

作為・不作為の区別と行為記述

その他のタイトル	Über die Abgrenzung von Tun und Unterlassen zugleich Handlungsbeschreibung
著者	山下 裕樹
雑誌名	関西大学法学論集
巻	66
号	4
ページ	976-1018
発行年	2016-11-24
URL	http://hdl.handle.net/10112/10889

作為・不作為の区別と行為記述

山下裕樹

目次

- I. はじめに
- II. 作為と不作為の区別および行為概念
 - 1. 社会的・規範的な観点から作為と不作為を区別する見解
 - 2. 自然主義的・自然科学的な観点から作為と不作為を区別する見解
- III. 作為・不作為の区別と行為記述
 - 1. 行為の記述
 - 2. 行為の記述方法
 - 3. 刑法上の行為としての作為と不作為
- IV. おわりに

I. はじめに

不作為犯論における重要な問題として、作為と不作為（あるいは作為犯と不作為犯）の区別の問題が存在する。ドイツでは、ドイツ刑法13条の存在から、この問題は現在でも意識されている¹⁾。我が国においても、自らの行なった救

1) Z. B. *Gropp*, Das Abschalten des Respirators – ein Unterlassen durch Tun? Zur Grenze der Normativität bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen, In: Gunnar Duttge u.a. (Hrsg.), *Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter*, 2002, S. 173 ff.; *Frank Czerner*, Das Abstellen des Respirators an der Schnittstelle zwischen Tun und Unterlassen bei der Sterbehilfe, JR 2005, 94 ff. (以下 *Czerner*, JR 2005); *Führ*, Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen im Strafrecht – vom „Ziegenhaarfall“ zu „Terri Schiavo“, Jura 2006, 265 ff. (以下 *Führ*, Jura 2006) 学説状況については、さしあたり、*Weigend*, In: *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 1, 12. Aufl. 2010, § 13 Rn. 5 ff. (以下 *LK¹²-Bearbeiter*); *Wohlers/Gaede*, In: *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 4. Aufl. 2013, § 13 Rn. 4 ff. (以下 *NK⁴-Bearbeiter*); *Freund*, In: *Münchener Komenntar zum Strafgesetzbuch*, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 13 Rn. 4 ff. (以下 *MK²-Bearbeiter*); *Stree/Bosch*, In: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, vor §§ 13 Rn. ↗

助行為を撤回するとか、医師が人工心肺装置のスイッチを切るというような、作為による不作為犯²⁾ という事例群との関係で、従前は、この問題に関する活発な議論があったものの³⁾、現在ではそれほど議論されていないように思われる⁴⁾。もっとも、過失犯の領域においては、作為と不作為の区別の問題は意識されているようである⁵⁾。

現在、従前のような活発な議論が行なわれていないとしても、この作為と不

↘158 ff. (以下 S/S-Bearbeiter); Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 13 Rn. 3 (以下 Lackner/Kühl); Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, § 18 Rn. 13 ff. (以下 Kühl, AT); Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 31 Rn. 69 ff. (以下 Roxin, AT II) を参照した。

2) この問題を最初に取り上げたとされるのは、v. Oberbeck, Unterlassung durch Begehung, GS 88 (1922), 319 ff. Vgl. Roxin, An der Grenze von Begehung und Unterlassung, In: Paul Bockelmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 381 ff. Vgl. auch Roxin, AT II, § 31 Rn. 99 ff.

3) 例えば、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って——」平場安治先生古稀祝賀『現代の刑事法学(上)』(有斐閣, 1977年) 99頁以下、同「作為犯と不作為犯の限界に関する問題——作為による不作為犯をめぐって——」岡山大学法学会雑誌26巻3・4号(1977年) 93頁以下、西原春夫「作為と不作為の概念」(前掲書・平場古稀) 83頁以下、中森喜彦「作為と不作為の区別」(前掲書・平場古稀) 126頁以下、生田勝義「不作為による作為犯についての一考察(1)」立命館法学171号(1984年) 1頁以下、松生光正「救助的因果経過の中断について(1)(2)(3・完)」姫路法学33号(2001年) 31頁以下、34・35号(2002年) 169頁以下、39・40巻(2003年) 65頁以下など。この他、作為と不作為の区別の問題を取り扱うものとして、川口浩一「作為犯と不作為犯の区別について(1)(2)(3)」法学雑誌32巻3号(1986年) 29頁以下、33巻1号(1986年) 63頁以下、33巻3号(1987年) 83頁以下がある。

4) 近年で作為と不作為の区別を論じるものとしては、拙稿「特別なものとしての不作為犯?」竹下賢ほか編『法の理論33』(成文堂, 2015年) 97頁以下、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——」獨協ロー・ジャーナル7号(2012年) 57頁以下。

5) 例えば、神山敏雄「過失犯における作為と不作為の区別基準論(上)(中)(下)」判例時報2107号3頁以下、2109号3頁以下、2110号3頁以下、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32号(2012年) 1頁以下、山本紘之「作為と不作為の区別について——過失犯における区別を主眼として——」法学新報113巻3・4号(2007年) 515頁以下。

作為の区別の問題を無視することはできないであろう。なぜならば、支配的な見解によれば、不作為犯では、主体を特定する必要性が生じる、あるいは作為との同価値性を担保する必要があるために、保障人的地位もしくは作為義務という特別な要件が要求される一方で⁶⁾、作為犯ではこれらの要件は不要であると解されており、両者の間では、犯罪を構成する要素が異なると理解されているからである⁷⁾。また、刑事訴訟法上、訴因に記載されるべき事実は、罪となるべき事実であり、これは刑事訴訟法335条1項における罪となるべき事実と同じであり⁸⁾、有罪判決の理由として摘示することが要請されている刑罰権の根拠となる具体的事実に相応するものであるとされている⁹⁾。訴因の一次的な機能は、審判対象の確定ではあるものの¹⁰⁾、とりわけ不作為犯の場合には、被告人が作為義務を有しているか否かは、実質的に争点になることを考慮すれば、行為者の行なった行為が、作為なのか不作為なのかは重要となろう。しかも、同一構成要件の場合であっても、罪となるべき事実の特徴を形成する行為が異なれば、訴因変更が必要であり¹¹⁾、作為犯を不作為犯に又はその逆に認定する場合には、作為義務の存在や結果防止の可能性等が要求されることから、訴因の変更を要すると解されている¹²⁾ ことから、作為と不作為の区別という問

6) 山口厚『刑法総論』(有斐閣, 第3版, 2015年) 81頁以下, 山中敬一『刑法総論』(成文堂, 第3版, 2015年) 237頁以下, 高橋則夫『刑法総論』(成文堂, 第3版, 2016年) 156頁以下, 佐伯仁志『刑法総論の考え方・楽しみ方』(有斐閣, 2013年) 80頁以下など。

7) *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S. 261 は、特に不真正不作為犯では、「書かれざる構成要件要素」が要求されていると述べている。井田良『講義刑法学・総論』(有斐閣, 2008年) 143頁も保障人的地位が「記述されない構成要件要素」であるとする。

8) 松本時夫ほか編『条解 刑事訴訟法』(弘文堂, 第4版, 2009年) 513頁。

9) 酒巻匡『刑事訴訟法』(有斐閣, 2015年) 253頁, 松本ほか編(前掲注8) 930頁も参照。

10) 酒巻(前掲注9) 274頁以下, 290頁以下。

11) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣, 2004年) 196頁以下。

12) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第6巻』(青林書院, 第2版, 2011年) 416頁 [高橋省吾], 伊藤栄樹ほか編『新版注釈刑事訴訟法 第4巻』(立花書房, 1997年) 380頁 [小林充]。

題が無視できないものであることが分かる。

作為と不作為の区別の問題が無視できない問題であるとして、そもそも、なぜ作為と不作為は区別される必要があるのであろうか。それは、従来の見解によれば、作為には因果力（あるいは原因力）や外界を変更する力が存在するが、不作為にはそれらが存在しない¹³⁾ のであり、作為と不作為は、そもそも別物であると考えられているからである。それゆえに、不作為犯においては、特別な要件である保障人的地位や作為義務が必要とされることになるのであり¹⁴⁾、作為か不作為かの違いが重要になるのである。もしくは、別の理由として挙げられるのは、禁止規範に違反するのは作為であり、命令規範に違反するのは不作為であるとの理解が前提となっていることである¹⁵⁾。その上で、特に結果犯の構成要件では、法益の侵害が禁止されており、法益侵害から守ることが命令されているわけではないと考えるなら、刑法上は、作為犯の処罰が原則であり、不作為犯の処罰は例外であると考えられることになる¹⁶⁾。例外的に処罰される

13) 塩見淳「不作為犯論」西田典之ほか編『刑法の争点』（有斐閣、第3版、2000年）18頁。

14) 不作為犯論の歴史的な展開については、名和鐵郎『現代刑法の理論と課題』（成文堂、2015年）184頁以下、同「ドイツの不作為犯理論における方法論史」静岡大学法経研究23巻2・3・4号（1975年）31頁以下、同「ドイツ不作為犯論史——方法論的問題に関連して——（1）（2）（3）（4）」静岡大学法経研究20巻2号（1971年）1頁以下、22巻1号（1973年）27頁以下、22巻3号（1974年）59頁以下、25巻3・4号（1977年）203頁以下、平山幹子「保障人説について——『保障人説』の展開と限界——（1）（2）」立命館法学263号（1999年）218頁以下、264号（1999年）120頁以下、生田勝義「わが国における不真正不作為犯論について（1）（2・完）」立命館法学128号（1976年）8頁以下、131号（1977年）50頁以下などを参照。

15) *Armin Kaufmann* (Fn. 7), S. 275. 井田（前掲注7）138頁、金沢文雄「不真正不作為犯の問題性」佐伯千博博士還暦祝賀『犯罪と刑罰（上）』（有斐閣、1968年）224頁以下。Vgl. *Welzel*, *Das deutsche Strafrecht*, 11. Aufl. 1969, S. 202 f. (以下 *Welzel*, *Strafrecht*)

16) *Spendel*, *Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen*. In: Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1971, S. 194. (以下 *Spendel*, FS-E. Schmidt) Vgl. LK¹²-*Weigend*, § 13 Rn. 7. 高橋（前掲注6）, 152頁以下は、不作為でも禁止規範に違反しうるとする。しかも

不作為犯では、上述のような特別な要件が必要であると考えれば、作為と不作為の区別は重要となろう。

要約すれば、従来の見解によると、不作為には、作為とは異なり、因果力や外界を変更する力がなく、(例外的な取り扱いである)不作為犯として処罰するためには、主体を特定する必要性が生じてくる、あるいは作為との同価値性を示さなければならないために、作為犯では要求されない保障人的地位や作為義務が必要であり、それゆえに、作為犯と不作為犯とは、犯罪を構成する要素が異なることから、作為と不作為の区別が必要であるとされるのである。

これに対して、近年主張されている見解では、作為と不作為の区別は重要ではないといわれる。というのも、この見解では、犯罪の不法を基礎づけるのは、もっぱら消極的義務(あるいは尊重義務)もしくは積極的義務の違反だけであり、これらの義務は、行為態様の区別に関係なく、つまり作為であれ不作為であれ犯されうると考えられているからである¹⁷⁾。また、この見解においては、規範の内容と行為態様(作為か不作為か)の対応関係も存在しないから、ますます、作為と不作為の区別は重要でないことになる¹⁸⁾。ここでは、犯罪は、もっぱら義務違反であると考えられることになり、作為と不作為の間に存在するとされる因果力や外界変更力の差は考慮されていないのである。

上述のような、作為と不作為の区別の問題に関する見解の対立は、行為をど

↘し、199条が「人を殺すな」という禁止規範であったとしても、実際に、保障人的地位に立つ不作為者に要請されることは、「その人を助けろ」という命令なのではないだろうか(これに関しては、松宮孝明『「保障人」説について』刑法雑誌36巻1号[1996年]166頁以下、同『刑法総論講義』[成文堂、第4版、2009年]88頁以下を参照。Vgl. auch *Armin Kaufmann* [Fn. 7], S. 274 f.)。また、行為態様と規範との対応関係を否定するものとして、*Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, S. 168 ff.

17) この見解と、この見解の主張する消極的義務と積極的義務については、拙稿「親権者の『刑法的』作為義務」関西大学法学論集64巻2号(2014年)137頁以下、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(成文堂、2005年)132頁以下、同「保障人説について——『保障人説』の展開と限界——(3・完)」立命館法学265号(1999年)104頁以下を参照。

18) これに関しては、拙稿(前掲注4)106頁以下を参照。

のように捉えるのかの違いに関係しているように思われる。作為と不作為の区別が必要であるとの見解では、「犯罪とは行為である」との標語に現れているように、行為を評価の対象たる事実として、つまり構成要件に先立つものとして理解している。とりわけ、自然主義的な観点を含めて行為を理解する立場によれば、作為と不作為（または不行為）という行為が、あたかも、それぞれ独立して存在しているように考えられており、この理解が、そのまま刑法上の評価に持ち込まれている。それゆえに、この立場では、作為と不作為の区別が重要となってくるのである。これに対して、行為を社会的あるいは規範的な観点から捉えようとする立場では、なお行為を評価の対象として理解し、作為と不作為という行為が独立に存在しているとする見解と、行為は記述に依存するとする見解が存在し¹⁹⁾、前者の見解では、作為と不作為の区別が、刑法上の評価に影響を与えるとされるため、作為と不作為の区別は重要であると考えられるものの、後者の立場では、たとえ現象上で作為と不作為が区別されようとも、これが刑法上の評価に影響をあたえることはないと考えられることになる。なぜなら、それが作為であれ不作為であれ、対象となっている出来事は一つでしかなく、規範的に見た場合に、それが犯罪行為と評価されるか否かだけが重要となるからである。この立場では、現象上の作為と不作為の区別が認められるとしても、それは、ある一つの出来事を、いかなる観点から切り取り表現するかの問題にすぎないと考える。それゆえに、刑法上では、作為と不作為の区別は相対化されることになり、作為と不作為の区別は重要ではないとされるのである。

このような行為の捉え方に関連して、次のような相違も存在する。すなわち、行為を評価の対象たる事実の問題であると捉えた場合、作為と不作為の区別は、構成要件該当性以前の段階で行なわれる必要があることになるであろう。なぜなら、この理解では、いずれの行為類型が構成要件に該当するかが重要となり、評価の対象が不作為であることが確定される場合には、構成要件該当性におい

19) 行為概念を説明機能から検討するものとして、川口浩一「行為概念の説明機能」奈良法学会雑誌9巻1号(1996年)43頁以下。

て、不作為犯に特別な要件が必要とされることになるからである²⁰⁾²¹⁾。これに対して、行為は評価の問題であると捉える場合には、構成要件該当性以前の段階で、これを区別する必要はない。なぜなら、構成要件が、それ自体として評価的なものであるから、構成要件に該当する出来事が行為であり、それが作為あるいは不作為として表現されるにすぎないからである²²⁾。

このように、行為をどのように捉えるかという問題と、作為と不作為の区別の問題が密接に関連していることからすれば、作為と不作為の区別の問題は、行為概念も考慮して論じる必要がある²³⁾。とりわけ、行為を評価の対象として

-
- 20) 萩野（前掲注4）69頁は「わが国においては、その法効果に違いがない場合、結局のところ作為犯と不作為犯のいずれと説明してもかまわない」とするが、作為犯と不作為犯では、作為義務の有無に違いがあり、犯罪成立要件が異なるとする理解を前提とするのであれば、「いずれと説明してもかまわない」ということはない。
- 21) 社会的行為概念は、行為に既に一定の評価を与えており、構成要件該当性以前の評価の対象となる行為を特定するものではないという批判（大塚仁『犯罪論の基本問題』〔有斐閣、1982年〕39頁）があるが、社会的行為概念であっても、「少なくとも生理的・物理的存在、法人などの場合は純社会的存在としての被告人が、その事件の因果的原因の一つであるこのと確認で十分である」（米田泰邦『行為論と刑法理論』〔成文堂、1986年〕55頁以下）というような観点から行為を論じていることを考慮すれば、この批判は正しくないであろう。社会的行為概念によっても、作為と不作為は構成要件該当性以前の段階で区別されうる。ここでは、それぞれの論者が想定する「社会」の内容が異なっていると思われる。
- 22) 大塚（前掲注21）38頁以下は、評価の対象たる事実としての行為を求める見解を「存在論的行為概念」と呼び、行為は評価を介して認識されるとする見解を「評価的行為概念」と呼ぶ。
- 23) 従来の行為概念の概要については、米田（前掲注21）1頁以下、57頁以下、81頁以下、195頁以下、大塚仁「行為論」日本刑法学会編『刑法講座 第2巻』〔有斐閣、1963年〕1頁以下、同（前掲注21）28頁以下、生田勝義『行為原理と刑事違法論』〔信山社、2002年〕95頁以下、宮沢浩一「社会的行為論——学説史的にみて——」同『刑事法論集 第一巻 刑法の思考と論理』（成文堂、1975年）335頁以下、阿部純二「社会的行為論と目的的行為論（1）（2）」法セ322号（1981年）114頁以下、323号（1982年）130頁以下、内藤謙「行為論（1）（2）」法教11号（1981年）25頁以下、12号（1981年）12頁以下、内田文昭「刑法における行為の意義——行為論と構成要件論」法セ324号（1982年）46頁以下、中村直美「刑法における行為概念の意味・機能」法政研究37巻3・4号（1971年）79頁以下、岡村治

理解している従来の行為概念や、それを基礎とする作為と不作為の区別基準が、作為と不作為の区別を、十分に明確に行なえているのかを検討する必要がある。この場合、従来の行為概念が、不作為をどのように把握していたのかが重要なポイントになると思われる。

また、不作為の把握の仕方に関連して、作為や不作為を、それぞれ独立した形で、つまり、これらのそれぞれを、評価の対象として理解できるのかどうかも問題となる。仮に、そのような理解ができない場合には、評価の対象は、作為あるいは不作為ではなく、一つの出来事にすぎないことになるから、評価の対象として、作為か不作為かを区別することは、原則的に不要になると考えられ、この出来事を、どのようにして特定するのが問題となるであろう。その際には、刑法上の行為としては、犯罪行為だけが重要であると考えられるから、この犯罪行為をどのように記述し固定するのが問題となるように思われる。ただし、行為態様を訴因に明記する必要があることを考慮すると、この特定された出来事を、どのように表現するのか、つまり、作為と不作為をどのように書き分けるのかは依然として問題となりうる。

本稿では、このような議論状況を踏まえつつ、まず、作為と不作為の区別の問題を、従来の学説を批判的に検討しつつ取り扱い、次に、そこでの帰結から、刑法上の行為をどのように理解するべきかを考察する。そして最後に、これらの考察に基づいて、改めて、作為と不作為の区別の問題について検討する。

II. 作為と不作為の区別基準および行為概念

作為と不作為を区別する基準としては、社会的・規範的な観点によるものと、自然主義的・自然科学的な観点によるものが存在する²⁴⁾。前者の立場は、主に、

↘ 信「刑法における行為論の基礎」東洋法学29巻1号（1986年）1頁以下などを参照。Vgl. auch LK¹²-Tonio Walter, vor § 13 Rn. 29 ff.; NK⁴-Puppe, vor §§ 13 Rn. 41 ff.; S/S-Eisele, 29. Aufl., vor §§ 13 Rn. 23/24 ff.; Lackner/Kühl, 28. Aufl., vor § 13 Rn. 7 f.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 8 Rn. 1 ff. (以下 Roxin, AT I)

24) このような区別基準の区分は、Brammsen, Tun oder Unterlassen? ↗

行為の社会的な意味を重要視し、これによって、問題となっている行為が、作為であるのか不作為であるのかを決定する。この立場は、主に、出来事を客観的な第三者の立場から理解するのであり、行為概念も、そのような立場から主張されるものと関連している。これに対して、後者の立場は、身体的な動作の有する因果力や外界を変更する力を重要視し、これによって、作為と不作為の区別を試みる。このため、この立場では、第三者的な観点による行為の把握は原則的には行なわれず、行為概念は、作為にのみ因果力があることを強調するものに依拠することになる。

ここでの検討対象となる区別基準および行為概念は、総じて、行為を評価の対象として理解するものである。それゆえに、作為と不作為の区別の問題も、評価の対象としての行為の問題であり、したがって、構成要件該当性以前の段階で行なわれるべきものであると考えられている。

1. 社会的・規範的な観点から作為と不作為を区別する見解

社会的・規範的な観点から作為と不作為を区別する見解は、行為を客観的に第三者的な立場から把握し、作為と不作為の区別は、価値や評価の問題であるとする。このような観点から行為を把握する場合には、因果力や外界に変更を加える力に関する判断は、オープンなままである。それゆえ、行為者の意思を行為の要件に含めるか否かの違いはあるものの、行為が客観的・社会的にどのような意味を有しているのかに着目するから²⁵⁾、行為概念としては、いわゆる

↘Die Bestimmung der strafrechtlichen Verhaltensformen, GA 2002, 194 f. (以下 *Brammsen*, GA 2002) を参照。

25) 社会的行為概念を主張するものとして、*Maihofer*, Der soziale Handlungsbegriff, In: Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (Hrsg.), Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag, 1971, S. 156 ff. (以下 *Maihofer*, FS-E, Schmidt); *ders.*, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, S. 72; *E. Schmidt*, Soziale Handlungslehre, In: Paul Bockelmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag, 1969, S. 339 ff. (以下 *E. Schmidt*, FS-Engisch) 佐伯千仞『刑法総論』(有信堂, 1957年) 53頁以下, 同『刑法講義(総論)』(有斐閣, 1968年) 145頁, 米田(前掲注21) 23頁以下, 鈴木茂嗣『刑法と目的的行為』福田平・↗

社会的行為概念に依拠することになる²⁶⁾。

(1) 社会的な意味によって区別する見解

この立場によれば、ある行為について、作為か不作為かが問題となる場合、その行為の周囲の環境との関係における「社会的な重要性」によって、作為と不作為を区別する²⁷⁾。つまり、当該行為が客観的にどのような意味を有しているのかに着目して、作為と不作為を区別する²⁸⁾。そのため、行為の外形上の様相は重要ではなく、たとえ身体的動作が認められ、一見すると作為であると思える場合であっても、不作為であると評価されうる。例えば、医師が人工心肺装置のスイッチを切るという行為は、この立場によると、医師の治療中断である、つまり医師が治療をしなかったという社会的意味を有すると理解されることになり、たとえスイッチを切るといった身体的な動作があったとしても、不作為であると理解される。

(2) 作為と不作為が競合する場合に、作為を優先的に認める見解

この立場によれば、ある行為に、作為の側面も不作為の側面も存在するような疑いのある場合には（行為が二重の意味を有する場合や、両面性を有する場合などともいわれる）、作為が優先的に認められる²⁹⁾。不作為が認められる場合は、為された行為が因果的でない場合であるとされる³⁰⁾。この立場が、作為を優先的に認める理由は、刑法が、行為の禁止を優先的に規定していることにある³¹⁾。つまり、刑法上は、行為の禁止に違反することが原則的に処罰

↘大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討（上）』（有斐閣、1993年）1頁以下など。

26) Vgl. *Brammsen*, GA 2002, 196. 萩野（前掲注4）65頁も参照。

27) *E. Schmidt*, *Der Arzt im Strafrecht*, 1939, S. 75.

28) *E. Schmidt* (Fn. 27), S. 78 ff.; *Meyer-Bahlburg*, *Unterlassen durch Begehen*, GA 1968, 49 ff. Vgl. *E. Schmidt*, FS-Engisch, S. 346 ff.; *Bloy*, *Finaler und sozialer Handlungsbegriff*, ZStW 90 (1978), 613 ff.

29) *Arthur Kaufmann*, In: Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (Hrsg.), *Festschrift für Eberhart Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1971, S. 212（以下 *Arthur Kaufmann*, FS-E. Schmidt）; *Spendel*, FS-E. Schmidt, S. 194.

30) *Spendel*, FS-E. Schmidt, S. 194. Vgl. *Brammsen*, GA 2002, 197.

31) *Spendel*, FS-E. Schmidt, S. 194.

され、行為の命令に違反することの処罰は例外的であると考えられているため、作為が優先的に認められるとするのである。

(3) 作為と不作為のいずれに非難可能性があるかによって区別する見解

この立場は、作為と不作為の区別は評価の問題であるとして、ある行為において、作為と不作為のいずれに「非難可能性の重点」が存在するのかを考慮する³²⁾。この「非難可能性の重点」は、刑法上の重要性や本来的な不法とも言い換えられる³³⁾。この立場は、ある行為について、刑法上の評価として、作為あるいは不作為のいずれの側面を重視すべきであるかを問うものであり、「価値の問題」³⁴⁾として、作為と不作為の区別の問題を捉える。そうであるならば、ある行為が、刑法上いかなる意味を有しているのかを問うに等しいから、行為の社会的な意味によって作為と不作為を区別する見解と類似するであろう。

(4) 批判点

作為と不作為の区別を、社会的・規範的な観点から行なう見解に対しては、総じて、これらが区別基準として不明確であるという批判が向けられる³⁵⁾。例えば、行為の社会的な意味に着目する見解では、結局のところ、行為の社会的な意味が、価値判断によって求められることになるため、社会的な意味という概念が、内容空虚なものとなってしまうおそれがある³⁶⁾。それに、価値判断を

32) リーディングケースとされる判例は、BGHSt 6, 46, 59. その他の判例の状況については、LK¹²-Weigend, § 13 Rn. 5 m. w. N.; NK⁴-Wohlers/Gaede, § 13 Rn. 6 m. w. N.; S/S-Eisele, 29. Aufl., vor §§ 13 Rn. 158a; Lackner/Kühl, 28. Aufl., § 13 Rn. 3; Stoffers, Die Formel „Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit“ bei der Abgrenzung von Tun und Unterlassen?, 1992, S. 5 ff.; Schneider, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1997, S. 76. 非難可能性の重点によって作為と不作為を区別する見解については、Stoffers, a. a. O. S. 14 も参照。

33) Vgl. Brammsen, GA 2002, 198.

34) Mezger, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 1960, S. 76; Blei, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 18. Aufl. 1983, S. 310.

35) Spendel, FS-E. Schmidt, S. 191; Brammsen, GA 2002, 195 ff. 山本(前掲注5) 527頁以下。

36) 生田(前掲注23) 98頁を参照。これは、社会的行為概念に向けられた批判であるが、「態度の社会的意味を論ずる見解も、行為論に関するものであった」(中ノ

下す主体が異なれば、社会的な意味づけは異なってくるのであり、基準となるような「一つの」社会的意味を定立することは困難であることから³⁷⁾、同様の行為であったとしても、それが作為と評価されたり、不作為と評価されたりして、判断が一定しないことになりうる。このことは、作為か不作為かを非難可能性の重点によって区別する見解にも当てはまる。非難可能性の重点という区別基準も、結局のところ、「非難可能性の重点」や「刑法上の重要性」、「本来的な不法」の内容を明らかにしておらず、実体的な基準を提示していないから、判断を下す者の心証や、曖昧な衡量に作為と不作為の区別が左右され、恣意的な判断に陥りやすく、不明確さを拭えない³⁸⁾。

また、行為を社会的な観点から意味づけることが、法的な判断であるのかも疑問となる。つまり、社会を基準として行為の意味を検討するとしても、社会や道徳や法は密接に関連しあうものであるなら、この区別方法を法的な評価に用いることができるのかは疑問になるのである³⁹⁾。しかし、作為と不作為の区別を、構成要件該当性より以前の段階で行なう必要があると考えるならば、評

↘森〔前掲注3〕130頁〕と言われることからすれば、作為と不作為の区別を社会的な意味によって区別する見解に対しても妥当する批判である。Vgl. auch *Stoffers* (Fn. 32), S. 103.

37) *Stoffers* (Fn. 32), S. 103.

38) Vgl. *Haas*, Kausalität und Rechtsverletzung – Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe, 2002, S. 114, 116; *Stoffers* (Fn. 32), S. 55 ff.; *Schneider* (Fn. 32), S. 129, 131; *Behrendt*, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, S. 190; *Spendel*, FS-E. Schmidt, S. 193; *Brammsen*, GA 2002, 199; *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 79 ff.; *ders.*, Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten, ZStW 74 (1962), 417 f. (以下 *Roxin*, ZStW 74 [1962]); *Samson*, Begehung und Unterlassung, In: Günter Stratenwerth/Armin Kaufmann u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 585 (以下 *Samson*, FS-Welzel); *Engisch*, Tun und Unterlassen, In: Karl Lackner/Heinz Leferenz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 176 (以下 *Engisch*, FS-Gallas); *Führ*, Jura 2006, 267; *Jakobs*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 28/4; *Seelmann*, In: Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 1995, § 13 Rn. 27 (以下 NK¹-*Seelmann*); MK²-*Freund*, § 13 Rn. 5; NK⁴-*Wohlers/Gaede*, § 13 Rn. 7.

39) *Brammsen*, GA 2002, 196 f.

価の対象となる行為は、必ずしも法的な評価をまとったものである必要はなく、法的な評価は、構成要件該当性以降でなされればよいといえる⁴⁰⁾。そうであれば、この批判は、それほど決定的なものであるとはいえない。ただし、行為の意味づけを行なう「社会」に、いかなるものが想定されているのかが不明確であるという批判は残る。

社会的な意味に着目する見解は、やはり、行為の意味づけを、社会に依存させざるをえない点に問題がある。この見解の想定する「社会」が、そもそも何を指しているのかが分からないのである。それが、法的社会であるのか、道徳的社会であるのか、それとも日常生活における社会であるのかは、判断主体によって異なってくるであろう⁴¹⁾。そうであるならば、作為か不作為かの判断は、この見解に従う限り、恣意的で不明確なものになってしまう。

作為を優先的に認める見解に対しても、社会的意味によって区別する見解と同様に、区別基準として不明確であるとの批判が向けられる。特に、この見解が主張する「疑いのある場合」というのが、いかなる場合であるのかが不明確であり⁴²⁾、なぜ「疑いのある場合」に作為が存在するとされるのかが明らかではないのである⁴³⁾。つまり、この見解は、どのような場合に作為が優先的に認められるべきであるのかを明らかにしておらず、そのために、明確な区別基準を立てていないのである。また、この見解が、刑法は作為犯処罰を原則としていると述べる部分に対しても批判が向けられよう。というのも、刑法は、不作為が作為と同等であると評価できる場合には、これを不真正不作為犯として処罰しているのであり、このことからすると、作為犯が原則であるとはいえないからである⁴⁴⁾。この批判は、ドイツ刑法13条のような規定を持たない我

40) このような、構成要件該当性以前の、いわゆる「裸の行為論」を否定するものとして、小野清一郎『犯罪構成要件の理論』（有斐閣、1953年）54頁。

41) 福田平＝大塚仁「行為論の考え方」法教43号（1984年）14頁を参照。

42) *Brammsen*, GA 2002, 197; *Roxin*, ZStW 74 (1962), 415.

43) *Roxin*, ZStW 74 (1962), 415. 中森（前掲注3）130頁も、作為を優先的に認める見解を、根拠がないと批判する。

44) Vgl. *Brammsen*, GA 2002, 198.

が国において、特に説得力を有しているであろう⁴⁵⁾。とりわけ、結果犯の構成要件には、禁止規範の他、命令規範も含まれていると理解するならば⁴⁶⁾、刑法典の条文から、作為犯処罰が原則であることは読み取れないはずである。このような理解を前提とする限り、作為犯処罰が原則であるとのロジックは、我が国の刑法典においては主張しえないはずであり、作為犯処罰の原則を持ちだして、作為が優先的に認められるべきであるとは主張できないことになる。また、この区別基準は、上述したように、為された行為が因果的でない場合に不作為が考慮されるとするが、その場合には、行為が結果に対して因果的かどうかという別の基準によって、すでに作為と不作為を区別しているのではないだろうか⁴⁷⁾。

さらに、非難可能性の重点によって作為と不作為を区別する見解に対しては、作為と不作為を区別する段階において、構成要件該当性以降で検討されるはずの非難可能性という責任評価が先取りされているとの批判が向けられる⁴⁸⁾。構成要件該当性・違法性・責任という三段体系を維持しつつ、構成要件該当性以前の段階で作為か不作為かを区別する必要があるならば、非難可能性の重点を基準として、作為と不作為の区別を行なうことはできないであろう。行為を犯罪と同義であると捉えてもよいのであれば⁴⁹⁾、責任判断が行為の特定のために

45) 同様の趣旨を述べるものとして、萩野（前掲注4）66頁。

46) そのように理解するものとして、西田典之『刑法総論』（弘文堂、第2版、2010年）116頁、井田（前掲注7）141頁。西原（前掲注3）96頁以下も参照。

47) 同様の指摘をするものとして、山本（前掲注5）529頁。

48) Vgl. Haas (Fn. 38), S. 113; Welp, Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung, 1968, S. 108. Vgl. auch Führ, Jura 2006, 267; Czerner, JR 2005, 94.

49) いわゆるヘーゲリアナーの行為概念が拒否された理由は、この行為概念が、故意行為のみを対象としていると理解されているところと、行為と犯罪が同義であり、責任無能力者によるものは行為ではないとしたところにある。ヘーゲリアナーの行為概念については、平場安治『刑法における行為概念の研究』（有信堂、1961年）52頁以下、米田（前掲注21）89頁以下、中村（前掲注23）84頁以下を参照。行為を刑法的評価の対象として見る限りでは、この行為概念が拒否されたことにも理由はあるが、刑法上の行為は、刑法的評価を経たものであるとするならば、この行為概念が拒否される必要はないと思われる。これに関しては、後述 III. 2. (3)を見よ。

先行してもよいが、非難可能性の重点によって、作為と不作為を区別できることになるが、この場合には、責任無能力者の行為は「行為」に含まれないことを前提とすることになろう⁵⁰⁾。

社会的・規範的な観点から作為と不作為を区別する見解に対して向けられる最も強い批判は、いかなる区別基準を採用するかにかかわらず、この観点による区別方法が、総じて、作為と不作為が区別された状態をすでに前提としていることである⁵¹⁾。つまり、規範的な観点による作為と不作為の区別は、実は、すでに区別されたものの中から、作為を選択するか不作為を選択するかできていないのである。したがって、この区別方法が有効となりうるのは、作為の側面も不作為の側面も有する行為の場合だけであろう⁵²⁾。もっとも、このアプローチ方法は、何が作為であり、何が不作為であるのかを解決しているわけではないから、この区別方法だけに依拠する限り、問題となる行為が、二重の意味を持っているということすらできないともいえる⁵³⁾。そうであるならば、社会的・規範的な観点から、作為と不作為を区別することはできないということになる。

このように、社会的・規範的な観点から作為と不作為を区別することは、困難を極める。まず、この区別方法が想定している「社会」や、社会的意味を与える主体に何が想定されているのかが不明確であることが問題である。このために、社会的意味に着目するのであれ、非難可能性の重点に着目するのであれ、もしくは、疑いのある場合には作為を優先させるのであれ、社会的・規範的な観点からは、明確な区別基準を立てることができない。加えて、作為と不作為

50) 責任能力と行為の関係については、松宮孝明「『行為』概念と犯罪体系」立命館法学271・272号(2000年)879頁、890頁以下も参照。

51) *Schneider* (Fn. 32), S. 128 ff.; *Stoffers* (Fn. 32), S. 54 ff.; *Struensee*, *Handlung und Unterlassen*, In: Wilfried Küper/Jürgen Welp (Hrsg.), *Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag*, 1993, S. 137 (以下 *Struensee*, *FS-Stree/Wessels*); *Brammsen*, GA 2002, 195, 199; *Führ*, *Jura* 2006, 267. Vgl. *NK¹-Seelmann*, § 13 Rn. 28. 中森(前掲注3)129頁も参照。

52) Vgl. *Schneider* (Fn. 32), S. 128 f.; *Stoffers* (Fn. 32), S. 55; *Welp* (Fn. 48), S. 108.

53) Vgl. *Brammsen*, GA 2002, 199.

の区別が、すでに前提とされていることも問題である。このことが、すでに、社会的・規範的な観点では、作為と不作為の区別が不可能であることを物語っている。したがって、社会的・規範的な観点から、評価の対象としての作為、および不作為を特定することはできない。

2. 自然主義的・自然科学的な観点から作為と不作為を区別する見解

上述したように、社会的・規範的な観点による区別方法は、作為と不作為の区別を前提としなければならず、作為や不作為が何であるのかを規定することができていなかった。そこで、そもそも、作為あるいは不作為とは何であるのかを明らかにすべく、自然主義的あるいは自然科学的な観点から、作為と不作為の区別方法が主張されている。この観点の特徴は、とりわけ、作為の因果力や外界変更の力のような、物理的な側面を重視するところであり、この物理的な力は、原則的に、身体の動作によって加えられるとするとところにある。逆に、不作為には、そのような因果力が存在しないと考えられている。そのため、この観点から作為と不作為が区別される場合には、原則的に、作為には身体的な動作が不可欠であることが前提とされる。それゆえに、ここで取り上げられる作為と不作為の区別基準は、一部の見解を除き⁵⁴⁾、身体的動作の外界変更力を重視する因果的行為概念ないし目的的行為概念の上に成り立つことになる⁵⁵⁾。

54) 後述するエネルギーの投入の有無によって作為と不作為を区別する見解は、客観的・目的的行為概念から主張されている。この客観的・目的的行為概念は、その実質を、社会的行為概念と同じくする(注73の文献を参照)。

55) 因果的行為概念に関しては、注23で挙げた文献を見よ。目的的行為概念については、特に、井田良『犯罪論の現在と目的的行為論』(成文堂、1995年)、福田平「目的的行為論について」『神戸経済大学創立五十周年記念論文集 法学編』(有斐閣、1953年)133頁以下、平場(前掲注49)3頁以下、金沢文雄「不作為の構造(1)」『広島大学政経論叢』15巻1号(1965年)43頁以下、同「不真正不作為の問題性についての再論」『広島大学政経論叢』21巻5・6号(1972年)271頁以下、ハンス・ヴェルツェル(大野平吉訳)「目的的行為論」『刑法雑誌』15巻1号(1967年)1頁以下、同(大野平吉訳)「最近百年のドイツ刑法学と目的的行為論」『法セ』138号(1967年)2頁以下を見よ。また、平野龍一「故意について(1)(2)」『法学協会雑誌』67巻3号(1949年)34頁以下、67巻4号(1949年)63頁以下、藤木英雄

(1) 身体的な動作の有無により区別する見解

この見解に従えば、作為と不作為は、純粹に外形上の現象として区別される。つまり、作為とは、意志に基づく身体的な動作によって、身体の状態を変更すること（そして、これによって外界を変更すること）であり、不作為とは、意志に基づく身体的な動作がなく、身体の状態が変更されていないことである⁵⁶⁾。この立場に依拠すれば、身体的な動作が少しでも存在する場合には、作為と評価すべきことになろう。したがって、例えば、溺れている者の方へ流木が流れており、そのままいけば、この流木がこの者に到達しそうな状況で、この流木を除去するような行為をした場合には（以下では、流木事例と呼ぶ）、この見解によれば、この行為は、身体的な動作を伴っているから、作為ということになる。身体的な動作があれば作為であるとされるならば、この見解によれば、通説の見解のように、不作為を「期待された行為をしないこと」⁵⁷⁾であると定義づけることはできないであろう。なぜなら、このような不作為の定義づけは、身体的動作があったとしても、なお不作為と評価すべき場合があることを認めるものであり、この見解とは相容れないからである。つまり、この見解は、身体的動作のないことである不作為を、外界を変更する力を持たない「無」であると理解しなければならないのであり、純粹な自

↘「目的的行為論と犯罪論体系」法セ263号（1977年）32頁以下も参照。この他、目的的行為概念については、*Welzel*, *Strafrecht*, S. 33 ff.; *ders.*, *Studien zum System des Strafrechts*, In: *ders.*, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, 1975, S. 120 ff.（以下 *Welzel*, *Studien*, In: *Abhandlungen*）; *ders.*, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, 4. Aufl. 1961.（以下 *Welzel*, *Das neue Bild*）（翻訳として、ハンス・ヴェルツェル [福田平 = 大塚仁訳] 『目的的行為論序説——刑法体系の新様相——』 [有斐閣, 1962年]）

56) *Lampe*, *Täterschaft bei fahrlässiger Straftat*, ZStW 71 (1959), 587 f.; *Gössel*, *Zur Lehre vom Unterlassungsdelikt*, ZStW 96 (1984), 326 f., 330; *Schneider* (Fn. 32), S. 158（ただし、法秩序の期待という観点を取り入れて規範的な補足をする）; *Struensee*, *FS-Stree/Wessels*, S. 143 ff. Vgl. *Lackner/Kühl*, 28. Aufl., § 13 Rn. 3; *Stoffers* (Fn. 32), S. 70 ff.; *Brammsen*, *GA* 2002, 200. 身体の「動」と「静」で区別するものとして、生田（前掲注3）11頁。

57) 山口（前掲注6）74頁，山中（前掲注6）236頁，高橋（前掲注6）154頁を参照。

然主義的行為概念と結びつく⁵⁸⁾。

近年では、作為犯は身体的な動きがなければならないという意味において⁵⁹⁾、この区別基準により作為と不作為を区別しつつ、作為義務による主体の特定を必要としない不作為も存在することを認める見解もある⁶⁰⁾。この見解によれば、身体的な動きが無かったとしても、「身体が存在が作用力を有する不作為」である場合には、作為義務の主体・内容の検討は必要でないとされる⁶¹⁾。

(2) 結果に対する因果的介入の有無によって区別する見解

この見解は、結果へと向かう因果経過に対して介入する行為を作為とし、そのような介入なく、既存の因果経過に任せる行為を不作為（あるいは不行為）とする⁶²⁾。つまり、結果にとっての条件であるといえるものを作為と理解し、結果にとっての条件でないものを不作為と理解する⁶³⁾。なぜなら、不作為の場合には、不作為者を取り除いたとしても結果が発生することには変わりなく⁶⁴⁾、不作為は結果の条件とはなりえないからである。因果経過がそのまま流れた場合の結果の仮定的な将来の状態を想定し、行為の介入が、当該仮定的な結果を悪化させたといえる場合には作為を、そうではなくて、当該仮定的な結果を改善しなかったといえる場合で、行為者に、この改善行為ができたような場合には不作為を認める見解も⁶⁵⁾、行為が結果に対して因果的であるかどうか、

58) Vgl. *Stoffers* (Fn. 32), S. 70.

59) 萩野（前掲注4）71頁。

60) 萩野（前掲注4）68頁以下、72頁以下。もっとも、この見解は、法益侵害を高めるような身体的な動きが認められない場合に、はじめて不作為犯を検討すると述べているから、身体的な動きがあったとしても不作為犯とされる可能性は残っている。

61) 萩野（前掲注4）77頁以下。

62) *Welzel*, Strafrecht, S. 203. Vgl. *Armin Kaufmann* (Fn. 7), S. 57 ff.

63) Vgl. *Armin Kaufmann* (Fn. 7), S. 61 ff.; *Roxin*, ZStW 74 (1962), 415; *Stoffers* (Fn. 32), S. 107 ff.; *Schneider* (Fn. 32), S. 65 ff.; *Kühl*, AT, 7. Aufl., § 18 Rn. 15.

64) *Armin Kaufmann* (Fn. 7), S. 61 ff. これに関しては、中森喜彦「不作為犯と逆転原理（1）」法学論叢107巻5号（1980年）6頁、松宮孝明「不作為犯と因果関係」現代刑事法4巻1号（2002年）9頁以下も参照。

65) *Samson*, FS-Welzel, S. 593, 595.

つまり結果に対する条件となっているかどうかを考慮しているから⁶⁶⁾、この見解に属する⁶⁷⁾。これらの立場によれば、先ほどの流木事例における行為は作為となる。なぜなら、行為（あるいは行為者）を取り除いて考えた場合には、結果が発生しなかったといえ、この行為は結果に対する条件となっているからである。結果の仮定的な将来の状態を考慮する場合も、因果経過がそのままに流れれば、被害者は助かっていたといえるから、流木を除去する行為は、この助かったという仮定的な結果を悪化させるものであるといえ、それゆえに作為となる⁶⁸⁾。

(3) エネルギーの投入の有無によって区別する見解

この見解は、エネルギーを一定の方向に投入（もしくは消費）する行為を作為とし、エネルギーを一定の方向に投入しないことを不作為とする⁶⁹⁾。ここで主張されるエネルギーの投入とは、外部に現れたエネルギーの投入である必要はなく、外部には現れてこない内部的なエネルギーの投入でも足りるとされ、それゆえ、この見解によれば、集中することや緊張することも、エネルギーの投入や消費があるといえるから作為になる⁷⁰⁾。これに対して、医師が人工心肺装置のスイッチを切るという動作は、医師が患者の救助に対してエネルギーを投入しなかったことを意味するとして、不作為であるとされる⁷¹⁾。ここではす

66) *Samson*, FS-Welzel, S. 595.

67) 山本（前掲注5）528頁以下も参照。*Samson* は、規範の有する動機づけの作用に着目し、規範はこの動機づけを通じて、法益の保護を達成しようとしているとする。ここでは、作為犯とは、行為しないように動機づけることで法益の侵害を禁止するものであり、不作為犯とは、行為するよう動機づけることで、法益の改善を命令するものであるとされる(*Samson*, FS-Welzel, S. 591 ff.)。

68) Vgl. *Samson*, FS-Welzel, S. 596, 600.

69) *Engisch*, FS-Gallas, S. 170 ff. Vgl. *Stoffers* (Fn. 32), S. 72 ff. なお *Engisch*, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, S. 29 Fn. 1 では、内部的な働きかけに基づいて身体的動作をしないことは、積極的な内部的な作為ではあるものの、不作為にとどまるとしている。ここでは、その後の見解とは異なり、自然主義的な観点による作為と不作為の区別を強調している。

70) Vgl. *Engisch*, FS-Gallas, S. 171 f. Vgl. auch *Roxin*, AT II, § 31 Rn. 95. 内部的エネルギーを考慮することに対する批判としては、*Schneider* (Fn. 32), S. 91 f.

71) *Engisch*, FS-Gallas, S. 178.

でに、エネルギーを投入する方向（あるいは、行為者が何を目的としていたか）について、社会的・規範的な理解がなされている⁷²⁾。そのため、この見解は、エネルギーという自然主義的・自然科学的な観点を導入しつつも、行為概念としては、社会的行為概念（客観的目的的行為概念）に立脚している⁷³⁾。

しかし、この基準だけでは、上述の流木事例のような場合、行為者の行為が、作為であるのか不作為であるのかを判断するのは難しい。なぜなら、エネルギー投入の方向を規範的に理解するとしても、「一定の方向」を明確に規定できないからである⁷⁴⁾。不作為を、期待された方向にエネルギーを消費しなかったこと⁷⁵⁾と規定しても、そもそも、この期待という概念が不明確であり⁷⁶⁾、「一定の方向」を明確にできない。流木事例では、問題となる行為を、流木へのエネルギーの投入であると捉えれば、流木を除去するという行為は作為となるが、溺れている者を助けるという期待されたことにエネルギーを投入しなかったとすれば、この行為は不作為となってしまうのである。

この点の不都合を解消するため、ある論者は、法益（法益客体）にエネルギーの投入が向けられているのかによって、作為と不作為を区別しようと試みる⁷⁷⁾。これによれば、作為は、法益に向けられたエネルギーの投入であり、これを危殆化する（信頼状態を侵害する）ものであるとされ、不作為は、法益に

72) Vgl. Haas (Fn. 38), S. 117 f. 山本（前掲注5）528頁も参照。

73) Engisch, Der finale Handlungsbegriff, In: Probleme der Strafrechtserneuerung, Festschrift für Kohlrausch zum 70. Geburtstag, 1944 (Neudruck 1978), S. 161 ff., 164, 165 ff. 客観的目的的行為概念については、さしあたり、米田（前掲注21）21頁以下、62頁以下を参照。Engischの行為概念については、松宮（前掲注50）882頁も参照。

74) Ranft, Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten - Teil 1, JZ 1987, 860. Vgl. Brammsen, GA 2002, 203; Schneider (Fn. 32), S. 91.

75) Engisch, FS-Gallas, S. 174.

76) Vgl. Stoffers (Fn. 32), S. 99. 期待という概念の不明確さについては、Welzel, Strafrecht, 201 f.; Armin Kaufmann (Fn. 7), S. 50 ff.; Grünwald, Das unechte Unterlassungsdelikt - Seine Abweichungen vom Handlungsdelikt -, 1956, S. 16 f. を参照。

77) Brammsen, GA 2002, 205 ff. Brammsenの見解については、山本（前掲注5）524頁以下も参照。

すでに危険な状態が存在しており、これに介入しなかったことであるとされる⁷⁸⁾。この見解に従えば、医師が人工心肺装置のスイッチを切る行為は、客体を危殆化する行為であるから作為となり⁷⁹⁾、流木を除去する行為も、結果を約束するような源を取り除き、危険を与える行為であるとして作為となる⁸⁰⁾。

(4) 批判点

(i) 身体的な動作の有無により区別する見解

この見解は、行為の外形的様相にのみ着目し、行為の目的や意味を考慮していない点で、やはり妥当でない⁸¹⁾。これは、従来から主張されているように、不退去罪（刑法130条）を考えた場合に明らかである。不退去罪における「退去しなかった」とは、身体的な動きの無いこととは一致しない⁸²⁾。加えて、絶対的な人間の不活動は存在しえないということも、この見解に対する批判となろう。というのも、人は一定の作為をしていない場合でさえ、同時に他の作為

78) *Brammsen*, GA 2002, 206, 213.

79) *Brammsen*, GA 2002, 210. *Brammsen* は、治療中断行為の不法構成要件を否認する理由があるため、この行為を不作为に再解釈する必要はないとする。同様に、医師の治療中断行為を不作为に再解釈する必要はないと述べるものとして、*Gropp* (Fn. 1), S. 183 ff.; *Samson*, FS-Welzel, S. 601 ff.

80) *Brammsen*, GA 2002, 211.

81) *Stoffers* (Fn. 32), S. 96; *Schneider* (Fn. 32), S. 88. Vgl. *Spindel*, FS-E. Schmidt, S. 192.

82) 西原（前掲注3）90頁、山本（前掲注5）527頁を参照。なお、西原（前掲注3）は、「作為はつねに身体運動であり、これに対して不作为は身体運動の場合もあれば静止の場合もある」（90頁）ことを前提とし、「作為・不作为というのは徹頭徹尾『行為の態様』であり、構成要件該当性・違法・有責などの刑法的評価なしに判断することのできる存在論的概念である」（94頁）としつつ、殺人罪を例にとり、「標準となるのは、人の死亡の原因となるような身体運動であって、法の禁止は、『そのような身体運動の作為』、または、『それをしなければ人の死亡の結果が発生してしまうような身体運動の不作为』にむけられている」のであり、「規範の構造との関係で作為の概念に限定を加える必要がある以上、法的評価以前の存在論的概念としての作為もまた同様でなければならない」（93頁）として、「作為とは一定の身体運動をすることであり、不作为とはこれをしていないことである」（97頁）とする。しかし、規範との関係で限定を加えて得られた「一定の身体運動」は、刑法的評価を離れた存在論的概念なのであろうか。

を行なっているからである⁸³⁾。つまり、あらゆる態度は、作為でもあり不作為でもあり、常に両者が存在するのである⁸⁴⁾。

この見解が前提とする行為概念からすれば、不作為は「期待された行為をしないこと」ではなく、「動かないことをする (Vornahme einer Nichtbewegung)」と規定せざるをえないが、これは論理的な矛盾であろう⁸⁵⁾。このような矛盾を回避するため、通説的な見解は、身体的な動きがあっても不作為であるとするのであり、不作為を、単なる「無」ではなく、「期待された行為をしないこと」と規定するのである⁸⁶⁾。

身体的な動きの有無によって作為と不作為を区別し、身体的な動きのない不作為であっても作為義務の主体・内容を検討する必要がないものがあるとする見解に対しても疑問がある。例えば、この見解は、不退去罪について、居すわるという行為によって法益侵害が惹起されていると主張する見解など⁸⁷⁾を持ちだして、不作為者の存在が結果に作用する不作為、すなわち「身体が存在が作用力を有する不作為」も存在するとし、この場合には、作為義務の主体・内容は明らかであるから、作為義務を検討する必要はないとする⁸⁸⁾。しかし、こ

83) *Stoffers* (Fn. 32), S. 97.

84) *Röhl*, *Praktische Rechtstheorie: Die Abgrenzung von Tun und Unterlassen und das fahrlässige Unterlassungsdelikt*, JA 1999, 898. (以下 *Röhl*, JA 1999)

85) *Jescheck*, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung*, In: Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*, 1971, S. 142. (以下 *Jescheck*, FS-E. Schmidt)

86) Vgl. *Jescheck*, FS-E. Schmidt, S. 144.

87) 生田 (前掲注23) 176頁, 中森 (前掲注3) 131頁。厳密には、生田 (前掲注23) は、「行為原理とは、外部的・客観的行為が社会に損害を与えてはじめて刑法はそれを犯罪にすることができる」(101頁)との考えから、単なる不作為は、行為者の内心を処罰するに等しいものであるが、このような不退去罪における不作為態度は、居すわるという行為であり、法益の侵害・惹起であると捉えて行為原理には反しないとしている (176頁以下)。しかし、これは明らかに行為を意味づけするものであり、社会的な意味づけにより行為を把握することを拒否する論者の前提と矛盾する。

88) 萩野 (前掲注4) 77頁以下。

の作用力という概念は不明確であろう。これが、自然主義的・自然科学的な意味における作用力であるならば、身体的動作の有無による区別は、不作為がそのような物理的な外界を変更する力を持たない「無」であることを前提とするのであるから、「身体が存在が作用力を有する不作為」はありえない。そうではなくて、身体が存在が結果に対して作用したという意味で、因果関係を問うているのであれば、結果に対する因果的介入の有無によって区別する見解に依拠すればよく、この場合には、身体的な動作の有無による区別を持ち出してはならない。さもなくば、作為か不作為かという二者択一の問題に、二つの区別基準を用いることになる⁸⁹⁾。あるいは、作用力を規範的に捉えることもできる

89) このように、二者択一の問題に区別基準を二つ持ち込み、作為か不作為かという問いに、第三類型行為という解答を与えるものとして、神山（前掲注3・岡法）、同（前掲注3・平場古稀）、同（前掲注5）がある。例えば、神山（前掲注3・岡法）151頁では、溺れている者を救助しようとする第三者を阻止する行為を取り上げて、以下のように述べている。つまり、「既存の因果の流れによって法益侵害の危険性が発生している点では」不作為であるが、この法益侵害を防止しようとする「人為的又は自然的事象を排除する点で単なる不作為とも違う」から「第三類型行為現象に位置づける以外に途はない」。すなわち、ここでは、当該行為が、結果に対して因果的に寄与していないという意味で、行為の結果に対する因果的介入の有無という区別基準が用いられ、一方で、身体的動作が外界の変更を加えているという意味で、身体的動作の有無という区別基準が用いられている。それ以外にも、社会的意味による区別と、結果に対する因果的介入の有無による区別が併用されている。これは、「行為自体は、自然主義的には裸の作為と裸の不作為以外に考えることは不可能であるが、しかし両行為と法益侵害又はその危殆化との関係で捉える場合には更に存在的に別の角度から行為類型が発見され得る余地がある」（〔前掲注3・平場古稀〕102頁）とか、「社会的意味においては裸の作為と関係づけられることには何人も異論の余地がないと思われるが、しかしその裸の作為は法益を現状よりも物理的に悪化せしめていることは断じてない」（〔前掲注3・平場古稀〕103頁）と述べられていることから明らかである。そもそも、結果に対する因果的介入の有無による区別基準は、ある行為が、結果に対する条件となっているかを問うものであり、法益侵害に対して直接に因果的寄与を及ぼしたか否かを問うものではない。したがって、救助行為を阻止するような行為の場合には、この行為が、結果に対して直接に因果的寄与を及ぼしてなかったとしても、この行為と結果の間の条件関係が認められる限りでは、つまり、阻止行為が無ければ溺死という結果は発生しなかったといえれば（これをより明確化するために、結果の将来の状態を仮定して判断するバリエーションが存在するのであ

が、この場合には、行為の社会的意味を問うことになるから、社会的・規範的な観点から作為と不作為を区別する見解に対する批判で述べたように、作為と不作為を明確に区別することはできなくなる⁹⁰⁾。以上のことからすると、身体的動作の有無によって作為と不作為を区別することはできない。

(ii) 結果に対する因果的介入の有無によって区別する見解

この見解によれば、一見すると、作為と不作為の区別を、ある程度、明確に行なえる。この見解は、ある行為が結果に対する条件となっているか否かを問うから、身体的動作があったとしても、この行為が結果に対する条件となっていないことは考えられる。したがって、作為か不作為かの区別は、身体的動作の有無には対応しない。そのため、この見解は、身体的動作の有無によって区別する見解の有する問題点を回避できる。

しかし、この見解にも問題点はある。まず、この見解によれば、挙動犯や未遂犯の場合には、作為か不作為かを区別することができない⁹¹⁾。なぜなら、この見解は、行為が結果に対して条件となっていたか、行為が結果に対して因果的であるか否かを問うため、当然に結果の存在を前提とするからである⁹²⁾。しかし、不作為による未遂犯が裁判例上も実際に認められていることを考慮すると⁹³⁾、未遂犯において、作為と不作為の区別ができない区別基準は不十

ゝる)、本来の意味での結果に対する因果的介入の有無による区別基準に従えば、この救助行為を阻止する行為は作為である。同様に、いわゆる「作為による不作為」を認める見解も、区別基準を二つ持ち込むものであり不当である(例えば、*Roxin*, AT II, § 31 Rn. 99 ff.)。そこでは、明らかに、身体的動作の有無による区別と、その他の区別基準(結果に対する因果的介入の有無による区別、社会的意味による区別など)が併用されている。もっとも、本文ですぐに述べるように、結果に対する因果的介入によって作為と不作為を区別する見解自体に、作為と不作為を区別する基準が二つ存在している。

90) 前述 II. 1. (4)を見よ。

91) Vgl. *Brammsen*, GA 2002, 204; *Schneider* (Fn. 32), S. 125 f.

92) 中森(前掲注3)131頁は、すでに「因果関係という基準は結果犯についてしか役立たない」ことを指摘している。

93) 例えば、前橋地裁高崎支部判昭和46年9月17日(LEX/DB 文献番号 27916819)、浦和地裁判昭和45年10月22日高刑集24巻1号175頁など。

分であろう。また、この見解によれば、不作為は、結果に対する条件となっていないものであり、因果関係のないものであるとされてしまうため、これを既遂犯として処罰することはありえないことにもなってしまう⁹⁴⁾。不作為犯の結果犯が存在するとしても、先行行為により基礎づけられた作為義務に違反する場合には、先行行為が結果に対して因果的で、結果に対する条件となっていることからすれば、先行行為後の不作為犯を認めることはできなくなる⁹⁵⁾、不作為犯として処罰できるとしても、そもそも、なぜ先行行為が有する作為としての性質が失われるのかが不明である⁹⁶⁾。さらに、因果関係とは、二つの構成要素の間の特別な関係を表すのであり、この構成要素自体が、因果関係によって描かれるのではないから、別の基準が必要であるとも批判される⁹⁷⁾。

そして、この見解の最大の難点は——これは、作為を外界の変更と結びつける行為概念全体について妥当することであるが——不作為を社会的・規範的にしか捉えられないことであり、これによって必然的に、ある作為が、作為の側面と同時に不作為の側面も持たざるをえなくなることである。結果に対する因果的介入の有無によって作為と不作為を区別する見解が考慮している因果関係は、条件関係あるいは合法則的条件の公式の意味におけるものであり⁹⁸⁾、物理的機械論的因果関係である⁹⁹⁾。そのため、結果に対して因果的である、結果に対する条件となっているといえるのは、外界の変更を伴う身体的動作だけとなる。したがって、この見解においては、作為は、必ず身体的な動作を伴うものとなる。これに対して不作為は、身体的な動作の有無には左右されない。つまり、身体的な動作があっても不作為でありうるし、身体的な動作がない場合には、当然に不作為とされることになる。

94) 山本（前掲注5）528頁、萩野（前掲注4）68頁。

95) 中森（前掲注3）131頁。

96) *Brammsen*, GA 2002, 204.

97) *Struensee*, FS-Stree/Wessels, S. 141 f.

98) Vgl. *Brammsen*, GA 2002, 203.

99) 中森（前掲注3）131頁を参照。

もつとも、このことは、純粋な自然主義的行為概念とは異なり、因果的行為概念や目的的行為概念からは、不作為は、期待された行為をしないこと¹⁰⁰⁾、あるいは、法によって命令された行為をしないこと¹⁰¹⁾と規定されることからすると当然のこのように思える。しかしながら、単なる自然現象あるいは盲目的因果と人間の行為を区別するメルクマールである人間の意志や目的性を、身体的動作による外界の変更あるいは因果経過の支配・操縦と結びつける行為概念から、果たして、このような不作為の規定方法が許されるのであろうか¹⁰²⁾。たとえ、人間の行為が、自然や盲目的因果と区別されるとしても、作為が、外界の変更や因果経過の支配・操縦という形で規定されるのであれば、

100) 例えば、Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, ZStW 67 (1955), 9.

101) Welzel, Strafrecht, S. 202.

102) このように、因果的行為概念と目的的行為概念を並列させて論じることは、とりわけ、目的的行為概念を主張する者からは耐え難いものであろう。というのも、因果的行為概念は、行為の主観面と客観面を区別し、行為論としては、行為の客観面だけを捉えればよく、行為の主観面については責任の段階で考慮すればよいとしたため（例えば、Mezger, Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik, 3. Aufl. 1949, S. 12 f. [以下 Mezger, Moderne Wege]）、行為が単なる因果的な現実に属することになり、これに対して、目的的行為概念では、意志が現実を意識的に形成するから、人間の行為は「意味統一性」を有し（Vgl. Welzel, Studien, In: Abhandlungen, S. 129 f.）、これは意味の世界、社会的現実性に属する（Vgl. Welzel, Studien, In: Abhandlungen, S. 153）という点で、両者の立場は異なるからである（これに関しては、注23および注55の文献も参照。Vgl. auch Welzel, Kausalität und Handlung, In: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, S. 19 ff. [以下 Welzel, Kausalität, In: Abhandlungen]）。しかし、因果的行為概念を支持する者も、行為は意志に基づくものであることを主張し、行為は自然とは異なると理解しているし（Mezger, Moderne Wege, 3. Aufl., S. 12）、目的的行為概念からも、衝動にかられて行なわれた行為も目的的行為であるとされ、「したがって、『目的性』とは、行為意思という要素の不正確な表現にすぎない」（Hirsch, Der Streit um Handlungs- und Unrechtslehre, insbesondere im Spiegel der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, ZStW 93 [1981], 863. 井田 [前掲注55] 14頁も参照。）と述べられていることからすれば、両者は接近するか、少なくとも、同一の出発点に立っているのではないだろうか。つまり、人間の行為は自然現象とは区別されるという点では、両者に区別はないと思われる。

それは、自然主義的な観点から作為を規定するのと同じである。つまり、作為は「有」であるが、不作為はそれ自体存在しない「無」であることに変わりはない¹⁰³⁾。

結果に対する因果的介入の有無によって作為と不作為を区別する見解は、身体的動作の有無によって作為と不作為を区別するわけではないことから、身体的動作があったとしても不作為を捉えることが可能となった。その一方で、やはり自然主義的な観点から作為を規定しており、不作為を把握するためには、作為を中心として考えざるをえず、作為と不作為はAと非Aの関係に立つとして、不作為は、ある行為をしないことと規定することになったのである¹⁰⁴⁾。しかしながら、この場合には、もっぱら、不作為は他者の思考過程の中にのみ存在するものとなる¹⁰⁵⁾。つまり、ある作為を社会的・規範的に観察することによってのみ、不作為を規定できるのであり、必然的に、ある作為には不作為の側面も付随することになるのである。すなわち、この見解は、それが背景とする行為概念から、身体的動作があれば作為であるとするにもかかわらず、規範的観点によって不作為を把握しようとし、結果に対する因果的介入の有無という区別基準によって、さらに作為と不作為を区別しようとするために、いわば、それ自体の中に二つの基準を含んでしまっているのである。この場合、もはや作為と不作為を明確に区別することができないのは自明であろう¹⁰⁶⁾。

103) これは目的的行為概念を主張する者も認めていることである。Welzel, *Strafrecht*, S. 200. 福田平『全訂 刑法総論』(有斐閣, 増補版, 1992年) 60頁, 平場(前掲注49) 31頁。この他, 齊藤信宰「目的的行為論」佐藤司先生古稀祝賀『日本刑事法の理論と展望 上巻』(信山社, 2002年) 396頁以下。小野(前掲注40) 53頁以下, 61頁以下も参照。

104) *Radbruch*, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, S. 140 ff.; *Armin Kaufmann* (Fn. 7), S. 59 ff., 80 ff.; *Welzel*, *Strafrecht*, S. 200, 203.

105) *E. A. Wolff*, *Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen*, 1964, S. 11. Vgl. *Hardwig*, *Die Zurechnung: ein Zentralproblem des Strafrechts*, 1957, S. 100 ff.; *Grünwald* (Fn. 76), S. 19.

106) *Röhl*, *JA* 1999, 895 ff. は、ある行為に、作為と不作為の両方が存在することを認めつつ、規範論的に作為と不作為を区別しようとする。つまり、作為は禁止

(iii) エネルギーの投入の有無によって区別する見解

この見解を主張する者は、そもそも行為概念として、社会的行為概念に依拠しているのであるから、作為と不作為の区別を、自然主義的な観点から行なうてはならないはずである。さもなくば、結果に対する因果的介入の有無によって作為と不作為を区別する見解に対して述べたように、作為と不作為の区別基準として、不当にも、二つの基準を用いることになってしまう。もっとも、この見解の主張者は、上述したように、エネルギーの投入の有無を社会的・規範的に考えており、二つの基準を用いるという誤りを犯していない。むしろ、この見解は、エネルギーの投入の有無という一見すると自然主義的・自然科学的な基準を考慮しつつ、実際には、社会的・規範的に、行為の意味によって、作為と不作為を区別しているのである。しかし、この場合には、社会的・規範的な観点から作為と不作為の区別を行なう見解と同様に、恣意的な判断に陥りやすく、作為と不作為を明確に区別することは困難となる¹⁰⁷⁾。

また、エネルギーを投入する「一定の方向」を、法益（客体）に限定する見

↘規範違反であり、不作為は命令規範違反であるとして (S. 898)、作為の場合には、禁止されたこと以外を行なうことができ、不作為の場合には、命令されたことしかできないとする (S. 899)。この見解は、過失犯の場合には、注意を尽くして行為することが命令されており、それ以外の行為をとってはならないと考えて、過失犯は全て不作為犯であるとする (S. 900)。ここで、消極的（否定的）行為概念を用いて、過失犯が不作為犯であることを正当化しようとするのであるが、消極的行為概念とは、行為を「保障人的地位における、結果の回避可能な不回避」と規定するものであるから (z. B. *Herzberg*, *Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip*, 1972, S. 174)、このような正当化が許されるのであれば、過失犯に限らず、あらゆる作為犯が不作為犯であるということになってしまうのではないだろうか。消極的行為概念については、仲道祐樹『行為概念の再定位——犯罪論における行為特定の理論——』（成文堂、2013年）94頁以下も参照。また、*Exner*, *Fahrlässiges Zusammenwirken*, In: August Hegler (Hrsg.), *Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag*, Bd. 1, 1930 (Neudruck 1969), 586 f. も、疑いを持たずに作為か不作為に区別できる事例はないことを認めているが、不作為犯であるといえるのは、行為者が結果を阻止する義務を有するときだけであるとする。

107) Vgl. *Stoffers* (Fn. 32), S. 98 ff.; *Schneider* (Fn. 32), S. 91 f.; *Haas* (Fn. 38), S. 118; *Samson*, FS-Welzel, S. 587.

解も、作為と不作為を明確に区別することはできない。この見解は、未遂犯等に対しても耐えうる基準となるために、上述のように、ある行為が法益を危殆化するものであるか否かを考慮して、作為と不作為を区別しようとする。そのため、作為と不作為を区別するために、行為の危険性を考慮することになるのであるが、この危険性判断について、この見解は、「客観的に確証された経験知識」¹⁰⁸⁾を用いる。しかし、これは明らかに社会的・規範的な観点からの判断である。この見解も、結局のところ、社会的・規範的観点を導入して、作為と不作為を区別せざるをえないのである。そうであるならば、この見解に従ったとしても、作為と不作為の区別を明確に行なうことはできない。

(5) 小 括

上述のように、自然主義的な観点によって作為と不作為を区別しようとする見解も、総じて、この区別を明確に行なうことができないことは明らかである。純粋な自然主義的行為概念を背景とした、身体的動作の有無による作為と不作為の区別は、不退去罪のような真正不作為犯で挫折する。結果への因果的介入の有無による作為と不作為の区別は、一見すると、明確な基準を示しているようにみえる。しかし、この区別基準の背景にある行為概念からすれば、純粋な自然主義的行為概念と同様に、作為は身体的な動作と、それによる外界の変更を伴うものであると規定される一方で、不作為は社会的・規範的な観点からしか捉えることができず、この点に、この区別基準の難点がある。つまり、この場合には、必然的に、ある行為について作為の面と不作為の面を同時に認めることになるから、作為と不作為を明確に区別することができなくなる。加えて、このような理解に基づけば、後述するように、もはや評価の対象として、つまり構成要件該当性より以前の段階で作為と不作為を区別することは不可能であろう。エネルギーの投入の有無による作為と不作為の区別も、エネルギーを投入する方向や、エネルギー投入の有無を、社会的・規範的な観点から捉えようとする点で、とりわけ、行為の意味によって捉えようとする点で、もはや、自然主義的・自然科学的な観点による区別ではなく、社会的・規範的な観点によ

108) *Brammsen*, GA 2002, 213.

る区別に転化してしまっている。しかし、この場合には、社会的・規範的な観点による区別基準の箇所ですべたように、作為と不作為の区別を明確に行なうことはできないのである。

III. 作為・不作為の区別と行為記述

1. 行為の記述

これまでの考察から、従来の見解によっては、作為と不作為を明確に区別することは、ほとんど不可能であることが分かる。規範的・社会的な観点からは、およそ両者を明確に区別することは不可能であったし、自然主義的・自然科学的な観点によっても、不作為という現象を把握するために、結局のところ、規範的な観点を導入せざるをえず、そのために、ほとんど全ての行為において、作為と不作為の両面を認めざるをえなかった。

結局のところ、従来の作為と不作為の区別方法は、ある一つの行為について、作為と見るか不作為と見るかという方法でしかなかったといえる。このように考えた場合、行為は、いかようにも表現できることになるから、そもそも、評価の対象として、作為あるいは不作為のいずれかが存在するとして、両者を区別することは不可能であるように思われる。従来の刑法的行為概念は、「犯罪とは行為である」との標語から、行為を評価の対象として考え、評価の対象たる「行為」という概念の中に、あらゆるものが含まれていなければならないと考えてきた¹⁰⁹⁾。これは、故意行為、過失行為、不作為という行為類型が、あたかもそれ自体として、それぞれ独立して存在しているというように考えられてきたからであろう。行為を社会的な意味によって理解しようとする社会的行為概念ですら、このような行為の理解を前提としているように思われる¹¹⁰⁾。しかし、「行為」が、ある一つの出来事として何らかの形で記述されたもので

109) そのように述べるものとして、大塚（前掲注21）29頁以下、米田（前掲注21）1頁以下、25頁以下、57頁以下など。

110) このことは、従来の行為概念が、「行為の中に何が包摂されるか」を考えてきたところに現れているであろう（行為概念に関しては、注23で挙げた文献を参照）。この点に、従来主張されてきた社会的行為概念の重大な欠陥があると思われる。

あるならば、これらの行為類型が、それぞれ独立して存在しているということ
はありえない。あくまでも行為類型の区別は、どのように表現されるかの違い
でしかなく、そこにあるのは記述されたある一つの行為である。むしろ、この
場合には、どのようにして、一つの行為を記述するかの方が重要である。

このように、行為を記述によって理解する方法は、哲学的行為論では見られ
ていた。そこでは、ある出来事は、様々な形の行為として再記述されるという
ことが承認されており、これは、行為のアコーディオン効果と呼ばれている¹¹¹⁾。問題は、アコーディオンのように伸縮する行為を、どのように記述し
て固定するかである。

そうであるならば、従来のような形での作為と不作為の区別は、もはや重要
ではないといえるであろう。なぜならば、作為とするか、不作為とするかは表
現の違いでしかなく、処罰の対象となる行為は一つしか存在していないからで
ある¹¹²⁾。そうであるならば、刑法上の「行為」として記述し固定できれば十
分ということになろう。そうした場合、この刑法上の「行為」は、もはや評価
の対象としてではなく、むしろ評価に関連した形で、つまり、刑法という規範
との関係で理解されるほうが、思考経済上も賢明ではないだろうか。この場合、
法的あるいは社会的な現実性を取り扱う刑法においては、社会的な現象として
の「行為」は、「意味志向的」なもの、あるいは「意味表出」として理解され
記述されなければならないと考えられ、刑法という規範との関係では、犯罪的
意味を有する「行為」として記述されればよいと思われる¹¹³⁾。つまり、犯罪

111) 行為のアコーディオン効果については、小林公『法哲学』（木鐸社、2009年）
345頁以下、370頁以下、門脇俊介『現代哲学』（産業図書、1996年）166頁以下、
川口（前掲注19）48頁以下を見よ。Vgl. *Kindhäuser*, Intentionale Handlung, 1979,
S. 159 ff.

112) Vgl. NK⁴-*Puppe*, vor §§ 13 Rn. 55 ff.

113) *Welzel*, Kausalität, In: *Abhandlungen*, S. 19 ff.; *ders.*, Studien, In: *Abhandlungen*,
S. 123 ff., 130, 153. Vgl. *Jakobs*, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, S. 23 ff.
(以下 *Jakobs*, Handlungsbegriff) Vgl. auch *Hruschka*, Regreßverbot,
Anstiftungsbegriff und die Konsequenzen, ZStW 110 (1998), 581 ff. (翻訳として、
ヨアヒム・ルシユカ [安達光治訳]「遡及禁止、教唆概念とその帰結」立命館法

的意味を有する行為として切り取られうるか、言い換えれば、ある「行為」が犯罪の意味を有するか、(刑法)規範違反的であるか否かだけが重要となるであろう¹¹⁴⁾。

問題は、どのようにして、そのような刑法上の行為を記述し固定するか、つまり、どのようにして規範違反的な行為として意味づけられるかであり、このように記述できる方法が何であるのかである。この場合、行為を記述によって理解していた哲学的行為論の方法は参考となるであろう。また、従来の行為概念も、行為に意味づけを行なおうとしていた点では、行為の記述方法として検討する余地はある¹¹⁵⁾。そこで、ここでは、幾つかの行為の記述方法を概観し、それらが刑法上重要な行為を記述するのに適しているのかどうか、そして、刑法上重要な行為を記述するためには、どのようなことを考慮すべきであるのかを考察していく。そして、最後に、ここでの考察を踏まえた上で、改めて、刑法上、作為と不作為の区別がどのように取り扱われるべきであるのかを検討する。

2. 行為の記述方法

(1) 行為者を中心とした主観的な行為記述

まず、行為を記述する方法として、行為者を中心に記述する方法（ここでは、行為の主観的記述方法と呼ぶ）が考えられる。この記述方法では、行為者が何を考えていたのか、あるいは、何を認識していたのかを中心として、行為を記述することになる。つまり、行為者の認識内容¹¹⁶⁾、意欲や目的、信念や欲

ㄨ学261号 [1998年] 217頁以下) Vgl. auch *Gehlen*, *Der Mensch*, 11. Aufl. 1976, S. 32. (アーノルト・ゲーレン [池井望訳] 『人間——その性質と世界の中の位置』 [世界思想社, 2008年] 24頁も参照)

114) *Jakobs*, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, S. 22. (以下 *Jakobs*, *System*)

115) 同様の視点に立つものとして、川口 (前掲注19) 52頁以下。

116) Anscombe によれば、行為を記述する際に用いる実践的推論は、理論的推論と何ら異なることはないと言われ (アンスコム [早川正祐訳] 『実践的推論』 野矢茂樹ほか編 『自由と行為の哲学』 [春秋社, 2010年] 210頁以下)、彼女による行為記述においては、後述する志向的行為概念とは異なって、「～を意図する」とか「～を信じる」というような行為者の心的状態は前提には含まれず、したがって行為

求¹¹⁷⁾といった主観的事情を中心として、ある出来事を行為として(再)記述する¹¹⁸⁾。ここでは、行為者に「なぜそのような行為をしたのか?」と問うた場合の答えである行為の理由(もしくは原因)を用いて、「～をするために、

の理由にはならず、これはもっぱら、推論の結論を推測させるものであるとされる(アンスコム「実践的推論」野矢ほか編[前掲書]198頁以下。アンスコム[菅豊彦訳]『インテンション』[産業図書、1984年]123頁以下も参照。)。この点から、Anscombeによる行為記述は、むしろ、行為者が「私が～すべきか」という「熟慮的観点」によるものであり、前提となるのは、世界の条件や状況であるとされる(早川正祐「アンスコムの実践的推論：推論図式に関する一考察」哲学論集34巻[2005年]73頁以下、特に79頁以下を参照)。行為者が「私が～すべきか」という観点から行為を決断する際に、世界の条件や状況が前提となるのであれば、この世界の条件や状況は、行為者の認識した世界の条件や状況であろう。

117) デイヴィッドソン(河島一郎訳)「行為・理由・原因」野矢ほか編(前掲注116)157頁以下は、この心理的な出来事を「肯定的態度」と呼び、行為の原因とする。Davidsonによれば、この心理的な出来事と行為の間の因果関係は、自然科学的な因果関係ではなく、傾向性を考慮した一般法則としての因果関係で足りる(デイヴィッドソン「行為・理由・原因」野矢ほか編[前掲注116]172頁以下)。Davidsonの見解については、S.エヴニン(宮島昭二訳)『デイヴィッドソン 行為と言語の哲学』(勁草書房、1996年)89頁以下も参照。

118) デイヴィッドソン「行為・理由・原因」野矢ほか編(前掲注116)159頁以下、166頁以下、デイヴィッドソン(服部裕幸/柴田正良訳)『行為と出来事』(勁草書房、1990年)2頁以下、95頁以下、アンスコム「実践的推論」野矢ほか編(前掲注116)191頁以下。Davidsonのいう信念や欲求では不十分であり、行為者の計画を考慮すべきであるとするものとして、ブラッドマン(門脇俊介/高橋久一郎訳)『意図と行為 合理性、計画、実践的推論』(産業図書、1994年)25頁以下、53頁以下、ブラッドマン(星川道人訳)「計画を重要視する」野矢ほか編(前掲注116)259頁以下。Bratmanの計画の理論については、仲道祐樹「犯罪における計画——ブラッドマンと開けるブラックボックス」法セ699号(2013年)128頁以下も参照。ただし、仲道(前掲論文・法セ699号)129頁以下のような計画の考慮の仕方、どのようにして計画を記述するか依存するため、これのみを用いて行為を一連のものとして特定することは適切ではないと思われる。Aを拳銃で射殺するという計画の中で行なわれた、Aを殺害するためにA宅へ自動車へと向かうという行為により(行為者は認識していなかったが)Aを轢き殺したという場合、この自動車でA宅へと向かうという行為は、計画実行の中で行なわれた行為であり、Aを殺害するという目的を達成する行為であるにもかかわらず、これが計画の外側に位置し、Aを殺害するという一連の行為に含まれず、この行為が過失行為であるとするのであれば、一連の行為であるかどうかを決定する基準は、行為者の計画だけではないであろう。

～をする。」と行為を記述することになる¹¹⁹⁾。目的的行为概念も、行為の主観的記述方法に属するであろう¹²⁰⁾。というのも、目的的行为概念からは、行為者の目的や目標、つまり目的性を考慮し、行為者がこの目的の達成を目指して手段を選択し、それによって、因果的事象を支配・統制して事象を変更した、と行為が説明されるからである。例えば、ある者がナイフで、憎きXを刺したという出来事は、目的的行为概念からすると、「Xを殺すことを目標とする(目的性)。この意思に基づいて、ナイフを用いてXを刺す(手段の選択と因果的事象の統制・変更)」と記述でき、行為の主観的記述方法における実践的推論を用いれば、「Xを殺害することを欲する(あるいは、Xが憎い)。ナイフを用いなければ、Xを殺害できないと考える(ナイフを用いれば、Xを殺害できると知っている)。ゆえに、ナイフでXを刺した。」のように記述されることになる。

この場合、行為の主観的記述方法は、意図的な行為(故意行為)として、行為を記述し固定することになる。なぜならば、行為を記述するための資料は、さしあたり行為者の主観しかないからである¹²¹⁾。ただし、この行為者の主観的事情が、純粋に私的なものであるとは、通常は考えられていないであろう。むしろ、行為者の主観は、行為の文脈との関係で、客観的な規準に照らして理

119) 行為者の主観的事情(「～するために」)を、これが行為に論理的に包摂されていると考えて、行為の理由とみるか(行為の反因果説)、それとも行為とは独立して存在する行為の原因とみるか(行為の因果説)によって見解が分かれる。これに関しては、小林公「行為の説明と解釈——最近の哲学的動向——」立教法学17巻(1978年)241頁以下を参照。この問題は、自由意志や心身二元論の問題と関わると思われるため、もっぱら行為の記述方法にのみ主眼を置く本稿では、その射程を超えるため取り扱わない。自由意志論について詳細に取り扱うものとしては、さしあたり、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——』(勁草書房、2009年)397頁以下。

120) Welzelの目的的行为概念がDavidsonの行為記述と類似していることを指摘するものとして、Burkhardt, Welzels finale Handlungslehre und die philosophische Handlungstheorie, In: Wolfgang Frisch/Günther Jakobs u.a. (Hrsg.), Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels, 2015, S. 21 ff.

121) それゆえに、Welzelは、過失行為を潜在的目的性(結果の回避を志向できたということ)で説明しようとしたのではないだろうか。Vgl. Welzel, Kausalität, In: Abhandlungen, S. 21; ders., Um die finale Handlungslehre, 1949, S. 17.

解されているように思われる¹²²⁾。また、刑法においては、——とりわけ結果犯では——構成要件で結果発生（の危険）が要求されているのであり、ある程度の客観化が要請されているであろう¹²³⁾。例えば、殺意をもって硫黄の粉末を服用させたとしても、殺害の結果を惹起することが絶対に不能であることを理由に殺人未遂すら否定され¹²⁴⁾、未遂犯として可罰的かどうかを検討する際に、結果発生の可能性の有無を考慮したり、行為当時に一般人が認識しえた事情を基礎として危険性判断が行なわれている¹²⁵⁾ ことに鑑みると、刑法という規範との関係では、ある行為が可罰的である（犯罪的意味を有する）かどうかは、一定程度の客観化が要求されているといえる。そうであるならば、もっぱら行為者自身の（反規範的な）意思だけを考慮して、犯罪的意味のある行為として記述されるわけではない。

(2) 観察者を中心とした客観的な行為記述

上述のように、一定程度の客観化が要求されていることを考えると、観察者を中心とした客観的な行為の記述方法が考えられる。このような記述方法には、刑法的行為概念では、社会的行為概念や志向的行為概念¹²⁶⁾ が属すると思われる。社会的行為概念に従えば、主として、行為の社会的な意味によって、行為が記述し特定されることになる¹²⁷⁾。ここでは、もはや評価の対象としての行

122) 小林（前掲注111）350頁以下。

123) 井田（前掲注55）20頁以下。Vgl. *Jakobs, System*, S. 69 f.

124) 大判大正6年9月10日刑録23輯999頁。

125) 不能犯の学説状況については、さしあたり、佐藤拓磨「不能犯」川端博ほか編『理論刑法学の探求4』（成文堂、2011年）33頁以下、西田典之ほか編『注釈刑法第1巻 総論』（有斐閣、2010年）651頁以下、山口厚「未遂犯の成立要件」同『問題探求 刑法総論』（有斐閣、1998年）212頁以下、井田良「不能犯と危険概念」現代刑事法3巻3号（2001年）100頁以下を参照。また、山口厚『危険犯の研究』（東京大学出版会、1982年）166頁以下も参照。

126) 志向的行為概念については、*Kindhäuser* (Fn. 111) を参照。その他に、伊藤寧ほか『刑法教科書 総論（上）』（嵯峨野書院、1992年）107頁以下〔松生光正〕、小林（前掲注119）201頁以下、増田豊『刑事手続における事実認定の推論構造と真実発見』（勁草書房、2004年）65頁以下も参照。

127) 上述 II. 1. を参照。

為ではなく、刑法上重要な行為だけが記述されればよく、そうであるならば、刑法上、客観的に重要であるのは法益侵害結果（あるいは法益侵害の危険）であろう。このように考えるならば、法益侵害を基準として行為が記述されることになる。このような行為記述では、たとえ行為が意思に基づくものであるとしても、行為をもつばら客観的に捉えればよいから、行為者自身が有する具体的な主観的事情は排除されることになる¹²⁸⁾。そうであるならば、この場合には、法益侵害結果が生じた場合には、規範違反的な意味を有するとして行為が記述されることになるから¹²⁹⁾、いわば結果責任を負わせることになって、責任主義に反しそうである¹³⁰⁾。

そのような不都合を回避するためには、やはり、一定程度、行為者の主観的な事情は考慮せざるをえないであろう。社会的行為概念も、客観的目的性として行為者の主観を考慮しようとする。また、志向的行為概念は、観察者の観点からではあるが、行為を因果的ではなく論理的に説明し¹³¹⁾、行為者の主観的事情、とりわけ意図を考慮する。志向的行為概念では、論理的な説明のために、意図の概念が含んでいる論理的強制力、つまり「意図の論理」が必要であるとされ¹³²⁾、意図の対象となる行為と、意図的に為される行為は区別される。例えば、「Xを殺そうと意図する。ナイフを用いなければ、Xを殺害できないと

128) 意思要素を完全に排除する見解としては、*Maihofer*, FS-E. Schmidt, S. 158, 178. 佐伯千仞（前掲注25・刑法総論）53頁以下、同（前掲注25・刑法講義）145頁、米田（前掲注21）23頁以下。何らかの意思に基づく行為であることを認めるものとして、例えば、*E. Schmidt*, FS-Engisch, S. 343.

129) 石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学会雑誌15巻1・2号（2002年）31頁を参照。

130) 責任主義に関しては、さしあたり、平野龍一『刑法総論I』（有斐閣、1972年）52頁以下、山口（前掲注6）6頁以下、浅田和茂「刑事法における責任主義」法律時報74巻2号（2002年）10頁以下、藤木英雄「責任主義と責任論の基礎」法セ268号（1977年）42頁以下を参照した。また、構成要件の対象としての行為を論ずるものであろうが、行為時の行為者の無意識性・無自覚性といった主観的事情を根拠に行為を否定した判例として、大阪地裁判昭和37年7月24日判時309号4頁。

131) 伊藤ほか（前掲注126）109頁[松生]。

132) これに関しては、早川（前掲注116）75頁以下を参照。小林（前掲注119）241頁も参照。

考える（ナイフで刺せばXを殺せると考える）。ゆえにXをナイフで刺す。」という行為の記述では、「Xを殺す」というのは意図の対象となる行為であり、意図的行為自体は「Xをナイフで刺す」である¹³³⁾。したがって、志向的行為概念では、意図的行為、すなわち故意行為を記述することができることになる。

ただし、社会的行為概念や志向的行為概念が、行為者の主観的事情を考慮できるものであるとしても、観察者の観点から行為を記述するのであれば、行為者の意思も客観的に決定する必要がある。しかし、例えば、「理性的な市民」を客観的な基準とした場合には、通常、行為者の立場における「理性的な市民」は、法益侵害結果を予見でき、これが禁止されていることを知っていることになるから、法益侵害結果が生じれば、あらゆる行為が意図的な行為として記述されることになる¹³⁴⁾。客観的な規準をどこに設定するのかにも左右されるであろうが、これは過度な要求なようにも思われる。

(3) コミュニケーション的な事象としての行為

上述のように考えた場合、ある出来事を刑法上の行為として、行為を主観面あるいは客観面だけを考慮して記述することはできない。むしろ、刑法上重要な行為として、つまり規範違反的な行為として記述するためには、主観的事情も客観的事情も考慮されなければならないであろう。

主観的記述方法は、とりわけ目的的行為概念は、もっぱら行為者の主観によってのみ、反規範的態度という行為の意味づけを目指した点に問題がある¹³⁵⁾。しかし、行為の意味は、上述したように、もっぱら行為者だけを基準として決定されるのではない。むしろ、行為の意味は、意味を設定する者の基準と、意味を受け取る者の基準にも左右されるのであり、「コミュニケーション的な事象」としてのみ理解可能なのである¹³⁶⁾。つまり、行為者が設定した意味を、

133) これについては、小林（前掲注119）240頁、245頁の注8を参照。

134) *E. A. Wolff* (Fn. 105), S. 35.

135) 目的的行為概念に関しては、*Welzel*, *Das neue Bild*, 4. Aufl., S. 4（翻訳として、ハンス・ヴェルツェル〔福田＝大塚訳〕〔前掲注55〕5頁以下）が分かりやすい。このように批判するものとして、*E. Schmidt* (Fn. 27), S. 76 Fn. 29.

136) *Jakobs*, *Handlungsbegriff*, S. 27. 川口（前掲注19）56頁以下、増田（前掲注）

社会的な解釈の枠組みの中で理解することによって、はじめて行為を意味づけることができるのであり、行為を記述することが可能となるのである¹³⁷⁾。

このような理解に基づき、刑法という社会的な解釈の枠組みの中で行為を理解する場合には、刑法上の行為は、不法な行為、あるいは「構成要件に該当し違法で有責な行為」であるといえればよく、「刑法上、行為とは、常に、何らかの社会的に不相当なものだけであって、せいぜいのところ、そのようなものでしかない」¹³⁸⁾ のであり、行為 = 犯罪としてよい¹³⁹⁾。この意味において、刑

↘126) 105頁以下も参照。

137) Vgl. *Jakobs*, System, S. 13 ff., 17 ff., 22 ff. und passim. 刑法的行為概念に関するものであるが、このように主観面も客観面も考慮するものとして、*Jescheck*, FS-E. Schmidt, S. 150 ff.; *E. A. Wolff* (Fn. 105), S. 39. 上田健二「犯罪論体系における行為概念についての『反時代的考察』」中義勝先生古稀祝賀『刑法理論の探求——中刑法理論の検討——』(成文堂, 1992年) 62頁など。例えば、「行為者人格の主体的現実化」として行為を理解する人格的行為概念も、このような理解に基づいていると考えられる(川口[前掲注19] 61頁の注60を参照)。人格的行為概念を主張するものとして、団藤重光『刑法綱要総論』(創文社, 第3版, 1990年) 104頁以下, 大塚仁『刑法概説(総論)』(有斐閣, 第4版, 2005年) 104頁以下, 同(前掲注21) 28頁以下, 同「人格的行為論について」平場安治ほか編『団藤重光博士古稀祝賀論文集 第一巻』(有斐閣, 1983年) 124頁以下, 日沖憲郎「人的行為概念」(前掲書・団藤古稀第一巻) 105頁以下。また, 小野(前掲注40)も、「行為とは何であるか。それは意思の客観化であり、実現である。」(50頁)とか、「行為は、……人格の主体的、行動的な過程である。心理的・物理的には無であつても、倫理的・法的には有であり得る」(61頁以下)としている。Vgl. auch *Arthur Kaufmann*, Die ontologische Struktur der Handlung, Skizze einer personalen Handlungslehre, In: Friedrich Geerds/Wolfgang Naucke (Hrsg.), Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Geburtstag, 1966, S. 116; *Roxin*, AT I, 4. Aufl., § 8 Rn. 44.

138) *Jakobs*, Handlungs begriff, S. 45. (翻訳として, ギュンター・ヤコブス[松宮孝明訳] 松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集 第1巻 犯罪論の基礎』[成文堂, 2015年] 31頁)

139) 川口(前掲注19) 55頁以下を参照。このような理解の場合には、ヘーゲル学派の行為概念は適切であるといえる。Vgl. auch *Jakobs*, System, S. 23 f.; *ders.*, Handlungs begriff, S. 41 ff. (翻訳として, ギュンター・ヤコブス[松宮訳][前掲注138] 27頁以下) *Welzel*, Kausalität, In: *Abhandlungen*, S. 20 も、「自ら意味をもって規定する人格的な主体だけが、その者によって設定された結果に対して答責のとされうる」ことを指摘している。また, 小野(前掲注40) 57頁も参照。

法上、「行為とは、客観的に帰属可能な人間の態度」であり、「一種の評価をまとった事実」なのである¹⁴⁰⁾。そのため、評価の対象たる行為を採求することは、刑法上の行為を記述する上では無駄であり、それゆえに、従来の行為概念に関する議論が「何のために議論しているのかわからない状態におちいつている」¹⁴¹⁾と評価されたのには理由がある。

3. 刑法上の行為としての作為と不作為

上述のように考えるならば、やはり作為と不作為を、構成要件以前の段階で、評価の対象たるものとして区別する必要はない。刑法上の行為が、刑法の規範という社会的な解釈の枠組みを通じて理解されなければならないならば、刑法上の行為として記述されるのは、構成要件に該当し違法で有責であると評価される出来事だけである。ここでは、ある一つの犯罪的な出来事（犯罪的意味）が存在するかどうかだけが重要であり、この犯罪的事実が、いかようにも表現可能であること、あらゆる行為には作為の側面も不作為の側面も考えられうることからすれば、従来の作為と不作為の区別に関する見解に対して述べたように、評価の対象となる事実として、作為と不作為を区別し求めることは不可能であるし、無意味である。従来のような事前的な行為類型の区別ではなく、ある一つの（作為も不作為も含む）出来事が、規範的な基準に抵触するか否か、逆にいえば、規範的な基準に抵触する一つの出来事だけが重要であり、切り取られればよいのである¹⁴²⁾。

作為も不作為も同一の規範的な基準に抵触するものであり、規範的に考察すれば、その区別が不要であるとしても、これらは、日常生活の経験的に、やは

Vgl. auch *Mezger*, *Moderne Wege*, 3. Aufl., S. 14.

140) 中義勝『刑法総論』（有斐閣、1971年）59頁。もっとも、中（前掲書）59頁以下は、刑法上の評価の先取りを拒否している。この他、石井（前掲注129）5頁以下も参照。

141) 平野（前掲注130）105頁以下。

142) この規範的基準については、注17の文献および拙稿（前掲注4）112頁以下を参照。Vgl. auch *MK²-Freund*, § 13 Rn. 1, 10, 66; *ders.*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2. Aufl. 2009, § 6 Rn. 49 ff.

り異なっていると感じられる。そのために、作為犯と不作為犯では、これまで犯罪成立要件が異なると理解されてきたように思われる。しかし、このような理解は適切ではないであろう。それは、上述したように、処罰される対象となる出来事は、一つしか存在していないことから明らかであり、この出来事は、作為と表現しようが不作為と表現しようが構わないのである。作為と不作為が——現象上ではあるが——同一視できない理由は、ある規範的基準に抵触していることが、「作為行為者の場合には、……もはや独自に主題化されえない程に、自明に感じられる」¹⁴³⁾ からにすぎず、不作為犯が問題となる場合には、作為犯のような自明性がなく、誰が主体となるのかなどがわかりにくいからであろうが、不作為犯において、保障人的地位あるいは作為義務という形で現れてくるものは、いわば「特別に」根拠づけられたものにすぎないのである¹⁴⁴⁾。このように考えるならば、作為犯も不作為犯も、法的な評価は、そもそも同等であり、同一の規範的基準に抵触することからして、犯罪成立要件は同じなのであるから¹⁴⁵⁾、やはり、評価の対象となる事実として、事前的に、作為と不作為を区別する必要はないということになる。もっとも、不作為犯の場合には、訴因には、保障人的地位あるいは作為義務を共に記載する必要があるであろう。ただし、この保障人的地位や作為義務は、作為犯にも不作為犯にも共通する同一の規範的基準を言い換えたものにすぎず、——従来考えられているような——不作為犯に特別な要件でない¹⁴⁶⁾ ということには注意が必要である¹⁴⁷⁾。むしろ、作為犯の場合には、そのわかり易さゆえに、それを訴因に記載する必要がないというにすぎないのであり、作為的な動作があれば、それだけで犯罪とされる訳でもないのである。明らかに作為的な動作があったと

143) MK²-Freund, § 13 Rn. 84. Vgl. MK²-Freund, vor §§ 13 Rn. 172.

144) これに関しては、拙稿（前掲注4）97頁以下を参照。

145) Vgl. MK²-Freund, § 13 Rn. 17 ff.; ders., Tatbestandsverwirklichungen durch Tun und Unterlassen, In: Holm Putzke/Bernhard Hardtung u. a. (Hrsg.), Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg zum 70. Geburtstag, 2008, S. 228 ff., 232 ff.

146) Vgl. Jakobs, System, S. 27.

147) この発生根拠の問題については、注17の文献を見よ。

しても、何らかの理由づけをして処罰を回避しようとすることは、作為による不作為犯に関する議論、とりわけ医師が人工心肺装置のスイッチを切る事例から明らかである¹⁴⁸⁾。もっとも、このような考え方には、社会的・規範的な観点から作為と不作為を区別する見解に向けられたのと同様に、作為と不作為という現象を承認していることから、作為と不作為の区別を前提としているとの批判があるかもしれない。しかし、ここで取り扱っているのは、刑法上の行為としての作為と不作為の区別の問題であり、日常的・経験的なレベルでの作為と不作為の区別ではない。確かに、日常的・経験的な作為と不作為の区別を、我々は、いわば無意識的に（それこそ経験的に）行なっているであろう。しかし、そうであるからといって、これを刑法上の評価にまで、そのまま持ち込む必要はないと思われる¹⁴⁹⁾。

このように考えた場合、刑法上の行為を記述するためには、もっぱら刑法上の各構成要件において、何が規範的に要請されているのかだけが重要となるであろう¹⁵⁰⁾。そうであるならば、繰り返し述べるように、ある出来事が、刑法という規範との関係で固定されれば十分なのであるから、作為と不作為の区別は、規範的に見れば原則的に不要である¹⁵¹⁾。しかも、わが国には、ドイツ刑法13条2項のような不作為犯を任意的に減刑する規定は存在しないのであるから、ドイツのように、作為と不作為を絶対に区別すべき理由もない。

例えば、ある構成要件が、作為による形態でも不作為による形態でも充足されることが明らかな場合で、ある記述された出来事が、法的評価を離れて経験的に、作為とも不作為とも理解しうる場合、不作為のわかりにくさに鑑みて、作為による形態を優先的に認めて訴因に記載したり、認定するというやり方は

148) 注79に挙げた文献を参照。

149) ウイトゲンシュタイン（黒崎宏訳）『「哲学的探究」読解』（産業図書、1997年）1頁以下、永井均『ウイトゲンシュタイン入門』（筑摩書房、1995）146頁以下を参照。また、増田（前掲注126）66頁以下も参照。

150) Vgl. MK²-Freund, § 13 Rn. 16.

151) 類似の見解として、Volk, Zur Abgrenzung von Tun und Unterlassen, In: Hans-Heinrich Jescheck/Theo Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag, 1989, S. 219 ff., 237.

考えられうる¹⁵²⁾。ある一定の地位にあり義務を有する者、例えば母親が、子どもを故意に山に置いて帰ったという出来事の場合、遺棄概念を通説的に理解するならば¹⁵³⁾、保護責任者が、子どもを山に捨てた（作為による遺棄）と表現しても、子どもを山に置き去りにした（不作為による遺棄）と表現しても構わないのであり、どの形態で記載しても構わないであろう。いずれにせよ、刑法218条から要請される規範的基準に抵触する犯罪的事実であることに変わりはない。もっとも、各構成要件の文言や構成要件相互の関係によっては、作為と不作為を書き分ける必要があるかもしれない。ただし、このような場合については、各論的な問題として取り扱えばよいのであり、総論的に作為と不作為の区別を行なう必要はないと思われる。

IV. おわりに

従来の作為と不作為の区別に関する見解は、構成要件以前の段階において、評価の対象として行為を捉え、これを作為あるいは不作為に区別しようと試みてきた。しかしながら、社会的・規範的な観点によろうとも、自然主義的・自然科学的な観点によろうとも、これらの見解は、あらゆる行為について、作為の側面も不作為の側面も認めざるをえず、作為と不作為を明確に区別することはできなかったのである。なぜならば、作為とするか不作為とするかは、表現の違いにすぎず、評価の対象となる「行為」は一つしか存在していないからである。

この場合、この一つの「行為」を記述し固定することの方が重要であり、刑法という規範との関係では、犯罪的意味を有するものとして、つまり規範違反

152) 例えば、大阪地裁判平成25年3月22日判タ1413号386頁。これに関する評釈として、拙稿「判批」関西大学法学論集66巻2号（2016年）107頁以下。

153) 遺棄罪の学説状況については、さしあたり、山口厚「遺棄罪」同『問題探求 刑法各論』（有斐閣、1999年）17頁以下、松原芳博「遺棄罪」法セ684号（2012年）113頁以下、佐伯仁志「遺棄罪」法教359号（2010年）94頁以下、齊藤彰子「遺棄罪」法教286号（2004年）49頁以下、曾根威彦「遺棄罪」法セ451号（1992年）88頁以下を参照。

的な態度として記述されれば十分である。それゆえ、作為と不作為の区別は相対化され、これらを区別することは原則的に不要となる。問題は、どのようにして、出来事のある一つの「行為」に記述するかである。

行為の記述方法としては、さしあたり、行為者の立場からの記述と、観察者の立場からの記述が考えられるが、主観的な事情も、刑法との関係では、一定の客観化を必要とするし、観察者の立場からしても、行為者の主観的な事情は無視できない。この場合、両アプローチは接近することになる。刑法上の行為として重要なものが、犯罪的意味を有するものであり、意味を理解するためには、発信者と受け手を必要とすることからすれば、行為は、社会的な解釈の枠組みを用いた「コミュニケーション的な事象」として理解する方がよい。刑法という社会的な解釈の枠組みにおいては、行為は「構成要件に該当し違法で有責な行為」であればよいであろう。ここでは、「一定の評価をまとった事実」、つまり犯罪が存在しているにすぎず、もはや、評価の対象としての行為を考慮する必要はない。しかも、この評価をまとった事実にとっては、規範的に何が要請されているのかだけが重要であり、この意味で、規範的に見れば、やはり作為と不作為の区別は重要ではないのである。

もっとも、構成要件上の文言の解釈や、構成要件相互の関係によっては、作為と不作為を書き分ける必要が生じうる。例えば、刑法217条における「遺棄」と218条における「遺棄」との関係性やその解釈、それに関連して「遺棄」と「不保護」をどのように解釈するのかによっては、作為と不作為が、規範的には同一の基準に抵触するものであるとしても、なお作為と不作為を書き分ける必要があるかもしれない¹⁵⁴⁾。しかし、この問題は、各論的に考察すればよいと考えられ、遺棄罪の解釈の問題として、今後の検討課題とし、別稿に譲りたいと思う。

154) より詳しくは、拙稿（前掲注4）127頁の注121。