

# 親権者の「刑法的」作為義務

山下 裕 樹

## 目 次

- I. はじめに
- II. 我が国における判例の傾向
- III. 学説状況
- IV. 作為義務の「法的」発生根拠について
- V. 事實的考察方法に基づく親権者の「刑法的」作為義務
- VI. 要約と今後の検討課題

## I. はじめに

### A. 問題の所在

不作為犯、特に不真正不作為犯を処罰する要件として、作為義務が要求されることは一般的に認められている。この作為義務の発生根拠については、古くから争いがあり、様々な学説が登場しているが、現在に至るまで意見の一致は見られていない。このような状況にもかかわらず、近年において、我が国では作為義務の発生根拠について十分に検討を加えたものがあまり見られないように思われる。それは、このテーマが「今日においてなお最も争われており、最も暗黒の章」<sup>1)</sup>と評されることから窺えるように、非常に複雑であることに起因するのであろう。

ドイツおよび我が国において、作為と不作為の同置に関する理論や作為義務の発生根拠に関する理論は数多く存在し、論者によりその根拠づけは様々であ

---

1) *Roxin*, AT II, § 32 Rn. 2.; Vgl. *Pawlik*, 2. FS-Roxin, S. 931. (本論文の翻訳として、ミヒヤエル・パヴリック [川口浩一監訳/山下裕樹訳] 『『総則の解釈論における最も暗黒の章』——保障人義務についての覚え書き』関西大学法学論集63巻2号298頁以下。)

る。しかしながら、判例および従来の学説は、作為義務の発生根拠に対する「法的な」説明が不十分であるように思われる。この不十分さが顕著に現れるのは、親の子に対する義務<sup>2)</sup>を説明するときであろう。特に判例は、親子関係から直ちに親の子に対する作為義務を導く傾向にある(Ⅱ)。

また、近年の学説は、作為義務の発生根拠を統一的に説明しようと試みるが、その根拠づけにおいて、「期待」や「支配」という概念を用いることで、作為義務と道徳的義務・倫理的義務を区別することができておらず、加えて、「期待」や「支配」により導かれた作為義務が、なぜ法的義務であるのかを十分に説明できていないように思われる(Ⅲ)。

以上のような問題意識から、本稿は、作為義務の発生根拠について、親の子に対する義務を中心に取り上げることにより、従来の学説の不十分な点を明らかにし、さいごに、作為義務を「法的」に説明することを試み、さらに「刑法的な」親権者の作為義務について考察する(Ⅳ及びⅤ)。

## B. 用語について

本稿では、「法的義務」や「道徳的義務」という言葉を用いるため、ここで用語の定義づけを行なう。本稿で用いる「道徳的義務」とは、一定の価値観や倫理観のみを基礎に置き、そのような価値観や倫理観から直接的に導かれたものを指す。例えば、池に溺れている子どもを親が発見した場合に、「親が子どもを助けるべきである」とか「親が助けるのが当然だ」といった社会的な価値観や倫理観のみを発生根拠とする義務は、本稿においては道徳的義務にあたる。また、当事者に対して、このような価値観や倫理観が社会的に向けられていることを、本稿では「期待」と呼ぶ。他方、「法的な」説明とは、この例の場合、「救助すべき」と「期待」された親がなぜ義務を負うのかという根本的な問題について答えることをいう。たとえ「期待」を基礎に置こうとも、この根本的な問題について解答を与えられたものは、本稿においては法的義務と呼ぶ。

2) 本稿ではもっぱら、親の子に対する保護義務について論ずる。いわゆる危険源監督的地位に基づく親の子に対する犯罪阻止義務については取り扱わない。

## Ⅱ. 我が国における判例の傾向

我が国で、不作為犯における親権者の作為義務が問題となるケースとしては、保護責任者遺棄（致死）罪（刑法218条及び同219条）と不作為による殺人罪（刑法199条）が考えられる<sup>3)</sup>。2014年3月18日現在、被告人と被害者の間に親子関係が存在するケースで、保護責任者遺棄致死罪が適用されたケースは23件、不作為による殺人罪が適用されたケースは15件存在する。本章では、これらの判例から幾つかを取り出して紹介し分析する。

### A. 親子関係が存在するケース

主として、親子関係が存在する場合、親の子に対する作為義務は争点とならず、裁判所がこれに関して具体的に言及することはほとんどない。最高裁判例としては、最決昭38年5月30日刑集147号409頁が挙げられる。本件は、被告人が、実子Aが身体が極度に衰弱死、両足先が凍傷にかかり、足趾が欠如し歩行不能となるなどして日常の動作が不自由となったにもかかわらず、医師の専門的施療等を受けさせることなく放置したという事実関係の下、刑法218条後段の保護責任者不保護罪を認めたものである。この判決において、最高裁は作為義務の有無については何も言及しておらず、ただ被告人がAの実親であることを指摘するにとどまり、その他の要素を何ら挙げていない。また、いわゆるシャクティパット事件（最決平17年7月14日刑集59巻6号403頁）も、成人した子の親に対する義務ではあるが、「殺意のない患者の親族との間では保護責任者遺棄致死罪の限度で共同正犯となる」と述べられるにとどまり、被害者と被告人の間では、作為義務に関する具体的な検討はなされておらず、被害者と被告人が親族関係にあることが指摘されるにとどまっている。

---

3) この際、刑法218条における「保護責任者の義務」と刑法199条における「作為義務」は異なるのか否かという問題が考えられるが、この問題については別稿にて論ずる。本稿では、刑法218条及び199条において要求される義務を区別せず、まとめて「作為義務」として論ずる。

これらの最高裁判例と同様に、多くの下級審判例においても、親子関係が存在する場合には、作為義務の有無に対する具体的な判断は行なわれず、被告人と被害者が親子関係にあることが指摘されるにとどまり、親の子に対する作為義務が容易に肯定されているように思われる。特に保護責任者遺棄致死罪が適用される場合、被告人が親権者であることや、被害者が被告人の実子であることのみが指摘される場合がほとんどで、その他の要素は挙げられない傾向にある。例えば、さいたま地判平14年2月25日判タ1140号282頁は、被告人（母親）がその子どもに十分な授乳をせず、同児を脱水を伴う低栄養によって死亡させた事案であるが、本判決においては、「被告人は、乳児である被害児の親権者として、夫甲と共に同児を保護する責任のある者であり、甲と共に保護責任者遺棄致死罪の責任を負うのは当然である」<sup>4)</sup>と述べられたにすぎない<sup>5)</sup>。また、神戸地判平14年6月21日（LEX/DB 事件番号 28075605）は、被告人は実子Vの母親であり、養育を放棄しVを衰弱死させた事案であるが、「Vの母親として……Vの生存に必要な保護を加えるべき責任があったにもかかわらず」と述べ、被告人の実子Vに対する作為義務を、被告人がVの母親であるという事実から認めている。最近の下級審判例としては、広島地判平24年5月22日（LEX/DB 事件番号 25481768）が、「親権者として……同児を養育していたものであるが……適切な医療措置を受けさせる責任があったにもかかわらず」と判示して、親権者という地位から被告人の子に対する義務を認め、また津地裁判平25年12月18日（LEX/DB 事件番号 25502702）も、「被告人は……実母として被害児を保護する責任のある者」とであると判示して、被告人と被害児童が親子関係にあったことを指摘するにとどまり、被告人の子に対する義務を親子関係という事実

4) 本判決においては、「被告人は、専業主婦として被害児の育児を主に担当し、同児と一日中生活を共にして」いることも指摘されている。しかしこれは、保護責任者遺棄致死罪の故意に関連して述べられたものであり、育児の引き受けや同居という要素が作為義務の認定に際して重視されている訳ではない。

5) 夫甲について、さいたま地判平13年12月26日（LEX/DB 事件番号 28075240）も参照。ここでも、「被告人とその妻は、乳児である被害児の親権者として、共に同児を保護する責任のある者」として、夫甲についても、親権者という立場が示されるにとどまり、この事実から作為義務が導き出されているように思われる。

から認めている<sup>6)</sup>。

このことから、裁判所は最高裁も含めて、保護責任者遺棄致死罪が問題となるケースについて、親子関係が存在する場合には、親子関係の存在から、親の子に対する作為義務を認めていると考えられる。

このように親子関係の存在から作為義務を認めることは、不作為による殺人罪が問題となる場合についても見られる。例えば、名古屋地裁岡崎支部判昭43年5月30日下刑集10巻5号580頁は、父親である被告人が、妻が家出をしたことで自暴自棄になり断食を決意し、子どもにも飲食物を与えずに死亡させた事案であるが、本判決では作為義務に対する具体的な言及はなく、被告人と被害者が親子であることが指摘されているにすぎない。大阪高裁判平13年6月21日判タ1085号292頁も、母親が長女については長期間に渡り十分な食事を与えずに死亡させ、三女についてはこたつの天板に叩きつけたことで殺害したケースであるが、長女と被告人の間における作為義務の有無に関する具体的な言及はなく、親子関係の存在が指摘されるにとどまっている。不作為による殺人罪においても、親子関係が認められれば、作為義務に関して具体的に言及することなく、親の子に対する作為義務を認めているように思われる<sup>7)</sup>。

しかしまた他方で、不作為による殺人罪が問題となるケースでは、親子関係

---

6) その他、下級審判決で、保護責任者遺棄致死罪が認められたケースで親子関係にあることのみを示したものとして、大分地判平2年12月6日判時1389号161頁、千葉地判平12年2月4日 (LEX/DB 事件番号 28075002)、福岡地判平13年12月6日 (LEX/DB 事件番号 28075111)、神戸地判平14年10月25日 (LEX/DB 事件番号 28085170)、岡山地判平15年4月23日 (LEX/DB 事件番号 28085633)、千葉地判平24年5月24日 (LEX/DB 事件番号 25481709)、名古屋高裁金沢支部判平24年7月3日 (LEX/DB 事件番号 25481906)、岡山地判平24年8月1日 (LEX/DB 事件番号 25482579)、名古屋地裁岡崎支部判平25年6月17日 (LEX/DB 事件番号 2551611)、大津地判平25年11月6日 (LEX/DB 事件番号 25502335) も参照のこと。

7) その他に、殺人罪で親子関係の存在から作為義務が認められたと思われるものとしては、名古屋地判平14年10月30日 (LEX/DB 事件番号 28085354)、広島高判平17年4月19日高刑速平17年312頁 (被告人自身は、本件犯行当時において、直接的な暴行を行っておらず、同棲していた男性の暴行行為を傍観し、自分の子を助けなかった事案)、大阪地判平18年3月28日 (LEX/DB 事件番号 28115220)、などが挙げられる。

以外の要素を考慮していると思われるものも存在する。例えば、さいたま地判平15年3月12日（LEX/DB 事件番号 28085541）は、「被告人は、妻のXとともにV（当時2歳）を養育していたが、……必要な食べ物や飲物を与えない状態を続けてVを脱水症状に陥らせ、日ごろ激しい暴行を加えたことも相まってVを著しく衰弱させたのであるから、Vに食べ物や飲物を与え、医師による治療を受けさせるなどすべき法的義務があった」として被告人に殺人罪を適用している。本件事案では、被告人の作為義務に関して、先行行為が考慮されているとも捉えられる。

なお、本件においては、被告人と被害児は養子縁組を行っており、直接的な血縁関係があるのではない。しかしながら、この事案において、先行行為のみで作為義務が認められているとは言い難い。というのも、この暴行行為は、確かに「被害者の死を惹起する危険性の高いものであった」と認められているが、主たる死因は「必要な食べ物や飲物を与えられなかったことによる脱水に伴う循環不全」であると認定されており、先行行為から発生した危険の除去だけが問題となっているのではないからである。つまり、たとえ先行行為が存在しなくとも、作為義務が認められるという可能性は残っており、先行行為が作為義務の存否に関する決定的要因であるとは言い難い。したがって、暴行行為が先行行為として一つの考慮要素として理解されていたとしても、本件における被告人の子に対する作為義務については、親子関係も考慮されていたと言えるであろう。

## B. 親子関係が存在しないケース

同居する幼児について血縁関係にもなく、法的な親子関係にもない場合、裁判所はその他の要素により義務を根拠づける傾向にある。そのようなものとして、広島高裁岡崎市部判平17年8月10日（LEX/DB 事件番号 28105462）が挙げられる。本件において、被害児Bは、被告人の妻Aが不貞をして出産した子であり、被告人と直接の血縁関係を有していない（なお、養子縁組については、事実認定での記述はなく、原審も参照しえなかったため不明であるが、おそらく養子関係は存在していないと思われる）。本判決で裁判所は、「被告人は(1) Aの不貞行為の結果出産した子であるBを乳児院から引き取って同居したこと

## 親権者の「刑法的」作為義務

により、……少なくともBが健全に生育できるような生活環境を整えるべき法的義務を負担したと解されること、(2)……Bを救うことができるのはA以外には被告人しかいないことを十分認識していたこと、(3)……被告人が積極的にBの生命を維持するために必要な医療措置を受けさせる行為を撮らない限り、Bが自発的にそのような措置を取る可能性が極めて低いことを十分認識していた」ことは明らかであり、「以上によれば……Bに緊急の医療措置を受けさせるべき法的義務があり、かつその義務を尽くすことは十分可能であった」として、被告人の子どもに対する作為義務を認め、殺人罪を適用している。

### C. 小 括

上述した判例の傾向を要約すれば、(もっぱら法的な関係にすぎないものも含め)親子関係が存在する場合には、親子関係が重要な役割を演じており、親子関係の存在によって作為義務が認められる傾向にあり、親子関係が存在しない場合には、その他の要素から作為義務を導く傾向にあるといえるであろう。特に、親子関係が存在する場合には、作為義務について具体的に言及されることなく、親権者の作為義務が認められているように思われる。また、親子関係が存在する場合で、親子関係以外の要素が考慮されていたとしても、その要素が作為義務を根拠づけるような決定的な役割を演じているわけではなく、親子関係も少なからず考慮されている。つまり、裁判所にとって親子関係の存在は、親権者の作為義務の肯定へと方向づけるような、重要なファクターであると言えるのではないだろうか。

確かに、親の子に対する作為義務は、一般的に広く認められており争われていない。しかし、作為義務は刑法上の犯罪成立要件として要求される法的義務であり、道徳的義務であってはならないとするならば、親子関係から直ちに作為義務を認めてはならないであろう。なぜなら、親子関係から直接に導かれた作為義務は、「親は子を助けるべき」という道徳的な価値観や「期待」から導かれたものであり、法的な説明を欠いているために、道徳的義務にすぎないと言えるからである。作為義務は法的義務であり道徳的義務ではないとするなら

ば、社会的な「期待」を向けられた親が、子を救助すべきとされる理由が示されなければならないであろう。つまり、そのような価値観や倫理観から生じる「期待」が「法的」に正当化されなければならないのである。

### Ⅲ. 学説状況

これまで見てきたように、判例は、親の子に対する作為義務について、親子関係の存在を重要なファクターと看做し、親子関係から作為義務を容易に認めている。しかし、親子関係の存在から容易に認められた作為義務は、上述したように、法的な説明を欠くために、道徳的義務の範疇を超えず、刑法上の法的義務とすることはできないであろう。作為義務は法的義務である以上、その発生根拠については法的な説明が不可欠である。本章では、特に日本で有力視されている学説を取り上げ、それらの学説が、作為義務を法的に説明することに成功しているかどうかを検討する。

本章では、法源説、作為義務の発生根拠として物理的な契機を必要とする説（物理的アプローチ）、そして社会関係から作為義務の発生根拠を導く説（社会関係的アプローチ）と、学説を大きく三つに分類して取り上げる。というのも、特に親の子に対する義務に関して、物理的アプローチは、物理的な契機を要求することによって、親子間における作為義務の問題が解決できなくなっていると考えられ、社会的アプローチでは、そこで要求される「支配」や「期待」という概念が、作為義務を法的に説明することを困難にしていると考えられるからである。また、法源説では、刑法外法律による義務が、刑法上の義務や制裁を根拠づけうるのかが問題となりうるであろう。

#### A. 法源説

##### 1. 概要

本稿でいう法源説とは、主に、実定法上の法律や法令を作為義務の根拠と解するものである。いわゆる形式的三分説にあたる学説も、先行行為や契約、場合によっては緊密な生活共同体も含まれるが、法律や法令を作為義務の根拠と

して理解する点において、本稿では法源説と呼ぶことにする。この法源説を主張するものとしては、例えば Feuerbach や E. Schmidt や Frank が挙げられるであろう。

Feuerbach は、周知のように、不作為犯を処罰するためには、「特別な法的根拠」が必要であると最初に述べた人物である。彼は、その教科書の24章で「市民の本来的な拘束性は不作為にのみ向かう」と定式化したことにより、市民が本来的に有する義務は不作為義務であり、不作為犯を処罰するには「特別な法的根拠」が必要であるとしたのである。つまり、「特別な法的根拠無くしては、人は不作為によって犯罪者とはならない。」<sup>8)</sup>そして、この「特別な法的根拠」に含まれるものとして、Feuerbach は法律と契約を挙げたのである<sup>9)</sup>。ただし、この時代においては、ただ「特別な法的根拠」が問題となっていたにすぎず、作為義務の問題として取り扱われていたのではない。しかし、Feuerbach のこの定式化が、不作為犯を特別な問題へと引き上げたのであり、Feuerbach 自身も不作為犯のこの「特別さ」を解消するために、不作為犯の処罰について法律と契約を要求したのである。また、E. Schmidt や Frank は、不真正不作為犯の問題を違法性の問題として、結果回避義務が重要であるとし、その根拠として、法律、契約そして先行行為を挙げている<sup>10)</sup>。

法源説からすれば、親の子に対する義務は、民法上の監護義務（民法820条）から導かれることになるが、このような法源説は、近年においても再び主張されている。例えば、高山教授は、「作為義務を根拠づけるのは規範的な関係の

8) *Feuerbach*, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., § 24.

9) Feuerbach 以後、Spangenberg が、現在の緊密な生活共同体に相当する「特別な法関係」を（*Spangenberg*, Neues Archiv des Criminalrechts, Bd. 4, 535 ff. なお、名和鉄郎「ドイツ不作為犯論史（I）」法経研究（静岡大学）20巻2号12頁、および、*Rudolphi*, Die Gleichstellungsproblematik der unechten Unterlassungsdelikte und der Gedanke der Ingerenz, 1966, S. 6 も参照）、Stübel が先行行為を不作為処罰に必要な特別の法的根拠に含めた（*Stübel*, Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, S. 59 ff.; Vgl. *Rudolphi*, S. 7.）。

10) *v. Liszt-Schmidt*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Bd. I, 26. Aufl., 1932, S. 190 ff.; *Frank*, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., 1931, S. 16 ff.

みである」<sup>11)</sup>との前提から、「作為義務の統一的な発生根拠は『法規範』に限られるべき」であるとし、法令上の義務が存在する場合に不真正不作為犯が成立するとする<sup>12)</sup>。その理由として、「刑罰法規の明確性の要請からも、非法律的な作為義務の範囲の拡大に対する歯止めが必要である」<sup>13)</sup>ということを挙げている。したがって、高山教授によれば、明確性の要請から、条理に基づく義務づけは、先行行為も含めて作為義務の発生根拠から除外され、また、契約に基づく義務づけは、その射程が狭すぎるとの批判が考えられるが、事務管理（民法697条）を根拠に含めれば、その狭さはカバーされる<sup>14)</sup>。

## 2. 検 討

法源説は、明確性の要請から行為義務の発生根拠を法令上の義務に限定し、作為義務の成立範囲を制限するのであるが、法源説には次のような問題点が挙げられる。つまり、法令上の義務が刑法上の作為義務を直ちに根拠づけるわけではない<sup>15)</sup>ということである。なぜならば、義務を根拠づけるとされる刑法外の法規は、問題となる構成要件的状况を考慮して存在しているのではないからである<sup>16)</sup>。その上、刑法外の義務の侵害は、単に刑法外の制裁という結果になるにすぎないのであり<sup>17)</sup>、その違反による刑罰の賦課が正当化される理由については何も説明されていない<sup>18)</sup>。Pawlik が正当にも指摘するように、法源

11) 高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編『クローズアップ刑法』（成文堂，2003）67頁。

12) 同様の問題意識から、家族法上の規定によって作為義務を導くものとして、*Böhm, Garantspflichten aus familiären Beziehungen*, 2006. が挙げられる。

13) 高山（前掲注11）68頁。

14) 高山（前掲注11）67頁。

15) 木村亀二「不作為犯に於ける作為義務」『刑法解釈の諸問題 第一巻』（第5版，有斐閣，1954）214頁。佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」香川達夫博士古稀祝賀『刑事法学の課題と展望』97頁。

16) 山中敬一『刑法総論』（第2版，成文堂，2008）232頁。

17) *Welp, Vorausgegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968, S. 148.

18) 山口厚『刑法総論』（第2版，有斐閣，2007）81頁。松宮孝明『刑法総論講義』（第4版，成文堂，2009）90頁。西田典之『刑法総論』（第2版，弘文堂，2008）122頁。

説は、可罰的とされるものを単に寄せ集めたに過ぎず<sup>19)</sup>、法の根拠の問題を単なる法源の問題に置き換えたに過ぎないのであり、個々の義務の発生根拠を挙げることに限定し、法概念という観点から、いかなる義務が正当化されるのかという問題には立ち入っていないのである<sup>20)</sup>。

親の子に対する義務について検討してみると、この義務を根拠づけるとされる民法820条は、親権者の子に対する監護・教育の権利義務を定めているが、「親権を行う者は、子の監護及び教育をする権利を有し、義務を負う。」と規定されているにとどまっている。民法上、親権者が親権を乱用したとき、あるいは著しく不行跡であるときには、家庭裁判所による親権喪失の宣告がなされる（民法834条<sup>21)</sup>）。しかし、この規定が、親族や未成年後見人や検察官からの請求を要件としていることからわかるように、民法上の制裁は、親権者による義務の懈怠から直ちに加えられるものではなく、その義務の懈怠も一つのものには限られない。他方、刑法上の制裁は、両親のその一つの不作为に対して直ちに加えられるのであり、民法上の規定とはうまく合致しないであろう。また、民法820条における親権者の義務は、財産法上の規定のような不履行に対して強制が可能な義務ではなく<sup>22)</sup>、これが直ちに刑法上の制裁を根拠づけることはできないように思われる。

このような批判に対して、高山教授は、「法が人間関係をどのように定めているかが、危険の法的な評価にとって重要な意義を有する」と述べている。例えば乳児が死亡するような場合には、「物理的観点のみからすれば、乳児はそ

19) Pawlik, Das unerlaubte Verhalten beim Betrug, 1999, S. 130.

20) Pawlik, Das Unrecht des Bürgers, 2012, S. 169 (強調は原著による)。またPawlikは、作為と不作为の同置問題についても疑問を呈している。

21) 「父又は母による虐待又は悪意の遺棄があるときその他父又は母による親権の行使が著しく困難又は不適當であることにより子の利益を著しく害するときは、家庭裁判所は、子、その親族、未成年後見人、未成年後見監督人又は検察官の請求により、その父又は母について、親権喪失の審判をすることができる。ただし、二年以内にその原因が消滅する見込があるときは、この限りではない。」

22) 内田貴『民法Ⅳ』（補訂版、東京大学出版会、2007）211頁。Vgl. Bülte, GA 2013, 389 (398); Jakobs, AT, 2. Aufl., 29/62. BülteやJakobsはドイツ民法1618条1項の規定をプログラム規定であるとする。

のまま死んでしまうが、法的観点を入れて評価する時には、親の保護の下にある場合危険にさらされていない」のであり、「親と赤の他人とで法的に異なる地位が与えられている」ことを考慮し、さらに「犯罪の不法内容の実質が他の法領域から基礎づけられることは、財産犯の成否が民法その他によって構成される財産秩序を基礎として判断されるのと同様である」ことを理由に、刑法外の法令による義務は刑法上の作為義務にまで高められるとする<sup>23)</sup>。

しかし、そのような理由づけによって、刑法外の義務が刑法上の作為義務を基礎づけるとしても、高山説による基礎づけは、作為義務の発生根拠を法的に説明したものではなく、刑法外の義務から導かれた作為義務が、作為犯による犯罪と同価値であることを示しているにすぎない。なぜならば、高山説の法的観点の背後には、「親が子どもを保護すべきである」との「期待」が存在するからである。つまり、放っておけば乳児が死亡するような場合において、親という立場を考慮し、法的な観点の下では当該乳児には危険が迫っていないと評価することは、親が子どもを助けるのが当然であるという「期待」を前提としているにすぎない。つまり、「期待」を法的観点という言葉で覆い隠しているにすぎないのであり、そのような「法的観点」から導かれた義務は、法的な根拠づけに欠けるものであって、道徳的義務でしかないであろう。高山説による基礎づけ方法は、作為義務は法的義務であるとの前提を「法的観点」を導入することによって脅かすことになる。

このような「親が子を助けるべき」という「期待」が刑法上の作為義務の基礎にあることは否定しえないとも思われるが、問題は、なぜ子どもの保護が親に期待されているのかを法的に根拠づけることである。この問題が解決されない限り、「『法益を保護するはずである』という期待は、道徳的なものでは足りず、法的なものである必要がある。」<sup>24)</sup> との高山説の主張に説得力はなく、法

23) 高山（前掲注11）59頁。

24) 高山（前掲注11）58頁。作為義務は道徳的なものでは足りず、法的なものでなければならぬことは、ドイツでも一般的に認められている。例えば、Schönke/Schröder/Stree/Bosch, § 13 Rn. 7.; Kühl, AT, 7. Aufl., § 18 Rn. 41 を参照。その他にも、Grünwald, Zivilrechtlich begründete Garantienpflichten im Strafrecht?, ↗

的期待と道徳的期待の区別に成功し、法的義務としての作為義務を道徳的義務と区別することには成功しえないであろう。親の子に対する作為義務を法的に根拠づけるためには、異なったアプローチ方法が必要である。

## B. 物理的アプローチ

### 1. 先行行為説

#### a) 解釈論的アプローチ（因果性説）

先行行為説は、19世紀においては、不作為の因果性の問題を解決するために提唱された学説である。Luden が真正不作為犯と不真正不作為犯を区別したことにより<sup>25)</sup>、作為と不作為の同置問題は違法性から因果関係へと移行し<sup>26)</sup>、これ以降、不作為犯の因果性の問題が全面的に展開されることになる。このような背景の下、先行行為説は「無から有は生じない」という自然科学的な前提に立ち、不作為により結果が惹起されたとするために、不作為以外の物理的存在に不作為の因果性の根拠を求めようとする。

このような解決方法を試みたものとしては、Temme, Krug, Glaser が挙げ

ゝ2001, S. 133 ff. も見よ。

25) 「我々刑法学者が陥っている主要な誤りは、本来の意味における不作為犯罪と、不作為的行為 (Unterlassungshandlung) を通じて犯される犯罪の間を、適切に区別していないことにある。」(Luden, Ueber den Tatbestand des Verbrechen nach gemeinen teutschen Recht, S. 219 f.)

26) Luden によれば、「特別な法律によっても、契約によっても扶養義務が (Alimentationspflicht) が基礎づけられていない場合でも、我々の認識によれば、扶養の不作為により死が惹起されていることに違いないであろうという事情のみによっても殺人に向けられた行為が基礎づけられるものとみなされなければならない」のであり (Luden [Fn. 25], S. 245 Anm. 1), 作為義務は「作為義務なしには不作為は罰せられないという法的根拠として現れる」のではない (S. 232)。つまり、不作為が「犯罪的現象が惹起される」(S. 242) ような「犯罪への方向付け」(S. 226) を有しているのでなければならない。なお、Luden 自身は「人があることをしない間、彼は必然的に何か違うことを行なっていたのであり、常に積極的な行為が存在していたに違いない」のであり、「この積極的な行為が、犯罪的結果の唯一の原因である」と述べ (S. 225), 不作為と同時に存在する行為に不作為の因果性を求めた (他行行為説)。Luden に関しては、Pfleiderer, Die Garantenstellung aus vorangegangenen Tun, 1968, S. 50 f. 及び Rudolphi (Fn. 9), S. 9 も参照のこと。

られる。Temme は、不作為にとっては「常に積極的な行為が要求され、この行為との結びつきにおいて、不作為も犯罪を引き起こしうるのであり、行為の犯罪性 (Verbrecherische) は、常に積極的な活動の中にその基礎を有する」として、不真正不作為犯の処罰に先行行為を要求する<sup>27)</sup>。Krug も、純粋な不作為は 0 であり結果の原因とはなりえないことを出発点として、不作為が結果と因果関係に立つ行為と結びついていることを要求する<sup>28)</sup>。また、Glaser も、作為犯の構成要件は、人の行為と結果の間で、原因と結果の関係が存在することを予定していることから、不作為は、「最後には可罰的な結果となるような原因の、その一連の最初のきっかけや経過が、彼の現実の行為の領域の全く外側に存在」する場合には犯罪的なものとして考慮されないとし<sup>29)</sup>、可罰的な不作為の前提として、不作為者の以前の行為を通じて結果が惹起されたことを要求する。

このような前提に立ち、これらの学説は親の子に対する義務についても先行行為を要求する。例えば Krug は、母親が子どもを餓死させたケースを挙げ、母親が子どもを「その先行する行為 (Handlung) を通じて……保護のない存在 (hülflloses Dasein) として呼び寄せた」<sup>30)</sup> として、母親の子に対する義務を性交渉や出産という先行行為により導く。

#### b) 価値論的アプローチ

その後先行行為説は、不作為の因果性の問題と関連しては論じられず、作為と不作為の間に存在する存在構造上の差異との関連で論じられることとなる。

27) Temme, Lehrbuch des preußischen Strafrechts, 1853, S. 264. (強調は原著による) Vgl. Welp (Fn. 17), S. 33 f.

28) Krug, Kommentar zu dem Strafgesetzbuch für das Königreich Sachsen, 1855, 4. Abteilung, S. 21 ff. Vgl. Welp (Fn. 17), S. 34; Rudolphi (Fn. 9), S. 9. なお、Krug によれば、不作為者が因果的な先行行為を通じて、発生した結果を回避するように義務づけられることが必要であるとされる。これに関しては、Welp (Fn. 17), S. 35 及び、名和鉄郎 (前掲注 9) 17頁も参照のこと。

29) Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, Bd. I, 1858, S. 298.; Vgl. Welp (Fn. 17), S. 36.

30) Krug (Fn. 28), S. 40. (強調は原著による)

まず、ドイツにおいては Welp が挙げられるであろう。彼の先行行為説は、上述のものとは異なり、作為と不作為の同置を解決するために論じられたのではなく、いかなる条件において作為と不作為が同価値であると看做されるのかという観点において論じられる。つまり、解釈論的アプローチのように先行行為によって不作為の因果性を証明するのではなく、不作為には因果性（原因力）が無いということを前提としており、あくまでも価値論的に作為と不作為が同価値である場合を、先行行為を媒介として追求する。我が国において、Welp と同様に作為と不作為の存在構造の差異を強調し、不真正不作為犯の作為義務の発生根拠として先行行為を要求する学説としては、日高説が挙げられる。

(1) Welp 説

Welp は、Armin Kaufmann が論じた作為と不作為の存在論的な差異、および目的的行為論を前提として先行行為説を展開する。彼らによれば、作為と不作為は存在構造的に区別される。つまり、通説における「不真正」不作為犯は存在論的には「真正」な場合、つまり「本物の」不作為であり<sup>31)</sup>、結果回避命令は、不真正不作為犯の基礎をなしているのみならず、真正不作為犯の基礎もなしている<sup>32)</sup>。より具体的に言えば、不真正不作為犯は真正不作為犯と同様にそれ自体としては不作為であり、彼ら以前の学説が述べていたような禁止規範違反ではなく命令規範違反であって、不真正不作為犯を作為構成要件の意味において解釈論的に構成することはできず、不真正不作為犯において問題となるのは、あくまでも作為と不作為の同価値性だけとなる<sup>33)</sup>。

31) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 274 f., S. 315. 松宮孝明「『保障人』説について」刑法雑誌36巻1号166頁も参照のこと。

32) Armin Kaufmann (Fn. 31), S. 275.; Welzel, Das deutsche Strafrecht, 11. Aufl., S. 202 f.

33) Armin Kaufmann (Fn. 31), S. 272 は次のように述べる。「解釈論的な構成は、このさしあたり純粋に価値論的な任務を果たすことに成功しえない。」なお、Armin Kaufmann や Welzel の目的的行為論における不作為概念を紹介する文献として、金沢文雄「不作為の構造 (I)」政経論叢 (広島大学) 15巻1号 (昭40) 43頁以下も参照のこと。また、Armin Kaufmann の不作為犯論について、作為義務以外の問

また Welp によれば、「因果的に確定された世界を目的意識を持って決定する人間の能力が、結果が彼の仕業であり、彼が行為者であるということに対する本来的な理由である。」<sup>34)</sup> つまり、「この決定能力 (Determinationsvermögen) が、目的的に実現された結果が、この人間の『仕業』として理解される……ことに対する本来の理由を形成」<sup>35)</sup> するので、結果が当該行為者の仕業として考えられる場合には、作為と不作為の区別なく、その不法が認められるとする<sup>36)</sup>。

このような前提の下、Welp は作為と不作為が同価値であるための条件として、被害者側においては、行為者に対する特別な依存を挙げ<sup>37)</sup>、行為者側においては、その主体となることを要求する<sup>38)</sup>。この特別な依存性は、作為においても不作為においても必要なものであるが、不作為における依存性は、救助行為の実行への依存性である<sup>39)</sup>。この依存関係が作為における依存関係<sup>40)</sup> と同じ関係にあるかどうかは、被害者と行為者の間に予め存在する関係を考慮することによって示されるとし<sup>41)</sup>、この予めの関係として考慮されるのは、先行行為によって引き起こされた依存関係であるとする。というのも彼は、いわゆる「自然な結びつき (natürliche Verbundenheit)」のケースは、契約上の「引き受け」の状況よりも大きな疑念にぶつかるべしと述べ、加えて、依存関係を類型化し区分して構成することに対しては、明確性の原則や不作為処罰の拡大という観点から否定的であり、これに対して先行行為は、依存関係が積極的な行為そ

↘ 題点に関しても詳細に検討するものとして、中森喜彦「不作為犯と逆転原理 (一) (二) (三)」法学論叢107巻5号1頁以下、108巻4号1頁以下、109巻4号1頁以下。

34) Welp (Fn. 17), S. 174.

35) Welp (Fn. 17), S. 173.

36) 名和鉄郎「ドイツ不作為犯論史 (IV)」法政研究 (静岡大学) 25巻3・4号235頁を参照。

37) Welp (Fn. 17), S. 177.

38) Welp (Fn. 17), S. 189 ff.

39) Welp (Fn. 17), S. 178.

40) 作為における被害者の行為者への依存とは、法益侵害的な行為が為されないことへの依存である。これに関しては、例えば Welp (Fn. 17), S. 176 を参照。また、後述Ⅲ. C. 2. における Wolff の見解も参照のこと。

41) Welp (Fn. 17), S. 178.

れ自体から生じることにより、その他の保障人的地位のタイプとは一線を画すると理解するからである<sup>42)</sup>。

このような理解には、彼が、作為と不作為の存在論的な差異を強く意識しているという背景が存在する。彼によれば、「エネルギーの非投入として、不作為は現実の外界の変更を引き起こさず、むしろそのような現実の力の実効性 (Wirksamkeit) を常に前提として」おり、「ただし、先行行為に続く不作為は、特に同価値が可能なケースにおいては、予め置かれた危険が財に対して、行為者以外の力 (第三者の行為や自然事象) ではなく、先行する不作為者の自らの行為から忍び寄ることによって、自らを際立たせる」のである<sup>43)</sup>。つまり、Welp によれば、単なる不作為は外界に対する変更を引き起こさず、存在する危険な状況を利用するに過ぎないため、作為と同価値であると看做すことはできないが、先行行為に端を発する不作為は、先行行為が危険を生じさせたことにより、先行行為を媒介として作為と同価値であると看做することができるのである。

## (2) 日高説

本説は、「作為は原因力を有し、不作為は原因力を有しない」<sup>44)</sup> ことから、「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」<sup>45)</sup> として、作為犯と不作為犯の存在構造上の差異を認める。つまり、上述した Armin Kaufmann や Welp らと同様、不真正不作為犯を「本物の」不作為犯と捉え、不真正不作為犯における作為義務と真正不作為犯における作為義務はその性質を何ら異にすることはなく、「不真正不作為犯は命令規範違反の犯罪」であると構成する<sup>46)</sup>。そのため、「不真正不作為犯と作為犯とが同一の犯罪構成要件のもとに等置されるためには、両者の存在構造上の溝が埋められて、価値的に等しいもの」とされなければならない、「等置問題の核心は、不真正不作為犯と作為犯との存在

42) Welp (Fn. 17), S. 179. (強調は原著による)

43) Welp (Fn. 17), S. 172. (強調は原著による)

44) 日高義博『不真正不作為犯の理論』(慶応通信, 1983) 128頁。

45) 日高 (前掲注44) 109頁。

46) 日高 (前掲注44) 124頁。

構造上の溝を埋めて両者を等価値なものとする媒介が見出しうるか否かにある」として<sup>47)</sup>、作為と不作為の同置の問題を、その「存在構造上のギャップ」と捉え、このギャップを価値論的に埋めることにあるとする<sup>48)</sup>。そして、日高説は、この「存在構造上のギャップ」を埋めるために、客観的な判断基準を要求する。つまり、このギャップを埋めるためには、不作為者が当該不作為を為す前に、法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定しなければならないとして、不真正不作為犯において先行行為を要求するのである<sup>49)</sup>。

(3) 佐伯説（先行行為＋排他的支配）

まず本説は、作為義務の発生根拠として、排他的支配を要求する。この排他的支配は、作為と不作為の存在構造的等価値性を保障するために必要であるとされる。この排他的支配にとって、空間的な閉鎖性は必要条件ではなく、したがって、解放されたような場所であっても他の者の救助の可能性がない、あるいは著しく少ない場合には排他的支配が肯定される<sup>50)</sup>。

本説は、作為義務の発生根拠は排他的支配だけでは足りないとし、排他的支配に加えて引き受けも含めた何らかの物理的な危険創出行為も要求する<sup>51)</sup>。危険創出が必要とされる理由は、「積極的に法益に危険を与える行為をしなければ処罰されることはない、という『自由主義に基礎を置く刑法の大原則』からの要請である」<sup>52)</sup>。本説によれば、不真正不作為犯は真正不作為犯とは異なり、作為義務が条文上に明示されていないため、何らかの制約原理を必要とする。排他的支配だけでは、そのような作為義務を限定する機能を十分に果たすことができず、そのため、不真正不作為犯の制約原理として危険創出行為も要求される。つまり、本説における危険創出行為である先行行為は、排他的支配だけ

47) 日高（前掲注44）132頁。

48) 日高（前掲注44）109頁以下。

49) 日高（前掲注44）152頁以下。なお、日高教授によれば、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に、当罰性ありとして処罰することは罪刑法定主義に反する（155頁）。

50) 佐伯仁志（前掲注15）110頁。

51) 佐伯仁志（前掲注15）111頁以下。

52) 佐伯仁志（前掲注15）111頁。

では不明確な、あるいは拡大する虞れのある作為義務の成立範囲を限定する機能を果たすものであり、作為犯と同等に処罰されるべき不作為を示すものであるといえる。したがって、本説において要求される先行行為も、上述した先行行為説と同様、作為と不作為の同価値性を担保するためのものであり<sup>53)</sup>、本説は上述した先行行為説と類似する。

c) 検 討

先行行為を要求する学説に対しては、先行行為が因果性を補填するものとして要求される場合であれ、作為との同価値を担保するものと考えられている場合であれ、また、自由主義の原則から必要とされるのであれ、先行行為による原因設定がなければ不真正不作為犯が認められなくなるという問題点を指摘することができる<sup>54)</sup>。特に親の子に対する義務に着目すれば、親が幼児に食事を与えず、あるいは乳児に授乳せず餓死するに任せるといった場合には、親の先行行為が欠けるため、親の子に対する作為義務は成立しないことになってしまう。しかしながら、この場合に、作為義務が存在しないと考えるのは受け入れがたい結論であろう。判例もこのようなケースについて、不作為による殺人罪（刑法199条）の成立を認めている<sup>55)</sup>。

このような批判に対して、先行行為を要求する学説からは、例えば、母親が子どもを産んだ後そのまま放置して死亡させたような場合には、保護責任者遺棄（不保護）致死罪（刑法218条、同219条）が成立するし、また、排他的支配や危険創出の要件は、不真正不作為犯の保障人的地位に関する要件であって真正不作為犯には妥当しないとの反論がありうる<sup>56)</sup>。しかし、作為と不作為を存在構造的に区別するのであれば、Armin Kaufmann が正当にも指摘するように、真正不作為犯も不真正不作為犯も不作為犯である以上、両者は共に命令規範に違反するのであり<sup>57)</sup>、作為義務に関して、不真正不作為犯についてのみ一

53) 佐伯仁志「不作為犯論」法教288号60頁。

54) 佐伯（前掲注15）100頁。山中（前掲注16）232頁。

55) 上述Ⅱ. A. の本文および（前掲注7）を参照のこと。

56) 佐伯仁志（前掲注53）61頁。

57) この点に関しては、例えば *Armin Kaufmann* (Fn. 31), S. 275 f. を見よ。

定の行為が要請されるとするのは妥当ではない<sup>58)</sup>。加えて、詳しくは後述するが、排他的支配という要件は、作為と不作為の同価値性を問題にしたものであり、価値論の領域を超えず、もっぱら法的説明を欠いた道徳的な作為義務のみを導き出すのであって、法的義務を根拠づけえない<sup>59)</sup>。

仮に先行行為として生殖や出産を挙げ、それにより不作為の因果性を肯定する、作為と不作為の存在構造上のギャップを埋める、特別な依存関係を導く、あるいはそれを子どもに対する危険創出と捉える<sup>60)</sup>としても、そのような構成は支持できるものではない。なぜならば、Pawlik が指摘しているように、そもそも先行行為思想は、誰も害してはならない (*neminem laedere*) という原則に立っているからである。つまり、この思想は、行為者の介入の前に、相対的に危険のない状態を享受する主体を明らかに前提としているのである。したがって、子どもは生殖以前には全く存在しておらず、存在すると同時に助けなく、依存し、危険にさらされた状態になるのであるから、生殖や出産行為それ自体を先行行為として捉えることはできない<sup>61)</sup>。

さらに日高説は、故意・過失の先行行為を要求する。これに対しては、特に過失の先行行為から結果が生じた場合について、先行行為後に結果に対する故意が生じれば、過失犯が故意不作為犯に転化する虞れのあることが指摘されている<sup>62)</sup>。

その上、日高説によると、先行行為がなくとも、「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」であり、「母親の授乳しないという不作為は、餓死に対す

58) この点に、特に我が国における作為義務論の問題点があるように思われる。これに関しては、後述IV. A. を見よ。

59) 支配を作為義務の発生根拠とする学説に対する批判については、後述III. C. 1. c) を見よ。

60) 佐伯（前掲注53）61頁。

61) Pawlik (Fn. 20), S. 165.

62) 佐伯（前掲注15）100頁。西田（前掲注18）123頁。山中（前掲注16）232頁。浅田和茂『刑法総論』（補正版，成文堂，2007）156頁は、先行行為の二重評価となって不当であると批判する。

る直接の原因」であって、母親の不作为に対して、「殺人罪の不真正不作为犯が成立する」とされる。というのも、「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・独占的地位にあるものが授乳しない場合、その不作为は餓死の直接の原因」となるからである<sup>63)</sup>。しかし、このような解釈は、母親の不作为それ自体に原因力を認めることとなり、不作为には原因力がないとする論者の前提と矛盾する。加えて、このような理由づけは、母親という地位を考慮しており、「母親が救助すべき」という「期待」が前提とされているにもかかわらず<sup>64)</sup>、当該期待から作為義務が生じることに対する法的な正当化は存在しない。つまり、このようにして導かれる作為義務は、道徳的義務にとどまるものであり、法的義務として語ることはできないであろう。

日高説とは異なり、佐伯説における危険創出行為は、必ずしも違法である必要はないとされるが、これに関しても問題がある。佐伯説は、善意であっても、世話を継続することで、周りの人間に、援助は必要ないという事実上の信頼が生じている場合には、他の者による救助の可能性を減少させているという意味において、危険の増加が認められるとするが<sup>65)</sup>、このような扶養行為は、通常は危険を創造ないしは増大させる行為ではない。さらにこのような構成は、周囲からの期待が不作为者に対して向けられたならば、不作为者は危険を創造したとするものであり、危険創造が社会的な期待を内容としていることを示している。期待を危険創造と看做すことは、危険という概念を不明確なものにし、危険創造という基準を拘束力のない決まり文句にぼやけさせることになる<sup>66)</sup>。したがって、作為義務の成立範囲を限定する制約原理として要求される危険創出行為は、それが有するはずの限定機能を果たしえなくなるであろう。

以上のことを要約すれば、物理的な契機を必要とする根拠づけ方法は、親の

63) 日高 (前掲注44) 157頁。

64) 高山 (前掲注11) 64頁。

65) 佐伯仁志 (前掲注53) 58頁における注20。

66) Vgl. *Seelmann*, GA 1989, 241 (244); *Brammsen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986, S. 132 f.

子に対する作為義務を全く根拠づけえない点においてまず問題がある<sup>67)</sup>。また、先行行為が何らかの危険創造でも足りるとしても、期待を危険創造と看做すということは、危険という概念を不明確なものにし、それによって、危険創造行為が有する作為義務の限定機能が、その機能を果たしえないことへと至ってしまう。物理的アプローチは、作為義務の根拠づけ方法としては不十分であろう。

## 2. 事実上の引き受け説

### a) 概 要

本説は、刑法の任務は法益の保護にある<sup>68)</sup>との考えから、「不作為犯の処罰根拠も究極的には刑法により法益保護に求められる」<sup>69)</sup>として、法益保護の観点から、不作為者と結果との関係、より具体的には、不作為者の法益に対する密着性を考慮して作為義務を導き出す。本説によれば、不作為者の法益に対する密着性は、法益維持の方向において認識されるものであり、刑法上禁止された法益侵害という結果の不発生が不作為者に依存するという関係の発生を意味する<sup>70)</sup>。この依存性は、「引受け的行為」を基礎に置き、この「引受け的行為」の存在は、法的諸関係より形成されるのではなく、事實的諸関係により形成さ

67) なお、松宮教授も先行行為説に類似の見解をとる。松宮説によれば、不作為には因果力がないこと、我が国においてはドイツ刑法13条のような規定が存在しないこと、そして現行法の規定上、作為と不作為を並列して規定するものが存在することから、不真正不作為犯を「偽装された作為」とみなす構成を採らざるをえないとする。したがって、不真正不作為犯においては、不作為の中に、作為に準じる性質のものを探し出す事が必要であり、不真正不作為犯を「準作為」と見る必要がある。つまり、作為に付随する不作為や結果への因果を作動する先行行為のある場合に、結果に向かう因果経過を、行為者の「延長された腕」と「みなして」、そこから、それが他者を危険にさらさないように配慮する「義務」が引き出されるとする（松宮孝明『「不真正不作為犯」について』西原春夫先生古希祝賀論文集第一巻〔成文堂、1998〕174頁以下、松宮〔前掲注18〕89頁、松宮〔前掲注31〕172頁以下）。松宮説によれば、このように導き出される義務は、行為者が社会に積極的に出る「組織化」の場合にだけ当てはまるので、親の子に対する義務のような場合には、保護者遺棄罪などの真正不作為犯を用いるしかない。

68) 浅田（前掲注62）159頁。

69) 堀内捷三『不作為犯論』（青林書院新社、1978）250頁。

70) 堀内（前掲注69）253頁。

れるとする<sup>71)</sup>。したがって、本説は、作為義務の発生根拠として事実上の引き受け行為を要求する<sup>72)</sup>。

事実上の引き受け行為がいかなる場合に認められるかについて、本説は以下の三要件を挙げる。まず一つ目の要件として、法益の維持・存続を図る行為、言い換えれば、結果の発生を阻害する条件行為の開始・存在を挙げる<sup>73)</sup>。この要件は、結果の不作為者に対する依存性の契機として、不可欠であるとされる<sup>74)</sup>。このような行為に該当するものとして、母親あるいは祖母等が子どもの生命保持に不可欠な食物を与えるという行為が挙げられる。本説によれば、依存性の契機として行為を要求しているため、妻が自宅で分娩した際に新生児の生命保続に必要な措置を講じなかった父親や、病人に最初からいかなる看護も施さなかった看護師には作為義務は存在せず、遺棄罪として処罰されることはあっても、不作為による殺人罪としては処罰されない。このように物理的な契機を要求する点において、事実上の引き受け説は、先行行為説と共通する側面を持つ。

しかし、この第一の要件は、あくまでも依存性の契機に過ぎないため、それだけでは不十分であり、第二の要件として、このような行為の反復・継続が要求される<sup>75)</sup>。この要件によって、物理的な契機を要求する点において先行行為説と共通点を有するも、先行行為説よりも作為義務の認められる範囲が限定される。この反復・継続要件は、親や医師のような一定の身分・地位に就く者にア・プリオリに認められるのではなく、逆に、一定の行為の反復・継続の結果として、身分・地位が形成されるとする<sup>76)</sup>。つまり、一定の身分の存在が作為義務を直接的に根拠づけるわけではない。また、一定の行為の反復・継続が必要であるとしても、それは、不作為者と結果との緊張関係によりその度合は異

71) 堀内（前掲注69）254頁。

72) 堀内（前掲注69）255頁。

73) 堀内（前掲注69）255頁。

74) 堀内（前掲注69）260頁。

75) 堀内（前掲注69）259頁。

76) 堀内（前掲注69）259頁。

なるとされ、例えば、瀕死の重傷者の病院への搬送を引き受けた自動車運転手に対しては、たった一回の行為ではあるが、運転の継続を伴う結果条件に対する反復継続性を肯定しうるとする<sup>77)</sup>。

最後に第三の要件として、本説は法益に対する排他性の確保を挙げる<sup>78)</sup>。この排他性要件は、物理的なものに限られず、因果の流れを掌中に収めているような場合であっても認められる。ただし、第二要件と第三要件は、重畳的な関係に立つとされ、行為を反復・継続して行なうことにより、排他的関係が成立するし、他方、排他性の強い場合には、反復・継続性を容易に認定することができる<sup>79)</sup>。

#### b) 検 討

本説に対しては、親の子に対する義務について考察した場合、3つの要件それぞれについて問題があることを指摘することができる。したがって本説は支持できるものではない。本説の問題点を示すために、例として、単身赴任中の父親が休暇中に久しぶりに妻子の住む実家に帰った際に、子どもを連れて休日で賑わう公園に赴き子どもと遊んでいたところ、子どもが公園にある池にはまり溺れてしまった場合を考えてみる。

本説によれば、第一の要件として、「法益の維持を図る行為、結果発生を阻害する条件行為の開始・存在」が要求される。この要件は行為を要求している以上、親や医師、警察官といった社会的な地位から作為義務は生じえない。つまり、本説によれば、親という地位から作為義務が生じることはないので、先行行為説と同様、この場合においては、物理的な契機が存在しない以上、父親の子に対する作為義務を認めることができない<sup>80)</sup>。この例においては、父親は単身赴任中であり、子どもの世話を常日頃から行なっていないので、法益の維持を図る行為、結果発生を阻害する条件行為の開始・存在を肯定することは

77) 堀内（前掲注69）260頁。

78) 堀内（前掲注69）260頁。

79) 堀内（前掲注69）260頁以下。

80) 先行行為説に対する批判については、先述のⅢ. B. 1. c) を参照のこと。

きないと思われる。もっとも、分娩された我が子に対する生命保続措置を講じなかった父親に対して作為義務が認められないのであれば、当然に作為義務は肯定されえないだろう。ただし、子どもを公園へ連れて行ったことを条件行為の開始・存在であると看做して、依存性の契機を見出すことができるとの反論があるかもしれない。しかしながら、そのように考えても、第二の要件で問題が生じる。

第二の要件として、本説は「行為の反復・継続」を要求しているが、この例においては、父親が子どもを公園へ連れて行く行為は、一度きりのものであり反復継続性は認められない。ただし、上述したように、本説によれば、不作為者と結果の間の緊張関係、つまり法益侵害の重大性によっては、たった一回の行為であったとしても反復継続性が認められる。しかし、それは、反復継続性に関して恣意的な判断につながる虞れがあるし、また、このような形で反復継続性が認定されるならば、何らかの上位概念が存在することを意味しているであろう。

反復性という要件について考えてみると、そもそも継続して行為を行なうことが、なぜ義務を根拠づけうるのであろうか。本説によれば、行為を継続して行なうことにより、一定の地位や身分が形成されるとする。このことは、上述した佐伯説が、「世話を継続することで、周りの人間に、援助は必要ないという事実上の信頼が生じている場合には、他の者による救助の可能性を減少させているという意味において、危険の増加が認められる」とすることと同様のことを示しているように思われる。事実上の引き受け説の文脈では、「行為を反復継続することによって、周囲の人々に対する信頼や期待を生じさせたことにより、一定の身分を獲得し、保護を事実上引き受けた」ということになるであろう。また、たった一度きりの行為であったとしても、保護の事実上の引き受けが認められるのも、法益侵害が重大な場合には即座の救助行為が求められることから、たった一度きりの行為であったとしても、その行為によって不作為者が周囲の人々に対して、自らが救助するという「期待」や信頼を生じさせたことが上位概念として存在しているのではないだろうか。

また、第三の要件である「排他性の確保」を、この例において、父親に対して認めることはできるであろうか。本説によれば、第二要件と第三要件は重畳的關係にあるため、たとえ第二要件で挫折したとしても、第三要件が満たされれば作為義務は肯定されうる。しかし、この例においては、公園は人で賑わっており、物理的には父親に対する排他性を認めることはできない。このような反論に対して、本説は、因果の流れを掌中に収めているような場合にも、排他性が存在すると主張する。しかしながら、この例のような状況において、父親が因果の流れを掌中に収めているとし、彼に対して排他性を認めることは、父親に対して救助の「期待」が向けられているということの意味するであろう。なぜなら、現場には大勢の人がいるにも拘らず、父親だけが因果の流れを掌中に収めているということは、そこには周囲の人々が父親に対して抱いている「父親が救助すべき」との価値判断、つまり「期待」が存在すると言えるからである。しかしながら、大勢の人の中で、なぜ父親だけが子に対して義務を有しているのかを法的に正当化せず、排他性要件を考慮することは、「期待」から直接的に作為義務を導き出すことを意味し、まさしく本説の主張者が排撃するところの「作為義務の倫理化」<sup>81)</sup>を肯定していることになる。

以上のことを要約すると、事実上の引き受け説に対しては、まず、引き受け行為という物理的な行為を要求することから、先行行為説に対する批判と同様に、何らの物理的な契機が存在しない場合には作為義務は存在しないことになるという批判が当てはまる。特に、親の子に対する義務を根拠づけることができないことは問題であり不合理であろう。また、反復継続性や排他性という要件には上位概念として「期待」が存在すると思われるが、「期待」を有する者が義務を負うことに対する法的な説明を行わず、これらの要素から作為義務を導き出すことは、作為義務が法的義務であるということを正当化できておらず、そのようにして導き出された作為義務は道徳的義務にとどまることになるであろう。

81) 堀内（前掲注69）250頁。まさに本説は、不作為犯の処罰理由が、社会的諸関係の保護ないし維持に求められることは、作為義務の倫理化につながり、不作為犯の成立範囲をきわめて不明確にすると批判しているのである。

詳しくは後述するが、排他性という要件は、同価値性の要件でしかなく、法的義務の発生根拠として捉えることはできないと思われる<sup>82)</sup>。法的義務である作為義務の発生根拠として問題となるのは、規範論的な法的根拠の問題——不作為者はなぜ義務を負うのか——であり、価値論的な問題——不作為者が作為犯と同等に処罰されるのはどのような場合か——ではない。

本説が挙げる三要件は、結局のところ、事実的な状況を提示することで作為犯と同価値となるであろう場合を現象類型的に示すにとどまっており、法的な根拠については何も語っていないのである。

### C. 社会関係的アプローチ

上述したように、先行行為等を要求する物理的アプローチは、先行行為という物理的な契機を必要とするために、物理的な契機が存在しなくとも作為義務が認められる場合、特に親の子に対する作為義務を十分に説明することができない。その一方で、特に近年において、「支配」や「期待」といった社会関係を示す概念を作為義務あるいは保障人的地位の発生根拠とする学説が登場している。ドイツの学説では、近年における代表的なものとして、Schünemannの「結果原因に対する支配」や、ブラムゼンの社会的期待が挙げられるだろう。このような社会的アプローチは我が国においても見られ、近年では多くの学説が「支配」を作為義務の発生根拠としており、現在では通説的な地位を占めていると考えられる。

#### 1. 支配説

現在の我が国の通説は、「支配」という概念を作為義務の発生根拠として考慮しているであろう。判例においても、「支配」という要素が考慮されていると言われている<sup>83)</sup>。周知の通りドイツでも、Schünemannがこの「支配」と

82) 詳しくは後述Ⅲ. C. 1. c) およびⅣ. A. を見よ。

83) そのように述べるものとして、特に、西田（前掲注18）122頁以下。確かに判例は、「支配」を重視しているように見える。しかし、「支配」のみで作為義務を認めているわけではなく、引き受けや先行行為などの他の要素も考慮している。

いう概念を用いて作為義務を説明している。ただし、この「支配」という概念は、論者によって様々に捉えられており一様ではない。

a) 排他的支配説（西田説）

本説は、作為犯の特徴が、行為者が自己の行為に基づいて、法益侵害へと向かう因果の流れを設定することであり、不作為は、既に発生している結果へと向かう因果の流れに介入せず、結果を防止しないという消極的態度であることを前提として、作為と不作為が同価値であるためには、不作為者が結果へと向かう因果の流れを掌中に収めていたこと、つまり、因果経過を具体的・現実的に支配していたことが必要であるとし<sup>84)</sup>、作為義務の発生根拠として、不作為者の結果に対する排他的な支配を要求する。本説によって排他的支配が認められる場合とは、事実上の排他的支配が存在する場合と、支配領域性が存在する場合である。

本説によれば、事実上の排他的支配が存在するのは、不作為者が、自らの意思に基づき排他的支配を有する、もしくは設定する場合である<sup>85)</sup>。この場合、自己の意思によって、因果経過を事実上排他的に支配したか否かが重要あり、したがって、法律や契約上の義務が存在したか否か、故意または過失の先行行為が存在したか否かという規範的な要素は問題とならないとする<sup>86)</sup>。

また、本説の主張する支配領域性とは、上述の事実的な支配が存在する場合と異なり、不作為者の意思に基づかないで結果に対する支配を肯定できる場合である。この類型では、支配の意思に代わるものとして、不作為者こそが作為すべきであったという規範的要素を考慮すべきであるとし、この規範的要素として、親子、建物の所有者、賃借人、管理人のような、その身分関係、社会的地位に基づき社会生活上継続的に保護・管理義務を負うことを挙げる<sup>87)</sup>。

この他、本説は単に、不作為者が作為すべきであったという規範的要素のみ

---

84) 西田典之「不作為犯論」『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』（日本評論社、1988）89頁以下。

85) 西田（前掲注84）90頁。

86) 西田（前掲注84）90頁。

87) 西田（前掲注84）91頁。

によって、結果に対する支配的地位を認めることを否定する<sup>88)</sup>。したがって、子どもが海で溺れており、他に救助可能なものが多数存在する場合で、父親が子どもを救助しなかった場合には、本説によれば、父親の作為義務は否定される。この理由として、この場合における父親には、救助するのが当然であるという規範的要素しかなく、結果の支配という観点からは、子どもの生命は父親にのみ依存しているわけではないということが挙げられる<sup>89)</sup>。

b) 結果原因支配説

本説も支配という用語を用いるが、本説における支配は、必ずしも排他的なものである必要はない。ドイツでは Schünemann が、我が国では山口厚が本説を主張するが、Schünemann 説においては、結果原因の支配とは作為と不作為に共通する帰責原理であり、それによる作為と不作為の同置が目指されており、山口は、このことをもって作為義務の発生根拠としていることには注意が必要であろう。以下ではまず、Schünemann の理論を、その後山口説を検討する。

(1) 帰責原理としての結果原因の支配

Schünemann は、作為犯の場合における帰責原理の解明から、それを類推によって一般化し、最上位の帰責原理を樹立し、一定の不真正不作為犯に特殊化することで作為と不作為の同置問題を解決しようとする<sup>90)</sup>。つまり、作為犯と不作為犯に共通する帰責原理を示すことで同置問題の解決を図る。

彼によれば、作為犯の場合における決定的な帰責根拠は、人格的なコントロールの中心 (personalen Steuerungszentrum) と結果を惹起する身体運動の関係である。これは作為を通じて惹起される結果の、行為者に対する帰責の事物論理的な根拠であり、不作為が作為と同等であるためには、これに匹敵する

88) 西田 (前掲注84) 92頁。

89) 西田 (前掲注84) 92頁。

90) 増田豊「グリェンヴァルト及びアルミン・カウフマン以後の不作為犯論の展開 I ——特にシュエネマンの同置論に関連して——」明治大学大学院紀要第11集 (法学篇) 195頁。

関係が示されなければならない<sup>91)</sup>。Schünemann は、同置問題にとって決定的な本質である人格と身体運動の関係は、人格の身体に対する絶対的な支配において存在するとし<sup>92)</sup>、これを一般化・抽象化することで、作為と不作為に共通する上位の帰責根拠である「結果の原因に対する支配」<sup>93)</sup>を導き出す。したがって、結果の原因を現実には支配している時には、結果が不作為者に帰属されうる<sup>94)</sup>。

Schünemann によれば、具体的な因果経過にとって現実には本質的なメルクマールのみが結果の原因として挙げられる。したがって結果の原因とは、結果へと導く因果経過に対して不可欠の対象という性質、つまり結果へと導く因果関係が依拠する物的な基礎である。このような結果原因として、Schünemann は、不幸な出来事を促進する物的な基体 (Substrat)、すなわち本質的な結果原因と、被害者の脆弱性 (Anfälligkeit) を挙げる<sup>95)</sup>。彼によれば、このような区分は、危険源の監視に関する保障人的地位と、法益の保護に関する保障人的地位という区分に合致する<sup>96)</sup>。

(2) 作為義務の発生根拠としての結果原因の支配 (山口説)

山口説によれば、因果関係において法益侵害の過程は、「危険の創出→増大→結果への現実化」と把握することができるが、これを不作為との関係で理解すれば、一つには、不適切な措置によって潜在的な危険源から危険が創出・増大し、それが結果へと現実化する場合と、もう一つには、侵害されやすい法益の脆弱性が顕在化し、侵害の危険が増大して、それが結果へと現実化する場合に分けられ、結果原因の支配とは、こうした結果へ向かう危険の原因の支配を意味する。そのような結果原因の支配として、危険源の支配と法益の脆弱性の支配が挙げられる。なお、本説によれば、危険源や脆弱性は、既に顕在化している

91) Schünemann, Grund und Grenz der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, S. 235.

92) Schünemann (Fn. 91), S. 235.

93) Schünemann (Fn. 91), S. 236.

94) Schünemann (Fn. 91), S. 241.

95) Schünemann (Fn. 91), S. 241. Schünemann と類似の見解を採る者として、Roxin, AT II, 32/8, 17 ff.; Kretschmer, JURA 2006, 898 (899).

96) Schünemann (Fn. 91), S. 242.

必要はなく、潜在的な場合であっても作為義務（保障人的地位）が肯定される<sup>97)</sup>。

まず、危険源の支配とは、危険な装置や事業を運用する場合である。そのような場合には、適宜の危険回避措置が執られなければ、危険の創出・結果の惹起という事態が生じることになる。そうした危険源を支配しながら、危険回避措置の不作为により結果惹起をもたらした時には、結果原因の支配により不真正不作为犯が肯定される<sup>98)</sup>。

次に、法益の脆弱性の支配とは、例えば親が子を養育している場合である。この場合、子は自らの法益が侵害される危険に対して十分な対応ができず、その意味で、脆弱性を抱えており、親は子の養育を引き受け、子の安全等は親に依存している関係にあることから、親について子の法益についての作為義務が肯定される<sup>99)</sup>。上述したように、脆弱性は顕在化している必要はないため、親の子に対する作為義務は、現に病弱な子には限られず、普段は健康な子であっても、一旦病気になれば、健康を回復するための措置を執ることが親には要求される点において、作為義務は子が健康を害する以前の段階で基礎づけられているとする<sup>100)</sup>。また、本説によれば、この支配の類型では、法益の保護の引き受けがあったかが重要な判断基準となる。例えば自動車事故において、被害者を自車に引き入れた者は、保護の引き受けがあり、被害者の脆弱性に対する支配関係が認められるとして、作為義務が肯定される<sup>101)</sup>。

### c) 検 討

以上のような「支配」を作為義務の根拠とする学説に対しては、総じて「支配」という概念が多義的で<sup>102)</sup> 不明確であり、いかなる場合にそのような支配が肯定されるのかが明らかでないという批判が可能である。

97) 山口（前掲注18）89頁。同「不真正不作为犯に関する覚書」小林充先生佐藤文哉先生古希祝賀『刑事裁判論集 上巻』（判例タイムズ社、2006）31頁。

98) 山口（前掲注18）91頁。

99) 山口（前掲注18）89頁以下。

100) 山口（前掲注18）89頁。

101) 山口（前掲注18）90頁。

102) *Otto/Brammsen*, JURA 1985, 530 (534).

(1) 排他的支配説の検討

排他的支配説に対しては、まず、いかなる状況において排他的支配が肯定されるのかが不明確であることが批判できる。本説によれば、事実上の排他的支配が存在する場合は、自らの意思に基づいて排他的支配が設定されているため、作為犯との同価値性が担保されており、物理的な排他性は要求されない一方で、支配領域性が問題となる場合には、一定の地位や身分といった規範的要素が存在しなければ排他的支配が認められず、また規範的支配しか存在しない場合には、周囲に複数人存在する場合には排他的支配が否定されることから、物理的な支配が要求される。つまり、「支配」という用語が多義的に用いており、内容として曖昧なものとなっている。いかなる状況において排他的支配が肯定され、作為義務が根拠づけられるとされるのかが明らかでなければ、偶然的な状況によって不作為者の立場を決定することになり、不作為者の法的立場を不安定なものにするであろう<sup>103)</sup>。

また、救助可能な者が複数人いる場合に、いわゆる規範的支配しか存在しないことを理由として作為義務を否定することは妥当ではないであろう。親の子に対する義務に関していえば、例えば、両親が共に、育児をせず子どもを餓死させた場合に、不作為者が複数人存在することで排他的支配を否定し、規範的要素しか存在しないために作為義務を否定するのは妥当ではない。というのも、このような場合においても、親の子に対する作為義務は広く一般的に認められているからである<sup>104)</sup>。

また、排他的支配説が支配領域性を肯定する際に要求する規範的要素は、

103) 西田（前掲注84）91頁は、まさにこの理由から先行行為を否定している。しかし、支配という概念を用いても、その内容と限界が不明確であることから、法的安定性を害することになるであろう。同様の批判を展開するものとして、岩間康夫「我が国における保障人的義務発生根拠の一元的説明に関する諸問題——特に「排他的支配」基準について——」大阪学院大学法学研究29巻2号111頁。

104) 判例としては、例えば、名古屋地判平成14年10月30日（LEX/DB 事件番号28085354）が挙げられる。本判決は、被告人兩名（被害者の両親）が、被害者（長女3歳）に対して、食事を満足に与えず、医師等による治療を受けさせることなく、飢餓死させた事案で、被告人兩名に対して、殺人罪の成立を認めている。

「社会的地位に基づき社会生活上継続的に保護・管理義務を負う場合」に限定されるべきであるとするが、そのような地位に立つ者が、なぜ作為義務を有するのかという問題に対する法的な正当化根拠については、本説は何も述べていない。この法的根拠の問題が答えられていないならば、結局のところ、一定の地位や身分を有する者に向けられた社会的な「期待」が作為義務の基礎にあること以上のことを語ることはできないであろう。つまり、本説は法的な正当化を行なうことなく、社会的な「期待」を有する一定の立場から直接に作為義務を導き出しているのである。しかし、そのようにして導き出された作為義務は、倫理的価値判断のみを背後に有する道徳的義務でしかなく、作為義務は法的義務であるとするテーゼとは相容れない。つまり本説は、規範的要素に対する法的な根拠づけを行なっていないにもかかわらず、規範的要素が法的根拠を有することを前提として考慮しているにすぎないのであり、作為義務の法的発生根拠を何も提示していないのである。

## (2) 結果原因支配説の検討

結果原因支配説に対しては以下の様な批判がなされる。つまり、結果原因に対して支配を有する者とは、危険源に対する支配に関していえば、危険を利用することができる者であり、法益の脆弱性に対する支配に関していえば、要救助者 (Hilflosen) を侵害以前に守ることができる者であって、法的に義務づけられていると看做された者である必要はない<sup>105)</sup> という批判である。また、作為義務を根拠づけられない事実的な支配も多数存在するのであり、いかなる支配が作為義務を根拠づけるのかという問題は未解決のままである<sup>106)</sup> ということも指摘できるであろう。

また山口説によれば、支配の排他性は作為義務の根拠として不要である<sup>107)</sup>。したがって、同説によれば、親の子に対する作為義務は、他の者が複数人存在

105) *Seelmann*, GA 1989, 241 (244).

106) *Otto/Brammsen*, JURA 1985, 530 (534).

107) 山口 (前掲注18) 88頁。同 (前掲注97) 28頁以下。島田聡一郎「不作為犯」法教 263号113頁以下は、排他的支配という要件は作為義務に必須の要件ではないとし、それは、正犯性の要件であるとする。

するような場合においても肯定されうる。しかし、この場合に、なぜ他の者には作為義務が存在せず、親に対してのみ作為義務が肯定されるのかは明らかではない。このような場合に、親の子に対する支配を肯定し、親の子に対する義務を認めるのであるならば、事実上の引き受け説に対しても述べたように、支配という概念の背後には「親が子を救助すべき」という「期待」が存在しているということが指摘できるであろう。つまり、山口説は作為義務の発生根拠として、親が当然に子を救助すべきという「期待」を考慮し前提しているにすぎず、「支配」という概念を用いることで、「期待」という価値的・道徳的な要素を覆い隠しているにすぎない。

しかしながら、作為義務の発生根拠として重要な問題は、この「支配」を有し「期待」を有する者が、なぜなら作為義務を負うとされるのかということである。そして、これに対する法的な説明がなされなければならないが、しかし「支配」に依拠する学説は、なぜこの者が法的な作為義務を負うのかということについては、上述したように何も答えていないのである。つまり、「支配」に依拠して導き出された作為義務は、法的正当化根拠を欠くために法的義務とは言えず、道徳的義務でしかない。「支配」という概念は、作為義務の発生根拠を法的に説明することができないのである。

## 2. 依存性説

### a) 概要

Wolff は、不真正不作為犯を作為義務の問題としてではなく、不作為による「惹起 (Bewirken)」の問題として取り扱い<sup>108)</sup>、これを肯定する場合について、相互的な二つの要件を挙げる。つまり、一つには、「他方が一方に対して自立した形で相対するだけでなく、また、本来的には特定の観点において依存していること」であり、もう一つには、「一方の自由な決断が、様々な現実の

108) Köhler, AT, S. 214ff. は、「客観的構成要件は、結果回避命令を通じて拡張された形式である不作為による外見上の惹起 (äußeren Bewirken) における、間人格的で法的な行為の概念から生じる」と述べ、客観的構成要件として保障人義務を要求する。

可能性における一つの真正な選択であること」である<sup>109)</sup>。つまり、彼によれば「不作為による惹起の要件である依存性においては、自由な決断に依拠する依存性が重要である。」<sup>110)</sup>

要件の一つである自由な決断が要請される理由は、例えば、母親が、子どもが病気であるにもかかわらず医師を呼ばない場合、母親の医師を呼ぶ或いは呼ばないという可能性は、子どもの、将来において生き続ける或いはそうではない可能性でもあるというように、一方の可能性の選択は他方の可能性に関わるようなものであるが<sup>111)</sup>、自由な決断ができないような場合には、選択の可能性がなかったのであり、そこでの事象経過は他者の運命であって不作為者による惹起には当たらないからである<sup>112)</sup>。

もう一つの要件である依存性は、相互的な依存関係である。この依存関係は——論者の意図するところではないかもしれないが——3つに分けることができると思われる。つまり、他者からの侵害を受けないという意味での依存関係（消極的な依存関係と呼ぶ）、信頼関係、そして本来的依存関係である。ただし、消極的な依存関係と信頼関係は同一の原則に則っていると考えられるので、区別する必要はないのかもしれない。

消極的な依存関係について、Wolff は先行行為に関する論証において、自立性と対比させる形で詳しく論じている<sup>113)</sup>。法秩序は原則的に個々人を自立させているのであるが、この自立性 (Selbständigkeit) は、他者からの絶対的な独立として理解されるものではなく、他者によって侵害されないことに依存しているというような関係である。つまり、Wolff の述べる依存関係とは、社会における人々が、他者が自らに対して侵害的態度をとらないということを相互

109) E. A. Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, S. 37. なお Wolff 論文を紹介するものとして、西本晃章「不作為の因果性に関する一考察(1)」阪大法学63号1頁以下も参照。

110) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 38.

111) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 37.

112) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 45 ff.

113) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 41 ff.

的に信頼しているということであり、根本的な (fundamental) 社会の内的平和を示す関係<sup>114)</sup> である。例えば、そのような依存関係の例として、Wolff は、ある者は、彼の背後を歩く人が、彼を意図的にナイフで傷つけないということ信頼できるのでなければならないということを挙げている<sup>115)</sup>。

また、相互的な依存関係には「信頼関係」も含まれていると考えられる。つまり、個々人は、他者がその義務を実際に履行することにを頼りにし、この信頼を通じて彼に依存しているのである<sup>116)</sup>。この依存関係は、法秩序の意味が、現実的な生活形成を可能にすることであるから、法 (Recht) における承認を必要とする<sup>117)</sup>。

相互的な依存関係からは、第一に他者を侵害してはならないという禁止が現れる。しかし、Wolff によれば、信頼が維持されるべき時には、侵害的な因果経過を起こさないという禁止と並んで、違法に発動された危殆化された因果経過を再び停止させるという命令も存在する<sup>118)</sup>。そして、この義務は危殆化的な因果経過の発動者 (Urheber) に負わされなければならない<sup>119)</sup>。というのも、Wolff によれば、各則の構成要件は、「汝は他者を侵害すべきでない (Du sollst den anderen nicht verletzen)」という内容を有し、これには禁止だけでなく命令も含まれ、他者の財を保持するために、その者が頼っている給付をもたらすことも要求されるからである<sup>120)</sup>。

Wolff における依存関係には、上述したものに加えて、本来的な依存関係も

114) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 42.

115) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 41f.

116) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 40.

117) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 40.

118) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 42. Vgl. Kleszczewski, AT, 2. Aufl., Rn. 249.

119) このように、禁止の中にも命令が含まれるとし、自らが行なった侵害的態度の中和 (Neutralisierung) を要請する義務を Pawlik (Fn. 20), S. 178ff. も肯定しており、彼はこれを尊重義務 (=消極的義務) というカテゴリーの中に含める。Jakobs における組織化管轄に基づく義務もこれと同様のものである。Vgl. Jakobs (Fn. 22), 29/29 ff. また、古くは Adolf Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. 1, 1867, S. 81 ff. もこのような義務づけを行なう。

120) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 44f.

含まれる。この本来的依存関係は、「若干の特別に根拠付けを必要とする事例群」<sup>121)</sup>であり、上述した依存関係とは異なるものである。この本来的な依存関係を代表するものとして、母親と子の関係が挙げられている<sup>122)</sup>。これら3つの依存関係は、Wolffによれば、「全体としての法秩序」<sup>123)</sup>から具体化される必要がある。

b) 検 討

Wolffの依存性説は、不作為による惹起に関する議論であるが、彼が保障人的地位についても言及しており、依存関係が法によって承認された場合には、義務づけられた者は、「地位に立てられる」としていることから、作為義務の議論にも転用可能であると思われる<sup>124)</sup>。

Wolffの依存性説に対しては、法秩序から導き出されること、および法的な承認が必要であることから、依存関係を法規範から導くことになるため、結論的には形式的法義務説に陥るとの批判がなされる<sup>125)</sup>。しかし、この批判はWolff説を正しく理解していないように思われる。というのも、Wolffにおける法秩序とは、実定法のレベルではないからである。不作為による惹起に自由な決定を要求していることから、Wolffにおける法秩序は、「決定の自由の余地のある秩序」であり、実定法よりも抽象的なレベルのものであると考えられる。そのような法秩序から依存関係を導き、これを作為義務の根拠とすることが、直ちに形式的法義務説に陥ることにはならないであろう。むしろ、Wolffのように実定法とは異なる抽象的な法規範から作為義務を説明するほうが、法的な正当化に成功しているとも言うことができる。

Wolffの依存性説における批判点は、本来的な依存関係に存在する。Wolffが述べる不作為による惹起は、不作為者と被害者における相互的な依存性と、

121) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 40.

122) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 37, 40.

123) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 38.

124) E. A. Wolff (Fn. 109), S. 40f.

125) 名和鉄郎(前掲注36)226頁以下。堀内(前掲注69)109頁。Schünemann (Fn. 91), S. 103.

不作為者の自由な決定によって導かれる。この相互的な依存性について、先行行為や信頼関係における他者によって侵害されないという依存関係は、いわば自由を媒介とした法秩序から導き出される。一方で、本来的な依存関係は、文字通り、本来（原始）的に（*ursprünglich*）存在していなければならない。しかしながら、Wolff は、この本来的な依存関係がどこから導かれるのか、いかにして存在しているのかについては何も説明していないのである。つまり、「母親が子を救助すべき」との価値観や「期待」が前提とされていると言わざるをえず、そのような価値観や「期待」から義務が導き出されており、親の子に対する義務に関しては法的な説明に欠けているであろう。このような「期待」に対して、そこから義務が導き出されることについての法的正当化が欠けているならば、結局のところ、本来的な依存関係とは「親は子を救助すべし」という「期待」とほとんど同義であるということになる。そうであるならば、本来的な依存関係から導き出される作為義務は、道徳的義務にとどまることになり、法的義務であるとは言えないであろう。

### 3. 社会的期待説

#### a) 概 要

これまで挙げてきた学説は、様々な概念を用いて親の子に対する作為義務を根拠づけてきたが、結局のところ、その根拠づけには、親は子を救助すべしという価値判断が根底に存在していたといえるであろう。なぜならば、どの学説も、一定の地位や身分に対して向けられた「期待」を上位概念として考慮していたからである。確かに「期待」が作為義務の基礎にあることは否定できないであろう。全く救助行為を期待することのできない者に対して救助の義務を課すことは無意味であるし、社会的に期待が全く向けられていない者に対して、作為義務を負わせることは酷である。さもなくば、作為義務は無秩序に広がることになり、あらゆる者があらゆる状況において作為義務を負わなければならなくなってしまう。問題は、このような「期待」が、果たして法的な根拠でありうるのかということである。

ドイツにおいて<sup>126)</sup>、例えば Brammsen は、「行為規範として処罰構成要件には常に、損害的結果の発生（つまり法益侵害）を、法益を危殆化する制御可能な振る舞いを通じて回避するという期待が基礎にある」<sup>127)</sup>として、特定の行為態様の処罰は、このような期待に基づくという不法概念を基礎に、現代社会において、人は一定の社会的な役割<sup>128)</sup>を引き受けなければならないとし、この役割に基づく期待を不作為犯における作為義務の根拠とする。ただし、作為義務の根拠となる期待は、強制的な形で遵守されるべき「行なわれなければならない期待（Muß-Erwartungen）」として表示されるような行為期待でなければならない<sup>129)</sup>。この「行なわれなければならない期待」は、義務者が、その者に対して特定の行為が強制的な形で期待されているということを予期しうるような相互的なものでなければならず、「予期の予期（Erwartungserwartungen）」が要求される<sup>130)</sup>。つまり、Brammsen によれば、「『義務者』が、行為の実行の前に、彼に向けられた期待を予期している時にのみ、この期待を知っていて尊重せず遵守しなかった」<sup>131)</sup>のであり、この場合に、「行なわれなければならない期待」によって要求される行為を行なわなかったならば、不作為者は処罰される。

b) 検 討

作為義務の発生根拠として、「期待」を挙げることは完全には否定しえない

126) 我が国で、不作為犯に関して「期待」という概念を用いるものとしては、木村亀二（前掲注15）248頁以下が挙げられる。ただしここでは、「不作為が違法なる為めには、被害者に於て、行為者に対し、一般的に又は特定のその特殊の関係上、必要なる作為を期待し又は信頼しうる事情に在るに拘らず、不作為にいでたことを要する」と述べられており、作為義務の発生根拠の問題ではなく、不作為の違法性の問題として論じられていることには注意が必要である。なお、不作為が違法であるためには、これに加えて、危険状態が不作為犯の行為時において客観的に存在することも必要であるとする（243頁）。

127) Brammsen (Fn. 66), S. 101.

128) なお、社会的な役割によって作為義務を根拠づけるものとして、Bärwinkel, Zur Struktur der Garantieverhältnisse bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1968.

129) Brammsen (Fn. 66), S. 116; Otto/Brammsen, JURA 1985, 530 (537).

130) Brammsen (Fn. 66), S. 119 ff.; Otto/Brammsen, JURA 1985, 530 (536).

131) Otto/Brammsen, JURA 1985, 530 (537).

であろう。というのも、社会的な地位や立場、その都度の状況によって、救助や保護に関する一定の社会的なコンセンサスは確立しているように思われるからである。例えば、子どもの近くに母親がいるような場合には、一次的に母親が何らかの救助措置をとるべきであるという社会的な了解は、母親側にも周囲の人々にも存在するであろう。しかし、社会的な期待それ自体を刑法上の義務である作為義務の発生根拠とすることには問題がある。

社会的期待説の大きな問題点は、なぜ「期待」が法的な義務を導き出すのかという問題について、何も答えていないことである。期待というものを一貫した形で規範的に理解するのであれば、その正当化根拠が見いだされなければならない<sup>132)</sup>。具体的状況において、何らかの作為を期待できる者とは、被害者の法益に対して支配を有する者と同様に多数存在するのであり、いかなる期待が作為義務の発生根拠となりうるのかが明らかにされなければならない。これに対して、Brammsenn は「行なわれなければならない期待」という概念と、この期待が相互的なものであること、つまり「予期の予期」が存在することを要求する。しかし、どのような期待が「行なわれなければならない期待」であり、「予期の予期」を有するののかについては、可罰的とされる期待を類型化する手法が採られており<sup>133)</sup>、明確な基準が存在せず、正当化根拠についても何も述べられていないのである。確かに、いかなる状況において、いかなる者に対して、社会的な期待が向けられているのかは、実際の所ケースバイケースであり明らかではないであろう。しかし、このような類型化による方法は、蓄積した事案に対しては、一定の方向性を与えることが可能であるかもしれないが、分類した類型には当てはまらないような新たな事案に遭遇した場合には、規範となるような明確な基準が存在しないために、曖昧な結論を導き出す虞れがある。それはなぜならば、一定の期待が、なぜ法義務の発生、それこそ刑法上の

132) Vgl. Pawlik, ZStW 111 (1999), 335 (344).

133) Brammsen (Fn. 66), S. 132ff. なお期待や信頼を「近くに立つ者 (nahestehende Person)」という概念により限定して作為義務を根拠づけるものとして, Lilie, JZ 1991, 541 (544 ff.).

## 親権者の「刑法的」作為義務

法義務の発生にとって決定的であるのかという正当化根拠の問題が解決されていないからである。しかしながら、この根本的な問題が答えられなければ、「期待」から導き出される作為義務は、法的な正当化根拠を欠くために、社会的な価値観や倫理観から直接に導き出された単なる道徳的義務にすぎないことになるであろう。親の子に対する義務の場合、結局、親子関係にあることから救助の「期待」が肯定されことになるが、なぜ子を救助すべしとする期待が親に向けられているのか、言い換えれば、なぜ親は子に対して一次的な義務を負うのかという根本的な問題に対する法的な説明が与えられていなければ、親の子に対する義務は、「親が子を救助すべし」という道徳的要請から直接的に導き出された道徳的義務にとどまってしまうのである。したがって、「期待」から導き出された作為義務は、せいぜいのところ道徳的義務でしか無く、未だ法的義務とはいえないであろう。

### D. 小 括

これまでの議論を要約すると以下ようになる。まず、先行行為説を始めとする、何らかの物理的な契機を必要とする学説は、先行行為を要求するがゆえに親の子に対する義務を全く説明しえない。なぜならば、生殖や出産を先行行為として看做すことはできず、これを理由に親の子に対する義務を認めることはできないし、ネグレクトなどの不保護の場合には、先行行為が欠けるために、親の子に対する作為義務を肯定しえないからである。

また、先行行為として要求される行為も論者により異なり明確ではない。先行行為を違法なものに限定する場合、過失の先行行為を事後的に故意の不作为犯に転化する虞れがある。また、先行行為に対して違法性まで要求せず、何らかの危険創出があれば足りるとする場合であっても、行為したことで、周囲の者に対する期待や信頼を生じさせ、それにより他者による救助の可能性を減少させたことをもって危険の創出と看做すならば、危険という概念は「期待」を前提とすることになり、危険の内容が不明確なものとなるため、作為義務の成立範囲も不明確なものになってしまう。

次に、「支配」を根拠に作為義務を基礎づけることも妥当ではない。そもそも、「支配」という概念自体が多義的に用いられており内容的に不明確であり、非常に恣意的に作為義務が肯定される虞れがある。親の子に対する作為義務に関していえば、結局のところ、親子であるという事情を排除することができず、親子関係から支配関係を肯定する。その背後には、親が子を救助すべしとする道徳的な価値判断、すなわち「期待」が存在しているのであるが、なぜ親が子に対して義務を負うのかという根本的な問題に対しては、支配を作為義務の発生根拠とする学説は何も言及していない。そのため、親が救助すべしとする社会的な期待から作為義務を導くことになってしまうが、このようにして導かれた義務は、倫理的観点から導かれたものに等しく道徳的義務の範疇を超えるものではないであろう。よって、「支配」を作為義務の発生根拠とすることは、法的義務と道徳的義務との間の区別ができないことにつながるものであり、作為義務は法的義務であるとする前提に反することになる。つまり、支配が肯定される場合とは、排他的支配説、結果原因支配説のどちらに依拠しようとも、不作為者が被害者の法益の保護を「期待」されているという場合でしかなく、作為義務の発生根拠に対する法的な説明は何らなされていない。また、支配という事実上の概念から導き出されるものは、もっぱら作為と不作為の同価値性だけであり、作為義務の法的な発生根拠の問題は、支配という概念からは解決されえない。

支配説と同様に、社会的期待説も作為義務の発生根拠に対する法的な説明に欠ける。確かに、「期待」が作為義務の基礎にあることは否定しえない。具体的な状況などに応じて、誰に救助の期待が向けられるべきかということについては、一定の社会的なコンセンサスが存在するからである。例えば、ある子どもが危険にさらされているならば、まず第一に、その子どもの親が救助すべきという社会的な了解が存在することは否定しえないであろう。しかし、作為義務は法的義務であるとする以上、なぜ期待を向けられた者がその義務を負うのかという正当化根拠の問題に対する法的な説明は不可欠である。さもなくば、期待された者が義務を負うということしか語ることはできず、作為義務は法的義務であるという前提を維持することはできない。具体的な状況において救助

を期待しうる者は、支配を有する者と同様に多数存在するのであり、その中の限られた者に対してのみ法的義務としての作為義務が存在するというためには、特定の者に対して作為義務を果たすように期待することが法的に正当化されなければならない。しかし、社会的期待説は、この問題に対する解答を与えておらず、その点において不十分であると言わざるを得ない。

従来 of 学説、特に社会関係的アプローチは、作為義務の発生根拠について、「支配」や「期待」といった事実的な状況の存在から作為義務を導き出している。しかし、事実的な状況から導き出された作為義務は、法的な根拠づけや正当化を欠くために、道徳的義務にとどまるという評価を下さざるを得ず、作為義務は法的義務であるということを十分に説明できず、このテーゼを維持することができない。つまり、従来 of 学説が行なってきた論証は、法的な説明が欠けていたために、作為義務を発生させる個別事情のカズイスティックな検討のレベルにとどまっているのである<sup>134)</sup>。作為義務の発生根拠——なぜ両親は子どもに対して義務を負うのか——の問題に対しては、まず第一に法的な基礎づけや正当化が行なわれなければならない。

#### IV. 作為義務の「法的」発生根拠について

##### A. 我が国における「作為義務の発生根拠」論

ここで今一度、Armin Kaufmann による作為と不作為の峻別について考えたい。というのも、この問題が、我が国の不真正不作為犯における従来 of 作為義務論が、特に「支配」といった事実を挙げることで満足した原因であると思われるからである。

先述したように、Armin Kaufmann は、作為と不作為を存在構造的に峻別し、不真正不作為犯も不作為犯である以上、真正不作為犯と同様に命令規範に違反すると述べた<sup>135)</sup>。この問題提起により、ドイツでは不真正不作為犯に関

134) 葛原力三「不真正不作為犯の構造の規範的説明の試み——ドイツにおける最近の理論動向 Freund 及び Vogel の見解を中心に——」刑法雑誌36巻1号139頁。

135) 上述Ⅲ. B. 1. b) を見よ。

する規定 (§ 13 StGB) が設けられたのであるが<sup>136)</sup>、この問題提起で重要なことは、「真正不作為犯と不真正不作為犯の間には、原則的な構造の差異は存在しない」<sup>137)</sup>ということであり、したがって、「作為義務の根拠づけの問題と同値問題とは峻別される」<sup>138)</sup>ということである。すなわち、Armin Kaufmannにとっては、真正不作為犯も不真正不作為犯も、(共に構造上は不作為であるから) 作為義務の点では区別はできず、したがって、不真正不作為犯で問題となるのは、価値論に関する問題、すなわち作為と不作為の同価値性だけであり、作為義務の発生根拠ではない。そのため彼は、不真正不作為犯において、保障人的地位——いかなる者の作為義務違反が作為犯と同等に当罰的とされるべきなのか——を問題にしたのである<sup>139)</sup>。したがって、彼によって提唱された機能的二分説は、作為と不作為の同価値性に関する議論であり、加えて、保障人的地位に対して一定の方向性を与えるにすぎず、義務づけの範囲や内容については何も述べていないのであって、作為義務の発生根拠にはなりえない<sup>140)</sup>。

従来の学説、特に我が国における学説は、作為と不作為を峻別するにもかわらず、この問題を軽視しているように思われる。つまり、作為と不作為の峻別を前提として作為義務の発生根拠を論じるならば、真正不作為犯と不真正不作為犯に共通して妥当する発生根拠を論じるべきであり、不真正不作為犯についてのみこれを論じるべきではない。先行行為説では、不真正不作為犯についてのみ先行行為を要求するべきではないし、「支配」や「期待」も、不真正不作為犯についてのみ要求されるべきではない。作為と不作為を峻別した上で作為義務の発生根拠を論じるのであれば、これらの概念は、真正不作為犯につ

136) この立法過程について詳しく論じるものとして、堀内(前掲注69)118頁以下。

137) Armin Kaufmann (Fn. 31), S. 276.

138) 名和鉄郎「ドイツ不作為犯論史(Ⅲ)」法経研究(静岡大学)22巻3号77頁。(強調は原著による)

139) 金沢文雄「不真正不作為犯の問題性についての再論」政経論叢(広島大学)21巻5・6号281頁以下を参照のこと。

140) Vgl. Matt/Renzikowski/Haas, § 13 Rn. 53; SSW-StGB/Kudlich, § 13 Rn. 16. これに対して機能的二分説を作為義務の発生根拠とするのは、山中(前掲注16)234頁以下。

でも要求されるべきである。しかし、従来の学説は、これらの要素をもっぱら不真正不作為犯についてのみ要求し、これにより真正不作為犯とは一線を画する形で作為義務を導き出そうとしていた。しかし上述したように、作為と不作為を峻別するのであれば、作為義務の発生根拠の問題は、真正不作為犯と不真正不作為犯に共通して論じられなければならないのである。この点に、我が国における作為義務論の重大な過ちがあると思われる。

要は、従来の学説は、作為と不作為の峻別を前提とするにもかかわらず、不真正不作為犯でのみ問題となる保障人的地位の問題——作為と不作為の同価値性の問題、あるいは不真正不作為犯の当罰性——と、真正不作為犯と不真正不作為犯で共通する問題であるべき作為義務の発生根拠の問題を混同して論じてきたのである。すなわち、我が国において従来から議論されてきた「作為義務の発生根拠」に関する議論は、実は、保障人的地位の議論、より具体的には、「作為と不作為の同価値性」の議論にすぎず、何ら法的な義務の発生根拠については答えられないということである。Schünemannの支配説も、上述したように、作為と不作為で共通する帰属原理を示すことによる作為と不作為の同置（*Gleichstellung, Begehungsgleichheit*）に関する議論であり、作為義務の発生根拠について述べているわけではない。したがって、結果原因支配説は、そもそも作為義務の法的な発生根拠を語りえないのである。

従来の学説による事実上の概念を用いた議論は、直ちにそれが法的に義務を根拠づけるものではなく、そこでは価値的な問題、つまり作為と不作為の同価値性や不真正不作為犯の当罰性の問題が解決されてきたにすぎない。これは、事実上の引き受けや支配説を主張する論者自身も、「問題は、何を、同価値性の判断基準として置くのかという点にある」<sup>141)</sup>、もしくは「当該不作為が作為による構成要件実現と同価値であるかという観点を手がかりとして、作為義務の発生根拠を類型的に明確化するしかない」<sup>142)</sup>と述べており、自認するところである。「事実上の引き受け」や「排他性」、「支配」という事実的概念から

141) 堀内（前掲注69）96頁。

142) 西田（前掲注84）89頁。

導かれる不真正不作為犯の同価値性に関する議論は、不作為と作為を同列に取り扱うことができるか、言い換えれば、構成要件上記載されていない不真正不作為が刑法上の作為構成要件に該当すると「みなす」ことができ、これを作為犯と同様に処罰することが適切かどうかという、いわば価値論的な観点での議論にすぎないのである。

このような同価値性の議論は、作為義務の法的発生根拠が示された後に語られることはあっても、法的根拠のレベルでの議論に耐えうるものではないであろう。つまり、事実を取り上げる考察方法は、それ自体として作為義務の法的発生根拠の問題について解答を与えることは不可能であるが、しかし、この真正不作為犯と不真正不作為犯に共通する作為義務の発生根拠の問題が解消された後では、刑法上処罰に値するものを探し出すことについては有効でありうるように思われるのである。法という広いカテゴリーの中では、民法上も親には子に対する監護義務が課されていることを考慮すれば、この民法上の監護義務と刑法上の作為義務は区別されるべきであろう。また、刑法というカテゴリーの中では、特に——真正不作為犯は、構成要件においていかなる振る舞いが可罰的となるかが明記されている為に容易に特定されうるのであろうが——不真正不作為犯については、作為構成要件と同等の処罰に値するものが特定される必要はあろう。このような区別は、結局のところ従来の学説が行ってきた同価値性の議論が一つの役割を演じるのかもしれない。この意味において、従来の事實的考察方法は有用であるとも考えられうるであろう。

従来の学説が行ってきた、事実を検討する事實的な考察方法は、作為と不作為の同価値性の議論でしかなく、不真正不作為犯として処罰されるべき場合を挙げるにとどまっていた。そのために、親の子に対する義務に関していえば、親の不救助が処罰に値する状況、つまり、親に救助の「期待」が向けられている状況を示すのみで、このような「期待」が法的に正当化される理由を述べていなかったためにこの義務を道徳的にしか説明できず、親の子に対する義務の法的発生根拠を提示し、この義務が法的義務であることを示すことができなかった。ただし、そこで行なわれてきた同価値性の議論と事實的な考察方法は、

「刑法上」の不作為犯として処罰されるべきもの、つまり「刑法的」作為義務を導き出すことについては、ある程度の指針を示すことができるのかもしれない。

## B. 作為義務の「法的」な発生根拠

上述したように、従来の学説は、不真正不作為犯における作為と不作為の同価値性の議論にとどまり、作為義務の法的発生根拠の問題について論じていなかった。特に、親の子に対する義務の場合、従来の学説は、「支配」や「期待」という事実的な状況を作為義務の発生根拠としていたが、それは結局のところ、「親が子を救助すべし」という「期待」が存在する状況を示し、そこから作為義務を導き出していたにすぎず、その一方で、なぜそのような期待を有する親が子に対して義務を有しているのかという正当化根拠の問題については何も答えてこなかったのである。そのため、従来の学説が主張してきた基準は、その内容が多義的であったり明確性を欠いており、規範的な基準とはなりえなかったし、それによって導き出された作為義務は道徳的義務の範疇を超え出ることができなかった。

作為義務の発生根拠論として問題となるのは、なぜ不作為者は義務を負うのか、誰が義務を負うのかという根本的な問題であり、これに対して規範的な基準を与えることである。従来の学説が行なってきた、作為犯と同等に処罰されるべき不作為を採すという価値論的な問題ではない。したがって、親の子に対する義務に関していえば、なぜ親が子に対して義務を負うのかという問題が根本的に解決されなければならない。従来の学説のように、この問題に対する解答を与えないことは、作為義務の発生根拠の問題にとって何の解決にもならず、不真正不作為犯として処罰されるべき状況を単に列挙することに終始してしまう。Ⅱでも示したように、判例が親子関係の存在を重視し、親子関係の存在から親権者の作為義務を認めていることを考慮すれば、この作為義務の法的発生根拠の問題に対して解答を与えることは必要であろう。この問題に対する規範的な説明は不可避なのである。

## 1. 自由とそれを実現する諸制度

このような観点から、作為義務の発生根拠に対する法的な説明を試みる者として、Jakobs<sup>143)</sup> や Pawlik を挙げるができる。彼らは「自由」をキーワードとしてこの問題にアプローチする。彼らによれば、「法、特に刑法の主要な任務は、市民にその生活を自らの洞察に従って送ることを可能にする」ということにある<sup>144)</sup>。この見解の背景には、Hegelの「およそ定在が自由な意志の定在であるということ、このことが法である。」<sup>145)</sup> という洞察が存在する。つまり、刑法の任務は自由の保障であり、それを実現するために法によってある行為が禁止され、また、ある行為が命令されるのである<sup>146)</sup>。

Jakobs や Pawlik によれば、このような自由の保障は、他者の自由領域の不可侵性を尊重すること——逆に言えば、他人の利益を害しない限り処罰されないこと——つまり行為自由と結果責任という制度（尊重義務、もしくは組織化管轄に基づく義務）によっても達成されうるが<sup>147)</sup>、この一つの制度だけで

143) Jakobs の不作為犯論を紹介したものとして、平山幹子「不真正不作為犯について（三・完）」立命館法学265号103頁以下、同『不作為犯と正犯原理』（成文堂、2005）132頁以下、同「不作為による詐欺罪について」神山敏雄先生古希祝賀論文集第一巻（成文堂、2006）343頁以下。また、1992年に関西大学にて行なわれたJakobsの講演原稿の翻訳ではあるが、ギュンター・ヤコブス（山中敬一訳）「不作為犯における組織による管轄——作為と不作為の区別の表見性について——」関西大学法学論集43巻3号271頁以下も参照のこと。本翻訳では、不作為犯に関するJakobsの見解を概観することができる。

144) Pawlik (Fn. 20), S. 174.

145) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Werke in zwanzig Bänden, hrsg. von Mordenhauer, Eva/Michel, Karl Markus, Bd. 7, Frankfurt a. M. 1986, § 29.; Vgl. Pawlik (Fn. 20), S. 167.

146) Jakobs や Pawlik は禁止と命令は相互的な関係にあり、行為形式によっては区別できないことを指摘している。これに関しては、例えば Jakobs (Fn. 22), 28/13 ff.; ders., Die Ingerenz in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Roxin/Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. IV, München 2000, S. 30 f. (本論文を紹介するものとして、岩間康夫「先行行為に基づく保障人義務に関するヤコブスの見解」大阪学院大学法学研究28巻1号1頁以下。) および Pawlik (Fn. 20), S. 170 ff. und passim.

147) Jakobs (Fn. 22), 29/29 ff.; Pawlik (Fn. 20), S. 178 ff. Vgl. Hegel (Fn. 145), § 7

は市民の自由は十分に保障できない<sup>148)</sup>。というのも、この行為自由と結果責任という制度は、具体的にそして現実的に自由を保障する制度が前提されなければならないからである<sup>149)</sup>。各人格が自由に行為することができなければ、行為自由と結果責任という制度は空虚なものとなってしまう、我々の生活する社会は上手く機能しえない。つまり、各人格の自由をそもそも保障する制度が必要なのであり、したがって、積極的な介入を行なう諸制度も必要なのである<sup>150)</sup>。

このような制度による義務づけにおいては、「生活領域の結びつき、より理念的に言えば、部分的に共同で形成されるべき世界が重要であり、つまり——無条件に利己的でない——配慮 (Zuwendung) が重要である。」<sup>151)</sup> 国家や家族も、共同で形成される世界であることから、両者は自由の現実性を保障する制度なのである。そして、「このような制度において、もしくは、それによって履行される積極的な福祉 (tätige Fürsorge) は、消極的義務が人格的な展開に対してオープンにしていた (狭い) 枠組みの必要的な拡大」であり、「この展

148) また、ディーター・ヘンリッヒ編 (中村浩爾/牧野広義/形野清貴/田中幸世訳) 『ヘーゲル法哲学講義録 1819/20』(法律文化社, 2002) 22頁以下も参照のこと。

148) *Jakobs*, Die System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 83. (強調は原著による) Vgl. auch, *Pawlik* (Fn. 20), S. 186.

149) *Seelmann*, GA 1989, 241 (255); NK-*Seelmann*, § 13 Rn. 135 ff.; *Jakobs* (Fn. 22), 29/28, 57; *ders.*, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, S. 30 ff.; *Pawlik* (Fn. 20), S. 186 ff.

150) *Pawlik* (Fn. 20), S. 170 は、この点を Hegel も認識していたことを指摘する。これに関して詳しくは、*Pawlik* (Fn. 19), S. 130 ff. も参照のこと。したがって、先行行為説を始めとする物理的な契機を要求する学説は、行為自由と結果責任という制度による作為義務——*Jakobs* や *Pawlik* の言葉でいえば、消極的義務——を肯定することはできても、親の子に対する義務のような、何らかの積極的な行為を要求する義務——積極的義務——を説明することはできない。

151) *Jakobs* (Fn. 22), 29/58. 但し、このような扶助の要請には侵害の禁止も含まれている。この点について参照すべきものとして、*Sánchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, S. 98. 「共通の世界の構築について積極的に義務づけられており、消極的な制度を侵害した者は、それによって同時に積極的な制度にも違反している。」例えば、「母親の、その子どもと共通の世界を構築することについての義務は、当然に、同時に子どもを侵害しないという義務を含む。」

開を社会は放棄することができない」のである<sup>152)</sup>。このような制度による義務づけが必要であることは、現在の社会において、社会保障制度等の国家による介入が存在することからも明らかであろう<sup>153)</sup>。

## 2. 家族という制度と両親の義務

以上のように、各人格の自由を現実的に保障するためには、行為自由と結果責任という制度だけでは不十分であり、この制度の前提となる一定の諸制度が必要なのであるが、一つの共同の世界を形成しているということから、家族も一つの具体的で現実的な自由を保障する制度なのである。そして、この家族という人格的自由の現実性を保障する枠組み条件としての制度を維持するために、市民は寄与しなければならない<sup>154)</sup>。

家族という私的領域への国家による介入は——ドイツでは基本法6条2項<sup>155)</sup>が示すように——一次的なものではないことから、子どもの養育や世話は、まず両親にその義務がある<sup>156)</sup>。家族においては、両親は子どもの生活世界に対する責任を有しており<sup>157)</sup>、扶養され自立や自由な法人格へと教育されるという子どもの権利を充足することによって、自分たちの自由な決断から根拠づけられた家族という制度の積極的な目的を実現するのである<sup>158)</sup>。つまり、

152) *Kubiciel*, Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts, 2013, S. 177.

153) 制度的管轄に基づく義務については、*Pawlik*, ZStW 111 (1999), 335 ff. も見よ。ここでは、Hobbs の社会契約論にまで遡ることで、市民と国家との間の関係性を説明し、国家の任務を市民の自由を保障することと規定し、警察官による犯罪阻止義務は国家という制度に基づくものであると説明される。なお、*Jakobs* や *Pawlik* の自由概念は、自由を保障するために自由が制限されるのであり、リベラルな自由概念とは一線を画する。

154) *Pawlik*, 2. FS-Roxin, S. 942 ff.; *Kubiciel* (Fn. 152), S. 177.

155) 「子どもの保護及び教育は、親の自然の権利であり、まずもって親に課される義務である。」(高橋和之編、石川健次訳『[新版]世界憲法集』[岩波書店、2007] 168頁)。

156) *Pawlik* (Fn. 20), S. 165, 188.

157) *Jakobs* (Fn. 22), 29/62. *Jakobs* は、ここで、子どもが成人した場合には、子どもの生活世界に対する両親の責任が存在しないことを理由に、子どもが成人した時点で、両親の子に対する義務が終了すると述べる。

158) *Pawlik* (Fn. 20), S. 167, 188; Vgl. auch, *Hegel* (Fn. 145), § 175. G. W. F. ♂

両親は自ら家族という共同世界を子どもと共に形成したのであり、この家族という制度の目的を果たすことを、自由が維持された社会のために義務づけられているのである。他方、子どもは両親に対して、この世に生を受けると同時に諸権利を有している。そして、Jakobsによれば、このような制度によって基礎づけられた両親の義務が、民法等の法律上に規定されているにすぎないのである。ゆえに、Jakobsは法源説を、「原因と結果を混同して、制度から親の子に対する義務を導かず、法律から導いていたにすぎない」<sup>159)</sup>と批判する。

また、Jakobsによれば、この親の子に対する義務は、両親と子どもが一つの共同の世界を形成しているのと同じように、広いものであり、両親はその子どもに対して包括的な義務を有している<sup>160)</sup>。この包括的な義務に、どのような義務が含まれているかは検討を要する問題であるが、本稿は作為義務の発生根拠について論じるものであるため、この問題には立ち入らない。

### 3. 制度的に要請される「法的」義務の問題

以上のようにして説明される親の子に対する義務は、法の任務が自由を保障すること、そして、家族という制度は、自由を現実的に保障するために必要な制度であり、市民はこれを維持するために寄与しなければならないことから、法によって要請される「法的」義務である。

このようにして、親の子に対する義務の法的な根拠づけがなされるわけであるが、しかし、ここでの「法」とは、自由を保障する法システム全体のことであり、したがって、これが「法的」作為義務の発生を根拠づけることはできて

---

↘ヘーゲル（尼寺義弘訳）『ヘーゲル教授殿の講義による法の哲学Ⅱ』（晃洋書房、2008）328-332頁も参照のこと。

159) *Jakobs* (Fn. 22), 29/58.

160) *Jakobs* (Fn. 22), 29/59. なお、制度的管轄から義務を導く類似の見解として、*Vogel, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, S. 368 ff. も参照のこと。また、Jakobsとは異なり、積極的義務は結果の帰属を可能にするものではなく、真正不作為犯のみを基礎づけるとするものとして、*Robles Planas, GA* 2013, 624 (629). また、両親の子に対する義務を、両親の子に対する権利の裏面としての特別な義務であると説明するものとして、*Freund, Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, S. 274.

も、直ちに特殊「刑法的な」義務を導くのかは疑問であろう<sup>161)</sup>。確かに Jakobs や Pawlik による自由を媒介とした「法的」義務は、作為にも不作為にも共通する原理であるが、しかし、このように一つの共通項で全てをくくろうとすれば、無内容化していかざるを得ないとも考えられる<sup>162)</sup>。むしろ、いかなる場合に——特に作為と不作為を区別するならば——不真正不作為犯として処罰されるのかという実践的な問題は、具体的な事実を考慮する必要があるようにも思われる<sup>163)</sup>。

## V. 事実的考察方法に基づく親権者の「刑法的」作為義務

上述したように、自由という規範的な基準を与えられ、自由を保障する「法」から導き出された義務は、法システム全体に対する「法的」義務であるが、刑法上の「刑法的」義務であるのかは疑問である。特に、現在の我が国における通説のように、作為と不作為を峻別するならば、不作為犯は作為構成要件に包摂されるべき「刑法的」作為義務を有していなければならず、この問題は顕在化するであろう。なぜなら、あらゆる「法的」作為義務の違反が、「刑法的」作為義務違反として処罰されるわけではないと考えられうるからである。民法上の監護義務も、親の子に対する「法的」義務であることには変わりなく、刑法上の作為義務も「法的」義務であることに変わりはない。両者は共に「法的」義務であるが、その義務内容や義務の性質が異なるということは十分に考えられるであろう。このように考えた場合、不作為犯として刑法上処罰される「刑法的」な作為義務を特定することが必要となるようにも思われるのである。

161) 葛原(前掲注134)137頁。Vgl. *Schünemann*, Zum gegenwärtigen Stand der Dogmatik der Unterlassungsdikhte in Deutschland, in: Ginbernat/Schünemann/Wolter (Hrsg.), *Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte*, 1995, S. 50 ff. その他 Jakobs 説を批判するものとしては, *Roxin* (Fn. 95), 32/24.

162) 葛原(前掲注134)139頁。

163) もっとも、Jakobs や Pawlik においては、作為と不作為の間の区別は必要ではなく、「不真正不作為犯として処罰する」という言葉遣いは不適切であろう。しかし、彼らのように作為と不作為を区別しない場合であっても、事実を考察することは少なからず必要であると思われる。

## 親権者の「刑法的」作為義務

この「刑法的」作為義務の特定という実践的な問題の解決方法として、従来、特に我が国で作為義務の発生根拠として論じられていた事実的な考察方法は、意義を有しうるのかもしれない。というのも、事実的な考察方法は、上述したように、作為犯と同価値とされる不作為犯を特定することに尽力してきたからである。つまり、事実的な考察方法は、「法的」義務を導き出すことについては不適當であるが、不真正不作為犯として処罰されるべき不作為を特定してきた理論なのであるから、「法的」義務の中で刑法上の処罰に値すべき「刑法的」作為義務を特定することについては有用であると考えられよう。問題は、いかなる事実が、作為と不作為の同価値性を示す間接事実として説得的であり、「刑法的」作為義務を特定するにあたり有用なものであると考えられるかということである。ただし、その際に見落としてはならないことは、「法的」作為義務は、法システムに生きる人々の自由を保障するものとして導き出されたということである<sup>164)</sup>。「法」の一つである刑法は、確かに法益を保護するものであるが、自由を保障する機能を有するという事も看過されてはならない<sup>165)</sup>。本章では、この問題に対して、従来の学説が作為義務の基礎をなすものとして提示してきた事実を検討することで、親権者の「刑法的」作為義務について若干の考察を行いたいと思う。

### A. 期 待

まず第一に、社会的期待説が挙げていた「期待」を挙げる事が考えられる。つまり、「行なわなければならない期待」が向けられている場合に、「刑法的」作為義務を認めるということが考えられる。しかし、上述したように、このような期待がいつ向けられるのかはケースバイケースであり、状況によっても異なるものであり<sup>166)</sup>、また期待とは観念的なもので実体的なものではないこと

164) 上述Ⅳ. B. を参照のこと。

165) Pawlik (Fn. 20), S. 174. 「法、特に刑法の主な任務は、市民にその生活を自らの洞察によって送ることができるということを可能にすることにある。」

166) 上述Ⅲ. C. 3. を参照のこと。

から、「刑法的」作為義務を確定する基準として用いることはできないであろう。ただし、この「期待」が作為義務の基礎にあることは否定しえない<sup>167)</sup>。この「期待」を徴表するような間接事実が「刑法的」作為義務の特定に有用であると考えることができ、それを示す具体的な事実を見い出すことが求められるであろう。ただしその場合においても、自由の保障という規範的な観点が抜け落ちてはならない。

## B. 物理的な契機と行為の反復継続性

次に、事実上の引き受け説について検討する。本説は、判例を分析することで判例の不真正不作為犯処罰の拡大傾向を示し<sup>168)</sup>、このような拡大傾向を阻止し、不真正不作為犯の処罰範囲を限定する理論として持ちだされたものである。この限定理論は、法益保護という結果無価値的な観点から、不作為者と結果との関係に着目し、結果不発生の不作為者に対する依存性をキーワードとして展開されている。そして、この依存性を肯定しうる場合、つまり不真正不作為犯として処罰されるべき場合について、依存性の契機となる行為の存在、当該行為の反復継続性および排他性という三要件を要求している<sup>169)</sup>。本説は事実に着目することにより、作為と同価値である不真正不作為犯を限定しようとしたのであり、「刑法的」作為義務の特定にとって有用であるようにも思われる。では、本説の要求する要件は、親権者における「刑法的」作為義務を特定する基準となりうるのであろうか。なお、排他性要件については、後述の「支配」において検討する。

まず、親権者の「刑法的」作為義務を特定するに際して、事実上の引き受け説が要求する事実の中でも、依存性の契機となる行為の存在は基準として用い

167) 佐伯（前掲注53）58頁の注18を参照のこと。

168) 堀内（前掲注69）189頁以下では、我が国における不作為犯の展開過程が詳しく分析されている。

169) 堀内（前掲注69）249頁以下。事実上の引き受け説については、上述Ⅲ. B. 2. を参照のこと。

170) 先行行為説に対する批判については、上述Ⅲ. B. 1. c) を参照のこと。

### 親権者の「刑法的」作為義務

ることができないと考えられる。というのも、先行行為説に対する批判において述べたように、物理的な契機が無くとも親の子に対する作為義務が存在する場合は考えられるからである<sup>170)</sup>。当然にそのような場合においても親権者の「刑法的」作為義務は存在すると考えられるであろう。

次に、行為の反復継続性であるが、これを行為の反復継続のために、周囲の者に対して信頼や期待を生じさせたことと理解するならば、「期待」を表すものであると理解することができ、「刑法的」作為義務の基準として有用なものであると考えられる。ただし、親の子に対する義務の場合については、このような行為の反復継続が無いことを理由に、「刑法的」作為義務が認められないとするのは妥当ではない。例えば、出産直後の新生児をそのまま放置して死亡させた場合に、「刑法的」作為義務が認められず、不作為による殺人罪、あるいは保護責任者遺棄致死罪が認められないとすることは不合理であろう<sup>171)</sup>。というのも、このような場合について、母親に対して子の救助は期待されているということに異論はないからである<sup>172)</sup>。行為の反復継続性は、必ず要求されるべき絶対的な基準ではないが、それが存在する場合には、同価値性を示す間接事実が存在していると評価することはできるであろうから、「刑法的」作為義務を特定する基準として部分的に有効であると考えられる。

---

171) 両罪の区別の問題については争いがあるが、本稿では立ち入らない。なお、両罪における作為義務の内容は同じであるとするものとして、大谷 實『刑法講義総論』（新版第4版、成文堂、2012）141頁以下。これに対して、平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣 1972）158頁は、両罪を作為義務の程度によって分けようとする。この問題に関して、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」愛媛法学18巻3号106頁は、遺棄罪について、通説と同様に生命・身体に対する危険犯であると捉えるならば、殺人罪における保障人的義務と保護責任者遺棄罪における保障人的義務は同じ内容になることを指摘する。

172) 例えば、神山敏雄「保障人義務の理論的根拠」森下忠先生古希祝賀 上巻『変動期の刑事法学』（成文堂、1995）213頁以下では、このような親子関係を顕在的依存関係として、親の子に対する作為義務を肯定する。また、*Jakobs* (Fn. 22), 29/59 および *ders.* (Fn. 149), S. 34 は、親の子に対する義務を保障人義務のプロトタイプであると述べている。

### C. 支 配

最後に「支配」という概念について検討する。まず、「支配」に関して排他性は必要であろうか。これについては、まず、物理的な排他性が存在する場合、つまり不作為者と被害者が一対一の関係にある時には、「刑法的」作為義務が認められるといえるであろう。なぜなら、「法的」に作為義務を根拠づけられた者が、被害者に対して物理的な排他性を有しているならば、その者に対して被害者の救助が当然に法的に期待されるからである。物理的な排他性は同価値性を担保する間接事実であるといえることができるであろう。つまり、これを要求する支配領域性の理論は「刑法的」作為義務を特定する基準となりうる。したがって、「法的」作為義務が存在し、支配領域性が肯定される場合には、「刑法的」作為義務が存在すると考えられるであろう。ただし、注意しなければならないのは、物理的な排他性が存在すれば、直ちに「刑法的」作為義務が認められるのではないということである。作為義務はあくまでも「法的」なものになければならず、排他性要件を考慮するよりも前に作為義務の「法的」発生根拠が確認されなければならないのであり、これに関しては、法の任務は自由の保障であるという規範的な観点を無視することはできない。

親の子に対する義務に関しては、他方で、上述したように、周りに複数人存在し、かつ親であるという要素しか存在しない場合に、排他性が否定され作為義務が認められなくなるとすることは不合理でもある。この場合についても、子どもの救助の期待は親に対して向けられており、親の子に対する「刑法的」作為義務は認められるべきであろう<sup>173)</sup>。物理的な排他性も、行為の反復継続性と同様に、それが存在する場合には、同価値性を担保することができるにすぎないのであり、絶対的な基準ではない。

結果原因の支配については、これは具体的な状況において「法益侵害を回避できる」ということを示すにすぎず、つまり「期待」が向けられていることと同義であって、それを言い換えたに過ぎない<sup>174)</sup>。つまり、「期待」が「刑法

173) 神山（前掲注172）208頁。

174) 上述Ⅲ. C. 1. c) (2)も参照のこと。

的」作為義務を特定しえないのと同様に、結果原因の支配も「刑法的」作為義務を特定する基準とはなりえない。

本章では、本稿で取り上げた学説が提示する事実的な基準が、「刑法的」作為義務を特定しうるものであるかどうかを検討した。しかしながら、本章における検討は、ほんの一部にすぎないこともまた事実である。我々の生活する社会においては、様々な行為態様が考えられるのであり、いかなる事実が「刑法的」作為義務を特定しうるのかは、さらなる検討が必要であると思われる。ただし、その場合においても、法の任務は自由を保障することであるという規範的観点は維持されるべきである。そうでなければ、「刑法的」作為義務の前提たる「法的」作為義務を導き出すことはできず、作為義務は法的義務であるとの命題を維持することはできない。

本章における雑駁な検討においても、「刑法的」義務を特定しうる事実と特定しえない事実が提示されたように、「刑法的」作為義務を特定しうる事実を一元的に提示することは不可能であろう。そのようなことに鑑みれば、「刑法的」作為義務を特定するとされる事実を類型化することも、ひとつの方法と言えるのかもしれない<sup>175)</sup>。

## VI. 要約と今後の課題

### A. 要 約

1. 従来の作為義務論は、親権者の作為義務を十分には説明できていない。まず、民法上の法律を根拠に作為義務を導く法源説は、そのようにして導かれた作為義務が、なぜ刑法上の作為義務を基礎づけ、なぜその違反が刑法上の制裁に妥当するのかということを明らかにしていない。次に、先行行為説は、物理的な先行行為を必要とするために、先行行為が存在しない

---

175) 作為義務の発生根拠を類型化するものとして、山中（前掲注16）234頁以下。なお、神山（前掲注172）213頁以下も、作為義務の発生根拠を顕在的依存関係と潜在的依存関係に二分し、それを指導原理として類型化することが必要であるとする。また *Kühl* (Fn. 24), § 18 Rn. 43, Rn. 46 ff. も参照のこと。

場合について義務を基礎づけることができず、先行行為が無くても認められている親の子に対する義務を根拠づけることができない。同様の理由から、先行行為説以外の物理的な契機を必要とする学説も、親の子に対する義務を根拠づけえない。また、特に「支配」や「期待」といった事実的な要素から作為義務を導く学説は、実は作為と不作為の同価値性の問題を論じていたにすぎず、そもそも作為義務の法的発生根拠の問題を論じていない。また、事実的な考察方法は、法的な説明と規範的基準が欠けるために、作為義務を道徳的義務としか説明できず、法と道徳を混同する虞れがある。

2. 親の子に対する作為義務の発生根拠を法的に説明すれば、以下のように示される。すなわち、社会における具体的で現実的な自由を保障するためには、積極的な介入を要請する諸制度とその維持が必要であり、この制度に家族も含まれる。両親は、家族という制度において、この制度を維持し、それによって社会における自由の状態を保持するために、子どもに対して包括的な義務を負っている。加えて、法の任務は自由を保障することであるから、両親が子どもに対して有する義務は、自由を保障するために負う義務であり、したがって「法的」義務である。

3. しかし、この「法的」義務は、それが直ちに「刑法的」義務であるとはいえないとも考えられる。したがって、「法的」義務から「刑法的」義務を特定することは避けられないであろう。この問題は、事実的考察方法によって解決することができるように思われる。このことから、従来、特に我が国において行なわれてきた作為義務の発生根拠論は、この「刑法的」義務の特定にとっては有用であるのかもしれない。特に、行為の反復継続性や物理的な排他性は、「期待」を徴表する間接事実、つまり同価値性を示すものとして評価することができ、「刑法的」作為義務の特定にとって有用であると考えられうる。

## B. 今後の課題

本稿は、主に親権者の作為義務を中心に従来の作為義務論を考察し、作為義

務に対する法的な根拠付けを提示した。しかし、これは不作為犯に関する研究の一部に過ぎず、今後の検討課題として以下のようなことが挙げられる。

本稿は、我が国で通説的とされる、作為と不作為を区別する場合を念頭に置き、親権者の作為義務に関して、まず Jakobs や Pawlik の自由を媒介とした「法的」な義務の根拠付けを提示し、その後、親権者の「刑法的」作為義務を考察した。しかし、自由を媒介とした法的な根拠付けを行なう場合、そこでは作為や不作為の区別は生じえないし、禁止と命令は明確に区別されないとされる。根本的な問題として、まず、作為と不作為の区別が刑法上必要であるのかどうかという問題が存在するであろう。この問題は、各論の解釈も視野に含めた上で、今後慎重に検討されなければならないと思われる。また、彼らが自由を規範的概念として定立し、そこから刑罰論を展開していることも注視しなければならない問題であろう<sup>176)</sup>。

次に、自由を保障するために必要な制度として、何がそれに属するのかが確定されなければならない。なぜならば、Jakobs によると、制度的管轄に基づく義務は、常に正犯を基礎づけるとされるからである<sup>177)</sup>。現代社会においては、親子関係や婚姻関係以外にも、事実婚関係や住居共同体といった、いわゆる緊密な生活共同体関係も存在する。このような関係も、自由を保障するために必要な制度として理解され、維持されなければならないのか、仮に制度に含まれるとすれば、いかなる理由からそこに含まれるのかが明らかにされなければならない。この問題は、私的領域と公的領域の区分の問題と関係する問題である。

また、Jakobs によれば、親の子に対する義務は包括的なものであるとされるが、どのような義務が存在するのかは明らかではなく、この点も問題となる

176) このような観点から、Jakobs は法益保護思想を批判している。これについて例えば、*Jakobs, Rechtsgüterschutz? Zur Legitimation des Strafrechts*, 2012. を参照のこと。

177) *Jakobs* (Fn. 148), S. 85f.; *ders.*, *Theorie der Beteiligung*, 2014, S. 61ff. insbes. S. 63. 「積極的義務の領域においては、関与は存在せず、むしろ実行のみが存在する。」(強調は原著による)

であろう。この問題は、家族という制度と社会との関係の問題、つまり、家族という制度が社会においていかなる役割を果たしているのかという問題であり、法哲学的な視座を必要とする。

また、「刑法的」作為義務と作為可能性の関係も問題となるであろう。義務は不可能を強くないとして、作為可能性は作為義務の前提条件であるとするならば<sup>178)</sup>、作為可能性は「刑法的」作為義務を特定する一要素となりうるからである。ただし、作為可能性の議論は、不作為の因果関係の問題とも関係すると思われるのであり、詳細な検討が必要である。これらの問題については、今後の検討課題とし、別稿にて論じたいと思う。

---

178) 中山研一「救急医療を要請しなかった不作為と被害者の死の結果との間に因果関係が認められた事例」判タ725号56頁、平山幹子「判批」『刑法判例百選Ⅰ』（第6版、有斐閣、2008）11頁、中谷瑾子「墮胎により出生させた未熟児を放置した医師と保護責任者遺棄致死罪の成否」『重要判例解説（昭63）』146頁。なお、齋野彦弥「判批」『刑法判例百選Ⅰ』（第5版、有斐閣、2003）11頁は結果回避可能性が全くない場合には不作為の実行行為性が欠けるとする。