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 (二・ 完)
Sub Title	A study on "die Problematike der unechten Unterlassungsdelikte" (2)
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.12 (1957. 12) ,p.40- 68
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論說
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19571215-0040

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（二・完）

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　語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説史の素描
1　因果關係説
2　違法性説
3　構成要件該當性説
4　實質的當罰性説（以上本誌第三〇卷第四號）
四　不眞正不作爲犯の構成要件該當性に關するナーグラーとウエルツエルの學説（以下本號）
1　構成要件該當性説の正當さ
2　舊義務違反説
3　ナーグラーの Garantenpflicht を中核とする新しい改良された義務違反説
4　ウエルツエルの眞正身分犯説
五　不眞正不作爲犯の構成要件該當性（私見の展開1）
1　前提概念としての構成要件
2　不眞正不作爲犯と構成要件的實行行爲
六　作爲義務と作爲可能性（私見の展開2）
1　不眞正不作爲犯の解釋の基準としての作爲義務と作爲可能性
2　作爲義務――とくにドイツの保障論をわが國の刑法理論に導入することの可否
3　作爲可能性――とくに期待可能性の理論における可能性との關係、抽象的期待可能性
4　不眞正不作爲犯と罪刑法定主義
七　結び

四

1　從來さまざまに論ぜられて來た不眞正不作爲犯の問題性は、實はその構成要件該當性にあるとするのが、今やドイツにおいても、わが國においても有力に主張せられている點については、既に本稿の（一）に明らかにした通りである。[1] そこで、不眞正不作爲犯の問題性の所在場所を構成要件該當性にあると解する見解の正當な理由を一應考察してみる必要があるが、それには最近まで通說的立場を占めるものと解せられていた違法性說[2]の不當なことを指摘することで充分であろう。[3]

さて、周知の通り、純客觀的、記述的な構成要件論を說くベーリングにとつては、構成要件は價値とは無關係なものであり、從つて構成要件該當性は違法性、責任とは全く並列的な犯罪成立の要件であつたわけである。從つて、不作爲にも結果に對する原因力ありと認められる限り、結果と結びつく不作爲につきすべて不眞正不作爲犯を論じなければならなかつた筈である。その不當なことは說明すら要しないであろう。ベーリング自身すでに、不眞正不作爲犯の場合には法定構成要件の徵表的機能 indizierende Funktion の否定されることを指摘しているのである。[4] 又エム・エー・マイヤーは構成要件を違法性の認識根據 Erkenntnisgrund der Rechtswidrichkeit 說をとつたが、[5] 不眞正不作爲犯の構成要件該當性についてはベーリングの考えを支持して、不眞正不作爲犯の場合には構成要件にその違法推定の機能を認めないから、構成要件該當の不作爲についてはその違法性のためにとくに積極的な考察が必要となることになる。[6] しかし、このような考え方によれば、ある作爲犯の構成要件に該當はするが、違法性阻却事由なしに適法と判斷される不作爲（行爲）が存在しうることとなり、しかもその例外は極く稀な文字通りの例外ではなく、殆んどの結果犯につき認められなければならなくなる。そうすると彼の構成要件論の本來の主張と矛盾が大きすぎることになるし、論理的な破綻は到底認容できないといわなければならない。[7]

又、メツガーは、構成要件を違法性の存在根據 ratio essendi と考え、構成要件＝不法類型とし、構成要件と不法（違法

性）とを直結する。[8] そして不眞正不作爲犯については〝すべての犯罪は作爲すべき法的義務が存在する時には、積極的な行爲によると同樣不作爲によつても犯されうる〟とし乍ら、〝嚴密に解するならばこの作爲すべき法的義務に關する理論は、もはや行爲論にではなく、違法論に屬する〟と論じている。[9] しかしながら、彼のように構成要件につき違法性の存在根據說をとる限り、構成要件に該當する行爲は原則として直ちに違法である筈で、その違法性を問うためには違法性阻却事由の不存在で充分である筈であるのに、メッガーが不眞正不作爲犯の場合にのみとくに違法な作爲義務違反ということを定型的不法の判斷の前提にすることは、自己矛盾といわなければならない。ここでも亦不眞正不作爲犯の問題性が違法性にあるとすることの不當なことが明らかである。[10]

そして、正しくもその問題の所在場所を構成要件該當性にありとした最初の人はナーグラーであつたことは先に指摘した通りである。[11]

（1）法學研究第三〇卷第四號三一頁。

（2）同右、二八頁以下、とくに註（42）參照。

（3）因果關係論に問題の所在を求めることの不當なことについては本稿（一）の二三頁以下參照。

（4）Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 164 f.; ders., Grundzüge des Strafrechts, 4. Aufl. 1912, S. 38. 但し筆者は本書を直接參照し得ず、ヱム・ヱー・マイヤーの教科書第二版一九〇頁の脚註2によつた。

（5）M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Abdruck, 1923, S. 10, 52, 182.

（6）ders., a.a.O., S. 189 ff. 尙本稿（一）二八頁以下參照。

（7）J. Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, Der Gerichtssaal (GerS.) Bd. 111 (1938), S. 75 ff. はその不當なことについて同意。

（8）E. Mezger, Strafrecht, ein Lehrbuch, 3. Aufl. 1949, S. 173 ff.

（9）ders., Strafrecht, ein Studienbuch, Allgem. Teil, 5. Aufl. 1954, S. 57.

(10) 團藤教授は不眞正不作爲犯の問題性をまさしく構成要件該當性に求める點でメッガーとは根本的に異るが、最近、刑法綱要（九九頁）で〃不眞正不作爲犯では、構成要件該當性の判斷の前提として、違法性の判斷をしなければならない。けだし、不作爲は、通常は社會生活上みのがされうるばあいが多いので、とくに違法なばあいでないかぎり、犯罪定型そのものにあたらないとみるべきだからである〃としておられるのは、理論的に、教授の主張を一貫しないものとした憾みがあるのではなかろうか。尙、このような考え方にはウェルツェルの初期の〃社會相當性 soziale Adäquanz〃の理論——構成要件該當性阻却と解する（Welzel, a. a. O., 2. Aufl. 1949, S. 36 f. 但し、ウェルツェルは第三版—一九五四年—以降、改說して社會相當性を以て、構成要件阻却ではなく、慣習法に基づく違法性阻却事由としている）——と共通なものがあるように思われる。そしてウェルツェルの前の版に從つて、目的的行爲論を民法學の領域へもとり入れようと試みたニッパーダイの試み（これに對するニーゼの批判を紹介した筆者、宮澤共同執筆〃現代刑法理論と民法〃—本誌三〇卷七、八號—を參照されたい）に對しては同じ民法學者ラレンツ K. Larenz が〃ニッパーダイの理論は……構成要件該當性の判斷、從つて違法性の判斷の前に……いわば一つの新しい一般條項 Generalklausel をおくことになる〃ものとして疑問視していることを指摘しておこう。der, Lehrbuch des Schuldrechts, II, 1956, S. 341.

(11) Nagler, a. a. O., GerS. Bd. 111, S. 1 ff. 尙、本稿（一）（法學研究第三〇卷第四號）三一頁參照。

2 ナーグラーの說は後に3以下において明らかにするように Garantenpflicht という特別な、法的に高められた義務を中核として展開せられ、行爲者がそれに基づいて派生する結果回避義務に違反した場合にのみ、不作爲犯たり得るとする一種の義務違反說である。そこでドイツでも或いは〃新しい、改良された義務違反說〃[13]と稱せられ、又Garantenpflicht を中核とするところから〃保障論（Garantenlehre）〃[14]とも呼ばれているのである。

不作爲犯を一定の作爲義務の違反として捉えることのみでは、從來の理論に何ら新味を加えるものではない。卽ち、行爲者に作爲義務のある場合にのみ一定の不作爲が不作爲犯たりうるとする考え方はドイツの刑法理論において夙に承認ずみであるばかりでなく、從つて當然のようにわが國においても同樣であり、更に英米法においても、イギリスの一八二六年の〃王對スミス Rex v. Smith（Eng. Rep. 203, 207）事件〃[16]において〃〔法的〕義務のない不作爲は起訴し得べき犯罪を創造しない〃（,Omission, without a [legal] duty, will not create an indictable offence.''）とされて以來、判例法上本質的な修正[15]

は加えられず、このレイシオ・デシデンダイは無數の判決の中で、又あらゆる教科書の中で繰りかえされ、今日では〝刑法上の不作爲は、作爲すべき法律上の義務に基礎をおいている――そのような義務のないところには刑法上の不作爲は存在し得ない〟というのが通說になつているという。[17]

これらの說は、作爲義務の根據、範圍等についていろいろなニュアンスが認められるとは云え、結果と結びつくすべての不作爲につき不眞正不作爲犯を論ぜず、その成立を、制限的に、一定の作爲義務の存在を前提としてのみ考え、かつ、その義務は單なる道德的乃至は慣習上の義務では不充分で、法的に高められた義務でなければならないと主張する點で一致している。しかし乍ら、そこでは、道德的義務とは區別された法的義務を論じ乍ら、その根據づけ、內容、限界等は甚だ曖昧なままに殘され、かつ、その作爲義務は多くは不眞正不作爲犯の違法性を根據づけるものと解されていたのである。

ところが、新義務違反說は、たとえそれに違反しても別段處罰されることのない慣習的な義務と、その侵害の場合には常に刑罰が科せられるところの特別な、高められた法的義務とを明らかに區別し、その特別な法的義務をナーグラーの提唱に從つて〝保障義務 Garantenpflicht〟と稱するのである。卽ち、新義務違反說の特徵は、正に、不眞正不作爲犯の成立の根據として要求される作爲義務が、法的義務でありさえすれば何でもいい、というのではなく、內容、限界が具體的に、詳細に規定せられている保障義務でなければならないとして、從來の曖昧な作爲義務の中から一般的、共通的な槪念のメルクマールとして〝保障 Garantie〟という性格をひき出し、かつ、これを構成要件該當性の問題として、不眞正不作爲犯の問題の所在場所を正した點にあるといわなければならない。そして、今日、ドイツにおいて不眞正不作爲犯を論ずる場合には、ナーグラーの說に贊成すると否とに拘わらず、この Garantenpflicht 及びその裏づけとしての Garantenstellung を論じないわけにはいかないものと考えられているようである。[18] そこで、本稿においても、作爲義務ないし作爲可能性を論ずるに先だつて、一應ナーグラーの說及びそれの異說としての最近のウェルツェルの說を檢討してみることにしよう。

(12) Nagler, a.a.O., S. 21 ff. 64 ff., ders., Leipziger Kommentar (Leipz. K.), S. 34.
(13) H. Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953, S. 118.
(14) A. Schönke, Kommentar, 6. Aufl. 1952, S. 27.
(15) ナーグラー以前の説は殆んどここにいう古い義務違反説であった。又その名稱も、以前は〃法義務説 Rechtspflichttheorie〃と稱せられていた。Vgl. H. Mayer, a. a. O., S. 123, Anm. 27.
(16) この事件は心神耗弱者（成人）と同居の姉兄が、この者に充分な衣食を與えなかつたというかどで起訴されたものであるが、本文にあるような理由で、これらの者には法義務が否定されて無罪が言渡されたという。
(17) J. Hall, General principles of criminal law, 1947, p. 249.
(18). 例えば H. Mayer, a.a.O., S. 119; Schönke, a. a. O., S. 26 ff.; Welzel, Das deutsthe Strafrecht, eine systematische Darstellung, 5. Aufl. 1956, S. 170 ff.

3　さて、ナーグラーによれば、一定の不作爲が作爲と同一視されるためには〃特別な義務關係が存在しなければならずその特別義務關係の力によつて、個人は發生のおそれのある結果へと結びつけられ、法律上、その結果の發生を回避すべく拘束されるのである。この結果回避のための法的義務によつて、個人に、獨得な法律上の身分 Rechtsstellung が割りあてられる。つまり、彼は、社會的關係において、保護せられている法的價値の爲の保護當局 Schutzinstanz となる。この保護機能を人は慣習的に保障 Garantie と稱し、それに從つて結果回避のために義務づけられた者をば、保護せられている價値を損わないための法的保障人 rechtliche Garanten というのである。彼は一定の法的價値につき、いかなる違法な結果をも生じないことを法秩序に對して保障する〃ことになるのだという。(19)

しかし、前述の通り、Garantenpflicht は、法的作爲義務の中の一部である。結果回避のための作爲義務が義務者をして、確定した保障的地位につかせるためには、その義務の內容が充分に具體的に、かつ、詳細に限定されなければならない。その意味で、例えば①義務者が、命ぜられた作爲をすることを義務づけるだけの單純作爲命令（例えばドイツ刑法第一三九條の

通告義務、同、第三三〇條Cの緊急救助義務等）、②法自體、とくにその法律效果を特別法領域（例えば民法、行政法、懲戒法等）に制限している場合の作爲義務、③主たる義務ではない、單なる附隨的義務及び救助義務（例えば郵便馬車の豫備檢査義務、整備義務、注意義務等）等、三つのグループのものは、他の理由、例えば社會倫理的見地等の理由によつて認められる場合を除いては、結果防止のための拘束性を基礎づけないものとして除外される。[20] このようにして結局結果回避の爲めの保障義務は、ナーグラーによれば、次の諸場合に認められる。

(1) 客觀的法（實定法においてであれ、法秩序、慣習法上の原則においてであれ、社會倫理的慣行においてであれ、何れを問わず）の中に見出される義務。

ⓐ直接、間接に法令に基づく義務――これは枚擧に遑なき數であるが、一例を示せば、民法上親權者の義務（獨民法第一六二七條、第一六三一條）、後見人の義務（同第一七九三條）、夫の可罰的行爲を防禦すべき妻の義務、瀕死の配偶者を救助すべき義務（同第一三五四條）、孫を扶養すべき祖父母の義務（同第一六三四條）、船舶乘組員の密輸を防止すべき船長の義務（獨海員法第二條第二項、第三四條第二項）、自己の屋內で賭物の中繼の行われる事を防止すべき旅館の主人の義務（獨營業令第三三條第二項第一號、第五三條）等々。

ⓑ慣習法上認められる義務。ここでは、とりわけ、判例において一貫して認められているいわゆる Ingerenz の場合が注目される。ナーグラーによれば、この場合〃構成要件該當の結果、ことに他人の權利の範圍內での違法な侵害へと追いやる力の提起が問題なのである。そういう原因力を提起したということから、行爲者には、事の成行を社會秩序において許される限度內にくいとめなければならないという法的義務が生ずる。彼は因果關係の展開についての主人公であるから、あらゆる違法な結果が回避されるよう、自らの干涉によつて、その生起した因果の流れを操縱しなければなら[21]〃ず、結局、〃自己の行爲によつて他人の法益に對する危險を惹起した者は、すべて、活動させた力（惹起された原因力）を阻止し、發生のお

それのある損害を防止すべき義務を持つている[22]」とされる。即ち、Ingerenz とはいわゆる先行行爲 Vorhandlung であり、ここにいうところの義務とは、從來から先行行爲に基づく作爲義務として論ぜられて來たものに外ならない。

この先行行爲に基づく作爲義務は、以下の二つの形で生ずるものとされる。即ち(a)一定の、保護せられている法的價値に對する危險（その危險をもたらした者が何ら干渉をしない場合には違法な結果になるであろうところの危險）の惹起（すでに存在する危險を著しく增大させることも危險の惹起と同一視される）(b)さしあたつて危險ではない生活狀態の基礎又は維持（例えば許されない營業 unerlaubter Gewerbebetrieb による）、若しくは單に一般的な（allgemein、特殊なものではなく、社會生活上一般に許されるものという意味であろう、筆者註）危險の喚起——例えば危險な機械の使用若しくは危險な施設の整備（高壓線をひくこと等）による——は同樣後に違法な結果へと進展し得る合併症を生じた場合には先行行爲の意味をもつ。ここではとくに、他人の公開された不動產（公共の建造物、劇場、職場、貸家、展覽會場、競馬場、運動場等）の單なる使用、公衆にとつて親しみやすい輸送機關（鐵道、電車、船舶、小舟、及びそれらに類似のもの）若しくはその他の施設（道路、廣場、水路、運河、橋等）の單なる狀態（いたんでいること、適當でないこと、不確實なこと）による危殆化が考えられなければならない[23]。

(2) 社會倫理的に基礎づけられた法的義務——これは、すでに、ライヒ裁判所刑事判例集一七卷二六三頁において、法原則として確立されている——。ここで認められる法的義務とし引用されている數多い中から一、二例のみを示すならば、婚姻外の實父に認められる、彼の婚約者の企てた墮胎防止の義務、後見人に認められる、被後見人の財產上の利益に注意すべき誠實義務等。

(3) 保障的機能は公法がそれに民族的共同體に對する義務（單に契約當事者に對するものではなしに）を結びつけ、しかも公法上の保障義務を結びつける事實狀態を招來する限り、又その範圍內で、法律行爲によつて媒介せられる。私法上の諸義務と公法上の義務とは並列的なものであるから、兩義務は必らずしも一致する必要はないが、一定の、私法上の法律行爲に基

づく保護機能の引受は、次いで、同時に、公法上、結果回避義務を生ぜしめる。何となれば法は、私法上の保護機能を公法上も十分に役立て、之を遂行するのであるから。しかもこの場合の保障的身分は一定の、保護すべき身分を實際上得たか又は之を保持することによつて根據づけられるのであつて、その私的契約が民事法上有效かどうか、又は契約期間内か否か等はどうでもよい。從つて例えば組合や株式會社の幹部として無效な委任についても、又は看護契約の期限徒過後にも作爲義務は認められる場合がある。[24]

ナーグラーはおびただしい判例を例證としながら大體以上のように說くのである。ナーグラーの特別な法的に高められた Garantenpflicht も、內容、限界、共に〃一般的に〃〃豫め決定される〃ものではなくして、事件毎に確定されるべきものと解せられ、[25] しかも義務づけの根據として、上に見た樣に、法令、慣習法（とくに先行行爲）、社會倫理、法律行爲による引受（契約）等をあげている點から考えて、作爲義務の內容、限界自體は、從來の說と大きな相違のない事が確證され得たと思う。ただ從來個別的に、バラバラに論ぜられていた作爲義務につき、その共通の要素たる結果回避（防止）のための保障義務という一般的、共通的、構成要件的メルクマールを明示した點が高く評價されてよいと考える。この理論は果して矛盾なく貫徹しうるか否か、又わが刑法理論に直ちに採用し得るか否かの問題とは別箇に、ともかく不眞正不作爲犯の構成要件該當性という一應型的な評價の基準としてふさわしいものと云えよう。

しかし、ナーグラーの說をも含めて、廣く法義務違反說に對しては必らずしも全面的な贊同がある譯ではない。卽ち一方では特別な法的義務の存在を前提とする點について罪刑法定主義の原則＝憲法と矛盾するという理由でヘルムート・マイヤーの、[26] 他方、ナーグラーが構成要件該當の行爲の問題と解する點については、不眞正不作爲犯の場合は行爲ではなくして、むしろ行爲者性のメルクマールが問題だとするハンス・ウェルツェルの反對[27]がある。ウェルツェルの說は後にやや詳しく見ることとして、一應H・マイヤーの說くところを明らかにしたい。

さて、H・マイヤーも、不眞正不作爲犯の問題の所在を違法論ではなくして構成要件該當性にあるとする點では異論はないのだが、[28] 罪刑法定主義の原則と矛盾するという理由で法義務違反說を非難するのである。卽ち彼によれば、この說は〃法的義務に基いて構成要件を適用するために、まず第一に非刑罰法上の法的義務を探索することができることを裁判官に指示することによつて實定法に忠實であるように見せかける。しかし、實は、この理論は、適用すべき構成要件外に法的存在をもたない慣習法上の法義務を假設することによつて構成要件を直接擴張し、しかもその作爲義務違反のすべての場合に犯罪の成立を認めるのではなくして、一部の場合に犯罪の成立を制限する。そしてそれを人は今日保證義務と稱する。……この擴張と制限とは全く實定法上の根據を缺いて居り、又完全に自由法的に獲得せられるのである。か樣な方法は構成要件の實定法的確實性の原則に悖るもの〃であり、罪刑法定主義の原則、とくに類推禁止に反するものであるのみならず、その法律上許されない類推は、更に內容的に見ても、不眞正不作爲犯を、ある法的義務の不履行（不作爲）としてのみ評價し乍ら、結局作爲犯として處罰するのであつて、それは、單なる意思の薄弱 Willensschwäche を意思の緊張 Willensanstrengung として處罰することになり、それは似て非なるものを等價値のものとして同一視するものだと非難するのである。[29] そしてH・マイヤー自身は問題を、一部は用語法の問題として、卽ち〃殺シタル〃〃火ヲ放ツテ燒燬シタル〃という場合、自然的用語法上、その言葉の下に何を理解するかということによつて解決しようとし、一部は主觀面の問題として解決しようと試みたのである。[30] 卽ち、彼によれば、作爲は主觀的には〃法に敵對する意思の緊張〃であり、不作爲は〃單なる意思の薄弱〃である。この主觀面で全く異つた作爲と不作爲は、だが〃この不眞正不作爲が、積極的行爲（作爲）と同程度の法に敵對する意思力 rechtsfeindliche Willensenergie を必要とする時、その身體的不活動は、法的意味において眞正作爲として理解される〃。[31] 換言すれば不作爲者が昂進する意思の衝動を自ら抑制しなければならない時、不作爲は作爲と同一視される、という事になるのである。

H・マイヤーの〝最新説〟[32]は、前述のように、不眞正不作爲犯の問題を、結局個々の構成要件の用語法の解釋問題に歸せしめたという點で五以下の私見と方向を一にするものであるが、その他、私見によれば、ウェルツェルの新説にも影響なしとはされず、その意味でも極めて興味深いものがあると思われる。

そこで次にわれわれはH・マイヤーの説とも何程か關連があるウェルツェルの新しい、眞正身分犯説を明らかにしなければならない。

(19) Nagler, Leipz. K. S. 32.
(20) ders., a. a. O., S. 33, ders., GerS., Bd. 111, S. 65 ff.
(21) ders., GerS., Bd. 111, S. 26.
(22) ders., Leipz. K. S. 34.
(23) ders., a. a. O., S. 34 f., ders., GerS., Bd. 111, S. 26 f.
(24) ders., Leipz, K. S. 27.
(25) ders., a.a.O., S. 37.
(26) H. Mayer, a. a. O., S. 119.
(27) Welzel, a. a. O., S. 167 ff.
(28) H. Mayer, a. a. O., S. 111 f.
(29) H. Mayer, a. a. O., S. 118 f.
(30) ders., a. a. O., S. 113 f.
(31) ders., a. a. O., S. 113.
(32) ウェルツェルはH・マイヤーの教科書出版の翌年、自らの教科書第三版の中でマイヤーの説をこのように呼んでいる。Welzel, a.a. O., 3. Aufl. 1954, S. 157.

4　すでに本稿(一)に指摘した通り、不眞正不作爲犯の問題を、ナーグラーと等しく構成要件該當性の面で捉え乍ら、そして、ナーグラーが Garantenstellung を認めた事に敬意を表し乍ら、問題の所在は構成要件該當の行爲ではなくして、

正に行爲者性の問題にあるのだと批判しているのは、ウェルツェルである。彼によれば、不眞正不作爲犯は、用語上は作爲によつてのみ犯しうる結果犯につき、意味的に包含せしめられるものであるが、作爲犯の場合には事實行爲をした者が原則として當該犯罪の行爲者であり、その場合、行爲者は、多くの特別構成要件にいうところの名宛のない〝……者〟である。これに反して構成要件該當の結果を回避しなかつた行爲支配力のある者は、ただ明白に結果を回避しなかつたという事によつて、すでに當該作爲犯の意味における行爲者と看做されうるのではない。むしろ、ここでは、行爲者性は構成要件該當の態度と並んで、獨立に特別な行爲者性のメルクマールによつて基礎づけられる。換言すれば、不眞正不作爲犯においては、一定の行爲支配力のある者による構成要件該當の結果の不回避のみがこの者を作爲犯の意味における行爲者とするのであつて、その限りで、〝不眞正不作爲犯は眞正身分犯（傍點筆者）である〟というのである。[33] ウェルツェルは、周知の通りその教科書第三版（一九五四年）において、過失犯の部分を中心に著しい改説を行つたが、不眞正不作爲犯の部分はむしろ第二版（一九四九年）よりも後退と考えられる程で、Garantenpflicht を論じ乍ら、之を不作爲の違法性の前提として論じており、この態度は續いて刊行された第四版（同一九五四年）においても全く訂正される事はなかつた。ところが第五版（一九五六年）においては、すでに〝第五版のための序文〟に明らかな樣に、不眞正不作爲犯の部分は新しく書き直されたと云つても過言ではない程の改訂が加えられている。この版の特徴は、不眞正不作爲犯の構成要件上の特殊性（從つて解釋論上の問題）のみではなく、新しく國法上の特殊性（從つて罪刑法定主義の原則との關係）をも併せて强調し、とくに構成要件該當の行爲者性の問題として、新しく、不眞正不作爲犯を以て眞正身分犯であると明示したという點にある。

しかし、通常、眞正身分犯の場合には、客觀的―行爲者的メルクマールは、實定法上具體的に限定されているのが常である。ところが、不眞正不作爲犯の場合に、本來適用せらるべき殆んどの作爲犯の構成要件は、前述の通りの宛名のない單なる〝者〟を行爲者として規定しているのみであるから、そこからは特別な、具體的行爲者のメルクマールは常に得られないので

ある。從つて、不眞正不作爲犯の場合には、裁判官は、單に構成要件該當の行爲のみを規定した作爲犯の規定から、客觀的—行爲者的メルクマールそのものを構成要件の補充によつて自ら見出さなければならない事になる。かくてウェルツェルによれば、〃不眞正不作爲犯の構成要件は一部は實定法の、一部は反對に裁判官の形成すべき構成要件であり〃かつこの點に國法的關係においても解釋論的關係においても全く同樣に不眞正不作爲犯の決定的な問題性があるのであつて、罪刑法定主義の原則はここで根本的な制限に遭遇する。卽ち不眞正不作爲犯の場合には、行爲者のメルクマールではなく、行爲者の行爲だけが〃實定法上規定〃されているにすぎないのである。この理由で不眞正不作爲犯に對してはくりかえし憲法上規定せられた罪刑法定主義の原則（獨基本法第一〇三條第二項は〃行爲は、それが行われるに先だつて、法律により可罰性が規定せられている場合に限つて處罰せられうる〃と規定している＝筆者註）との關係で問題とされた。又解釋論上は、實定法の構成要件の規定の缺陷から、裁判官には、不作爲行爲者という規定せられない構成要件要素を充分な明確さをもつて限定しなければならないという不確實さが生ずる。しかし、解釋論上のむずかしさは、凡そ、一定の實定法の規定の欠缺の中にあるのではなくして、事物の本性の中に存する。卽ち構成要件の中に、不作爲者の數えきれぬ程の多種多樣性を遺漏なく、具體的に規定することは原則として不可能である。しかし現行法は、少くとも裁判官に不作爲者の客觀的メルクマールの形成のための構成要件上の手がかりを與えている。卽ち種々の眞正身分犯の構成要件からも明らかな樣にそこに不眞正不作爲犯が實定法上規定されている構成要件については、危險にさらされた法益と始めから密接な關係に立ち、又その密接な關係の故に當該法益を配慮すべき行爲支配力のある者だけが不作爲者として問題になるのである。例えば辯護人は訴訟依賴者の利益のために、後見人は被後見人のために不作爲行爲者として問題となりうる等々。この實定法上の手がかりが不眞正不作爲犯の解釋論上及び國法上の問題性を減少せしめる。そこで、成文法上、始めから、せまい、特別な生活關係によつて、危險にさらされた法益と結びつけられるところの行爲支配力のある者——その關係の故にこの者は法益が侵されないということのための保障人である

者――のみが不作爲行爲者として問題になるのだという結論になる。このようにして、結局、ウェルツェルによれば〝不作爲行爲者とは危險にさらされた法益に對して、構成要件上保障人の地位を占め、且つ、この地位にあつて、たとえ、彼にとつて構成要件該當の結果を回避することが可能であつても、これを回避しなかつた者のみである。〟[34]

このようにして、ナーグラーにおいて不眞正不作爲犯成立の前提として考えられた保障義務そのものではなくしてその裏づけとしての保障的身分がウェルツェルにとつては第一に問題視されなければならず、不眞正不作爲犯の構成要素としては、とくに、客觀的要素として構成要件該當の結果の發生を回避しなかつたという事實態度 Tatverhalten と並んで客觀的―行爲者的メルクマールとしての保障的身分 Garantenstellung が必要とされ、更に主觀的要素としては通常あげられる故意と並んで、この保障的身分の知了 Kenntnis der Garantenstellung が必要とされている。そして不作爲者が自己の保障的身分を知了すれば當然に客觀的に、結果回避義務が生ずるのであつて、不作爲者がその身分を知つているにも拘わらず、結果回避義務がないものと信じていた場合には〝禁止の錯誤 Verbotsirrtum〟、正確には〝命令の錯誤 Gebotsirrtum〟で、この點でも眞正身分犯と同じことになるというのである。[35]

以上のところからも窺いうるように、ウェルツェルの新說は、とくに〝法義務違反〟という說明をことさら避けているように思われる。しかもなお、ドイツ基本法第一〇三條第二項との關連で、とくに罪刑法定主義の原則――とりわけ、類推の禁止 Analogieverbot との矛盾の解決という、國法的考慮の强化が認められている點でH・マイヤーの影響、少くともH・マイヤーの批判を意識し乍ら立論されていると考えるのは單に筆者の思い過しではないように思う。現にウェルツェル自身、H・マイヤの教科書（一九五三年）が出版されてすぐ、彼の第三版（一九五四年）にH・マイヤーの說があまりにも〝不作爲犯を主觀化〟しすぎるものと批判し、又、マイヤーが過失の不眞正不作爲犯について法義務違反說に贊成していることを指摘して、通說たる〝法義務違反說に對する彼の非難を自ら無効にする〟ものだと反駁しながら、[36] 第五版ではマイヤーの

憲法上の疑念は依然として意義のあることとして認めていることがその有力な根據でもある。[37]

（33）Welzel, a. a. O., 5. Aufl. S. 167 f.
（34）ders., a. a. O., S. 167 ff.
（35）ders., a. a. O., S. 171 ff.
（36）ders., a. a. O., 3. Aufl. S. 157.
（37）ders., a. a. O., 5. Aufl. S. 175.

五

四において、筆者は構成要件該當性説に屬するナーグラー、H・マイヤー、ウェルツェルの學説の紹介、檢討に少しく紙數を費しすぎた憾みがあるが、以下ナーグラー、ウェルツェルの説を手がかりとして不眞正不作爲犯の構成要件該當性の問題に關する私見を展開したい。

1　まず前提概念としての構成要件と構成要件該當性の判斷とが明らかにされなければならない。國法的意義をもつ罪刑法定主義の原則との關連を重視するならば、構成要件は、專ら違法、有責な行爲の法的な限界を示すだけのもので、從つて、一應價値とは無關係に、もつぱら客觀的、記述的な行爲の型を意味するものに外ならないと云い得よう。そして、現に、ベーリングも亦その構成要件論を罪刑法定主義の原則の上に立てようとしたことは事實である。[38] しかしそのような考え方はむしろ素朴な、單純な認識を出ないものと云わなければならないのではなかろうか。何となれば、個々の特別構成要件をより仔細に檢討するならば、すでに學説上明らかにされているように、行爲の主體、客體、行爲の情況等純客觀的な要素の外、例えば〃猥褻〃（刑法第一七四條以下、第二二五條等）、〃結婚〃（第二二五條）、〃老幼〃〃不具〃〃疾病〃（第二一七條等）、〃名譽〃（第二二

二條、第二二三條、第二三〇條)、〃他人ノ財物〃(二三五條)、〃文書〃(第一五四條以下)、〃知慮淺薄〃(第二四八條)等のような、いわゆる規範的要素、又は〃行使ノ目的〃(第一四八條以下)、〃營利、猥褻又ハ結婚ノ目的〃(第二二五條)、〃自己若クハ第三者ノ利益ヲ圖リ又ハ本人ニ損害ヲ加フル目的〃(第二四七條)のような主觀的要素が數多く含まれており、更に〃人ヲ殺シタル〃(第一九九條)とか〃過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル〃(第二一〇條)等の場合には、從來專ら責任要素とのみ考えられていた故意、過失まで、明らかに構成要件要素に高められていることを知るのである。このようにして、構成要件は、單に、客觀的—記述的な、價値とは無關係なものではなくして、むしろ極めて規範的、價値關係的なものである。その意味で〃構成要件は記述的、違法性は規範的〃というベーリング流の考え方に全面的に贊成することはできない。結局小野博士に從つて〃構成要件とは、違法で且つ道義的に責任のある行爲を類型化した觀念形象(定型)で、刑罰法規において科刑の根據として概念的に規定されたもの〃[39]と解さなければならない。又かく解することによつて、次いで、構成要件該當性は一應型的にではあるが、その違法、有責の要素との關連において判斷されなければならず、正に構成要件該當性の判斷は〃規範的な價値判斷——すくなくとも價値に關係づけられた事實判斷——である〃[40]と云わざるを得なくなるのである。しかも、刑法上の構成要件は、常に、その法律上の效果としての刑罰が結びつく前提條件であるから、構成要件該當性の判斷は、そこに規定された法定刑との關連をネグレクトしては爲し得ないことを考え併せるならば、一層この判斷の價値にみちた性格が明らかになるであろう。

ともあれ、構成要件該當性の判斷に當つては、團藤教授も指摘しておられる通り、當該構成要件の定型性をどこに見出すかの問題——結局は各個の構成要件の規定の解釋の問題に還元されよう——が重要視されなければならない。

(38) Beling, Die Lehre vom Verbrechen (1906) S. 22. なお、小野清一郎・構成要件充足の理論(昭和三年、但し、犯罪構成要件の理論所收)二〇四頁、二一六頁參照。

（39）小野清一郎・犯罪構成要件の理論、一一頁。
（40）團藤重光・前掲書七九頁。

2　前述の通り、構成要件は、客觀的—記述的要素、規範的要素、主觀的要素からなる複合概念である。そして構成要件はそもそも犯罪行爲の類型と考えられたものであるが、行爲そのものが一定の行爲者の所產である限り、行爲は行爲者と切り離しては考えられず、まして行爲者人格が行爲を裏づけるものとして構成要素となつているような場合（例えば第一八六條常習賭博罪等）には、構成要件は同時に行爲者類型であるとも考えられる。又〝罰せらるべきは行爲ではなくして行爲者である〟というような考え方によれば、構成要件はより一般的に行爲者類型と目されることになるであろうし、目的的行爲論がとくに行爲の存在論的構造を重視して、犯罪を客觀的・主觀的兩側面の分離し難い統一體として捉える時、從來の客觀主義的犯罪論よりは一段と行爲者との結びつきが强調されるという意味で、行爲者類型としての構成要件の性格が强調される要素は充分に窺えるのである。不眞正不作爲犯の構成要件該當性をめぐるナーグラーとウェルツェルの說の對立については、構成要件そのものについての考え方の相違も大きく影響しているように筆者には思われるのである。

さて、ナーグラーもウェルツェルも、安易に、作爲犯は作爲によつて犯されるのが、原則だと考え、不眞正不作爲犯はその例外的な場合であるということを前提としている點では一致している。そしてそのような例外を廣く認めることは、一方では、作爲と不作爲とはそもそも本質的に異るのだという理由から、又、他方では、それが罪刑法定主義の原則に反することになるという理由から、何とかしてこれを制限するモーメントを考えなければならなかつた。兩者は、ともに、このようにして、すべての違法な結果不回避が不作爲犯を成立せしめるものではないという事を明らかにしようとしたのである。

作爲犯の場合には、結果發生の危險源を開くものは、直接作爲者の作爲であるのに反して、不眞正不作爲犯の場合には、その危險源はすでに他の何らかの事由によつて開かれており、ただ〝期待された〟行爲をしなかつた爲にその不作爲が危險

源の開扉と同一視されるという性質上、價値的構成要件該當性の判斷が尙一層愼重に、價値的なものとなるのである。そして構成要件該當の違法な結果と結びつくあらゆる不作爲の中で、とくにある不作爲が作爲による結果惹起と同一視せられるための根據としてナーグラーは Garantenpflicht の存在を必要なものとし、それに基いて行爲者は Garantenstellung という法律上の地位がわりあてられるものとする。そこではあくまでも、端的に、行爲のための義務が重要視され、從つて構成要件該當の行爲が問題とされる。これに反して、ウェルツェルはむしろ作爲義務を基礎づける Garantenstellung の方を重要視し、從つてこの場合むしろ行爲ではなくして行爲者性が問題なのだというのである。これは單に兩者の思考過程が相違するというだけのことではなく、前のように、構成要件を本質的に行爲類型と解するか、それともより多く行爲者類型と解するかという問題に關連する。更にウェルツェルについては、前にも指摘した通り、H・マイヤーの批判の影響をも看過することはできない。しかし何れにもせよ、筆者は、構成要件をやはり原則として行爲の類型であると考えるのであつて、その意味でここに特徵づけられた Garantenstellung も亦不作爲者の不作爲を作爲と同一視せしめるための――より正確に云うならば、當該不作爲を構成要件該當の不作爲たらしめるための――要素、つまりは行爲定型の一要素であつて、不作爲者の身分そのものが獨立に、直接的に論ずべきものではないと考える。その意味で、端的に Garantenpflicht に着眼して構成要件該當の行爲の問題としたナーグラーに贊意を表したい。

更に、ウェルツェルの眞正身分犯說（不眞正不作爲犯を眞正身分犯の一種と解する考え方は、わが國においては、すでに、昭和三年、小野博士が〝構成要件充足の理論〟の中で主張しておられるところで、今更乍ら博士の卓見に敬服せざるを得ない）も、前述のように、この場合の身分が單に行爲定型の一要素と解する限り必らずしもウェルツェルの場合のように行爲者性の問題と直結するものではない。その意味で、構成要件は本質的に行爲類型だからということを理由に不眞正不作爲犯を眞正身分犯と解する說を非難することは妥當しないが、しかし、以下の理由によりやはりこの理論は批判されなければならないであろう。卽ち、

元來、身分犯は、眞正、不眞正を問わず、構成要件の記述上名宛人の明確な場合に限られる。ところが、不眞正不作爲犯に適用せられるべき本來の多くの作爲犯[42]の行爲者は、すべて、宛名のない一般的、抽象的な〃者〃にすぎない。つまり、不眞正不作爲犯の場合には、この名宛のない〃者〃のみを行爲者として規定した作爲犯の規定から、實定法の直接的、明確な根據なしに、特定の身分を限定することになる。これは、罪刑法定主義の原則――とくに類推禁止――について、現在では刑罰擴張的類推＝被告人に不利益な類推 analogia in malam partem は排斥されなければならないが、刑罰制限的類推＝被告人に有利な類推 analogia in bonam partem は禁止されてはいないと解するのが殆んど通說のように行われているが、[43]その立場に立つ限り、罪刑法定主義の原則をふりかざしてとくにそれとの矛盾が論ぜられるべきものとも解さないけれども、少くともそれが、構成要件の解釋、適用をかなり恣意的なものとする嫌いのあることは確かでその限りにおいて、やはり、犯罪と之に對する刑罰とを成文の法律によつて明確に規定するという罪刑法定主義の根本思想にとつて好ましいことでないことだけは事實である。又、眞正身分犯說によれば、いわゆる自手犯 eigenhändige Verbrechen の理論によつて、不眞正不作爲犯たりうる不作爲と、しからざるものとを區別する上で義務違反說よりも一層明確な論理的限界づけが可能となる利點も考えられないではないが、例えば共犯關係については當然に直接通常の共犯規定にはよらずに第六五條第一項のみが適用せられることとなる。この點も前述の、構成要件解釋の恣意化の關係で認容せらるべきではないと考える。

（41）小野・構成要件充足の理論（犯罪構成要件の理論所收）二三六頁以下、とくに二四〇頁。

（42）不眞正不作爲に適用されるべき本來の作爲犯の規定が身分犯を規定したものである場合がありうる。例えば適當な事務の處理を怠つた場合に考えられる不作爲による背任罪等の場合にはここに說くような困難は殆んど生じない。ウエルツェルはこの種の規定を不眞正不作爲犯の行爲者を決定すべき構成要件上の手がかりとして論じているが、それ以外の通常の行爲者が特定されていない作爲犯の場合をこれらの規定から直接推論することは非常に危險であると思う。

（43）木村龜二・罪刑法定主義（刑事法講座所收）五〇頁、團藤・前揭書四〇頁等。

六

1　以上によつて、結局、不眞正不作爲犯の問題性は構成要件該當性の面にあり、しかも構成要件要素の中でも專ら行爲そのものの問題であることを明らかにし得たと思う。

そこで、再び、具體的に、いかなる不作爲が作爲と同一視されるかという不眞正不作爲犯の問題の振り出しに立ち戻つて、考察を進めて行きたい。

先に見たように、H・マイヤーは、不眞正不作爲犯につき、それを構成要件該當性の問題だとし乍ら、罪刑法定主義の原則との關連で法義務違反說を非難し、自らは結局個々の構成要件に規定されている用語法の問題で、〃殺シタル〃とか〃燒燬シタル〃といかいう語の下に何を理解するかという問題で、從つて各論において解明せらるべき事であり、抽象的、概念的な思考ではなくてカズイスティックな解釋方法の問題だとし、ただその場合の標準として行爲者の主觀面をとらえて判斷しようとしている。(44) 筆者も、度々繰り返すように、不眞正不作爲犯の問題は結局は何が〃人ヲ殺シタ〃といえる人の態度か、又はどのような行爲が〃人ヲ欺罔シテ財物ヲ騙取シタ〃行爲と云えるかという個々の構成要件の解釋、適用の問題と解する點で、H・マイヤーの說と結論的には一致するものであるが、筆者はその場合、作爲義務についての考慮を全く排除するのではなく、なおその解釋の基準として、一定の作爲義務の存在と作爲の可能性とが考慮されなければならないと解する者である。

(44)　H. Mayer, a. a. O., S. 114.

2　ナーグラー以前の、いわゆる義務違反說においては、作爲義務は專ら不眞正不作爲犯の違法性を基礎づけるものと解されていたが、その不當なことはすでに明らかであつて、一定の作爲義務は、構成要件該當の違法な結果と結びつく不作爲

が果して當該構成要件上豫定されている作爲と同一視せられうるか、換言すれば當該構成要件の實行行爲たりうるかの判斷の基準であり、しかもその作爲義務の存在は行爲者の主觀とは無關係の、全く客觀的・規範的なものであるから、當然に違法要素と解さなければならない。このようにして違法要素としての作爲義務を肯定した場合、更めて、前述のナーグラーの保障論 Garantenléhre をわが刑法理論へ導入することの可否が檢討されなければならないであろう。本來構成要件の解釋、その該當性の判斷は極めて規範的、價値關係的なものである。その事は、當然に、當該社會における規範意識、國民感情とのつながりの密接な事を意味するに外ならない。このようにして Garantenpflicht 乃至 Garantenstellung の根據づけもナーグラー自身强調するように社會—倫理的考慮、國民感情を前提としているのである。例えばナーグラーが當然のこととして說く〃人はある特別義務關係がある場合に發生のおそれのある結果へと結びつけられ、法律上その結果の發生を回避すべく拘束される。この結果回避のための法的義務によつて、個人に、獨得な法的身分が割りあてられる。つまり、彼は、社會的關係において、保護せられている法的價値の爲の保護當局となる。この保護機能を人は慣習的に保障と稱し（傍點筆者）、それに從つて結果回避のために義務づけられた者をば、保護せられている價値を損わないための法的保障人と云うのである〃という言葉に、ドイツ的規範意識、ドイツ的條理が裏うちされているように思われる。その意味においてナーグラーの保障論の考え方を、そのままわが國に導入することは適當ではないといわなければならない。そこに說かれるような意味における保護機能、保障義務は、慣習的に、われわれ日本人の法意識內で、ナーグラーらの說く程內容的にも明確な、具體的なものとしては表象され得ないと考えなければならない。してみると、不眞正不作爲犯の成立に關する共通の、一般的概念構成要素として、ドイツ流の保障的義務、地位の觀念を借用することは、わが國においては、かえつて概念の曖昧さをますことにこそなれ、妥當ではないといわなければならない。そして結局、不眞正不作爲犯については、依然として專ら個々の構成要件における實行行爲の解釋の問題に歸着するといわなければならない。ナーグラーやウェルツェルが、不眞正不作

爲犯の一般的、共通的な構成要件要素として Garantenpflicht, Garantenstellung を論じ乍ら、しかもこれをせつかく一般的、類型的な要素として把握し乍らその立場を貫徹することができず、それらは結局〃事件毎に個別的に〃確定されなければならないものとしているのも、上述の意味において理解せられる。又それだけにナーグラーやウェルツェルの理論も必ずしも成功したものとは云い得ないということになるのではなかろうか。

これを要するに Garantenpflicht 乃至 Garantenstellung の理論は不眞正不作爲犯の成立の前提條件として法的義務、法的身分を從來の學說よりも一層明確に、具體的に限界づけ、之を一應型的に、共通なメルクマールによつて一般的な概念構成をしようとした點に價値があるけれども、その概念自體がそれ程明確で決定的なものとも思われない。そして結局個々の構成要件の解釋の問題に還元されるとすれば、類型的な構成要件的行爲を具體的に表象するについて二重の思考を必要とすることとなるから、むしろ、H・マイヤーのように單的に用語法の問題とすることを前提とし、Garantenpflicht とか Garantenstellung とかは、その解釋の際の一つの基準としての位置を與えられればいいのではなかろうか。それとは反對に客觀的構成要件要素としてそのようなものを重要視しすぎることは、構成要件要素としては過剩のものを持ち込むことになるものと考える。

3　不眞正不作爲犯の場合には、結果回避のために義務づけられた行爲者が、結果發生の可能性を認識し、かつ、結果を回避し得たにも拘らず、これをしなかつた、ということが必要である。そこで、この點に關して、古くから〃作爲の可能性〃が論ぜられたわけである。

作爲可能性の問題も、本來の、不眞正不作爲犯の問題性に關する議論同樣、因果關係論（作爲可能原因論）に始まつて、違法論、責任論と關係づけられてさまざまに論ぜられている。

しかし、これら作爲可能性に關する諸說の中でとくに注目に價するものは、之を行爲論の問題とするかつてのザウアーの

説と、ジーフェルツ、ザウアー（最近）の違法性の問題とする説、更に、序論でも簡單にふれておいた、グリューンフートの期待可能性と同一視する（責任論の問題とする）という考え方である。

ザウアーは、かつて、フランクの七〇歳の祝賀論文集第一巻（一九三〇年）に執筆した〃不作爲犯の因果關係と違法性〃という論文の中で、結果回避の可能性を結局〃行動の自由 Handlungsfreiheit〃乃至は〃態度の任意性 Willkürlichkeit der Verhalten〃と解している。[45] これは一方では行爲の有意性の問題である。行爲の有意性を問題とすることは實は刑法の行爲たる以上、作爲と不作爲とを問わず、常に必要とせられるものである。從つてザウアーはそこで〃行動の自由は因果關係の問題にも、責任の問題にも、違法性の問題にも屬さず、行爲そのものの領域に限定され、かつ、ただその限りにおいてその他の問題に對する先決問題 Vorfrage であるとしている。[46] しかし他方、〃行動の自由〃の問題は、これを失わせる一場合としての强制の問題とも關連し得るものである。彼自身はその点を意識的に論じているのではないが、その意味で非常に注目すべき見解である。[47]

ともあれ、この見解は中々ユニークではあるが、不眞正不作爲犯の作爲可能性の問題を構成要件以前の――小野博士のいわゆる裸の――行爲の問題とし、〃行動の自由性〃という一般的、抽象的な問題とした點で賛成しがたいものがあると思う。しかも、ザウアー自身、後に說を改めて、最近では違法論で論ずべきものとしているのである。[48]

次に、ジーフェルツは、作爲可能性が專ら違法性の領域において論ぜられるべきことを明らかにして〃作爲義務從つて不作爲の違法性が客觀的な利益較量に基づいて否定せられ得るか否かの問題と、不作爲者に對して彼の心理的强制狀態においてその作爲義務を履行することが期待可能であるか否かの問題とは、明白に區別される必要がある〃[49] とし、又ザウアーも〃一般刑法理論〃（一九五五年）においては、作爲可能性という作爲義務の限界づけは違法性の領域にあるのであつて責任の領域にあるのではないとしている。[50] このような理論も、作爲義務の問題を違法論で取扱おうとする說の不當であるのと同樣、

同じ理由で不當といわなければならない。

最後にグリューンフートの〃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がないから、その違法性のためには、行爲者に、あきらかに、行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〃[51]という主張も、そもそも構成要件該當性の問題として最初に確定すべき問題を責任論にもちこして論じている點で前の二つの立場同樣、非難されなければならないであろう。[52]

しかし、以上の學說の對立、ことにグリューンフートとジーフェルツの對立を通じて考えさせられる問題は、この作爲可能性が結局は構成要件の解釋につながるものとしても、行爲者の主觀的事情とは無關係に、全く客觀的に考慮されるべきものなのか、それとも可能性ということ自體、行爲者の能力その他の主觀的な特殊事情と全く切り離しては考えられないものなのかという點である。端的に云うならばこの場合の作爲可能性は果して構成要件要素中違法要素に關連するのか責任要素に關連するのかということである。[53]

なるほど作爲義務の存否は明らかに、行爲者の能力とか主觀等に關係なく全く客觀的な事實關係によつて決定せられる。勿論、不眞正不作爲犯の作爲義務は構成要件上規定せられているわけではないから、積極的な構成要件要素たり得ないのであるが、前述のような意味で、それは構成要件の規範的、違法要素に關連するものであることは疑がない。しかし、作爲可能の有無の判斷はそれ程客觀的に決定されるものではない。作爲可能性の問題も結局構成要件該當性の判斷として、定型的におよそ〃親として〃とか〃契約當事者として〃一般的な可能性のみを問題視するわけで、個別具體的、特殊的な事情を考慮して行爲者の作爲の可能性を論ずるものではないから、一應の客觀性をもち、また一般的定型的な判斷を出るものではない。しかしこれは構成要件該當性の判斷そのもののもつ特長というべきであろう。とはいえ、作爲の可能性は一應一般的にとは云いながら、行爲者の能力の限界をこえては要求され得ない。例えばたとえ實子の溺死するのを自ら救助しようとしな

かつた母親でも、全く水泳のできない者についてはそもそも〃人ヲ殺シタ〃とか〃過失ニ因リ人ヲ死ニ致シタル〃という構成要件該當の行爲（不作爲）はないものと解さなければならないであろう。或いは又不作爲者が結果を回避するために犧牲にしなければならない法益と、違法な結果發生の危險にさらされた法益との比較において、そのような事情の下では一般に不作爲者にそれだけの犧牲を要求することが困難――つまり作爲の可能性が極めて微弱であるような場合も構成要件該當の實行行爲とは解せられないであろう（そしてその場合實は法律效果としての法定刑も多分に考慮されるであろう）。このようにして作爲の可能性の方は、作爲義務とは異つてより主觀的、道義的な責任の要素と關連するものであることが理解される。その意味で作爲可能性は一種の期待可能性である。但しそれは從來のように具體的、實質的な責任判斷の場における期待可能性ではなく、構成要件の責任要素との關連で考慮せられるべき、從つて又その限りにおいて一般的、定型的な性質を帶びるものであり、先に筆者が〃期待可能性の理論に關する一考察〃[54]においてかりに名づけた〃抽象的期待可能性〃の延長において考慮せらるべきものに外ならない。

(45) W. Sauer, Kausalität und Rechtswidrichkeit der Unterlassung, in Frank-Festg. Bd. 1, 1930, S. 206, 213 f.

(46) ders., a. a. O., S. 214.

(47) このように强制との關係を考察することは直ちに期待可能性の理論との結びつきを暗示することになる。何となればドイツにおいて期待可能性が論じられるのは、主として第五二條の强制狀態 Nötigungsstand と第五四條の緊急避難 Notstand に關してであるから。そしてさらにフランスの刑法理論を考え併せると、〃行動の自由〃と〃期待可能性〃とが同じ思想的根據に立つことがはつきりと理解されるであろう。卽ちフランス刑法は緊急避難に關する一般規定を缺き、ドイツ刑法第五二條に相當するのは、フランス刑法第六四條の强制 contrainte であるが、ドイツで期待可能性の理論によつて說かれる强制がフランスでは心理的强制（contrainte morale）と物理的强制（contrainte physique）に分つて論ぜられ、それに對應して意思決定の自由と行動の自由の問題としてとりあげられている（例えば Donnedieu de Vabres, Traité de droit criminel et de législation pénale comparée, 3e éd., 1947, p. 211, 218.）。從つて團藤教授も指摘しておられる通りフランスにおける意思決定ないし行動の自由の理論と、ドイツにおける期待可能性の理論とは同

じ思想的基盤に立つものと云ってよいであろう。

(48) Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, 3. Aufl. 1955, S. 96. 尙、本稿の（一）序論一八頁參照。

(49) Sieverts, Beiträge zur Lehre von der subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht, 1934, S. 215 f. 木村・不作爲犯に於ける作爲義務（牧野教授還曆祝賀刑事論集所收）一一七頁以下參照。

(50) 前註（48）參照。

(51) Max Grünehut, Grenzen des übergesetzlichen Notstandes, ZStW. Bd. 51. (1931), S. 469. 尙、本稿（一）序論一六頁參照。

(52) 更に、グリューンフート同樣、作爲の可能性と期待可能性とを同一視し乍ら、シェーンケはライと裁判所の判例にならってその期待可能性のない場合には構成要件該當性が阻却されるものとしていることが注目されるが、彼の場合は一般的、超法規的免責事由としての期待可能性を認めず、わずかに個々の條文の解釋に際して意義を認めようとするのであるから不眞正不作爲犯の作爲可能性について論じる期待可能性と本來の期待可能性との關係はやや曖昧であり、少くともグリューンフートの理解するそれとは全く異るものであるから、同一には論じ得ない。

(53) 不眞性不作爲犯の場合作爲義務も作爲可能性も構成要件に規定されているわけではないから、正確には積極的な構成要件要素とはなり得ないものと考える。

(54) 法學研究第二七卷（昭和二九年）第一一、二號。

4　最後に、不眞正不作爲犯の問題を專ら個々の構成要件の解釋ないしは該當性の問題とし、その解釋、判斷にあたつては一應作爲義務の存在と作爲可能性とを解釋の基準、資料とすることを認め、しかもそれぞれの性格を、構成要件的違法要素、構成要件的責任要素に關するものとしたこと、換言すれば一應義務違反說の線で認めることが、果してナーグラー、ウェルツェル、H・マイヤーが指摘し、おそれているように罪刑法定主義の原則（とくに類推の禁止）と矛盾し、又はこれを制限するものと云わなければならないかどうかが解明されなければならない。元來、罪刑法定主義の派生的な原則としての類推の禁止は、ドイツではわが國におけるよりはやや嚴格な形で維持されているように思われる。卽ち、この點に關しては一

般に許される擴張解釋と、許されない擴張的類推との區別が神經質にと云つていいくらい、今日尙論じられている。[55] しかし、ドイツの刑法理論と雖もこの場合全く例外を認めないわけではなく、刑罰を制限し、廢止する方への類推は例外的に認められるものとするのが通常であつて、禁止されるのは被告人に不利益な類推 analogia in malam partem のみだと考えられるようになつて來てはいるものの、なお原則として擴張解釋とは一線を劃している。これに對してわが國においては、牧野博士、木村教授の獨得な說得力により、いち早く、被告人の利益になると不利益になるとを問わず、刑法の目的論的解釋として許される限り、類推も亦擴張解釋との區別なく當然に許さるべきものという學說が有力に主張された。いわばドイツの學說よりも數等積極的な見解が展開されたのである。[56] しかし、終戰後、木村教授が新しい憲法の罪刑法定主義の原則を宣言したといわれる二つの規定（憲三一條、三九條）との關連で、〃憲法の罪刑法定主義は新たに刑罰を設立し又はこれを加重するような類推解釋即ち被告人に不利益な類推解釋 analogia in malam partem を禁止するが、刑罰を排除又は減輕するところの被告人に有利な類推解釋 analogia in bonam partem はこれを禁止していないのである〃[57] と主張されて以來、今日では殆んどこれが通說となつている。このようにして類推禁止の原則それ自體、今日では罪刑法定主義の原則の誕生した一九世紀初頭に比し、內容的に著しく修正、緩和され、變質して來てさえいることを看過してはならない。不眞正不作爲犯の場合は、從來の考え方によれば、本來作爲によつてのみ充足せられることが豫定されていると考えられる構成要件に關して、不作爲による場合にも構成要件該當の行爲として取り扱おうというのであるから、いわば、ドイツの學界でも、又わが國の通說によつても、今日尙拒否されている擴張的類推――被告人に不利な類推の場合に外ならず、從つて類推許容の範圍外なのであつて、罪刑法定主義の原則の現代的修正、緩和もここでは何らの影響もうけない筈である。しかし、不眞正不作爲の場合には、いわゆる作爲犯の構成要件は作爲によつてのみ犯されうるのだと豫定している所に本來の問題があるといわなければならない。即ち、柏木教授も認められるように、[58] この場合構成要件的實行行爲が不作爲をも含み得る事は確かで、そうす

れば不眞正不作爲犯を認める事はむしろ用語の解釋の問題であつて強ち類推禁止に抵觸することにはならないとも云い得る。ただ何が構成要件該當の實行行爲かを判斷するに當つて、作爲と不作爲との存在論的差異に必然的に伴う本質的な區別の故に、一定の限界を劃して判斷され、しかもそれは個々の特別構成要件との關係で、しかもそこに規定された法定刑との關係で專ら規定内の意味の探索、解釋の問題に歸着するというのである。(59)

(55) 例えば Welzel, a. a. O., 5. Aufl. S. 20 f.; Mezger, Lehrbuch, S. 77 ff., ders., Studienbuch, S. 28 ff.; Schönke, a.a. O., S. 43 f. etc.

(56) 牧野英一・罪刑法定主義の解消（刑法研究第六卷所收）、同・刑法における法規の解釋、同・罪刑法定主義についての新らしき論爭（以上二篇、刑法研究第七卷所收）等々、木村龜二・刑法における類推解釋（刑法解釋の諸問題所收）等、尙、Walter Sax Das strafrechtliche, Analogieverbot', 1953 獨自の見地から同樣に全面的に類推を認め、刑法上〃類推の禁止〃が存在しないことを論證しようとしていることが注目される。

(57) 木村・前揭、罪刑法定主義（刑事法講座第一卷）五〇頁。

(58) 柏木千秋・作爲と不作爲犯（小野博士還曆祝賀論文集刑事法の理論と現實(一)）一七五頁以下。

(59) もつとも、類推と擴張解釋は、ある法規をその用語のもつ意味の可能なる範圍を全くこえて、そこに規定された事項と類似の事項に推し及ぼすか、それとも單に、その言葉の意味を、一般に認められうる範圍で擴張して解するかで、私見によれば、結局法を解釋し、適用するの者の態度に過ぎないが、何と云つても類推はもはや法文の〃解釋〃とは云えず、從つて、兩者は質的に異るものと云わなければならない。但し、擴張解釋といえども無制限に認められるのではなく、そこにも亦當、不當の判斷の伴うことは法一般の解釋の原則に照して當然のことである。

七

以上未だ論じつくせない數々の問題は殘されているが、本稿は一應以上を以て終結することとする。

以上において筆者は、不眞正不作爲犯の問題性の所在場所は構成要件該當性にあり、しかもそれは行爲者との關係におい

てではなく、構成要件的實行行爲との關係において論ずべきことを明らかにし、その場合不眞正不作爲犯の成立を基礎づける一般的、共通的な概念要素として近年ドイツで展開せられているような保障義務、保障的地位の理論はそのままの形でわが國の刑法理論に導入することの不適當な旨を考究し、結局現在のところは各個の構成要件の規定の解釋につきることを明らかにし、併せて作爲義務と作爲可能性との構成要件要素との關連における法的性質について私見を開陳したつもりである。

（完）

後記

本稿はその（一）を四月號に發表し、ひきつゞき三回に亙つて連載していただくつもりであつたが、筆者の全く個人的な都合により連續執筆が不能となり、漸くにして一二號に間に合うことができた。この間かなり長い間の斷續により、一方では讀者諸賢並びに編輯人に御迷惑をおかけ致し、他方、內容的に前後の齟齬を生じたことを深くお詫び申し上げたい。今回も充分檢討、推敲の暇なく締切日を迎えてしまつた爲內容的に甚だ意にみたないものとなつてしまつたが、これ以上の遲延も許されないので、未熟のまま敢えて公表し、大方の御批判、御指導を仰ぐと共に、ひきつづき公表の機會を得るであろう不眞正不作爲犯と過失犯の研究において補充、訂正の機會を得たいものと秘かに考えている。