

不真正不作為犯について

法学研究科社会人講座

三 浦 道 夫

目 次

- 一、はじめに
- 二、不作為の行為性
- 三、不作為の因果関係
- 四、不真正不作為犯の成立要件
 - 1 通説・判例にみる成立要件
 - 2 作為義務発生の根拠と違法性
 - 3 不真正不作為犯における構成要件と違法性の体系的地位
- 五、判例にみる不真正不作為犯
- 六、結語

一、はじめに

刑法典に定められていれ犯罪の大部分は、作為の構成要件をもって規定され、従って、犯罪は積極的な動作、すなわち「作為」でなされるのが原則である。しかしながら刑法各則のうち、不退去罪（刑法一三〇条後段）、不解散罪（刑法一〇七条）、保護責任者が要扶助者の生存に必要な保護をしない罪（刑法二一八条一項後段）のように、明文で一定の不作為の形式で構成要件を規定している場合に、これを真正不作為犯といふ、作為の形式で規定されている場合に、不作為によって実現される場合を不真正不作為犯として両者は区別されている。たとえば、母親が故意に乳を与えずに嬰兒を餓死させたり、池で溺死

しかけている幼児を見て、知らぬ振りをして通過し死に至らしめる場合等がこれにあたる。不真正不作為犯の場合、問題になるのは、構成要件が作為の形式で規定されているので、不作為がその実行行為となり得るか^①どうかということ、その場合作為義務が刑法の各本条に規定されていないので、不真正不作為犯の成立範囲が明確でないという点であり、不真正不作為犯の処罰が罪刑法定主義に抵触するのではないかと疑義を生じる所以もそこにあるといえよう。

いずれにしても、わが国の通説・判例は、今日まで、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に反しないとして、その可罰性を是認してきたのである。

〔注〕

(1) 内藤謙『刑法講義総論(上)』二二三頁。

二、不作為の行為性

作為を「有」とすれば、不作為は「無」ということになる。

このように不作為は、物理的に見れば「無」であっても、法律的には存在するし、またそれ以前に社会的存在でもある。かくして「従来の通説的な不真正不作為犯理論は、作為と不作為とを全く異質のものと解することなく、両者を『行為』の概念に包摂し得ると理解^②」してきており、不作為も社会的存在として

の「行為」に包摂し得ると考えるのである。

刑法学者というよりは法哲学者として有名なラートブルフが、嘗て「不作為は行為ではない」と論じられてより、アルミン・カウフマン、ヴェルツェル等による目的的行為論を基礎にして、不作為を「行為」の概念に包摂しないとする立場をとる説が、ドイツでも主流となり、我国においても平場安治教授により、不作為はどのような意味においても目的的行為とはいえないから、これは過失とともに「不行為」であると主張されたのである^③。

また、一方で、規範論理によると、作為犯は「何々するなかれ」という禁止規範違反であるのに対し、不作為犯は「何々を惹起しないように一定の行為をすべし」という命令規範違反ということになり、この規範の相違は、不真正不作為犯の構成要件を別個に作らざるを得ない論理に導かれることになると思われる。

しかし、藤木英雄博士が指摘されるように、「作為と不作為との間には、基本的に違いがあることは疑いのないことであり、……作為犯として類型化された犯罪について、不作為による被害惹起もまた処罰の対象とされるところとは、法の本来定めた犯罪類型を拡大し、拡張解釈ないしは類推解釈をすることにな」ようにも考えられるが、イエシエックの言葉を借りれば、「不真正不作為犯を認めるのは、慣習法を根拠として許される解釈の『方法』であり、さらに、不真正不作為犯の解

釈は、日常の常識的用語法によれば、作為犯とそれほどはっきりと区別されておらず、従って、作為を典型として予定した犯罪類型の中に、一定範囲の不作為を取り込んだものと理解した方が容易であり、その結果、犯罪遂行態様として不作為であっても、作為と同程度の可罰的違法性を帯びた場合だけに不真正不作為犯を認める考え方も首肯出来るのである。^③

〔注〕

(1) 内藤、前掲二二三頁。

(2) 平場安治『刑法総論講義』四三―四七頁。

(3) 藤木・板倉『刑法案内』八九―九一頁。

三、不作為の因果関係

不作為が「無」であるとするれば、不作為から結果は発生せず、従って不作為と結果の間には因果関係はないことになる。しかし作為犯においては、その作為がなかったならばその結果は発生しなかったであろうという条件関係に対して、不作為犯の因果関係の前提である条件関係は、「想定された作為」がさなれていたらばその結果は発生しなかったであろうという関係が必要である。換言すれば、「作為犯の条件関係は、作為を『除去』して判断し仮定的判断をなすべきではないのに対し、不作為犯の条件関係は、想定された作為を『付加』して判断」^①

することになる。さらにここにいる想定された作為をなし得る可能性のある人は、作為犯の条件関係における作為をする人に比べて多数であり、また特定できない点が特徴といえよう。

〔注〕

(1) 内藤前掲二二七頁。

四、不真正不作為犯の成立要件

1 通説・判例にみる成立要件

従来の通説・判例では、不真正不作為犯の処罰は是認されてきたが、その成立要件は法規上明文化されていないので、その処罰範囲は確定されておらず、これが罪刑法定主義に抵触するや否やの議論を呼ぶことになるのである。しかしながら、通説では客観的成立要件として、法的作為義務（保障義務）と行為の可能性が挙げられてきたが、最近では、作為犯と不真正不作為犯の存在構造上のギャップを埋めるものとしての等価値性の要件が主張されるようになった。^①また主観的成立要件として、判例では「既発の火力（危険）を利用する意志」が取り上げられ、学説では「法に敵対する意志力」（ヘルムート・マイヤー）や不真正不作為犯の故意は未必の故意では足りないという主張があり、作為犯の場合と異なり、特別な主観的要件が果して必要なのかどうか、論争的となっている。これ等の点について

は判例の検討において後述する。

2 作為義務発生の根拠と違法性

作為義務が不作為犯成立のもっとも重要な要件であることは、夙に学説の認めるところである。作為義務は法律上の義務であって道徳上の義務でないことはいうまでもないが、この法律的義務と道徳的義務の限界は、必ずしも論理的に決められるものではなく、社会の相互連帯性の程度に依存すると思われる。では法律上の作為義務はどのような場合に認められるのであろうか。第一に法令に規定のある場合、第二に契約または事務管理による引き受けがあった場合、そして第三に慣習または条理上認められる場合である。この内、第三の場合の限界が問題なのであって、所謂「公共の秩序・善良の風俗」に違反する限界は、道徳的義務と隣接しているといえることができる。他に先行行為による場合、自己の支配領域性の場合等も考えられる。かように作為義務の根拠の限界は明確ではないが、作為義務の存在は、とりもなおさず、その不作為が違法だということであり、その作為義務違反が不作為犯として成立するためには、これが可罰的違法性にまで具体化される必要があるわけである。かように不真正不作為犯の要点は違法性にあり、その違法性は作為義務違反にあると主張されたのが牧野英一博士で、これは違法性説といわれている。

これに対し、団藤重光博士は、「犯罪行為はまず構成要件に該当するものでなければならぬ。小野博士が指摘されたよう

に、不作為犯の問題の要点は、非類型的な違法性にあるのではなくて、まさしく構成要件該当性にある。不作為が実行行為としての定型性を具備するといえるかどうかの問題の中枢をなすのである。」として批判的態度を示されている。

また、近時ナグラーによる保障人説が「法益が侵害されないように法的に保障すべき一定の者を『保障人』と名付け、この保障人の不作為のみが作為による構成要件実現と同価値であり、構成要件に該当する」と主張しているのである。³⁾

3 不真正不作為犯における構成要件と違法性の体系的地位

不真正不作為犯の構成要件は、また「開かれた構成要件」といわれ、これが構成要件本来の機能を果たすためには、一般条項から具体的要素を加味して、閉ざされた構成要件に変える必要があるわけで、団藤博士は、「不作為の構成要件該当性を判断するためには、その帶有する違法性が当の構成要件の予想する程度・態様のものであることをあきらかにすることを要し、その限度において違法性が同時に問題とされなければならない」とされている。このように不作為犯において構成要件該当性を判定するには、作為義務を基にして体系を考える必要が生じるわけである。

以上の諸点から不真正不作為犯における作為義務の存在を認め得るのは、「作為義務は特定の構成要件との関係において、その結果発生を防止するため作為に出ることを義務づけるもの

であるから、その法益の保護が特定の不作為者に事実上とくに委ねられており、かつその作為義務違反による不作為が、構成要件を作為によって実現し、結果を発生させた場合と同視し得るだけの違法の量を示す場合というほかはないであろう」とする内藤謙教授の所論は、妥当な主張と思料される。

〔注〕

- (1) 日高義博「問題提起と自説の展開」植松正他『現代刑法論争Ⅰ』八六頁。
- (2) 中山研一『口述刑法総論』五七・六〇頁。
- (3) 団藤重光『刑法綱要総論』改訂版一三〇頁。
- (4) 内藤、前掲二二八―二二九頁。
- (5) 団藤、前掲一三一頁。
- (6) 内藤、前掲二二三頁。

五、判例にみる不真正不作為犯

敘上のように、不真正不作為犯の主な問題点を概括的に展望してきたが、ここで不真正不作為犯の判例の流れに従って、判例理論の内容と変遷を検討してみたい。

不真正不作為犯は、別に「不作為による作為犯」(Kommissivdelikte durch Unterlassung)と呼ばれ、作為の形式で規定している作為犯の構成要件を不作為によって実現する場合というのが通説であるが、ドイツの通説・判例は、法律上、期待

された一定の行為をしないで、一定の結果を惹起する場合と解しており、(BGHSt. Bd. 2 S. 160, BGHSt. JR 1955, 5104)この立場では、結果犯についてしか不真正不作為犯は成立しないことになる。⁽¹⁾

大審院時代の判例として挙げられるのは、殺人罪、死体遺棄罪、放火罪に関する六例である。

先ず最初の判例は、大正4年2月10日の判決(刑録21・90)で、不作為による殺人罪の罪責を認めたものである。

〔事実関係〕 被告人は、大正3年1月9日、Aより金十七円を添えその庶子B女(大正2・12・25生)を貰い受けた。以来5か月養育したが、その間B女に対して殺害の意志をもって生存に必要な食物もろくろく給与せず、飢餓に陥れた。その結果、B女は、同年5月30日午後7時頃死亡した。⁽²⁾というもので、判旨は次のとおりである。

〔判旨〕 「法律ニ因ルト将契約ニ因ルトヲ間ハス養育ノ義務ヲ負フ者カ殺害意思ヲ以テ故ラニ被養育者ノ生存ニ必要ナル食物ヲ給与セスシテ之ヲ死ニ致シタルトキハ、殺人犯ニシテ刑法第一九九条ニ該当シ、単ニ其義務ニ違背シテ食物ヲ給与セス因テ之ヲ死ニ致シタルトキハ、生存ニ必要ナル保護ヲ為ササルモノニシテ、刑法条二一八条第二一九条ニ該当ス。要ハ殺意ノ有無ニ依リ之ヲ区別スヘキモノトス。原判決ハ、被告ト被害者トノ間ニ養子縁組ヲ認メタルニアラス。被告ハ、契約ニ因リ被害者養育ノ義務ヲ負フモノト認メタルモノニシテ、殺害ノ意思

ヲ以テ故ラニ生存ニ必要ナル食物ヲ給与セス、遂ニ死ニ致シタルモノナレハ、殺人犯ナルコト論ヲ埃タス。」

本判決では、不作為による殺人罪の客観的成立要件を作為義務に求め、その発生根拠として契約による養育義務を挙げた。本事実では、被告人は契約によって養育の義務を負うと共に、養育に関して独占的・支配的地位を占めており、被告人は不作為によって嬰兒が餓死する原因を直接設定したものと判断されたもので、この判決は正当といえる。

また、大正15年10月25日の判決（判例拾遺(一)刑八七、判例体系34・30）も、前例同様、餓死による嬰兒殺人事案であるが、事実関係は、被告人が内縁関係にあったA女の産児を分娩六日後に引き取り、実父としての扶養の義務を負いながら、嬰兒の生存に必要な授乳をせずに死に至らしめたもので、判旨は、被告人の所為を刑法一九九条、殺人の罪に該当するとした。前例同様、作為義務を養育の義務と生命維持について支配的地位にあったこととし、本件の不作為は作為の場合と同等の原因力ありと判断したものである。

次に不作為による死体遺棄の二判例があるが、一つは（刑録23・1302）、作為義務を肯定して不作為による死体遺棄罪を認め、他は（刑集3・285）、作為義務が欠けていることを理由に死体遺棄罪の成立を否定したものである。前者においては、死体遺棄罪（刑法一九〇条）の不作為による遺棄の成立要件の中に葬祭義務が考えられるが、社会の慣習として母親が死児の葬祭を

なす義務があることは当然で、作為義務が肯定出来る以上、死体遺棄罪の成立が認められたのである。後者においては、被告人と被害者との間に親族関係がなく、かつ被告人に何等落ち度がない以上、法的作為義務は法規上も慣習上もなく、死体遺棄罪を構成しないとしたもので、両者とも作為義務の発生根拠を法令および慣習に求めており、後者も前者の理論を踏襲したものと云うことができる。

大審院判例の中で、不作為による殺人や死体遺棄に関する判例では、上記のように法的作為義務が犯罪成否を決める重要な要素と見られていたが、不作為による放火に関する判例においては、法的作為義務に加えて、客観的成立要件として行為の可能性、そして主観的成立要件として「既発の危険（火力）」を利用する意思」が加えられてきたのである。

そこで大正7年12月18日の判例（刑録24・1558）を概観してみよう。

〔事実関係〕 被告人は、養父の隠居により戸主となり、住宅その他の財産を相続したが、養父との間に不和を生じた。ついに争闘の末、むしろ養父を殺害して煩累を除くに如かずと決意し、押切庖丁で養父の頭等に斬り付けて殺害した。その死体の始末を考えていたところ、たまたま養父が格闘の際投げ付けた燃木尻の火が住宅内庭に積んであった藁に飛散して燃え上がったのを認めた。そこで、むしろ住宅と共に死体および証拠物件となるべき物を焼燬して罪跡を掩蔽しようと欲し、容易に消

し止めることができたのにこれを放置し、被告人以外に人の現在しない家屋を焼燬しかつ隣家の物置一棟を類焼するに至らした。

大審院は不作為による放火罪の成立を認めたが、その判旨の該当部分を取り上げれば、次のとおりである。

〔判旨〕 「放火罪ハ故意ニ積極的手段ヲ用ヒテ刑法第一〇八条以下ニ記載スル物件ニ火ヲ放チ之ヲ焼燬スルニ因リ成立スルコト普通ノ事例ナリト虽モ、自己ノ故意行為ニ帰スヘカサル原因ニ由リ既ニ敍上物件ニ発火シタル場合ニ於テ、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。然リ而シテ、敍上物件ノ占有者又ハ所有者カ自己ノ故意行為ニ帰スヘカサル原因ニ因リ其物件ニ発火シ為メニ公共ニ対シ危害ノ發生スル虞アルニ際リ之ヲ防止シ得ルニ拘ハラス故意ニ之ヲ放任シテ顧ミサルカ如キハ、実ニ公ノ秩序ヲ無視スルモノニシテ、秩序ノ維持ヲ以テ任務トスル法律ノ精神ニ抵触スルヤ明ナルカ故ニ、斯ノ如キ場合ニ於テ此等ノ者カ其発火ヲ消止メ以テ公共ノ危険ノ發生ヲ防止スルハ、其法律上ノ義務ニ属スルモノト認ムルヲ正当ナリトス。……………上文説示セル理論ニ照シ、被告ノ所為ハ、法律上ノ義務ニ違背セル故意ノ不作為ニ依リ火ヲ放テ刑法第一〇九条第一項ニ記載スル自己所有ノ建造物ヲ焼燬シ因テ公共ノ危険ヲ

生セシメタルモノニ該当シ、同条第二項ノ罪ヲ構成スルモノト断定セサルヘカラス。」

本判決において、不作為による放火の成立要件として考えられるのは、①法的作為義務②行為の可能性③既発の火力を利用する意志の三点といふことができる。

「法的作為義務の形式的な発生根拠は、『秩序ノ維持ヲ以テ任務トスル法律ノ精神』に求められて」^③おり、その法的作為義務の具体的認定においては、①被告人が物件の占有、所有者であることと②発火の原因を被告人と義父の格闘の際に生じたという先行行為を考慮の前提としているのである。

また従来、学説上認められてきた行為の可能性を「容易ニ之ヲ消止メ得ル地位ニ在ル者」という明文で判例上はじめて肯定した点も特筆される。

さらに、本判決の特徴として挙げられるのは、「既発ノ火力ヲ利用スル意思」として不作為者の主観的側面を考慮することによって、処罰の対象を単なる不作為から積極的態度に限定しようとした点である。^⑤

次にこの判決を理論的に踏襲したものとして、昭和13年3月11日の判決（刑集17・237）があり、同じく不作為による放火の成立要件としての①作為義務、②行為の可能性、③既発の危険の利用を挙げているが、本判決においては、作為義務の発生根拠を法令だけでなく、場合によっては条理に求めていることもあるとみている。確かに作為義務は法律上の義務でなければな

らないが、本判決では「各箇ノ法規上ニ明ニ規定セラレタル義務ニ反スル場合ノミニ限ラス、具体的場合ニ於テ公ノ秩序善良ノ風俗ニ照ラシ社会通念上当然一定ノ措置ニ出テサルヘカラスト認メラルル場合、敢テ其ノ措置ニ出テサルコトモ亦右ニ所謂義務違反ヲ以テ論スヘキモノトス」として牧野学説を引用している点が特筆される。これに対して、「作為義務の範圍が拡張され、道徳上の義務と法的義務との区別がつき難くなる」とする批判もあるが、本事案については、①被告人の所有家屋としての管理責任、②不完全な点火という先行行為としての事情から、法的義務は限定されており、法的作為義務違反は肯定されると考えられる。

最後に、最高裁の判例として不作為による放火罪について、昭和33年9月9日の判決（刑集12・13・2882）が一例として挙げられる。

〔事実関係〕 被告人は、中部電力株式会社中津営業所に集金係として勤務していた。昭和29年12月15日頃、上司から無断欠席や業務渋滞のないよう注意を受けたこともあり、また近く多治見営業所から自己の関係業務につき指導に来る旨予定されていたので、同月20日午後5時頃から未整理帳簿類の整理等をするため営業所事務室で残業をしていた。午後11時頃から同事務室で宿直員Aと共に約六合の酒を飲んだ。やがて、Aは宿直室に就寝したが、被告人は木机の下に原符三七、〇〇〇枚位をつめたボール箱三個の傍に内側ブリキ張り木製火鉢を置き、こ

れに多量の木炭をついで股火鉢をしながら残業を続けた。翌日午前2時頃、先に飲んだ酒のため気分が悪くなり嘔吐感を覚えたので、大量の炭火の起こっていた火鉢をそのままにして事務室を出て工務室へ行き休睡した。午前3時45分頃、炭火の過熱からボール箱内原符に引火し、さらに自席の机に延焼しているのを、ふと仮睡から醒め自席にもどうとうと事務室に入ってきて発見した。しかし、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、放置すれば火勢が拡大して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。そのため、営業所の建物一棟とこれに隣接する現住家屋六棟等を焼燬するに至った。

最高裁は、被告人からの上告を棄却して原判決を維持したが、その判示した理由は次のとおりである。

〔判旨〕 「被告人は自己の過失により右原符、木机等の物件が焼燬されつつあるのを現場において目撃しながら、その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をもってあえて被告人の義務である必要かつ容易な消火措置をとらない不作為により建物についての放火行為をなし、よってこれを焼燬したものであるということができる。」

本判決の放火罪成立要件は、①消火義務、②行為の可能性、③焼燬の認容の三点である。この内、①②は従来の大審院以来の判決と異なるところはないが、③の点が、この判例の特徴といえる。すなわち、既発の火力を利用する意志がなくても、焼燬

の認容があれば、不真正不作為犯の成立を認めた点である。

従来の事案では、いわば偶発的な状況が基礎となっていたが、本事例では自分の重過失が出発点となっている。したがって前例のような客観的状況において違法を認めるためには、相対的に強い積極的態度を要求する必要があり、利用する意志という積極的態度を重要な要素と考えたのに対し、本事例のように自分の重大な過失行為が基礎となっている場合には、それに対応する態度、「認容する態度」で足りるとされたのである。

〔注〕

- (1) 日高義博「不作為犯」西原春夫他編『判例刑法研究』1、九六頁。
- (2) 日高、同右一〇七頁。
- (3) 日高、同右一〇八頁。
- (4) 日高、同右一一二頁。
- (5) 日高、同右一一三頁。
- (6) 日高、同右一一五頁。
- (7) 日高、同右一二七頁。
- (8) 莊子邦雄「不作為による放火」平野・松尾編『刑法判例百選Ⅰ総論(第二版)』三五頁。
- (9) 莊子、同右三五頁。

六、結論

不真正不作為犯の成立について、従来、判例によってその範

囲が決められてきたことは敘上のとおりであるが、その判例成立の基礎には、法規各則の個々の構成要件解釈如何の態度が横たわっていると云えるのではあるまいか。理論的に云えば、法的作為義務と行為の可能性とを基準にするだけでは、不真正不作為の成立範囲を明確に限定することはできないが、判例は不真正不作為犯の成立を不当に拡張してきたわけではなく、むしろその範囲を限定して認めてきたのである。

ところが、改正刑法草案は、その第十二条に「不作為による作為犯」という規定を設置し「罪となるべき事実の発生を防止する責任を負う者が、その発生を防止することができたにも拘わらず、ことさらにこれを防止しないことによって、その事実を発生させたときは、作為によって罪となるべき事実を生ぜしめたものと同じである」とし、不真正不作為犯の一般的成立要件を示しているが、この条文にはどのような場合に作為義務が発生し、またどのような場合に結果発生を防止すべき責任が生じるのか、そして、いかなる場合に不作為と作為を同視し、構成要件的等価値性をもつことができるのか、規定されていない以上、罪刑法定主義の要請に応えることはできないと思われる。

判例理論として定着している不作為の成立範囲に加えて、今後の判例の集積と分析により、新たな不作為犯立法への試みかなされることを期待したい。不真正不作為犯の成立範囲が不当に拡張されることは避けられるべきであろう。