

不真正不作為犯における結果回避可能性の 位置づけについて

——実行行為性か、因果関係か——

奥田 菜津

- I はじめに
- II ドイツにおける不作為の因果性に関する議論と結果回避可能性
 - 1. 19世紀における不作為の因果性に関する議論
 - 2. 合法則的条件 (gesetzmäßig Bedingung) 公式による因果性の肯定
 - 3. Armin Kaufmann の逆転原理と不作為の因果性の理解
 - 4. ドイツにおける現在の議論状況
- III わが国における不真正不作為犯の結果回避可能性をめぐる議論
 - 1. 不作為の因果性について
 - 2. 結果回避可能性の位置づけ
 - 3. 裁判例の状況
- IV 私見
 - 1. 混乱の原因
 - 2. 実行行為要素としての結果回避可能性とその判断における考慮
 - 3. 因果関係要素としての結果回避可能性と、その他因果関係を遮断する事情
- V おわりに
 - 1. 本稿のまとめ
 - 2. 本稿の成果と今後の課題

I はじめに

不作為は作為と異なり、自然的には原因力を持たない。そのため、その因果性を説明するためには、「期待された作為があれば、結果は生じなかった」という仮定的な考慮が必要となる。この結果回避可能性は、不真正不作為犯の要件として一般的に求められている。

しかし、結果回避可能性は、その位置づけがまだまだ学説上一致していない。

作為義務の前提となる、あるいは作為義務と並んで要求される実行行為性の要件なのか、それとも因果関係が認められるための要件なのか、いまだ明確ではないのである。どちらの段階に位置づけるかによって、結果回避可能性が認められない場合に未遂が成立する余地が残るか否かが変わるため、これは重要な論点である。

そこで本稿では、これまでの議論状況をふまえ、「不真正不作為犯において、結果回避可能性は、実行行為性の問題として位置づけられるのか、それとも因果関係の問題として位置づけられるのか」という問題を明らかにすることを試みる。

なお、「作為可能性」や「結果回避可能性」といった用語は、論者によって時折混同されたり、包摂関係とされたりすることもあるが、本稿では、これらの用語をはっきりと区別して用いる。「作為可能性」は、期待された一定の作為をなすことができるか否かの問題であり、「結果回避可能性」は、期待された一定の作為をなした場合に、その作為によって結果が回避されるか否かの問題である。たとえば、重傷を負った被害者がいる場合に、救急車の派遣を要請することが期待されているとする。通報するための電話や、電話を借りられるような民家がないような場合には、作為可能性がない。期待されている救急車の派遣要請をおこなうこと自体が不可能なのである。他方、救急車の派遣を要請することができ、被害者が滞りなく病院に搬送され適切な医療処置を受けたとしても、もはや手の施しようがなく、死は避けられなかったというような場合には、結果回避可能性がないということになる。

こうした理解をもとに、以下、結果回避可能性の位置づけについての検討をおこなう。

II ドイツにおける不作為の因果性に関する議論と結果回避可能性

1. 19世紀における不作為の因果性に関する議論

不作為が結果に対して原因たりえるかについて本格的に議論され始めたのは、19世紀中頃であった。この頃、自然主義的実存主義が刑法理論にも影響を与えたことにより、自然科学的・物理的な作用が不作為犯論においても重視されるようになったためである。

彼らは行為を、恣意的な身体の運動を通じた外界の因果的な変化と理解した¹⁾ 2)。処罰可能な行為とは、結果に対して因果性を有する行為である。とはいえ、無から有は生じないのだから、不作為が結果に対して何らかの作用を生み出すというには困難があった。そのため、いくらかの学説は、不作為の因果性を説明するために様々な理論上の工夫を凝らした。

先行行為説は、不作為に先行する作為でもって因果性を説明した³⁾。また、他行為説は、不作為と同時に随伴する作為に根拠を求めた⁴⁾。これらはいずれも、不作為それ自体ではなく、先行または随伴する何らかの作為の原因力を援用するものである。すなわち、不作為それ自体の因果性を説明することには失敗しているといつてよい。

これに対して不作為それ自体を問題にするものとして、不作為の因果関係を、合法的な行為（作為）に出ようとする衝動を積極的に抑圧することに見出す干渉説（Interferenztheorie）が生まれた。干渉説は、「不作為者が、違法な結果を防ぐため、または合法的な結果をもたらすために、外界への介入

1) Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, 8.Aufl., 2006, S.4.

2) この前提は、すでに Hegel 学派が不作為を作為と同様の行為のもとに理解したことに始まっていたと指摘される。山口邦夫『19世紀ドイツ刑法学研究—フォイエルバハからメルケルへ—』（1979年、八千代出版）116頁以下。

3) Adolf Merkel, Kriminalistische Abhandlungen, Bd.1., 1867, S.81.

4) Heinrich Luden, Abhandlungen aus dem gemeinen teutschen Strafrechte, Bd.1., 1836, S.414.

(Eingreifen) の機会と義務を持っていた場合、不作為にも因果関係がある⁵⁾と説明する。これは多くの支持を集めたが、作為衝動の抑圧という部分に原因力を求めるのであれば、認識なき過失による不作為の場合にはそれが観念しえないから妥当しないとの批判がある⁶⁾。

2. 合法則的条件 (gesetzmäßig Bedingung) 公式による因果性の肯定

Engisch をはじめいくらかの論者は、不作為が結果に対して因果関係を持ちうることを、合法則的条件公式に基づいて肯定する。合法則的条件公式とは、当該行為が当該結果を引き起こしたということが自然科学的・社会生活的な法則に適用場合に、これらの中に条件関係を認めるというものである。

従来の条件公式 (「あれなければこれなし」) をそのままあてはめると、自然的原因力を持たない不作為には条件関係が認められない。授乳せず家事をしている母親の存在を取り除いても、乳児が餓死することには変わりはないからである。不作為はもともと既存の因果に介入しないことなのだから、不作為者の不作為態度を取り除いたところで、因果への介入がないことは変わらず、いずれにせよ結果は発生してしまう。

これに対して、合法則的条件公式によると、社会的法則性を媒介に、不作為に対しても条件関係を認めることができる。すなわち、直接的には原因力を持たない不作為であっても、社会生活上、通常「花が枯れたのは水をやらなかったからだ」「乳児が死んだのは世話をしなかったからだ」と表現されるような関係性があるならば、その不作為はなお因果性を持ちうるものである。

Engisch は、まず、「不作為」とは単なる作為の不存在ではなく「期待さ

5) Woldemar von Rohland, Die strafbare Unterlassung, Bd.1., 1887, S.121 f; Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, Hälfte 1, 1914, 516 ff.

6) Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd.2., Besondere Erscheinungsformen der Straftats, 2003, §31, Rn.38. およびこの邦語訳であるクラウス・ロクシン『刑法総論第2巻犯罪の特別現象形態翻訳第2分冊』山中敬一監訳 [前嶋匠訳] (信山社、2012年) 213頁。

れた作為の不存在」であるという前提に立つ。そして、条件関係にいう「あれなければこれなし」を不作為に適用すると、「期待された作為の不存在がなかったら、結果は発生しなかった」となる。「否定の否定は肯定を意味する」というルールによると、この「期待された作為の不存在がなかったら」という部分は、「期待された作為があれば」と読み替えることができる。したがって、この「期待された作為」が、「まさにこの結果と法則的に結びついている」といえるならば、この不作為は結果に対する原因であるということができる⁷⁾。彼は合法則的条件の理論に基づきつつも、従来の「あれなければこれなし」という条件公式によっても作為と同様に因果性を説明できることを示したのである。

Roxin も、「我々は、作為犯の場合でさえ、因果関係の『作用力』または『推進力』に関して何も詳しいことを知らないため、その他の点で、今日認められた合法則的条件としての因果関係公式を、作為犯と不作為犯の場合に同様に適用することが望ましい」として、合法則的条件公式に基づき不作為の因果関係を肯定する⁸⁾。

3. Armin Kaufmann の逆転原理と不作為の因果性の理解

不真正不作為犯論の一つの大きな転機となったのが、Armin Kaufmann による逆転原理 (umkehrprinzip) や保障人説の確立である。彼によると、作為と不作為は「A」と「非A」の関係で、不作為犯には常に作為犯と逆のことが成り立つ。作為犯は禁止規範違反であり、不作為犯は命令規範違反であ

7) Karl Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtliche Tatbestand, 1931, S.29 ff.; Karl Engisch, Das Problem der psychischen Kausalität beim Betrug, Festschrift für Hellmuth von Weber zum 70. Geburtstag, 1963, S.264 f.

8) Roxin, a.a.O. (Anm.6), §31, Rn.41,42、ロクシン [前嶋訳]・前掲注 (6) 214頁。なお、Roxin は作為と同様に因果関係を認めつつも、作為の因果関係と不作為の因果関係とは異なるということも付言している。いわく、「作為の因果関係が、行為者の行為と結果との法則的結びつきの他に、能動的『積極的』エネルギー投入を要件とするのに対して、不作為の因果関係は、不作為と結果との法則的連関に限定される」。Roxin, a.a.O. (Anm.6), §31, Rn.43、ロクシン [前嶋訳]・前掲注 (6) 215頁。

る。そのため、両者は規範構造からして全く異なる。それゆえに、不真正不作為犯は、作為犯とは異なる固有の解釈に従うべきであるとし、その要件こそが、保障人的義務の存在なのである⁹⁾。

Armin Kaufmann は、不作為の因果性について Engisch の説明に一定の同調をみせ、「一定の（現実にはおこなわれなかった）作為の不存在は、事象ないし事象の不発生に対して因果性を有する」とする。しかし、他方で、「不作為者がいなかったと仮定しても作為が現実にはなされなかったという状態に変わりはない」のであるから、「不作為者と現実にはなされなかった作為との間には、因果関係はない」と断じた¹⁰⁾。これにつき、「不作為自体と不作為者とを区別し、前者についてのみ因果性を肯定することは、論理的に誤っている」¹¹⁾などと批判されることがある。しかしこれに対しては、Armin Kaufmann は不作為と不作為者を区別したわけではなく、むしろ両者が切り離せないからこそ、「作為があったならば結果は発生しなかった」ということのみをもって不作為の因果性を認めることはできない、すなわち不作為には因果性がないという帰結になるのだと指摘されている¹²⁾。Armin Kaufmann は、あくまで作為犯と不作為犯を規範構造上全く異なるものとして把握し、それゆえに、作為犯のように因果性を備える必要はないと考えるのである。

このように、Armin Kaufmann が示した「不作為は因果性を持たない」という方向性は、作為犯と不作為犯との規範構造上の相違や、保障人的地位や結果回避可能性という不作為犯固有の要件論とともに、現在のドイツにおける不作為犯論の出発点となっている。そしてそれは、ドイツ刑法第13条という不作為犯固有の条文が置かれたことにより、罪刑法定主義違反の誹りを免れることで、さらに定着したといえることができる。

9) Armin Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 2.Aufl., 1988, S. 61 ff.; Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht : eine systematische Darstellung, 11.Aufl., 1969, S.272 ff.

10) Armin Kaufmann, a.a.O. (Anm.9) S.61.

11) 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、1988年）74頁。

12) 松宮孝明「不作為犯と因果関係論」現代刑事法41巻（2002年）9頁以下。

4. ドイツにおける現在の議論状況

(1) 不作為の因果性と帰属

上述の通り、現在のドイツにおいては、不作為は因果性を持たないことを前提とする見解が中心的である。とはいえ、存在論的に因果性がないと説明する見解も、合法則的条件公式によれば因果性はあるとする見解も、その論争に大きな意味はないとされる。因果性が存在しなくとも、仮定的因果関係ないし準因果関係と呼ばれる概念を用いることによって、結果を帰属させることについては、ほぼすべての見解が一致するところだからである。

たとえば Weigend は、「この……哲学的な争いは、法適用にとって重要な意味を持たない。実際のところ、どちらの観点にも正当性がある」¹³⁾ とし、不作為が因果性を持たないとしても、「仮定的因果関係 (Hypothetische Kausalität)」という概念を用いて、構成要件の結果を不作為者に帰属させることができるとする。すなわち、「不作為者が、命じられた作為の履行によってそれを回避することができたとき、または一般的な “sine qua non” 公式に基づき、『作為をなさないということがなければ、結果の発生もなかったであろう』とき、現実生じた結果が不作為者に帰属する」のである¹⁴⁾。

また、Freund は、「危険回避の不作為は、外界における積極的な危険の創出をとまなわない。だから、それは (引用者注：作為と) 同様の意味で結果の原因であるとはいえない」¹⁵⁾ と不作為の因果性を否定しつつ、「法的に期待された危険回避措置 (ここでは赤ちゃんの世話) をおこなわないことである不作為と、結果 (餓死) との間の関係は、準因果関係 (quasi-kausalen Zusammenhang) として結び付けられる」「事後的に判断して、結果が、正しい行為を通じて實際上確実に (「確実性に境を接する蓋然性をもって」) 回

13) Thomas Weigend, Strafrechtsgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd.1., 13.Aufl., 2020 (以下、単に「LK」と表記), §13, Rn.3.

14) LK- Weigend, §13, Rn.70.

15) Georg Freund, Münchener Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch, Bd.1., 3.Aufl., 2017 (以下、単に「MK」と表記), §13, Rn.210.

避されたであろう場合に……不作為の準因果関係が問題なく存在する」¹⁶⁾と、準因果関係という概念でもってやはり帰属を認めている。

こうした仮定をもちいた帰属は判例上も定着しているといっていいいであろう。BGH1954年3月4日判決は、「おこなわれなかった行為がおこなわれることによって、結果が防止されたのであれば、不作為はその結果に対して原因である」¹⁷⁾とし、また、BGH1984年8月10日判決は、「おこなわれなかった行為を付け加えて検討すると、発生した結果は起こらなかったであろうといえるならば、結果発生を行為者に帰属しうる。おこなわれなかった行為がおこなわれることによって結果は生じなかった、または大幅に延期され、もしくはずっと小さな規模で済んだであろうということについて、確実性に境を接する蓋然性が存在しなければならない」¹⁸⁾とまとめている。

なお、このように「あれ『あれば』これなし」という仮定を加えた説明に対しては、「付け加え禁止」¹⁹⁾が貫徹されないとの批判がある。因果関係を考えるにあたり、現実には存在しなかった事情を付け加えることは禁じられると考えるのであれば、「期待された作為があれば」という仮定的条件に基づいて因果性を論じることも禁じられるはずだからである。しかし、Engischの説明に倣うならば、この「あれあれば」というのは、「あれなければ」の「あれ」の部分に「期待された作為の不存在」を代入した結果、否定の否定が肯定となって「作為あれば」となったにすぎない。つまり、「作為あれば」は「不作為なければ」ということであり、その意味で、作為犯における「あれなければこれなし」の条件公式と何ら変わりはない、と説明することができる。あるいは、不作為は作為と違って因果性を持たないという前提に立つと、Armin Kaufmannの逆転原理のいうように、両者は「A」と「非A」の関係である。刑法もこの存在論的構造を乗り越えることはできないか

16) MK-Freund, §13, Rn.213.

17) BGHSt 6,1 f.

18) BGH NSTZ 1985, 27.

19) Günter Spendel, Die Kausalitätsformel der Bedingungsstheorie für die Handlungsdelikte, 1948, S.38, S.92.

ら、一般的な刑法のルールも、不作為犯は作為犯と異なるはずであり、そればかりか、正反対でなければならない。したがって、「あれなければ」が「あれあれば」に代わることは当然であり、それは禁じられる「付け加え」にはあたらない。不作為の因果性を肯定するにせよ否定するにせよ、「あれ『あれば』」という仮定が不当であるとはいえないであろう²⁰⁾。

このように、不作為の因果性の有無に関する学説の対立に拠らず、不作為にも結果が帰属され、刑事的帰責をなしうることについては、学説判例ともに問題なく認められている。不作為に因果性があるとする見解もないとする見解も、仮定を用いた因果性判断を前提としてそれを「因果性がある」というか、仮定を用いなければ因果性を判断できないことをもって「因果性はない」というかの違いにすぎず、そこに実質的な違いはないように思われる²¹⁾。

(2) 帰属問題における結果回避可能性の蓋然性レベルと危険減少の理論

作為があれば結果が生じなかった、つまり結果回避可能性が認められることが因果関係ないし帰属を認定するために不可欠だとして、その可能性はどの程度必要かというのも問題となる。

判例は上述の通り、「おこなわれなかった行為がおこなわれることによっ

20) なお、合法則的条件公式に基づくならば、仮定を用いることなく、不作為と結果との関係を直接結び付けることも可能である。高橋則夫『刑法総論 [第4版]』(成文堂、2018年) 155頁は、「作為の条件関係を『作為なければ、結果発生なし』という仮定的消去法の公式によって判断する通説によれば、不作為の条件関係は、『作為があれば、結果発生なし』という『仮定的な付け加え』によって判断されることになろう(この意味で、『付け加え禁止説』は不作為の場合には貫徹できない)」と指摘したうえで、合法則的条件公式によって、作為が存在しないことが、因果経過の中間段階を通して結果と法則的につながっているか否かで判断すべきとする。もちろん合法則的条件公式のもとでも、Engischがそうしたように、その法則を検討するにあたってなお仮定を用いることは矛盾しない。山中敬一『刑法総論 [第3版]』(成文堂、2015年) 250頁以下は、不作為の帰属について合法則的条件関係を要求するが、そこには仮定的条件関係が要求され、仮定的判断が必要となる点に修正をこらむとしている。

21) Roxin, a.a.O. (Anm.6) §31, Rn.41、ロクシン [前嶋訳]・前掲注(6) 214頁は、「対立する見解の根底には、異なる因果観念がある」とし、そのいずれに則るべきかは判定困難であり、結論的にはどちらでも問題がないとする。

て結果は生じなかった、または大幅に延期され、もしくはずっと小さな規模で済んだであろうということについて、確実性に境を接する蓋然性が存在しなければならぬ」としており、かなり高度な蓋然性を求めているように見受けられる。しかし、結果回避の高度な蓋然性を常に要求すると、ほとんどのケースが未遂とされてしまいかねない。こうした刑事政策的必要性から、結果を回避しうることではなく、結果発生リスクを減少させられるかどうかを問うべきとする見解がある（危険減少論²²⁾。

この見解に対しては、事実上不作為の因果関係の認定を放棄することにつながる²³⁾とか、結果犯を危険犯に読み替えてしまうものである²⁴⁾といった批判がある。また、裁判例は、「不作為行為の実行が結果発生危険を（著しく）減少させたならばそれで十分であるという……見解……に、判例はこれまで従ったことがない²⁵⁾」とし、危険減少論を採用していない。とはいえ、裁判例によっては危険減少論的な考え方が見られるものもあり²⁶⁾、わが国においても、「救命」可能性だけではなく「延命」可能性にも言及する裁判例²⁷⁾や、

22) Günter Stratenwerth, *Strafrecht Allgemeiner Teil* I, 4. Aufl., 2000, §13 Rn.54 ff.; Harro Otto, *Grundkurs Strafrecht: allgemeine Strafrechtslehre*, 7. Aufl., 2004, §9 IV. 危険増加論を不作為犯に適用したものといえる。

23) Roxin, aa.O (Anm.6) §31, Rn.51.; ロクシン [前嶋訳]・前掲注 (6) 219頁は、「命じられた行為を行ってれば結果を防止していたであろうということが疑わしいにもかかわらず、結果が帰属される場合、不作為の因果関係の証明は放棄される」と指摘する。

24) Karsten Gaede, *Strafgesetzbuch Nomos Kommentar*, Bd.1., 5. Aufl., 2017 (以下、単に「NK」と表記), §13, Rn.15.; Roxin, aa.O. (Anm.6) §31, Rn.60.; ロクシン [前嶋訳]・前掲注 (6) 222頁以下。

25) BGH1990年7月6日判決 BGHSt 37,106,127. いわゆる皮スプレー事件 (Lederspray-Fall) として有名な判例である。

26) たとえば、BGH1980年5月20日判決 BGH NSLZ 1981, 219. は、「その日に外科手術を行っていれば、患者は確実性に境を接する蓋然性をもって一日長く生きてであろう、そして、そもそもそれが、生きながらえる高度の蓋然性を発生させたであろう」としており、これについて Roxin, aa.O (Anm.6) §31, Rn.49.; ロクシン [前嶋訳]・前掲注 (9) 218頁は、「判例は、不作為の領域において、少なくとも、命じられた介入の結果としてわずかに延命すればそれで既遂処罰にとって既に十分とすることによって、結論において危険増加論……に接近している」と指摘している。

27) 札幌地裁平成21年11月30日 LEX/DB 文献番号25441701、最一小決昭和63年1月19日刑集42巻1号1頁。本文中で後に扱う。

高度の救命可能性まで求めない裁判例²⁸⁾があることが指摘されている²⁹⁾。

(3) 結果回避可能性と実行行為性の関係

ドイツにおいて「仮定的因果関係」ないし「準因果関係」として用いられている結果回避可能性の概念は、実行行為性の段階では求められないのだろうか。

結論として、実行行為段階では、本稿の定義した結果回避可能性——すなわち、作為をなした場合に結果を回避することができたということ——は求められないというのが通説である。ただし、作為可能性 (Handlungsmöglichkeit) ないし個別的行為能力 (individuelle Handlungsfähigkeit) は要求される。作為可能性がない状況とは、「その作為をなすために必要な物理的能力が欠ける場合」、「必要な救助手段をもたない、あるいは救助手段をあつかう心得がない場合」、「理知的あるいは精神的に、作為を実行する状況にない場合」³⁰⁾といったものが挙げられている。より具体的には、「身体的に虚弱で、被害者を燃えさかる家屋から運び出すことができない」場合や、「事故に遭った人に対して保障人的義務のある登山者 (Bergwanderer) が、無人の山小屋に電話があつてそれで救助用ヘリコプターを呼ぶことができたにもかかわらず、それを知らなかった」場合³¹⁾ など

28) 那覇地石垣支判昭和57年3月15日刑裁月報14巻3・4号259頁 (前掲注 (27) 最高裁決定の第1審)。本文中で後に扱う。

29) 高橋・前掲注 (20) 156頁以下は、これら裁判例が救命可能性だけでなく延命可能性に着目していることを指摘する。これに対して、最決平成元年12月15日刑集43巻13号879頁では、延命ではなくやはり救命可能性が取り上げられている。橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』(有斐閣、2020年) 61頁脚注 (14) は、延命可能性との間で因果関係を認めることにつき、次のように評価する。「なお検討を要するが、むしろ因果関係の問題ではなく、『単に延命の見込みしかない場合に、行為者に作為を義務づけることが正当化できるか』という観点が問題になっているように思われる。また、かりに『延命』との間で回避可能性を問題にすればたりと解した場合、ほとんどの場合、結果回避可能性が認められることになり、結論において妥当ではないだろう」。危険減少や延命可能性はドイツではもっぱら因果関係の問題として表れるが、わが国においては実行行為性の問題として用いられることがあるため、後述する。

30) NK-Gaede, §13, Rn.12.

31) LK-Weigend, §13, Rn.65.

である。つまり、個人的な能力や知識、具体的状況などにより作為に出ること自体ができない場合には、実行行為性の段階で作為義務を課す前提を失うため、未遂も成立しないということになる。

これに対して、結果回避可能性はもっぱら因果関係の問題として理解される。作為が可能であり、それが義務づけられている以上、作為をなさなければならぬ。被害者はもはや助からなかったということがのちに分かったとしても、実行行為性は否定されず、不作為による未遂の問題が生じるのである³²⁾。

ドイツ刑法13条が不作為固有の処罰根拠として置かれていることもあり、ドイツでは不真正不作為犯を作為犯とは全く異なる規範構造のものとして捉える傾向が強くみられる。そうであるならば、自然的因果性の不存在を正面から受け入れ、「不作為には因果性がない」としながらも、作為とは異なる帰属理論に基づいて不作為犯を処罰することができる。実行行為レベルで不作為の因果性を説明する必要がないならば、結果回避可能性をもっぱら因果関係のレベルに位置づけることにも何ら問題がないであろう。しかし、この点、わが国では事情が異なる。作為も不作為も同じ条文で処罰されるため、実行行為のレベルでも、作為と同様の実行行為性、因果性を説明しなければならないのである。

Ⅲ わが国における不真正不作為犯の結果回避可能性をめぐる議論

1. 不作為の因果性について

不作為の因果性については、多くの見解が仮定的な考慮をふまえてこれを説明可能としている³³⁾。そもそも、不作為には因果性がないと断じてしまう

32) BGH2000年2月16日判決 BGH NSTZ 2000, 415.

33) たとえば大谷實『刑法講義総論 [第5版]』(成文堂、2019年)126頁は、「不作為は『何もしない』という絶対的な『無』ではなく、一定の期待された作為をしないことであり、『その期

と、不作為を作為と同様に処罰することについて、罪刑法定主義との関係で困難を生ずる。ドイツのように不作為固有の根拠条文があるならば格別、そうでないわが国においては、不作為にも作為と同様の因果性があり、作為と同じように実行行為性が認められるという説明ができなければならないであろう。この点を重視し、不作為を作為に還元したり、ドイツ刑法13条のような立法的解決を求めたりする見解もある³⁴⁾。

それでも、作為と同じ意味での自然的な因果性を持たないことは確かであり、それは作為義務論をはじめとした不作為の要件論の前提としても受け入れられているように思われる。

2. 結果回避可能性の位置づけ

「不作為には因果性が存在しない」ということを正面から認めて、作為とは異なる規範構造のもとに不作為を置くことができるドイツとは異なり、わが国では、実行行為のレベルでも作為と不作為の同価値性を説明できなければならない。現に、上述のように、不作為についても因果性は説明できるとするのが通説である。そこではすでに結果回避可能性の判断にあたってなされるような仮定的考慮を用いているため、結果回避可能性が理論上どこに位置づけられるのか、理解が分かれる。

(1) もっぱら実行行為性の問題として位置づける見解

結果回避可能性を、もっぱら実行行為性の問題として捉える見解がある。

待された作為がなされたならば、その結果は生じなかったであろう』という因果関係を認めることができるのであるから、不作為の実行行為性を認めるのに何ら支障はない」としつつ、「しかし、実行行為および因果関係の認定に当たっては、作為と不作為の間で若干の相違がある」と続ける。不作為犯の場合には仮定的判断が前提となることが作為犯との重要な相違で、それが実行行為性や因果関係の認定にあたり影響するのである。わが国においてはこうした理解が一般的であるように思われる。

34) 松宮孝明「『不真正不作为犯』について」『西原春夫先生古希祝賀論文集第1巻』（成文堂、1998年）159頁、酒井安行「不真正不作为犯のいわゆる因果論的構成の可能性と限界」『西原春夫先生古希祝賀論文集第1巻』（成文堂、1998年）133頁。

ある論者は、作為との同価値性を重視し、作為と同等の原因力・因果経過の支配を説明するために、結果回避可能性が不可欠であるとする。この見解によれば、「不作為犯において問題となるのは、結果の惹起について一定の不作為が作為の場合と同じ程度の原因力になったかということであるから、これを別の面からみると、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」³⁵⁾。仮定的考慮が必要な不作為犯においては、作為と同等の因果経過の支配を担保するために、実行行為性のレベルで確実な結果回避可能性が要求されるのである。

また、結果回避可能性がなければ、不作為犯の前提となる「期待された作為」を設定することができないため、論理構造上の前提を失すると説明されることもある。ある論者は、「客観的に結果回避可能性がない場合には、そもそも不作為すなわち期待さるべき作為というものを観念することができないので、そこでは不作為犯の実行行為が欠如し、未遂犯も成立しない」³⁶⁾という。

法は不可能を強いないのだから、結果回避のための作為を命じるにあたっては、その結果回避が可能でなければならない。そもそも、回避できない結果を回避しなかったことに、結果発生に向けた原因力を見出すことはできない。このように考えると、結果回避可能性が認められない以上、実行行為性それ自体が否定されるべきとする見解³⁷⁾には、一定の妥当性があるように思われる。

(2) もっぱら因果関係の問題として位置づける見解

(1) の理解とは対照的に、結果回避可能性の問題を因果関係に位置づけ

35) 大谷・前掲注 (33) 133頁。

36) 西田典之『刑法総論 [第2版]』(弘文堂、2010年) 118頁。また、西田・前掲注 (11) 75頁も参照。

37) このほか、鈴木茂嗣『刑法総論 [第2版]』(成文堂、2011年) 163頁は、「作為に出ても結果回避ができない可能性が残っている以上、当該不作為が当該結果惹起の直接的実行行為 (決定的危険行為) であるとまではいい難い。明らかに結果回避適性を有する作為を怠った者のみが、不作為による犯罪の直接実行者として正犯性を獲得する」と説明する。

る見解がある。この見解によると、結果回避可能性が認められなくとも未遂は成立することになる。

ある論者は、「作為犯の場合、結果回避可能性は、行為の危険性＝実行行為の問題に解消される（実行行為は結果発生危険を有する行為でもあるから、それを止めれば結果は発生しないのであり、因果関係は、それが行われた場合にはじめて問題になる）。しかし、不作为犯の場合は、期待される行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のであるから、因果関係の問題となる」³⁸⁾とし、結果回避可能性を不作为犯の実行行為性の要件から除外する。またある論者は、「例えば、親に救助行為（作為）に出る能力・可能性はあるが、子供が長時間溺れて溺死寸前の状態にあり、救助して手当を施しても助からない状況……の場合は、不作为（不救助）と結果（溺死）との因果関係（条件関係）が否定され」³⁹⁾とし、作為能力や作為可能性と結果回避可能性とを区別して、結果回避可能性を因果関係の問題とする。同様に、作為可能性と結果回避可能性の理論的位置づけについて、「不作为の因果関係の問題が（事後的）結果回避可能性の問題であるのに対して、作為可能性は、作為義務の判断の前提要件である」「作為可能性は、一定の作為が期待される時点の判断であり、事前判断であるのに対して、（事後的）結果回避可能性は、事後判断である（義務違反と結果との）因果関係（客観的帰属）の問題である」⁴⁰⁾と明確に整理する見解もある。このほか、回避可能性がない場合に未遂さえ認めない（1）の見解に対して、「法益侵害を回避する手段は効果の有効性や遂行の容易性の程度に応じて様々なものが考えられる。……選択肢は結果を確実に回避する手段のみで、それが見当たらない

38) 浅田和茂『刑法総論【第2版】』（成文堂、2019年）156頁。

39) 曾根威彦『刑法原論』（成文堂、2016年）442頁。但し、このように結果回避可能性が欠ける場合について、「因果関係（条件関係）が否定され、行為者の不作为は未遂犯（ないし不能犯）として扱われる」と続けており、不能犯の可能性も否定していない書きぶりになっている。また、この論者は作為能力や（狭義の）作為可能性については実行行為性に位置づけているというわけではなく、これとは別途必要とされる違法性要素として構成している点にも留意したい。

40) 高橋・前掲注（20）167頁。

れば何もしなくてもよいとする主張は容認できない」とし、その遂行自体が容易であるなら義務者の不作為を未遂犯として処罰しても不当とはいえないと反論する見解⁴¹⁾もある。

上述したように、ドイツの学説・判例においてはこの考え方が中心的であるし、後述するように、わが国の裁判例でも、結果回避可能性は因果関係の問題として位置づけられているものが多いように思われる。

(3) 実行行為性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を区別する見解

(1)(2)のように、結果回避可能性を実行行為性と因果関係のどちらか一方に位置づける見解とは異なり、結果回避可能性の概念を区別し、その性質に応じて実行行為性と因果関係に振り分ける理解が主張されている。論者によって説明の仕方が異なるため一元的な分類は困難であるものの、以下、いくつかの見解を整理・検討する。

(i) 結果回避「可能性」と結果回避「確実性」

結果回避可能性の概念を、結果回避の「可能性」と「確実性」とに区別して、前者を実行行為性、後者を因果関係の問題に位置づける見解である。

ある見解は、通常の作為犯における未遂と不能の区別に基づいて、実行行為性の問題としての結果回避可能性を画する。「具体的危険説に拠ると、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性を認める」のであるから、「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」⁴²⁾。したがって、具体的危険説

41) 塩見淳「不作為犯の不能未遂」法學論叢148頁3 = 4号(2001年)279頁以下。

42) 奥村正雄「不作為犯における結果回避可能性」同志社法学62巻3号(2010年)14頁。なお、

に立つ以上、実行行為性判断における結果回避可能性の程度については「可能性」で足り、他方、因果関係判断における結果回避可能性の程度は、現実の結果との結びつきの問題であるから「確実性」までが求められる⁴³⁾のである。

これと同様に、ある見解は、『結果を防止することが具体的に可能な作為』を想定し得ない以上、期待された作為を設定できない」として、結果回避可能性は「不作為犯の実行行為性を形成する作為義務を課す前提」であるとする⁴⁴⁾。しかし、「不作為の実行行為性の問題……と致死との因果性は、区別し得る」⁴⁵⁾『十中八、九』救命が可能でなければ、未遂も含めて殺人罪は成立しないというのは妥当ではない⁴⁶⁾とする。そして、実行行為性・因果関係それぞれの段階における結果回避可能性の程度について、「不作為犯の実行行為性を基礎づける『結果回避可能性（救命可能性）』は、相当程度のもので足りる」⁴⁷⁾のに対し、「致死の結果を認めるには『十中八、九』救命で

奥村は、結果回避可能性をもっぱら実行行為性に位置づける見解（すなわち、事後的・客観的に結果回避可能性が無ければ未遂をも認めないとする見解）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」ものであるとし、「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見える」と評している。また、同様に、実行行為性判断における結果回避可能性の存否判断は不能犯論の具体的危険説と客観的危険説の対立に重なりと説明するものとして、松澤伸「不真正不作為犯の実行行為と未遂について」早稲田大学大学院法研論集74号(1995年)279頁。実行行為性における結果回避可能性は一定の蓋然性があれば認められるとしたうえで、「この『一定の蓋然性』の判断資料・判断基準などは、未遂犯と不能犯の区別の問題に帰着する」と述べるものとして、橋爪・前掲注(29)62頁。

43) 奥村・前掲注(42)18頁。また、原田國男「判解」ジュリスト962号(1990年)96頁も、保護責任者遺棄致死罪との関係ではあるが、「保護義務は、不可能を強いえないから、履行不能を含めて結果回避が不能場合には、保護義務も生じない。逆にいえば、結果回避の可能性が五分五分程度でも、保護義務は生じ得る。これに対して、期待される行為と結果との因果関係については……合理的な疑いを超える程度に確実に結果が回避できたといえない以上は、因果関係自体が否定されるから、五分五分という程度では、結果に対する責任を認めることはできない」とする。ただし、真正不作為犯である保護責任者遺棄致死罪と不真正不作為犯とをどこまで重ねて考えることができるかは検討を要する。

44) 前田雅英『刑法総論講義[第7版]』(東京大学出版会、2019年)103頁。

45) 前田・前掲注(44)104頁脚注(11)。

46) 前田・前掲注(44)105頁。

47) 前田・前掲注(44)105頁。

きたということの証明が必要である」⁴⁸⁾としている。

いずれにせよ、実行行為性の段階では結果回避可能性の程度はゆるやかでよく、因果関係の段階では厳格になるとして両者を区別するものである。

(ii) 「結果」の回避と「危険」の減少・回避

結果回避可能性は因果関係の問題であるとしつつ、危険を減少させる可能性については実行行為性の問題であるとする見解である。この見解は、実行行為段階では「結果」を回避することの可能性までは求められないとしながら、それでも、「危険」を減少させる可能性さえもないならば実行行為性を認めることはできないとする⁴⁹⁾。

ある論者は、「作為義務を課すためには、作為の可能性だけでなく、その作為によって結果発生危険性を減少させる可能性がなければならないであろう。一定の作為をしてもその危険性を減少させることができないときは、そのような作為を課すことは無意味であるから、作為義務はないとしてよい。結果の回避・防止可能性ではなく、このような危険の減少可能性のみが実行行為の要件となるのである」とする⁵⁰⁾。

またある論者は、「事前的にみて、作為義務を履行することによって結果発生危険性が回避できないのであれば、その義務を課することがはじめから無意味」⁵¹⁾であるとする。作為可能性があっても結果回避は不可能である場合に、保障人的義務を課せられない状況はありうるし、他方、結果回避可能性はあくまで帰属の問題である。そこで、その中間として、「危険回避可能性」

48) 前田・前掲注(44)105頁脚注(12)。

49) これはドイツ学説で紹介した「危険減少論」とは異なることに注意されたい。ドイツにおける危険増加論は、もっぱら因果関係ないし帰属段階の問題であり、結果回避可能性まで認められずとも危険減少の可能性が認められるならば、結果に対する「因果関係を認めてもよい」、すなわち既遂を認めてもよいという理論である。これに対して、ここでいう結果回避可能性と危険減少可能性の区別は、危険減少可能性があれば「実行行為性を認めてもよい」、すなわち少なくとも未遂を認めてもよいという考え方である。

50) 林幹人『刑法総論 [第2版]』(東京大学出版会、2008年)149頁。

51) 山中・前掲注(20)239頁。

を保障人的義務の前提とすべきであるとする。この「危険回避可能性」がある、というのは、「現実的危険状況の存在するときに、事前的にみて、その時点でそのような危険状況から予測されうる典型的な危険が作為に出ることによって回避しうるものである」⁵²⁾ ことをいう。これは事前判断であり、事後判断としての「結果」回避可能性は、あくまで帰属の問題であるとする。

いずれも、「結果」との関係ではなく「危険」との関係を強調している点で共通している。結果との関係は因果関係ないし帰属の問題であるのに対して、「危険」とはひとえに実行行為性の問題である。

(iii) 「事前的」結果回避可能性と「事後的」結果回避可能性

事前的・事後的という言葉を用いて、結果回避可能性を区別する見解も多くみられる。結果回避可能性をもつばら因果関係の問題として位置づける立場として、作為可能性は事前判断であり実行行為性の問題、結果回避可能性は事後判断であり因果関係の問題、という形に整理する見解⁵³⁾があったが、それとは異なり、結果回避可能性のなかにも、事前判断によるものと事後判断によるものがあると考えるのである。

ある論者は、過失犯における結果回避可能性が、「『結果回避義務の前提である結果回避可能性』としての『事前的結果回避可能性』と、『刑法上の因果関係』に関するものとしての『事後的結果回避可能性』」の2種類として観念されていることを引き合いに出し、この観点から、不作為犯にも、「作為義務（違反）の根拠づけに関わる結果回避可能性と、不作為の因果関係に関わる事後的・客観的な結果回避可能性」という異なる2つの結果回避可能性が存在しているのではないかと指摘する⁵⁴⁾。また、別の論者は、(i)に示した未遂と不能の区別に基づく結果回避可能性の配分に同調し、「事後的

52) 山中・前掲注(20)250頁。

53) 高橋・前掲注(20)167頁。

54) 仲道祐樹「不作為犯における『可能性』」高橋則夫ほか『理論刑法学入門——刑法理論の味わい方』(日本評論社、2014年)54頁。

に見れば結果を回避できない場合であっても、事前判断において、結果を回避する一定の蓋然性が認められる場合については、ひとまず結果発生の危険を減少させるべく、結果回避措置を義務づけることには十分な合理性がある」とする⁵⁵⁾。

また、(ii) で紹介した「危険回避可能性」という概念を挙げる者も、保障人的義務の前提となる危険回避可能性は事前判断であり、帰属の問題である結果回避可能性は事後判断であると説明している⁵⁶⁾。

(iv) 若干の検討

(ii) の「危険」の減少や回避を問題とする見解は、(i) にみた結果回避「可能性」か「確実性」か、という区別とも重なる部分があるように思われる。(i) の見解は、実行行為段階では結果回避の「確実性」までは要求されず「可能性」で足りるとするものである。作為によって結果が回避される可能性が高まるということは、結果が発生する可能性が下がるということであり、それは危険が減少するということでもある。いずれにせよ、実行行為性がその行為の有するいまだ結果に実現されていない「危険」を問題とするのに対して、因果関係は実現した具体的な「結果」とのつながりを問題とするということから導かれる相違であろう。

また、(iii) についても、(i) (ii) の説明と異なるものというよりは、(i) (ii) で挙げられているような区別の判断がどの時点に軸足を置いてなされるかということ、事前・事後という言葉を使って具体化しようとするものということもできる。

3. 裁判例の状況

結果回避可能性が問題となった裁判例は数多くあるが、ここではいくつかの裁判例を、(1) 保護責任者遺棄致死罪についての裁判例と、(2) 不作為

55) 橋爪・前掲注 (29) 62頁。

56) 山中・前掲注 (20) 250頁。

による殺人罪についての裁判例に分けて検討する。

(1) 保護責任者遺棄致死罪についての裁判例

①最三小決平成元年12月15日刑集43巻13号879頁⁵⁷⁾

不作為の因果関係に関する裁判例として極めて有名である。被告人が、13歳の少女に多量の覚せい剤を注射使用したところ、同女が倒れたまま動けなくなるなどの状況に陥ったにもかかわらず、同女を放置したまま立ち去ったという事案である。

第1審は、「被告人の遺棄行為がなければAは確実に死ななかったこと、すなわち、被告人の遺棄行為と同女の死亡との間の因果関係が証明されなければ、同女の死亡の結果について被告人に刑事責任を問うことはできない」とした上で、鑑定人の見解として、「同女が適切な救急措置を受けておれば救命された可能性を否定することができないとはするものの、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100パーセントであったとはいうことができない」ことなどから、「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」として、保護責任者遺棄致死罪の訴因のうち、保護責任者遺棄罪の限度でのみ有罪とした。

これに対し、控訴審は、「因果関係の存否を検討するにあたっては……被告人の『生存に必要ナル保護ヲ為ササル』所為のゆえにAが死亡したと刑法上評価されるか否かを判断すべきものであって、鑑定人が医学者の立場から、……100パーセントの救命の可能性を認めなかったからと言って、そのことが直ちに右両者の間の刑法的因果関係を否定すべきことには連ならない」とし、本件の場合には因果関係を認めることが十分に可能であるとした。

57) 第1審は札幌地判昭和61年4月11日高刑集42巻1号52頁、控訴審は札幌高判平成元年1月26日高刑集42巻1号1頁。

そして最高裁は、上告棄却にあたり、職権で次のように述べている。「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、……刑法上の因果関係があると認めるのが相当である」。

この事案において、裁判所は一貫して、結果回避可能性を因果関係の問題として位置づけている。そして、因果関係が認められるためには、十中八九の救命可能性が必要であるとしているのである⁵⁸⁾。

②札幌地判平成15年11月27日判タ1159号292頁⁵⁹⁾

妻および実母と同居する被告人が、実母の暴行により妻が多量に出血し転倒していることを認めたものの、実母の犯行が発覚し逮捕されてしまうことをおそれるなどしてこれを放置し、救急車の派遣を求めるなどの措置を講じず、結果、妻が死亡したという事案。裁判所は、被告人が119番通報して止血等をおこなったとしても、通報から病院に搬送されるまでの間には45ないし50分程度の時間を要するとした。そして、「被告人がAの救命のために執るべき措置を施した場合、Aが救命された可能性は相当程度あった」「被告人が……適切な救命措置を講じていれば救命される可能性があったのである

58) なお、これと似通った事案に関する比較的近時の裁判例として、東京高判平成28年9月14日 LEX/DB 文献番号25544373およびその原審である静岡地沼津支判へ平成28年3月18日 LEX/DB 文献番号25544372がある。ホテルで一緒に薬物を使用した交際相手の女性（当時18歳）が錯乱状態に陥ったにもかかわらず、被告人は被害者をホテル駐車場の自車に引き入れ、様子を見るのみで救急車の派遣を求めるなどの措置を講じず、3時間ほど経過してから夜間救急医療センターに搬入したものの被害者は死亡した、という事案である。これについても裁判所は、被告人が救急車の派遣を要請するなど適切な措置をとっていれば「被害者をほぼ確実に救命できた」と認定し、被告人の不保護と被害者の死亡との因果関係を認め、保護責任者遺棄致死罪の成立を肯定している。

59) 控訴されたものの、後に控訴棄却となっている。控訴審の資料については行き当たることができなかった。

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ものと認められる」としながらも、「救急車で病院に搬送される途中に死亡した可能性を否定することはできない」として、因果関係を認めなかった。したがって、保護責任者遺棄「致死」罪は認められず、保護責任者遺棄罪にとどまると判示した。

この裁判例は、保護責任者遺棄罪が成立する理由の一つとして救命可能性が相当程度あったことに言及しているため、実行行為性の判断において結果回避可能性を見ているようにも思われるが、結局はこの結果回避可能性が確実とはいえないことをもって、因果関係を否定している。

また、因果関係の認定にあたっては、被害者の傷害の状態から当該市内の救急医療体制、被告人宅から病院までの距離などをふまえ、作為をなした場合の結果回避可能性をかなり具体的に検証している。そのうえで、結果回避可能性が「相当程度あった」というだけでは足りず、かなり高度な可能性、確実性を求め、本件の場合にはそれを欠くとして、保護責任者遺棄罪にとどまるとしたのである。

③最三小決昭和63年1月19日刑集42巻1号1頁⁶⁰⁾

被告人が、妊婦の囑託を受け墮胎し、生まれてきた嬰兒に保護を与えず放置して死に至らしめ、土中に埋没して遺棄した事案。業務上墮胎罪・保護責任者遺棄致死罪・死体遺棄罪を認めた。

このうち保護責任者遺棄致死罪の認定において、第1審は、「そもそも医学的にみて本件嬰兒に生存の可能性が全く無ければ、同兇の『生存に必要な保護』というものが考えられないし、死に至ったとしても不作為と死の間の因果関係が否定されることになるから、前提として本件新生児に育成可能性が認定されなければならない」と述べている。因果関係の問題であるとしつつも、その前の「『生存に必要な保護』というものが考えられない」という

60) 第1審は那覇地石垣支判昭和57年3月15日刑事裁判月報14巻3・4号259頁、控訴審は福岡高那覇支判昭和59年3月29日刑集42巻1号32頁。

表現からは、実行行為性の問題であるようにも読める。はっきりと判別することは困難であるが、この事案ではいずれにしても生育可能性が認められると認定されたため、保護責任者遺棄致死罪の成立が認められた。

なお、この判断において、第1審は「全国的に見て体重1000グラム以下の未熟児であっても、その生育例は50パーセントに近く、県立八重山病院においても体重965グラムの未熟児の生育例がある」ということなどをもって生育可能性があったことを認めている。つまり、それほど高度な確実性を要求しているわけではないのである。

さらに、最高裁は上告を棄却するにあたり、保護責任者遺棄致死罪の点につき職権により次のように検討している。「右墮胎により出生した未熟児(推定体重1000グラム弱)に保育器等の未熟児医療設備の整った病院の医療を受けさせれば、同児が短期間に死亡することはなく、むしろ生育する可能性のあることを認識し……」。これは被告人の認識内容について述べたものではあるものの、「短期間に死亡することはなく」という部分は、必ずしも最終的な救命ではなく、短期間の死亡の回避、すなわち延命の可能性があれば足りることを表しているように読むことができる。

いずれにせよ、この裁判例は結果回避(救命)可能性の判断について、それよりのちの①②とは温度差があるように思われる。

(2) 不作為による殺人罪についての裁判例

④盛岡地判昭和44年4月16日刑裁月報1巻4号434頁

飲酒の上自動車運転していた被告人は自動車被害者に衝突し、頭部損傷、肝破裂等の傷害を負わせた。被告人は被害者を自動車助手席に運び入れて逃走し、事故から約4時間後、走行中の自動車内で死亡した被害者の死体を道路脇の崖下に投げ棄てた。本件は不作為による殺人罪で起訴されたが、弁護人は、「事故後直ちに救護措置をとっても、被害者の死の結果を防止することはできなかった」として争った。

裁判所は、「仮に被告人が被害者を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難く（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に因果関係が認められないことになる）」、また被告人の認識についても、「同被告人が当時、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難」いとした。このように、因果関係と故意が証明されないとして殺人罪の成立を認めず、予備的訴因の保護責任者遺棄罪を認定している。なお、致死結果については置去りとの因果関係は否定されたが、事故との因果関係が認められ、業務上過失致死で捕捉されている。

⑤札幌地判平成21年11月30日 LEX/DB 文献番号25441701⁶¹⁾

被告人が、交際相手の次女（当時3歳）に対し、暴行を加えて死亡させその遺体を遺棄し、長女（当時4歳）に対し暴行を加え傷害を負わせたにもかかわらず殺意をもって放置して死亡させ、交際相手にも暴行を加えたという事案。裁判所は、次女に対する傷害致死、死体遺棄罪、交際相手に対する暴行罪の成立を認めたほか、長女に対しては、不作為による殺人罪ではなく、予備的訴因である傷害致死罪の成立を認めた。

ここでは、長女の救命可能性の有無が争点となった。裁判所は、長女を救命できたということについては合理的疑いが残るとしたうえで、「救命可能性が肯認できないとしても、ある時点における死を遅らせるという意味での死の結果の回避可能性をいうところの、いわゆる延命可能性が認められないか」を検討した。とはいえ結論としては、延命可能性についても合理的な疑いが残るということになった。

そして裁判所は、このように救命可能性・延命可能性がともに認められないことをもって、「本件は、殺人罪の実行行為性を欠くものと解されるから、殺人未遂罪も成立しない」とした。すなわち、この裁判例は、①救命可能性

61) 控訴審は札幌高判平成22年8月31日高検速報集平成22年号273頁、上告審は最一小決平成23年7月12日 LEX/DB 文献番号25471647であるが、不作為による殺人罪と傷害致死罪との公訴事実の同一性が争点となったもので、結果回避可能性は問題となっていない。

のみならず延命可能性に着目した点、そして②不真正不作為犯について、結果回避可能性（延命可能性をも含む）が実行行為性の要件となると解した点という2つの意味で重要性をもつと思われる。

（3） 若干の検討

裁判例には、結果回避可能性（救命可能性）を因果関係の問題として位置づけ、かつ、高度な救命可能性、確実性を求めるものが多いように思われる。しかし、なかにはこれを実行行為性のレベルで問題としている、あるいはそのようにも読み取れる判示もある。また、因果関係に位置づけるとしても、それほど高度な確実性を求めなかったり、延命可能性に言及したりする裁判例もある。

たとえば裁判例②札幌地判平成15年11月27日などは、実行行為レベルで「相当程度」の結果回避可能性に言及し、他方で救命できない可能性が「否定できない」ことをもって因果関係を否定している。これは、結果回避可能性の程度によって実行行為性要件と因果関係要件を区別する見解に親和的であろう。

また、殺人罪が本位的訴因となった裁判例⑤札幌地判平成21年11月30日は、救命可能性・延命可能性がないことをもって、殺人罪の因果関係ではなく実行行為性を明確に否定し、未遂も成立しないとした。結果回避可能性を実行行為性の問題と考えている、あるいは少なくとも、もっぱら因果関係の問題とは考えていないということがわかる。

なお、保護責任者遺棄致死罪と不作為による殺人罪、両者における結果回避可能性の扱いを同視してもよいかについても注意が必要である。前者は結果的加重犯であり、（準）抽象的危険犯であり、真正不作為犯であり、また身分犯でもあることを考えると、その実行行為の内容も両者で異なるはずである。実行行為の持つ危険性、致死結果との結びつきについての評価が異なるならば、結果回避可能性の位置づけも異なるとよいように思われる。

IV 私 見

1. 混乱の原因

これまでに見たように、不真正不作為犯における結果回避可能性が実行行為性と因果関係、どちらの段階に位置づけられるのかについては、様々な形に理解が分かれてきた。この混乱の原因がどこにあるのか、まずは検討する。

作為犯の場合、実行行為性と因果関係のすみわけはそれほど問題とならない。実行行為とは結果発生の実現的危険を有する行為であり、「その行為が結果をもたらしうる行為といえるか」という、ある種抽象的な、ポテンシャルの問題である。これに対して因果関係は、「現実に生じた結果をその行為に帰属させてよいか」という特定の結果の帰属の問題である。たとえば他人に発砲することは、一般的に人の「死」という結果をもたらしうる行為として実行行為性を有する。ここでいう「死」とは、発砲することによって起こりうる抽象的・観念的な「死」であって、現実に起きたこととは関係がない。しかし現実に起きたこととして、銃弾が外れて被害者は無傷であったものの、偶然突っ込んできたトラックに轢かれて死亡したのだとしたら、犯人の発砲は被害者の「トラックによる轢死」という結果をもたらしたとはいえず、現実に起きた特定の結果との間に因果関係は認められない。

このシンプルな構図を、不作為犯にも同じように適用することに、どうして困難を伴うのか。それは、作為犯の場合、実行行為性で想定する結果と因果関係で想定する結果とは異なる（前者は観念的なもので、後者は現実に生じたものである）のに対し、不作為犯では多くの場合、どちらで想定する「結果」も一致してしまうからではないだろうか。そしてその原因は、そもそもとして、作為犯が自然的因果性を持ち、不作為犯は自然的因果性を持たないということに求められるのである。

作為犯は、自然的因果性を自ら発生させる。そのため、作為それ自体がも

たらしうる結果を、現実とは独立して観念することができる。しかし、不作為犯は自然的因果性を持たない。つまり、不作為そのものが独立して、何らかの結果を生み出すことはない。不作為犯は、作為犯のようにそれ自体が何らかの結果をもたらすポテンシャルを持つのではなく、不作為とは無関係に発生した既存の因果の先にある、特定の「結果」との関係性のもとにしか、存在しえないのである。

自然的因果性を持たない不作為犯について危険の発生を説明するためには、特定の結果との間で、その結果を回避することができたかという仮定的考慮を用いた「結果回避可能性」がどうしても必要となる。そして同様に因果関係の段階においても、やはりその特定の結果との間で、結果の発生は本当にその不作為によるものだったのかという関係を検討しなければならない。ここでも、不作為がなければ（つまり作為があれば）結果は発生しなかったのかという条件関係的な意味で、やはり「結果回避可能性」が問題となる。このように、既存の因果が導く特定の結果を実行行為性の段階でも因果関係の段階でも引き合いに出さざるをえないことによって、その特定の結果の回避可能性がどちらの段階にもかかってしまい、その構造上の理解が問題となるのである。

2. 実行行為要素としての結果回避可能性とその判断における考慮

(1) 実行行為として求められる高度の結果回避可能性

念頭に置かなければならないのは、ドイツのように不作為犯固有の根拠条文を持つわけではないわが国においては、作為と不作為の同価値性をとりわけ強く意識する必要があるということである。不作為を作為と同価値であるというためには、不作為も、作為と同様に因果性を持つといえなければならないし、その実行行為性も、作為と同じように説明できなければならない。

作為犯は、作為をしなければ結果は発生しない。それまではなかったはずの危険を、結果発生が現実的であると思われる程度にまで引き上げる、このギャップによって、作為犯は犯罪としての実行行為性を得るのである。それ

ならば、不作为犯も実行行為性のレベルにおいて、作為をすれば結果が発生しないことを、ある程度高度に要求されるべきである。作為をしていれば結果が発生しないはずであった、危険はなかったはずなのに、作為をしなかったことによってその現実的な危険を発生させたといえてはじめて、不作为は作為と肩を並べることができる。

確かに、すでに学説上指摘されているように⁶²⁾、不作为の実行行為性の判断にあたっては、未遂か不能かの議論が妥当する。これについて一般人の危惧感を重視して実行行為性を判断する見解⁶³⁾に立つのであれば、不作为の実行行為性段階の結果回避可能性には確実性といえるほど高度なものは要求されないようにも思われる。しかし、この実行行為性判断を作為犯についてみると、たとえば「撃てば死ぬ」ことについては一般人の現実的な危惧感で足るとしても、「撃たなければ死なない」ことは当然の前提として確実なはずである。これと平行に考えると、不作为犯の場合、「救助しなければ死ぬ」ことは現実的な危惧感で足るとしても、「救助すれば死なない」こと、すなわち結果回避可能性までもが危惧感で足るといふことにはならず、なお高度な蓋然性、確実性が要求されてしかるべきである。

しかし、この高度の結果回避可能性を実行行為性の段階で要求することを貫徹すると、場合によっては作為犯との同価値性を超えて、作為犯よりも高い要求をすることになりかねない。したがって、上記の原則には立ちつつも、次のことに留意すべきである。

62) Ⅲ. 2 (3) (i)、奥村・前掲注(41)14頁、松澤・前掲注(41)279頁、橋爪・前掲注(28)62頁。

63) 大谷・前掲注(32)122頁、129頁。大谷・前掲注(32)122頁は、実行行為性について「客観的な危険に対する一般人の危惧感が判断の基準となる」とし、これは不真正不作为犯においても同様で、同129頁は、不作为の有する法益侵害の危険性について、「ここでいう危険性は、社会通念上危険があるものとして法が命令・禁止するものをいうから、不作为犯の実行行為性を確定する場合には、作為と同様の現実の危険性を有すると一般人が認めるかどうかが基準となる」と説明している。本稿はこの立場に依拠するものである。

(2) 実行行為性判断における考慮

(i) 行為時点の一般人を基準とした高度の結果回避可能性

未遂か不能かの議論において客観説を採るのであれば、事後的に判明した事情も含めて結果回避可能性を検討し、それが認められなければ実行行為性を否定し、未遂も成立しない。しかし本稿は前述の通り、一般人の危惧感を重視する見解を支持する。そして、実行行為性を基礎づける現実的危険は、「行為の当時において一般人が認識しえた事情、および行為者が特に認識していた事情を基礎とし、行為の時点に立つて、一般人の立場から」⁶⁴⁾ 考えるべきである。不作為犯の場合、行為の時点に立つ一般通常人が、「助ければ助かるはずなのに、助けない」と感じるのであれば、実行行為性が認められる。仮に事後的に、「あの時点で救助していてもはや手遅れであった」ということが科学的・医学的に判明したとしても、行為の時点では「救助すれば助かるはずだ」と高度な期待が寄せられていたのであれば、実行行為性を認めることに問題はない。事後的に判明した事情は、後述のように因果関係要素として検討され、未遂の問題となるのである⁶⁵⁾。

法は不可能を強いないのだから、現実の結果回避可能性が存在しなかったにもかかわらず結果回避措置を要求することは不当であるという考え方もあるかもしれない。もちろん、未遂と不能の区別に関して客観説に立つならばその通りである。しかし、一般人の危惧感を実行行為性判断に持ち込むことを許容するのであれば、作為犯においても、同様のことは起こる。すでに死亡している被害者を日本刀で突き刺した場合、死体はいくら刺しても「殺す」ことはできないにもかかわらず、「甲が加害当時被害者の生存を信じていたという丈けでなく、一般人も亦当時その死亡を知りえなかったであろうこと、従って又被告人甲の前記のような加害行為により A が死亡するであろうと

64) 大谷・前掲注(32) 374頁以下。未遂と不能の区別における具体的危険説の立場による。その他具体的危険説に立つ見解として、川端博『刑法総論講義 [第2版]』(成文堂、2006年) 439頁、佐久間修『刑法講義』(成文堂、2009年) 325頁、福田平『全訂刑法総論 [第5版]』(有斐閣、2011年) 223頁など。

65) Ⅲ. 2 (3) (iii) 参照。また、奥村・前掲注(41) 14頁、橋爪・前掲注(28) 62頁。

の危険を感じずということはいずれも極めて当然⁶⁶⁾であるから殺人罪の実行行為性を認めるという判断が——この具体的な裁判例の当否についてここで詳しく立ち入ることは避けるものの——ありうるのならば、不作為においてもそれを許容しても、作為と不作為の同価値性という意味では十分であろう。

ただし、これは判断材料を行為当時の一般人の視点に置くというものであって、そのことが「可能性の程度が高くなくてもよい」ということに結びつくわけではない。その判断材料のもとで見込まれる結果回避可能性は、あくまで高度なものでなければならないのである。

すでに紹介した、結果回避可能性を未遂と不能の区別に基づいて考える見解は、実行行為性レベルでは結果回避の可能性、因果関係のレベルでは結果回避の確実性が求められるとして、可能性の程度で両者を区別した⁶⁷⁾。本稿は、未遂と不能の区別に基づくという点ではこの見解と一致するものの、その帰結として、必ずしも可能性の程度に差を見出さない。差が生まれるのは、可能性の程度ではなく、判断の基礎となる事情である。実行行為性でも、因果関係でも、求められるのはあくまで結果回避の「高度な」可能性であり、ただ、その判断の基礎となる事情が一般人の危惧感をふまえた行為時の事情か、それとも後から判明したことも含むすべての事情かで異なるだけである。もちろん、結果として客観的には可能性の程度に差が生まれることはあるかもしれないが、それは本質的な違いではない。

殺人罪には人の死という結果発生の具体的・現実的な危険のある行為が求められる。「ひょっとしたら助かるかもしれないのに」という程度では、その「死」の原因はあくまで直接の原因行為に支配されたもので、不作為者に原因を求めるには至らない。死なずに済んだものを死に至らしめる、そのイニシアチブが不作為者にあったと認められるためには、やはり単なる可能性

66) 広島高判昭和36年7月10日高刑集14巻5号310頁。

67) 奥村・前掲注(42)18頁。

ではなく、高度の結果回避可能性が必要となるはずである⁶⁸⁾。

(ii) 延命可能性の考慮

裁判例の中には、救命可能性だけでなく延命可能性にも言及するものがあるが、これはどのように考えるべきか。

殺人罪であれば、それは「死」という結果を発生させることを罰する結果犯であるから、実行行為性は「死」という結果と結びつけて把握されるべきである。とはいえ、そもそも、人は最終的には死ぬものである。極論をいえば、人を「殺さない」ことはすべて、自然の死期までの延命に過ぎない。それでも殺人罪が処罰されるのは、その行為によってもたらされる「死」は、自然に予定されていた「死」とは別のものであり、そのような「死」を、自然の死期に先立ってもたらしたことに可罰性が見出されるためである。このように考えるならば、期待された作為によっても避けられなかったであろうその「死」が、不作為の場合に現にもたらされた「死」とは異なるといえるならば、それは結果回避可能性があったといってもいいのではないだろうか。たとえ終局的な死は回避できなかったとしても、延命によって本来の死が別の死におきかえられたのならば、既存の因果がもたらすはずであった本来の死という結果は回避したことになるからである。

この判断は決して明確に線引きできるものではなく、社会通念に大きく頼らざるをえない。5分、10分程度の延命では「別の死」とはいえないであろう。しかし、数カ月の延命が叶うなら、それは「別の死」といってよさそうである。これはいわば、結果回避可能性にいうところの「結果」の特定の問題、すなわち、いかなる結果をどの程度変質させれば結果を回避したことになるかという問題であり、可能性の程度の問題とは別途の検討を要する。いずれにしても、救護措置の結果として終局的な回復が見込まれるわけではな

68) 大谷・前掲注(33)133頁は、「交通事故の被害者について、救護措置を講じても助かるかどうか分からないような場合に、不救護のまま被害者が死亡したとしても、死亡の原因は交通事故にあるとみるべきであって、その不救護自体が不作為犯の実行行為になるわけではない」とする。本稿はこのような見解を支持するものである。

くとも、意味のある延命が高度に期待できる場合にまで結果回避可能性を否定することは過度な要求であり、延命可能性を考慮することは実行行為性を判断する上で一定の意味を持つであろう。

(3) 殺人罪と保護責任者遺棄致死罪における結果回避可能性

高度の結果回避可能性が欠けるために不作為の殺人罪の実行行為性が認められない場合に、何も犯罪が成立しないわけではない。不作為の殺人罪との境界がしばしば問題とされる、保護責任者遺棄致死罪の成立の可能性が残る。

実行行為性の段階で高度の結果回避可能性を求めるのは、あくまで、それが作為との同価値性を求めるべき不真正不作為犯の問題だからである。他方、保護責任者遺棄致死罪は、すでに少し検討したように、保護責任者という身分を有する者に成立する真正不作為犯であり、結果的加重犯である。「人を殺す」ことが実行行為なわけではなく、「生存に必要な保護をしない」ことが実行行為で、それによって致死結果が生じたときに致死罪が成立するに過ぎない。そうであるならば、人の死という結果発生についてそれほど高度な危険を求めるわけではないため、実行行為性段階における結果回避可能性も、不作為による殺人罪ほど高度なものを要求されることはないであろう。

不真正不作為犯の中でも不作為の殺人罪に限ったことではあるが、結果回避可能性の程度によって、不作為の殺人罪と保護責任者遺棄致死罪とが住み分けられると考えるならばなおのこと、不真正不作為犯には高度な結果回避可能性を求めてもよいように思われる⁶⁹⁾。

3. 因果関係要素としての結果回避可能性と、その他因果関係を遮断する事情

以上をふまえると、「実行行為性は認められるが因果関係は認められない」とされるのは、次のようなケースということになる。

69) 拙稿「ひき逃げにおける不作為による殺人罪と保護責任者遺棄致死罪の境界」同志社法学72巻7号(2021年)697頁以下も参照。

(1) 事後的に判明した事情による結果回避の不可能性

実行行為の危険の評価はあくまで実行行為の時点に立ってなされる事前評価である。したがって、実行行為の時点で確かに存在したものの誰も認識することができず、事後的に判明した事情があって、それに基づくと結果回避可能性がなかったといえるならば、因果関係は認められない。

たとえば、重傷を負った被害者が、実は頭を強く打って脳に致命傷を負っており、即座に救助しても助かることはなかったとする。しかし、その致命傷は外部からは認識できないから、それを差し引いて考えると、ただちに病院に搬送すれば十分に救命可能であろうと思われる状況であった。このような場合、行為時の一般通常人に脳の致命傷は知りえないのであるから判断の基礎におくことはできず、それ以外の状況から、高度な結果回避可能性を認定することになる。したがって、実行行為性はクリアする。しかし、因果関係の評価にあたっては事後的に判明した致命傷も判断の基礎とするから、被害者は現実には救助しても助からなかったということになり、因果関係は認められない。

(2) 事後的に発生した事情による結果回避の不可能性

行為時点では存在せず、事後的に発生した事情によって、結果回避可能性がなくなることもある。

たとえば、重傷を負った被害者を搬送しうる病院がH病院しかないという場合に、行為者が被害者を搬送せず立ち去ったとする。この時点では、被害者をH病院に連れて行けば助かる高度な蓋然性があり、行為者の不作為に実行行為性が問題なく認められる。ところが、行為者が立ち去ったあと、H病院が火災を起こし、患者に治療を施すことができない状況に陥ったとする。こうなると、仮に行為者が被害者をただちにH病院に搬送していたとしても、到着時にはH病院は火に巻かれているのであるから、被害者が適切な措置を受けて助かることはなかった。実行行為に後れて生じた事情により、結果回避可能性がさかのぼって失われた形になる。

このような場合も、「実行行為性は認められるが因果関係は認められない」ということになる。

(3) その他因果関係を遮断する事情

もちろん、因果経過に何らかの介在事情があり、回避すべきであった結果とは異なる結果が生じたような場合には、たとえ条件関係が認められても因果関係は遮断される。これは作為犯と変わらない。たとえば、重傷を負った被害者を救助せず立ち去ったところ、第三者に救助され、病院に運び込まれたものの、その病院が火災になり焼死したというような場合である⁷⁰⁾。

V おわりに

1. 本稿のまとめ

本稿は、不真正不作為犯における結果回避可能性が、実行行為性と因果関係のどちらに位置づけられるかについて検討したものである。

ドイツでは、作為能力や作為可能性が実行行為性の問題に位置づけられる一方、結果回避可能性はもっぱら因果関係の問題であるとされる。したがって、結果回避可能性が認められない場合も未遂犯成立の余地が残る。

わが国でも、裁判例は結果回避可能性を因果関係の問題としてとらえるものが多い。しかし、学説においては、これをもっぱら実行行為性に位置づけるものと、因果関係に位置づけるものが対立している。また、結果回避可能性を実行行為性におけるそれと因果関係におけるそれとに区別する見解も多数唱えられている。これは、わが国がドイツよりもいっそう作為と不作為

70) 林・前掲注(50)149頁が似たような例を挙げている。「母親が授乳していたならば死ななかつたであろうという関係があれば、条件関係を認めてよい。また、栄養不良となり病院に運び込まれたがそこで火災に遭って死亡したというような場合はともかく、授乳しないことの死の危険の実現として死んだのであれば、相当因果関係を認めてよいのである」。

の同価値性を意識せざるをえないという背景に基づいているように思われる。

本稿は、未遂と不能の区別にとつて、結果回避可能性を区別する見解に賛同する。しかし、作為と不作為の同価値性や、不作為の自然的因果性の欠如、法は不可能を強くないことなどをふまえると、原則として、不真正不作為犯の実行行為性を認定するには、高度な結果回避可能性が求められると考えるべきである。この原則に基づきつつ、未遂と不能の区別の議論にならい、実行行為段階で考慮してもよい判断材料に制限を加えることで、一部の結果回避可能性要素は因果関係に送ることができる。

本稿の立場をまとめると、実行行為要素としての結果回避可能性要件とは、「行為の当時において一般人が認識しえた事情、および行為者が特に認識していた事情を基礎とし、行為の時点に立って、一般人の立場から、高度の結果回避可能性が見込まれること」を求めるものである。あくまで「高度の」結果回避可能性を要求するが、当時は判明していなかった事情や後発的な事情は判断の基礎においてはならない。一般通常人がその当時に「救助すれば助かるはずだ」と判断するからこそ、救助しないことが「結果発生の実質的危険を発生させた」ことになるのである。そして、ここでいう「結果回避」は、場合によっては延命も含む。共通する自然的原因から発生する結果自体は回避しきれなかったとしても、救助活動をしなければ発生していたであろう結果と社会通念上異なるものと判断しうる程度に延命したのであれば、当初予定されていた結果は回避したことになるからである。

実行行為段階で高度の結果回避可能性を求めると、多くの場合に実行行為性が否定され未遂にすらならないのは不当であるとの批判がありうる。しかし、不作為犯には自然的な原因力が存在せず、多くの場合その原因はどこかほかのところにある。それにもかかわらず、作為犯と同様に不作為に原因力があるというためには、本来の自然的な原因から不作為者に支配性が移行していなければならない。そう考えると、実行行為性を認めるための結果回避可能性は高度なものが求められてしかるべきである。また、殺人罪の場合には保護責任者遺棄致死罪がいわば受け皿として機能しうる点も考慮すること

ができよう。

2. 本稿の成果と今後の課題

本稿では、不真正不作為犯の要件論における結果回避可能性の位置づけを、作為と不作為の同価値性の要請に基づいて整理した。実行行為性の段階ではどのような材料から結果回避可能性を判断すべきか、因果関係の段階ではどのような結果回避可能性が問題となるのかを明らかにすることにより、一見すると同じ「結果回避可能性を欠く」場合でも、未遂犯さえ成立しない場合と、未遂犯成立の余地が残る場合とを区別することができた。

ただ、本稿で示した「高度の結果回避可能性」や、延命についての「別の死」という概念が明確性に欠けることは課題である。数値化できるようなものではないため明確化は困難ではあるが、何らかのメルクマールを示すことができないか、さらなる検討を要する。また、本稿は単独正犯を想定した検討にとどまり、共犯の場合にまで射程をひろげることができていない。とくに不作為による幫助の場合の結果回避可能性や因果関係については、また別の考慮が必要になると考えられるため、今後の課題とする。