

例外処罰の複合

中島 広樹

- 1 はじめに
- 2 例外処罰が重畳化した犯罪態様の検討
- 3 結語

1 はじめに

言うまでもなく、犯罪態様のうち、少なくとも現行刑法においては（ア）不作為犯、（イ）過失犯、（ウ）予備・陰謀罪、（エ）未遂犯、（オ）教唆犯、（カ）幫助犯（従犯）は、例外的存在である。すなわち、一般に不作為犯（刑法一〇七条、一三〇条後段、二二八条後段が真正不作為犯を規定する）に対して作為犯、過失犯（刑法三八条一項但書）に対して故意犯、未遂犯（刑法四四条）・予備陰謀罪（刑法七八条、八八条、九三条、一一三条、一五三条、一六三条の四第三項、二〇一条、二二八条の三、二三七条）に対して既遂犯、いわゆる狭義の共犯（刑法六一一条、六二

条) に対して正犯が典型的犯罪態様であり、その処罰が原則であることに異論はないであろう(もちろん、それぞれの犯罪態様の内実・可罰性の根拠等に関しては種々の議論がなされていることは周知の通りである)。

したがって、たとえば不作為による過失犯なるものは、例外的例外ということになる。不作為犯や過失犯のような例外的犯罪態様は、それぞれ単独でも可罰性の根拠づけに関して困難な問題が多いうえに、その処罰の過剰性への政策的疑問が残るにもかかわらず、不作為による過失犯のように例外的態様が複合化した場合は、一層問題解決が困難になるであろうことは想像に難くない。

もちろん、法益保護の必要上、凶悪犯罪に対する無為無策を避け、あるいは奸智にたけた犯罪者への処罰の間隙をつくらないためには、たとえ例外処罰の複合であってもその可罰性が根拠づけられなくてはならない場合もあるかもしれない。むしろ、判例・学説においては、それらの可罰性基礎づけのための解釈論をめざす傾向、いわゆる必罰主義的傾向が強いように思われる。

さらに現行刑法典においては、過失犯、未遂犯は総則・各則において処罰が制限・個別化されており、予備罪(未遂犯・既遂犯同様に予備犯というべきかもしれないが一般に予備罪とされているのでそれに従う)は各則的に法定されている場合のみ処罰が許容され、教唆犯・幫助犯は、刑法六四条のように例外的に不可罰性が法定されていない限り処罰され、不作為犯については、法定された三つの真正不作為犯のほかに、判例・学説では性質が許す限り法定されていない不真正不作為犯をも解釈上認めるというように、同じく例外的処罰であっても、その例外性を担保する実定法的制限の度合いにはそれぞれ強弱の差が存する。

ただ、法益保護の必要性があっても、重疊的処罰が明文上許容されなくては罪刑法定主義に反するのではないか。

また、法文上の手掛かりがあっても、例外処罰の複合によることなく原則的な形での処罰・不処罰が可能ではないか。

との疑問も起こるであろう。たとえば、不作為による幫助は、真に可罰的ならば不作為による正犯として処罰すべきではないか（不作為による幫助を正犯と解する解釈論を採用しないことを前提とするが）、また他方、正犯とは認めがたく、あるいは処罰の必要性が疑わしいのであれば端的に犯罪不成立ないし起訴猶予とすべきではないか。すなわち、それは、単独でも根拠づけの困難な例外態様について、さらにその重畳化した犯罪態様の可罰性を理論的に基礎づけることよりは、過剰処罰として刑罰から解放することの方が優先的順序ではないかという疑問に基づく議論である。

そこで、本稿ではこのような例外処罰の複合する、すなわち例外の例外というべき三三個の犯罪態様をとりあげて、立法・判例・学説の状況を概観し、謙抑主義的観点からそのような犯罪態様の処罰の在り方に関する方向性について考察することとする。

2 例外処罰が重畳化した犯罪態様の検討

① 不作為による過失犯

過失犯は、ほとんどが結果犯であって、過失行為の内容は一般に明示されていないが、裁判官により具体的事実について認定された注意義務に違反して行われた行為が過失犯の実行行為である。すなわち、過失犯の構成要件はもともと定型性が緩やかであるから、過失犯の構成要件を不作為によって実現することは比較的容易だとされ、転轍手がある場合によってポイントの切り替えをしなかつたため列車が顛覆したとき、過失往来妨害罪（刑法一二九条）が成立する場合が不作為による過失犯として例示される¹⁾。

また、過失犯をなすべき注意義務の懈怠（期待された注意を「しない」と解すれば、過失犯はすべて不作為犯だということになりかねないという、不作為的側面が過失犯にはもともと存在するため、過失による不作為犯と不作為による過失犯は混同されやすいであろう。⁽³⁾

ただ、同じ過失犯でも不作為と構成された場合には、本来外界における変更を惹起しないはずの不作為の条件関係が問われ、不作為犯の構造上それは「期待された作為がなされたら結果が発生しなかった」という仮定的判断となるが、その判断はおのずから作為過失犯の条件関係の場合に比べて不明確とならざるを得ないことから、否応なく犯罪の成否判断も不安定なものとなるはずである。⁽⁴⁾

それゆえ、謙抑主義的には作為による過失犯が当然原則であろうが、他方、過失犯の構成要件の結果は「死傷」等、刑事学上無視できない重大なものであることが多いことからたとえ過失犯という例外的場合であれ、不作為の場合の可罰性までが論じられ過失犯の処罰範囲が拡大する傾向が生じ、それとともに社会の効率を重視した処罰限定のための過失犯理論が変遷してきたのであろう。

② 不作為による教唆犯

不作為による教唆は、わが国の判例においてはいまだに登場していないが、たとえば、他人が犯罪行為の決意に至るのを制止すべき義務のある者が義務に違反して阻止しない場合、不作為による教唆の成否が問題となる。教唆行為は、教唆することを意味するから、その語義上、作為による教唆に限られ不作為による教唆は認めべきではない（不作為は物理的にも精神的にも現実的影響力を持つものではないので、不作為によっては他人に犯罪を決心させることはできない）という否定説が一般である。しかし、周知のように少数ながら肯定説も存在する。⁽⁶⁾

すなわち、植田説では (a) 不注意な言動によって他人に犯罪意思を誘発した者が、後になってその事実を認識したにもかかわらず、ことさらにこれを是正しないで放置し、その犯罪が遂行された場合、および (b) 教唆者が暴行のつもりで「やつつけてしまえ」というような軽率な言辞で教唆したため、被教唆者がこれを殺害の教唆と誤解し、しかも教唆者が後になって被教唆者が教唆内容を誤解している事実を知りながらこれを放置し、被教唆者によって被害が実行された場合が不作為による教唆犯成立の事例として挙げられ、他方、神山説では、(c) 犯罪阻止義務のある監督者が、被監督者の犯罪行為が行われているのを知り、他方、被監督者は監督者と暗黙の相互了解の上で決定的に犯意を抱いて実行に出た場合、(d) 結果保障人 (法益監督義務者) が、被保護者に対する第三者の犯罪行為が今にも開始されようとしているのを黙認したため、第三者が犯罪への決意を誘発され犯罪に及んだ場合、(e) 不作為犯の共同正犯の成立が、もう一方の不作為者の決意を誘発した場合が不作為による教唆の例として挙げられている。これらの事例に対しては、いずれも不作為により決意を誘発したといえるか疑問であり、もはや従来論じられている類型の教唆を前提とする限り、せいぜい不作為による幫助ではないかという批判が加えられている。

③ 不作為による幫助犯

正犯者の犯罪行為を阻止して結果の発生を防止する法律上の義務のある者が、その義務に違反して正犯の実行行為を容易にした場合には、幫助の要件を満たすから、不作為による幫助犯は成立しうる (通説¹⁰⁾)。主な判例としては、以下のものがある。

【1】大判大三・三・九刑集七・一七二（不作為による幫助犯肯定）
選挙長が投票干渉を目撃しながらこれを制止しなかった場合。

【2】最判昭二九・三・二裁判集刑九三・五九（不作為による幫助犯肯定）

劇場の責任者が、ストリップの公然わいせつの演技を目撃しながら、微温的な警告を与えただけでその公演を続行させた場合。

【3】東京高判平一一・一・二九判時一六八三・一五三（不作為による幫助犯否定）

Xら四名が、ビルの一階にあつたパチンコ店へ売上金の集金に来た同店の本社社員を襲つて、傷害を負わせ、現金を奪い取つたが、それについては、同じビルの二階にある同社の経営するゲームセンターの店員であつたYが、Xから依頼されて集金車の到着を知らせ、Xらを犯行に至らせており、これに対して、同ゲームセンター店長であつたZは、事前にYから本件犯行計画を、事前に打ち明けられ一応反対したものの、それ以上犯行を阻止しようとはしなかつた。この事案について裁判所は、Yに関してはXらとの強盗致傷罪の共同正犯としたが、Zに対しては、正犯者が犯罪を行おうとしてゐることを知りながら、それを阻止しなかつた不作為が幫助犯を構成するためには、正犯者の犯罪を防止すべき義務の存在することを要するが、その義務には、正犯者の犯罪による被害法益を保護すべき義務（保護義務）に基づく場合と、正犯者の犯罪を直接阻止すべき義務（阻止義務）に基づく場合とがあり、それらは、一般的には、法令、契約、当人の先行行為にその根拠を認めるべきであり、本件では、Zの遊戯店を経営する会社の従業員としての雇用契約に基づく義務として具体的に考察するとき、Zにはこれらの保護義務も阻止

義務も認められないという理由で、不作為による幫助犯を認めなかった。

なお、不作為による幫助犯と不作為による正犯との区別については、以下事例が問題となるといわれる。¹¹ すなわち、
 a. 他人が殺害を目的として溺れさせた自分の子供を救助しない親の不作為、
 b. 自分の監護している子供が他の幼児を殺害しようとしているのを止めない親の不作為、
 c. 自分の子供が内縁の夫に殺されそうなのを阻止しない母親の不作為、である。これらの事例のうち a の親の不作為を殺人罪の実行行為と解して、親を殺人罪の正犯とする見解もあり、¹² c の事例について不作為による幫助犯を肯定した判例がある。¹³ ただ、注 8 において指摘したように不作為をめぐる共犯（不作為による共犯、不作為犯に対する共犯）の起訴件数がわが国では極めて少ないことは、謙抑主義から好ましいことと評価されている。

④ 不作為犯の未遂犯

真正不作為犯については、一定の作為義務が成立しても作為義務を遂行するに必要な時間内は、また既遂とならないと考えられるから未遂犯は可能であり、現に不退去罪は未遂が罰せられているが（刑法二三〇条後段、同二三二条）、¹⁴ 不真正不作為犯についても、作為義務が成立したのち、結果が発生に終わった場合に、一般に未遂を考慮することができることは学説によって承認されている。¹⁵ また、拳動犯の成立には、積極的な作為を要するので、不真正不作為犯が問題になるのは結果犯のみであり、因果関係が欠ける場合には未遂ということになる。¹⁶ ただし、不作為とは期待された作為をしないことであるから、もともとその実行行為性は明確性を欠いていることとの関連で、不作為の実行の着手をどのように考えるか慎重な検討を要するとされる。¹⁷

また、因果関係が肯定されるためには、期待された行為が行われたならば、ほぼ確実に結果が発生しなかったことが必要だから、期待された行為が行われたとしても結果が発生したであろう場合も、結果回避可能性が欠けるので、因果関係が否定されるとする見解がある⁽¹⁸⁾。一方、結果回避可能性不存在の場合には、因果関係ではなく実行行為性や違法性が否定され、未遂も成立しないと考える方もある⁽¹⁹⁾。後者の方が謙抑主義の立場からは支持しうるであろう。

不真正不作為犯に関するわが国の判例は、一般的に謙抑的であるといわれているが、判例において不作為の殺人未遂罪を認めた二つの事例を以下に掲げておく。⁽²⁰⁾ すなわち、

【4】横浜地判昭三七・五・三〇下刑集四・五二六・四九九

未明に過失により被害者に重傷を負わせた被告人が、被害者をいったんは救助しようとして自車の助手席に乗せて進行したが、途中で犯行の発覚を免れるために被害者を箱の降りた路上に降ろして逃走したという作為義務違反(不作為) 事案につき、未必の故意による殺人未遂罪を認めた。

【5】東京高判昭四六・三・四高刑集二四・一・一六八

過失により被害者に重傷を負わせた被告人が、被害者をいったん救助しようとして自車の助手席に乗せ、知っている病院に向かったが、処罰と補償金の事を考え人通りの少ない暗い砂利道に運んで降ろし、道路沿いのくぼみに放置して逃走したという作為義務違反(不作為) 事案につき、未必の故意による殺人未遂罪を認めた。

⑤ 過失による不作為犯（忘却犯）

いわゆる忘却犯（厳密には「認識なき過失による不作為犯」の事とされ、踏切番が居眠りをしていて遮断機をおろすのを忘れ、そのため列車通過により通行人が死傷した場合、母親が睡眠中に乳児を圧死させた場合（大判昭二・一〇・一六刑集六・四一三）などが例示される（不作為による業務上過失致死罪、重過失致死罪ないし過失致死罪）が、行政刑法には過失による届け出違反行為が罰せられる構成要件（過失による真正不作為犯）もあり、一般にその可罰性が当然視されている。現に、伝統的な因果的行為論に対する重要な批判が、「忘却犯を包摂できない」という点に向けられていたことは改めていうまでもないであろう。²³⁾

だがしかし、忘却犯は、過失犯と不作為犯という刑法典上、例外的・非典型的な可罰的行為が重なったものであり、その処罰は当然のことながらレア・ケースという印象を与えずにはおかず、現在では、すでにみたように不作為犯ではなく過失犯の成否の問題として考えようとする見解が有力に行われている。²⁴⁾

確かに、新過失論的には、過失犯の構造は不作為犯的になりがちであるが、必ずしも実行行為を不作為として考えなくてもよいのではないだろうか。忘却犯においては、過失を故意として構成することにくらべると、不作為を作為として構成することの方が容易であろうから、不作為犯性を退けて例外処罰を過失犯一個に絞ら込むこと、すなわち忘却犯から不作為犯的性格を取り除いて、過失による作為犯として構成する方向が謙抑主義的であることはいうまでもないであろう。

⑥ 過失犯の未遂犯

現行刑法には、結果犯として八箇条の過失犯が規定されているが、未遂犯は、故意犯に限られ、²⁵⁾ 過失犯の未遂処罰

規定は存在しないので未遂を認める実益は乏しい。⁽²⁷⁾ 過失犯の未遂は、理論的には不注意な行為を開始したが結果が発生しなかった場合に考えられる（通説⁽²⁸⁾）。しかし他方、過失処罰自体が例外であり、立法者は未遂処罰を設ける必要がなかった⁽²⁹⁾、あるいは、著しい処罰の拡張となり妥当ではないため処罰の対象とされていないなどと、謙抑主義の趣旨に合致するような説明がなされている。⁽³⁰⁾

⑦ 過失による教唆犯

不注意に他人に対して犯罪の実行を決意させることを過失による教唆というが、教唆犯とする説と不可罰とする説とが対立している。行為共同説の立場からは肯定され、犯罪共同説の立場からは否定されるのが一般である。⁽³¹⁾ 佐伯博士は、激情家に対して、特定人を「売国奴」とか「民衆の敵」とののしるることによって殺意を抱かせ決行させるような場合を例示し、わが国の刑法典は教唆を故意の場合にのみ制限していないとして教唆犯説を肯定されているが、⁽³²⁾ 過失を罰するためにはその旨の特別の規定を要する（刑法三八条一項但書）から、過失による教唆を教唆犯として処罰することは許されないとする不可罰説によって反論されている。⁽³³⁾

かりに、理論的に「過失による教唆」の可罰性を根拠づけ得たとしても、実質的な観点からする処罰拡大への疑問が起こることは否定できないのではないだろうか。すなわち、最終的には謙抑主義的観点からの不可罰説に落ち着かざるを得ないと思われる。

⑧ 過失による幫助犯

人の毒殺を決意している者に不注意で毒物を販売する場合のように、注意義務に違反して正犯の実行を容易にする

ことが、過失による幫助であるが、一般に行爲共同説ではこれを幫助犯と認め、犯罪共同説は幫助犯とすることを否定する。

しかし、幫助犯は正犯の実行を容易にすることであるから、それを表象して行うことが必要であり、しかも故意犯処罰の原則（刑法三八条一項但書）からも、過失による幫助を認めることは罪刑法定主義に違反するとされる。³⁵ 理論的には、過失による幫助は十分に考えられるであろうが、やはり過剰な処罰となるのではないだろうか。³⁷

⑨ 過失による予備罪

現行刑法の予想する予備行爲とは、一定の犯罪を目的とする準備行爲を意味するので、過失による予備はあり得ないといわれている。³⁸

⑩ 過失犯に対する教唆犯

他人の不注意を惹起して犯罪を実行させることで、医師が看護婦の不注意を促し、患者に毒物を注射させる場合が例示されるが、過失犯に対する教唆を教唆犯とすべきかについて、行爲共同説はこれを肯定し、⁴⁰ 犯罪共同説はこれを否定するのが通例であり、教唆行爲の内容は、日常用語的に他人に犯罪の実行を決意させる点にあるから、過失犯への教唆の場合、被教唆者に犯罪意思決定を欠く以上否定され、これを間接正犯とすべきだとするのが通説である。⁴¹ 教唆犯も理論的に成立しうるであろうが、過失犯という例外と教唆犯という例外の併存を認めるよりも、間接正犯ではあっても正犯処罰の原則を維持する方が謙抑的ではないだろうか。⁴²

① 過失犯に対する幫助犯

正犯者が注意義務に違反していることを認識しながら、結果の発生を容易にするためあえて放置するような場合をいい、行為共同説からは肯定され、犯罪共同説からも教唆犯の場合と異なり、正犯の犯意の形成は必要ではなく、犯罪の実行を容易にすれば足りる幫助犯においては、過失犯の幫助犯を認めることは必ずしも不可能ではないと解すべき、とされることがある⁽⁴³⁾。しかし、犯罪共同説の立場からは一般に否定される⁽⁴⁴⁾。

② 不作為犯に対する教唆犯

教唆行為によつて不作為犯の実行を決意させる場合をいう。通説は、作為義務者に対して結果発生を防止しないように決意させることができるとして、不作為犯に対する教唆犯の成立を肯定する⁽⁴⁵⁾。しかし、不作為犯に対する共犯の成立を原理的に否定する見解（ヴェルツェル、アルミンカウフマン）もある。すなわち、教唆・幫助は常に作為犯を前提とするもので不作為犯には妥当しないという立場からこれを否定し、不作為犯に対する教唆犯は常に作為犯の正犯であるとする学説⁽⁴⁷⁾であるが、幼児が溺れかかっているのにその母親をそそのかして幼児を溺死させる場合は、作為による殺人罪の正犯ではなく、不作為による殺人罪の教唆が成立すると解すべきであり、不作為犯に対する教唆犯は肯定されるとされるわけである⁽⁴⁸⁾。ただ、注8において指摘したように不作為をめぐる共犯（不作為による共犯、不作為犯に対する共犯）の起訴件数がわが国では極めて少ないことは、謙抑主義から好ましいことと評価されている。

③ 不作為犯に対する幫助犯

幫助行為によつて不作為犯の実行を容易にすることである。たとえば、不作為による殺人の正犯が行われていると

き、事情を知らされた者が正犯者を乗せた自動車を運転してその場から立ち去るように、不作為犯に対する教唆の場合と同様に不作為犯に対する幫助犯を否定すべきいわれはない、といわれる。³⁵⁾

通説は、不作為を行おうとしている者を精神的に支援することによって、作為義務の不履行を容易にすることは可能であるから、不作為犯に対する幫助犯の成立を肯定する。³⁶⁾ただ、注8において指摘したように不作為をめぐる共犯（不作為による共犯、不作為犯に対する共犯）の起訴件数がわが国では極めて少ないことは、謙抑主義から好ましいことと評価されている。

⑭未遂の教唆犯（陥穽教唆、アジャン・プロヴォカトゥール）

未遂の教唆とは、未遂犯に対する教唆のうち、教唆者が被教唆者の実行行為を初めから未遂に終わらせる意思で教唆した場合をいう。たとえば、甲が、丙の金庫は空であつて何も盗めないことを知りながら、乙をして金庫に物があると信じさせて窃取行為に出させたり、甲があらかじめ窃盜の結果発生以前にそれを阻止する意思で、乙に対して窃盜行為に出させたりする場合で、陥穽教唆、アジャン・プロヴォカトゥールともいう。このような場合、乙は窃盜行為に及んだのであるから判例の立場と解される具体的危険説によれば、窃盜の未遂罪が成立することになるが、甲の罪責については、教唆者の故意に関連して論ぜられ教唆の成立には教唆の故意の内容として、正犯に実行行為をする決意をさせる意思のみならず、結果発生認識まで必要かという観点から、おおむね（a）不可罰説と（b）窃盜未遂罪の教唆犯とする説に分かれる。³⁷⁾

たとえば、特に薬物犯罪の捜査に関して、犯人として処罰を受けさせる目的で、はじめから未遂に終わらせることを予期して犯罪を教唆するというおとり捜査について、未遂犯の教唆か不可罰かが問題となるという形で未遂の教唆

の問題が具体化するが、麻薬犯罪などは実行と同時に既遂となる犯罪類型が一般なので実益を持たない議論といわれ⁽³⁷⁾る。稀有な講学事例を念頭に置きながら、その可罰性を基礎づけることに力を注ぐ態度が謙抑的態度といえるのか疑問である。

⑮ 未遂の幫助犯

幫助者が正犯者の実行行為が未遂に終わることを予期しつつ行う幫助行為をいい、教唆の未遂の場合と同様な解決をすれば足りるとされる。すなわち、幫助犯の故意について、正犯者の実行行為によって犯罪的結果の実現されることをも認識することを要するとする見解と正犯者が実行行為を行うことを認識すれば足りるとする見解があるが、前者ならば未遂の幫助は不可罰だが、後者ならば幫助の未遂として可罰的となる⁽³⁸⁾。

⑯ 未遂犯の教唆犯

通常、未遂の教唆といえば、前述のアジャン・プロヴォオカトゥールとしての未遂の教唆ではなく、被教唆者をして犯罪を既遂に至らせる意思で教唆したが、実行に着手し結果発生に至らなかった場合をいうが、この場合はむしろ「未遂犯の教唆」という⁽³⁹⁾。この場合、処罰される未遂であれば教唆者が未遂犯の教唆として処罰されることについては、正犯が実行に着手している以上共犯従属性の観点からの必然的帰結であり、幫助も同じである。問題なのは、(既遂・未遂の)教唆犯・幫助犯の有罪人員であるが、共犯関係の存在した刑法犯有罪人員全員の1・七%にすぎず(教唆犯○・二%幫助犯一・五%)、残りはすべて共同正犯で教唆犯・幫助犯はほとんど機能していないことが判明している点にある。現実にも、教唆・幫助は例外的存在であり、まして未遂犯の教唆・幫助など極めて微々たるものである

う。学説上の理論も共同正犯を中心としたものへ転換しなくてはならないと論じられるゆえんであろう。⁽⁶²⁾ 例外処罰の教唆・幫助の可罰性拡大へ向けられた理論構築への努力はいかにも徒勞の感が強く、謙抑的観点からも不処罰方向への議論が支持されるところである。

⑰ 未遂犯の幫助犯

この場合、処罰される未遂であれば教唆者が未遂犯の教唆として処罰されることに問題がないのと同様に、幫助も同じである。⁽⁶³⁾

⑱ 教唆犯に対する教唆犯（間接教唆）

教唆者を教唆した場合を間接教唆といい、刑法六一条二項によれば教唆犯と同様に正犯の刑が科せられる。間接教唆が可罰性をもつのは、その教唆行為と正犯の実行行為との間に因果関係が認められるからといわれる。⁽⁶⁴⁾

そして、教唆者を教唆した場合には、XがYにZを教唆してある犯罪を実行させることを教唆した場合とXがYにある犯罪を実行するように教唆したところ、Yは自ら実行せず、Zを教唆してその犯罪を実行させた場合とが含まれる。⁽⁶⁵⁾

しかし、間接教唆者をさらに教唆する再間接教唆についても教唆犯として処罰しうるかという点に関しては、学説上、肯定説と否定説が対立しており判例は肯定説に立つ。⁽⁶⁶⁾ 肯定説は、教唆行為は正犯者に犯罪の実行を決意させる点にその可罰性が認められるのであるから、再間接教唆もそれ以上の間接教唆である連鎖的教唆も、その行為と正犯の実行行為との間に相当因果関係がある以上、（場合に応じ）処罰に値するし、教唆者を教唆した者も教唆犯にほかならない等と主張する。⁽⁶⁷⁾ これに対して否定説は、連鎖的教唆における因果性はきわめて弱く間接的に過ぎるので、六一

条二項にいう教唆者とは同条一項の教唆者、すなわち正犯者を直接教唆した者を意味し、再間接教唆以上の者は不可罰と解するのが妥当である等と論じる⁽⁸⁾。また、現在の判例は順次共謀による共同正犯を認めるので、再間接教唆の議論自体が有名無実となつてしていると断りつつも、正当にも、狭義の共犯は刑罰拡張原因であるとする立場からすると、現行法がことさらに間接教唆を規定したのは、再間接教唆は処罰しない趣旨と解すべきであると論じている否定説もあるが、再間接教唆を教唆として認めることは、無限の間接教唆となり過酷かつ不当とする否定説こそ謙抑的解釈といえよう⁽⁹⁾。

⑲ 幫助犯に対する教唆犯

刑法六二条二項は、「従犯を教唆した者には、従犯の刑を科する」と規定している。「従犯を教唆」するとは、正犯を幫助する意思のない者に対し、正犯を幫助する決意を生じさせ、幫助行為を行わせることをいう⁽¹⁰⁾。例えば、XがすでにAに対する殺意を抱いていたYにAを殺してくれと頼もうとするに際して、被告人がXに助言してYに酒代を送りその殺意を強めるように指示し、Xにこれを約束させたとき、被告人は殺人罪の幫助犯の教唆となる⁽¹¹⁾。幫助犯の教唆を処罰する理由は間接教唆の処罰理由と共通し、幫助犯の間接教唆以下までは正犯の間接教唆と異なり処罰規定がないので処罰しない趣旨と解される⁽¹²⁾。

⑳ 教唆犯に対する幫助犯

教唆犯の幫助犯とは、教唆行為を幫助しその実行を容易にすることをいうが、教唆行為は実行行為ではないという立場は教唆犯の幫助犯を否定するが⁽¹³⁾、教唆行為も修正された構成要件に該当する実行行為といふべきであるから、肯

定説を妥当視する見解もある⁽⁷⁵⁾。実定法上、処罰が可能なのは教唆の教唆、幫助の教唆であり、教唆の幫助と幫助の幫助については、判例は処罰を認めるものの、教唆の教唆、幫助の教唆の刑法による処罰自体が例外的であり、罪刑法定主義からも、例外を一般化するような解釈は慎むのが謙抑主義に合致した態度であろう⁽⁷⁶⁾。

② 幫助犯に対する幫助犯（間接幫助）

従犯を幫助することを間接従犯というが、これについては明文の規定がないが、解釈論上、肯定説と否定説とが対立している。

肯定説は、幫助の処罰根拠は正犯の実行行為を容易にすることにあるから、直接に正犯の実行行為を容易にする直接幫助ばかりでなく、間接に容易にする間接幫助も幫助犯になるとする⁽⁷⁷⁾。すなわち、共犯従属性説に立つならば、幫助は実行行為ではないので間接幫助は六二条一項にいわゆる「正犯を幫助したる者」になりえないとされたが、共犯従属性説からも間接的ながら正犯の実行を容易にしたと説明しうるとするのである⁽⁷⁸⁾。判例も、Xがわいせつ映画フィルムをYに貸与し、YがさらにZに貸与し、Zが映写して不特定人に観覧させた事件について間接幫助を処罰している⁽⁷⁹⁾。これに対して、否定説は幫助行為が実行行為ではなく、幫助者は正犯ではないから、「正犯を幫助したる者」だけを罰する刑法の趣旨は、幫助の幫助はもはや罰しないとすることにあり、と解するべきであると主張する⁽⁸⁰⁾。

なお、教唆の教唆（刑法六一條二項）および幫助の教唆（刑法六二條二項）には明文の規定があるのに、教唆の幫助と幫助の幫助を規定しなかった理由については、教唆は処罰が正犯と同格なのに対して、幫助は刑が軽くなる（刑法六三條）という相違があるので間接的な幫助は除かれたと解されるというが、嚴格解釈の原則すなわち謙抑主義の反映⁽⁸¹⁾という結論になっているといえよう。

②② 教唆犯の未遂犯

教唆の未遂とは、教唆行為は行われたが、被教唆者が犯罪を実行するに至らなかった場合をいい、(a) 被教唆者が犯罪の実行を決意したにとどまる場合、(b) 被教唆者が犯罪の実行を決意して行為に出たが、可罰的行為に達しない場合、(c) 教唆行為と正犯行為との間に因果関係がない場合、(d) 教唆したが被教唆者が犯罪の決意をしなかった場合があるが、(a) (c) を「効果のない教唆 (erfolglose Anstiftung)」(d) を「失敗に終わった教唆 (mißlungene Anstiftung)」⁽²⁸⁾と云う。

共犯従属性説は、本来犯罪として処罰されるべきなのは正犯の行為であり、それを教唆したことを理由に共犯として処罰されるのであるから、共犯が成立するためには正犯が存在すること、すなわち少なくとも正犯が実行に着手していることが必要であると主張して、教唆未遂は不可罰とするが、共犯独立性説によると、教唆行為があればすでに教唆者の性格の危険性は十分に示されているのだから、教唆の未遂は可罰的だと説く⁽²⁹⁾。

ただ、四四条は「〇〇条の教唆犯の未遂は罰する」という規定がないので、教唆の未遂の不可罰性は、四四条と未遂処罰の謙抑性にその根拠が求められるべきだとする説もある⁽³⁰⁾。

②③ 幫助犯の未遂犯

教唆犯の場合と同様に、共犯従属性説が正犯者の行為についてその犯罪の実行行為を考えるのに対して、共犯独立性説は共犯者自身の行為において共犯の実行性を認めるので、前者の立場からすると幫助犯の未遂は、正犯者が実行に着手して未遂に終わり、かつ未遂罪が罰せられている場合にのみ認められるが、後者によれば、幫助行為は開始された被幫助者が実行に着手して未遂に終わった場合はもちろん、被幫助者がそもそもその決意を強められることがな

かつた場合、決意は強められたが実行行為に出なかつた場合も幫助犯の未遂となる。⁽⁸⁶⁾

このことに關して、独立性説は教唆・幫助行為を実行行為と同一視するところに成り立つが、それは罪刑法定主義に反する。⁽⁸⁶⁾あるいは、「共犯の未遂」が異常に拡がり、処罰の不当な拡大を招来する等と批判され、共犯独立性説を用いず、正犯者が実行に着手したが未遂に終わった場合にのみ幫助の未遂も成立すると解さなければ、謙抑主義に反すると思われる。

②4 不作為犯の予備罪

放火罪について不真正不作為犯を認めた判例がある。神棚事件などと呼ばれることもあるが以下のような事案である。

【6】大判昭一三・三・一一刑集一七・二三七

一人住まいの男が家で神棚に燈明をあげて礼拝した後、外出しようとして神棚を見たときに、ろうそくが神符の方に傾いているのに気づいたが火災になれば保険金が取れるだろうと思つて、そのまま外出したという事案に關して、「既発の危険を利用する意思」があつたとして「觀念上作為を以て放火すると同一にして」刑法一〇九条にいわゆる火を放つ行為に該当すると判示して不作為による放火罪を認めた。

上記の有名な事例において、被告人がいつの日か神棚に燈明をあげた際、たまたま放置していたろうそくの火が神符に燃え移つて、火災になることを期待してろうそくを購入したとすれば、不真正不作為犯たる放火罪の予備行為(刑

法一一三条)といえよう。しかし、基本的構成要件の実現が余りにも偶然に依存する行為であり、可罰性は希薄ではないだろうか。

そもそも真正不作為犯である「不解散罪」(刑法一〇七条)「不退去罪」(刑法一三〇条)「不保護罪」(刑法二一八条)にすら、予備罪の処罰規定が存しないことに注意を要する。まして、本来作為を予定する放火罪の例外的態様の不真正不作為犯⁽⁸⁾に関し、既遂の前々段階(予備)を処罰する(ただし刑法一一三条で放火予備罪は処罰されている)ことは、刑法の謙抑性に反するといわざるを得ない。

⑤過失犯の予備罪

過失犯にも実行行為はあり、その未遂も観念しうるという立場からは、(a)過失犯にも予備行為なるものが思惟しうるとする考え方と、(b)過失犯には予備行為なるものはありえないとみる考え方にわかれる。

a説は、「予備実行ノ語ハ故意犯ニ付テノモノナルモ、其ノ観念ハ過失犯ニ付テ之ヲ応用スルコトヲ得」という牧野博士の言葉に代表され、b説は、「障碍未遂は過失犯に關しても理論上考えられる。併し陰謀及び予備は過失犯に關しては理論上も考えることはできない」とする久礼田博士の見解に現れているが、予備行為なるものは、一定の犯罪を目的とする準備行為を意味するものであるが、過失犯を目的とするということは論理的にはあり得ないことだと思われるから、過失犯の予備行為なるものは否定されるべきである。⁽⁹⁾すなわち、b説の見方が説得力があるし、結果的に謙抑主義的である。

②⑥未遂犯の予備罪

刑法各則では、原則として、既遂犯を予定しているが、犯罪は常に既遂となるとは限らない。行為者は犯罪の実現に向けて、まずその準備行為をし、次いで犯罪の実行に着手して実行行為が行われ、実行の終了とともに因果関係が進行し、最終的に結果が発生するという経過をたどる（いわゆる犯罪行程論）。準備行為には、予備と陰謀があり、実行に着手したが結果が発生しなかった場合が未遂であり、結果の発生した場合が既遂である。すなわち、時系列的に未遂と予備は形式的に区別されるので、同時に未遂と予備が存在することはありえない。ただ観念的には、予備罪を独立罪としてとらえると、たとえば軽犯罪法一条七号「みだりに船又はいかだを水路に放置し、その他水路の交通を妨げるような行為」（水路交通妨害罪）を、往来妨害未遂罪（刑法二二四条一項、刑法二二八条）と解すれば、そのような行為を準備する行為は、未遂犯の予備と解されようが、一般には、予備罪を構成要件の修正形式と考え、殺人未遂罪、殺人既遂罪は、いずれもいわゆる吸収関係として殺人予備罪を含みうると解するのが通説である⁽²⁶⁾。

②⑦不作為による予備罪

ほとんど触れられることはないが、たとえば、殺人計画を有する警察官が何者かによって自己の所有地に放置された缶入りの青酸化合物をたまたま発見し、自己の計画する殺人に用いようと考え警察署に申告せず放置しような場合、犯罪捜査規範五九条に規定された捜査端緒の把握努力義務に違反した不作為による予備行為となるであろう。なお、共犯従属性説に立てば、教唆犯の実行の着手は正犯者の実行の着手時と解するので、それ以前の教唆者の行為は予備だと考えることから、前述した②不作為による教唆犯の問題は、不作為による予備の問題でもあるわけである。

⑳ 予備罪の未遂犯

予備の未遂なるものが問題になつてゐる場合には、予備罪には実行の観念がないという形式的な観点からの否定説が主張され、判例は予備の中止未遂も否定してゐる。⁽⁹⁵⁾ そのほかに、「それはなんら現実的危険性をもたざるが故に、その未遂たるものの可罰性はこれを否定するのが正当である」として実質面から否定説が説かれたり、予備の未遂の処罰を認めるならば、例外規定を更に攪乱する結果を生ずるとして例外処罰の重畳を批判する謙抑的な見解が否定説を支持したりしてゐる。⁽⁹⁶⁾

㉑ 予備罪に対する教唆犯

正犯の既遂、未遂または予備を教唆した結果、正犯が予備に終わったことをいう。予備に終わらせる意思で教唆した場合も、アジャン・プロヴォカトゥールの一種として予備の教唆に含まれるが、極めて例外的なものである。

予備罪に対する教唆が問題になるのは、予備罪が処罰されている場合だけであるが、その肯否に関しては肯定説と否定説とが対立してゐる。

肯定説と否定説の見解が分かれる根拠は、形式的には四三条の「実行」の意味を六一一条の「実行」の意味と区別して理解すべきか否かに求められる。否定説では、両者を殊更区別して理解しなければならぬ理由はなく、共犯従属性の立場においては、被教唆者の行為が実行の着手に至らない段階にまで、教唆行為に一般的な可罰性を認めることは適当ではなく、⁽⁹⁷⁾ 破防法三八条二項、軽犯罪法一条二九号のような特別規定がなければ罰せられない、⁽⁹⁸⁾ 等と主張される。

これに対して、肯定説は、四三条の実行の中には、基本的構成要件の実行のみならず、修正された構成要件の実行

も含まれるとして、正犯が予備として処罰し得る程度の危険を発生させた以上、教唆・幫助によつてこのような危険を発生させた者も、刑法六四条のような明文の規定が存しない限り、その教唆・幫助として処罰するのが共犯従属性の原則から自然であるとされる。⁹⁸ 以上のように、理論的に予備の教唆の可罰性を基礎づけることは可能であるが、予備概念が曖昧で、それに対する教唆を処罰することは政策的に妥当ではない面もある⁹⁹、とする謙抑主義的議論が行われていることは注目されよう。

⑩ 予備罪に対する幫助犯

予備・陰謀罪の行為を幫助した結果、正犯が予備にとどまった場合のほか、正犯は実行に着手し未遂または既遂に至つたが、それと教唆・幫助との因果関係が遮断されていた場合に問題になる。¹⁰⁰

予備の教唆とほぼ同じ議論があてはまり、予備の幫助が内乱罪について例外的に処罰されていること（七九条）、¹⁰¹ 予備の教唆・幫助の処罰は、本来不可罰の教唆・幫助の未遂を処罰することになる等として否定説が主張される一方、役割の重要性によつて他人予備行為は共同正犯にも従犯にもなりうるとする肯定説ないし予備罪の従犯は予備そのものである（予備行為には他人予備行為が含まれている）とする見解もある。¹⁰²

このほか、予備の教唆・幫助は、通貨偽造準備罪のようないわゆる独立予備罪においては実行行為を觀念し得るのて成立しうるが、殺人予備罪のような修正形式としての予備罪では実行行為の前段階としてしか觀念できないため成立しえないとする二分説¹⁰³も存する。

他方、名古屋高判昭三六・一一・二七高刑集一四・九・六三五は要旨、予備行為というものは無定型・無限定であり、従犯（幫助行為）もまた無定型・無限定であるから予備の従犯は、ますます無定型・無限定であり、七九条（内

乱予備幫助)のような明文規定のない限り予備の幫助を可罰的なものとするのは刑法の精神とは思われまいとして、殺人予備幫助罪とする原判決を破棄したが、このような謙抑の見解があることを忘れるべきではあるまい。¹⁰⁶ただし、この判例では抽象的には予備の幫助を否定しながら、当該具体的事案に関しては予備の共同正犯を認めていることに示されるように、例外の複合処罰が問題になるような場合、これを認めない代わりに原則的処罰に向かうのか、謙抑的不処罰の方向(輕微犯罪として無罪とする、起訴猶予とする等)へ向かうのかという岐路に立たされるといふ実務的問題が生じると思われる。

③1 教唆犯の予備罪・③2 幫助犯の予備罪・③3 予備罪に対する予備罪

刑法典上、たとえば、幫助行為の独立罪たる刑法一〇〇条の逃走援助罪、教唆・幫助行為の独立罪たる刑法二〇二条の自殺教唆罪・自殺幫助などには、未遂犯処罰の規定(それぞれ刑法一〇二条、同二〇三条)はあるが予備罪の規定は存しない。¹⁰⁷ただ、観念的には、教唆犯の予備犯性を考慮すると、教唆の予備は教唆の教唆、幫助の予備は幫助の教唆と近似するであろうか。¹⁰⁸そして、前述した通り、刑法六一一条二項により¹⁰⁹教唆犯の教唆、刑法六二条二項により・幫助犯の予備犯性に鑑みると、予備罪に対する予備罪を観念することもまた、妥当ではあるまい。

3 結語

(1) 謙抑主義とは、一般に「刑法の発動はすべての違法行為を対象とすべきではなく、刑罰は必要やむを得ないば

あいにかぎつて適用されるべきであるとする原則^⑩と定義され、罪刑法定主義（法律なければ犯罪なく、刑罰なし）・法益保全主義（法益なければ規範なし）・責任主義（責任なければ刑罰なし）という刑法上の三つの原則を発現させるとする。すなわち、「罪刑法定主義」、「法益保全主義」、「責任主義」、「必要最小限度性」が謙抑主義への適合性を認めるための基準といえよう。

(2) このように解された謙抑主義に照らした場合、以上検討してきた例外処罰が重疊化した犯罪行為態様の可罰性はどのように解されるべきであろうか。

(3) まず、過失犯^⑪であるが、現行刑法を前提とする限り、刑法三八条一項が明文の規定なき過失犯の処罰を禁じている以上、⑥過失犯の未遂犯、⑦過失による教唆犯、⑧過失による幫助犯、⑨過失による予備罪はいずれも、これらを処罰した場合、罪刑法定主義に反する結果となり、当然謙抑主義に反することとなるから、その意味で可罰性は否定される。また、予備については、その内容が曖昧で、無定型・無限定であることから、罪刑法定主義の内容たる「明確性の原則」に反するおそれがあることから、その意味で⑲予備罪に対する教唆犯、⑳予備罪に対する幫助犯の処罰はいずれも謙抑主義に反するのではないかと疑われる。

(4) 次に、教唆犯と幫助犯^⑫であるが、刑法六一条二項により⑳教唆犯に対する教唆犯、刑法六二条二項により㉑幫助犯に対する教唆犯が処罰されるべきことが明文によって例外的に認められているので、これらの処罰が罪刑法定主義に反することにはならないものの（その限りで㉒教唆犯の予備罪・㉓幫助犯の予備罪も「観念的には」肯定されよう）、明文の規定のない㉔教唆犯に対する幫助犯、㉕幫助犯に対する幫助犯、再間接教唆や幫助犯の間接教唆などは、「必要最小限度の処罰」という意味での謙抑主義に反すると思われる。㉖過失犯に対する教唆犯、

㉗過失犯に対する幫助犯は、これを理論的に否定する犯罪共同説が謙抑的結論を導いており、今日の判例は、な

お部分的犯罪共同説に立っているといわれること¹³から、共犯としての処罰が控えられるという謙抑的現状ではないかと推測される。ただし、¹⁰は間接正犯という形では処罰される公算は大きいであろう。

(5) また、未遂犯¹⁴については刑法四四条により可罰性を認める規定があれば、その処罰はなんら罪刑法定主義に反しないし、教唆・幫助の処罰はそれぞれ刑法六一一条一項、刑法六二条一項により認められやはり罪刑法定主義に反しないから、通説たる共犯從屬性説の観点からも¹⁶未遂犯の教唆、¹⁷未遂犯の幫助は、謙抑主義に反しない。ただし、教唆犯・幫助犯の有罪人員は、既遂・未遂を併せても刑法犯有罪人員全員のごく少数にすぎないという統計的事実に鑑みると、未遂犯の教唆・幫助の起訴は、決して謙抑的姿勢とは言えないと思われる。²²教唆の未遂、²³幫助の未遂は、刑法四四条に処罰規定がないこと、および共犯從屬性説が圧倒的通説であることから、兩者の処罰は謙抑主義に反すると思われる。

(6) そして、不作為犯についても謙抑主義から例外とされる。すなわち、「作為の形式で規定される犯罪が原則で、不作為の形式をとる犯罪が例外であること」の理由は、『・・・しない者』すなわち命令に反する行為にでる場合が、『・・・したる者』すなわち禁止に違反する行為にでる場合にくらべて、圧倒的に多いという論理的帰結に鑑み、立法者が、処罰範囲を限定しようという謙抑主義を採用したからである」と説明されるように、¹⁷もともと不作為処罰の例外化は謙抑主義的観点からなされたものであり、したがって、不作為による犯罪の処罰には、それを合理化する理由と必要性が求められる。¹⁸まして、他の例外的態様と結合された不作為には、真に処罰を合理化できる理論・必要性が認められるかについての慎重な姿勢（謙抑的姿勢）が要求されるのはいうまでもない。

まず、⁵過失による不作為犯は現行刑法典には存在しないが、理論的には現在では¹不作為による過失犯の問題として構成され、この場合に関する限り、「転轍手の忘却事例」などのような見過ごすことのできない事案に

対処しなくてはならない以上、因果関係の判断を可及的に安定化させることを条件として認めざるを得ないが、謙抑主義的には過失作為犯を原則として考えてゆくべきであろう。¹⁹⁾

次に、② 不作為による教唆犯は、その語義上の理由から否定説が通説となっているのは罪刑法定主義に基づく論理的な嚴格解釈の結果であるから、謙抑主義的に問題はない。これに対して、③ 不作為による幫助は、判例により可罰性が認められることが比較的多い態様であるが、作為義務の認定が慎重に（謙抑的に）なされるべきことが今後の課題と思われる。

また、④ 不作為犯の未遂犯については、判例上「ひき逃げ事犯」での処罰が認められるので、必要性が否定できない態様ではあるが、結果回避可能性の認定を慎重に行い、それを因果関係ではなく実行行為性や違法性の問題でとらえる方向が謙抑主義的であると言えよう。

さらに、⑫ 不作為犯に対する教唆犯、⑬ 不作為犯に対する幫助犯についてであるが、通説はこれらの可罰性を肯定しているが、統計的には、わが国における不作為犯への教唆・幫助に対する起訴件数は少なく、その意味では謙抑的である。

最後に、⑭ 未遂の教唆犯、⑮ 未遂の幫助犯であるが、いずれも可罰説・不可罰説があることをみたが、稀有な講学事例の可罰性の基礎づけに力を傾注することが謙抑的姿勢といえるか疑問の起こることを禁じ得ない。

(7) 予備罪²⁰⁾であるが、⑲ 不作為犯の予備、⑳ 不作為による予備と㉑ 予備の未遂犯は、現実的危険性が乏しいという法益保全主義の観点から、可罰性が否定されるので、やはり学説上は謙抑主義的な扱いが一般となっていると思われる。また、㉒ 過失による予備、㉓ 過失犯の予備は、その語義上の理由から否定説が通説となっているのは罪刑法定主義に基づく論理的な嚴格解釈の結果であるから、謙抑主義的に問題はない。㉔ 未遂犯の予備は、現実的

な問題にはなっていないといえよう。また、予備については、その内容が曖昧で、無定型・無限定であることから、罪法定主義の一内容たる「明確性の原則」に反するおそれがあることから、その意味で²⁹予備罪に対する教唆犯、³⁰予備罪に対する幫助犯、³³予備罪に対する予備罪の処罰はいずれも謙抑主義に反するのではないかと疑われる。

(8) 以上、三三個の例外重複的犯罪態様の可罰性と謙抑性についてごく簡単に検討してきたが、必罰主義的な立法・判例・学説についてはその必要性の範囲・限定解釈等に関する今後の課題が少なからず残されていると思われる。もちろん、これらの例外重畳事例を不問に付したくない、反対に不問に付しても差支えない、というような議論は多分にハート (Hart) の問題で、その結論は自明のものではなく学理上の価値を措けないという見方もあるかもしれない。しかしながら、繰り返すがこれらの犯罪態様は例外的例外³²なのであるから、賛否両論が分かれる場合、可罰説は、従来以上に説得的な(一般市民にとってもわかりやすい)根拠、特に合理的必要性を示し、立法的解決も視野に入れた議論をすべきではないだろうか。また、原則的に必要性・合理性が根拠づけられるとしても個別具体的な事案においては、謙抑主義の精神から、³²あるいは実体的デュープロセス理論にも³³つき処罰を控える場合を、よりキメ細かく吟味する方向へ向けて、刑法の立法・解釈・運用についての検討がなされるべきである。

【註】

(1) 団藤重光・刑法綱要総論(第三版)(平成二年)一五〇頁。また、周知の通り、いわゆる監督過失は、通説によれば安全体制の確立を怠ったという不作為犯として構成される(高橋則夫・刑法総論(第三版)(平成二八年)二四〇頁)。ただし、複数の人間が介在する複雑な因果経過を有する過失事犯を分析すると、不作為を基調とした監督者の過失責任の拡大傾向がみられるとの指摘も以前から見られることに注意を要する(甲斐克則・責任原理と過失犯論(平成一七年)一六一頁)。

(2) 中山研一・刑法総論(昭和五七年)一六一頁、一八五頁、真鍋毅・現代刑事責任論序説(昭和五八年)七八頁。すなわち、作爲犯というためには、当該の作爲が結果の原因となるような身体運動をもつて足りるものと解されている。したがって、その前後に不作為的要素が介入しても、全体として不作為犯に転化するわけではない。このことは、不作為犯と過失犯との関係を考える場合に重要である。そこで、『不作為犯は身体的な不作為を、過失犯は精神的な不作為を本質とする』(西原春夫・刑法総論(昭和五二年)二六〇頁)という形で両者を区別することによって、身体運動が原因となる過失作爲犯(例)自動車の脇見運転をして人を死傷に致す場合)と、身体運動の欠如する過失不作為犯(例)転軸手が転軸を忘れて列車を転覆させ人を死傷に致す場合)とを区別することが必要となり、この点は過失犯の因果関係とは何かという問題を考える際にも有意義な基準として援用される。その結果、いわゆる京踏切事件(大判昭四・四・一一新聞三〇〇六・一五)について、判例のように注意義務違反と結果との間の因果関係の問題として過失を否定するのではなく、過失作爲犯として条件関係を認めたくえで、過失犯の成否を決すべきとされることになる。

ほかに、ヴェルツェルの議論は、過失犯においては結果回避の潜在的目的性のみが重要とされることよって、過失犯そのものが全く不作為犯として構成されることになったとの指摘がある(松宮孝明・刑事過失論の研究(平成元年)二八頁)。また、山口厚・刑法総論(第三版)(平成二八年)八三頁は、過失犯では、作爲義務と性質上同じ結果回避義務の違反がその成立要件とされているから、不真正不作為犯と同じ問題が常に検討される必要があることになると指摘している(井田良・講義刑法学総論(平成二〇年)二〇三頁も、不作為犯における保証者的地位の判断と過失犯における結果回避義務の判断はオーバーラップするもので截然と区別できないとする)。

(3) なお、中義勝・講述犯罪総論(昭和五五年)六一頁では、上述の刑法二二九条「過失列車転覆罪」は、不作為による過失犯ではなく、過失による不作為犯の実例とされている。過失犯と不作為犯の罪質の近似性が露呈しているといえよう。

(4) 前田雅英・刑法総論講義(第六版)(平成二七年)九二頁。逆に、過失犯を不作為として構成する方が過失犯の処罰範囲の限定につながるのではないかとの見方もある(松宮・前掲書(注2)二六一―二七頁)。なお、高橋・前掲書(注1)二二九頁

によると、過失犯の実行行為は、旧過失論によれば作為に求められ、新過失論によれば不作為に求められるという図式が基本的に可能であるとされる。しかし、いわゆる目的的行為論では過失犯や不作為犯がそもそも行為といえるかが問題となるのは周知の通りである（鈴木茂嗣・刑法総論（第二版）（平成二十三年）三八頁）が、この点については注24参照。すなわち、不作為による過失犯を可罰的とするのは、見方によっては本来二重の意味で行為とはいえないものを処罰するという事態なのである。

- (5) 植松正・再訂刑法概論I総論（昭和四九年）三八〇頁、大塚仁・刑法概説（総論）（第四版）（平成二〇年）三二四頁、大谷實・刑法講義総論（新版第四版）（平成二四年）四四〇頁、川端博・刑法総論講義（第二版）（平成一八年）五六七―五六八頁、木村亀二（阿部純二増補）・刑法総論（増補版）（昭和五三年）四一三頁、莊子邦雄・刑法総論（第三版）（平成八年）四七九頁、福田平・全訂刑法総論（第四版）（平成一六年）二八二頁、神山敏雄・不作為をめぐる共犯論（平成六年）一一―一二頁によると、もともと正犯と共犯の限界理論は作為を前提として展開されてきたが、作為犯においては、実定法上、作為者の実行行為という一応の大枠によって正犯と共犯が限界づけられているのに対し、不作為犯においては、正犯も共犯も法益侵害を阻止しない不作為的態度として示されるので実行行為概念による限界づけは不可能となり、不作為的態度はすべて不作為正犯としてとらえるべきだという見解が生じるとされている。また、同書三三三―三三四頁によれば、共同正犯や幫助犯に関して不作為による共犯を肯定しておきながら、教唆犯についてのみ他人を決心させる現実的な力を必要とする、というギャップを残したままでは、人を到底納得させることはできないとし、アルミン・カウフマン、ヴェルツェル、グリュンヴァルドラは不作為による共犯の像を否定する途を歩んだ旨を指摘している。

- (6) 勝本勘三郎・刑法要論総則（訂正三版）（大正四年）四一五頁、植田重正・共犯論上の諸問題（昭和六〇年）一八九頁以下、神山・前掲書（注5）三三三頁以下、浅田和茂・刑法総論（補正版）（平成一九年）四二九頁は、理論的にありうるが実際に問題になった例はないとする。ただ、教唆者の方が、正犯者よりも重い処罰に値することもあるであろうから（団藤・前掲書（注1）三八〇頁）、不作為による場合であれ教唆肯定説も頭から実益のない議論とはいえないであろう。

- (7) 植田・前掲書（注6）一八九頁以下。

- (8) 神山・前掲書（注5）四〇九頁以下。なお、同書二頁、一六頁においては、不作為をめぐる共犯（不作為による共犯、不作為犯に対する共犯）の起訴件数がわが国では極めて少ないことを謙抑主義から好ましいこと、刑事政策的卓見と評価されているが、刑法の保護機能が積極的に要求される場において無為無策があるとすれば、それは論外である、とされている。しかし、謙抑性が保護機能の内在的原理だとすれば「無為無策」論外」と速断することには慎重でなくてはならないであろう。刑罰

の保護機能を先験的に過大評価すべきではない。伊東研祐・刑法講義総論(平成二二年)三頁は、「加害者に『刑』が負料とされることにより、その加害者が同じ『罪』を繰り返さなくなるとすれば、あるいは、加害者には『刑』が負料されることを認識することにより、他の社会構成員が同じ『罪』を犯さなくなるとすれば、人の生命一般の保護を語る意味が生まれる」として刑法の保護機能は、直接的・現実的な「刑」の峻厳性との対比において極めて間接的・将来的であるがゆえに、刑法は本来的に謙抑的にならざるをえないとしているが、先験的に刑法の間接的保護機能の前に謙抑主義が無為無策の同義語として存在するわけではなく、不急不要の保護機能ではないかを問われるのが順序ではないのか。

(9) 山中敬一・刑法総論(第三版)(平成二七年) 九四七―九四八頁。

(10) 阿部純二・刑法総論(平成九年) 二四九頁、植松・前掲書(注5)三三〇頁、大塚・前掲書(注5)三二二頁、大谷・前掲書(注5)四六一頁、香川達夫・刑法講義(総論・第三版)(平成七年) 三九九―四〇〇頁、川端・前掲書(注5)五七六―五七七頁、木村・前掲書(注5)四二二頁、佐伯千仞・四訂刑法講義(総論)(昭和五六年) 三六一―三六二頁、莊子・前掲書(注5)四八〇頁、四八二頁、団藤・前掲書(注1)四一三―四一四頁、西原春夫・刑法総論改訂準備版(下巻)(平成五年) 四〇三頁、福田・前掲書(注5)二八五―二八六頁。なお、平野龍一・刑法総論Ⅱ(昭和五〇年) 三九六頁は、正犯を基礎づける作為義務と共犯を基礎づける作為義務とは、その性質・内容において必ずしも同じではなく、その作為義務は正犯者との関係から生じることもあるし、被害者との関係から生じる場合もあるとする。もつとも、前田・前掲書(注4)三八三頁は、「作為と同視しうるだけの作為義務」が認められれば、不作為による幫助は成立する(作為義務説)とし、山口・前掲書(注2)三九〇頁は、不作為による幫助が成立するためには正犯による実行を阻止する作為義務を基礎付ける保障人的地位が必要だとするが、西田典之・刑法総論第二版(平成二三年) 三五六頁は、正犯との間に共犯の処罰根拠たる心理的因果性(共謀・意思連絡)が認められれば、幫助者に作為義務がなくとも従犯たり得るとする。高橋・前掲書(注1)五〇九頁は、行為規範のレベルでは、作為と不作為の区別が問題となり、制裁規範のレベルでは正犯と共犯の区別が問題となり、両者相まって行為の評価が決定されるとするが、例外の重畳は問題のレベルが異なることからの必然でやむを得ないという見方であろうか。

(11) 大谷・前掲書(注5)四六一頁、平山幹子・不作為犯と正犯原理(平成一七年) 七五頁以下。

(12) 中・前掲書(注3)二六六頁によると、①結果発生を直接に回避すべき保障者の義務の違反は不作為による正犯を基礎づけ、②結果発生以前の保障者の義務(危険源の管理義務・監視義務など)の違反は不作為による幫助を基礎づけ、①はaの事例に、②はbの事例にそれぞれ妥当するという。これを疑問視して幫助犯とするのが大塚・前掲書(注5)三二二頁、川端・前掲書(注5)五七六―五七七頁。内藤謙・刑法講義総論(下)Ⅱ(平成一四年) 一四四―一四七頁は、不作為による幫助の前

提である作為義務（保障者的義務）は、結果回避義務に還元して理解すべきであり、結果回避以前の作為義務を認めることは、不作為による幫助を不明確に拡大するし、不作為が作為より一般に原因力が弱いことからみると、①のように結果発生を直接に回避すべき義務に違反した場合をすべて不作為による正犯とするのは正犯の範囲が広くなりすぎるといふ謙抑的議論を行っている。中山・前掲書（注2）五二三頁もまた、中説に対して、作為による正犯と同視すべき場合には、より限定的に考慮されるべきであるとし、そもそも不作為による幫助の可能性を原理的に否定するヴェルツェル・カウフマン説にふれ、共犯としての間接的な作為義務の存在から出発して、正犯としての作為義務を制約する方向での解釈が推進されるべきではないか、と謙抑的主張を行っている。同様に、内田文昭・改訂刑法I（総論）（補正版）（平成九年）三二一頁も、不作為の存在論的特徴は、「幫助」的特性をもつものであるから、たとえば、溺れた子供を救助しない親の不作為の場合は、幼児を溺れさせた自然的諸条件が「正犯」的存在であり、救助に出ない親の不作為は、これを支援する幫助的存在だとして、不作為的加担については通常は「幫助」であるとする謙抑的議論を行っている。

(13) 札幌高判平一二・三・一六判時一七一・一七〇は、母親が自ら親権者である三歳の次男に対して同居中の内縁の夫がその顔面・頭部を多数回殴打するなどの暴行を加え、硬膜下出血により死亡させた際、その暴行を制止しなかつた事案につき、不作為による幫助犯は、正犯者の犯罪を防止しなければならぬ作為義務のある者が、一定の作為によって正犯者の犯罪を防止することが可能であるのに、そのことを認識しながら、右一定の作為をせず、これによって正犯者の犯罪の实行を容易にした場合を成立し、以上が作為による幫助の場合と同視できることが必要と解される、として不作為による傷害致死幫助罪の成立を認めた。これに対して、曾根威彦・刑法総論（第四版）（平成二〇年）二六三頁は、不作為による幫助が作為と同価値といえるためには、正犯結果防止の確実性・容易性が必要であつて本判決の結論には疑問が残るとし、浅田・前掲書（注6）四三九頁も、保証人的地位を有する者が、比較的容易に阻止し得た場合に限り、不作為による幫助を認めるべきだとする。本件の場合、母親は、保護責任者不保護致死罪（刑法二一九条）の共同正犯ではないかとこの疑問もあり、保護責任者不保護致死罪の構成要件に該当する正犯が、傷害致死罪の幫助にとどまるのはどのような場合なのかという検討（橋本正博・「行為支配論」と正犯理論（平成一二年）一四四頁）や、判例に現れたような不作為による幫助が真に可罰的なものなのかどうかの精査が今後必要となる（亀井源太郎・正犯と共犯を区別するということ（平成一七年）三三頁）。なお、橋本・前掲書一四七―一四八頁では、「不作為による自殺幫助」が正犯者意思を有する正犯とされたドイツ連邦通常裁判所事例が紹介されている。

(14) 未遂肯定説は、退去を要求された者が退去するのに必要な時間が経過する前に、家人によって突き出された場合に本罪の未遂となるとする（内田文昭・刑法各論（第三版）（平成八年）一七九頁、大塚仁・刑法概説（各論）（第三版増補版）（平成

- 一七年) 一三三頁、大谷・前掲書(注5)三七〇頁、川端・前掲書(注5)四八九頁、木村・前掲書(注5)三七一頁、佐久間修・刑法各論(第二版)(平成二年)一三三頁、堀内捷三・刑法総論(第二版)(平成六年)一三四頁、松宮孝明・刑法各論講義(第四版)(平成八年)頁等)、未遂否定説としては、真正不作為犯は拳動犯で、作為義務成立と同時に既遂に達するから未遂を考える余地はないとする見解(泉二新熊・日本刑法総論(第四〇版)(昭和二年)五二二頁、香川・前掲書(注10)三〇二頁、団藤・前掲書(注1)三五七頁、中森喜彦・刑法各論(第三版)(平成三年)七一頁、すべて継続犯ないし状態犯という性格を持つため未遂の観念を入れる余地はないという見解(西原春夫・犯罪実行為論(平成〇年)二二頁)あるいは、實際上未遂を認める余地がない(曾根威彦・刑法各論(第五版)(平成四年)八三頁)とする主張があるが、予備の段階とも見うるとする(大谷實・刑法講義各論(新版第四版補訂版)(平成七年)一四〇頁)考え方を考慮すると、仮に未遂を認めるとしても未遂犯としての当罰性は低いとする見解(前田雅英・刑法各論講義(第六版)(平成七年)一一六頁)が謙抑的で妥当と思われる。
- (15) 阿部・前掲書(注10)二〇三―二〇四頁、中山研一・新版概説刑法一(平成三年)一八二頁、堀内・前掲書(注14)二三四頁。なお、不真正不作為犯の実行の着手時期について、浦和地判昭四五・一〇・二二刑裁月報二・一〇・一一〇七は、自動車内に被害者を救助した後、心変わりして農道上に遺棄した事件について、被害者を車外に引きずり落とした時点で不作為による殺人罪の着手があるとしている。
- (16) 浅田・前掲書(注6)一五三頁は、具体的事例として、家屋の持ち主が消火せず出火したが、焼損に至る前に第三者が放水し、後者によって焼損に至った場合は因果関係の断絶(条件関係なし)であり、同じく、第三者が消火しようとして水をかけるつもりだったが灯油だったために即座に焼損に至った場合は、相当因果関係に欠けるであろう、という場合を挙げている。
- (17) 内藤・前掲書(注12)一二四―一二四九頁。
- (18) 浅田・前掲書(注6)一五三頁。
- (19) 木村・前掲書(注5)二〇〇頁は、結果回避可能性の問題は、単純な因果関係の問題ではないとし、内藤謙・刑法講義総論(上)(昭和五八年)一三三―一三四頁は、結果回避可能性なしし作為可能性は違法要素と解すべきであろうとする一方、結果回避可能性がある限度において作為義務違反もあると解するならば、結果回避可能性は作為義務に含まれると論じ、内田・前掲書(注12)一三八頁、曾根・前掲書(注13)二〇五頁は、結果回避可能性が欠ける場合は、(具体的作為義務が生じないために)不作為の違法性が否定されるとする。大谷・前掲書(注5)一三六頁は、結果回避可能性が欠ける場合は、不作為自体が不作為犯の実行行為になるわけではないので未遂にも当たらないとする。前田・前掲書(注4)九四頁もまた、不作為犯

の場合、作為犯の場合と異なり、もともと結果発生危険性の生じていることが前提となっており、結果防止可能性が前面に出ることとなるから、不作為犯の実行行為性は結果回避可能性と作為義務から成り立っているとす。西田・前掲書(注10)一一八頁も、客観的に結果回避可能性がない場合には未遂犯も成立しないという考え方をとるべきように思われるとする。結果回避可能性不存在の場合に、因果関係論による処理では、不作為犯の未遂犯は認めざるを得ないが、違法性や実行行為性を否定する立場からは未遂も認めないことから、後者の方が謙抑的性格の強い解決方法となっていることがわかる。

(20) 中山・前掲書(注15) 六九頁。

(21) 浅田・前掲書(注6)一六四頁は、判例【4】・【5】いずれも保護責任者遺棄罪(不保護罪)とすれば足りたものとする。確かにそう解すれば、例外の例外である不作為犯の未遂の成立を避け得る。

(22) 大塚・前掲書(注5)九九頁、香川・前掲書(注10)七一頁、板倉宏・刑法総論(平成一六年)七七頁等は、忘却犯は有意性が欠けるので行為ではないとされることが多いと指摘する。また、曾根・前掲書(注13)四九頁、福田・前掲書(注5)五七頁は、届出期間をすっかり失念してその期間に届出のを忘れたといった場合をあげる。実例としては、いわゆる「車庫とばし」に関する『自動車の保管場所の確保等に関する法律第一七条』等。なお、刑法中の真正不作為犯(二一八条の不保護罪、一三〇条後段の不退去罪、一〇七条の不解散罪)は、すべて故意犯であるから過失による不作為犯の問題は起きないこともちろんである。ちなみに、西原・前掲書(注14)七九頁は、不作為犯も過失犯も構成要件該当性に論理的に先行して違法性が確定されなければならないという犯罪論体系全体の破産を招くような例外であることを指摘する。

(23) 内藤・前掲書(注12)一五〇頁によると、行為を「意思に基づく身体の動静」と定義する伝統的な因果的行為論に立つと、忘却犯の場合、「意思に基づく」という意思要素が存在しないから、それは行為とはいえないのではないかという疑問が生じたが、これに対して忘却犯にも「結果の発生についての意欲の可能性」があり、意欲そのものが存在する場合の外、意欲の可能性が存在する場合も、「意思に基づく」といえるので、忘却犯は行為であるとの説明がなされる(瀧川幸辰・犯罪論序説改訂版(昭和三二年)三四一三六頁)ものの、その場合の意欲(意思)の可能性が、行為者自身の主観的可能性ではなく、一般人からみた客観的可能性と解されるならば現実の意思要素は存在しないこととなるので、伝統的な因果的行為論から離れてしまふとされる。

(24) 日高義博・不真正不作為犯の理論(昭和五四年)六七頁。内田・前掲書(注12)一三二頁は、忘却犯についてはかつて意思と行為のない「例外的犯罪」という理解が行われたことがあったことを指摘し、また金澤文雄「不真正不作為犯の問題性」佐伯千博博士還暦祝賀『犯罪と刑罰(上)』(昭和四三年)一三三頁は、忘却犯は、本来命令規範違反としての不作為ではなく注

意義義務違反としての過失犯の一態様であつて不真正不作為犯とは別に考えるべきであり、不真正不作為犯は罪刑法定主義に反するから立法的解決にまつべきであると論じ、中山・前掲書(注2)一四三頁は、この主張を注目すべきであると評し、淺田・前掲書(注6)二〇一頁も、忘却による不作為が有意であるとするには無理があり、忘却犯も行為であることを認めたくて過失犯として処罰すべきかどうかを検討すべきだとしている。なお、目的的行為論の論者に関しては、福田・前掲書(注5)六〇一―六二頁が、不作為犯の行為性は否定しているのに過失犯を行為と認め、他方、木村・前掲書(注5)一六七―一六八頁は、過失犯も不作為犯も行為であるとし、逆に平場安治・刑法総論講義(昭和二十七年)四三頁においては、いずれも行為ではないが行為でないものをも処罰しうるとされている。

(25) 一一六条(失火罪)、一一七条二項(過失激発物破壊罪)、一一七条の二(業務上・重過失失火罪、業務上・重過失激発物破壊罪)、一二二条(過失建造物等浸害罪)、一二九条(過失往來危険罪、業務上過失往來危険罪)、二〇九条(過失傷害罪)、二〇一条(過失致死罪)、二二二条(業務上・重過失致死傷罪)はいずれも結果犯である。このほか、行政取締法規には、道路交通法等、多くの過失犯処罰規定がある。なお、過失の挙動犯としては関税法一一六条の罪(重過失により無許可で外国船を不開港に出入させる行為)をあげることがある(大塚・前掲書(注5)一六九頁)ものの、まさに例外的規定である(前田・前掲書(注4)二〇四頁)。二〇世紀初頭までの過失犯論においては、結果を志向する意思ではなく、意思の緊張を欠くという瑕疵ある意思に基づく一般的注意義務違反による結果の発生が問題とされ、結果の具体的予見性の程度に関わらず結果の重さに従つて処罰されたと指摘される(松宮・前掲書(注2)二四―二五頁)。

(26) 山口・前掲書(注2)二八〇頁等。現行刑法上の未遂犯は以下の通り。すなわち、内乱未遂罪(七七条二項)、外患に関する罪の未遂罪(八七条)、逃走の罪の未遂罪(二〇二条)、放火の罪の未遂罪(二四一条)、通貨偽造の罪の未遂罪(二五一条)、公条、住居を侵す罪の未遂罪(二二三条)、あへん煙に関する罪の未遂罪(二五八条二項)、偽造私文書等行使未遂罪(二六一一条)、不正証書原本不実記載等未遂罪(二五七条三項)、偽造公文書行使等未遂罪(二五八条二項)、偽造私文書等行使未遂罪(二六一一条二項)、電磁的記録不正作出及び供用未遂罪(二六一一条の二第四項)、偽造有価証券行使等未遂罪(二六三條二項)、支払い用カード電磁的記録不正作出等未遂罪・支払い用カード電磁的記録不正作出準備未遂罪(二六三條の五)、印章偽造の罪の未遂罪(二六八条)、不正指令電磁的記録作成等未遂罪(二六八条の二第三項)、強姦等未遂罪(一七九条)、殺人等未遂罪(二〇三条)、強要未遂罪(二二三條三項)、略取、誘拐および人身売買の罪の未遂罪(二二八条)、窃盜未遂罪・強盜未遂罪(二二〇三条)、強盜致死傷未遂罪等(二四三條)、詐欺未遂罪・背任未遂罪・恐喝未遂罪(二五〇条)であり、重要な犯罪に限定して未遂が処罰され、軽微な犯罪では未遂の処罰規定はない(阿部・前掲書(注10)二〇二頁、松宮孝明・刑法総論講義(第四版)(平

成二一年)一三〇頁。

(27) 内田・前掲書(注12)二六四頁。なお、団藤・前掲書(注1)三五七―三五八頁は、刑法二四〇条・二四三条のように、未遂処罰規定のある構成要件が故意犯と過失犯ないし結果的加重犯とを併せて規定しているような場合に、未遂処罰が故意犯に限定されるかどうかについて解釈上の実益があるであろうと指摘している。たとえば、小野清一郎・新訂刑法講義各論(昭和二年)二四四頁は、強盜致死罪において強取が未遂に終わった場合、強盜致死罪の未遂とするが、通説は強盜致死罪の既遂としており、結果的加重犯の未遂に関しては、丸山雅夫・結果的加重犯論(平成二年)二九一頁以下が詳しい。

(28) 大塚・前掲書(注5)二五四頁、大谷・前掲書(注5)三七〇頁、川端・前掲書(注5)四八七頁、木村・前掲書(注5)三四二頁、佐伯・前掲書(注10)三七〇頁、平野・前掲書(注10)三〇八―三〇九頁、福田・前掲書(注5)二三〇頁、堀内・前掲書(注14)二三四頁、山中・前掲書(注9)七五四頁、団藤・前掲書(注1)三五七―三五八頁は、失火罪に関して「媒介物が燃えただけで目的物の焼燬の結果を生じる前に消し止められた場合」を例示している。ただし、植松・前掲書(注5)三一八頁、香川・前掲書(注10)三〇四頁は、結果が発生しなければ刑法上意味を持たず、実行行為も特定されないと、過失犯の未遂を理論的に否定している。さらに、過失結果犯の未遂は不可罰だとしても、過失拳動犯としての未遂は妨げられない(軽犯罪法一条九号)とする見解(中山・前掲書(注2)四〇七頁)もあることに注意しなくてはならない。また、過失行為と発生した結果との間の因果関係を欠く場合も、過失犯の未遂であるが、判例としては、被告人の過失行為と被害者の死亡結果との間の(相当)因果関係を否定した結果、起訴にかかる業務上過失致死罪が否定され業務上過失傷害罪にとどまるとされたいわゆる米兵ひき逃げ事件(最決昭四二・一〇・二四刑集二一・八・一一一六)がある。

(29) 前田雅英・刑法総論講義(第五版)(平成三年)二八八―二八九頁。

(30) 莊子・前掲書(注5)四二二頁、山口・前掲書(注2)二八〇頁。井田良「不能犯」ケーススタディ刑法(第三版)(平成三年)二六五頁は、理論的には過失未遂を考へることは不可能ではないが、實際上その限界を明らかにすることは困難としている。これに対して、香川・前掲書(注10)二九五頁は、過失犯の場合、構成要件による個別化の機能を取得することなしに、その実行行為を論議すること自体が本来的にみて無意味であり、過失犯の個別化機能は事前に予知できないから、過失犯の未遂は理論的にも排除されると論じている。思うに、危険な企業活動、近代的交通手段の稼働、医療行為、スポーツ行為、危険な実験など、いわゆる「許された危険」の対象とされる行為等の中には、相應の注意義務を尽くさない過失行為が存在するのに、幸運にも危険が現実化せず死傷結果が発生していない場合が多々ある(たぶん過失未遂規定があればそれに該当するような)ことが想像されるが、ヴェルツェルが主張したように「もしすべての法益侵害・危険を違法なものとして禁じてしまった

ら、社会生活は即座に制止せざるを得ず、単に観察することのみが許された博物館の如き世界が残る」ことから、一般的に過失未遂を違法行為として処罰することは困難（前田雅英「許された危険」現代刑法講座第三卷（昭和五四年）二五―四八頁）なので、国家は刑罰ではなく行政指導的な形でしか干渉せざるを得ないのだから、それ自体はまさに謙抑主義の発現である。

(31)

大塚・前掲書（注5）三二三頁、鈴木・前掲書（注4）二四五頁、内藤・前掲書（注12）一三九〇頁、大野平吉・共犯の従属性と独立性（昭和三九年）一六八頁。大塚・前掲書三二三頁は、教唆とは他人に特定の犯罪を實行させる決意を生じさせることであると解するとき、過失による教唆を考えることは困難であり行為共同説に従う立場は、現行刑法の予想するところに反するとともに、教唆の本来の觀念をも逸脱するものといわなければならない、と述べる（不可罰説。香川・前掲書（注10）三九〇頁も、教唆とは、特定の犯罪の教唆なのに、過失による教唆にはその特定性を期待しえないとして不可罰説をとる。他に同旨として、福田・前掲書（注5）二八一頁。団藤・前掲書（注1）四〇五頁は、昭和二年の刑法予備草案二六条においては「故意に人を教唆して罪を犯さしめたる者」と明記して、過失による教唆が否定されていたことを指摘している。なお、松生光正「過失による共犯（一）（二）完」法学論叢一七卷一四四頁以下、五号二七頁以下（昭和六〇年）。

(32)

阿部・前掲書（注10）二四五頁、佐伯・前掲書（注10）三五四頁。木村・前掲書（注5）二〇〇頁は、刑法六一条には教唆が故意によつてなされることを要するとする限定がないとする。なお、木村亀二「犯罪論の新構造（下）」（昭和四三年）三二六頁は、過失による教唆犯の処罰は、教唆者が正犯であったならば適用されるであろう刑、すなわち過失犯が処罰されるときは、その過失犯の刑をもつて処罰されると解している。内田・前掲書（注12）は、過失そのもの、あるいは結果への因果関係による「しぼり」は可能だから、「過失による教唆」を考えることによる「処罰の不当な拡がり」を懸念する必要はないとしているが、そもそも例外的規定（刑法三八条一項但書）である「過失犯」と刑罰拡張原因と解される（通説）「教唆犯」が結び付いた「過失による教唆」は「処罰の不当な拡がり」ではないのだろうか（山中・前掲書（注9）八九四頁）。他に川端・前掲書（注5）五六七頁は、危険性が微弱だとし、莊子・前掲書（注5）四七九頁は、過失教唆犯の処罰規定を欠く現行法上、過失による教唆を認めて処罰範囲を拡大すべきではないとし、内藤・前掲書（注12）一三九〇頁は、処罰範囲をあまりに拡大することになると論じ、中山・前掲書（注2）四六九頁においても、過失の正犯としても不可罰とされるのであれば、教唆犯を認めることによる処罰の拡大には疑問がのこるといふべき、とされ、西田・前掲書（注10）三八三頁も「過剰な刑事的コントロール」とし、判例において過失による教唆を認めたものはないという事実を指摘している。

(33)

大谷・前掲書（注5）四三六頁、斎藤信治・刑法総論（第六版）（平成二〇年）二七一頁（過失教唆犯を過失正犯とみる）、莊子・前掲書（注5）四七九頁、曾根・前掲書（注13）二六一頁、団藤・前掲書（注1）四〇三頁、西原・前掲書（注10）四〇

一頁。行為共同説から同旨なのが、平野・前掲書(注10)三九三頁、堀内・前掲書(注14)二九九頁、前田・前掲書(注4)三七二頁等。

(34) 大塚・前掲書(注5)三二三頁、香川・前掲書(注10)三九八―三九九頁、川端・前掲書(注5)五六七頁、曾根・前掲書(注13)二六四頁、団藤・前掲書(注1)四一三頁等。

(35) 大谷・前掲書(注5)四三六頁、平野・前掲書(注10)三九三頁、福田・前掲書(注5)二八五頁、前田・前掲書(注4)三八〇頁、山口・前掲書(注2)三八一頁等。

(36) 阿部・前掲書(注10)二四五頁(行為共同説)、二四九頁、内田・前掲書(注12)三二〇頁。

(37) 内藤・前掲書(注12)一三九〇頁、中山・前掲書(注2)四六九頁、四七九頁、西田・前掲書(注10)三八三頁、堀内・前掲書(注14)二九九頁等。山中・前掲書(注9)九一七頁は、理論的に必ずしも故意が要求されるわけではないが、拡張された構成要件である「従犯」が過失で行われた場合につき処罰するためには、明示の規定が必要であるにもかかわらずそれがないからである、とする。

(38) 現行刑法上の予備罪・陰謀罪は、それぞれ以下の九種・二種である。すなわち、刑法七八条(内乱予備罪・内乱陰謀罪)内乱の予備又は陰謀をした者は(一)、刑法八八条(外患誘致等予備罪・外患誘致等陰謀罪)第八条又は第八二条の罪の予備又は陰謀をした者は(二)、刑法九三条(私戦予備罪・私戦陰謀罪)外国に対して私的に戦闘行為をする目的で、その予備又は陰謀をした者は(三)、刑法一三三条(放火予備罪)第一〇八条又は第一〇九条一項の罪を犯す目的で、その予備をした者は(四)、刑法一五三条(通貨偽造準備罪)貨幣、紙幣又は銀行券の偽造又は変造の用に供する目的で、器械又は原料を準備した者は(五)、刑法一六三条の四第三項(支払用カード電磁的記録不正作出準備罪)第一項の目的で、器械又は原料を準備した者は(六)、刑法二〇一条(殺人予備罪)第一九九条の罪を犯す目的で、その予備をした者は(七)、刑法二二八条の三(身代金目的略取等予備罪)第二二五条の二第一項の罪を犯す目的で、その予備をした者は(八)、刑法二三七条(強盗予備罪)強盗の罪を犯す目的で、その予備をした者は(九)である(傍線筆者)。

(39) 齊藤誠二・予備罪の研究(昭和四六年)二七四頁、莊子・前掲書(注5)四一六頁。なお以下の論述では、予備罪の議論は陰謀罪(刑法七八条、八八条、九三条)にもほぼ当てはまるであろうから陰謀罪についての検討は省くこととする。なお予備と陰謀の関係については、板倉宏「陰謀概念の検討」福田平・大塚仁博士古稀祝賀(上)(平成五年)四〇九頁以下参照。

(40) 阿部・前掲書(注10)二四五頁、内田・前掲書(注12)三〇九頁、木村・前掲書(注5)四一二頁、佐伯・前掲書(注10)三五五頁(故意による場合のみならず過失による過失犯への教唆も教唆犯とする)、鈴木・前掲書(注4)二四六頁(教唆によ

- る故意は厳格な意味での故意であることを要しないからである)、内藤・前掲書(注12)一三九〇頁、中・前掲書(注3)二五五頁、中山・前掲書(注2)四七〇頁(教唆概念の緩和は、間接正犯の問題性を避けるための論理的帰結であって、特段の弊害をとまなうわけではない限り、許容されてよいように思われる)、松宮・前掲書(注26)二八六頁(駐車禁止区域であることを知らない者に駐車教唆をする場合、駐車違反の罪は自手犯なので間接正犯も成立しない事例を例示する)。ちなみに、ドイツ刑法二六条は、故意行為への故意的教唆のみを、同二七条は、故意行為の故意的幫助のみを処罰対象としている。
- (41) 大塚・前掲書(注5)三二五頁、大谷・前掲書(注5)四三六―四三七頁、香川・前掲書(注10)三九一頁、川端・前掲書(注5)五七六―五七七頁、莊子・前掲書(注5)四七九頁、曾根・前掲書(注13)一三三七頁、団藤・前掲書(注1)四〇三頁、四〇五頁、西田・前掲書(注10)三三〇頁、西原・前掲書(注10)四〇一頁、平野・前掲書(注10)三六〇頁、福田・前掲書(注5)二八一頁、前田・前掲書(注4)三七二頁、東京高判昭二六・一一・七判特二五・三二。
- (42) 中山研一・大塚刑法学の検討(昭和六〇年)三五六頁は、限縮的正犯概念から出発する限り、正犯という名称をもっている間接正犯よりも直接正犯の例外である教唆犯の方が原則だと主張する。これに対して、井田良・犯罪論の現在と目的的行為論(平成七年)一八〇頁は、教唆犯肯定論は限縮的正犯概念にこだわって、刑法六一条一項の解釈の範囲を超え、かえって無限定な拡張的共犯論に至らざるを得ないという旨の批判を行う。莊子・前掲書(注5)四七九頁は、過失犯の教唆犯を認めることは可能であるが、現行法上は、「犯罪を実行」という規定(刑法六一条)を厳格に解し、処罰拡張を制限するという趣旨に基づき、教唆行為により故意犯を実行させた場合に限定し、過失犯に対する教唆行為を否定すべきである、とする。実定法上の具体例であるが、軽犯罪法一条九号ないし一一号は「相当な注意をしないで」という文言が用いられ、過失犯処罰規定と解されるが、これらの行為を教唆・幫助しても、刑法六四条により処罰されず、その限りで過失犯に対する教唆・幫助の不可罰が明文化されている、といえよう。
- (43) 浅田・前掲書(注6)四三三頁、阿部・前掲書(注10)二四九頁、中・前掲書(注4)二五七頁。なお、かつてのドイツ刑法四九条は、過失によって成立する違警罪に対する幫助を処罰しなかったが、わが現行刑法六四条と同様に本来軽い罪に対する共犯だからである(佐伯千仞・共犯理論の源流(昭和六二年)八九九〇頁、伊達秋雄・ポケット注釈全書(第三版)(昭和五年)二〇六頁)。
- (44) 浅田・前掲書(注6)四三九頁、大塚・前掲書(注5)三一五頁、大谷・前掲書(注5)四四四頁、川端・前掲書(注5)五七八―五七九頁。
- (45) 植松・前掲書(注5)三八〇頁、香川・前掲書(注10)三九八―三九九頁、莊子・前掲書(注5)四八〇頁、曾根・前掲書(注

- 13) 二六四頁、団藤・前掲書(注1)四二三頁、四〇五頁、中山・前掲書(注2)四七九頁、西田・前掲書(注10)三八三頁、平野・前掲書(注10)三六〇―三六一頁、福田・前掲書(注5)二八一頁、前田・前掲書(注4)三八〇頁、山中・前掲書(注9)九一九頁。
- (46) 川端・前掲書(注5)二八頁、斎藤・前掲書(注33)二二六二頁。
- (47) 内田・前掲書(注12)三一〇頁によれば、作為と不作為がその構造を異にしようとも、そのことだけで正犯と共犯の關係に特殊な原理が働き、共犯が正犯とされてしまうことにはなりません、保証人的地位にある者に対する不作為への教唆・幫助は、教唆者・幫助者が保証人であるかどうかを問わず(少なくとも刑法六五一条一項により)不作為犯への教唆犯・幫助犯を成立させるのである。山中・前掲書(注9)八九一頁は、作為の正犯となる場合と不作為犯に対する教唆犯になる場合を分けて論じる。
- (48) 植松・前掲書(注5)三八〇頁、大塚・前掲書(注5)三一五頁、大谷・前掲書(注5)四三七頁、香川・前掲書(注10)四一四頁、中山・前掲書(注2)五一二頁、平野・前掲書(注10)三九六頁。
- (49) 内藤・前掲書(注12)一四四二頁。他に、植田・前掲書(注6)二〇五頁。
- (50) 大塚・前掲書(注5)三三三頁、大谷・前掲書(注5)四四四頁、香川・前掲書(注10)四一四頁、神山・前掲書(注5)五九八頁以下、平野・前掲書(注10)三九六頁、福田・前掲書(注5)三〇〇頁。中山・前掲書(注2)五一二頁は、問題は正犯が保障人的地位をもつ者に限られるから、作為義務のない関与者の可罰性を基礎づけるため不作為犯を構成的身分犯とし、六五一条一項の適用を認めるべきかどうかであるとされ積極説と消極説がある事実を指摘している。また、内藤・前掲書(注12)一四四二頁、山口・前掲書(注2)三八九頁は、不作為犯に対する共犯は、不作為犯が保障人的地位にある者のみが主体となる違法身分犯であり、身分を欠く者も保障人的地位を有する正犯を介して法益侵害を惹起しうるから肯定し得るとする。
- (51) 川端・前掲書(注5)二八―二九頁、山中・前掲書(注9)九一八頁。なお、吉田敏雄「名古屋中郵便事件」小暮得雄(他)『教材刑法判例(第二版)』(平成七年)七六頁は、いわゆる名古屋中郵便事件(最判昭五二・五・四刑集三一・三・一八二)において、公労法一七条一項違反の争議行為が郵便法七九条一項の犯罪構成要件に該当し、その内容が労務不提供のような不作為であるにもかかわらず、同罪の幫助者が処罰されるのに対して、作為の單純参加者が処罰されない根拠を問題としている。
- (52) 大野・前掲書(注31)一七二頁。アジャン・プロヴォカトゥール(agent provocateur)とは、フランス語で「犯罪挑発的作業員」という意味で、他人を犯罪に陥れることを職業とする警察の手先を意味する(浅田・前掲書(注6)四三五頁、大塚・前掲書(注5)三二二頁、大谷・前掲書(注5)四三五頁、川端・前掲書(注5)五六六頁等)。教唆の未遂の可罰性については、

現在では共犯の処罰根拠論との関係で、浅田・前掲書(注6)四三六―四三八頁において要約されているところを参照すると、責任共犯論からは未遂の教唆は、正犯が未遂に達した以上、構成要件に該当する違法・有責な行為であり、正犯を罪責と刑罰に陥れる点に予見があるので可罰的とされ(莊子邦雄・刑法総論(昭和四四年)七二七頁)、行為無価値型の不法共犯論では、教唆は正犯をして構成要件に該当する違法な行為を実行に至らしめることだとされ、正犯の結果ではなく実行との関係で教唆を捉える立場から教唆の故意は正犯が実行行為に出ることまでを予見していれば足りるから、可罰説が導かれる(大塚・前掲書(注5)三二〇―三二二頁)。他方、結果発生の危険を発生させたことが未遂犯の結果であり、教唆者はそれを認識していたのであるから可罰的だとするのが修正惹起説である(平野・前掲書(注10)三五〇頁)が、正犯が可罰未遂に達していても教唆者の認識如何によつてはその行為に危険が認められず、その限度で違法性が相対化するとする修正惹起説の異説もある(大越義久・共犯の処罰根拠(昭和五六年)一五〇頁)。また、共犯は正犯の実現した結果をともし惹起したために処罰されるのであるから、教唆犯にも結果発生ของ意思が必要であるとして、未遂の教唆は不可罰とするのが混合惹起説の立場であり(山口・前掲書(注2)三二四、三三四―三三五頁等)、共犯は共犯という方法で結果を惹起するものであるから、教唆の故意は、結果発生の予見を含んでいなくてはならず、未遂の教唆は教唆の故意を欠くことから不可罰という結論が導かれるとするのが純粹惹起説(申・前掲書(注3)二五六頁、中山・前掲書(注2)四七三頁等)の立場である。

(53) 大判大三・七・二四刑録二〇・一五四六等。

(54) 植松・前掲書(注5)三四〇頁、大越義久・刑法総論(第四版)(平成一九年)二二〇―二二二頁、木村・前掲書(注5)四一五頁、曾根・前掲書(注13)二六一頁、内藤・前掲書(注12)一三八―一三八九頁、西田・前掲書(注10)三三九頁、平場・前掲書(注24)一六一頁、福田・前掲書(注5)二八一頁、山中・前掲書(注9)八九四頁、前田・前掲書(注4)三七五頁によると、共犯独立性説では、教唆行為自体を実行行為と解するので、教唆の故意には基本的構成要件の結果の発生の認識が必要とされた(大野・前掲書(注31)一七三―一七四頁は、故意を欠くので教唆犯の構成要件該当性を欠くとする)。

(55) 内田・前掲書(注12)三二六頁、大塚・前掲書(注5)三二二頁、香川・前掲書(注10)三八四頁、平野・前掲書(注10)三五〇頁(惹起説だが実行行為の危険を結果とみるので教唆の故意が肯定される)、藤木英雄・刑法講義総論(昭和五〇年)二九八頁。従来は、団藤・前掲書(注1)四〇七頁のように、共犯従属性説の立場から、教唆行為は実行行為ではなく、実行行為を生ぜしめる行為であるから教唆の故意は正犯のような結果の認識ではなく、実行行為を生ぜしめることの認識で足りるとされたため、未遂の教唆は故意を有することとなり可罰的とされた。しかし、現在は大谷・前掲書(注5)四三四頁によれば、刑法は人に構成要件に該当する行為をさせて法益侵害・危険を生じさせることを禁止していると解すべきだから、教唆の

故意は正犯が実行行為をなすであろうという認識があれば足り、したがって未遂の教唆は可罰的だとする（未遂罪の教唆犯となる）。

(56) もちろん、未遂の教唆を肯定して可罰的とする説によったとしても、おとり捜査に社会的相当性が認められる場合には違法性が阻却されるのは当然である（大谷・前掲書（注5）四三三五頁）。ちなみに、おとり捜査で教唆された結果、犯罪遂行を決心するに至ったというだけでは、その者の刑事責任を否定する根拠になりえない（最決昭二八・三・五刑集七・三二・四八二）。

(57) 藤木・前掲書（注55）二九八頁。

(58) 木村・前掲書（注5）四三三頁、平場・前掲書（注24）一六四頁、福田・前掲書（注5）二八四頁。

(59) 内田・前掲書（注12）三二六頁、大塚・前掲書（注5）三二九頁、大谷・前掲書（注5）四四二頁、川端・前掲書（注5）五七五頁。

(60) 前田・前掲書（注29）五一〇頁。

(61) 曾根・前掲書（注13）二六一頁。大野・前掲書（注31）一八一頁は、教唆に関する刑法六一条一項と未遂に関する刑法四三三條・四四條の適用の結果として未遂が罰せられる場合には罰せられることになるので、特に問題がないとする。

浅田和茂「未遂の教唆」レヴィジョン刑法一（平成九年）八三頁によると、一般には、正犯の犯行を最初から未遂に終わらせる意図で教唆する場合が「未遂の教唆」であり、「教唆の未遂」の方は、教唆したが正犯に犯意が生じなかったか、正犯に犯意は生じたが実行の着手に至らなかった場合、そして教唆したが正犯が未遂に終わった場合を指すともいえるとしたうえで、犯罪共同説からは教唆についても正犯が基準となり、未遂の教唆には、共犯の実行従属性の観点から不可罰となる「教唆の未遂」と、教唆という方法で犯罪を行いそれが未遂に終わった「教唆の未遂」という二種類があり、行為共同説からは、教唆の未遂には、教唆者は教唆という方法で犯罪を行い、正犯の未遂が教唆の未遂になるという意味で可罰的な教唆未遂（たとえば、殺人教唆未遂）と実行従属性を欠く不可罰的な教唆の未遂の二種類があるということになる。これに対して、西田・前掲書（注10）三三九頁などは、未遂の教唆が、可罰的か不可罰なものかの基準を、共犯の処罰根拠との関連で教唆の故意の存否に関わらせている。

(62) 前田・前掲書（注29）四五二頁。亀井・前掲書（注13）二二二三頁によれば、司法統計年報に依拠するとき、教唆の成立が認められる割合の高いのは、犯人藏匿および証拠隠滅の罪、偽証の罪であり、幫助が認められる割合が高いのは、賭博及び富くじに関する罪、通貨偽造の罪であり、「各論的な特殊事情から」いずれも特定のものに偏っているとされる。

(63) 平野・前掲書（注10）三五〇頁。

- (64) 大谷・前掲書(注5)四三九頁、川端・前掲書(注5)五七〇頁。
- (65) 大判大七・一一・七刑録二〇・二〇四六。なお、刑法二〇二条の自殺教唆・自殺幫助に対する教唆・幫助の可罰性は、自殺教唆・自殺幫助という名の「正犯」への教唆、幫助という観点からばかりでなく、間接教唆・間接幫助という観点から理由づけられることも可能であろう(内田文昭・刑法各論〔第三版〕(平成八年)一三三頁)、とも指摘される。
- (66) 大判大一一・三・一刑集一・二九九。
- (67) 内田・前掲書(注12)三二六頁、大谷・前掲書(注5)四四〇頁、木村・前掲書(注5)四一八頁、莊子・前掲書(注5)四七九頁、内藤・前掲書(注12)一三九四頁、西田・前掲書(注10)三八八頁、平野・前掲書(注10)三五二頁、藤木・前掲書(注55)三〇〇頁、前田・前掲書(注4)三三三頁、山口・前掲書(注2)三三五頁、山中・前掲書(注9)八九八頁。
- (68) 植松・前掲書(注5)三七九頁、大塚・前掲書(注5)三七七頁、香川・前掲書(注10)三九六頁、川端・前掲書(注5)五七一頁、浅田・前掲書(注1)四二〇頁、曾根・前掲書(注13)二二六頁、福田・前掲書(注5)二八四頁。
- (69) 中山・前掲書(注2)五一頁。
- (70) 大塚・前掲書(注5)三二七―三二八頁、大谷・前掲書(注5)四四〇頁、川端・前掲書(注5)五七一頁。
- (71) 大判大七・一二・一六刑録二四・一五二九。他にXが、Yが賭博をしているときに見張りをするようにZを教唆して、Yの賭博中Zにその見張りをさせたという判例がある(大判大七・六・一七刑録二四・八四四)。また、間接正犯に関するいわゆる「身分なき故意ある道具の利用」の問題において、行為共同説の立場から、身分ある利用者を教唆犯、身分なき被教唆者を幫助犯とする解釈(大野・前掲書(注31)一五九頁)をとれば、「幫助の教唆」となり正犯なき犯罪を認めることになってしまふとする批判がある(平野・前掲書(注10)三〇〇頁)のは周知の通りであるが、まさしくこれは教唆の対象となる従犯が正犯に從属していない場合だから、ここでいう一般的な「幫助の教唆」の問題ではなく、正犯処罰の原則からすれば完全に例外処罰の重畳現象の場面であるというべきである。
- (72) 植松・前掲書(注5)三八四頁、香川・前掲書(注10)四〇二頁。
- (73) 大塚・前掲書(注5)三三八頁、川端・前掲書(注5)五八二頁、吉川経夫・三訂刑法総論〔補訂版〕(平成八年)二八五頁、団藤・前掲書(注1)四一六頁、曾根・前掲書(注13)二六四頁、福田・前掲書(注5)二八七頁、山口・前掲書(注2)三三三頁、山中・前掲書(注9)八九八頁。
- (74) 大谷・前掲書(注5)四四八頁、西田・前掲書(注10)三八八頁、前田・前掲書(注4)三八一頁、大判昭一一・三・一〇刑

集一六・二九九は、間接教唆の幫助を肯定している。

- (76) 浅田・前掲書(注6)四三八頁、香川・前掲書(注10)四〇二頁、中山・前掲書(注2)五一〇―五一二頁、藤木・前掲書(注55)三〇二頁、板倉宏・刑法総論(平成一六年)三二二頁、佐久間修・刑法総論(平成二二年)三九三頁は、明文の根拠がないのに処罰をするというのでは罪刑法定主義にそぐわないとする。中山・前掲書(注15)二五〇頁は、幫助は重さが順次半減してゆくと説く。

- (77) 板倉・前掲書(注76)三二二頁、大谷・前掲書(注5)四四七―四四八頁。他に、木村・前掲書(注5)四二四頁、莊子・前掲書(注5)四八六頁、内藤・前掲書(注12)一四〇〇頁、林幹人・刑法総論(第二版)(平成二〇年)三七五―三七六頁、平野・前掲書(注10)三五二頁、山口・前掲書(注2)三三六―三三七頁、山中・前掲書(注9)九三〇頁。

- (78) 前田・前掲書(注4)三八一頁。

- (79) 最決昭四四・七・一七刑集三三・八・一〇六一。

- (80) 浅田・前掲書(注6)四三八頁、植松・前掲書(注5)三八四頁、大塚・前掲書(注5)三二七頁、香川・前掲書(注10)四〇二頁、川端・前掲書(注5)五八一頁、吉川・前掲書(注74)二八五頁、佐久間・前掲書(注76)三九三頁、曾根・前掲書(注13)二六四頁、団藤・前掲書(注1)四一五頁、福田・前掲書(注5)二八七頁。他に、内田・前掲書(注65)四二七頁以下では、たとえば騒乱罪のように役割に応じた刑の個別化の予定されている集団犯の場合、すでに幫助的形態を包含している主体(たとえば不和随行者)について、あらかじめそれに対する幫助を問題にする必要はないであろうとする。

- (81) 佐伯・前掲書(注10)三六四頁、中山・前掲書(注2)五一二頁、西原・前掲書(注10)四〇四頁。なお、内田・前掲書(注12)三一四頁以下では、犯罪成立を限定的にとらえようとする見地からすると、間接幫助・再間接教唆の可罰性を否定するのが正しい態度ではないかという疑問があるが、共犯行為と正犯行為の因果関係が確認されるかという問題、すなわち間接的の益侵害が確認されるかどうか重要なことから、これらの場合の可罰性を画一的に否定することはできないと解すべきであろう、とする。

- (82) 大谷・前掲書(注5)四三九頁、川端・前掲書(注5)五八一頁、木村・前掲書(注5)四一八頁。教唆の中止未遂に関して、正犯が犯罪の実行に着手した後においてのみ中止犯の問題が生じ(共犯の従属性)、教唆者が正犯者のその後の実行を阻止し、または結果の発生を防止したときに中止犯となり、正犯者が自己の意思により中止したときは、正犯にとっては中止犯であるが、教唆者については障害未遂の教唆犯となる(曾根・前掲書(注13)二七六頁)。他に、香川達夫・中止未遂の法的性格(昭和三八年)一九四―二〇〇頁。

- (83) 浅田・前掲書(注6)四〇九頁、大塚・前掲書(注5)二八四頁、曾根・前掲書(注13)二四八頁、内藤・前掲書(注12)一三四五―一三四六頁。たとえば、殺人教唆未遂には、殺人未遂を罰する規定が適用されるわけであるが、これでは罪刑法定主義に反するとして、今日では、共犯の独立処罰を主張する論者はほとんど姿を消すに至っている(団藤・前掲書(注1)三七七頁、中山・前掲書(注2)四七二頁)ものの、刑法改正予備草案(昭和二年)二七条は、共犯独立性論に基づき教唆の未遂を可罰的なものとするとともに、その刑について(教唆と未遂の点について)二重の減輕を認めることによつて、共犯従属性説との妥協を考えていたといわれるが、教唆の未遂を可罰的なものとする規定は、刑法假案(昭和十五年)には存在しない(大野・前掲書(注31)一二六頁)。なお、共犯独立性説からの議論として、牧野英一・刑法研究九卷(大正八年)一九七頁以下、木村竜二「教唆の未遂」法学一〇号(昭和十七年)一頁以下。
- (84) 西田・前掲書(注10)三八七頁。平野・前掲書(注10)三四九頁は、教唆を独立に処罰することは、過度の倫理主義あるいは社会防衛的関心の結果といえるとする。なお、内田・前掲書(注12)三〇三頁、団藤・前掲書(注1)三七七頁は、教唆・幫助行為と実行行為とを同一視することは罪刑法定主義に反するとする。ただ、香川・前掲書(注10)三九七頁は、未遂犯は各本条に処罰規定がある場合に限つて処罰が可能だが、教唆犯にはそうした制限がないので各犯罪について教唆犯の処罰が可能だとする。また、佐伯・前掲書(注10)三四〇頁は、「いろいろの特別法をみても、教唆未遂が罰せられる場合は少なくとも、それらの場合にも必ずその趣旨の明文を設けてこれを特別罪とし、しかもそれに対する法定刑は教唆される犯罪の未遂に對する刑罰よりもずっと軽く定められているのが通例である。・・(そうすると)刑法四三条の未遂罪のなかには教唆又は幫助の未遂は含まれない」とし、この主張は共犯従属性理論を採る者によつて一般に承認されているといわれるが(植田重正・共犯の基本問題(昭和二七年)一八五―一八七頁)、山口・前掲書(注2)三二九頁は、問題は実行従属性として理解可能であるが、本来的には処罰根拠論の現れだとする。なお、教唆の未遂、幫助の未遂の実質は、予備行為とする見解もある(齋藤・前掲書(注39)五五四頁)。また、佐伯(志)「教唆の未遂」刑法基本講座四卷(平成四年)二〇七頁以下。ちなみに、ドイツ刑法三〇条一項は、重罪への教唆未遂を処罰しているが、幫助の未遂は不処罰とされている。
- (85) 浅田・前掲書(注6)四〇九頁、大塚・前掲書(注5)三四六頁、大谷・前掲書(注5)四六七頁、内藤・前掲書(注12)一三四五―一三四六頁。団藤・前掲書(注1)四一五頁においては、幫助の未遂を罰する立法例が紹介されている。
- (86) 団藤・前掲書(注1)三七六―三七七頁。
- (87) 内田・前掲書(注12)三〇二頁は、団藤説のいう独立性説は、擴張的正犯概念を前提とするものであることを指摘しつつ、独立性説も一理あるが「共犯の未遂」が異常に拡がり、処罰の不当な拡大を招来する点で採ることはできないとする。なお、

幫助の中止未遂に関しては、正犯が犯罪の実行に着手した後においてのみ中止犯の問題が生じ（共犯の従属性）、幫助者が正犯者のその後の実行を阻止し、または結果の発生を防止したときに中止犯となり、正犯者が自己の意思により中止したときは、正犯にとつては中止犯であるが、幫助者については障害未遂の幫助犯となる（曾根・前掲書〔注13〕二七六頁）。他に、香川・前掲書〔注82〕一九四―二〇〇頁等。

(88) 浅田・前掲書〔注6〕二五一頁は、不真正不作為犯の処罰は類推を認めている疑いを認めつつも、現行法の解釈としては一定の範囲で例外的に不真正不作為犯の処罰を認めざるを得ないとする。そして、不作為による殺人については、不作為形態の殺人は刑法二一八条後段を限度として処罰する趣旨であり、一九九条には不作為形態の殺人は含まれないと解すべきと論じている。また、本件のような不作為による放火については、そのまま放置すれば建造物の出火・焼損に至るような状況を認識しながら、容易に消火しうるにもかかわらず、あえて放置し、出火・焼損に至った場合、これを「放火して・・・焼損した」と作為犯として理解することが可能かつ必要であると論じている。作為犯をなるべく認めていこうとするもので謙抑主義的解釈であろう。

(89) 牧野英一・日本刑法上巻（昭和一七年）二六一頁。

(90) 莊子・前掲書〔注5〕四一六頁は、実行の着手に到達しないで準備段階に在る予備・陰謀行為といえども犯罪の完成を目ざす意思活動すなわち故意を具備すべきであるから、過失犯に対する予備・陰謀を考慮しうる余地はない、と主張する。他に、久礼田益喜・刑法学概説（昭和一一年）三三五頁。

(91) 齊藤・前掲書〔注39〕二七二頁。

(92) そもそも、軽犯罪法一条各号の罪は、いわば刑法犯の予備ないし未遂の類型にあたるともいえようが、ここで取り上げた往来妨害罪と水路交通妨害罪は、法条競合とされ、水路等を破壊または擁塞して往来妨害を発生させたときは往来妨害罪のみが成立するとされる（稲田輝明「軽犯罪法」『註解特別刑法第七卷』〔昭和五七年〕一三三頁、五四頁）。予備罪を独立罪とみる学説については、齊藤・前掲書〔注39〕六〇五頁以下参照。齊藤・前掲書〔注39〕四六五頁以下は、独立罪たる予備罪と基本犯（既遂・未遂犯）とは牽連犯の關係で、非独立罪たる予備罪と基本犯（既遂・未遂犯）とは牽連犯の關係で、非独立罪たる予備罪と基本犯（既遂・未遂犯）とは法条競合の補充關係であるとす。山本雅子・実質的犯罪論の考察（平成一九年）一八六―二二二頁によると、予備罪は従来、予備行為し実行の着手し結果発生という段階的把握（いわゆる犯罪行程論）を前提として、原則として未遂罪同様に基本犯の修正形式（非独立犯）としてとらえられてきたとし、原則不処罰として総則に固有の規定の存しない理由として、ドイツでは、予備行為の態様が刑法の関心を惹かないことに由来する立証の困難さと結果発生危険性不存在ゆえに処罰の不要性が認められるという刑事政策的理由等が

あげられているとする。

(93) 大野・前掲書(注31) 二二四頁。

(94) 齊藤・前掲書(注39) 二九三頁、泉二新熊「予備罪及ビ陰謀罪ニ付テ」法学新報二七卷三号(大正六年) 四一頁、山中・前掲書(注9) 八二九頁。予備の中止未遂を否定するのは、強盗予備罪に関する最判昭二九・一・二〇刑集八・一・四一であるが、「予備罪には中止未遂の觀念を入れる余地」はないと判示するものの、団藤・前掲書(注1) 三六七頁はこれを不当とする。学説においては、中止犯の規定を予備の中止にも準用するのが一般的である(今井猛嘉・小林憲太郎・島田総一郎・橋爪隆・刑法総論(平成二年) 三二六頁)。さらに、林幹人・刑法総論(第二版)(平成二〇年) 三七一頁は、予備の中止を認めなくとも、未遂犯による予防で十分だとしている。ただし、山本・前掲書(注92) 一九二頁によれば、ドイツでは、独立犯罪としての予備罪について、刑法二六五条のように予備行為が定型的に規定されている場合には、予備行為の未遂を觀念することとは十分可能なので、その可罰性を認めることができるとされている。

(95) 中谷理子「予備罪に関する一考察」法学研究三八卷一―号(昭和四〇年) 一九頁。西田典之「実行および正犯の概念と共犯成立の限界」香川先生古稀祝賀(平成八年) 三五四頁は、実行意思を有する者に凶器が手交され利用可能になつた時点ではじめて、殺人予備として処罰すべき危険性が発生するのであり、それ以前は予備の未遂であつて不可罰であるとしている。

(96) 山岡萬之助・刑法原理(大正一三年) 二二〇頁。岡田庄作・刑法原論総論(大正一三年) 三三一―三三三頁は「元來予備陰謀ヲ罰スルハ例外ニシテ更ニ此等ノ未遂予備陰謀ヲ罰セントスルハ例外ニ例外ヲ認ムルナルカ故ニ法ノ明文アル場合ニ限り之ヲ許容スルヲ得ルモ現行法上斯ル明文ナシ」とし、例外の例外は明文の規定がなければ処罰し得ないと明言する。中止未遂も同様である。中止未遂を認めるのが謙抑的であるようにも感じられるが、だがしかし、もともと未遂は不処罰と解するのが謙抑的なのであり、未遂の処罰を認めたくなくてそれを制約しようという中止未遂の議論は、原点到いて必ずしも謙抑的ではあるまい。たとえば、横領罪の未遂を認めない現行法の立場と横領罪の中止未遂を認めてやるから横領罪の未遂処罰を原則的に認めるべきだとする立場の何れがそもそも謙抑的立法かを考えれば足りるはずである。

(97) 植松・前掲書(注5) 三八三頁、大塚・前掲書(注5) 三一六頁。

(98) 佐伯・前掲書(注10) 二六〇頁。

(99) 青柳文雄・刑法通論I総論(昭和四〇年) 三三二頁、内田・前掲書(注12) 三二五―三二六頁、大谷・前掲書(注5) 四三八頁、川端・前掲書(注5) 五七九頁、莊子・前掲書(注5) 四八七―四八八頁、平野・前掲書(注10) 三五〇―三五二頁、平場・前掲書(注24) 一六一頁。なお、泉二・前掲書(注14) 五五〇頁も、「殺人ノ実行ヲ教唆セラレタル者カ其予備ヲ為シタ

ルニ止リ殺人予備罪トシテ処罰セラル可キ場合ニ付テモ・・・教唆者ハ殺人予備罪ノ教唆犯タルヲ免レス」としている。

(100) 前田・前掲書(注4)三三三頁。なお、「予備の教唆」が現れる解釈論の場面として、たとえば、方法の錯誤の共犯事例において具体的符合説の立場から、教唆者の認識事実に対する「教唆の未遂」または「予備の教唆」と発生事実に対する過失犯を認めるという学説(通説からは軽すぎると批判される)があげられる(長井長信・故意概念と錯誤論(平成一〇年)二六六一二六七頁)。

(101) 浅田・前掲書(注6)四六六頁、齊藤・前掲書(注39)五五〇―五五九頁。もちろん、このような考え方は、予備罪についても構成要件を考えることができる以上、予備罪の実行行為を行う者が正犯とされるべきことになるといふ意味で、限縮的正犯概念を前提としているわけである(内田・前掲書(注12)二八〇頁)。わが国では、限縮的正犯概念から出発するのが通説といつてよいとされる(阿部・前掲書(注10)一三二頁)。なお、団藤・前掲書(注1)三七三―三八八頁では、正犯を基本的構成要件該当事実を実現する者と解するので、限縮的正犯概念は不要不当たとされるが、事实上、いわば緩和された限縮的正犯概念を採用しているように思われる。

曾根・前掲書(注13)二七四頁。

103102

浅田・前掲書(注6)四七〇頁は、実行従属性の観点から六一条の実行は未遂段階を意味するので、正犯が予備の場合に教唆・幫助を処罰することは、不可罰の教唆・幫助の未遂を処罰することになるとして予備の教唆・幫助は不処罰と解すべきだとする。さらに、植松・前掲書(注5)三八三頁が、予備の従犯につき、事実の実現から極めて間接的な位置にあり、しかも副次的な役割しか果たしていないとして謙抑主義を考慮すべきだとし、大塚・前掲書(注5)三三四頁は、刑法が特に重大な犯罪についてのみ予備罪を処罰していること、および従犯を正犯と比べて軽い犯罪とみていることにかんがみて、予備罪の従犯は認めるべきではないとし、中山・前掲書(注2)五〇九頁も、謙抑主義の観点から、予備の幫助の処罰は、特別規定による例外にとどめるべきだと論じている。また、齊藤・前掲書(注39)五九三頁は、刑法が予備の従犯を認めているとの前提に立てば、刑法七七―七九条において、内乱予備従犯だけ、一般原則による場合よりも軽く処罰しているとの背理が発生するがゆえに、予備の従犯は重大犯罪たる内乱罪以外は処罰しないのが現行刑法典の立場であるという旨の結論に達している。なお、齊藤・前掲書(注39)五八八頁は、予備の従犯に可罰性がないという謙抑的議論は、予備罪の従犯は、その行為の実質において「道義に反するものであること」は多言の要をみないのだから、謙抑的感情論によつて事を論ずると水掛け論に帰着しかねないとも指摘しているが、確かに一般的に謙抑的議論は、道義違反や政策的不十分さの観点からの議論の前では、常に水掛け論の危険をはらむものの、客観的・理論的にみえる議論も実は一般に最終的には、実質的にその説得力において五分五分であ

ることが多いのではないだろうか。

- (104) 西田・前掲書(注10)三九三頁、平野・前掲書(注10)三五一頁は、正犯が予備として処罰しうる程度の危険性を発生させた以上、教唆・幫助によってこのような危険性を発生させた者もその教唆・幫助として処罰するのが、従属性の原則からは自然であると論じている。他に青柳・前掲書(注99)三三二頁、井上正治「予備罪の従犯」判例評論四七号(昭和三十七年)一頁以下、植田・前掲書(注6)二〇七頁以下、齋藤・前掲書(注39)五五三―五五六頁、西村克彦「予備罪の従犯をめぐる諸問題(一)」判時三〇一―二頁以下、昭和三十七年)二頁以下。

- (105) 西原・前掲書(注10)二七四頁、福田・前掲書(注5)二五五―二五六頁、香川・前掲書(注10)二八八頁は、「二分説を前提としたとしても」、本来的に遠い危険があるに過ぎない予備が独立罪として処罰されるのは、規定された範囲で限定的にそれを実行行為として処断するにすぎないし、またそう解するところに独立罪とされることの意味があるとするとするのなら、独立罪だから実行行為があり、実行行為があるからその共犯もまた可能とする立論にはしたがいがたい」としてかつて支持した二分説を撤回した。なるほど、「危険の速さ」に着眼すれば独立罪についても予備罪に対する共犯を否定すべきであろう。

- (106) 他に、予備罪に対する従犯を認めた判例として大阪高判昭三八・一・二二高刑集一六・二・一七七があり、予備罪も一個の構成要件であるから実行行為を觀念しうるとして、その幫助犯の成立を認めているが、その際予備罪における共同正犯と幫助犯の区別の基準については、みずから基本的構成要件に該当する行為を実行する意思を有する者による自己予備行為のみが共同正犯であり、単に他人の行為を幫助する意思でその予備行為をする他人予備行為は予備罪の幫助犯にすぎないとした。なお、今上益雄「予備罪の諸問題」東洋法学二五卷一号(昭和五六年)一四三頁は、「およそ悪業は罰せずにはおかない」とする權威主義的立場に立たない限り、妥当とされない」という考え方を支持している。

- (107) 内乱等幫助罪(刑法七九条)は、未遂罪の規定もない。傷害現場助勢罪(刑法二〇六条)は、幫助行為の独立類型とする説のほかには、幫助とは区別される扇動的行為を定めたものとする説もある(大谷・前掲書(注5)三三二頁)。他に特別刑法上、国家公務員法一一一条、地方公務員法六二条等も幫助の独立類型とされるが未遂・予備規定はない。

- (108) 正田満三郎・刑法における犯罪論の批判的考察(昭和三十七年)二六頁。

- (109) 川端・前掲書(注5)五四頁。

- (110) 小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」団藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷(昭和五九年)九―一一頁。
- (111) ローマ・ゲルマン法の時代、犯罪の原則型は故意犯であり、カロリナ法(一五三二年)においてドイツで初めて過失行為の処罰が宣言されたが、一八世紀までの刑法理論においては、過失は「準犯罪」もしくは減輕事由としての地位しか与えられて

(112)

いかなかった。そして、一八世紀以降ドイツでは、過失は故意と並ぶ独自の刑事責任の形式として立法上の定着を見ることになつたといわれる(内田文昭・犯罪概念と犯罪論の体系(平成二年)一七五—一三〇七頁、真鍋・前掲書(注2)一五—八九頁、松宮・前掲書(注2)一—四六頁等)。わが国の御定書百箇条では、故意と過失の観念はかなり明瞭に区別され、故意のない場合は、「怪我」、「あやまち」と称した(佐伯・前掲書(注10)一六—一七頁)。思うに、故意犯処罰の原則に対する自覚が薄れると、故意犯と過失犯を混交した刑罰法規の存在を安直に合理化して罪刑法定主義を破る危険を生じる(最判昭三七・五・四刑集一六・五・五一〇、丸山雅夫「罪刑法定主義」ケーススタディ刑法(第三版)(平成三年)一八一—二〇頁)。また逆に、正当化事情の錯誤に関して、制限故意説に対して「故意犯の客観的構成要件をみたし、しかも構成要件の故意を具備するものが、何故に、違法性阻却理由の誤認に過失があつたことよつて過失犯になるのか」という反問が向けられることに関して、「故意犯と過失犯の本質的差異の過当な強調ではないか」との再反論が行われていることにも注意を要する(団藤・前掲書(注1)一三〇—八—三〇九頁。さらに、佐伯仁志「故意・錯誤論」理論刑法学の最前線(平成一三年)九八一—九九頁では、「犯罪事実の認識が可能な事実を認識していたからこそ犯罪事実の認識を持つことができたのであり、構成要件の故意の中には構成要件の過失も含まれている」といわれる正当化事情の錯誤における「ブーメラン現象」という批判に対する再批判として主張されており(大谷・前掲書(注5)一五一頁)、傾聴に値する議論ではあるがこのような議論の延長線上には、たとえば過失窃盗も窃盗罪で処罰される危険性はないだろうか。そしてまた、結果的加重犯は一般に故意犯と過失犯の結合犯とされる(団藤・前掲書(注1)三三—七頁等)から、過失犯と同様の問題が起こると思われる。たとえば、暴行・傷害を共謀したXら七名中一人のXが殺意による殺人を犯した事案(最決昭和五四・四・一三刑集三三・三・一七九)に関して、通説たる部分的犯罪共同説によれば、傷害致死の限度で構成要件が重なっており、共同実行の事実について意思疎通がある以上、Xには傷害致死罪の共同正犯が成立し、理論的には単独犯である殺人罪との観念的競合ということができる(曾根威彦・刑法の重要問題(総論第二版)(平成一七年)三二—六頁)とする議論に対しては、同一人に対して、故意犯と結果的加重犯の加重部分についての過失犯を認めることになり矛盾しないかという疑問が提起されており(長井・前掲書(注10)一八七頁)、解釈論の結論部においては、故意と過失の厳密な相違がいつのまにか軽視され重罰的になつてしまふことがあるのではないかと印象が残る。

現行刑法は、正犯については六〇条において「二人以上共同して犯罪を實行した者は、すべて正犯とする」と規定するにとどまり、積極的に概念規定しているわけではないが、第一章の共犯の前に置かれてある諸規定は、単独「正犯」に関するものであることが前提とされているとみるべきで、さらに六一条が「教唆犯」について、六二条が「幫助犯」について規定しており、それゆえ現行刑法は、明らかに正犯と共犯とを区別している(川端・前掲書(注5)五〇—九頁)。ただし、正犯と称して

いても共謀共同正犯の場合、実行行為に出ない共謀者には教唆犯または従犯としての責任を問うほかはない、とする見方も存することは周知の通りである（下村康正・共謀共同正犯と共犯理論〔増補版〕（昭和五八年）一〇七一―一二頁）。正犯と共犯の関係をめぐるわが国の通説の出発点は、限縮的正犯概念であるが、それによれば、実行行為を行う者が正犯であり、これを処罰するのが刑法の本来の任務であつて、教唆・幫助は処罰範囲を正犯以外に拡張する事由（刑罰拡張原因）となり（浅田・前掲書〔注6〕四〇四頁、正犯概念の優位性について、大野・前掲書〔注31〕二一六頁）、実行・教唆・幫助という要素によつて正犯と共犯とを区別する現行刑法規定に適合するとともに、正犯と共犯の区別および両者の処罰の限界を明確化するものとして基本的に妥当とされる（内藤・前掲書〔注12〕一三三〇頁、ただし、団藤・前掲書〔注1〕三八八頁によれば、本来の正犯概念たる構成要件的正犯概念の立場では、限縮的正犯概念も拡張的正犯概念も不必要となるとされる）。そして、正犯と共犯の区別基準に関しては見解が分かれ、正犯意思を持つ者を正犯、加担意思をもつにすぎない者を共犯とする主観説、構成要件該当行為を行つた者を正犯、実行行為以外の関与行為を行つた者を共犯とする形式的客観説（限縮的正犯概念と結びつきうる見解で、未遂と予備の区別と正犯と共犯の区別とを統一的に理解する）、構成要件実現過程において重要な役割を果たした者を正犯ないし共同正犯とし、それ以外の関与行為をした者を共犯（狭義の共犯）とする実質的客観説が学説上主張されている（内藤・前掲書〔注12〕一三三二―一三三三頁）。問題になるのは、実行行為を分担していない共謀者と無形的幫助の区別だが、実質的客観説は、最終的には共謀共同正犯の要件を満たしたかどうか、すなわち、実行行為者と同程度の重要な役割を果たす性質の謀議に参加したことを究極的な決め手にする（大谷・前掲書〔注5〕四三〇―四四七頁）。判例は、文言上主観説に立つものであるかのような印象を与えるが、実際には、被告人の犯罪への関与の度合いを具体的に認定したうえで幫助犯の成立を認めてきており、実質的客観説は判例の現実の判断基準をより正確に表現しようとしたものともいえる（京藤哲久「共同正犯と幫助犯（三）刑法判例百選Ⅰ総論（第五版）（平成一五年）一五五頁。すなわち、正犯とは原則的には「実行行為の分担者」、例外的に「実行行為者に準ずる重要な役割を果たした者」であり、（狭義の）共犯とは、教唆行為、幫助行為によつて正犯の実行行為ないし犯罪の実現に加担するものといえよう。また、山口・前掲書〔注2〕三〇七頁は、「単独犯および共同正犯は、正犯を前提としない非従属的な遂行形態」という意味で、「二次的責任」類型（正犯）ということができ、正犯の存在を前提とする従属的な関与形態である教唆・幫助は、責任追及の点で比喩的にいえば、「二次的責任」類型の背後に位置する、派生的・従属的な「二次的責任」の類型であるといえよう」と分析する。なお、御定書百箇条では、教唆犯は直接正犯より重く処罰されたようであり、幫助犯は正犯より軽く処罰されていた（佐伯・前掲書〔注10〕二七頁）。さらに、教唆・幫助はそれ自体としては構成要件実現の危険が乏しいことにかんがみると、教唆・幫助が独立で当罰性を有する場合は

稀有のことであるから、教唆・幫助の独立の処罰規定（たとえば、刑法二〇二条前段の自殺の教唆・幫助、破防法三八条等における独立教唆罪、国公法一一一条における独立幫助罪など）を安易に創設するのは妥当ではないと説かれる（大谷・前掲書（注5）四〇五頁）。

114113

山口・前掲書（注2）三二八—三二九頁。

野村稔・未遂犯の研究（昭和五九年）三頁以下によると、未遂と予備の区別は近代刑法においてはじめてなされ、未遂処罰は比較的新しい存在であり、現在のような形の未遂処罰は一八〇年のフランス刑法二条に始まり一八七一年のドイツ刑法典四三条に受け継がれ、わが国の現行刑法に受け継がれたわけだが、ローマ・ゲルマン法の時代には結果責任主義が行われた。なお、御定書百箇条では、未遂犯は既遂より軽かったが定まった規定はなかった（佐伯・前掲書（注10）一七七頁）。しかし、既遂犯処罰原則に関する自覚が弱まると、既遂犯と未遂犯を混交した刑罰法規の存在を安直に合理化して罪刑法定主義を破る危険を生じると思われる（最判平八・二・八刑集五〇・二・二二一、前田・前掲書（注4）六一—六二頁）。

117116115

山口・前掲書（注2）三二九頁。

浅田・前掲書（注6）四〇九頁。

内田・前掲書（注12）一〇三頁。西原・前掲書（注14）一〇〇—一〇九頁は、「法規範の対象となるのは人間の外部的態度にかぎられ、そしてその多くは、この身体運動から成り立つ。このことは、先ず異論のないこととして前提としてよいであろう。ところが、法規範によって禁止あるいは命令しようとする人間行動を身体運動（一定の身体運動Ⅱ作為）だけにかぎると、規範による利益保護が不十分なものになってしまふ。身体の静止（一定の身体運動Ⅰ作為）も、例外的に規範の対象となることは、これを承認しなければならない」とする。山口・前掲書（注2）八三頁によれば、実務では不真正不作為犯は、あらゆる犯罪について問題となつてはいるわけではなく、放火、殺人、詐欺などの比較的限られた犯罪について問題となつてはいるにすぎず、その意味で不真正不作為犯の処罰については、比較的謙抑的な態度が採られていると指摘されている。

119

日高・前掲書（注24）一一八頁、二五二—二五三、二七四—二七五頁等によれば、作為は法益侵害に向かう因果の流れを惹起し、それを支配・操縦することができる、すなわち原因力を有するのに対して、不作為は法益侵害に向かう因果の流れを利用できるにすぎず原因力を有しないので、両者には存在構造上の差異があり、両者が等価値性を有しなければ、不作為の違法

・責任内容は作為のそれより軽微であるとされた、と指摘する。

119

曾根・前掲書（注13）一七〇頁は、過失行為についての法の関心事は、一定の基準行為からの逸脱という不作為ではなく、

死傷結果の発生する危険のある行為という作為に求められると説き、山口・前掲書(注2)二四四頁は、過失犯の不作為犯的構成にとつて決定的に重要な問題となる基準行為の根拠が不明確になりがちだとする。ただ、前田雅英「過失犯についての一考察」平野龍一先生古稀祝賀論文集(平成二年)三一九—三二〇頁は、「……判例を検討すれば、行為準則が諸法規でかなり具体的に定められている交通事故の場合を除き、一般の場合は原則として、過失行為を作為としてとらえているのである。……また、現実における生の犯罪事実は、ほとんどすべて、作為的要素と不作為的要素との混合したものといえよう。……決して、作為と不作為を分ける『本質的な境界線』が存在するわけではない」と論じ過失犯が作為か不作為かは、作為として構成するのが合理的か不作為として構成するのが自然かという問題だとする。

(120) 齊藤・前掲書(注39)二七—六〇頁によると、ローマ・ゲルマン法の時代、予備の概念は定立されておらず、予備行為が実行の着手によつて未遂と区別され不可罰とされたのは一七九六年のフランス革命暦四年九月二日の法律によつてであり、それを一八一〇年のフランス刑法典が踏襲し、さらに北ドイツ連邦刑法典へと波及し、やがてわが国の旧刑法へと継受され各本条において規定されない限り予備罪は不可罰とされ、現行刑法の形となつたのである。

(121) 齊藤・前掲書(注39)五八〇頁においては、予備罪に対する共犯との関連で「刑罰拡張事由に対する刑罰拡張事由(strafausdehnungsgründe zu strafausdehnungsgründen)は、可罰性の領域を超える」というCosterの言葉が引用されている。そもそも、共犯と未遂は、単なる構成要件の修正形式(小野清一郎・新訂刑法講義総論(一五版)(昭和三十一年)一七九頁以下、一八七頁以下)という性格を超えて、刑罰拡張事由であるという見方がある(瀧川幸辰・刑法講義(改訂版)(昭和五年)一四二頁以下)、さらに不作為犯や過失犯は、開かれた構成要件(offener Tatbestand)であるから(福田・前掲書(注5)八八頁)、裁判官による構成要件の補充を認めることになり、罪刑法定主義や刑罰法規明確性の原則から疑問視されている(内藤・前掲書(注19)一九八頁)。すなわち、開かれた構成要件や刑罰拡張事由が相互に組み合わせられているのが、例外処罰の複合の問題の一面であることをもわきまえておく必要がある。

(122) 小暮・前掲論文(注11)一頁以下。

(123) 刑罰法規は、そのような行為を処罰することが必ずしも必要不可欠といえないのに、処罰に値しない行為を罰している場合には刑罰権の限界を超え、その内容が適正でないものとして、実体的デュープロセスの観点から罪刑法定主義に反することになるといわれる(曾根・前掲書(注13)二〇頁、内藤・前掲書(注19)三九頁)。例外処罰が重複するような場合は、概して「そのような行為を処罰することが必ずしも必要不可欠といえないのに、処罰に値しない行為を罰している場合」に該当すると解するのが自然ではないだろうか。他に、芝原邦爾・刑法の社会的機能(昭和四八年)三頁、一四三—一四四頁、杉原泰雄

「日本国憲法と刑罰謙抑主義」佐藤功先生古稀記念（昭和六一年）一七五頁以下、団藤・前掲書（注1）五三―五五頁、萩原
滋「刑罰謙抑主義の憲法的基礎」宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第二卷（平成一二年）六三―六五頁以下、平川宗信『憲法の刑法学』
と憲法理論』松尾浩也先生古稀祝賀論文集上巻（平成一〇年）二五頁以下参照。