慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	不眞正不作爲犯の問題性に關する一考察 (一)
Sub Title	A study on "die Problematike der unechten Unterlassungsdelikte" (1)
Author	中谷, 瑾子(Nakatani, Kinko)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1957
Jtitle	法學研究 : 法律・ 政治・ 社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.30, No.4 (1957. 4) ,p.14- 32
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19570415-0014

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

不眞正不作爲犯の問題性に關する一考察（一）

中谷瑾子

一　序論
1　まえがき
2　問題の所在
二　不作爲の意義
1　刑法における作爲と不作爲との區別
2　諸他の法領域における作爲と不作爲との同一視
3　眞正不作爲犯と不眞正不作爲犯の用語例
三　不眞正不作爲犯の問題性の所在場所に關する學說史の素描
1　因果關係說
2　違法性說
3　構成要件該當性說
4　實質的當罰性說（未完）

一

1　さきに、私は拙稿〝期待可能性の理論に關する一考察〟[1]において、現在ドイツにおいては、期待不可能性 Unzumutbarkeit が、過失犯について一般的責任阻却事由と認められながら、故意犯については殆んど否定されているという事實を指摘したのであつたが[2]、そのような諸說の中で、いわゆる目的的行爲論 Die finale Handlungslehre の提唱者であるウェルツェルが、一應通說同樣故意犯については期待不可能性を理由とする一般的責任阻却を否定しながら、故意犯の中でもとくに不作爲犯の場合を區別して、その場合には、期待不可能性という責任阻却事由を一般的に認めている[3][4]點に注意が惹かれ

た。[5] これに對して、ヘルムート・マイヤーは、從來責任要素乃至は責任阻却事由と解せられてきた期待不可能性をば、構成要件の解釋に際して、とくに過失犯（過失犯の場合は特別な違法性阻却事由と解する）及び不眞正不作爲犯の場合に考慮すべきものとしている。[6] このようにしてウェルツェルとヘルムート・マイヤーとは期待可能性の理解のし方、體系的位置づけの點で根本的に異るのであるが、ただ、兩者とも、期待可能性の理論の作用する範圍を法律上規定のある場合を除いては原則として過失犯の範圍に限定しながら、例外として故意の不作爲犯乃至は不眞正不作爲犯についてとくに積極に解し、それに關連して更に故意の不作爲犯と過失犯との併行性を指摘するに至つている。[7] この點につき私は前稿執筆當時エーラーの示唆[8]に導かれながら、本來過失概念が故意概念に比べてより一層規範的な概念であること（というのは、過失犯の場合にはなるほど現實的な作爲に人格的非難が向けられるのではあるが、その非難の基礎は行爲者にとつて結果發生の認識が可能でありかつこれを認識したならば結果の發生を避け得たにも拘らず、行爲者が不注意にもこれを豫見せずに行爲に出たという點にある。つまり現實的な行爲そのもの、現實的な認識そのものではなくてその行爲の背後にあるもの、現實には存在しないが、しかしあるべき認識を評價の對象とする點で故意概念よりも一層規範的だと云いうるという意味である）、從つて規範的な責任要素としての期待可能性はむしろ過失の概念要素として理解しうること、そしてその規範性を根據づけるものはいわゆる注意義務違反（これも一種の作爲義務である）ということであり、他方不作爲犯の場合にも現實には存在しないあるべき行爲（一定の〝期待せられた行爲〟）との關連で刑法上の評價が向けられる點及び行爲（＝不作爲）の違法性の實質が作爲義務違反であるという點に共通性を求め、且つその作爲義務の限界を期待可能性の理論をもつて劃するものという意味に理解したのである。[9] しかしながら、思えば過失犯と不眞正不作爲犯との併行性を論じたのは何もウェルツェルやヘルムート・マイヤーをもつて嚆矢とするものではなく、すでにヤーメス・ゴールトシュミットが認識なき過失と不眞正不作爲犯とをその二重の義務違反性に着目して併行的に取扱つたことは有名なことであり、更にエベルハルト・シュミットはこれを認識ある過失にまで及ぼしたのであつた。[11] その後同樣の取扱いは、ドイツに

おいてのみならず、わが國においても相當數の學者によつてさまざまに試みられているところである。[12]

（1）法學研究第二七卷第一一―一二號。
（2）前掲拙稿、法學研究第二七卷第一一號四七頁以下、とくに六三、四頁。
（3）H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, Eine systematische Darstellung, 3. Aufl., 1954, S. 131, 156 f.; 5. Aufl., 1956, S. 147, 175.
（4）尤もウェルツェルも當初においては、期待不可能性を違法性阻却事由として體系づけていたのである。Vgl. derselbe, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen, 2. Aufl., 1949, S. 54.
（5）前掲拙稿、法學研究第二七卷第一一號五二頁。
（6）H. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 119, 141, 190 f., 270. 尙前掲拙稿註（33）は本文に從つて一部訂正する。
（7）Welzel, Strafrecht, 5. Aufl., S. 147, 175.; H. Mayer, a. a. O., S. 139.
（8）Vgl. D. Oehler, Der materielle Gehalt der Strafrechtlichen Rechts- und Pflichtnormen, Festschrift für W. Sauer, 1949, S. 276.
（9）前掲拙稿、法學研究第二七卷第一一號六四頁。
（10）J. Goldschmidt, Der Notstand, Ein Schuldproblem, 1913, S. 17.
（11）Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrecht, Allgemeiner Teil, 26. Aufl., 1932, S. 275-6, Anm. 6.
（12）例えば A. Graf zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Aufl., 1950, S. 42, 54; W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, Eine lehrbuchmässige Darstellung, 3. Aufl., 1955, S. 180. わが國では瀧川幸辰、犯罪論序說一三八頁。

2　又不眞正不作爲犯における作爲義務の限界も（過失犯における注意義務の限界同樣）期待可能性によつて劃されると解する見解は、すでにマックス・グリューンフートによつて明らかにされている。卽ち彼によれば、〃不眞正不作爲犯には積極的な構成要件實現の違法徵表の作用 unrechtsindizierende Wirkung がないから、その違法性のためには、行爲者にあきらかに、作爲義務があつたという獨立の證明が必要であつて、その義務の限界は期待可能性によつて決定される〃[13]というのである。しかしながら、後に三において明らかにするように、現在の有力な說（ドイツにおいてのみならず、わが國におい

ても）によれば、不眞正不作爲犯の問題は、本質的には構成要件該當性の問題であり、作爲義務の問題はもとより、その限界を劃する作爲可能性の問題も亦當然に構成要件該當性の解釋の問題――もし構成要件をメッガー等の新構成要件理論に從つて違法性の存在根據（ratio essendi）と解し、刑法理論の體系を行爲・構成要件＝違法性・責任の形に體系づける立場では結局違法性の問題に還元されることになるのであるが――として取扱われているのであつて、その點に關してはウェルツェル等も何ら異說を唱えているわけではない。[15] ヘルムート・マイヤーの場合は、そもそも期待不可能性を以て構成要件の解釋の問題と解するのであるから、これを責任要素乃至は責任阻却事由と解する從來の說とは明らかに區別されるべきであるから別論として、ウェルツェルの場合には果してグリューンフートのいうように不眞正不作爲犯の義務の限界を責任阻却事由としての期待可能性を以て劃するという意味に解しているかどうかについては、明示的な敍述がないだけにやや問題とされる。何となれば從來試みられた二重の義務違反の故に過失犯と不眞正不作爲犯とをパラレルに論じるということと、過失における注意の可能性と不眞正不作爲犯における作爲の可能性とを等しく期待可能性における可能性と同一義に解するということとの間には必らずしも論理的必然性があるとは認められないからである。從つてたとえ前者の正當性が論證されたからと云つて直ちに後者の正當性の確證が與えられることにならず、兩者はそれぞれ別個に檢討されなければならない問題なのである。そしてウェルツェルについて見るならば、彼は〃不作爲の存在論的構造〃に關して〃潛在的（可能な）目的性〃（potentielle Finalität）とか〃可能な意思活動〃（möglicher Willensakt）というような言葉を用いてはいるが、[16] とりたてて作爲の可能性ということについて詳論してはいない。[17] ただ戰後の文獻の中ではわずかにヘルムート・フォン・ウェーバーが過失犯に關連してではあるが、當爲（ゾレン）の問題と可能（ケンネン）の問題とを對置して〃可能の問題は體系上歸責 Zurechnung の理論に屬する〃と說いていることが注目されるのである。[18] 又註(14)にも指摘した通り、作爲の可能性を期待可能性の可能性と同一義に解しながら、これを責任阻却としてではなしに違法性阻却乃至は構成要件該當性阻却と解するのはアドルフ・シェーンケ

である。[19] この說の當否の檢討は後に讓ることとするが、作爲の可能性と期待可能性の可能性とは獨立のものとして解するのが少くとも從來の多數說なのであつて、不作爲犯の研究については貴重な貢獻をしているザウアーも、[20] その最近の著書〝一般刑法理論〟の中で、不眞正不作爲犯の作爲義務は行爲者に行爲の可能性のある場合に限つて認められるが、その作爲義務の限界については往々用いられた、あまり充分ではない〝期待不可能性〟という標準に立ちかえる必要はなく、〝その限界づけは違法性の領域に存するのであつて（しばしば認められたように）責任の領域に存するのではない〟としている。[21] そしてこのような見解こそがドイツにおいてなお有力であり、又わが國においても夙に木村龜二教授によつて詳細に論證、展開されたところでもある。[22]

以上に瞥見したように、不眞正不作爲犯に關してはただ〝作爲の可能性〟という問題を一つとりあげただけでもいかに多くの問題が未解決のままに殘されているかが明らかである。しかも不眞正不作爲犯に關しては、そもそも根本的に不眞正不作爲犯の問題の設定を犯罪論中いかなる部分において展開すべきかという點、作爲犯又は眞正不作爲犯との關係、構成要件理論との關係、違法性乃至は責任との關係、作爲義務の義務づけの根據、過失犯との併行性の問題等論ぜられるべき數多くの問題點を含むものと解せられる。しかし今その全般にわたつてこれを詳論することは到底許されないので、不眞正不作爲犯と同じ問題意識をもつ過失犯との關係については、とくに稿を更めて論じることとし、本稿においては主として作爲義務と作爲可能性の問題を中心として考察し、その義務づけの根據と、可能性という言葉のもつ意味とを明らかにすると共に、併せてその證明の問題を追求するに止め、その他の問題點については必要な範圍內で言及するのみとした。

(13) Max Grünhut, Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, (ZStW.) Bd. 51 (1931) S. 467.

(14) 例えば H. Mayer, a. a. O., S. 111 ff.; W. Sauer, a. a. O., S. 89; Welzel, Strafrecht, 2. Aufl., S. 94. 尙 A.Schönke,

Kommentar, 6. Aufl., 1952, Vorbem. VII, S. 30. がこの可能性をやはり期待可能性と解しながら、その効果についてはウェルツェルの教科書第二版の違法性阻却説と、判例の構成要件該當性阻却説とを併せ紹介していることは極めて示唆に富む。尙後出註(47)參照。

(15) Welzel, Strafrecht, 5. Aufl., S. 170.

(16) Welzel, a. a. O., S. 164. 尙、ウェルツェルが初期においては過失犯について潛在的目的性の概念を用いていたことが興味深く考え併せられる。Vgl. derselbe, Strafrecht, 2. Aufl., S. 23, 85.

(17) この場合そもそも限界を劃するということの意味が多少問題となるが、もし可能性がなければ作爲義務は成立し得ないという意味に解する限り、ウェルツェルの説はグリューンフートのそれとは區別されなければならないことは、彼がその犯罪論構造の圖式において、不眞正不作爲犯につき作爲義務は構成要件該當性の面に、期待不可能性は責任の面において論ぜられるべきものとしていることに端的にうかがわれる。Welzel, a. a. O., S. 444.

(18) H. von Weber, Grundriss des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948, S. 85. この本は目的的行爲論の陣營にあつても非常に特色のある、かつ、極めて示唆に富む著書であるが、何分にも敍述があまりにも簡單すぎるために理解し難いところがある。この問題についても本文のように解していいかどうかについては多少疑問がある。

(19) Schönke, a. a. O., S. 30.

(20) Vgl. Sauer, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, Frank-Festgabe, Bd. 1, 1930, S. 202 ff.

(21) Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1955, S. 95 f.

(22) 木村龜二、不作爲犯に於ける作爲義務（牧野教授還曆祝賀刑事論集七一頁以下、刑法解釋の諸問題第一卷一八〇頁以下）。

二

1　私達は積極的に行動によつて自己の內心的意思を實現するのが通常であるが、しかし、自己の意思を實現し、貫徹するためには必らずしも積極的な行動を必要とするものではなく、一定の動作をしないということ（不作爲）によつてもこれをなすことができる。かくてよき現實を悪しくする時には作爲犯が、悪しき現實をよくしなかつた時には不作爲犯が成立することとなるのである。作爲犯（禁止規範違反）は、例えば、AがBを撲ち殺したとか、CがDの所有物を盜んだとかいうよう

に、通常は積極的な行爲によつて行われるが、しかし、又時には母親Ｍがその子に食物を與えずに餓死させたというように不作爲によつても亦犯されうる（不眞正不作爲犯）。これに反していわゆる眞正不作爲犯の場合、例えば保護義務者が保護を必要とする重病人を放置して何ら看護しないということ（無爲＝不作爲）によつて刑法第二一八條後段の罪は既遂となるが、又この犯罪は積極的にその重病人から治療上缺くことのできない藥をとりあげて之を廢棄するという作爲によつてもこれを實現することができる。この場合の積極的な行動を刑法的評價の下に置くことの是非によつて、いわゆる不眞正作爲犯なるものを認めるかどうかが爭われることになるが、ともかくも以上のような考察によつて刑法上の作爲と不作爲とは行爲の自然主義的な構造によつて區別されるのではなく、その分類はむしろ價値判斷によつて行われるものであるということが明らかであろう。

2　ともあれ、刑法の行爲論においては身體の動靜としての作爲と不作爲とが對置され、かつその對置は重要なものと解され、とくに不作爲犯については獨特の精緻な理論が展開されていることはすでに周知の通りである。このような作爲と不作爲との區別の重要さはしかし、諸法領域中とりわけ刑法においてきわだつたことのようである。例えば、私法領域においては契約の違反は現實的な行爲の態樣とは關係なく原則的に不履行、從つて不作爲として觀念されるし、契約關係外のいわゆる不法行爲もその法的効果が現に發生した損害の塡補、分擔を目的とするものであるだけに、端的に結果的現象自體に着目されるし、又民法の法律要件は罪刑法定主義の原則の支配する刑法の各本條の特別構成要件程嚴密に類型化されていないから、結果に至る道程としての行爲の態樣はむしろどうでもいいのである。從つて私法においては作爲と不作爲とは全く同一視される、というよりはむしろ作爲とか不作爲とかの區別を認めること自體實益のないことといわなければならない。以上のことは又公法、とりわけ行政法の領域においても妥當する。行政上の必要から定立された種々の取締法規においてはその違反が作爲によつて犯されようと不作爲によつて爲されようと、所期の目的貫徹の妨害になる點で全く同一視されるわけ

である。しかし刑法においてはしかく一律に解することは多分に疑問である。一時ドイツにおいては刑法においても亦諸他の法領域におけると同様、作爲と不作爲とは同一に解せられなければならないとする主張がかなり有力であつた。[24] しかし乍ら刑法においては結果的な法益の侵害ももとより考慮すべき重要なファクターではあるが、何よりも端的に意思の實現としての行爲そのもの、乃至は行爲を通じて顯われる行爲者の人格に對する社會倫理的な非難を基礎として國家刑罰權を發動しようというのであるから、單なる損害の分擔乃至は塡補、取締の貫徹を目的とする諸他の領域における評價とはおのずから異るものがあるといわなければならない。何となれば、前述の通り作爲はよき現實を積極的に惡くすることであるのに對し、不作爲はもともと惡しき現實を消極的に放置することである。水の低きにつくが如く、イージイ・ゴーイングな人間の常として積極的な行動へ出ることの反對動機の設定は强く、不作爲への反對動機は弱い。それだけに、より强い反對動機を押しきつてまで積極的な行爲に出たことは、より弱い反對動機を抑えて不作爲のままでいるよりも一般的には社會—倫理的非難が弱い、つまり違法性の程度が低いと考えていいであろう。そして重要なことは刑法においては實質的に違法な行爲（當罰的行爲）のすべてが網羅的に可罰的行爲として規定されているのではなく、刑罰を以て臨むにふさわしい、違法性の度合の强いもののみが可罰的行爲とされているということである。[25] このようにして直接刑罰という法的効果と結びつく刑法の領域においては諸他の法領域におけるとは異つて、とくに作爲と不作爲との區別が重要な役割を演ずることになるのである。

(23) そのことは近來とみにその範圍が擴大されてきた無過失賠償責任の理論に端的にうかがうことができる。

(24) 例えばシャフシュタインのライヒ裁判所判例集七一卷一八九頁批判、又、Niethammer, Strafbares Unterlassen, ZStW. Bd. 57, S. 451 ff.; Mezger, Straftat als Ganzes, ZStW. Bd. 57, S. 684.

(25) 後に學說史の素描においてふれるように、ドイツにおいても不眞正不作爲犯の問題を實質的當罰性の問題として論じる說がある。例えば Schaffstein, Die unechte Unterlassungsdelikte im System des neuen Strafrechts, Gleispach-Festschr. S. 70 ff.; Dahm, Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft, ZStW, Bd, 57, S, 293.

3　次に、不眞正不作爲犯の問題に入る前に一應その用語的意味内容を確定しておく必要がある。この場合主として問題となるのは眞正不作爲犯と不眞正不作爲犯との關係で、學說上爭のあるところであるが、この問題に關しては何と云つても柏木教授の勞作〃作爲犯と不作爲犯〃[26]があげられなければならない。教授によれば〃作爲犯と不作爲犯については、抽象的作爲犯と抽象的不作爲犯および具體的作爲犯と具體的不作爲犯の四つの概念を區別することが必要にして十分であり、ここに眞正不作爲犯、不眞正不作爲犯などという概念を認める必要はない〃[27]しかし、この說はまだ一般の承認を得たとは云い得ないようである。[28]從つて又逆にそれだけ注目に價する見解でもあるが、從來はドイツにおいてもわが學界においても不作爲犯については眞正不作爲犯と不眞正不作爲犯とを區別するのが普通である。ただその眞正、不眞正の概念は決して確定的、固定的なものでなく、構成要件上（柏木教授のいわゆる〃構成要件の表見的表現〃上）不作爲が豫定されているか、作爲が豫定されているかを標準とする通說と、眞正不作爲犯は常に形式犯に止まり、侵害の結果を發生せしめた場合には常に不眞正不作爲犯が成立するものと解する少數說[29]とがある。例えば刑法第二一九條に關し、保護責任者が生存に必要な保護をしなかつた爲に要保護者を死傷に至らしめたという場合に、前說によれば眞正不作爲犯の結果加重犯と解せられ、後說によれば、第二一八條の眞正不作爲犯と、不作爲による過失殺との想像競合の場合であると解せられるという差異を生ずることになる。しかし、本稿においては眞正不作爲犯と不眞正不作爲犯との關係、相違等直接追求しようとするものではないので、ここでは柏木教授の非難[30]にも拘らず、一應從來の通說的見解を前提として論を進めて行くこととする。

(26)　柏木千秋、作爲犯と不作爲犯（小野博士還曆祝賀論文集刑事法の理論と現實㈠七五頁以下）。
(27)　柏木、前揭書八〇頁。
(28)　例えば小野清一郎、構成要件と行爲論（犯罪構成要件の理論六二頁）などと批判的である。
(29)　M. E. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1923, S. 189 f.
(30)　柏木、前揭書七八頁以下。

三

1　前述のように、通説によれば、不眞正不作爲犯とは、構成要件上作爲によつて惹起されるものと豫定された結果を現實には不作爲によつて惹起することを云う。通例母親が乳呑兒にミルクを與えないで餓死させた場合があげられる。

この不眞正不作爲犯の問題の學説史は、フォイエルバッハと共に自然主義的思惟が刑法學をとらえた時にはじめて始まつたといわれるが、[31] しかし彼は、不作爲の可罰性を法義務の存否にかからせたのみで、未だ眞正不作爲犯と不眞正不作爲犯とを區別するには至つていない。[32] この區別はルーデンによつて始めて論ぜられた。[33] 從つて不眞正不作爲犯の問題を最初に定義づけて論じたのは、正確にはルーデンをもつて嚆矢とするわけである。それ以來今日に至るまで實にさまざまに、そして激しく論ぜられてきたのである。

さて結果犯については、行爲と結果との間に因果關係のあることを必要とするのであるが、純粹自然主義的因果概念においては〝無からは何ものをも生じ得ない〟(„aus nichts kann nichts werden") ということが前提となるために、不眞正不作爲犯の場合に端的に當該不作爲と發生した結果との間の因果關係を認めることが不可能となる。[34] そこで當然のこととして不眞正不作爲犯の問題は、因果關係論の場においてとくに論ぜられることとなるのである。こうしてナーグラーによれば、〝不作爲による作爲犯の問題が學問上問題視されるに至つたその瞬間から〟今日に至るまで〝誤つた問題設定の不運〟[35] に支配されるに至つたのである。もとより今日ではすでに周知のように、不眞正不作爲犯の因果關係の問題について〝無からは何ものをも生じ得ない〟という自然主義的、機械論的因果概念は、すでに法的、規範的、價値關係的因果關係説によつて超克されたものとされ、不眞正不作爲犯を因果關係の問題としてとりあげる者はいない。しかしながら、メッガーも指摘するように、現在でも尙〝いかにして無から何かを生じ得るか?〟(Wie kann aus dem Nichts ein Etwas werden?) という因果關係

の問題は不眞正不作爲犯の大きな難問であることに變りはない[36]と考えるので、學說の發展と對應させ乍ら、一應簡單にこの問題を檢討することにしよう。

さて翻つて考えてみると、自然的、社會的諸現象は、その多くがわれわれの存在とは無關係に生起するものである。ただ人間は社會的動物として他人との共存生活を營まざるを得ず、對人關係を通じて必然的に何ほどかの範圍內で、自然的、社會的現象へと介入して行くこととなる。そしてその介入の態樣は前述の通り二つ、卽ち現存のよき現實を積極的に惡しき現實へと變更すること、他の表現をかりるならば、規則正しい因果の流れを積極的に阻止し又は惡しき結果發生の方向へと流れを轉じること（＝作爲）であり、他は現存の現實そのものがそもそも惡しきものであつて、社會侵害的結果發生の方向へ向いていることを知りながら、そのまま放置して惡しき結果の發生するにまかせること（＝不作爲）である。更に言葉を換えて說明するならば、前者卽ち作爲は自然的因果の流れの變更であり、後者卽ち不作爲は自然的因果の流れの利用ということになる。前者は現實の自然的、社會的現象に對する積極的な關與であつて、自ら新たな結果（惡しき）を設定するのであるから結果に對する原因たりうることは疑もなく明らかなことであり、その範圍を如何に限定するかの問題は別論として、その因果關係を辿ることはむしろ容易である。これに反して後者、卽ち不作爲の場合には現存の現實そのものが惡しき結果發生の危險を孕み、不作爲者はその結果發生の危險を認識しながら却つてこれを利用する意圖でこれをそのまま放置した場合であるから、そのこと自體は、自然科學的乃至存在論的に見る限り行爲とは云えないのである。[37] そしていかなる論理構成をするかは今暫く別論として、不作爲の本質乃至特徵は、まさにこの點に求められなければならない。ところで、惡しき現實――つまり社會侵害的結果發生の危險の存在――の場合に、その現實がよい方へと轉換されないまま（惡しき）結果が發生してしまつたことにつき、不可抗力として法的評價の枠外に押しやつてしまうことのできない場合、換言すれば、自然因果的（惡しき）結果の發生を未然に防止しなかつたことにつき、何人かに刑法上の責任非難が結びつけられなければならない場合

のあることも否定することはできない。しかしこのような場合であつても不眞正不作爲犯の本質的特徴として、前述のように社會侵害的結果發生の危險は、不作爲者の不作爲とは關係なくすでに原因を與えられて端を發し、ただたまたまその因果の經過の過程が行爲者の意思支配（行爲支配）の下におかれたという場合であつて、自然―因果的因果概念に固執する限り、作爲犯のように結果の發生が行爲者によつて積極的に設定された場合とはこれを同一視することができず、不作爲それ自體に原因力を求めることが困難となる。從つて因果關係は哲學的には〝もし前者がなかつたならば後者はなかつたであろう〟(conditio sine qua non) という自然―論理的因果關係が存在するのみだとするならば、不作爲犯の場合には結果に對する因果關係なしとするのがむしろ論理的コロラリーと云うべきであろう。」そこで不眞正不作爲の原因力を根據づけるために、いわゆる他行行爲說[38]（ルーデン）を始めとして先行行爲說（クルーク、グラーザー、アドルフ・メルケル等[39]）、干涉說（Interferenztheorie）等があらわれてさまざまの努力を試みたことはすでに周知の通りである。しかしこれらの諸說の中前二說は、問題とされる一定の不作爲それ自體に刑事責任を結びつけるものではなくて、それ以外の、卽ち前例について云えば、懷胎という先行行爲（先行行爲說）、又は乳を與えるべき時に故意にこれをしないで靴下を編んだり、映畫を見に行つたりしたという他の行爲（つまりそれ自體には何ら規範的な不價値判斷の結びつくことのない積極的な作爲）に刑事責任の基礎を求めようとするものであつて、評價の對象を誤つたものと云わなければならない。又干涉說は、ヘルシュナー、ビンディング等によつて提唱されたところで[40]、例えばビンディングによれば、生れたばかりの嬰兒の保育を託された祖母がこれにミルクを與えることを懈つた場合には不作爲による作爲犯 Komissivdelikt durch Unterlassung が成立することになるが、父母が同じようにミルクを與えることを懈つた場合には、それは全然技術的な意味においての不作爲ではなく、むしろ父母は共同正犯として（換言すれば子を產んだことによつて）その干涉がなければ子にとつて生命上の危險である狀態を惹起したものであると說かなければならなくなる。この說は餘りにも技巧的すぎるばかりではなく、行爲者の決意（正確には決意の抛棄）という純然たる內

部的なもの自體に積極的な原因力を認め、結局これを獨立に法的評價の對象としたもので、極端に云えば法と道德との混同であり、客觀說をとる彼の體系にも矛盾すると云わなければならない。

このような批判を經て、刑法理論は次第に端的に不作爲それ自體に對して法的評價を加えるという立場をとつて行つた。これには二つの方向が見られる。一つは因果關係を機械論的、自然因果的なものとすることを前提とし、從つて、不作爲それ自身には本來原因力はないけれども、結果を防止しなかつた點に法律上因果關係と同一視すべき關係を認めようとする考え方（準因果關係說）と、因果關係を自然因果的なものに固定する考え方をアウフヘーベンして、刑法學上は法的な、價値に關係づけられた概念として構成し、不作爲についても作爲と全く同樣原因力のあることを肯定する說とである。後說も詳細には尙いくつかの說に分れているが、要するに、作爲犯の場合には、行爲者が積極的な行爲をしたからこそ社會侵害的結果を生ぜしめたのであつて、行爲者がそのような行爲に出なかつたならば、そのような結果は發生しなかつたであろうという點に因果關係が認められるのと同樣に、不眞正不作爲犯の場合には、一定の〝期待された行爲〟（erwartete Handlung）に着目してそのような不作爲がなかつたならば——換言すれば、期待された行爲が期待通りに行われたならば、當然にそのような惡しき結果は發生しなかつたであろうという點に因果關係が認められるものとするわけである。この立場においては、不眞正不作爲犯の因果關係は作爲犯と全く同樣であるということになり、[41] 從つてとくにとりたてて論じる必要はないということになる。そして今日ではこれがむしろ通說となつているようである。しかしながら私見によれば、法的に不作爲を作爲と同一視するということは法的評價の問題に外ならず、因果關係の全面的な肯定というよりはむしろこの問題を內容的に法的評價の問題にすりかえてしまつたと解するのが正當ではないだろうか。尤も、私も、不眞正不作爲犯につき、これをとくに因果關係の問題として問題を設定することがすでに失當であると考える點では通說と結論を等しくする。

このようにして、ともかくも不眞正不作爲犯の問題性を因果關係論の場でとりあげることは今日では學說史的意義以外に

これを認めることはできない。

(31) H. Mayer, a. a. O., S. 115.

(32) H. Mayer, a. a. O., S. 115; Vgl. Feuerbach, Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 11. Aufl., 1831, § 24, §§ 211, 238. (但し原書を參照しえなかつた。)

(33) Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrecht, 1840, Bd. I, S. 469 ff., Bd. II, S. 219-262.

(34) ラートブルッフがその徹底した自然主義的行爲概念から、不作爲は行爲ではないとしたことは引用すること自體氣がひける程、あまりにも有名である。卽ち〃肯定と否定、aと非aとが一つの共通の上位概念の下にもたらし得ないのと同樣に、正に、行爲と不作爲も亦一つの共通の上位概念の下には包括し得ないのである。云々〃derselbe, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, S. 140. ラートブルッフとは別にウェルツェルは、その存在論的立場から、その教科書第三版(一九五四年)以來不作爲を行爲概念の中に包含させる事を斷念して、犯罪論體系をば作爲犯と不作爲犯の二つに縱わりして、更にそのそれぞれにつき故意犯と過失犯の區別を認めている。そして作爲と不作爲とを、〃目的的意思によつて支配せられうる人間の態度〃(menschliches vom zweckttätigen Willen beherrschbaren Verhalten (menschliches Verhalten) という點で統合している。

(35) J. Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, Gerichtssaal (GS), Bd. 111 (1938), S. 1.

(36) Mezger, Strafrecht, I. Allgemeiner Teil, Ein Studienbuch, 5. Aufl., 1954, S. 70.

(37) Radbruch, a. a. O., S. 131 ff. Welzel, Strafrecht, 5. Aufl., 1956, S. 164. 平場安治、刑法總論講義四三頁。

(38) Luden, Abhandlungen, Bd. 2, 1840, S. 219 ff.

(39) Krug, Abhandlungen aus dem Strafrecht, 1855, S. 21-45; Glaser, Abhandlungen aus dem Österreichischen Strafrecht, 1855, S. 289-325; A. Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. 1, 1867, S. 79 ff. (但し以上參照し得ず)

(40) Binding, Normen, Bd. II, 2. Aufl., S. 546 ff., 但しInterferenztheorieという名稱はビンディング自らつけたものではなく、Landsbergがその著Die sogenanten Comissivdelikte durch Unterlassung, 1890, S. 44, 56. において名づけたものである。

(41) Mezger, a. a. O., S. 70

2 以上において見たように、不眞正不作爲犯の問題を作爲犯とは區別して特別に因果關係論において論じることは妥當ではない。そこで一般にもし當該不作爲がなかつたならば——換言すれば期待された積極的作爲が行われさえすれば——通

常そのような惡しき結果は發生しなかつたであろうという關係が認められる限り、不作爲にも原因力ありとして結果との間に因果關係あるものと認めていいと考えられるに至つた。

しかしながら因果關係の問題の解決は、不作爲犯に關する諸難問の中のただ一つの解決にすぎなかつた。作爲と不作爲との、現實—自然的行爲の態樣の相違が、どうしても我々の思考方法を束縛するのである。そこで人々は何とかして不作爲の特殊性をリリーフしようとして違法性論にその手がかりを求め、結局この不眞正不作爲犯の問題は、違法性の問題であるとする說が支配的となり、現在なおドイツにおいても又わが國においてもそれが通說であるといわれている。[42] 「元來、從來の通說によれば、犯罪とは〃構成要件該當の、違法、有責な〃行爲である、と定義づけられ、不眞正不作爲犯についても當然この命題は妥當するのであるが、その違法性の判斷の點で作爲犯とは異るから、不眞正不作爲犯の主たる問題は違法論にあると解されたのである。すでにベーリングは〃刑法綱要〃（Grundzüge des Strafrechts, 10. Aufl., 1925, 11. Aufl., 1930）において〃法定構成要件の徵表的機能（indizierende Funktion）は、結果のない不作爲（眞正不作爲犯）についてはその完全な意味をもつものであるが、ある結果と結びついた不作爲（不眞正不作爲犯）にとつては全然効力をもたない〃ことを明らかにし、且つエム・エー・マイヤーがこれを支持している。エム・エー・マイヤーは更に〃水中に落ちた子供を救助しない者を、子供を水中に投げこんだ者とパラレルに論じることはできない〃とし、その理由として、ある禁止を規定する（sanktionieren）構成要件は、人が何を爲してはならないかを示す（angeben）に止まり、從つて人が何を爲すべきかを示してはいないという點を指摘した上で〃構成要件該當の作爲は法規若しくは法體系（Rechtssatz oder Rechtssystem）によつて正當化されない限りは違法である。之に反して構成要件該當の不作爲は、〃法規又は法體系によつて禁止されていない限り違法ではない〃という原則を生じる。卽ち、〃不眞正不作爲犯の領域においては、原則と例外とはその所を異にすると云わなければならない〃と論じている。[43] このようにして、いわゆる構成要件理論が一般に普及し、承認されるに及んで、構成要件の機能との關連で

説かれたベーリング、エム・エー・マイヤーのような考え方が一般に採用され、不眞正不作爲犯の場合には通常の作爲犯や眞正不作爲犯の場合とは異つて、構成要件該當の行爲（＝不作爲）につき單に違法性阻却を論じるだけでは不充分であつて、とくに積極的に當該不作爲が違法であるということが必要とされ、從つて不眞正不作爲犯の問題性は違法性にあるとされるに至つたのである。そして一般にはその違法性の根據として作爲義務の存在と結果防止（作爲）の可能性とが論ぜられている。不眞正不作爲犯の問題性が結局は體系的にどこの部分で論じられようとも、その不作爲の違法性が作爲義務の違反という點に求められなければならないことに變りはない。

ともあれ不作爲犯の作爲義務については、從來わが國の通說は一、法令に基づく作爲義務、二、契約に基づく作爲義務、三、法令に明文規定はないが法令の趣旨乃至は公序良俗、信義誠實の原則によつて認められる作爲義務等をあげ、その作爲義務に違反した場合だけが違法な不作爲として不作爲犯成立の可能性をもつものとし、從つて又不作爲はこの作爲義務に違反した場合に限つて構成要件該當性が問題とされなければならないとして、一度は構成要件と離れて、次いで再び構成要件と關係づけるという二重の思考過程を要するものとしている。このような考え方に對して木村教授は、牧野博士同樣、構成要件が徵表的機能をもつことは不眞正不作爲犯の場合も眞正不作爲犯並びに作爲犯の場合と何ら異るところはない。從つて〃苟も不作爲に因つて構成要件が實現せられたならば、その不作爲は原則として違法であり、且つその違法性は實質的に理解せらるべきであつて、實質的に違法阻却事由が存在する場合に於てのみ違法に非ずと解する。然しながら、不作爲の違法性に關しては、その本質上、二箇の特殊の要素が存在するが故に、不作爲犯に於ては作爲犯と共通の違法阻却事由の存在する場合の外、更に二箇の場合、即ち具體的に結果發生の危險なき狀態に於て不作爲に出でたるか、又は、被害者の行爲者に對する一般的又は特定的な特殊の關係上、作爲が期待・信賴せられ得ざる事情の下に不作爲に出でたるかの場合に〃は違法性が阻却されるものとして[44]不作爲犯に固有の違法性阻却事由を認めておられる。この主張はキッシンとグレーベの說[45]に示唆

されたものであることはすでに教授の明らかにされたところであるが、これは、教授が、不作爲犯を作爲犯と同列に論じようとされながら、しかも不作爲犯の本質的特徴に對應して違法性の面でその特徴を明らかにしようと試みられたものと考える。しかしながら、教授のように、不作爲犯に固有な違法性阻却事由を認めるということは、結果的には、作爲犯の違法性を不眞正不作爲犯のそれと異るものと考えられたことを意味する。私見によればこれは必らずしも妥當とは考えない。その理由は、第一に、不作爲が刑法上評價の對象となり得るのは、前にも述べた通り自然的因果の流れが、すでに社會侵害的結果發生の方向へ向つている（惡しき現實の）場合――換言すればキッシンのいわゆる危險狀態が存在する場合――に限られている。因果の流れが本來そのような方向にない（よき現實の）場合の不作爲は、刑法上は何ら問題たり得ないということは不作爲犯の本質上明らかなことで、これは實は實質的な違法性の判斷以前の問題と解すべきである。又第二の、被害者の行爲者に對する〃信頼の要素〃（Vertrauenselement）というのは、木村教授によれば、被害者が行爲者に對して作爲を期待信頼し得べき關係であり、これは客觀的な事實であつて、行爲者の主觀的な動機に對する〃期待可能性〃とは全然性質を異にするものとし、更に又ジーフェルツの言葉を藉りて、それは客觀的な利益衡量の問題だとしておられるが、これはむしろ社會相當性（soziale Adäquanz）の理論に解消されるか、又はこれを構成要件的に考えて、そこに規定されている法定刑との關連において、その構成要件で定型的に評價される程度の可罰性がないという風に考えるべきであろう。本來木村教授の立場から見ても、不作爲犯の違法性について前述のように二箇の特殊な要素を認めるということは、そのような積極的要素が具備されない限り行爲（＝不作爲）の違法性が內部的に充足されないというだけのことで、通常の違法性阻却のように、外的な行爲事情によつて、構成要件該當の、本來違法であるべき行爲を適法化するのとは同一に論ぜられてはならない筈である。このようにして木村教授の詳細な論證の結果も、やはりこの問題を違法性の面で取り扱うことの不當さを修正するには至つていないように思われるのである。

(42) 例えばナーグラーは Leibziger Kommentar, 7. Aufl., S. 32. でこのことを認めているし、ザウアーも近刊 Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl., 1955, S. 91. において、不作爲犯の場合はその違法性の問題に主たる困難性があるのだと云つている。その他古くは Feuerbach, 後と Hippel, v. Liszt-Schmidt, Kohlrausch, Rittler, Träger があげられるし、又シャフシュタインは、前掲註(25)のグライスバッハの祝賀記念論文集では意見を異にしているが、Die materielle Rechtswidrichkeit im kommenden strafrecht; ZStW. Bd. 55, S. 24 はこの立場に立つている。又、Mezger, Lehrbuch, 3. Aufl., 1949, S. 137.

わが國では牧野英一、不作爲の違法性、八一頁以下、同、不作爲の實體的違法性（刑法研究第八卷四六頁以下）、同、不作爲犯と違法性の段階（刑法研究第八卷六三頁以下）同、不作爲犯に關する若干の考察（警察研究第一〇卷第三號）、木村龜二、不作爲犯に於ける作爲義務（牧野教授還曆祝賀刑事論集七一頁以下、刑法解釋の諸問題一八〇頁以下）、草野豹一郎、不作爲犯と刑法改正草案（中央大學五十週年記念論文集、法律之部、一四九頁以下、刑法改正上の重要問題二五頁以下）、安平政吉、新刑法に於ける不作爲犯論（人格主義の刑法理論二四一頁以下）、佐藤孝文、新刑法體系に於ける不眞正不作爲犯（法曹會雜誌一五卷七・八號）、江家義男、不純正不作爲犯の理論構成（早稲田法學第一九卷）、同、不作爲犯（刑事法講座第一卷一七一—二頁）等をあげることができる。

(43) M. E. Mayer, a. a. O., S. 189 ff.

(44) 木村、前掲書二五二頁以下。

(45) Kissin, Die Rechtspflicht zum Handeln bei dem Unterlassungsdelikten, 1933, S. 37 f., 91 f.; Grebe, Die Rechtspflicht zum Handeln bei sogenanten unechten Unterlassungsdelikte, 1936.

3　このようにして最近はドイツでも、わが國でも不眞正不作爲犯の問題を結局は構成要件該當性乃至は構成要件の解釋の問題と解する說が有力に主張されている。否、むしろ今日ではこの說の方が通說になつていると云つた方がより正しいかもしれない。この說はナーグラーによつて提唱され[46]て以來有力な學者達によつて支持されるに至つたものである。[47] ナーグラーは註(35)本文に明らかな樣に〝法廷（ゲリヒツザール）〟一一一卷一頁以下において、不眞正不作爲犯の問題を從來の誤つた所在場所からその正しい所在場所に移して始めて構成要件該當性の中に、しかも不作爲者の保證的地位（Garantenstellung）[48][49]に求めたということで高く評價されている。もつともウェルツェルはその教科書第五版（一九五六年）に至り、ナーグラーの說に對して

原則的には敬意を表しながらも、ナーグラーは不眞正不作爲犯の問題の所在が〃構成要件中構成要件的行爲の中にあるのではなくて行爲者的メルクマールの中にあるということを看過している〃という批判を加えている。[50]

（46）Nagler, a. a. O., GS. Bd, 111, S. 1 ff.

（47）Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1954, S. 170 ff.; H. Mayer, a. a. O., S. 112; Schönke, Kommentar, 6. Aufl., 1952, Vorvem. VII. 又、わが國においては小野、前掲書六二頁、同、刑法概論八八頁以下、團藤重光、刑法（改訂版）五二—三頁、柏木、前掲書、とくに九七頁以下。なお構成要件該當性に行爲者性ということをより強くうち出しているのは Welzel, Strafrecht, 5. Aufl., 1956, S. 170; Kohlrausch-Lange, Kommentar, 41. Aufl., 1956, S. 6.

（48）Nagler, a. a. O., GS. Bd. 111, S. 51.

（49）Garantenstellung ないし Garantenpflicht の意味、內容、機能等についてはいずれ後に作爲義務について論じる際にふれるのでここでは說明を省く。

（50）Welzel, a. a. O., S. 170.

4　しかし、不眞正不作爲犯の行爲者性（Täterschaft）に對する考慮は、ウェルツェルに始まつたものでないことはすでに說明の必要もない程明らかである。卽ち、ナチス時代において、シャフシュタイン、ダーム等いわゆるキール學派と呼ばれた一派は、不眞正不作爲犯の問題を當罰性（Strafwürdigkeit）の問題或いはとくに健全な民族觀によつて個々の場合に決定されるべき行爲者類型（Tätertyp）の問題と解したのである。[51] この說は勿論ナチス時代の主觀主義的行爲者刑法理論との關係をぬきにしては論ぜられないし、行爲者類型についてはいわゆる類型說 Typenlehre とも關係してその功罪は一朝にしては論じつくせないものがあり、本稿はその點の追究を直接目的とするものではないので、後に作爲義務を檢討する際必要な限度でふれるに止めることとした。

（未完）

（51）Schaffstein, a. a. O., Gleispach-Festschr., S. 70 ff.; Dahm, a. a. O., ZStW. Bd. 57, S. 298.