

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 (2)

萩野 貴史

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) 態様等価説 (以上, 本誌50巻3号)
 - (2) 推断的不作為説
 - (3) 「本来の同置問題」としての相応性
 - (4) 構成要件上の同置説
 - (5) 相応性条項に批判的な見解
 - 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

(2) 推断的不作為説

推断的不作為説 (Theorie des konkludenten Unterlassens) と呼ばれる Herzberg の見解は, 態様等価説と同様に「態度と結びついた犯罪」という類型を認めるところから出発する。Herzberg は, 態度と結びついた犯罪の類型として, 改正前の刑法第180条に定めるわいせつ行為仲介罪¹¹⁰⁾, 詐欺罪¹¹¹⁾, 侮辱罪¹¹²⁾, そして改正前の刑法第142条に定める交通事故現場からの逃走罪¹¹³⁾

110) Rolf Dietrich Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972, S. 60 ff.

111) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 70 ff.

112) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 82 ff.

113) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 88 ff. Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 36, Anm. 73によると, 改正前の刑法第142条は, 次のように規定していた。

第142条 (交通事故現場からの逃走)

交通事故の後に, 自己の挙動が事故の惹起に寄与したことが, 諸般の事情からみて問題となるにもかかわらず, 故意に逃走することで, 自己の身元, 車両又は事故への関与方法が確定されるのを免れた者は, ……刑に処する。

などを挙げている¹¹⁴⁾。

このように「態度と結びついた犯罪」という類型を認めつつも、Herzbergの相応性要件に対する考え方は、態様等価説と大きく異なる。すなわち、Herzbergは、「それ〔態度と結びついた犯罪〕が一般に不作為によって遂行可能であるならば、『同価値性』、『相応性』、すなわち構成要件上の態度記述が不作為に当てはまるということは、保障人的地位に付け加えられねばならない要件ではなく、そもそも唯一の要件である」(〔 〕内は引用者による)との考え方を明示した¹¹⁵⁾。このように態度と結びついた犯罪において保障人的地位の要件を必要としていない点が大きな特色であるということができよう。

まず確認しておかなければならないのは、Herzberg自身は、刑法典の総則における相応性条項には否定的な考え方を示しているという点である。その理由は、態度と結びついた犯罪における可罰的不作為に関する言明は各則に(それも例外的にのみ法規に、通常は解釈(Kommentierung)に)位置づけられるべきであって、その具体的な不作為が各則の文言(たとえばわいせつ行為仲介罪における「提供する」)の意味・意義を有するかが問われなければならないと解する点にある¹¹⁶⁾。「ある者が不作為により〔わいせつ行為仲介罪においては、機会を〕提供し(gewähren)、〔詐欺罪においては〕説明し(erklären)、あるいは〔侮辱罪においては〕軽蔑を示した(Mißachtung äußern)のか否か、これは原則的には相応する作為の意味内容に関する問題と異なる問題でも、それより困難な問題でもない」¹¹⁷⁾(〔 〕内は引用者による)のである。

しかしながら、判例や学説により今日まで得られてきた知見が考慮されなければならないと述べて、Herzbergは、彼自身の主張する「態度と結びついた犯罪の適切な取り扱い」が近い将来のうちに受け入れられることはほとんどあり得ないとみる。そこで、彼は、「不作為による遂行」の規定に付け加えられるべき、あるいは挿入されるべき規定を次のように提唱する。

「構成要件の実現が、特別な性質をもつ態度に依存している限りでは、不作為もまた、当該構成要件の中にそのような態度が直接的に示されている場合のみ構成要件に該当する。」¹¹⁸⁾

こうして、当該不作為が法文の行為態様に該当するか否かを問うHerzbergは、個々の犯罪について次のように解する。たとえば、不作為によるわいせつ行為仲介罪については、「単に惹起と同価値なだけの放置(das lediglich verursachungsgleichwertige Lassen)を、提供や調達になら

114) Vgl. Nitzte, a. a. O. (Anm. 13), S. 36 f.

115) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 105 f. 手元にあり参照可能であったものの中で、こうしたHerzbergの見解に批判的なものとして、Rudolphi, Hans-Joachim Rudolphi u. a. [Hrsg.], Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Lfg., 5. Aufl., 1988, § 13, Rn. 18がある。

116) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 106.

117) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 106.

118) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 106.

しめるさらなる要素」を探求しなければならないという¹¹⁹⁾。また、詐欺罪の場合には、行為者が自らの不作為に「特別な意味内容、すなわち虚偽の意味内容をも付与している」ということが必要である¹²⁰⁾。さらに、侮辱罪は、不活動が「直接的に軽蔑を表明している」場合にのみ認められるのであり¹²¹⁾、交通事故現場からの逃走罪は、自己の身元等が確定されることの「特殊な妨害、すなわち逃走により免れること」が必要であるという¹²²⁾。

こうした方法で推断された不作為は、行為者の保障人的義務を考慮することなく、作為による遂行と同置されることになる。というのも、「たとえば侮辱罪の例においては、軽蔑を知らしめること (Bekanntwerden) を阻止する義務は、法律上の意味において不作為者が……軽蔑を知らしめたという以上のことをもたらさないであろうから」であるとされる¹²³⁾。これは、保障人的義務の考慮がもたらすものが、作為により「軽蔑を知らしめること」との同価値であるとすれば、不作為自体がその意味内容をもつ以上、改めて保障人的義務を考慮する意義はないという主張と解することができるか。

(3)「本来の同置問題」としての相応性

Nitzeは、Armin Kaufmannの見解を、「本来の同置問題」として相応性を考慮する見解とみる。ただし、そこで検討対象となっているArmin Kaufmannの文献は、1959年に公刊された“Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte”の初版¹²⁴⁾における見解であって、現行の刑法第13条（相応性条項）の施行前であることから、相応性条項を念頭において論じられたものではないといえる¹²⁵⁾。それでも、Nitzeは、この著作について言及する必要があるとする¹²⁶⁾。確かに、Armin Kaufmann自身も後に、（草案段階の条文に対する言及において）結果回避義務の存在に加えて「その態度が事情上作為による法定構成要件の実現と同価値」でなければならないとしている点

119) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 64. 同頁では、作為犯の場合を想定したうえで、「わいせつ行為の仲介者が、適切な隠れ家（たとえば人の住んでおらず、誰もが入れる家）に注意を向けさせたにすぎない場合」にはわいせつ行為仲介罪は否定されるべきだとして、不作為犯と同様、作為犯においても機会を生ぜしめることがすなわち提供や調達ではないとする。しかし、不作為犯の場合には、こうした意味の違い (Bedeutungsunterschied) が際立つとされる。

120) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 78.

121) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 84.

122) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 95. 以上の例示につき, Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 37も参照。

123) Herzberg, a. a. O. (Anm. 110), S. 84.

124) Nitzeが参照したのは, Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959である。なお, 本稿では, 手元にあり参照可能だったArmin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl., 1988を使用した。下記に掲げた頁数等もすべて1988年出版の第2版のものである。

125) Armin Kaufmannの主張は, 「直接的には, 刑法改正作業における『保障人』説の立法化を意識してなされたものであり, 彼の主張した『同価値性』要件の機能は脚光を浴び, ……1975年刑法総則13条まで引き継がれている」と指摘するものとして, 平山・前掲注(14) 30頁。

126) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 37 f.

は、義務を根拠づける問題と当罰性の問題とを区別するものであって、正当であると評価しており¹²⁷⁾、自説と同価値性条項を関連づけている。本稿では、Armin Kaufmannの不真正不作為犯の理解を確認してから、彼の同価値性要件の位置づけをみていくことにしたい。

Armin Kaufmannの見解は、すでにわが国でもたびたび紹介・検討されている¹²⁸⁾。その主張の中で、不真正不作為犯は、作為犯の構成要件を充たすのではなく、書かれざる不作為犯の構成要件を充たすとされている¹²⁹⁾（それは、「独自の犯罪 (Verbrechen sui generis)」となり、独立に作為犯構成要件と並び立てられる¹³⁰⁾）。

彼の見解の出発点は、こうした作為犯の構成要件と不作為犯の構成要件の並立を、作為と不作為の「存在論的な構造の相違」から演繹した点にある。すなわち、作為と不作為がAと非Aの関係に立つと認めることから始まる。というのも、作為が目的活動を遂行することであるのに対して、不作為とは特定の目的活動をしないことであるからである¹³¹⁾。

Armin Kaufmannは、こうした作為と不作為の存在構造の相違から、規範論的にも作為犯と不作為犯は異なる内容をもつはずであると解した。すなわち、規範論的には、禁止規範に違反する作為犯と、命令規範に違反する不作為犯とが存在することになる。こうした両者の峻別から、不真正不作為犯は、作為犯の「亜型 (Unterfall)」でもなく、作為犯のモデルに従って構築されるものでもないとした¹³²⁾。そして、「不真正不作為犯は、作為犯の解釈ではなく、不作為犯の解釈に従う」のであり、その意味において「不真正不作為は不作為犯の真正な場合である」とも記している¹³³⁾。

では、不真正不作為犯の処罰はどのようにして可能になるのだろうか。不真正不作為犯が該当すべき構成要件は、作為犯の禁止構成要件ではなく、あくまでそれとは別個独立した命令構成要

127) Armin Kaufmann, Methodische Probleme der Gleichstellung des Unterlassens mit der Begehung, JuS 1961, Heft 6, S. 177.

128) 金沢文雄「不作為の構造 (1) (2)」広島大学政経論叢 15 卷 1 号 (1965 年) 43 頁以下, 15 卷 2 号 (1965 年) 1 頁以下, 同「不作為の因果関係」広島大学政経論叢 15 卷 4 号 (1966 年) 37 頁以下, 名和鐵郎「ドイツ不作為犯論史 (3)——方法論的問題に関連して——」静岡大学法経研究 22 卷 3 号 (1974 年) 59 頁以下, 中森喜彦「不作為犯論と逆転原理 (1)~(3)」論叢 107 卷 5 号 (1980 年) 1 頁以下, 108 卷 4 号 (1981 年) 1 頁以下, 109 卷 4 号 (1981 年) 1 頁以下, 堀内・前掲注 (6)『不作為犯論』83 頁以下など。

129) Z. B. Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 124), S. 255.

130) Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 124), S. 281.

131) こうした考えから, Armin Kaufmann はさらに, 不作為の因果性や目的性, 故意までをも否定する。

132) Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 124), S. 274.

133) Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 124), S. 274. したがって, Armin Kaufmann は, それまでからみると新たな「不真正」という意味を用いることになる。すなわち, 「保障人命令に対するこの違反は, それが法規自体によっては類型化されておらず, その意味と限界づけが法政策的に困難さと法治国家的に問題を残しているという限りにおいて『不真正』である」というのである。Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 124), S. 277.

件（保障人命令構成要件）である¹³⁴⁾。そのため、いかに作為（禁止）構成要件を解釈しても、不作為犯の処罰は導けないことになる。そこから、「当罰性における同置を支えるそのような保障人的地位がいかなる場合に存在するか、これは、評価の問題であり、価値論上の問題であって、解釈論上の問題ではあり得ない」という帰結に至る¹³⁵⁾。

それでは、不真正不作為犯の構成要件はどのような思考過程を経て確定されるかという点、Armin Kaufmannは、次の3段階を挙げている¹³⁶⁾。第1段階が、法益侵害や法益危殆化の惹起を処罰する作為構成要件の存在することである。第2段階が、こうした法益侵害や法益危殆化を防止することを内容とする命令が存在しなければならないということであり、これが法的作為義務の問題である。第3段階が、この命令の違反が、不法内容や責任非難の量において、したがって当罰性において作為犯とほぼ同等であることであり、これこそが本来の同置問題である。結果回避命令の違反すべてが不真正不作為犯の構成要件を充足するのではなく、保障人による違反だけがこれを充足するのである¹³⁷⁾。

こうしたArmin Kaufmannの見解の特色は、上述した第3段階（同価値性要件）を独立の、しかも決定的な要件として掲げる点にあるが、これを独立の要件として掲げる見解は少なくないと評される¹³⁸⁾。これまでみてきた見解との違いを挙げるならば、不真正不作為犯の可罰性を超法規的に（換言すれば超構成要件的に）のみ根拠づけ得るものと解し、実定法の解釈論の問題としていない¹³⁹⁾点にあるといえようか。

(4) 構成要件上の同置説

Schmidhäuserの見解をみるにあたって、まず彼の用語法や不作為犯に関する前提的な理解を確認しておきたい。Schmidhäuserは、法律の規定により不作為犯に2つの類型を認める。1つは、不作為犯が法文に明示的に包含されている場合であり、これを「文言上の不作為犯（Wortlautunterlassungsdelikt）」¹⁴⁰⁾と呼ぶ。この類型には、計画された犯罪行為の不通報罪（第138条）や不救助罪（第323条c）といった規定のほか¹⁴¹⁾、不作為によっても「他の者の財産上

134) Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 124), S. 272 ff.

135) Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 124), S. 276.

136) Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 124), S. 283 ff.

137) Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 124), S. 284. そしてさらに、Armin Kaufmann, a. a. O. (Anm. 124), S. 287 ff. は、この不真正不作為犯における同置問題が刑法典各則の領域に属すべきものであることを強調している。この意味において、Armin Kaufmannの見解は、総則に規定された相応性条項に否定的な見解と位置づけることもできよう。実際に、Nitzte, a. a. O. (Anm. 13), S. 43は、「不作為による遂行」の規定そのものに反対する見解の項目でもArmin Kaufmannの見解に言及する。

138) 金沢文雄「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 犯罪と刑罰（上）』（有斐閣、1968年）233頁。ただし、そこで金沢博士が参照しているのは、わが国の学説である。

139) 名和・前掲注（128）77頁参照。

140) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil, Lehrbuch, 2. Aufl., 1975, 16/68.

141) Eberhard Schmidhäuser, Strafrecht Allgemeiner Teil Studienbuch, 2. Aufl., 1984, S. 388.

の利益を守る義務に違反」することができるとして背任罪（第266条）なども含まれると考えているようである¹⁴²⁾。そして、もう1つは、不作為犯が、各則に明文をもって規定されておらず（すなわち法文には作為犯が規定されており）、そうした規定を解釈することによってのみ包含され得る場合であり、これを「解釈上の不作為犯（Auslegungsunterlassungsdelikt）」と呼んでいる¹⁴³⁾。この後者に関する一般的な規定が刑法第13条であり、一見すると作為犯のみを定めた規定が、一定の要件のもとで不作為をも処罰対象とすることになる。

そして、Schmidhäuserは、純粹結果犯（故殺罪、傷害罪、器物損壊罪、放火罪など）に関しては保障人的地位要件が作為犯との（いわば広義の）同価値性を充たしており、特別な行為態様が問題となっている犯罪に関してのみ相応性条項の適用領域を認める旨を主張する¹⁴⁴⁾。この点では、厳格な態様等価説と見解が一致する。それにもかかわらず、Nitzeは、態様等価説とは異なる項目を設けて、ここにSchmidhäuserの見解を位置づけ¹⁴⁵⁾、構成要件上の同置説（Theorie tatbestandlicher Gleichstellung）と呼んでいる¹⁴⁶⁾。このように態様等価説と区別される理由として、Nitzeは、「解釈上の不作為犯」として問われる犯罪類型をSchmidhäuserが著しく限定している点を挙げている¹⁴⁷⁾。

まず、Schmidhäuserによると、たとえば文書偽造罪（第267条）¹⁴⁸⁾のような目的犯は、そもそも不作為では犯し得ないという。目的犯は、構成要件に（行為のほか）本来の無価値事態の惹起に向けられた行為者の意欲（Wollen）を要件としている。たとえば文書偽造罪は、行為目的として、行為者が「法的取引において欺罔するために」不真正な文書を作り出すことを要件とす

142) Vgl. Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 141), S. 386.

なお、ドイツ刑法第266条は、次のように規定する。

第266条（背任）

- ①法律、官庁の委任若しくは法律行為により行為者に与えられた、他人の財産を処分し若しくは他の者を義務づける権限を濫用し、又は、法律、官庁の委任、法律行為若しくは信任関係に基づいて行為者に負担させられる、他の者の財産上の利益を守る義務に違反し、これにより、その財産上の利益を保護すべき者に損害を与えた者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

②〔略〕

143) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 140), 16/68; ders., a. a. O. (Anm. 141), S. 388.

144) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 141), S. 410.

145) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 40 f.

146) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 104.

147) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 40. さらに、同104頁では、「構成要件上の同置説は、分類的な体系（klassifikatorische Systematik）に従うのではなく、目的論的な犯罪行為論（teleologische Straftattheorie）に依拠している点によって他のすべての説から区別される」との指摘がある。

148) ドイツ刑法第267条は、次のように規定する。

第267条（文書偽造）

- ①法的取引において欺罔するために、不真正の文書を作成し、真正の文書を変造し、又は、不真正若しくは変造の文書を行使した者は、5年以下の自由刑又は罰金に処する。

②～④〔略〕

る。これに対して、不作為の志向性 (Intentionalität) は、不作為犯の不法を根拠づけるために何も役立たない。というのも、不作為は、「意欲しないこと (Nicht-Wollen)」や「行動しないこと (Nicht-Tun)」において作為と相違するからである¹⁴⁹⁾。そのため、目的犯は、最初から解釈上の不作為 (Auslegungs-Unterlassen) として問題とならないのである¹⁵⁰⁾。

同様のことは、強要罪や窃盗罪にも妥当するという¹⁵¹⁾。これらの犯罪も、不法構成要件において行為者の一定の行為目的を要件としているからである。

その一方で、謀殺罪 (第211条) については上述の観点とは異なる検討を要するとしている。謀殺罪には、いくつかの犯罪類型が定められている¹⁵²⁾。その中で、たとえば「残酷に」遂行された謀殺罪の類型は、特別な苦痛を与えることを要件とするものであり、保障人がそうした苦痛の多い死を許容する限りにおいて、不法構成要件の充足が認められる¹⁵³⁾。これとは異なるものとして、たとえば「陰湿に」遂行された謀殺罪が挙げられている。「陰湿に」というのは、行為者が、具体的な状況の中でその者に寄せられた信頼を、大きく非難すべき方法で無視することを要件とする。こうした信頼の裏切りは不法構成要件において、信頼する相手 (Vertrauenspartner) が行為により被害者を殺害する限りでのみ問題となるのであって、行為者が救助的に活動しないという場合にはこれにあたらないとされるのである¹⁵⁴⁾。

149) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 141), S. 386.

150) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 141), S. 411. このように目的犯すべてについて不真正不作為犯の成立を否定することに対して、岩間・前掲注 (6) 同価値性 (2) 103頁は、「不作為は目的性を欠くことを特徴とすることとも言える。しかしながら、それだからこそ、作為と不作為との構造上の相違を保障人的義務とか本稿の対象とする同価値性といった要件で補うことにより不作為も作為犯の構成要件を通じて処罰しようと試みられているのである」、「不作為における存在構造上の不足を可罰性を否定する根拠に援用してしまうと、もともとすべての不作為が作為犯の構成要件から除外されてしまう、即ち、不真正不作為犯は凡そ処罰されるべきではない、という帰結に至ってしまうのではなかろうか。」と疑問を呈する。

151) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 141), S. 411.

152) ドイツ刑法第211条は、次のように規定する。

第211条 (謀殺)

①謀殺者は、無期自由刑に処する。

②謀殺者とは、

謀殺嗜好から、性欲を満足させるため、強欲さから若しくはその他の下劣な動機から、陰湿に若しくは残酷に、若しくは、公共にとって危険な手段を用いて、又は他の犯罪行為を可能にし若しくは隠べいするために、人を殺害した者をいう。

153) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 141), S. 411. ただし、責任構成要件の充足については別論である。

154) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 141), S. 411. そして、結束した登山者たちが救助に関する相互の信頼のもとで危険なツアーをする例を挙げて、こうした「信頼を裏切る」という側面は、すでに保障人的地位において十分に捉えられているとする。

なお、Schmidhäuserの見解が、謀殺罪の中で「残酷に」と「陰湿に」とで異なる判断をする点に対し

(5) 相応性条項に批判的な見解

ドイツにおいて相応性条項に批判的な見地には、そもそも「不作為による遂行」(第13条)の規定そのものに反対する(ことの帰結として、相応性条項にも批判的になる)見解と、相応性条項についてのみ反対する見解とがみられる。

a) 「不作為による遂行」の規定そのものに反対する見解

刑法第13条全体の削除を要求する論者として真っ先に挙げられているのが、Schöneである。Schöneが刑法第13条に否定的な態度を採る理由として、彼は、この規定が可罰的な範囲の耐え難い拡大や、法的な不安定さの増大に至ると考えている点を挙げている¹⁵⁵⁾。より具体的には、たとえば条文上の「結果」という文言に関して、そのつど用いられる結果概念の広さ次第で態度の範囲(や社会的意味内容)も変化する点が指摘されている¹⁵⁶⁾。これは、条文上「『結果』の不発生を保障しなければならない者の不作為」に焦点を合わせていることから、結果概念が確定しないことには問題視される不作為(者)も確定しないという点への懸念であると解される。その他にも、「保障しなければならない(Einstehenmüssen)」という規定形式も、結果回避に関する法的義務すべてではなく、「特別な」法的義務だけが保障人的義務として考えられている点を明らかにするものではない点を指摘する。また、こうした形式は、あらゆる法的義務の中から特別な法的義務を選別することを必要とするものであり、さらには書かれざる法命題も考慮に入れる道を開いているという¹⁵⁷⁾。

Schürmannも、一定の客体が一定の主体に委ねられているか否かに関する法共同体(Rechtsgemeinschaft)の支配的な価値観を確定することが、(これを立法者が裁判官に委ねたため)裁判官の責任となっている点に着目する。つまり、(刑法各則に定められた身分犯規定とは異なり)いかなる結果回避の不作為についていかなる身分関係だと刑罰が科され得るのが刑法第13条から読み取ることができない点にやはり着目するのである。そのため、この刑法第13条

ては疑問も提起されている。たとえば、岩間・前掲注(6)同価値性(2)101頁は、「保障人が残酷な殺人を阻止しなければ不作為による残酷な謀殺を行い得るということは、……保障人の不作為自体に残酷性の要素が備わってなくてもよい、ということの意味する」のであり、陰湿な殺人を阻止しない場合に「陰湿に遂行された謀殺」と判断しても不合理ではないのではないかと指摘する。

155) *Wolfgang Schöne, Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetz, 1974, S. 341.*

156) *Schöne, a. a. O. (Anm. 155), S. 340.*

157) *Schöne, a. a. O. (Anm. 155), S. 341.*

の規定が基本法第103条2項¹⁵⁸⁾の要請と調和し得るか否かが問題となる旨を指摘している¹⁵⁹⁾。

Grünwaldは、保障人的地位要件の「共通事項を一括りにして前に出す(vor die Klammer ziehen)」ことは不可能であるとして、不真正不作為犯の総則規定に反対する¹⁶⁰⁾。すなわち、要件Aは構成要件Xにのみ適合し得る一方で、要件Bは構成要件Yにのみ適合し得るといふとき、要件AやBを「共通事項として括り出す」ことができないのは当然であり、あらゆる保障人的地位が犯罪すべてに適合するものではない以上、不作為構成要件の要件を具体的に決めることは不可能であるという旨を主張するのである¹⁶¹⁾。この主張の中で、Grünwaldは、あらゆる保障人的地位が犯罪すべてに適合するものではないという点に関する例をいくつか挙げている。たとえば、被害者との「密接な生活共同体」の要件を括り出そうとする場合、「病気の叔母と一緒に住んでいる者が、その叔母の面倒をみることを怠って死亡させたケース」では行為者が「不作為による殺人」を理由として処罰されることになる一方で、この叔母のカナリアに餌を与え、花に水をやることを怠ったケースでは「不作為による器物損壊」を理由として処罰されることになってしまう¹⁶²⁾。さらに、たとえば業務上の手段に関する「緊密な信頼関係」の要件を括り出そうとすれば、こうした関係は財産上の損害の回避を構成要件に該当すると判断するには適切であろうが、こうした関係は溺死前に救助しなかった者を自殺者として認めるには適切ではない。「危険な企て(gefährliche Unternehmung)」により創出された結びつきも同様であり、同行者が死亡するのを放置した登山者が不作為による殺人で処罰される帰結を導く一方で、はたして登山ガイドによる誘惑から15歳の女性同行者を守らなかった場合に刑法第182条¹⁶³⁾の幫助で処罰するべきなのかという疑問を呈する。近接した危険を創出した場合もやはり「共通事項として一括りにして前に出す」ことはできないとする。他者の生命に対して危険を創出した者がその他者の死を回避し

158) 基本法第103条は、次のように規定する。なお、訳出にあたっては、高田敏＝初宿正典〔編訳〕『ドイツ憲法集〔第6版〕』(信山社出版, 2010年)を参考にした。

基本法第103条

①〔略〕

②ある行為がなされる前にその可罰性が法律によって規定されていた場合にのみ、その行為を罰することができる。

③〔略〕

159) Hannes Schürmann, Unterlassungsstrafbarkeit und Gesetzlichkeitsgrundsatz, 1986, S. 124 f.

160) Gerald Grünwald, Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 70, 1958, S. 424.

161) Grünwald, a. a. O. (Anm. 160), S. 424.

162) Grünwald, a. a. O. (Anm. 160), S. 424 und Anm. 25.

163) 参考までに、法務大臣官房司法法制調査部編『ドイツ刑法典——1966年1月1日現在の正文——』掲載の刑法第182条を以下に掲げておくことにする。

第182条(誘惑)

①16歳未満の品行方正な少女を誘惑して、性交を行わせた者は、1年以下の軽懲役に処する。

②刑事訴追は、誘惑された被害者の父母又は後見人の告訴がなければ、開始されない。

なかったケースでは故殺罪（第212条）により可罰的となる一方で、他人が封印破棄を遂行する危険を創出した者が、その結果を回避しなかったとしても、この者を幫助により処罰することには困難が伴うと指摘するのである¹⁶⁴⁾。

上述してきたGrünwaldの主張を要約すると、不真正不作為犯すべてに「共通事項」となる要件は存在しないため、具体的に総則に規定を設けることは不可能であり（したがって刑法第13条には否定的な態度を採ることになる）、むしろ個々の構成要件ごとに、あるいは構成要件のグループごとに規定が設けられるべきであるというものである¹⁶⁵⁾。

b) 相応性条項にのみ反対する見解

刑法第13条の規定全体に反対するのではなく、相応性条項にのみ反対する論者として、Nitzeは、Roxinを挙げている¹⁶⁶⁾。ただし、Roxinの見解はやや変遷しているように思われ、しかもNitzeが検討対象としているのはRoxinのかつての見解¹⁶⁷⁾である点には注意を要する。しかし、相応性条項に対する基本的な姿勢はなお変わらないものと解して、本稿でもここで取り上げることにした。

Roxinは、まず、保障人的地位との関連性なしに唱えられる相応性基準が存在しないこと、そして相応性により法的不確実性が生じることを問題視する¹⁶⁸⁾。また、次のような異議も指摘され

164) 以上の例につき、Grünwald, a. a. O. (Anm. 160), S. 424 f.

165) Grünwald, a. a. O. (Anm. 160), S. 425. これに対して、総則に不真正不作為犯規定を設けることに反対する点でGrünwaldの見解に賛同を示しつつ、各則に規定を設ける方策にも疑問を示すものとして、Hartwig Meyer-Bahlburg, Zur gesetzlichen Regelung der unechten Unterlassungsdelikte, MschKrim 48. Jahrgang, 1965, S. 247 ff.

166) Nitze, a. a. O. (Anm. 13), S. 44は、さらにBaumannの見解もここに挙げている。確かにBaumannは、「たとえ同価値性条項が単なる美辞麗句 (Floskel) としての正体を現すであらうとしても、現行法に比べると明らかに前進している」(圏点は引用者による)、「この『相応すること (Entsprechung)』がいつ存在するのか、この点がまさに規定されねばならなかったのである」(Jürgen Baumann, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1977, S. 249 f.) 等の否定的なニュアンスとも読み取れる書き方をしている。

さらに、比較的近時に相応性条項に対して疑問を呈するものとして、Jyh-Huei Chen, Das Garantensonderdelikt: Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der Unterlassungsdelikte und der Sonderdelikte, 2006, S. 59 ff.がある。

167) Roxinがかつて相応性条項に関して見解を述べたものとして、Claus Roxin, Unterlassung, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Versuch und Teilnahme im neuen Strafgesetzbuch, JuS 1973, S. 197 ff. そこでは、今日までRoxinが抱く相応性条項に対する疑問と同様の見地等を示したうえで、相応性条項は「態度と結びついた犯罪」についてのみ、各則の構成要件解釈の問題として可罰性の検討が必要な旨を宣言しているという限度で意義を有するとしていた (S. 198 f.)。このときのRoxinの見解について、岩間・前掲注 (6) 同価値性 (2) 93頁以下も参照。

168) Roxin, a. a. O. (Anm. 38), Festschrift für Klaus Lüderssen, S. 580 (本論文を紹介する邦語文献として、岩間康夫「クラウス・ロクシン『不真正不作為における相応条項』」愛大172号 (2006年) 179頁以下、

ている。すなわち、「この条項は、予断をもたずに法の文言を読んだ場合にすでに、その理解にあたり重大な問題を投げかけている。というのも、ある者が結果不発生に対して法的に保障しなければならぬが、法律上さらに要求された相応性関係が否定された場合には、この不作為者は刑法上結果不発生に対して、あるいはすでに発生した結果に対して、同置が欠如しているため、まったく保障義務を負う必要がないからである。そのような法文を矛盾なく解釈することは困難である」¹⁶⁹⁾ というものである。これは、「保障しなければならない」者が、(相応性の否定により)「保障する必要がない」という帰結に至る点を矛盾と捉えた批判であると解される。

さらに、態様等価説のように相応性条項により行為態様の同価値性を担保する点にも、詐欺罪を例にして疑問を呈している。たとえば銀行の出納係が自己の落ち度により多すぎる現金を支払ったが、このことを認識していたにもかかわらず顧客が黙って受け取った場合などを挙げ、(ドイツの通説・判例と同様に)当然に詐欺罪が否定されると解するが、その根拠は相応性が否定される点ではなく、相手の財産を保護する義務が認められない点に求められる¹⁷⁰⁾。Roxinのこうした疑問の核心にあるのは、「学説において相応性条項のために採りあげられた事例においては、例外なくすでに保障人的地位の存在が否定されなければならない」¹⁷¹⁾ という発想であると思われる。

以上のような疑問のもとで、基本的には相応性条項にのみ反対する見地が採られることになるのである¹⁷²⁾。

3. 検討

こうしてドイツ刑法第13条1項の相応性条項をめぐる議論の主張内容を概観してきたところで、検討に移りたいと思う。だが、ここで行う検討の目的は、上述してきた学説のうちいずれが妥当であるかを判断する点にはない。相応性条項をめぐる議論は、主としてドイツ刑法第13条1項という明文規定の存在を前提として展開されており、相応性(同価値性)要件の意義をいかに認めていくかという要請ないし意識がわが国よりも強く根底にあると推測される。また、わが国の不真正不作為犯論がドイツの学説の影響を大きく受けているとはいえ、後述するように完全に同一とはいえない部分もあるように思われる。こうした違いに鑑みると、ドイツ刑法の解釈と

184頁); *ders.*, a. a. O. (Anm. 38), Strafrecht AT, § 32 Rn. 227 (邦語訳として、クラウス・ロクシン [山中敬一 [監訳]] 『刑法総論第2巻 [犯罪の特別現象形態] [翻訳第2分冊]』 (信山社, 2012年) 395頁以下, 399頁)。

169) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 38), Strafrecht AT, § 32 Rn. 218.

170) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 38), Festschrift für Klaus Lüderssen, S. 582; *ders.*, a. a. O. (Anm. 38), Strafrecht AT, § 32 Rn. 233.

171) *Roxin*, a. a. O. (Anm. 38), Strafrecht AT, § 32 Rn. 235.

172) ただし、Roxinは、相応性条項の意義をすべて否定するわけではない。謀殺罪(ドイツ刑法第211条)等の特別な加重要素を要求する犯罪に関してのみ、わずかに相応性条項の意義を認める。*Roxin*, a. a. O. (Anm. 38), Festschrift für Klaus Lüderssen, S. 583 ff.; *ders.*, a. a. O. (Anm. 38), Strafrecht AT, § 32 Rn. 239 ff.

して妥当な学説が、そのままわが国の刑法の解釈としても妥当であると解する必然性はないと考えられる。そこで、さしあたりここで検討すべきは、はたしてドイツのいかなる観点がわが国にとって有益といえるかという点である（わが国にとって有益な視座を抽出するという観点から、ここでは各学説の中核にある考え方を検討対象とし、わが国と異なる各則に関する主張を検討の射程外とする）。

その際に、前述のようにドイツの学説では、保障人的地位（法的作為義務）要件を不要として、相応性に対して唯一の（いわば広義の）同価値性判断の基準としての意義を付与する見解（Herzbergの見解）も唱えられていた。ただ、これはむしろ保障人的地位の有用性・射程範囲がどこまで及ぶのかが問われていると考えるべきであろう。また、目的的行為論を前提に、禁止規範と命令規範の関係性などから議論を展開する見解（Armin Kaufmannの見解など）もみてきたが、これは不作為犯論にとどまらず犯罪論全体を見通して検討すべきものと思われる。わが国の不真正不作為犯論の現状と近い形で、保障人的地位要件に追加する形で認められてきた相応性条項の意義は、主として次の2点にあったと思われる。

まず、態様等価説にみられるように、特別な行為要素を有する構成要件について、その行為態様の面での同価値性を担保する意義（同価値性要件の意義①）を主張する見解がある。これが、現在のドイツにおける通説的な見地であるといつてよい。作為犯構成要件と同価値な不作為を処罰対象に取り込むとすれば、（保障人的地位要件において）結果惹起の面を検討するだけでなく、（同価値性要件において）行為態様の面でも同価値性を担保すべきであるという主張は、一定の説得力をもつようにも思われる。

もっとも、こうした見地をわが国に採り入れるべきかと問われれば、これは慎重を要するのではないだろうか。

ドイツでは、不真正不作為犯は書かれざる構成要件に該当し、不真正不作為犯の処罰を規定する刑法第13条が、作為犯の構成要件と合体し、それを不作為犯の構成要件につくりかえるための類推許容規定であるという見方が強いとされる¹⁷³⁾。だが、ドイツ刑法第13条と同様の明文規定をもたないわが国でこうした見地を採り入れ、作為犯構成要件に該当しない行為を、それと同等の当罰性ゆえに処罰するというのであれば、まさに許されざる類推にほかならず、罪刑法定主義（類推禁止）の見地からの批判¹⁷⁴⁾が妥当することになる。そこで、わが国では、たとえば殺人罪

173) 平山・前掲注(14) 38頁以下、42頁、松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』（成文堂、2009年）88頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）81頁など参照。

174) 金沢・前掲注(138) 224頁以下（ただし、同236頁において、「不真正不作為犯を認める通説・判例を変えることはさしあたり困難であるとするならば、少なくとも、処罰の範囲は同価値性が国民の法意識の上で疑問の余地がなく、処罰の刑事政策的必要が特に強い場合にかぎられるべき」等の指摘をする）、香川達夫『刑法講義〔総論〕第3版』（成文堂、1995年）22頁（ただし、不真正不作為犯の是認を契機として、「類推解釈は許されない」という公式論的発言の時代は終わったものとみるのが妥当ではないかと疑問を提起し、「類推解釈であることを認めたらうで、どこに合理的な線をひくかを考える方が重要であると指摘する）。こうした見地の下で、不作為の中に作為に準じる性質のものを探し出す

のように作為による実行行為を定めているようにみえる規定に、不作為で人を死なせる場合も含まれると解する見解が有力である¹⁷⁵⁾。このとき、様々な犯罪類型すべてに当然に不作為形態も含まれていると解されているわけではない。あくまで、「条文の可能な語義の範囲内に不作為態様が含まれている場合に限る」という限定を設けるのが一般的である¹⁷⁶⁾。たとえば放火罪(刑法第108条以下)についても、「放火して」(旧規定では「火ヲ放テ」)という手段に(拡張解釈の範囲内で)不作為も含み得るということが前提になっている¹⁷⁷⁾。したがって、たとえば、「暴行又は脅迫」が手段とされている強盗罪(刑法第236条)について、この「暴行又は脅迫」という手段が作為的な手段に限定される語義であるとするならば、不作為者の保障人的地位(法的作為義務)の有無の検討に入るまでもなく、わが国では「可能な語義の範囲内にはない」として、強盗罪の不真正不作為犯の可能性をいわば「門前払い」することになる¹⁷⁸⁾。このように、わが国の有力

ことを試み、「偽装された作為(準作為)」とみることができる範囲で不真正不作為を処罰しようとするものとして、松宮・前掲注(173)89頁。

175) その際には、①構成要件と規範とを一致させる必然性はないと考えて、殺人罪の構成要件には禁止規範違反と命令規範違反とが含まれると説明することが可能であるほか、②条文と構成要件が同じでないと考えて、1つの条文に作為構成要件と不作為構成要件とが含まれると説明することも可能であると指摘するものとして、松原芳博『刑法総論』(日本評論社、2013年)86頁以下および注6。

176) 「可能な語義」の公式に対する異論と、こうした異論に対する批判的検討を行うものとして、増田豊『語用論的意味理論と法解釈方法論』(勁草書房、2008年)121頁以下。

177) 内藤謙『刑法講義総論(上)』(有斐閣、1983年)226頁、佐伯・前掲注(173)82頁など。これに対して、放火罪における「放火」(および詐欺罪における「人を欺いて財物を交付させ」ること)がよりはっきりと作為を予定しているように読める点に着目し、不作為は条文に予定されているところとは別個の行為ではあるが、それと同等に評価できるから条文を適用しているのではないかという類推禁止に基づく疑問に言及するものとして、井田・前掲注(3)33頁以下。

178) ここでは「暴行又は脅迫」が「(反抗を抑圧するに足りる程度に強度なものに限定されるほか)有形力の行使や害悪の告知という、作為的な手段に限定される語義である(とするならば)」という一般的なイメージに依拠した点の是非に対する判断を留保しておきたい。もし「暴行又は脅迫」という語義に不作為で人を反抗抑圧状態に陥れる(または、その状態を維持する)場合も含まれるとすれば、被害者等を反抗抑圧状態に陥れる「不作為による暴行・脅迫」と、その被害者等の反抗抑圧状態を利用した財物奪取という組み合わせによる強盗罪も考え得ることになる(このとき、その場に行為者が存在することが心理的に相手の反抗抑圧状態を惹起したケースなどでは、(反抗抑圧状態に対する心理的因果性を肯定できる範囲で)結果惹起の面における作為犯との同価値性を肯定し、保障人的地位の検討が不要になると考えられる。この点につき、萩野貴史「作為犯と不作為犯の区別について——不作為犯における作為義務の主体・内容に関する検討の必要性——」獨協ロー7号(2012年)57頁、とりわけ72頁以下。なお、財物奪取の部分が作為形態だとすれば、これを「不作為による強盗」と呼ぶべきかという点についても一考しなければならない)。

わが国では、かつて、自己の行為によって生ぜしめた被害者の抵抗不能状態を利用して財物を奪取する行為を、不真正不作為犯類似の構成(先行行為の後に放置する事案と並行した論理過程)によって強盗罪と構成する余地があることが指摘されていた(団藤重光編『注釈刑法(6)各則(4) §§ 235~264』(有斐閣、1966年)95頁以下〔藤木英雄〕など)。もっとも、こうした指摘がみられた以外に、いわゆる「不

説では作為犯を規定したかにみえる規定に不真正不作為犯が含まれているという前提を採る（そして、この前提が、可能な語義の範囲内でのみ不真正不作為犯を認めるという処罰範囲の限定要素にもなっている）点でドイツと異なるために¹⁷⁹⁾、**同価値性要件の意義①**がより認め難い前提になっていると考えられる。というのも、**同価値性要件の意義①**は、作為態様による遂行に認められる独自の特色が不作為態様による遂行の際には失われるという考え（この考え方は、条文の文言からすると作為犯にみえる構成要件に不作為態様は含まれないという考えと親和的であるといつてよいであろう）を前提とするものであり、作為態様にみえる構成要件に不作為態様も含まれるという考えと整合しづらいからである。後述するように、わが国において構成要件的同価値性要件に好意的な見解であってもこうした態様等価の観点を取り入れてきたとはいいい難いが、わが国の有力説の見地を前提とする限りそうした態度には根拠があり、妥当な方向性を示しているといえよう。

その一方で、それ以外同価値性要件の意義を検討する余地は残されていると考えられる。具体的には、ドイツにおける学説の一部では、保障人的地位要件で「絞りをかける」だけでは不十分な、広範に及ぶ不作為犯の処罰範囲を限定しようとする意義（**同価値性要件の意義②**）が主張されてきた。確かに、その当否については別論であり、わが国における保障人的地位要件による処罰範囲の限定度合や、実務における処罰範囲の検討を経たうえで決する必要がある。しかし、わが国の不真正不作為犯論にこうした意義を有する構成要件的同価値性要件をおよそ採り入れ難いという前提的な事情は見当たらないと考えられる。

ドイツの相応性条項をめぐる学説において、主として考えられてきた相応性条項の意義は上述の2点である。ただし、学説が焦点を合わせているとはいいい難いものの、相応性条項の立法経緯の中で着目されてきた観点、すなわち正犯・共犯の区別基準の1つとする意義（**同価値性要件の意義③**）についても、わが国の構成要件的同価値性要件を検討するにあたって示唆的な観点を提示するのではないだろうか。後述するように、現にわが国でもこうした見地に触れる見解は主張されているのである。

以上のように、ドイツの相応性条項の立法経緯および学説の議論状況をみてきたところで、わが国の構成要件的同価値性要件にとって示唆的な意義は、**同価値性要件の意義②**および**③**である

作為による暴行・脅迫」を手段とする強盗罪に関連する議論が活発だったとはいいい難い。だが、近時、この問題に関連すると考えられる裁判例（東京高判平成20年3月19日高刑集61巻1号1頁など）が出たことを受けて、日独の判例・学説に関する研究がみられるようになっている（富高彩「強盗罪における不作為構成（1）（2・完）」上法54巻2号（2010年）87頁以下、54巻3・4号（2011年）57頁以下、森永真綱「強盗罪における反抗抑圧後の領得意思——新たな暴行・脅迫必要説の批判的検討」甲法51巻3号（2011年）139頁、芥川正洋「不作為の暴行による強盗罪の成否 BGH, Urteil vom 15. 10. 2003-2 StR 283/03, BGHSt 48, 365」早法87巻1号（2011年）175頁以下など）。

179) もっとも、ドイツの学説の中にも法規の文言に配慮する記述はみられるため、ドイツとわが国を単純に相対するものと位置づけるべきではなく、法文自体による処罰範囲限定の意識において程度差があるにすぎないと思えるべきかもしれない。ドイツの不真正不作為犯論において「可能な語義の範囲」がどの範囲・どの程度で役割を果たすものと捉えられているかは、今後の検討課題としたい。

と解される。また、相応性条項に意義を認める見地のほかに、この条項に批判的な見解の主張についても、わが国における構成要件的同価値性要件を肯定的に主張するのであれば検証しなければならない。

それでは、次に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をみていこう。

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

わが国における構成要件的同価値性要件をめぐる議論は、ドイツの相応性条項をめぐる議論に一定の示唆を受けつつも、すでに指摘されているように「独特の内容を有している」¹⁸⁰⁾ ものも多い。そこで、以下では、ドイツにおける議論との共通点を適時示しつつ、わが国の構成要件的同価値性に関する学説を紹介し、検討していきたいと思う。

(1) ドイツの学説と同様の観点を採り入れる見解

内藤謙博士は、保障人的地位（法的作為義務）が不真正不作為犯の成立を認めるための、1つの重要な要件であることを認めたとうえで、「そのほかに、当該不作為が、それに対応する作為犯のそれぞれの構成要件の特別な行為要素をはじめとして個々のばあいの事情をすべて考慮して、その類型化された不法・責任において、作為による構成要件実現と同価値であることを必要とすると解すべきであろう。」¹⁸¹⁾と構成要件的同価値性要件の意義を主張する。ここでは、「それぞれの構成要件の特別な行為要素」を考慮して「作為による構成要件実現と同価値であることを必要」としている点から、**同価値性要件の意義①**と同様の観点が主張されているものと考えることができよう。もっとも、この部分からだけでは、その他にいかなる意義を含蓄しているのか、とりわけ構成要件的同価値性要件の射程が不真正不作為犯のすべてに及ぶかは判然としない。だが、続けて「当該不作為が、保障者的地位の存在のほかに、すべての事情を考慮して作為による構成要件実現と同価値であるばあいに、当該不作為が、その構成要件の作為による実行行為と構成要件的に同価値であるといえるのであり、そのかぎりにおいて、当該不作為が実行行為としての定型性をもち、不真正不作為犯の成立が肯定されると解すべきであろう。」¹⁸²⁾としている点からすると、多くの犯罪に共通の成立要件である「実行行為」性の判断において、構成要件的同価値性要件に（保障人的地位要件による限定以上に）不真正不作為犯の成立範囲を限定する意義を付与していると考えられる。内藤博士の見解は、この意味で**同価値性要件の意義②**も視野に入れていると考えてよいように思われる¹⁸³⁾。

180) 岩間康夫「わが国における構成要件的同価値性論——不真正不作為犯の補足的成立要件に関する一考察——」愛媛18巻3号（1991年）104頁。

181) 団藤重光編『注釈刑法（2）のI 総則（2）§§35～37』（有斐閣，1968年）34頁〔内藤謙〕。

182) 内藤・前掲注（181）34頁以下。

183) 日高義博『不真正不作為犯の理論』（慶應通信，第2版，1983年）151頁は、こうした内藤博士の見

だが、同価値性要件の意義①にあたる部分をわが国で主張する論者は、内藤博士の見解以降ほとんどみられない。ドイツの相応性条項をめぐる議論のところで検討したように、わが国の不真正不作為犯の基礎におかれている考え方からすると、同価値性要件の意義①を採り入れることには困難が伴うと考えられるため、わが国の学説の状況は妥当な方向性を示しているといえる。その一方で、同価値性要件の意義②にあたる部分については、こうした意味で採り入れ難い前提の相違というのは存在しないことも前述のとおりである。この部分については、後に検討することにして、わが国の構成要件的同価値性の要件において、ドイツの通説とは異なる観点を主張する見解を次にみておきたい。

(2) 主観説

わが国の構成要件的同価値性の問題を検討するにあたって取り上げるべきなのが、主観面で解決を図る見解（主観説）である¹⁸⁴⁾。この見解は、従来考えられてきた法的作為義務のほかに、不真正不作為犯に特有の主観的要件が必要であると考え。こうした主観面に着目する見解に影響を与えたと解されている¹⁸⁵⁾のが、わが国の放火罪に関するいくつかの(裁)判例である。そこで、まず、放火罪に関するわが国の(裁)判例の動向をここで簡単にみておこう¹⁸⁶⁾。

①大判大正7年12月18日刑録24輯1558頁¹⁸⁷⁾

大審院大正7年12月18日判決では、養父を殺害した被告人が、乱闘中に養父の投げた燃えさしが庭にあった藁に燃え移ったことを発見し、消火することが容易だったにもかかわらず、焼損によって死体等の証拠物を隠滅する目的でそのまま立ち去ったという事実関係のもとで、現住建造物等放火罪の成立が争われた。

本件において、大審院は、「自己ノ故意行為ニ帰スヘカラサル原因ニ因リ既ニ叙上物件ニ発火

解を、Gallasの見解および1962年刑法草案の見解を支持するものと評する。

184) なお、ドイツにおけるHellmuth Mayerの「法敵対的意思力(rechtsfeindliche Willensenergie)」に着目した主張は、(保障人説を批判したうえで)主観的要素を媒介として同価値性の問題を解決するものにはかならないと評されている(日高・前掲注(183)133頁以下など)。Mayerは、作為は法に敵対する意思の努力(rechtsfeindliche Willensanstrengung)であるのに対して、不作為は一般意思の要求を充たすだけの力を尽くさない意思の薄弱(Willensschwäche)にすぎないが、この不真正不作為が作為と同程度の法に敵対する意思力を要求するのであれば、法的意味においては真正な不作為として把握すべきである(Hellmuth Mayer, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1953, S. 113. Vgl. auch ders., Strafrecht Allgemeiner Teil, Studienbuch, 1967, S. 81)と述べている。

185) 日高・前掲注(183)136頁など。

186) 不作為による放火罪に関する一連の(裁)判例、およびその評価については、日高・前掲注(183)69頁以下、西原春夫ほか編『判例刑法研究第1巻』(有斐閣、1980年)111頁以下〔日高義博〕、成瀬幸典=安田拓人編『判例プラクティス刑法I 総論』(信山社、2010年)40頁以下〔松尾誠紀〕などを参照。

187) 本件を紹介するものとして、木村亀二「不作為による放火罪(生きている判例・27)」法セ27号(1958年)42頁など。

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 (2)

シタル場合ニ於テ之ヲ消止ムヘキ法律上ノ義務ヲ有シ且容易ニ之ヲ消止メ得ル地位ニ在ル者カ其既発ノ火力ヲ利用スル意思ヲ以テ鎮火ニ必要ナル手段ヲ執ラサルトキハ此不作為モ亦法律ニ所謂火ヲ放ツノ行為ニ該当スルモノト解スルヲ至当ナリトス然リ」(下線は引用者による)と判示した。これは、不真正不作為犯の成立要件として、法律上の作為義務(および作為可能性)のほかに、「既発ノ火力ヲ利用スル意思」を要求したものと考えられている。

②大判昭和13年3月11日刑集17巻237頁¹⁸⁸⁾

大審院昭和13年3月11日判決では、被告人が所有する家屋で、被告人は神棚に立てたろうそくが神符の方へ傾いていることに気がついたものの、火災になれば保険金を取れるだろうと考えてそのまま外出したため、家屋階上が全焼したという事実関係のもとで、非現住建造物等放火罪の成立が争われた。

本件において、大審院は、「自己ノ故意ニ帰スヘカラサル原因ニ依リ火カ自己ノ家屋ニ燃焼スルコトアルヘキ危険アル場合其ノ危険ノ発生ヲ防止スルコト可能ナルニ拘ラス其ノ危険ヲ利用スル意思ヲ以テ消火ニ必要ナル措置ヲ執ラス因テ家屋ニ延焼セシメタルトキモ亦法律ニ所謂火ヲ放ツノ行為ヲ為シタルモノニ該当スルモノトス……蓋シ自己ノ家屋カ燃焼ノ虞アル場合ニ之カ防止ノ措置ヲ執ラス却テ既発ノ危険ヲ利用スル意思ニテ外出スルカ如キハ観念上作為ヲ以テ放火スルト同一ニシテ同条ニ所謂火ヲ放ツノ行為ニ該当スレハナリ」(下線は引用者による)と判示した。ここでも、大審院は(本稿では省略したが、法的作為義務および作為可能性の必要性に加えて)「既発ノ危険ヲ利用スル意思」を不真正不作為犯の成立要件としていたといえる。こうした大審院の判例理論に立脚した事案の解決は、戦後の下級審判例にも見出される¹⁸⁹⁾。

③福岡高判昭和29年11月30日高刑特1巻11号509頁

福岡高裁昭和29年11月30日判決では、被告人が喫煙した際にマッチの軸木を地面に捨てずに過って竹かごの中に投げ込み、この軸木の残り火が匏屑(かんなくず)に燃え移って火炎が上がったため、驚きと恐ろしさのあまり消火措置等をとることなく逃げ出した結果、家屋の一部が焼損したという事案において、現住建造物等放火罪の成立が争われた。

本件において、福岡高裁は、「自己の故意に帰すべからざる原因により既にある物件に発火した場合において、不作為による放火行為は、これを消し止むべき法律上の義務を有し且つ容易にこれを消し止め得る地位に在る者が、その既発の火力を利用して該物件を燃焼する意思を以て鎮火に必要な措置を採らないことによりなされるものである」、「被告人が右軸木の残り火が匏屑に燃え移つたのを見て、故らにこれを放置し、その既発の火力を利用して人の現存する判示A方家屋を焼燬する意思を以て消火その他の方法を採らず不作為に出たとの事実は毫も認められないので、

188) 本件の評釈として、小野清一郎「不作為に依る放火」法協57巻2号(1939年)348頁など。

189) ただし、戦後の下級審判例の中には未必の故意で足りるとしたもの(高松高判昭和26年5月25日判特17号12頁、仙台高判昭和30年4月12日高刑集8巻3号301頁)もあり、この点で判断が分かれていたといえる。

被告人の右所為が失火罪として論議され得る余地のあることは格別原判決が挙示の証拠により右のとおり不作為による放火罪を認めたのは、虚無の証拠により事実を認定したことになり、事実と証拠とがくいちがっていることが明らかであるから、原判決は……破棄を免かれない」（下線は引用者による）と判示している。

福岡高裁昭和29年11月30日判決では、「既発の火力を利用する意思」が明らかに不真正不作為犯の主観的要件として要求されており、これが認められないために不真正不作為犯（不作為による現住建造物等放火罪）の成立が否定されたといえる。

このように、「既発の危険（火力）を利用する意思」という主観的要件を法的作為義務とは別に要求することで、積極的な意思がある場合に処罰範囲を限定しようという流れが、一時期とはいえ（裁）判例には存在したといえる¹⁹⁰。そして、こうした流れを受けて、学説の中にも不真正不作為犯の成立要件として、法的作為義務のほかに行為者主観に着目した特別な要件を要求するものが現れる。

たとえば藤木英雄博士は、不作為による放火罪が「認容、すなわち未必の故意でこと足りるとするならば、不作為による放火罪の成立する場合が広範囲に拡大されることになる。もちろん消火義務の面である程度その拡大は抑制されるであろうが、……消火義務等はかなり広範囲に及ぶものであり、……上述のような防火義務を負担する者はすくなくないから、これらの者の火気の不始末を放置する行為が不作為による放火の罪に問われる可能性は、もしも故意として未必の故意で足るとするならば際限なく拡張されるおそれがある」と指摘したうえで、「行為者に、既発の火力を利用する意思をもって放置したという結果発生に対する強い積極的態度があってはじめて、これを作為により点火したものと同視し得るだけの強度の違法性が根拠づけられる」¹⁹¹

190) 最判昭和33年9月9日刑集12巻13号2882頁において、「既発の火力により右建物が焼燬せられるべきことを認容する意思」（未必の故意）による放火罪の成立が肯定され、その後の裁判例もほとんどこれに従うものと解されている。そのため、いまでは、実務上も、「判例理論の特徴の1つをなしていた利用意志は姿を消したと言える」（日高・前掲注（183）104頁）との評価が妥当と思われる。

ただし、この利用意思について、日高・前掲注（186）113頁は、放火罪の故意そのものではなく、犯罪の動機であり、こうした一定の動機が要求されていたとみる（平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）156頁以下も参照）。また、中山研一ほか『レヴィジョン刑法3 構成要件・違法・責任』（成文堂、2009年）96頁以下〔浅田和茂発言〕は、「『既発の火力を利用する意思』というのは、必ずしも意思の問題ではなくて、客観的に判断することもできます。むしろ、『火を点けた』と言えるかどうかという客観的なものを、別の言い方になっていると思った方がいいかも知れません。」「単に積極的な意思が必要だと言っているのではなくて、行為の状況がそういう不作為による放火を認めるべき状況にあるということ、言っているのかもしれない。」とする。

なお、判例において、こうした主観的要件への着目は、不作為による殺人罪の事案にはみられない点が指摘されている（伊東研祐『刑法講義総論』（日本評論社、2010年）97頁など）。

191) 藤木英雄「不作為による放火罪について」『可罰的違法性の理論』（有信堂、1967年）274頁以下。

なお、わが国における立法論においても、改正刑法準備草案第11条1項（不作為による作為犯）は、「罪

としている¹⁹²⁾。この見解は、不真正不作為犯と作為犯との(広義の)同価値性が認められるためには、法的作為義務を有する者が未必の故意によって犯罪を遂行しただけでは足りず、利用意思あるいは確定的故意が必要であるとする見解であり、いわば不真正不作為犯の故意の内容を厳格化することによって構成要件的同価値性の問題を解決しようとするものと評することができる¹⁹³⁾。

となるべき事実の発生を防止する法律上の義務のある者が、その発生を防止することができたにかかわらず、ことさらにこれを防止しなかったときは、作為によつてその事実を発生させたものと同じである」(圏点は、引用者による)と規定しているが、刑法改正準備会『改正刑法準備草案 附同理由書』(1961年) 104頁は、「ことさらに」とは「既発の危険性を利用する積極的な意思の存在を必要とする趣旨であり、未必の故意があるだけでは足りない」としている。

もっとも、改正刑法草案第12条(不作為による作為犯)は「ことさらに」という同じ文言を用いているが、法制審議会刑事法特別部会編『改正刑法草案 附説明書』(1972年) 103頁以下によると、これは「事実を発生させることに對して単なる可能性の認識以上の積極的な態度をとることであるが、結果を発生させることを意図して既発の危険を利用する場合のほか……、結果発生の高度の蓋然性があるにもかかわらずその発生を認容する場合をも含む」趣旨だとしている。法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』(大蔵省印刷局, 1975年) 45頁以下も参照。

さらに、中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』(成文堂, 1997年) 75頁以下は、不作為が作為と同価値にみられるためには、作為義務違反のほか、その結果発生を希望する心理的要素(目的)も、その不作為に積極性・能動性を付与するものとして考慮されてよいと指摘し、「2つ以上の作為義務が競合し、あるいは前述の心理的要素が存在した場合などにそれらを総合して等価値性の認められる例が多いことに留意する必要がある」とする。吉川経夫『三訂刑法総論〔補訂版〕』(法律文化社, 1996年) 100頁および注8も参照。

192) かつて神山敏雄「不真正不作為犯論の批判的考察(3)」沖大論叢6巻2号(1966年) 45頁、主として52頁以下も、「作為にあつては、積極的であれ、消極的であれ、構成要件の結果の発生を認容し、敢えて危険なる行為に出るところに、法に敵対する犯罪意思力として結果発生に對して原因的である。不作為にあつては、結果発生の原因を自ら作出することはなく、既発の危険な自然の因果の流れを利用することによって結果を実現する。そこでは、自然に意思力の強さが重要となってくる。」(55頁)等の理由を提示し、不真正不作為犯から未必の故意の場合を除外する旨を主張していた。

193) 日高・前掲注(183) 134頁以下参照。

なお、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(創文社, 1990年) 150頁以下は、「利用する意思」という特殊の主観的要件を要求する学説として紹介されることがある(吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(成文堂, 2010年) 110頁注256など)。その一方で、団藤博士の見解は「利用意思までは要求していない」(西田典之ほか編『刑法判例百選Ⅰ 総論〔第6版〕』(有斐閣, 2008年) 13頁〔岩間康夫〕と、一見すると真逆の評価をも与えられているようにも見える。

この点、確かに団藤博士は、同151頁で「一般的にいえば、不作為によって故意の作為犯が成立するためには、作為による場合とちがって、行為者に構成要件の事実の発生に向けられたところの、とくに積極的人格態度が当の不作為の裏づけになっていなければならない」としており、作為犯とは違う主観面を要求するかの記述にみえる。だが、団藤博士は、その判断は究極的には個々の具体的事案について判断されなければならないとして、さしあたりの類型化を試みているのである。そして、放火罪の判例を例に、第1の類型として前述の大審院昭和13年3月11日判決のように「既発の危険を利用する意思」

また、同じく、不作為の特殊性を考慮し不真正不作為犯成立の不当な拡大を阻止するため、意思内容に対して特別な絞りをかける点を妥当としつつも、「不真正不作為犯における行為者の主観的態度については、危険の大小、作為義務の内容、作為の可能性の難易などを総合的に考慮し、構成要件上の結果を発生し得る危険な具体的状況のもとで、いかなる程度の意思の強さが客観的に必要であるかということ個別的に判断しなければならない」、「危険が切迫している具体的状況のもとで法益侵害の結果阻止のために作為義務の履行を要求し積極的行為を期待することは当然であるから、その都度、期待された積極的行為を客観的・具体的状況に即応させて判断し、意思内容の強さを確定すべきである」、「具体的・個別的状況に即応させて故意を判断すべきであり、不作為における故意内容は『利用意思』でなければならないと断定すべきではない¹⁹⁴⁾」といった見解も主張されている。論者によると、具体的には、前述の大審院大正7年12月18日判決の事案は、犯跡隠ぺいのための積極的な「利用する意思」と、燃え上がったことを現認していることを通じて認められる「高度の蓋然性の認識」とを総合して放火の故意と同視し得る積極的意思を認めたものと解され、同じく前述の大審院昭和13年3月11日判決の事案は、保険金騙取という積極的目的のために危険な状態を「利用する意思」を結果発生 of 積極的な「意欲」と判断したと解されることになる¹⁹⁵⁾。

なお、学説上のこうした主張は、不作為による放火罪だけを射程としているわけではないようである。不作為による殺人罪についても、死の危険が存在する人を放置することと人を殺すことを同一視する場合があるとすれば、それは「死の危険を認識しただけでなく、敢えてその状態を利用してその人を死亡せしめようという意思が加わることが必要だとすることには十分の理由がある¹⁹⁶⁾」とされている¹⁹⁷⁾。

これらの見解は、不作為も作為義務に反する場合には違法ではあるが、それは結果惹起性を有する作為のそれと比較すると弱いといわざるを得ないとの認識を前提とし、その客観面のマイナス α を主観面のプラス α で補おうという基本的発想にでるものと評される¹⁹⁸⁾。

を有する事案を挙げる一方で、第2の類型として建物が焼損することを「認容」しながら「あえて」消火せずに立ち去ったという程度の積極性で足りる場合として最高裁昭和33年9月9日判決(本稿注(190)も参照)を挙げ、これをも肯定的に評している。(そして両者は「一貫性を欠くのではなく、事案の差異によるものというべき」とする。上述の大審院判例の趣旨が「本判決の趣旨と相容れないものではない」とする最高裁昭和33年9月9日判決も参照。)

こうした団藤博士のいわば一般論と類型化に関する記述が、特別な主観的要件を要求する見解という評価にも、主観的要件の「最低限」に着目すれば利用意思までは要求していない見解という評価にもつながっていると思われる。

194) 莊子邦雄『刑法総論〔第3版〕』(青林書院, 1996年) 169頁以下。

195) 莊子・前掲注(194) 169頁。

196) 藤木英雄「ひき逃げと不作為犯」警研33巻9号(1962年) 16頁。

197) 同様に、不作為による殺人罪も視野に入れるものとして、小野慶二「不作為による作為犯」法時32巻8号(1960年) 84頁、莊子・前掲注(194) 170頁以下注2も参照。

198) 野村稔編『現代法講義 刑法総論〔改訂版〕』(青林書院, 1997年) 329頁〔酒井安行〕。

この見解に対しては、論者の主張する主観的な要件は、不真正不作為犯の成立を限定する役割を果たすように見えるが、客観的な要件がないがしろにされて、むしろ処罰範囲を拡張するおそれがあるとの批判が強い¹⁹⁹⁾。また、処罰範囲の面ではむしろ逆方向であるが、利用意思を要求することで過失犯には不作為犯を一切認めることができなくなるおそれも指摘されているところである²⁰⁰⁾。

こうした具体的帰結に対する批判を別にしても、この見解が不真正不作為犯においてのみ未必の故意を排除するものだとなれば、その正当性をどのように根拠づけるのかが問われてきた²⁰¹⁾。これに対しては、主観面（故意の側面）において高度な違法性を要求することで、客観面における違法性の不足を補い、総体として可罰的な違法性のレベルに達することになるという理由づけが一応の回答になっているのかもしれない。しかし、不真正不作為犯の成立を認めるために主観的な要素を厳格に解したところで、そのことによって、この見解が目指すように客観面のマイナスを埋められるわけではないのではないかという疑問が向けられる²⁰²⁾。故意を違法要素と解する点の検討を措くとしても、確かに故意という主観面が客観面を補い得るものと考えてよいには疑問が残らざるを得ない（あくまで客観面と主観面のそれぞれにおいて要求されている最低限を充たす必要があるのではないかと思われる）のである。

199) 平野・前掲注(190) 157頁, 中山研一『刑法総論』(成文堂, 1982年) 254頁, 西原春夫ほか編『判例刑法研究第7巻』(有斐閣, 1983年) 207頁 [筑間正泰], 堀内捷三『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣, 2004年) 63頁, 山口厚『刑法総論〔第2版〕』(有斐閣, 2007年) 86頁, 曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(弘文堂, 2008年) 206頁, 前田雅英『刑法総論講義〔第5版〕』(東京大学出版会, 2011年) 138頁など。なお、主観的要素を重視することに解釈の安定性という見地から懸念を示すものとして、奈良俊夫『概説刑法総論〔第3版〕』(芦書房, 1998年) 113頁以下, 認定の恣意性・不明確性を指摘するものとして、金炯晩「不真正不作為犯の問題性について」明治大学大学院紀要28集(1991年) 135頁, 生田勝義『行為原理と刑事違法論』(信山社, 2002年) 134頁などがある。

200) 町野朔『刑法総論講義案I〔第2版〕』(信山社出版, 1995年) 131頁。

201) 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) 86頁など参照。

202) 福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』(有斐閣, 2011年) 95頁以下の注9, 日高・前掲注(183) 137頁参照。