

刑法解釈論と不真正不作為犯

法科大学院教授 日高 義博

- I はじめに
- II 日本における刑法解釈論の位置づけ
- III 法の存在構造と法解釈
- IV 不真正不作為犯の問題性
- V 不真正不作為犯に関する日本の判例理論の概要
- VI 構成要件的等価値性の理論について
- VII 結語

I はじめに

1 私の『不真正不作為犯の理論』が公刊されたのは、1979年である。⁽¹⁾理論の中核になっている構成要件等価値性の理論は20代の半ばに考えたものだが、当時は、法哲学と刑法の接点を考えていた時期であり、刑法解釈学の客観性を意識して理論構成したものである。現在でも、その理論的視座は、変わっていない。幸い1992年には、王樹平先生が私の不真正不作為犯の理論を中国語に翻訳され、中文版が公刊された。⁽²⁾時を超えて2014年5月、中国の成都において不真正不作為犯論について講演することになった。私にとっては、李白が25歳の頃に作ったと言われている漢詩「峨眉山月の歌」が浮かんでくる場所において講演できることは、なんとも感慨深いものがある。私の若き日の研究テーマについて講演する機会を与えていただき、四川師範大学及び四川師範大学法学院の関係者の方々に対し、心から感謝の意を申し上げる。この機会に、私がどのような法解釈論を土台にして、不真正不作為犯論を展開しているのかを論述し、中日刑法学の比較法的研究の進展に幾何かの寄与ができればと思う次第である。

2 日本の刑法学において、不真正不作為犯の問題は、刑法解釈上の重要論点の一つである。不真正不作為犯の具体例としては、不作為による殺人や不作為による放火などが挙げられる。殺人罪や放火罪の処罰規定はあるが、不真正不作為犯の犯罪形態についての一般的な成立要件は、刑法典上には明記されていない。どのよう

な判断基準によって不真正不作為犯の処罰範囲を画するのは、いわば判例および学説に委ねられている。法の解釈・適用は、具体的事案を処理する裁判の段階において実践的な意味を有するが、不真正不作為犯の場合には、いわゆる開かれた構成要件（*offener Tatbestand*）になっていることから、法適用に際し、裁判官はその構成要件を補充しなければならない。このことは、罪刑法定主義の派生原則である「構成要件明確性の原則」（*Tatbestandsbestimmtheit*）との関係において問題にされるところであるが、反面、その法的解決の理論構成については、判例および学説が大きな役割を担っている分野でもある。

わが国の場合、判例と学説は、相互に作用しながら法の形成に寄与しており、とくに不真正不作為犯の場合には、その相互作用が顕著である。また、不真正不作為犯の処罰範囲をどのように画するかについては、刑法理論の基本的視座が問われることになることから、刑法解釈学の中心論点になってきた。不真正不作為犯をめぐる論争には、日本の刑法解釈論のあり方が顕著に現れていると言えよう。

3 昨年、四川師範大学法学院の唐稷堯教授が専修大学に来訪された際、専修大学法学部学術講演会が開催された。⁽³⁾講演において、唐教授は、中国の刑法解釈の特殊性を説明され上、刑法解釈の基本的視座に論究された。私は、中国と日本では刑法解釈論の位置づけに相違があることを改めて認識したが、司法解釈については、日本の最高裁判所が行う有権解釈や判例生成に近い機能が付与されつつあるように感じた。そこで、本稿では、まず日本の刑法解釈論の位置づけを説明した上で、前述の不真正不作為犯の問題性と解決方法を論じ、私の刑法解釈論の基本的視座を述べることにしたい。

II 日本における刑法解釈論の位置づけ

1 刑法解釈論の位置づけ

日本の国制の基本は、三権分立主義である。すなわち、国権が立法、司法、行政に分離され、それぞれ独立した機関として作用している。刑事事件の処理について見るならば、刑罰法規、刑事手続法等の刑事関係法規は立法機関である国会によって審議・制定され、司法機関である裁判所はその刑事手続法に従って刑事事件を審理し、裁判官は制定されている刑罰法規に依拠して法的判断（判決、決定）を下す。裁判の結果として被告人に刑が言い渡されると、その刑の執行は、刑務所等の矯正機関で実行される。このような法システムにおいて、刑法解釈が実践的な機能を果たすのは、法の適用（*Rechtsanwendung*）が問題となる裁判の段階においてである。

もちろん、刑法解釈は、裁判官だけが行うものではない。検察官も弁護人も研究者も、それぞれの立場において刑罰法規を解釈し、一定の見解を主張しうる。ただ裁判所の法解釈は、審理の対象となった刑事事件の処理については、法的拘束力を持ち、とくに最高裁判所が示す「有権解釈」は、実務に対し先例としての拘束力を有する点が特徴的である。

このような日本の状況からすると、裁判の段階での法解釈でない限り実践的意味を有しないようにも思えるが、実はそうではない。刑法解釈に関わる者がそれぞれの立場から一定の法的主張を行うことは、裁判の段階での法解釈を動かすことにもなり、ひいては法の形成に寄与することになる。日本の場合には、判例と学説が相互に作用しながら、刑罰法規の間隙を補い、刑罰法規の適用範囲を社会の変動に応じて確定しながら、法の適用を実現していく土壌が残されている。

たとえば、可罰的違法性の理論⁽⁴⁾や期待可能性の理論⁽⁵⁾の導入は、法解釈において超法規的違法性阻却事由、超法規的責任阻却事由を認めるものである。刑法解釈は、単なる刑罰法規の当てはめではなく、法の意味内容を明らかにし、法の適用に具体的妥当性を求める実践的な作業なのである。したがって、刑罰法規の適用に際して、法解釈の客観性と妥当性を追求する法解釈学の知見は、極めて重要な役割を担っていると言えよう。

2 刑法解釈学の課題

刑法解釈学は、実定刑法（制定された刑罰法規）を対象とした解釈学（Dogmatik）である。したがって、現に刑罰法規に規定されている犯罪の成立要件を基に犯罪行為の可罰性（Strafbarkeit）を問題とするものであり、形式的犯罪概念によって捕捉される処罰範囲をどのように掌握するのかが重要な課題となる。これに対して、刑事学や刑事立法学では、実質的犯罪概念が重要な意味を持つ。ここでは、反社会的行為の当罰性（Strafwürdigkeit）を追求し、犯罪の鎮圧、予防のための策定を論究することが課題となる。日本における刑法解釈学の課題は、現にある刑罰法規の予定している処罰範囲を明確にすることであり、法解釈によって法を創造することではない。現行の刑罰法規の解釈によっては捕捉しえない領域については、当罰性を基準に刑罰法規の創設を検討する刑事立法論に移行すべきなのである。

刑罰法規に犯罪の成立要件が明確な文言によって記述されている場合には、法解釈によって法規の処罰範囲を確定することは、それほど困難な作業ではない。しかし、条文上の文言が多義的なものであったり、価値判断が介在する規範的構成要件のような場合には、法解釈は画一的なものではなくなってくる。さらにまた、記述

されていない成立要件を考慮しなければならない「開かれた構成要件」の場合には、法規の予定する処罰範囲を確定することは容易な作業ではない。これから論ずる不真正不作為犯の問題は、法規の予定する処罰範囲をどのように確定すべなのかを問うものであり、法解釈の限界領域の問題なのである。

Ⅲ 法の存在構造と法解釈

1 法解釈の対象となる「法」とは何か

不真正不作為犯の問題を解決する場合、法解釈の対象である「法」をどう捉えるのかが問題となる。不真正不作為犯の成立要件の一つとして、従来、法的作為義務が必要であると解されてきた。法的作為義務の発生根拠としては、法令だけでなく、契約、事務管理、条理などが挙げられてきた⁽⁶⁾。作為義務は、法律に規定された義務だけでなく、条理に基づくものでもよいが、道徳上の義務では足りないとして、「法的」という文言が用いられている。この理解によれば、実定法である法律だけでなく、実定法を超えた部分の法も、法解釈の対象に取り込んでいることになる。作為義務の発生根拠を法律上のものに限るのであれば、不真正不作為犯の処罰範囲を画一的に限定することができる。しかし、そうすると、説得力のある妥当な処罰範囲の線引きが得られないことから、法と道徳の線引きの基準を用いようとするのである。問題となる事案において、法と道徳の区別が明確であれば問題はないが、解釈する者の主観的な価値判断によって結論が異なってしまうことにもなってしまう。私見では、法的作為義務だけでは、不真正不作為犯の処罰範囲を画することはなし難いと考えるが、法的作為義務の必要性を認める以上、「法」と言われるものの実体を明らかにしておかねばならない。

2 動態としての法と解釈

刑法の場合、罪刑法定主義の下にあっては、裁判規範の裏付けのない行為規範は意味をなさない。行為規範には、単なる社会倫理規範も含まれるが、それが自律の領域にとどまる限り、まだ「法」を構成するものではない。行為規範は、裁判規範の裏付けがなされることで、他律性のある「法」規範としての性格を取得し、全体的な法秩序の中に組み込まれる。

全体的な法秩序は、単なる実定法の集積ではなく、法の理念によって制御された法規範の総体である。制定された法律だけが「法」とであるとすると、法の存在が固定化され、処罰を限定する方向であっても、社会の変動に対応する合目的な解釈にブレーキがかかってしまう。法の目的・理念に照らした解釈を行い、具体的妥当

性のある事案の解決を図ることは、正義の実現でもある。

法は、固定した静的なものではなく、変動性のある動的なものとして捉えるべきだと考える。現実の法は、実定法性（実定性）と自然法性（正当性）の緊張関係の中にあり、全体的な法秩序自体も動的な存在である。⁽⁷⁾法解釈の役割は、実定法化されたこと⁽⁸⁾で固定化した法を、動的な存在である現実の法に近づけることにある。

私の不真正不作為犯論は、このような法の存在構造を土台として、法解釈の限界を解き明かそうとしたものである。次に、その具体的内容を述べることにしたい。

IV 不真正不作為犯の問題性

1 不真正不作為犯の定義

不真正不作為犯は、まずその定義からして問題である。ここでは、不真正不作為犯（*unechte Unterlassungsdelikte*）とは、条文上「～した」というような作為の形式で規定してある構成要件を不作為によって実現する場合をいう、との定義を前提に議論を進めることにする。不真正不作為犯は、「人を殺した」という殺人罪の構成要件（日本刑法199条）、「放火して、現に人が住居に使用している建造物を焼損した」という構成要件（108条）などを不作為によって実現する場合をいうのである。この不真正不作為犯という概念は、英米の刑法には存在しない。もっぱらドイツ刑法をはじめとして、ドイツ刑法の系譜に属するスイス、オーストリア、日本などにおいて、不真正不作為犯論が展開されてきた。日本は、明治時代にドイツ刑法を継受したことから、不真正不作為犯論もドイツ刑法の理論的影響を受けながら、問題の解決を図ってきた。

2 不真正不作為犯の学説と問題点の推移

不真正不作為犯の学説史（*Dogmengeschichte*）を概観すると、第1に、19世紀の初頭、不作為の因果性をどう説明するのかという問題から始まった。「無から有は生じない。」という自然科学的思考が刑法学にも影響を及ぼし、不作為の因果関係をどのように肯定するかについて議論がなされたのである。この問題は、不作為は単なる「無」ではなく、「法によって期待された一定の行為をしないこと」であるとの認識を前提にして、不作為の原因力は結果の不防止にあるとの説明（期待行為欠如説）がなされることで一応の収束をみた。しかし、作為と不作為の因果構造の相違は、依然として解決されないまま残されたのである。

第2に、不作為の違法性が問題になった。不真正不作為犯が成立するか否かを決定する上で、重要な判断ファクターは作為義務であり、作為義務違反が不作為の違

法性を決定すると考えられたのである。この見解は、違法性説と呼ばれる。違法性説は、作為義務は道徳上のものでは足りず、法的なものでなければならないとして、法的作為義務の発生根拠を法令、契約、事務管理、条理に類型化した。さらに、法的作為義務と共に、行為の可能性も、不真正不作為犯の成立要件であるとした。この考えは、保証者説が出現するまでは、ドイツにおいても日本においても、通説・判例の立場となっていた。

第3に、不真正不作為犯の問題性はもっぱら構成要件該当性の段階にあるとの主張がなされた。この見解は、構成要件該当性説と呼ばれる。この見解が主張されるようになった背景には、二つの要因があった。

一つの要因は、全体主義的法思想が支配した1930年代のキール学派に対する反旗である。キール学派は、不作為犯は民族的道徳秩序から生じる作為義務に違反することであるとして、法と道徳との区別を撤廃した。これに対して、少数派になっていた個人主義的法思想を根底に置く立場から、作為義務はなお法的なものに限定する必要があるとの反論である。

二つ目の要因は、違法性説における犯罪論体系上の矛盾を解決する必要があることである。犯罪構成要件理論を採る場合には、犯罪の成否を判断する場合に、まず構成要件該当性を判断し、次に違法性の判断を行い、最後に有責性の判断を行うというように、三段階的犯罪論体系を採る。構成要件が違法類型であるとする、構成要件該当性が認められる場合には、違法性推定機能が働くことになる。ところが、違法性説では、このような犯罪論体系が機能しないのである。すなわち、違法性説では、法的作為義務が違法性の判断ファクターであることから、構成要件該当性の判断の前に違法判断を行わなければならない、構成要件該当性の違法性推定機能も働かなくなるのである。このことは、メツガー (E. Mezger) の新構成要件論を採らない限り、犯罪論体系上の矛盾となってしまうのである。

これらの問題を解決するために主張されたのがナーグラの保証者説 (Garantenlehre) である。⁽⁹⁾ ナーグラ (Nagler) は、新たな理論を構築するために作為義務の概念を放棄し、保証義務 (Garantieverpflichtung) という新たな概念を創出した。すなわち、構成要件的结果の発生を防止しなければならない法的な義務を「保証義務」として定義し、保証者の不作為だけが不真正不作為犯の対象になるとしたのである。この見解では、保証義務は構成要件の要素であるとされているので、行為者が保証義務に違反しているか否かは、構成要件該当性の判断になり、犯罪論体系上の矛盾も解消されるのである。さらに、保証義務を媒介として、不真正不

為犯と作為犯との等価値性判断がなされるという考えを示したのである。ナーグラの保証者説は、その後、保証義務を保証者的地位と保証者的義務とに分離し、前者を構成要件要素に、後者を違法要素に位置づけるという新たな保証者説に進化し、ドイツでは通説・判例の立場となり、日本においても有力説になっている。

第4に、ナーグラの保証者説の後、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に反するという根本的な批判が出されるようになった。保証者説では保証義務という特別な法的義務を要求するが、それは構成要件に明記されておらず、その根拠を慣習法に求めることになると、実定法の根拠を欠き罪刑法定主義に反する結果になるというのである。この批判は、ヘルムート・マイヤー（Hellmuth Mayer）の指摘するところである⁽¹⁰⁾。

さらにまた、目的的行為論の立場から不作為犯論を展開したアルミン・カウフマン（Armin Kaufmann）は、作為は因果の流れを惹起し、それを支配・操縦しうるが、不作為は因果の流れを惹起しえないという存在構造の違いに着目して、新たな不作為犯論を展開した⁽¹¹⁾。不作為犯には、作為犯の理論は当てはまらず、作為犯とは逆のことが当てはまるという「逆転原理」を提唱した。不真正不作為犯の場合には、作為犯の禁止構成要件の法益および法定刑を共通にするが、それとは独立した命令構成要件に該当するものであるとし、不真正不作為犯は、むしろ不作為犯の「真正」な場合であるというのである。このことから、不真正不作為犯の処罰は、作為犯の構成要件の類推適用であり、罪刑法定主義に違反する疑いがあるとしたのである。目的的行為論からの不作為犯は、従来の不作為犯論の根底を揺り動かすものであった。

3 不真正不作為犯の問題の核心

このような学説の流れから読み解くべきことは、不真正不作為犯の問題の核心は、いわゆる等置問題（Gleichstellungsproblem）に集約されるということである。すなわち、作為は因果の流れを惹起しうるが、不作為は因果の流れを利用しうるにすぎないという存在構造の相違があるにもかかわらず、不真正不作為犯は作為犯と同一条文の下に処罰しうるのかという問題を如何に解決するのかということである。不作為の因果性を問題にした当初の理論的課題は、形をかえながら今日の不作為犯論の根底にも横たわっているのである。いわば存在構造上の相違を価値的にどう乗り越えるのか、という問題に対峙しない限り、打開の道がない問題なのである。この価値問題が解決しえないのであれば、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に反するとの批判を回避できない。なお当罰性があるというのであれば、立法的解決を図るしかないのである。不真正不作為犯の問題は、まさに刑法解釈の限界の問題なの

である。

日本では、この等置問題を意識して、私の構成要件的等価値性の理論のほか、具体的引受説、支配領域説などが主張されているが、主張の共通項は、不真正不作為犯の処罰範囲を客観的な側面において限定しようとする点にある。私の構成要件等価値性の理論の概要を説明する前に、日本の判例では不真正不作為犯の処罰範囲をどのように画しているかを、次に説明しておきたい。

V 不真正不作為犯に関する日本の判例理論の概要

1 考察の視点

不真正不作為犯に関する日本の判例理論は、主に不作為による放火の事案と不作為による殺人の事案を中心として集積されてきている。とくに、不作為による放火に関する大審院判例は、特別な主観的要件を設けていたことが特徴的であった。ここでは、大審院判例を2件、最高裁判例を2件を挙げて、判例の考え方を抽出しておきたい。

2 大審院判例の特質

大審院判例の特質は、不真正不作為犯の成立要件として、法的作為義務および行為の可能性の他に、特別な主観的成立要件として「既発の危険（火力）を利用する意思」を挙げていたことである。不真正不作為犯の処罰範囲を客観的要件だけでなく、主観的要件によっても限定しようという点に理論的な特徴がある。

第1に、大審院大正七年（1918年）12月18日判決があるが、事案は次のようなものである。⁽¹²⁾

被告人が養父と争闘して殺害した後、その死体の始末を考えていたところ、たまたま養父が争っている際に投げつけた燃木尻の火が、住宅内庭に積んであった藁に飛散し燃え移り燃え上がっているのを認めた。被告人は、そこで住宅と共に死体および証拠物件を焼損して罪跡を隠滅しようと欲し、容易に消し止めることができたにもかかわらず、これを放置して、被告人以外に人の現在しない家屋等を焼損した。

この事実について、殺人罪の他に、不作為による放火罪（本件では、刑法109条の非現住物放火罪）が成立するか否かが争われた。本判決では、被告人が家屋の所有者または占有者であることから、法的作為義務を認め、行為の可能性もあったことを認めた上で、さらに放火の故意に加え「既発の火力を利用する意思」があったことを挙げて、放火罪の不真正不作為犯の成立を肯定したのである。

第2に、大審院昭和13年（1938年）3月11日判決も、放火罪の特別な主観的成立⁽¹³⁾

要件として、「既発の危険を利用する意思」が必要であるとしが、事案は次のようなものである。

被告人は、住居として使用しなくなった家屋の神棚の灯明のろうソク台に点火したところ、ろうソク台が不完全であったため、火の付いたろうソクが落ちて神棚の木製神符に燃え移る可能性があった。被告人は、そのまま家屋が燃えるならば、家屋に付けてある火災保険を獲得することができると考え、火の付いたろうソクを放置して外出した。その結果、家屋が全焼した。

本事案について、本判決は、公序良俗から法的作為義務を引き出している。具体的には、家屋所有者としての地位および不完全なろうソク台に点火したろうソクを立てたという先行行為から法的作為義務を認めることができる。本事案における、「既発の危険を利用する意思」の内容は、すでに発生している家屋燃焼の危険を火災保険を獲得するために利用したというものである。

3 最高裁判例の動向

最高裁判例は、不作為による放火に関する大審院判例を実質的に変更し、「既発の危険を利用する意思」という特別な主観的成立要件を除外している。不真正不作為犯の故意としては、未必の故意でも足りるとし、主観的側面は作為犯と何ら異ならないと解している。客観的成立要件としては、従来のように、法的作為義務と行為の可能性を要求しており、学説史との関係でいえば、なお違法性説に依拠しているようにも思われる。重要な最高裁判例としては、次の2件である。

第1に、最高裁昭和33年(1958年)9月9日判決⁽¹⁴⁾は、大審院判決を実質的に変更し、放火罪の主観的要件としては、未必の故意で足りることを明示した。事案は、次のようなものである。

電力会社営業所に勤務していた被告人が、木机の下に置いていた火鉢に多量の木炭を継ぎ足して残業をしていたところ、酒を飲んでいたので気分が悪くなり嘔吐感を覚えたので、多量の炭火が起きていた火鉢をそのままにして事務室で休息仮眠した。被告人がふと目が覚めて事務室に戻ってみると、炭火の加熱から机の下にあった段ボール箱の書類に引火し、さらに机に延焼しているのを発見した。しかし、被告人は、不慮の失火を目撃した驚きと自分の失策の発覚を恐れて、放置すれば営業所の建物にまで延焼することを認容しつつ、何ら消火措置を講ずることなく放置して、営業所を去った。その結果、営業所の建物と隣接する住居が燃焼した。

この事案の場合、法的作為義務は、残業職員としての地位および過失の先行行為から引き出すことができる。上告趣意では、従来の判例に従えば、被告人には既発

の危険を利用する意思がないことから、不真正不作為犯の成立を否定すべきである旨の主張がなされた。これに対して、本判決は、既発の火力により建物が燃焼されることを「認容する意思」で足りるとしたのである。このことは、判例理論の大きな変更であった。

第2に、最高裁平成17年(2005年)7月4日決定⁽¹⁵⁾は、不作為による殺人の事案に関するものであり、殺意も未必の故意によるものである。殺人罪の不真正不作為犯に関しては、大審院判例においても、通説と同様に、客観的成立要件のみによって処罰範囲を限定していた。この考えは、戦後の下級審判例においても同様である。もっとも、不作為による殺人に関しては、未必の故意による不真正不作為犯を認めたと下級審判例が出されていたが、本最高裁決定は、最高裁判例としてこの点を明らかにした点に意義がある。最近の不真正不作為犯に関する学説の動向も考慮している点は、判例と学説の相互作用が認められる。事案は、次のようなものである。

被告人はシャクティパットと称する治療を行っていたが、脳内出血で倒れ兵庫県内の病院に入院中であったAの長男Bから、Aに対してシャクティパット治療を施すように依頼された。被告人は、点滴等の医療措置が必要な状態にあったAを千葉県成田市のホテルまで搬送してくるようにBに指示した。ホテルまでの搬送によって、Aには生命の具体的危険が生じたが、BはAの病状を回復させたい一心で被告人の指示するホテルにBを搬送した。被告人は、ホテルの部屋に搬送されたAの容体を見て、そのままでは死亡する危険があることを認識したが、ホテルへの搬送の指示が誤りであることが露見することを避けたいことから、シャクティパット治療をAに施すにとどまり、未必の殺意をもって、痰の除去や水分の点滴等の生命維持のために必要な措置を受けさせなかった。その結果、Aはホテルに搬送されてから約20時間後に死亡した。

この事実に対して、最高裁は、ホテルに搬送後の被告人の不作為に対して、未必の故意による、殺人罪の不真正不作為犯の成立を是認する判断を示した。不真正不作為犯の成立要件については、法的作為義務と行為の可能性を要件とする従来の見解を維持しているように思われる。しかし、「自己の責めに帰すべき事由により患者の生命に具体的な危険を生じさせた」という文言は、行為者の故意の先行行為に着目した表現であり、また「患者が運び込まれたホテルにおいて、被告人を信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当を全面的に委ねられた立場にあった」という文言は、具体的引受あるいは支配領域性を考慮している表現になっている。事案としては、客観的側面から不真正不作為犯の処罰を限定しようとする学説から

も、不真正不作為犯の成立が肯定されるものである。最高裁の立場が違法性説から構成要件該当性説へ移行したと見るには、決定要旨の文言からは断定できないが、⁽¹⁶⁾今後の判例の動向が注目される。

VI 構成要件的等価値性の理論について

1 問題解決の基本的視座

不真正不作為犯の問題の核心は、等置問題の解決にあることは先に指摘した。この等置問題がなぜ重要な課題なのかと言うと、不真正不作為犯の処罰が罪刑法定主義に違反するか否かは、等置問題の解決如何に掛かっているからである。学説史としては、構成要件該当性説が到達点であるが、構成要件該当性の判断には罪刑法定主義の網が掛かっていることから、開かれた構成要件といえども、法解釈の客観的基準が要求される。さらに、作為と不作為との存在構造上の溝を乗り越えて、作為による犯罪の遂行と不作為による犯罪の遂行を同一犯罪構成要件の下で同等に処罰しうるとする判断ファクターを見出しうるのか、という視点が重要なのである。

等置問題は、行為者の主観的側面を考慮し、主観的成立要件を設定することでは解決しえない問題である。なぜならば、作為と不作為との存在構造上の相違は、客観的側面の問題であり、主観的側面の問題ではないからである。作為犯も不作為犯も、主観的側面においては、相違はないのである。この点において、大審院判例の提示した「既発の危険を利用する意思」という特別な主観的要件を否定し、不真正不作為犯の故意としては、未必の故意で足りるとした最高裁判例は正当である。

しかし、従来のように、客観的成立要件である法的作為義務と行為の可能性によって、不真正不作為犯の処罰範囲を画することができるかと言うと、そうではない。法的作為義務は、社会の変動とともに相対的なものであり、しかも作為と不作為との存在構造の溝を埋めるファクターではない。このことは、保証義務あるいは保証者的義務であっても同様である。保証者説が等価値性の判断を導入したのは、保証義務の機能に限界があるとの認識があるからである。したがって、別異の観点からの解決が必要なのである。

2 構成要件的等価値性の理論の概要

等置問題を解決する前提として、不真正不作為犯の規範構造と存在構造を明らかにしておく必要がある。まず不真正不作為犯の規範構造については、刑法の複合的規範性の観点から説明すべきであると考えられる。作為犯の裁判規範は、作為の規定形式を採っていることから、表面的な行為規範は禁止規範であるが、一定の法益を保

護するため、裡面には命令規範の行為規範が存在すると考える。したがって、不真正不作為犯の場合には、命令規範の行為規範に違反して、作為の規定形式を採っている作為犯の構成要件を実現するものであると解すべきである。このように解すると、不真正不作為犯の処罰は、禁止規範の類推解釈だということにはならない。この点は、アルミン・カウフマンの見解に対する反論となる。

次に、不真正不作為犯の存在構造については、起因と被害者と不作為者の三面構造を分析することによって、作為と不作為との因果構造上のギャップを乗り越える局面が存在すると考える。作為犯の場合には、行為者は起因の主体であり、結果に至る因果の流れを惹起しうる。これに対して不作為自体を直視するならば、結果を直接惹起することはできない。しかし、不真正不作為犯の場合、不作為者が、当該不作為が問題となる以前の段階において、故意・過失によって結果発生に至る原因を設定している場合には、起因の主体になりうるのである。つまり、不作為者の故意・過失によって結果発生に至る因果の流れが設定されている場合には、作為犯の場合と構造的に同様なものとなり、不真正不作為犯の因果構造のギャップを乗り越えて、作為による犯罪の遂行と同等なものとして評価しうるのである。

不真正不作為犯と作為犯とは、同一条文の下で処罰される以上、等価値でなければならないが、まずは構成要件該当性の段階で等価値と言えなければならない。問題は、何を基準に構成要件等価値性を判断するかである。前述の不真正不作為犯の規範構造および存在構造の理解を前提にするならば、構成要件等価値性の判断基準としては、①犯罪構成要件の特別な行為要素、②当該行為事情、③不作為者の原因設定の三つの判断ファクターを挙げることができる。とくに、③の判断ファクターは、不真正不作為犯の存在構造のギャップを乗り越え、等置問題を解決するためのものである。構成要件等価値性の認められる事案に限定して不真正不作為犯の処罰を肯定する場合には、等置問題が解決されていることから、罪刑法定主義には違反しないことになる。さらに、構成要件等価値性の判断基準は、客観的かつ明確のものであることから、法解釈の客観性を担保するものであり、構成要件明確性の原則に沿うものである。

Ⅶ 結語

1 構成要件等価値性の理論の立場でも、従来の客観的成立要件である法的作為義務および行為の可能性のファクターを排除するものではない。法的作為義務は、不真正不作為犯の身分犯としての性格を決定するものであり、依然として重要な判

断ファクターである。また、行為の可能性のないところには作為義務も発生しないことから、行為の可能性も判断ファクターの一つである。だが、法的作為義務は、法の変動に関連することから、処罰範囲を拡張する方向にも、限定する方向にも機能することに留意しておく必要がある。

なお、法的作為義務の犯罪論体系上の地位は、客観的構成要件要素として位置づけ、その判断は構成要件該当性の段階において行うべきである。そうすることにより、違法性説において問題となった犯罪論体系上の矛盾は解消することになり、保証者説に移行する必要もない。保証者説の等価値性の判断は、違法性・有責性における等価値性判断であり、等値問題の解決に寄与するものではないと考える。

2 刑法解釈の重要論点である不真正不作為犯論について、学説史を分析しながら等置問題の解決如何が法解釈の限界を画することを明らかにし、事案解決のための理論として構成要件の等価値性の理論を提示した。構成要件該当性の判断における法解釈としては、法解釈の客観性を担保しながら、具体的妥当性のある処罰範囲を確定することが肝要だと考えている。ここでの議論は、故意不作為犯を対象にしている。不作為犯と過失犯が交錯する分野については、別途検討が必要である。この問題については、稲垣悠一博士（専修大学法科大学院専任講師）の論稿⁽¹⁷⁾に委ねたい。

注

- (1) 日高義博『不真正不作為犯の理論』（慶應通信，初版・1979年，2版・1983年）。
- (2) 日高義博著・王樹平訳『不作為犯の理論』（中国人民公安大学出版社，1992年）。
- (3) 2013年10月23日に、唐稷堯教授を迎え専修大学法学部学術講演会が開催された。講演のテーマは、「当代中国刑法解釈の権力体系と基本立場」というものであったが、講演の論稿「唐稷堯著・張光雲訳『中国刑法の解釈上の特殊性と基本的視座』」は、専修大学の専修法学論集121号141頁以下に掲載されている。
- (4) 可罰的違法性の理論については、日高義博「可罰的違法性と違法の統一性」『違法性の基礎理論』（イウス出版，2005年）3頁以下、藤木英雄『可罰的違法性の理論』（有信堂，1967年）、同『可罰的違法性』（学陽書房，1975年）、前田雅英『可罰的違法性論の研究』（東京大学出版会，1982年）などがある。
- (5) 期待可能性の理論については、佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』（有斐閣，1947年，5刷・1970年）がある。
- (6) 法的作為義務の発生根拠を、法令、契約、事務管理、条理の4類型に求める考え方は、日本の判例では定着しており、学説では従来、通説的見解であった。最近では、保証者説が主張されるようになってきたことから、4類型に区分けしない考えも出されるようになってきている。しかしながら、保証者説にあっても、保証義務を法的なものとして捉えている点に変わりがない。
- (7) 日高義博・違法性の基礎理論11頁，同「刑法講話－刑法学への導入－」専修ロージャーナル7号2頁以下。

- (8) 日高義博「刑事判例研究の意義と方法」専修ロージャーナル5号88頁。
- (9) Johannes Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, Gerichtssaal, Bd. 111, S.1ff.
- (10) Hellmuth Mayer, Strafrecht, A.T., 1953, S.118ff.
- (11) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungdelikte, 1959, 2.Aufl., 1988.
- (12) 大判大正7年12月18日刑録24輯1558頁。
- (13) 大判昭和13年3月11日刑集17巻237頁。
- (14) 最判昭和33年9月9日刑集12巻13号2882頁。
- (15) 最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁。
- (16) 日高義博「不作為による殺人」専修ロージャーナル2号135頁。
- (17) 追記の中日刑事法学会の第4部「主題討論：不作為犯」において、稲垣悠一「刑事過失責任と不作為犯論－とりわけ刑法上の製造物過失事例に関連して－」の報告がなされた。

【追記】 本稿は、2014年5月4日、中国の四川省成都市で開催された「中日刑事法学会」における主題講演として報告したものである。報告に際しては、口語体に改めた。通訳は、四川師範大学の張光雲副教授（専修大学で博士（法学）を取得）が務めた。中日刑事法学会は、四川師範大学・四川師範大学法学院主催、四川師範大学日本研究センター及び四川卓安律師事務所協賛により行われた。主題は「刑法解釈と不作為犯研究」というものであり、参加者は研究者、実務家等約60名であった。四川省内の大学（四川大学、四川師範大学、西南財経大学、西南石油大学、西南民族大学など）の研究者が参加した他、重慶大学、中国人民大学、西南法政大学、精華大学、吉林大学等からも研究者の参加があり、9時から18時までの間、11名が報告し、熱気溢れる討議が行われた。