

Title	不作為による共犯：その序論的考察
Sub Title	A study on the inactive participation in crime
Author	宮澤, 浩一 (Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.2 (1960. 2) ,p.473- 499
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	及川恒忠先生追悼論文集
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600215-0473

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

不作爲による共犯

—その序論的考察—

宮澤浩一

はしがき

- 一 不作爲による共犯に關する判例
 - 二 不作爲による共犯に關する試論
 - 三 判例の批判
- むすび

はしがき

近時、不作爲犯をめぐる學說、判例上の争いは、とみにはげしさを加えている。⁽¹⁾

本稿は、主として西獨の判例、學說を通してこの一断面を摘示することにつとめようとする。我が國の文献の引用が少ないことを右の事情から了解されたい。

ドイツ刑法學界においては、第二次大戰中から、戦後、今日に至るまで、その實務上、理論上の變貌にめざましいものが不作爲による共犯

あるが、話題の中心には常に「目的的行爲論」がある。

この潮流については、すでに多くのものが書かれ、研究されているので、ここに多くを語る必要はなからう。

目的的行爲論の故意犯の説明についての通説との戦いは、勝利に終つたといつてよいであらう。ただ、目下のところは、過失犯、不作爲犯の合理的説明を如何にするかという點で、苦闘中であるというのが、實情であらう。

いずれにせよ、彼の地では、聯邦裁判所の判例中にも、この學說の影響が大きくとりあげられていることは周知の事實であり、それがまた、學界に論争のきつかけを與えていることにもなつていのである。

實務の濾過器を通して、學說が成長してゆくということは、最も好ましい姿である。

ところで、不作爲による共犯の問題については、三種の聯邦裁判所（BGHと略記する）判例が出された。すなわち、貨物自動車の運轉手に酒類を提供し、酩酊せしめたのに、警察に通知する等の適宜な處置をとらずに運轉を繼續せしめて、これにより通行人に怪我をさせた飲食店の主人の責任を問うた判例、自己の配偶者（又は婚約者）が自殺を圖つたのに、それを見殺しにした配偶者（又は婚約者）の一方の責任を論じたもの。更には戦時中からしばしば現われた、訴訟當事者（又は辯護人）が不作爲によつて證人の偽證に關與することが出来るかを論じた判例。

勿論、肯定、否定の論議は實にはなばなく戦わされているが、明確な解決の兆はないようである。

これらの事例をとりあげてみても、同一の犯罪的結果が、一方では作爲により招來され、同時に他方では、保障人の地位を有する者の不作爲によりその結果が回避されないという二様の方法によつて實現されうるのである。

これ迄のところ、不作爲による共犯について、決定的にその原則につき論述したものは少ない。

これらの判例においても、或は又、判例に附せられた諸家の評釋においても、多かれ少なかれ、共犯、特に幫助の理論は、作爲にも不作爲にも相等しく適用されるとする思想から出發しているように思われる。

はたして、不作爲行爲が、作爲行爲と同様に、個々の事件によつて、或は正犯、或は幫助として區別され、それぞれに責めを負わされるのであると考えてよいものか。

不作爲犯による共犯には、なんらかの固有な形式はないものか。或はむしろ、不作爲による共犯は、作爲による正犯又は幫助と並んだ固有な加功形式ではないのか。

本稿は、これらの問題を論じて、不作爲による共犯の理論に一考察を加えるものである。副題に序論的考察と名付けたのは、今後に不作爲論一般を豫定し、近き將來に、『不作爲の未遂』と並んで、『不作爲犯と共犯』を包括的に扱いたいと考えているからである。

従つて、不作爲犯への共犯の問題は、本稿では意識的にこれはずし、必要な限度で言及するにとどめる。

不作爲犯に關する理論的な部分は、A・カウフマンの最近著、等にゆずり、立法論については、本誌前號一二頁以下に發表した別稿を参照願えれば幸である。

(1) この點については、本誌三十二卷十號七〇頁以下で論じた。最近に至つて A. Kaufmann; Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte が發表され、將來の論争の種を播いた。

(2) 目的的行爲論の主張者、反對者の文献については、多くが語られている。ここにそれらをおけることは止める。ただ、現時、西獨で行われている刑法改正委員会の議事録の中に、我々としては注目に價する議論の數々が立法という具體的な場を中心として、交わされてゐることを指摘したい。Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission. 現在までに六卷發刊されてゐる。

(3) 目的的行爲論の熱點は今や過失論に移つたと云ふことは、Nowakowski; Zu Walzels Lehre von der Fahrlässigkeit. Jz. 1958. Heft 11/12. 13. bes. Heft 11/12. S. 337.

(4) Boldt; Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat. これをまとめたものとして、Mahlofer; Zur Systematik der Fahrlässigkeit. ZStW. Bd. 70. Heft 2. 1958. S. 156 ff.

- (15) 極小な BGHSt. 2. 1948 (禁斗の懲罰) BGHSt. 7. 363 (未遂の放棄と既遂との判例) BGHSt. 9. 370 (共犯と既遂との判例) 未遂と既遂との区別基準の判例 (BGH. Z. 24. 21) 既遂放棄と不作爲に關する判例 (JZ. 1958. Nr. 16. S. 506 ff.) (Jahrbuch für Weizel; Zur Problematik der Unterlassungsdelikte. a. a. O. S. 494 ff.) 禁斗と既遂との区別基準。
- (16) BGHSt. 4. 20. JZ. 1953. S. 408. mit Ann. Lange., v. Weber NJW. 1953. S. 1072.
- (17) BGHSt. 2. 150. JZ. 1952. S. 370 ff. mit Ann. Gallas.
- (18) BGHSt. 6. 147. JR. 1955. 104. mit Ann. Heinitz.
- (19) RGSt. 72. 20; 74. 38; 75. 283; 75. 271. D. R. 40. 2234., 43. 748.
- (20) RGSt. 70. 82.
- (21) 下の既述のとおりな「Maurach; Beihilfe zum Meineid durch Unterlassung. Dtsch. Strafrecht 1944. 1 ff. Do; Zur neueren Judikatur über Meineidsbeihilfe durch Unterlassen in SJZ. Jahrg. 4. (1949). Nr. 8. S. 541 ff. Bockelmann; Zum Problem der Meineidsbeihilfe durch Unterlassen. NJW. 1954/697 ff. 下の註 Do; Strafrechtliche Untersuchungen S. 126 ff. 以下參照。
- (22) 最近になつてやうと若干の原則論的な提議が出た。Kielwein; Unterlassung und Teilnahme G. A. 1955. Heft 8. 225 ff. Grünwald; Die Beteiligung durch Unterlassen. G. A. 1959. Heft 4. S. 110 ff. Armin Kaufmann; a. a. O. 下の註「キールマンの論稿は本稿と關心方向を若干異にする。ツリヘーンマンのそれは「本稿成立の動機である。カウマンのそれは措峻に富むが、餘りにも忠實なウエルツェルの弟子であるだけに「十分に肯定出来な。兩者とも「共犯論で「行為支配」なる概念を中核とした「目的・客觀的共犯論」をとつてゐる點に、筆者と相容れなものがあゝる。目的的行為支配を中核とする共犯論と「諸他の共犯論との兼併論」, Gallas; Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht」 in Deutschen Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongress in Athen vom 26. Sept. bis 2. Okt. 1957. S. 3 ff. bes. 5 ff.
- (23) 前出註 22 のキールマンの論文は「真正不作爲犯への幫助」と「真正不作爲犯への幫助」を論じてゐる。

一 不作爲による共犯に關する判例

すでに「はしがき」においてあげたように、不作爲による共犯につき三種の判例が、西獨刑法學界の重大なテーマとなつ

た。まず、これらを簡単に紹介しておこう。

1 不作爲による自殺への加功

a 婚約者の自殺を見送つた例

事實 被告人(A)は、自殺者(B女)の繼父母の反對を押し切つてB女と婚約。しかし両親は二人の仲をさいて、Bを少年院に入れたが、逃亡して同棲。その後、二人は各地を轉々とするが職もなく、生活に窮し、強盜を企てるも未遂に終る。毛皮屋で代金詐欺をはかつたが失敗したのち、Bは繼父母のもとに戻るが、ここでまた物品の持ち出しをはかつて、これまた失敗に終る。

すべてがうまくゆかないので、Bは自殺を決意するに至る。二人して驛の構内の土手で語らつた後、Bはシャツを着換え、身のまわりをととのえてから、*「愛する人よ、さよなら」*と叫んで下りてゆく。汽車が近づく氣配があつたが、Aはなんらの行爲に出ないで、土手にはらばいになつていた。汽車が過ぎ去つてから、Bの姿を探すと、線路で死體となつていた。

理由 Aの不作爲の態度がBの死の原因となつていたこと疑いない。被告人は死を決意した婚約者をひききもどし得た筈だとする原審の判定は正しい。

AにBを死から救う法的義務があることは正しい。一定の生活關係が、できるだけ相互に保障し合い、危険の回避を關係者に法的に義務づけるとライヒ裁判所判例も認めている。

婚約もこの關係に準ずる。⁽²⁾それがいつ認められるかは事情による。期間、年齢、成熟度、時間・空間、個人的關係等が重要である。

本件の兩當事者は異常に強い愛の關係で結ばれ、婚約により密接な共同體を作つていた。

BはAを強く愛していたから、Aから手を切るといふ繼父母との約束を破つて、淺薄にも安定した生活を捨て、不安定な生活に入つたのである。

Aは仕事場を探し、共同生活の可能性を見つけ、將來は二人で移民しようとしていた。

そして反良俗的な同棲をし、後に正式に結婚しようとしていた。

このような事態にあつては、その婚約者の身體、生命についての危険を回避する義務がAにはあるのであつて、できるだけ自殺を妨げねばならない。

b 夫の自殺を見送つた例⁽³⁾

自殺への幫助は加罰性がない。しかし、他人の生命の危険を出来るだけ回避する法的義務を有し、この義務を認識し、義務の履行が可能であるのに、自殺を妨げなかつた者は、その意思と態度に従つて、その死の結果について原則として故意殺又は過失殺の責めを負う。この法義務は、法律、慣習、又は契約に依る。そしてこれは、婚姻共同體中で生活する夫婦に存する。

事實 被告人の夫は、婚姻中、家庭の不和を苦にして首吊り自殺をした。すなわち、妻、娘(繼子)との争いに疲れ、口論の直後に自殺を企てた。彼が意識を失つてぶら下つているところに被告人が來合わせ、まだ救助できたことを知りつつ、ナワをはずさなかつた。原審は三三〇條eの緊急救助義務に反したかどで有罪宣告。檢察側は自殺を主張した。原判決破棄、差戻。

理由 三三〇條eにいう事故とは突然の外部的出來事である事故をいう。これは事故の被害者の意思とは無關係である。自殺の場合はこれに入らない。

同一の結果を複数人が共に同じ方法で惹起しうる。即ち禁じられた作爲または義務違反の不作爲により惹起される。共同正犯、教唆、幫助等は行爲への内的態度によつて分かれる。自殺が非加罰的であるからといつて、他人の刑事責任が全く問われまいとはいえない。

自殺幫助、間接正犯等は事情によつて、即ち夫の意思への被告人の影響によつて區別される。被告人は夫の自殺を豫測したことはなく、彼が自殺をはかつて、ぶら下つていゝのを發見したにとどまる。

自殺への従犯はドイツ刑法に規定はない。殺人の規定は人の生命の否定に關するものである。従つて自殺は犯罪ではなく、それへの幫助は主犯行爲が加罰的でないから、排除される。

被告人は夫の死を、獨立して、故意または過失により、有責に惹起したのであつて、この點で責任がある。被告人は、夫が自殺を企てた

ことを見て、黙殺したのであり、この不活動は義務違反であり、この事實を知つた場合につき刑法上の非難がなされる。義務に反する不作為は、違法の内容の點で禁じられた行爲に等しい。被告の夫となら義務關係のない第三者が、被告と同じ不作為をしても、なんらの責めを負うものではない。

被告人は夫と婚姻共同體を形成していたから、特別の義務を有する。刑法は當事者またはその一人をして、相互に又は他の一方に保障し、場合によつては他の生命の危険を回避するべく法的に義務づけている。この法的義務は、法律、慣習法、契約に依據し、その内容と範圍は多様である。そして、事物の状態、法の状態に従い、義務者の力と能力とによつて制約される。この保護義務を有實的に侵害することは、作爲によると不作爲によるとを問はず可能である。義務違反性の違法内容は兩者ともに等しい。

ライヒ裁判所はこの法的義務を、誠實の命令により支配された生活共同體、家庭に置いている。生命の危険に際しては、相互に力の限り保護し助ける法的義務がこれに屬する。

本件においては、被告はわずかの努力をなし、危険なしに救助し得た筈である。要するに彼女が行爲に出なかつたのは、自己に危険があり、救助が不能であると考へたからではなくて、夫の死がどうでもよく、むしろ好ましいものであつたからである。義務に反する不活動により夫の惹起した因果の経過を中斷せず、よつて夫の死の結果につき共同して作用したのである。夫が自殺を欲したからといって、妻がそれを防ぐ義務を阻却しない。

夫は回復不能な病氣でもなく、被告人に回避不能な危険もなく、夫の自殺の決意が被告人の干渉を許さないほど強固なものであつたという事情はなかつた。

この保護義務侵害は有責であつたか。何が命じられているかを認識していた者のみが、作爲または不作爲で有責にこの義務を侵害しうる。被告人が法的考慮をしたか、またはそれが可能であつたかは義務の認識に屬さない。被告人がこの義務に對し意識して目をつぶつたか、意識して侵害したかを問はず、義務を認識していたことが問題である。

行爲者の内部的側面を吟味する必要がある。不作爲犯の本質は行爲者責任を行爲者の行爲からみちびき出すことを許さない。行爲者責任は、外部的経過の外にあるものから推論される。被告人が、『特別な注意』を拂つたか否かの點が主要であり、故意または過失に對する判

斷、故殺または過失殺に對する判斷は、この「注意」の度合いによる。

本件においては、被告人は夫の死を自己の行爲の結果として「招來したものでは決してなく、自殺する」という夫の確乎とした意思を妨げようとせず、他方、夫が惹起した因果の經過を促そうとしないで、それを肯定し、救助によつて經過を變更しようとはしなかつた。

夫の死を肯定するとは、單に妨害しようとしなかつたということ以上のものである。

救助の義務があり、救助の能力があり、これを認識していたのに行爲に出なかつた者は、死を意欲し（故意）、または不行爲の結果としての死を可能と考え、この事件を是認し（未必の故意）た場合は、故意行爲者としての責めを負う。死の結果を欲しなかつたが、不行爲の結果として豫見し、他人の自殺意思に内心的に義務に反して従うことによつてそれを發生せしめた場合もまたこれに入る。

救助義務者は事實狀態に對する支配の全部または一部を有し、干渉により決定的な方向を興えることができる。⁽⁴⁾義務に反した懈怠があれば、この不作爲に對して、死を自己の惹起の結果として意欲したかどうかという内心的な事實は問題でない。

義務に反して自殺を支持した者、または不作爲であつた者は、死の結果を欲した場合には故意の正犯としての責任非難を負う。この非難は、義務に反してなげやりな態度をとつたことにより、死の原因經過を中斷しなかつた者には軽減される、云々。

2 泥酔した運轉手に運轉を繼續せしめた飲食店主の例⁽⁵⁾

自己の店舗内で運轉不能になるほどアルコールを提供した飲食店主は、可能な場合には運轉手の運轉繼續を妨げる義務がある。⁽⁶⁾警察への告知は顧客を對象とする場合でも期待しうる。

事實 被告人は數年來、酒場を經營していた。商人Sがたまたま來合わせる。同人はオベルの貨物自動車⁽⁷⁾を運轉中にも拘らず、すでに他所でビール二本を飲んでゐた。被告人のところの一七時頃來て、ビール一杯、燒酎一〇杯、コカ・コーラ一本を飲み、二一時頃歸途につき、途中の細道で運轉を誤まり、通行人一人を殺し、一人を傷つけ、車止めに衝突した。事件時の血中アルコール度は三・〇六%で、責任無能力であつた。

理由 控訴審刑事部は被告人を共犯者または間接正犯としてでなく、同時犯として扱つてゐる。この點について論じると、被告人は客が

自動車を運轉していたことを知り、運轉中の飲酒による前科を有することも知っていた。第一審裁判官は、被告人が飲酒した運轉手により、同胞の生命、身體に危険を及ぼしめ、自からの知れる危険を可能であるにも拘らず、警察に知らせて回避することを怠つたものであると認めた。

複数人が同一の刑法上の結果を同時に、多様な方法で惹起しうる。禁じられた行爲（泥酔）と義務に反する不作爲（警察への不告知）。これを相互に了解し合つて行えば、内的な立場によつて共犯または従犯が成立する。彼らが互に原因と看做される條件、すなわち兩者結合して結果を招来し又はそれのみで結果を招来する條件を設置すれば、同時犯となる。

運轉手が不相當の量のアルコールを飲んで運轉不能とならなければ、このような事態は起らず、飲酒店の主人が警察に告知さえすれば、このような事故は起らなかつた筈である。

兩者の間に意識的かつ意欲的な共同作用が存しなかつた故に、各人の行爲寄與は、刑法上重要な結果につき、それぞれに考察し、判斷すべきである。

危険回避のための法的義務は、被告人の先行行爲、すなわち一〇杯の焼酎を興えたことから生ずる。犯罪行爲實行の危険を生ぜしめた者は、この状態から危険のおそれある結果を力を用いて回避する義務がある。これを怠れば法的意味で結果發生に原因を興えたものである。

本件事案においては、Sは被告人のところに四時間いた。その間、被告人は三〇分ほど臺所で夕食をしたが、娘が代つて相手をして焼酎を飲ませた。これ以外は常に彼のそばにあつてサービスをしていた。

ともかく、被告人は給仕したアルコールの量でもはやSが運轉繼續不能になつたことを知っていた。従つてできるだけ結果を防止すべき義務があつたのである。この點につき、被告人もこの義務あることを知っていた。

もつとも、被告人は何もしなかつたわけではない。一杯やる前に、まず家に歸れと客に言つた。八杯飲んだ時、これ以上飲むことを拒んだが、Sは手酌で飲んだ。コップとビンを取り上げ、「パンを食べて市電で歸りなさい」と要求し、車の鍵を奪おうとしたが失敗した。最後に、酔をさますため、コカ・コーラを飲むように要求した。しかし第二審裁判所は、これらの行爲も危険の大ききからみて充分でないと、被告人は警察に告知すべきであつたとした。そして、この結果回避の態度も期待可能であると認定した。

警察に告知することは、顧客を失うことである。しかし泥酔の運転手から通行人を守るといふ公共の利益は個人の利益に優先する。この状況の中で被告人の注意と決意力に加えられた要求は過大であるとはいえない。害悪が大であれば、緊張力は厳しく要求される。

被告人は泥酔した日が出発した後にも、なお事實上、警察に適時に通知し、運転の繼續を有効に阻止し得たかも知れない可能性を有したかどうか。告知の手段（電話）がなかったか、派出所はどのくらい離れているか等につき原判決は明らかにしていない。

これらの事情が調べられた上で、被告人が可能性を有していたか等につき判然として始めて、刑事責任が考えられる。

3. 不作爲による偽證の幫助

この問題についての判例の態度は、第二次大戰終了前までのライヒ裁判所と、戦後の聯邦裁判所との間には相當の開きがある。前掲判例12と異なり、この問題については、すでにライヒ裁判所で多くの判例を出していた。⁽⁷⁾聯邦裁判所は、この判例を繼承發展せしめたものではなくて、むしろ批判し、反對の方向に向かつている。その理由は、前者においては結果の回避義務が不當に強調されすぎ、社會的連帶、相互保障の義務（*Reinander-Einstehen-Müssen*）が強調され、個人の自己責任の原則が等閑視されていたのである。この間の事情を判例についてみてみよう。⁽⁸⁾

a. 姦通事件における偽證の不阻止⁽⁹⁾

事實 被告人は證人（A）と姦通した。この姦通事件に關する離婚訴訟において、被告人の夫は證人としてAを申請した。Aは被告人の前で訊問されたが、Aは被告人との姦通關係を否定した。被告人は、その證言を偽證であると知つていたのにも拘らず、宣誓の上證言するのを妨げなかつた。かくして民訴一三八條による、結果回避についての法的義務を理由にして、偽證幫助として有罪の宣告がなされた。刑事部は原判決を破棄。民訴一三八條は本專案に適用なしとした。

理由 右民訴一三八條は、訴訟上の眞實を促そうとするものではあるが、その基礎である眞實義務の違反を刑法上處罰することには用いられない。一三八條の結果防止義務は、期待可能性がないから、これは否定されるべきである。結果發生の危険¹⁰という點について、結果訴訟前または訴訟中の危険を招來したとする合理的根據は、本專案中には認められない。したがつて危険の相當性が缺けているから、結果

防止義務、幫助による責任はない。

b 窃盜事件における偽證の不阻止⁽¹⁰⁾

事實 被告人は知り合いのS夫婦と同じ家に住むD夫婦のところから、ラヂオを盗む。犯行前にSのところでSと窃盜の話をして立ち去る。S夫婦が家を出るところに、もどつて来て、犯行をなした。この事實をS夫人は同夜知つた。被告人は證人としてS夫人を申請し、彼が手ぶらで歸つたと證言するように頼み、若しそう言わないとSも共犯だと言うぞとおどかした。

S夫人は偽證をし、被告人は偽證教唆で訴追されたが、偽證幫助により有罪とされた。

理由 被告人は危険の回避について義務がある。偽證の誘導について被告人は自から危険状態を招來した。それは①刑の責任を免れるために證人を申請すること、②事實の申立を拒否し、これによつて證人の召喚、取調べを行わしめ、③證人がためにならないことを言えば、その夫との共犯關係を明らかにするぞとおどすことによつて、危険状態を作つたものである。

以上、三種類の不作爲による共犯の事例をあげた。これにつき、適否を検討する前に、我々はまず不作爲による共犯につき、一般論を試みなければならない。

一般論については項目を改めて考察するが、その前に一つだけ注意しなければならない點がある。それは以上の事例を扱う場合にも、更には又今後現われる同種の事例を論ずる場合にもまず何よりも先に、一體當該事例が眞に『不作爲』による共犯であるかを吟味しなければならないという點である。

『不作爲』による共犯の如く見えていて、實は『作爲』による共犯の色彩の方が強い場合もなしとしない。作爲の態度と不作爲の態度とは、觀念的には動對靜として對蹠的に考えられるが、現實の事象としては非常にデリケートに入り組んでいる。この點については2のケースで論じるであらう。

『不作爲』による共犯の場合に問題となるのは、はたして一つの態度が刑法上意味をもつ『不作爲』といえるかどうかをま

ず吟味する必要がある。というわけは、多數人が同時に不作爲行爲を犯す場合が多くある。海水浴場で、衆人のいるところで溺死事件が起つた場合、不作爲犯者は誰か。ここに保障人義務が眞に存在するか否かを、何よりもまず吟味する必要がある。

これらが肯定された上で、次に、不作爲による共犯は、作爲による正犯、作爲による幫助と如何なる關係にあるか、この中に解消しうるか、或はこれらとは獨立の第三の共犯形式であるのかについて検討が加えられるべきである。

まず、作爲または不作爲による正犯と作爲または不作爲による幫助のグループに分けることが許されるかの問題を取りあげてみよう。しかし、これが許されるか否かは作爲と不作爲との間に本質的な差異がなく、両者は等置しうるものであるという點を認めて始めていえることである。はたしてそうであろうか。⁽¹¹⁾

作爲による正犯と作爲による幫助とは、それらが作爲による、すなわち現象へと現實的に影響することによつて行爲に加功するものである。これに反して、不作爲による加功者は、現象への現實的影響が缺けている。現象との關係は純粹に潜在的な關係であつて、現象に介入する可能性を有するところに存在する。⁽¹²⁾

この兩者の區別は、現象への現實的支配の存在または欠缺が、加功形式を區別する基準であり、現象の支配の種類および強さの差異の特性による。⁽¹³⁾

かくて、不作爲による共犯、作爲による正犯、作爲による幫助は三種の異なつた加功形式であるといえる。前者を後の二者に解消することは不可能であろう。

では一體、この三者は、評價および取扱ひの點で如何なる差異をもつか。これについては、法的に規制された作爲による加功形式との比較がなされねばなるまい。不作爲による加功が固有の共犯形式であるとするならば、個々の問題をそれぞれについて、作爲による正犯または幫助と如何に異なつているか等を個別的に吟味しなければなるまい。

(1) BGH一九五四年九月二日 JR. 1955. S. 104 ff. ハイニッツはこの事件の評釋において、本判決は不眞正不作爲犯の本質と矛盾すると攻撃している。

(2) Leipziger Kommentar (BK I・K 4 卷) II. 8. Aufl. S. 201.

(3) BGH一九五二年二月二日 JZ. 1952. 370 ff. Dreher; MDR. 1952. S. 711, Meister; Goltd. Arch. 1953. 166, Heintz; JR. 1954. S. 403. BGH. Bd. 2. 150 ff.

(4) ガラスは、自殺に關與した第三者の加罰性の問題を自殺者の持つ特殊な地位、すなわち行爲者であり、同時に被害者であるという點に求める。すなわち、自殺を決意しこれを實行することは法が禁止しないところであつて、第三者の影響外にある。この時には、自殺者にもつばら行爲者である。しかし着手の後、意識を失つてしまつて、未だ死に至らない時には、自殺者は結果回避の可能性を有せず、専ら被害者であつて、結果に對する行爲支配は第三者の影響下に入りうるものである。JZ. 1952. S. 372. これに對して、グリーンワルトは、「何人が行爲支配を持つか否かという問題は、全體現象の判斷であつて、個々の時點の状態の判斷ではない點を見逃している」と批判している。Grünwald; a. a. O. S. 121.

(5) BGH一九五三年一月二二日 JZ. 1953. S. 408, NJW. 1953. S. 1072. BGH. Bd. 4. S. 20 ff.

(6) ヴ・ウェーバーは、飲食店法 (Gaststättengesetz) 一六條三項に「泥酔者の酒類提供禁止」の規定があることを指摘して、この場合に職務行爲上の義務を認めている。更に「マカンディナビマの立法になつて、給仕人、飲み仲間にも危険回避の法的義務を認め餘地ありとする。

(7) はしがき、註9・10の判例がこれである。刑法改正委員会においても、不作爲と共犯の問題につき、かなり細かな議論が加えられた。特に、不作爲の問題につき意見を提出したフレンケルは聯邦檢事としての實務上の體驗から、貴重な發言をしている。彼によれば、訴訟上の態度により客觀的に偽證を犯す危険状態を作つているとしても、なお彼の内心的な態度とのかね合ひで判斷すべきであるとしている。つまり、大ていは訴訟當事者は辯護士強制の訴訟に關與し、訴訟の追行をすべて委せているのであるから、例えば證人尋問に干渉する権限があるばかりでなく、法的に義務づけられているなどという考えになるものではないという。この點については本誌三號一七頁以下参照。

(8) Maurach; Zur neueren Judikatur über Meineldbeihilfe durch Unterlassen. SJZ. 1949. S. 522.

(9) OLG. Hamm. v. 7. 9. 1946. MDR. 1948. 92. マンタックの論文「OLG. Hamm. v. 10. 2. 1949. in HEST. 2. 3. Lieferung」の判例を批評したものを参照。

不作爲による共犯

(10) Bockelmann; *Zum Probleme der Meinheitsbeihilfe durch Unterlassen in Strafrechtliche Untersuchungen*. S. 181.
 前註9の判例と併せて、後に紹介するであらう。

(11) 作爲と不作爲の關係について、カウフマンに注目する論述がある。彼によれば作爲と不作爲とは禁止と命令に對應するのであつて、この兩者の關係は「逆の關係」にあるという。禁じられた行爲を實行することは、作爲犯の場合には構成要件該當性を根據づけ、命じられた行爲を實行することは不作爲犯にあつては構成要件該當性を阻却する。禁じられた行爲の實行の着手未遂は加罰性を有し、命じられた行爲のそれは加罰性がない。そして禁じられた行爲をなさなければ作爲犯が成立せず、命じられた行爲をなさなければ不作爲犯が成立する。Kaufmann; a. a. O. S. 84 ff. bes. S. 89.

教唆の場合についても興味のある論述が見られる。彼によれば、不作爲への「教唆」(Anstiftung)は、實は命令實行を止めさせる教唆(Abstiftung)であるとす。義務者が命じられた作爲を止めさせる教唆をすることは、禁じられた作爲への教唆と對立關係にある。禁じられた作爲へ教唆することは、否定的に評價され、命じられた作爲へ教唆することは肯定的に評價される。禁じられた作爲を止めさせる教唆を懈怠すれば構成要件に該當する真正不作爲犯であり、命じられた作爲を止めさせる教唆の實行は作爲犯の構成要件を充足する」と。a. a. O. S. 191 ff. これらについては、稿を改めて論ずるであらう。

(12) ガラスは、不作爲の行爲支配が、出來事の經過に妨害的に關與する可能性の意味においてのみ論じうる點にむずかしさがあるとし、このような潜在的行爲支配は不作爲による作爲の概念に屬するものであつて、正犯と従犯とを區別することには役立たないとしている。
 JZ. 1952. S. 372.

(13) Grünwald; a. a. O. S. 111.

二 不作爲による共犯に關する試論

不作爲による共犯は、作爲による共犯の中に吸収されるものであろうか。この點で吟味されるべき問題は、兩者に加えられる法的効果の面である。すなわち、刑罰の程度が決定せられる違法性の度合いという點で、兩者には區別されるべきものがあるのではないかという點についてまず検討してみたい。

作爲の反價值というものは、主として出來事⁽¹⁾の支配の性質、程度によつて決定される。幫助の刑罰範圍が正犯に妥當する

刑罰範圍から區別される理由もここに存する。

不作爲による共犯は適用さるべき刑罰範圍に關して、正犯と等しく扱われるべきであるか、幫助と等しく扱われるべきであるかが第一に検討されるべきである(以下、特に不作爲による正犯、幫助、教唆とことわらない場合は、作爲によるものを意味する)。一體、この點について一般的な解答がなされるか。不作爲による共犯は個々の場合、反價値の點で正犯であるか幫助であるかがまず究明されねばならない。

不作爲による共犯は出來事の支配に關しては質的に正犯、幫助と區別されるのであつて、量的に差異があるのではない。別異の性質のものなのであつて、量的にマイナスではない。⁽²⁾ 不作爲による共犯の場合には、出來事への現實的な影響がないのである。ここに認められるのは、潜在的な關係であり、結果回避の可能性がこれである。ガラスの言葉をかりれば「作爲犯が出來事の經過へ事實上の影響を與えるのに反して、不作爲犯においては、この經過へ介入する可能性という意味で、行爲支配を論ずる」⁽³⁾のである。この論理を推してゆくと、法益への攻撃を妨害しうる保障人はすべて、⁽⁴⁾「不作爲犯」の全要件を充たすのであるといわざるを得まい。

ところで、不法の程度は量的に比較して確定するものである。法的評價において、質の考慮というものは、當然考量されてはいるが、量的な、重い、軽いという評價の中に吸収されているものである。例えば、異質な犯罪についても、我々は片方を重いとし、片方を軽いという。この中にも、實際上は量的評價が質的評價を伴つて行われていることを知るのである。したがつて、不作爲による共犯が質的に作爲によるそれと異なると考えることと、兩者を比較する場合に量的な大小を論ずることと矛盾するものではない。

ところで、不作爲による共犯は、作爲による幫助よりも重いことはない。例をあげてみよう。幫助として他人の行爲に關與する者は通常、結果を回避する可能性を有する。殺人犯に武器を渡して幫助した者は、行爲者を妨害し、犠牲者となる人

に警告し、警察に告知するという方法で犯罪を防ぐことが常に可能である。この點からして、幫助犯には常に不作爲が結びつくということが出来る。そして原因を興えることによつて幫助者となつた者は、通常の場合には結果の發生につき不作爲と同じ潜在的な力をもつものである。幫助行爲と結びつく不作爲は、危険の基礎たる先行行爲の故に構成要件に該當する不作爲に準ずるものである。ただここでは、危険を故意に創つたという點で通常の場合から區別される。その不作爲はそれ故に通常の場合よりも重し、故意でなく危険を創つた者の不作爲よりも軽くはない。⁽⁵⁾

このようにして、はじめに幫助行爲をして、その後結果阻止を怠つた場合の、後の不作爲行爲が刑法上の評價に際して別段に顧慮を受けないのは、幫助行爲の中に吸収されて評價を受けるからである。この後續的 (causal) 不作爲自體も、幫助行爲の先行しない通常の不作爲者よりも違法の程度の點で軽くない。

以上の結果、不作爲による共犯は、現象の支配の點、および不法の點で幫助よりも重くない加功形式であるといえよう。したがつて刑罰範圍は幫助につき妥當する限りでのみ、適用されるものである。

不作爲による加功者を正犯として罰することは不當である。若し正犯とするならば、例えば、幫助行爲により單なる幫助をしたにすぎない者も、なお結果を回避する可能性を持つている場合に、正犯として罰しうる筈になり、これは不都合である。共同正犯についても、例えば一方が行爲による正犯であり、他方は不作爲による正犯として作用することになる。しかし共同正犯は共同を意識して一定の犯罪を共同して實行することを要件とする。⁽⁶⁾ 不作爲行爲者というためには、少なくとも心理的な活動性を要件としよう。不作爲による幫助も、正犯と従犯との間の意識的、意欲的な協力という形では考えられない。單に精神的幫助が存するのみであらう。⁽⁷⁾

不作爲犯内部においては、不作爲による共犯と同時犯における不作爲との區別は非常にむづかしい。ここでは、保障人は結果防止を懈怠することによつて、特殊な不作爲の構成要件を充足しているのであつて、行爲の構成要件を充足しているの

ではない。したがつて同時犯を認めるには、不作爲行爲が他の一方の犯罪的結果と厳格な意味でいわゆる *Conditio sine qua non* の關係にあることを要する。

不作爲による幫助は幫助自身よりも軽い。これは不作爲と正犯行爲との時間的な關係とは關係ない。例えば、正犯行爲が完成して、しかも干涉の可能性がなお存在するのに、これを懈怠した場合でも、右の原則に變りはない。行爲者が結果をもはや回避しえないが、干涉の可能性はなお存する場合、出來事の支配の性質、程度にも何の影響はなく、ガラスのように、⁽⁹⁾ 場合によつては行爲支配が不作爲者の手に移行するといったような、結果に對する潜在的な關係に變更をきたすことはない。

ところで、不作爲による共犯が幫助よりもその反價値の點でより少ないということは、先行行爲の故に構成要件に該當する不作爲についてのみいえることではないのか、不作爲による共犯が他の保障人の地位の存する場合には正犯として評價されても、別段矛盾はあるまいという反論も考えられる。しかし多様な保障人の地位は出來事の支配とは何の關係もない。子供を救うことを怠る者は、この關係あるが故に、先行行爲によつて責めを負う者とは違つた仕方では出來事を支配するとはいえない。

もつとも、保障人の地位というメルクマールを充たす事情は、行爲の反價値にとつては重要である。自分の子供を救うことを怠る者は他の種類の保障人の地位を有する者よりも高い刑罰に價する。この區別は現象の支配の程度の違いには存しない。これはちやうど、作爲犯の場合に、自分の子供に向けて行爲した事情が、加重的に評價されると同様な刑の量定上の取扱いを受ける。だからといつて、不作爲による幫助について、幫助の刑罰範圍が保障人の地位とは關係なく妥當するといふ點についてはなんら變りはない。

結局、不作爲による共犯という問題は、不作爲犯の持つ固有の存在形式から解明されねばならない多くのものを持つてい

る。不作爲による共犯の場合には、あらゆる者が共犯者たりうるのではなくて、保障人たるの地位を有する者のみが、すなわち結果の發生について回避の義務ある者のみが、共犯者たりうるのである。すなわち、保障義務ある者のみが、不作爲により主犯の行爲を促し、したがつて幫助をなしうるのである。⁽¹⁰⁾ 主犯行爲を妨げなかつた不作爲をすべて幫助の故に罰することとは不可能である。ここに、不作爲行爲というために、それが違法な態度であること、⁽¹¹⁾ すなわち、結果發生を阻止する義務を負う者が、それに違反したという基準——これを或は保障義務（論者によつてはこれを不文の構成要件メルクマールと呼ぶ）⁽¹²⁾ 違反の態度とする——によつて不作爲者とされ、この者のこの態度がはじめて行爲の類型性の有無の評價に服することになる。

保障人關係が存在し、この保障人義務に違反する不作爲があつてはじめて不作爲による幫助の問題が生ずるのである。さきに、この共犯形成が質的に異種のものであると指摘したのは、實はこの點にあるのであつて、これは共犯論の歸結ではないのである。保障人義務の侵害がその當罰性の故に作爲による共犯と如何なる關係に立つかといつた問題は、價値論的な問題に導くものである。⁽¹³⁾

最後に、⁽¹⁴⁾ 作爲犯の場合と違つて、不作爲による共犯の場合には、正犯と幫助の關係が逆であることに注意しなければならぬ。作爲犯にあつては、正犯行爲から幫助行爲が推論されるが、不作爲による共犯の場合には、不作爲による共犯の反價値の程度、すなわち保障人義務違反の程度から出發して、單獨犯で犯される不作爲犯の反價値の程度に推論せられるべきである。すなわち現象の支配の種類および程度は、その結果が他人の犯罪によつて招來されたか、他の出來事によつて招來されたかという點を問わずに考察せられるのである。母親が出血している子供に血止めをしてやらなかつた場合、評價にとつてはこの傷害が第三者によつて加えられたか、事故に起因するのことは無關係である。プールで溺れている子供を見逃したプールの管理人については、その子供が偶然に落ちたか、又はそばを通つた少年にふれて落ちたか、つき落されたかを見

問わ⁽¹⁵⁾ない。

以上要するに、不作爲による共犯の反價値は、その準ずる作爲犯の反價値、更にはその幫助の反價値よりも少ないのである。

- (1) 主としてというのは、行爲の反價値を決定するものは、單に出來事の支配の性質、程度にとどまらず、他にも多くの要素があるからである。
- (2) Grünwald; a. a. O. S. 112.
- (3) Galles; JZ. 1952. S. 372.
- (4) Kaufmann; a. a. O. S. 294.
- (5) Grünwald; a. a. O. S. 113.
- (6) 團藤、摘要二九六頁、行爲者双方に共同實行の意思、共同實行の事實を要す。不作爲が手段であることは適切でない。
- (7) Kaufmann; a. a. O.
- (8) Galles; a. a. O.
- (9) Grünwald; a. a. O.
- (10) Kaufmann; a. a. O. S. 291.
- (11) 團藤、前掲書九九頁で、不作爲の構成要件該當性を認めるには、その前にその不作爲が違法であることをたしかめた上で、その違法性が當の構成要件の豫想する程度であることを明らかにしなければならない、としている。
- (12) 前の論文に文献引用した。
- (13) Kaufmann; a. a. O. S. 292.
- (14) Kaufmann; a. a. O. では、不作爲による教唆をあげている。この例は偽證である。後述四九六頁においてこの點に若干ふれる。
- (15) Kielwein; a. a. O. S. 227.

三 判例の批判

さきにあげた三種の判例につき、前項の試論を適用して批評を加えてみよう。

まず自殺の件であるが、これは我が刑法二〇二條の自殺關與罪の如き規定のないドイツの判例、學説は、それがそのまま我が國の解釋論に當てはまるとはいえない。しかし、不作爲による自殺關與という問題については、我が二〇二條についても充分考慮する餘地はある。

自殺はキリスト敎道徳からいつても、重大な罪である。しかし、刑法上は生命を斷つという人間の自由な決意を考慮して、自殺それ自體の處罰は規定していない。法秩序は、自分の手で生命を終らせた者につき、その決意を考慮したのであり、その死を決意した者は殺人行爲者ではあるが、構成要件に該當しない⁽¹⁾。彼以外の者が彼の死に關與したときは、自殺關與罪を構成するが、これは通常の意味での共犯ではなくて、獨立の犯罪實行者である⁽²⁾。

それでは、不作爲によつて、自殺に關與した場合は如何に考えられるか。この場合は、すべての關係者が從犯の地位を占めるのではなくて、加功者のうちその結果回避につき獨立した保障人の地位を持つ者⁽³⁾にのみ幫助者としての責めが負わされる。例えば、未成年で、刑法上有責な息子が、法益侵害のおそれある危険状態を創つた場合、この事實を認識した父親は、息子の態度によつて、將來の法益侵害を阻止するための保障人となるのである⁽³⁾。

夫婦の場合も、婚約者同志の場合も婚姻（又はそれに類似の）共同體を構成している以上は、お互にその生命、身體についての危険が來ないように、注意し保護するべき關係にあるのである。婚約者の事案については、兩者の間の愛の感情ほどの程度の密接さをもつていたかについては、重要なポイントがある⁽⁴⁾。

自殺への從犯については、ドイツ法上は困難な問題がある。ハイニッツが正しく指摘しているように、ドイツ法上、自殺

の従犯が認められない⁽⁶⁾關係で、特別な地位にもとづく不作爲による殺人を判例の如く、故意殺または過失殺と認めれば不都合なことが起りうる。

例えば、自殺者に道具を調達したり、ペロナールを買つて來たりする行爲は、幫助行爲であるから加罰性がない。しかし自殺を圖つて後に救助できたのに助けられないという義務違反を不作爲を理由として加罰するというのでは、何となく不均衡を感ずるのである。

右のドイツ法上の論議は、我が國をあまり益するような意味を持たない。しかし、夫の首吊りを見送つた妻の事案については、注目に價する意見が見える。これは我が國でも不作爲による自殺關與につき問題となりそうである。

ガラスは⁽⁷⁾この場合、不作爲の態様を積極的に不作爲による行爲者性ありとするため、被告人が行爲者故意を持ち合せていた點に求めようとする判例の態度を批判する。そして、被告人の出來事の支配は單なる幫助者故意を排している點にまず批判を加える。主犯と従犯との區別は、主犯たろうとするか従犯たろうとするかの意欲にあるのではなくて、作爲、不作爲の故意が實現される⁽⁸⁾ところの行爲の實質的内容如何によるのである。

ここでガラスは、行爲の實質的内容を自殺者の行爲への影響という點から解明する。彼によると、自殺に關與した第三者の加罰性は、自殺者が行爲者であり、被害者であるという二重の特殊な地位に着目すべきであると説く。自殺に起因を興え、それを支持した者は意思の欠缺、錯誤、または第三者の意思の優越的影響の下で自由な決斷が全く缺けることによつて、自殺者がはじめから全く被害者であるならば、その者は行爲の主人であり、殺人行爲者である。

問題は、結果をうながしてにおいて、自殺者が自殺行爲を終了し、結果が未だ發生しなかつた時點に因果の流れに入り込んだ第三者の場合である。自殺者はその瞬間から被害者であり、行爲支配は第三者に移行したものとわねばならない。

義務に反した自殺の不妨害の場合はどうであらうか。不作爲者は潜在的に行爲支配力を有していたはずである。ガラスに

よれば、行爲者の行爲實行を義務に反して妨げない者は、原則として行爲者ではなくて、幫助者である。

不作爲者が干涉への義務づけの根據である保障人の地位を有している場合、保障人の不活動がたとえ社會的重要さの點で作爲者による結果の招來と同じに思われても、不作爲行爲の本質からして主犯者に準じると考えられてはならない。

右の場合、保障人の不活動がいつ發生するかといえば、義務の積極的干涉は自殺者が行爲をその手から離れた時、つまり自殺を企てて意識を失つた時に、行爲の支配は自殺者の手から不作爲者の手に移つてゐる、と。

この點について大いに争われ、時點を分けて行爲支配の移動を論ずることには反對が多い。⁽⁸⁾ ガラスの説は示唆に富むと思ふが、缺陷がある。問題は、妻が故意を持つていたかにつき、自分の義務の認識、保障人の地位についての認識があつたかどうかの吟味に重大なポイントが来る。何故なら、保障人の特性およびそこから生ずる行爲義務についての錯誤は故意を阻却する構成要件の錯誤であるから。⁽⁹⁾

以上、不作爲による自殺幫助の場合は、問題が不作爲犯であることの性質上、特別な行爲義務の吟味が必要であることを指摘した。

酩酊した運轉手に對する飲酒店主の事案。

このケースについて、ランゲ⁽¹⁰⁾は不作爲と見るのはむしろ警察に告知することを怠つた點にあるのであつて、多量の焼酎を與えた行爲は運轉手Sを運轉不能にした積極行爲であつたとする。そして飲酒の點については、自分が食事をしてゐる間に娘がひきつき飲ませていたのをとめなかつた點にわずかに不作爲があるとしている。

いずれにしろ、親、子で過度のアルコールを與えたという事實から出發を阻止する法的義務が生ずる。

たとえ顧客に對してでも、社會的な危険があるならば警察に知らせる處置をとるべきである。判決は自己の先行行爲により加重された危険から出發して、多くの酒を飲ませて酔わせたという作爲から出發してゐない、とランゲはいふ。

被告人が酔つた運転手に次々と焼酎を與えたことは、殺人、傷害に一つの原因を與えたことになる。ただ問題は、被告人にこの具體的結果が豫見し得たかという點である。

この點につき、v・ウェーバー⁽¹⁾は、飲酒店というものを近代の大量交通と比較し、飲酒店の主人は多人數の客につき、車を運轉して歸るかどうかなどということを知ることがは無理な話で、客の大半についてよく知らないのが當然で、こんな状況で加重した責めを負わせることは正當でないとしている。

ところで一方、泥酔者に酒を飲ませることは飲食店法一六條三項で禁止されている。

この義務は何も主人だけに歸せられるのではなく、ボーイや更には飲み仲間にも歸せられる。これはスカンディナビアの立法例にもあることである。

警察への告知義務は、これはひとり公共のためばかりでなく、運転手自身のためにもなることである。彼が安全に家に歸ることは、彼自身にも利益のあることである。

このような行爲に出でる主人は、それが社會的特殊地位にもとづくものであり、それは危険性を伴つた先行行爲による、結果回避への保障人義務からも肯定し得る。

判決が本事実を同時犯とみた點についてはランゲはこれを否定し、被告人の態度を三三〇條cの緊急救助義務への加功という點に求めようとしている。しかしこれは疑問である。學説上も三三〇條cに共犯があるかという問題には争いがある。例えばH・マイヤーはこれを否定している。今はこの點にこれ以上立ち入ることはやめる。

不作爲による偽證の事案。

ライヒ裁判所は、この種の事件につき、積極に解していた⁽¹²⁾。被告である辯護人が、證言の眞實でないことを知りつつも、訴訟依頼人の利益のために、證人の企圖を妨げないで、偽證せしめた。この事案についてライヒ裁判所はかつて辯護人の階

級的名譽義務⁽¹³⁾により、虚偽の證言を防ぐ義務ありとし、これを眞實發見への協力という根本的義務とみなした。⁽¹⁴⁾

しかし、前述の聯邦裁判所の判例にもあるとおり、この點についての吟味は慎重であるべきである。すなわち、公判中における證人の陳述は、自己の責任でこれをなすのである。民訴一三八條の規定は、自己の訴訟追行に關するものであつて、他人の行爲への支配領域や、更には保障人義務をも包含するものでは決してない。⁽¹⁵⁾ bのケースについても批判の餘地は充分にある。被告人が招來した危険——この回避につき彼には保障義務があるとされる——のうち、證人S夫人をおどかした點はよいとしても、證人申請の中にそれを求めようとする判例の立場には納得できない。

この事案について考えるに、危険状態の定立とは何かをまず検討すると、これは純粹客觀的な、不作爲者の意思・表象とは無關係の出來事なのであり、その判断は裁判官の手によつて、客觀的、事後的に豫測されるのである。運を天に委せて申請した證人によつて、なされた不當な證言の如き「危険」は、なんら結果回避義務を生ぜしめない。

問題となるのは、被告人が多かれ少なかれ確實な期待を以つて、自己に有利な不眞實な證言をするだろうと期待して、證人を申請した場合であるが、しかしこれでも、防禦の機能、特にその支配の點からして、被告人に保障人の地位を與えることはできない。

被告人の事實申立の拒否も、これ自體が防禦の方法である點からして、保障人義務を生ぜしめる先行的な危険の基礎たる行爲とはいえない。⁽¹⁶⁾

ボッケルマンの指摘する如く、責めを負う場合は、行爲者が證人を訴訟に固有でない方法によつて偽證の危険を生ぜしめた場合に限るのである。この場合に結果回避の義務が生じ、それにもとづいて作爲義務が発生する。

それでは、本犯との關係はどうかといえは、一見したところ、教唆に類似したものである。しかし不作爲による偽證教唆は考えられない。というわけは、教唆は故意に行爲への故意を他人に喚起することであり、この場合の故意は抽象的な行爲

決意ではなくて、具體的な實現意思である。この點からして、不作爲による偽證「教唆」はあり得ない。

次に社會的に不當な危険を高める行爲があつたかどうかという點を考察すると、一體裁判上の行爲がそれに當るかどうか問題である。證人は不眞實を陳述することで、この危険を招來する。しかし、證人は、このように誘惑した者の手の中にある道具ではなくて、眞實にとどまる可能性を有する。

證人の虚偽の陳述に對して沈黙を守ることが、たしかに不作爲ではあるが、この證人の行爲への現實の支配力はこの場合被告人にはない。

したがつて、若しこの態度が、訴訟に固有な手段をたとえ逸脱していたとしても、この場合の不作爲による偽證幫助は、たとえ認められたとしても、責任はいちじるしく軽いといわなければならない。

以上三種の事案につき簡単に評釋を試みたところであるが、いずれも刑罰範圍においては作爲犯における共犯と比べて軽く考慮せらるべきものであると考える。

そしていずれも、彼らが法秩序からみて、結果發生を阻止するについて特殊な地位を持つことから、その加罰性が考慮せられるものであることも見て來たとおりである。

- (1) Grünwald; a. a. O. S. 120.
- (2) 江家、刑法各論一九七頁。
- (3) Kielwein; a. a. O. S. 226.
- (4) Heintz; JR. 1955. Heft 3. S. 106.
- (5) Heintz; a. a. O. S. 105.
- (6) Maurach; Bes. Teil. S. 16. Schönke-Schröder 9. Aufl. S. 775.

- (7) Gallas; a. a. O. S. 372.
- (8) Grünwald; a. a. O. S. 121.
- (9) Gallas; a. a. O. S. 373.
- (10) Lange; JZ. 1953, Heft 13, S. 403.
- (11) v. Weber; NJW. 1953, 1072.
- (12) RGSt. 70. S. 82 ff. bes. 84.
- (13) Reichsgesetz v. 27. 10. 1933, (GG. Bl. I. S. 780)
- (14) RGSt. 70. S. 84.
- (15) Maurach; a. a. O. S. 543.
- (16) a. a. O. S. 544.
- (17) Bockelmann; a. a. O. S. 130 f.

む す び

以上考察したことから、ほゞ次の如き結論が生れたことと思う。

不作爲による共犯は、結果阻止について法的義務ある者が現實へのなんら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。不作爲者が因果の流れを發せしめたのではないことが特徴である。

したがつて、間接正犯であると思われる場合も不作爲による加功である。例えば、精神病者を監視している者が、被監視者の一人が他の同僚を攻撃するのをそのままにしておいた場合にあつても、そこには間接正犯を認める餘地はない。不作爲による教唆も原則として認められない。何故なら、活動しない者は行爲への決意を喚起することはできないからである。

これに對して、不作爲犯への教唆はあるがこの點は本稿の範圍外である。

犯罪の結果阻止については、行爲者が決意を固めることをやめさせるといふ方法によつてもなすことが可能である。決意を抛棄せしめる努力を怠れば、これもまた不作爲犯と評價されざるを得まい。

數人の者が同一の出來事につき同様の支配をする場合がある。これらは結果回避の可能性によつて等しい支配力を有する。しかし、これらの者の中、不作爲による加罰を認められる者は、結果阻止について法的義務を有する者に限られるのであつて、すべての不作爲者が可罰的共犯になるということとはできない。

不作爲による幫助に對する刑罰範圍は、それが、たしかに不作爲による幫助であると認められれば、作爲犯のそれよりも軽い程度で加罰される。

不作爲による幫助は、作爲による幫助よりも當罰性が軽いからである。

(一九五九・一一・一九)