

「作為と不作為の区別」

——作為義務の根拠論との関係——

奥田菜津

I はじめに

- 1 作為と不作為の区別の第一の機能——区別そのものの機能
 - 2 作為と不作為の区別の第二の機能——作為義務の根拠論の指針としての機能
 - 3 二つの機能の関係
 - 4 本稿の目的と射程
- ## II 作為と不作為の区別に関する先行研究及び裁判例
- 1 作為と不作為の区別に関する見解
 - 2 作為と不作為の区別を重視しない見解
 - 3 裁判例の検討
 - 4 小括

III 作為義務根拠論の前提とされる作為と不作為の相違

1 作為義務の根拠要素

2 諸要素の根拠となる作為と不作為の相違

IV 作為と不作為のスペクトラム的存在

1 事例の設定

2 先行研究に基づく区別と規範的区別から

3 先行研究に基づく区別と自然的区別から

4 自由制約の程度の検討

5 作為と不作為のスペクトラム的存在

6 中間的事象の処理の一例

V 私見

1 作為と不作為の区別の意義

2 作為義務の根拠論の指針としての機能から

3 具体的区別基準の定立

4 各事例の解決

VI おわりに

1 本稿の内容のまとめ

2 本稿の成果と今後の課題

I はじめに

1 作為と不作為の区別の第一の機能——区別そのものの機能

不真正不作為犯は、刑法総論の典型問題の一つである。不真正不作為犯をめぐっては様々な論点があり、それぞれの領域で盛んに議論がなされているものの、①犯罪の実現態様には作為と不作為が存在すること、②不作為を処罰するには、その不作為が作為と同価値でなければならないこと、③不作為が作為と同価値であるためには、不作為者に作為義務が認められなければならないことの三点については概ね一致し、議論の前提とされているように思われる。この前提からすると、不作為の場合、作為では検討されない「作為義務」という特別な要件が課されることになる。そのため作為と不作為を区別することは、要件論に入る前提として極めて重要な意味を持つ（区別そのものの機能）。

ところが、作為と不作為をいかに区別するかは、我が国において一致した学説や判例が形成されているとはいいがたない。ドイツにおいては、不作為処罰が条文として定められており、不作為の場合の要件が明文化され、さらに任意的減輕の対象にもなる。^①こうした事情から、なおのこと作為と不作為の区別は重要であり、判例法理が発展し、活発に議論もなされている。日本ではドイツのような事情がなく、作為も不作為も同一の条文で処理されるため、区別論が裁判上の主要な争点になることは比較的少ない。このことが、学説や判例法理の形成が積極的に進まない一つの要因であるのかもかもしれない。

冒頭に述べたように、作為と不作為の区別が要件論に入る前提となっていることにはほぼ争いがなく、それである。それにもかかわらず、区別の明確な基準は確立していない。この状況を鑑みるに、区別論を一步前進させるには、区別そのものという機能に加え、次に述べるもう一つの機能にも着目する必要があるのではないだろうか。

2 作為と不作為の区別の第二の機能——作為義務の根拠論の指針としての機能

刑法には「典型」として想定される類型と、その典型からは外れるものの処罰対象となる「非典型」の類型が存在する。例えば、刑法は典型として「故意」を想定するが、典型ではない、つまり非典型である「過失」をも処罰することがある。刑法は典型として「既遂」を想定しているが、犯罪によっては非典型である「未遂」や「予備」も処罰対象とする。「正犯」が典型であるのに対し、非典型である「共犯」も処罰される。これと同様に、刑法は典型として「作為」を想定しているが、場合によっては「不作為」を処罰することもできるという意味で、作為と不作為も、典型と非典型との関係に似ている。

しかし、前述の過失その他と、不作為との間には大きな違いがある。過失その他の非典型類型は、条文上の根拠をもち、固有の類型として独立している。そのため、一度典型ではなく非典型であると区別できれば、その後、非典型としての要件論の中で、典型が再び登場することはほとんどない。一度過失犯の領域に引き込めば、そこからの要件論には故意犯は登場しないのが通常である。

一方、日本の刑法は不真正不作為犯を条文上規定していない。不真正不作為犯も、一見すると作為犯を想定しているように思われる条文によって処理される。したがって、不真正不作為犯を処罰するためには、当該不作為が、法が本来予定しているであろう「作為」と同価値であるといえなければならない。典型（作為）と非典型（不作為）を区別した後、その非典型（不作為）の要件論の中で、再び典型（作為）が姿を現す。つまり、一度作為と不作為が自然的に分類された後に、不作為に分類されたもののうち、自然的には不作為であるが、法的評価としては作為と同等に扱うことのできるものが選別し直されているのである。

作為と不作為の自然的な相違を乗り越えるような、自然的な不足を補うような特殊事情があるかどうか重要であり、

この特殊事情こそが一般的に「作為義務」と呼ばれる。すなわち作為義務の根拠論は、作為と不作為がどう異なるのか、その相違を前提として、その相違点を埋め合わせるような、代替要素の有無を語るものということができる。⁽²⁾例えば、詳細は後に検討するが、作為義務の根拠を先行行為に求める見解は、「……不作為自体に着目すると、自然的事実としてはその不作為には原因力が存しない」⁽³⁾のに対し、「作為犯にあつては、作為に原因力がある」⁽⁴⁾という作為と不作為の存在構造上のギャップに着目し、「両者が同価値であるといえるためには、「不作為者が当該不作為をなす以前に、法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定している場合でなければならぬ」⁽⁵⁾とする。また、作為義務の根拠を支配性に求める見解は、「作為犯の特徴は、行為者が自」の意思に基づいて、法益侵害の結果へと向かう因果の流れを設定したことにある。これに対して、不作為は、すでに発生している結果へと向かう因果の流れに介入せず、結果を防止しないという消極的態度である」⁽⁶⁾という理解に基づき、これを同価値というためには、不作為者が「因果経過を具体的・現実的に支配していたことが必要」⁽⁷⁾であると説く。このように、作為と不作為がどう違い、不作為は作為と比べて何がどのように足りないのかの検討が、作為義務論に直結するのである。

そうすると、故意と過失の区別が要件論に入る前提の段階で価値を有するにとどまるのは異なり、作為と不作為の区別は、要件論に入る前提としての区別そのものの機能だけではなく、もうひとつの重要性を持つことがわかる。作為と不作為をいかなる基準で区別するかということは、作為義務の根拠論の前提にもなるのである（作為義務の根拠論の指針としての機能）。

3 二つの機能の関係

このように、作為と不作為の区別には、第一に要件論に入る前提としての、区別それ自体の機能があるとともに、第

二に作為義務の根拠論の指針としての機能が有り、これら二つの意味で区別論は重要なのである。しかし、従来「作為と不作為の区別」が論じられる際には、後に続く作為義務の根拠論はほとんど意識されてこなかったように思われる。

これは、ある種当然のことである。思考の順序としては、作為か不作為かという区別が先にあり、不作為とされた後に、初めて作為義務の問題が生じる。作為義務の問題を考へるにあたり、先決問題としての区別段階で重視したことを考慮することはあつても、区別段階で後の作為義務の根拠論を考へることは、論理的先後関係からして本来ありえないはずである。

しかし、作為と不作為の区別論が後の作為義務の根拠論にまで波及するというのであれば、作為義務の根拠論の段階で具体的に区別論がどう作用しているかまで含めて、作為と不作為の在り方を、より構造的・立体的に把握する手法がとられることもあつてよいのではないだろうか。そうすることにより、作為と不作為のより明確な区別基準が明らかになるだけではなく、不真正不作為犯の最も核心的な論点である、作為義務の根拠論についても新たな示唆を得られるように思われる。

4 本稿の目的と射程

以上により、作為義務の根拠論との関係性をも意識して検討することで作為と不作為の区別についてあるべき基準を明らかにし、そこから作為義務の根拠論自体への示唆を得ることを、本稿の目的とする。

なお、本稿で扱う「作為と不作為の区別」とは、作為と不作為が経時的に存在する場合にどの時点を実行行為として取り上げるといふ「作為犯か不作為犯か」といふ問題⁸⁾ではなく、あるひとつの実行行為を作為と不作為のどちらとして扱うかといふ「作為か不作為か」の問題⁹⁾である。前者はあくまで問責対象となる行為の確定の問題であり、後者は行

為がすでに確定された上での、その行為の意味づけ・解釈の問題である。また、本稿では真正不作為犯は検討の対象外とする。本稿は、不真正不作為犯が固有の条文を有しないからこそその作為との同価値性に着目するものであり、条文上の根拠が与えられている真正不作為犯は問題意識の領域から外れるものだからである。

II 作為と不作為の区別に関する先行研究及び裁判例

1 作為と不作為の区別に関する見解¹⁰⁾

作為と不作為の区別については、様々な見解が唱えられてきた。最も素朴には、事実をその外形から観察して作為と不作為を区別する、自然的要素を重視する見解がある。これに対し、作為か不作為かというのはあくまで評価の問題であるとして、社会的規範的要素を重視する見解が有力に唱えられている。このように、自然的要素を重視する見解と社会的規範的要素を重視する見解に分類して学説を分析する手法が広く採られているが、このうち自然的要素を重視する見解は、さらに行為者の挙動自体に着目するものと、行為者の行為と現に生じた結果との関係に着目するものに分類できると思われる。そこで本稿では、既存の学説を次のように大きく三つに分類し、簡単に検討する。

(一) 自然的要素を重視する見解——行為者の挙動自体に着目するもの

(ア) 身体動作の有無

外界に知覚可能な身体運動（筋肉の収縮や身体的動作）があれば作為犯で、それがなければ不作為犯とするものである¹²⁾。身体の動静に着目するもので、「作為」「不作為」という文言には最も直感的に馴染む基準である。しかし、例えば

溺れる子供を救助せずにその場を立ち去つた場合も、この行為者は手足を動かし歩行するという身体的動作でその場を立ち去つていたのであるから、純粹に「身体の動靜」を基準にするのであれば、この歩行動作をもって、行為者の不救助を作為犯と解さねばならなくなるが、それは妥当ではないだろう。

そこで、現在ではこの見解には修正が加えられている。「要求された一定の身体動作の有無」など、身体動作に制限を設けるのである。¹³⁾ 現在の理解では、不作為犯とはいかなる作為をも行わないことを指すのではなく、作為義務者に要求される作為を行わないことを指すとされているから、この制限は当然の発想といえる。

しかしこれは果たして、作為と不作為の區別問題への回答になっているだろうか。「一定の身体動作」をしないことが不作為で、することが作為であるというのは、単なる言葉の言いかえに過ぎない。人工呼吸器の取り外しでいえば、「一定の身体動作」を「人工呼吸器の取り外し」と捉えるならばその動作がある以上作為ということになり、「一定の身体動作」を「治療の継続」と捉えると、その動作をしないのであるから不作為ということになる。この見解は、先述したように、「不作為」が「一切の作為をしない」ことを意味するのではなく、「要求された一定の作為をしない」ことを意味するという確な指摘をしている点では優れた見解であるものの、作為と不作為の區別につながるとはいえない。

また近年では、挙動犯と結果犯とで判断を分け、挙動犯は身体動作があれば作為犯とし、結果犯において結果への作用が認められない場合には身体運動があることに加えて法益侵害の危険が有意に高められたといえる場合に作為犯とする見解も唱えられている。¹⁴⁾

(イ) エネルギー投入の有無

「一定の方向にエネルギーを投入する (Aufwand von Energie)」ものが作為で、しないものが不作為であるとする見

解がある。¹⁵この見解からすると、単に直立しているだけであっても、直立には内部エネルギーが用いられているためそれは作為と評価すべきであり、一方、治療中止の場合、治療というエネルギーの投入をやめる行為であるから不作為と評価すべきと考える。

しかし、そもそも治療中止は、「治療行為をやめる」不作為か、「治療器具を取り外す」作為かということが問題となつていたのであり、初めから「治療行為をやめる」という評価をしたうえでそれを「エネルギーの投入をやめる行為だから不作為」と言いかえることは、やはり作為と不作為の区別問題への回答にはならない。エネルギーの投入の有無を判断する行為を拾い上げる段階がもつぱら恣意にゆだねられているという点でしばしば批判されている。¹⁶

(二) 自然的要素を重視する見解——行為者と結果との関係に着目するもの

(ア) 因果性の存否

因果性の存否によつて作為と不作為を区別しようとする見解がある。¹⁷作為は、当該状況からその作為を取り除いて考えると結果が生じない。しかし不作為は、その不作為を取り除いても結果は生じるというのである。¹⁸

この見解には、不作為の因果性を否定するならば不作為はすべて未遂犯になつてしまふ、¹⁹という指摘がしばしばなされるが、この指摘は失当である。この見解のいう因果性はあくまで物理的機械的のものであり、法的評価としては因果性が認められることも十分にある。²⁰一方で、結果犯にしか使えないのではないかという指摘や、物理的機械的因果性がある不作為犯も存在するという指摘²¹がなされることもある。

ただこれについても、基準をどこに置くかに恣意が介在する余地がある。生命維持装置の取り外しについて考える際、生命維持装置によつて生存している状態を基準とすれば、装置を取り外すことは死へと向かう因果を発生させることに

なる。ところが、生命維持装置がなければ死に至るような病状である患者について、死へと向かう因果がすでに発生しているものと捉えるならば、生命維持装置の継続的な使用をやめることは、既存の因果を放置することと評価される。

(イ) 法益の悪化の有無

法益保護が刑法の目的である以上、その解釈も法益との関係で把握すべきであると説く見解である。法益を「悪化させる」のが作為で、法益を「好転させない」のが不作為であると解する⁽²²⁾。

これも(ア)と同様の批判が可能である。生命維持装置をつけて生存している状態を基準として考えると、生命維持装置の取り外しは法益を悪化させると評価することになるし、死へと向かう法益状態を生命維持装置の使用により継続的に好転させ続けていたのだと捉えると、それをやめることは法益を好転させないものと評価せざるを得なくなる。その意味で、(ア)同様この見解も、確かに説明自体は的を射たものでありながら、ある事象が作為であるか不作為であるかという問いにそれだけで答えられるものには昇華されていないように思われる。

(三) 規範的要素を重視する見解

(ア) 非難可能性の重点

のちに紹介するように、ドイツにおける判例では定着しているといつてよいのがこの見解である。作為とも不作為とも解釈しうる場合、非難可能性が作為と不作為のどちらに向けられているかで判断するというものである⁽²⁴⁾。(一)と異なり、「作為の側面と不作為の側面のどちらを選択するか」という問いに対しては正面から応えているといえる。ただこれについては、非難可能性の重点がどちらにあるかという判断は明確性に欠けるといふ批判がなされており、これに応

えるように、非難可能性の重点公式をより理論的に詰めようという学説上の努力もなされている。⁽²⁶⁾

(イ) 社会的意味

非難可能性の重点説に類するものとして、社会的意味説が挙げられる。Eb. Schmidt は行為の社会的意味が直接的な結果惹起か、結果の不防止かによって作為と不作為を振り分けようとした。⁽²⁷⁾ しかし、この見解も非難可能性の重点説と同様、その不明確性が批判の対象になっている。⁽²⁸⁾

(四) 作為の優先

こうした議論の中、作為と不作為の区別が疑わしい場合には、作為犯を優先して認めるべきであるとする見解があり、このような作為優先の発想はわが国でも広く受け入れられている。⁽³⁰⁾ 立法者は本来作為を想定しているのであり、作為の当罰性は不作為のそれに勝る。そのため、あくまで作為が原則であつて、作為犯が認定できなかった場合に初めて不作為が問題となるのである。

こうした考え方は、はじめに検討対象から除外したところの経時的な作為犯か不作為犯かの問題において用いるとしたら、有効に働くであろう。明白に作為と判断することのできる行為と、明白に不作為と判断することのできる行為が、時系列的に異なる時点でなされている場合にどちらを問責対象とするかという問題について、作為と不作為の両方があるならば作為の方を問責対象とすべし、という回答を与えることになるからである。しかし、繰り返しようにあくまでそれは問責対象の確定の問題なのである。問責対象とされるその行為が作為なのか不作為なのかという判断は、別途何らかの基準でもつてなされているはずであつて、これこそが本稿が論じようとする、同時的な作為か不作為かの問題な

のである。

では、同時的な作為か不作為かの問題にこの見解を当てはめた場合、「作為と不作為の区別が疑わしい」か否かは、何をもって決するのであろうか。逆に、区別が疑わしくない場合、すなわち明白に作為ないし不作為であると言いつけることのできる場合には、何ををもってそう言い切っているのであろうか。その段階においては、何らかの区別基準でもって作為と不作為を区別しているはずなのである。⁽³¹⁾⁽³²⁾ すなわちこの見解はあくまで、何らかの基準で作為と不作為を区別しようとした際に、その区別が困難な例が生じたならば作為を優先するという程度の補助的なガイドラインとしての意味しか持たない。その意味で、作為の優先を説く見解は、作為と不作為の区別基準を定立するものとはいえず、これを他の区別基準についての見解と並列的に論じるのは妥当ではない。

2 作為と不作為の区別を重視しない見解

作為と不作為の区別をそもそも重視しない有力な見解も存在する。いわゆる管轄論である。

自由な人格が自身に関する自立した処理権限を有する引替えとして、人は自身の管轄が他の人格にとって危険なものでないよう配慮する義務を負う。これは特別な法的義務ではなく、本来的義務である。自己の組織化領域から生じた危険は取り除かなければならない。そうすると、その危険を取り除く義務を果たすための手段は重要ではない。「歩行者にぶつかるな」という禁止があったときに、それをブレーキを踏むことで遵守するか、車が止まるのに任せて何もせず遵守するかは、刑法の関心の外にある。作為か不作為かは問題ではなく、あくまでキー概念は「管轄」である⁽³³⁾と考えるのである。

3 裁判例の検討

こうした学説の状況の中、裁判例はどのように作為と不作為を区別しているだろうか。先述のようにドイツでは非難可能性の重点を基準として作為と不作為を区別する手法が既に定着しているが、日本の裁判例は何らかの基準を明示してそれが定着しているとはいえない。そもそも、不作為処罰がその要件および任意的減輕という効果とともに明文化されているドイツほど、日本では作為か不作為かが重大な争点となる機会は多くない。そこで、具体的なドイツの判例をいくつか簡単に見た上で、ドイツとは事情が異なる日本における裁判例をいくつか検討する。

(一) ドイツにおける裁判例の状況

(ア) 母親の外出行為——BGH一九九九年八月一七日決定 (BGH NSZ 1999, 607.)³⁴⁾

【事案の概要】

母親である被告人は、三歳の娘が以前コンロ (Die Herdplatten) のスイッチを入れたことがあったにもかかわらず、何らの予防措置をもとらないまま娘を一人家に置き去りにして長時間外出した。娘は被告人の外出している間にやはりコンロのスイッチを入れ、これにより火災が生じ、娘は死亡した。被告人は過失致死と失火罪で起訴された。

【裁判所の判断】

地方裁判所は被告人の外出行為を作為と捉え有罪とした。一方BGHは、地方裁判所が何らの検討もせず当然にこの外出行為を捉えて作為犯として構成したことを理由に、地方裁判所の判決を破棄した。BGHは、本件被告人の行為は、家から出ていく作為ととる余地もあれば、子を監視したり、安全な措置を講じたりするという作為を怠った不作為ととる余地もあるとし、不作為であればドイツ刑法一三条二項により任意的減輕の対象となるのだから、作為か

不作爲かは十分に検討されなければならないとしたのである。そしてBGHは、「作爲か不作爲かという問いを決するにあたっては、行爲者のふるまひの重点が問題となる」とし、区別問題にあたっては非難可能性の重点説を採用することを明言している。その上で、「(外出することは)他の方法による監督的な配慮をする……などをしないという不作爲がなければ、非侵害的である」と言及し、作爲と不作爲の区別は「慎重に検討されるべきであつた」と述べている。

【検討】

過失犯の事例ではあるものの、もつとも典型的でわかりやすい例である。本件では、母親である被告人は身体的活動でもって外出行爲を行っているから、身体の動静にのみ着目するとそれは作爲と評価できそうである。地方裁判所は実際にそのように判断したのだが、BGHはそれを検討不十分とした。確かに、被告人は外出行爲という作爲を行いつながら、同時に監督などの安全措置を講じないという不作爲をも行っているのである。そして、外出したこと自体は、「安全措置を講じる」という作爲を全うした上でならば何ら危険なものではなく、また、「安全措置を講じる」という作爲をしない限り、外出しても、外出はせずに寝ていても、それらに有意的な差はない。その意味で、非難可能性の重点は外出という作爲にあるのではなく、その作爲によって行われた、安全措置を講じないという不作爲にこそ認められる。

学説は本件につき、具体的な事案との関係で有罪・無罪の結論は分かれるものの、本件外出行爲を不作爲と捉えることについては概ね一致している。新過失論の立場から考えた時に、そもそも過失犯に作爲・不作爲の区別が必要であるか否かはここではひとまず置くとして、本件はドイツの非難可能性の重点説の実務上の運用が明確に見とれる典型例として把握することができる。

(イ) 山羊の毛事件——RG一九二九年四月二三日判決 (RGSt.63,211.)⁽³⁵⁾

【事案の概要】

被告人は刷毛の製造工場の工場主であり、中国山羊の毛を輸入し、労働者に加工させていた。被告人は山羊の毛の販売業者から山羊の毛を買い受ける際、必ず消毒すべき旨伝えられていたにもかかわらずこれを怠り、山羊の毛を労働者に引き渡した。山羊の毛は炭疽菌に侵されており、これにより五人の労働者が炭疽病に罹患し、うち四人が死亡した。被告人は四件の過失致死罪と一件の過失致傷罪で起訴された。

【裁判所の判断】

参審裁判所は被告人を有罪としたが、控訴審は、消毒していれば炭疽菌に感染しなかったということが十分に立証されていないとし、因果関係の観点から無罪とした。これに対しRGは、消毒していれば炭疽菌に感染しなかったとは言いいられないとしても、炭疽菌に感染することが直ちに死を意味するわけではなく、消毒によって炭疽病が軽い経過を辿り死に至ることはなかったとはいえる余地が残るのだから、その点をも含めて吟味しなおすべきであるとした。

【検討】

本件は、因果関係が問題になった裁判例である。しかし、この事案は、先行する消毒の不作為と、後続する山羊の毛の引き渡しという作為のどちらを問責対象とするかという、経時的な「作為犯か不作為犯か」という問いが妥当するものでもある。

こうした経時的な「作為犯か不作為犯か」という問題は、冒頭に述べたように本稿の射程から除外している。しかし、非難可能性の重点公式は、同時的な区別問題のみではなく、こうした経時的な区別問題にも全く同じように用いることができるという点で、ある種の共通原理として運用しやすいということがわかる。

ところが、本件は非難可能性の重点説の汎用性を表す一方で、非難可能性の重点説がいかん曖昧な基準であるかを示してしまうものでもある。非難可能性の重点説を初めて提唱したといわれる Mejer³⁶⁾は、本件について「不作為犯という結論を示していたが、一方で多くの学説が重点説に則って作為犯との結論を導いている。³⁷⁾「非難可能性の重点がいずれに向けられるか」という判断は、その評価の根拠を示すことが難しく、結局属人的な価値判断で「重点はこちらにある」と断ずる見解同士の水掛け論に陥るのである。

本件は直接作為か不作為かが問題とされた裁判例ではないにもかかわらず、非難可能性の重点説の利点（汎用性）と弱点（曖昧性）を同時に見てとれる事案であるといえる。

(ウ) プッツ判決（人工的栄養補給処置の中止）——BGH 11010年六月二十五日判決（BGHSt. 55, 191.）³⁸⁾

【事案の概要】

被害者であるKは、健康な時分、家族に対し、「意識不明となりもはや何も話すことができなくなったような場合、人工的な栄養補給及び人工呼吸のような延命処置を希望しない」「いくつもの管に接続された状態にはしないでほしい」などと伝えていた。Kは脳出血により昏睡状態に陥り、老人養護施設において胃瘻により腹壁を通じて栄養補給を行う身となった。Kの子であるGおよびP・Kは、Kの世話人として任命されていた職業世話人に対し、胃瘻の取り外しによる治療中止を本人が望んでいる旨を伝えるも、職業世話人はそれが文書として残されていないことを理由に胃瘻の取り外しを拒否した。このころ、被告人であるP.N. 弁護士がGやP・Kの委任を受ける。

やがて世話人がKの子であるGおよびP・Kとなったことから、改めて治療中止について老人養護施設の施設長や職員、担当医と協議した。施設長や職員はこれに反対したため、妥協案として栄養や水分の補給を中止・制限し、必

要な緩和ケアに移ることとなった。

ところが、やがて施設が栄養補給の再開を決定した。この時点でKの回復は絶望的であり、Gが被告人に相談したところ、被告人は胃瘻の管の切断を進言し、新しい胃瘻の管を挿入する権限はどの病院にもないはずである旨助言した。これを受けてGは胃瘻の管を切断した。直後に施設職員がこれを発見し、Kは新たに胃瘻の造設手術を受けたが、二週間後、病気を原因として自然死した。

被告人はGとともに、故殺未遂で起訴された。

【裁判所の判断】

地方裁判所は被告人の行為を積極的な行為による故殺未遂とし、執行猶予付きの自由刑に処した。これに対してB・GHは次のように述べ、被告人を無罪とした。

許される臨死介助と可罰的な殺人を作為と不作為の自然主義的な区別によって限界づけるのは有意義ではない。人工呼吸器の停止のような事実的積極的な行為を「消極的臨死介助」として法的に正当化するために「規範的な理解における不作為」とすることは、これまでも正当に批判され、独断的な許されざる「技巧」として拒否されてきた。そのような積極的な行為の規範的な不作為という価値評価の転換は、眼前の問題を正当化するものではない。というのも、本質的及び社会的な意味によれば、「治療の中止」は、単なる無為に尽きるものではないからである。それ（治療の中止）は、むしろ殆ど均衡して、多数の積極的・消極的行為を含みうる。それら（積極的・消極的行為）を整理することは、刑法一三条の不作為犯に関する学説や判例によって発展してきた基準によると困難であり、一部（のケース）は単なる運に左右されることにもなりかねない。したがって、医療的処置の終結に関係するすべての行為を規範的で価値評価的な治療の中止という上位概念の下に統合することは有意義であり、不可欠である。

【検討】

従来、治療を拒む患者の意思決定を尊重して治療を中止する行為⁽³⁹⁾については、実務上これを「作為による不作為」⁽⁴⁰⁾ないし「規範的意味における不作為」などと称し、不作為犯として扱ひ、作為義務を否定することで処罰を回避する方法をとってきた。患者の自己決定権の尊重の観点から処罰すべきでないケースについて、これを不可罰とするための一種の技巧である。ここで、非難可能性の重点公式が活かしてくる。例えば人工呼吸器の取り外しを考えるとときに、「取り外し」という作為と「治療しない」という不作為のどちらを採るかという問題に対し、非難可能性の重点公式はその曖昧性ゆえに、「非難可能性の重点が治療をしないという不作為に向けられる」との一言で、これを不作為犯にすることができてしまうのである。処罰すべきでないものを処罰しないために、その政策的意図に沿った結論を導くことができる。

しかし、これについては、当然ながら技巧的に過ぎるとの疑義が絶えなかった。⁽⁴¹⁾この状況を打破し、作為・不作為を問わず、もっぱら自己決定権の尊重・推定的同意論の問題へと舵を切ったのが本判例である。⁽⁴²⁾消極的臨死介助の事案につき、作為と不作為を区別することなく、推定的同意論を用いて解決する方向へ転換したもので、大いに注目される。非難可能性の重点公式が、臨死介助の領域において果たしていた歴史的役割を終えたものと評価することができるだろう。

(エ) ドイツにおける裁判例の状況の検討

以上に概観したように、ドイツの裁判所においては、非難可能性の重点公式という、規範的要素を重視して作為と不作為を区別する方法が採用されている。これは、自然的要素を重視する見解、すなわち自然的な事象そのものから作為

と不作為を区別することが困難であった結果、評価の問題へと脱出したものと考えられるのではないだろうか。現にそうすることで、「作為か不作為か」という問いに正面から答えることができたのである。さらに、同時的な別問題にも経時的な区別問題にも全く同じ理論で対応できるという点で汎用性もある。自然的問題から規範的・評価的問題へと脱出したことにはそれなりの理由があり、またこれが実務上定着しているのも不自然なことではない。

しかし、評価の問題は極めて曖昧なもので、恣意的な運用が可能である。確かに、その柔軟性ゆえに、臨死介助のよくな、処罰すべきでないものを処罰しないためのいわば方便として用いられたことは、実務上意義があつたかもしれない。ところがその臨死介助も今や患者の自己決定の問題として捉えなおされている。非難可能性の重点公式を今後維持するのであれば、これをさらに理論化し、明確なものに洗練していく努力が不可欠であろう。

(二) 日本における裁判例の状況

日本はドイツと異なり、作為と不作為の区別が裁判上争われることは少ない。その中でも、作為か不作為かが争われた事案について、いくつかを簡単に検討する。

(ア) 佐賀地判平成一九年二月二八日 (LEX/DB 28135252)

【事実の概要】

平成一八年五月二〇日午後五時一〇分ごろ、被告人が運転する普通貨物自動車が被害者の運転する自転車と衝突し、被害者は頭がい骨骨折等の傷害を負い、頭部から大量に出血した。被告人は車を降りて被害者を抱え車の助手席側に運び込んだ。そして被告人は事故を隠ぺいするため、被害者の自転車を草むらに投棄した。

被告人は車を運転してB森林公園管理車道に進入・停車し、同日午後五時二〇分ごろ、被害者を運び出し山道を五

○メートルほど進み、杉の木の下付近の地面の上に、被害者の身体を横たえ、遺棄した。

なお、翌二一日午前一時三〇分ごろ、被害者の実兄が本件遺棄現場で被害者を発見し、被害者は病院に救急搬送され一命を取り留めたが、二四日間の入院とその後の通院治療およびリハビリの継続が必要となった。

これについて、検察側は被害者を事故現場から連れ去り遺棄現場に置き去ったという行為を一連の作為による殺人の実行行為として構成し、対する弁護側は、本件実行行為は「被害者を病院に連れて行かずに置き去りにした」という不作為であり、作為義務の認定が必要であると主張していた。

【裁判所の判断】

裁判所は次のように述べて、作為による殺人の実行行為性を認めた。

「本件事故により重傷を負ったがまだ生きており、医師による緊急治療の必要がある被害者を、自己の車に乗せて搬送し、夜間の気温が低く、通常では発見・救出が極めて困難な杉林の中に運び込み、不衛生な状態のまま置いて立ち去った被告人の行為は、医師による緊急治療の機会を奪い、頭部の重傷を進行・増悪させたり、エネルギー消耗により免疫力を低下させたり、傷口から菌が侵入し髄膜炎や感染症を引き起こしたりするおそれが強い。これは被害者の生命侵害の危険性を死が確実と言えるほどに高めるといふ点で、被害者の生命に対する新たに重大な危険性を生じさせるものであることは、医学的見地のみならず、社会通念に照らしても、極めて明白である。…そうすると、被告人の行為は、被害者の死亡の結果を引き起こす定型的危険性を十分に備えた行為であり、客観的には、殺人の実行行為に該当すると言わなければならない」

【検討】

被告人の行為を作為と認定した基準は明示されていないものの、おそらく、病院に搬送するなどの行為をしなかつ

たことではなく、杉林に移置したことが、本件の危険の創出につながっているという構成であると思われる。しかし、医師の緊急治療を受けられなかったことや、怪我の進行、免疫力低下は、むしろ不救助による結果ではないか。一方、傷口から菌が侵入するおそれについては杉林という不衛生な場に移したこと自体から生じる危険である。これでは決定的だというのなら作為犯で問題がないかもしれないが、杉林に置き去りにするという行為自体から生じたわけではない免疫低下や治療を受けられないことをも理由に挙げていることには疑問がある。また、従来事故を起こした後、車内に引き入れ、その後、車から降ろして放置したという交通事故のケースは、先行行為を伴う不真正不作為犯として扱われるのが一般的であったが、そういった例と矛盾しないだろうか。

(イ) 東京高判平成二〇年一〇月七日（東高刑時報五九卷一〜二二号一〇六頁）

【事案の概要】

暴力団組長Aと組員被告人は、平成一九年三月二二日午前二時三〇分頃から午前四時頃までの間、組員Bの言動に腹を立て、金属製警棒で多数回殴打するなどの暴行を加えて重傷を負わせた。そして、自動車のトランク内にBを閉じ込めたまま、車で一五分ほどの場所にある体育館駐車場に連行し、そこで着衣を無理やり脱がし、再度トランクに閉じ込めて次はe広場まで連行した。被告人らは、暗黙のうちに意思を通じあつて、暴行の発覚を隠べいするため、Bの頭部等の重傷が悪化して死亡するかもしれないが、それもやむなしと考え、救護措置を講じることなく放置して殺害しようと考え、同日午前五時三〇分ごろ、e広場においてAがBの身体を数回足蹴にする暴行を加えた上、Bを同市にある駐車場まで連行し、同日午前六時ごろ、Bをトランク内に閉じ込めた状態で駐車場に放置し、その結果、Bを外傷性ショックにより死亡させた。

【裁判所の判断】

一) 原審⁽⁴⁵⁾の判断

事実認定において、原審は次のように述べた上で、被告人に殺人罪の成立を認めた。

「この時点(引用者注・e広場に到着した時点)で、Bは低温度の外気にさらされ続けていたため容態が悪化していたものの、直ちに最寄りの病院に搬送することにより、医師の適切な治療を受けさせて救護すれば死亡の結果を防止することが可能であり、それらのことを被告人らは認識しており、同人らには、Bの着衣を脱がせるなどして容態を悪化させる行為をしたのであるから、Bに適切な治療を受けさせるなどして救護し、その生命を維持すべき義務があった」。

二) 高裁の判断

高裁は、公訴棄却としながらも、原審が不真正不作為犯として構成し作為義務の認定を行っている点を不必要な記載とし、作為犯と構成した。

「……という判示部分は、これを犯罪事実として示すべき必要性は存しないと考える。すなわち、本件殺人については、不作為犯的な側面がないとはいえないが、原判決も、被告人らが殺害を決意した後の被告人らの行為として、『e広場においてAがBの身体を数回足蹴にする暴行を加えた上、Bを同市にある駐車場まで連行し、同日午前六時ごろ、Bをトランク内に閉じ込めた状態で駐車場に放置した』と判示して、作為と評価される行為をも摘示している。上記の内『足蹴にする暴行を加え』、『駐車場まで連行し』、『自動車のトランク内に閉じこめた』りした行為は明らかに作為と評価でき、(このような状態のまま)『放置した』行為も、むしろ作為とみるべきであろう。ちなみに、例えば、被害者に対し、殴る蹴るの暴行を加えて着衣を脱がした上、その四肢をロープで緊縛し、殺意をもって、極寒の山中

に運び、そのまま放置して立ち去り凍死させた場合に、「放置」した行為は不作為ではなく、全体として作為犯としての殺人罪が成立するものと解される。原判決は、『Bを自動車のトランク内に閉じ込めて連行したり、…その身体を数回足蹴にするという各行為自体は、作為といえるものの、Bの生命に対する具体的な危険を直ちに生じさせるものではない』と説示して、上記各行為が殺人の実行行為にあたらぬことを前提として、不作為犯の成否を検討しているようであるが、本件のような事情の下では、これらの行為も一連のものとして殺人の実行行為に当たると解することができるのであって、原判決の上記説示には必ずしも賛同できない」。

【検討】

原審は「足蹴にして、トランクに閉じ込めた」行為について実行行為性が認められるほどの危険性が無いと認定した上で、「病院に連れて行かなかった」不作為を実行行為として取り上げている。それに対して高裁は実行行為を「足蹴にしてトランクに閉じ込めて病院に連れて行かない」という一連の行為として捉え、それらが全体として危険だと認定しているように見える。しかし、高裁は、原審が足蹴や閉じ込めには危険が無いと認定したこと自体は否定していない。すると高裁としてはこの一連の行為のうち、危険性があるのは不作為部分だけであるにもかかわらず、それと一連一体となっている危険ではない作為を捉えて全体として作為犯と認定しているのである。これは果たして妥当といえるだろうか。作為自体には危険がないのであれば、すでに検討したドイツにおける母親の外出事例(BGHR NZStZ 1999, 607.)が外出行為自体は安全措置さえとっていれば非侵害的であると考えたのと同様に、本件でもその実行行為としての本質は病院に連れて行かなかったという不作為にこそあるといえるのではないだろうか。

作為部分自体が既存の危険を増幅させた、あるいは増幅させうるものであったというのであれば作為犯として構成することができるであろうが、危険がなくても作為の側面さえあれば「一連だから」という理由で作為犯とすること

ができてしまうのであれば、従来不作為犯とされてきたほとんどの行為が作為犯とされるおそれがある。外出すること子どもを放置する、家事をしながら乳児に適切な世話をしないなど、いかなる不作為も、その行為には何らの作為的要素——例えば身体運動などを伴っているはずだからである。

(ウ) 最決平成二五年四月一五日（刑集六七巻四号四三七頁）

【事案の概要】

A（当時四五歳）およびB（当時四三歳）はC（当時三三歳）の勤務する運送会社のトラック等の運転手であり、先輩としてCに仕事の指導等をしていた。

A・B・Cその他数名の同僚らは、平成二〇年二月一七日午後一時三〇分頃から同日午後六時二〇分頃まで、飲食店甲において飲酒した。A・B・Cは、更に別の飲食店で飲酒することとし、Cはスポーツカータイプの普通乗用車（以下、「本件車両」という）を運転し、BはAを同乗させた普通乗用車を運転して、同日午後七時過ぎ頃、飲食店乙に到着した。

乙店が開店前であったことから、A・B・Cは本件車両に乗り込み、乙店の開店を待っていた。同日午後七時一〇分頃、Cが、A・Bに対し、「まだ時間あるんですね。もう一回りしてきませんか」などと、開店までの待ち時間に、本件車両に被告人兩名を同乗させて付近道路を走行させることの了解を求めた。

これに対し、Aは、顔をCに向けて顔を縦に振って頷くことにより、Bは、「そうしようか」などと応えることにより、CがA・Bを同乗させたまま本件車両を走行させることについて了解を与えた。この時、A・Bは、Cが既に高度に酩酊しており、アルコールの影響により正常な運転が困難な状態で本件車両を走行させることになるこ

とを認識していた。さらに、A・Bは、同日午後七時二五分頃までの間、Cがアルコールの影響により正常な運転が困難な状態で本件車両を走行させることを黙認した。

その結果、Cはアルコールの影響により正常な運転が困難な状態で本件車両を走行させたことにより、同日午後七時二五分頃、本件車両を時速一〇〇から一二〇キロメートルの速度で走行させて対向車線に進出させ、折から対向して進行してきたL（当時四八歳）運転の普通乗用自動車およびM（当時二二歳）運転の普通乗用自動車と順次衝突し、よって二名を死亡させ、四名に傷害を負わせた。

A・Bは、Cの危険運転致死傷罪を容易にさせたとして、危険運転致死傷幫助罪として起訴された。

【裁判所の判断】

第一審は、⁴⁶了解と黙認を区別し、了解を作為、黙認を不作為と評価して、黙認につき作為義務論を展開し幫助犯の成立を認めた。控訴審は⁴⁷控訴を棄却した。最高裁判所は上告を棄却しつつ、次のように判示した。「所論は、被告人兩名がCによる本件車両の運転を了解し、その走行を黙認しただけでは被告人兩名に危険運転致死傷幫助罪は成立しないという。そこで検討するに、刑法六二条一項の従犯とは、他人の犯罪に加功する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしむるものである（最高裁昭和二四年（れ）第一五〇六号同年一〇月一日第二小法廷判決・刑集三卷一〇号二六二九頁参照）ところ、……Cと被告人兩名との関係、Cが被告人兩名に本件車両発進につき了解を求めるに至った経緯及び状況、これに対する被告人兩名の応答態度等に照らせば、Cが本件車両を運転するについては、先輩であり、同乗している被告人兩名の意向を確認し、了解を得られたことが重要な契機となっている一方、被告人兩名は、Cがアルコールの影響により正常な運転が困難な状態であることを認識しながら、本件車両発進に了解を与え、そのCの運転を制止することなくそのまま本件車両に同乗してこれを黙認し続けた

と認められるのであるから、上記の被告人兩名の了解とこれに続く黙認という行為が、Cの運転の意思をより強固なものにすることにより、Cの危険運転致死傷罪を容易にしたことは明らかであつて、被告人兩名に危険運転致死傷幫助罪が成立するといふべきである」。

【検討】⁽⁴⁸⁾

最高裁は「了解」と「黙認」とを区別せず、「了解とこれに続く黙認という行為」という一連一体の問責対象として危険運転致死傷幫助罪を認めるが、これは妥当である。なぜなら、「了解」か「黙認」の片方であれば、幫助といふに足りる加功の程度を満たすかが疑問だからである。例えばこれが、A・Bが本件車両に同乗せず、「一回りしてきていいか」とCに尋ねられ、車の外から了解を与えCを見送つたというような場合にも、同じように幫助を認めてよいものだろうか。Cにとっては、AおよびBが同乗し、黙認していたからこそ犯行が容易になつたと考えるのが自然であり、Cへの加功の程度、影響力の大きさとして、了解だけでは不十分であつたように思われる。一方A・Bが了解は与えておらず、停車中の車に同乗していたところCが勝手に走行し始めて、両者はそれを黙認しただけであるという場合にも、やはり認めがたいように思われる。本事案では、「了解」と「黙認」がそろつて、これらが相互に補完し合つて正犯行為に大きな影響を与えたものであろう。すると、了解単独でも幫助犯が成立してしまう構成ではなく、了解と黙認は不可分の、一つの幫助行為として機能したと考え、両者合わせて初めて幫助犯が成立するといふ構成が妥当である。⁽⁴⁹⁾

以上に述べたのは、いわば経時的な区別問題、問責対象の画定のレベルの話である。では、その問責対象が作為か不作為かという点について考えると、これは本当に「了解」という「作為」と「黙認」という「不作為」が一連一体となつた「作為」による幫助と考へていいのだろうか。つまり、第一審がいうように、「黙認」部分が「不作為」で

あると本当に断じることができらうか。

「黙認」は、確かに身体的な挙動としては特に目立つたものがなく、単に同乗して座っていただけであるから、不作為という方が耳にはなじみやすいかもしれない。しかし、その態度が持つ意味合いには、二通り考えられる。一つは、危険な運転行為を制止しなかつたというだけの意味合いである。本来ならば制止されるはずであるから、運転行為は困難だったはずであるのに、制止されなかつたために、相対的に運転行為が容易になつたと考えるのである。もう一つは、そこにA・Bが何も言わずに、すなわち肯定的な態度で同乗していたこと自体が、運転者に動機づけを与え、より犯行が容易になつたという意味合いである。前者であれば典型的な既存の危険への不介入であり、不作為といひやすい。しかしもし後者であれば、それを純粹に不作為といつてよいのか、やや疑問が残るであろう。この点は、判例自体は何ら検討していないし、従犯という定型性の低い類型であることもあいまつて事件の解決との関係では特に必要のない論点ではあるが、議論の素材としては十分に検討の余地があるように思われる。

(エ) 日本における裁判例の状況の検討

以上、判例の状況を見るに、日本において作為と不作為の区別に関する明確な基準は裁判所によつて採用されておらず、判旨の中でこれを正面から理論立てて検討することもほとんどない。しかし、裁判所は境界事例において作為犯と認定する傾向が強いように思われる。これは判断において作為義務論を展開することを避けるという狙いもあるかもしれないが、(イ)や(ウ)の裁判例などは、下級審が不作為犯と認定した上で有罪と判断しているにもかかわらず、上級審がわざわざ作為犯と捉えなおしている。ドイツの場合は不作為犯に任意的減輕という法的効果があり、作為か不作為かによつて処断刑の範囲が異なりうるため、同じ有罪の結論でも作為か不作為かを問いなおす意義はある。しかし、日本では

そうした事情がなく、処罰条文が同じであるから、作為であっても不作為であっても、それ自体にはさほどの意味はないはずである。それにも関わらず上級審が作為犯と訂正しているところを見ると、裁判所は、作為か不作為かが争われるほどに作為の色が強いケースは作為で処理するのが妥当だと考えていることが窺われる。先に紹介した作為の優先説的な発想がここにも生きているのである。

おそらく裁判所は、明確な區別基準こそないものの、あくまで作為を原則とし、作為の色がほとんどないもの、作為として認定する手がかりさえないようなものこそが、初めて不作為の問題となると考えているのではないだろうか。

4 小括

ドイツにおいては作為と不作為の區別について活発に議論がなされており、判例法理も、——批判の多い非難可能性の重点公式ではあるものの——実務上定着し、さらに学説による理論的補完の努力もなされている。これに対し、日本はドイツほど研究が進んでいるとはいいがたく、裁判例もこれといった判例法理を構築していない。

作為義務の根拠論がなかなか一致を見ないのは、ここに原因があるのだろうか。つまり、作為義務の根拠論の指針となるはずの作為と不作為の區別についての議論が十分に熟していないがために、根拠論が錯綜をみているということなのだろうか。

それを検討するために、わが国における作為義務の根拠論について概観する。

III 作為義務根拠論の前提とされる作為と不作為の相違

作為と不作為の区別の理解は、どのような形で作為義務論につながっているだろうか。以下では、日本において作為義務の根拠として挙げられる諸要素を、それぞれが作為と不作為の相違をどのように理解しているのかという観点から検討しなおすこととする。

1 作為義務の根拠要素

伝統的通説は、「法令」「契約・事務管理」「条理・慣習」を重視して作為義務の発生根拠を考える形式的三分説であるが、近時は事実的要素に着目する見解が広まっている。これらは「規範的要素を重視する見解」と「事実的要素を重視する見解」として対置させられることが多いが、現在は、前者であつても事実的要素も適宜盛り込んでいるものもあれば、後者であつても規範的考慮が不可欠であると認めるものもあり、両者の境界は曖昧になりつつある。⁽⁵¹⁾ また、裁判所も事案に合わせて利用しやすい根拠要素を組み合わせて用いる傾向にあるし、⁽⁵²⁾ 作為義務の根拠論として統一原理を見出すことには限界があるとし、⁽⁵³⁾ 作為義務の根拠は多元的なものであるとする見解も現れている。これに加えて、そもそも、「先行行為」や「依存関係」といったものは、規範的要素とも事実的要素とも捉えることができるのである。

このように、規範的要素・事実的要素と分類することには現状さほど意味がなく、あらゆる根拠要素が存在し、それらについて異なる説明の仕方をしたり、また複数を組み合わせたりして、学説や裁判例が成り立っている。したがって、ここでは作為義務の根拠に関する見解を規範的要素・事実的要素に分けて検討するのではなく、諸要素ごとに、その要素がどういった作為と不作為の区別観から生じているのかを検討するものとする。

なお、あくまで作爲と不作爲の區別についての検討のために作爲義務の根拠論に立ち入るのであるから、ここではその限度での言及にとどめる。

(一) 法規範

規範的要素の中でも典型的なのが、法規範である。これについては民事上の義務が直ちに刑法上の義務になるわけではないとの批判がなされることがあるが、法規範に着目する見解は、刑法以外の法規範を刑法上の義務としてそのまま用いているというのではない。作爲義務が構成要件該当性、実行行為性の問題であることを前提に、実行行為性の要である「危険」に目を向け、その「危険」の評価のために、法規範を参照するという構造をとっている。すなわち、「そのままでは結果発生に向かっていない事実経過を結果発生へと向ける行為が作爲、結果発生に向かっていない事実経過を結果回避へと向けない行為が不作爲」であり、「『事実に評価するならば法益状態が悪化に向かっていないが、法的に評価するならば、作爲義務のある者が法益を保護するはずであるから、法益状態が悪化に向かっていない』といえるとき、不保護が可罰の評価の対象となる」⁽⁵⁵⁾。その、法益状態が悪化に向かっていないはずであったといえるか否か、すなわち危険はなかったといえるか否かの判断に当たり、「法が人間関係をどのように定めているかが、危険の法的な評価にとって重要な意義を有する」⁽⁵⁶⁾と考えるのである。

ここで重視されているのは、法益状態の悪化である。すでに検討した作爲と不作爲の區別に関する学説のうち、法益の悪化の有無に着目する見解、すなわち、法益を「悪化させる」のが作爲で、法益を「好転させない」のが不作爲と解する見解に立脚していることがわかる。法益を「好転させない」のが不作爲であるとすると、不作爲の場合、事実的にみると法益はすでに悪化に向かっていたのであるが、これを作爲と同様に可罰的なものというためには、法的に評価し

たときに、法益状態はもとも悪化に向かっていたのではなく行為者の態度によってはじめて悪化に向かったといえなければならぬ。そのために、「法益を保護するはずである(だから悪化に向かっていたとはいえない)」という仮定的な評価をなす必要がある。その評価のために、法が人間関係をどのように定めているかを指標とするというのである。作為と不作為の相違から、その相違を埋めるためには何が必要かという論理的な思考プロセスをここに見てとることができる。

(二) 依存関係

不作為者と被害者との間の特別な関係に着目したのがこの要素である。すでに述べた法規範のほか、広く身分関係や社会的地位などに基づき、この「依存関係」の有無を規範的に判断することもあれば、後に述べる支配性や事実上の引受けのように、この「依存関係」の意味するところを事実的要素から具体化して独自の判断要素に昇華したものである。⁽⁵⁷⁾

この依存関係を「顕在的・潜在的依存関係」として規範的に捉える見解⁽⁵⁸⁾は、この前提として、作為と不作為の区別ないし相違について次のように述べる。「作為による侵害の場合は、犯罪の成立範囲は物理的因果関係によって明確に画定され得るので、その範囲は安定的に画される。しかし、これらの価値の不保護、即ち不作為による結果惹起の場合においては、不作為者による物理的因果惹起というものはないので、何をもって作為による結果惹起と同視され得るかが問題となる」⁽⁵⁹⁾。「筆者は、作為と不作為の区別基準については、法益侵害の態様との関係において見出すべきであると考えて法益説に立脚してきた。……刑法上の作為は法益を有形的動作によって物理的・因果的に危険にし又は侵害するのに対して、刑法上の不作為は法益が危険にさらされているか又は侵害されつつある状態を放置する態度によって、即ち、

因果の流れに全く物理的・因果的に影響を与えることなく法益侵害に至らせることであると解する⁽⁶⁰⁾。法益状態の悪化の有無に着目し、そこから出発していることがわかる。

(三) 先行行為

作為義務の根拠を先行行為に求める見解のうち、特にこの要素を事実的な側面から説明する見解は、「……不作為自体に着目すると、自然的事実としてはその不作為には原因力が存しない⁽⁶¹⁾」のに対し、「作為犯にあつては、作為に原因力がある⁽⁶²⁾」というように作為と不作為の相違を分析し、これを存在構造上のギャップと表現する。そこで、この存在構造上のギャップを埋めるため、すなわち両者が同価値であるといえるためには、「不作為者が当該不作為をなす以前に、法益侵害に向かう因果の流れを自ら設定している場合でなければならない⁽⁶³⁾」とする。

この見解は、作為と不作為の区別について、原因力に着目する。あくまで自然的事実としてみたときに、不作為は、結果に対する原因とはなりえない、言いかえれば因果性を持ちえないとする点で、これは因果性ないし法益悪化の有無に着目して作為と不作為を区別するという発想に立脚するものである。作為と同価値というには原因力が不足しているから、その原因力を不作為以前の事情で補うという構造である⁽⁶⁴⁾。

(四) (排他的) 支配性

先に検討した「依存関係」の具体化の一つとすることができる。この排他的支配や支配領域性という概念を提唱する論者は、「作為犯の特徴は、行為者が自己の意思に基づいて、法益侵害の結果へと向かう因果の流れを設定したことにある。これに対して、不作為は、すでに発生している結果へと向かう因果の流れに介入せず、結果を防止しないという

消極的態度である」⁽⁶⁵⁾という理解に基づき、これを同価値というためには、不作為者が「因果経過を具体的・現実的に支配していたことが必要」⁽⁶⁶⁾であると説く。作為と不作為の相違については、法益悪化ないし因果性の有無にこれを見出し、ていることがわかる。

ただし、排他的支配・支配領域性という概念を初めに提唱した論者も補助的に規範的要素の考慮を用いているほか、他の論者は、排他的支配に加えて、法益に対する危険を自己の行為によって創出・増加したことを求める⁽⁶⁸⁾。支配性という要素はそれ単独では機能しがたいもののものである。

(五) 事実上の引受け

法益保護の観点から、結果の不発生を事実上引き受けたという事実には作為義務の発生根拠を求めるものである。具体的には、①法益維持行為の開始、②法益維持行為の反復継続性、③排他性の三要件が満たされたとき、刑法上の作為義務が認められるというのがその構成である。⁽⁶⁹⁾ここにいう「引受け」とは、法益保護が法令や契約などで義務づけられているか否かとは無関係であり、事実として、不作為者が法益の保護を現実に引き受けていて、不作為者と結果との間に依存関係が存在するといえるか否かを問題とする。そういった点で、これはやはり先に見た依存関係という発想を昇華したものと見えるし、また、事実上の引受けが認められるための第三の要件として、排他性を挙げている点、排他的支配性の発想とも共通するものがある。

事実上の引受け要素の発想は、不作為犯が、作為犯と異なり保障人的地位という身分が要求される一種の身分犯であるという理解⁽⁷⁰⁾に起因している。そして、なぜそうした身分が必要なのかについては、「身分ある者による法益の侵害が身分のない者と比較した場合、法益に対して重大な影響を及ぼす」⁽⁷¹⁾からであり、「身分者は、法益に対して密着した関

係にあるから」⁽⁷²⁾であると理解する。そしてその密着性とは法益侵害との関係で把握すべきであり、結果の不発生が不作為者に依存するという関係の発生を意味するとし、その依存性を基礎づけるものとして、「引受けの行為」を要求するという思考プロセスである。⁽⁷³⁾ 作為犯にはなく不作為犯には要求される保障人的地位という身分が法益との関係で理解されていることから、作為と不作為の相違を、法益侵害との関係に着目して捉えているように思われる。

2 諸要素の根拠となる作為と不作為の相違

作為義務の根拠として挙げられる要素は多岐にわたるものの、その代表的なものは概ね、作為義務によって埋めるべきギャップとしての作為と不作為の相違を、本稿Ⅱ・1・(二)で取り上げた、自然的要素を重視する見解——行為者と結果との関係に着目するものに依拠して把握しているように思われる。因果性の存否による区別か法益の悪化の有無による区別かは論者によって異なるものの、少なくとも、作為は法益侵害に至る因果を発生させるもので、不作為は既存の因果を放置するものであるという違いを多くの論者が見出しているようである。これを本稿では便宜的に、作為と不作為の「因果的相違」と呼称する。

また一方で、因果的相違に加えて、不作為犯に作為義務や保障人的地位といった要件を課して慎重に検討すべき根拠として、自由制約の程度差が言及されることもある。⁽⁷⁴⁾ これは因果的相違のような、乗り越えるべき物理的構造上の相違とは観点がやや異なる。作為は禁止規範違反であるから禁止対象の作為以外の全ての行為が許されるが、不作為は実質一種の命令規範違反であるから命令対象以外の行為が全て許されない。刑法が自由制約との関係で謙抑的であらねばならないとするならば、本来禁止規範であるはずの条文に、命令規範としての意味を読み込むことは、ともすれば罪刑法定主義にも触れかねない。⁽⁷⁵⁾ この疑問については、刑罰法規の文言はもとより作為と不作為の両方を含むものであって、

罪刑法定主義には反しないというのが通説である。⁽²⁶⁾しかしながら不作為が作為犯よりも自由の制約の程度が強いという理解自体は必ずしも否定されているものではなく、作為義務が、その自由制約を正当化するという機能をも有すると考えられている。この禁止規範か命令規範による相違を、便宜的に「自由制約の程度の相違」と呼称する。

以上をまとめると、多くの論者は作為と不作為の因果的相違を埋めるために作為義務という要件を要求し、そのことが、自由制約の程度の相違を正当化することにもなると考えているということが⁽²⁷⁾できる。このように、作為義務の根拠論の錯綜とは裏腹に、その根拠となる作為と不作為の相違については、ほぼ共通している。逆にいえば、作為と不作為の区別については多くの見解があり、日本においてはそれに一致が見られないにもかかわらず、作為義務の根拠論に現実的につながっていく作為と不作為の区別論は、因果性の存否や法益悪化の有無といった、因果面での相違に着目した区別にはほぼ限られているのである。

これは少なくとも日本において、因果的相違に着目した区別が、その発展性という意味で、実益からすると最も優れていることを意味する。しかしながら、本来作為か不作為かというのが法的評価を加える以前の自然的存在論上の問題なのだとすると、後の法的評価の段階で役に立つという理由で作為と不作為を振り分けると、論理が逆転してしまう。

そこで次項では、具体的事例、特に作為と不作為の区別が争点になりうるような事例において、これまで唱えられてきた区別論がどのように機能するか分析し、それを通して、法的評価以前の問題としての作為と不作為の在り方が実際にはどのようなものであるのかを検討したい。

IV 作為と不作為のスペクトラム的存在

1 事例の設定

まず、以下八つの事例を設定する。

(一) 通常不作為とされる典例

事例ア (水難者の不救助)

Xは、川で溺れているAを救助しなかった。Aは溺死した。

事例イ (乳児への食物不供与)

Xは、乳児であるAに授乳その他適切な措置をせず、家事をしていた。Aは餓死した。

(二) 法益侵害との関係で有意な身体動作があるものの、不作為と評価し得る例 (いわゆる「作為による不作為」を中心に)

事例ウー1 (主治医による生命維持装置の取り外し)

自力で生命を維持することが困難な患者Aの主治医であるXは、Aに取り付けられていた生命維持装置を取り外した。Aは死亡した。

事例ウー2 (見舞客による生命維持装置の取り外し)

自力で生命を維持することが困難な患者Aの見舞客であるXは、Aに取り付けられていた生命維持装置を取り外

した。Aは死亡した。

事例エー1（医師によるマムシの血清投与の中止）

マムシの毒に侵されるAに投与すべく血清を運んできた医師Xが翻意し、血清を投与しなかった。Aは死亡した。
事例エー2（第三者によるマムシの血清の叩き落とし）

マムシの毒に侵されるAに投与すべく医師が血清を運んできたが、それを見たXが医師の持つ血清を叩き落とし、Aは死亡した。

(三) 身体動作がないものの、作為と評価し得る例⁽⁷⁸⁾

事例オ（自動車による衝突）

Xが自動車を運転していたところ、自動車の進路上にAが倒れているを見止めた。Xはブレーキを踏まず、またハンドル操作もしなかった。やがてXの自動車はAをはね、Aは死亡した。

事例カ（居座りによる監禁）

XがA宅の扉の前に偶然立ち止まったところ、扉の向こう側にいたAから「出してくれ」と声をかけられた。この時初めてXは、自身がそこに居ることによってAが監禁状態になっていることを知った。しかし、Xはそこを立ち退かなかった。

2 先行研究に基づく区別と規範的区別から

規範的要素を重視して作為と不作為を区別する手法としては、非難可能性の重点公式と、社会的意味説がある。これ

については既に検討してきたように、基準が曖昧で、属人的な価値観に左右されてしまう。したがって、ここで規範的要素によって事例アから力をそれぞれ作為と不作為に区別することにはあまり意味がない。

3 先行研究に基づく区別と自然的区別から

(一) 行為者の挙動自体に着目する見解から

行為者の挙動自体に着目し、身体動作の有無や、エネルギーの投入の有無に基づいて各事例を検討する。まず、事例ア（水難者の不救助）について考えると、Xは「要求された一定の身体動作をしない」という意味でいえば、救助という一定の身体動作をしておらず、またこの事例ではXは身体的になんらのエネルギーも投入していない。したがって、これが不作為に分類されることは間違いないであろう。同じく事例イ（乳児への食物不供与）も、家事をするという身体動作はあるものの、これはAの溺死との関係で有意なものでないから、挙動自体に着目する見解からもこれは不作為に分類されるものと思われる。ただし、この家事の身体動作は有意なものではないという判断には、先に検討したBGH NStZ 1999,607.（本稿Ⅱ・3・(一)ア）の母親の外出事例のような重点公式の発想が含まれているという批判はありうる。

事例ウについてはどうか。ここで、先に事例エについて見てみたい。事例エー1（医師によるママシの血清投与の中止）は、医師による救命措置の中止であるが、救命行為は身体動作でありまたエネルギーの投入であるから、それを取りやめることは動から静への転換であり、これを不作為とすることは無理がなさそうである。事例エー2（第三者によるママシの血清の叩き落とす）のように救命措置の妨害となると、血清を叩き落とすというエネルギーの投入があるから、これを捉えて作為といえよう。これらに対して、事例ウは、同じ救命措置の中止・妨害といっても事情が異なる。

生命維持装置を取り外すという行為は紛れもなく身体動作であり、これはAの死との関係で、事例イ（乳児への食物不供与）の家事のような無意味なものでは決してない。エネルギー投入の有無という点からは、事例ウー1（主治医による生命維持装置の取り外し）について「治療というエネルギーの投入を取りやめる」と説明されるが、ウー1とウー2（見舞客による生命維持装置の取り外し）を比較すると、主治医による取り外しならば治療というエネルギー投入の中止といえるが、見舞客による取り外しの場合、治療というエネルギー投入を見舞客はしていなかったのだから、取り外し自体をエネルギーの投入と見て作為犯と説明せざるを得ない。しかし、そうすると、取り外しという行為そのものは主治医と見舞客とでなんら違いはないのであるから、主治医の場合でも、「治療というエネルギー投入の中止」と並列的に、「取り外しというエネルギー投入」という説明が成り立つてしまうことになる。

また、事例オ（自動車による衝突）は、行為者の乗る自動車は現に走行という動作をなしAに衝突するに至っているものの、Xの身体自体はなんら動作していない。あくまで身体のみのも動静、あるいは身体のみをなすエネルギーの投入と考えるのであれば、これは不作為といえそうである。しかし、特に過失犯において、前方不注意などでブレーキを踏むなどの措置をせず自動車を衝突させ死傷結果を生じせしめた場合、これを不作為犯として扱うことは一般的であろうか。そもそも過失犯に作為と不作為の区別が必要か否かの議論はさておくとしても、自動車で衝突してにおいてこれを不作為というのはやや直感に反するようにも思われる。最後に事例カ（居座りによる監禁）の場合、身体動作に着目すると不作為であるものの、これをエネルギー投入という観点から見ると、直立にエネルギーの投入を見出すことができるため作為ということができそうである。

結論が判然としないものや妥当性が疑われるものもあるが、以上が挙動自体に着目した作為と不作為の区別の帰結である。ここで、挙動自体に着目するとはいえ、当然ながらその挙動にはあらゆる態様・程度のものであるということに

留意したい。いずれのケースにおいても、行為者が何らの挙動もなしていないということはあまりない。直立をもエネルギー投入として勘案するならば尚のこと、睡眠中でもない限り、人は常に何らかの挙動をなしている。その挙動には、生命維持装置の取り外しのように法益侵害にごく近いものであったり、あるいは育児放棄中の家事のように間接的なものであったりと、あらゆる態様があつて、人はどこかでその態様に線引きをし、有意なものとならないものに分けているのである。

(二) 行為者と結果との關係（因果的相違）に着目する見解から

次に、因果性の存否ないし法益悪化の有無という、行為者のふるまいと結果との間の關係性に基づいて事例を分析する。それぞれのケースにおいて、法益侵害という結果が発生するまでの因果の流れに対して、行為者Xがどのような、またどの程度の關係性を有しているかという観点から検討したい。

事例A（水難者の不救助）についてみると、Aの生命という法益の侵害、すなわち溺死へと向かう因果は、何らかの原因により既に開始している。問題となるのはひとえにXがその因果に介入してAを救出すべきか否かであろう。自然的には、Aの溺死への因果とXとは無關係なのである。これは事例イ（乳児への食物不供与）でも同様で、Aが餓死をすることはXが設定した因果の流れではない。Aが餓死へと至る因果は、Xとは無關係に進行するものである。

事例ウ（生命維持装置の取り外し）についてみると、Aの病死への因果はAが病氣になつた時点ですでに開始しており、生命維持装置がAの死へと向かう因果の進行を止めていたものと捉えるのであれば、生命維持装置の取り外しは、それを中断して既存の因果の進行に任せただけのことである。ただ、生命維持装置が設置されることによつて死への因果は一度失われていたものと考えると、生命維持装置を取り外すことは、まったく新しい死への因果の設定とい

うこともできる。事例ウー1（主治医による生命維持装置の取り外し）では、主治医Xは生命維持装置を設置することで死への因果をせき止めている張本人である。Xにとって、Aは本来死へと向かう因果の中にあるものなのであるから、生命維持装置を取り外してもそれは新たな因果の設定というよりも既存の因果の復活という意味合いが強いであろう。しかし、生命維持装置を取りつけることにより、XはすでにAの因果に何らかの関与をしている。事例ア、イと比較して、自然的に見ても、Aの死への因果との関係が全くないと言い難い。一方で、事例ウー2（見舞客による生命維持装置の取り外し）では、現に死への因果をせき止めている主治医と異なり、見舞客Xにとって、Aには死の危険が無いものという現在の状況のみが目の前にある。そうすると、生命維持装置は新たな因果の設定という意味合いが比較的強まりそうである。少なくとも、Aの死への因果と無関係であるとはやはりいいがたい。事例ウー1、2ともに、Aの因果と行為者Xとの関係性は事例アやイほど無関係ではなく、その距離感は比較的近いといえそうである。

事例エについては、事例ウとほぼ同様の考慮が働く。しかし、事例エー1（医師によるマムシの血清投与の中止）では、事例ウー1（主治医による生命維持装置の取り外し）と比較し、医師XによるAの死への因果への関わりが弱い。事例ウー1は既に治療を開始し現に因果の進行をせき止めているのに対して、事例エー1はまだそれを開始していないから、Aの死への因果との関係性という意味では、事例エー1の方が弱く、事例ア、イと同様、無関係というに近いように感じられる。

事例オ（自動車による衝突）についてみると、Aの死への因果はXの自動車がAに衝突しなければ生じなかったものである。確かにXはAを認識して以降、何らの挙動もせずAを死に至らしめたものではあるが、Aの死についてXが全くの無関係であるということではできそうにない。事例アやイのような典型例と比較すると、Aの死に対するXの関わりは強いものといえる。

事例カ（居座りによる監禁）については、より強い関係性が見出される。Xが監禁の故意を有した時点以降を切り取ると、Aの身体的自由という法益侵害への因果は既に発生していたのだから、Xには因果の原因力はない。しかし、Xがそこに居続けるからこそ、Aの監禁は成立している。自然的に見ても、XはAの法益侵害への因果の一翼を担っている。Aの法益侵害への因果についてXが全くの無関係であるとはいえず、むしろXは不可欠の要素として、因果自体に組み込まれているのである。

このように、原因設定行為はしておらず因果が既にならかの事情で発生しているとはいえず、その既存の因果との関係、距離感は一ケースによって異なる。事例アやイのように、自然的には完全に無関係な場合は、純粹に既存の因果への不介入として、不作爲で問題ないだろう。一方、殺意をもってナイフで人を刺すというように、直接因果を発生させている、原因力がある場合には、やはりこれも作爲で問題ない。しかしその中間には、どちらともいえない微妙な距離感のものが存在することが分かる。これらも、原因力を有しない以上全て不作爲と解すべきだろうか。それとも因果の一部を担っている以上作爲として扱うべきだろうか。法益侵害ないし法益侵害への因果との自然的な関係といっても、あらゆる変数を持つあらゆる態様・程度の自然的事象は、関係が「有る」か「無い」かの二項対立で片付けられるものはなさそうである。

4 自由制約の程度を検討

「命令規範は自由の制約度が大きい」といわれる。それが本当に成り立つかどうか、設定した八つの事例をいずれも「命令規範違反」と解釈した上で、自由の制約度を確認する。なお本稿では、この自由制約の程度について分析する際、各個人の主観的な希望や執着などは考慮せず、客観的に、他行為の選択肢の量的多寡を基準とする。刑法上の規範による

自由の制約というのは、そもそも一般的・客観的な問題として扱われるべきだからである。

従来不作為犯として処理されてきた事例A（水難者の不救助）やI（乳児への食物不供与）にはなんら問題なく、この命題が成り立つ。「救助せよ」と命令されると、救助する以外の行為がすべて禁じられてしまうという意味で、行為者にとっては自由の制約が著しく大きい。

それでは、事例ウー1（主治医による生命維持装置の取り外し）はどうか。仮にこれを命令規範違反だと考えるならば、その命令は「治療を続けよ」ということになる。生命維持装置による治療の維持は、確かに主治医が行っているものではあるが、医療技術の発達した現代において治療機器は高度に自動化されているため、現実的・具体的に見るとXは、その時点においては何らの自由も制約されることなく治療を継続することが可能である。XはAの治療を継続しながら、食事もできればスポーツもできる。他行為の選択肢の量的多寡という側面からすると、自由制約の程度はさほど大きくないといえることができる。続いて事例ウー2（見舞客による生命維持装置の取り外し）の場合、命令が「医師の治療を続けさせよ」というものであるとするならば、見舞客Xの負担はさらに軽微なものである。生命維持装置の正常な稼働に注意を払ったり、定期的にメンテナンスを行ったりなどの負担さえなく、Xとしては医師による治療を阻害する行為以外の全ての行為を自由に選択しながら、医師の治療に任せるだけでよいのである。見舞客の生命維持装置の取り外しに関しては、これを禁じても自由制約はほとんどないといつてよいであろう。これら事例ウー1、2についてのことは、事例エー1（医師によるママシの血清投与の中止）、2（ママシの血清の叩き落とし）についてもそれぞれに対応して同じことがいえる。

事例オ（自動車による衝突）について考える。運転者であるXに「Aへの衝突を回避せよ」という命令、より具体的には「ブレーキを踏め」あるいは「ハンドルを切れ」などの命令が課せられていると考えるならば、確かに、Aへの衝

突を回避するような行為を強いられるという意味でそれ以外の行動に出る自由が制限される。しかし、具体的にみたときに、Xが採りうるそれ以外の行動の選択肢とは何か。走行中の車の中という狭い範囲でXにできることはほとんどない。むしろ、「Aへの衝突を回避せよ」という命令に反するためには、ハンドルも切ることができず、ブレーキも踏むことができず、ただじっとしていなければならぬ。他行為の選択肢自体が初めからほぼない状態なのであるから、その選択の自由が制約されたからといって、自由制約の程度が大きいとは到底いえないのではないだろうか。

同様のことが事例カ(居座りによる監禁)にもいえそうである。「扉の前から立ち退け」という命令が課せられると考えると、その命令に従っても、Xはさほど自由を制約されない。帰宅するにしても、食事を摂るにしても、まずはそこから移動しなければ何もしないのであり、「扉の前から立ち退け」という命令に違反しながら採ることができる他行為の選択肢は極めて少ない。命令に違反し続ける限り、Xは扉の前というわずかな面積でじっとしていなければならず、命令に従うよりも命令に反する方がずっと他行為の選択肢は小さく、自由制約の程度も小さいといえることができる。このように、少なくともこの「自由制約」を客観的な他行為選択肢の量的多寡と考えた場合、「命令規範は自由の制約が大きい」という命題はいかなる例にも常に成り立つとは限らない。⁷⁹⁾ 自由の制約は、命令規範と禁止規範で大小が分けられるほど単純なものではなく、ケースによって各々異なる、連続的な程度問題なのである。

5 作為と不作為のスペクトラム的存在

ここまでの検討からすると、自然界に存在する無数の行為が、まったく性質の異なる作為と不作為に法的評価以前に峻別されると考えること自体が、そもその誤りだったのではないだろうか。作為と不作為という枠組みはあくまで人間が行為に意味づけをした結果なのであって、自然界において所与のものではない。行為は様々な変数を持つてスペク

トラムの無限に遍在していて、自然は決してそこに線を引いていない。

しかし、だからといって、作為と不作為の区別を放棄するというのも、現在の刑法理論からすると困難であるように思われる。スペクトラムの両端には、何らの問題もなく処罰しうる典型的な作為と、処罰には作為義務等の何らかの条件が必要となることが明らかな典型的な不作為が、確かに存在している。作為との同価値性を担保するための不作為犯の要件論がこれまで積み重ねられてきたことが無駄であったとは到底考えられない。

したがって、作為と不作為は当然には峻別できるものでないことを正面から認めた上で、法的処理の一つの手段として、あるいは技巧として、ひとまずどこかで線を引くべきである。作為と不作為の区別は、法的評価以前の生の事象を観察してなすものではなく、法的評価としてなすものである。だからこそ、ドイツでは重点公式という、規範的な区別が実務上定着している。しかし、作為と不作為の区別を専ら規範的要素から判断してしまうと、結局、基準というには曖昧に過ぎるものになってしまう。そこで、作為と不作為の区別はあくまで法的評価の一部であると考えられるもの、その基準は、自然的要素をもって定立すべきである。そして、その基準は、後に続く法的評価の便宜に適うようなものとして人為的に定めるべきであり、また、そうするしかないのである。

言いかえると、作為と不作為の区別が先にあつて、それに合わせて要件論を立てるのではなく、むしろ要件論が先にあつて、それに合わせて作為と不作為を区別するのである。こうした一見逆説的なプロセスの方が、実態に即しているように思われる。すなわち、不作為に要求される作為義務という要件がなければ処罰しえないようなものを、不作為犯として拾い上げる作業こそが、「作為と不作為の区別」なのである。⁽⁸⁾したがって、作為と不作為を大枠で定義づけるとすると、作為とは「作為義務の検討が不要な行為態様」であり、不作為とは「作為義務の検討が必要な行為態様」という形になる。この大枠の定義を起点として、作為と不作為の区別基準は定立しなければならない。

6 中間的事象の処理の一例

このようにスペクトラム状に遍在する中間的事象の割り振りについて、萩野論文及びそこで紹介されるStrengの見解が興味深い。

Strengは、行為形態を①積極的な活動により直接的に結果に作用する「能動的作為」、②不活動ではあるが、直接的に結果に作用する「受動的作為」、③結果を阻止しないという意味での「不作為」の三類型に分類する。不作為と呼ぶのは純粋な結果発生の不阻止といえるケースだけであり、純粋な結果発生の不阻止とはいえない、結果に直接作用するものは、行為者の活動の有無を問わずいずれも作為として扱うというものである。一方、萩野はStrengが作為に分類した②「受動的作為」を不作為に分類するが、その上で、これについては作為義務の内容・主体の検討を要しないとす⁽⁸⁴⁾る。

しかしこの考え方は、本稿が想定する作為と不作為の区別の意義に合致しない。本稿は、作為と不作為の区別は、処罰のために要件が必要なものを拾い上げるための作業として位置づける。「作為義務の主体・内容を検討する必要性については、不作為が犯であっても、必ずしもこうした検討を要しない場合が存在する」という見解は、本稿の立場からすると、作為と不作為の区別の意義を失わせるものである。既に述べたように、本稿では所与のものとして作為と不作為が存在しているとは考えない。作為とは作為義務の検討が不要なもの、不作為とは作為義務の検討が必要なものとして捉え、作為義務の検討の要否によって作為と不作為を分類すべきであると考ええる。

とはいえ、このように典型的な両極の間にある無数の中間的事象の存在が指摘され、その処理について検討されているということ自体は極めて重要である。作為義務の根拠論をはじめ、不真正不作為犯に関する議論が行き詰まりかけている中で、作為と不作為が自然的には二元的に峻別できるものではないと認識しなおすことは、一つの活路になりうる

と考える。

V 私見

1 作為と不作為の区別の意義

作為と不作為の区別は、様々な態様の行為のうち、作為義務という補完要素がなければ処罰しえないものを切り分けるための作業である。作為と不作為が法的評価以前の生の事象として初めからあるのではない。したがって、この区別は、その後の操作の便宜に適うような形でなされるべきである。

ここで作為と不作為の区別の機能に立ち返る。はじめに述べたように、作為と不作為の区別には二つの機能がある。第一に要件論の選択としての価値を持つ区別そのものとしての機能（第一の機能）、そして第二に、作為義務の根拠論の指針としての機能（第二の機能）である。作為と不作為の区別が後の法的操作の便宜に適うようになされるべきであるということは、すなわちこの二つの機能を十分に發揮できるように区別が求められるということである。

第一の機能については、かねてより重視されてきたように思われる。第一の機能からは、どちらの要件論に進むかを明確にするという要請が導かれる。すなわち、作為と不作為の区別は明瞭でなければならないのである。その明瞭性を確保すべく、自然的要素から区別を試みようとする諸見解は、行為の自然的な観察に基づき様々な説明を試み⁸⁶てきた。無論、いずれも完全に成功しているとはいいがたいが、その点は十分に重視されてきたというべきである。

したがって、従来区別論の段階ではあまり重視されてこなかった作為義務論との関係である、第二の機能に着目して、改めて作為と不作為の区別の基準を定立したい。

2 作為義務の根拠論の指針としての機能から

(一) 実行行為性の不足としての不真正不作為犯

作為義務の存否は構成要件該当性、中でも実行行為性の問題であるといわれる。⁽⁸⁷⁾

実行行為とは、「結果発生の現実的『危険』を有する行為」であり、**『危険』**をかみ砕いて「結果（法益侵害）を『生じさせる可能性』のある行為」、更に**『生じさせる』**をかみ砕いて「結果（法益侵害）との間に因果性を持ちうる『行為』」⁽⁸⁸⁾といえることができる。いづれにせよ、結果との関連性を度外視して語ることはできない。作為義務の存否の問題を実行行為性のレベルの議論に位置づける以上、因果性の有無や法益悪化の有無といった行為者と結果との関係に着目することは当然の帰結であったように思われる。

すでに述べてきたように、作為義務という要件を満たさなければ処罰しえないものが不作為である。作為義務の存否が実行行為性の問題であることから考えると、ここでいう「処罰しえない」とは、「実行行為性が認められない」ということを意味する。このように考えると、作為か不作為かの区別は、先に述べたように法的評価の一部であり、より具体的には、実行行為性の問題として位置づけられる。そして、実行行為が「結果（法益侵害）との間に因果性を持ちうる行為」なのだとすると、不作為とは、「作為義務という要件を満たさなければ、結果（法益侵害）との間に因果性を持たえない」ものといえることができる。

(二) 実行行為性を補充するものとしての作為義務

不作為は、自然的に見たときに、結果（法益侵害）との間に因果性を持ちえない。仮に、現に法益侵害が生じたとしたら、それは別の原因に基づき、既存の、無関係な危険によるということになる。

しかしここに、「行為者が一定の作為をなすはずである」という規範的な仮定を加えると、「一定の作為をなすはず」なので、既存の危険は危険ではなくなる。その結果、「一定の作為」をなさないことにより、初めて危険が生じたことになる⁹⁰。

この構造から考えると、作為と不作為の区別とその後の作為義務の根拠論との関係は、次のように整理できる。まず、作為と不作為の区別は法的評価の問題でありながらその判断自体はもっぱら物理的・自然的な観点からなされるべきであり、規範性を一切排して物理的・自然的に見たときに、その行為が法益侵害に対して因果性を有しうるかというのが問題となる。次に、不作為犯の作為義務要件は、規範的な判断である。「一定の作為をなすはずである」という規範的な仮定が成り立つかが問題となる。したがって、やはり作為と不作為の区別は、その基準としては物理的・自然的な要素を採用すべきであり、一方で作為義務の根拠論においては、物理的・自然的には実行行為性が認められない以上、規範的要素を重視せざるをえないように思われる。このように、区別の段階では自然的要素による実行行為性の有無を見て、作為義務論の段階では規範的要素による実行行為性の有無を見るという形で、それぞれの場面で実行行為性を検討しているというのが、区別論と作為義務論との関係なのである。

(三) 物理的・自然的な実行行為性の認定——因果関係の条件公式を参考に

では、物理的・自然的に実行行為性の有無を判断するにはどうしたらよいか。ここで、因果関係の有無の判断における条件公式を参考にしたい。無論、区別論は実行行為の問題であり、因果関係の問題ではない。しかし、「当該行為が危険をもたらしたといえるか」というのは、因果関係の問題である、「当該行為が結果をもたらしたといえるか」という問題とある種パラレルに捉えることができる。したがって、因果関係の発想を援用することはあながち妥当性を欠く

ともいえない。

因果関係は、その行為が結果をもたらしたといえるかの問題であり、条件公式「あれなければこれなし」を用いて条件関係を見定める。ここでいう「あれなければこれなし」の「これなし」とは、「結果が発生しなかった」ことを意味する。一方「あれなければ」とは、作為犯の場合、「その作為がなければ」ということを意味するが、不作為犯の場合、「その作為があれば」ということを意味する。作為犯と不作為犯の「あれなければ」とは、「なければ」という文言を用いながらも、その実質は、作為ならば不作為、不作為ならば作為という、反対のふるまいが「あれば」ということを想定しているのである。

この条件公式を、実行行為性の判断においても形を変えて援用したい。実行行為とは、その行為が危険をもたらしたといえるかという問題である。したがって「あれなければこれなし」の「これなし」は、「結果が発生しなかった」ではなく、「危険は発生しなかった」ということを意味する。一方、「あれなければ」の方は、因果関係の条件公式で見たように、作為と不作為での場合分けは観念できない。この条件公式自体が作為と不作為を区別するものであるから、当然、作為と不作為はまだ分かれておらず、したがって、因果関係の条件公式のように、「反対のふるまいがあれば」という想定は用いることができないのである。そこで、この実行行為性の条件公式でこそ、本当の「あれなければ」、すなわち、反対のふるまいさえもない、当該行為者の影響力が全く存在しない状況を想定する必要がある。そう考えるならば、「あれなければ」の意味するところは、「当該行為者の影響力が一切なければ」、これを突き詰めると、「当該行為者の存在自体がなければ」ということになる⁹¹⁾。

法益侵害の危険に対して影響力が及んでいるならば、当該行為者はすでに、当該法益侵害へと至る因果に関与しているといえる。関与しているならば、作為義務の考慮はいらぬ。作為義務はあくまで、自然的に見ると無関係でしか

い者を、舞台に引き上げるためのものなのである。

3 具体的区別基準の定立

以上に述べたように、まず、不作為とは、物理的・自然的には実行行為性が認められない、すなわち危険を生じさせない行為であり、そして、物理的・自然的に危険を生じさせない行為とは、現に何らかの危険が存在している場合、その危険に対して、物理的・自然的には何らの影響も有していないといえる行為である。これらのことに加え、因果関係の判断における条件公式を参考にすると、次の具体的区別基準が導かれる。

「当該行為主体の存在がなければ、当該危険がその大きさで存在することはなかった」といえるならば当該行為は作為であり、「当該行為主体の存在がなくても、当該危険はその大きさで存在していた」といえるならば当該行為は不作為である。

なおここでいう「行為主体の存在」とは、人体そのものだけではなく、行為主体が自らと一体として支配・操作しているところの衣類や器具、凶器、自転車や自動車などをも含む。人体のみを取り除いて直前までその者が着ていた衣類や凶器だけがそこに落ちているという状況を想定する意味がないし、またこうした行為主体と一体になっているものは行為主体の影響力があまりにも色濃いため、そこまで取り除いて初めて、その行為主体の影響力が全くない状況を想定できるからである。

また、行為主体の不存在の想定は、作為か不作為かを判定する行為の時点において行う。その時点より前の事情には

何ら変更を加えない。したがって、判定する行為の時点によって、その行為が作為か不作為かの結論は当然に変わりうる。

4 各事例の解決

3で定立した基準により、設定した八つの事例及び検討した三つの日本の裁判例について、作為と不作為の区別を試みる。

(一) 設定した事例の解決

①事例アについて

【事例】 Xは、川で溺れているAを救助しなかった。Aは溺死した。

【解決】 Xの存在があってもなくても、Aの溺死の危険は同程度の大きさで変わらず存在する。したがって、Xの行為は不作為である。

なお、本事例において、例えばAを川に突き落としたりしたのがXであったとしても、「Xが存在しなければAはそもそも溺れなかったのだから危険はなく、作為」ということにはならない。Aの不救助について作為か不作為かを判定する以上、その時点までに生じた事情（XがAを突き落としたりしたという事情）には変更を加えない。すでにAは溺れていることを前提にして、その後の時点において、救助しないというふるまいをしているXの存在を取り除くのである。⁽⁹²⁾

②事例イについて

【事例】 Xは、乳児であるAに授乳その他適切な措置をせず、家事をしていた。Aは餓死した。

【解決】 Xの存在があってもなくても、Aの餓死の危険は同程度の大きさで変わらず存在する。したがって、Xの行為は不作為である。

③事例ウー1について

【事例】 自力で生命を維持することが困難な患者Aの主治医であるXは、Aに取り付けられていた生命維持装置を取り外した。Aは死亡した。

【解決】 Xの存在を除くと、生命維持装置は取り外されることはなくなるから、同程度の危険は存在しないようにも思われる。しかし、Xの存在を除くということは、生命を維持する者の存在を除くということであるから、生命維持装置の存在さえも除いた状態を想定しなければならない。そうであれば、Xが存在して生命維持装置を取り外した場合でも、Xの存在を除いて生命維持装置の存在をも除いた場合でも、Aの生命の危険は全く同程度に存在することになる。したがって、これも不作為である。

④事例ウー2について

【事例】 自力で生命を維持することが困難な患者Aの見舞客であるXは、Aに取り付けられていた生命維持装置を取り外した。Aは死亡した。

【解決】 Xの存在を除くと、生命維持装置が取り外されることはなくなる。そして、事例ウー1と異なり、医師による治療は継続されるから、Xの存在を除いた場合、同程度の生命の危険は発生しないといえる。したがって、これは作為である。

⑤事例エー1について

作為と不作為の区別

【事例】 マムシの毒に侵されるAに投与すべく血清を運んできた医師Xが翻意し、血清を投与しなかった。Aは死亡した。

【解決】 Xの存在を除くと、血清はそもそも投与されないため、Aの生命の危険は同程度で存在する。したがって、これは不作為である。

⑥事例エー2について

【事例】 マムシの毒に侵されるAに投与すべく医師が血清を運んできたが、それを見たXが医師の持つ血清を叩き落とした。Aは死亡した。

【解決】 Xの存在を除くと、血清は叩き落とされない。叩き落とされることさえなければ、Aに投与される蓋然性が高いといえる場合、危険は少なくとも同程度の大きさでは存在しないから、作為である。

⑦事例オについて

【事例】 Xが自動車を運転していたところ、自動車の進路上にAが倒れているを見止めた。Xはブレーキを踏まず、またハンドル操作もしなかった。やがてXの自動車はAをはね、Aは死亡した。

【解決】 Xの存在を除くと、Xと一体であるところの自動車ごと除かれることになるから、Aに衝突する自動車自体存在しないことになり、Aの生命の危険は発生しない。したがって、作為である。

⑧事例カについて

【事例】 XがA宅の扉の前に偶然立ち止まったところ、扉の向こう側にいたAから「出してくれ」と声をかけられた。この時初めてXは、自身がそこに居ることによってAが監禁状態になっていることを知った。しかし、Xはそこを立ち退かなかった。

【解決】 Xの存在を除くと、Aの監禁状態は解消され、身体の自由に対する危険は生じない。したがって、作為である。

(二) 裁判例の解決

①佐賀地判平成一九年二月二八日 (LEXDB 28135252)

【事例】 被告人が自動車で被害者に衝突した後、山中に置き去りにした。

【解決】 衝突後の段階で被告人の存在がなければ、被害者は山中に移動させられることなく、事故現場に置き去りになったはずである。衝突に基づく怪我による生命への危険に着目するならば、同程度の危険がなお存在したと考えられ、不作為と評価できる。一方、山中の不衛生な状況による生命への危険に着目するならば、被告人がいなければ山中に移動させられることはないのであるから、同程度の危険は存在しなかつたといえ、作為と評価できる。

本件事案の内容からすると、被害者の生命の危険はあくまで事故による傷害に由来しており、山中への移置は、衛生的な環境で医師の治療を受けさせるということとの対比で「危険」であるにすぎない。被告人の存在がなく、事故現場に置き去られた場合と比較して、危険の程度が有意なほど増大するとは考えにくい。したがって、前者のように考え、不作為と解するのが妥当ではないだろうか。

②東京高判平成二〇年一〇月七日 (東高刑時報五九卷一―二二号一〇六頁)

【事例】 暴力団組員である被告人が同組員の被害者に暴行を加え、着衣を脱がせ、車のトランクに詰め込み移動し、その後殺人の未必の故意を生じ、移動先の広場において被害者を数回足蹴にした上、再び車のトランクに閉じ込め車ごと駐車場に放置した。

【解決】 未必の故意を生じた段階で被告人の存在を除くと、被害者は裸で車のトランクに詰め込まれたままと同じことになる。足蹴にするなどの暴行には生命の危険がなかったという裁判所の判断を前提とすると、被告人が存在していてもしていなくても、被害者の生命の危険は同程度に存在すると考えられる。したがって、不作為である。

③ 最決平成二五年四月一日 (刑集六七巻四号四三七頁)

【事例】 アルコールの影響で正常な運転が困難な状態で自動車運転しようとする者に被告人がその旨了解し、自動車に同乗して走行を黙認した。

【解決】 従犯の例なので、犯行がより容易になったということを結果と読みかえて検討する。一方で、被告人が存在せず、正犯者一人であったとしたら、正犯者は気が大きくならず、危険運転行為に出ることは比較的容易でなかったといえるならば、被告人が存在しなければ同程度の危険（この場合、犯行が容易になる危険、可能性）は存在しなかったといえるから、作為と解することができる。他方で、被告人が存在せず正犯者一人であったとしても、動機づけに何ら変化はなかったであろうといえるような事情であれば、被告人の存在が危険に影響しないから、これは不作為である。この場合、次の作為義務論の段階で被告人に運転をやめさせるなどの作為義務が認められれば、「被告人が運転をやめさせるはずであった」という仮定的考慮が働き、その意味で被告人の運転は容易ではなかったことになり、被告人の作為義務違反によってそれが容易になったという構成になる。⁽⁹³⁻⁹⁴⁾

VI おわりに

1 本稿の内容のまとめ

本稿の内容をまとめると、以下のようになる。

作為と不作為の区別には二つの機能がある。第一に、作為義務の要否を分かつたための区別それ自体としての機能、第二に、作為義務の根拠論の指針としての機能である。

作為と不作為は法的評価以前の生の事象として当然に区別されるものではなく、あくまで人為的な法的操作の都合上、区別するに過ぎない。したがってその区別は、作為と不作為の区別の二つの機能を最大限全うできるような基準でもってなされなければならない。すなわち、第一の機能の要請より、区別の明瞭性を担保しつつ、第二の機能の要請より、後の作為義務論との関係・位置づけから逆算的に基準を定立すべきである。

そこで、現に作為義務論で広く重視されている法益との関係性・因果性に着目した。そして、区別の段階で自然的に「危険」ではないとされた行為（不作為）を作為義務論の段階で規範的に埋め合わせるといふ構造を念頭に置いて、実行行為性ないし法益侵害の危険の発生の観点から区別基準の定立を試みた。

自然的に見たときに、実行行為性を有しないのが不作為である。不作為とは、自然的には危険を生じさせないものであり、さらにこれを突き詰めると、法益侵害に至る因果の過程になんらの関与もしておらず、影響力を持たないものということが出来る。そこで、この影響力の有無を判断するには、行為者が持つ有形無形の影響力を一切排した状態を想定して、その場合でも同程度の危険が存在していたかを考えるべきである。

これを具体的な判断枠組みとして定立すると、作為と不作為の区別は、「当該行為主体の存在がなければ、当該危険

がその大きさと存在することはなかった」といえるか否かで判断すべきであるということになる。この基準は、あいまいな部分を最小限に抑え明確に区別できるといふ点で、区別の第一の機能の要請であるところの区別の明瞭性を満たす。そして、現に作為義務論で広く重視されている法益との関係性・因果性を出発点としており、また、作為義務論との間で規範的要素と自然的要素の考慮に関して棲み分けを試みるなど、後の作為義務論を強く意識した基準定立であるため、区別の第二の機能の要請であるところの、要件論・作為義務論における便宜にもかなうものである。

2 本稿の成果と今後の課題

作為と不作為の区別については様々な先行研究があるものの、実務上も定着するような一致した基準には昇華されていないのが現状である。しかし、作為と不作為の区別は二つの機能という面で極めて重要であり、不真正不作為犯論の出発点ともなりうる。そのため、本稿では作為と不作為の区別について、作為義務論との関係でそれがどこに位置づけられるのかを意識しつつ、実用に耐えうる判断枠組みの定立を試みたものである。

本稿では、作為と不作為の区別と作為義務論を合わせて実行行為性の問題であると捉え、第一段階である区別論では自然的要素に基づいて実行行為性を判断し、第二段階である作為義務論では規範的要素を考慮して実行行為性を判断すべきであると整理した。この位置づけを踏まえ、作為義務論を再検討することが、今後の課題である。

(1) ドイツ刑法第二三条一項「刑法典の構成要件に属する結果を回避するのを怠った者は、結果の不発生について法的に義務を負い、かつ、不作為が作為による法定構成要件の実現に相応する場合に限り、この法規によつて罰せられる」、二項「刑は、第四九条一項により減輕することができる」(邦語訳は法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(法曹会、二〇〇七年)に拠る)。

(2) 日高義博『不真正不作為犯の理論』(第二版) (慶應通信、一九八三年) 一二九頁は次のように述べる。「不真正不作為犯と作為犯とを同一の犯罪

構成要件のもとで等置しようとする場合には、不真正不作为犯と作為犯との存在構造上の溝を乗り越えるものが、不真正不作为犯の価値構造上に置いて見出すことができるか否かを探求しなければならない。

- (3) 日高・前掲注(2) 一五四頁。
- (4) 日高・前掲注(2) 一五四頁。
- (5) 日高・前掲注(2) 一五五頁。
- (6) 西田典之「不作为犯論」芝原ほか編『刑法理論の現代的展開 総論Ⅰ』(日本評論社、一九八八年) 八九頁。
- (7) 西田・前掲注(6) 九〇頁。
- (8) 典型として、山羊の毛事件(RGS63211、本稿Ⅱ・3・(1)において検討)のようなケースがある。刷毛工場の工場主が、炭そ菌に汚染された山羊の毛を消毒せず(第一行為)、労働者に渡した(第二行為)というものである。この場合、作為とされる行為と不作为とされる行為は、そもそも時間的先後関係のある別の行為である。したがって、第一行為が不作为であることは明らかであるため、第一行為を問責対象として取り上げればこれは不作为となり、第二行為が作為であることもまた明らかであるから、第二行為を問責対象として取り上げれば作為犯となる。
- (9) 典型として、治療中止のケースがある。自力での生命の維持が困難な患者の生命維持装置を、それまで治療に携わってきた医師が取り外すというものである。これは生命維持装置の取り外しという事実的行為自体が問責対象として確定されているものの、その事実を取り外すという動作から作為と評価するか、治療を中止するという意味で不作为と評価するかが問題となっている。
- (10) 学説の状況については、西原春夫「作為と不作为の概念」『犯罪実行行為論』(成文堂、一九九八年) 九四頁、中森喜彦「作為と不作为の区別」『現代の刑事法学(上)』平場安治博士還暦祝賀(有斐閣、一九七七年) 二二六頁、大越義久「作為と不作为」阿部純二ほか編『刑法基本講座第二卷』(法学書院、一九九四年) 八一頁に詳しい。更に近年のものでは萩野貴史「作為犯と不作为の区別について——不作为犯における作為義務の主体・内容に関する検討の必要性——」獨協ロージャーナル第七号(二〇一二年) 五七頁や、山下裕樹「作為・不作为の区別と行為記述」『関大法学六六卷四号(二〇一六年) 九七六頁が先行研究の詳細な検討をしている。
- (11) 作為と不作为の区別基準に関する語学説について、自然主義的な区別基準と規範的な区別基準の二つに分類して検討するJoerg Brannsen, 'Tun oder Unterlassen? Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen', GA 2002, S. 193 ff. に従う。この分類を採用する邦語文献として、山本紘之「作為と不作为の区別について——過失犯における区別を主眼として——」法学新報一一三卷三・四号(二〇〇七年) 五一五頁、萩野・前掲注(10) 五七頁、山下・前掲注(10) 九七六頁。

作為と不作为の区別

作為と不作為の区別

同志社法学 六九卷五号 二五八 (一八三六)

- (12) Ernst-Joachim Lampe, 'Täterschaft bei fahrlässiger Straftat', ZStW 71, 1959, S. 587 f.; Karl Heinz Gössel, Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt, ZStW 96, 1984, S. 326 f.; Joerg Brannsen, a.a.O. (Anm. 11), S. 200. 西原・前掲注(10) 一〇八頁以下、萩野・前掲注(10) 七一頁など。
- (13) 西原・前掲注(10) 一〇四頁。
- (14) 萩野・前掲注(10) 七二頁。この見解について、十河太郎「萩野貴史「作為犯と不作為犯の区別について——不作為犯における作為義務の主体・内容に関する検討の必要性——」(刑事法学の動き)法律時報八四卷一—号(一九九五年) 一一八頁は、「作為犯と不作為犯の区別は、当該構成要件の内容との関係において規範的に判断しなければ確定できないはずであって、その点を考慮せずに、身体が運動していたか静止していたかという事実的な判断によりて直ちに確定することはできないのではないだろうか」と指摘している。
- (15) Karl Engisch, Tun und Unterlassen, Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag am 22. Juli 1973, S. 172. なお、この文献を紹介する邦語文献として、中川祐夫『繁田実造編「ウィルヘルム・ガラス記念論文集の紹介」』龍谷法学九卷三—四号(一九七七年) 四七三頁以下「神山敏雄」がある。
- (16) 大越・前掲注(10) 八八頁は、「エネルギー基準を意味性と関連づけて用いると、恣意性が入り込むことになる」と批判する。
- (17) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2. Aufl., 1988, S. 61 ff.; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl., 1969, S. 203. 山中敬一『刑法における因果関係と帰属』成文堂、一九八四年 二六頁など。
- (18) 大越・前掲注(10) 八八頁、山本・前掲注(11) 五二八頁、萩野・前掲注(10) 六八頁。
- (19) 中森・前掲注(10) 一三二頁が、因果関係の存否を基準とすること自体には批判を加えつつも、「()で考えられているのはいうまでもなく物理的機械的因果関係である」と付言しているのは、この点に配慮したものであるように思われる。
- (20) 中森・前掲注(10) 一三二頁。
- (21) 中森・前掲注(10) 一三二頁。
- (22) Erich Samson, Begehung und Unterlassung, Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag am 25. März 1974, S. 592 f.; 大越・前掲注(10) 八八頁以下、内田文昭『刑法概要 上巻』青林書院、一九九五年 三三〇頁、高山佳奈子「不真正不作為犯」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(二〇〇三年) 四四頁、神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準論(上)」判例時報二二〇七号(二〇一一年) 七頁など。
- (23) 法益の悪化の有無に着目した上でこれを作為とする見解として、高山・前掲注(22) 四五頁、神山敏雄「作為と不作為の限界に関する一考察——心肺装置の遮断をめぐる——」『現代の刑事法学(上)・平場安彦博士還暦祝賀』(有斐閣、一九七七年) 一三三頁。

- (24) Edmund Mezger, *Stratfrecht Allgemeiner Teil Ein Studienbuch*, 6. Aufl., 1965, S. 70. 井田良『講義刑法学総論』(有斐閣、二〇〇八年) 一三五頁、管理監督過失につき大山徹「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して——」*香川法学*三三卷一号(二〇一二年) 一三頁参照。
- (25) Joerg Brannsen, a.a.O. (Anm. 11), S.199.
- (26) 近年『試み』Stephan Ash, *Begehung und Unterlassung – Abgrenzung und Erfolgszurechnung Am Beispiel der BGH-Urteile zum Behandlungsabbruch und zum Eisportallental*, ZStW 124 (3), 2012, S. 612.
- (27) Eberhard Schmidt, *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, S. 75 ff.
- (28) 中森・前掲注(10) 一一八頁。
- (29) Günter Spendel, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag 1971, S. 194, Arthur Kaufmann, *Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht*, Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag 1971, S. 212.
- (30) 山口厚『刑法総論』(第三版)〔有斐閣、二〇〇七年〕七八頁は、「作為と不作為とを相互排他的に区別することはできない。したがって、作為犯の成否を検討した後に不真正不作為犯の成否を問題とするしかなく、またそれで実際上は足りる」とする。
- (31) Günter Spendel, a.a.O. (Anm.29), S.194は「なされた行為が因果的でない場合に不作為が認められるとしている。このように、この基準を用いる以前に、すでに別の基準で作為と不作為を区別してしまっているという指摘をするものとして、山本・前掲注(11) 五二九頁、山下・前掲注(10) 九八九頁。
- (32) 山口・前掲注(30) 七八頁は、プールで溺れている人を助けずにその場を立ち去った場合について、「プールから立ち去った(作為)から、その動作が作用して死んだのではなく、救助しなかった(不作為)から、救い出されずに溺れて死んだのである。この意味で、作為犯は成立せず、不作為の成否が問題となる」とするが、これについても、プールから立ち去るといふ「作為」を実行行為として採用できないとする段階で、すでに非難可能性の重点なり、因果性の存否なり、何らかの基準によって判断がなされているといえる。
- (33) Günter Jakobs, *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, 1996, S. 11ff. なお、この邦語翻訳として、ギュンター・ヤコブス「作為および不作為の刑法的帰責」(平山幹子訳)松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集(第一卷)犯罪論の基礎』(成文堂、二〇一四年) 一〇三頁以下。山下・前掲注(10)はこの見解を支持し、作為と不作為を区別することは従来の基準では不可能であり、そもそも作為と不作為は区別する必要がないと結論づける。

作為と不作為の区別

作為と不作為の区別

同志社法学 六九巻五号 二六〇（一八三八）

- (34) これについて検討する邦語文献として、神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準論（中）」判例時報二〇九号（二〇一一年）一〇頁以下。この文献では過失犯において作為と不作為の区別が問題となったドイツの裁判例を集め、区別問題に対し帰納的なアプローチを行っている。
- (35) 神山・前掲注（22）八頁以下。
- (36) Edmund Mezger, *Stratrecht Allgemeiner Teil Ein Studienbuch*, 9. Aufl., 1960, S. 76.
- (37) Wessels-Beulke-Satzger, *Stratrecht Allgemeiner Teil*, 46. Aufl., 2016, s. 359; Sternberg - Lieben, Schönke-Schröder, *Stratgesetzbuch Kommentar*, 27. Aufl., 2006, S. 299, 301。その他本件についての諸学説の見解については、神山・前掲注（22）九頁以下を参照。
- (38) これに関する邦語文献として、ヘニング・ローゼナウ「ドイツにおける臨死介助及び自殺幇助の権利」（甲斐克則・福山好典訳）比較法学四七巻三号（二〇一四年）二〇五頁、神馬幸一「ドイツ連邦通常裁判所二〇一〇年六月二五日判決（Pati 事件）——人工的栄養補給処置の中止に関する新しい判例動向——」法学研究八四巻五号（二〇一二年）一〇九頁、山中敬一「臨死介助における同一法益主体内の利益衝突について」近大法学二二巻第三号（二〇一五年）二六五頁以下。
- (39) 治療中止の理解に関するドイツの学説を批判的に検討する邦語文献として、神山・前掲注（23）九九頁。
- (40) Claus Roxin, *An der Grenze von Begelung und Unterlassung*, *Engisch-Festschrift*, 1969, S. 395 ff. を参照。
- (41) 邦語文献として、山中・前掲注（38）二七二頁は、「作為と不作為の区別を『非難の重点』がいずれにあるかというあいまいな基準で判断するため、あえてこれを不作為と解して、臨死介助を不処罰にしようとする政策的意図の見え透いた構成である」と評している。また、神山・前掲注（23）一一九頁は Roxin の「作為による不作為」理論について、「作為と不作為の限界を無視して本事例に対する不処罰的法感情を先取りすることによって行為の存在的構造までも歪曲したといわなければならない」、「すでに維持されている法益を裸の作為によって物理的に現状よりも悪化させ、構成要件が予定する結果を現実には発生させるのであるから、かかる場合にまでそれを適用するというのは如何にも強弁ではなからうか」として批判する。
- (42) ヴィティヒ事件（BGHSt. 32, 367）、ケンブテン事件（BGHSt. 40, 257）も参照。ドイツにおける臨死介助の問題については、甲斐克則『尊厳死と刑法』（成文堂、二〇〇四年）二二三頁以下、特にケンブテン事件については、同二二三頁以下に詳しい。
- (43) 日高義博「作為犯か不作為犯か」専修ロージャーナル四号（二〇〇九年）一五五頁や塩見淳「刑法の道しるべ」九二頁はこれを批判し、不作為と構成すべきとする。
- (44) 横浜地判昭和三七七年五月三〇日（下刑集四巻五二六号四九九頁）、東京地判昭和四〇年九月三〇日（下刑集七巻九号一八二頁）、東京地判昭和四六

年三月四日（高刑集二四卷一号一六八頁）。

(45) 長野地裁松本支部（言い渡し年月日不明）。

(46) さいたま地判平成三年二月一四日刑集六七卷四号五〇五頁。

(47) 東京高判平成三年一月一七日刑集六七卷四号五三三頁。

(48) 詳細は拙稿「批判」同志社法学六七卷八号（二〇一六年一二三二頁）。

(49) これとの比較として、仙台地判平成二〇年九月一九日裁判所ウエブサイト。被告人は運転者に運転を依頼し、駐車料金を支払うなどして運転者に車の走行を開始させた。この働きかけは、「了解」と比べるとかなり強いものである。一方、走行開始後、被告人は眠り込んでしまった。眠り込んでいるため、「黙認」しているとはいえない。この場合にも酒気帯び運転幫助罪の成立を認めている。走行後の事情である「黙認」が存在しない代わりに、走行前の事情である「依頼」が、「了解」に比べて高度な働きかけであることから、平成二〇年仙台地判と平成二五年最決とは、全体として加功の程度が同様のものと分析することができる。

(50) 西田・前掲注（6）九一頁は、作為義務が認められるのは原則として意図的に排他的支配を獲得した場合であるとする。そして、事実上結果を支配する地位（支配領域性）はあるがそれを意図的に獲得したわけではないという場合にも、不作為者こそが作為をすべきであったという状況が認められる余地がある。不作為者が「親子、建物の所有者、賃借人、管理者のように、その身分関係、社会的地位に基づき社会生活上継続的に保護・管理義務を負う場合」には、支配領域性を有する不作為者に作為義務を認めるのである。支配性という事実的要素に主軸を置きながらも、間隙を規範的要素で補充する仕組みになっている。

(51) 塩見・前掲注（43）二九頁の文献は、薬害エイズ刑事事件などを背景に、事実的要素を重視した二元的根拠づけ観念化・規範化しつつある傾向を明快に分析するものである。

(52) 例えばひき逃げに関する前掲注（44）昭和四〇年東京地判のような事例は、裁判所は特に根拠論について深く言及してはいないものの、自動車で被害者に衝突し傷害を負わせたという先行行為、救護義務という法令、一度病院に連れて行こうと車に引き入れた法益保護の引受け、車という密室空間での排他的支配性など、あらゆる要素が考慮される。また、同居の従業員に傷害を負わせた後、発覚を恐れ、治療を受けさせず死に至らした東京地八王子支判昭和五七年二月二二日（判例タイムズ四九四卷一四二頁）では、裁判所は支配領域性と先行行為を考慮する。「シャクティパット事件」として有名な最決平成一七年七月四日（刑集五九卷五号四〇三頁）では、最高裁判所は被告人が「自己の責めに帰すべき事由」によって被害者の生命に具体的な危険を生じさせた点、また、「手当を全面的に委ねられた立場にあった」点を指摘して、「必要な医療措置を受けさせる義務」と不作為の区別

作為と不作為の区別

務を負っていたもの」と認定している。先行行為に加え、強い支配依存関係が考慮されることが窺える。

(53) 丸山雅夫「不真正不作為犯の限定原理について」『刑事法・医事法の新たな展開(上) 町野朔先生古稀記念』(信山社、二〇一四年) 四七頁。

(54) 高山・前掲注(22) 四五頁。

(55) 高山・前掲注(22) 五七頁。

(56) 高山・前掲注(22) 五九頁。

(57) 西田・前掲注(6) 九〇頁は、引受け説の発想や、大谷實『刑法講義総論』[初版](成文堂、一九八六年) 一八五頁が「特定の者に結果発生防止を期待するのは、社会生活上行為者に法益の保護が具体的に依存しているために、その者が自らの意思にもとづき結果の発生または不発生を支配できるからであり、これが作為義務発生の実質的根拠である」とするところの趣旨を、排他的支配性の観点と同趣旨であると分析する。

(58) 神山敏雄「保障人義務の理論的根拠」『変動期の刑事法学 森下忠先生古稀祝賀(上)』(成文堂、一九九五年) 二二三頁以下は、法益侵害の危険がすでに存在している、その保護が開始されており、法益の保護がその者に依存しているような場合を「顕在的依存関係」、未だ具体的に法益保護は開始されていないが、非常事態が起これば法益保全が一定の者に依存せざるをえないような場合を「潜在的依存関係」として、後者の場合にはより細かい要件を置いて作為義務を認めるという方法で、作為と不作為の同価値性を保つ試みをするものである。

(59) 神山・前掲注(58) 二二三頁。

(60) 神山・前掲注(22) 七頁。

(61) 日高・前掲注(2) 一五四頁。

(62) 日高・前掲注(2) 一五四頁。

(63) 日高・前掲注(2) 一五五頁。

(64) ただしこれについては、あくまでも等価値であるべきなのは不作為と作為であって、不作為の前提となる因果の発生を設定したのが不作為であることが、果たして同価値性を担保することになるのか、という批判がある。佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣、二〇一三年) 八六頁、十河太郎「不真正不作為犯の実行行為性について」同志社法学五六卷六号(二〇〇五年) 七一四頁など。

(65) 西田・前掲注(6) 八九頁以下。

(66) 西田・前掲注(6) 九〇頁。

(67) 西田・前掲注(6) 九一頁以下。支配の意思に基づかないで支配領域性に置かれた場合には、「その意思に代わるもの」として、不作為者こそが作

為すべきであったという規範的要素を考慮すべきである」とする。ここでいう規範的要素には先行行為は含まれず、「親子、建物の所有者、質借人、管理者のように、その身分関係、社会的地位に基づき社会生活上継続的に保護・管理義務を負う場合」であるとしている。この点、依存関係を支配という事実的要素に昇華しつつも、なお依存関係を規範的なものとして捉える観点も残しているのである。

(68) 佐伯仁志「保障人的地位の発生根拠について」香川達夫博士古稀祝賀論文集『刑事法学の課題と展望』（成文堂、一九九六年）一〇八頁以下、同・前掲注（64）八九頁以下。作為と同様に、積極的に他者の法益を侵害した事情が求められるという点で、この発想は、先行行為の発想にも通ずるものがある。

(69) 堀内捷三『不作為犯論——作為義務論の再構成——』（青林書院新社、一九七八年）二五四頁以下。

(70) 堀内・前掲注（69）二五一頁。

(71) 堀内・前掲注（69）二五三頁。

(72) 堀内・前掲注（69）二五三頁。

(73) 堀内・前掲注（69）二五四頁。

(74) 島田聡一郎「不作為犯論」法学教室二六三号（二〇〇二年）一一六頁以下が明確にこの問題意識に言及している。また、佐伯・前掲注（六四）九〇頁も、自由制約の観点から、作為義務の根拠として危険創出を加えている点で、不作為は作為と比べて自由の制約度が高いという理解をしていることがわかる。このことを指摘するものとして、鎮目征樹「不真正不作為犯における作為義務の『発生根拠』と『具体的内容』」刑事法ジャーナル四六号（二〇一五年）七頁。

(75) 後述のように、罪刑法定主義には触れないというのが通説ではあるが、やはり罪刑法定主義違反の疑義は免れないとし、ドイツのように明文規定を設ける必要を唱える見解も根強い。不真正不作為犯と罪刑法定主義についての比較的近年の研究として、井上宜裕「不真正不作為犯と罪刑法定主義」立命館法学三二七・三二八号（二〇〇九年）一〇一頁。

(76) 大谷實『刑法講義総論「新版第四版」』（成文堂、二〇二二年）一三二頁。

(77) 鎮目・前掲注（74）六頁がすでに以下のような分析を行っている。「特定の作為を強いるという量的な自由制約の大きさ、ないしは、積極的な他者への配慮を刑事制裁によって強制することの質的な問題点に注目」することを「理論モデル1」とし、「自然的因果性」因果的支配の欠如に起因する主体の不特定性「不作為処罰の問題性を見出」すことを「理論モデル2」とする。そして、「理論モデル1」は先行行為論と結びつき、「理論モデル2」は依存・支配性説と結びつくというのである。本稿で述べるところの自由制約の程度の相違はこの理論モデル1に、因果的相違は理論モデル

作為と不作為の区別

ル2に極めて近い。しかし本稿では、それぞれが先行行為説や依存・支配説などの特定の作為義務の根拠論につながるとは考えていない。自由制約の程度の相違と因果的相違は両立し、因果的相違があるからこそ自由制約の程度の相違があり逆もまた然りというように、両者は、相互に密接に関連したものである。したがって、先行行為説であっても、依存・支配説であっても、またその他の見解であっても、自由制約の程度の相違と因果的相違は共に前提とされているものと考ええる。

- (78) ①の「作為による不作為」という呼称との対応では、「不作為による作為」と表現するのが適切であるかもしれない。しかし、「不作為による作為」という表現は既に「不作為という態様によって作為犯を想定する条文に違反すること」という意味の標語として用いられているため、混乱を避けるため①では差し控える。

- (79) 大越・前掲注(10) 八七頁以下は、エネルギー投入の有無に基づく区別基準に対する批判の中ではあるものの、「行為者への命令(不作為)は禁止(作為)より多くのものを要求するとの主張があるが、ここにはまず問題がある。ちよつとした動作によって法益の保護される事例は、いくらでも存在するからである」「命令は、禁止よりも、規範名宛人の行動領域を強く制限するとは、常にはいえないことになる」と指摘している。

- (80) 鎮目・前掲注(74) 九頁も、「作為と不作為の区別という問題は、つまるところは不作為≡特殊要件たる作為義務を要求すべき範囲の確定であり、よって、それは作為義務を要求しないとなぜ不当なのか(どのような問題を避けるために保障人的地位という要件を立てるのか)という問題から離れるべきではない」とし、「理論的ハードルの存在により、これを克服し得る根拠事情(作為義務の発生根拠)の存在なしに構成要件該当性を肯定しえない場合」をもって、刑法理論上の不作為と捉えるべきであると論じる。

- (81) 萩野・前掲注(10) 五七頁以下。
 (82) Franz Streng, "Passives Tun" als dritte Handlungsform – nicht nur beim Betrug, Plädoyer für eine kausaliätsorientierte Abgrenzung von Tun und Unterlassen, ZStW 122 (1), 2010, S.11ff.

- (83) 萩野・前掲注(10) 七七頁。

- (84) 萩野・前掲注(10) 七八頁。

- (85) 萩野・前掲注(10) 八一頁。

- (86) 一方、ドイツの実務で定着している非難可能性の重点公式は、基準が曖昧に過ぎ、この要請を満たさない。非難可能性の重点公式は、専ら自然的な観察のみから作為と不作為を区別しようとする態度から脱却し、規範的な観点から区別問題に応えるものとして優れたものであるが、それでもやはり区別「基準」というからには、恣意を含まず、客観的に明白にそれぞれの要件論に振り分けられるようなものでなければならぬように思われる。

(87) 大谷・前掲注(76) 二二七頁以下、十河・前掲注(64) 七二四頁。

(88) 大谷・前掲注(76) 二二五頁。

(89) ここで「因果」という言葉を使うが、これは決して因果関係の問題ではなく、実行為性の問題である。ここで問題にしているのは、「結果との間に因果関係があるか」ということではなく、「結果との間に因果性を持ちうるか」というポテンシャルの問題である。前者は因果関係の有無が既遂と未遂を分けるのに対し、後者は因果性を持ちうるか否かが未遂か不能かを分けるのである。

(90) この点の説明として、すでに作為義務の根拠要素の法規範の検討のところでも一度引用したところではあるが、高山・前掲注(22) 五七頁以下の説明が明快である。「事実に評価するならば法益状態が悪化に向かってはいるが、法的に評価するならば、作為義務のある者が法益を保護するはずであるから、法益状態は悪化に向かっていない」といえるとき、不保護が可罰的評価の対象となる。

(91) 当然ではあるが、人はそこに存在しているだけで心理的・物理的に影響力を持ちうる。Streng, a.o. (Amn.82) S.1ff. のいう受動的作為や、荻野・前掲注(10) 七七頁のいう「身体が存在が作用力を有する不作為」もこの趣旨による。したがって、その者の影響力が全く存在しない状況を想定するには、その者の存在自体を当該状況から除いてしまおうほかないのである。

(92) 一方、XがAを川に突き落とした時点を捉えてこの区別基準を当てはめると、XがいなければAは溺れることはないのだから、この突き落とすという行為は作為である。このように、行為ごとに作為か不作為かの判断は変わる。あとは、問責対象の時的確定の問題である。川に落とした時点では故意が無いなどの理由で殺人罪が認定できなかった場合、その後、故意を生じた上での不作為が殺人罪の実行為と評価される可能性があり、川に突き落としたという作為は、作為義務の認定時に先行行為として考慮されることになる。

(93) 作為犯の場合、容易になったか否かの判断は、「いなかつた場合」と「いた場合」の比較によることになる。一方、不作為犯の場合、容易になったか否かは、幫助者が正犯行為を「止めた場合」と「止めなかつた場合」を比較して判断する。後者は「止める」義務という規範的仮定を考慮してこそその判断なのである。

(94) これと同じことが、札幌高裁平成二二年三月一六日判決(判例タイムズ一〇四四卷二六三頁)、いわゆる釧路せっかん死事件のようなケースにおいてもいえる。内縁の夫が子に暴行を加えているのを母親が見ぬふりをしたという事案では、母親がそこに居たからこそ内縁の夫が安心して暴行を加えることができたなど、自然的に見ても母親になんらかの影響力があり、母親の存在自体が加功の意味合いを持つ場合、これは作為による幫助といえる。一方で、母親が居なくても内縁の夫の暴行に変化はなく、自然的には母親はなんら加功していなかつたといえる場合には、これは不作為である。不作為に分類されたのちに、内縁の夫の暴力を阻止するなどの回避措置をとる作為義務が認められた場合、「本来ならば母親が回避措置

をとるはずだった」という意味で、内縁の夫の犯行は容易ではなかったはずであるから、それを作為義務違反によって容易にしたという加功が認められることになるのである。