

〔論文〕

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 (3)

萩野 貴史

名古屋学院大学法学部

目 次

- 一 はじめに
- 二 ドイツ刑法における相応性条項
 - 1. 相応性条項の立法経緯
 - 2. 学説の状況 [(1) まで, 本誌50巻3号]
 - 3. 検討
- 三 わが国における構成要件的同価値性要件をめぐる議論状況
 - 1. 学説の状況
 - (1) ドイツの学説と同様の観点を採り入れる見解
 - (2) 主観説 [以上, 本誌50巻4号]
 - (3) いわゆる「先行行為説」
 - (4) 処罰範囲限定機能説
 - (5) 構成要件振り分け機能説
 - (6) 否定説
 - 2. 検討 [以上, 本号]
- 四 構成要件的同価値性要件の再構成——不作為による殺人罪を素材として——
- 五 おわりに

(3) いわゆる「先行行為説」

主観説に続いて取り上げるのが、いわゆる「先行行為説」である²⁰³⁾。その主唱者である日高義博教授は、構成要件的同価値性の要件について、わが国でもっとも詳細な理論を展開している研究者の一人とって過言はないであろう。そこで、日高教授の見解（日高説）をここではできる限り精確に捉えるべく、①構成要件的同価値性の要件が必要とされる理由、②同価値性を充たす判断基準、③そこから導かれる帰結とに分けて確認したうえで、それから④いわゆる「先行行為説」に対して学説から向けられた批判をみていきたい。

a) 構成要件的同価値性要件の必要性

まず、日高説の出発点として、不真正不作為犯の問題性は次のように設定されている²⁰⁴⁾。すなわち、不真正不作為犯と作為犯とは、その存在構造を異にする²⁰⁵⁾にもかかわらず同一犯罪構成要件のもとで同等なものとして評価できるかという問題があり、この問題の解決いかに不真正不作為犯の処罰が罪法定主義に違反するか否かがかかっている。そして、今日の保障人説に至るまで、法的作為義務を基準として、作為犯と不真正不作為犯との（広義の）同価値性が判断されてきた。そこでは、法的作為義務が、両者の存在構造上の差を乗り越える媒介としての役割を果たすものと考えられてきた。これに対して、法的作為義務を基準にして同価値性判断を行い、存在構造上の差を埋めることに否定的な見解も主張されている。それゆえ、日高教授は、（広義の）同価値性の問題の解決方法およびその基準を解明することが重要であると指摘する。そして、この問題を解決するための課題として、次の3つを挙げている²⁰⁶⁾。

- ①同価値性の解決の場はどこにあるか（不真正不作為犯の客観的側面か、主観的側面か）。
- ②いかなるものを基準として同価値性が判断されるべきか。
- ③同価値性の判断を犯罪論体系のいかなる段階で行うべきか（違法性・有責性の段階か、構成要件該当性の段階か）。

203) ここで、「いわゆる『先行行為説』としたことには理由がある。後述するように、確かに日高義博教授は、その著書『不真正不作為犯の理論』の中で、構成要件的同価値性要件を判断する基準として原因設定行為（先行行為）に着目し、その重要性を強調しており、この点に疑いはない。だが、日高説を仔細に検討すると、先行行為だけを判断基準とするよう主張しているとは思われない。そこで、いわゆる「先行行為説」ないし日高説と称し、さらに本稿では日高説の先行行為に関する記述以外の部分についても紙幅を割くことにした。

日高説の基本的な構想および要点をまとめたものとして、日高義博「刑法解釈論と不真正不作為犯」専修ロー10号（2014年）7頁以下。

204) 日高・前掲注（183）107頁以下。

205) 日高・前掲注（183）109頁の表現を引用すると、「作為は因果の流れを惹起しそれを結果発生に向かって支配・操縦することができるが、不作為は単に因果の流れを利用できるにすぎない。」

206) 日高・前掲注（183）110頁以下。

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 (3)

これらの課題に対して、①同価値性の解決の場は客観面にあり²⁰⁷⁾、かつ③同価値性判断を構成要件該当性段階で行うべきことを認めたとうえで²⁰⁸⁾、さらに②について次のように論じていく。

さしあたり、課題の②を解決するための日高説の視座をより具体的に確認しておこう。従来、法的作為義務（および作為可能性）の要件によって、同価値性の判断がなされてきた。しかし、法的作為義務は、（一定の強度を有する作為義務違反の不作為のみが価値的に作為と等しいとしたところで）作為犯との存在構造上の差（原因力の欠如）を乗り越える媒介としては作用せず、これらの要件だけでは、作為犯と不真正不作為犯とが存在構造を異にするにもかかわらず、同一の犯罪構成要件によって処罰されることの理由が説明できないとする²⁰⁹⁾。この「存在構造上の差」に着目し、構成要件的同価値性要件を用いて（価値的にではなく）存在構造的にその差を埋める必要性を強調したところに、日高説の特徴的な問題意識が存在する。

そればかりか、作為義務（と作為可能性）の要件を用いて不真正不作為犯の成立を検討する場合、どの段階でいかなる犯罪の成立を認めるべきかの判断に困るのではないかという点が下記の事例をもとに指摘されている²¹⁰⁾。

【事例A】「消防法第25条の消火・延焼の防止の義務を負う消防対象物の関係者が、偶然にも出火に気づきながら、その出火した建物の中にある自己の動産には火災保険がかけてあること、および隣室の者には日頃のうらみがあったことから、結果発生を容認しながら消火活動をしなかった。」

【事例B】「妻が強盗に襲われているのを夫は目撃したが、日頃夫婦仲が悪かったので、助けに行くことなく、鬱憤をはらさんがため傍観していた。そのうち強盗犯人が妻の腹部を刺したので、妻は重傷を負うに至った。夫はこのまま死んでくれれば幸いと思って、救助することなく放置した。その結果、妻は死亡するに至った。」

（【事例A】、【事例B】ともに不作為者には作為可能性があったものとする。）

【事例A】では、消防法第25条²¹¹⁾という「法令」に根拠を有する法的作為義務が認められ、か

207) 日高・前掲注(183)131頁以下。

208) 日高・前掲注(183)113頁、149頁。

209) 日高・前掲注(183)111頁。

210) 日高・前掲注(183)111頁以下。

211) 消防法第25条は、次のように規定する。

第25条 火災が発生したときは、当該消防対象物の関係者その他総務省令で定める者は、消防隊が火災の現場に到着するまで消火若しくは延焼の防止又は人命の救助を行わなければならない。

② 前項の場合においては、火災の現場附近に在る者は、前項に掲げる者の行う消火若しくは延焼の防止又は人命の救助に協力しなければならない。

③ 火災の現場においては、消防吏員又は消防団員は、当該消防対象物の関係者その他総務省令で定め

つその義務内容も明確な消火・延焼防止義務として放火罪の不真正不作為犯における作為義務の内容と符合する。したがって、【事例A】において不真正不作為犯の成立を否定するのであれば、法的作為義務の要件とは別のところにその不成立の根拠を求めなければならない²¹²⁾。一方、【事例B】は夫と妻との場合であり、両者の間に法的作為義務が存在するが、はたしてこの事例において夫の不作為は何罪の不真正不作為犯が問題となるのか、強盗罪・強盗殺人罪・殺人罪のいずれであるのか、という疑問を投げかける。これは、その後の日高教授の論考で強調されている部分とはいいがたく、この問題にどこまで焦点を合わせていたかは検討の余地がある。だが、実に興味深い指摘でもある。というのも、ドイツでは、作為義務に違反する不作為が正犯にあたるか、それとも共犯にあたるかを決する点に構成要件的同価値性要件の意義が認められていた（同価値性要件の意義③）。これに対して、日高教授は、いわば各論的な視点において、作為義務違反の不作為が何罪の構成要件に該当するのかは、法的作為義務（違反）の要件だけでは決められないことを述べている。そしてさらに、この問題を構成要件的同価値性要件により解決することを示唆しているとすれば、いわば「構成要件振り分け」機能という共通性ゆえに同価値性要件の意義③の一側面として位置づけることができるように思われるからである。

以上に日高説がなぜ構成要件的同価値性要件を必要とするかを述べてきた。これを要するに、「法的作為義務（保証義務）を基準にしたとしても、不真正不作為犯と作為犯との等価値性判断はできず、また不真正不作為犯の成立範囲を画することもできない」²¹³⁾ため、構成要件的同価値性要件を用いてこれを解決するという意識が現れているのである。

る者に対して、当該消防対象物の構造、救助を要する者の存否その他消火若しくは延焼の防止又は人命の救助のため必要な事項につき情報の提供を求めることができる。

212) 小野・前掲注(197) 84頁も、「消防法25条の消火、人命救助の義務は、不真正不作為犯の作為義務の根拠とならないとする……その理由は必ずしも明白でない。消防法による義務は協力義務であって結果防止の義務を含まないという見解もあるが、必ずしもこのように割り切ることはできない。火災の初期においては消火義務がすなわち協力義務である。ことに消防法25条1項は明らかに建物の関係者の消火義務を含んでいるのである。」と指摘していた（ただし、不作為による放火との区別の要点を「ことさらに」という態度に求める）。

これに対して、同条の義務に違反するだけで不真正不作為犯における法的作為義務違反を認めることには慎重な立場が有力である。たとえば大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第3版 第7巻〔第108条～第147条〕』（青林書院、2014年）19頁〔村瀬均〕は、(軽犯罪法第1条8号所定の義務〔消火協力義務〕などに違反したことや)「火災現場付近にいる者の消火義務（消防25条）をはたさなかったことが原因で家屋が全焼しても、不作為による放火罪は成立しないし、……これら義務との関連で、放火罪における消火義務は、それに違反する不作為が、作為によって火を放つ場合と同視しうる程度の、相当高度な義務であることを要するであろう」としている。要するに、消防法第25条の消火義務のような、いわば「比較的低度な義務」に違反しただけでは法的作為義務違反は認められないと解していると考えられる（ただし、明示的な記述はないものの、ここでは「火災現場付近にいる者」としていることから、消防法第25条2項を念頭に置いているものと推測される）。さらに、日高・前掲注(183) 112頁および注10が指示する文献を参照。

213) 日高・前掲注(183) 112頁。

b) 構成要件的同価値性の判断基準

日高説の構成要件的同価値性要件の判断基準は、刑法大委員会第2読会におけるGallasの主張などドイツの議論を参考にして展開されている。この点に注意を払わないと、日高説に向けられた批判の一部〔後述するd)を参照〕が理解しづらいものとなろう。

Gallasの主張において、法的作為義務違反の要件とは別に同価値性要件を必要とする理由は、前述のように²¹⁴⁾、主として「特別な行為態様の考慮」(Gallasの主張①)や「特別の所為事情の考慮」(Gallasの主張②)のためであった。日高教授によれば、Gallasの主張は、保障人的義務のほか、「不作為者の挙動が、『特別の行為事情 (besondere Tatumstände) および法規上の行為要素 (gesetzliche Handlungsmerkmale) を考慮しても作為による遂行と構成要件的に同等である場合に限り』、不真正不作為犯の成立を認めようとするもの」であった。そして、1962年草案の理由書によると、この意味での同価値性判断は「最終的には『社会倫理的な反価値』に従って行われるが、その際、ガラスの提案した犯罪構成要件の特別な行為要素および当該行為事情が考慮されることになろう」とする²¹⁵⁾。

そして、日高教授は、このような「(1) 犯罪構成要件の特別な行為要素および (2) 当該行為事情を考慮するのは正当である」と評価しているのである²¹⁶⁾。なぜならば、「構成要件は違法・有責行為類型であり、その違法行為類型の内容は刑法各本条でそれぞれ異なるので、刑法各本条の違法行為類型の特殊性を考慮することなしには、個別的な構成要件該当性の判断はできないからである。このことは、作為犯の犯罪構成要件が行為者の高度に一身的な活動または行為者の身体的現存性を必要としている場合には、単なる不作為によって当該犯罪構成要件を実現できないことから明らかである」。たとえば重婚罪(刑法第184条)についても、配偶者のある者による一身的な活動を必要とするので、不作為による重婚が不可能であるように、「作為犯の犯罪構成要件の特別な行為要素のために不作為による当該犯罪の遂行を否定しなければならない場合が存する」ために、構成要件的同価値性要件の判断において(1) 犯罪構成要件の特別な行為要素を考慮することは正当であるとする²¹⁷⁾。また、住居侵入罪(刑法第130条)や窃盗罪(刑法第235条)においては、「いわゆる間接正犯の形態による不真正不作為犯が成立可能であるが、それ以外の形態による当該犯罪の遂行には、行為者の身体的現存性を必要とするだけに、不真正不作為犯の成立が困難である」としている²¹⁸⁾。この場合には、(2) 犯罪遂行時の行為事情を考慮して、構成要件的同価値性が判断されるものとしている。以上を図で表すと、次に掲げた図2の①の段階に該当する部分である。この部分だけをみれば、日高説は、まさに同価値性要件の意義①を認める見解の1つとして位置づけられるべきであろう。

214) Gallasの主張については、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)」名古屋学院大学論集社会科学篇50巻3号(2014年)81頁以下も参照。

215) 日高・前掲注(183)150頁。

216) 日高・前掲注(183)151頁以下。

217) 日高・前掲注(183)152頁。

218) 日高・前掲注(183)152頁。

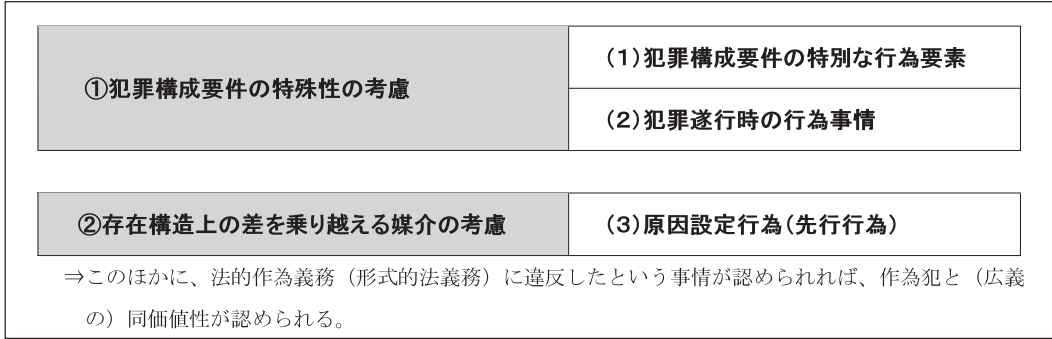


図2 日高説における構成要件的同価値性（狭義の同価値性）の判断

しかし、この①の段階における（1）（2）という2つの基準は、いわば構成要件が違法行為類型であることから生ずる解釈上の制約であって、構成要件的同価値性のすべてを決定するわけではない²¹⁹⁾。上述のa)で述べてきた構成要件的同価値性要件が必要とされる「主たる目的」²²⁰⁾（作為犯と不真正不作為犯の存在構造上の差を乗り越えるため）を解決する基準が必要であると解している。その判断基準は、次に掲げる図3の不真正不作為犯の三面構造を用いて明らかにされている。

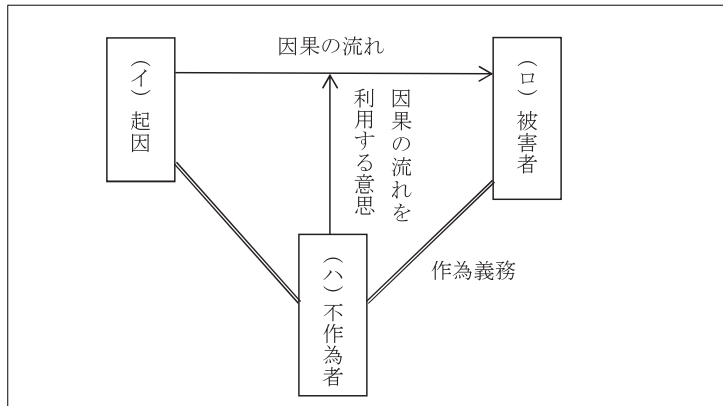


図3 日高説において作為犯と不真正不作為犯を同等と評価する構造²²¹⁾

不真正不作為犯が成立するためには、前提として図3のように（イ）起因と（ロ）被害者と（ハ）不作為者との三面関係が存在しなければならない。このとき、図3における（イ）起因は、（ロ）被害者の法益侵害に関する直接の原因となる。（イ）と（ハ）の側面においては、不作為者の因果の流れを利用する意思が働いている。（ハ）不作為者は、（イ）あるいは/および（ロ）との関係において作為義務が存する。（イ）、（ロ）、（ハ）の三面において、以上のような関係が存する

219) 日高・前掲注（183）153頁。

220) 日高・前掲注（183）153頁。

ときに、不真正不作為犯の成立が考えられる²²²⁾。

不真正不作為犯と作為犯とを比較したときに、不真正不作為犯の存在構造上の差となるのは、(イ) 起因と (ハ) 不作為者との関係である。不作為者には因果の流れを利用する意思があるが、当該不作為には原因力が存在しない。これに対して、作為犯にあっては作為に原因力があるため、行為者は(イ) 起因の主体となる。それゆえ、不真正不作為犯がその存在構造上の差を乗り越えて、作為犯と構成要件的に同価値であるとされるためには、不作為者が原因を設定したと考えられる場合でなければならない。(イ) 起因の発生形態には、①自然現象による場合や②被害者自身の(故意・過失) 行為による場合、③不作為者の(故意・過失) 行為による場合、そして④それ以外の第三者の(故意・過失) 行為による場合が考えられる。そして、③不作為者の故意・過失行為による場合(つまり、不作為者がその不作為をなす以前に法益侵害に向かう因果の流れを設定していた場合) だけが、不真正不作為犯の存在構造上の差を乗り越えられる。従来の不真正不作為犯論は、上述の①から④のすべての形態について不真正不作為犯が成立するかのようによびてきたが、日高説では③の場合に不真正不作為犯の成立範囲を限定しようと試みるのである²²³⁾。これが、上述図2の②段階に該当する部分である。

以上のように、日高説は、構成要件的同価値性要件について2つの判断段階(3つの判断基準²²⁴⁾)をもつものといえる。

c) 構成要件的同価値性判断の帰結

それでは、日高説による構成要件的同価値性判断が具体的事例においてどのような帰結をもたらすかという点を見ていきたい。

まず、主として①段階の判断にかかわる事例について確認しておこう。たとえば、住居侵入罪に関して、「親の監督義務の履行が不十分であったため、3、4歳のいたずら盛りの子供が住居に侵入するのを母親が目撃し、なんらその侵入行為を阻止することなく、かえってそれを是認して放置した」という事例を用いて、母親の不作為による住居侵入罪が成立するものと論証する²²⁵⁾。この事例における不真正不作為犯は、間接正犯の形をとっているが、挙動犯的性格を有する不真正不作為犯が成立する場合の多くは、間接正犯の形態をとることになるとする。その理由は、構成要件的同価値性の判断基準の1つである(1)「犯罪構成要件の特別な行為要素」が作用しているからである。すなわち、「挙動犯の場合においては、行為者の現存性を要求する場合が多く、

221) この図は、日高・前掲注(183)153頁に掲載されている図を再現したものである。

222) 日高・前掲注(183)153頁以下。

223) 日高・前掲注(183)154頁。近時、こうした「因果的アプローチ(不作為者による原因設定行為)により解決するのが正当」と日高説を評価するものとして、稲垣悠一『欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論』(専修大学出版局, 2014年)233頁。

224) 日高・前掲注(183)155頁。日高・前掲注(186)『判例刑法研究』126頁、同・前掲注(203)専修ロー18頁も参照。

225) 日高・前掲注(183)158頁。

住居侵入罪の場合においては、まさに住居に侵入する者が現存しなくてはならない²²⁶⁾ため、不作為者が利用する因果の流れに第三者が現存しなくてはならないことになる。そして、この第三者が正犯の適格性を有している場合には、不作為者は正犯たり得なくなるため、第三者が正犯の適格性を有しておらず、不作為者のいわゆる道具として動いている場合にのみ、不作為者は正犯たり得ることになる。むろん、不真正不作為犯が成立するためには、3つの判断基準における残り2つの基準を充たすことが必要となるが、子どもが責任無能力者であり、正犯としての適格性を有しないという(2)「当該行為事情」が存在し、「親の監督義務の履行が不十分であった」という(3)「不作為者の原因設定」も認められるとする²²⁷⁾。

窃盗罪についても(1)「犯罪構成要件の特別な行為要素」として行為者の現存性が要求されるため、直接正犯としての不真正不作為犯は成立しないという²²⁸⁾。しかし、たとえば「3歳の子供が店先で窃盗しようとしているのを偶然に目撃した母親が、その窃盗行為を阻止することなく、その窃品を持ち帰ってくれば幸いと傍観した。その結果、子供は首尾よく窃盗を行うことができた」という事例では、窃盗罪の間接正犯による不真正不作為犯が成立するとしている²²⁹⁾。この場合、(母親が、民法第820条の監護・教育義務に基づく子どもの窃盗行為を阻止すべき法的作為義務に違反したことを認めたくらうで)、(1)「犯罪構成要件の特別な行為要素」については、子どもが行為者として現存しており、(2)「当該行為事情」については、その子どもがまだ弁別能力がなく正犯としての適格性を有せず、母親のいわゆる道具として存在しており、(3)「不作為者の原因設定」については、母親の監督不十分により子どもが窃盗を行おうとしていることを挙げて、構成要件的同価値性要件の充足を肯定するからである。

次に、主として②段階の判断にかかわる事例について確認することにする。このとき、日高教授は、不作為による殺人罪や放火罪等の結果犯的な性格を有する不真正不作為犯を検討対象としている。まず殺人罪については、ひき逃げの事例と授乳懈怠の事例が検討されている²³⁰⁾。前者については、自動車運転手が過失により歩行者を轢いて重傷を負わせたが、殺意をもって必要な救

226) 日高・前掲注(183)159頁。

227) この事例および次の窃盗罪の事例に関して、「親の監督義務の履行が不十分であった」というケースには、「中途半端な監督義務の履行しかなかった場合」と、「一切の監督義務を履行しなかった場合」を想定できそうである。日高教授がどちらの場合を念頭に置いているかは明らかではないが、子どもの侵入意思を惹起するような行為等がないのであれば、はたしてこうした監督義務の懈怠行為が原因設定行為といえるか検討する余地があるように思われる。

228) 日高・前掲注(183)160頁。

229) これに対して、不作為による窃盗罪は成立しないという見解も主張されている。柏木千秋「作為犯と不作為犯」小野博士還暦記念『刑事法の理論と現実(1)』(有斐閣、1951年)75頁以下(本稿では柏木博士の用語法に関する説明を割愛するが、同76頁において窃盗罪を抽象的作為犯に分類し、同85頁以下で『窃取』行為は常に作為であるから抽象的作為犯の現象形態は常に具体的作為犯である)ことになるとして、「第三の種類犯罪」(いわゆる不真正不作為犯の成立が肯定される)とは区別する。同書90頁以下も参照。), 金沢・前掲注(138)233頁および注4など。

230) 日高・前掲注(183)156頁以下。

助措置を施すことなく逃げ去ったところ、被害者が死亡したという趣旨の事例を題材とする。この事例において、殺人の未必の故意があり、かつ過失の先行行為によって被害者の死に対する因果の流れが設定されているため、こうした状況における不作為には構成要件的同価値性が認められ、不作為による殺人罪が成立する。また、後者については、「母親が故意に授乳しないで嬰兒を餓死させる場合などは、不作為者が故意に法益侵害に向かう因果の流れを設定した場合である。この場合、母親の授乳しないという不作為は、餓死に対する直接の原因となる。自己の力によって生命を維持することのできない嬰兒に対しては、その者を養育すべき義務を有しかつ養育に関して支配的・独占的地位にある者が授乳しない場合、その不作為は餓死の直接の原因なのである。」²³¹⁾として、不作為による殺人罪を肯定する。これに対して、家屋の火災の原因が落雷や第三者の点火などである場合には、家屋の所有者が焼損を認容しつつ何らの消火措置を講じなかったとしても不作為による放火罪は成立しないし、妻が誤って池に落ちて溺死しかけた場合に、夫がその事故を目撃しつつこれ幸いと救助しなかったため妻が死亡したとしても、不作為による殺人罪は成立しないものとされる²³²⁾。

最後に、前述の【事例A】と【事例B】に対する帰結を確認したい。まず、【事例A】の概要は以下のようなものであった。すなわち、「消防法第25条の消火義務を負う消防対象物の関係者が、偶然にも出火に気づきながら、自己の動産に火災保険がかけてあることなどから、消火活動をしなかった。」という事例である。この【事例A】では、消火対象物の関係者が当該不作為をなす以前に出火の原因を設定していないので、(3)「不作為者による原因設定」が否定され、放火罪の不真正不作為犯が成立しないことになる²³³⁾。次に、【事例B】の概要は以下のようなものであった。すなわち、「妻が強盗に襲われているのを夫は目撃したが、鬱憤をはらさんがため傍観していたところ、強盗犯人が妻の腹部を刺した。妻は重傷を負ったが、夫が救助することなく放置した結果、妻は死亡するに至った。」という事例である。この場合も、結局のところ日高説からは、第三者(強盗犯人)の故意行為によって原因が設定されているという理由で、(3)「不作為者に

231) 日高・前掲注(183)157頁。

232) 日高・前掲注(183)158頁。同頁では、不作為者が原因設定行為をしていない場合には当該不作為が作為との構成要件的同価値性を欠くため不真正不作為犯が否定される一方で、真正不作為犯規定が適用される可能性があることを肯定している。

なお、日高教授は、管理・監督過失を検討する中で、過失犯の構成要件の規定形式に着目し、「故意犯の場合の規定形式と異なり、作為の行為態様を前提にした規定だとは言い切れ」ず、「管理・監督過失において不作為が問題となる場合は、……そこに不真正不作為犯論との連結点はないと言えよう」とする(日高義博「管理・監督過失と不作為犯論」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第1巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(成文堂、2006年)152頁以下)。さらに、稲垣・前掲注(223)262頁は、こうした日高説に依拠しつつ、「過失犯の場合、……その規範構造上、作為との等置の要請は働かない上に、その存在構造上も、行為者(不作為者)が法益侵害に向かう起因を設定する必要はない」とする。

これに対して、業務上過失致死罪を作為犯規定と解するものとして、玄守道「判批」速報判例解説4号(2009年)136頁。

233) 日高・前掲注(183)158頁。

よる原因設定」が否定され、夫には不真正不作為犯が成立しないことになる²³⁴⁾。

d) 向けられた批判

以上のように、日高説で①構成要件的同価値性要件が必要とされる理由、②同価値性を充たす判断基準、③そこから導かれる帰結をみてきた。日高説の独自性が認められる部分は、因果の流れを惹起する作為犯と因果の流れを利用するにすぎない不作為犯との存在構造上の差を指摘したうえで、法的作為義務の存在はこの存在構造上の差を埋めるものではないとして、構成要件的同価値性判断において不作為者による原因設定行為（先行行為）を要求するところである。この先行行為という判断基準が日高説のすべてではないが、その独自性が強調され、「先行行為説」と呼ばれるようになったのであろうか。この先行行為への着目は、確かに保障人的義務の限定化のために事実的基準を設定することになり、不真正不作為犯の成立範囲が明確に限定されやすいという利点を有するもの²³⁵⁾、学説上いくつかの問題点が指摘されている。

まず具体的な帰結について、先行行為がありさえすれば不真正不作為犯が成立するというのでは、その成立範囲が広くなりすぎるのではないかと危惧される²³⁶⁾。このとき、具体的には「自動車で轢いて、死ぬかもしれないと思いながら逃走したときにはつねに殺人罪の成立を認めるのは妥当ではないだろう」といった指摘がなされている²³⁷⁾。しかし、日高説は、先行行為が肯定されて構成要件的同価値性要件を充足すれば、ただちに不真正不作為犯を肯定するという見解ではない²³⁸⁾。したがって、法的作為義務の要件で絞りをかけることで不真正不作為犯の成立範囲を限定することは十分に可能であり、ただちに「不真正不作為犯の成立範囲が広すぎる」という批判が妥当するものではない²³⁹⁾。

234) 日高・前掲注(183) 161頁。同頁で、この事例における夫の不作為に対して保護責任者遺棄致死罪の罪責を問うこと（真正不作為犯として評価すること）はできる旨が指摘されている。

235) 西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）123頁、同・前掲注(201) 87頁。

236) 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会、2008年）155頁、山口・前掲注(199) 87頁、前田・前掲注(199) 138頁および注19など。

237) 林・前掲注(236) 155頁など。同『判例刑法』（東京大学出版会、2011年）18頁も参照。

238) 日高教授は、「私見では、法的作為義務の判断と構成要件的同価値性の判断とは区別すべきものと考えている。法的作為義務の発生根拠は、先行行為に限定されるわけではなく、4類型〔法令、契約、事務管理、条理〕のいずれでもよい。これに対して、構成要件的同価値性の判断にあっては、不作為者が不作為をなす以前に行った先行行為は、不作為者の原因設定を決する要因であり、起因の主体と評しうる実態を形成するものでなければならない」（日高義博「作為犯か不作為犯か」専修ロー4号（2009年）159頁。ただし、〔 〕内は引用者による。）、「法的作為義務（保障義務）を基準にしたとしても、不真正不作為犯と作為犯との等価値性判断はできず……、それゆえ、そのほかに等価値性判断の基準となるものを見出しうるか否かが等置問題を解決する上で重要なポイントになる」（日高・前掲注(183) 112頁。ただし、圏点は引用者による。）と述べており、法的作為義務と構成要件的同価値性の2つの要件を充たしてはじめて、作為犯と不真正不作為犯の（広義の）同価値性を肯定することになる。

239) ただし、日高教授は、上述の注(238)にあるように、作為義務の発生根拠について形式的法義務説

むしろ、具体的な事例における帰結をみるとすれば、上述した批判とは逆に、一定の領域において成立範囲が狭くなりすぎるといふ指摘が有効であろう²⁴⁰⁾。たとえば、嬰兒に授乳せずに餓死させる母親については、不作為以前に原因設定行為が認められない場合には、不真正不作為犯の成立を肯定し得なくなるのである。この場合、前述のように、日高教授は「自己の力によって生命を維持することのできない嬰兒に対しては、その者を養育すべき義務を有しかつ養育に関して支配的・独占的地位にある者が授乳しない場合、その不作為は餓死の直接の原因なのである」として、不真正不作為犯の成立を認めることで解決を図る。しかし、そのとき、日高説が主張するような作為犯と不作為犯との存在構造上の差を乗り越えているとはいえ、「因果の流れを利用するにすぎなかった」母親に不真正不作為犯を認めることはできないのではないかという疑問が残る²⁴¹⁾。

理論的な構造としては、次のような批判がある。まず、——先に触れたとおり、日高説を単に「先行行為説」として捉えると批判内容を理解しにくいものとなるが——日高説の2段階構造を捉えた批判がなされている²⁴²⁾。すなわち、日高説が、構成要件的同価値性という要件の中で、2つの段階に分けて異なる考慮をしている点に対する疑問といえる。Gallasの主張を参考にした犯罪構成要件の特殊性の考慮（前掲図2の①段階）が、結果惹起のほかにその行為態様等をも要素とする犯罪類型に限りて適用することが予定された要件であるのに対して、存在構造上の差を乗り越える媒介の考慮（前掲図2の②段階）があらゆる犯罪類型に妥当する要件であるとされるのであれば、その両者の関係性が必ずしも明確でないと指摘するのである²⁴³⁾。

に立つことを明言している。そのため、（不作為による殺人罪のような純粹結果犯を例とすると、）先行行為が法的作為義務の発生根拠となり、さらに構成要件的同価値性の要件を充足する事情としても評価されるというように、行為者の先行行為という事情が2つの要件を充たすカギとなるため、結論的には「処罰範囲が広すぎるのではないか」という疑問が妥当することになる。

240) 西田・前掲注(201) 87頁など。山口・前掲注(199) 87頁は、「保護責任者遺棄罪などの真正不作為犯の成立を肯定することで対処することが考えられるが、真正不作為犯においては肯定しうる作為義務が、なぜ不真正不作為犯においてはおよそ肯定しえないのか」という疑問を提示する。これに対して、日高説のような見地からは、「不真正不作為犯の場合には作為犯規定との存在構造上の同置が必要になるという違いがあるため、真正不作為犯と不真正不作為犯の成立要件を同列に扱うことはできず、作為犯との同置が必要ない真正不作為犯のみが成立するのはむしろ当然である」といった回答により対処することが、1つとして考えられよう。むしろ、本稿のこの記述は、本文中で挙げられる「授乳懈怠による嬰兒の餓死」の事例を保護責任者不保護致死罪でよいという見解を、本稿が妥当と解することまで含意するものではない。

241) 西田・前掲注(201) 87頁以下、岩間・前掲注(180) 94頁および注15など。

242) 岩間・前掲注(180) 93頁以下。

243) もっとも、Gallasの主張が、「あらゆる犯罪類型を通じた要件になると解する余地をも残す」ことを岩間教授は認めており（岩間・前掲注(180) 94頁および注13）、本稿ではGallasの主張する同価値性要件が、特別な行為形式を有する結果犯に対してだけでなく、純粹結果犯に対しても妥当するものと分析した（萩野・前掲注(214) 82頁以下）。

このGallasの主張に対する分析を措くとしても、日高説において①の段階と②の段階を同一要件のも

また、不作為の因果関係を価値的観点からいったんは肯定しておきながら、ふたたび自然的因果力の有無を問題とする理論的必然性はないのではないかというものもある²⁴⁴⁾。これに対して、日高教授は、不作為者の原因設定と不作為の因果関係との区別に注意を喚起しており、後者の役割が「実行行為としての不作為自体と結果発生との間の因果関係を刑法的価値判断に従って決定することであり、そのことによって不作為に対する帰責の範囲を客観的側面から限定する」ことであるのに対して、前者は「不真正不作為犯の存在構造上のギャップを乗り越えるための要素」であり、「もしかりに、不作為者が法益侵害に向かう因果の流れを設定したわけではない場合まで当罰性ありとして処罰するならば、それは作為犯の犯罪構成要件のもとに等置しえないものを処罰することになる。そのような処罰は、罪刑法定主義の観点からは是認できない。」としている²⁴⁵⁾。確かに原因設定行為の自然的因果力を、因果関係とは別に問題とする説明にはなっているように感じられる。ここで問われるべきは、むしろその理解の前提にある「作為犯の犯罪構成要件」という理解の是非や、作為犯との存在構造上の差を埋める必要性の是非であるように思われる。

この点を措くとしても、不作為者の先行行為に故意や過失を要求する点²⁴⁶⁾について検討する必要がある。確かに、「行為者が起因の主体」となる(作為と不作為との存在構造上の差を埋める)ために先行行為が必要であるとするならば、先行行為に故意・過失を要求する必然的な理由は見出しがたい。それにもかかわらず、故意・過失を要求するのは、先行行為を理由にした不作為犯処罰が広がりすぎるのを防ぐためでもあるが、先行行為に不作為犯処罰の契機を見出す以上、先行行為自体が刑事不法の色彩を帯びているべきであると解するためではないかと考えられる²⁴⁷⁾。しかし、それでは、なぜ先行行為自体を作為犯として処罰しないのか²⁴⁸⁾、作為による故意犯や過失犯、さらには教唆犯や幫助犯をも不作為による故意犯に転化して処罰することにならないかと

とで包括するのであれば、確かにその両者の関係性ないしこれらを包括する概念について問われることになる。ここで、「法的作為義務要件に収まらないもの」というだけでは、この要件があたかもブラックボックスであるかのような印象が強まる。

244) 西田・前掲注(201) 87頁、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) 348頁、渡邊卓也『電腦空間における刑事的規制』(成文堂、2006年) 90頁。

245) 日高・前掲注(183) 155頁。

246) 日高・前掲注(183) 154頁。

247) 北川佳世子「製造物責任をめぐる刑法上の問題点—ドイツ連邦通常裁判所の皮革用スプレー判決をめぐる議論を手掛かりに—」早法71巻2号(1996年) 194頁参照。この点、日高・前掲注(238) 専修ロー159頁では、「不作為者が不作為をなす以前に行った先行行為は、不作為者の原因設定を決する要因であり、起因の主体と評しうる実体を形成するものでなければならない。そのため、故意または過失の先行行為に限られる。そうすると、本件交通事故について被告人が無過失であるということになれば、交通事故に事実上係わったということだけから構成要件の等価値性を肯定することはできないことになる。」といった説明がみられる。

248) 北川・前掲注(247) 195頁。

いう疑問が向けられることになる²⁴⁹⁾。

最後に、先行行為によって不作為における原因力の欠如が補われるという出発点そのものに対する批判がなされていることを指摘し得る。すなわち、「不作為に先行する原因設定によって不作為における原因力の欠如が補償される」といった表現は、先行行為と後続の不作為とを混同するという根本的な誤謬を犯さない限り、なしえないのではなかろうか」と指摘されるのである²⁵⁰⁾。確かに、問責対象行為として「ある行為（不作為）」に着目する限り、不作為の前に原因設定行為が存在したとしても、それは「別の行為」が因果力を有するというを証明するにすぎない。もともと「作為」は起因となるのに対して、「不作為」は起因とならないというのが日高説の出発点であり、ここでは個々の行為への着目が見て取れる。そうだとすれば、別行為である作為の原因力は、問責対象たる不作為の原因力を補うものではないという帰結に至ろう。これに対して、日高教授は「行為者」に着目し、その者が起因となっているという「行為者（主体）」の同一性で、作為犯と不真正不作為犯の同価値性を肯定するのであるが、そもそもこうした「行為者（主体）」の同一性への着目が妥当かという点も検討しなければならない。

先行行為によって不真正不作為犯と作為犯とを存在構造的に同等と評価する試みは、その具体的な帰結の面だけでなく、理論構造の面においても疑問が残るといわざるを得ないように思われる。

(4) 処罰範囲限定機能説

次に取り上げる見解は、**同価値性要件の意義②**、すなわち広範に及ぶ不真正不作為犯の成立範囲を限定する意義を構成要件的同価値性要件に求める見解である。一般的にいうならば、「作為義務違反が認められるからといって、未だかならずしもただちにその不作為が特定の構成要件の構成要件該当性をもつとはかぎらないであろう。不作為という消極的な態度の構成要件該当性を肯定するにあたっては、当該作為義務の性質とそれに対する違反の態様とを具体的に検討して、それが作為によってなされたと同様の可罰的価値を有するものと認められることが必要である」²⁵¹⁾と、作為義務違反とは別に構成要件的同価値性を判断する段階を設け、後者の要件により当該不作為の当罰性を問う見解である。わが国の学説について、これまでの記述でも同価値性要件の意義②に触れてきたように、この項目で扱う見解と他の項目で扱う見解とが絶対的に排他的な関係にある（まったくもって相容れる部分がない）というわけではない。ここでは、その意義を構成要件的同価値性要件の中核に据えることを明示しているものを取り上げる。

まず、莊子邦雄博士は²⁵²⁾、作為義務違反の不作為により、違法という評価判断の「根底」が形

249) 西田・前掲注(235)123頁、同・前掲注(201)87頁。

250) 岩間・前掲注(180)94頁。

251) 吉川・前掲注(191)100頁(吉川博士は、続けて「不作為犯の成立には、単純な故意以上の特別の主観的要件を要するのではないかとされていることも、このような観点から理解すべきであろう」とする)。

252) 莊子・前掲注(194)159頁。なお、こうした莊子博士の理解は、ベーリング流の構成要件論を妥当と

成されるとしつつも、「根底」が形成されたにとどまることを強調する。たとえば父親が息子を救助しないで溺死させたという場合に、「救助義務違反の不作为すなわち『違法』な不作为を唯一の根拠として殺人罪の構成要件該当性を認め得るわけでもないし、父親という保証人的地位を唯一の根拠として救助義務違反の不作为が違法となるわけでもない」というのである。そして、作為可能性や行為者の主観的態度のほか、「一切の事情を総合して殺人罪の構成要件該当性を認め得るか」という、「禁止規範を内在する作為犯の構成要件該当性に関する総合的判断を経ることにより構成要件該当性が認められる」とする。ここでは、「総合的判断」を構成要件の同価値性の基準として処罰範囲の限定が行われているといえよう。

次に、奈良俊夫博士も、「作為義務に違反して結果を発生させた場合をただちに作為犯を原則的に予定する罰条によって処分することは妥当でない……。すなわち、当該不作为が、構成要件の予定する作為と法的に同等の意味を持ちうるか（不作为と作為の同価値性、あるいは、不作为と作為の等置）という点を吟味する過程が必要である。ドイツ刑法は、『当該不作为が作為による法定構成要件の実現に準ずる場合にのみ、この法律によって処罰される』という規定（13条1項）を置いているが、これは、右の点を考慮したものであろう。」とする²⁵³。この見解も、この判断過程をドイツ刑法の相応性条項と対応する関係で捉えている点から、構成要件の同価値性要件を必要とする見解と位置づけることができ²⁵⁴、また作為義務違反とは別段階の「吟味する過程」で、当該不作为が作為と法的に同等の意味をもち得るかという点を判断している。

そして、この同価値性を判断するための一般的基準ないし原則を設定することはきわめて困難であり、結局のところ社会通念による評価に頼らざるを得ないとしながらも、あえて具体的に同価値性判断の基準を提示するとすれば、当該不作为が結果発生（およびその危険）に及ぼす影響力（支配力）の強度であるとする²⁵⁵。すなわち、当該不作为が結果の発生・不発生を事実上支配し得るものであれば、結果に対する作為と同視し得ることになる。具体的には、ひき逃げの場合、負傷者の放置が他人による救助の可能性のない状況下で行われれば、殺人と同価値とみなし得ることになり、不作为による詐欺の場合には、当該不告知が被害者の処分行為に決定的な影響を与えた（他の判断資料が期待できない）ときに、欺罔と同価値とみることになる。放火罪の場合にも、他人による消火の可能性の不存在という客観的状況下での火勢の放置を問題とすべきとしている²⁵⁶。ここでは、構成要件の同価値性の判断基準は社会通念による評価としつつも、奈良博士の記述から見て取れる限りでは支配領域性や排他的支配のような、法的作為義務の実質的判断にあたってなされてきた考慮が行われているといえよう。

さらに、鈴木茂嗣博士も、不真正不作为犯について、「作為義務が認められるかぎり、作為義

する前提理解と密接な関係がある。

253) 奈良・前掲注（199）112頁以下。

254) 奈良博士の見解は、（狭義の）同価値性を構成要件該当性段階で判断する一方で、作為義務違反を違法性段階の問題と位置づける（奈良・前掲注（199）114頁）点にも特徴がある。

255) 奈良・前掲注（199）113頁。

256) 奈良・前掲注（199）113頁以下。

務違反の不作為により放置された危険の実現として生じた結果は当該不作為に帰属され、一応形式的には既遂犯の『犯罪類型』に該当するといえよう。しかし、このような結果回避義務違反の結果惹起が、すべて典型的に『当罰性』を備えるというわけではない。作為と不作為では、その存在構造上の差異に対応して非難可能性の程度にも差異があり、作為義務違反の不作為のうち、作為と当罰的価値において同等の不作為だけが、犯罪類型該当の実行行為となると解すべきである²⁵⁷⁾と説明する。ここで、実現した結果が作為義務違反の不作為に帰属するとされているものの、さらに別段階の考慮で当罰性の観点から同等性を判断する(不真正不作為犯の処罰範囲を限定する)という発想を採るものといえよう。

では、この同価値性をいかなる基準で判断するかという点について、鈴木博士は、「作為犯の場合には、その不作為義務の履行は、まさに当該作為者に期待するほかない。これに対して、不作為犯の場合には、結果回避のための作為は、必ずしも当該行為者にかぎらず、一般的にはその他の者にも可能なのである。」という違いを前提にする。そこから、「他ならぬ当該行為者自身にその作為が期待されるという特別の関係(作為の排他的期待関係)がある場合に、はじめて当該不作為は作為と同等の当罰性を獲得すると解するのが妥当である²⁵⁸⁾とする。鈴木博士の見解では、奈良博士の見解よりもさらに明確に構成要件的同価値性の判断基準として支配領域性・排他的支配を考慮することが示されていると考えられる。

佐久間修教授も、「刑法上の作為義務違反を明らかにしたうえで(外枠としての不作為)、それとは別個に、当該状況下における作為犯との等価値性を論じることで、より不真正不作為犯の実行行為が限定できるのではなかろうか」として、「作為犯との等価値性」という項目で、支配領域性および現実的危険性を考慮しており、後者の考慮要素(現実的危険性)を提示している点に、上述の見解との違いを指摘できる²⁵⁹⁾。

わが国では、これらの立場をもって構成要件的同価値性要件を要求する見解の主張内容であると一般的に理解されているといえよう。そして、同要件に対して否定的な論者の批判の矛先も、主としてこうした理解に対して向けられているように思われる。そこで、ひとまず他の見解の紹

257) 鈴木茂嗣『刑法総論〔第2版〕』(成文堂、2011年)162頁。

258) 鈴木・前掲注(257)162頁以下。そして、同頁で、「『制度的義務』の場合には、親の子に対する保護義務のように、そもそも一般的にかかる排他的期待関係を前提としているものが少なくない。これに対して、『因果介入随伴義務』の場合には、因果の排他的支配状況が具体的に形成されて、はじめてかかる排他的期待関係が生じると解すべきであろう」とする。

259) 佐久間修『刑法総論』(成文堂、2009年)79頁以下。同様に、「作為義務違反の不作為の態度そのものに、法益侵害の直接的に切迫した危険性が認められなければならない」とするものとして、野村稔『刑法総論〔補訂版〕』(成文堂、1998年)192頁。

なお、佐久間教授は、「現実的危険性」の項目を論じる際に、後述する(5)で扱う大塚博士や大谷博士の著作を引用しているが、他罪との関係性に関する記述が見取れなかったため、(4)でその見解を紹介することにした。

以上、本稿で個別に取り上げた見解のほかに、「作為との同価値性については……作為義務とは別個の問題である」と指摘するものとして、川端博『刑法総論講義〔第3版〕』(成文堂、2013年)235頁など。

介へと移り、否定的な論者の見解までみたくて検討を加えることにする。

(5) 構成要件振り分け機能説

以上のような処罰範囲限定機能のほかに、**同価値性要件の意義**^③、すなわち構成要件的同価値性要件に構成要件振り分け機能を担わせる見解も主張されている。(実際の論者の有無を別にして、本稿における学説の分類の視座を一般的に示すとすれば、)「構成要件振り分け」という機能を担わせる見解に含まれるのは、ドイツのように正犯・共犯の区別を担わせる見解や、前述のように各論的な考慮をする見解である。なお、上述の(4) 処罰範囲限定機能説で取り上げた論者においても、ある罪の当罰性を否定した際に別の罪の成立を認めるという可能性は否定できない。その限りでは、(4)に掲げた論者も構成要件振り分け機能を担わせていると考えることもできる。また、この項目で扱う論者も、「ある犯罪」の当罰性を否定するという面を捉えれば、(4)と同様の観点を有すると考えられる。したがって、(4)と(5)で扱う論者の違いは必ずしも明瞭なものとはならない。だが、本項目では特に、ある罪と別の罪を区分するという意識をその記述から看取り得る見解を取り上げることにする。

まず、大塚仁博士は、「作為義務そのものとは別に、作為義務違反がみとめられた場合に、さらに、その不作为がある構成要件に該当する実行行為とみとめられるための具体的要件として、同価値性ということを考えたほうがよいのではないか」²⁶⁰⁾としており、構成要件的同価値性要件を必要とする論者ということが出来る。こうした要件を必要とする理由としては、「保証者義務に違反するという場合には、もちろん、相当な程度で実質的な判断がなされているわけですが、それを、さらに、ある構成要件に該当する実行行為としてみとめるについては、罪刑法定主義的観点からの慎重さが望まれるわけでして、その要請に依っての構成要件該当性の判断を保証するために、不作为の作為との同価値性を特に考慮することが必要なのではないか。」²⁶¹⁾とする。以上を要するに、「たとえば殺人行為にあたるべき不作为は、被害者を絞殺したり、刺殺したりするのと同等の犯罪性を有するものでなければならない」、すなわち「不作为にも、その犯罪を実現しうる現実的危険性が含まれていることが必要である」²⁶²⁾という点を構成要件的同価値性要件の中で考慮するのであろう。さらに具体的に、同価値性を判断するにあたっては、たとえば瀕死の重傷者に対するひき逃げ犯人についても、その場所が昼間人通りの多い市街地の病院の前であるなど、被害者の救助される可能性が高い場合には被害者を救助しない不作为が必ずしも殺人行為といいがたいのに対して、厳冬の深夜人通りのない山道に置き去りにするような場合には殺人行為にあたるなど、特に不作为の具体的事情を考慮すべきことを指摘する²⁶³⁾。この部分により、構成要件

260) 福田平=大塚仁『対談刑法総論(上)』(有斐閣, 1986年)133頁以下〔大塚仁発言〕。

261) 大塚・前掲注(260)134頁。同頁を引用しつつ、構成要件的同価値性要件を「作為義務とは別個の成立要件とする立場が妥当」とするものとして、佐藤淳子「不真正不作为犯における等価値性の問題について」中央大学大学院研究年報23号(1994年)135頁。

262) 大塚仁『刑法概説(総論)〔第4版〕』(有斐閣, 2008年)156頁。

263) 大塚・前掲注(262)156頁以下。

的同価値性の要件が、作為義務違反の不作為の処罰に対する「慎重さ」のための要件であると考えられているとすれば、上述の(4)で扱った同価値性要件の意義②と同様の観点ということができそうである。

だが、大塚博士の構成要件的同価値性要件に対する理解は、「(殺人罪としての)構成要件的同価値性が、轢き逃げ事犯を保護責任者遺棄(致死)罪としてではなく、殺人罪として評価するための加重的要件として位置づけられていることが窺われる」との評価がなされている²⁶⁴⁾。上述した部分のほかに、保護責任者遺棄(致死)罪にあたるための要件も検討されており²⁶⁵⁾、同罪との区別において不作為による殺人罪の成立要件を考えていると捉えることも可能なためであろう²⁶⁶⁾。

不作為による殺人罪と保護責任者遺棄(致死)罪との区別を構成要件的同価値性要件により行うという観点を、より明示的に打ち出したのは大谷實博士である²⁶⁷⁾。

大谷博士は、「構成要件的同価値性については、作為義務違反の不作為につきさらに作為との同価値性を論ずることは屋上屋を架すものとして適当でないとする見解……もあるが、……不真正不作為犯の成立にとって構成要件的同価値性の要件は必要と解すべきである。」²⁶⁸⁾と述べていたのであり、作為義務とは別に同価値性を要求する見解として位置づけることができた。

この要件が必要となる理由として、「その不作為が殺人の実行行為に当たるか保護責任者遺棄罪の実行行為に当たるかは作為義務違反からは確定できない」、「構成要件は異なるが作為の内容が同じ種類の作為義務について違反があった場合、いずれの構成要件に該当するかは、構成要件

264) 岩間・前掲注(180)97頁。

265) より精確に述べると、大塚・前掲注(260)138頁以下では、ひき逃げと遺棄罪の関係を論じた後に、「もう1つ問題を進め」て不作為による殺人を認めるために、「殺人の実行行為に当たりうる」場合を検討するという手法を採る。

266) 大塚仁『犯罪論の基本問題』(有斐閣, 1982年)104頁以下は、ひき逃げについて、「被害者の傷が必ずしも致命的とはいえない上に、現場が人通りの頻繁な所であり、時間もまだ早いとか、警察署や病院の近くであるなど、被害者が第三者によって救助される可能性が高い状況の下では、たとえ犯人が未必的殺意を持って逃走したからといってその不作為は、通常、殺人行為とはみられません。その場合には、218条の保護責任者遺棄罪がみとめられるべきであり、もし、ひき逃げの結果として被害者が死亡したときは、219条の保護責任者遺棄致死罪が成立するものと解されるのです。」とする。

267) 大谷博士の見解については、その著作『刑法講義総論』の記述を分析することにすると、版を重ねるごとにわずかな修正があり、構成要件的同価値性要件の位置づけを精確に捉えられているか心許ない部分がある。ここでは、構成要件的同価値性要件を明示的に要求している第3版をベースに、その後の版でどのように記述が修正されているかを注に記すことにする。

268) 大谷實『刑法講義総論〔第3版〕』(成文堂, 1991年)164頁(なお、下村康正=八木國之編『刑法総論』(法学書院, 1970年)82頁〔大谷實〕も参照)。ただし、同書の〔第4版〕(1994年)では、作為義務要件とは別の「作為と構成要件的に同価値であること」という項目や、「構成要件的同価値性」という用語が姿を消している。そのため、岩間・前掲注(1)111頁は、「改説し、昭和61年当時の初版の見解に復帰」したものと評する。それ以降の版でも「構成要件的同価値性」の用語を用いていない。

的同価値性の観点から解決すべきである」²⁶⁹⁾という。これは、作為義務に違反する不作為に結果帰責を認めたいうえで、いかなる構成要件に該当するかを構成要件的同価値性により判断するという意味において、**同価値性要件の意義③**を取り入れていると評価できよう。

同価値性を判断する基準については、たとえば保護責任者遺棄致死罪の場合は、通常その違反によって生命に危険を生ぜしめる程度のもので足りるのに対し、不作為による殺人罪の場合には、通常その違反によって人を死に至らしめ得る程度の作為と同様の類型的危険を有するものであることを要するという²⁷⁰⁾。具体的には、通行人を轢き、重傷を負わせた自動車運転者に対しては、先行行為に基づく条理上の義務があっても、いったん自動車に乗せながら事故の発覚を恐れて途中で降りし被害者を放置して逃走した場合には、いったんは救護を開始し被害者を自己の支配領域内に置いたのであるから、生命に対する危険を支配し得る地位、すなわち保護責任者遺棄罪に必要な作為義務が発生したとする。ただし、その作為義務違反としての不保護について、死の結果を惹起するだけの類型的危険が認められない限り、殺人の実行行為とはいえないとされる。不作為による殺人の実行行為というためには、死の危険が具体的になり、行為者の作為義務違反によって死の結果を惹起せしめる作為と同程度の類型的危険を有するものであることが必要というのである²⁷¹⁾。

269) 大谷・前掲注(268)〔第3版〕141頁。これに対して、〔第4版〕では、そうした場合は、いずれの構成要件に該当するかを「作為義務の程度の観点から解決すべき」(169頁)としており、説を改めたようにみえる。

もっとも、〔新版〕(2000年)では、「同価値性の観点から解決すべき」(163頁)としており、その後は最新版である〔新版第4版〕(2012年)までこの立場を維持している(141頁)。作為義務違反があることを前提に、「同価値性」の観点から区別をするという意味では構成要件的同価値性要件を必要とする見解であるかにもみえる。しかし、その一方で大谷博士は、同頁で、平野龍一『刑法総論1』(有斐閣、1972年)を引用しており(同書153頁は、『同価値であるとき』という評価的な概念を要件として掲げるのは適当ではない)とし、大谷博士が引用する同書158頁以下では「不作為の殺人と不作為の遺棄致死との違いは、……作為義務の程度によることになる」としている)、構成要件的同価値性要件の要否については、不明瞭な部分がある。「同価値性の要件を作為義務と並ぶ独立の要件とする見解」として、〔新版第3版〕を挙げるものとして、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻』(有斐閣、2010年)290頁〔佐伯仁志〕。

270) 大谷・前掲注(268)〔第3版〕165頁。この部分の記述に関しては、〔第4版〕から〔新版第4版〕まで、特筆すべき変更はみられない。

271) 大谷・前掲注(268)〔第3版〕165頁。この部分の記述に関しても、〔第4版〕から〔新版第4版〕まで、特筆すべき変更はみられない。

なお、〔新版第4版〕142頁において、被害者の負傷の程度・被害者が救助される可能性が高いなどのために、その不保護が類型的に生命に危険を生ぜしめる程度に達していないときは、被害者を放置して逃走したとしても遺棄罪に必要な作為義務違反がなく、道交法第72条1項前段の定める救護義務違反罪が認められるにすぎないとも指摘される。

(6) 否定説

ここまで、わが国で構成要件的同価値性要件に肯定的な論者を取り上げてきた²⁷²⁾。しかし、以上の見解とは相対する見解、すなわち構成要件的同価値性要件に対して否定的な見解が、現在のわが国では多数派であるといつてよいように思われる。その際に、特に構成要件的同価値性要件そのものに対する批判を展開することなく、不真正不作為犯の成立要件として、端的に法的作為義務(違反)の要件(および作為可能性要件など)のみを列挙するものや²⁷³⁾、主観説やいわゆる「先行行為説」の問題点を個別に指摘するものも多い²⁷⁴⁾。しかし、構成要件的同価値性要件そのものに対して否定的な理由を積極的に述べる論者も一定数存在する。ここではそうした論者の主張から、構成要件的同価値性要件を設けることに対する批判をみておくことにしたい。

まず、岩間康夫教授は、ドイツの相応性条項およびわが国の構成要件的同価値性要件について詳細な検討をしたうえで、その結論として次のように述べている。すなわち、「狭義の同価値性(特に行為態様の側面での同価値性)は保障人的義務の成否を検討する際に同時に検討されるべき」であるとして**同価値性要件の意義①**を否定し、構成要件的同価値性要件は「独自の要件としての意義を有しないものと考えたい」とするのである²⁷⁵⁾。

上記のような、主として**同価値性要件の意義①**に対する批判を措くとすれば、わが国で構成要件的同価値性要件に対する批判は、(1) 類推禁止の観点、(2) 明確性の原則の観点、(3) 作為犯との共通要件の観点に大別できる。

まず(1) 類推禁止の観点であるが、次のようなものである。すなわち、浅田和茂教授は、作為との同価値性という要件が、同価値だから作為犯の条文で不作為犯を罰することが可能であるという趣旨であれば、類推を認めるものであって不当であり、むしろこの要件は、当該条文に当該不作為もあてはまること(構成要件該当性そのもの)を意味するものであって、独立の要件と

272) 本文中で挙げた論者のほかに、内藤・前掲注(181)35頁は、「同価値性の原則を独立の要件としてあげる学説」として、平場博士の見解や、不破博士=井上博士の見解、青柳博士の見解、福田博士の見解などを挙げる。だが、これら列挙されている書籍を紐解くと、本稿でいう「広義の同価値性」に関する記述にも読める。また、岩間・前掲注(180)80頁は、小野清一郎博士の見解も「作為義務違反の他に当該不作為の『構成要件的行為』性、即ち、『構成要件的に作為と同一視すべき』ことが要求されている」と評する。本稿では、これらの論者の主張について個別に取り上げることはないが、今後慎重に検討したい。

273) その際に、「不作為を作為と同視できるかという観点から、保護の引受けや排他的支配の有無なども考慮して、作為義務の存否を実質的に判断している」ため、「同価値性の問題は作為義務の存否の問題に解消されるから、作為義務と別に同価値性の要件を立てる必要はない」(大塚裕史ほか『基本刑法Ⅰ—総論』(日本評論社、2012年)97頁〔豊田兼彦〕)という理解を示すことも多い。高橋則夫『刑法総論〔第2版〕』(成文堂、2013年)162頁など。

274) 山口・前掲注(199)85頁以下など。

275) 岩間・前掲注(1)112頁。ただし、岩間・前掲注(180)106頁は、ひき逃げ事犯が「殺人罪か保護責任者遺棄罪かの問題」を「構成要件的同価値性のところで吟味することも……不当ではないのかもしれない」とする。

する必要はないと指摘する（そして、構成要件該当行為としての不作為の成否を判断する場合、その中心に位置するのは作為義務であるとする²⁷⁶⁾。確かに、わが国の不真正不作為犯論の前提的な理解としては、各条文に不作為の場合も含まれていると解することが罪刑法定主義違反との批判を免れる道となろう。その意味において、浅田教授の指摘は妥当であると解する。しかし、浅田教授の指摘は、(広義の)同価値性を含む不真正不作為犯そのものの理解に対するものであって、(狭義の)同価値性だけに妥当するものとは思われない²⁷⁷⁾。

次に(2)の観点からの批判であるが、これは、従来指摘されてきたように、構成要件的同価値性という漠然とした価値判断をストレートに構成要件の中に持ち込むと法的明確性(法的安定性)が害される危険があるというものである²⁷⁸⁾。『同価値性』は、行為者の態度に対する包括的な全体的評価であってその態度に対する処罰感情を直接に問うものにも等しいことから、犯罪の成否を判断するための『要件事由』には適さない²⁷⁹⁾という指摘も同旨であろう²⁸⁰⁾。確かに、とりわけ同価値性の意義②を強調する見解において当罰性による処罰範囲の限定をするにあたっては、「総合的判断」や「社会通念による評価」に依拠するなど、その判断基準が明らかではなかつ

276) 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』(成文堂, 2007年) 153頁。

277) とはいえ、松原芳博『刑法総論』(日本評論社, 2013年) 89頁において、「そもそも正面から[・]作為犯[・]との同価値性を要件とするのは、作為犯と不作為犯の非対称性を際立たせ、作為構成要件による類推処罰ではないかとの疑念を強めることになる」(圈点は原著者による)という指摘もみられる。

278) 福田平=大塚仁『対談刑法総論(上)』(有斐閣, 1986年) 134頁〔福田平発言〕。「同価値性の要件を、具体的な事案ごとに不特定の諸要素を総合的に考慮して判断するとすれば、明確性の原則に反することになろう」とするものとして、佐伯・前掲注(269) 290頁。

279) 松原・前掲注(277) 89頁。

280) 構成要件的同価値性要件のような「一般条項的な限定原理は、なるべく認めないことが厳密な解釈の要請から望ましい」とするものとして、山中敬一『刑法総論〔第2版〕』(成文堂, 2008年) 229頁。

また、丸山雅夫「不真正不作為犯の限定原理について」町野朔先生古稀記念『刑事法・医事法の新たな展開〔上巻〕』(信山社, 2014年) 47頁以下〔『刑法の論点と解釈』(成文堂, 2014年) 所収, 3頁以下)も、内藤博士の見解を紹介したうえで、構成要件的同価値性を別個の要件とすることは「体系的にはすっきりしている」と一定の評価を与えつつも、同66頁において、「同価値性の具体的な内容までを提示することはできず、実質的な総合的判断から導かれることを否定していない」とする(そして、「そうであれば、同価値性を不真正不作為犯成立の独立の要件とするかどうかは、単に体系上の違いにとどまるし、説明の仕方の違いにすぎないと言うこともできる」という)。

なお、蔡芸琦「台湾刑法における先行行為に基づく保証人的地位」早研150号(2014年) 181頁以下によれば、台湾の刑法学においても、「結果防止義務を負う行為者の不作為が、当該作為犯の構成要件に該当すると判断されるのではなく、むしろ、当該不作為の作為との同価値性判断がさらに要求されるべきである」旨が一部の論者により主張されているようである。しかし、同182頁は、(台湾刑法第15条における「積極行為によって結果を発生させたときと同じである」という文言の日常用語法からは、不作為と作為との同価値性判断を要求する趣旨までも含むと解するのは困難であることに加え)、そうした主張をする「論者の見解において、不作為と作為との同価値性判断の具体的内容は明らかでない」旨を指摘する。

た。「総合的判断」等の名のもとにその内実を不明確なままにしておく、明確性の原則に反する危険性があることを看過すべきではない。具体的な判断基準を設定することで批判を回避できるのかもしれないが、その判断基準を設定する困難さも指摘されてきたところである²⁸¹⁾。

最後に、作為義務から切り離された構成要件的同価値性で考慮される事情として「法益侵害の現実的危険」を挙げる見解に対しては、この事情は作為犯でも同様に必要とされるものであり、不作為犯に固有の危険性があるわけではないと批判的な態度(3)の観点)が示されている²⁸²⁾。確かに、一般的な見解によるならば、構成要件的同価値性は、作為犯には必要なく、不真正不作為犯特有の要件として掲げられるものである。そうであるとするならば、作為犯でも同様に必要とされるものであってはならない。こうした観点は、「法益侵害の現実的危険」を挙げることに對する批判にとどまるものではなく、構成要件的同価値性要件の意義を見出そうとするときに、常に念頭に置いておくべき事柄であろう。

2. 検討

ここではまず、わが国の構成要件的同価値性要件をめぐる議論をまとめ、必要な範囲で検討を加える。そして次に、構成要件的同価値性要件の意義として考え得るものを確定しておきたい。さしあたり「何のために構成要件的同価値性要件が必要か」を確定することは、その判断基準を検討する際にも一定の視座を提供すると考えられるからである。

わが国の議論においても、法的作為義務要件のほかに構成要件的同価値性要件を必要とする見解の論者は、——やや抽象的にすぎるが——次のような意義に「焦点を合わせていた」かは別として、少なくともそうした意義を「視野に入れていた」ということができよう。

まず、犯罪構成要件が結果惹起のみならず、一定の行為態様をも規定している場合を念頭に、その「行為態様との同価値性」を担保する点(同価値性要件の意義①)を視野に入れる論者がみられた。もっとも、その数は、わが国ではごく少数にとどまっている²⁸³⁾。そして、ドイツの学説を検討した際に述べたように、わが国とドイツとで不真正不作為犯の基本的な考え方に違いがあることに鑑みれば、学説のこうした傾向は妥当なものと解することができる。

むしろ、わが国における構成要件的同価値性要件の意義は、法的作為義務の要件で絞りをかける以上に処罰範囲を限定するもの(同価値性要件の意義②)として捉えられ、議論の俎上に乗せられてきた感がある。だが、こうした意義に対しては、不真正不作為犯の成立範囲を限定する要

281) 河上和雄編『刑事判例の流れ』(立花書房、1982年)81頁〔古田佑紀〕。

282) 町野朔『刑法総論講義A I〔第2版〕』(信山社出版、1995年)131頁、松原・前掲注(277)89頁、佐伯・前掲注(173)84頁注12など。

283) すでに本文中で紹介したもののほか、客観的帰属の枠内で、「等価値性修正」として、「不作為は作為による構成要件該当行為と等価値である場合にのみ、その不法が肯定される」とするものとして、吉田・前掲注(193)116頁以下。吉田教授は、純粹結果犯にも「等価値性修正」を適用するため、ドイツにおける「相応性条項の二重の機能説」やわが国の内藤説に近いと思われる。

件である法的作為義務との違いや、作為犯でも必要とされる事情との違いが不明瞭にならざるを得なかった。そのため、新たな要件を設けても、十分な判断基準を提示できず、その要件の中で当罰性を総合的に判断するのは処罰感情を問うに等しいとの批判が向けられ、そもそも法的作為義務の要件を実質的に考慮して適切な処罰範囲を確保すれば足りると指摘されることになったといえよう²⁸⁴⁾。そして、こうした批判は、まさに正鵠を射ているものと考ええる。

ここまで検討した部分に対する本稿の立場を、端的に明示しておきたい。従来の構成要件的同価値性要件をめぐる議論は、ドイツでは**同価値性要件の意義①**を中心に議論が展開されてきた一方で、わが国では**同価値性要件の意義②**を念頭に議論が展開されてきた。しかし、こうした**同価値性要件の意義①**、**②**には疑問が残らざるを得ない。したがって、これらの意義を念頭に置く従来の議論に従う限り、構成要件的同価値性要件は不要であるとする見解が妥当である。

だが、わが国およびドイツにおいて構成要件的同価値性要件を要求する見解が「視野に入れていた」のは、これらの意義に限られない。一方では、保護責任者不保護（致死）罪と不作為による殺人罪の区分のように、法的作為義務の内容として同一のものが認められる犯罪が問題となる場合に、その両罪を振り分けるものとしての意義をもたせたり、正犯と共犯を区別する意義をもたせたりしていた(**同価値性要件の意義③**)。これは、法的作為義務違反の要件を充足する(そして、作為犯における惹起と同置される)ことで、当該不作為に結果が帰責される(いわば当該不作為が「処罰範囲に含まれる」)ことは肯定しつつも、その具体的な成立犯罪を構成要件的同価値性要件により決するという思考方法であると考えられる。そして、従来の議論では、こうした**同価値性要件の意義③**に対しては、ほとんど検討が加えられてこなかったといえる。もし構成要件的同価値性要件に意義を認め、その判断基準を提示するとすれば、この道において他にないと思われる。

そこで、本稿では、次に、この**同価値性要件の意義③**を強く意識して、構成要件的同価値性要

284) 構成要件的同価値性要件が必要とされる意義が「広範な処罰範囲を限定する」点にあるのだとすれば、ドイツの議論にみたように「法的作為義務(違反)の要件だけでは不真正不作為犯の処罰範囲が広すぎる」という前提状況が存在してはじめて、構成要件的同価値性要件が意義を有することになる。むろん、この点に関する詳細は、法的作為義務を検討する別稿に譲らざるを得ない。

だがわずかに言及しておく、わが国の判例は法的作為義務の発生根拠について、たとえば、ひき逃げで不作為による殺人罪の成立が肯定された事案(東京地判昭和40年9月30日判時429号13頁、横浜地判昭和37年5月30日下刑集4巻5・6号499頁、東京高判昭和46年3月4日判タ265号220頁)では「自動車ではねて被害者に重傷を負わせたという先行行為と、その後の保護の引受けおよび排他的支配」が作為義務の根拠となっており、医療の不給付について殺人罪が肯定された事案(最決平成17年7月4日刑集59巻6号403頁〔シャクティ治療殺人事件〕)では「『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』こと(先行行為)、および『Xを信奉する患者の親族から、重篤な患者に対する手当てを全面的にゆだねられた立場にあった』こと(保護の引き受け、排他的支配)」が作為義務の根拠となるときとされる(豊田・前掲注(273)93頁以下)。(ここではその当否の判断は措くとして、)こうした多角的な考慮要素を用いることで、構成要件的同価値性要件がなければ不当な処罰範囲になるというほどの状況が存在するとは思われない。

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 (3)

件を「再構成」することができるか検討する。その際に、ある罪と他の罪との区別ないし振り分けを扱う以上、具体的な罪名を例に検討せざるを得ない（その意味で、きわめて各則的な思考をする要件となる）。この点、本稿では不作為による殺人罪を素材として検討してみたい。というのも、不作為による殺人罪は、不真正不作為犯が成立し得ることにほぼ争いがなく、類似の犯罪（殺人幫助罪や保護責任者遺棄致死罪）との区別についてもかなり議論の蓄積があるためである。

また、こうした**同価値性要件の意義**③を検討するにあたって、次の点に留意しておきたい。まず、現在の議論状況を確認する必要がある。そのうえで、構成要件的同価値性要件がなくともそれ以外の（法的作為義務違反等の）要件・要素により適切な区分ができているのであれば、そこにわざわざ新たな要件を持ち出す必要はないと考えられる。

次に、もしそうした振り分けのための要件が不真正不作為犯特有のものでないとしたら、やはり構成要件的同価値性の要件は不要と解すべきように思われる。先に述べたとおり、一般的な見解によるならば、法的作為義務や構成要件的同価値性といった要件は、あくまで作為犯では要求されていない不真正不作為犯特有の要件であると考えられている。とすれば、これから検討を行う他罪との振り分けが作為犯と同様の基準で行われるとすれば、そこに不作為犯特有の要件を持ち出す意義はないと思われるのである。

〔付記〕本稿は、2014年度名古屋学院大学研究奨励金の助成を受けた研究成果の一部である。