

不作為犯における結果回避可能性

奥村正雄

I はじめに

不真正不作為犯は、通常は作為による実現が予定されている犯罪の構成要件を不作為によって実現する点で禁止規範とともに命令規範に違反する犯罪である。^① 不作為が構成要件要素として明記されている真正不作為犯と異なり、不真正不作為犯は、いかなる根拠と要件により実行行為性が認められるかが個々の構成要件に明記されていないことから、不作為による構成要件の実現を認めるためには、構成要件の解釈により実行行為性を確定するとともに、^② 不作為と構成要件の結果の間に因果関係の存在が必要となる。

不真正不作為犯の実行行為性と因果関係の関連については、不作為が「何もしない」ことではなく、一定の「期待された作為をしないこと」を意味するところから、期待された作為を行っても構成要件の結果が発生したであろうといえ

る場合には、結果回避（防止）可能性がなく、不作為犯の因果関係が否定されることになる。この場合、因果関係は欠けるが実行行為性は肯定され未遂犯の成立余地があるのか、それとも不作為の実行行為性も欠けるのかについては争いがある。そもそも結果回避可能性が全くなければ、不作為犯の因果関係が否定される前に、不作為犯の実行行為性が否定されるはずである。因果関係は実行行為と構成要件の結果との間の客観的帰責を問うものであり、実行行為性の確定が論理的前提となるからである。問題は、不真正不作為犯の成立要件としての実行行為の確定に関して問題となる結果回避可能性と、因果関係における条件関係の存否に関して問題となる結果回避可能性の関係をどのように位置付け、実行行為性の判断をどのように行うかにある。本稿は、これらの点に関する議論について、若干の検討を加えるものである。

II 不作為の因果関係と結果回避可能性

1. 不作為と条件関係

不作為は、一定の動作をしないことであるから、かつて学説上、「無から有は生じない。」として、不作為には原因力がないことを理由に因果性を否定する見解が主張されたり、不作為時の他の行為に原因力があるとする見解や先行行為に原因力があるとして因果性を肯定する見解等が主張されたりしたことがあるが、今日では、一般に、いわゆる期待説により、不作為の因果性が肯定されている。

期待説は、不作為は何もしないことではなく「何か」をしないことであることから、その「何か」をしていたならば、構成要件の結果は発生しなかったであろうといえる場合には条件関係が認められると解するものである。もつとも、期

待説の論理によると、作為犯の条件関係の公式が、現実に存在する条件を取り除けば当該結果が発生しなかったかを問題とするのに対して、不作為犯のそれは、存在しない条件として「期待された作為」を付け加えたうえで、それが存在すると仮定すれば当該結果は発生しなかったであろうという仮定的な蓋然性判断を行うことになるため、曖昧さや不確実さが伴う。ただ、作為犯の条件公式も、「AがなければBはなかったであろう」という判断を、経験則に基づき行うため、ある程度の不確実性は避けられないのは同様である。⁴⁾

結局、作為犯の条件関係の公式と同様、不作為犯のそれも、「その不作為がなければ」（期待された作為の存在）、「その結果は発生しなかったであろう。」ということであり、いずれも前者が後者の必然的条件として論理的に結び付いている点で、実質的にはいずれも同様に構成要件の結果との条件関係を認めているものといえよう。

こうして、「期待された作為」を行っても構成要件の結果を回避できない場合は不作為の因果関係が否定されることになるから、「期待された作為」の内容は「構成要件の結果を回避しうる作為」を意味し、不作為の因果関係においては、「結果回避可能性」が重要なメルクマルとなる。問題は、因果関係を肯定するためにはどの程度に結果不発生の予想が必要か、この「結果回避可能性」が不真正不作為犯の実行行為性の要素である結果回避可能性とどのように関係づけるかにある。

2. 判例

不作為の因果関係が問題となった生命・身体に関する事案において、因果関係と実行行為性の存否に係る「結果回避可能性」の判断が行われた主な判例として、以下のものがある。

① 盛岡地判昭和四四年四月一六日(刑裁月報一卷四号四三四頁、判時五八二号一一〇頁)

事案は、過失による自動車事故により被害者を意識不明の重傷害を負わせた被告人が、被害者を保護すべき責任があったにもかかわらず、犯行の発覚を免れるため救護を断念して逃走を企て、被害者を救護しなければ死亡するかもしれないと認識しながらやむをえないと決意し、直ちに被害者を助手席に同乗させて発車したが、何ら救護措置をとらず八九キロメートル走行して車内で死亡させたというものである。

裁判所は、「講学上不真正不作為犯は行為者に結果発生を防止すべき法律上の作為義務があり、結果発生を防止することが可能であるのに、その防止のため相当な行為をなさなかったことによつて、ある作為犯の構成要件が実現された場合に認められるものと解すべき」であるという一般論を述べた上で、被害者が受傷後「短くて数分、長くても数時間後に絶命したと認められ」るので、仮に「事故後直ちに最寄りの病院に搬送して救護措置を受けたとしても、死の結果を回避することができたとは認めがたく(病院へ搬送しないという不作為と被害者の死の結果との間の因果関係が認められないことになる)」として、不作為による殺人罪の成立を否定し、「被害者の救護その他必要な措置を講じないで保護を要する者を遺棄した」として保護責任者遺棄罪の成立を認めるとともに、予備的訴因である業務上過失致死罪の成立を認めた。さらに、裁判所は、検察側が不作為の因果関係がなくても敢えていまだ生存している被害者を病院に搬送しないという不作為に出ることにより殺人未遂罪が成立すると主張したのに対して、被告人も「被害者を直ちに最寄りの病院に搬送すれば救護可能であると考えていたとは認めがたく」として、故意の存在を否定し、未遂犯の成立も認めなかった。

本判決は、救護措置をとつても死の結果回避可能性がないことを理由に殺人罪の不作為の因果関係を否定するとともに、行為者が病院搬送による救護可能性を認識していないことを理由に殺人未遂罪の成立も否定する一方で、保護責任

者遺棄罪の成立を認めている。なお、本判決は、被害者の死の結果については、直接の死因が、衝突後の救護不措置ではなく、自動車事故に伴う衝突以外にないとして、業務上過失致死罪で帰責することにした。注目すべき点は、本判決が、不真正不作為犯の実行行為性の問題として結果回避可能性に言及しながら、認定では結果回避可能性をもつば因果関係の問題として論じ処理したことである。そこには、実行行為と因果関係における結果回避可能性の役割の区別はみられない。

② 最三小決平成元年二月一日（刑集四三卷一三三〇八七九頁、判時一三三七号一四九頁、判タ七一八号七七頁）

事案は、被告人が被害者（当時一三歳の女子）に対してホテルの一室において午後一時一〇分頃に覚せい剤を注射したところ、被害者は午後一時四〇分頃から頭痛、吐き気等を訴え始め、午前一時頃からは着衣を脱ぎ棄て部屋を這い回る等覚せい剤による幻覚症状とみられる顕著な錯乱状態を呈するに至り、その後うつぶせに倒れたままうめき声をあげて苦しむ等、独力では正常な起居動作等をなしえない状態に陥ったが、被告人は、被害者の生命の危険を感じたものの、自己の覚せい剤使用が発覚することを恐れ、救急車も呼ばず、被害者を放置し午前二時二五分頃同ホテルを立ち去ったため、被害者は午前四時頃までに死亡したというものである。

一番は、遺棄行為と被害者の死亡との間の因果関係が認められるためには遺棄行為がなければ被害者が確実に死亡しなかったことの証明が必要であるとしたうえで、被害者は被告人が立ち去った後にすぐに死亡したのではないかという疑いがあり、鑑定人二名も「現実にとどの時点で医師の診察・治療を求めておれば確実に救命することができたかについては、正確な意見を述べることはできず、逆に同女の死亡の可能性も否定できず、現実の救命可能性が一〇〇パーセントであったとはいうことができない」と述べていることから、「被告人の遺棄行為がなく、同女の異常な言動が発生し

た後直ちに医師の診察・治療が求められたとしても同女は死亡したのではないかとの合理的な疑いが残るといわざるを得ない」として、保護責任者遺棄致死罪の成立を否定した。しかし、被告人が立ち去った時点で、被害者が「適切な救急医療措置を加えられることによって生命の危険を脱する可能性があったことを否定することができず、……『病者』として法律上保護される適格性を備えていた」と判示して、保護責任者遺棄罪の成立は認められた。

これに対し二審は、一審判決を破棄し、本件では二〇分程度の時間内に救急車で救急医療機関に被害者を搬送し適切な医療措置を施すことが可能であり、Aは生命力が旺盛で特段の疾病がなかったことを考えれば、「Aが錯乱状態に陥り部屋の中で動きまわるなど活発に動作していた段階（午前零時半ころから午前一時半ころまでの間）までに適切な救急医療を施しておれば、十中八、九救命は可能であり、その後体を活発に動かさなくなった段階（午前一時半ころ以降）においても、救急医療を施すことにより救命できた可能性はかなり高い」という鑑定結果は十分措信できるとして、被告人が生存に必要な措置を施さなかった所為と被害者の死亡との間には因果関係が認められ、保護責任者遺棄致死罪が成立するとした。

最高裁も、原審を支持して、職権で次のように判示し、保護責任者遺棄致死罪の成立を認めた。「原判決の認定によれば、被害者の女性が被告人らによって注射された覚せい剤により錯乱状態に陥った午前零時半ころの時点において、直ちに被告人が救急医療を要請していれば、同女が年若く（当時一三年）、生命力が旺盛で、特段の疾病がなかったことなどから、十中八九同女の救命が可能であったというのである。そうすると、同女の救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから、被告人がこのような措置をとることなく漫然同女をホテル客室に放置した行為と午前二時一五分ころから午前四時ころまでの間に同女が同室で覚せい剤による急性心不全のため死亡した結果との間には、刑法上の因果関係があると認めるのが相当である。」

本件では、最高裁は、二審の判断と同様に、救命可能性は一〇〇パーセントである必要はないとして、被害者が錯乱状態に陥った時点で救急医療を要請しておれば十中八九救命できたという鑑定結果を前提に、「救命は合理的な疑いを超える程度に確実であったと認められるから」と判示し、ほぼ確実な程度の救命可能性（結果回避可能性）があるとして、不作為の因果関係を肯定した。そのため、不作為犯の実行行為性の存否に係る結果回避可能性が問題となることはなかった。これに対し、一審は、「現実の救命可能性が一〇〇パーセントであったということはできない」ことを理由に不作為の因果関係を否定し致死結果については帰責を認めなかったが、死の危険の結果回避可能性があることを理由に保護責任者遺棄罪の成立を認めている。ここでは、一審が結果回避可能性を条件関係と実行行為性の各場合に分けて捉え、条件関係としての死の結果回避可能性を否定しつつ、実行行為としての死なしい死の危険の結果回避可能性を肯定している点が重要である。これは、両者の判断の内容と程度が異なるものと理解していることを意味している。もし両者が同じ内容と程度と捉えているとすると、条件関係が否定されれば、実行行為性も否定されることになるからである。⁵⁾

③ 札幌地判平成一五年一月二七日（判タ一一五九号二〇二頁）

事案は、妻Aが被告人の実母から階段の角などに頭を打ちつけられる等して頭部から多量に出血しているのを発見した被告人が、直ちに止血をし、救急車の派遣を求めするなどAの生存に必要な措置を講じないでAを放置し、失血により死亡させたというものである。

裁判所は、被告人が倒れているAを発見した時点で「救急医療を要請するなどの適切な救命措置を講じていれば救命された可能性があったのであるから、被告人は保護責任者遺棄罪にいう保護責任者に当たる」としたうえで、「被告人が執るべき救命措置を講じたとしても、Aが死亡した可能性は否定できないから、被告人がAに対する保護責任を果た

さなかつたことと、Aの死亡との間に因果関係を認めることについては、なお合理的な疑いが残る。」として、保護責任者遺棄致死罪の成立を否定した。しかし、被告人が救命医療の要請等の適切な救命措置を講じていれば救命可能性があること、救命可能性の認識があり故意を有していることを理由に、保護責任者遺棄罪の成立を認めている^⑥。

本判決は、本件において、医師の鑑定や救急医療態勢等を前提に、被害者の発見時に救命措置を講じておれば救命可能性があり、その認識があつたことを根拠に保護責任があるととして保護責任者遺棄罪の実行為性を肯定した。しかし、被告人の不保護と被害者の死亡結果との間の因果関係については、「被告人が執るべき救命措置を講じたとしても、Aが死亡した可能性は否定できない」ことを理由に救命確実性が無いとして、否定している。ここでは、結果回避の確実性の欠如を理由に因果関係を否定するとともに、結果回避の可能性の存在を理由に保護責任者遺棄罪の実行為性が認められていることが重要である。なお、保護責任者遺棄罪の成立を認めるためには、救命可能性が必要であるか、あるとすればどの程度必要であるかは別途検討すべき点である^⑦。

以上のように、結果回避可能性の程度については、②の最高裁決定が、期待される行為をすれば「合理的な疑いを超える程度に確実に」結果を回避できたか否かを基準とするとしている。このことから、不真正不作為犯の因果関係を認めるためには、期待された作爲による結果回避の「確実性」が要求されることになり、確実性に達しないのはどの程度かは必ずしも明らかではないが、例えば五分五分程度の場合には因果関係が否定される趣旨と解されることになろう。また、不真正不作為犯の実行為における結果回避可能性と因果関係における結果回避可能性の関連について、②の一審と③が、両者を分けて捉え、前者は結果回避が確実ではなくても可能性があれば足りるという態度を示している。こうして、いずれも死の結果回避可能性がないことを理由に遺棄（不保護）と死亡結果との間の因果関係を否定する一方

で、保護義務を肯定し、保護責任者遺棄罪の成立は認めている。

これに対し、結果回避可能性は、不真正不作為犯の成立の前提であるから、結果回避可能性がなく因果関係（条件関係）が否定される場合には、実行行為性が欠け未遂犯の成立も否定されるとする見解⁹がある。さらに、このことは、不作為犯が結果犯だけではなく、危険犯・行為犯である場合も同様に妥当するとする見解¹⁰がある。では、結果回避可能性がないことを理由に因果関係が否定されれば、同時に実行行為性も否定されることになるかと解すべきなのであろうか。ここでまず確認しておくべきことは、条件関係の判断は行為時および行為後の事情を基にした存在論的・事実的なものであるが、実行行為の判断はこれと必ずしも同様でないことである。

Ⅲ 不作為犯の実行行為と結果回避可能性

1. 不作為の危険性

不真正不作為犯は、作為犯の実行行為と同視できる程度の実質を備え、その不作為の有する危険性が作為犯の構成要件が本来予定している法益侵害の危険性と同程度のものであることを要する（同価値性の原則）。そこで、不真正不作為犯が成立するためには、不作為が作為犯と同視しうる程度の構成要件を実現したことを担保するための特別の条件として、保障人的地位に基づく作為義務の存在が要求されている。この作為義務の発生根拠をめぐって、法律上の義務違反であることを必要とし規範的要素を重視する伝統的立場と、実質的な観点から事実的要素を重視する立場に分かれ、その内部で諸説が展開されているが¹¹、結果回避可能性については、一般にそれを前者は作為義務に取り込み、後者は作為義務の前提としての事実的要素と位置づけている。ただ、前者の立場でも、結果回避可能性それ自体は、結果発生

現実的危険性の有無の判断と同様、不作為の実行行為性を判断するための事実的要素として判断されることになる。

これに対し、結果回避可能性は作為犯では行為の危険性Ⅱ実行行為の問題に解消されるが、不作為犯の場合は期待される作為があったとしても結果が発生したか否かが問題となることから因果関係の問題となるとして、不作為犯の実行行為性の問題ではないとする見解¹²⁾や、両者の役割を区別せず、結果回避可能性を因果関係の問題として処理している判例^①もある。たしかに、作為犯の場合と異なり、不作為犯の場合は、結果発生危険性が生じていることが前提になっていると考えると、結果回避可能性が前面に出るため、因果関係における条件関係と実行行為性が事実上重なり合っているということになる。¹³⁾

しかし、上述したように、結果回避可能性は、一方で不真正不作為犯の実行行為性を判断する要素として、他方でそれを相当因果関係に取り込む見解に立つ以上、仮定的な条件関係を判断する要素として、それぞれ別次元の機能と役割を果たすものとして取り扱う必要がある¹⁴⁾。すなわち、因果関係（条件関係）は現に発生した具体的結果について問題になるのに対して、実行行為性は結果発生現実的危険性（法益侵害の危険性）が問題となることは、作為犯とパラレルに捉えられるべき不作為犯においても同様である。それゆえ、因果関係における結果回避可能性は、現実の結果との関係で問題になるのに対して、実行行為における結果回避可能性は、結果発生現実的危険性につき問題にすれば足りるように思われる。なぜなら、不真正不作為犯では、結果発生現実的危険性が発生し、期待された作為によりその危険の発生が回避できることが求められるからである。このように、結果回避可能性の内容は、因果関係と実行行為において異なる側面がある。また、実行行為の判断を行為時の一般人基準に求める立場からは、後述するように、不作為犯の実行行為性に係る結果回避可能性判断も一般人基準によるべきであり、因果関係における自然的観察による事後的事情に基づく条件関係の判断と構造的にも異なるのである。

2. 結果回避可能性と作為可能性

不真正不作為犯の成立要件の一つとして、作為可能性が必要とされているが、これと結果回避可能性とはどのような関係にあるか。作為可能性とは、一般に、結果発生防止のための作為が可能なることをいう。たとえば溺れている子供を救助する保障人的地位にある場合でも、荒波のために救助できない場合には作為を要求することはできない。もつとも、作為可能性の概念は、作為に出る当該行為者の作為能力の意義（たとえば金づちで泳げないためにその子供を救助できない場合）もある¹⁵。たしかに、作為可能性の判断基準は行為者の作為能力に置かざるを得ない。作為可能性の体系的位¹⁶置づけについては争いがあるが、作為義務を基礎づける要素とする以上、構成要件要素と位置づけ、類型的な判断を要する構成要件段階においては、一般人の作為能力の観点から、結果発生を防止するための作為が可能であったかを判断すべきである。構成要件を違法・有責類型と解する立場からは、個別具体的な行為者の作為能力がない場合は、例外的に有責性の段階で期待可能性の問題として処理されるべきであろう。

こうして、作為可能性を、行為者の能力に準拠して確定されるべき問題として、違法要素として位置づける立場や、責任要素と位置づける立場¹⁸からはむろんのこと、これを構成要件要素と位置づける立場からも、期待された作為により結果発生を防止できたかを問題とする結果回避可能性とは、区別して判断する必要がある。

3. 結果回避可能性の程度

上述したように、結果回避可能性は、一方で不真正不作為犯の実行行為性を基礎づける要素として、他方で因果関係（条件関係）を基礎づける要素として、それぞれ別の役割として機能する。上掲の判例②の一番、および③は、条件関係としての結果回避可能性を否定する一方で、実行行為性それ自体は肯定している。結果回避可能性の判断対象は基本

的に同様であるが、必要とされる結果回避可能性の程度は同じではない。すなわち、②の最高裁決定が述べるように、条件関係が肯定されるためには、期待された作為により合理的な疑いを超える程度に確実に結果を回避できたことを要するが、実行行為性にも同じ程度の結果回避確実性が要求されるのか、確実とはいえないが回避可能性がある場合かどうか。

この点については、先にも触れたように、因果関係における結果回避可能性が否定される場合は不作為犯の実行行為性も否定されるという見解¹⁹⁾がある。それによると、「不作為犯においては、一定の作為がなされていれば、当該結果は発生しなかったであろうというとき因果関係が認められるが、この意味での因果関係が存在しない場合には、未遂も成立しないと解すべきであろう。結果を防止することが具体的に可能な作為を想定しえない以上、そこには実行行為としての『不作為』そのものが存在しえないからである。それゆえ、不作為犯における因果関係は、単に結果の客観的帰責（既遂）の条件であるにとどまらず、不作為犯成立（未遂）の前提でもあることになる。」と主張する。そして、この法理は、「一定の作為による結果防止の可能性が、不作為犯成立の前提であることは、不作為犯が、危険犯、行為犯であるときにも同様に妥当するといわねばならない。」として、判例①が不作為による保護責任者遺棄罪の成立を認めたのは不当であると批判している。この見解によると、事後的・客観的に結果回避可能性がないと判断される場合には期待されるべき作為を観念しえない以上は実行行為性それ自体が否定されることになるので、不作為犯の実行行為性が肯定されるのは、因果関係の場合と同様に、結果回避が確実な場合に限定されることになる²⁰⁾。これを仮に確実性説と呼ぶとすれば、確実性説がいうように、たしかに、結果回避可能性が全く欠如する場合には、法的義務は不可能を強いるものではないから、不作為犯の実行行為性の判断につき結果回避可能性は問題にならないとする考え方をとらない限り、実行行為性は否定されることにならう。²¹⁾

これに対し、因果関係における結果回避可能性については結果回避が合理的な疑いを超える程度の確実性が要求されるが、実行行為性の場合は、作為可能性を前提として、結果回避の可能性で足りるとする見解²²⁾が展開されている。これを仮に可能性説と呼ぶとすれば、可能性説によると、期待された作為を行えば合理的な疑いを超える程度には至らない、たとえば五分五分程度の結果回避可能性がある場合は、結果が発生しても因果関係（条件関係）は否定されるが、実行行為性は肯定されることになる。

では、不作為犯の実行行為における結果回避可能性の程度は確実性がなくても可能性で足りるか。既述のように、不作為犯の実行行為性を認めるためには、作為犯のそれとパラレルに捉えられるべきである以上、結果発生の実害的危険（具体的危険ないし抽象的危険）の発生とその回避可能性が必要となる。結果発生の実害的危険が、これを放置すれば増加する以上、確実な程度に至らない場合でも、法はその原因を作った者に対して、結果回避のための措置を講じ危険を減少するように求めることになろう。それゆえ、不作為犯の実行行為性においては、結果発生の実害的危険の回避の「確実性」までは要求されず、「可能性」があれば足りることになる。たとえば、自動車の不注意な運転により被害者に瀕死の重傷を負わせ、一旦救護のため自車に乗せたものの、途中で放置し不救護のまま被害者が死亡したが、救護措置を講じても助かるかどうかわからなかったようなケース²³⁾について、不作為による殺人罪が成立するか。この場合、救命確実性がなかったため不救護と死亡との間の条件関係が欠けると判断されれば、死亡原因は交通事故にあることになって自動車運転過失致死罪が成立する点では、確実性説と可能性説との間に相違はない。問題は、不救護の罪責である。不作為の実行行為性の判断につき結果回避の確実性が必要と解する立場からは、不作為の殺人罪の実行行為性も欠けると評価されることになる。²⁴⁾可能性説からも、救命確実性がないと判断されれば、同様である。もつとも、可能性説からは、救命は確実とはいえないが可能性があると判断される場合には、結果の実害的危険の回避措置をとることが求められる

ことになるから、作為可能性を前提に、殺意があり、不救護が生命侵害の具体的危険があると判断される場合は殺人未遂罪の成立余地がある。一方、殺意がなく、不救護が生命侵害の抽象的危険を有するにすぎないと判断される場合は保護責任者遺棄罪の実行行為性が肯定されることになる。

4. 不作為犯の未遂犯・不能犯

(1) 結果回避可能性と不能犯の法理 期待された結果防止措置を講じても結果回避が確実とはいえないが可能である場合には条件関係は欠けるが実行行為は認められるとする見解は、不能犯論における具体的危険説の危険判断の論理に通ずる。すなわち、具体的危険説によると、作為犯では事後的にみれば結果発生の危険性がない場合にも、行為時の一般人の観点からは構成要件の実現が可能であったといえる場合には実行行為を認めることになる。これと同様に、不作為犯の場合にも、事後的にみれば作為によって確実には結果回避ができなくても、行為時における一般人の認識事情を判断基底とする危険感に基づく判断から結果回避の可能性があれば、当該不作為の危険性を基礎づけるといえるからである。⁽²⁵⁾

これに対しては、一般予防的見地からの危険を処罰根拠にするものであり妥当ではなく、「事後的、客観的に判断して、結果防止の可能性がない場合、作為を命ずる契機は存在しない以上、そこでは実行行為としての不作為を想定しえないと解すべきである。」とする批判がみられる。⁽²⁶⁾これは不能犯論における客観的危険説等の客観的な事後判断を前提にした批判である。そうすると、不作為犯の実行行為レベルにおける結果回避可能性の存否の判断基準は、不能犯論における具体的危険説と客観的危険説の対立に還元されるようにみえる。⁽²⁷⁾もともと、可能性説は、客観的危険説を修正し仮定的事実の存在可能性を問う見解からも、主張されている。この見解によると、作為犯の場合、客観的には偶然結果が発

生しなかったが、一般人の事後的な危険感により結果の実現が「ありえたことだ」と考えられる場合には具体的危険性が肯定されることになる。これと同様に不作為犯においても、結果回避可能性が確実ではなく因果関係が欠ける場合でも、一般人の事後的な危険感により結果回避可能性が「ありえたことだ」と考えられる場合には実行行為性が認められることになる。このように、可能性説は、具体的危険説だけの論理必然的な基準というわけではない。

いずれにせよ、一般人の危険感を基礎として、作為犯の実行行為と同視しうる不作為犯のそれを判断する限り、結果回避可能性の程度については「可能性」で足りるということになる。こうして、可能性説に従う限り、たとえば、「保母Aは、幼稚園の池で溺れている園児Bを発見したが、殺意を抱きBを救助しなかった。しかし、もしAがBが溺れているのを見つけた直後に救助行為を行っていたとしても、Bが助かる可能性はなかったであろうということが事後的に認められた」事例²⁹⁾について、AがBを発見した時点における一般人の危険感により結果回避可能性があると考えられる場合には殺人未遂罪の成立が認められる余地がある³⁰⁾。

(2) 法益客体の不能の場合　では、たとえば、「金づちの少年Aが父親Bを驚かそうと密かに水泳の猛練習をし、ある日、Bと海に行った際、一人で沖合に漕ぎだしたボートからわざと落ち、泳げるのに溺れている演技をして大声で助けを求めたが、BはAの死を願って聞こえない振りをして浜辺で新聞を読んでいた」という事例³¹⁾ではどうか。このような法益客体に対する危険性が事後的・客観的に存在しないケースについては、客観的危険説からは不作為犯の不能犯となろう。また、修正された客観的危険説の立場からも、客体の存在可能性を問うるものの、具体的な被害法益に対する「現実的な」危険の発生を要求する限定的基準の併用により、危険の不存在を理由に不作為犯の不能犯が肯定されることになろう³²⁾。

これに対し、具体的危険説では、行為時の一般人の危険感を判断基準にすることにより溺死の危険性があると判断されれば、Aが後で泳いで戻って来てもBに不作為による殺人未遂罪が成立する余地があることになる。しかし、この帰結は支持し難いとして、同説を基本的に支持しつつもこれを修正し、そのようなケースについて一律の不可罰を導く論理を構築する必要があるとする見解が主張されている。この見解によると、①「不作為に先行して客観的に存在する危険状態」が存在すること、②その危殆化は「事後に判明した事情を考慮しても、なお一般人が法益侵害に至る別のありがちな事情を挙げうる程度」の抽象的危険で足りることを前提に、③一般人の認識事情および行為者の特別の認識事情に基づき、一般人の観点からの結果回避可能性があるか否かを判断し、結果の一般的回避可能性が肯定されれば未遂犯が成立し、否定されれば不能犯となる。この見解は、侵害結果が回避不能なケースについては具体的危険説の基準に従った可能性判断を、法益客体の危険欠如のケースについては以上のように同説の修正説により解決すべきであると主張するものである。この見解は、事後的に判明した法益客体に対する抽象的危険の存在を前提に、具体的危険説の判断基準を適用するものであり、その判断基底に事後に判明した事情が加わることになる点で、具体的危険説の生命線である事前判断の枠組みを崩すことになる。

この見解に対しては、具体的危険説に従い、作為犯の場合に構成要件要素（違法性を基礎づける事実）が実在しないのに存在すると思つた場合に構成要件実現の危険性を肯定して未遂犯の成立を認めるのであれば、「不作為犯における保証者的地位を基礎づける事情を誤認した場合にそれと異なつて扱ふ理由はない。」とする批判が加えられている。さらにこの批判論が指摘するように、³⁵⁾侵害結果回避不能なケースと法益客体の危険欠如のケースも行為者が保証者的地位を基礎づける事情について誤認している点で、不作為犯を一種の身分犯と捉えれば、「主体の不能」ということも可能である。そうだとすると、客観的に作為義務が存在しない以上、規範は結果回避を義務づけることはできないというこ

となる。しかし、構成要件要素は同価値であり主体の不能を客体の不能や方法の不能と異なる取り扱いを認める合理的理由はなく、修正説も不可罰の根拠を「主体の不能」に求めているわけではない。むしろ、修正説に対しては、侵害結果回避不能なケースと法益客体の危険欠如のケースとの明確な区別が可能であるかの問題以上に、後者に限って、事後的事情を考慮に入れることにより、事前判断という具体的危険説の論理の基本線を超えて一律不可罰とする合理的根拠と理論的整合性が問われなければならない。法益客体の危険欠如のケースは、客体の不能の一類型といえるが、少なくとも後者につき未遂犯の成立余地を認める以上、前者につき一律不可罰という帰結を導く合理的根拠は見出せないであろう。⁽³⁶⁾

たしかに、実際に不作為犯の作為義務が問題となるのは、既述のように、結果発生の一定の可能性が実行行為性となる作為犯とは構造的に異なり、結果発生の実際の危険性が生じていることが前提となっていると解すれば、⁽³⁷⁾修正説のあげる①はいわば不作為犯成立の当然の前提であるともいえる。そうだとすると、上記の金づち事例は①の要件が欠け、不能犯の成否は問題とならないことになる。しかし、不作為犯は、作為義務の確定には具体的事情を考慮する必要がある点で作為犯と異なるものの、作為犯との同価値性から、作為と同様の結果発生の実際の危険性がなければならぬが、作為犯について事前の一般人基準で判断する立場をとるならば、不作為犯についても同様である必要がある。

一方、修正説の論者は、①は相当抽象的な危険で足りるとしている。およそ抽象的な危険もないといえる場合との限界が不明確であることからすると、上記の事例でも、Aの生命に対する相当抽象的な危険が否定できないともいえよう。そうだとすると、Aが金づちでなくなったのはAだけが認識しており、BはAが金づちであると誤信し、一般人もAが金づちと思えるような状況であれば、実行行為性が認められることになり、法益客体の危険欠如のケースの一律不可罰の結論が導かれないことになるのではないだろうか。

以上のように、具体的危険説をとる限り、その論理構造を不作為犯についてのみ変更することは論理矛盾を犯すことなしにはできないという批判³⁸⁾があてはまるであろう。金づち事例など事後的にみれば可罰性の低いケースについては、類型的判断を要する構成要件段階においては具体的危険説に従い不作為犯の実行行為性が否定できず未遂犯の構成要件に該当するとしても可罰的違法性が欠けるとして処理するのも処罰拡大を防ぐ一つの解決策ではあろう。³⁹⁾

IV おわりに

以上、若干の検討を加えたが、不真正不作為犯で問題となる結果回避可能性は、一方で不真正不作為犯の実行行為性を判断する要素として、他方でそれを相当因果関係に取り込む見解に立つ以上、仮定的な条件関係を判断する要素として、それぞれ別次元の機能と役割を果たすものとして取り扱う必要がある。因果関係における結果回避可能性は、現実の結果との関係で問題になり、現実性が必要であるのに対して、実行行為における結果回避可能性は、結果発生の実現的危険性が発生し、期待された作為によりその危険の発生が回避できることが求められるのであるから、結果発生の実現的危険性につき問題にすれば足りることになる。

不作為犯の実行行為における結果回避可能性の程度については、不作為犯の実行行為性は作為犯のそれとパラレルに捉えられるべきである以上、結果発生の実現的危険（具体的危険ないし抽象的危険）が、これを放置すれば増加する以上、確実な程度に至らない場合でも、法はその原因を作った者に対して、結果回避のための措置を講じ危険を減少するように求めることになろう。それゆえ、不作為犯の実行行為性においては、結果発生の実現的危険の回避の「現実性」までは必要ではなく、「可能性」で足りることになる。その「可能性」が一般人の観点から存在すると判断されれば、

一般人の危険感からは当該不作為は危険な行為として実行行為性を有するという帰結に至る。

- (1) 作為形式の規定の中には一定の不作為を予定しているものがある。例えば母親が故意にネグレクトして嬰兒に授乳しないことにより餓死させる行為は、刺殺する行為と同様、刑法一九九条の「人を殺す」行為にあたるといえるので、不真正不作為犯の処罰は罪刑法定主義に違反しない。佐伯仁志「不作為犯論」法学教室二八八号(二〇〇四年)五五頁、山口厚「刑法総論第二版」(有斐閣、二〇〇七年)七四頁、西田典之「刑法総論第二版」(弘文堂、二〇一〇年)一六頁、井田良「講義刑法学・総論」(有斐閣、二〇〇八年)一四一頁。これに対し、松宮孝明「刑法総論講義第四版」(成文堂、二〇〇九年)八八頁は、そうだとすると、「そもそも不作為の因果関係を論証する必要はなくなるし、刑法一三〇条や二一八条のように、ひとつの条文の中に作為と不作為双方の行為態様を規定している罰条は不要となるであろう。」と批判する。しかし、一定の不作為を含むとしても刑罰法規が作為形式で規定されている以上、不退去罪や不保護罪のような不作為がそれ自体が問題となる真正不作為と異なり、実行行為の内容を明らかにする必要があり、作為犯とは若干異なる形で因果関係を認定する必要がある。なお、松宮教授は、不真正不作為犯の成立を、「偽装された作為」犯として作為に準ずるものとみなしうる範囲内では肯定されている。

- (2) それゆえ、仮にわが国の改正刑法草案二二条やドイツ刑法二三条のように不真正不作為犯の明文の総則規定を設けても、不真正不作為犯の成立要件を具体的に明記することは困難であるから、問題解決にならない。なお、松宮孝明「『不真正不作為犯』について」西原春夫先生古稀祝賀論文集第一卷(成文堂、一九九八年)一五九頁以下。

- (3) 学説の状況について、森下忠「不作為の因果関係」法時三三卷二二号(一九六〇年)二五頁以下、松宮・前注(2)一六二頁以下、山本敬一「刑法総論第二版」(成文堂、二〇〇八年)二二六頁等。なお、不作為の因果関係を疑問視する見解として、松宮・前注(2)一七二頁以下。

- (4) 平野龍一「刑法総論I」(有斐閣、一九七二年)一三六頁、原田國男「救急医療を要請しなかった不作為と被害者の死の結果との間に因果関係が認められた事例」『最高裁判所判例解説刑事事篇平成元年年度』(一九九一年)三八三頁。

- (5) 本決定の評釈として、以下のものがある。曾根威彦「不作為の因果関係」法学セミナー四二六号(一九九〇年)一三〇頁、林陽一「不作為の因果関係」法学教室一一八号(一九九〇年)九八頁、中山研一「救急医療を要請しなかった不作為と被害者の死の結果との間に因果関係が認められた事例」判例タイムズ七二五号(一九九〇年)五六頁、伊東研介「救急医療を要請しなかった不作為と被害者の死亡結果との間に因果関係が認められた事例」判例セレクト90(一九九一年)三二頁、内田文昭「救急医療を要請しなかった不作為と被害者の死の結果

不作為犯における結果回避可能性

同志社法学 六二卷三号

一九(五四七)

- との間に因果関係が認められた事例」平成二年度重要判例解説（一九九一年）一四四頁、原田・前注（4）三七八頁、日高義博「不作為の因果関係」刑法判例百選Ⅰ総論（第四版）（一九九七年）一二頁、齊野彦弥「不作為の因果関係」刑法判例百選Ⅰ総論（第五版）（二〇〇三年）一〇頁、平山幹子「不作為の因果関係」刑法判例百選Ⅰ総論（第六版）（二〇〇八年）一〇頁。
- （6） なお、本判決は控訴されたが、後に棄却されている。判タ一五九号二九二頁。
- （7） 大塚仁ほか編『大コンメンタル刑法（第二版）』（半田靖史）（青林書院、二〇〇二年）一九二頁以下参照。
- （8） 原田・前注（4）三八五頁。
- （9） 西田典之「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』（日本評論社、一九八八年）七四―七六頁、同・前注（1）一一七頁。なお、前田雅英『刑法の基礎総論』（有斐閣、一九九三年）七一頁。
- （10） 西田・前注（9）七五―七六頁。
- （11） 学説の状況について、十河太朗「不真正不作為犯の実行為性について」同志社法学五六巻六号（二〇〇五年）七〇七頁以下参照。
- （12） 林幹人『刑法総論（第二版）』（東京大学出版会、二〇〇八年）一四九頁、浅田和茂『刑法総論「補正版」』（成文堂、二〇〇七年）一八三頁。
- （13） 前田・前注（9）七二頁。
- （14） 松澤伸「不真正不作為犯の実行為と未遂について」早稲田大学大学院法研論集七四号（一九九五年）二七一頁以下は、因果関係の判断を広義の相当性と狭義の相当性に分け、前者は実行為性の判断であり、後者は結果帰責の判断であるとする見解に対応させて、「不作為の因果関係と実行為の要件としての結果回避可能性（作為可能性）」は、条件関係と相当因果関係（広義の相当性）の関係にあり、判断対象は同一であるが、それぞれの犯罪論上の機能、判断基準において異なるものである。」として、両者を分類している。
- （15） 山中敬一『刑法総論（第二版）』（成文堂、二〇〇八年）二三九頁、浅田・前注（12）一五二頁は、作為可能性は多義的であり、さらに結果回避可能性の意味もあるとする。
- （16） 作為可能性の体系的位置づけについては、構成要件要素説、違法要素説などの対立があるが、作為義務を根拠づける要素として、構成要件要素と解すべきであろう。大谷實『刑法講義総論（新版第三版）』（成文堂、二〇〇九年）一五二頁、山中・前注（15）二三八頁参照。
- （17） 松澤・前注（14）二八二頁以下。
- （18） 山口厚『刑法総論（第二版）』（有斐閣、二〇〇七年）九三頁。なお、山口教授は、作為可能性を責任要素と位置づけつつ、そうした責任要素が例外的に構成要件に取り込まれたものとして構成要件要素と解しうるとする。

- (19) 西田・前注(9) 七四一七六頁。
- (20) 西田・前注(1) 一一八頁は、不作為犯の未遂が成立するのは、たとえば、「救護の可能性があるのに被害者を放置し、そのままでは死亡したであろう場合に第三者によって救助された場合」であるとす。大谷・前注(16) 一四九頁は、不真正不作為犯の作為義務が肯定されるためには、「行為者が事実上因果の経過を支配しうる立場にあったということが必要である。」から、「期待された作為によって結果の防止が確実に可能であるという要件が必要である。」とする。
- (21) 判例①はそのような見地に通ずるものがあると理解するものとして、半田・前注(7) 一九三頁。たしかに、保護責任者遺棄罪が抽象的危険犯であることと、保護の義務性を強調すると、結果回避可能性を考慮する必要はないとの考え方もありえよう。
- (22) 原田・前注(4) 三九四頁、半田・前注(7) 一九五頁、山口・前注(18) 七九頁、前田雅英『刑法総論講義(第四版)』(東京大学出版会、二〇〇六年) 二二六頁、松宮・前注(1) 九二頁、吉田敏雄「不作為犯の体系と構造(二)」北海学園大学法学研究四四卷(二〇〇八年) 四二頁等。
- (23) たんなる轢き逃げにより現場を離脱したような場合は、自己の過失行為を先行行為として作為義務を認める見解に立たない限り、不作為の殺人罪の保証人的地位が生ずるわけではない。先行行為を作為義務の根拠とする見解として、日高義博『不真正不作為犯の理論(慶應通信、一九七九年) 一五四頁以下。なお、判例も、引受け等のないたんなる轢き逃げの場合には不作為の殺人罪(未遂罪) または遺棄罪の成立を認めたものはない。判例の検討について、中山研一「不作為の遺棄と殺人」判例タイムズ八八一号(一九九五年) 一九頁以下、十河太朗「不作為による殺人罪と保護責任者遺棄罪の限界」同志社法学五七卷六号(二〇〇六年) 二八七頁以下等参照。
- (24) 大塚仁『刑法概説(総論) 三版』(有斐閣、一九九七年) 一五二頁、大谷・前注(16) 一四九頁、十河・前注(11) 七二九頁。もともと、十河・前注(11) 七三九頁注(56) は、作為による結果防止の確実性まで必要かは検討の必要があり、可能性で足りると解する余地があることを認める。
- (25) 不作為犯の未遂犯・不能犯について、齊藤誠二「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(一九六八年) 三三二頁、三三一頁注71、野村稔『未遂犯の研究』(成文堂、一九八四年) 一〇六頁、松澤・前注(14) 二七一頁以下等。
- (26) 西田・前注(9) 七五頁。
- (27) 松澤・前注(14) 二七九頁は、既述のように、実行為性を広義の相当性と同義であると解し、結果回避可能性は不真正不作為犯の実行為性における広義の相当性の問題としたうえで、実行為レベルでの結果回避可能性の存否は危険性判断の基準により判断されることに

なり、具体的危険説にしたがう者はその基準で、客観的危険説にしたがう者はその基準で判断すべきことになっている。

(28) 山口・前注 (18) 七九、二七六頁。

(29) 松澤・前注 (14) 二七一頁で設例としてあげられた事例。

(30) 松澤・前注 (14) 二九〇頁は、具体的危険説の立場から、AがBは助からないと認識していた場合を除いて実行行為性が否定されるとする。

この結論を支持する見解として、塩見淳「不作為犯の不能未遂」法学論叢一四八卷三〓四号(二〇〇一年)二八一頁。一方、修正された客観説を基礎にした可能性説からも、一般人の事後的な危険感により結果回避可能性が「ありえたことだ」と考えられる場合には、殺人未遂罪の成立余地がある。

(31) 塩見・前注 (30) 二八一頁で設例としてあげられた事例。

(32) 山口・前注 (18) 二七六頁、同『危険犯の研究』(東京大学出版会、一九八二年)一六七頁以下は、「被害法益が現実存在しなかったとき

には、正しく具体的な『被害者』はいないのであり、『被害』の現実性に欠けるからである。」とする。批判として、奥村正雄「未遂犯における危険概念」刑法雜誌三三卷一号(一九九三年)二二七頁、井田良「危険犯の理論」山口厚〓井田良〓佐伯仁志「理論刑法学の最前線」(岩波書店、二〇〇一年)一八六頁、佐伯仁志「不能犯」西田典之ほか編『刑法の争点』(有斐閣、二〇〇七年)九一頁等。

(33) 塩見・前注 (30) 二八一頁以下。

(34) 井田良『刑法総論の理論構造』(成文堂、二〇〇五年)四三五―四三六頁。

(35) 井田・前注 (34) 四三六頁。

(36) 井田・前注 (34) 四三六頁は、「実際には死亡しているがまだ生きてるように見える人Aに対し殺意をもって切りかかった者の行為を

場合により殺人未遂として処罰し得るとしながら、その現場でAを殺意をもって救命しなかつた保証者(たるべき者)は必ず不能犯として不可罰することは合理的な区別ではあり得ないであろう」と批判する。

(37) 前田・前注 (22) 一一五頁。

(38) 井田・前注 (34) 四三六頁。

(39) 大谷・前注 (16) 三八六頁、奥村・前注 (32) 二二二頁以下、同「不能犯論における危険概念の構造」同志社法学五七卷六号(二〇〇六年)

一三六頁以下等。