

論 説

行為概念と回避可能性の関係（２・完）

——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
イートリッヒ・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・ペーレントの見解

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ペー
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、本誌43巻
2号）

第三章 否定的行為論に対するドイ
ツの学説の評価

第一節 論理的観点から

第二節 帰属の観点から

第三節 行為主義の観点から

第四節 作為犯の特徴の観点から

第五節 行為概念の諸機能の観点
から

第六節 その他の批判

第七節 ヘルツベルクによる反論

第八節 小括

第四章 わが国への示唆

第一節 わが国の判例への否定的
行為論の適用

第二節 否定的行為論は行為主義
違反か

第三節 行為概念は不作為概念か

第四節 回避可能性判断の対象

第五節 回避可能性と行為意思

第六節 回避可能性と行為の意味
おわりに（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

前章までの検討において、否定的行為論の輪郭を明らかにした。この見解に対しては、その不作為を中心とした概念構成について、ドイツ刑法学でも批判が強い。本章では、これらの批判的見解を紹介し、否定的行為論をめぐる議論の焦点を明らかにする。

第一節 論理的観点から

ヘルツベルクのモノグラフ公刊直後に公表されたのが、カール・エンギッシュによる批判である。エンギッシュは、「否定的行為概念は作為と不作為の対置にとってどのような意味を有するか、とりわけこの二元論を消し去るものであるか」という問いを立て、次のようにいう。「私はそのようには思わない。〔中略〕積極的な作為によって行われた犯罪を不作為犯へと作り変える (Umkonstruktion) ことは、実際のところ、積極的な作為犯における『回避』が、結果犯においては結果の不惹起を意味し、挙動犯においては特定の活動の不実行を意味する限りにおいて、二重否定によって行われる。『不回避』とはそれゆえ、『結果の不一不惹起 (Nicht-Nicht-Herbeiführung des Erfolges)』であり、『活動の不一不実行 (Nicht-Nicht-Vornahme einer Tätigkeit)』である。ここでは、論理的に、その不回避が行為者に帰せられる活動が前提とされている。その活動に『不回避』は結びついている」と⁽¹²⁵⁾。エンギッシュの批判においては、①否定的行為概念には、二重否定の側面があるということ、②不回避が関係付けられるべき活動の存在が指摘されたことが重要である⁽¹²⁶⁾。

(125) Karl Engisch, Tun und Unterlassen, in: Festschrift für Wilhelm Gallas zum 70. Geburtstag, 1973, S. 194.

(126) ②の点に関連して、Eberhard Schmidhäuser, Gedanken zum strafrechtlichen Handlungsbegriff—Ein Wort zu Herzbergs gleichnamigem Aufsatz-, GA 1996, S. 305は、犯罪行為として刑罰の前提となるものは何かという問いを

エンギッシュの批判をさらに発展させたのが、クラウス・ロクシンとインゲボルク・プッペによる批判である。ロクシンは次のようにいう。「否定的行為概念によって本当に共通の基本要素が勝ち取られるかは、極めて疑わしい。〔中略〕というのも、積極的な結果犯において、『回避』とは『結果の不惹起』を意味しうるのみだからである。そして『不回避』とは結果の『不—不惹起』である。この二重否定は、論理的に肯定を意味する。したがってはっきりといえば、これは結果の惹起である。この『惹起』と並列するのは『結果の不阻止』であり〔中略〕作為と不作为は従前通り正しく分離している。肯定は言語的には、二重否定としても表現できるのであるから、肯定と否定は、否定という同一の上位概念に服さない」と⁽¹²⁷⁾。ロクシンの批判は、エンギッシュの批判に見られた、否定的行為概念の二重否定的理解を推し進めて、それが論理的に肯定を意味することを指摘するものである。

また、プッペは次のようにいう。「回避を単に構成要件該当行為の否定と解する者もある。その場合、A と非 A を一つの概念のまとめるという課題に変わって、非 A と非—非 A を一つの概念にまとめるという課題に直面する。一方が解決不可能ならば、他方も解決不可能である」と⁽¹²⁸⁾。プッペの批判においては、否定的行為論における作為と不作为の関係が非 A と非—非 A の関係になることが指摘されている。

第二節 帰属の観点から

次に、回避可能性は結果帰属の問題であり、これを行為概念に取り込む

立て、「行為者が、してはならなかった方法で行動をした」ということであるとする。シュミットホイザーの見解も、不回避の対象としての行為者の態度を必要とするものということができよう。

(127) Roxin, a. a. O. (Anm. 6), 8/35. Vgl. Walter Gropp, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2005, 4/65.

(128) Ingeborg Puppe, in : Nomos Kommentar, Bd. 1, 2. Aufl., 2005, Vor §13 Rn. 52.

べきではないという批判が存在する。

ロクシンによれば、回避可能性は犯罪論のあらゆるカテゴリーに登場するが、その際重要なのは、行為概念ではなく、帰属の視点である。回避可能性を行為、不法、責任という様々なカテゴリーの評価の視点の下で取り上げることが、重要な解釈論上の課題であるが、これは行為概念の課題ではないというのである⁽¹²⁹⁾。

また、ハロー・オットーは、否定的行為論の背後には、「例えば結果犯を理由とする刑法上の責任は、行為者が結果回避可能性を有していたということを前提とするということであり、すなわち、回避義務違反が刑法上の責任の要件であるということである」という考え方が潜んでいるのみであるという⁽¹³⁰⁾。

ハンス・ハインリッヒ・イエシェック＝トーマス・ヴァイгентは次のようにいう。「回避不可能なことに對しては刑法的に帰責不可能であることは、自明のことであり、なんらの新たな認識をもたらすものではない。これに對して、刑法的に重要な結果の回避可能性は、行為の問題ではなく、さらなる事象を行為者の行為に帰属することの問題なのである」と⁽¹³¹⁾。

ロクシンの批判においては、回避可能性の対象が明示されておらず、オットーの批判は例として結果犯を挙げるものであるが、イエシェック＝ヴァイгентの批判においては、結果の回避可能性が問題であることを前提として、これを帰属の問題として扱うべきであるとしている点が注目される⁽¹³²⁾。

(129) Roxin, a. a. O. (Anm. 6), 8/40.

(130) Harro Otto, Buchbesprechung, MschrKrim 57, Heft 2, 1974, S. 124f.

(131) Hans-Heinrich Jescheck/Thomas Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., 1996, S. 222. (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) Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, in: Leipziger Kommentar, 11. Aufl., 2003, Vor §13 Rn. 31.

(132) わが国でも、松村・前掲注(6) 219頁が、「回避可能性に基づく思考は、行

第三節 行為主義の観点から

否定的行為概念が用いる「不回避」によって、実際に行為が行われていないということが強調された結果、それが内心に留まるものではないか、すなわち行為主義（Tatprinzip）に反するのではないかという批判を生むこととなった。

エベルハルト・シュミットホイザーは、ヘルツベルクの行為概念を「古き干渉説（Interferenztheorie）とは正反対の鏡像（genaues spiegelbildliches Gegenstück）」であるとして次のようにいう。「この概念は、事物にあらかじめ与えられている概念を放棄することによって、再び現実から遊離したものとして構成されている。干渉説では、不作為者が、本来合法的な行為衝動を積極的に抑制した（制圧した）というフィクションによって、上位概念である活動（Tätigwerden）が構築されていたが、ヘルツベルクの見解では、積極的行為者は、不法な衝動が積極化する〔中略〕のを抑制（制圧）しなかったというフィクションによって、上位概念である不作為が構築されている。ヘルツベルクは、この純粋な内部事情に『作為犯』の場合の不作為を見ているのである」と⁽¹³³⁾。

上述の批判に加えて、シュミットホイザーは、言葉の意味の観点から、やはり否定的行為概念が内心に留まるものであることを指摘する。シュミットホイザーによれば、ヘルツベルクの見解における作為と不作為の共通性は、否定（Negation）の点にあり、それは例えば、「子供を押し留めない（das Kind nicht zurückhalten）⁽¹³⁴⁾」, 「自らを抑えない（sich selbst nicht

為概念というよりも帰責観点が重視されていて、行為概念が帰責論に埋没してしまっているから、極度の規範主義に陥っている。ならば、規範の意味を解せない者の態度は、規範システムの定常性（秩序）違反の行為とはみなされないというヘーゲル主義に戻ってしまうだろう」と指摘する。

(133) Eberhard Schmidhäuser, Begehung, Handlung, und Unterlassung im Strafrecht, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 142.

(134) 例えば、石を投げようとしている子供を押し留めない場合がある。

zurückhalten)」という表現に見られるとする。しかし、このような語の一致は誤ったものであるとシュミットホイザーはいう。すなわち、「『子供を押し留める』とは、父親が活動していることが視覚・聴覚で認識できるという事象を意味している。例えば、父親が急いで息子に近づき、『やめなさい!』といいながら子供を腕に抱え、引き寄せるといった事象がこれである。これに対して、『自らを抑える』とは転用された意味で使われている。これは純粋に内心に留まる事象である」と⁽¹³⁵⁾。

類似の批判を展開するのがプッペである。プッペは次のようにいう。「〔回避可能な不回避—筆者注〕の文脈で回避という言葉が何を意味するのか問題となる。不作為犯の場合には、この言葉は結果の命令された防止を意味する。作為犯の場合にはその言葉は、禁止された行為への衝動を抑制することを意味する。これによって、行為は行為者の純粋な内部事情となるが、このことは『何人も思想のゆえに罰せられることはない (cogitatio poena nemo partitur)』の原則によって、まさにあるべきではない」と⁽¹³⁶⁾。

特にベーレントの見解に対して批判を展開するのが、ロクシンとヤコブスである。ロクシンは次のようにいう。「自己の心理の持つ破壊的傾向に対して行われなかった反対統制は、決意をする前の、もっぱら内心の領域において開始するものであるから、純粋な思考 (cogitatio) の領域への過度の介入である」と⁽¹³⁷⁾。

また、ヤコブスは、「破壊性の衝動と戦うことは純粋に内部的な態度であり、これを法的な評価の対象とせざるをえないという困難が生じる」として、明示的に行為主義違反の疑義を示している⁽¹³⁸⁾。

プッペとシュミットホイザーの批判では、ヘルツベルク自身も用いた表

(135) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 126), S. 304.

(136) Puppe, a. a. O. (Anm. 128), Vor §13 Rn. 52.

(137) Roxin, a. a. O. (Anm. 6), 8/39.

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

現である「抑制」が、そのプロセスにおいて、外部的事象ではなく、内部事情であることが指摘されて、それがヤコブスによる「行為主義違反」との評価につながっている点が重要である。

第四節 作為犯の特徴の観点から

ヘルツベルクが、作為の中に「より小さなもの」として不作為を見たことを批判したのが、イエルク・ブラムゼンである⁽¹³⁹⁾。その批判は、上述のソファ事例と礼拝式事例において、ヘルツベルクが保障人による不真正不作為を問題とする点に向けられている。

まず、ブラムゼンは、事実上の結果回避可能性、危険創出、危険増加、危険実現といった作為犯における客観的帰属原理を用いることで、両事例を作為犯として理解できるとする。刑法上の責任の出発点は、犯罪構成要件の義務付け機能 (verpflichtende Funktion) であり、これは、保護法益に対する危険創出・危険増加を、統制可能な態度によって回避することを命じる。このような結果回避義務は、人間に可能な態度にのみ向けられ、その具体的内容は次のようになる。すなわち、作為犯には、「積極的な事象コントロールにより法益侵害を惹起するな」、不作為犯には、「すでにある危険を阻止せよ、あるいは少なくとも減少させよ」と。そして、行為者が、危険を創出・増加し、これが結果に実現した場合、その法益侵害は、積極的所為として彼に帰属する。したがって、因果的手段を用いることで法益侵害の危険を惹起し、その実現過程を支配していた者は、作為犯であ

(139) Joerg Brammsen, Inhalt und Elemente des Eventualvorsatzes-Neue Wege in der Vorsatzdogmatik?, JZ 1989, S. 72ff. Ders., Die Entstehungsvoraussetzungen der Garantenpflichten, 1986, S. 137f. は、保障人的義務の検討に際して、①ヘルツベルクとペーレントの見解は、保障人的義務の基準を作為犯にも適用するものであり、保障人にのみ認められる義務を根拠付けるには適さない、②ペーレントの見解では、意思が変更されたかをいかなる客観的メルクマールから認識できるのか明らかではない、③ペーレントが、自説に対する批判とは戦わず、これを修正なしに自説に取り入れている、と批判する。

る。このような基本的立場からは、ヘルツベルクが、作為犯もまた「自らの所為により何かが起こるがままにした」ものであるとして⁽¹⁴⁰⁾、作為犯の特徴である「事象統制」を看過している点が批判の対象となる⁽¹⁴¹⁾。

次に、ブラムゼンは、ヘルツベルクが笑いといった行為を、「意欲されざる」運動経過であると特徴付ける点を批判する。この場合では、笑いや涙を惹き起こす要因に対する行為者の反応が速いものであることから、その意思統制が明白でないだけであり、問題となっているのは意思に担われた行為であり、また、これらの事例の行為者は、笑うにせよ泣くにせよ、何かをしているとブラムゼンはいう。礼拝式事例の行為者は、笑いを堪えたり、礼拝式の妨害を他の方法で回避するのが事実上不可能であったとすれば、すでに事実上の結果回避可能性という帰属要素が欠落し、可罰性は肯定されない。しかし、行為者が具体的状況下で、意思活動により妨害を阻止できたが、それをせず、笑ってしまったという場合であれば、その行為者は自らの作為により、保護法益である「畏敬の念 (Pietätsempfinden)」に対する危険を創出し、この危険は具体的な妨害に現実化している。したがって、彼は作為犯であり、不作為犯ではないことになる⁽¹⁴²⁾。

これに対して、ソファ事例における鼻血は、極めて例外的な状況でのみ、人の意思統制に服する。突然の出血は通常予見不可能であり、統制可能性と支配可能性を欠く。この場合、行為者には、事象統制措置によって切迫した法益侵害を回避する事実上の可能性がなく、刑罰を科すことはできない。しかし、鼻血が垂れてきていることに事前に気づいた場合は事情が異なるとブラムゼンはいう。この場合には、汚損を阻止する可能性が存在する。法律が禁じるのは、運動経過やその作用を、法益侵害の手段として用いることであるから、これらを構成要件実現のための危険創出手段として意識的かつ支配して投入した場合には、当罰的・要罰的になるのでは

(140) Herzberg, a. a. O. (Anm. 29), S. 578.

(141) Brammsen, a. a. O. (Anm. 139) [Eventualvorsatz], S. 73.

(142) Brammsen, a. a. O. (Anm. 139) [Eventualvorsatz], S. 73.

る。出血が器物損壊に向けられていれば、事象経過は積極的に開始されており、「目的的な被覆決定（finale Überdeterminierung）」によって法益侵害がもたらされており、したがって、ここでは作為犯が存在する⁽¹⁴³⁾。

客観的帰属の枠組でヘルツベルクのいう「意欲されざる」事象も作為犯とすることができるのであるから、保障人の不作為という負責原則に立ち戻る必要があるとの主張は、その基礎を失う。作為犯の処罰根拠は不真正不作為犯のそれとは異なる。不真正不作為犯は、法益侵害を義務に違反して防止しないがゆえに処罰され、作為犯は、現実への積極的な影響力の行使によって、義務に反して第三者の法益を侵害するがゆえに処罰される。この点をヘルツベルクは看過していたとブラムゼン⁽¹⁴⁴⁾はまとめる。

ブラムゼンの批判においては、客観的帰属論における帰属基準から、ヘルツベルクが挙げた事例の行為者をいずれも作為犯として評価することができるということ、および、作為犯は不作為犯と異なり、事象を積極的に統制しているという側面があり、この点は看過されてはならないことが指摘されている。

第五節 行為概念の諸機能の観点から

ドイツ刑法学においても、わが国と同様、行為概念が果たすべき諸機能として、基本要素としての機能（分類機能）、結合要素としての機能（結合機能）、限界要素としての機能（限界機能）が挙げられる⁽¹⁴⁵⁾。これらの観点から批判を展開したのが、ロクシンである。

ロクシンは、上述した「二重否定」批判に続いて、ベーレントを見解に対して次のようにいう。「ベーレントは、『反対統制の不作為』によって、作為と不作為に等しく示される心理的な現実性を手に入れた。しかし、そ

(143) Brammsen, a. a. O. (Anm. 139) [Eventualvorsatz], S. 73f.

(144) Brammsen, a. a. O. (Anm. 139) [Eventualvorsatz], S. 74. 同所では、ヘルツベルクのいう保障人概念が無内容であることも合わせて批判されている。

(145) Vgl. Werner Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, S. 6ff.

れは、自然的行為概念にいう『意図性 (Willentlichkeit)』と同じ結論に至る。すなわち、ある者が刑罰を科せられる作為命令（例えば、引渡義務、届出義務）を認識していない場合、不作為にあっても、心理的基体は見出されず、その結果、上位概念の共通性は論理的にも心理学的にも基礎付けられない」のであり、したがって基本要素としての機能を果たさない、と⁽¹⁴⁶⁾。ここでは、おそらく忘却犯を想定して、ペーレントの見解でもその説明が困難であることを論難する趣旨であろう。

次にロクシンは、否定的行為概念が前構成要件的な（後の評価を先取りしない）行為概念ではなく、構成要件を含んだ行為概念であることを指摘した上で⁽¹⁴⁷⁾、否定的行為概念が結合要素としての機能を果たしえないとする。例えば、正犯と共犯、予備と未遂の区別は、作為と不作為の場合には、その基体が異なるため、それぞれ異なった方法で行われなければならない。しかし、否定的行為概念のように、あらゆる行為を不作為に転換すると、刑法解釈論全体が不作為犯に妥当する規則に従うことになってしまい、不当な結論に至るというのである⁽¹⁴⁸⁾。

第六節 その他の批判

前節までで紹介したものに加えて、文献上確認しえたものとして、以下のような批判が存在する。本節ではこれらについて、簡単に紹介したい。

まず、現行法の観点からの批判を行うのが、ヨハネス・ヴェッセルス＝ヴェルナー・ボイルケである。ヴェッセルス＝ボイルケは、否定的行為論に対して、「人間の態度の構造と経過について価値ある説明をもたらすもの」であるとしつつも、作為犯と不作為犯という法律上の区別という観点から、これを退ける⁽¹⁴⁹⁾。

(146) Roxin, a. a. O. (Anm. 6), 8/35.

(147) Roxin, a. a. O. (Anm. 6), 8/36.

(148) Roxin, a. a. O. (Anm. 6), 8/38.

(149) Johannes Wessels/Werner Beulke, Strafrecht Allgemeiner Teil, 36. Aufl., 2006, Rn. 87. なお、この部分の記述は、37版（2007年）以降削除されている。

次に、否定的行為論が、回避を強調する点を捉えてこれを批判するの
が、マンフレッド・マイヴァルトとテオドール・レンクナー＝アイゼレである。マイヴァルトによれば、「回避可能な不回避はいったい
どのようにして遂行されるのか」という問いを立てた場合、その答えは、
積極的な作為と不作為という二つの存在形式によって起こるというものにな
る。結局、不回避概念を用いたとしても、命じられた (gesollt) 不作為
の不回避と命じられた作為の不回避という異なる（下位の）存在形式が示
されるにすぎないのであり、「回避可能」という評価も、帰属主体の可能
性の形式を示すものにすぎないのである。さらに、ヘルツベルクは作為の
場合には保障人的地位が直ちに与えられるとするが⁽¹⁵⁰⁾、なぜ作為の場合
にはこのような扱いが認められ、不作為の場合には、同価値性という観点
からその都度保障人的地位を確定しなければならないのかは明らかではな
い。以上より、マイヴァルトは、否定的行為概念は支持できないとす
る⁽¹⁵¹⁾。

レンクナー＝アイゼレによれば、ペーレントのいう「破壊的活動」に対
する反対統制行為は、作為と不作為とで全く異なる。例えば、「何かをし
よう」という決意と、「何かをしない」という決意は異なっている。ここ
から、レンクナー＝アイゼレは、ヘルツベルクのように、「あらゆる作為
犯にマイナスとして不真正不作為犯が隠されている」とはいえないとす
る⁽¹⁵²⁾。両者の批判においては、作為と不作為の存在形式の違いが強調さ
れている。

ロクシンは、否定的行為概念が犯罪構成要件に近い概念となることか
ら、積極的価値を有する行為、あるいは価値中立的な行為が「行為」でな
くすると指摘する。例えば、慈善行為をすること、昼食を取ることを「回

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

(151) Manfred Maiwald, Abschied vom strafrechtlichen Handlungsbegriff?,
ZStW 86, 1974, S. 653, Fn. 86.

(152) Theodor Lenckner/Jörg Eisele, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch
Kommentar, 27. Aufl., 2006, Vorbem. §§13ff. Rn. 36.

「回避可能な不回避」と呼ぶことは無意味であるし、逆に、正当化される行為を、(これも行為であるにもかかわらず)「回避可能な不回避」や「破壊性の表出」と呼ぶことは奇異であるとするのである⁽¹⁵³⁾。

より一般的な観点から批判を提起したのが、ギュンター・シュトラーターテンヴェルトである。シュトラーターテンヴェルトによれば、ヘルツベルクの見解は保障人的地位を要求しない犯罪には妥当しない。ヘルツベルクは、不救助罪と犯罪の通告懈怠という保障人的地位が要求されていない二つの犯罪については、これを例外としていた。しかし、行政刑法のように、単純な命令違反が犯罪の多くを占める場合には、保障人的地位を必要としないもう一つの行為概念が必要となるのではないかというのが第一の批判である。次に、シュトラーターテンヴェルトは、否定的行為概念による場合、行為者が処罰されるのは、実際に行った行為を理由としてではなく、「そこにひそむ不作為」を理由とするものになり、作為犯も不作為犯に妥当するルールによって処理されることとなると批判する。そうすると、第三に、共犯論が無効になる。ヘルツベルクの行為概念では、正犯者も共犯者も他者の行為を阻止しなかったという点で共通だからである。第四に、不作為は自分の手ではなしえないから、自手犯は不可能となる⁽¹⁵⁴⁾。

第七節 ヘルツベルクによる反論

これらの批判に対して、ヘルツベルクは以下のように反論する。まず、論理的観点(二重否定)からの批判に対しては、「我々が『積極的に溺死させること(aktive Ertränken)』をaとした場合、これと比較されるべき不作為犯は、決して非aではない。非aは、溺死させないことであり、すなわち法に忠実な良き不作為である〔中略〕。それゆえ、問題となっているのは、aと非a、すなわち溺死させることと溺死させないことの共通

(153) Roxin, a. a. O. (Anm. 6), 8/37.

(154) Günter Stratenwerth, Unbewußte Finalität?, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 296, Fn. 21.

性では全くない。これは事実上見出されえない。なぜならば、一方は他方の反対の事柄だからである。むしろ我々は、溺死させることと、溺死するがままにすること（Ertrinkenlassen）の共通性を求める。この点が明らかとなれば、積極的に被害者を溺死させた者も含めて、両者とも死を回避していないということ、すなわち両者とも、死の結果の回避を法律の文言（ドイツ刑法13条）の意味で怠ったという洞察を抑えるものは、〔中略〕ほとんどない」という。ここでは、溺死させることも、溺死するがままにすることも、いずれも結果（ないし行為）を回避しないことであることから、作為と不作為はaと非aの関係ではない（むしろaとaの関係である）という反論がなされている⁽¹⁵⁵⁾。

行為主義違反の批判に対して、ヘルツベルクは、回避とは行為者の頭の中の単なる内心事情ではなく、「むしろ、決意は外界の事象を惹起しなければならない」と反論する。ヘルツベルクの見解においても、回避の決意が外界へ実現したことが要求されている⁽¹⁵⁶⁾。

現行法の観点からの批判に対しては、鳥類学者の分類法を引き合いに出して反論する。鳥類学者が鳥類を分類するにあたり、通常であれば、ダチョウとペンギンをその範囲から排除しない。その場合、区別の基準は、「有翼の前肢部分のあるもの」となる。しかし、「飛行可能性」をメルクマールにする場合には、ダチョウとペンギンは排除される。この例に示されているように、ある事柄を基準とすることが直ちに、現実の現象形態をな

(155) Herzberg, a. a. O. (Anm. 94), S. 157f. しかし、このヘルツベルクの反論は有効なものではない。プッペのように、「aと非aを上位概念へと包摂することは不可能である」とする論者が「a」に代入しているのは「何かをすること」であるように思われる。それゆえ、「a=何かをすること」と「非a=何かをしないこと」は上位概念に包摂しえないのである。これに対して、ヘルツベルクが「a」に代入しているのは、「積極的に溺死させること」であり、すでに議論の前提が異なっている。ここでヘルツベルクが作為と不作為がaとaであることを論証したとしても、それはプッペの批判に対する回答とはならない。

(156) Herzberg, a. a. O. (Anm. 94), S. 158f.

おざりにし、本性に基礎を置く相違を見誤るものではない。両者の相違を探し出すことも一つの問題であるが、その共通点を認識することはまた別の問題なのである、と⁽¹⁵⁷⁾。また、この点と関連して、次のようにいう。「体系構築のある地点においては、飛ぶ鳥と飛ばない鳥を、積極的殺人と受動的殺人を、ひとまとめにすることが問題となる。そして、飛行可能なものと飛行不可能なもの、行為と不作為が、a と非 a の関係に立つ場合には、私はこの地点では飛行可能性と意思によって統制された行為をメルクマールとはできない」のであり、それによって事柄が逆転するということはない、と⁽¹⁵⁸⁾。これは、作為と不作為の上位概念を発見するというヘルツベルクの問題意識から、現行法上の現象形態の相違を認めつつも、一定のレベルまでの抽象化は必ずしも不当ではない（共通とされるべきものを共通に扱いうるレベルまで抽象化することが許される）という反論と理解することが可能であろう。

回避行為の観点からの批判に対しては、「第一に、被害者が溺死した後の行為者について、死の結果を回避したといえるかといえ、もちろんそのようにはいえない。結果は発生しているのだから。しかしその場合、論理的に次の点を認めることになる。すなわち、行為者は結果を回避しておらず、防止もしておらず、それゆえ、ドイツ刑法13条の第一の要件〔「刑法典の構成要件に属する結果を回避するのを怠った」—筆者注〕を充足している、と。第二に、行為者が結果の不発生を『法的に保障しなければならなかった』のであろうか。ここにも疑問は生じない。そこから死の惹起が生じた危険源、すなわち自分自身を前にした場合、〔中略〕特別な保障義務が肯定されるべきである。〔ここでの—筆者注〕不阻止は、保障人によるものである。〔中略〕レンクナー＝アイゼレは、作為犯の反対統制行為として、単なる不活動よりも弱いもの、すなわち何かをしないという決心で足りるという点を決定的とみなしている。しかし、これは〔中略〕作

(157) Herzberg, a. a. O. (Anm. 29), S. 577.

(158) Herzberg, a. a. O. (Anm. 29), S. 578.

為犯が厳格な取り扱いを受ける根拠を示しているのである」という⁽¹⁵⁹⁾。ここでは、作為犯と不作為犯の回避行為の違い（軽重）を指摘することにより、むしろ不作為犯の方が作為犯よりも軽いことが基礎付けられるとする反論が出されている⁽¹⁶⁰⁾。

シュトラーターヴェルトの批判に対しては、第一に、行政刑法における単純命令違反の存在について、この種の真正不作為犯においても、あらゆる者が行為者となれるわけではなく、危険源保障人に限定されるとする⁽¹⁶¹⁾。また、正犯と共犯の区別について、不回避概念が白地概念（Blankettbegriff）であることは認めつつも、「自分自身の監視保障人は、自己の教唆を回避しなければならない」とする⁽¹⁶²⁾。

第八節 小 括

以上のように、否定的行為論に対する批判は多岐に渡る。

そのうち、行為概念と回避可能性の関係という本稿の関心から重要なのは、①回避可能性は結果帰属の問題であるとする批判、②否定的行為論は行為主義に反するとする批判である。②はさらに③回避可能性の対象として、行為者の態度が必要であるとする批判に係する。

①については、回避可能性の対象が結果に限られるのか（第一章、第二章で概観したように、ヘルツベルクとヤコブスは、回避可能性の対象を結果に限定していない）という観点から分析することが有用である。②の批判を回避するには、③の批判を踏まえて、否定的行為概念に行為としての実体

(159) Herzberg, a. a. O. (Anm. 94), S. 158.

(160) もっとも、レンクナー＝アイゼレの見解が、回避行為の性質の違いから、作為と不作為の共通性を批判するものであるのに対して、ヘルツベルクの反論は、それによって作為がより大きなものであり、より小さなものである不作為はそれの中に含まれることが明らかになると応じるものであって、ここでの議論はかみ合っていないと思われる。

(161) Herzberg, a. a. O. (Anm. 29), S. 576.

(162) Herzberg, a. a. O. (Anm. 29), S. 577.

が備わっているかという観点からの分析が必要となろう。

次章では、この点を踏まえて、否定的行為論の分析から、わが国にどのような示唆が導き出されるかを検討する。

第四章 わが国への示唆

第一節 わが国の判例への否定的行為論の適用

最初に、否定的行為論の明確化のため、以上で検討してきた三者の見解を、わが国で問題となった事例に即して展開することにしたい。ここで取り上げるのは、行為性の問題として、①夢の中で自分を殺そうとした男たちを殺害するつもりで首をしめたところ、実は傍で寝ていた妻の首をしめており、これを死亡させた事例（大阪地判昭和37年7月24日判時309号4頁）、不作爲犯の結果回避可能性の問題として、②交通事故により重症を負った被害者を車内に乗せ、これを遺棄すべく搬送中に死亡させたが、たとえ直ちに病院に搬送したとしても、被害者の死の結果は回避できなかったという事例（盛岡地判昭和44年4月16日判時582号110頁）、過失犯の結果回避可能性の問題として、③交差点に進入して事故が発生したが、被告人車に衝突の回避可能性がなかった事例（最判平成15年1月24日判時1806号157頁，判タ1110号134頁）の三つの事例である。

事例①については、ヘルツベルク、ベーレント、ヤコブスのいずれの見解によっても、行為性が否定されるであろう。すなわち、ヘルツベルクによれば、てんかんの発作でナイフを他人に突き刺した者の行為性が否定されるのは、行為者が死の結果を回避できなかった、すなわち、死の回避が回避不可能だった点に根拠があるしているところからすれば⁽¹⁶³⁾、事例①の被告人においても、やはり妻の殺害は回避できないのであるから、行

(163) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 171.

為性が否定される。ペーレントの見解についても、知的レベルの欠陥として一般的行為能力が欠ける結果⁽¹⁶⁴⁾、行為性が否定されることになる。ヤコブスは、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の可能性が存在しないため、行為ではないとする⁽¹⁶⁵⁾。事例①はこの場合に該当すると思われるため、やはり行為性がないこととなろう。

事例②については、死の結果回避が不可能（または著しく困難）であるから、定義中「回避可能な」部分を満たさず、行為性が否定される⁽¹⁶⁶⁾。ペーレントについては、危殆化状況が回避可能でないとして、行為能力が否定される結果、不作為性が否定されることになろう⁽¹⁶⁷⁾。また、ヤコブスについては、結果回避への動機が存在したとしても、すでに救命の可能性がないのであるから、死の結果回避を命じる規範の違反は存在しないことになるとと思われる。

事例③については、直近の徐行義務違反を内容とする自動車運転過失致死行為の行為性は、三者ともに否定するであろう。ヘルツベルクによれば、死の結果が回避できないのであるから、回避可能性を欠く結果、行為性（自動車運転過失致死行為）が否定されることになろう。ペーレントについても同様で、構成要件該当状況（ここでは、衝突へ向かう危険状況）は回避不可能であったため、「回避可能な不回避」を満たさず、行為性が否定される。ヤコブスの場合は、自動作用の問題と同様に処理するものと思われる。すなわち、まず徐行義務違反についての検討を行う。この時点では、身体運動としての徐行義務違反自体は回避可能である。しかし、徐行義務を履行しても、衝突および死の結果は回避不可能であるから、事象は

(164) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 125.

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

(166) わが国において、結果回避可能性がない場合に、不作為犯の実行行為性を否定するものとして、前田雅英『刑法総論講義 [第4版]』（東京大学出版会、2006年）125頁以下、西田典之『刑法総論』（弘文堂、2006年）110頁。

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

「自動車運転過失致死」という意味まで高まらず、徐行義務違反を内容とする自動車運転過失致死行為が否定される。徐行義務違反の時点での結果回避可能性が否定される場合、その後の介入行為の不作为について検討することになる。平成15年判決では、衝突の回避可能性を検討する文脈で、「急制動の措置を講ずる」ことが指摘されており、これを介入行為と理解すれば、「急制動の措置を講ずるのが遅れる可能性がある」ことにより、その介入行為による衝突の回避可能性が否定されることになろう。その結果、規範違反行為がないということになる。

もっとも、以上のように解したとしても、直ちに無罪の結論が導かれるわけではない。三者共に、一種の先行責任を導入することで、徐行義務違反以前に遡って行為性を肯定する余地を認めている。

ヘルツベルクによれば、身体運動や結果が回避可能であれば足りるので、例えば、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、その場で発作が起きた場合に発作（および器物損壊行為）を回避できないとしても、事前に配慮することが必要であるとされる⁽¹⁶⁸⁾。また、ベーレントも、所為に先行する領域において「その基礎となる回避能力がその構造において完全に機能しているということ」を義務付けの要件として、先行責任による負責の可能性を認める。「将来の時点において反対統制機関自体が働かないことが予測可能で回避可能である場合、現在においてすでに要件が存在するのであれば、危険回避義務が生じる」というのである⁽¹⁶⁹⁾。ヤコブスも、状況の引き受けによる答責性を肯定する⁽¹⁷⁰⁾。もっとも、事例③の事実関係からは、徐行義務違反以前にいかなる状況が存在したかが明らかではないため、実際に先行責任を肯定できるかは断定できない⁽¹⁷¹⁾。

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

(169) Behrendt, a. a. O. (Anm. 88), S. 309.

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

(171) 山本紘之「判批」法学新報第111巻第3・4号（2004年）464頁は、「交差点に進入前は相手方車両の存在は気づきえないであろうから、この時点での回避

わが国の事例にあてはめた場合に、注目されるのが、わが国で結果回避可能性がないとされる事例②、事例③について、行為性が否定される点である。これはわが国の多くの見解とは異なる解決であり、その妥当性が一つの問題となる。この点は後述する。

第二節 否定的行為論は行為主義違反か

さて、議論の端緒として、否定的行為論は行為主義違反であるとの批判を取り上げたい。否定的行為論がそもそも行為主義違反だとすれば、これを参照する意味はないからである。

そこで、行為主義とは何かについてみると、そこには、二つの見解がありうる。第一の見解は、行為主義をまさに「行為」主義とするものであり、なぜ刑法学上（狭義の）行為が必要とされるかを説くものである。例えば「処罰の対象となるもの（すなわち、犯罪）は、何よりもまず行為でなくてはならず、人の行為以外のものを処罰の対象とすることは許されない。〔中略〕行為主義の原則は2つの側面をもつ。①外部に現れない思想、内心的意思、心情そのものを処罰の対象としてはならない。〔中略〕②たとえ何らかの外部的実害を生じさせたとしても、およそ人の意思による支配とコントロールの不可能な身体的態度に基づく場合には、それは犯罪とされてはならない」という見解がこれである⁽¹⁷²⁾。第二の見解は、行為主義を「侵害原理」として実質化するものであり、行為主義が必要とされた時代背景などから考察するものである。それは、「行為原理は、外部的行為が社会に損害を与えるものである場合にのみ犯罪にできるというもの」⁽¹⁷³⁾、「侵害原理とは、単に思想の不処罰や外的行為を処罰要件とする

可能性は問題にすることができない。〔中略〕本件被告人が交差点に進入する際の走行態様は比較的穏当なものであり、この時点にまで遡ることは許されないというべきであろう」とする。

(172) 井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）28頁以下。鈴木・前掲注(71) 7頁参照。

(173) 生田勝義「行為原理と刑法」『行為原理と刑事違法論』（信山社、2002年）88頁。

だけの原理ではなく、外的行為の犯罪性をあくまでもその行為によって惹き起こされた現実的侵害によって決する原理である」とする定式により表される⁽¹⁷⁴⁾。

ここで、いずれの方向に進むべきかは一つの問題ではあるが、行為主義の根拠が、少なくとも①思想処罰の排除、②意思により左右できない身体的態度には刑法規範が向けられないことにあるとすれば⁽¹⁷⁵⁾、狭義の挙動の行為性を問題とする文脈においては、最低限「身体的態度」の要請をもって足りるといえよう⁽¹⁷⁶⁾。確かに、天皇への不敬的表現を日記に書き記した者を不敬罪で処罰した例について⁽¹⁷⁷⁾、これもまた「動作」にはかならないから、身体運動（身体の動静）のみでは、行為主義を実質的に保障することにならないとの主張もある⁽¹⁷⁸⁾。しかし逆に、いかに侵害的な作用が生じたとしても、それが意思によってコントロール可能な人間の身体

(174) 梅崎進哉『刑法における因果論と侵害原理』（成文堂、2001年）118頁。宮内裕「現代刑法における行為責任主義の原則」『岩波講座現代法11』（岩波書店、1969年）156頁は、「行為主義の原則は、社会に対する危険性を次のように理解する。第一に人間はその社会的態度により社会関係に矛盾してのみ、刑法的に保護された社会関係に現実的に危険となる。自らの行為によって社会関係に有害に作用した場合にのみ、危険なのである。第二に社会関係に対する危険の大きさは、行為の客観的方向とおびやかされる結果において存在する社会関係の妨害の客観的量により決定される。第三に、社会秩序に対する一定の主観的態度（心情）のみでは、社会関係の変化はなく、危険ならしめられない。行為者の違法行為のみが、危険性の判定基準であり、行為者の心情に対する唯一の客観的尺度である」とし、中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）74頁、77頁は、行為主義を強調することによって、法益侵害・危殆化を違法論に位置付ける方向が導き出されたとする。

(175) 井田・前掲注（172）30頁。

(176) 松原・前掲注（1）「基本原則」102頁は、刑罰受忍義務には行為者の現実の外部的行為が前提となると指摘する。

(177) 大判明治44年3月3日刑録第17輯第4巻258頁。本件では、日記に執筆された不敬的表現は、被告人以外の何人の耳目にも触れなかったという事実関係があるが、大審院は、不敬罪は不敬の意思表示をなすことによって完成し、他人がこれを知覚すると否とを問わないと判示した。

(178) 松原芳博「ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ『行為主義刑法—十分に尊重されている基本原則であろうか?』」早稲田法学79巻4号（2004年）237頁以下。

運動に帰せられない場合にこれを処罰するとしたら、それもまた行為主義の意味を没却するものであるように思われる。行為主義を侵害原理へと実質化するにせよ、その最低限として身体運動との関連性を問うことにはなお意味が残されているのである⁽¹⁷⁹⁾。だとすれば、現実の身体運動との関係性を問うことで、行為概念に実体を与え、否定的行為論に対する「行為主義違反」との批判をある程度回避できるのではないだろうか。

そこで、他の論者の批判を再確認すると、エンギッシュがすでに、ヘルツベルクの批判に対して、論理的観点から、「ここでは、論理的に、その不回避が行為者に帰せられる活動が前提とされている。その活動に『不回避』は結びついている」と述べていることが注目される⁽¹⁸⁰⁾。また、シュミットホイザーも、「行為者が、してはならなかった方法で行動をした」ということが、所為事象として前提となるとする⁽¹⁸¹⁾。両者の批判に共通するのは、不回避には対象が必要であり、それが行為者の「活動の実行」「結果惹起」であるとする点である。

この点はヘルツベルクも意識していたようである。ヘルツベルクによれば、回避とは行為者の頭の中の単なる内心事情ではなく、「むしろ、決意は外界の事象を惹起しなければならない」ものであった⁽¹⁸²⁾。ヘルツベルクが、回避とは一定の外部的事情の回避（行為と結果）であると考えていたのであれば、否定的行為論が、直ちに行為主義違反であるとはいえないであろう。しかし、現実に行われたのではない「行為」を問題するベレントの見解には、行為主義違反であるとの批判を向けざるをえないように思われる。

では、行為主義違反という批判を回避したとして、ここからどのような示唆が導き出されるであろうか。

(179) Helmut Frister, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 2008, 8/3は、行為論における身体運動要件は行為刑法の要請によるものであるとする。

(180) Engisch, a. a. O. (Anm. 125), S. 194.

(181) Schmidhäuser, a. a. O. (Anm. 126), S. 305.

(182) Herzberg, a. a. O. (Anm. 94), S. 158f.

第三節 行為概念は不作為概念か

まず、「行為概念は不作為概念である」という命題について検討する。ヘルツベルクがこの命題を導き出した根拠は、①法律上、不作為犯が存在し、②不作為は、作為と比べて「より小さなもの」であるという点にある⁽¹⁸³⁾。この根拠が、わが国の刑法学にも妥当するとすれば、わが国においても、「行為概念は不作為概念である」という命題を受け入れることはできる。しかし、結論からいえば、ヘルツベルクの根拠付けはわが国の刑法を前提とした場合、採用する必然性はない。

確かに、現行ドイツ刑法13条2項は、不作為の刑について、「刑は、第49条第1項により減輕することができる。」と定めており、同条については、連邦議会の会議録(Verhandlungen)に、「他の事情が同じならば、構成要件に該当する結果を回避しなかった不作為は、積極的な作為による結果惹起に比して、通常重さが軽い(regelmäßig weniger schwer)ということが学説上指摘されている」との記述が見られるところである⁽¹⁸⁴⁾。また、学説上も、例えばロクシンによれば、不作為の不法内容と責任内容は、ドイツ刑法13条1項の同価値性が疑われず、他の条件が等しければ、作為のそれよりも軽微なものであるとされている⁽¹⁸⁵⁾。したがって、ドイツ刑法を前提にした場合には、「不作為は作為よりも小さなものである」という立論は成り立つ。

しかし、わが国の刑法においては、不真正不作為犯の裁量的減輕規定は存在しない。また、不真正不作為犯処罰に関するわが国の一般的理解は、

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

(184) Verhandlungen des Deutschen Bundestages, 5. Wahlperiode, Drucksache V/4095, S. 8.

(185) Claus Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. II, 2003, 31/239. ドイツ刑法13条2項の裁量的減輕規定をめぐる議論の概観については, vgl. Marcelo D. Lerman, Die fakultative Strafmilderung für die unechten Unterlassungsdelikte, GA 2008, S. 78ff.

「〔殺人罪の場合―筆者注〕199条の『人を殺した者』という構成要件の根底にあるのは、要するに、人の生命を尊重せよという規範なのであって、その規範には人を殺すなという禁止規範のみでなく、人の生命を救助せよという命令規範をも含み得るという説明がなされる。このような解釈によって、殺人罪その他の刑法の構成要件は、真正不作為犯でなくとも不作為犯を論理的には含み得るとされる」というものである⁽¹⁸⁶⁾。すなわち、各本条の構成要件が、作為犯も不真正不作為犯も等しく含むという理解であり、両者の一般的な軽重関係が、法律上明示されているわけではない⁽¹⁸⁷⁾。したがって、「不作為は作為よりも小さなものである」という根拠は、わが国で主張するには、法律上の根拠がないといえよう。

以上より、行為概念を不作為概念として構成するヘルツベルクの立論を、わが国の刑法学において採用する必然性はないと考える。むしろ、ドイツでも指摘があるように⁽¹⁸⁸⁾、作為犯についても保障人的地位が必要になるなど、従来の解釈論を変容させるデメリット（「用語上の混乱」）を考えれば、行為概念を不作為概念へと転換する必要性も小さいといえよう。

第四節 回避可能性判断の対象

次に注目したいのが、回避の「対象」の観点である。ヘルツベルクもヤコプスも、その立論の当初は、「結果」との関係で回避可能な不回避を考えていた⁽¹⁸⁹⁾。その後、両者ともこれを拡張し、行為者の「行為」をも回避の対象となった⁽¹⁹⁰⁾。

ここには、回避可能性の対象として、従来わが国でいわれてきた「結果

(186) 西田・前掲注(166) 108頁以下。

(187) 量刑上、不作為であることが刑を軽くする方向で作用するかは明らかではない。

(188) Stratenwerth, a. a. O. (Anm. 154), S. 296 Fn. 21, Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/33, Roxin, a. a. O. (Anm. 6), 8/38.

(189) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 174, Jakobs, a. a. O. (Anm. 97), S. 309.

(190) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 175, Jakobs, a. a. O. (Anm. 82), 6/27.

回避可能性」に加えて、いわば「行為回避可能性」という概念を認める余地が示されている。では、この行為回避可能性はどのように判断され、どのような機能を果たし、どのような根拠から正当化されるのであろうか⁽¹⁹¹⁾。

前提として、そもそも刑法上回避が問題となるのはなぜかについて検討しておきたい。その根拠は、刑法が法益保護のために存在し、刑法上の行為規範が、法益侵害・危殆化の回避を内容とする点に求められる。ヘルツベルク、ベーレント、ヤコブスの三者に共通する規範理解も結果の回避を内容とするものであった⁽¹⁹²⁾。ここから、まず、結果、すなわち法益侵害・危殆化を回避するための行為規範を定立する際、規範定立時点（行為時）の判断によってもすでに結果回避措置として不適当な手段は、禁止・命令しても意味がないということが帰結される⁽¹⁹³⁾。すなわち、規範を定立する際に、事前的な結果回避可能性があるような行為が、規範内容とな

(191) ヘルツベルクの議論の出発点は、「法律上の構成要件に関係付けて解決する」手法を採用し、作為態様の殺人と不作為態様の殺人とを等しく包摂する殺人概念を構築することであった。そこから、死の結果の回避可能な不回避が殺人として定義され、これが回避不可能な場合には、殺人（行為）が存在しないとする結論に至った。これが、故殺罪に関するヘルツベルクの見解の趣旨である。また、回避可能な不回避の対象となる範囲は、行為者の活動まで拡張されたが、それは未遂犯や当時のドイツ刑法175条に規定のあった男子間のわいせつ行為を想定したものである。すなわち、いずれの場合も構成要件の実現の回避が問題とされているのである。したがって、ヘルツベルクの見解内部に、結果犯の場合に結果とは切り離された狭義の行為の回避可能性という視点は直接には現れていない。しかし、「法律上の構成要件に関係付けて解決する」という前提を解除すれば、ヘルツベルクの記述からも、回避の対象として行為の回避可能性と結果の回避可能性を区別するという理解はなお導出できると考える。

(192) Vgl. Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 188, Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 180f., Jakobs, a. a. O. (Anm. 97), S. 310.

(193) 過失犯における事前的回避可能性と事後的回避可能性の区別に相当する。成瀬幸典「判批」刑法判例百選Ⅰ総論〔第5版〕（2003年）17頁。平野潔「判批」現代刑事法59号（2004年）89頁参照。原田國男「時の判例」ジュリスト962号（1990年）96頁は、不作為犯における「保護義務は、不可能を強いえないから、履行不能を含めて結果回避が不能な場合には、保護義務も生じない」とする。

るのである。しかし、結果回避は、行為者の意思に働きかけ、一定の行為を禁止・命令することによってはじめてこれを達成することができる。そして、事前的な結果回避可能性があったとしても、実際に行為者に働きかけた際に、行為者が（他人からの絶対的強制がある場合や、てんかん等の発作の場合など）当該挙動に出ることが抑えられない場合がある。そのような状態にある行為者には、行為規範が差し向ける禁止・命令を履行することは不可能であるから、そもそも行為規範違反が存在しないというべきであろう。すなわち、刑法上重要な行為といえるためには、行為者において、一定の行為を差し控える可能性、あるいはこれをなしうる可能性が留保されていなければならない。これが、行為回避可能性が要求される根拠であると考ええる。

次に、判断方法については、これを示したヤコブスの定式、すなわち「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」⁽¹⁹⁴⁾を暫定的に用いることができるであろう。もっとも、この定式は基本的には妥当なものであるが、仮定的判断において前件として代入されるべきものが動機に限られないのではないかという疑問がある。この点は節を改めて検討する。

そして、行為回避可能性概念は、行為性判断を可視化する機能を果たすべきであろう。すなわち、通常の殺人罪のように、XがAをピストルで撃って殺害したというケースで、Xに法忠誠への支配的動機があれば、撃たなかったであろう（その行為に出ることは回避できた）といえる場合には、Xの射撃に行為性が肯定されると判断するのである（このケースでは、結果回避可能性も肯定できる）。これに対して、絶対的強制のように、抗拒不能の暴力によって体をコントロールされている場合、法忠誠への支配的な動機を有していたとしても、当該行為に出ることは回避できないのであるから、行為性が否定されることになろう。また、睡眠中に殺人を行った

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

ケースについても、行為性が否定される根拠は、そもそも動機が働く余地がなく、法忠誠への支配的な動機を有していたと仮定しても、その後の事象経過は変化しない、すなわち行為回避可能性がない点に求められよう。このように、法忠誠への動機を働かせても行為が回避できない場合には、結果回避可能性の判断を待つまでもなく、行為性がないとして、無罪にするという判断は、充分ありうるように思われる。

これに対して、事後的な結果回避可能性は、行為性の判断とはかかわらないものとして構成すべきであろう。否定的行為論によれば、上述事例③において行為性が否定されるが、それは、結果回避が不可能であることによって、自動車運転過失致死行為の行為性（犯罪性）が否定されることによる。これは傾聴に値する見解である。しかし、事後的な結果回避可能性によって、全体としての自動車運転過失致死行為の行為性が否定されたとしても、なお徐行義務違反行為自体は回避可能であって、その行為性は肯定できるのであるから、この状況を指して「結果回避可能性がない場合には行為性がない」と断定してよいかには疑問が残る。むしろ、狭義の行為の行為性判断は行為回避可能性概念にゆだねる方が用語法上も簡明であろう。なお、イエシエック＝ヴァイгентやオットーの指摘するように、これを結果帰属の問題として把握するかについては⁽¹⁹⁵⁾、結果回避可能性の体系的位置付けをめぐる議論のあるところであり⁽¹⁹⁶⁾、ここで私見を披瀝することはできない。この点は今後の課題としたい。

しかし、行為性判断との関係では事後的な結果回避可能性が意味を持たないとしても、行為概念と結果回避可能性がまったく関連を有しないとい

(195) わが国でもすでに、高山・前掲注（4）15頁以下が両者を区別している。

(196) 結果回避可能性を欠く場合の処理の分類として、成瀬・前掲注（193）17頁は、行為性、条件関係、結果回避義務、実行行為性、危険実現、危険増加を、松原芳博「判批」判例セレクト2003（2004年）27頁は、条件関係、相当因果関係、客観的帰属連関（危険増加）、実行行為性、過失責任を挙げる。また、小林憲太郎『因果関係と客観的帰属』（弘文堂、2003年）32頁は、結果回避可能性が欠如する場合には、法益の不良変更という意味での結果が存在しないとする。

うわけではない。すでに述べたように、事前的な結果回避可能性は、規範を定立する際の判断要素として、行為規範に（先取的に）組み込まれることになる。このような規範理解と、刑法上重要な行為は行為規範に違反する行為であるというもうひとつの理解が組み合わさって、事前的な結果回避可能性は、行為概念と関係を有するのである。このような理解からは、処罰の対象となる行為を事象の中から特定する作業も、ヤコブスが自動作用の分析において行ったように、結果回避可能性があるような行為を選び出す作業となろう。

したがって、行為規範が結果の回避を内容とするという規範理解から、行為概念は、①行為性判断のレベルでは行為回避可能性と、②規範内容のレベルでは事前的結果回避可能性と、それぞれ関係を有するということができる。

第五節 回避可能性と行為意思

第三に、行為者主観と回避可能性の関係が注目される。ヘルツベルクは、定義上有意性、目的性を不要とするが、「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」であり、「有意性によって、常に同時に回避可能性が証明される」（証明機能）とする⁽¹⁹⁷⁾。また、ヤコブスは、行為規範が動機に働きかけるものであるとの理解から、行為者の意思は重要ではないとする⁽¹⁹⁸⁾。これに対して、ベーレントは、刑法上の命令が意思に働きかけるものであるという観点から、反対統制行為に意思を要求する⁽¹⁹⁹⁾。

三者の見解の相違から浮かび上がるのは、①規範の捉え方によって、意思の要否が異なること、②意思と回避可能性が一定の関係を有することである。

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

(198) Jakobs, a. a. O. (Anm. 97), S. 313.

(199) Behrendt, a. a. O. (Anm. 52), S. 171.

①については、規範の目的を、「一定の態度の回避」であるとするヤコブスの指摘は正当である。しかし、そこから、「回避可能性の条件」、すなわち「結果回避に向けられた動機による態度の影響可能性」が重要であるという帰結のみが導かれるわけではない。規範は、「法益侵害・危険を現実化しようとする意思に働きかけ、これを放棄させることにより法益を保護しようとする」ものであるとすれば⁽²⁰⁰⁾、「その働きかけの対象がなければ、およそ行為規範は犯罪防止の効果をもちえない」と考えることもできる⁽²⁰¹⁾。規範の目的が法益侵害・危殆化という結果の回避であるとしても、その作用対象を人の意思と捉えることは可能であるように思われる。

ここから、②についても一定の帰結が導き出せる。ヤコブスが示した回避可能性の判断方法にいう仮定的条件文は、規範の捉え方によってそこに代入するものが変わってくる。ヤコブスのように、規範の作用対象を動機と捉えた場合に、代入するものが「規範遵守の動機」となるのであれば、規範の作用対象を意思と捉えた場合には、代入するものが「規範遵守の意思」すなわち「結果回避の意思」となると思われる⁽²⁰²⁾。

この判断方法を敷衍すると次のようになる。故意犯を例にとると、意思が法益侵害を志向するものであるから、その意思を放棄させれば（結果回避意思を持たせれば）行為に出ることもなく、結果は回避できたという場合が事実上多いであろう。その意味で、ヘルツベルクのいう証明機能には一定の意味がある。例えば、XがAに対して殺意を持ってピストルを発射した場合、Xに結果回避意思を代入して事象の進展を仮定的に判断すれば、Xがピストルを撃たないことが帰結され（行為回避可能性）、Aは死ななかった（結果回避可能性）といえる。

しかし、これはあくまで事実上の関係にすぎない。例えば、絶対的強制

(200) 井田・前掲注（172）155頁。

(201) 井田・前掲注（172）155頁注9。

(202) 松宮・前掲注（2）211頁は「当該結果を回避しようとする『目的性』を持っていたとしたら、それに従って、当該結果を回避することができていたという関係」が重要であるとする。

の例である、「XがYによって無理矢理右手を動かされて文書偽造をさせられた」という事例を考えてみよう。この事例では、通例、Xには「文書偽造の意思がない」ということが前提とされているように思われる。しかし、仮にこの事例で「Xに文書偽造の意思がある場合」を想定してみても、やはりXの文書偽造行為は認められないように思われる。それは、Xに「結果回避意思」を代入して、事象の進展を仮定的に判断しても、やはりYによってXの右手は動かされるからであり、ここではXの意思に働きかけることによって、回避は不可能だからである。ヘルツベルクという証明機能は常に認められるものではなく、回避可能性の仮定的判断を行った場合に、多くの場合認められるものにすぎないのである。

第六節 回避可能性と行為の意味

最後に行為の意味との関係を指摘しておきたい。そもそも、事象の中から行為を特定し、認識するためには、何らかの形で行為に意味づけを行うことが前提となる⁽²⁰³⁾。意味の契機を持たない「行為」を一定のまとまりにまとめ上げることはできず、そのような行為概念を前提とした場合、任意の行為記述の下で、無数の「行為」が特定できてしまう⁽²⁰⁴⁾。この事態を回避しようとするれば、行為の意味を何らかの形で認識しなければならないことになる。別稿で論じた通り、行為の意味をいかに把握するかについては、二つの方法が存在する。すなわち、行為者の主観面を考慮して、行為者の「与えた意味」を問題とする「行為者主観アプローチ」と、行為が外界に「及ぼした意味」を問題とする「社会的意味アプローチ」がこれである⁽²⁰⁵⁾。では、二つの回避可能性は、行為の意味といかなる関係を有

(203) 石井徹哉「いわゆる早すぎた構成要件の実現について」奈良法学会雑誌第15巻1・2号（2002年）5頁。

(204) 拙稿「実行為概念による問責行為の特定（1）」早稲田大学大学院法研論集第123号（2007年）315頁。

(205) Jakobs, a. a. O. (Anm. 110), S. 27（上田＝浅田訳110頁）, ders., Akzessorietät Zu den Voraussetzungen gemeinsamer Organisation, GA 1996, S.

するであろうか。

まず、行為回避可能性が行為の意味との関係で必要となるのは、回避可能性の対象と同じく、行為主義を担保するためである。行為回避可能性は、実際に外界において行われた身体の動静を前提として、行為者に「結果回避の意思」があったと仮定したら、当該身体の動静は行われなかったかを判断するプロセスである。ここで、行為者の与えた意味が、例えば「人を殺そう」（人の生命という法益の侵害を志向する意思）というものであったとしよう。しかし、これが純粋に内心に留まっている場合、それは外界に現実化していない思考にすぎない。このような思考そのものを処罰の対象とすることは、行為主義の根拠である思想処罰の排除に反する。思想処罰を排除し、行為者主観と身体の動静を架橋する役割を果たすのが、行為回避可能性であると理解することができる。すなわち、行為者に結果回避の意思が存在したと仮定した場合の事象の変化を考察しても、外界になんらの変動も起こっていない場合には、そもそも、行為者の志向した意味は、行為者の身体の動静に「与えられていない」（意味付与が外界に表出していない）のであり、「殺人行為」としての意味を獲得しないのである。

また、例えば、絶対的強制による殺人（XがYの右手に無理矢理ナイフを持たせ、Yの右腕を動かしてAを殺害した場合）でYに故意があった場合について、Yが「右腕の移動」に対して「人を殺す」という意味を「与えて」いるかは疑わしい。そもそも「意味を与える」という表現自体が、「何かに意味を与える」の省略形であり、意味を与えられる対象が必要となる。上述した行為主義によれば、その最小限度の要請として、身体の動静が要求されるが、身体の動静と行為者の意思が結びついてはじめて、その行為は「人を殺す行為」という意味を、行為者によって与えられるのである。

これに対して、結果回避可能性は、「社会的意味アプローチ」に関わる。

261（松宮孝明＝豊田兼彦訳「従属性―共同組織化の前提条件について―」立命館法学253号（1997年）204頁）、拙稿・前掲注（7）435頁。

そもそもヘルツベルクの議論の出発点は、「殺人」といえるためには、行為概念にどのような特徴が備わっていなければならないかであった。その結果ヘルツベルクは、死の結果の回避可能な不回避を問題とし⁽²⁰⁶⁾、行為性がない場合とは死の結果が回避不可能である場合であるとしたのである⁽²⁰⁷⁾。また、ヤコブスによれば、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⁽²⁰⁸⁾、「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が欠け、規範は侵害されていないことになる⁽²⁰⁹⁾。

これらの理解から導き出せるのは、結果が存在するとしても、それが回避不可能な場合には、それによって行為の意味は高められず、規範の禁止する意味に到達しないということである。例えば、殺人罪の構成要件に形式的に該当するためには、当該行為の意味内容と構成要件の意味内容が合致することが必要であり⁽²¹⁰⁾、そのためには、事象を観察して「人を殺した」という意味が認識できなければならない。そして、行為者の与えた意味が、純粹に内心に留まっているという場合は別論、結果が発生していたとしても、その結果が回避不可能な場合には、行為者の与えた意味が、社会的な意味によって裏打ちされておらず（人が死んだことによって始めて、事象全体として「人を殺した」といえる）、当該事象の最終的な意味は「人を殺した」には至らないのである。

このように、回避可能性は、行為の意味を判断するための一つの基準となり、行為回避可能性がない場合は、すでに「行為」ではなく、結果回避

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

(207) Herzberg, a. a. O. (Anm. 6), S. 171.

(208) Jakobs, a. a. O. (Anm. 105), 6/24.

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

(210) 拙稿「実行行為概念による問責行為の特定（２・完）」早稲田大学大学院法研論集第124号（2007年）159頁。

可能性がない場合は、法的なりアクションを要する事象としての「人を殺した」事象という意味に到達しないという意味で、構成要件該当性が肯定されないのである。

おわりに

本稿の比較法上の主題である否定的行為論の内実は、以上の検討によって明らかにしえたものと思われる。否定的行為論については、この見解が行為概念を不作為概念として構成する点は、わが国で直ちに採用すべきものではないが、本稿の解釈論上の主題である行為概念と回避可能性の関係については多くの示唆を与えるものであると評価できる。否定的行為論の分析から得られた知見は、①行為概念が回避可能性と関係を有するのは、行為を禁止・命令する規範が、結果の回避を内容とするからであるということ、②その際問題となる回避可能性には、行為回避可能性と結果回避可能性の二種類がありえるということ、③回避可能性判断の方法は、ヤコブスの見解をベースとして、実際に起こった出来事に、規範に合致する意思を代入した場合に、当該行為（挙動）や結果が回避できるかという判断公式によることである。行為回避可能性という新たな概念を導入することによって、行為性判断を可視化することが可能になり、その判断についても一定の試論を提示しえたと考える。

本稿の枠組から、「はじめに」で挙げたわが国の論者の見解を整理すると、次のようになる。松原教授の見解は、結果回避可能性を見据えつつ、結果惹起にいたる媒介項として、身体的態度の回避可能性を問題とする見解であり、その判断は行為寄与・（狭義の）行為性の判断であるのに対して、松宮教授がいう回避可能性は、結果との関係で、行為の社会的意味（全体としての犯罪としての意味）を捉えるための概念であり、帰属の判断であった。これを本稿の枠組からみれば、前者は、行為性判断としての行為回避可能性の問題であり⁽²¹¹⁾、後者は、行為の社会的意味判断（帰属判

断）としての結果回避可能性の問題であって、両者は、同じ回避という概念を用いていても、その対象領域が異なると評価することができる。また、高山教授は、事象の中から行為を選び出すために結果回避可能性が問題とするが、それは刑法上の禁止・命令規範が、結果回避を命じているという点にその根拠が求められよう。いずれの見解も、行為概念と回避可能性とが関係する場面のうち、その一つの側面を（論者の関心に即して）捉えたものであると評価できるように思われる。

もっとも、本稿では、結果回避可能性の体系的位置付けについて、これを「狭義の行為性判断には属さない」とするに留まった。この問題については、過失犯の領域も含んでなお議論の余地がある。この点は今後の課題としたい。

〔2009年10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。）

(211) もっとも、行為と結果を独立のものにとらえた上で二分する本稿の枠組みと、松原教授の見解は、完全に一致する訳ではない。