

# 不真正不作為犯と罪刑法定主義

井上 宣裕\*

|                        |
|------------------------|
| 目次                     |
| はじめに                   |
| 第一章 フランスにおける不作為による作為犯論 |
| 第二章 不作為による作為犯否定説の論拠    |
| 結びに代えて                 |

## はじめに

### 一 序論

不真正不作為犯と罪刑法定主義の関係について、わが国では、近時正面から論じられることはほとんどない。不真正不作為犯を否定する見解は皆無に等しく、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に反しないとするのが一般的である。

しかし、今日の不真正不作為犯論が罪刑法定主義との抵触を完全に回避できているとは考えがたい。刑法の基本原則である罪刑法定主義上の疑義を残したまま、不真正不作為犯論を展開することは許されないというべきであり、やはり、罪刑法定主義の意義に立ち返ってこの問題を検討する必要がある。

そこで、本稿では、フランスにおける不作為による作為犯論を素材として取り上げる。フランスでは、不作為による作為犯を否定する判例、学説が圧倒的多数を占めている。それ故、わが国の不真正不作為犯論を批判的に検討するには、フランスの議論状況の分析はきわめて有益であろう。

---

\* いのうえ・たかひろ 九州大学准教授

以下では、不真正不作為犯と罪刑法定主義をめぐるわが国の現状を概観した上で、フランスにおける不作為による作為犯論について考察する。

## 二 わが国における不真正不作為犯論の現状

不真正不作為犯の定義について、わが国では、従来、不真正不作為犯とは、「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ばあい、つまり不作為による作為犯」を指すとされてきた<sup>1)</sup>。

不真正不作為犯と罪刑法定主義の関係で問題とされるのは、法律主義と明確性の二つである。前者は、作為犯処罰規定が不作為によって充足されるかという問題であり、後者は、作為義務の範囲が明示されていないことから、処罰範囲が不明確ではないかという問題である<sup>2)</sup>。

これらの問題には、不作為が作為と等価値であることを示すことによって対処すべきとする見解がある。例えば、「不真正不作為犯の場合においては、不作為者が当該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ることが、刑法的評価の対象となってくるのである。すなわち、不作為者の原因設定という基準によって不真正不作為犯と作為犯との構成要件の等価値性が判断されるのである。その構成要件の等価値性によって不真正不作為犯の存在構造上のギャップは乗り越えられ、等置問題は解決されるのである」とされ<sup>3)</sup>、その上で、「このように等置問題が解決される以上、不真正不作為犯の処罰は、構成要件の適正な解釈によるものであると言える。また、ここで明らかにした等置問題の解決基準は、不真正不作為犯が処罰される論理必然性を説明するものでもある。したがって、不真正不作為犯は、罪刑法定主義によって禁止される類推解釈によるものではない。さらに、等置問題の解決基準が構成要件の等価値性に求められる以上、不真正不作為犯の成立範囲が明確に限定され、かつ裁判官が構成要件の補充を行う際の指針が提示されることになるので、罪刑法定主義の派出原則の一つである『構成要件の明確性』の要請を充たすのである。このように構成要件の等価値性の理論によって等置問題を解決する限り、不真

正不作為犯の処罰は、罪刑法定主義と調和することになるのである」と主張される<sup>4)</sup>。

しかし、不作為が作為犯規定の適用を受けるとすれば、いかに等価値性を要求したとしても、罪刑法定主義違反の誹りは免れないであろう<sup>5)</sup>。

そこで、不真正不作為犯の定義は修正を受けることになる<sup>6)</sup>。即ち、不真正不作為犯とは、「殺人のような、法の規定は作為を予想しているように見える犯罪が不作為によってなされる場合」<sup>7)</sup>、「不作為が明示的に構成要件要素として規定されていない犯罪であって、通常は作為により実現される構成要件を不作為で実現する場合」<sup>8)</sup>、また、「条文は『……しなかつた』ではなく『……した』と規定されているが、構成要件的行為として、作為のみならず、一定の範囲で例外的に、不作為も含まれている場合において、その不作為を意味する」とされる<sup>9)</sup>。

さらに、近時の議論の特徴は、不真正不作為犯を広く一般的に承認するのではなく、これを各則の解釈の問題と位置づけて、言葉の可能な意味の範囲内で、条文の解釈上可能な場合に限って承認する点にある<sup>10)</sup>。

以上のように、わが国における不真正不作為犯論は、不作為に対する作為犯規定の適用の可否の問題から、各犯罪類型の解釈において当該規定に作為のみならず不作為も含めうるかという問題に推移してきたのが分かる。従って、各則規定に作為と並んで不作為が読み込めるとすれば、その限りでは法律主義の要請は充たされることとなり、罪刑法定主義との抵触はある意味で回避される。もっとも、通常、作為犯の処罰を予定している規定を不作為に適用することが処罰の明確性という点で問題とならないかは改めて吟味する必要がある。

## 第一章 フランスにおける不作為による作為犯論

### 一 学説・判例の動向

フランスでは、作為犯規定が不作為に適用されうるかという形で、不

為による作為犯論が展開されている<sup>11)</sup>。そこで議論される例としては、乳児に授乳しない母親、線路上の石を除去しない踏切警手、溺れている者を救助しない水泳指導員、及び、事故の被害者を救助しない目撃者等が挙げられる。

フランスにおいて、ドイツの不真正不作為犯論を参照し、不作為による作為犯論を本格的に展開したのは、GANDである。GANDは、一般的に、行為が処罰されるための諸要素は、因果性(causalité)、故意(intention)、法に反する行為(acte contraire au droit)の三つに還元されるとした上で<sup>12)</sup>、不作為による作為にこれらの要素をみいだすことができるかを検討する。

まず、因果性について、「人間の外に不活動は存在しうる。自然力は作動中であったり休止中であったりしうる。しかし、人間においてそしてとりわけ心理学的領域において、不活動は理解されえないであろう。不作為と作為は、等しく常に積極的で常に因果的な意思の表明である。従って、以上のことから我々は、因果性の要件が純然たる作為においても不作為による作為においても同じ局面で現れると結論づけることができる」とされる<sup>13)</sup>。そして、「不作為による作為が存在するためには、不作為者が自己の不作為によって自然力の作用を放置し、その自然力によって結果が惹起されなければならない。不作為が因果的であるのはこの条件の下でのみということになる。逆に、作用している力が人間の力である場合、因果関係が結びついているのは人間の力とであって、不作為者は、次章で我々が検討する留保の下で、共犯者となりうるにすぎないであろう」と述べられる<sup>14)</sup>。

故意についても、「我々は、可罰性の第二の要素、即ち、結果の予見に關しても同様の類似をみいだす。犯罪的意図は、重罪が作為によってなされても不作為によってなされても同じ様相を呈する」としている<sup>15)</sup>。

そして、GANDは、第三の要素に關して、不作為による作為犯の処罰根拠を明らかにする。即ち、「純然たる作為において、実行された行為は、

行為者が実行する権利をもたなかった行為でなければならない。不作为による作為に関して、逆の対称命題を認めなければならないのであろうか。つまり、実行されなかった行為は、行為者が実行する義務を有した行為でなければならないのであろうか。……我々は、不作为が処罰される場合それは反対の行為が命じられていたからであるということ認めないわけにはいかないように思われる。行為がそれ自体法律によって禁じられていない場合、行為の因果性は、それに犯罪的意図が付加されたとしても、この行為を犯罪的にすることはできないと我々は述べた。従って、我々は、不作为による作為が因果的で、重罪的意図でなされたとしても、それが義務違反を構成しない場合には可罰的ではないと認めることができる」とされる<sup>16)</sup>。

かくして、GAND は、不作为による作為が処罰される条件を以下のように示している。「要するに、法律は、事物の通常の経過に反する全てのものに対して、即ち、一方で、個人が甘受すべきでない攻撃に対して、他方で、個人が期待する権利を有している行為の不作为に対して、個人を保護しなければならない。この後者のカテゴリーに限るならば、不作为による作為が処罰されうるためには、実行されなかった行為がまさに社会または被害者によって正当に不作为者に対して期待されうる行為でなければならないといえるであろう。実行されなかった行為へのこの信頼は、法律、または、明示もしくは黙示の契約に根拠をもちうるであろう。従って、その定式は三つの表現において展開され、以下のように理解される。一 法律または公権力の指令によって命じられる行為。二 私法または公法上の契約の履行から生じるべき行為。三 私法または公法上の準契約の履行から生じるべき行為」<sup>17)</sup>。

以上のような不作为による作為犯の構造分析を示した後、GAND は、この類型が抱える実際上の問題点、即ち、故意の証明の困難性を指摘する。「しかし、そもそも、この定式を実際に適用すべき場面が現実存在するのか。我々が引用した不作为による作為の例は多数あり、我々がさらに想

像しうる例も無数にある。しかし、これらの例はいずれも、よく知られているように、不作為者の故意及び故意の転換(changements)を前提としている点で若干事実と反している。我々の研究においてきわめて有用であった踏切警手の事例において、踏切警手が線路上にある石を除去しないことによって不作為による重罪を犯したといえるためには、この職務行為の不作為によって、踏切警手は、自らが列車を脱線させ、そうすることで一人または複数人の死を惹起することになると予見していたという証明がなされなければならない。この事例は若干作り話のような外観を呈しているけれども、いずれにしても、潜在的には現実に存在しうるものである。しかし、裁判所が有罪判決の基礎としうるような絶対的証明は、理解し難いようにみえる。さらに困難なのは、流れの中でもがいている泳ぎ手が自分の敵であると分かり、この敵を助けない水泳の指導員の古典的事例においてこの証明をなすことであろう。不作為を動機づける理由は複雑でありうる。無気力や死への恐怖は憎悪と結びつきうる。世俗の裁判官は動機のこのもつれの中で自分を見失わず、不作為者の主要な意図の解明を試みうるといことが認められるのか。ところで、以上のことは、我々が仮定した全ての事例にも、我々がさらに想像しうる全ての事例にも適用されるであろう。それ故、いくらかの失望をもって白状するならば、問題は、ほぼ完全に刑法上の決疑論の行使に帰することになる」と<sup>18)</sup>。

その上で、GANDは、故意が証明されない場合について、「ここで、不作為による作為を構成しうる違法結果、及び、不作為による作為の性格に関する我々の所与と、刑法319条の規定とを比較するならば、犯罪的意図によって着想されている場合の可罰的不作為は、この意図が欠ける際には過失致死傷罪を形成する不作為であることに我々は気づくであろう」とし<sup>19)</sup>、「不作為に関して、犯罪的意図は実際、決して証明されえないであろうから、違法結果の処罰を可能にする法文をもつことで十分に思われる。これらすべてのことから、従って、過失作為犯を支配する一般諸原則は、同様に、不作為犯に適用されなければならない、我々は、不作為犯に関する

特別な検討に取り組むには及ばないということが明らかになる」と結論づける<sup>20)</sup>。

このように、GAND は、不作為による作為犯の処罰を理論上肯定しているが、実際には、故意の証明の困難性から、不作為による作為はおよそ過失犯として処断されるものと考えている<sup>21)</sup>。

他方、犯罪の主観的理解を前提として、不作為による作為犯の処罰を肯定する見解がある。LEREBOURS-PIGEONNIÈRE によれば、法律は、それがある行為を禁じる場合、とりわけ禁じられた結果に向けられた意思を対象としなければならないとされ、「この考え方が正しいとすれば、禁止法違反は、あらゆる故意犯において 実際は、積極的行為の実行からではなく、法律違反に同意する犯罪的意思（volonté criminelle）の存在から生じる。……この概念から出発し、かつ、我々は不作為による作為犯に関して介入義務の観念を無視しようということを承認するならば、この犯罪は、おそらく、作為犯の全ての要素を充足するであろう。我々の構想においては、犯罪者が法律によって禁じられた行為を完遂する意思をもっていれば、それを自ら実行しなかったという点は重要ではないであろう。作為犯を構成するのは、法律上の禁止に反する意思である」とされる<sup>22)</sup>。

結論として、LEREBOURS-PIGEONNIÈRE は、「不作為による作為犯の真の問題は、従って、事故の目撃者が、いかなる段階においてもその客観的原因でなく、損害を回避する義務を負っていない場合ですら、ときとして当該損害について直接的責任を負わないのかを探求する点にある。かくして、法律が本質的に作為犯において犯罪的意思を禁じているとすれば、事故の目撃者が損害に直面して犯罪的満足感を抱いた場合には、不作為による作為犯は作為犯と同視されうるであろう」と述べている<sup>23)</sup>。

LEREBOURS-PIGEONNIÈRE は、主観的犯罪概念を強調し、不作為による作為犯の場合、犯罪的意思があれば、作為義務の有無にかかわらず、作為犯が成立するとする。もっとも、この論者も、「私がこの意思の証明を許容するのは、その客観的価値の故に、確実な態様でこの意思を示しう

る、限られた状況においてのみである」としており<sup>24)</sup>、故意の証明には困難が伴うことを認めている<sup>25)</sup>。

このような中、「MONNIER 事件 ( POITIERS 女性監禁事件 )」判決が契機となり、不作為による作為犯をめぐる問題に学説が関心を寄せるようになった<sup>26)</sup>。

MONNIER 事件の事案は次のとおりである。精神病に罹患している成人女性 Blanche MONNIER は、母親の下で長きにわたって、風通しの悪い日の当たらない部屋で、酷く汚いベッドの上というにいわれぬ不潔な状態で放置され、生存自体危険に晒されていた。被害者の兄弟の Marcel MONNIER は、同居はしていなかったが、定期的に訪問し、母の命を受けて被害者を監視した。母親はその後死亡したため、Marcel MONNIER が暴行の共犯として訴追された。

原審である POITIERS 軽罪裁判所1901年10月11日判決は、まず、母親について、「ある人をそのような状態に置きまたはそのような状態を維持する行為は、その者がそこから逃れることができない状態にある場合、その者に対する暴行罪を構成し、刑法311条が適用される」とし、被告人の Marcel MONNIER については、「彼は、結局、なされた行為を受け入れ、閉じ込められた不幸な人に対する彼の介在及び定期的な訪問によって当該行為に関与した」として、彼には暴行罪の共犯が成立すると判示した。

これに対して、被告人から上訴がなされ、POITIERS 控訴院1901年11月20日判決は、次のように述べて、被告人を無罪とした。「とりわけ、Marcel MONNIER に関して、本件行為は処罰規定の適用を受けえない。実際、暴行なくして暴行罪は考えられないであろう。公訴部がその要素を排除した監禁行為の他に、この種のいかなる行為も MONNIER に対してさらには母親に対してすら証明されていない」と<sup>27)</sup>。

この判決に対して、学説は概して好意的である。

例えば、LE POITTEVIN は、「POITIERS 控訴院は、解釈という口実の下、法律の欠缺を埋め合わせることができるとは考えなかった」とし

て<sup>28)</sup>、POITIERS 控訴院の判断を支持している。また、原審の POITIERS 軽罪裁判所が不作為による共犯を肯定した点について、LE POITTEVIN は、POITIERS 軽罪裁判所は共犯の一般的条件を支配する諸原則を無視しており、「不作為の共犯が可罰的関与の一形態を構成しないのは確かであるように我々には思われる」と批判する<sup>29)</sup>。

また、HÉMARD は、「不作為による作為犯（délits de commission par inaction）を処罰しようとする場合、原則として、不作為による作為犯を作為犯に近づけることによってしかそれはなしえない。実際、不作為犯が成立するのは、ある規定がある者に他者のために活動することを命じており、この者が法律の命令に従わなかったが故に、犯罪結果が生じる場合のみである。ところで、一般的に、いわゆる不作為による作為犯を不作為犯とみなすことはできない。なぜなら、不作為犯はすべて、法律によってサンクションされた義務の存在を前提としており、不作為による作為は、法律によって特別にサンクションされていない義務を前提としているからである」とした上で、「解釈によって、作為と不作為による作為を同視することはできない。……従って、刑法311条で処罰される暴行罪は、物的客観的行為、積極的行為によってしか実現されえない。同罪は、不作為によっては犯されえない」と結論づけて<sup>30)</sup>、これと同旨の POITIERS 控訴院判決を肯定的に評価する<sup>31)</sup>。

## 二 立法の動向

フランスでは、後述するように、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。

MONNIER 事件の数年前、1898年4月19日の法律は、未成年者に対する故意による傷害及び殴打を規定する刑法312条に、未成年者に対する故意による食糧及び世話の不提供の類型を追加した。しかし、MONNIER 事件の被害者は、精神病に罹患した成人女性であったため、同条の適用対

象ではなかった。広く一般的に適用可能な不救助罪(刑法63条)は、1945年6月25日のオルドナンスによって創設されるに至る。

かくして、不処罰のまま放置できないと思われるものについては、個々の犯罪の定義を拡張してこれまで作為のみを対象としていた規定に等価的不作為を盛り込むか、新たな不作為犯規定を創設するかのいずれかによって、立法的解決が図られた<sup>32)</sup>。

不作為犯処罰規定の主なものを挙げると、旧刑法62条1項【重罪の不通報】「重罪が既に着手されまたは既遂に至ったことを知りながら、これを官権に速やかに申し出なかった者(結果を防止もしくは限定できた場合、または、犯人の新たに犯した重罪が告発により防止できたと認められる場合)」、同条2項【虐待等の不通報】「15歳未満の者に対して虐待が行われ、または、生存に必要な保護がなされていないことを知りながら、官権に申し出なかった者(前項と同様の状況にあった場合)」、63条1項【犯罪の不阻止】「自己の即座の行為により、自己または第三者に危険が及ぶことなく、重罪に当たる行為または身体の安全に関する軽罪を防止することができるにもかかわらず、故意にその犯行を防止しなかった者」、同条2項【不救助】「自己または第三者に危険が及ぶことなく、自己の行為によりまたは他者の助力をえて、危険な状態にある者に提供可能な救助を故意になさなかった者」、同条3項【無実証拠の不通報】「未決拘禁中の者または重罪もしくは軽罪の被告人の無実の証拠を知りながら、故意にこれを官権に速やかに申し出なかった者」等がある。これらの規定は基本的に新刑法にも受け継がれている。新刑法434-1条【重罪の不通報】、434-2条【公安犯罪の不通報】、434-3条【虐待等の不通報】、223-6条1項【犯罪の不阻止】、223-6条2項【不救助】、434-11条【無実証拠の不通報】等。

このように、フランスでは、解釈論において、理論上または事実上、不作為に対する作為犯規定の適用が否定される傾向があり、立法的解決が志向されているのが分かった。そもそも、何故、不作為による作為犯が解釈論上許されないとされているのか、即ち、不作為による作為犯を否定する

論拠が重要となるが、この点については、章を改めて検討することにする<sup>33)</sup>。

## 第二章 不作為による作為犯否定説の論拠

フランスにおいて、不作為による作為犯が否定される最大の根拠は、この理論が罪刑法定主義に反し、刑罰法規厳格解釈の原則にも反する点である。

例えば、GARÇON は、「処罰が正当で、刑罰が世論によって要求されるように思われても、裁判官は、有罪宣告をすることができない。実定法上、問題なのは、法律が処罰すべきかどうかではなく、法律が処罰しているかどうかである。ところで、刑法典が作為による殺人のみを規定したのは、我々には確かに思われる。刑法典は、不作為の問題を顧慮しなかったのである。この不作為は、ほとんどすべての場合に、実定法の埒外になければならず、不作為が処罰されなければならない限界そのものも、混沌とした、曖昧な、異論の多いものであるということは疑いない。不作為を犯罪とし、その限界を精確に確定するためには、法文が必要である。法文がない場合、この欠缺がいかにも遺憾なものであっても、裁判官は、この欠缺を埋め合わせる権限をもたないのである」とする<sup>34)</sup>。また、LEVASSEUR = CHAVANNE = MONTREUIL は、「禁止されていないものは全て許容されるのであり、不作為が最も重大な結果を生じさせる危険を有し、特に目に余るようみえる場合に、不作為犯を規定する法文を作る権限は立法者に属する」としている<sup>35)</sup>。また、PRADEL は、「厳格解釈の原則が、実際、法律によって唯一規定された積極的行為と不作為の同視をおよそ禁じている。これとは反対の決定をすることは、明らかに禁止されている類推によって演繹することになる」として、類推解釈禁止にも言及する<sup>36)</sup>。

これに対しては、社会防衛のためにも積極的に不作為による作為犯を肯定すべきとする論者から、「厳格解釈の原則の容赦ない適用が今日刑法の

あらゆる問題を解決しているかは疑わしい」とする批判もある<sup>37)</sup>。

フランスでも、不作為の因果性から、不作為による作為犯を否定する見解がある。例えば、JEANDIDIERは、行為と刑法上の損害との因果関係の必要性という点からも、原則的に、作為と不作為による作為は等価性を有しないと<sup>38)</sup>する。

これに対しては、「民事責任に関して、裁判所は、通常、有責な不作為(omission fautive)と損害の間に因果関係の存在を承認している」として、必ずしも無である不作為からは何も生じえないと断言することはできないとする反論がある<sup>39)</sup>。

さらには、不作為による作為犯を肯定するGANDが既に指摘したところであるが<sup>40)</sup>、故意の証明の困難性も否定説の論拠とされている<sup>41)</sup>。これに伴って、過失犯として処罰される可能性に言及されることが多い。例えば、DECOCQによれば、「厳格解釈の原則が、法律によって唯一規定された作為と不作為の同視をおよそ禁止する。ある犯罪が不作為によって実行されるのは、ある受動的態度が、それを擬律する法文によって、その実行態様の内に数えられる場合のみである(例えば、過失致死傷罪における『懈怠』、『不注意』) 刑法319条、320条及びR 40-4条」とされる<sup>42)</sup>。

また、過失犯の場合と故意犯の場合を区別するVOUIN=LÉAUTÉは、次のように述べている。即ち、「過失犯の場合、過失と損害を結びつける因果関係が容易に認められるが故に、不作為は、確かに、積極的行為と等価でありうる。……故意犯の場合には、これに対して、議論がある。……[不作為による作為犯を否定する]この解決は、有責な不作為を過失犯の資格でしか取り上げない諸判決によっても、さまざまな特殊事例において有責な不作為を可罰的な作為と同視した諸規定によっても、裏付けられているようにみえる」とする<sup>43)</sup>。

結局、一部批判はあるものの、フランスの学説、判例においては、解釈論上、不作為に作為犯規定を適用することに反対する立場が圧倒的多数を占めているといえることができる。

かくして、不作為犯の処罰の問題は、もっぱら立法の領域に属することになる<sup>44)</sup>。この点、GARÇON は、解釈によって不作為による作為犯を肯定しようとする学説に対して、「これらの研究を読むと、我々にとっては、提案された諸解決は立法の領域に属するという抗しがたい印象が生まれる。……不作為による殺人を処罰するためには、裁判官は、一般的に不作為を作為と同視しなければならないのみならず、この同視の限界を任意に確定しなければならない。不作為が故殺の刑罰をもたらしうる前提となる義務を制限的に確定するのは、唯一、立法者の権限である」と述べている<sup>45)</sup>。JEANDIDIER も、不作為による作為犯論について、「この独創的な理論は、それがいかに巧妙なものであっても、処罰範囲を不当に拡大するという不都合を有している。従って、立法者がこの微妙な問題を席卷するのが望ましいのである」とする<sup>46)</sup>。

もっとも、近時わが国の不真正不作為犯論で展開されているように、別段の明文規定がない限り積極的行為のみを処罰しているとする前提を疑問視する見解もある。BERAUD は、「偏見なく刑法典を解釈すれば、この意味におけるいかなる一般原則もみあたらない。多くの犯罪規定は、不作為にも積極的行為にも対応しうるし、消極的行為を処罰領域から排除することは、法律の恣意的な解釈を構成する。それだけにいっそう、この解釈は、刑法のもっとも古い伝統の一つに抵触している疑いがある」として、不作為による作為犯の罪刑法定主義との抵触を回避しようとする<sup>47)</sup>。

これに対しては、不作為を明示する規定の存在が、解釈論上、不作為による作為犯が否定される証左であるとする、RASSAT の指摘がある<sup>48)</sup>。

この点は、わが国と同様、「～した」という規定に不作為類型を盛り込むことが可能か、明確性の原則に反しないかどうかを罪刑法定主義の意義に立ち返って吟味する必要がある。

そこで、解釈論として不作為に作為犯規定を適用することはできないとして、一般的総則規定の創設によって対処できるかどうかが問題となる。この点について、LEVASSEUR = CHAVANNE = MONTREUIL は、次の

ように述べている。即ち、「ある者は、さらに進んで、一般規定があらゆる意欲的な可罰的不作為の処罰を可能にすることを望むであろう。我々の見解によれば、そのような規定は危険であろう。というのも、可罰的な不作為がいつ始まるのかを知ることは非常に困難であるからである。おそらく、利己主義または無関心でいる権利は存在しない。しかし、一般的かつ曖昧に、刑罰によるサンクションの下、市民の側に進取の気性を要求することは、いかなる場合に、この主導性が要求されて、その欠如が刑法的にサンクションされるのかが精確に示されることなくそれが行われれば、個人の自由にとって非常に危険であろう」と<sup>49)</sup>。

さらに、各則規定の創設による解決について、立法による解決も万能ではないとの指摘がある。HUGUENEY は、旧刑法63条の諸類型について、これらは、「その柔軟性の故に個人の自由にとって危険がないとはいえないような犯罪である。その構成要素を慎重に確定することが必要である」としている<sup>50)</sup>。

このように、フランスでは、学説、判例とも、圧倒的多数が解釈による作為犯規定の不作為への適用を否定する。さらには、立法的解決に際しても、総則規定の創設では不十分で、各則に個別具体的規定を創設した上で、解釈も慎重に行うべきとする姿勢はきわめて示唆的といえよう。

## 結びに代えて

以上、フランスにおける不作為による作為犯をめぐる議論状況をみてきたが、フランスでは、罪刑法定主義が尊重され、刑罰法規厳格解釈の原則が堅持されることから、一般に、解釈によって不作為に作為犯規定を適用することは許されないとされる。他方、わが国では、処罰の必要性から、程度の差はあるものの、解釈論上、不真正不作為犯論が肯定されている。

両者の比較検討に際しては、議論の前提に若干のずれがあることに注意しなければならない。それは、フランスの不作為による作為犯論とは異なる

り、わが国では不真正不作為論を作為犯規定の不作為への適用と捉えないものがあるからである。

まず、不真正不作為犯論は作為犯規定が不作為によって充足されうるかという問題であると捉えた場合、フランスの不作為による作為犯論と同様、これを肯定する解釈は、直ちに罪刑法定主義に抵触する。この解釈の問題性は、作為義務による処罰範囲の限定や作為との等価値性による処罰範囲の限定が行われたとしても払拭されることはない。

次に、不真正不作為犯論においては、通常作為による実行が予定されている犯罪が不作為によって実現されうるか、または、構成要件の行為が「～した」と規定されている際に不作為も含まれうかが問われていると捉える場合、ここでは、罪刑法定主義の要請である明確性の意義が問題となる。この点、明確性の原則が、第一義的に、犯罪と刑罰を明確に規定しておくことによって市民の自由を保障するものであるとすれば、処罰範囲の限定が、法文から直ちに導出されるのではなく、解釈によって可能であるというだけでは、必ずしも明確性の要請を充足することにはならないであろう。

「～した」、「～しなかった」という文言は、前者が作為、後者が不作為を指すと解するのが自然であり、罪刑法定主義の基本的要請である自由主義的要請に最も忠実といえる。この文言による区別自体が、市民に対する適正な告知として重要な意味をもち、自由保障機能を担保するのであって、これを無視した立論には、罪刑法定主義上の疑義があるといわざるをえない。やはり、作為が原則で、不作為はあくまで例外的であるとする立場を堅持するならば、不作為の例外的処罰は、立法者による不作為形態の処罰類型の創設によって行われるべきである。GARÇON のいうように、「実定法上、問題なのは、法律が処罰すべきかどうかではなく、法律が処罰しているかどうか」<sup>51)</sup>なのである。

もっとも、立法的解決を図るとして、総則規定によるべきか各則規定によるべきかがさらに問題となる<sup>52)</sup>。この点、いずれの方法についても、問

題点が指摘されている。

まず、総則規定の創設について<sup>53)</sup>、「確かに、形式的には罪刑法定主義との関係における疑問が解消されることになるが、その要件は、……一般的なものにならざるをえないから、要件が十分に限定されずに不真正不作為犯の処罰の拡張がもたらされるだけに終わるおそれがあるといえよう」といわれる<sup>54)</sup>。

他方、各則規定に処罰が必要な不作為について真正不作為犯規定を置くという提案に対しても、「それですべてをまかなえるかには疑問が残ると思われる」との指摘がある<sup>55)</sup>。

やはり、罪刑法定主義の自由保障機能に鑑みれば、各則に不作為犯処罰規定を創設することで対処するのが本来あるべき姿勢であろう。各則規定の創設によって対処することに向けられる批判もあるが、フランスの不作為犯処罰規定にみられるように、具体的態様が詳細に記述されていれば、処罰範囲の限定は相当程度可能であり、各則規定の創設は、少なくとも、不真正不作為犯の理論を解釈論上展開し、作為義務論等によって処罰範囲を限定するよりはるかに優れた方策であろう。

- 1) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』(1990年)144頁、団藤編『注釈刑法(2)のI 総則(2)』(1968年)29頁(内藤謙)、松宮孝明『刑法総論講義〔第4版〕』(2009年)84頁他。不真正不作為犯の定義をめぐる問題については、日高義博『不真正不作為犯の理論』(1979年)116-123頁参照。
- 2) 日高・前掲注(1)164頁、平野龍一『刑法総論』(1972年)148頁、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(2005年)9-10頁。
- 3) 日高・前掲注(1)171頁。同書164-168頁参照。
- 4) 日高・前掲注(1)172頁。なお、堀内捷三『不作為犯論 作為義務論の再構成』(1978年)2頁では、罪刑法定主義の重点は法律主義より実体的デュープロセスに移行しているとされる。
- 5) 平山・前掲注(2)224-225頁では、本書は不作為犯に関する日本の議論の問題状況を克服するために「義務犯」論に注目したとされ、その問題意識として、「不真正不作為犯は、作為による構成要件の実現と同価値であり同置できることを条件に作為犯規定の適用を受けるのだから、作為犯と不作為犯とで正犯概念が異なるわけにはいかず、また、同価値や同置という要件からすれば、正犯と共犯の区別も、作為犯と不作為犯とでパラレルになさなければならない」という点が挙げられている。しかし、作為との同価値性を根拠にし

たとしても、不作為に作為犯規定を適用することは罪刑法定主義上許されないのであって、この主張がわが国の解釈論として展開される場合には、立論の前提がそもそも欠落することになる。

- 6) 生田勝義『行為原理と刑事違法論』（2002年）167-168, 170-171頁は、作為犯の原則性を明らかにしつつ、例外的に不作為による殺人なども可能なことを示す用語としては、むしろ、不真正作為犯の方が適切とする。また、同書174頁は、「犯罪となるには、行為客体における変化を通して法益の侵害・危険を惹起する外部的行為が必要である。このことは、『自由』概念や行為原理の展開としてでてくる要請である。結果を惹起する外部的行為が原則として作為であることは疑いはない。不作為が結果を惹起できるのは、きわめてかぎられた場合であるにすぎない。だからこそ、違法行為類型としての構成要件も、ほとんどがその構成要件的行為として作為を予定しているわけである。それは、単に構成要件該当行為が、通常、作為であるという以上の意味をもっているし、また、法文からは作為を予想しているように『みえる』という以上の意味をもっているのである。と同時に、それはあくまでも『予定している』というにすぎない点にも留意する必要がある。きわめてかぎられた場合であっても、不作為による結果の惹起もありうるし、また、構成要件的行為として明示されているのも、たとえば『人を殺した』という行為だからである」としている。論者の行為原理から導かれる作為犯の原則性、不作為犯の例外性は正論を射たものといえるが、例外的であれ、作為による実現が通常予定されている規定に不作為を読み込むことになる、作為の原則性、不作為の例外性というテーゼを弛緩させてしまう恐れがある。
- 7) 平野・前掲注(2)147頁。なお、平山・前掲注(2)9頁注1)参照。
- 8) 山口厚『刑法総論〔第2版〕』（2007年）74頁。なお、同書75頁は、この場合にも、「作為による構成要件実現の場合との同視可能性を確保することは必要であり、そうでなければ構成要件該当性がない不作為を処罰する結果となって、この意味で罪刑法定主義違反の問題を生ずることになる」とする。
- 9) 浅田和茂『刑法総論〔補正版〕』（2007年）149-151頁。
- 10) 浅田・前掲注(9)149-151頁他。内藤・前掲注(1)34-35頁参照。なお、浅田・前掲注(9)151頁は、不真正不作為犯の具体例として、不作為による殺人、放火、監禁を挙げる。例えば、殺人について、「私見によれば、不作為形態の殺人も、理論的にはありうるが、刑法は、それを218条後段に該当するかぎり処罰することにしているのであり、したがって、199条には不作為形態の殺人は含まれない、と解すべきである」とされる。しかし、不作為形態の殺人は、刑法218条後段が存在するが故に、刑法199条の適用を受けないにすぎないとすれば、不真正不作為犯論の対象領域自体はかなり広範といえる。放火については、「そのまま放置すれば建造物の出火・焼損に至るような状況を認識しながら、容易に消火しようにもかかわらず、あえて放置し、出火・焼損に至った場合、これを『放火して……焼損した』と解することは、可能かつ必要である。これは、火というものが自力で拡大しうる性質を有することから、既発の火力を利用することによる放火が、可能かつ容易であることによる」と説明される。しかしながら、これは処罰の必要性に引きずられた立論であり、「放火して」という文言に「火を放置する」場合を読み込むのは、言葉の可能な意味を越えているといわざるをえない。

- 11) フランスにおける不作為による作為犯論を概観したものとして、酒井安行「フランス刑法学における不作為による作為犯論(一) 学説の概観」国士館法学18号(1986年)29頁以下がある。
- 12) GAND, Maurice, Du délit de commission par omission, 1900, p. 52.
- 13) GAND, *op.cit.*, note (12), pp. 57-58.
- 14) GAND, *op.cit.*, note (12), pp. 101-102. GAND は、次の具体例をもって説明する。即ち、「私は、私の救助を期待し、かつ、私が救助義務を負っている者を放置し溺死させる。私の不作為は因果的であり、私が正犯者である。しかし、これに対して、私は、自己が管理義務を負っている家で盗がなされるのを放置する。因果的なのは盗罪犯人の行為である。正犯者は盗罪犯人である。私は共犯者にすぎないであろう。もっとも、GAND は、不作為による共犯がありうるかどうかは別問題であるとしている (Ibid.)」
- 15) GAND, *op.cit.*, note (12), p. 58. この点、GAND は、意思説ではなく表象説を採用している (GAND, *op.cit.*, note (12), p. 53 note 1)。
- 16) GAND, *op.cit.*, note (12), p. 59.
- 17) GAND, *op.cit.*, note (12), p. 61.
- 18) GAND, *op.cit.*, note (12), pp. 100-101.
- 19) GAND, *op.cit.*, note (12), p. 103.
- 20) GAND, *op.cit.*, note (12), p. 118.
- 21) この点について、LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul, Du délit de commission par omission, RDPC, 1901, p. 729 は、「過失犯の刑罰はあまりにも軽すぎ、それは、我々が検討する *faute*、即ち、故意の *faute* には不相当である」と批判している。
- 22) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op.cit.*, note (21), p. 720.
- 23) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op.cit.*, note (21), p. 730.
- 24) LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *op.cit.*, note (21), p. 738.
- 25) さらに、不作為による作為犯を肯定することによって、「あまりにも慎重かつ狡猾で自ら実質的客観的行為に従事しない、最も危険な犯罪者」の処罰が可能になり、社会防衛の観点からも同理論が積極的に展開されるべきとする主張がある (BERAUD, Roger, L'omission punissable, JCP, 1944, I, 433, n° 15)。その他、不作為による作為犯を肯定するものとして、GARRAUD, R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tome 1, 3<sup>e</sup> éd., 1913, pp. 206-212 がある。なお、VIDAL, Georges, MAGNOL, Joseph, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 7<sup>e</sup> éd., 1928, pp. 128-129 参照。
- 26) BERAUD, *op.cit.*, note (25), n° 2; HÉMARD, Joseph, S. 1902, II, p. 306 参照。
- 27) POITIERS, 20 nov. 1901, D, 1902, II, 81, S. 1902, II, 305. 判例は、不作為による作為犯を否定する方向でほぼ一致していると解されている。例えば、ガソリンを給油するポンプの欠陥に乗じて、意識的に、給油係に支払うべき額よりもはるかに少ない額しか支払わなかった者について、窃盗罪の成立を否定した判決 (Crim. 1 juin 1988, JCP, 1989, II, 21172) 等はこの傾向に従うものである。他方、父親の死後、支払機関に受益者の死亡を申告することなく、退職年金を受領した相続人の事案で、詐欺罪の成立を肯定した判決 (Crim. 20 mars 1997, Droit pénal, 1997, comm. n° 108) もあるが、これが不作為による作為犯の例か

- どうかについては争いがある（LEROY, Jacques, *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., 2007, pp. 191-192）。
- 28) LE POITTEVIN, Gustave, D, 1902, II, p. 83.
- 29) LE POITTEVIN, *op.cit.*, note (28), pp. 84-85. この点について, HÉMARD, *op.cit.*, note (26), p. 308 は,「実際,たとえそれが協議に基づいたものであっても,買収されたものであっても,不作為による共犯は,刑法によって処罰されない。刑法は,積極的関与行為を要求している」とする。なお,不作為による共犯の処罰を否定した判例として, *Crim*, 26 oct. 1912, S, 1914, I, 225 がある。
- 30) HÉMARD, *op.cit.*, note (26), p. 306.
- 31) HUGUENEY, Louis, *Abstention délictueuse*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Tome 1, 1967, p. 14 も,『可能であるのに回避しない者は,罪を犯している』とする格率について,現代の法においては,罪刑法定原則が,そこから導出される厳格解釈の手法とともに,この格率の適用を禁止しているとし,「かくして,不作為による作爲犯の大胆な理論は却下され,同時に,刑法60条が共犯として処罰しているのは作爲の行為のみであるように思われることから,単なる不作為が可罰的共犯を構成するのに十分であるという観念も却下されたのである」とする。
- 32) DONNEDIEU de VABRES, H., *Précis de droit criminel*, 2<sup>e</sup> éd., 1951, pp. 33-34; GORÉ, François, *L'omission de porter secours*, RSC, 1946, p. 208; HUGUENEY, *op.cit.*, note (31), p. 14 参照。
- 33) その他,フランスにおける不作為による作爲犯論について, CONTE, P., MAISTRE du CHAMBON, P., *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., 1996, pp. 162-165; DANNECKER, Gerhard, *La responsabilité pénale pour les délits d'omission en droit allemand, notamment dans le domaine de l'économie et de l'environnement*, RSC, 1987, pp. 379 et ss.; GÖSSEL, K.-H., *Infractions d'omission et responsabilité pénale pour omission*, RIDP, 1985, pp. 481 et ss.; KAMBOVSKI, Vladimir, *Les délits d'omission et la responsabilité de l'omission*, RIDP, 1984, pp. 991 et ss.; ORTOLAN, J., *Éléments de droit pénal*, 5<sup>e</sup> éd., Tome 1, 1886, pp. 259-261; ROBERT, Jacques-Henri, *Droit pénal général*, 5<sup>e</sup> éd., 2001, pp. 204-206 等参照。
- 34) GARÇON, E., *Code pénal annoté*, Tome 1, 1901-1906, pp. 671-672 (Art. 295, n° 27).
- 35) LEVASSEUR, Georges, CHAVANNE, Albert, MONTREUIL, Jean, *Droit pénal général et procédure pénale*, 11<sup>e</sup> éd., 1994, p. 64.
- 36) PRADEL, Jean, *Manuel de droit pénal général*, 16<sup>e</sup> éd., 2006, p. 341. その他,法定原則違反及び厳格解釈原則違反を根拠に不作為による作爲犯を解釈論上否定するものとして, DECOCQ, André, *Droit pénal général*, 1971, p. 159; DESPORTES, Frédéric, LE GUNEHEC, Francis, *Droit pénal général*, 14<sup>e</sup> éd., 2007, p. 382; HUGUENEY, *op.cit.*, note (31), p. 14; JEANDIDIER, Wilfrid, *Droit pénal général*, 2<sup>e</sup> éd., 1991, p. 257; LEROY, *op.cit.*, note (27), p. 191; LEVASSEUR = CHAVANNE = MONTREUIL, *op.cit.*, note (35), p. 64; MAYAUD, Yves, *Droit pénal général*, 2004, p. 134; MERLE, Roger, VITU, André, *Traité de droit criminel*, Tome 1, 7<sup>e</sup> éd., 1997, p. 612; ROUX, J.-A., *Cours de droit criminel français*, Tome 1, 2<sup>e</sup> éd., 1927, pp. 96-97 がある。また, RASSAT, Michèle-Laure, *Droit*

- pénal général, 2004, p. 301 は、故意犯の場合と過失犯の場合を区別し、故意犯について、厳格解釈原則違反を理由に不作為による作為犯を否定する。
- 37) BERAUD, *op.cit.*, note (25), n° 5.
- 38) JEANDIDIER, *op.cit.*, note (36), p. 257. GARÇON, *op.cit.*, note (34), p. 670 (Art. 295, n° 16) 参照。フランス刑法における不作為の因果性については、BON, Pierre-André, *La causalité en droit pénal*, 2006, pp. 47 et ss. 参照。
- 39) BERAUD, *op.cit.*, note (25), n° 3.
- 40) GAND, *op.cit.*, note (12), p. 118.
- 41) GARÇON, *op.cit.*, note (34), p. 672 (Art. 295, n° 31); ROUX, *op.cit.*, note (36), p. 95; VIDAL = MAGNOL, *op.cit.*, note (25), p. 127.
- 42) DECOCQ, *op.cit.*, note (36), p. 159. GARÇON, *op.cit.*, note (34), p. 672 (Art. 295, n° 31) 参照。もっとも、過失犯的構成を採る場合、罪刑法定主義との抵触は回避されうるが、この場合にも、不作為の因果性の問題は、別途検討されなければならないであろう。なお、ROUX, *op.cit.*, note (36), pp. 97-98 は、過失致死罪の他、帰隊しない不作為による逃走罪や不作為による幫助犯も不可能ではないとする。
- 43) VOUIN, Robert, LÉAUTÉ, Jacques, *Droit pénal et criminologie*, 1956, pp. 181-182.
- 44) この点を指摘するものとして、CHABERT, Benoît, SUR, Pierre-Olivier, *Droit pénal général*, 1996, p. 29; DECOCQ, *op.cit.*, note (36), p. 159; GARRAUD, Pierre, LABORDE-LACOSTE, Marcel, *Précis élémentaire de droit pénal*, 2<sup>e</sup> éd., 1933, p. 41; JEANDIDIER, *op.cit.*, note (36), pp. 258-259; LEVASSEUR = CHAVANNE = MONTREUIL, *op.cit.*, note (35), p. 65; RASSAT, *op.cit.*, note (36), pp. 300-301; ROLLAND, Maurice, *Le délit d'omission*, RSC, 1965, pp. 583 et ss.; STEFANI, Gaston, LEVASSEUR, Georges, BOULOC, Bernard, *Droit pénal général*, 20<sup>e</sup> éd., 2007, p. 210.
- 45) GARÇON, *op.cit.*, note (34), p. 670 (Art. 295, n° 18).
- 46) JEANDIDIER, *op.cit.*, note (36), p. 259.
- 47) BERAUD, *op.cit.*, note (25), n° 3.
- 48) RASSAT, *op.cit.*, note (36), p. 301.
- 49) LEVASSEUR = CHAVANNE = MONTREUIL, *op.cit.*, note (35), p. 65.
- 50) HUGUENEY, *op.cit.*, note (31), p. 14.
- 51) GARÇON, *op.cit.*, note (34), pp. 671-672 (Art. 295, n° 27).
- 52) この点、松宮・前掲注(1)89頁は、「不真正不作為が、単に価値的にはなく作為と同じ意味で、結果を惹起しうるかどうかが深刻に論じられなければならない」とし、「不真正不作為を『準作為』とみる」べきとするが、「それでも不十分だとすれば、ドイツ刑法のような総則方式かそれとも各則方式かは別にして、何らかの立法を行うしかないであろう」としている。
- 53) ちなみに、ドイツは、総則規定の創設で法律主義の問題に対処した。ドイツ刑法13条【不作為による犯行】「 刑法の構成要件に属する結果を回避しなかった者は、同人が結果を発生させないことにつき法的義務を負う場合で、かつ、当該不作為が法律上の構成要件の実現に相応する場合に限り、本法により処罰される。 刑は、第49条第1項によつ

て軽減されうる。また、わが国においても、不作為による作為犯の総則規定の創設が試みられている。刑法改正予備草案13条「法律上ノ義務ニ背キテ罪ト爲ル可キ事實ノ發生ヲ防止セザル者ハ其ノ事實ヲ作爲シタル者ト同ジク之ヲ罰ス 事實ノ發生スベキ虞アル状態ヲ惹起シタル者ハ其ノ事實ノ發生ヲ防止スルノ責ニ任ズ」、改正刑法仮案13条「罪ト爲ルヘキ事實ノ發生ヲ防止スル法律上ノ義務アル者其ノ發生ヲ防止セサルトキハ作爲ニ因リ其ノ事實ヲ發生セシメタル者ト同ジク之ヲ罰ス 作爲ニ因リ事實發生ノ危険ヲ生セシメタル者ハ其ノ發生ヲ防止スル義務ヲ負フ」、刑法改正準備草案11条「罪となるべき事實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もかかわらず、ことさらにこれを防止しなかつたときは、作爲によってその事實を発生させた者と同じである。 自己の行爲によつて事實發生の切迫した危険を生ぜしめた者は、その発生を防止する義務がある」、改正刑法草案12条（不作為による作為犯）「罪となるべき事實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かかわらず、ことさらにこれを防止しないことによつてその事實を発生させたときは、作爲によつて罪となるべき事實を生ぜしめた者と同じである」。ドイツでは、刑の任意的軽減が規定されているのに対して、わが国の立法提案はいずれも刑の軽減を含んでいないのが特徴である。

54) 山口・前掲注(8)76頁。また、内藤・前掲注(1)34頁も、「総則における一般的規定によつて、不真正不作為犯の可罰性を一般的に宣言することはできるが、法的明確性の要請に答えることはかならずしも容易ではない」とする。

55) 山口・前掲注(8)76頁。