

タイトル	不作為犯の体系と構造(三)
著者	吉田, 敏雄
引用	北海学園大学法学研究, 44(3・4): 441-466
発行日	2009-03-31

# 不作為犯の体系と構造 (三)

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

### 第二章 不真正不作為犯の構成要件

#### I 客観的構成要件

#### A 客観的構成要件要素

#### 1 結果回避義務を基礎付ける状況

#### 2 命令された作為の非着手（不作為）

#### 3 命令された作為に着手する事実上の可能性（個別行為能力）

#### 4 結果の発生

#### 5 不作為の因果関係

（第43巻第1号）

(第43巻第2号)

a 法令  
b 任意の義務引き受け(契約)

(以上本号)

## 6 保障人の地位

## (1) 総説

## (2) 保障人の地位

## 6 保障人の地位

## (1) 総説

不真正不作為犯は、不作為にとどまった者が、構成要件該当結果を回避するべく、法秩序によつてこの者に課せられる特別の義務に従つた行為をするべきにもかかわらず、それをしなかつた場合に成立する。このいわゆる法的保障人義務は、事案ごとに具体的に存在する実際の事情から、つまり、保障人の地位から生ずる。この保障人の地位が不真正不作為犯の規範的客観的構成要件要素であつて、違法要素とか責任要素とかではない<sup>54)</sup>。したがつて、不真正不作為犯は真正の身分犯である。故意は行為者の保障人の地位を基礎付ける実際の事情を認識することに関係する<sup>55)</sup>。例えば、父親が川で溺れている者が自分の子であることに気づかないとき、父親は自分と救助を要する子との間の家族関係という保障人の地位を基礎づける事情を知らないから、故意を排斥する構成要件の錯誤が認められる。これに対して、保障人の地位から生ずる保障人義務は、行為の事情ではなく、違法性、つまり、一種の行為が全体評価的要素である<sup>56)</sup>。例えば、行為者が法秩序とは異なつた判断をし、保障人の地位を基礎付ける事情を知らながら、誤つて、保障人として介入する義務はないと考えるとき、禁止の錯誤(正確には、命令の錯誤、つまり、不作為が命令に違反していることについての錯誤)が認められる。

一般的な、誰にでも課せられる法的義務は保障人義務ではない。不真正不作為犯にあっては、危機に瀕している結果との特別の関係の故にまさに不作為者を一般の人々から際立たせ、この不作為者に呼びかける法的義務に従わなかったということが、結果回避をしなかったが故に可罰性を基礎付ける。すなわち、特別の、つまり、個人的結果回避義務が問題となっている。偶然に、結果の発生を阻止できる状況に遭遇したということだけでは、この危機に瀕した法益に向けられた結果阻止の法的義務が法定されていても、保障人義務を基礎付けるのに十分ではない。<sup>57)</sup> 保障人義務を基礎付ける上で決定的に重要なことは、当該不作為者が具体的状況下で特別に義務を課せられていたか否かにある。したがって、直接類型化された不作為犯から生ずる作為義務（爆発物取締罰則第七条、第八条）は保障人義務ではない。法益侵害を他の人々よりも防止できる一定の人々に向けられた法義務（軽犯罪法第一条第八号）も保障人義務ではない。道路交通法第七二条の救護・告知義務も消防法第二五条第一項、第二項の消火義務も保障人義務を基礎付けるものではない。かかる規範の保護目的・内容は、警察活動、消防活動への協力義務なのであって、被害者の保護はこの義務の間接的效果に過ぎないからである。<sup>58)</sup>

保障人義務は、比較的狭い範囲の作為義務者に限定されるが、特定の集団に所属しているという理由だけでは、保障人義務を基礎付けることはできない。他人以上に法益侵害を防止する任務を有する集団に所属する者、例えば、医師といった職業についている者には、刑法以外の法律によって行為義務が課せられていても、それらの規範の保護目的、内容からすると医師一般に向けられた義務であって、保障人義務を基礎付けるものではない。保障人義務を基礎付けるためには、個別事案の具体的状況の中で構成要件の結果阻止義務が特定の医師にあったか否かが検討されなければならないのである。<sup>59)</sup>

保障人義務は法義務であるから、法秩序の中で基礎付けられねばならない。しかし、そのことは保障人義務が法律に明文化されていなければならぬことを意味せず、個別事例において法秩序全体からの法的推論（法律類推又は法類推）によっても導かれる<sup>(60)</sup>。したがって、道徳的・倫理的義務、慣習、宗教的義務では十分でない。例えば、友達関係、仲間関係、同業者関係、隣人関係、共同居住関係、団体に所属していること（例えば、政党、協会、宗教団体）は保障人義務を基礎付けない。同様に、パーティ（例えば、薬物パーティ）に参加したということだけでも保障人義務を基礎付けるものではない<sup>(61)</sup>。

保障人義務が法的推論によって導かれるということは刑法の類推禁止に触れることを意味しない。刑法の類推禁止は刑法外の法領域には妥当しないのであるから、保障人義務が刑法外の法領域、例えば、民法、商法などの民事法の法規から導かれる限り、類推禁止抵触の問題は生じない<sup>(62)</sup>。問題はむしろ明確性原則との間に生ずる緊張関係にある。したがって、法的推論によって保障人義務を導くのは、作為義務の範囲が既に行為時点において定まっております、作為義務者にもこの範囲の予見が可能だった場合にだけ許される<sup>(63)</sup>。

保障人義務は行為者に特別に関わる法義務であるが、法律又はその他の法規定の定める行為命令がすべて保障人義務を基礎付けるものではない。保障人義務は結果との関係でしか課すことができない。さもなければ、行為義務というものが何らかの法規定に違反したということに縮減されてしまうからである。保障人義務は、「危ない状態にある法益に対してあるいは阻止されるべき危険の発生源である人、物に対して義務を負う者の高められた答責」を意味する<sup>(64)</sup>。したがって、他人の法益を保護することをしなかつたにすぎないことが、作為と同様に負責されなければならない法

的根拠が証明されなければならない。危機に瀕している保護法益客体を保護する特別の、つまり、「個人の」義務が課せられているのか、「一般的」行為義務が存在するにすぎないのかは、各規定の保護目的と内容を基礎に、解釈によって求められなければならない。<sup>(66)</sup>これはあらゆる保障人義務の基礎にある考えでもある。<sup>(66)</sup>

ここに保障人義務を基礎付ける実質的規準が問題となるのであるが、従来、保障人義務は、法律、契約及び危険な先行行為といった法源によって形式的に分類されてきたのである（形式法義務説）。しかし、多くの場合、純粹に形式的法義務論では、保障人義務の内容を基礎付けることができず、したがって、保障人義務の範囲と限界が不明確であった。それ故、ドイツ語圏刑法学では、一九七〇年前後から保障人義務を実質的に分類し、定める考えが次第に勢いを得てきた。<sup>(67)</sup>その中心にあるのが、保護義務の内容、すなわち、特別の義務を基礎付ける機能である。<sup>(68)</sup>この方法論は機能論と呼ばれる（Funktionentheorie、機能説）。

機能説の背後にある思想は、危険に瀕している法益の保護が特定の人の積極的行為に依存していること、「被害者」はこの人の能動的介入を当てにしているというものである。この実質的観点からは、保障人義務は、保護義務ないし庇護義務と監視義務、監督義務ないし保安義務の二群に分けられる。保護義務はある特定の法益についての保護機能を有するのに対して、監視義務はある特定の危険源を監視する責務（保安・支配義務）を有する。<sup>(70)</sup>すなわち、保護義務には被害者とのかなり強い関係が認められる。保護保障人には特定の人の個々の法益又は全部の法益をあらゆる方向（誰からであれ、何からであれ）からの危険に対して包括的に保護する義務がある。<sup>(71)</sup>これに対して、監視保障人はいわば行為者の側に立つ。その法的義務は、この者によって監視されるべき危険源の影響範囲に立ち入る者の誰

に対してもそこから危険の及ぶことを妨げるところにある。<sup>(72)</sup>

しかし、機能説には、保障人のありうる機能についての説明であつて、いかなる法的根拠から保障人の地位が生ずるのかについては何も語っていないではないかとの疑問が生ずるのである。<sup>(73)</sup>そこで、最近のドイツ語圏刑法学では、保障人の地位が認められるのは、切迫している結果に対して「特別の」関係に立つ者に限られるとのフォイエルバッハの認識から出立して、保障人の地位の実質的法的根拠を二元論的あるいは二元論的に構成する試みも為されている。一元説としては、例えば、あらゆる保障人の地位を「社会における相互期待」から導く説、すなわち、信賴の基礎は作為による個々の法益の危殆化、侵害によつて破られるが、それと同じくらい、期待が破られることによつて社会生活の信賴関係に重大な損害が生ずると論ずる説<sup>(74)</sup>、作為にも不作為にも共通に妥当する「結果の基因支配」(法益侵害の主要要件支配)に求める説がある。<sup>(75)</sup>後説は、この支配の前提として、「法益が無防備であることに関する保護関係」(例えば、親子関係)と「危険源の物的支配」(例えば、安全確保義務)を挙げ、<sup>(76)</sup>しかも、事後的支配の不可欠であることを指摘する。<sup>(77)</sup>この説を支持するのが「統制支配」(Kontrollherrschaft)説である。<sup>(78)</sup>この説によつても、不作為犯にも作為犯の特徴である「行為支配」(Tatherrschaft)類似の特徴、つまり、統制支配が認められねばならず、これは「保護支配」(庇護支配)と「保安支配」(監視支配)に分けられる。保障人の地位はこの両支配に基礎付けられる。二元説としては、「制度的管轄による義務」(例えば、親子関係、婚姻関係等)と「機関管轄による義務」(例えば、安全確保義務、先行行為等)に分ける説、<sup>(79)</sup>自己の行為に基づく「自律的」発生根拠と制度的指定に基づく「他律的」発生根拠に分ける説がある。<sup>(80)</sup>これらの説は機能説と親和性があるのだが、それと区別するために一般に機能二分説(Zweitteilungstheorie)と呼ばれてゐる。

しかし、「社会における相互期待」には抽象的にすぎるとの批判が加えられるし、<sup>(81)</sup>「危険源の物的支配」には、危険を阻止できるということが危険を阻止するべきであるということに直結することには成らないはずであるし、そうすると、いかなる規準で刑法上の作為義務が生ずるのかという問題が依然として残るとの批判<sup>(82)</sup>、これらの説は様々な事案の包摂作業を通じた一義的解決を導き得ないほど抽象的であるとの批判が可能である。「統制支配」説も、主唱者自身が言うように、それが最上位の指導原理にすぎない<sup>(83)</sup>ので、<sup>(84)</sup>これまた抽象的にすぎるとの批判を免れることができないであろう<sup>(85)</sup>。そこから、そもそも一元論や二元論的構成には無理があり、保障人の地位を三個の規範的命題によって基礎付けるべきだとの主張も展開されるのである。すなわち、引き受けの思想（援助を約束し、要援助者にその遵守を期待させる者は援助義務を有する）、先行行為の思想（自ら危険を創出した者はその危険に責を負う）、支配の思想（排他的支配領域を管理する者はそこから生ずる危険を阻止する義務を有する）<sup>(86)</sup>がそれである。

こういった流れの中で、実質的、社会的考察方法だけで保障人義務を基礎付けると、保障人義務が広がりすぎる恐れがあるため、形式的考察と実質的考察を組み合わせ、形式的に基礎付けられた保障人義務を機能と規範の保護目的によってその内容を精緻化する説も有力に主張されている。これによると、個々の保障人義務の発生根拠としての形式的法義務（法源）があらゆる保障人義務の基礎である。次に、実質的考察、つまり、機能論によって、あらゆる法義務の保護の方向、範囲を精緻化を図るばかりか、法的義務を、場合によっては、規範の各保護目的が本来目的とする程度にまで後戻りさせるための適切な手段が提供されるのである（目的論的縮減）。例えば、水泳場の監視人は、水泳客に対する関係で保障人義務を有するが、しかし、水泳客が他の水泳客によって危害を加えられないような措置をとることまでの義務を有するものではない<sup>(87)</sup>。これに対して、実質的考察からすると、人的関係が濃密であるとか、法

律で承認された保護義務と酷似しているとか、はたまた保護目的に比肩できる出発点があるとは云える場合であつても、その理由だけでは、法の基礎のない保障人義務を認めることはできないのである。<sup>(88)</sup>

このような立場が基本的には妥当といえよう。保障人義務をその機能面から見ると、保護義務と保安義務に分かれ、保障人義務を発生根拠から見ると、法令、任意の義務引き受け(契約)、危険を基礎付ける先行行為、及び、危険源支配に分けることができる。<sup>(89)</sup>以下では、保障人義務の発生根拠による分類を行い、次いで、それぞれについて、保障人義務の保護機能と監視機能、及び、規範の保護目的という実質的観点から、その明確性と限定性を図ることとする。

## (2) 保障人の地位

### a 法令

保障人の地位の発生根拠として考慮される法令には法律及び行政命令がある。<sup>(90)</sup>

法秩序のあらゆる部分に見られる特定の範囲の行為義務者に特に向けられている法規定から、保護保障人の義務(特に、家族法において)と監視保障人の義務(特に、危険な領域や活動と関連した民事法、公法の保安義務)が生ずる。<sup>(91)</sup>

私法の分野では親族法に保障人の地位を発生させる諸規定が見られる。民法第七五二条は夫婦の相互扶助義務を定める。この扶助義務には人的配慮(生命・身体救助)が含まれる。基本的に、配偶者はそれぞれ権利行使の主体とし

て危険な行為もすることができ、意識的に自らを危険な状態におくことはできるのであるから、相手方配偶者にはこれを阻止するに及ばない。例えば、夫が心臓に異常を感じながらも無視し続け医師の診察を受けず、その結果、心筋梗塞で死亡したとき、適宜に治療を受けていれば死の結果は避けられたといえる場合であっても、その妻には夫を病院に連れて行く義務は無い<sup>(92)</sup>。自殺の場合、相手方配偶者の不作為による自殺幇助罪の成否が問題となる。自殺にいたる個人的、家庭的事情は複雑であり、適切な自殺防止措置を執ることができるか疑わしいこともあり、こういった場合には、不作為の作為との等価値性が欠如していることを理由に客観的帰属が否定される。しかし、生命を脅かす切迫した状況があり、それに対する有効な対応措置が可能な場合とか、自殺行為が行われたがまだ死の結果が発生していないときには、相手方配偶者に保障人義務が生ずる<sup>(93)</sup>。相互扶助義務は財産的損害の回避も含む<sup>(94)</sup>。しかし、この扶助義務には配偶者の犯罪行為を妨げる義務を含まれない。相互扶助義務は、相互監視義務ではなく、配偶者相互のためのものであり、配偶者が危害を及ぼすかもしれない第三者のためのものではないからである<sup>(95)</sup>。

夫婦の相互扶助義務から生ずる生命・身体救助義務は、一方配偶者又は双方配偶者の不貞行為によって消滅することはないし、配偶者の一方から一方的に破棄されることもできない。双方の話し合いによる扶養義務の放棄も無効である<sup>(96)</sup>。不倫行為や別居生活中であることは配偶者の法的義務を消滅させるものではない。しかし、離婚協議中とか決定的な別居生活は配偶者の法義務を縮減しうるし、それどころか場合によっては消滅しうる<sup>(98)</sup>。この意味で、夫婦の保障人義務の基礎付けと存続にとり、婚姻の形式的、法的関係ばかりでなく、夫婦の実質的生活形態も重要である。離婚が法的に確定すると、相互扶養義務は消滅する。したがって、後日、事故にあっている元配偶者に偶然遭遇した他方の元配偶者には保障人義務は存在しない<sup>(99)</sup>。離婚夫婦が引き続き婚姻類似の生活を送る場合も、相互扶養義務は存在

しない。ここには、予期せぬ法律の欠缺が認められないので、法推論によって保障人の地位を基礎付けることはできないからである。<sup>(10)</sup>

民法第八二〇条は親権者がその子を監護及び教育する権利を有し、義務を負うことを定める。ここから、両親の子に対する包括的な人的配慮義務と未成年の子に対する人的監督義務が生ずる。したがって、両親はその未成年の子の犯罪行為を阻止する義務も負う。<sup>(11)</sup>

両親の人的配慮義務はその子の生命、身体及び自由の保護を含む。それ故、両親には、自分の子に対する第三者による猥褻行為に介入する義務がある。<sup>(12)</sup> 親の片方がその子に犯罪行為を働くとき、例えば、父がその娘に猥褻行為を行うとき、他方の親はそれを阻止する義務を有する。<sup>(13)</sup> 民法第八二四条は親権者の子の財産管理義務を定めている。両親は財産的損害の発生を阻止する義務を負う。<sup>(14)</sup> 子が成人になると、その自己答責が前面に出てくるので、人的配慮に関わる保障人義務も財産的配慮に関わる保障人義務も、生命に関わる危険防御に縮減される(民法第七三〇条)。<sup>(15)</sup> これは子がお親元で一緒に生活しているか否かとは関係がない。<sup>(16)</sup>

未成年の子、特に、幼児の危険な行為に親が介入する義務の限界が問題となる。「過保護児」にすることではなく、勇氣、自由、独立心等を涵養することが擁護できる教育理念だとすると、例えば、幼児が平衡感覚を試すために塀の上を歩くことが、そこから地面に落下すれば、裂傷を負う危険がある場合であっても、親にはそれを止める刑法上の義務はないといえよう。<sup>(17)</sup>

民法第七三〇条は直系血族及び同居の親族の相互扶け合い義務を、民法第八七七条は直系血族及び兄弟姉妹の相互扶養義務を定めている。ここから、人的配慮、財産的配慮に関して、子とその両親に対する保障人の地位や両親のその成人の子に対する保障人の地位及び兄弟姉妹間の保障人の地位が生ずる<sup>(10)</sup>。先ず、子と親の関係では、独立した生活を送っている子がやはり独立した生活を送っているその親を保護するという関係は、病気の親の面倒を見ているというような場合を除いては、通常は存在しない。しかし、親の生命、身体に危急な事態が発生した場合には、子には保障人義務が生ずる。子と親の間には基本的結合関係が見られるからである。したがって、子と親が共同生活を送っているか否かは重要でない<sup>(11)</sup>。次に、祖父母は、その孫との関係では、祖父母が現実にその孫の面倒を見ている場合のみ、保障人の義務が生ずる。第一次的には、両親がその子に対する人的配慮義務と人的監督義務を有しているからである<sup>(12)</sup>。最後に、兄弟姉妹の関係では、共同生活を送っている場合に限定される<sup>(13)</sup>。

民法第八三八条第一号は、未成年者に対して親権を行うものがないとき、又は親権を行う者が管理権を有しないとき、後見が開始することを定める。未成年後見人は、民法第八二〇条等に規定する事項について、親権者と同一の権利義務を有する(民法第八五七条)。民法第七条、同第八三八条第二号は、精神上の障害により事理を弁識する能力を欠く常況にある者について、民法第八三八条第二号は、後見開始の審判があったとき、後見が開始することを定める。これらの規定に基づき、保障人義務が生ずる。

子が嫡出子であるか婚外子であるか、はたまた養子であるかによって差異が生ずるものではない(民法第八一八条第一項、同第七三〇条<sup>(14)</sup>)。

公法分野では、「警察官職務執行法」第五条が警察官の犯罪予防及び制止義務を定めている。警察官には、保護保障人として、第三者の犯罪によつて侵害される市民を保護する義務が課せられる。例えば、窃盗行為を現認している警察官には犯罪阻止義務が生じ、これを傍観していた場合には不作為による窃盗幫助罪が成立する。本条の背景には次の思想がある。市民は自己に認められている緊急行為権にもかかわらず保護できないことが多く(自己の保護喪失)、それ故、警察による保護を信頼している(警察による保護の期待)。市民を保護する第一次的責務は国にある(自由保護保障人としての国)。国は市民の自由を保護することによつてしか正統化されないものであつて、この自由保護任務を国は警察官に職務義務の形態で委ねている。それ故、市民の危機に瀕している法益を保護する(例えば、生命の保護)ことは警察官の公法上の「本来的任務」の一つである。<sup>11)</sup>

但し、警察官の職業関係性という点から、この犯罪阻止義務には限定が必要である。その一は、警察官に場所的、事物的管轄があることである。その二は、警察官は勤務中であることである。したがつて、警察官が勤務時間外に聞知した犯罪についてはそれを阻止する義務は生じない。それでも、当該犯罪が、重い犯罪であつて、当該警察官が勤務に就けば直ちに阻止できる場合には犯罪阻止義務が生ずる。警察官は、勤務時間外には即座の介入義務を負わないが、しかし、重大な法益侵害が迫っていることの情報をあつさり「忘却」することは許されないからである。<sup>12)</sup>

さらに、公的安全に攪乱が発生しているとき、警察官がこれに今介入すべきか後に介入すべきか、どのように介入するべきかについては、公法上、警察官に裁量の余地があることに注意を要する。裁量の余地が縮減してまったく無くなったときに、直接的介入を要する結果阻止義務が生ずるのである。警察官が具体的法益侵害を現認した時点

で、重大な損害を阻止するために即時の介入が必要なとき、裁量の余地はまったくない。これに対して、軽微犯罪の場合には介入するか否かは警察官の裁量に委ねられる。軽微犯罪は、「国の創設の契機となつておらず、したがって、軽微犯罪の予防は国からそれ自体として制度的に保障されていないからである」<sup>(10)</sup>。

警察官と同様に、消防吏員にも、「消防法」等の関連法令により火災等からその管轄内において市民を保護する義務が課せられている。それは一般的義務にとどまるものではなく、保障人義務を基礎付ける。燃焼している建築物を消火せず、放置する消防吏員は不作為による放火の刑事責任を問われる<sup>(11)</sup>。

「刑事収容施設及び被収容者等の処遇に関する法律」第六十一条は飲食物の強制給養を定めている。飲食物の摂取は、被拘禁者自身によつてしか行われえないのであるから、それをしない被拘禁者は不作為による自殺を凶つているのである。同法第六十二条に基づき、刑事施設の長ないし刑事施設医師の保障人義務が基礎付けられ、自殺幫助罪が成立する。自殺幫助罪の成立には、被拘禁者が、なお任意に行動できた時点で餓死の決断をしたということが前提となる。その後、身体的衰弱のため自分の運命に関してもはや任意の決断ができなくなつたとき、強制給養の不作為が事後的に「行為支配の転換」を理由に殺人罪になるわけではない<sup>(12)</sup>。

b 任意の義務引き受け（契約）

最近では、契約<sup>(13)</sup>という言葉に代えて任意の義務引き受けという表現が用いられ、それによつて、事務管理<sup>(14)</sup>からも保障人義務が生ずることと並んで、保障人の地位が民事上の有効な契約に依存しないことを明確にしようとする傾向に

危険に瀕している者に対する保護機能も特定の危険源に対する監視機能も任意に（契約で）引き受けることができず、それがあつたからこそ、普通、危険に瀕している人は、保護を命令されている者に出動する用意のあることを信頼して、そうでなければ晒したであろうよりも大きな危険に晒すか、他の保護措置を放棄するものである（例えば、水泳教師の救助用意を期待して深みへ行く水泳生徒、登山指導員の援助を期待して急峻な岩登りの多い登山に参加する観光客等）<sup>(12)</sup>。

被害者は、保障人の手助けしてくれるとの約束が無くとも、やはり同じ危険に晒したであろうといえるか否かは重要ではない。例えば、身体障害者の道路横断に付き添う者は保障人義務を負う。身体障害者が必要とあらば単独でも道路を横断したであろうという事情があるからといって、身体障害者が付添い人の保護の下にあつたこと、この手助けを信頼して道路を横断するという事実が変わらないからである<sup>(13)</sup>。しかし、被害者が保障人を信頼して危険を増加する行為をするということが任意の義務引き受けの一般的基準となるわけではない。被害者が、第三者の救助の用意を知らずに自らを危険に晒すとき、例えば、水泳（高波）監視員の存在を知らずに危険な海に行くとき、したがって、被害者に救助への信頼がないとき、水泳（高波）監視員の保障人義務の存在を否定する理由を見出しがたいからである<sup>(14)</sup>。

保障人義務の引き受けを一方的に破棄することはできない。保障人が危機に瀕している法益の救助活動をしないことにつき、法益主体が法的に有効な（場合によっては推断的）放棄をしている場合、保障人義務は消滅する<sup>(15)</sup>。

任意の義務引き受けを根拠とする保障人は、特に、(法的に有効な) 契約に基づき保護義務又は監視義務を任意に、且つ、実際にも引き受けた者に限られるというのが通説である。契約を締結しただけではまだ十分ではない。事実上も引き受けたこと、つまり、合意に基づき引き受けた義務を実際に履行することが決定的基準となるのである(事実上の義務引き受け)<sup>135)</sup>。そうすると、契約に違反して勤務に就かず、飲み屋に行き、そこからの帰宅の途中、契約上警備されるべき対象が燃えているのに気づく夜警にも保障人の地位は認められないことになる<sup>136)</sup>。しかし、ここに問題がある。一旦、警備の任務に就いたが、その履行が不完全な場合には、保障人の地位が生じることになり、まったく任務に就かなかった者が有利な扱いをされることになるからである。実際に義務を引き受けたということは保障人の地位を基礎付けるものではなく、現実にはまだ義務を引き受けていない者も保障人義務を負うべきである。実際に引き受けている義務を放棄することによって、保障人の地位が消滅するものではないことも、このことを支持する。例えば、子守を実際に引き受けている者が、勝手にその場を去っても、保障人義務を免れるわけではない<sup>137)</sup>。通説によれば、約束に違反して登山口に現れなかった登山案内人は、この者がいなくとも登山を開始し、事故にあう登山客に対して保障人の地位を有しないし、又、定刻に現れなかった乗馬教師も、この者がいなくとも勝手に乗馬し、落馬した生徒に対して保障人の地位を有しない<sup>138)</sup>。しかし、この場合も、登山案内人も乗馬教師も保障人であることに変わりない。但し、登山客や乗馬生徒の任意の自己危殆化があり、したがって、危険連関の欠如のために後に発生した結果を保障人に帰属させることができないのである。これに対して、登山案内人が山中で登山客と落ち合う約束をしていたが、天候悪変のために現れなかったときは、結果の帰属は可能である<sup>139)</sup>。

保障人義務は常に法的義務であらねばならない。契約が取り消しうるにすぎないとき、それは合意により又は裁判

により取り消されるまで拘束力を有する。契約の無効について争いがある場合ですら、保障人義務が解除されるわけではない。水泳場の監視人の雇用契約が無効であるときでも、この者に保障人の地位が認められるのは、「実際に」義務を引き受けたからではなく、「事実上の労働契約」が存在するからである。有効な入場券なしに水泳場に入場する者に対しても、水泳監視人は保障人義務を負うが、それは監視領域にいるすべての水泳客を保護することが雇用契約上の義務だからである。義務の引き受けが明示か推断的か、有償か無償か、一時的か永続的かによって差異が生ずるものではない。<sup>(18)</sup>

保障人義務の範囲は、引き受けられた保護任務ないし監視任務によって定まる。水泳監視人の任務領域は水泳客に対する窃盗などの犯罪行為を防止するところにあるのではない。保障人の地位は付随的義務からも生じうる。輸送契約の付随的義務は乗客の身体的健康を保障するところにある。<sup>(19)</sup>些細な義務を引き受け（例えば、夏季休暇中に花に水をやる義務の引き受け）、それを履行しないことは民事上の責任を生じさせるが、保障人の地位を生じさせるものではない。<sup>(20)</sup>

契約上引き受けた保障人義務を一方的に破棄することは許されない。<sup>(21)</sup>合意による解約の場合、保護を必要とする者が他の措置をとることができた時点で初めて保護義務は消滅する。<sup>(22)</sup>

契約によって、保障人は、場合によっては時間的、物的な限定つきで、自分の保護義務、監視義務から免れることができる。こういった保障人義務の委譲の適用例として、例えば、保護領域では、親が第三者に子守を頼む場合、監

視領域では、道路・建築物・橋などの危険源の維持・管理義務のある者がそれを第三者に委ねる場合がある。選任責任が問われない限り、保障人義務委譲者は委ねられた者がその責務を履行することを信頼してよい。<sup>(13)</sup>

任意の義務引き受けの典型的事例が医療行為である。一般には、個別の治療契約の締結をもって医師の保障人義務が生ずるのである。引き受け前の一般的診療義務（医師法第一九条）からは保障人義務を導出することはできないのである。しかし、救急医療業務を引き受けた医師の場合、それを引き受けるところに、治療を求めるすべての急患の応急処置に当たるといふ推断的意思表示が見られる。したがって、救急治療医師はいかなる急患との関係でも信頼も基礎付けているといえる。<sup>(14)</sup> 患者が既に他の医師の治療を受けているか否かは重要でない。<sup>(15)</sup>

任意の義務引き受けの特殊事例に「危険共同体」の結成がある。危険共同体は、「複数の者が、その結成によって危険な企てを克服する見込みを高める」<sup>(16)</sup>とき、つまり、個人では危険に対処できないが、相互支援を信頼することで危険に対処できる場合に存在する。<sup>(17)</sup> 例えば、岩壁登山隊、洞窟探検隊、深海探検隊、砂漠探検隊等がその例である。この場合、隊を構成するすべての者が生じうる危険に対処しうる能力を有している必要は無く、一部の者にその対処能力が無くても、なお他の者の救助を信頼し且つ当てにしても良いときは、他の者は保障人の地位にある。<sup>(18)</sup> これに対して、複数の者が偶然に同一の危険に遭遇した場合、例えば、飛行機墜落、地下鉄における爆轟、鋼索鉄道事故、多重衝突、洪水、大火災等における「偶然（不運）共同体」では十分ではない。<sup>(19)</sup>

詐欺罪においても、不作為による欺罔が考えられる。この場合、法的告知義務である作為義務が前提となる。それ

は契約上の義務から生ずる。契約上の明記がない場合でも、当事者間に特別の信賴關係があれば（例えば、弁護士とその依頼人の關係、有価証券取引における金融機関とその得意先の關係）、法的告知義務が生ずる。予約の段階でも同じことが妥当する。これに対して、当事者間に特別の信賴關係がないにもかかわらず、売買契約上の信義誠実を根拠として作為義務を認めることはできない。「信義誠実」は外延の不明確な概念であるから、これが処罰の根拠付けに用いられるならば、法的安定性が侵害されることにならう。つり銭「詐欺」の一類型、すなわち、つり銭を支払おうとするものが過分のつり銭を渡そうとしているとき、それを知らぬがら受け取って立ち去るような場合、上記の作為義務を発生させる前提要件に欠け、詐欺罪は成立せず、占有離脱物横領罪の成立する余地が残るに過ぎない。つり銭「詐欺」のいまひとつの類型、すなわち、過分のつり銭であることに気づかず、後に気づいたにもかかわらず返還しないときは、占有離脱物横領罪が成立する<sup>(14)</sup>。

法令に基づく保障人の地位と契約に基づく保障人の地位の区別は流動的である。契約といえども、保障人義務の内容と限界を定めるために、法律の規定から補充、解釈されねばならないことがあるからである。契約当事者に、保護義務、監視義務の内容と範囲を自ら決めることができる場合、契約に基づく保障人の地位が生ずる。これに対して、義務の内容及び範囲がおおよそ法令に定められている場合、かかる法令が合意の意思表示があつて初めて適用される場合でも、法令に基づく保障人義務が生ずる<sup>(15)</sup>。

注

(54) Nowakowski, (Fn. 32), § 2 Rn 29.; Steininger, (Fn. 2), § 2 Rn 28.; Hüf, (Fn. 1), § 2 Rn 68; 内田 (注5) 三一九頁。リットラーに

- 見られるように、従前、保障人の地位は、違法要素と理解されていたのだが、その根拠は、作為においてのみ構成要件該当性が違法性を徴表するからであり、不作為にあつては構成要件該当性が違法性を推定させるものではないところにあつた。Th. Rittler, *Lehrbuch des österreichischen Strafrechts*, 2. Aufl., 1954, 55.
- (55) *Nowakowski*, (Fn. 32) § 2 Rn 32.; *Steininger* (Fn. 2) § 2 Rn 28.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 68.
- (56) BGHSt 16, 155.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 128.; ムツタスは、保障人義務は規範的構成要件要素であつて、故意が認められるためには、行為者が保障人義務の社会的意味内容を認識していなければならないと論ずる。例えば、父親が、自分の三〇歳になる息子が川に流されているのに気づきながら、自分には保障人義務がないと考えるとき、保障人義務の素人的認識すらなく、したがつて、規範的構成要件要素の社会的意味内容に関する錯誤が認められ、故意は排斥される。行為者が社会的意味内容を少なくとも素人的にも認識しているとき、行為者が不処罰を信じていても、それは無視されるべき包摂の錯誤にすぎない。Fuchs, (Fn. 1), 37. Kap. Rn 76.
- 参照 福田平『全訂刑法総論』(一九八四年)九一頁以下「保証者の地位は、……違法類型としての構成要件に属し、記述されていない構成要件要素である。これに反し、保証者の地位から生ずる帰結としての保証者の義務そのものは、構成要件に属しない。……保証者の地位についての錯誤は構成要件の錯誤であるが、保証者の義務そのものについての錯誤は、違法性の錯誤」である。井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五年)三六頁以下。これに対して、大塚仁『刑法概説総論』(改訂版)一九八六年・一四一頁は「保証者の地位と保証者義務を包括した保証義務の内容として捉え、記述されない規範的構成要件要素と見る。同旨、佐久間修(注44)七三頁。木村亀一『刑法総論』(増補版・阿部純二増補)一九七八年・一九六頁は「作為義務に関する錯誤は構成要件の錯誤であつて、禁止の錯誤(法律の錯誤)ではないとする。西原春夫『刑法総論』一九八七年・二六七頁は「作為義務に関する錯誤は違法性の錯誤である」と論ずる。
- (57) *Nowakowski*, (Fn. 32) § 2 Rn 3.; *Trifflerer*, (Fn. 8), 14. Kap. Rn 26.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 70.
- (58) *Trifflerer*, (Fn. 8), 14. Kap. Rn 26.; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 11.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 36.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 70, 78. 團藤重光『刑法綱要総論』(第三版)一九九〇年・一五〇頁。
- (59) *D. Kienapfel*, Die Garantpflichten (§ 2 StGB): System, Voraussetzungen und Grenzen, JB 1975, Heft 1/2, 13 ff., 15 ff.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 70.
- (60) *Trifflerer*, (Fn. 8), 14. Kap. Rn 26.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 30.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 71.
- (61) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 34.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 72.

これに対して、大塚(注56)一四三頁、前田(注44)一三七頁は、作為義務の法的根拠として、法令、契約・事務管理と並んで慣習、条理(特に先行行為)を挙げる。大判大正一三年三月一四日刑集三卷二八五頁「死体遺棄罪ハ……死体ヲ其ノ現在セル場所ヨリ他ニ移シテ之ヲ放棄スル場合ハ勿論法令又ハ慣習ニ依リ葬祭ヲ為スヘキ責務アル者若ハ死体ヲ監護スヘキ責務アル者カ擅ニ死体ヲ放置シ其ノ所在ノ場所ヨリ離去スルカ如キモ亦死体遺棄罪ヲ構成スル……被告ハ甲ト親族法上身分關係ナキハ勿論雇傭其ノ他何等監護ノ責務關係アル者ニ非シテ配偶被告所有ノ炭燒窯ニ於テ木炭製造中右甲カ誤テ其ノ燃焼セル窯中ニ陥リテ焼死セテ遂ケタルコトヲ知テ之ヲ搬出セス同人ノ陥没セシケルヲ塞キ依然其ノ燃焼作用ヲ繼續セシメタルニ過キサレモノナレハ被告ハ此ノ場合ニ於テ焼死セル前記甲ノ死体ヲ埋葬シ若ハ監護スヘキ法令又ハ慣習上ノ責務ヲ有スルモノト謂フヲ得サルニ依リ其ノ死体ヲ窯中ニ放置シ其ノ焼クルニ委セシ如キハ道義上ヨリ論スレハ固ヨリ非議スヘキモノナリト雖法律上該死体を窯中ヨリ搬出シ葬祭ヲ行フニ適スヘキ状態ニ置クヘキ責務ヲ有スルモノニ非スト謂ハサルハカラサルヲ以テ本件被告ノ所為ハ死体遺棄罪ヲ構成セサルモノト論断セサルヲ得ス。東京高判昭和四五年五月一日高集二三卷二号三八六頁「刑法第二一八条第一項の保護責任の根拠は、法令、契約、慣習、条理などのいづれであるかを問わないのであって、……自動車運転者が歩行者を誘つて助手席に同乗せしめて走行中、しきりに下車を求められたにもかかわらず走行を継続したため、同乗者が路上に飛び降り重傷を負つた場合に、その救護を要する事態を確認した運転者としては、いわゆる自己の先行行為に基き、刑法第二一八条第一項の保護責任を有する」。

- (62) *Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rn 6.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 74.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 31. オーストリア刑法第二条は、「『法秩序に於て』特に自己の課せられべき義務に従つて結果を回避すべき事情にあり」と規定し、このことに明文で配慮している。
- (63) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 32.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 74.
- (64) *U. Medgonic*, *Unterlassung der Anzeige nach § 84 StPO - Amtsmißbrauch?* JBl 1992, 423 ff., 424.
- (65) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 11.; *Fuchs*, (Fn. 1), 37. Kap. Rn 42.
- (66) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 35.
- (67) *Armin Kaufmann*, (Fn. 26), S. 283 ff.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 47 ff. 参照「上山敏雄「保障人義務の理論的根拠」(森下忠先生古稀祝賀『変動期の刑事政策上巻』一九九五年所収)一八九頁以下、一九三頁以下がドイツの学説を俯瞰している。」
- (68) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 38.
- (69) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 16), § 59 IV. 2.; *Stree*, (Fn. 9), § 13 Rn 7 ff.
- (70) *Kienapfel*, (Fn. 59), 70.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 38.

- (11) *Trüfnerer*, (Fn. 8), 14. Kap. Rn 32.; *Fuchs*, (Fn. 1), 37. Kap. Rn 46.
- (12) *Trüfnerer*, (Fn. 8), 14. Kap. Rn 32.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 79.
- (13) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 22.; *Th. Weigend*, Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar, 12. Aufl., 2007, § 13 Rn 22.
- (14) *Otto*, (Fn. 46), § 9 Rn 42 ff. vgl. *J. Brammssen*, Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantpflichten, 1986, 131, 169.
- (15) *B. Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971, 231 ff.
- (16) *B. Schünemann*, Die Unterlassungsdelikte und die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Unterlassungen, ZStW 96 (1984), 287 ff. 294.
- (17) *B. Schünemann*, Die Funktion der Abgrenzung von Unrecht und Schuld, in: *E. Gimbernat, B. Schübemann u. J. Wolter* (Hrsg.), Bausteine des europäischen Strafrechts. Coimbra-Symposium für C. Roxin, 1995, 66 ff., 72 ff.
- (18) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 17 ff.
- (19) *G. Jakobs*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1991, 28. Abschn. Rn 14 f., 29. Abschn. Rn 27 f.
- (20) *J. Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993, 353 ff. 366 ff.
- (21) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 31.
- (22) *K. Seelmann*, Opferinteressen und Handlungsverantwortung in der Garantpflichtdogmatik, GA 1989, 241 ff., 244; *ders.*, Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, § 13 Rn 46.
- (23) *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 42.
- (24) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 21.
- (25) *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 42.
- (26) *Weigend*, (Fn. 73), § 13 Rn 24.
- (27) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 16), § 59 IV. 2.; *Stree*, (Fn. 9), § 13 Rn 8.; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 40.; *P. Lewisch*, Casebook Strafrecht, 2007, 122.; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 79.
- (28) *Steininger*, (Fn. 1), § 2 Rn 40.; *Medgovic*, (Fn. 64), 424 f.; *Lewisch*, (Fn. 87), 117.
- (29) Vgl. *U. Ebert*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1994, 160 f.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 43.; *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. 4), § 15 Rn 50 f.

- (90) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 84.
- (91) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 84.
- (92) *H. Frysler*, *Strafrecht AT*, 3. Aufl., 2008, 22. Kap. Rn 36.
- (93) *R. Moos*, *Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2. Aufl., 2005, § 78 Rn 31.  
 “この刑法等語は‘配偶者の保護義務’に由来するのは‘保護されるべき者を’外部からの危険から保護する’することを内容とし、  
 ‘自分自身からの危険から保護する’ことを含んでいないこと’自殺に関しては一切配偶者の保護義務を否定するのが一般である。  
*Rudolph*, (Fn. 46), § 13 Rn 52; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 46 f.; *Weigend*, (Fn. 73), § 13 Rn. 28.  
 しかし、この連邦裁判所は殺人罪の成立を肯定している。BGHSt 2. 150 [夫が自殺しかけて意識不明に陥っているのを見よう放置  
 した妻には故殺罪が成立する]”。
- (94) *Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rn 9; *Fuchs*, (Fn. 1), 37. Kap. Rn 47.
- (95) *Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rn 9 u. Rn 18; *Triffner*, (Fn. 8), 14. Kap. Rn 33; *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 23; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 60; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 43; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 85.
- (96) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 43.
- (97) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 85.
- (98) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rz 23.
- (99) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 43; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 85.
- (100) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 44. 扶養義務を肯定する。 *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 73, 85.
- (101) *Baumann/Weber/Mitsch*, (Fn. 4), § 15 Rn 54; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 86; *Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rn 18.
- (102) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 46; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn. 86.
- (103) Vgl. BGH NSZ 1984, 164. *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 37.
- (104) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 46; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 86.
- (105) *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 47; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 86.
- (106) *Wessels/Bautke*, (Fn. 36), Rn 718. これに対して、ロクスナーは成人の子が親元を去ったときは親の保障人の地位を否定する。  
*Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 40.

- (107) *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 34 f.; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 51.
- (108) *Fuchs*, (Fn. 1), 37. Kap. Rn 47; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 87.
- (109) *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 55. ドイツ連邦裁判所は「成人の子のその親に対する保障人義務を「密接な生活共同体」から導出してゐる。BGHSt 19, 167. これに対して「ロクスティーン」は「子がその親と共同生活を送っている。つまり、保護機能の引き受けが見られる場合にのみ保障人義務を肯定する。」*Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 43. イエシエック／ヴァイゲントは「保障人義務を親のその子との依存関係がある場合に限定する。」*Jeschek/Wegenand*, (Fn. 16), § 59 IV 3 a.
- (110) *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 53; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 44; *Rudolph*, (Fn. 46), § 13 Rn 48.
- (111) *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 60 a.; *Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 44.
- (112) *Kienaffel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 10.; *Stree*, § 13 Rn 18. これに対して「ロクスティーン」は「父親はその非嫡出子に対して共同生活をしない限り保障人の地位を否定する。」
- (113) Vgl. *Kienaffel/Höpfel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 11 V.; V. *Krey*, *Deutsches Strafrecht AT*, Bd. 2, 3. Aufl., 2008, § 36 Rn 339; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 84. 但し「キェール」は「市民が警察の介入を要請する場合にのみ、警察官の保障人の地位を肯定する。その理由は「公務義務と保障人義務を等値すると、保障人義務が無限に拡大すること、これを防ぐためには、公務を基礎付ける一般条項を超える、個人保護法益の特別の保護が要請されるべきであり、それ故、具体的公務義務の基礎には、警察官と当該保護法益の担い手たる市民の間に人的関係が存在しなければならぬ」というのである。もともと、「要請」が現実の状況から不可能の場合には、例外的に「その必要ではないし、生命や健康に対する犯罪にあつてもその必要はない」と論ずる。*Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 87-89. しかし、この主張は適切でない。市民が警察の介入を要請するというのが国の保護機能の発生根拠なのではなく、それを具体化させているのにすぎないからである。*Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 97. 神山敏雄「保障人義務の類型」岡山大学法学会雑誌第四四巻第一号（一九九四年）一頁以下、三二頁以下は「引き受け」説を展開している。
- ドイツ連邦裁判所も警察官の保護保障人の地位を肯定している。BGHSt 38, 308 「犯罪を防止する警察官の公法上の義務は、各構成要件によって保護される法益をこれに迫り来る危険から守ることに仕える。公衆のために規範違反状態を防止したり除去すること、及び、個人のために個人法益の安全を確保することというこの二つの保護目的は分かれがちがたく相互に結びついている。したがって、個々の市民を犯罪から保護するという任務は他の内容を有する職業義務の反射・副次効果ではなく、警察官の職業義務の本質的構成要素である。このことは、すでに市民が国に対する公法上の権利主体であるということから生ずる。したがって、市民は、警察にそ

の法益保護のために介入してもらう請求権を有する」。

(114) Vgl. BGHSt 38, 391 f. 「勤務時間外に訪れた居酒屋でそこで売春経営の行われていることを聞知した警察官が介入しなくても、刑法第一八〇条<sup>a</sup>（売春奨励罪）の不作為による幫助罪は成立しない」。

*Wiegand*, (Fn. 73), § 13 Rn 31. vgl. Pavlik, *Der Polizeibeamte als Garant zur Verhinderung von Straftaten*, ZStW 111 (1999), 335, 353 f.

ドイツ刑法学では、警察の保障人の地位を否定する見解も見られる。この否定説は、市民には自己保護の包括的権能（正当防衛、緊急避難、自力救済）があり、国と市民の間には依存関係が無く、自ら自己保護の責務を負うということから出立する。したがって、市民を保護する警察の責務は特殊の責務ではなく、市民も刑法第一三八条、第三二三条<sup>c</sup>によって相互に負う緊急の場合の一般的救助義務であり、警察官には公的安全と秩序を保護する義務があり、市民を保護する義務はせいぜい職業義務の反射効果副次効果に過ぎない。D. *Herzberg*, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip*, 1972, 356; *Radolphi*, (Fn. 46), § 13 Rn 54 c; B. *Schünnemann*, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars*, GA 1985, 341 ff., 379 f.

しかし、この見解は妥当でない。たしかに、市民には自己保護の様々な手段があるが、それでも、市民はその安全を確保するために国の保護に頼っているし、またそれを信頼せざるをえない。国と警察が存在しなければ、社会はアナキーの状態に陥り、市民の安全もはやまったく保障されないことになろう。Roxin, § 32 Rn 93. 「外的、内的安全の確保が国の主要目的である。そのために、啓蒙された人は市民の地位に就くのである。つまり、生来の自由を緊急行為権の行使に限定し、法律に服する必要がある」。Jakobs, (Fn. 79), 29. Abschn. Rn 77 d.

(115) Roxin, (Fn. 5), § 32 Rn 98.

(116) Jakobs, (Fn. 79), Abschn. 29 Rn 77 d.

(117) Frisler, (Fn. 92), 22. Kap Rn 39.

(118) Moos, (Fn. 93), § 78 Rn 33.

(119) 大判大正四年二月一〇日刑録二一輯九〇頁「契約によって六ヶ月未満の幼児の養育の義務を負う者が、故らに殺害の意思をもって生存に必要な食物を与えず死亡させたときは、殺人罪が成立する」。

(120) 大判大正一五年九月二八日刑集五卷三八七頁「病者を引き取り自宅に同居せしめた者は、民法事務管理の法理に照らし、病者がその保護を受ける要なきにいたり、又は、その保護を為す者あるに至るまで、法律上継続して保護すべき義務を負い、この義務を果た

- 「やむを得ず」保護責任者遺棄罪が成立する。」
- (121) *Jescheck/Weigend*, (Fn. 16), § 59 IV. 3 c.; *Rudolph*, (Fn. 46), § 13 Rn 59; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 95; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 90.
- (122) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 90; *Rudolph*, (Fn. 46), § 13 Rn 59.
- (123) *Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rn 11; *Triffler*, (Fn. 8), 14. Kap Rn 41; *Hilf*, (Fn. 1) § 2 Rn 90. 以下 *Rudolph*, (Fn. 46), § 13 Rn 59.
- (124) *Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rz 12; *Kienapfel/Höbel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 23; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 90.
- (125) *Kienapfel*, (Fn. 59), 20f.; *Kienapfel/Höbel*, (Fn. 6), Z 30 Rn 14; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 96; *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 91. この点に「オーストリア刑法第二條は」法秩序によつて特に自己に課せられている義務」と規定しているため、「オーストリア刑法においては」「特別の義務」が第二條から導かれるのではなく、「同條の前提とせられてゐると理解されるのであり」したがつて、「第二條の適用があるのは」「既に法的（刑法又は刑法以外の）義務が存在する場合に限定され、信頼関係を事実上引き受けたといふことだけでは法的保護義務を基礎付けない」との根本的批判を加えてゐる。*Triffler*, (Fn. 8), 14 Kap Rn 38.
- (126) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 91.
- (127) *Nowakowski*, (Fn. 32), § 2 Rn 10; *Triffler*, (Fn. 8), 14. Kap Rn 39; *Steininger*, (Fn. 2), § 2 Rn 102; *Lewisch*, (Fn. 87), 122; *Weigend*, (Fn. 73), § 13 Rn 35.
- (128) *Kienapfel*, (Fn. 59), 21; *Fuchs*, (Fn. 1), 37. Kap Rn 51; *Domusch/Tag*, (Fn. 35), 305.
- (129) *Triffler*, (Fn. 8), 14. Kap Rn 39. 「事実上の」引受け必要説も、その例外として「子守を引き受けた者には、実際にまだ子守に就いてゐなくとも、依頼者が子守の来ることを信頼して外出すると、その時点で保障人の地位が生ずるとしてゐる。」*Fuchs*, (Fn. 59), 37. Kap Rn 52; *Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 70. これに対して「ロクスターン」は、「このような例外を認めるとは」「引受け原則」の放棄を意味するものであり、「この事例では、依頼者に刑事責任を問ふべきである」と論ずる。*Roxin*, (Fn. 5), § 32 Rn 66. 病人からの電話で治療を引き受けた医師も、両者の信頼関係が成立したと見做す観点から、その時点で保障人の地位に立つのであり、事実上の引き受けを要しないとの説もある。*Kühl*, (Fn. 52), § 18 Rn 70. しかし、「これに対して、治療行為の特殊性から、治療を引き受けた医師は常時患者の側にいなければならぬといふことはなく、事実上の引受け」は患者の地位が生じた時点で認められ、「事実上の引受け

- け」の例外ではならぬとの説もある。Roxin, (Fn. 5), § 32 Rn 70.
- (130) Triffterer, (Fn. 8), 14. Kap Rn 39, 42. なお、水泳客の契約当事者は当該水泳場の経営者であるということも重要な意味を有しない。水泳場の監視人はその経営者の契約履行補助者であり、水泳客は当該経営者の保護領域内にいるからである。Leusch, (Fn. 73), 121.
- (131) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 6), Z 30 Rn 15.
- (132) Nowakowski, (Fn. 32), § 2 Rn 24.
- (133) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 6), Z 30 Rn 15.
- (134) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 6), Z 30 Rn 23.
- (135) Steininger, (Fn. 2), § 2 Rn 101.; Stree, (Fn. 9), § 13 Rn 29.
- (136) Steininger, (Fn. 2), § 2 Rn 103.
- (137) Kuhl, (Fn. 52), § 18 Rn 73 f.; W. Wohler, Nomos-Kommentar Strafgesetzbuch Bd. 1, 2. Aufl., 2005, § 13 Rn 39.; Weigend, (Fn. 73), § 13 Rn 36. これに反して、ノースマンは明らかな引受を要求する。Schimmenn, (Fn. 75), 353.
- (138) ロンズマン、ルーズルンは、他の医師の治療を受けている患者との関係では保障人義務を肯定し、また治療を受けていない患者との関係では実際に引受けて初めて保障人義務を肯定する。Roxin, (Fn. 5), § 32 Rn 75.; Rudolph, (Fn. 46), § 13 Rn 61.
- (139) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 6), Z 30 Rn 16.; Steininger, (Fn. 2), 106.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 100.
- (140) Donatsch/Tag, (Fn. 35), 306 f.
- (141) Kienapfel/Höpfel, (Fn. 6), Z 30 Rn 17.; Steininger, (Fn. 2), § 2 Rn 107.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 101.; Weigend, (Fn. 73), § 13 Rn 40.
- (142) V. Krey, U. Hellmann, Strafrecht BT, Bd. 2, 13. Aufl., 2002, Rn 351-353.; Roxin, (Fn. 5), § 32 Rn 76.; BGHSt 39, 302, 400f.
- (143) これに対して、大判昭和四年三月七日刑集八巻一〇七頁「抵当権の設定・登記のある不動産を売却する場合には、売主は取引における信義誠実に基づきその事実を買主に告知する法律上の義務を負い、これを黙秘して買受代金を交付せしめたとき、詐欺罪が成立する」。
- (144) Nowakowski, (Fn. 32), § 2 Rn 8, 25.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 103.
- (145) Triffterer, (Fn. 8), 14. Kap Rn 35.; Steininger, (Fn. 2), § 2 Rn 97.; Hilf, (Fn. 1), § 2 Rn 103.

(一七〇)

## Die Systematik der Unterlassungsdelikte (3)

Toshio YOSHIDA

### Inhaltsverzeichnis

#### Einführung

#### Erster Abschnitt Unterlassungsdelikte im Allgemein

1. Systematik und Arten der Unterlassungsdelikte
2. Echte Unterlassungsdelikte
3. Unechte Unterlassungsdelikte
4. Komplexe Verhaltensweisen
  - a) Unterscheidung des Tuns und Unterlassens
  - b) Ein einheitliches Gesamtgeschehen
  - c) Mehrphasige Geschehensabläufe
  - d) Schwerpunkttheorie
  - e) Unterlassen durch Tun (Band XLIV, Heft 1)

#### Zweiter Abschnitt Tatbestand der unechten Unterlassungsdelikte

##### A. Objektiver Tatbestand

1. Vorliegen einer die Erfolgsabwendungspflicht begründenden Situation
2. Nichtvornahme der gebotenen Handlung (Unterlassung)
3. Tatsächliche Möglichkeit zur Vornahme der gebotenen handlung
4. Eintritt des Erfolges
5. Unterlassungskausalität (Band XLIV, Heft 2)
6. Garantenstellung
  - a) Grundlegendes
  - b) Einzelne Garantenpflichten
    - (1) Rechtsvorschrift
    - (2) Freiwillige Pflichtenübernahme (Band XLIV, Heft3/4)