HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	不作為犯の体系と構造(一)
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，44(1)：1-30
発行日	2008-09-30

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

不作為犯の体系と構造　(一)

吉田敏雄

目次

はじめに
第一章　不作為犯総説
Ⅰ　不作為犯の体系と種類
Ⅱ　真正不作為犯
Ⅲ　不真正不作為犯
Ⅳ　複合的行為態様における作為と不作為
a　作為と不作為の区別
b　同時的全体事象
c　多段階的事象
d　「非難可能性の重点」説
e　作為による不作為
（以上本号）

はじめに

不退去罪（刑法第一三〇条後段）や不解散罪（刑法第一〇七条）のように明文で一定の不作為を犯罪としている少数の例外的場合（一般に、真正不作為犯と呼ばれる）を除いては、犯罪構成要件は作為の行為態様を予定しているように見える。そうすると、不作為で結果を実現したといえるような場合（一般に、不真正不作為犯と呼ばれる）、例えば、乳飲み子に授乳しないで餓死させたとか、あるいは、病気の幼児を病院へ連れて行かないで病死させたといった場合、「死なせた」とは言えても、「殺した」とは言えず、そうすると、「死なせた」場合の明文の規定がないので殺人罪や過失致死罪では処罰できないのではないか、処罰できるとしても、作為とでは犯罪成立要件が異なるのではないかという問題が生ずる。

不作為犯の基本問題は、いかなる要件がそろえば、構成要件該当結果の発生を阻止しないことが作為によって結果発生を惹起した場合に等値できるかというところにある。ドイツではこれについては、一八世紀に殺人罪に関して議論されたこともあったが、結果回避の法義務を体系的に把握する努力はフォイエルバッハに遡る。フォイエルバッハは、「人にわれわれが現実に行為に出ることを要求する権利がある限り、その限りで不作為犯が存在する。……しかし、市民を義務付けるのは本来的に不作為だけであるから、不作為犯は常に、作為を義務付ける特別の法的根拠（法律又は契約）を前提とする」[1]という啓蒙期の自由主義理念に特徴的な根拠付けで、専ら法律と契約だけを結果回避を義務付ける法的根拠とすることで十分であるとした。シュパネンベルクとヘンケ[2]はこれを超えて緊密な生活状態（例えば、婚姻、近親関係）も義務付けの根拠と見た。シュチューベルはこれに危険な先行行為を結果回避義務の根拠として加

えた。「助けなければ死なざるをえない状況に他人をおいた者は、その者を助けないとき、殺人の罪を問われる」[3]と。これによって、後の不作為犯理論発展の礎が築かれたのである。

一九世紀中頃、刑法学に自然科学の思考が浸透するに及んで、等値性問題を発生した結果に対する不作為の因果性を証明することで解決しようとする試みが為された。不作為の間に行われる作為を原因とする他行行為説（平行作為原因説）[4]、不作為に先行する作為を原因とする先行行為説（先行作為原因説）[5]が主張されたが、これらは一定の不作為を負責の対象とするものではなく、評価の対象を誤っていたのである。最も支持を集めたのが「干渉説」[6]であった。それによると、不作為の因果性は行為衝動を抑圧するところにあり、結果を阻止する要素（行為意思）が除去されることで、結果を現実に惹起するという。しかし、この説も認識のない過失の不作為では行為衝動の抑圧というようなことは問題外であるし、故意の不作為であっても、初めから行為衝動が存在しない場合には、行為衝動の抑圧は問題となりえないところに難点があった[7]。このように、因果性を証明する試みはどれも成功せず、結局、因果性は不作為の決定的問題ではないという認識が支配的となった。不作為の可罰性はその因果性の仮定とはまったく関係がない。決定的に重要なのは、社会によってその介入を頼りにされている者が、期待された活動をしないことで、世話を当てにしていて、他の保全策も無く無保護の状態にある利益を侵害するという規範的観点であることが認識されるようになった。したがって、等値性問題は因果関係に代わって作為義務の問題となり、作為義務は違法性の問題となったのである[8]。長いこと、不作為犯にとって重要な法義務はまったく形式的にその発生根拠（法律、慣習法、契約、先行行為）から基礎づけられたのである（形式的法義務説）。しかし、既に早くから、結果回避の法義務を実質的に刑法の保護任務から演繹する試みもあった（実質的法義務説）。不作為者の社会的義務圏、健全な国民感情、社会共同体の内的

秩序の必要事が強調されたのである。[9] 不作為犯理論史の暫定的終結をもたらしたのがナーグラーの理論であった。[10] それによると、作為義務は非類型的・実質的な違法性の問題ではなく、作為義務を負わない者の不作為はそもそも構成要件に該当しない。すなわち、違法性の問題の前に、構成要件該当性が問題とされなければならない。重要なことは、等値性であって、不作為者に、法敵対的エネルギーを無害にする責務を負う、結果不発生の保障人としての特徴を与える要素によって、不作為犯に対応する作為犯の構成要件を補充するという問題である。法義務が保障義務であり、この義務を基礎付ける特別の関係が保障人の地位であり、その義務者が保障人である（保障人説）。

国家社会主義政権の下で、ドイツ刑法第二条が改訂され、罪刑法定主義が否定され、国民感情の観点からする類推解釈が許容された。第二次世界大戦後、この規定は削除され、罪刑法定主義が基本法第一〇三条第二項、刑法旧第二条第一項に規定された。罪刑法定主義のこの再認識とあいまって、戦後一時期有力となった目的的行為論が不作為犯理論に影響を与えた。目的的行為論者の一人であるアルミン・カオフマンはその「逆転原理」において、作為と不作為は存在論的構造を異にし（Aとnon-Aの関係）、不作為を「行為」の中に包摂することはできず、規範論理上は、作為犯はある一定の行為をするなという禁止規範に違反するものであるのに対して、不作為犯はある一定の行為をせよという命令規範に違反するもので、両者は規範違反の構造の上においてまったく本質を異にするので、禁止規範を内容とする作為の構成要件に不作為を含めることはできないこと、作為と不作為は因果関係、故意不作為においては、不作為をする決断（「故意」が法的に重要なのではなく、逆に、命令された作為をする決断の欠如しているということが重要であり、したがって、不作為の故意なるものは存在しない）等においてもまったく異なると主張したのである。[11] ここから、作為犯と不作為犯を一つの構成要件に包摂するのは不適切であるのみならず、作為犯の形式で規定されて

いる構成要件に不作為の場合も含まれるとすることは罪刑法定主義に違反する恐れがあるのではないかが問題となったのである。したがって、この疑いを除くために、不真正不作為犯について新たな規定を設けるべきだとする要請が強くなったのである。同時に、不真正不作為犯の適切な成立要件を定めることによって、不真正不作為犯の成立範囲の不当な拡張を抑制することもできると主張されたのである。これが、一九七五年一月一日施行のドイツ刑法第一三条（不作為による作為）の新設に繋がったのである。その条文には保障人説の影響が見て取れるのである。

わが国においては、既に牧野英一が「不作為犯の成立については、超法規的な標準に依って事を論ぜねばならぬことになる次第からして、公序良俗乃至信義誠実の原則、その他事物の性質に依り当然であるということが、犯罪の構成要件を左右する」として、類推解釈を許容していた。[12] また、小野清一郎も、不真正不作為犯は拡張的又は類推的解釈によって構成要件該当性の認められる場合であると主張していた。[13] しかし、目的的行為論の影響が日本にも及び、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に違反すると主張する学説が現れた。これは立法論に影響を与えることになった。すなわち、罪刑法定主義違反の疑念を払拭するために、不真正不作為犯の総則規定をおくべきであるという主張が為された。[14] 事実、一九七四年の改正刑法草案第一二条は不作為による作為犯を規定している。[15] しかし、不真正不作為犯の立法化の要請は必ずしも強いものではなかった。なぜなら、一般に、規範論理的には、作為犯が禁止規範違反、真正不作為犯が命令規範違反とされるのに対し、不真正不作為犯は命令（作為義務）違反を通じて禁止規範に違反すると捉えられていたからである（「命令違反を契機とする禁止違反」、つまり、不作為による「作為犯」[16]）。しかも、総則規定の新設をすれば、これまで不真正不作為犯の成立に謙抑的態度をとってきた実務を処罰拡大の方向に向かわせかねないとの恐れがあると考えられのであり、そこで仮に立法化するとしても、各則に個々的に不作為・結果犯規定

を立法したほうが良いという主張もなされるにいたったのである。[17]

いかなる社会であろうとも、その社会秩序を維持するためには、不作為義務ばかりでなく、作為義務も不可欠である。人々の生活は多くの面で相互依存・信頼関係に基づいているからである。特定の場合に、作為義務違反による法益侵害に刑罰法規をもって対処することも必要となる。実際、わが国の判例・学説においても、一般に、不真正不作為犯に関する総則規定がなくとも、その処罰は可能であるとされている。しかし、作為、不作為の区別、真正不作為犯と不真正不作為犯の区別、作為義務の根拠・範囲等、様々な問題をめぐる議論状況は今日なお終息を見ない。本稿は、これらの燎原の火のごとく燃え盛る議論状況を踏まえた上で、不作為犯の体系を構築をせんとする一つのささやかな試みである。

注

(1) J. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen Peinlichen Rechts, 14. Aufl, 1847, S. 24.

(2) Spangenberg, Über Unterlassungsverbrechen und deren Strafbarkeit, Neues Archiv des Criminalrechts IV (1821), S. 527 ff., 539.; Henke, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik, I. Teil, 1823, S. 395 f.

(3) Stübel, Über die Teilnahme mehrerer Personen an einem Verbrechen, 1828, S. 61.

(4) H. Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Bd. II, 1840.

(5) A. Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Bd. II, 1867.; J. Glaser, Abhandlungen aus dem österreichischen Strafrecht, Bd. II, 1858.

(6) v. Buri, GS (1869), Ueber die Begehung der Verbrechen durch Unterlassen, 189 ff., 196 ff.; K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, Hälfte 1, 2. Aufl., 1914, S. 516 ff., 536 ff., 555 ff. わが国では、勝本勘三郎『刑法要論総則』一九一三年・一四

六頁。

(7) C. Roxin, Strafrecht, AT, 2003, § 31 Rn 38.

(8) E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S. 224 f.; M. E. Mayer, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1923, S. 190 f. わが国では、牧野英一「不作為の違法性」(黒田・牧野『行為の違法、不作為の違法性』所収・一九二四年)。

(9) H. -H. Jescheck, Th. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts. AT, 5. Aufl., 1996, § 58 I 1. 内田文昭『刑法概要上巻』(一九九五年)三〇二頁以下。

(10) J. Nagler, Die Problematik der Begehung durch Unterlassung, GS 111 (1938) S. 1 ff. 参照、中谷瑾子「不真正不作為犯の問題性に関する一考察」慶応大学『法学研究』三〇巻四号(一九五七年)一四頁以下、一二号四〇頁以下。中森喜彦「保障人説について」『法学論叢』八四巻四号(一九六九年)一頁以下。

(11) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959.

(12) 牧野英一『刑法総論上巻』(第一五版)一九五八年・三〇二頁、二二八頁。

(13) 小野清一郎『新訂刑法講義総論』(第六版)一九五二年・一〇三頁以下。

(14) 金沢文雄「不真正不作為犯の問題性」(佐伯還暦『犯罪と刑罰(上)』所収・一九六九年)二二四頁以下、二三五頁。飯田忠雄「不真正不作為犯の刑事責任の限界――不作為による作為犯についての立法的一考察」(佐伯還暦『犯罪と刑罰(上)』所収)二〇八頁以下、二二三頁。香川達夫『刑法講義総論』一九八〇年・一一二頁。

(15) 改正刑法草案(昭和四九年五月二九日法制審議会総会決定)第一二条(不作為による作為犯)「罪となるべき事実の発生を防止する責任を負う者が、その発生を防止することができたにもかかわらず、ことさらにこれを防止しないことによってその事実を発生させたときは、作為によって罪となるべき事実を生ぜしめた者と同じである。」。

(16) 内田(前掲書・注9)、三〇七頁、堀内捷三『刑法総論(第二版)』二〇〇四年・五六頁。

(17) 中山研一『刑法総論』(一九八九年)二五八頁。同「不作為による作為犯」(竹田・植田還暦『刑法改正の諸問題』所収・一九六七年)三頁以下、一四頁。名和鉄郎「総則の意義と不真正不作為犯」法律時報四六巻六号(一九七四年)一〇九頁以下。たしかに、刑罰規定によっては各則で不作為の規定を設けることは可能であろうが、しかし、不作為犯行為者の見通しがたい多様性の故に刑罰規定ごとに網羅的、具体的に規定することはできないことも指摘されなければならない。H. Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 209 f.

第一章　不作為犯総説

Ⅰ　不作為犯の体系と種類

一般に人の行為が積極的行為としても消極的行為としても現れるように、刑法における行為も作為犯（積極的行為）としても不作為犯（消極的行為）としても出現しうる。しかし、刑法の犯罪構成要件の大部分は作為を想定して類型化されている。一定の作為をすることを刑罰をもって禁止しているのである。

これに対して、明文の規定で、一定の作為をすることを刑罰をもって命令しているのは稀である。命令違反の作為を刑罰をもって警告するのは例外である。したがって、刑法は、不作為義務を優先的に定め、特別の場合にのみ作為義務を定める。もとより、作為を禁止することは、同時に、対応の作為を不作為すべしとの命令でもあるし、同様に、一定の作為をするべしとの命令は、同時に、一定の不作為を禁止することでもある。(1)

不作為が例外なのだという事情は、先ず、単なる不作為はそれほど危険ではないことが多く、通常は、作為ほどの犯罪エネルギーを伴わない、したがって、多くの場合、当罰性があるとは思われないというところにある。さらに、自由主義に立脚する法秩序においては、不作為をもって違法行為と為すことはしないということから出立するべきことも指摘できよう。なぜなら、規範名宛人に向けて、第三者の（専らの）利益のために一定の作為をするべしとの命令は、義務を課せられる者の自由を著しく制限するばかりか、場合によってはこの者に対する著しい過大な要求でも

あるからである。第三者の利益保護・促進のための具体的作為義務は、同時に、その第三者の自由及び私的・答責領域への侵襲であり、したがって、人の自律性、自己答責性という基本命題と矛盾する。例えば、殺害行為をしてはいけない者は、働くとか散歩するとか読書するとか様々な行為をする自由を有しているが、今この場で他人を救助しなければならない者は、これ以外のことをすることができない。それ故、刑法は、「法益侵害が生じないような積極的行為をするように誰にでも期待できる」が、「不活動から抜け出ること」を「あらゆる状況においてあらゆる人から期待する」ことはできないということから出立する。(2)

不作為犯は行為関係性と結果関係性という実質的規準から真正（純正）不作為犯（echte Unterlassungsdelikte）と不真正（不純性）不作為犯（unechte Unterlassungsdelikte）の二群に分けられる。(3) 真正不作為犯は、作為犯の下位分類としての単純行為犯の対類型として、命令され且つ可能な作為をしないことを刑罰をもって警告する犯罪である。これを超える結果の発生は構成要件の一部に属さない。客観的構成要件は単純な命令違反の不作為に尽きる。(4)

不真正不作為犯は、命令された且つ可能な作為をしないことに加えて、構成要件該当結果の発生を要求する。真正不作為犯とは異なり、不真正不作為犯の行為者には、一定の作為義務ばかりでなく、具体的な切迫する結果発生を阻止する特別の義務が課せられる。構成要件に表現される命令は、作為をすることばかりでなく、これを超えて、結果の回避にも関係する。しかし、結果回避義務は一定の人、つまり、いわゆる保障人にのみ課せられる。それ故、不真正不作為犯は、作為・結果犯の対類型なのである。(5)

II　真正不作為犯

真正不作為犯は、命令規範によって要求される行為をしないことに尽くされる。この義務侵害が不法を構成する。真正不作為犯は大なり小なり一般的に義務を負う行為者圏に向けられる。真正作為犯は作為によっては犯しえない犯罪である。[6] 多衆不解散罪（刑法第一〇七条）、不退去罪（刑法第一三〇条後段）、爆発物告知義務違反罪（爆発物取締罰則第七条）、犯罪告知義務違反罪（爆発物取締罰則第八条）、運転免許証の不携帯罪・不提示罪（道路交通法第九五条、第一二一条第一項第一〇号、同条第二項、第一二〇条第一項第九号）等がある。

真正不作為犯の結果的加重犯もある。保護責任者不保護罪（刑法第二一八条後段）は特定の侵害結果や具体的危険の発生を要求しておらず、真正不作為犯であり、その結果死傷を生じさせた場合、保護責任者不保護致死傷罪（刑法第二一九条）が成立する。

客観的構成要件要素は命令された作為をしないことと、その作為の事実的可能性である。いかなる作為が命令されているかは、個々の構成要件、その保護目的、具体的状況によって異なる。命令を充足させる傾向を有する作為をすることで足りる。その判断基準は客観的考察者の事前判断である。作為の事実的可能性は、不作為者の利用できる手段、知識、能力によって限定される。したがって、命令された作為を物理的・現実的に行いうる（個別行為能力）ということが真正不作為犯の書かれていない構成要件要素である。[7]

不作為から生ずる結果は、基本犯の成立の成否には関係がない。

犯罪類型によっては、単純行為犯によっても真正不作為犯によっても犯されうる犯罪があるのではないかが問題となる。例えば、偽証罪（刑法第一六九条）は、積極的に虚偽の陳述をすることによっても（作為犯）、決定的事実を秘匿することによっても（不作為犯）犯されうるかが問題となる。[8] たしかに、偽証罪が重要な事実を秘匿することによっても犯されうること、事実の「秘匿」という行為自体は一般的に「不作為」と見られるけれども、しかし、証言犯罪の領域における重要な事実の秘匿が（単なる）不作為と見られうるのかには疑問がある。証人が専ら黙秘することは偽証ではなく、証言拒絶である。証人が部分的に不実を述べ、且つ、重要な事実を秘匿するとき、全体として積極的に（も）虚偽証言があったといえる。これに対して、証人の述べることは真実であるが、しかし、証人がこれを越えて、重要な事実を秘匿するとき（明白にこれに関する供述を拒絶することなく）、この供述は全体として不作為によって始めて偽証になる、つまり、供述の完全性の概観を維持する秘匿によってのみ、行為が全体として構成要件該当になる。しかし、このことは当該偽証が真正不作為犯と見るべきことを意味しない。実際、偽証というのは、証人が（その真実義務に反して）完全に証言することをしないということによって初めて生じているのであり、ここに推断的虚偽供述を見ることができる。なぜなら、証人は、事実状況が完全に証言したとおりなのであり、積極的に述べたことと異ならないということを表現しているからである。したがって、不作為は全体行為の一部として推断的作為と一体化するのである。[9]

Ⅲ　不真正不作為犯

不真正不作為犯では、基本犯の命令規範は、一定の行為をするばかりでなく、結果の回避も命令している。行為義務は、結果を回避するためにある。すなわち、行為者は、命令された作為をすることで、一定の結果が生じないようにする責任を負わねばならない。但し、その前提要件は各犯罪が結果犯であること、すなわち、行為から思考上分離された外部世界における変動、つまり、結果の発生である。

ドイツ語圏では、ほとんどの結果犯が文言上作為による結果の招来として把握されている、つまり作為・結果犯として規定されていると理解されているのである。そのため、類推禁止という法治国の要請に応えるためには、不作為による結果の招来を負責させるための明文の法規定が必要であるとされたのである。そこで、罪刑法定主義上の問題を払拭すべく立法的解決が図られたのである。ドイツ刑法には、一九六九年の第二次刑法改正法（一九七五年一月一日施行）によって第一三条（不作為による作為）に、オーストリア刑法には、一九七四年の刑法改正によって第二条（不作為による作為）に不真正不作為犯に関する規定が導入された。

ドイツ刑法第一三条（不作為による作為）は、「(1)刑法の構成要件に属する結果を回避することを怠った者は、その者が結果の発生しないことにつき法的に義務を負う場合であって、且つその不作為が作為による法律上の構成要件の実現に準ずる場合に限って、本法により可罰的となる。(2)刑は、第四九条第一項により、これを軽減することができる。」と規定している。

オーストリア刑法第二条(不作為による作為)も、「法規が結果の招来につき刑を科しているときは、法秩序によって特に自己に課されている義務に従い結果を回避すべき事情にあり、かつ結果の回避を為さないことが作為によって客観的構成要件を実現したものと同視すべきであるにもかかわらず結果の回避を為さなかった者も罰する。」と規定している。本規定には、ドイツ刑法第一三条とは異なり、「特別の法義務」が明文化されている。しかし、実質的には本規定もドイツ刑法第一三条も異ならない。さらに、オーストリア刑法第三四条第五号は、特別の減軽事由として、「法規が結果の惹起に刑を科しているとき、行為者が結果を回避する行為をしなかったことによってのみ可罰的とされた場合」を定めている。

これに対して、スイス刑法典には不真正不作為犯の明文規定が見当たらないが、不真正不作為犯は連邦裁判所の認めるところである。「不真正不作為犯が認められるのは、……少なくとも作為による結果の招来に明文の刑罰規定があるとき、被告人が作為をすれば実際に結果の発生を回避できたと云え、且つ、その法的地位の故にその義務が課せられており、そのため、当該不作為が積極的行為による結果の招来に価値的に等しいと思われる場合である」(BGH 113 IV 72)。「不真正不作為犯の可罰性が正当化されるのは、行為によって一定の結果を回避する義務を課せられている者が、実際にその義務を履行することができるのにもかかわらず、そうはせず、基本的に、結果を作為によって招来する者と同様に当罰的であるというところにある」(BGH 96 IV 174)[10]。

かくして、ドイツ、オーストリアでは、各則の作為・結果犯の規定と「不作為による作為」の規定の組み合わせによって、新たな不真正不作為犯の構成要件が定立される。これに対して、スイスと同様、わが国には、このような総

則規定が存在しない。しかし、作為・結果犯を規定しているように見える刑罰規定であっても、禁止規範のみならず命令規範を含めうるのである。[11] すなわち、「人を殺した」という刑罰規定（刑法第一九九条）から、禁止規範である作為・結果犯の構成要件と命令規範である不作為・結果犯の構成要件が形成されるのである。それらの成立要件が異なることは当然である。したがって、不真正不作為犯は不作為による作為犯ではなく、まさに「真正の」不作為犯なのである。[12] ドイツ刑法第一三条、オーストリア刑法第二条には、個々の保障人義務の成立根拠・範囲、等値性条項の意義等に関して明確ではないが、それは当時の学説・判例の理論状況から止むを得なかったともいえよう。しかし、罪刑法定主義の内容を成す明確性原則との関連で依然として問題が残されているわけで、このことは、かかる明文の規定をもたないわが国にはなおさらあてはまる。法的安定性の確保は今後の学説・判例の発展に委ねられているのである。[13]

Ⅳ　複合的行為態様における作為と不作為

a　作為と不作為の区別　構成要件該当行為が作為として規定されているのか、不作為として規定されているのか、はたまた作為と不作為の両方を規定しているのかは、構成要件の規定の仕方と解釈の問題である。不真正不作為犯においては、これと区別されるべき問題として、実際に行われた行為が作為として評価されるべきなのか、不作為として評価されるべきかという問題がある。エネルギー投入を伴う積極性（つまり身体活動）は作為であり、エネルギー投入を伴わない消極性（つまり非身体活動）は不作為である。しかし、何かを積極的に行う場合でも、命令されたことをしない限り（例えば、被害者に楽な姿勢をとらせるが、救助しないとか、連れて行かない）、それは不作為による

遂行である。[14] 刑法上重要な積極的作為というのは、構成要件記述に対応し、したがって、法律上非難される、侵害結果に変化しうる危険を創出する行為に限定される。これに対して、危険を減少させること無く存続させるに過ぎない行為は、特定の作為義務に違反する場合にだけ、刑法上重要な不作為となる（エネルギー投入・因果関係結合説）。[15]

人の存在そのものは作為とはならない。例えば、恐喝現場に受動的な立場で居合わせた者に最小限のエネルギー投入すら欠如しているとき、作為は否定される。人がある場所に存在しているつまり居合わせているという事情が第三者の犯罪行為と因果関係があるとしても、それはエネルギー投入の要件を満たしていない。不作為として扱われることになる。但し、その者が身振り手振りといった何らかの方法で第三者と被害者の間の会話に参加し、第三者の恐喝行為に心理的影響を与えたといえる場合は作為が認められる。[16] 同様に、若者がその女性友達に男性らしさを示そうとして物を破壊するときにも同じことが言える。[17]

b　同時的全体事象　上記の外形的考察方法に基づく規準で作為と不作為を簡単に区別できる場合は問題がないが、しかし、現実の社会生活においては、積極的行為態様と消極的行為態様（結果の発生を阻止する措置がとられない）が絡まった形で現れることが多く、その場合、刑法上重要な意味をもつのは作為なのか不作為なのかといった厄介な問題が生ずる。刑法典自体はその判断規準を与えていない。しかし、一般に、不真正不作為犯は厳格な可罰性要件に服すること、さらに、減軽事由となりえるので、不作為は作為ほどには当罰的と考えられていないことからすると、「可罰性完全汲み尽し作為」優先原則（Primat des strafbarkeitsausschöpfenden Tuns）から出立するべきだと一応考えられる。これによると、複合的行為態様の場合、作為に焦点を合わせるべきであるが、但し、作為が行為全

体の無価値を完全に汲み尽している場合に限られる。[18]

しかし、「可罰性完全汲み尽し作為」優先原則は限定された範囲内でしか適用されない。積極的行為態様と消極的行為態様が単一の行為の時間的に同時の要素として現れ、全体事象を形成している、つまり、通常、時間的に同時に生起することからして、全体事象に照らして、独立の諸個別行為に技巧的に分解することに意味がない場合に限定されるのである。この意味での（狭義の）多義的行為の場合、作為の可罰性が不作為に優先する。これに対して、積極的行為態様と消極的行為態様が独自の性質を有している全体事象の場合には、この原則を適用する余地はない。[19] 但し、この多段階的事象と同時的事象の区別は流動的である。[20]

「可罰性完全汲み尽し作為」優先原則は故意犯に妥当する。支払い意思がないのに飲食物を注文し、あるいは宿泊の申し込みをする無銭飲食、無銭宿泊の場合、客の支払い意思について錯誤が惹起され、しかもこの錯誤は行為者の行為によるといえるから、客の様に振舞うこと自体が黙示の挙動（推断的行為）による欺もうということになる。[21] 妻による嬰児殺害行為を阻止せず、同時に、「好きなようにやれ」と言って妻の殺害計画を促進する（救助義務のある）夫には、故意の作為犯が成立する。[22] しかし、この原則の主要適用領域は過失犯にある。積極的行為が作為犯として評価するための結節点となる一方で、不作為から行為不法（客観的注意違反）が生ずる。すなわち、積極的行為そのものの客観的注意違反は、必要な安全措置を（同時に）とることをしなかったところに認められるのである。それ故、作為による遂行と判断されるべきなのである。例えば、人免疫不全ウイルス感染者が避妊用具を使用しないで（不作為）性交渉をもつ（作為）こと、[23] 適当な側面距離をとらない（不作為）で追い越し運転する（作為）すること、[24] 無灯火（不

作為）で運転する（作為）こと、安全措置をとらない（不作為）で危険物を保管する（作為）こと、スキーリフトからスキー客が転落した後でも、それを止めることなく（不作為）、動かし続ける（作為）こと、遊んでいる子供たちの側で馬を放ち（作為）、その際、馬の監視をせず、子供たちへの危険な接近防止措置をとらない（不作為）こと、摩滅したタイヤを交換ぜず（不作為）に運転する（作為）場合等がある。[25]

同時的全体事象においても、例外的に、可罰性の結節点が不作為であることもありうる。一方で、積極的行為に構成要件該当性、違法性又は責任が欠如し、したがって可罰性がなく、他方で、不作為に独自の無価値が認められる場合である。例えば、潜水指導者が夜間潜水の講習指導を実施中、潜水を開始してから間も無く後方を確認しないまま移動を開始したところ、受講者らを見失い、取り残された受講者らが圧縮空気タンクを使い果たして溺死した場合、移動した（作為）が、離れ離れになった場合の適切な措置をとっていない（不作為）ことが問題とされるべきである。[26]その他、スキー客に登頂の可能性を指摘した（作為）が、危険性を特に示唆することなしに、あるいは、先に進むことを明らかに諌めることもしない（不作為）山小屋管理人の例も挙げられる。[27]

さらに、作為に不作為が伴うときに、当該作為と結果の発生の間の因果関係が否定される場合、作為ではなく不作為と見るべきである。例えば、母親が、電気コンロのスイッチをいたずらしたことのある三歳の幼児を残して外出したところ、その幼児がやはりそれをひねったため、加熱板の横にあった紙が燃え、台所に火災が発生し、その幼児が窒息死した場合、不作為による過失致死が認められる。母親が外出したという作為と結果の発生との間には因果関係が認められないからである。なぜなら、母親が家に残っていて特に何もしていない、あるいは、別のことをしてい

ても、やはり当該結果は発生していたといえるからである。この事例では、結果を回避するための適切な措置をとらなかったこと、それが行われていたならば結果の発生は確実性と境を接する蓋然性をもって避けられたということが問題なのである。[28]

c　多段階的事象　個々の行為が、通常は認識可能な時間的系列にあるため独自の評価が可能で、それ故、単一の事象としてではなく、結果に至る全体事象の独立した、したがって、有意味な分割が可能な諸部分として考察できる場合、「可罰性完全汲み尽し作為」優先原則は働かない。こういった事象過程は本来的意味での多義的ではなく、むしろ多段階的と云える。時系列に分離できる行為態様は相互に分離して刑法上の評価ができるのであり、続いて必要に応じて競合問題として扱われるべきである。この場合、複数の刑法上評価されうる行為（作為及び／又は不作為）のどれが最終的に処罰の基礎となるのかが問題となる。[29]

積極的行為に続き、不作為を遂行する者は、作為を負責されるのが普通であり、不作為は作為に対して補充的関係にある。[30] 例えば、殺害の意図でガス栓を開け、引き続きそれを意図的に閉めない者は、故意の作為犯に問われる。こういった単一の意思決定に基づく多段階的事象過程の場合、不法は完全に積極的行為によって把握されるのが普通である。ガス栓を開ける者は、その行為によって危険を創出し（作為）、その後、それを閉めない（不作為）ことで結果の発生に至らしめたが、しかし、行為者の故意は積極的行為をする時点において既に結果の発生に関係しているのであるから、故意の作為と故意の不作為の競合は仮像問題に過ぎない。[31]

これとは異なった扱いをされるべきなのは単一の意思決定に基づかない多段階的事象の場合である。例えば、工場経営者が炭疽菌で汚染された山羊毛を消毒しない（不作為）で加工のために従業員に渡す（作為）場合、不作為が問題となる。消毒をしないという不作為の時点では、たしかに、危険は発生しているが、結果回避義務を基礎付けうる過失致死罪の構成要件的状況がいまだ存在せず、危険な山羊毛が労働者に渡されて初めて結果の発生に至る因果関係が動き始めたといえるからである。このときに、構成要件該当の作為が認められるのである。消毒しないという不作為は過失犯の注意義務違反を意味するのであって、不作為犯の意味での不作為ではない。[32]

踏み切りにおいて対抗する自動車双方の運転者が互いに譲りあおうとしなかったので、駅員から後退を促された運転者が踏み切りの停止線の外側まで下がって停止し、相手の自動車の出口を塞ぐことによって、その自動車を軌道上に停車させ、進行してきた電車と衝突させて、電車の往来を生じせしめた場合、不作為による電車往来危険罪が成立する。それ自体問題のない自動車を後退させること（作為）とそれに続く停止（不作為）は単一の意思決定に基づいていない。必要な措置をとらないという不作為が故意又は過失の対象である。[33] 泥酔状態になった内妻に、酔いを醒ますために風呂に入るように命じ、同女が着衣のまま浴槽内に入ったのを見て一旦就寝し、約六時間後に同女がまだ浴槽内の水に浸かり大声を出しているのを見て風邪をひかせないように浴槽の水を抜き、同女をそのまま放置したところ、同女が洗い場で死亡した場合、栓を抜いて浴槽内の水を抜いたという作為それ自体は咎められるべきことではなく、結果の発生を防止しないという不作為が問題となる。[34] 脳内出血により重度の意識障害の状態にある入院中の患者を病院中から連れ出し、「シャクテイ治療」するためにホテルまで運び込み、生存に必要な措置を講じないまま放置したため、同人が翌日死亡した場合、点滴装置や酸素マスクを取り外し、病院から連れ出すという作為の時点では、病

人の生命に対する重大な危険をはらんだ行為とはいえるものの、殺人の実行行為を認定するに足る現実的・具体的危険が無く、連れ込んだホテル内で患者の生存に必要な措置を一切行わなかったという不作為の時点で、患者の生命に対する現実的・具体的危険が発生しており、この時点で殺人の実行行為が認められる。[35]

その他、妻が泥酔している夫を確実に家に連れ戻すために、居酒屋に迎えに行き、帰途、争いとなったために危険な川の浅瀬の側に放置し、その後、夫が転落し、溺死した場合も、迎えに行き、家に連れ帰る（作為）とこれに続く放置（救助不作為）は、単一の意思決定に基づいていない。積極的行為には、夫の生命・身体に関して、過失もいわんや故意も認められない。過失又は故意の対象は、積極的行為を継続しない、ないし、必要な救助措置をとらないところにある。盲人を助けて横断歩道をわたる途中、放置して立ち去る者も同様に扱われる。立ち去る行為それ自体は積極的行為であるが、これをもって可罰性を基礎付けることはできない。立ち去る行為それ自体は無害であり、不救助、不監督というところに行為無価値が認められる。立ち去る行為（作為）と結果発生の間には因果関係もない。他のいかなる積極的行為をしようと、結果の発生は避けられなかったからである。因果関係があるのは、結果回避のための命令された作為をしなかったということだけである。横断歩道の途中に置いてきぼりをされた被害者を横目に走り去る他の歩行者（非保障人）が作為犯の廉で処罰されることはない。[36] 妻が泥酔の夫を乗用自動車で迎えに行き、帰路、夫を道路わきの危険な場所に遺棄するときは、単一の意思決定の存否とは関係なく、積極的行為が刑法上の評価の結節点である。妻が泥酔の夫を迎えに行くが、助けのない状態に放置するつもりのときは、もとより単一の意思決定が認められる。[37]

過失の作為に続いて故意の不作為が遂行されるとき、作為が不作為に対して補充の関係にある。例えば、他人を不注意に川に突き落とし、それから、被害者は泳げないことに気づきながら、救出しない者は、突き落とすという作為と救助しないという不作為を遂行している。この場合、故意の不作為が無価値を完全に覆っている。[38]

複合的行為態様において、積極的行為が、構成要件該当性なし、違法阻却、責任阻却といった理由から可罰性が欠如するとき、積極的行為後の不作為の可罰性が問題となる。例えば、被害者を誤って一室に閉じ込めた後、それに気づきながら意識的に開錠しないとか、(それ自体社会的相当の)ガス栓を開けたが、閉め忘れたといった場合である。[39]

d 「非難可能性の重点」説 ドイツの通説と目されているのが「非難可能性の重点」説である。これによれば、複合的行為態様においては、作為の面がより多いのか、不作為の面がより多いのかによって、作為の当罰性か不作為の当罰性が決定される。[40] 連邦裁判所も、「規範的に見て且つ社会的行為意味を考慮して、刑法上重要な行為の重点がどこにあるのか」(BGHSt 6, 59)によって決定されるべきである、「作為か不作為かの判断するに当たって決定的なことは、行為者態度の重点である。……これに関しては、事実審裁判官が評価的判断を下さなければならない」として「非難可能性の重点」説を支持している。[41]

しかし、「非難可能性の重点」説には次のような問題点が指摘されている。第一に、非難可能性の重点というのは循環論証に過ぎないということである。作為犯にあっては「非難」が作為に向けられ、不作為犯にあっては「非難」は不作為に向けられるのは当たり前のことであって、非難に方向を与えるためには、その前に作為、不作為の区別が為

されていなければならない。第二に、非難可能性の「重点」、つまり、事象の「社会的意味」によって作為、不作為を区別する規準が不明確で、したがって、感情司法に流れる。第三に、作為にも不作為にもとれる事例において、作為に伴う不作為というのは、過失犯に特有の不作為要素の現象形態、すなわち、注意の懈怠にすぎない。特別の、あらゆる過失に特有とはいえない不作為が問題となっているとの印象を受けるのは、一般的「注意」を払うということではなく、正確に規定された安全対策がとられていないということからきているに過ぎない。それにもかかわらず、注意命令の具体化が問題となっているに過ぎない。それ故、理論的には、非難可能性の重点を必要な注意を払わないというところに見るなら、あらゆる過失犯を不作為犯扱いすることができることになる。しかし、このような結論を支持する者は誰もいない。第四に、積極的エネルギーによって招来された過失の結果惹起を、保障人義務に違反しない不作為として扱うことによって、可罰性を否定することは、法律とも合致しない。過失犯の規定（ドイツ刑法第二二二条）は「人の死を過失によって惹起した」とだけ定めている。[42]

e　作為による不作為　行為態様を作為又は不作為として評価する問題との関連で生ずる特別の事例がいわゆる「作為による不作為（Unterlassen durch Tun）」である。自然主義的考察からは積極的行為と見ることができるが、評価的考察、つまり、社会的意味からすると不作為と見られうる場合、不作為犯として処罰されるべきである。例えば、自ら行った、しかしまだ効果の現れていない救助行為を積極的に後戻りさせるが、その際同時に、第三者の行う救助行為を妨害することはしない場合である。この場合、行為者は、救助行為を初めからしていなかったなら、生じたであろう状態を創出しているのに過ぎないからである（いわゆる「命令遂行の試みの中止」[43]。その背後にある考えは、積極的中止行為を禁止することの意味が究極的には結果発生を阻止すべしとの命令に由来しているということであ

る。溺れている人をめがけて浮き輪をそもそも投げない、浮き輪をいったん投げたが、溺れている者がそれを捉える前に奪うかは、評価的考察からは同じことである。[44] 同じことは、医師の心臓圧力マッサージの打ち切りが早すぎた場合にも言える。医師はそれ以上の救命措置をやめたに過ぎない。[45]

末期状態において、医師が患者の心肺装置や呼吸器をはずすのも不作為である。たしかに、医師が医療装置のつまみを押す際にはエネルギーが投入され、それによって患者の死が招来されているのであるから、「エネルギー・因果関係説」からは作為と見られる。しかし、社会的・価値的に見ると、医療装置のつまみを押すことの意味はこれ以上延命措置をとらないというところにある。結果の回避をしないという医師の行為は、上記の心臓圧力マッサージの打ち切りに比肩できるのである。さらに、薬物療法の打ち切りが許される場合(不作為)、医療装置を使用する治療の打ち切りも許されることも指摘されなければならない。[46] したがって、医療装置のつまみを押すという行為は、その社会的意味から、医療措置をしないこと、つまり、不作為と理解される。医師が心肺装置をたまたま遮断するか、あるいは、初めから心肺装置を利用しなかったかは規範的に見るとなんらの違いもないのであって、客観的行為不法帰属ができないのである。医者には、一方において、患者の生命維持に全力を注ぐべき義務があるものの、しかし他方において、死の切迫、激痛、ますます長引く意識喪失状態に鑑み、いかなる医療手段を講じても生命延長措置をとる義務はない。非可逆的意識喪失者あるいは生きる意思を有している臨死者の生命維持措置をとらない医師の判断は可罰的ではないのである。[47] このことは看護師、その他の第三者にも当てはまる。[48]

これに対して、積極的行為によって新たな危険を創出したといえる場合、例えば、溺れている者が既につかまって

いる又はつかめることのできる（場合によっては自分の投げた）浮き輪を奪うとか、第三者の救助措置の妨害をする、例えば、救助行為に積極的に介入する（被害者が既につかんでいたか否かとは関係なく、救助手段を奪うとか、救助船を破壊する等）とか、他の救助意思のある者を他の方法で積極的に妨害する（説得、欺もう、脅迫又は暴行その他から救助水泳者を殴ることまで）のであれ、そこには、自己の行為が遮断されているという単に不作為の無価値が表現されているのではない。こういった場合、「積極的行為は、……最初の義務適合的行為の後戻りを超えている」[49]。救助の因果過程を妨害ないし断絶することは作為による結果惹起であって、作為犯を理由とする行為者の処罰に通じる。但し、行為者によって妨害された因果過程が構成要件該当結果を確実性と先を接する蓋然性をもって回避できた場合に限られる[50]。

作為による不作為はいわゆる「原因において自由な不作為（omissio libera in causa）」においても見られる。例えば、保障人が積極的行為によって自分に課せられている行為義務を果たせなくする場合である。これは故意でも過失でも生じうる。例えば、行為者が、決定的瞬間において救助活動をできないようにするため、泥酔状態になるまで飲酒し、行為無能力にし、その結果、要保護者が死亡したとき、自然的考察からは飲酒という作為によって死を惹起したことになる。しかし、この場合、命令の履行を不能にするなという禁止に違反しているのであるが、この禁止の意味は究極的には後の、義務履行行為をせよという命令からきているのである。したがって、この禁止は作為義務以上には広がらないのである。積極的行為の無価値は不作為の無価値に由来する。もとより、不作為犯の成立は、故意又は過失の作為があること、相応の構成要件があること、及び、（不真正不作為犯の場合には）保障人の地位に依存している[51]。

注

(1) M. Hilf, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005, §2 Rn 7.

(2) O. Triffterer, Österreichsches Strafrecht, AT, 2. Aufl., 1994, 14. Kap Rn 21.; F. Nowakowski, Wiener Kommentar, 1. Aufl., 1982, §2 Rn 2.; H. Fuchs, Österreichisches Strafrecht, AT, 5. Aufl., 2002, 37. Kap Rn 8.; W. Gropp, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2005, §11 Rn 62.; Hilf, (Fn. 1), §2 Rn 8.

(3) H. -H. Jescheck, Th. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5. Aufl., 1996, §58 III 2 ff.; BGHSt 14, 280. これに対して、真正不作為犯と不真正不作為犯を形式的規準で区別する学説もある。それによると、構成要件が不作為によって実現されうるということが構成要件に直接表現されているか否かによって区別される。真正不作為犯は、構成要件に直接不作為として規定されている犯罪であり、構成要件が単純不作為に尽くされるか、これを超えて結果の発生が要求されるかとは関係がない。不真正不作為犯は、明文で不作為として類型化されておらず、法律上、作為・結果犯と表現される構成要件をドイツ刑法第一三条（不作為による作為）、オーストリア刑法第二条（不作為による作為）と組み合わせることで不作為犯と構成される犯罪である（Fuchs, (Fn. 2), 37. Kap Rn 1 ff.; Th. Lenckner, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar 26. Aufl., 2001, Vorbem §13 ff Rn 137）。日本でも形式的規準説が一般的である（例えば、福田平『全訂刑法総論』（一九八四年）八六頁）。しかし、形式的規準によれば、真正不作為犯と不真正不作為犯の実質的差異が消失してしまう。さらに、真正不作為犯は命令規範に違反する場合であり、不真正不作為犯は禁止規範に違反する場合であるとする学説もある（J. Baumann, U. Weber, u. W. Mitsch, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, §15 Rn 7 ff.）。しかし、この説によれば、行為命令、結果回避命令という規範の実質的内容が適切に把握されないことになる。不真正不作為犯はその誤解を与えかねない名称とは異なりあくまでも真正の不作為犯であり、規範論理的には命令違反の犯罪である。

(4) Nowakowski, (Fn. 2), Vorbem §2 Rn 17.; D. Kienapfel, F. Höpfel, Strafrecht AT, 9. Aufl., 2001, Z 28 Rn 1.; Hilf, (Fn. 1), §2 Rn 9. なお、真正不作為犯の代わりに単純不作為犯（schlichte Unterlassungsdelikte）が、不真正不作為犯の代わりに加重不作為犯（qualifizierte Unterlassungsdelikte）という概念が使われることもある。Jescheck/Weigend, (Fn. 3), §58 III 2.

(5) Hilf, (Fn. 1), §2 Rn 9.

(6) E. Steininger, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2001, §2 Rn 1.

(7) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 4), Z 28 Rn 4 f.

(8) オーストリア刑法第二八八条第一項（偽証罪）について肯定説を展開するのが、Triffterer, (Fn. 2), 14. Kap Rn 15.

(9) Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 16.; H. Wegschider, Versuch und Rücktritt beim schlichten Unterlassungsdelikt?, JBl 1976, S. 353 ff., 354 FN 12.

(10) P. Noll, S. Trechsel, Schweizerisches Strafrecht AT, 4. Aufl., 1994, S. 215.

(11) 参照、浅田和茂『刑法総論』二〇〇五年・一五〇頁以下。西田典之『刑法総論』二〇〇六年・一〇八頁以下。同「不作為犯論」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・総論Ⅰ』（一九八八年）七一頁以下。山口厚『刑法総論』（第二版）二〇〇七年・七六頁。鎮目征樹「刑事製造物責任における不作為犯論の意義と展開」『本郷法政紀要』八号（一九九九年）三四五頁以下。消極説として、松宮孝明『刑法総論講義』（第二版）一九九九年・八二頁。

(12) Jescheck/Weigend, (Fn. 3), S. 601.; H. -H. Jescheck, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl., 1981, Vor § 13 Rn 83.

(13) Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 5.

(14) K. Engisch, Tun und Unterlassen, Gallas-FS, 1973, S. 163 ff., 174「刑法理論学の共有財によれば……不作為者が定められたことをしないという事実は、不作為者が同時に別のことをする（遮断機を閉じない踏み切り番がそのとき踏み切り小屋近くの庭園で仕事をしている）ことと相容れる」。

(15) H. -J. Rudolphi, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1992, Vor § 13 Rn 6.; G. Stratenwerth, Strafrecht AT, 4. Aufl., 2000, § 13 Rn 3.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 22. 参照、山中敬一『刑法総論』（第二版）二〇〇八年・二二〇頁。大越義久「作為と不作為」（阿部純二ほか編『刑法基本講座第二巻』所収）一九九四年・八一頁以下。

(16) U. Sieber, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen bei der „passiven" Gesprächsteilnahme, JZ 1983, S. 431 ff., 437 ff.; H. -J. Rudolphi, (Fn. 15), Vor § 13 Rn 7. BGH, Urteil v. 10. 2. 1982, JZ 1983, S. 462 f（二人の同僚弁護士が依頼者と被害者の話し合いにおいて恐喝行為をしたが、もう一人の弁護士はこの話し合いに「受動的」に参加したという事案で、連邦裁判所はこの弁護士につき作為による恐喝幇助を認定した）。

(17) C. Roxin, Strafrecht AT II, 2003, § 31 Rn 92 f.

(18) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 4), Z 28 Rn 25.; Steininger, (Fn. 6), § 2 Rn 9.

(19) Fuchs, (Fn. 3), 13. Kap Rn 14 f.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 25.

(20) Steininger, (Fn. 6), § 2 Rn 11.

(21) 同時的全体事象が一定の説明価値を有しているとき、作為によって、つまり、推断的行為によって錯誤を惹起した又は強固なものにしたといえる。D. Kienapfel, Grundriß des österreichischen Strafrechts, BT II, 2. Aufl., 1988, § 146 Rn 67. 参照、大判大正九年五月八日刑録二六輯三四八頁［無銭であることを秘して飲食したり投宿したりすることはその行為自体が欺もう行為であり作為犯］。最決昭和四三年六月六日刑集二二巻六号四三四頁［代金支払い不能の事実を秘して商品の注文をすることはその行為自体が欺もう行為であり作為犯］。これに対し、不作為による欺もうは、相手方が既に誤った観念をもっていたとき、あるいは、他の関連事情から誤った観念をもっていたときにみとめられる。例えば、宝石店主が顧客に模造「宝石」を模造であることを秘して販売するときは作為による欺もう行為であるが、店員が誤って高価な値札をつけてしまった模造「宝石」を顧客に販売するとき、これに気づきながら何の説明もしない宝石店主には不作為による欺もう行為が認められる。Noll/Trechsel, (Fn. 10), S. 219. 次の判例は、作為義務を肯定することによって不作為を導くが、これは論理がさかさまである。不作為が確定された後に作為義務の存否が問題とされるべきである。大判大正七年七月十七日刑録二四輯九三九頁［準禁治産者であることを秘して相手方から金を借り受ける場合、準禁治産者であることを告知する義務があるから不作為犯］。大判昭和四年三月七日刑集八巻一〇七頁［抵当権の設定及び登記のある不動産を売却するに当たって、抵当権が設定・登記されている事実を告知しないとき、告知義務があるから不作為犯］。

(22) R. Moos, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 79 Rn 15.

(23) Baumann/Weber/Mitsch, (Fn. 3), § 15, vor Rn. 1.

(24) この事案において、ドイツ連邦裁判所（BGHSt. 11 (1958), S. 1 ff.）は、作為か不作為かを問題とするこなく、連結トラック運転者が車間距離を十分にとっていても、酩酊して活動機能を鈍化させていた自転車運転者はおそらく確実に轢死したであろうという理由から、過失致死罪の成立を否定した。

(25) Fuchs, (Fn. 3), 13. Kap Rn 15.; Steininger, (Fn. 6), § 2 Rn 8 u. 10 FN 29.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rz 25.

(26) この事案において、最決平成四年一二月一七日刑集四六巻九号六九三頁は、受講者らを見失った行為（作為）と被害者ら死亡との間の因果関係を肯定して、業務上過失致死罪の成立を肯定した。

(27) Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 26.; Steininger, (Fn. 6), § 2 Rn 11.

(28) C. Roxin, (Fn. 17), § 31 Rn 88 f. 地方裁判所は「幼児を放置して外出する」という作為による過失致死罪を認定した。これに対して、連邦裁判所は「非難可能性の重点」説から不作為による過失致死罪を認定した。BGH, Beschl. v. 17. 8. 1999, NStZ 1999, 607 f.

(29) Roxin, (Fn. 17), § 31 Rn 96 ff.; Steininger, (Fn. 6), § 2 Rn 12.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rz 27.

(30) Nowakowski, (Fn. 2), § 2 Rn 41.

(31) Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 28.

(32) RGSt 63, 211（ライヒ裁判所は、作為か不作為かの問題に触れることなく、作為を前提に立論を進めている）。Roxin, (Fn. 17), § 31 Rn 67.; Gropp, (Fn. 2), § 11 Rn 62.; Noll/Trechsel, (Fn. 10), S. 219.

(33) 東京地判昭和三九年六月二六日判タ一六四号一五二頁。作為説に、日高義博「不作為犯」西原春夫ほか編『判例刑法研究一巻』（一九八〇年）九五頁以下、九九頁「停止したままでいるという不作為よりも、停止してBの運転する自動車の出口を塞いだという作為に刑法的評価の重点をおくべきである」。

(34) 東京高判昭和六〇年一二月一〇日判時一二〇一号一四八頁。

(35) 最決平成一七年七月四日刑集五九巻六号四〇三頁［シャクテイ治療殺人事件］。

(36) 最決昭和四三年一一月七日裁判集［刑事］一六九号三五五頁［寒い冬の夜酒によって正体不明に陥っている被害者を家に連れ帰ろうとしたが、路上に座り込んで動こうとしないので、酔いを醒まさせるため順次衣類を剝ぎ取りながら引きずって行ったが、全裸にしても動こうとしないので、これを田圃中に放置した事案につき、保護責任者遺棄罪が成立する］。

(37) Hilf, (Fn. 1), § 2 Rz 28. 最判昭和三四年七月二四日刑集一三巻一一六三頁は、人を自動車で轢き、歩行不能の重傷を負わせたので、病院に連れて行こうとして自動車の中に入れたが、医者を呼んでやると欺いて途中で降ろして立ち去った事案につき、置き去りという不作為による遺棄を認定し、保護責任者遺棄罪の成立を認めた。これに対して、作為による遺棄と見るべきだとする見解がある（生田勝義「わが国における不真正不作為犯について（一）（二・完）」立命館法学一二八号（一九七七年）四五五頁以下、一三一号（一九七七年）八五頁以下）。見解の差異は、遺棄の意思が生じた時点をどこに求めるのかに基づく、つまり置き去りの時点で初めて生じたのか、走行時に既に生じていたのかに由来する。大越義久「作為と不作為」八四頁。しかし、自動車から降ろして遺棄したという作為を結節点と見、その時点における故意、過失を問題とするべきである。同旨、内田文昭『刑法概要上巻』（一九九五年）三一三頁。

(38) M. Burgstaller, Die Scheinkonkurrenz im Strafrecht, JBl 1978, S. 393 ff. 402. この事例では、一つの結果発生が故意殺人と過失致死で評価されることは許されないのであるから、仮像競合が問題となっているのに過ぎない。Fuchs, (Fn. 3), 13. Kap Rn 14. これに対して、真の競合関係を認めるが、量刑において死の結果を二重に負わせてはならないとする見解がある Kienapfel/Höpfel, (Fn. 4), Z 28 Rn 28.; Jescheck/Weigend, (Fn. 3), S. 604.; BGH 7, 287. 客観的帰属論から解決するべきだという見解もある。すなわち、第三者の故意の不適切行為からの類推で、結果の発生を社会的に優越する、故意の不作為の帰結として行為者に負責させうるという

見解である。Steininger, (Fn. 6), § 2 Rn 12.

(39) Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 30.

(40) W. Stree, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch, 26. Aufl., 2001, Vorbem §§ 13 ff Rn 158 mN.「非難可能性の重点」説はメツガーに遡る (Roxin, (Fn. 17), § 31 Rn 75)。E. Mezger, Strafrecht AT, 9. Aufl., 1960, S. 76. それによると、作為と不作為の区別の問題は、「個別事例の外的形態によってではなく、専ら、法的非難がそれぞれの事例で何に向けられているのかによって答えることができる」。例えば、ライヒ裁判所の山羊毛事件（上記注32の事件）では、「事実関係をごく外形的に見れば、作為犯（未消毒の毛を渡す）とも不作為（命令されている消毒をしない）ともとれる拠り所が十分にある。しかし、被告人に対する非難は決して中国産の山羊毛を加工させたことに向けられるのではなく、専ら、消毒をしないままに渡したことに向けられるのであるから、本事例は不作為犯の観点の下でのみ検討、判断されなければならない。すなわち、作為犯と不作為犯の区別は事実問題ではなく、評価問題である。」と。その教科書第九版まで、本事例については不作為犯だとしていたが、その後、「非難可能性重点」説を維持しながらも、本事例については作為犯と捉えるべきだとしている。E. Mezger, H. Blei, Strafrecht AT, 14. Aufl., 1970, S. 81 f.

(41) BGH NStZ 1999, 607（注28の事案）。地方裁判所は、「子供を放置して外出した」という作為による過失致死を認定したが、連邦裁判所は、「非難可能性の重点」説に立脚し、「なるほど外出するということは積極的作為であるが、しかし、このこと自体は、被告人が他のやり方で監視するとか、少なくともガス栓に技術的安全措置をとるとかしていたなら、無害であったであろう」と判断して、不作為による過失致死罪の成立を認定した。

(42) Roxin, (Fn. 17), § 31 Rn 79 ff.; K. Kühl, Strafrecht AT, 5. Aufl., 2005, § 18 Rn 14.

(43) Armin Kaufmann, Unterlassungsdelikte, 1959, S. 107.; H. -J. Rudolphi, (Fn. 15), Vor § 13 Rn 47.

(44) これに対して、内田（前掲書・注37）三〇九頁以下は、行為者は一旦投下した救命具を手繰り寄せることによって、溺れている者の法益（生命）を悪化させたことを理由に作為と見る。

(45) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 4), Z 29 Rn 29.; Steininger, (Fn. 6), § 2 Rn 13.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rz 33.

(46) Eser, Schönke/Schröder Strafgesetzbuch. Kommentar, 26. Aufl., 2001, vor § 211 Rn. 32.; Roxin, (Fn. 17), § 31 Rn 118.; J. Wessels, W. Beulke, Strafrecht AT, 32. Aufl., 2002, Rn 703.; Stree, (Fn. 40), Vorbem §§ 13 ff Rn 160. これに対し、作為犯と捉えながら不処罰とする作為犯説も拮抗しているが、説得力に欠けることが指摘されている。「自然死権」を肯定して不処罰を導く説 (E. Samson, Begehung und Unterlassung, Welzel-FS, 1974, S. 579 ff., 602) は、広く「自然死権」を認める形では嘱託殺人の立法趣旨

に反するので、延命措置の中止の許される場合に限定されることになろうし、そうすると、それは実質的には不作為犯を前提とした立論となるし、同じことは「規範の保護目的」論から構成要件該当性を否定する説（Jähnke, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl., vor § 211 Rn 17）にも妥当する。蘇生の継続が患者の意思に合致しない場合には構成要件該当性が否定される、さもなければ、医師に現在の法秩序と相容れない強制治療権が認められることになろうという説（Rudolphi, (Fn. 15), vor § 13 Rn 47）もあるが、強制治療に対して保護されるということは、患者が望むときに限って、医師による治療継続の中止を命じるのであって、嘱託殺人を許すものではない。患者の意思又は推定的意思は医師の不作為と関連してのみ決定的意味をもつのであって、積極的殺害の場合にはなんらの意味も有しない。Roxin, (Fn. 17), § 31 Rn 120.

(47) G. Geilen, Neue juristisch-medizinische Grenzprobleme, JZ 1968, S. 145 ff.; Moos, (Fn. 22), Vorbem §§ 75–79 Rn 45.

(48) Eser, (Fn. 46), vor § 211 Rn 32. これに対し、医師の取り外しは不作為、それ以外の者の取り外しは作為だが、意識のある患者が耐え難い苦痛のために人工延命装置の遮断を要求したときは医師にもそれ以外の者にも不作為となるとするものに、Roxin, (Fn. 17), § 31 Rn 123.; Ch. Schneider, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1997, S. 179, 190, 297.

わが国における不作為説に、西原春夫「作為と不作為の概念」（平場還暦『現代の刑事法学（上）』所収・一九九七年）八三頁以下。金沢文雄「人工呼吸器の遮断と刑法」広島大学政論叢二六巻五号一一三頁。作為説に、中森喜彦「作為と不作為の区別」（平場還暦『現代の刑事法学（上）』一二六頁以下。神山敏雄「作為と不作為の限界に関する一考察–心肺装置の遮断をめぐって」（平場還暦『現代の刑事法学（上）』九九頁以下。内田（前掲書・注37）三一七頁。

(49) Nowakowski, (Fn. 2), § 2 Rn 43.; Steininger, (Fn. 6), § 2 Rn 13.

(50) Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 34.

(51) Fuchs, (Fn. 3), Rn 18.; Steininger, (Fn. 6), § 2 Rn 15.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 35.