

不真正不作為犯の実行行為性について

十 河 太 朗

- 一 はじめに
 - 二 規範的要素を考慮する見解
 - 三 事実的要素を重視する見解
 - 四 不真正不作為犯の実行行為性
 - 五 むすび
-
- 一 はじめに

不真正不作為犯の本質は一定の法律上の作為義務に違反した点にあり、その作為義務は法令、契約・事務管理、条理・慣習を根拠に発生するというのが、従来の通説的見解^{〔1〕}であった。しかし、こうした見解は、今や厳しい批判に晒されている。批判の要点は、第一に、法令や契約などの形式的な根拠だけで刑法上の作為義務を基礎づけることはできないという点にある。たとえば、交通事故を起こした者は道路交通法上これを報告し救護する義務を負うが、そこ

から直ちに殺人罪や保護責任者遺棄罪の作為義務が生じるわけではないし、また、契約の不履行によって他人の法益を侵害しても、それは民事上の責任を生じさせるにすぎず、必ずしも不真正不作為犯となるものではないといっているのである。⁽²⁾ 批判の第二は、通説が条理や慣習を作為義務の発生根拠に挙げている点に向けられている。右のように、法令や契約といった形式的根拠が刑法上の作為義務の発生根拠としては十分でないとする、通説は結局、条理や慣習に基づいて不真正不作為犯の成立範囲を決定するほかないが、条理や慣習といった基準は不明確であるし、そもそも条理や慣習を刑法上の作為義務の発生根拠に含めることは刑法上の義務と道徳上の義務を混同するものであり、妥当でない⁽³⁾とされる。

そこで、最近では、法令等により行為者が作為すべき地位にあったかどうかという規範的な観点を極力排除し、法益の事実上の引受けや因果経過の排他的支配といった事実的な観点から不真正不作為犯の成立範囲を確定しようとする見解が有力に主張され、支持者を増やしている。⁽⁴⁾ それでは、不真正不作為犯の成否は、もっぱら事実的要素によって決せられるべきなのであろうか。規範的要素を考慮する見解は、もはや支持するに値しないのであろうか。本稿は、こうした点に着目することにより不真正不作為犯の成立要件について検討するものである。

一 規範的要素を考慮する見解

(1) 最初に、不真正不作為犯の成否の判断において規範的要素を考慮する見解がどのようなものかを確認しておきたい。この見解の代表として、大谷實教授の見解を取り上げることにする。

大谷教授の見解の出発点となっているのが、同価値性の原則である。同価値性の原則とは、不真正不作為犯はもととして作爲犯としての実行行為を前提とするものであるから、作爲犯の構成要件が本来予定している法益侵害の危険性と同程度の危険性を有する不作為に限り実行行為性を認めるべきであるとする原則である^⑤。それでは、いかなる人の不作為に作爲犯と同様の実行行為性が認められるのであろうか。大谷教授によると、一定の不作為が作爲と同程度の危険性を有すると認められるのは、被害者ないし被害法益と特別な関係にあるため、社会生活上その者に当該法益の保護が具体的に依存し、構成要件の結果の発生を支配しうる地位を有しているからにほかならない。法は、そのような社会生活上の依存関係ないし支配関係を根拠として、構成要件の結果発生の防止を保障すべき義務を課しているのである。これが法律上の作爲義務（保障人的義務）であり、こうした法律上の作爲義務があるにもかかわらず、これに違反したときに不真正不作為犯が成立することとなる^⑥。

大谷教授は、法律上の作爲義務を認めるための要件として、①結果発生の現実的危険が生ずること、②作爲によって結果防止が確実に可能となること、③社会生活上の依存関係が存在していること、④結果発生防止のための作爲が可能であること、を挙げておられる。

作爲義務を認めるための第一の要件とされているのは、子供が溺れかかっているとか、事務所の一部に火が付いたというように、一定の作爲がなされなければ結果が現実に生じてしまうという切迫した危険が発生していることである。そのような危険が生じたときに、初めて作爲義務違反の不作為が作爲と同じ程度の結果惹起の可能性を有するといえるのである^⑦。

第二に、行為者が事実上因果の経過を支配しうる立場にあったことが必要であるということから、期待された作為によって結果の防止がほとんど確実に可能であることが作為義務の要件とされている。たとえば、交通事故の被害者について、救護措置を講じても助かるかどうか分からないような場合に不救護のまま被害者が死亡したとしても、死亡の原因は交通事故にあると見るべきであって、その不救護自体が不作为犯の実行行為になるわけではないとされる。⁸⁾

第三の要件は、社会生活上被害者ないし被害法益との依存関係が存在することである。この社会生活上の依存関係が認められるものとして、具体的には、法令、契約・事務管理、条理・慣習が挙げられている。法令に基づく作為義務の根拠の例は、民法八二〇条による親権者の子に対する監護義務や、警察官職務執行法三条による保護義務などである。契約に基づく作為義務の根拠としては、契約によって幼児の養育を引き受ける場合などがあり、また、事務管理とは、「義務なくして他人の為に事務の管理を始めた」（民法六九七条）場合をいう。条理に基づく作為義務は、信義誠実の原則ないし公序良俗を基礎として発生する作為義務であり、先行行為はこれに含まれる。⁹⁾

第四の要件として、結果発生防止のための作為が可能であることが挙げられている。そのような作為の可能性がなければ、社会は行為者に作為を期待しないから、社会生活上の依存関係が認められても作為義務は生じないのである。たとえば、実の子である幼児が溺れかかっている場合、荒波などのために危険で救助することがおそ不可能なときは、その父母に作為義務はないとされる。¹⁰⁾

以上の四つの要件を満たした場合に作為義務が発生し、これに違反したときに実行行為が認められるのである。

さらに、大谷教授は、構成要件は異なるが作為の内容が同じ種類の作為義務について違反があった場合、いずれの構成要件に該当するかは同価値性の観点から解決すべきであるとされる。この点が特に問題となるのは、保護責任者遺棄致死罪と不作為による殺人罪の場合である。たとえば、通行人を轢き重傷を負わせた自動車運転手が、その事実気づきながら被害者を放置して逃走した場合、先行行為に基づく条理上の義務があっても、被害者の負傷の程度、被害者が救助される可能性などの点から、その不保護が典型的に生命に危険を生ぜしめるに達していないときは、遺棄罪に必要な作為義務違反はなく、単に道路交通法上の救護義務違反の罪が認められるにすぎない。これに対し、被害者が要保護状態にあることを認識し、自動車に乗せながら事故の発覚を恐れ、途中で被害者を降ろして放置した場合には、一旦は救護を開始し被害者を自己の支配領域内に置いたのであるから、保護責任者遺棄罪に必要な作為義務が発生したといえる。また、死の危険が具体的にになり、行為者の作為義務違反によって死の結果を惹起せしめる作為と同程度の類型的危険を有するといえる場合には、不作為による殺人の実行行為に当たるとされる。¹¹⁾

(2) 以上のような大谷教授の見解の特徴は、法令や契約などの形式的根拠のみをもって作為義務を認めるのではなく、支配領域性や結果防止の可能性などの要素をも加味し、不作為が法益侵害の現実的危険性を有するかどうかという観点から不真正不作為の成否を決定するところにある。そして、規範的要素を考慮する他の論者も、表現に多少の違いはあるものの、ほぼ同様の判断方法を採用している。¹²⁾したがって、冒頭で述べた第一の批判は、現在の通説には当たらないといつてよい。

ただ、注意を要するのは、規範的要素を考慮する見解と事実的要素を重視する見解とは、同じく「結果発生

「実的危険性」あるいは「法益の依存性」を問題としながらも、その内容が異なるということである。後述するように、事実的要素を重視する見解は、結果発生の危険性とか法益の依存性という場合、通常、客観的あるいは科学的な意味でのそれを観念しているといつてよい。これに対し、たとえば、大谷教授は、不作為が作為と同様の危険性を有するかどうかの判断基準を社会通念あるいは一般人に求められており、また、作為義務の有無を判断するにあたっては社会生活上の依存関係があったかどうか、あるいは社会が行為者に結果防止を期待するかどうかに着目されている。したがって、事実上結果の発生について支配できる立場にあつても、社会生活上結果の防止が期待されていない者については依存関係がなく、作為義務が認められないとされる。¹³⁾このように、規範的要素を考慮する見解においては、結果発生の危険性あるいは法益の依存性という概念自体が、社会通念ないし社会的期待という観点から規範的な意味に理解されているのである。¹⁴⁾そして、そのために通説は、社会通念や社会的期待という基準は不明確であるという批判を受けることになる。冒頭で述べた第二の批判は、まさにその点に向けられたものであるといつてよい。

また、現在の通説が法令や契約などの形式的根拠以外に作為と不作為の同価値性や排他的支配などの要素を併せて考慮している点にも批判が寄せられている。同価値性や排他的支配があつて初めて不真正不作為犯が成立するというのであれば、端的にそれらの要素を不真正不作為犯の成立要件とすれば足りるのであつて、そのことは法令などの形式的根拠が不真正不作為犯の成立にとつて重要でないということを意味しているといふのである。¹⁵⁾

このような通説の問題点を意識し、規範的要素に代えて事実的要素をもとに不真正不作為犯の成立範囲を確定しようとする見解が有力となっている。次に、そうした見解が妥当なものかどうかについて検討していくことにしたい。

二 事実的要素を重視する見解

(1) 日高義博教授は、先行行為の存在を重視する立場から不真正不作為犯の本質の解明を試みられた。日高教授によると、作為と不作為は、その存在構造を異にする。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・操縦するという点で、結果に対する原因力を有するのに対し、不作為は原因力を持たず、既存の因果の流れを利用するものにはすぎないからである。¹⁶⁾したがって、不真正不作為犯がそうした存在構造上の溝を乗り越えて、作為犯と等価値であるためには、不作為者が不作為以前に、法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定することが必要となる。そして、不作為者が自ら原因を設定したといえるのは、それが故意または過失によってなされた場合に限られる。このようにして、日高教授は、故意または過失に基づく先行行為の存在を不真正不作為犯の成立要件とされるのである。¹⁷⁾

通説は、先行行為を条理に基づく作為義務と位置づけているが、先述したように、通説が条理を作為義務の発生根拠とする点には批判が向けられているところである。これに対し、日高教授の見解は、先行行為が作為義務の発生根拠となることを事実に観点から理論的に説明しようとしたものとして注目される。しかし、この見解によるときは、不真正不作為犯の成立範囲が一方で広がりすぎ、他方で狭くなりすぎると批判されている。故意または過失によって結果に対する原因を設定した場合には必ず作為義務を負うとすると、たとえば、自動車を運転中に過失により通行人を轢いて負傷させた者が被害者を放置して逃走すれば、被害者の生命に対する排他的支配や引受けがなくても、常に不作為犯が成立することとなる。¹⁸⁾さらに、教唆者や補助者も結果への原因を設定したといえるから、これらの者

が結果発生を防止しなかった場合には、教唆犯や幫助犯はすべて不作為による正犯に転化することになりかねない¹⁹。逆に、母親が新生児の世話をせず死亡させたとしても、その不作為以前に結果発生への原因設定行為は存在しないから、不作為犯の成立が否定される²⁰。また、他人が負傷させた被害者を発見し、救助のため一旦車に乗せたが、救助の意思を放棄し走り続けた場合、たとえ被害者の生命を支配しうる立場にあったとしても、先行行為がないために不可罰となってしまう²¹。

日高教授は、不作為には原因力がなく、作為と不作為の間には存在構造上の溝があるという前提から出発され、その溝を埋めるために不作為が以前の原因設定行為の存在を要求される。しかし、不作為が作為と同価値であるというためには、本来、不作為自体が作為と同程度の結果発生危険性を有することを論証しなければならないはずである。日高教授の見解のように不作為の以前に原因設定行為がなされたことを指摘するだけでは、作為による先行行為が結果に対する原因力を有することを示したにすぎず、作為と不作為の溝は依然として埋まらないというべきであろう。結局、先行行為が結果への原因を設定したことをみを理由に不作為犯の成立を認めることは、先行行為を不作為の故意犯に転化させることにほかならず、妥当でないように思われる²²。

(2) 事実上の引受けを作為義務の実質的な発生根拠とされるのが、堀内捷三教授である。堀内教授は、通説のように不作為者と被害者との社会的関係という規範的観点から作為義務を理解すると、最終的には社会倫理といった一般条項による判断に帰着し、作為義務の倫理化による不真正不作為犯処罰範囲の不当な拡大を免れないと通説を批判され²³、むしろ当該法益の保護が不作為者に依存していたかどうかという事実的観点から不真正不作為犯の成否を決すべ

きであると主張される。このような依存関係は、不作為者が法益の保護を現実に取り受けている場合に肯定されるから、作為義務の実質的根拠は、事実上の引受けの行為に求められることになるのである。具体的には、①法益の存続・維持を図る行為（結果条件行為）の開始、②そのような行為の反復・継続性、③法益に対する排他的支配の確保、という三つの要件を満たしたときに、事実上の引受けが認められる。⁽²⁴⁾このような立場からすると、子供を餓死させた母親が作為義務を有するのは、民法八七七条の定める扶養義務という法的関係に基づくのではなく、母親が子供を継続的に扶養していたという事実により右の三つの要件を満たすからである。したがって、新生児に対して救護措置をとらなかつた父親は、法益の存続・維持を図る行為の反復・継続性が認められない限り不作為の殺人罪として処罰されることはないし、逆に、親子関係などがなくても、子供や老人を引き取って世話を続けていた者には作為義務が生ずる。また、自己が自動車で撥ねた歩行者を救助するため一旦車に乗せたものの、事件の発覚を恐れ、救護の意図を放棄して運転を継続しているうちに被害者が死亡した場合は、右の三つの要件を満たすので、作為義務が認められる。⁽²⁵⁾

堀内教授の見解は、規範的観点を完全に排除し、もっぱら事実的観点から作為義務の発生根拠を捉え直したところに特徴がある。しかし、この見解によるときには不作為犯の成立範囲が狭くなりすぎるとの批判が妥当する。たとえば、母親が子供を産んでそのまま放置したために新生児を死亡させた場合、母親は授乳等の事実上の引受けや保護状態の継続行為を全くしていないので、不作為による殺人罪は成立しない。また、もっぱら祖父父母が日常的に子供の世話をしていたときは、子供の両親は、同居していたとしても事実上の引受けをしていないので作為義務を負わないこ

ととなる。しかし、そのような結論が妥当であるとは思えない。子供の生命・身体の安全が両親の行為によって左右しうる状況にあったとすれば、その法益の保護はもっぱら両親に依存しているといえるから、両親がそれまでに子供の面倒を見ていたかどうかにかかわらず、不作为犯の成立を認めるべきではないだろうか。⁽²⁶⁾

そもそも事実上の引受けがあったかどうかは、不作为者への法益の依存性とは無関係である。たとえば、人通りの少ない道路で偶然に負傷者を発見し、他にその負傷者を救助する人はいないという場合、法益の引受け行為を開始したわけではないが、負傷者の生命・身体の安全はその発見者に依存しているといえる。つまり、事実上の引受けがなくても、不作为者への法益の依存性が肯定される場合はありうるのである。堀内教授の見解の出発点は、法益の保護が不作为者に依存しているときに不作为犯の成立を認めるところにあり、このような考え方を徹底すれば、事実上の引受けという要件は不要となるはずであろう。⁽²⁷⁾

もちろん、人通りの少ない道路で負傷者を発見した事例を見れば分かるように、法益が不作为者に依存しているというだけで作為義務を肯定するのは、不作为犯の成立範囲が広くなりすぎ、妥当でない。その点を考慮して、堀内教授は、法益に対する排他的支配に加えて事実上の引受けをも作為義務の要件とし、不真正不作为犯の成立範囲を合理的に限定しようとされるのであろうが、右に見たように、事実上の引受けを要件とすることによって、むしろ妥当でない結論に至っているように思われる。

(3) もっとも、法益の排他的支配という基準は、その後の見解に受け継がれていくことになる。その一つが、西田典之教授の見解である。西田教授によると、作為犯は、行為者が自己の意思に基づいて法益侵害の結果へと向かう因

果の流れを設定するのに対し、不作為は、すでに発生している結果へと向かう因果の流れに介入せず、結果を防止しないという消極的態度である。そのような不作為が作為と同価値であるためには、不作為者が結果へと向かう因果の流れを掌中に収めていたこと、すなわち、因果経過を具体的・現実的に支配していることが必要であり、そのようにいえる場合にこそ作為義務の発生が認められる。⁽²⁸⁾

このような前提に立ち、西田教授は、因果経過の事実上の支配が存在する場合を二つに分けて検討されている。第一は、不作為者が自己の意思に基づいて排他的支配を有し、または設定した場合であり、この場合は無条件に作為義務が認められる。救助意思に基づいて保護を引き受けた場合などがこれに当たる。⁽²⁹⁾第二は、因果経過の支配が不作為者の支配の意思に基づかないで生じた場合であり、この場合には、不作為者こそが作為すべきであったという規範的要素を考慮して作為義務の有無を判断する必要があるとされる。そうでなければ、自宅内に捨て子をされた場合にまで作為義務を認めることになってしまうからである。規範的要素としては、親子、建物の所有者、賃貸人、管理者のように、その身分関係や社会的地位に基づき社会生活上継続的に保護・管理義務を負う場合が挙げられるが、先行行為はこれに含めるべきでない⁽³⁰⁾とされている。

なお、このように規範的要素を考慮するとしても、因果経過の事実上の支配は作為義務を認めるための不可欠の要件であるから、規範的要素のみをもって作為義務の発生を認めることは許されないと西田教授は主張される。たとえば、子供が溺れていて、父親のほかに救助可能な者が多数いるときは、親子関係があったとしても、子供の生命は事実上父親のみに依存しているわけではないので、父親に作為義務が認められることはない。⁽³¹⁾

しかし、このような西田教授の見解に対しては、不作為者が自己の意思により排他的支配を設定した場合と、そうでない場合とを区別して論ずる根拠が明らかではないという批判が可能である。西田教授は、不作為を作為と等しく扱う根拠を因果経過の事実上の支配に求められている。ただ、因果経過の事実上の支配のみを作為義務の発生根拠とすると、西田教授自身が認めておられるように、自宅内に捨て子をされた場合にまで作為義務を認めることになってしまい、妥当でない。そこで、西田教授は、因果経過の支配が不作為者の意思に基づかず生じた場合については規範的要素を考慮することにより不作為犯の成立範囲を限定されるのであるが、西田教授の主張されるように、不作為者が因果経過を事実上支配しているところに不作為と作為の同価値性の根拠があるのだとすれば、作為義務を認めるためには因果経過の支配という事実があれば足りるはずであって、その支配が不作為者の意思に基づいて生じたかどうかは重要でないということになるであろう。西田教授が最初是否定的に解されていたはずの規範的要素を考慮せざるをえないという事実は、不作為犯の本質を因果経過の支配のみに求めることの不当性を物語っているといわべきである⁽³²⁾。

実際、因果的支配を不真正不作為犯成立の不可欠の要件と解すると、妥当でない結論に至るように思われる。右に述べたように、西田教授は、父親のほかに溺れている子供を救助することが可能な者が多数いるときは、因果的支配がないから父親には作為義務が認められないとされるのであるが、子供を救助することが可能であったにもかかわらずこれを放置した父親を殺人罪として処罰できないという結論は、一般の法感情を満足させるものではないといわざるをえない⁽³³⁾。

(4) 西田教授と同じく、排他的支配に不真正不作為犯の本質を求めつつも、規範的要素ではなく危険の創出という要件により不真正不作為犯の成立範囲を限定しようというのが、佐伯仁志教授の見解である。

佐伯教授は、①排他的支配、②危険の創出または危険の増加、の二つをもって保障人的地位の根拠とされる。第一に、排他的支配が要件とされるのは、不作為者が因果の経過を掌中に収めていることこそが作為と不作為の存在構造の同価値性を保障するからである。たとえば、他の者が立ち入ることのできない家の中で新生児と二人だけにいる親は、新生児の生命に対する排他的支配を有している。³⁴

ただし、佐伯教授によると、排他的支配の存在は、保障人的地位を認めるための必要条件であつて十分条件ではない。堀内教授や西田教授の見解は、排他的支配を作為義務の根拠としている点で基本的に妥当であるが、こうした見解によると、最初から被害者の保護を行わなければ排他的支配が発生せず作為義務が認められないのに、善意で保護を始めると事実上の引受けを根拠に作為義務を負わされることになり、不都合が生ずる。このような不都合を避けるために、佐伯教授は、第二の要件として、行為者が引受けによって危険を創出または増大させたことを要求されるのである。交通事故の被害者を車に乗せて走り出した者に刑法上の作為義務が認められるのは、被害者をその場に放置すれば第三者によって救助される可能性があつたのに、自分の車の中に引き受けることによってその可能性を失くし、被害者をより危険な状態に置いたからである。したがって、人のあまり来ない山道でハイカーを撥ねた者が被害者を町中まで運んで発見されやすい場所に放置した場合は、引受けによって危険を増大させたわけではないので、保障人的地位に立つことはない。このように、危険創出行為が必要なのは、「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」という刑法の自由主義的原則からの要請であるとされる。⁽³⁵⁾

佐伯教授は、自説を、先行行為説と事実上の引受け説を統合して再構成した見解であるとされる。⁽³⁶⁾しかし、佐伯教授のいわれる危険創出行為は、従来の先行行為概念とは内容的に必ずしも一致しない。一般に先行行為とされているのは、他人を池に落としたとか、通行人を自動車で撥ねたというように、法益に対する現実的危険を直接発生させる行為である。これに対し、佐伯教授は、知人宅から父親が実の子を引き取る場合や、親が世話をしなくなった子供を隣人が善意で引き取って他の者による保護の可能性を失わせた場合を危険創出行為であるとされている。⁽³⁷⁾つまり、結果発生の実質的危険を直接に惹起する行為だけでなく、排他的支配を自ら設定する行為も危険創出行為と捉えられているのである。そうだとすると、「最初から何もしなければ作為義務がないのに、保護を始めると作為義務を負わされるのは不都合である」という、佐伯教授が堀内教授の見解に対して投げかけられた批判が、佐伯教授自身の見解にも当てはまることになる。佐伯教授の見解によると、たとえば、親に放置された子供に対して隣人が最初から全く世話をせず、子供が三日で死亡した場合、隣人は刑法上の作為義務を負わないが、これに対し、隣人がその子供を自宅に引き取り一〇日間食事を与えていたのに面倒になって止めてしまい、その三日後、親に放置されて一三日後に子供が死亡した場合は、排他的支配の設定による危険の増大があったので不作為の殺人罪となる。しかし、後者の場合の方が子供は一〇日間長く生存しているのであるから、その結論は不均衡ではないかとの疑問が払拭できないように思われる。

また、危険創出行為が保障人的地位の要件とされる根拠が必ずしも明確ではない。佐伯教授は、その根拠を「人は

本来何をしても自由であるが、積極的に他人の利益を侵害した場合には法益を保護する義務を負う」という自由主義原理に求められる。しかし、自由主義原理の意義を佐伯教授のように解する必然性はないように思われる。たとえば、他人の法益を保護する義務を負うのは、いわゆる先行行為のように故意または過失により法益に対する現実的危険を直接生じさせた場合に限られ、単に引受けによって危険が増大しただけでは足りない、というように自由主義原理の趣旨をより厳格に解することも可能であろうし、逆に、危険創出行為がなくても排他的支配が存在すれば他人の利益を保護する義務を負うと緩やかに捉える考え方もありえよう。

實際上、引受けによる危険の創出を要件にすることにより、妥当でない結論に至る場合もありうる。佐伯教授の見解によれば、母親が出産直後に新生児を放置して死亡させた場合、排他的支配が認められても危険創出行為が存在しないので不作為の殺人罪は成立しないということになるはずである。実際、佐伯教授は、当初そのように主張されていた。³⁹しかし、そのような結論は一般の法感情に反するであろう。そこで、佐伯教授は、その後、他の者の援助を得られない自宅で出産することを新生児に対する危険創出であると理解することは可能であると述べられている。⁴⁰そうだとすると、たとえば、出産後に母親が家出し、残された父親が新生児を放置した場合、父親は危険創出行為をしていないから保障人的地位に立たないこととなるが、それでは、同じく親であっても、自ら出産した母親と、そうでない父親とで取扱いが異なることとなり、そのような結論もやはり是認しがたいように思われる。

(5) このようにして、作為義務の発生根拠として事実的要素を重視する見解は、いずれも十分には成功していないといわなければならない。

右に検討してきたところから明らかになった問題点の第一は、これらの見解が、不真正不作為犯の成立範囲が不当に広がるのを避けるため、不作為とは無関係の要素を要件としている点である。右に見たように、最近の有力説は、排他的支配を不真正不作為犯の成立要件として重視する。ただ、そこでいう排他的支配は、規範的要素を考慮する見解と異なり、事後的・物理的な意味でのそれである⁴¹。そのような意味での排他的支配だけで作為義務を認めるとすると、たとえば自宅に捨て子をされた場合や夜間負傷者に偶然出くわした場合にまで作為義務が肯定されるなど、不真正不作為犯の成立範囲が不当に広がることになる。そこで、これらの見解は、事実上の引受け、自己の意思に基づく排他的支配の設定、危険創出行為といった要件を付け加えることによって、その成立範囲を限定しようとするのである。しかし、これらの付加的な要件は、いずれも不作為以前になされた行為を問題とするものであって、不作為そのものの性質とは無関係である⁴²。不作為が構成要件に該当するというためには、本来、その不作為が作為との同価値性を有するといえなければならないはずであろう。

もつとも、佐伯教授は、自己の創出した危険が継続しており、その危険の除去の可能性を排他的に支配しているという現在の事実状態と、それにもかかわらず危険を除去しないという将来に向かった不作為を問題にしているの⁴³であって、不作為以前になされた危険創出行為自体を処罰しようとしているのではないと反論される⁴⁴。しかし、佐伯教授は、「厳寒期の山中に夜間歩行不能の被害者を置き去りにするのが、赤の他人が親密な関係の者かで、被害者の生命に対する危険の度合いが異なるとは思われない」と通説を批判されており、そうだとすれば、佐伯教授の見解に対しても、事前に自ら危険を創出したかどうかによって法益に対する不作為自体の危険の度合いが異なるわけではない

の批判が可能であるということになる。

第二の問題点は、事実的要素のみで不真正不作為犯の成否を決定する立場を徹底すると、不当な結論に至るという点である。前述したように、西田教授や佐伯教授は、事実上の排他的支配を不可欠の要件とする立場から、父親のほかに救助可能な者が多数いるときは、溺れている子供の生命は事実上父親のみに依存しているわけではないので、父親に作為義務が認められることはないとする。また、排他的支配のみを成立要件としたときに広がりすぎる不真正不作為犯の成立範囲を限定するために、事実上の引受けや危険創出行為を要件に付け加えると、母親が新生児を放置した場合や、子供が池で溺れているところに親が偶然遭遇したのに救助しなかった場合、排他的支配はあっても、作為義務が認められないこととなる。⁽⁴⁵⁾しかし、救助可能な親が近くにいるにもかかわらず子供は刑法上全く保護されないという結論は望ましくない。そして、この場合に不真正不作為犯の成立が認められるとすれば、それは、子供の親であるという身分に基づいていると考えるのが素直であろう。

確かに、不真正不作為犯の成否を決するに当たっては、不作為者への法益の依存性や客観的な危険の程度など事実的要素を無視することはできない。しかし、やはり妥当な結論を導き出すためには、親子関係などの規範的要素も考慮せざるをえないように思われる。⁽⁴⁶⁾中森喜彦教授のいわれるように、そもそも「法が社会関係を対象とする以上、人の社会的役割の違いが重要な意味を持つのは当然のこと」⁽⁴⁷⁾であり、「支配の観点自体を規範的に観察することを厭うべきではない」⁽⁴⁸⁾のである。

ただ、規範的要素を考慮するといっても、それがどのように考慮されるのかを具体的に示す必要がある。そうでな

ければ、規範的要素を考慮する見解は、不作為犯の成立を認めたいときに作為義務を肯定するものにすぎず、道徳上の義務と刑法上の義務とを混同しているとの批判を免れないであろう。そこで、章を改めて、規範的要素が不真正不作為犯の成否の判断においてどのような役割を果たすのかを検討していくことにしたい。

四 不真正不作為犯の実行行為性

(1) 不真正不作為犯の成立要件を検討する際、出発点は、やはり同価値性の原則に求められるべきであろう。不真正不作為犯の問題は、結局のところ、当該不作為が殺人罪や放火罪などの各構成要件に該当するかどうかに尽きる。

つまり、不作為が作為の場合と同様に「人を殺した」あるいは「放火した」といえば殺人罪や放火罪の構成要件に該当することとなるし、そのようにいえなければ構成要件該当性が否定されるというにすぎない。⁽⁴⁹⁾そして、構成要件の結果と因果関係を有する不作為がすべて不作為犯となるわけではなく、実行行為性を有する不作為のみが構成要件に該当することから、不作為が作為と同様の実行行為性を有しているかが特に問題となるのである。⁽⁵⁰⁾

一般に、不真正不作為犯の本質は作為義務違反にあるとされているが、そもそも作為義務とは、「作為をせよ」という命令を与える決定規範にすぎないのであるから、その前提として、なぜそのような義務が課せられるのかを明らかにするために、「何が望ましいか望ましくないか」を評価する評価規範を示すことが必要となるはずである。そして、当該不作為が作為と同様の実行行為性を有することこそが、作為義務の前提となる評価規範の中核にはかならないのである。⁽⁵¹⁾

(2) それでは、どのような不作為が作為と同様の実行行為性を有するといえるのであろうか。この点を考察する前提として、作為犯における実行行為の構造を検討し直す必要がある。

実行行為とは、構成要件的结果発生の実在的危険性を有する行為をいう。ここでいう「危険性」には、二つの意味がある。一つは、当該行為から構成要件的结果の発生する可能性があるという意味である。たとえば、ピストルを発砲する行為は、人の死亡という結果が発生する可能性を有している。

しかし、実行行為の定義にいう「危険性」の意味はそれだけではないように思われる。たとえば、瀕死の重傷を負った患者に対して医師が適切な治療を施したことにより多少延命したが、結局は死亡したという場合、医師が治療したために患者はその時点で死亡したのであるから、医師の治療行為は当該結果を発生させる可能性を有する行為であったといえる。しかし、医師の治療行為を殺人罪や過失致死罪の実行行為と評価すべきではないだろう。治療行為は、患者の生命に対する危険を増加させるものではなく、むしろ減少させているからである。⁽²⁾ そうだとすると、実行行為といたすためには、その行為から当該結果の発生する可能性があるとということだけではなく、その行為が危険を増加させる性質を有していることが必要であると解すべきであろう。たとえば、Aの頭の上に鉄材が落ちてきたのを見たXが助けようと思ってAを突き飛ばしたところ、鉄材がAの足に当たり、Aが傷害を負ったという場合、XがAを突き飛ばした行為は、傷害の結果を生じさせる可能性を有する行為であるが、危険を増加させたわけではないので傷害罪の実行行為に当たらないように思われる。これに対し、ピストルを発砲する行為は、人の死亡という結果が発生する可能性を有すると同時に、発砲しないときに比べて人の生命に対する危険を増加させていることから、実行行為

に当たるといえるのである。

(3) このように、作為犯の場合、実行行為性を肯定するためには、結果発生の可能性および危険の増加という二つの要件を満たすことが必要となる。同価値性の原則を前提とする以上、同じことは、不作为犯における実行行為にも妥当するはずである。

実行行為性の第一の要件は、その不作为によって結果が発生する可能性があるということである。この点に関して特に問題となるのは、被害者ないし被害法益にどの程度の危険が生じているかということと、不作为者以外に結果を防止しうる者がいるかということであろう。たとえば、子供が池に落ちたが、池が浅く自力で岸にたどりつける場合や、周囲に子供を救助しうる者がいる場合には、不救護により死亡の結果が生ずる可能性は低い。しかし、溺れている子供の生命に対する現実的危険が発生しており、他に救助する者がいないとすれば、これを発見した者が子供を放置して立ち去る不作为は、死亡の結果を発生させる可能性を有する行為であるといえよう。そして、立ち去った者が他人であるか親であるかによってその可能性に違いが生ずるわけではないから、結果を防止すべき地位にあったという規範的要素は実行行為性の第一の要件に関しては考慮されず、もっぱら事実的な要素が問題となる。したがって、溺れている子供を放置した者が誰かを問わず、前記の条件を満たす限りで、殺人罪の実行行為性の第一の要件は認められることになるのである。

しかし、それだけで実行行為性が肯定されるわけではない。実行行為というためには、第二の要件として、その不作为により結果発生の危険が増加することが必要となる。

ただ、ここでのいう危険の増加は、期待された作為をした場合に比べて不作為の場合に危険が増加したという意味に理解すべきではない。作為犯の実行行為性における危険の増加も、作為がなされなかったときと比較して作為により危険が増加したという意味ではないであろう。先に挙げた治療行為の例でいえば、治療の結果、全く治療しなかった場合よりは幾分死期が遅くなったものの、その治療行為は不適切であり、通常期待される治療効果を挙げられなかったため、適切な治療を行った場合に比べて死期が早まったとすると、その治療行為は、過失致死罪や殺人罪の実行行為と評価する余地がある。つまり、作為犯の場合、実行行為性の要件としての危険の増加とは、当該具体的事情の下で通常予測される事実経過もしくは社会的に期待される事実経過に比べて危険が増加したことを意味すると解すべきである。

同じことは、不作為犯の場合にもいえる。たとえば、池で溺れている子供を親が発見し、救助することが可能な状況であれば、その親は子供を救助するであろうと通常予測される。それにもかかわらず親が子供を放置すれば、社会的に期待された事実経過に比べて危険が増加することとなるから、殺人罪の実行行為性を肯定しうる。これに対し、溺れている子供を他人が救助するとは限らないから、社会も、他人が救助することを期待しているわけではない。したがって、溺れている子供を他人が放置して立ち去った場合、これにより死亡の結果が発生する可能性は高く、実行行為性の第一の要件は充足するとしても、社会的な期待に比べて危険が増加したとはいえないので、第二の要件を満たさず、その実行行為性は否定されるのである。⁽³³⁾

こうして、危険の増加は社会的期待を基準として判断されるべきである。そして、社会的に作為が期待されている

かどうかは、親子関係などの社会生活上の依存関係に基づいて決定しなければならないから、危険増加の判断においては規範的要素が考慮されることになる。

以上のように、不真正不作为犯における実行行為性を肯定するためには、第一に不作为が結果発生の可能性を有していること、第二に不作为が社会的期待に比して危険を増加させるものであることが必要となる。⁵⁴⁾ 本稿の見解は、事実上の引受けや危険創出行為など不作为が以前になされた行為を問題とするものではなく、不作为それ自体における構成要件の結果実現の現実的危険性を問題としているのである。

(4) すでに述べたように、大谷教授は、不真正不作为犯の成立要件として、①結果発生の可能性が生ずること、②作為によって結果防止が確実に可能となること、③社会生活上の依存関係が存在していること、④結果発生防止のための作為が可能であること、を挙げておられる。これを、結果発生の可能性および危険の増加という実行行為性の二要件の観点から捉え直すと、次のようにいえるであろう。

第一に、結果発生の可能性を論ずる上で問題となるのは、①の要件である。子供が溺れているとか、家屋が燃えているというように、構成要件の結果発生の可能性が生じている場合には、その危険を除去する措置を全く講じなければ、そのまま結果が発生することになるから、その不作为は、結果を発生させる可能性を有する行為であるといえるのである。

また、大谷教授が、作為と不作为の同価値性を判断される際に支配領域性ないし排他的支配などを考慮されている点も、不作为による結果発生のかかわるものであるといえよう。たとえば、溺れている子供を発見した場

合、他に救助する者がいなければ、子供の生命の安全は発見した者に事実上委ねられている。そのような状況で子供を放置して立ち去れば、死亡の結果が発生する可能性は高く、その意味で、事実上の支配領域性ないし排他的支配は、結果発生の可能性にかかわる要素であるといえるのである。

ただし、排他的支配は、不真正不作為犯における実行行為性の不可欠の要件ではないと解すべきであろう。もちろん、排他的支配が存在する場合は、実行行為性を肯定しやすいとはいえる。しかし、翻って考えてみると、作為犯の場合も、厳密な意味での排他的支配が成立要件とされているわけではない。⁽⁵⁵⁾ 作為犯において実行行為というためには、致死量に至らない毒物を投与する場合や、警備中の警察官の近くで殺人を試みる場合のように、確実に結果を惹起する手段でなくても、被害者の状態や周囲の状況次第で結果が生ずる可能性があれば足りる。そうだとすれば、不作為犯の場合も、因果経過を掌中に収めていることまで要求する必要はないというべきであろう。したがって、他に救助する者がいる場合でも、その者が必ず救助に出るとは限らないから、不作為による結果発生の可能性はあるといえる。

第二に、危険の増加に関係するのは、前記の②、③、④の要件である。まず、危険を増加させたというためには、②作為によって結果防止が確実に可能となるという要件を充足することが必要である。交通事故の被害者に対して救護措置を講じても助からないような場合は、救護措置をとらなくても、通常予測される事実経過と比較して危険が増加したとはいいたいからである。⁽⁵⁶⁾

次に、③社会生活上の依存関係が存在していることが、危険の増加の要件である。社会生活上被害者ないし被害法

益との依存関係が認められる場合は、結果防止のための作為を行うことが社会的に期待されているから、そのような地位にある者が作為を行わなければ、通常予測される事実経過に比べて危険を増加させることになる。その典型は、先に述べた親子関係の場合である。この場合は、社会生活上の依存関係を理由として不作為による危険の増加を肯定しうる。そのほか、法令上義務が課せられている場合や、作為が契約により取り決められている場合も、社会生活上の依存関係があるために作為が社会的に期待されているといえることが多いであろうから、通常、不作為は危険を増加させるものと評価としてよい。問題は、条理が社会生活上の依存関係を認めるための根拠となりうるかであるが、社会的にどのような作為が期待されているかは、一般の社会通念を基準とせざるをえないから、条理も危険増加の判断の資料となりうると解する。たとえば、自らの行為により危険を惹起した者に対しては、その危険を除去することが社会的に期待されているというべきであり、それにもかかわらず、これを行わなかったときには危険の増加があったといえよう。このような意味で、先行行為も作為義務の発生根拠の一つであるといつてよい。

さらに、④結果発生防止のための作為が可能であることが必要となる。溺れている子供を親が発見し、容易に救助しうる場合は、社会は親に救助することを期待するが、これに反し、嵐のために救助できない場合は、社会的に作為が期待されていないから、親が子供を救助しなかったとしても、社会的期待より危険を増加させたとはいえないのである。

(5) 不真正不作為犯における実行行為の有無は、以上のような事情を総合的に判断して決定されることになる。最後に、不真正不作為犯の成否が問題となる事例をいくつか取り上げ、本稿の立場からどのように解決されるのかを簡

単に示しておくことにしたい。

第一に、母親が新生児を放置して死亡させる事例は、従来、不真正不作為犯の成立する典型例とされてきたものであるが、先述したように、事実に観点から解決しようとする見解からは、この場合に不真正不作為犯の成立を認めることは困難である。これに対し、本稿の立場からすると、親が放置したために新生児の生命に切迫した危険が生じ、しかも、他に救助しうる者がいない場合には、その不作為により死の結果が生ずる可能性が高いから、結果発生の可能性という実行行為性の第一の要件は肯定しうる。また、実の親であれば子供を養育するであろうと社会は期待するから、これを行わなければ危険が増加したといえ、第二の要件も充足する。ここでは、親子関係という社会生活上の依存関係が認められることが重要なのであって、事実上の引受けや危険創出行為が不真正不作為犯成立の根拠となるわけではない。したがって、母親が出産直後に家出し、父親だけが新生児の面倒を見ることが可能であったにもかかわらず、これを怠り新生児を死亡させた場合には、父親自身は事実上の引受けや危険創出行為がなくても殺人罪の成立が認められる。

第二に、親が溺れている子供を見捨てて溺死させる事例も、不真正不作為犯の典型例とされてきた。この事例は、親以外に子供を救助しうる者がいない場合と、いる場合に分けられる。前者の場合、排他的支配は存在するといえるが、事実上の引受けや危険創出行為を保障人的地位の要件とする近時の有力説からは、親の行為を原因として子供が溺れたというような事情がない限り、不作為による殺人罪の成立を認めることはできないであろう。しかし、親の不救助によって子供が溺死する可能性が高ければ、実行行為性の第一の要件は充足するし、親に対して社会は救助を期

待するであろうから、その不作為は危険の増加という第二の要件も満たす。したがって、この場合に不作為による殺人罪の成立を認めることは可能であると解される。

一方、後者の場合は、親には排他的支配が認められない。それゆえ、排他的支配を作為義務発生の必要条件とする立場からは、作為義務は否定されることになる。しかし、既述のように、排他的支配は、不真正不作為犯の不可欠の要件と解すべきではない。親以外に救助可能な者がいたとしても、その者が子供を救助するとは限らないので、親が溺れている子供を放置する行為は、死の結果を生じさせる可能性を有する行為であり、不作為による殺人罪の成立を認める余地はある。その意味で、子供の生命は、事実上親のみに依存しているといいたいかもしれないが、社会生活上は親に依存しているといえるのである。

第三に、轢き逃げの場合はどうか。問題となるのは、不作為による殺人罪および保護責任者遺棄(致死)罪の成否である。殺人罪の実行行為というためには、不作為が生命侵害の具体的危険を有することを要するのに対して、遺棄罪は(準)抽象的危険犯であるから、不作為が生命侵害の抽象的危険を有するにすぎないときには、保護責任者遺棄罪が成立する。そして、そのような危険すら発生しなかった場合には、いずれの罪も成立せず、道路交通法上の救護義務違反の罪が問題となる。

こうした危険の程度の違いは、主として実行行為性の第一の要件に関係する。たとえば、交通事故の被害者が重傷を負って死の危険が切迫しており、かつ、他に救助する者がいない場合、その事故を起こした運転者が被害者を放置して逃走する不作為は、死亡の結果を発生させる可能性の高い行為であり、具体的危険を生じさせたといえるから、

殺人罪の成立を認めることが可能である。被害者を自己の自動車に乗せた後に救助の意思を放棄し、走行中に死亡させた場合は、これに当たる。また、そのような引受け行為がなくても、夜間に人通りの少ない道路上に瀕死の重傷を負った被害者を放置して逃走した場合は、その不作為は、死の結果を生じさせる可能性を有する行為であるといえるから、殺人罪の実行為性を肯定する余地もありえよう。これに対し、被害者の負傷の程度が重くない場合や、他に救助する者が存在する場合は、被害者を放置して逃走しても、死亡の結果を発生させる可能性はそれほど高くなく、抽象的な危険にとどまるから、保護責任者遺棄（致死）罪が問題となるにすぎない。

いずれにしても、第一の要件を満たしたとすると、次に問題となるのは、通常予測される事実経過と比べて危険を増加させたといえるかであるが、先述したように、先行行為がある場合はこれを認めてよいであろう。すなわち、自らの行為により危険を生じさせた以上は、被害者を救助することが社会的に期待されているといえるから、それにもかかわらず救助せずに立ち去れば、危険増加という第二の要件も充足することとなるのである。

五　む　す　び

以上、不真正不作為犯の成立要件について検討してきた。事実的要素のみによって不真正不作為犯の成否を決定することには無理があり、規範的要素を考慮せざるをえない。しかし、規範的要素が不真正不作為犯の成否の判断に際してどのような役割を果たすのかを明確にしなければ、「不真正不作為犯を認めたいときに作為義務を認める」という恣意的な判断となってしまうであろう。そこで、本稿は、これまで通説において多元的に理解されてきた作為義務

の発生根拠を結果発生の実質的危険という実行行為性の観点から統一的に捉え直してみた。すなわち、不真正不作為犯の問題の核心は、当該不作為が作為と同様の実行行為性を有するといえるかという、作為と不作為との同価値性にある。そして、作為犯の場合、実行行為の要件は、結果発生の可能性を有していること、および、社会的に期待された事実経過に比して危険を増加させることの二つであると解され、不作為犯の場合も、この二つの要件を充足するときに実行行為性が肯定されるのである。このうち、危険増加の判断は社会的な期待を基準とするから、規範的要素は、危険増加の判断において考慮されることとなる。

もつとも、社会的期待という基準は曖昧であるとの批判は依然としてありうるであろう。確かに、規範的要素を考慮するときには、不真正不作為犯の成否の判断において不明確な部分が残ることは否めない。しかし、そのような不確かさは、作為犯の実行行為性の判断においても見られることであり、右のような批判は決定的ではないように思われる。とはいえ、不真正不作為犯における実行行為性の判断構造を可能な限り明確にする必要があることはいうまでもない。今後は、本稿では十分に検討できなかった判例の分析などを通じて、具体的にどのような場合に社会的な期待が存在するといえるのか、実行行為性を肯定するためにはどの程度の危険の増加が必要かといった点に関して検討を深めることが課題となるが、この点については他日を期したい。

- (1) 藤木英雄『刑法講義総論』(一九七五年)一三四頁、団藤重光『刑法綱要総論第三版』(一九九〇年)一四九頁、莊子邦雄『刑法総論(第三版)』(一九九六年)一六〇頁以下、大塚仁『刑法概説(総論)(第三版)』(一九九七年)一四八頁以下、曾根威彦『刑法

総論「第三版」(二〇〇〇年)一三二七頁、福田平『全訂刑法総論「第三版増補」(二〇〇一年)九二—九三頁など。

- (2) 西田典之「不作為犯論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』(一九八八年)八五頁、町野朔『刑法総論講義案Ⅰ「第二版」』(一九九五年)一三三—一三三頁、山口厚『問題探求刑法総論』(一九九八年)三五頁、前田雅英『刑法総論講義「第三版」』(一九九八年)一三七頁、林幹人『刑法総論』(二〇〇〇年)一六〇頁、佐伯仁志「不作為犯論」法学教室二八八号(二〇〇四年)五六頁。

- (3) 堀内捷三「不作為犯論——作為義務論の再構成——」(一九七八年)二五〇頁、佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』(一九九六年)九八頁、林・前掲注(2)一六〇—一六一頁。

- (4) 堀内・前掲注(3)二四九頁以下、西田・前掲注(2)八九頁以下、山口・前掲注(2)四二頁以下、林・前掲注(2)一六一頁以下、佐伯・前掲注(3)一〇八頁以下、同・前掲注(2)五九頁以下、島田聡一郎「不作為犯」法学教室二六三号(二〇〇二年)一一六頁以下など。

- (5) 大谷實『新版刑法講義総論「追補版」』(二〇〇四年)一五三頁。

- (6) 大谷・前掲注(5)一五四—一五五頁。

- (7) 大谷・前掲注(5)一五六頁。

- (8) 大谷・前掲注(5)一五七頁。

- (9) 大谷・前掲注(5)一五七頁以下。

- (10) 大谷・前掲注(5)一六〇頁。

- (11) 大谷・前掲注(5)一六三—一六四頁。

- (12) 藤木・前掲注(1)一三五頁、莊子・前掲注(1)一六七—一六八頁、大塚・前掲注(1)一五一—一五二頁、曾根・前掲注(1)一三二頁以下、福田・前掲注(1)九三頁以下。神山敏雄「保障人義務の理論的根拠」『変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀 上巻』(一九九五年)一三三頁以下は、法益の依存関係を、法益侵害の危険が存し、その保護が開始されている「顕在的依存関係」と、具体的に法益保護が開始されていないが、非常事態が起きるときには法益の保全が一定の者に依存せざるをえない「潜在真正不作為犯の実行行為性について」

不真正不作為犯の実行行為性について

不真正不作為犯の実行行為性について

同志社法学 五六卷六号 七三六 (二二三四)

在的依存関係」に分け、前者の場合は、原則として被依存者の不保護が直ちに不作為犯となるのに対し、後者の場合は、①不作為者と被害者等との間に特別の事実関係が出来上がっていること、②不作為者に法令上の義務等の法的義務があること、③不作為者が法益の存否について事実上支配している地位にあること、という三つの条件の下で保障人義務が生ずると説く。

(13) 大谷・前掲注(5) 一五三頁以下。

(14) 井田良「不真正不作為犯」現代刑事法三号(一九九九年)九四頁が、「溺れかけている子を、その親のほか一〇人が助ける気なく見ている場合でも、子の生命は親の作為に具体的・排他的に依存している」としているのも、依存関係の概念を規範的に捉えるものといえよう。

(15) 佐伯・前掲注(3) 九七―九八頁、同・前掲注(2) 五六頁。

(16) 日高義博『不真正不作為犯の理論』(一九七九年) 一二八頁。

(17) 日高・前掲注(16) 一四八頁。

(18) 神山・前掲注(12) 二〇五頁、佐伯・前掲注(3) 一〇〇頁、林・前掲注(2) 一六一頁、堀内捷三『刑法総論(第二版)』(二〇〇四年) 六〇頁。これに対し、高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編『クローズアップ刑法総論』(二〇〇三年) 五八頁以下は、通説のように条理を作為義務の発生根拠とすると不真正不作為犯の成立範囲が無限定になるとして、刑法上の作為義務の発生根拠を民法その他の法規範に限定する。

(19) 西田・前掲注(2) 八七頁。

(20) 西田・前掲注(2) 八七頁、神山・前掲注(12) 二〇五頁、堀内・前掲注(18) 六〇頁。もともと、日高教授は、母親が故意に授乳せずに嬰兒を餓死させる場合、自己の力によって生命を維持することのできない嬰兒に対してその者を養育すべき義務を有しかつ養育に関して支配的・独占的地位にある者が授乳しないとしないという不作為は、故意に法益侵害に向かう因果の流れを設定しているとして、殺人罪の不真正不作為犯の成立を肯定されている。日高・前掲注(16) 一五七頁。しかし、日高教授は、もともと不作為自体に原因力がないことを理由に、不作為以前の原因設定行為の存在を不真正不作為犯の成立要件とされているのであるから、授乳しないという不作為を原因設定行為と解することは日高教授の立論の前提に矛盾しているように思われる。

- (21) 佐伯・前掲注(3) 一〇〇頁。
- (22) 岩間康夫「わが国における構成要件的同価値性論——不真正不作為犯の補足的成立要件に関する一考察——」愛媛法学会雑誌一八卷三号(一九九一年)九四頁、中森喜彦「保障人説——その推移と意義——」現代刑事法四一号(二〇〇二年)六頁、佐伯・前掲注(3) 一〇〇頁。
- (23) 堀内・前掲注(3) 二四九頁。
- (24) 堀内・前掲注(3) 二五四頁以下。
- (25) 堀内・前掲注(3) 二五五頁以下。
- (26) 西田・前掲注(2) 八九頁、神山・前掲注(12) 二〇六頁、中森・前掲注(22) 六頁、佐伯・前掲注(3) 一〇三頁。さらに、高山・前掲注(18) 六六頁参照。
- (27) 西田・前掲注(2) 八九頁、中森・前掲注(22) 六頁、佐伯・前掲注(3) 一〇二頁以下、同・前掲注(2) 五八頁。
- (28) 西田・前掲注(2) 八九―九〇頁。
- (29) 西田・前掲注(2) 九〇頁。
- (30) 西田・前掲注(2) 九一頁。なお、山口厚『刑法総論』(二〇〇一年) 八四頁以下は、西田教授の見解と同様に、排他的支配が存在することを不可欠の前提としつつも、自己の先行行為による危険創出が肯定されることや、被害者との間の特別な関係により保護が特に期待されることを付加的な要件とする。
- (31) 西田・前掲注(2) 九二頁。
- (32) 中森・前掲注(22) 六頁。
- (33) 神山・前掲注(12) 二〇九頁、塩見淳「不作為犯論」西田典之・山口厚編『刑法の争点』[第三版]』(二〇〇〇年) 一九頁。
- (34) 佐伯・前掲注(3) 一一〇頁、佐伯・前掲注(2) 五九頁。
- (35) 佐伯・前掲注(3) 一〇八頁以下、佐伯・前掲注(2) 五九頁。
- (36) 佐伯・前掲注(2) 六〇頁。

不真正不作為犯の実行行為性について

- (37) 佐伯・前掲注(3) 一〇九頁以下。
- (38) 佐伯・前掲注(3) 一〇八頁。
- (39) 佐伯・前掲注(3) 一一四頁。
- (40) 佐伯・前掲注(2) 六一頁。
- (41) 島田・前掲注(2) 一一四頁以下は、排他的支配を保障人的地位の発生根拠ではなく作為犯と不作為犯に共通の単独正犯性の問題と解した上で、これまで有力説が保障人的地位の付加的要件としてきた物理的危険創出行為や法益・危険源に対する意識的引受けこそが保障人的地位を基礎づけるとするが、この見解に対しても、本文で述べた批判が妥当する。
- (42) 高山・前掲注(18) 六五頁は、危険創出行為を作為義務の発生根拠とすることは、不作為以前になされた危険創出行為と事後の不作為の時点での故意とを合わせて故意犯とするに等しく、「行為と責任との同時存在の原則」に反すると批判する。
- (43) 佐伯・前掲注(3) 一一二頁。
- (44) 佐伯・前掲注(3) 一一四頁。
- (45) 井田・前掲注(14) 九四頁。
- (46) 中森・前掲注(22) 六一七頁、塩見・前掲注(33) 一九頁。内田文昭「保障人的地位の根拠」阿部純二ほか編『刑法基本講座第二巻』(一九九四年) 一〇〇頁参照。
- (47) 中森・前掲注(22) 六頁。
- (48) 中森・前掲注(22) 七頁。
- (49) このことは、特に不真正身分犯に関する総則規定の存在しないわが国の刑法の下では強調される必要がある。
- (50) 大谷・前掲注(5) 一五二―一五三頁。
- (51) これに対し、松宮孝明『不真正不作為犯』について『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』(一九九八年) 一六二頁以下は、不作為に因果力がない以上、すべての不作為を作為と同質と解することは不可能であるとの立場から、作為に準じる性質の不作為を採し出し、これを不真正不作為犯とするほかないとする。

(52) 大谷・前掲注(5)二七九頁は、医学的適応性を有し、かつ医療技術上正当な行為である限り、治療行為は傷害罪の実行為に当たらないとし、治療行為が非傷害罪説を採用するが、本文の見地からすると、適切な治療行為は健康状態を回復・維持させるものであり、身体の安全に対する危険の増加が認められないから、傷害罪の実行為性は否定されることとなり、治療行為が非傷害罪説が支持される。

(53) 高山・前掲注(18)五七―五八頁も、「事実に評価するならば、法益状態が悪化に向かっているが、法的に評価するならば、作為義務のある者が法益を保護するはずであるから、法益状態は悪化に向かっている」といえるとき、不保護が可罰的評価の対象となる」のであり、「不作為が処罰されるのは、『法的に見れば』事実経過が結果発生へと向かっているはずであるにもかかわらず、これを結果発生へと向けたことによる」とする。

(54) 松澤伸「不真正不作為犯の実行為と未遂について——作為可能性と結果回避可能性の機能——」早稲田大学大学院法研論集七四号(一九九五年)二七八頁以下は、実行為性を広義の相当性と同義と解し、結果回避可能性を不真正不作為犯の実行為性すなわち広義の相当性の問題とする。

(55) 高山・前掲注(18)五五―五六頁。

(56) もっとも、作為による結果防止の確実性まで必要かについては検討の必要があろう。不能犯に関する具体的危険説によると、作為犯の場合、事後的に見て結果発生危険性が全くなくても、行為の時点において一般人が危険性を感じるときには実行為といえる。そうだとすれば、不作為犯の場合も、事後的に見れば、作為によって「確実に」結果を防止することはできなかったとしても、行為の時点において「すぐに救助すれば結果を防止できるかもしれない」と考えられるような状況において期待された作為をしなかった場合には、一般人はその不作為を危険な行為であると感ずるから実行為性が肯定されると解することも可能であると思われる。つまり、作為による結果防止の確実性ではなく、結果防止の可能性で足りると解する余地もある。ここでは、疑問を提示するにとどめる。

(57) 福岡地久留米支判昭和四十六年三月八日判タ二六四号四〇三頁。

(58) 東京地判昭和四〇年九月三〇日下刑集七卷九号一八二八頁。さらに、最判昭和三十四年七月二四日刑集一三卷八号一一六三頁。

不真正不作為犯の実行為性について

同志社法学 五六卷六号 七三九(二二七)

不真正不作為犯の実行行為性について

(59) 佐伯・前掲注(3) 一〇一頁。

同志社法学 五六卷六号

七四〇 (二三三八)