

博 士 論 文

不真正不作為犯における成立要件の再検討
-日本刑法の視座からの中国における不作為犯論の再検討-

平成 28 年 3 月
中央大学大学院法学研究科刑事法専攻博士課程後期課程
李 蘭

不真正不作為犯における成立要件の再検討
-日本刑法の視座からの中国における不作為犯論の再検討-

目 次

序章	1
第1章 中国における不真正不作為犯の成立要件の客観的要素	4
第1節 判例での不真正不作為犯の成立要件における問題点	4
第2節 中国における立法例および学説	7
第3節 小括	10
第2章 諸外国における不真正不作為犯の成立要件の客観的要素	12
第1節 日本における不真正不作為犯の成立要件	12
第2節 韓国, ドイツにおける不真正不作為犯の成立要件	15
第3節 比較法的検討-客観的要素における中国法への視座-	20
第4節 小括	27
第3章 不真正不作為犯の客観的要素における諸問題-主に欠陥製品に関する回収義務について-	30
第1節 中国の製造物責任に関する法律上の規定	30
第2節 日本における製造物責任に関する判例および学説	37
第3節 中国と日本の比較法的検討	50
第4節 小括	53
第4章 不真正不作為犯の客観的要素における犯罪主体の認定-主に刑法上の身分を持っている者と保障人的地位にある者との関係について-	55
第1節 中国刑法上の身分および身分犯	55
第2節 中国における身分犯と不作為犯との関係	65
第3節 日本における不作為犯と身分犯との関係	69
第4節 比較法的検討	77
第5節 小括	79
第5章 不真正不作為犯の成立要件の主観的要素	81
第1節 韓国ならびにドイツにおける主観的要素	81
第2節 中国の不真正不作為犯の主観的要素に関する判例と学説	85
第3節 日本の不真正不作為犯の主観的要素に関する判例と学説	89
第4節 中国ならびに日本の判例の分析と学説の検討	94
第5節 小括	101

終章	103
参考文献	105

序章

本論文は、主に中国における不真正不作為犯についての判例の紹介から問題の提起をして、そこから中国における不真正不作為犯の成立要件について再検討が必要であることを導き出すものである。そして、不真正不作為犯の成立要件について、中国、日本、韓国、ドイツにおける学説および立法についての検討を通じて、中国の不真正不作為犯の成立要件にとって、もっとも適切な解決方法を模索することが本論文の研究目的である。

第1章では、まず、中国で問題となっているいくつかの判例を挙げ問題提起をする。その問題は、主に以下のようなものであると思われる。中国では、これまで、不真正不作為犯に関する立法化について、人大代表大会で数回にわたって提案されたが、最終的には採用されていないのが現状である。その理由は、刑罰法規上での犯罪は、ほとんど作為の形式で定められており、不真正不作為犯は明文上明確に規定されていないから罪刑法定主義に違反するという見解が考慮されたためである。それゆえ、現在の中国では、学説上での解釈を参考にして、不真正不作為犯の成立に関しては、もっぱら客観的要素である作為義務に比重が置かれている。したがって、作為犯と同等な取り扱いをするために必要な構成要件における他の要素、作為可能性、主観的要素などについてはあまり議論されていない。また、作為義務というのは、法律上の義務でなければならないとなされているが、実際の判例では、道德上の義務と法律上の義務の区別が争われているのが現状である。だが、道德上の義務と法律上の義務の境界線は明らかでないため、司法実務上の処罰範囲は、未だに不明確なままである。それゆえ、中国の学者たちは、ドイツ刑法学の影響を色濃く受けている日本の学説を取り入れようとする傾向が近年にわたってよくみられた。その中でも、排他的支配説がもっとも有力に主張されてきた。しかし、排他的支配説に依拠して議論を重ねてきたが、不真正不作為犯における作為義務の発生根拠は明確化されるには至っていない。

第2章では、主に諸外国における不真正不作為犯の現状および成立要件についての紹介を通じて、成立要件の中でも、主に客観的要素について検討を行う。ここでは、中国、日本、韓国、ドイツにおける不真正不作為犯の成立要件上の異同を探る点に重点を置いている。

ここでは、主に立法上の規定がない日本の不真正不作為犯の成立要件を比較法的観点から検討した上で、中国と日本の不真正不作為犯の成立要件の差異を指摘し、中国でも不真正不作為犯の成立要件の中で最も問題となる作為義務の認定に関して、日本の実質的根拠説を参考にしながら詳しく分析を行う。したがって、中国と、日本、韓国、ドイツの不真正不作為犯の成立要件における比較法的検討を通じて、中国の不真正不作為犯の成立要件の基準が明確となり、司法実務上での処罰範囲を過不足なく提供でき、かつ安定的な判断が可能になることを指摘する。

第3章では、近年、不真正不作為犯における犯罪主体の認定、とりわけ、欠陥製品における責任主体の認定について、まず、中国の法律上の規定から検討を行う。欠陥製品について、中国では「製造物責任法」および「欠陥自動車製品による回収管理条例」などの法律上の規定において刑事責任が規定されているが、ここで留意すべきことは、刑事責任を負う要件としての主観面の故意の有無であり、特に回収義務を怠ったという過失の場合に、

どのような罪に問われるかを、中国刑法 397 条の「職務懈怠罪」との関連で論ずる必要があると思われる。

中国における 397 条の規定はあくまでも、その責任主体が国家公務員である場合のみであり、非国家公務員つまり一般主体がこのような欠陥製品における回収義務を怠った事例にかかわった場合、刑事上の責任を負わせられるかが問題になるのである。それで、日本で盛んに議論が行なわれている、欠陥製品における責任主体の認定については、注意義務と作為義務が問題になり、それと関連する判例を挙げ、日本の学説上の議論を検討する。そして、日本では、主にその結果回避義務を注意義務として認めるか、それとも作為義務として認めるかが問題とされている一方、中国では、すべての犯罪は、なるべく法律上の規定によって処罰しようとする視座から、例えば、販売済みの製品に欠陥が発見され、それによって発生した結果の回避措置を行う義務があるにもかかわらず放置した場合に、誰にどのような責任を負わせるかは、中国では製造物責任法ないし、条例の解釈によって欠陥製品における結果回避義務の問題を解決しようとしている。すなわち過失がある場合には、中国刑法 397 条の「職務懈怠罪」の規定によって、責任主体が国家公務員である場合にのみ、第 3 章で挙げている薬害エイズ厚生省ルート事件のような事例が中国で発生した場合は 397 条に該当するために、処罰されうることになるのである。これに対して、責任主体が非国家公務員である場合には、中国刑法 233 条の「過失致死罪」といった一般規定による処罰の可能性が存在するにとどまるもの、当該犯罪については、何らの人的限定が付されておらず、どの範囲の関係者までが処罰対象となるかということについては解釈に委ねられている。

しかしながら、国家公務員と非国家公務員との間にこのような処罰の差があることには疑問があると思われる。本章は、このような問題意識から、中国刑法上の身分、とりわけ、罪の認定・量刑に影響を与える書かれざる身分という概念に着目し、233 条の「過失致死罪」についても、書かれざる身分という概念を通じて処罰対象者の人的制限を図ろうとするものである。この点、これと類似する概念として、不真正不作為犯の成立要件を巡る議論において日本には保障人的地位という概念が存在するが、この概念を中国刑法上の書かれざる身分概念として導入することで、非国家公務員の場合における製造物責任による処罰範囲の基礎づけ・限界づけを図り、このような処罰の間隙を解消することを目的とする。

第 4 章では、第 3 章で問題となっている組織体における責任主体の認定に制限を加えるため、中国と日本における作為義務を負う人の身分について検討を行う。

中国と日本の身分犯における身分についての司法解釈上および学説上の分析と刑法各則上に規定されている身分犯についての分析を通じて、中国においては作為義務を負うべき人の身分と、日本においては保障人的地位にある人の身分について検討を行い、不作為犯と身分犯との関係について研究を行う。

本章では、中国の不作為犯における作為義務を負うべき人の身分について、通説である作為義務の認定の四分説から出発し、先行行為による不作為犯は身分犯であるといえるか否かを検討する。さらに、本章は、この問題の解決方法を探るために、日本における保障人的地位についての分析を通じて、そこから不作為犯と身分犯との関係から、中国における作為義務を負うべき人の身分についての検討を通じて、その責任犯罪主体の認定に制限を加えることができると思われる。

第5章では、作為犯の犯罪体系論に立脚して、不真正不作為犯が作為犯と同等に扱われるために必要な要素、特に主観的要素の1つである故意について研究を行う。まず、諸外国である韓国、ドイツにおける主観的要素についての学説上の理論を検討し、次いで、韓国、ドイツと比較して、不真正不作為犯の客観的要素である作為義務についての議論の比重が大きく、立法上も不真正不作為犯についての規定がない中国と日本の学説上での分析を通じて、まず、中国において、不真正不作為犯における主観的要素が問題となった判例を挙げ、また学説上での理論を概観する。そして、日本の放火罪において問題となった主観的要素および作為犯と不真正不作為犯における構成要件の故意について検討を加え、さらに作為義務における形式的三分説、実質的根拠説における作為義務の具体的内容についての再確認と、その内容に対する行為者の認識の内容について検討を加え、その結果、中国も日本も不真正不作為犯における主観的要素の故意について、客観的犯罪事実の認識、つまり、作為義務およびその内容、結果に対する認識・認容が必要であることから、日本においては、大審院で問題になった主観的要素である「既発の危険を利用する意思」は、不真正不作為犯における主観的要素を考察する際に必要ではないということを明らかにする。さらに、日本での不真正不作為犯における主観的要素についての検討を通じて、中国刑法14条にしたがって、不真正不作為犯における主観的要素である故意についての再検討の必要性について研究を行ったものである。

第1章 中国における不真正不作為犯の成立要件の客観的要素

第1章では、中国における不真正不作為犯の成立要件の客観的要素について検討を加えたものである。さらに、中国で問題となっているいくつかの判例を挙げ、司法実務上と学説上での不真正不作為犯における成立要件の客観的要素である作為義務についての判断における混乱について検討を加える。現在、中国における不真正不作為犯の事案について、裁判所での判断にはさまざまな矛盾が生じており、それを巡って学説上でも衝突が起きているのが現状である。さらに、一般市民にも納得することができないような判断が裁判所でなされているのが現実であるのが明らかになっている。その上で、中国の学説上における不真正不作為犯の客観的要素である作為義務は、法律上の義務でなければならないとしながら、実際の判例における不真正不作為犯の成立要件の判断においては、道徳上の義務も不真正不作為犯における作為義務として判断がなされていることを指摘する。そして、法律上の義務の規定の矛盾と道徳上の義務の役割の比重の置き方、および具体的事案での作為義務以外の客観的要素である作為可能性の有無などの判断について詳しく言及することなく、最終判決を言い渡しているのが不真正不作為犯の事案における実情である。それゆえ、まず、問題提起として中国で問題となった判例をいくつか挙げ、この問題を解決するために中国の学説における不真正不作為犯の成立要件をまず詳しく分析することにする。

第1節 判例での不真正不作為犯の成立要件における問題点

近年の中国における不真正不作為犯の判例は以下のようなものである。

1. 夫婦喧嘩事例¹

(1) 事実関係および裁判所の判断

夫婦関係にある被告人甲と妻乙は、2006年1月17日、性格上の問題で喧嘩になり、村の幹部らによって抑えられた。夫甲はきっぱりと妻乙に離婚を要求して、すぐに区役所に離婚届を出しに行ったが、子供の扶養問題で離婚は成立しなかった。その日、午後5時ごろ、帰り道にある池を通るとき、妻乙は夫甲と一休みしようとしていたが、夫甲はこれを無視して2人はまた喧嘩になってしまった。その時の喧嘩は、村民丙によって2人は抑えられた。その後、夫甲は家の方向に向かって約70メートル歩いたとき、妻乙が急に池に飛び込み、その場にいた村民丙は大声で夫甲を呼んだ。甲は「私が背中を押したのではなく自ら池に飛び込んだので、私とは無関係だ。」といいながらそのまま家の方に向かっていった。村民丙は泳げないので他の村民を呼んで妻乙を救助しようとしたが、乙は結局死亡した。裁判所は甲に救助義務がないとして無罪を言い渡した。

(2) 学説

この判例について、学説上では、以下のような争いが生じている。まず、中国の婚姻法²には「夫婦の間には相互扶助義務と扶養義務がある。」と規定されている。この規定の類推

¹ 江苏省扬州市于邗江区人民法院で言い渡された判決である。

² 中国の婚姻法第20条には「夫婦間には、相互扶養する義務がある。一方が扶養義務を履行しなかった場合、扶養される方が、扶養すべき義務をもっている者に扶養費用を要求する権利をもっている。」と規定されている。

から、夫婦の間には当該2つの義務以外に相互救護義務も含まれるべきであると主張する見解³がある。つまり、甲には乙が飛び込んで自殺した行為に関して法律上の特定救護義務が存在するとの見解である。この見解によると、甲の放置行為によって乙の死亡結果が生じたので、乙の死亡（結果）と甲の法律上の救護義務の不履行の間には刑法上の因果関係が存在し、それゆえ、甲には不作為による殺人罪⁴が成立することになる。

次に、乙の自殺行為について、甲の法律上の救護義務は存在しないし先行行為による救護義務も存在しないとする見解がある。このように考えるならば、甲には乙の自殺行為による結果発生を防止する法律上の作為義務も、先行行為による作為義務も存在しないということになる。それゆえ、甲には不作為による殺人罪が成立しないことになる。

この判例の争点は、作為義務の有無、および先行行為の有無である。作為義務、すなわち夫婦の間の救護義務の有無については、法律では明確に規定されていないが、客観的に判断すると、夫婦の間の扶助義務と扶養義務は、人の生命を前提として定められているので、救護義務も含まれるとするのが一般的である。ここで中国婚姻法20条における扶助義務と扶養義務の間には、救護義務も含まれると考えると、法律上規定されている義務を拡張して解釈していることになるだろう。言い換えると、「法の精神」⁵の面から考えて、夫には妻を救護する義務、つまり危険な結果発生を防止する義務が存在することになる。これに対して後者の学説のように、法律上明確に規定されている義務は、厳格でなければならない、類推することは法律の精神から許されないとしている。これを許すと、社会秩序などの理由で防止義務が認定されることになるので、その認定が難しくなるからである。したがって、それは罪刑法定主義に違反していることになるとしている。このように考えると、作為義務が法律上規定されていても刑法上の作為義務は必ずしも肯定されるとは言えないだろう。

2. タクシー運転手事例⁶

(1) 事実関係および裁判所の判断

あるタクシー運転手は、大量の失血で意識不明な老人Aを連れている人B(老人を車でひいた者)に止められ、途中、Bが数分後すぐ戻ってくると言ってタクシーを降りたのを待っていた。しかし、30分程待っても来なかったので、その人はもうすでに逃げたと思い、夜中に人が少ない状態であるのを利用して、老人Aを道端に遺棄して逃げ去った結果、Aは翌日大量の失血が原因で死亡したという事例である。裁判所は、このタクシー運転手に無罪を言い渡した。

(2) 学説

³ この見解は、明文上規定されている義務に加えて、類推解釈によって救護義務も認められるとしている。

⁴ 中国では、殺人罪を故意殺人罪と名付けている。その理由としては、殺人罪を犯すには必ず故意を必要としているからである。つまり、言い換えると故意がない殺人罪はあり得ないからである。(中国刑法典第232条の故意殺人罪の規定は「故意に人を殺した者は、死刑、無期懲役または10年以上の有期懲役に処する。情状が比較的軽いときは、3年以上10年以下の有期懲役に処する」と規定している)。

⁵ 「法の精神」とは、社会主義における社会法治理念である。

⁶ 法律諮問 <http://www.110.com.cn/zhuanti> . (2016年1月13日最終確認)

この判例について、学説上では、以下のような争いが生じている。まず、タクシー運転手はサービス業に従事する者⁷として、危険な状態に陥った老人を病院まで搬送する条件を具備しているにもかかわらず、人が少ない夜中に、道端にそのまま放置して救助しなかったのは、一般的な不道德な行為ではなく、法律上の不作為行為に該当し、不作為の殺人にあたるという見解である。すなわち、老人をタクシー運転手が救助したら、老人は死亡という結果に至らなかったことを根拠にしているのがわかる。タクシー運転手が、死亡に至る危険を認識していながら救助措置をとらなかったのは、この見解によると、不作為による故意殺人罪にあたることになるのである。

一方、タクシー運転手には、乗客に対してサービスを提供する職業上の義務は存在するが、救護義務まではサービス業の範囲内に包含されていないと考える見解がある。例えば、タクシー運転手が老人を病院まで搬送し、救護措置をとったとすれば、それは称賛されることではあるが、ひいた人が逃げた後、タクシー運転手が老人を病院まで搬送しなかったのが理由で死亡したとしても、法律上の責任まで負うことなく、単なる道義上の責任が問われるにすぎないことになるかとされている。

裁判所が本事例におけるタクシー運転手の行為について無罪を言い渡した理由は、タクシー運転手である被告人はサービス業に従事する者であり、老人に対してサービスを提供する義務はあるが、救護義務ではないということ根拠にしたのがわかる。老人を車でひいた者はタクシー運転手ではなく他人であるという考慮、つまり先行行為者は他人であるということに注目しているからである。さらに、このような中国の現在の道徳思想を出発点とする発想に基づき、裁判所は、死亡という結果とタクシー運転手の不作為との間に因果関係は認められないとして無罪判決を言い渡したのである。

3. 自転車窃盗事例⁸

(1) 事実関係および裁判所の判断

2007年5月25日昼ごろ、17歳であるXがある埠頭の付近で自転車を盗もうとしたとき、自転車の所有者であるAとその友人、B、Cに発見され捕まえて殴られた。Xが3人からやっと逃げ出して、埠頭に停めていた貨物船の上まで逃げたとき、A、B、Cの3人も船の上まで追いかけてきた。水泳が下手でさらに体力も低下していたXは、追いつめられたので仕方なく川に飛び込んで川岸の方に向かって泳いだ。数メートル泳いだ後、Xは体力の低下を感じて貨物船に戻ろうとしている途中、体力不足で沈んで死亡してしまった。Xが川の中でもがいている様子を、A、B、Cの3人が傍観しながら、何の救護措置もとらなかったことと、3人はXが川の底まで沈むのを最後まで確認したことに依拠して、裁判所は、3人にそれぞれ執行猶予付きの有罪判決を言い渡した。

(2) 学説

この判例における問題の焦点は自転車の所有者に先行行為による救護義務があるか否か、先行行為と結果との間に因果関係があるか否か、作為可能性があったか否かである。

この判例について、2つの見解が対立している。1つは、正当行為も不作為犯の先行行為

⁷ 中国の「タクシー運転手のサービス規範および緊急状況に至った場合の解決規範制度」の中の特殊乗客に対するサービス作業規範には、「傷と病気をもっている乗客に対するサービス」という内容が含まれている。

⁸ 湖州市南浔区法院が言い渡された判決である。

になりうるので、行為者が自らの行為によって惹起された危険源に対しては作為義務を負うべきであるとする見解である。この見解によれば、正当行為には作為と不作為両方含まれているので、作為に限られているわけではないとされる。事例からみると、所有者が X を殴った行為は先行行為に該当し、殴ったという先行行為があったので、X は追いつめられた状態になって、やむをえず川に飛び込んでしまったのである。その後、A、B、C の 3 人は救護をしないまま沈んでいく状態を見ていたという不作為によって X は死亡したことになるのである。少年が盗もうとしているのを所有者らが阻止する限度では、正当防衛であるといえるが、その防衛行為が量的過剰になった時点では、最早「正」ではなく、そして少年は、A、B、C の暴行から逃れるため川に飛び込み、死亡するに至ったのであるから、「正対不正」に変化したと考えることができる。この見解によれば、A、B、C の 3 人に不作為による故意殺人罪を認めたのは妥当であるとされる。

もう 1 つは、先行行為による作為義務は法律上の義務であり、道徳上の義務ではないとする見解である。⁹つまり、所有主の防衛行為が、先行行為になるか否かが問題となるのである。この見解によると、正当行為¹⁰から生ずる義務は単なる道徳上あるいは民法上の義務であり、刑法上の義務ではないため正当行為は不作為犯罪の先行行為にはなりえないとする。なぜなら、そうでないと刑法があらゆる不法行為を保護していることになってしまうからである。中国の法律によると、何人も窃盗犯人を捕まえて司法機関に突き出す権利と義務を持っていると規定している。その一方で、追いかけられた窃盗犯人が危険にさらされたとき、所有者が救護しなければならないという規定はない。さらに、法律上明確に規定されていないため、所有者の行為は犯罪にならないとしている。

以上述べた 3 つの判例をみると、以下のような疑問が生じているのがわかる。すなわち、なぜ、夫婦喧嘩事例とタクシー運転手事例では、明文上規定されていないという根拠によって無罪が言い渡されたのか、自転車窃盗事例では有罪判決が言い渡されたのかという疑問である。こういった疑問から、学説上、実務の矛盾と衝突を解消する方法を探るために、まず、中国における不真正不作為犯の立法例および学説について概観する。

第 2 節 中国における立法例および学説

1. 中国における不真正不作為犯の立法例

不真正不作為犯とは、概念上、「不作為による作為犯」のことであり、期待された法律上の一定の行為を行わなかったことが原因で一定の結果が発生した場合をいう。不真正不作為犯は一般的に承認された犯罪形態であり、結果犯である。あるいは刑法の規定によって犯罪の結果発生防止の義務を負っている人が、履行可能であるのに履行しなかったことにより作為の形で規定されている犯罪を不作為の形で実現することをいうとの定義もある。

11

⁹ 日本、韓国、ドイツでも同様に、作為義務は道徳上の義務ではなく法律上の義務であることを求めている。この点については、第 2 章で詳しく論じている。

¹⁰ ここでいう正当行為とは、急迫な侵害を防ぐため行った行為を指している。

¹¹ 李金明『不真正不作為犯の研究』（中国人民公安大学出版社、2008 年）40 頁以下、陳榮飛『不真正不作為犯の基本問題の研究』（法律出版社、2010 年）78 頁以下、許成磊『不真

立法上では、1949年に公布施行された2つの刑法典、および1979年の刑法典と1997年刑法典において、各則でのみ、いくつかの真正不作為犯について規定されており、不真正不作為犯については明確に規定されていなかった。刑法の草案に関しては、1950年7月25日に中央人民政府法制委員会が起草した刑法大綱草案7条2項において「法律上防止義務を負っている者が防止しなかった場合、あるいは自らの行為によって一定の危険な結果が惹起された場合、防止義務があるのに防止しなかった者は処罰する。」と不真正不作為犯について規定されている。この規定以降は、立法機関が起草した刑法草案には、不真正不作為犯に関する規定はなかった。しかし、全国人大委員会(全人代)法制委員らの委託を受け、中国人民大学法学院刑法改正グループが起草した刑法改正草案は、不真正不作為犯についてより詳細な立法意見を提出している。その中の1稿(1994年1月31日)19条は「行為者が、法律上の義務によって、社会が危害される結果が発生するのを防止すべきであるのに、防止しなかったときは、刑事責任を負う。」と規定されている。20条は「自らの行為によって合法的な権益が侵害された場合、行為者にはその危険を排除する義務がある。」と規定されている。2稿(1994年5月)では、「自らの行為によって合法的な権益が害される危険に遭遇した場合、行為者にはその危険を排除する義務がある。行為者が、法律上の義務によって社会が危害される結果が発生するのを防止すべきであるのに防止しなかったときは、刑事責任を負う。」という規定になっている。その後、第3、第4稿も同様の規定をしたが、この立法案は最終的に立法機関に採用されなかった。¹²

2. 中国における不真正不作為犯の成立要件

不真正不作為犯を作為犯の規定に基づいて処罰するならば、不真正不作為犯の成立要件は、刑法上規定されている犯罪の構成要件に当てはめ論ずるべきである。中国の通説は犯罪が成立するために必要な要件として日本、韓国、ドイツと異なって、主に4つの要件を満たさなければならないと解釈している。すなわち、犯罪の成立要件に基づいて、犯罪の客体、犯罪の主体、犯罪の客観面、犯罪の主観面から不真正不作為犯の成立要件を検討すべきであるとしている。¹³

犯罪体系論に基づいて、不真正不作為犯の成立要件について、中国の通説は以下のように解釈している。

(1) 不作為者は必ず履行すべき特定義務をもたなければならない。これは不作為が犯罪となる法定上の条件である。作為義務(特定義務)には、以下の4つの義務がある。¹⁴

①その履行の要求が法律上明確に規定されている特定義務¹⁵

正不作為犯の理論』(人民出版社、2009年)77頁以下などの、不真正不作為犯の概念については、学説上の定義がほとんど同じである。

¹² 陳榮飛・前掲注11)17頁、18頁。

¹³ 張明楷教授は、違法構成要件と責任要件が犯罪構成要件に該当すると主張している。『刑法総論』[第4版](法律出版社、2011年)98頁-99頁。

¹⁴ 冯军・肖中华『刑法総論』[第2版](中国人民大学出版社、2006年)216頁。

¹⁵ 李金明・前掲注11)154頁。いわゆる、法律上の義務というのは、刑法だけに限らず、民法、行政法等の法律、法規上明確に規定されている義務であり、重要なのは刑罰の効果の相応性を考察するとき、刑罰を適用する必要があるかによって刑罰の効果が生じることである。

一般的には、刑法以外の法律規定によって履行が要求している義務がこれにあたる。このような法律の規定は、刑法上の認定を得ないと作為義務の認定の根拠にはならない。つまり、どのような人が、法律の明文上規定されている特定の積極的な行為を行うのか、あるいは結果の発生を防止する作為義務を有するかということが問題となる義務である。このような法律上の義務には、単純な道徳上の義務は含まれていないとする。その義務の内容は、特定の積極的な行為を実行することで、危険な結果の不発生を防止することである。不作為は、行為者が法律の明文上規定されている特定の積極的な行為の実行を要求することを前提とするので、必ず法律上規定されている明確な内容になっているものでなければならない。

②職務あるいは業務上決められた責任からその履行が要求されている特定義務¹⁶

職務あるいは業務上決められた責任からその履行が要求されている特定義務は、行為者の職務の性質と業務上の職務の責任から生じる義務である。中国の刑法には、どのような職務、あるいはどのような業務が、義務の履行を要求して不作為犯罪の根拠になるのか、まだ明確に規定されていない。刑法理論と司法実務からみると、その義務の範囲が広いため、その認定が困難であるのが現状である。

③行為者の先行行為によって生じた特定義務

行為者が行った行為が、法律上保護されている一定の利益を危険にさらしたとき、行為者にその危険を防止、あるいは排除するように要求し、一定の行為を行わせる義務である。行為者の先行行為は、作為義務が生じる前提と根拠になっている。

④法律上の行為によって生じた特定義務

法律上の行為¹⁷というのは、法律上一定の権利義務に関する行為である。もし、一定の法律上の行為から生じた、ある種の特定の義務を行為者が履行せず、刑法上保護されている社会関係が侵害、あるいは威嚇を受けた場合、不作為の形式による危険な行為に当てはまるとしている。

中国ではこれらの義務について、①②③の三分説とする見解、ならびに、①②③④の四分説とする見解が示されている。¹⁸

(2) 次に、不作為者には、特定義務を履行し得る可能性が必ずなければならないとしている。仮に、行為者に特定義務があるとしても、行為者本人に特定義務を履行する主観的能力がない場合には、不作為犯にならない。すなわち、行為者が特定義務を履行する主観的能力の有無が現実の可能性と関連しているのである。

(3) 不作為の存在について、不作為者が履行すべき、あるいは履行し得る義務を実際に履

¹⁶ 例えば、刑法 132 条「鉄道運営安全事故罪」の規定からすると、鉄道の職員がその規則に違反したことによって、鉄道の安全運営に重大な事故が起きた場合には、作為義務が発生することになる。

¹⁷ 法律上の行為とは、例えば、雇用されている保母には、子供の面倒を見るだけでなく、意外な傷害が発生するのを防ぐ義務も含まれている。

¹⁸ 三分説と四分説以外にさらに五分説も主張されている。この見解は、三分説における 3 つの義務に加えて、行為者自らの引き受けによるある種の特定義務と、ある特別な場合の下の公衆秩序と社会の公德から要求された義務も作為義務の発生根拠としている。

行っていないことが必要である。¹⁹これは、義務を履行しないで、実際には法律上の義務、あるいは他の特定義務が要求および期待した結果発生の防止の作為に出していない、あるいはこれを行っていないことを意味するのであって、不作為者が何の行為もしていない、ということの意味するのではない。

以上の要件をみると、中国の不真正不作為犯の規定は主に、犯罪の構成要件の客観面に該当する作為義務に重点をおいているのがみえてくる。つまり、不真正不作為犯が成立するか否かは、作為義務によって左右されていると判断しても過言ではないと思われる。

第3節 小括

上で述べた中国の現在の不真正不作為犯の成立要件にしたがって、判例を解釈すると、主に作為義務にかかわる問題が議論され、他の不真正不作為犯の成立要件についてはほとんど言及されておらず、また、その成立要件も不明確である。このような問題点を解決する前に、私見を述べておくと、上述の3つの判例、すべてについて、不作為による故意殺人罪を認めるのが妥当であるが、現在の中国の不真正不作為犯に対する学説上の解釈によると、必ずしもそのような結果が導き出されるわけではない。夫婦喧嘩事例では、夫婦間の扶養義務は法律上明確に規定している²⁰が、その扶養義務の中には救助義務までは含まれていない、つまり明文上明確に規定されていない（罪刑法定主義）という理由で無罪を言い渡している。このような結論は、倫理、道徳、宗教、あるいは社会秩序などから生み出された道徳上の義務が作為義務となるか否かという問題を生ずる。タクシー運転手事例は、道徳上の義務の不存在を理由として、殺人罪を否定した事例である。この事例は、道徳主義から出発して、タクシー運転手の行為と老人の死亡との間の因果関係を否定しているが、ここでは、そもそも因果関係の前提として、誰が作為義務を負うのかという困難な問題が生じている。自転車窃盗事例では、正当防衛による作為義務までは負わなくてもいいとしながら、有罪判決を言い渡している。つまり、この事例では、不作為犯による故意殺人罪などを認めるにあたり、道徳上の義務と法律上の義務の混同が少なからず認められる。これらの3つの判例からは、因果関係の判断および作為可能性も問題とはなっているものの、もっぱら作為義務について議論が集中しており、その結果不真正不作為犯の処罰範囲が不明確となり、また判断基準も曖昧となっていることがわかる。刑法には、法益保護機能があることは中国でも一般に承認されているが、生命という同一の法益侵害に対する司法実務におけるこうした判断の非同一性は、市民の自由保障を害すると同時に、法律に対する不信感も招く。そのため、中国での不真正不作為犯に対する裁判所の判断、学説の解釈が一般人の感覚と一致していないので、不真正不作為犯の成立要件の認定上、作為義務と因果関係の有無の判断、作為可能性の認定と、さらに一歩進んで、作為義務を負うべき人の認定（犯罪主体の認定）および主観的要素についても明確にする必要があると思われる。

¹⁹ 冯军・肖中华・前掲注14) 218頁。

²⁰ 游伟「论法律『明文规定』的解释问题」（人民法院报社，2009年）によると、「明白に規定されている」というのは、法律用語の論理概念の中に行為が明白に示されていることである。「明文」が強調し追及しているのは、ある種のより確定的な規範を示すことである。

る。中国における不真正不作為犯の成立要件については、作為義務に関する議論に終始しており、その他の要件については検討が未だ不十分であると思われる。

そこで、上述の判例に対する司法実務上での現実の状況と学説との衝突を緩和するために、次章では、比較法的観点から、日本、韓国、ドイツにおける不真正不作為犯の成立要件の客観的要素について概観する。

第2章 諸外国における不真正不作為犯の成立要件の客観的要素

第2章では、主に日本、韓国ならびにドイツにおける不真正不作為犯の成立要件の客観的要素について検討を加えることによって、一層深く不真正不作為犯の成立要件について研究する。犯罪が成立するために必要な要件として、日本、韓国、ドイツでは構成要件該当性、違法性、責任(有責性)3つの要件が含まれている。不真正不作為犯の成立要件を検討する際にも、この犯罪体系論の下で論ずるべきである。まず、この犯罪体系論にしたがって、諸外国における不真正不作為犯の成立要件について検討を行い、さらに、客観的要素における中国法への視座から、日本、韓国、ドイツにおける不真正不作為犯の成立要件について比較法的検討を行い、さらに第1章で挙げた中国の3つの判例を日本の学説に当てはめ得た結果に対して分析を行う。

以下では、まず、従来の日本の不真正不作為犯に関する立法例および日本の不真正不作為犯の成立要件を紹介する。

第1節 日本における不真正不作為犯の成立要件

1. 日本における不真正不作為犯の立法例

日本の刑法上では、不真正不作為犯に関して明文上規定されていない。しかし、日本刑法の歴史に辿ってみると、いくつかの刑法改正草案で、不真正不作為犯に関して規定されてきた。例えば、昭和2年、刑法改正予備草案13条では「1. 法律上ノ義務ニ背キテ罪ト為ルヘキ事実ヲ防止セサル者ハ其ノ事実ヲ作為シタル者ト同シク之ヲ罰ス 2. 事実ノ発生スヘキ虞アル状態ヲ惹起シタル者ハ其ノ事実ノ発生ヲ防止スルノ責ニ任ス。」と規定され、昭和6年の改正刑法仮案13条では「1. 罪ト為ルヘキ事実ノ発生ヲ防止スル法律上ノ義務アル者其ノ発生ヲ防止セサルトキハ作為ニ因リ其ノ事実ヲ発生セシメタル者ト同シク之ヲ罰ス 2. 作為ニ因リ事実発生ノ危険ヲ生セシメタル者ハ其ノ発生ヲ防止スル義務ヲ負フ。」と規定された。もっとも、昭和6年の規定は、必ずしも明確ではなく、2項の存否に関する議論が問題になりかねないと当時批判された。昭和36年改正刑法準備草案11条では「1. 罪となるべき事実の発生を防止する法律上の義務のある者が、その発生を防止することができたにもかかわらず、ことさらにこれを防止しなかったときは、作為によってその事実を発生させた者と同じである。2. 自己の行為によって事実発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。」と規定された。最も新しい昭和49年の改正刑法草案12条では「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かかわらず、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者と同じである。」と規定された。これら4つの草案は、総則に不真正不作為犯の一般的な処罰規定を置く点では共通である。しかし、その規定内容は、その当時の学説、判例の動向と深く関連しており、それぞれ趣を異にしている。

2. 日本における不真正不作為犯の成立要件の客観的要素

日本での不真正不作為犯とは、不作為により作為犯として規定されている犯罪構成要件

を実現する場合であり、不真正不作為犯の成立要件の検討においても、作為犯と同じように実行行為、結果、因果関係、構成要件の故意（主観面）、違法性阻却事由の有無、責任要素が必要となる。

まず、客観的要素の1つである作為義務について検討する。

(1) 作為義務²¹

作為義務が構成要件上の義務であるか、違法性の分野での義務であるかという議論、つまり、作為義務が違法性の段階で判定され、初めて不作為が違法となるのでは、犯罪の成立要件の流れと矛盾してしまうので、この問題を解決するために、保障者説における保障人の地位を構成要件上の要件²²としている。すなわち、「犯罪的結果の発生する危険のある状態において結果の発生を防止しなければならない法律上の義務を負う保障人の不作為のみが構成要件に該当する。」とする考え方で、保障人の地位を「書かれざる構成要件要素」としている。²³保障人的地位²⁴が確定されたら、そこから発生する規範的な保障人的義務が問題となるのである。その保障人義務の発生根拠については、主に形式的三分説と実質的根拠説による義務づけを行う見解が存する。

①形式的三分説は、作為義務の発生根拠を、法令、契約・事務管理、条理・習慣の3つにわけた説である。法令上の作為義務というのは、例えば、医師法19条Iにいう、「医師は法律による診療義務を負う」という規定が挙げられる。契約に関しては、契約によって作為義務があることは、それ自体では、刑法上の作為義務を基礎づけないとされる。条理に至っては、作為義務の根拠は道徳的なものではたりないことから、条理を作為義務の根拠として挙げるのは、何の説明にもなっていないし、刑罰法規に明確性を担保することもできないという批判がある。したがって、問題解決のため、実質的根拠説が議論されてきたのである。

②先行行為説は、作為と不作為との存在構造上の差異を埋めるものとして、法益侵害に向かう因果の流れを違法に設定する行為が必要であり、それで足りると解する見解である。²⁵この見解は、自ら危険を作り出した者は、これを除去する義務があるということを考慮して、先行行為は過失に基づくものであることが必要であるとすると点に特徴がある。しかし、その問題点は、過失犯が広く故意犯に転化してしまうということである。

③社会的期待説は、行為者と法益主体あるいは危険源との特別の社会的関係から、法益の保護が行為者の作為に強く依存し、その保護が社会的に強く期待されていることを求める説であり、法益の依存性を規範的にとらえる点に特色がある。²⁶その問題点は、この見解

²¹ 西田典之・山口厚・佐伯仁志『注釈刑法』第1巻 総論 § § 1～72（有斐閣，2010年）286頁～287頁。

²² 島田聡一郎「不作為犯」法学教室263号（2002）116頁-117頁では、保障人的地位を行動の自由への強度の制約を正当化するに足りる事情であるとしている。このような制約は、行為者が、法益が失われる危険性を何らかの形で高めた場合であると論じている。

²³ 前田雅英『刑法総論講義』[第5版]（東京大学出版会，2011年）135頁以下。

²⁴ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀『大コンメンタール刑法』[第2巻]「第35条～第37条」（青林書院，1999年）57頁。

²⁵ 日高義博『不真正不作為犯の理論』（慶應通信，1979年）154頁。

²⁶ 木村亀二『刑法解釈の諸問題〈1〉』（有斐閣，1948年）248頁以下。

が根拠とするものが、結局社会に存在する道徳的規範にすぎないということである。

④事実上の引き受け説は、当該法益の保護が行為者（不作為者）に事実上依存していることを作為義務の根拠とする見解であり、そのような依存関係は、(a) 法益保護行為の開始、(b) その反覆・継続、(c) 法益に対する排他性の確保、という三要件に求めることができる。 ²⁷ その特徴は社会的期待説の不明確さを払拭し、法益の依存性を事実的なものに限定した点であるが、行為者の法益が不作為者に依存している状態は、事実上の引き受けによらなくとも発生するので、事実上の引き受けに限定する根拠が明らかでない点、ならびに、最初から保護を引き受けなければ一切責任を負わないのに、一時的に保護を行うと責任を負うのは不均衡である点が批判されている。

⑤排他的支配領域説は、基本的には、事実上の引き受け説と同様に、意思に基づく排他的支配の設定に作為義務の根拠を求めるものであるが、それに加えて、排他的支配の獲得が意思に基づかない場合には、これを代替、補充するものとして、親子関係や建物の管理者・警備員であるなどの社会継続的な保護関係がある場合に限りて作為義務を認める見解である。 ²⁸ その特徴は、事実上の引き受け説の発想を引き継ぎながら、保障人的地位を規範的観点から特別の関係が認められる場合にまで拡張している点であって、その問題点は、先行行為に基づく保障人的地位を一切認められない点である。

⑥効率性説は、結果回避措置を最も効率的になし得る地位にあり、かつ、そのような地位に就くことを自己の意思で事前に選択したといえる場合に作為義務を認める見解であるが、これについて誰が最も効率的に結果を回避できるかの判断は必ずしも明確なものではなく、また、効率性という経済学的概念で作為義務を決定することが妥当かという問題が生じる。

²⁹

このように、以上論じた実質的根拠説は、ある程度形式的三分説の不十分さを補うことはできるが、問題点が生じているのは確かである。

(2) 作為と不作為の等価値性

従来通説は、作為義務の有無によって不作為犯の処罰範囲を限定してきた。作為義務を認めるには、その前提として、当該行為により結果発生を防止し得ることが必要であるとする。つまり、不作為犯の実行行為性は結果防止可能性と作為義務から成り立っている。

³⁰ 不真正不作為犯は、元来、作為犯の実行行為を前提とするものであるから、不作為をもって作為犯の実行行為性を肯定するためには、その不作為が作為犯の実行行為と同視できる実質を備えていること、すなわちその不作為が作為犯の実行行為と同視できる程度の法益侵害の類型的危険性を有していることが必要とされている。つまり、具体的な不作為が構成要件に該当する実行行為と認められるためには、当該構成要件に規定されている等価値のものと評価できるものでなければならない。

(3) 作為可能性

²⁷ 堀内捷三『不作為犯論』（青林書院新社、1978年）250頁以下、また具体的依存説とも呼ばれる。

²⁸ 西田典之『刑法総論』[第二版]（弘文堂、2010年）125頁以下。

²⁹ 鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要8号（1999年）345頁以下。

³⁰ 前田雅英・前掲注23）135頁。

作為可能性については、保障人的地位が認められ、作為義務が肯定されても、作為可能性が欠如する場合には不真正不作為犯は成立しない。³¹この意味で、作為可能性は不真正不作為犯の成立要件であることは明らかである。作為可能性は、個人の能力にかかわる問題である作為能力、作為の容易性、結果回避可能性の各問題に分けることができる。

3. 小括

日本の学説では、保障人的地位を犯罪の構成要件該当性の問題であるとして、保障人的地位を前提とする学説が主張されている。上で挙げた学説の中で、形式的三分説が従来の通説であったが、様々な問題の発生を補充するため、実質的根拠説を必要とする説が主張されている。現在、注目されているのが排他的支配説である。しかしながら、排他的支配説も共犯の場合適用されるのが問題となっている。等価値の要否について、学説の中では、否定説もあり、その理由は、因果関係で論ずる問題であるゆえ、単独に成立要件とする必要がないとすることである。作為可能性について、「法は不可能を要求しない」という原則にしたがって、作為義務はあるが作為可能性がない場合には処罰しない。

さらに進んで、日本だけではなくもう1つの隣国である韓国の不真正不作為犯論と、不真正不作為犯の成立要件の設定に最も大きな影響を与えたドイツでの不真正不作為犯論を概観する。

第2節 韓国、ドイツにおける不真正不作為犯の成立要件

1. 学説

(1) 韓国における不真正不作為犯

①保障人の地位

保障人の地位を構成要件要素として、保障人の義務を違法要素としているのが韓国の通説である。この保障人説には、日本と同じように、第一に、不真正不作為犯は構成要件該当性の問題であると明確に理解されるようになったこと、第二に、構成要件該当性の段階で絞りをかけ構成要件に違法推定機能をもたせること、第三に、保障人的地位という概念を用いることにより、作為義務を実質的かつ統一的に把握する根拠を与えることという点で、意義が認められる。³²法益侵害の危険性がある事態、すなわち「構成要件該当状況」が存在するときには、法益侵害を防止する「保障人」の地位が生じる。そして、保障人の地位にある行為者はそのときの状況からみて具体的な一定の動作をする作為義務を負担することになる。つまり、構成要件的状况から保障人の地位が発生し、保障人の地位を基礎として保障人義務が導き出されることになる。

②作為義務

韓国では、形式説（法源説）と実質説（機能説）が主張されている。形式説では、保障人的地位の発生根拠として、法令、³³契約、³⁴先行行為³⁵が包含される。ここで、先行行為

³¹ 山口厚『刑法総論』[第二版]（有斐閣，2013年）92頁。

³² 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注24）58頁。

³³ 例えば、韓国民法913条の「親は自分の子供を保護すべき義務を有している」といった規定や、警察官の保護措置義務が規定されていた警察官の職務執行法4条などがある。

による保障人地位の不当な拡張を制限するため、先行行為が危険の発生に対して直接的なあるいは相当なものでなければならないこと、先行行為は違法行為でなければならないが、有責である必要はないこと、という要件が満たさなければならない。³⁶実質説は、保障人地位の発生根拠を、一定の法益に対する特別な保護義務と、一定の危険源に対する安全義務という2つの根本的な機能から説明している。保護義務は一定の法益に対する信頼関係および依存関係から発生する。安全義務は、一定の危険源から危険が発生して、他人に対する法益侵害が起きないように安全措置をとるべきあるいは監督すべき安全義務である。近年、実質説も幅広く支持を得ているが、保障人的地位と保障人義務の発生根拠を十分に説明できる学説ではない。それゆえ、実質説を基本として、特に形式説の保障人義務を法源から明確に根拠づけしようとする長所に留意して、折衷説が提唱されている。作為義務は道徳上の義務だけでは不十分であって「法律上」の義務でなければならないとし、問題となっている作為義務が道徳上の義務であるかあるいは法律上の義務であるかを判断しかねる場合は、「被告人の利益から」³⁷という刑事法に基づいて道徳上の義務とされなければならない。

③作為可能性

韓国では、不真正不作為犯が成立するには、法益侵害を防止する具体的な作為が現実的、物理的な意味で可能であることを必要とされる。³⁸例えば、脅迫によって不作為が強要された状況では（韓国12条）³⁹作為の期待可能性がないことになる。つまり12条とは区別される必要がある。期待可能性は責任要素として規範的問題であることに比べて、作為の可能性は「事実上」の観点から検討される。作為可能性の判断には空間的距離や救助手段の存在の存否等に関連する「一般的」行為可能性と、作為義務者の救助能力（例えば、体力、水泳の実力など）、身体的・精神的障害の有無、救助手段の使用法に対する知識の具備等と関連する「個人的」行為可能性が考慮される。

④等価値性

韓国では作為と不作為が同等に評価されるには、第一に、構成要件に該当する結果を防止しなかった者が、結果発生を防止する義務がある者、つまり保障人であることが要求さ

³⁴ 例えば、子育て、看護、看病、水泳の講習等のため契約した場合、その内容によって保障人地位が発生して保護義務が生じる。

³⁵ すなわち、他人の法益に対して、自ら危険を惹起した者はその危険を解除する保障人の地位に立つことになる。

³⁶ 例えば、正当防衛者は防衛行為によって生命の危険にさらされた侵害者を救助する作為義務はない。これは伝統的な説であるが、保障人義務が法的義務であるという点に重点を置いて、保障人義務の発生根拠を、法源という発生根拠に厳しく限定した結果、保障人義務の認定範囲が不当に狭められているという問題が生じる。

³⁷ 「被告人の利益から」判断しなければならないと指摘されているのが、その被告人の利益の範囲がどこまで及ぶかは不明確であり、さらにこのことは、被告人の主観面に関わる問題だと思われる。それゆえ、この「被告人の利益から」という問題は今後さらに検討すべき問題だと思われる。

³⁸ 임용『刑法総論』（법문사, 2007年）541頁。

³⁹ 韓国刑法12条は「抵抗できない暴力および自分あるいは親族の生命に対する危害を防衛する方法がない威嚇によって強要された行為は処罰しない」と規定している。

れる。すべての人の不作為が作為と同等に評価されるのではなく、保障人の不作為のみが作為と同等に評価され得る。刑法 18 条の規定もこの意味で規定されているとしても過言ではない。しかし、結果発生を防止すべき義務がある保障人の不作為だけでは、不作為を作為と同等に評価しかねる。したがって、不真正不作為犯の不作為を作為と同等に評価するには、第二に、その不作為が作為による構成要件の実行と同等に評価される要件を具備することを要求する。⁴⁰

⑤ 作為の必要性

具体的状況からみて法益侵害を防止する作為が必要なものであることが要求される。この必要性も規範的問題ではなく、「事実上」の観点から検討すべき問題である。そして必要とされる作為は「具体的」に何を示しているかが確定されなければならない。また、救助状況において大勢の人の中の一人が先に作為に出たら、残っている者には作為の必要性が消滅するとみるべきであるとされる。⁴²

以上、韓国における不真正不作為犯の成立要件の客観的要素についての学説について概観した。次は、ドイツにおける不真正不作為犯の成立要件の客観的要素について概観する。

(2) ドイツにおける不真正不作為犯

学説上、ドイツでは、処罰が作為構成要件、およびその法定刑（13 条 2 項）にしたがって行われ、作為による犯罪における、それに相当する対をなすものを不作為が有しているため、このような不作為は不真正不作為と呼ばれている。つまり、各論には不作為犯の規定がなく、13 条に不真正不作為犯として規定されている。それゆえ、不真正不作為犯は純粋な実定法規定であり、禁止規範違反と規定されている。⁴³

ドイツにおける犯罪の成立要件としては、構成要件該当性、違法性、責任であり、不真正不作為犯の成立要件は、以下のようになっている。

① 保障人的地位

不真正不作為犯は、不作為に留まったものが、構成要件該当結果を回避するべく、法秩序によってこの者に課せられる特別の義務にしたがった行為をするべきにもかかわらず、それをしなかった場合に成立する。このいわゆる法的保障人義務は、事案ごとに具体的に存在する実際の事情から、つまり、保障人の地位から生ずる。この保障人の地位が不真正不作為犯の規範的構成要件要素であって、違法要素あるいは責任要素ではない。⁴⁴また、保障人的地位と相応性、すなわち、不作為者が、結果が発生しないことを法的に保障にし

⁴⁰ 이재상 『刑法総論』(박영사, 2011 年)124 頁.

⁴¹ 等価値性が問題となった韓国の判例は、大審院 1992. 2. 11. 91 도 2951. 事実の概要は、被告人は甥の被害者 A (10 歳) と B (8 歳) を殺害しようと思い、被害者等呼び出して、事前に物色しておいた貯水池に連れて行った。被告人は被害者 A, B を人が少ない急な傾斜の堤防のところまで誘引して、一緒に歩いている途中、被害者 A が急な傾斜の水辺のところから、水深が約 2 メートルの貯水池に滑落させた。被告人は被害者 A を救助しないまま、前に歩いている被害者 B の袖を引っ張り、貯水池に滑落させ、その場で被害者 A, B は溺死させたというものである。

⁴² 임웅·前掲注 38) 542 頁.

⁴³ 山中敬一監訳/ロクシン 『刑法総論』第 2 卷「犯罪の特別現状形態」(「翻訳第 2 分冊」・前嶋匠 訳(信山社, 2012 年) 205 頁, 208 頁.

⁴⁴ 吉田敏雄 『不真正不作為犯の体系と構造』(成文堂, 2010 年) 43 頁.

なければならなかったことと、不作為が作為による法律的構成要件の実現に相応することが必要である。

②作為義務

ドイツでは、作為義務の発生根拠として、次の5つがある。i 法令には、保障人の地位の発生根拠として考慮される法律および行政命令がある。ii 任意の義務引受には、危険に瀕している者に対する保護機能も特定の危険源に対する監視機能も含まれる。iii 危険を基礎づける先行行為には、先行行為が被害者に対して法的に重要な危険を創出したとは云えない場合、社会的相当行為が先行行為の場合、先行行為に信頼の原則の適用がある場合、先行行為と近接している結果発生の際に規範的危険連関が否定される場合、先行行為が他人の自己危険化への関与行為である場合、客観的注意違反の先行行為が正当化事由によって許容されない場合、客観的には注意違反であるが、具体的事例において許容命題によって正当化される先行行為の場合、正当化された継続犯においてその前提要件が事後的になくなった場合、共犯者の過剰行為、すなわち共同正犯の実行後、その一人が単独で同一被害者にもととの共犯計画に含まれていない過剰の犯罪行為をした場合がある。iv 危険源責任とは、民事法上の社会的往来保全の義務からの法類推に基づく、自己の支配領域にある物的危険源から第三者の法益に危険が及ぶ場合、この者は一般人の人々の法益侵害を防止する義務を有することである。v 緊密な自然的結びつきというのは、兄弟姉妹、生活伴侶、婚約者関係においては、お互いに生命、身体に対する重大な危険を回避する義務を負うからである。⁴⁵

③因果関係

ドイツでは、不真正不作為犯が既遂に達するためには、不作為と具体的結果発生の際に因果関係、すなわち、法的な意味での社会的意味連関を認められなければならない。自然科学的意味での因果関係の存在の認定に代わって、命令された作為と具体的結果の不発生との間の関連につき経験的根拠に裏付けられた予測が必要となる。したがって、現実の因果関係が問題となる存在範疇としての作為犯の因果関係とは異なり、不作為の因果関係は常に思考上の因果関係、つまり擬似因果関係とも呼ばれるのである。不作為犯の因果関係では、予測の領域に蓋然性判断が要求される。この点で、客観的帰属の問題も含まれていることになる。仮定的因果関係が通常予見できることの範囲外にあるとき、因果関係は初めから否定される。⁴⁶

④作為可能性

ドイツでは、不作為者に客観的行為可能性があること、換言すると、個人的行為能力が必要である。なぜなら法は不可能なことを強いることはできないからである。事後的救助可能性というこの独立の客観的構成要件によって、命令された作為に着手する義務が限定される。行為者の個別行為能力がなければ、行為義務は存在しない。作為可能性の存否は、不作為者の視点からではなく、客観的視点から具体的状況に関連させ、かつ、不作為者の個人的能力とも関連させて判断されなければならない。すなわち、危険を除去するために必要なことが不作為者に客観的に可能であったことが必要となる。こういった可能性の前

⁴⁵ 吉田敏雄・前掲注44) 52頁以下。

⁴⁶ 吉田敏雄・前掲注44) 35頁。

提となるのは危険の認識可能性、およびこれを除去するための救助手段の客観的認識可能性である。⁴⁷

⑤等価値性

ドイツでは、構成要件に該当する不作為は、構成要件的状况で要求された行為をしなかったときにのみ認められるが、13条によって作為行為と等置される不真正不作為犯は、多くの場合、行うべき行為が法律に規定されていない。しかし、それは、結果の防止のそれぞれの状況に応じて必要な行為から明らかになる。その場合、保障人には、例えば自分で助けるか、助けを呼ぶかというように、さまざまな選択が可能である。⁴⁸ 作為の等価値性は保障人的地位を前提とする、作為義務を基礎づけるものであるとされているため、ほとんどの場合作為義務の中で説明されている。

次は、韓国とドイツにおける不真正不作為犯の立法上の規定について概観する。

2. 不真正不作為犯の立法上の規定

(1) 韓国における不真正不作為犯の立法規定

韓国の立法者は、不真正不作為犯の処罰の範囲を制限するために、刑法18条を規定している。その内容は「危険の発生を防止する義務がある場合、あるいは自己の行為によって危険発生の原因を惹起した者がその危険発生を防止しなかった場合はその発生した結果によって処罰する。」と規定されている。この規定は、主体の制限と結果発生 of 要求によって、不真正不作為犯の成立を限定している。韓国においては、「真正不作為犯を除外した各則のすべての犯罪構成要件+刑法18条=不真正不作為犯」ということになる。⁴⁹ 条文上、「危険の発生を防止する義務」というのは、「一般的な作為義務」を、「自己の行為によって危険発生の原因を惹起した」というのは、作為義務を発生させる「先行行為」を、「その危険発生を防止しなかった場合」というのは、「不作為」を意味する。

(2) ドイツにおける不真正不作為犯の立法規定

ドイツの立法では、1962年のドイツ刑法草案13条には、「刑罰法規の構成要件に属する結果の回避をなさなかった者は、結果の不発生を法的に保証しなければならず、かつその挙動が事情上作為による法定構成要件の実現と等価値である場合には、これを正犯者または共犯者として罰する」と規定されていた。そして、1966年のドイツ刑法草案総則対案の12条には「1. 法律上の義務または任意に続承した法的義務により、公共または被害者に対し、結果の発生しないことにつき注意すべきであるのに、もしくは、2. 結果の発生について、切迫した危険を生じさせたにも関わらず、構成要件に属する結果の回避をなさなかったものは、その行態の不法が、所為の事情上、作為による犯行の不法に準ずるときに限って、当該構成要件により罪となる。」と規定されていた。1966年の対案は、1962年草案第13条と同様に、特に、社会的共同生活上、刑罰的には特別な事例においてのみ、不作為に対し、作為による構成要件の実現と同じ重要さが認められ、処罰はあくまで例外であらねばならないということを明らかにすることを目的としている。現在の刑法13条において

⁴⁷ 吉田敏雄・前掲注44) 30頁。

⁴⁸ 山中敬一監訳／ロクシン・前掲注43)・松尻誠紀 訳 268頁。

⁴⁹ 김성돈 『刑法總論』 [第二版] (SKKUP, 2009年) 514頁。

は「刑法典の構成要件に属する結果を回避するのを怠った者は、結果の不発生について法的義務を負い、かつ、不作為が作為による法定の構成要件の実現に相応する場合に限り、この法律によって罰せられる。」と規定されている。また、13条2項では、「刑法49条1項より、減軽することができる。」と規定されている。

第3節 比較法的検討-客観的要素における中国法への視座-

1. 中国と日本における不真正不作為犯の成立要件の比較

中国と日本における不真正不作為犯の成立要件について、まず、学説の比較について検討を行う。

(1) 保障人的地位について、中国には保障人説がないため、作為義務を負うべき人の認定が難しくなっている。すなわち、不真正不作為犯における犯罪主体は明確に規定されていないと思われる。その代わりに特定義務を負うべき人と言い換えているが、その特定義務を負うべき者の認定範囲がまだ明らかになっていないのが問題である。

日本では、保障人的地位＝作為義務⁵⁰といわれているが、そこから明らかなことは、保障人の地位にある人が、構成要件に該当するためには、どのような義務を負うべきであるかということが中心的な問題となる。そして、保障人的地位にある保障人については、保障義務（作為義務）の必要性が強調されている。

(2) 作為義務について、中国では、四分説が通説である。日本と同様に道徳上の義務ではなく、法律上の義務でなければならないということが強調されているのである。しかし、この四分説および日本の従来の通説であった形式的三分説には様々な問題点があると思われる。例えば、法律上明確に規定されている義務の範囲は不明確であり、法律上規定されているすべての義務が含まれているのか、それとも刑法上の義務でなければならないのが問題となる。もし、刑法上の義務であるならば、どのような義務が刑法上認められるのかが疑問である。また、先行行為による義務の認定にも問題がある。中国の実際の判例における裁判所での判断からは、法律上での義務であることを強調しているが、実際には道徳上の義務も問題になっており、学説上と司法実務上での衝突が生じている。それゆえ、中国の作為義務の形式論は、問題解決を探るために日本のように実質的根拠説に向かう傾向がみられる。実質的根拠説について最も議論されている日本では、先行行為説、社会的期待説、事実上の引き受け説、排他的支配説、効率性説等が挙げられているが、このような作為義務を問題とする学説は、今でもそれぞれの問題点が提起され、学説間の対立がある。⁵¹その中でも、中国の作為義務の認定に一番ふさわしい実質的根拠説は排他的支配説であると思われる。法律上の義務と道徳上の義務を一層明確化するためには、まず、刑法の任務から出発して、社会通念上保護すべき法益が侵害された場合、あるいは結果回避可

⁵⁰ 山口厚「不真正不作為犯に関する覚書」『小林充先生・佐藤文哉先生 古稀祝賀刑事裁判論集 上巻』（判例タイムズ社、2006年）23頁。

⁵¹ 島田聡一郎・前掲注22）114頁以下、佐伯仁志「不作為犯論」法学教室288号（2004年）57頁以下、西田典之・山口厚・佐伯仁志・前掲注21）287頁以下、高山佳奈子「不真正不作為犯」『クローズアップ刑法総論』（成文堂、2003年）61頁以下、山中敬一『刑法総論』[第二版]（成文堂、2008年）231頁以下等がある。

能性がある危険源の程度が不作為によって悪化した場合、中国には保障人説がないので作為義務を負う者の認定も難しく、また、四分説だけでは説明できない場合も存在する。それを補充するために、日本の保障人説のように、保障人という要件が必要であると思われる。つまり、立法上ではなく、解釈上、保障人、つまり作為義務を負うべき主体の要件を設けて、作為義務がある者を明確にすることが必要だと思われる。また、日本の実質的根拠説による作為義務を参考にするのであれば、排他的支配説の要件も詳しく示す意義があると思われる。そのためには、日本の排他的支配説のように、客観的に排他的支配はあるが、その排他的支配の獲得が意思に基づくものではないという場合は、支配領域性と名付けて区別すべきであるという解釈をすべきであるといえよう。なぜ、中国の学者たちが排他的支配説の解釈を取り入れようとするかという点、中国も日本と同じように、作為義務説に様々な未解決な問題が残っているからである。それゆえ、実質的に根拠づけるべきだと思われるが、その中でも法律上の義務を強調している中国の作為義務論に合わせると、排他的支配説は、中国の四分説、日本の形式的三分説の強化要素として役割を果たしている。実際の判例で起きている問題の解決と、法律上の義務と道徳上の義務が明確化されると思われる。それゆえ、排他的支配を要求して、その上にさらに付加的要件を設定し、⁵²そこで四分説の観点を加えるのが法律上の義務を主張している中国の不真正不作為犯の成立要件上の作為義務の規定が妥当であると思われる。その理由は、実質的根拠説である排他的支配説を取り入れることによって、つまり、排他的支配説というのは、因果の流れを掌中に掌握していることであって、因果の流れを支配するというのは、発生した構成要件の結果を行為者の実行行為に帰属させるための要件であるから、ここで作為と不作為の等価値性が現れているからである。また、排他的支配説にとって重要なのは、法益の保護が特定の人に依存しているという関係であると指摘しているからである。⁵³

(3) 作為可能性について、中国では、作為の可能性とは、作為義務がある者はその義務を履行する可能性も具備していることを意味する。作為可能性の判断については、日本の議論が有用であろう。日本では、不作為犯の実行行為が認められるためには作為可能性が必要だとされ、その具体的内容として、①作為可能性、②作為の容易性、③結果回避可能性⁵⁴の3つに分けられている。まず、第一の問題については、行為者に不可能なことを義務づけることはできないから、作為能力は作為義務の前提と解すべきであるとされている。⁵⁵学説には、作為能力および作為可能性は一般人を基準として判断し、当該行為者の作為可能性は、責任の問題とする見解もあるが、⁵⁶例えば、泳げない父親の不作為を、不真正不作為犯の構成要件に該当する違法な行為とみることは妥当でないだろう。これに対して、第二の問題については、行為者が作為に出ること自体は可能なのであるから、違法性ないし責任の問題として扱うことが、体系的には一貫しているかもしれない。しかし、裁判例では、不真正不作為犯の成立を肯定する理由の中で、作為が容易であったことを判示するものが多く、学説上も、作為の容易性を不真正不作為犯の成立要件とする見解が有力である。

⁵² 山口厚『問題探究 刑法総論』（有斐閣、1998年）42頁。

⁵³ 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』（有斐閣、2013年）94頁。

⁵⁴ 奥村正雄「不作為犯における結果回避可能性」（姫路法学、2009年）539頁。

⁵⁵ 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）142頁。

⁵⁶ 大谷實『刑法講義総論』[新3版]（成文堂、2009年）160頁。

⁵⁷第三の問題は、不作為と結果の間の条件関係の問題であって、作為犯と同様、既遂の成否の問題と解すべきである。これに対して、学説では、不真正不作為犯が「法益保護のためのギリギリの例外的処罰」であることを理由に、結果回避可能性が認められなければ、不真正不作為犯の実行行為が認められず、未遂犯も成立しないとする見解が主張されている。⁵⁸中国でも作為可能性と作為容易性は認めているが、結果回避可能性は作為可能性の範囲内でそれほど議論されていない。結果回避可能性の有無にかかわる問題は、今後中国刑法における課題になるだろう。

(4) 作為の等価値性⁵⁹について、中国では、従来ではなかなか議論されていなかった。日本では、不真正不作為犯の成立には、作為義務の他に作為と不作為の等価値性を別個の要件として要求する見解もある。しかしこれは、保障人的地位の必要性を前提としているので、作為義務を実質的に理解するときは、さらに別の要件によって限定する必要はないとする見解もあるが、日本では、作為との等価値性によって不真正不作為犯を認定する見解も多数であって、筆者は保障人的地位の必要性を前提としているので、作為義務を実質的に理解するときは、さらに別の要件によって限定する必要はないとする見解に賛同している。

(5) なお、不真正不作為犯の法規定については、各国において様々な問題と議論がなされている。主に、刑法の総論上の規定に加えるべきか、各論上加えるべきか、あるいは総論と各論上すべて加えるべきか、である。各論上、作為の形で規定されている各条文に加え、不作為の場合の規定も加えることがもっとも明確であると思われるが、日本のように、立法上規定せず、学説上での理論解釈を通じても十分であろう。中国でも、刑法学者たちが、立法上、不真正不作為犯に関して、規定を設けようと何度も立法機関に提出したが、最終的には採用されず、学説上で理論解釈を通じて不作為犯を処罰している。

2. 日本の学説の中国判例への当てはめ

第1章で問題提起として挙げている3つの判例を日本の学説に当てはめ、現在中国の不真正不作為犯に対する裁判所の解釈の不十分さ、さらに、不真正不作為犯の成立要件の明確性についての問題点を解決するため、日本の不真正不作為犯の成立要件を取り上げる。

以下では、中国の不真正不作為犯の成立要件の不明確性を一層明らかにするため、日本の不真正不作為犯の現状と成立要件に基づいて、この3つの判例をさらに検討を加える。

(1) 夫婦喧嘩事例の争点は、明文上夫婦間に「相互救護義務」がなく、罪刑法定主義違反が問題となっている点である。中国も、日本と同じように、作為義務に関して法律上の義務を求めており、罪刑法定主義に違反する義務は当然要求されない。しかしながら、この判例と対立しているのが、中国でも有名な不真正不作為犯の故意殺人罪を認めた「宋福祥」⁶⁰の事例である。この2つの事例からみると、両方とも犯罪主体は被害者（妻）の夫であ

⁵⁷ 平野龍一『刑法総論 I』（有斐閣、1972年）155頁、内藤謙『刑法講義総論(上)』（有斐閣、1983年）243頁。

⁵⁸ 大谷實・前掲注56）149頁、西田典之・前掲注28）118頁。

⁵⁹ 何榮功「不真正不作為犯的构造与等价值的判断」（法学評論、2010年第一期）。

⁶⁰ 夫婦喧嘩事例と類似している事例であり、夫である宋福祥と妻が喧嘩になって、妻が自殺しようとしていたところ、最初の縊死自殺行為については、近所の人を呼んで、結果

り、特殊な身分をもっている。また両方とも被害者を救助する可能性があったにもかかわらず、そのまま放置した結果、死亡という結果に至っている。司法機関（裁判所）はこの両者に全く異なる判決を言い渡していた。かかる状況は現在中国の司法機関の認定と、不真正不作為犯に対する処罰の問題点を表している。⁶¹

日本の刑法典も罪刑法定主義原則にしたがっている。そして不真正不作為犯については、構成要件が作為の形式で定められていても、その文理解釈から不作為も含むと解釈し得るので、類推解釈ではなく罪刑法定主義に反しないとされている。さらに、作為犯を定めたとみられる禁止規定であっても、例えば、「人を殺した者」という規定は、殺すという行為を禁止するのであり、その行為の中には作為または不作為により殺すことを含むものであると考えると、これらの規定は禁止規範と命令規範を包含するものと解される。構成要件は行為を禁止しているのであり、作為のみを禁じているのではないから、罪刑法定主義には違反していないことになる。中国でも、日本と同じように、行為には作為と不作為が両方含まれていると考えられている。つまり、明文上、犯罪についての行為の規定がなされているため、作為と不作為両方を包含しているということができるので、罪刑法定主義違反にはならないとするのである。これと同様に考えると、明文には救護義務が規定されていないが、社会通念上、保護義務の中には人の生命にかかわる救護義務も含まれていると考えることができるだろう。なぜならば、夫婦というのは1つの共同体の枠組み内に存在する者であって、外部の誰よりも特別な関係にあるからである。さらに、人の生命が第一に保護されているということは、中国の社会でも通念上客観的に知られていることである。ただ、明文上書かれていないということで、2つの判例の結果が異なってしまうのは、不真正不作為犯に対する中国の司法機関の不完全さと未熟さを示していることになるだろう。

上で述べたように、救護義務が法律上明確に規定されていないために不作為犯が成立しないとしても、甲には未必の故意⁶²があると思われる。なぜならば、甲の話の中で、「私が乙の背中を押してないから私とは関係ない」ということは、乙が死んでも構わないと言っているのと言い換えることができるからである。また、甲には排他的支配があると思われる。なぜならば、その現場には甲、乙、丙の3人がいたが、丙が甲を呼んで甲が反応したという時点から排他的支配権は甲に存している。というのも、丙には排他的支配性、保障人的地位、作為可能性がない（泳げないこと）ので、その時の支配権を手中に入れているのは甲しかいないからである。また、法律上離婚が成立していないため、甲と乙は法律上まだ夫婦である、という理由で、甲は作為義務、すなわち救護という作為義務を負うべきだといえるだろう。

発生を防止したが、次の縊死自殺行為については、妻が椅子を準備したら、放任する態度をとり、椅子が倒れる音を聞いても、その場を去って、結局妻は死亡したということで、有罪判決を言い渡した事例である。

⁶¹ 岩間康夫「夫婦間の保障人的義務—特に婚姻が破綻した場合における限界—」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂、2006年）参照。中国の事例とは異なっているが、夫婦間の保障人的義務の認定に関して主にドイツ判例を紹介した論文である。この論文から、中国と他国の夫婦間の保障人的義務の確定の区別がはっきりとわかる。

⁶² 中国では「未必の故意」を「間接故意」と呼ぶ。

(2) タクシー運転手事例と自転車窃盗事例についての、道徳上の義務を検討してみよう。

中国には、道徳上の義務の認定の可否について 2 つの学説がある。否定説⁶³は、道徳上の義務が不真正不作為犯の作為義務の発生根拠になるかは、刑法の任務と密接な関係があるとしている。中国刑法の任務を法益保護とするか、あるいは社会の倫理の維持とするか、いずれかを選ぶことによって変わってくるのである。例えば、刑法の任務が法益保護だとすると、(法益侵害説)単純な道徳義務は不作為犯の作為義務にならないという結論が出てくる。なぜなら、道徳上の義務は、法律の関係の中で生じた義務ではなく、長期間の社会習慣から形成され、あるいは、良い社会風俗から要求された義務であり、法律上の効力がないからである。逆に刑法の任務が社会の倫理の維持だとすれば、法益侵害説と全く反対の観点が出てくる。法益侵害説の基本観点は、犯罪というのは法益を脅かすことであり、ただ社会の倫理を違反しただけではたりない、という考えである。この見解は、法益を脅かす行為に対してのみ国の刑罰権を用いることができ、倫理秩序の維持は刑法以外の他の社会規則にしたがうべきであるとする。道徳上の義務は社会主義である「人々が私のために、私は人々のために」という中国の伝統的な美德である。しかし、今注目を集めている、いわゆる「見殺し」事件などは刑法上解決できる問題ではなく、人々の道徳水準が低いこともあるが、あくまでもその社会が作り出したものであると思われる。それゆえ、法益侵害説からは、道徳上の義務は作為義務の中に含むことができないことになるのである。

肯定説⁶⁴は、法律上の義務の存在が作為義務の発生根拠の 1 つではあるが、憲法も法律の 1 つであるから、憲法上の義務も作為義務の発生根拠であると解する余地があるとしている。そうだとすれば、公民による「社会道徳の遵守」を定めた憲法 53 条⁶⁵も、作為義務の発生根拠になり得るといふ帰結になる。場合によっては、公的秩序や社会倫理から要請される特定義務も作為義務の発生根拠になり得るとされることになるが、この結論は、作為義務が法律上の義務であるという立論を無意味なものとしてしまう。論者によっては、法律上定められている義務は必ず具体的な義務でなければならないが、憲法上定められている義務はしばしば原則性、綱領性のある内容であって、一般的、抽象的な義務であるから、発生根拠とはならない、と考える者もいる。それゆえ、法律上定められていた義務、つまり、憲法上の義務は、直接には不作為犯の作為義務の前提にはなり得ないとされる。このような見解はまた肯定説と衝突している。

ここで、タクシー運転手事例を日本の解釈に当てはめてみると、客観的には排他的支配はあるが、自ら引き受けていないため、その支配は自己の意思に基づいていない。もっともこの場合は、「支配領域性」を採るのが妥当だと思われる。⁶⁶つまり、車で老人をひいた

⁶³ 李健・任成玺「道徳义务不成为中国不作為犯罪中作为义务的来源」(河南政法管理干部学院学报, 2001 年第 6 期)。

⁶⁴ 黎宏「いわゆる『見殺し』行為の法的性格について—不真正不作為犯の作為義務を中心として—」『変動する 21 世紀において共有される刑事法の課題—日中刑事法シンポジウム報告書—』(成文堂, 2011 年) 5 頁。

⁶⁵ 中国憲法 53 条は「中華人民共和国の公民は、必ず憲法と法律を守らなければならない。また、国家の秘密を遵守し、公共財産を愛護し、労働の規則を遵守し、公共秩序を遵守し、社会の公徳を尊重すべきである」と規定している。

⁶⁶ 西田典之・前掲注 28) 125 頁以下。

人がタクシーを降りた時点から、運転手が引受人になるはずであって、危険源の支配権もっていることになるのである。さらに運転手には結果回避可能性があって、未必の故意もあるといえるため、タクシー運転手を不作為による故意殺人罪として処罰すべきであると思われる。⁶⁷しかし、老人をひいた人はタクシー運転手ではなく第三者であって、老人の負傷とタクシーの運転手の不作為には因果関係がないのではないかという疑問が残ることになる。しかしながら、確かに先行行為はないとしても、偶然に引き受けた場合、その時点から排他的支配は生じて、因果の流れはタクシー運転手にあると思われる。なぜならば、タクシー運転手は、サービス業に従事している、一般人ではなくサービス業の従事者である以上、先行行為による危険源の発生は存在しなくても、自分の客を救護する義務はあるからである。因果関係の問題に関しても、侵害された法益の現在の危険源の程度は、結果発生を認識しながら、人が少ない道端に捨てて放置したという不作為によって危険源の程度が高まって死亡という結果に至ったので、タクシー運転手は、因果の流れを掌握しているとみられる。

(3) 自転車窃盗事例をみると、Xが自転車を盗もうとするのを所有者がそれを防止するために暴力をふるったのは正当な行為ではあり、先行行為であるといえよう。したがって、Xがその場から埠頭に停めていた貨物船の上まで逃げてきて、所有者ら3人に追いつめられた時点で、正当な行為はなくなってしまったといえるだろう。貨物船にはXと所有者ら3人しかいなかったの、Xが湖に飛び込んだ時点から、所有者ら3人は排他的支配権もっていることになる。また、所有者ら3人が殴った行為が惹起した結果なので、先行行為と結果の間には因果関係がある。さらにXが川に沈むのを確認したのは死んでも構わないという未必の故意があると認められる。社会的価値、つまり保護すべき法益の価値からみると、人の生命が自転車より価値があり、保護すべきであるといえる。つまり、所有者には救護義務があるとされるべきである。

それでは、自転車窃盗事例において、正犯と共犯の区別はどのようにすべきであろうか。現在、日本での排他的支配説の不健全なところは、不作為犯の正犯と共犯の認定の困難さであると指摘されている。この判例では、所有者ら3人を1つの犯罪主体としてみて、不作為犯の正犯を認めるべきだと思われる。なぜならば、例えば、3人の中の1人にXを助けなければならないという意思があった場合には、他の2人に助けを求め、あるいは泳げるなら自ら湖に入るか、あるいは他の手段で救助方法を求める可能性はあったといえるからである。しかしながら、いかなる手段も求めなかったというのは、3人とも同様の意思をもっていたと認める事ができる。それゆえ、その場合には、3人とも排他的支配権を平等にもっていると思われる。また、危険源を生み出したのも所有者ら3人にあると考えることができる。なぜならば、3人がXに暴力をふるって、埠頭まで追いかけたという時点から、川に飛び込まなければならない、やむをえない状況に至らせたのであるため、所有者の先行行為から結果が発生したと言っても過言ではないからである。

以上の分析を通じて、実際の判例についての判断をみると、ある程度道徳上の義務が必要であるとされていることもあるようである(タクシー運転手事例と自転車窃盗事例)。タ

⁶⁷ 日本の類似している判例として、東京地判昭和40年9月30日下集7巻9号1828頁、横浜地判昭和37年5月30日下集4巻5=6号499号がある。

クシー運転手がある場で被害者を助けたら、市民として必要な義務を果たしたことになる。結果回避可能性があったにもかかわらず、放置した結果、法益侵害が生じた場合には刑法上の刑罰を受けるべきだと考える人もいるし、思わない人もいる。処罰されるかされないかは道徳上の問題であって、客観的に道徳上の義務を認めるべきだとすると有罪になり、法律上定められていた義務だけ認めるなら無罪になろう。このような判断基準はかなり曖昧であり適切な認定が難しくなると思われる。すなわち、中国での作為義務の四分説だけでは、学説上、司法実務の問題の発生を解決できないという結論が見出されるのである。

3. 中国と韓国、ドイツとの比較的検討

中国と韓国、ドイツは共通点もあり相違点もある。韓国とドイツの不真正不作為犯の成立要件と立法規定からみると、韓国はドイツの影響を受けているものの、保障人説については、韓国では保障人的地位を構成要件要素として、保障人義務を違法性要素としている。これに対して、ドイツでは保障人的地位を構成要件要素としている。しかし、中国では保障人説がない。作為義務について、韓国、ドイツでは形式説の不備を補うための学説が多く提唱されているのに対して、中国は、いまだ形式説が通説である。

ここでは、韓国とドイツにおける作為義務の具体的内容について詳しく検討をする。韓国における実質説（機能説）によれば、保障人地位の発生根拠を、一定の法益に対する特別な保護義務と一定の危険源に対する安全義務2つの根本的な機能から説明することができる。

保護義務は一定の法益に対する信頼関係および依存関係から発生する。その内容は以下のとおりである。(1) 緊密で自然的な結合体つまり、夫婦間、直系尊卑俗間、兄弟姉妹関係等の結合体、私生児と父あるいは婚約者の間等の関係が含まれており、緊密で自然的な結合体の間にはお互いに生命、身体に対する保護義務があるべきであるとしている。(2) 密接な共同体には、登攀隊、航海団、探検隊などのような自らの意思によって組織された「危険な共同体」がある。「危険な共同体」には、隊員相互間に共同体の目的と信頼関係にしたがう保護義務と助力義務がある。危険な共同体の保護義務は、生命・身体に制限され、財産には及ばない。⁶⁸家族関係に類似している密接な「生活共同体」でも保護義務が発生する。しかし、一緒に寝食している共同体だけでは不十分であるとしている。(3) 自分の意思による保護機能の引き受けには、医者自らの意思による患者の治療、自らの意思による病人あるいは子供の保護、自らの意思による登攀あるいは探検の案内等によって一定の保護義務が発生することである。保護機能の引き受けは、大体契約によって成立するが、一方的な引き受けでも可能である。

安全義務は、一定の危険源から危険が発生して、他人に対する法益侵害が起きないように安全措置をとるべきあるいは監督すべき安全義務である。この安全義務は、以下のような事由から発生する。(1) 危険源の管理者には、所有者、占有者、その他の管理者が含まれている。一定の物質、施設などに対して安全の責任を負うべき者は、その状態による危険を防止する義務がある。ここで、安全義務は危険源から直接発生する危険に限定されて

⁶⁸ Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, S412 でも同じように言及している。

いる。安全義務の範囲には、危険源から危険が現実化しないように安全な措置を講ずる事前的安全義務だけではなく、危険が現実化になった場合には、救助義務およびその被害を最小限する義務のような事後的な安全義務までも包含するとみている。(2) 他人の監督者には、法律関係、契約関係、自分の意思による引受関係などから他人を監督する責任がある者が含まれている。したがって、その他人から発生しうる危険を防止する義務がある。(3) 他人の法益に対する危険を自ら惹起した者は、その危険から招かれる法益侵害を防止する安全義務がある。その他、先行行為に関する説明は形式説で言及したのと同様である。

作為義務について、ドイツでは、保障人的地位の中で規定している。すなわち、(1) 法令、(2) 任意の義務を引受(契約)、(3) 危険を基礎づける先行行為、(4) 危険源責任、(5) 緊密な自然的結びつきがある。法令には、保障人の地位の発生根拠として考慮される法律および行政命令がある。法秩序のあらゆる部分にみられる特定の範囲の作為義務者に特に向けられている法規定から、保護保障人の義務と監視保障人の義務が生ずる。任意の義務引受には、危険に瀕している者に対する保護機能も特定の危険源に対する監視機能も含まれる。それがあからこそ、普通、危険に瀕している人は、保護を命令されているものに出頭する用意のあることを信頼して、そうでなければ晒されたであろうよりも大きな危険に晒すか、他の保護措置を放棄するからである。危険を基礎づける先行行為には、先行行為が被害者に対して法的に重要な危険を創出したとは云えない場合、社会的相当行為が先行行為の場合、先行行為に信頼の原則の適用がある場合、先行行為と近接している結果発生の際に規範的危険連関が否定される場合、先行行為が他人の自己危険化への関与行為である場合、客観的注意違反の先行行為が正当化自由によって許容されない場合、客観的には注意違反だが、具体的事例において許容命題によって正当化される先行行為の場合、正当化された継続犯においてその前提要件が事後的になくなった場合、共犯者の過剰行為、すなわち共同正犯の実行後、その1人が単独で同一被害者にもととの共犯計画に含まれていない過剰の犯罪行為をした場合がある。危険源責任とは、民事法上の社会的往来保全の義務からの法類推に基づく、自己の支配領域にある物的危険源から、第三者の法益に危険が及ぶ場合、この者は一般人の人々の法益侵害を防止する義務を有することである。緊密な自然的結びつきというのは、兄弟姉妹、生活伴侶、婚約者関係においては、お互いに生命、身体に対する重大な危険を回避する義務を負うからである。⁶⁹

作為可能性については、中国、韓国における議論と同様であるが、因果関係について、ドイツでは議論が盛んでいる割に、中国と韓国はあまり議論されていない。近年、中国でも因果関係についての議論がなされているが、ほとんどドイツの影響を受けていると思われる。等価値性について、韓国では作為の形式で規定されている不作為を処罰するためには、等価値性が必要とされているが、ドイツでは、作為の等価値性は保障人的地位を前提とする、作為義務を基礎づけるためであると議論されているゆえ、多くの文献においては、作為義務の中で説明されている。中国では、等価値性についてはほとんど議論がなされていない。

第4節 小括

⁶⁹ 吉田敏雄・前掲注44) 52頁以下。

以上検討したものは、日本、韓国、ドイツにおける諸外国の犯罪の成立要件からみた、不真正不作為犯の成立要件である、客観的構成要件に該当する部分について主に述べてきた。中国と日本には法律上、不真正不作為犯についての明確な規定がないのに比べ、韓国では刑法 18 条、ドイツでは刑法 13 条に規定がなされている。

学説上、保障人的地位について、中国は保証人説がないものの、日本、韓国、ドイツは保障人説 (Garantenlehre) を採っている。保障人説は、戦後ドイツから導入され、作為義務を構成要件段階で考慮すべきことを明確化するために主張された見解である。この保障人説には、第一に、不真正不作為犯の問題は構成要件の該当性であると明確に理解されるようになったこと、第二に、構成要件該当性の段階で絞りをかけ構成要件に違法性推定の機能をもたせること、第三に、保障人的地位という包括的な概念を用いることにより、作為義務を実質的、かつ統一的に把握する根拠を与えることなどの点で意義が認められる。⁷⁰ なお、韓国の保障人説は、ドイツとほぼ同じように作為義務を根拠づけている。

作為義務に対する日本の伝統的な見解は、法令、契約および事務管理、条理から作為義務の根拠を模索してきた。条理は物事の本来の道理を意味しており、作為義務として根拠づけるのは、「法の精神」と「公共秩序と道徳意思」である。しかし、条理というのは、実際には無制限な概念であって、それゆえ、多数の学者は条理を、先行行為、所有者および管理者の地位、監督者の地位、取引上の信義義務、危険な共同体、生活共同体等の作為義務として類型化している。しかし、これが十分に限定作用をもっているかはまだ疑問が残っている。法令、契約はなぜ直接に作為義務の根拠になるかについても十分な説明がなされていない。このことから、日本の不作為犯論は、一方では法令、契約のような形式を根拠としながら、他方では条理で作為義務の実質化を推進しているのがみえてくる。日本では刑法上の作為義務は、道徳上の義務ではなく法律上の義務でなければならないとしながら、条理 (道徳) を根拠として持ち出すのは、まったく答えになっていないとの指摘もある。⁷¹ それゆえ、日本では実質的根拠説として先行行為説、事実上の引き受け説、社会的期待説、排他的支配説、効率性説などが近年、主張されているが、なおも様々な問題が残っている。

中国でも法律上の義務を提唱しているが、その法律上の義務の規定の範囲・具体的内容は不明確である。上で述べた四分説以外には作為義務の規定がなされていない。しかし、実際の判例には道徳上の義務が少なからず作用している。これは法律解釈上の矛盾である。それゆえ、中国の学者の中では、作為義務の認定について様々な見解が主張されてきた。例えば、日本の影響を受けて形式的根拠と実質的根拠説を統一する見解と今までとおりに形式的根拠だけを主張している学者もいた。さらに、韓国、ドイツのように刑法の総論の部分で第〇条「本人の社会的地位に基づいて、犯罪の結果発生を防止する義務を負っていた人が、その義務を履行しなかった場合、その不作為によって実現された犯罪の構成要件が作為によって実現された犯罪の構成要件と等価値である場合、処罰される。」といった立法上の解決を主張する学者もいる。⁷² 確かに、韓国、ドイツのように立法上の規定があれ

⁷⁰ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注 24) 58 頁。

⁷¹ 佐伯仁志・前掲注 51) 56 頁。

⁷² 李金明・前掲注 11) 329 頁。

ば、罪刑法定主義には違反しないが、作為義務を負うべき人の認定範囲が明らかにならない点で同様の問題が残ると思われる。この立法上の規定は、ほとんどドイツ刑法第13条1項、2項と同じ内容であり、全く中国の現在の状況に合わないであろう。

以上、主に日本、韓国とドイツにおける保障人的地位と作為義務について詳述した理由は、中国で一番問題となっている作為義務の問題点を解決するため、実際の判例の中では通説である四分説以外に道徳上の義務が作用している点から、諸外国の理論を参考にし、さらに、日本の豊富な不真正不作為犯の成立要件の解釈を参考にして、判例での争い、衝突の解決と中国の現在の不真正不作為犯の規定について、明らかにする必要があるからである。この問題は、今後さらに検討すべき課題である。

次章では、不真正不作為犯の客観的要素における諸問題について検討を行う。以上、第1章での問題点と、第2章での諸外国における不真正不作為犯の成立要件における客観的要素についての検討と、中国と各国における比較法的の検討から、不真正不作為犯の成立要件にとって、作為義務の認定も重要であるが、これを考慮するに先立ち、誰にその作為義務を負わせるかとの犯罪主体の認定も重要であることがわかる。

したがって、以下では、主に、組織体における責任主体の認定が問題になった、欠陥製品における結果回避義務について述べることにする。

第3章 不真正不作為犯の客観的要素における諸問題-主に欠陥製品に関する回収義務について

第1, 2章では, 主に中国における不真正不作為犯の成立要件の客観的要素を巡る議論を中心として, この問題に関連する諸外国における議論状況について述べてきた. その中で, 中国における学説・司法実務上の問題点は, 作為義務の認定であり, 道徳上の義務と法律上の義務との混同などによって, 作為義務の認定される範囲がかなり広いことが明らかになった. この問題を解決するためには, 成立要件に限定を加えなければならないと思われ, 中でも, 犯罪の主体の認定, つまり作為義務を負うべき者の限定が必要であることがわかった. それゆえ, 本章では主に, 欠陥製品に関する回収義務を負う者の認定について具体的な基準を定立するべく, 中国における法律上の規定と, 日本で主として問題となった判例を挙げ, これらを比較法的視点から分析することによって, 不真正不作為犯の成立要件における責任主体認定の重要性・必要性, さらには, 保障人的地位にある者が負うべき作為義務についての検討が必要であると思われる.

欠陥製品に関する回収義務について, 中国では, 学説上の議論はそれほどなされておらず, これに関連する問題は主として立法上の解決が図られている. 中国の製造物責任法の特徴の1つとして, 条文上, 義務に違反した場合に刑事責任が課される旨規定されている点が挙げられる. さらに, 欠陥製品に関する回収義務を怠った場合について, 中国刑法397条職務懈怠罪は, 国家公務員が過失によって, 重大な責任を果たすことなく, 職責の不履行あるいは不正確な職責の履行があった場合, その者は刑事上の責任を負わなければならないと規定している. しかし, 留意すべきことは, 責任主体が国家公務員に限られている点である. そこで, 中国の刑法上に規定されている, 欠陥製品に関するすべての条文と職務懈怠罪における責任主体の限定について詳細に検討し, 次いで, 欠陥製品に関して刑法上の規定がない日本と刑法上の規定がある中国の比較法的視点から, かかる日本の2つの事例の検討を通じて, 欠陥製品に関する回収義務が問題となった場合について, その結果回避義務を注意義務と作為義務2つにわけると日本の学説における議論状況と対比させる形で, 結果回避義務を負うべき責任主体の限定の代わりに, 国家公務員のみを処罰している中国刑法の規定がもつ意義について研究することとする. 日本では, 欠陥製品に関する判例は多数みられるが, 従来, 組織体に民事上の損害賠償責任のみを負わせたことに対して, 近年では, 個人にまで, その刑事上の責任を負わせるようになった. 本章では主に, 薬害エイズ厚生省ルート事件と三菱自動車車輪脱落事件という2つの典型的な事件を中心として, 中国と日本の比較法的視点から欠陥製品における刑法上の結果回避義務について研究するものである.

第1節 中国の製造物責任に関する法律上の規定

1. 法律上の規定

欠陥製品に関しては, 中国では日本よりも早く, 1993年9月1日から製造物責任法が施行されている. わずか6条からなる日本の製造物責任法に対して, 74条の条文で構成される中国の製造物責任法の特徴の1つとして, 義務に違反した場合の行政責任と刑事責任が

規定されていることが挙げられる。本章では、主に後者の刑事責任について紹介することにする。欠陥製品に関する回収義務に関する法律上の規定としては、以下の3つのものが定められている。

(1) 製造物責任法⁷³上の刑事責任の規定

中国の製造物責任法には、製造物の品質に対する監督管理を強化するために、製造物品質のレベルを高め、製造物における責任を明確にし、消費者の法益を保護し、社会経済秩序を守ることを前提に刑事責任が規定されている。

第49条は、「生産、販売が人体の健康の保障、人身、財産安全に関する国家標準と業種基準に適合しない場合、生産、販売の停止を命じ、違法に生産、販売した製品を没収および違法に生産、販売した製品（販売済みの製品と未販売の製品も包含している。下記のとおりである）の価格の金額の同額以上3倍以下の罰金に処する。違法に取得した製品は、没収する。情状が重いときは、生産、販売者は免許を取消し、犯罪を構成する場合は、法律によって刑事責任を追及する。」と規定している。

第65条は、「各級人民政府の従業員とその他の国家公務員に以下の状況がある場合、法律によって行政処分を与える。犯罪を構成する場合は、法律によって刑事責任を追及する。」と規定している。ここでいう以下の状況とは、①製品の生産、販売時に、本法の規定に違反して、それを秘匿、放任した行為が認められる場合、②本法の規定に違反して、生産、販売活動に従事している当事者に情報を漏らし、調査の回避を幫助した者がいる場合、③製品品質の監督部門あるいは工商行政管理部门が法律によって、製品の生産、販売時に、本法の規定に違反した行為の調査を阻止し、干渉し、重い結果を生じさせた場合である。

第68条は、「製品品質の監督部門あるいは工商行政管理部门の従業員が職権を濫用し、職務を懈怠し、私利を図るために汚職し、それが犯罪を構成する場合は、法律によって刑事責任を追及する。」と規定している。以上が製造物責任法上の刑事責任に関する規定である。

(2) 欠陥自動車製品に関する回収管理条例⁷⁴

⁷³ 1993年2月22日第七期全国人民代表大会常務委員会第三十次会議を通過、2000年7月8日第九期全国人民代表大会常務委員会第十六次会議に基づいて、「中華人民共和国製造物品質法」の決定の改正により修正されたものである

⁷⁴ 中華人民共和国国務院令で、「欠陥自動車製品による回収管理条例」は、2012年10月10日時点で既に、国務院第219次常務会議を通じて、公布され、2013年1月1日から施行されている。

⁷⁵ いわゆる中国の条例とは、国家権力機関および行政機関が、政策と法令に基づいて規定又は公布したものであって、主に、政治、経済、文化などの各領域内にある具体的事項から作り出されたものである。全面的な体系のもとで、長期的な強制力を有する法規性のある公文書である。条例は法の表現形式の1つであり、一般的には、特定の社会関係に対してのみ作り出された規定である。条例は国家が規定しあるいは承認したある事項、あるいはある機関組織体、職権などについて規定している規範性のある法律文書であり、団体規定の定款でもある。条例は、法の効力を有して、憲法と法律に基づいて規定され、法律の規範性文書に属し、人々が必ず守るべきであり、違反した場合には法律上の責任を負わな

欠陥自動車製品に関する回収管理条例は、欠陥自動車製品の回収に関する規律、監督管理の強化、人身の保障、財産の安全のために規定されている。欠陥自動車製品に関する回収管理条例では、最後に刑事責任の規定が置かれている。

第 25 条は、「本条の規定に違反して、欠陥自動車製品の回収に関する監督管理に従事している人員が、以下の行為を行った場合、法律によって処分を与える。つまり、①生産者、経営者が提供した資料、製品と専門設備を欠陥調査に必要な技術的試験検測と鑑定以外に使用する行為を行った場合、②当事者の商業秘密あるいは個人情報をも漏示した場合、③その他の職務の懈怠、私利を図るための汚職、職権の濫用行為がある場合である。」と規定している。

第 26 条は、「本条例の規定に違反し、犯罪を構成する場合は、法律によって刑事責任が課される。」と規定している。

(3) 刑法上の規定⁷⁶

欠陥製品に関する刑法上の規定は、刑法各則の第三章の社会主義市場経済の秩序を破壊する罪の中に置かれている。その第一節に規定されているのが、偽物および不良品を生産しまたは販売する罪である。詳しく見ると、第 140 条「偽劣製品生産販売罪」は、「生産者又は販売者が、製品に不純物もしくは偽物を混入させ、偽物を本物と偽り、劣等品を優良品と偽り又は不合格の製品を合格品と偽った場合において、売上金額が 5 万元以上 20 万元未満であるときは、2 年以下の有期徒刑又は拘役に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金を併科し又は単科する。売上金額が 20 万元以上 50 万元未満であるときは、2 年以上 7 年以下の有期徒刑に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金を併科する。売上金額が 50 万元以上 200 万元未満であるときは、7 年以上の有期徒刑に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金を併科する。売上金額が 200 万元以上であるときは、15 年の有期徒刑又は無期徒刑に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金又は財産の没収を併科する。」と規定されている。

第 141 条は、「偽薬生産販売罪」で、「①偽の薬品を生産又は販売した者は、3 年以下の有期徒刑又は拘役に処し、罰金を併科する。人体の健康に重大な危害を及ぼしたとき又はその他の重い情状があるときは、3 年以上 10 年以下の有期徒刑に処し、罰金を併科する。人を死亡させたとき又はその他の特に重い情状があるときは、10 年以上の有期徒刑、無期徒刑又は死刑に処し、罰金又は財産の没収を併科する。②本条において『偽の薬品』とは、『中華人民共和国薬品管理法』に基づいて、偽の薬品並びに偽の薬品として処理される薬品および非薬品をいう。」と規定している。

第 142 条は、「劣等薬生産販売罪」で、「①劣等の薬品を生産又は販売し、人の健康に重大な危害を及ぼした者は、3 年以上 10 年以下の有期徒刑に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金を併科する。生じた結果が特に重いときは、10 年以上の有期徒刑又は無期徒刑に処し、50%以上 2 倍以下の罰金又は財産の没収を併科する。②本条において『劣等の薬品』とは、『中華人民共和国薬品管理法』に基づいて、劣等の薬品に属する薬品をいう。」

ければならないのである。

⁷⁶ 中国刑法 140 条から 150 条の規定については、甲斐克則・劉建利『中華人民共和国』アジア法叢書 31 (成文堂, 2011 年) 105 頁-108 頁を参照。

と規定している。

第 143 条は、「非安全製品生産販売罪」で、「衛生標準を満たしていない食品を生産し又は販売した者が、重大な食中毒事故又はその他の食品に起因する疾病を引き起こすことが十分ありうるときは、3 年以下の有期懲役又は拘役に処し、罰金を併科する。人の健康に重大な危害を及ぼしたとき又はそのその他の重い情状があるときは、3 年以上 7 年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。生じた結果が特に重いときは、7 年以上の有期懲役又は無期懲役に処し、罰金又は財産の没収を併科する。」と規定している。

第 144 条は、「有毒有害食品生産販売罪」で、「生産若しくは販売する食品に有毒もしくは有害の非食品原料を混入させ又は食品に有毒もしくは有害の非食品原料が混入されていることを知りながらこれを販売した者は、5 年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。人の健康に重大な危害を及ぼしたとき又はそのその他の重い情状があるときは、5 年以上 10 年以下の有期懲役に処し、罰金を併科する。人を死亡させたとき又はその他の特に重大な結果が生じたときは、この法律の第 141 条の規定により処罰する。」と規定している。

第 145 条は、「不良医療器具生産販売罪」で、「人の健康を保障する国家標準もしくは業界標準に達していない医療器具もしくは医療用衛生材料を生産し、又は人の健康を保障する国家標準もしくは業界標準に達していない医療器具もしくは医療用衛生材料であることを知りながらこれを販売した者が、人の健康に重大な危害を及ぼしうるときは、3 年以下の有期懲役又は拘役に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金を併科する。人の健康に重大な危害を及ぼしたときは、3 年以上 10 年以下の有期懲役に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金を併科する。結果が特に重いときは、10 年以上の有期懲役又は無期懲役に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金又は財産の没収を併科する。」と規定している。

第 146 条は、「不良製品生産販売罪」で、「身体もしくは財産の安全を保障する国家標準もしくは業界標準に達していない電気製品、圧力容器、燃えやすく爆発しやすい物もしくはその他の製品を生産し、又は身体もしくは財産の安全を保障する国家標準もしくは業界標準に達していない製品であることを知りながらこれを販売し、重い結果を生じさせた者は、5 年以下の有期懲役に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金を併科する。結果が特に重いときは、5 年以上の有期懲役に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金を併科する。」と規定している。

第 148 条は、「不良化粧品生産販売罪」で、「衛生標準に達していない化粧品を生産し、又は衛生標準に達していない化粧品であることを知りながらこれを販売し、重い結果を生じさせた者は、3 年以下の有期懲役又は拘役に処し、売上金額の 50%以上 2 倍以下の罰金を併科し又は単科する。」と規定している。

第 149 条は、「偽劣商品生産販売行為の条文適用原則」で、「①本節 141 条ないし第 148 条に規定する製品を生産又は販売した者が、各本条に規定する罪に該当しなくても、売上金額が 5 万元以上であるときは、本節第 140 条の規定により罪を認定し、処罰する。②本節第 141 条ないし第 148 条に規定する製品を生産又は販売した者が、各本条に規定する罪に該当すると同時に、本節第 140 条に規定する罪にも該当するときは、重い刑を定める規定により罪を認定し、処罰する。」と規定している。

第 150 条は、「偽劣商品生産販売に関する両罰規定」で、「組織体为本節第 140 条ないし第 148 条の罪を犯したときは、組織体に対して罰金を科すほか、その直接責任を負う主管

者およびその他の直接責任者についても、本条の各規定により処罰する。」と規定している。

2. 「偽劣製品生産販売罪」の構成要件

本章で検討対象としている事案と関連するのは、「偽劣製品生産販売罪」である。偽劣製品生産販売罪の構成要件において、その客体は、複雑な客体であり、ここでの保護法益は、国家の製品品質に対する監督管理制度、市場管理制度および使用者、消費者の広範な法益である。⁷⁷また、本罪の生産、販売行為の対象は偽劣製品である（欠陥製品）。ここでいういわゆる「製品」は、中国の「製造物責任法」の規定に基づいて、加工、製作、販売された製品であり、建設工事等で制作されたものは含まれていない。偽劣製品は、製品に不純物もしくは偽物を混入させ、偽物を本物と偽り、劣等品を優良品と偽り、または不合格の製品を合格品と偽った製品をいう。ここでは、通常は特定種類の偽劣商品、例えば薬品、食品、医療器具等以外の普通の偽劣商品に限られている（142条以下）。特定種類の偽劣商品を一定の条件の下で生産、販売しても重い結果が生じなかった場合には、本罪は構成しないが、その売上が5万元以上の場合には、本罪を構成する場合もある（149条）。

本罪の主体は、偽劣製品の生産、販売に従事している生産者、販売者であり、一般の主体である。すなわち、既に刑事責任年齢に達している、責任能力がある自然人は、本罪の主体になりうる。組織体も本罪の主体になりうる（150条）。

本罪の客観的要素は、偽劣製品の生産行為、あるいは、売上金額が5万元以上の販売行為である。偽劣製品の生産、販売行為は、主に4種の類型がある。(1) 製品に不純物もしくは偽物を混入させること、すなわち、製品に不純物あるいは異物を混入させ、製品の品質が国家法律、法規あるいは製品明示品質標準規定の品質要求に適合しない結果になり、製品の固有の使用性能を低下させる、あるいは、失わせる行為、(2) 偽物を本物と偽ること、すなわち、製品固有の性能が既に失われている製品を固有の性能がある製品であると偽った行為、(3) 劣等品を優良品と偽ること、すなわち、品質が低い製品を品質が高い製品であるとして偽った、または、不良な部品、あるいは、スクラップされた部品を組み合わせ、組み立て、規格品あるいは新製品として偽った行為、(4) 不合格の製品を合格品と偽ること、すなわち、製品品質標準に適合しない製品を製品品質標準に適合していると偽る行為である。いわゆる「不合格の製品」とは、中国の「製造物責任法」第26条2項の規定の品質要求に適合していない製品である。

本罪の主観的要素は、故意のみである。すなわち、行為者が生産、販売している製品が偽劣製品であることを知りながら、依然として生産、販売していることが必要となる。行為者は、通常不当な利益を得る目的であるが、このような目的は本罪の構成要件には含まれず、その存否は本罪の成立に影響しない。過失による場合には、本罪は成立しない。

ここで留意すべき点は、この主観的要素である。故意がある場合にのみ本罪が成立し、過失による場合には不成立となるため、例えば、偽劣製品の結果回避義務が問題となった場合には、生産、販売者の先行行為に基づく作為義務が存在するとして、回収措置をとら

⁷⁷ 高铭暄、马克昌主編『刑法学』[第五版]（北京大学出版社，高等教育出版社，2011年）375頁以下。

なかったという不作為については、上記の140条から150条の罪が問われ得ることになる。さらに、150条の規定は、組織体に対する認定についての規定である。

このように、欠陥製品について、「製造物責任法」、「欠陥自動車製品に関する回収管理条例」、「刑法」の各条においては、欠陥製品に関する刑事責任が規定され、故意犯のみが処罰されることになっている。過失による場合には、法律上の規定がないため、処罰されないことになる。

3. 欠陥製品に関する回収義務を負うべき者の認定と中国刑法 397 条との関係

上で紹介した法律上の規定は、主に、その製品が偽劣、つまり欠陥製品であることを知りながら生産、販売したことについて、刑法上の責任を負わせるものである。上述の 140 条から 150 条の規定によると、確かに製品を生産、販売する前段階から故意がある場合のみであるが、欠陥製品であることを知らずに、すなわち、過失により生産、販売を行った後に、法益が侵害される危険な結果が発生するのを防止するために、その欠陥製品を回収すべき義務を怠って、それによる重い結果が発生してしまった場合、どのような刑事責任を誰に負わせるかについて論ずる価値があると思われる。したがって、中国刑法 397 の規定について概観する。

中国刑法 397 条は、「職権濫用罪・職務懈怠罪」を定めた規定である。その内容は、「(1) 国家公務員が、職権を濫用し又は職務を怠り、公共の財産又は国家もしくは人民の利益に重大な損失を与えたときは、3 年以下の有期徒刑又は拘役に処する。情状が重いときは、3 年以上 7 年以下の有期徒刑に処する。この法律に特別の規定があるときは、当該規定による。(2) 国家公務員が、私利を図るために汚職し、前項の罪を犯したときは 5 年以下の有期徒刑又は拘役に処する。情状が特に重いときは、5 年以上 10 年以下の有期徒刑に処する。この法律に特別の規定があるときは、当該規定による」というものである。

397 条の職務懈怠罪とは、⁷⁸国家公務員が、重大な責任を果たすことなく、職責の不履行あるいは不正確な履行によって、公共の財産又は国家もしくは人民の利益に重大な損失を与える行為である。

本罪の構成要件には、(1) 本罪の保護法益は、国家機関の正常な管理活動であること、(2) 本罪は、客観的な判断によると、重大な責任を果たさずに、職責の不履行あるいは不正確な履行によって、公共の財産又は国家もしくは人民の利益に重大な損失を与えたとされる行為であること（職責不履行行為）の 2 つが含まれている。⁷⁹

本罪は、また 2 つの客観的要素が含まれている。(1) 職務懈怠行為とは、重大な責任を果たさずに、職責の不履行あるいは不正確に履行した行為である。後者の職責の不履行というのは、行為者が尽くすべき職権を履行する能力および条件があるのに、職責に違反して全く履行しないことを指すが、これを具体的に見ると、行為者が勝手に職場から離れる、あるいは在職中に職責を履行しなかったという 2 種類の状況がありうる。(2) 不真面目に職責を履行し、というのは、行為者が、形式上は職責を履行すべき行為があるのに、職責の要求に全く従わないで履行すること、例えば、職務の活動中に誤謬および意思決定（戦

⁷⁸ 本章では、主に職務懈怠罪についてのみ紹介する。

⁷⁹ 高铭暄，马克昌・前掲注 77) 645 頁以下。

略) にミスが起き、措置の採用が遅れまたは国家公務員の能力が欠けている場合などである。本罪の行為態様は、ほとんどの場合不作為であるが、作為の場合もありうる。

そしてその結果、当該職務懈怠行為が、公共の財産または国家もしくは人民の利益に重大な損失を与えたことも必要となる。重大な損失に関する基準として、2006年7月26日最高人民検査院「汚職侵害犯罪事件の立案基準の規定」が挙げられる。具体的には以下のとおりである。①1人以上の死亡者、3人以上の重傷者、2人の重傷者と4人以上の軽傷者、1人の重傷者と7人以上の軽傷者、または、10人以上の軽傷者がいる場合、②20人以上の深刻な中毒を招いた場合、③個人財産に対する直接的な経済的損失が15万元以上または直接的な経済的損失が15万元未満で、間接的な経済的損失が75万元以上である場合、④公共財産あるいは法人、その他の組織財産の直接的な経済的損失が30万元以上、あるいは直接的な経済的損失が30万元未満で、間接的な経済的損失が150万元以上である場合、⑤③、④の金額には達していないが、③、④を併せた直接的な経済的損失の合計額が30万元以上、あるいは直接的な経済的損失の合計額が30万元未満で、間接的な経済的損失の合計額が150万元以上である場合、⑥会社、企業等の組織体が、休業、生産停止から1年以上経った、あるいは破産した場合、⑦税関、外国為替の管理部門の公務員が、重大な責任を果たすことなく、100万ドル以上の外国為替を騙されて購入した、あるいは、1000万ドル以上の海外送金を行わなかった場合、⑧国家の名誉を著しく毀損し、あるいは社会に悪影響を与えた場合、⑨公共の財産又は国家もしくは人民の利益に重大な損失を与えた場合などである。このような結果が発生した場合、本罪は成立する。

本罪の主体は、国家公務員に限定されている。ここでいう国家公務員とは、国家機関の公務に従事している者で、労務に従事している者は含まれていない。2002年12月28日、全国人大常委会による『中華人民共和国刑法』第九章汚職罪の主体限定問題の解釈について」の規定に基づき、法律、法規の規定によって国家行政管理職権を行使している組織の中で、公務に従事している者、あるいは国家機関に委託され、国家機関を代表して職権を行使している組織の中で、公務に従事している者、あるいは国家機関人員編成に含まれていないが、国家機関で公務に従事している者が、国家機関を代表して職権を行使している間に汚職行為を行った場合、汚職罪によって刑事責任が追及される。国有会社、企業、事業組織体、人民団体で、公務に従事している者と国家機関、国有会社、企業、事業組織体から非国有会社、企業、事業組織体、社会団体に派遣され、公務に従事している者およびその他の法律によって公務に従事している者は、本罪の主体にならない。これらの者は、職務懈怠で犯罪を構成する場合であっても、本罪ではなく、その他の犯罪として処罰される。例えば、国有会社、企業、事業組織体が直接担当している主管人員が、契約を締結、履行するとき、重大な責任を果たさずに、契約の相手方に騙され、それにより国家の利益に重大な損失を与えた場合、すなわち、契約の締結、履行の失策で騙された場合の刑法第167条⁸⁰の規定によって処罰される。

本罪の主観的要素は過失である。また、多くの場合、行為者の主観的要素は、監督過失

⁸⁰ 刑法167条「契約背任罪」は「国有の会社、企業または事業体の直接責任を負う主管者が契約の過程において、職責を著しく怠ったため騙され、国家の利益に特に重大な損失を与えときは、3年以上7年以下の有期懲役に処する。」と規定している。

が問題となる。例えば、直接監督すべき責任者が監督行為を怠って結果発生を惹起させた場合や、十分な安全体制、管理体制を確立すべきであるのに、これを確立しなかったということから結果を生じさせた場合などである。⁸¹

以上のことから、「製造物責任法」の第 68 条と「欠陥自動車製品に関する回収管理条例」の第 25 条 3 項に規定された刑事責任は、中国刑法第 397 条に定められたものと対応していることがわかる。それゆえ、生産、販売が済んだ後に、死亡という結果が発生するのを防止するために、その欠陥製品の回収措置をとらず、放置し、それにより重い結果が発生した場合には、刑法第 397 条の適用が可能であることになる。しかし、ここで注意すべきことは、その責任主体は、必ず国家公務員でなければならない、ということである。その行為主体が国家公務員でない場合には、刑法上の規定がないため、ただ民事上の損害賠償の責任のみを負うことになり、製造物責任に関する判例の中で、上述のような重い結果が発生した場合、犯罪主体が国家公務員でないときは、法律上の規定が存在していないため、学説上の解釈によって解決すべきことになるものと思われる。したがって、不真正不作为犯の成立要件における犯罪主体の認定の重要性を抛すこの問題について、日本では学説上議論が活発に交わされているのが現状であり、日本の理論は参考にする価値があると思われる。次節では、日本の製造物責任事案に関する判例の紹介と学説上の議論について検討を行うことにする。

第 2 節 日本における製造物責任に関する判例および学説

現代社会において、製造物責任に関する判例が多数みられる。日本では、従来、製造物責任に関する問題について、製造物責任法上は、結果との因果関係を認めることができれば、責任を負わせることができることとされてきた。すなわち、「民法 709 条の不法行為責任の三番目の要件である『その行為によって損害を生じさせたこと』に関して、さらに不法行為責任、つまりもとより発生した損害についての賠償責任であることから、損害の発生が要件とされているのは当然として、実務上は因果関係すなわちその侵害とされる行為と発生した損害との間の一定の条件関係がよく問題とされ、いわゆる相当因果関係が認められる限りの損害の範囲を確定すればよいものとされている」がゆえに⁸²、製造物責任に関する判例はほとんど、民事上、被害を受けた人との和解ないし損害賠償、また行政法上の問題として解決され、その責任は民事上の賠償責任と行政法上の免許の取消しなどが求められることにとどまっていた。

しかし、近年では、その責任が民事上、行政上にとどまらず、さらに刑事上でも問われる事案が登場している。その典型的な事例が、薬害エイズ厚生省ルート事件、ならびに三菱自動車車輪脱落事件などである。この 2 つの事例での問題点は、前者では、非加熱製剤によって HIV に感染した人が死亡した事件において、公務員が必要な措置を採らなかったことにより人の死亡という結果を生じさせたことについての刑事責任が問題となり、厚生省の生物製剤課長に業務上過失致死傷罪が問われた点であり、後者では、三菱自動車車輪に

⁸¹ 張明楷・前掲注 13) 1096 頁。

⁸² 山本庸幸『注釈 製造物責任法』初版（ぎょうせい、1994 年）6 頁、77 頁。

における十数件の脱落事件において、D ハブの強度不足に起因して、人が死亡したという結果に至ったことについて、被告人両名が D ハブにつきリコールなどの改善措置の実施のために必要な措置を採らなかったことが問題となり、被告人らに過失責任が問われた点である。これについて学説上は、主に欠陥製品に関する回収義務について、その違反を不作為による過失犯とみるのか、それとも、過失による不作為犯としてみるのか、そしてこのことと関連して、過失犯における注意義務と不作為犯における作為義務との関係をどのように理解するのかを巡って議論が交わされている。すなわち、不作為による過失犯とみた場合、過失犯における注意義務の枠内で関係者の刑事責任の有無が検討されるにすぎないのに対して、過失による不作為犯とみた場合には、保障人的地位にある者のみが作為義務を負うことになるので、保障人的地位の存否という観点からも関係者の刑事責任の存否が検討されることとなる。このことから、回収義務という結果回避義務の内実について、それを過失の注意義務としてみるべきだという学説と、不作為の作為義務としてみるべきだという学説が対立し、これらの諸理論を区別しながら結果回避義務の認定について、主に後者の立場に立って詳しく検討する必要があると思われる。まず、判例を概観する。

1. 判例

日本における刑事製造物責任が問われた判例として、主に以下の2つを挙げることにする。

(1) 薬害エイズ厚生省ルート事件⁸³

本件は、厚生省薬務局生物製剤課長の職にあった被告人が、HIV(ヒト免疫不全ウイルス)が混入しているおそれのある非加熱濃縮血液凝固因子製剤について、適切な措置をとらなかったため、医師からその投与を受けた2人の患者をHIVに感染させた上、エイズ(後天性免疫不全症候群)を発症させて死亡させた事実につき、原判決が、一部有罪、一部無罪を言い渡した第一審判決を維持し、控訴を棄却したため、被告人が上告した事案で、被告人には、薬務行政上必要かつ十分な対応を図るべき義務があったことは明らかであり、本件被害者の死亡について、専ら被告人の責任に帰すべきものではないことはもとよりとしても、被告人においてその責任を免れるものではないとし、上告を棄却した事例である。

ここでは、「HIVに汚染された非加熱血液製剤を投与された患者がエイズを発症して死亡した薬害事件について、当時広範に使用されていた非加熱血液製剤中にはHIVに汚染されていたものが相当量含まれており、これを使用した場合、HIVに感染して有効な治療のないエイズを発症する者が出現し、多数の者が高度の蓋然性をもって死に至ることがほぼ必然的なものとして予測されたなどの判示の状況があった。このような状況の下では、薬務行政上のみならず、刑事法上も、同製剤の製造、使用や安全確保に係る薬務行政を担当する者には、社会生活上、薬品による危害発生の防止の業務に従事する者としての注意義務が生じ、厚生省薬務局生物製剤課長であった被告人は、同省における同製剤に係るエイズ対策に関して中心的な立場にあり、厚生大臣を補佐して薬品による危害防止という薬務行政を一体的に遂行すべき立場にあったから、必要に応じて他の部局等と協議して所要の措置を採ることを促すことを含め、薬務行政上必要かつ十分な対応を図るべき義務があっ

⁸³ 最決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁。

たもので、これを怠って同製剤の販売・投与等を漫然放任した被告人には業務上過失致死罪が成立する」という判断がなされた。⁸⁴

(2) 三菱自動車車輪脱落事件⁸⁵

自動車メーカーの市場品質部長Xとグループ長Yが、事故の事案の処理をするに当たり、注意義務に違背し、強度不足の疑いのあるハブについて、リコールなどの改善措置に取り組むことなく、運輸省に対して虚偽の報告をするなどして、上記ハブを装備した車両を漫然社会に放置したため、走行中のトラックのハブがまた輪切り破損し、脱落したタイヤ激突したことにより歩行者3名が死傷した事実につき原判決が、禁錮1年6月、執行猶予3年を言い渡した第一審判決を維持し、控訴を棄却したため、被告人らが上告した事案において、被告人らがリコールなどの実施のために必要な措置を講じなかったことについて過失責任が肯定されたものである

ここでは、①トラックのハブが走行中に輪切り破損したために前輪タイヤ等が脱落し、歩行者らに衝突して死傷させた事故について、以前の類似事故事案を処理する時点で、ハブの強度不足のおそれが客観的に認められる状況にあり、そのおそれの強さや、予測される事故の重大性、多発性に加え、同トラックの製造会社が事故関係の情報を一手に把握していたなどの本件事実関係の下では、その時点で同社の品質保証部門の部長またはグループ長の地位にあり品質保証業務を担当していた者には、同種ハブを装備した車両につきリコールなどの改善措置の実施のために必要な措置を採り、強度不足に起因するハブの輪切り破損事故がさらに発生することを防止すべき業務上の注意義務があったこと、および、②トラックのハブが走行中に輪切り破損したために前輪タイヤ等が脱落し、歩行者らに衝突して死傷させた事故について、同種ハブを装備した車両につきハブの強度不足のおそれ等からリコールなどの改善措置の実施のために必要な措置を採るべき業務上の注意義務があり、同義務を尽くすことによって同事故の回避可能性を肯定し得る場合において、同事故がハブの強度不足に起因するとは認められないのであれば、同事故と上記義務違反との間の因果関係を認めることはできないが、同事故がハブの強度不足に起因して生じたものと認められる判示の事情の下においては、上記義務違反に基づく危険が現実化したものとして、同事故と上記義務違反との間に因果関係があることが理由として挙げられている一方で、これらに対しては反対意見⁸⁶が付されている。

以上の両事例は、製造物責任として過失犯における結果回避義務違反が肯定され、刑事法上でもその責任が認められた典型的な事例である。⁸⁷ 次は、その結果回避義務の発生根拠に関する学説について述べる。

⁸⁴ 最決平成20年3月3日刑集62巻4号567頁。

⁸⁵ 最決平成24年2月8日刑集66巻4号200頁。

⁸⁶ 田原睦夫裁判官は、本件記録を検討する限り科学技術的な検証が極めて不十分でDハブの強度不足の欠陥を認定することはできないとの反対意見を主張している。

⁸⁷ 販売する製品の欠陥が原因となって、刑事製造物責任における回収義務が問題となった事例は、本章で挙げている2つの事例以外にも、薬害エイズミドリ十字ルート（大阪地判平成12・2・24判時1728号163頁）がある。この判例の事実概要は、製薬会社の代表取

2. 欠陥製品に関する回収義務の発生根拠に関する日本の学説

上で挙げた両事例をみると、裁判所は、日本刑法 211 条 1 項前段の業務上過失致死傷罪の成立を認めているが、欠陥製品に関する回収義務を注意義務（過失犯）と作為義務（不作為犯）の双方の観点から論じているかのような印象が見て取られるもの、その区別についてははっきり言及していないように思われる。⁸⁸上記の両事例に関して、学説では、不作為による過失犯の認定と、過失による不作為犯の認定の2つにわけて議論されている。

(1) 注意義務としての結果回避義務

過失犯は不作為の形態で行うことが多く、作為犯のときでも不作為に近い性質のものが多いことから、不作為犯の要件を過失犯の要件と混同してしまうおそれがあるものの、概念的には両者は明確に区別されなければならない、との指摘が従来なされていることから、⁸⁹過失犯における注意義務としての結果回避義務と、不作為における作為義務とが、いかなる関係にあるのかを明らかにすることが必要であろう。⁹⁰

不作為による過失犯の認定について検討する際に、まず過失とは何かを予め検討する必要があると思われる。通常、過失とは不注意を意味するが、その内実は、構成要件実現の回避に向けて必要な注意を払わなかったことを意味している。⁹¹言い換えると、消極的には故意がないこと、積極的には注意義務違反をいう。過失結果犯においては、注意義務に違反して結果を惹起することによって処罰される。

締役であった被告人らが、加熱クリスマス HT の販売を開始した後は、直ちに非加熱クリスマス HT の販売を中止するとともに、販売済みの非加熱クリスマス HT を回収する措置を採るべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、病院に非加熱クリスマス HT を販売させ、同病院で食道静脈瘤の硬化手術を受けた患者に、HIV に感染させてエイズを発症させ、投与から約九年 8 か月後に抗酸菌感染症等により死亡させたという業務上過失致死の事案で、被告人らに禁固刑の実刑が言い渡された事例である。この判例は主に、「社内における地位や職責」を有する被告人らに、注意義務として、販売中止および回収の実施ないしその進言義務が認められた点が注目されている。欠陥製品に関する回収義務が問題となった事例を挙げるのであれば、上述の薬害エイズミドリ十字ルート事件がふさわしいと思われるが、本稿で、薬害エイズ厚生省ルート事件を挙げている理由は、日本と中国の比較法的視点から出発して、国家公務員（特殊身分を持っている者）と非国家公務員（一般主体）が負う刑事上の責任の認定において問題となっている、つまり保障人的地位にいる者との関係について検討を加えるためである。

⁸⁸ 同趣旨の指摘をなしていると思われるものとして、島田聡一郎「管理・監督過失における正犯性、信頼の原則、作為義務」『クローズアップ 刑法総論』（成文堂、2003年）99頁が挙げられる。

⁸⁹ 平野龍一「過失犯についての覚書」同『犯罪論の諸問題（上）総論 刑事法研究 第2巻-I』（有斐閣、1981年）83頁。

⁹⁰ 岡部雅人「過失不作為犯における『注意義務』について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』（成文堂、2014年）203頁。

⁹¹ 林幹人『刑法総論』〔第2版〕（東京大学出版会、2008年）275頁、山中敬一・前掲注51）363頁。

過失犯の構造の中で論じられる注意義務の内容は、過失犯の体系的位置づけから検討する必要がある。注意義務の位置づけ・内容について、旧過失論よれば、注意義務とは、予見可能性を前提とする結果予見義務であり、責任要素として理解されている。旧過失論からは、作為義務に違反する行為を、結果発生「実質的で許されない危険」をもった行為であり、その危険の現実化として結果を発生させるものと把握すれば、⁹²責任段階の問題である注意義務と、構成要件該当性ないし違法性の段階の問題である作為義務とが競合することはないため、両者の関係を説明することは難なく可能であろうと指摘されている。なぜなら、この見解においては、過失不作為犯が問題となる場合に、あらためて過失犯における注意義務と不作為犯における作為義務との関係を考慮する必要はないからである。しかしながら、この見解は、不作為による過失犯の場合も、構成要件該当性の段階においては、故意犯と過失犯とを区別することができず、責任の段階において初めてこれを区別することになるため、構成要件の犯罪個別化機能を重視しようとする場合には、採用しえない考え方といわざるを得ないと批判されている。⁹³不作為による過失犯と過失による不作為犯の結果回避義務を区別することが問題となるのは、注意義務を構成要件該当性ないし違法性の段階に位置づける新過失論であり、新過失論においては、結果回避義務を注意義務の内容としてとらえるか、作為義務としてとらえるかが問題となることになる。ここでは、旧過失論による結果回避義務の位置づけについては詳述せず、新過失論による注意義務の位置づけ・内容について詳しく検討することにする。

新過失論においては、その注意義務の内容について、予見可能性を前提とする予見義務と、結果回避可能性を前提とする結果回避義務が要求されている。そして、構成要件ないし違法性の段階では「客観的注意義務違反」の有無を検討し、そしてその判断の際には「行為者の立場におかれた一般人（通常人、平均人）の能力」が基準とされる。⁹⁴この見解によれば、上述の2つの判例においても、結果に対する予見可能性の有無と、それによる結果回避可能性の有無を検討する必要がある。まず、予見可能性から検討する。

①予見可能性

薬害エイズ厚生省ルート事件では、「事件当時、厚生省には非加熱因子製剤を取り巻く内外の諸情勢に関する情報が直接間接にもたらされており、当時の薬務局が、昭和60年11月の国会答弁で繰り返し『加熱第IX因子製剤についても大急ぎで優先審査していること、年内には承認に至ること、そうならば血友病患者に使用する血液凝固因子製剤はまず安全であること』などの認識をもっていたことを表明していたことも併せ考慮すれば、同年12月下旬ころには、厚生省の非加熱製剤に対する危険性認識は、第1訴因当時の昭和60年5月ころに比べて、相当程度に高まっていたと考えられる。加えて、アトランタ会議の結果やその際のWHO勧告の存在は、厚生省の専門家委員が従前に考え方を見直す契機となったと認められるほか、日本においても初めて厚生省の専門家委員会によってエイズ認定がなされたこと、さらに、同じく専門家会議である血液製剤調査会等において、非加熱製剤の使用回避の意見が出されたことなどに照らせば、第2訴因のころの結果予見可能性は、第1訴因当

⁹² 平野龍一・前掲注57) 193頁以下。

⁹³ 岡部雅人・前掲注89) 202頁。

⁹⁴ 旧過失論に依拠しているものの、同趣旨の理解を示していると思われるものとして、松宮孝明『過失犯論の現代的課題』（成文堂、2004年）151頁。

時に比べて、大きく高まっていたと考えられる。そして、所管の生物製剤課においては、上記血液製剤調査会等の会議録の供覧を通じるなどして、具体策の検討が求められる事態に至ったと想定できたものと考えられ、生物製剤課長の職にある被告人は、非加熱製剤の投与によるエイズ発症、死亡という生命への高度の危険性を認識したものと考えられる。⁹⁵ このような事実関係から結果の予見は可能であったものと認定できている。⁹⁶

三菱自動車車輪脱落事件では、「本件の最大の争点とすべき点として、中国JRバス事故事案の処理の時点でDハブの強度不足を疑うに足りる客観的状況があったか否かに焦点が当てられた。原審においては、本件証拠に照らして、強度不足の疑いはその時点で客観的にあったと認定することができるから、リコールすべきであったと結論づけられた。すなわち、原審は、ハブ開発の経過、中国JRバス事故の内容とその処理状況、その間のハブ輪切りの破損の続発状況等を総合すれば、前記時点における強度不足の疑いは十分認定することができ、瀬谷事故後に行われた試験の結果、前記時点における強度不足の疑いを結果的に裏付けるものとして評価することができる」として、予見可能性を示したのである。

もっとも、この予見可能性の判断に際しては、「予見可能性を裏付ける事実は何かを明示する必要があるとして、その事実は、過失成立段階において、被告人らの認識を基準にすべきであることは判例が繰り返し認めているところであるが、本事案では、(a)ハブの開発の経過、(b)中国JRバス事故までの輪切り破損事故の内容とその処理状況、(c)その間のハブ輪切り破損の続発状況が一般的に判示されたのみで、被告人らの個別具体的な状況および被告人らの主観的認識について検討がなされた形跡がない。また、中国JRバス事故当時の事情のみならず、『リコール状況も(中国JRバス当時における)強度不足の疑いを結果的に裏付けるものとして評価することができる』とし、過失後に認定された事実を過失後の予見可能性を裏付けるものとして補強させている」。⁹⁷⁹⁸

以上のことについて、新過失論の立場からは、結果回避義務違反を過失の中核にとらえ、予見可能性を結果回避義務の前提とする場合、過失犯の成立を認めるために必要な「予見可能性の程度」は、被告人に一般的に課されている結果回避義務を具体的に履行することを根拠づける程度のもので足りるとの理解が示されている。⁹⁹

②結果回避義務

⁹⁵ 家令和典「判解」法曹時報63巻8号(2011年)249,250頁。

⁹⁶ 本件について大塚裕史は、予見可能性の程度は低いと認め、結果回避義務を否定する結論を実質的に基礎づけているのは予見可能性の低さにあると指摘している。大塚裕史「薬害エイズ厚生省ルート第一審判決について」現代刑事法35号(2002年)75頁。

⁹⁷ 最決平成24年2月8日刑集66巻4号244頁,245頁。

⁹⁸ 既に本件事故の3年前に十分な事故情報が入っていた被告人らには、「放置すれば死傷結果が生じることの予見可能性」は容易に認められると述べている。松宮孝明「判批」立命館法学2012年3号(343号)(2012年)610頁,前田雅英「自動車・電車事故の原因の確定と構成要件該当性」警察学論集65巻8号(2012年)149頁でも、強度不足によるハブの破損は、十分予見可能なものであったとされている。

⁹⁹ 成瀬幸典「判批」刑事法ジャーナル33号(2012年)125頁。

結果回避義務とは、具体的な予見可能性が認められ、かつ結果回避可能性がある場合、結果発生を回避するための、結果回避措置をとる義務である。結果回避可能性がない、つまり結果回避措置をとっても結果を避けることができない場合には過失犯は成立しない。それゆえ、結果回避義務を肯定するためには、結果回避可能性がなければならないことになる。

薬害エイズ厚生省ルート事件では、「加熱製剤使用に移行させようとの厚生省の血液製剤政策の下、加熱第Ⅷ因子製剤に続いて、安全性の高い加熱Ⅸ因子製剤の輸入承認がなされ、その投与が可能となり、そのHIV不活化等に関する安全性については、学問的に厳密な意味ではなお不明な点が残されていたものの、アトランタ会議の際の勧告ならびに血液製剤調査会の意見等においては、明確に加熱製剤の使用を推奨していると認められる以上、加熱処理によってHIV感染に関する安全性が格段に高まるという期待が持たれ、現に生物製剤課担当者や血友病専門医がこぞってこれに切り替えていた。このような事情に鑑みると、加熱第Ⅸ因子製剤は、本件非加熱製剤よりもエイズに対する安全性の点で格段に勝っており、加熱製剤には加熱処理による新たな副作用発生の危惧があった点等を考慮しても、通常の合理性を備えた者であれば、供給面の問題がない限り、その使用にあたっては当然に加熱製剤を選択するであろうと思われる程度に優れていた。また、第Ⅸ因子製剤のうちの加熱製剤、ならびに非加熱であるがエイズ感染につき安全性の高い、国内血に由来する製剤およびエタノール処理済みの製剤の供給量を算出すると、その時の供給可能量は、必要量を大幅に超過しており、本件非加熱製剤が投与された前月においては、約7か月分の供給量が確保されていた。このように、加熱第Ⅸ因子製剤の供給が開始されるようになってからは、血液凝固第Ⅸ因子の補充のためには本件加熱製剤の投与で対処することが、日本全体の供給量の面からも可能であった。しかも、肝機能障害患者等に対する止血のためには、第Ⅸ因子製剤の投与以外の手段による治療で対処することも可能であったのであり、以上の事情に照らせば、結果回避可能性の存在も疑いのないところだと認めている」¹⁰⁰以上のような事実関係に基づいて、公務員個人（公務員個人の責任を追求することが妥当であるかという疑問は残るものの）にその刑事法上の責任を負わせるべきか否かという、行為主体の認定が問題となることになるが、上述の事実関係から見れば、結果に対する予見可能性の程度はある程度高いと認められ、結果回避可能性の存在も疑いないとされる。結果回避可能性の存在にも疑いがなければ、結果回避義務を負うべきであるが、その結果回避義務の発生根拠は、具体的に何に依拠しているのかを検討すると、主に、以下の2点が挙げられている。すなわち、(a)製造物の危険性についての情報を有していること、(b)回収措置をなすための具体的権限を有することである。¹⁰¹事実関係を見ると、非加熱製剤の投与によるエイズ発症、死亡という結果発生について被告人が、その危険性を認識しうる状況にあることが必要があり、かつ、厚生省大臣を補佐する立場であるがゆえに、回収措置に関する具体的権限を有していたといえる。それゆえ、上記の2つの点には該当しているとしている。したがって、結果回避可能性の存在を前提として、結果回避義務が認められているのである。

¹⁰⁰ 家令和典「判解」法曹時報第63巻第8号251頁、252頁。

¹⁰¹ 日山恵美「刑事製造物責任と取締役の行為主体性」広島法学26巻4号（2003年）175頁。

三菱自動車車輪脱落事件では、その結果回避義務について、本決定は、「中国JRバス事故事案の処理の時点における三菱自工ハブの強度不足のおそれの強さや、予測される事故の重大性、多発性に加え、その当時、三菱自工が、同社製のハブの輪切り破損事故の情報を秘匿情報として取扱い、事故関係の情報を一手に把握していたことをも踏まえると、三菱自工でリコールなどの改善措置に関する業務を担当する者においては、リコール制度に関する道路運送車両法の関係法規に照らし、Dハブを装備した車両につきリコールなどの改善措置の実施のために必要な措置をとることが要請されていたにとどまらず、刑事法上も、そのような措置をとり、強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故の更なる発生を防止すべき注意義務があった」と認定された。そして被告人Yについては、「その地位や職責、権限等に照らし、関係部門に徹底した原因調査を行わせ、三菱自工製ハブに強度不足のおそれが残る以上は、被告人Xにその旨報告して、関係会議を開催するなどしてリコールなどの改善措置を執り行う手続を進めるよう進言し、また、運輸省担当官の求めに対しては、調査の結果を正確に報告するよう取り計らうなどして、リコールなどの改善措置の実施のために必要な措置を取とり、強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故がさらに発生することを防止すべき業務上の注意義務があった」とし、また、被告人Xについても、「その地位や職責、権限等に照らし、被告人Yからさらに具体的な報告を徴するなどして、三菱自工製ハブに強度不足のおそれがあることを把握して、同被告人らに対し、徹底した原因調査を行わせるべく指示し、同社製ハブに強度不足のおそれが残る以上は、関係会議を開催するなどしてリコールなどの改善措置を実施するための社内手続を進める一方、運輸省担当官の求めに対しては、調査の結果を正確に報告するなどして、リコールなどの改善措置の実施のために必要な措置をとり、強度不足に起因するDハブの輪切り破損事故がさらに発生することを防止すべき業務上の注意義務があった。」と認定されている。¹⁰²¹⁰³

この点について、両事例の事実関係から見ると、結果回避可能性は、具体的には、以下の2つに分けられる。1つは事前的結果回避可能性であり、これは、「法は不可能を強くない」という観点から、結果回避義務違反を問えないという趣旨によるものである。もう1つは、仮に適切な結果回避措置をとった場合に結果を回避することができたかを事後的に問うものであり、これは事後的結果回避可能性とも呼ばれ、その趣旨は、結果回避措置をとって

¹⁰² 甲斐克則「欠陥車両の製造と刑事過失—三菱自工トラック・タイヤ脱落事故最高裁決定を契機として—」北九州市立大学法政論集40巻4号（2013年）69頁。

¹⁰³ 中国刑法第15条には、「1. 自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性を予見すべきであるのに、不注意により予見せず、又は、すでに予見していたにもかかわらず結果を回避できるものと轻信したため、これらの結果を生じさせたときは、過失による犯罪とする。2. 過失による犯罪は、法律に規定がある場合に限り、刑事責任を負う。」と規定されている。中国では、過失は犯罪構成要件の主観的要素の1つとして、故意と並んで位置づけられている。刑法15条の規定および心理態度の内容の相違によって、過失は主に認識ある過失と認識なき過失にわけられている。認識ある過失とは、15条の後段部分に該当し、認識なき過失とは、15条の前段部分に該当している。日本と中国の犯罪構成要件が異なるゆえ、中国では日本のように、過失犯における注意義務と不作為犯における作為義務との関係は問題とならないものと思われる。

も結果を回避できないような場合には、当該結果回避措置は法益保護にとって無意味であるから、結果回避措置をとらない行為を処罰することはできないとするものである。¹⁰⁴一見すると両事例では、事前的結果回避可能性と事後的結果回避可能性の両者に言及していないようにも思われるが、三菱自動車車輪脱落事件では、Dハブによる強度不足のおそれがあるだけで、因果関係が認められているが、¹⁰⁵これは、事後的結果回避可能性が考慮されているように思われる。確かに、両事例における結果回避可能性について、事前的な考慮と事後的な考慮とを明確に区別することは困難であろう。それは、過失犯の実行行為性、すなわち、過失犯における注意義務を認める前提として、個別具体的な事情の総合考慮に基づいて結果回避可能性の有無が検討されてきたことに起因するものと思われる。しかしながら、本来であれば、事前的結果回避可能性については注意義務の段階で、事後的結果回避可能性については因果関係の段階で、それぞれ検討されるべきものと思われる。

両事件は発生結果の防止のために必要であった結果回避義務の判断であるので、事前的結果回避可能性についてのみ検討するのではなく、事後的結果回避可能性についても検討を必要とするのが妥当であって、このことを前提に、行為態様が不作為である過失犯ではなく、過失による不作為犯として、作為義務を負うべき、つまり保障人的地位にある者の結果回避義務を検討すべきだと思われる。なぜならば、作為義務は行為要求に対する義務違反で、注意義務は注意要求に対する義務違反であるからである。¹⁰⁶それゆえ、両事例における結果回避義務は、保障人的地位にあるものが結果発生を防止するための回収措置、リコール措置などの行為を要求しているのである。これに加えて別途、事後的結果回避可能性についての検討が必要であるならば因果関係が問題となるのである。この点については、両事例では、結果回避義務を果たしていれば、結果の回避が確実にできたのではなく、結果回避ができたのであろうという推測を含むことにならざるを得ない。言い換えると仮定的因果関係の認定を認めているのである。

(2) 作為義務としての結果回避義務

両事例で問題となっている結果回避義務を、不作為犯における作為義務としてとらえている見解も多数みられる。日本の学説状況からみると、現在のところ、①民法等の他法令を根拠にする見解（法令根拠説）、②製造物の製造・販売等の先行行為を根拠とする見解（先行行為説）、③危険な製造物に対する支配を根拠とする見解（危険源支配説）、④結果回避の効率性と行為選択の自由の事前保障という観点から保障人を割り出す見解（効率性説）、⑤社会的期待を根拠とする見解（社会的期待説）が主張されているところであるが、¹⁰⁷最高裁は、上記事案について、個人（公務員あるいは取締役）の刑事法上の責任を問うために

¹⁰⁴ 大塚裕史「過失犯論の近時の動向」法学教室395号（2013年）8, 9頁。

¹⁰⁵ 成瀬幸典・前掲注98）127頁注16, 松宮孝明「判批」法学セミナー691号（2012）157頁参照。

¹⁰⁶ 平野潔「過失不作為犯における注意義務と作為義務について」明治大学大学院法学研究論集14号（2000年）77頁。

¹⁰⁷ 北川佳世子「欠陥製品回収義務と刑事責任—市販後の製品回収義務の根拠をめぐるわが国の議論—」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂, 2006年）191頁。

は、情報の掌握などの事情を根拠に行為者が保障人的地位にあるものと評価されることを必要としているようにみられることから、作為義務の発生根拠として、排他的支配説の立場から説明されているものと理解されている。

a. 法令根拠説

法令根拠説は、形式的三分説の中の1つである。これによれば、例えば、直系血族の相互扶養義務（民法877条）等の刑法上以外の法的義務に着目し、このような法令上の義務がある場合には刑法上の作為義務が認められるとする。

薬害エイズ厚生省ルート事件では、薬事法14条第1項によれば、厚生大臣が医薬品の製造承認を与えることとなっており、同法74条の2第1項によれば、厚生大臣は承認拒否事由が事後的に認められた時は承認を取り消さなければならないこととなっている。また、医薬品の回収・破棄の手法としては、緊急命令（薬事法69条の2）、承認の取消しおよび回収・廃棄（同法74条の2第1項および70条）、不良医薬品としての回収・廃棄（同法56条および70条）が規定されている。そして、厚生省組織令の規定上は、「生物学的製剤等の『不良医薬品の取締役に関すること』は監視指導課の所掌事務とされていた」とされているが、厚生省組織令59条から、「生物製剤課が血液製剤の需給調整を図る職責を負っていた」、「血液製剤の原料へのウイルス混入の問題が生物製剤課の所管であるとする解釈が確立されていた」とされている。さらに、「生物学的製剤等については、その承認や基準等に関する事務を所管する生物製剤課が行っているのが実態であった」とし、「回収等の行政指導を行った場合には、製薬会社において、速やかに当該医薬品のすべての在庫につき回収を完了するのが通例であった」として、より、事実上・実質上の状況・関係を重視して法令上の義務を認定していることが注目されている。¹⁰⁸

三菱自動車車輪脱落事件では、道路運送車両法63条の3第1項におけるリコール制度の規定が法令上の義務として考えられる。同法において想定されている保護法益は、抽象的な道路運送車両の安全性の確保および公害の防止である。¹⁰⁹これに対して、いうまでもなく、刑法上の業務上過失致死傷罪は、個別具体的な人の生命・身体を保護法益とするものである。とはいえ、リコールなどの措置を採ることが人の生命・身体という法益侵害の回避のために要求されることが考えられる場合には、リコール関連規定である道路運送車両法63条の3の存在が、刑法上の作為義務としてのリコール義務を肯定する上で考慮されるのである。¹¹⁰しかし、その回収義務の発生根拠は、刑法上の作為義務の根拠となるわけではない、との批判が従来からなされている。確かに、「作為義務の内容」という意味では、この批判は妥当するであろうが、「保障人的地位」の発生根拠という意味では、この見解は参考となるように思われる。¹¹¹

b. 排他的支配説

¹⁰⁸ 林幹人「国家公務員の作為義務」現代刑事法41号（2002年）21, 22頁。

¹⁰⁹ 国土交通自動車交通局記述安全部監修「改訂版 道路運送車両解説書」235頁参照。

¹¹⁰ 最決平成24年2月8日刑集66巻4号251頁, 252頁以下。

¹¹¹ 岡部雅人「刑事製造物責任における回収義務の発生根拠-わが国の議論状況をめぐって-」刑事法ジャーナル37号（2013年）13, 14頁。

排他的支配説は、因果の流れを掌握していることを必要とする見解である。上述の両事例においては、主に、情報の掌握、地位、職責、権限などから作為義務が導かれることになる。

薬害エイズ厚生省ルート事件について、北川佳世子は、まず、作為義務の発生根拠を考える出発点として、第1の軸である「国と危険源たる非加熱製剤」、すなわち、国と薬の特殊な関係に注目すべきであるとしている。国が薬剤について承認を与えるという制度故に、非加熱製剤も含めて、薬は国の認可がなければ国内で流通されえず、特に血液製剤の場合は流通後も国の強い監視下にあったという事情が重要である。このような国が安全性を認めて承認した薬しか国内に流通しないという事情の下で、国が非加熱製剤を承認しつつ、監視下においていたという事実により、国家による非加熱製剤の安全性に関する一定の責任の引き受けと同時に、支配が基礎づけられるのである。このような理論は、国と薬の特殊な関係から導き出されるものである。

次に北川佳世子は、第2の軸である「国と被害者たる患者」の関係を考えると、国は、一国民としての患者との直接的なつながりはなく、仮に国には抽象的に国民の保護義務があるとしても、その一事をもって刑法上の具体的義務が生じるというのは困難であると指摘している。また国の国民に対する保護義務は、危険源たる非加熱製剤との関係を通じて初めて具体化するという関係にあるとらえるべきであり、本件では、国と国民の関係から直ちに国に保護責任が生じるのではなく、「国と被害者たる患者」の関係は、国と薬の特殊な関係から生じる義務の問題の中に還元されるべきであると指摘している。そうすると、本事案における、全国レベルの危険が顕在化する中で、「非加熱製剤に関する情報や理解不足から、医師および患者の自主的対応に期待できない事情」、さらには、「国が明確な方針を示さなければ、引き続き販売・投与が行われてしまう」といった事情もまた、国への依存性を高める事情として、国の危険物たる薬に対する排他的支配を基礎づけるものであり、これらは、国の作為義務の発生根拠を基礎づける事情となる。そして、排他的支配は唯一性まで要求されないものと考えらるならば、これらの事情は、国の作為義務ないし保障人的地位を基礎づけるのに十分とというのではないかと指摘している。¹¹²

このように国の作為義務ないし保障人的地位が基礎づけられるとすると、今度は、その構成員の中の誰に対して具体的に保障人的地位を認めることができるのかが検討されなければならない。この点について、齋藤彰子は、本事案において国家は、私的機関によっては回避不可能なほどの専門性を有しかつ広範な危険が発生している場合、「最後の砦」として、自らその危険阻止の任務を引き受けているとし、¹¹³国家公務員たる地位を有する者に作為義務が認められるとしている。また医師や製薬会社による危険の回避が現実的には期待できないため、危険を回避する者が他にいなかったため、危険源を物理的に排他的に支配していた場合と同じで、当該公務員は、法律上の権限を有していたのであるから、危険が生じないよう働きかける可能性を有していたのであり、排他的支配を認めることができ

¹¹² 北川佳世子「過失の競合と責任主体の特定問題」刑法雑誌52巻2号（2013年）320, 321頁。

¹¹³ 齋藤彰子「公務員の職務違反の不作为と刑事責任」刑法雑誌47巻2号（2008年）229頁。

とするのである。¹¹⁴これに対して林幹人は、このような規範的な支配関係からすると、「現実」に投与された非加熱製剤との個別的・具体的な関係に着目する限り、『排他性』『支配性』いずれについても、強くはなかった」と指摘するしている。¹¹⁵

しかしながら、「排他的支配」を規範的にとらえると、どうしても範囲の画定が不明確なものになる、という批判を免れないように思われる。やはり、可能な限り、事実的規範から遊離することなく、「排他的支配」を事実に把握する必要があるといえよう。¹¹⁶「危険情報」の掌握という視点は、それゆえ注目されるものである。もっとも甲斐克則は、情報掌握という視点は重要であるが、それを根拠とした法益保護の効率性と行為選択の事前的保障だけで作為義務を基礎づけるのは困難だと指摘している。当該人物が情報掌握をしてもそれを駆使して実質的権限をどの程度行使できるかは、排他性ないし支配性を抜きにしては語ることができないし、因果性も判断できないことは、排他的支配を事実的なものに限定しつつ、その中に因果力を有する情報掌握という視点を絞り込む論理的努力をすべきであると指摘している。¹¹⁷この点に着目し、「被告人に作為義務が認められたのは、彼が権限も情報も共にもっていたからである。厚生大臣や薬務局長は、権限があったが、情報はそれほど具体的に把握していたわけではなかった。部下や他の課長は、情報はある程度もっていたかも知れないが、権限はなかった」という観点から、規範的・事実的な支配関係があったことが改めて肯定されるとの指摘がなされている。¹¹⁸国民の生命・健康に深く関わるこの種の職務においては、実質的権限と情報掌握（特にリスク情報および企業ないし業者を介しての薬剤等を流通経路の情報掌握）の両方を兼ね備えて初めて、「排他的支配」を、当該職責を有する者について肯定することができるといえるのである。¹¹⁹

三菱自動車車輪脱落事件においては、「Dハブの強度不足のおそれがある」として、リコール義務が認められた。もっとも、この判断の正当性については争いがある。強度不足のおそれがあるからといって、即座に因果関係を認めるのは不合理であり、科学上の詳しい根拠がなければリコール義務を負わせるのは妥当ではないとする反対意見も出ているのである。¹²⁰一方で、判例は、被告人の職権、地位、情報の掌握等に依拠して説明している。つまり、「改善措置に関する業務を担当する者」である被告人らが、「事故関係の情報を一手に把握していた」ことが作為義務の根拠とされるのである。地位と職責からみると、被告人Xは、中国JRバス事故当時、品質保証部門の部長の地位にあり、安全性に関わる重要な不具合が生じた場合には関係会議を主宰するなど、品質保証部門の責任者であった。被告人Yは、

¹¹⁴ 山中敬一「刑事製造物責任論における作為義務の根拠」関西大学法学論集60巻5号（2011年）61頁、62頁。

¹¹⁵ 林幹人・前掲注107）25頁。

¹¹⁶ 甲斐克則『医療事故と刑法』医事刑法研究第5巻（成文堂、2012年）176頁、177頁。

¹¹⁷ 甲斐克則・前掲注115）177頁。

¹¹⁸ 林幹人「国家公務員の刑法上の作為義務」法曹時報60巻7号（2008年）58頁以下、66頁以下。

¹¹⁹ 甲斐克則・前掲注115）177頁以下。

¹²⁰ 三菱自動車車輪脱落事案においても、本件記録を検討する限り、科学技術的な検証が極めて不十分でDハブの強度不足の欠陥を認定することはできないとの反対意見を主張している、田原睦夫裁判官の見解を参照。

中国JRバス事故当時、三菱自工の品質保証部門のバスのボデー・シャシーを担当するグループ長の地位にあり、被告人Xを補佐し、品質保証業務に従事していた。被告人両名のこのような実際の権限に照らすと、被告人両名には、Dハブをリコールすべきであるという作為義務が認められる。また、7年余りの間に実に16件（うち、Dハブについては8件）という少なくない件数発生していたこと、三菱自工の社内では、中国JRバス事故よりも前の事故の情報を人身事故の発生につながるおそれがある重要情報と分類しつつ、当時の運輸省に知られないように秘匿情報の扱いとし続けていたという事情に照らすと、中国JRバス事故事案の処理の時点において、同社製ハブの強度不足のおそれが客観的に認められる状況にあったことは明らかであるとされた。¹²¹そして、被告人Yは、品質保証部門のグループ長として、中国JRバス事故事案を直接担当し、同事故の内容等を詳しく承知し、過去にも山秀事故および金八事故という2件のハブの輪切り破損事故を担当し、その後も同様の事故が続発していたことの報告を受けていたのであるから、中国JRバス事故事案の処理の時点で、上記事情から、三菱自工製のハブに強度不足のおそれがあることを十分認識していたと認められ、中国JRバス事故を含む過去のハブ輪切り破損事故の事故態様の危険性等も踏まえれば、リコールなどの改善措置を講じることなく強度不足のおそれがあるDハブを装備した車両の運行を放置すればDハブの輪切り破損により人身事故を発生させることがあることを容易に予測し得たといえる。被告人Xも、品質保証部門の部長として、中国JRバス事故事案の処理の時点で、被告人Yから報告を受けて、同事故の内容のほか、過去にも同種の輪切り破損事故が相当数発生していたことを認識していたと認められる。¹²²つまり、重大事故につながりかねない情報をメーカーが把握しているのが明らかであった。このような事実関係からみると、三菱自動車車輪脱落事件においても、被告人らの地位、職権、情報の掌握に鑑み、薬害エイズ厚生省ルート事件と同じように、情報掌握に基づく規範的・事実的な支配関係があると認めることができると思われる。

3. 小括

上記の両事例に関する学説上の様々な議論からみると、両事例は結果発生の防止の為の回収措置およびリコール措置に関する結果回避義務の発生根拠について問題とされた事例ととらえることができる。その結果回避義務の発生根拠は、過失犯論における注意義務の問題として議論されているように思われる。新過失論の立場から結果回避義務を論じる場合には、注意義務と作為義務の区別は明らかではなく、混同して論じられる傾向があるように思われる。また、両事例は結果発生の防止のために必要であった結果回避義務を前提とした刑事過失責任の有無を論じるのであって、事前的結果回避可能性の問題だけではなく、事後的結果回避可能性の問題でもあるように思われる。したがって、事後的結果回避可能性の問題であるとすれば、因果関係の有無が問題であり、薬害エイズ厚生省ルート事件では、因果関係についての議論はそれ程着目されることがなく、他方で、三菱自動車車輪脱落事件では、Dハブによる強度不足のおそれがあるということを前提に、科学的には明確ではなくても因果関係を認めている。林幹人は、注意義務の有無の判断は、その行為

¹²¹ 最決平成24年2月8日刑集66巻4号207頁。

¹²² 最決平成24年2月8日刑集66巻4号208頁。

の時点で明らかになっている事情のみを根拠とすべきであり、事後的な事情を考慮に入れるべきではないと指摘している。また、注意義務の判断、あるいは、その主体の限定という見地からすれば、結果回避可能性を前提とする結果回避義務を過失論における注意義務としてのみ論じるのは妥当ではないように思われる。それゆえ、両事例については、権限や情報の把握をはじめとする様々な要素によって、保障人的地位にある者の作為義務について総合的に判断せざるを得ないのではないかという見解¹²³が妥当だと思われる。

第3節 中国と日本の比較法的検討

日本の2つの判例を中国の法律上の規定に当てはめてみると、欠陥製品に関する回収義務が問題となっている事例であるので、責任主体の限定が問題となってくるのがわかる。薬害エイズ厚生省ルート事件については、問題なく、厚生省薬務局生物製剤課長は中国でいう国家公務員に該当するので、397条の「職務懈怠罪」の責任を負わせることができる。ほかの欠陥製品に関する刑法上の規定の場合には、市場に流通させる前に、製品に欠陥があることを認識していたという故意が必要であることから、それら罪の成立を認めることができない。また、中国刑法によると、その組織体には罰金を科すことになっている。¹²⁴しかし、ここで問題となっているのは、三菱自動車車輪脱落事件のように、その責任主体が、国家公務員ではない場合である。この場合には、(1) 中国刑法115条「危険な方法による過失公共安全危害罪」が適用されうるが、115条は114条「放火罪、出水罪、爆発罪、危険物投放罪、危険な方法による公共安全危害罪」を前提とするものであることから、欠陥製品に関する回収義務にかかわる問題ではなく、それゆえ、結果的には当該規定を適用できないことになる。あるいは、(2) 中国刑法233条「過失致死罪」、235条「過失重傷害罪」の適用も考えられるが、この点については、被告人らの地位、職権、情報の収集などを考慮することによって、過失による不作為犯の成立を認めることができると思われる。(3) また、この両事例は、結果発生防止のための結果回避義務の有無の判断であるので、結果回避義務の履行が必要とされた時点で、結果発生に対する未必の故意の存在を認め、140条の「偽劣製品生産、販売罪」を適用することも考えられるように思われる。2つの判例について、日本においては条文の構成上、国家公務員であるか否かを問わず、刑法211条1項前段の業務上過失致死傷罪が適用されることになるが、一方、中国では国家公務員の方が重く処罰されることになるため、なぜ国家公務員の場合に厳罰化されるかを検討する必要があると思われる。

中国における国家公務員の規定について、刑法93条は「国家公務員の範囲」として「①この法律における公務員とは、国家機関において公務に従事する者をいう。②国有の会社、

¹²³ 大塚裕史「過失不作為犯の競合」『三井誠先生古賀祝賀論文集』（有斐閣、2012年）167頁。

¹²⁴ 中国刑法第31条「組織体犯罪の処罰原則」は「組織体が罪を犯したときは、組織体に対して罰金を科すほか、その直接責任を負う主管者およびその他の直接責任者を処罰する。この法律の各則およびその他の法律に規定があるときは、それらの規定による。」と規定している。

企業、もしくは事業組織体から被国有の会社、企業、事業組織体又は社会団体に派遣されて公務に従事する者、およびその他の法律に基づいて公務に従事する者は、公務員として論ずる」と規定している。ここでいう国家公務員とは、法定上の特殊な身分をもっている者を指している。法定上の身分というのは、法律に基づいて賦与され、形成された身分である。このように、法定上の身分は、法律によって賦与された権利と義務を有する立場とすることができる。

それでは、なぜ法定上の身分をもっている国家公務員に対して厳罰化することになるだろうか。それは、犯罪主体である特殊な身分は、刑の軽重に対しても一定の影響を与えているからである。つまり、中国刑法では、類似している行為に関する特殊主体の犯罪は、一般的には一般主体の犯罪よりも重く処罰されている。このような要求は、特殊身分を有する者の行為による社会に対する危害の程度が、そのような身分を有しない者の場合と比べて高いことから、刑罰の軽重に影響を与える原因の1つであるのは確かである。つまり、中国刑法総則においては、犯罪主体の身分に応じて刑の軽重が定められていることから（例えば、中国刑法65、66条）、このようなことが肯定されるのである。また、中国刑法各則には、ある犯罪に対して、行為者が特殊な身分をもっているのであれば重く処罰するとの規定がある（例えば、中国刑法243条2項）。犯罪者の特殊身分が、量刑上刑罰の軽重に影響を与えるか否かについて、中国刑法理論と司法実務の経験からみると、この特殊身分が法律上明確に規定されていないことから直ちに特殊身分の存在を全く考慮しないとするのではなく、特殊身分の存在による刑の加重・減軽を分析しなければならないとされる。それゆえ、異なる特殊身分に対する行為者の刑事責任における程度の大きさへの影響の有無についての科学的な考察が不可欠となっているのである。そして、行為者の特殊身分が有する量刑上の意義に関する承認、体験から、刑罰の軽重が本当に行為主体の角度から体験できる責任の程度と互いに合致するという事は確かであるといえる。¹²⁵このことから、特殊身分たる国家公務員は、一般人より重く処罰されるのである。(4)「欠陥製品における回収義務の管理条例」の規定（法律上の規定）は現在中国で審議中である。この条例の第6章の法律責任の部分を見ると、57条では、特殊主体である国家公務員に関する刑法397条の規定が準用されているが、欠陥製品に関する回収義務を負うべき一般主体については、詳しい規定がなされていない。それゆえ、この条例も不十分であるように思われる。

製造物責任に関する事例について、日本において従来は民事上、行政上の責任のみが問題とされたものがほとんどであったため、第2節で挙げている両事例は、異例であるといえる。これらの事例においては、人の生命という最も重大な法益が侵害されており、単なる民事上の損害賠償で済む事件ではないように思われる。つまり、多くの被害者が出た、薬害エイズ厚生省ルート事件と三菱自動車車輪脱落事件では、その結果の重大性、および結果の再発防止のためであることと社会に与えた影響が大きかったことに鑑みて、刑事上の責任が相応しいと考える余地も十分存在するものといえよう。

刑事上の責任を個人に負わせるためには、まず、「不作為による過失犯」として考えて、正面から注意義務違反の有無を検討すれば、「過失による不作為犯」という概念自体が否定されることになり、過失犯については、それが不作為の態様によるものであっても、予見

¹²⁵ 高铭暄，马克昌・前掲注77) 97頁。

可能性と結果回避可能性を前提とする注意義務の存否のみに関心が寄せられることとなる。そのため、作為義務の発生根拠などの不作為犯の成否をめぐって問題となる点を考慮する必要がなくなり、もっぱら過失犯における注意義務の有無のみを検討すればよいことになるという見解が主張されている。¹²⁶¹²⁷

2つの事例は、結果発生を防止するために必要な結果回避義務について検討されている。その際には、事前的結果回避可能性と事後的結果回避可能性についても詳しく検討する必要があるように思われる。すなわち、注意義務の有無の判断は、その行為の時点で明らかになっている事情のみを根拠とすべきであるため、事後的な事情を考慮に入れるべきではないが、¹²⁸両事例は、結果発生を防止するために必要な結果回避義務の問題であるので、事前的結果回避可能性だけでなく、事後的結果回避可能性もまた問題となることになる。三菱自動車車輪脱落事件のように、結果回避可能性要件を認めるならば、実質的には仮定的条件公式を採用したのと同じである。薬害エイズ厚生省ルート事件も同様のことがいえるであろう。なぜならば、注意義務を守っていたならば結果は回避されたというのは、まさに仮定的条件公式による判断に他ならないからである。そして、それは注意義務違反と結果との間の関係についての判断であり、まさに因果関係の内容とするのにふさわしいものである。¹²⁹仮定的条件公式が採用されるのであれば、不作為の因果関係を肯定する場合と同じであると思われる。作為の場合は当該結果を発生させたから因果関係が肯定されるのに対し、不作為の場合は当該結果の発生を防止しなかったために因果関係が肯定されることになる。すなわち、不作為の場合は、現実に行われていない「期待された行為」という仮定的判断を付け加えることによって条件関係の存否が判断されるのである。そこでは、仮定的因果経過と同様の構造が見られる。したがって、仮定的原因を付け加えて条件関係の存否を判断することの当否が問題となる。もっとも、不作為の条件関係に仮定的原因を付け加えると、条件関係の存否が恣意的に判断されるおそれが生じ、また、仮定的判断をなすことによって条件関係の肯定される範囲がかなり拡大されることになる。

しかし、この点については、現在では、「保障人説」の考えが一般に採用されており、保障人的地位にある者の不作為のみを考察の対象とすることによって、結果的に、条件関係の認められる範囲が限定されることになる。この場合でも、作為犯の場合と異なり、現実に行われていない行為を付け加えるため、恣意性に入る余地のあることは否定しえないであろう。¹³⁰過失による不作為犯の判断から導かれるのが保障人的地位にある者であるが、この保障人的地位の発生根拠は、薬害エイズ厚生省ルート事件では、作為義務の発生根拠として、他の法令上の義務、すなわち刑法外の法的義務の存在にとどまらず、公務員であるから危険回避措置を講じることができ、また、その職権の行使が可能であること、さらにその情報収集を一手に把握していたという規範的要素を付け加えて、保障人的地位を認め、

¹²⁶ 稲垣悠一「欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論」専修法研論集45号（2009年）57頁。

¹²⁷ なお、反対説として、岡部雅人・前掲注89）205頁など。

¹²⁸ 林幹人「結果回避可能性と危険の現実化」『刑事法・医事法の新たな展開(上)』町野朔先生古稀記念（信山社、2014年3月）175頁。

¹²⁹ 林幹人・前掲注127）179頁。

¹³⁰ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注24）129頁、130頁。

作為義務を認定している。このような保障人説の見解が主張された理由は、他の法令上の義務、すなわち、刑法以外の法的義務を、不真正不作為犯における作為義務として認めるためには、単なる法令上の義務だけで、刑法上の作為義務になりうるか、刑法上の作為義務と同程度の価値を有するのかが問題になっているからであると思われる。それゆえ、作為義務の発生根拠は、権限や情報の掌握をはじめとして、法令・契約・先行行為等も含む様々な要素によって、総合的に判断するのが妥当だと思われる。

第4節 小括

以上、本章では、欠陥製品に関する回収義務違反を理由に個人に対して刑事責任を追究する際に、中国では法人処罰も視野に入れた法律上の規定によって処罰しようとする傾向が見られる一方、法人に対しての刑法上の処罰規定がない日本では、主として個人に対する刑事責任追究の可能性を巡る学説上の議論を通じて解決しようとしている。その中で、日本の2つの最高裁判例を挙げ、日本と中国の比較法的視点から検討を行ったものである。両事例は、日本においては、欠陥製品に関する回収義務の存在に基づいた刑事上の責任を個人に負わせた判例で、結果回避義務について、学説上、注意義務として認めるべきかそれとも作為義務として認めるべきかという議論がなされた。この両義務を区別するにあたっては、その責任主体の認定が共通の問題であるのが現状である。一方、両事例のように、人の死亡という重い結果が生じた場合、中国においては、人の生命・身体は保護すべきもっとも高い価値があるという考えのもと、欠陥製品に関して既に刑法上規定があるところではあるが、これは故意がある場合に限られており、日本における両事例のように、製品が市場に流通した後の結果回避義務が問われた事例は、中国ではこれまで見られなかった。なぜならば、この問題に関しては、刑法上の規定だけではなく、法令などによる規定も日本と比較するとより詳細なものとなっているのが中国の現状であるとはいえ、この種の義務は法律上規定されてこなかったからである。

また、中国には、日本のように、業務上過失致死傷罪の規定がないため、日本における両事例のような場合について、犯罪主体が国家公務員（特殊主体）である場合には、欠陥製品に関する回収義務を怠ったことについて397条の職務懈怠罪として処罰することができる一方で、行為者が一般人（一般主体）であった場合には過失致死罪といった一般規定によらなければ刑事責任を問うことができないのが現状であるが、欠陥製品に対する消費者の高い要求を満たすためには、責任主体たる個人に対する刑事責任が今後ますます問題となるのであろう。それゆえに、本章においては、一般人に対する刑事責任の有無の問題について、日本の学説との比較法的観点から検討を加え、社会主義国家である中国でも、人の死亡という重い結果が発生した場合に、過失による不作為犯という議論から出発して、日本の不真正不作為犯の成立要件である作為義務の認定を基準として、権限ないし情報の掌握の有無をはじめとして、法令・契約・先行行為等も含む様々な要素によって、保障人的地位の有無について総合的な判断を加えることで、責任主体が非国家公務員である場合であっても、中国刑法233条、235条の規定に当てはめて判断すべきである、というのが本論文の主張するところである。中国刑法397条の規定のように、国家公務員を犯罪主体として定めているが、これは特定な身分を持っている者に限られているのが明らかである。

したがって、一般主体における認定について法律上の規定がない場合には、学説上の議論において解決すべきであると思われるが、その主体の認定については、作為義務を負うべき人に限定するのが妥当であると思われる。

日本でも近年、法人内部の個人を責任主体として刑事製造物責任を追及する前述したような判例が多数みられる。それゆえ、中国とは異なり、刑法上法人処罰の規定がない日本では、学説上において個人をその責任主体として認定することがかなり困難であると思われる。もちろん、責任主体が負うべき義務というのは、注意義務であるかそれとも作為義務であるかとの議論の中である程度解決はできると思われるが、仮に日本でも、中国のように法律上に規定を定めるのも1つの解決策であると思われる。

第4章 不真正不作為犯の客観的要素における犯罪主体の認定-主に刑法上の身分を持っている者と保障人的地位にある者との関係

中国刑法において、犯罪を構成する要素としては大別すると次のような4つの要素、すなわち、犯罪の客体、犯罪の客観的要件、犯罪の主体、犯罪の主観的要件が必要である。不作為犯においてもこの4つの要件を満たさなければならない。このうち、犯罪の客観的要素については第1章、第2章で、犯罪の主体については第3章で問題提起として検討を加えてきたが、本章は前章に引き続き、主として犯罪の主体という犯罪構成要素について述べるものである。中国刑法における犯罪主体には一般主体と特殊主体が含まれている。一般主体というのは、自然人であり、かつ、刑事責任能力を具備している人を指し、特殊主体とは一般主体について予定されている要件に加えて、特殊な身分を有する人を指している。本章では、一般主体ではなく特殊身分を持っている特殊主体の認定について研究を行い、したがって第3章で問題となった法人内部の個人に刑事責任を負わせようとしている、結果回避義務を負うべき人の個人の責任認定についての問題解決にもなると思われる。犯罪の特殊主体についての研究を行う前に、まずこの特殊身分という概念について分析を行い、さらに身分犯についての検討が必要だと思われる。したがって、日本では不作為犯においてその責任主体の認定について保障人的地位にいる人に制限を加えている見解が多数みられ、中国では主に多様かつ詳細な法律上の規定によって処罰を図ろうとしている傾向から、日本と同じような事例が起きた場合に、国家公務員のような特殊身分を持っている人ではなく、一般主体が結果回避義務を怠った場合の刑事責任を考える上で重要となる責任主体の認定に関する問題解決に資するものであると思われる。それゆえ、本章では主に刑法上の身分および身分犯、不作為犯と身分犯との関係についての検討を行い、さらに中国における不真正不作為犯の成立要件の不十分さに一線を画することを試みる。

第1節 中国刑法上の身分および身分犯

1. 犯罪の主体

早期の中国の刑法学者たちは、犯罪の特殊主体を論ずる際に身分について若干言及する程度であって、身分について論じたものはなかった。最初に身分について論じ始めたのが马克昌教授の「共犯と身分」と題した論文であり、これをきっかけとして身分について注目が集まるようになったのである。したがって、身分の概念および共同犯罪の中での身分などについて研究をさらに深めたのである。¹³¹

犯罪の特殊主体が持つ最も重要な特徴は、行為者が犯罪主体における基本的な要件を具備する以外に、また特定の身分をも求めていることである。一般的（日常用語的）にいう身分とは、人の出身、場所（地域）または資格を指している。この定義からみると、誰もが一定の身分を持っていることになる。刑法上議論になっている行為者の特殊身分とは、刑事責任の有無（罪の認定）と程度（量刑）に影響する意義を持つものである。このような身分には、法律が賦与したいくつかの特定の資格、例えば、国家公務員、司法公務員、

¹³¹ 马克昌「共同犯罪与身份」『法学研究』（1986年第5期）20-25頁。

鑑定人などがあり、また業務上におけるいくつかの特定の資格、例えば、医師、薬剤師などがある。さらに特殊事実によって生じたその他の特定の関係も含まれている。例えば、法律によって逮捕・拘禁された犯人および法律によって扶養義務を持っている人などである。¹³²

犯罪主体の特殊身分とは、刑法上規定されている行為者の刑事責任に影響している行為者の人的な特定の資格、地位あるいは状態を指している。¹³³例えば、国家機関公務員、司法公務員、軍人、弁護士、訴訟代理人、証人、法律によって拘留された犯人、男女、親族などである。

犯罪主体の特殊身分について正確に理解するには、以下の2点に注意すべきである。つまり、一般的に特殊身分とは、行為者が危険な行為を実行し始めるとき、すでに持っている特殊資格、あるいは、すでに形成された特殊地位あるいは状態を意味する、という点である。行為者が行為を実行した後に形成された地位は、通常では特殊身分にならないのである。もう一点は、犯罪主体の特殊身分として、単なる犯罪の実行犯の場合には存在する必要があるものの、教唆犯と幫助犯においては特殊身分の制限を受けないのである。

2. 身分の一般的概念と刑法上の概念

中国の『現代漢語辞典』に載っている「身分」とは、「(1) ある人の社会上あるいは法律上の地位、資格を指している。(2) 他人から尊重される地位も指している。(3) 人が一定の環境、状況あるいは事実上の中での地位も指している。」と解している。

ある人が持っている身分というのは、周囲の人との比較から生じたものである。異なる人に比べると異なる身分が生じ、個々人は同時に様々な身分を持つようになる。このような個々人が持っている様々な身分は、時代の変化と社会の変化によって段々変化するのである。以上のことから、身分というのは社会上あるいは法律上の地位、資格を指し、ある人が尊重される地位も指している。また特定の環境、状況あるいは事実上の中での地位も指している。¹³⁴または、社会関係の中の地位を指し、人の出生、地位と資格を指しており、それゆえ、人々にはすべて身分があるのであるとしている。¹³⁵

法律上の「身分」というのは、主に法律上価値を有している人的特徴から決定されている。主に、人の自然的特徴、つまり、年齢、性別、生理方面の差異によって形成された特徴である。例えば、未成年者、男性、聾啞者などである。もう1つは、人の社会的特徴、つまり、人々が社会活動の中で、自分が従事している仕事、自分が担っている役割に応じて異なる行為によって形成された互いに違いがある特徴である。例えば、司法公務員、扶養義務を負っている人、常習犯などである。¹³⁶

刑法上の身分とは、行為者の罪の認定と量刑に影響する特別な資格と人身状況を指して

¹³² 马克昌 『犯罪通论』[第3版] (武汉大学出版社, 2010年8月) 292頁。

¹³³ 高铭暄・马克昌・前掲注77) 95頁以下。

¹³⁴ 狄世深 『刑法中身份论』(北京大学出版社, 2005年3月) 20頁。

¹³⁵ 杨森 「论刑法中的身份论」(安徽电子信息职业技术学院学报, 2006年第4期) 第5卷(总第25期) 85頁。

¹³⁶ 张德安 「对身份犯的刑法评价思考」(北大法律信息网 chinalawinfo.com 2013年)。

いる。¹³⁷犯罪の主体（行為主体）を問題として取り上げるのが一般的である。中国刑法上には、身分の定義を定めた法律上の規定もないし、身分にかかわりがある一般的規定もない。ただ、刑法各則の中で、犯罪主体に対する特別身分があるものに対しての規定はある。刑法各則に規定されている法人犯罪以外の罪における犯罪主体は、そこで要求されている要件に基づき、主に2種類に分けられる。第一に、犯罪主体は、自然人と刑事責任能力の2つの基本的要件の具備を要求している種類である。第二に、上述の2つの基本的要件の他に、行為者が特定の身分の具備を要求している種類である。前者はすべての犯罪が必ず共通的に備えなければならない要件であり、いわゆる犯罪における一般主体である。後者はただいくつかの犯罪の中で求められている要件であり、いわゆる犯罪の特殊主体である。

138

3. 刑法上における身分の種類

中国刑法上の身分は、解釈上、以下のように分類されている。

(1) 自然人における刑法上の身分と法人における刑法上の身分

行為者あるいは行為対象が自然人であるのか、それとも、法人であるかにしたがって、自然人における刑法上の身分と法人における刑法上の身分とに分類される。¹³⁹例えば前者は、国家機関公務員が刑法254条の「報復陥れ罪」を犯した場合、その主体は国家機関公務員であり、その行為対象の身分とは、告訴人、不服申立人、批判人または通報人であり、これらすべてが自然人における刑法上の身分であるとしている。後者は、刑法387条の「組織体収賄罪」が規定した法人収賄罪であり、その主体は、国家機関、国有の会社、企業、事業体もしくは人民団体であり、また、刑法391条の「対組織体贈賄罪」が規定した対組織体贈賄罪の行為対象の身分は、国家機関、国有の会社、企業、事業体もしくは人民団体であり、これらすべてが法人における刑法上の身分である。¹⁴⁰

(2) 自然身分と法定身分

自然身分とは、事実上の身分であり、自然の賦与によって形成された身分である。例えば、男性、女性、年齢、疾病、親族、妊婦などがこれにあたる。法定身分とは、いわゆる法律上の身分であり、法律上規定され形成された身分である。例えば、国家公務員、軍人、証人、鑑定人、弁護人、告訴人、通報人などである。この2つの身分は、形成された根拠が異なるものの、いずれも行為者の罪の認定と量刑上に影響を与えるものである。しかし、このような身分の分類に対しては、反対意見も存在する。¹⁴¹その理由は、女性は強姦罪の間接正犯になりうるので、間接正犯の場合、女性は強姦罪の行為主体になりうることから、男女性別によって形成された自然身分は強姦罪に適用されず、通常 of 男女の性別として犯罪主体を区別するのは中国刑法上強姦罪に限られているから、男女の性別を自然身分とす

¹³⁷ 马克昌・前掲注131) 579頁。

¹³⁸ 马克昌・前掲注131) 292頁。

¹³⁹ 徐留成『身份犯比较研究』[第二版]（人民法院出版社，2013年5月）23頁。

¹⁴⁰ 徐留成・前掲注138) 23頁。

¹⁴¹ 李江波・马洪涛「刑法中的自然身份犯概念质疑」武汉科技大学学报（社会科学版）（2003年第2期）21-24頁。

るのは不合理であるとしている。¹⁴²また、虐待罪と遺棄罪における主体の親族身分は、自然身分に属するものではないとの主張もある。すなわち、親族関係は単なる部分的な血縁関係であり、しかも単純な血縁事実が法律上の確定、調整を得る前には、ただ自然な血縁の事実内容であり、法律上の権利義務関係は発生しないからである。それゆえ、刑法上親族が身分となるのは、社会関係の一部に重点を置くことにその根拠が求められるのであって、血縁事実重点が置かれているわけではないからである。例えば、他人に引き取られて育てられた人は、自分の両親に対しては何の義務も負わないので、遺棄罪の主体になれないのである。それゆえ、親族を自然身分の範囲に入れるのは不当である。むしろ、このような親族という身分は、法律に基づいて賦与、形成された身分、すなわち、法定身分の範疇にあるものというべきであるとされる。したがって、法定身分と、我々が通常認識している法律上明確に規定されている身分とは顕著に異なる概念である。法律上明確に規定されている身分とは法定身分であり、それと同時に自然身分をも含むものでもあるのである。¹⁴³

(3) 主体身分と対象身分

刑法上の身分には主に、犯罪主体における刑法上の身分と犯罪対象における刑法上の身分に分けられる。さらに犯罪主体における刑法上の身分には、特殊主体における身分と一般主体における身分が含まれている。¹⁴⁴

主体身分とは犯罪主体（行為者）が有する身分であり、対象身分とは犯罪（行為）対象（被害者）が有する身分である。

中国刑法上、前者の主体身分は、さらに次のように分類される。①職務上の身分、例えば、刑法 397 条の職務懈怠罪という国家機関公務員、刑法 247 条の供述拷問強要罪という司法公務員などである。②職業上の身分、例えば、刑法 131 条の重大飛行事故罪という航空関係の職員、刑法 132 条の鉄道運営安全事故罪という鉄道関係の職員などである。③職責上の身分、例えば、法人犯罪の中で直接責任を負うべき責任者とその他の直接責任者および直接かかわりがある責任員などである。④自然原因から生じた身分、例えば、刑法 261 条の遺棄罪という扶養義務がある家族などである。⑤その他の一定の法律関係によって生じた身分、例えば、刑法 382 条の横領罪という国家機関または国有の会社、企業、事業体、人民団体から管理を委託された国有財産を経営している職人、刑法 305 条の偽証罪という証人、鑑定人、記録員、翻訳者などである。¹⁴⁵

後者の対象身分もまた、さらに次のように分類することができる。①一定の刑事上の法律関係によって生じた身分、例えば、刑法 247 条の供述拷問強要罪という容疑者と被告人、刑法 248 条の被拘禁者虐待罪という被拘禁者などである。②他の法律関係によって生じた身分、例えば、刑法 254 条の報復陥れ罪という告訴人、不服申立人、批判人または通報人などである。③職務における身分、刑法 277 条の公務妨害罪という国家機関公務員、刑法 255 条の会計士統計員打撃報復罪という会計、統計人員などである。④自然の原因によって生じた身分、例えば、強姦罪という女性、刑法 262 条の児童誘拐罪という 14 歳未満の未

¹⁴² ある女性が男性を利用して、被害者を強姦するように指示した場合である。

¹⁴³ 狄世深・前掲注 133) 75 頁。

¹⁴⁴ 徐留成・前掲注 138) 31 頁。

¹⁴⁵ 狄世深・前掲注 133) 75 頁、張徳安・前掲注 135)

成年者、刑法 260 条の虐待罪でいう家庭の構成員、刑法 261 条の遺棄罪でいう老年者、年少者、病者またはその他の独立の生活の能力を有していない者などである。¹⁴⁶

(4) 積極的身分と消極的身分

刑法上の身分は、それが罪の認定と量刑に与える影響の内容によって、積極的身分と消極的身分とに分類される。

積極的身分とは、罪の認定と量刑に積極的に影響を与える身分を指している。具体的には、行為者が一定の身分を有することによって、当該行為者の行為が犯罪を構成することになる、または、重罰、軽罰もしくは刑の減軽が処されることになるものである。例えば、中国刑法 17 条第 1 項の規定によると、「16 歳以上の者が罪を犯したものは、刑事責任を負わなければならない。」と定められている。3 項の規定によると、「14 歳以上 18 歳未満の者が罪を犯した時は、その刑を軽罰にし、または減軽しなければならない。」と定められている。また、中国刑法 131 条の重大飛行事故罪の規定によると、「航空関係職員が、規制制度に違反し、重大な航空事故を引き起こし、重い結果を生じさせたときは、3 年以下の有期徒刑または拘役に処する。」と定められている。上述の規定の中の「16 歳以上の者」、「14 歳以上 18 歳未満の者」、「航空関係職員」は積極的身分に属するものである。¹⁴⁷

消極的身分とは、罪の認定と量刑に消極的に影響を与える身分を指している。具体的には、行為者が一定の身分を有することによって、当該行為者の行為が犯罪を構成しないことになる、あるいは、犯罪は構成するが処罰が免除されることになるものである。例えば、中国刑法 17 条第 2 項の規定によると、「14 歳以上 16 歳未満の者が、殺人、重傷害、傷害致死、強姦、強盗、麻薬販売、放火、爆発または投毒の罪を犯したときは、刑事責任を負わなければならない。」と定められている。この規定に照らせば、14 歳未満の者は、あらゆる犯罪に対して刑事責任を負わないことになり、14 歳以上 16 歳未満の者が、殺人、重傷害、傷害致死、強姦、強盗、麻薬販売、放火、爆発または投毒の罪以外の犯罪に対しても刑事責任を負わないことになるのである。このような状況下の「14 歳未満の者」、「14 歳以上 16 歳未満の者」は消極的身分になるのである。¹⁴⁸また、中国刑法 18 条第 1 項の規定によると、「精神病者が、自己の行為を弁別し、または制御することができないときに危害を及ぼす結果を招いた場合において、それが法定上の手続きを経て、鑑定により確認されたときは、刑事責任を負わない。」と定められている。ここでいう「精神病者」も一種の消極的身分である。¹⁴⁹¹⁵⁰

(5) 罪を認定する身分と量刑身分

これは、身分が罪の認定に影響するのか、それとも、量刑に影響するのかによって区分したものである。

罪を認定する身分は構成身分とも呼ばれる。つまり、犯罪構成要件の中の主体要件あるいは客観要件と関連する身分であり、行為者の刑事責任の有無を決定する身分である。例

¹⁴⁶ 狄世深・前掲注 133) 75, 76 頁。

¹⁴⁷ 狄世深・前掲注 133) 76 頁。

¹⁴⁸ また、刑法 17 条第 3 項の規定の「18 歳未満の者」が処罰を免除される罪を犯したときに有している刑法上の身分も消極的身分である。

¹⁴⁹ 狄世深・前掲注 133) 76 頁。

¹⁵⁰ 徐留成・前掲注 138) 27 頁。

例えば、中国刑法修正案の第2条第1項と第2項の規定により、「国有の会社、企業の従業員が職務を怠りまたは職権を濫用し、国有の会社、企業が破産あるいは重大な損失を受け、これによって国家利益が重大な損失を受けた場合」、「国有の事業法人の従業員が前項の行為をもって、国家利益に重大な損失を与えた」とき、国有の会社、企業、事業体の人は失業罪あるいは国有の会社、企業、事業体の人は職権濫用罪を構成するとされる。ここでいう国有の会社、企業の従業員、国有事業体の従業員は罪を認定する身分にあたる。また、刑法240条の女子児童誘拐売買罪¹⁵¹の対象は、女子または児童という身分をもっている人のみであり、それ以外の者に対して誘拐売春が行われても本罪を構成しないのである。また、中国刑法389条1項の規定によると、「不正な利益を図るために、公務員に財物を供与する行為は、贈賄罪である。」と定められている。ここでの行為者の贈賄の対象は国家公務員に限られるのである。¹⁵²

量刑身分は、加減身分とも呼ばれる。つまり、刑罰の量に影響する、すなわち、行為者の刑事責任の軽重に影響するものであり、その身分を有することによって量刑上、刑が重罰・軽罰になる、または減輕される、あるいは処罰が免除される点で特徴づけられる身分である。量刑身分は、刑法の規定によれば、このような身分の存在は刑事責任の存否には影響しない。¹⁵³例えば、刑法349条の第1項、第2項の規定によると、「薬物を密輸し、販売し、運搬もしくは製造した犯罪者を庇護した者、又はその犯罪者のために薬物もしくはその犯罪により取得した財物を隠匿し、移転もしくは隠蔽した者は3年以下の有期懲役、拘役又は管制に処する。情状が重いときは、3年以上10年以下の有期懲役に処する。薬物を取り締まる職責を負う者又はその他の国家機関公務員が、薬物を密輸し、販売し、運搬または製造した犯罪者を援護し又は庇護したときは、前項の規定により重く処罰する。」と定められている。この条文上の「薬物を取り締まる職責を負う者」と「その他の国家機関公務員」は、薬物犯罪者庇護罪の量刑身分である。また、刑法19条の規定によると、「聾啞者又は盲人が罪を犯したときは、その刑を軽くし、減輕し又は免除することができる。」と定められている。ここでいう「聾啞者又は盲人」も量刑身分である。

これらの解釈学上の分類に対しては、次のような意見もある。①学説上普遍的なものとして共有されている「罪を認定する身分は行為者が負う刑事責任を負う要件としての身分である」との観点は議論する価値があるとしても、この定義からすると「14歳未満の者が刑事責任を負わない」の中の「14歳未満の者」は罪を認定する身分ではない。それゆえ、罪を認定する身分を「行為者に刑事責任を負わせるかを認定する身分」あるいは「刑事責任の有無を決定する身分」に定義すべきであるとされる。罪の認定ではなく、刑事責任の有無という言葉を用い、このような定義にしたがうことではじめて、刑法上罪の認定と関係がある身分すべてが含まれるのであり、どのような分類方法によっても刑法上のすべての身分が含まれるべきであるからである。②量刑身分について、学説上、これを定義する際にただ刑を重罰・軽罰にする、あるいは処罰を減輕・免除するという法的効果に基づく

¹⁵¹ ここでいう女子とは、14歳以上の女性を指している。児童とは、14歳未満の男女児童を指している。

¹⁵² 徐留成・前掲注138) 23, 24頁, 狄世深・前掲注133) 77頁, 高铭暄・马克昌・前掲注77) 96頁。

¹⁵³ 高铭暄・马克昌・前掲注77) 96頁。

身分であるとされたが、その中でも処罰の免除に基づく身分を量刑身分から除外することこそが重要であって、罪の認定身分と量刑身分、両方を積極的身分とした方が適切であると主張されている。¹⁵⁴

(6) 書かれた刑法上の身分と書かれざる刑法上の身分

刑法上の身分は、それが刑法上明確に規定されているか、あるいは、規定されていないかという規定形式を基準として、書かれた（明文規定式）刑法上の身分と書かれざる（黙示式）刑法上の身分とに分類される。このような分類は、刑法上の身分が刑法上に明確に規定されているか否かを明らかにすることに資する。刑法条文の中で一部の身分は明文上の規定を要求し、一部の身分は明文上に規定されていないのである。このような分類は、ただ条文上の規定に内在する実質的な意味内容および条文上規定されている犯罪構成による分析から導かれるものである。かかる分析を通じて、刑法上の身分というのは刑法上明確に規定されることを必ずしも要求しているのではなく、刑法条文上の一定の個人要素、あるいは法人の附属条件が黙示的に罪の認定と量刑に影響している身分もまた刑法上の身分であることが明らかになるのである。

書かれた刑法上の身分は明文規定式身分とも呼ばれ、条文上明確に規定されている行為者あるいは行為対象が持っている身分を指している。自然人犯罪の中では、例えば、刑法 382 条横領罪の第 1 項、刑法 384 条公金流用罪と刑法 385 条収賄罪の主体身分は「国家公務員、あるいは準国家公務員」であり、刑法 237 条女子強制猥褻侮辱罪、児童猥褻罪の第 1 項、第 2 項における強制猥褻、女子侮辱罪の対象身分は、「女子」であり、第 3 項の児童猥褻罪における対象身分は「児童」であり、これらは明文規定式の刑法上の身分にあたる。

書かれざる刑法上の身分は、黙示式身分とも呼ばれ、条文上には明確に規定されていないが、内在している実質的な意味および条文上規定されている犯罪構成による分析から得た行為者、あるいは行為対象が持っている刑法上の身分である。自然人犯罪の中では、例えば、刑法 236 条の強姦罪の主体身分は「男子」であり、刑法 313 条の判決裁定履行拒否罪の主体身分は「人民法院による判決又は裁定に対して、履行能力がある 16 歳以上の刑事責任能力を持っている自然人」であり、これらは黙示式の刑法上の身分にあたる。

(7) 行為者の自然身分

刑法上の行為者の身分には行為者の自然身分と行為者の法定身分が含まれている。

行為者の自然身分とは、自然に賦与された身分であり、例えば、年齢、精神状態、疾病、性別、妊婦、親族などである。ここでは主に、本稿の主題である不作為犯との関係でしばしば問題となっている親族における身分について言及する。

血縁あるいは婚姻に基づいた行為者の親族身分について、中国刑法には以下のような規定がある。①中国刑法 260 条の虐待罪は「家庭の構成員を虐待した者は、情状が悪質であるときは、2 年以下の有期徒刑、拘役又は管制に処する。前項の罪を犯し、被害者に重傷害を負わせたとき、又は死亡させたときは、2 年以上 7 年以下の有期徒刑に処する。第 1 項の罪は、告訴がなければ処理しない。」と規定している。②刑法 261 条の遺棄罪は「老年者、年少者、病者又はその他の独立の生活の能力を有していない者に対して扶養の義務を負う者が、扶養を拒否し、情状が悪質であるときは、5 年以下の有期徒刑、拘役又は管制

¹⁵⁴ 冯英菊「共同犯罪的定罪与量刑」（人民法院出版社，2002 年）238-241 頁。

に処する。」と規定している。

これらの規定について、虐待罪は「被害者と共同生活している家庭の構成員」という身分を有する者のみが構成している。また、遺棄罪は「老年者、少年者、病者又はその他の独立の生活能力を有しない者に対して扶養の義務を負う者」という身分を有する者のみが構成している。このような身分は、積極的身分と罪の認定の身分となり、血縁あるいは婚姻関係に基づいて生じたものであり、行為者と被害者はお互いに親族関係にあるものと解されている。¹⁵⁵

虐待罪についてみると、虐待者と被害者との間には必ず共同生活下における家庭の構成員という関係がなければならない。例えば、夫が妻を虐待し、子供が両親を虐待するなどである。一般には、虐待者は経済的にあるいは親族関係上で優越的な地位にある人であり、仮に被虐待者は経済的に常に虐待者に依存しているものといえる。

遺棄罪についてみると、虐待罪と同様に家庭の構成員の間で発生する犯罪ではあるものの、しかし遺棄罪の主体は被遺棄者を扶養する義務を負う者のみであり、さらに義務を履行することができる家庭の構成員に限られる。中国婚姻法は、このような扶養義務を明確に規定している。中国婚姻法 20 条によれば「夫婦にはお互いに扶養する義務がある。」と規定されている。21 条は「両親は子供に対して扶養・教育の義務がある。子供は両親に対して扶養扶助義務がある。」と規定されている。

(8) 行為者の法定身分

刑法における行為者の法定身分とは、法律の規定によって与えられた身分である。例えば、国家公務員、国家機関公務員などがこれにあたる。中国刑法上、法定身分については、職務身分、職業身分とその他の身分に分類される。

①職務身分とは、職務とかかわりがある行為者の身分であり、行為者の法定身分の中で最も重要な類型である。この身分は、行為者に賦与された一定の権利と義務から生ずるものであり、それゆえ行為者はその権利と義務に対応する責任を負うべきであり、これは刑法における罪刑均衡原則を十分に現実化したものである。職務に基づく身分はいずれも積極的身分になるのである。職務による身分は、その身分者が果たす役割に応じてさらに、罪の認定身分と量刑身分、あるいはそのどちらでもある身分とに分類される。

(a) 罪の認定身分は、行為者の職務内容に応じてさらに、国家公務員の身分、国家機関公務員の身分、特定の職責を持っている国家公務員の身分、国家公務員以外のその他の国家公務員身分等に分類される。いわゆる国家公務員は、刑法 93 条において「この法律における公務員とは、国家機関において公務に従事する者をいう。国有の会社、企業、事業体または人民団体において公務に従事する者、国家機関又は国有の会社、企業もしくは事業体から非国有の会社、企業、事業体又は社会団体に派遣されて公務に従事する者、およびその他の法律に基づいて公務に従事する者は、公務員として論ずる。」と規定されている。中国刑法上、国家公務員の身分と関連する犯罪はほぼ汚職・賄賂に関するものであり、刑法 382 条の横領罪、刑法 384 条の公金流用罪、刑法 385 条の収賄罪、刑法 395 条の莫大財産由来不明罪、境外預金隠匿罪が含まれている。この罪の単独犯は行為者が国家公務員でなければ実現しえないものである。

¹⁵⁵ 狄世深・前掲注 133) 103 頁。

国家機関公務員について、2002年12月28日全国人大常委会の「中華人民共和国刑法第九章の汚職の罪における主体の適用問題の解釈」は、国家機関公務員の範囲について、これを拡張する形で解釈した。具体的には、「法律、法規によって規定された国家行政管理職権を行使している、組織体の公務に従事している人員あるいは国家機関の委託を受け、国家機関を代表して職権を行使している組織体の公務に従事している人員、あるいは国家機関公務員には編成されていないが、国家機関で公務に従事している人員が国家機関を代表して職権を行使する際に、汚職の行為があるときにこの犯罪を構成するのである。刑法に基づき汚職の罪に関しては刑事責任を追及する。」とした。それゆえ、ここで規定された3種類の人員は、解釈により国家機関公務員としてみなすべきであるとされた。この解釈に基づいて、国家機関公務員とは、国家各級権力機関、行政機関、審判機関、検察機関、軍隊における各級機関、中国共産党における各級機関、中国人民政治行商会議の各級機関および各民主党の各級機関で公務に従事している人員を指すのが適切であると主張されている。¹⁵⁶

特定の職責を有する国家公務員の身分は、国家機関公務員の身分と同様、主として汚職犯罪あるいは権利を侵害する職務の犯罪の主体として規定され、その中でも第九章の汚職の罪における「国家機関公務員」で構成された犯罪以外のすべての罪がこの身分を有する者で構成されている。例えば、中国刑法400条の被拘禁者不正釈放罪、懈怠による被拘禁者逃亡招来罪は「司法要員」で構成され、中国刑法411条の密輸行為放任罪は「税関の職員」で構成されている。

国家公務員以外のその他の国家公務員身分は、中国刑法の規定によると、主として国有財産の経営管理に関連する身分であり、それに伴う犯罪は刑法第三章の社会主義市場経済の秩序を破壊する罪に多数含まれている。例えば、刑法165条の同種業務不法経営罪は「国有会社、国有企業の理事または取締役」で構成され、刑法167条の契約背任罪は「国有会社、企業または事業体の直接責任を負う管理者」で構成されている。¹⁵⁷

(b) 量刑身分には、「国家機関公務員」の身分として、例えば刑法243条証告陷害罪第2項、刑法349条薬物犯罪者庇護罪、薬物等蔵匿罪の第2項における「国家公務員」の身分、「司法公務員」の身分として、例えば刑法245条不法捜査罪、不法住宅侵入罪の第2項、刑法247条の傷害罪、刑法307条証言妨害罪の第3項の証拠の隠滅または偽造の幫助における「司法公務員」の身分、量刑と関係するその他の身分として、例えば刑法253条郵便物電報開封隠匿破棄罪の第2項の窃盗罪の「郵政業の職員」の身分などが含まれる。中国刑法における上述の身分の規定から明らかになるのは、これらの身分は刑を加重する積極的身分であり、一般人と比べると、このような身分と関連する犯罪が社会に与える危害性がさらに大きいということである。

②職業身分には次のようなものが含まれる。すなわち、(a) 特定行業の人員、従業員の身分、例えば、中国刑法131条重大飛行事故罪における「航空関係の職員」、刑法132条鉄道運営安全事故罪における「鉄道関係の職員」、刑法229条虚偽証明文書提供罪、証明文書重大不実記載罪における「資産の評価、資金の確認、証明文書の確認、会計、会計監査、法律サ

¹⁵⁶ 狄世深・前掲注133) 106頁。

¹⁵⁷ 狄世深・前掲注133) 107頁以下。

一ビスその他の職務を務める仲介組織の職員」、(b)生産者、販売者、経営者の身分、例えば、中国刑法 140 条から 148 条の偽劣製品生産販売罪における「生産者、販売者」、刑法 222 条虚偽広告罪における「広告主、広告経営者、広告発行者」、(c)非国有会社、企業あるいはその他の法人および非国有銀行またはその他の金融機関の従業員の身分、例えば、刑法 163 条非公務員収賄罪の第 1 項と第 2 項における「会社、企業の従業員」、刑法 184 条非公務員収賄罪、収賄罪の第 1 項と刑法 185 条資金流用罪、公的資金流用罪の第 1 項における「銀行あるいはその他の金融機関の従業員」、(d)一時的活動によって生じた臨時的身分、例えば、刑法 198 条保険金詐欺罪の第 4 項における「保険事故の鑑定人、証人又は財産評価人」、刑法 305 条偽証罪の「刑事訴訟における、証人、鑑定人、書記官又は通訳人」、(e)軍人身分、例えば、刑法第十章の軍人の職責違反罪における各罪における軍人の身分などがこれに含まれる。

③その他の身分、いわゆる行為者の法定身分の中のその他の身分とは、上述の 2 種類の身分に分類されない身分、例えば、刑法 180 条インサイダー取引罪、内部情報漏洩罪、未公開情報利用取引罪の第 1 項における「証券もしくは先物取引の内部情報を知る者、又は証券もしくは先物取引の内部情報を不法に取得した者」、刑法 201 条脱税罪の第 1 項における「納税義務者」、刑法 223 条入札談合罪における「入札者、発注者」、刑法 294 条黒社会的な組織入境発展罪の第 2 項における「境外の黒社会的な組織の構成員」などである。ここで注意すべきことは、職業身分とその他の身分の大多数は、罪の認定身分に該当するが、ごく少数の身分だけが量刑身分に該当するということである。

4. 中国刑法における身分犯

いわゆる身分犯とは、一定の身分が犯罪の構成要件要素である犯罪類型を指している。¹⁵⁸ また、特殊身分の存在により犯罪が構成される、あるいは刑罰が加減される犯罪類型であることを指している。¹⁵⁹ これに対応して、身分犯とは、刑法に明確に規定されている、特殊身分を有する犯罪主体が行った犯罪類型であるとされる。¹⁶⁰ この概念に基づいて、身分犯をさらに分類していくと次のようになる。まず、(1) 犯罪主体の身分に基づいて、罪の認定と量刑に対する影響から、真正（純正）身分犯と不真正（不純正）身分犯とに分類される。いわゆる真正身分犯とは、刑法上規定されている一定の身分を行為主体が有していることではじめて犯罪の成立が認められる犯罪類型である。いわゆる不真正身分犯とは、一定の身分を持っているあるいは特定関係にある者がある犯罪構成要件の行為を行う場合の方が、一定の身分を持っていないあるいは特定関係にいない者が行った犯罪構成要件の行為を行う場合とを比較して、刑が加重、減輕され、あるいは、刑が免除されることとなる犯罪類型を指す。(2) 主体身分が形成された原因によって、身分犯を自然身分犯と法定身分犯に分類する。自然身分犯とは、刑法上規定されている犯罪主体に基づいた自然身分で構成された身分犯罪である。法定身分犯とは、法律が賦与した身分によって構成された

¹⁵⁸ 陈兴良『刑法各论的一般理论』（内蒙古大学出版社，1992 年）75 頁。

¹⁵⁹ 闫二鹏・王强「关于刑法中身份的学理探讨」（浙江工商大学学报，2005 年第 6 期）23 頁，杨森・前掲注 134）86 頁，冯英菊「共同犯罪的定罪与量刑」（人民法院出版社 2002 年）234-235 頁。

¹⁶⁰ 杨辉忠「身份犯类型的学理探讨」（法制与社会发展，2003 年第 3 期）154 頁。

犯罪である。(3) 刑法上規定された身分犯の犯罪構成要件の内容が、特定身分である主体が自ら行うことを要求しているか否かに基づいて、排他的身分犯と非排他的身分犯とに分類される。いわゆる排他的身分犯とは、刑法上規定された特定身分を持っている犯罪主体が自ら行った犯罪を指している。非排他的身分犯とは、ある一定の身分を持っている者と特定身分を持っていない者と共同して行った身分犯罪のことをいう。(4) 主体身分を認定する基準によって、身分犯を定式身分犯と不定式身分犯とに分類される。いわゆる定式身分犯とは、主体の身分とに固定性を持っている一類の身分が相対的に確定している犯罪を指している。いわゆる不定式身分犯とは、主体が一時的には特定身分を持っているが、しかし、一定の特別な事情が過ぎると、この特定身分も消える一類の身分犯罪である。

このような身分犯についての分類方法によれば、真正（純正）身分犯とは、一定の身分を持っている行為者のみが実行しうる犯罪のことで、不真正（不純正）身分犯とは、一定の身分を持っている行為者が犯した犯罪に対して刑を加重・減軽することができる犯罪であるといえる。¹⁶¹

ここでは主に、第3章でも言及した刑法397条職務懈怠罪における犯罪主体の身分について論ずることとする。

職務懈怠罪は国家公務員が行った危害が比較的大きい犯罪の中で現れる。近年職務懈怠罪の犯罪率が急増している中、それによる損失も次第に拡大しているのが特徴である。その原因の1つが、刑法の改正が職務懈怠罪の犯罪主体を「国家公務員」から「国家機関公務員」に変え、本罪の主体範囲を大幅に縮減したことが挙げられる。これらの規定は、中国の社会現実と職務懈怠罪を調査して処罰する司法実務から深刻に乖離するものであり、従来法律による刑事責任追及が可能であった多くの職務懈怠罪に該当する国家公務員の行為が、刑法上の規定から排除されたのである。しかし、現実ではさらに多くの懈怠職務行為が、生産、流通などの経済領域に発生しており、それにもかかわらず、国有企業の法人の公務員が職務懈怠罪の主体範囲から取り除かれたのである。したがって、中国刑法397条の職務懈怠罪における犯罪主体の身分は、国家機関公務員であり、上述した身分の種類から見ると、法定身分、罪を認定する身分、行為者身分、真正（純正）身分犯、明文上規定式身分犯に該当するのである。前章でも述べたように、日本で問題となっている事例を中国刑法上に当てはめると、国家公務員が行為主体であった薬害エイズ厚生省ルート事件については、397条の規定によって処罰されることになるだろう。しかし、問題は三菱自動車車輪脱落事件のような行為者が一般人（非国家公務員）の場合、例えば、書かれざる刑法上の身分として、その者について作為義務を負うべき身分が生じるか否かを問題とすることができるように思われる。次は、中国における身分犯と不作為犯との関係について言及する。

第2節 中国における身分犯と不作為犯との関係

身分犯については前節で詳しく論じているため、ここでは若干言及するに留める。

身分犯とは主に、罪の認定と量刑に影響を及ぼしうる身分を構成要素とする犯罪で、一

¹⁶¹ 狄世深・前掲注133) 179頁。

般的には、中国刑法上明確にその犯罪の主体における身分が規定されている犯罪を指している。つまり、身分犯で問題となっているのは、その犯罪主体の刑法上における身分のことである。¹⁶²

不作為犯の主体は、作為義務を負うべき者であって、それゆえ不作為犯の成立要件の客観的要素は作為義務を中心としている。作為犯に対応している犯罪、つまり犯罪行為（実行行為）の該当性が問題となる犯罪である。逆に身分犯は犯罪の主体（行為者）の該当性が問題となる犯罪であるので、一見すると不作為犯と身分犯の間には密接な関係がないように見えるが、両者を関連付けて理解することも十分可能であるように思われる。

身分犯と不作為犯の関係を論ずる際に、学説の大多数の見解は、不作為犯における作為義務の体系的地位を出発点としている。この作為義務の体系的地位について、中国の学説上争いはあるが、その中でも因果関係説、違法性説と構成要件該当性説が議論の対象となっている。中でも保障人的地位を構成要件要素としている構成要件該当説が、日本、ドイツなどでは通説になっており、代表的な観点でもあるのである。したがって、学説上では不作為犯は一種の身分犯であるとの指摘もなされる。

このような主張が導き出された根拠は、不作為犯においては作為義務を負う者つまり責任主体が問題となり、したがってその主体が持っている身分が作為義務の体系的地位に基づいて不作為犯は身分犯であるとの結論が出るのである。

この主張について、作為義務の発生根拠は不作為者と被害者との関係から把握する必要があり、そうすると違法性の判断と混同するので、不作為者と被害者との関係は広範囲にわたって法令によって規定され、義務を履行しないと法律を遵守していないことになり、当該不作為は違法になるのである。それゆえ、不作為が構成要件に該当するか否かを検討する際には、日本、ドイツの刑法学説における犯罪論の体系を巡る議論に行きあたるのである。しかも、不作為者と被害者との関係から作為義務の内容を検討する方法のその目的は、既存の社会の諸関係を維持、保護する点にあり、このような関係は、社会倫理上、社会の期待あるいは互いにこのような期待を持っているという一般的な規則のもとでたてられたのである。したがって、このような基礎のもとで作為義務の実質的根拠を探求することは、作為義務の発生根拠である法令、契約、先行行為などの通説と同様に、最終的には現行の不作為犯論の中で存在している問題が解決できなくなるのである。現在、学説上の作為義務に関する議論の基礎には、一般的に、不作為と結果の関係から作為義務の実質的根拠を研究しようとしている傾向がみてとれる。その理由は、被害者が不作為者に対して依存関係があったことを前提に、このような依存関係は被害者の利益の侵害およびその危険性に対する排除の上に存在するのであって、このような関係に基づいて保護、発展させられたからである。黎宏教授は、ある不作為犯の中で作為と不作為が同等な社会危害性を持っていると認めているのは、その不作為が被害者あるいは被害利益の間に特別な関係を持っているからであり、社会通念上、被害者、被害利益の生存あるいはその維持が全部不作為者の行為に依存しているからであるとしている。¹⁶³

犯罪構成要素である犯罪の主体からみると、中国刑法上の真正不作為犯の大多数は真正

¹⁶² 毛乃纯「身份犯与不作为犯的比较」(郑州大学学报, 2009年 第42卷第5期) 76頁。

¹⁶³ 黎宏『不作为犯研究』(武汉大学出版社, 1997年版) 161-162頁。

身分犯であるが、その一部は身分犯であるというより、特殊主体で構成される犯罪である。¹⁶⁴したがって陳興良教授は先行行為に基づく不作為犯における主体は非身分犯であると主張している。¹⁶⁵

不作為犯の成立要件を検討する際に、中国刑法解釈によると、特定の作為義務を持つ者が不作為犯の主体になり、その作為義務の発生根拠については三分説、四分説、五分説に分けられている。三分説には、(1) 法律上明確に規定されている義務、(2) 職務上あるいは業務上要求された義務、(3) 行為者の先行行為によって生じた義務がある。四分説には、(1) 法律上明確に規定されている義務、(2) 職務上あるいは業務上要求された義務、(3) 法律行為によって生じた義務、(4) 行為者の先行行為によって生じた義務がある。五分説には、(1) 法律上明確に規定されている義務、(2) 職務上あるいは業務上要求された義務、(3) 行為者の先行行為によって生じた義務、(4) 自ら引き受けたある特定の義務、(5) 公共秩序と社会公德から履行を要求された特定の義務がある。¹⁶⁶この中で、四分説が中国刑法の学説上の通説である。

ここでは主に通説である四分説に立脚して論ずることとする。(1) の法律上明確に規定されている義務とは、法律、法規によって規定された、刑法が認めたあるいは要求した作為義務である。侵害された法益に応じて、この義務はさらに、特定の主体に対して設定された義務と不特定の主体に対して設定された義務とに分類される。前者は、法定義務を課すことによって、特定主体が必ずこの義務を履行して、危害な結果の発生を防止することを義務付けているものである。もし履行しなければ危険な結果が発生するのである。例えば、刑法 201 条脱税罪における犯罪主体は「納税人」であり、法律はこの者に対して納税すべき法的義務を課し、例えば、納税人がその義務を履行しなかった場合、脱税罪が構成されるとするのである。このような状況下で、作為義務と刑法上の身分とは、同一の概念に基づく異なる表現であると理解されている。このような意味で、特定の行為主体は「保障人」身分を持っており、「保障人」としての責任に背いて犯罪を構成した場合には、身分犯としてみなすことができるとされる。(2) 職務上あるいは業務上要求された義務とは、刑法が行為者の職務身分あるいは業務身分に対して規定した、あるいは、認めた作為義務である。例えば、当直である医者には患者を救助する義務があり、当直である消防員には消火する義務があり、プールでの救助員には溺れている人を救助する義務があるとされる。このような義務は、行為者が従事している仕事、担任している職務を前提とし、当該法人、行業の主管部門あるいは業務部門を通じた職責規則、条例などの形式からさらに加えて規定されたものであり、刑法上認められたものである。このような意味で、ある職業に従事している、ある職務を担当している者は「保障人」の身分を持っており、必ず自己の義務を履行しなければならない。その理由は、職責範囲内で社会を危害する結果発生の回避・防止を保障しなければならないからである。それゆえ、このような作為義務を履行しなかったことに基づいて不作為犯が構成された場合、一種の身分犯としてみなされるのである。

¹⁶⁴ 孫春雨『我国刑法中不作为犯罪理论与实务』（中国人民公安大学出版社，2012年）41頁。

¹⁶⁵ 陳興良『刑法哲学』修訂第2版（中国政法大学出版社，2000年）289頁，楊興培「论不作为犯罪义务来源的法律属性」（政治与法律，2014年第6期）108頁。

¹⁶⁶ 马克昌・前掲注 131) 170-172 頁。

(3) 法律行為によって生じた義務とは、法律上一定の権利と義務を生じさせる行為を根拠として認められる義務を指している。司法実務の中で主として問題となるのが契約義務である。平等な主体の意思が自由な状況下で、各権利義務関係は協議を成立させ、この協議が効力を発することにより、両方の当事者間には事実上の権利義務関係が形成されるのである。しかも、このような権利義務関係は法律上の影響を受けるのである。この意味で、契約両者の協議により、契約履行義務の「保障」に基づいてその義務を履行することを相手に約束し、そこから「保障人」的地位を有することになるのである。例えば、契約者が契約義務を履行しなかった場合、両者における法的権利が侵害され、犯罪の構成要件を満たしているので、一種の身分犯としてみなすことができるのである。(4) 先行行為によって生じた義務とは、行為者一定の行為を実施したことによって、法律上保護されている権利が危険な状態に置かれ、それによって生じた危険な結果発生を防止すべき義務である。例えば、ある人が隣人の子供を連れてプールに行った場合、子供を安全に家まで連れていく義務がある。それゆえ、先行行為の存在は不作為犯における作為義務の発生根拠になり、その法理上の根拠は、法益侵害を防止するために設計された保護規範を妨げた者は、それによって惹起された危険が構成要件上の結果へと現実化することを注意しなければならぬという点に求められる。したがって、先行行為によって生じた義務からなる不作為犯は、刑法上の身分を持っている身分犯であるかについて争いがある。これに対して、先行行為は一定の事実的要素が作為義務の発生根拠になるが、刑法上の身分は人の特定関係、資格あるいは地位であり、既に身分を持っている人は保護されている社会関係の間で密接な関係を持っているのである。それゆえ、両者は完全に異なる概念であるとの指摘がある。例えば、先行行為によって生じた行為者と被害者との間の関係を刑法上の身分であるとしたら、刑法上の身分の範囲をあまりにも拡大することになり、ゆえに、先行行為によって生じた作為義務から構成した不作為犯と身分犯とは完全に異なるものであるとする見解もある。

167

さらに、身分犯と不作為犯の区別は、身分犯の身分は保護される社会関係の緊密性と同様にまた社会関係が侵害される立場それ自体から把握されてきたものであるとの見方がある。つまり身分犯の身分は危害となる事実が発生した後、罪の認定と量刑が考慮されるのであり、不作為犯では、不作為者は保護される社会関係の緊密性と維持されている社会関係の側面から把握されてきたものであるとされる。言い換えると、不作為者が具体的に結果発生の流れを把握し、不作為者は具体的に、現実的に結果発生の結果の流れを支配していると主張されるのである。¹⁶⁸また、両者には一定の関係があるが、区別も存在する。身分犯における身分は一定の人的状況、資格であり、このように身分を限定する要素は作為義務を限定する要素には直接にはならない。不作為犯では、作為義務の発生根拠は様々であるが、一定の地位あるいは資格を持っている人に限られないで作為義務者になれるのであるとされる。¹⁶⁹また、不作為犯の義務は、特定の個人に対するものであり、さらに特定の身分を持っている人の義務である。さらに、不作為犯の義務は、特定の条件のもとで

¹⁶⁷ 毛乃純・前掲注 161) 77-78 頁。

¹⁶⁸ 黎宏『刑法总论问题思考』(中国人民大学出版社, 2007 年)。

¹⁶⁹ 杜国强『身份犯研究』(武汉大学出版社, 2005 年) 21-22 頁。

生じ、その条件の変化にしたがって義務も変わるのである。¹⁷⁰

第3節 日本における不作為犯と身分犯との関係

1. 保障人的地位

保障人的地位とは保障人説に由来する概念で、ドイツの刑法学者であるナーグラ（Nagler）がその始唱者とされる。この説が提唱された理由は、不真正不作為犯における作為義務の体系的地位の問題に直面して、作為義務違反は違法性の問題であるとする見解と、構成要件該当性の問題であるとする見解との対立問題を解決するためであった。また、作為と不作為との同視可能性の根拠を刑法各則の規定の中に求め、ドイツ刑法 221 条の遺棄罪¹⁷¹などの作為と不作為を並列する規定から、刑法は結果が発生しないように保障する者に対して不作為の責任を認めているとして、これをその他の結果犯にも一般化したのである。このように結果の不発生を保障すべき場合の不作為が、不作為犯の「実行行為」として、作為犯のそれと同視されるとする。そして同時に、この「保障人」概念を通じて、「緊密な生活共同体」のような一定の倫理的義務が刑法的義務に取り込まれたのである。¹⁷²

現在日本の学説上の通説は、保障人説つまり一定の不作為が作為と構成要件的に同視されるためには、不作為者と被害法益との特別な関係から、結果の発生の防止を保障すべき地位にある保障人が、保障人義務に反して作為しなかったことを要するとして、このような保障人の不作為が構成要件に該当するものであると主張している。¹⁷³言い換えると、構成要件に該当する結果の発生を阻止するために必要な作為を行う義務のある者の不作為だけが構成要件に該当するのである。通説は、このような作為義務の基礎となる地位を保障人的地位と呼んで構成要件要素に位置付けている。¹⁷⁴

2. 保障人的地位（保障人義務）の発生根拠

作為と不作為が等価値であるためには、保障人的地位が求められるべきであるとされる。いわゆる、保障人的地位にあるというのは、社会生活上その者に当該法益の保護が具体的に依存していることを意味し、このような立場にあることをいう。逆にいえば、当該法益の保護が具体的に依存しているか否かは、確実に保護することが可能で、かつ、それをすべき立場にいる者、すなわち、作為義務を負うべき者の身分によって左右されるといえよう。

¹⁷⁰ 高銘暄『刑法学原理』第一卷（中国人民大学出版社，1993年）539頁。

¹⁷¹ ドイツ刑法 221 条は、単純遺棄と保護者の不保護とを並列して、いずれにも三月以上五年以下の自由刑を課している。したがって、作為たる遺棄と不作為たる保護者の不保護とが、刑法典において同視されていると言いうるのである。しかし、日本刑法 217 条の遺棄罪は単純遺棄と保護者の不保護とを同視していないので、このような論法は、そのまま使えない。中国刑法 261 条の遺棄罪も日本刑法における遺棄罪と同様に、単純遺棄と保護者の不保護とを同視していない。

¹⁷² 松宮孝明「不真正不作為犯について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第1巻』（成文堂 1998年）165頁参照。

¹⁷³ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注 24) 57頁。

¹⁷⁴ 佐伯仁志・前掲注 51) 56頁。

そのような地位にある者の負うべき作為義務の発生根拠に関する要素は次のとおりである。

(1) 従来の学説（形式的根拠）

これによれば、法令に基づく義務、例えば、夫婦の扶助義務(民 752 条)、親権者の子に対する監護義務(民 820 条)などがまずもって重視される。

その他にも、契約・事務管理等の法律行為によって発生する場合、例えば、契約によって幼児の養育を引き受けた場合、事務管理によって病人を自宅に引き取った場合などもまた、作為義務を認めうるとされる。

さらに、慣習・条理、例えば、①先行行為に基づく防止義務、②管理者の防止義務である。物の管理者は、自己の責に基づくか否かにかかわらず、自己の管理する物から他人の法益を侵害する危険性が生じた場合には、その危険を除去する義務を負う。③信義誠実の原則上認められる義務、例えば、信義誠実の原則に基づいて一定の事項の告知義務を負う者は、相手方がこれを知らないために錯誤に陥り財産上の損害を被る場合には、相手方にこれを告知し結果発生を防止すべき義務を負うものとされる。④慣習上認められる保護義務として、例えば、同居者、同行者等、他の同居者等が病気になったり重傷を負ったりした場合には、これらの者を救助、保護し、死亡等の結果の発生を防止すべき義務も想定されうる。

従来の学説に対する批判として、法令については、民法上や行政法上の義務の根拠、あるいは特別法上の処罰の根拠にはなっても、刑法上の義務までもが認められ、犯罪を成立させる理由にはならないと論じられている。契約については、その射程が狭すぎで不十分であるという指摘がある。条理は包括的で無限定であるとの批判がある。

上述の批判に対して、形式的三分説の支持者である高山佳奈子は、作為義務は法的な義務であることを前提として、条理は根拠として認めるべきではなく、「契約」「事務管理」も、民法に規定されているという点では広い意味での「法令」に含めてもよいとすれば、作為義務の統一的な発生根拠は「法規範」に限られるべきことになると指摘している。

(2) 先行行為説

不作為者の故意、過失に基づく先行行為によって保障的地位を基礎づけようとする見解である。¹⁷⁵不真正不作為犯が成立するためには、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自ら設定していることが必要であり、かつ、それがあれば十分であるとしている。¹⁷⁶このような先行行為説は、不作為の因果力の問題に焦点をあて、立法提案を意図して提唱されたものである。¹⁷⁷その意味で、不真正不作為犯の実質的根拠ないし処罰範囲の明確化を企図して具体的事情に着目した諸見解とは一線を画するものであるとされる。この説に対しては、①先行行為のみで保障人的地位を基礎付けようとする、不真正不作為犯の成立範囲が一方で拡がりすぎ、他方で狭くなりすぎると考えられること、および、②事前に先行行為があることによって事後の不作為と作為が存在構造上同

¹⁷⁵ 日高義博・前掲注 25) 154 頁以下。

¹⁷⁶ 平山幹子「保障人的地位について」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良『理論刑法学の探究⑤』(成文堂, 2012 年) 160 頁。

¹⁷⁷ 日高義博・前掲注 25) 157 頁。

じになるというのは論理的でないことが問題であると指摘されている。¹⁷⁸

(3) 社会的期待説

行為者と法益主体あるいは危険源との特別な社会的関係から、法益の保護が行為者の行為に強く依存し、その保護が社会的に強く期待されている場合に保障人的地位を認める見解である。¹⁷⁹この見解によれば、法益の依存性が、実際に行行為者が保護を行っている関係としてではなく、社会的期待の有無によって判断される。本説の意義は、社会的期待に着目することによって、先行行為説に依拠した場合に生ずる処罰範囲の過不足を解消しようとした点に見い出される。しかし、本説に対しては、作為義務のメルクマールを不作為と被害者との関係において把握する試みは、「最終的には社会倫理あるいは信頼関係のような評価を含む一般的、概括的条項に基礎を置かざるをえない」点で、「不作為犯の問題に倫理が大幅に混入する危険を招き、不作為犯の成立範囲を極めて不明確にすることになる」との批判が向けられた。¹⁸⁰

(4) 排他的支配説

排他的支配説は、簡単にいえば、不作為者が結果との間の因果の流れを掌中に掌握していることに保障人的地位の発生根拠を求める見解である。すなわち、不真正不作為犯における作為義務を認めるための基準として、法益に対する「排他的」支配を要求する見解で、他に正犯が存在する場合には重ねて別の正犯が成立することはないという考えにつながるものである。例えば、幼児がプールで溺れそうになっているのを大勢の人が眺めており、そのうちの一人が親であった場合を例に挙げる。ここでもすべての者について、「助ければ助かる」という意味での条件関係がある。「排他性」は1つの結果について正犯性を1個に限定すべきであるという考慮が働いているが、「排他性」を作為義務の要件とすることは適切ではない。なぜなら、排他的支配を作為義務に位置づけた場合には、周りの人がいるという一点のみによって、作為義務、したがって犯罪の成立が否定されてしまうためであるとされる。¹⁸¹

因果関係は、期待された行為を行っていれば、結果は発生しなかったであろう、という判断を重視するものである。実際に相当因果関係説が問題としているのは、はじめと終わりではなく、中の部分であり、途中経過が相当かどうかである。このような因果の流れを排他的に支配することが重要となるのである。

例えば、浜口暗殺事件では、暗殺者の襲撃を受けた被害者が一旦ほぼ回復に至ってから、放線菌という珍しい菌に感染して死亡した。これも、単に「暗殺者に襲われた以上、死ぬのは相当である。」として片付けられるのではなく、途中経過が異常であるために相当因果関係がないものと考えられている。そうすると、第三者の暴行のように経過が異常な場合にこの事例と異なる結論を導くには、「因果経過が相当か」という以外に、「寄与度」など

¹⁷⁸ 平山幹子・前掲注175) 163頁。

¹⁷⁹ 木村亀二「不作為犯における作為義務」『刑法解釈の諸問題第1巻』(有斐閣, 1939年) 248頁以下。

¹⁸⁰ 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』(成文堂, 1996年) 101頁。

¹⁸¹ 高山佳奈子「相当因果関係」山口厚『クローズアップ刑法総論』(成文堂, 2003年) 19頁以下。

の別の考慮を入れなければならない。そこで相当因果関係説は破綻している、といわれている。

また、被害者が溺死するまで3名がその場で傍観していた場合はどうなるか。ここでは、被害者が救助される可能性が、時間の経過とともに減少していき、最後にゼロになっている。「誰かが助ければ助かる」ことは前の例と同じであるが、3名が対等な立場にあるため、3者間に共犯関係を認めることができなければ、ありうる解決は、誰にも正犯性を肯定しないか、または、3人全員に正犯性を肯定して同時犯とするかのいずれかしかない。

したがって、作為義務を基礎づけるとされている要素のうち、「排他的支配」性は、独自の犯罪成立要件ではなく、従来これが担わされてきた内容は、規範関係、相当因果関係、および正犯性の判断の中に解消されるべきである。「排他的支配」は、「それがあつた場合には常に因果関係の相当性が認められる」という点でのみ意義を有する。

高山佳奈子は、排他的支配説は単なる相当因果関係説を肯定し得る場合の1つであつて、すべてではないという主張をなしているが、中国においては、排他的支配説は作為義務を負うべき責任主体の認定における問題として解決できるように思われる。

このように、保障人的地位の実質的根拠づけを巡る日本の議論では、明確性の観点から、できるだけ具体的事情に着目して不作為犯の処罰範囲を画する試みが主流となっている。ここで、考慮される具体的事情とは、作為による結果惹起との等価値性を担保すべき事情であり、それを「結果へと向かう因果の流れを掌中に収めていたこと、すなわち、因果経過を具体的・現実的に支配していたこと」と解して保障人的地位の発生根拠に据えるのである。¹⁸²

不作為犯において誰にも作為義務が認められない場合が続出し、法益保護が図れなくなる。そのような帰結を避けるには、誰かが法益を保護する義務を負うことが望ましく、そのための「主体の選別」という発想が必要になってこよう。したがって次は、刑法上の身分犯について述べることにする。

2. 刑法上の身分

身分とは、元来「社会関係を構成する人間の地位の上下の序列」を意味するが、広辞苑によると「身の上、境遇」を指す場合もあるとされる。身分の語義を考える場合、その本質的要素として、「社会生活上の地位」が挙げられよう。すなわち、身分を狭義に解した場合には、社会生活における一定の「役割」に対応する位置としての地位を意味することになるのである。その役割がいかなるものであるかということが、身分概念の解釈にあつてその広狭に差をもたらす。つまり、行為者の「境遇」としての単なる「状態」まで含みうるかどうか、ということにかかわってくるのである。¹⁸³

刑法上の身分について、日本の刑法典には、身分の定義を定めた一般的規定がない。ただ、刑法65条において、「身分犯の共犯」として規定がある。65条は、「身分」の概念に

¹⁸² 平山幹子・前掲注175) 167-168頁。

¹⁸³ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀『大コンメンタール刑法第二版』第5巻〔第60条～第72条〕(青林書院、1999年) 616頁。

ついて何ら触れてはいない。それゆえ、身分概念自体を解釈によって確定する必要があると思われる。

身分の一般的定義について、まず判例は、大審院時代から一貫してこれを広くとらえてきた。¹⁸⁴すなわち、「刑法65条にいわゆる身分は、男女の性別、内外国人の別、親族の関係、公務員たる資格のような関係のみに限らず、すべて一定の犯罪行為に関する犯人の人的関係である特殊の地位又は状態」をいうとする。このような見地から、麻薬輸入罪における「営利の目的」も身分にあたとされている。¹⁸⁵このように、身分の意義を「地位または状態」まで含めて広く解するのは、身分犯の法的性質の理解として、これを義務犯ではなく法益侵害犯として把握するからであるとされ、また、実質的には、目的犯に加担した目的のない者を軽い法定刑で処断するにつき65条2項という明文に根拠を求めることができるからである。しかし、これに対して、「営利の目的」のような、犯人の一時的な心理状態を65条の「身分」に含めるべきでないとの批判もなされている。¹⁸⁶その理由として、およそ身分には継続性が必要であり、単なる主観的意図や目的を「身分」概念に取り込むならば、各種偽造罪（148条以下）でいう「行使の目的」はもちろん、故意や過失までが身分となりかねないからであるとされる。¹⁸⁷実際、大審院の時代に営利目的等拐取罪（225条）について、同条の「営利」目的は、刑法上の身分でないと言明した判例もあった。¹⁸⁸

通説の身分概念も、上述した判例の理解と立場を同じくしているものといえる。「このような身分の包括的定義に関して、「身分」を正確に定義することはなかなか困難だが、実例について考えれば身分かどうかを決めることはそれほど困難でなく」、「一身に具わる資格、地位、性質、他人に対する関係などを考えればよい」とされ、判例の定義を「周到な定義」として評価する見方がある。¹⁸⁹

したがって、刑法における身分とは、特定の犯罪の主体となるのに必要とされる特殊な地位または状態をいう。

行為の主体にかかる身分が要求される犯罪を身分犯（Sonderdelikt）と呼ぶ。例として、強姦罪における男性（女性を姦淫し得るのは男性のみ）、墮胎罪における女性（妊娠し得るのは女性のみ）、収賄罪における公務員（公務員という地位を有することが構成要件）などが挙げられる。

すなわち、犯人が犯罪行為との関係で他の一般人が有しない特殊の地位または状態にある場合のその地位や状態を身分というのである。（男女の別も「身分」とされていることから理解されるとおり、「特殊」といっても「そのような地位または状態を有しない人が相当多い」という程度の意味にすぎず、希少な地位または状態に限るわけではない。）

¹⁸⁴ 最判昭和27年9月19日刑集6巻8号1083頁、大判明治44年3月16日刑録17輯405頁。

¹⁸⁵ 最判昭和42年3月7日刑集21巻2号417頁。

¹⁸⁶ 大塚仁『刑法概説総論』[第四版]（有斐閣、2008年）329頁（注2）、福田平『全訂刑法総論』[第五版]（有斐閣、2011年）292頁（注1）、川端博『刑法総論講義』[第三版]（成文堂、2013年）609頁などがある。

¹⁸⁷ 佐久間修「共犯の錯誤と身分犯の意義（その2）-共犯における連帯性と個別性」警察学論集第68巻第4号（2015年）147頁（注22）。

¹⁸⁸ 大判大正14・1・28刑集4巻14頁。

¹⁸⁹ 小野慶二「共犯と身分」刑事法講座第3巻（有斐閣、1952年）492頁。

なお、ドイツの刑法学者クラウス・ロクシンは、身分犯にかえて、「義務犯 (Pflichtdelikt)」という概念を用いるべきであると主張しているが、日本ではいまだこの概念に対して消極的な姿勢がとられている。

身分犯は、真正身分犯 (echtes Sonderdelikt) (構成的身分犯) と不真正身分犯 (unechtes Sonderdelikt) (加減的身分犯) とに分類される。犯人の身分によって構成すべき犯罪類型 (刑法65条1項)、すなわち、犯人が一定の身分を有することが構成要件となっている犯罪類型を真正身分犯という。真正身分犯には、例えば、刑法177条強姦罪における男性、刑法247条背任罪における「他人のためにその事務を処理する者」、刑法252条横領罪における他人の物の占有者、刑法156条虚偽公文書作成罪における「公務員」、刑法169条偽証罪における「法律により宣誓した証人」などがある。

これに対して、身分によって特に刑の軽重があるとき (刑法65条2項)、すなわち、犯人が一定の身分を有することで法定刑が加重され又は減輕されている犯罪類型を、不真正身分犯という。不真正身分犯には、例えば、刑法214条業務上墮胎罪における「医師、助産師、薬剤師又は医薬品販売業者」、刑法218条前段保護責任者遺棄罪における「老年者、幼年者、身体障害者又は病者を保護する責任のある者」、刑法253条業務上横領罪における「業務上の他人の物の占有者」、刑法186条1項常習賭博罪の常習者、(犯人が常習者であることで通常の賭博罪よりも法定刑が加重されている)、刑法101条看守者等による逃走援助罪における「法令により拘禁された者を看守し又は護送する者」、刑法194条特別公務員職権濫用罪における「裁判、検察もしくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者」、刑法195条特別公務員暴行陵虐罪における「裁判、検察もしくは警察の職務を行う者又はこれらの職務を補助する者」がある。これらの刑法上身分犯について明確に規定されているのは、刑法65条の身分犯の共犯についての規定である。その規定は、(1) 犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加功したときは、身分のない者であっても、共犯とする。(2) 身分によって特に刑の軽重があるときは、身分のない者には通常の刑を科する。1項は、犯人の身分によって構成すべき犯罪行為に加わった者について、身分のない者であっても、身分のある者と同様に、共犯として処罰するということを定め、2項は、身分によって特に刑の軽重がある場合には、身分のない者について、身分のある者とは異なり、通常の刑を科することを定めたものである。

しかし、刑法65条に規定されている身分という概念そのものに対しては、以下のような意見もある。例えば、「助産婦が助産師へとその名称を変更していても、その主体が女性の枠を超えることがなかったのは、まさしく性別に直接的な意味があるのではなく、『刑罰法規以外』の事由によって規制されている。そのことに依存しての結果であるにほかならない。また、そうした事由に制約される範囲で、身分犯としての行為主体となりうるだけのことである。換言すれば、身分と身分犯とが等記号で結びつけうるとする発想自体が放棄されなければならない。身分は公分母とはなりえても、分子とはなりえない事実を看過してはならないのである。ということは、…身分の具備が当然に身分犯の構成に奉仕しうるものではないことの証明ともなってくる。…身分犯が65条との関連で議論されるのは

わかるが、本来的に言って身分犯とは、同条とは別個の基準の設定をまって決定されるべきものであって、65条適用の要否に対応して決定されるべき課題ではないはずである」。¹⁹⁰

3. 義務犯説における身分概念

義務犯説における身分とは、当該身分者の、いわゆる義務者的地位である。¹⁹¹判例・通説上、真正・不真正といった分類上の差異を除けば、65条1項および2項に規定された「身分」という概念そのものについては同義に解されているが、これに対しては次のような反対説がある。すなわち、65条1項の身分は「社会的・法律的等の人的関係において特定の義務を負担するところの地位または資格を有し、単なる犯罪の常習性や目的犯における目的のような行為者の永続的または一時的な心理状態を含まない」が、同条2項の身分は「刑の加重・減輕の原因たる地位・資格・状態であればいい。その意味において、判例によって定義された身分の概念は、第2項の意味における『身分』を意味するにすぎない」とする見解（義務犯説）が主張されているのである。身分概念をめぐるこの対立は、真正身分犯を「義務犯として把握するか、法益侵害説侵害犯としてとらえるか、という身分犯の法的性質の理解に関する争いにほかならない。すなわち、義務犯説は、一定の身分から生ずる「義務」に違反する行為を処罰するのが真正身分犯であると解し、1項の身分概念を厳格に把握する。高橋則夫は、1項および2項を通して身分犯を義務犯として把握すべきであるとしている。これに対して判例・通説は、法益侵害に重点をおいて、1項の身分概念をゆるやかに解している。この点、判例・通説によれば、目的犯における目的、強姦罪における男性たることなども、真正身分犯の「身分」に含まれることになる。

平野龍一よれば、義務犯説の立場は、「違法性の実質を『義務違反』だとする。例えば、公務員の収賄だけを処罰し、会社員の収賄を処罰しないのは、公務員は「特に廉潔でなければならない」という特別な義務があり、これに違反したからだということになるであろう。しかし、義務違反が違法性の実質だとすること自体が疑問であるし、一定の身分の者にだけ高い倫理を要求するのは、憲法14条の趣旨にも反するであろう。法益の侵害が違法性の実質だとすると、一定の身分の者についてだけ犯罪が成立するのは、その身分を持った者でなければ、事実上、その法益を侵害することができないからだということになるであろう。

「身分という語は、元来、社会的地位を意味するものであるが、判例・通説のいうように、一定の状態にまで拡張することは必ずしも不可能であるとは言えないであろう。犯罪の本質の捉え方として、一般的に犯罪を『義務違反』として把握するのは、義務思想を強調することとなって妥当でないであろう。犯罪は第一次的に法益侵害としてとらえるべきであるからである。しかし、真正身分犯について『義務犯』性を肯定しても、それは身分犯という『特殊な』犯罪類型についての問題であり、決して犯罪一般を『義務犯』とすることにはならない。したがって、身分犯を『例外的に』義務犯ととらえることは、ただちに『義務思想』を強調するものではなく、真正身分犯の特質に適合する解釈なのである」。

¹⁹⁰ 香川達夫『身分概念と身分犯』（成文堂、2015年）31頁。

¹⁹¹ 佐川友佳子「共犯論と身分犯の共犯-特に義務犯について-」刑法雑誌50巻1号（2010年）19頁。

いわゆる身分とは、社会上の身分、親族上の身分、犯罪上の身分、封建社会の身分に分類されている。保障人的地位にある者の身分というのは、上述した刑法上の身分だけではなく、すべての身分が考慮されうるものと考えられる。このように身分犯の範囲の認定は相当程度困難を伴うものであると思われるが、各事例において、主に、一般人より特別な地位にある人で、法益侵害を犯罪の第一として、被害者側の立場から判断するのが最も妥当だと思われる。例えば、溺れている子供に対しては、父親であるつまり被害者である子供だけの父であるという身分を有していることが考慮されよう。従来の作為義務の形式的根拠である三分説によって、この身分のある者に作為義務を負わせようとしたら、法令上の義務というまでもなく負うべきである。「契約」「事務管理」も、民法に規定されているという点では広い意味での「法令」に含めてもよいとする見解から認めうるのである。ここで、問題となっているのが、条理、慣習に基づく義務である。まず、先行行為に基づく場合、例えば、自分の過失によって引火させた場合、法益を危殆化したという特別な地位にあるから、火を消さなければならないという義務があるのである。管理者の防止義務も、管理者の管理権が及ぶ範囲内で起きることについてはその管理者が結果発生を防止すべきである、という考慮から導かれるものなのである。

この点、義務犯説からみると、不作為犯は作為犯と同様に扱われるためには実行行為性の問題から論ずるのが通常である。それゆえ、身分犯と不作為犯の関係を分析する際に、構成要件上複数の行為が予定されているわけではないが、当該要素が行為者の特性を表しているのか、それとも、行為そのものの態様に関係しているのかが問題となる場合があるが、それが不真正不作為犯における保障人的地位の場合である。単純に、身分犯と不作為犯という概念からみると、身分犯は行為主体に関係があり、不作為犯は作為に対応する行為そのものの態様に関係することが分かる。不真正不作為犯の成立に要求される作為義務に関しては、構成要件的结果が発生しないようにするための法律上の義務を有する者、すなわち、保障人的地位にある者だけが作為義務を負わされるとする保障人説が通説的地位を占めている。これによると、不真正不作為犯は、保障人的地位という身分を有する者についてのみその成立が認められる身分犯であるということになる。¹⁹³しかし、他方、作為義務の有無の判断は、当該不作為が作為と構成要件的に等価値性を有するか否かの問題であり、特別な身分犯を構成するものではないとの見解もある。¹⁹⁴言い換えると、およそ人の行為とは、それが作為であるか不作為であるかを問わず、そのいずれの形式においても犯罪となり得るためには、それぞれに不作為義務あるいは作為義務の存在が前提となってくる。ただ、そこでいう不作為義務あるいは作為義務とは、それらはともに、通常の犯罪をも含めて、およそ犯罪一般の成立にとって必要な、そしてそれを基礎付けるためのものではあっても、そのことからあるいはそれだけで当然のように、身分犯を基礎付けうるこ

¹⁹² 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注182) 627頁。

¹⁹³ 神山敏雄『不作為犯をめぐる共犯論』(成文堂、1994年) 649頁以下、中義勝「不作為犯と共犯-共犯と身分をめぐる一考察-」関西大学法学論集23巻4=5=6号(1974年) 281頁以下などがある。

¹⁹⁴ 十河太朗『身分犯の共犯』(成文堂、2009年) 311頁(注47)。

とはならないとされるのである。¹⁹⁵それゆえ、保障人的地位は、行為主体の属性を表すものではなく実行行為性を基礎付ける要件であるとする趣旨が主張される。¹⁹⁶

第4節 比較法的研究

中国刑法には身分犯に関する定義規定はなく、ただ解釈上、身分概念の理解が問題とされている。中国刑法上における身分とは、犯罪の主体として取り上げているのが一般的であり、主に自然人と刑事責任能力を持っている主体と、行為者が特定の身分を持っている特殊主体とがそこでは含まれている。前者の要件は、犯罪主体のすべてが具備している基本要件であることから、身分犯と不作為犯との関係を論ずる際には、それ以外の特別な要件、すなわち、特定の身分に関して検討を行うのが妥当であると思われる。いわゆる犯罪の特殊主体は、いくつかの犯罪の中で要求され、法律が賦与したいくつかの特定の資格を有する者、例えば、国家公務員、司法公務員、鑑定人などであり、業務上のいくつかの特定の資格を有する医師、薬剤師などである。したがって、中国における不作為犯の作為義務の発生根拠から身分犯と不作為犯の関係を詳しく分析すると、作為義務の発生根拠が異なるに伴い、そこで考慮される行為者の身分に対する要求も異なっていることがわかる。¹⁹⁷それでは、中国の通説である、作為義務の四分説から検討してみる。まず、(1) 法律上規定されている義務とは、言葉のとおり、刑法上だけではなく他の法律に規定されているものも含まれる。例えば、婚姻法20条には「夫婦にはお互いに扶養する義務がある。」と規定されている。これは、刑法上における身分の種類に当てはめると、法定身分、罪の認定身分に該当する。したがって、法律上規定されている義務を負うものには、特定の身分が存在すると言え、身分犯にもなりうるのである。しかし、ある法律上規定されている義務は、特定な人に対するのではなく、社会全体における構成員に対するのであるから、身分犯としてみなすことができない。¹⁹⁸(2) 職務上あるいは業務上要求された義務は、通常、行為者が同時に一定の職務あるいは業務に従事している者の身分を要求している。これに基づく不作為犯は一般的には身分犯となるのである。また、この義務を負っている主体の身分は、主体身分、罪の認定身分に該当するのである。(3) 法律行為によって生じた義務は、法律上一定の権利と義務を引き起こすことができる行為が必要とされる。例えば、契約などである。この契約を通じて、契約双方間の協議は、その契約にしたがって義務を履行するという「保障」という相手に対する承諾になるので、身分犯としてみなすことができるのである。この義務を負っている主体の身分は、罪の認定身分と黙示式の刑法上の身分に該当するのである。(4) 先行行為によって生じた義務は、一定の事実要素を根拠とし

¹⁹⁵ 香川達夫・前掲注189) 34頁。

¹⁹⁶ 十河太朗・前掲注193) 311頁。

¹⁹⁷ 徐留成・前掲注138) 160頁。

¹⁹⁸ 毛乃純・前掲注161) 77頁、徐留成・前掲注138) 160頁。例えば、中国憲法には、中国公民の負うべき、国家統一を維持する義務、国家秘密を保守する義務、国家安全を維持する義務、などが規定されている。このような義務は、社会全体における構成員に対して規定されたものであり、普遍性を持っているので、行為主体に対して限定が加えられていない。それゆえ、身分犯としてみなすことが困難なのである。

て生ずるものであるので、行為者の身分とは関係がないことから、身分犯にもは該当しないものと思われる。

この点、大多数の不作为犯は、身分と関連性を有する犯罪であり、身分犯の一種である。不作为犯の身分としては、自然身分と法定身分の2種類が考えられる。自然身分とは、自然における規律および家庭関係から生じた身分であり、例えば遺棄罪、虐待罪などにおける身分である。法定身分とは、法律の規定によって生じた身分であり、例えば横領賄賂の罪、汚職の罪における身分である。先行行為に基づく不作为犯は身分犯であるか否かについて、准身分犯であるとの見解もある。¹⁹⁹その理由は(1)先行行為者は疑いなく特定の人であり、先行行為を行った者である。(2)先行行為は、先行行為者に対して特定の義務を負わせ、その者を一定の法益の保護者とするのである。(3)先行行為者は先行行為によって生じた犯罪対象との間の特定関係と関連性を有する犯罪を行った者である。このような犯罪行為者と被害者との関係や犯罪対象の関係および犯罪を実行した具体的な状況から見ると、犯罪の主体は特殊性を持っているので、先行行為に基づく不作为犯は身分犯の一種であるとみなされる。私見もこれに与するものである。なぜならば、その先行行為によって、保護されるべき法益が侵害され、危害な結果が招来されたので、先行行為を実行したその時から、行為者(先行行為者)と、被害者との間には特定の関係が生じるからである。この点からも、不真正不作为犯を身分犯とみる余地がなお残されているものと思われる。

さて、日本では、不真正不作为犯における作為義務の主体を保障人といい、保障人的地位を構成要件要素とする立場が通説となっている。

保障人的地位という概念は、周知のようにドイツ刑法学者ナーグラールによって提唱されたものである。日本でも、この概念を探求するために、具体的事情に着目してこの概念を根拠づけようとしたのである。その理由は、刑法上の作為義務は、法的義務でなければならないという観点から、法令あるいは契約といった法義務の形式的根拠に注目する考えに、条理(社会通念)が加えられた点に求められる。なぜなら、法令または契約のみに注目し、例えば、民法上の扶養義務や監護義務、あるいは扶養契約や養育契約がある場合にかぎって、保障人的地位を肯定するとすれば、処罰範囲が限定的すぎる一方で、民法上の義務がなぜ刑法上の作為義務を基礎付けるのかを説明することができなくなってしまうからである。²⁰⁰したがって、形式的三分説以外に、実質的根拠に基づく義務を探求するようになったのである。

上述した義務犯説にしたがうと、保障人的地位にある人は真正身分犯になるのである。言い換えると、作為義務を負う人が真正身分犯になるには、保障人的地位にあることを前提としていることがわかる。

中国刑法における真正身分犯とは、行為者が特殊身分を持っていることを要件としており、このような特殊身分を持たない者は真正身分犯の行為者に該当しえないとしている。言い換えると、刑法上規定されている特殊な身分を必要とする犯罪類型を指しているのである。不真正身分犯とは、特殊身分が罪の認定には影響しないが、量刑には影響する犯罪類型を指している。ここでは、行為者が特殊身分を持っていなくても犯罪は成立するもの

¹⁹⁹ 孫春雨・前掲注163) 32頁。

²⁰⁰ 平山幹子・前掲注175) 159-160頁。

の、このような身分を持っていると刑が加重あるいは減輕されるとしている。

中国刑法における真正身分犯は、日本における身分犯の分類方法にしたがうと、不真正身分犯になる場合もある。例えば、中国刑法 271 条における「会社、企業あるいはその他の法人の従業員」が実施した職務横領罪は真正身分犯であると理解されているが、これに対して、日本の刑法上これに対応する「業務上横領罪」は単純横領罪の不真正身分犯にあたとされる。また、刑法上明確に規定されている不真正身分犯からすると、中国刑法における不真正身分犯には独立な罪名がないのである。しかも、単独の法定刑もなく、相応している非身分犯の規定も同じ条文上に規定されている。逆に、日本刑法の不真正身分犯における罪名と法定刑はすべて独立している。しかも、単一の条文上規定されている。このような差異から、例えば、日本刑法における不真正身分犯を中国刑法上に持ってくると、すべてが真正身分犯になるのである。刑法上明確に規定されている不真正身分犯からみると、中国刑法における不真正身分犯は、すべてが非身分犯を指している。しかし、日本刑法における不真正身分犯のすべてを非身分犯として指しているわけではない。それゆえ、真正身分犯と不真正身分犯において、中国と日本を比較して日本の議論を無理に中国理論に導入するのは誤りである。

したがって、不作為犯における作為義務の発生根拠からみると、不作為犯と身分犯は異なる段階における概念である。しかし、不作為行為者は、あるときは身分者としての性質を持つことがあり、またあるときは両者の間に関係が発生する場合もある。不作為犯における行為者が身分犯における身分を有するとき、そのときの不作為犯は身分犯になるのである。詳しくいうと、このような身分犯における身分は罪の認定身分であり、真正身分犯に該当するのである。また、このような身分犯における身分は量刑身分であり、不真正身分犯に該当するのである。

第 5 節 小括

以上のように、中国では身分犯について、学説上、様々な解釈が示されていることがわかる。また、中国刑法における作為義務を負うものが身分犯であるか否かの問題について、上述の検討から得られた帰結は以下のとおりである。すなわち、法律上明確に規定されている義務、職務上あるいは業務上要求された義務、法律行為によって生じた義務を負っている者は身分犯としてみなすことができるが、ここで問題になるのは先行行為によって生じた義務である、ということである。日本では、主に保障人説に依拠して、不真正不作為犯における犯罪主体を認定している。したがって、日本の作為義務の発生根拠についての理論の研究を通じて、中国、日本とも先行行為によって発生した義務についての身分を検討する際に、法益侵害という点と具体的事情という点から着目しているのがわかる。このような共通点から、中国の不作為犯における先行行為によって生じた義務を負う者も特殊身分を持つようになり、身分犯としてみなすことができるのである。

しかし、ここで注意すべきなのは、中国と日本における犯罪体系論の違いである。周知のように中国刑法における犯罪体系は、今日でも四分説が有力に支持されており、日本刑法における犯罪体系は構成要件該当性、違法性、有責性である。それゆえ、日本における保障人的地位の理論をそのまま中国の不作為犯論の中に導入するのは妥当ではないと思わ

れるが、先行行為者は疑いなく特定の人であり、一定の法益の保護者になり、犯罪の対象との間の先行行為によって生じた特定関係を利用して犯罪を行う者であること、そして、日本における保障人的地位も具体的事情に着目している点から、すなわち、不真正不作為犯の場合、保障人的地位は「誰に対して作為義務を負わせるか」という主体選別の問題とされる点から、²⁰¹身分犯であるとみなす余地は十分考えられるように思われる。しかし、このような見解はそれほど支持を得ているわけではない。その理由は、法律上規定されている身分を要求し、作為義務は法的身分でなければならないとしているからである。

以上のことを前提に、具体的事例を挙げつつ、さらに若干の検討を加えることとする。第1章で挙げた夫婦喧嘩事例において、中国の婚姻法20条には、「夫婦の間には相互扶助義務と扶養義務がある。」と規定されている。これは、積極的身分と罪の認定身分に該当する。それゆえ、夫には刑法上の身分が認められ、保障義務を負うべき人になるのである。タクシー運転手事例においても、タクシー運転手はサービス業に従事している人で、中国刑法上の身分からみると、職業身分に該当するので、身分犯であるといえるのである。したがって、自転車窃盗事例においても、最初は少年の自転車を盗もうとした先行行為によって生じた特殊関係において、事実の因果の流れが自転車の持ち主によって把握され、それによって生じた特殊な関係によって結果が生じたので、殴ったという作為が行われた時点で作為者と被害者との間から、持ち主に特殊身分が生じたといえるだろう。また、第3章で問題となっている欠陥製品に関する回収義務に関する点について、中国刑法上の身分の規定からみると、中国刑法140条から148条における偽劣製品生産販売罪における犯罪主体の身分も職業身分に該当するのである。

近年、中国の刑法学説は、ドイツ、日本の刑法理論の影響を受け、保障人説、実質的根拠における排他的支配説などの理論を導入して、日本の刑法理論と中国の刑法理論を交錯させて研究を行っている傾向が少なからず多少みられてくる。確かに、中国の不作為犯における作為義務の認定には、不十分さが存在している。作為義務は法的義務でなければならないとしながら、司法実務上では道徳上の義務も議論されているのが現実である。中国における先行行為によって生じた義務の解釈上の理解を日本の先行行為説に当てはめてみると、その内容はほぼ同様である。それゆえ、中国においても保障人的地位の概念が必要であると思われる。あるいは立法上「特殊な身分を持っている者の作為（不作為）によって生じた保障義務を負っている者が、その義務を果たさなかったときは、……」というように規定した方が不真正不作為犯の成立要件を十分に見出すことができると思われる。

²⁰¹ 萩野貴史「不真正不作為犯における「特別な要件」の意義—保障人的地位および（狭義の）同価値性の要件について—」刑事法ジャーナル第46号（2015年）18頁。

第5章 不真正不作為犯における主観的要素

第1章から第4章においては、主に不真正不作為犯における客観的要素と、その客観的要素に関する諸問題について述べたが、本章では、不真正不作為犯が作為犯と同等に扱われるために必要な要素の中で、特に主観的要素としての故意について検討を加える。まず、韓国、ならびにドイツにおける不真正不作為犯の主観的要素について若干の検討を加える。それに続いて、不真正不作為犯について立法上の規定がないために主観的要素についてそれほど検討がなされてこなかった中国と日本において、不真正不作為犯における主観的要素が問題となった判例、特に日本の大審院で問題となった放火罪に関する事例の分析を通じて、主観的要素が問題とされた意義について検討し、作為犯と不真正不作為犯における構成要件の故意に関して考察を加え、さらに作為義務における形式的三分説、実質的根拠説の具体的内容に対する行為者の認識について検討する。これによって、不真正不作為犯の故意について、客観的犯罪事実の認識、つまり、作為義務の存在とその内容、および、結果に対する認識・認容が必要であることから、日本では、上述の大審院で問題になった「既発の危険を利用する意思」は、不真正不作為犯における主観的要素を考察する際に必要ではないということを明らかにすることができる。さらに、日本での不真正不作為犯における主観的要素についての検討を通じて、中国刑法14条においても、不真正不作為犯における主観的要素である故意に関して再検討する必要があることを明示する。

第1節 韓国ならびにドイツにおける主観的要素

1. 韓国における不真正不作為犯の主観的要素

故意は構成要件実現の認識と意思である、という故意犯に適用される原則は、不作為犯に対しても適用される。すなわち、不作為犯においても客観的構成要件に関する故意がなければならない。しかし、不作為犯にとっては、実現意思によって行われる積極的な行為がないという点で、故意の内容も作為犯の場合と多少異なることになる。

不真正不作為犯にとっては、構成要件的结果防止の可能性に対する認識が必要である。保障人的地位に対する認識も故意の内容になる。しかし、保障人的地位の根拠になる保障人義務は、故意の対象にはなりえない。なぜなら、保障人的地位は、不真正不作為犯の客観的要素に属しているが、その地位から生じる保障人義務は、違法性の要素にすぎないからである。したがって、保障人義務に対する錯誤は、事実の錯誤ではなく法律の錯誤にすぎないことになる。²⁰²

(1) 故意の認識対象

不真正不作為犯の場合、故意が肯定されるのは、作為犯の場合と同様に、すべての客観的構成要件該当事実を認識している場合である。まず、不作為者は、構成要件的结果が発生することを認識しなければならない。さらに、不作為者は、自身が要求された作為を履行していないこと、作為義務を履行したら結果が防止できたという事実上の可能性があること、作為義務を履行しなければ結果発生に至りうること(不作為犯の刑法上の因果関係)

²⁰² 이재상・前掲注40) 134頁.

だけではなく、その保障人的地位を構成する具体的状況、すなわち、不作為者の不作為による法益侵害の防止を義務づけるような事情についても認識しなければならない。

不作為者がそれらの事実に対して認識できず、単純に認識可能であった場合（認識可能性）には、故意が認められないことになる。しかし、作為犯の場合と同様、不作為者の意識にそのような認識が当然伴っている場合には故意が認められる。

それ以外にも、不真正不作為犯の故意は、自らの不作為が作為と相応である（等価値性）ことの認識も必要としている。作為との等価値性の認識に関しては、等価値性を肯定するような事情およびこのような事情の社会的意味を、行為者が認識していたか否かが重要である。元来、このような要素は規範的構成要件要素に該当するからである。したがって、これに関しては、規範的構成要件要素の意味の認識の場合に要求されるどころの、「素人領域における並行評価」に該当するような認識があれば足りることになるであろう。²⁰³

(2) 不作為の場合における故意の意思的要素

不真正不作為犯の故意の場合、認識的要素の認識の程度に関しては作為犯の場合と異ならないが、意思的要素に関しては問題が生じうる。例えば、心理的葛藤状態にあったり、時間的に切迫した状態にあったり、あるいは状況が急迫していることを認知できなかったがゆえに、それに対応できなかった、あるいは危機状況に対してより遅く対処した者には、故意があるといえるかが問題になりうるのである。

行為者が不作為を行うか要求された作為を履行するかの岐路に立っていたが、結局、要求された作為を履行しなかった場合には、行為者自身が不作為をするという決断をしたといえるだろう。不真正不作為犯の故意の認定にこのような決断的要素が必要であるとすれば、不作為の故意においても意思的要素が必要であり、そのような意思的要素としては、作為犯の場合と同様に、結果発生の認容ないし甘受といった意思があればよい、ということになる。²⁰⁴

韓国では、不真正不作為犯の場合、作為犯の場合と同様に、すべての客観的構成要件についての故意が必要とされる。すなわち、構成要件の結果発生の認識、要求された作為の不履行の認識、作為義務を履行した場合には結果が防止され得るという可能性の認識、自身の保障人的地位を構成する具体的状況の認識が要求される。²⁰⁵違法性の認識は、作為犯においては自らの作為行為が法律上「禁止」されるという認識であるのに対して、不作為にとっては自らの作為行為が法律上「要求」されているという認識であるため、違法性の錯誤は、作為犯の場合には「禁止の錯誤」を内容として、不作為犯の場合には「要求の錯誤」を内容とする。もっとも、結果的には行為者が自らの作為あるいは不作為を法律上「許容」されることとして認識している点では同様である。したがって、双方とも許容構成要

²⁰³ 김성돈・前掲注 49) 532 頁.

²⁰⁴ 김일수/서보학 『刑法各論』 [第 6 版] (박영사, 2004 年) 507 頁.

²⁰⁵ 黄政益「不作為犯としての故意に関する研究—A. Kaufmann 斗 W. Hardwig の見解を中心として—」(研究論集 第十九卷) 56 頁によると、不真正不作為犯にとって、故意の存在の認定は実質的に証明しにくいことである。それゆえ、不作為犯の故意概念は構成要件該当事実の認識とそれの実現意思および違法性の認識まで包含しているとみるのが、故意説の妥当な見解であると書かれている。

件に関する錯誤，違法性の錯誤として第 16 条²⁰⁶の適用を受ける。

2. ドイツにおける不真正不作為犯の主観的要素²⁰⁷—故意の内容と対象—

作為犯に妥当する原則，すなわち故意とは「構成要件を実現する意思と意欲である」という原則は，不作為に関しては，趣旨においてのみ合致する。というのも，ここでは，実現意思から生じた積極的作為は欠けているからである。²⁰⁸

不真正不作為犯においても，作為犯と同様に，過失犯処罰の規定がない限り，故意の不作為だけが可罰である。故意の対象は客観的構成要件要素である。特別の故意形態を要求する構成要件がない限り，未必の故意も十分である。²⁰⁹未必の故意は以下の場合に存在する。すなわち，行為者が結果の発生を甘受し，認識ある過失は，結果の不発生をあてにする場合である。²¹⁰

故意の不作為とは，何もしないままでいるということと可能的作為との間の決意である。故意の対象は，不真正不作為犯の場合には，保障人的地位を根拠づける事情を包含した客観的構成要件を満たすメルクマールのすべてである。²¹¹

一般の主観的不法要素，とりわけ，故意は，すべての客観的構成要件メルクマールに関して必要である。故意は，以下の場合に存在しうる。すなわち，行為者が客観的構成要件該当性を認識しながら（認識要素）無為のままでいる，すなわち，何もしないということを決意する（意思要素）ということがありうる。しかしながら，行為者は，状況を認識しながら，単に何かをするということを決意しない，そういったこともありうる。このような事例において，支配的見解は，故意の根拠については認識で足りるとしている。²¹²

構成要件の故意に属するのは，あらゆる客観的構成要件メルクマールを知りながら，かつ，差し迫った結果の防止が可能であるということ意識しながら，何もしないままでいるという意味である。これは，構成要件の不法結果発生に向けた決意をするというところに不作為故意と作為故意の共通点がある。

行為者が自分の行為能力を知っていながら，不作為の決意を下す場合においても，作為犯におけるのと同様に，認識と意欲を各別に認定することができる。「逆転原理」によれば，不作為犯においては，結果を招来する故意というものに代わり，結果を回避する故意というものが欠如しているところに特徴がある。したがって，不作為犯においても結果「意欲」は不可欠である。

ドイツでは，故意は不作為犯においても作為犯の場合とまったく同様である。不作為も，

²⁰⁶ 韓国刑法 16 条は「自己の行為が法令によって罪にならない行為だと誤認して，その誤認に正当な理由がある場合に限って処罰しない」と規定している。

²⁰⁷ ドイツにおける不真正不作為犯の主観的要素については，主にドイツにおける不真正不作為犯の主観的要素における内容については，主に吉田敏雄・前掲注 44) 110 頁-113 頁を参照している。

²⁰⁸ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil 42. Aufl., 2012, S296.

²⁰⁹ Wessels, Gropp も未必の故意で足りるとしている。

²¹⁰ Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil 3. Aufl., 2005, S433.

²¹¹ Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil 42. Auflage, 2012, S296.

²¹² Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil 3. Aufl., 2005, S433.

「計画の実現」として、意図、確定的故意、未必の故意という3つの現象形態を表しうる
ことが明らかであるからである。したがって、不真正不作為犯の場合には、不作為者は結
果の帰属を基礎づける事情を認識していなければならないことと、不作為者は保障人的地
位とそうした場合の作為犯との比較における当該不作為の相応性を基礎づける事情を認識
していなければならないという要件が挙げられている。²¹³

「保障人の地位」は、客観的構成要件要素であるから、故意の対象に含まれる。保障人
の地位はその構造からして規範的構成要件要素である。そうすると、故意の存在が肯定さ
れるためには、保障人の地位の由来する事情を正しく知見し、これの社会的意味を認識す
るということだけで十分である。

構成要件該当の「結果の発生」も故意の対象である。それゆえ、一方で、救護行為をす
れば結果の発生を避けられる可能性があると考えながら、他方で少なくとも、危険に瀕し
ている者が救護なしには助からないのであろうとの未必の故意があつて初めて保障人は可
罰的になる。

「因果経過」は作為犯においては故意の対象ではない。それと同様に、不真正不作為犯
においても、仮定的因果過程の詳細は故意の対象ではなく、全体的表象で足りる。仮定的
因果過程は全体評価の問題に関わる予測判断だからである。故意の認定のためには、因果
関係があることの「存否判断」だけで十分である。すなわち、要求されている作為を行う
ならば結果の発生を回避できることの認識およびその結果の発生を意欲しているという
ことで十分である。

「命令されている作為」も詳細にわたって具体的に認識している必要はない。不作為犯
者は、結果回避活動ができることを知っているだけでよい、つまり、結果回避可能性自体
のいわゆる「一般的認識」があれば足りる。行為者は、特定の具体的救助行為を認識しな
くとも、救助が一般的に可能であると考えるとき、既に作為命令規範に直面しているから
である。

以上、韓国とドイツにおける不真正不作為犯の成立要件の主観的要素として、両国とも
不真正不作為犯において主観的要素としての故意を必要としており、その故意の内容は不
真正不作為犯における客観的構成要件要素についての認識であるとしていることが明らか
になった。さらに、両国においてその故意の内容について詳しい分析がなされている。一方
で、中国と日本においては、主観的要素は必要であるとしながら、学説上その具体的内容
についてはそれほど論じられていなかった。日本においてはただ、大審院で不作為によ
う放火の場合には「既発の火力・危険を利用する意思」が必要であることについて言及し、
不真正不作為犯の成立要件を制限しようとしたが、大審院以降は、作為義務における形式
的三分説だけではなく、実質的根拠説における作為義務についての議論がなされる一方
で、主観的要素については未必の故意で足りると言及してきたにすぎなかった。作為義務の認
定だけでは不真正不作為犯の成立要件を十分に解決できない中国の現状においても、客
観的要素と主観的要素の両方を検討する必要があると思われる。そこで、日本の大審院にお
ける判例でなぜ「既発の火力・危険を利用する意思」が故意として要求されたのか検討す
る必要があると思われる。以下では、主に日本における不真正不作為犯の主観的要素につ

²¹³ 山中敬一監訳／ロクシン・前掲注43) 松尻誠紀 訳 270頁。

いての検討を行うが、それに先立って、中国の不真正不作為犯の主観的要素における判例と学説を紹介する。

第2節 中国の不真正不作為犯の主観的要素に関する判例と学説

1. 中国の判例

1998年4月3日の午後、被告人甲がトラックで荷物の運送を終えて帰る途中、数日の運転による睡眠不足の状態で十字路を通過するときに、自転車に乗っている乙を轢過して重傷を負わせた。その際、大勢の人が集まっていたため、甲は乙を自車に引き入れた後、傍観している人々に乙を病院に連れていくという合図を送ってその場を去った。しかし、現場を離れてから追いかけてくる人もいないことに気づき、方向を変えて郊外に向かい、意識不明の乙を車から200メートル離れている野原に降ろして、その場を去った。その結果、乙は意識不明な状態で人に発見されなかったため、救助されることなくそのまま死亡してしまった。

この判例は、第一行為においては過失であった行為が、第二行為において故意に変化したという事案であり、中国で不真正不作為犯の主観的要素が問題となった代表的な事例である。まず、中国における不真正不作為犯の故意に関する学説を概観する。

2. 中国における不真正不作為犯の故意

中国刑法上、犯罪の成立要件は客観的要件と主観的要件に大別されるが、この2つの要件をさらに細かく分類すると、客観的要件には、犯罪の客体と犯罪の客観面が、主観的要件には、犯罪の主体と犯罪の主観面が含まれている。したがって、犯罪が成立するには、この4つの要件がすべて充足されなければならない。故意犯として処罰される不真正不作為犯における主観面を論ずる際には、まず、作為犯における犯罪構成要件を検討する必要がある。

客観的要件とは、行為者の犯罪行為およびその行為に関連する行為の外部的、客観的事実を指している。例えば、犯罪行為、犯罪行為によって侵害される客体、結果、時間、場所や方法などが含まれている。²¹⁴

主観的要件とは、行為者の犯罪行為時の心理態度およびそれにかかわる行為の内部的、主観的事実を指している。²¹⁵主観的要件の1つである犯罪の主体には、刑事責任能力、法定年齢、自然人、特定身分、単位（法人）が含まれている。また、犯罪の主観面には、犯罪の故意、過失、犯罪の目的が含まれている。これらは作為犯においても不作為犯においても共通して必要となる事情であるので、不真正不作為犯の主観的要素を検討する際にも、これらの要素を考慮しなければならない。

(1) 作為犯における故意

中国刑法14条1項には、「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせることを知りながら、その結果の発生を希望し、または放任したことにより犯罪を構成したときは、

²¹⁴ 马克昌・前掲注131) 91頁以下。

²¹⁵ 马克昌・前掲注131) 91頁。

故意による犯罪とする。」と規定されている。

14条に対する司法解釈を詳しくみると、本条は故意犯に対する規定である。故意は、犯罪の主観面に関する要件の1つであって、責任の基本形式である。故意には、直接故意と間接故意の2種類がある。直接故意とは、自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせることを知りながら、その結果の発生を希望する心理態度をいう。直接故意には、認識的要素と意思的要素の両者が必要とされる。認識内容によって、直接故意は2つの表現形式に分けられる。1つは、行為者が自己の行為が確実に社会に危害を及ぼす結果を生じさせることを知りながら、その結果の発生を意欲する心理態度である。公式で表示すると「結果発生の確実性+結果発生の意欲」になる。もう1つは、行為者が自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性があることを知りながら、その結果の発生を希望する心理態度である。公式で表示すると「結果発生の可能性+結果発生の意欲」になる。

間接故意とは、自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性があることを知りながら、その結果の発生を放任した心理態度をいう。公式で表示すると「結果発生の可能性+結果発生の放任」になる。間接故意も認識的要素と意思的要素の両者を必要とする。間接故意は、認識面について、行為者が自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせる可能性があることを認識している心理態度としてのみ把握されるところに特徴がある。すなわち、行為者が、自らの犯罪能力、対象に対する状況、凶器、あるいは犯罪の時間、場所、環境などの状況についての認識から、自分の行為が社会に危害を及ぼす結果に対しての蓋然性、可能性は認識したが、確実性までは要求されない。また、意思的側面に関して、間接故意は、行為者が社会に危害を及ぼす結果の発生を放任する心理態度であるところにその特徴がある。「放任」とは、意欲でも積極的な探求ではなく、行為者が自己の行為が特定の犯罪結果を生じさせる可能性があることを知っている状況下で、自ら計画した目的を達成するために、このような行為を実施する決意をし、危害を及ぼす結果を妨げている障害を排除せず、さらに危害を及ぼす結果の発生を阻止しないで、自覚をもってその結果の発生を放任することを指している。²¹⁶

直接故意と間接故意における認識内容と意思内容は異なっている。両者を比較すると、直接故意のほうが、行為者の主観の悪質性がより大きく、それゆえ量刑上もこれを考慮すべきであるとしている。²¹⁷

認識的要素は、犯罪の故意が成立する前提条件となる。客観的事実に対する認識を前提として、意思を通じて行為の方向が確定され、行為の方式と過程が選択され、最終的に行為の結果まで至るものであるからである。²¹⁸ 犯罪行為としての認識は、社会に危害を及ぼす結果に対する明確な認識であることが必要とされる。

他方、意思的要素とは、行為者が自覚して選択した行為を通じて、社会に危害を及ぼす結果を追求し、あるいは意図的に放任することである。社会に危害を及ぼす結果を放任するというのは、行為者が実施した行為によって社会に危害を及ぼす結果を生じさせる、という目的を有しているということの意味する。かりに、このような目的ではなく、行為者

²¹⁶ 高铭暄、马克昌・前掲注77) 66頁、108頁、109頁。

²¹⁷ 『中華人民共和国刑法注釈本』(法律出版社、2011年)9頁。

²¹⁸ 马克昌・前掲注131) 328頁。

が他の目的を追求するのであれば、結果の発生を防止するであろうといえるから、このような目的を有している場合には、社会に危害を及ぼす結果の発生について放任しているといえる。

したがって、不真正不作為犯の故意の場合にも認識的要素と意思的要素が必要であると思われる。以下では、作為犯における故意の検討にしたがって、不真正不作為犯における故意を検討する。

(2) 不真正不作為犯における故意

中国刑法上、不真正不作為犯は、作為と対応して、危険な行為の異なる表現形式として規定されている。すなわち、行為者に一定の行為を実施する特別な法律上の義務があり、その義務の履行が可能であったにもかかわらず、これを履行しなかった場合が、不真正不作為犯である。²¹⁹また、不作為という手段で、通常、作為犯で構成されている犯罪を実行したすべての場合を不真正不作為犯という。²²⁰

不真正不作為犯は、通常、故意の犯罪類型である。それゆえ、不真正不作為犯の成立要件として、故意に対する検討が必要となる。作為犯の場合と同様に、中国刑法 14 条にしたがうと、故意には、認識内容と意思内容が含まれており、その認識内容には、人の行動すべてに対する意思が、客観的事実に対する認識であり、意思内容には、行為者が自覚して選択した行為を通じて、社会に危害を及ぼす結果を追求し、あるいは意図的に放任することが含まれている。つまり、故意犯が成立するには、客観的事実の認識が必要であることがわかる。

不真正不作為犯の成立要件のうち、一番問題となるのは、やはり作為義務の問題であるが、このような作為義務がある者には、その不作為によって惹起された犯罪に対して責任を負わせるべきであるとしている。なぜならば、特別な法律上の義務（作為義務）は、不作為が成立する前提条件であり、さらに、不作為犯の成立要件の中でも、作為義務は、不作為犯における基本的な犯罪事実と構成要件における本質的な特徴を反映しているからである。²²¹また、不作為は、犯罪の客観的要件の 1 つである危害を及ぼす行為として、作為に対応するもう 1 つの表現形式であり、特別な法律上の義務としての作為義務は、客観的構成要件の 1 つであるとともに、主観的要素としても必要となる。すなわち、行為者には作為義務の認識が必要であると思われる。この点、作為義務には、①作為義務を履行することが法律上明確に規定されている義務、②職務あるいは業務上定められた責任から特別な義務の履行が要求されている義務、③行為者の先行行為によって生じた特別な義務、④法律上の行為によって生じた特別な義務があることから、これに対応する 4 つの認識が必要となると思われるが、他方で、これらの認識を要求することで問題が生じうる。

①については、一般的に、刑法以外の法律規定によって、作為義務の履行が要求されている義務がこれにあたる。例えば、中国憲法と婚姻法には、家族の構成員はお互いに扶養する義務があることが定められており、中国刑法 261 条²²²には、行為者が作為義務を怠っ

²¹⁹ 高铭暄, 马克昌・前掲注 77) 66 頁.

²²⁰ 马克昌・前掲注 131) 173 頁.

²²¹ 高铭暄, 马克昌・前掲注 77) 66 頁, 67 頁.

²²² 遺棄罪は、老年者、年少者、病者またはその他の独立の生活の能力を有していない者

て家族の構成員を遺棄した場合には、不作為犯が成立すると定められている。それゆえ、法律上定められている義務に対する認識が必要である。しかし、誰もがこのような法律上の義務についての知識、認識を持っているとは言えないのではないかと、ということが問題となりうる。

②の義務は、職務、あるいは業務上決められた責任から特別な義務の履行が要求されているものであり、行為者の職務の性質と業務上の職務による責任から生じる義務である。例えば、刑法 132 条「鉄道運営安全事故罪」の規定によれば、「鉄道の職員がその規則に違反したことによって、鉄道の安全運営に関わる重大な事故が起きた場合、作為義務が発生する。」としている。つまり、行為者が職務、業務上で関わるすべての内容について認識することが必要である。しかし、中国刑法には、どのような職務、あるいはどのような業務が、義務の履行を要求している不作為犯の根拠になるのか、まだ明確な規定が存在しない。また、司法実務からみると、その義務の範囲が広いと、義務の認定が困難であるのが現状になっている。

③は、行為者の行為が、法律上保護されている特定の利益を危険にさらしたとき、行為者にその危険を防止、あるいは排除するように要求し、そのために必要な一定の行為を行うことを義務付けるものである。つまり、行為者の先行行為によって発生した結果に対する防止が可能であること、あるいは、確実であることについての認識が必要となる。換言すれば、社会に危険を及ぼす結果に対する認識の有無が問題となる。

④は、一定の法律上の行為から生じた特定の積極的な義務を、行為者が履行せず、法律上保護されている社会関係が侵害、あるいは危険にさらされた場合に要求される義務である。例えば、保育士には、子供の面倒を見るだけでなく、意外な傷害の発生を防ぐ義務もある。このような場合には、行為者が、自分の行為が法律上義務づけられている行為であることの認識が必要である。しかし、この法律上義務付けられる行為の内容についても明らかになっていないことから、この場合に行為者が認識すべき内容も不明確であると思われる。

不作為犯においては作為可能性も要件とされるため、不作為者は、特別な義務を履行し得る能力を必ず持っていなければならない。かりに、行為者に特別な義務があるとしても、行為者本人に特別な義務を履行しようとする主観的能力がない場合には、不作為犯は成立しない。行為者が特別な義務を履行しようとする主観的能力の有無が現実の可能性と関連しているからである。

以上のことから、不作為犯の場合には、不作為者が履行すべきであり、かつ、履行し得る義務を実際に履行していないことが必要であるが、²²³その故意として、行為者が客観的事実を認識したことに加え、行為者が自覚して選択した行為（不作為）を通じて、社会に危害を及ぼす結果を追求する、あるいは、意図的に放任する、という意味での意思が要求されることになると言えよう。すなわち、中国刑法 14 条の規定挙げられている「放任」とは、干渉しないで、したいようにさせることであるが、「放任」という元々の意味に鑑みる

に対して扶養の義務を負う者が、扶養を拒否し、情状が悪質であるときは、5 年以下の有期懲役、拘役または管制に処すると規定している。

²²³ 冯军・肖中华・前掲注 14) 216 頁。

と、その意味には「何もしない」つまり、不作為によって社会に危害を及ぼす結果の発生についての心理態度であると解釈できるように思われ、これが故意の意思的要素にあたると考えることができるのである。それゆえ、中国刑法 14 条の「放任」という文言から、不真正不作為犯における故意の内容を導くことが可能であると思われる。

第 3 節 日本の不真正不作為犯の主観的要素に関する判例と学説

1. 日本の判例

(1) 大審院大正 7 年 12 月 18 日判決（刑録 24 輯 1558 頁）

被告人は、養父と喧嘩となり、同人を包丁で切り付け、同人を殺害し、その死体の始末を考えていた。その際、養父が格闘中に投げた燃木尻が住宅内に積んであった藁に飛散して燃え上がり、そのまま放置すると家屋に延焼する危険があることを認識したが、罪跡を隠滅しようと考え、容易に消し止めることができたにもかかわらずこれを放置し家屋および隣接物置を全焼させた。このような事実関係について、本判決は、①消火すべき法律上の義務の存在、②容易に消火しうる可能性、③既発の火力を利用する意思があるとき、本件の不作為は放火行為に該当するとしたのである。²²⁴そして、消火の義務については、物件の占有者または所有者が故意に火を放任することは、民法 717 条の規定の精神に徴しても、秩序の維持をもって任務とする法律上の精神に抵触するとして、火を消し止め公共の危険の発生を防止することは、法律上の義務であるとするものである。

(2) 大審院昭和 13 年 3 月 11 日判決（刑集 17 卷 237 頁）

被告人は、独りで居住していた自己所有の家屋 2 階の神棚に 2 基の灯明を献じたところ、ろうそく立てが不完全であったため、点火されたろうそくの 1 つが多数の木製神符等の方向に傾斜して転落しそうであり、灯火が木製神棚、神符等に燃え移り家屋を焼損することを認識しながら、失火を装って火災保険金を獲得しようとして、ろうそくをそのまま放置して外出した。以上の事実関係につき、本判決も基本的には前記の大審院大正 7 年判決と同じ理論に基づいて、①危険発生の防止の作為義務があること、②防止の措置が可能であり容易であること、③既発の危険を利用する意思があることをあげ、不作為の放火罪が成立するとした。

上述の両事例は、日本において不真正不作為犯の主観的要素が争いになった判例である。日本の判例は、不作為を作為と等価値性とする要素として扱うため、これらの判例においては「既発の火力を利用する意思」ないし「既発の危険を利用する意思」があったことが重要視されている。以下では、このように判例で重要視された主観的要素は、不真正不作為犯と作為との等価値性を論ずる際にどのような影響を与えているのか検討する。

2. 日本における不真正不作為犯の主観的要素

犯罪が成立するために必要な要件は、構成要件該当性、違法性、有責性である。それゆえ、犯罪が成立するには、まず実質的な違法性、有責性の判断に先立って、形式的・類型

²²⁴ 黒田誠＝牧野英一『行為の違法、不作為の違法性』[オンデマンド版]（有斐閣、2008 年）156 頁。

的な構成要件該当性の有無が判断されなければならない。それゆえ、一定の犯罪の成立要件を検討する際には、まず構成要件該当性から検討すべきである。作為犯との等価値性が要求されている不真正不作為犯の成立要件を考察する際には、作為犯と同様に犯罪が成立するのに必要な要件である構成要件該当性、つまり、客観的構成要件と主観的構成要件の検討が必要であるところ、本章では、主に不真正不作為犯における主観的要素について、作為犯における構成要件の故意と対比して検討を加える。

従来の故意論は、作為・不作為を区別せず、両者を統合して単に故意犯という枠内で議論されてきた。不真正不作為犯に関しては、故意が認められるためには、作為義務を基礎づける事実を認識すれば、作為義務があることを認識している必要はないことが指摘されているがゆえに、²²⁵不真正不作為犯における故意の具体的な内容について、日本の学説ではそれほど議論がなされていなかった。ここでは、不真正不作為犯における故意の内容について詳しく検討を加えることにする。それに先立って、作為犯における構成要件の故意について論ずる。

(1) 作為犯における構成要件の故意

犯罪論における故意は、従来の通説的見解によれば、もっぱら責任要素として理解されていた。²²⁶しかし、このような立場からは、構成要件および違法の段階で故意と過失を区別することができないために、過失にも当たらない事態を取り上げざるを得ないという不都合が生じうる。そこで、最近では、故意を違法要素あるいは構成要件要素として理解する立場が有力化している。²²⁷この立場においては、故意は構成要件要素でもあることから、故意は、犯罪の類型化に重大な役割を担うものとして、構成要件の主観的要素であると解すべきであると考えられる。²²⁸この意味での故意が構成要件の故意と呼ばれるものである。しかし、故意は、行為者の反規範的人格態度を積極的に表明するものとして、終局的には責任の要素に属することも否定しがたい。それゆえ、構成要件の故意は、責任要素として責任の段階で検討すべき故意を構成要件において類型化したものである、ということになる。²²⁹こうして、故意は、犯罪の成立を論ずるにあたって、本質的には責任故意として理解されなければならないが、まず、第一に構成要件の故意として捉えられ、次いで、主観的違法要素としての故意として考えられる。²³⁰

構成要件は、違法類型であるとともに、責任類型²³¹でもあるから、構成要件の故意が認められるときは、違法故意の存在だけでなく、責任故意も推定される。不真正不作為犯の場合の故意を論ずる際には、作為犯の場合と同様に、構成要件の故意、主観的違法要素としての故意、責任故意などを検討しなければならないと思われるが、本章では主に犯罪が成立するために必要な要件である構成要件段階での故意についてのみ検討を加えることと

²²⁵ 西田典之・山口厚・佐伯仁志・前掲注 21) 291 頁。

²²⁶ 平野龍一・前掲注 57) 128 頁, 159 頁, 内藤謙・前掲注 57) 220 頁以下。

²²⁷ 大谷實『刑法講義総論』[新版第 2 版] (成文堂, 2007 年) 131 頁。

²²⁸ 中山研一『刑法総論』(成文堂, 1987 年) 242 頁。

²²⁹ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀『大コンメンタール刑法』[第二版] 第 3 卷 [第 38 条～第 42 条] (青林書院, 1999 年) 81 頁。

²³⁰ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注 228) 81 頁以下。

²³¹ 内藤謙『刑法講義総論』(下) I (有斐閣, 1991 年) 893 頁。

する。

作為犯における構成要件の故意とは、行為者が、構成要件該当事実、すなわち実行行為の客観面や構成要件の結果、および、その両者の間の因果関係のほか、行為の主体、客体、状況などを認識・認容している心理状態をいう。行為者は、客観的構成要件にあたる事実を表象していることが必要であり、この表象を欠くときには、行為の構成要件該当性そのものが否定されるのである。²³²すなわち、故意が存在するというためには、客観的構成要件に該当する事実の認識がなければならないとされているのである。²³³故意の犯罪個別化機能という観点からみても、構成要件の故意があるというためには、構成要件該当事実の認識・認容が必要である。それゆえ、各構成要件によって、具体的な故意の内容は異なることになる。

表象とは、行為者が外界の事実を自己の心の中に映し出すこと、すなわち、現在の事実を認識すること、および、将来の事実については、それを予見することである。それゆえ、犯罪事実の表象とは、「犯罪事実の認識」あるいは「罪となるべき事実の認識・予見」と同意義であると理解することができる。構成要件の故意が成立するためには、原則として、犯罪事実、すなわち、犯罪構成要件に該当する客観的事実の全部の表象に加えて、その意味の認識を必要とする。²³⁴

犯罪事実に対する単なる表象があっただけでは、まだ、その犯罪に向かって、故意と呼ばれるのにふさわしい行為者の積極的な人格態度はうかがわれないから、故意の要件としては、事実の表象という認識的要素とともに、これを敢えて行おうとする意思的要素も必要とされるべきである。その意思的要素としては、必ずしも犯罪の実現を意欲し、希望することまでは必要ではなく、犯罪の実現についての認容があれば足りる。²³⁵

また、故意を構成する要素としては、①構成要件該当事実、つまり、犯罪事実を認識すること、②その実現を意欲または認容すること、③違法性の意識、④期待可能性などが考えられる。これは、作為犯における故意概念を構成する要素であると同時に、不作為犯の場合にも必要とされる要素である。不作為犯の場合、この4つの要素の中で問われるのは、①の「犯罪事実の認識」と②の「実現意思（認容）」である。²³⁶不作為犯、特に、不真正不作為犯における故意を検討する際には、構成要件該当事実の認識にはどのような内容が含まれるのか、その実現を意欲または認容することとは一体何を指しているのか、ということが具体的に検討される必要がある。したがって、不真正不作為犯の場合、作為の形態で行われる作為犯における構成要件の故意と不真正不作為犯における故意にはそれぞれいかなるものが含まれているのか、ということについて詳しく検討を加える必要性が生じうる。

(2) 不真正不作為犯における構成要件の故意

不真正不作為犯における構成要件の故意を検討するにあたっては、まず不真正不作為犯の成立要件の客観的要素の1つである作為義務（保障人義務）の認識について考察しなけ

²³² 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注228) 111頁。

²³³ 山中敬一・前掲注90) 162頁。

²³⁴ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注228) 111頁以下。

²³⁵ 団藤重光『刑法綱要』（総論）[第3版]（創文社、1990年）295頁。

²³⁶ 日高義博『不真正不作為犯の理論』[第2版]（慶應通信、1983年）174頁。

ればならない。作為義務の認識を判断する際には、作為義務の体系的な位置づけが問題となる。というのも、作為義務を構成要件該当性段階の問題としてとらえるか、それとも違法性段階の問題としてとらえるかによって、構成要件該当事実の認識の内容も変わってくるからである。また、この問題は、作為義務の存在に関する錯誤を事実の錯誤ととらえるのか違法性の錯誤ととらえるのか、という議論にも影響を与える。

作為義務を違法要素とする違法性説²³⁷は、その理由として、不真正不作為犯の構成要件は作為義務を示していないために、作為義務は構成要件段階では論じられないと考える。一方、作為義務を構成要件要素であるとする保障人説²³⁸は、作為義務を負う者の不作為のみが構成要件に該当するとする。その理由は、作為義務を構成要件段階の問題としてとらえることによって構成要件の違法類型としての性格を維持すべきであり、また作為義務こそが不真正不作為犯の実行行為性を基礎づけると考えるからである。さらに、保障人的地位は構成要件要素であるが、保障人的義務（作為義務）は違法要素であるとするいわゆる二分説²³⁹は、作為義務の錯誤について、保障人的地位を認識しながら、良心・法感情を意識しない者は、故意犯として処罰すべきであると考えられる。

このような作為義務の体系的地位における諸学説からみると、構成要件を一定の範囲で実質化して、違法性推定機能を維持していこうとする立場からは、刑法の体系を構成要件該当性、違法性、有責性の3つに分類する立場に立つと、保障人説が妥当であると思われる。不真正不作為犯の成立要件を論ずる際に、一般的に議論になっているのは、作為と不作為との等価値性を認めるために、その不作為に実行行為性があるか否かが議論の対象になっていることである。その実行行為性の問題を解決するために、従来から議論されてきたのが、作為義務の有無、作為可能性、作為と等価値性で、これらは作為犯の場合の客観的構成要件に該当するものである。したがって不真正不作為犯における主観的要素である故意を考察する際に、まず作為犯における主観的要素を検討すると同様に、構成要件的故意について検討を加えなければならないと思われる。詳しくいえば、構成要件該当事実の認識、つまり、客観的構成要件要素についての認識・認容が必要であることである。

不真正不作為犯の故意の内容について、①作為犯と同様に未必の故意を含むとの説、②既発の危険を利用する場合のほか、結果発生の高度の蓋然性があるにもかかわらず、その発生を認容する場合であるとする説、²⁴⁰③危険の大小、作為義務の内容、作為の可能性の難易などを総合的に考慮し、構成要件上の結果を発生しうる危険な具体的な状況のもとで、いかなる程度か意思の強さが客観的に必要であるかを個別的に判断する説、²⁴¹④現在の危険を利用する意思を要する説がある。²⁴²②ないし④は、不作為と作為とが構成要件的に等価値を要するためには、その主観的要素として現在の危険の利用意思等を必要とする。しかし、現在の危険を他の目的のために利用することが客観的に考えられない場合に、積極

²³⁷ 牧野英一『刑法総論 上巻』（全訂版）（有斐閣、1958年）426頁。

²³⁸ 大塚仁『刑法概説（総論）』〔第3版増補版〕（有斐閣、2005年）146頁、大谷實・前掲注226）147頁、山口厚・前掲注31）79頁以下。

²³⁹ 曾根威彦『刑法総論』〔第3版〕（弘文堂、2000年）227頁。

²⁴⁰ 鈴木義男「不作為による放火」刑法判例研究 III（大学書房、1975年）23頁。

²⁴¹ 莊子邦雄『刑法総論』（現代法律学全集）〔第3版〕（青林書院、1996年）159頁。

²⁴² 藤木英雄『可罰的違法性の理論』（有信堂、1967年）257頁。

的な利用意思がないため常に不真正不作為犯が不成立となるのは不当であると思われる。また、主観的な動機や意思を重視すべきではなく、不作為と作為の等価値は作為義務や保障人的地位の有無の判断をする際に考慮されるべきであるので、上記の②ないし④の説は妥当ではない。不真正不作為犯の故意は、作為犯と同一の内容が要求されるべきであって、作為の場合と同様に未必の故意で足りるものと解するべきであろう。²⁴³

それゆえ、不真正不作為犯の故意としては、作為犯における構成要件該当事実の認識に対応するところの、作為義務の内容に関する認識、作為可能性の認識、そして結果発生の認識・認容が必要であると思われる。

作為義務の認識は作為義務の発生根拠の具体的内容と関連する。形式的三分説に立脚すると、例えば、親権者の子に対する監護義務（民法 820 条）のように、法律上明確に規定されている監護義務がある母親が幼児にミルクを与えなかった結果、餓死した場合には、民法 820 条に親の子に対する監護義務が明確に定められているために、母親が作為によって幼児を救助すべきである、という義務は、社会通念上一般的に認識できるはずである。つまり、母親は、自身が負うべき作為義務の内容について認識しているということが出来る。

他方、例えば、契約によって幼児の養育を引き受けた場合のように、契約・事務管理などの法律行為によって作為義務が発生する場合には、幼児の面倒を見る（監護・扶助など他の表現で）義務があるということは通常認識しうるものの、その面倒を見る（監護・扶助など）の詳しい内容についてどこまで認識しているかが不明確であるため、作為義務に対する錯誤の問題が生じると思われる。条理・慣習に基づいて作為義務が認められる場合には、その社会通念上の道徳上の義務の内容の範囲は幅広くどこまで限定すればよいかははっきりしていないため、その認識範囲はさらに不明確となりうる。このような問題が発生するのは、形式的三分説で作為義務の発生根拠について十分な解決策が模索できなかったからである。形式的三分説にはこのような故意の認識範囲の問題も生じるため、先行行為説、事実上の引き受け説、排他的支配説の論者は、この点について解決しようとする。

先行行為説は、「不作為者の故意・過失によって法益侵害に向かう因果の流れがすでに設定されている場合には、当該不作為による犯罪の遂行と作為による犯罪の遂行とが構成要件的に等価値となる」という説であるから、²⁴⁴故意としては、自らの先行行為によって発生した事実について放置し（不作為）、その結果に対する認識・認容を必要とする。例えば、車で人をひいた場合、行為者は被害者を救助すべき義務を持っているにもかかわらず、そのまま放置すると死ぬかもしれない、あるいは死んでしまうという結果に対する認識・認容が必要である。

事実上の引き受け説は、保護の引き受けがあったときに限って作為義務が生じるという説である。²⁴⁵この説にしたがうと、事実上被害者の保護を被告人が引き受けているという事実の認識が必要になる。

排他的支配説は、結果へ至る因果の流れを自分の掌中に掌握していることに着目するた

²⁴³ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注 24) 64 頁。

²⁴⁴ 日高義博・前掲注 235) 24 頁以下。

²⁴⁵ 西田典之・前掲注 28) 124 頁。

め、被告人が結果へ至る因果の流れをコントロールしている状態下での不作為が実行行為となることから、保障人的地位を基礎づける認識が必要である。

以上のような作為義務の内容に関する認識についての議論は、いずれの見解においても、作為義務を構成要件該当性の問題として位置づけた場合の作為義務の具体的内容についての認識が問題とされている。そうすると、形式的三分説も実質的根拠説も、作為義務を基礎づける事実の認識を必要としていることになる。

次に、作為可能性の認識について検討を加える。この要件は、「法は不可能を要求しない」という原則の現れであり、その意味では、主として行為者の責任を基礎づける要素であると言ってよいのであるが、それが一般の作為犯あるいは真正不作為犯について認められるところほど強い期待を行為者に要求するものではないとすれば、そこに不真正不作為犯の1つの特色を見出すことができるという見解もある。²⁴⁶しかし、作為可能性の認識は、構成要件段階での客観的構成要件要素としてとらえられる限り、責任段階で検討を加える問題ではなく、不真正不作為犯の構成要件の故意の問題として、作為可能性に対する認識を論ずるべきであると思われる。

また、結果発生についての認識も問題となる。これについては、行為者が、自分の不作為が結果に対する直接な原因になること、あるいは可能性があることを知っていればよい。つまり、作為犯における故意の種類からであると、確定的故意だけではなく、不確定的故意の未必の故意だけでも不作為犯が成立すると思われる。

一方、等価値性に対する認識に関しては、保障人的地位にある者だけに保障義務（作為義務）が求められるのであれば、不作為犯における実行行為性は作為義務によって限定できるため、等価値性に対する認識までの必要性はないと思われる。すなわち、作為義務の存在の認識、およびその具体的内容についての認識があれば、作為犯と不作為犯の等価値性は維持されるといえる。

以上のように、日本における不真正不作為犯の成立要件となっている各要素の認識について詳しく検討を加えた。中国刑法14条も日本と同様に故意を必要とすることが求められるため、不真正不作為犯の故意について具体的に分析を加えることは、中国の不真正不作為犯の故意に関する議論にも有用であろう。

第4節 中国ならびに日本の判例の分析と学説の検討

1. 中国、日本の判例の分析

以下では、まず第1節で挙げた判例をさらに詳しく分析する。

重大交通事故罪を認めた中国の判例をみると、これは、当初被告人は過失による先行行為（トラックで被害者を引いた行為＝第一行為）によって被害者に重傷を負わせたが、被害者をトラックに乗せて移動している途中、故意に被害者を野原に降ろして放置した行為（第二行為）によって死亡した事例であり、犯罪が過失から故意へと変化している事例であるといえる。

²⁴⁶ 鈴木義男「不真正不作為犯-主観的要素を中心に」法学セミナー 160号（1969年）36頁。

X 県の人民検察院は、甲を重大交通事故罪²⁴⁷で起訴した。X 県人民法院では、審理の結果、被告人甲を疲労運転違反によって乙に重傷を負わせ、その後乙を近郊まで連れて行き、放置した結果、被害者乙を死亡させた事実が明らかとされたが、甲に何罪が問われるかについて以下の 3 つの意見が主張された。(1) 被告人甲は、被害者を道路から 200 メートル離れている野原に放置し、それによって救助される機会を喪失させ、死亡させた。しかし、甲は自らの罪の発覚を恐れたにすぎず、人を殺す故意はないので、その行為は重大交通事故罪の構成要件に該当するのみであって、刑法 133 条重大交通事故罪の第三番目の状況²⁴⁸により処罰されるべきである。(2) 被告人甲は、自転車に乗っている乙を引き、重傷を負わせたので、乙を病院まで連れて行き救助する義務がある。被告人甲は救助義務の履行が可能であつにもかかわらず、罪責を避けるため、被害者乙が無意識状態であるうちに、日が暮れてあたりが暗くなり、周りに人がいないことを利用し、道路から 200 メートル離れている野原に放置し、病院に連れて行って救助する義務を履行しなかったため、被害者は救助される機会を喪失させ、最終的には死亡した。被告人甲は、自らの行為が被害者を死亡させる可能性があることに予見できたにもかかわらず、危険な結果発生を放任したといえるため、甲の行為は殺人罪の構成要件に該当し、殺人罪として処罰すべきである。(3) 被告人甲の第一行為は過失であり、第二行為は故意であつて、両者を混同することは許されず、それゆえ、それぞれ分けて罪を認定し、併合罪として処罰すべきである。第一行為は、疲労運転違反行為であり、過失によって被害者に重傷を負わせたので、重大交通事故罪を認定すべきである。第二行為は、被害者が死亡に至るまでの危険な結果発生を放任であるので、殺人罪の成立を認め、併合罪として処罰すべきであるとの 3 つの主張がなされた。最終的に人民法院は、第二の意見を採用し、中国刑法 232 条の規定によって、被告人の行為につき殺人罪の成立を認定し、有期懲役 14 年に処し、3 年の政治的権利の剥奪に処した。第一審判決後、被告人は中級人民法院に上告したが、審理の結果、上告は棄却され、原審の判断が維持された。

本件は、実行行為が過失による先行行為から故意による不作為に転換した事例であり、したがって主観面も過失から故意に変わっている。このようなケースは、交通事故に関わる判例の中で多数みられる。このような事例において、特に注意すべきことは、行為者が事故後、自らの先行行為によって惹起された危険な結果に対する心理態度である。事故後の状況によって、以下のように分類して検討する必要がある。

学説および司法実務からみると、事故後、積極的に救助をしたが、元々重傷を負っているため、救助が間に合わなかったなどの理由で、死亡に至る結果が回避できなかった場合には、行為者の主観面をみると、危険な結果の発生を望んでおらず、また放任もしていないので、交通事故罪が肯定されるにすぎないであろう。他方、事故後、法の裁きを恐れて

²⁴⁷ 中国刑法 133 条重大交通事故罪は「交通運輸管理法規に違反し、よって重大な事故を引き起こし、人に重傷害を負わせもしくは人を死亡させ、又は公私の財産に重大な損害生じさせた者は、3 年以下の有期懲役又は拘役に処する。交通事故を引き起こした後、逃走又はその他の特に悪質な情状があるときは、3 年以上 7 年以下の有期懲役に処する。逃走により人を死亡させたときは、7 年以上の有期懲役に処する。」と規定している。

²⁴⁸ 第 3 番目の内容は、「逃走により人を死亡させたときは、7 年以上の有期懲役に処する。」との規定である。

現場から逃げ、救助が遅れ、被害者が死亡した場合には、重大交通罪が認定される。これに対して、事故後、罪責から逃げ、証拠を隠滅するため、故意により被害者を人の目に触れない場所に移動させ、救助の機会を喪失させ、被害者を死亡させた場合、危険な結果発生を放任した、という行為者の心的態度が認められるので、殺人の故意が肯定されうる。なぜなら、殺人行為と交通事故行為という2つの行為は緊密に関係しており、それゆえ加重処罰の原則にしたがって、殺人罪が認定されるからである。当該事案は後者の場合であると判断されている。

もっとも、本件は、過失による先行行為から作為義務が生じた問題ではないと思われる。なぜなら、被害者を野原に降ろして放置した行為（第二行為）によって死亡という結果が生じたので、不作為による殺人罪として認定するためには、行為者の先行行為の後の、罪責から逃げるため、証拠を隠滅するためという心理状態の程度が、死亡という結果に対して影響しているのかが重要であるからである。確かに、その時被告人は、大勢の人が集まっていたため、被害者を車の中に運んで傍観している人々に乙を病院に連れていくという合図を送ってその場を去った。このような行為から、被告人はすでに自分に救助すべき義務があることを認識していることがわかる。また、意識不明な被害者を車から200メートル離れている野原に降ろしたということから、被告人は、被害者が誰にも発見されず、死亡するかもしれないという心理状態にあったといえることができるので、危険な結果発生に対しても認容はあったといえるだろう。それゆえ、被告人には、自らの先行行為によって生じた救助義務という作為義務の存在、およびその内容に対する認識と、結果に対する意思があったと肯定される。そうであるならば、上述した3つの主張の中で、裁判所の採用した第2番目の意見が妥当であり、本件は不作為による殺人罪として処罰すべきであると思われる。

不真正不作為犯における主観的要素が問題で起訴された日本の判例を概観してみると、大審院大正7年12月18日判決（刑録24輯1558頁）は、（1）消火すべき法律上の義務の存在、（2）容易に消火しうる可能性、（3）既発の火力を利用する意思があるとき、本件の不作為は、放火行為に該当するとしている。本判決の特徴は、このような放火罪における不作為を構成要件該当性の問題として、消火すべき法律上の義務の存在、つまり作為義務の根拠を法律上の精神に求めたこと、ならびに、「既発の火力を利用する意思」を不作為を作為と等価値とする要素として扱っていることである。被告人がこの住宅の所有者、占有者としての管理的地位にあったことは、当然重視されているが、その他、被告人と争闘中の養父の投げた燃木からの引火であるので、間接的な先行行為があることも考慮されていると言えよう。しかし、被告人は、自己の所有・占有する住宅において内庭の藁が燃え上がり、養父は死亡して他に誰もおらず、結果に対する因果の流れを支配しており、その消火は可能かつ容易であるから、間接的に先行行為という不明確な概念や既発の火力の利用の意思を持ち出すまでもなく、被告人は保障人的地位にあり、作為義務を負っていると認められ、大審院は判決の結論は妥当であるといえる。²⁴⁹

両事例ともに、不真正不作為犯が成立する要件として、主に作為義務、作為可能性、主観的要素の3つの要件が問題となっているが、後者の事例については、前者の事例とは異

²⁴⁹ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注24) 67頁。

なり、「既発の火力を利用する意思」という主観的要素が明示的に要求されている。問題は、なぜ放火罪に限って、このような主観的要素が要求されるのか、そして、このような主観的要素によって不真正不作為犯の成立を限定できるのか、ということである。

大審院大正7年12月18日判決において挙げられた消火すべき法律上の義務というのは、被告人は物件の占有者または所有者であることであつた。故意に火を消火しないままにすることは、民法717条の規定の精神に照らしても、秩序の維持を持って任務とする法律上の精神に牴触するとして、火を消し止め公共の危険の発生を防止することは、法律上の義務であるというのである。これは、形式的三分説の考え方に立脚して法律上の義務を必要としていると思われる。もっとも、その作為義務の具体的な内容については、直接的に先行行為を作為義務の根拠に取り込むのではなく、この判決においてはむしろ、物件の占有者または所有者であることが重視されていたのではないかと指摘されている。²⁵⁰本件事案において、被告人の養父の殺害行為を第一行為とし、養父が燃木尻を投げた行為を第二行為とすると、第二行為によって住宅内に積んであつた藁に火が飛散して燃え上がり、第一行為を行なつた被告人は、そのまま火を放置すると家屋に延焼する危険があることを認識しながら、養父の死体を隠滅しようと考えて、容易に消し止めることができたにもかかわらず放置し、家屋および隣接物置を全焼させたものと理解することができる。それゆえ、当該事案は、被告人の第一行為と結果が直接関係づけられたのではなく、被害者が惹起した第二行為から生じた状況を利用したことが重要視された事案であるといえよう。²⁵¹つまり、被告人の主観面において、最初の殺人の故意を持って行われた殺害行為の途中に、偶然に発生した事実、つまり、燃木尻を投げた被害者の行為によって、新しい主観的要素「既発の火力を利用する意思」が加えられた事例であると理解できる被告人の先行行為ではなく、被害者の第二行為である放火によって発生した状況を被告人が利用したのである。これが、他人の先行行為に基づいた「既発の火力を利用した」ということの意味である。換言すれば、殺人の故意が他の介在事情、つまり当該事案においては被害者の放火行為によって、罪跡を隠滅しようとする目的で危険源を利用する意思は発生したがこの意思は、人が死亡したという結果に対しては影響を与えていないのである。それゆえ、判例を全体的にみると、行為者の主観的要素である故意に「既発の火力を利用する意思」が取り込まれたと思われる。このように考えると、放火の不真正不作為犯における構成要件の故意としては、明確な「既発の火力を利用する意思」までは必ずしも必要ではないと思われる。

当該事案は、不作為者の主観面を考慮することにより、単なる不作為を処罰の対象から除外し、積極的な心的態度に限定して不真正不作為犯の成立を認めようとする意図のもとに、このような主観的要素が挙げられたものであると理解されている。²⁵²²⁵³それゆえ、当

²⁵⁰ 生田勝義「不作為による放火」現代刑事法5巻7号(2003年)51頁。

²⁵¹ 他の意見として、生田勝義の「不作為による放火」によると、放火罪に関する刑法規定がその反面において火を放って建造物を焼損するなという命令を包含するとの理論は殺人を傍観した者を悉く不作為による殺人犯にしてしまうことになってしまふから否定されるべきであるとする、他の法令にその義務を認めた規定はないのではないかと指摘している。

²⁵² 日高義博・前掲注235)71頁。

該事案で強調された「既発の火力を利用する意思」という主観的要素は、不真正不作為犯の故意に関するその後の判例及び学説に影響を及ぼした。しかしながら、このような場合、すなわち、発生した結果に対する直接の原因が被告人の不作為によって発生した場合の故意は、その不作為者の最終的に発生した結果に対しての認識・認容の程度によって限定することが可能であると思われる。つまり、最初の殺人の故意から罪跡隠滅の目的で既発の火力を利用する意思は、最初の殺人の故意に吸収されたのであり、消火の可能性はあったにもかかわらず、そのまま放置して建造物が焼損してしまったということについては、ただ放火に対する放置であると解するのが妥当であると思われる。それゆえ、作為義務が存在していることの認識に加えて、建造物が焼損することに対する認容があれば、不真正不作為犯における故意として十分であると思われる。

大審院昭和13年3月11日判決(刑集17巻237頁)は、被告人の過失による先行行為から生じた事実を利用し、失火を装って火災保険金を獲得するのを最終的な目的とした事例である。当該事案も前述の判例と同様に、失火させて家屋を焼損する結果の発生を放置するのが最終的な意思ではなく、家屋の焼損が発生するかもしれないという未必の故意が、最終的には火災保険金を獲得するという意思に取り込まれた事例であると考えられる。当該事案においては、作為義務違反については、各個の法規上に明記された義務だけでなく、公序良俗に照らし社会通念上一定の措置をとる必要があるのに、その措置を取らないことも作為義務違反であるとされた。また、被告人が本件家屋を所有し他に誰も居住しておらず、また過失による先行行為が存在したことも考慮されている。当該事案の場合も、被告人が自己所有の家屋に独りで居住しているという状況下で、過失の先行行為により発火したことを考えると、被告人は結果への流れを支配しており、危険発生の防止は社会的に被告人の作為に依存し期待されていたのであるから、被告人は保障人的地位にあり作為義務があったことは明らかである。ただし、その理由として、公序良俗に基づく作為義務という抽象的根拠を持ち出し、既発の危険を利用する意思という犯罪の動機ないし主観的意思をあげる必要はないとの指摘もある。²⁵⁴²⁵⁵

当該事案は、(1)危険発生を防止する作為義務があること、(2)防止の措置が可能であり容易であること、(3)既発の危険を利用する意思があることから、不作為の放火罪の成立が認められた。危険発生の防止の作為義務というのは、法令上の義務ではなく、公序良俗違反という点から論じられていた。²⁵⁶これは、形式的三分説にしたがえば、条理・慣習にあたりと理解することができる。ここで争われたのは、公序良俗の内容である。単に公序良俗から生ずるにすぎない作為義務を犯罪成立の要件とすることになると、道義上の作為義務を要件とすることになりかねないという批判が生じるのである。²⁵⁷また、その公序良俗の内容の曖昧さから、被告人が負うべき作為義務の認識の具体的内容も不明確にな

²⁵³ さらに、この事例は、被告人を尊属殺人罪と非現住建造物等放火罪の廉で死刑に処している。

²⁵⁴ 平野龍一「刑法の基礎⑨」法学セミナー129号34頁は、利用する意思のような動機を犯罪成立の要件として考慮することは、法と倫理とを混同するものであるとする。

²⁵⁵ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注24)67-69頁。

²⁵⁶ 日高義博・前掲注235)73頁

²⁵⁷ 日高義博・前掲注235)74頁。

りうる。本件では、被告人の直接的な先行行為は存在するが、判文中では、それに基づく作為義務の根拠づけには言及されていないことが指摘されている。²⁵⁸もっとも、ここでは、作為義務は道徳上の義務ではなく法律上の義務でなければならないという趣旨から、被告人に作為義務を負わせる明確な根拠はないので、保険金を手に入れようとする積極的な意思を要求することは、公序良俗という根拠の不明確さを補充して作為義務を認定することによって、不真正不作為犯の成立を限定しようとしていたと理解することができると思われる。

2. 学説上の検討

以上が不真正不作為犯における主観的要素が争いになった中国の判例と日本の判例、および不真正不作為犯の主観的要素に関する学説の状況である。上述のように、中国の学説では、不真正不作為犯の成立要件である作為義務の内容についてのみ議論が盛んになされてきたが、その主観面の1つである故意についての議論はそれほどなされてなかった。また、日本の学説でも、不真正不作為犯の故意は必要であるとしながら、それを構成する犯罪事実の認識と結果の実現意思の内容は、不真正不作為犯においてはどのようなものであるか、十分明確に解明されていなかった。

中国の学説では、主観面における故意というのは、責任段階で論ずるべき要素であり、その内容には認識的要素と意思要素が含まれている。不真正不作為犯においては、作為可能性に関して、行為者に特定義務があるとしても、行為者本人にそれを履行する主観的能力がない場合には、不作為犯にならない。それゆえ、まずその前提となる特定義務の存在についての認識と、その具体的内容についての認識が必要である。この特定義務の認識については、2つの学説がある。1つは、不作為による故意犯には、確かに作為犯における故意犯とは異なる特徴が存在し、不作為の故意は必ず作為の故意よりも明確な事実の認識を必要とするのであって、行為者が一定の作為義務を負うべきであるのに、故意を持って履行しなかった場合には、不作為による故意犯が成立する、という見解である。もう1つは、行為者が、自分の不作為が社会に危険を及ぼす結果を発生させることに対する認識を要求し、かつ、行為者に一定の作為義務が存在することを知りながら、危険を及ぼす結果の発生を希望、あるいは放任する意思の支配下で、自覚的に作為をしなかったことを必要とする見解である。²⁵⁹後者の見解は、不作為犯の特殊性に鑑みて、不作為犯罪の主観として、故意の場合はもちろん過失の場合も、作為義務について明確な認識を必要とする。換言すれば、故意不作為犯は、自己の作為義務に関する認識を有していなければならないことになる。²⁶⁰

日本の学説に関しては、まず検討すべきなのは構成要件的故意である。そうすると、不真正不作為犯においても、作為義務の体系的地位、つまり作為義務をどこに位置づけられるかによってその故意の内容は異なることになるこの点、作為義務を構成要件段階の問題

²⁵⁸ 吉田敏雄「不作為による放火」『刑法判例百選 I 総論 第7版』別冊 jurist220号（有斐閣，2014年）13頁。

²⁵⁹ 姜偉『犯罪形態通論』（法律出版社，1994年）48-49頁。

²⁶⁰ 孫春雨・前掲注163）101頁。

としてとらえ、構成要件を違法類型とする保障人説の立場に立つと、作為義務は構成要件該当性段階で論じられることとなる。したがって、不真正不作為犯の構成要件の故意としては、作為義務の具体的事実の認識が必要ということになる。しかし、形式的三分説と実質的根拠説の内容が明確でないため、そのような事実についての錯誤の問題が生じるのである。作為義務を構成要件段階で論ずる立場からすると、問題になりうるのは事実の錯誤であって、法律の錯誤はそれほど問題にならないように思われる。

以上のことから、法律上求められている作為義務は、形式的三分説と実質的根拠説の両方とも考慮すべきであるという立場から、作為義務を基礎づける事実の認識においては、形式的三分説と実質的根拠説における内容の認識は必要であると思われる。つまり、作為義務の発生根拠についての具体的内容に対する認識が必要であると思われる。結果犯の不真正不作為犯の場合、発生した結果から遡って、まず作為義務の存否が判断されるべきである。作為義務の存否を判断する際に挙げられているのが形式的三分説と実質的根拠説における義務が言及されるはずである。この形式的三分説、実質的根拠説から作為義務があると判断がなされた後、実際には行為者がその負うべき作為義務の具体的内容についてはっきり知らなかった場合、作為義務の体系的地位に関する争いからみると、保障人説からは、例えば、母親が幼児にミルクを与えなかった母親が、自身がその幼児の親であることを認識している場合は、刑法が要求する一定の作為を行うべき事情があることの社会的意味の認識があると言ってよく、例え、自分には作為義務がないと思っても構成要件の故意は阻却されない。²⁶¹他方、溺れている幼児は監護すべき子であったにもかかわらず、他人の子だと誤信して自己に作為義務がないと思っていた場合は、刑法が要求する一定の作為を行うべき事情があることの社会的意味の認識を欠き、構成要件の故意は阻却されることになる。²⁶²二分説からは、保障人的地位の錯誤は、構成要件の故意を阻却するが、作為義務の錯誤は構成要件の故意を阻却しないとされる。これについては法律の錯誤が問題とされる。²⁶³この点、作為義務は構成要件要素であり、かつ「規範的」構成要件要素であるからこれは構成要件要素の認識対象であり、違法性の意識の対象ではない。それゆえ、この2つの認識の相違を前提にすれば、作為義務は構成要件要素の認識対象であることになる。²⁶⁴したがって、構成要件該当性、違法性、有責性の体系を維持しつつ、しかも構成要件をある程度実質化して、違法性推定機能を維持していこうとなると、保障人説が妥当であると思われる。

作為可能性の有無の認識については、構成要件の故意の問題ではなく、「法は不可能を要求しない」という原則のあらわれであり、その意味では主として行為者の責任を基礎づける要素である²⁶⁵との主張もなされているが、作為可能性を構成要件段階で扱う限りは、構成要件の故意の問題として論ずるべきであると思われる。

もともと、大審院判決にみられた「既発の火力を利用する意思」、「既発の危険を利用する意思」のような特別の主観的要素の要否をめぐることは、学説は分かれている。一方で

²⁶¹ 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注24) 216頁。

²⁶² 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀・前掲注24) 216頁。

²⁶³ 曾根威彦・前掲注238) 233頁。

²⁶⁴ 堀内捷三「作為義務の錯誤」法学セミナー333号(1982年)55頁。

²⁶⁵ 鈴木義男・前掲注245) 36頁。

は、結果の発生に対する認識・認容があっただけで犯罪の成立を認めることになるが、「不真正不作為犯の成立が容易に肯定されてしまう」が、「作為と不作為の間には、道義的非難の面において必ずしも一概に同一視できぬものがある」のであり、「大審院の判例が、既発の火力を利用しようとする積極的な意思を要求し、強い絞りをかけようとしたことの意味」を再認識しなければならないという主張がなされているが、これに対して、「既発の危険を利用する意思」を強調するのは罪跡隠滅あるいは保険金取得という行為者の動機を問題とするものであり、犯罪の成立要件として動機を考慮するのは法と倫理との混同であるという疑問が呈されている。この他に、大審院の判例をみると、結果発生危険は偶然の事情から生じた場合には、不作為の違法性を認めるために行為者の積極的な態度を必要とする十分な理由があつたのに対し、行為者の重大な過失によって危険が生じた場合には、結果の発生に対する認容さえあれば足りるとする見解がある。というのも、作為義務の強弱、作為の可能性の程度、結果の発生に対する本人の態度などすべての事情を総合的に検討して不作為の違法性を判断すべきであり、利用意思の有無という主観面だけを特別に重視するのは適切でないからである。²⁶⁶それゆえ、不真正不作為犯における故意は、作為と同様に検討されるべきであり、例えば「既発の危険を利用する意思」といった異なる主観的要素は不要である。

第5節 小括

本章で挙げた中国と日本の判例から明確になったのは、両国の犯罪体系論はそれぞれ異なりつつも、その作為義務の内容に関する認識については両国とも同じく問題としているということである。不真正不作為犯が成立するには、作為犯と同様に主観面も考慮すべきである。というのも、不真正不作為犯は作為の形態で定められている犯罪を不作為で行ったがゆえに処罰される犯罪であり、構成要件は作為と異なるからである。それゆえ、本章では、不真正不作為犯の成立要件に関する中国と日本の各要素における検討を通じて、中国刑法14条の規定に対する司法解釈から、不真正不作為犯にも作為犯と同様の故意が必要であることを明らかにした。中国も日本も作為義務についての認識、その内容に対する認識、作為可能性の認識、結果に対する認識・認容は必要であると思われ、作為犯との等価値性を論ずる際には、客観的要素だけではなく主観的要素も考慮すべきであるのである。それゆえ、日本も中国も同じく、「法は不可能を要求しない」と原則から、行為者自身が作為義務を負うべきかについての認識がない場合には、特別な義務を負うべき人であるとして作為義務を肯定することはできない。また、作為義務はあるが作為可能性がない場合にも、不作為犯として処罰することはできないことになる。加えて、結果に対する認識・認容も必要であると思われる。ここで問題になるのは、その作為義務の具体的内容であるが、その内容については、作為義務における形式的三分説、実質的根拠説の問題であると考えられる。もっとも、繰り返し確認したように、形式的三分説の不十分さを補充するために実質的根拠説が主張され、いまだにその作為義務の発生根拠の具体的事実認識について議論が不作為犯の中心的課題とされ、主観的要素についてそれほど議論がなされてこなかったた

²⁶⁶ 鈴木義男・前掲注245) 36頁。

めに、この点については今後あらためて検討する必要がある。

日本でも、不真正不作為犯の主観的要素の問題について、不作為による放火罪に限って議論が盛んになされていたが、大審院以降は、未必の故意で足りるとして、²⁶⁷あまり議論がなされていなかった。というのも、不真正不作為犯の成立要件において、日本では主観的要素より、客観的要素によってその成立要件が十分に制限されているからである。一方で中国では、不真正不作為犯の成立要件が客観的要素だけでは不十分であるのが現状であるため、不作為犯も故意犯であるとの前提から、中国刑法 14 条の「放任」という文言に着目し、その規定に則して、客観的要素はもちろん主観的要素をも加えてその成立要件を制限することによって、不真正不作為犯の成立要件における新しい解釈を導き出すことができると思われる。

なお、不真正不作為犯における構成要件の故意以外の主観的要素、例えば、責任故意や過失については、本稿で十分な検討を加えることができなかった。この点については、他日を期したい。

²⁶⁷ 放火罪における故意は、未必の故意として足りるとした判例は、最決昭和 33 年 9 月 9 日刑集 12 卷 13 号 2882 頁（昭和 31 年（あ）第 3929 号：放火被告事件）である。

終章

本稿は、五章にわたる研究を通じて、中国の不真正不作為犯の成立要件について検討を行い、そこで生じている問題点を探して、その解決策を模索しようとしたものである。

中国で不真正不作為犯を処罰する根拠は、作為義務であり、その作為義務の発生根拠には、四分説が現在の通説となっている。しかし、その四分説では不真正不作為犯の処罰根拠としては不十分であるのが、現在の中国における一般的な見解である。

種々の判例ごとに、その作為義務の発生根拠も異なり、また、裁判官における結論も異なっているのである。かかる異なる判断が生じているのは、不真正不作為犯の作為義務に道徳上の義務を含むか否かの問題が背景にあるのである。学説は、作為義務は法律上の義務でなければならないとしている。例えば、父と一緒にプールに遊びに行った子供が溺れているのを、父と救助隊員が子供からほぼ同じ距離にいるとき、誰に救助義務があるかが、中国刑法において問題になる。父は、民法の規定によって、自分の子供を救助すべきであり、一方、救助隊員にも、プール内にいる危険にさらされた人を救助すべき義務を負っているのである。それでは、2人に責任を負わせるのか、それとも父と救助隊員のいずれかに責任を負わせるかが問題となる。この場合、形式的三分説でも、実質的根拠説によっても解決が難しいと思われるが、この事例では、作為義務を負う者の身分とその程度によって判断が可能であると思われる。例えば、父にとって救助すべき人は自分の子供一人だけであるが、救助隊員は、そのプールにいるすべての人を対象として救助をしなければいけないことから、救助義務を負うべき人は父になるのである。したがって、形式上、作為義務は法律上の義務でなければならないとされているが、今後の判例実務においては、形式的三分説と実質的根拠説のいずれも考慮すべきであると思われる。

また、第3章で示したように、組織体に刑事責任を負わせるには、第4章での検討に基づいて、一般人と違う立場に立っている人、つまり身分を持っている人に限定すべきであり、このような作為義務こそが、その責任主体を限定する要素になりうると思われる。保障人的地位にある人の身分が、不作為犯に与える影響はかなり大きいと思われる。したがって、中国の不真正不作為犯における先行行為によって発生した義務を負う人も身分犯になる可能性があるので、換言すると、身分犯である作為義務を負う人の立場は、保障人的地位にあるといえるだろう。このような推理から、中国の不真正不作為犯の成立要件を検討する際に、保障人的地位という立場における人の認定が必要なのである。

したがって、筆者は、犯罪の成立要件については、客観的要素と主観的要素の両方が求められていることにかんがみ、不真正不作為犯においても、かかる2つの要件が具備しなければならないという基本的な観点から、その主観的要素について検討を行い、さらに、中国刑法14条の規定によって、すなわち、「放任」という言葉の理解から、不真正不作為犯の成立要件を限定すべきであると主張した。このような限定を加えることの意義について、中国のある学者は、刑法14条の修正案を提出している。「自己の行為が社会に危害を及ぼす結果を生じさせることを知りながら、その結果の発生を希望し、または放任したことにより犯罪を構成したときは、故意による犯罪とする。故意犯罪は刑事責任を負うべきである。作為義務を有している人、（親族、特定の共同体成員、自ら保護義務を受け取った

人、国家公務員、法人およびその他の非法人組織成員、危険物の監督人、他人を監護する人、先行行為者、商品を製造する組織と個人) 社会を危害する結果の発生を防止し得るのに防止しなかった人は、刑事責任を負うべきである。」としている。²⁶⁸このような修正案規定も、中国刑法14条の「放任」という言葉に着目した結果だと思われる。それゆえ、中国刑法14条にしたがい、不真正不作為犯の限定を加えることも可能であると思われる。主観的成立要件として、不真正不作為犯の客観的要件の内容につき行為者が認識していることを求めることが本稿の主張である。

以上述べたことをまとめ、私見を加えると、中国の不真正不作為犯の成立要件を検討し、学説上および司法実務上における問題の解決策を探るには、実際の判例においては、四分説以外にも道徳上の義務が問題となっていることから、日本、韓国、ドイツのように実質的根拠説における作為義務についても、司法解釈に取り入れた方がよいと思われる。しかし、実質的根拠説における作為義務の発生根拠は、保障人的地位にある人の作為義務であり、中国刑法上でも、不作為犯と身分犯との関係を通じて、保障人説を導き出せると思われる。とはいえ、各国における犯罪体系論に違いがあるので、保障人説をそのまま中国に導入、引用するのはなかなか困難であると思われることから、まず、作為義務を負う人(犯罪主体)に制限を加え、侵害される法益を保障すべき人が作為義務を負うとして、主体に要件を加えて解釈した方が、不真正不作為犯の成立要件における問題解決に至ると思われる。そうすると、法益を保障すべき人の身分の問題が生じると思われ、第4章ですでに言及したとおり、議論のある先行行為による作為義務を負う人にも、中国刑法上における身分と身分犯の解釈を通じて、身分が生じることになる、ということを主張した。中国刑法14条にしたがって不真正不作為犯の成立要件に制限を加えることは、現在の中国刑法の学説、司法実務において生じている問題の解決に資するものと思われるのである。

²⁶⁸ 魏东・王德政「论我国作为义务根据理论的缺陷与完善」(四川师范大学学报 第42卷第1期, 2015年) 41-42頁.

参考文献

- 生田勝義「不作為による放火」現代刑事法 5 卷 7 号（2003 年）51 頁
- 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣，2008 年）142 頁
- 井田良『変革の時代における理論刑法学』（慶応義塾大学出版会，2007 年）
- 稲垣悠一「欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論」専修法研論集 45 号（2009 年）57 頁
- 稲垣悠一『欠陥製品に関する刑事過失責任と不作為犯論』（専修大学出版局，2014 年）
- 稲垣悠一「刑事過失責任と不作為犯論—とりわけ—刑法上の製造物過失事例に関連して—」専修大学法学研究所紀要 40 卷（2015 年）5 頁
- 稲垣悠一「不作為的過失と不作為犯論——注意義務確定の手法に関連して——」刑事法ジャーナル 46 号（2015 年）24 頁
- 岩間康夫「夫婦間の保障人的義務—特に婚姻が破綻した場合における限界—」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一卷 過失犯論・不作為犯論・共犯論』（成文堂 2006 年）
- 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀『大コンメンタール刑法』[第二版] [第 35 条～第 37 条]（青林書院，1999 年）57 頁
- 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀『大コンメンタール刑法』[第二版] 第 3 卷 [第 38 条～第 42 条]（青林書院，1999 年）81 頁
- 大塚仁・河上和雄・佐藤文哉・古田佑紀『大コンメンタール刑法』[第二版] 第 5 卷 [第 60 条～第 72 条]（青林書院，1999 年）616 頁
- 大塚仁『刑法概説（総論）』[第 3 版増補版]（有斐閣，2005 年）146 頁
- 大塚仁『刑法概説総論』[第四版]（有斐閣，2008 年）329 頁（注 2）
- 大塚裕史「薬害エイズ厚生省ルート第一審判決について」現代刑事法 現代法律出版 2002.3-N35 75 頁
- 大塚裕史「過失犯論の近時の動向」法学教室 395 号（2013 年）8 頁，9 頁
- 大塚裕史「過失不作為犯の競合」『三井誠先生古賀祝賀論文集』（有斐閣，2012 年）167 頁
- 小野慶二「共犯と身分」刑事法講座第 3 卷（有斐閣，1952 年）492 頁
- 大谷實『刑法講義総論』[新版第 2 版]（成文堂，2007 年）131 頁
- 大谷實『刑法講義総論』[新 3 版]（成文堂，2009 年）160 頁
- 岡部雅人「刑事製造物責任における『回収義務』について」早稲田大学大学院法研論集 123 号（2007 年）107 頁
- 岡部雅人「公務員の過失不作為犯について：薬害エイズ事件厚生省ルート最高裁決定をめぐって」姫路法学 49 卷（2009 年）316 頁
- 岡部雅人「過失不作為犯における『注意義務』について」『曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集 [上巻]』（成文堂，2014 年）203 頁
- 奥村正雄「不作為犯における結果回避可能性」（姫路法学，2009 年）539 頁
- 甲斐克則・劉建利『中華人民共和国』アジア法叢書 31（成文堂，2011 年）105 頁-108 頁
- 甲斐克則「欠陥車両の製造と刑事過失—三菱自工トラック・タイヤ脱落事故最高裁決定を契機として—」北九州市立大学法政論集 第 40 卷第 4 号 2013 年 3 月 69 頁
- 甲斐克則『医療事故と刑法』医事刑法研究第 5 卷（成文堂，2012 年）176 頁，177 頁

香川達夫『身分概念と身分犯』(成文堂, 2015年) 31頁

神山敏雄「過失不真正不作為犯の構造」『刑事法学の総合的検討 福田平・大塚仁博士古祝賀(上)』(有斐閣, 1993年) 46頁

神山敏雄『不作為犯をめぐる共犯論』(成文堂, 1994年) 649頁以下

家令和典「判解」法曹時報 63巻8号 249頁, 250頁

川端博『刑法総論講義』[第三版](成文堂, 2013年) 609頁

北川佳世子「欠陥製品回収義務と刑事責任—市販後の製品回収義務の根拠をめぐるわが国の議論—」『神山敏雄先生古稀祝賀論文集 第一巻 過失犯論・不作為犯論・共犯論』(成文堂, 2006年) 191頁

北川佳世子「過失の競合と責任主体の特定問題」刑法雑誌 52巻2号(2013) 320頁, 321頁

国土交通自動車交通局記述安全部監修「改訂版と道路運送車両解説書」235頁

木村亀二『刑法解釈の諸問題〈1〉』(有斐閣, 1948年) 248頁以下

木村亀二「不作為犯における作為義務」『刑法解釈の諸問題第1巻』(有斐閣, 1939年) 248頁以下

黒田誠＝牧野英一『行為の違法, 不作為の違法性』(有斐閣, 2008年) オンデマンド版 156頁

齋藤彰子「公務員の職務違反の不作為と刑事責任」刑法雑誌 47巻2号(2008年) 229頁

齋藤信治「不真正不作為犯と作為義務の統一的根拠その他」法学新報 112巻11＝12号(2006年) 245頁

佐伯仁志「不作為犯論」法学教室 288号(2004年) 57頁以下

佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013年) 94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』(成文堂 1996年) 101頁

佐川友佳子「共犯論と身分犯の共犯—特に義務犯について—」刑法雑誌 第50巻 第1号(有斐閣, 2010年) 19頁

佐久間修「共犯の錯誤と身分犯の意義(その2)—共犯における連帯性と個別性」(警察学論集 第68巻第4号)(立花書房, 2015年) 147頁(注22)

塩見淳「瑕疵ある製造物を回収する義務について」刑法雑誌 42巻3号(2003年) 370頁

鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」本郷法政紀要 8号(1999年) 345頁以下

鎮目征樹「不真正不作為犯における作為義務の『発生根拠』と『具体的内容』」刑事法ジャーナル 46号(2015年) 4頁

島田総一郎「不作為犯」法学教室 263号(2002年) 116頁-117頁

島田聡一郎「管理・監督過失における正犯性, 信賴の原則, 作為義務」『クローズアップ 刑法総論』(成文堂, 2003年) 99頁

島田聡一郎「国家賠償と過失犯—道路等管理担当公務員の罪責を中心として—」上智法学論集 48巻1号(2004年)

鈴木義男「不作為による放火」刑法判例研究 III(大学書房, 1975年) 23頁

鈴木義男「不真正不作為犯—主観的要素を中心に」法学セミナー 160号(1969年) 36頁

莊子邦雄『刑法総論』（現代法律学全集）〔第3版〕青林書院，1996年）159頁
 十河太朗『身分犯の共犯』（成文堂，2009年）311頁（注47）
 曾根威彦『刑法総論』〔第3版〕（弘文堂，2000年）227頁
 高山佳奈子『故意と違法性の意識』（有斐閣，1999年）
 高山佳奈子「不真正不作為犯」『クローズアップ刑法総論』（成文堂，2003年）61頁以下
 高山佳奈子「相当因果関係」山口厚『クローズアップ刑法総論』（成文堂，2003年）19頁以下
 団藤重光『刑法綱要』（総論）〔第3版〕（創文社，1990年）295頁
 内藤謙『刑法講義総論（上）』（有斐閣，1983年）243頁
 中義勝「不作為犯と共犯-共犯と身分をめぐる一考察-」関西大学法学論集 23 卷 4=5=6号（1974年）281頁以下
 中山研一『刑法総論』（成文堂，1987年）242頁
 成瀬幸典「刑事裁判例批評(209)」刑事法ジャーナル 33号（2012年）125頁
 名和鐵郎『現代刑法の理論と課題 二元的結果無価値論の提唱』（成文堂，2015年）
 西田典之・山口厚・佐伯仁志『注釈刑法』第1巻 総論 § § 1~72（有斐閣，2010年）286頁-287頁
 西田典之『刑法総論』〔第二版〕（弘文堂，2010年）125頁以下
 西原春夫監訳『イェシェック=ヴァイгент ドイツ刑法総論（第5版）』（成文堂，1996年）470頁以下
 萩野貴史「不真正不作為犯における「特別な要件」の意義-保障人的地位および（狭義の）同価値性の要件について-」刑事法ジャーナル 第46号（成文堂，2015年）18頁
 林幹人『刑法総論』〔第2版〕（東京大学出版会，2008年）275頁
 林幹人「国家公務員の作為義務」現代刑事法 41号（2002年）21頁，22頁
 林幹人「国家公務員の刑法上の作為義務」（法曹時報 60 卷 7号，2008年）58頁以下，66頁以下
 林幹人「過失不作為犯の現状：最高裁平成 21. 12. 7 決定，最高裁平成 22. 5. 31 決定，最高裁平成 22. 10. 26 決定を契機として」法曹時報 63 卷 12号（2011年）2919頁
 林幹人「結果回避可能性と危険の現実化」『刑事法・医事法の新たな展開（上）』町野朔先生古稀記念（信山社，2014年3月）175頁
 日高義博『不真正不作為犯の理論』（慶應通信，1979年）154頁
 日高義博『不真正不作為犯の理論〔第2版〕』（慶應通信，1983年）174頁
 日高義博「刑法解釈論と不真正不作為犯」専修ロージャーナル 10号（2014年）7頁
 平野龍一「刑法の基礎⑨」法セ 129号 34頁
 平野龍一『刑法総論 I』（有斐閣，1972年）155頁
 平野龍一「過失犯についての覚書」同『犯罪論の諸問題（上）総論 刑事法研究 第2巻-I』（有斐閣，1981年）83頁
 平野潔「過失不作為犯における注意義務と作為義務について」法学研究論集 14号（明治大学大学院，2000年度）77頁
 平山幹子『不作為犯と正犯原理』（成文堂，2005年）
 平山幹子「保障人的地位について」川端博・浅田和茂・山口厚・井田良『理論刑法学の探

究⑤』(成文堂, 2012年) 160頁

日山恵美「刑事製造物責任と取締役の行為主体性」広島法学, 26巻4号, 2003年 175頁

福田平『全訂刑法総論』[第五版](有斐閣, 2011年) 292頁(注1)

藤木英雄『可罰的違法性の理論』(1967年, 有信堂) 257頁

古川伸彦「いわゆる製造物責任事案における過失不作為犯の認定について—三菱自工製トラック車輪脱落事件上告審決定を素材として—」研修 803号(2015年) 3頁

堀内捷三『不作為犯論』(青林書院新社, 1978年) 250頁以下

堀内捷三「作為義務の錯誤」法学セミナー333号(1982年) 55頁

前田雅英『刑法総論講義』[第5版](東京大学出版会, 2011年)135頁以下

前田雅英「自動車・電車事故の原因の確定と構成要件該当性」警察学論集 65巻8号 149頁

牧野英一『刑法総論上巻』[全訂版](有斐閣, 1958年) 426頁

ま・松宮孝明『過失犯論の現代的課題』(成文堂, 2004年) 151頁

松宮孝明「三菱自工車両車輪脱落事件最高裁決定」立命館法学 2012年3号(343号)610頁

松宮孝明「不真正不作為犯について」『西原春夫先生古稀祝賀論文集 第1巻』(成文堂, 1998年) 165頁

松宮孝明「過失の競合: とりわけ過失不作為の競合」刑法雑誌 52巻2号(2013年) 329頁

山口厚『刑法総論』[第二版](有斐閣, 2013年) 92頁

山口厚『問題探究 刑法総論』(有斐閣, 1998年) 42頁

山口厚「不真正不作為犯に関する覚書」『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集上巻』(判例タイムズ社, 2006年) 23頁

山中敬一監訳/ロクシン『刑法総論』第2巻「犯罪の特別現況形態」[翻訳第2分冊]・前嶋匠 訳(信山社, 2012年) 208頁

山中敬一『刑法総論』[第二版](成文堂, 2008年) 231頁以下

山中敬一「刑事製造物責任論における作為義務の根拠」(関西大学法学会 第60巻 第5号 2011年) 61頁, 62頁

山本庸幸『注釈 製造物責任法』初版(ぎょうせい, 1994年) 6頁, 77頁

吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(成文堂, 2010年)

吉田敏雄「不作為による放火」『刑法判例百選 I 総論 第7版』別冊 jurist220号(有斐閣, 2014年) 13頁

黎宏「いわゆる『見殺し』行為の法的性格について—不真正不作為犯の作為義務を中心として—」『変動する21世紀において共有される刑事法の課題—日中刑事法シンポジウム報告書—』(成文堂, 2011年) 5頁

外国語文献

法律諮詢 <http://www.110.com.cn/zhuanti>

- 李金明『不真正不作為犯の研究』(中国人民公安大学出版社, 2008年)40頁以下
陳榮飛『不真正不作為犯の基本問題の研究』(法律出版社, 2010年)78頁以下
許成磊『不真正不作為犯の理論』(人民出版社, 2009年)77頁以下
張明楷『刑法總論』[第4版](法律出版社, 2011年)98頁-99頁
馮軍・肖中华『刑法總論』[第2版](中国人民大学出版社, 2006年)216頁
游伟「论法律『明文規定』的解释问题」(人民法院報社, 2009年)
何荣功「不真正不作为犯的构造与等价值的判断」(法学評論, 2010年第一期)
李健・任成玺「道德义务不成为中国不作为犯罪中作为义务的来源」(河南政法管理干部学院学报, 2001年第6期)
高铭暄, 马克昌主編『刑法学』第五版(北京大学出版社, 高等教育出版社, 2011年)375頁以下
高铭暄『刑法学原理』第一卷(中国人民大学出版社, 1993年)539頁
马克昌『犯罪通論』[第3版](武汉大学出版社, 2010年8月)579頁
马克昌「共同犯罪与身份」『法学研究』(1986年第5期)20-25頁
马克昌『犯罪通論』[第3版](武汉大学出版社, 2010年8月)292頁
马克昌『百罪通論 上卷』(北京大学出版社, 2014年)
马克昌『比较刑法原理: 外国刑法学总論』(武汉大学出版社, 2002年)
刘瑞瑞『不作为共犯研究』(广西师范出版社, 2009年)
刘明祥『过失犯研究—以交通过失和医疗过失为中心—』(北京大学出版社, 2010年)
刘宪权『中国刑法学讲演录』[第二版](人民出版社, 2012年)
張明楷『刑事疑案探究』(清华大学出版社, 2012年)
狄世深『刑法中身份論』(北京大学出版社, 2005年3月)20頁
杨森「论刑法中的身份論」(安徽电子信息职业技术学院学报, 2006年第4期)第5卷(总第25期)85頁
张德安「对身份犯的刑法评价思考」(北大法律信息网, china-lawinfo.com 2013年)
徐留成『身份犯比较研究』[第二版](人民法院出版社, 2013年5月)23頁
李江波・马洪涛「刑法中的自然身份犯概念质疑」(武汉科技大学学报(社会科学版), 2003年第2期)21-24頁
冯英菊「共同犯罪的定罪与量刑」(人民法院出版社, 2002年)238-241頁
陈兴良『刑法各論的一般理論』(内蒙古大学出版社, 1992年)75頁
陈兴良『刑法哲学』修订第2版(中国政法大学出版社, 2000年)289頁
杨兴培「论不作为犯罪义务来源的法律属性」(政治与法律, 2014年第6期)108頁
闫二鹏・王强「关于刑法中身份的学理探討」(浙江工商大学学报, 2005年第6期)23頁
杨森「论刑法中的身份犯」(安徽电子信息职业技术学院学报, 2006年)第4期 第5卷 86頁
杨辉忠「身份犯类型的学理探討」(法制与社会发展, 2003年第3期)154頁
毛乃纯「身份犯与不作为犯的比较」(郑州大学学报, 2009年第42卷第5期)76頁

黎宏『不作为犯研究』(武汉大学出版社, 1997年版) 161-162頁
黎宏『刑法总论问题思考』(中国人民大学出版社, 2007年)
孙春雨『我国刑法中不作为犯罪理论与实务』(中国人民公安大学出版社, 2012年) 41頁
杜国强『身份犯研究』(武汉大学出版社, 2005年) 21-22頁
『中華人民共和国刑法注釈本』(法律出版社, 2011年) 9頁
余劍『危害公共安全罪』(法律出版社, 1999年) 317-320頁
姜偉『犯罪形態通論』(法律出版社, 1994年) 48-49頁
魏东·王德政「论我国作为义务根据理论的缺陷与完善」(四川师范大学学报, 第42卷第1期 2015年) 41-42頁

김성돈『刑法總論』[第二版] (SKKUP, 2009年) 514頁
임용『刑法總論』(법문사, 2007年) 541頁
이재상『刑法總論』(박영사, 2011年) 124頁
김일수/서보학『刑法各論』[第6版] (박영사, 2004年) 507頁

黄政益「不作為犯としての故意に関する研究—A. Kaufmann 과 W. Hardwig の見解を中心として—」(研究論集 第十九卷) 56頁

Dölling/Duttge/Rössner/Tag, Nommos Kommentar, 3. Aufl., 2013, § 13, Rdn. 1ff.
Fischer, Strafgesetzbuch, 60. Aufl., 2013, § 13, Rdn. 1ff.
Jescheck/Wigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT. 1996, S. 598ff.
Schönke/Schröder/Lenkner/Eisele, Strafgesetzbuchkommentar, 29. Aufl., 2014, vor §§ 13, Rdn. 134ff.
Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil 3. Aufl., 2005, S412
Wessels/Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil 42. Aufl., 2012, S296