

不真正不作為犯における作為義務の根拠論

——諸要素の位置づけの再検討——

奥 田 菜 津

- I はじめに
 - 1. 不真正不作為犯の要件論の到達点と現状
 - 2. 本稿の3つの視点
 - 3. 本稿の目的
 - 4. 本稿の射程
- II 作為と不作為の区別
 - 1. 作為と不作為の区別の意義
 - 2. 作為義務の役割
- III 作為義務の根拠要素——先行研究と裁判例から
 - 1. 先行研究の分析
 - 2. 裁判例の状況
 - 3. 小括
- IV 作為義務の役割の変容と作為と不作為の同価値性の担保
 - 1. 同価値性の中身
 - 2. 実行行為性の論証
 - 3. 固有の意味の作為義務
 - 4. 実行行為性の論証と固有の意味の作為義務との関係
 - 5. 小括
- V 私見
 - 1. 同価値性の内容——実行行為性の論証とその正当化としての固有の意味の作為義務
 - 2. 実行行為性の論証
 - 3. 固有の意味の作為義務
 - 4. 従来の根拠論および諸要素の位置づけ
- VI 裁判例の検討
 - 1. 虐待類型
 - 2. 交通事故類型
 - 3. 殺人に関するその他の類型
 - 4. 放火罪に関する類型
 - 5. 裁判例の検討のまとめと裁判例の評価
- VII おわりに
 - 1. 本稿の内容のまとめ
 - 2. 本稿の成果と今後の課題

I はじめに

1. 不真正不作為犯の要件論の到達点と現状

(1) 不真正不作為犯の重要性

犯罪の実現態様としての「不作為」は、近年その重要性を増しているように思われる。児童虐待や医療事件、法人犯罪など、社会問題として取り沙汰される事件の多くに不真正不作為犯が関連している¹⁾。しかし、不真正不作為犯には未だ解決されていない理論的問題が山積しており、なかでも大きな問題が、作為義務の根拠論である。わが国は不真正不作為犯を作為と共通の条文で、作為と同様に処罰するが、不真正不作為犯がいかなる場合に作為犯と同様に処罰されるのかという限界づけは一致を見ていない。この作為義務の根拠論は不真正不作為犯の核心として、長い間議論が重ねられてきた。

(2) 不真正不作為犯の要件論の到達点

不真正不作為犯については、次のような前提が多くの論者の中で共有されている。

まず、罪刑法定主義との関係である。「一見作為を想定していると思われる条文で不作為をも処罰することは、罪刑法定主義に抵触しないか」という論点²⁾について、通説は、各条文はそもそも一定の不作為を予定しているの

-
- 1) これは決してわが国に限った話ではなく、たとえばイギリスでは、マナーロンダリングの報告懈怠やテロの報告懈怠、贈収賄・脱税の予防、児童虐待の保護といった、近時問題となっていることの刑事罰的解決の多くが不作為犯に頼ることになっていると指摘されている。Andrew Ashworth, A New Generation of Omissions Offences? *Criminal Law Review*, Issue5, 2018, pp.354 ff.
 - 2) 金澤文雄「不真正不作為犯の問題性」団藤重光ほか編『佐伯千仞博士還暦祝賀(上) 犯罪と刑罰』(有斐閣、1968年) 235頁。なお、作為犯の条文に不作為犯を読み込むことが罪刑法定主義に抵触するという前提に立ってもなお、不真正不作為犯を「偽装された作為」とみなし、一定の場合に処罰を認める見解として、松宮孝明『刑法総論講義第5版補訂版』(成文堂、2018年)。

であり、罪刑法定主義には反しないとする。その根拠は、作為との同価値性である。すなわち、「一定の作為をしないことに対する互いの期待を破って作為をすること」と、「一定の作為をすることに対する期待を破って作為をしないこと」は同価値であるから、そうした不作為によって禁止規範で禁止されている結果を招いたのであれば、当然に禁止規範の予定する様態——「禁止規範が禁止している不作為」——として考えるというのである³⁾。

次に、この同価値性を担保するための「作為義務」要件と、その位置づけについてである。作為と不作為の同価値性は、主として「作為義務」ないし「保障人的地位」という要件によって担保される。作為義務を負う者がこれに違反して作為をなさなかった場合のみが、作為と同価値の不作為として処罰されるのである。そして、この「作為義務」ないし「保障人的地位」要件の位置づけについては議論があったものの、現在では、違法性ではなく構成要件段階の問題として、とりわけ実行行為性の問題として扱われることに争いが無いといってよいであろう。

最後に、不作為が作為と同価値であるといえるためには、上記「作為義務」要件に加えて、「作為可能性」及び「結果回避可能性」が必要であるとされてきた。これらを「作為義務」要件に含む場合と、それとは別の要件として立てる場合があるが、それは説明の仕方の違いにすぎず、不真正不作為犯の処罰のために「作為可能性」と「結果回避可能性」が必要であるということに変わりはない。この点も、不真正不作為犯の要件論の前提として共有されている。

また、不真正不作為犯と罪刑法定主義についての比較的近年の研究として、井上宜裕「不真正不作為犯と罪刑法定主義」立命館法学327・328号（2009年）101頁。

3) 大谷實『刑法講義総論第5版』（成文堂、2019年）128頁は、「作為の形式で定められている構成要件も単に作為を標準として規定されているにすぎず、禁止も命令もともに法益保護の目的に向けられた規範であるから、法益侵害ないし構成要件の結果発生の現実的な危険においては同じであると解しうる以上は、いずれも同一構成要件に含まれていると解すべき」とする。また、山口厚『刑法第3版』（有斐閣、2016年）76頁は、「たとえば、殺人罪は『人を殺した』ときに成立すると規定されているにすぎず、同罪は『作為による』殺人に限定されているわけではないから、不真正不作為犯の処罰が罪刑法定主義に違反するとは言えない」と説明する。

(3) 不真正不作為犯の要件論の混迷状況

このように、不真正不作為犯の要件論は一定の段階までは争いのない議論の土壌が整っている。ところがその先において、不真正不作為犯の要件論、特に作為義務の根拠論の解明が、順調に進展しているとはいいがたい。これまでに多くの学説が唱えられてきたが、さまざまな根拠要素が出揃った今、かえってそこから先の見通しが立ちづらくなっている⁴⁾。いずれも単独ですべてのケースを把握できるとはいえず、「一長一短」であると評価されてきた。こうした状況の中で裁判所は、学説において提案された諸要素を事案に応じて適宜使い分け、そのつど妥当な判断を下している。そこに一貫した理論的裏付けが確立しているとはいえない。

2. 本稿の3つの視点

(1) 先行研究の分析

すでに述べたように、不真正不作為犯の要件論の核心である作為義務の根拠論は、ある種行き詰まりを見せている。しかしそれは、行き詰まりを見せるほどのところにまで先行研究が達しているということでもある。重要な議論がし尽くされ、理論上ありうる根拠要素はほぼすべて出揃っている。そう考えると、これら先行研究を改めて分析し、その位置づけを整理しなおすことで、作為義務の根拠論を考える上での一定の方向性はおのずと見えてくるはずである。

先行研究においては、同じ用語が用いられていても論者によってその用語の意義が異なっている場合や、同じレトリックを用いているようでその果たす役割が実は異なっている場合がある。特筆すべきは、「作為義務」そのものの役割である。「作為義務」は、不作為の実行行為性を認定するための一種の媒介項として機能してきた。しかし、議論が進展するにつれて、その媒介項としての役割や説明の仕方に少しずつ変容が見られる。このことはこれ

4) 刑法学会でも各論的検討がなされるなど、行き詰まりを前提に視点の転換が試みられている(「特集『作為義務』の各論的検討」刑法雑誌56巻2号(2017年)129頁以下参照)。

までさほど意識されず、そのため議論の混迷を招いてきた部分があるように思われる。したがって、先行研究を分析するにあたっては、この「作為義務」の用いられ方に特に重点を置く必要がある。

(2) 同価値性の意義の見直し——比較法的観点から

不作為を処罰するには、その不作為が作為と同価値なものでなければならない。当然の前提とされてきたこの「同価値性」を、今一度、比較法的観点から見直す。

不真正不作為犯について刑法上に根拠条文をおくドイツでは、刑法13条2項において、不真正不作為犯を任意的減軽の対象としている。すなわち、ドイツでは不作為は作為に「相応する」のものでなければならないと1項で規定しながら、たとえ「作為と同価値」な不作為であっても、その不作為は不作為であるがゆえに作為よりも当罰性が低いとみなされているのである⁵⁾。ところが、その一方でわが国は根拠条文をおかず、不真正不作為犯も作為犯と同一の条文で処理している。そのため、不作為であるからといって任意的減軽の対象となるわけではない。ということは、わが国においては、不作為を処罰するためにはドイツよりもなお厳密な作為との同価値性が求められる。そうだとすると、わが国においてはドイツとは異なる配慮の必要があるということになる。

(3) 裁判例との整合性

すでに述べたように、裁判例は、各根拠要素をケースに合わせてそのつど

5) この点につき、同価値性の研究として岩間康夫「不真正不作為犯の成立要件としての構成要件的同価値性について——ドイツ刑法13条をめぐる議論を素材に——(1)(2)」愛媛法学会雑誌18巻1号(1991年)29頁以下、18巻2号(1991年)91頁以下、萩野貴史「不真正不作為犯における構成要件的同価値性の要件について(1)～(3)」名古屋学院大学論集社会科学篇50巻3号(2014年)77頁、50巻4号(2014年)141頁、51巻4号(2015年)215頁。立法過程における同価値性と任意的減軽との関係とそれに関わる議論について、内藤謙『刑法改正と犯罪論 日本・ドイツ・オーストリアの刑法改正事業における展開(下)』(有斐閣、1976年)428頁以下。

取捨選択し、合理的な結論を導いている。これはご都合主義と評価されることもあるが、裁判所がこれまでその手法によって、妥当な結論を導くことができてきたという事実は尊重し、重視すべきである。裁判例が批判されるのは基本的にはその理論的背景の欠如ゆえであり、結論の妥当性について批判される裁判例は、ごく少数にとどまる。それならば、裁判所による根拠要素の取捨選択には、結論との関係で、何らかの必然性があるのではないだろうか。本稿は、これまで結論の妥当性を保ちながら積み上げられてきた裁判例を尊重し、それとの整合性を確保できるような作為義務論の整理検討を試みることによって、純粹理論的な貢献だけでなく、実務にも寄与しうるような成果を求めるものである。

3. 本稿の目的

本稿は、上記3つの視点から、従来唱えられてきた作為義務の根拠論を再整理し、各根拠要素の「位置づけ」を明らかにすることを目的とする。

「一長一短」と呼ばれる各根拠要素は、いかなる点で「一長」であり、またいかなる点で「一短」なのか。そして、各根拠要素はどのように位置づけられ、相互に、どのような関係にあるのか。それぞれの根拠要素をそれぞれの学説との関係で個別に評価するのではなく、同じ土俵で、相互の関係性を含め立体的にこれらを配置する。この作業は、現在の作為義務の根拠論の到達点を、今後の議論の発展のために整地する作業でもある。議論の行き詰まりが指摘される今、このような作業は、その行き詰まりを解消し議論が再び進みだせるようにするために、極めて重要な課題である。

4. 本稿の射程

本稿では、議論を単純化するために、刑法犯の典型として想定されている故意単独正犯に射程を限定する。

また、「保障人的地位」や「保障人的義務」、「作為義務」という用語は、「作為義務」という用語で統一する。これらの用語は、論者によって少しずつ異

なる意義をもって用いられているが、本稿では「保障人的地位にある」ことと「保障人的義務を持つ」ことを同義とし、さらにこの「保障人的義務」という用語を「作為義務」と同義のものとして扱い、各語義に有意な差を持たせない。とはいえ、特にドイツの議論においては原語を尊重し、「保障人的地位」や「保障人的義務」という用語を用いる場合がある。

II 作為と不作為の区別⁶⁾

1. 作為と不作為の区別の意義

不真正不作為犯の要件論に入る前に、そもそもその前提として、作為と不作為の区別について簡単に検討を加える。

無限に存在する行為態様は、初めから作為として、あるいは不作為として、自然的に存在しているわけではない。たとえば人をナイフで刺すという行為があったときに、その実行行為性を認定するにあたっては、自然的・事實的觀察から、人をナイフで刺すことによる、自然的な危険の創出を説明すれば足りる。このような実行行為性の認定手法を、仮に手法 A とする。他方で、たとえば川で溺れる子を親が救助しないという行為は、自然的・事實的觀察からでは、その行為自体で危険が創出されたとはいえない。子は自然的には親と関係なく、勝手に川に落ち、死へと向かう危険に身を置いたためである。このような場合、手法 A では、実行行為性を認定することができない。そこで、自然的・事實的觀察ではなく、【仮定】という道具を用いる。すると、「親が子を助けるはずだ。だから子は、危険とはいえない。それにもかかわらず救助しなかったならば、それによってはじめて、子に危険が創出された」ということができる。この実行行為性の認定手法を、仮に手法 B とする。

このように、刑法的に評価する際、実行行為性の認定に至るルートは、手

6) 作為と不作為の区別については、拙稿「作為と不作為の区別—作為義務の根拠論との関係—」同志社法学69巻5号（2017年）199頁参照。

法Aと手法Bの二種類存在する。自然的には行為態様は区別なく無数に存在するが、それらを手法Aをとるべき行為と手法Bをとるべき行為に分類したときに、前者を作為、後者を不作為と呼んでいるというのが、「作為」と「不作為」の実態なのである。そして、その手法Bで用いられる特殊要素を「作為義務」と呼んでいる。すなわち、作為と不作為が自然的に異なるがゆえに異なるルートになるというよりも、人が刑法的評価という人為的操作をするにあたって、異なるルートをとるがゆえに、それらを区別しているにすぎないのである。そのため、作為と不作為の区別論と、不真正不作為犯の要件論である作為義務論は互いに連動し、密接にかかわりあっているということができる。

2. 作為義務の役割

(1) 媒介項としての作為義務

上記のように考えると、「作為義務」とは、手法Aでは実行行為性が認定できない場合に、それでもなお実行行為性を認定する手法Bを成立させるための、いわば媒介項としての役割を担ってきたということができる。不作為の実行行為性はそれそのものを直接自然的に認定するのではなく、作為義務を認定することによって、はじめて認定されてきたのである。この「媒介項」としての作為義務の意義が徐々に変容してきたことについて、本稿ではのちに詳しく述べる。

(2) 作為義務が乗り越えるべき作為と不作為の「相違」

また、自然的に実行行為性を認定できないにもかかわらず、作為と同様に不作為を処罰する以上、その不作為は、作為との間の相違を克服したものでなければならない。すなわち、不作為が作為と同様に処罰されるためには、その不作為が作為と「同価値」であるということを担保しなければならないのである。

ここで克服すべき作為と不作為の相違としては、従来、大きく分けて次の

二つが指摘されてきた。①因果的相違と、②規範的相違⁷⁾である。①の観点からは、作為は因果を発生させるという原因力を有しており、法益の悪化を招くものであるのに対して、不作为は既存の因果を放置するにすぎず、原因力を有さず、法益を好転させないにすぎない⁸⁾。②の観点からは、作為犯は一定の作為を禁じる禁止規範違反であるのに対して、不作为犯は一定の作為を命ずる命令規範違反である。禁止規範は禁止された行為以外の全ての行為が許されるのに対して、命令規範は命じられた行為以外の行為が一切禁じられるという意味で、不作为の方が自由制約の程度が大きいいといわれる⁹⁾。こうした作為と不作为の相違の克服を試みてきたのが、近時有力に提唱されている作為義務の根拠論である¹⁰⁾。作為義務が作為と不作为の同価値性を担保するための媒介項である以上、作為義務には、作為と不作为の間に存在している相違を埋め合わせる機能が無ければならないのである。

こうした「作為と不作为の区別」に基づく「作為義務」の役割を前提に、以下、作為義務の根拠論について検討する。

7) 拙稿・前掲注(6)233頁においては、「自由制約の程度の相違」と表現した。

8) 因果性の存否という側面に着目するものとして、Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl., 1988, S. 61 ff., Hans Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1909, S.203、山中敬一『刑法における因果関係と帰属』(成文堂、1984年)26頁など。法益の悪化の有無という側面に着目するものとして、Erich Samson, Begehung und Unterlassung, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, S. 592 f., 大越義久「作為と不作为」阿部純二ほか編『刑法基本講座第2巻』(法学書院、1994年)88頁以下、内田文昭『刑法概要上巻』(青林書院、1995年)310頁、高山佳奈子「不真正不作为犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(2003年)44頁、神山敏雄「過失犯における作為と不作为の区別基準論(上)」判例時報2107号(2011年)7頁など。

9) 作為義務を賦課することによる自由の制約に着目するものとして、島田聡一郎「不作为犯論」法学教室263号(2002年)116頁以下、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、2013年)90頁、橋爪隆「不作为犯の成立要件について」法学教室421号(2015年)91頁、鎮目征樹「不真正不作为犯における作為義務の『発生根拠』と『具体的内容』」刑事法ジャーナル46号(2015年)7頁など。

10) 拙稿・前掲注(6)202頁以下で、作為義務の根拠論と作為と不作为の相違との関係について指摘している。また、鎮目・前掲注(9)6頁も参照。

Ⅲ 作為義務の根拠要素——先行研究と裁判例から

1. 先行研究の分析

作為義務ないし保障人的地位の研究は、ドイツに遡る。伝統的通説の形式説から、実質的要素への着目という過程を辿るドイツにならない、わが国でも同様の経緯がみられた。しかし、その後、わが国はドイツとはやや異なる方向性に舵を切ることになる。

本稿では先行研究の一つ一つを個別詳細に検討するのではなく、全体を俯瞰しながら、特筆すべき流れごとに整理して、先行研究を分析する。

(1) 形式説から実質説へ

1) 形式的三分説

保障人的義務を基礎づけるものとして、かつて Feuerbach が法令・契約¹¹⁾を挙げ、さらに Stübel がこれに先行行為を加えた¹²⁾。こうした形式的三分説を中心に置くことはわが国においてもかつては通説とされ、法令、契約・事務管理、条理・先行行為といったものが、不真正不作為犯の保障人的義務の根拠論を担ってきた。

しかしながら、この形式的な根拠論には、いくつかの問題点もあった。たとえば保障人的義務の根拠となるような契約に民法上無効となるような事情があったら保障人的義務も否定されるのか、民事上の義務が刑事上の義務としてとらえられる根拠はあるのか¹³⁾、などである。そこで、もっぱら形式的

11) Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Duetschland gültigen peinlichen Rechts, 14.Aufl., 1847, § 24.

12) Stübel, Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828, S. 61 ff.

13) Claus Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil Band 2: Besondere Erscheinungsformen der Straftats, 2003, S.714. この翻訳としてクラウス・ロクシン『刑法総論第2巻犯罪の特別現象形態翻訳第2分冊』山中敬一監訳〔一原亜貴子訳〕(信山社、2012年) 308頁。

に義務を認定することから、より実質的な判断へと視点が転換されていった。

2) 特殊な関係性への着目

判例・学説は、法律上の規定等の明白な規範そのものを根拠とするよりも、「緊密な生活および危険共同体」を根拠に保障人的地位を認める傾向へと移っていった¹⁴⁾。

こうした考えはわが国においても受容され、現在でも有力に主張されている。大谷は「一定の不作为が作為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はほかならない。……法は、まさしくこ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結果回避のための作為を命令していると考えられる」とし¹⁵⁾、また神山は、法益侵害の危険が既に存在していて、その保護が開始されており、法益の保護がその者に依存しているような場合を「顕在的依存関係」、未だ具体的に法益保護は開始されていないが、非常事態が起これば法益保全が一定の者に依存せざるを得ないような場合を「潜在的依存関係」として、後者の場合にはより細かい要件を置いて作為義務を認める¹⁶⁾。さらに塩見は、「脆弱な法益を保護し、あるいは、通常人では対処困難な危険源を監視する規範的關係が成立している」場合には法的・制度的・社会的期待が生じ、この期待が刑法上も尊重に値するものであれば、刑法上の作為義務となるとする¹⁷⁾。

ここには、保障人的義務は形式的・機械的に定まるものではなく、被害法益との関係という個別具体的な事情を実質的に評価することによって認定し得るものであるという考え方がみられる。しかし、これは場合によっては、

14) RGSt 69, 321, Rn.4., BGHSt 19, 167.

15) 大谷・前掲注(3) 130頁。

16) 神山敏雄「保障人義務の理論的根拠」齊藤誠二ほか編『変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀(上)』(成文堂、1995年) 213頁以下。

17) 塩見淳『刑法の道しるべ』(有斐閣、2015年) 42頁。

道徳と区別されない手放しの刑法的義務の賦課を招きかねないものでもあった¹⁸⁾。

3) 保障人的地位の類型化

ここからドイツ刑法学説においては、保障人的地位を基礎づける具体的事情を二つの類型に区別することによって明確化を図る見解が通説的・指導的地位を占めていった。

(i) ドイツの通説的見解としての機能論

Armin Kaufmann は、保障人的地位を保護的保障人的地位と管理的保障人的地位に分けて分析した¹⁹⁾。前者は子に対する親の保障人的地位など、法益を保護する地位にある者があらゆる危険からその法益を守る義務を有することを指し、後者は第三者に損害を与えるおそれがあるもの（危険源）を管理する者が、その危険源による法益侵害を防ぐ義務を有することを示す。また Schünemann は「結果原因の支配」が保障人的地位の根拠として重要であるとし、さらにその支配は「法益の脆弱性に関する監護関係」または「危険源の事実的支配」によって生ずるものであるとした²⁰⁾。

(ii) さらなる類型化の試み

近時の研究として、Hannes Schrägle の研究がある。

Schrägle は、不真正不作為犯の保障人的地位・作為義務の根拠論が「法的な一貫性や規格化にはどうしてもなじまない」ため、結局その根拠は、「それぞれ異なった各論上の不法の評価や、さまざまな形の不作為の基礎をなす生活上の実体 (Lebenswirklichkeit) に見出されている」と指摘する²¹⁾。また刑法13条も「相応する (entspricht)」という開かれた構成要件を用いており、

18) Claus Roxin, a.a.O. (Anm13), S.716., クラウス・ロクシン [一原重貴子訳]・前掲注 (13) 310頁。

19) Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm 8), S.282 ff.

20) Schünemann, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 (1984), 294. 山口・前掲注 (3) 88頁も参照。

21) Hannes Schrägle, Das begehungsgleiche Unterlassungsdelikt, 2017, S.3.

このことは、「個人に行動を制御する法の手綱を与え、また刑事裁判官を制約するという機能を刑法が果たさなくなる事態を招く」²²⁾と評価する。そこで彼は、明確性の要請に応えるため、より明確な作為同価値的不作為の条文上の要件を提案するのである。

彼は独・英・仏の理論状況を詳細に分析し、3か国のそれぞれ異なる法秩序においてある程度共通した5つの保障人的地位の類型を明らかにした。①任務の保障、②交通の保障、③危険責任の保障、④世話及び監視の保障、⑤共同体の保障²³⁾である。そして、とりわけ①任務の発生要因については、「任務は、私的な引受けまたは法的な割り当てのいずれかを通じて発生する」²⁴⁾としている。彼はこの類型をもとに、詳細な条文案を提示している²⁵⁾。

このように、ドイツでは保障人的地位を検討するにあたり、実質的・形式的要素のいずれをも根拠として認める。そして、明確化の要請に応えるためには、保障人的地位の根拠要素を一元化するというよりは、保障人的地位を類型化するという方向性をとっていることが分かる。

(iii) 裁判所の手法

ドイツでは、裁判所もこうした手法をとっている。裁判所は通説的見解である機能論に則り、保護的保障人的地位と管理的保障人的地位とを区別した上で、個別具体的なさまざまな事情から、この地位を基礎づけてきた²⁶⁾。しかし近時はこの区別を絶対的なものとしなない裁判例もある。氷上競技場の屋根の崩落に関する事案において裁判所は、「保障人的地位の有無は、……一般的な枠組みに基づいて定めるべきではない。区別は、究極的に、具体的な個々の事案にこそ依存するのである。その際には、関係者らの利害状況や責任の範囲を考慮する必要がある」²⁷⁾とし、形式的な機能論よりも弾力的・個

22) Hannes Schrägle, a.a.O. (Anm21), S.4.

23) Hannes Schrägle, a.a.O. (Anm21), S.166.

24) Hannes Schrägle, a.a.O. (Anm21), S.262.

25) Hannes Schrägle, a.a.O. (Anm21), S.321 ff.

26) BGH NSTZ 2004, 94, 95; BGHSt 48, 77-100.

27) BGH NJW 2010, 1087-1092.

別具体的な考慮に基づき判断したことで注目された²⁸⁾。

4) わが国における実質化の受容

このように、ドイツでは個別具体的な事案ごとに、実質的な状況から作為義務を認定している。そしてわが国でも、純粋に形式的にのみ判断すべきという見解は今や少なく、実質的な事情を取り入れることで、より正確に作為義務を認定しようという方向性が主となっている。作為義務を判断するにあたって単に形式的な事情だけではなく実質的な事情を考慮するというのは、日独双方での一つの到達点と評価することができる。

(2) 一元説と多元説

ドイツは今でも諸要素を用いて、総合的に「特別な関係」を見出している。しかし、純粋に「特別な関係」だけを指標とするのでは抽象的に過ぎ、明確性や法と道徳の峻別といった点から困難が生ずる。そこで活用されているのが機能的二分説などの類型化である。ドイツでは、作為義務の根拠要素を一元化するのではなく、作為義務の類型化に注力するのである。

他方でわが国では、むしろ、より具体的に一つの要素から全体を説明できるような、一元的な作為義務の根拠要素を見出そうとする傾向が強い。そしてその根拠要素は、事実的なものに求められる。

明確性の要請に応えるにあたり、ドイツは作為義務の類型化という道をとったのに対して、わが国では、作為義務の根拠の一元化・明確化という道をたどっている。これがわが国の作為義務論のひとつの特色といえる。しかし近年では一元説の限界も指摘されており、ドイツの機能的二分説にならって多元説的に検討する見解も有力である。

28) 作為と不作為の区別における非難可能性の重点公式のさらなる理論化を試みる論稿においても本判決は詳細に検討されており、本判決の理論的意義が多面的であることが分かる。Stephan Ash, Begehung und Unterlassung – Abgrenzung und Erfolgszurechnung Am Beispiel der BGH-Urteile zum Behandlungsabbruch und zum Eissporthallenfall, ZStW 124 (3), 2012, S. 612.

1) 先行行為²⁹⁾

不作為は原因力を持たないため、原因力を持つ作為と同様に処罰するためには、先行行為によって原因を作った場合でなければならない³⁰⁾。これは、不作為では観念し難い「危険の創出」という実行行為性の要を先行行為で補うことで、作為と不作為の同価値性を担保しようとするものである。

先行行為はかねてから形式的三分説で唱えられてきた。しかしわが国の根拠論の一元化・明確化の試みの中で生じたこの見解は、先行行為を規範的なものとしてではなくむしろ事実的なものとしてとらえる。原因力の存否という作為と不作為の「存在構造上の溝」の埋め合わせとして、先行行為という事実を用いるのである³¹⁾。

2) 支配性(排他的支配性・支配領域性)³²⁾

不作為は因果の作出ではなく因果への不介入にすぎないため、これが因果を発生させたことと同価値であるとして処罰することが許されるには、不作為者がその因果を支配していなければならないという見解である。ただし、その支配は自分で設定していなければならない(排他的支配性)。これがこの見解の重要な点である。自ら設定したのではない場合、親子関係などの特

29) 日高義博『不真正不作為犯の理論第2版』(慶応通信、1983年)参照。これに加えて、佐伯・前掲注(9)80頁、島田・前掲注(9)113頁、小林憲太郎「不作為による関与」判例時報2249号(2015年)3頁も参照。日高説を発展させたこれら佐伯説・島田説・小林説を「新先行行為説」とよび、分析・検討し、先行行為を一元的根拠とすることの困難を指摘する研究として、岩間康夫「不真正不作為犯における先行行為の意義」高橋則夫ほか編『日高義博先生古稀祝賀論文集』(成文堂、2018年)13頁。このほか先行行為に関する近年の研究として、鈴木彰雄「先行行為に基づく作為義務」高橋則夫ほか編『刑事法学の未来 長井圓先生古稀記念』(信山社、2017年)19頁も参照。

30) 日高・前掲注(29)154頁以下。

31) 日高・前掲注(29)128頁は次のように述べる。「不真正不作為犯と作為犯とが同一の犯罪構成要件のもとに等置されるためには、両者の存在構造上の溝が埋められて、価値的に等しいもの」とされなければならない。「等置問題の核心は、不真正不作為犯と作為犯との存在構造上の溝を埋めて両者を等価値なものとする媒介が見出さるか否かにある」。

32) 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』(日本評論社、1988年)89頁以下参照。

別な関係が必要とされている(支配領域性)³³⁾。必ずしも事実一元説を徹底しているわけではなく、規範的な考慮を含んでいるのである。

この「支配性」の要素は裁判例においても積極的に用いられており、広く支持を集めている。しかし、因果の説明だけであれば理論上は支配だけで事足りるにもかかわらず、それを「自ら設定した」といえることまで求めるのはなぜであろうか。

支配性要素にはさまざまな修正が加えられている。たとえば佐伯は排他的支配性に加えて法益に対する危険を自己の行為によって創出・増加したことが求められるとし³⁴⁾、また橋爪は支配性に加えてプラスアルファの検討の必要があるとしつつ、そこには危険の創出に限られず規範的なものも含まれるとする³⁵⁾。理論的發展の可能性をいまだ残す要素であるように思われる。

3) 保護の(事実上の)引受け

法益保護の観点から、結果の不発生を事実上引き受けたという事実にて作為義務の発生根拠を求めるものである。具体的には、①法益維持行為の開始、②法益維持行為の反復継続性、③排他性の三要件が満たされたとき、刑法上の作為義務が認められる³⁶⁾。なおここにいう「引受け」とは、法益保護が法令や契約などで義務づけられているか否かとは無関係であり、事実として、不作為者が法益の保護を現実に取り受けていて、不作為者と結果との間に依存関係が存在するといえるか否かを問題とする。

4) 法規範

規範的要素の中でも典型的なのが、法規範である。法規範を作為義務の根拠とする見解に対しては伝統的に、民事上の義務が直ちに刑法上の義務にな

33) 西田・前掲注(32)91頁。

34) 佐伯・前掲注(9)89頁以下。排他的支配説と先行行為説を組み合わせた見解といえる。

35) 橋爪・前掲注(9)93頁以下。

36) 堀内捷三『不作為犯論——作為義務論の再構成——』(青林書院新社、1978年)254頁以下。

るわけではないとの批判がなされてきた。しかし法規範に着目する近時有力な見解³⁷⁾は、刑法以外の法規範を刑法上の義務としてそのまま用いているわけではない。作為義務が構成要件該当性、実行行為性の問題であることを前提に、実行行為性の要である「危険」に目を向け、その「危険」の評価のために、法規範を参照するという構造をとっている。すなわち、「そのままでは結果発生に向かっていない事実経過を結果発生へと向ける行為が作為、結果発生に向かっていない事実経過を結果回避へと向けない行為が不作為」³⁸⁾であり、「『事実的に評価するならば法益状態が悪化に向かっていないが、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ない』といえるとき、不保護が可罰的評価の対象となる」³⁹⁾。その、法益状態が悪化に向かっていないはずであったといえるか否か、すなわち危険はなかったといえるか否かの判断にあたり、「法が人間関係をどのように定めているかが、危険の法的な評価にとって重要な意義を有する」⁴⁰⁾と考えるのである。

5) 効率性

不作為は作為と異なり、処罰対象が無制限に広がり得る。不作為のこうした特殊性に着目し、主体の限定・選別の観点から、最も効率的に結果回避措置をなしうる主体を作為義務者とする見解がある⁴¹⁾。しかし同時に、不真正不作為犯は自由制約の程度が大きいことから、行為者自らがそのような地位に就くことを事前に選択したとみなしうる場合にのみ、作為義務を認めるとする。本説も支配性説における排他的支配と同様に、その地位を自ら招いた

37) この見解にいう「法規範」とは、法令・契約・事務管理を含んだ概念である。高山・前掲注(8) 68頁。

38) 高山・前掲注(8) 45頁。

39) 高山・前掲注(8) 57頁。

40) 高山・前掲注(8) 59頁。

41) 鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要8号(1999年)353頁以下。橋爪・前掲注(9)91頁注(38)は、効率性要件を、「支配・引受が認められる類型を別の角度からとらえ直したもとして評価することもできるだろう」と評する。

ことを求めている。

6) 多元化への揺り戻し——機能的二分説

このように事実一元説が展開する中、これに疑問を投げかける見解もある⁴²⁾。中でも単一の根拠に基づいてすべてを説明することは困難であるとして、ドイツのように機能的二分説による類型化でその明確性を保ちつつ、多元的に複数の要素を作為義務の根拠として取り入れる見解は有力である。この機能的二分説に対しては、作為義務の機能を分類しているにすぎず作為義務の根拠についてはなんら説明していないとの批判がある⁴³⁾。確かに機能的二分説は他の一元説とは異なり、分かりやすい統一原理としての根拠を提示するものとはいえない。しかし、一元説の限界に正面から向き合い、多元説を受容した上でその統制を図る柱としては十分に機能するものであるように思われる。

(3) 規範的要素と事実的要素——用語の多義性

作為義務の根拠論の分析においては、規範的要素と事実的要素に分けて検討する手法が広くとられている。しかし、この区別は常にすべての根拠要素をいずれかに分類できるようなものではない。中には、一つの根拠要素がそれぞれの意味合いで多義的に用いられるケースや、一つの根拠要素がそもそも両方の要素を取り入れて成立しているケースがある。

1) 多義性の例①—「先行行為」

すでに指摘したように、「先行行為」には規範的要素として説明される場

42) 丸山雅夫「不真正不作為犯の限定原理について」岩瀬徹ほか編『刑事法・医事法の新たな展開 (上) 町野朔先生古稀記念』(信山社、2014年) 47頁、機能的二分説を提示する山中敬一『刑法総論第3版』(成文堂、2015年) 244頁、岩間・前掲注 (29) 30頁以下など。

43) 佐伯・前掲注 (9) 86頁。なお鈴木・前掲注 (29) 21頁以下は機能的二分説を支持し、作為義務が類型化されることでその大枠が画されるのであるからこうした批判はあたらなないとし、多元説を前提にその一要素としての先行行為を詳細に研究している。

合と、事実的要素として説明される場合とがある。そもそも「先行行為」は、先行する危険の発生を理由に、条理からそれを回収すべきという規範を与えるものであった。これに対してわが国で有力に唱えられている見解は、作為と不作为が原因力という点で異なることに注目し、その原因力を補うことで、作為と不作为の相違を乗り越え、同価値性を担保しようというものである。ここではまさに、「義務」というよりも、作為との同価値性、作為と同等の実行行為性（危険の創出）を説明しているのであり、「先行行為」は規範的要素というよりも事実的要素と評価される。

2) 多義性の例②—「法規範」

「法規範」も、一見規範的要素といえそうでありながら、必ずしもそうではない。むしろ、形式的三分説として登場した法規範、中でも「法令」は、それぞれのものが作為を命じる命令規範として機能するものとして扱われていた。しかし、近年有力に主張される法規範説は、その規範性をもって単純に作為義務を認定しているわけではないように思われる。前述のように論者は、「法が人間関係をどのように定めているかが、危険の法的な評価にとって重要な意義を有する」⁴⁴⁾と説明している。つまり、「その法益が保護されるであろう（から危険はない）」という事実的評価の根拠として、当該法令が存在するという事実を用いているのである。法令を作為義務の根拠とすることに対しては、かねてより、刑法以外の法秩序における規範が、なぜ刑法上の作為義務を構成するのかという批判がなされてきた。しかし、この見解に対しては、その批判はあたらない。ここで重要なのは危険の有無という事実的な評価の根拠としての「法規範の存在」という「事実」であって、「法規範」という「規範」ではないからである。このように考えるならば、形式的三分説における「法令」は純粹に規範的要素であったが、現在有力に主張されているところの「法令」ないし「法規範」は、むしろ事実的要素であると解釈

44) 高山・前掲注(8)59頁。

することもできよう。

3) 両要素を含んで成立する例—「支配性」「特別な関係」

支配性を重視する見解は、支配性を自ら設定したのでない場合には、親子関係など規範的な要素を補助的に用いる。さらに、義務の賦課・自由の制約に着目し、支配性に加えて危険創出を要求することを原則としつつも、例外的に規範性が要求されるとする見解もある⁴⁵⁾。このように、支配性説は「支配」という事実的要素に軸足を置きながらも、規範的要素を適宜取り込んで解決を試みる見解であるといえることができる。

また他方で、規範性を重視する見解においても、具体的な依存関係や、条理を膨らませた先行行為など、具体的な事実を考慮する場合がある。規範的要素と事実的要素は、相互に密接に関連し、補完し合っている場合があるのである。

さらに近年では、規範的要素・事実的要素の分類がよりあいまいになっている傾向もある。それは、薬害エイズ厚生省ルート事件⁴⁶⁾に端を発する。本稿では射程を故意単独正犯に限定するため薬害エイズ事件を詳細に検討することは避けるが、少なくともこの事件において裁判所は、支配性という事実的要素を地位や立場、意思決定上のシステムといったある種規範的な事情によって基礎づけている⁴⁷⁾。このことを「規範化」と呼び、一定の評価を与える見解⁴⁸⁾もある。

45) 橋爪・前掲注(9) 94頁。

46) 最決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁。

47) 北川佳世子「薬害エイズ3判決における刑事過失論」法学教室256号(2002年) 48頁は、物理的支配性ではなく観念的支配性を重視し、製品の品質管理システムが法令等によって構築され、事実上運用がなされている場合等には、なお事実上排他的支配性があるとする。また、林幹人「国家公務員の刑法上の作為義務」同著『判例刑法』(2011年) 21頁は、製薬会社と法益被侵害者との間には、「法令を背景とした規範的・事実的な支配関係が存在する」と説明する。

48) 塩見・前掲注(17) 45頁。他方でこうした判断の方法については、山中敬一「刑事製造物責任論における作為義務の根拠」関西大学法学論集60巻5号(2011年) 30頁が、「プロクルステスのベッドになる危険性がないわけではない」とも評している。

(4) 「作為義務」の役割の変容

わが国における実質的・一元的な根拠論に見られる重要な共通点として、「作為義務」という媒介項の持つ役割の変容を指摘することができる。

1) 当初の「作為義務」の意義

Ⅱ 2(1)で述べたように、「作為義務」は、実行行為性の認定のための媒介項としての役割を担ってきた。そのロジックは以下のようなものである。

まず、作為義務違反であることと、不作為に実行行為性が認められることは、同値である。この前提をAとする。そこで、当該不作為が、作為義務違反であることを証明する。これをBとする。そうすると、A、Bから、当該不作為には、実行行為性が認められる。つまりこのロジックは、実行行為性をただちに認定することが困難な場合に、実行行為性を作為義務違反におきかえて、作為義務を認定することによって、実行行為性の認定にかえるというものなのである。

ここで一つ事例を挙げる。

子が川で溺れた。その父親は、子を簡単に救助することができたにもかかわらず、殺意をもって、子を救助しなかった。子は溺れ死んだ。

この事例を形式的三分説という法規範から説明するならば、思考過程としては次のようになる。まず不作為においては「実行行為」と「作為義務違反」が同値である。これがAにあたる。次に、民法820条の親権者の監護義務を根拠に、救助の作為義務を認定する。そうすると、本件不救助は作為義務違反ということになる。これをBとする。A、Bより、本件不救助に実行行為性を認定することができる。これが、媒介項としての作為義務の働きである。このように考えるならば、「作為義務」は、まさに重要・不可欠なものであり、実行行為性の論証に代替する、「特別な要件」であるということができる。

2) 近時有力説にみられる「作為義務」の意義

ところが、近時有力説においては、この作為義務の位置づけが徐々に変化しているように思われる。たとえば、先行行為説は、「危険の創出」を先行行為によって補填することで実行行為性を説明しようとする⁴⁹⁾。支配性説は、因果の発生と同レベルの「支配」を求めることで、やはり実行行為性を説明しようとする⁵⁰⁾。法規範説、本稿でこれを表現するならば「法規範の存在説」とでもいうべきであろうが、これも、前述のとおり、やはり「危険の創出」を説明するために、すなわち実行行為性を説明するために、法規範の存在を用いている⁵¹⁾。これらはいずれも「義務」を論じるというよりは、むしろ正面から、実行行為性の論証に取り組んでいるのである。

このロジックは、次のように表現することができる。まず、作為義務違反であることと、不作為に実行行為性が認められることは、同値である。このAは、先ほどと同様である。しかし、その次は、「当該不作為には、実行行為性が認められる」ということを、直接論証する。これをBとする。そして最後に、A、Bから、当該不作為を、作為義務違反であると表現するのである。

こちらも先ほどの子の不救助事例について、今度は「法規範の存在」を使って説明する。実行行為性と作為義務違反が同値であるという前提Aは先ほどと同様である。しかし次に、「実行行為性」ないし「危険の創出」を、直接考える。事例に即していうならば、「親権者は民法820条より監護義務を負うから、子を救助するはずである。そのため法的には、子は危険ではなかった。それにもかかわらず子を救助しなかったのなら、それによって危険が創出されたといえる。すなわち、本件不救助には殺人罪の実行行為性を認定することができる」ということになる。これがBである。そして、A、Bより、父親の不作為を「作為義務違反」と表現することができるのである。

49) 日高・前掲注(29)154頁以下。

50) 西田・前掲注(32)89頁以下。

51) 高山・前掲注(8)57頁。

特筆すべきは、実行行為性の直接的な論証である。「作為義務」とは、「不作為に実行行為性が認められること」の言いかえとしての用語であり、その意味で機能はしているものの、当初有していたほどの重要性を持つかというところではない。当初はあくまで、実行行為性が直接認定し得ないことを前提に、その認定のための不可欠の媒介項として作為義務を用いていたからである。「作為義務」を考えるうえで、この変容は極めて重要である。

2. 裁判例の状況

こうした学説の状況の中、判例は作為義務の認定に多様な根拠要素を用いながら、個別具体的な事案に応じて柔軟な対応をとり、その結果として、妥当な結論を見出してきた。ここでは主に殺人罪のケースを(1)虐待類型、(2)交通事故類型、(3)殺人罪に関するその他の類型に分けて列挙した上で、(4)として放火罪に関するケースを捕捉的に概観する。最後に(5)で判例についての総合的な検討を加える。

(1) 虐待類型——家庭内・家族間における食事や治療・救助の不供与

1) 実子に対する食事や治療・救助の不供与⁵²⁾

(i) 産み落とし直後の保護の不供与

①福岡地久留米支判昭和46年3月8日判タ264号403頁

便槽内に婚外子を産み落とした19歳の被告人が、その事実気づきながら救助せず死亡させた事案。裁判所は、救助しないことによる死の結果発生の蓋然性とその認識があったということと、結果回避の容易性をそれぞれ指摘し、作為義務を認定し不作為の殺人を認めた。

②仙台地判平成20年1月8日裁判所ウェブサイト

被告人が自己の出産した男児を殺害し、その死体を遺棄した事案。本件では被害者の死因が特定されず、被告人が犯行を否認しているため、殺害の方

52) 親権者の作為義務については山下裕樹「親権者の『刑法的』作為義務」関西大学法学論集64巻2号(2014年)461頁が詳細に判例を列挙・検討している。

法を特定することができず、「作為あるいは不作為を問わず何らかの方法により殺害した」と概括的な認定を行った。しかし、不作為による殺害の可能性を包含しているにもかかわらず、裁判所は被告人の作為義務の認定を判決中で行っておらず、また、これが争点となった形跡も見あたらない。

③千葉地判平成24年7月10日 LEX/DB 文献番号25482432

被告人が、風俗アルバイトで妊娠し中絶もできない状態でそれを隠し続けた末に、コンビニエンスストア内のトイレで女児を出産し、出産の事実を隠すため、蓋付きゴミ箱内側に備え付けられたビニール袋内に同児を入れ、口を固結びにするなどした上、保護のための措置をとらずその場から立ち去って放置したが、警察官らに発見されて病院へ救急搬送されたため死亡させるに至らなかったというもの。裁判所は「親は子を保護する義務を負っている」ことに加え、被告人が同児をビニール袋内に隠して生命の危険を生じさせたこと、他者による女児の早期発見が困難な状況を作出したことを挙げ、作為義務を認定した。

(ii) 産み落とし直後以外の実子に対する食事や治療・救助の不供与

④名古屋地判平成14年10月30日 LEX/DB 文献番号28085354

被告人兩名が三歳の実子に適切な食事を与えず、かつ医師等による治療を受けさせることもなく、段ボール箱に入れたまま放置し、飢餓により死亡させたという事案。②同様、判旨の中に作為義務の明示的な認定がみられない。被害者が飢餓状態にあることを隠すため被告人の親の来訪を拒んだり、外出時は長男のみを連れていき被害者は家に閉じ込めて人の目に触れさせないようにしたりしていたという事実認定をしていることから、排他的支配の要素は考慮に入れている可能性はあるものの、争点及びその判断は殺意の認定等に尽くされており、作為義務への言及はほとんどない。なお、控訴審⁵³⁾においてもやはり殺意および共謀の有無が主な争点となり、作為義務については争われなかった。

53) 名古屋高判平成15年10月15日 LEX/DB 文献番号28095057。

⑤大阪地判平成18年3月28日裁判所ウェブサイト

育児ストレス等から家出中の被告人が、ホストクラブでの遊興に熱中して、生後5か月の実子の育児を放棄し、同児を衰弱死させた事案。裁判所は、同児が飢餓のためにやせ細り生命に危険が切迫する状況になった段階でもなお、被告人は同児に飲食物を与えることにより死の結果を防止することが十分可能であり（結果回避可能性）、かつ、被告人以外に同児の世話をする者がいなかったこと（支配性）を根拠に、その作為義務を認め、不作為による殺人を認めた。

⑥大阪地判平成24年3月16日 WestlawJapan 文献番号2012WLJPCA 03169005

3歳および1歳の児童の実母である被告人が、水道設備がなく冷蔵庫も空の不衛生な当時のリビングの扉に粘着テープを張り付けて同児らが出てこられないようにして立ち去り、それ以後同児らに食事を与える手立てをとらないまま、帰宅せずに同児らを自宅リビング内に放置した結果、同児らをいづれも脱水に伴う低栄養による飢餓により死亡させたという事案。裁判所はこれを「一連の作為・不作為」としているものの、作為義務の認定を明示的には行っていない。争点は主に殺意の認定であった。ただしこの殺意の認定の中で、同児らが他人の養育を必要としており、その養育を行い結果を回避することができたのは被告人だけであるという事実を認定しているため、支配性を考慮に入れている可能性はある。

⑦東京高判平成29年1月13日 LEX/DB 文献番号25546412⁵⁴⁾

妻の家出により長男（当時5歳）と二人で生活するようになった被告人が、自宅の和室から出られない状態にしていた長男に十分な食事を与えず、長男が相当衰弱し死の危険が高まっても何らの措置も講じないまま長男を放置し、長男を栄養失調により死亡させたという事案。裁判所は原審・高裁いづれも作為義務に一切言及しないまま不作為の殺人の成立を認めた。弁護人も作為義務については争っておらず、中心的な争点は殺意の有無や、被害児童

54) 原審は横浜地判平成27年10月22日裁判所ウェブサイト。

の生命に危険の生じた時期であった。

2) 実親に対する食事や治療・救助の不供与

⑧さいたま地判平成14年1月13日 WestlawJapan 文献番号2002WLJPCA 01319009

被告人が、寝たきりの母親を自宅に置き去りにして飢餓により死亡させたという事案。裁判所は、兄弟間の協議により被告人が母親の介護を自ら引き受けたことを挙げ、その生命を維持する作為義務を認めた。さらに弁護士が、他の兄弟にも結果の回避ないし防止は可能であったと争ったことにつき、他の兄弟は被告人の介護の引受けによりそれが適切になされているものと考えており、また被告人も他の兄弟に対し「まともな生活を送っている」と嘘の話をしていたことなどを挙げ、実質的には他の兄弟に結果の回避可能性はなかったとした。このように、裁判所は第一に引受け、第二に弁護人の主張に応える形で支配性を根拠とし、作為義務を認定し、不作為の殺人を認めた。

3) 血縁関係は無いものの親子同様の緊密な生活実態の下での食事や治療・救助の不供与

⑨大判大正4年2月10日刑録21輯90頁

被告人は、契約により満6ヶ月に満たない嬰兒を引き取ったにもかかわらず、生存に必要な食物を与えず死亡させた。大審院は、「法律ニ因ルトヲ契約ニ因ルトヲ問フス養育ノ義務ヲ負ウ者」が、殺害意思をもって生存に必要な食事を与えず死亡させたときは殺人罪が成立するとし、本件被告人が契約により養育の義務を負う者であることから、殺人罪の成立を認めた。

⑩広島高岡山支判平成17年8月10日裁判所ウェブサイト⁵⁵⁾

被告人が、妻が不貞をして出産した子を引き取ったが、当時2歳の同児が生命に危険を生じかねない重い熱傷を負ったにもかかわらず妻と暗黙のうち

55) 原審は公刊物未搭載、岡山地判平15(わ)968号。

に意思を通じ同児を放置し、死亡させたという事案。弁護人は、同児の実母である被告人の妻が同児の世話を全面的に引き受け、さらに熱傷を負わせたという先行行為により妻は被告人よりも強度の保護義務を負っており、さらに妻による結果回避措置も十分期待できた以上、被告人の不作為は作為と同価値とはいえないと主張した。これに対し裁判所は、被告人が日ごろから同児を冷遇し、その態度から精神的に追い詰められた妻が同児を虐待するに至っていることを放置していたという事情や、同児に医師の治療を受けさせるよう妻に働きかけることができたのは被告人だけであったという事情などを挙げ、たとえ同児が妻の不貞行為によって生まれたもので、もともと同児を引き取ることは不本意であったとしても、結局同児を乳児院から引き取る決断をした以上、少なくとも同児が健全に生育できるような生活環境を整えるべき法的義務を負担していたといえるとした。妻の虐待の原因を作出したという意味での先行行為や、支配性、保護の引受けなどの要素のほか、妻の不貞の子とはいえ家族関係と同様の生活実態が存在していたことをも考慮していると考えられる。

⑪東京高判平成19年1月29日高刑速平成19年号107頁⁵⁶⁾

交際相手との共謀の上、交際相手の実子である3歳の子を、3カ月余りの間、交際相手と同棲していたワンルームのアパートのロフト上に隔離し、交際相手が十分な食事を与えず暴力を振るうなどの虐待をして同児を極度に瘦せた状態に陥らせていることを知りながら、これを容認しつつもに放置し、医療機関による治療が必要な同児に治療を受けさせないまま死亡させた事案。

第一審⁵⁷⁾において、裁判所は、交際相手による虐待は被告人の態度や言動が一因になっており、それを被告人も認識していたこと、被告人は生活費を管理するなど、交際相手や被害児童の生活を管理する状況を自ら作出して

56) 本件を児童虐待・ネグレクトの文脈から詳細に検討する文献として、櫻庭総「近時の児童虐待事案に関する判例動向」九大法学101号（2010年）149頁。

57) さいたま地判平成18年5月10日 WestlawJapan 文献番号2006WLJPCA05109004。

いたこと、実親である交際相手が養育や治療の提供を明確に拒否している以上、被告人以外には同児の生命を救える者がいなかったこと、同児の生命を救う手段に特段の支障は存在せず、またそれをしていれば救命できる可能性は高かったことを挙げ、被告人の作為義務を認定した。先行行為や支配性、結果回避可能性、作為可能性などが考慮されていることが分かる。

第二審である本判決において裁判所は、被告人の作為義務について弁護人の主張に応え、「被告人は……被害児を救命することについて、身分関係を基礎とした作為義務が生じることはない」とした上で、「条理ないし社会通念」から、被告人には作為義務があったとした。その根拠として、裁判所は被告人が同児との同居を望み、自室に同児と交際相手を住まわせ、交際相手の収入を一切被告人が管理し生活上の実権を握っていたなどの生活実態を挙げている。そして、こうした生活実態だけで作為義務が認められるわけではないが、密室的な状況において、交際相手を除くと被告人以外には救命が可能である者はいなかったという事情のもとでは、こうした生活実態は作為義務の根拠になると補足する。さらに、裁判所は次のような説明も加えている。被告人がこのような作為義務を負わないためには、同居を解消したり、同児を適切に養育するよう交際相手に働きかけたり、関係者などにこうした状況を伝えたりするなど、容易にとりうる手段がいくつもあり得たのだから、被告人に作為義務を認めたとしても、特に過大な義務とはいえないというのである。

高裁が条理・社会通念を作為義務の根拠とし、その内容たる生活実態（ここには引受けの発想も見られる）を補強するために支配性を用いていることは着目すべきことである。しかしそれ以上に、被告人に作為義務を課すにあたり、作為義務を負うことを回避する手段が被告人には存在していたことをも強調していることは興味深く、作為義務について考える上で意義深いものであるように思われる。

⑫札幌地判平成21年11月30日裁判所ウェブサイト⁵⁸⁾

58) 本件は控訴・上告がなされているが、争点は手続法上の問題（予備的訴因との公訴事実の同

被告人が交際相手の長女（当時4歳）に対し、暴行を加えた後に殺意をもって放置して死亡させた事案。裁判所は、被告人が同児と同居し、同児の実親である交際相手とともに同児の生活を統御していたこと、被告人が同児に殴打等の暴行を加えたために生命に具体的かつ重大な危険が生じたこと、同児の手当は被告人と交際相手に全面的に委ねられていたことから、不作為の殺人に足る作為義務が認められるとしている。血縁関係はなくとも家族同然の生活実態という規範的な要素に加え、先行行為、支配性などが考慮されていると考えられる。しかし、医師による医療行為を受けさせたとしても同児を救命できたというには合理的な疑いが残るなどとして、結果的には不作為による殺人罪の成立は否定され、予備的訴因である傷害致死罪が認定された。

(2) 交通事故類型——先行する交通事故の被害者に対する治療や救助の不供与
⑬横浜地判昭和37年5月30日下刑集4巻5=6号499頁

自動車事故により傷害を負わせた被害者を、一度は救護すべく自動車の助手席に同乗させたものの、犯行の発覚を防ぐため殺意をもって同人を人気のない降霜する畑道に降ろし立ち去ったが、同人がたまたま意識を回復し助けを求めたため、死亡には至らなかったという事案。裁判所は「被害者を救護すべき義務がある」と述べるものの、その根拠については明言しなかった。

⑭東京地判昭和40年9月30日下刑集7巻9号182頁

自動車で歩行者に衝突し傷害を負わせ、一度は病院へ搬送すべく自動車の助手席に同乗させ移動を開始したものの、当該事故の刑事責任を問われることをおそれ、同人を乗せたまま山林に移動するうちに、同人を車内で死亡させたという事案。裁判所は作為義務の根拠について明言したわけではないが、被害者を事故後直ちに病院に搬送していれば死の結果を回避できたこと、被告人が被害者の死を未必的に予見していたことも明らかであることをそれぞれ

一性)に関するものであった。札幌高判平成22年8月31日高刑速平成22年号273頁（控訴審）、
最決平成23年7月12日LEX/DB文献番号25471647（上告審）。

れ認定し、不作為による殺人の成立を肯定した。

⑮浦和地判昭和45年10月22日刑月 2巻10号1107頁

罪数に関する判断で有名な裁判例である。自動車の操縦中過失により通行人に重傷を負わせた運転者が、被害者を病院に運ぶ途中、これを遺棄したという事案。被害者は偶然救護され、死亡には至らなかった。裁判所は殺意があるからといって必ずしも不作為の殺人が成立するとは限らないと述べた上で、本件は、被告人が重傷を負わせたこと、被告人がいったん被害者を車に乗せて事故現場から離れたこと、被告人は容易に被害者を救護することができたこと、深夜で寒く容易に発見できない場所に遺棄したこと、死に至る高度の蓋然性が認められたことを挙げ、本件不作為に殺人の実行行為性を認めた。なお、この控訴審⁵⁹⁾では主に道交法上の救護義務違反との間での罪数問題について争われ、作為義務に関しては争われていない。

⑯福岡高判平成19年7月6日 WestlawJapan 文献番号2007WLJPCA 07068014

被告人が交通事故を起こして重体となっている被害者を被告人運転車両で人目につかない山中に運び込んだうえ、その場に置き去りにして殺害しようと企て、被害者を放置したが、被害者が発見・救出され一命をとりとめた事案。原審⁶⁰⁾は被告人による連れ去り及び置き去りを一連の「作為」であるとしたが、高裁はこれを破棄し、不作為による殺人の実行行為性を改めて認定した。作為義務の根拠としては、本件交通事故及び被害者を自車に乗せて運行したなどの一連の先行行為、車に乗せることにより自己の管理下に置いたという事情、道交法72条1項前段の救護義務、そして結果回避可能性を挙げている。

59) 東京高判昭和46年3月4日高刑24巻1号168頁。

60) 佐賀地判平成19年2月28日 LEX/DB 文献番号28135252。日高義博「作為犯か不作為犯か」専修ロージャーナル4号(2009年)155頁や塩見前掲(17)91頁もこの一番の判断を批判し、不作為と構成すべきとしている。

(3) 殺人に関するその他の類型

⑰前橋地判高崎支昭和46年9月17日判時646号105頁

被告人が小児まひのために歩行困難な被害者を「仏像を買える」などと欺罔し住居から連れ出し、真冬の深夜自動車で人通りのない山中に連行し、所持金を奪った上で立ち去った事案。被害者はその後自力で山小屋に辿りつき、救助された。裁判所は、被告人は「まさに自らの先行行為によって被害者の生命に危険を生じさせたもの」であるから、「被害者の生命の危険を除去しまたは被害者を安全な場所まで連れ帰るべき法的義務」があるとし、不作為による殺人未遂罪の成立を認めた。まさに先行行為を重視して作為義務を認定したものである。他方で、被告人とともに被害者を山中に連行・放置した者とともに被告人となっていたが、この者については、当初は被害者同様仏像を買いに行くものと誤信しており、置き去りの段階になってから真意を明かされたという事情から、道徳上の観点からはともかくも、法律上は正犯相当の作為義務を認めることはできないとし、殺人未遂の従犯とした。

⑱東京地八王子支判昭和57年12月22日判タ494号142頁

被告人兩名が自宅に同居させていた自己の経営する飲食店従業員に暴行し重傷を負わせたが、犯行の発覚を恐れ、被害者の容体が悪化しても医師による診察を受けさせず、結果被害者を死亡に至らしめた事案。裁判所は、被告人兩名が被害者と「支配服従関係にあった」点や、被告人兩名が被害者の救助を引き受け、その支配領域内に置いていた点に着目し、それらの事実を「総合考慮すれば、(中略)医師による治療を受けさせるべき法的義務があった」とし、不作為による殺人の実行行為を認めた。

⑲名古屋地判平成9年3月5日判時1611号153頁

被害者に対し集団で暴行を加え瀕死の重傷を負わせた後、河川敷に遺棄して死亡させたが、被告人は直接暴行に参加したわけではないものの終始行動をとともにし、かつ、負傷した被害者を遺棄現場まで引きずるなどしたという事案。

裁判所は、まず実際に暴行を行った者（以下、実行者という）について、

被害者に暴行を加え瀕死の重傷を負わせたという先行行為を理由として被害者を救護する作為義務を認定した。続いて被告人については、実行者らの暴行という先行行為には参加しておらず、それについての事前の共謀も存在しなかったこと、また命じられて遺棄行為を手伝っただけでは正犯相当の作為義務の根拠とはならないことを指摘し、被告人は幫助に留まるとした。

⑳前橋地判平成14年12月26日裁判所ウェブサイト

被告人ら4名が同居している被害者（成人女性）に対し暴力をふるい、十分な食事を与えないまま監視などをして逃げ出せないようにしたため、同人が衰弱し、死亡するおそれがある状態になったにもかかわらず、何ら医療機関の治療を受けさせず、かつ十分な食事を与えなかったことにより、同人を飢餓により死亡させた事案。弁護人は、「被告人は幼少のころから聴覚に障害があって、会話能力も十分でなく、日常生活には妻らの支えが必要であって、家族において一般の父親のような立場になく、子や妻に対して強く発言することが極めて困難な立場にあったので、被告人に刑法上の作為義務は存しない」と主張した。裁判所は、被告人の聴覚については一応の社会生活を送ることができる程度のものであると認定したうえで、被告人が相被告人である家族とともに、さほど広くもない家で被害者と共同生活を送り、その中で被害者に対する暴力や食事の制限が続き、これによって被害者が衰弱していった以上、被害者を救命できるのは被告人ら以外にいなかったのであるから、被告人らには条理上、食事や治療を供与する法的な作為義務があったとした。被害者が成人であるとはいえ、児童虐待事例と同様に家庭内という限定的・閉鎖的な空間を考慮し、支配性ないし条理を根拠としていることが分かる。

㉑最二小決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁⁶¹⁾

最高裁がはじめて不作為の殺人を認めた例として極めて有名である。被告人は、被告人の信者である被害者が脳梗塞で入院した際、同じくその信者で

61) 第一審は千葉地判平成14年2月5日判タ1105号284頁、第二審（原審）は東京高判平成15年6月26日高刑速3203号85頁。

ある被害者の家族と通謀の上、病院から連れ出すことが危険であることを知りながら、被害者を病院から連れ出し、ホテルの一室で「シャクティパット」と称する独自の治療を施した。しかし治療は功を奏さず、被告人はこのまま放置すれば死亡する危険を認識したものの、自らの体面を気にして適切な医療措置を受けさせることなく、結果被害者を死に至らしめた。裁判所は被告人が「自己の責めに帰すべき事由」によって被害者の生命に具体的な危険を生じさせた点、また、「手当を全面的に委ねられた立場にあった」点を指摘して、「必要な医療措置を受けさせる義務を負っていたもの」と認定し、不作為による殺人罪の成立を肯定した。

最高裁は、先行行為や保護の引受け、排他的支配性、強い支配依存関係など、さまざまな要素を考慮していることがうかがわれる。さらに「生命の具体的な危険を惹起した」という認定から、作為と同じように、不作為自体の実行行為性を問題とする最高裁の姿勢がみてとれる。

②東京高判平成20年10月6日判タ1309号292頁⁶²⁾

被告人が被害者から性交渉を持ち掛けられた旨を友人らに告げたところ、友人らが、被告人が被害者に強姦されたものと誤信し、被害者を呼び出し凄惨な暴行を加え、死亡させた事案。被告人は暴行には参加していなかったものの、被害者を友人らのもとに呼び出し、終始暴行現場に同行し、かつ、強姦という誤解を解いたり、警察を呼んだりするという行動をとらなかった。裁判所は、友人らが被害者に暴行を加える意図を有することを知りながら、その身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を誘い入れたことや、被告人の発言が友人らの暴行の犯意の発生に寄与していること、被害者を救うことができたのは被告人だけであったこと、被告人が友人らの誤解を解くことができない理由は全くないことなどを挙げ、これらの事情の下では、被告人には作為義務が認められるとし、殺人罪について、友人らとの共同正犯を認

62) これについて詳細に検討するものとして、西岡正樹「批判」法政論叢54・55号併合（2012）73頁。本件では作為義務を認定すべきではなかったとする。また、岩間康夫「批判」愛知大学法学部法経論集185号（2010年）29頁も参照。

めた。友人への誤解を招く発言や被害者の呼び出しという先行行為、救護可能なのが被告人だけであるという支配性、誤解を解くことの容易性を詳細に検討し、作為義務を認定していることが分かる。

(4) 放火罪に関する類型⁶³⁾

議論の単純化のためにも本来であれば殺人の事案に限定して検討することが望ましいところ、放火においてはかつて「既発の火力を利用する意思」という要素が考慮されていたという特殊な事情があるため、以下、簡単に検討する。後述のように、この要素はすでに否定されているものの、なぜそれが一時でも重視されたのかは、作為義務論を考えるうえで有益であると考えられる。

③大判大正7年12月18日刑録24輯1558頁

被告人が養父との喧嘩の末養父を殺害し、その際養父の投げた薪が内庭の藁に燃え移り火が広がり出したが、罪跡が隠滅されることを期待しあえて消火せず、結果家屋が焼損したという事案。裁判所は、「自己ノ故意行為ニ歸スヘカラサル原因ニ由リ」発火した場合、①「之ヲ消止ムヘキ法律上ノ義務ヲ有シ」、かつ②「容易ニ之ヲ消止メ得ル地位ニ在ル者」が③「其既発ノ火力ヲ利用スル意思」をもって鎮火しなかったときは、放火罪を構成するとして、自己所有非現住建造物放火罪の成立を認めた。

④大判昭和13年3月11日刑集17巻237頁

燭台の不備により神棚に供えた火のついた蠟燭が傾き、発火の危険性が高い状況にあることを認識しながら、火災による保険金取得を期待しあえてなんらの措置もとらず外出したところ、結果蠟燭の火は神符に燃え移り、家屋に延焼することとなった事案。裁判所は家屋の燃焼の危険の発生を防止することが可能であったにもかかわらず、「其ノ危険ヲ利用スル意思」をもって

63) 不作為による放火について、生田勝義「不作為による放火（特集 放火罪をめぐる諸問題）」現代刑事法5巻7号（2003年）49頁、特に判例については井上祐司「『不作為による放火』諸判例について——不作為犯論の因果論的再構成を求めて」名経法学8巻（2000年）79頁、また、放火罪に関する判例を通して不真正不作為者の主観面について再検討する近年の研究として、伊東研祐「不真正不作為犯における故意の実体」高橋ほか編・前掲注（29）1頁参照。

消火措置を取らず家屋を燃焼させたことをとらえて、不作為による放火を認めた。

㊸最判昭和33年9月9日刑集12卷13号2882頁

最高裁として不作為による放火を認めたのはじめての事例である。事務室において残業していた被告人が火鉢の加熱によって原符に引火したことに気づいたが、自己の失態が発覚することを恐れてなんらの処置も施さず同所を立ち去り、結果として営業所建物が焼損し、さらに隣接した家屋をも焼燬させた事案。裁判所は、「被告人の重大な過失によって右原符と木机との延焼という結果が発生した」のであるから被告人にはこれを消火する義務があったとし、さらに「その既発の火力により右建物が焼燬せらるべきことを容認する意思」を認定し、「あえて必要かつ容易な消火措置をとらない」不作為を、放火の実行行為として認めた。

先行行為を要求している点は㊶、㊷と同様であるが、本件では建物の焼損を「認容」しながらあえてその場から立ち去ったという事情で不真正不作為犯を認め、「既発の火力を利用する意思」を要求しない。

(5) 検 討

実子に対する虐待事例は、その多くが作為義務について明示的ないし詳細には触れていない。㊸は「親は子を保護する義務を負っている」ことに加え、先行行為や支配性の設定といった事情を踏まえて多元說的に作為義務を認定し、㊹は結果回避可能性や支配性といった事情を挙げて作為義務を認定するが、その他は明示的な作為義務の認定過程が見られない。事実認定に支配性を思わせる記述が登場する程度で、それが作為義務の根拠として理論的に構成されるわけではないのがほとんどであり、また、弁護人も実子に対する虐待事例で作為義務について争うことは基本的にないようである。㊺のように、地裁、高裁ともにまったく作為義務に触れないまま不作為による殺人の成立を認めることさえある。実子に対する虐待は原則として作為義務が明らかであると裁判所が考えていることが分かる。

実親については、弁護士が争ったこともあり、比較的詳細に作為義務が認定されている。これは、特に子が複数いる場合には、特定の子に必ずしも親に対する生命保護・維持の作為義務が当然に認められるわけではないということであり、親の子に対するそれとは一線を画しているように思われる。

血縁関係がない場合には、民法上の保護義務が直ちに適用されないこともあり、作為義務の検討がしっかりとなされている。しかしその上で、親子同様の緊密な生活実態がある場合にはそれが作為義務の根拠とされる。⑨は単に契約上の養育義務を挙げているが、その他のケースではその生活実態に焦点があてられ、結果として作為義務が認められる。このことから、実子に対する作為義務が原則として認められるのも、必ずしも民法上の保護義務という形式的な根拠に基づくのではなく、むしろ親子であれば原則として有するであろうその緊密な生活実態にこそ主眼が置かれているのではないかと考えることもできる。しかし他方で、⑩に注目したい。⑩は、作為義務を負いたくないのであればそうすることが容易にできたということをわざわざ取り上げている。血縁関係がなく、民法上の保護義務もない、すなわち特別な義務を負うことが明白かつ具体的に定められているわけではない者が作為義務を課されることについての、慎重な配慮が見られることは興味深く、重要であるように思われる。

交通事故に関する事例は、作為義務が検討されるものについては先行する事故が必ず挙げられる。これに加えて、自車に乗せて走行することにより、引受けないし排他的支配の獲得があったことが重視される。自車への引き入れのない単なるひき逃げが不作为の殺人として認められたケースがないことから、少なくとも交通事故事例においては先行行為による原因力の惹起だけで作為義務を認めることはできないというのが裁判所の立場であろうと考えられる。

殺人に関するその他の類型についても簡単に検討する。⑰では先行行為が重視されており、さらに事情を知らないとはいえ山中への連行をともに行っただけの共同被告人には作為義務が認められなかったことから、この先行行

為には故意や過失が求められると裁判所が考えていることが分かる。⑮や⑰では先行行為や引受け、支配性を総合的に考慮しており、⑳では家族関係類似の生活実態から幼児への虐待事例と似たような考慮をしている。㉑は検討の余地のあるケースであり、先行行為と支配性が要素として考慮されているが、その理解が従来一般的になされてきたものよりも広く、批判が寄せられるのも頷ける⁶⁴⁾。

最後に、放火に関する事例である。不作为による放火に「既発の火力を利用する意思」が求められるとすると、不作为犯と作為犯は主観的要件にも差異があることになってしまう。作為と不作为の違いは構成要件の客観面、実行為性の問題である。作為との同価値性は客観面によって担保されるべきであり、同価値性が担保されたならば、作為と不作为の主観面に差異を設けるべきではない⁶⁵⁾。したがって、裁判例が「既発の火力を利用する意思」を要求しない方向に舵を切ったことは妥当である。しかし、そもそもなぜ、「既発の火力を利用する意思」に言及していたのかという疑問は残る。火を出してしまったという先行行為や、延焼を回避することが容易かつ可能であったことだけでは汲み取り切れない何かがあったからこそ、わざわざ「既発の火力を利用する意思」という要素を取り上げたのではないだろうか。

3. 小 括

ここまで、先行研究及び判例の状況を概観した。

先行研究を分析することにより、わが国はドイツと異なり類型化ではなく一元化によって明確性の要請に答えようとしたこと、その展開の中で、規範的意義と因果的意義という二義性ないし多義性を持つ用語が生まれてきたこと、さらに作為義務の役割が変容してきたことを指摘した。特にこの作為義務の役割の変容は重要である。当初想定されていた、作為義務を不可欠の媒

64) 西岡・前掲(62)90頁以下、岩間・前掲注(62)47頁、中森喜彦「批判」近畿大学法科大学院論集7号(2011年)129頁。

65) 大谷・前掲注(3)137頁、山口・前掲注(3)87頁ほか。

介項とする形から、実行行為性を直接論証するような形へと変容したことの意義と評価はどのようになされるべきであろうか。

判例の状況としては、(1)虐待類型、(2)交通事故類型、(3)殺人に関するその他の類型、(4)放火罪に関する類型をそれぞれ検討した。類型によって異なる考慮がされ、裁判所はそのつど、多元説的に根拠要素を使い分けていることが分かる。結論として問題があるケースが少ないことから、裁判所は適切な多元説的運用を試みているものと思われるが、その指針ないし基準は未だ明らかとはいえない。

そこで、ここからはすでに指摘した作為義務の役割の変容に着目し、実行行為性を直接論証しようとする近年の傾向がなぜ広まり、またそのことがどのように評価されるべきかを、不真正不作為犯を考える上での要である「同価値性」との関係から検討する。

IV 作為義務の役割の変容と作為と不作為の同価値性の担保

1. 同価値性の中身

(1) 同価値性の位置づけ

不作為を、一見作為を想定しているように見える条文で同一に処罰するためには、当該不作為が、当該条文の想定する作為と同価値でなければならない。その同価値性を担保するのが作為義務である。作為義務が認定された者、すなわち保障人的地位にある者だけが、不真正不作為犯の主体となることができる。これを保障人説といい、現在の通説的な理解となっている。

ところが、かつてはこれに対して、次のような批判がなされていた。「もし作為犯をかような保障人義務違反に転換することが新たな——禁止違反でなく命令違反を内容とする——構成要件を別に作り出すことになるのだとすれば、少なくとも観念的には罪刑法定主義との関連で困難を生じるであろう」⁶⁶⁾。確かに、一見作為を想定しているように見える条文は、すなわち禁

止規範として機能しているのであるから、そこに一定の作為を命令する命令規範的要素を含ませるとすれば、罪刑法定主義との抵触のおそれが生じる。そこで、保障人説に対し提唱されたのが、違法性説である。真正不作為犯や通常の作為犯の場合と違い、不真正不作為犯は、積極的に違法性が認められることを要する⁶⁷⁾。したがって、違法な不作為だけが構成要件に該当する不作為であると説明するのである。作為義務という概念を介させず直接的に不作為の違法性を評価するのであるから、この説によると、作為を義務づける命令規範的要素を条文に見出すことにはならない。しかし、違法性説は構成要件該当性の前に違法性を検討することになってしまい、判断の順序が逆転するという難点があった⁶⁸⁾。

これについて、通説は保障人説をとることが直ちに罪刑法定主義違反につながるとは考えていない。「保障人」という用語は命令規範としての性格をことさらに強調するためのものではなく、あくまでも不作為を対象に含むうる犯罪様態を限定するための道具概念として使われているにすぎないのである⁶⁹⁾。現在、違法性説は支持を失い、保障人的地位、すなわち作為義務の問題は違法性ではなくあくまで構成要件の段階の問題、なかでも実行行為性の問題として位置づけられ、その点については一致を見ている。作為と不作為が同価値であるということは、不作為が作為と同価値の実行行為性を備えているということであり、その同価値の実行行為性を認定するために、「作為義務」という媒介項が用いられているのである。

(2) 作為と不作為の相違の克服

前述のように、実行行為性の同価値性を担保するのが作為義務の役割なの

66) 団藤重光『刑法綱要総論第3版』(1990年)148頁。

67) 団藤・前掲注(66)146頁。

68) なお団藤・前掲注(66)147頁は、「違法性の判断を構成要件該当性の判断に先立って行うのではなく、どこまでも構成要件該当性の判断の一操作としてそれに必要な限度において違法性の問題に立ち入るにすぎない」と反論している。

69) 大谷・前掲注(3)131頁。「保障人説は特定の身分犯を認めようとするものではなく、あくまで不作為の実行行為性を基礎づけるための理論である」とする。

だとしたら、その作為義務は、不作為の実行行為性を認定するにあたって、作為のそれには「足りない」部分を補うものでなければならない。つまり、作為義務は、作為と不作為の間に横たわる「相違」を克服するものでなければならないのである⁷⁰⁾。

Ⅱ 作為と不作為の区別において述べたように、作為と不作為の間には、自由制約の程度の差異という意味での規範的な相違と、既存の危険の放置にすぎず自然的・物理的な危険の創出がないという意味での因果的な相違が存在している。この両者がともに克服されてはじめて、不作為は作為と同価値であるとされる。すなわち、作為義務は、作為と不作為の間に存在する規範的相違と因果的相違、この2つの相違を克服するものでなければならないのである。

2. 実行行為性の論証

前述のように、作為義務は実行行為性の問題であり、かつ、作為と不作為の間の相違を克服することで「同価値性」を担保するものである。このような作為義務の理解の下、Ⅲ 1(4)に述べた作為義務の役割の変容は、この「同価値性」の担保との関係でどのように評価されるべきであろうか。

(1) わが国における不作為犯の当罰性——ドイツとの比較から

そもそも、ある不作為が作為と同様に処罰されるためには、どの程度の「同価値性」が必要なのだろうか。

1) ドイツ刑法13条の構造

ドイツ刑法13条は、以下のように定める。

第13条⁷¹⁾

70) 拙稿・前掲注(6) 227頁以下において、すでに作為義務論の多くが何らかの作為と不作為の相違を想定しそれを埋め合わせるような作為義務を打ち立てているということを説明している。作為と不作為の相違と作為義務の関係について、同202以下。

71) 邦語訳は法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(法曹会、2007年)に拠る。

- 1 項「刑法典の構成要件に属する結果を回避するのを怠った者は、結果の不発生について法的に義務を負い、かつ、不作為が作為による法定構成要件の実現に相応する場合に限り、この法規によって罰せられる」
- 2 項「刑は、第49条1項により減輕することができる」

このように、ドイツ刑法13条1項は、「不作為が作為による法定構成要件の実現に相応する場合に限り」不作為を可罰的であるとしている。この相応性条項が存在するにもかかわらず、2項は、不作為犯を減輕対象としているのである。

2) ドイツ刑法13条の立法過程における議論

この問題は、相応性条項と減輕規定との矛盾として、とりわけドイツ刑法改正過程において盛んに議論された点である。この領域については詳細な先行研究が存在する⁷²⁾ため、本稿ではこれを参考に、必要な限度で改正過程における議論に触れる。

1962年草案の不真正不作為犯規定の成立過程において、刑の裁量的減輕規定の要否が議論された。ここでは、Jescheckが、不作為の裁量的減輕を主張した。Jescheckは、不作為が作為と同視されるのは、その不作為が作為と同様に当罰的である場合であるとしながら、その一方で、不作為は原則として作為よりも重大ではないとし、任意的減輕を求めたのである⁷³⁾。しかし、結局のところ、この規定は採用されなかった。その理由は、同価値性を要件とすることと減輕規定を置くこととの矛盾と、これを置いた場合に同価値性が軽視されるおそれであった。不作為の不法の程度が低いことについては、量刑上考慮する、あるいは同価値性の観点から正犯ではなく従犯と判断することにより、対応しようとされた⁷⁴⁾。しかし、不真正不作為犯について刑の

72) 内藤・前掲注(5)428頁以下、萩野・前掲注(5)50巻3号71頁以下。

73) 内藤・前掲注(5)441頁、Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission 12. Bd., 1959, S.436f.

74) 内藤・前掲注(5)458頁、1962年ドイツ刑法草案理由書(総則篇)―第1分冊―(刑事基本法令改正資料第10号・法務省刑事局・1966年)99-100頁。

任意的減輕を採用すべきであるという意見はかねてより強く⁷⁵⁾、この草案が提出されてからも、任意的減輕を要請する見解は有力であった⁷⁶⁾。

こうした状況の中、西ドイツ連邦議会の刑法特別委員会における審議で、「1962年草案13条に対する連邦司法省参考案」⁷⁷⁾が提示され、ついに減輕規定が置かれた。ここでは、1962年草案が作為との「同価値性」(gleichwertig)を要求していたのを、「相応性」(entsprechen)に修正している。任意的減輕と同価値性との矛盾を避けるためである。報告書は、「不作為が構成要件の積極的実現と実際に同等でなければならないという要件に固執したならば、刑の裁量的軽減のような規制をする余地がなかったであろう」⁷⁸⁾としている。そして、そうまでして減輕規定を置いた理由は、「法学説において、構成要件的结果の回避の不作為は、その他の同じ事情のもとでは、積極的な作為によるこの結果の招来よりも通常重大さが少ないこと」⁷⁹⁾であるとする。この草案が現行のドイツ刑法に受け継がれ、今に至っている。

3) 不作為の当罰性についての見解

以上のような経緯から、ドイツにおいて、不真正不作為犯は任意的減輕の対象となっている。そこで注目されているのが、不作為の当罰性の低さである。作為と不作為の区別の論点においても、この不作為の当罰性の程度の劣後性を根拠に、作為の優先性を論じる見解が存在する⁸⁰⁾。このように、ドイ

75) Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. 1949, S. 148 ; Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 300.

76) Claus Roxin, Literaturbericht, Allgemeiner Teil, ZStrW. 78. Bd., 1966, S. 246 f., Gallas, Der dogmatische Teil des Alternativ-Entwurfs, ZStrW. 80. Bd., 1968, S.16-20.

77) Protokolle über die Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, S.1870.

78) Zweiter Schriftlicher Bericht des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, Drucksache V/4095, S.8. 邦語訳は内藤・前掲注(5) 490頁より引用。

79) 前掲注(78)。邦語訳は内藤・前掲注(78) 494頁より引用。なおこの点につき、Claus Roxin, a.a.O. (Amn13), S. 702 ff., クラウス・ロクシン [松尾誠紀訳]・前掲注(13) 291頁以下参照。

80) Günter Spindel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, Festschrift für Eberhard

ツにおいては、たとえその不作為が作為と「同価値である」ないし「相応する」ものであっても、その当罰性には差異があるということを、さほど違和感なく受け入れているということが分かる。

このことは、フランスにおいてはより顕著に表れている⁸¹⁾。フランスでは罪刑法定主義の要請から、不真正不作為犯を原則として否定するのが圧倒的大勢である。しかし、例外として、過失不作為犯や不作為による幫助は認める傾向にある。ここには、不作為には故意正犯としての作為と同等の当罰性は認められないという認識がみられよう。逆にいうと、不作為の当罰性の程度は、作為による過失や幫助と同程度のものである。

4) わが国における不作為の当罰性

このようなドイツの状況に対し、わが国は不真正不作為犯に固有の条文を置かず、作為と共通の条文でこれを処罰している。むろん、減輕規定も存在しない。ということは、わが国ではドイツと異なり、作為と真に同等の当罰性を有していなければ、作為と同様に不作為を処罰することはできないはずである。作為と同じ条件で認定され、任意的減輕の入り込む余地のない当罰性が認められてこそ、作為と不作為はひとつの共通した条文で扱われることができるのである。

(2) 作為義務の役割の変容による実行行為性の直接的論証

ここで、すでに指摘した「作為義務」という用語の担う役割の変容を説明

Schmidt zum 70. Geburtstag 1971, S. 194., Arthur Kaufmann, Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag 1971, S. 212.

81) Hannes Schrägle, a.a.O. (Anm21), S.41 ff. がフランスにおける不真正不作為犯の取り扱いについて論じ、S.44 ff. において独英仏の比較考察を行っている。これによると、独英仏はいずれも不真正不作為犯についての予見可能性・明確性の確保という課題に直面し、ドイツはこれを理論により、イギリスは先例により、そしてフランスは故意正犯の不真正不作為犯の不処罰により成し遂げようとする方向性を持つことが指摘される。なお、フランスにおける罪刑法定主義と不真正不作為犯の関係の議論に関する邦語文献としては、井上・前掲注(2)が詳しい。

することができる。

ももとの形式説は、不作為の実行行為性を認定するにあたり、「保障人的地位」や「作為義務」が認められれば実行行為性が認められるとし、この「保障人的地位」「作為義務」という媒介概念を認定することによって、間接的に実行行為性を認定しようとするものであった。他方で、わが国で盛んに主張されてきた実質・一元説は、「作為義務」という言葉を用いてはしながら、それが持つ固有の意味合いからは距離をおき、作為と共通の一般的な刑法理論に沿って、直接的に「実行行為性」を認定しようとしているように思われる。「作為義務」という規範的な媒体を用いないため、事実から規範を生むことにならない。「引受け」「支配」などの事実は、あくまで「危険」という事実の説明しかしていない。

不作為犯に特別規定を置かず、作為と共通の条文でこれを処罰するわが国においては、この手法は理論的・的を射ているようにも思われる。作為犯と共通の「実行行為性」という一般的な刑法理論に沿って、作為と全く同様に不作為犯を論じることで、シンプルに、誠実に、正面から、作為との「同価値性」に応えようとしている。こうすることで、不作為犯は、実行行為性の認定について固有の要件を必須とする全く別の犯罪類型ではなく、条文がそもそも等しく想定している作為となら変わりのないものであって、ただ、実行行為性の認定にあたり、作為よりも少しだけ手間がかかるというだけのことであり、ということができる。「作為義務」という媒介項を必須要件として用いないのであれば、罪刑法定主義との関係で寄せられる「禁止規範に命令規範を読み込んでいる」という批判も緩和しうるのであろう。

ドイツでは不作為に固有の条文を備え、減軽規定を設けることで、作為と不作為を別物として取り扱う。他方でわが国は、作為と不作為を全く同一の条文で取り扱う。こうした背景を前提とすると、わが国がドイツと異なる方向に舵を切り、実質・一元論による明確化の試みがなされ、「作為義務」の役割が変容していったことは、ある種必然であったように思われる。

3. 固有の意味の作為義務

前述のように、わが国では「作為義務」の媒介項としての役割が徐々に変容し、直接実行行為性を認定することができるのであれば、媒介項である「作為義務」はもはや不要ということになりそうである。

しかし、それだけでよいのだろうか。実行行為性を正面から問う試みは、確かに正当である。ところがそのルートは、あくまで作為と不作为で異なるのであり、不作为ならではの特殊性がある。作為と同じ文脈で直接実行行為性を論証するとはいえ、その手順が作為と不作为で異なる以上、この特殊性に配慮する必要があるはずである。また、作為義務が乗り越えるべき作為と不作为の相違は因果的相違と規範的相違の二つであったはずだが、実行行為性の直接的論証だけでは、因果的相違しか乗り越えることができていない。因果的相違を事実的要素によって乗り越えるだけで足りるのであれば、たとえばなぜ支配性説は、規範的考慮をわざわざ取り入れるのであろうか。

実行行為性を正面から問い、因果的相違を乗り越える実行行為性の論証は、作為義務者が結果回避措置をする「はず」だという面にのみ着目し、作為義務を説明しようとする。しかし、作為義務が「義務」である以上、その結果回避措置はなされる「べき」でなければならないのであり、実行行為性の論証には、この「べき」の要素が欠けているのである。

(1) 「はず」と「べき」の関係

Ⅱ作為と不作为の区別で述べたように、不作为とは、【仮定】を考慮しなければ実行行為性を認定することができない行為のことをいう。この【仮定】こそが、実行行為性の論証において作為とは決定的に異なる点なのである。【仮定】を用いた実行行為性の論証とは以下のとおりである。まず、自然的には危険であるものを、それが保護される「はず」だという蓋然性（これが【仮定】である）から法的に評価しなおして「危険ではない」とする。そして、その【仮定】に反して不作为の態度に出たことで「危険」を創出したと考え

るのである。しかし、この「はず」というのはあくまで「はず」なのであり、「べき」とは異なるものである。

「はず」という見込みは、統計的・事実に評価である。たとえば、毎日同じ時間に同じルートでジョギングをする人がいるとする。その日課が何年もの間、一日も欠かさずなされてきたとしたら、人々は、「明日のこの時間も、彼はここを通るはず」だと予測し、期待する。だからといって、彼がジョギングをす「べき」である、とは限らない。ジョギングをするかしないかは本来「彼」の自由である。「はず」は人以外にも観念しうる。毎朝例外なく鳴く鶏は、明日の朝も鳴く「はず」である。明日の朝も太陽は東から昇る「はず」であるし、それが冬の朝ならば水たまりは凍っている「はず」である。鶏も太陽も水たまりも、誰かからそれを義務づけられているわけではない。ただそれをずっと繰り返してきたことによって、外から見た人間が次も同じようになる「はず」だと経験的・統計的に評価するにすぎないのである。

他方で、「べき」というのは、ルールという意味での規範的评价であり、義務づけである。たとえるなら、「法定速度は時速40キロメートルであるから、彼も時速40キロメートルで運転すべきだ」というものである。だからといって、彼が本当に時速40キロで走るかどうか、その蓋然性は、その国や地域、時代によっても変わってくる。もしもこの法定速度が形骸化していて、誰もが50キロを超えて運転しているのだとしたら、「彼」だけが40キロの法定速度を守る高い蓋然性を見込むことはできない。つまりこの場合、「彼」は時速40メートル以下で運転す「べき」であるにもかかわらず、時速40メートル以下で運転する「はず」ではないのである。この「べき」という概念は、「はず」とは違い人にのみ成立する規範であり、責任を追及するための重要な前提となるものである。すでに述べたように、「はず」だけでは、誰に義務づけられているわけでもなく、責めることができないからである。

これらはもちろん相互に影響することもある。社会が「はず」だと強く期待することが、「べき」という規範を形成することであろう。また、「べき」という規範があるからこそ、それに適合する行動をとる「はず」だと、蓋然

性を評価することもあると考えられる。しかし、本来は、この二つはあくまで別の概念であり、これを意識的に区別することが極めて重要なのである。

(2) 「べき」の必要性——固有の意味の作為義務

実行行為性の論証において危険を法的に評価するにあたっては、する「はず」だという【仮定】で十分であるようにも思われる。しかし、この【仮定】はあくまで人為的な統計的・経験的評価であるから、誤謬が生じうるばかりか、多数派からの勝手な期待の押し付けや単なる同調圧力、道徳の強制といった事態に陥りかねない。さらに、この【仮定】がなされることにより事実上、「これをせよ」という命令規範が生じてしまう。そのため別途、この【仮定】を、正当化する必要がある。実行行為性の論証において、【仮定】という特殊なプロセスが存在しており、それが不作為が不作為であるがゆえに存在するものである以上、それ相応の配慮が必要なのである。そしてそれこそが、不作為固有の要件としての、本来の意味での「作為義務」なのである。

前述のジョギングの例で説明すると、次のようになる。「彼」が、明日の朝もここを通る「はず」だという【仮定】を設定することは、日常的にはあってよいことである。それは単なる事実上の期待であり、何らの効果をも生み出さない。しかしこれを、刑事罰という効果を伴う刑法的評価のプロセス上で設定するためには、「はず」だといえるだけでは足りない。刑法という規範的枠組みにこの【仮定】を持ち込む以上、その設定を正当化するには、彼が明日の朝もジョギングをす「べき」だといえるだけの事情が必要なのである。このように、【仮定】を正当化するために不可欠な「作為義務」のことを、本稿では「固有の意味の作為義務」と呼ぶ。

4. 実行行為性の論証と固有の意味の作為義務との関係

原則として、わが国では不作為は作為となるべく同様のプロセスで実行行為性を認定されることが望ましい。したがって、主たる方向性は実行行為性の直接的な論証によるべきである。しかし、これだけでは作為と不作為の相

違を十分に克服することはできない。そもそも「実行行為性の論証」は、自然的な危険の有無を【仮定】を用いて法的に評価しなおすことで「危険の創出」を説明するものである。すなわち、ここで乗り越えている作為と不作為の相違とは、「作為は危険を発生させるが不作為は既存の危険を放置する」という自然的存在構造上の相違、すなわち因果的な相違だけなのである。作為と不作為には因果的な相違だけではなく、規範的な相違もあることはⅡ2(2)ですでに指摘している。実行行為性の論証だけでは、作為と不作為の相違を乗り越え、同価値性を担保するには今一步及ばないのである。

そこで、「固有の意味の作為義務」が意味を持つ。本稿でいう「固有の意味の作為義務」とは、媒介項としての作為義務でもなければ、実行行為性があることの言い換えとなる作為義務でもない。刑法が規範的なものである以上、そこに【仮定】という人為的な操作を設定するには、別途その正当化が必要である。この【仮定】の正当化こそが、「固有の意味の作為義務」なのである。当該【仮定】が、それをす「べき」との規範に裏打ちされているときにのみ、当該【仮定】は設定することが許される。これはまさに、作為と不作為の規範的な相違の克服である。

このように、実行行為性の論証は、作為と不作為の因果的な相違を克服する。そして固有の意味の作為義務は、作為と不作為の規範的な相違を克服する。この両者がそろってはじめて、作為と不作為の相違は完全に克服されるのである。

「作為義務」の意義の変容には、悩ましいジレンマがあった。不作為の特殊性に鑑みて「実行行為性」を「作為義務」という媒介項に置き換えることを貫徹すると、犯罪一般の「実行行為性」の要件論から乖離していくおそれがある。その一方で、直接的な実行行為性の論証は、「作為義務」を実行行為性があることの言い換えとしその必要不可欠性を薄め、不真正不作為犯を犯罪一般の「実行行為性」の要件論へ引き戻すものといえるが、これは逆に、不作為の特殊性への配慮を減退させるおそれがある。そこで、実行行為性の論証を作為と同様に行うことに加えて、不作為の特殊性に配慮し規範的な考

慮すなわち固有の意味の作為義務をも要件に加えることで、作為と不作為の同価値性を余さず担保できるのである。

規範と事実の両方が必要であるという発想は、既存の見解においても十分に意識されている。前述のように西田は「支配」という物理的・因果的要素を重視しつつ、これに「自ら支配を設定した」ことやその他規範的事実を考慮するという判断枠組みを提示している⁸²⁾。佐伯はこの見解を修正するような形で「支配」に先行行為ないし危険の創出を加えるが、この趣旨は、因果的支配に加え、本来自由であるはずの個人に対して例外的に作為を義務づけることを正当化する必要がある、そのために事前の危険創出を要求するというものである⁸³⁾。すなわち、因果的観点のほか、その自由制約を正当化する要素が別途必要であると考えるのである。さらに橋爪は「人は自由な行動の可能性を享受すべきであるから、その自由を制約して一定の作為を義務づけるためには、何らかの実質的根拠が必要と解すべきである」⁸⁴⁾とし、付加的要件として、「行為者に作為義務を課して一定の作為を義務づけ、その違反があった場合には処罰することを正当化するために、そのような負担を正当化する何らかの事情」⁸⁵⁾を要求する。その付加的要件を具体化すると、危険の創出のみで正当化するのではなく、「危険創出行為（または保護の引受け）を行為者に義務を課すべき典型的な場面としつつも、例外的に親子関係、行為者の地位・職責などの規範的要素から義務づけがなされる場合もある」とし、こうした結果原因の支配と自由制約の正当化という「両者の観点がともに充足されることによって、行為者に作為義務が課されることとなる」⁸⁶⁾とまとめている。また、島田は先行行為ないし危険の創出を重視しつつ、その危険創出は物理的なものでなくとも、脆弱な被害者や危険物の管理を委ねられている一定の社会的役割につくことによって、ありえたかもしれない保護

82) 西田・前掲注(32) 89頁以下。

83) 佐伯・前掲注(9) 109頁以下。

84) 橋爪・前掲注(9) 90頁。

85) 橋爪・前掲注(9) 93頁。

86) 橋爪・前掲注(9) 94頁。

措置が行われる可能性を奪うことでも足りるとする。そして、自由主義の要請から、その地位に自らの意思でついたことをも要求するのである⁸⁷⁾。このように、因果的観点と規範的観点がともに克服されるべきであるということは、かねてから指摘されてきたといつてよい。

さらに近年の事実的要素の規範化や規範的要素における事実的要素の活用(Ⅲ 1(3)3))も、規範と事実がそれぞれ単独では満足に機能しない、いわば両輪であるということから生じているのではないだろうか。

5. 小 括

ドイツと異なり、わが国は不真正不作為犯について根拠条文をもたず、また、任意的減輕も認めていない。このことから、不作為も作為と共通のプロセス、すなわち、実行行為性の直接的な論証によって解決するのが望ましいと考えられる。わが国の学説が実質・一元論方向に発展したのはある種当然の帰結である。

他方で、それだけでは作為と不作為の二つの相違のうち、因果的相違しか乗り越えることができていない。もう一つ、規範的相違を乗り越えるためには、やはりなお、別の考慮が必要になる。不作為も作為と共通のプロセスで検討するとはいえ、そこには不作為が不作為であるがゆえに避けて通れない【仮定】が存在する。この【仮定】の賦課を正当化するための事情があってはじめて、規範的相違をも乗り越え、不真正不作為犯の実行行為性は真に認められるというべきである。

作為義務が作為と不作為の相違を乗り越えるものでなければならず、作為と不作為の相違には因果的相違と規範的相違の二つが存在する以上、作為と共通のプロセスである「実行行為性の論証」による因果的相違の克服に加えて、不作為固有の要件である「固有の意味の作為義務」による規範的相違の克服がともに認められることが、不真正不作為犯の実行行為性が認定される

87) 島田・前掲注(9)116頁以下。

ための条件なのである。

この分析・検討を前提に、続いて私見を述べる。

V 私 見

1. 同価値性の内容——実行行為性の論証とその正当化としての固有の意味の作為義務

同価値性の内容を整理すると次のようになる。

作為とは、直ちに実行行為性が認定できるものである。他方で不作为も作為と同様に実行行為性を論証していくが、その論証プロセスにあたって、結果回避措置をとる「はず」だという【仮定】を考慮する。この時点では、プロセス上、特殊な技巧が介在するとはいえ、作為と同様の「実行行為性」という枠組みに則っている。すなわち「実行行為性の論証」というのは、あくまで事實的・客觀的な犯罪一般の要件論なのであって、この部分は厳密には、「作為義務論」ではないということもできよう。

それならば、本当の「作為義務論」、すなわち「不作为固有の要件」とは何なのか。それこそが、「固有の意味の作為義務」である。事實的・客觀的な実行行為性の論証において不可欠な「はず」論である【仮定】は、それを論証に組み込むことが規範的にも正当化されなければならない。この正当化のために必要な規範論、すなわち「べき」論こそが、不作为固有の要件、「固有の意味の作為義務」なのである。

この、「犯罪一般の要件論」と、「不作为固有の要件」とが、従来合わせて「作為義務」と呼ばれ、根拠論が展開されてきた。犯罪一般に必要で、当然要求されて然るべき部分が、それが不作为であるがゆえに「作為義務」という要件論に押し込められ、本当に不作为固有の事情である部分と、一般的な要請とが混在してしまったことに、議論の混迷の一要因があるのではないだろうか。

この実行行為性の論証と、固有の意味の作為義務は、相互に依存関係にある、不可欠の両輪である。「固有の意味の作為義務」によって【仮定】が正当化されない限り、「実行行為性の論証」は機能しない。他方で、たとえ「固有の意味の作為義務」が認められても、それによって正当化された【仮定】を用いて最終的に「実行行為性が論証」されなければ、実行行為性の認定には至らない。この「実行行為性の論証」が作為と不作為の因果的相違を克服し、「固有の意味の作為義務」が作為と不作為の規範的相違を克服することによって、作為と不作為の同価値性が、はじめて担保されるのである。

これまでの先行研究は、事実的要素を重視し、客観的、一元的に実行行為性を論証しようとするものと、規範的要素を重視し、規範的観点から作為義務を紐解こうとするものとが、あたかも対立するかのよう整理される局面があったように思われる。しかし事実と規範はどちらか一方で成り立つものではなく、ともに必要不可欠の要素として両立すべきものなのである。

これを子の不救助の例で説明するならば、次のようになる。まず、実行行為性の論証である。「民法820条という法規範が存在する」という事実から、「親権者は子を救助するはずだ」という【仮定】を想定する。そして、次にその【仮定】を、「民法820条という法規範」が与える「監護すべきだ」という規範そのものによって、正当化する。これが固有の意味の作為義務である。こうして正当化された【仮定】を前提に「危険」を法的に評価しなおしたならば、親権者が救助するはずだから子に危険はなく、にもかかわらず救助しなかったならば、それによって危険が創出されたと説明できる、と説明することができる。

それでは具体的に、実行行為性の論証と固有の意味の作為義務は、どのような要素によってその要件が満たされるか。一つずつ検討する。

2. 実行行為性の論証

(1) 実行行為性の内容

1) 実行行為性の定義

本稿では実行行為を「結果発生の類型的・現実的危険を有する行為」⁸⁸⁾と定義し、実質的客観説の立場から、その現実的危険を創出したことをもって実行行為性を認める。そしてここにいうところの現実的危険は、「行為の当時ににおいて一般人が認識しえた事情、および行為者が特に認識していた事情を基礎とし、行為の時点に立って、一般人の立場から」⁸⁹⁾考えるべきである。

危険創出の判断は純客観的・科学的・自然的なものとしてなされるのではなく、一般人による評価をもってなされなければならない。とりわけ不真正不作為犯においてはこれが顕著である。子の不救助の例でいうと、自然的な危険の創出は、子どもが川に落ちた時点である。しかし、これを法的に評価しなおすと、その時点はまだ親が子を救助するであろうから、危険はない。法的な危険の創出は、親が子を救助しない不作為をとった時点である。本稿のいう危険の創出とは、原則としてこの【仮定】を前提とする、法的な意味での危険の創出である⁹⁰⁾。

このような危険の創出の観点によるならば、実行行為性の判断は次のように説明しなおすことができる。

2) 危険の創出というためには

危険が「創出」されたというためには、「危険のない」状態から、「危険が

88) 大谷・前掲注(3) 122頁。

89) 大谷・前掲注(3) 374頁以下。未遂と不能の区別における具体的危険説の立場による。その他具体的危険説に立つ見解として、川端博『刑法総論講義第2版』(成文堂、2006年) 439頁、佐久間修『刑法講義』(成文堂、2009年) 325頁、福田平『全訂刑法総論第5版』(有斐閣、2011年) 223頁など。

90) このため、本稿のいう「危険の創出」とは、従来唱えられてきた、先行行為等によってもたらされる自然的な「危険の創出」とは区別される。

ある」状態への変化が認められなければならない、そしてその状態の切り替えが、実行行為性を認定すべき一定の態度をターニングポイントとしていなければならない⁹¹⁾。したがって、①実行行為性を認定すべき一定の態度が存在する前には危険が存在しなかったこと、そして、②一定の態度が存在するに至った後には危険が存在していることが、それぞれ明らかにされる必要がある。この一定の態度の存在するに至った時点を、本稿では「基準時」と表現する。

作為犯の場合、基準時前の認定は単純である。自然的に見ても、基準時前には危険は存在していないからである。しかし、不作為犯の場合、基準時から、何らかの危険が自然的にはすでに存在していることが通常である。そのため、この自然的に見て「危険がある」という状態を、一般人の立場から仮定的な評価を用いて「危険がない」と説明し直す必要がある。基準時前においては、「自然的な危険は存在していたが、その者が回避措置をとるはずであったので、法的評価としては危険がなかった」といえなければならない、基準時後においては、「回避措置をとらなかったために危険が存在するに至った」といえなければならない。この、「するはずなので危険ではない」から、「しなかったので危ない」への転換をそれぞれ描写してはじめて、実行行為性の定義である「危険の創出」が論証されるのである。

(2) 基準時前の評価——『『するはず』なので『危険ではない』』

1) 『『するはず』なので危険ではない』

「するはずなので危険ではない」という表現は、さらに二つの構成要素に

91) 先行行為説が批判されるのはこの点である。先行行為説は危険の創出を求めることで作為と不作為の存在構造上の溝を埋めようとするが、それでは作為と（危険を創出した）先行行為とが等置されるだけであって、作為と不作為とが等置されることを説明していない。こうした趣旨の批判として、中森喜彦「保障人説—その推移と意義—」現代刑事法41号（2002年）6頁、佐伯・前掲注（9）86頁、十河太朗「不真正不作為犯の実行行為性について」同志社法学56巻6号（2005年）714頁。重要なのは、その「不作為」自体が、いかに実行行為として認められるだけの危険をもたらしたかである。

分けられる。まず「するはず」であるということ、そして、それによって現在「危険ではない」といえることである。まず、前者について検討する。

何らかの結果回避措置を「するはずである」というのは、その者が回避するであろうという確実性の見込みであり、蓋然性の問題である。それは、ある種統計的な「事実」である。この事実によって、既存の危険の評価が左右されるのである。

このことは、各根拠要素が提示されるにあたっても重視されている。すでに述べたように、法規範を唯一の作為義務の根拠とする有力な見解は、そのような「法規範が存在する」という事実そのものから、その人が結果を回避するであろうという確実性、蓋然性を導き、したがって行為前の自然的には危険な状態を「危険ではない」と読み替えているように思われる。また、支配性や引受け、その他特別な関係性を要求する見解においても、そうした関係性の中にあるならば、社会がその者に対して、結果発生の回避を期待するというような説明がなされる。このことも、その関係性にある者が結果を回避する一般的・類型的な蓋然性にまつわるものであるように思われる。

なお、この蓋然性は基準時に立って一般人の立場から考えるものであるが、行為者の反規範的な性格などといった属人的事情を考慮すべきではない。二人の人間が同時に結果回避可能な場合に、「一人は真面目そうだから助けるだろうが、もう一人は素行が悪そうだから助けそうにない」と判断することで、蓋然性の認定が異なるのは不当である。またさらに、行為者の内心の意図も考慮すべきではない。たとえばはじめから殺すつもりで養子を引き取った養親がいたとしても、そのことをもって、養親による子の養育の蓋然性が低いということにはならない。ここでは、「行為者が養子をとり、親子としての生活を始めた」という事実ないし状況のみが重要であり、行為者の性格や内心の意図といった特別な事情は考慮しない。あくまで一般通常人が、当該状況に置かれた場合、どのように行動するかというのがここでの一つの基準となる。

2) 「するはずなので『危険ではない』」

次に、その蓋然性によって、既存の危険が「危険ではない」と評価しなおされなければならない。これは、不真正不作為犯が処罰されるためには結果回避可能性が必要であるとされることと関係している。

作為犯の場合、作為をしなければ結果が回避されるのが当然であるのに対して、不作為は既存の危険・因果の放置にすぎないから、不作為をしない、つまり作為をしたからといって、確実に結果が回避されるとは限らない。そのため、作為と同価値であるというためには、結果回避可能性が求められるというのである。これを作為義務の要件とするか作為義務とは別の独立の要件とするかは論者によって異なるが、それは単なる言葉のあやであり、実質的な違いは見られない。この結果回避可能性こそ、「するはずなので『危険ではない』」という評価にまつわるものである。

その回避措置がとられるはず《だから》危険ではないというためには、その回避措置がとられた《ならば》危険ではない、といえなければならない。不作為の場合、行為前からすでに自然的な危険が存在しているから、これは要するに、その回避措置がとられた《ならば》既存の危険が《回避される》といえる必要がある。これこそが、従来要求されている「結果回避可能性」であろう。

なお、この「結果回避可能性」については、不作為の因果関係との棲み分けが議論となる。ここではこの議論に深く踏み入ることは避けるが、本稿の立場から結果回避可能性を見るならば、結果回避可能性にいう「回避」の蓋然性は、既存の危険が「危険でない」と法的に評価するに足りるものであればよいということになる。すなわち、不作為の時点で結果の回避が到底不可能であるならば当該不作為は危険とはいえないが、回避に一定の蓋然性がある以上、それは「危険」である。他方で因果関係における結果回避可能性は結果発生後の判断であり、当該不作為が実際に結果に結びついたといえるだけの結果回避の高度の蓋然性が求められる。このように、構成要件段階における結果回避可能性を当該行為（不作為）時点における法的な「危険」の評

価との関係で論じるならば、因果関係の段階での回避可能性とは一応の区別がつくように思われる⁹²⁾。

(3) 基準時後の評価——「していないので『危険である』」

基準時後は、「していないので『危険である』」といえなければならない。ここでいう危険とは、自然的な危険ではなく、あくまでも法的に評価しなおされた、その不作為との関係での危険のことである。

不作為は、その危険を創出したのは当該不作為ではなく、当該不作為は何らかの原因が発生させた危険ないし因果の流れを放置したにすぎない。その意味で、不作為は常に従犯的であるという指摘がかねてよりなされてきた⁹³⁾。また、他方で、不作為は、「義務違反」という点で過失犯と構造が似ている。従犯は正犯の実行に依存するがゆえに、過失はその志向性の低さゆえに、いずれも故意正犯よりも危険性が低いとされる。すでにIV 2で述べたように、現にドイツでは不作為は作為よりも当罰性が低いとされ、不作為犯に任意的減軽の規定が置かれている。さらにフランスでは、故意正犯の作為と同価値的不作為の処罰を否定しつつ、それよりも当罰性の劣る過失犯や共犯は、不作為も処罰対象としている。このように、ドイツやフランスでは従犯や過失犯に構造が近い不作為という形態を当罰性の低いものとして、作為とは異なる取り扱いをしているのである。

92) 不真正不作為犯における実行行為性段階の結果回避可能性と因果関係段階の結果回避可能性の関係について、奥村正雄「不真正不作為犯における結果回避可能性」同志社法学62巻3号(2010年)529頁。

93) 内田文昭「不真正不作為犯における正犯と共犯」神奈川法学34巻3号(2001年)639頁は次のように説明する。「不真正不作為犯は、保障人のみがこれを実現しようといっても、当の保障人の『不作為』は、法益侵害に関しては、決して主導的なものではない。当該法益を危険に曝した自然・動物・第三者が、むしろ主導的な『力』をもつものである。たとえば、幼児が溺れるのは、海・河・池などがあるからであって、決して母親が居合わせたからではないのである。救助に出ない母親は、幼児の生命を侵害するのではないし、侵害に加功するものでもないといわなければならない。まさに、自然が正犯的な存在であって、母親は、『救助しない』だけの補助犯存在であるというべきである」。本論文はこうした不真正不作為犯の特殊性に基づく正犯と共犯にまつわるドイツの学説や判例を整理・紹介している。

しかし、わが国の不真正不作為犯はドイツと異なり、任意的減輕の対象ではない。したがって、ドイツよりも一層、当該不作為がその当罰性においても作為と「同価値である」ということが強調されなければならない。したがって、その不作為が故意正犯の場合には、過失でも幫助でもない、故意正犯に相当する程度の危険性が認められなければならない。

単に自然的に危険が存在するというを超えて、その危険が故意正犯的とってよい程度に高いものであるためには、結果発生の一定の蓋然性が求められる。過失犯はその志向性の低さゆえに、従犯は結果に対する間接性ゆえに、いずれも結果発生の一定の蓋然性が故意正犯よりも劣る。これを乗り越える程度の結果発生の一定の蓋然性を備えたならば、その不作為はもはや過失犯や従犯のように当罰性の劣るものではなく、故意正犯として、作為犯と等しい当罰性を持つことになるのである。

不作為犯の場合、たとえ行為者が回避措置を取らなくても、他者が救助したり、被害者が自力で危険から脱したり、またはその他偶然が作用したりすることにより、結果が発生しないことは十分にあり得る。こうして結果が発生しない蓋然性が高い——すなわち結果発生の一定の蓋然性が低いのであれば、その不作為は、もはや故意正犯として十分な危険があるとはいえないのである。

(4) 実行行為性の論証の弾力性

実行行為性の認定に必要とされる程度の危険性が認められればいいため、当該不作為の因果性の程度によって、因果性の相違の克服のために必要な上記要件のレベルも異なる。因果性の程度は具体的事案によって様々であり⁹⁴⁾、因果性が弱いものであればあるほど上記各基準（①結果回避措置の一定の蓋然性、②結果回避可能性、③結果発生の一定の蓋然性）はより厳格に審査すべきであり、不作為であっても因果性が作為に近いほど強いものであるならば、上

94) 同じ不作為でも事案によって因果性の相違の程度は異なることにつき、拙稿・前掲注(6) 238頁以下参照。

記基準は緩やかに認めてもよいと考えるべきである。

3. 固有の意味の作為義務

次に、固有の意味の作為義務について論ずる。

(1) 固有の意味の作為義務の意味と役割

固有の意味の作為義務とは、繰り返し述べているように、【仮定】の正当化のための「べき」論、すなわち何らかの規範を意味する。

これは処罰の直接の根拠としての「規範」ではない。処罰根拠となる規範はあくまでも、作為と共通の各条文に構成要件という形で予め法定されたものである。そして、その規範の範囲で作為と同様に実行行為性を論証していくのである。固有の意味の作為義務とは、この論証の中に現れる【仮定】を正当化する限度でのみ規範を与えるものにすぎない。したがって、作為義務の根拠を法令に求める場合にしばしば寄せられる「刑法以外の規範がなぜ刑法上の義務を構成しうるのか」という批判は、ここではあたらない。【仮定】が正当化できればよいのだから、刑法であっても民法であっても、また法令でなくとも、さまざまな事情がこの「べき」論を構成しうるのである。

(2) 固有の意味の作為義務の認定要素

まず、【仮定】を正当化する事情として最もわかりやすいものは、既存の規範である。形式的三分説が当初から指摘していた法令や契約、事務管理などは、まさに正当化事情の典型である。

次に、これよりも一般的・実質的な事情として、自己の選択や自己責任が挙げられる。自ら回避措置をなすことを受け入れたり意図的にその状況を作出した場合⁹⁵⁾や、その状況に至る上で自らに帰責性が認められる場合には、

95) 自らの選択といった観点は、鎮目・前掲注(41)353頁以下の効率性説にもみられる。効率性説は、事前に一定の地位(最も効率的に結果回避をなしうる地位)に就くことについての選択の機会を保障するために、行為者が自らの意思に基づいて、そのような関係を受け入れたという事情を求める。

なすことを【仮定】されても仕方がない。この文脈でいうならば、「保護の引受け」は自己選択、「先行行為」は自己責任の典型といえることができよう。なお、既存の規範として挙げた「法令」も、議会制民主主義を前提とするならば、自ら選んだ代表によって制定された法令である以上自らの選択ということもできる。さらに、「契約」も契約自由の原則のもとで自ら締結したものであり、また「事務管理」も、自らその事務を開始したという事情から、やはり自己の選択ないし自己責任であると説明することも可能である。

これをさらに一般的に広げるならば、その当否は別として、社会システムに根拠を求めて正当化を試みるという可能性もある。たとえば管轄論は、この社会システムを重視して帰責の原理を説明しようとするものである。そのほか、あいまいで不明確であると批判される条理や社会的期待⁹⁶⁾といった要素もここに位置づけられよう。一般化が進むにつれてその明確性に翳りが生じるのはやむを得ないことであり、この限界づけについてはさらに検討の余地がある。

(3) 固有の意味の作為義務の認定の弾力性

【仮定】の設定が正当化されればいいのだから、当該不作為の作為との規範的相違の程度によって、規範的相違の克服のために必要な上記要件のレベルも異なる。規範的相違、すなわち自由制約の程度は具体的事案によって様々であり⁹⁷⁾、その程度が大きいならばそれ相応の強い正当化事由が必要であり、程度が小さいならば弱い正当化事由でも足りると解すべきである。

96) 佐伯・前掲注(9)は条理について84頁で「刑法上の作為義務は道徳的なものではなく法的な義務でなければならないとしながら、条理を根拠として持ち出すのでは、まったく答えになっていない」と批判し、また社会的期待について87頁で、「社会的期待とは、結局、社会に存在する道徳的規範に過ぎず、『社会が保障人的地位を認めるべきだと考えている場合には保障人的地位を認める』といっているに等しい」「罪刑法定主義の観点から、明確な基準を立てることが学説には求められているのであれば、このような見解は望ましくない」と批判している。

97) 同じ不作為でも事案によって自由制約の程度は異なることにつき、拙稿・前掲注(6)240頁以下参照。

4. 従来の根拠論および諸要素の位置づけ

(1) 各根拠要素の位置づけ

以上をまとめて、従来の根拠論及び諸要素が、どういった事項を認定するための判断材料として位置づけられるのかを整理する。

すでに指摘したように、従来の根拠論は、本来犯罪一般に要求されるはずの「実行行為性の論証」と、本来の意味での、不作為固有の要件としての「固有の意味の作為義務」とを合わせて「作為義務」と呼ぶがゆえに、混乱が生じていたと考えられる。当初の形式説に代表される伝統的な作為義務論は、実行行為性をすべて「作為義務」で代替しようとしたため、「実行行為性の論証」という犯罪一般への要請から離れがちであった。これに対して実行行為性の論証に重きをおいた近時の事実一元説的見解は、本来犯罪一般に要求されている「実行行為性」を説明すると同時に、不作為固有の要件としての「作為義務」の要請にも応えるという二重の責務を、「作為義務」という一つの言葉に負わせざるを得なくなっていたように思われる。この結果、一つの根拠要素が複数の役割を担うことになり、そのカバー範囲が根拠要素ごとに異なったために、「一長一短」という現象が生じていたのである。

この理解をもとに「実行行為性の論証」と「固有の意味の作為義務」を区別して、代表的な根拠要素および「作為可能性」や「作為容易性」、「結果回避可能性」を整理し配置したのが次頁の表である。

太枠で囲んだ部分が、不真正不作為犯の認定にあたって満たさなければならない指標となる。従来の根拠論が、この指標のどの部分について働くものであったのかを、右列にまとめた。なお、ここでは従来の根拠論をひとまず位置づけたにとどまり、その適否にまで具体的に踏み込むわけではない。また、右列の根拠要素が、太枠内の指標を満たすための必要十分条件であるというわけでもない。具体的事案によっては、必ずしもこれら根拠要素にあてはまるわけではない事情から、十分にこの指標が満たされるということも理論上あり得る。その具体例を、のちにⅥ裁判例の検討の1で述べる。また他

実行行為性認定のための指標			従来の根拠論	
実行行為性の認定	実行行為性の論証 [一般的要件] [因果的相違の克服]	基準時前	結果回避措置の蓋然性	法規範の存在、保護の引受け、支配性、効率性、親子等の特別な関係 【作為可能性】、【作為容易性】
			結果回避可能性	【結果回避可能性】
	固有の意味の作為義務 [不作為固有の要件] [規範的相違の克服]	正当化可能な事情	結果発生の蓋然性 (故意正犯的危険性)	法規範の存在、保護の引受け、支配性、効率性、親子等の特別な関係
			(明示的な)既存の規範	法令、契約、事務管理
			自己選択・自己責任	先行行為、保護の引受け、排他的支配性や効率性の高い状況を「自ら」設定
			社会システム	条理、社会的期待、管轄

方で、いずれか一つの要素があったからといって、直ちにその指標を満たすと評価できるわけではない。個別具体的事情によって、その要素がどの程度働くかはさまざまである。その旨の指摘はV 4(2)、具体例についてはVI 2で取り上げる。

太枠内の指標について、改めて簡単に説明を加えておく。実行行為性の認定にあたっては、実行行為性の論証と、固有の意味の作為義務の両方が必要である。実行行為性の論証とは、犯罪一般の要件論の範疇である。

まず、実行行為性の論証にあたっては、基準時前と基準時後をいずれもみなければならない。基準時前には回避措置の蓋然性と結果回避可能性がともに必要で、基準時後には、他者が回避措置をとるなどによって結果の発生が妨げられる蓋然性が低いこと、つまり、結果が発生する蓋然性が高いことを示す必要がある。

次に、固有の意味の作為義務、つまり、【仮定】を正当化することのできる何らかの事情が、不作為固有の要件として求められる。既存の規範、自己選択・自己責任、社会システムのいずれかが認められればよい。表の罫線を二重にしているのはその趣旨である。

これらの指標を、従来の根拠論はどのようにカバーしていたのであろうか。

法令、契約、事務管理、条理、先行行為といった伝統的な根拠要素は「固有の意味の作為義務」の方に集約されているが、これらを膨らませたものといえる親子関係等の特別な関係は、「実行行為の論証」の方に置かれている。他方で、いくつかの近時有力説はすでに指摘したように「実行行為性の論証」に重きを置くため、こちらに広く分布しているが、実は巧みに、「固有の意味の作為義務」をもカバーしうる構成になっている。これらのことについて、根拠要素を一つずつ確認しながら説明する。

1) 法規範の存在

すでに何度も言及したように、「法規範の存在」は、結果回避措置の蓋然性を推認させる。さらに「あの人がやるはずだから、自分はやらない」という形で他者の介入を阻むことで、結果発生の蓋然性を高める効果もある。結果回避措置の蓋然性と、結果発生の蓋然性との間には、正の相関が認められる場合がある。このように、「法規範の存在」は、実行行為性の論証のうち、基準時前の結果回避措置の蓋然性と、基準時後の結果発生の蓋然性のいずれにも位置づけられる。

なお、先にも述べたように、何らかの法規範があれば常にこれらの蓋然性が説明できるというわけではない。法規範の存在の持つ蓋然性の推認力は、具体的な法規範によってさまざまである。法定速度の例にみられるように、必ずしもその法令の存在が直ちに高度の法令遵守行為の蓋然性を推認させるとは限らないのである。

なお、「法規範」それ自体は「固有の意味の作為義務」をも説明することができる。「既存の規範」の「法令」や「契約」といったものがまさにそれである。伝統的規範的要素であるところの「法規範」を実行行為性の論証にも転用することで、いずれをもカバーしうる形に昇華しようとしたのが、「法規範の存在」を作為義務の根拠とした見解の巧みさであるといえる。

2) 保護の(事実上の)引受け

保護の引受けという事実は、「あの人が引き受けたなら、あの人がやるのだろう」という結果回避措置の蓋然性を高度に推認させる。また、ある者が保護を引き受けた以上、他者はその保護に介入することを控えるようになり、結果発生 of 蓋然性をも高める。引受けの時点における行為者の内心の意図はここでは考慮しない(V 2(2))。引受けによって次項3)の支配性同様、他者の介入を物理的に排することもあろう。また、保護を引き受けたという自らの選択が、自己選択ないし自己責任として、固有の意味の作為義務をも基礎づける。

3) 支配性

支配という事実は、「あの人が支配しているなら、あの人がやるのだろう」と、結果回避措置の蓋然性をある程度推認させる。行為者の性格や意図はここでは考慮しない(V 2(2))。「因果経過の支配」とはまさに、「結果発生」の確実性の確保である。支配によって、結果の発生を妨げるさまざまな事情、たとえば他者の介入などを、物理的に排除することが可能となる。他方で支配性説は、固有の意味の作為義務にも配慮する。それが「自ら支配を設定した」という、自己選択であり、またこれがない場合には、他の規範的事情を要求するのである。支配性説は「事実的要素を重視するといいつながら規範的要素も取り入れている」とかねてより指摘されてきたが⁹⁸⁾、実はその点こそが、支配性説の優れた点なのである。

4) 先行行為

「先行行為」は、もっぱら固有の意味の作為義務、具体的には自己責任に位置づけられる。なぜなら、実行行為性の論証については困難が生じるからである。確かに先行行為は危険の創出を補う事実的要素を重視するものとし

98) 十河・前掲注(91)719頁。

て展開された。しかしすでに述べたように、危険の創出を補うには、その危険を創出したのが不作为でなければならず、その前の行為によって危険が創出されたことをもって、因果的な相違が克服されることはない⁹⁹⁾。他方で先行行為は義務の賦課を正当化しうる。ただしそういえるためには、先行行為が刑法上犯罪になるか否かは別としても、故意や過失による違法なものでなければならない¹⁰⁰⁾。少なくとも不可抗力であったり純然たる適法行為であったりして、そこに何らの帰責性も見いだせない場合には、義務の賦課を正当化するに足る自己選択や自己責任があるとは評価できないからである。

5) 効率性

ある者が結果回避措置を最も効率的になしうるという事実は、その者が結果回避措置を担当するであろうという結果回避措置の蓋然性を推認させる。また、そのことにより、より効率性の低い他者が干渉することを自重するという意味で、結果発生の蓋然性も推認させる。そして、行為者自らがそのような地位に就くことを事前に選択したとみなしうるという要件は3) 支配性と同様に、自己選択を基礎づける。

99) 中森・前掲注(91) 6頁、佐伯・前掲注(9) 86頁、十河・前掲注(98) 714頁。

100) 日高・前掲注(60) 158頁以下は、この根拠を「自己責任の原則」に求めるとする。私見はこの視座に賛同するものである。他方で、佐伯・前掲注(9) 90頁以下は、危険創出を「積極的に他人の利益を侵害しない限り処罰されない」という自由主義の観点からの要請であるとしたうえで、「危険創出行為は、客観的に危険なものであれば足りる」とする。また、島田・前掲注(9) 116頁は、「危険創出行為は、それ自体が処罰の対象ではなく、そこに責任主義は妥当しない」として、やはり過失は不要とする。確かに、先行行為による危険の創出の性質を単に事実としての他人の利益の侵害としてとらえるならば、過失が必ずしも要求されないというのは論理的である。しかし、本稿の立場では先行行為をあくまで義務の賦課を正当化するだけの帰責性の根拠としてとらえるため、どうしても過失は要求されなければならない。鈴木・前掲注(29)は機能的二分説を前提に先行行為は「監視者たる保障人」としての要素の一つであるとした上で、先行行為が義務違反的なものである必要があるか、適法行為はいかなる場合にも作為義務の根拠となり得ないかなどについて詳細に検討している。

6) 親子等の特別な関係

形式的三分説から発展し、より実質的な事情に目を向けた「緊密な生活および危険共同体」、法令から離れた親子関係などの身分関係・社会的地位、依存関係など(Ⅲ 1(1)参照)がこれにあたる。これは形式的三分説の条理を膨らませた規範的な根拠論として提唱されてきた。しかし、こうした状況自体は、義務の賦課という意味での規範性からいったん切り離すと、「危険の創出」の法的な評価にも影響を与える。すなわち、こうした関係性が存在するというを他者がみたときに、特別な関係にある者が結果回避措置をなす蓋然性が高いと評価し、また、そのために他者が介入することを控えるために結果発生の際の蓋然性も高まるのである。危険の評価が自然的・物理的なものではなく、一般人を基準とする法的判断である以上、蓋然性の判断にこうした事情が影響を与えることは、むしろ社会生活上当然であるように思われる¹⁰¹⁾。これらは従来規範的根拠論とされてきたが、事実・一元説が目指すような因果的な説明にも十分に貢献する要素なのである。

なお、この関係性に基づいて保護措置を「すべき」とまで命じることができるとしたら、そこには8)の社会的期待ないし条理が介在することになる。

7) 法令、契約、事務管理

あくまで「法規範の存在」とは区別された、法規範の規範性そのものとしての、法令、契約、事務管理である。これは極めて明確でわかりやすい既存の規範として、固有の意味の作為義務を基礎づける。

8) 条理、社会的期待、管轄

これらは社会システムという広い意味で、固有の意味の作為義務を基礎づける。6)のような特別な関係は、それだけでは実行行為性の論証段階にし

101) 中森・前掲注(91)6頁は、身分関係や社会的地位といった事情を考慮することの正当性について、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であると説明している。

か機能しない。特別な関係が従来提唱されているように規範的なものとして、固有の意味の作為義務を基礎づけるためには、その関係から生じる社会的期待ないしそれに基づく条理を理由としなければならない。これについてはその内容が曖昧であるという明確性の問題や、いかにして事実が規範を生み出すのか¹⁰²⁾ という問題があるが、その問題さえ理論的に乗り越えられれば、【仮定】を正当化し、規範的相違を乗り越えることができる。

9) 作為可能性

作為可能性は、「作為可能性が無ければ結果回避措置の蓋然性がゼロである」という意味で、結果回避措置の蓋然性を基礎づける上では必要条件となる。しかし、これがあるからといって結果回避措置の蓋然性が満たされるという性質のものではないため、何らかのほかの要素も不可欠である。

10) 作為容易性¹⁰³⁾

これは作為可能性のように結果回避措置の蓋然性の必要条件というわけではない。しかし、「作為が困難であるならば結果回避措置の蓋然性は弱まる」という意味で、マイナス方向へ作用し得る要素として、結果回避措置の蓋然性を測る一つの要素となる。

11) 結果回避可能性

従来論じられてきた結果回避可能性は、まさに実行行為性の論証に不可欠な独立した要素である。結果回避がそもそも不可能であるならば、回避措置

102) とりわけ管轄論は、社会における相互の期待からいかにして規範が生ずるかについて、一般理論的に説明するものとして注目される。

103) 小林憲太郎「刑法判例と実務—第5回不作为犯論—」判例時報2286号15頁以下はこれを作為義務（危険創出）とは別の自由制約の正当化としてとらえている。不作为犯は類型的に見て自由制約の程度が大きいため、著しく権衡を失するほど重要な利益を犠牲にしてまで作為に出ることを処罰によって基礎づけることはできないというのが、「作為容易性」の趣旨であると説明する。

をとってもとらなくても結果に影響がない。砂糖を毒であると信じてワインに入れても生命になんの影響ももたらしえないように、法益に対してなんの影響力ももたないという意味で、結果回避可能性がない場合の不作为はある種の不能犯¹⁰⁴⁾ということもできよう。なお、ここでいう結果回避可能性が、因果関係にいうところの結果回避可能性とは異なるのは、すでに指摘したとおりである (V 2(2)2))。

(2) 各根拠要素の多面的役割と「一長一短」の所以

このようにそれぞれの項目に一応位置づけられる根拠要素であるが、常にその項目を認定できるわけではない。のちにVI 2で具体例を示すように、「この事情の下では、この法令が存在しても、結果回避措置の蓋然性を満たすにはやや足りない」ということもあり得る。「一長一短」といわれる所以は、分布の違いだけではなく、具体的事情の下での推認力の差にもある。そう考えると、従来の裁判例の多元説的運用は、具体的事情の下で、これらの項目をそれぞれ、一つまたは複数の要素で満たしていく作業であったようにも思われる。すなわち、各要素はいずれも、その要素一つですべてをカバーしきれものではないという点、そして、同じ要素でも、具体的ケースによって作為義務の認定力の強さに差が生じるという点、この2つの点が、各要素を「一長一短」とであると評価させているのである。

VI 裁判例の検討

以上のことを踏まえて、III 2で概観した裁判例を改めて分析・検討すると、以下のようなになる。

104) あくまで、わが国において不能犯が不可罰であるという前提に立ってのことである。

1. 虐待類型

(1) 実子に対する食事や治療・救助の不供与

1) 産み落とし直後の保護の不供与

子を産み落とした母親の作為義務について、裁判所はその認定を明示的に行わず、不真正不作為犯を認める傾向にある(①②)。形式的三分説や、親子等の特別な関係を規範的な要素として作為義務を認定する見解からは、母親が母親であるということをもって、作為義務を認めることができよう。しかし、近時の事実的要素を重視する見解からは、産み落とし事例は困難をはらむ場合がある。子を産むことやそれに先立つ懐妊はいずれも適法行為であるから違法な先行行為ということができず¹⁰⁵⁾、また、産み落としてそのまま立ち去った場合には、保護の引受けも、排他的支配を「自ら」獲得することもしていない¹⁰⁶⁾からである。なお、出産後に違法な先行行為(新生児をビニール袋に入れるなど)や排他的支配の獲得(他者に発見されにくい状況にしたこと)が認められる場合には、裁判例もそのことに言及している(③)。問題は、そういった事情がないケースである。

産み落とし事例について私見にそって各指標を確認する。

まず結果回避措置の蓋然性である。出産直後の母親は子を保護する蓋然性が極めて高い。それは、民法820条という法令が存在するから、とか、親子

105) この点につき、佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」内藤謙ほか編『刑事法学の課題と展望 香川達夫博士古稀祝賀』(成文堂、1996年)114頁は当初妊娠・出産を危険の創出と見ることはできないとしていたが、後に、佐伯・前掲注(9)93頁において、危険創出に過失は不要とし、病院で出産することが通常であるにもかかわらずこっそり出産すること自体を危険創出と考えることで解決が図れるとした。しかしこれについては岩間・前掲注(29)26頁注(37)が、「どのような状況においても分娩自体は新生児の生命への危険にとって中立的な事象」であると、佐伯の説明は前者の方が正しかったと評する。なお、同28頁以下はこのことから、母親への新生児保護の義務づけは自由主義的観点からは説明がつかず、「連帯・相互扶助の思想ないしは条理によるもの」というしかないとする。

106) 鳥田・前掲注(9)118頁は、「墮胎が事実上自由化しているわが国の現状では、妊娠の継続を自らの意思による継続的保護関係の作出・維持と見て、不作為犯を認めることも不可能ではない」とする。

という特別な関係だから、というだけではない。出産の前後は女性ホルモンが大量に分泌され、いわゆる母性行動をとることが科学的にも明らかになっている¹⁰⁷⁾。社会的に母性行動が期待されることについてのジェンダー論的視点はいったんおくとして、少なくとも、新生児や乳幼児に対して母親が積極的に保護行動をとることには、経験則として、一般的に高い蓋然性が見込まれるであろう。それをさらに保護行動をとる「べき」とまでいえるかどうかは、次の固有の意味の作為義務の検討において考えることである。このように、従来の根拠要素以外の事情によっても指標を満たすことができる場合があることは、すでに述べた (V 4(1))。特に結果回避措置の蓋然性はある種事実的な統計的評価であるから、結果回避可能性が医学的観点から個別具体的に判断されるように、結果回避措置の蓋然性も、個別具体的にあらゆる事情から判断されて然るべきである。

次に、固有の意味の作為義務については、民法820条といった法令が存在する。また、墮胎することも安全な産院に赴くこともあえてしなかったならば、独力で子を産まざるを得ない状況を自ら選択したといえるから、子の保護という【仮定】を正当化することができる。妊娠の意思がないにもかかわらずあえて避妊せず性交渉を持ったというような場合にも、自己の選択ないし自己責任といえる可能性がある。強制性交等による望まない懐胎であったり、実際に分娩するまで妊娠に気づいていなかったりしたケースでも、なお法令によって正当化することができる。理論的問題さえ解決されれば、社会的期待ないし条理によることもあるだろう。

このように、産み落とし事例はその性質上、結果回避措置の蓋然性と、固有の意味の作為義務については常に認められる。あとは事案によって、結果回避可能性と、結果発生蓋然性を個別に見ればよい。しかし、分娩はほとんどの場合トイレや風呂場といった外部から遮断された空間でなされるた

107) 妊娠・出産時の哺乳類に発現する母性行動とホルモン分泌との関係等については、古谷健一ほか「オキシトシンおよびプロラクチンと母性行動に関する最近の知見」産婦人科治療85巻4号(2002年)395頁、富原一哉「母親の適応的行動変化をもたらす妊娠・授乳期の神経内分泌機構」鹿児島大学法文学部紀要「人文学科論集」72巻(2010年)1頁を参照した。

め、結果発生の蓋然性も原則として認められるであろう。結局、結果回避可能性を、産み落とし時点での新生児の状態などからクリアしさえすれば、ほとんどの場合、作為義務が認められるということになる。それでもなお罪に問うことが不当であるというようなケースがあったとしても、それは違法性や責任の段階で検討すべきであり、作為義務論の範疇で処理すべきことではない。③のように出産後の先行行為・支配性の獲得があるわけではない①や②において、裁判所が作為義務の認定にさほど重きを置かず不作為の殺人を認めているのは、産み落とし事例のこうした特殊な事情によるものと説明することができる。

2) 産み落とし直後以外の実子に対する食事や治療・救助の不供与

実子が幼児・児童の年齢に達した頃の虐待事例である。

結果回避措置の蓋然性については1)に同じく民法820条が存在しているため、親が子を保護する蓋然性は高い。また、出産に伴うホルモン状況はすでに終了していても¹⁰⁸⁾、なお養育行動をとるための神経回路が哺乳類には備わっている¹⁰⁹⁾。さらにそのような生物学的・脳神経学的要因においても、子をそれまで養育し、生活をともにしてきたという社会的な実態・実績が加わる。とりわけわが国では「家庭」というものが尊重される傾向にあるため、親の子に対する支配は排他的であることが多い¹¹⁰⁾。このような事情から、

108) 母性行動に関係するホルモンにはエストロゲン、プロゲステロン、プロラクチン、オキシトシンといったものがある。古谷ほか・前掲注(107)398頁以下およびそこで参照されるRolland R, et al, The role of prolactin in the restoration of ovarian function during the early postpartum period in the human; a study during inhibition of lactation by bromergocryptine, *Clinical Endocrinology* 4 (1)(1975), pp. 23ff., Tyson J, et al, Studies of prolactin secretion in human pregnancy, *Am J Obstetrics Gynecology* 113 (1)(1972), pp. 14ff.によると、血中プロラクチンは妊娠末期までに激増し、授乳中は乳腺刺激によってさらに上昇し、産褥80日以降にはその反応性に低下がみられる。

109) 脳神経科学の方面から養育行動を説明し、さらにそれを児童虐待の分析・対策に役立てようとする論稿として、黒田公美「子育てと児童虐待に関わる脳内回路機構—行動神経科学の視点から—」*臨床精神医学*47巻9号、(2018年)1021頁、黒田公美ほか「行動の脳科学からみる子育てとその問題」*発達*157号(2019年)16頁参照。

110) 津崎哲郎「子どもの人権の視点から見た親権」*フォーラム現代社会学*4巻(2005年)57頁は、

結果的には1)同様に、子の養育・保護に高い蓋然性が見込まれる。さらに、「家庭」というものの特殊性からくる他者の介入の遮断は、結果発生の蓋然性をも高める。

正当化事情としては、民法820条の存在と、それまで養育してきた実績からくる引受けや支配の獲得といった自己選択の事情がある。暴行・傷害が先行する場合には、その先行行為も正当化根拠の一つになるであろう。築き上げられた特別な関係から社会的期待・条理を見出すならば、それによる正当化もあり得る。

こうした事情から、1)同様に、ほとんどの場合、実質的には結果回避可能性の判断のみで作為義務を認定することができる。現に、④、⑥、⑦は作為義務に関して明言されていないし、⑤は結果回避可能性と支配性、私見でいうところの結果発生の蓋然性について触れるのみである。裁判例においても、一般的な「家庭」内の、親権者による虐待事例は、あえて言及する必要もないほどに、作為義務が認定されるのが原則であると考えられていることが分かる。

ただし、出産直後の母親と新生児という限定的な状況は基本的に一律であるのに対して、それ以外の実親・実子の関係にはやや幅がある。大きな違いは2つで、第1に、実親であっても親権を有していない場合があること、第2に、血縁上・戸籍上は実親子であっても生活実態として「家庭」を形成していない場合があることである。こうした事情がある場合には、法令や生活実態、それに伴う排他的支配性を当然に認めることができないため、別途、各指標について検討する必要がある。以下はその例である。

わが国における「家庭」ないし「家族」への他者の不介入について、「都市への人口流入や都市化の進展による地域性の希薄化、さらには核家族化や高層マンションに代表される都市住環境の変化、プライバシーを重視する生活意識の変容は、隣の住民が誰かよくわからないという、家族の孤立化、密室化を普遍化させ、家庭内問題に他人が関与することをきわめて難しくする状態が一般化した」と分析する。

case1 : A は X の婚外子である。X は A には会ったこともなく、A の実母から送られた写真を見て、顔を知っている程度である。A の親権は A の実母にある。X はある日たまたま子どもが川で溺れているところに居合わせたが、その時、溺れている子どもが A であることに気づいた。

この場合、X と A には家庭における生活の共同という生活実態もなければ、保護・養育をしてきた経緯もない。また、親権者でもないから820条も及ばない。生物学的な血縁を除けば、ほぼ赤の他人である。避妊せず性交渉をなしたのだとすれば、その点に帰責性を求めて固有の意味の作為義務は認め得たとしても、実行行為性の論証においては、実質的には赤の他人でしかない X が A を救護する蓋然性が高いとはいえない。したがって、X に作為義務は認められない¹¹¹⁾。

case2 : A は X の実子である。X は妻 (A の実母) とともに A を 5 歳まで養育したが、協議離婚し、A の親権は元妻が持つこととなった。現在、A は元妻と生活を共にしているが、月に一度、X は A と面会交流を行っている。X はある日たまたま子どもが川で溺れているところに居合わせたが、その時、溺れている子どもが A であることに気づいた。

この場合、X は親権も A との生活実態も失っているので形式上は case 1 と同様である。しかし、X には 5 年にわたる A の物理的・事理的な監護養育実績がある。また、それが失われた後も、月に一度の面会を継続し、父と子としての関係性を継続している。これらの事実は、離婚に伴う親権の喪失という法的・形式的な要因によって、社会的になかったことになるわけではない。こうした状況では、社会通念上、X が A を保護する蓋然性が高いと評価されるであろう。また、5 歳までの養育とその後の面会交流を X が望

111) このことは認知の有無によって変わるものではない。経済面での養育義務は認められても、親権者でない者に物理的・事理的な監護義務や身上配慮義務が課せられるわけではないし、そうした義務を引き受けたとも考えられない。

んで、あるいは受け入れて行っていることから、自己の選択が認められるため、義務の賦課の正当化もできる。したがって、あとは結果回避可能性と、結果発生 of 蓋然性（ほかに容易に助けられる人がいない、自力で助かることのできる確率は高くはない、などの事情）が具体的に認められれば、作為義務を認定することができる¹¹²⁾。

(2) 実親に対する食事や治療・救助の不供与

実親に対する作為義務は、実子に対するそれよりも、さらに個別的な検討が必要となる。子が未成年、特に幼児・児童である場合には、親権者と子との間に、家庭内における共同生活の実態があることが原則であった。しかし、子が成人した後の親子関係は、同居か別居か、日ごろの関係性はどのようなものかなど、千差万別である。

現に⑧は、他の兄弟との関係で、被告人が被害者の介護を自ら引き受け、被害者と生活をともにし、他の兄弟には「まともな生活を送っている」などと告げていたという実態を検証し、引受け及び支配性を理由に、被告人に作為義務を認めている。確かに私見に則っても、本来民法877条により子全員が親に対する扶養義務を負うところ、そのうち一人がそれを全面的に引き受けた以上、その者が実際に扶養、具体的には介護をなすのだろうと考えるであろうから、被告人には被害者を扶養・介護する高度の蓋然性が認められる。その上兄弟に「まともな生活を送っている」と虚偽の報告をすることでその介入を拒んだことから、結果発生 of 蓋然性も高い。そして、これらを自らの意思で行っていることから、その正当化もできる。結果回避可能性も認められるとされた本件では、裁判所の判断は妥当であったといえることができる。

112) なお、これが月に一度の面会交流中の事故であった場合は、より単純である。親権者である元妻からAを引き渡された時点で面会交流中における監護を引き受けていると構成することができるからである。

(3) 血縁関係は無いものの親子同然の緊密な生活実態の下での食事や治療・救助の不供与

血縁関係が無い場合は(2)よりもさらに関係性はさまざまであるが、その中でも親子同然の緊密な生活実態を有している場合は、かえって認定が緩やかになる、すなわち、結果回避措置の蓋然性・結果発生蓋然性は認められやすくなるように思われる。血縁関係がないならば家庭を構築する必要も養育監護する必要もないにもかかわらず、わざわざそのような関係に入ったということは、よほど養育監護する意思があるのだろうと周囲に感じさせるためである。これを家庭内での生活共同体という特別な関係性と表現するにせよ、支配性や引受けと表現するにせよ、いずれにしても、これによって社会が子の保護の蓋然性を高く評価することは間違いがない。そして、ひとたび「家庭」を構築した以上、他人の介入は困難になるので、結果発生蓋然性も高いことが見込まれる。

あとは、結果回避可能性と、固有の意味の作為義務である。固有の意味の作為義務は、こうした緊密な生活実態を有するに至った経緯などから、自己の選択があったか否かを具体的事情に沿って検討することになる。とはいえ、赤の他人が不可抗力によって家庭類似の状態に身をおくことは現実には少ないであろう。現に、⑨では契約により被害者を引き取っている¹¹³⁾し、⑩では不貞の子であることから不本意ではあっても、自ら乳児院から被害者を引き受けたという事実が認定されている。特に⑪についてはこの点の論証が綿密になされている。裁判所は「条理ないし社会通念」という言葉を使っているが、本稿の立場に則つていうならば、裁判所の認定した事実は、自己責任・自己選択を基礎づける。被告人がこのような作為義務を負わないためには、すなわち実行行為性が論証される根拠となる支配・引受け状況に身を置かないためには、同居を解消するなど、容易にとり得る手段はいくつもあり得た。

113) この場合「契約」の規範性によって正当化することが可能であるが、仮に意識的な「契約」というものが存在していなかったとしても、自らの意思で嬰兒を引き取ったことを自己の選択として、正当化を認めることができる。

それにもかかわらず自らこれを受け入れた以上、それは自己の選択ないし自己責任である。

血縁関係がない場合、それにもかかわらず家庭類似の関係性を構築したことにより結果回避措置の高い蓋然性が推認され、また、「家庭」というものの特殊性から他者の介入が見込めず、結果発生の蓋然性も典型的に高い。したがって、あとは正当化要素としての自己責任・自己選択が認められるかどうかと、具体的事案に応じて結果回避可能性があったか否かを検証すれば足る。

2. 交通事故類型

交通事故に関する事例は、自車への引き入れのない単なるひき逃げが不作為の殺人として認められたケースがないこと、すなわち、先行する事故や救護義務違反だけではなく、自車への引き入れが常に求められるということ¹¹⁴⁾について、以下のように説明することができる。

自動車による衝突という「先行行為」は、固有の意味の作為義務を基礎づける「自己責任」として働く。しかしこの「先行行為」単独では、実行行為性の論証ができない。そのため何らかのプラスアルファが必要になるのである。

それでは、道交法上の救護義務は法規範の存在としてどのように働くか。すでにV 4(1)(2)で述べたように、法規範が存在するからといって形式的に実行行為性が論証されるわけではなく、その法規範の存在によって、する「はず」という結果回避措置の蓋然性や、結果発生の蓋然性が具体的に満たされるかを検討する必要がある。それでは、道交法上救護義務が定められていることをもって、「運転者が当然相手を救護するはずだ、だから被害者は危険ではない」と、果たしていえるだろうか（結果回避措置の蓋然性）。また他

114) なおこれにつき、鈴木・前掲注(29)22頁注(9)は、「自動車運転過失致死傷罪等の責を負いかねない運転者が現場から逃走するのは典型的に期待可能性が低いので、作為による殺人罪との等価値性が認められない」と説明する。

者は、「運転者が救護義務を負っているのだから、余計な手出しはすべきではない」と救急車を呼ぶことを控えるだろうか（結果発生の蓋然性）。おそらく裁判所はこの法令の存在には、そこまでの効力を見出していない。救護義務の規定があるからといって当然に被害者が救護され、そのため危険でないとは社会は評価しておらず、また、他者が救護することを控えるようなことはない。特に交通事故は通常公道において生じるから、すでに周囲に他者がいるかもしれないし、また、いつ他者が現れてもおかしくない。そしてこの場に居合わせた他者は、たとえ運転者が目の前にいたとしても、救急車を呼ぶ等の救護措置を行うであろう。少なくとも、家庭内において子どもが病気になる場合に、親権者でもない他者が手を出すことを控えるという状況とは大きく異なる。こう考えると、裁判所が単純なひき逃げを不真正不作為犯として処罰しないことには、合理性がある。

しかし、ひとたび車内への引き入れがあったならば別である。救護義務の法令に加えて、車内へ引き入れたという事情もあれば、その支配ないし引受けによって、「あの人が助けるはずだ」と社会は評価する。またこの物理的支配によってあらゆる結果回避事情の介入が排除されるため、結果発生の蓋然性も格段に上がる。⑬、⑭、⑮はいずれも被害者を病院へ搬送すべく自動車に乗せ、それを翻意しているという事情がある。⑬は人気のない降雪する畑道に被害者を降ろし、⑭は車内に乗せたまま死亡させている。いずれも他者の介入の余地がない。こうした状況では、作為義務を十分に認めうる。なお、⑮は降ろした場所が定かではないが、仮にこれが人通りの多い繁華街であれば、結果発生の蓋然性の観点から、なお作為義務が認められない可能性もある。⑬、⑭、⑮の場合、はじめは病院へ搬送する目的で被害者を乗車させたのに対して、⑯でははじめから被告人を遺棄する意図で乗車させているが、V 2(2)1) で述べたように、結果回避措置の蓋然性を検討する上で、行為者の反規範的な性格や内心の意図といった事情は考慮すべきではない。したがって⑬、⑭、⑮と同様に、重傷者を自動車内に引き入れたという事実によって、⑯の場合も結果回避措置の蓋然性が認められる。

以上により、交通事故類型は従来の裁判所の運用のとおり、道交法上の救護義務の存在と車内への引き入れ（結果回避措置の蓋然性・結果発生の蓋然性）、そしてそれに先立つ交通事故（固有の意味の作為義務としての正当化要素）がそろえば、あとは個別具体的な結果回避可能性（事故の時点で救命可能性があったか）をクリアすることで、不作為の殺人の成立を認めることができる。

3. 殺人に関するその他の類型

殺人に関するその他の類型を私見との関係で説明するために、3類型に区分して検討する。

(1) 要保護者を安全な場所から隔絶ないし自己の支配領域に置いたもの(⑰、⑳)

⑰と⑳はどちらも身体的に健常とはいえない要保護者ないし要治療者が被害者となっている。こうした被害者を安全な場所から引き離し、適切な措置をとらなかったことが、両者の共通点である。

ある者が要保護者を安全な場所から隔絶し他者の介入を遮断した場合、その時点で引受けや支配性が認められ、また要保護者の法益がその者に全面的に委ねられるという意味で、一時的に特殊な関係性が構築されている。こうした場合、通常、その者によって必要な保護や治療がなされる蓋然性が高く、また、他者の介入が困難であるから結果発生の蓋然性も高い。さらに、安全な場所から十分な措置の期待しえない危険な場所への移置を行っているならば、これを故意過失による違法な先行行為として帰責性・自己責任を認めることができるし、引受けや支配の設定に自己選択が認められるから、正当化根拠としても欠けるところがない。こうした事情があれば、あとは結果回避可能性が認められさえすれば、不作為の殺人の実行行為を認定することができる。

(2) 暴行後の治療の不供与 (⑱、⑲、⑳)

暴行後の治療の不供与は、暴行という分かりやすい先行行為があるがゆえに、一見すると、これを指摘するのみで作為義務の認定は足りるようにも思われる。しかし、V 4(1)4) で述べたとおり、先行行為はあくまで固有の意味の作為義務、【仮定】の正当化を基礎づける事情にすぎない。【仮定】が正当化されてもその【仮定】を通じて実行行為性が論証されなければならないから、先行行為とあわせて、結果回避措置の蓋然性や結果回避可能性、結果発生の蓋然性を基礎づける事情も検討する必要がある。

まず結果発生の蓋然性を先に検討する。たとえば繁華街でたくさんの人が周囲にいる状況での暴行であったならば、暴行後なんらの措置もとらずにその場を立ち去っても、被害者が救護される見込みが高い。つまり、結果発生の蓋然性は低いといえる。したがって、このような場合には、暴行後の放置であるとはいえ、作為義務を認めるべきではない。重要なのは、他者の介入が排除・制限されている事情である。⑱、⑳では家族関係ではないとはいえ、被害者を家庭内において放置していたという事情がある。「家庭」の閉鎖性・独立性にかんがみると、結果発生の蓋然性は高い。さらに⑲（実行者について）は家庭内での事件ではないが、わざわざ人気のない河川敷に移置したという事実がある。

これを踏まえて結果回避措置の蓋然性をみると、⑱は被害者と被告人の「支配服従関係」、救助の引受け、支配領域内への設置といった事実が指摘されており、また⑳はさほど広くもない家で被害者と生活をともにしていたことや、被害者が逃げ出さないように監視していたことが指摘されている。「家庭」という特殊な空間に要保護状態の他者を置いている場合、その生活共同者が結果回避措置をなす蓋然性は高い。⑲も家庭内ではないものの、同じく要保護状態にある被害者を移置したことは、引受けないし支配性の設定といえる。

このように考えるならば、(2)「暴行後の治療の不供与」も、(1)「要保護者を安全な場所から隔絶ないし自己の支配領域に置いたもの」に、その要保護者を要保護者にしたのが不作為者自身であるという先行行為が加わったもの

とみることができる。そしてこれと同様の構造を持つのが、2. 交通事故類型であろう。結局のところ、「要保護者を安全な場所から隔絶ないし自己の支配領域に置いた」ということが、交通事故類型やその他の殺人に関する類型の、一つの中核モデルになっているように思われる¹¹⁵⁾。ただしこれは、他者の介入がおよそ不可能というほどの隔絶・支配を求めるものではなく、個別具体的事例に即して、各指標を満たす程度に他者の介入から遠ざけていれば足りるとするべきである。

(3) 先行行為に関与しなかった受動的地位に立つ者の作為義務 (⑰、⑲、㉒)

⑰、⑲、㉒には、先行行為に関与しなかった受動的地位に立つ者が登場する。⑰は、共同被告人とともに小児まひの被害者を人気のない山中に連行し放置したものの、連行時点では共同被告人の意図を知らされていなかった者が問題となる。本件移置は確かに物理的・自然的危険を創出する行為ではあるが、先行行為はその危険創出ではなく規範性が重要なのであるから、すでに述べたように、帰責性、すなわち故意・過失が求められる。したがって、たとえ物理的には連行に関与していても、先行行為という意味では、それに関与していなかったとすることができる。⑲は暴行に関与しなかったが、命令に従い遺棄には協力したというもの、㉒は暴行に関与していないものの、暴行のきっかけになるような発言をし、なおかつ電話で被害者を暴行現場に呼び出したというものである。

⑰、⑲について裁判所は、ともにこれを正犯相当の作為義務が認められず、幫助に留まるとしている。本稿は故意単独正犯に射程を限定しているため、この正犯と従犯との境界が具体的にどういった点で定まるかについては深く言及しない。しかし、⑰、⑲の例で、少なくとも正犯相当の作為義務が認め

115) なお⑲については神山敏雄「批判」現代刑事法5号(1999年)75頁以下が、暴行とその後の不救護を分離して捉えることに疑問を投げかけており、留意する必要がある。それが許されるなら、「検察サイドにとって前半の作為において殺意を立証することができない場合でも、後半の不作为では……未必の故意が認められるとして、不作为による殺人罪で起訴することを容易に可能ならしめることになる」というのである。

られないことは妥当である。このような受動的地位にいる場合、あくまで因果の主導者が別にいるのだから、必ずしも自らが回避措置をとる蓋然性が高いともいえないし、主導者との間に力関係がある場合にはなおさら、その人間関係の中でなお主導者に反抗し結果回避措置をとることは期待し難い。また、自身が不作為に出ている主導者が回避措置をなすかもしれず、それによって結果が回避されるかもしれない以上、結果発生¹¹⁶⁾の蓋然性もさほど高くない。こうした意味で、少なくとも正犯相当の作為義務を認めることは困難である。

ここで②の裁判例について確認しておきたい。裁判所は、被告人の友人への誤解を招く発言や被害者の呼び出しを先行行為、救護可能なのが被告人だけであるということ支配性として評価している。しかしこれには批判が多い。

私見に則って考えるならば、確かに支配性は実行行為性の論証を、先行行為は固有の意味の作為義務を満たす根拠要素であるから、形式上漏れはない。しかし問題は、それぞれの要素が、実行行為性の論証および固有の意味の作為義務を具体的に基礎づけるか否かである。

まず、被告人が友人らに対し、自身が被害者による強制性交の被害にあったと誤解させるような発言をしたことは、自己選択・自己責任として、義務の賦課を正当化し得るか。被告人は友人らの被害者に対する暴行を意図して教唆したものではなく、あくまで性交渉を持ち掛けられた旨を告げたにすぎない。これによって被害者が暴行されさらに死に至ったのは、友人らの誤解と異常な激昂によるものである。たとえ被告人の発言が契機になったとはいえ、こうした事情の下では、被告人自らの選択や自己責任といえるだけの落ち度が認められるとはいえない。

被害者を友人らのもとに呼び出したことは、身体に危険の及ぶ可能性のある場所に被害者を積極的に誘い入れたものといえるかもしれない¹¹⁶⁾。しか

116) 裁判所は、呼び出しの時点において友人らが被害者に対し暴行を働く蓋然性が高いことを被告人が認識していたと認定している。

し事実認定によると、友人らの暴行が激化したのは、呼び出され詰問された被害者が一度逃げ出したことにより、一層怒りを募らせたためである。それならば呼び出し時点では友人らによる「殺人」までは友人ら本人でさえも予期し得ず、これをもって生命に対する危険の回避義務を正当化し得るほどの自己選択・自己責任を認めることは困難であるように思われる。ただし傷害の限度でいうならば、正当化の余地はある¹¹⁷⁾。

続いて実行行為性の論証、とりわけ結果回避措置の蓋然性を考えると、これも満たすとはいいがたい。弁護人も主張するように、友人らが激昂する状況で水を差せば自らにも被害が及ぶおそれがあったこと、被告人は女性であり友人らは複数名の男性であったことにも照らすと、被告人の立場に置かれた一般人が、友人らが激昂し殺人行為に移った後に被害者を保護することに、高い蓋然性を見込むことは困難であろう。裁判所は、友人らは被告人のために暴行を働いているのであり、真実を知れば暴行の動機もないのであるから、真実を告げて友人らを止めることは容易であったと指摘する。確かに、道義的には真実を告げるべきである。しかし、真実を告げることに実行行為性を基礎づけるほどの蓋然性が認められるかといえ、むしろそのような状況であるからこそ、今更真実を告げれば自身の身に危険が及ぶと考え萎縮するのが一般通常人ではないだろうか。

本件はむしろ、傷害の限度で、作為犯としての共謀共同正犯ないし幫助犯が認められるべき事案であったように思われる¹¹⁸⁾。

4. 放火罪に関する類型

「既発の火力を利用する意思」は、すでに放棄された要件である。すでに

117) 多くの評者が、傷害を阻止すべき作為義務を超えて殺害を阻止すべき作為義務まで認めたことについて批判している。西岡・前掲注(62)91頁、岩間・前掲注(62)47頁注(6)、中森・前掲注(64)129頁。

118) むろん、友人らに殺意が生じた段階で被告人にもその(未必的)故意が生じ、現場共謀があったとすれば、殺人の共謀共同正犯が成立する余地もある。しかし、本件においてはそのような事実は認定されておらず、共謀の射程は傷害の限度に留まると考えられる。

述べたようにそれは正当であり、実行行為性の問題である作為義務論において主観を持ち込み、作為と不作为の間に主観面での差異を設けるべきではない。

しかし、この「既発の火力を利用する意思」は、作為義務を認定するにあたり被告人に何らかの落ち度を要求しようとしたと評価することもできる。この落ち度とは、不作为の時点で要求される故意や過失という意味ではなく、まさに作為義務を賦課することを正当化し得る事情である。自由主義的観点から、義務の賦課にあたって慎重な考慮をした結果、正当化根拠として何らかの落ち度を被告人に求めた結果が、「既発の火力を利用する意思」という主観面の要求であったのではないだろうか。

何度も述べているように、「既発の火力を利用する意思」要件は不適切であるし、学説上も判例上もすでに否定され、歴史的役割を終えた概念である。しかし、作為義務の根拠にこれをわざわざ付け加えたことの影響にどのような配慮があったのか考えるならば、やはり義務の賦課をいかに正当化するかという葛藤があったのではないかと分析することが可能なのである。私見に則って、放火罪に関する類型について「既発の火力を利用する意思」に代わる落ち度を補完するとすれば、それは作為義務の賦課を正当化する固有の意味の作為義務、特に自己責任・自己選択となるであろう。⑳は被告人が養父を殺害するにあたって養父が投げた薪が藁に移って火が広がったものであり、㉑は不備のある燭台が家屋に延焼したものである。いずれも発火の原因に被告人の過失ないし帰責性が認められる。また、㉒は火鉢からの延焼について、「自らの重大な過失によって……延焼という結果が発生した」という事実認定がなされている。このように、㉑、㉒、㉓はいずれも自己責任の要素を満たすから、あえて「既発の火力を利用する意思」という主観的要件を設けることなく、被告人の落ち度ないし帰責性を説明することができ、それによって、義務の賦課を正当化することができるのである。

5. 裁判例の検討のまとめと裁判例の評価

以上の検討により、類型ごとに検討すべき・重視すべき指標をまとめると、次のようになる。

(1) 虐待類型

まず、虐待類型は、下記一覧のように指標を満たす。

産み落とし事例は結果回避措置の蓋然性と固有の意味の作為義務を常に満たす。また、ほとんどの場合、結果発生の蓋然性も満たす。したがって、例外的な状況を除き、実質的には結果回避可能性を検討すれば足りる。

実子殺害の場合、それが親権者による家庭内での事件であれば、産み落とし事例同様、結果回避可能性の検討で足りる。しかし、親権を持たなかったり、親子としての生活実態がなかったりする場合には、他の指標についてもなお検討を要する。

実親殺害の場合はその実態が千差万別であるから、いずれの要件も個々の事例ごとに判断する必要がある。

血縁関係がないものの親子同然の緊密な生活実態がある場合は、特別な事情がない限り結果回避可能性と固有の意味の作為義務（その生活に入った経緯など）の検討で足りる。

	産み落とし	実子殺害	実親殺害	親子同様の他人
結果回避措置の蓋然性	常に○	原則○	要検討	原則○
結果回避可能性	要検討	要検討	要検討	要検討
結果発生の蓋然性	原則○	原則○	要検討	原則○
固有の意味の作為義務	常に○	原則○	要検討	要検討

(2) 交通事故類型

交通事故類型は、車内への引き入れ（結果回避措置の蓋然性・結果発生の

蓋然性)、そしてそれに先立つ交通事故(固有の意味の作為義務としての正当化要素)の事情がある場合、あとは個別具体的な結果回避可能性(事故の時点で救命可能性があったか)さえ認められれば、作為義務を認定することができる。

(3) 殺人に関するその他の類型

殺人に関するその他の類型は、つきつめると、要保護状態の者を、他者による救護や安全な環境から遠ざけているか否かが作為義務のポイントである。それを支配性と表現するのが適切な事例もあれば、引受け、あるいは特別な関係と表現するのが適切な事例もあろうが、それらに大きな差異はない。特に暴行が先行する場合、その暴行という先行行為によってただちに作為義務が認められるようにも思われるが、先行行為だけでは指標のすべてを満たすことはできない。たとえ先行行為があったとしても、それが公衆の面前で行われたならば、その後自ら救護しなくても、不真正不作為犯として処罰されるべきではない。

(4) 放火罪に関する類型

「既発の火力を利用する意思」は不要な概念である。不真正不作為犯に求められる落ち度は、主観によって捕捉されるべきではない。実行行為性が論証されたならば、あとは固有の意味の作為義務で、自己責任・自己選択を検討することにより、義務の賦課・不作為の処罰は十分に正当化される。

(5) 裁判例の評価

裁判所は具体的事案に応じて、諸要素を適宜取捨選択して作為義務を認定してきた。それはご都合主義というわけではなく、作為と同様に不作為を処罰するための一定の基準を不足なく説明するための、効果的な運用であったといえる。本稿で明らかにした一定の基準に照らして裁判所の各判断を分析しなおすと、裁判所は原則として、この一定の基準を満たすような判断を行

ってきたことが分かる。

裁判所は手放して場当たりの多元説的判断をしているわけではない。だからこそ結論として妥当な判断を重ねているのである。こうした判断は十分に尊重されるべきであり、作為義務論の発展に重要な示唆を与え続けてきたものと評価することができる。

Ⅶ おわりに

1. 本稿の内容のまとめ

本稿では、①先行研究の分析、②比較法的観点からの同価値性の意義の見直し、③裁判例との整合性の確保という三つの視点から、従来唱えられてきた作為義務の根拠要素を同次元で再整理し、その位置づけを明らかにした。その内容をまとめると以下ようになる。

まず、作為義務は、作為と不作為の因果的相違と規範的相違をそれぞれ乗り越えるものでなければならないという前提を確認した(Ⅱ)。

次に、作為義務の根拠要素について、先行研究と裁判例の状況を概観し(Ⅲ)、その中で、従来用いられてきた「先行行為」や「法規範」という用語に規範的意義と事実的意義という二義性があったことを明らかにし、これを意識的に区別した(Ⅲ 1(3))。さらに「作為義務」の役割が、実行行為性の論証に代替する媒介項としての役割から、実行行為性を直接論証した上での、不作為に実行行為性が認められることの言い換えとしての役割に変容した過程があることを指摘した(Ⅲ 1(4))。

わが国はドイツのように不真正不作為犯固有の条文を持たず、作為と共通の条文で処理されていることから、極力、不作為も作為と共通のプロセスによって実行行為性を認定すべきである(Ⅳ 2(1))。ここで重要になるのが、「危険の創出」である。しかしここにいる「危険の創出」とは物理的・自然的なものではない。【仮定】を用いることで法的に評価しなおされた「危険の創出」

である。たとえ自然的には危険が存在していたとしても、「作為義務者が作為義務を果たし法益を保護するはずであるから、なお危険は存しない」と考える。それにもかかわらず、作為義務者が作為義務を果たさなかったのであれば、それによってはじめて危険が発生する。このように法的に評価しなおされた危険の創出をもって実行行為性を論証するのが不真正不作為犯の特色であるが、これはあくまで「仮定的判断」という特別な考慮は含みつつも、「実行行為性の論証」という意味で、作為と共通のプロセスであることに違いはない。このことは、すでに指摘した作為義務の役割の変容の正当性を示すものである(IV 2(2))。

しかし、これだけでは作為義務が乗り越えるべき作為と不作為の相違のうち、因果的相違しか乗り越えることができない。不作為も作為と共通のプロセスを辿ることは前提であるが、このプロセスには、不作為が不作為であるがゆえに、作為にはない要素である【仮定】が含まれる。この【仮定】は、個人の自由を制約する以上、別途その賦課が正当化される必要がある。この正当化が規範的相違を乗り越えるのである。これは、従来「作為義務」と表現されていたものから作為と共通の「実行行為性の論証」を除いた後になお残る、真に不作為固有の要件としての作為義務、「固有の意味の作為義務」である(IV 3)。

私見によると、事実に客観的な実行行為性の論証(さらに詳細には、①結果回避措置の蓋然性、②結果回避可能性、③結果発生蓋然性。V 2)と、規範的な固有の意味の作為義務(さらに詳細には、①既存の規範、②自己選択・自己責任、③社会システムのいずれか。V 3)がともに満たされてはじめて、作為と不作為の二つの相違を克服し、作為義務を認定することができる。すなわち、従来対置されてきた「事実」と「規範」は二項対立的なものではなく、ともに不可欠の両輪なのである。そしてこの分類に従うと、従来提示されてきた作為義務の根拠要素はそれぞれが何らかの形で、いずれかの指標を説明するものであったことが分かる。この根拠要素の位置づけをそれぞれ分析し、一覧にした(V 4(1))。さらに、これを前提に裁判例を分析し

なおすと、裁判所が各根拠要素を多元説的に運用するにあたっては、本稿が示した一定の指標を満たすように取捨選択していることが分かった。また、判例を類型ごとに分析し、どのような類型においてはどのような点が重視されるべきかを示した（VI）。

「犯罪一般の要件論」と、「不作為固有の要件」とは、従来区別されずに「作為義務」と呼ばれてきた。このことにより、本当に不作為固有の事情である部分と一般的な要請とが混在してしまったことに、議論の混迷の一要因があるというのが本稿の指摘である。本稿は、「犯罪一般の要件論」を事実的な「実行行為性の論証」、「不作為固有の要件」を規範的な「固有の意味の作為義務」として意識的に区別し、両者を必要不可欠のものとして構成しなおした上で、既存の学説で提示されてきた根拠要素を配置したものである。

2. 本稿の成果と今後の課題

従来の先行研究は作為義務の根拠についてさまざまな要素を提示してきた。これら諸要素はそれぞれの見解と不可分に存在し、時折組み合わせられることがあっても、またそこで一つの見解として独立・完結してきたように思われる。いずれの見解も一長一短とはいえ理論的に完成度が高かったことがその所以であろう。そしてこれらの要素は、事実的要素と規範的要素として、ときに二項対立的に扱われてきたのである。他方で裁判所は多元説的運用を続けており、諸要素をそれぞれの見解を超えて同じ土俵で扱ってきた。

本稿では裁判所の行う多元説的運用を尊重し、諸要素を同じ一つの組上げ、これらが協同するにあたっては相互にどのような関係に立ち、各々がどのような役割を担うのかという点を明らかにした。そしてその過程で、事実と規範が相互排他的なものではなく、むしろそれぞれがともに満たされなければならない不可欠の両輪であるということを示した。

このように、事実と規範の関係を整理した上で、既存の根拠要素を各見解で独立させず同一次元で相關的・立体的に配置したことにより、恣意的運用のおそれがある多元説に一定の見通しを与えたことが本稿の成果である。ま

たその過程で先行研究の用語の意義や理論構造の変容を整理し、議論の混迷の要因を明らかにしたことにも意義があると考ええる。

しかし、現状ではこれが要件論にまで昇華できているわけではない。あくまで従来の要素の位置づけを示したのみであり、その適否に踏み込んだり、直ちに適用可能な要件として形式を整えたりすることにまでは及んでいない。さらに、本稿は故意正犯に射程を限定して議論したため、過失・共犯の検討も今後の課題となる。