

犯罪論における同時存在の原則と原因において自由な不作為

松 原 久 利

1 はじめに

原因において自由な不作為 (omissio libera in causa) とは、作為義務者が事前に自らの責めに帰すべき積極的な行為 (原因行為) により自己の行為 (作為) 能力・作為可能性・結果回避可能性を喪失させたために、直接結果を発生させた行為 (結果行為) 時点では行為能力・作為可能性・結果回避可能性が存在せず、そのために結果が発生した場合をいう¹⁾。作為義務が現実となる結果行為時の不作為についてみると、行為能力・作為可能性・結果回避可能性がないために、構成要件に該当する実行行為とはいえない。また、原因行為は構成要件の結果を直接発生させる行為とはいえないために、その時点での故意・過失は事前の故意・過失にとどまるとも考えられる。このように、結果行為それ自体として不自由な不作為は、その原因において自由であった場合に例外的に帰責できるといえるのが、原因において自由な不作為

為の理論である。ここでは、犯罪構成要素の同時存在の問題状況が構成要件レベルで生じるところに特徴がある。⁽²⁾

責任要素について、筆者は、実行行為時時点で責任を阻却する事情を、実行行為以前の先行行為により生じさせた場合、あるいは適切な時期に可能な措置により回避しなかったという場合、責任阻却事由が存在する状態で行われる行為と同様の違法行為が予見可能な段階で事前責任が存在し、先行行為の意思が実行行為時における意思にまで連続し、実行行為時と同一の故意が先行行為時に存在するという実行行為との直接的関連性が認められる限り、事前の責任は実行行為に対する責任非難といえることができるという考え方を示した。⁽³⁾

個別行為責任の要請から、責任非難は個々の行為に向けられるのでなければならぬこと、行為と責任の同時存在の原則が導き出される根拠は、責任判断の無制約な時間的遡及、犯罪結果を惹起する行為に対する非難とは無関係な落度度を理由とする責任の肯定を防止するためであることから、事前責任が刑事責任に影響をおよぼしうることを認めることは、両原則に反するものではないと考えたのである。

また、違法性阻却事由の一つである正当防衛に関して、正当防衛状況を自ら招いた場合、防衛行為時に正当防衛の成立要件を充足する行為であっても、無用な利益対立状況は、それを一方的に作り出した不正な侵害者の負担において解決すべきであるという正当防衛の正当化根拠の一つが欠如する場合には、構成要件該当行為の違法性が基礎づけられ、これにより防衛行為に固有の不法が直接備わるといえるという考え方を示した。

正当防衛の正当化根拠の欠如を基礎づける事情は、挑発行為により被挑発者の急迫不正な侵害という無用な利益対立状況を、少なくとも共に作出したという意味において、後の防衛行為と直接的な密接関連性を有するものでなければならぬ。その限りで、防衛行為に先行する挑発行為は後の防衛行為の違法性判断にとって重要な事情といえることができる。同時存在の原則は、形式的にすべての犯罪構成要素が同時に存在することが重要なのではなく、当該構成要件該当

行為と無関係な事情によつてその違法性を基礎づけることはできないという点に意味がある。自招侵害において重要なのは、先行する挑発行為によつて被挑発者の急迫不正の侵害を自ら招いたかどうかであると考えたのである。⁽⁴⁾

行為者に自由な行為の選択肢が存在しない場合には責任は生じえない。⁽⁵⁾ 可罰的行為の基本的前提として他の自由な行為が可能というためには、行為能力が不可欠である。不作為についていえば、行為者の作爲がなければならない時点における不作為のみが犯罪として重要である。⁽⁶⁾ 行為者に自由な行為の選択肢があつた場合、犯罪結果を回避するために必要な行為を遂行することができた場合にのみ、不作為は帰責することができるということが原則である。しかし、ドイツにおいては、それ自体として不自由な不作為が、その原因において自由であつた場合には、例外的に帰責できるとされている。その根拠は何であろうか。そこで、本稿は、原因において自由な不作為を素材として、結果行為時に構成要件要素を欠く行為について、事前の行為を根拠とする構成要件該当性の基礎づけの可能性について検討することとする。

2 作為犯か不作為犯か

たとえば、転轍手が後の時点の転轍を不可能にするために、酩酊による意識喪失状態を生じさせたところ、転轍されなかつたために列車衝突事故が発生し、多数人が死傷したという事例について、先行行為である飲酒行為がなければ構成要件該当結果は確然性に境を接する蓋然性をもって回避されたであろうという場合には、作為可能性の積極的排除も作為犯の構成要件を充足するとの見解がある。⁽⁷⁾

しかし、多数説は、原因において自由な不作為の場合は不作為犯が問題となるとする。作為義務者が事前に自己の行為能力を奪う当該作為を直接問責するのではなく、その原因行為を考慮して、行為能力がない時点での作為義務の不履

行が処罰できるか否かが問題となるからである。⁽⁸⁾ 作為と不作為の区別の基準については様々な見解が主張されているが、作為に不作為が伴う時に、当該作為と結果発生との間の因果関係が否定される場合には、作為ではなく不作為とみるべきであるとされる。⁽⁹⁾ また、原因において自由な不作為の場合、命令の履行を不可能にするなど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り、積極的行為の無価値は不作為の無価値に由来するともいわれている。⁽¹⁰⁾ 行為者は、作為義務から生じる禁止、すなわちこの命令を履行することを不可能にする、あるいはこの命令から他の方法で免れようとする禁止に違反しているのであるから、現象論上は作為であるとしても、規範的には不作為構成要件に包摂されなければならない。⁽¹¹⁾ 転轍手は積極的に飲酒によって構成要件該当結果を惹起するのではないから、作為犯は考えられない。飲酒することの禁止は、転轍手が自己の作為義務を履行することができることを保障するにすぎないから、その違反は不作為犯のみを基礎づける。⁽¹²⁾ 被害者は作為義務者の作為によつてのみ救助されたであろうから、不作為犯の不法のみが存在するのである。⁽¹³⁾ このように、先行行為に基づいて命じられた作為を実行しないという意味において不作為といえる。

3 否定説

(1) 否定説

否定説は、原因において自由な不作為の処罰は、不作為犯における作為可能性は具体的な作為義務が現実化した時点で存在しなければならぬという原則と相容れないと批判する。⁽¹⁴⁾ ドイツ刑法八条から、行為者が作為をしなければならぬ時点における不作為のみが犯罪として重要であるが、その時点では行為能力・作為可能性が存在しないのであるか

ら、不作為犯は成立しない。結果回避命令は、保護法益が具体的に危殆化されて初めて生じるのである。また、同時存在原則から、故意・過失は実行行為時に存在しなければならないが、原因において自由な不作為の場合、実行行為以前の原因行為時の故意は事前の故意であり、不作為時点での故意が欠ける⁽¹⁵⁾。同時存在原則からの例外を認めるためには、刑法一七条二項（回避可能な禁止の錯誤）、三五条一項第二文（自招による免責的緊急避難状況）のような法律の規定が必要であるが、原因において自由な不作為にはそのような規定はない⁽¹⁶⁾。可罰性の前倒しは行為者に不利益な類推であり、罪刑法定主義に反する⁽¹⁷⁾。したがって、引き受け過失の限度で処罰が可能であるとどまる⁽¹⁸⁾。しかし、このような行為の当罰性は認められるから、立法論的に、たとえば刑法三三三a条（不救助罪）を有責に惹起された行為無能力に拡大するか、あるいはこの規定を刑法二〇条（責任無能力）に対する例外の創出とすることが提案されている⁽¹⁹⁾。

(2) 不要説

1) *Struensee* の見解 *Struensee* は、原因において自由な不作為という特別なルールは必要ないとする。作為義務の発生段階から最後に介入が可能な段階までに将来の結果回避可能性を排除する場合、最後に可能な命令充足の期間がより早期の介入の時期まで短縮されるという帰結のみを有する。作為可能性は、行われなかった作為を、規範遵守意思があれば行うことができたであろう瞬間に存在しなければならないとする⁽²⁰⁾。また、不作為において自由な不作為（*omissio libera in omittendo*）について、これは通常の不作為犯の実現形式であるとする⁽²¹⁾。命令の充足は、通常複数の部分的行為により行われなければならないから、全ての部分的行為が全体として展開されるべき具体的な命令充足活動の対象である。多数の必要な身体運動の一つのみの不存在から命令全体が充足されることが生じる。結果回避のための必要条件の一つを設定しないことで足りるからである。具体的な命令充足は多数の積み重ねられた個々の部分的行為を要求し、

最後の部分的行為の拒否によって初めて違反されるのではなく、通常、規範の名宛人が行為し始めず、最初の必要な部分的給付を提供しないことにより違反されるのである。したがって、先行する不作為により命令充足を不可能にするとは、通常の命令規範の不遵守の場合であるから、不作為において自由な不作為という概念は不要である。不作為概念に要求される部分的行為遂行の可能性にとって、不作為者が事前に彼に可能な他の行為を怠った場合には、それは現実化可能であったであろうということ足りるとしなければならぬ。作為可能性は、先行行為に条件づけられた作為可能性で足りるのである。²²⁾ この可能性の条件が自己の行為により支配可能である場合には常に作為可能性は存在する。どの時点から積極的作為により将来の作為可能性を生じさせるか、あるいは不作為により可能性を維持する義務が介入するかは、不作為の可罰性に内在する作為可能性の拡大解釈、構成要件該当状況の時間的拡大の問題であるとされる。²³⁾ したがって、原因において自由な不作為は不作為犯の通常の場合に含まれ、同時存在の原則に反するものではない。

Struenseeの見解に対しては、作為の不実行の時点ではもはや行為無能力であったのであるから、この解決は純粹な作為可能性の擬制を意味すると批判されている。²⁴⁾ また、この見解は原因において自由な行為に関する構成要件モデルないし拡大モデルに類似するが、拡大は一般的に可能であるのか、刑法二六六a条の支払満期のように、法律上設定された期間の場合も拡大されるのかという問題は未解決であるとの指摘もある。²⁵⁾

2) 労働対価の不払いの罪 (ドイツ刑法二六六a条一項) ドイツ刑法二六六a条一項は、「労働賃金が支払われているか否かにかかわらず、使用者として、労働援助金を含む社会保険への被用者の納付金を徴収所に納付しなかった者は、五年以下の自由刑または罰金に処する。」と規定する。多数説・判例は、この規定に関して、原因において自由な不作為により、支払い無能力の惹起が非難すべき場合、使用者は免責されないと解している。²⁶⁾

これに対しては、「不作為」を「原因」と混同するものであり、支払い無能力の惹起、あるいは十分な資金を調達す

ることの懈怠は、刑法二六六a条に記述された「支払うべき保険料の不払い」とは別の行為態様であるから、二六六a条の構成要件に該当する不作為を支払無能力の惹起に認めることはできないと批判されている。⁽²⁷⁾

また、原因において自由な不作為の概念を用いなくても、使用者の責任を基礎づけることができると反論されている。債務者である使用者が支払義務を履行することができないことを知っていれば引き受け責任が課せられるのであり、事前に支払能力を維持する、あるいは回復することが義務づけられるから、適切な措置により支払能力を確保することができた場合には、支払満期時に支払無能力であつても免責されないと主張されている。⁽²⁸⁾ この見解に対しては、引き受け過失は特別な過失の帰責であり、刑法二六六a条は故意犯のみであると批判されている。⁽²⁹⁾

3) 過失犯の特殊性 過失犯においては、原因において自由な行為は不要であるとする見解も主張されている。過失犯の場合は過失行為の定型が緩やかであるから、結果行為の時点で結果回避が不可能であつても、過失行為は結果行為よりも遡つて認めることが可能であり、結果はその過失行為と相当因果関係があれば足りるからであるとされる。⁽³⁰⁾ ドイツの判例・多数説においても、過失犯については、可罰性の基礎づけのためには先行行為と結び付けることができるから、原因において自由な行為は問題とならないとされている。⁽³¹⁾ この考え方からすると、原因において自由な不作為の場合も、一定の条件下での行為（原因行為）の開始自体が、その後の回避可能性を消滅させ自動的に結果発生へとつながる結果行為の起点と捉えることができるとも考えられる。⁽³²⁾

逆に、過失犯とは、法定された「原因において自由な行為」であるとの見解も主張されている。物理的な結果回避可能性を前もって維持しておく注意義務に違反して物理的な結果回避可能性を自ら消滅させた者、または事実認識を前もって獲得する注意義務に違反して結果予見を持たなかった者は、「例外的」に責任阻却の主張適格を失い、一定程度の刑事責任を負うというのが「過失」制度の趣旨だといえるとし、結果回避措置の必要性の予見可能性、情報収集措置の

必要性の予見可能性は、事前の落ち度を認めるための前提条件とされる。⁽³³⁾

また、過失犯の実行行為の要件としての危険性は、危険のコントロールができなくなったとき（制御できない危険）に実質的な危険性が認められ、法益侵害の切迫性は要件ではなく、危険の制御を失ったことによる法益侵害の（ある程度）確実性が要求されるとして、過失の競合においては、直近（後行）行為では結果を回避できない場合に初めて先行行為自体が禁止され、実行行為は先行行為に遡るとの見解も主張されている。⁽³⁴⁾

これに対しては、過失犯と故意犯の実行行為が異なることを前提としているが、故意の認識対象と過失の予見可能性の対象を異なるものとしないう限り、両者の実行行為の危険性の差を理由づけることはできないと批判されている。⁽³⁵⁾ また、過失不作為も行為者が作為しなければならぬ時点で行われるのであるから、ドイツ刑法八条の観点から、原因において自由な不作為という形態における不作為犯の場合には貫徹できないとの指摘もある。⁽³⁶⁾

そうすると、一定の条件の下での行為の開始自体が、その後の物理的結果回避可能性を消滅させ、自動的に結果へとつながる結果行為の起点と考えられる場合に初めて、過失結果犯の成立が認められるということになる。⁽³⁷⁾ ここには、次の引き受け過失の構造との類似性がみられる。

4) 引き受け過失 熟練あるいは専門知識を要する活動について、必要な熟練・専門知識が欠けているにもかかわらず、そのような行為を実行する場合、直接法益を侵害する行為時に予見不可能あるいは結果回避不可能であっても、それ以前の前行為の引き受け時点で遡って、その行為に実行行為性が認められ、予見可能性・結果回避可能性が認められれば過失犯の成立が認められるとの見解が主張されている。⁽³⁸⁾ その根拠については、原因において自由な行為の場合と同様に争いがある。⁽³⁹⁾ また、これは、構成要件該当行為の時点で過失が存在しなければならないという原則の例外ではなく、⁽⁴⁰⁾ 過失犯の諸原則により基礎づけることができるとの指摘もある。⁽⁴¹⁾ 結果回避が不可能な（自由でない結果回避無能力）状態を

招いたことについて行為者の責めに帰すべき理由が存在する（原因において自由であった）場合に、結果の帰属が可能となるとされる⁽⁴²⁾。引き受け過失は、結果行為の時点で行為無能力が生じた場合であり、自動的に結果発生に至る因果経過が始動してしまうので、事前の原因行為に結果惹起の危険創出を認めることができる⁽⁴³⁾ともいえる。

この考え方からすると、原因において自由な不作為の理論によらなくても、原因行為に実行行為性が認められ、引き受けた任務を自分が果たせないことが認識でき、結果発生の見可能性・結果回避可能性が認められれば過失犯の成立が認められるとも考えられる。自己の行為無能力により生じるかもしれない法益侵害は、すでにその行為を引き受ける時点で認識可能であり、行為を断念することで回避できるからである⁽⁴⁴⁾。実行行為性を認めるためには、引き受け行為に結果発生 of 具体的危険が認められることが必要であるとされる⁽⁴⁵⁾。また、引き受け過失は原因において自由な行為との構造上の類似性を有する⁽⁴⁶⁾、あるいは原因において自由な行為の下位事例であるとする見解もある⁽⁴⁷⁾。

これに対しては、そこで要求される見可能性は結果の見可能性ではなく、「結果回避可能性のない状態に陥ることの予見可能性」であり、最終結果との関係では間接的な予見可能性にとどまる⁽⁴⁸⁾。また、そのような間接的危険は当然には禁止の対象とはならず、無限に過去に遡って処罰し得る可能性があり、間接的危険を直接的な結果惹起行為と同視するものであり、故意犯では予備にすぎない行為、本来実行行為とみなしえない行為に構成要件該当性を認めているため、同時存在原則の違反となると批判されている⁽⁴⁹⁾。

そこで、引き受け過失による過失犯の可罰性が基礎づけられるのは、結果の回避可能性あるいは認識可能性の欠如自体を回避することが義務付けられている場合や、道路交通や医療のような事前に結果回避のための能力が要求されるような特別な領域に限られる、あるいは、故意を想定した場合に未遂の開始の要件が充足される行為についてのみであるとの限定が試みられている⁽⁵⁰⁾。少なくとも、結果回避が可能であった時点で、当該結果発生 of 具体的予見可能性、すなわ

ち、自己の行為が当該結果を回避する能力を不当に制限し、結果回避無能力状態に陥ること、およびそれにより結果が発生することの具体的予見可能性が存在しなければならないとされる。⁽⁵¹⁾

4 肯定説

(1) 原因において自由な行為と同様の根拠

原因において自由な不作为の可罰性を原因において自由な行為と同様の根拠で基礎づける見解に共通するのは、原因行為時に行為能力を維持する、あるいは必要な行為を不可能にしないという義務を保障人的義務から導き出し、この義務は結果行為時から前倒しされ、この義務には保障人として記述された結果の不発生を保障する義務、すなわち行為能力・作為可能性を維持・回復する義務が内在するという考え方である(前倒し論⁽⁵²⁾)。原因において自由な不作为において重要なのは、義務違反の先行行為に基づいて命じられた作為の不実行であり、これは原因において自由な行為と同様の根源に由来するとされ、問題状況はお互いに対応するから、原因において自由な不作为に原因において自由な行為の原則を転用することは適切であるとされる。⁽⁵³⁾ 刑法上の義務は、その履行能力を維持・回復すべき義務を含むことは、常に事前責任の理論の基本思想であるともいわれる。⁽⁵⁴⁾ Maurach は、原因において自由な行為は責任無能力の惹起に限定されるのではなく、あらゆる犯罪構成要素に拡大すべきであるとする。⁽⁵⁵⁾ ただし、Maurach は、行為無能力者は「決定的な時点で結果回避可能性を有していたように」扱われるとするのみであり、行為能力の擬制を認めるにとどまり、原因において自由な不作为に独自の理論的意義を付与するものではなかった。これでは、同時存在原則違反、罪刑法定主義違反という否定説からの批判に答えることはできない。

1) 間接正犯の下位事例 間接正犯類似説は、行為無能力者である自己を道具として利用して構成要件を実現するものと理解する。⁽⁵⁷⁾しかし、これに対しては、間接正犯類似説自体の問題性に加えて、次のような批判が加えられている。行為能力のない「何者か」は、すでに概念的に道具ではありえない⁽⁵⁸⁾。また、自手犯の場合は原因において自由な行為は排除されるし、不作為犯は自己の「道具」を制御しておらず、間接正犯にとって必要な道具の支配は、行為無能力の現実化の場合にはないのであり、一般に不作為犯が間接正犯において行われうるかは疑問である。⁽⁵⁹⁾原因において自由な行為の場合は、未遂の開始と行為の終了の間のどこかの時点で責任を前倒しすることで足りるが、不作為構成要件の場合は、少なくとも作為義務の現実化の時点で行為能力が行為者に存在することが要求されるのであり、原因において自由な不作為の場合、行為者は現実化する作為義務に先行するのであるから、間接正犯との類似は適切ではないとされるのである。⁽⁶⁰⁾

2) 構成要件的解決 構成要件的解決は、行為者が行為能力を排除する行為を、構成要件に該当する行為ないし未遂の開始として理解する。⁽⁶¹⁾したがって、後の決定的な結果行為時点で行為無能力、作為・結果回避不可能であっても不作為犯が成立することになる。

これに対しては、行為者が行為無能力状態にする原因行為時には作為義務は存在せず、行為無能力状態にする原因行為自体はなお構成要件的に処罰される行為ではないし、その時点での故意は事前の故意である、⁽⁶²⁾また、何故に通常の状態における原因設定は他の行為の直接的な条件の充足時の行為・責任能力の欠如に勝るのかの根拠を欠くものであり、ドイツ刑法八条は、不作為の場合、行為遂行について行為者が行為しなければならなかった時点基準とするが、原因において自由な不作為の場合、すでに行為無能力・作為不可能であった時点で初めて行為しなければならなかったのだと批判されている。⁽⁶³⁾さらに、法益が具体的に危殆化されて初めて未遂の可罰性を基礎づけるのであり、過失構成要

件や未遂が可罰的でない故意行為の場合、原因行為は行為遂行の直接的開始とはいえない⁽⁶⁴⁾。すなわち、構成要件の解決は、命令は保護法益が具体的に危険にさらされている場合に初めて生じるということを見誤っているなどと批判されている⁽⁶⁵⁾。

このような批判に対して、最近、次のような反論がなされている。第一に、構成要件の行為と解することができない行為が規範命令に含まれ、直接構成要件に前置されるのであるから、原因行為自体が構成要件的に処罰される行為ではないとの批判は当たらない。第二に、未遂の可罰性により、可罰的行為の射程範囲は本来の構成要件に前置された、満期（結果を直接発生させる行為時）以前の領域（客観的になった直接的な行為の開始）に拡大されることになるが、結果行為時の直接的な作為義務の現実化以前の行為がすでに構成要件の作為義務に位置付けられるのであれば、可罰行為の満期以前の領域への拡大は必要なく、未遂の可罰性は問題とならないのであるから、未遂の可罰性の不存在の場合に構成要件的解決は成功しないとの批判も当たらない。第三に、原因行為を構成要件的行為と判断すれば、事前の故意ではなく構成要件的行為と同時に存在する故意であるから、事前の故意であるとの批判も当たらないといえる⁽⁶⁶⁾。

3) 拡張モデル 拡張モデルによれば、保障人的義務は（黙示的に）行為能力を維持する保障人の義務から導き出され、保障人的義務の背後に事前の作為あるいは不作為の方向に命令規範を拡張し、保障人的義務の時間的事前作用が創設される。これにより命令規範から、命令の履行を不可能にする、あるいは行為無能力になること、その他の方法でこれを免れることの禁止が導き出される。保障人的義務は、要求される作為を不可能にしない、行為能力を維持するという前倒しされた法義務を内包する。したがって、少なくとも義務違反の原因行為の場合、行為無能力の保障人に対して行為無能力の惹起が非難される⁽⁶⁷⁾。拡張モデルは、刑法二〇条における「行為遂行」概念を、未遂行為として示されるか否かにはかかわりなく、構成要件実現に資する原因行為に拡大することにより、構成要件モデルの弱点を回避しようとする。

法秩序が特定の作為を命じる場合、それは同時に作為義務者が命じられた作為を不可能にする、あるいはそれをしないことの正当化あるいは免責に役立つような状態にすることができるとする行為を禁止しなければならない。この禁止は命令規範から導き出され、その名宛人は作為義務者のみである。⁶⁸⁾

これに対しては、刑法八条から、このような構成はできないし、未遂の開始以前に理解された故意は可罰性の根拠としては不十分であるから、やはり事前の故意の問題が生じ、二〇条における「行為」概念の本来の構成要件実現の開始以前の行為への拡大は、同時存在原則に違反すると批判されている。⁶⁹⁾

4) 例外モデル 例外モデルは、不作為は行為能力を前提とするという同時存在原則の例外として、ドイツ刑法二〇条における「行為遂行」の概念が未遂行為として示されるか否かとはかわりなく、これを構成要件実現に資する原因行為に拡大する。⁷⁰⁾

これに対しては、不作為を理由として処罰するために、その意味内容がもつばら不作為に存在するわけではない作為と結びつけることは矛盾である。⁷¹⁾あるいは、法律上の根拠を欠くと批判されている。原因において自由な行為の場合は、実行行為自体は現実には法益を侵害する結果行為であり、これが構成要件に該当し違法な行為であり、責任の前倒し、あるいは特別な事前責任の問題が生じるといえるが、原因において自由な不作為の場合は、結果行為は構成要件に該当しないのであるから、例外モデルを原因において自由な不作為に転用することはできないというべきであろう。⁷²⁾

(2) 独自説

Hruschka は、原因において自由な不作為による構成要件実現は、不作為時に不作為者が必要な作為を遂行することができるのでなければならないという原則の例外を承認する場合にのみ十分に基礎づけることができる。⁷⁴⁾そして、

行為無能力等を回避する責務に違反して回避されなかったが、回避可能な行為遂行不可能性を代用して、行為無能力者に不作為を「特別に」帰責する。これは、行為能力を維持する義務の帰責可能な違反の承認に基づき、帰責可能な仮定の命令（＝作為義務）の不履行は、行為無能力にもかかわらず、不作為として示された作為の不実行の帰責に至る義務違反と同義であるとする⁽⁷⁵⁾。

しかし、「特別な帰責」は、承認された行為主義の例外が作られることになり、単なる不作為の擬制に他ならないと批判される。また、故意は、作為義務の不存在に基づいて、事前の故意として示されざるをえないことになる⁽⁷⁶⁾。「仮定の命令」がいかにして理論的に基礎づけられ、どのような要件で、どの範囲で義務違反による作為義務の不履行が行為能力のない不作為に「特別に」帰責されるべきかを明らかにすることができず、また、故意による不作為の帰責にとつて、なぜ故意による「責務違反」のみで足りるのかを説明できない⁽⁷⁸⁾。結局、構成要件の許されない類推適用であり、罪刑法定主義に違反するといわざるをえないであろう。

5 検 討

(1) 原因において自由な行為と原因において自由な不作為

肯定説にとつての課題は、何故に、作為義務から導き出された、命令を履行することを不可能にすることの禁止、相対的な義務、あるいは作為義務に内在する、前段階で義務者が自由に処理できる作為可能性を原因行為の領域に拡大してよいかという問題に答えることである⁽⁷⁹⁾。原因において自由な行為との相違は、責任無能力ないし限定責任能力を自招する原因において自由な行為の場合、結果発生時に構成要件に該当する違法な行為が存在するのに対して、行為無能力等

を自招する原因において自由な不作為の場合は、結果発生時には刑法的評価の対象とすべき構成要件該当行為が存在しないことである。⁽⁸⁰⁾ 結果行為時点で行為無能力が生じた場合には、行為無能力は単に責任を阻却するものではなく、構成要件該当性を排除し、一定の条件下での原因行為により、いわば自動的に結果発生に至る因果経過が始動してしまい、事前の原因行為に所為の起点として結果惹起の危険創出を認めることができる。これに対して、責任無能力時の結果行為は意思的行為であり、構成要件に該当する違法な実行行為である。このように、構成要件に該当しない行為無能力・結果回避不可能な行為と、構成要件に該当する責任を阻却する責任無能力の行為とは異なるというべきである。したがって、これを共通の問題として論じることが妥当でない。⁽⁸¹⁾

犯罪の成立を阻却する状態を回避可能な形で惹起し、その際少なくともそのような犯罪を行うかもしれないことが予見できた場合には、広く事前責任の理論により犯罪が成立するとする見解もあるが、⁽⁸²⁾ 原因行為に責任があるというだけでは、構成要件該当性を欠く行為の可罰性を基礎づけることはできない。故意または過失により行為無能力・作為不能性を惹起したことを非難できるといっただけでは、原因において自由な不作為の構成要件該当性を基礎づけることはできないであろう。罪刑法定主義の要請から、いかに非難すべき行為であっても、構成要件に該当しない限り処罰することとはできないからである。構成要件モデルのように、原因行為に実行行為性を認めるといふ解決であれば、原因において自由な不作為の場合にも同様のアプローチが可能であろう。しかし、結果行為に実行行為性を認める見解にとつては、原因において自由な行為と同様のアプローチを採ることはできない。明らかに結果行為については構成要件に該当する実行行為性が否定されるからである。そうすると、原因において自由な不作為の可罰性を肯定するためには、結果行為時の直接的な作為義務の現実化以前の段階における原因行為により自ら行為無能力・作為不可能にすることが、少なくとも構成要件的な実行行為の重要部分を構成することが承認されなければならないであろう。そのために決定的に重要

なのは、作為義務はいつ発生するかである。構成要件的状况において存在する作為命令から、行為能力を維持する義務という前倒し可能な義務が導き出されなければならない⁽⁸³⁾。このようにいえて初めて、一定の状況の下での原因行為に構成要件実現の現実的危険、実行行為性が認められることになる。

事前に回避すべき状況にもかかわらず、回避されずに現実化した構成要件実現の危殆化の場合には、もはや行為無能力・結果回避不可能を援用することはできないとして、結果行為に先行する事情を考慮して、結果行為時の結果回避不可能性の事前の原因行為時における行為能力・結果回避・作為可能性が当該行為の構成要件該当性・実行行為性を基礎づけることが考えられる。この意味において、構成要件モデルは行為無能力の自招の場合にのみ妥当しうるともいえる⁽⁸⁴⁾。あるいは、結果行為時に行為無能力、結果回避・作為不可能な場合は、原因行為に実行行為を認めることができるから、原因において自由な行為を用いる必要はないとも考えられる⁽⁸⁵⁾。このように考えると、原因において自由な行為について例外モデルないし拡張モデルを採用することと、原因において自由な不作為について構成要件モデルを採用することは矛盾しないともいえよう。

(2) 原因において自由な不作為の実行の着手時期

作為義務発生後、積極的作為により行為無能力状態を惹起する場合、すでに作為義務は発生しており、規範の名宛人はこの時点で結果を回避することができたのであるから、この時点で実行の着手が認められるのであり、結果行為時における行為無能力はもはや重要ではない。したがって、原因において自由な不作為の理論への依拠は必要ではない。問題となるのは、構成要件の結果を発生させないことが直接義務づけられているとはいえない原因行為の時点で、行為者自ら行為無能力状態を生じさせた場合である。

不作為犯の未遂については、①作為義務者が事象経過をその支配領域から解放した場合、すなわち自ら行為無能力を惹起したことにより未遂段階に達するとの見解⁸⁶、②原因において自由な行為の場合と同様に、時期を失することなく結果回避可能な場所から自ら離れる場合に初めて未遂になるとする見解⁸⁷、③責めに帰すべき行為により回避可能性を完全に失った時に未遂に達するとの見解⁸⁸、④保障人の不作為の結果、保護法益に対する危険が増加する場合、必要な行動の先送りにより救助のチャンスが減少する場合に未遂が存在するとの見解⁸⁹、⑤作為義務者は行為無能力を自ら惹起することにより、結果防止に影響を有しない状態を創り出したのであり、行為無能力の時点から、客観的にはすでに結果惹起のために必要なことはすべて行い、因果経過をその支配領域から解放し、中間段階なしに構成要件の結果に至るのであるから、未遂に達するとの見解⁹⁰がある。なお、BGHは、行為者の表象に基づいて、支障のない経過の場合、中間行為なしに構成要件実現に直接帰着する場合、あるいはそれと直接的な時間的・場所的關係がある場合に未遂の可罰性を基礎づけることができるとして、未遂行為は時間的要素によっても、さらなる重要な中間段階の不存在によっても基礎づけることができるとする⁹¹。

思うに、不作為犯の実行の着手時期は、作為義務が現実化し、その違反の結果、構成要件の結果発生⁹²の現実的危険が発生する段階に至った時であるから、単に自ら責めに帰すべき行為無能力状態を開始したことにより実行の着手を認めべきではない。原因において自由な不作為の場合、行為能力、作為・結果回避可能性を維持することが必要であり、作為義務の発生を基礎づける状況の下で、重要な中間段階なしに自動的に障害なく構成要件の結果発生に至る因果経過をその支配領域から解放し、因果経過の結果回避への影響力を及ぼす可能性を失わせることになるような、行為無能力状態を生じさせる行為の開始時点に、実行の着手を認めることができるというべきである。

(3) 作為義務の発生時期

不作為犯の処罰根拠は、法により期待された作為の不履行に求められる。この期待には、法により意図された、構成要件の結果実現の回避という客観的現実の惹起のために必要であるすべての行為が含まれる。⁽⁹³⁾ 決定的な問題は、命令構成要件はどこまで及ぶか、どの時点から構成要件に該当する作為義務が始まるかである。⁽⁹⁴⁾ 原因において自由な不作為の場合、行為無能力の惹起により、自動的に障害なく構成要件の結果発生に至るといえるのであるから、自ら行為無能力を惹起することにより結果惹起の因果経過を開始し、構成要件の結果発生⁽⁹⁵⁾の現実的危険を発生させる。そうすると、作為義務は、本来要求される（法律において記述された）行為の時点で初めて現実化するのではなく、より早い規範の名宛人としての保障人的地位を基礎づける状況が存在する時点で現実化することになる。

これは、法律が規範の名宛人を作為義務者として選択する—保障人的地位を基礎づける—時点の状況にかかっている。行為能力を維持しなければ構成要件の結果が発生する危険のある状況を作出し、あるいはそのような危険のある行為の開始時ないし実行中において、少なくともそれを認識することが可能である場合には、行為能力を維持・回復するなど、結果発生を回避するための措置をとることが可能であり、それにより結果発生が回避できる時点で、作為義務は現実化するといつてよい。したがって、結果回避という法により意図された客観的現実の作出のために行為能力を維持・回復するという作為命令が存在する場合、これに対する違反は構成要件的行為と判断すべきである。行為無能力にする決意⁽⁹⁶⁾は、この時点で複数の行為の選択肢の前提の下で下されたのであるから、刑法上重要な実行行為といえるのである。

この原因行為の構成要件該当性の問題にとつて、行為時の未遂処罰規定の存否は決定的ではない。むしろ、未遂が処罰されていない場合にも、行為は構成要件に該当しうる。未遂の可罰性は、単に可罰的行為の領域を行為命令・禁止がなお現実化しなかった領域に移すにとどまる。したがって、行為命令がすでに保障人的地位を基礎づける状況により現

実化した場合は、未遂の可罰性は重要ではないのである。⁹⁶⁾

このように、結果発生危険を生じさせる一定の状況下において、作為義務者が自ら行為無能力状態を惹起する場合、これにより結果防止に影響を及ぼす可能性が失われた状態を作り出す。およそ刑法上重要な行為をすることができた場合には、規範の名死人は行為命令の時点で行為の選択肢を自由に利用できたのでなければならぬ。したがって、可罰的行為の前提は、行為の命令に従う能力・可能性であり、⁹⁷⁾行為能力・作為可能性が存在しない結果行為時の不作為は、刑法上重要な行為として評価することはできない。行為完成後の行為無能力は重要ではないともいえる。

こうして、直接構成要件の結果を発生させる結果行為が、行為能力・結果回避可能性・作為可能性が欠如するために構成要件該当行為といえない場合であっても、原因行為の段階で結果についての構成要件に関する保障人的義務が基礎づけられ、その時点においてすでに現実的危険を予見できた場合（過失犯）、認識していた場合（故意犯）、故意・過失により行為能力・作為可能性を排除する原因行為に実行行為を認めることができるといえよう。⁹⁸⁾このような認識・予見可能性は、最終結果との関係では間接的なものであるとの批判もあるが、⁹⁹⁾前述のように、責任無能力の場合と異なり、作為義務を基礎づける一定の状況の下での行為無能力の場合は、障害なく結果発生へと至る危険を発生させるといえるから、行為能力消失状態での行為による結果発生の予見・予見可能性があれば故意・過失を認めてよいと思われる。

6 判 例

判例は、過失結果犯については、結果行為時に行為無能力・結果回避不可能・作為不可能であった場合、「睡眠状態に陥ったのちの動作は刑法上行為といえないことは所論のとおりであるが、眠気のため正常な運転ができない虞がある

ことを認識しながら、自動車の運転を継続することは、いわゆる原因において自由な行為として、その結果に対する責任を負わなければならない」とするものもあるが、多くは原因行為時の過失の存否によって過失犯の成否を判断している。

大判昭和二年一〇月一六日刑集六卷四一三頁は、乳児に対し左を下にして横臥したままで乳房を含ませて授乳している、そのまま睡眠したため、乳児は左乳房により窒息死した場合に、「乳房を哺乳させた際睡眠するに当たりその当然為すべき注意義務を怠りたる結果なること明らかにして」不作為による過失致死罪の成立を認めた。本判決に対しては、睡眠するにあつての注意義務を問題にすべき点としている点に原因において自由な行為を思わせる考慮がなされているとの評価もあるが、むしろ、授乳開始時の過失、すなわち眠りに入る時に乳児から乳房を離すことを怠った不作為（あるいは離さず眠りに入ったという作為）に実行行為性を認め、睡眠中の圧迫による死亡結果惹起は実行行為後の因果経過として過失犯の成立を認めたものといえよう。

居眠り運転による交通事故に関して、睡眠不足、過労のために眠気・疲労を自覚した時点で、停車して仮眠をとるなどの適切な措置を講じることなく漫然と運転を続けければ、正常な運転が困難になることは容易に予測されるのであるから、運転を中止し、事故の発生を未然に防止すべき注意義務があるのに、これを怠り運転を継続した過失により死傷結果を生じさせたとして、過失犯の成立が認められている。

また、てんかん発作による意識障害に基づく交通事故に関して、てんかんの発作を繰り返し等、病気に罹患していることを知っており、医師から運転を控えるように注意されていたにもかかわらず運転を開始すれば、運転中に発作が起り、けいれん、意識喪失等により自動車が制御不能となる事態を予測できるのであるから、運転を中止する義務があるのに、これを怠り運転すること自体に過失が認められるとして、過失犯の成立が認められている。

これに対して、ウイリス環血流不全による一過性脳虚血発作に伴う意識障害に陥り死傷事故を起こした事案について、被告人には自己にかかる欠陥が存することの認識がなかったたのであり、意識障害に陥るかもしれないことまでの予見することは被告人にとって不可能であるから、運転中止義務を課することはできないとしたものがある⁽¹⁰⁾。また、前方を注視しないまま進行したために対向車と正面衝突事故を起こした事案について、罹患していた睡眠時無呼吸症候群に、当日の身体的・精神的悪条件が重なって、予兆なく急激に睡眠状態に陥っていたため、前方注視義務も履行できない状態にあったとして、前方注視義務違反の過失を認めることはできず、事故前に自動車運転を差し控えなければならぬような過労状態に当たるとまでは評価することもできず、睡眠時無呼吸症候群が大々的に報道される以前の病気の危険性を疑うべきであったとする義務を課することは困難であるとして過失が否定されている⁽¹¹⁾。さらに、交差点の信号機の赤色表示を看過したまま進入して衝突事故を起こした事案について、同様に睡眠時無呼吸症候群を原因として予兆なく急激に睡眠状態に陥り、対面信号機の信号表示に留意する義務を履行することができない状態に陥っていたとして、過失が否定されている⁽¹²⁾。

このように、判例は、結果行為時に行為無能力・結果回避不可能であった場合、行為無能力・結果回避不可能状態を生じさせる原因行為に実行行為を求め、その時点での行為無能力・結果回避不可能状態を生じさせる危険性、その予見可能性が肯定される場合には、結果予見可能性が認められ運転中止義務が存在し、その注意義務違反により過失を肯定している。そのためには、疲労、眠気を自覚していること、病気に罹患していることの認識が要求されている。これは、責任無能力・限定責任能力状態を自招する原因において自由な行為として捉えるのではなく、上記のような危険性が認められる時点での運転開始自体が、行為能力・結果回避可能性を消失させ、結果惹起へと障害なく自動的に到達する因果経過を設定する実行行為として認められ、その時点での行為無能力・結果回避不可能状態惹起の予見可能性に基づく

結果予見可能性、可能な結果回避措置による結果回避可能性が認められることを理由として過失犯の成立が認められているといえよう。この意味において、判例を支持することができる。⁽¹⁸⁾

7 おわりに

原因において自由な不作為は、結果行為に構成要件該当性が認められないことに特徴がある。そこから、結果行為が構成要件に該当する違法な行為である原因において自由な行為の場合とは異なり、実行為と直接的な関連性が認められる限り、事前の責任により責任を基礎づけるという構成をとることはできない。したがって、原因において自由な不作為の可罰性を基礎づけるためには、結果行為以前の原因行為について構成要件該当性が認められることが必要である。罪刑法定主義の要請から、違法・責任評価の対象である構成要件に該当する実行為の時点で構成要件要素は同時に存在しなければならぬからである。

そのためには、作為義務を基礎づける状況の下での原因行為に実行為性が認められなければならない。実行為を認めるためには、作為義務違反による結果発生の現実的危険の発生が必要である。まず、結果発生を防止するためには事前に結果回避のための専門知識や能力が要求される場合のように、作為義務者としての地位を基礎づける状況の下では、行為開始以後の行為能力を維持・回復するという作為義務が発生するといえる。次に、行為無能力状態の発生により、結果防止への影響力が失われ、因果経過をその支配領域から解放することになり、障害なく自動的に結果発生へと至る危険が創出されるといえる。したがって、行為無能力を生じさせる行為に、構成要件の結果発生の現実的危険を生じさせる実行行為を認めることができる。そうすると、作為義務が発生し、故意・過失により行為無能力・結果回避不

可能・作為不可能状態を惹起することにより実行の着手が認められ、行為無能力・結果回避不可能・作為不可能状態で直接結果を発生させる結果行為が相当な因果経過の範囲内にある限り、既遂結果を帰責することができるのであり、結果行為の構成要件該当性阻却、行為無能力・結果回避不可能性・作為不可能性は重要ではない。

このように、原因において自由な不作為が問題となるのは、行為者が自己の行為により、行為無能力のように、後に自己の手段によっては阻止することができない事象経過を開始した場合に限定されるということになる。¹⁰⁾

- (1) 原因行為が不作為の場合は、不作為において自由な不作為 (omissio libera in omittendo) とはいわれぬ。
- (2) Satzger, Dreimal <In causa> actio libera in causa, omissio libera in causa und actio illicita in causa, JURA 2006, S.513, 516.
- (3) 松原久利「責任阻却事由と事前責任」『大谷實先生喜寿記念論文集』(二〇一一年、成文堂) 二五九頁以下。鈴木茂嗣「犯罪論の基本構造」(二〇一二年、成文堂) 四七九頁以下参照。
- (4) 松原久利「犯罪論における同時存在の原則と自招侵害」『川端博先生古稀記念論文集「上巻」』(二〇一四年、成文堂) 一一九頁以下参照。
- (5) BGHSt. 2, 194 (200) (Beschl.v.18.3.1952).
- (6) ドイツ刑法八条は、「行為は、正犯もしくは共犯が作為を行った時、又は、不作為犯の場合には作為がなされるべきであったときに、行われたものとする。」と規定する。
- (7) Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl., 2003, § 15 Rn. 30, Bertel, Begehungs- oder Unterlassungsdelik?, JZ 1965, S.55, 内田文昭『刑法概要「上巻」』(一九九五年、青林書院) 三二〇頁。Wohlers/Gaede, Nomos Kommentar Stragesetzbuch (NK), Band1, 4. Aufl., 2013, § 13 Rn.13は、先行行為の性質に応じて作為犯か不作為犯かは分れるとする。
- (8) 町野朔「刑法総論講義案Ⅰ「第二版」」(一九九五年、信山社) 一四二頁、吉田敏雄『不真正不作為犯の体系と構造』(二〇一〇年、成文堂) 一八頁。なお、神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準(中)―ドイツの判例を中心に」判例時報二〇九号(二〇一二年) 一一頁、大山徹「管理・監督過失における作為と不作為―火災事故をめぐるドイツの判例の検討を通じて―」香川法学三三巻二号(二〇一二年) 一五頁、山中敬一『刑法総論「第二版」』(二〇〇八年、成文堂) 二二二頁参照。Stree/Bosch, Schönke/Schroder Stragesetzbuch Kommentar (SS), 29. Aufl., 2014, Vor § 13

- Rn.144, Frister, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 6.Aufl., 2013, § 22 Rn.16, Rudolph, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch* (SK), 7.Aufl., 2000, Vor § 13 Rn.46, Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 4.Aufl., 2006, § 31 Rn.103, *Stratenwerth/Kuhlen*, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 6.Aufl., 2011, § 13 Rn.4, Haas, *Strafgesetzbuch Kommentar* (Hrsg.v./Matz/Renzikowski), 2013, § 13 Rn.12, Kindhäuser, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 6.Aufl., 2013, § 35 Rn.14, Kuhl, *Strafrecht Allgemeiner Teil* (AT), 7.Aufl., 2012, § 18 Rn.22, Puppe, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2.Aufl., 2011, § 28 Rn.5, Gosh, *Strafbarkeit trotz finanziellen Unvermögens Eine Untersuchung zu den § § 266a Abs.1, 283 Abs.1 Nr.5, 7 i.H.v. 170 StGB und zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omisso libera in causa*, 2013, S.112, Stein, *Beendeter und unbeeendeter Versuch beim Begehungs- und Unterlassungsdelikt*, GA 2010, S.142, Streng, "Passives Tun" als dritte Handlungsform- nicht nur beim Beitrag, ZStW 116 (2010), S.13, Mitsch, *Weichensteller*, JA 2006, S.514, Walter, *Positive und negative Erfolgsdelkte- Handeln und Unterlassen*, ZStW 116 (2004), S.570, Brannsen, *Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen*, GA 2002, S.211, Baier, *Unterlassungsstrafbarkeit trotz fehlender Handlungs- oder Schuldfähigkeit Zugleich ein Beitrag zur Rechtsfigur der omisso libera in causa*, GA 1999, S.274, Joerden, *Strukturen des strafrechtlichen Verantwortlichkeitsbegriffs: Relationen und ihre Verkettungen*, 1988, S.54, Enrique Gimbernat Ordeig, *Die Omissio libera in causa*, in: *Festschrift für Berndt Schünemann*, 2014, S. 351, 358ff.
- (9) 中田・前掲注(9) 一七頁 Roxin, a.a.O. (Ann.8), § 31 Rn.105.
- (10) 中田・前掲注(9) 一七頁。
- (11) Roxin, a.a.O. (Ann.8), § 31 Rn.106.
- (12) Rudolph, a.a.O. (Ann.8), SK, Vor § 13 Rn.46.
- (13) Frister, a.a.O. (Ann.8), AT, § 22 Rn.16.
- (14) Wohlers/Gaede, a.a.O. (Ann.7), NK, § 13 Rn.13; Baier, a.a.O. (Ann.8), GA 1999, S.279ff., Haas, a.a.O. (Ann.8), § 13 Rn.29, Hellmann, *Anmerkung zu BGH Urt.v.21.1.1997, JZ 1997, S.1006*, Wegner, *Neue Fragen bei § 266a Abs.1 StGB- eine systematische Übersicht*, wistra 1998, S.288, 294, 大山・前掲注(9) 一五頁, 島田聡一郎「管理・監督過失における正犯性」信賴の原則「作為義務」山口厚編『クロースマン刑法総論』(二〇〇四年「成文堂」) 一〇四頁參照。
- (15) Baier, a.a.O. (Ann.8), GA 1999, S.282, Renzikowski, *Strafbarkeit nach § 266a Abs.1 StGB bei Zahlungsunfähigkeit wegen Vorverschulden*?, in: *Festschrift für Ulrich Weber*, 2004, S.343.

- (16) Haas, a.a.O. (Anm.8), § 13 Rn.29; Renzikowski, a.a.O. (Anm.15), S.343.
- (17) Renzikowski, a.a.O. (Anm.15), S.343.
- (18) Renzikowski, a.a.O. (Anm.15), S.343f.
- (19) Baier, a.a.O. (Anm.8), GA 1999, S.284. Vgl. Dehne-Niemann, Omissio libera in causa bei \gg echten \ll Unterlassungsdelikten? Zur Verhaltensgebundenheit \gg echten \ll Unterlassens. Am Beispiel der § 266aI, 323c StGB, GA 2009, S.171.
- (20) Struensee, Handeln und Unterlassen, Begehungs- und Unterlassungsdelikt, in: Festschrift für Strree und Wessels, 1993, S.147ff.
- (21) Struensee, a.a.O. (Anm.20), S.149.
- (22) Struensee, a.a.O. (Anm.20), S.150.
- (23) Struensee, a.a.O. (Anm.20), S.151.
- (24) Baier, a.a.O. (Anm.8), GA 1999, S.279.
- (25) Gosch, a.a.O. (Anm.8), S.68.
- (26) Perron, SS, § 266a Rn.10, Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 61. Aufl., 2014, § 266a Rn.15b, Hagemeyer, Zur Unmöglichkeit der Erfüllung der Pflichten zur Buchführung und Bilanzaufstellung nach § 283 Abs.1 Nrn.5 und 7b StGB- zugleich Entscheidungssprechung BGH v.20.10.2011-1 StR 354/11-, NZWSt 2012, S.109, Dehne-Niemann, a.a.O. (Anm.19), GA 2009, S.151, Raum, Vorenthalten von Sozialversicherungsbeiträgen in der Unternehmenskrise- die sogenannte Vorrangrechtsprechung zu § 266a StGB nochmals beleuchtet, in: Festschrift für Tolksdorf, 2014, S.355, 357f., Arzt/Weber/Hahnelt/Hilgendorf, Strafrecht Besonder Teil, 2. Aufl., 2009, § 23 Rn.14, Hellmann, a.a.O. (Anm.14), JZ 1997, S.1005, BGHSr.47, 318 (321) (Beschl.v.28.5.2002).
- (27) Renzikowski, a.a.O. (Anm.15), S.342, Hellmann, a.a.O. (Anm.14), JZ 1997, S.1006, Wegner, a.a.O. (Anm.14), wistra 1998, S.288.
- (28) Beckemper, Anmerkung zu BGH Beschl.v.30.1.2003-3 StR 437/02, JZ 2003, S.807. Vgl. Puppe, NK, Vor §§ 13ff. Rn.160.
- (29) Renzikowski, a.a.O. (Anm.15), S.344.
- (30) 西田典之『刑法総論』(第三版) (二〇一〇年、弘文堂) 二八四頁。その他、団藤重光『刑法綱要総論』(第三版) (一九九〇年、創文社) 一〇二頁、大塚仁『刑法概説総論』(第四版) (二〇〇八年、有斐閣) 一五一頁、福田平『全訂刑法総論』(第五版) (二〇一一年、有斐閣) 一九二頁、香川達夫『刑法講義総論』(第三版) (一九九五年、成文堂) 二二四頁、前田雅英『刑法講義総論』(第六版) (二〇一五年、東京大学出版会) 三〇九頁、高橋則夫『犯罪論における同時存在の原則と原因において自由な不作爲』

法総論【第二版】（二〇一三年、成文堂）、三四九頁注（29）、中野次雄『刑法総論概要【第三版補訂版】』（一九九七年、成文堂）二二〇頁、大島隆明『裁判例コンメンタール刑法第一巻』（二〇〇六年、立花書房）三八九頁、佐久間修『過失犯と原因において自由な行為』判タ八一八号（一九九三年）二九頁、成瀬幸典『過失犯と原因において自由な行為』刑法判例百選Ⅰ総論【第六版】（二〇〇八年）七三頁、本間一也『過失犯と『原因において自由な行為』』罪と罰・非情にして人間のなるもの『小暮得雄先生古稀記念論文集』（二〇〇五年、信山社）一六一頁、木村榮作『原因において自由な行為の理論の適用上の諸問題』警察研究三九巻七号（一九六八年）六六頁等。井田良『講義刑法学・総論』（二〇〇八年、有斐閣）四五五頁は、過失犯については、拡張的正犯概念が妥当し、正犯性が認められるためには、結果回避義務違反の行為があり、結果との間に相当因果関係（ \times ）して結果回避可能性があれば足りるから、原因行為への遡及も比較的問題なく認められるとする。

- (21) BGH NStZ 1995, S.183 (Urt.v.17.11.1994)、BGHSt. 42, 235 (236) (Urt.v.22.8.1996)。Vgl. Fischer.a.O. (Anm.26), § 20 Rn.54, Kuhl, a.a.O. (Anm.8), AT, § 17 Rn.95 (過失な行為の実行開始は未遂の限界に結合はけられなく)、Dutige, Münchner Kommentar zum Strafgesetzbuch (MK), Bd. 1, 2.Aufl., 2011, § 15 Rn.130, Kaspar, Grundprobleme der Fahrlässigkeitdelikte, Jus 2012, S.116, Horn, Actio libera in causa- eine notwendige, eine zulässige Rechtsfigur?, GA 1969, S.289, 306, Hruschka, Die actio libera in causa bei Vorsatzdelikten und bei Fahrlässigkeitsdelikten, JZ 1997, S.27 (過失の基礎としてにより同時に原因において自由な行為も基礎づけられる)、Paefgen, Actio libera in causa und § 323a StGB, ZStW 97 (1985), S.524f., Otto, Actio libera in causa, JURA 1986, S.433, Puppe, Grundzüge der actio libera in causa, Jus 1980, S.350 (過失犯の場合、予備と実行の開始の區別は存在しないから、理論的に、構成要件該当行為は任意に広く結果の原因の連鎖において後に移動させることができ、構成要件実現に対する行為の主観的關係は、過失犯においては必要なく、対応關係はなく)ヤナセ②, a.A.-Hirsch, Anmerkung zu BGH Besch.v.19.2.1997, NStZ 1997, S.230 (行為不法と責任の同時存在の放棄は行為責任原則に反する)、Jeschke/Wegand, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5.Aufl., 1995, § 40VII2, Krause, Probleme der actio libera in causa, JURA 1980, S.172, 浅田和茂『責任能力の研究下巻』（一九九九年、成文堂）一四六頁以下参照。
- (32) 杉本一敏『過失犯において原因において自由な行為の理論は不要である』という命題について―通説的見解の批判的検討―「Law and Practice」五号（二〇一一年）二八四頁参照。
- (33) 杉本一敏『過失の二つの問い方―危険の現実化―か』原因において自由な行為か』高橋則夫・杉本一敏・仲道祐樹『理論刑法学入門』（二〇一四年、日本評論社）一四頁以下、本間・前掲注(30)一五七頁参照。Hruschka, a.a.O. (Anm.31), JZ, 1997, S.27 (過失犯自身が原因において自由な行為の構造そのものとする)。
- (34) 大塚裕史『段階的過失における実行行為性の検討』『神山敏雄先生古稀祝賀論文集第一巻』（二〇〇六年、成文堂）四五頁、五五頁、六一頁。なお、

高木典雄「自動車の酷罰運転による人身事故」ジュリスト三八一号（一九六八年）一三五頁参照。

(35) 中谷壽雅「過失犯の原因において自由な行為に関する一考察」『刑事法学の新動向上巻 下村康正先生古稀祝賀』（一九九五年、成文堂）二〇二頁、本間・前掲注(36)一五五頁以下。

(36) Baier, a.a.O. (Anm.8), GA 1999, S.282.

(37) 杉本・前掲注(35)二八四頁。

(38) 林幹人『刑法総論【第二版】』（二〇〇八年、東京大学出版会）二八五頁以下、平野龍一「刑法総論Ⅰ」（一九七二年、有斐閣）一九六頁、西田・前掲注(30)二二二頁、井田・前掲注(30)二〇六頁、増田豊『規範論による責任刑法の再構築—認識論的自由意志論と批判的責任論のプロジェクト』（二〇〇九年、勁草書房）一九二頁以下、本間・前掲注(36)一五七頁参照。Roxin, a.a.O. (Anm.8), AT, § 24 Rn.36, 117f., Maurach/Gressel/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Tb.2, 7.Aufl., 1989, § 43 Rn.62, Straatenwerth/Kuhlen, a.a.O. (Anm.8), AT, § 15 Rn.22f., Maurach, Fragen der actio libera in causa, Jus 1961, S.380, Schick, Die "einleitende Fahrlässigkeit", ÖJZ 1974, S.284ff., F.C.Schnroeder, Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (LK) 11.Aufl., 2003, § 16 Rn.14f., Vogel, LK 12.Aufl., 2007, § 15 Rn.303ff., Sternberg-Lieben/Schuster, SS, § 15 Rn.136, Kindhäuser, a.a.O. (Anm.8), AT, § 33 Rn.19, 48, Jeschek/Weigend, a.a.O. (Anm.31), AT, § 55f.3a, § 57II3, Fritzer, a.a.O. (Anm.8), AT, § 12 Rn.10, Hoyer, SK, 7. Aufl., 2004, Anh.zu § 16 Rn.24, Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.Aufl., 1991, 6/14, 39, 42（本見可能性は実行行為時に存在しなごとはならぬが、実行行為は最終的な原因となる行為が必要なく、むしろ、自己の過失により回避不能となる場合に行為する道員として、自己を解放する行為が可能である）、Ulsenheimer, Anmerkung zu BGH Urt.v.14.3.2003, -2 StRR239/02, StV 2007, S.79, 判例と法律 BGHSt.55, 121 (133) (Urt.v.29.4.2010)。

(39) 松生光正「引受け過失について」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集上巻』（二〇〇七年、成文堂）四四九頁以下参照。Vgl. Neumann, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985, S.186ff.

(40) Fritzer, a.a.O. (Anm.8), AT, § 12 Rn.11.

(41) 本間・前掲注(36)一六一頁。

(42) 本間・前掲注(36)一五七頁。

(43) 杉本・前掲注(32)二七一頁、平野・前掲注(38)一九六頁。

(44) Roxin, a.a.O. (Anm.8), AT, § 24 Rn.36, 117, 118, Jeschek/Weigend, a.a.O. (Anm.31), § 55f.3a, § 57II3, Ulsenheimer, a.a.O. (Anm.38), StV 2007,

犯罪論における同時存在の原則と原因におよぶ自由な不作為

同志社法学 六七巻四号 三六四 (一七四二)

S.79, Mitsch, Fahrtlässigkeit und Strafsystem, Jus 2001, S.112.

- (45) 平野・前掲注(38) 一九六頁、西田・前掲注(30) 二二二頁(実質的に危険)、杉本・前掲注(32) 二七二頁(意識・身体能力の喪失はただちに危険創出を認めることが可能)、田村翔「引受け過失論考察のための序章―規範論的観点から―」明治大学大学院法学研究論集四二号(二〇一四年)九二頁。Fischer a.O. (Anm.8), AT §12 Rn.11, Jakobs, a.O. (Anm.38), AT 9/14 (行為者が以前の段階で、後の行為を予見できるのみならず、結果の不発生に配慮することが義務付けられている場合にのみ行為の前倒しは可能であり、以前の時点で後の行為の性質に対する保障人である場合にのみ引受け責任は存在する)。

(46) Vogel a.O. (Anm.38), LK, §15 Rn.305, Kindhäuser, a.O. (Anm.8), AT, §35 Rn.14, Neumann, a.O. (Anm.39), S.191.

- (47) Bunann/Weber/Mitsch, a.O. (Anm.7), AT, §22 Rn.61, Maurach/Gessel/Zipf, a.O. (Anm.38), AT §43 Rn.63 (原因におよぶ自由な行為の構成要件領域における特別形式)。Vgl. Schick, a.O. (Anm.38), JÜZ 1974, S.288, F.C.Schroeder, a.O. (Anm.38), LK, §16 Rn.141 (過失犯の場合の原因において自由な行為の可能性を限定するが、不要にするものとはなく)、吉田敏雄『刑法理論の基礎』【第三版】(二〇一三年、成文堂) 三八二頁注(57) 参照。

(48) 例外モデルに対する批判として、仲道祐樹「過失行為のとらえ方」高橋則夫・杉本一敏・仲道祐樹・前掲注(33) 二八頁。Vgl. Neumann, a.O. (Anm.39), S.192 (活動の引受けにより基礎づけられる「危険」は「自由な」すなわち完全な責任能力状態で行われた引受け者自身による犯罪遂行の可能性に $z\alpha\alpha\alpha\alpha$)。

(49) 松生・前掲注(39) 四四五頁、四七一頁参照。Hettinger, Zur Strafbarkeit der "Fahrlässigen actio libera in causa", GA 1989, S.15f., ders., Handlungseinschluss und -Beginn als Grenzkriterium tabuverständmissigen Verhaltens beim fahrlässig begangenen sog. reinen Erfolgsdelikt-zugleich zur sog. fahrlässigen actio libera in causa, in: Festschrift für F.C.Schroeder, 2006, S.220 (故意犯であれば実行行為を基礎づけられない予備への拡大が、過失犯の場合には行わることができるとは、その根拠は明らかでない)、引き受け過失という概念は不要であるとするのは、Dutge, a.O. (Anm.31), MK §15 Rn.133 (「前段階への前倒しは一般原則から生じるのではなく、引受け過失」という特別な理論から生じるのではなく)、Zielinski, AK, Bd. 1, 1990, §§ 15,16 Rn.91, Neumann, a.O. (Anm.39), S.186ff.

(50) 松生・前掲注(39) 四七一頁。Kühl, a.O. (Anm.8), AT §17 Rn.95a, Hettinger, a.O. (Anm.49), GA 1989, S.13f., ders., a.O. (Anm.49), Festschrift für F.C.Schroeder, 2006, S.209ff. Horn, Der Anfang vom Ende der actio libera in causa, StV 1997, S.265f., Romanu, Dogmatisch-konstruktive Lösungsmodelle zur actio libera in causa, JA 1997, S.715.

- (11) 本間・前掲注 (8) 一五七頁。Roxin, a.a.O. (Anm.8), AT, § 24 Rn.118 (開始時に引き受けた任務を自分が果たせないうことを認識できなかったかどうかを、正答は「否」を問題として扱われる)。
- (12) Delme-Niemann, a.a.O. (Anm.19), GA 2009, S.152. 高橋・前掲注 (8) 一六五頁。
- (13) Baier a.a.O. (Anm.8), S.278f., Otto, Vorverschulden und Rechtsmissbrauch, in: Festschrift für Frisch, 2013, S.599. Vgl. Janke, LK, 11.Aufl., 1992, § 20 Rn.76.
- (14) Stratenwerth, Vermeidbarer Schuldausschluss, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S.499.
- (15) Maurach, a.a.O. (Anm.38), Jus 1961, S.374. Vgl. Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.7), AT, § 19 Rn.36, Janke, LK, § 20 Rn.76, Krause, a.a.O. (Anm.31), JURA, 1980, S.173.
- (16) Maurach, a.a.O. (Anm.38), S.377. 中田・前掲注 (8) 一三三頁以下 (責任無能力状態に置く場合を同様に考へられること)。
- (17) Hirsch, a.a.O. (Anm.31), NStZ 1997, S.232.
- (18) Satzger, a.a.O. (Anm.2), JURA 2006, S.518.
- (19) Baier, a.a.O. (Anm.8), GA 1999, S.280.
- (20) Satzger, a.a.O. (Anm.2), JURA 2006, S.518, Kindhäuser, a.a.O. (Anm.8), AT, § 23 Rn.18.
- (21) Esser/Bosch, SS, § 22 Rn.57, Roxin, a.a.O. (Anm.8), § 20 Rn.59, usw.
- (22) Hruschka, Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, systematisch entwickelte Fälle mit Lösungen zum Allgemeinen Teil, 2.Aufl., 1988, S.62, Baier a.a.O. (Anm.8), GA 1999, S.281, Renzikowski, a.a.O. (Anm.15), S.342f., Kindhäuser, a.a.O. (Anm.8), AT, § 23 Rn.19 (本論に未答の「既罪」不明確として)。
- (23) Baier, a.a.O. (Anm.8), GA 1999, S.281.
- (24) Baier a.a.O. (Anm.8), GA 1999, S.281, Jähnke, a.a.O. (Anm.53), LK, § 20 Rn.77.
- (25) Weigend, LK, 12.Aufl., 2007, § 13 Rn.67, Haas, a.a.O. (Anm.8), § 13 Rn.29, Delme-Niemann, a.a.O. (Anm.19), S.154.
- (26) Gosh, a.a.O. (Anm.8), S.71f. 44. 杉本・前掲注 (8) 一七二頁参照。
- (27) Roxin, a.a.O. (Anm.8), AT, § 31 Rn.103ff., Kühl, a.a.O. (Anm.8), AT, § 18 Rn.22, Baumann/Weber/Mitsch, a.a.O. (Anm.7), AT, § 15 Rn.28, Esser/Bosch, SS, § 22 Rn.57, Satzger, a.a.O. (Anm.2), JURA 2006, S.517, Stein, Garantpflichten aufgrund vorsätzlicher pflichtwidriger Ingerenz, JR

犯罪論における同時存在の原則と原因において自由な不作為

- 1999, S.267, Maurach, a.a.O. (Anm.38), JZ 1961, S.373f.; Bertel (Anm.7), JZ 1965, S.55, Stollers, Die Rechtsfigur "Unterlassen durch Tun" Teil 2, JA 1992, S.181, Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und Garantienprinzip, 1972, S.181f. 44 吉田・前掲注 (8) 二二頁参照。
- (69) Bertel, a.a.O. (Anm.7), JZ 1965, S.55.
- (69) Baier, a.a.O. (Anm.8), GA 1999, S.282, Kindhäuser, a.a.O. (Anm.8), AT, § 23 Rn.17.
- (70) Jähnke, LK, § 20 Rn.78.
- (71) Baier, a.a.O. (Anm.8), GA 1999, S.282.
- (72) Renzikowski, a.a.O. (Anm.15), S.343.
- (73) Vgl. Strenig, a.a.O. (Anm.8), ZStW 122, S.13.
- (74) Hruschka, a.a.O. (Anm.62), S.62.
- (75) Hruschka, Über Tun und Unterlassen und über Fahrlässigkeit, in: Festschrift für Bockelmann, 1979, S.422f.
- (76) Gosch, a.a.O. (Anm.8), S.65.
- (77) Baier, a.a.O. (Anm.8), GA 1999, S.282, Renzikowski, a.a.O. (Anm.15), S.343, Gosch, a.a.O. (Anm.8), S.64.
- (78) Delme-Niemann, a.a.O. (Anm.19), GA 2009, S.155.
- (79) Vgl. Otto, a.a.O. (Anm.53), S.600.
- (80) 丸山治「過失犯の原因において自由な行為」刑法判例百選一総論「第七版」(二〇一四年)七七頁。結果行為が責任無能力の場合と行為無能力・結果回避不可能の場合との区別について、杉本一敏「責任帰属の原理としての『責任モデル』と『例外モデル』」(一)原因において自由な行為を「手かりに」早稲田法学八八巻一頁(二〇一三年)一四二頁。Vgl. Joerden, a.a.O. (Anm.8), S.40f., Weigend, a.a.O. (Anm.65), LK, § 13 Rn.67.
- (81) 杉本・前掲注 (32) 二七一頁、二八七頁注 (29) 参照。
- (82) Stratenerth, a.a.O. (Anm.54), S.485ff., Brammsen, a.a.O. (Anm.8), GA 2002, S.211.
- (83) Delme-Niemann, a.a.O. (Anm.19), GA 2009, S.154.
- (84) 杉本・前掲注 (80) 一四二頁。
- (85) 木村・前掲注 (30) 六七頁参照。過失犯の場合は、引き受け過失が認められる場合と重なる部分が多いとも考えられる。
- (86) Roxin, a.a.O. (Anm.8), AT, § 29 Rn.271f.

- (87) Hillenkamp, LK, § 22 Rn. 148f., 168f.
- (88) Bamberger, Versuch beim Unterlassungsdelikt, 1978, S. 221f.
- (89) Rudolph, a.a.O. (Anm.8), SK, Vor § 13 Rn. 50f.
- (90) Gosch, a.a.O. (Anm.8), S. 97f.
- (91) BGHSr. 43, S. 177 (180f.) (Urt. v. 12.8.1997), BGH NStZ 2006, S. 311 (Urt. v. 9.3.2006).
- (92) 大谷實『刑法講義総論【新版第四版】』(二〇一二年、成文堂) 一四一頁。
- (93) Gosch, a.a.O. (Anm.8), S. 106f.
- (94) Renczkowski, a.a.O. (Anm.15), S. 342.
- (95) Gosch, a.a.O. (Anm.8), S. 108.
- (96) Gosch, a.a.O. (Anm.8), S. 109f.
- (97) Gosch, a.a.O. (Anm.8), S. 106.
- (98) Vgl. Wohlers/Gaede, NK, § 13 Rn. 13.
- (99) 仲道・前掲注(33) 二八頁。
- (100) 大阪高判昭和三年六月二八日裁特四卷一三三〇一七頁。
- (101) 山中・前掲注(8) 六二〇頁、内藤謙『刑法講義総論(下)』(一九九一年、有斐閣) 八四九頁。
- (102) 大谷・前掲注(92) 九〇頁、木村・前掲注(30) 六六頁、中野・前掲注(30) 二二〇頁、大島・前掲注(30) 三八九頁、島田仁郎・島田聡二郎『大谷・前掲注(92) 九〇頁、木村・前掲注(30) 六六頁、中野・前掲注(30) 二二〇頁、大島・前掲注(30) 三八九頁、島田仁郎・島田聡二郎』(一九九九年、青林書院) 四一五頁、杉本・前掲注(32) 二八一頁、丸山・前掲注(80) 七七頁。
- (103) 東京高判昭和二年二月二三日判特三九号二三四頁、大津地判平成九年一月二六日LEX/DB2813532。なお、前橋地判平成二六年三月二五日2014WTLJPCA03259006は、睡眠時無呼吸症候群に罹患していたと認められるが、睡眠不足及び疲労のために眠気を覚え、そのまま運転を継続すれば前方注視が困難な状態に陥ることが容易に予測されたのであるから、運転を中止する注意義務があるとして、自動車運転過失致死傷罪の成立を認めた。
- (104) 大阪地判昭和四二年九月二六日判タ二二四号二五五頁、東京地判昭和四三年四月二三日高刑集二卷四号三四八頁、東京高判昭和四三年九月五日高刑集二二卷四号三四一頁、東京高判昭和四九年七月一九日東時二五卷七号六〇頁、仙台地判昭和五一年二月五日刑月八卷一〇二号四一頁、東京地判平成五年一月二五日判時一四六三号一六一頁、大阪地判平成六年九月二六日判タ八八一号二九一頁、名古屋高判平成二四年五月一〇日高等裁判所

犯罪論における同時存在の原則と原因において自由な不作為

犯罪論における同時存在の原則と原因において自由な不作為

同志社法学 六七卷四号 三六八 (一七四六)

刑事裁判速報集平成二四年一九七頁。なお、札幌地判平成二六年九月二日LEX/DB25504881は、無免許運転中に持病のてんかん発作により意識を失い、対向車に衝突させて傷害を負わせた事案について、持病のてんかんについて十分病識があり、発作が起きる可能性があることを十分認識し、医師から自動車の運転も止められていたのに自動車の運転を開始したもので、このような持病を有する状態での自動車の運転は、そもそも相当程度危険性が高いものあり、無免許運転のため技能や知識が不足していることが運転の危険性を高めることをよく認識しながら取って運転行為に及んだものとして、危険運転致傷罪の成立を認めた。

(105) 大阪高判昭和五四年四月一七日判タ三九六号一四六頁。

(106) 大阪地判平成一七年二月九日判時一八九六号一五七頁(杉田宗久裁判長裁判官)。

(107) 千葉地判平成二五年一〇月八日2013WLJPCA10089001。なお、本判決では、公訴事実の関係のためか、事故以前の過失の存否は検討されていない。東京高判昭和四九年七月一九日東時二五卷七号六〇頁も、てんかんの発作による意識障害のためにもうろう状態に陥り衝突事故を起した事案について、「周囲の状況に応じて結果の発生を予見し、これを回避する行動をとることは不可能であつて、心神喪失の状態にあった」として無罪とした。

(108) 杉本・前掲注(32)二八二頁参照。

(109) Vgl. Gosch, aa.O. (Ann.8), S.114.