

不作為犯における作為義務論の問題点

蔡 芸 琦

1. はじめに

通常作為により実現されることの多い構成要件を不作為により実現した者¹は、不真正不作為犯と呼ばれる²。不真正不作為犯という犯罪形態が認められる理由は、作為犯だけを処罰することは、法益保護という目的の達成にとっては不十分だと思われるからである³。したがって、不真正不作為犯として評価されるのは、当然、法益侵害結果の実現を阻止できる者でなければならない。

とはいえ、法益侵害結果の実現を阻止する能力を有するにもかかわらず、

¹ 大塚仁ほか編『新実例刑法（総論）』（青林書院・2001）42頁〔村瀬均〕を参照。山口厚『刑法総論〔第3版〕』（有斐閣・2016）74頁も同旨。ちなみに、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）109頁は、「フランスでは……解釈論上、不作為に対する作為犯規定の適用は一般的に否定されている。従って、当罰的な不作為については、立法によって対処するのが基本になる」と指摘している。

² 「作為の形式で規定されている構成要件が不作為によって実現される場合」（植松正＝日高義博『新刑法教室 I 総論』59頁（信山社・1999）、木村光江『刑法〔第2版〕』（東京大学出版会・2002）39頁、福田平『全訂刑法総論〔第5版〕』（有斐閣・2011）88頁、浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（成文堂・2007）149頁、あるいは「作為犯が不作為によって犯される場合」（小林充『刑法〔第3版〕』（立花書房・2007）29頁）という形で不真正不作為犯を定義づける見解もあるが、こういった解釈を採用する場合、不真正不作為犯の処罰は、類推適用の禁止に抵触するのではないかが問題となろう。罪刑法定主義違反という批判を回避するためには、不真正不作為犯が実現した構成要件は、作為犯と不作為犯の両者を予定している構成要件であると解する必要があるようにも思われる。また、行為規範の内容から、不真正不作為犯の定義を「不作為によって禁止規範に違反する場合」とする見解として、高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』（成文堂・2016）152頁がある。

³ したがって、不真正不作為犯は「何もしなかった」ことを根拠に処罰されるわけではなく、「法によって期待される一定の作為をしなかった」ことを根拠に処罰されるのである。

それを阻止しなかった全ての者が不真正不作為犯と評価されるわけでもない。たとえ法益がより確実に確保されるといっても、多くの場合、結果実現を阻止できるすべての者を処罰することは国民の自由への過度の制約であると考えられる。このような問題意識から、作為義務を負う者の不作為のみが問責対象となると解される⁴。このように、作為義務にかかわる論争の根底にあるのは、いかにして「法益保護」と「自由保障」の両者のバランスをとるかという難問である。

作為義務の有無は、かつては不作為犯の違法性の問題として論じられていたが、今日の通説は、それを構成要件該当性の問題としている⁵。具体的には、作為義務を負う者は「保障人」と呼ばれ、保障人という身分は、「保障人的地位」として構成要件要素に位置づけられているのである。

作為義務者を特定するための基準に関する学説は「百花繚乱を極め」、軌を一にすることが困難な状況にあると指摘されている⁶。また、作為義務者を特定することは何を意味するのかという点について、従来の学説は必ずしも自覚的でなかったように思われる。そこで、本稿は、まず、作為義務者の特定の基準を論ずることの意味を明らかにする（後述Ⅱ）。次に、学説の対立の背後に隠れている争点を具体化する（後述Ⅲ、Ⅳ）。最後に、争点の解決に導く議論の方向性を提示する（後述Ⅳ）。

Ⅱ. 作為義務者の特定の基準を論ずることの意味

作為義務者の特定の基準を論ずるまえに、そもそも作為義務者の特定の基準を論ずることは何を意味するのかを考える必要がある。

結論から述べると、裁判官が被告人に対して不真正不作為犯の成立を認める判決を下すこと、すなわち、被告人が作為義務を負う者として評価される

⁴ 山口・前掲注(1)76頁を参照。

⁵ 不作為犯の学説史的展開については、福田平『刑法解釈学の主要問題』（有斐閣・1990）31-39頁、日高義博『不真正不作為犯の理論〔第2版〕』（慶應通信・1983）7頁以下、同『刑法総論』（成文堂・2015）143-147頁が詳しい。

⁶ 池田修＝杉田宗久編『新実例刑法〔総論〕』（青林書院・2014）25頁〔小倉哲浩〕。

この理由を言葉にすることは2つのことを意味する。第1に、いわゆる「開かれた構成要件」をより完全なものにすることである。第2に、法益保護を内容とする行動準則を確証することである。

1. 開かれた構成要件の補完

判例によると、通常、ナイフで人を刺すなどの作為により実現される殺人罪（刑法199条）の構成要件は、養育契約を結んで子供を貰い受けたにもかかわらず、子供を養育しなかったという不作為によっても実現される⁷。また、通常、ライターで建造物に火をつけて、それを焼損するなどの作為により実現される非現住建造物放火罪（刑法109条）の構成要件は、養父が闘争の際に投げつけた燃木尻の火が自己所有の建物の庭にある藁に飛散し燃え上がっているのに気付いたにもかかわらず、それを消火しなかったという不作為によっても実現される^{8 9}。

「養育契約を結んだ者」は「子供を養育する」よう期待されているとは刑法199条の条文に明示されていないし、「養父が闘争の際投げつけた燃木尻の火が自己所有の建物の庭にある藁に飛散し燃え上がっているのに気付いた者」に対して「消火する」という期待が向けられていることは、刑法109条には規定されていない¹⁰。したがって、不真正不作為犯の成否が問題となる場合、裁判官は当該事案の事実関係等を精査し、誰に、いかなる内容を有す

⁷ 大判大正4年2月10日刑録21輯90頁。

⁸ 大判大正7年12月18日刑録24輯1558頁。

⁹ （殺人罪などの）作為の形で規定される構成要件は、禁止規範を内容とするものであるため、その構成要件を用いて命令規範違反としての不真正不作為犯を処罰することは罪刑法定主義（類推適用の禁止）に反するという批判（金沢文雄「不真正不作為犯の問題性」佐伯千仞博士還暦祝賀『犯罪と刑罰（上）』（有斐閣・1968）224頁を参照）もあるが、通説は、構成要件の中には禁止規範と命令規範が同時に含まれていると解することもできるため、文言の日常的意味の中で不作為形態が含まれる場合に限って不真正不作為犯の成立を認めるのであれば、類推適用の禁止に抵触する問題は生じないとする。この点について、勝亦藤彦「不作為犯」曾根威彦ほか編『重点課題刑法総論』（成文堂・2008）41頁、松原芳博『刑法総論〔第2版〕』（日本評論社・2016）91頁、佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣・2013）82頁を参照。

る作為義務を負わせるのか（あるいは、負わせないのか）を判断しなければならない。これが、不真正不作為犯の構成要件が「開かれた構成要件（裁判官による補充・定立が予定されている構成要件）」と称される所以である¹¹。

開かれた構成要件の承認が罪刑法定主義に反しないと評価される理由は、不真正不作為犯が充足する構成要件は「事物の本性からどうしても完全にかつ明確に法規化することができない」ものであるからである¹²。すなわち、あらかじめ条文で記述することが不可能であっても、違法と評価すべき行為類型もあると思われるからである¹³。

もちろん、裁判官による構成要件の補充・定立が予定されているため、国民が事前に処罰範囲を完全なものとして予測することができない。不真正不作為犯の場合は作為犯の場合と比べ、「明確性の原則との調和を図る必要」性がより高いことは確かである¹⁴。だからこそ、不真正不作為犯に関する判例理論が確立するのをただ待つことは許されない。裁判官が構成要件を補充する際に思考の指針となるものを明確にする責務を、学説が負わなければならないのである¹⁵。

¹⁰ これに対して、作為義務を負う主体を明示し、かつ、当該主体に期待する作為の態様を規定している条文もある。例えば、刑法107条によると、「暴行又は脅迫をするため集合し、かつ権限のある公務員から解散の命令を3回以上受けたにもかかわらず、解散しなかった者」に対しては、「解散する」ことが期待されている。刑法130条後段によると、「要求を受けたにもかかわらず、人の住居若しくは人の看守する邸宅、建造物若しくは艦船から退去しなかった者」に対しては、「これらの場所から退去する」ことが期待されている。このように、構成要件要素として条文に規定されている作為をしなかったことにより処罰される場合は、「真正不作為犯」という。

¹¹ 福田平＝大塚仁「対談・最近の重要判例に見る刑法理論上の諸問題（5・下）」現代刑事法6巻9号（2004）10頁を参照。大塚は、「開かれた構成要件の補充・定立は、裁判官に託された立法行為ともいえるべき重要性を担うもの」であると述べている。

¹² 日高・前掲注(5)『理論』166頁以下を参照。

¹³ 福田・前掲注(5)49頁は、過失犯の構成要件も開かれた構成要件であることを指摘する。

¹⁴ 日高・前掲注(5)『総論』131頁を参照。

2. 法益保護を内容とする行動準則の確証

不真正不作為犯という犯罪形態が認められるのは、不真正不作為犯の処罰を通じて、法益がより徹底的に保護されると思われるからである、という点について異論はない。しかし、いかなる意味において、法によって期待される行為をしなかった者を処罰することは、法益保護目的の達成にとって役に立つといえるのだろうか。

例えば、裁判官が「幼児に飲食物を与えずに餓死させた親は不作為犯として処罰される」ことを宣告するによって、「当該状況においては、親は幼児に飲食物を与えるべきである」という行動準則が法によって確証される。人間の社会における活動は、法により確証された行動準則を前提に展開されるため、子供を持つ親が行うべき行動の宣告を通じて、潜在的な被害者である幼児の生命を守ることができると考えられる（積極的一般予防）¹⁶。不真正不作為犯の処罰により法益が保護されることは、主として同種の事件の再発を防止できることを意味すると解すべきであろう¹⁷。刑法規範は、裁判規範と行為規範という2つの側面があり、そして、行為規範の具体化こそ、作為義務者の特定の基準を論ずることの本質であると考えられる¹⁸。

行為規範の具体化作業として、作為義務の「内容の特定」、及び、作為義

¹⁵ 堀内捷三『不作為犯論』（青林書院新社・1978）239頁は、「不真正不作為犯の可罰性を維持するかぎり、その不明確性を最小限にまで減少させる努力を続けることが作為義務論のもつ課題である」と指摘する。

¹⁶ 仲道祐樹「過失競合における主体の問題」『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社・2014）213頁を参照。仲道は、行動準則の存在の確証の観点から過失犯の行為主体を特定する。

¹⁷ 行為規範について、高橋則夫『規範論と刑法解釈論』（成文堂・2007）7頁以下、山中敬一「犯罪論体系における行為規範と制裁規範」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集』（成文堂・2017）41頁以下を参照。これに対して、違法は「裁判官による評価規範該当性の判断に尽きる」と解する見解もある。杉本一敏「過失の2つの問い方——『危険の現実化』か『原因において自由な行為』か」『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』（日本評論社・2014）10頁を参照。

¹⁸ 高橋・前掲注(2)157頁は、「作為義務の発生根拠の問題は、……行為規範の探求の問題に他ならない」と述べる。

務を負う「主体の特定」の双方を行う必要がある。作為義務の内容の特定基準を論ずる見解は多くない¹⁹が、「処罰されないためには、誰が、どのような行為をしなければならないのか」を人々が一定程度観念できる場合にはじめて、人々の自由は実質的に保障されているといえるため²⁰、作為義務の内容の特定基準に関する理論のさらなる深化が求められている²¹。

他方、作為義務を負う主体の特定基準について多くの見解が主張されているが、後述のように、議論がかみ合わないことも見受けられる。

Ⅲ. 作為義務を負う主体の特定基準に関する学説の対立

作為義務を負う主体を特定する基準に関する諸見解は、主観説、多元説、および限定説という3つに分類されている²²。このうち、既発の状態を利用しようとする行為者の意思や、行為者が意図的に放置したことを要求する主観説²³は、行為者の悪しき意図を根拠に作為義務を認めるものであるから適切ではない、あるいは作為犯と同じ条文により処罰される不真正不作為犯について、このような特別の主観的要件を要求しうる根拠はないなどの批判が向けられ、今日、支持者を失っている²⁴。他方、多元説と限定説は対立しているようにみえるが、両説には共通点もある。それは、作為義務者の特定基準を論ずる際に、作為との「同価値性」を思考の指針とすることである。

¹⁹ 鎮目征樹「不真正不作為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)4頁を参照。

²⁰ 大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』(成文堂・2015)128頁を参照。

²¹ 近時、比例原則に基づいて作為義務の内容を確定する可能性を示唆し、注目に値する見解として、樋口亮介「注意義務の内容確定基準」『山口厚先生献呈論文集』(成文堂・2014)195頁以下。

²² 山口・前掲注(1)87頁以下、藤井敏明・最高裁判所判例解説刑事篇平成17年度195頁以下、田中康郎監修『刑事実体法演習』(立花書房・2015)31頁以下〔中村光一〕を参照。

²³ 藤木英雄『可罰的違法性の理論』(有信堂・1967)274頁以下、同『刑法講義総論』(弘文堂・1975)134頁以下、同『新版刑法』(弘文堂・1995)48頁以下を参照。

²⁴ 大谷・前掲注(20)141頁、中村・前掲注(22)31頁を参照。

1. 「多元説」について

福田平は、「作為義務（保障者的地位）の有無は、特定の構成要件の作為による実現と当該不作為とが、構成要件的に同価値であるかどうかの観点から検討されるべき」²⁵ということから出発し、作為義務の根拠となりうるのは①法令²⁶、②契約・事務管理、③慣習・条理（先行行為、所有者・管理者としての地位、取引上の信義誠実の原則、危険共同体ないし生活共同体）であるとした上で、「当該不作為者が保障者的地位にあるということは、当該不作為が作為による実行行為と構成要件的に同価値であることをみとめるためのものであるから、この保障者的地位は、特定の構成要件との関連において具体的事情を考慮して論定されるべき〔傍点引用者〕」²⁷としている。

そして、構成要件的に同価値とはいえないため、結論的に作為義務が否定される例として、④軽犯罪法1条8号という「法令」に違反し消火活動に参加しなかった者に、なお不作為による放火罪の成立を肯定できないこと、及び、⑤たとえ自動車運転者の（過失により人をひき重傷を負わせたという）「先行行為」を肯定できたとしても、被害者を事故現場に置き去りした行為を、作為による殺人行為と同等に評価できないことが挙げられている²⁸。福田の見解において、同価値といえるかどうかを判断するための基準が詳細に論じられていないが、保護義務ないし看護義務の判断にあたって、事実上の引き受け行為の有無が重要な意味を有することが指摘されている²⁹。

このように、多元説は、「法令、契約・事務管理、慣習・条理に基づく義務」を、作為義務を肯定するための必要条件とした上で、別途、「その義務を負う者の不作為が作為と同視できるか」という判断を行うことを通じて、作為義務者を特定しようとする見解であると理解できる³⁰。

²⁵ 福田・前掲注(11)18頁。

²⁶ 夫婦間の扶養義務を規定する民法752条と、親権者の子に対する監護義務を規定する民法820条が挙げられている。

²⁷ 福田・前掲注(2)93頁。

²⁸ 福田・前掲注(2)93-94頁を参照。

²⁹ 福田・前掲注(2)92頁を参照。

2. 「限定説」について³¹

これに対して、限定説は、保障人の範囲を画定するための一元的な基準を示そうとする見解であり、作為義務は、不作為が作為による構成要件の実現と同視できるかという観点から導き出された基準によって、実質的に判断すべきであると説くものである³²。限定説に属するものとして、①行為者による危険創出および排他的支配を要求する見解³³、②行為者が危険源または法益に対する排他的支配を自ら設定したことを要求する見解³⁴、③結果原因の支配および自由制約の正当化要素（危険創出行為、保護の意識的な引受け、一定の社会的関係など）を要求する見解³⁵などがある³⁶。

一元的な基準を構築しようとするこれらの論者は、(1)刑法以外の法令上の

³⁰ ①法令の規定、②契約・事務管理、③慣習・条理（監護者・管理者・売主の地位、先行行為の法的根拠となりうる事項とした上で、具体的な事態に応じて、信義誠実の原則ないし公序良俗に従って、作為義務の有無を最終的に判断する必要があるとする大塚仁の見解（大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（有斐閣・2008）153頁以下）も、多元説の1つであると思われる。同じく多元説に属する見解として、内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣・1983）230頁以下、曾根威彦『刑法原論』（成文堂・2016）453頁以下がある。また、塩見淳『刑法の道しるべ』（有斐閣・2015）30頁以下を参照。

³¹ 「構成要件の等価値性」判断の重要な指標として、「故意または過失の先行行為」を要求する日高義博の見解（日高・前掲注(5)『理論』154頁以下）は、限定説の1つとして紹介されることが多い。しかしながら、日高は作為義務の根拠を法令、契約、事務管理、条理に求めているため、むしろ多元説の1つとして分類すべきであろう。また、法益侵害結果の不発生と行為者との依存関係の下位基準として、「事実上の引受行為」を要求する堀内捷三の見解（堀内・前掲注(15)253頁以下）は、同価値性の観点を援用せず、謙抑主義に基づいた政策的判断を行うものである。

³² 村瀬・前掲注(1)43-46頁を参照。

³³ 佐伯・前掲注(9)89頁以下を参照。

³⁴ 林幹人『刑法総論〔第2版〕』（東京大学出版会・2008）158頁を参照。

³⁵ 橋爪隆「不作為犯の成立要件について」法学教室421号（2015）94頁を参照。

³⁶ 橋爪の見解は、①行為者が自己の意思に基づいて因果経過に対する排他的支配関係を作出したこと、ないし②支配領域性という、2つの根拠から作為義務を導き出している西田の見解（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・1998）89頁以下を参照）の影響を受けたものであると推測できる。学説の紹介について、齊藤彰子「作為正犯者の犯罪行為を阻止しなかった者の刑責」名古屋大学法政論集249号（2013）235頁を参照。

義務から直ちに刑法上の義務を導き出すことはできないこと、(2)契約の不履行は民事上の責任を発生させるだけであるため、契約は直ちに作為義務を基礎づけるものではないこと、(3)慣習・条理を根拠に保障人的地位を肯定することは、道徳上の義務を直ちに刑法上の義務にする恐れがあることなどを理由に、多元説を批判している³⁷。

しかしながら、前述のとおり、多元説は法令、契約に基づく義務から直ちに刑法上の作為義務を導き出す見解ではなく、慣習・条理を根拠に作為義務を直ちに認める見解でもない。作為義務を認めるためには、行為者の不作為が、作為による実行行為と構成要件的に同視できるかを実質的に考慮しなければならないことは、多元説と限定説のいずれも認めているのであって、多元説は単にその判断を行う前に、別途、「法令、契約・事務管理、慣習・条理（以下、「法令、契約等」とする）に基づく義務」を要求し、さらなる限定を付しているにすぎないのである³⁸。そうであれば、両説の真の対立点となるのは、「作為義務を認める前提として、法令、契約等に基づく義務を要求する必要はあるのか」ということであると考えられる。

「多元説」と「限定説」という名称からは、両説の差異は、「作為義務者を特定するための基準を1つに限定することの要否」という点にしかないようにも見えるが、前述の通り、両説は「法令、契約等に基づく義務の要否」という点をめぐっても対立している。「作為義務者を特定するための基準を1つに限定することの要否」も、「法令、契約等に基づく法的義務の要否」も、それぞれ独立に論じられるべき問題であるため³⁹、作為義務者の特定という目標を達成するためには、「多元説か限定説か」という対立軸の背後にある、各見解の間にある争点を可能な限り具体化する必要があると考えられる。

³⁷ 佐伯・前掲注(9)83頁、橋爪・前掲注(35)86頁、林・前掲注(34)154頁を参照。

³⁸ 福田平＝大塚仁『対談刑法総論（上）』（有斐閣・1986）133頁以下を参照。

IV. 隠れている争点の解決に向けて

作為義務を負う主体を特定するための適切な基準を見出すためには、以下のことを検討する必要性が特に高いと考えられる。

1. 慣習・条理に基づく義務の考慮の可否

まず、慣習・条理に基づく義務の有無を考慮することは、刑法理論的に正当化できるのかを考える必要がある。

この点について、法と倫理を混同すべきではないことから、作為義務者の特定の基準を論ずる際には社会倫理・道徳的な考慮を一切排除すべきだとする見解も主張されている⁴⁰。その見解の背後には、慣習・条理に基づく義務の考慮は理論上正当化できないという理解があると思われる。

問題の本質は、刑法とモラルの関係をどのように捉えるべきか、という点にある。法益保護機能の制約原理である謙抑主義のもとで、刑法は断片性という性質を帯びるものである。社会倫理・道徳に反しない行為を処罰の対象から排除すべきであり、その限度で社会倫理・道徳的な考慮はなされるべきである（消極的モラリズム）⁴¹。法と道徳は区別される（混同されるべきではない）が⁴²、刑法の人権保障機能を果たせるためには、社会倫理・道徳を

³⁹ 学説上、法令、契約等に基づく義務を要求しつつ作為義務の発生根拠を1つに限定しない見解（曾根・前掲注(30)446頁以下）、法令、契約等に基づく義務を要求せず作為義務の発生根拠を1つに限定する見解（鳥田聡一郎「不作為犯」法学教室263号（2002）117頁以下、小林憲太郎「不作為による関与」判例時報2249号（2015）4頁）、法令、契約等に基づく義務を要求せず作為義務の発生根拠を1つに限定しない見解（西田・前掲注(36)89頁以下）は現に主張されている。

⁴⁰ 例えば、鎮目征樹「刑事製造物における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要8号（1999）354頁は、作為義務者の特定は、「刑法の目的とは無関係な社会倫理・道徳的な考慮を排除した選別でなければならない」と主張する。

⁴¹ 曾根・前掲注(30)19頁を参照。

⁴² 金沢文雄『刑法とモラル』（一粒社・1984）36頁以下は、「法と道徳は区別されるが、分離されないという見解が正しい」とし、「道徳という広い円の中に、法という独自の狭い円が包含されているという形で表わされるのが妥当」と説く。

考慮に入れながら、法（規範）を形成する必要もある。したがって、不真正不作為犯の行為規範を具体化する際にも、社会倫理・道徳的な考慮を完全に排除すべきではなく、条理・慣習に基づく義務の有無を考慮する必要もあると考える。これも、条理の1つとされている「信義誠実の原則」が詐欺罪における告知義務を論ずる判例においてしばしば援用される理由であるように思われる⁴³。

2. 判断枠組の選択

次に、作為義務の有無は、「特定の要件が満たされているか」という形で判断すべきか、それとも、「複数の事情を考慮した上で、実質的综合判断を行う」という形で判断せざるを得ないか、という問題を検討する必要もある。

林幹人は、「作為義務の発生根拠についての基準は、一元的なものであるべき〔であって、〕……学説上は、いくつかの要素を多元的・総合的に考慮しようとするものがある〔が〕……いわゆる多元説・総合説は、基準として明確性を欠いており、罪責の判断を恣意的にしてしまうおそれがある」⁴⁴とし、作為義務を肯定するための要件を構築すべきである主張している。

これに対して、「現時点において、判断の明確性と様々な事案を想定しての妥当な結論の帰結とを両立させ得る基準が定立されているとは言い難い」ことに鑑み、「学説が指摘する種々の観点を踏まえつつ個別の事案ごとの判断を積み重ねていく」⁴⁵方向性を支持し、様々な事情を総合的に考慮した上で作為義務を判断する見解も主張されている^{46 47}。例えば、村瀬均は、「作為犯の実行行為と同視できる程度の不作為に限って実行行為性を認めることができる」⁴⁸ということから出発し、「不作為が問題とされる時点における

⁴³ 大判大正13年11月28日新聞2382号16頁，大判大正13年3月18日集3巻230頁，大判昭和4年3月7日集8巻107頁を参照。

⁴⁴ 林・前掲注(34)154頁。

⁴⁵ 小倉・前掲注(6)25頁。

諸般の事情を実質的に総合考慮して法的な作為義務の有無を確定するのが相当である」としている。具体的には、「①法令や契約等に基づく、行為者と被害者の関係のほか、②既に発生している危険にどの程度関与し、その危険を除去し得る地位にあるのか（危険の引き受け行為をしたような場合）、③結果発生危険にどの程度の原因を与えたのか（先行行為が問題となる場合）、④他に結果防止可能な者がどれだけ存在し、その者が被害法益とそれぞれどのような関係にあるのか（排他的支配の有無・程度。……）などの事情を考慮し、さらに、⑤結果防止のための一定の作為がなければ結果が現実には発生するという切迫した危険のあること（作為と同程度の結果惹起の可能性があること）、⑥期待された作為によって結果の防止がほとんど確実に可能であること、⑦結果発生防止のための作為が一般人にも容易であることな

⁴⁶ 「不真正不作為犯の実行行為性が認められるためには、その不作為、すなわち法的作為義務違反が作為犯の実行行為と同視できる程度の強度な違法性を有することが必要ですから、法令、契約といった形式的根拠だけでなく、当該作為義務の内容・強弱、作為の容易性等を総合考慮し、当該作為義務違反が作為による実行行為と構成要件的に同価値といえるかを具体的に判断することが必要です」という見解（植村立郎監修『設題解説刑法（二）』（法曹会・2014）373頁以下を参照）も、実質的综合判断枠組を支持するものとして理解できる。また、東條伸一郎＝山本和昭編『刑事新判例解説（2）』（信山社出版株式会社・1992）111頁〔戸田信久〕も、「法的作為義務の存否の判断要素としては①先行行為の存在、②行為者と被害者との関係、③引き受け、④支配領域性などを総合的に考慮することが必要である」とする。さらに、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）65頁も、「『作為との同価値性』について、そもそも具体的な基準を提示しえない以上、実質的な総合判断で満足する以外にはないと思われる」とし、先行行為や引受などの事実を考慮要素として総合判断を行うべきであると説く。

⁴⁷ 実質的判断枠組を用いて保護責任の有無を判断する見解として、原田國男・最高裁判所判例解説刑事編昭和63年度7頁以下（①保護の継続性、②保護の引き受け、③先行行為、④保護者としての独占的地位を考慮要素とする）、鈴木義男「保護責任者遺棄罪における保護責任の根拠」研修306号（1973）86頁以下（①永続的な関係のあること、②被告人が被害者の保護を事実上開始したこと、③被害者が保護を要するような状態に陥ったことについて被告人が何らかの方法で関与していること（先行行為）、④保護の緊急性を考慮要素とする）がある。

⁴⁸ 村瀬・前掲注(1)43頁。

どの事情」を考慮すべきだと述べている⁴⁹。

この問題に関して、結局のところ、「処罰範囲の明確性の確保」と「結論の妥当性」とのバランスがより良くとれているのはどのような見解かを検討する必要があると思われる。その検討を行う際には、以下の2点に留意する必要があるだろう。第1に、一元的な基準を立てることにより処罰範囲が「より明確になる」とは必ずしもいえないことである⁵⁰。第2に、実質的な総合判断を行う見解の考慮要素について、作為義務を負う主体の特定にかかわる要素と、作為義務の内容の特定にかかわる要素の両方が混在しているように思われる。したがって、総合判断枠組をとることにしても、理論的には、主体の特定と内容の特定という2つの観点から、判断構造をより明確にする必要があるだろう。

3. 各犯罪構成要件に共通する基準の定立可能性

各犯罪構成要件に共通する、作為義務者の特定の基準を定立することは可能かという点について、学説上、見解が分かれている。具体的には、殺人罪の成否が問題となる際に作為義務を負う主体を判断する基準と、放火罪の成否が問題となる際におけるそれは同じものか、それとも違うものかという問題である。

前述の通り、福田は「特定の構成要件との関連において具体的事情を考慮し」、作為義務の有無を判断すべきであるとし、前田雅英も、作為義務の有無を判断する際には、「各犯罪類型ごとに、作為義務の限界を確認しなければならぬ〔傍点引用者〕」⁵¹としている。これに対して、限定説と分類されている諸見解は、全ての犯罪構成要件に共通する基準の解明を目標として

⁴⁹ 村瀬・前掲(1)44頁を参照。高橋・前掲注(2)157頁も同様な立場を採っている。

⁵⁰ 大塚・前掲注(38)121頁は、事実上の引き受け行為を用いて全ての作為義務を説明しようとする場合には、作為義務の範囲を却って広げすぎる嫌いがあると指摘している。また、危険創出を作為義務の唯一の根拠とする見解に対しても、自宅での出産すらも危険創出と評価することは危険創出要件の希薄化に等しく、処罰範囲の不当の拡大に至る危険性を孕んでいるとの疑問が向けられている。松原・前掲注(9)97頁を参照。

いる⁵²。

この問題について、「開かれた構成要件を補充・定立し、行為規範を具体化すること」が作為義務者の特定の基準を論ずることの本質であるならば、積極的一般予防による法益保護という目的の達成の観点から、実際、問題となる事案の事実関係に応じて、構成要件ごとに行為規範を補完することが不可欠である⁵³。このように解する場合には、各犯罪構成要件の保護法益の特質から出発し、法益との関連において作為義務者を特定するための指針を具体化する作業が必要となる⁵⁴。

V. おわりに

以上の検討から明らかなように、作為義務の発生根拠について、「多元説」対「限定説」という考え方の対立軸を設定し、これを出発点とする場合には、真の対立点を把握できなくなるばかりでなく、議論に混乱をもたらすおそれがある。

本稿は、作為義務者の特定の基準を論ずることの本質を「開かれた構成要件を補充し、行為規範を具体化すること」と理解し、「多元説」と「限定説」の対立の背後に隠れている課題——すなわち、①慣習・条理に基づく義務の考慮の可否、②判断枠組の選択、③各犯罪構成要件に共通する基準の定立可能性——を指摘し、その解決に導く検討の方向性を提示したものである。構

⁵¹ 前田雅英『刑法総論講義〔第6版〕』（東京大学出版会・2015）97頁。内藤・前掲注（30）233頁も同旨。

⁵² たとえ作為義務の問題を行為者に対する自由制約の正当化の問題として把握することにしても、「作為による構成要件実現と同等に評価できる場合に、自由制約も正当化できる。したがって、全ての犯罪構成要件に共通する基準を見出す必要はない」と解することも可能である。したがって、作為義務が担う機能（自由制約の正当化か、同価値性の担保か）から、直ちに結論が導き出されるわけではないと思われる。

⁵³ 高橋・前掲注（2）157頁も、作為義務の発生根拠の問題は、不作為犯における「行為規範の探求の問題に他ならない」と述べている。

⁵⁴ もっとも、本稿は、不真正不作為犯の行為規範を具体化する際に総論的な考慮を行う必要性を否定するものではない。

成要件ごとに不真正不作為犯の行為規範を具体化していくことが、著者の今後の課題である。

*本稿は、早稲田大学大学院法学研究科に2016年10月に提出した博士学位請求論文の一部に加筆・訂正を加えたものであり、科研費（17K13628）の助成を受けたものでもある。