

タイトル	不作為犯の体系と構造(二)
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，44(2)：233-251
発行日	2008-12-25

不作為犯の体系と構造 (二)

吉 田 敏 雄

目 次

はじめに	第一章 不作為犯総説	第二章 不真正不作為犯の構成要件
I 不作為犯の体系と種類	II 真正不作為犯	I 客観的構成要件
III 不真正不作為犯	IV 複合的行為態様における作為と不作為	A 客観的構成要件要素
a 作為と不作為の区別	b 同時的全体事象	1 結果回避義務を基礎付ける状況
c 多段階的事象	d 「非難可能性の重点」説	2 必要な作為の非着手（不作為）
		3 必要な作為に着手する事実上の可能性（個別行為能力）
		4 結果の発生
		5 不作為の因果関係
		e 作為による不作為

（以上前号）

（以上本号）

第二章 不真正不作為犯の構成要件

I 客観的構成要件

A 客観的構成要件要素

1 結果回避義務を基礎付ける状況

不真正不作為犯の客観的構成要件要素として、先ず挙げられるべきなのは、結果を回避するための特別の作為義務を基礎付ける状況の存在である（いわゆる構成要件該当状況ないし義務を基礎付ける事態^①）。すなわち、不作為者にその介入を期待するないし要請する事態が存在しなければならぬ。

具体的作為義務を生じさせる事態の発生は、結果発生 of 危険が生ずる時点で初めて認められる。すなわち、保障人の地位といった要件を別とすれば、具体的な結果発生 of 危険があつて初めて、個人の作為義務が生ずる^②。

例えば、工場経営者が炭疽菌に汚染された山羊毛を事前に消毒することなしに加工のために工場労働者に引き渡したところ、工場労働者四人がそれに感染して死亡したという、有名なドイツの山羊毛事件がある^③。この事件では、（消毒をしなかったという）不作為と（工場労働者に山羊毛を引き渡したという）作為の両面があり、不作為犯と捉えるか作為犯と捉えるかが問題となる。学説には、本事例は、作為犯としても不作為犯としても構成できる、「消毒をしていないという不作為が積極的行為に影響を与えている。なぜなら、山羊毛が消毒されなかったのであるから、それを

労働者に引き渡すということは注意義務違反である。しかし、逆に、こうも言える、山羊毛は工場労働者に渡されることになっていたから、既に、それを消毒していないということが注意義務違反である」、したがって、過失犯という同一の構成要件該当性につき、作為犯としても不作為犯としても構成することが可能であり、両者は競合するが、補充性の観点から、作為犯として処理されるべきである、但し、行為者が引き渡し時点において責任無能力状態にあるなら、不作為犯として処理されるべきである⁽⁴⁾。しかし、本事例は作為犯として処理されるべきである。なぜなら、不作為の時点では、結果回避義務を基礎付ける危険がまだ生じていなかったからである。山羊毛を引き渡すという計画だけでは、まだ、「行為者心理現象」にすぎず、危険な行為は存在せず、したがって、構成要件該当状況は生じていないからである。したがって、行為者が山羊毛を引き渡し時点において責任無能力であったなら、その前の消毒をしなかった時点⁽⁵⁾を捉えて、不作為犯として構成することはできない。その時点では、構成要件該当状況は存在しなかったからである。

2 必要な作為の非着手（不作為）

構成要件該当行為は、各命令構成要件によって要請される（積極的）作為をしないこと（不作為）である。必要な行為は法律に明文化されているわけではない。それは、各構成要件該当状況におかれた客観的観察者の事前の判断に基づくと、各犯罪類型、その保護目的、具体的状況から、できるだけ迅速且つ確実に構成要件該当結果の発生を回避するために何が必要であるのかというところから導かれる。具体的な結果発生⁽⁶⁾の危険があつて初めて作為義務が生ずるからである。したがって、いかなる行為が必要とされているかの判断には、事例ごとの特殊な事情がすべて流れ込む。すなわち、義務付けられる者の知識、能力及び可能事、危険源への近接性、救助に必要な救助手段の存在及びこ

れを利用するのに必要な経験と知識。命令されるのは、常に、着手することが実際に可能な行為だけである。⁽⁶⁾例えば、子供が熱湯で火傷したとき、火傷軟膏を塗るだけで足りるのか、医師を呼んだりあるいは病院へ連れて行かねばならないのかは、火傷の種類・程度、子供の年齢、体質、及び、事故の場所、時間を考慮して判断されねばならない。⁽⁷⁾

結果発生を阻止するために適した行為は唯一つしかないというわけではなく、複数の行為選択肢のあることが多い。この場合、構成要件該当の不作为が認められるのは、行為者が必要とされる行為のどれにも着手しなかった場合に限られる。行為選択肢のなかの一つでも行われれば、不作为があつたとはいえなくなるからである。例えば、自ら救助措置をする可能性のほか、他人の助力を求める可能性もある。⁽⁸⁾行為義務を課せられる行為者が、結果回避を直接果たさねばならないということではない。それどころか、危険状況によっては、行為者は専門の第三者（例えば、警察、救助隊、救急医療、消防）に助力を求めることが許されるし、場合によっては、求めねばならない。しかし、第三者に義務を果たしてもらうということは、行為者を自分の行為義務付けから免れさせるものではない。むしろ、行為者は第三者の活動を監督し、必要な場合には、介入しなければならない。⁽⁹⁾

結果回避傾向を有する行為が行われれば、それで十分である。したがって、行為義務者が、「客観的状況からして、できるだけ最善の且つ迅速な結果回避に必要なことをすべて行った」といえる限り、結果が実際に効果的に回避されたか否かは重要ではない。⁽¹⁰⁾但し、行為者が、結果回避をする上で不適切な選択肢を適切だと誤認して選んだとき、例えば、自らは救助措置をとらないで、到底適時に介入し得ない警察を呼ぶとか、その他、不十分な選択肢をとったとき、過失の不作為が問題となる。⁽¹¹⁾

通説によると、不作為の因果関係が肯定されるためには、具体的結果が、必要とされる行為が為されていたなら確実性に境を接する蓋然性をもって生じなかつたということの証明が必要である。しかし、このことは、行為が必要とされるのは、当該行為によって確実性に境を接する蓋然性をもって法益侵害が避けられる場合に限定されるということを決して意味しない。必要とされているのは、実際の救助可能性のあるあらゆる作為である。「行為義務にとり、事前に、行為が確実性に境を接する蓋然性をもって迫り来る結果の発生を阻止するという認定は前提要件ではない」のである。⁽¹³⁾ かかる蓋然性は結果の発生を帰属させる際に意味をもつにすぎない。一切の（最小であっても）救助可能性で足りる。⁽¹⁴⁾ 「規準人の客観的判断によると、事前に、考えられうる救助活動が実際には見込みがない」と判明しても（例えば、五%程度の救助可能性しかない）、それでも、救助行為は可能であり、命令されている。しかし、不作為の因果関係、帰属可能性又は少なくとも期待可能性がなくなる。確実性に境を接する蓋然性の要求は発生した結果の因果関係の存否との関係でのみ意味を有する。⁽¹⁵⁾

3 必要な作為に着手する事実上の可能性（個別行為能力）

次に、不作為者に客観的つまり実際に行為可能性（物理的な現実の可能性）があるということ、換言すると、個人的行為能力が必要である。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要素によって、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無ければ、既に行為義務は存在しない。⁽¹⁶⁾ もっとも、個別行為能力の問題は前述2の命令された作為の非着手の問題と重なっているのである。

交通事故を起こし炎上している自動車から脱出した同乗者が、自動車に閉じ込められた運転者か他の同乗者のどちらかしか救助できないとき、それは個別行為能力の問題ではなく、作為義務衝突の問題である。⁽¹⁶⁾

行為可能性の存否は、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（現実の所与）に関連させ、且つ、不作為者の個人的能力とも関連させて判断されねばならない。⁽¹⁷⁾ そうすると、行為の可能性が存在しない場合というのは、不作為者に、命令された行為を着手するのに必要とされる救助手段が欠如しているために不可能であるとか、不作為者に必要とされる（技術的）技量、知識、知的能力又は経験が欠如しているときである。例えば、泳げない人は、溺れている人を泳いで助けに行かなくとも、不作為者とはならない。もつとも、浮き輪を投げかける等の他の手段がとれる場合は別である。同じことは、十分な力が無いとか、身体疾患のために身体的行為能力が無い場合にも当てはまる。遠隔地にいるということも——危険の客観的認識可能性を前提として——必要とされる救助措置の着手を不可能にする。例えば、札幌にいる人は、同時刻に東京で命令される行為を不作為することはできない。

行為義務が不作為者にあるといえるためには、不作為者が自分の物理的及び心理的状況から、行為義務を果たせる場合に限られるのであるが、この可能性は、法に誠実な心情を対象とする「期待可能性という可能性とは異なった次元にある」。実際の個別的救助可能性・能力は保障人義務の履行能力ばかりでなく、同時に、保障人義務の具体化でもある。

かくして、不作為犯においては、客観的規準と主観的規準の分離が意味を為さないことは明らかである。不作為者の個別の、したがってまた、主観的行為可能性は「客観的義務の微調整」であるから、不法の領域に属するのである。⁽¹⁸⁾

注意されるべき点は、必要とされる行為が必ずしも直接的救助である必要は無く、利用可能な援助を求めることもよいことがあるということである。行為の不可能性又は無能力は、行為選択肢が無い場合にのみ存在する。同時に、行為無能力は、「人が具体的状況の下で命令を履行するための意味あることをまったくできない」、換言すると、「意味のある方法で必要なことをする」可能性がまったく無い場合に既に認められる。⁽¹⁹⁾ 例えば、消火することはできなかったが、自分の妻の放火を止めることのできた火災保険の被保険者である夫には、不作為による放火罪が成立する。⁽²⁰⁾ この場合、結果回避のための意味のある可能性があったからである。⁽²¹⁾ これに対し、火災の場に出くわした者が、手水を掬うて炎に注ぐことをせず、絶望のあまり何もしない場合、不作為による放火は認められない。なぜなら、このような方法では首尾よく消火することはできないからである。⁽²²⁾ すなわち、命令された行為の着手の可能性がなかったとするためには、行為無能力が絶対的に存在したことまで要求されない。⁽²³⁾

可能性判断は客観的観点から下される、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だったということである。こういった可能性の前提となるのは危険と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。不作為者が救助措置によっても結果回避ができるのかについて本気で疑問を抱いていても、行為能力が否定されるわけではない。救助措置に出ても無駄であることが確実に予見できる場合にのみ、行為能力は否定される。したがって、救助義務者は、救助措置が役に立つか否かを知らなくとも、救急自動車、警察を呼ばねばならない。後に、被害者はもはや助けられなかったことが判明しても、不作為による未遂の問題が生ずる。⁽²⁴⁾ これに対して、危険、行為可能性又は具体的に必要ないことが不作為者に知られていたか、又は、知りえたかといった問題は故意、過失の問題に過ぎない。⁽²⁵⁾ 例えば、父親が自分の子供が危険状態にあることに気づかないとか、現に存在する救助手段に気づかない

といったことは、不作為の存否に影響を与えない⁽²⁶⁾。しかし、危険ないし救助手段の主観的認識可能性が無い場合、個人行為能力が否定される⁽²⁷⁾。

個人行為無能力は責任を排除するのではなく、不作為を否定するのである⁽²⁸⁾。しかし、不作為者が有責に個人行為無能力の状態におくとか、行為の場所から離れるとかした場合、それは必ずしも不処罰を意味しない。その可罰性はかわゆる原因において自由な不作為 (*omissio libera in causa*) の問題として扱われるべきである。例えば、列車の通過時点において遮断機を下ろせないほど酩酊している踏み切り番の場合、故意又は過失でそういう状態に陥ったことが負責される。原因において自由な不作為は作為ばかりでなく、不作為によっても生じうる。例えば、母親が病気の子供のための薬を適時に購入しない場合である⁽²⁹⁾。

保障人が有責に責任無能力状態（同時に行為能力を失うことなく）におく場合も同様に考えられる。例えば、列車の通過時点において遮断機を下ろせないほど酩酊はしていないが、しかし、泥酔のために軽率にもそれをおろさなかった踏み切り番の場合である⁽³⁰⁾。

4 結果の発生

不真正不作為犯は、対応の作為——結果犯において要請される結果を、実際に、因果関係的、且つ、規範的に帰属可能的に発生させたことを前提とする。結果が発生しないか、不作為の因果関係が欠如するか、発生した結果が客観的、主観的に不作為者に帰属できないとき、故意犯では未遂の可罰性が問題となる⁽³¹⁾。

5 不作為の因果関係

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間につながりが認められなければならない。もとより、不活動、すなわち、エネルギーを投入しないということが具体結果発生に現実の影響を及ぼしているわけではないことから、自然科学的意味では、不作為と具体的結果発生の間には因果関係は無い (De nihilo nihil fit. Nichts kommt aus dem Nichts. 「無から有は生じない」)。しかし、このことから、法的範疇としての不作為の因果関係が否定されるべきだということにはならない。⁽³²⁾

法的には、不作為と具体的結果発生の間の社会的意味連関が重要である。この意味で、不作為の因果関係は価値範疇であり、仮定的因果関係である。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。⁽³³⁾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。⁽³⁴⁾

不作為犯の場合にも、等価説が基本的に妥当する。作為犯の場合には作為を除去する条件公式が適用されるのであるが、不作為犯の場合には作為を付加した修正等価説が適用されるのである。すなわち、命令された作為が行われたならば、当該具体的結果は確実性に境を接する蓋然性をもって発生しなかったであろうといえる場合に、当該不作為は当該具体的結果の発生に対して因果関係がある (仮定的因果関係)⁽³⁵⁾。不作為の因果関係は、構成要件に抽象的に輪郭付けられた結果ではなく、発生した具体的形態における結果に關係しなければならぬ。⁽³⁶⁾したがって、命令された作

為が行われていても、構成要件該当の結果は生ずるが、但し、具体的に生じたのとは異なった形で生ずるといえる場合でも、不作為と具体的結果の発生の間には因果関係がある。⁽³⁷⁾ 因果関係の存在を前提とした上で負責を限定するのが客観的帰属論である。

特殊な場合に、作為犯にあつては、等価説が合法則的条件公式に依拠する必要があるように、不作為犯にあつても合法則的条件公式に依拠する必要がある。そうすると、命令された作為が行われたならば、時間的に後続する、当該作為と相互に合法則的に結びつく外界の変化が生ずることが確実性に境を接する蓋然性をもつていえ、この外界の変化が生ずれば、それだけで又は一個又は複数の他の作為とあいまって最終的には具体的結果の発生には至らなかったといえる場合に不作為の因果関係を認めることができる。⁽³⁹⁾ このように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。⁽⁴⁰⁾

このように、不作為の因果関係が認められるのは、作為義務の生じた時点で命令された作為が行われたなら、具体的結果の発生が確実性に境を接する蓋然性をもつて避けられたといえる場合である。確実性に境を接する蓋然性を要求することは、証明の程度を下げることを意味するのではなく、人間の認識能力に適ったことなのである。⁽⁴¹⁾ しかし、確実性について過大な程度を要求してはならない。実際の確実性、すなわち、「遠く離れた、純理論的に考えられる可能性は無視されるが、人々が生活においてこういうものとして承認し、満足せねばならない確実性」で十分である。不作為の因果関係に当たっても、「疑わしきは被告人の利益に」の原則が適用される。⁽⁴²⁾ 不作為の因果関係がこのような

は証明できないとき、既遂罪は成立しない。故意犯の場合だと、未遂犯処罰の可能性が残る。⁴⁴⁾

不作為の因果関係に確実性に境を接する蓋然性を要求することは、刑事政策的観点からは不都合ではないかということが指摘されている。例えば、交通事故の負傷者が病院に搬送されたが、医師がその脳内出血を見落とし、適切な治療を行わなかったために死亡したが、適切な治療が行われていたならば、負傷者は八〇%の蓋然性をもって助かっただろうといえる場合、その死亡事実は危険連関の欠如のために自動車運転者に帰属できず、そうかといって医師には因果関係が認められない。命令された作為が行われたとしても、確実性に境を接する蓋然性をもって死の結果を避けられたとはいえないからである。さらに、一般的に、医療においては、不作為はほとんど常に不処罰ということになると批判される。治療を行えば、確実に助けられたというようなことは、何時いえるのだろうか。具体的結果の発生が焦点になっていることもあまり役立たない。適切な治療が行われていたなら、「少なくとももう少し生き延びた」ということを確実性に境を接する蓋然性をもって認定できるのは稀であり、ひよつとして、よりによって命令された手術をしたなら、死んだであろう、つまり、もつと早く死んだかもしれないと。⁴⁵⁾

そこで、危険増加説が主張されることになる。これによると、命令された作為が行われたならば、現実化した法益に切迫した危険を著しく減少させたといえる場合に既に、不作為は発生した結果に対して因果関係が認められる。作為義務者は、確実でなくとも、五〇%あるいはそれ以下の可能性であっても、現実には救助の可能性があればそれを引き受けなければならない、すなわち、結果発生時の危険を減少させる義務を有する。命令された危険減少が行われず、且つ、義務に違反して減少策のとられなかった危険が現実化したとき、結果の発生は、義務に違反して減少策のとら

れなかった、したがって、作為義務者によって違法に招来された危険の現実化であり、発生した結果は作為義務者に客観的に帰属可能である。ただし、この顕著な危険現象は確実性に境を接する蓋然性をもって証明されなければならない⁽⁴⁶⁾。

しかし、危険増加説に対しては、侵害犯の構成要件が危険犯の構成要件に機能転換されることになるとの批判が加えられる⁽⁴⁷⁾。この批判は形式的に見ると当たらないように思える。結果の発生は依然として要求されており、侵害犯が危険犯に変化するわけではないからである。しかし、実質的に見ると、因果関係の存否判断の重点が、実際の結果発生からただ結果発生の危険があっただけということに移されている。したがって、侵害犯が危険犯に機能転換しているとまではいえないが、侵害犯が危険犯に接近しているとはいえる⁽⁴⁸⁾。さらに、危険増加説には次の問題もある。危険増加説は内容的には客観的帰属論の構成要素であるが、しかし、客観的帰属論は、本来、客観的、主観的に構成要件該当行為が実際にも刑罰規範によっては認められない領域に入るのか否かを目的論的理由から検証するのであって、負責限定的機能を果たすのである。ところが、危険増加説は不作為犯処罰の範囲を拡張するのである⁽⁴⁹⁾。

自らは結果を回避できないが、結果回避のために必要な第三者（例えば、救急医）に助けを求めることをせず、その結果、救助を必要とする者が死亡するとき、かかる不作為にも因果関係はある。第三者がまったく来なかったかどうか、第三者の作為が結果の発生を（確実には）阻止できなかったかどうかといった仮定的考慮は、不作為の因果関係の認定にとって重要ではない。第三者に来てもらうことによって、不作為者はその限りで負責を免除されるのであり、第三者の答責領域にある新しい状況が創設されることになる。

そうすると、当初の不作為とは関連のない別の因果関係が進行することになる。もとより、結果回避のために必要な第三者が来ない、あるいは、介入しないことを確実に知っており、それ故、第三者を呼ばない者は、そうすることが唯一の救助手段であっても、救助の可能性が欠如するという理由から、構成要件該当性が否定される⁽⁵¹⁾。

集団決定の場合の不作為の因果関係については、不作為の集団決定に賛成票を投じた個々の構成員だけに発生した具体的結果との因果関係が認められる。命令された作為をしないことに反対票を投じた者、ないし、命令された作為をする決定を下せるように可能で期待できることを行った者には、構成要件該当性は否定される⁽⁵²⁾。先ず、違法な集団決定が満場一致で決定された場合、因果関係は問題なく肯定される。同様に、違法な集団決定が一票差で決定された場合も因果関係は肯定される。賛成票を投じた者(多数派)が一人でも仮に反対票を投じておれば結果は変わったといえるからである⁽⁵³⁾。問題は、必要最低数を越える圧倒的多数で決まった場合に生ずる。多数派の誰もが仮に自分の投票行動を変えていたとしても、事態は変わらなかったと主張しうるからである。必要条件公式を適用すれば、因果関係は否定されることになるが、しかし、合法的条件公式の適用が考えられる。すなわち、各構成員の投票が、違法な多数決決定に必要な票を投じた他の者と一緒になって、結果の発生のための十分な条件を与えている。各人の票はそれだけを取れば効力のない原因ではあるが、他人の票とあいまって初めて効力を有するのである⁽⁵⁴⁾。

注

- (1) H. Fuchs, Österreichisches Strafrecht AT, 5. Aufl., 2002, 37. Kap. Rn 20.; M. Hif, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005, § 2 Rn 42.

- (2) *Fuchs*, (Fn. 1), 37. Kap. Rn 21.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 42.; *E. Steininger*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2001, § 2 Rn 23.
- (3) RGSt 63, 211.
- (4) *J. Baumann, U. Weber u. W. Misch*, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 15 Rn. 27.
- (5) *C. Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 31 Rn 86.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 42. 参照『本論説第一章A』。
- (6) *D. Kienapfel, F. Höpfel*, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, Z 29 Rn 3 f.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 43.
- (7) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 29 Rn 4.
- (8) *O. Triffterer*, Österreichisches Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1994, Kap. 14 Rn 77.
- (9) *W. Stree, Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar 26. Aufl., 2001, Vorbem §§ 13 ff. Rn 152.
- (10) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 29 Rn 5.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 44.
- (11) *Roxin*, (Fn. 5), § 31 Rn 180.; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 29 Rn 6.
- (12) *Stree*, (Fn. 9), Vorbem §§ 13 ff. Rn 149.; *M. Burgstaller*, Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht, 1974, S. 86 Fn. 30 (救助行為が行われたら単に可能なのではなく、確実に結果の発生を阻止したといえる場合のみ、その救助行為は義務付けられるという見解 (G. Stratenwerth, Bemerkungen zum Prinzip der Risikoerhöhung, Gallas-Festschrift, 1973, S. 227 ff., 239) は、行為規範の問題と結果の帰属の問題の区別を正しく認識してなる)。
- (13) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 25.
- (14) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 45.
- (15) *Stree*, (Fn. 9), Vorbem §§ 13 ff Rn 144.; *R. Moos*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2001, § 4 Rn 129.
- (16) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 28 Rn 5. 行為無能力と不能説と、*H. -H. Jescheck, Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 59 II 2.
- (17) これに対して、イエシエック／ヴァイゲントは、不作為は一般的行為能力(すなわち、平均人の知識と能力を完全に具備している者には命令された行為ができるという可能性は、行為論の領域で扱われ、社会的に重要な人の行動としての不作為の概念に属する)を前提とするが、不作為の構成要件該当性の問題は、具体的事例において不作為者と考えられる個人に関係しなければならぬ、というのは、この者に可能であった行為をしなかったことだけが不法の性質をもちうるからであると論ずる。Jescheck/Weigend, (Fn. 16),

§ 59 II 2. しかし、この議論は適切とは思われない。平均人が命令された行為をすることができたか否かは、前構成要件の次元で答えることはできないからである。いかなる行為がそもそも命令されていたのかは、具体的構成要件に基づいてしか判断できないからである。したがって、一般的行為能力を問題にするなら、そこでは行為者がおよそ、何らかの方法で受動性から自己の意思により離脱する可能性をもっていたか否かだけを調査し、構成要件該当の行為能力の問題では、平均人とは関係なく、行為者が個別的に命令された行為をすることができたか否を調べるべきである。Tiffner, (Fn. 8), 14, Kap Rn 79.

これに対して、フックスは、命令された行為の客観的可能性と個別行為能力を区別している。一方で、客観的構成要件要素としての命令された行為をする「客観的可能性」は、具体的に、しかし、客観的に（不作為者の視点からではなく）判断されるべきであり、他方で、個人行為能力は責任要素であって、行為時点における個人の精神的及び身体的状況に照らし、客観的にに命令された行為を実際にも行うことのできた者だけに有責の不作為が認められる。Fuchs, (Fn. 1), 37, Kap Rn 23 u. 81.

- (18) Moos, (Fn. 15), § 4 Rn 119.
- (19) Jescheck/Weigend, (Fn. 16), § 59 II 2.
- (20) RGSt 64, 273, 276.
- (21) Roxin, (Fn. 5), § 31 Rn. 9.
- (22) Roxin, (Fn. 5), § 31 Rn. 9.
- (23) Roxin, (Fn. 5), § 31 Rn. 9; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 48.
- (24) BGH NSStZ 2000, 415.
- (25) Stree, (Fn. 9), Vorbem §§ 13 ff., Rn 143.
- (26) Roxin, (Fn. 5), § 31 Rn 11. カオフマンとヴェルツェルは、不作為の成立要件として構成要件該当状況の認識と必要とされる救助手段の認識が必要だとみて、したがって、過失の不作為を可罰性から排除するが、これは過大な要求である。Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, 35 ff., 59 ff.; H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 201.

- (27) Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 49.
- (28) マインホルト (M. Mainwald, Grundlagenprobleme der Unterlassungsdelikte, JuS 1981, S. 473 ff., 479) は、社会的地位から任務を与えられている者が、その任務を果たさないと、個別行為無能力であっても、不作為が認められると論ずる。例えば、非医師には、医学知識なしにはなし得ない生命救助措置をしなくとも、不作為は認められないが、本来可能な救助措置ではあるが、二〇時間

もの災害出動の後でそれがもはや「できない」医師には、不作為が認められ、ただ免責されるにすぎないと論ずる。しかし、法は不可能なことを義務付けることはできない。疲労のあまり無気力状態にある、あるいは、心臓発作で倒れている医師に、行為のできる医師を前提とする義務を課することはできない。*Roxin*, (Fn. 5), § 31 Rn 15.これに対して、不作為に過大な要求をする学説がある。アンドロウキスは「行為」能力の完全な自由を「ヴォルフは行為能力の前提に動機付け能力を要求する。*K. Androulakis*, Studien zur Problematik der unechten Unterlassungsdelikte, 1963, 115; *E. A. Wolff*, Kausalität von Tun und Unterlassen, 1965, 46, Fn. 26.」など、*ネーデル*の「このようにして不作為と責任を区別するの」という問題が生ずる。*Roxin*, (Fn. 5), § 31 Rn 15.

- (29) *Stree*, (Fn. 9), §§ 13 ff. Rn 144.
 - (30) *Stree*, (Fn. 9), Vorbem §§ 13 Rn 145; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 51.
 - (31) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rz 52.
 - (32) *F. Nonakowski*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1. Aufl., 1982, Vorbem zu § 2 Rn 19 f.; *Steininger*, (Fn. 2), Vorbem zu § 2 Rn 5, 7 f, 21 f.
 - (33) *Steininger*, (Fn. 2), Vorbem zu § 2 Rn 7, § 2 Rn 18.
 - (34) *Steininger*, (Fn. 2), Vorbem zu § 2 Rn 21, § 2 Rn 17.「*ノヴァコフスキー*が不作為犯における因果関係を「法的意味での因果関係」であり、客観的帰属としてになった事象だと論ずる。(Nonakowski, (Fn. 32), § 2 Rn 19)「客観的帰属の領域を拡張しすぎている。なぜなら、もともと客観的帰属というのは基本要件としての自然科学的因果関係を限定する規準であり、さらに、刑法理論的明晰性のためにも、行為と結果の間の結びつきを自然科学的側面から法的側面から分けて論ずるべきだからである。*Triffner*, (Fn. 8), § 14, Kap Rn 85.なお「*シュペンデル*は「擬似因果関係」とか「仮定的因果関係」という用語は適切でなく、作爲の場合には積極的条件が、不作為の場合には消極的条件となっているのであるから、条件連関(Konditionalzusammenhang)という用語を用いるべきだと主張する。*G. Spendel*, Kausalität und Unterlassung, in: Festschrift für R. D. Herzberg zum 70. Geburtstag, 2008, S. 247 ff.
- 自然科学的意味での因果関係の存在しない不作為を義務違反として処罰することへの疑問から、不作為を作為に還元する方向を目指すのが、酒井安行「不真正不作為犯のいわゆる因果論的構成の可能性と限界」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第一巻』一九九八年・一三三頁以下。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一巻』一九九八年・一五九頁以下。
- (35) BGH 1 StR 175/70 v. 28.7.1970 (W. Dallinger, MDR 1971, S. 361 f.)「不作為犯の場合、結果の発生を阻止しないことにつきこれ

を行為者に帰属できるのは、結果が欠落するということなしには、為されなかった行為を付加して考えることができない場合に限定される (RGSt 63, 392, 393; 75, 49, 50) ……これには確実性に境を接する蓋然性を認定することをもって足りる (RGSt 75, 49, 50)」。W. Gropp, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2005, § 11 Rn 79; Jeschek/Weigend, (Fn. 16), § 59 III 4.

最決平成元年二月一五日刑集四三巻一三〇八七九頁(覚せい剤の注射をされて錯乱状態に陥った少女をホテルの客室に漫然と放置したため急性心不全のため同女が死亡したという事実につき、保護責任者遺棄致死罪に問われた事案)「直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く(当時一三歳)、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と……同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には、刑法上の因果関係がある」。ここに、「十中八九」という表現が、文字通り八〇%ないし九〇%の意味ではなく、蓋然性に境を接する確実性を意味していると理解するべきであろう。内田文昭『刑法概要上巻』一九九五年・三五八頁は、結果防止の「最高度の蓋然性」を要求するが、同趣旨であろう。A. Donatsch, B. Tag, Strafrecht I, 8. Aufl., 2006, S. 314 „höchstwahrscheinlich“; S. Trechsel, Schweizerisches Strafrecht AT I, 4. Aufl., 1994, S. 231 „höchstwahrscheinlich“; 参照 原田国男『最高裁判所判例解説 刑事篇(平成元年度)』(一九九一年)三八五頁。平山幹子「不作為の因果関係」『刑法判例百選Ⅰ総論(第六版)』二〇〇八年・一〇頁。

この程度の証明がなされない限り、命令された作為と具体的結果発生との間の因果関係は認められない。盛岡地判昭和四四・四・一六判時五八二号一〇頁(自動車運転者が、交通事故により被害者に瀕死の重傷を与えたが、犯行の発覚をそれて被害者を遺棄しようとして、自動車内に乗せて搬送中死亡した事案につき、「被害者を事故後直ちに最寄の病院に搬送して救護措置を受けたとしても、死の結果を回避することができたとは認め難い」から、病院に搬送しないという不作為と被害者の死亡との間に因果関係は認められない)。参照 山口厚『刑法総論(第二版)』二〇〇七年・七七頁以下。

(36) Steininger, (Fn. 2), Vorbem zu § 2 Rn 20; J. Wessels, W. Beulke, Strafrecht AT, 32. Aufl., 2002, Rn 712.

(37) Roxin, (Fn. 5), § 31 Rn 56; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 35; BGH NSZ 1981, 219 (この日に外科手術をしておれば患者は確実性に境を接する蓋然性をもって一日生き延びたのであり、延命の高度の蓋然性がそもそもあった)。BGH NSZ 1985, 27 (この時点で処置がとられていれば患者の延命の可能性はずっと高かった。事実審の見解では、患者の生命は少なくとも一時間延びた)。

(38) 例えば、作爲犯において、甲が丙を殺害する予定であるが、甲が殺害行為に出ないときは、乙が丙を殺害する予定であり、実際に

は甲が丙を殺害したとき(仮定的因果関係の問題)、必要条件公式を適用すると甲の因果関係が否定される。また、甲と乙がまったく別々にそれぞれ致死量にたる毒薬を丙のワイングラスに入れ、それを飲んだ丙が死んだとき(二重因果関係、択一的因果関係又は重疊的因果関係とも呼ばれる問題)、必要条件公式を適用するところでも甲も乙も因果関係が否定される。しかし、合法的條件公式によれば、つまり、行為に「一般的又は専門的経験からすると、時間的に後続する外界の変化が生じ、当該変化が当該行為と相互に自然法則的に結びついており、構成要件該当の結果をもたらした場合、当該行為は当該結果と因果関係にある。いずれの設例にも因果関係が認められる。等価説の「除去方式」による必要条件の同定は、因果関係の定義を意味しているものではないのであって、実践的には多くの場合有用ではあるが、常に有用だとは限らない。Fuchs, (Fn. 1), 13. Kap. Rn. 5, 8, 10 u. 14.

(39) Bursztaler, (Fn. 12), 1974, S. 93.; Jescheck/Weigend, (Fn. 16), S. 283, 619.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn. 56; Steininger, (Fn. 2), Vorbem § 2 Rz. 22, 34.

(40) Steininger, (Fn. 2), § 2 Rn. 18.

(41) Roxin, (Fn. 5), § 31 Rn. 44.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn. 57.

(42) Noudoussi, (Fn. 32), Vorbem § 2 Rn. 28.; Steininger, (Fn. 2), Vorbem zu § 2 Rn. 21, § 2 Rn. 20.

(43) Jescheck/Weigend, (Fn. 16), S. 619.

(44) Roxin, (Fn. 5), § 31 Rn. 59.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn. 57. 危険増加説の立場から通説に対して、行為者が確実に回避できる結果に対してのみ責めを負うとき、結果の回避につき確実性に境を接する蓋然性が無くとも、救助を「それでも試みる」という法的義務を負わせるのは説明がつかないとの批判がなされる。G. Staudenwirth, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2000, § 13.3. Kap. Rn. 55 Fn. 81. しかし、救助に適した、相当な行為が行われなかったときには、未遂罪の成立が認められるべきである。BGH StV 1985, 229 (夫が打ちのめし、その傷が元で死亡した妻を病院に連れて行かなかつた事案において、即座に手術をすれば助かるわずかな見込みがあっても、不作為による故意の殺人罪は成立しないが、未遂罪の成立は可能である)。

これに対して、西田典之『刑法総論』二〇〇七年・一〇九頁—一〇九頁は、「ある期待された作為がなされていたならば、高度の蓋然性をもって結果が回避されたであろう」とはいえない場合、つまり、客観的に結果回避可能性がない場合には、「そもそも不作為となわち期待されるべき作為というものを観念することができないので、そこでは不作為犯の実行行為が欠如し、未遂犯も成立しない」と主張し、前田雅英『刑法総論講義(第三版)』一九九八年・一三二頁も、「因果関係とは、実行行為と結果との結びつきの問題であるが、不作為犯においては、結果防止(回避)可能性がなければ作為義務は認められない。結果を防止することが具体的に可能な作

為を想定しえない以上、『期待された作為』を設定できない。そうだとすれば、結果を回避し得なかった場合には、因果関係が欠けて結果を帰責できないので未遂となると考えるのではなく、実行行為性が欠け無罪となるべき」と主張し、又、大谷實『刑法講義総論(第三版)』一九九七年・一六三頁も、「不真正不作為犯の実行行為が認められるためには、期待された作為によって結果の防止がほとんど確実に可能であるという要件が必要となる」と論ずるが、いずれの見解も未遂犯の理解において適切でない。参照、佐久間修『刑法講義(総論)』一九九七年・九八頁。松宮孝明『刑法総論講義(第二版)』一九九九年・八六頁。林幹人『刑法総論』二〇〇〇年・一五六頁。

- (45) *Fuchs*, (Fn. 1), 37. Kap Rn 30, 31.
- (46) *Fuchs*, (Fn. 1), 37. Kap Rn 32, 33 u. 35; *Stratenwerth*, (Fn. 44), § 13 Rn 54 ff.; *H. -J. Rudolph*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1992, Vor 13 Rn 16, 16a; *H. Otto*, Grundkurs Strafrecht AT, 7. Aufl., 2004, § 9 IV.
- (47) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 29 Rn 13.
- (48) *Roxin*, (Fn. 5), § 31 Rn 60; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 21.
- (49) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 21.
- (50) *Roxin*, (Fn. 5), § 31 Rn 64; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 59.
- (51) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 60. vgl BGHSt 37, 131 „Lederspray-Urteil“.
- (52) *K. Kühl*, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, § 18 Rn 39b.
- (53) *I. Pappe*, Anmerkung zum Urteil des BGH v. 6.7.1990 „Lederspray-Urteil“, JR 1992, S. 30 ff. (多重因果関係): *Roxin*, (Fn. 5), § 11 Rn 19; *Kühl*, (Fn. 52), § 4 Rn 27a. ロクスレーンとは各人が別々にそれだけでは致死量に足りないが、併せると致死量になる毒薬を盛り、それを飲んだ被害者が死亡した場合(重疊的因果関係)との類似性を指摘している。

(つづ)