

## 『不作為犯と正犯原理』

平山幹子著（成文堂、2005年11月）

法学部助教授 平山幹子

不作為犯は、日本の刑法学において繰り返し議論されてきた領域の1つである。しかし、そこにはいまだ解決されていない問題が山積している。とりわけ、正犯および共犯の成立範囲を描き出す「正犯原理」は、不真正不作為犯をどのように構成するかという不作為犯の一般理論の問題とも密接な関係を持つ、重要な問題である。にもかかわらず、不作為犯と「正犯原理」との相互関係を意識的に取り扱った研究は、ほとんどなされてこなかった。しかし、近時の児童虐待事件や薬害事件、雑踏事故など世間の耳目を集めた過失事件や種々の不公正取引をめぐる混乱は、上記の意味での「正犯原理」と無関係に構築されてきた不作為犯論の限界を示唆しているように思われる。既存の議論の射程と限界を示すと共に、正犯および共犯の成立範囲を視野に入れた不作為犯論を展開することは、理論的要請としてだけでなく、実践的観点からも求められている。本書は、こうした問題に取り組むものである。

上記のような内容を持つ本書に一貫して存在する問題意識は、自然的な意味での因果力や事実的な支配の有無、それにもとづく犯罪行為ないし正犯者の把握の仕方には限界があるのではないかと、いうものである。すくなくとも、刑法という制裁手段が用いられる場面で、正犯すなわち犯罪的な出来事の主役がだれなのかは、被害結果の直接的な原因を物理的に支配していたかどうかによって特定されるとはかぎらない。個々人の社会的な営みの基盤となるような制度やそれを保護すべき特別な立場にあるがゆえに遵守せねばならないルールの存在とその違反によってしか特定できない場合もある。たとえば、「親」は「親」であるがゆえに、子供を庇護することが期待され、そうしなかった場合には子供にふりかかった侵害的な出来事の主役、すなわち、正犯として問責の対象となりうるというように、である。

こうした考えは、環境変化とそれに対応す

る規制の流動性が激しい経済取引の場面に目を転ずれば、一層明らかであるように思われる。そうした場面では、「刑法によって把握されるべきなのはこういった構造を持つ態度である」という思考方法よりも、「社会の中で犯罪的な意味を持ちうるものが刑法によって把握される」という思考方法が、事實的・構造論的思考よりも規範的・動的な分析方法が妥当している。すくなくとも、経済的なコミュニケーション、つまり、さまざまな取引において、コミュニケーションの主体には、コミュニケーションの前提となる諸制度の中ではじめて明らかになるような地位に見合った役割や責任が生じている。たとえば、近時、証券取引法の分野で注目されているいわゆるゲートキーパー責任は、非行ないし違法行為を抑止するにあたり、違法行為者自身ではなく、第三者にその抑止を期待するものである。継続的プレイヤーとして長期的な評判の維持に努めている引受人＝投資銀行には、企業、とくに新規公開企業と投資家との間に存在する情報の不均衡にかんがみ、引受人として新規公開企業に不足する評判を補うことによって企業と投資家の情報のギャップをうめ、発行市場を成立させるという特別な役割が期待される。したがって、引受人に損害賠償などの責任（証券取引法21条1項、2項）を問う場合、それは証券発行に伴う通常責任とは程度が異なるとされるが、そうした責任の違いは、証券取引の形態を形作る諸制度を映し出すものであって、違法行為に対する因果力に左右されるわけではない。

このように、刑罰が発動すべき社会や諸制度が変動するのであれば、何が犯罪的な意味を持ちうるかも当然に変化する。そうだとすれば、刑法理論も刑法の適用対象の動的な性格を前提に構築されなければならないのではないかと。こうした意識から、本書は、不作為犯と正犯・共犯の負責原理について検討するものである。