって鍵を権限のない者に譲渡した場合も、同様に正犯的な背任罪が認められる²⁶⁴⁾。すなわち、「特別な関係、例えば、公務員と市民、両親と子供、医者と彼が担当した患者の関係」²⁶⁵⁾から、義務の保持者は、彼を一身専属的に拘束する特別な役割を果たす²⁶⁶⁾という点においても、作為・不作為は重要でないというのである。

ここでは、ネガティブな義務の場合と違い、当該義務者について共犯者は存在しない²⁶⁷⁾。すなわち、「複数人の関与しうる（分業）犯罪組織化に取って代わるのは義務違反であり、そしてそれは、常に一身専属的に実行される」²⁶⁸⁾というのである。もっとも、例えば、殺人者が子供を殺害するのを阻止しない、あるいは殺人者を幫助した親は正犯として扱われるように、通常の犯罪がポジティブな義務を負う者によって遂行された場合、それは、通常、義務犯として扱われうる²⁶⁹⁾。

以上のことから、Jakobs は、「刑法上のキー概念は、義務という概念であり、作為と不作為との区別は、実際の——偶然的な——状態に由来し、義務を充足するためにはどのように組織化されるべきかという低次の問題に関係する」²⁷⁰⁾ にすぎないと主張するのである。

263) Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 9. 松宮 = 平山・前掲註(254)266頁。

264) Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 8. 松宮 = 平山・前掲註(254)265頁。

265) Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 11. 松宮 = 平山・前掲註(254)269頁。

266) Vgl. Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung, S. 30ff.

267) 義務犯に対する関与につき、ギュンター・ヤコブス（阿部純二 = 緑川邦夫（共訳））「支配犯および義務犯における関与」法学57巻3号（1993）47頁以下参照。

268) Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 8. 松宮 = 平山・前掲註(254)265頁。

269) Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 8. 松宮 = 平山・前掲註(254)265頁。

270) Jakobs, Tun und Unterlassen, S. 15. 松宮 = 平山・前掲註(254)273頁。

(b) 客観的帰属に基づく規範的共同性

上記のような帰属論に応じて、刑法上の「規範的共同性」が展開される。この「規範的共同性」理論の特徴は、共同性が行為者の主観によってではなく、態度による意味表出によって規定される点にある。Jakobsによれば、刑法上の共同性は、ネガティブな義務が問題となる領域（組織化管轄の領域）において問題となる。ここに言う共同性は、共同正犯、教唆犯、幫助犯に妥当する。

それでは、共同性の条件とはいかなるものであろうか。Jakobsは、まず大前提として、犯罪行為への関与者は、責任能力者であることを要求する。責任能力者だけが刑法レベルでの規範の妥当根拠について表現できるからであり、したがって、「違法なだけで責任のない行為への関与は、決して意味ある出来事への関与ではなく、自然の出来事への関与である」²⁷¹⁾というのである。その上で、共同性は、単なる意思によって形成されうるのでも、相互の意思によって形成されうるのでもない。負責の根拠は、「許されない危険な世界形成に対する管轄」²⁷²⁾であり、共同性の根拠が存在するのは、「前段階の組織化が特別に犯罪連関に適合するように形成される場合」²⁷³⁾であるとし、その限りで、実行行為段階での共働も含め、前段階の組織化と実行行為とが客観的に一体化するというのである。

その後、van Weezelは、Jakobsの見解に依拠しつつ、規範的共同性を、次のように展開させる。広義の共犯は、犯罪行為 (Straftat) に対する共同答責 (gemeinschaftliche Verantwortung) を意味しており、各関与者への帰属は、構成要件的行為 (tatbestandlichen Tat) を対象にし、構成要件の実現及び犯行に寄与する態度に対する答責領域の基盤として存在す

271) Günther Jakobs, Akzessorietät. Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S. 253 (以下では、Akzessorietät. と表記する), 松宮孝明=豊田兼彦 (共訳)「ギュンター・ヤコブス 従属性——共同組織化の前提条件について——」立命253号 (1997) 198頁。

272) Jakobs, Akzessorietät, S. 266. 松宮=豊田・前掲註(271)209頁。

273) Jakobs, Akzessorietät, S. 263. 松宮=豊田・前掲註(271)206頁。

る²⁷⁴⁾。それによれば、共同性（共同行為）とは、1つの①すべての関与者に帰属可能な、②集団的義務違反（kollektive Pflichtverletzung）に基づく関係であるというのである²⁷⁵⁾。すなわち、構成要件の実現は、関与者に社会的な答責区分に基づいて客観的に帰属されることが前提となり²⁷⁶⁾、共同性が存在すると見なされうる場合、共同行為は、複数の義務違反の集合体ではなく、1つの集団的義務違反であるとするのである。van Weezelによれば、共犯による帰属は、複数人が（結果帰属という意味で同一であるにせよ）危険の実現に対する答責領域に属することにあるのではなく、複数人が危険の実現に対する共同答責を有することにある²⁷⁷⁾。集団的義務違反の統一性は、行為者の態度の意味がまさに構成要件の実現に至る過程への適合にあるということに本質があり、そこから様々な状況を手がかりにして共同性は検討される²⁷⁸⁾。端的にいえば、「Aの組織化とBの組織化が1つの結果に結実するかどうかを規定することが問題になるのではなく、AとBの組織化領域が、規範的意味において結合されるかどうか、そして、結果帰属の場合、この結合された領域から構成要件上の結果が発生するどうかの問題となる」²⁷⁹⁾。

かくして、刑法上の共同性は、一貫して規範的に理解され、純粹に「共同義務の共同違反」として構成されるに至っている²⁸⁰⁾。このような理解に従うならば、先の皮革スプレー判決のような事例においても、故意犯や

274) van Weezel, a.a.O., S. 44.

275) van Weezel, a.a.O., S. 200.

276) van Weezel, a.a.O., S. 200.

277) van Weezel, a.a.O., S. 201.

278) van Weezel, a.a.O., S. 201.

279) van Weezel, a.a.O., S. 203.

280) もっとも、Jakobsと同様に、van Weezelもまた有責性をもたない者を「自然 (Natur)」と評価し、刑法上の共同性を形成することはないとしている (van Weezel, a.a.O., S. 46ff.)。このような共同性の前提は、共犯の従属性の問題と関連するが、各行為者の有責性の存在を前提とする点については疑問が残る。

過失犯を問わず、「共同性」の説明が可能となる²⁸¹⁾。この点、皮革スプレー判決は、取締役会による不回収決定を「共同の犯行決意」として危険傷害罪の共同正犯を認めたと、取締役会を開かず、個別に結果を予見していたような場合には、もはや共同正犯を根拠づけることができない。その意味では、関与者の答責領域からもたらされる「義務」という視点から共同性を規範化させる見解は、皮革スプレー事件に加えて、互いに意思の疎通のない故意犯の事例にも共同性を基礎づけることを可能とするのである。このような意味において、「規範的共同性」理論は、故意犯および過失犯を問わず、不作為犯全般において意義のあるものとして機能するのである。

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——

ドイツにおける「不作為犯の共同正犯」論は、共同性の規定につき、自然主義・心理主義的アプローチから規範主義的アプローチへの段階的移行とその妥当性を示唆する。そして、このような議論の動向は、理論的かつ実務的に基礎づけられている。すなわち、「不作為犯の共同正犯」は、①不作為犯それ自体に対する理論的変遷と②具体的事例から導かれた共同性理論の再構成によって形成されているのである。より具体的には、存在論的アプローチによる、禁止規範違反として不作為犯を理解することの限界、および意思の疎通のない共同行為を想定することによる、「意識的かつ意図的な共働」理論からの脱却である。これらの一連の転換は、ドイツにおける「不作為犯の共同正犯」の特徴として位置づけられるように思われる。

かつて、ドイツにおける「不作為犯の共同正犯」は、禁止規範違反としての不作為犯とその前提からなる「意識的かつ意図的な共働」理論から成

281) van Weezel, a.a.O., S. 268ff.

り立っていた。しかし、Armin Kaufmann らの指摘により、不作為犯における因果関係が、作為犯と同じように認められないことが明らかとなったと同時に、保障人説の導入により、不作為犯は命令規範違反として位置づけられた。いわば「不作為犯の規範化」が行なわれたのである²⁸²⁾。

「作為義務」を前提とする「不作為犯の規範化」は、「不作為犯の共同正犯」の実益論に結びつくことになった。すなわち、「意思の疎通があったことを前提に、当該結果が共同の作為でしか回避できない」場合に共同正犯を実益があるとするものである。しかし、不作為犯が作為犯とは異なる構造をもつことを前提としたとき、「不作為犯の共同正犯」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から成る「意識的かつ意図的な共働」の混成のもとで理解・再構成されることになった。その結果、不作為犯の理解は、従来の共同性理論の帰結に抵触しうることとなり、意思疎通のような現実的共働が関与者らに存在しなかった事例では、故意犯や過失犯を問わず、共同行為を「意識的かつ意図的な共働」と理解する以上、共同責任は問われえないという問題が生じることになった。具体的には、不作為犯の共同正犯においては、作為犯と違い、現実的には何ら存在しない寄与（不作為）である以上、現実的な相互的補完性は認められないこと、また、結果回避に対する作為的寄与（当為）の機能的側面（効率性）に応じて共同性の形成を試みた場合、各関与者に課された義務は事実的な競合で足るか、あるいは事実上不要となりうることに帰着するのである。さらに、製造物責任として問題となった「皮革スプレー判決」が示唆するように、欠陥商品のリコールの権限をもつ複数人が、当該商品に欠陥があることが判明した時点でも、互いに連携することもなく、何らリコールに向けた措置を講じなかった場合には、「意識的かつ意図的な共働」が存在しない以上、共同責任の余地はないという問題をも抱えることになったのである²⁸³⁾。

282) 第 2 章第 1 節参照。

283) 第 2 章第 2 節第 1 款および第 2 款参照。

しかし、かかる課題は、近年、「不作為犯の規範化」に加え、皮革スプレー判決以後に際立ちはじめた「共同性の規範化」を通じて、克服されようとしている。すなわち、「不作為犯の共同正犯」は、「意識的かつ意図的な共働」の問題から客観的帰属の問題へと移行しているのである。このようなアプローチにより、「不作為犯と共同性の関係」および「意思連絡のない不作為による関与」の問題は解消される²⁸⁴⁾と同時に、「共同作為でしか結果が回避できない」事例以外にも、不作為犯の共同正犯の意義が認められるようになってきている。

上記のドイツの議論から得た知見に基づき、わが国における不作為犯の共同正犯論に立ち返るならば、関与者間の意思連絡を軸にして、「共同の行為決意」と「因果的惹起」の対立が展開されるものの、「意識的かつ意図的な共働」理論の延長線上で議論されるに止まっていることが明らかとなる。もっとも、わが国における「不作為犯の共同正犯」では、すでに述べたように、不作為犯における保障人説の採用を前提としつつ、禁止規範違反を前提とした作為犯構成（因果力ないし現実的な相互作用）による共同性の形成という、禁止規範違反と命令規範違反が混在した歪な共同性理論が展開される点に特徴がある。

不作為犯における共同正犯を検討する前提として、そもそも不作為犯に対する理解につき、とりわけ不真正不作為犯が禁止規範に反するのか、あるいは、命令規範に反するのかにつき、解釈は多岐に分かれている。すなわち、禁止規範違反であるとする理解²⁸⁵⁾、禁止規範違反でもあり命令規範違反でもあるとする理解²⁸⁶⁾および命令規範違反であるとする理解²⁸⁷⁾が存在し、不作為犯に関する統一的な理解が得られていないのである。それ

284) 第2章第2節第3款参照。

285) 前田・前掲註(76)127頁。

286) 大塚仁『刑法概説（総論）』（第4版・2008）150頁。大塚は、不真正不作為犯の実行行為は「刑法の禁令とともに禁令に含まれる一定の命令にも違反する」と主張する。同旨、大谷・前掲註(82)127頁以下。

287) 平野・前掲註(52)149頁。

にもかかわらず、わが国では、禁止規範違反・命令規範違反を問わず、不作為犯の成立には保障人的地位の存在が前提されることにほぼ異論はない。その結果、この限りで、不作為犯それ自体が禁止規範違反なのかあるいは命令規範違反なのかは、必ずしも明らかとされてはいない。例えば、西田典之は、刑法199条の「人を殺した者」という構成要件の根底には、人を殺すなという禁止規範と人の生命を救助せよという命令規範が含まれ、不作為によっても充足されると理解する一方²⁸⁸⁾、不作為犯にも因果力が存在し、答責主体は作為義務によって決定されるというのである²⁸⁹⁾。

しかし、このような不作為犯に対する理解は、必ずしも不作為犯における「共同性」へと反映されているわけではない。すなわち、いずれの理解にせよ、「不作為犯の共同正犯」を成立させるために、主として、作為犯で展開された共同性理論、換言すれば、「因果の共同」ないし「共同実行の意思」を共同性の根拠とした共同性理論が展開されているのである。

それでは、不作為犯における「共同性」の規定につき、「因果の共同」ないし「共同実行の意思」を共同性の根拠とした共同性理論は作為犯と同様に機能しうるのか。

「因果の共同」を共同性の根拠とする限りでは、作為犯と同様な不作為犯の因果関係の立証が不可欠となる²⁹⁰⁾。この点、現場における共謀ない

288) 西田・前掲註(68)『刑法総論』116頁。

289) 西田・前掲註(11)164頁以下。なお、曾根威彦「不純正不作為犯の違法性」早稲田大学大学院法研論集5号(1970)83頁以下参照。曾根は、「作為・不作為・結果惹起の禁止は、裏を返せば、各々、不作為・作為・結果を惹起せしめないこと(不作為犯の場合は、結果回避)の命令に転化せしめることができる。けだし、一定の事実『A』を禁止することは、規範論理の法則上、Aを標準としてこれに合意しない事実『非A』を命令することにほかならないからである」(86頁)と述べ、禁止規範と命令規範は表裏一体の関係にあるとする。もっとも、これに対する批判として、松宮・前掲註(48)110頁註(23)。

290) 更なる問題点として、松宮孝明『「過失犯の共同正犯」の理論的基礎について』立命339・340号(2012)507頁は、「因果の共同」を共同性の根拠とする見解に対し、複数人が共同でしか結果を回避できない不作為犯のケースでは、「協力し合って結果を回避すべき義務」を因果性よりも先に認めておかなければ、「ひとりでは結果を防止できず、結果との間の仮定的因果関係は認められない」とし、共同性より先に因果性を認めることはで

し意思連絡が存在する場合、他者の犯罪行為を阻止しないとしても、「犯罪結果との心理的因果性により当然に共犯として処罰される」以上、不作為者の作為義務の検討をする必要性はなく、「不作為による共犯は、理論的に片面的共犯しかありえない」²⁹¹⁾ という見方がある²⁹²⁾。しかし、町野朔が指摘するように、「意思連絡を心理的因果性といいかえたところで、作為が存在することになるわけではな」く、「結果招致に結びつく拳動が作為なのであり、何らかの動作があれば作為が存在するわけでもない」²⁹³⁾。それゆえ、関与者間に「共謀」ないし「意思連絡」が存在したとしても、不作為による関与につき、当該関与者の保障人的地位の有無を検討することはありうるというべきであろう²⁹⁴⁾。また、たとえ「心理的因果性」²⁹⁵⁾を根拠に共同性を形成すると解することができるとしても、作為犯の場合と同様に構成するならば、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が根拠づけられなければならない²⁹⁶⁾。しかし、すでに述べたように、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、心理的因果性は否定される。それゆえ、この場合、不作為犯における共同行為の存在を否定しなければならないことになるのである。

また、「共同実行の意思」を共同性の根拠とする見解においては、ドイ

ゝきないことを指摘する。

291) 西田・前掲註(11)136頁。

292) 同旨、中森・前掲註(68)126頁。

293) 町野朔「『鉦路せっかん死事件』について——不真正不作為犯と共犯に関する覚書き」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（2012）308頁以下。

294) 平山幹子「保障人的地位について」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑤』（2012）185頁。なお、心理的影響に着目する見解として、島田・前掲註(64)41頁以下。

295) なお、作為犯と不作為犯における心理的因果性について、島田・前掲註(64)40頁以下は、「心理的因果性による作為の関与と評価されるためには、実行正犯者に対して、場合によっては自分の利益のためになるように介入してくれるだろう、あるいは、犯行後に自分を手助けしてくれるだろう、といった形での動機づけを与えたことが必要」とする。

296) 香川・前掲註(91)116頁以下、松宮孝明「『明石歩道橋事故』と過失犯の共同正犯について」立命338号（2011）170頁参照。

ツでも問題となったように、いわゆる「共同義務」と「共同実行の意思」の関係が問われることになる。すなわち、結果の帰属につき、各関与者の「作為義務」が事実的に競合するにすぎないとしても、「共同実行の意思」によって共同行為とみなされうる可能性があるのである。加えて、「三菱自動車の欠陥部品の不回収」やドイツで問題となった「皮革スプレー事件」が示唆するように、「共同実行の意思」がない場合であっても、共同行為として結果が帰責されうる余地があるように思われる。そうであるとすれば、共同性の問題は、結果の帰属につき、「共同実行の意思」の存在ではなく、各関与者に課せられた「作為義務の内容」それ自体の検討を要するものといえるであろう。

以上の点から、不作為犯における「共同性」の根拠につき、わが国における従来の共同性理論の限界が明らかとなる。この原因は、不作為犯を禁止規範違反として構成したが故に生じたものであるように思われる。これは、不作為犯の共同性を作為犯の場合と同様に構成する結果、保障人説から導き出された「作為義務」を「外在的制約」として帰責範囲の限定に用いる²⁹⁷⁾ことにも表れている。すなわち、従来の共同性理論で用いられる「因果的」アプローチないし「自然主義・心理主義的」アプローチは、少なくとも不作為犯を考慮に入れたものではないのである。この限りで、不作為犯における「共同性」の規定は、客観的帰属に基づいた「共同性の規範化」によって再構成されるべきなのである。もっとも、ここで、不作為犯は命令規範違反であると理解したとしても、直ちに罪刑法定原則に反すると限らない。というのも、平野龍一が言及するように、「たしかに不作為犯の場合、未遂や共犯の規定の適用に際しては、作為犯の場合と違った

297) 嶋矢貴之「過失犯の共同正犯論(2・完)」法協121巻10号(2004)1698頁は、「不作為も因果性はある、それはいわば、期待された作為をしなないことにより、結果が発生することである。そのような意味では、常に不作為者は何もしないことにより、すでに相互に因果的な影響力を与え合っているとさえ言えなくもない」。そうすると、不作為の競合は常に共同正犯となりかねない。ゆえに「他者に対して干渉(作為を促す、阻止する)する義務」が関与者間で相互に承認される場合に不作為による共同正犯が認められるとする。

考慮が必要である。しかし、それは行為の態様の違いに伴う差異にすぎず、原理上、およそ不作為犯には未遂・共犯などの規定は適用されないわけではない²⁹⁸⁾と解することができるからである。それゆえ、作為犯と不作為犯の差異を顕著に示す、従来の「自然主義・心理主義的アプローチ」ではなく、むしろ、ドイツの議論が示唆するように、具体的な構成要件との関係から導き出される、各関与者の「答責領域」に着目することによって、作為犯と不作為犯に共通する犯罪行為（義務違反行為）が導き出されるべきである。このような再構成は、不作為犯における共同性の可能性とその限界を与え、さらに、共同正犯の成立において形骸化した作為義務の意義を改めるものでもあるように思われる。

第2節 共同性の可能性とその射程

わが国では、「共通した作為義務」ないし「共同義務」は、定義上、「不作為犯の共同正犯」成立の前提とされてきたが、十分に検討されず形骸化した経緯がある。この点、不作為犯における「共同行為」を「共同義務の共同違反」と解するならば、「共同義務の共同違反」は、各関与者の当該結果に対する「答責領域」の観点から再構成されうるように思われる。より具体的に表現するならば、① 各関与者の「答責領域」が結合しているかどうか、および② 結合した答責領域から当該結果が実現したかどうか、「共同義務の共同違反」の成立にとって重要となる²⁹⁹⁾。

もっとも、共同性を規範化する際に注意しなければならないことは、各関与者の答責領域が結合した状態が存在したか否か、すなわち、当該構成要件の実現に対する「共同の答責領域」が存在したか否かは、必ずしも各関与者が「現実に共同作業をしたこと」からもたらされうるわけではな

298) 平野・前掲註(52)149頁。

299) 平山・前掲註(294)192頁も参照。平山は、「関与者が共犯として処罰されるためには、関与行為の創出した危険が『許されない』ものでなければならず、また、『許されない』といえるのは、関与行為の客観的意味が、構成要件該当結果の実現に向けられているといえる場合である」と表現する。

い、ということである。むしろ、重要なことは、当該結果に至る過程において各関与者の事前行為がどのような社会的意味を有していたか、そしてその事前行為の意味がいかなる義務（の内容）をもたらしただか、という視点である。簡潔に表現するならば、当該「共同の答責領域」の存否は、上記の検討を経て、各関与者の事前行為からもたらされる義務の内容に応じて判断されうるのである。

このような観点から共同性を考察するならば、大塚仁が打ち出した「共通の作為義務」は注目に値する。というのも、大塚は、「共通した作為義務」を「ある犯罪的結果を防止すべき保証者としての共同の作為義務」³⁰⁰⁾と定義するからである。この限りでは、当該共同義務は、「現実の共同作業」という事実ではなく、「共同して結果を回避すべき」という当為であり、「共同性」の規範化を意味しているといえよう。

もっとも、大塚のいう「共通した作為義務」には、「共同義務」だけではなく、「同内容の作為義務的事実的競合」も含まれているように思われる。例えば、大塚は、真正不作為犯である不退去罪につき、2人のセールスマンが交渉相手から退去を要求されたにもかかわらず退去しなかった場合を挙げ、不作為犯の共同正犯の余地を認める³⁰¹⁾。しかし、不退去罪は、退去要求を受けたにもかかわらず、その場所から退去しなかった場合に成立する挙動犯であり、各人に対し退去義務がそれぞれ課せられるにとどまるものである。この点につき、「協力して居残り続け」る点を強調することにより「現実的な相互作用」が引き合いに出されたとしても³⁰²⁾、それ

300) 大塚・前掲註(286)301頁。

301) 大塚・前掲註(51)333頁。類似の見解として、伊東・前掲註(66)378頁。もっとも、伊東は、「共通の作為義務（共同義務）の共同不履行である必要はない」と主張する。

302) 伊東・前掲註(66)378頁。なお、伊東は、不作為犯の共同正犯につき、共通の作為義務（共同義務）の共同不履行は不要とするのに対し、過失犯の共同正犯については、「複数の者が作業に関与することによって初めて生じる新たな危険を回避すべき共同の義務の違反を意味する」（同書376頁）とする。しかし、欠陥部品の不回収といった製造物責任のケースなどの過失不作為犯の場合、共同正犯の基礎づけが問題となりうるように思われる。というのも、両者のアプローチが異なるからである。

は、各人の行為が事実的に競合したことを示すだけで、当該構成要件から導き出される「作為義務」に何ら影響を及ぼすものではない。というのも、不退去罪の保護目的から導き出される「退去せよ」という命令規範の名宛人は、「現実的な相互的作用」ないし「意思連絡」によって形成されるものではないからである。それゆえ、複数の行為者の不退去行為が1つの犯行として評価される余地はないのである³⁰³⁾。したがって、ここでは、同じ内容の作為義務が事実上競合したにとどまり、「共同義務」は存在しえないように思われる。

また、不真正不作為犯の場合でも、「親」という地位からもたらされる一身専属的な保障人的義務が、事実的に競合するにすぎない場合も考えられる。例えば、子連れ親同士が、養育の放棄を互いに決意し合い、それぞれの乳児に授乳を怠り、餓死させた場合がその一例である³⁰⁴⁾。この場合、たとえ殺害の意思連絡が行なわれたとしても、各々の作為義務の射程は、自己の乳児を対象とした義務にとどまり、他人の乳児に対して授乳をする作為義務は認められないであろう。

このように考えるならば、例えば、Xが交際相手Yおよび交際相手の実子Aと同棲していたところ、Yと共謀の上、Aの世話を放棄し餓死させた、さいたま地判平成18年5月10日³⁰⁵⁾の事案においても、共同正犯とし

303) なお、鈴木茂嗣『刑法総論』（第2版・2011）249頁は、上記の不退去罪の事例につき、各自に同時犯が成立する以上、あえて共同正犯を認める必要はないとする。他方、曾根・前掲註(62)410頁は、一方が退去しても他方による法益侵害が続く以上、共同でしか結果が回避されない共同正犯の事例であるとし、自ら退去する義務があると同時に、他の関与者を退去させる義務もあるとして、共同正犯を認める。しかし、この見解は、当該構成要件から導き出された「各関与者の義務」ではなく、単なる事実的競合から「共同性」を根拠づけるにすぎない。

304) なお、大谷・前掲註(82)422頁および459頁以下は、作為義務違反した不作為を共犯者が相互に利用・補充し合って実現するときに共同正犯を認めるが、皮革スプレー事件から明らかかなように、作為犯と同様な現実的作用がない不作為においてそのような関係が認められるのか疑問であることに加え、各々の義務者の地位を軽視することになると思われる。

305) LEX/DB 28115252。

て認められるためには、殺害に関する意思の連絡ではなく、各人の作為義務の内容が検討されなければならない。この点、同裁判所は、「不作為犯の共同正犯」につき、各人の作為義務を基礎づけ、共同作為義務として一体化させるために、関与者間の「意思連絡」が根拠づけられているように思われる。というのも、交際相手Yの作為義務は「母親」という地位から導き出されているからである。しかし、かかる義務の内容は、「親であるが故に実子を保護せよ」ととどまり、第三者である他者との協力義務を含みえない。この点で、共同正犯における共同性は認められえない。むしろ、「不作為犯の共同正犯」を成立させるためには、交際相手であるYに対しても、Xと同様に先行行為等の事情から作為義務が基礎づけられるべきであり、よって、XとYが被害者を協力して保護すべき状態を作出したか否かが示されるべきであったように思われる³⁰⁶⁾。

反対に、各関与者が「現実に共同作業」をしなくとも、当該構成要件該当結果を防止すべき「共同義務」が各関与者に認められる場合が考えられる。その例が、「三菱自動車の欠陥部品の不回収」である³⁰⁷⁾。すなわち、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事案につき、品質保証部門の部長の地位にあった被告人Xと品質保証部門のバスのボデー・シャシーを担当するグループ長の地位にあり、被告人Xを補佐し、品質保

306) 本件では、具体的に、被害者と同居することにより、XとYが互いに家計を維持する関係になった以上、Xによる被害者の保護の引き受けが認められるとともに、被害者の養育に対する共同義務が根拠づけられるように思われる。もっとも、本件では、各人を同時犯として評価することも可能な事案であったように思われる。なお、親と愛人による幼児の養育放棄の類型は、身分者と非身分者（あるいは作為義務者と非作為義務者）による共同正犯の問題として位置づけられるが、そのような位置づけには議論の余地がある。同旨、島田・前掲註(64)39頁以下。

307) この類型は、ドイツで問題となった「皮革スプレー事件」に類似するものである。

証業務に従事していた被告人Yの刑事責任が問われたものである³⁰⁸⁾。当該事件を扱った最高裁は、各関与者の注意義務を以下のように認定している。すなわち、「三菱自工でリコール等の改善措置に関する業務を担当する者においては、リコール制度に関する道路運送車両法の関係規定に照らし、Dハブを装備した車両につきリコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採ることが要請されていたにとどまらず、刑事法上も、そのような措置を採り、強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故の更なる発生を防止すべき注意義務があった」とした上で、「被告人Yについては、その地位や職責、権限等に照らし、関係部門に徹底した原因調査を行わせ、三菱自工製ハブに強度不足のおそれが残る以上は、被告人Xにその旨報告して、関係会議を開催するなどしてリコール等の改善措置を執り行う手続を進めるよう進言し、また、運輸省担当官の求めに対しては、調査の結果を正確に報告するよう取り計らうなどして、リコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採り、強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務があった」とし、「被告人Xについても、その地位や職責、権限等に照らし、被告人Yから更に具体的な報告を徴するなどして、三菱自工製ハブに強度不足のおそれがあることを把握して、同被告人らに対し、徹底した原因調査を行わせるべく指示し、同社製ハブに強度不足のおそれが残る以上は、関係会議を開催するなどしてリコール等の改善措置を実施するための社内手続を進める一方、運輸省担当官の求めに対しては、調査の結果を正確に報告するなどして、リコール等の改善措置の実施のために必要な措置を採り、強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故が更に発生することを防止すべき業務上の注意義務」が認められるとしているのである。

しかし、本件では、各人の行為と当該結果における因果関係につき、関与者全体の行為と当該結果との間で検討されるにとどまり、同時犯が成立

308) 前掲最決平成24年2月8日。

することの根拠はない。また、共同責任を問う際には、リコールを実施すべき関係者は、「リコールに向けた関係会議を開催しない」旨の意思を連絡していない、つまり、犯罪の実現に向けた現実の相互の結びつきは存在しないことを考慮しなければならない。これらの点を踏まえた上で、「共同性」の余地を考察するならば、以下の点に着目すべきであるように思われる。すなわち、最高裁が判示するところによれば、品質保証部門の具体的職務は、販売会社等から寄せられる品質に係わる「不具合情報の重要度」に従って、リコール等の改善に係る措置を行うべき場合に該当するか否かの判断を行うクレーム対策会議やリコール検討会……を開催し、そのとりまとめ結果をリコール等の実施の要否の最終決定権者に報告する」という内容となっていることである。そうであるならば、欠陥部品の回収は、制度上、個別の担当者による義務の履行によって実施されるようなものではなく、むしろ、上記の会議の構成員を含めた複数の関係者らの相互の協力によって実施されるべきものであったといえる。この点において、各人の職務上の地位による職責・権限に基づき、当該構成要件の実現に対する「共同の答責領域」が認められ、各関与者は別の関与者の行為態様を引き合いに出して自己の免責を主張することができないように思われる。したがって、各関与者には、問題となったDハブが強度不足のおそれが判明した時点で、リコールの実現に向け互いに協力すべき関係（共同義務）があり、少なくとも両被告人のとるべき行為が、職責・権限上、当該結果の回避にとって重要な役割を担うべきものであったといえるならば、共同正犯が認められてしかるべきである。この限りで、本件では、リコールの不実施に向けた「意思連絡」ないし「共同作業」が現実に行なわれたか否かは、不作為犯における「共同性」の決定的根拠とはならず³⁰⁹⁾、各関与者

309) もっとも、現実の「意思連絡」ないし「共同作業」は、刑法上の共同性を全く基礎づけないとするわけではない。すなわち、当該メルクマールも、「共同義務」を形成する限りで意義をもつというにすぎないということである。なお、山口厚『問題探究 刑法総論』(1998) 278頁は、過失犯における不真正不作為犯につき、「共同者による共同行為（保

の主観的態度（故意または過失）に影響を与えるにすぎない。

このように、いわゆる「共同の答責領域」の存在は、各関与者に課された義務の内容の検討を経て認められ、「事実的な共働」から直ちに導き出されるものではない。具体的には、当該処罰規定が予定している保護目的・保護範囲、および、各関与者による行為態様の社会的意味が、結果の帰属という点で極めて重要となり、この段階の検討は、単独犯罪と共同犯罪の区別にも資する。したがって、不作為犯における共同性は、各関与者の答責領域が結合している（すなわち、共同義務が課せられている）場合だけであって、たとえ同一の結果を実現したとしても、各関与者の義務が事実的に競合するにとどまるならば、共同性は存在しないのである。

もっとも、このような「共同の答責領域」が認められたといえども、当該結果との因果関係が認められなければ、当該結果は各関与者に帰責されえない。しかし、共同正犯における因果関係につき、検討の余地がある。

かつて、植田重正は、共同正犯における共同性の根拠を「意思の疎通」に求める理論に対し、「如何に相互了解があつても、根本に於て、全體の犯罪結果に對し各自の實行が現實に因果の關係に立たない限り、共同正犯としての責任を負擔することはない」³¹⁰⁾と批判した上で、「共同正犯は各自の犯罪について考へらるべきものであつて、往々理解されてゐる如く複合的主體を全體として包括的に考ふべきものではない」³¹¹⁾と主張した³¹²⁾。すなわち、関与者全体の行為と当該結果との因果関係ではなく、

∨障人的地位の共同)により、一体として行っている行為すべてについての結果防止義務が基礎付けられる必要がある。この場合には、共同行為の全体について結果発生を回避する、『自分について注意するばかりではなく他の共同者についても注意する義務』が生じる」とし、「これを不注意を助長し合う等により共に懈怠した場合に、過失共同正犯が成立する」と主張する。この記述を見る限り、山口のいう「共同作為義務」は、「現実の相互的作業」によって形成されるという趣旨と解されようか。

310) 植田重正『共犯の基本問題』（1952）127頁。

311) 植田・前掲註(210)123頁。

312) この限りでは、一定の犯罪を犯すという共同目的のもとに、2人以上の者が共同意思主体を形成し、当該共同意思主体の活動として、少なくとも共同者の1人が犯罪を実行し、

各関与者の行為と当該結果との因果関係が問われなければならないというのである。このような理解にもとづき、「共同正犯は、自ら実行行為を行なうと同時に、他の共同正犯の実行を教唆または精神的に幫助するもの」³¹³⁾ であり、(広義の) 共犯における共同性の根拠は、まさに事実的な「因果の共同」にあるとする理論が有力となっている。そして、不作為犯につき、「不作為も因果性はある、それはいわば、期待された作為をしないことにより、結果が発生する」³¹⁴⁾ ことを意味するというのである。しかし、期待された行為にのみ因果関係が認められる根拠が示されておらず、また、不作為犯の場合、仮定的因果関係が問われ、作為犯のように現実的因果関係が問われないという差異が看過されており、事実上、不作為犯においては、「因果の共同」は意味をなさないことになる³¹⁵⁾。また、個人責任の強調に伴う各人の行為と当該結果の因果関係の検討は、いわば1つの犯行という評価の指針(例えば、複数人による暴行と財物の奪取を強盗罪と評価すること)を失う³¹⁶⁾のであって、結局のところ、問責対象と

↘た場合、共同者全員に共同犯罪が成立するとする、いわゆる「共同意思主体説」に対しても、同じ批判が妥当しよう。なお、共同意思主体説を主張するものとして、草野豹一郎「刑法改正草案と共犯の従属性」法協50巻6号(1953)18頁以下、西原春夫『刑法総論』(改訂準備版下巻・1993)374頁以下、曾根威彦『刑法の重要問題〔総論〕』(第2版・2005)314頁など。

313) 平野龍一『刑法総論Ⅱ』(1975)381頁。

314) 嶋矢・前掲註(297)1698頁。

315) この点、嶋矢自身も認め、「他人に対して干渉(作為を促す、阻止する)する義務」が認められ、「その内容が、共同行為者への干渉をするものであり、かつ共同行為者の側にも問責対象者に対しての干渉を内容とする義務が承認される場合、その場合に相互に補完・補充する関係となり、共同正犯原理と調和する形で、不作為においても共同正犯が承認される」(同・前掲註(297)1698頁)と構成する。なお、嶋矢貴之「過失競合と過失犯の共同正犯の適用範囲」井上正仁ほか編『三井誠先生古稀祝賀論文集』(2012)211頁も参照。しかし、不作為犯の共同正犯は、もはや作為犯で検討される「因果の共同」ではない。さらに、批判的な見解として、松宮・前掲註(296)170頁以下参照。

316) 個別的関与者の観点による共同正犯の理解に対する批判として、松生光正「共同正犯——行為支配説の検討——」中古稀『刑法理論の探究——中刑法理論の検討——』(1992)319頁以下、同「共同正犯の構造について」法政76巻4号(2010)714頁以下。なお、阿ノ

なる行為は、因果性を検討する前段階で確定される必要が生じるのである³¹⁷⁾。

もっとも、共同正犯各自の行為と結果との間には共犯の因果性が必要としたうえで、共同正犯者の全体の行為が構成要件該当性を充足することを要求する試みもある³¹⁸⁾。すなわち、共同正犯につき、「相互性が満たされる主体は、一体として取り扱われる」³¹⁹⁾とし、共同正犯者全員の行為と結果との間に因果関係が認められるかどうかを検討すべきとしつつ、その際、「『不作為共同正犯』と構成するのであれば、結果発生を少なくとも阻止した可能性が認められた、という不作為共犯の因果性が認定されなければならない」³²⁰⁾というのである。そして、例えば、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と話したところ、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、激しい暴行を加え、その後事件の発覚を恐れ殺害したが、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東京高判平成20年10月6日の事案では、被告人Xにつき、仮に「強制わいせつの被害を受けたという真実を告げたとしても」、複数の遊び仲間が被害者に対する「暴行を中止した可能性は極めて低い」ことを理由として、不作為犯の共同正犯は成立しないとするのである³²¹⁾。しかし、このような理解

、部力也「共同正犯論における行為帰属説の展開」明治大学法科大学院論集第5号（2008）77頁以下も参照。

317) さらに、松宮・前掲註(290)507頁参照。

318) 鳥田聡一郎「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）463頁以下、西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻 総論 §1～72』（2010）811頁以下、839頁および878頁〔鳥田聡一郎〕。

319) 西田ほか編・前掲註(318)839頁〔鳥田〕。なお、鳥田・前掲註(318)465頁は、作為犯の共同正犯につき、各人が単独正犯の成立要件を満たさないことを踏まえ、正犯性を拡張する根拠として、一般予防の考慮や関与の同列性を根拠づける「相互性」ないし「相互的結びつき」を要求する。この要件は、関与者の全体行為を「相互性」ないし「相互的結びつき」に求めたものと評価しうるが、不作為犯の共同正犯については明らかではない。

320) 鳥田・前掲註(64)47頁。

321) 鳥田・前掲註(64)47頁。

に従うならば、当該結果が共同行為者の共同によってしか回避できなかった場合、共同責任を問うことが困難となるように思われる。というのも、例えば、欠陥商品のリコールが複数の取締役から成る取締役会の決議によって実行され、決議には過半数の賛同が必要であった場合、ほぼ全員が欠陥商品のリコールに消極的であったならば、どの取締役も、不作為共犯の因果性の不存在を理由に抗弁できるからである。この限りで、個々人の行為を起点とするアプローチと共同者全体の行為を起点とするアプローチが交錯することによる問題点が生じているといえよう。

そのほか、ドイツの見解ではあるが、因果関係の視点を考慮に入れつつ、「全体的不作為」という法形象を媒介させて「不作為犯の共同正犯」の説明を試みるものもある³²²⁾。それによると、次のように「不作為犯の共同正犯」は説明される。

まず、不作為者に共同作為義務が根拠づけられなければならない³²³⁾。しかし、結果が共同でしか回避できない事例では、共同正犯の規定であるドイツ刑法25条2項により、関与者全体の不作為を共同正犯として構成することはできない。というのも、不作為犯の場合、条件関係が逆転することの関係上、個々人の部分的寄与だけで結果が実現するからである。すなわち、不作為犯の共同正犯の場合、各人の不作為は、構成要件該当結果に対して十分条件で足りることになる³²⁴⁾。そこで、全体として行われるべき作為をしないという「全体的不作為 (Gesamtunterlassung)」を媒介させる。これによれば、各人の不作為が「全体的不作為」に対して必要条件であることを要し³²⁵⁾、そして、その「全体的不作為」が構成要件該当結果に対して必要条件であれば足りる³²⁶⁾。これらの条件が満たされるなら

322) Vgl. Friedrich Dencker, Kausalität und Gesamttat, 1996, S. 167ff.

323) Dencker, aa.O., S. 172. Denckerによれば、共同作為義務は、現実的共働に起因する必要はない。

324) Dencker, aa.O., S. 173.

325) Dencker, aa.O., S. 173.

326) Dencker, aa.O., S. 173.

ば、不作為犯の共同正犯が成立する。

上記のように、「不作為犯の共同正犯」は、複数の保障人が共同行為を行うことによってのみ結果を回避できる事例に着目しつつ、因果関係の視点から再構成されている。確かに、この見解によれば、個々人の行為を起点とする側面と共同者全体の行為を起点とする側面が明確に区分されている。しかし、過剰に条件づけられた結果発生の場合、例えば、必要最小限より多い得票により欠陥商品のリコールが実施されなかった場合のように、一部の不作為者による作為で結果が回避される事例では、各人の行為と「全体行為」との因果関係は存在しない以上、「不作為犯の共同正犯」は認められえないことになる³²⁷⁾。

このように、共同正犯における因果関係につき、個々人の行為を起点とする因果関係を基軸とするにはいまだ検討の余地があるといえ、「共同の答責領域」から構成される全体行為を起点とする因果関係が検討されるべきであるように思われる。もっとも、留意すべきことは、自己に課せられた作為義務の履行を試みた関与者は、たとえ結果が回避されなかったとしても、共同責任を負うことはないということである。その際、免責の根拠は、当該行為が結果に対して因果関係を有さないのではなく、作為義務の違反の不存在にある³²⁸⁾。例えば、リコールの権限をもつ取締役らが、取締役会で欠陥商品の回収につき決議を行ない、その商品の不回収を決定した後、その商品が原因で消費者に傷害を負わせた場合、当該商品を市場に流通させたとしても、当該商品の回収に努めた取締役が共同責任を負わないことが、その一例である³²⁹⁾。

327) van Weezel, a.a.O., S. 133.

328) 同様に、いわゆる「中立的行為」の問題も、各関与者の「答責領域」の問題として位置づけられうる。中立的行為の問題を検討した最近の文献として、豊田兼彦『共犯の処罰根拠と客観的帰属』（2009）150頁以下がある。

329) なお、照沼亮介「共犯からの離脱」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』（2011）284頁は、共犯における帰責判断につき、因果関係の判断を「行為の創出した危険性が結果の中に実現したといえるか」という規範的判断であるとした上で、「事実的な関連性が認められ

かくして、「不作為犯の共同正犯」は、規範的見地から、各関与者の答責領域に着目した「共同義務の共同違反」によって構成されるべきである³³⁰⁾。もっとも、このような「共同義務の共同違反」構成に対しては、——過失犯の共同正犯を念頭に——「社会的期待があるときに共同義務が認められるというのでは共同義務が認められる範囲があまりにも不明確」であり、「罪刑法定主義の観点からは、共同義務が認められる場合について明確な基準を立てることが必要である」³³¹⁾ という批判が向けられる。すなわち、「共同義務の共同違反は、結局、何らかの基準によって過失犯の共同正犯が成立することが決まった後に、『共同実行』の内容を示す説明概念にすぎ」ず、「共同義務の共同違反がいかなる場合に成立するかを判断する具体的な基準を探究する必要がある」³³²⁾ というのである。この点につき、大塚裕史は、過失犯の共同正犯を成立させる具体的な基準として、「お互いに心理的影響力を与えあって、過失行為を促進し、よって結果発生の蓋然性を高めたことを意味する」³³³⁾ 相互促進性を掲げ、「過失犯の共同正犯が成立するのは、結果に対する因果性があり、行為に相互促進

ゝるとしても、当初の共犯関係とは異なった意思決定に基づいて『異なった危険』が創出され、それが結果の中に実現されたといえる場合には、当初の因果的影響は否定される」と主張する。しかし、因果関係の判断は、起点となる行為と結果が確定されたことを前提とした判断である以上、「危険の創出」の判断は、別途検討が行なわれる必要があるように思われる。したがって、起点となる行為は、因果関係とは別に「各関与者の答責領域」の観点から検討されるべきであろう。

330) このような構成は、各関与者による行為が相互に帰属されることを意味するものではない。というのも、他者の義務違反（不作為）まで責任を負うことは不必要かつ無意味であるからである。なお、不作為犯における共同関係（広義の共犯関係）は、結果の帰属につき、「共同義務の共同違反」によって形成されうるが、正犯と共犯は、各関与者の義務内容に応じた相対的評価により、一次的義務と二次的義務として区別されうるように思われる。当該義務内容は、当該犯罪に対する形成量を意味し、ひいては量刑評価に結び付くものと思われる。なお、この問題の検討は、他日を期したい。

331) 大塚・前掲註(64)17頁。

332) 大塚・前掲註(64)17頁以下。

333) 大塚・前掲註(64)19頁。

性が認められ、寄与の重大性が肯定される場合である」³³⁴⁾とする。そのうえで、上記の相互促進性は、管理・監督過失の事案における共同性の判断にも資するといっているのである。

しかし、平野龍一が指摘するように、「過失行為共働の形態は複雑で、その中には一方が他方の行為についてまで注意しなければならない場合と、他方に委せてしまってよい場合とがある」³³⁵⁾以上、管理・監督過失の事案が上記の相互的促進性でもって説明できるかは、検討を要する。

例えば、広島高判昭和32年7月20日³³⁶⁾は、外科医である被告人は、同じく外科医であるAとともに、外科治療室において、被害者である外来患者を共同して診察・治療したところ、被告人の提案により患者に全身麻酔を施すこととなったが、看護婦Bの注射液誤認により、被告人の正当な指示にもかかわらず、誤った注射液を患者に注射（静脈注射）したため、当該注射液による心臓衰弱のため患者は死亡したという事案につき、医者である被告人と看護婦の行為を「過失行為の競合」（同時犯）と判断した。同裁判所によれば、被告人には、被害者に対する共同担当医として、外科医Aとともに、「注射液の指示を受けた看護婦及びその補助者を監督看視し、自己に於て現実に注射を行う場合と同様の注意を以て患者の体内に注射する直接の行為は勿論のこと、それ以前に於ける所論のいわゆる準備行為というべき自己の指示した注射薬液の正確なる確認、性状薬液中の溷濁、浮遊物の有無、或は分量等苟くも注射に関係することについては細大もらさず嚴重なる検査を為し以て注射の過誤なきを期すべき業務上の注意義務」があったとしている³³⁷⁾。

334) 大塚・前掲註(64)19頁。

335) 平野・前掲註(313)395頁。

336) 裁特4巻追録696頁。

337) なお、同裁判所は、外科医Aとの関係において、「或る患者に対する診察行為が二人以上の医師により共同して行われその医師間に責任の軽重のつけ難いような場合、然もその診療過程に於て、医師の過失の存した場合は、その内の或医師につきその過失につき全然関係のないことが特に明瞭な場合とか或は特定の診療につき特に責任を分担しその帰責

この点、大塚によれば、被告人と看護婦との間の「過失の競合」は、相互促進性の否定により説明されることになる。したがって、本件において重要となるのは、被告人と看護婦の実際の関わり合い、すなわち、被告人が被害者に対する注射を看護婦に命じた点となろう。同裁判所が導き出した結論を是とするならば、被告人が被害者に対する注射を看護婦に命じた点において、不注意を促進し合ったという相互促進性が認められないことになる。しかし、他方で、大塚は、共謀共同正犯につき、「黒幕が実行者に一方的に命じた場合であっても、相互に因果的影響力を与えているとみることとは可能」³³⁸⁾であるというのである。確かに、両事例においては、故意犯・過失犯の相違はあるが、ある者が他者に一方的に指示を与えている点で差異はない。そうであるならば、因果的なメルクマールは、共同性と単独性を区分する機能を必ずしも果たさず、判断の恣意性を排除することはできないように思われる。むしろ、広島高裁が判示するように、共同行為を判断する際に、「他者の過失につき全く関係がない、あるいは特定の診療につき役割分担があった場合を除く」とするのは、各行為者の地位・権限等から導き出される評価であって、それは物理的・心理的評価ではなく、社会的・客観的评价にほかならないように思われる。実際、過失不作為犯の共同正犯が認められた世田谷ケーブル火災事故³³⁹⁾では、東京地裁は、火災防止目的を目的とした火気使用に関する規則、「トーチランプの作業が終わったら火は必ず消すこと、作業場から離れる際には、その場に置いておくトーチランプの火が消えているかどうかを確認し、同時に自己の使用したランプだけでなく一緒に作業した者のランプについても確認すること」が作業員に繰り返し指示が行なわれていること、作業を中断し立ち去る際には互いのトーチランプの消火を確認する作業慣行を根拠と

ㄨを明かにして行われたのでない限り、右過失についての責任は共同診療に当る医師全員に存するものと解するを相当」と判示する。

338) 大塚・前掲註(64)18頁註(46)。

339) 前掲東京地判平成4年1月23日。

して、「各作業員が自己の使用したランプのみならず共同作業に従事した者が使用した全てのランプにつき、相互に指差し呼称して確実に消火した点を確認し合わなければならない業務上の注意義務が、共同作業員全員に課せられていた」と認定しているのである。それゆえ、本件では、「互いのトーチランプを消火すべき」という当為にとって、当該関与者らが火災の発生を意図して退去したか否か、あるいは、結果発生の予見の有無にかかわらず、互いに相談して退去したか否かなどの行為態様は、意味をなさない。というのも、上記のような義務の認定に従うならば、互いにトーチランプの消火の確認を忘れて個別に退去しても共同責任が問われうるからである。換言するならば、互いに「地下洞道から退出する」旨の意思の疎通などの相互促進性が現に行なわれたか否かは、当該結果を防止すべき「共同義務」の根拠にとって重要ではなく³⁴⁰⁾、さらに「結果発生の蓋然性を高めたこと」もまた、共同性にとって不可欠のメルクマールではないのである³⁴¹⁾。

このように、相互促進性のような、因果的惹起を帰責根拠としつつ共同性を基礎づけるアプローチは、共同性の判断基準をより具体化する点で注目に値するが、不作為犯の特質を看過するものである以上、故意犯や過失犯を問わず、往々にして「不作為犯の共同正犯」の成立を過度に妨げるように思われる³⁴²⁾。

340) 松宮・前掲註(290)512頁参照。

341) 共同行為による「危険性の増加」に着目する見解として、松生・前掲註(316)「共同正犯の構造について」731頁以下、島田・前掲註(318)463頁以下など。しかし、「結果発生の蓋然性を高めた」ことを前提とした説明は、作為犯の共同正犯を前提とした議論にとどまり、不作為犯の場合には必ずしも妥当しない。

342) なお、林幹人「不作為による共犯」齊藤誠二古稀『刑事法学の現実と展開』（2003）320頁は、「不作為による共犯における義務は、直接に法益を保全するのではなく、他人の犯罪を阻止する、正確には、他人が犯罪を行なう危険を減少させる行為を行なう義務」であるのに対し、「単独犯の義務は、他人を介さないで直接に法益を保全する義務である」とする。しかし、少なくとも、共同正犯における義務内容は、必ずしも他者の犯罪を阻止することのみに向けられるわけではないように思われる。現に、世田谷ケーブル火災事故では、被告人らは、直接結果を防止すべき義務を有しているといえるからである。

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——

従来、作為犯と不作為犯の共同正犯の成立が理論的に可能であるとされてきた³⁴³⁾。しかし、作為犯と不作為犯が競合する事例につき、いかなる場合に共同正犯となるのかという問題は、必ずしも統一的に理解されておらず、議論の余地がある。加えて、従来の議論では、作為犯と不作為犯における共同性は異なって規定されてきたように思われる。それは、例えば、「不作為の共同行為者の側には作為の共同行為者に干渉する内容を含む義務が承認され、作為の共同行為者の側には不作為の共同行為者に対する因果的な影響が認められる場合に、『共同性』は承認可能³⁴⁴⁾」という表現から読み取れうる³⁴⁵⁾。換言すれば、作為犯と不作為犯の共同性は、「事実」と「当為」の混在によって形成されているのである。

これに対し、わが国の裁判例は、通常、作為者が正犯である場合、作為義務を有する不作為者を従犯と評価することから、「結果発生に対して、作為正犯が因果関係を設定し直接的な因果関係をもつものに対して、不作為による関与者は作為義務違反の不作為により作為正犯を介して間接的な因果関係をもつにとどまる」³⁴⁶⁾ 点に照らして、理論的に説明されてきた。しかし、近年、裁判例もまた、下記のように、「作為犯と不作為犯の共同正犯」を認める傾向にあり、実務上もその可能性を示すに至っているのである。

343) 大塚・前掲註(51)334頁。これに対し、否定的な見解として、宮澤・前掲註(40)488頁。

344) 嶋矢・前掲註(297)1698頁以下。

345) さらに、山中・前掲註(67)863頁。山中は、法益監護義務が保障人的義務を根拠づける事案につき、「共同実行の事実があるというためには、作為者の犯行の決意に対して不作為者が因果的影響を及ぼし、不作為者が作為者の犯行を阻止する行動に出るなどの犯行不支持の態度を示していないことが必要」とする。なお、大塚・前掲註(51)334頁も参照。大塚は、作為義務を有する不作為者につき、作為による因果関係の積極的利用の意思で不作為を行なうことをもって不作為の実行行為と評価する。

346) 内藤・前掲註(64)1444頁。

しかし、まず問題となるのは、「作為犯の共同正犯」と「不作為犯の共同正犯」の関係である。この点に関して、近時、関与者間の「意思の連絡」の存在が認められるならば、作為犯と不作為犯から成る共同行為は、作為犯の共同正犯として一括して処理され、不作為犯の成立条件である「作為義務」の検討は不要であるとする見解³⁴⁷⁾がある³⁴⁸⁾。例えば、次のような事案³⁴⁹⁾が挙げられる。被告人Xは、２月某日午後４時過ぎころ、仕事先から帰宅したところ、当時３歳の次男AがXの帰宅に気付きながら身を隠すようにしたことなどに怒り、Aに対し、平手でそのほおを数発叩いた上、右手けんでの額を十数回殴り付けるなどの暴行を加え、その後長男を保育園に迎えに出かけて午後７時過ぎに帰宅し、Aに声をかけたものの、すぐに返事がなかったことに再び激怒し、下半身裸のままのAを屋外に出し、１時間程して家の中に入れた後、X方を訪れたYは、午後８時40分ころ、Aに対し、その後頭部を床等に打ち付けるなどの暴行を加え、その結果、同人に急性硬膜下血腫等の傷害を負わせ、同人を上記傷害により死亡させた、というものである³⁵⁰⁾。かかる事案につき、「男性の暴行に

347) 西田・前掲註(68)『刑法総論』356頁、中森・前掲註(68)126頁参照。なお、西田は、作為犯と不作為犯の共同正犯の不存在は因果的共犯論による帰結とする。他方で、中森・前掲註(68)128頁は、不作為犯につき、「年少者、高齢者、病者、あるいは他の理由から危険に陥った者などについて問題となる事柄」とし、「積極的に法益に危険を与える行為をしなければ処罰されることはない」という自由主義の原則とは一線を画する。

348) わが国の裁判実務では、共謀が認められるならば、不作為もまた、作為的なものとして評価され、共謀共同正犯と見なされうる傾向にあるとされる。この点につき、平野・前掲註(90)137頁、高橋・前掲註(90)473頁、前田雅英「共謀の認定と不作為の共同正犯」警察学論集64巻4号（2011）133頁以下など参照。

349) 東京高判平成20年6月11日判タ1291号306頁

350) 本件につき、東京高裁は、「先行行為としてこれだけの暴行等を加えた者については、その暴行により被害者に生じた具体的危険な状況を自ら解消すべき義務があるから、他の者によるさらなる暴行を積極的に阻止すべき義務がある」こと、「顔を殴らないというYの言葉からは、当然、顔以外の部分には手を出すという趣旨がうかがわれるのであって……少なくとも、YがAに手を出すこと自体は認容していた」こと、「その後に行われたYの暴行は……被告人が十分予想し得る範囲内のものであった」こと、「被告人がYの暴行を止めることは、事前はもとより、その途中でも可能であった」ことなどから、「顔」

ついて被告人の共謀を認める以上、その暴行は共同して実行されたことになるのであるから、被告人の行為を不作為とする理由はない」と批判しつつ、「法益を維持するための行動が要求される保護義務者についても、積極的な加害行為が見られる限りは、情状としてはともかく、犯罪の成立については、保護義務違反を根拠とする必要はな」く、「男性による暴行を容認し、自ら暴行を引き継いだという積極的行動をその根拠とすべきであった」³⁵¹⁾ というのである。

確かに、当該結果 (A の死) は、Y による作為によって惹起されている。その意味では、当該事象を全体として見るならば、作為による共同正犯であり、各関与者には保障人的地位の検討は必要ではないようにみえる。しかし、すでに述べたように、何らかの動作が認められるならば、作為犯となるわけではない。たとえ作為として意思の疎通を行なったとしても、事象を全体としてみるならば、当該事象は不作為犯の事象たりうる。その典型例は、「欠陥商品のリコールの不回収」である。すなわち、たとえリコールの担当者らが、リコール検討会等で「リコールをしない」旨の決定をしたとしても、販売された商品が欠陥であるおそれが判明した時点で、当該商品を回収すべきであるにもかかわらず、回収しなかったことが問題であることに相違はなく、それは、結局、不作為犯を意味する。したがって、「意思の疎通 (共謀)」が作為と不作為の区別を意味するわけではないのである。そうであるならば、全体行為と各関与者の行為態様は異なることが認められうることになる。したがって、一連の全体行為が作為犯であるとしても、各関与者において不作為犯は考えられるのである。これは、例えば、他者の犯罪を阻止しなかった事例において、作為者と不作為者との間に殺害について共謀が認められたとしても、犯罪に対する役割の

↘を殴らないという Y の言葉に対して、被告人がこれを了解した時点において、Y の作為犯と被告人の不作為犯との共同意思の連絡、すなわち共謀があった」として、傷害致死罪の共同正犯を認めた。

351) 中森・前掲註(68)126頁。

程度に応じて不作為による従犯が認めらうることからもうかがわれる。この限りで、各関与者の作為犯と不作為犯の区別は、関与者ごとの「答責領域」の検討から導き出される義務の内容であり、作為犯と不作為犯の共同正犯につき、直ちに作為義務の検討を不要とする批判は失当である³⁵²⁾。

もっとも、作為犯の共同正犯を検討する場合においても——たとえ「意思の連絡」を共同性の根拠とするとしても——「積極的に法益に危険を与える行為をしなければ処罰されることはない」という自由主義の原則から³⁵³⁾——上記の事案では、被告人の行為を「男性による暴行を容認し、自ら暴行を引き継いだという積極的行動」として評価するように——各人の答責性の基礎づけが行われている。この点で、作為犯と不作為犯の共同性の余地が考えられうるといえよう。

もっとも、不作為犯の作為犯への解消とは別に、裁判例では、「共謀共同正犯（作為犯の共同正犯）」と「不作為犯の共同正犯」の成立条件を分離する判決がある。すなわち、東京高判平成20年10月6日³⁵⁴⁾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の成立を認めるほうが、事案にふさわしい場合があるというべきである。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というべきである。その代わり、不作為犯といえるためには、不作為によって犯行を実現したといえなければならない、その点で作為義務があったかどうかが重要となるし、不作為犯構成により犯罪の成立を限定するほうが、共謀内容をいわば薄める手法よりもより適切であるといえる」と判示するのである。

352) 同旨、平山・前掲註(294)185頁。

353) 中森・前掲註(68)126および128頁参照。

354) 判タ1309号292頁。

このような区別の特異性は、具体的に、被告人XとYの罪責に反映されている。すなわち、同裁判所は、被告人Xについて、「本件は、被告人Xが被害者に『やられはぐった』と被告人Yに話したことを端緒とし、嘘の口実を設けて被害者を呼び出したことに始まる。被告人Xは、上記の話を聞き付けたAやBが憤激し、実際には被告人Xは強姦などされていなかったのに、そう誤解したAが『1回ぶつとばされないと分からないのかな』などと言い、Bが執拗に被害者の呼び出しを迫るなどしている姿を見、また、被告人Xとかつて交際していたAが被害者を快く思っていなかったことを知っており、被害者に会う相手のなかに、Aも入っていたことからすると、少なくともAにおいて、場合によっては被害者に暴力を振るう可能性があることを十分認識していたということが出来る。被告人Xは、かかる認識を有しながら呼び出し行為に及んでいるものであって、これは身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を誘い入れたものといえる。そして、被害者に会う相手であるA、B、被告人Yのいずれもが、呼び出す前の段階で被害者に対して怒りを持っていたことを考えると、危険が生じた際に被害者を救うことのできる者は被告人Xのほかにはいなかった」とし、被告人Yについては、「被告人Yは、被害者の逃走後には、被害者が一度痛い目にあったほうがいと積極的に思っていたものであって、他方で、被告人Xから話を聞いて、まず自らが被害者に怒りを感じたものであるし、被告人Xを大声で叱るなどしてA、Bが聞き付ける素地を作り出した上、Aの怒る言動等を認識しながらも、被害者の呼び出しを求めるなどして、これを押し進めたことからすると、被告人Xと同様に、身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を積極的に誘い入れたものということが出来る。そうすると……身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を誘い入れた者としては、警察や知人等に通報するなどして犯行の阻止に努めるべきであった」として、被告人兩名には、本件各犯行について不作為犯としての共同正犯が成立すると結論づけているのである。

このように、両被告人の作為義務の根拠に着目するならば、いずれの行

為も犯行の機会の誘致ないし犯意の強化と関連するにとどまるにもかかわらず、両被告人は不作為犯の（共同）正犯として処断されている。このような評価の要因は、同裁判所が「共謀共同正犯（作為犯の共同正犯）」と「不作為犯の共同正犯」の二分化に基づき、犯罪の機会を作出したという作為を不作為犯として構成したことにあろう。しかし、松原芳博が指摘するように、「犯行の機会の提供ないし犯意の創出を理由に犯行阻止義務を認め、その違反を（共同）正犯とするなら、教唆者や幫助者が正犯の犯行を阻止しなかった場合、不作為の正犯に格上げされてしまうことになる」³⁵⁵⁾。この点、Roxin が主張する³⁵⁶⁾ように、不作為犯を義務犯と解することは、当該帰結の説明を可能とするが、作為犯と不作為犯の同価値の原則、すなわち、（不真正）不作為犯は、作為犯と同一条文のもとで処罰される以上、作為犯に匹敵する価値を有することを要することから、不作為犯の正犯・共犯もまた、作為犯の正犯・共犯に価値論的に同等であるべきとする理解に反することになる³⁵⁷⁾。それゆえ、不作為犯の正犯原理は、作為犯の正犯原理と同様に理解される必要があるように思われる³⁵⁸⁾。

355) 松原・前掲註(64)133頁。

356) 第２章第２節第２款第１項参照。

357) 平山・前掲註(294)175頁参照。

358) 本件では、両被告人は、犯行の機会の提供ないし犯意の創出の点に照らして、不作為による従犯として処罰されるにとどめるべきであったように思われる。なお、両被告人の行為は「作為犯」として構成されるべきとする見解として、中森・前掲註(68)128頁以下（両被告人には傷害致死の共犯の刑責が認められるべきとする）、島田・前掲註(64)46頁以下。さらに、齊藤彰子「不作為による共犯」松原芳博編『刑法の判例〔総論〕』（2011）301頁以下（被告人Yにつき、作為による共犯が検討されるべきとする）。原判決を参照できなかった点で、事案につき不確かさが残るが、被告人Xの一連の行為については、仲間Aらに誤解を与える発言が一連の暴行へと至る契機であり、その後のXによる被害者の呼び出しや犯行現場での居合わせなどの態度は、いわばAらの暴行を容認する態度の表れであって、いずれにせよ、Aらの当該暴行・殺害行為を阻止すべき義務の根拠は、当初の発言による犯行の機会の提供にあったといえ、その限りで、誤解を解くことにより、犯行を防止すべき作為義務があったように思われる。他方、被告人Yの行為についても、Xの話を契機としてAらのところに立ち寄りその後の犯罪に至る過程を形成したといえる。この限りで、当該犯罪を防止すべき作為義務があったというべきである。もっとも、いず

以上の点に鑑みるならば、共同正犯を構成するに当たり、作為犯や不作為犯を問わず、他者の行為との接点（共同性を形成する行為）が同様に求められるべきであり、それは、いわば各関与者における答責領域の検討の必要性を意味するといえよう。この限りで、共同正犯における作為犯と不作為犯の区別は、各関与者の義務の内容によるものであるように思われる。その意味では、作為犯と不作為犯の区別は共同性の規定にとって重要な役割を果たさない。そうであるならば、場合によっては、作為犯と不作為犯から成る共同正犯も考えられうることになる³⁵⁹⁾。

それでは、「作為犯と不作為犯の共同正犯」の成立範囲はいかなるものであろうか。この点につき、裁判例を用いて検討することにする。例えば、大阪高判平成13年6月21日³⁶⁰⁾は、被告人X（被害者の母）は、夫Yとともに就寝しようとした際、実子である乳児Aが泣き止まず、Yから、「うるさいんじゃ、何でもいいから黙らせ。」などと言われ、同児の世話をしようとしないうと、泣き止もうとしないAに立腹し、Aの顔面や腹部を殴打などの暴行を加えたが、Yが一向に制止しようとしないうため、Aを抱きかかえて、隣室に置かれたこたつの前に移動して立ち、同児を自分の右肩付近まで持ち上げたまま、Yの方を振り返り、「止めへんかったらどうなっても知らんから。」と申し向けて、Yの意向を聞いたただしたところ、これに背中を向けて布団上に横臥していたYにおいて、顔だけをXの方に向けて、Aを抱え上げたXの表情等を見て、Xが同児をこたつの天板に叩きつけようとしていることに気付いたが、黙ったまま顔を反対側に背けた

ゝれも、被害者の殺害につき謀議に立ち会って内容を了解したといえども、当該犯行に直接関与することなく、他者と関係で優越的地位にあったわけではない以上、Aらの寄与と比較すれば重要な役割を果たしたとはいえない。それゆえ、両被告人は、共同正犯として処罰されるべき根拠が不十分であったように思われる。

359) もっとも、「作為犯と不作為犯の共同正犯」においては、問題がないわけではない。というのも、すでに述べたように、因果関係において、作為犯と不作為犯は異なるからである。わが国では、ドイツ刑法13条のように、不作為犯に関する規定がないことに加え、作為犯と不作為犯の異質性が問題として残りうる。

360) 判タ675号246頁。

ことから、その様子を見たXにおいても、Yが自分を制止する気がなく、自分に同兇を殺害させようとしていることを知り、Xにおいて、右肩付近に持ち上げていたAをこたつの天板目がけて思い切り叩きつけ、こたつの天板上にその後頭部を強打させ、殺害した事案につき、殺害に直接関与しなかったYにおいて、「被告人と並んでAの親権者でその保護者たる実父であり、本件犯行当時、その場には、乳幼児らを除くと、被告人の本件犯行を制止することができる立場にあったのは、自分ただ一人であったものであるところ、こたつの前に立ってAを右肩付近にまで抱え上げて、自分の方を向いた被告人がAをこたつの天板に叩きつけようとしているのを十分理解し、被告人の前記の発言の意味するところも知悉し、しかも、その際、被告人が自分に制止して欲しいという気持ちを有していることまでも熟知しながら、自らもAに死んで欲しいという気持ちから、被告人と一旦合った目を逸らし、あえて被告人を制止しないという行動に出ることによって、被告人がAをこたつの天板に叩きつけて殺害することを容認したといえるのであって……この時点において、暗黙の共謀が成立したと認めるのが相当というべきである」と判示し、XとYに殺人罪の共同正犯を認めた。

本件においては、直接殺害に関与していないYの態度につき、Yが「うるさいんじゃ、何でもいいから黙らせ。」などと発言したところ、XがYの趣旨を理解し、いきなり暴行を加えたことや、Xの行為を阻止せず黙ったまま顔を背けるというYの態度をみてXが殺害することを決心したことから、Yにつき、作為による（広義の）共犯の成立が検討されるべきとする評価もある³⁶¹⁾。確かに、事前行為として、Yによる「うるさいんじゃ、何でもいいから黙らせ。」などの発言が、同裁判所が述べるように、「本件一連の暴行の契機となるような指示を被告人に積極的に与えた」として作為的なものと評価できる。しかし、その発言は、被告人XのYおよびAに

361) 齊藤・前掲註(358)300頁。

対する立腹を契機としたのちの暴行の機会を提供した先行行為であるがゆえに、実際の暴行・殺害に対して制止しなかったYの態度は、当該犯行を防止すべき作為義務があったにもかかわらず履行しなかったという不作為的態度であったように思われる。この点、同裁判所が「Yが、被告人に前記の問いかけをされたにもかかわらず、被告人を制止せずに顔を背けたことは、これを規範的に評価すれば、『止めへんかったら、どうなっても知らないからね。』と発言した後の被告人の行為を積極的に承認したに等しいというべきである」と述べたことは、いわば、Yの不作為態度が被告人の殺害行為を是認した作為に相当するという趣旨であり、この限りで、作為犯と不作為犯の共同正犯を検討する余地が認められうるように思われる。

しかし、上記のとおり、Aの殺害につき共謀の事実が認められたとしても、問題は、Yの態度が、支配犯の観点から、(共同)正犯に値するか否かである。この点、事前行為も踏まえるならば、YはXとの関係で優越的地位にあったことが認められず、「うるさいんじゃ、何でもいいから黙らせ。」などのYの発言は、犯行の機会の提供にすぎず、その他は、Xの行為を制止しない態度を維持するにとどまっている。そうであるならば、たとえ互いに意思の確認が認められたとしても、当該犯罪に対するYの寄与は、被告人Xと比較すれば、重要な役割を果たしたとはいえない。したがって、本件では、作為犯と不作為犯の共同正犯は成立しないとみるべきである。もっとも、被害者である子に対する親という地位に鑑みるならば、義務犯の観点から、XとYには、殺人罪の同時犯が成立する余地がある。というのも、各人は、作為義務の履行が単独で可能であるからである³⁶²⁾。

362) この限りで、場合によっては、義務犯構成は、XとYが殺人罪の正犯として処断される点で、本判決の結論と一致することになる。

第4節 おわりに——共同行為における帰属根拠——

本稿では、最近の裁判例を契機として、「不作為犯の共同正犯」、とりわけ共同性の根拠・成立条件を検討した。これまでの考察を簡潔に総括し、それでもって本稿の結びとすることにした。

「不作為犯の共同正犯」は、従来、すでに述べたように、作為犯で展開された共同正犯の「共同性」理論と「保障人説」の融合のもとで、「共同義務の共同違反」という標語で理解されてきた。このような理解は、「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」をもって「不作為犯の共同正犯」の意義を明らかにした。しかし、「三菱自動車における欠陥部品の不回収」で見られるような、関与者間に「意思の疎通」が全く存在しなかった不作為犯の事例の場合や、児童虐待等で見られるような、異なる義務者的地位にある者が「意思の疎通」のもとで義務を怠った場合が問題となった最近の裁判例につき、従来の共同性理論は必ずしも十分に説明できないのである。

そこで、上記の問題を克服するためには、わが国においても、ドイツの議論が示唆するように、共同正犯における「共同性」を規範化する試みが不可欠である。すなわち、各関与者の答責領域に着目した「共同義務の共同違反」をもって、単独行為と共同行為の区別を判断すべきなのである。このような理解に従うならば、従来の議論との差異は、「意思の連絡」ないし「因果の共同」は「共同義務」を形成しうる一要因にすぎないか否かに見いだされる³⁶³⁾。換言するならば、これらの事情がなくとも、「共同

363) なお、近年、最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁は、暴力団組長である被告人が遊興等の目的で上京するに当たり、随行したスワットといわれる複数のボディガードが被告人の警護のために別の暴力団組長から入手した拳銃を携行していた事案につき、「被告人は、スワットらに対してけん銃等を携行して警護するように直接指示を下さなくても、スワットらが自発的に被告人を警護するために本件けん銃等を所持していることを確定的に認識しながら、それを当然のこととして受け入れて認容していたものであり、そのことをスワットらも承知していた」。「被告人とスワットらとの間にけん銃等の所持につき黙

性」の余地はあるということである。その結果、規範的構成は、単独では結果を回避できないケースに限らず、意思疎通のないケースも含めて、共同性の意義を広く認めるものとなる。

以上の点を踏まえるならば、不作為犯における共同正犯の根拠は、自他ともに協力して構成要件該当結果を阻止すべき「共同義務の共同違反」に求められるべきことになる。もっとも、注意すべきは、共同行為における結果帰属である。共同正犯の場合、一般に、「一部実行の全部責任」の原理が適用されると解されている。しかし、ここにいう「共同性」とは、各関与者に帰属可能な集团的義務違反を表現したにすぎず、各関与者は、自己の義務違反行為に応じて処罰されるのである。

なお、作為犯の共同正犯、とりわけ共謀共同正犯における上記の共同性理論の適用可能性および正犯と共犯の区別の問題が検討課題として残されている。この点については、今後の検討課題としたい。

(完)

* 本稿は、平成23年度文部科学省科学研究費補助金（特別研究員奨励費）による研究成果の一部である。

* 本稿執筆に際して、立命館大学法学部とミュンヘン大学法学部の協定に基づく DAAD（ドイツ学術交流会）のプログラムにより、約4ヵ月間のミュンヘン留学の機会を得た。本稿はその研究成果の一部である。留学にあたって、ミュ

示的に意思の連絡があったといえる。そして、スワットらは被告人の警護のために本件けん銃等を所持しながら終始被告人の近辺にいて被告人と行動を共にしていたものであり、彼らを指揮命令する権限を有する被告人の地位と彼らによって警護を受けるという被告人の立場を併せ考えれば、実質的には、正に被告人がスワットらに本件けん銃等を所持させていたと評し得るのである」として、被告人とスワットらに拳銃不法所持罪の共同正犯を認めた。本件は、共謀共同正犯の一例とされるが、いずれにせよ、共同性の形成という点に着目するならば、同様に検討の対象となっている拳銃不法所持罪の性質から導き出される保護目的・保護範囲に留意しつつ、被告人の行為態様の意味を踏まえ、「共同義務の共同違反」を検討すべきであるように思われる。したがって、本稿の立場によるならば、「意思の連絡」も「共同義務」を形成する一要因となるか否かという点で検討されることになる。なお、共謀共同正犯一般に関する詳細な検討については、今後の課題としたい。

ンヘン大学の Helmut Satzger 教授および立命館大学の出口雅久教授には大変お世話になった。また、留学時の資料収集にあたり、チュービンゲン大学の Kristian Kühl 教授の研究室に所属している Sebastian Ritter 氏（留学当時、Joachim Vogel 教授の研究室に所属）および立命館大学の安達光治教授には大変お世話になった。この場を借りて、御礼申し上げる。