

Title	不真正不作為犯と西獨刑法改正草案 (二・完)
Sub Title	„Die Unterlaßungsdelikte" and the reform of criminal law in West Germany (2)
Author	宮澤, 浩一 (Miyazawa, Kōichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1960
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.33, No.3 (1960. 3) ,p.13- 57
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600315-0013">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19600315-0013</a>

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.

# 不真正不作爲犯と西獨刑法改正草案（二・完）

宮澤浩一

はしがき

- 一 諸改正草案と不真正不作爲犯規定概観
  - 二 改正委員會に提出せられた諸意見
    - a E・シュミットの意見
    - b フレンケルの意見
    - c 聯邦司法省専門委員の意見……以上前々號
  - 三 第一讀會討論に現われた諸見解……以下本號
  - 四 グリューンワルトの總則規定否定論
  - 五 ガラスの提案と第二讀會案
- むすび

## 三 第一讀會討論に現われた諸見解

不作爲の問題に關しては、一九五五年六月二二日に開かれた第二三回會議の午前の部において扱われた。<sup>(1)</sup>

議長は Staatssekretär Dr. Strauss であり、出席者は大改正委員會から二〇名<sup>(2)</sup>、臨時出席者二名<sup>(3)</sup>、司法省側二名<sup>(4)</sup>（丙

不真正不作爲犯と西獨刑法改正草案

名は記録係)から成る三五名であつた。

會議は、議事に關する技術的な問題につき打ち合せの後、シュミット委員が次の如き發言をした。

私案と他の案との差異は、その實質にあるのではなく法文化にある。不作爲は憲法上でも、作爲と構成要件該當性の點で同置され、そこでは行爲とは『積極的行爲によつてなされる構成要件該當行爲』のみでなく、『構成要件に該當する結果の回避への法的義務』も含まれる。<sup>(5)</sup> 作爲と不作爲の同置の問題は、學說判例に委ねず、その要件を法定したい。

構成要件に該當する結果の回避の意味での不作爲は、それ自體として類型化できないものである。

不真正不作爲犯においては、これに加えて、『保障人義務があるのに』結果を回避しなかつたことを要する。この義務づけが法秩序から課せられ、命じられたものであることを考慮する規定を置く。この義務は單なる行爲義務ではなく、構成要件實現の阻止または結果回避の點で具體化された法義務である。

(7)結果』という表現をとるべきであるとの専門委案に對し、シュミット教授は、二二二、二二三條の『殺害』は本人を殺すことを含まないから、『構成要件の結果』とはいえないと反論して、消極的幫助、偽證への幫助を充分規制しえないと斷定する。<sup>(6)</sup>

結果回避に向けられた、特殊な法的義務とその『保障』を表わす文言は、裁判官を豫定して選擇されるべきである。『責めを負う (haften)』という表現をフレンケルは餘りにも民事法的であると非難するが、刑法上も『負責』なる表現が、例えば、未遂でも共犯でも『負責の形式 (Haftungsformen)』として用いられる。『負責』とは一定の法律効果に服すること以外の何物でもない。問題は表現に歸するのだから、重要なことは、それによつて何が考えられているかの點である。

さきに提出した私案に、『この義務を侵害した場合』という文言を追加する。

以上で立法者の使命はつくされる。その他の細かい點は、具體的事件の個々の特徴をみて決すべきである。

従つて、法的義務の個々の發生事由を法定することは無意味である。それは法秩序が個々人に結果回避を命ずることから

生じる。

効力範囲 (Ingerenz) を法定することも無意味である。保障人義務の内容、限界を法定することもできない。保障人義務は、保障人が結果回避につき必要かつ事物に即したことを期待しうる方法でなした場合に充足される。

保障人義務の内容、限界は、具體の場合に結果阻止のため、一般生活経験、特殊な経験知により、事物に即して必要なものから明らかになる。具體的狀況におけるふさわしい方法で行為することが當事者に期待しえるか。更には、全體的出來事の經過中で、正しい時點にこの期待が向けられるべきである。(子守が託された小兒を川岸の危險な場所であらざれば、水中に落ち、自試みることが期待されるかなどという問題は無意味である。はじめに、子供を危險な場所であらざれば、泳いで救助を又期待しなければならぬ。その限りで子守に保障人義務がある。醫師が自分の知識、能力を超え、外科の専門知識を要する病人を引き受け、これを他の醫師に委ねずに死に至らした場合には、病狀を正しく評價して、適時に病人を引き渡すことが期待されたものであるといわねばならぬ。保障人義務を論ずる場合、これらの時點が問題にされねばならぬ。)

シュミット教授の報告中、特に、保障人義務の位置づけにつき、殊に錯誤との關係で改説があつた點が注目をひく。

すなわち、保障人義務の内容、存在を問わず、これらすべてを構成要件の錯誤としていた從來の態度を改めて、前者は構成要件に屬するが、法秩序によつて保障人として考えられる者がこの使命を意識しているということは故意に屬する。従つて、構成要件に該當する結果の不同避、保障人義務の存在が確定されれば構成要件の充足があり、保障人義務の充足に屬するものは、むしろ違法性に屬すると考えられるという結論に導かれた。

(この分類の方が體系的にはすつきりすると思うが、これに對する批評は別に改めてなきなければならぬ。)

構成要件に該當する結果を回避せず、しかも保障人義務を有していた場合、構成要件に該當する行為をしている。しかし刑法二四〇條二項、二五三條二項の違法性は、行為者がこの保障人義務を充足しない場合にはじめて示される。結果を回避せず、加えて保障人義務が存する場合には、保障人が結果回避に必要なことをなさない場合に違法性が示される。保障人はその態度が結果回避に向けられ、この關係で事物に即した、必要なことがらをなす場合には適法な行為をしたものである。

問題は結局錯誤論に移る。保障人が保障人であることを知らない場合には構成要件の錯誤があろう。錯誤が過失に基づく場合には、過失の惹起に刑罰が課せられている場合に加罰性が問題になる。これに對して、保障人が保障人義務の内容を過まつた場合、結果回避の方向で非難の餘地ない活動をするため事物に即して如何なることをなすべきかにつき誤まつた場合に禁止の錯誤が存在する。

聯邦裁判所は構成要件の錯誤を認める立場をとり、又、行爲者が保障人義務の存在を誤まつた場合につき判例を出しているが、立法者がこの問題を對決することは最も困難かつ、無益である。

これについては、錯誤一般が論じられる場合に必要な點が明らかとなる筈である。別段の規定はおかなくておく。

一九二二年、二五年草案に規定された因果性もこれをとりあげない。

最後に、『この法的義務を侵害した場合』という文言を加えるという主張を今一度確認しておきたい。

以上がシュミット教授の報告である。意見書として提出されたものを併せてその案を見ると、

『法定の構成要件實現を阻止せざる者は、その者が構成要件の實現せざることにより保障をなすべき特別の法的義務づけを有し、この法的義務を侵害した場合に限つて、その實現につき責めを負ふ』

となる。

批判 五九年案の如く、保障人義務發生事由を法定しないことはよい。この案の特色はすべてを學說、判例に委せて、一般條項の性質を持たせた點にある。

不作爲犯は、過失犯と同じく、その定型性が極めて稀薄である。この點、罪刑法定主義からの批判をあびるところである。しかし、過失犯においてもその刑罰規定は故意犯の規定の如く嚴格ではない。構成要件的には若干のものが『法益侵害』のみを規制し、取引において命じられた注意の侵害といつた、決定的な違法性のメルクマールは法定されていない。

にも拘らず、不作爲に對する方が何故より大きな聲で憲法違反をあげつらわれるのであろうか。

しかも罪刑法定主義を手がかりにして、保障人義務説に反論する者が、不真正不作爲犯を論ずるに當り、通常の法解釋の方法で、具體的事件を作爲の構成要件に關して解明すべしとし或は、結果回避義務の侵害が『不文の構成要件メルクマル』<sup>(10)</sup>であり、この義務は法的義務に他ならないというのである。

『不文の』という點に刑法の有する罪刑法定主義の立て前との間に問題性を感じしめるが、しかしいづれも定型性の少ない不作爲犯成立の要件を嚴格にするという關心方向は同じであつた。今、右の案によつて、この方向に根據が置かれることは望ましいが、内容を盛り込むことは依然として學說判例に委ねられている。もつとも、これに對しては、法文中に例示的に法的義務の内容を列舉せよという説もなくはないが、實益は少ない。

シュミット委員に次いで、フレンケル委員が報告をした。その内容は重複を避けて、簡単に紹介するにとどめておく。

結果回避義務は、不作爲による犯行の法定の構成要件メルクマルであり、行爲者故意を包括する。これを明記すれば、各論の全構成要件中で考え併せられるべき眞の構成要件メルクマルであることが明らかとなる。

意見書中に總括した聯邦裁判所の最近の傾向によると、法的義務の認識は當該犯罪の構成要件メルクマルに屬するといふ立場に立つている。

この判例の傾向は明確でないが、不作爲による偽證の幫助については問題が多い。<sup>(11)</sup>聯邦裁判所は、當初はライヒ裁判所に従つて、法的義務の認識は行爲に屬し、構成要件には屬さないとした。行爲の內的側面に對する下級審の見解が承認された。〔行爲者がその訴訟上の態度——證人申請、相手方の主張の反論——により、客觀的に偽證をなす危険状態を作り、若し干渉すれば危険状態を阻止し得た筈であるといふことを意識するべきであるといふ判示がある(12)。ここでは、行爲者が自己に干渉するべき法的義務があつたといふ意識があつたといふ點が明らかにされてい。〕

右のケースを考察する場合、素人を念頭に置いて考へるべきである。辯護士強制の立て前をとる訴訟では、職業裁判官は

當事者が答辯準備などをしないで公判に参加することを望む。このような場合、素人は證人尋問に干渉する権限のみならず、法的にも義務づけられていると意識するか。或る判例は、<sup>(13)</sup> 内心的構成要件は充分に立證されたものと看做されるべしとの結論は、判決が内心的構成要件充足のため必要な事實を指摘し、被告人がその虚偽の反論により證據を危うくするという意識をしていたことによつても、別段の影響はない」と。この判例はライヒ裁判所の見解を踏襲したものである。これに對して、不作爲による犯行では行爲への法的義務の意識は構成要件に屬し、その錯誤は構成要件の錯誤であつて禁止の錯誤ではないという判例が對立している。

立法者としてこの種の規定を總則中に置く機會があれば、規定する必要がある。法文案としてはシュミット案に賛成する。専門委員は誤解をまねき易い。刑法典には總則にも各則にも幾分の疑問はある。しかし對象は専門家である。

結果回避義務の内容、原因關聯は如何に規制すべきか。後者につき、條件説をとる。

前者は、通常の總則規定では解決がつかない。法の發展はこの分野でも動いているから規定を置くことによつてその發展に支障を來たすべきではない。

立法技術上、内容を空虚にして裁判官の補充をまつか、際限のない不満足な敘述に終るか。結局は、不作爲による犯行に關する加罰の要件としての法義務の存在を規定することで満足することになる。<sup>(14)</sup>

報告者の最後に、司法省案の立案者を代表してシュワルムの發言があつた。<sup>(15)</sup>

本省案も他の二案と大綱において一致するから、本案に對する批判に答えるにとどめる。

まず、作爲犯と不作爲犯との對等評價の原則を明記する。一定の要件の下で、構成要件實現に至る活動とその回避の懈怠とを等置するという原則である。これには合憲性が肯定されている。

その根據つけの範圍は一般原則の規定によるか、結果回避義務がすべての場合に法定の義務になるため、その義務の成立

事由を法律中に固定せしめるべきか。

前二者の報告は、廣い規定を置き、その制限を裁判に委ねようとする。經驗上、すでにこれは判例中なされている（聯邦裁判例集二卷一三三頁）。

刑罰を基礎づける類推は許されぬ。漠然とした規定を置き、限定を裁判に委ねることは、加罰性の基礎を類推せしめる危険なしとしない。私は義務發生事由につき規定を置きたい。この點は、憲法上この種の規定を置く必要はなく、理論的にもすめられないという意見が大勢を占めた。

他の二案は結果概念を批判し、對等評價の原則を法文化していない。

結果とは、結果惹起の構成要件の意味でも、單純結果犯の單なる實現という意味でも用いられる。(シユミットの如く構成要件が、夫の自殺を見殺しにした例では、構成要件の實現は、構成要件の結果という表現も避けた。)或は「行爲者が法的に義務づけられているにも拘らず、諸事情の發生(Erfolgt von Umständen)を妨げること<sup>(15)</sup>を懈怠した場合には、これを作爲で招來した者と同じである<sup>(16)</sup>」と規定も出來よう。しかし具體的ではない。

結果概念が狹義で解されるか否かは個々の場合に判例に委ねる。對等評價の原則は「……と同じである」という文言で明らかになる。これは「構成要件的に同じである」という意味をもつ。もつとも作爲で實現したか不作爲によるかの點で、刑の量定につき差異を設けることができる。<sup>(17)</sup>責任は個々的には作爲による方が重い。この原則を表現し、しかも「結果」に代る概念を用いることが可能か。シユミット案の「保障 (erhalten)」という概念を用いて、個人的に私は「犯罪は法律に別段の定めなき限り、作爲又は不作爲で犯される。不作爲については、行爲者が構成要件の實現されざることに保障すべき法律上の義務づけがなされた場合に限る」という案を考えている。

しかし、これでも、規定の體裁を損なう「構成要件の實現」という文言が入る。

批判 この司法省案は、非常に簡潔である點を特色とするが、しかしこれでは餘りにも一般條項的色彩が強いように思う。そして、強力な自己辯護にも拘らず、結果を回避することを……という文言に、大いなる缺陷があると認めざるを得ない。刑法上の評價の對象となるものは、やはり構成要件上意味のある結果でなければならぬのである。反論として、自殺の例をあげて争われているが、自殺幫助は、單なる幫助として考えるべきか、或は特殊な不作爲犯として取り上ぐべきかにより、結論が異なつてくる。この點は私の別稿を参照して戴きたい。

三者の報告にひき續いて、委員から多くの發言があつた。その中から、特に重要な内容があると思われるもののみを抜き出した。

重要でない論議、或は枝葉、末節の論争はこれをはぶくことにした。

メツガー教授 私と理論的には違うが、シュミット案に賛成する。理論的な差異は因果性に關する認識的な蓋然性判斷の地位と關係する。しかしこれも、本質的には、因果性の考慮がどこに屬するかという位置づけの問題である。回避義務に關係つけるならばシュミット教授の立場と同じである。シュミット案と司法省案と比べると二點で問題がある。私は「構成要件の實現」という言葉を「結果」という概念よりよいと考える。勿論この言葉も前者の意味で考えることはできるが、狹義にも考えうる。この二義的に意味づけうる點にこそ適用の場合問題が生じる。「構成要件の實現」という概念は通俗ではないが、事物には即している。シュミット案は「……の場合に限つて」と規定し、法律により規定された不作爲の例外的性格を強調している點に賛成する。政府案はこれに對して作爲、不作爲を原則として等置している。私には作爲と不作爲とが眞に全く同置されるかどうかを疑う。積極的に因果の流れに介入したか、存在した流れを妨げなかつたかでは幾分違ふ。この點で作爲犯につき、未遂の規定の如き輕減の可能性が入れられるべきではないか。司法省案は等置の規定を置いている點からして、シュミット案の如く解さるべきであると思う。

シュワルムの中間發言 この點、我々としても考えたが、不作爲による行爲について刑罰を輕減することは等置の思想を餘りにも弱めると考えた。質的な相違は、刑の量定の際に考慮すれば足りる。

次に立つたバルドゥス (Baldus、聯邦裁判官) の發言は、「構成要件の實現」という概念と「結果」という概念とを結びつける概念を考えよとし、保障人義務存在についての意識を錯誤論の中核にする判例の態度を支持した。期待可能性について法文化することに反對して發言を終つた。

ウェルツェル教授 規制の點、シュミット案には從えない。私は「構成要件に該當する結果を防止することを怠る者は」としたい。現行法第三條に不作爲につき結果の概念を用いている。子供が水中に落ち、溺れようとしているところに通るかかり、助けられたはずなのに助けなかつた場合、法定の構成要件の實現を妨げなかつたといふことはできない。「構成要件の實現」といふ概念の中には人間の行爲が常に入つてゐる。

憲法上の疑念については、基本法一〇三條の「行爲」の概念は不作爲をも包括すること疑いない。この疑點は加罰性の法定性という點であらう。シュミット教授の強調された如く、不作爲犯には類型性が缺けている。不十分な規定性から出る疑點を如何になくするか、私にもいえない。

構成要件の錯誤と禁止の錯誤について。法律の中に明白な規定をすることによつて一定の事情、例えば二四〇條の違法性を構成要件のメルクマールになしうると考へてはならない、聯邦裁判所が保障人義務についての錯誤を一般的に構成要件の錯誤として扱つてゐると主張されている。しかし同じ問題が保障人義務でも、又三三〇條の義務にも成立することに注目する必要がある。ここでも、義務に對する錯誤は如何なるカテゴリーに入れらるべきかの問題が生ずる。聯邦裁判所判例集二卷二九七頁で、釣をしていた醫師が百姓から子供を貨物自動車で病院に運んでくれと頼まれて、これをことわつた件につき、三三〇條の違反で有罪とした。これは禁止の錯誤である。又、別の例では、事故の被害者を救助するため、少女が電話を借してくれとたのんだのに、これは公衆電話ではないから助ける必要はないと主張して、貸さなかつた飲食店主の場合も禁止の錯誤がある。ライヒ裁判所も保障人義務の錯誤が禁止の錯誤たりうることについて疑わなかつた。

構成要件の中多くの場合、不作爲は構成要件的に類型化されている。刑法上許されている態度も、一定の注意義務を有する一定の人には刑罰が課されている。被後見人と性交した後見人、職務上知つた秘密を保持すべき醫師、辯護士。ここでは危険に直面した法益についての一定の立場が基準となる。不真正不作爲犯では裁判官はその限りで構成要件的な補充をしなければならぬ。結果の不同避につけ加えられ

ねばならない行爲者性のメルクマールによる法律外の構成要件の補充の中に不作爲犯の決定的問題が存する。<sup>(20)</sup>

私案では、<sup>(21)</sup>危険に陥つた法益との關係或は法益に對する危険の招來によつて、結果の回避につき法的に義務づけられているにも拘らず、構成要件に該當する結果の回避を怠つた者は……と等しい<sup>(22)</sup>と規定したい。

かくて客觀的行爲者性なる立場が個々の場合にはないにしろ、或る種のメルクマールによつて記述せられる。

不作爲犯に關する減輕可能性の點につき、メツガー教授に賛成する。

イェシツク教授 憲法上の疑義については、ウェルツェル教授に従う。さてフランスとベルギーでは不真正不作爲犯が認められていないことは注意すべきである。以前、ドイツ將校が義務に反した不作爲で部下の掠奪を可能にしたという點につき非難されたことがあつた。ベルギーの最高裁判所は、このケースに有罪の判決をすることはベルギー王國の法治國の原則に反するとして無罪を宣告した。法義務の問題を、構成要件および刑罰威嚇の法的規定性への要件に現實にかなうというように書き換へようか。これは不可能である。實際判例は大へん廣くかつ限界づけが不明確であることを知る。夫婦が互に犯罪行爲に出ないよう義務づけあうこと、行爲者が相手方の訴訟上の主張を惡意で争つた場合にも證人には偽證をしない法的義務が肯定される。しかしこの點に法治國思想の弱化的があると思う。

以上のことがあつてもなお、不真正不作爲犯を認めることに賛成するのは、次の理由による。すなわち各則で規定することは非常に限定された程度でのみ可能である。多くの場合に義務は非常に詳細に規制されている。しかし、三一五條の<sup>(23)</sup>危険性の點でそのような侵害と同様な義務違反の不作爲<sup>(24)</sup>なる文言を見ると、この規定は大へん不明確である。更には、不法および責任の内容上、作爲と等しい不作爲があることも考へる。これを除外しようとするのも正しいとは思われない。最後に、不真正不作爲行爲の概念は過失犯の領域でもこれを缺くことはできない。注意の侵害においては、常に命じられたことの懈怠が問題である。ここでも侵害せられた注意義務は具體的に書き換へられない。結果的には、不真正不作爲犯自體を認める通説に従う。少くとも刑の法定的減輕を規定すべき點はメツガーに従う。

構成要件の實現不阻止か外部的结果の不阻止か。不作爲による純粹舉動犯の言行を考えようとしても、困難である。ここでは、結局、共犯の問題が重要であろう。共犯は、共犯の結果が行爲者による構成要件の實現である限り結果犯である。従つて構成要件的结果の實現とする法文には非難はしない。

**ホッケルマン教授** この問題は、構成要件の實現につき、行爲から區別されるべき結果の招來を必要とする構成要件にのみ問題となる。單純擧動犯においては、法律が一定の作爲目體に刑罰を結びつけているのであつて、論理的に不作爲による犯行はない。一見不作爲があるように見えても、それは眞正作爲犯の領域が通常の場合よりも廣くなつてゐる點にある。一定の行爲の禁止を伴う多くの構成要件において、一定の行爲の命令も明示されている。宣誓の上不眞實をいうことの禁止は完全に證言することの命令であり、誣告の禁止は嫌疑を拂う命令でもある。侮辱でも同じ。もつともこの點には注意を要する。行爲義務を併せて解釋することの危険は一四二條にその例がある。作爲犯において一見したところ不活動で犯行しうるように見えるものがある。これは、問題の行爲が幫助であるということではしばしば生ずる。幫助は擧動犯においてもしばしば起る。間接正犯についても同じ。よく見ると、この問題は行爲を超えた結果が招來せられる犯罪に限られる、そうだとすれば、實定法にとり入れられうるのは、司法省案ということになる。

このような規定を法律中に入れることがよいか。私は疑問である。法治國の思想の御指摘はたしかに重要である。憲法一〇三條が不作爲の存在を豫見し、法治國の要請と矛盾しないと考へてはいよう。しかし、我々は個々の不活動の中のどの形式が作爲による結果の招來と等しいかにつきいろいろにすぎない。もつとも不眞正不作爲犯の規定を全く斷念しようとするものではない。加罰性の法定性は、例えば規範的構成要件のメルクマールの領域の如く完全に貫徹されてはいない。要するにこうした規定は限定的な價値を有するにすぎない。こうしたものは憲法上の疑義を取り去るものでもないし、そう大して有用でもない。消極的幫助を正犯とみる危険も出る。むしろこうした試みを御破算にして、規定をおかないようにしろと言いたい。

**ランゲ教授** 議論は不作爲行爲の加罰を構成要件と刑罰の側面から限定することへの努力に向けられていると思う。この點、イェンエックとボッケルマンに賛成する。シュミットは本質的な法義務のみを加罰の基礎とし、單なる道德的義務は基礎たりえないと論じた。さすれば若干の法義務を例示的に明記する試みをなし得よう。

私は不作爲による犯行に必要な減輕を提案する。決定的と思われするのは、犯罪的意思の強さであつて、因果的結果ではない。責任の強さは通常單に現象を起させる場合には作爲に對し類型的に輕減される。刑の量定で考慮するのでは充分でなく、未遂の規定と同じにすべきである。

クリレ (Kritik) の發言には見るべきものがない。彼は減輕の規定を設けるべきでないとしている。

シュタツケルベルク (Staackelberg) の發言は、辯護士としての實務から、主として不作爲による偽證において法的義務をあまりにも強調することの危険を指摘し、ウェルツェルの「構成要件の結果」の阻止」という提案、メツガーの減輕規定の提案、保障人義務を詳細に規定する試み等に賛成した。

ガラス教授 不作爲の規定を設けることは法治國の思想からして肯定する。不作爲犯可罰性の合法性を如何に理論づけるかがむずかしい。作爲犯の構成要件を意味解釋することによつて不作爲による犯行をも包括する可能性のみが存する。この解釋の權能は立法者によつて明白に規定されているべきである。立法者が一定の要件において不作爲は作爲と同價値であることを表わした場合に現實に前進がある。今日、理論上一般に認められた保障人の思想が、裁判官をして現實的指示を得しめるほど明確にしうるような規定が見出されるかに問題はある。シュミット案以外の適當な解決はない。「保障」という言葉で不作爲と構成要件の結果との詳しい關係が示される。「結果回避の不作爲が作爲による犯行と等しい價値であると思われる場合……」といったところで、規定はますます好ましくない。

「結果回避」の代りに「構成要件の實現」という言葉を用いるのはよくないと思う。この點では司法省案に従う。

ポツケルマンも指摘したように、これで幫助も包括するという困難が生ずる。しかし「犯罪は、結果の不發生につき法的な保障をするべきであるにも拘らず、構成要件に該當する結果の回避を怠るものもこれを犯しうる。」という規定をすればよいであろう。これによつても、犯罪が正犯の形式か共犯の形式かの問題はそのままである。

この形式ではすべての構成要件を一般條項で補充することにならう。法治國家的には不満足であるが、避けられない。

錯誤の問題。保障人義務の設定は、構成要件に屬するものとして單に法律的に詳しく區別されたメルクマールのみでなく、違法類型を基礎づけるメルクマールのすべてを入れるならば、これは構成要件に屬する。このメルクマールを確定するに當つて裁判官に許された裁量範圍はどの位かといった問題は體系的序列についてなら役立たない。保障人義務の存在についての錯誤は構成要件の錯誤である。勿論、包攝の錯誤は禁止の錯誤である。故意については、保障人の地位の要件を知っているかどうかが問題であるにすぎない。

減輕の件については任意減輕とする。

從來の判例をせよと試みる場合に起る困難は、問題を各論中で、真正不作爲犯を規定することによつて避けようとしてもできない。イェシエックはフランスとベルギーの法を指摘されたが、しかしフランスでは真正不作爲の加罰性が我々の規制をはるかに越えるほど多くある。こうしたところで満足な解決にはならない。各論の各條で不作爲による作爲犯を規定することは、原則的問題を他の場所に移したにすぎない。<sup>(22)</sup>

ウェルツェルは法的保障の思想を、法益との關係、危殆化との關係をとりあげつつ區別するよう提案した。私はこれを「特に……」という文言の下に置けばやつてできなくないと思う。先行的作爲に關する形式を見出すことは不可能である。

コフカ (Koffka) この先行的作爲について「結果回避をひき受けた者は……」という規定でよい。不作爲と作爲とを同等に規律すると、幫助を正犯として扱う危険があると言つたが、「正犯または幫助として罰せられる」と附言すればよからう。

シュミット教授 問題は法的な保障人義務を如何にして道德上、宗教上の義務づけから區別し、これを法律にとり入れうるか。立法者は、具體的ケースでの全く一定の結果回避についての確實に限界づけられた法義務が問題とされるのだという點を明確にするために必要なすべてのことをしなければならない。

減輕についてはたしかに不作爲は積極的行爲よりも軽い。しかしこの判定は裁判官が結果回避への全く具體的保障義務があるかどうかを法秩序の點から確定する問題であつて、一般的な指示をするべきものではない。

シャッフホイテルの發言は、一九二七年案を示して、法的義務の發生事由規制の技術的可能性について述べたものである。

以上で討論は終つた。そして問題は、各提案の整理と、それに對する採決に移行した。

不真正不作爲犯の規制に關して、諸條文案が検討されたのは、一九五五年六月二四日の第二五回會議においてである。當日は午前中、時効の問題が論議され、午後、**四九條 a** (「重罪の勸誘」) **結果犯**、**競合**、**時効**と並んで**不作爲犯**に

ついでに諸案の説明と採決が行われた。<sup>(28)</sup>

この日は、議長にメツガー教授、委員は第二三回會議より五名（シュトラウス、シュバルツハウプト、レース、プーヒェル、シュタッフ）少ない一八名であつて、臨時出席者、司法省委員を併せて三二名であつた。

それより先、シュミット、ガラス、クリレ、バルドゥス、フレンケル、シャッフホイテル、シュバルムの七名より成る小委員會が次の如き四案を作つた。<sup>(29)</sup>

#### 第一案

結果回避を怠つた者は、その結果を阻止する法的義務を有する場合に限つて、作爲により結果を招來した正犯者又は従犯者と構成要件的に等しい。

#### 第二案

結果回避を怠つた者は、結果の發生せざることにつき保障する特別な義務を有する場合に限つて、作爲により結果を招來した正犯者または従犯者と構成要件的に等しい。

#### 第三案

1. 結果回避を怠つた者は、結果の發生せざることにつき法的に保障しなければならない場合に限つて、作爲により結果を招來した正犯者または従犯者と構成要件的に等しい。
2. かかる義務づけは、特に、侵害せられた法益の保護または注意が不作爲者に委ねられ或はその者が引き受けたこと、または構成要件に該當する結果發生の危険を自から招來したことに依據する。

#### 第四案

1. 結果回避を怠つた者は、法律により結果阻止の義務を負い、事情により結果の發生せざることにつき保障しなければならない場合に限つて、作爲により結果を招來した正犯者または従犯者と構成要件的に等しい。<sup>(30)</sup>

2. 結果阻止への義務は、その態度により結果發生の近い蓋然性を招來し<sup>(26)</sup>或は切迫する結果が發生せざることにつき保障を引き受けた者<sup>(27)</sup>についても生ずる。

刑罰についての諸案は次のとおりである。

### 第一案

特別な規定はこれを置かない。

### 第二案

次の規定を加うべきである。

刑罰は<sup>(28)</sup>Y條により減輕することを得。

### 第三案

刑罰はY條により減輕さるべし。

會議はまずシュミット委員が、右小委員會の諸案を説明した。

まず、委員會は不眞正不作爲犯については保障人の地位の考え方が基礎にある點につき一致した。

次に、保障人義務の發生事由を規制すべきかにつき採決があり、一四名の賛成を得た。

従つて小委員會案のうち第一、第二案は票決されなくなつた。

第三案についてはポツケルマン、フレンケル、ガラス、ランゲ、シェファー、ウエルツェルの六委員、第四案についてはバルドウス、イエシエック、コフカ、クリレ、メツガー、レッシユ、シュミット、ジーバーツ、スコット、シュタツケルベルク、フォルの一一委員が投票した。(午前に出席したダース委員は午後は缺席した。)

刑罰に關してはバルドウス以下一〇委員が第一案、第二案はポツケルマン以下六委員、そしてシュタツケルベルク委員の

みが第三案を支持したにすぎなかつた。

このような経過をとつて一九五六年にできあがつた刑法總則第一讀會草案中に、不真正不作爲犯の規定が生れたのであつた。

- (1) Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission. Bd. 2. S. 265 ff. の註釋に於て。
- (2) Schwarzhaup (CDU/GSU), Bucher (FDP), Bockelmann, Gallas, Jescheck, Lange, Mezger, Eb. Schmidt, Siaverts, Walzel, Krille, Rösch, Staff, Voll, Stachelberg, Baldus, Fränkel, Koffka, Schäffer, Skottl. Hehs, Dabs の二委員は讀會中後の會議でのみ出席した。
- (3) Neudeck (聯邦國防相) 'Mattern (聯邦大藏相)
- (4) Schafheutle, Dallinger, Dreher, Wahl, Laekner, Schwalm, Kielwein, Mayer, Teyszen, Engler, Raisch.
- (5) ヘルムート・マイヤーの反對説との對決を通じて論議が若干あるが、これを通じては述べた。
- (6) 不作爲による共犯については、特に稿を改めて發表した。及川教授道悼論文集(本誌前號)にある。
- (7) A. Kaufmann: Dogmatik der Unterlassungsdelikte (1959) 註、構成要件説、違法説、因果性説(行爲説)等を批判して、ヘルムートの「行爲者性」説を強力に主張する。
- (8) § 240 II. u. § 253 II, Rechtswidrigkeit ist die Tat, wenn die Anwendung der Gewalt oder die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als vorwerflich anzusehen ist.
- (9) 中谷「不真正不作爲犯の問題性に關する一考察」法研第三〇卷四號、一二號參照。
- (10) Vogt: Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung. Z.St.W. Bd. 63. S. 381 ff. bes. 411.  
 彼は「不文法が、罪刑法定主義の原則を覆さなうて刑法規範の構成要件を補充しうるか、どの機關が社會倫理的義務を法的義務に高めるのか、社會學的事實、評價といふことの下に、超實定法を解することができるか」を問うて次の如く答えている。『侵害された刑法典自體の構成要件は狭い社會秩序からの義務を、それがいまだ規範化されていないところでは法的義務に高めるものである。不作爲者が狭い社會秩序から、禁じられた結果の回避につき義務づけられている場合に不作爲は作爲と等しいのだというテーゼを立てた。云々』この個所で zur Anwendung des verbotenen Erfolges verpflichtet となるのは Zur Anwendung des... のインテンションである。
- (11) 註6にあげた私の論文はこれについてかなり詳細に及べし。

(12) トウラントの點を詳細に論證した。Maurach: Zur neueren Judikatur der Meinheitsbeihilfe durch Unterlassen. S. J. Z. 1949. S. 541 ff. 前掲論文でこれにもあげておいた。参照して戴きたう。

(13) B.G.H.St. Bd. 3. S. 18 ff. bes. S. 20.

(14) 以上のフレンケルの報告は註1の文献二七一頁以下にある。

(15) Niederschriften, S. 273.

(16) B.G.H.St. Bd. 2. S. 129. ff. (偽證幫助の事件) ここでは被告人がその行為によつて偽證幫助の構成要件を實現しなかつたという結論に至れば、判斷は、命令じられた行為を義務に反して怠るということの中に幫助があるかどうかという點にかかつてくる。そして他人に危険状態を創つた者はその結果を回避する法的義務があり、これを充足しなければ刑法上の責めを負わしめられる、としこの根本思想から出發して、偽證幫助の場合を、他人に對し例えは法廷で偽證、宣誓をなし、その先行的な態度から偽證を阻止する義務を負い、阻止が可能であつたのに偽證をなすことを許すことによつて危険を招來した場合にこれを肯定している。

(17) 不作爲の特殊な存在構造に對する評價に注目すべきことは、私の他の論文に論じてある。特に不作爲による共犯が考慮されねばならなう。

(18) B.G.H.St. Bd. 2. S. 276 ff. ウェルツェルは二卷七四頁以下としているがこれは誤まりである。本文も従つて訂正した。

この判決は、事故または公共の危険の際に、自己に重大な危険なく或は重要な義務を侵害することなく、他の者よりも、能力的にもまた救助の方法の點でも、迅速かつ有効な救助をなしうる者はすべて救助の義務があることを認めた。

(19) 新聞に報じられたケースであり、判例集にはなかつた。

(20) Welzel: Das deutsche Strafrecht. 6. Aufl. S. 174 ff. bes. S. 177 ff. この點については、中谷・前掲論文が詳しい。

(21) durch eine an Gefährlichkeit einem solchen Eingriff gleichkommende pflichtswidrige Unterlassung.

(22) 四でグリーンワルトの提案を紹介するが、グリーンワルトの各則で問題を處理しようとする考えにはこの批判が當たる。

(23) Niederschriften: a.a.O. S. 357 ff.

(24) a.a.O. Anhang S. 161 ff.

(25) 刑法大改正委員會第一讀會草案一三條につき、グリーンワルトは三つの點につきそれぞれ批判を加えている。1. 法律による義務づけ、2. 先行する危険の基礎たる作爲、3. 保證の引受けの三つがこれである。

第一點については法的に基礎のある義務づけを参照しても、構成要件に該當する不作爲と刑法上重要でない不作爲との區別の基準は創

不眞正不作爲犯と西獨刑法改正草案

られない。實定規範を侵害しないで、しかも構成要件に該當する不作爲もあるし、法律によつて存在する義務づけに違反する結果回避の不作爲もすべてが構成要件に該當し得ることはない。法的義務づけの存在を豫定した規制はあまりにも廣すぎる。委員會もこれを意識し、從つて「事情上結果が發生せざることにつき保障しなければならぬ場合」という文言にこれが示されている。

評價の尺度を創ろうとするなら、必要な制限が準據して行われる基準をも表示しなければならぬ。しかしこれは空しい努力である。問題は、不作爲者が何時結果發生につき刑法上保障しなければならぬかであつて、「結果の發生せざることにつき云々」という規定では答えにならない。又、不作爲者が結果の發生につき保障するか否かが何によつて決められるかの點につき「事情によつて」という規制では何もならない。事情とは個々の事件の行爲事情と解されるにすぎない。評價の尺度がこの行爲事情から得られると考えれば、大いなる間違である。この案が法律になれば、構成要件を確定する任務が裁判官に歸せられる。

次に、不作爲者が「結果の阻止を義務づけられ」結果が發生せざることにつき保障しなければならぬ」という二つの要請が定立される。この二者が違つた意味を有するというのは不作爲犯の問題に首をつつ込んだ者のみが理解できる。だが、素人に分らない規範を作るのは、刑法では許されない。Grünwald: aa.O. ZSt. W. 70. (1958) S. 419 f.

(26) 第二點については二つの解釋が許される。一つは「結果の阻止につき義務がある」という言葉は第一項の「……は正犯または從犯と同じ」という言葉と同義語である。すなわち、結果發生の近い蓋然性を惹起した者は常に行爲者と等しいということの意味する。他方それにより生じた結果阻止の義務は第一次の法律による義務づけにのみ準ずるといふ解釋も主張できるが、しかし、この場合でも不作爲者は「事情により結果のみ發生せざることにつき保障しなければならぬ」という場合に限つて構成要件に該當するといふ限定はある。

はじめの解釋は明らかである。だが、先行する危険の基礎たる作爲の場合すべてが當罰的であるとする見解は問題である。この點は論ずる必要がある。第二の解釋について、不作爲者は結果についても保障しなければならぬかどうかを吟味する必要がある。この點で規定は成功していない。というのは、結果發生の近い蓋然性を招来する場合すべてにつき結果回避の義務が定立されるが、構成要件に該當するのはその一部である。すべての場合に結果回避義務があるといふ結論は如何なる意味を有するかという疑問が生じるが、この義務からは構成要件該當性もなんらかの法的効果も生じなう。Grünwald: aa.O. S. 420 f.

(27) 第三の點については不作爲者が結果の不發生につき「保證」を引き受けた場合に加罰性があるとする。この保證の引受けといふ點で、他の場所、私法中「保證引受」と解されているものが考えられている。この點、この部分は財産犯に限定される。

この第三點を保障の引受けが不作爲を構成要件該當の不作爲にするのだと解すれば多くの當罰的不作爲を包括しなくなる。同居の病氣の叔母を死なせた甥、託された子供、或は患者に風俗犯罪があつたのを防がなかつた教師または醫師、仲間を凍死させた登山隊リーダー、

部下が非戦闘員を虐殺するのを防がなかつた上官等。これらは當罰性があつても加罰性がないとされてしまふ。これらでは概念を變形しなければ、不作爲者は結果の不發生につき保障をひき受けたということではできない。

こう考へてくると、この言葉の現實に現わすことは幾分違つたものが考へられてゐると思ふ。ここに保障引受とは、學説上いわゆる保障、保障人、保障人の地位といったものを、この一般條項の下で考へてゐるのである。

そうだとすれば、學説は「可能な文言の意義」の外にある意味を附與してもかまわない。しかし立法者はそのような表現を用ゐることはできない。

判例はこれが一般條項と解されるということを見ても無視してもかまわない。しかし憲法上の疑義はつきりして來る。そして評價の尺度の規定は裁判官の手に委ねられ、彼は法感情にかなう限り新しい「保證人の地位」を「保障の引受」というレッテルの下で作ることによつて加罰的な不作爲の範圍を擴大しうる。また、こうすれば、1.と2.とは餘計になる。

かくて、委員會案は、第三點を狭く解すれば當罰の不法の多くを包括しなくなり、廣く解すれば、不眞正不作爲犯が法律中に言及されること以外の進歩はなされない。a. a. O. S. 421 f.

(28) Umdruck J 11. の一般規定によつて。Bd. 1. Anhang 37.

#### 四 グリューンワルトの總則規定否定論

前項において詳論した一九五六年草案中の不眞正不作爲犯に關する規定に對し、強力な批判を加へたものにグリューンワルトの論文があることについては、すでに一言した。

彼の結論は、總則規定中に一般條項を置くことの不適當さを立證し、問題を各論中に扱ふべしとするのであつた。

この所説を批判するに當つて、しばらくその説くことに耳を傾けよう。

彼はまず不眞正不作爲の加罰、特にこれを總則的規定により行うことの不當さを摘示し、次いで一九五六年案の當該條文を詳細に批判し、自説を展開してゆくのである。

彼もまた、憲法上の要請たる罪刑法定主義の原則から、この犯罪處罰に對し加えられる疑義を除去することから出發す<sup>19</sup>。

彼によれば行爲を對象とする現行刑法の各構成要件は、不作爲によつて充足されるものではなく、他人を死から救うことを怠る者は、人の死、人の死に原因を興えるというメルクマールを有する構成要件を充足しない。

刑罰を以つてのぞまれている結果の回避を罰するのは、法定の構成要件の適用によるのではなく、それと關聯する不文の構成要件を以つてする。『不作爲による殺人』により罰せられる者の行爲は、一二二條の『人を殺す』というメルクマールの代りに、『人の死の回避』というメルクマールを有する構成要件にのみ包攝せられる。

しかし、これが作爲犯の法定の構成要件と不作爲犯の不文の構成要件との間の唯一の差異ではない。結果回避のすべてが構成要件に該當するのではなくて、これに加えて特別な要件の充足を要する。死という結果の回避が可能であつたのに、これを怠つた者の態度は、例えば被害者の父の如き一定の要件の下でのみ構成要件に該當する。

この要件につき、立法者はこれまで判断をせず、實定法から論理的にひき出すことができず、専ら判例、學説に委ねてい<sup>5</sup>る。ここではなんらかの既存の基準の適用により行われるのではなく、基準の創造である。

従來、結果の回避と結果の惹起とを同置する要件を『保障人の地位』なる概念に包括して來た。しかし、この名稱の發見は、それで以つて問題に近づいたことを意味しない。これは名稱以上の何物をも意味せず、單に不作爲者と結果の發生との間に特別な關係が存しなければならぬ<sup>6</sup>ということを表わし、如何なる關係が問題であるかについての發言はない。

従來、『保障人の地位』の決定に際しては、不作爲と行爲との同置を法的義務の存否に依據せしめているが、この限りでは既存の基準を用いていると反論されよう。

しかし、『法的義務』という言葉の意味は時の經過につれて變化して來た。以前には、刑法外の、法的義務をもこの中に

解していた。この點で、不作爲がなんらかの法領域の命令規範違反であるかどうかにかからしめる限り、<sup>(7)</sup>實際に存在する基準が用いられていた。

しかしこの説は何故この基準を用いたのかという間に答える義務を持つ。<sup>(8)</sup>

更には、どこにも法義務が法定されていないくとも當罰性のある不作爲も存するし、一つの法規範に違反する不作爲でも結果が刑法上の構成要件に書き換えられていれば、必ずしもすべてが當罰性を有しはしない。前者は法定の法義務、<sup>(9)</sup>實定法からのみ引き出される法義務が欠缺していても可罰性があり、<sup>(9)</sup>後者では法義務があるにも拘らず可罰性なしとしている。<sup>(10)</sup>

これによつて、存在せる基準を用いるということの反證があげられた。これを要するに實定法上の法義務の存在は、不作爲の評價にとつては、積極の意味でも消極の意味でも決定的ではない。

しかし、現在まで法的義務なる概念、或は全く違つた概念を表わしている言葉に拘泥している。<sup>(11)</sup>『不作爲と行爲との同置は、法的義務に依據する』という命題は、①如何なる實定法規定からも得られない法義務がある、②すべての法的命令は結果發生について刑事上の責任を生ぜしめる種類の法的義務を<sup>(12)</sup>必ずしも創るとは限らない、という説明があつてはじめて維持することができる。従つて『結果回避についての特殊な刑法上の法義務』なる概念を作らなければならず、ここにおいてはこの概念と根元的な法義務なる概念とが二つの交叉し合う圓環の如くに關聯し合つている。

この法義務は何時存在するかに關する解答は判例、學説ともに法感情から引き出しているが、この種の法的義務の認定がその存在に依據する『保障人の地位』<sup>(13)</sup>についてのカタログを發展の成果として處理していることを度外視するわけにはゆかない。

かくして、法的義務なる概念は独自の意義を失う。これは、一定の條件の下での結果の不同避は構成要件に該當するものと看做されることと同じ意義である。或る人と密接な生活共同體をなす者は、その死を防ぐべく刑法上の意味を持つという

命題は、死の結果の回避は罪となるということと同じことをいつているのであつて、第一命題は第二命題の理由づけではない。いづれも法感情という基準以外のものから導かれ得ない。

不作爲犯の構成要件は法定の構成要件メルクマールから變形さるべきメルクマールの他により廣いメルクマールとして法義務なるメルクマールを包括するという説には反對である。不作爲犯の構成要件から變形によつて得られるメルクマール（人の死を回避しなかつた者は……）、②保障人の地位と關係するメルクマール（その者と一親等の關係にある……）又は（その者の保護の下にある者……）を包括する。

これまでに得た決論は

1. 法定の構成要件は不作爲によつては充足されない。不真正不作爲犯の加罰に際しては、むしろ不文の構成要件が適用される。

2. 不作爲犯の構成要件のメルクマールの一部は、法定の構成要件のメルクマールから變形によつて得られる。保障人の地位を規定することにより、構成要件を完全にすることは専ら判例、學説によつてなされ、立法者の判斷はその基礎にはない。

これらの諸關係が解明されれば、不作爲處罰の許容性に反對する疑念<sup>(13)</sup>は晴れる。

疑點の一は、明示の規定が缺けているからその可罰性は疑問とする。しかし、構成要件の解釋、適用の限界は、できる限りの文言の意味である。科學は、不作爲が何物も惹起しないことを認めはするが、この認識は一般に知られていない。よくいわれているように、母親は母乳を與えないで子供の死を惹起する。

不作爲者が人を殺すなら、故殺のかどで罰しても、國民の保障は侵害してない。<sup>(14)</sup>

より重要な疑點は、不真正不作爲犯の構成要件のメルクマールの一部はどこにも確立されていず、加罰的なものと不加罰

的なものとの區別は判例、學說により、立法者がこれをなしていないとする。

これに對して、個々の作爲犯でも判例、學說が、例えば詐偽における被害者の財産處分の如く不文のメルクマールを展開している<sup>(16)</sup>といつても反論にはならない。

特別な、『保障人の地位』と關係する不作爲のメルクマールの創造と一定の作爲犯における不文の構成要件メルクマールの發見とでは比較できない。一方では實定法の構成要件の文言から解釋されるが、犯罪類型には準じない個々の場合を區別することが問題であり、他方は結果不同避の無数の場合から加罰性の範圍を作り出すことに關係する。

以上の點を考えながら、それでは一體刑法大改正委員會の草案は、この點の規定に成功したかに問題が移る。

ここで不作爲と作爲との同置のグループを、①法律による義務づけ、②先行する、危険の基礎たる作爲、③保障の引受、の三種に分けて、批判を加えた。この點については、前項の註25・26・27でふれておいたから、ここでは最も重大なテーマに急ぐことにしたい。

刑法大改正委員會も不作爲を總則の問題として考えているが、このようにして問題解決をしようとしたところで、刑法上の規範に定立されるべき諸要請にかなう規定を作ることとは不可能であり、不作爲の構成要件のメルクマールを具體的に決定することも不可能である。この不可能性は『ありとあらゆる保障人の地位』が多様であるからという點に理由があるのでない。具體的メルクマールをカッコの外にはずすことの不可能さは、保障人の地位がすべてあらゆる犯罪にあてはまるとはいえないという點にある。メルクマールAが構成要件Xにのみ屬し、BがYにのみ屬すならばA或はBをカッコの外にはずすことは論理的に排される。

死の結果の回避を怠る者が被害者と密接な共同生活によつて結びつけられている場合に加罰性があるとするのは正しい。『密接な生活關係』というメルクマールをカッコの外にはずせば、被害者と密接な共同生活にある者が、物の滅失を防ぐこ

とを怠つた場合には、彼は三三〇條cで加罰性がある。<sup>(17)</sup>

仕事の上での信頼關係は財産上の損害の回避を構成要件に該當する不作爲を基礎づけることはあつても、他人を溺死させた者を故殺者にする根據とはならない。

ウェルツェルも言うように、個々の如何なる信頼關係が問題とされ、如何なる活動に義務づけられるかは具體的社會的生活領域に従つて、多様な構成要件を考慮して多様に判斷されねばならない。<sup>(18)</sup>

このためには各則で問題は解決されるべきであつて、これは過少に評價出来ない特色を有する。勿論、不作爲犯を作爲犯の添え物にしようとするのではない。真正作爲犯にも、特殊な、作爲犯の構成要件から獨立した規制の必要な場合がある。例えば、殺人または侵入窃盜を妨げない警察官は刑罰に價する。しかし、それは殺人又は窃盜の共犯として罰せられるのではない。

ここで各則における規制の詳細を論ずることはできない。個々の形成は、現行法からひき出すことのできない價值判斷に依據する。

ここでは若干の特徴を摘示しよう。

保障人の地位は四種に分れる。

① 不作爲者と被害者との間の關係の中に存するもの。② 不作爲者と犯罪行爲者との關係（不作爲による共犯）に關するもの。③ 公の機能の行使が根本にあるもの。④ 先行する危険な行爲、がこれである。

第一のグループの個々のメルクマールを個々の構成要件に割りふるのは廣範な仕事である。これは、イ、一親等の親族、婚姻關係、密接な生活共同體の如き持續的な關係、ロ、保護關係、社會的、危険な企業の如き具體的状況から生ずる關係が問題とされる。

このメルクマールは人の侵害を對象としない構成要件には歸屬しない。侮辱も排され、風俗犯には社會的危險な企業による保障人義務など問題にならない。殺人においては、可能である。構成要件の中には、すでに特殊な人的構成要件を包括するものがあり、これは條文を一部變更すること足る（扶養の義務<sup>19</sup>）。

第二のグループでこのメルクマールをカッコの外にはずすことは、各則の規定を創ること可能であり、意味がある。他人の犯罪行為を不作爲者の責めに歸せしめることを許す二種の關係、イ、青少年に對する教育關係、ロ、指示權と命令權がこれである。刑法三五七條の部下の職權亂用を阻止しなかつた上官の責任がロの例である。

ドイツ國軍、國境警察等で部下の犯罪を阻止しなかつた上官、兩親等が青少年の犯罪を妨げなければ加罰性を生ぜしめる規定が新たに規定さるべきであろう。これらの規定は眞正の、完全な構成要件ではなく、固有の刑罰のワクを保有しない。何故なら不作爲の反價值および刑罰は、當該作爲犯の反價值に従つて決せられるからである。

部下の犯罪不阻止に關する規定も、第三のグループの一部に包括される。

犯罪阻止を怠る警察官等に對し刑罰を以つてのぞまれるべきであるが、これは部下の犯行を阻止しなかつた上官の罪と異なる。その理由はこの不作爲の反價值は妨げられなかつた作爲犯からとり出されるのではなく、職務義務違反の反價值を有するのである。

公の機能の擔い手の當罰的不作爲の場合には、例えば職務における犯罪庇護において、公務員犯罪の構成要件に關する限り、條文を變えればよい。更に例えば三一五條の運送危險罪におけるごとく、すでに特別の表示を要せずそのまま不作爲犯の保障人の地位があるものもある。

第四のグループのメルクマールは他の構成要件と結びつけられるのに適している。故意でなく犯罪の發生につき危険を招來した者はすべての犯罪につき考え得、若干のものでは共犯の形で考えうる。

もつとも社會に對する犯罪においては結果發生の危險を作つた者を不阻止の故に罰する必要はない。僞證等の場合に例外を罰するかについては立法者が判斷する。人に對する犯罪でも、殺人、傷害、放火については一部問題となるが、財産犯、名譽毀損、風俗犯では問題にならない。

草案の如く、結果發生の近い蓋然性云々<sup>(21)</sup>といった制限では充分ではない。このメルクマールは判例、學説において扱われた諸ケースを詳細に分析してはじめて確定される。

解決方法はなんらかの行爲によつて危險が創造されたという點でなく、客觀的な、行爲の事前の判斷されるべき危險性に着目されるべきである。

最後に二つの點が注目されるべきであろう。

①個々の不作爲犯につき、刑罰量を確立するには、條件が同じであれば不作爲犯は當該作爲犯より反價値が少い。<sup>(22)</sup>②不作爲犯が作爲犯と並んで獨立して規制されれば、共犯の問題を規制する必要はなくなる。

或る結果が作爲により招來され、不作爲により回避されるときは、一つは作爲犯、他は不作爲犯の構成要件により罰せられねばならない。この場合、不作爲犯については、行爲の反價値及び加罰の點で、犯罪によるとは別な方法で惹起される結果を回避しなかつた者となんらの差異はない。<sup>(23)</sup>作爲犯と不作爲犯との關係は、不作爲犯を犯すことを他人に教唆した場合(これは作爲によつてのみ可能であるから)、異なつてゐるにすぎない。

これは別段の規制を要せず、一般規定によるのである。多數の結果回避義務者が、同一の結果を回避しない場合、各人は不作爲の構成要件により、その刑の範圍に従つて罰せられる。

最後に例として、殺人の規定の末尾に、死の結果の不同避についての次の如き規定を置くことを提案する。

X條 死の結果の不同避

1. 次の各號の場合、人の死を回避することを怠つた者は、それを惹起した者と等しい。

イ 一親等又は夫婦の一方

ロ 密接な共同生活を営んでいた者

ハ 保護を引き受けていた者

ニ 危険の伴う企業に一緒に従事していた者

ホ 危険な行爲によつて死の發生の近い蓋然性を招來した者

刑罰は六五條により減輕される。

2. 成年者の自殺を妨げなかつた者は、自殺が自由かつ事實の錯誤により喚起されざる決意に基づいていた場合には罪とならない。<sup>(24)</sup>

たしかに、各則中にこのような規定を置くことは、廣範かつ根本的な改正を要し、條文數を相増増加しなければならぬ。しかしこのような解決が可能であると知れば、この努力を止めてはならない。

このような規制は缺陷が多いという非難もあろう。しかし刑法大改正委員會草案を見れば、この非難は重大ではないと思う。その案の缺陷と比べれば私案の方が一步前進していると思う。

罪刑法定主義を眞劍に考えればこれはうなずけるし、立法者による原則的な價值判断がなされた點に大きな意義があるとする。自殺に對する評價、偽證の不同避の問題<sup>(25)</sup>について立法者のみが價值判断を下す性質のものであると強調して論述を結んでいる。

**批判** 以上が、グリーンワルトの主張の大綱である。詳細な分析と、鋭い批判と、建設的な反對提案等に大へん見るべきものがあるが、しかしそれでもなお、右の案を積極的に支持する氣にはならない。それは、つまるところ、彼のテーゼの證明が充分できていない點にある。殺人に關しては、比較的右の結論を具體的に示すことは容易である。しかし、個人的法

益が社會的法益と微妙に交叉する場合に、その一つ一つについて右の規定を置いてゆけば一體どういふことになるであろうか。

詐欺、横領、はいうに及ばず、猥褻、媒合等につき彼のいわゆる四種のメルクマールの適當な取捨選擇を考慮して、はたして法的安定性が確保され、罪刑法定主義の原則がこれを容認するであろうか。

社會は動くものであり、法律は固定する。

細かい要件を固定した場合、規定が複雑であればかえつて解釋に疑問が生じ、結局のところは學說、判例に力を借りるということになりはしないか。そうであるとするならば、問題は解決されたことにはならず、かえつて問題が總則から各則へと移行したにすぎなくなるのではないか。

むしろ、不真正不作爲犯成立の要件に關し、その發展を學說、判例に委ね、そこから得られた成果を、或は不文の構成要件メルクマールとし、或は個別具體判斷の資料とし、或は不作爲犯の構成要件の解釋の資料として考える態度の方が望ましいように思う。(ウエルツェルの『開かれた構成要件と法義務のメルクマール』という考え方にもこの問題の解決の一方法が見られる。)

なお、一九五六年案にあつた『保障の引受け』という文言につき反對が唱えられているが、この點の指摘は正當であると考ええる。

(1) アルミン・カウフマンは不真正不作爲犯の問題點を作爲犯の構成要件充足の點に求めるナーグラ―流の考え方に批判的である。現在の通説的な説明『作爲犯の構成要件に不文の構成要件メルクマールを加えるだけで問題解決ができる』といえるかというのがその批判の骨子である。カウフマンによれば、不作爲犯は不作爲犯の構成要件を充足するのであり、それこそが、保障人の地位という特殊な、不文のメルクマールを有する、不文の構成要件に從屬しなければならないのであり、それは、作爲犯が禁止規範違反であることを基礎とするに反して命令規範に違反することにあるのである。a.a.O. S. 251, 255, 258 etc.

この點からして、一九五六年案がナーグラ―の學說に強く影響を受けている點——結果回避への法的義務が存する場合不作爲による結

果の回避を「構成要件的」に同置する規定——に批判的である。しかし、同案の規定が「構成要件的」同置を明記している限りでは、まずまずの出来であると認める。しかし、保障人の側での結果回避の命令侵害は、結果の招來を包括する禁止の構成要件を充足するものでないという點は強調してゐる。a.a.O. S. 273 f.

(2) 例外はある。例えば一二一條の收監者を逃走せしめた罪は不作爲をも包括して規定している。

(3) ここにいう結果は狹義の、すなわち結果犯にいわゆる結果ではなく、あらゆる出來事をいう。この意味での結果はすべての既遂犯、侵害犯、危殆犯、舉動犯につきいふ。

(4) 目的的行爲論では故意による殺人をいう。

(5) 學說については本誌三三卷一號三五頁、註3にあげた論文、更に共犯の問題については二號(及川教授追悼論文集)四七三頁、判例批評については本誌三三卷一〇號六七頁以下。

(6) Weizel: Deutsches Strafrecht. 6. Aufl. S. 177 ff.

(7) Traeger: Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, in Festschrift für L. Enneccerus. 1913. S. 66 ff. bes. S. 79 ff. かつて論じられたことである。

(8) なんらかの法領域において、この種の命令規範が定立され、或は斷念されるに至らしめたいという考慮は、すべての場合に同時に刑法においても有効であるとは限らなう。

(9) 婚姻によらない子の父親が嬰兒を死なせた場合。ライヒ裁判所判例集七七卷七一頁以下は「不作爲による殺人」として加罰性を認め、父親が引き取った叔母が病氣になつた際、娘が看護を拒み、その結果叔母が死亡した例では同六九卷三二二頁以下で「不作爲による過失殺」(密接な生活共同體による保障人の地位)の故に罰せられた。

(10) 結果回避への契約上の義務づけ——民法規定に基づく明確な法的義務のある者は、その故に刑法上結果回避につき責めを負うものでないことについては今日、説は一致してゐる。Maurach: Allg. Teil. (1954) S. 241 f. 真正不作爲犯の規範から明らかとなる法的義務は不真正不作爲犯の故に處罰することは至らしめなう。

(11) R. v. Hippel: Deutsches Strafrecht 2. Bd. 1930. S. 161. Liszt-Schmidt: Lehrbuch d. deut. Strafrecht. 1932. S. 190. Mezer: Deutsches Strafrecht. S. 137 ff. Schönke-Schröder: 9. Aufl. 1959. S. 28.

(12) Schönke-Schröder: a.a.O. Nagler: Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, Gerichtssaal. Bd. 111. S. 64 ff. Maurach: a.a.O. 238 ff. 一九二五年草案理由書一六頁に「法的義務が存するか否かは全體法秩序の明示的または默示的な命令より明ら

かとなる」とある。

(31) H. Mayer: *Strafrecht*. 1953. S. 119 f. ユルツェルは不真正不作爲犯にあつては、裁判官は構成要件を補充することによつて客觀的・行爲者のメルクマールを自から發見しなければならぬ。この構成要件の一部は法定し、一部は裁判官によつて形成されるべき構成要件であるとする。この點で罪刑法定主義は限定される。行爲者の態度が法定されていて、行爲者メルクマールは法定されていない。この理論的な困難さは一定の法律の缺陷の中にあるのではなくて、事物の本性的にある。法定の構成要件の中に不真正不作爲犯の多様性を具體的に規制しつくすことは原則的に不可能であるという。 a.a.O. S. 179.

(17) Radbruch: *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1903. S. 142. Welzel: a.a.O. S. 177. 不真正不作爲犯の處罰は、①歴史的な立法者の意思を援用しうる場合、②不作爲が國民の考へて例えば人を殺す、傷害を與えるという觀念が得られるほど行爲と等しい場合に課せられる。このいずれかが缺ければ處罰は許されない。この點で、私が別稿で論じた不作爲による共犯の場合の判例の事案はいずれも消極に解せられざるを得なくなる。

(15) Welzel: a.a.O. S. 301. *Vermögensverfügung*. 行爲者が被害者自身をして損害を與える行爲を行わしめるもの。錯誤と損害とを結びつけるものは、被害者の財産處分であり、これを不文の構成要件メルクマールとして置く。

(16) Maurach: a.a.O. S. 229. Vogt: *Das Pflichtproblem der kommissiven Unterlassung*. Z.St.W. Bd. 63. S. 411.

(17) Leipzig. Komm. Bd. 2. (1958) S. 679. 事故とは、人または物に重大なる損害を惹起し或は損害を更に惹起するおそれのある、突然生じた出來事をいう。しかし、共同生活している病氣の叔母を死なせれば、不作爲による殺人の故に處罰されるが、叔母のカナリアに餌を與えることまたは花に水をまくことを忘れれば、不作爲による器物毀損で罰せられることになる。これはグロテスクである。

(18) Welzel: a.a.O. S. 183.

(19) 現行ドイツ刑法一七〇條は……in gewissenloser Weise seine Fürsorge- oder Erziehungspflichten gröblich vernachlässigt …と規定して置く。

(20) Dreher-Lackner-Schwalm: *Wehrstrafgesetz* には、この點に於ていない。

(21) メルクマールがそれぞれの構成要件で無制限に使用しうるか、三一五條 a (道路交通危険罪) で障害物の創設と、創設された障害物の除去を怠ることが制限なしに同置されるかどうかは考慮されねばならぬ。

(22) Mezger: a.a.O. S. 148. S. Dohna: *Der Aufbau des Verbrechens*. (1950) S. 14 ff. 聯邦裁判所判例集二卷一五三頁は、義務違反の不作爲はその違法の内容の點で禁じられた作爲と原則として同位である」として置く。Maurach: a.a.O. S. 688. H. Mayer:

a.a.O. S. 113. 私の前掲論文も、この説に従い、特に不作爲による共犯が最も軽く罰せられるべきことを力説した。

(23) 個々の犯罪においては、結果回避の不作爲は他人の犯罪への加功の形でのみ考えうるものがある。何故なら、結果が別な方法で惹起され得ない(例えば風俗犯)からである。

(24) 勿論これについては異論があろう。いずれにせよ、明規することを要する。この人生観と價値観について立法化する場合の問題性に「*カ、ハイニッツの見解が注目と價する。Ders: Teilnahme und unterlassene Hilfeleistung beim Selbstmord. J.R. 1954. S. 403 ff.*

(25) いずれも私の別稿を見て戴きたい。かなり詳しく扱っているつもりである。

## 五 ガラスの提案と第二讀會案

第二讀會の審議に際し、ガラス教授は改正案を提出した。それは條文案と理由書から成っている。

### A 條文案

#### 第一四條 不作爲による犯行

1. 構成要件に該當する結果を回避することを懈怠した者は、結果の發生せざることにつき法的に保障せねばならぬ場合、その態度が特別な行爲事情および法定の行爲のメルクマールを考慮して、作爲による犯行と構成要件的に等しい場合に限り、正犯者若くは共犯者として處罰せられる。

2. 結果發生の危険を自から惹起した者も結果の發生せざることにつき保障しなければならぬ。

### B 理由書

私案は不作爲による加罰的犯行についての要件を一般的規定により決めようと試みるものであり、これに對してはポツケルマン<sup>(1)</sup>、グリーンウォルト<sup>(2)</sup>、ウェルツェル<sup>(3)</sup>の批判があるが、しかし法治國の建前からすればその必要性が明らかであると思う。このような本質的な點を、裁判官に委ねるのはおかしい。作爲の構成要件が一般に不作爲によつても實現されるという

原則は刑法典中<sup>(4)(5)</sup>にない。

法治國を考慮することを更に越えて、不作爲による加罰的<sup>(6)</sup>行爲の諸要件を實體的に確立する必要がある。刑法上の責任の基礎は結果回避についての法的義務の侵害、すなわち不作爲者の保障人たる地位の侵害にある。

子供に對する母親、登山者に對する山の案内人等は保護法益の完全性が、あたかもそれらを「保護者」として任命されている如くにそれ等に委ねられ、法益侵害的な結果を回避するための義務の侵害が、積極的行爲による結果の回避と原則として同價値があるほど當該法益と近い關係にある。

純粹結果犯の領域での保障人地位侵害の必要は、原則として、結果の不同避が結果の招來と同價値であることを保障する。しかし立法者が結果惹起の種類を詳細に分類している場合(仲介、機會の提供若くは調達によつて猥褻を促すこと、欺瞞により財産に損害を與えること等)では構成要件中に記述された積極的動靜と同じ重要さ、同じニューアンスを結果の不同避に與えるために、保障人義務に何物かを加えなければならない。例えば兩親が十八歳の娘の婚姻外の性交に干渉を怠つて始めて責任が生ずるのではなくて、自分の住居でこの行爲を認容した時に、媒合の責めを負う。

一四條では保障人義務の侵害という要件が結果回避義務ではなく、結果回避への法的保障の義務に向けられていることを考慮している。これは「その態度が……を考慮して」とする、文言中に表われている。三一五條がこの例。

特別な行爲事情を考慮することによつて、作爲不作爲の同價値の文言は單に特別な結果犯のみならず、純粹な結果犯にも妥當すること明らかである。何故なら、純粹結果犯の領域では、不作爲による犯行の加罰性は保障人地位の侵害という要件を超えて制限する必要が、例えば先行行爲より生ずる責任負擔の場合に明らかとなる。

不作爲による共犯を認めるにも、不作爲者の行爲寄與は少くとも原則として作爲による「幫助」と等しいものである。

「保障しなければならぬ」とするこの義務侵害を包括するものとしては、先行行爲にもとづく義務づけであつて、ここ

では法、承繼、事實上の状況により基礎づけられた保護法益の委任でもなく、保障人の思想から直ちに明らかになるものでもない。

結果回避のための保障の引受けなどを明記することも好ましくない。

すべての判例、學說でなされた諸事例をあげる可能性もあるが、無細工な規定をしたからといって、現實的に完全だという保障はない。たしかに私案一四條はそれが法治國家の思想にかなうなどというつもりはないが、グリーンウォルトのように各則で規制することは實際上不可能であつて、すべて規制を斷念すべきか否かという問題が結局先決問題である。

私案の規定は、作爲犯の構成要件を不作爲犯にも適用する正當づけを裁判官に與えると同時に、ばく然としてはいるが、その意義においては誤解のない實質的メルクマールを定立することによつて、不作爲犯の限界を逸脱する危険に對決し、場合々の状況に應じて相當な解決を可能にする程彈力を持たせてある。

司法省専門委員<sup>(6)</sup>案には次の二點で批判する。第一は結果回避への法的義務を規制しようとして、保障人義務という考え方の中に存する制限を斷念しようとしている。この制限こそこの問題の本質をなす。第一項に扱われた法定の結果回避義務は原則としては保障人義務の諸事例であるが、常に必然的にそうだとはいえない。

第二は期待可能性の條項につき。三三〇條cでは救助に關する一般の市民の義務の合理的制限が問題となつてゐるが、不眞正不作爲犯の領域では責任の觀點から見て、加罰性を極端に軟化する危険がある。

或る種の例外的場合に超法的責任阻却事由を認めることを、これまでのように判例に委ねるか、或は明確に法に規制することによつてすべての事件において吟味さるべきメルクマールとしてのこの超法規的責任阻却事由に當てはめるかという點に顯著な相違がある。

期待可能性の條項が行爲への義務づけの「修正手段」と考えられているなら、結果回避への特殊な義務づけの領域では、

それに適しない。保障人義務の履行が「期待しうる」かが問題ではなくて、むしろその侵害が當該事情上積極的行動による構成要件實現と價值的に「同位にある (steht gleich)」かどうかが問題となる。

このことは私案の等價條項の中に明確に表わされている。この條項を採用すれば、不作爲による犯行における一般的刑罰輕減の可能性を無用にする。不作爲による犯行と作爲による犯行との價值的な「同位」を可罰性の要件とすれば、右の可能性を開くことは首尾一貫しない。さらに若しそういうことになれば、裁判官は軽い刑罰に逃げ込みさえすればよいから、この同置をあまりにも嚴格に考えなくなるだろう。従つて、法による定義で防がるべきはずの可罰的不真正不作爲犯の洪水が、刑罰輕減の權限を導入することによつて、更に促されることになりはしないか。

批判 右がガラスの提案である。現在、第二讀會に提出された他の意見を手にしていない關係で、極めて不完全であるが、第二讀會案審議の一方向が指示できたものと思う。

ガラスの提案の第一項は、第二讀會草案とほぼ同じである。相連する點といえば、*einen tatbestandsmäßigen Erfolg abzuwenden* と *einen zum Tatbestand eines Strafgesetzes gehörenden Erfolg abzuwenden* と「點」および *sein Verhalten auch unter Berücksichtigung der besonderen Umstände und der gesetzlichen Handlungsmerkmale der Begehung durch ein Tun tatbestandsmäßig gleichsteht* と *sein Verhalten nach den besonderen Umständen der Tat und unter Berücksichtigung der Handlungsmerkmale des gesetzlichen Tatbestandes dem Begehen durch ein Tun gleichwertig ist* の二點である。

第一點については、盛り込む内容は同じである。但し、「刑法の構成要件に屬する」という表現はバルドゥスのいわゆる「構成要件の實現」と「結果」という二つの概念を結びつける試みの表われであろう。問題は「屬する」という文言を如何程に解するかにかかつてゐる。自殺關係を如何に扱うかの問題がこの條文案で解決しうるかどうかは見方により異なる。

第一點は表現の差にすぎない。『……と同じである』と、『同價値である』という點は、作爲犯と不作爲犯がはたして同じ價値といえるかどうかの問題がある。この點についての見解は分れており、立法者として一應の結論づけをしたことになる。その意味で、この二案ともに、積極に解している。文言としては、この意味を表わすとしては後者の方がより適切であると思う。

第二項の、『法的義務發生事由』の規制に關しては、ガラス案はその辯明にもかわらず餘計なものである。何故なら、第一項の、『特別な行爲事情および法定の行爲のメルクマールを考慮して』ということの中に含ましめて解することが可能である。

この意味ではガラス案の第二項は蛇足であつて、支持することはできない。その他の點については、論述に反對すべきものはない。

(1) 第二讀會案審議に際して、意見書として提出されたものであらう。Umdruck II. R. 5 がその書類ナンバーであるが、披見することはできなかつた。

(2) 前項に紹介した雜誌論文がこれである。

(3) *Watzel: Zur Problematik der Unterlassungsdelikte. J.Z. 1958. Nr. 16. S. 494 ff. Anm. 10 以下。* 立法者はその刑罰規定の中で如何なる注意を以つて保護せられた法益と並んで侵害行爲の種類を表わしているか。……犯罪はたしかに單なる結果の惹起ではない。作爲犯を不作爲犯に變更する場合、行爲記述における重大な差異が、單調な結果の回避というものに均等化される。不眞正不作爲犯の第一の問題性は、構成要件の意義をあやまる危険という點にある。その第二は、行爲者範圍、行爲義務者、または保障人の範圍を限定する問題である。行爲者範圍は一つの構成要件にて法的に書き換えられず、裁判官の補充的な判決によつて明らかにされるものであるから、不眞正不作爲犯の法治國上の構成要件確定性を失ふことになる。この缺陷は決して完全には排除されない。例えば、先行行爲という一般形式の助けをかりて、注意して書き換えられた作爲犯に關する刑罰規定に、無数の不眞正不作爲犯の可能性を服せしめるなら、禍のもとになる。この點、佛法で作爲義務が法的に規定してある場合にのみ不作爲を罰することは理解しうる』として一九五六年案一三

條の一般形式に重大なる疑問ありとしている。

同委員會に提出された *Umdruck II. R. 2.* は参照せられた。

- (4) ガラスは他の個所で (*Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen.* (1955) S. 8-10) 次の如く言っている。「不作爲にとつては事實的な現實と想像上の現實、または一定の「期待された行爲」との不一致が構成的であり、……不作爲判断を成すものは「期待された」行爲の不實行であり……この不作爲の概念は期待を具體化する前には絶対に形式的であつて、連結點としての法的價值判断をするには適していない。……或る者が懈怠したということを確認するのは、一定の視角の下で、すなわちその下で否定された作爲が判断者に期待された作爲として現われる視角でのみ行われる。法的な行爲命令の存在は、一定の作爲を期待する諸事由の一つにすぎない。この期待は他の規範體系の行爲命令にも、經驗的な蓋然性判断にも、或は不作爲者により追及され、不作爲者に從屬する目的に關する評價にも依據するが、法的な意味での不作爲の存在は、これら法律外の期待とは關係がない。法的意味での不作爲とは、法秩序によつて期待された、すなわち法的に命じられた作爲の不實行である。

- (5) ホルト (*Zur Struktur der Fahrlässigkeits-Tat, ZSt.W. Bd. 68, S. 335, bes. S. 347 f.*) もこれに同意するが、「期待とは、不作爲の「規範的」要素であり、しかも、行爲の不實行が社會的現象であつて、そのような意味を持つ限り、法的な現象、すなわち不作爲犯になるのである」とする。そして、「不作爲の概念および本質を社會的現實中に先在する現象と刑法上の整理とに區別され」ねばならないとする。更に、不作爲を「何物もなきこと」として孤立して考察できるものではなく、全體的な現象の複合、關係の複合の中に入れるべきである。これによつてはじめて、潜在的目的性を期待された決意の形で行使しないことと現實的目的性を行為者が因果の経過を期待されざる決意の形で行使したことを同置せしめる刑法上の價值判断が構成せられる。しかし、實定法上、不作爲の構成要件は内容的に空虚であり、これは裁判官によつて缺陷を補充されねばならない。作爲と不作爲とは等しく現實を形成する。結果回避義務の存在は不作爲者が法益の保護者としてその任につけしめられる一定の事實および生活状態から得られる。

かくして、結果反價值と並んで不作爲犯の行爲反價值および人的反價值が現われる。ここから、不作爲者が作爲者とし同位にあつて、なお行爲者として當罰性が何故常に等しくないかということの説明がつく。故意犯、過失犯も行爲反價值の性質・強さの點で分れる。特に過失犯では、行爲命令と注意命令という二重の義務違反して、考えられる。これらの點については、改めて書かなければならない。

- (6) この案も内容について現在では知ることができない。したがつて、今後發表されるのを待つて補完するほかはない。ただガラスの批判によつてその一半を知りうるにすぎない。

## むすび

以上考察し來つたことから明らかなように、不眞正不作爲犯を法文化することには多くの難點があり、しかも立法という妥協の世界で形成されてゆく法案審議の過程を見てゆくと、學說の山脈を異にする多數の委員が如何に長期にわたつて苦勞し、その割には目立つた成果が上らないことを知るのである。

まことに、理論の世界には妥協はないが、立法は妥協そのものである。産物として生れ出るものは、とり立てて目新しいものではなくとも、その過程の努力は大へんなものである。條文を結果としてのみ見るならば、缺陷もあることだし、また中途半端な姿だと批判しがちである。しかし、不眞正不作爲犯わずか一カ條にも、以上述べたような時間とエネルギーが費されているという事實を我々は知らねばならない。

又、法律として生れ出て、獨立の歩みを始めて後に、なんらかの支障を來たした場合、立案者は何を考え、又どういう論議の末に當該規定が生れたかを知れば、解釋の一助にもなるであらう。

私の當面の關心は、一つの條文をどのような人達がその知識をどのように傾けて、その結果がどうなつたかを知ることであつた。

くどいまでの審議の際の發言の引用は、右の私の關心を示すものである。

私のテーマに關聯して、不作爲學說<sup>(1)</sup>史は、一九一三年からの學說の動きとの關聯においてのみとりあげた。刑法改正運動が、その時々の學說の變遷によつて如何に方向づけられるかというテーマも、私の關心の一つを形成する。この意味においては、ナーグラの學說の功績は實に偉大である。

さて、今次の五九年草案に至る刑法改正の中で、不眞正不作爲犯については、結果回避（阻止）義務を如何に法定するか、

義務發生事由をどの程度法文中に盛り込むかの二點を中心として論議がくり返されていた。

この保障人説を法文化することが妥當であるかどうかについては、多くの學者がこれを肯定している。結果回避について法的に保障すべき者のみが、不眞正不作爲犯たりうる。

しかしこれは、グリーンウォルトもいうように決してこれによつて問題解決に近づいたわけではなく、結果發生と不作爲者との間に特殊な關係があることを示す名稱以外の何物でもない。その内容は學說、判例に委ねられている。法案中に『保障人義務』乃至は『地位』を規定しているのは、不作爲犯を作爲犯の構成要件につき無制限に認めるのではないことを明示するにとどまる。

しかし、これによつて、具體的事案の解決に當つては裁判官が不文の構成要件メルクマールを發見し或は從來の發展を援用することを法は命じる。

ではひるがえつて、このような内容を法文中にもり込むことが、抵抗なく行われうるであろうか。

一九二二年、二五年、二七年草案が立案されていた當時、あたかもワイマール共和國體制下で、社會が動搖し、テロや絶え間ない勞働爭議、政治デモ等に明け暮れていた中で、法案中の『危険』なる概念の濫用のおそれを追及した立案當事者には、學説上の争いを超えた不安感というものが強く根ざしていたのであろう。たしかに、立法者の任務は重大である。法律は、彼らの手から離れた瞬間から、獨立した存在となり、解釋者の手に委ねられてしまうのであるから。

したがつて、來るべき法律の中に濫用の因となりうる餘地を残さぬように考慮する慎重さが、一字一句を吟味する態度へと當然に強いたわけである。

殊に、『健全なる國民感情』とか『國民の害蟲』といった概念の不確實な言葉によつて痛めつけられた十二年の屈服の歴史を持つドイツ刑法學界で、罪刑法定主義への強い歸依心が起るのは當然であるし、これに反するような事態が發生する危

險に對しては、敏感になつた神經が發言を重ねるといつた現狀もよく分る。<sup>(2)</sup>

殊に、本テーマたる『不眞正不作爲犯』は、作爲で犯されることを豫定した構成要件を不作爲によつて犯すという社會的現象である。したがつて、ことがらの性質からしてこの現象を構成要件の形で規制するには、グリーンワルトの如くそれぞれにつき詳細な検討の上不作爲行爲に對應するなんらかの規定處置をとらなければ、罪刑法定主義を満足せしめることはできないであらう。

したがつて問題は次の如くである。

罪刑法定主義と法治國の思想を背景としてこれに制約されつつ、しかも不眞正不作爲犯を刑法上規制するには、如何なる法文が望ましいか。

この點で、グリーンワルトの試みが成功しているかといへば、いたずらに法典を大きくするだけで、彼の提案の意圖が實現される見込みはない。規定が詳細になり、多くの文言を費やせば、それだけ解釋の餘地を生ずる。各論に詳細な規定を置くことは、それで以つて問題が解決されたことにはならず、かえつて問題が總論から各論に移されて、立法に際しては收拾がつかない混亂を生ずる。

それはすでに指摘したとおり、本來作爲で犯されることを豫定した構成要件を不作爲で犯すという、不眞正不作爲犯の性質上當然に附隨することであつて、その結果としてたとえ行爲者の態度が法定されうとしても、行爲者のマルクマールの一つ一つを法定することは不可能であつて、これらは裁判官による發見、補充を期待しなければならない。現實的に極めて多岐にわたる不眞正不作爲犯を具體的に規制しつくすことは、事實上不可能であらう。

罪刑法定主義を理由として、ナーグラに端を發する保障人説に痛烈な批判を加えるマイヤーもウエルツェルも、いずれも、或は「各論中の構成要件を個別具體的に検討する解釋によつて解決すべし」<sup>(3)</sup>とし、或は、「不眞正不作爲犯は身分犯の

一種であつて、行爲者所爲の違法性が特殊の客觀的・行爲者メルクマールを附加してはじめて基礎づけられる構成要件特性を有し、不真正不作爲犯にあつては法定の構成要件から不作爲行爲者決定のための特殊な行爲者性メルクマールは得られず、これは裁判官が構成要件を補充することによつて自分で發見しなければならぬ<sup>(4)</sup>という。實定法の作爲の構成要件から直接引き出しうるものは、構成要件に該當する態度であつて、不作爲行爲者のメルクマールは自からが作り出さなければならぬといふのである。

罪刑法定主義を顧慮して、保障人の地位を以つて構成要件の面で問題をとらえる從來の行き方を變えたウエルツェルが、自身で「罪刑法定主義にも限度がある<sup>(5)</sup>」といふのは一體どういふわけであらうか。

マイヤーも、各論の構成要件を解釋するについて、解釋が罪刑法定主義の許容する範囲内でいかに行われるか、その保障を一體どこに求めるのであらうか。

マイヤーの保障人説に對する批判が妥當でないことについてはすでに論じた。ウエルツェルも不真正不作爲犯の據り所は作爲犯の構成要件にあることを考へていたのであつて、問題を構成要件該當性の面で把へることを無視するものではない。そして近時、罪刑法定主義から發する批判を考慮して「眞正身分犯」説をとりながらも、不作爲行爲者決定のための特殊な行爲者性メルクマールを裁判官による發見にゆだねようとしている。これでは、やはり總則的規定を置くことへの積極的反對理由にはなり得ない。

とすれば、結局完全ではないにしろ、五六、五九年草案の如き一般規定を持つ必要が肯定されねばならない。

法案中に「保障人の地位乃至義務」を採用することによつて、一應の限界をひき、顧慮すべき一線を畫するといふ點では罪刑法定主義に據り所を與えうらと思ふ。

作爲犯の構成要件を個別具體的に解釋するのであれば、「人を殺す」「毀損する」「放火する」等につき、行爲者の特性に

注目することなく行爲とその結果との相關關係のみで解釋することになれば、それこそ一體、構成要件の『實定法規定性』はどこにゆくか？

これまでのところを念頭に入れて考察すれば、保障人の地位を法定するという態度は總則の一般規定として適する。その文言は『法的に保障する』ということによい。

この點からして、司法省専門提案は、保障人の義務につきふれていない點、不満である。

フレンケル案とシュミット案では規定の體裁からしても、シュミット案に賛成する。

私としては一九五六年については、批判的であり、殊に第二項に義務發生事由を列擧してあることが何としても肯定できない。第一項についても『法律により』と規定してあるのが缺點である。『法律により』とすれば、どうしても、法的義務の根據を實定法規の中に求めようとする傾向になりがちである。

ウエルツェルは『危険に陥つた法益との關係、或は法益に對する危険の招來』に義務づけの根據を置き、これが客觀的行爲者メルクマールの法定化の一例であるとするが、擧動犯にも不眞正不作爲犯が成立する點を考えれば、はたしてこのようなメルクマールを設けることによつて、『現實における多様な不作爲犯を事物に即して把える』ことができるかどうか、大いに疑問とする。

結局のところ、ガラスの意見に相當影響を受けて成立したとみられる一九五九年案が、總則的一般規定としては望ましいと考へる。

ただ私は、不眞正不作爲犯には必要的減刑の規定を置くべきではないかとの意見を持つ。その理由の詳細については、別稿にゆずる。特に不作爲による共犯の場合に問題がある。

以上論じたところで、本論文の主たるテーマは論じつくされたものと考へる。

だがしかし、殘る問題は不真正不作爲犯をいかに把握するかの點であり、これについては改めて考え直す場が與えられるべきである。

しかし、ここで一應將來への展望という形で基本の線をうち出してみたい。勿論詳細な理論的肉づけは今後に残されている。

問題の提起という形で、例のアルミン・カウフマンの近作を検討しながら話をすすめてゆきたいと思う。

カウフマンによれば、法が人間の共同生活を規制し、形成するという使命をはたすために、命令と禁止という要求によつてこれを行うのである<sup>(6)</sup>。ここに禁止とは目的的行爲を拒否し、命令はそれを要請する。この抽象的な命令から、命じられた行爲を實行する能力を有する者に、具體的義務が生じる<sup>(7)</sup>。この能力を有するのに行爲しない者が義務を侵害するのである。この能力が作爲能力または作爲可能性であつて、これは行爲を目的に制御することの可能な者に存在する。

作爲能力は従つて、また、『潜在的目的性』であるともいわれる。不作爲者が、本來ならばできたのに仕事をしなかつたということが、『不作爲』として考えられるのである<sup>(8)</sup>。

この點に、不作爲の内容について決定的意味をもつ作爲能力が明らかとなる。これは單なる行爲の物理的可能性のみでなく<sup>(9)</sup>、行爲の目的的制御の可能性をも要求する<sup>(10)</sup>。これによつてはじめて、不作爲概念は明確な輪郭を得るに至るのである。しかもこれは、單なる基準ではなくて、あらゆる行爲の中に入つている。上位概念たる『態度』の中に共通なメルクマールとして作爲能力が考えられる。すなわち作爲能力を利用するものが作爲犯であり、それを利用しないというのが不作爲犯で、ともにそれぞれの形で環境に働きかける<sup>(11)</sup>。

このような存在論的な基礎の上に立つて、不作爲の理論は構成されている。

カウフマンは、ナーグラーが保障人の地位が存在する場合にのみ構成要件に該當しうるといふ前提から、不真正不作爲犯

は固有な構成要件に従屬せねばならず、それは、保障人の地位という特殊な、不文のメルクマールを示す、不文の構成要件に従屬することになるのであつて、それはナグラーが意圖したのとは全く違つた方向、すなわち作爲犯の構成要件を變形して結論をひき出すのではなくて、作爲犯の構成要件（これを彼は禁止の構成要件と定義づける）とは違つた構成要件、すなわち當該作爲犯の構成要件を併存する保障人命令の構成要件が、不作爲犯に對應するのであるという結論が導き出され、<sup>(12)</sup>「真正」不作爲犯の「不真正」とは構成要件の中に類型化されていないというだけのことを表わすにすぎない、とする。

我々の立場は、構成要件的評價の面で不真正不作爲犯の問題を考察しようとするものである。<sup>(14)</sup> たしかに、彼の鋭い分析のように、作爲犯と不作爲犯は存在論的な構造を異にすることは否定できない。しかし、この議論の中に獨斷はないか。<sup>(15)</sup> 更にはこの存在論的な差異を類型化する構成要件を、それぞれに獨自な構成要件に歸屬せしめようとするのであるが、これでは一體直ちに問題の解決が得られるであろうか。構成要件を違法類型と解する立場に立つ限り責任の要素であるべき作爲可能性の所在場所が不明になりはしないか。

ともあれ、多くの問題性をはらみながら、ユニークな不作爲論を我々に提供したその努力に對して、敬意を表するために、詳細に検討の上批判を加える必要がある。

それをするには本稿のワク内では不可能である。一應筆をおいて、他日を期する。

(1) 江家、不作爲犯（刑事法講座第一卷）一六一頁以下、中谷、前掲法研三〇卷四號二三頁以下にゆずる。一九一三年以後の學說の動きについては、草案の條項を説明した際にできるだけ述べたつもりである。

(2) 他方では、自然法理論の再生、抵抗權の理論づけが強力になされた。實定法の形をとつた不法に抵抗するために、法律家が如何に無力であつたかは、ラートブルッフの戦後の發言の隨所にこれを見ることができ、罪刑法定主義を一條の新條項によつてふみにじり、代つて「類型論（Typenlehre）」が登場したが良心的な裁判官はこれを逆用して、人權を守つたという輝かしい歴史をドイツライヒ裁判所は持つている。しかし、少數の良心がはたして現實をどれほど變改できるか疑問である。まして法を運用する當事者は、權力と結びつき

ヤサシものである。

- (3) *Mayer: Strafrecht*. S. 114.  
 (4) *Welzel: a.a.O.* 6. Aufl. S. 174 ff. bes. 178 ff. 内容をかいつまんで説明した。必ずしもテキストに忠實な引用ではない。  
 (5) *a.a.O.* S. 179. ウェルツェルは「しかし問題を單に客觀的に行爲者メルクマールに移して、構成要件該當性の面を全く無視しているわけではない。不作爲の保障人は當該作爲犯の意味での行爲者となる」(*a.a.O.* S. 181.)とか「作爲犯の科刑の意味で違法な態度をとる」(*a.a.O.* S. 184.)と云つてゐる。この點、カウフマンが不真正不作爲犯は作爲犯を豫定した構成要件とは別個の、不作爲の構成要件に該當するといつてゐる程徹底してゐない。

なお、ウェルツェルは必ずしもマイヤーの如く、罪刑法定主義に萬能藥のような役割を歸せしめてはいない。兩者の間には、この點をめぐつてかなり激しい論争があつた。マイヤーが、聯邦裁判所の判例が違法性の意識を積極的に認め始めたことに對して、「これでは今迄加罰性がなかつたものに、加罰性が加えられることになりはしないか」(*Ders: Der Bundesgerichtshof über das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit*, M.D.R. 1952. S. 392 ff.)と論じたことに對し、ウェルツェルは「罪刑法定主義の支配は加罰性についての構成的要素に限定される。法律による規制とは、マイヤーのようにすべての加罰性を構成要件的に規制しなければならぬとはいえない。さもないければ過失犯は憲法違反なりということになりはしないか。過失犯では法益侵害のみが構成要件的に規制され、取引において命じられた法益の侵害という、違法性を決定するメルクマールは規定されてゐない。」

そして刑罰規定のいかなる部分加罰性を構成するかを論じ、訴訟條件「二二二條の『謀殺者となることなくして』といつた文言等々は罪刑法定主義の支配から脱し、通常の法解釋の下に置かれる。憲法上の全く明白な文言により、全く適用されないような法定のメルクマールに罪刑法定主義の原則を及ぼすことを排しなければならぬ。この原則をあまりにも狭く解するとかえつて危険なことは、ナチス時代の經驗からいふまでもなく」(*Ders: Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift bezieht sich der Satz: Nulla poena sine lege? J.Z. 1952. S. 617-18*)と云つて、罪刑法定主義に限定的な意味を持たせよ。これを對するマイヤーの反論は *Die Gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände*, J.Z. 1953. Nr. 4. S. 105 ff. である。

- (9) *Ders: Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*. 1959. S. 18 ff.  
 (7) *a.a.O.* S. 3 ff. S. 7 ff.  
 (8) *a.a.O.* S. 27 ff. S. 35. S. 49.  
 (6) *a.a.O.* S. 35. S. 101 ff.

- (10) a.a.O. S. 36 ff. S. 103 ff.
- (11) a.a.O. S. 84 ff.
- (12) ナーグラーの流れをくむ // 構成要件による解決“に對する批判は二五一頁以下が詳しい。本文は二六一頁より引用した。
- (13) a.a.O. S. 277.
- (14) 中谷、前掲一二號特に五九頁以下、宮澤、不作爲による傷害、法研三二卷一〇號六七頁。  
なお、不真正不作爲犯について // 開かれた構成要件と法義務のメルクマール“という問題がある。私の次の關心はこの點にある。
- (15) 例えば、作爲犯は禁止規範違反であり、不作爲犯は命令規範違反であるというが、真正不作爲犯はなるほど命令規範のみ違反するが不真正不作爲犯は禁止規範にも違反する。(Rudolf Schmitt: Zur Systematik der Unterlassungsdelikte. J.Z. 1959, S. 432)

—一九五九・一二・二〇—