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(七)
著者	吉田，敏雄
引用	北海学園大学法学研究，45(4)：675-700
発行日	2010-03-31

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

論説

不作為犯の体系と構造　(七)

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44巻第1号)
第二章　不真正不作為犯の構成要件
Ⅰ　客観的構成要件
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44巻第2号)

6　保障人の地位
(1)　総説
(2)　保障人の地位
a　法令
b　任意の義務引き受け（契約）（第44巻第3＝4号）
c　危険を基礎付ける先行行為
d　危険源責任
e　その他　（第45巻第1号）
(3)　わが国の最近の諸学説
a　先行行為説
b　事実上の引き受け説（具体的依存性説）
c　法益存立の依存関係説
d　物理的危険創出行為、法益・危険源の意識的引き受け説
e　因果経過支配説
f　排他的支配、危険創出（増加）説
g　効率性説
h　機能二分説
i　準作為犯説
(4)　わが国の判例
a　法令・任意の義務引き受け（契約）
b　先行行為
c　危険源責任　（第45巻第2号）

II　主観的構成要件
1　故意の内容と対象
2　構成要件的錯誤
III　客観的帰属
1　行為帰属
a　等価値性修正
b　消極的安楽死
2　結果帰属
a　相当性連関
b　危険連関
c　仮定的代替適法行為　（第45巻第3号）

第三章　違法性
1　緊急避難
2　保障人の義務衝突
3　被害者の承諾
4　正当防衛
第四章　責任
第五章　未遂
(1)　障害未遂
(2)　中止未遂
(3)　不能未遂　（以上本号）

第三章　違法性

構成要件要素つまり不法要素のすべてが充足されると、作為犯におけるのと同様に、結果回避不作為の違法性が徴表される。したがって、違法性の段階では、正当化事由の存否だけが問題となる。[1] 保障人の地位が違法性の要素であり、したがって、違法性判断に当たっては、構成要件該当性に加えて保障人の地位が積極的に認定されるべきであるから、不真正不作為犯の構成要件はいわゆる「開かれた」構成要件であり、そうすると不真正不作為犯では構成要件の違法性徴表効果は認められないとの見解[2]は拒否されるべきである。保障人の地位は客観的構成要件要素である。[3]

1　緊急避難

不真正不作為犯の正当化事由としては、先ず、緊急避難がある。例えば、火災の際に、他人の物の保管者がその保管義務に従うことなく、別人の本来保管義務のないより価値の大きい物を救出する場合、保管義務を果たさなかったという不作為には正当化事由としての緊急避難が認められる。[4] この場合、別人の物が保管義務のある物と比較して同価値のときでも、保管義務に従わない不作為には正当化の緊急避難が成立する。別人の物を不作為によって損壊することはその第三者の権利侵害を意味するのであって、そのような権利侵害は、保管義務によって保護される法益が優越する場合にのみ許されるからである。[5]

保障人がその救助義務を果たすためには同時に自分の法益を危殆化するか犠牲にするしかない場合も、正当化事由の緊急避難が問題となる。例えば、火災に際して、自分の生命を賭さなければ自分の妻を救助し得ない夫が、救助行

為に出ないとき、正当化事由の緊急避難が成立する。救助行為の不作為によって守られなかった利益が不作為者自身の利益に優越していないとき、当該不作為は緊急避難によって正当化される。救助義務の履行によって利益を享受する者は、現在の危難に直面して、自らが許される避難行為をしたならばそこから生ずる害よりももっと大きな犠牲を払うことを救助義務者に要求することはできないからである。(6)

作為義務と不作為義務が衝突する場合も緊急避難の領域に入る。この場合、一般的には不作為義務が作為義務に優先する。刑法は、法的平和を維持する上で、作為を義務付けるのではなく、不作為を義務付けることで満足している。他人の利益に積極的に危害を加える者が処罰を免れるにはその正当性を証明しなければならない。これに対して、不作為にとどまる者は、そのことによって第三者の権利を侵害することはないのであるから、一般にはその正当性を証明する必要はない。例えば、人工呼吸器が一台しかない病院に、重態患者が搬送されてきたとき、担当医師が、既に別の重態患者に取り付けられていた人工呼吸器を取り外し、急患に取り付けたところ、当初の患者は間も無く死亡し、後から入院した患者は数週間後に無事退院できたという場合、当初の患者を殺してはならないという不作為義務（禁止規範）が優先するので、正当化緊急避難は成立しない。生命対生命という同価値の法益が対立している状況において、急患を救命するために既に治療の開始されている患者を犠牲にすることは許されない。(7)

これに対して、犬に襲われている自分の子を守るためにやむを得ず他人の箒を用いてその犬を撃退したが、その箒も折れたという場合、ここでは子の生命・健康対物という位階の異なる法益が対立しているのであり、子を守るという作為義務は他人の物を損壊してはならないという不作為義務に違反してしか実現できず、したがって、（義務）緊急

避難が成立する。[8]

2　保障人の義務衝突

不真正不作為犯における特別の正当化事由はいわゆる保障人の義務衝突である。すなわち、行為者に同時に複数(二個又はそれ以上)の、法的に重要な作為義務が課せられるが、具体的状況からして一つの義務しか果たしえない場合である。これは行為義務衝突と呼ばれる。

規範の名宛人が義務衝突の状況において一つの義務しか履行し得ないとき、果たせなかった義務に関して、「誰も不可能なことを義務付けられない」という原則が妥当する。規範名宛人は、義務が競合しているとき、自分の果たしえない義務に関して、行為不法が消滅し、違法性が阻却される。

規範名宛人が競合する義務の中からいかなる義務を履行するべきかについては、義務の重さが規準となる。

より価値の高い義務とより価値の低い義務が衝突するとき、より価値の高い義務が履行されなければならない。例えば、医療従事者が保障人として、火災に際して、高価な医療機器と生命・身体に危険の迫っている患者を救い出すという二つの義務を有しているところ、医療機器を犠牲にして、患者を救出するとき、二つの義務のうち一つしか果たしえない状況にあるなら、生命救助義務が優先する。医療機器の損壊を阻止しなかったという不作為は正当化される。同様に、船客と小荷物が海上に落下したとき、船長は船客を犠牲にして小荷物を回収してはならないのである。

これらの場合、保障人には、犠牲になった法益に関して、それを救助する可能性も、確実性に境を接する蓋然もあったのであり、したがって、構成要件該当性が肯定されるものの、違法性が阻却される。

同価値の義務が衝突しているときは、法はどちらの義務を履行するのが「正しく」、したがって、どうするべきかの判断基準を与えることはできず、どの義務を履行するかは規範の名宛人の判断に委ねられるのである。[9] 炎に包まれた家屋の中で、父親がその幼児二人のうちの一人しか救助し得ない状況にあるとか、搬送先の病院に医療器具が一台しかなく、そこに同時に搬送された二人の重態患者の一方にしか接続できないといった場合がある。履行されなかった作為義務に関しては、違法性が阻却される。[10] これらの場合、義務付け規範が限定されるのであって、法的には、行為者に二人を救助する義務が課せられるのではなく、一人を救助する義務しか課せられない。具体的状況において誰にもできないにもかかわらず、行為者に対しては二人とも救助するようにとの不可能な要求をすることは到底できない。[11] そうすると、義務が衝突しているのではなく、利益が衝突しているのである。したがって、行為者が二人とも救助しなかった場合、二個の（故意又は過失の）殺人罪ではなく、一個の（故意又は過失の）殺人罪が成立することになる。[12] 違法性阻却判断にあたっては、行為者の動機を問題とするべきではない。法の下において人間の生命は同価値なのであるから、法が行為者の動機を評価し、それに基づいて作為義務の優先度を決定してはならない。[13]

競合する義務の衡量にあたっては、危険に瀕している法益の価値、同価値法益の侵害の重さ、危険の切迫性の程度（救助の緊急性）が考慮されなければならない。例えば、重傷者の治療は軽傷者の治療よりも優先されるべきである。緊急状況を惹起した者の違法性も考慮される。例えば、違法に事故を惹き起こした者が生命の危険な状態にあり、他

方、それによって被害を蒙った被害者は軽傷にとどまるとき、前者が優先的に治療されるべきであるが、両者ともに同程度の怪我の状態であれば、被害者の治療が優先されるべきである。[14]

3　被害者の承諾

危機に瀕している者が救助を断念するか、拒否するとき、承諾の正当化事由が働く。しかし、こういった場合、既に、危険回避のための保障人の作為義務が否定されることが多い。但し、救助を必要とする者の自由な意思決定が存在すること、自分の行動の射程距離を知っていること、拒否することの状況的意味を理性的に理解できることがその前提要件となる。このことは、病人の面倒を見るための救助処置にもいえる。いかなる救助も拒否する者は、自分の運命の自己答責的引き受けをしているのであり、重大な損傷が迫っているとか、処分のできない法益が問題となっており、それ故、被害者の承諾という正当化事由が働かない場合であってもそうである。[15]

4　正当防衛

不作為が正当防衛によって正当化される事態というのはほとんど考えられない。急迫不正の侵害行為を不作為によって防衛するというようなことを想定できないからである。[16] これに対して、一定の状況の下では、不作為は正当防衛における「侵害」と見られうることがあり、これに対しては正当防衛が許される。例えば、犬の飼い主が、その犬が通行人を襲っているのを見ながら、引き止める行動に出ないとき、犬の飼い主は不作為による「侵害」を行なっている。犬の飼い主は、危険源責任者としての保障人の地位にあるからである。不作為による侵害に対しては、危険源自体（犬）に対しても、不作為者自身に対しても防衛行為は可能である。後者の場合、正当防衛者は侵害者に対して

その犬を呼び戻すように強いることができる。[17]

母親がその幼子に食事を与えず餓死寸前の状態にあるとき、母親の不作為による「侵害」があり、第三者はその子の母親に食事を与えるように強いることができるし、場合によっては母親の住居に入り自ら幼子に食事を与えることができる。[18]

注

(1) *E. Steininger*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2001, § 2 Rn 125.; *K. Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2008, § 18 Rn 135.; *H. Fuchs*, Österreichsches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 37. Kap Rn 80.

(2) *Th. Rittler*, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, 2. Aufl., 1954, 128 mN.

(3) O. *Triffterer*, Österreichisches Strafrecht, 2. Aufl., 1985, 14. Kap Rn 88.; *E. Steininger*, Der Irrtum über normative Tatbestandmerkmale, JBl 1987, 295 ff., 299 ff. 参照、團藤重光『刑法綱要総論（第三版）』（一九九〇年）一四七頁。

(4) *Th. Lenckner, W. Perron, Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl, 2006, § 34 Rn 5.

(5) *H.-J. Rudolphi, Rudolphi/Horn/Samson/Günther*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1992, Vor § 13 Rn 29a.; *C. Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 31 Rn 205.

(6) *Rudolphi*, (Fn. 5), Vor § 13 Rn 29b.; *Roxin*, (Fn. 5), § 31 Rn 206.

(7) *W. Gropp*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2005, § 6. B. Rn 156-157.; *C. Roxin*, Strafrecht, Strafrecht AT I, 4. Aufl., 2006, § 16 Rn 117.

(8) 参照、内藤謙『刑法講義総論（中）』（一九八六年）六三八頁、六四二頁。*U. Kindhäuser*, Strafrecht AT, 3. Aufl., 2008, § 18 Rn 2.

作為義務と不作為義務が競合している場合として論理的義務衝突と呼ばれるものがある。例えば、刑法第一三四条では薬剤師に秘密保持義務が定められているが、刑訴法第一四九条では薬剤師に証言拒絶権が認められていない。そこで、薬剤師が法廷で刑訴法第

一六一条による証言を求められた場合、刑法上の業務上の秘密保持義務（不作為義務）と刑訴法上の証言義務（作為義務）が衝突することになるが、これは法規相互間の論理的関係を矛盾なく解釈することによって解決が図られる。刑訴法第一六一条によって刑法第一三四条の適用が制限されるので、この場合表見的義務衝突とも呼ばれる。内藤(注8)六三九頁、六四二頁。

ちなみに、不作為義務と不作為義務の衝突というのは存在しない。殺すな、盗むな、騙し取るなといった禁止規範は不作為義務を基礎付けるが、これらの不作為義務は同時に並存できるからである。もっとも、不作為義務と不作為義務の衝突の例として、高速道路を運転中、誤って反対車線にはみ出たが、停車することも、後ろ向きに走ることも、方向転換することも許されず、進退窮まるといった例が挙げられる。しかし、不作為義務の意味からすると、ここには実際には不作為義務と不作為義務の衝突は見られない。高速道路においては、安全な自動車交通といった観点から、道路交通上の義務が定められている。当然ながら、自動車運転者は高速道路で十分な理由もなく停車したり、逆走したりしてはならない。しかし、反対車線にはみ出た者の事例で、そのまま反対車線を走行し続けると、停車するときよりもにいっそう危険であるといえるとき、この具体的状況下で、この運転者に「停車してはならない」との不作為義務を課すことはできない。十全な注意を払って停車する運転者に不作為義務違反を問うことはできない。同様に、既に反対車線にはみ出た運転者が、交通状況からすると、安全な道路交通のためには、正しい方向へ転換したほうがよい場合もありうるのであって、この場合、この運転者に「方向転換してはならない」という不作為義務を課すことはできない。方向転換が危険にすぎる状況の下では、自動車を道路わきに停車すべきことになる。*Gropp*, (Fn. 7), § 6.B. Rn 165-168.

(9) *W. Küper*, Grundsatzfragen der „Differenzierung" zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung, JuS 1987, 81 ff., 89; *Roxin*, (Fn. 7), § 16 Rn 119. 参照、山中敬一『刑法総論（第二版）』（二〇〇八年）五四四頁。森下忠「義務衝突の法的構造」岡山大学法経学会雑誌三二号（一九六〇年）一頁以下、四一頁以下。大嶋一泰「刑法における義務の衝突」福岡大学三五周年記念論文集法学編（一九六五年）二七六頁以下。同「刑法における義務衝突と緊急避難」福岡法学第二一巻第三＝四号（一九七七年）二七五頁以下。内藤(注8)六四六頁。

(10) 同価値の義務衝突に関して、これを**構成要件不該当事由**と捉える見解もある。自分の二人の子のうち一人しか救助し得ない緊急状態の下にある父親には、初めから一つの、しかも代替的な生命救助義務しか課せられないのであり、父親はどちらかの子を救助しなければならないのであり、二人とも救助しなかったときは、殺害禁止を犯しているが、一個の既遂殺人罪しか犯していないと。*G. Freund*, Strafrecht AT, 2. Aufl, 2009, § 6 Rn 96a. しかし、この見解は適切でない。規範名宛人はどちらかの義務は履行できるのであるが、ただ同時に履行することができないだけである。それ自体構成要件に該当する不作為が、衝突する義務の履行のために

例外的に許容されるのである。*Kindhäuser*, (Fn. 8), § 18 Rn 3. 山中(注9)五四三頁。

他方、同価値の義務衝突を**責任阻却事由**と捉える見解もある。行為者は履行されなければならない、法秩序の要求する義務の一つを実際には履行しなかったのであり、この不作為は違法である。人間の生命を質的、量的に差異化することは許されないからである。しかし、法秩序は、正当化事由としての義務衝突とは異なり、解消不可能な義務衝突の只中にいる行為者の精神的決断を非難することはできないと。*H.-H. Jescheck, Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 33 V c.; D. *Kienapfel, F. Höpfel*, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, Z 30 Rn 28. 阿部純二「義務の衝突」(福田平、大塚仁編『演習・刑法総論』所収（一九七一年）一二三頁以下、一二八頁)。しかし、この説によると、勇気を奮ってやっと一人を救助した者も、どの道二人を救うことはできないのだからと考えまったく救助行為に出なかった者も等しく違法と判断されることになる。これでは、一人でも救助するようにと人々を動機付けることが難しくなろう。*W. Küper*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigrnden Pflichtenkollision im Strafrecht, 1979, 24.; *Roxin*, (Fn. 7), § 16 Rn 120.

なお、同価値の義務の競合の場合に、「法的に自由な領域」論から違法性阻却事由と同一の結論を導出する見解もある。*T. Dingeldey*, Pflichtenkollision und rechtsfreier Raum, Jura 1979, 478 ff. 近時のドイツ刑法学説の詳細については、勝亦藤彦「義務の『衝突』に関する一考察」(大谷實他編『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集（第二巻)』(二〇〇〇年）所収）二九五頁以下。

(11) 森下(注9)四二頁「義務衝突にあっては、一方の義務履行によって利益を受けるのも、他方の義務違反によって不利益を蒙るのも、ともに同一の法秩序である。この法秩序単一性の思想を肯定するかぎり、小損害選択の原理を義務衝突解決の規準原理として採用することは是認される。法秩序にとっては、同価値の義務間の衝突において、どちらの義務が履行されるかは問題でなく、どちらの義務も履行されないことこそ問題だからである。ここに、一方の義務が適法とされる根拠が存在する。いいかえれば、行為の適法性と合義務性とは表裏の関係に立っている」。

(12) *H. Schlehofer, Jeecks/Miebach*, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2003, Vor §§ 32 ff. Rn 164 u. 173.; *Kühl*, (Fn. 1), § 18 Rn 137.

(13) *Küper*, (Fn. 10), 24.; *Roxin*, (Fn. 7), § 16 Rn 121.

(14) *Roxin*, (Fn. 7), § 16 Rn 123.; *Schlehofer*, (Fn. 11), Vor §§ 32 ff. Rn 174. これに対して、事故を惹起した者の違法性は作為義務の優先度に影響を及ぼさないする説もある。*Th. Lenckner, Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 32 ff Rn 74.

(15) *Steininger*, (Fn. 1), § 2 Rn 126.; *M. Hilf*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005, § 2 Rn 146.
(16) *Roxin*, (Fn. 5), § 31 Rn 203.; *Hilf*, (Fn. 15), § 2 Rn 145.
(17) *P. Lewisch*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2003, § 3 Rn 16.; *Steininger*, (Fn. 1), § 2 Rn 126.
(18) *Roxin*, (Fn. 7), § 15 Rn 11. しかし、レーヴィシュ(注17)は、「侵害」が可能なのは、危険源（支配）管轄のある保障人だけに限定して、犬に襲われた子を見たその親が救助行為に出ないとき、犬の襲撃を阻止しないことが親の不作為による「侵害」とはいえないと論ずる。

参照、最決昭和五七・五・二六刑集三六巻五号六〇九頁〔日放労長崎分会会長であった被告人は、配転命令撤回、懲戒処分理由の明示を求め、長崎放送局長に団体交渉の申し入れをしたが、これを拒否されたので、他の組合員二〇数名とともに放送局の会議室の仕切りガラスを叩き割り、長机、ドアを壊し、会議室に侵入したという事案。〕「本件のように、使用者側が団体交渉の申入れに応じないという単なる不作為が存するにすぎない場合には、いまだ刑法第三六条一項にいう『急迫不正の侵害』があるということはできない」。

第四章　責任

不作為犯の責任非難は、行為者が、危機に瀕している法益を保護するべく積極的に出来事に介入するのに足りるエネルギーを使わなかったというところにある。この消極性において、一般的に、価値を積極的に侵害する場合よりも犯罪的心情が少ないといえる。不真正不作為犯の不法においては、等価値性の認定が要求されたが、それは不作為犯の不法の程度が作為犯のそれよりも一般的に低いことを意味するのであるが、不作為犯の責任も作為犯の責任よりも一般的に低いといえる。(1)

責任に関しても、基本的には、作為犯において展開される要件、すなわち、責任能力、不法の意識(の可能性)、期待可能性及び免責事由の不存在が妥当する。

作為犯において、実行行為時点に責任無能力が認められる場合、原因において自由な行為の法理の働く余地があるが、それと同様に、不真正不作為犯においても、行為者が自ら責任無能力を招来し、この時点で現実化している作為義務を果たせないとき、原因において自由な不作為（omissio libera in causa）の法理が働く。例えば、踏み切り番が、飲酒のため、遮断機を下ろせなくなるとき、その不作為の故に処罰可能である。(2)

構成要件的錯誤と命令の錯誤は区別されなければならない。行為者が保障人の地位を基礎付ける事情に関して誤った認識を有しているとか、保障人の地位を基礎付ける事情の社会的意味を正しく認識していないときは、構成要件的錯誤が存在するが、これに対し、行為者がこの両方を認識しているが、法的結果回避義務はないと考えるとき、この錯誤は保障人の地位自体に関するものではなく、保障人の地位から生ずる法的義務の存在ないし限界に関する錯誤である。これは命令の錯誤といわれるもので、禁止の錯誤と同様に扱われる。すなわち、命令の錯誤が回避できないとき、責任が阻却される。例えば、夫が川でおぼれている女性が自分の妻だとは気づかなかったとき、保障人の地位に関する錯誤があるが、妻だと気づきながら、離婚間じかだから法的救助義務はないと考えるとき、命令の錯誤がある。(3)命令の錯誤を回避できない場合というのは、作為犯の禁止の錯誤を回避できない場合よりも多いといえよう。危険に瀕している法益を積極的介入によって保護する義務は、容易に認識できない場合が多いばかりか、保障人の地位とその射程距離に関して未解明の部分が多くあり、判例・学説の今後の展開に委ねられているところが大きいからである。(4)

現実の作為可能性から区別されるべき、命令された作為（適法行為）の期待可能性は不作為犯の独立した責任要素である。[5] 不作為者の身体的及び精神的属性をもっていて、しかも法的に保護される価値を尊重する人であっても、具体的状況において、命令された作為をすることが「現実には期待できなかった」場合、保障人の地位にある者を非難することはできない。[6] また、保障人の地位にある者に命令された作為をすることは可能だったとしても、しかし、葛藤状況から異常な動機形成が生じ、そのため、法による作為の命令に従うことがあまりにも高すぎる要求の場合も、期待可能性は否定される。[7] 例えば、父親が、火災で不安のあまり父親にしがみつく一歳の子を、地上で待ち受けている救助隊員の腕めがけて、その燃焼中の三階の部屋から投げ込む気には到底なれない場合、期待可能性はない。[8] 故意の作為犯とは異なり、しかし、過失犯と同様に、不真正不作為犯では、期待可能性の積極的認定が必要である。[9]

注

(1) *R. Moos*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 75 Rn 25.; *M. Hilf*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl, 2005, § 2 Rn 148.

(2) *K. Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2008, § 18 Rn 12, 22, 32 u. 138.

(3) *D. Kienapfel, F. Höpfel*, Strafrecht AT, 12. Aufl., 2007, Z 30 Rn 28. 参照、福田平「不真正不作為犯における保証者的義務の錯誤」（『團藤博士古希記念論文集第一巻』（一九八三年）所収）一四五頁以下。

(4) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 151.

(5) *Kienapfel/Höpfel*, Z 29 Rn 9. これに対して、シュトレーは、具体的状況から行為の期待ができないとき、作為の事実的可能性がない場合と同様に、結果発生の阻止義務は生じないとして、期待可能性を構成要件の問題と捉えている。*W. Stree, Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vorbem §§ 13 ff Rn 155.

(6) *M. Burgstaller*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2001, § 6 Rn 100 u. 101.

(7) *R. Moos*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2004, § 4 Rn 125.; *M. Burgstaller*, (Fn. 6), § 6 Rn 101.
(8) *Kienapfel/Höpfel*, (Fn. 3), Z 29 Rn 9.
(9) *H. Fuchs*, Östrerreichsches Strafrecht AT, 7. Aufl., 2008, 37. Kap Rn 81.

第五章　未遂

(1) 障害未遂

不真正不作為においても未遂は可能である。保障人の不作為にもかかわらず、第三者の介入があったとか偶然により、結果が発生せず、被害者が救われたとか、あるいは、結果は発生しているが、仮定的因果関係が認められないとか、客観的帰属ができない場合に、未遂が成立する。[1]

未遂の段階は、構成要件該当状況の存在、すなわち、結果発生を回避する作為可能性とともに発生する行為義務の懈怠から始まる。[2] 命令された行為は一般に直ちに行われなければならない。但し、その場合でも、短い認知・熟慮時間は認められる（第二章B参照）。これを超えると、未遂が成立する。この認知・熟慮時間が経過する前には、故意がまだなかったということもありうる。構成要件該当状況の発生と故意の生ずる時点が異なりうるのである。[3]

問題となるのは、保障人が結果回避措置の採れる最初の可能性を利用しなかったときにすでに、行為義務の故意の懈怠、つまり、未遂が認められるのか（最初介入可能時点説）[4]、命令された作為をするための最後の可能性を利用しな

かったときに初めて未遂が認められる（最終介入可能時点説）[5]のかという点である。

最初介入可能時点説は支持しがたい。なるほど、最初の機会があれば、もうそれを保障人が利用するということが危殆化された法益の保護に繋がる。とりわけ、保障人も、以後も救助の可能性が残されているのか否かについて知りえないという理由からそういえよう。[6]しかし、これでは、不真正不作為犯の未遂成立時点が早くなりすぎ、これは悪しき心情だけで処罰することに繋がる。行為者は、後の時点でも損害を見ることなくなおすることができることを、現時点においてしていないに過ぎないからである。行為者は、法益に危険が生じていないと考えるか、危殆化された保護法益をもっと後の時点でも救助しうると考え、実際、その間に、当該法益に危険が増加したとは云えない場合もありうる。例えば、自分の幼児を餓死させようとする母親が、殺意を抱いた後の最初の食事を与えないとか、看護師が患者に殺意を抱いて先ずは延命に必要な注射をしないが、看護師も知っているように、患者の生命にまだ危険が生じていない場合である。[7]本説によれば、間接正犯の場合も未遂時期が早くなりすぎる。例えば、医師が、看護師に対し、回復不可能で、応答不可能ではあるがまだ臨死の状況にはない患者に栄養補給をしないように指示する場合にも、指示した時点において殺人未遂が成立する。しかし、患者の生命に危険はまだ生じていないし、医師もまだいつでも救命措置を採ることができるのであり、未遂を認めるには早すぎる。[8]

行為者の主観から、結果発生を阻止するための最終的に可能な時点を徒過したときをもって未遂犯の成立を肯定する**最終介入可能時点説**[9]も支持しがたい。本説によると、中止未遂の成立する余地が無くなるからである。[10]さらに、最初介入可能時点説とは逆に、未遂犯の成立時期が遅すぎることも指摘できる。なるほど、行為者は、最終可能時点で

結果の発生をまだ阻止できると考えているが、行為者がそれまでのいくつかの結果回避可能性を無為に放置するとき、被害者には危険が著しく増加するのである。保障人義務は、最終段階の結果回避ばかりでなく、既に結果発生に間じかな危険を回避することも要求するのである。[11]

そうすると、作為義務の懈怠をもって未遂が成立するのであるが、作為の可能性があるというだけでは足りず、作為が必要となる時点、すなわち、行為者の主観から、構成要件該当状況が存在し、保護法益に対する危険が生じており、それ以上待てば、行為義務者の結果回避行為が難しくなる、[12]つまり、時間の経過とともに、保障人による回避可能性が不確かになるときに初めて、しかし、そのとき既に作為義務の発生が現実的になると解するべきである。[13]例えば、上記の母親の例では、幼児に食事を与えないことによってその生命に危険が発生するときに初めて未遂が認められるし、[14]看護師の例においては、患者の体力が無くなるときではなく、患者に死の危険が迫ったときに初めて未遂が認められる。[15]

結果発生の直接的危険がまだ生じていない場合であっても、保障人が結果の発生を阻止するための介入を成り行きに任せ、出来事の推移を自分の支配領域から手放したときは、その時点で未遂犯が成立する。例えば、鉄道線路巡回員が、列車が間も無く通過する時点で線路上に倒れている人を見つけながら、そのまま放置する場合、その時点で未遂犯が成立するのは当然であるが、いつ列車が通過するかとは関係なく、戻ってくるつもりもなく、人が倒れている線路から離れ、成り行きに任せた場合にも、その時点で未遂犯が成立する。後者の事例では、被害者の救助は第三者によって発見されるという幸運にかかっているのであるから、行為者が立ち去った時に未遂罪の成立が認められるべ

きである。[16]

浦和地判昭和四五・一〇・二二（刑月二巻一〇号一一〇七頁。控訴審の東京高判昭和四六三・四高刑集二四巻一号一六八頁は原判決を維持した。）も、自動車の衝突事故で被害者に重傷（左大腿骨複雑骨折、頭部外傷、右下腿打撲傷で約六ヶ月の入院治療を要した）を負わせた後、自分の運転する軽乗用車に乗せて病院の方向に走行中、処罰も重く、多額な補償金も要求されると思い、途中で人通りのない場所へ運んで置き去りにし衝突事故の発覚を免れようと決意し、病院の所在する方向とは異なる方向に車を走らせ、午後一一時三〇分頃、事故現場から約二、九〇〇メートル離れた所に至り、未必の故意をもって、陸田窪みに被害者を助手席から引き摺り下ろして放置して、同所から逃走したが、翌日午前一時五五分頃、被害者を捜していた者らによって救助されたので、被害者は死亡するにいたらなかった事案について、「不真正不作為犯とは不作為による作為犯で、不作為とは期待された行為をしないことであるから、その着手の時期は客観的にみてことさらにその義務を放棄したと認められる時点」であると解し、具体的には、未必の殺意をもって被害者を車外に引き摺り下ろした時点に「着手の開始」を認め、被害者を放置して逃走した時点を「実行の終了」と解している。前橋地高崎支判昭和四六・九・一七（判時六四六号一〇五頁）は、被告人甲が、小児麻痺のため歩行困難な被害者丙（六九歳）をだまして所持金を奪おうと企て、情を知らない乙に自動車を運転させ、被害者を厳寒期に深夜人気のない山中に連行し、停車後、乙に情を打ち明けていやがる乙に強く協力を迫りこれを承諾させ、偶々排尿のため車外に出た丙から現金を引ったくり、そのまま置き去りにし乙の運転で同所を立ち去ったが、丙は一晩中付近を這いずり回り、同所から一四〇メートル離れた山子屋に辿り着き救護されたという事案につき、「自らが生命に切迫した危険のある場所まで連行した被害者をその場所に放置するという不作為の行為は、その場所の放置しな

いこと（作為義務を果たすこと）が可能であった以上は、作為によって人を殺す（又はその未遂）行為と構成要件的に同価値と評価し得るから、同被告人の不作為は、殺人（未遂）の実行行為としての定型性を具備していると認定すべきである」として、甲に不作為による殺人未遂罪の成立を肯定した。

原因において自由な不作為の場合も、自分の支配領域にある限り、法益への直接的危険が生じた時点で未遂が成立する。酩酊して眠り込み遮断機を下ろせなくなった踏み切り番の例において、行為者が酩酊した又は制御能力を失った時点ではなく、列車が接近したときに未遂が認められる。[17]

不真正不作為犯においては実行行為に接着した行為という概念はみとめられない。保障人は行為義務の発生前には可罰的足りえないからである。義務が一旦発生すると、不作為は既に所為の実行を意味するからである。[18]

(2)　中止未遂

作為犯においては、未終了未遂の中止犯は作為を任意に最終的放棄をすることで足り、終了未遂においてのみ積極的行為を要するが、不真正不作為犯にあっては、未遂犯は常に積極的行為に出なければならない、つまり、それまで為されなかった結果回避行為をしなければならない。そこから、不作為未遂は結果の回避行為を前提とするから、不真正不作為犯においては未終了未遂と終了未遂の区別は不要であり、終了未遂あるいは未終了未遂と見るべきだとの見解も打ち出される（単一説）。[19]

しかし、不真正不作為犯においても、未終了未遂と終了未遂の区別は可能であり、それぞれに応じて、中止犯の成立要件が満たされなければならない。未終了未遂は、行為者の主観からすると、構成要件的結果の発生を当初命令されていた作為を遅ればせながらでも行うことによって回避できる場合に認められる。例えば、殺意を抱いてその幼児を餓死させようとする母親が、普段与えていたのと同じような食事を再び与えればまだ救命できると考え、そうするときとか、水泳場の監視人が、水泳客が溺れているのを無視していたが、間も無く飛び込んでその水泳客を引き上げて救助したという場合、救助不作為の未終了未遂の中止犯が成立する。

終了未遂は、行為者の主観からすると、構成要件的結果の発生を回避するためには、当初命令されていた作為を行うだけでは足りず、他の特別の措置を採ることが必要である場合に認められる。例えば、上記の例で、母親が衰弱した幼児を救命するためには、当初命令されていた普通の食事を再び与えることでは足りず、病院での人工栄養補給が必要であると考え、そうするときとか、溺れた水泳客に人工呼吸を施すといった場合、不作為の終了未遂の中止犯が成立する。[20]

不作為犯の終了未遂にあっては、作為犯の終了未遂と同じく、作為にもかかわらず発生した結果は行為者に負責される。しかし、不作為犯の終了未遂の場合、例えば、結果発生の危険の程度を誤認して未終了段階にあると考えた行為者がそれに相応する作為をしたが、結果が発生したという場合のように、中止行為にもかかわらず結果が発生するという危険を行為者に負責させるべきでない。この場合、過失犯が成立する。[21] 行為者が中止行為に出ている限り、結果の発生が第三者の関与によって回避された場合でも、中止犯が成立する。[22]

(3)　不能未遂

不真正不作為犯においても不能未遂は可罰的である。学説には、不能未遂とされる事例においては、回避されるべき結果というものが差し迫っていないのであるから、行為者は、不作為の決意のみを理由として、つまり、法秩序に対する単なる反抗的意思を理由として処罰されることになり、これは、単なる心情無価値を処罰することを意味するとして、可罰性を否定する見解もある。[23] しかし、作為犯においても、事後的判断からすると、行為の態様や客体の性質に鑑み当初から結果発生の危険性がない（不能未遂）にもかかわらず、行為者に代わる分別のある第三者が行為者の計画及び行為の事情を考慮した事前の判断からすると結果の発生が可能と考えた場合、その可罰性は認められる（相対的不能。印象説）。そうすると、不真正不作為犯における不能未遂の可罰性を否定する理由はない。[24] 例えば、自分の子が川の中で溺れた振りをしながら遊んでいるのを見た父親が、実際に溺れていると誤信しながら、その子を救助しないとか、救助行為をすれば結果の回避が可能であると誤信しながら、夫がその川で溺れている妻を救助しないときは不能未遂として可罰的である。これに対して、事実の認識において錯誤は見られないが、刑罰規範に関して錯誤が見られるとき、幻覚犯として不処罰である。例えば、川で溺れている妻を助ける客観的可能性がないにもかかわらず、自分の命を賭してまで救助をしなければならない法的命令があると考える夫とか、[25] 川で溺れている子が隣人の子であると認識しながら、救助義務があると考える者とか、正当防衛行為として打ちのめした不正攻撃者を救助する法的義務があると考える正当防衛者は幻覚犯である。[26]

不作為者が不能を認識していなかった場合、不能未遂の中止犯も可能である。例えば、夫が、窓から転落した妻に気づきながら救助しなかったが、妻はその時点で既に致命傷を負っていたところ、それとは知らず、夫がしばらくし

て悔悟して救急車を呼んだとき、このような客体の不能を認識していないとき、行為者が任意且つ真摯に「結果回避」行為をするとき、中止未遂が認められるべきである。行為者の視点からすると、結果が発生しないが故に「既遂」とならなかったのか、結果が行為者には帰属できないような態様で発生したのかで違いが生ずることはないからである。[27]

注

(1) *O. Triffterer*, Österreichsches Strafrecht AT, 2. Aufl., 1985, § 15 Rn 87.; *R. Moos*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 75 Rn 22.; *E. Steininger*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2001, § 2 Rn 130.; *M. Hilf*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2005, § 2 Rn 153.

(2) *F. Nowakowski*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1982, § 2 Rn 39.; *Steininger*, (Fn. 1), § 2 Rn 131.; *Hilf*, (FN. 1), § 2 Rn 154.

(3) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 156. 参照、野村稔『未遂犯の研究』(一九八四年) 一〇五頁以下、三一〇頁以下。

(4) 牧野英一「不作為犯の未遂」(同『刑法研究二巻』所収 (一九二一年)) 一〇七頁以下、一一四頁〔犯意の遂行が確定的に外部に表明されたとき、つまり、第一回の食事を与えないときに未遂が成立する〕。西原春夫『刑法総論』(一九七七年) 二八三頁〔行為者の作意がないと法益侵害の危険が発生する場合、例えば、乳児に授乳しない母親の場合、作為義務は既に事前に潜在的に発生していて、ただ作為義務の内容たる作為に出なかったときに、作為義務違反が問題になる〕。*W. Maihofer*, Der Versuch der Unterlassung, GA 1958, 289 ff.; *O. Lönnies*, Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt. NJW 1962, 1950 ff.; *H. Schröder*, Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch, JuS 1962, 81 ff.; *D. Herzberg*, Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, MDR 73, 89 ff.

(5) *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 210 ff.; *H. Welzel*, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, 221.

(6) *Herzberg*, (Fn. 4), 91.

(7) *Th. Vogler*, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, 10. Aufl., 1985, § 27 Rn 110.; *K. Kühl*, Strafrecht AT, 6. Aufl., 2008, § 18 Rn 146. 松宮孝明『刑法総論講義 (第四版)』二〇〇九年・二三八頁。

(8) *Kühl*, (Fn. 7), § 18 Rn 146.

(9) 中山研一『刑法総論』(一九八二年) 四一五頁注四「着手時期は、結果発生の具体的危険の側から論定されるべきであって、救助の可能性が現実にのこっている間は着手にはいたらないという主張も十分成り立ちうるように思われる」。宗岡四朗「可罰未遂の限界」九大法学三九号 (一九八〇年) 一四三頁以下、一七二頁以下〔実行の着手は、作為義務を放棄した時点であり、これは法益への具体的危険が切迫したときに認められる〕。

(10) *C. Roxin*, Strafrecht AT II, 2003, § 29 Rn 284.
ミチュは、中止犯の成立ということを考慮すると、不作為の継続によって保護法益客体への危険が著しく増加したとき、つまり、命令を履行する最後の機会ではなく、その前段階をもって未遂とするべきであると論ずる。*J. Baumann, U. Weber u. W. Mitsch*, Strafrecht AT, 11. Aufl., 2003, § 26 Rn 57.

(11) *G. Stratenwerth*, Schweizerisches Strafrecht AT I, 1982.; § 15 Rn 3.; *Kühl*, (Fn. 7), § 18 Rn 147.

(12) *Novakowski*, (Fn. 2), § 2 Rn 39 mN.

(13) *Hilf*, (Fn. 1), § 2 Rn 155.

(14) *A. Eser, Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Aufl., 2006, § 22 Rn 51.; *Kühl*, (Fn. 7), § 18 Rn 148.; *Roxin*, (Fn. 10), § 29 Rn 272. 内藤謙『刑法講義総論下II』(二〇〇二年) 一二四六頁は、未遂犯の実質的処罰根拠である既遂結果発生の具体的危険を「結果としての危険」と理解し、不真正不作為犯の実行の着手を結果発生の具体的危険の側から論定するべきとして、本設例の場合には、「幼児が餓死寸前にいたらなくても、著しく苦しみだしたとき (健康が害されて死の具体的危険が生じたとき) は、最後の救助の可能性が残っているとしても、結果発生の具体的危険の側からみて、不作為による殺人の未遂を認めうる」と論ずる。

(15) *Kühl*, (Fn. 7), § 18 Rn 150.

(16) *J. Wessels, W. Beulke*, Strafrecht AT, 32. Aufl., 2002, § 16 V 1 Rn 742.; *H.-H. Jescheck, Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT., 5. Aufl., 1996, § 60 II 2.; *Roxin*, (Fn. 10), § 29 Rn 272-277., 286-287. 参照、井田良『刑法総論の理論構造』(二〇〇五年) 四三五頁「未遂不法は、結果発生の切迫性が肯定される場合だけでなく、行為者が結果発生・不発生に関するコントロールを放棄して (事態を手放して) 成り行きにまかせ、大きな障害なしに結果に至り得る状況を設定した場合 (結果発生の自動性が肯定される場合) にも認められ得る」。野村稔(注3)三一三頁。加藤敏幸「不真正不作為犯の未遂について」関大法学第三二巻第一号 (一九八二年) 一七〇頁以下。

これに対して、内藤(注14)一二四七頁は、食物を与えない親が幼児を人里離れた山小屋に置き去りにした場合、その幼児に死の具体的危険が発生しない段階で救助されたときは、保護責任者遺棄罪は成立するが、不作為による殺人未遂は成立しないと論ずる。フォーグラー(*Th. Vogler*, (Fn. 7), § 22 Rn 121)も、親がその森の中で生まれた嬰児を殺害の意図でそのまま放置し、家に戻る場合、その時点ではまだ未遂とはいえず、後の時点、つまり、その嬰児の生命への危機的状況を徒過したときに未遂犯の成立を認め、その理由として、その時点で犯罪が既遂に至るの「犯罪意思」が明確になることを挙げる。しかし、具体的危険の発生のみを未遂時期の規準にすることには賛成できない。例えば、暗殺者が航空機の中に密かに爆弾を仕掛け立ち去った場合、この作為犯人にはその時点で殺人未遂罪が成立するし、その後、警備員がその爆弾を発見したが殺害の意図でそのまま放置した場合、当該航空機の離陸後に爆発するように設定されていたという場合でも、警備員には立ち去った時点で殺人未遂罪が成立を認めるべきである。*Roxin*, (Fn. 10), § 29 Rn 287.

(17) *Kühl*, (Fn. 7), § 18 Rn 150a.

(18) *Triffterer*, (Fn. 1), 15. Kap Rn 86.; *Steininger*, (Fn. 1), § 2 Rn 131. エーザーによれば、保護法益が不作為によって危殆化されているか、既に存在する危険が増加するとき、未遂が認められる。*Eser*, (Fn. 14), § 22 Rn 50.

(19) 終了未遂説に、*Roxin*, (Fn. 10), § 29 Rn 269. 未終了未遂説に、*G. Hager, W. Massauer*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch 2. Aufl., 1999, § § 15, 16 Rn 16〔不真正不作為犯では未終了未遂しか考えられず、中止犯が成立するためには反対行為が必要である〕。Vgl. *W. Küper*, Der Rücktritt vom Versuch des unechten Unterlassungsdelikte, ZStW 112 (2000), 1 ff.; *H.J. Rudolphi, Rudolphi/Samson/Horn/Günther*, Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1992, Vor § 13 Rn 56.; *G. Freund*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 2009, § 8 Rn 67.; BGH, NStZ 1997, 485.

(20) *J. Wessels, W. Beulke*, (Fn. 16), § 16 V 2 Rn 743, 744.; *Kühl*, (Fn. 7), § 18 Rn 154.; *B. Tag, Dölling/Duttge/Rössner*, 2008, Gesamtes Strafrecht § 13 Rn 32.; *W. Gropp*, Strafrecht AT., 3. Aufl., 2005, § 9 Rn 72. 参照、斉藤誠「不真正不作為犯の未遂」(『成蹊大学政治経済論叢終刊記念論文集上巻』(一九六八年)所収)二六二頁以下、二二九頁以下。

(21) *Vogler*, (Fn. 7), § 24 Rn 142.; *Eser*, (Fn. 14), § 24 Rn 30.; *H.-H. Jescheck, Th. Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts AT, 5. Aufl., 1996, § 60 II 3〔行為者が、当初命令されていた作為を行なわず、後に特別の作為を要する段階にいたってようやくこれを行なうという場合にのみ、結果発生を行為者に負責させることができる〕。反対、*Kühl*, (Fn. 7), § 18 Rn 153〔作為犯において、結果の発生があれば中止未遂は認められないのであり、このことは不真正不作為犯にも妥当する〕。BGH NJW 2000, 1730, 1732.

(22) *Vogler*, (Fn. 7), § 24 Rn 142.; *Eser*, (Fn. 14), § 24 Rn 30.

(23) *E. Schmidthäuser*, Strafrecht AT. Lehrbuch, 2. Aufl., 1975, 17 Rn 27; *ders.*, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1984, 13. Abschn. Rn 27/28「危険のない（不能）未遂というのは不作為犯においてはまったくありえない。このことは義務根拠付けの特別の構造から判明する。行為をしないことで侵害される具体的行為義務が存在するのは、現実に危険が客体に迫っていて、潜在的行為者が具体的状況において、結果回避の客観的見込みのある行為をする可能性がある場合に限られる。当事者が危険状況を表象したとか、救助の可能性があると考えたとかという理由だけで、人の行動を命令された行為の不作為と性格づけようとするなら、実際には、けしからぬ考え(Gedankensünde) を国の刑罰に利用すること、つまり、不法を伴わない不法の心情を犯罪だと宣告することになろう」。例えば、岸辺で横になっている者が子供たちの甲高い秋叫び声を聞いたが、自分の子が溺れ死ぬ危険があり、助けを求めていると誤信しながら、何もしないとき、殺人未遂は成立しない。又、母親が毒蛇にかまれた自分の子を救うことのできる薬品を持っていると誤信しながら、その不適当な薬品を投与しないときも、殺人未遂は成立しない。西田典之（『刑法総論』（二〇〇六年）一一〇頁）も、「客観的に結果回避可能性がない場合には、そもそも不作為すなわち期待さるべき作為と言うものを観念することができないので、そこでは不作為犯の実行行為が欠如し、未遂犯も成立しない」と論ずる。

Rudolphi, (Fn. 19), V or § 13 Rn 55.; *ders.*, Die Strafbarkeit des versuchten unechten Unterlassungsdeliktes, MDR 1967, 1 ff. ルードルフィーは、不真正不作為犯の未遂を五分類している。そのうち、不可罰とされる場合として、先ず、保障人により保護されるべき法益には客観的には何等危険は存しないが、保障人が誤って自己により関渉せられるべき危険状態が存すると思った場合が挙げられる。例えば、①甲が、ある標的を射る目的で、銃を構えているのを、母親乙が、標的の傍らに立っている自分の子を殺そうとしているのだと誤信したが、乙は、自分の子が殺されるのを欲したので、甲の射撃を阻止することは可能であったにもかかわらず、そうしなかったという場合、②飲食店主は、正気を失うほどに酩酊していると思われた客が乗用車を運転していくのを敢えて引きとめようとはしなかったが、実際は、その客はほろ酔いすらしておらず、ただ、そのように振舞っているにすぎなかったという場合、③一二歳の子供が密かに水泳を練習していたが、その父親を驚かせる目的で、第三者に水中に突き落としてもらったところ、その子はなお泳ぐことはできないと思っていた父親が、その子の溺死を欲して、第三者の行為をも阻止しなかったし、また、その子を救助するための措置も採らなかったという場合、④農夫がある夜その納屋に光輝を発見し、大火災の始まりだと思ったが、十分に保険金をつけてあるその納屋が燃え落ちてもかまわないと思い、その火と見違えたものを消そうとはしなかった場合を挙げ、これらは不能未遂の場合であって、「保障人により保護せられるべき法益は客観的には何等危険に晒されていない。保障人の不活動の結果として、

外界にはまったく法益侵害結果が生じていない」ことを理由に保障人の当罰性を否定する。

次に、現実には客観的法益の危殆化が見られ、それどころか、法益侵害に進展するのだが、この危殆化が保障人によって保護されるべき法益とはかかわりがないとか、保障人が監視するべき危険源に由来するものでない場合、例えば、①激流に溺れている子を認め、それが自分の子であると誤信した者が、その死を免れさせるための措置を採らなかったという場合、②ある男が少女を強姦しようとしているのを見た看護師が、その男は自分の監督下にある精神障害者であると誤信したが、その行為を阻止しなかったという場合、③他人が高価な絵画を焼却しようとしているの気づいた者が、その絵画は自分の妻の所有物であると誤信したが、その焼却を阻止しなかった場合も不可罰である。

続いて、保障人が、自分によって保護せられるべき法益に向けられた第三者からの作為未遂を阻止しなかった場合であるが、例えば、父親が、殺害の意図で子を狙っている第三者の行為を阻止しなかったとき、第三者の行為が的を外れて死の結果が発生しなくとも(欠効未遂)、父親は可罰的であるが、保障人が阻止しなかった作為の未遂が不能、つまり、絶対に危険でない未遂の場合は、父親は不可罰である。後者の場合、保障によって保護せられるべき法益に危殆化が客観的にはおよそ欠如している、したがって、僅少の結果無価値が欠如しているからである。

最後に、保障人が、自分により回避せられるべき法益危殆化をなお阻止可能と誤信しながら、救助行為に出ない場合が不可罰とされる。例えば、保障人が、まだ救助の機会があると誤信しながら、既に死亡している者や、もはや救助し得ない事故負傷者を病院に搬送しない場合、不可罰にとどまる。こういった不能の不作為未遂の場合、不活動から生ずる結果無価値というものが欠如し、こういった未遂の不法は心情無価値のところにしか認められないからである。

ニーポート(*B. F. Niepoth*, Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt, JA 1994, 337 ff.)は、不真正不作為犯の不能未遂について、その当罰性は肯定するが、要罰性を否定することにより、結局、その可罰性を否定する。参照、塩見淳「不作為犯の不能未遂」法学論叢第一四八巻三=四号(二〇〇一年)二七七頁以下。

斉藤(注20)三二七頁も、ルードルフィーが不能未遂としているものを除外して、不真正不作為犯の未遂を認める。塩見淳(注23)二七七頁以下は、法益客体に対する客観的な危険が欠如している場合は未遂犯の成立を否定するが、侵害結果が回避不能の場合は未遂犯の成立を肯定する。

(24) *Kühl*, (Fn. 7), § 15 Rn 151.; *Roxin*, (Fn. 10), § 29 Rn 377.; *R. Moos*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2002, § 75 Rn 26.

(25) BGH NJW 1994, 1357.

(26) *Kühl*, (Fn. 7), § 15 Rn 100a.

(27) *H. Kudlich, K.A. Hannich*, Anmerkung zum BGH, Urt.v.15.5.1997, StV 370 ff.; *Wessel/Beulke*, (Fn. 16), § 16 Rn 745.; *Kühl*, (Fn. 7), § 18 Rn 154.; *Gropp*, (Fn. 20), § 9 Rn 72b. これに対して、BGH StV 1998, 369〔酩酊状態にある被告人が、夕方、被害者を放熱器の後ろにあるニッチに挟み込み、そこから自力では抜け出ることができなくしたところ、翌朝、被害者はまだ生きていたが、熱効果で致命傷を負っていた。被告人は当初は被害者の面倒を見なかったが、被害者の泣き声を聞いていた隣人のきつい要請でこの隣人を家に入れた。その後、被害者は挟み込まれた場所から解放された。被害者は翌々日死亡したという事案。ドイツ連邦裁判所は、不作為による殺人未遂罪の成立を認めた。被告人は、朝七時に被害者が自分の行為のせいで死ぬであろう事を認識したとき、その死の結果を阻止することはできなかった。それ故、不作為の仮定的因果関係が欠け、被告人に殺人既遂を問擬することはできない。不作為犯の未遂は常に作為犯の終了未遂に等しく、結果の発生を阻止しないかぎり中止未遂は成立しないとした〕。本判例は中止犯の成立を否定したのは結論的には妥当といえよう。被告人の自発性と真摯性に疑問があるからである。

（つづく）

Die Systematik der Unterlassungsdelikte (7)

Toshio YOSHIDA

Inhaltsverzeichnis

Einführung
Erster Abschnitt Unterlassungsdelikte im Allgemeinenen
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 Geschensabläufe
d) Schwerpunkttheorie
e) Unterlassen durch Tun (Band 44, Heft 1)
Zweiter Abschnitt Tatbestand der unechten Unterlassungsdelikte
A. Objetiver 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 Erfolgs
5. Unterlassungskausalität (Band 44, Heft 2)
6. Garantenstellung
a) Grundlegendes
b) Einzelne Garantenstellung
(1) Rechtsvorschrift
(2) Freiwillige Pflichtübernahme (Band 44, Heft3/4)
(3) Gefahrbegründendes Vorverhalten (Ingerenzprinzip)
(4) Verantworzung für Gefahrenquellen
(5) Weitere dogmatische Möglichkeiten? (Band 45, Heft 1)
c) Japanische neuere Lehren
d) Japanische Rechtsprechung (Band 45, Heft 2)
B. Subjetiver Tatbestand
1. Inhalt und Gegenstand des Unterlassungsvorsatzes
2. Tatbestandsirrtum

C. Objektive Zurechnung
a) Handlungsunrecht
(1) Gleichwertigkeitskorrektiv
(2) Passive Euthanasie
b) Erfolgsunrecht
(1) Adäquanzzusammenhang
(2) Risikozusammenhang
(3) Rechtmäßiges Alternativverhalten (Band 45, Heft 3)
Dritter Abschnitt Rechtswidrigkeit
1. Notstand
2. Pflichtenkollision
3. Einwilligung
4. Notwehr
Vierter Abschnitt Schuld
Fünfter Abschnitt Versuch
(1) Tauglicher Versuch
(2) Rücktritt vom Versuch
(3) Untauglicher Versuch (Band 45, Heft 4)

(Fortsetzung folgt.)