

論 説

行為概念と回避可能性の関係（1）

——ドイツにおける否定的行為論を中心に——

仲道 祐樹

はじめに

第一章 否定的行為論の概観

第一節 保障人的地位にある者の回避可能な不回避：ロルフ・デ
ィートリッヒ・ヘルツベルク
の見解

第一款 純粹惹起犯の行為概念

第二款 他の犯罪への拡張

第三款 回避可能性と有意性の関係

第四款 予想される批判への応答

第五款 注意義務に違反する刑法
上承認されざる不作為：1996
年論文での修正

第六款 小括

第二節 構成要件該当状況の回避可
能な不回避：ハンス・ヨアヒ
ム・ベーレントの見解

第一款 刑法における自己統制メ
カニズム

第二款 反対統制メカニズムの
行為概念への導入

第三款 作為と不作為の関係

第四款 行為性の限界事例とベ
ーレントの解決

第五款 回避可能性概念の意義

第六款 小括

第二章 回避可能な結果惹起：ギ
ュンター・ヤコプスの見解

第一節 行為統制と衝動統制

第二節 動機付けによる回避

第三節 個人的回避可能性

第四節 行為性の限界事例とヤ
コプスの解決

第五節 小括（以上、本号）

第三章 否定的行為論に対するド
イツの学説の評価

第四章 わが国への示唆

おわりに

はじめに

行為性の判断にあたって、回避可能性はいかなる意義を有するのであ
ろうか。その際、「回避可能性」とは「結果回避可能性」のみを意味するの

であろうか。これが本稿の解釈論上の主題である。

近時、松原芳博教授が、行為主義の観点から、行為寄与の内容として、「人の意思により回避可能な身体の動静」という基準を用い⁽¹⁾、また、松宮孝明教授が、帰属論の観点から、行為であるか否かは「生じた結果およびそこに至るプロセスとその出来事に責任をもっている人の態度の社会的意味によって決まると同時に、その人の物理的・身体的能力によって結果発生が回避できたか否かによっても決まる」と主張している⁽²⁾。また、高山佳奈子教授が、「行為意思が要求されるのは、結果回避可能性を問題にしうる行為を刑法上の評価の対象として選び出すため」であるとし⁽³⁾、刑法上の禁止・命令規範の観点を援用しつつ、「1つには、それをやめたとしても結果が発生してしまうような行為を処罰しても意味はないということができ、今1つとして、やめようと思ってもやめることができないような事態を処罰することにもまた意味がない」として、前者は「条件関係のない行為」であり、後者は「意思によってコントロールできない身体の動静」であるとしている⁽⁴⁾。以上から伺えるように、行為概念と回避可能性がいかなる意味で関係するのか、その実質的根拠は何かについて、なお見解の一致は見られず、検討を必要とする。

さらに、松宮教授と高山教授の見解においては、「結果回避可能性」と行為との関係が問題となっているのに対して、松原教授の見解においては、「身体の動静（身体的態度）の回避可能性」が問題となっている。行為

(1) 松原芳博「共謀共同正犯と行為主義—最高裁平成十五年五月一日決定・同平成十七年十一月二九日決定を契機として—」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集 [上巻]』(成文堂, 2007年) 526頁, 同「刑法の基本原則(その1)—法益保護主義・行為主義・責任主義」法学セミナー653号(2009年) 103頁。同「犯罪論の体系」法学セミナー655号(2009年) 101頁以下は、「人の意思によって回避可能な、刑法上重要な外界の出来事に向けられた身体的態度」とする。

(2) 松宮孝明『刑法総論講義 [第4版]』(成文堂, 2009年) 53頁。同212頁参照。

(3) 高山佳奈子『故意と違法性の意識』(有斐閣, 1999年) 160頁。

(4) 高山佳奈子「相当因果関係」山口厚編著『クローズアップ刑法総論』(成文堂, 2003年) 15頁以下。

概念において回避可能性を問題とする場合、そこでは「結果回避可能性」のみが問題となるのか、あるいはそれ以外の「回避可能性」がありうるのかも、検討の必要があろう。

しかし、わが国においては、平野龍一博士が行為論に対して、「その議論はあまりにも観念的であり、何のために議論しているのかわからない状態におちいっているとさえいえなくはない」との評価を下して以降⁽⁵⁾、行為概念をめぐる議論は下火となり、この問題に行為論の側面からアプローチする手がかりに乏しい。

そこで、参照に値すると思われるのが、ドイツにおいて主張された否定的行為概念 (der negative Handlungsbegriff⁽⁶⁾) である。これは、回避可能性との関係で行為概念を構築する見解であり、その検討を通じて、冒頭の問題への示唆を得ることが予想される。

加えて、行為概念に関するわが国の議論では、因果的行為概念、目的的行為概念、社会的行為概念、人格的行為概念の四つの行為概念が挙げられ

(5) 平野龍一『刑法総論 I』(有斐閣, 1972年) 105頁。

(6) この概念における「negativ」の訳語としては、これを「否定的」と訳すものと(大嶋一泰『刑法総論講義』(信山社, 2004年) 98頁)、「消極的」と訳すもの(松村格『刑法(学)のための行為概念—システム論的構想の素描—』『刑事法学の総合的検討(下)』(有斐閣, 1993年) 218頁以下, 西原春夫監訳『ドイツ刑法総論 第5版』(成文堂, 1999年) 160頁以下, 平野龍一監修・町野朔=吉田宣之監訳『ロクシン刑法総論第一巻 [基礎・犯罪論の構造] (第三版) (翻訳第一分冊)』(信山社, 2003年) 251頁, 山中敬一『刑法総論 [第2版]』(成文堂, 2008年) 147頁注11)とがある。本稿では、①ヘルツベルクが、自身の行為概念を命名するにあたって「この概念がnegativなのは、それが常に、犯罪活動の通常の事例においても、法律上決定的なものとして否定(Negativum)を強調するからである。これによれば、重要なのは常に、行為者がしなかったことである。そして、これがnegativなのは、それがむしろ非行為概念、不作為概念だからである」と述べていること(Rolf Dietrich Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantprinzip, 1972, S. 177), ②同概念の特徴が、「nicht」という否定詞であり、ドイツ刑法学における批判にも、否定であることに力点を置くものがあることから、「否定的」行為概念という訳語を用いることとする。

るのが通例であって⁽⁷⁾、否定的行為概念の内容が伝えられることは少ない⁽⁸⁾。ここにドイツ刑法研究の空隙が存在する⁽⁹⁾。本稿の比較法上の主題は、この空隙を埋めることにある。上述のように、わが国においても回避可能性と行為性の関係を検討する論者が現れたことから、その議論の地ならしとして、否定的行為概念の内容とドイツ刑法学における評価をわが国に紹介する必要性は高い。

本稿では、第一に、否定的行為概念に関する諸見解を紹介し（第一章、第二章）、これに対するドイツ刑法学の評価を明らかにすることにより（第三章）、否定的行為概念に関する比較法的資料を提供する。第二に、この概念の検討を通じて、回避可能性と行為概念の関係について、わが国への一定の示唆を引き出す（第四章）。

第一章 否定的行為論の概観

第一節 保障人的地位にある者の回避可能な不回避：

ロルフ・ディートリッヒ・ヘルツベルクの見解

ロルフ・ディートリッヒ・ヘルツベルクは、その不作為に関する研究において⁽¹⁰⁾、作為と不作為の上位概念としての行為概念の分析を行った。

(7) 従来の行為概念を「行為の意味」という観点から再検討したものとして、拙稿「複数行為による結果惹起における問責対象行為の特定」早稲田法学会誌第59巻2号（2009年）425頁以下。

(8) 筆者が参照しえた文献として、前掲注（6）。

(9) ドイツ刑法総論の体系書では、上述した四つの行為概念に加えて、否定的行為概念と志向的行為概念（*der intentionale Handlungsbegriff*）が紹介されることがある。Statt vieler, Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 4. Aufl., 2006, 8/33ff., 8/50. 志向的行為概念を紹介するものとして、伊藤寧ほか『刑法教科書 総論（上）』（嵯峨野書院，1992年）105頁以下〔松生光生執筆〕、杉本一敏「相当因果関係と結果回避可能性（四）」早稲田大学大学院法研論集第104号（2002年）290頁以下など。

(10) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6).

ここでは、作為と不作為の「上位概念が存在しないとすれば、具体的な法律上の構成要件との関係で、特定の不作為と積極的な作為とが、等しく行為のメルクマールに概念上整序されるということは、最初から考えられない。その場合、例えば、『殺した』というメルクマール—これも一つの概念である—に、積極的な行為も一定の不作為も包摂されうるとするのは、いかにしてであろうか」という問題意識を出発点とする。ヘルツベルクの議論の射程は、あくまでも不真正不作為犯の問題であるから、証明されるべきは、作為と保障人の不作為が、「抽象化によって」、一つの上位概念に還元されるかである⁽¹¹⁾。ここでいう上位概念には、以下の三点が要求される。すなわち、①二つの行為態様が任意の抽象度において一致すること、②積極的な作為と保障人の不作為のみを含む程度の具体性を有すること、③上位概念の正確性と言明力が、下位概念（作為と保障人の不作為）のそれに劣らないことがこれである⁽¹²⁾。

以上の「抽象化による上位概念の導出」という問題意識から、1972年時点でのヘルツベルクは、「保障人的地位にある者の回避可能な不回避 (das vermeidbare Nichtvermeiden in Garantenstellung)」という上位概念に至る。本節ではまず、1972年のモノグラフの叙述に沿って、ヘルツベルクの論証を追う。その後ヘルツベルクは、1996年の論文の中で⁽¹³⁾、この定式を変更するので、その変更について紹介を行う。

第一款 純粹惹起犯の行為概念

ヘルツベルクの問題意識は、上述の「抽象化による上位概念の導出」であるが、その考察方法としては、「問題を具体的な生活上の事実と、範型となる法律上の構成要件に関係付けて解決する」という方法を採用する。

(11) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 156f.

(12) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 157.

(13) Rolf Dietrich Herzberg, Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbe-griff und zur »vortatbestandlichen« Deliktsverneinung, GA 1996, S. 10, Fn. 18.

ヘルツベルクは、次のような事例を掲げる。「A が X を、殺意を持ってナイフで刺したという場合を考えよう。X は出血多量で瀕死の状態であったが、A の息子 B や、たまたま通りがかった C によって救助される可能性があった。B と C はこれを知っていたが、何もしなかった。X は死亡した」。この事例では、A と B は故殺罪で、C は不救助罪⁽¹⁴⁾でそれぞれ処罰されるという結論には一致がある。しかし、「われわれがこの事案で、一方で A の積極的な作為と B の不作為を等しく殺人という抽象的な上位概念に包摂し、他方で、C の不作為はこれに包摂しないということが解釈論上いかにして正当化されるのであろうか」。ここには二つの基本的な問題がある。第一は、死の積極的な惹起と死の不阻止とを概念上一致させることであり、第二は、保障人でない者を排除することである⁽¹⁵⁾。

ヘルツベルクによれば、第一の問題は、「不作為者を作為者と同じく扱う」という伝統的な考え方にとらわれなければ容易に解決できる。すなわち、この考えとは逆に、「不作為を出発点として、積極的な作為のうちに不作為を見出そうと努めなければならない」のである。なぜならば、不作為と比べて、作為は結果惹起のより重要な形式であり⁽¹⁶⁾、作為（より大きなもの）の中に不作為（それよりも小さなもの）が存在するということは考えられるのに対して、その逆は考えられないからである⁽¹⁷⁾。

(14) ドイツ刑法323条 c (不救助)「事故又は公共の危険若しくは緊急の際に、救助が必要であり、当該状況によれば行為者に救助を期待することができ、特に自身への著しい危険も他の重要な義務に違反することもなく救助が可能であったにもかかわらず、救助を行わなかった者は、1年以下の自由刑又は罰金に処する。」(条文の訳は、法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』(法曹会、2007年)による。特に断らない限り、以下同様。)

(15) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 169f.

(16) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 170の記述は、「多数説によっても、不作為による遂行には刑の減輕が要求される」というものであったが、その後、1975年の刑法改正により、ドイツ刑法13条2項が、刑の裁量的減輕を認めるに至った。堀内捷三『不作為犯論』(青林書院新社、1978年)163頁以下、日高義博『不真正不作為犯の理論(第二版)』(慶應通信、1983年)272頁以下、平山幹子『不作為犯と正犯原理』(成文堂、2005年)39頁以下参照。

このように考えると、上述の事例のAについては、「積極的な刺激を見ずにはならず、Aが決定的な瞬間に『自らを抑える（sich zurückhalten）』ことをしなかったという点に照準を合わせるべきである」ことになる。このような用語法が奇異に感じられるとしたら、それは伝統的な概念上の区別にこだわっているからであるとして、ヘルツベルクは、「回避（Vermeiden）」の概念に着目する。上述の事例におけるA、B、Cに共通するのは、彼らはXの死を回避しなかったということであり、加えて、Aは自己の態度を単に差し控えることによって、BとCは出血しているXを救助することによって、Xの死を「回避しえた」ということである。ここでは、回避概念が二度用いられている。すなわち、A、B、Cには、Xの死の回避が①回避可能（vermeidbar）であったにもかかわらず、彼らはXの死を②回避していない（Nichtvermeiden）のである。積極的な死の惹起と死を阻止することの不作為は、死の回避可能な回避（das vermeidbare Nichtvermeiden）という点において共通する。そして、この概念は、行為概念の限界機能を維持しているとヘルツベルクはいう。というのも、Aが例えばてんかんの発作でナイフをXに突き刺したという事例で行為性が否定されるのは、彼はXの死を回避できなかった、すなわち、死の回避は彼にとって回避不可能だったからである⁽¹⁸⁾。

このような行為概念の理解からヘルツベルクは、刑法上の概念である作為と不作為を矛盾するものとして対置するいわゆるラートブルフ・テーゼ⁽¹⁹⁾、それが結果惹起に関する限り不当であるとする。刑法にとって重

(17) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 170.

(18) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 170f.

(19) 「肯定と否定、aと非aを一つの上位概念の下に服せしめることができないのと同様、行為と不作為もそのような概念に服することはできない」（Gustav Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904 (eingeleitet und herausgegeben von Arthur Kaufmann, 1967), S. 140), 「ある概念と、これと矛盾する概念とが、すなわち肯定と否定、aと非aが一つの共同体的上位概念に服することができないように、行為と不作為は、互いに結びつくことなく、並立しなければならない」（S. 141

要な、共通の結果との関係において、作為と不作為の関係は、a と非 a とは異なり、非 a と非 a の関係なのである。不作為者が阻止しなかったもの（法益侵害結果）を、積極的な行為者も同様に回避しなかったのである⁽²⁰⁾。

しかし、この行為概念はなお補充を必要とする。なぜならば、上述の事例における死の回避可能な不回避は、A と B のみならず C にも認められるからである。ヘルツベルクの問題意識では、C は A および B と区別されなければならないが、不回避概念のみではこれを行うことができない。そこで、ヘルツベルクは、「C を B から区別するものは唯一、保障人的地位がないことである」とする。このように理解した場合、次に問題となるのが、不作為犯である B と同様に、作為犯である A に保障人的地位があるかである⁽²¹⁾。

ヘルツベルクはまず、いかなる意味で作為犯である A に保障人的地位が認められるかを検討する。従来の見解は、冒頭の事例の A は、C と同様見知らぬ他人であることに加えて、積極的な作為の場合には、保障人的義務が問題となるのではないとして、A には保障人的地位という概念は適さないとしてきた。しかし、ヘルツベルクは、このような理解は決定的に誤っているという。それは、特定の法益を損害から守らなければならない者（例えば、子の生命にとっての両親）のみならず、特定の危険源にとって答責的である者も、保障人と呼ぶという事実が見落とされているからである。例えば、噛み付き癖のある犬を監視しない者は、危険源に対して答責的な保障人として、故意または過失の不作為犯となりうる。彼らは、いわば支配の輪の中心にあり、この輪が同時にその社会的答責性の範囲であって、そこから外部に離れていけばいくほど、支配の強さは弱まり、保障人の答責性は疑わしくなる。しかし反対に、中心に近づけば近づくほど、

f.)。

(20) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 171f.

(21) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 172.

保障人的地位も自明なものとなる。そして、最も中心を形成するのは、「その人自身」であるとする⁽²²⁾。

ここからヘルツベルクは、作為行為者も保障人とみなされなければならないと主張する。というのも、その態度が有意的に行われたかどうかは、当該犯罪において、潜在的な危険源としての「その人」の危険性が現実化しているという点に変更を加えるものではないからである。例えば、Xが他人のソファに座っていたところ、突然鼻血が出ていることに気づいたが、所有者を害するために、血がクッションに流れるままにした場合（以下、ソファ事例）、Xには意図的（willentlich）な運動経過は認められない。しかし、この場合も、保障人的地位と回避可能性は肯定され、自分自身という危険源に起因する損害の不回避が存在するとヘルツベルクはいう。これを上述の殺人の事例に即していえば次のようになる。「ドイツ刑法212条の意味において人を殺したといえるのは、回避しえた人の死の結果を回避せず、そして、この結果に関して保障人的地位を有している者である。あるいは短くいえば、殺人とは保障人的地位にある者の、死の回避可能な不回避（das vermeidbare Nichtvermeiden eines Todes in Garantenstellung）である」と⁽²³⁾。

以上の考察からヘルツベルクは、「結果犯である純粹惹起犯〔中略〕の行為概念は、それゆえ、わずかな抽象化によって殺人概念から導き出される。行為とは、保障人的地位にある者の、結果の回避可能な不回避（das vermeidbare Nichtvermeiden eines Erfolges in Garantenstellung）である」と結論する⁽²⁴⁾。

(22) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 172f. もっとも、同書S. 176は、不救助罪と犯罪の通告懈怠（138条）については、回避義務が保障人に限定されていないことから、この二つの構成要件は、行為概念ではなく、より一般的な不回避概念を前提としているとする。

(23) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 173.

(24) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 174.

第二款 他の犯罪への拡張

しかし、上述の行為概念の定義に「結果」が用いられている点について、ヘルツベルクは直ちにその修正（拡張）を主張する。なぜならば、挙動犯、未遂犯、大部分の真正不作為犯は、法律が回避を命令する結果を要件としてないからである。結果へ向けて単に努力すること（未遂）、単純な活動（例えば、ホモセクシュアルなわいせつ行為⁽²⁵⁾）、結果を伴わない状態の継続（例えば、開いている穴をそのままにしておくこと）、これらも刑法上の否認の対象でありうるとヘルツベルクはいう。そして、これらをすべて把握しようとする、せいぜい「何か (etwas)」という単語でこれを表現するしかない。しかし、不回避という概念はすでに「何か」を含んでいるのであるから、この「何か」は省略することも可能であるし、その省略は言語上推奨されるとする。ここからヘルツベルクは、「不回避の概念は、回避されなかった何かのすべてである」と主張する。「何か」とは具体的には、第一に、人とは切り離された外界の結果（人の死）、第二に、同様に、出来事ではあるが行為者とは切り離せない活動（性的行為、作による未遂）、第三に、持続している、行為者の外部にある状態（開いた穴、官庁への報告懈怠）が挙げられる。第三のものは通常、真正不作為犯である。加えて第四に、行為者自身の状態が挙げられる。これは例えば、ある女性が、病弱な老いた父親が湯船で助けを呼んでいるのを聞いたと誤信した—実際は、父親は歌を歌っていた—ところ、彼女が父親の死を望んでいたため、何もしなかったというような、不作為による不能未遂の場合にのみが想定される。この事例は例外的に殺人未遂となりうるとする⁽²⁶⁾。

(25) ドイツ刑法175条（男子間の猥褻行為、現在は削除）「他の男子と猥褻行為をした男子、又は猥褻行為のために自己を他の男子に悪用させた男子は、軽懲役に処する。」（条文の訳は、法務大臣官房司法法制調査部『ドイツ刑法典』（法務資料第三九七号、1967年）による。）

(26) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 175.

第三款 回避可能性と有意性の関係

上述のように理解された否定的行為概念は、刑量に関係する場合を除き⁽²⁷⁾、刑法における行為の有意性・意図性の契機を放棄し、目的性を重要でないとする点に特徴を有するとヘルツベルクはいう。従来の見解が、積極的行為における意思の契機を、刑罰を根拠付ける重要なものであると考えてきたのは、積極的な行為者にも不作為の契機があり、真正な保障人的義務を侵害しているという点を認識していないからである。しかし、否定的行為概念によれば、積極的行為者にも、不作為による遂行は認められる。行為者は、事象を阻止しえたのにこれを阻止せず、事象は彼に危険源保障人として帰属される。ここから、積極的な不作為の事例においても、現実には刑罰を根拠付けているのは、もっぱらこれらの要素であるということになる。目的性が重要であるように見えるのは、意思によって統制されていない身体運動は、ほとんど常に回避不可能でもあるということからである。しかし、結果を惹起した身体的事象が目的的に統制されていないにもかかわらず完全に回避可能であるという例外（ソファ事例）は確かに存在するのである⁽²⁸⁾。

もっとも、目的的な意欲（das finale Wollen）が⁽²⁹⁾、刑法解釈論において全く意味を持たないわけではないとして、ヘルツベルクは以下の四点を挙げる。

(1) 証明機能（Beweisfunktion）

意欲して積極的に実現することは、常にこれを行わないことができる。すなわち、有意性によって、常に同時に回避可能性が証明される。それゆえ、ある者が身体運動を意欲したがゆえに、その身体運動が彼に帰属され

(27) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 179, Fn. 14.

(28) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 179.

(29) Rolf Dietrich Herzberg, Das Wollen beim Vorsatzdelikt und dessen Unterscheidung vom bewußt fahrlässigen Verhalten - Teil 1, JZ 1988, S. 576 は、意欲が人間の行為にとって本質的であることを認めつつも、構成要件の充足にとつては重要ではないとする。

るということは、理論的には不正確であるが、実際上は問題がない⁽³⁰⁾。

(2) 徴候的作用 (Indizwirkung)

通常の事例では、有意的でない身体的事象は回避不可能でもある。それゆえ、まず有意性がないことを認定して、その後によくの場合、身体運動やその効果が回避不可能でもあったかをごく手短かにテストすることは理にかなっている。

この場合、自由な行為 (actio libera) という視点が重要である。帰属にとっては、身体運動やその結果がおよそ回避可能であることで充分であるから、ある時点において発作を予見しているてんかん患者が陶磁器屋に行く場合には、てんかんの発作が起こって、陶磁器を破壊しないように、その予見に従わなければならない。確かに彼は、自らが惹き起こしたことを発作の時点では回避できないが、事前に配慮しておくことはできるし、そうしなければならないのである⁽³¹⁾。

(3) 刑量

刑量にとっては、保障人が事象を回避しえなすぎないのか、彼がそれに加えて、事象を意図的に発生させたのかが重要である⁽³²⁾。

(4) 体系的観点

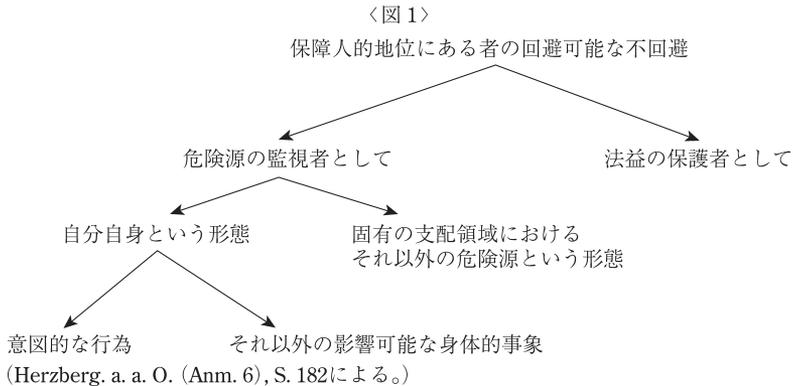
否定的行為論によれば、回避可能な身体運動の回避に通常付随する意思の契機は本質的なものではなく、これは体系から完全に抹消されるか、あるいは少なくともそれほど意味のないポジションに追いやられるという結論に至る。そして、厳密に捉えれば、積極的行為者は、自分自身を監視しない監視保障人の下位類型にすぎない。以上の考察をまとめて、ヘルツベルクは自身の否定的行為概念の全体像を次のように示す (図 1 参照)⁽³³⁾。

(30) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 181.

(31) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 181f.

(32) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 182.

(33) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 182.



第四款 予想される批判への応答

ヘルツベルクは、以下の五点にわたり、自説への予想される批判に応答している。

(1) 保障人的地位と行為概念の関係

保障人的地位というメルクマールは、行為概念に属し、不回避の概念に属するのではない。例えば、他人の物を救助できるにもかかわらず、それが沈んでいくに任せた非保障人は、法的な意味で「何か」を回避していない（不回避の存在）。しかし、彼は事象に対して答責的とはされず、事象は彼に自らのしわざとして帰属されえないがゆえに「行為」が存在しない⁽³⁴⁾。

(2) 刑法上の概念としての行為概念

刑法上の行為概念は、「刑法上」のものであり、「前法的」なものではない。立法者が、ほとんどの構成要件において、可罰性を保障人に限定していることは行為概念に影響する。保障人的地位にない者の不回避に刑罰が科されるようになり、これらの事例を例外と見ることができなくなった場合にはじめて、保障人原理は放棄される⁽³⁵⁾。

(34) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 184.

(35) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 184.

(3) 行為概念の規範的性格

保障人的地位は規範的概念である。人間の責任の範囲は、評価的理解によってのみ、すなわち、意義と意味内容 (Bedeutungen und Sinngehalten) によってのみ認定されうる。そのような評価的判断が行為概念にとって必要とされるということは、従来の見解と対立する。しかしそれは、否定的行為概念の正当性を損なうものではない。刑法のような規範的な素材において、そのすべてを担う中心概念、基本概念たる行為概念が評価的要素を含むということは、当然だからである。加えて、その他の行為概念が、規範的特徴を全く含んでいないということは、見かけ上のものにすぎない。自然主義的な因果的行為概念でさえ、これを含んでいる。因果的行為概念が、考えられるすべての事象から、まさに意図的な身体運動に基づくものを行為とする根拠は、あらゆる者は、自らの身体から回避可能な形で生じたものに責任を負わなければならない、すなわち、これが秩序に合致することを保障しなければならないという点に存する。否定的行為概念が規範的な帰属の観点を指摘することは、なんら欠点ではない。これは不作為を問題とする際の一つの方法なのである⁽³⁶⁾。

(4) 日常的活動の記述

否定的行為概念は狭すぎ、過度に規範的であるとか、誰もが正当にも行為と呼ぶ多くの日常的活動に適さないといった批判は⁽³⁷⁾、否定的行為概念にとって決定的ではない。確かに、昼食を取ることを、「保障人的地位にある者の回避可能な不回避」と呼ぶことは奇異であるし、不適切であろう。しかし、そのような作為が通常、刑法上の行為概念に含まれないということに何か不都合はあるだろうか。民法の基本概念である「法律行為」が、例えば昼食へ招くとかその約束をするといった行為を含まないという

(36) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 184f.

(37) ヘルツベルク自身は、これを想定される批判としていたが、実際に、Roxin, a. a. O. (Anm. 9), 8/37は、「親切をすること」、「昼食を取ることを例として、これを「回避可能な不回避」と呼ぶことに意味はないと批判した。

ことを、批判する論者はいない。法が食事に関心を持たないということをも明らかにする程度に刑法上の行為概念が規範的であるということは、これとパラレルである。

他方で、否定的行為概念が規範的概念であるということは、これが権利侵害の場合にはじめて適用可能であるという趣旨ではない。この概念は、権利侵害ほどではない、マナー違反 (Sozialwidrigkeit) の疑いがあるにすぎない場合にも用いられるものである。食事をしている者が、相席した者の料理に落ち度なく (nicht aus Versehen) 手をつけてしまった疑いがある場合、次のようにいうことができる。すなわち、ここで彼は、「食事や飲み物を取る」ということ回避しえたにもかかわらず、これを回避しなかったのである⁽³⁸⁾。

(5) 否定的行為論に対する違和感

否定的行為概念に納得しない人もいることをヘルツベルクは認める。彼らは、目的を意識した所為、あるいは不注意に統制された所為が犯罪論の中心であると考えており、否定的行為論の行為理解は、犯罪の本質に関する自然な理解との緊密な関係が失われた、机上の空論だというのである。しかし、このような批判に対して、ヘルツベルクは次のように応答する。ヘルツベルクの構想は、論理的に貫徹した思考プロセスの結果であり、これは実際上争われていない不真正不作為犯の存在を出発点としている。そして、不真正不作為犯の存在を認める者は、それによって、法律が「より小さなもの (Minderes)」をも、人間の目的活動の遂行として非難しているということを認めたことになる。そして、そうであるならば、この「より小さなもの」が「より大きなもの」たる目的活動 (作為) に認められるかを決定的なものとしなければならない、と⁽³⁹⁾。

否定的行為概念が、「(学問上の) 論理的に貫徹した思考プロセスの結果」であることに加えて、ヘルツベルクは、この概念が学問以外の領域で

(38) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 185.

(39) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 185f.

理解されている犯罪の本質と合致していると主張する。日常用語において、活動に関係する概念（例えば、働く（arbeiten）など）は主として、倫理的、経済的、あるいは職業上のキャリアにとって価値のある作為を描写している。これに対して、価値に反する行いについては、一般人の用語法では、これを非行（Untat）や誤った行い（Misstat）と呼ぶ。この「Un」や「Miss」に見られるように、言語の客観的精神に照らして、積極的犯罪者にも本来は不作為が備わっており、すなわち意欲しなかったことが非難をもたらしているのである。否定的行為概念は、このような本質理解を理論化したものである⁽⁴⁰⁾。

最後にヘルツベルクは、目的的行為論を批判する形で、刑法上重要な事象には、目的的な積極的態度ではないものが含まれていることを指摘する。すなわち、礼拝式の中に笑いが堪えられなくなったが、悲しい経験に意識を集中させることで礼拝式の妨害は阻止できたという例（以下、礼拝式事例）を挙げ⁽⁴¹⁾、次のようにいう。「この笑いはここでは統制されておらず、まったく意欲していない反射でもないが、唯一それを抑えられる手段も同じく目的的行為ではない」と⁽⁴²⁾。

第五款 注意義務に違反する刑法上承認されざる不作為：1996年論文での修正

ヘルツベルクは、1996年に公表した論文で、自身の否定的行為概念が「核は維持するが、公式は失敗であると判断した」と述べ、その修正を行った。「失敗」と判断した理由は、①その公式が、刑法の範囲を不必要に超えるものであること、②不救助罪のように、通常保障人とされない不作

(40) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 186f.

(41) ドイツ刑法167条1項（宗教活動の妨害）「1 国内に所在する教会若しくはその他の宗教団体の礼拝式若しくは礼拝を、意図的にかつ粗野に妨害した者、又は 2 このような宗教団体の礼拝式が行われる場所において冒瀆的な乱暴行為を行った者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(42) Herzberg, a. a. O.(Anm. 6), S. 188.

為犯を捕捉できないこと、③注意義務違反という基本的基準が明示されておらず、「回避可能な」という表現に示唆的に述べられるに留まること、④法律上使用されていない概念である「不回避」より、法律上用いられる概念である「不作為」を優先させるべきであることである⁽⁴³⁾。そこからヘルツベルクは、「注意義務に違反する刑法上承認されざる不作為 (das sorgfaltspflichtwidrige und strafrechtlich mißbilligte Unterlassen)」という新たな定式に至る⁽⁴⁴⁾。

ヘルツベルク自身も認めるように、この定式変更自体によって、ヘルツベルクの基本的な考え方が変更されたわけではない。ヘルツベルクの考察方法は、1996年論文においても、「すべての犯罪に共通する核を取り出し、それによってより深い体系的な洞察を勝ち取る」というものである⁽⁴⁵⁾。また、実際の判断方法についても、例えば、不必要で大きな笑い声によって葬儀 (Beisetzungsfeier) を妨害したという事例（以下、葬儀事例）について⁽⁴⁶⁾、「彼は第一に、妨害源に対して管轄を有しており（保障人的地位）、第二に、抑制によって妨害を避けえた」ということが決定的であるとしているように⁽⁴⁷⁾、保障人的地位と回避可能性を基準としている点に変更はない⁽⁴⁸⁾。

しかし、この修正によって新たに付け加わったのが、過失の観点である。ヘルツベルクの定義にいう「不作為」の基礎には次のような洞察があるという。「あらゆる犯罪は、故意犯であっても、〔中略〕過失的態度によって、すなわち、社会生活上必要な注意を怠ったことによって行われる。

(43) Herzberg, a. a. O.(Anm. 13), S. 10, Fn. 18.

(44) Herzberg, a. a. O.(Anm. 13), S. 1.

(45) Herzberg, a. a. O.(Anm. 13), S. 9.

(46) ドイツ刑法167条 a (葬儀の妨害)「意図的に又は事情を知りながら葬儀を妨害した者は、3年以下の自由刑又は罰金に処する。」

(47) Herzberg, a. a. O.(Anm. 13), S. 10.

(48) 本文中に指摘した箇所のほか、行為の回避と結果の回避に言及する箇所として、Herzberg, a. a. O.(Anm. 13), S. 12.

あるいは逆に、許された（社会的に相当な）危険の範囲内に留まっている者は、何人も犯罪を行うものではない」と⁽⁴⁹⁾。また、「注意義務に違反する不作為」という定義を、ヘルツベルクは以下のような事例に則して敷衍する。ある者が、高価な磁器類を扱う商店で不注意に体を動かしたため、マイセンの花瓶にぶつかってこれを落とし、もって損壊したという事例がこれである。この事例の行為者は、命じられた身体運動を怠っており、これによって社会生活上必要な注意を怠ったとして非難され、これは不法を構成し、損害賠償が義務付けられる。この点を捉えるのが、「注意義務に違反する不作為」という概念であるという。もっとも、ここで問題となっている態度は、構成要件を実現するものではない。なぜならば、器物損壊は故意犯のみが処罰されているからである。刑法の断片性からは、注意義務に違反する違法な態度であっても、これに適した構成要件がないことがある。それにもかかわらず、これらの態度は、これに対する防衛権の存在に示されるように、不法である。このような権利侵害を刑法から排除するのが、「刑法上承認されない」という要件である。なぜならば、この要件がなければ、定義が広範に過ぎることになるからであり、ヘルツベルクのアプローチが目指す、ドイツ刑法11条1項第5文にいう「刑法典の構成要件を実現する違法な行為」の内容的書き換えにそぐわないからである⁽⁵⁰⁾。

第六款 小括

以上で、ヘルツベルクにより主張された否定的行為概念の概略と、その修正についての紹介を終える。ヘルツベルクの問題意識は、一貫して、すべての犯罪に共通するメルクマールを発見するという点にあった。そのための考察方法として、「抽象化による上位概念の導出」という方法を採用し、そこから、上位概念としての「保障人的地位にある者の回避可能な不

(49) Herzberg, a. a. O.(Anm. 13), S. 14.

(50) Herzberg, a. a. O.(Anm. 13), S. 15.

回避」が導出された。ヘルツベルクの分析は、回避可能性の対象や、有意性と回避可能性の関係といった点について、示唆に富むものである。しかしながら、その形式を重視する方法ゆえに、行為性が認められるべき（であるとヘルツベルクが考える）諸事例からの抽象化により行為概念を定めることとなった結果、なぜ行為との関係で回避可能性が必要となるのかという点の実質的論拠に乏しいように思われる⁽⁵¹⁾。このような問題意識から否定的行為概念の実質化を図ったのが、ハンス-ヨアヒム・ベーレントである。次節では彼の見解を紹介し、回避可能性が行為概念との関係でいかなる意味を持つのかを検討したい。

第二節 構成要件該当状況の回避可能な不回避：

ハンス-ヨアヒム・ベーレントの見解

ヘルツベルクの考察が、抽象的・論理的レベルで行われていた点を補充して、これに「実質的で、経験的な社会科学の洞察に基づく基礎」を与え、「精神分析の理論を基礎に、否定的行為概念を発展」させようとしたのが⁽⁵²⁾、ハンス-ヨアヒム・ベーレントである。ベーレントは、精神分析の知見から、人間に自己統制機関（Selbststeuerungsinstanz）が備わるプロセスを確認した後、次のような洞察を引き出す。「超自我（Über-Ich⁽⁵³⁾）の機関における発展した主観的構造は、一つの道具を手にする。

(51) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 188が、「厳密に言えば、刑法上の規範は統一的に回避を命じている。このことは確かに、作為犯の場合には、行為者には間接的に目的的態度が禁止されているということの意味しうるし、不作為犯の場合には通常、この方法でのみ回避されるべきものが回避されうるのであるから、行為者には直接的に目的的態度が命じられているということの意味する」と述べ、Herzberg, a. a. O. (Anm. 29), S. 576が、積極的な構成要件実現から目的性や意思統制といった要素を抹消した場合、回避可能性が残ると述べるに留まる。

(52) Hans-Joachim Behrendt, Die Unterlassung im Strafrecht, 1979, S. 1.

(53) 超自我とは、個人の規範的・道徳的な機関であり、自我の理想形（自我理想, Ich-Ideal）として、自我に加えられる禁止や制限の担い手となるものとされる（Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 39f.）。

〔主観的—筆者注〕構造は、その道具によって、攻撃的・破壊的な衝動的傾向を、同質の反対衝動を動員することで封じ込めることができる。遺伝的、衝動ダイナミズム的、構造的観点においては、超自我は、統制のメカニズムとして記述される。このメカニズムは、破壊的動機の自己遮断 (Selbstblockade) に至る」という洞察がこれである。ペーレントの枠組では、人間にはエロスの・構築的な衝動である「リビドー」と、破壊的・攻撃的な要素である「デストルドー」が存在する⁽⁵⁴⁾。人間は子供時代に、異性の親に対してエロスの感情を抱くが、これが (同姓の親の存在から) 挫折することにより、このエロスの感情が攻撃的・破壊的な衝動へと転化する⁽⁵⁵⁾。この破壊性を、反対統制メカニズム (Gegensteuerungsmechanismen) を導入することで封じ込めるのである⁽⁵⁶⁾。ペーレントは、以上の精神分析的考察を刑法上の行為概念へと持ち込んでいく。以下では、ペーレントのモノグラフに則して、その論証を追うこととする。

第一款 刑法における自己統制メカニズム

ペーレントによれば、精神分析的手法によって明らかとなった自己統制メカニズムは、個人的なレベルに留まるものではなく、刑法のような、集合的・社会的機関の場合にも適用可能である。すなわち、両者の間には、機能的・構造的類似性が存在し、その類似性は、「共通に経験され、共通に想像された第三者の攻撃的・破壊的衝動の表出について、その無意識な共同体験、追体験を防ぐために、多くの主体は、攻撃と、超自我によって統制された遮断的反対攻撃という、惹き起こされる個人的システムを社会的領域に投影する」ことから生じる⁽⁵⁷⁾。すなわち、Xが行った犯罪的行為 (それは X 個人の反対統制メカニズムの失敗である) について、他の主体がこ

(54) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 31. リビドーとデストルドーは精神分析 (特にジークムント・フロイト) に由来する用語である (S. 31, Fn. 3, 4)。

(55) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 45.

(56) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 49.

(57) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 64f.

れを模倣するのを防ぐために（いわば一般予防的に）導入されるのが、個人的な反対統制メカニズム類似のメカニズムを持つ「刑法」という機関なのである。

それゆえ、個人的メカニズムと集合的メカニズムは、破壊性が表出される場面（犯罪の場面）では、互いに補い合う（相補的な）関係に立つ。すなわち、刑法が介入できるのは、個人的な破壊性阻止衝動（Hemmimpuls）が機能しなかった場合であり、反対に、個人的な回避メカニズムが適時かつ完全に行われていた場合には、刑法は登場しない。個人的な回避が働いている場合には、集合的メカニズムは働かず、個人的メカニズムが失敗したからといって、常に集合的メカニズムが登場するわけではないという意味で、この相補性は限定のかかったものである⁽⁵⁸⁾。

加えて、集合的メカニズムが発動する場面には限定がある。すなわち、個人の自己統制能力と自己統制行動が充分でない疑いが生じた場合に、集合的メカニズムは発動するのである。逆からいえば、自己統制が意識的に働いている場面では、刑法のような集合的メカニズムが登場する余地はないことになる。このような関係を、ベーレントは「特殊な機能的相補性の法則（das Gesetz der speziellen Funktionskomplementarität）」と呼ぶ⁽⁵⁹⁾。そして、相補性の法則は、①行為者の破壊性の表出、②反対統制能力の存在、③反対統制が行われないこと、④集合的反対統制という四つの要素からなると指摘したのである⁽⁶⁰⁾。

犯罪が、反対統制メカニズムの働かなかった場面の問題であるということは、その本質が不作為であることを意味する⁽⁶¹⁾。ベーレントは、ヘルツベルクの見解を引用しつつ、回避可能性概念に、この思考方法が現れているという。すなわち、「刑法上の帰属にとって決定的なのは、行為者が阻

(58) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 73.

(59) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 74f.

(60) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 76.

(61) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 92.

止するべきであり、阻止が可能であった態度を示したことであり、「不回避という不作為の契機が、刑法上の態度評価にとっての第一次的な結節点を示している」のである⁽⁶²⁾。作為によって他人に傷害を負わせた者も、「自らの破壊性を成り行きにまかせている」という点で不作為犯と同様であり、法が要求するのは、いずれの場合も「危険の展開をコントロールする行動（作為犯の場合は、自らの危険な態度の阻止であり、不作為犯の場合は緊急状態の阻止）」なのである⁽⁶³⁾。

第二款 反対統制メカニズムの行為概念への導入

ベーレントのいう反対統制メカニズムには、上述のように、①行為者の破壊性の表出、②反対統制能力の存在、③反対統制行為（の失敗）という要素がある。これらの要素は、ベーレントによれば、犯罪論と次のような関係に立つ。

まず、行為段階では、破壊性と反対統制能力が問題となり、反対統制能力が知的側面・意的側面から否定される場合には行為能力を阻却するという。例として、無意識状態、反射運動、絶対的強制が挙げられている。故意も、ドイツ刑法16条において、「行為遂行時に、法定構成要件に属する事情を認識していなかった者は、故意に行為したものではない。」として、否定の側面から捉えられており、反対統制能力の観点が見て取れるという。また、正当化事由も、それ自体が危険を防止するのに資するものであるから、一般人の場合には通常、反対統制機関の自己防止機能が働かない場面として捉えられている。これは、正当化事由が存在する場合には、反対統制意思の形成は期待されないのに対して、正当化事由が存在しない場合には、これが可能であるとみなされることによる。さらに、反対統制が適時に行われた場合には、構成要件に該当せず（反対統制が適時に行われれば、破壊性が表出されないので、犯罪とはならない）、時期に遅れたが反対統

(62) Behrendt, a. a. O.(Anm. 52), S. 83.

(63) Behrendt, a. a. O.(Anm. 52), S. 93.

制に成功した場合が未遂であるとする。責任段階では、反対統制能力は、責任阻却事由、洞察能力、行為能力として現れる⁽⁶⁴⁾。

ベーレントは、以上の基本的コンセプトを、不作為犯の領域で用いられてきた概念へと「言い換える」することで具体化する。すなわち、「破壊性、反対統制能力、反対統制の不作為」という各要素が、「構成要件該当状況、行為能力、期待された行為の不作為」へと置き換えられるというのである⁽⁶⁵⁾。

まず、「破壊性」を「構成要件該当状況」へと言い換えることが問題となる。ベーレントによれば、「構成要件該当状況」とは「回避されるべき客観的危険状況」の存在を意味する。他者を危殆化する状況は、行為者とは独立したものとしてイメージされ、その判断は事前判断（ex-ante）により行われる。この時点で問題となるのは、行為者の破壊性が展開するための前提状況のみであり、破壊性の表出それ自体ではない。当該状況において、行為者の破壊性が「表出」されたかは、行為者が危険を阻止できるのに、それをしなかったことが確定されてはじめて判明する。作為の場合も同様に理解することができるが、その場合は、危険を基礎付ける契機が、行為者自身の態度であることによって、不作為とは区別される。「構成要件該当状況」の概念は、破壊性が存在する事例すべてを捉えるものであり⁽⁶⁶⁾、破壊性が「表出」していない（回避可能な回避が存在しない）場合をも区別なく含む広範な概念である。これには、その後の検討によって限定がかけられる⁽⁶⁷⁾。

次に、ベーレントは、「反対統制能力」を「行為能力」へと言い換える。第一に、一般的行為能力（一般化され、作為にも妥当する行為能力）は、意思的・行動的レベル、あるいは知的レベルに一定の欠陥（Defekt）が見ら

(64) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 116ff.

(65) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 122.

(66) ここでいう「破壊性」は、行為者内部の「破壊衝動」のみならず、およそ他者に対する危殆化を含むものと思われる。

(67) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 123ff.

れる場合に否定される。前者に属するのが、絶対的強制や純粋な反射運動の場合であり、後者に属するのが、無意識状態での態度である。第二に、個人的行為能力が問題となる。これは以下の三点に間接的に示されるとベーレントはいう。すなわち、①行為能力を具体的に基礎付ける内部的・実体的能力が存在するか、②反対統制を行う状況と手段が存在するか、③反対統制を行う機会と危険阻止行為が行為者にとって認識可能であるかという点がこれである⁽⁶⁸⁾。行為能力は、危険の認識可能性、回避可能性と並んで、反対統制能力の基本構造を示す要素であり、これによって、刑法の射程範囲を、真正な破壊性（の表出）の事例に限定することができるとベーレントはいう。すなわち、「認識可能かつ回避可能な他者の危殆化〔状況—筆者注〕に際して、相当な行為を取らなかった者は、破壊的に行動した」のである⁽⁶⁹⁾。以上をまとめて、ベーレントは、行為能力について次のようにいう。「刑法上の行為能力とは、主体の危険回避能力である。行為能力が存在するのは、危険が認識可能であり、かつ目標、手段、方法の点で客観的に可能な反対統制が認識可能な場合である」と⁽⁷⁰⁾。

最後に、ベーレントは、「反対統制の不作为」を「期待された行為の不作为」へと言い換える。前提として、ベーレントは、「作為の場合も含めて、想定されるあらゆる事例で、命じられた危険回避行為に、目的主義（Finalismus）〔中略〕の意味での完全な行為性が認められることが望ましい」との価値判断を示す⁽⁷¹⁾。それによって、作為と不作为の関係が調和がもたらされるからである。そして、上述の行為能力概念に即した場合、命じられる反対統制を目的的行為と評価することは不可能というわけでは

(68) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 125f.

(69) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 127f.

(70) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 128.

(71) わが国において、鈴木茂嗣『刑法総論〔犯罪論〕』（成文堂、2001年）30頁が、責任論における回避可能性の文脈において、「むしろ目的的行為論は、犯罪論上、結果惹起行為ではなく結果回避行為と関連づけて考慮すべきものであるとする。

なく、むしろ、行為能力概念は、(目的的反対統制の意味における)意思と意思活動の要件を含むとベーレントはいう。この点で検討されるべきは、多くの事例で、実際の反対統制は行為の形態で行われるのではないということである。人間が生活する上で、実際の反対統制が必ずしも行為の形態で行われるのではないということは、ベーレントも争わない。しかし、ベーレントによれば、刑法で問題となるのは、反対統制が(完全には)機能しなかった事例である。それゆえ、問題とされるべきは、この「機能しなかった部分」、すなわち、「行われなかった」反対統制に、目的的反対統制行為を認めることができるかである。その意味で、行為は、ベーレントによれば、「事実上非現実的なもの (de facto irreal)」であり、刑法は現実の行為を評価するものではないのである⁽⁷²⁾。

さらに問題となるのは、意識的な行為意思が必要であるかである。すなわち、行われるべきであった反対統制に完全な目的性を認めることができるかという問題がこれである。しかし、ここまで述べてきたことは、刑法上の「反対統制」が完全な意識的行為によって行われるということではないとベーレントはいう。むしろ刑法にとって第一次的に重要なのは、行為者が自己の態度をそれに対応する反対行動によって統制するということである。そのコントロールが適時に行われるのであれば、刑法は、反対統制が完全な意識的目的的行為で行われなくとも、それよりもレベルの低いところで足りるとするのである。そして、目的的反対統制に関しては、反対統制が意識的にも行われえたであろう (auch bewußt vorgenommen werden könnte) ということと充分であるとする⁽⁷³⁾。

以上の作業から、ベーレントは刑法上の行為概念を次のように要約する。まず、刑法上の行為能力が存在するのは、認識可能な構成要件の危険状況において、行為の形式で危険を回避する可能性が与えられていたことが、行為者に認識可能である場合である。そして、不作為の基準が充足さ

(72) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 128f.

(73) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 129f.

れるのは、行為者が、構成要件に該当する危険状況に直面して、行為能力があるにもかかわらず、危険を回避する行為を行わない場合である⁽⁷⁴⁾。これをヘルツベルクの定式に即して言い換えると、「構成要件該当状況の回避可能な不回避 (vermeidbares Nichtvermeiden der tatbestandsmäßigen Situation)」となる⁽⁷⁵⁾。

第三款 作為と不作為の関係

ベーレントのように、行為概念を不作為として構成する場合、作為と不作為の関係はどのようなものとなるのであろうか。前提として、ベーレントによれば、①日常の用語法や学問上の用語法 (犯罪, 不法, 責任等) は、作為と不作為が「完全に分裂した対象」であるというイメージから導かれているわけではなく、②不作為を罰することも、「何人も思想のゆえに罰せられることはない (cogitatio poena nemo partitur)」の原則に反するわけではないのであるから、不作為にも単なる思想を超えた要素があるのであり、ここに作為と不作為の共通点を見ることはできるとする。問題は、否定的行為概念に、この課題を解決する能力がどの程度あるかである⁽⁷⁶⁾。

従来の行為概念は、犯罪の作為の面を強調してきたが、すでに述べたように、行為概念を不作為と捉える否定的行為概念は、方向性を異にする。否定的行為論は、目的的行為論や社会的行為論のいう「統制」「統制可能性」を、「行為の経過とは逆方向に」問題とする。決定的なのは、態度の結果 (Verhaltensfolgen) に向かう行動力 (Verhaltenskräfte) ではなく、この結果の「回避」に向けて、「反対方向に向かう力」なのであり、結果回避の問題は、「回避統制へ向けられた人間の現実的・心理的能力 (realpsychische Kapazität des Menschen zur Vermeidesteuerung)」の問題である

(74) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 130.

(75) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 132.

(76) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 149f.

とする⁽⁷⁷⁾。

以上のような理解からは、「行為概念が不作為を含む」ということは証明を要しない。なぜならば、否定的行為概念は、不作為概念だからである。むしろ、「不作為概念が積極的作為という行為形式を含みうる」ということが証明されなければならないが、「作為の場合にも否定的行為概念にとって構成的なメルクマールは存在する」のであるから、その証明は困難ではないとする⁽⁷⁸⁾。

作為と不作為の間に現象として相違が存在することはベーレントも争わない。危険の惹起が自己の態度によるのか(作為)、危険が目の前に存在する(vorfinden)のか(不作為)、回避可能性が自己の態度の阻止の問題なのか(作為)、その範囲を超えた行為が問題なのか(不作為)といった違いは存在する。しかし、刑法上の帰属原理において決定的なのは、態度の現象形態(Erscheinungsbild)における差異ではなく、行為者が回避可能な他者危殆化の回避を怠ったのかという点で重要な要素が存在するかなのである。このように理解すると、法律上の構成要件が作為の形式で規定されていることは、回避可能な態度のプロトタイプを問題としていると考えることができる。したがって、否定的行為概念は、作為と不作為を共通の

(77) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 155. 本文のような理解の下では、ベーレントは、自己の否定的行為概念を、以下の三点において具体化する。①「社会的に重要な態度の結果」という概念は、他者の危殆化として把握される。②「回避可能性」は、現実的・心理的な機関(Instanz)の能力と関係する。この機関は、他者の危殆化を阻止するという任務を果たすものである。③「反対統制行為」は、他者の危殆化回避という任務を、「外部的態度の変更(Änderung des äußeren Verhaltens)」により達成するものであり、目的的行為論のプロトタイプである「意識的に統制された行為」と対応する。それゆえ、「反対統制行為」それ自体が「行為」とみなされる。以上①～③の諸点において、否定的行為概念は、その存在論的特徴を示しているとベーレントはいう(Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 155f.)。もっとも同所では、刑法上の行為概念は規範的任務を果たさなければならないのであるから、規範的要素を含むのは不可避であり、その完全な存在論化は不可能であるという点が指摘されている。

(78) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 156f.

概念に包括するという問題をクリアするというのである⁽⁷⁹⁾。

第四款 行為性の限界事例とベーレントの解決

ベーレントは自己の否定的行為概念が、行為概念の諸機能と整合的であることを示す中で、行為性の限界事例への解決方法を示している。

行為に内的な意思と外的な態度（身体運動）を要求する従来に通説によれば、いずれかが欠ける場合には、行為性が否定される。例えば、単なる反射運動、完全な無意識状態での行動、絶対的強制は前者が欠け、純粋に内心に留まる事象は後者が欠ける。このことをベーレントは次のように説明する。内的な意思が欠ける場合には、「危険の回避可能性が、すなわち行為能力が欠ける」のに対して、外部的態度が欠ける場合には、「刑法上の意味における危険と、行われるはずだった反対措置が態度の形態を取ること（Verhaltensförmigkeit）というさらなる要件が欠ける」というのである⁽⁸⁰⁾。

問題となるのは、いわゆる自動化された行為（automatisiertes Verhalten）の場合である⁽⁸¹⁾。自動化された行為とは、「訓練されたため、あるいは本能的であるため、いずれにしても覚醒した意識が関与せず、中枢部と協働して行われる反応」をいう⁽⁸²⁾。例えば、被告人がアウトバーンを走行中、小動物が自車左方から右方へと車道を走り抜けるのを目撃し、その動物を避けるため、被告人が左方に急ハンドルを切ったという場合における⁽⁸³⁾、急ハンドル操作がこれにあたる。この場合も、問題の中心は、

(79) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 157f.

(80) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 166f.

(81) 自動化された行為態様に関する議論の概観は、拙稿「グリシャ・メルケル『自動化された行為態様の当罰性について』早稲田法学83巻4号（2008年）219頁参照。

(82) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (Studienausgabe), 1993, 6/36.

(83) OLG Frankfurt VRS 28, 364.

回避可能性にあるとペーレントはいう。ペーレントのいう回避可能性は、心理的な回避機関（Vermeidestanz）の働きであって、この回避機関は決定的な部分が無意識において働いているとする。例えば、無意識のうちに危険を認識し、回避措置が意識に上ることなく、これを回避するようなプロセスのことである。この無意識に行われる回避が、法律上問題となる場合、当該回避は、「行われるべきであったのに、行われなかった」ものとして、仮定的に判断されることになる。その限りで、行為性の検証は、反対統制行為を認めることが、意思と態度の両側面から正当化されるかの問題であるとする。そして、自動化された行為における意思に関しては、無意識の自動化された行為であっても、通例、意識に上りうる（können）ということ、および反応が可能であることから、意識的な回避行為を認める前提条件が存在するとペーレントはいう。また、態度の面に関しては、自動化された行為も外部的に知覚可能な形態を有しており、回避行為はこの事象を遮断するものであるから、反対統制を開始するポイントが与えられている⁽⁸⁴⁾。

ここで、意思が問題となるのは、ペーレントの見解によれば、刑法上の観点から重要なのが、態度を変更する意思の刺激（verhaltensändernder Willensimpuls）だからである。刑法の命令（Imperativ）は、意思の態度統制力に向けられている。刑法上の命令において、意思と態度は、両者が結びついて重要なのである。それゆえ、完全に無意識に行われた反対統制は意識の要素が欠け、単に動機のレベルで処理された事柄については、純粹に内心のプロセスであるから、いずれも刑法のコントロール外にあるとペーレントはいう⁽⁸⁵⁾。

ここでは、従来の行為概念とは異なり、実際に行われた身体運動の行為

(84) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 170.

(85) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 171. 同書 S. 181によれば、行為意思が所為の違法性の核であり、具体的には、反対行為（Gegen-Handlung）を行う意思が存在しない場合に、不法は決定される。

性が問題となっているのではなく、「行われるべきであったのに行われなかった」回避行為（反対統制行為）の行為性が問題となっていること、および刑法上の命令の観点から、その判断にあたっては意思・態度の両側面から検討するという手法が取られていることが指摘できる。

第五款 回避可能性概念の意義

ベーレントの見解において、回避可能性は、反対統制メカニズムにいう「反対統制能力」の刑法学への反映として、行為能力のレベルで問題となるものであった。回避可能性が要求される根拠は、精神分析的な反対統制メカニズムが存在することによる。では、その規範的根拠はどこに存するのであろうか。

ベーレントによれば、法がその命令を向けることができるのは、意図的な態度のみである。危険な活動を禁止する場合、法が命じるのは、行為（Handlung）、すなわち、当該危険活動の遮断である。各種の行動規定（Verhaltensvorschrift）が、結果回避を命じるものであるということはベーレントも承認する⁽⁸⁶⁾。これに加えて、刑法上の非難の核が「法が回避を命じたにもかかわらず、回避されなかった危殆化の回避可能性」に存するとの記述からは⁽⁸⁷⁾、回避可能性が要求される規範的根拠は、法による危険回避命令に求められるであろう。では、ベーレントのいう「回避可能性」は、具体的にはいかなる意味を有するものであろうか⁽⁸⁸⁾。

まず、刑法が関心を持つ危険な態度について問題とされるべきは、「犯罪者の阻止機関（Hemminstanz）、反対統制機関（Gegensteuerungsinstanz）が、なぜ効果を持たなかったのか、あるいはなぜ十分には効果を持たなかったのか」であるとする。それゆえ、刑法解釈論の基礎となるの

(86) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 180f.

(87) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 178.

(88) Hans-Joachim Behrendt, Das Prinzip der Vermeidbarkeit im Strafrecht, in: Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, 1. Band, 1985, S. 303ff.

は、危険の存在、反対統制能力（所為回避能力、危険回避能力）の存在、および、これらの能力が働くべきであったのに働かなかったという点である⁽⁸⁹⁾。

危険回避能力、所為回避能力としての回避可能性には、不法構成要件の領域に限ってみると、二つの観点が存在する。すなわち、所為回避の客観的可能性と主観的能力がこれである。前者は因果関係によって示され、ここでは「行為者が所為を因果的に惹起したか」ではなく、「行為者が所為を回避しえたか」が問題となる。後者は、「知的側面・意的基準に基づく一般的標準を手がかりとして、行為者の危険回避能力、所為回避能力を否定的に（ex negativo）認定する」判断であるとする。すなわち、問題となるのは、「行為者が自己の知識と意欲により、所為の実行（Tatbegehung）とは反対の統制を行い、これを回避することができたか」である。能力のレベルでは、行為者にそもそも所為回避能力が欠落している場合と、所為回避機能を働かせるのを怠った場合とが区別される。前者は、自己統制機関の「構造障害（Strukturdefekt）」と呼ばれ、無意識状態の態度、純粋な反射運動、絶対的強制の場合のように、行為者が反対統制によって所為を回避する能力が完全に失われた状態である。これに対して、後者は「機能障害（Funktionsdefizit）」と呼ばれ、この場合は、構造的には完全だが、機能が一定の根拠から（例えば、知的側面では構成要件の錯誤、意的側面では正当化事由）失われているとする⁽⁹⁰⁾。後者の場合、所為回避機関が働かないのは、例えば構成要件の錯誤の場合には、行為者に構成要件メルクマールの認識が欠け、それゆえ、危険の発展に関する認識がなく、危険回避義務を基礎付ける事態や危険防止を行わないことの認識がないからであり、正当化事由がある場合には、行為者が一定の状況の存在を理由として反対統制による回避をしないからであるとする。正当化事由が存在する場合、所為回避意思を形成し、これを働かせることを心理的に排除する一種

(89) Behrendt, a. a. O. (Anm. 88), S. 303.

(90) Behrendt, a. a. O. (Anm. 88), S. 304f.

の強制的状況が存在するため、法はその回避を期待しないと説明されている⁽⁹¹⁾。

ここでは、回避可能性の内容として、①客観面における因果関係判断(ベーレントによれば、それは等価説に類似する判断である⁽⁹²⁾)と②主観面における行為者の所為回避能力、危険回避能力の存否の判断が挙げられ、後者がさらに、② a) そもそも行為者の能力が構造的に欠落している「構造障害」と、② b) 行為者の能力は完全に認められるが、正当化事由、免責事由の存在を理由として、所為回避、危険回避が法的に期待されない「機能障害」に区別されている点が特徴的である。しかし、①の判断公式がいかなるものであるかは明らかとされておらず、所為や危険(あるいは結果)と因果関係に立つべきものが何かは明らかとはなっていない。

第六款 小 括

ベーレントの見解は、精神分析の知見から人間の反対統制メカニズムを明らかにし、そこで用いられた概念を刑法上の行為概念に転用することで、ヘルツベルクの否定的行為概念に実質的根拠を与えようとするものであった。確かに、ベーレントの見解によって、危険状況の存在、回避可能性の存在、不回避といった否定的行為概念のメルクマールに「精神分析的」基礎が与えられたことは重要である。また、行為性の判断を反対統制行為の行為性の問題として捉えた点、回避可能性の判断にあたって、因果関係の問題と行為者の能力の問題を区別した点も新たな知見といえよう。

しかし、実際に行われた身体運動の行為性を判断する代わりに、実際には行われなかった反対統制行為の行為性を問題にするという思考方法は、第一に、それが現実の身体運動の行為性を担保するものではないのではないか、第二に、現実には行われなかった反対統制行為の行為性を問題とすることで、行為概念はその現実的基盤を失うのではないかという疑問があ

(91) Behrendt, a. a. O.(Anm. 88), S. 305f.

(92) Behrendt, a. a. O.(Anm. 88), S. 305.

る。反対統制メカニズム自体が、内心において行われるプロセスであることから、ドイツにおいても行為主義違反という疑義が出されているところである⁽⁹³⁾。

また、回避可能性の規範的根拠として、「法による危険回避命令」を読み取ることができ、それが行為意思と関係するものであるという指摘は重要であるが、その規範的根拠から、具体的な回避可能性判断がどのようなものとなるのかは、なお明らかとはいえない。

この点に関して、行為概念と回避可能性の関係を規範論的に検討したのがギュンター・ヤコブスである。次章ではヤコブスの見解を紹介し、両者の関係を解明する一助としたい。

第二章 回避可能な結果惹起：ギュンター・ヤコブスの見解

ヘルツベルクが形式的・論理的観点から、ベーレントが精神分析的観点から、行為概念と回避可能性を関係付けたのに対して、行為規範 (Verhaltensnorm) という観点からこれを必要としたのがギュンター・ヤコブスである⁽⁹⁴⁾。以下では、ヤコブスの行為概念 (態度概念) にとって回避可

(93) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/33, Fn. 79.

(94) ドイツの文献では、ヤコブスの見解を否定的行為論の一つとして扱うものが見られる。Vgl. Roxin, a. a. O. (Anm. 9), 8/34. しかし、ヤコブス自身は、否定的行為論のように作為を不作為へと転換することによって「用語上の混乱」が生じ (Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/33)、行為概念の体系的意義を破壊するものである (6/33, Fn. 78) として批判していることから、否定的行為論に対して一定の距離を取っている。しかし、Rolf Dietrich Herzberg, »Die Vermeidbarkeit einer Erfolgsdifferenz«-Überlegungen zu Günther Jakobs' strafrechtlichem Handlungs- und Verhaltensbegriff, in: Festschrift für Günther Jakobs, 2007, S. 156が「ヤコブスは明示的に拒否しているが、その思想と論証は、事実上、回避可能な不回避の行為概念であることは明らかである」としていることから、類似性はなお存在するものと思われる。本稿では、両側面を勘案し、ヤコブスの見解を検討対象とするが、否定的行為論とは異なる位置付けを要するものとして、独立の章において取り扱うこととした。

能性がいかなる意味を持つのか、その規範的根拠は何かを明らかにしたい。

第一節 行為統制と衝動統制

ヤコブスは、議論の前提として、行為統制 (Handlungssteuerung) と衝動統制 (Antriebssteuerung) とを区別する。行為統制とは、意思が現実化するプロセスを意味するのに対して、衝動統制とは、意思の発生に関するコントロールを意味する。すなわち、衝動統制とは、行為の構造のうち、意思の現実化として行為が行われたかという部分ではなく、意思がいかにして発生したかという部分に関係する。例えば、行為しようとする意思が非常に強く発生し、意思が発生するのを抑えられなかった (意思の発生をコントロールできなかった) としても、意欲された行為は不法な行為である。システム論において、不法として関心を持たれるのは、有意的行為や統制された行為という「アウトプット」の部分であり、いかにして意思が発生したかという衝動統制の部分は、帰属主体というシステムに固有の内部的な事柄となる。それゆえ、主体が違法な活動へと駆り立てる欲求を抑えた場合には、それはシステム内部に留まるため、およそ行為は (合法的な行為も) 存在しない。動機のレベルに留まる活動はアウトプットではなく、行為ではないのである⁽⁹⁵⁾。刑法は、緩やかで匿名性を有する社会的接触における期待の確実性を保障するものであるから、刑法上の行為概念からは、衝動統制の部分は排除される⁽⁹⁶⁾。

第二節 動機付けによる回避

ヤコブスの議論の出発点は、潜在的行為者への行動指針としての行為規範である。行為規範が作用するのは動機 (Motivation) に対してであり、動機付けによって達成可能 (motivatorisch Erreichbaren) な範囲を超えた

(95) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/21.

(96) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/22.

場合には、規範は力を持たない⁽⁹⁷⁾。

ここで、「動機付けによって達成可能」とはいかなる意味かが問題となる。ヤコブスによれば、規範にとって達成可能なのは、規範服従者が、規範に対してのみ動機付けされていれば行ったであろうところのすべての態度であり、その態度のみである。態度概念は、規範によって規制可能なものをすべて、そしてそれのみを含むとして、ヤコブスは態度概念を次のように定式化する。「態度とは—結果犯について定式化すれば—回避可能な結果惹起 (vermeidbare Erfolgsherbeiführung) である」と⁽⁹⁸⁾。

上述の「規範にとって達成可能なのは、規範服従者が、規範に対してのみ動機付けされていれば行ったであろうところのすべての態度であり、その態度のみである」という箇所に使われている条件文（接続法II式）は、純粋に「仮定的」なものであるとヤコブスはいう。この仮定的判断が、ヤコブスの定式では回避可能性の判断に相当する。すなわち、回避可能性は、「行為者が回避への動機を有していれば、彼は回避するであろう」⁽⁹⁹⁾、あるいはより正確な表現として「行為者が、特定の行為 (Action) の回避への支配的な動機を有していたならば、この行為が現実に回避されていたであろう」という形で判断されるのである⁽¹⁰⁰⁾。この点をヤコブスは、次のような例を挙げて敷衍する。「自動車運転手が時速70キロメートルで市街地を走行している場合、彼はこれを以下のようにして回避することができる。まず、彼が高速度で運転していることを認識している場合、これを直接やめることによって回避できる。あるいは、運転者が自分のスピードに気づいていない場合には、彼は自分が何をしているかを第

(97) Günther Jakobs, Vermeidbares Verhalten und Strafrechtssystem, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 308.

(98) Jakobs, a. a. O. (Anm. 97), S. 309. Ders., a. a. O. (Anm. 82), 6/8は、「規範は、回避可能な経過にのみ関係付けられる。行為とは原因設定者にとって回避可能な結果惹起である」とする。

(99) Jakobs, a. a. O. (Anm. 97), S. 309.

(100) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/27.

一に判断することによってこれを回避できる。その際、自己の行動の結果として起こることについて彼が認識しておらず、そのことについて判断すること自体に価値がないとする場合には、これを直ちにやめることによって、彼が判断の手間を節約することももちろんありうる。高速度運転の禁止を知らなかったり、禁止が通行中の区間には妥当していなかったり、警察がない場合の交通法規は彼にとってはどうでもよいといった理由で、運転手がゆっくり走行することに全く関心を有していないかどうかは、重要ではない。いずれにしても、計画的な回避の可能性が存在するのは、彼の動機付けの力の内部である」⁽¹⁰¹⁾。

ここで行われている判断を敷衍すれば、次のようになろう。行為規範が作用できるのが動機のみであり、また、規範の内容が一定の態度（あるいは結果）回避であるとする、規範違反にとって重要なのは、規範遵守へと動機付けた場合に回避できる態度のみである。「仮定的」というのは、規範遵守に向けられた動機が存在しなかった（それゆえに規範違反が起こっている）という現実、「彼に規範遵守への動機が存在したら」という規範に合致する仮定を措定することで、その回避（規範目的の達成）が可能であるかを問うというプロセスであることになる。これが肯定されたものが、ヤコブスの用語では「態度 (Verhalten)」と呼ばれることになる。

ヤコブスの態度概念は、支配可能性 (Beherrschen-Können) に焦点を合わせることによって態度の積極的な契機（意欲、意識、因果性など）を問題とするのではなく、一定の態度を回避するという規範の目的から、回避可能性 (Vermeiden-Können) の条件を問題とするものである⁽¹⁰²⁾。このような理解からは、態度概念にとっては、結果に向けられた意思や、客観的に結果に向けられた目的性や、内的・外的に結果に向けられていない目的性（過失）が重要なのではなく、唯一、結果回避に向けられた動機による態度の影響可能性 (Beeinflußbarkeit) が重要であることになる。というの

(101) Jakobs, a. a. O. (Anm. 97), S. 309.

(102) Jakobs, a. a. O. (Anm. 97), S. 310.

も、態度概念の領域においては、結果に対する主体の関係（行為者が規範に対してどのような認識を有していたか）ではなく、結果不発生条件（結果回避に向けられた動機）に対する主体の関係が重要だからであるとヤコブスという。ヤコブスのいう動機とは、主体がある態度の回避について配慮することであり、回避の動機が支配的である場合に、動機付けの領域において「処理」される（結果回避に向けて動機付けられることで足り、それに加えて一定の態度を取る必要がない）行為態様が、行為（Handlung）である。これに対して、動機付けに加えて一定の態度が要求される行為態様が不作為である。その際、規範が前提とするのは、回避可能性であり、回避そのものではないとヤコブスという⁽¹⁰³⁾。

第三節 個人的回避可能性

前節で検討した回避可能性は、一般的・平均的な回避可能性ではなく、「個人的な」回避可能性である。なぜならば、刑法上の帰属は、個人の能力に即して達成されるものだからである⁽¹⁰⁴⁾。個人的な行為統制の可能性が認められない場合、すなわち、その者にとって結果（例えば、人の死）が回避不可能である場合、「殺人が存在するべきだ（故意）、あるいは殺人は注意を払われるべきではない（過失）」とか⁽¹⁰⁵⁾、「人の生命を支配的に考慮するよりも他の事柄の方が重要である」という内容の意味表現（Sinn-
ausdruck）が欠け、規範は侵害されていないとヤコブスという⁽¹⁰⁶⁾。したがって、行為概念からは衝動統制は排除されるのに対して、行為統制は行為者の個人的能力に即して決定され、これによって、行為の意味表現が、主体の意味表現であることが保障される⁽¹⁰⁷⁾。

以上のように個人化された行為の理解から、ヤコブスは回避可能性にと

(103) Jakobs, a. a. O. (Anm. 97), S. 313f.

(104) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/24.

(105) Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 1. Aufl., 1983, 6/24.

(106) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/24.

(107) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/25.

って何が重要でないかを挙げる。ヤコブスは次のようにいう。「回避可能性にとっては、行為を行うことがそれ自体として禁止されていること（挙動犯、未遂犯）、あるいはその効果のゆえに禁止されていること（結果犯）を行為者が認識したかということは重要ではない。すなわち、回避可能性は法的規制の認識可能性とは独立であり、また独立でなければならない。なぜならば、法規範の認識可能性は、何かを惹起する、惹起しないという行為者の力になんら寄与せず、法に忠実な (rechtstreu) 行為者に、その力を禁止されていることの回避（および命令されていることの遵守）のために用いる根拠を与えるのみだからである。すなわち、法の認識可能性は、衝動統制に属し、行為統制には属さず、それゆえ不法の領域では、帰属される主体に固有の（内部的な）事柄なのである」と⁽¹⁰⁸⁾。ここでは禁止に関する認識可能性は、回避可能性にとって重要ではないという点が指摘されている。

上述の通り、ヤコブスの見解においては、回避可能性判断は仮定的性格を有するものであるが、その際に用いられる「動機」という概念もまた、その発生は、衝動統制に属し、不法の問題ではない。例えば、屋根から路上へレンガを投げた者は、「路上へレンガを投げない」ということが支配的動機となっていれば、それに対応する行為の特徴を認識し、もって、当該行為を差し控える。行為者が、およそ路上にレンガを投げないことに関心を有していたか、あるいは投石が禁止されていないとか禁止を認識していないといった理由で、路上にレンガを投げないということに行為者が無関心であったかどうかは、回避可能性にとっては関係がない。ここでも、意思の発生にかかわる衝動統制の部分は、不法の問題ではないのである。もっとも、事実に関する認識可能性が問題とならないわけではない。むしろ、ヤコブスは、「行為の内容が何であるかは、行為者 (Agierende) のその都度の認識可能性に依存する」という。例えば、上述の路上投石の例

(108) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/26.

で、行為者が、レンガを投げた先に道路が通っていることを知らなかった場合、行為者が行ったのは、「レンガを投げる行為」であって、「レンガを路上に投げる行為」〔傍点筆者〕ではない。この場合、「レンガを路上に投げる行為」は回避不可能である⁽¹⁰⁹⁾。

ここでヤコブスは、上述の「回避可能な結果惹起」という定式に修正を行う。すなわち、回避可能なものの範囲には、結果のみならず、身体運動も含まれるからである。ヤコブスはいう。「ここで、行為を回避可能な結果惹起と定義する場合、結果犯の意味における結果の惹起が問題となっているのではない（未遂犯の場合も行為している）。また、必ずしも、構成要件的事象の惹起が問題なのでもない。そうではなく、その形態において認識可能なすべての身体運動と—それが認識可能な場合には—身体運動の結果が問題なのである」と⁽¹¹⁰⁾。

さらに、「回避可能な結果惹起」は、故意と過失⁽¹¹¹⁾、作為と不作為の上位概念であるとヤコブスはいう⁽¹¹²⁾。特に後者については、作為と不作為という形式の違いはあるものの、回避可能な結果の差異（Erfolgsdifferenz）に共通性が見出される。例えば、人間の生が死に変わったという差異がこれである。この点を捉えて、ヤコブスは「態度とは結果の差異の回避可能性である」という定式も提示している⁽¹¹³⁾。

第四節 行為性の限界事例とヤコブスの解決

以上のように、ヤコブスの見解は、行為規範という観点から、結果回避

(109) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/27.

(110) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/27. Ders., Der strafrechtliche Handlungsbe-
griff, 1992, S. 35（上田健二＝浅田和茂訳「刑法上の行為概念」立命館法学227
号（1993年）116頁）は、身体運動と結果を区別し、「外部的な犯罪結果は〔中
略〕身体運動を量的に高める」ものであるとする。

(111) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/27.

(112) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/31f.

(113) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/32.

への動機が支配的である場合に、身体運動や結果が回避できるかという判断が重要であるとして、行為概念と回避可能性を関係付けるものである。このような理解によれば、従来行為論で扱われてきた諸問題は、以下のように解決される。

(1) 自動作用 (Automatism)

ヤコブスは自動作用 (自動化された行為) の問題領域を回避可能性の観点から分析し、次の三類型に区別する。①自動作用自体が事前の反対動機形成によって止揚可能である場合、②自動作用がすでに進行しているが、意識的な介入によってこれを妨げうる場合、③いずれの時点でも回避不可能な場合がこれである⁽¹¹⁴⁾。

①の場合、回避への動機が支配的であり、動機付けプロセスの時間が存在すれば、身体運動は起こらないのであるから、事象は回避可能であって、行為性が認められる。ヤコブスは、凍結した路面で自動車を運転する場合、スリップしないようにアクセルとブレーキをゆっくり踏むといった例を挙げる⁽¹¹⁵⁾。

②の場合、自動作用自体は行為ではない。しかし、回避に向けられた動機が支配的であれば、反対方向へと統制する行為 (例えば、目の前を小動物が通り過ぎた際に、自動車運転手が行う回避行動) が行われるはずであり⁽¹¹⁶⁾、それによって結果が阻止できるにもかかわらず、これを行わなかった点に不作為が認められる。ヤコブスは、小動物の回避行為のほか、激痛を受けた場合の叫び声を、歯をかみ締めることで回避する例を挙げる⁽¹¹⁷⁾。

③の場合、自動作用自体も行為ではなく、回避行為を行わなかったことも不作為ではない。濡れているように思われたが、実際は油が塗られている

(114) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/38.

(115) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/38 α).

(116) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/37 β).

(117) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/38 β).

た路面で車両が横滑りした際に、運転手が自動的にブレーキをかけたが、そのブレーキによってさらにスピンしたという例が挙げられている⁽¹¹⁸⁾。しかし、主体がこのような回避不可能な状況に至った態度が責任根拠となる場合がある(状況の引き受け (Übernahme einer Situation) による回避可能性⁽¹¹⁹⁾)。ヤコブスは、ある者が当該状況に陥ることを回避可能であれば、状況の引き受けは許された危険を超えているとする⁽¹²⁰⁾。

(2) 絶対的強制

絶対的強制下の身体運動は行為ではないというのが一般的な見解である。ヤコブスはこの見解を正当であるとするが、その限界付けがあいまいであるとして、自動作用の分析と同様、動機付けによる処理の有無という観点から限界を設定する。

まず、主体により動機付けられて処理されるのではない主体の身体の状態変化は、行為ではないとヤコブスはいふ。この場合、そもそも規範が働きかけるべき動機が存在しないため、回避可能性もなく、行為性が認められないとする趣旨であろう。

さらに、自動作用における不作為的構成と同様の観点から、反対行動の介入を問題とするが、絶対的強制下における態度(状態変化)は、反対行動によって処理されるわけでもないから、不作為でもないとする。もっとも、絶対的でない強制については、不作為が認められる場合がある。例えば文書偽造について、不真正文書の作成への衝動を有さない主体の手が(何者かに)動かされて文書が作成された場合、主体による偽造行為は存在しない。これに対して、何者かによる手を動かした力が、抗拒可能なものであった場合、不作為による文書偽造が存在する⁽¹²¹⁾。

(118) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/38 γ).

(119) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/42は、行為性が認められない事例について、常に状況の引き受けが認められる可能性があるとして、酩酊状態や睡眠薬を服用した状態で赤ん坊と一緒に狭いベッドに横になり、睡眠中の運動によりその子を圧死させた母親の例を挙げる。

(120) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/39.

(3) 無意識下での態度

熟睡状態や完全な無意識状態の態度については、当該状況の継続中は、自己の行為に関する意識的経験 (Erleben) の可能性が存在しないため、行為ではないとヤコブスという。この場合は、他の支配的な動機が確立されるべき領域がそもそも欠けているためである⁽¹²²⁾。

(4) 法人の犯罪能力 (法人の行為)

現行ドイツ刑法では、私法人、公法人、およびその他の団体は処罰されず、秩序違反法30条によって過料が科されるにとどまる⁽¹²³⁾。学説上は法人の行為能力が争われ、これが否定する見解が支配的であるが、このような理解は不当であるとヤコブスという。「自然人の場合でさえ、行為の確定は自然主義的に処理されるばかりではない。むしろ帰属主体の評価による決定が重要であり、すなわち、精神と肉体からなるどのようなシステムが、その外界への作用に従って判断されるかが重要なのである。〔中略〕法人の定款や機関はむしろ一つのシステムとして定義され、その際、一自然人の場合と対応して一その内部は関心を引くものではない。〔中略〕そうではなく、アウトプットが重要なのである。定款に従った機関の行為はこれによって法人自身の行為となる」のである⁽¹²⁴⁾。

第五節 小 括

以上で、ヤコブスの行為概念の紹介を終える。ヤコブスの行為概念は、その規範論に基礎を持ち、規範の作用対象との関係で行為性を決定するというアプローチにおいて、独自性を有する。ヤコブスの理解する行為規範は、行為者の動機に働きかけるものであり、動機付けの不可能な場合、すなわち、行為規範の働きかけによっては当該事態が回避不可能な場合には

(121) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/40.

(122) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/41.

(123) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/43.

(124) Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/44.

行為は認められない。

回避可能性の判断対象としては、当初は結果犯に限定して「回避可能な結果惹起」という基準を用いていたが、後には、身体運動の回避可能性を考慮するに至り、その対象の拡大が見られる。

さらに、回避可能性の判断方法としては、「行為者が、特定の行為の回避への支配的な動機を有していたならば、この行為が現実回避されていたであろう」という接続法II式の形式を採っている。これは、規範遵守に向けられた動機が存在しなかったという現実、「彼に規範遵守への動機が存在したら」という規範に合致する仮定を措定することで、その回避（規範目的の達成）が可能であるかを問うというプロセスであり、規範との関係で回避可能性を検討する場合には、一つの判断方法として参照に値すると思われる。

〔2009年7月脱稿〕

（本稿は、2008年度早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号2008A-813）および2009年度早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号2009A-009）による研究成果の一部である。）